

たのしい

民事訴訟法第一部

講義ノート

(法学部第六学期専門科目)

高田裕成教官

第二版[2014/2/07]

目次

005… (1) 総論

- 005…… 1 民事訴訟法・民事訴訟制度
- 006…… 2 狙い
- 007…… 3 連絡
- 008…… 4 民事紛争解決制度としての民事訴訟法の特徴

010… (2) 訴訟手続きの概観

- 010…… 1 訴訟手続きの基本構造
- 011…… 2 注意
- 014…… 3 訴えと判決の間

017… (3) 訴えの提起

[A]訴え

- 017…… 1 訴えの意義
- 017…… 2 訴状の提出
- 018…… 3 訴えの3類型

[B]訴訟上の請求

- 021…… 1 審判の対象の特定
- 023…… 2 訴訟物理論
- 027…… 3 申立事項の特定
- 030…… 4 訴え提起の効果・訴訟係属の効果

030… (4) 訴訟の主体

[A]裁判所

- 030…… 1 裁判所
- 031…… 2 管轄・移送制度
- 034…… 3 裁判官の忌避・除斥

[B]当事者

- 035…… 1 当事者とは：訴訟手続における当事者の権能
- 036…… 2 当事者能力
- 039…… 3 訴訟能力
- 042…… 4 法定代理人・法人の代表者
- 044…… 5 訴訟代理人

045… (5) 訴訟の審理

[A]審理方式としての口頭弁論

- 045…… 1 「口頭弁論」という審理方式の特徴
- 050…… 2 口頭弁論の準備：争点及び証拠の整理手続き

[B]手続の進行

- 051…… 1 職権進行主義

[C]当事者の弁論活動と裁判所の役割：弁論主義

- 053…… 1 弁論主義
- 056…… 2 主張責任
- 056…… 3 裁判所の訴訟行為
- 060…… 4 職権探知

[D]当事者の主張の規律

- 060…… 1 口頭弁論における当事者の訴訟行為
- 060…… 2 当事者の主張の規律
- 066…… 3 主張についての補論
- 068…… 4 攻撃防御方法の提出時期
- 069…… 5 当事者の欠席
- 070…… 6 再論：当事者の訴訟行為の規律

073… (6) 証拠法

- 073…… 1 証明の意義
- 075…… 2 証明の対象
- 076…… 3 証拠調べの手続き
- 081…… 4 自由心証主義
- 084…… 5 証明責任

[A]証明責任とは何か・証明責任の分配

[B]証明責任の転換・法律上の推定

[C]原告の証明の負担の軽減

090… (7) 訴訟要件

- 090…… 1 訴訟要件の意義
- 092…… 2 訴えの利益
- 095…… 3 重複する訴えの提起の禁止
- 097…… 4 当事者適格
- 102…… 5 当事者能力

103… (8) 終局判決による第一審手続の終了

- 104…… 1 裁判の種類・判決の種類
- 104…… 2 申立事項と判決事項
- 109…… 3 終局判決の効力

110… (9) 確定判決の効力

- 110…… 1 確定判決の効力
- 111…… 2 既判力と訴訟物の関係
- 112…… 3 既判力の作用
- 116…… 4 既判力の標準時
- 119…… 5 既判力の対象・客観的範囲

[A] 判決理由中の判断

[B] 争点効・既判力に準じる効力

- 125…… 6 既判力の及ぶ者・主観的範囲
- 130…… 7 判決の反射的効力

132… (10) 判決によらない訴訟の完結

- 132…… 1 判決以外の完結手段
- 134…… 2 訴えの取下げ
- 138…… 3 訴訟上の和解
- 143…… 4 請求の放棄・認諾

145… (11) 複数請求訴訟

- 145…… 1 訴えの併合・訴えの変更・反訴
- 150…… 2 当事者の変更と当事者の確定

151… (12) まとめにかえて

- 151…… 1 制度としての民事訴訟

★注意……

- ①これは、高田裕成先生の「民事訴訟法第一部」の授業の講義ノートとなります。
- ②これは個人作成なので、間違っている可能性があります。
- ③間違っているところがあったら僕のためにも教えてください。
- ④このノートのなかで「100選」とありましたら、それは民事訴訟法判例100選 [第4版] のことです。
- ⑤このノートは、ジョジョの奇妙な冒険第三部のアニメ化を受けうれしさのあまり作ったものなので、もしよければコミックスを読んでみてください。アニメは2014年4月に放送開始です。
- ⑥すごい区分は適当ですが、重要語句は赤、重要文脈は青、教官独自の言葉づかいは緑で色をつけておきました。

(1) 総論

ところどころの言葉づかいが意外に面白い。

1 民事訴訟法と民事訴訟制度

法典で言うと民事訴訟法（平成8年）が講義の対象になる。

また、これに関しての特別法がいくつか存在するので、それもやる。人事訴訟法や行政事件訴訟法などがそれにあたるものです。特別法を総称して、しばしば実質的意味における民事訴訟法ということもある。

とりあえず、その民事訴訟法とは、民事訴訟に関しての手続きを定めた法律ということなので、民事訴訟とは何かをちゃんと見ていくことになる。

民事訴訟とは、民事上の権利の実現・紛争解決のために設けられた手続きとされる。裁判所と言う第三者の存在、そこにおける真実発見が特徴となる。

訴訟手続きの特色

訴訟手続きにおいては、裁判所と各当事者が訴訟のうちで一定の「**行為の積み重ね**」を行うことが要求されている。このような行為は概して「**訴訟行為**」と呼ばれる（詳細な定義などは後述する）が、その訴訟行為をコントロールするのが、現時点での民事訴訟法の役割ということになる。

もちろんこの意味では、訴訟手続きには刑事手続きと民事手続きがあること、訴訟においては実体法と手続法というものがあることは前提なので、ないと思うが忘れていたら各自確認しておいてほしいところである。

民事訴訟法以外の法との関わり

こうした定義に該当する民事訴訟を考えるにあたっては、民事訴訟法以外の法分野、関連法分野も想定していかななくてはならない。

例えば、貸金返還請求を行うためには、現行法上**自力救済**が禁止されている以上は国家が設営している**民事執行制度**に拠る必要があるわけである。民事執行制度については、債権者が債務者に対して権利の実現を求める際に例えば抵当権の実行など物的担保がない場合、債務名義と言う判決が必要になるものとされている。それを用いて執行者は債務者から財産等を差し押さえ、競売をもって換価して配当し、満足にあてることになるのである。当然だが、これも国家機関によるものであり、それを規律する法律がある。それが民事執行法であるのだが、やはり私人の権利の実現のプロセスを確認していく以上はこういったところも見ていかないとけない。

※余談だが、**何故自力救済は禁止されるのだろうか**。それは端的に、交渉などと違って自力救済があるときには、一方当事者の「**権利主張**」が一方的になされるだけだからである。双方からの主張とそれに対する客観的評価のシステムを欠いた一方的行為には、なんら真実性、正統性に係る根拠がない。もちろん社会に存在する紛争のうちすべてを裁判所が扱えるわけではないのだから一定の範囲の自力救済の存在自体は認めざるを得ないにしても、一般的にはそれは禁止されているべきである。

さらに、争っている対象となる権利を**保全**することも必要になるかもしれない。現実に執行する時にはかなりの手続きを踏まないといけないので、それなりの時間がかかるから、財産が隠匿される場合もあるし、債務者が財産を使ってしまう可能性もある。そこで将来の執行にそなえ債務者の財産を保全する手続きが必要になるのである。これをまた規律するのが**民事保全法**であり、当然こういった法律も見ていく必要があることになる。

これに対して狭義の民事訴訟法は、一般に債務名義たる判決を獲得するまでのプロセスを規律することになる。機能的にはこうしたものが一体となって、広義の意味での民事訴訟は規律されることになるのである。

沿革

現行民事訴訟法以前の法律では、そのプロセスは一体のものとして扱われている。

もとの旧民事訴訟法は、明治23年に制定された、治外法権を内容とする不平等条約の改正を図るために作った諸法律のうちの一つである。ちなみに旧商法とかそういったのと同年代。

その後、100年くらいにわたりこの旧民事訴訟法が民事訴訟を規律していた。

※とはいえ、大正期に大きな改正があり、しばしば学問上この前後でも区別される。その場合明治民訴は旧旧民訴とか言われたりする。

ここでは一つの民事訴訟法と言う法律に全ての手続きが包含されていたのだが、そこから強制執行などの手続きが徐々に（とはいってもかなり遅いが）独立し始め、民事執行法と民事保全法が脱出していった。そんななかでの大改正で、現在の民事訴訟法が切り分けられることになった。

第二部と第三部でやること

民事執行法と保全法は、民事訴訟法第二部をみてほしい。まあ第一部と第二部のちよつとで法典たる民事訴訟法を扱い、残りで広義の民事訴訟法を完結させたいと思う。

民事訴訟法には第三部もあるが、これは伝統的にドイツ法系では民訴で扱われる**倒産法**を扱う。破産法や民事再生法などを扱うことになる。通常の民事執行は個別執行として、債権者の個々の財産を回収する場合を想定しているのだが、債務者の財産を持ってすべての債権者の満足を実現できない場合が存在する。

これを**無資力**と言う訳だが、ここで個別執行に委ねると血で血を洗うバトルになるので、包括執行を行える手続きが用意されているのである。

2 狙い

この講義において教官が重視していることを教えてくれたぞ！

二つの狙い

大きくわけて二つあるらしいです。

①日本の民事訴訟制度の理解の手助けをしたい

もちろん、手助けしかできないので、本当に理解するのは貴様らだ！頑張れよとのことであった。

②手続き的な思考方法の提供

実体的な思考方法と異なる思考方法を身に着けることができるのが民事訴訟法の学習の特徴である。これに関しては体験してみないとわからないだろうから、今は多くを語ることはない。しかし、いささか抽象的ながらその際のヒントと言うモノを与えてみたい。

ヒント

ヒント1 手続

「プロセス」としてこの言葉は理解される。制度としての手続きは常に手段的な性格を有するのは確かであるが、この「手続」はそれ以上の物を含むことに注意しよう。

例えば訴訟法は、多数の事件を適正、公平、迅速、経済的に処理することを目指す合目的な手続きだという説明がなされる。ここでは単なる手段としてとらえるというより目的手段的な発想がなされているのであって、実際に法の解釈においても目的論的な解釈がなされる。冒頭で多くの教科書は民事訴訟法の目的を論じるのだが、やはりある制度を考えるにあたっては常にその機能、目的を考えていかないといけないのである。

かくして民事訴訟法を理解するには目的手段的なアプローチを考えないといけないわけである。制度主旨を考えようねとかよくいうよね。

ヒント2 ゲーム

訴訟手続きは私人の合理的な行動の積み重ねとしてゲーム的に捉えることも可能ではある。

が、やはり訴訟にやってくる人間は人生をかけているのであって、そのゲームの結果に対して国家は無関心ではいられない。

他方で限られた国家財政を有効にいかすためには、国家が全力でゲームを監視するわけにはいかない。様々な取引費用は、最低限におさえないといけないわけである。ここが「**経済的**」とか「**迅速**」とか言う観点からの問題点であって、こうした実際上の問題を考えないといけないことになる。

訴訟経済と言う言い方がかつては使い、現在では**司法資源の有効利用**という言い方をする。

とりわけ私的自治の原則が実体法の観点からは大きな効果を持つが、この意味からはやはり公序に該当する部分が多くなっていくことになる。

ヒント3 実体法との違い

最大の手続法の特徴は、「**時間**」という要素が入ってくることである。

多くの場合裁判規範である民法は、事後的な財の配分の衡平を目指すことになる。そこでは判断に際して時間的なものは含まれない。全部終わってからの判断。

対して**訴訟法では、刻々と変わる状況の変化のなかで、時期を失することなく解決を図る必要がある**のである。ここでは様々な工夫がなされ、その結晶として現在の民事訴訟法がある。実体法にないこの視点は、是非学習の中で感じ取ってほしいところである。

学習の際の壁

まあこんなところに気を付けて頑張るとのことなのだが、民事訴訟法は最も難解と言われる法律で、やはり学習の道も平坦ではない。いくつかめんどくさいポイントを教えておこう。

壁① とっつきにくい

実体法と言うのが現実感ある社会での配分を扱うのに対して、法廷と言う空間、儀式的な差法を身に着けるのがとっつきやすいというのは変人。

壁② 概念のむずかしさがやばい

訴訟物とか既判力とか、結構めんどくさいやつらがでてくる。存在しなかった概念を無理矢理日本語にしたり、明治時代の学者が必要以上に難しい翻訳を作ってしまうなどしたので、そのツケを払わなくてはならない。

※教官「訴訟物と言うカッコイイ言葉」

限りなく誤訳に近い言葉もあつたりして、わりにひどいことになっている。

壁③ 手続き的思考がとっても特殊

やはりさっきも言ったが、いずれの主張が正しいのか分からない中でなんとか答えを見つけないと、手続きを進めないといけないというのは、実体法学にない厳しい要請である。

このような壁を乗り越えるためには、やはりひきこもっていないで授業にこいと言いたいのだが、やはり教官と生徒の相性と言うモノはあるので、しょうがなかったらしょうがない。

3 連絡

事務連絡です。

テキスト

なんでもいい。それなりに考え抜かれたモノならよい。おススメは新堂教官の教科書だけど、まあ箱に入っているやつなので、分厚いことはその通りです。

※教官「一回買う、一生使える（コッリ）」

まあそんな無理ならアルマの奴か、有斐閣のリーガルクエストにしたらいいと思う。新堂さんから直接に指導を受けた人たちが書いているし。ただ、共著のテキストはやっぱり見解が統一できてなかったりしてかなり問題があつて、そこまで希望してほしくはないかなーと言う感じでもある。でもまあシラバスに書いてあるのなら共著でも信頼はできるものなのでなんでもいいっす。単著なら伊藤眞さんの民事訴訟法は信頼できる。松本博之さんと上野泰男の共著はとていい。一人で読むのは不可能だが。あとは判例集 100 選は必要であります。

とはいえ、テキスト通りのやり方とはいかないところもあるのでそこは了承いただきたい。

学習の際に

①個々の議論の際に、制度主旨を考えよう

②手続き的な思考が大事だよ

これはさっきもいった。あとは二つくらい。

③ゲームのルールブックの内容が説明されると覚悟する

ゲームの説明書だけ呼んでもゲームは楽しくないので、実例を交えようとのことであつた。まあ「だから一生に一度くらい民事訴訟してみよう！」とは言わないが。具体例にしっかり想像力を働かせることが大事である。

④円環的構造を手続きは作っているのだということを意識する

手続と言うモノは、全体が一つの体系をなし、個々の規定は全体と機能的に関連しているのだから、その意味も全体の仕組みを見て初めて納得できるし、逆に全体も個々が見えなければ見えないのである。

「重ね縫い方式」とは教官発案のやりかたであるが、でっかい絵をかくようなイメージで、細かい部分と全体のバランスを常に意識しながら、仮の理解を重ねつつ全体的な体系立てをし、修正を重ねながら真の理解を目指すというやりかたがよいのではなかろうかとのことである。この作業はまあ法学の世界では常のことでもあるのだが、やはり訴訟法においてはそのくらいがとても強いのであるから、しっかり伝えておく。

4 民事紛争解決制度としての民事訴訟法の特徴

紛争解決手段としての特色

この社会の中には、民事訴訟法の他にもたくさんの紛争解決の手段がある。他にも紛争解決のやりかたはあるなかで、民事訴訟法の特徴とは何か。法社会学的なアプローチから、民事訴訟の機能を見ていきたい。

民事訴訟は社会に対して多様なメッセージを発しているわけだが、大きく言えば

① 社会のルールはどうなっているのかを明確に発信する

国会の制定した法律の明確化というものが行われることになる。

しかし、法的に見ると、法解釈の明確化も具体的な事件の争いをもとにおこなわれるのであって、そこに着目してとらえおすと、

② 紛争を解決する

という機能をやはり訴訟制度の意義として持ち出さざるを得ない。

もちろん紛争と言う言葉の定義を同定することは難しいのだが、「ある文化が紛争と名付けるもの」というひで一定義が納得的であるレベルなので、複数当事者の主張が対立しているとき、くらの理解でよい。

そのようなときに、裁判して判決が出れば、当事者の満足度は別として、紛争自体は、対立自体は解消する。

様々な解決法

もちろんいろいろな解決方法はあるのだが、社会には第三者を導入させるやり方はたくさんある。

中立的第三者の介入のさせ方としては、たとえば以下のようなものがよく紹介される。

① 調停

調停においては第三者が仲介し、双方に主張を言わせて合意を成立させるべく斡旋協力する。そこでは独自の判断は示さない。自ら和解できるように手助けする。当事者間の同意をもって開始する。

② 仲裁

当事者の合意のもとで、両当事者を拘束する判断を求めるというものである。この合意に基づいて**当事者には判断の拘束力が及ぶ**ことになる。調停はそもそも第三者は結論に関して判断はしていないので、拘束力もへつたくれもない。

まあこの拘束力をいかすために定められ、発展してきたと言うのは国際法の授業でやった気がする。

もちろんこうした手続きは、本来的には私的自治の範囲内で機能している。社会において自律発生的に成立したのだが、いったん成立するとこうした制度を活かして紛争解決の実効性を確保しようと考えたことになって、制度化された。転機としては仲裁法の制定であろう。

ADR（裁判外紛争解決制度）とか言われ、司法制度改革によって取り込まれたのは記憶に新しい。

③ 調停 by 裁判所

日本法においては、裁判所による調停も存在する。のだが、この調停はわりに上の議論での調停とは異なる感じになっている。一つには、理念的には手続き開始に必ずしも相手方の同意がいらぬ。民事調停法第 34 条は、現実には使われていないのだが出頭しないものへの制裁規定を置いている。

【参照】民事調停法第 34 条

裁判所又は調停委員会の呼出しを受けた事件の関係人が正当な事由がなく出頭しないときは、裁判所は、五万円以下の過料に処する

また、普通の調停は、第三者が意見を言わないわけだが、ここでは裁判所はかなりアクティブに動いてくる。裁判所が調停案を出し、当事者はこれを受け入れるか決めるのであるが、これは法社会学的に見ると仲裁的としての色彩が強い。これはやはり、日本の裁判所に「お助け」を期待していたという社会的背景があったと思われる。

訴訟

対して「訴訟」は言うまでもなく「**判決**」と言う名の判断の提示を前提としている。この判決には当然拘束力があるし、場合によっては強制執行などにも向かう強力な効果を生むことになる。

仲裁判断も強制執行できるが、やはり違うのは「同意」がないのに強制的な結果を生むことである。仲裁の拘束力は合意が基礎づけたわけだが、ここでは入口から出口まで強制力をもっているのである。

さて、ここで問われるべきは、「**なぜこのように多様な解決制度があるのか**」である。これは当然「ニーズがあったからだろ」ということになるのだが、じゃあどのようなニーズがあるのだろうか。

シンプルな説明としては、弁護士の草野耕一さんが『説得の論理』のなかで挙げた議論がある。

● オレンジ問題

姉と妹がオレンジをはさんで対立している。姉妹は一個しかないからどうしようと思っている。

この時、解決方法はいろいろとあるだろう。生活の知恵としては、半分に分けることが考えられる。お母さんが分けてくれればいいが、彼女らが分けるのならば、例えば「片方が半分に分けて、片方が選ぶ」という方法が考えられる。

※教官「結局どっちが選ぶ側になるかで争いになりますよね」

ここで、半分に分けて、姉が選んで半分とったとしよう。めでたしめでたし。

しかし！姉は実はマーメイドが皮から作りたかったのであって中身はいらなかったとすれば、これはかなり不毛な争いをしていたことになる。最初から言えよ…とは思ってはいけぬ。

しかしながら裏を返すと、つまり**お互いの「選好」が一致していない限りにおいて、その争いには両者を満足させる形で解決可能な答えが存在する可能性がある**ということに他ならない。ここに、まさに私的自治が効果的に機能する余地があるのである。選好を分析して、両当事者の選好を満足させるための第三者の介入には合理性がある。ここでもとめられる介入形態は、調停である。

しかし、**地位や価値をめぐる紛争の場合、多くの場合両当事者は交渉では物事が解決することはない**。このとき、一定の社会のルールにおいて紛争を解決する第三者の登場が望まれる。すなわち、訴訟が必要である。

ようするに、近代社会のなかにはいろんな紛争があるわけで、それに対して多様なパターンの解決方法があることには理由があるのである。そしてそのなかの一つとして国家が用意したものが、**訴訟**なのである。

これを法理論的に、国政論的に見れば、近代国家がその存在意義を主張する際に、法的争いを解決し、救済を与えようという役割を自らに課し、そうした存在になることにしたというのが定着した根拠であるといえるだろう。もちろんその制度構築のためにはローマ法以降からの試行錯誤があったのだが。

特色

そうした裁判の特色は、**司法権を行使する裁判所が自らの判断を提示し、それに従うことを強制する**という性格にある。

さらに、訴訟手続きの開始においても相手をその意思に反して手続きに引き込むことができる。こうした強制的性格は、司法権と言うものが裁判所に与えられたために生じてきている。

このような国家権力のレベルから少しダウングレードしたところで話すと、単に司法権があるからといって強制的な性格が許されるわけではない。正義にかなう形でそれが行使されなくてはならないからである。そしてその観点から裁判所が司法権をうまく行使できるのは、確定した事実既存の法をあてはめ、実体法上の義務の有無を判断する段階に限られるわけだが、ここから重要な帰結が生じる。

①法の当てはめによって解決できる紛争のみを扱うべきである

実社会にある紛争のうち、法の適用に解決の道筋が見えるものに**再構成**して、訴えをしなくてはならない。端的に言えば、社会学的な意味での紛争を権利義務関係に再定義して訴訟に持ち込むということである。

②正しく法を当てはめる必要がある

当然のことなのだが、しかし正しい事実はいかにして確定できるだろうかと言う話になる。最適な情報の収集を行い、最適な処理をしなくてはならないことになる。

そのためにはかなり重装備な手続き（**情報収集ルール・情報処理ルール**）が必要になる。

そして、三審制のもとでは「間違っているかもしれない」という前提のもとで情報収集をしなくてはならないから、そういった点でもこのルールの規律は難しいことになる。

(2) 訴訟手続きの概観

当事者は紛争を法的なものに再構成し請求を立て、それに対して裁判所は処理のために情報を集め、判断を下す（つまり、審理して、拘束力のある判決を下す）ことになる。そのためには、情報収集・情報処理ルールが必要になるので、それをちゃんとみていこうぜ！という話である。

