

第1章 民事訴訟の概要

第1節. 民事訴訟の意義

A 基礎応用 1 頁

民事訴訟とは、私的権利を実現するための手続であり（これを「民事訴訟手続」という）、民事訴訟手続について定めているのが民事訴訟法である。

我が国は自力救済が原則として禁止されているため、私的権利を強制的に実現するためには、民事訴訟手続（さらには民事執行手続）を利用する必要がある。

貸金返還請求権の実現であれば、貸主が貸金返還請求訴訟を提起し、貸金返還請求権の存在を既判力により確定する確定勝訴判決を得て（114条1項）、借主が同判決に従って弁済をしなければ、更に同判決を債務名義とする強制執行（民事執行法22条1号）によって借主の責任財産から強制的に貸金を回収する。

第2節. 民事訴訟手続の流れ

A 基礎応用 1~2 頁

①私的紛争の発生

②原告による訴えの提起（133条1項）

訴状提出（133条1項）→訴状審査（137条）→送達（138条1項）→期日指定&呼出し（139条）

③口頭弁論における審理（148条以下）

④終局判決の言渡し（243条以下）

⑤判決書の送達（155条）

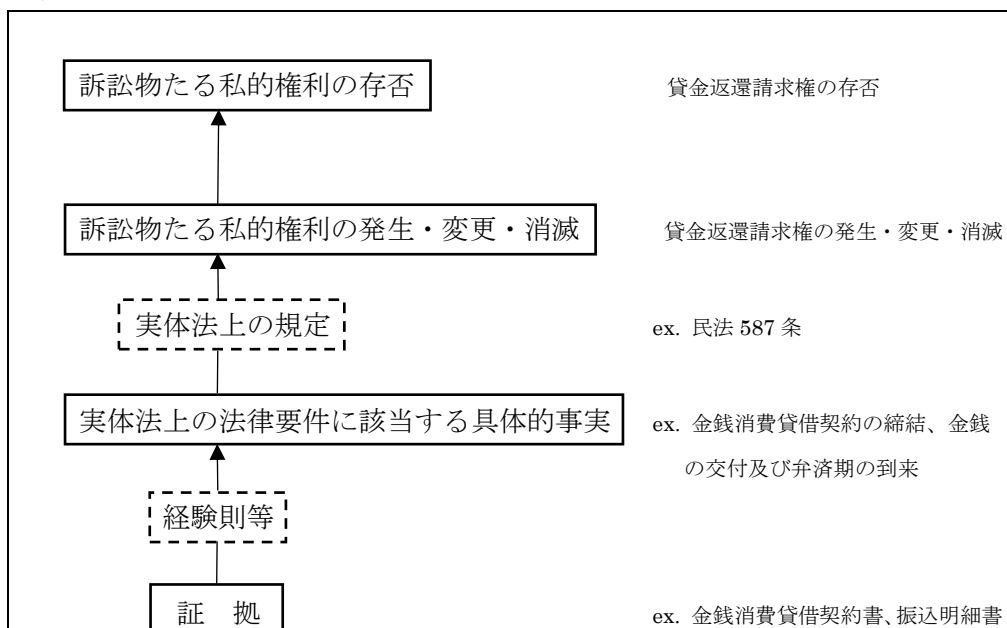
⑥判決の確定（116条参照）

第3節. 民事訴訟における審理

A 基礎応用 2~4 頁

民事訴訟における審理は、①原告による請求原因事実の主張→②被告による否認又は自白→③裁判所が証拠調べを行い、その結果に基づいて請求原因事実の存否を確定する（被告が否認をした場合）→④審理結果に基づいて判決により訴訟物たる私的権利の存否について判断を示す、という流れを辿ることになる。

[審理全体の構造]



証拠構造には直接証拠型と間接証拠型とがある。

第4節. 事実・証拠の分類

A 基礎応用 4 頁

1. 事実

要件事実：法律関係の発生等（発生・障害・阻止・消滅など）に直接必要なものとして法律が定める抽象的な要件¹⁾

主要事実：要件事実に該当する具体的事実

間接事実：主要事実の存否を経験則によって推認させる具体的事実

補助事実：証拠の評価に関する事実（証拠の証明力に影響を与える事実）

2. 証拠

直接証拠：主要事実を直接に証明する証拠

間接証拠：間接事実又は補助事実を直接に証明する証拠

第5節. 基本的な視点

A 基礎応用 5～7 頁

1. 当事者意思の尊重

民事訴訟とは私的権利を実現するための手続であり、その私的権利は実体法上、私的自治に委ねられたものであるから、民事訴訟においても当事者の意思を尊重するために、紛争解決の基盤を決める権能が一定範囲で当事者に認められている（これを「私的自治の訴訟法的反映」という。）。
典型的なものとしては、弁論主義と処分権主義が挙げられる。

2. 当事者の手続保障

民事訴訟では、当事者双方に対して訴訟物である私的権利の存否をめぐって主張、反論及び立証（これを「攻撃防御」という。）を尽くす機会が与えられていることが必要である（これを「手続保障の要請」という。）。この手続保障は、確定判決の既判力（114条）の正当化根拠である。

また、民事訴訟では、当事者の一方又は双方に対する不意打ち防止の要請がある。例えば、当事者の一方による不意打ち的な訴訟行為、裁判所による当事者の一方又は双方に対する不意打ち的な訴訟指揮や判決について問題視されることがある。この不意打ち防止の要請は、確定判決に既判力という拘束力が生じることの正当化根拠である当事者の手続保障の要請として問題となることもある。

¹⁾ 法律要件には、事実をもって記載されている事実的要件と規範的評価をもって記載されている規範的要件とがある。規範的要件については、規範的評価自体が主張立証の対象となる主要事実となるのではなく、規範的評価を根拠づける具体的事実（評価根拠事実）と評価根拠事実と両立して規範的評価を妨げる具体的事実（評価障害事実）とが主要事実となる。例えば、不法行為に基づく損害賠償請求訴訟において、原告は「過失」の評価根拠事実について主張・立証する必要があるが、原告が主張・立証した評価根拠事実により裁判所において「過失」が認められるという規範的評価が成立するのであれば、被告において「過失」の評価事実を主張・立証する必要が生じる。反対に、原告が主張・立証した評価根拠事実だけでは「過失」が認められるという規範的評価が成立しないのであれば、被告が「過失」の評価障害事実を主張・立証するまでもなく、「過失」という規範的評価が認められないことになる（要件事実論 30 講 89～94 頁、新問題研究 102 頁）。

3. 訴訟経済

民事訴訟では、公金で賄われている有限の公的資源である民事裁判制度を効率的に運用すべきだという要請と、当事者をはじめとする訴訟関係者の労力や費用の無駄を省くべきだという要請とがある。広義では後者も含めて「訴訟経済」と言い、狭義では前者のみを指して「訴訟経済」と言うが、テキストや授業で出てくる「訴訟経済」とはほとんどの場合、狭義の「訴訟経済」を意味する。

この訴訟経済の要請は、手続保障の要請と対立することがあり、両者の調整を要する場合があります、民事訴訟法の規定で両者の調整が行われることもある。

4. 判決効

確定判決には、判決効が認められる。

判決効には、既判力（114条）、執行力（民事執行法22条号）、既判力に準ずる効力、争点効、反射効、参加的効力（46条柱書）などがあるが、通常は、判決効という場合には既判力だけか、既判力及び執行力を意味している。

第6節. 要件事実に関する基本事項

A 基礎応用 7~8 頁

1. 要件事実論とは

民事訴訟では、実体法規が定める法律要件について、原告と被告とに証明責任が分配される（なお、主張責任の分配は証明責任の分配に一致する。）。これに関する法律学を、要件事実論という。

2. 主張の分類

(1) 請求原因

請求原因事実とは、訴訟物である権利又は法律関係を発生させるために必要な法律要件に該当する具体的事実を意味する（これを「請求原因」と呼ぶこともある。）。

(2) 抗弁

抗弁とは、主張事実が請求原因事実と両立し、かつ、請求原因事実から生じる法律効果を覆滅（障害・消滅・阻止）する機能を有するものである。

抗弁事実とは、抗弁の要件事実に該当する具体的事実を意味する。

(3) 再抗弁

再抗弁とは、主張事実が抗弁事実と両立し、かつ、抗弁事実から生じる法律効果を覆滅（障害・消滅・阻止）する機能を有するとともに、請求原因事実から生じる法律効果を復活させる機能を有するものを意味する。

再抗弁事実とは、再抗弁の要件事実に該当する具体的事実を意味する。

(4) 再々抗弁

再々抗弁とは、主張事実が再抗弁事実と両立し、再抗弁事実から生じる法律効果を覆滅（障害・消滅・阻止）するとともに、抗弁事実から生じる法律

効果を復活させる機能を有するものを意味する。

再々抗弁事実とは、再々抗弁の要件事実に該当する具体的事実を意味する。

(5) 否認

否認とは、当事者の一方が相手方の主張する事実の存否を争うことであり、主要事実を対象とする場合には、当事者の一方が相手方が主張責任に従って主張した主要事実の存在を争うことを意味する（理論上は、相手方が主張責任を負っていない主要事実を主張している場合にその存否を争うという形での否認もあり得るが、稀なケースであるはここでは想定しなくてよい）。

否認をする際には、その理由として、相手方が主張する主要事実の存在と両立しない間接事実（これを「消極的間接事実」という。）を主張するのが通常である。

主要事実の主張は、「事実の存在」であるのが通常であるが、「事実の不存在」であることも稀にある。

第2章 裁判所

第1節 法律上の争訟

司法権の概念の中核をなす「具体的な争訟」は、裁判所法3条の「一切の法律上の争訟」と同じ意味である。

[論点1] 宗教問題

「法律上の争訟」は、①当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であって、②それが法律を適用することにより終局的に解決することができるものをいう（判例）。

まず、①純然たる信仰の対象の価値又は宗教上の教義に関する判断自体を求める訴えや、単なる宗教上の地位の確認を求める訴えは、①を欠き、「法律上の争訟」に当たらない（判例）。

次に、⑥具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争において宗教問題が前提問題とされている場合には、⑦紛争の実態ないし核心が宗教上の争いであって全体として裁判所による終局的解決に適しないものと、⑧紛争自体は全体として裁判所による解決に適しないとはいえないものがある（判例）。

⑦は、①を満たすが、②を欠くため、「法律上の争訟」に当たらない。すなわち、宗教上の争いについては宗教団体の自律的判断を尊重することが要請されるため、裁判所が紛争の実態ないし核心となっている宗教上の争点について判断できなくなり、その結果、訴訟物それ自体についても法令を適用することにより終局的な解決をすることができないとして、②が否定されるのである（判例）。

⑧は、「法律上の争訟」に当たるものの、当該争点については宗教団体の自律的判断が尊重されるため、宗教上の教義の解釈にわたるなど本来その自治によって決定すべき事項について裁判所は実体的な審理判断を行わず、自治に対する介入にわたらない事項（例えば、住職の選任ないし罷免の手續上の問題）についてのみ審理判断することが許される（判例）。

