

訴えの取下げと請求の放棄との異同について説明せよ。

解答例

1 訴えの取下げと請求の放棄は、いずれも当事者、特に原告の意思による訴訟の終了原因であり、処分権主義の現れとしての制度である。しかし、それぞれその要件・効果が異なるから、以下で、これを説明する。

2 制度の目的・趣旨

訴えの取下げは民事訴訟の制度の利用を撤回するとの裁判所に対する意思表示である。原告による紛争処理の方法選択の自由を保障する機能が認められる。

一方、請求の放棄は請求に理由がないことを認めるものであり、紛争を終結させるものである。私法上の権利の処分は自由であるから、訴訟における紛争終結の自由も保障する趣旨である。

3 要件

(1)ア 訴えの取下げは、判決が確定するまですることができる。訴えの全部だけでなく一部を取り下げること可能である(261条1項)。これは紛争処理方式の選択の自由を可及的に保障するためである。

ただし、相手方が本案について準備書面を提出し、弁論準備手続において申述をし、又は口頭弁論をした後、で取り下げるには、相手方の同意が必要である(261条2項本文)。これは、相手方が争う構えを見せた場合、確定判決、特に自己の勝訴判決を得る利益を任意に失わせることができないからである。

上記の趣旨が当たらないことから、取下げの書面の送達を受けた日から二週間以内に相手方が異議を述べないときは、訴えの取下げに同意したものとみなされる(261条5項)。

さらに、本訴の取下げがあった場合における反訴の取下げについては、同意は必要ない(261条2項但書)。

イ 手続的要件としては、原則として書面でしなければならない(261条3項)。取下げの意思を明確にするためである。

似ているもの間で違う点が問われている...ということで、共通点についての指摘を少しだけした

目的・趣旨の違いは、両者間で違いが生まれる根本的な部分であるから、まずこの点から説明をすることにした

要件・効果の順で論じることが座りがよいと考え、先に要件から論じた

相手方の同意について、いちいち説明をした

訴えの取下げ同意の擬制、反訴の取下げについての論述は加算事由(両者の違いを端的に述べるという意味では論じない方がよいかもしれない...が、念のため載せた)

実体的要件に対し手続はどうかの論述

例外として口頭弁論等の期日においては、口頭であることが許される。これは、期日における陳述は公的な陳述として慎重にされることが期待されるし、裁判所もその意思を確認することができるからである。

(2)ア 一方、請求の放棄は、口頭弁論の終結まですることができる。

しかし、請求の放棄がされた場合、後で述べるように紛争解決基準は残るから、相手方の同意は必要ないが、訴訟要件の具備が必要であると考ええる。また係争利益について当事者に処分権があることも要求される。

イ 手続的な要件として、請求の放棄又は認諾は、口頭弁論等の期日においてする(266条1項)。

この際、請求の放棄をする旨の書面の提出があり、当事者が口頭弁論等の期日に出頭しないときは、裁判所又は受命裁判官若しくは受託裁判官は、その旨の陳述をしたものとみなすことができる。

4 効果

(1)ア 訴えの取下げの効果として、訴訟係属が遡及的に消滅する(262条1項)。取下げの趣旨を実現するためである。そのため、後に説明する請求の放棄とは異なり、同一の請求について再度自由に争うことが可能である。

ただし、相手方の地位を不安定にすることは許されないため取下げの撤回は許されない。しかし、訴訟終了後は手続が積み重ならず手続の安定を害することにならないから、意思に瑕疵がある場合、これを主張し、取下げの効力を争うことができる。

イ また、本案について終局判決があった後に訴えを取り下げた者は、同一の訴えを提起することができない(262条2項)。この趣旨には争いがあるが、裁判所の判決に至る努力を徒労に帰せしめた制裁であると同時に、訴権の濫用を防ぐ点にあると考ええる。

この再訴禁止効が発生する範囲として、「同一の訴え」の意義が問題となる。

これは、当事者及び訴訟物の同一性が認められるだけでなく、再訴の提起を必要ならしめた訴えの利益についての事情の同一まで必要であると考ええる。このような事情の同一性が認められなければ、制裁をすべきでないし、訴権の濫用も認められないからである。

(2) 一方、請求の放棄が記載された調書には、その記載

書面で申立をしなければならぬ趣旨に反しないことから認められる、書面によらない例外

(1)で実体的要件、(2)で手続的要件という構成を対応させた。また、説明の中では前に指摘した趣旨を生かした論述をする

この点は細かいから指摘がなくても大した失点にはならないだろう

効果が趣旨に対応するものであることが分かるように配慮して説明する

再訴禁止効。後の訴訟行為に対する制限として、放棄の調書に与えられる既判力に対応する

要件の解釈はした方が望ましいが、答案の分量が多くなり過ぎそうな場合は省略してもよいだろう

主要な効果。紛争解決基準

には、確定判決と同一の効力が発生する(267条1項)。確定判決の効力としては、具体的には訴訟終了効の他、既判力の発生が考えられる。既判力の発生は、紛争解決基準を定立し、安易に請求の放棄と矛盾した行為をすることを許さないために必要である。

しかし、完全な既判力の発生を認めると、放棄の意思に瑕疵がある場合、特に錯誤により放棄をした場合に放棄の効力を否定することができなくなる。放棄は、判決とは異なり、裁判所が十分な審理を経て慎重な判断の下に下した公権的判断判断ではないから、完全に同様の効力を認めるになじまない。

思うに、確定判決と同様の効力を認める根拠は、当事者の意思に求めるしかない。とすれば放棄に対応する意思がない場合、判決効の発生を否定しなければならない。

よって、放棄の調書の効力を、対応する意思に欠けることを理由に争うことはできると考える。争うための手続としては、訴訟終了効も争うことになる以上から、裁判所に期日の申立をして手続の続行によると考える。

以上

が残る場合であることに対応する説明

制限的既判力説の論証。もう少し短いものでもよいだろう。

第2問

甲は、その建物を乙に賃貸しているが、自己使用の必要があるので、その建物の返還を求めようと考えている。

乙は、その建物を妻子と居住し、さらに一部屋を友人丙に間貸ししていたところ、丙と不仲になり、現在、丙に対する明渡請求訴訟が係属中である。

右の場合に、甲は、どのような手続をとれば、その目的を達することができるか。

解答例

1(1) 甲が乙に賃貸している建物の返還を求める手段としては、建物の明渡を求める訴えによることが考えられる。しかし、建物は乙の他にその妻子及び丙も占有しているから、自己使用のためにはこれらの者にも明渡を求めなければならない。

仮に乙に訴えを起こした場合、明渡を認容する判決の効力が妻子及び丙にも拡張されるならば、これで目的は達成できる。その根拠は「請求の目的物を所持する者」(115条4号)に求めることが考えられるが、その範

乙に対する訴え。最も基本的な方法から

問題点...他の占有者も排除する方法を検討する必要性を示す

一つの方針を示す

条文の指摘, 解釈

困は必ずしも明らかではない。

(2) 「請求の目的物を所持する者」に判決効が拡張されるのは、この者が当事者に従属した地位にあり、独立した手続保障の必要性がないからである。上記文言の意義はこのような趣旨にかなうか否かという観点から決すべきである。

(3) とすれば、乙の妻子はまさに「請求の目的物を所持する者」にあたる。

しかし、丙は転借権者であるから、乙の賃借権を基礎にしながらも独自の利益が保障されるべき地位にある。よって丙には乙と別に特別の手続保障が必要であるから、「請求の目的物を所持する者」にはあたらない。

よって、甲は単に乙に対して訴えを提起するのみでは丙に対して明渡を請求することができず、その目的を達することはできない。

2 (1) 丙にも明渡請求をするため、丙にも独立して訴えを提起することが考えられる。しかし、この方法による場合、審理・判決とも別々になされることになるから、訴訟不経済である上に、判決が区々になるおそれもある。

(2) そこで、乙丙を共同被告として建物明渡請求の訴えをすることが考えられる。この場合、審理はまとめてなされるから、訴訟不経済の問題は解消できる。しかし、仮に本件訴訟形態が通常共同訴訟となれば、共同訴訟人独立の原則（39条）が妥当する。その結果、証拠共通のみしか認められず、弁論の分離も可能であるから、判決が区々になるおそれがある。

そこで、乙丙への訴訟を類似必要的共同訴訟として必要的共同訴訟の審判の原則（40条）が適用することが考えられる。これが認められれば、判決の合一確定まで保障される。

しかし、必要的共同訴訟とされる範囲を安易に拡大すれば、当事者間の訴訟行為の自由、本件ならば乙丙の自由が害され、それぞれの手続保障が十分でなくなるおそれがある。

よって、必要的共同訴訟とする範囲は、判決効が拡張される場合に限定すべきである。すなわち、本件乙丙に対する訴えは、通常共同訴訟の形態により実施されることになる。

(3)ア 一方で、本件では乙丙間に訴訟が係属中である。よって甲は乙丙間の訴訟に参加して、必要な主張をする

論証

あてはめ。妻子については「請求の目的物を所持する者」の典型例なので簡単でよい

結論

丙に明渡を求めるための構成を別に考える。まずは、もっとも基本的なものから

共同訴訟の紹介に入る

必要的共同訴訟の審判の原則が導入できるかについて検討。ここは思いつきにくい。

結論

既に係属した訴訟を利用する方法。こちらを検討する実

ことが考えられる。この場合、甲乙丙間の事情の審理がまとめてなされるから、訴訟不経済の問題も解消できる。

イ 他人間の訴訟に参加する方法として、補助参加（４２条）、独立当事者参加（４７条）、共同訴訟参加（５２条）などが考えられる。このうち、共同訴訟参加は参加の結果必要的共同訴訟を形成する場合に限られるから、本件甲がこれによることはできない。