もちろんルールには、手続きを先に進めるための、判決にたどり着くためのルールも含まれる。様々なルールに着目して、訴えの提起から、判決の確定までの概観を眺めることにしよう。

1 訴訟手続きの基本構造

訴訟手続きは全体としてシステムを作っているのだった。全体は部分から、部分は全体からはじめて理解できるのだから、漠然とした形だとしてもある程度概観を理解しておくことが重要になる。

もちろん、ただ見るだけではつまらないので、**制度主旨**にもしっかり理解の関心を当てていきたい。

※場合によっては自覚的にある目的に向けて制度は設計されているということもある。この場合には存在意義は非常に分かりやすいが、少なからざる部分が設計とは無縁の、ローマ法以来の慣習法の集大成の面もある。多くの制度はしばしば制度の成立においてアクシデンタルであったことがありうるのである。

日本の場合、ドイツのある時代のある工夫が少なからざる影響を日本に与えていることが結構ある。しかしこれは、趣旨が無意味と言うことではない。結局無能な立法は淘汰されるのだから、特定のメリット、価値があるから今まであるルールが残ってきていることになるわけで、目的論的に見ることは不可能ではないだろう。目的とは言えずとも、社会の特定の価値にかなっているという意味で、なんらかのよりどころを見つけることは不可能ではないはずである。この意味での「制度主旨」である。

概観の概観

訴訟手続きとはプロセスである。訴え提起から判決確定までのプロセス。あらゆるプロセスは、関与する奴らの行為の積み重ねであるが、こうした行為を**訴訟行為**と言う（定義はずっと後にやりますが、民法における法律行為などのような厳密な定義はない。むしろ、端的に訴訟上の効果をもたらす行為を訴訟行為と言う）。この訴訟行為をコントロールするのが、民訴の多くの規律の存在意義になる。

このコントロールの仕方は、ラフに言えば**権利義務関係**、民訴的に言えば**権能**と**義務**の関係として理解される。民訴では具体的な命令の他、一定の方向性をもった行動が要請されると言う意味で**責務**と言う言葉も使われる。こうした観点から当事者の行為を規律することになる。

責務と言うのを条文で見ると、2条とか。

【参照】民事訴訟法第2条

裁判所は、民事訴訟が公正かつ迅速に行われるように努め、当事者は、信義に従い誠実に民事訴訟を進行しなければならない

この講義でも権能、責務、義務に注目していくが、一番大事なのが権能であるとは先にしておく。

権能について説明を加えると、一定の義務の制約の下だが、訴えの提起、そして判決の獲得のために主張立証を行うことになる。これに加えて第一審判決に対しては上訴などを行うことになるから、このとき様々な権能が当事者に与えられているのである。

それがどのような制約に服し、何が許されるのか、民訴的に言えば「**当事者権**」がどう保障されるのかが問題になるのである。他方、裁判所も重要な義務として、裁判をして判決を出す義務を負っている。これらにも着目するのは当たり前です。

このように、訴訟法でも理論的に当事者の関係をとらえる視点が主張される。まあ当事者と裁判所の関係はある種の法律関係であると言う理解である。この法律関係を発見したのはピューロ口というのだが、この民法のそれとは微妙に違うこの相互関係を**訴訟法律関係**と言うので覚えておこう。ここまでが基本だが、講義では最近の教科書類でいうと「コラム」に該当するような議論も折に触れて紹介するつもりであるとのことだった。

※訴訟法律関係についての補足

①時間と言う要素が存在する

そのために一定の行為の積み重ねとして訴訟をとらえていくことになる。まあ民法でも継続的法律関係という結構似たのがあるが。

②主体が当事者と裁判所との間である

公法上の法律関係になる。そうだとすると、法律関係の観念の最大の問題は、公的機関である裁判所に対しての制約とすることになる。

以上の2点で一般の民法における法律関係とは大きく異なる。

登場人物

訴訟の主体です。いずれ詳しくお話します。

裁判所と当事者というものが観念できる。正確な定義は後回しだが、漠然とだが話をしておく。

当事者は手続法上、裁判所の司法行為を求める者と、その相手方ということになる。第一審では**原告**（訴える側）と**被告**（訴えられる側）、控訴審では**控訴人**と**被控訴人**であるというのはもうお聞きの通りだと思います。

裁判所のほうはもっと厄介なのだが、ラフに定義すれば**司法権を有し、司法権を行使する**のが国家機関たる裁判所ということになる。が、もっと区分がある。

例えば東京地方裁判所とかそういう裁判所は、ここで**国法上あるいは官署としての裁判所**とされる。

それに対して民訴法上では、他の意味でも使われることがある。管轄の場面を除き、民訴上では**裁判機関としての裁判所**として、個々の事件における単独あるいは合議体としての裁判体たる裁判所が観念されている。

訴えの提起

手続のスタートは訴えの提起である。133条参照。

【参照】民事訴訟法第133条第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

民訴の条文の位置は、民訴法全体として訴訟の手続きに従う訳ではない。なぜならパンデクテンだから総則相当部分がぶっこ抜かれているからである。その限りで133条以下は、「第一審」の規定として順序に従い規定され、その初めに訴えの提起が載っているのである。

※教官「刑訴よりマシ」

民法でもそうだが、民訴では基本的なルールが明文とされていないことが多々ある。当たり前のことは書かないと言うのが、立法の美学であったところがあるが、不文のルールへの理解が必要なところがある。

ここで133条は訴えの提起の「方式」のみ書いているのであって、実は不文ルールとして提起自体は想定されているということになる。

訴え

では、訴えとは何か。**原告が裁判所に対して審理・判決（審判）を求める申し立て**とよく教科書には書かれる。この定義に基づいて、訴えは何のためにあるのか制度主旨を理解したいが、この段階で意義について言っておくと、次のルールと結びつけて理解するといいたのことであった。

①訴えがあれば、裁判所はそれに応答しなければならない義務がある

そこでいう応答は、審判である。しばしば判決義務と呼ばれる。

②訴えがあった場合にのみ、裁判所に判決をする権限が生じる

これを前提に訴えと言うものが定義されているのである。

例えば不法行為に基づく1000万円の損害賠償請求が、原告から被告に対してなされる場面を考えよう。この権利主張を**訴訟上の請求**と言う。裁判所はこれにつき審理し、理由があるかを判断する。

調べて見れば理由がある場合と、理由がない場合が存在することになる。この判断に到達すれば、一定の応答として請求認容または請求棄却判決を出すことになる。これが具体的な判決義務の内容となるだろう。

もちろん細かいことを言っておけば、理由がある場合にも1000万円でなく、500万円だけ払えよという一部請求認容・一部請求棄却判決が出る。細かい論点はいずれ扱います。いまは概観。

この応答は、判決と言う形式で行われることになる。

2 注意

以上の議論を前提に、いくつか注意を話しておく。

言葉づかい

①**判決・命令・決定・裁判**など、似たことばが出てくるが、違います。

裁判…裁判機関が、その判断を表示する訴訟行為の事。常に判断は、法定の方式に従うことが要求される。

ここで従う方式の際に応じて、判決・命令・決定が存在する。つまり全部裁判。たとえば判決は言い渡しの形式を要請するが、決定や命令はそうではない。

【参照】民事訴訟法第 250 条

判決は、言い渡しによってその効力を生ずる

【参照】民事訴訟法第 119 条

決定及び命令は、相当と認める方法で告知することによって、その効力を生ずる

この差異は、裁判の中でも慎重な手続きを踏むべきか、それほどではないかが考慮された結果である。このことに対応して、審理の方式も異なることが想定される。

87 条は、**口頭弁論**が訴訟について必要とするが、決定で完結している事件については口頭弁論をしなくてもいい。そのときは、2 項により**審尋**ができることになっている。

【参照】民事訴訟法第 87 条

1 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

2 前項ただし書の規定により口頭弁論をしない場合には、裁判所は、当事者を審尋することができる

3 前二項の規定は、特別の定めがある場合には、適用しない

さらに、さきほど出てきた上訴についても、控訴、上告も「判決」に対してのものである。対して決定と命令に対しては、抗告と言うより簡易な手続きが用意されている。

【参照】民事訴訟法第 281 条

控訴は、地方裁判所が第一審としてした終局判決又は簡易裁判所の終局判決に対してすることができる。ただし、終局判決後、当事者双方が共に上告をする権利を留保して控訴をしない旨の合意をしたときは、この限りでない

決定と命令については、裁判所が行うのが決定で、裁判官個人が行うのが命令である。これについての使い分けは条文の文言から主体がわかるので迷わない。決定は例えば文書提出命令など。命令は訴状審査などで出てくる。あくまで「命令」とついていても、主体に着目してほしい。

決定も命令も、主として手続き的な事項について行われるが、訴えに対する応答のような重要な事項については判決と言う方式を採用している。

判決の種類

本案判決…請求（本案）に対する応答の部分。本案判決は、それが必要とされるときにのみすることができる。なかには宗教関係など判決を出すことがそもそも好まれないこともあるし、その場合に本案判決をすることは悪影響しかない。このような場合、不適法な訴えと扱われることになる。

本案判決をする必要があるかどうかを**訴訟要件**といい、それを満たさないものには本案判決が出ない。刑訴では訴訟条件とか言う言葉が使われるが、別。注意。まあ**判決要件**と呼ぶべきだと思うが、訴訟要件と言われている。不適法な訴えの場合は、訴えの却下と言う応答をすることになる。訴訟要件も講義の後のほうでやります。

訴訟判決…訴え却下など。本案判決の対になるもの。

本案判決と訴訟判決を合わせて、**終局判決**と言う。これが訴えに対する応答の全てとなる。しかしここで訴訟手続きが終了するわけではなく、不服がある場合には上訴が可能なのであった。上級裁判所への控訴・上告（一応だが、あわせて上訴）が行われることになる。

しかし、上訴は一定の期間のうちに行う必要がある。これについては第 285 条が定めている。

【参照】民事訴訟法第 285 条

控訴は、判決書又は第二百五十四条第二項の調書の送達を受けた日から二週間の不変期間内に提起しなければならない。ただし、その期間前に提起した控訴の効力を妨げない。

逆にこの意味で、上訴されないとは分かるまでは判決が確定しない（116 条より）。ここで、この期間を過ぎて、確定した判決をそのまま確定判決と言う。

確定判決になると、**既判力**と言う大事なパワーを有するが、これは後でやります。

※二週間と言う期間に疑義が生じないように、「送達を受けた日」を期間のスタート地点においている。また二週間を不変期間としている。このようになかなか複雑な規定を準備しているが、当事者権を確実に保障するという要請が反映されているのである。

送達とは、98 条以下に規定される概念だが、当事者に判決の内容を知らせる手法である。確実に了知させるために重装備な手続きが用意されている。

不変期間については第 96 条、第 97 条に規定され、一週間の追完可能期間はあるがかなり厳格な期間である。

【参照】民事訴訟法第 96 条

- 1 裁判所は、法定の期間又はその定めた期間を伸長し、又は短縮することができる。ただし、不変期間については、この限りではない
- 2 不変期間については、裁判所は、遠隔の地に住所又は居所を有する者のために付加期間を定めることができる

【参照】民事訴訟法第 97 条

- 1 当事者がその責めに帰することの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つた場合には、その事由が消滅した後一種間以内に限り、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。ただし、外国に在る当事者については、この期間は、二月とする
- 2 前項の規定については、前条第一項本文の規定は、適用しない

※既判力と言ったが、確定判決、しかも**主文**に生じるものである。さらに、民事執行法第 22 条にあるように、強制執行の地位の基礎となる。この属性を判決の「執行力」という。

【参照】民事執行法第 22 条（抜粋）

強制執行は、次に掲げるものにより行う

一 確定判決

既判力という言葉はラテン語からきているらしい。機能的には法学では基本的に一事不再理をあらわすのだが、民訴ではそれは扱わない。**民訴は、刻々と変わる権利義務関係を判断するわけだが、ここでは刑法のように「ある時、ある空間」の関係を確定しようとしているのではなく、よって時空間的に一つの事件を切り出しているわけではない**のである。したがって、厳密に見て「一事」とは言い難く、前の訴訟の判断に後の裁判所も拘束される、という意味合いにおいて既判力が存在するのである。

この既判力はたとえば当事者には、前裁判と矛盾する主張を封殺するなどといった形で反映される。したがって民訴上の既判力は、こうした「前の訴訟の判決に拘束される」という意味に再定義されなくてはならない。もちろん不法行為の損害賠償などはかなり「一事」不再理に近くなるけど。すると、前の訴訟で決まったこととは？ということにまたなってくるのだが、これについては 114 条が規定するように基本は主文に限られる。

処分権主義

訴えがあった場合にのみ、判決を下す権能を行使することができる。当事者開始主義の現れとかいうのだが、その上位概念として**処分権主義**という言葉が使われる。つまり超絶雑に言えば当事者が好きにできるってことです。訴えをするかどうか、自らの権利をどのようにして実現するか（裁判所に行くか、示談するか）は当事者の自主的な判断にゆだねられているということである。**私的自治**に根差す思想であるものの、合意に基づく概念としての民法的な意味の私的自治とは少し異なる。

処分権主義というのは、他の局面においても現れてくる。例えば訴訟の開始に際しても当事者の処分権主義が現れる。いったん訴えを提起したとしても、それによって突然被告が弁済してくる場合もあるだろうし、被告が無資力で訴訟してもあんまり意味なさそうだと気付くことがある。このときにわざわざ判決を要求するのははっきりいって無駄ではないだろうか。ということで、訴えの取り下げと言う制度が用意されているのである。

【参照】民事訴訟法第 261 条第 1 項

訴えは、判決が確定するまで、その全部又は一部を取り下げることができる

もちろんある程度の要件はある。これは一方的な撤回に近いものであり、実体的な紛争解決基準が残らないことになるわけだが、合意に従った形での（「OK!じゃあ 500 万円払うので手を打とう」という感じ）訴訟上の和解も認められる。訴訟外でも和解が出来るが、訴訟内でやると第 267 条に従った一定の効果が得られる。

【参照】民事訴訟法第 267 条

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、確定判決と同一の効力を生ずる確定判決はさっきもいったが執行力につながるのだから、この効果は大きい。
また、**申立拘束力**が生ずることになる。246 条には判決事項についても当事者主義が及ぶとしている。

【参照】民事訴訟法第 246 条

裁判所は、当事者が申し立てていない事項について、判決をすることができない
例えば裁判所が調べたところ損害額が 1000 万円の請求に対して 1500 万円あると分かったとき、どうなるのだろうか。実体的には 1500 万が正しい額だとしても、ここでは 1000 万円の範囲内で判決をしなくてはならない。**損害がいくらなのかは当事者が想定することだが、どの範囲の損害を賠償してもらおうとするかも、当事者が考えればよいことであるとここではされているのである。**

こうした前提のもとに、133 条 2 項では、訴状には請求の主旨と原因が記載されることになっており、何が請求されていて、何がされていないのかが明らかにされるのである。

まあ逆に言えば、言われたことについては何らかの応答をしなくてはならないと言う議論にもつながることになるともいえる。あくまで申立事項に応じて判決も決まってくる構造になっている。

もう一つ例を挙げれば、X が Y に売買代金 1000 万円を支払うときを考えてみよう。調べてみれば、売買代金は 1500 万円だったとする（たとえば、X は勘違いで 500 万円払ってもらっていたと思っているかもしれない）。ここで、契約が無効だったとする。このとき目的物が既に引き渡されていれば、財の配分としては返還請求権が生じることになる。裁判所としては目的物の返還を認めたいところだが、ここで裁判所は、請求されていないこの返還請求を認めることができないのである。これも 246 条から決まることである。

ただ、この場合には契約が無効になりそうであれば請求を追加することができる。ということでそこまで鬼畜ではないから安心してください。**請求の追加的併合**と言いますが、いずれやります。

3 訴えと判決の間

概観はしたのだが、ここで訴えと判決の間をしっかりと確認しよう。

① 訴状の送達

原告によって裁判所に出された訴状が送達されることで、被告と裁判所の接点ができる。ここで口頭弁論期日が指定される。訴訟手続きはこの期日の積み重ねで行われる。言葉づかいとしては、138 条の訴状の送達により、原告と被告と裁判所の三者がそろい、審議する体制が整う。これにおいて、訴訟が係属したと言う言われ方がなされる。これが裁判所に事件がかかっている状態、審議していくことができる状態を指す。という係属のケイは、難しい感じだったらしいがどうでもいいです。

これによって当事者がそろい、応答である判決に向かって審理が進んで行くことになる。裁判所は判決のために、原告の権利主張、権利救済に理由があるかどうかを判断することが必要になる。

ところがそのための資料は通常ない。遠山の金さんなら現場に立ち会うことができるのだが、普通は無理であり情報収集をしなくてはならない。民訴では情報は**判決資料**と言う（**訴訟資料**）のだが、これを集める作業が入る。またこの情報を処理することも必要であるから、この過程が含まれることになる。

このプロセスは二つの面から学んでいく。

① **判決の内容（心証）の形成**【実質面】…実体的な解決のためになんとかしなくてはならない。

② **手続き**【形式面】…一定の型にのった形で手続きは行われるのであるが、この形式面にも着目しなくてはならない。

実質面

実質面として、判決のために必要なものは、以下の観点から判断しないとイケない。

※ここでは請求の可否について、つまり本案についての判断をすることを想定しているが、訴訟要件についても判断するには当然だが資料が必要になる。ここでは複雑さを避けるため本案審理について述べる。

① 要件事実の有無

判断は、当事者の主張に対して行われることになる。1000 万払えと言う奴についてはそれが言えるかどうかを判断する必要があるわけだが、このような主張は基本的には法律効果の主張になる。

例えば 709 条に基づく損害賠償請求がされているならば、民法上認められる一定の効果が発生する要件の充足性を判断することになる。主張 R に対し、構成要件 T があれば効果 R が生じるなら、T を判断するのである。存在すると言うためには証明しなくてはならないが、その対象は通常事実となる。

よって証明要件は通常は事実となり、これを実務では要件事実と言うのである。民訴では主要事実と通常呼ばれる。民法 709 条で言えば 4 つの主要事実として、故意過失・因果関係・権利侵害・損害発生がある。こういうものの存否を判断することになる。

とすると、この事実の確定のために必要な情報を判断しないと行かない。

他の例としては、売買代金の請求の為なら民法 555 条の解釈から、売買代金と財産権の移転についての合意を確定する必要がある。これらを確定する資料収集ということになる。

②主張立証における弁論主義

じゃあこれらをどうやって収集するのだが、これにつき主張立証という訴訟行為がポイントになる、つまり、当事者が問題となる事実を主張し立証するということである。

つまり**民事訴訟では、裁判所による証拠調べは基本的に行われ**ない。当事者の主張を基本的に待つのである。これを、訳としては少々ミスリーディングだが**弁論主義**と言うのである。まあ弁論と言いながら証明まで入るし。

※先に言うておくと、弁論主義に対置されるのが**職権探知主義**である。例外的に職権探知主義が適用される分野として、人事訴訟がある。人事訴訟では今は詳しく述べないがより客観的眞実の発見の要請が強く、そのために例えば第 20 条により職権探知主義が規定されている。

【参照】人事訴訟法第 20 条

人事訴訟においては、裁判所は、**当事者が主張しない事実をしん酌し、かつ、職権で証拠調べをすることが**できる。この場合においては、裁判所は、その事実及び証拠調べの結果について当事者の意見を聴かなければならない

これは繰り返すが特則である。職権探知主義が例外であることの裏返しとして、通常の民事訴訟における弁論主義が導かれるわけである。あと、職権探知主義と職権証拠調べは別である。当事者が言ってきたことについて勝手に証拠収集できるのが職権証拠調べだが、職権探知主義は事実の有無に関する証拠収集の権能と責任を裁判所が負うというもので、別に当事者が言ってきたことでなくてもしん酌できる。

※民訴では実は弁論主義を明言した条文はない。教官は不文の「ルール」であると説明したいようであるが、まあ書いていない以上原理のあらわれとして、これを「主義」というと言った方が近時の理解としては正確なのかもしれない。とはいえ教官的にはその意味では弁論主義というより**弁論原則**(ルール)じゃねと思うらしい。つまり、主要事実を原告が主張しなかった場合、負けが確定することになる。これは私的自治の現れでもあるが、弁論主義からして裁判所は両当事者が主張しない事実をしん酌できない。

③弁論主義と自白

上の議論は、当事者が主張しないと言う場合であったが、ここで両当事者が同じ事実を主張した場合を考えてみよう。今度は積極的な共通の態度がある場合ということになる。このとき、**裁判所はこの一致した主張を常に判決の基礎としなくてはならない**。

どう考えても因果関係ねーだろとおもっても、両当事者がうんといったらそう判断しないといけないということになる。これを**自白**と言う訳だが、この帰結が 179 条である。

【参照】民事訴訟法第 179 条

裁判所において当事者が自白した事実及び顕著な事実、証明することを要しない

つまり、意見の不一致が無い限りはここで立証活動を必要としないのである。

このように若干複雑なルールの支配に服すわけであるが、非常にラフに言えば当事者の主張立証のなかでこのように裁判所の心証は形成される。

709 条の例で行けば、まず最初に 709 条に該当する事実について両当事者に主張させるのが一番楽ということになる。食い違わなければ証拠調べをする必要はないのだし。したがって、民訴では二段階の審理が想定される。第一段階は「当事者の主張を突き合わせる」作業である。これで争点を縮小させることになる。一致する主張としない主張を分け(主張の整理)、争いのない事実(自白)については判断しない。

これに対して、争いのある事実については、当事者の立証から心証を得ていくプロセス：**証拠調べ**を行うことになる。この際の情報処理ルールとしては、247 条の規定がある。