C 基礎応用 9～11 頁

C

最判 S55.1.11・百2

慈照寺事件・最判 S44.7.10

「板まんだら」事件・最判 S56.4.7

第2節. 管轄

管轄は、日本の裁判所がその事件を審判することを前提とした上で、日本のどの裁判所が審判できるかという問題である。

管轄には、職分管轄、事物管轄、土地管轄（4条以下）、指定管轄（10条）、合意管轄（11条）、応訴管轄（3条の8、12条）、専属管轄（13条等）がある。

訴訟の係属している裁判所が裁判により訴訟を他の裁判所に移転・送致する制度として、移送（16条以下）がある。

[論点1] 管轄の合意の解釈

管轄の合意には、専属的管轄合意（他の法定管轄を排除して、特定の裁判所に専属的に管轄権を生じさせるもの）と付加的管轄合意（法定管轄に付加して特定の裁判所にも管轄権を生じさせるもの）とがある。

管轄の合意が専属的管轄合意と付加的管轄合意のいずれに属するのかは、合意の意思解釈の問題である。

①合意の中で、特定の裁判所のみを管轄裁判所とする旨の意思が明示されている場合には、専属的管轄合意と解釈される。

②「当事者」間の「一定の法律関係に基づく訴えに関し」複数の法定管轄裁判所が存在する場合に、その中の1つについて合意がなされているときも、専属的管轄合意と解釈されるのが通常である。法定管轄裁判所が複数あるにも関わらず、その中から合意により敢えて一つに絞って明示しているのだから、専属的管轄合意と解釈することが当事者の合理的意思に合致すると考えられるのである。

もっとも、②の場合でも、企業側が用意した契約書や普通契約約款における当該企業の本店（本社）所在地を管轄する裁判所をもって合意による管轄裁判所とする旨の合意については、一般契約者（一般消費者）の利益保護の観点から、専属的管轄合意ではなく付加的管轄合意と解釈されることがある（判例）。

③法定管轄裁判所以外の裁判所を管轄裁判所とする合意がなされている場合については、伝統的には、付加的管轄合意と解釈されていた。もっとも、合意によって特定の裁判所が管轄裁判所とされている以上、当事者の意思の合理的解釈としては専属的管轄合意と解するのが妥当である（有力説）。

[論点2] 管轄違いによる合意管轄裁判所への移送の制限

専属的管轄合意に基づく管轄裁判所に訴えが提起された場合であっても、裁判所は、訴訟を他の裁判所（法定管轄裁判所）に移送することが可能である（17条、20条1項括弧書）。

これに対し、専属的管轄合意により管轄を排除されている法定管轄裁判所に訴えが提起された場合には、裁判所により、管轄違いを理由として、訴訟が合意管轄裁判所に移送される（16条1項）。もっとも、16条1項に基づく管轄違いを理由とする合意管轄裁判所への移送を制限することができないか。

例えば、X（A県A市在住）はY（本店がB県B市にあり、全国各地に支店を有する企業）との間で売買契約を締結したところ、Y側が用意した売買契約書

C 基礎応用 12～20 頁

司 R1

C 司 R1

札幌高判 S45.4.20

C 司 R1

には「本件売買契約に関する一切の紛争は、B 地方裁判所を第一審の管轄裁判所とする」旨の定め（以下「本件管轄合意」という。）があったが、A 市中心部と B 市中心部との間には 600 km もの距離があり、移動に長時間を要することから、上記売買契約に関する訴えを A 地方裁判所に提起したとする（なお、X が提起した訴えには、本来的には A 地方裁判所 [5 条 1 号] と B 地方裁判所 [4 条 1 項] の双方に土地管轄があるものとする）。

この場合、①まず初めに、原則的には専属的管轄合意であると解釈される本件管轄合意について、例外的に、一般契約者（一般消費者）の利益保護の観点から付加的管轄合意と解釈することの可否が問題となる（[論点 2]）。②次に、本件管轄合意が専属的管轄合意であると解釈される場合には、A 地方裁判所による管轄違いを理由とする B 地方裁判所への移送（16 条 1 項）を制限することの可否が問題となる（[論点 3]）。

合意により管轄を排除されている法定管轄裁判所で審理・裁判することが「訴訟の著しい遅滞を避け、又は当事者間の衡平を図るため」に必要である場合、管轄違いを理由として合意管轄裁判所に移送がされた後に、さらに上記法定管轄裁判所に移送されることになるが、これは迂遠である。

そこで、合意により管轄を排除されている法定管轄裁判所で審理・裁判することが「訴訟の著しい遅滞を避け、又は当事者間の衡平を図るため」に必要である場合には、17 条の類推適用により、16 条 1 項に基づく移送が制限されると解すべきである（判例）。

[論点 3] 管轄選択権の濫用

拘束手形の所持人 X は、自己に有利な地（＝釧路）の裁判所に管轄を生じさせるために、①拘束手形の振出人 Y1 に対する手形金請求（本来の管轄地は、支払地であり Y1 の住所地でもある盛岡地裁）に加え、②訴訟追行意思のない裏書人 Y2 に対する手形金償還請求（管轄地は、釧路地裁）を、併合管轄地として釧路地裁（7 条）において、併合提起し、その後、②の請求を直ちに取り下げた。

確かに、併合管轄は訴え提起時に定まる（15 条）から、その後、管轄原因となった訴えの取下げがあっても、他の請求の管轄は失われない（管轄固定の原則）。

しかし、一方当事者が手続上の地位を取得するためにその基礎となる事実を故意に作出したりすることは、訴訟上の信義則（2 条）により禁止されることがある（訴訟状態の不当形成の排除）。

そして、本事件では、第 1 回口頭弁論期日に X が訴状陳述もしないまま②の請求を取り下げたこと、以前にも X による同様事例があったことからすれば、X は、故意に基づき、自己に有利な管轄を生じさせるために、管轄選択権を濫用したといえる。

そこで、裁判所としては、訴訟上の信義則に照らし、管轄違いの違法（16 条 1 項）を認め、①の訴えを盛岡地裁へ移送するべきである（判例）。

C

札幌高決 S41.9.19・百 A2

[論点 4] 裁量移送の相当性判断

16条2項の裁量移送の要件（自庁処理の相当性）については、どのように判断されるべきか。

簡易裁判所には、少額軽微事件につき簡易な手続により迅速に解決する、簡易裁判所判事の任命資格が判事のそれよりも緩やかであるという特徴がある。

そこで、自庁処理の相当性の判断では、①訴訟の著しい遅滞を避ける必要性や、②当事者間の衡平のみならず、③簡易裁判所の前記特徴も考慮されるべきである（判例）。

C

最決 H20.7.18・百 A1

第7章 事案の解明

第1節 弁論主義

A 司 H21 司 H24 司 H25 司 H29

予 H28

A 基礎応用 149 頁

1. 総論

弁論主義は、裁判資料の提出（事実の主張、証拠の申出）を当事者の権能及び責任とする建前をいう。

根拠は、私的自治の訴訟法的反映（紛争解決内容における当事者の意思を尊重するために、判決の基礎とされる事実について当事者に処分権を認めた）にある。

機能は、不意打ち防止にある。

A 基礎応用 149～151 頁

2. 弁論主義の内容

(1) 主張責任

裁判所は、当事者によって主張されていない事実を判決の基礎とすることができず（弁論主義第1テーゼ）、ここでいう事実には主要事実が含まれることに争いはない。

弁論主義第1テーゼの機能は、当事者の主張により攻撃防御の具体的な対象として明示され弁論の機会が与えられた事実だけが判決の基礎とされるという、不意打ち防止の保障にある。

〔論点1〕主張共通の原則

主張責任を負う当事者の相手方から主張された事実について、主張責任を負う当事者とその主張（陳述）を援用していない場合であっても、裁判所はその事実を判決の基礎にすることができるか（相手方の援用しない自己に不利益な事実の陳述）。

XのYに対する貸金返還請求訴訟において、Xの主張の中にXがYから貸金の返済を受けた事実が含まれていたが、Yは弁済の事実を主張していなかった。裁判所は、弁済の事実を判決の基礎として請求棄却判決を言い渡した。

A 司 H21 司 H25

最判 H9.7.17・百 46

弁論主義は裁判所・当事者間の役割分担の規律であるから、主張責任を負わない当事者から主張された事実であっても、当事者の主張責任が果たされているといえ、裁判所はこれを判決の基礎とすることができる（判例）。

釈明権行使が必要とされることがある。

〔論点2〕訴訟資料と証拠資料の峻別

訴訟資料と証拠資料の峻別は、弁論主義第1テーゼから導かれる当然の帰結であり、論点ではない。

A

弁論主義の第1テーゼにより、証拠資料によって、訴訟資料を補充することは禁じられる。

すなわち、当事者によって主張されていない事実は、たとえ裁判所が証拠調べの結果その存在について心証を得たとしても、判決の基礎とすることは許されない。

(2) 自白の拘束力

裁判所は、当事者間で自白が成立した事実については当然に判決の基礎としなければならない、この意味で拘束を受ける（弁論主義第2テーゼ）。

根拠は、私的自治の訴訟法的反映として、第1テーゼにより、当事者に対して事実審理の範囲を限定する権能を認めるにとどまらず、事実に関する審理内容をもコントロールする権能を認めることにある。

機能は、自白事実と異なる事実認定による不意打ちの防止にある。

(3) 職権証拠調べの禁止

裁判所が取調べることができる証拠は、当事者が申し出たものに限られる（弁論主義第3テーゼ）。

根拠は、第2テーゼと同様である。機能は、証拠調べに関与する機会のない証拠が自己に関する事実認定に用いられることによる不意打ちを防止することにある。

〔論点3〕 証拠共通の原則

XのYに対する貸金返還請求訴訟において、弁済の事実が争点になっていたところ、裁判所は、弁済の事実について証明責任を負っていないXが提出した証拠から弁済の事実が認められるとの心証を得たため、弁済の事実を判決の基礎として請求棄却判決を言い渡した。

自由心証主義（247条）の下では、裁判官は提出された証拠の証拠力を自由に評価できる（証拠力の自由評価）。

ここから、証拠共通の原則が導かれる。

すなわち、当事者の一方が提出した証拠は、相手方が証拠調べの結果を援用しなくても、当然に、相手方にとって有利な事実の認定に用いることもできる。

A

3. 判決をすることの可否・判決の基礎とすることの可否

A 基礎応用 151～153 頁

設問で、ある判決をすることの可否、ある事実を判決の基礎とすることの可否が問われている場合、以下の通り、理論体系を意識する。

設問は、概ね、(1)「〇〇との判決をすることができるか」、(2)「〇〇の事実を判決の基礎とすることができるか」、(3)「〇〇の事実を、証拠調べをすることなく、判決の基礎とすることができるか」に分類できる。

