序編　民事訴訟と民事訴訟法

1　民事訴訟の目的

意義　判決によって権利・法律関係を確定・形成しまた給付を命じるための手続
　→要は実体法上の権利の実現手続，要件に当たる事実を主張させ，証明させる

★民事訴訟で確保すべき公共的利益（発展）
訴訟経済，手続の安定，明確・画一的処理，一挙・抜本的解決

民事訴訟制度の特徴
・強制的処理・終局的解決→手続は慎重に行われる（当事者権の保障）

【論点】目的についての争い

・権利保護説
　自力救済を禁じた代わりに国家が権利を保護する
・私法秩序維持説
　国は自ら定めた私人の権利義務関係の，維持発展を図る義務がある
・紛争解決説

★民事訴訟以外の事件解決手続（発展）
・裁判上の和解　起訴前の和解(275 条)と訴訟上の和解(89 条，267 条)がある
・裁判所による調停　調停委員会が当事者の互譲により民事紛争の解決を図る
　→両当事者間に合意が成立しないと調停が成立しない
　合意が記載された調書→確定判決と同一の効力を有する
・仲裁　仲裁人の仲裁裁断に服するという当事者間の仲裁契約に基づく
　→仲裁人の判断によって紛争を処理する方法
　仲裁自体は，当事者の合意がなくても成立する

★非訟事件手続（発展）
・国家機関が私人間の生活関係に後見的に介入→民事行政手続
・家事審判，借地非訟→非訟事件手続法による処理
・職権調査，非公開手続→決定による判断

2　手続の流れ

訴え提起･訴状送達(133**条**，138**条**)

訴えの提起は，訴状を裁判所に提出してしなければならない（133 条 1 項)。

↓　準備手続(161 条，164 条以下等)

口頭弁論の期日(87**条**，148**条以下**)

当事者は訴訟について，裁判所において口頭弁論をしなければならない（87 条 1 項本文）

・請求(133 条 2 項 2 号)
・法律上の主張
・事実の主張
・立証(179 条以下)
↓

訴訟の終了

・当事者による終了…訴えの取下げ(261 条)，放棄・認諾(266 条)・和解(267 条)
・判決による終了→終局判決(243 条)
↓　上訴(281 条以下)

判決の確定→判決効…既判力(114 条)・執行力・形成力の発生

第一編　訴え提起

第1章　訴え

訴え　原告が裁判所に対して請求を示し，その当否につき審理・判決を求める申立
　→民事訴訟制度利用の申出のこと

訴えの種類→訴えの利益で重要

●給付の訴え　原告が給付請求権を主張して，裁判所に対して給付判決を求める訴え
・判決の方法　給付を命じることを宣言する「被告は原告に金 100 万円を支払え」
＊差止請求も給付の一種

●確認の訴え
　特定の権利・法律関係の存在または不存在を確認する判決を求める訴え
　機能　争いの悪化，給付訴訟の続発を防ぐ「予防的機能」

●形成の訴え
　実体法の定める一定の形成要件の存在と従来の権利関係の変動を求める訴え
　例　株主総会決議取消しの訴え，婚姻取消しの訴え（会社・人事関係に多い）
　機能　新たな権利関係の創設

＊形式的形成訴訟
・法律関係の変動を生じる点は形成訴訟
・形成要件の定めが実体法上にない
　→裁判所は合目的的に裁量で法律関係を形成する，実質は非訟事件
例　共有物分割の訴え，父を定める訴え，境界確定の訴え（争いあり）

★形成の訴えの具体例（発展）
・人事訴訟　婚姻取消し，離婚，離縁，認知
・社団関係訴訟　合併無効，設立無効，株主総会決議の取消し，取締役解任
・訴訟法上の形成の訴え　再審の訴えなど
・争いあるもの　婚姻無効の訴え，株主総会決議無効確認の訴え
　→通説はいずれも確認の訴えとする

【論点】境界確定の訴えの法的性質

＊境界確定の訴え
　隣接地相互の境界が争われる場合に，判決による境界線の確定を求める訴え
●法的性質をいかに解すべきか→形式的形成訴訟か，確認訴訟か
形式的形成訴訟説（通説・判例）
・土地の境界は公共的性質がある（租税・行政区画の基準）
　→判決をもって隣接土地間の公法上の境界を合理的に形成するもの
・処分権主義（246 条）の適用なし
　原告は境界線を請求の趣旨として掲げる必要はない
・弁論主義の排除
　裁判所は当事者の主張に拘束されない→主張と異なる境界を定めることができる
・棄却判決は許されない
・証明責任の問題は生じない
　　↓
確認訴訟ではかかる効果を認めることができない
＊形式的形成訴訟説→所有権の確認は中間確認の訴えによるべき

【論点】境界確定訴訟に関する問題（発展）

●当事者適格は原則として相隣接する土地の各所有者に認められる
　→一方当事者が，相手方当事者の所有地のうち境界線に隣接する部分を取得
　　この場合，境界確定の訴えの当事者適格が失われるのではないか？
判例
∵境界を確定するについてもっとも密接な利害を有する者に訴訟追行
　→その趣旨が妥当する限り当事者適格は認められる
∴土地の一部を取得したに過ぎない場合→当事者適格あり
　土地の全部を取得した場合→当事者適格なし

＊共有物分割の訴え→処分権主義妥当の範囲
　共有物廃止の側面→処分権主義が妥当する
　分割実施→安易な価格補償で調整することは慎むべき

訴え提起の方法･処置

●訴状の提出（133 **条** 1 **項**）

訴えの提起は，訴状を裁判所に提出してしなければならない（133 条 1 項）。

訴状の必要的記載事項

訴状には，次に掲げる事項を記載しなければならない。
1　当事者および法定代理人
2　請求の趣旨および原因（以上 133 条 2 項）

・請求の趣旨（求める判決内容の表示，規則 53 条 1 項参照）
・原因　請求を特定するに必要な限度での権利関係とその発生原因事実
・当事者，法定代理人

任意的記載事項
・主要事実，重要な間接事実・証拠（規則 53 条）

印紙の貼付・費用の予納

↓

●訴状の審査

・裁判長の訴状審査権による
・訴状に不備があれば，相当の期間を定めて補正を命じる
補正しない場合は，訴状却下（以上 137 条）

↓

●訴状の送達

・訴状が適法→訴状を被告に送達する（138 条 1 項）
・第一回口頭弁論期日をここで指定する
申立，職権で裁判官が指定する（93 条）
・送達の効果→訴訟係属（事件が特定の裁判所によって審理される状態）が生じる

↓

●期日の指定･呼出し

裁判長が当事者双方を呼び出す（139 条）

【論点】抽象的不作為訴訟（発展）

「原告の住居内に〇〇ホン以上の騒音を到達させてはならない」との請求の趣旨
●禁止されるべき被告の具体的行為が示されていない場合
　→請求の趣旨の特定の要請に反するのではないか？
必ずしも不適法とすべきではない
・結果の特定→具体的不作為義務の範囲が合理的に限定できること
・いかなる手段を採るかの選択
　→知識に優れた被告に任せた方が適切な場合がある

第二章　当事者をめぐる諸問題

1　当事者とその確定

当事者　自己の名で判決など裁判を求める者と，これに対立する相手方

・訴えを提起した者→原告，相手→被告

・上訴した者→控訴人・上告人，相手→被控訴人，被上告人

二当事者対立の原則

・民事訴訟は紛争処理手続→対立する当事者の存在が不可欠
　存在しなければ訴え却下

・存在しない場合→会社の不存在，相手方の死亡

＊誤って本案判決がなされた場合→上訴によって取消ができる
　取消されなくとも，判決の効力は生じないとされる

当事者の確定　当該訴訟において誰が当事者であるかを明らかにすること

・訴状送達を可能にする→弁論の機会の保障

・当事者以外の者が訴訟に関与している場合にこれを排除

・判決の効力が及ぶ者を明らかにする

・訴訟要件有無の判断→当事者が基準となる

【論点】当事者確定の基準

表示説　訴状の記載によって当事者を確定する
・実質的表示説　一切の訴状の記載を合理的に解釈する
∵基準の明確性，当事者の迅速な確定を可能にする
　一切の表示を解釈→具体的妥当性にも配慮
例　Ａ株式会社代表取締役乙
　会社の所在地が不明で，「Ａ会社こと乙」として訴え提起した場合
　　→当事者はＡ会社として，表示の訂正の問題とする

【論点】氏名冒用訴訟

(1)原告の氏名冒用　甲が乙と称して訴えを提起する場合
(2)被告の氏名冒用　甲が乙として応訴した場合
　表示説→当事者は乙
●訴訟係属中に冒用が発覚した場合
∴裁判所は甲を排除
(1)乙の意思を問う
・訴訟継続の意思がない場合→取下げに準じて訴訟終了，訴えの却下（140 条）
・訴訟継続の意思がある場合→乙が原告として訴訟続行
＊訴訟行為は一括，または各々追認が可能
＊甲に当事者適格があれば，甲に訴訟を続けさせる方法もある
(2)乙を呼び出して，訴訟を続けさせる
　訴訟続行の際の甲がした行為→無権代理人による訴え提起と同様に扱う
　∴追認によって治癒される→追認なければ個々の訴訟行為の効力がなくなる
●判決がなされた場合
　→上訴（312 条 2 項 4 号），再審（338 条 1 項 3 号）　によって判決を取消し得る

【論点】死者を当事者とする訴訟の処理

例　死者が当事者とされているので相続人が応訴，訴訟追行した場合
　表示説→当事者は死者，∴原則→(1)訴え却下，(2)判決が出た場合→判決は無効
　　↓　但し
(1)準備段階で潜在的な訴訟係属が生じている場合
　訴訟承継の規定（124 条 1 項 1 号）を類推する
　∵訴訟経済
　∵当事者の訴訟上の既得の地位の保障→必要性は変わらない
　＊任意的当事者変更による方法も考えられる
(2)判決後→信義則上，相続人にも判決効が及ぶと解することが可能

2　当事者･訴訟追行者の資格と選別

●当事者能力　当事者となりうる一般的な能力

当事者能力，訴訟能力及び訴訟無能力者の法定代理は，…民法その他の法令に従う。訴訟行為をするのに必要な授権についても、同様とする。（28 条）
法人でない社団または財団で代表者または管理人の定めがあるものは，その名において訴え，または訴えられることができる(29 条)。

・権利能力者（自然人，法人）（28 条）
・法人にあらざる社団・財団（29 条）→代表者，管理人の定めが必要

当事者能力欠缺の効果

・訴訟要件の欠缺→本案の請求につき，判決できない
　職権で調査して，訴え却下の判決
・本案判決があった場合
　→上訴（上告につき 312 条 2 項 4 号）再審（338 条 1 項 3 号）で争う

[論点] 組合の当事者能力

肯定説（判例）→代表の定めある限り，29 条を適用すべき
∵組合財産は個人財産から独立して管理される（民法 676 条 1 項）
∵相手方に調査義務を負わせるのは煩雑
否定説
×相手方に誰を相手に訴訟すべきか，探索する負担を課すのは妥当でない

【論点】組合に関する訴訟（発展）

1　組合自身の当事者能力→代表者の定めがある場合に限り肯定するのが判例
　代表者の定めがない場合，本来固有必要的共同訴訟
　　→選定当事者の制度を利用して，不都合性を回避
2　代表者の定めがある場合，代表者以外の者に訴訟追行をさせることはできないか
・任意的訴訟担当→正当な業務上の必要性，他人の権利侵害のおそれがなく適法
・支配人に順じ，訴訟代理人とする方法→法律違反，必要性なし

【論点】法人格否認の法理（発展）

事例　新旧会社の実質が前後同一で，新会社の設立が会社制度の濫用と評価される
●訴状の記載は旧会社→この場合，当事者は誰と確定すべきか
判例　被告を新会社とみる
　→法人格否認の法理により新会社は旧会社の債務を並んで負担する
∵信義則上新会社と旧会社が別個の法人格であることを主張できない
cf.　被告を旧会社とする説　∵表示説
＃新会社に判決効は及ぶのか？→黙示の任意的当事者変更があったとみる
cf.　当事者が旧会社とされた場合
　既判力は背後者に及ばないとするのが判例

【論点】法人格なき社団で当事者能力が認められる場合（発展）

●いかなる要件から判断すべきか
判例
・団体独自の財産があること
・構成員の変動が団体の存続に影響を与えないようなものであること
　∵団体が簡単に消滅する→判決を下す意味に欠ける
・代表者の定め，内部組織の定めがあること

●訴訟能力

単独で有効に訴訟行為をなし，又は受けうる能力ないし資格

趣旨　訴訟追行上自分の利益を十分に守ることができない者の保護

訴訟能力の有無の判断→民法上の行為能力が基準となる（28 条，31 条）

・絶対的無能力者…未成年者・成年被後見人
　但し，未成年者が独立して法律行為を行える場合は能力者とされる（31 条但書）

・制限的訴訟能力者…被保佐人，被補助人
　応訴する場合は保佐人の同意は不要（32 条）
　∵同意を要求すると相手方の訴えや上訴を成立させられず不都合
　　（保佐人・補助人に代理権があるとは限らないから）

訴訟無能力の効果

・訴訟行為は当然に無効となる(34 条 2 項)
　∵訴訟行為が積み重なった後の取消し→手続の安定を害する

・ただし，追認ができる（34 条 2 項）

・判決が下された場合
　→上訴・再審事由となる（312 条 2 項 4 号，338 条 1 項 3 号に準じて）

裁判所が取るべき措置

・能力の有無は職権で調査する

・一定の期間を定めて補正命令（34 条 1 項）

訴訟能力…を欠くときは，裁判所は，期間を定めて，その補正を命じなければならない(34 条 1 項前段)。

内容は代理人の選任，訴状の補正(137 条 1 項）

【論点】訴訟無能力者の訴訟行為（発展）

●訴訟無能力者による取下げ→有効とすべき
∵訴えの提起自体が訴訟能力の欠缺によって不適法→訴訟を終了させるべき
∵かように解した方が無能力者保護の観点から好ましい
●第一審の終局判決に対して，訴訟無能力者が控訴
　→裁判所はいかなる処理をすべきか？
・訴訟要件を欠く不適法な控訴，却下？→すべきでない
∵訴訟無能力者にとって不利な第一判決が確定してしまう
　　↓　つまり
・訴訟能力の有無→その訴訟の終局判決で判断されるべき問題というべき
(1)一審が本案判決の場合→一審を取り消した上で，控訴審自ら訴えを却下
＊第一審で無能力者が勝訴した場合→この場合も処理は同じ
＃差し戻すべきとの立場もある
(2)一審が訴訟能力なしと判断した場合→控訴を理由なしとして棄却
＊訴訟無能力者に対する判決の送達
　→上訴が可能な以上，判決の送達は有効，上訴の期間も進行する

★弁論能力（発展）
　訴訟手続に関与して現実に種々の申立や陳述などの訴訟行為を有効に行いうる資格
・裁判所の決定により，陳述を禁止する裁判をする→弁論能力の喪失

★補佐人（発展）
・当事者，補助参加人またはこれらの訴訟代理人とともに期日に出頭
　→これらの者の陳述を補助するものをいう
・専門知識に基づいて攻撃防御を展開する必要がある場合に認められる

3　当事者の能力の補充･拡張

代理方式による当事者の能力拡充

●代理人

本人の名で，代理人自身の意思決定によって訴訟行為を行い，あるいは受ける者

→当事者本人に訴訟行為の効果が帰属する

趣旨

・訴訟無能力者の保護（補充）
・訴訟能力者の便宜（拡張）
　弁護士による訴訟代理→自らの負担を軽くし，より有利な訴訟追行を期待

訴訟代理権の有無

・書面による証明（規則 15 条，18 条）
∵手続安定の要請
・代理権の消滅→相手方に通知する必要（36 条）
・代理権の有無は職権調査事項→ない場合は＊補正の対象（34 条 1 項）

＊補正されない場合

・当該訴訟行為は無効
・訴え提起，訴状の受領が無効の場合→却下(140 条)
　欠缺が看過されて本案判決がなされた場合
　　→上訴・再審を求めうる(312 条 2 項 4 号，338 条 1 項 3 号）

●法定代理人　その地位が本人の意思に基づかない代理人
・実体法上の法定代理人→そのまま訴訟代理人（28 条）
・訴訟法上の特別代理人
　訴訟無能力者の特別代理人（35 条，236 条など）

法定代理人の地位
・訴訟行為の効果→すべて本人に帰属する
・本人との関係はきわめて密接→その地位は本人に準ずる
∵当事者の能力を補充する者，いわば当事者の身代わり
・現行法における現れ
　訴状・判決書に表示される必要（133 条 2 項 1 号，253 条 1 項 5 号）
　証人適格がない，当事者尋問手続（211 条）
　法定代理人の死亡，代理権喪失→訴訟の中断（124 条 1 項 3 号）
　送達の受領(102 条 1 項)

法定代理権の範囲･消滅　民法等によって定まる（28 条）
　代理権の消滅→相手方に通知する必要（36 条），訴訟の中断（124 条 1 項 3 号）

●**法人等の代表者**　法人の名で自己の意思に基づいて訴訟行為を行う者
例　理事，代表取締役，権能なき社団の代表者
法定代理人に準じて処理される（37 条）

【論点】代表者の登記と表見法理

事例　登記をみてＡ法人を訴える→真の代表者と登記の表示が異なっていた
●法人に訴え提起する場合→代表者を確認するには登記によるしかない
当事者保護のため，表見法理に関する定め（例；商法 14 条）の類推ができるか？
肯定説
∵登記を怠った法人を保護するのは公平に反する
∵代表権の有無が実体法で決せられる（28 条）
→代表権の存否に関わる表見法理も類推すべき
×真の代表者によって裁判を受ける会社の権利を侵すべきでない
×善意・悪意で左右されるのは明確性に欠ける→手続の安定の要請に反する
否定説（判例）
∵表見法理は取引安全のためのもの，訴訟には適用されない

●(広義の)**訴訟代理人**　当事者の意思に基づく代理人

・**法令上の訴訟代理人**

法令の規定によって一定の業務についての一切の訴訟追行をなし得る

例　支配人(商法 38 条 1 項)

・**訴訟委任に基づく訴訟代理人**(**狭義の訴訟代理人**)

特定の事件の訴訟追行のために当事者から包括的な代理権を授与された訴訟代理人

弁護士代理の原則（54 条 1 項本文）

訴訟委任に基づく訴訟代理人→原則弁護士でなければならない

趣旨

・三百代言（いい加減な弁護士のこと）の暗躍による被害の発生を防止

・当事者権保障の実質化

・54 **条違反の効果→**訴訟行為は有効，訴訟関与を排除できるのみ（多数説）

訴訟代理権授与の方法

・訴訟委任行為による

・代理権の証明→書面による必要（規則 23 条 1 項）

代理人選任の効果

・本人は訴訟追行できる地位を失うわけではない

代理人は第三者的地位を有する者→更正権(57 条)を有する

訴訟代理権の消滅

・本人の死亡・訴訟能力の消滅等の事情

→訴訟代理権の消滅事由とはされない（58 条 1 項 1 号）

∵委任事務の範囲は明確に法定→委任者の信頼を裏切られることが少ない

→手続は中断しない(124 条 2 項)

・実体法上の消滅原因（本人の死亡等を除く）による（民 111 条 1 項，2 項）

・通知が必要（59 条，36 条 1 項）

第2章　審判対象の決定

1　訴訟物とその特定基準

訴訟上の請求＝訴訟物　訴訟における審判の対象のこと

民事訴訟における審判の対象
→原告により裁判所に対してなされる権利・法律関係の存否の主張
∴訴訟物の特定→原告によってなされる
＊訴訟物，訴訟形態，被告はすべて原告が決定する