【参照】民事訴訟法第 247 条

裁判所は、判決をするに当たり、口頭弁論の全主旨及び証拠調べの結果をしん酌して、自由な心証により、事実についての主張を真実と認めるべきか否かを判断する

とは言ってもここで「主張」は争いのあるものについてである。

なお、裁判所から見れば審理の過程は情報収集・情報処理のプロセスだが、当事者から見れば主張立証のプロセスということになる。この主張立証を総称したものを、民訴では**攻撃防御方法の提出**という。手段と言う意味で「方法」の語が使われていることに注意。

これについては、以下の二点に注意しよう。

①**当事者に与えられた権能として、攻撃防御方法の提出が可能である**(主張立証する権能)

②**この権能は、一定の制約のもとに行使する必要がある**

当事者には、信義に従い誠実に民事訴訟を迫る義務がある(2条)ので、そこから場合によっては信義則上の負担を負う。典型的なものは 156 条の時期に遅れた攻撃防御方法の提出が認められないことがあると言う規定(**適示提出義務**)である。証拠調べが終わってからおもむろに主張を追加されても困るのであって、信仰に応じた攻撃防御方法の提出が求められる。

形式面

手続き面を見ると、当事者が主張立証を行う過程を手続きが枠づけているということになる。

最も重要な概念は、**口頭弁論期日**というものである。答案には口答と言っているカスがいたのでやめよとのことであった。これは日常用語に反するが頑張って覚えよう。

期日と言うのは、民訴では**裁判所と当事者が所定の場所に集まり訴訟行為を行う空間と時間**を指す。いわば当事者が訴訟行為をすところである。この期日には和解期日やら判決言渡し期日やらあるが、一番大事なのが口頭弁論期日である。口頭弁論は、以下の4つの原則にかなった手続きである。

①**当事者対席**

②**公開法廷**

③**裁判所の面前**

④**口頭**

こうしたルールに服する手続きを口頭弁論と言い、口頭弁論が行われる期日を口頭弁論期日と言う。こういったものが当事者に平等な主張立証の機会を与え、公平にかなうとされる。

【参照】民事訴訟法第 87 条第 1 項(再掲)

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。

かくして口頭弁論期日の積み重ねとして民事訴訟は行われるのだが、これには一定の準備も必要である。そうした期日は口頭弁論期日というわけでもない期日となるのだが、判決の基礎となるのはあくまで口頭弁論の期日に提出されたものだけである。

手続概観

①133条(開始)

②138条(訴状送達)

③139条(口頭弁論期日の指定)これは当事者の出席を確保し、手続きを保障するためである。

※呼び出しについては 94 条を見よう。呼び出し状の送達によって行われる。送達は 98 条以下。

④**第一回期日**

あまり大きなことはできない。通常は訴えから 2～3 週間程度で行われるのだが、特に被告は準備できないし。ということで実質的な審議はしないのだが、なかには「お前の言うとおりだ」と言うようなパターンがあるので、そういうときは争いの有無を判断することはできる。また、被告が欠席した場合には、159 条により、原告の主張を自白したと擬制される。つまり、証拠調べなく原告の主張が全部通る。これが**欠席判決**と言われるのだが、これは欠席したことによるサンクションではなく、あくまで実際に審理をしたうえでの判決と言うこと(に形式上は)になる。まあ欠席するようなときは勝ち目がない場合。

⑤ 弁論準備手続

争いがあった場合には手続が始まる。まずは主張の一致する部分を確認する手続が必要であるが、これは必ずしも口頭弁論で行う必要はないだろう。現実にもこれは口頭弁論ではあまり行われず、弁論準備手続が行われることになる。条文としては裁判所は争点の整理のために、弁論準備手続に事件を付することができる」と168条に規定される

⑥ 第二回口頭弁論

通常は第二回目がここで行われ、整理された主張につき過不足のない主張立証が行われ、証拠調べが行われる。182条によりこれは集中的に行われることが予定される。

⑦ 第三回(以降の)口頭弁論

終わらなければ round 2 である。終わるまで口頭弁論。

⑧ 終局判決

裁判所が自信を持って判断できるという状況になれば、終局判決をする(243条)。

以上が訴訟手続の骨格なのであり、これさえ理解できれば試験も大丈夫なのだが、これからはもっと細かく見直して、上書きをしていくことにしよう。つねに制度主旨と、全体との関係を押さえるように。

(3) 訴えの提起

というわけで、上書き第一段が、訴えの提起についてである。具体的には、まずは訴えそのものと、その後に訴訟上の請求と言うものをどのように定めるかを確認する。

A 訴え

1 訴えの意義

訴えと言うのは、裁判所の審理判決(審判)を求める原告の申立てであった。審理判決と通常並べるが、やはり最終目的は判決であり、初心者としては判決を求める点により重点を置いてもいいかもしれない。

申立という言葉だが、これは一般に裁判所に一定の司法行為を要求する当事者の訴訟行為を指す。ここで、しばしば**申立権**というのが当事者に認められると考えられる。

条文上申し立てができるとされているときには申し立てが可能であり、裁判所はそれを無視せず応答する義務があることになる。たとえば133条(訴え提起の方式)は申立権を前提としている。

よって、訴えは裁判所の応答義務(判決義務)へつながる。これは原告に対しての義務であると同時に、広く捉えれば国民の裁判を受ける権利にもつながることになる。

同時に、申し立てについては前述したように**処分権主義**が妥当する。この裏に私的自治などの理念が流れていることは、申し上げた通りである。もちろんこれは普遍的なものでもなく、比較法的には違う原理が妥当する国もある。(裁判官が歩いていて事件を見つけたら、直ちに介入できるという国もあった)

※自己決定権は**自己責任**と言う言葉にもつながるので、訴えないと権利救済がしてもらえないということでもあるが、自覚的判断のみならず、「出来ることを知らなかった」者も損をするというのは、利息制限法の立法過程を思い返せば分かることである。デメリットもあるわけで、再検討してみる余地自体はある。そして、この議論とは別に**国家はもっと広いレベルで環境を整えることを要求されている**ことは言うまでもない。国としてアクセス権を保障する動きが現にあるし、それはその通りである。

2 訴状の提出：133条

133条

【参照】民事訴訟法第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

例外的に、**簡易裁判所**(訴額140万円以下のものについての争いを簡易迅速に扱う)に対しては口頭で訴えを提起することができるが、一般的に民事訴訟は書面を要求する。後の紛議を避けるために、意思表示を確定させる目的である。ある行為に効力を認めた場合に法的安定性を重視しているといえる。

訴状に書く内容は133条2項に規定される。

【参照】民事訴訟法第 133 条 2 項

訴状には、次に掲げる事項を記載しなければならない

これらは**必要的記載事項**と呼ばれ、書いていないと 137 条により、裁判長により不備の補正が命じられるし、期間内にそれがなされないときは、裁判長の命令で訴状は却下されてしまう。

一 当事者及び法定代理人

実社会の紛争はたくさんの人に関わっているのだから、誰との関わりで判決を求めるかについては当事者を選択する権利があるし、するべきである。

二 請求の主旨及び原因

どのような法的救済を求め、どのような紛争に再構成するのかということにも当事者が決定権を有するし、決定するべきある。

請求の主旨及び原因の記載は、民事訴訟規則第 53 条により具体化される。

※**民事訴訟規則**と言うのは、民訴法 3 条の委任を受け、手続きに関する細目について最高裁判所が制定する規則である。

【参照】民事訴訟規則第 53 条 1 項

訴状には、請求の主旨及び請求の原因(請求を特定するのに必要な事実)を記載するほか、請求を理由づける事実を具体的に記載し、かつ、立証を要する事由ごとに、当該事実に関連する事実で重要なもの及び証拠を記載しなければならない

※訴訟上の請求という言い方でこの請求は言われる。民法上の請求との区別の為である。

特定されるもの

では、訴状により何を特定する必要があるのだろうか。

より分けると、こんなもんだろうと言うのは、以下。

①判決の種類

給付判決か、確認判決かなどが明らかにされなくてはならない。

②望む**法律効果**と**権利主張**

何の権利に基づいて、どのような救済が求められているのかが特定されるべきである。

3 訴えの 3 類型

原告は求める法的救済を特定するが、その際に求める判決の種類までも特定される必要がある。判決の種類が異なる以上は訴えにも種類があるわけだが、そこに行く前に他にも区分の仕方があるから見るだけ見る。

◎独立の訴えと訴訟内の訴え

これで開始！というのが独立の訴えです。訴訟内の訴えは、既に開始された手続きのなかですでに審理されている請求と併合して審理することをもとめ新たに提起される訴えで、反訴だとか中間確認の訴えだとか当事者の参加だとかがある。

3 類型

◎給付の訴え、確認の訴え、形成の訴え

これが当事者の求める判決の種類の応じた分類で、一番重要である。逆に言えば裁判所が出す判決に、三つの種類があることも意味している。

①給付判決

②確認判決

③形成判決

この三つが、裁判所が出す判決である。給付判決は、被告が原告になんらかの法律上の給付をすることを命じる判決である。確認判決は、法律関係が存在すること又は不存在であることを確認する判決である。よりシンプルには、被告が 1000 万円支払えと言われる前に「損害賠償義務がない事」を確認する判決を求めることが考えられる。これに対して形成判決は、離婚判決など「婚姻関係の解消」といった法律関係の形成を生じさせる判決ということになる。

これに対応して、三つの訴えとして**給付の訴え**、**確認の訴え**、**形成の訴え**が登場する。事件によっては複数の訴え類型が認められる場合もあるが、そのとき当事者はどちらを選ぶか請求の主旨のなかで確認するのである。給付判決のポイントは執行力がつくこと、形成判決のポイントは形成力がつくことである。もちろんいずれの判決も既判力が生じる。

ただ後述するが、当事者がどちらを選んでもいいと言うことではなく、紛争解決に向けて適切でないようなものを選ぶことができないのは当たり前である。給付を求めるべき時に確認の訴えをしてもダメ。

後、形成判決はちょっと次元が違う判決でもある。ベクトルが違う分類資格が入っていると思われるので、三つのいずれかに訴えを押し込むこと自体の適性を問う学者もいる。

給付の訴え

ラフに言えば、給付を求めるもの。

給付の訴えは、**原告が被告に対する給付請求権を主張し、被告に法律上の給付を(通常は原告に)命じる判決を求める訴え**である。**法律上の給付**とは、**義務の履行としての作為又は不作為**ということになる。土地建物の明け渡しや登記移転などもこれに含まれる。不作為としては騒音振動の原因となる行為を差し止める場合など。

その性質について確認すると、これは19世紀半ばまででは唯一の訴訟類型である。逆に言えばこの範囲まででしか対応することが国家にはできなかったということでもあるが。民訴理論もしばしば給付の訴えのもとで発展してきているから、現在の理論も給付判決の概念を大きな前提としている。

給付の訴えの認容判決が**給付判決**であるが、棄却されると執行力がつかないので既判力のみを持つ**確認判決**となる。いずれにせよ給付請求権の存否について判断されることになる。

給付判決の任用判決には執行力がつくといったが、民訴で執行力が付されると、債務名義として強制執行手続きを開始することができる。厳密には強制執行法上の一定の要件となるということである。このことを判決の効力、属性と見て執行力と呼ぶのが普通である。そこから先は債務名義の問題として第二部の問題となるのだが、ちょっとだけ説明する。

債務名義については民事執行法第22条を見ておこう。

【参照】民事執行法第22条

強制執行は、次に掲げるものにより行う（以下略）

強制執行は第22条の規定のアイテムがある場合にのみ可能なのである。これには**執行機関と判決機関を分離する効果がある**ということでもあり、言ってみれば執行する奴は執行することのみに集中して、その可否の判断は別の奴にやらせようということである。そのために、執行スタートのきっかけと判断していいだけの確実性・信頼性のあるものを**債務名義**といい、その典型が**判決**なのである。

判決が出れば任意履行を求められ、多くの場合はそれで解決するのだが、解決しない場合は債務者の財産にかかっていくことになり、土地を換価したりして債権者に満足を与えることになる。そのためには差押や競売の手続きが必要になるが、こういったことについては第二部を待とう。

確認の訴え

権利または法律関係(または例外的に事実)の存在又は不存在を主張し、その存否の確定を求める訴えを、確認の訴えと言う。

法律関係の他にも権利の存在の主張も可能だし、例外的な場合には**事実**の存在確認も可能。法律関係は基本的には当事者間のものであるが、一定のものにつき第三者間の法律関係の判断もしてもらえる。

ここでは請求権の基本となる基礎的な**権利義務関係**についても確認の対象となる。明け渡し請求をしたいときに、たとえば所有権の確認を求めることも可能である。相続の際に親子関係を確定することを求めることも可能である。こういった場合には、第三者の父子関係の不存在を求めることもよくある。通常はさらに、原告と被告の現在の法律関係を主張することが多いが、過去の法律関係の確認もできることもある。

事実の確定というのは、134条に規定される。

【参照】民事訴訟法第134条

確認の訴えは、法律関係を証する書面の成立の真否を確認するためにも提起することができる

例によって例外しか書いていない規定であるが、法律関係を称する書面の成立の真否を確認するためにも提起することが可能とされる。作成者と主張されるものが作成したかどうか、すなわち**偽造かどうか**が対象であるが、**この事実の確認は契約でもなんでも法律関係の確定に有用な場合がとても多い**。よって、その文書が偽造かどうかを確認することで紛争が解決する可能性がある以上、例外的な規定を置いているのである。

これが例示か限定列挙かには争いがあるが、例外的な規定であることには争いが無い。

◎確認の意義

19世紀末にいたってやっと確認判決が認められたのだが、その基礎には「**実体法上の整備**」と「**国民の法意識の向上**」があると言われている。

前者についてはそれが無いと確認するものがないことになりかねないからであり、後者については単に「存在」「不存在」しか確認しないのであるから、その法律関係を基礎に将来の関係を規律して欲しいからこの類型の意味がある。よってその意味の実現のためには、法意識の向上が欠かせないのである。

そんな確認判決は、**法律関係の存否に既判力を生じさせることで、原告の法的地位の安定をはかる**ことになる。その意味で現状固定、紛争予防に役立つことになるだろう。

※請求権の基礎の権利に対して既判力が生じたとはどういうことか

確認訴訟で既判力が生じた後、明け渡してもらえないときには給付の訴えを求めることができるし、また同時に請求するのもオッケーである。ただなんにせよ、訴えるに際しては確認判決の既判力があるので、その存在に引っ張られることになる。つまり、**その(確認訴訟の口頭弁論終結時点の)所有権については、相手方は争うことができない**ことになる。もちろん訴訟後のことや、占有権限などについて争うことはできる。

確認訴訟の場合、法律関係の**積極的確認の訴え**(存在を主張)、**消極的確認の訴え**(不存在を主張)と分かれる。債務の不存在の訴えが、消極的確認の訴えの典型である。1000万円よこせと言っているのだが、そんないわれはないというとき、相手方が訴えてこなくてもこっちから「二度とよこせというんじゃあない…」と言えるようにしてくれればうれしい。そのための不存在確認です。

※仮に1000万円なんてよこす必要はないわと裁判所がいつくれたとする。このとき、1000万円の給付請求権の不存在が確認され、既判力が生じることになる。しかし、これが棄却された場合は、既判力は「1000万円の給付請求権が存在する」ということについて生じることとされている(給付請求権が存在しないことはない、ということではないのである)。このとき既判力は給付の訴えの認容判決と同じになることに注意しよう。これが二重起訴の時にまた問題になる。

※証明責任は、債権については不存在確認訴訟でも債権者にある。

形成の訴え

形成の訴えは、**権利または法律関係の変動を主張し、変動を宣言する判決を求める訴え**の事である。

形成の訴えは例えば**離婚訴訟**などが例になる。これが認容されると、婚姻関係が解消されるわけで、法律関係に変動が生じることになる。

形成の訴えは、ある時期までは給付の訴えのなかに位置づけられたが、20世紀に形成権が民法で発見されると、形成の訴えが意識されるようになり、概念として取り出されるようになった。

◎形成の訴えの特徴

一般には当事者に形成権が付与されることで、法律関係が形成されていることが多い。例えば**認知**によって父子関係がもたらされる、みたいな感じ。一般の場合にはこのように私人に最初から形成権が付与される。

この場合には形成権の有無や適法な行使について争いがある可能性があるが、これは単に主張するものとなる法律関係の存否をめぐるものになることが多い。

ところが、**実体法は一定の場合に、このような形成権の一方的行使を認めない**。形成原因の存否について事前の裁判所の審査を経てはじめてその行使を認める場合があるのである。

離婚だって、理屈の上では当事者の片方の一方的な意思表示で効果を認め、そのご意思表示の瑕疵などの問題を議論すればいいだろうとすることもありうるが、日本では離婚ができるかどうかについて裁判所の関与がある。新株発行の無効を求める人もそうで、無効だと言っても無効だとはならない。

一方的な形成権の行使はできず、あくまで判決確定を待って行わなくてはならないのである。確定判決によって行使の禁止が解除される、というわけである。

ただ、同じ結果を当事者間の合意でもたすることができる場合もあるし(協議離婚や会社解散)、必ず訴訟に寄らなくてはならないケースもある(株式会社の**株主総会決議の取消し**)。

また、効果が遡及するかどうかについても、**離婚判決**などは将来に向けて婚姻関係を解消することになるが、認知判決などは効果を遡及することになる(典型は**死後認知**)。

いろいろなバリエーションがあるが、こうしたスキームを立法者が選択した理由は多様である。だがラフに言えば、**当事者の形成権の行使によって法律関係を規律させるには今述べたような法律関係は不適切である**ということにつける。律関係の変動時期が明確であるべき場合や、多数の利害関係人の法的地位に影響を与える場合など事後のやりなおしがめんどくさすぎる場合には裁判所が判断するって事である。

通常は条文に明確な規律がある。株主総会決議無効の訴え(会社 831 条)など。同 830 条が明らかに確認訴訟であるから、形成判決であると分かる。

【参照】会社法第 830 条 1 項

株主総会若しくは、種類債権株主総会又は創立総会若しくは種類創立総会の決議については、決議が存在しないことの確認を、訴えをもって請求することができる

【参照】会社法第 831 条 1 項 (抜粋)

次の各号に掲げる場合には、株主等は、株主総会等の決議の日から三箇月以内に、訴えをもって当該決議の取消しを請求することができる (以下略)

◎ 形式的形成訴訟

形成の訴えは、形成原因が法定されており、それを裁判所が審査していくわけであるが、要件事実自体が具体的に法定されていない場合がある。その時、**裁判所は裁量を用いて、最も合理的な措置を主文で明らかにする**ほかない。その種の形成訴訟を形式的形成訴訟と言う。

例：**共有物の分割の訴え**(民 258 条)

これとか裁量しかないレベル。一般に訴訟とは事実を確定し、その事実に法を適用することが想定されている。だが、ここでは裁判所の合目的判断による当事者間の法律関係の形成が目的とされる。

これは訴訟ではなく実質は**非訟**であるのだが(現に遺産分割に関しては非訟事件である家事審判手続きで行われるのである)、しかし実質非訟でありながら訴訟手続きで事件を解決することを立法者が選択したのである。ここでは厳密な手続きで判決に至ることが目指され、このような形式的な形成訴訟が出てくるのである。

他にも**土地の境界画定の訴え**などがあるが、こうした訴訟の特色は、**棄却判決を出すことがない**ことである。裁判所が合目的な判断をすることになり、裁判所は何らかの答えを出さないといけない。さらにはそのとき、246 条には拘束されず、処分権主義が妥当しない。

B 訴訟上の請求

1 審判の対象(訴訟上の請求)の特定

現在の民事訴訟では「ボスケテ」というような曖昧な救済を求めることを認めず、審理し判決すべき申立事項としての**訴訟上の請求**を特定しなければならない。

審判の対象となる事項を 133 条で「請求」と読んでいることはもう大丈夫のはず。請求はここでは申立事項としての訴訟上の請求の事となります。

なんのために、特定するのかという話をすると、一方では裁判所は申し立てに応答する義務が生じるが、その判決義務の対象を限ると、申立事項を超えて判決をすることができないので、これがとりもなおさず訴訟上の請求が特定されることを要求するのである。

特定の手法は、訴状における請求の主旨と原因の記載に拠るわけだが、ここで補足していく。

請求特定の意義

今言ったように、**申立事項と判決事項が equal で結ばれるところにこの請求の特定の意義がある**と言うなら、**判決時(口頭弁論終結時)に申立事項が決まっていればまあそれでよさそう**である。実際のところ、不法行為に基づく損害賠償請求を行うようなとき、情報は不十分だし、後から「100 万よこせっていったけど 300 万だった」というようなこともあるだろう。この場合 300 万をかえさせる方が実体法的にも正しい帰結なのに、この訴え提起のタイミングで請求が特定されることにより、それができないことになりそうである。

このような問題にもかかわらず日本がこのルールを使う理由としては以下のものがある。

①裁判所から見た審議の利便性

日本は二段階審理のうち最初の段階で争いのある部分を特定し、なるべく早期に争点をあぶりだしていこうとしている。いずれにせよ訴えの提起の段階で争点がなにかわかっていないことがそれにとって有用である。

②被告の防御のため

被告側からすれば、その防御の目的がギリギリまで明らかにされないのは困ることである。1000万の請求がなされた場合と5000万円の請求がなされた場合では対応の仕方も違おうだろう。被告が立てる防御プログラムをどこまでにするか判断するためには、早いうちに何が請求なのか特定されているべきである。

③争点整理の実効性の担保

第一回期日では争点のスクリーニングが行われ、そこで争いがなければもう欠席判決として口頭弁論が終結するのは前に述べた。ここでは当然ながら請求が確定していないとならないし、そのためには訴え提起の段階で決まっているべきでは？

とはいえ、これが真に説得的かと言われるとどれも微妙なところである。不法行為に基づく損害賠償請求のように、手元の情報が不十分で適切な請求が出来ない場合には多少遅らせた段階(証拠調べ開始時?)までに請求を確定すればいいだろう、という立法論にも合理性はある。

ただまあ、訴えを変更できちゃうけど。

訴えの変更

請求の拡張を含めて、申立事項を変更することを**訴えの変更**と言うが、基本的にこれは可能とされる。ローマ法などはこれにつき厳格なのだが(被告の防御・審理の便宜とは上述したものと同じ)、原告の訴え提起時の確定は、暫定的なものになる。