(1)では、少なくとも、訴訟物レベルのことが問われている。さらに、事案によっては、事実レベルのことまで問われる。

(2)では、事実レベルのことのうち、[主張の要否・有無]だけが問われているのが通常である。

(3)では、事実レベルのことのうち、[主張の要否・有無]と[証明の要否・有無]が問題となり得る。

〔訴訟物レベル〕

申立拘束原則（246条）は、①救済する権利・法律関係、②救済の種類、③救済の順序、④救済の範囲につき、原告の申立てと判決の一致を要求する。

①は、原告が訴訟物として申立てた権利・法律関係に対してのみ判決をすることができるというルールであり、申立拘束原則（246条）の一内容である。このルールに例外はない。ここでは、訴訟物の内容を確定するために、旧訴訟物理論対新訴訟物理論の対立が顕在化することがある。

②は、確認・給付・形成判決のうち、いずれの判決による救済を求めるかということである。例えば、「原告：確認⇒判決：給付」は、申立拘束原則違反となる。

③は、審判順位ないし併合形態（単純併合・選択的併合・予備的併合）についての原告の自己決定が裁判所を拘束するというルールである。

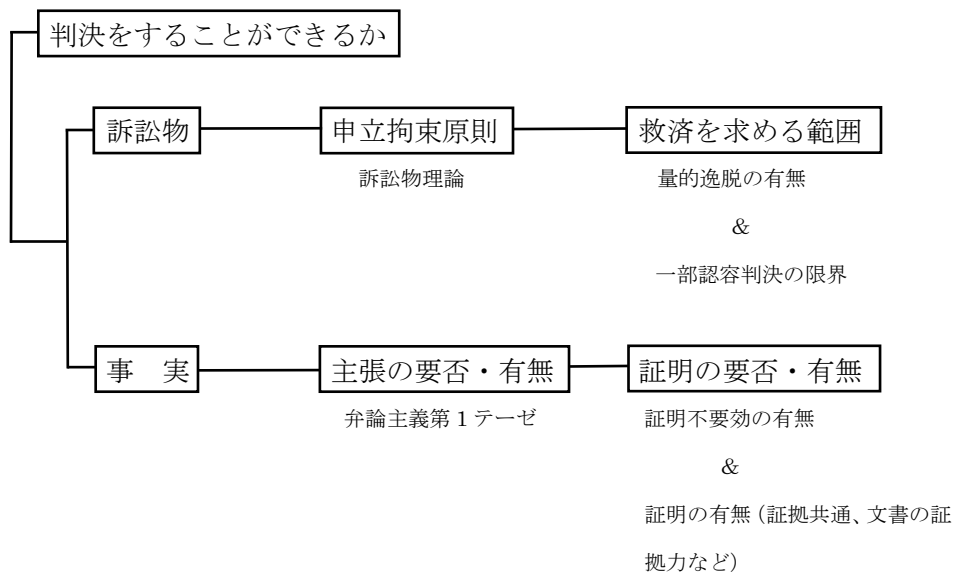
④のうち、申立事項を質的に超えること・量的に超えることは絶対に禁止される。これに対し、申立事項の枠の中で一部のみを認めることについては、当然に禁止されているわけではない。量的な一部認容は原則的に許容される。また、質的な一部認容も許容される場合がある（質的一部認容判決の限界として、原告の合理的意思と被告に対する不意打ちを基準として判断される。）。

[事実レベル]

①主張の要否・有無⇒②証明の要否・有無という流れで考える。

①は、ある判決をするために基礎にする必要がある事実について、(i) 当事者の主張を要するか（弁論主義第1テーゼの適用範囲、判決内容と要件事実の関係）、(ii) 必要であるとして当事者からの主張があったか（主張共通、細部不一致、主張の解釈、黙示的主張）という問題である。

②は、ある判決をするために基礎にする必要がある事実について、(i) 証明を要するか（裁判上の自白、擬制自白、顕著な事実）、(ii) 必要であるとして証明があったといえるか、という問題である。



4. 弁論主義第1テーゼの問題類型

(1) 問題類型

弁論主義第1テーゼの問題類型は、主として、①裁判所が判決の基礎にすることの可否が問われている事実について当事者双方からの主張がないことが明らかである場合、②裁判所が判決の基礎にすることの可否が問われている事実について主張責任を負わない当事者のみから主張されている場合、③裁判所が判決の基礎にすることの可否が問われている事実について当事者が主張しているのかが不明瞭である場合に分類できる。

ア. ①の問題類型

①では、(i) 弁論主義第1テーゼに関する一般論を示した上で、(ii) 要件事実論に従い、裁判所が判決の基礎にすることの可否が問われている生の事実が主要事実・間接事実・補助事実のいずれに該当するのかを説明する過程が重視されている。

(ア) 弁論主義第1テーゼに関する一般論

答案に書くべき弁論主義第1テーゼに関する一般論は、(a) 一般的に、民事訴訟において、裁判の基礎となる資料の収集を当事者の責任とする弁論主義が妥当すること、(b) 弁論主義の一環として、裁判所は当事者が主張しない事実を判決の基礎にしてはならないとの主張原則（弁論主義第1テーゼ）があること、(c) 弁論主義第1テーゼの対象となる事実に関する解釈である。

(c)につき、裁判所が判決の基礎にすることの可否が問われている生の事実が主要事実に当たる事案では、「弁論主義第1テーゼの対象となる事実には、少なくとも主要事実が含まれると解されている」とだけ書けば足りる。これに対し、裁判所が判決の基礎にすることの可否が問われている生の事実が間接事実又は補助事実に当たる事案では、「弁論主義第1テーゼの対象となる事実が主要事実に限られるのか」についてまで論じる。

(イ) 要件事実論

(イ)では、(a)「要件事実＝法律関係の発生等に直接必要なものとして法律が定める要件」、「主要事実＝要件事実該当する具体的事実」という定義を前提として、(b)要件事実を抽象的に示した上で、(c)(b)で示した要件事実に従い、裁判所が判決の基礎にすることの可否が問われている生の事実が主要事実・間接事実・補助事実のいずれに該当するのかを説明する。

イ. ②の問題類型

②では、前記ア(ア)(イ)に加え、(ウ)主張共通の原則まで論じる。

ウ. ③の問題類型

③では、前記アの(ア)(イ)に加え、(ウ)当事者による主張の有無まで問われている。

(ウ)には、(ア)主張事実と認定事実の細部の不一致、(イ)主張の解釈の限界、(ウ)黙示的主張といった議論がある。

(ウ)は、(ア)又は(イ)に属する問題に位置づけられることもある。

5. 弁論主義第1テーゼに関する論点

〔論点4〕主要事実の捉え方

かつての通説は、法規の構成要件となっている要件事実をそのまま主要事実だとし、それらを具体的に根拠づける事実が間接事実と位置付けていた。

この見解によると、たとえば、被告の運転に過失があるという主張さえあれば、両当事者が「酒酔い運転」か否かを争っているときでも裁判所は証拠調べの結果から「脇見運転」を認定できることとなるが、これは不意打ちである。

そこで、要件事実と主要事実を区別して、要件事実に該当する具体的事実が主張事実であると理解するべきではないかが問題となる。

弁論主義の不意打ち防止機能からすれば、主要事実とは弁論・証拠調べの対象となりうる具体的事実でなければならない。

そこで、実体法規の条文の構成要素に該当する具体的事実が主要事実であると解する。

そうすると、①実体法規の条文の文言（「過失」「善意」など）は法律要件、②法律要件に該当する具体的事実（当該事案における生の事実）が主要事実、③それを推認する生の事実が間接事実となる。

〔論点5〕弁論主義は間接事実にも適用されるか

裁判所は、当事者が主張していない間接事実から当事者が主張している主要事実を推認することができるか。

XのYに対する貸金返還請求訴訟において、Yが弁済の事実を主張する一方でXは弁済の事実が存在しないと主張し、弁済の事実が争点になっていたところ、裁判所は、XもYも主張していない間接事実から弁済の事実が認められるとの心証を得て、弁済の事実を判決の基礎として請求認容判決を言い渡した。

主要事実存否の判断において、間接事実が主要事実の推認に役立つものとして証拠と同じ役割を果たす。

そうすると、間接事実が弁論主義を適用すると、裁判官に不自然・不合理な事実認定を強いることとなり、自由心証主義（247条）が十分に機能しなくなる。

そこで、弁論主義は主要事実についてのみ適用され、間接事実には適用されないと解する。

〔論点6〕相続による特定財産の取得の要件事実

Xは、死亡したAの唯一の相続人としてAを単独相続したため、生前Aの所有に属していた甲土地を占拠しているYに対して、甲土地の所有権の確認を求める訴えを提起した。

Xは、請求原因として、①Aが死亡したこと（民法882条）、②XがAの子であること（民法887条1項）、③Aが甲土地を所有していたことを主張すれば足りるのか。それとも、①ないし③に加えて、④Aが死亡するまでの間に甲土地の所有権を失う事実（他者による時効取得、他者への売却など）がなかったことまで主張する必要があるのか。

相続による特定財産の取得を主張する者は、①被相続人の生前所有（これが争われている場合には、被相続人が生前その財産の所有権を取得した事実）

A 基礎応用 155～163 頁

A 司 H19(自白) 司 H20

A

A 司 H25

最判 S55.2.7・百 42

と、②自己が被相続人の死亡により同人の遺産を相続した事実を請求原因として主張立証すれば足り、③被相続人の死亡時までの所有権喪失原因事実及び被相続人の特段の処分行為による当該財産の相続財産からの逸出はいずれも抗弁に位置づけられる（判例）。

被相続人の生前所有が肯定される以上、その後の所有権喪失事由等がない限り所有権が被相続人に帰属している状態が継続していたものと扱われるからである。

〔論点 7〕 代理人による契約締結

裁判所は、代理人による契約締結の事実が主張されていない場合に、これを認定することができるか。

XはYに対して売買代金の支払を求める訴えを提起し、XがYとの間で絵画甲を代金100万円で売却する旨の契約を締結したと主張したが、Yは売買契約締結の事実を否認した。裁判所は、X及びYの当事者尋問の結果から、Xの代理人AとYとの間で絵画甲の売買契約が締結されたとの心証を得たため、XもYもそのような事実を主張していないにもかかわらず、Xの代理人AとYとの間で本件絵画の売買契約が締結されたという事実を判決の基礎にして、請求認容判決を言い渡した。

A 司 H24 司 H29

最判 S33.7.8・百 43

1. 当事者からの主張の要否

一般的に、民事訴訟において、裁判の基礎となる資料の収集を当事者の責任とする弁論主義が妥当する。

弁論主義の一環として、裁判所は、当事者によって主張されていない事実を判決の基礎とすることができず（第1テーゼ）、ここでいう事実には少なくとも主要事実が含まれる。

民法99条は、代理人のした意思表示による法律効果を本人に帰属させる他人効の発生に直接必要な要件事実として、顕名・代理行為・先立つ代理権の授与を定めている。

そうすると、AがYの代理人としてXと本件絵画の売買契約を締結したという事実は、これらの要件事実該当する具体的事実として主要事実に当たるから、当事者からの主張を要する。