訴訟物の特定
・当初から確定しなければならない
∵裁判所→当事者の申し立てた事項についてのみ審判できる（246条）
　訴訟物が特定しなければ裁判所は審理を開始できない
∵不意打ち防止
　被告→審判対象が特定されなければ攻撃・防御に不都合，不意打ちになる

＊審判対象の同一性の識別が必要な場面
・判決効の客観的範囲(114条)
・二重起訴(142条)に当たるか
・再訴禁止効(262条2項)に触れるか
・訴えの変更(143条)・併合(136条)と攻撃防御方法の変更の区別

【論点】訴訟物論争

●訴訟の主題が何か，範囲は何か，訴訟物の同一性の有無，処分権主義違反の有無等
　→訴えの変更，二重起訴の禁止，既判力等の判断のために必要
旧訴訟物理論（判例）　権利主張は実体法上の個々の権利・法律関係の主張
∵基準として明確である
∵攻撃防御の目標とならなかった他の権利
　→別訴で争えるので当事者の手続保障が実現されやすい
新訴訟物理論　給付・権利変動単位で考える
→法律構成が複数考えることができても，訴訟物は一個
・実体法上の個々の権利は攻撃防御方法に過ぎない
∵紛争の一回的解決→裁判所・当事者の負担の軽減
＊司法試験では旧訴訟物理論をとるのがおすすめ

2　処分権主義

当事者が訴訟の開始・終了，訴訟物の特定，紛争の実体的解決について処分権能を有するという建前

＊処分権能あり→自由に決定できること

【論点】処分権主義の根拠

・民事訴訟の主題たる私法上の権利・法律関係は私的自治の原則に委ねられる
　国家による積極的な介入は必要性はなく，許されない
∴民事訴訟制度の利用における態度決定も当事者に一任するべき

処分権主義の機能
・紛争当事者による紛争処理方式の選択を保障する
・審判対象の自主形成機能
・手続保障機能→原告の申立事項外の点についての判決の効力を生じない
　246 条による不意打ち防止機能

処分権主義の限界（妥当しない範囲）
・権利関係に公共性がある場合
　例　婚姻取消事由があるとき→検察官が訴え提起できる（民法 744 条 1 項）
・会社関係事件（商法 247 条など）→訴訟の終了について処分権主義が認められない
　利害関係人が多数存在するから
・訴訟費用の裁判など(67 条など)→独立して終了しない
　当事者が民事訴訟による解決を選んだ結果，付随してなされる裁判だから
・形式的形成訴訟→前述

3　申立事項と判決事項

裁判所は，当事者が①**申し立てていない事項**について，②**判決することができない**。（246条）

①申し立ててない事項　申し立てた事項の範囲を超えた場合を含む
② 246 条違反の判決→当然に無効ではない
・控訴，上告によって取り消されうるにとどまる
・訴えの変更によって控訴審で新たに申立→瑕疵は治癒される

申立事項
(1)**訴訟物→**申立事項の範囲か否かは訴訟物理論によって決定される
(2)**権利救済の種類**→確認・給付・形成のいずれの判決を求めるか
　例　確認の訴えの利益がないとき
　→却下しなければならず，給付判決を下すことは許されない
(3)救済を求める順序→審判順序ないし併合形態
　単純併合，選択的併合，予備的併合についても，原告の指定に拘束される
(4)**救済を求める範囲→**救済を求める範囲の上限を明示して訴え提起する
例　200 万円の売掛代金債権→ 100 万円の請求をなしてよい
＊注　これは一部請求の問題とは別で，当然に可能

一部認容判決

例　金額についての一部認容→ 200 万円の請求に 100 万円の認容→適法
∵処分権主義の趣旨は原告意思の尊重と被告の不意打ち防止にある
　→原告は一部認容を求めるはず，被告にとっても不意打ちとはならない
＊一部認容判決をすべきでない場合　家の一部明渡し等

【論点】引換給付判決は認められるか

例　Ａの代金支払請求に，Ｂが同時履行の抗弁を提出→引換給付判決を下せるか
無条件の給付請求に条件を付している
処分権主義の趣旨から，一部認容の一場合と考えられる→認められる

【論点】債務の上限を示さないでする一部不存在確認の訴え

例　単に 100 万円を超えて債務は存在しないことの確認
　→ 200 万円を超えて存在しないと判決できるか
●攻撃防御の目標も明確でない（訴訟物の不特定）
　↓　しかし
・通常は訴外で債権者が上限を定めているのが通常
　→訴状，弁論にこれが現れ，攻撃防御の目標も明確になる
∴請求は特定している
● 200 万円を超えて存在しないとの判決→一部認容判決の問題は
　債務の数額について確定してしまうこと→原告（債務者）は望んでいない？
　→判決は可能
∵別訴提起を認める→訴訟機能の低下（迂遠），原告の意思に反する
∵事実上全体が審理の対象になる→被告に取って不意打ちにもならない
●自認部分について既判力は及ぶか？→及ばない
∵原告が審理を求めるのは，自認部分以上の額
∵信義則で対応すべき

★債務不存在確認の訴え→問題点の整理（発展）

1　上限を定めない債務不存在確認の訴えは認められるか
　＃一部不存在確認に限らない問題
2　一部不存在確認の訴え→一部認容判決の可否
3　一部不存在確認の訴え→自認部分を争えるか
　既判力には遮断されないが，信義則で個別的に対応
　＃全部認容，一部認容，全部敗訴の場合のすべてで問題になる

【論点】一部認容判決の可否・問題点（発展）

●現在給付の訴え→将来給付の判決をすることができるか
肯定説（将来給付判決をすることは可能）
∵原告の意思の範囲，被告にとって不意打ちにならない
●将来給付の訴え→現在給付判決をすることができるか
原則として否定すべき　∵原告の申立以上の判決→被告にとって不意打ちになる
●建物収去請求→退去の判決をすることはできるか
＃訴訟物の同一性が異なるが…
判決はできる　∵趣旨に反しない
●貸主の申し立てた以上に立退料を増額する判決
判決はできる　∵趣旨に反しない

【論点】一部請求の問題

●一部額の給付請求について判決がなされ確定→残額を請求しうるかの問題
肯定説　請求額だけ既判力が発生，時効中断する
・試験訴訟の途を開く
・処分権主義→訴訟外で債権の分割行使はなしうる
否定説　債権全額について既判力が発生，時効中断する
・全部請求だと考えた被告にとって，不意打ちの危険
・被告は応訴の煩に耐えない
明示説（判例）→明示ある場合肯定説，なければ否定説と処理が同じ
前訴で一部請求であることが明示してあるとき→残額請求が認められる
・被告の不意打ちを避けることができる
・応訴の煩は，訴権の濫用として信義則により対応すれば足りる

【論点】後発損害の賠償請求

例　交通事故による損害賠償請求の前訴で勝訴
→同一事故の後遺症による後発損害の賠償ができるか
●処理の方法
既判力の時的限界説
×後発損害が前訴の基準時前に具体化した場合→請求できなくなるのは不当
↓
一部請求の問題として考えるべき
∵通常の債権に一部請求が認められることと同様に考える
●一部請求に明示を要求することとの関係
→明示ないからこれ以上の請求は不可能ではないか？
・特段の事情がない限り，後訴での残額は認められる
∵請求を認めない→権利保護を全うすることはできない
∵原告は明示をしようにもできない，訴権の濫用の危険性もない
＊端的に訴訟物が別であるとする構成も近時有力

【論点】一部請求に関する応用問題（発展）

事例　100 万円のうち，60 万円を請求，50 万円の一部認容
●残額請求はできるか
cf.　全部認容の場合→残額の請求は可能
！信義則により残額請求は認めるべきでない場合がある
∵前訴で一部棄却
　→当然債権全体について弁論を尽くし，審理も債権全体で行われたはず
●過失相殺→全損害額を基礎とするのか，一部請求額を基礎とするのか
　例　1200 万円のうち，600 万円を請求→過失相殺 5 割
　　全体を基準にした場合→ 600 万円の支払を命じる
　　請求額を基準にした場合→ 300 万円の支払を命じる
外側説（判例）
∵一部請求→過失相殺を考慮してなされた可能性がある
∵原告の意思→請求額全額をとにかく認めてもらいたいことにある
＃一部請求を肯定する立場→訴訟物は一部請求額なので，外側説は採りにくい
　ただし論理矛盾になるわけではない

第3章　裁判主体の決定

1　管轄

全国各地に各種の裁判所が存在→各裁判所間の事件分担の定め

●**法定管轄**　法律によって裁判権が配分される場合（4条）

・当事者の公平・画一的基準による迅速な処理の実現

＊**専属管轄**　任意管轄が認められない場合

例　職分管轄　裁判権の種々の作用による配分（例　審級管轄）

●**任意管轄**→当事者が合意により管轄裁判所を選択できる（11条）

・土地管轄　被告の生活の本拠地など

事物管轄　事件を基準とした配分，簡裁か地裁か

要件

・当事者の意思の合致

・専属管轄の定めがないこと

・一定の法律関係に基づく訴えであること

・第一審に限る

・対象は土地管轄・事物管轄に限る

・起訴前に書面でする

cf. **応訴管轄**

被告が管轄違いの抗弁を提出しないで準備手続の申述・口頭弁論期日に弁論

→管轄が認められる（12条）

合意の内容

・付加的合意　法定管轄にさらに管轄裁判所を付け加える場合

・専属的合意　法定管轄を排除する

移送(16**条以下**)

・管轄違いの場合に訴えを却下しないで管轄裁判所にその訴えを係属せしめること

＊管轄が正しい場合も移送される場合がある（著しい遅滞を避ける場合等，17条）

【論点】管轄の合意の内容

●付加的合意か，専属的合意かが不明確な場合→どちらに推定すべきか。
原則　付加的合意と推定すべき
∵専属的合意は一方の当事者に不利益に働く可能性が高い
修正　法定の管轄裁判所を特定し，あるいは特定の法定管轄裁判所を否定する場合
　→付加的合意とするならば，合意の意味をなさない
＊一方当事者の便宜の為に形式的に合意されているに過ぎない場合（例　約款など）
　→付加的合意とすべき
∵契約の一方の相手方の合意が実質的に認められない場合
　→その者を害することを避ける必要がある（当事者間の地位の違いを考慮）

★管轄に関する知識の整理（発展）
法定管轄→法律だけで管轄は定まる
・専属管轄→職分管轄（訴額，人事，上告→審級管轄はここに含まれる）
・任意管轄を許すもの→土地管轄，事物管轄
　↓
任意管轄の内容　付加的合意，専属的合意
成立の態様　訴訟契約，応訴管轄
・簡易裁判所の管轄権→訴額 90 万円を超えない額
・関連裁判籍(7 条)　他の事件との関連から
その事件については本来管轄権のない裁判所に管轄権を認める場合の裁判籍
例　反訴，中間確認の訴え，独立当事者参加

2　裁判官の適格性

除斥　法律上当然に裁判に関与できない場合（23 条 1 項各号）

・裁判官と当事者が密接な関わり合いがある場合など

忌避　当事者の申立を待って，裁判官を職務執行から排除する場合（24 条 1 項）

・裁判の公正を妨げるべき事情がある場合

＊問題…濫用のおそれ

回避　裁判官が自ら事件関与を避ける手続(規 12 条)

第4章　訴訟係属の効果

・実体法上の効果
　時効の中断（民法 147 条等），善意占有者の悪意擬制（民法 189 条 2 項）
・訴えの変更，反訴，訴訟承継など他の制度適用の前提

〔論点〕時効中断される権利の範囲

・訴訟物として主張された権利関係
　相手方提起の消極的確認の訴えによってもよい
・攻撃防御方法としての権利関係→広く認めるのが判例
・一部請求の場合→一部請求における訴訟物の範囲と一致させるのが判例
明示があれば一部・無ければ全額について時効中断する

【論点】時効中断される権利の範囲（発展）

●攻撃防御方法としての権利主張によって時効中断の効力は認められるか
肯定説（判例）→条件を満たせば理由中の判断によっても中断はある
∵判決中の判断により，継続してきた事実状態が否定されることは考えられる
　→判決中で権利関係の判断がなされる程度に争われることが必要

●二重起訴の禁止（142 条）→訴訟係属の**代表的**効果

裁判所に係属する事件については, 当事者は, 更に訴えを提起することができない(142 条)。

趣旨

①応訴義務を負う相手方にとって大きな負担
②訴訟上不経済
③判決内容が矛盾・抵触するおそれがある

事件の同一性の判断基準

①当事者の同一性　二重起訴禁止の３つの趣旨から実質的に判断する
例　次のような場合は同一性がある
・原告・被告が逆転する場合
・判決効の及ぶ者が別訴を提起する場合(115 条参照)
∵いずれも判決の矛盾・抵触の危険がある
②事件の対象の同一性…権利関係が同一である場合
訴訟物自体は同一の必要なし
→「訴訟物たる権利関係の同一性」が認められれば，事件の同一性は認められる
＊ここも二重起訴禁止の３つの趣旨から判断する

同一である例

・訴訟物自体が同一である場合
・事実関係や裁判資料が共通する場合
・主要な争点が前訴と共通する場合
＊事件の対象が同一である場合の処理→併合審理を認めることで不適法を回避

裁判所の取扱

・職権調査事項
・訴訟物の内容をなす権利及び請求の趣旨双方が同一→直ちに不適法却下
・権利が同一の場合の裁判所の態度
釈明の上，訴え変更・反訴提起を待つ　or　弁論を併合する
・矛盾する判決がでた場合
→後になされた判決が再審で取り消される（338 条 1 項 10 号）

cf．**二重起訴の禁止と似た制度**

訴えの取下げによる再訴禁止効(262 条 2 項)，既判力による遮断

【論点】債権者代位訴訟と二重起訴

代位訴訟提起中に債務者が第三債務者に訴え提起
●債務者は代位訴訟の当事者ではないが？
　→債務者による起訴は二重起訴の禁止に触れるというべき（判例）
∵債務者→代位訴訟の判決効が及ぶ（115 条 1 項 2 号）
　　↓　但し
債権者の代位権限を争う独立当事者参加，共同訴訟的補助参加は認められる
∵併合審理されるから，二重起訴禁止の 3 つの趣旨に反しない

【論点】理由中の判断に既判力が生じる場合

●相殺の抗弁→二重起訴の禁止の規定が類推されるか
　相殺の抗弁は理由中の判断→権利関係は訴訟物と異なる？
肯定説（判例？）
∵既判力の抵触のおそれがある
∵相手方の負担・訴訟経済の点でも不都合
否定説
∵相殺は予備的抗弁→判決で判断されないおそれがある
∵相殺の担保的機能を損なわない解釈をすべきである
∵既判力は弁論の併合で避けうる

【論点】二重起訴の禁止に触れる場合（発展）

●同一の請求権についての確認請求と給付請求→二重起訴の禁止に触れるか
触れるとするのが通常
∵訴訟不経済，判決の矛盾発生のおそれがある
∵訴えの変更，反訴，中間確認の訴えなどにより目的を達成できる
●二重起訴の禁止と相殺の抗弁→二重起訴に触れるか
・抗弁が先行する場合と請求が先行する場合で分ける考え方
・抗弁先行型→相殺の抗弁は予備的抗弁で，判断されないおそれ？
　反訴によれば目的が達成できる，後の請求は認められない
・請求先行型→相殺の抗弁の提出が封じられるとすれば？
　先行した請求を取り下げるしかない→これには相手方の同意が必要
　∴相殺の担保的機能を奪う解釈は否定すべき，相殺の抗弁の提出は可能
●手形訴訟と通常訴訟
・手形訴訟は二重起訴の禁止の適用領域外とする説が通説
∵手形訴訟の特殊性→互いに異種の手続である

第5章　その他の訴訟要件

1　訴訟要件の意義･種類

本案の審理を続行して**本案判決**をするための要件

・訴訟要件が具備されない場合→補正されない限り本案判決はできない
　場合によっては審理の続行が不可能

種類

・訴状送達が有効なこと（前述），必要あれば担保の提供（75 条）
　有効な訴え提起があること
　　→訴訟契約（不起訴の合意など）がないこと，訴訟能力，代理権（前述）

・当事者に関するもの
　当事者の実在，当事者能力（前述）
　当事者適格の具備

・訴訟物に関するもの
　二重起訴（前述），再訴の禁止に触れないこと
　訴えの利益があること
　請求の併合，訴えの変更などの場合には，その要件を具備すること
　仲裁契約，不起訴の合意がないこと

・裁判所に関するもの
　裁判権の有無，管轄の有無（前述）

訴訟要件の機能

・司法の限界画定
・紛争処理に適した当事者・事件の特定・選別
　→無益な訴訟の排除による相手方保護，訴訟機能維持
・複雑訴訟→矛盾のない，訴訟経済の要求に合致した紛争処理の実現
・裁判の適正確保，当事者権の実現

訴訟要件の調査と裁判所の措置

・原則　職権調査主義・職権探知事項→申立を待たず自ら調査を開始する
∵訴訟要件は公共的な役割と結合しているものが多い

・例外　抗弁事項＝訴訟契約の不存在，担保の不提供
　→当事者の申立を待って初めて調査を開始すればよい
∵もっぱら私的な利益に関する事項であるから
∴職権調査事項→職権探知主義，抗弁事項→弁論主義，が原則

＊裁判所が証拠について自ら収集する義務がない事項（職権探知が妥当しない場合）
・任意管轄（12 条）
・訴えの利益，当事者適格（→本案の審理に密接に関連するから）

【論点】各要件の調査時期・順序（発展）

訴訟要件の具備の時期→原則として判決の基準時（事実審の口頭弁論終結時）
●上告審で訴訟要件を失ったときは？→原則として本案判決できる
∵基準時における法律関係を判断するものだから
・上告審で訴えの利益がなくなったとき→破棄・取り消した上で却下
＃控訴審で敗訴後，自ら訴えの利益をなくした場合
　→上告は訴権の濫用として許されない
・上告審で訴訟能力が具備された場合→本案判決はできない
（追認があった場合もダメ）
・上告審で無権代理に追認が得られた場合→本案判決できる

訴訟要件の具備の時期

・判決の基準時（事実審の口頭弁論終結時）→上告審で訴訟要件を失ったときは？
　原則として本案判決できる
　∵基準時における法律関係を判断するものだから
　cf．上告審で訴訟能力が具備された場合→本案判決はできない

訴訟要件具備の順序

・原則として訴訟要件の具備が確かめられない限り本案の判断はできない

【論点】訴訟要件と本案審理の順序

審理の順序→並行してなされる
判断→訴訟要件が本案審理に先行すべき
∵本案判決をするための要件であるのが原則
　　↓　しかし
●本案棄却の結論の方が先に出てしまった場合，どのように処理すべきか？
原則判決できない（通説）
　　↓　しかし
・棄却判決の場合で
・被告自身の利益保護や無益な訴訟の排除を目的とする訴訟要件が問題となるとき
　訴えの利益，当事者適格，任意管轄，訴訟契約の存在等
　　→棄却判決をなしうるとすべき（判例，有力説）
∵被告の応訴の煩を避けるため
　終局的判断たる棄却判決をなすことが要件の判断よりも被告の保護になる

2　訴権的利益～当事者適格

①当該訴訟物につき，②自ら当事者として訴訟を追行し，本案判決を求めうる資格

①当事者能力との違い
②代理人との違い
・当該訴訟限りにおける適格　cf.当事者能力ない者はあらゆる訴訟で主体となれない
・訴訟物に対する訴えの利益
　当事者に対する当事者能力・適格→対応関係にある