143条を確認しよう。

【参照】民事訴訟法第143条

- 1 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きを遅滞させることになるときは、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
- 4 裁判所は、請求又は請求の原因の変更を不当であると認めるときは、申立てにより又は職権で、その変更を許さない旨の決定をしなければならない

原告は、「請求の基礎に変更がない限り」請求又は請求の原因を変更できる。この請求の基礎とは同一の不法行為からの請求ならまあ許されるので甘い。ただ、訴訟の遅延をもたらすような場合にはアウトとなる。とりわけ証拠調べの後のような場合にはみとめられないことが多い。

多くの場合には請求を拡張するか、新たな請求を追加するか、というようなことになるだろう。さらに厳密に言えば「契約が有効であれば」「無効であれば」というように、順位をつけた形で主位的請求と予備的請求とにわけて請求をすることもできる。

ただこのような例外をうけてなお、先に述べたように訴え提起時に請求は特定されないといけない。

二つのポイント

申立事項としての訴訟上の請求の主旨としては、処分権主義からは

①あなたは、いかなる種類の判決を求めるのか(訴えの種類はそれに連動して決まる)

②あなたは、いかなる(もちろん、法的な)救済内容を求めるのか

と言うことが少なくとも特定されるべきだとされる。救済内容にはテキストによって一定の違いはあるが、A **一定の給付請求権**とそれによるB **求める救済の範囲**を書くことが必要である。まあある権利があるからその法的効果を自分に履行せよと言う形で、**法的救済内容**を実現することになるわけである。後者に該当する者を、**訴訟物**と言う。以上の観点から具体的にどのようなことを書いていけば特定が生じるかを述べていく。

①について

これはもうやったので省略するが、ちょっとだけ。

形成か給付か確認かが問題であるが、給付の訴えと確認の訴えについては、基本的には「いや、確認するくらいなら給付まで求めろよ」となることが多く、そのような場合にはわざわざ確認訴訟をする訴えの利益が認められないことがある。もちろん、独自に確認訴訟をする意義が認められれば、それも可能である。

②について

原告は被告に対して一定の権利主張をするわけであるが、それは実体法上の法的効果の主張である。こうした申立事項としての訴訟上の請求としての、審判の対象になるものを**訴訟物**と言う。

この訴訟物は246条の要請、裁判所の判決と言う応答への義務範囲の確定のためにとっても重要な概念である。いかなる事実にいかなる法命題を適用するかが問題になり、それによって請求の単複異同が確定されることになる。まあオブジェクトであるから物と言うより対象であり、**訴訟対象**と言った方が正確ではある。これは刑訴で言う訴因と同じ構造である。

ただ、この請求の**単複異同と言うのを突き詰めていくと、そもそも訴訟物とはなんなのか、という大きな議論にぶつかることになる。**

さて、原告は権利主張をする際に、常に一つの法的効果を主張するとは限らないから、複数の主張をするかもしれない、裁判所はそれぞれへ応答する必要がある。この時判決主文も複数になる。

たとえば同一の行為につき、不法行為の損害賠償1000万と、契約責任の売買代金1000万円を一緒に請求することがある。こうした請求の仕方が常に許されるわけではないが、136条によって同種の請求手続き(職権探知か弁論主義か)の訴えならば基本的に同時に提起することも認められる。だが、たとえばその手続きの中で、裁判所が「当事者は契約責任で言っているけど、これ不法行為で扱えば請求通るよな…」と思った時、**当事者主義**の手続きのなかで勝手にそのような判断に基づいて認定をすることができるだろうか。

「お金がほしい」という訴えとしては一つなのかもしれないが、しかし法的請求の根拠は異なるのである。こうした問題を考えるに当たり、複数の主張がある時に、どこまでを一つと扱うのが問題になるのである。まあ最初は**実体法上の請求権**をもとに考えていくことになるだろうが、のちに見ていくようにそれには大きな問題があり、議論が生じている。

このように、ある訴訟における、法的な処理の範囲が決まってくることになる。

2 訴訟物理論

まえおき

ではこの訴訟物の単複異同を判断する基準とはどうなるのだろうかということを議論していくが、そこに行く前に、若干寄り道して説明をする。

例1 同じ原因で確認を請求する場合

XがYに土地の所有権の確認の訴えを提起しています。

このとき、裁判所が事実を法をあてはめて原告の求める法的救済の当否を判断する時、Xが所有権を取得したという原因として主張できることは割にたくさんある。**相続、売買、即時取得**、いろいろあるわけである。

ではここで、相続と売買を主張した場合を考える。即時取得はおもいつかなかったことにする。

この時「訴訟物」につき何が起るかだが、二つの考え方がある。

①請求原因が違うから、違う訴訟物だ！

片方しか請求しなかったら、それだけしか判断されない。両方請求したら二回所有権判断する。だがどう考えてもこれはまあ無駄がある気がする。

②同じ訴訟物じゃね

これが確定見解である。はっきりいってここでは、所有権**確認**における**取得原因は、単なる法的な「観点」に過ぎない**からである。たとえ主張を変えたとしても訴訟物は同一とみるべきであり、この複数並び立てた請求原因のうち一つでも認められるならば、これをもって認容判決をすべきである。

例2 同じ原因で違う給付を請求する場合

XがYに対して、買ったものに対し所有権に基づく明け渡し請求を行っています。

今度の例は給付の訴えである。実際の紛争としては、物を買ったけど売り主が売ってくれないというような事態に対応するものである。

ところで売り主が明け渡してくれない場合は占有のみならず、所有権に基づく**移転登記請求**も行うことができる。この場合、この二つの請求権の関係はどうなるだろうか。

実際の紛争からすれば一つの紛争のように思えるが、片方は**占有**、片方は**登記**の訴えである。そして裁判所はこれを別個に扱わざるを得ないだろう。給付として求めるものによって、ここでは単複異同が決まってくる。

例3 2つの原因で2つの似たような請求

XがYに100万円の支払いを求める給付の訴えを起こしています。

金銭の給付を求める訴えを起こし、100万円の支払いを求めると言っても、多くの場合それだけでは特定がされていない。たとえば**過去の接触が複数回あれば、第X次接触の際の売買代金に基づく請求と第Y次接触の際の不法行為に基づく請求が両方ありうる**ことになる。

ここでは実体法上それぞれの履行が求められる両立する場合、それぞれ訴訟物が別個だと考えるべきとなる。

例4 同じ原因で同じ「給付」を請求する場合

XがYに対して、1000万円の給付を求める。請求原因として、例えばタクシーにのっていたXがY会社が事故を起こしたことにつき給付を求めることにしよう。

ここでは1000万円の給付のために不法行為も債務不履行も成り立つとしよう。いちおう、判例通説はここでは請求権が競合すると解している。

この場合、これらが別個の訴訟物と言う考え方は、当然あり得る。さっきまでの議論からはそれも自然である。だが、**冷静にこの1000万円の給付は、事実上の請求の可否としては両立しない**。だからこれは一緒の訴訟物とすることも不可能ではないのではなかろうか。

訴訟物理論

ここでどうするかについて、大議論が生れた。まあ樋口さんなら「実益が無い」といって5分で終わらせる感じの大議論が生れた。

実益が無いというのはようするに結論としての具体的な取り扱いにおいて、多くの場合は結果に差異は生じないということなのだが、理論づけについて判例通説と学説に差異がある。

◎判例（及び学説の少数説）

実体法上の請求権ごとに請求権が発生する。（**旧訴訟物理論/実体法説**）

これにおいては、給付内容の同一性に加えて実体法上の請求権ごとに訴訟物が画される。

◎学説

訴訟法説（新訴訟物理論）という。かならずしも実体的請求権に訴訟物は一致しない。複数の実体法上の請求権をそこに含ましうる、ある意味バスケットのようなものとして訴訟物を捉えるのである。

※「新」と言う言い方からわかるように、訴訟法説論者は実体法説論者をディスるために自らの議論を「新」訴訟物理論としている。

確かに実体法説を貫くと、やや不思議な結論になることがあった。後述するがこれにつき、訴訟法的な効力を想定しないからこういうことになったというのが訴訟法説の言い分である。これに対して、訴訟物とは別の問題として解決すれば別にいいだろうと、訴訟物概念自体には変更を加えないというのが実体法説の言い分である。従って、あくまで訴訟法説が提起した問題自体は正当なものである。その**解決のために訴訟物単位での解決をするのか、それとも違う平面で考えるのか**というのがズレになるのである。この対立について、ここから詳しく見ていくことにしよう。

実体法説の諸問題

民事訴訟法第133条2項2号には、訴状に書くべき事項として「**請求**」を掲げている。この言葉づかいから分かるように、素直に**請求権**を訴訟物とすればいいだろうと言う理解は、至極まっとうなものであった。

ところが、請求権競合事例においては、実体法説に従うといくつかの弊害が生じるとされた。

問題①両方主張した場合

請求の併合（訴えの併合とかくテキストもあるが、こちらのほうが正しい）があったとき、訴訟物が別個だとすると、それぞれについて勝訴し、**二重の認容判決**を得る可能性がある。たとえば払うべき金額が1000万円の額だった場合でも、計2000万円分払えと言う命令がでかねないことになる。

※とはいえ、1000万払えばいっぺんに消える債務名義しか発生しないので、それ自体はそこまで問題ない。
とはいえ、複数の強制執行が提起された時には支払う側が**請求異議**の訴えを起こすことになるので、負担が増すことになる。

問題②訴えの併合（請求の変更）

訴訟物が違うのだし、1000万払え！とか言うだけでは不十分で、訴え提起の段階で原告は請求権を特定しないとイケない。ここで、制度に協力的な原告は並立する請求権のうち両方ではなく片方しか訴えないかもしれない。例えば「不法行為は成立しないけど債務不履行は成立する」ようなとき、これについて「やべ！やっぱ債務不履行にすべきだった」と思った原告は、**請求の追加**という無駄な作業を行わなければいけなくなるし、そうしない限り勝訴できないことになる。原告が気付かないときなどは悲惨である。

※特にドイツなどでは、訴えの変更の要件がとてつもないこともあり、これは大きな問題であった。

問題③既判力の範囲

主文につき**既判力**が生じるわけだが、その判決対象は訴訟物である。訴訟物＝判決対象＝既判力の範囲となり、実体法説によれば既判力対象は、給付の訴えでは給付請求権の存否に際して生じることになる。裁判所の判断の拘束力として機能する既判力は、この給付請求権について及ぶから、訴訟物を給付請求権とリンクさせる以上は上の公式が認められるだろう。

ここで例えばXがYに不法行為に基づく給付請求を行ったが、過失がなく敗訴したときを考えると、債務不履行について、現在の通説では過失がないと債務不履行にもならない。が、**実体法説によれば既判力が無い以上、改めて訴訟を起こすことができるし、過失の判断は裁判所によって異なる可能性がある**。むしろ再度勝つ可能性にbetできるのだから、原告にむっちゃ有利なことになる。何度でも何度でも何度でも訴えるよ～（♪DREAMS COME TRUE）ということで被告としてはたまったものではない。

あとは、XがYに土地を貸していたときを考えよう。適法に賃貸借が終了したとする。

そこでXはYに対して土地・建物それぞれに明け渡し請求権を行使した。このとき、実体法上は賃貸借契約の終了に基づく債権上の請求権として明け渡しができるほか、Xが所有している以上は所有権に基づく物権的請求権として明け渡しを求めることができる。

これも実体法上は別個の請求権であるから、所有権で請求して敗訴したら、債権に基づいて請求するという嫌がらせが可能になる。訴訟物は別個だから適法だが、しかしジョルノからすれば7ページくらいラッシュしてもおかしくない。

問題④二重起訴の禁止

省略。おれたちにはまだ早いらしい。

新訴訟物理論

このように議論としては不思議な点がでてくるわけであり、**訴訟物と言うのを純粋に実体法上の請求権ごとと言う見解を維持しようとするからこんなことになるんや！**として、さっきの**新訴訟物理論**が出てくるのである。

訴訟上の原告の求める法的な救済の当否の問題と言う現在の状況に鑑みれば、複数の請求権を審判を別個に行うのではなく、これは単なる複数の**法的観点**に過ぎず、同一に捉えるべきではないのかという議論になるわけである。ここで、そういった形で「法的な救済（**法的な効果**）」ごとの新たな訴訟物を考えれば、さっきの訴訟物の変更もできるし、既判力の範囲も及ぼせるし、いいことばかりだぜ！と言う訳である。

ここにおいて法的観点たる「請求権」については当事者の処分権主義が妥当しないことになる。

これが新訴訟物理論の問題提起である。これ自体はまあわかるっちゃあ分かる。

訴訟物というものを訴訟上の効力から見てとらえるというのは、それ自体は納得できるし合理的である。ここで新たな訴訟物の単位になる「救済」自体は当事者の欲する者であるからそれにも合致する。

逆襲の旧訴訟物理論

が、旧訴訟物理論をとっても、適切にごまかせば問題は生じない。

①請求の併合

訴訟物は別個であるからそれぞれについて応答する必要がある、なんて言うから問題になる。ここでは、少し前に「予備的併合」と言う順位をつけた併合について話したことを思い出してほしい。

これを利用して、**まず不法行為に基づく損害賠償請求を提起し、それが成り立たない場合にのみ債務不履行が判断されればよいのではないかと**(もちろん順番が逆のこともありうる)というわけである。判例実務はさらに進んで、順位を付ける必要さえいらぬとして「**選択的併合**」という「どっちでも片方使えればいいや」という形態を考えるに至る。これなら二重勝訴とかいう事態は起きない。

この場合、どちらかが認められれば残りの請求は消えて判断されない。**主位的請求が認められることを解除条件として他の請求を申し立てる関係を相互に打ち立てる**わけである。

② 請求の変更

請求の変更が鬼むずかしいドイツとかでは問題だったが、日本ではそもそも同じ原因に基づく限りで請求を追加することくらい自由に出来るし、変更しないときには裁判所が示唆すればいいから単に**釈明**の問題である。いざとなったら黙示の意思を推量して処理できる。

③ 既判力

ただ、既判力などに関しては選択的併合だけで問題は解決しない。じゃあどうするのかと言う話になるが、ここで最高裁はかなりの荒業判例を出した。100選80事件を見よう。

100選80事件(昭和51年9月30日:最高裁)

事案はあまり関係ないので省くが、移転登記請求に際して①買い戻し契約によるもの、②所有権によるものという2つの請求権を主張できた原告が、前審では①のみ主張した。その後原告は、改めて②について訴えを提起したのであった。

②は行政処分を取り消し訴訟と言う手段で行われたが、どう見ても前訴と同じ目的のために頑張っている感じでしかない事案であった。ここで、最高裁は「法律的には別でも、実質的には旧訴の蒸し返しじゃん！**信義則**に照らしてこれは認められない」という超絶理論をもって原告の主張を退けた。(控訴審が第一審を信義則違反で取り消したのに対しての上告を棄却した)

これは訴訟物に関する伝統的な考え方から離れたと言うより、別の問題を操作することでほぼ概念としては同じままに新たな理論に合わせた答えを出せている。そこで、現時点では「理論構成」を巡る問題であり、あんま意味がないとさっきは言ったのである。

ただ、**生じた帰結はまさに新訴訟物理論の問題提起による影響を受けている**と言うことは確かである。その意味で、より現在の民事訴訟は、救済を求める個人に対し、その求める「救済」そのもの、紛争その物に向けられていると言えるようである。

※学説が新訴訟物理論を頑なに守るのは、ひとえには理論的美しさというのを求めるプライドがある。たとえば旧訴訟物サイドが唱える選択的併合概念について、請求権競合の場合には「必然的に」そうなると言わないと先の問題が解決されない。

しかし、**併合と言うのは求める権利、救済の形式であって、併合形態も理論的には当事者の選択権に委ねられるのが合理的帰結である**ように思える。例えば当事者に「**単純併合**で」と言われてしまった時、訴訟法上これはダメだと言えるのだろうか。駄目だと言えるのなら、おそらくこの併合はあくまで法的観点に過ぎないからダメなんだということになるが、それはまさに新訴訟物理論そのものでないかということである。

あとは**既判力**についても少し。判例法理は「信☆義☆則」構成なわけだが、これは最終手段である。最初からこれに頼るのは、おかしいのではなからうか。そしてその最終手段を使うならば、やはりその理由を説明しないとイケない。判例は「実質的には蒸し返しだから」といってそれを説明するが、**そもそも蒸し返しかどうか決めるのが訴訟物である**し、その訴訟物について、「旧理論」を使うのならば、それは端的に「蒸し返しではない」というだけではないのか。

旧訴訟物理論を貫徹するには、このような点で不十分な点もあるのは確かであり、ここから「やっぱ訴訟物概念を広げるしかない」として主張をやめないなのである。まあたぶん実務はこのままだろうが。

実体法説の問題

訴訟物についてもう少しだけ議論を付加しておく。

すなわち、実体法説と訴訟法説の対立は上にみた通りだが、なお実体法説をとっても、訴訟物の単複異同が問題となる場面が存在する。**100選75事件(昭和48年4月5日:最高裁)**の事例を参考にした例を挙げて、説明していこうと思う。適宜参照してください。

さて、実体法説では訴訟物の同一性、単複異同は実体法上の請求権の単複異同をもとに判断することになるが、**実体法上の請求権の単複異同自体が問題になることもある。**

【事例】XがYに不法行為上の損害賠償の支払いを求めているとする。

ここで、不法行為に基づく請求には、**財産的な侵害**と**精神的損害**があるわけだが、これって、別の請求権なのかな～？いや、ほんとうにわからないんだ…もしかしたら違うのかもしれない…と吉良義影にニヤニヤされること間違いなし。

たとえば1000万円の主張をしたとき、当事者は「財産600万、精神400万だ」と思ってそれを主張したとする。しかし裁判官の心証としては「財産500万、精神600万やな」と思ったとする。

これが全部まとめて一つの請求権ならば、1000万の請求は1000万円の限度で認められる。単なる損害品目の違いがあるだけである。

ここで、財産上の損害と精神的な損害が別の請求権とされると何が起きるかと言うと、訴訟物が違う以上は、財産600万円について500万はそのままだが、精神400万について、400万の限度でしかお金を挙げられない。つまり足しても900万円である。

つまり、**同じ心証を抱いた裁判官がいても、単複異同の考え次第では結論となる給付額が異なる可能性がある**のである。この75事件では、**訴訟物は一つ**であると言うことに落ち着いたのであった。

実体法上の請求権をあくまで一つと判断したわけだが、この基準は謎である（1個の身体それ自体が非侵害利益であることが重視されたのではあろうが）。むしろ訴訟物を一つとして解決すべきかどうか、つまり紛争としての一体性があるかどうかがこの判断の問題になりそうな気がするし、その限りでは新訴訟物理論の影響がないでもないだろう。

同じような例としては、**賃貸借契約**の終了といっても、「賃料未払い」だとかなんだとか、解除原因はいろいろあるはず。判例はこれは訴訟物の同一性を保つとしているが、見方によっては実体的な請求権の数を問題にできるところである。

3 申立事項の特定

では訴訟物理論以外に残った問題をちまちまとみていくことにしよう。

請求額の特定

通説は、訴えの際には**給付請求権の範囲**を想定することが必要だとする。たとえば不法行為に基づく損害賠償請求権ならば当然不法行為によることも書かなくてはならないが、さらに給付を求める範囲(たとえば1000万)も定めないといけないということである。

これによって裁判所の判決事項が決まる。1000万と言ったら、最高裁はたとえ1500万円じゃねと言う心証を抱いても1000万円までしか給付判決を出せない。

100選85事件(昭和49年4月26日：最高裁)

現時点では無関係だが、ここでは判決の中にとても参考になる文言が含まれるので、掲載。

「けだし、前訴の訴訟物は、直接には、給付請求権即ち債権の存在及びその**範囲**であるが、限定承認の存在及び効力も、これに準ずるものとして審理判断されるのみならず、限定承認が認められたときは前述のように主文においてそのことが明示されるのであるから、限定承認の存在及び効力についての前訴の判断に関しては、既判力に準ずる効力があると考えべきであるし…」

ここでは、「範囲」までも訴訟物としている。

もう少し歴史的な比較をすると、これと異なる法主張がなされることもある。たとえばアメリカの裁判所はこのような場合に、不法行為による損害賠償(給付請求権の同一性)の限度であれば額については勝手に決めることも許される。もちろん**実体的にみて衡平にかなった判決が出せる**のだから、その点では理があるともいえる。

そして、1000万円だ！と原告は言っているわけだが、ある原告は少なくとも2000万できるところ「勘違い」してそういつているのかもしれない。裁判所がそういえば請求を拡張するだろうと言う場合に、その手続きを欠いたからとって1000万円縛りを導入しなくてもいいのではないかというのもその通りである。ではなぜこのようなシステムを日本は採用したのか？ということになるが、やはりこれが**処分権主義**の現れなのである。申立拘束力によって、そもそも訴えるかどうか原告の選択に委ねられるのと同じように、どの範囲で訴訟に持ち込む

のかについても原告に委ねられるのである。そしてこの**私的自治**的な概念のほうが日本では重視され、このような法制度になっているのである。

※まあ確かに売買代金とかならばそれでもいい気もするが、**不法行為**などでも同じことが言えるかは疑問もある。不法行為に関してはこのような当初の額はあまり事実もわからないなかでの当面の額に過ぎない。よって最後の段階で求めたい額を特定し、請求を拡張又は減縮するとして、口頭弁論終結時に確定をさせればいいのではないかという議論も有力である。これについては前述したが、被告の防御権が侵害されるのではないかという問題があるし、被告の欠席と言う場合において第一回口頭弁論終了時に判決を出したいというとき、第一回口頭弁論「前」に申立事項を決めておく必要があるという要請が現行法制では優先している。ただ、主張の拡張についてはまあ原則自由にできちゃうので、適宜釈明がなされる限りにおいてあんまり議論することもない気もするが。

一部請求

今までの議論と関連するのが、**一部請求**の問題である。どの範囲で請求するかを原告が判断する場合、一部についてのみ給付を求めることが考えられる。特定の債権について、その一部についてのみ審判を申し立てることになるわけである。

ここでいう請求は訴訟上の請求で、債権については**一部請求**といったほうがいいかもしれないが、一部請求と読んでください。可分ならばいいのだが、多くの場合量的若しくは数的に可分なものについて行われる。