一方、補助参加による場合、乙丙間の訴えにおいて下される判決の効力は甲に及ばない。よって、その目的を達成するには乙丙に対し改めて訴えを提起しなければならず、迂遠な方法といわざるをえない。

ウ そこで、本件甲は乙丙間の訴訟に独立当事者参加によるのが適切であると思われる。特に独立当事者参加の場合、必要的共同訴訟の審判の原則が適用され（４７条４項）、判決の合一確定も保障される。これが認められれば、前段で述べた通常共同訴訟の方法によるよりも、甲の目的達成の観点で有利である。

問題は、甲がその要件を満たすかである。本件の場合、甲は自己の所有権ないし貸主たる地位を乙丙に積極的に主張することになるから、権利主張参加の可否を検討するのが適当である。そのためには、甲が「訴訟の目的の...が自己の権利であることを主張する」ことが必要であるが、この意義をどのように考えるべきか。

この点は、合一確定の利益を得させるため広く考えることが必要であると同時に、他の制度との関係で独立当事者参加の制度の独自の意義が発揮できる解釈を取るべきである。具体的には、参加人の請求が本訴の請求と両立し得ない関係にあることをもって必要十分であると考えられる。両立しうる場合は、合一確定の制度による必要はない上に、通常の制度によった方が訴訟行為の自由が保障され、好ましいからである。

本件の場合、乙の丙に対する明渡請求と甲の乙丙に対する明渡請求は、たとえば丙にとってはいずれかしか履行できないから、互いに両立し得ない関係にあるといえる。よって、甲は権利主張参加の方法により乙丙間の訴訟に独立当事者参加ができる。

以上より、甲がその目的を達成する手段は複数あるが、乙丙間の訴訟への独立当事者参加の手続を採ることが最適といえる。

以上

益も示した

複数の手段をあげ、それぞれに検討を加える方式を採用した

補助参加が効果的でないことの指摘

真打ち登場？独立当事者参加の可否を検討する。メリットをあげて検討する価値が高いことから示した

利用できなければ意味がないので、要件を満たすことを確認

論証

結論

まとめ。問いに答える

昭和 60 年度

第 1 問

原告が当初から数個の請求を併合して提起した訴訟における審理及び判決について述べよ。

解答例

1 原告が当初から数個の請求を併合して提起した訴訟としては、固有の客観的併合と共同訴訟が考えられる。

これらの訴訟においては、単純併合、選択的併合、予備的併合という複数の併合形態が考えられ、それぞれでは審理及び判決において異なった規律がされる。また共同訴訟では複数の適用される審判の原則が考えられる。そこで、以上の観点を考えられる場合を分類して、審理及び判決について述べる。

2 固有の客観的併合

(1) 請求の併合が行われた場合、併合要件が訴訟要件の一つとして職権調査の対象になる。ただ、要件が欠けても、たとえば弁論を分離して別の訴えとして扱うことが可能であるから、不適法却下とする必要はない。またある請求が他の裁判所の専属管轄に属する場合は移送の裁判を行うことになる。

また、併合請求についての訴訟資料及び証拠資料は共通である。1の訴訟手続において審理がされる以上当然である。

以下、併合形態ごとに異なる点について順に述べる。

(2)ア 単純併合

原告が特に条件をつけないで数個の請求に対して審判を申し立てる場合における併合形態である。この場合、裁判所は原告の申立の全部に対応して審理を行い、判決をする義務がある。ただし、審理の進行状況に応じて必要があれば弁論を分離することもできる。

弁論の分離がされなかった場合、数個の請求全部に対して判決がされて始めて全部判決（243条1項）となる。これに対して、一部の請求に対してのみされた判決は一部判決として適法である。

全部判決における一部の請求について上訴がされた場

項目を立てる

さらに項目が細かく枝分けする

ここは一応、固有の客観的併合全部に関連する「審理」に関する説明であるが、省略してもよいだろう。答案が4ページを超えてしまうので、これ以降「省略してよい」とコメントした部分はすべて参考として論じていると考えてもらいたい

審理と判決のルールを明らかにする

上訴に関わらず事情を論じ

合，上訴不可分の原則により全部の請求について移審の効果が生じ，上訴の対象とならなかった請求についての判決も確定しない（116条2項）。ただし，上訴審における審判の範囲は不服を申し立てられた請求部分に限られる（296条1項）。

イ 選択的併合

数個の請求のうちいずれかの請求が認容されることを解除条件として他の請求について審判を申し立てる場合における併合形態である。この併合形態は，実体法上請求権競合の関係にある場合，旧訴訟物理論の立場から二重給付を認めないという必要性から認められるものである。

この場合，無条件に審判を求める請求は存在しないから，数個の請求につき審判をする順序について裁判所は拘束されない。ただし，選択的併合では数個の請求について統一的審理がされることを予定しているから，裁判所が弁論を分離することは許されない。

ある請求が認容された場合，他の請求に対して判決をする必要はない。裁判所が請求のすべてに判決をする義務を負うのは請求棄却判決をする場合である。このため一部判決は許されない。

また上訴がされた場合，全部判決に対する上訴であるから，他の請求への審判申立ても解除条件付きのまま上訴審に移審する。この場合，上訴審で，始めて審判対象になる請求があることになるが，すべての請求において訴訟資料は共通するから審級の利益は害されない。

ウ 予備的併合

実体法上両立しない関係にある数個の請求について，あるものについて無条件に審判を求め，他のものについて前者の認容を解除条件として審判を申し立てる場合における併合形態である。

この場合，裁判所はまず無条件に審判が求められる請求（主位的請求）について審判をし，これが排斥される場合に他の請求（予備的請求）の審判をすることが義務づけられる。また，統一的審理が予定されていることから弁論の分離は許されない。そのため，主位的請求を認容する場合，裁判所は予備的請求について審判をする必要はなく，主位請求に対する判決が全部判決になる。この意味で一部判決は許されない。

さらに上訴との関係であるが，主位請求が認容され，

ると，答案が長くなりすぎるから，省略するのも手である...が，余裕がある限り論述はしたい

単純併合で論じた事項と対応させて論じる。「定義 審判の順序 弁論の分離の可否 全部判決をする必要があるか 一部判決の可否 上訴との関係」

上訴についてはなるべく簡単にまとめた

選択的併合に関する論述に対応させる形で論じる

被告が上訴した場合、予備的請求も上訴審に移審する。その結果、上訴審が主位的請求を認容する判決を取り消した場合、予備的請求も上訴審の審判対象になる。この場合、予備的請求は上訴審で始めて審判されることになるが、これと主位的請求の基礎となる事実は密接に関連しているから、審級の利益を害するとはいえない。

一方、予備的請求認容の判決に対する上訴において、被告のみが上訴した場合、主位的請求は審判の対象とならない。原告が不服申立てをしていないからである。

3 共同訴訟

(1)ア 共同訴訟とは1の訴訟手続における原告または被告、もしくはその両者が多数人をもって構成される訴訟形態である。

共同訴訟における審理及び判決について、合一確定の要請がない場合、通常共同訴訟として共同訴訟人独立の原則(39条)が適用される。この場合、共同訴訟人の1人がした訴訟行為、または受けた訴訟行為、1人に生じた事項は他の共同訴訟人に影響を及ぼさない。よって、事実の主張や自白など訴訟資料に関わる訴訟行為の効力も他の共同訴訟人に影響を及ぼさないことになる。

そのため、1の手続で審理がされても、それぞれの共同訴訟人についての訴訟資料は区々になり、判決の合一確定も保障されないことが原則となる。一部判決、弁論の分離とも許される。ある者が上訴した場合も他の者に影響を及ぼさない。

イ ただし、ある共同訴訟人が提出した証拠は、他の共同訴訟人による援用の有無に関わらず、すべての共同訴訟人に共通して裁判所は事実認定の資料にすることができる(証拠共通の原則)。これは、自由心証主義の下ある証拠から得られる心証は1つしかないからである。1の手続による意義を確保するためにも上記建前を採らなければならない。

また、複数被告に対する請求が法律上併存し得ない関係にある場合、統一的審理が期待される。そのため、原告の同時審判の申立てを条件に、裁判所の弁論分離の権限が否定され、控訴審における弁論の併合も強制されることになる(以上41条)。

(2) 一方、判決内容の合一確定が要請される場合、必要的共同訴訟の審判の原則が採られる(40条)。

この場合、共同訴訟人の行為は、全員の利益になる場

問いから受ける印象からすれば、共同訴訟の場合は論じなくてよいとも思える

審理・判決の特徴を論じるための前振り

審理・判決の特徴。互いに独立しているのが原則

例外的に他の共同訴訟人に影響がある場合。

同時審判の申立

必要的共同訴訟の審判の原則と、それによる審理・判決におけるルール

合だけ効果が生じ、相手方の訴訟行為は全員に効果が生じる。その結果、共同訴訟人間で訴訟資料が統一されることになる。また、訴訟進行を統一の要請もあるから、裁判所が弁論の分離をし、一部判決をすることは許されない。