当事者適格の判断基準
原則
・訴訟物たる権利関係についての実体的利益の帰属主体であると自ら主張した者
・または，このように原告から主張された者

当事者適格欠缺の効果
・上告できる（312 条 3 項）が，再審事由ではない
　∵判決効は当事者適格ある他人には及ばないから，取り消す必要性はあまりない

【論点】法人の内部紛争と当事者

●代表役員地位確認等を求める訴え→誰に当事者適格を認めるべきか
自称代表役員とする説
∵利害関係を最も有する者だから
×法人に効力が及ばない結果，何人も法人に対して訴えを提起できてしまう
法人自身を被告とすべきとする説
∵対立は代表役員相互間に留まらない
→利害関係人の利害を調整・集約する法人を被告とすべき
・自称代表役員は共同訴訟人とすべき（判例は，商法 257 条 3 項の訴えにおいて，法人，自称役員ともに当事者適格を肯定した）

訴訟担当　実質的利益帰属主体に代わって第三者が訴訟を追行して判決を受ける資格

法定訴訟担当…法律上，第三者に訴訟追行権が付与
・管理処分権が認められる場合で担当者のためになされる場合
　例　債権者代位訴訟，株主代表訴訟
・管理処分権が認められる場合で本人のためになされる場合
　例　遺言執行者
・管理処分権が認められない場合，職務上の当事者
　例　人事訴訟の検察官

任意的訴訟担当
・本来の当事者適格者が第三者に訴訟追行権を授与して訴訟を追行させること
法が認めている場合
・**選定当事者**（30 条）
　共同の利益を有する多数の者の中から，全員のために当事者となる者を選定できる
　訴訟係属中にも係属中の訴訟追行者を選定当事者とすることができる（30 条 2 項）
　　→多数関与者紛争の処理に対応するための改正
・**手形の取立委任裏書をうけた被裏書人**(**手形法**18**条**)

【論点】明文のない訴訟担当の可否

●弁護士代理の原則，訴訟信託の禁止(信託法 11 条）の趣旨に反するおそれ
許容基準（判例）
　→正当な業務上の必要・正当な理由がある場合で，弊害の生じる恐れのない場合
　↓具体的には
①第三者が自己固有の利益を有する場合
例　売主と第三者の所有権に基づく返還請求訴訟
∵売主は担保責任を免れるという利益があるし，三百代言の暗躍のおそれもない
②訴訟物たる権利関係に包括的な管理権を持っており
　権利主体と同程度以上に権利関係につき知識がある場合
例　組合の業務執行組合員
∵本来適格が認められる者の一人，前記の弊害を生じない

★当事者適格ある者（発展）

給付の訴え→自己の給付請求権を主張する者（原告）とその義務者とされる者（被告）

確認の訴え→訴えの利益の問題に吸収されるのが通常

・例外的に対世効ある確認訴訟→被告適格者は誰かが問題になる

形成の訴え→原告・被告適格ある者は法定されている

★遺言執行者の訴訟上の地位（発展）

→法定訴訟担当と見るのが通説

・遺贈の履行として不動産の移転登記請求をする場合

→遺言執行者に被告適格あり（判例）

＃登記義務者は相続人である→遺言執行者に勝訴しても意味がないのではないか

・受遺者に仮登記→相続人が抹消請求することはできるか

判例は受遺者に被告適格を認める

∵いったん登記が経由されている，登記の保持に努めるのは遺言の執行ではない

★相続財産管理人の訴訟上の地位（発展）

→判例　法定代理人であるとする

∵相続財産管理人は相続人の代表者→代理人に近い

3　訴権的利益～訴えの利益

特定の請求が本案判決による争訟処理に適するかどうかの判断基準

【論点】訴えの利益の判断基準

総説　本案判決がなされるべき必要性，本案判決による紛争処理の実効性
　→以上を個別具体的に判断すべき
一般的要件（訴えの利益が否定される場合）
・法律上の争訟性があること
　例　単なる事実の存否の争いは許されない（例外　証書真否確認の訴え）
　　自然債務の訴求はできない
　　統治行為・部分社会に関する問題も判断できない
・起訴が法律上，禁止されていないこと
　例　二重起訴の禁止，再訴禁止に触れる場合
・当事者間の訴訟契約（不起訴の合意，仲裁契約などがある場合）
・訴え以外の特別の救済手段がある，既に確定判決を得ている場合
・訴権の濫用と評価される場合など

形成の訴えの利益

形成の訴え→法律で規定されている場合に限り認められる
　↓すなわち
法律が既に形成の訴えが認められる場合を選び出している
∴原則→訴えの利益は認められる
　例外　会社役員選任決議取消訴訟→訴訟中に，役員全員が退任した場合
　・特段の事情ない限り，訴えの利益は消滅する（判例）

現在の給付の訴え

訴求可能な給付請求権を主張するもの→原則として訴えの利益がある

【論点】現在給付の訴えの利益～強制執行が不可能な場合（発展）

●強制執行が不可能な場合でも訴えの利益は認められるか
例　夫婦の同居義務
肯定説（判例）
∵履行期の到来した給付請求権→民事訴訟手続による必要性あり
∵強制執行が可能かどうかという問題
　→執行機関の判断によるべきもので，裁判をする際に調査する必要はない

将来の給付の訴え

将来の給付を求める訴えは，②**あらかじめその請求をする必要がある場合**に限り，提起することができる。（135 条）

【論点】将来給付の訴えの利益

判決の基準時までに履行すべき状態にないものについての訴求
訴えの利益は
①請求適格ある場合で（期限未到来・停止条件未成就の請求権がある）
②あらかじめ給付判決を得ておく必要がある場合に限る
●必要ある時とは？
・直ちに執行できる債権者の利益 vs 債務者の異議を主張する責任という負担を考慮
　→個別具体的に判断する
＊義務者の態度，給付の目的，性質を総合判断
例　義務の存在・履行の条件などに争いがある場合
　　現在の特定物の給付の訴えに付随してなされる代償請求
　履行遅滞による損害が極めて重大な結果をもたらす場合（定期行為・扶養料など）

【論点】将来の不法行為に基づく損害賠償請求権

●将来も継続するであろう不法行為→請求適格自体が不明
判例が立てた規範→請求適格が認められるためのもの
①既に権利発生の基礎をなす事実上及び法律上の関係が存在し
②請求権の成否及びその内容につき
　債務者に有利な影響を生ずるような
　将来における事情の変動が明確に予測し得るものに限られ，
③請求異議の訴えによりその発生を証明してのみ執行を阻止し得るという負担を
　債務者に課しても格別不当とは言えない場合
∵原告，被告双方の利益を比較衡量して決する必要がある
あてはめ
・不法占拠者に対する明渡義務履行までの損害賠償金
　→請求権の成否・損害の額が明確に確定できる，訴えの利益あり
・公害による損害賠償→請求適格なしとするのが判例
　　↓しかし
同一態様侵害の継続が明確で，賠償請求権発生の事実関係を現在確定しうる場合
　→賠償請求を認めてよい（少数意見）

確認の訴えの利益

[論点] 確認の利益の認められる場合

●確認の訴え→確認行為の性質上，無限に対象が拡大しうる
∴限界付けが特に重要となる
●確認の訴えは強制的実現を伴わない→訴えの利益が認められる場合が少ない

判断の視点

ａ　確認対象の適否
　現に争われている①自己の②現在の③積極的④法律関係の確認請求
→確認の利益が認められやすい
∵②過去の法律関係の確認→現在の紛争を解決できない
∵③×相手方の所有権不存在→〇自己の所有権存在

例外

①転借人による所有者の所有権確認
②過去の法律関係から派生する現在の紛争の抜本的処理ができる場合
　例　株主総会決議の不存在，遺言の有効性など
③債務不存在確認の訴え
④証書の真否確認の訴えは例外

ｂ　方法選択の適否
・他の手段による方が適切である場合→確認訴訟は許されない

ｃ　即時確定の利益の存否
　権利ないし法的地位につき危険ないし不安が現存
　　→確認判決によって即時に権利ないし法的地位を確定する必要がある場合

【論点】確認の訴えの利益（発展）

●所有権に基づく明渡請求ができる場合→所有権を確認する利益はあるか
・必ずしも訴えの利益は否定されない
∵所有権の確認→派生する可能性がある複数の紛争を予防する機能が期待できる
∵明渡請求→所有権の存在について既判力が発生しない
●債務不存在確認の訴えの提起→後に反訴として給付訴訟が提起された場合
・確認の訴えの利益が消失すると考えられる

【論点】遺産の確認訴訟（発展）

事例　甲土地が遺産か否かについて争いが生じる
●甲土地が遺産に含まれるか否かの確認の訴え→訴えの利益はあるか
①確認対象の適否→過去の法律関係に対する確認で，不適法では？
　→遺産に属するか否かは現在の問題
　（遺産分割前の共有関係にあることが確認対象）
②方法選択の適否→共有持分確認の訴えの方が適切ではないか
判例　遺産確認の訴えは適法
・共有持分確認の訴え→取得原因が相続であることは確定せず，既判力は生じない
・遺産確認の訴え→当該財産が遺産分割の対象たる財産であることに既判力発生
　原告の意思にかなった紛争解決を図ることができる
●訴訟形態→固有必要的共同訴訟（判例）
∵実体法的観点→遺産は共同相続人の共有物，共有物全体に関する訴訟
∵手続法的観点
　→紛争解決，手続保障の観点から，共同相続人全員が当事者として関与するべき

【論点】遺言者が生存中に受贈者に対して提起する遺言無効確認の訴え（発展）

●即時確定の利益はあるか？
判例　否定説
∵遺言者は遺言の撤回・新たな遺言を自由にできる
＃遺言作成後心神喪失状態になった場合は？
　→訴えの利益なし（判例）
∵遺言の効力→遺言者の生存中は何ら効果を発生するものではない
　受遺者は将来遺贈を受けられる事実上の地位にあるに過ぎない

【論点】建物賃貸借契約係属中の敷金返還請求権存在確認請求（発展）

●将来の敷金返還請求権→未だ発生しておらず，訴えの利益はあるか？
肯定説（判例）
∵敷金返還請求権→契約終了前にも条件付きの権利として存在する
∵賃貸人が敷金返還の義務を争っている
　→権利の存否の確定により現に生じている不安は除去されるといえる

第2編　訴訟の審理

第1章　訴訟の審理と口頭弁論

1　訴訟の審理　当事者の申立をめぐる裁判所の行為

・両当事者の攻撃防御→迅速で適正な訴訟運営が必要

民事訴訟の審理の方式→口頭弁論

裁判所の面前で当事者双方の関与の下に口頭で弁論及び証拠調べを行って裁判資料を収集する審理手続

口頭弁論中心主義，必要的口頭弁論の原則（87 条 1 項本文）

当事者は，訴訟について，裁判所において口頭弁論をしなければならない。ただし，決定で完結すべき事件については，裁判所が，口頭弁論をすべきか否かを定める（87 条 1 項）。

①判決で裁判をすべき場合には必ず口頭弁論が開かれなければならない

②口頭弁論に顕出された裁判資料だけが裁判の基礎となる資格を持ちうる

cf．決定・命令は口頭弁論を開く必要がない（87 条 1 項但書）

趣旨

・両当事者に口頭弁論手続による攻撃・防御の機会を保障，真実発見に資する

①の例外　訴えを却下する場合（140 条），上告審（319 条）∵法律審だから

費用が予納されない場合（141 条 1 項），判決の変更(256 条)

②の例外　陳述擬制(158 条)

違反の効果

・上告事由（312 条 3 項），再審事由ではない

2　口頭弁論の基本原則

公開主義（憲法 82 条）

訴訟の審理及び裁判を国民一般の傍聴しうる状態で行うべきとする審理原則

・公開→審理・裁判の公正を担保し，国民の司法に対する信頼を確保

・違反の効果→上告事由（312 条 2 項 5 号），再審事由ではない

双方審尋主義（憲法 14 条）

・対立当事者双方に言い分を主張する機会を平等に保障すべきとする審理原則

・裁判を受ける権利・法の下における平等の訴訟上における発現

口頭主義（87 条 1 項）

・口頭で陳述されたものだけが裁判資料として判決の基礎たり得るとする審理原則

・長所　印象が新鮮である，臨機応変に審理が尽くされうる

・短所→書面による補完が必要になる場面

確実性に欠ける→訴状（133 条）

複雑な事項が陳述されると理解が困難で，審理が混乱する→準備書面（161 条）

記憶が困難→口頭弁論調書（160 条）

上級審において下級審の裁判の審理ができない→判決書（253 条）

・公開主義との関係→密接に結びつく

・直接主義との関係→結合して高めあう関係にある

直接主義（249 条 1 項）

・当事者の弁論の聴取や証拠調べは判決をする裁判官自身が行うとする審理原則

cf.　間接主義

・陳述の趣旨，真偽を正確に理解し，その結果を裁判に直結させる

・違反の効果　上告事由（312 条 2 項 1 号），再審事由（338 条 1 項 1 号）

・直接主義の後退

弁論の更新（249 条 2 項）

裁判官が交代した場合→新裁判官の面前で従来の弁論の結果を陳述すればよい

例外　証人尋問

→当事者が改めて尋問の申し出をする場合はやり直す必要がある（249 条 3 項）

＊証拠調べについて，184 条，185 条の例外→ 195 条での歯止め

第2章　口頭弁論の準備と実施

1　口頭弁論準備の諸制度

目的→審理の**充実・促進**

＊実務法曹の不足の状況

裁判所・弁護士が忙しい→各期日間の間隔が長期化

旧法の問題点

・準備手続制度→強力な失権効，準備手続はほとんど利用されない

結果として争点・証拠が未整理なまま口頭弁論が始まる

・併行審理主義，随時提出主義→時機に後れた攻撃防御方法の却下が十分に機能しない

↓

∴訴訟の遅延，裁判官の交代による直接主義の減殺

口頭弁論期日が準備書面の交換期日→口頭主義の長所が減殺される

従来の実務の対応

弁論兼和解

法廷以外でテーブルを囲む

→争点整理・和解に重点を置いて口頭で事案の背景を明らかにする審理方式

現民訴法の対応

・当事者の事前調査義務（規則 85 条）

当事者照会制度（163 条・規則 84 条）

・準備書面制度の強化

・争点・証拠整理手続の新設→準備手続・弁論兼和解を整理したもの

(1)準備的口頭弁論（旧規則→現 164 条以下）

口頭弁論であるから，特段の制限無

(2)弁論準備手続→公開不要，対席要，意見聴取要，文書の証拠調べ可能

(3)書面による準備手続

→公開・対席不要，主催者は裁判長，意見聴取要，証拠調べ不可

(4)「計画審理」

「審理すべき事項が多数または錯綜しているなど事件が複雑であることその他の事情によりその適正かつ迅速な審理を行う必要があると認められる場合に」裁判所は当事者双方と協議して審理の計画を定める。

(5)その他

・口頭弁論期日外の釈明権行使（149 条）

・釈明処分（151 条 1 項）

★当事者による準備・事前調査（発展）

・当事者事前調査義務→手段としての当事者照会制度

・証拠保全手続

将来の証拠調べの時点では証拠調べが不可能・困難となるおそれがある場合

→あらかじめの証拠調べ，将来その結果を利用する場合

・証拠の事前開示機能も持つ

・弁護士会照会

弁護士会の照会という形で公官庁や公私の団体に必要な事項につき報告を求める制度

2　各種争点整理の方法

準備書面

当事者が口頭弁論において陳述しようとする事項を記載し，裁判所に提出する書面

・最初の準備書面→**訴状･答弁書**

口頭弁論は，書面で準備しなければならない。（161 条 1 項）

目的　口頭弁論における主張・立証内容を裁判所・相手方に知らせて準備させる
　→審理の充実，促進

内容

・161 条所定の方式で作成
　相手方が準備をするのに必要な期間をおいて裁判所に提出する必要

効果

・準備書面の記載事実→相手方が欠席しても主張できる（161 条 3 項反対解釈）
・逆に記載していない事項
　→相手方が在廷してない場合，口頭弁論で主張できない（161 条 3 項）
＊記載内容は弁論しなければ裁判資料とはできない
＊事実とは間接事実・証拠の申出も含む
・陳述擬制(158 条)←準備書面の効果としては最も大きいもの

弁論準備手続（168 条以下）

受訴裁判所が行う，もっぱら争点や証拠の整理を目的とする争点整理手続

・原則非公開（169 条 2 項），対席手続（169 条 1 項）
・口頭弁論の規定が準用される（170 条など）
　結果→証拠の申出に関する裁判，文書，準文書について証拠調べできる（170 条 2 項）
　より周到に証拠・争点の整理が促進される
・結果→口頭弁論で陳述しなければならない（173 条）
・手続終了後の攻撃防御方法提出→説明義務の発生（174 条）

準備的口頭弁論（164 条以下）

・口頭弁論の中で争点・証拠の整理を行うもの
　手続→口頭弁論としてその原則・手続の規定に従う
・証明すべき事実を確認の上（165 条），決定で終了（166 条）
・終了後→説明義務の発生
　未提出の攻撃防御方法を提出する際に理由を書面で説明（167 条）

書面による準備手続（175 条以下）

当事者の出頭なしに争点や証拠の整理をする手続

（条件）裁判所が相当と認めるとき当事者の意見を聴いてなされる

・証拠調べは不可，説明義務の発生(178 条)

第3章　口頭弁論の実施上の諸制度

1　口頭弁論の実施上の諸制度

継続審理主義

一事件のために口頭弁論を**集中的かつ継続的**に行って，
　その事件の審理を終了させた上で，他の事件の審理に取りかかるとする審理方式
cf．並行審理主義（歯科医方式）
・争点・証拠整理手続，適時提出主義による集中・継続審理の実現が期待される

適時提出主義

攻撃または防御の方法は，訴訟の進行状態に応じ適切な時期に提出しなければならない（156 条）。

・攻撃防御方法
　→訴訟の進行状況に応じ適切な時期に提出しなければならないとする建前（156 条）
cf．旧法下では口頭弁論の一体性から随時提出主義が採られていた
＊口頭弁論の一体性　口頭弁論は全体を一体と捉えて等しく判決の基礎とされること
＊随時提出主義
　口頭弁論の終結に至るまでいつでも随時に攻撃防御方法を提出することができる
　×訴訟の進行が緊張を欠く
　×かけひき・訴訟引き延ばし策として濫用される

時機に後れた攻撃防御方法の却下

当事者が①故意又は重大な過失により②時機に後れて提出した攻撃又は防御の方法については，これにより③訴訟の完結を遅延させることとなると認めたときは，裁判所は，④申立てにより又は職権で，却下の決定をすることができる。（157 条 1 項）

①故意・重過失が必要
　→当事者の法律知識の程度，攻撃防御方法の種類，すでに提出してある攻撃防御方法との関連などにより，判断する
②時機に後れて→以前の口頭弁論で提出すべき機会があったこと
③訴訟の完結を遅延する場合→さらに期日を開かねばならなくなる場合
④却下される（要件を満たした場合，必要的に却下される）

口頭弁論の制限･分離･併合（152 条）

弁論の制限

・訴訟物が複数の場合，もしくは数個の独立した攻撃防御方法が争われている場合
　→さしあたりそのうちの一つに審理を制限し，集中して審理すること
・弁論を終結して判決を下してもよい
　中間判決を下してもよい（245 条）
　制限を取り消してもよい
　判決の矛盾抵触のおそれがある場合には許されない

弁論の分離

・複数の請求が 1 個の訴えをもってなされた場合（客観的併合，主観的併合）
　→各請求を別個の手続で審理すること

弁論の併合

・同一の裁判所に別々に係属している複数の訴訟を，一つにまとめて
　一個の裁判所による同一の口頭弁論で審理・判決する処置
　→共同訴訟・客観的併合の要件を備える必要
cf.　証拠調べが済んだ証拠
　→当事者の援用なしに，そのまま併合後の訴訟資料となる（通説・判例）