2. 判例の位置付け

判例は、契約が「当事者本人によってなされたか、代理人によってなされたかは、その法律効果に変わりはない」という理由から、契約が当事者間で成立したとの主張がなされていれば、裁判所が当事者から主張されていない代理人による契約締結の事実を認定することは、弁論主義に反しないとしている。

判例については、代理人による契約締結の事実は主要事実であるとした上で、弁論主義違反にはなるが、不意打ちのなかった認定であるとして、原判決を破棄して事件を原審に差し戻す理由とまではならないとする趣旨であると理解するべきである。

〔論点 8〕 別口債務への弁済

被告が弁済の抗弁を主張した場合に、裁判所は、当事者の主張していない別口債務への弁済という事実を認定し、これを判決の基礎とすることができるか。

被告が弁済の抗弁を主張した場合に、裁判所は、当事者の主張していない別口債務への弁済という事実を認定し、これを判決の基礎とすることができるか。

X が Y に対して 100 万円の売買代金の支払を求める訴訟において、Y は、代金債権に対する弁済として 100 万円を支払ったと主張した。裁判所は Y の X に対する 100 万円の支払は代金債権ではなく貸金債権に対する弁済としてなされたものであるとの心証を得たため、X も Y もそのような事実を主張していないにもかかわらず、上記の心証に従って Y による代金債権に対する弁済の事実は認められないとして、請求認容判決を言い渡した。

弁済の抗弁の要件事実としては、①債務者又は第三者が債権者に対し債務の本旨に従った給付をしたことのみならず、②その給付が当該債権（訴求債権）についてなされたことも必要であると解される（判例）。

そうすると、別口債務への弁済という事実は、②訴求債権についての弁済という抗弁事実と両立しない、抗弁事実の積極否認の理由たる間接事実に位置付けられるから、弁論主義の適用がない。

したがって、裁判所が当事者の主張していない別口債務への弁済という事実を認定し、これを判決の基礎とすることは、弁論主義には反しない。

〔論点 9〕 事後的な所有権喪失原因

例えば、X が Y に対して土地所有権に基づく妨害排除請求権として土地所有権移転登記抹消登記手続を求める訴訟において、裁判所が、①X は、本件土地を Y に代物弁済した後（X→Y：代物弁済）、②A からの借入金により買い戻した上で（Y→X：買戻し）、③直ちに A のための譲渡担保に供したところ、弁済期の徒過により、所有権を喪失した（X→Y：譲渡担保＋弁済期徒過）という心証に基づき、請求棄却判決を下す場合に、③についても、当事者からの主張を要するか（判例の事案では、①・②についてのみ当事者からの主張があった。）。

③は、所有権喪失の抗弁の要件事実①とそれに対する再抗弁事実②を前提とした、事後的な所有権喪失原因であるから、再々抗弁事実（すなわち、主要事実）に位置付けられる（判例）。

したがって、③は、弁論主義が適用される主要事実であるから、当事者からの主張がない③を判決の基礎とすることは弁論主義に違反する。¹⁾

〔論点 10〕 公序良俗違反

公序良俗違反（民法 90 条）という一般条項についても弁論主義が適用されるか。

例えば、X の Y に対する貸金返還請求訴訟において、裁判所は、X 及び Y の当事者尋問の結果から、賭博資金としての貸付けであるため XY 間の金銭消費貸借契約は公序良俗違反により無効であるとの心証を得たが、X も Y も賭博資

B

最判 S46.6.29・百 A13

積明義務が問題となる余地はある。

A 予 H28

最判 S41.4.12・百 A14

B

最判 S36.4.27・百 44

¹⁾ 本判決については、裁判所が判決の基礎にしたい事実は③も含めて全て当事者により主張されており、その事実をどのように法的に評価・構成するかについてと当事者と裁判所との間で食い違いがあったに過ぎないとして、弁論主義違反はなく、法的観点指摘義務違反が問題になるとの見方もある。

金としての貸付けであることは主張していなかったという事案において、裁判所は、XY間の金銭消費貸借契約は公序良俗違反により無効であると判断して請求棄却判決を言い渡すことができるか。

確かに、弁論主義の根拠は私的自治の訴訟法的反映にあるから、実体法上当事者の自由な処分が認められていない公序良俗違反については、弁論主義が後退し得る。

しかし、不意打ち防止という弁論主義の機能面から考えれば、公序良俗違反の阻却事由（評価障害事実）の存在について十分な弁論の機会を与えるべきであり、そのためには評価根拠事実についても当事者から主張される必要がある。

そこで、公序良俗違反についても弁論主義の適用があり、公序良俗違反の評価根拠事実が当事者によって主張されている必要があると解する（判例）。

他方で、公序良俗違反は規範的要件であり、規範的评价は裁判所の専権事項であるから、公序良俗違反による無効の主張までは不要であると解する。

【論点 11】 間接反証事実

間接反証は、ある主要事実について証明責任を負う者が、経験則から見て主要事実を推認させるに十分な間接事実を証明した場合に、相手方がその間接事実とは別個の、しかもそれと両立しうる間接事実を証明することによって主要事実への推認を妨げ真偽不明に持ち込む証明活動をいう。

判例は、家屋の所有権につき両当事者が争う場合に、①その一方が常に家屋税の支払を続けてきたという事実（＝間接事実）が認められるなら、当該家屋の所有権がその当事者に帰属するという強い推定が働き、他方当事者がこれを覆すには、②所有者でない者に家屋税を負担させる内容の契約その他の特別の法律関係が存在する事実（＝間接反証事実）を証明しなければならず、②の事実は、当事者の主張がなければ裁判所は判決の基礎としてはならないとする（判例）。²⁾

しかし、間接反証事実である②は、あくまでも間接事実にすぎないから、主要事実適用説からは、弁論主義の適用はない。

【論点 12】 権利抗弁と事実抗弁の区別

X（土地賃貸人）はY（借地人）に対して、甲土地の所有権に基づき建物収去土地明渡しを求める訴えを提起し、甲土地の賃貸借契約の終了原因について主張する一方で、訴訟提起前にYから建物買取請求権（借地借家法13条）を行使する旨の意思表示があった旨も主張した。裁判所は、当該訴訟においてYから建物買取請求権を行使する旨の主張がなされていないにもかかわらず、Yによる建物買取請求権行使の事実を判決の基礎にして建物退去土地明渡しを命じる判決を言い渡すことができるか。

XはYに対して絵画甲の売買契約に基づいて絵画甲の引渡しを求める訴えを提起し、XY間における絵画甲の売買契約締結の事実について主張する一方で、訴訟提起前にYから同時履行の抗弁権を行使する旨の意思表示があった旨も主

B

大判 T5.12.23・百 45

A 司 H21 司 H29

最判 S27.11.27・百 47 [留置権を権利抗弁と解した]

²⁾ ①による推定は、経験則に基づく事実上の推定にすぎないから、所有権の所在に関する証明責任が転換されるわけではない。

張した。裁判所は、当該訴訟において Y から同時履行の抗弁権を行使する旨の主張がなされていないにもかかわらず、Y による同時履行の抗弁権の行使の事実を判決の基礎にして引換給付判決を言い渡すことができるか。

1. 一般的に、民事訴訟において、裁判の基礎となる資料の収集を当事者の責任とする弁論主義が妥当する。

弁論主義の一環として、裁判所は、当事者によって主張されていない事実を判決の基礎とすることができず（弁論主義第 1 テーゼ）、ここでいう事実には少なくとも主要事実が含まれる。

そして、弁論主義は裁判所・当事者間の役割分担の規律であるから、主張責任を負わない当事者から主張された主要事実でも、当事者の主張責任が果たされているといえ、これを判決の基礎とすることができる（主張共通の原則）。

もっとも、権利抗弁は、権利を行使する旨の意思表示が権利主体によってなされなければ裁判所がこれを判決の基礎とすることができないという意味で、主張共通の原則の例外をなすものである。

2. 権利抗弁と事実抗弁をどのように区別するべきか。

権利抗弁は、相手方の請求権を根本から否定する永久的抗弁権ではなく、一時的にその請求権の作用を阻止するにすぎない延期的・停止的抗弁権であるために、その機能を発揮するためには相手方からの請求に対してその都度行使されることを要するのである。

そこで、延期的・停止的抗弁権が権利抗弁、永久的抗弁権が事実抗弁に位置づけられると解する。

[論点 13] 職権による過失相殺

X の Y に対する不法行為に基づく損害賠償請求訴訟（請求額は 1000 万円）において、Y による相当因果関係を否定するための主張の中で X の過失が損害拡大に繋がったという事実が含まれていたが、Y は過失相殺をすべきであるとの主張はしていなかった。裁判所は、過失相殺をすることができるか（論証 1）。

上記の損害賠償請求訴訟において、Y が X の過失を基礎づける事実すら主張していない場合、裁判所は、証拠調べの結果から X の過失が損害拡大に繋がったとの心証を得たとき、過失相殺をすることができるか（論証 2）。

（論証 1）過失相殺の主張の要否（権利抗弁か否か）

確かに、弁論主義の不意打ち防止の機能面からは、被害者に対して過失の評価障害事実について主張立証する明確な契機を与えるために加害者による過失相殺の主張を必要とするべきであるといえる。

しかし、過失相殺の主張を不要とするほうが、当事者間の公平ないし信義則という過失相殺の趣旨に適う。

しかも、過失を基礎づける事実について当事者から主張されていれば、被害者に対して過失の評価障害事実について主張立証する契機が与えられているといえるから、加害者による過失相殺の主張を不要と考えても被害者に対する不意打ちに当たるとはいえない。

そこで、過失相殺は権利抗弁ではなく事実抗弁であり、加害者からの過失

A

最判 S43.12.24・百 A15

相殺の主張がなくても裁判所が過失相殺をすることができるとで解する（判例）。

（論証2）「過失」を基礎づける事実の主張の要否

過失相殺における「過失」は、損害賠償請求権の減額という法律効果の発生に直接必要なものとして法律（民法722条2項）が定める要件事実であり、その「過失」を基礎づける事実（ここでは、評価根拠事実）は、「過失」という要件事実に該当する具体的事実として主要事実にあたる。

そうすると、本来的には、「過失」を基礎づける事実が弁論主義の適用対象である。

また、加害者による過失相殺の主張のみならず「過失」を基礎づける事実の主張すら不要であると考えれば、被害者に対して過失の評価障害事実について主張立証する契機が全く与えられないまま裁判所により過失相殺がされる可能性もあり、不意打ち防止という弁論主義の機能を著しく害する。

そこで、「過失」を基礎づける事実には弁論主義が適用されると解する（判例）。

〔論点14〕主張事実と認定事実との細部の不一致

主張事実と認定事実との細部の一致まで要求すると、当事者にとって酷であるとともに、具体的事例の解決にとっても正義に反する結果を導きかねない。

そこで、弁論主義の根拠と機能に反しない限りで、両者のそごが許容されるべきである。

弁論主義の根拠が私的自治の訴訟法的反映にあり、その機能が不意打ち防止にあることにかんがみ、主張事実と認定事実とのそごが、①主張当事者の意思に反するものではなく、かつ、②相手方当事者に不意打ちとならないのであれば、弁論主義に反しないと解する。³⁾