さらに、ある者が上訴した場合、全員について判決の確定が遮断され、移審の効果が生じ、全員が上訴人としての地位を獲得することになる。

以 上

第 2 問

A は Y から同人所有の土地を買い受けた後死亡し、A の子 X 1、X 2 が相続したところ、右土地を占有し、かつ、所有権の登記を有している Y との間で所有権の帰属について争いが生じた。なお、A の相続人は X 1、X 2 のみである。

この場合、X 1、X 2 は Y に対してどのような訴えを提起することができるか。

解答例

一 1 本件では被相続人 A が買い受けたはずの土地を Y が占有し、登記名義を有している。そこで、A の相続人 X 1、X 2 は土地の権利の確認、登記の移転及び土地の引渡しを請求することが考えられる。

以上の請求してすることができる訴えとしては、それぞれが単独でするものと、共同してするものがありうる。しかし、共有物に関する訴えは、共有者 X 1、X 2 が全員でなければすることができないとも考えられる。すなわち、固有必要的共同訴訟とされる基準をどのように考えるべきか。明文なく問題となる。

2 思うに、実体法にて単独の処分権が与えられていない場合、訴訟が実体法上の権利の実現手続である以上、訴訟上もまた単独の訴えは提起できないと考えられる。

また、必要的共同訴訟とされる場合、全員が共同でなければ当事者適格が認められないし、独自の審判の原則が適用される（40条）。よって、必要的共同訴訟が要求される範囲を当初から明らかにする必要があるので、訴訟物である権利関係をめぐる関与者の地位との関係で客観的に決定できなければならない。

そのため、固有必要的共同訴訟になるかどうかは、ま

請求を導く論述

後で提起できる訴えを挙げる際に一種の項目として役立つ

必要的共同訴訟になるかならないかを検討しなければならないことを指摘

論証

ずは実体法を基準として決することになる。

しかし、例えば、被告複数の固有必要的共同訴訟とした場合、被告全員が揃わない限り訴えができないということになると、原告の訴権が害されるおそれがある。すなわち、必要的共同訴訟とされる範囲は、実体法のみならず、手続上の要求も考慮して決しなければならないことになる。

二 1 以上を踏まえ、具体的に共有関係における必要的共同訴訟が要求される範囲を述べる。

(1)まず、実体法上単独で処分できない権利が訴訟物となっている場合は原則として固有必要的共同訴訟になる。

すなわち、共有関係にあることの確認の訴えにおいては必要的共同訴訟が成立するといわざるをえない。この点は、所有権が否定されるおそれを考慮すると、当該法律関係に関わる当事者全員の訴訟関与の機会を確保すべき点からも基礎づけられる。

よって、共有関係にあることの確認の訴えはX 1, X 2が共同してのみ訴えの提起ができる。この際、Yが土地の登記名義を持ち、占有をしていることから給付の訴えによるべきとも考えられる。となると、確認の訴えの利益の有無も検討しなければならないであろう。

(2)しかし、登記の移転請求または土地全部の明渡請求は単独できると考える。これらの請求を共同でする場合は、通常共同訴訟になる。実体法上不可分債権にかかるものであるし、個別訴訟を認める範囲を広く考えた方が、一部の共有者が提訴を拒否しても訴権行使を認めることができるからである。

この場合、他の当事者の権利保護の要請は、訴訟告知や、それに基づく補助参加、独立した訴えを提起させた上で弁論の併合をするなどの方法により図るべきである。

2 他方、共有者は持分を自由に処分できるから、持分権に関わる訴訟では個別訴訟を認め得ることになる。すなわち、共有持分を有することの確認の訴え、共有持分に基づく明渡請求、登記の移転請求は単独ですることができる。

また、これらを共同でした場合は、通常共同訴訟が成立する。確認の訴えをする場合は、特に訴えの利益の存在が問題になることは二 1 (1)と同様である。

以上

あてはめ

実体・手続の双方から結論を基礎づけること

訴えの提起が「できるか」と問われているが、確認の訴えの提起が可能だとは限らないので、一応配慮した

手続上の考慮。単独訴訟を認めても問題がないとの指摘

持分に関する訴訟はまとめて論じる

単独で訴え提起ができるものを通常共同訴訟によっても構わない点に注意

昭和 61 年度
第 1 問

甲は、乙からの 300 万円の借入金債務の残額が 130 万円であると主張し、乙に対して、右借入金債務は 130 万円を超えては存在しないことの確認を求める訴えを提起した。

裁判所が審理の結果、次の判決を言い渡したとして、その判決について論ぜよ。

1 甲の乙に対する債務の残額が 200 万円であると認め、「原告の請求を棄却する。」との判決。

2 甲の乙に対する債務の残額が 100 万円であると認め、「借入金債務は 100 万円を超えては存在しないことを確認する。」との判決。

解答例

一 小問 1 について

1 原告甲の債務の残額が 130 万円であるとの主張に対し、裁判所認定事実は 200 万円であるから、甲の請求を認容することはできない。これを受けて、裁判所の全部棄却判決を下すことは構わないと思える。

しかし、認定された 200 万円を下に、「借入金債務は 200 万円を超えては存在しないことを確認する。」という判決を下すことも考えられる。

後者の判決は、甲の請求に比較して不利だが、300 万円全部の債務が存在するとしたものではない。よって、これは一部認容判決の一種とみることができるが、一部認容判決は、申立事項を超えた判決として、246 条に反するのではないか。

2 (1) 思うに、246 条の趣旨は、請求にかかる原告の意思を尊重すると同時に、被告の不意打ちを防止する点にある。とすれば、いずれの点でも不利益がなければ、246 条に反するとはいえず、許される。

ここで一部認容判決は、全部棄却よりは有利だから原告の意思に反するとはいえない。被告も、全部認容を覚悟できるから、不利益もその範囲に収まる以上、不意打ちにはならない。よって、一般的に一部認容判決を下すことは、違法ではない。

(2) ただ、本件の場合、債務の残額が原告が期待した額よりも不利な額で確定することになる。これは原告の意思に反するものとみえなくはない。

まず書き出しでは、全部棄却判決が下された理由を明らかにした

一部認容判決の可能性を示唆

一部認容判決の可否の問題に持ち込む

原告の意思と被告への不意打ち防止という 2 点から論述を構成

債務不存在確認の訴えにおける一部認容判決の特殊性に配慮した論述

しかし、正確な残額を掲げない限り全部棄却とするならば、紛争解決のため再度訴えを提起する必要があることになり迂遠である。とすれば、残額を確定させる一部認容判決も、原告の合理的意思に反するものではない。

とすれば、本件の場合、「借受金債務は200万円を超えては存在しないことを確認する。」との一部認容判決を下すことは適法であり、それが望ましいといえる。

3 よって、債務の残額が200万円であると認める限り、紛争の一回的解決、訴訟経済の観点から上記の一部認容判決を下すべきであり、本小問に掲げられた判決は適切な判決ではない。甲は上の判決を控訴により争うことができる。

しかし、本小問の判決は必ずしも違法な判決ではないので上告はできない。

確定した場合は、甲乙は残債務額を自由に争える。ただし、甲は自ら自認した130万円について争うことはできないと考える。この根拠は、訴訟物の枠外であるから、既判力によるものではなく、信義則上のものである。

二 小問2について

1 本件判決では、甲の申立が債務の残額を130万円であるとするものであるのに対し、100万円であることを確認する判決を下している。これも、申立事項と判決との不一致があるものとして違法な判決である可能性がある。

2 上のような判決は原告に有利なものとして、その意思に反しないかにみえる。しかし、原告には審判の範囲を画する自由があり、原告の申立事項を超えた判断は、たとえ原告の申立よりも有利なものであっても、原告の合理的意思に反するものというべきである。

ここに本件訴訟の審判対象は、甲が掲げた130万円から、債権の上限である300万円の範囲である。とすれば、この範囲から逸脱した判決を下すのは、原告の意思に反する。しかも、被告にとっても、悪くても130万円の残債務額が決まると考える以上、不意打ちになる。

3 よって、本小問の、「借受金債務は100万円を超えては存在しないことを確認する。」との判決は、訴えの変更(143条)を伴わない限り、許されない違法な判決となる。よって、控訴・上告による取消の対象になる。

一方、争われず確定した場合、既判力が発生する。具

結論

一部認容判決を下すことができ、それが望ましい旨の指摘

1の判決が違法ではない点の指摘

「判決を論ぜよ」という問いにあわせて、判決の効力を明らかにした

簡単な問題であるが、1との間で論述の分量に差が開きすぎるのはよくないから、少し丁寧に論じた

原告の意思に反することの指摘

被告の意思に反することの指摘

結論

ここは加点事由だろう

体的には債務の不存在が確定する範囲として、甲が主張した130万円を超える範囲における債務の不存在が確定する。裁判所が認定した残り30万円の部分は、訴訟物ではないのでその不存在が確定するわけではない。とはいえ、この30万円は甲が自認した範囲だから、前段と同じで改めて甲が争えるわけではない。

以上

第2問

甲は、駐車場として乙が使用している土地をその所有者Aから買い受けたと主張し、乙に対して、所有権に基づき土地の明渡を求める訴えを提起した。

乙はA甲間の売買の事実を認め、裁判所は和解勧告のため期日を続行したところ、次の期日になって、甲は、土地所有権侵害を理由として賃料相当損害金の支払を求める請求を追加した。