2　審理の進行と当事者権保障

期日　裁判所，当事者その他の関係人が訴訟行為を行うために定められた日時

期間　一定の期間の経過によって上訴ができなくなるなど（285 条）

ただし，**訴訟行為の追完**

> 当事者がその責めに帰することができない事由により不変期間を遵守することができなかった場合には，その事由が消滅した後一週間以内に限り，不変期間内にすべき訴訟行為の追完をすることができる（97 条本文）。

「責めに帰することができない事由」→不変期間中に訴訟行為ができなかった場合
事由がやんでから一週間以内に懈怠した行為を行えばよい（97 条）

送達　裁判所が，訴訟関係者に一定の方式により書類を交付する行為(98 条以下)

・送達の方式

ａ　**交付送達の原則**(101**条**)，**郵便による送達**（書留郵便による，107 条），

ｂ　**公示送達**(110**条以下**)

裁判所に掲示（111 条）→二週間経過時に送達の効力が生じる（112 条）
送達場所が知れないなどの事情で他の送達方法によりえない場合
→最後の手段として認められる

【論点】確定判決の不当取得

●原告が故意・過失によって被告の所在不明とする→手続関与の機会を奪う
●刑事上罰すべき他人の行為による自白，証拠の偽造・変造
　→被告が訴訟上取りうる手段
・訴訟行為の追完（97 条），再審（338 条 1 項 5 号）
＃私法上は損害賠償請求も考えられる
●判決の無効は？→認められない
　∵判決による訴訟処理の安定性
　∵裁判所も自己拘束力によって自由な訂正はできない

手続の停止～中断･中止事由

・当事者の消滅（124 条 1 項 1 号 2 号）
・当事者の訴訟能力の喪失（同条 1 項 3 号）
・法定代理人の死亡・代理権消滅（同条 1 項 3 号）
・訴訟受託者の信託終了（訴訟からの脱退）（同条 1 項 4 号）
＊受継申立・続行命令
　受継申立→訴訟追行者による（126 条）
　続行命令→裁判所の職権による（129 条）

【論点】当事者の欠席

●最初の期日における一方当事者の欠席
ａ　準備書面提出の効果
・期日に欠席しても書面記載の事項を陳述したものとみなされる（158 条）
∵原告が出席しない場合→弁論がないと訴訟を開始できない
→原告に陳述擬制を認めるバランス上，被告にも認める
↓　これに対して
ｂ　出席当事者は自己の提出した準備書面に基づいて法廷で現実に弁論
＊出席当事者は準備書面に記載のない事項を主張してはならない（161 条 3 項）
↓　これらをつきあわせて審理
ｃ　欠席者の準備書面で主張事実を認めるとの記述があるとき
→裁判上の自白が成立すると解するのが一般
欠席者が準備書面で相手方の準備書面の内容について争っていないとき
→擬制自白が成立（159 条 3 項）
＊公示催告手続による送達が行われた場合→擬制自白は成立しない（同条同項但書）

●続行期日における一方当事者の欠席
・158 条の適用なし　∵口頭主義が骨抜きになる

●当事者双方の欠席→審理を進める余地がないから当該期日は終了
＊最初の期日でも，陳述擬制はない
1 ヶ月以内に期日指定申立がない場合は取下げが擬制される（263 条前段）
連続して 2 回欠席・退廷をした場合も同様（263 条後段）

●当事者の欠席と判決
・審理の現状及び当事者の訴訟追行の状況を考慮して相当と認めるとき
→新たな訴訟行為が何も行われていなくても，終局判決ができる（244 条）
＊一方当事者が出席している場合→出席当事者の申出がある場合に限る(同条但書)

第4章　当事者の訴訟行為

1　訴訟行為総説

裁判に向けて訴訟手続を展開させていく当事者・裁判所の行為

訴訟行為の特徴

・訴訟行為…訴訟進行のための行為
　訴訟手続との関係で評価され，訴訟法上の効果が認められる
∴民法上の規定を適用すべき必要性はない
　→手続固有の要請に基づく原則によって要件・効果を考えるべき
　　↓
ａ　訴訟行為のためには行為能力ではなく訴訟能力が必要
　→訴訟能力欠缺の効果は無効(34条2項)

ｂ　原則として民法上の意思表示の規定は適用されない
　　条件・期限付きの訴訟行為は許されない
　∵訴訟手続は安定していなければならない

訴訟行為の種類

申立　裁判所に対して裁判を求める当事者の訴訟行為の総称
　例　本案の申立，期日指定の申立，訴訟引受の申立

挙証　証拠調べの申出
＊裁判所の応答が必要なもの→**取効的訴訟行為　cf. 与効的訴訟行為**
　裁判所の応答がなされるまでは原則として自由に撤回できる

主張　申立を理由づける判断資料の提出行為
・撤回は自由→例外　自白が成立するときは撤回が制限される
・撤回してもゼロになるのではない
　　→撤回行為を不利に解釈されることがある（弁論の全趣旨として，しん酌，247 条）

・法律上の主張
　申立・請求を基礎づけるため権利関係の存否について自己の判断を述べること
・事実上の主張
　法律上の主張を相手が争う場合に，主張を基礎づけるために主張するもの

cf. 仮定主張・抗弁
　法律上の主張を基礎づけるため仮定的な主張をなすこと

相手方の態度

a　否認　相手方が証明責任を負う事実を否定すること
　→当該事実の証拠調べが必要になる
・単純否認　直接に否定する場合
・理由付否認　相手方の主張と両立しない別個の事実を主張
＊不知　否認と推定される（159 条 2 項）

b　自白　自己に不利益な相手方の主張事実を認める旨の陳述
　＊沈黙　擬制自白が成立

c　抗弁
　相手方が主張する法律効果発生の障害原因事実あるいは消滅原因事実の主張
　→自分が証明責任を負う事実の主張に限る
　制限付き自白　相手方の主張を認めた上で行う抗弁の提出→抗弁の一種
　cf. **仮定的抗弁**　相手方の主張を仮に認めた上で行う抗弁の提出

訴訟行為の評価

・成立・不成立（成立要件を具備しない場合）
　有効・無効（能力・代理権を欠く場合，効力規定に反した場合）
　適法・不適法（申立について理由の有無など）

瑕疵ある訴訟行為…無効・不適法・理由のない法律行為
　→裁判所の補正・排斥の対象，当事者は撤回してやり直しができる

瑕疵の治癒

・追認(34 条 2 項)，補正(34 条 1 項)
・狭義の瑕疵の治癒→判決の確定，責問権の喪失(90 条)
・訴訟行為の転換，訴訟行為の追完(97 条)
・刑事上罰せらるべき他人の行為によってなされた訴訟行為
　→再審事由に該当（338 条），手続内でも類推する

【論点】公示送達の不知と追完（発展）

事例　公示送達→被告不出頭のまま原告勝訴
●被告に上訴の追完が認められることがあるか
原則としてない　∵制度上被告の不利益は予定されている
例外は認められる　∵手続保障，公示送達の公示力はきわめて弱い
要件
・被告が自己に対する判決を予見できるか
・公示送達が被告の居住地を管轄する裁判所でなされたか
＃原告に確定判決の不正取得の意図がある場合は別

2　訴訟法律行為　訴訟法上の効果の発生を目的とする意思表示

例　訴えの取下げ（261 条），不起訴・不控訴の合意など訴訟契約（281 条）
　　訴訟上の和解（89 条）

【論点】訴訟行為への意思表示の規定の適用の可否

●原則　訴訟行為に意思表示の規定の適用はない
∵訴訟手続の一環をなす訴訟行為→独自の規制の必要性
∵判決に向けて裁判所になされる，手続の安定の要請
　→公的な陳述としての明確性が必要，外観主義，表示主義の強調
例外
・訴訟開始前や，訴訟外での訴訟行為→類推適用肯定
∵裁判所の面前でその指揮下でなされるものではない
∵訴訟手続と直接の関連がない→手続の安定を害しない
　例　代理権授与・管轄の合意など訴訟契約
・訴えの取下げ，請求の放棄・認諾・和解
∵その上に他の訴訟行為が重ねられることがないから

＊上の論点**与効的訴訟行為で問題となる**
＊錯誤による訴訟行為については，保護の程度が弱い？

【論点】訴訟における形成権の行使

●法的性質をどのように考えるべきか
cf．既に形成権が訴外で行使された場合→その主張は訴訟行為
私法行為説
・私法上の形成権の行使とその効果の主張としての訴訟行為が併存
　→前者には私法が適用，後者には訴訟法の規定が適用
×相殺の抗弁が却下された場合→実体法上は受働・自働両債権が消滅する
　既判力により自己の債務は争えず，相殺に供した債権を訴求することもできない
∴攻撃防御方法としての意味を失ったとき
　→失効させる条件付き法律行為と解するべき（新私法行為説）
cf．通常の形成権（例　建物買取請求権）などでは失効させる必要はない

3　訴訟契約

意義　当事者が特定の訴訟につき一定の効果の発生を目的としてする合意

例　管轄の合意（11 条），不控訴の合意（281 条 1 項但書）
　　仲裁合意（仲裁法）

［論点］明文にない訴訟契約

●明文にない訴訟法律行為→訴訟上の効果を認められるか
任意訴訟の禁止に反するのではないか？
・審理の方法，訴訟行為の方式，要件→任意に変更することはできない
∵多数の事件の処理のため合目的的に定められている
　↓　しかし
・処分権主義・弁論主義が妥当する事項→契約の有効性を認めてよい
例　処分権主義関係→不起訴の合意，訴えの取下げの合意
　　弁論主義関係→自白契約，証拠制限契約
∵民事訴訟の対象→私人の権利，その行使の態様もできる限り当事者に委ねる
　↓　ただし
・十分結果の予見できない状況の下でなされる合意→敗訴と異ならない効果を生じる
・意思の自由を広く保障することが権利保護の要請と矛盾するおそれ
　↓　よって有効とするのは
合意の効果として訴訟上いかなる不利益を受けるかが明確に予測された場合に限る
＊そうでない場合は公序良俗違反などで無効にする

【論点】証拠制限契約（発展）

証拠制限契約→原則として有効
∴合意に反した証拠提出→他方当事者の抗弁，契約の存在が判明の時点で却下
例外
・証拠調べ後→証拠調べの効力は失われない
・既に取り調べた証拠方法に関する合意→無効
∵既に形成された心証を覆すこと→自由心証に反する

【論点】訴訟契約の法的性質

私法契約の一種（通説）
・まず実体法上の義務が発生
　当然に訴訟上の効果が発生するのではない，抗弁として当事者の主張が必要
・訴訟上はその義務に対応した一定の処置が採られる
　例　不起訴の合意→存在が認められれば，訴え却下
∵訴訟上の合意は訴訟外でなされるものであり，私法上の規律を受けるべきもの

第5章　裁判所と当事者の役割分担

＊当事者主義と職権主義

・裁判所の職責…法規の発見やその解釈・適用および事実認定
　↓さらに，訴訟の遂行
・口頭弁論手続の進行・整理→当事者主義と職権進行主義
・事実，証拠の提出→弁論主義と職権探知主義

1　訴訟運営

裁判所の訴訟運営→職権進行主義

　審理の進行及び整理が裁判所の主導権の下で行われるとする建前
∵利害が対立する当事者による審理の進行→手続の遅滞，不適正な結果を招くおそれ
∵訴訟法の要求する手続からの逸脱を防ぐ
＊裁判所は当事者権の実現，弁論の充実をはかる責務を負う

訴訟指揮権　裁判所に認められた審理の主宰権能
・訴訟の審理を円滑，迅速，適正に進行，整理するためのもの

訴訟指揮権の内容（3つぐらいあがるように）
・訴訟の進行　期日の指定・変更（93条1項），訴訟手続の中止，中断（131条）
・審理の整理　移送（17条），弁論の制限・分離・併合（152条1項）
・事案の解明　釈明権の行使（149条）
・遅延の防止　時機に後れた攻撃防御方法の却下（157条）
・判決　一部判決(243条2項)，中間判決（245条）

当事者の訴訟進行における権利

申立権　裁判所に対して訴訟指揮権の発動を求める当事者の権利
（17 条，149 条 3 項，126 条など）

責問権　訴訟行為に，訴訟手続に関する規定の違背がある場合
→異議を述べてその無効を主張しうる訴訟上の権能
＊訴訟手続に関する規定→形式面の事項に関する規定（方式規定）

責問権の喪失（90 条）→責問権を前提とした規定

当事者が訴訟手続に関する規定の違反を知り、又は知ることができた場合において、遅滞なく異議を述べないときは、これを述べる権利を失う。ただし、放棄することができないものについては、この限りでない。(90 条)

故意・過失あって責問権を行使しなかった場合→責問権の喪失，瑕疵の治癒

趣旨

∵手続進行後，責問権の行使により当該手続が無効になる
→訴訟手続の不安定・訴訟不経済は著しい
∵不利益を受ける当事者が甘受するなら無効とする必要ない
・強行規定違反については責問権の放棄，喪失による治癒は認められない

2　訴訟資料の収集･提出

弁論主義　訴訟資料の収集・提出を当事者側の権能かつ責任とする建前
＊訴訟資料　裁判の基礎となる事実と証拠
∵民事訴訟の対象は私法上の権利→当事者が任意に処分しうる，私的自治に対応
∵自己責任の根拠付け
∵職権探知主義→裁判所の負担が増大する割に効果が上がらない

弁論主義の機能

・争訟内容の自主的形成
　裁判所の中立を確保，自己責任の確実
・真実発見機能
　当事者は事件の真相の究明に勤勉であると思われる
・不意打ち防止・手続保障機能
　口頭弁論に提出されない訴訟資料は判決の基礎とならない
・公正な裁判への信頼確保の機能

処分権主義との関係

・処分権主義→審理の開始・対象決定・終了に関する問題，手続外在的
・弁論主義→訴訟手続内の問題

弁論主義の3つのテーゼ

第1テーゼ　当事者が主張しない事実は裁判の基礎とすることができない

・**主張責任**が導かれる

　ある事実が口頭弁論に現れない場合

　　→その事実を要件（条件）とする有利な効果が認められない一方当事者の不利益

＊主張共通の原則

　いずれの当事者が主張した事実であっても裁判所はこれを裁判の基礎にできる

∵弁論主義→裁判所と当事者の役割分担に過ぎない

第2テーゼ（自白の裁判所拘束力）

・裁判所は当事者間に争いのない事実はそのまま判決の基礎としなければならない

∴自白は不要証事実となる（179条，159条1項）

第3テーゼ（職権証拠調べの禁止）

・当事者間に争いのある事実の認定

　→当事者の提出した証拠によらなければ，事実を認定してはならない

＊いずれの当事者が提出した証拠でもよい（**証拠共通**）

　∵提出された証拠をいかに評価するかは自由心証主義の機能場面

弁論主義の適用範囲

＊弁論主義が適用されない場合
　→当事者の主張がなくとも証拠調べ等で現れた資料は判決の基礎とできる

原則　実体法規の要件事実に該当する主要事実
∵訴訟追行・運営の目標の明確性が確保できる
∵間接事実や補助事実は証拠と同様の機能を営むものである

例　消費貸借の要件事実→返還の合意と金銭の授受（民法 587 条）
　→これに該当する主要事実の有無が訴訟の帰趨を決める
　　争点についての予測可能性が確保されれば十分
　　↓しかし
・弁論主義の適用範囲は主要事実だけでいいのか？

【論点】主要事実と間接事実の区別（発展）

●両者の判断基準は？
法規基準説→区別は法規の構造に求める
∵権利関係の判断→各個の法規の要件に該当する事実の存否の判断により行われる
∵弁論主義の適用など，大きな差異→区別は明確にすべき
cf. 妥当な結論から逆算して考えるべきとする説

【論点】抽象的な要件事実と主要事実

不法行為における「過失」→主要事実
過失を構成するわき見運転・酒酔い運転→間接事実
　↓しかし
×当事者がわき見運転に攻撃防御→酒酔い運転によって過失が認定
　当事者に不意打ちとなる結果
×抽象的な要件事実の存否
→個別事実をめぐる法的評価が必要，弁論主義を適用すべきでない
∴酒酔い運転といった具体的事実が準主要事実→弁論主義を適用すべき
※抽象的主要事実にも依然弁論主義の適用を認める見解
　抽象的主要事実にはもはや弁論主義の適用はないとする見解の双方がある

＊過失相殺，公序良俗違反，信義則，権利濫用についても同様に問題となる

【論点】事実の来歴･経過

●事実の来歴・経過に関する事実→弁論主義の適用ないか？
例　所有権の確認→権利取得の過程の主張により根拠づける
　ＣがＡから売買を受けたと主張，審理の中心
　裁判所がＡから売買を受けたＢからＣが贈与を受けたと認定
　→不意打ち，違法ではないか？
所有権取得の経過・来歴（特に移転事実）→主要事実というべき（判例）
∵来歴の内容は所有権の帰属，新たな法律効果の発生に関わるから

＊いずれも，間接事実の積み重ねにより判断する可能性が高いものばかり
＊上記議論は自白の裁判所拘束力の範囲にもそのまま妥当する

【論点】弁論主義の適用が問題となる場合（発展）

(1)代理権の存在は主要事実→弁論主義が妥当？
　判例　当事者間で契約が成立したとの主張の一致
　　→代理人による契約締結の有効性も認定してよいとする
(2)職権による過失相殺の可否→過失相殺に弁論主義の適用はあるか
　問題となる場合
　①過失相殺をする旨の主張をしていない場合
　②「過失」についての主張がない場合
　判例　①は裁判所の職権，②は債務者に主張・立証責任がある
　∵公平及び信義則の観点からの制度→職権によるべき（公益の要請）
　∵債務者の過失（不法行為の要件）の主張・立証責任は債権者にある
　　→これと同様に考える（たとえば公序良俗ほど公益性は強くない）

★職権探知の適用される場合（発展）
人事訴訟事件（人事訴訟手続法 14 条，26 条など）
会社関係訴訟（解釈）
行政事件訴訟→証拠調べは職権でできるとされる（行政事件訴訟法）
通常の民事訴訟→多くの訴訟要件など公益に関する事項の判断

3　弁論主義の補充･修正

・弁論主義の前提→自己責任原理
　両当事者の訴訟追行上の攻撃防御の能力が十分かつ対等であることを前提
　形式的平等
　　↓しかし
・現実には，常に十分な訴訟追行能力を期待することはできない
・当事者間の能力差→放置は実質的な不平等を生む，当事者・国民の信頼喪失
∴弁論主義の補充・補正の必要性

手段～裁判所の釈明権（義務）と釈明処分

意義

当事者の申立や陳述に矛盾や不明瞭な点がある場合に発問・立証を促す
→事案の解明をはかる裁判所の権限ないし義務（149 条 1 項）
＊処分権主義の補完原理としても働く（請求の趣旨の内容など）

行使の態様

・当事者又は代理人に対する発問・立証を促す形でなされる
・当事者は裁判長を通じて発問してもらうことができる(149 条 3 項)
　当事者は釈明に応じる義務はない→ただし不利益を受ける可能性（自由心証主義）

釈明権の範囲

●釈明権の過剰行使
　→公平な裁判であるとの信頼が逆に失われる，事案の真相を曲げるおそれ
a　消極的釈明→全面的に許容されるべき
∵自己責任原理の消極面を補充・回復するという趣旨に添う

b　積極的釈明→過度の釈明には前述の危険性がある
　違法な釈明があった場合→釈明に応じた当事者の訴訟行為を無効となしえない
∵信頼の問題
＊違法性の判断基準
①勝敗変更の蓋然性があるか
②適正な主張をする期待可能性があるか

釈明義務

・釈明権の不行使→常に義務違反を構成するわけではない
　→釈明権の範囲は義務の範囲よりも広い
＊釈明義務違反は上訴事由となる（312 条 3 項）

釈明処分

口頭弁論の準備・補充として訴訟関係の解明のために裁判所がなす処分（151 条）

法的観点指摘義務

・法規の解釈・適用→裁判所の責務
　　↓しかし
当事者がある法的観点に基づき該当法規の適用を前提として争う
　→裁判所が別の法律構成による判断をする場合
　　↓
法的構成・法的観点を示して，当事者の攻撃防御の機会を保障
　→審理を充実させる裁判所の責務，不意打ち防止