〔論点15〕主張の解釈の限界

主張事実と認定事実との間に社会観念上の同一性が認められない場合において、当事者の主張を解釈することにより、裁判所の認定事実の方に当事者の主張を合わせることは許されるか。

弁論主義の根拠が私的自治の訴訟法的反映にあり、その機能が不意打ち防止にあることにかんがみ、当事者の主張を解釈することにより裁判所の認定事実の方に当事者の主張を合わせることは、①主張当事者の意思に合致するものであり、かつ、②相手方当事者に不意打ちとならない合理的範囲内であれば、許されると解すべきである。

B

B 司 H2

最判 S27.11.27、最判 S26.2.22

最判 S45.6.24

³⁾ 判例がいう「社会観念上同一性が認められる限りで」という表現は、上記①・②の要件を意味していると解し得る。

第2節 釈明権

釈明権（149条）は、裁判所は当事者の弁論に後見的に協力することで弁論主義の形式的適用による不合理を是正するという、弁論主義の修正・補充原理である。また、請求の趣旨や原因に矛盾・不明瞭がある場合に申立事項を明瞭にすることで246条違反を防止するという意味で、処分権主義の修正・補充原理でもある。

釈明には、消極的釈明・積極的釈明がある。¹⁾

なお、行き過ぎた釈明は、かえって、当事者間の公平を害することになるから、釈明の内容には限界がある。

[論点1] 請求原因の変更を示唆する釈明

XはYに対して絵画甲に関する売買契約に基づいて絵画甲の引渡しを求める訴えを提起したところ、裁判所は、証拠調べの結果、絵画甲に関する契約は売買ではなく贈与であるとの心証を得たため、釈明権を行使して、Xに対して、贈与契約に基づいて絵画甲の引渡しを求めるつもりはないかと質問した。Xは、裁判所から釈明を求められたことをきっかけとして、旧訴訟物理論を前提として、訴えの変更（143条）により贈与契約に基づく絵画甲の引渡請求権を追加した。

釈明の制度は、弁論主義・処分権主義の修正・補充原理であり、事案の真相をきわめることにより当事者間における紛争の真の解決をはかることを目的とする。

そこで、①別個の法律構成に基づく事実関係が主張されるならば原告の請求を認容することができ、当事者間における紛争の根本的な解決が期待できるにかかわらず、原告においてそのような主張をせず、かつ、②そのような主張をしないことが明らかに原告の誤解又は不注意と認められるようなときは、請求原因の変更を示唆する釈明も許容され得ると解する（判例）。

[論点2] 不意打ち防止のための釈明義務

XがYに対してある土地中の甲・乙地域を所有することを前提として、甲・乙地域上に生立する立木の不法伐採を理由とする損害賠償を求める訴訟において、甲・乙地域で伐採された立木の損害額を一括して立証しているために、甲地域の伐採木材の本数と価格の総計を知ることができず、甲・乙各地域における伐採木材の価額を算出することができないという場合において、裁判所が乙地域のみが原告の所有に属するとの心証を得たときは、裁判所は、乙地域における伐採木材の数量・価格等の立証を促すことなく、乙地域における損害金額は証明が不十分であるとして請求棄却判決を下すことが許されるか。

甲・乙地域を所有することを前提とし、同地域上に生立する立木の不法伐採を理由とする損害賠償の請求の当否を判断するに当たり、乙地域のみが原告の所有に属するとの心証を得た以上、さらに乙地域に生立する立木で伐採されたものの数量・価額等について審理すべきことは当然である。

B 基礎応用 64～167 頁

予 H28

B

最判 S45.6.11・百 48

C

最判 S39.6.26・百 49

¹⁾ 処分権主義の適用領域は、弁論主義の適用領域に比べ、私的自治との対応関係が強いから、その分だけ、釈明による後見的介入は抑制的であるべきである。

その際、乙地域に生立^{せいりゅう}する立木で伐採されたものの数量・価額等の審理について、さらに新たな証拠を必要とする場合には、これについて全く証拠方法のないことが明らかであるときを除き、裁判所は当該当事者に証拠方法の提出を促すことを要する（判例）。

なぜならば、原告は裁判所の心証いかんを予期することを得ず、上記の数量・価額等の立証の必要性を知りえない以上、原告に実質的な手続保障を与えることで、不意打ちを防止する必要があるからである。

[論点 3] 釈明義務違反を理由とする控訴・上告

釈明義務違反は原則として判決の違法をもたらし、上訴理由となる。

もともと、第 1 審の釈明義務違反に対して控訴された場合、控訴審が事実審でありかつ第 1 審の続審であることから、控訴裁判所は自ら釈明権を行使して審理・判決をすればよく、第 1 審判決を取り消して差し戻す必要まではない。

そうすると、釈明義務違反が真に問題となるのは、上告審で控訴審の釈明義務違反が問題となった場合である。

上告審は法律審であるから、控訴審の釈明権の不行使が違法であると認められた場合には、必ず原判決を破棄して事件を差し戻さなければならない（312 条 3 項、318 条・325 条 2 項）。

では、いかなる場合に釈明義務違反が認められ、破棄差戻事由となるか。

裁判所が消極的釈明を怠り、判決の基礎をなす事実について矛盾・不明瞭があるのにそれを放置して判決がなされた場合には、釈明義務違反が認められる。

これに対し、積極的釈明については、争訟内容の自主的形成・公平裁判に対する信頼確保という弁論主義の諸機能を害するおそれもあるため、その懈怠について一律に上告理由とするべきではない。

そこで、積極的釈明の懈怠が釈明義務違反として上告理由になるか否かは、①判決における勝敗転換の蓋然性、②当事者の申立て・主張等の法的構成の当否・不備の有無・程度、③釈明がなくても適切な申立て・主張等がなされる期待可能性、④当事者間の公平、⑤その他（抜本的紛争解決の可能性、釈明による訴訟完結遅延のおそれ等）を総合考慮して判断するべきである。

[論点 4] 行き過ぎた釈明権の行使が違法となる場合

X の Y に対する貸金返還請求訴訟において、第一審裁判所が釈明権を行使して Y に対して消滅時効の抗弁を主張する意思の有無を確認した結果、Y が消滅時効の抗弁を主張したため、請求棄却判決が下され、X が釈明権行使の違法を理由として控訴した。

裁判所の行き過ぎた釈明に応じてなされた当事者の主張を判決の基礎とすることは違法であるとして原判決を破棄して事件を差し戻すことは、当事者が差戻審で改めて自発的に主張をするだけであるから、実益に乏しい。

だからといって、差し戻さずに破棄自判してその当事者を敗訴させることは、裁判所の落ち度を当事者に転嫁することとなり妥当でない。

そこで、行き過ぎた釈明権の行使は、違法とはならず、裁判所の行為規範としては行き過ぎた釈明は自戒するべきであるという意味で、釈明権行使にも限界が存在するにとどまると解すべきである。

[論点 5] 法的観点指摘義務

裁判所が当事者の気付いていない法的観点・法律構成を採用する場合には、釈明を要するか。

例えば、公序良俗違反等が争点となっていない場合に公序良俗違反等を認めるときや、当事者の主張事実から当事者主張の代物弁済ではなく譲渡担保を認定するときに問題となる。

確かに、弁論主義第1テーゼは専ら事実のみを対象とするものであり、当事者により主張された事実をどう法的に構成するのかは裁判所の専権である。

そうすると、裁判所が当事者から主張された事実について当事者の気付いていない法的観点で裁判をすることも無制限に許容されそうである。

しかし、訴訟における事実は実体法たる法的観点に支えられて収集され弁論に上程されるというものである意味で、法的観点と事実との間に関連性がある。

そこで、弁論主義の機能面である不意打ち防止の要請に照らし、裁判所は、当事者が気付いていない法的観点に従って裁判をする際には、釈明権(149条)を行使してその法的観点を当事者に示すことで、当事者に十分な主張立証活動の機会を保障するとともに、当事者・裁判所間で法的観点について十分に議論を尽くす義務(法的観点指摘義務)を負う場合があると解すべきである(判例)。

B 予 H28

名古屋高判 S52.3.28

第12章 既判力

第1節 総論

A 基礎応用 273~276 頁

1. 既判力の意義

A

確定判決には、主文に包含するものに限り、既判力が認められる（114条1項）。

既判力とは、確定判決の判断に与えられる通用性ないし拘束力をいう。

既判力は、前訴確定判決により一度決められたことを後訴で蒸し返すことを防止することを目的とするものである。

2. 既判力の本質・根拠

A

確定判決の既判力が作用する後訴においては、前訴基準時における訴訟物の存否の判断（114条2項の既判力が作用する後訴においては、反対債権の不存在についての判断）と矛盾抵触する当事者の主張は排斥され（消極的作用）、後訴裁判所も前訴基準時における判断を前提として判決しなければならない（積極的作用）。

〔論点1〕 既判力の本質

A

既判力の本質については、実体関係に作用すると理解する実体法説と、訴訟法上の効果を有するにとどまるとする訴訟法説がある。

いずれか一方の見解に全面的に依拠する必要はなく、実体法説的な面と訴訟法説的な面との両面がある、あるいは、当事者に作用していく面と裁判所に作用していく面と両面がある、と緩やかに捉えておくことで足りる。

〔論点2〕 既判力の根拠

A

当事者は訴訟手続上の自律的・主体的な地位を有するから、当事者がこのような地位に基づき攻撃防御を尽くして争う機会が与えられた権利又は法律関係に対する裁判所の判断内容については、①蒸し返しを許さないために終局性を与える必要があるとともに、②当事者に手続保障が与えられているため自己責任を問うことができる（二元説）。

3. 既判力による遮断を検討する際の確認事項

A

事案により、①~⑤について、どの順序で問題とするのかが変わり得る。

後訴での再度の審理判断の制限が問題となっている場合、①②③⑤で考える

①既判力の客観的範囲

➡前訴確定判決の既判力が、前訴確定判決の判断内容のどの部分に生じているのかを確認する（114条）。

②既判力が後訴に作用するか

➡既判力が生じている前訴確定判決の判断内容と矛盾抵触する主張が排斥されるのは、既判力が作用する後訴に限られる。逆にいうと、既判力が

作用しない後訴では、既判力が生じている前訴確定判決の判断内容と矛盾抵触する主張であっても、既判力によっては遮断されない。

③既判力が作用する後訴において遮断される主張

➡既判力が作用する後訴において、既判力により遮断される主張は、既判力が生じている前訴訴訟物たる権利関係の存否についての前訴確定判決の判断内容と矛盾抵触するものに限られる。