たとえば、XがYに対する2000万円の債権のうち1000万円だけを戦略として請求することは、可能である。1000万円の範囲のみが申立事項としての訴訟上の請求となる。

100選81①事件(昭和37年8月10日:最高裁)

「一個の債権の数量的な一部についてのみ判決を求める旨を明示して訴が提起された場合は、訴訟物となるのは右債権の一部の存否のみであって、全部の存否ではなく、従って右一部の請求についての確定判決の既判力は残部の請求の及ばないと解するのが相当である」

このインセンティブはいったい何なのだろうか。

まず原告の効用として、中心となるのは**敗訴リスクを最小限にできる**ことである。こういった訴えが許されないとすると常に債権全体を主張しないといけなくなり、すなわち過大な額を請求しないといけなくなり、それは敗訴リスクを伴う。

具体的には訴状には印紙を貼らないといけませんが(裁判所費用法が定める)、そのための手数料は、訴訟の目的の価格によって決まってくることとされている。弁護士費用も同様に訴えの対象となるものの価額で決まるし。つまり、過大な請求には(一部)敗訴のリスクがともなう。そして、訴訟費用の負担も敗訴の場合には伴う。費用についてはこの講義ではあまり話す予定はないが、最終的に訴訟費用は当事者の負担となるとするが、民事訴訟法は61条で、**敗訴当事者の負担**を原則としている。

実際問題、2000万円の債権を有しているとしてもそのうち1000万を立証することと、2000万全部を立証することとで難易度は変わるだろうと思われる。

あとは**法解釈がどうなるのか、ということから判決の見通しが建てられない**ようなときもあるし、こうしたときに「勝てそうな額」だけとりあえず請求をするというのは制度として認められるのである。

これでうまくいけば請求を拡張すればいいし、ダメならあきらめればいいというわけであり、こうした利益を**試験訴訟の利益**といったりする。他に理由付けをすれば、勝訴の可能性は高くても相手方が1000万しか資力がないときに1億請求するのも無駄なことである。まあこのように、一部請求にはそこそこの利益がある。そして勝つことが見込まれば、訴える側は訴えを拡張するのである。

注意

ここで決まるのは、あくまで申立事項であるが、申立てていない部分との関係が問題になる。

【事例】709条による請求の処理については、まず損害額を確定し、過失相殺を行って賠償すべき損害額を確定する。ここで、原告が、2000万円発生したと考えている損害のうち1000万を請求したときを考えよう。このとき、発生した損害額が1500万円と認定されたとする。ただし、過失相殺の割合が50%であった。

実はこの場合の損害額については、申し立てていない部分との関係を処理するに方法がいくつか考えられる。

①750万円が認容できる上限だから、請求した1000万円のうち750万円を認容する。

②請求したのが1000万円だから、その50%である500万円を認容する。

どちらもありえそうな感じだが、判例実務は前者の立場をとっている。

100選81②事件（平成10年6月12日：最高裁）

裁判所は、当該債権の全部について当事者の主張する発生、消滅の原因事実の存否を判断するものとした。そして、債権の一部の消滅が認められるときには債権の**総額**からこれを控除して口頭弁論終結時における債権の現存額を確定し、**現存額が一部請求の額以上である時は右請求を認容し、現存額が請求額に満たないときは現存額の限度でこれを認容する**としたのである。

現存額の限度で認容すると言うことはつまり、ここで言う750万円が認容されると言うことである。債権者の意思としては、敗訴リスクはおいたくないが債権回収自体はしたいだろうから、合理的ではある。

やはり権利救済を求める原告に最も有利に解釈すべきである。ちなみに、外側説とか言う。

注意その2

関連して、遡及しなかった部分がどうなるのかが問題になる。

【事例】先ほどの例から請求額をちょこっと変えて、2000万円のうち800万円を請求したところ、本件で賠償すべき損害賠償額は1200万円だと判断されたとする。

この場合、拡張をしなければ800万円という申立事項に阻まれて、裁判所は800万円の認容しかできない。400万円が残るわけだが、これは結論から言って、**既判力の観点からは改めてXからYに請求できる**ことになり、そして、800万円を超える部分については新たに訴えの中で要求することも許される。なお、ここにあるような関係は**前訴、後訴の関係**という言い方で説明されるので、慣れておこう。

訴訟物について裁判所は判断をするわけで、これが同時に既判力の対象となるのであった。学説においては批判もされているが、判例法理である。だから前訴の既判力も800万円にしか発生せず、その残りについては既判力が生じていない以上もう一回訴えが提起できるのである。

同時に、Yのほうからすれば前訴の「1200万円」には拘束されない。ほんとは800万ぽっきりで前回はらった額でおしまいだぜと言いつてもできるのである。ということで、控訴zeroベースである。

さっきの100選81①事件でも同じような考え方が示されたのであった。残りを請求することを**残部請求**というが、これはゼロベースで行われる。

ただし、これだと問題となる事態として1200万円ではなく、500万円しか損害が無いぜと言うときが考えられる。500万円を超える額については「800万円」の審議の中で棄却されることになり、既判力もその範囲で生じるのだから、給付請求権の不存在も、 $800 - 500 = 300$ 万円の範囲で既判力が出ることになるのである。

つまり、**請求額の外、800万円を超える部分については、今までの議論に従えば残部請求は改めて訴えることができることになる**のである。これが伝統的な通説である。

ただ、500万円の認容と言うのは、さっきの判例でも確認したが、あくまで「債権全体」について判断した結果ではある。よって当然に、500万円を超える部分については当然に不存在がいえるのではなからうか。それにもかかわらずYに訴訟に応じる負担を課するのは、少しおかしい気もする。

と言う事情もあって、81事件の②のほうでは、債権全部について行われた判断の結果であることを理由に、紛争の蒸し返しを避けること、そして被告の応訴の負担を考慮して、**信義則**というリーサルウェポンを使って、既判力はねーけど後訴を遮断すると言う荒業をしたのだった。

前訴と後訴の関係の行く先

上の判決はある意味納得できるのはそうなのだが、**全額認容された場合も同じではないか**という問題が同時に生じる。本来は被告も一回応訴すれば問題が解決する地位であったのに、原告の都合でそれが長引いているのである。

また、1200万円と言う数字が出てきたとしても、原告は800万円をもらってからわざわざ後になって残り400万を追及すると言う手段をとるとはかぎらない。そもそもその見込みがあるのならば、残部請求などせずにその時に額を追加すればいいだけではなからうか。請求の拡張で敗訴リスクが回避されるという見方に対して、このような主張も有力である。控訴審でも拡張をせずに漫然と判決を得て、あとで残部請求をする場合にも信義則が

適用され、排斥されたりすることもあるのではなからうかという指摘がなされるわけである。敗訴リスクとかいうのは訴え提起時には確かに必要ではあるが、現行制度を鑑みるに必要な資料がそろそろまでに正確に指摘してやればいいのではないかという考えも出てくる。やはりこれは繰り返しが原告の利益と被告の利益のバランスを取るための価値判断であり、食い違いも生じるのである。

※このとき、被告の側は理屈の上では、原告が800万円の主張をしてきたときに、800万円を超える債務の不存在を確認する**反訴**を提起することもできる。反訴を提起すると、判決事項が拡大するので全体について既判力をもって判断することができる。つまりは**いずれかの当事者が主張すれば処分権主義でもこのように裁判所が判断を全体に下すことができる**。これにより二重応訴のリスクが回避されることもありうることも、この議論にあたっては要考慮であろう。

4 訴え提起の効果・訴訟係属の効果

訴え提起の効果と言うのはいろいろな教科書にまとめられるが、主として

①民法における**時効の中断**

これは民法に頼みます。この段階ではそれで十分。

②142条による**重複する訴えの禁止**

訴訟要件の話をするときにまた話そうと思います。まあ要するに、「勝たせてくれそうな裁判官」を選ぼうと言う動きを阻止する規定である。裁判所に係属する事件について、更に訴えを提起することはできない。

これが条文上審理のコーナーの前によくのっているのは何故かと言う話になるけれど、訴訟要件理論の発展の中でその説明がされるようになってきたからである。とはいえこれはローマ法以来訴えの提起の効果として述べられてきたものなのであり、従って条文の位置もこの辺りになるのである。

※訴え提起ということで原告と裁判所のなかにしかなかった関係が、訴状の送達時点で3当事者と裁判所という新たな三面関係にかわる。これが**係属**である。ローマ法には訴訟継続と言う言葉はそのままだが、同種概念はあり、この係属によって訴権が消滅すると理解されていた。二重起訴もこれにより禁止されるし、一事不再理もこれによって説明することが可能である。余談だがローマ法は裁判所への拘束力を認めるわけではなく、この訴訟継続の効果をもとに判決へ逆らう動きを拘束していた。

(4) 訴訟の主体

やっと訴訟上の請求が確定したぜ！だが、この時点では裁判所は何も情報を持っていないので、どうやって証拠を集めて心証を形成するのを見ていくことになる。なるのだが、その前にその過程の登場人物を紹介する。

A 裁判所

1 裁判所

民事訴訟手続きがこれから始まるが、これは繰り返すが**訴訟行為**の積み重ねとして理解できる。とりもなおさずここからは訴訟行為自体、そしてそれが行われる空間、それらについて述べることとなる。が、そのまえにその訴訟行為をする主体とは何かについて述べていくことが必要になる。

たとえば原告は主張立証をするし、裁判所は判決を出す。訴訟手続きにおいて各当事者がいかなる権能を行使するかが問題となる中で、その権能の帰属先として主体が存在するのである。権能が帰属しないものがそれを行えば訴訟行為として瑕疵が生じる以上、ここで説明をする必要は大いにある。

裁判所

裁判所という言葉は多義的に訴訟法では用いられるが、基本的には民事訴訟法では次のようなものが想定されて条文がかかれる。

◎**裁判機関**としての裁判所

訴訟手続きにおける訴訟行為をする裁判機関としての裁判所である。裁判所は請求の当否につき判断していくわけだが、こういうことをするのは例えば東京地裁の〇〇法廷に集まった何人かの裁判官であり、東京地裁そのものではない。この意味で通常イメージする裁判所とは少し違うところに民事訴訟で出てくる裁判所は出てくる。

※対して、ここでとりわけ東京地裁をそのまま裁判所として扱う法として裁判所法と言うのがある。この意味での裁判所を区別して**官署**としての裁判所といい、民訴でも管轄の規定の際に例外的に登場する。対して民訴上のそれは、裁判機関としての裁判所と言われる。

多々教えたい知識はあるが、このためには裁判所法マスターにならないといけないので必要な事だけ言います。

①**合議体**と**単独体**の場合がある。

裁判所法 26 条に書かれている基準によって区別される。

【参照】裁判所法第 26 条

①地方裁判所は、第二項に規定する場合を除いて、一人の裁判官でその事件を取り扱う

②左の事件は、裁判官の合議体でこれを取り扱う。但し、法定で審議すべき審理及び裁判を除いて、その他の事項につき他の法律に特別の定めがあるときは、その定に従う

一 合議体で審理及び裁判をする旨の決定を合議体としたとき

二 死刑又は無期若しくは短期一年以上の懲役若しくは禁錮にあたる罪に係る事件(刑法第二百三十六条、第二百三十八条又は第二百三十九条の罪及びその未遂罪、暴力行使等処罰に関する法律[大正十五年法律第六十号]第一条ノ二第一項若しくは第二項又は第一条ノ三の罪並びに盗犯等の防止及び処分に関する法律[昭和五年法律第九号]第二条又は第三条の罪を除く)

三 簡易裁判所の判決に対する控訴事件並びに簡易裁判所の決定及び命令に対する抗告事件

四 その他他の法律において合議体で審理及び裁判をすべきものと定められた事件

③前項の合議体の裁判官の員数は、三人とし、そのうち一人を裁判長とする

合議体の時には基本的に裁判長 + 2 名の陪席裁判官という 3 名の構成になる。ここで、裁判官には受命受託裁判官がいるのだった。185 条を参照してほしいが、たとえば東京地裁で裁判したいが、金沢で証人尋問する時に、代替手段として合議体の構成員一人を赴かせて証拠調べをすることができる。このように合議体の構成員が合議体の職務を委任されて行うとき、**受命裁判官**と言う。法定された時効の処理が委任される。

これに対して合議体のもの以外の裁判官に嘱託する時、それを**受託裁判官**と言う。

②権限行使の範囲

様々な裁判所の活動、訴訟行為は、裁判所に認められた司法権にその基礎を置く。よって、憲法、そして法律の範囲内でのみその行使を許される。この行使すべき裁判所の裁判権は三つの段階で限定を受ける。

A **司法権の範囲内でのみその権限行使ができる。**

これには二つの観点がある。主権たる裁判権威は国際法上の制限がかかり、これは国際法の授業に委ねる。そしていわゆる司法権が行使できるのは法律上の争訟であるから、その範囲でしか裁判権の行使はできない。

B **日本は裁判所の間で役割分担をしているので、管轄権の有無が生じる。**

現行法は、**管轄権**と言う形で、個々の裁判所が裁判を出来る範囲を定めている。管轄権は裁判権の役割分担のルールとも言い換えることができる。それぞれの裁判所がしっかり役割分担することで、限られた司法資源を有効に活用することができる。ただ、これは見方を変えればこの裁判所に訴えを起こせばいいのか(アクセス権と被告の防御権)ということにも関わる。その意味で単なる技術的なものに留まらない。後述。

C **裁判所を構成する裁判官が当該事件に関与することができない場合がある。**

裁判官レベルで何か問題がある時もある。後述。

2 管轄・移送制度

上の区分だと B の所の話をしていく。

管轄を考えるためには、三つのレベルがある。すなわち、職分管轄、事物管轄、土地管轄である。

職分管轄

司法権の一種としての裁判権のもろもろの作用をどの裁判所が担うかの管轄。ある訴えについても判決手続を扱う裁判所と執行手続を行う裁判所は別になる。同じ事件についてすら異なる作用を役割分担していて、**受訴裁判所**と**執行裁判所**という分類ができる。

判決手続についても、**第一審**、**控訴審**、**上告審**という役割分担が簡易・地方・高等・最高裁判所がそれぞれ役割分担を行っている。

事物管轄

職分管轄を有する裁判所が複数ある場合に、どの裁判所に事件が係属するか。基本的には第一審の裁判所を決める時にもっとも問題になる。

すなわち、第一審には簡易裁判所と地方裁判所とがあるわけで、役割分担が必要になる。

【参照】裁判所法 24 条

地方裁判所は、次の事項について裁判権を有する

- 一 **第三十三条第一項第一号の請求以外の請求に係る訴訟**(第三十一条の三第一項第二号の人事訴訟を除く)及び第三十三条第一項第一号の請求に係る訴訟のうち**不動産に関する訴訟**の第一審
- 二 第十六条第四号の罪及び罰金以下の刑に当る罪以外の罪に係る訴訟の第一審
- 三 第十六条第一号の控訴を除いて、簡易裁判所の判決に対する控訴
- 四 第七条第二号及び第十六条第二号の抗告を除いて、簡易裁判所の決定及び命令に対する抗告

この条文が規定上、訴訟物についてさだめているゆえ、事物管轄についての規定になる。非常に控除的な管轄が地方裁判所について定められることがわかる。第三十三条第一項というのは「**訴額 140 万円以下**」のものについて簡易裁判所があつかうと言う規定。超えた場合には地方裁判所と言う扱いがなされる。価額を基準にして、複雑か単純かを判断していると言うことになる。

また、地方裁判所は**不動産**に関わる問題であれば訴額に関わらず管轄権を持つとされる。概して複雑な事案になるケースが多いからである。やはり人的な配分に際して、複雑な事件を扱う人とそうでない人を区分するのである。これが事物管轄の問題。

土地管轄

所在地を異にする同種の裁判所間での分配の定めである。地方裁判所が管轄を得るにしても、世の中にたくさん地方裁判所はあるわけで、そのうちどこにいけばいいのかが問題になる。皆東京が大好きで東京地裁に来られても困るし。

土地管轄の定めは、やはり応訴やアクセス権の観点からシリアスな問題をはらむ。どうしたって移動にはコストがかかるわけで、東京の人が那覇の人を訴えると言うときには、東京か那覇かで攻撃防御の仕方にだいぶ影響があるだろうというのは想像できるころではなかろうか。

じゃあこの点現行法はどうしているかを見てみよう。

民事訴訟法では第 4 条以降で、規定を用意している。

※ 3 条までには国際管轄の規定があるので、そこも参照しておこう。

まず 4 条 1 項は、**被告の普通裁判籍**の所在地を基準とする。

たとえば文京区に被告に裁判籍があれば、東京地裁が管轄権を持つことになる。事件に係るある特定の地点がどの裁判所の管轄するゾーンのなかかで判断がなされるわけである。

他にも 5 条の定めがいくつかあるがピックアップすると、不法行為に関しては不法行為があった地の裁判所に管轄権が生じる。

ここではつまり、**ある事件について土地管轄を有する裁判所は、もともと複数あることが予定されている**。現行法は選択肢を 4 条以下で用意し、そのなかで原告がカードを切る構図になっているのである。訴訟上の請求の内容だけでなく、限定された形ではあるが裁判をどこに頼むかについても当事者主義がとられるのである。

よってメニューが重要だが、これを全部見ていくと 2 時間くらいかかるので簡単に述べる。

◎メニューが多彩。

原告の権利救済にやさしい構成になっている。典型例は 5 条 1 号が定める、財産権上の訴えにつき「義務履行地」に発生する管轄権である。類似の規定は諸外国にもあるが、大正 15 年改正前ドイツ法の規定を継受したが、契約に関する紛争のみを対象にしていた規定だったところ、日本ではその改正に伴って一般的な義務履行地と改めた。

※そもそもドイツ法と日本法が同じ法を定めても、その意味合いが違った。日本では**持参債務**が原則であるから、債権者の住所地で訴えを提起することができるというのが、その帰結である。ドイツ法は取り立て債務が一般的だから、この点大きな差が出ていた。さらに一般化されて日本では**不法行為**の損害賠償なども自分の住所地で訴えを提起できることになるので、この点も違いを生じる。

この問題は国際司法管轄でもパラレルなわけだが、3条の3には、5条に極めて類似した規定がある。比較して特徴的なのは、1号の規律の差異である。

【参照】民事訴訟法第3条の3 1号

次の各号に掲げる訴えは、それぞれ当該各号に定めるときは、日本の裁判所に提起することができる

- 一 **契約上**の債務の履行の請求を目的とする訴え又は**契約上**の債務に関して行われた事務管理若しくは生じた不当利得に係る請求、**契約上**の債務の不履行による損害賠償請求その他**契約上**の債務に関する請求を目的とする訴え

【参照】民事訴訟5条1号

次の各号に掲げる訴えは、それぞれ当該各号に定める地を管轄する裁判所に提起することができる

- 一 **財産権上**の訴え

国際司法管轄はあくまで「契約によって定められた」義務履行をスタンダードにしているが、このことも日本国内では「義務履行」一般を通常ルールとする特殊な性質を示しているといえよう。日本では3条1号の効果で不法行為の損害賠償も自分の裁判籍の管轄裁判所に訴えを提起できる一方、国際司法管轄ではそれが妥当しない。このようなルールの下では被告の負担が問題になるが、これについては17条が処理する。すなわち、**管轄権がある場合でも、訴訟の著しい遅滞を避けるための移送を申立または職権で行うことができる**旨定めているのである。

つまり、原告が選ばなかった裁判所が受訴裁判所になることもありうるのである。

このように、原告の選択肢を拡大しつつ、裁判所は必要性判断による移送で問題を処理しているのが現行法の在り様である。比較してみても、ドイツ法では文字通り原告に裁判所選択権があり、それが尊重される。ただまあだからといって、日本は原告がないがしろになっている！というわけではないのは、今の話を見れば分かってもらえるところであろう。

合意管轄

管轄については、あと11条の規定を説明しておく必要がある。

【参照】民事訴訟法第11条1項

当事者は、第一審に限り、合意により管轄裁判所を定めることができる

すなわち、**第一審**に限り管轄裁判所を**合意**で定めることができる。もちろん全ての場合に合意ができるということではなく、13条が専属管轄を決めており、この場合には合意も意味をなさない。その意味で当事者の共同決定に基づいて管轄裁判所を定めるルールを設けても、一定の枠内なのでまあ弊害は生じないだろうとして制度化されている。

管轄合意すると、その合意通りの効果が生じる。例えば東京地方裁判所での管轄の合意があれば、4条や5条における管轄がないところでも管轄権が生じる。(これを**創設的合意**と言ったりする)

また、ここでさらに、東京地方裁判所「のみ」が管轄権を持つという合意もまた可能である。この場合、他の裁判所の管轄が排除されることになる。その趣旨は、管轄裁判所以外の管轄権を排除するため**排除的合意**と言ったりする。**専属的合意**とも。まあ解釈基準として創設的合意を基準にするか専属的合意を基準にするかと言う争いがあるのだが。

ただ、民法上の規律に基づく問題として、例えば意思表示に瑕疵があった場合(錯誤・詐欺・強迫など)が問題になる。それらの**民法の諸制度は、通常は適用される**。民法上の意思表示に関する規定はやはり訴訟上の意思表示についても適用されるべきとされているのである。まあどうしたって効果が発生する以上は、合意形成には瑕疵が無いことが要求されてしかるべきである。

※ここに、いわゆる**消費者契約**の規制が絡んでくる。

多くの場合、管轄について約款に規律があったりする。そして、業者の本店所在地に専属的管轄を定めというのが大体の約款に書いてあるのである。業者の言い分としては、弁護士もまとめておいたほうがいいし、各支店で応訴は出来ないとかいうわけである。あとは全く逆のビジネスモデルをとるクソみたいな企業もある。本社は普通に東京になるのに、法務部だけ那覇にありますよ！みたいな。ただの嫌がらせである。

しかし消費者から見ればとんでもない。10万円の事件を、10万円かけて旅に出ないと訴えることが出来ないような場合、通常人が抱く期待値としては泣き寝入りするしかないわけである。しかも契約をする人間からすれば、こんなの見ているわけがない。