弁論主義の例外～当事者の真実義務

意義

・当事者は不真実であると思っている事実を裁判で主張してはならず，
　真実に合致すると思う相手方の主張を争ってはならないという訴訟法上の義務

違反の効果

・法的効果は特になし，付随的効果の発生に止まる
　→訴訟費用負担，損害賠償義務の負担，他の陳述の信用性の低下

第6章　証拠の収集と事実の証明

1　証拠と証明の対象

当事者の主張した事実に争いある場合，裁判所が事実認定をするための資料

証拠能力　ある有形物が証拠方法として取り調べの対象とされ得る資格
・証拠能力がない例　本人・法定代理人の証言

証拠力（証拠価値）　要証事実の認定にどれくらい役立つかの問題
→評価は裁判官の自由に任される（自由心証主義）

立証活動

本証　自己に証明責任のある事実についての証拠ないし証明活動
反証　相手方が証明責任を負う事実の不存在を証明する証拠ないし証明活動

証明と疎明

証明　認定すべき事実の存在につき裁判所に確信を得させようとする行為
確信→十中，八九確からしいという程度の心証
cf．**疎明**　一応確からしいとの心証を得させようとする当事者の行為
例　特別代理人選任の必要性の主張

厳格な証明と自由な証明

厳格な証明　法定（180条以下）の証拠方法や証拠調べ手続の規定に従った証明
自由な証明　法定の証拠調べ手続に拘束されない証明
＊心証の程度はいずれも異ならないことに注意

2　不要証事実･事項

●裁判上の自白

意義　期日における相手方の主張と一致する自己に不利益な事実の陳述

＊自己に不利益な事実

　→相手が証明責任を負う事実など敗訴につながる事実のこと（争いあり）

態様

・先行自白

　当事者が進んで自己に不利益な事実を陳述し，後に相手方が援用する場合

・制限付自白

　すべての主要事実について相手方の主張を認める

　　→自己が証明責任を負う別個の事実を防御方法として主張する場合

自白の対象→事実

cf.　法律問題は裁判所の職責

・主要事実→争いなく対象となる，その他の事実については争い有り

∵弁論主義は訴訟物に直結する事実に妥当する

効果

・自白の裁判所拘束力

　裁判所は自白内容をそのまま判決の基礎としなければならない（∵弁論主義）

・当事者の拘束

　自白をした当事者→自白に反する事実を主張できない

　∵相手方に与えた訴訟上の有利な地位を任意に奪うわけにはいかない，禁反言

＊例外的に撤回できる場合

・相手方の同意がある場合

・自白内容が真実に反し，かつ錯誤に基づく場合（反真実の証明→錯誤が推定される）

・刑事上罰すべき他人の行為によってなされた場合（338 条 1 項 5 号参照）

擬制自白（159 条 1 項）

・相手方の主張する事実を明らかに争わない場合→自白したものとみなされる

∵争う意思がないとみうるから

成立の条件

・公示送達による呼び出しの場合→擬制自白は成立しない（159 条 1 項但書）

・事実審の口頭弁論終結時点に，それまでの当事者の口頭弁論を一体として観察

　→明らかに争わなかったか否かを判断

・弁論の全趣旨から見て争ったと認められる場合には擬制自白は成立しない

効果　裁判所の判断を拘束する，当事者への拘束力はない

【論点】公知の事実に反する事実の自白

結論　自白の拘束力なし
∵民事訴訟制度→国家が関与する公的制度
∵当事者主義の過度の徹底→国民の信頼を維持することができない

【論点】間接事実･補助事実の自白

間接事実　主要事実を推認させる事実
補助事実　証拠の信用性（例　文書の成立の真正について）に関する事実
　→一応不要証になる
●裁判所への拘束力は？→認めない
∵弁論主義→主要事実にのみ妥当させれば十分
∵間接事実・補助事実→主要事実の証明手段として証拠と同等の機能を営む
　　↓裁判所への拘束力を認めるならば
　自由心証主義を害するおそれ
●当事者への拘束力は→これもない（多数説）
∵裁判所により他の事実が認定される可能性→撤回を認めてもあまり不利益がない

【論点】権利自白･不確定事実の自白の拘束力

権利自白　請求の当否の判断の前提をなす先決的な権利・法律関係についての自白
不確定事実　法的評価が必要な事実　例　過失・公序良俗等の事実
　→一応不要証になる
●裁判所拘束力は→認められない
∵法律問題・抽象的な要件事実の認定は裁判所の職責→弁論主義が妥当しない
∵私人の法的判断には誤解が伴いやすい
　↓もっとも
日常的な法律概念（所有権，賃貸借）を用いている場合
　→具体的な事実の陳述とみうる，拘束力を認めるべき
cf.　当事者への拘束力→これもないとしてよい

【論点】自白の成立要件（発展）

証明責任説
・自白の成立要件→相手方が証明責任を負う事実を自白者が認めた場合に限る
×いい加減な陳述の安易な撤回を認めることになる
敗訴可能性説
・自白の成立要件
　→主張事実が判決の基礎として採用された場合に敗訴する可能性がある場合
×たとえば弁済期到来の事実→時効の起算点でもある
　いかなる場合に自白が成立するか基準が不明確である
＊以上を止揚する→不利益要件を不要とする立場

●経験則

経験から得られた事物の性状や因果関係に関する法則

事実の判断の前提，事実認定にあたって用いられる
例　最近金回りがよくなっている→金銭を受け取った
矢印の部分で経験則が用いられる

機能
・間接事実から主要事実を推認する事実上の推定の基礎
・証拠資料の証拠力を評価する基準

●顕著な事実（179**条**）
・公知の事実
通常の知識経験を有する一般人が疑わぬ程度に知れ渡っている事実
例　有名な事件・大災害
・職務上顕著な事実
裁判官がその職務を行うにあたって知った事実
＊裁判官の私知は要証事実

【論点】不要証事項

●経験則
・一般常識に属する経験則→証拠による認定は不要である
・専門的知識に属する経験則
法規に関する専門的知識（例　過失の認定）は不要証　∵裁判所の職責
それ以外（例　公害に関する問題）は要証事項　裁判官の私知も利用できない
∵裁判の信頼維持との関係で問題がある
∵鑑定人と裁判官は同一人であってはならない
●法規
・原則として不要証
・外国法，地方の条例などで裁判所が知らない場合→証明の対象となる
＊裁判官の私知の利用も認められる

3　証拠調手続

証拠申出

・証明すべき特定の事実・証拠方法・両者の関係を表示すること（180 条 1 項等）
・原則　証拠の採否は裁判所の自由裁量(181 条 1 項)
　例外　唯一の証拠方法→却下するのは違法（判例）
　＊申出が不適法な場合，立証事実に同一の心証を得ている，判断に不必要な申出
　　→却下しても構わない

証拠結合主義　訴訟手続の進行中に必要に応じて証拠調べをすることができる建前

集中証拠調べ（182 条）
　証拠結合主義…審理の充実と促進が妨げられるおそれ
　　↓そこで
　争点整理手続の段階でできる限り争点と証拠を出し尽くし，
　証拠調べはその整理が終了した後の口頭弁論期日に集中して行わねばならない
　趣旨　集中・継続審理の実現による審理の充実・促進を実現

証拠方法の取調べ手続

・書証(219 条以下)
・証人尋問(190 条以下)
　証人尋問手続による
　◆映像等の送受信による尋問が認められた（204 条）
・当事者尋問(207 条以下)
・鑑定(212 条以下)

4　自由心証主義と心証形成

事実認定→自由心証主義（247 条）

・論理法則と経験則によって自由な判断で裁判官は心証形成できる

＊心証形成　事実の存否について確信を得ること

cf. 法定証拠主義　証拠方法が法定されていること

趣旨

生活関係の複雑・多様化→機械的に事実を認定する法定証拠主義では対応できない

↓そこで

専門家として裁判官が自由に判断した方が適正な事実認定が期待できる→真実発見

内容

(1)**証拠方法の無制限**（と弁論の全趣旨のしん酌）

口頭弁論に現れた一切の資料・状況が心証形成の材料たりうる

(2)**証拠力の自由評価**

論理法則と経験則によって裁判官が自由に証拠力を判断してよい

・損害額を立証することが極めて難しい場合

→証明度を低減させて自由な心証で損害額を認定できる（248 条）

＊証拠力の自由評価から，前述の証拠共通の原則が導かれる

＊判決では，推論の過程が理由中で明らかにされねばならない（253 条 1 項 3 号）

→欠けばそれだけで上告事由となる（312 条 2 項 6 号）

限界

(1)**証拠方法の制限**

・手形小切手訴訟では書証に限定される（352 条 1 項）
　他，代理権付与についての書面での証明(規 15 条)
　疎明についての証拠の即時性(188 条)など
・証拠契約による制限
　自白契約・仲裁鑑定契約・証拠制限契約など

(2)**証拠力の評価への制限**

・文書の形式的証拠力（228 条 2 項，4 項，5 項）
・証明妨害(224 条，229 条等)
　証明責任を負わない当事者が故意に相手方の立証を妨げた場合
　例　文書提出命令に従わない場合，相手方の文書使用を妨害する場合
　　→そのことだけでその者の不利に事実を認定してよい
　ただし，許容的認定に過ぎないから自由心証主義の完全な例外ではない

【論点】違法収集証拠

例　盗写した日記・盗聴テープ
●証拠能力は認められるか？
　原則　証拠能力は肯定
　例外　人格権を侵害し，反社会的な手段で収集された証拠方法
　→違法収集証拠として証拠能力を否定すべき（判例）
　∵当事者の訴訟活動の自由を抑圧すべきでない
　∵違法性が強度な場合→相手方当事者の地位の不当な侵害になる

★調書の証拠力（発展）

口頭弁論の方式に関する形式的記載事項→調書によってのみ証明しうる(160 条 3 項)
∵紛争の派生→本来の審理の遅滞・紛糾を防ぐ

心証形成の程度

・高度の蓋然性の証明，一般人が日常生活上事実の存在を疑わない程度で足りる

心証形成の困難さを救済する工夫

・**疫学的証明**　疫学による因果関係の証明方法をもって因果関係を推定

・**確率的心証**　賠償額の認定において生存の確率などによって認定する

・**寄与度による割合的認定**

損害額の認定において複数の原因が競合する場合

→被害総額から，被害者側の事情の寄与度の割合だけ減額する

5　証明責任

ある事実が真偽不明の場合→自由心証によっても判断できない
その事実を要件とする自己に有利な法律効果の発生または不発生が認められない
一方当事者の不利益

趣旨

事実の存否が裁判所によって不明である場合→真偽不明，ノンリケット
本来は法的効果の発生・原告の主張の理由の有無は判断できない
↓　しかし
裁判所は裁判の回避は許されない
∴真偽不明→事実はないものとする
そのことから発生する不利益→一方当事者に負担させて裁判をする

証明責任の役割

・当事者の訴訟追行の指標としての機能（主観的証明責任）
・裁判所の訴訟運営の指標

【論点】証明責任の配分

●両当事者の公平・訴訟の迅速な処理の実現が必要

法律要件分類説

一定の法律効果を主張する者

　→その効果の発生を基礎づける適用法条の要件事実につき証明責任を負う

∵立法者は証明責任配分の問題を考慮に入れている

∵基準としての明確性

内容

・法律効果の発生を主張する当事者　例　契約の成立，不法行為

　→法律効果の発生を規定する「権利根拠規定」の要件事実につき証明責任を負う

・法律効果の発生を争う者　例　錯誤・取消

　→法律効果の発生の障害事由「権利障害規定」の要件事実につき証明責任を負う

・法律効果の消滅を主張する者　例　弁済・免除

　→法律効果の消滅を規定する「権利滅却規定」の要件事実につき証明責任を負う

・但書は本文における法律効果の発生を争う者に証明責任がある

・明文を欠く場合，明文にない要件　例　契約締結上の過失

　→法律効果の発生を基礎づけるか

　　発生障害を基礎づけるかによって証明責任が決まる

【論点】証明責任の配分（発展）

(1)準消費貸借における旧債務の存在

●いずれが証明責任を負うのか

　→法律要件分類説なら，契約の成立を主張する者？

判例　準消費貸借契約の効力を争う者が立証責任を負う

∵契約にあたって旧債務証書を返還・破棄するのが通常

　→債権者にこれを証明させるのは酷

∵準消費貸借契約の成立→旧債務が成立している可能性が高い

(2)安全配慮義務→義務内容の特定・義務違反の事実は被害者側にある

∵当事者保護にもとる（能力，過失の証明責任など）

6　証拠の偏在と実質的平等

現代型訴訟（公害訴訟・製造物責任・医療過誤・自衛隊事故など）
→重要な証拠が加害者側にある
法律要件分類説による証明責任の配分→当事者の形式的平等が前提，維持できない
　↓対応
・証明責任の配分を実質的に変更する
・証拠開示的処理

証明の負担の軽減，立証困難緩和の法技術

・証明責任の転換

明文で相手方当事者に反対事実についての証明責任を負担させること
例　使用者責任，自賠法 3 条

・法律上の推定

法律上，証明の容易な事実の証明を条件として証明責任を転換するとしているもの
＊法律上の権利推定　ある事実を証明することで権利の存在が推定される場合
例　占有の事実から占有物の上に行使する権利を推定する（民法 188 条）
法律上の事実推定　ある事実を証明することで他の事実の存在が推認される場合
例　前後両時点の占有があれば，その間の占有継続は推定される（民法 186 条 2 項）

・暫定真実

無条件に一定の事実を推定する→要件事実の証明責任を相手方に転換する法技術
例　占有者の所有意思・善意・平穏・公然など（民 186 条 1 項）
証明責任の転換と同一の機能を営む

・意思推定

ある法規が意思表示の内容を推定する法律行為の解釈規定
→その適用を争う当事者に証明責任
例　民 136 条 1 項

表見証明

・ある間接事実の存在が主要事実の存在を示している蓋然性が相当高いと思われる場合
　→当該間接事実の存在が証明された場合，特段の事情がない限り証明されたとされる
・具体的に過失・因果関係を証明する必要がなくなる

間接反証

　ある主要事実につき証明責任を負う当事者が
　その事実を推認させるにたる間接事実の存在を証明した場合（→表見証明）
　相手方が間接事実と両立しうる別の間接事実の存在を立証
　間接事実による主要事実の推認が疑わしいことを明らかにする
　　→主要事実につき裁判官が心証を形成するのを妨げるための証明活動

　機能　間接事実についての証明の負担を両当事者のいずれかに分配しつつ，
　　→主要事実についての証明責任の公平な運用を図る

例　認知の訴え
　表見証明
　・被告たる父と母親との間の性交渉，父と子の血液型が矛盾しないことの証明
　間接反証
　・被告が，母親は同時期に別の男性とも性交渉があったことを証明（判例）

証拠開示的処理

・文書提出命令の活用
　→文書提出義務の拡張解釈（平成 13 年改正による提出義務の拡張）
・証拠保全制度の活用(234 条)→証拠・事実の開示機能
・模索的証明　事実主題について抽象的なまま証拠手続を認める
　事実主題の確定・証拠を得る途を開く
※送付嘱託の申立(226 条)，当事者照会(163 条)

文書提出命令

・申立は書面によらなければならない（221 条 1 項）
　書面→文書の表示・趣旨を明らかにすることが必要
　　→申立に理由があれば提出命令がでる
・一部提出命令（223 条 1 項後段）
・文書特定手続（222 条 1 項）
　文書の表示・趣旨を明らかにすることが「著しく困難な場合」
　→文書の特定に必要な情報の開示制度
・インカメラ手続(223 条 6 項)
・命令に対する不提出等の効果
　記載内容について真実と認めることができる（224 条）
　内容について具体的な主張をすることが他の証拠によっては著しく困難な場合
　　→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）

文書提出義務

・文書提出義務→一般的義務，私文書，公用文書問わない
・証言義務に対応

第3編　訴訟の終了

第1章　当事者の意思による訴訟終了

1　訴えの取下げ(261 条)

・訴えによる審判申立の撤回をする旨の原告の意思表示
　処分権主義の現れ，原告しかできない

要件

・訴えの取下げの自由→判決確定まで訴えの取下げができる（262 条 1 項）
・被告が本案につき争う姿勢を示した後（準備書面の提出・準備手続での申述）
　→被告の同意が必要(261 条 2 項)
　請求棄却判決がなされる可能性をめぐる被告の既得の地位を保障するため

効果

・訴訟係属の効果が遡及的に消滅し，訴訟は終了する
・撤回は許されない
＊無効・取消は認めるべきである（争いあり）
・再訴禁止効
　本案につき終局判決がなされた後に訴えを取り下げた原告
　→訴え取下げ後に同一の訴えにつき別訴を提起できない（262 条 2 項）
　趣旨　判決に至るまでの裁判所の努力を徒労に帰せしめたことに対する制裁（判例）
　・訴権の濫用防止（有力説）→併用的に考えるのが一般的

【論点】同一の訴えとは？

262 **条** 2 **項の要件**
・当事者と訴訟物の同一
・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」
　＝原告側に再訴を正当ならしめる利益がないこと
∵再訴の禁止の趣旨＝制裁と濫用防止にに反しない
例　被告が騙して訴えを取り下げさせた場合

2　放棄･認諾･和解

請求の放棄　請求が理由のないことを原告が自認する裁判所に対する意思表示
請求の認諾　請求が理由のあることを認めるとの被告の裁判所に対する意思表示
・効果

> 和解又は請求の放棄若しくは認諾を調書に記載したときは、その記載は、①**確定判決と同一の効力**を有する。（267 条）

①確定判決と同一の効力（267 条）→執行力・形成力の発生，訴訟終了効
＊意思の瑕疵に関する民法の規定の類推を認めるべき（争い有）

【論点】放棄･認諾の既判力の有無

●既判力がある→再審事由ない限り無効・取消は認められないとも思えるが？
・既判力を肯定する見解（多数説）
∵ 267 条の文言
×既判力は公権的判断に与えられるもの
既判力を否定する見解
∵放棄・認諾→当事者の意思に基づくもの
　裁判所が関与・調査した上で錯誤・強迫のないことを確認しているわけではない
　　→既判力を発生させるになじまない
∵これを否定して，無効・取消の主張を認めるべき
×放棄の調書に与えられる効力→訴訟終了効しかないことを法は予定していない
判例　既判力を肯定しつつ意思表示の瑕疵に基づく無効，取消を肯定する
∵裁判所の関与は判決へのそれと異なる→いわゆる既判力と異なる効力を認めてよい
×論理的に一致しない
●争う方法
∴要件を欠く場合，意思の瑕疵がある場合→無効・取消を主張
　期日指定の申立をして，手続の続行
∵訴訟資料の続用が可能，放棄・認諾が無効なら訴訟は終了していない
＊否定説を前提としても，新訴による場合も認める余地があるので注意
∵控訴審で放棄・認諾があった場合→審級の利益が十分確保できない
　錯誤の事実の認定に関する審級の利益を確保

【論点】請求の放棄・認諾の要件（発展）

●訴訟要件の具備は必要か
必要説（判例）→放棄・認諾と関係なく，訴訟要件を欠けば訴え却下
∵放棄・認諾調書は本案判決の代用物→ここに既判力すら認められる
cf. 不要とする説　∵当事者の意思の尊重，訴訟経済