例えば、既判力が生じていない判決理由中の判断と矛盾抵触するにとどまる主張であれば、遮断されない。

➡既判力により確定されるのは、前訴基準時における訴訟物たる権利関係の存否にとどまる。

そのため、後訴において、前訴基準時よりも前の時点における訴訟物たる権利関係の存否を争う主張であれば、既判力が生じている前訴確定判決の判断内容と矛盾抵触する主張に当たらないから、遮断されない。¹⁾

④既判力の時的限界

➡既判力が生じている前訴訴訟物たる権利関係の存否についての前訴確定判決の判断内容と矛盾抵触する主張のうち、前訴基準時前の事由を主張するものは、既判力により遮断されるのが原則である。

例外的に、既判力の正当化根拠が前訴における手続保障を前提とする自己責任にあることから、基準時前の事由のうち、前訴で提出することに期待可能性がなかったものの主張については、既判力により遮断されないと解されているのである（期待可能性による調整）

➡既判力が生じている前訴訴訟物たる権利関係の存否についての前訴確定判決の判断内容と矛盾抵触する主張のうち、前訴基準時後の事由を主張するものは、既判力により遮断されない。²⁾

⑤既判力の主観的範囲（115条1項各号）

➡仮に、既判力が後訴に作用する場合であっても、前訴確定判決の既判力が後訴の当事者間に及ばないのであれば、既判力が生じている前訴確定判決の判断内容と矛盾抵触する主張は、遮断されない。

（具体例）

XのYに対する甲土地の所有権確認訴訟（＝前訴）において、令和3年4月1日に口頭弁論が終結し、請求棄却判決が言い渡され、この判決が確定した。その後、Xは、Yに対する甲土地の所有権確認訴訟（＝後訴）を提起し、

114条1項に基づく既判力を念頭に置いた説明

114条1項に基づく既判力を念頭に置いた説明

¹⁾ 前訴判決の既判力が生じている権利関係の基準時と後訴で前提問題とされている権利関係の基準時のずれは、既判力の「作用」場面では考慮しない。したがって、両者にずれがあっても先決関係が認められ、既判力が後訴に作用する。両者のずれは、②ではなく、③で問題にする。

²⁾ これは、前訴基準時後における訴訟物たる権利関係の存否という、既判力が生じていない権利関係を争うための主張であるという意味で、遮断が否定されるものであるから、③の亜型に位置づけることができる。

Xが甲土地の所有権を有することの理由として、令和2年4月1日にXがZから甲土地を購入したという事実を主張した。

まず、既判力は、前訴の確定判決の「主文に包含するもの」、すなわち訴訟物に対する判断についてのみ生じるのが原則である。前訴判決の既判力は、前訴基準時（令和3年4月1日）におけるXの甲土地所有権の不存在という判決主文中の判断に生じている（①）。

次に、114条1項に基づく既判力が作用するのは、前訴と後訴の訴訟物が同一・先決・矛盾関係のいずれかに該当する場合である。前訴と後訴の訴訟物はいずれもXの甲土地所有権であるから、同一関係を理由として、前訴判決の既判力が後訴に作用する（②）。

さらに、後訴において既判力の拘束を受けるのは、原則として、前訴で対立した「当事者」間のみである（115条1項1号）。後訴におけるX及びYは前訴で対立した当事者であるから、前訴判決の既判力の拘束を受ける。また、これに伴い、後訴裁判所も前訴判決の既判力の拘束を受ける（③）。その結果、後訴裁判所は、X及びYからXの甲土地所有権の不存在を争うために前訴基準時前の事由が主張された場合にはそれを排斥しつつ（既判力の消極的作用 - 遮断効）、前訴基準時におけるXの甲土地所有権の不存在という前訴判決の判断内容を前提として後訴基準時におけるXの甲土地所有権の存否について審理し、判決をすることになる（既判力の積極的作用）。

そして、Xが甲土地の所有権を有することの理由として、令和2年4月1日にXがZから甲土地を購入したという事実を主張することは、前訴基準時前の事実を主張して前訴判決の既判力が生じている前訴基準時におけるXの甲土地所有権の不存在という判断内容を争うものであるから（③、④）、既判力の消極的作用により遮断される。

以上より、後訴裁判所は、前訴基準時以降におけるXの甲土地所有権の取得原因事実が主張・立証されない限り、請求原因事実が認められないとの理由から請求を棄却する判決を言い渡すことになる。

第2節. 既判力の作用

前訴判決の既判力が後訴において当事者及び後訴裁判所を拘束するのは、前訴と後訴が既判力の作用が認められる関係に立つ場合に限られる。したがって、前訴と後訴の関係からして前訴判決の既判力が後訴に作用しない場合には、仮に後訴の当事者が前訴判決の既判力が生じている判決主文中の判断内容と矛盾する主張をしたとしても、その主張は既判力によって遮断されない（ただ、前訴と後訴とが既判力の作用が認められる関係にない場合に、後訴において当事者が前訴判決の既判力が生じている判決主文中の判断内容と矛盾する主張をすることになる事態は稀であろう。）。

A 基礎応用 277～283 頁

司 H27 司 H28 予 H24 予 R4

A

A

論文試験では、事案によって①・②を使い分ければよい(説明しやすい方を選択する。)

1. 消極的作用・積極的作用

(1) 消極的作用

既判力が作用する後訴において、当事者は、既判力の生じた判断を争うことはできない（遮断効：既判力の生じた判断に反する主張・証拠申出は排斥される）。

(2) 積極的作用

既判力が作用する後訴において、裁判所は、既判力の生じた判断を前提として判決をしなければならない。

2. 既判力が作用する場面

114条1項に基づく既判力が作用するのは、「前訴と後訴の訴訟物どうし」の関係が「同一・先決・矛盾関係」のいずれかに該当する場合である。

(1) 同一関係

訴訟物どうしを比較して、前訴の訴訟物と後訴の訴訟物が同一である場合をいう。¹⁾

(2) 先決関係

訴訟物どうしを比較して、前訴における訴訟物が後訴における訴訟物の前提問題（先決問題）になっている場合をいう。

(3) 矛盾関係

前訴における訴訟物と後訴における訴訟物とが、実体法上論理的に正反対の関係に立っていると評価される場合をいう。

矛盾関係については、①訴訟物どうしを比較して判断する（比較の際に、前訴確定判決の主文中の判断内容までは見ない）見解と、②前訴確定判決の主文中の判断内容と後訴の訴訟物を比較して判断する見解がある。

(4) 具体的事例

[例1] 所有権確認請求

XのYに対する甲土地の所有権確認請求 ○
YのXに対する甲土地の所有権確認請求

¹⁾ 前訴で全部勝訴した原告が再び同一訴訟物につき訴えを提起した場合には、本案審理レベルの問題である既判力の作用を考える前に訴えの利益の有無を検討する必要がある（論証集 35頁・第4節の1）。司 H21

一物一権主義の下、実体法上、同一不動産について X・Y 双方の単独所有権を認めることはできない。

そうすると、前訴の訴訟物と後訴の訴訟物は、一物一権主義を媒介として、矛盾関係に立つ。

[例 2] 不当利得返還請求

X の Y に対する貸金返還請求 ○

Y の X に対する不当利得返還請求（敗訴判決に従い支払った金銭の返還）

不当利得返還請求権の内容は原物返還を原則とするから、後訴で返還が求められている金銭は、前訴の請求客体である貸金と同一物であると評価される。そうすると、前訴の訴訟物と後訴の訴訟物の間には、同一物に関する行ったり来たりの正反対の請求という意味で、矛盾関係が認められる。

また、後訴の訴訟物は、前訴の訴訟物である給付請求権の不存在を「法律上の原因」の不存在という請求原因とするという意味で、前訴の訴訟物を前提問題にしているといえるから、先決関係にあるともいえる。

[例 3] 判決の騙取としての不法行為に基づく損害賠償請求権

X の Y に対する貸金返還請求 ○

Y の X に対する支払った貸金相当額の損害の賠償請求（不法行為責任）

損害賠償請求における給付客体は、金銭賠償の原則に基づき、金銭に転化することになる。そうすると、前訴の訴訟物と後訴の訴訟物は、いずれも金銭を給付客体とするものであっても、金銭賠償の原則により後者の給付客体は金銭に転化していることから、給付客体の同一性が切断されることになる。したがって、両者は、同一客体に関する行ったり来たりの正反対の請求という関係にないから、矛盾関係を認めることができない。

では、先決関係はどうか。確かに、後訴原告が、前訴の訴訟物である給付請求権の不存在自体を後訴の請求原因（権利侵害・損害）として構成しているのであれば、先決関係を肯定し得る。しかし、これと異なり、前訴の手続過程全体が不法行為に当たるという形で請求原因を構成している場合には、前訴の訴訟物である給付請求権が後訴の訴訟物の前提問題にされているとはいえないから、先決関係を認めることができない。²⁾

（補足）

前訴で敗訴した前诉被告が前訴確定判決の不正取得を理由として不法行為に基づく損害賠償を求めて後訴を提起する場合において後訴を制限する構成としては、①前訴確定判決の既判力が後訴に作用するとした上で後訴における前诉被告の主張のうち前訴確定判決の主文中の内容と矛盾するものを排斥することで請求を棄却するものと、②前訴確定判決の既判力が後訴に作用することを否定しつつ、請求認容のために必要とされる請求原因として、本来的要件（故意過失、権利利益侵害、損害、因果関係）に加え「特別の事情」も要求する（請求原因を加重する）というものがある。

①による説明である。②からも、一物一権主義を媒介として矛盾関係が認められる。

判例は先決関係も認めていない（最判 H22.4.13・H22 重判 3）

²⁾ 判例は、先決関係も認めていない（最判 H22.4.13・H22 重判 3）。このように、先決関係の成否は後訴原告による請求原因の構成の仕方によって変わり得ると考えられる。

「確定判決…の成立過程における相手方の不法行為を理由として、確定判決の既判力ある判断と実質的に矛盾する損害賠償請求をすることは、確定判決の既判力による法的安定を著しく害する結果となるから、原則として許されるべきではなく、当事者の一方の行為が著しく正義に反し、確定判決の既判力による法的安定の要請を考慮してもなお容認し得ないような特別な事情がある場合に限って、許される」とした最高裁平成10年判決の立場については、②で理解するのが一般的である。

最判 H10.9.10・百 37①

したがって、前诉被告が前訴の訴訟物である給付請求権の不存在自体を後訴の請求原因として構成しているため先決関係を認めることができるかどうか、会話文で既判力の作用を認める方向で論じるように指示があるなどの事情がない限り、①を否定した上で、②を論じることになる。

もっとも、①で理解することも可能である。例えば、最高裁平成10年判決で問題となった後訴の請求のうち、前訴確定判決に従い債務の弁済として支払った28万円の賠償を求める請求については、次のように考える見解もある。まず、⑦既判力が作用する場面のうち矛盾関係について「前訴確定判決の判断内容と後訴の訴訟物」を比較する立場から、「請求原因事実そのものから前訴確定判決と実質的に矛盾する請求であることが明らかになっている」として、「実質的に矛盾」することをもって矛盾関係を認め、既判力の作用を肯定する。次に、④「前訴確定判決の存在が請求原因事実の一部となっていることから、そのままでは主張自体失当になってしまう」との理由から、既判力の消極的作用による遮断を掻い潜るためのかさ上げ要件として、請求原因事実として「特段の事情」ありも主張する必要があると考えるのである。