だからそれに効果を認めるのはおかしいんじゃないかというのがかねてより議論されていたのである。平成6年に改正がなされ現行法となった時も、一方当事者が消費者である時にどこまで合意に効果を求めるべきかと言うのがかなり議論された。

もちろん効力を否定すべきと言う人もいたが現行法はそうはならず、あくまで17条さんにやってもらおうという話になるのだった。よって起草者の意思からして、**17条の規定は合意管轄を貫通する**。つまり、合意してようがしていまいが、移送が出来る。

これはある意味で国家の**私的自治**(端的に、契約内容)への介入と言われるが、やはりそもそもの私的自治ワールドを形成するための土台作りとしてバックアップを認めるべきであろう。

どうしても日本の管轄法制自体がこのバックアップを認める構図なのも否定できないが、やはり法改正にあたり合意の効力を否定する規定を考えたが消費者契約法が当時存在しなかったために、概念として消費者や事業者を確定する立法をできなかったという妥協もあった。

いまや消費者概念、事業者概念が立法上存在する中で、あらたにそれに合わせた改正をすることも、立法課題としては十分に考えられる。3条の7の第一項はこの合意管轄と似た規定であるが、消費者契約に関するものは合意の制限をしている。国際契約と国内契約の差だとして説明することも可能だが、やはりこの規定が入れられたときにはもう消費者契約法が出来ていたというのが大きな背景であることは述べておく。

管轄規定の訴訟法上の意味

管轄権がない裁判所に訴えをしても、そのままでは効果がないはずである。この意味で管轄権の存在は訴訟要件と言うことになる。しかしながら、これについては訴訟要件としても特殊なところがある。

①却下されない

訴えが却下されず、応答は管轄裁判所への**移送**と言う形で修正が行われる。やはりお金払っているのだし、もう一回印紙を貼るドン！というわけにはいかないのだから、ミスは救済してやろうと言うことが試みられている。もちろんコストだけでなく、時効の中断と言う大事な効果が却下だと失われて最悪の場合**時効**が成立しちゃったりするので、この移送で「はじめからその裁判所に提起されたものとみなす」ルールがあるととても便利。

②基準時

また、訴え提起時に管轄が確定すると、その後の裁判籍等の変動などは考慮されない。他の訴訟要件は口頭弁論終結時を基準に、それがなくなれば訴えが却下されてしまう。

3 裁判官の忌避・除斥

裁判官が訴訟行為をできないときとして、**除斥**、**忌避**、というものがある。

公正な第三者たる裁判官としての役割を疑わしめるような一定の場合について、23条が定める一定の場合につき、裁判官の除斥が行われる。

また、それよりは広く、公正を妨げるような場合には申立てで当事者が裁判官を忌避することができる。

ただし、民訴の発想として注意することがある。

例えば、そうした裁判官のした行為は無効だから、基本的には効力が発生しないはずで、他の裁判官がやり直す形になるはずである。しかし、これが看過され、**判決まで出てしまうと、それには無効と言う規律は適用されない**のが原則なのである。338条は再審事由として、確定判決を取り消すに足る事情をいくつか並べたてている。この規定の含意として、「再審による取消があるまでは、判決は効力を持つ」ということが言える。

そして、その2号には、判決に係れない裁判官が判決に係った場合が定められる。つまり、再審しろよということである。

理由としては、**判決が言い渡された時、原則としてその瑕疵は治癒されるとされる**からである。もちろんそれは比喩的な説明でしかないのだが、再審制度の存在事由はこのように理解してほしい。

※例外的に無効なこともあるが、これはかなり後に述べる。

B 当事者

1 当事者とは：訴訟手続きにおける当事者の権能

裁判所とともに当事者の訴訟行為も大事だし、そいつらの権能行使にこれから焦点があたっていくので、その権利を持ち、また効果が帰属する当事者たちを紹介していく。まあ裁判所も当事者と言えばそうだが。当事者は基本的には弁護士に訴訟追行を頼むわけだが、その効果は当事者に帰属する。**代理**だし。だから代理の議論もここには関わってくることになる。

訴訟当事者

訴訟当事者は基本的には、自己の名において裁判所に対して一定の司法行為を求める者とその相手方である。自己の名においてと言うのは、**代理人**と区別するために他ならない。代理人は、訴訟当事者ではない。訴えを求める者を**原告**、求められる者を**被告**と言う。

※刑事訴訟における被告人というのが、マスコミなどのせいもあって被告と混同され、なにか悪いことをした人のようなイメージがつくことで結構紛争解決に悪影響がでたりもしているらしい。

まあこいつらは、判決の名宛人となり、**既判力**を引き受けることになる。条文としては 115 条などを見よう。判決が効力を有する者としてトップに「当事者」の字が書かれている。

訴訟の主体はそのまま判決が及ぶものとなるわけである。

当事者の権能

当事者と言う概念が必要なのは何かって、**様々な訴訟上の地位が保障される**からである。ポイントは当事者権と言う言葉とともに説明したような気がする。

重要な当事者権としては、A **訴えを提起する**(判決を求める)**権能**、B 手続き上の**申立権**(例えば、移送には申立権がある)、などなどがある。

手続上大事なものは、C **攻撃防御方法の提出権**である。日常用語でいえば主張立証する権能であるし、法律上の言い方をすれば事実の立証などのために証拠を提出することともいえる。このほかにも D **不服申立権**(裁判所のやることに文句があれば言える。たとえば移送の申立があると裁判所は応答するわけだが、移送を認める及び却下する決定については、即時抗告が認められる)だとか、E **期日への立会権**(裁判所の判断の形成過程に関与することができる。具体的には期日の呼び出しの規定による)、F 訴訟手続きの違反に対しての**異議権**(90 条参照。とくに**責問権**と言う)など様々な権能が与えられている。

※当事者と言う概念は、当事者権を保障されるべきものとして定義されているともいえる。

※既判力と当事者概念との間には密接な関係がある。判決効で拘束することが許されるためには当然、一定の何かが必要であり、それがすなわち紛争解決を求める人たちにしっかりと権利を与えてやったでしょ?ということにつながるわけである。

当事者というものの問題点の核心は、**具体的な手続きの中で誰に当事者権を保障すべきか**ということになる。そしてその解答は、訴えを提起し、または訴えられたものであり、判決の名宛人となるべき者ということになるのである。言葉を変えれば、この議論の中ではそいつが実際に権利を有するかどうかは関係ないということになるから、この意味で**形式的当事者概念**といたりする。

当事者権を保障すべきと言う観点は、訴訟行為の帰属すべきものを視線の先の置くというのは当然である。

当事者の確定

今のようなものに当事者権を与えるとしても、じゃあ具体的な手続きの中で誰に当事者としての地位を与えるべきであろうか。これは具体的なシチュエーションにおける当事者の確定と言う問題である。

他にも当事者が問題になることは多々あるわけで、除外なども当事者との一定の関係を前提にする以上誰が当事者なのかが分からないといけない。これについては学説なども分かれている。

出発点は、**いかなるものが当事者となるかは、当事者とりわけ原告の意思によって定められる**ということである。133 条 2 項には、請求の主旨及び原因と並び、**当事者**を訴状に書くことが定められる。前者は申立事項としての訴訟上の請求についての原告の決定権を定めるとは前に説明したが、誰を被告として訴えるかについても、原告が選ぶことが出来る前提があるのである。したがって、原告が当事者を特定しないで訴訟を起こせない。

※一方で、フランスなどでは「加害者」というのを被告として訴訟できたりする。

では、原告の意思はどうやって判断するのか、が問題になるが、やはり訴状の記載がまず重要になる。当事者として表示されたものであるのだから、それを見るのが最初だろう。

このような訴状の記載を重視する立場を**表示説**と言うが、ただ訴状の当事者欄が多義的である時には、やはり請求の原因とか趣旨も含めて、全体から当事者欄の表示を解釈すべきとはされている。

かくして訴状が提出されると被告に送達し、期日に呼び出すことになる。

当事者の確定については、**氏名冒用訴訟**と、**死者**に対する訴えという限界事例があるのだが、これについては教官がここではないところで説明したいと思っているので、ここでは紹介だけ。

①氏名冒用訴訟

XはYからお金をもらいたいが、Yがまともに応訴すれば勝てない。そこで、Aさんに頼んで、Yを装って訴訟をしてもらうなんていうときがこれ。それでY名義の判決が確定してしまったら、Yを当事者とする限りにおいてYはお金を払わないといけなくなる。一般的には、133条2項の訴状記載の当事者ではあれど、115条1号の判決の効力が及ぶ当事者ではないという理解をする。有力説は冒用者が当事者だとするが、そのためには表示説以外の理屈をもってこないといけなくなる。

今日の学説では、問題とすべきことはAを当事者とすることよりも、やはりYを当事者としなないことだと考えられているから、そっちを重視して処理するのが良いだろうと思われる。その意味では、これは判決効の及ぶものの問題であり、当事者の確定の問題ではないというわけである(だからここで説明したくない)。

②死者

要するにこれは当事者が変更される場合で、やはりこれも別問題であるとのこと。

2 当事者と認められるために①当事者能力

28条以下に定めるいくつかの主観的要件がある。

当事者能力

当事者能力が「ある」「ない」という表現を使い、当事者能力がある時に当事者になることができる。ようするに**判決の名宛人となり、訴訟を起こせるような力があるのか**という観点。これは実体法上法律行為を行える力、権利能力とパラレルにとらえてよい。

念のためだが、当事者能力があるというのは「自ら」訴訟行為ができることまではいかない。それには行為能力に相当する**訴訟能力**が必要である。たとえば法人には訴訟能力がない。

当事者能力を有すものについては28条が規定をする。

【参照】民事訴訟法第28条

当事者能力、訴訟能力及び訴訟無能力者の法定代理は、この法律に特別の定めがある場合を除き、民法その他の法令に従う。訴訟行為をするのに必要な授權についても、同様とする。

民法その他の法令に従うらしい。すると何が起るのかは何も書いていないが、立法者の意思としては、民法の権利能力者の範囲で当事者能力を認めてねという感じ。

まあ、権利能力と言う概念がそもそも民訴法の制定当時に存在しなかったのがこの原因である。平成16年の民法の現代語化までは権利能力という言葉はつかえず、人知を超えた表現で何とかそれをあらわそうとしたわけである。

能力者①自然人と法人

ここからは復習だが、**自然人**と**法人**が権利能力を有するのだった。

自然人は出生から死亡まで能力を有するのであり、その出生のタイミングなどもそのまま民法の議論に従う。胎児に権利能力を認める規定は、訴訟法上の当事者能力にも当然反映される。

法人も社団財団の成立から解散まで権利能力を持つ。よって法人自体が当事者になることがここでは想定され、訴訟上の効果や権能も法人自体に帰属する。ただ、実際の行為を追行するのは代表者であるので、訴訟法上は37条によって法定代理の関係が使われることになっている。これより、法人の構成員は訴訟とは無関係であるものの、法人自体は訴訟行為はできないために法人の機関である**代表者**が、訴訟行為を行うことになる。

※当事者能力のあるなしは実体法上の問題ではなく訴訟法上の問題であるから、まずは訴訟法の規律を受けるわけだが、それは次のようなものになる。すなわち、**当事者能力のないものを当事者とする訴訟は、訴訟要件を欠く訴えとして不適法とされ、却下される**ことになる。その訴訟について本案判決をしても紛争解決の実効性がないので本案判決をする必要がないと考えるわけである。これより、当事者能力の存在は**訴訟要件**であるということになる。では訴訟要件であるということは何の意味があるのか、ということについては、後で訴訟能力について説明するときに合わせて説明を行う。

能力者②29条

【参照】民事訴訟法第29条

法人でない社団又は財団で代表者又は管理人の定めがあるものは、その名において訴え、又は訴えられることができる

人と法人以外にも、29条は、**法人でない社団や財団**について当事者能力を認める規定になる。法人で無い社団、財団は、(実体法のテキストでよく言われるような表現を使うと)社会的には実在するけれども法人格を持たない。これらの存在について訴訟法上でどのように処遇するかについては、各国の法制度で様々な規律がなされているわけだが、日本法では29条をみてもわかるように当事者能力を与える規律を採用している。

この趣旨は何だろうか。

そもそも、先ほど述べた社団に限らずとも、社会に存在し活動している団体の中には、社団的性格を持つ団体があると理解されている。すなわち、共通の目的のために複数のものが結束した人の集合の中には、構成員から独立した団体自身というものを想定することができることがある。とりわけ団体自身の財産について考えてみると、構成員個人のものとは異なる財産が想定できる団体も存在するわけである。こうした団体を、社団的性格を有する団体と呼んでいるのは周知の事実であるものの、これらの団体は実体法上は法人格を有しない。したがって28条によっては当事者能力を有することはない。原則通り、実体法上の帰属主体足りうるものが当事者能力を有するのだと考えれば、こうした訴えにおいては、実際にはA1からAnまでの人の集まりが存在するときにも、この集まりの権利義務の帰属はこうした構成員全員に帰属しているはずだとして、財産の帰属義務の形態に照らせば構成員全員を被告として訴えを提起する必要がある。

だが、それでは**原告に対して大きな負担が生じる**ことになる。多数人を被告とすると、構成員全体を特定して初めて訴訟が可能になるのである。さらに、被告が多数となると、共同被告が多数となる共同訴訟特有の煩雑さが顕著になってくるのである。すなわち**全員に対して同一の期日の指定や、全員への訴状送達など、コストがかかり、複雑な訴訟追行が余儀なくされる**のである。

そこで各国法制は何らかの工夫を図ろうとし、こうした人の集合をあたかも一つの訴訟主体、単一体であるかのように扱う工夫がなされるのである。工夫としては他にも**訴訟担当**とよばれるものもあるが、現行法においては、ひとつの手段として団体自体が訴えられることを認めたわけである。すなわちA1からAnまでの構成員からなる団体(Yとする)自体を当事者とすることを認めたということである。社団が当事者となれば、構成員全員の氏名を訴状の被告欄に書く必要もなくなる。

このことによって構成員が訴訟とは直接には関係なくなるので、仮に構成員の一人が死亡するなどということがあっても、被告は当事者であるYのままとなり、Yに手続き保障すれば問題なく訴訟が追行できることになる。その前提としてはYに代表者がいることが必要であるが、機関代理である代表者が訴訟追行するというのであれば、訴状の送達も代表者にすれば済む話であるし、期日の呼び出しも代表者にすれば済むことになる。**社団を当事者として訴訟運営が極めて簡便になり、構成員の交代によっても手続きを中断することなく明確な訴訟の追行が可能になる**。こうした訴訟上のメリットを利用することを代表者の定めのある社団に認めることが29条の趣旨ということになる。

29条の具体的な効果としては、条文にある通り一定の要件を満たした場合に「その名において訴え又は訴えられる」ことができるわけである。結論から言ってそれは、その社団を**法人**のように扱うということである。代表者が社団のために社団の名で訴訟を追行し、その効果は社団に帰属する。

ここで、**実体法上の権利義務の帰属主体で無いものを当事者として訴訟に参加させても、そのものに権利義務が帰属しない以上、紛争解決の実効性がないのではないか**という疑問が生じる。

【事例】Xが権利能力なき社団Yから、1000万の支払いの判決を得た。

まあ普通に払ってくれればそれで終わりだが、払ってくれなければYの財産に執行をかけていくことになる。しかし、実体法上はYの財産は存在しないのであり、A1 から An までの総有財産（通説によれば総有。共有財産という説もある）が権利義務の帰属先になる。

実際上は A1 から An の総有であるのに、Yの財産としてYに支払ってもらおうという判決(債務名義)を得ていることになる。このYを名宛て人とする債務名義を使っても、実際の財産は A1 から An の総有なのであるから、執行をかけられるかという問題がでてくる。

だが、この点では執行法上もYに**執行当事者能力**を認め、執行手続き上もYが当事者として考えることで一応解決している。

すなわち、当該社団を名宛て人とする判決、つまり**当該社団を名宛て人とする債務名義が出せるし、その社団財産について強制執行できる**ということになる。結果として社団を当事者としても紛争解決の実効性は確保できるということになる。

※ちなみに実体法上の議論を思い出すと、Yが権利能力なき社団であれば、Yの財産が想定できるはずである。

Yは構成員から独立した財産を有しているはずである。したがってそうした外部財産、Yの活動目的のために結集された共有財産を想定すれば話はすむことになる。また判例の立場からすれば、民法上、権利能力なき社団であれば有限責任であるから、XがかかっているのはYの財産のみであり、話はこれですべて完結する。この結論を、どのように説明するかについては二つの見解がある。

①当該訴訟限りで当該社団に実体法上の権利能力も与えられ、権利能力の存在が擬制される

通説。金子先生の考え方で、現在書かれているテキストはおおよそこの考え方に則っている。

非常にアクロバティックであるが、そうすると今の説明が非常にシンプルにできる。仮に実体法上の権利能力がないとすると、そのとき「社団」は、実体法上は「社団」の財産ではなく構成員の「総有」の財産のために訴えを起こすことになるが、このとき第三者のために訴訟していることに実体法上はなってしまうという。

②訴訟担当(後述)と理解する

それに対して若手によって、最近では他の説明もあり得るのではなかろうかということがいわれ始めている。

すなわち今のように説明したとき、29 条は**実体法上の権利能力**にも関係する規定であることになる。だが、訴訟法が実体法の帰属について変更することを認める理由はないのではないだろうか、と考えると、ここで後に説明する訴訟担当として理解することになるのである。

詳しくは訴訟担当の時に言うが、このときYは自己の権利を主張しているのではなくて、A1 から An までの構成員の権利をかわって争っているという風に見ることができるのである。なんとなくだがこちらの理解の方がいい感じがするとのことである。

関係判例は 100 選の 9 とか 10 事件だが、レベル高すぎなので扱わないらしい。当然私もこれをスルー。

社団の線引き

つづいて、いかなる社団に当事者能力を認めることができるかという話に移りたいと思う。これについては判例がある。百選 8 事件である。

百選 8 事件(昭和 42 年 10 月 19 日 : 最高裁)

法人でない社団の当事者能力が問われた。

「法人格のない社団すなわち権利能力のない社団が成立するためには、**団体としての組織を備え、多数決の原理が行われ、構成員の変更に関わらず団体そのものが存続し、その組織において代表の方法、総会の運営、財産の管理等団体としての主要な点が確定していることを要する**ことは、当裁判所の判例とするところである」という。

民法上一定の要件を満たした、**実体法上の権利能力なき社団**が 29 条にいう当事者能力と有するということがこの判例の立場である。

以上から、実体法上の権利能力なき社団に、29 条によって訴訟法上当事者能力が認められるということには異論はない訳だが、問題は逆はどうかということである。実体法上の権利能力なき社団ということは、果たして必要条件なのだろうか。

これについては議論があるが、結論として二つの考え方がある。その議論のポイントは、次の判例をどのように理解するかということにかかって来る。

百選 10 事件(昭和 37 年 12 月 18 日 : 最高裁)

民法上の組合の当事者能力について判断された。ある会社に対して債権を有するA、B、Cの三者が、民法上の組合を作って債権回収をはかるといふ目的を達成しようとした。三つの会社が組合契約を結んだということなので文字通り民法上の組合ということになり、社団といえるかどうか疑いが差し挟まれるところではあるが、限りなく契約効力が妥当しそうな民法上の組合ということになる。

「原判決を通読すれば、原審はXを以て、訴外Gに対して債権を有するA、B及びCの三者が、それぞれの有する右債権を出資し同会社の経営を管理してその営業の再建整備を図ると共に、協力して三者それぞれの右債権を保全回収するため、民法上の任意組合として結成しPを代表とした三者の協同組織である旨認定判断して居るものと解すべきである」

「かかる組合は、民訴 46 条〔現 29 条〕所定の『権利能力なき社団にして代表者の定めあるもの』として訴訟上の当事者能力のあることは、累次の大審院判例の趣旨とする所であって、現在維持せられて居る」

民法上の組合には判例上当事者能力が認められている。これは大審院以来積み重ねられているところであり、この判例もこれを踏襲したと見ることができる。

民法上の組合は、学説上優勢な組合と社団の峻別論のうえでは社団ではなく、さらに言えばこの組合についての処理はあくまで組合法理に従い、訴訟も三者間の関係として規律するのが妥当であるように思われるにもかかわらず、29 条の適用を受けると最高裁は理解することになる。すなわち、**実体法上の社団ではなくても 29 条の適用はあり得る**ということになる。

実体法上の権利能力なき社団理論の存在意義と 29 条における当事者能力を付与されるべき社団理論の存在意義が違ふのではないかという説明をすれば、これについては十分正当化可能であると思われる。

実体法上の権利能力なき社団の理論は、構成員から離れた社団の**独自の財産**を作るということに意味があった。対して 29 条の存在意義はどこにあるのかというと、**訴訟法律関係の単純化**ということにその意義がある。すなわちすべての権利義務の帰属主体を当事者(被告)として掲げることが不要となり、また帰属主体の変更があったとしても、社団自体を当事者とし、より正確に言えばその代表者に機関としての代理行為を認めることによって、訴訟の円滑な運用を図ることができるというのが 29 条の趣旨だとすると、こうした**趣旨の実現を図ることが望ましい団体であり、かつそれによる弊害が生じない場合に限り、民法でいう社団を超えて広く認められてよいものである**と考えられるのである。具体的にはその団体が少なくとも訴訟の継続中、同一性を持って存続するという、社団構成員と社団代表者との間に近い関係が同定され、団体の組織関係を通じて社団の内部関係として処理することが可能であること、などは必要となって来るだろうが、こうした細かい要件はひとまずおいて、上に述べたような 29 条の趣旨を考えていくことが大事になってくる。この判例自体には議論があるが、その議論を理解するには訴訟担当の理解が必要になるので訴訟担当のところでもまた触れることにする。

3. 当事者と認められるために②訴訟能力

訴訟能力とは、訴訟当事者として、自ら単独で有効に訴訟行為を行うために必要とされる能力である。その意味で民法上との関係でも**訴訟行為能力**といった方がわかりやすいように思うが、一般には訴訟能力と呼ばれている。この理解には、行為能力を想定するのが一番簡単である。すなわち実体法上行為能力の議論とパラレルに、訴訟上も**自らの利益を実現することができない当事者というのが想定される**のである。こうした自己の利益を適切に実現、保護できない当事者という者の存在を防止するために、**訴訟能力を欠くものは、本人自らあるいは訴訟代理人を選任して訴訟行為をすることができない**、とされている。かわりに、**法定代理人**によって代理されるという制度が準備されている。