乙は、従前の態度を変えて、A甲間の売買の事実を争うことができるか。

解答例

1 乙が、いったん認めたA甲間の売買の事実を争うには、当初の自己がした訴訟行為の撤回が許される必要がある。

本来、訴訟行為の撤回は自由に認められる。しかし、本件A甲間の売買の事実は甲の主張事実であり、その請求を基礎づける事実である。このような不利益な事実を認めた以上自白が成立し、乙による自白の撤回が制限されると考えられる。

そこで、自白が成立した場合、その撤回が制限される範囲をどのように考えるべきか。明文なく問題になる。

2(1) 自白が成立した場合、不要証となる上に(179条)、弁論主義が適用される場合には裁判所が拘束され、異なる事実の認定ができなくなる。自白の撤回が制限されるのは、このような相手方に与えられた有利な地位を任意に奪うことが禁反言に触れる(2条)からである。

よって、相手方に有利な地位が与えられたとはいえない場合等、撤回が禁反言に触れるとはいえない事情がある場合は自白の撤回が許されると考える。

(2)まず、自白が成立したとしても、裁判所拘束力が発生しない場合には撤回が許される。この場合、裁判所が異

論述の方針を示す。争えるかという問いを答えやすい形に変換する意味がある。

自白が当事者を拘束することの指摘

問題提起

自白が当事者を拘束することの根拠

弁論主義の適用範囲について

なる事実を認定する可能性がある以上、撤回を認めても相手方にとってそれほど不利益を与えないからである。

そのような範囲としては、原則として主要事実の範囲に限定されると考える。主要な争点となる部分にのみ拘束力を発生させれば目的は達せられるし、自由心証主義（247条）の尊重の必要があるからである。

A甲間の売買の事実は、所有権取得の来歴経過にあたる事実として、主要事実にあたると思われる。よって、自白の裁判所拘束力が発生し、当事者の拘束力も原則として発生すると考える。

3(1)とはいえ、相手方の得た地位を否定しても禁反言にあたるといえないならば、撤回は認められる。

そのような場合として、まず相手方の同意がある場合があげられる。さらに、刑事上罰すべき行為により自白がされた場合も、再審事由ですらあるから（338条5号）、無条件の撤回を認めてよい。

また、自白した事実につき反事実かつ錯誤の証明がされた場合、そのような事実を基礎に裁判をすることは不当であり、自白者の権利も未だ保護に値するから、撤回が許されるところである。

本件では、上のような事情は問題文にない。となると、乙による自白の撤回は認められないことになる。

(2)この点、自白の撤回が禁反言に反するかという点に着目すると、甲がした請求の追加により乙の地位が一変するような場合には上記の場合以外の撤回を認める余地があるとも思える。

しかし、自白が成立した際、裁判所は当該事実を一律に判決の基礎に取り込まなければならない。にもかかわらずそのような個別的観点を取り込むと、審理が混乱するおそれがある。

また、訴えの変更は請求の基礎の同一性が認められる場合などの要件が満たされなければ許されず、これにより被告は保護される。とすれば、追加的変更が適法である限り、乙の保護に反しないことになる。また、違法である場合は、追加的変更自体が許されず、やはり乙の保護に反しない。

以上から、乙の撤回を認めないという結論により一貫させるべきである。

以 上

判例によった。本当は論点だが、後半との比較で論述のバランスが悪くならないようにこの程度の説明に止めた

違った方向で、撤回ができる範囲を考える

同意ある場合

刑事上罰すべき行為がある場合

反事実かつ錯誤の場合

原則として撤回ができないことを簡単に示す

上の結論の妥当性を検証

基準の明確性が重要であるとの説明

被告への保護

結論

昭和 62 年度

第 1 問

A 県に居住する甲は、B 県に居住する乙に対する 500 万円の売買代金の請求につき、管轄裁判所を C 県に所在する C 地方裁判所とする旨の合意があるとして、同裁判所に訴えを提起した。同裁判所がこの訴訟を B 県に所在する B 地方裁判所に移送することができる場合について説明せよ。

解答例

1 B 県に所在する B 地方裁判所への移送の可否につき、これは被告たる乙の居住地であるから、法定管轄裁判所である(4条1項)。

しかし、本件の場合、C 県所在の C 地方裁判所を管轄裁判所とする旨の合意があると甲が主張している。土地管轄は合意により変更できるから(11条)、甲の主張が事実である限り、当事者の意思を尊重し、C 地方裁判所で審理をするのが原則であるということになる。

しかし、当事者の意思の尊重の観点から移送が必要な場合がある。すなわち、当事者の申立および相手方の同意がある場合、19条所定の要件の下で他の裁判所に移送しなければならない。

本件の場合も、当事者の一方による B 地方裁判所への移送の申立があれば、19条所定の要件の下、B 裁判所への移送をしなければならない。

しかし、甲はあえて法定管轄を避けて、合意管轄に従い訴えを提起したのであるから、移送の申立やそれへの同意が得られるとは考えにくい。

2(1) 一方、当事者間に有効な合意があっても、これに反する移送が必要な場合がある。それは当事者間に形式的な合意があるに過ぎない場合で、合意による管轄に従うことが一方当事者に著しく有利な結果を生む場合である。

このような場合、移送により不利な立場にある者の訴訟による権利救済の途を確保しなければならない。

(2)ア 法もこれを受けて、「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必要があると認めるとき」に移送を認めている(17条)。特に、「当事者間の衡平

B 地方裁判所への移送が可能であるには、B 地方裁判所が管轄裁判所といえる必要がある。16条以下各条文参照。

原則を指摘する

当事者の意思によるという点で共通する事項の指摘

本件事情を考慮した論述

それ以外に移送ができる場合

有利な者は合意しないだろうから権利救済の必要あり

を図るため必要があると認められる場合に当たるか否かという点の柔軟な運用を通じて、上記の場合に妥当な結論を導くことができる。

イ 特に当事者の合意が付加的合意による場合は、上の移送を認めることは当事者の意思に反する度合いは弱く、問題は無い。

これに対し、専属的合意がある場合に上の移送を認めることは、当事者の意思の自由との観点で問題があるとも思える。しかし、上記のような移送の必要性が認められる場合、意思の自由は、後見的な立場から制限されざるを得ない。

法は、この点を明らかにするため、専属管轄の場合における移送の制限を、合意管轄による専属管轄を含まないものとしている（20条）。

(3)ア また、管轄の合意が不当な結論を生む場合、当該定めを無効とする構成も考えられる。この場合、管轄違いの場合として移送が可能である（16条1項）。

まず、合意の要件を満たさない場合（11条）がある。本問では11条1項の要件は満たすが、2項の要件、つまり書面による合意の有無は明らかでない。この点を満たさなければ、合意は無効となる。

イ また、合意が訴訟無能力者によってなされた場合も、当該合意も無効となる。

ウ さらに、管轄の合意は訴訟契約たる私法行為であるから、これには民法における意思表示の規定の適用があると考えられる。

よって、公序良俗違反（民法90条）、錯誤（民法95条）、詐欺・強迫（民法96条1項）により無効・取消の主張が認められる場合、管轄の合意は無効であり、C裁判所は管轄裁判所ではないことになる。

となると、法定の管轄裁判所たるB裁判所へ移送ができるし、しなければならない。

以上

問題文には専属的合意か付加的合意かが指摘されていない。ただ、いずれでも結論は同じになるから、当事者の意思が不明確な場合にいずれも考えるべきかについての論述はしなくてよいだろう

管轄の合意が無効な場合。合意が無効ということは問題文にない特別事情であるから、これはイレギュラーな場合として、最後に論じた

結論

第2問

相殺に関する次の事項について論ぜよ。

- 1 被告が弁済の抗弁と相殺の抗弁の双方を主張しているときの審理及び判断の順序
- 2 相殺の抗弁により請求棄却判決を得た被告が控訴をすることの適否

3 請求認容判決を受けた被告が判決確定後に相殺権を行使して履行を拒絶することの可否

解答例

一 小問1について

1 弁済の抗弁と相殺の抗弁における審理及び判断の順序をどのように考えるべきか。明文なく問題となる。

問題提起。問題点は明文がないこと

2 (1)本来、複数の抗弁における審理及び判断の順序は、裁判長の訴訟指揮権(148条)により自由に決せられる。請求に対する判断のみがされ、そこに既判力が発生するに過ぎない(114条1項)以上、抗弁についてどのような順序で検討しても当事者に不利益はない。ならば、充実・迅速な審理を可能にすべく、審理の順序は裁判所の裁量的判断に任せるべきだからである。

原則から明らかにする。理由も忘れない

よって、仮に当事者が、一方の抗弁が排斥されることを条件に、他方の抗弁の審理を求めたとしても、裁判所は拘束されない。このことは、手続の安定などの要請から、訴訟行為に条件を付すことが許されないとの原則からも基礎づけられる。

この段落は省略可能

(2)しかし、相殺の抗弁は、債務の存在を認めた上で主張するものであるから、このような抗弁をもって請求棄却の判決が下されても、被告にとって実質的な敗訴を意味するものである。また、相殺の抗弁においては理由中の判断に既判力が発生する(114条2項)。とすれば、弁済の抗弁と相殺の抗弁のいずれが先に審理され、判断されるかについて当事者は利害関係を持つ。

相殺の抗弁の特殊性を指摘する

また、弁済の抗弁は弁済の事実のみ審理すればこれを認めることができる。しかし、相殺の抗弁を採用するには、既判力の発生観点から両債権の存在の確認から十分な審理をしなければならない。とすれば、弁済の抗弁の主張について審理をすることは合理的であるともいえる。