訴訟上の和解

・訴訟係属中に両当事者が訴訟物をめぐる主張につき，
　相互に譲歩することによって（両当事者の互譲を要する）
　訴訟の全部または一部終了させる旨の期日における合意

和解条項案受諾書面制度（264 条）

・遠隔地の当事者が裁判所の和解条項案を書面で受諾
　→本当事者は口頭弁論期日に出頭しなくてよい

和解条項告知制度（265 条）

・当事者による和解の申出・裁判所の和解条項作成
　→双方当事者に告知された場合に和解成立

効果　訴訟の終了，執行力の発生

【論点】訴訟上の和解に既判力が認められるか

肯定説
∵和解は判決に代わるべきものである，267 条の文言
×和解成立までに攻撃防御を尽くすことは期待できない
　→手続保障を軽視するものである
否定説
∵既判力は公権的な判断である判決に認められるもの
　和解は当事者間の自主的な紛争処理法式→判決とは異なる

【論点】和解の効力を争う方法

●和解に無効・取消事由がある場合→期日指定申立によるべき
∵旧訴の裁判資料や手続を利用できる
∵和解は無効だから，訴訟は終了していない
　判例は別訴提起との競合を認める
∵資料の流用と審級の利益はいずれも優劣がつけ難く，当事者の便宜を尊重すべき
●和解契約の解除→新訴提起によるべき（旧訴は復活しない）
∵契約の解除は和解成立後の新たな事由に基づく権利変動
　→旧訴と別個の争いである

【論点】訴訟上の和解の法的性質と既判力（発展）

私法行為説，両性説・併存説→既判力否定，制限的肯定説につながりやすい
訴訟行為説→既判力肯定説につながりやすい

第2章　終局判決による訴訟終了

1　裁判

裁判所の判定の結果，またはその判断や意思を法定の形式で表示する訴訟行為

・**判決**　訴え・控訴・上告に対する裁判所の終局的な判断(重要事項につき用いられる)
必ず口頭弁論を経なければならない（87条1項本文）
判決書の作成，言渡しによって成立（250条）
上訴は控訴，上告によってなされる

・**決定･命令**
重要度の低い事項や迅速な判断が要求される事項につき用いられる
口頭弁論の開催は裁量に任される（87条1項但書）
決定では審尋ができる
相当な方法で告知すれば成立(119条)
上訴は抗告によってなされる
決定は裁判所，命令は裁判官が行う

判決の種類

終局判決(243条)　ある審級での審理を終結させる裁判

中間判決(245条)
･当事者間で争点となった事項について審理の途中でなされる判決
終局判決を容易ならしめるために準備する

効力
・判決を下した裁判所→中間判決の主文で示した判断に拘束される
・当事者→当該争点について原則として攻撃防御方法を提出できなくなる
・既判力や執行力は生じない

争う方法
・終局判決をまって争う→独立の上訴は認められない

cf.　中間確認の訴え

判決の終了する範囲による分類

・全部判決　終結する範囲が請求の全部に及ぶ
・一部判決　事件の一部を他の部分と切り離して完結する判決
中間判決との違い→終局判決なので一部判決は独立して上訴の対象となる
∴判断の矛盾を生じる可能性ある場合→一部判決できない
・追加判決(258条1項)　脱漏部分を生じた場合

判決の内容的分類

・**本案判決**　請求の当否を判断する判決（認容判決と棄却判決がある）
・**訴訟判決**(140条)　訴訟要件欠缺を理由として訴えを却下する判決
・差戻判決，移送判決

【論点】一部判決の限界（発展）

一部判決→これに上訴があると同一事件が異なる審級に属する
∴原則分離された事件について既判力が抵触するおそれがある場合
　→一部判決は許されない
＃主要な争点が共通する場合も一部判決が許されないとの立場もある
・同一請求の一部判決→一部請求肯定説からは適法
・単純併合・通常共同訴訟の一部判決→訴訟指揮の問題として無条件に許される
＃反訴　本訴と反訴の訴訟物が同一の場合，反訴と本訴が同一目的の形成訴訟
　→一部判決ができない
・選択的併合・予備的併合，必要的共同訴訟→一部判決は許されない

2　判決の成立と確定

＊判決→言渡しで効力が発生する（250 条）
　判決書が作成され，当事者に判決正本が送達される
　↓しかし
当事者が上訴し取り消される可能性あるうちは判決は未確定
　→上訴によって争えない状態になって判決が確定，様々な判決効の発生

＊判決書の必要的記載事項（253 条）
当事者・法定代理人，主文（訴えの適否）・事実・請求の理由の有無
理由　主文に示された結論に至る判断過程
口頭弁論終結の日，裁判所，裁判官の署名・押印

判決の不存在･無効

不存在　そもそも判決として存在しない場合
　例　裁判官でない者の言い渡した判決，未だ言い渡されてない判決など

無効判決　当事者が存在しない場合など→当然の無効
●いかなる場合に無効になるのか？
　裁判官によって言い渡された判決→**当然の無効は認められない**
　上訴，再審（の訴え）によって取消されて無効となるべき
∵後日の無効主張によって法的安定性が揺るがされる
∵自己拘束力により，裁判所も自由に変更できない

・例外　死者に対する判決，当事者適格欠く者になされた対世効ある判決
＊氏名冒用訴訟の場合の判決も無効とする学説あり

★判決に問題がある場合（発展）

(1)判決の不存在

是正方法

・裁判所→別個に判決を下す(自己拘束力はない)
・当事者→訴訟手続続行の申立，執行文の付与に関する異議の申立て
　判決不存在確認の別訴提起
・不存在に対する上訴→否定するのが判例　∵判決効が生じない以上，不必要

(2)無効判決

・訴訟係属がない場合，裁判権がない場合，当事者の不存在
・適格を欠く当事者になされた対世効ある判決
・既に存在しない法律関係の形成を宣言する判決
・判決内容が不定・不明・矛盾→意味を確定できない場合
・判決内容が公序良俗に反する場合，事実上不可能な給付を命じる判決

是正方法

・裁判所→判決の更正・変更による
・訴訟手続続行の申立，上訴・再審，新訴提起，判決の無効確認
　執行文付与に関する異議申立て

判決の効力（確定前のもの）

自己拘束力　判決が成立→裁判所は判決の撤回や変更をすることができなくなる

∵判決が容易に変更されると紛争の解決基準としての役割を果たせない

・判決の更正(257 条)

表示上の誤謬（ごびゅう）が明白に存在する場合→決定によって訂正できる

・判決の変更(256 条 1 項)

判決が法令に違背したことを発見した場合→判決によって変更できる

言渡し後一週間以内で未確定であり，口頭弁論を開く必要がない場合

裁判の羈束力

・裁判の判断内容が当該事件の手続内で他の裁判所を拘束すること

例　事実審の事実認定の上告審に対する拘束力(321 条 1 項)

第4編　裁判に対する不服申立手続

1　上訴総説

裁判の確定前に上級裁判所に対し，原裁判の取消・変更を求める不服申立

2　控訴

第一審終局判決に対する第二の事実審への上訴申立行為

控訴権の発生

・控訴の利益　本案の申立の全部または一部が排斥された場合に認められる

控訴審での審理→続審主義

・第一審での訴訟資料を前提とし，さらに控訴審で新たに収集される資料を加えて
　控訴審の口頭弁論終結時を基準時として，申立を審理する

＊**附帯控訴**(293 条)

被控訴人が控訴人の申し立てた審判対象を拡張
→自己に有利な判決を求める不服申立

【論点】附帯控訴の本質（発展）

●附帯控訴は控訴の一種か
非控訴説（判例）→申立に控訴の利益は不要
∵附帯控訴は控訴権消失後にも主張できる→性質は別に考えるべき
∵控訴人は申立の範囲を自由に拡張できる
　→均衡上被控訴人に審判対象の拡張する権限を認めたものとみるべき

控訴権の消滅

・控訴期間の徒過　判決書または判決に変わる調書の送達から二週間後（285 条）
　cf．刑訴は 14 日間
・放棄（284 条）

【論点】上訴の利益の判断基準

形式的不服説
・原審における申立の内容と判決を比較し，質的・量的に後者が不利であるか
cf．実質的不服説
控訴により有利な判決を得られる可能性があるか

終局判決

a　却下，棄却→一審の判断が維持される

b　移送　専属管轄違背の場合（309 条）

c　認容判決→一審の判断が覆る

・自判…自ら事実認定をして，訴えに対する裁判をする

・差戻…原審が却下判決の場合→原則として原裁判所に差し戻す必要がある（307 条）

＃第一審での審理を要すると認められる場合

　→裁量により原裁判所に差し戻すことができる（308 条）

＊仮執行金銭支払い請求の判決

　→申立ある時，担保なしで仮執行できることを宣言しなければならない（310 条）

不利益変更禁止の原則(296 条，304 条)

・認容判決をするのは不服申立の範囲内に限られる（304 条）

　∴控訴審の判断では，悪くとも一審判決が維持される

　→不服の範囲を超えて不利益な判決を受けることはない

・控訴人が不服を申し立てていない敗訴部分

　原判決が不当だとしても控訴人に有利に変更することも許されない

・**趣旨**　当事者主義の発現（処分権主義と同趣旨）

[論点] 不利益変更の禁止と全請求の移審

控訴は不可分→全請求が移審する（テーマは第一審と同じ）

　↓しかし

●不利益変更の禁止とは矛盾しないのか？

・全請求が移審する　∵上訴不可分の原則

・控訴，附帯控訴を条件として判断できるに過ぎない　∵当事者主義の現れ

【論点】不利益変更の禁止が問題となる事例（発展）

(1)相殺の抗弁を認めて請求を棄却→原告のみが控訴

●債権の不存在であることが判明したときなど

　→改めて請求棄却をすることができるか

・審判対象は→反対債権・訴求債権の存在を含めた全体

∵反対債権のみが審判対象→訴訟物がなくなり，不当

・変更の可否は？→できない　∵不利益変更の禁止に抵触する

(2)境界確定訴訟→不利益変更の禁止は働かない

∵当事者主義の排除

3　上告

控訴審の終局判決に対する法律審たる第三審への上訴申立行為

＊最高裁による裁量上告制（318 条）

　上告審が最高裁である場合→上告理由が制限されることになった

・憲法解釈の誤りその他憲法の違反，絶対的上告事由がある場合（312 条 2 項）に限る

・その他の法令違反→上告受理申立(318 条 1 項)しかできない

＊飛越上告

事実認定と上告審

原則　上告審では事実認定を争えない

例外→事実認定に関わっても上告理由となる場合

・違法に提出された証拠により事実認定がされた場合

・適法に提出された資料が無視された場合

・経験則，論理法則を無視した事実認定

上告権の発生

・上告の利益

・上告理由（＝判決における法令違反）の存在

＊消滅は控訴に準じる

上告審の判決→控訴審に準じる

4　抗告

決定・命令に対する不服申立

通常抗告　抗告を提起すべき期間が限定されない場合

即時抗告　一週間内に提起することとされている場合（332 条）

5　特別上訴

通常の上訴では最高裁の審判を受ける機会のない事件

　→違憲を理由とする最高裁への不服申立の途を開く制度

∵最高裁が憲法問題に関する終審裁判所であることに基づく

特別上告・特別抗告がある

6　再審

確定した終局判決に
法定の重大な手続上の瑕疵，判決の基礎たる資料の異常な欠陥などがある
　→確定判決の効力を維持しえない場合に限り認められる例外的不服申立方法

制度目的　適正手続・権利保護の要請

再審事由（338 条 1 項）
・裁判所の構成に違法がある場合（1 号，2 号）
・適法に代理されていない場合（3 号）
・裁判の資料につき可罰行為があった場合（4 号から 7 号）
・確定判決との抵触（10 号）

再審の訴えの適格者
・不服の利益を有する当事者
　当事者，口頭弁論終結後の承継人，訴訟担当の利益帰属主体，
・判決効の及ぶ第三者で判決の取消につき固有の利益を有する者
　補助参加人，氏名被冒用者

再審期間
・原則として当事者が知った日から 30 日間
　または確定した日から 5 年間（342 条 1 項 2 項参照）
・代理権の欠缺，既判力の抵触→再審期間の制限がない

第5編　確定判決の効力

1　確定判決の効力

・形式的確定力

当事者が当該手続内で判決の取消を求めて争うことができなくなった状態

＊定期金賠償判決（117条1項）

後に確定判決の変更を求める訴え，分割払いの額を変更する訴えが認められる

・内容的確定力

既判力，執行力，形成力，参加的効力

2　既判力→確定判決の後訴での通用力

当事者が同一事項につき判断内容に矛盾する権利・法律関係を主張し争っても，
後訴裁判所は前訴判決内容に反する判断ができなくなる

↓

・確定した終局判決→後訴で当事者，及び後訴裁判所を規律する基準となる

既判力の作用

・当事者は既判力の生じた判断を争うことは許されない
　→後訴裁判所はこれを争う当事者の主張を排斥しなければならない（消極的作用）
・裁判所は既判力で確定された判断に拘束される
　→これを前提として後訴の審判をしなければならない（積極的作用）

具体例

(1)訴訟物同一の場合で，既判力の及ばない事由の主張がない場合
　敗訴者の訴え提起→請求棄却判決をする
　勝訴者の訴え提起→訴えの利益がなく却下
(2)先決問題の場合
　既判力ある判断が前提とされる
(3)矛盾関係の場合
　前訴の主文内容と後訴は矛盾することはできない

既判力に反する判決

・上訴，再審によって取り消される（312 条 3 項，338 条 1 項 10 号）
　取り消されるまではその判決自身が既判力を有する

【論点】既判力の根拠

●次の二点を根拠と考えるべき
・民事訴訟制度の機能維持
　民事訴訟の目的は公権的判断による終局的な紛争解決
　　→法的安定性・不可争性が要求される
・適正な手続，ことに手続保障要求が充足されたこと
　　→既判力は自己責任から導かれる

【論点】既判力が生ずる場合（発展）

(1)形成判決の既判力→争いある
否定する見解→形成判決とともに形成権は消滅，既判力を生じる余地がない
肯定する見解
　→判決が適法になされていないことを理由とした不法行為請求を封じる必要
(2)訴訟判決の既判力
●実体法上の権利関係の判断がない→既判力はない？
既判力は肯定すべき
∵繰り返しの防止，手続保障の存在
・個々の訴訟要件ごとに生じる

3　既判力の客観的範囲

・判決のどの部分につき既判力が生じるのかの問題

原則

確定判決は、主文に包含するものに限り、既判力を有する。（114 条 1 項）

・判決文中→訴訟物たる権利・法律関係の存否についての判断に限られるのが原則
・時間的には→基準時における権利・法律関係についての判断

(1)**理由中の判断→既判力が生じない**のが原則
∵紛争の処理としては主文の記載に既判力を認めれば足りる
∵訴訟物とされた権利関係→当事者が攻撃防御を集中する
　既判力を認めても不意打ちとならない
∵審理の簡易化・弾力化に役立つ
　当事者は訴訟物についての審理だけに集中すればよい
　裁判所は判断が容易なものから審理すればよい

例外　相殺の抗弁（114 条 2 項）

相殺のために主張した請求の成立又は不成立の判断は、相殺をもって対抗した額について既判力を有する(114 条 2 項)。

→判決理由中の**反対債権の存否**に既判力が及ぶ
∵訴求債権の存否の争いが反対債権を訴訟物とする後訴で蒸し返されるおそれ
＊相殺の抗弁を認める場合→訴求債権・反対債権の双方につき審理を尽す必要がある

【論点】相殺の抗弁に及ぶ既判力の範囲

事例　相殺の抗弁を認め，その限度で原告の請求を棄却した場合
判例　両債権の不存在について既判力が生ずれば足りる
∵原告の主張→訴求債権の不存在という主文
　被告の主張→反対債権の不存在という理由中の判断
　原告，被告とも不当利得請求の前提となる損害がない
→以上によって，紛争の蒸し返しを排斥できる
学説　両債権の不存在に加え，存在についても既判力を認める
∵原告→被告の反対債権が当初から存在しなかったから，改めて債権を請求する
　被告→原告の訴求債権は相殺以外の理由で不存在だったので，反対債権を行使する
　以上を主張し，紛争が蒸し返されることを防ぐ必要がある
∵両債権の存在が審理される→既判力発生の正当化根拠も満たす
●判例の考え方→相殺を無効とする不当利得の返還請求を許すのではないか？
　認めれば紛争の蒸し返しを認めたのと同然だが…
　→遮断できる
∵不当利得返還請求→遡及債権・反対債権の変形物に過ぎない

【論点】争点効理論は認められるか

＊意義
・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
・後訴においてその判断に反する主張・立証，これと矛盾する判断を禁止する効力
●理由中の判断に対して，拘束力を認める理論
→十分争う機会があり，手続保障がなされているなら拘束力を認めうるか？
→否定すべき（判例，通説）
×何が主要な争点なのか，基準が不明確→当事者の手続保障が欠缺するおそれ
×裁判資料選択の自由が喪失され，手続が硬直化する
×明文なし
×中間確認の訴え有(145 条)
　↓但し
不都合な場合→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
＊信義則が適用される場合
　実質的に前訴の蒸し返しか，前訴で争うことができたか，長期間の経過
　→これらの事情をもって判断

(2)**基準時における権利関係の判断～時的限界の問題**

・権利関係→訴訟中も時の経過とともに変化する

∴判決で確定されるのは，ある時点における権利関係のみ

●どの時点の権利関係が明らかになるのか→**事実審の最終口頭弁論終結時**

∵確定は裁判資料として提出される事実によってなされる

当事者は事実審の最終口頭弁論終結の時点まで事実を提出できる

既判力の遮断効

・基準時前に既に存在していた事由→後訴ではこの事由を提出して争うことはできない

cf．基準時後に成立した事由→後訴に提出できる

∵前訴で提出できないから

遮断効の具体例

・前訴の訴訟物に関する事実（例　無効・弁済・免除）→後訴では提出できない

・前訴で提出して争っておかねばならなかったといえない事実→遮断されない

【論点】形成権の基準時後行使と遮断効

原則として基準時前に形成権が成立していた場合→遮断される

∵前訴で形成権を行使して変動の結果を主張しておくべきであったといえる

・取消権･解除権→遮断される

∵より重大な瑕疵である無効事由が遮断される

・相殺権→遮断されない

∵最後の手段としての性質

自動債権は訴訟物たる受働債権とは全く別個の債権である

・建物買取請求権→遮断されない

∵最後の手段である，政策的に賃貸借契約関係と別個に認められたものである

・白地**手形の白地補充権**

遮断されないとする説

∵白地のままでは権利行使できない

白地補充権が遮断されるとなると訴求の途が封じられる

遮断されるとする説（判例）

∵白地補充権→基準時以前に行使することが期待できる

★既判力の遮断効（発展）

・所有権確認請求について請求棄却
　→所有権の一部たる共有持分の取得原因事実の主張は認められない
・時効援用権→遮断される
・限定承認→後訴で提出することは許される
　∵敗訴を覚悟してから持ち出すもの
cf. 限定承認が認められた場合→限定承認の無効事由の主張は遮断される
・期限未到来による請求棄却→期限到来後の再訴は可能
＃時的限界ではなく，当然の結論と見てよい

4　既判力の主観的範囲

既判力が誰との間で作用するかの問題

原則(115 条 1 項)

> 確定判決は、次に掲げる者に対してその効力を有する。
> 一　当事者

∵当事者に及ぼせば紛争解決可能，第三者の裁判を受ける権利の保障

例外

・多数の関係人の間の権利・法律関係
　→実体関係に即した矛盾のない統一的紛争処理が望ましい，例外を認める必要性

既判力が拡張される場合（115 条 1 項）

> 二　当事者が他人のために原告又は被告となった場合のその他人
> 三　前二号に掲げる者の口頭弁論終結後の承継人
> 四　前三号に掲げる者のために請求の目的物を所持する者