禁止される「訴訟行為」について説明すると、**申立て**などの訴訟手続き上の行為は当然に含まれるし、これに加えて、訴訟代理人たる弁護士への**訴訟代理権の授与、管轄の合意**など、**訴え提起前あるいは訴訟手続き外の行為であっても含まれる**。また自ら積極的に訴訟行為を行う場合に限らず、**相手方または裁判所の行為を受けることも訴訟行為に含まれる**ことになる。

※ただし、この目的は訴訟能力のない当事者を、訴訟法上の効果発生から保護するためのものであるから、たとえば直接に訴訟法上の効果に結びつかない証人としての証言や、当事者尋問における本人としての陳述などは可能だし、本人に法的効果が帰属しない、訴訟代理人として他人のためにする訴訟行為も可能である。とはいえ弁護士の欠格事由(成年被後見人・被保佐人)に当る可能性はあるが。

条文上のルール：28条

訴訟能力がない者については、28条に規定がある。

【参照】民事訴訟法第28条(再掲)

当事者能力、訴訟能力及び訴訟無能力者の法定代理は、この法律に特別の定めがある場合を除き、民法その他の法令に従う。訴訟行為をするのに必要な授權についても、同様とする。

ここでいう「特別の定め」は、訴訟能力については31条から34条にかけて存在している。まあこの趣旨は、訴訟能力の規律は、民法の**行為能力**の規定に従うということである。すなわち**未成年をはじめとする民法上の制限行為能力者は、訴訟能力に制限を受ける**ことになる。

なお、ここで用語につき注意してほしい点がある。訴訟能力がない場合は、法定代理人によるその能力の補完を受けることになるが、28条の条文を見ると「訴訟能力」の次に「**訴訟無能力者**」の法定代理という記載がある。民法にも以前は行為無能力という言葉があったが、現在では使われていない。すなわち民法と異なり訴訟法では、訴訟能力をいっさい持ち得ない者を想定することになる。

ここで訴訟無能力という言葉が使われている以上、裏からいえば、制限行為能力という言葉は訴訟法は知らないということになる。何故かは次に説明する通りだが、実は訴訟法上は、訴訟能力がアレな人間の行為には「取消し」だとかそのようなマイルドな解決が望まれず、一律に無効という効果を与えようとするため、「無」能力と言い切るのである。

一律無効の効果

訴訟能力を欠く者がした訴訟能力の効果に関して、民法の規律に従うまでもなく特別な規定が存在する。31条である。

【参照】民事訴訟法第31条

未成年者及び成年被後見人は、法定代理人によらなければ、訴訟行為をすることができない。ただし、未成年者が独立して法律行為をすることができる場合は、この限りではない

訴訟行為はそれが積み重ねられ、判決へつながるという性質がある。そのために、一度行われた訴訟行為については、効果を確定的なものとする要請が高い。こうした**法的安定性の確保**の要請からは、制限行為能力者の保護のみを規制の目的とする民法上の行為能力者の規律の目的とは異なり、こうした**法的安定性を確保しつつ、訴訟の円滑な遂行をはかるための規律をする必要がある**。そのために採用されたのがこの31条である。すなわち、場合によっては敗訴という重大な結果を生む訴訟行為の性質をも考慮して、定型的な規律を制限行為能力者保護を基調としてはかることが求められている。

よって、民法上、**制限行為能力者のした行為は取り消すことができるとされているが、訴訟法においては一律に無効とされる**のである。これらの者が訴訟行為をすることをいっさい許さないという趣旨である。

無効の例外規定

ただしこの規定には例外がある。それが民訴法34条2項である。

【参照】民事訴訟法34条2項

訴訟能力、法定代理又は訴訟行為をするのに必要な授權を欠く者がした訴訟行為は、これらを有するに至った当事者又は法定代理人の追認により、行為の時にさかのぼってその効力を生ずる

訴訟行為の効力を認めても制限行為能力者に害がないといえる場合においては、それを認めることが望ましいことになる。そのための手段を34条2項は用意しているのである。

【事例】XがYに1000万の支払いを求めたとき、Yが制限行為能力者(成年被後見人)であったとする。

まず訴状の送達が行われる。訴状の受領も一種の訴訟行為であるから、これを理解していない被後見人が受け取るのは望ましくない。この場合、法定代理人たる成年被後見人が訴状を受け取るということになり、そのために133条の訴状の記載事項には、「法定代理人」があるのである。

よって法定代理人の記載が要求されている以上、法定代理人に訴状を送達しなければならないのであるが、その記載が欠け、本人宛に訴状が送達された場合がありうる。このとき、本人には訴訟能力がないから、受領しても受領の効力は無効となり、適法な訴訟の継続が進行しないことになる。このままだと、改めて訴状に法定代理人の記載を補充して、その法定代理人に対する訴状の送達のし直しをする、といったことが必要になる。

だが、成年被後見人は基本的には本人の近くにいるし、そいつが受領する可能性は高い。その場合に訴状を見れば、訴えが提起されたことは十分に知ることができる。

ここで成年被後見人が今一度の送達が不要であるとの意思表示をすれば、つまり追認によって、行為時にさかのぼって効力を有することになる訳だから、Yの訴状の送達を受領という訴訟行為が遡及的に有効になるのである。この結果、**間違っ**て被後見人に訴状が送達された場合でもその効力が有効になるというのが、34条2項の趣旨であるということになる。この場合には、改めて訴状を送達し直すということは必要ではなく、訴状の訂正のみでよい。

訴訟能力の取扱い

少しだけレベルの高い議論を加えておく。

①訴訟能力というのは**職権調査事項**である。

※なお、当事者適格や当事者能力を含め、多くの訴訟要件は職権調査事項である。

職権調査事項であるから、**裁判所は常に訴訟能力があるかどうかということ**を職権で調査する。かつその場合の判断資料は、**職権探知主義**のもとに収集され、裏からいえば弁論主義の適用を受けないということである。この趣旨は、裁判所は、その訴訟能力に疑いを持った場合は、常に職権でその有無を調査しなければならないということである。これによって訴訟能力がないものが訴訟能力を行い、あとで取り消され無効となることを防ぐ、ということが期待されているということになる。

②**訴訟能力を争われているとき、その判断に必要な限りでその者には訴訟能力が肯定されている**

訴訟能力の判断に必要な限りでは、訴訟能力の有無に争いがある者についても、訴訟能力が肯定される。

【事例】XがYに訴訟を提起したが、後に審理の結果Xに訴訟能力がないということがわかった。訴訟要件を欠くとして訴えを却下されたAは、この判断が誤りだと考え、控訴するつもりである。

控訴をして、控訴審で判断をすることも訴訟行為である。つまり、ここでXにはそもそも控訴という訴訟行為ができるかが問題となってしまうのである。だが争わせるくらいはさせるべきだし、訴訟能力について争う以上その限りにおいて、適法とされる。

不服申立ての取扱い

控訴というのは不服申し立てであり、判決を求める行為であることはかわらない。第一審では、申立事項としての訴訟上の請求についての審判を求めていた訳だが、控訴審においては原判決の取り消しを求めている。

却下されずに審議に乗った場合を前提に議論するが、その真偽の結果としてやはり第一審判決が正しいということになれば、取り消し要求に理由がない訳であるから控訴棄却ということになる。

他方、調べた結果訴訟能力があるということになれば、原判決を取り消すことになる。控訴認容。原判決を取り消すと、第一審の判決において求められていた訴えの応答が消えるということになるから、改めて第一審の訴えについて応答する必要がある。

このとき、申し立ての却下判決に対して控訴審がそれを破棄し自判してしまうと、本案について原審で審理することがなくなり、その分の**審理の利益が失われてしまうので、必ず差し戻しが行われる(必要的差戻し)**。いずれにしても訴訟能力の有無について争う限りで、控訴自体が訴訟能力についての理由で却下されることはない。

逆パターンとして、第一審で本案判決が出た場合についても考えておこう。すなわち、第一審では判決が出たものの、当事者の一方には訴訟能力がなかった場合である。たとえば、Xが訴訟で勝利したが、実はYに訴訟能力がないということを見逃していた場合、Yには訴訟能力がないのだから請求認容判決が出るはずがないとして、控訴した場合などがある。この場合は実際にYには訴訟能力がないはずであるが、この場合でも控訴ができる。このように訴訟能力の有無を争う限りにおいては、あたかも訴訟能力があるかのように扱われることになる。訴訟能力の有無というのは最終的にしか確定できないために、常に不完全情報のもとで一定の行動を積み重ねていかなければならない。その場合に、当事者の手続き保障をはかる結果、訴訟能力を争っている限り訴訟能力が存在するかのように扱える規律が妥当するのである。

あと、気になるのは、最後まで訴訟能力の不存在がわからず、判決が確定してしまった場合はどうなるのかということである。これについては通説は、訴訟能力の欠缺があったとしても、いったん判決がでてそれが確定した以上、**瑕疵が治癒されたもののように扱われる**としている。

判決自体には基本的には**無効**というものが存在しないというのがその理由である。存在するのは違法な判決のみであり、その違法な判決は上訴によって取り消されるということが予定されている。よって、上訴によって取り消されることがなければ、その判決は確定判決として本来の効果が生じるものとして扱われる。

しかしそのまま既判力が生じると考えると、制限行為能力者の保護にかけるというのは明白であるから、338条における再審の規定がとられるとするのである。これにより、確定した終局判決に対して、不服申し立てを行うことができるということになるし、それによって判決を取り消すことも可能になる。民事訴訟法 338 条 1 項 3 号は、法定代理権を欠いていた場合に再審を提起可能としているが、**法定代理権を欠いた場合に再審を提起できる以上、訴訟能力を欠いた場合にも再審を提起できると考えることもできる**とし、338 条 1 項 3 号の類推として再審が提起できると考えるのである。

4 法定代理人・法人の代表者

当事者は訴訟追行の主体であり、訴訟手続きにおいて様々な訴訟行為を行う。そしていかなる場合、要件を満たせば訴訟行為を行うことができ当事者に帰属するかという観点から当事者能力、そして訴訟能力について扱ってきた。ここからは、訴訟能力の欠けた訴訟無能力者の存在を前提として、そのような訴訟能力の欠缺を補充する法定代理の制度を概観する。訴訟無能力者が訴訟行為を行う場合、**法定代理人**が訴訟行為を行うというのは、おなじみ民訴 28 条の規定である。

【参照】民事訴訟法第 28 条

当事者能力、訴訟能力及び訴訟無能力者の法定代理は、この法律の定めがある場合を除き、民法その他の法令に従う。訴訟行為をするのに必要な授權についても、同様とする

すなわち、民法上、**訴訟無能力者(民法上の未成年者及び成年被後見人)の法定代理人とされるものは、当然に訴訟法上も法定代理人として訴訟行為を行うことができる**ことになる。

民事訴訟法 28 条自体が想定するのは、**訴訟無能力者**の法定代理であるが、民法上は他にも法定代理人を存在させている。すなわち、**相続財産管理人**や**不在者の財産の管理人**等も民法上の法定代理の規定が適用されるものである。根拠条文については議論があるが、このようなものについても訴訟上、法定代理人として活動できると解されている。

特別の定め

①36 条

実体法上は無能力者の行為は直ちに無効になるが、36 条により、**相手方に対する通知**があつて初めて訴訟行為が消滅する。相手方が代理権消滅の事実を信じていた場合、訴訟行為の効果は直ちに消滅するというのが新堂先生の説であるが、**判例通説(立法者の意思も)**では**相手方の知不知を問わず通知があつて初めて訴訟行為の効果が消滅する**としている。

つまり、通知がなければ手続きの安定を重視して訴訟行為の効果を継続させる。これは、細かいことなので、手続き安定の表れであることだけ感じ取ればまあ大丈夫。

②37 条

【参照】民事訴訟法第 37 条

この法律中法定代理及び法定代理人に関する規定は、法人の代表者及び法人でない社団又は財団でその名において訴え、又は訴えられることができるものの代表者又は管理人について準用する

法人の代表者については、37 条により法定代理の規定を準用する。議論の出発点は、28 条により法人が訴訟法上の当事者能力を有することである。もっとも、性質上**法人は自ら訴訟行為をすることができない**ので実体法と同様に、代表機関が包括的代理権に基づき訴訟行為を行うことになる。ここで、どの範囲の行為が法人に帰属するかが問題になるが、法定代理人と本人の関係との類似性を認め、37 条は法定代理の規定を準用するのである。法人が代表者によってのみ訴訟行為をすることができるというのは、自ら訴訟行為をする場合だけではなく裁判所、相手方からの訴訟行為を受ける場合にもあてはまることで、たとえば訴状の受領も代表者が行う。すなわち、すべての訴訟行為のスタート地点は代表者となるのである。

よって、**手続き上の地位を保障されるべきは代表者であり、訴え提起の段階で代表者の確定が必要となる**。

法人と代表者

【参照】民事訴訟法第 133 条 2 項(抜粋)

訴状には、次に掲げる事項を記載しなければならない

一 当事者及び法定代理人

そして、133 条 2 項 1 号における法定代理人の記載が、代表者の規律に準用されるため、法人を相手に訴えを提起する場合は法人の代表者を訴状に記載する必要がある。

これに関連して、**法人を被告として訴えの提起をする際法人の代表者を訴状に記載することが必要だが、原告にとってこれは常に自明ではない**。普通に考えて原告は、商法上の法人なら**商業登記**、民法上の法人なら**法人登記**を参照するが、とくにそれ以上の手段は持ち合わせないのである。コネとか探偵雇えば別だが。しかし、常に登記が実態を反映しているとは限らない。登記簿に記載された代表者が代表権限を有していないことがあるのである。この二セ者が訴状に代表者として記載され代表者として扱われたとして、訴訟行為を行う場合これは**無権代理**となり、本来的にはその法律行為の効果が法人に帰属しないことになる。

だが、早い段階でその者が代表者でないと分かれば真の代表者に改めて訴状を送達すればよいが、訴訟手続きを積み重ねていくうえでもそいつが真の代表者でないことが判明せず、典型的な場合には判決が下されてしまうということもありうる。このような場合にも、無権代理そのままだと、その人は代表者ではないので、効力を認めるべきでないことになってしまい、判決が確定すれば 338 条により**再審**の対象として取消すことが必要となる。

とはいえ、これらは司法資源の有効利用、手続きの安定といった観点から明らかに不都合である。そこで、**表見法理**を適用し、表見代表者として法人にその者の訴訟行為を帰属させ、途中で分かった場合は、その者を排除し改めて真の代表者に訴訟行為をなさせ、なんにせよ**それまでになされた訴訟行為を前提として以降の手続きを進行するという考え方が出てくる**。しかしながら最高裁は、この立場をとっていない。すなわち、**表見代表は訴訟行為には適用されず、代表権限のない者の訴訟行為を不合法とする**のである。

100 選 18 事件(昭和 45 年 12 月 15 日 : 最高裁)

代表取締役名義である者 A が訴訟追行した。原告 X は表見法理に該当するものとして、民法 109 条、(旧)商法 262 条(会社法 354 条)の規定の適用を主張した。

「民法 109 条および(旧)商法 262 条の規定は、いずれも取引の相手方を保護し、取引の安全を図るために設けられた規定であるから、取引行為を異なる訴訟手続きにおいて会社を代表する権限を有する者を定めるにあたっては適用されないものと解するのを相当とする。この理は、同様に取引の相手方保護を図った規定である(旧)商法 42 条 1 項(商法 24 条、会社法 13 条)が、その本文において表見支配人のした取引行為について一定の効果を認めながらも、そのただし書において表見支配人のした訴訟法上の行為について右本文の規定の適用を除外していることから考えても明らかである。したがって、本訴において、A には Y 会社の代表者としての資格はなく、同人を被告たる Y 会社の代表者として提起された本訴訟は不合法である」として、訴訟を却下。

重大な効果をもたらす訴訟手続きにおいては、**法人については「代表権を有する代表者によって代表される」利益自体が保障されることが、法人の手続き保障という観点から望ましい**。判例は明示しないが、表見法理を適用すると、相手方の善意悪意により訴訟手続きの行方が左右されてしまうという点からもそれなりの合理性はある。もっとも、議論の余地はある。民訴法上手続き保障は重要であるが、**手続きの安定**もまた訴訟法上追求されるべき価値であるからである。

訴訟手続きが積み重ねられているのであれば、一定の事由が存する場合、具体的には法人に**帰責事由**があり相手方の**正当な信頼**を保護すべき場合は、すでに行われた訴訟行為を有効とすべきではないかという反対説もある。確かに民法 109 条は本来的には取引の安全保護の規定であるのは承知の通りだが、その後、いわゆる表見法理への発展を遂げたのもまた知っての通りである。そして、表見法理は外観に対する正当な信頼を基礎とする。

これに鑑みれば、訴え提起に際して代表者の特定のためには商業登記、法人登記を信頼する他ない原告が登記を調査したうえで訴状に記載した場合には、**登記の外観作出につき法人に帰責性を見出せるし、原告にも正当な信頼が存在するから、現在の表見法理を基礎にすれば、こうした表見法理はなお適用されないか**といった問題設定も可能ではあるし、それなりに合理性を持つと言えるのではないか。

この見解によれば、例えば**代表者の退任**にもかかわらず法人が登記の変更を怠っていた場合には、相手方が悪意である場合を除き、登記に依拠して代表者を記載した相手方の保護という考え方によってその者がなした訴訟行為を法人に帰属させることになる。これは、会社法 908 条をもとにする。

また、別の方法で原告の負担緩和を図る見解もある。すなわち法定代理権がない場合、民訴法 34 条により、訴訟能力のない者の訴訟行為は原則無効だが、追認は可能と定められる。ここで、34 条を用いて**黙示の追認**を認定したり、あるいは、**信義則**上追認拒絶できないとする構成はどうだろうか。

結論は表見法理の適用とほぼ同じだが、以下に述べるような感じの、まあ若干無理のある議論ではある。

さて、原告に要求しているのは、登記をしっかりと見てそこにある代表者に送達することくらいであると思われる。※名義人の住所、会社いずれも送達場所とすることが可能である。

この場合、Y 会社について本来 B を代表者として訴状に記載しなければならないところ、偽物 A の名前が書いてあった場合を仮定しよう。このとき会社を送達場所として Y 会社代表取締役 A と記載し送達すれば、Y 会社は代表者の記載を知ることができるのだから、A 名義ゆえに記載に誤りがあるとの理由で訴状を無視することはできず、この場合は訴訟係属を当然知りうべきであるともいえるのである。そのような理解から、直ちに異議を述べない限り後から追認拒絶することは信義則上できない、または追認が黙示にされたとするわけである。

いずれの説であっても、本人に外観作出の帰責性があることが前提とされ、**相手方が登記を調査する義務をしっかりと果たすことさえしていれば、その後名義上の代表者がなした訴訟行為の効果が法人に帰属することは、拒否できない**という考え方が基礎にある。

5 訴訟代理人

代理人が訴訟行為をし、その効果が本人に帰属するのが代理である。

代理は一方で制限行為能力者の行為を補助する役割をもっていた。他方同時に、民法では任意代理の制度も存在し、個人の法律行為(取引)の範囲を拡大するためにも使われた。訴訟法上でも任意代理にあたるものがあり、それがすなわち**訴訟代理**である。

訴訟能力を有する当事者が自ら訴訟行為を行うことは、常には想定されていない。様々なコストがかかるし、何よりも勝訴するには専門的な知識や技術が必要になってくる。敗訴した場合には執行を受けるのだし、任意代理というかプロに期待することが見込まれる。そのために、**弁護士**と言う職業が法制度の中で位置づけられているわけである。他方で、弁護士以外に代理させると不適切な代理によって本人に不利益が出る恐れがある。何より当事者をくいものにする連中がいるかもしれない。いかにも当事者のために装って、それを食べ物にする人間が少し前までは多かったのである。

※そいつらの下に行った金が大体どっか怪しいところへ動いていたのがさらなる問題だったが。

現在はいわゆる立法上の対策が徹底されつつあるが、この問題はなおあるかもしれない。

ということで、しっかりとした法制度が現行法では想定される。

訴訟委任には、大きく分けて二つの類型がある。

①訴訟委任に基づくもの

委任契約を結んで、受任者に訴訟追行をゆだねる。まあ弁護士に頼むやつ。

②法令によるもの

民事訴訟法第 54 条は、法令により訴訟行為をすることができる代理人の存在を認めている。これは法令による裁判上の行為をする権限が与えられているということで、例えば支配人などが例に挙げられる。

まあどちらにせよ、このような訴訟代理の訴訟法上の受け皿が 54 条であるから確認し置こう。民法典での法定代理は制限行為能力者のためのものだが、ここではそのような趣旨で制度が置かれているわけではない。

民訴で訴訟代理と言う場合には、この二つを想定しなければならない。

訴訟委任に基づく代理

最も重要なのは、やはり 54 条。すなわち、法令上の代理人のほか、「**弁護士**」のみが代理することができる(**弁護士代理の原則**)。簡易裁判所では司法書士でも可能だが、このように簡易裁判所での例外はあるが、**弁護士代理の原則**がとられている。

①法律に通じていない人間に代理させない

②手続きの円滑な遂行の図る

③当事者の権利救済の実現と利益保護を確実に図る

これらが趣旨である。

ただ 54 条の関連では、弁護士でなければ訴訟代理人に成れないとしているところ、裏から言えば**訴訟代理人を選任しないことも可能である**。現行法では**本人訴訟**が許されていることになるが、比較すると米国やドイツなどでは一般的に本人訴訟が認められなかったりする。そういうのを一般に**弁護士強制主義**と呼ぶのだが、この差異は日本の特色である。

実際は上の原則が達成されるためには**弁護士強制**のほうがよさそうだが、この点は不十分と言うことになる。データでみると、日本の本人訴訟率は、地裁では 5 割近くある。簡易裁判所では 8 割程度(司法書士の登場で減りつつあるが)。5 割の方々は、選任できるのにせずに訴訟にやってくるのである。