3 よって、裁判所は相殺の抗弁に先んじて弁済の抗弁について審理及び判断をしなければならないと考える。

結論

二 小問2について

1 控訴の適否の判断にあたっては、控訴が不服申立ての制度であることから、控訴の利益の有無を確認しなければならない。ところが、本小問の場合、請求棄却の判決を被告が得ている以上、控訴の利益は認められないの

方針を定める

問題点の指摘

ではないか。控訴の利益の判断基準が問題となる。

2 この点、いかなる場合に上訴が許されるかについては明確な判断を可能にする必要がある。また、実体的な不服までも上訴の利益を肯定すれば、紛争解決が長引くおそれもある。

そこで、原審における申立てと原裁判とを形式的に比較して、前者が後者に及ばない場合にのみ訴えの利益を認めるべきである(形式的不服説)。

3 これによると請求棄却の判決を得た被告にはやはり控訴の利益が認められないとも思える。しかし、前述の通り、相殺の抗弁を根拠とした勝訴判決は自己の債権の消滅に既判力が発生し、実質的には敗訴判決とみることができる。とすれば、異なる抗弁の主張の主張により、上記のような不利な効力が自己に及ぶことを否定する手段を認める必要がある。

よって、相殺の抗弁により請求棄却の判決の判決を受けた場合は、他の抗弁による請求棄却判決を求めて控訴することは例外的に許されると考える。

三 小問3について

1 被告は請求認容判決を得ており、これは債権の存在を前提とするものである。ここで、被告が後訴で相殺権を行使した場合、前訴の判決と矛盾するとみられることもできる。

とすれば、このような被告の主張は既判力によって遮断されるのではないか。既判力の時的限界が働く基準が明文上明らかでなく問題となる。

2 権利関係は、訴訟中も時の経過とともに発生・変更・消滅して変動するから、判決で確定できるのは、ある時点における権利関係に限定される。この時点とは、訴訟資料の提出が可能な最後の時点である事実審の最終口頭弁論終結の時ということになる。

とすれば、判決の確定による主張制限の有無は、このような時点における権利関係との関係で決せられることになる。具体的には基準時前から既に存在していた事由を後訴で提出して争うことはできなくなる。

3 これによると、判決確定前から可能な相殺権の主張は制限されることになりそうである。

しかし、既に述べたように相殺の抗弁の援用は自己の出捐を伴うので、最後の手段としての性質があり、前訴における提出を期待できない。また、自働債権は訴訟物

規範定立。上訴の利益の有無について明確な判断ができなければ当事者を害するとして基準の明確性を理由とした

相殺の抗弁の特殊性を考慮しながらあてはめをする

結論

なぜ問題が出てくるかを丁寧に説明

問題提起

基準時を明らかにする

規範定立

あてはめ

相殺の抗弁の特殊性を説明。ここは他の小問の解答と構成を同じにした

たる受働債権とは全く別個の債権であり、審理された訴訟物と別個の法律関係に関わるということもできる。

よって、例外的に後訴における相殺権の行使は既判力により遮断されない。よって、被告が判決確定後に相殺権を行使して履行を拒絶することは許されることになる。

以上

結論

昭和 63 年度

第 1 問

訴訟要件についての職権調査と職権探知

解答例

1 (1) まず職権調査とは、当事者の異議や申立てがないまま、裁判所が自発的に調査することである。

訴訟要件の存否については、原則として職権調査主義が採られ、裁判所に職権調査が義務づけられる。

民事訴訟が公的な紛争処理制度であることに対応し、訴訟要件の多くにおいて、迅速かつ効果的な事件解決など公益を確保することが目的とされている。

また、請求が本案判決による紛争解決になじむかどうかは、当事者の判断に委ねられるべきものではない。職権調査主義が採られる理由は上の点に求められる。

(2) 職権調査主義が採られる理由は上のような点にある。よって、もっぱら私的な利益の確保にその趣旨が認められる訴訟要件については、上記の建前は取られない。

これを抗弁事項と呼び、仲裁合意や、不起訴の合意の存在などがその例である。以上の事項について裁判所は当事者の申立を待って調査をすれば足りるし、そうしなければならぬ。

2 (1) 次に、職権探知とは、裁判に必要な資料の収集を裁判所が職権で行うことである。職権調査は調査の開始の問題であるのに対し、職権探知は資料の収集という別の場面の問題である。ただ、いずれの建前も裁判所が主導権を握るというものである。

訴訟要件の存否にかかる判断における資料の収集についても、訴訟要件を設けた理由が公益確保にあることから、職権探知主義が妥当する。

職権調査の意義

「訴訟要件についての」職権調査についての説明に移る理由づけ。直前の内容は争いが無いことなので、結論理由の順序で説明をするとよい

職権調査が妥当しない例外についての説明

職権探知の意義

職権調査との関係

職権調査事項 職権探知主義という公式を示す

これに対し、抗弁事項については私的な利益の確保に重点がおかれ、職権調査主義が妥当しないことから、資料の収集においても弁論主義が採られる。ここに弁論主義とは、裁判に必要な資料の収集を当事者の権能と責任とする建前のことである。

(2) ただ、職権調査主義が妥当する訴訟要件であっても、すべて職権探知主義が妥当するわけではない。

訴訟要件の中には、本案の判断と密接に関連しているものがある。この場合に職権探知を認めると、本案判断のための資料収集において弁論主義が採られた意味が失われる場合がある。かつ、公益確保の要請がそれほど強くないなら職権探知主義を採るまでもない。

よって、このような場合には職権探知は許されないと考える。そのような訴訟要件として、任意管轄の存否、当事者適格、訴えの利益が挙げられる。

以上

職権調査が妥当しない場合。この部分は問いに問われていないことそのものではないが、説明に必要なのでそれなりの分量を割いて論じた

職権調査が妥当するが、職権探知というルールが妥当しない範囲についての説明

第2問

甲は、乙を被告として、A土地について所有権に基づく明渡の訴えを提起し、勝訴判決を得た。その後、この訴訟が控訴審に係属中に、乙から、A土地とB土地とを交換してほしいとの申込みを受け、甲は、これを承諾した上、その旨の訴訟外の和解に応じた。そこで、甲はこの訴えを取り下げた。

ところが、乙からB土地として示されていた土地はC土地であって、実際のB土地は利用に耐えない土地であることが判明した。

そこで、甲は、乙に対し、A土地の明渡を請求したい。どのような法的手段が考えられるか。

解答例

1 (1) 甲が乙に対してA土地の明渡請求をするには、改めて所有権に基づく明渡の訴えを提起する方法が考えられる。甲は訴えを取り下げているが、その効果は訴訟係属の遡及的無効であり(262条1項)、再度の訴えは可能であるのが原則である。

しかし、本件甲が取り下げた時点で控訴審が係属しているから、終局判決後の取下げにあたり、同一の訴えの提起が許されない(262条2項)。乙は「同一の訴え」として改めて訴え提起をすることができるか。その意義

まず、改めて訴え提起をする方法から

取下げ後の訴え提起の可否
~原則

本件の特殊事情、判決後の
取下げにあたる

が問題となる。

(2) この点、「同一の訴え」の意義を、当事者及び訴訟物の同一を指すと考えることができる。こう考えた場合、本件甲は再度の訴え提起は禁止されることになる。

しかし、法が再訴禁止効を定めた趣旨は、判決に至るまでの裁判所の努力を徒労に帰せしめた制裁であると同時に、訴権の濫用を防ぐ点にある。とすれば、訴訟による権利救済の途を確保するため、上の趣旨に反しない限り再訴を禁止すべきではない。

よって「同一の訴え」とみるためには、当事者及び訴訟物の同一のみならず、再訴の提起を必要とさせた訴えの利益についての事情の同一まで必要であると考えられる。

(3) 本件では、真実交換の対象となったのは、乙が示した土地とは別の利用に耐えない土地であったわけであるから、和解及び取下げの要素に錯誤がある。そもそも、乙の詐欺により甲が和解および取下げに応じた可能性も高い。

とすれば、いずれにせよ甲に再度の訴えを認めるべき新たな事情が生じたということができる。

したがって、再訴の提起を必要とさせた訴えの利益についての事情の同一性はなく、甲は再訴を適法にすることができる。

2 (1) ただ、本件訴訟は控訴審の係属中に取下げがされたことからすれば、再訴によれば訴訟経済上の問題が大きい上に、甲が既に得た有利な地位を放棄させることになる。そこで、甲に、取下げの無効ないし取消を主張させ、旧訴を続行させることが考えられる。

しかし、錯誤による無効や詐欺による取消の主張を許す定めは民事訴訟法上には存在しない。そこで、民法95条や96条など、民法の意思表示に関する定めを訴訟行為に適用することが可能か否かが問題になる。

(2) 思うに、訴訟行為は裁判所が主催する訴訟手続内における行為である。よって、そこでは公的な陳述としての明確性や手続の安定の要請など、独自の利益を守るべく、取引とは異なる規律をする必要がある。よって、訴訟行為には私法上の意思表示の規定の適用ないし類推適用はできないのが原則である。

しかし、訴訟の開始前や訴訟外の訴訟行為は、手続の安定の要請とは無関係であるし、裁判所の面前でされるわけではなく、裁判所が真意によるものか否かを確認し

反対の考え方に配慮

自説に引き寄せる

規範定立

あてはめ

詐欺があったかどうか不明なので仮定の事情とした

結論

別の手段を検討しなければならぬ理由を説明し、答案の流れをよくするようにした

他の手段を用いることに関する問題点

論証。原則から丁寧に

修正

つつなされたものではない。この場合は、私法上の意思表示の定めを適用を肯定してよい。

また、訴訟の終了に関わる行為は、その上に手続が積み重なるわけではないから、無効・取消の主張を認めても手続の安定を害するわけではない。訴訟経済や訴訟内で当事者が取得した既得の地位を保障する必要もある。