(1)**形式的当事者と同視すべき者**

独自に当事者権保障の下に訴訟を追行させる必要のない第三者
　→判決効との関係では実質的には形式的当事者と同様の地位にあるもの

・請求目的物を所持する者（115 条 1 項 4 号）→家族・同居人・管理人・受寄者等

【論点】既判力の主観的範囲（発展）

> 登記名義人→執行を免れる目的で債務者のためにのみ物を所持している者
> ●債務者への判決がこの者にも及ぶ→法律構成は？
> 実質的当事者（当事者に準じる者）概念の導入（下級審判例）
> 　→別個に手続権を保障する必要のない者，1 号の当事者に準じると考える
> cf.　所持人概念の拡張→ 115 条 1 項 4 号の類推適用とする考え方

(2)**代替的手続保障がある場合**

・訴訟脱退者（48 条）

・訴訟担当の場合の利益帰属主体（115 条 1 項 2 号）

例　債権者代位訴訟の債務者

【論点】代位訴訟の債務者への判決効拡張

●敗訴の場合も債務者に判決効は拡張されるか

否定説　債務者と債権者は利害が相反する→手続保障が十分とはいえない

×訴訟の相手方が何度も訴えられる

×訴訟経済にも反する

肯定説

∵債務者には，訴訟告知→独立当事者参加，共同訴訟的補助参加への途を開き保護

∵訴訟担当者は法律上管理処分権が有る

(3)**口頭弁論終結後の承継人**（115 条 1 項 3 号）

当事者適格を伝来的に承継した者（適格承継説）

↓

判決の基準時後に訴訟物たる権利関係，またはこれをめぐる実体法上の法的地位を前主たる当事者から承継した者

∵敗訴当事者による訴訟物をめぐる地位の処分

→勝訴当事者の訴訟追行に意味を持たせる

一般承継人（例　相続・包括遺贈による一般承継人）→問題なく判決効は及ぶ

・前主の法的地位を包括的にそのまま承継する

・実体法上の地位は完全に前主に依存する

cf.　基準時前の一般承継の場合→中断・受継による保護が必要

特定承継→承継人の範囲が問題となる事例

例　訴訟物たる権利の譲受人，債務の引受人

家屋収去土地明渡請求後土地を借り受けた者等

【論点】承継人の範囲決定の基準

●特定承継の場合→承継人の範囲が問題になる

(1)**訴訟物理論との関係**

旧訴訟物理論→物権的請求権である時に承継人たりうる

債権→特定人に対する請求→物権的請求権の訴え変更によるべき

(2)**承継人の範囲決定の基準**

適格承継説

・当事者適格を当事者から伝来的に取得した者が承継人となる

伝来的に取得した者→占有や登記の取得による

∵訴訟物自体の承継人でなくとも判決効を及ぼすべき場合がある

∵同様の趣旨の制度→訴訟承継とパラレルに考えるのが妥当

∵代替的手続保障が及んでいる

×訴訟承継と本問題点は別問題である

訴訟追行できる者と，訴訟追行できない者→手続保障上問題がある

依存関係説

・当事者と第三者との実体法上の法的地位の依存関係の有無によって判断

(3)**承継人の固有の抗弁**

●固有の抗弁ある時も承継人とすべきか？

形式説（通説）

・適格承継ある場合→形式的に承継人とすべき

・承継人独自の抗弁→基準時後の事由として後訴で争える

・適格承継説を前提とする

実質説（判例）

・前主の不利な法律的地位を承継せず，依存関係はない

→承継人ではないとすべき

・依存関係説を前提とする

＊ただし，執行力については実質説で考えるのが判例，通説

＊この論点のポイント

・結局は手続保障と実効性の観点から判断する

・当事者適格は，訴訟要件のそれと異なる概念

→本論点の当事者適格の方が広い意味で使われている

(4)対世効･一定範囲の利害関係人への拡張

・判決に矛盾をきたすおそれ，公益に反する場合→例外的に既判力を拡張
・一定範囲の利害関係人に拡張される場合
　破産債権確定訴訟の判決→破産債権者全員に判決効が及ぶ（破産法 250 条）
・広く一般第三者にまで拡張される場合
　人事訴訟（人訴法 18 条），会社訴訟
・第三者への手続保障
　当事者適格→最も充実した訴訟追行が期待できる利害関係人に与える
　判決効を受ける第三者は訴訟参加できる（共同訴訟参加，共同訴訟的補助参加）
　職権探知主義

【論点】反射効の理論

反射効　既判力が当事者と特殊な関係（実体法上の依存関係）にある第三者に
　　反射的に影響を及ぼす効力
例　債務者が債権者に勝訴→保証人も債権者に勝訴の結果を援用できる
●反射効理論が認められるか
否定説（判例）
×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
　手続保障の観点から問題がある，訴訟遅延のおそれ
＊事例の処理
　既判力の趣旨
　　→合理的必要性が認められ，かつ，手続保障，自己責任に反しないのならば
　（＝実体関係上の依存関係が認められる場合）
　個別に既判力の拡張を認める
　∵実体法規が既判力の拡張を導き出している
　例　保証債務の主債務からの附従性

5　その他の判決効

参加的効力

補助参加人（または訴訟告知を受けた者）に対して及ぶ判決の効力（46 条）

・敗訴責任を分担するための特殊な効力

執行力

・給付請求権を民事執行手続によって実現できる根拠となる効力

＊仮執行宣言（259 条 1 項）

・未確定の終局判決に確定した場合と同様にその内容を実現しうる執行力を付与する終局判決に付随する裁判

形成力

・形成判決の確定により，法律関係の発生・変更・消滅を生じさせる効力

・通常，対世効を有する（人訴法 18 条，商法 109 条など）

第6編　請求･当事者の複数

第1章　請求の複数

1　複数請求訴訟

複数の請求を別々に訴訟追行すれば，当事者・裁判所の負担が増大する
請求相互間に関連がある場合，内容矛盾の判決がなされる危険がある
　→以上の問題を一挙に解決する
ただし，訴訟遅延のおそれ有り

複数請求訴訟形成の態様

･当初から複数の場合，原始的複数→（固有の）客観的併合
・後発的複数→訴えの変更，反訴，中間確認の訴え，弁論の併合
＊客観的…「訴訟物」に関する

一般的要件

・請求が同種の手続で審判できるものであること(136 条) ・裁判所に管轄権が認められること→他の裁判所の専属管轄事項は併合できない

2　請求の原始的複数（固有の客観的併合）

単純併合

・相互に両立しうる複数の請求を並列的に併合→そのすべてにつき判決を求める場合
例　複数の貸金債権をすべて訴求

選択的併合

・相互に両立しうる複数の請求のうちどれか一つが認められることを解除条件として他の請求の審判を求める併合形態
・選択的にいずれか一つが認容されれば他の請求についての審理を求めない
＊旧訴訟物理論を前提とした併合形態
例　不法行為と債務不履行双方による損害賠償請求

予備的併合

・法律上両立し得ない数個の請求に順位をつけて
　第一順位の請求が認容されることを解除条件として次順位の審判を求める併合形態
例　他人物の引渡請求と担保責任
＊併合請求の審理と判決
　予備的併合，選択的併合では，弁論の分離，一部判決は認められない

【論点】客観的予備的併合と上訴の関係（発展）

(1)原審→主位請求棄却，予備的請求認容
●被告が控訴した場合，上訴審で主位請求認容の判決を下すことはできるか
否定説（判例）→被上訴人が附帯控訴しない限り，主位請求の認容はできない
∵不利益変更禁止の原則，原告の救済は釈明による
cf.　肯定説　上訴では全部が移審する，事実関係・争点の共通→不意打ちはない
(2)原審→主位請求認容，予備的請求棄却
●被告が控訴した場合，上訴審で予備的請求認容の判決を下すことはできるか
　→審級の利益は害しないか
肯定説（判例）
∵両請求には密接な関係があり，実質的には予備的請求についても審理済みである

3　請求の後発的複数

訴えの変更(143 条)

・訴訟係属後に，原告が当初からの手続を維持しつつ，当初の審判対象を変更すること
・旧訴訟物理論で訴えの変更手続が必要な場合も
　新訴訟物理論では単なる攻撃防御方法の変更となる場合が多い
例　債務不履行に基づく損害賠償請求→不法行為に基づく損害賠償請求

訴えの変更の態様

・**追加的変更**　当初からの請求を維持しつつ新請求についても審判を求める場合
・**交換的変更**　従来の請求に代えて新請求につき審判を求める場合

訴えの変更の要件

> **原告**は、請求の基礎に変更がない限り、口頭弁論の終結に至るまで、請求又は請求の原因を変更することができる。ただし、これにより著しく訴訟手続を遅滞させることとなるときは、この限りでない。
> 2　請求の変更は、**書面**でしなければならない。
> 3　前項の書面は、相手方に送達しなければならない。（143 条）

・複数請求訴訟の一般的要件（前述）
・「請求の基礎」の同一性（143 条 1 項本文）
　a　両請求の利益関係が社会生活上共通していること
　b　旧請求をめぐる裁判資料の継続利用が可能であること
例　土地所有権確認請求→土地引渡請求に交換的変更
　　特定物引渡請求→損害賠償請求に交換的変更をする
・著しく訴訟手続を遅滞させないこと（143 条 1 項但書）
・事実審の口頭弁論終結前であること　∵上告審は法律審→事実主張はできない
・交換的変更では相手方の同意→訴えの取り下げの要件と同趣旨
∵交換的変更は旧請求の係属を消滅させる→既得の相手方の地位を無にすべきでない
・書面でなされる必要（143 条 2 項）

【論点】請求の基礎の同一性

> **●いかなる場合も「請求の同一性」は要求されるか**
> ・被告の同意，応訴があるとき
> ・相手方の陳述した事実を新請求の原因とする訴えの変更
> 　→請求の基礎の同一性は要求されない（判例）
> ∵請求の同一性が要求される趣旨→被告保護
> 　このような場合には被告の防御が困難になるおそれはない

【論点】訴えの交換的変更の法的性質（発展）

判例　訴えの追加的変更と訴えの取下げとの組み合わせに過ぎない
∵いったん係属した審判対象を訴訟の審理から除く→取下げに他ならない
∵被告の同意を要件とするには→訴えの取下げと見るべき
×従来の訴訟資料の流用ができることなどの説明ができない
cf.　独自の訴えの変更の類型とする説

【論点】請求の縮減（発展）

一部請求肯定説から→訴えの**一部取下げ**
∴被告の同意が必要，書面によることは必ずしも必要ない(261 条 3 項)
cf.　一部請求否定説→一部放棄の一種，被告の同意は不要

【論点】新請求が他の裁判所の専属管轄に属する場合（発展）

●変更後の請求が他の裁判所の専属管轄に属する場合→訴えの変更は適法か
判例　変更を適法とし，管轄裁判所に移送すべき
∵独立した起訴の場合→却下ではなく，移送によることとの均衡
∵従前の訴訟手続を利用できる→訴訟経済上有利

反訴(146 条)
係属中の本訴の手続内で関連する請求につき被告が原告に対して提起する訴え
・原告に訴えの客観的併合・訴えの変更が認められる
　→当事者平等原則から被告にも対応して反訴を認めるべき
・審理の重複と矛盾する判決を回避できる

反訴の要件

> **被告**は、本訴の目的である請求又は防御の方法と関連する請求を目的とする場合に限り、口頭弁論の終結に至るまで、本訴の係属する裁判所に反訴を提起することができる。ただし、反訴の目的である請求が他の裁判所の専属管轄（当事者が第十一条の規定により合意で定めたものを除く。）に属するとき、又は反訴の提起により著しく訴訟手続を遅滞させることとなるときは、この限りでない。
> 2　反訴については、訴えに関する規定による。（以上，146 条 1 項）

・一般的要件
・反訴請求と本訴請求・防御方法との関連性（146 条 1 項）
∵訴えの変更において請求の基礎の同一性が要求されることに対応
・関連性の有無の判断

①本訴請求との関連性
・両請求がその内容または発生原因において法律上・事実上共通性があること
　例　所有権に基づく明渡請求に対する賃借権確認の反訴請求
②防御方法との関連性
・反訴請求が本訴請求を理由なからしめる事実と内容や発生原因で共通する場合
　例　金銭の支払請求に対する相殺の抗弁，相殺に供した額を超える部分の請求
　請求の基礎の同一性よりも緩やか
　　→原告に固有の客観的併合が認められていることとのバランス
・本訴の事実審口頭弁論終結前であること（146 条 1 項本文）
＊本訴が却下され，取り下げられても反訴に影響しない
・著しく訴訟手続を遅滞させないこと（146 条 1 項但書）
・控訴審での反訴提起について相手方の同意・応訴（300 条）

【論点】控訴審での反訴についての相手方の同意

> ●原告の同意なくとも反訴を提起できる場合はないのか？
> ・同意が要求される趣旨→相手方の手続保障
> ∴反訴請求と関連する事項について一審裁判所で審判がなされた場合
> →原告の一審の利益は害されない，このような場合原告の同意が不要（判例）

【論点】反訴請求と本訴との関連性（発展）

●本訴請求が占有権に基づくもの
　→本件に基づく反訴請求との間に関連性を認めうるか
？民法 202 条との関係
肯定説（判例）
∵民法 202 条 2 項→防禦方法の提出を制限したに過ぎない
∵占有訴訟と本権訴訟の併合を禁ずる規定はない　cf．旧民訴では存在した

【論点】反訴要件を欠いた反訴（発展）

●独立して訴えの要件を備えている場合→分離して審判を認められるか
否定→不適法却下すべき（判例）
∵要件を満たさない以上，原則通りの処理をする
cf．分離審判を認める説　∵当事者意思，訴訟経済との合致

中間確認の訴え（145 条）
・訴訟係属中に，当該請求の当否が依存する権利・法律関係の存否について
　→当事者が追加的に提起する確認訴訟（145 条）
・訴えの変更，もしくは反訴の一類型

要件
・複数請求訴訟の一般的要件
・145 条→争いとなっている権利，法律関係の存否の確認に限る
　だからこそ，同意や請求の基礎の同一性は不要
＊中間判決との違い
・対象→争点の一部に過ぎないか，独立した訴えか
・イニシアティブの相違（裁判所か当事者か）

第2章　多数当事者訴訟

1　多数当事者訴訟

一個の手続に関与する当事者が同時に，あるいは時間的に前後して複数である訴訟類型

趣旨

・多数の者が関与する共通の紛争権利関係につき一回・一個の訴訟で審理判決
　→当事者・裁判所の負担を軽減できる，判決の矛盾回避
・利害関係を有する者が積極的に当該手続に関与していくことが可能になる
　→第三者の手続保障に資する

問題点

・訴訟関係の複雑化・遅延の招致
・一部当事者と他の当事者の利害関係の対立→利益調整の必要

★現代型訴訟の特質と対応（発展）

・大量生産・消費→ただ一つの経済活動で多数の人々が不利益を被る
　個々の被害が小さい→訴訟の提起が困難，全体的に大きな場合→救済の必要性
　＃共同訴訟，選定当事者の制度→訴訟運営の困難，組織化の障害，広告の問題
・クラスアクション（代表当事者訴訟）の制度
　選定当事者との違い→個々の授権を不要とするもの
・団体訴訟　消費者団体に当事者能力・適格を認めるもの
　立法がない限り許されない（判例）

2　共同訴訟

一つの訴訟手続に複数の原告または被告が関与する訴訟形態

・**必要的共同訴訟，通常共同訴訟**がある

●通常共同訴訟

・各共同訴訟人と相手方との間の複数の請求相互間に 38 条所定の関連性がある場合に数個の請求につき便宜上共同訴訟とすることが認められる場合（38 条）

要件

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とき、又は同一の事実上及び法律上の原因に基づくときは、その数人は、共同訴訟人として訴え、又は訴えられることができる。訴訟の目的である権利又は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ときも、同様とする。(38 条)

・38 条の主観的併合要件の具備（相手方が承認すればこの要件は不要）
　権利共通・義務共通（前段），原因の共通(前段)
　権利・義務の同種，かつ事実上法律上同種の原因に基づく場合(後段)
　例　複数買主に対する売掛代金の請求
・客観的併合の要件（136 条）
・一般の訴訟要件

審理方式→共同訴訟人独立の原則

共同訴訟人の一人の訴訟行為、共同訴訟人の一人に対する相手方の訴訟行為及び共同訴訟人の一人について生じた事項は、他の共同訴訟人に影響を及ぼさない。（39 条）

・共同訴訟人が互いに制約されない→独自に訴訟を追行しその効果を受けること
　→それぞれ独立して訴訟追行しているのと同じと考えてよい
・各当事者は他の共同訴訟人とは無関係に訴訟上の地位の処分や上訴をなしうる
　例　放棄・認諾・和解・訴えの取下げ・自白などいずれも可能
　その効果は他の共同訴訟人には及ばない
・共同訴訟人の一人につき中断・中止あるいは期日不出頭
　→他の共同訴訟人には及ばない
∵別々の手続で処理できる訴えが便宜上，同一手続で行われているに過ぎない

【論点】通常共同訴訟における証拠共通･主張共通の可否

●共同訴訟人間の証拠共通→妥当する
･ある者が提出した証拠
　→援用なくとも他の共同訴訟人の主張する事実の認定のためにも資料たりうる
∵自由心証主義の下では，一つの歴史的事実の心証は一つしかあり得ない
∵裁判の矛盾回避に資する
●共同訴訟人間の主張共通
・ある共同訴訟人の事実主張が他の共同訴訟人のためにもなされたと評価できるか
否定説（判例，通説）
∵事実の主張はまさに弁論主義の問題→個人の自由に任せるべき
∵当事者への不意打ちを防止すべき
∵釈明権(149 条 1 項)で不都合を回避できる
肯定説
∵有利な効果が発生するものだけは，主張共通を認める→裁判の矛盾回避
＊当然の補助参加の理論，必要的共同訴訟の審判の原則の導入など
　→同様の効果を発生させることが可能
＊当然の補助参加の理論→主張共通を認める構成

同時審判の申立(41**条**)

・弁論の分離・併合についての訴訟指揮権を制限するもの
・共同訴訟における実体法上両立しない複数の請求
　→弁論と裁判の分離を禁じる（41 条 1 項）
・各共同被告の控訴事件が同一控訴裁判所に各別に係属する場合
　→弁論と裁判は併合してしなければならない（41 条 3 項）
・控訴審口頭弁論終結までの原告の同時審判の申立による
・制度趣旨　矛盾のない判決の実現
例　工作物責任の占有者と所有者，本人と無権代理人，債権の譲受人・譲渡人

共同訴訟の態様

ａ　**主観的予備的併合**

　実体法上両立しない複数の請求に順位をつける
　主位原告は又は被告につきまず審理を求める
　　↓　それが認容されない場合に
　予備的原告または被告に対する請求につき審判を求める場合
●現行法上否定するのが判例
×予備的被告の地位が手続上不安定である
×上訴がなされた場合裁判が不統一となる可能性がある
＊同時審判申立によって，ほぼ同様の目的を達し得る→ほぼ現在では必要がない概念

ｂ　**主観的選択的併合**

　共同訴訟人と相手方間の両立しうる請求につき，
　択一的にいずれかの請求の認容と他の請求の棄却を求める場合
　→主観的予備的併合と同様の争いがある

●必要的共同訴訟

・判決が各共同訴訟人ごとに区々（まちまち）となってはならず，合一確定が要求される共同訴訟
・制度目的→判決の矛盾回避

審判の原則

・共同訴訟人の一人のなした訴訟行為（40 条 1 項）
　有利なものは全員に効力が生じる（例　否認，抗弁，証拠提出など）
　不利なものは誰にも効力は生じない（例　放棄・認諾・自白など）
・相手方の訴訟行為→全員に効力が生じる（40 条 2 項）
・共同訴訟人の一人に中断・中止事由が生じたとき（40 条 3 項）
→手続は全員につき停止する
・弁論の分離，一部判決は許されない（243 条）
∵裁判資料・訴訟追行を各共同訴訟人一律→合一確定を実現するための措置