【例4】前訴の訴訟物が後訴の抗弁に位置づけられる場合

XのYに対する甲建物の賃借権確認請求 ○

YのXに対する甲建物の所有権に基づく甲建物の明渡請求

まず、後訴では、前訴の訴訟物である甲建物の賃借権の存在が、占有権原の抗弁として主張されることが予想されるという意味で、前訴の訴訟物が後訴の前提問題となるとして、先決関係を認めることができる。

次に、前訴確定判決では、後訴の訴訟物である所有権に基づく返還請求権の発生を障害することになる賃借権が存在するということが確定されている。そうすると、矛盾関係について、前訴確定判決の主文中の判断内容と後訴の訴訟物を比較して判断する見解からは、前訴判決主文中の判断内容と後訴の訴訟物が矛盾することになるから、矛盾関係が認められる。

【例5】明示の一部請求の訴訟物と残部請求の訴訟物の関係

XのYに対する売買代金の一部（150万円／400万円）の支払請求 ×

XのYに対する売買代金の残部（250万円／400万円）の支払請求

…略… 一部請求の場合、一部であることの明示があれば、訴訟物は債権の一部に限定され、確定判決の既判力も債権の一部についてのみ生じると解する。

前訴の訴訟物は代金支払請求権400万円のうち明示された150万円に限

予 H24

定される。そうすると、前訴の訴訟物は、後訴の訴訟物である代金支払請求権の残部である 250 万円と同一性を有しないから、同一関係は認められない。また、矛盾関係も認められない。

では、先決関係はどうか。確かに、前訴の訴訟物と後訴の訴訟物は、同じ売買契約に基づく実体法上 1 個の代金支払請求権であるから、後訴では、前訴と同様、売買契約の成否（や有効性）が前提問題となる。しかし、売買契約の成否（や有効性）は前訴の訴訟物ではなく、前訴判決の理由中の判断事項にとどまるから、後訴において前訴の訴訟物が前提問題となっているとはいえない。したがって、先決関係も認められないから、前訴判決の既判力は後訴に作用しない。³⁾

3. 既判力が作用する場面に関する補足

既判力の本質は、前訴確定判決の既判力により一度決められたことの蒸し返しを許さないとすることにある。

したがって、前訴確定判決の既判力が後訴に作用するかは、①「後訴への作用が問題となっている既判力により確定されたこと」と「後訴の訴訟物」を比較して、②両者が「同一・先決・矛盾」の関係にあるか否かにより判断することになる。

114 条 1 項に基づく既判力の作用が問題となっている場面では、①「後訴の訴訟物」との比較対象になる「後訴への作用が問題となっている既判力により確定されたこと」とは、前訴の訴訟物である。前訴の訴訟物と後訴の訴訟物を比較して、両者が同一・先決・矛盾のいずれかの関係にあるのであれば、前訴の訴訟物の存否について生じている前訴確定判決の既判力が後訴に作用する。

114 条 2 項に基づく既判力の作用が問題となっている場面では、①「後訴の訴訟物」との比較対象になる「後訴への作用が問題となっている既判力により確定されたこと」とは、前訴で相殺の抗弁に供されることで訴訟物に対抗した反対債権（訴訟物に対抗した額に限る）である。反対債権と後訴の訴訟物を比較して、両者が同一・先決・矛盾のいずれかの関係にあるのであれば、反対債権の不存在について生じている前訴確定判決の既判力が後訴に作用する。

A

①は比較の対象、②は比較の基準
(視点)である。

司 H27

³⁾ 明示の一部請求に対する請求棄却判決の既判力が残部請求に作用しないため、既判力の作用によって残部請求が封じられることはないが、一部請求に対する請求棄却判決の確定後における残部請求は、特段の事情が認められない限り、実質的な前訴の蒸し返しとして信義則により禁止される（訴えが不適法却下される）（論証集 158 頁 [論点 1]）。

第14章 多数当事者訴訟

第1節 共同訴訟

1. 通常共同訴訟

(1) 意義

必要的共同訴訟でない共同訴訟は、通常共同訴訟となる。

通常共同訴訟の提起が許されるためには、①訴訟の目的である権利又は義務が数人について共通であること、②その権利義務が同一の事実上及び法律上の原因に基づくこと、③その権利義務が同種であって事実上及び法律上同種の原因に基づくこと、のいずれかを満たすことが必要である（38条）。

このうち①は、訴訟物が同一であること、又は訴訟物の基礎となる権利関係について共通性が認められることを意味する。

(2) 共同訴訟人独立の原則

共同訴訟人独立の原則は、通常共同訴訟では、各共同訴訟人は他の共同訴訟人に制約されることなくそれぞれ独立に相手方に対する訴訟を進行する権能を有するという建前をいう（39条）。

同原則は、通常共同訴訟における各訴訟の訴訟物は、必要的共同訴訟（40条）と異なり、法律上合一確定が要請されるほどに相互に強い関連性を有するものではないため、裁判の統一よりも共同訴訟人の手続保障を重視し、共同訴訟人各自に独立の訴訟手続を保障するという考え方を基礎としている。

ア. 主張共通の原則

共同訴訟人間の主張共通の原則とは、「共同訴訟人の一人による事実主張を他の共同訴訟人が積極的に援用しないときにも、裁判所が当該事実を他の共同訴訟人についての訴訟資料とすることができる」というものである。

〔論点1〕主張共通の原則¹⁾

Xは、Yに対して300万円を貸し付け、その際、ZがYの債務を保証したと主張して、Y及びZを共同被告として訴えを提起し、Yに対しては貸金の返還を請求し、Zに対しては保証債務の履行を請求した。Yが貸金300万円を弁済した旨を主張したが、Zはそのような主張をしなかった場合、裁判所は、貸金300万円の弁済の事実を判決の基礎とすることで、XのZに対する請求を棄却することができるか。

本件訴訟は通常共同訴訟であるから、共同訴訟人独立の原則の適用により、Yによる弁済の主張は当然にはZとの関係で効力を有しない。

弁論主義の下、裁判所は当事者によって主張されていない事実を判決の基礎とすることができず（弁論主義第1テーゼ）、ここでいう事実には少なくとも主要事実が含まれる。

弁済の事実、弁済の抗弁の要件事実に該当する主要事実であるから、Zがこれを主張していないにもかかわらず裁判所が弁済の事実を判決の基

A 基礎応用 344～347 頁

司 H18 司 H23 司 H30 司 R2

予 H30

司 H18 司 H23 司 R2

A

¹⁾ 判例は、共同訴訟人間に補助参加の利益がある場合に補助参加の申出がなくても当然に補助参加がされた同一の効果を認めるという当然の補助参加の理論について、「いかなる関係があるときこのような効果を認めるかに関して明確な基準を欠き、徒らに訴訟を混乱せしめる」との理由から、否定している（最判 S43.9.12・百90）。

礎とすることは、弁論主義に違反するはずである。

個別訴訟が束になっているにすぎない通常共同訴訟では、各訴訟が別訴として存在するものと同視されることにより訴訟ごとに弁論主義が適用されるため、主張共通の原則を認めると、当該事実を主張していない共同訴訟人の訴訟との関係において当事者が主張していない事実を判決の基礎にすることになるから、弁論主義第一テーゼに抵触する。

また、通常共同訴訟では、請求間の関連性が必ずしも強くないために、共同訴訟人の歩調が常に合っているとは限らないから、主張共通を認めると不意打ちの結果を招来することになりかねない。

そこで、共同訴訟人間の主張共通の原則は認められないと解する（判例）。

A

イ. 証拠共通の原則

共同訴訟人間の証拠共通の原則とは、「共同訴訟人の一人が申し出た証拠は、申出をしていない他の共同訴訟人に関する事実認定にも使用されてよい」とする原則をいう。

〔論点 2〕 証拠共通の原則

〔論点 1〕の訴訟において、Y は弁済の事実を主張した上で弁済の事実を立証するための証拠として受取証書を提出したが、Z は弁済の事実を主張するにとどまり本件受取証書の証拠調べの結果を援用することもしなかったとする。裁判所は、XZ 間の訴訟において、Y が提出した受取証書を証拠として、弁済の事実を認定することができるか。

本件訴訟は通常共同訴訟であるから、共同訴訟人独立の原則の適用により、Y による受取証書の提出は当然には Z との関係で効力を有しない。

弁論主義の下、裁判所が取調べることができる証拠は当事者が申し出たものに限られる（弁論主義第 3 テーゼ）。

XZ 間の訴訟において Y だけが提出した受取証書を事実認定に供することは、弁論主義第 3 テーゼに抵触しそうである。

もっとも、共同訴訟人間の証拠共通の原則を認めることができないか。

確かに、個別訴訟が束になっているにすぎない通常共同訴訟では、各訴訟が別訴として存在するものと同視されることにより訴訟ごとに弁論主義が適用されるため、証拠共通の原則を認めると、当該証拠方法を申し出していない共同訴訟人の訴訟との関係において当事者が申し出していない証拠方法が使用されることになり、弁論主義第 3 テーゼに抵触する。

しかし、弁論主義第 3 テーゼの機能は不意打ち防止にあるところ²⁾、通常共同訴訟では、各訴訟が同一期日に共同して実施されるため、共同訴訟人の一人が提出した証拠にも、他の共同訴訟人が証拠調べに関与する機会がある。

そこで、かかる機会が与えられている限りで共同訴訟人間の証拠共通の原則が認められると解する。

A 司 H18 司 R2

²⁾ ここでいう「不意打ち」とは、証拠調べに関与する機会がなかった証拠が自己に関する事実認定に用いられることによる不意打ちを意味する。

2. 同時審判申出共同訴訟

(1) 概要

同時審判申出共同訴訟は、実体法上択一関係にある複数の請求について原告が両負けすることを防止するために、弁論の分離と一部判決を禁止することで同じ裁判官が統一的な判断を下すことができるようにする制度である(41条1項)。

同時審判申出共同訴訟は通常共同訴訟であるから、弁論の分離・一部判決以外については、共同訴訟人独立の原則(39条)が適用される。

(2) 被告両名に対する請求が「法律上併存し得ない関係」にあること

同時審判申出共同訴訟の要件の一つとして、被告両名に対する請求が「法律上併存し得ない関係」にあることが必要であり(41条1項)、これは、一方の請求の請求原因事実が他方の請求に対する抗弁事実該当する場合を意味する。

(3) 控訴審における両負けの可能性

同時審判申出共同訴訟では、弁論の分離と一部判決が禁止される(41条1項)一方で、それ以外のことについては通常共同訴訟人独立の原則(39条)が適用され、後者の一環として、控訴不可分の原則も働かない。