よって、このような行為にも私法上の意思表示の定め
の類推適用が認められると考える。

(3) 本件甲がしたのは訴えの取下げであり、訴訟の終了に関わる行為であるから、これに民法の意思表示の定めを類推適用することは可能である。

よって、甲は取下げについて錯誤による無効、乙の詐欺がある場合は、詐欺による取消を主張し、前の手続の続行を求めることができる。なお、この際には、訴えの利益が否定されないように和解契約の無効・取消しも主張しておく必要がある。

3 上記のように本件では新訴提起の方法と手続続行の方法のいずれも可能である。この場合、両者の関係をどのように考えるべきか。

この点、訴えの取下げが無効である限り、手続の続行を優先すべきであるとも思える。

しかし、手続が有効ならばそれとは別個に再訴が可能であるのだから、手続が無効で、保護されるべき者が同じ手段によることができないのは妥当でない。

思うに、手続続行の方法は既に甲が得た有利な地位を生かすことができる反面、新訴提起の方法は審理のやり直しにより慎重な手続を進めることが可能となる。

このように一長一短あることから、甲にはいずれの方法も選択的に主張をさせて構わないと考える。

以上

結論

あてはめ

問題提起

反対の考え方に配慮

反対説批判から自説へ流す

結論

平成元年度

第1問

口頭弁論において、当事者は、いつでも攻撃防御方法を提出することができるか。

解答例

1 (1) 口頭弁論において、攻撃防御方法は訴訟の進行状

法の建前の紹介から

況に応じ適切な時期に提出しなければならない（適時提出主義，156条）。よって，攻撃防御方法の提出はいつでも提出できるわけではない。

本来，攻撃防御方法は，口頭弁論の一体性からいずれの時期に提出したのも等しく判決の基礎になる。そのため，攻撃防御方法の提出時期に制限を設けなくてもよいとも考えられる（随時提出主義）。

しかし，このような建前によると，訴訟の進行が緊張感を欠くし，場合によっては訴訟の引き延ばしを許すことになり，迅速かつ充実した審理の妨げになるおそれがある。法が適時提出主義を採用したのは，このような弊害を防ぐためである。

なお，適時か否かは訴訟の進行状況に応じて，個別具体的に客観的に決まることになる。

(2) かつ，法は時機に後れた攻撃防御方法の却下を定めている（157条1項）。これは，適時とはいえない攻撃防御方法の提出を却下する権限を裁判所に与え，適時提出主義を実現し，迅速かつ充実した審理を実現することを目的とするものである。

ただ，当事者権の確保の観点から，却下には不利益を受ける当事者の故意または重過失が要求され，かつ訴訟の完結を遅延させる，つまりさらに口頭弁論の期日を開かなければならなくなるのが却下の要件とされる。

また，訴訟の進行状況の他，時機に後れたか否かの認定に考慮できる事情がある。まず，各種準備手続の終了後に攻撃防御方法を提出した場合に説明義務が科される（167条，174条，178条）。次に，控訴審では裁判長は当事者の意見を聞いて攻撃防御方法の提出をすべき期間を定めることができる。

上の義務が果たされたか，上の期間に攻撃防御方法が提出されたか否かという点が，時機に後れたか否かの判断に生かされることになる。

(3) なお，攻撃防御方法でその趣旨が明瞭でないものについて当事者が必要な釈明をせず，又は釈明をすべき期日に出頭しないときも，却下の対象となる（157条2項）。これも訴訟の迅速な進行を狙ったものである。

2(1) 以上のような一般原則の他にも，攻撃防御方法の提出が制限されることがある。

(2) 弁論の制限がされた場合，制限に抵触する攻撃防御方法の提出は許されない（152条1項）。また，一部

法の趣旨を説明。まずは随時提出主義が採られていた理由から。

随時提出主義の問題点を指摘する

適時提出主義の理由づけにすり替え

適時提出主義を担保するための方法についての説明

要件の解説

適時提出主義を支える周辺的な制度へも論及する

攻撃防御方法の提出時期を制限する他の事由について

判決が下された場合、当該事項についてのその審級における審理は終了した以上、これに矛盾する攻撃防御方法の提出は認められない。

いずれも、裁判所による合理的な訴訟進行の意図を実現するための制限であるといえる。

3 以上のように法は攻撃防御方法の提出時期を様々な方向で制限している。これは前段を含め、すべて迅速で充実した審理の実現を狙ったものであるといつてよい。

以上

まとめ。様々な制度を貫く視点を確認した

第2問

甲は、乙に対して300万円を貸し付け、その際、丙が乙の債務を保証したと主張して、次のように、乙及び丙に対して各別に訴えを提起した。次の各場合について答えよ。

1 甲が、乙に対して貸金の返還を求める訴えを提起し、その判決が確定した後に、丙に対して保証債務の履行を求める訴えを提起した場合、甲乙間の確定判決は、甲丙間の訴訟に影響を及ぼすか。

2 甲が、丙に対して保証債務の履行を求める訴えを提起し、その判決が確定した後に、乙に対して貸金の返還を求める訴えを提起した場合、甲丙間の確定判決は、甲乙間の訴訟に影響を及ぼすか。

解答例

一 小問1について

1 本問では他人間の訴訟に確定判決の影響が及ぶ場合が問われている。この点を法は、判決効は原則として当事者にしか及ばず(115条1項1号)、例外的に115条1項2～4号に定められたものに及ぶとしている。

ところが、甲乙間の訴訟において丙は当事者ではないし、115条所定の者のいずれにもあたらないから、条文上は丙に既判力は拡張されない。特にこれは債権者甲が勝訴した場合には、不利益を受ける丙に十分に主張立証の機会を与えるべく、維持されなければならない結論である。

しかし、甲が敗訴した場合はこの限りではない。主債務者に敗訴した債権者による保証人への請求は不当であるばかりではなく、訴訟不経済や判決の矛盾を招くおそれがあるのでこれを認めるべきではない。

そこで、甲乙間の確定判決が甲丙間の訴訟に影響を及

問いの要約

関連性がある条文の指摘

条文上判決効の拡張はないことを指摘

甲が敗訴した時のみ、判決効の拡張をすることが望ましいことを説明

ぼし、甲が乙の債務の不存在を争えないとの結論を導く理論構成が問題となる。

2 まず反射効という特殊の判決効を認める見解がある。反射効とは当事者間に既判力が生じたことが、当事者の一方と特殊な関係にある第三者に反射的に有利または不利な影響を及ぼす効力である。

しかし、処分権主義・弁論主義のもとでは、既判力の拡張と同視できる効果を発生させるには明文ある場合に限るべきである。安易に拡張を認めることは、手続保障の観点から問題ある。したがって、反射効理論は認められない。

思うに、既判力の根拠は手続保障と自己責任に求められる。とすれば、既判力を第三者に及ぼすべき合理的必要性が認められる場合であって、かつ不利益が及ぶ者について手続保障がなされていたといえる場合には、明文ない場合であっても第三者に既判力を拡張することを認めるべきである。

3 これによると、乙に丙への訴追を認めることは不当であるから、既判力を拡張してこれを避ける合理的必要性がある。また、乙は前訴で自己の権利について手続保障が及んでいたともいえる。

よって、乙勝訴の場合に限り、既判力により丙は先の甲乙間の訴訟の結果を援用できるという形で甲乙間の確定判決は甲丙間の訴訟に影響を及ぼす。

二 小問2について

1 本小問も他人間の訴訟に確定判決が及ぶか否かが問われており、法はこれを原則として認めていないことは前述の通りである。

実際、債権者の保証人への請求が認められた場合、不利益を受ける主債務者には十分主張立証の機会を与えるべきである。本件の場合も、甲丙間の確定判決は、甲乙間の訴訟に影響を及ぼさないといいてよい。

一方、保証人への請求が棄却された場合、このような確定判決が主債務者との訴訟に影響を及ぼすかについては検討を要する。具体的には、主債務の不存在に関わる理由で、債権者の保証人への請求が棄却された場合、このような理由中の判断が債権者債務者間の訴訟に影響を及ぼすことが考えられる。しかし、そのような結論は解釈で認めることができるか。

2 (1) この点、争点効によって理由中の判断に拘束力を

反射効を認める見解を批判する構成を採った

自分の理論構成

結論

共通する点の説明は簡潔に済ませる

問題がある場合

主債務の不存在が確認された場合のみ問題にすべきことを確認

反対の立場の紹介。判決効

発生させるという立場がある。争点効とは、前訴で当事者が主要な争点として争い、かつ、裁判所がこれを審理して下したその判断について生じる通用力のことである。同一の争点を主要な先決問題とした別異の請求の審理において、その判断に反する主張・立証を許さず、これと矛盾する判断を禁止する効力である。

の拡張を否定

しかし、かような効力が発生すると明文はない。また、何が主要な争点とされるのか、判断基準が不明確である。しかも、このような効力の発生を嫌い、裁判資料選択の自由が拘束され、手続が硬直化するおそれもある。