(1)**固有必要的共同訴訟**

定義　数人が共同してはじめて，ある訴えにつき当事者適格が認められる
　→共同しなければ本案判決をなしえない場合

趣旨　判決の矛盾回避，当事者適格者全員の訴訟関与確保

固有必要的共同訴訟が要求される範囲（明文なし）
　権利関係をめぐる関与者の地位との関係で客観的に決せられねばならない
　∵訴訟形態を選択しないと審判のルールが決まらない→訴訟が開始できない

・原則として，実体法の規定から判断される
　ただし，手続上の要求も考慮して決しなければならない
　∵一部の者が提訴を拒むと権利保護の途が閉ざされる
∴①実体法上の管理処分権の帰属態様を基準としつつ
　②訴訟法上の観点から調整して判断するべき

具体例

ａ　他人間の権利関係の変動を結果する形成訴訟→固有必要的共同訴訟になる
　例　第三者提起の婚姻取消の訴えなど

ｂ　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
　共有関係での処分行為・破産管財人が複数いる場合など
　　↓　具体的検討
・共有者が原告の場合→実体法上一部で処分できる権利か
　持分権・保存行為に関する訴訟→各共有者が単独で訴え提起できる
　共有物全体の管理・処分に関する訴訟→固有必要的共同訴訟になる

・共有者が被告の場合→不可分債務として個々の共有者に訴え提起できると解するべき
∵手続保障→共有者への訴え提起を容易にするため
∵争わない者を当事者にするのは訴訟不経済

・共有者相互間の訴え（例　共有物分割の訴え）→固有必要的共同訴訟とされる
∵各共有者につき当事者としての手続保障を要する

【論点】固有必要的共同訴訟～一部取下げの可否（発展）

●原告の一部による訴えの取下げは可能か
cf. 類似必要的共同訴訟→単独で訴えの取下げができる
否定説→訴えの取下げは無効（判例）
∵訴えの取下げは有利な行為とはいえない
∵有効適切な紛争解決が実現できない
●複数被告の一部に対する訴えの取下げ
否定説（判例）
∵全員について紛争の矛盾なき解決を行うという必要的共同訴訟の趣旨に反する
cf. 相手方のなす訴えの取下げ→複数被告全員の同意が必要

(2)**類似必要的共同訴訟**

・共同訴訟人のうち一部の者のみで提起することも許される

・各共同訴訟人と相手方に訴訟が係属した場合

→個別訴訟は許されない，必要的共同訴訟の審判の原則が適用される共同訴訟

∵「合一確定の必要」

例　株主代表訴訟(商法 267 条)

【論点】類似必要的共同訴訟が要求される場合

伝統的理論

・判決効が拡張される場合に限る（対世効ある時など）

∴個別訴訟を認めると各判決の内容が論理的に矛盾するおそれがある場合

→類似必要的共同訴訟としない

通常共同訴訟となる

例　同一事故における数人の被害者の損害賠償請求

∵必要的共同訴訟の審判の原則の適用→訴訟人の訴訟上の処分権能の自由を奪う

∵通常共同訴訟も証拠共通の原則が認められる→事実上の裁判の統一が保障

∵選定当事者制度によっても不都合を回避できる

3　共同訴訟成立の態様（時期の問題）

●原始的主観的併合→訴え提起の当初から共同訴訟の形態をとる場合
＊主観的…訴訟の主体，当事者に関する

●主観的追加的併合
→訴訟係属後に第三者が当該訴訟に当事者として参加する場合，後発的複数
・制度目的　審判の重複や裁判の矛盾を回避しうる

共同訴訟参加（52 条）→明文ある後発的複数
・他人間の訴訟の判決効が拡張される地位にあり，当事者適格を有する第三者が，
　係属中の訴訟に参加してその手続保障の充足を得る途を認める参加形態（52 条）
・後発的に類似必要的共同訴訟が成立する場合
　固有必要的共同訴訟で当事者たるべき者が欠落していた場合
　　→不適法却下を免れる手段としてこの制度を利用できる

明文なく後発的に通常共同訴訟が成立する場合
　→引込型について判例は否定
∵旧訴訟の訴訟状態を利用できるかは疑問
∵訴訟を複雑化させる
∵軽率な提訴，濫訴，訴訟遅延のおそれ
　　↓　ただし
・別訴提起と弁論の併合によって同様の目的を達しうる
　→裁判所が主導権をとって共同訴訟にするか否かの選択が可能，上記不都合の回避
＊参加型について判例はない（学説上は肯定説が有力だが…）

4　独立当事者参加訴訟(47 条)

第三者が
係属中の訴訟の原告および被告の双方に対して，それぞれ請求を立てて，
原告，被告間の請求とともに同一手続で三者間に矛盾のない判決を求める訴訟形態
＊結果として，生じる訴訟形態を三面訴訟という
・一種の後発的複数

制度目的

・三名以上の者が互いに対立抗争する紛争→矛盾なく一挙に解決することが可能
　当事者・裁判所の負担も軽減される

独立当事者参加の二類型

①**訴訟の結果によって権利が害されることを主張する第三者**又は②**訴訟の目的の全部若しくは一部が自己の権利であることを主張する第三者**は、その訴訟の当事者の双方又は一方を相手方として、当事者としてその訴訟に参加することができる（47 条 1 項）。

①**詐害防止参加**（47 条前段）
　当事者間の訴訟の結果により第三者の権利が害される場合
　例　債務者の財産隠匿のための馴合(なれあい)訴訟→債権者が独立当事者参加
②**権利主張参加**（47 条後段）
　訴訟の目的が自己の権利であり，あるいはその上に権利を有すると主張する場合
　例　他人間の所有権確認訴訟→第三者が自己の所有権を主張する場合

★独立当事者参加～権利主張参加の要件（発展）
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が必要
∵両立しうる場合は他の方法によればたりる

三面訴訟の審判
　必要的共同訴訟の審判の原則（40 条）を準用(47 条 4 項)
　各当事者の手続保障を確保しつつ，矛盾のない合一確定を実現

＊片面的（準）独立当事者参加
　一方のみに請求を立てて独立当事者参加を行うこと（47 条 1 項）
　∵争わない当事者に参加請求をたてる必要はない→明文で認められるに至る

【論点】権利侵害（47 条1項）の意義

例　抵当権設定登記を受けた者
　→土地所有権移転登記抹消請求訴訟に参加することができるか
狭く考える立場
・判決の既判力が第三者に及ぶことによってその権利が害される場合に限定する説
×共同訴訟参加・共同訴訟的補助参加と別に本訴訟形態を認める意義がなくなる
広く考える立場
・第三者の権利が他人間の権利関係の存否と論理的関係がある場合
　→詐害判決によって事実上影響される場合を含むとする

【論点】上告審での独立当事者参加

否定説（判例）
∵法律審であるから，参加人の請求の当否の審判ができない
∵下級審で敗訴したわけでないから，上告の利益もない

【論点】一人の上訴と上訴審の審判範囲

一人だけ上訴したとき→全訴訟が上級審に移審する（上訴不可分の原則）
　↓　しかし
●上訴審では不服の限度でしか審判できない（304 条，296 条）
　上訴しなかった二者の間の訴訟について，審判してよいのか
(1)**上訴しなかった三人目の者の地位**
上訴人説
∵ 40 条 1 項を援用，∵不利益変更禁止の原則に反しないという結論が導ける
×上訴人とは，相争う関係にある
∴ 40 条 2 項を援用→**被上訴人説**が妥当
∵不服のない者を上訴人とするのは当事者の意思に反する
∵敗訴の場合，訴訟費用を負担させるのは酷
(2)**不利益変更の禁止との関係**
　上訴審での審判範囲の原則→合一確定の要請の前に一部修正されるとみる（判例）

5　当事者の交替

訴訟承継

・訴訟係属中に前主の実体法上の地位が相続人や譲受人などの承継人に移転
　→承継人に承継時における前主の訴訟上の地位をも承継させ，審理を続行する制度

訴訟の係属中その訴訟の目的である権利の全部又は一部を譲り受けたことを主張して、第 47 条第 1 項の規定により訴訟参加をしたときは、その参加は、訴訟の係属の初めにさかのぼって時効の中断又は法律上の期間の遵守の効力を生ずる(49 条)。

訴訟の係属中第三者がその訴訟の目的である義務の全部又は一部を承継したときは、裁判所は、当事者の申立てにより、決定で、その第三者に訴訟を引き受けさせることができる(50 条)。

第 47 条から第 49 条までの規定は訴訟の係属中その訴訟の目的である義務の全部又は一部を承継したことを主張する第三者の訴訟参加について、前条の規定は訴訟の係属中第三者がその訴訟の目的である権利の全部又は一部を譲り受けた場合について準用する（51 条)。

訴訟承継の効果
　承継人は当事者となる
　　→訴え提起の効果としての時効中断効等が及ぶ
　承継前になされた訴訟追行の結果を引き継ぐ
　　→前当事者がなしえない訴訟行為は自由になしえない

訴訟承継の根拠（訴訟状態帰属効は明文がないので論証が必要）
・当初の当事者の既得の地位の保障
・現在利害の対立する者相互間で訴訟追行→訴訟経済上好ましい
・代替的手続保障も十分　cf．口頭弁論集結後の承継人

(1)**当然承継**

承継原因の発生により法律上当然に当事者の交代を結果する場合

∵当事者が存在しなくなる一方，前主の地位を全面的に取得・回復する者の存在
→訴訟上も対応させる

原因→法定されている（ただ，訴訟承継という形で明確に規定はない）

・死亡，消滅（124 条 1 項 1 号，124 条 1 項 2 号）
・信託財産訴訟での受託者の任務終了(124 条 1 項 4 号)
・資格に基づく当事者たる者の資格の喪失（124 条 1 項 5 号，6 号）
・破産手続開始の決定・破産手続の終了（破産法 44 条）

効果→全面承継

(2)**参加承継･引受承継**→訴訟承継主義を取ることの現れ（49 条～ 51 条）
・実体関係につき特定承継があった場合
　→承継人が，被承継人の承継時点での訴訟追行上の有利・不利な地位を承継する

参加承継･引受承継の原因
・特定承継とは→係争物の譲渡，権利義務やその目的たる物権の任意処分
・係争物とは？
　訴訟物たる権利義務，訴訟物たる権利関係の基礎をなす実体関係
　※訴訟物よりも広い概念
　例　土地明渡請求訴訟中の建物の譲渡
・譲渡とは？
　法定の原因や執行処分などによる移転的承継（代位取得・転付命令）
　設定的承継（賃借権・抵当権の設定など）を問わない

承継手続
・参加承継
　独立当事者参加の方法による（49 条），上告審でも可能
・引受承継
　訴訟引受の申立を行う→引受決定を得て承継人を当事者とする（50 条 3 項）
　事実審の口頭弁論終結前に限る

承継後の処理
・参加承継→必要的共同訴訟となる（51 条・47 条）
・引受承継→引受申立を同時審判の申出ある共同訴訟の申立と見る
　→弁論と裁判の分離を禁じる（50 条 3 項）
＊固有の抗弁
　→承継人は承継後の訴訟でこれを主張する機会を認められねばならない

当事者の脱退（48 条）

①前条第 1 項の規定により自己の権利を主張するため訴訟に参加した者がある場合には、参加前の原告又は被告は、②相手方の承諾を得て③訴訟から脱退することができる。この場合において、判決は、脱退した当事者に対してもその効力を有する（48 条）。

①独立当事者参加によって，当事者として訴訟追行する必要性を感じなくなった者
②相手方当事者の同意を得て③訴訟から脱退できる→三面訴訟は通常の二面訴訟となる
・訴訟承継の場合にも用いる(51 条)
＊参加者の同意の要否→脱退に参加者の同意は必要か

【論点】脱退の法的性質と判決効

条件付き放棄･認諾説
∵脱退者→訴訟上の地位を参加人，相手方の訴訟追行の結果に委ねたもの
・参加人が勝訴→自己への請求を認諾
・相手方が勝訴→自己が原告の場合は放棄，被告の場合は認諾となる
×いずれかの請求に付き何ら効力が生じないものが生じる可能性
例　被告の脱退，参加者の勝訴→原告との関係で判決効が生じない
　→当事者の意思に基づく効果だけでなく，制度上合理的な効果を付与すべき

任意的当事者変更（明文なし）

・訴訟係属後原告が当初の被告以外の適格者に訴えを向けかえ，
　または当初の原告以外の適格者が原告と入れかわって訴訟を追行すること

＊任意的→条文がないが，私人の自治として，ぐらいの意味

【論点】任意的当事者変更の性質

訴えの変更説

×訴えの変更は，請求の変更だけを予定している
　新当事者の手続保障の要請と従来の手続利用の要請との調整に向かない

新訴提起旧訴取下げ説

・新訴提起と旧訴の取り下げの複合行為とみる

・手続
　新訴提起・旧訴の取下げの要件が必要
　一審係属中に限る　∵審級の利益

・新旧両手続の分断を防ぐ必要
　旧訴状を補正して用いてよい
　印紙を貼付しなくてよい
　時効中断等の効果は旧訴提起の時点に生じる

・新当事者の地位
　原則として訴訟追行の結果は維持されない　∵新訴提起
　従来の訴訟追行の結果を一括でも個別にでも追認できる
　旧当事者が自白した事実に反する主張ができる，攻撃防御方法の提出も自由
　　↓　ただし
　新当事者が実質的に従来の旧訴訟手続に関与していた場合
　旧当事者の訴訟追行が新当事者のそれと同視できる場合
　　→信義則上，訴訟追行の結果は維持される

第3章　補助参加訴訟

1　補助参加

利害関係を持つ第三者が
一方当事者を勝訴させることによって自己の利益を守るために
他人間の訴訟に参加する参加形態

機能

・ある訴訟の帰趨が将来第三者の不利に働くおそれがある場合
　→第三者の手続関与を認める機会を保障
・被参加人は参加人の訴訟追行によって有利な訴訟展開を期待できる
　後訴で，被参加人敗訴の判決内容について参加的効力の発生
　→手続保障のあった限りで基準性が認められる
・後訴を含めた紛争の統一的処理，後訴の事実上の防止

要件（42 条）

・訴訟係属中であること
　審級を問わない→上告審でも可能とするのが判例・通説
・他人間の訴訟であること
・第三者が訴訟の結果に利害関係を有すること
　「利害関係」「訴訟の結果」の意義
　→独自の法的利益があることが要求される（友人・親戚というのはあたらない）

補助参加人の訴訟上の地位

・補助参加人は独自の利益を確保すべく訴訟に参加する者
　→訴訟追行上の地位について**独立性**確保の要請
・当事者を補助するために参加する者→被参加人との関係で，**従属性**を有する

独立性の内容

・別個に期日の呼び出しがなされ，訴訟書類が送達される
・原則として独自の判断で一切の訴訟行為をすることができる（45 条 1 項）
　攻撃防御方法の提出，異議申立，上訴提起，再審の訴えの提起など
・いつでも参加申立を取り下げうる
・訴訟費用も被参加人とは別に負担する(66 条)

従属性の内容

・証人適格がある
・参加人の死亡・訴訟能力喪失等の事由では訴訟は中断しない
・被参加人が既になしえなくなった行為は無効
　被参加人の訴訟行為と明確に矛盾・抵触する行為は無効(45 条 2 項)
・訴訟の処分・変更，被参加人に不利な行為は無効

補助参加人と判決効→参加的効力（46 条）

【論点】参加的効力の性質

既判力の根拠→紛争解決基準としての，法的安定要求
　↓対して，
参加的効力→共同して訴訟を追行し，敗訴した者相互間の責任分担原理による
（衡平・禁反言によるもの）
∴敗訴した場合に発生するもの
∴主文のみならず，理由中の判断にも等しく拘束される
∴敗訴当事者間のみにおいて発生する

【論点】争点ごとの補助参加は可能か（発展）

例　共同不法行為訴訟
●過失割合に関して被害者に補助参加，損害額について不法行為者に補助参加
　→かかる補助参加は可能か
否定説
∵補助参加の目的→当事者の一方を勝訴させる目的によるもの
∵かかる態度をとるには独立当事者参加によるべき
肯定説
∵複数当事者間における利害共通と利害対立の関係→これを反映させるべき

【判例】補助参加の利益（発展）

・夫婦の協力扶助義務を根拠とした補助参加→肯定（判例）
・株主代表訴訟における会社の取締役側への補助参加→肯定（判例）
？会社と取締役の利害が相反することと矛盾するのでは？
　→取締役会の意思決定を前提として形成された株式会社の法的地位に影響がある
　会社がいかなる態度をとるか→取締役による経営判断
　会社側からの訴訟資料の提出が期待される→審理の充実が図られる

【論点】補助参加申立の取下げ（発展）

いかなる利害関係人の同意が必要か
●取下げ自体の明文がない（当然要件も不明）
参加的効力説→被参加人の同意が必要

2　共同訴訟的補助参加（明文なし）

・当事者適格を欠くことから共同訴訟参加はできない者が補助参加する場合
・補助参加と共同訴訟参加の中間に位置するもの
例　破産管財人の訴訟についての破産者
　　債権者代位・取消訴訟における債務者

参加人の地位

・補助参加の場合よりも**独立した地位**が保障される
中断・中止の事由を生じた場合→訴訟が中止される場合もある（40 条 3 項類推）

・必要的共同訴訟の審判の原則が類推される(40 条 1 項類推)
被参加人の訴訟行為と明確に矛盾・抵触する行為→当事者に有利なものは有効
参加人に不利な行為→当事者の行為でも効力を発生しない
参加的効力は 46 条の場合に限定されない

・補助参加人としての従属性を完全には脱却できない
自ら訴えの変更・取下げをすることはできない
証人適格がある
参加的効力を受ける

3　訴訟告知(53 条)

当事者は、訴訟の係属中、参加することができる第三者にその訴訟の告知をすることができる。(53 条)

訴訟係属中に，当事者が訴訟に参加しうる第三者に対して，
法定の方式により訴訟係属の事実を通知すること（53 条）

効果

・参加を催促，強制するのではない→参加の機会を与えるのみ
　告知するか否かも任意，義務ではない
・告知がなされると，被告知者，告知者間の後訴
　→一定の要件の下に参加的効力を生じる（53 条 4 項）

要件（53 条）

・告知をなすのは訴訟係属中に限られる（53 条 1 項）
・告知権者…当事者，補助参加人，告知された者（53 条 1 項，2 項）
・告知を受けうる者→当該訴訟に参加できる第三者
　補助参加人のみならず，当事者となるべきものに対しても可能

【論点】被告知者が告知者の相手方当事者に参加した場合

参加的効力は及ぶか

肯定説

∵告知制度は告知者のための制度である→参加的効力を被告知者に及ぼす制度
∵本制度は紛争の統一的解決のための制度
　→その趣旨からすれば参加的効力を認めるべき

否定説

∵被告知者→告知者と共同して訴訟追行をしたわけではない
　参加的効力を及ぼす根拠に欠ける

★特殊の訴訟手続（発展）

・少額訴訟に関する特則

訴額 30 万円以下で金銭の支払い請求を目的とする訴え

審理は一回の口頭弁論で終結，判決は口頭弁論終結後直ちに行う

判決への異議申立て→通常訴訟への移行

・督促手続

債権者の一方的申立に基づき，裁判所書記官が支払督促を発する

原則として金銭を目的とする請求が対象になる，実質審理は行われない

督促異議の申立がない（または申立の却下）→確定判決と同一の効力

＊2 週間で仮執行ができるようになる

cf．異議がある場合→通常訴訟への移行

・手形訴訟

証拠制限→書証に限られる，申立により通常訴訟への移行がありうる