したがって、請求認容判決に対してのみ控訴がなされたにとどまるという場合には、控訴がなかった他方の請求については控訴期間の経過により請求棄却の第一審判決が確定するために、控訴審において控訴があった請求についても棄却されることにより原告が両負けする可能性がある。

[論点1] 控訴審における両負け防止の可能性

例えば、Xは、Y及びZを共同被告として、Yに対しては有権代理を前提として売買代金の支払を請求し、Zに対しては民法117条に基づく無権代理人の責任を追及する請求をし、同時審判の申出をしたという事案において、第一審においてXのYに対する請求を棄却する判決とXのZに対する請求を認容する判決が言い渡され、Zのみが請求認容判決に対して控訴したにとどまる場合、控訴がなかったXのYに対する請求については控訴期間の経過により請求棄却の第一審判決が確定するために、控訴審においてXのZに対する請求も棄却されることによりXが両負けする可能性がある。

1. 「X→Y棄却、X→Z認容」の場合に、Zのみが控訴したとき

控訴不可分の原則の適用により、Zの控訴により、控訴があったXのZに対する請求だけでなく、控訴がなかったXのYに対する請求についても確定遮断効と移審効が生じるとも思える。

しかし、通常共同訴訟(38条)である同時審判申出共同訴訟(41条)では弁論の分離・一部判決の禁止以外については通常共同訴訟人独立の原則(39条)が適用されるから、控訴不可分の原則は働かない。

そのため、控訴のなかったXのYに対する請求については、確定遮断効も移審効も生じないから、控訴期間の経過により請求棄却の原判決が確定する(116条)。

したがって、XのYに対する請求とXのZに対する請求とで審判の統

A 基礎応用 348~351 頁

司 H24 予 H30

予 H30

A 司 H24

一が図られず、控訴審において X の Z に対する請求も棄却されることにより X が両負けする可能性がある。

2. 「X→Y 棄却、X→Z 認容」の場合に、Z のみならず X も控訴したとき X と Z が控訴しているため、X の Y に対する請求と X の Z に対する請求の双方について確定遮断効と移審効が生じ、これに対する不服が控訴審の審判対象となる。

そして、同時審判申出共同訴訟において各請求について各別に控訴がされると、各請求が控訴裁判所に各別に係属することになり併合関係が一旦解消されるが、控訴審においても同時審判を確保する必要性から、控訴裁判所は各請求を併合審理しなければならない（41 条 3 項）。

したがって、控訴審においても弁論と裁判が併合され、これにより事実上審判の統一が図られ、その限りで X の両負けが防止される。

（4）訴えの主観的予備的併合

訴えの主観的予備的併合とは、数人の又は数人に対する請求が実体法上両立し得ない関係にある場合に、原告の両負けを防止するために、一方を主位的請求とし、主位的請求が認容されることを解除条件として予備的請求の審判を申し立てる併合形態をいう。

例えば、本人に対する契約責任と無権代理人に対する民法 117 条 1 項の責任、占有者と所有者の工作物責任（民法 717 条）などで問題となる（なお、同時審判申出共同訴訟を用いることができない、共同被告に対する請求が事実上併存しえない場合についても問題となる。）。

〔論点 2〕 訴えの主観的予備的併合の肯否

主位的被告に対する請求認容判決の確定により予備的被告の同意なしに予備的被告に対する訴訟係属は遡及的に消滅する点や、後日再び同一請求について訴えられる可能性もある点で、予備的被告の地位が不安定であるとともに、原告の便益に比べて不公平である。

また、同時審判申出共同訴訟（41 条）の新設により、原告の両負け防止の要請はほとんど達成できる。³⁾

そこで、訴えの主観的予備的併合は認められないと解する（判例）。

B 司 H24

最判 S43.3.8・百 A28

3. 必要的共同訴訟

A 基礎応用 351～359 頁

（1）意義

必要的共同訴訟とは、必ず一定範囲の者の共同訴訟としなければならない訴訟であり、「訴訟の目的が共同訴訟人の全員について合一にのみ確定すべき場合」（40 条 1 項）に成立するものである。

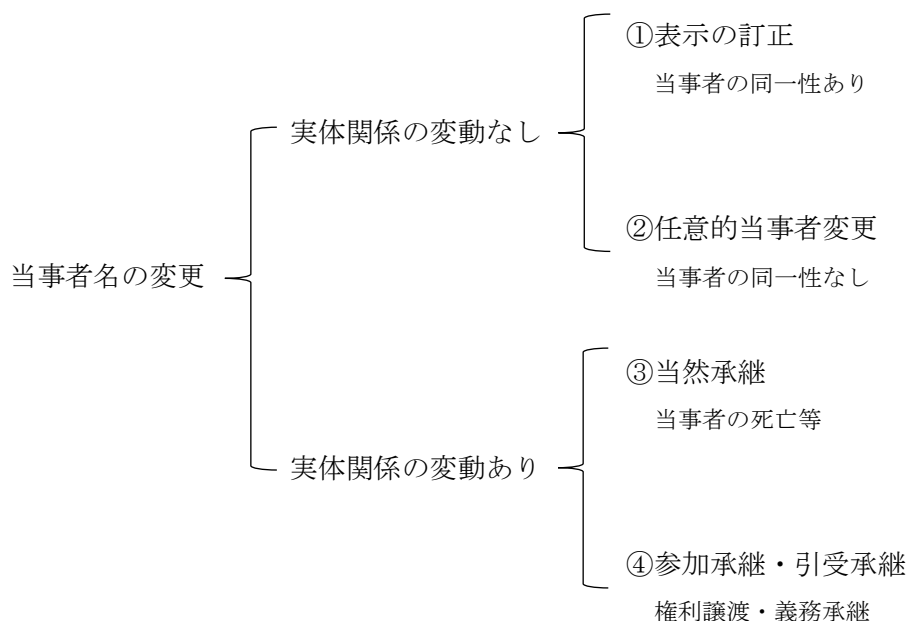
必要的共同訴訟には、一人ひとりによる個別訴訟は当事者適格を欠くものとして許されない固有必要的共同訴訟と、一人ひとりによる個別訴訟は禁じ

³⁾ 「ほとんど」とされるのは、例えば、同時審判申出共同訴訟では、審判の同時性はあるが、40 条の準用がないことから、共同被告ごとに異なる訴訟行為も許容されることとなるからである。

第15章 当事者の交替

第1節. 任意的当事者変更

B 基礎応用 391~392 頁



1. 意義

当事者の交替とは、第三者が従来の当事者と入れ替わって訴訟を続行することをいう。

訴訟係属中に紛争主体たる地位の交替が生じた場合には、訴訟承継が問題となる。

これに対し、紛争主体たる地位の交替を伴うことなく、請求についての当事者が当事者適格を欠く者から当事者適格者に入れ替わる場合には、任意的当事者変更が問題となる。

任意的当事者変更とは、訴訟係属後、原告が当初の被告以外の当事者適格者に訴えを向け変え、又は当初の原告以外の当事者適格者が原告と入れ替わって訴訟を進行することをいい、「承継関係なき適格者との交替」と呼ばれることもある。

表示の訂正とは、訂正前後で当事者の同一性がないという点で異なる。また、訴訟承継とは、新旧当事者間で紛争主体たる地位の承継関係がない点で異なる。

2. 趣旨・利点

任意的当事者変更の趣旨は、訴状の訂正が認められない場合における原告の救済及び訴訟経済にある。仮にこれが認められないとすると、例えば被告とすべき者を誤った原告は別訴を提起しなければならなくなり、当事者・裁判所の従来の訴訟行為がすべて無駄となる。

任意的当事者変更の利点は、訴状の当事者の記載の訂正が認められない場合に従来の訴訟手続を継続利用できることにある。しかし、訴訟承継と異なり、

新旧当事者間には紛争主体たる地位の承継関係すら存在しないことから、続行
手続における新当事者の手続保障の観点から、当然には前当事者の訴訟上の地
位の新当事者への全面的な帰属（＝訴訟状態帰属効・訴訟状態帰属効）を認め
ることができない。

3. 論点

〔論点 1〕 任意的当事者変更の性質・手続

B

任意的当事者変更は、新訴の主観的追加的併合とその後における旧訴の取
下げの二つの行為の複合であり、それぞれ別個にその要件を具備する必要が
あると解する（新訴提起旧訴取下説）。

そして、新当事者双方の審級の利益との関係で、原則として第一審係属中
に限って認められると解する。もっとも、新当事者の同意がある場合又は変
更前後で訴訟追行主体の実質的同一である場合には、控訴審でも可能である。

〔論点 2〕 訴訟状態帰属効

B

新当事者は旧当事者の訴訟上の地位を承継するか。

任意的当事者変更の場合には、変更前の訴訟追行は当事者適格を欠く旧当
事者により行われていたものであるから、旧当事者による代替的手続保障を
認めることができないのが通常である。

そこで、原則として訴訟状態帰属効は認められないと解する。

もっとも、旧当事者の訴訟追行を新当事者のそれと同視できる場合には、
手続保障の代行があったといえるから、訴訟状態帰属効が認められると解す
る。

(参考文献)

- ・「重点講義 民事訴訟法(上)」第2版補訂版(著:高橋宏志-有斐閣)
- ・「重点講義 民事訴訟法(下)」第2版補訂版(著:高橋宏志-有斐閣)
- ・「民事訴訟法概論」初版(著:高橋宏志-有斐閣)
- ・「読解 民事訴訟法」初版(著:勅使川原和彦-有斐閣)
- ・「基礎からわかる民事訴訟法」第2版(著:和田吉弘-商事法務)
- ・「新民事訴訟法講義」第3版(著:中野貞一郎ほか-有斐閣大学双書)
- ・「新民事訴訟法」第6版(著:新堂幸司-弘文堂)
- ・「民事訴訟法」第7版(著:上田徹一郎-法学書院)
- ・「民事訴訟法」第8版(著:伊藤眞-有斐閣)
- ・「リーガルクエスト民事訴訟法」第4版(著:三木浩一ほか-有斐閣)
- ・「解析 民事訴訟」第2版(著:藤田広美-東京大学出版会)
- ・「講義 民事訴訟」第3版(著:藤田広美-東京大学出版会)
- ・「要件事実論30講」第4版(編著:村田渉・山野目章夫-弘文堂)
- ・「紛争類型別の要件事実」4訂(法曹会)
- ・「新問題研究 要件事実」(法曹界)
- ・「民事訴訟法講義案」3訂版(司法協会)
- ・「民事訴訟法判例百選」第6版(有斐閣)
- ・「重要判例解説」平成18年度～令和4年度(有斐閣)
- ・「法学セミナー増刊 新司法試験の問題と解説」2006～2011(日本評論社)
- ・「法学セミナー増刊 司法試験の問題と解説」2012～2023(日本評論社)
- ・「受験新報」2006～2016(法学書院)
- ・「法学教室」2006Apr.NO.307(有斐閣)
- ・「事例で考える民事事実認定」(司法研修所)
- ・「民事執行・保全法概説」第3版(著:中野貞一郎-有斐閣)