理論面の否定

思うに、拘束力が発生する範囲は後訴における当事者の訴訟行為の自由度を奪う効果を持つので、その範囲は必要最小限度に留めるべきである。

以上の理由から、争点効なる理論は認められない。

(2)しかし、既判力の拡張を認めねば明らかな不都合が生ずる場合、信義則(2条)によって個別に既判力と同様な拘束力を認めるべきである。信義則を適用すべきか否かは、実質的に前訴の蒸し返しであるか、前訴で争うことができたか、長期間の経過などの事情を持って判断することになる。

信義則による処理

3 本件の場合、形式的には当事者が別である。しかし、当事者が乙丙のいずれであっても主債務の不存在の立証により甲は同じように不利益を受ける以上、丙に対して十分な主張立証を行ったはずである。

あてはめ

とすれば、これを乙との訴訟でも再度争わせることは訴訟不経済である上に、禁反言に触れるというべきである。よって、甲丙間の確定判決のうち、主債務の不存在との理由中の判断は、甲がこれを争えないという形で甲乙間の訴訟にも影響を及ぼす。

以上

平成2年度

第1問

当事者が相手方の下にある証拠を証拠調べの対象とすることができる場合について論ぜよ。

解答例

一(1) 訴訟において要件事実の存否を確定するには、証拠によらなければならない。そのため、当事者は証拠を提出するが、その際には自己の勝訴のため、自己の下にある証拠のうち有利なものしか提出しようと思わないと思われる。

となると、相手方の下にある証拠を証拠調べの対象にすることが自己に有利な訴訟進行を行うことに必要であるし、真実を明らかにすることにも役立つ。

(2) この点、証拠の確保・提出は弁論主義から当事者の責任とされている。

しかし、医療過誤・公害事件などの現代型訴訟においては、証拠が一方の当事者に偏在する傾向が顕著である。このような状況のまま、証明責任も当事者の形式的平等を原則とした私法法規の構造に従って決する（法律要件分類説）ならば、証拠を持てる者に一方的に有利に働き、実質的な不平等を生むことになる。

そこで、相手方の下にある証拠の提出を促すことにより弁論主義を補完することで、公平な裁判と、権利保護を実現する方策を検討しなければならない。

二1(1) 相手方の下にある証拠を証拠調べの対象とする直接の手段としては、文書提出命令（220条）、検証物提示命令（232条）がある。これらの制度により相手方に命令の対象になった証拠の提出を義務づけることができる。

命令の対象になり相手方が文書提出義務を負うか否か220条に従い決せられる。ここでは、証人義務が一般的なものであることに対応し、文書の提出義務が一般的義務とされている（同条4号）。なお、この点は、検証物提示手続では明らかでないが、当事者は事案の解明に協力する義務があるというべきであるし、

また、上の義務は文書不提出の効果として文書の記載内容について裁判所は真実と認めることができること（224条1項、2項）、また、内容について具体的な主張をできず、他の証拠によることが著しく困難な場合は、その事実に関する申立人の主張を真実と認めることができる（224条3項）こと、科料による制裁（225条、232条2項）により担保される。

また一部提出命令により、相手方のプライバシーその他の秘密に配慮しながら、証拠提出を容易にすることもできる（223条1項後段）。

証拠調べの対象にする証拠の範囲を論じる必要性から書き始めた。さらに、相手方の下にある証拠を提出する必要性の説明に流した

原則

問題状況

結論

文書提出命令。明文にある制度から

細かな論点。深入りしないこと。

文書提出命令の価値を高める手段について

文書提出命令に従いやすくする制度も指摘する。厳しくするだけではダメ。

(2) ただ、文書提出命令を得るには、申立てにおいて、文書の表示、文書の趣旨を示さなければならない(221条1項1号2号)。文書が相手方にある限り、これが著しく困難な場合が考えられる。この場合、文書特定手続により文書の特定に必要な情報を開示させる制度である(222条1項)。

また、提出義務に対する例外文書か否かを判断する基準としてインカメラ手続を採用する(223条6項)ことで相手方への配慮をし、証拠提出の促進を図っている。

(3) なお、文書特定手続の制度があるように、相手方の下にある証拠調べの対象にするには、まず相手方の手持ちの証拠の内容を知る必要もある。

このように相手方の下の証拠を証拠調べの対象とするにあたり間接的に役立つ制度として、提訴予告通知制度(132条の2)、当事者照会の制度(163条)により相手方から情報を得ることができる。また、文書送付の囑託(226条)も相手方が持つ書証の内容を知るために役立つ。

さらに弁護士会照会、調査の囑託(186条)により公私の団体から情報を得ることができる。

二 証拠開示機能を事実上営むものとして証拠保全手続によることが考えられる。

これは、本来のところ証拠方法としての使用が困難又は不可能になるおそれがある場合に証拠の保全を図るための制度である。しかし、この制度の利用により訴え提起前から、相手方の手持ちの証拠の内容を知りつつ、これを証拠調べの対象とすることができる。

このような評価は弁論主義の建前の過度な修正になるおそれもあるが、証拠の偏在現象に対応するための有力な手段として一定の評価を与えるべきである。そのため、保全の必要性などの要件の認定はある程度緩やかにすることが許されると考える。

以 上

文書特定手続

(3)の内容は大変細かい内容なので、説明がなくても合否には影響しないだろう

解釈上の制度。証拠保全の制度の利用について

第2問

甲は、その所有するA建物を乙が不法に占有していると主張して、乙に対し、A建物の明渡しを求める訴えを提起した。これに対し、乙は、A建物は既に取り壊されており、現在ある建物はその跡地に新築されたB建物であり、その所有権は乙にあると主張した。

そこで、甲としては、仮に乙の主張が正しいとすれば、B建物の敷地であるC土地の所有権に基づいて、乙に対し、B建物を収去してC土地を明け渡すことを求めようと考えている。甲は、どのような手段をとることができるか。

解答例

1(1) 甲は、乙に対し新たな請求を定立することを意図している。その手段としては、端的に別訴の提起をすることが考えられる。

この点、このような訴えは、既に係属する訴訟と、乙をC土地から排除することを目的とする点で共通するから、二重訴訟の禁止(142条)にあたることも考えられる。その判断にあたり「裁判所に係属する事件」の意義を明らかにする。

(2) 二重訴訟が禁止される理由は、応訴義務を負う相手方にとって負担であり、訴訟不経済である上に、判決の矛盾・抵触のおそれを避ける点に求められる。

よって、その判断は、当事者の同一性及び事件の対象の同一性を、実質的にみて上記の趣旨に反しないかを考慮すべきである。

(3) これによると、既に係属する訴えがA建物に関するものであるのに対し、B建物は物件の同一性、所有者とも別にするものである。とすれば、B建物収去C土地の明渡し請求は事件の対象の同一性がなく、既に「裁判所に係属する事件」にはあたらない。

よって、甲の更なる訴えは適法である。

2(1) しかし、A建物の明渡し請求と、B建物収去C土地の明渡し請求とが目的を同一にするものである以上、これを併合して審理することが訴訟経済上好ましいだけでなく、甲の負担を軽減することにもつながる。かつ両方の請求は併合が禁じられる場合にはあたらない。

そこで、別訴の提起による場合なら、弁論の併合(152条)を申し立て、裁判所がこれに応じれば、両方の請求を一つの手続で処理できることになる。しかし、弁論の併合は裁判所の訴訟指揮権に属するものであるから、申し立てが受け入れられるとは限らない。

(2)ア そこで、訴えの変更により、既に係属する訴訟にB建物収去C土地の明渡し請求を追加することが考えられる(143条)。

では、これは、「請求の基礎に変更がない」場合とい

甲の意図を明示し、甲が採ることができる手段につなげた

手段が採ることに問題があることを示し、問題提起につなげる

趣旨から順に考える

あてはめ

他に有利な手段があることを示す

まとめて審理を受ける方法の一つ

まとめて審理が受ける点について当事者が主導権を握ることができる方法

判断基準の明確化

えるか。その判断方法が問題となる。

仮に無関係な請求への変更がされた場合、既になされた訴訟行為が無に帰する一方で、被告は新たな対応を迫られることになる。「請求の基礎」の同一性の要件は、かような事態を防止するために要求されたものである。

このような要請を満たすべく、その判断は、両請求の利益関係が社会生活上共通であり、かつ、旧請求をめぐる裁判資料の継続利用が可能であるかという観点からすべきである。

本件では、敷地となる土地に共通性はある。しかし、前段で述べたようにA建物とB建物は、物件も所有者も別である。とすれば、必ずしも両者の判断において裁判資料の継続利用が可能であるとは言えない。

よって、B建物収去C土地の明渡請求の追加は「請求の基礎に変更がない」場合にあたるとはいえない。

イ しかし、本要件が必要とされる趣旨は、無制限に変更を認めることで被告の既得の地位を害する結果となることを防ぐ点にある。すなわち、あくまでも被告保護のための要件であるから、被告の同意ないし応訴ある場合には本要件は不要とされるべきである。

しかも、本件甲の訴えは、乙の主張を受けてのものである。このような場合、乙が訴えの変更に同意しないことは、態度が矛盾するものとして信義則上許されないと考えられる(2条)。

すなわち、被告が陳述した事実を新請求の原因とするものである場合、被告保護の要件にもとるところはなく、請求の基礎の同一性の要件は不要と考えるべきである。

(3) よって、甲は先の訴えにおける事実審の口頭弁論の終結に至るまでに、著しく訴訟手続を遅滞させることがない限り(143条1項)、訴えの変更ができる。

以上から、甲は訴えの変更により、B建物の収去とC土地の明渡しを求めるという手段も採りうることになる。

3 以上複数の手段の関係について、要件を満たす限り、従来の手続が利用できる訴えの変更による方が有利であると思われるから、別訴提起は訴えの変更が認められない場合によるものといえるだろう。

以 上

あてはめ。両方の訴えが二重訴訟の禁止に触れないことに整合的な説明。結論として訴えの変更の要件を満たすことも考えられるが、説明はしにくいと思われる

訴えの変更を認めるのが妥当なのは間違いない。そのような結論を導く法的構成

第 1 問

主要事実と間接事実の訴訟における取扱の差異

解答例

1 (1) 権利の発生・変更・消滅という法律効果を判断するのに直接必要な事実を主要事実と呼び、この主要事実の存否を推認するのに役立つ事実を間接事実と呼ぶ。

いずれも訴訟上その存在が争われた際に証明を要する事実である。しかし、法律効果を判断するのに直接必要か否かという点でその重要度に違いがあるため、訴訟上の取扱いについても自ずから違いが生まれる。

(2) すなわち、民事訴訟は私法上の権利の実現手続なので、原則として当事者の自由な処分に委ねられるべきである。その現れとして、事実の収集は当事者の権限とされている（弁論主義）。この弁論主義の適用は原則として主要事実に限るべきである。

主要事実はその性質上その存否が訴訟の帰趨を左右するから、そこに当事者の攻撃防御が集中することになる。となれば、主要事実のみに弁論主義の適用があれば当事者の意思は十分尊重できる。

反面、間接事実とは、主要事実の存否を推認させるという点で、普通の証拠と同じ作用を果たす。とすれば、自由心証主義の下（247条）、裁判所に自然で合理的な認定をさせるには、間接事実にも弁論主義を適用すべきではないといえるからである。

(3) 以上から、裁判所は主要事実については当事者の主張がない限りこれを取り上げることができず、かつ当事者間に争いがない主要事実のみそのまま事実の認定をしなければならない。

一方、間接事実についてはそのような扱いはされず、当事者の主張がなくても取り上げることができるし、争いがない事実について異なる事実の認定をすることが可能である。

2 (1) ただし、前段のような取扱いの差異はあくまで原則に過ぎない。

すなわち、実際の審理の過程においては主要事実を直接認定することが困難な場合がある（疫学的証明による場合など）。この場合、間接事実の積み重ねにより要件

まず主要事実と間接事実の違いを説明する

「差異」が問われているので、その点の説明につなげる

違いの説明に入る。弁論主義から解き明かす

違いをずばり指摘

理由づけ。理由づけが長くなってしまったが、違いの説明をすることを優先した

結論

上の段と同じことを言い直したただけだが、問われていることの中心なので丁寧の説明した

上の取扱いは原則に過ぎない 例外についての説明

間接事実について攻撃防御が集中する場合を順に説明

事実の認定をする他ないから、このような場合には間接事実の存否に攻撃防御が集中することになる。

また、一般条項あるいは抽象的概念が用いられる場合も、当事者の攻撃防御は具体的な事実（過失に対する酒酔い運転など）に集中する。しかし、このような事実はそもそも主要事実か間接事実かの区別が明瞭ではない。

(2) 以上の場合に主要事実のみ弁論主義を適用するという立場を堅持しようとするれば、当事者の攻撃防御が集中する部分について裁判所が当事者の主張がない事実を認定できることになる。これは、当事者にとって不意打ちになり、弁論主義の趣旨に反する結果となる。

また、主要事実か間接事実かが不明である場合には、弁論主義の適用が明確にならないという問題がある。

さらに、抽象的事実の有無の判断は専門的な経験則によらなければならないが、ここに弁論主義を適用すれば、当事者の誤解に基づく判断に裁判所が拘束されることになるおそれがある。

よって、以上のような場合は、訴訟の勝敗に重要な事実が何であるかという観点から、弁論主義の適用の有無を論じるべきである。この場合、主要事実、間接事実の違いは取扱の差異を生むわけではないことになる。

3 以上のような扱いの差異があるから、何が弁論主義が適用される主要事実か（または重要な間接事実）かが裁判所が釈明など訴訟指揮を行う際の指標になる。判決文に記載する事実（253条1項）として、主要事実はすべて記載の必要がある。

また、当事者も主要事実や重要な間接事実を弁論活動の指針とすることになり、訴状では両者を分けて論じるのが望ましいことになる。

以上

間接事実の攻撃防御が集中する場合に不当な結論になることを説明

結論

弁論主義の適用以外における主要事実と間接事実の扱いの違い

第2問

甲は、乙に対して500万円を貸し付けたとし、乙を被告としてその支払を求める訴えを提起した。乙は、甲の請求を争っていたところ、訴訟の係属中に丙にこの債権を譲渡した旨の通知が甲から乙にされた。

1 乙が丙をこの訴訟に引き込みたいと考えた場合、乙はどのような方法をとることができるか。

2 丙がこの訴訟に引き込まれた場合、丙はどのような訴訟上の地位に立つか。

3 丙がこの訴訟に引き込まれた後に、甲丙間の債権譲渡の事実が存在しないと判断される場合には、裁判所はどのような裁判をすべきか。

解答例

一 小問1について

1 丙は甲から債権を譲り受けた者であり、典型的な権利承継人にあたる。よって、これを訴訟に引き込むには引受承継の制度によることになる(51条, 50条)。

権利の承継人であることを示す

具体的には、乙は裁判所に対し丙に対する引受承継の申立てをし、裁判所の決定により、丙に訴訟を引き受けさせることになる。

手続

2 なお、乙は丙に別訴を提起した上で、裁判所に弁論の併合(152条1項)を申し立てることもできる。ただ、弁論の併合は裁判所の裁量に委ねられているから、確実性に欠けることになる。

別の方法。ただ、あまり有用ではない方法なので、簡潔に論じる。

二 小問2について

1 (1) 丙が引受承継の制度により訴訟に引き込まれた場合、従前の当事者である甲の当事者適格を引き継ぎ、丙は当事者になる。

丙の地位の説明。訴訟の当事者になる

(2) さらに、承継人は前主の訴訟追行に基づいて形成された訴訟状態を全面的に引き継ぐ。これは訴訟承継の制度は、既になされた訴訟状態を維持することが訴訟経済および従来の訴訟関係人の既得の地位を確保する点にその趣旨があるからである。

承継の効果が発生

そのため、弁論及び証拠調べの結果を含めて、前主の自由に反する主張、時機に後れた攻撃防御方法の提出など前主が既にできなくなった行為をすることはできない。

具体的な内容。訴訟行為自由が制限されることの説明

ただし上の結果を正当化するのは、承継人の手続保障が前主の訴訟追行により確保されているといえる限度である。よって、承継人は固有の攻撃防御方法の提出が可能であるし、場合によっては独自の立場からの主張・立証の機会が与えられると考える。

手続保障の観点から訴訟行為の自由が認められるべきことの説明

(3) 一方、甲との関係において、引受承継がなされた場合、訴訟は通常共同訴訟とされ、共同訴訟人独立の原則が妥当する(39条)。

審判のルールについての説明。通常共同訴訟となる。

これは、引受承継では、従前の当事者間の訴訟に引受人と引受申立人との訴訟が追加されたことになることの帰結である。自らの意思により訴訟状態を承継させられるわけではない引受人の地位を保障するためにもこのよ

なぜ通常共同訴訟になるのか。法の趣旨の説明

うに考えるべきである。

ただし、両訴訟は実体法上両立しない関係になることから、同時審判の申立がされた訴訟と同様の扱いがされる(50条3項)。具体的には、弁論及び裁判の分離が禁じられ(41条1項)、控訴事件が同一の裁判所に係属する時も弁論及び裁判の併合が強制される(41条3項)。

2 別訴の提起と弁論の併合によった場合も丙は当事者になる。しかし、上のような訴訟状態の承継効は認められない。また、同時審判の申出がない限り、41条所定の扱いはない。

三 小問3について

1 甲丙間の債権譲渡の事実が存在しないと判断される場合、当初の乙の甲に対する請求が認められるかが改めて審理される必要がある。

これに対し、乙丙間の訴訟についてはどうか。仮に甲乙・乙丙間の訴訟が単純に併合された場合ならば請求棄却判決を下すことになる。

一方、引受承継により共同訴訟が形成された場合、裁判所がどう判断すべきかは争いがある。

2 この点、甲丙間の債権譲渡の事実がない場合、引受承継を認めるべき基礎に欠け、その結果引受決定を取り消すなり、訴えを却下するなりという扱いをすべきであるかと思える。

しかし、弁論の併合がされた場合も引受承継の場合とで、判決の内容を違える実質的な理由はない。また、本案判決によった方が紛争解決基準が残るので紛争解決に役立つ。

思うに、引受原因の存在は、本案審理に入るためのとりあえずの要件に止まる。とすれば、引受要件が満たされると判断された以上、後は本案の問題として処理することが妥当である。

3 よって、裁判所は乙の丙に対する請求については認容の判決をすべきであることになる。

以 上

同時審判の申立がされた訴訟と同様の扱いとなることの指摘。理由と共に説明した

別訴提起の場合の説明。この点は省略可能といえるかもしれない。省略するなら、一での指摘から全部省略した方がよいか

弁論の併合の場合。これを指摘すると、この後の引受承継の場合も請求棄却とすべきとした場合、理由づけの一つになる

反対の考え方

自説。実質的理由

形式的理由

結論