ある意味で、権利利益の保護や手続きの円滑な進行の観点からはちょっと迷惑があったかもしれない。多数の事件を円滑に処理するべく、諸外国は**弁護士強制制度**を導入したのである。

が、日本で導入する際の当時の問題は二つあった。

①**弁護士費用の負担はどうするのか**

ドイツでは**弁護士費用**のための保険があり、通常はそれに入っているわけであるが、日本ではそれは難しいところがある。このような観点からむしろ本人訴訟を充実させるべく、**法テラス**などが作られた。

②**弁護士へのアクセスの確保**

弁護士の数はある時期までは諸外国よりも非常に少なかったが、その偏在もやはり問題だった。地方ではなかなか**弁護士にアクセス**できず、一つの裁判所の管轄区域に 1 人しか**弁護士がい**ないとかいうこともあったのである。この問題はやはり現在も続いており、地方では十分な**弁護士の数が確保**できていない。そのため、**過大な負担**がかかたりして、**円滑な遂行**が妨げられているところもある。

将来的には環境が変われば、**弁護士代理原則**をより強化して**強制主義**に変化することもありではあるのだが、現時点では無理ですよということになる。

ということで、現行法では**弁護士**に対して**訴訟委任**をすることが「できる」というだけである。

規律

以上より諸ルールの基本をおさえよう。

まず、プロである**弁護士**が基本的な代理人である。

そのため、代理人の権限が民法の代理よりも広くなっている。個別に見ていくと細かいので、ポイントのみ。

A 基本：訴訟委任に基づく**訴訟代理人**として活動するため、民法上の代理人の関係となる。

ここで問題になるのが、利害関係の対立である。弁護士の最善の手は依頼者のそれと一致しないということがありうる。通常はコミュニケーションとれよと言うことになるが、事実それはありうることである。懲戒とかの問題にもなるけど、代理だとこれは基本的には**体内関係**として処理することになる。弁護士の訴訟行為の効果は本人に帰属するが、代理権の存在が前提であり、その範囲での帰属となる。

B 代理権の範囲

代理権の範囲は**訴訟委任契約**の解釈問題となる。ただ、**訴訟委任契約**の解釈をいちいちすると、それ次第では実際には代理権があると思って行った行為が後から否定されるとか言う事態にもなりかねない。

そのため、**訴訟関係**が後からぶれることへの施策が必要となる。具体的には 55 条により、**訴訟代理権の制限はもともと認められない**。

すなわち、**訴訟代理権**の範囲として、反訴や仮指し押さえなどの画一的な範囲の代理権が準備されており、それを超えることが許されないのである。この基礎には、**手続きの安定性**、**訴訟の円滑な遂行**と言う観点があるのは言うまでもない。訴訟代理人は**弁護士**なのだから、こいつが多少頑張っても**弁護士**に対しての信頼があるだろうと言うのも背景にある。

ただし、**和解**など一定の重大な効果をもたらす行為については、55 条 2 項が個別の授権を必要としている。もちろん授権がなされれば、それに対しての制限をかけることはできない。和解の授権を与えつつも、その和解の内容はこうしてね、これ以外はダメですとかいうのは義務として課すことはできない。倫理的には別だが。

※それゆえ、**弁護士の背任行為**には、懲戒等厳しい処分がくだる。

C 代理権の消滅

民事訴訟法上は**法定代理権**が消滅しても、**相手方へ通知するまでは代理人はなお訴訟行為ができる**のである。これは**本人保護**の観点からは問題があるが、**手続きの安定性**、**弁護士の信頼**から認められる。

※55条1項による代理権の制限が認められないことのもたらす帰結は少し問題になり、個別的には100選の19事件などで争われている。具体的には、訴訟代理人は訴訟物を超えた範囲まで代理権を行使できるか(より端的には、和解できるか)が問われる。刻一刻と変わる訴訟状況の中では訴訟物を超えた権限を認めてしかるべき、という理解が強いが、じゃあどこまで認められるのかについては一致した見解が無い。弁護士に関する規律にはいろいろな問題があるが、ここではこれくらいにしておく。暇なら授業では扱わなかった100選の20事件とかを見とくといいと思うよとのこと。

法令上の訴訟代理人

商法上の支配人などのような法令が特別に裁判上の行為をする権利をあたえていることが実体法上あり、これの訴訟法上の受け皿として、民事訴訟法は54条に「法令により裁判上の行為をすることができる代理人のほか」弁護士にしか訴訟代理人となれない、として抜け道を置いているということになる。以上で、訴訟上の主体については終わり。

(5) 審理

ようやく人がそろったので、ここからはそいつらが何をしていくのかをみていこう。

まあ、当事者の申立である訴えにおいて、定立された訴訟上の請求についての応答である判決を出すのが最終目的であるから、その判断をする必要がある。

そのためには資料も必要だが、それを収集する過程が必要になるし、それにつき判断していく過程も必要になる。この流れが審理であるが、それには**情報収集・情報処理**というそれぞれのプロセスにおける実体面という意味合いがまずあり、これについては**弁論主義**が妥当する。

もう一つは、審理の手続きそれ自体、当事者の主張立証行為が行われる場をどのように定立するのかという側面である。これには**期日**と言う概念が大事であり、なかでも大事なのが口頭弁論というもの。後者から説明していくことにする。

A 審理方式としての口頭弁論

1 「口頭弁論」という審理方式の特色

当事者に手続き保障を与えつつ、実体的な真実を発見できる場が裁判所の理想である。民事訴訟法の2条では公正かつ迅速に、と一つの理念を与えていたが、当事者に手続き権が保障されることはすなわち公正の具体化であろう。そしてそのためにどのようなものを作るのか、についてはローマ法以来の試行錯誤の結果、**口頭弁論**というスタイルが理念の実現に適合的であると理解されている。

だからこそ民事訴訟法第87条は、**当事者が口頭弁論をすべき旨**定めているのである。

※ところがここで、任意的口頭弁論を同条文が用意しており、決定で終了すべき事件については口頭弁論すべきか否かが裁判所によって決まることになる。口頭弁論を経ない場合が問題になるが、そのときには代わりに当事者を**審尋**することが出来るという手当てがなされる。とはいえこれが意味するのは、口頭弁論の規定に従わない調査の手法が一定の場合に認容される、ということでもある。

憲法82条は、対審での裁判を規定するが、これは口頭弁論と言う審理形式を指すことになるだろう。

口頭弁論の沿革

先ほども言った通り、試行錯誤の結果この地点にたどりついたわけだが、歴史的には転換点がある。それはすなわち19世紀の前半である。

これ以前は、(現在でいうとすれば)**書面審理方式**が採用されていたわけだが、19世紀の前半から70年代に口頭弁論が普及し、1877年のドイツ法がここに口頭弁論を採用すると、流れはもう確定的となった。

しかし、逆に言えば口頭弁論でないものとして書面審理がたしかにあったわけだが、これはなんなのだろうか。ここで、当時の裁判は**実際に裁判を行う裁判官が期日に立ち会わない**やり方であった。そして、裁判官が出す**報告書**に基づいて判決が出されると言うシステムであった。当時の法制からすると、直接当事者と対峙することは、裁判官に予断を抱かせるので敬遠され、審理段階と判決段階を峻別したのである。この時一般に行われたのが書面審理であったわけである(書面主義)。

ここでは情報収集する裁判官と判断する裁判官が違ふと言うことで、これを一般的には**間接主義**という。これによれば当然に非公開になるわけだが(公開する意味がない)、書面での立証の試合に基づく一定の報告書が作られ、提出された裁判官が一定の判断をするということになる。これは当時の裁判官の信頼からすれば、適当な手段であったと言うことである。

こうした伝統に穴をあけたのがフランス革命である。「非公開」の裁判はこの流れで厳しく批判され、公開が原則だと言うことになった。当事者が口頭で主張立証しあうと言う原則が妥当だとされたのである。

口頭で主張立証するとすれば、立証過程に立ち会った裁判官が判断すべきと言うことになるから、間接主義はここで廃されることになるのである。立憲国家における裁判官には新たな信頼が発生したのも理由である。若干必然的というわけでもないところもあるが、やはりこの歴史的な文脈の中で新しい審理方式として「口頭弁論」が誕生したのである。

この時点からは従来当たり前だった制度があたりまえではなくなり、あえて形容的に「書面」審理とっていくことになるわけである。これが、87条、口頭弁論システムの持つ背景である。

87条について

審尋もしくは(必要的)口頭弁論が法定され、基本としては口頭弁論に提出された者のみが訴訟資料となる。ただし、この必要的口頭弁論の原則は絶対ではなく、例外が存在する。87条3項により「特別の定め」があるときとして、140条の場合などが例外となる。

【参照】民事訴訟法第87条

- 1 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
- 2 前項ただし書きの規定により口頭弁論をしない場合には、裁判所は、当事者を審尋することができる
- 3 前二項の規定は、特別の定めがある場合には、適用しない

【参照】民事訴訟法第140条

訴えが不適法でその不備を修正することができないときは、裁判所は、口頭弁論を経ないで、判決で、訴えを却下することができる

まあ、口頭弁論を経ることなく却下だよねみたいなものがある。たとえば樹木を被告として訴えを起こしたような場合。しかし、あくまで「不備を修正」できない場合と限定がかかるので、要件具備していないならばすぐにもうアウトと言う訳ではない。

※これは訴え却下の根拠規定ではない。単に却下する時には考えなくていいよと言うこと。

このように、適正迅速の観点からは例外が認められるということになる。他にも例外はあるが、省略された。

なお、87条3項の「特別の定め」の場合には、同条1項2項の適用が廃されるため、審尋についての2項も適用されなくなる。**審尋**は口頭弁論に代わるものであり、審理の規律を緩めたインフォーマルな情報収集手続きである。手続き的派生事項については決定で終わるので審尋ですまされることがある、というのが2項の主旨だが、これは140条のような場合、お前ふざけとんのかという訴えがきたような場合とはあくまで別物なのである。

主義シリーズ

口頭弁論に係る様々なルールを理解するうえで、個々のルールと言うよりも後ろの審理方式に着目するのが大事である。とくに●●主義シリーズには注意。原理だから切れ味強くはないが、それでもラフな視点は大事。

- ①**口頭主義**
- ②**直接主義**
- ③**公開主義**
- ④**双方審尋主義**

※当事者に審尋つまり攻撃防御方法の提出機会を与えることに着目して、このなかに④双方審尋主義を入れる論者がいる。だが、これは口頭弁論におけるかつての重要な意味を持ったとは思いますが、現行法では別に**口頭弁論でないときにも双方審尋主義は要求されると見るべき**であり、口頭弁論内在の理屈とするのは変である。むしろ当事者権の問題として議論されるべきだと言うのが近年の理解となっている。

①～③は、先に見たように沿革からして口頭弁論内在的なものなので、細かくみていこう。

口頭主義

書面主義と対比される。**証拠調べは口頭弁論によるとされ、口頭弁論で提出された資料のみが判決の基礎になる。**準備書面としてそれが提出されても、口頭弁論で述べられなければそれを判決の基礎にすることができない。口頭主義の採用については、繰り返すが裁判の公開と歴史的には密接である。現在ではそれに加えて、口頭での主張の戦わせ合いこそが、裁判官に**争点の発見**を用意にさせるし、当事者との共通認識を得られやすいことが、**真実発見**に資すると言う理解がなされている。

だが短所もあるわけで、たとえば複雑な問題についての聴取などには困難が伴う。またその陳述の結果を記憶再現することも難しく、複雑化した社会での紛争解決には、書面の併用などのサポートが必須である。

だから一方で、記録をとることが重要になる。

その記録については 160 条が規定する。裁判所等の機関は期日ごとに調書を作らなくてはならず、当該当事者の訴訟行為について裁判官が参考にできることになっている。

161 条は**準備書面**について定め、口頭弁論は書面で準備しなくてはならず、攻撃又は防御につき主張立証するためには書面で事前に「こんなこといいます」と告知することが決められている。これによって相手方も裁判所も予習することができるわけである。

なお、準備書面には二つ重要なルールがある。

①158 条：**最初にすべき口頭弁論期日に出頭しなかった当事者について、陳述の擬制が行われる**

ただし、二回目以降は違う。ようするに最初の期日に原告が欠席したような場合に、材料が何にもないから訴訟行為も出来ないというのは困るから、準備書面を利用して陳述とするのである。この理屈では「訴訟の元材料提供者」ではない被告が欠席しても原告は訴訟行為が出来そうだが、当事者間のバランス取りのために原告被告ともに適用される。

②161 条 3 項：**相手方が在廷していない口頭弁論においては、準備書面に記載していないことを主張できない**

相手が在廷しているときは大丈夫なのだが、相手が欠席している場合には許されない。

準備書面にかいてあればいいだろうと言うのは、相手方の防御権が保障されるからである。

直接主義

直接主義は、**判決をする裁判官が自ら審理をする**と言う原則を指す。他の裁判官の裁判を基礎にすることは、現行法では禁止されるのである。これは民訴の中でも厳格なルールであり、違反についてはかなり厳しい。絶対的な上告理由となるし、再審事由にもなる。これが口頭主義と同時に採用されることで、当事者について審理を適切に、当事者の心身を思いやった形で実現できると想定される。

理念としてはそうだし、現行法上もかなり厳しい基準が設けられるのだが、穴がある。

①**裁判官の交代**

日本の裁判官はキャリアシステムをたどるわけである。その結果、三年に一度の転勤みたいなものがあり、これにより高度な司法サービスがどこでも適用できるのである。定年までそこにいると言うアメリカのようなやりかたにもメリットはあるだろうが、日本法は裁判官の転勤を採用している。

その結果、裁判官の交代は不可避になる。交代前にやたら判決が多くなる統計もあるのだが、基本的に 4 月をまたぐこともある。その時、直接主義の要請を貫くとはじめからやりなおしとなる。

が、これは大変なので、裁判官の交代において、従前の口頭弁論の結果を陳述することで直接主義の要請と変えることができるものとされている。なお実務ではそもそも陳述すらめんどくさいので「従前のものを繰り返します」というだけで済まされるようである。ただ、証人尋問については**再尋問**が必要とされる。ここではやはり陳述のニュアンスがとても大事だからである。

とはいえこれでは口頭主義の穴になるのだから、やはり、裁判官の交代は出来るだけ避け、そのためには迅速な審理が求められる。

旧法下ではしばしば数年スパンでの事件解決が行われたが、このようなときに裁判官がころころ変わると三人目くらいからはわけわからなくなってくることになるし。

②**証拠調べの対象**

証拠調べの対象が裁判所から遠く離れているときがある。すなわち、口頭弁論の原則は受訴裁判所の自らの法定でのそれが想定されているが、東京地裁で審理を行えないあるいはすることが適当ではない場合がある。

そのために 185 条は、直接主義の例外規定として相当と認める場合に裁判所外における証拠調べを行うこと、そして受命裁判官又は受託裁判官による証拠調べもを認めている。この結果、受命委託裁判官の証拠調べの結果を見て判決がだされるのだから、直接主義の例外である。

※証人尋問についてはさらに要件が厳格にされている特則がある。

ただし、以上の口頭主義については、通信技術の進展の中で別のルールができあがりつつある。

細かくは述べないが、民事訴訟法第 204 条によって、スカイプ等を利用して、遠隔地の居住者をいちいち呼びつけなくても直接主義の要請が実現できるとされている。これはほとんど活用されているが、歴史的な言い方をすれば IT 技術の進展のなかでさらに可能性が広がりつつある。この意味においては、**今までのものとは別の形の直接主義が実現される可能性があり、いまはその過渡期である。**

公開主義

公開主義とは口頭弁論が公開されることであるが、公開については憲法 82 条による根拠づけがなされている。

※憲法により公開原則をここまで強く要請しているのは、実は日本に特有なことである。冗談めかして立法の瑕疵というものもいるが、特に刑事事件において歴史的には密室裁判への批判があったということがある。

【参照】憲法第 82 条

- 1 裁判の対審及び判決は、公開法廷でこれを行ふ
- 2 裁判所が、裁判官の全員一致で、公の秩序又は善良の風俗を害する虞があると決した場合には、対審は、公開しないでこれを行ふことができる。但し、政治犯罪、出版に関する犯罪又はこの憲法第三章で保障する国民の権利が問題となつてゐる事件の対審は、常にこれを公開しなければならない

最高裁も、公開主義につき、**裁判の公正・国民の信頼**の確保はそのおおきな目標である旨を既に判じているところであるが、また他に理由付けするとすれば法廷外での**自由な議論**の保証などもありうる。

これについての訴訟法上の問題点は、少なくとも立法レベルでは「公開の制限」がいつ認められるのかにある。まず、ここで憲法原則の否定は憲法に求めるしかないから、82 条 2 項の場合にあたる時しか制限はできないことになる。これをうけて、裁判所法 70 条がその具体化をしている。

【参照】裁判所法第 70 条

裁判所は、日本国憲法第八十二条第二項の規定により対審を公開しないで行うには、公衆を退廷させる前に、その旨を理由とともに言い渡さなければならない。判決を言い渡す時は、再び公衆を入廷させなければならない

こうした受け皿があるにはあるわけだが、従来は非公開にすることはほぼなかった。公開主義の重要性を裁判所が認識していたからである。だが、これにより看過しがたい問題が生れているとの指摘もあった。

すなわち、原告が訴えを提起し、その請求原因を主張する過程を公開すると、たとえば離婚訴訟などにおいては**かなりプライベートなことをも公開するということになる**。他にも、営業機密を漏洩するのを差止するための訴訟が公開されてしまったら、それはもう本末転倒である。

この結果平成 8 年改正以前の状況では、当事者が営業秘密を守るために敗訴ないし訴えの提起をやめるという負担を甘受することがありえたのである。これに対する対策として、公開制限に関する規定を特許法だとかの諸法に設けることにした。この諸法の制限は憲法を排する規定ということではなく、憲法 82 条 2 項の事由を具体化した規定であるとして合憲だと一般に解される。

例えば離婚訴訟に関しては人事訴訟法の 22 条が、営業機密については特許法 105 条の 7 が、それぞれ非公開審理について定める。結局は、憲法 82 条が非公開を許すような止むを得ない事情がどこなのかというのが問題だから、そのあたりを細かい法律が定めているのである。

なお、ここでいう公開主義は、あくまで一般に公開するなよということであり、当事者の手続き保障という意味での**当事者公開主義**は、なお一般への公開主義が制限される場合でも保障されねばならない。

※知的財産については、公開を制限するだけではあまり問題が解決しない。当事者公開主義としての立会権自体は否定できないのだが、裁判のなかで相手方に営業秘密などが漏洩する可能性はあるからである。よって、これについてはさらなる制限がかけられ、たとえば特許法 105 条の 4 には**秘密保持命令**の制度が用意されている。これは法廷内の一定の事柄につき守秘義務を課すというもので、破ればサンクションが課される。

まあこのような個別の工夫が、しばしば必要になってくる。

◎記録閲覧

また、この問題は訴訟記録の閲覧にも若干係るので見ておく。

【参照】民事訴訟法第91条1項

何人も、裁判所書記官に対し、訴訟記録の閲覧を請求することができる

訴訟記録の閲覧権が保障されるが、これも広く公開の一部となる。これによって公開と言うものが保護しようとした価値が実現できると言うことになる。

もちろん、非公開の口頭弁論に係る訴訟記録の閲覧は制限され、当事者及び利害関係を疎明した第三者に請求権者が限定される(91条2項)。

2 口頭弁論の準備：争点及び証拠の整理手続き

口頭弁論期日の積み重ねで訴訟手続きは進んで行く。

口頭弁論期日においての広い意味での主張立証が行われ、裁判所から見れば主張の聴取並びに証拠調べが行われるわけだが、注意すべきは**主張立証に関係する行為の全てを口頭弁論で行うことが想定されているわけではない**ということである。

これは口頭弁論期日とは「別の」段階を踏むということであり、それゆえ二段階審理と説明されるものだが、その説明と、背景にある考え方を実務含めて話していく。

以前

大正改正以前の民訴法では、全てが口頭弁論で行われることが想定されていた。**公開主義**の保障という原則からは、当然すべて口頭弁論にして密室性をなくすことが望まれたのである。しかしながら、これは非常に難しい。手続きは厳格になるし、ラフに言えばコストがかかる。法廷を準備する必要があるわけだし。

だから、必要なものは口頭弁論にするにしても、細かいことはいいんじゃない、という考え方がでてきた。実効的な弁論を実現させる動きが出てきたのである。

ここで具体的には、**「過不足のない主張」が口頭弁論でできれば、コストを削減できる**。そのために、口頭弁論についての「準備」という概念が出てきたのである。

調査と検討による、裁判所と当事者間での理解や主張の交換をあらかじめすることで、何が争点であるのか、何を事案の解決のために主張立証すべきであるのかという整理を行うわけである。

かくして、各国は様々な形で準備手続きを整備するが、日本も大正改正以降整備を進め、現行の法制に至る。

特徴

①争点中心審理

どうでもいいところで戦うのはやめて、重要なところを重点的に戦わせよう。

②二段階審理構造

弁論主義を採用しているから、争いのない事実についてはそもそも主張立証が必要ではない。よって、はじめに少し時間をおいて、何が争点かを浮かび上がらせる段階(準備)と、その後の争点についての争いを分離させることが争点中心審理の要請にかなう。前者の手続きを争点および証拠整理手続き、後者を集中証拠調べという。

具体的にはどんな手続きが行われているか

時系列で確認しよう。

A 訴えの提起

B 口頭弁論期日の指定(138条：訴状の送達)

第一回期日での実効的な弁論が出来る場合もあるが、通常はここから被告は準備をはじめるので、この間にはなかなか準備が出来ないことが多い。

C 第一回口頭弁論

結局準備できてないので、争いのない事件をあぶりだす(欠席裁判)

D 弁論準備手続き(など)

争いがある訴訟の場合には、争点及び証拠の整理のために準備の手続きを設ける。

手続としては三つの手続がある。

① 準備的口頭弁論

口頭弁論で行う。

② 弁論準備手続

ちっさい部屋でインフォーマルな形で準備手続を行う。非公開。テーブル席を囲んで行う方式なのでコミュニケーションも取りやすいし、意見もいいやすいアットホームな雰囲気である。リーガルハイでもよく出てくるやつ。広末がもめてた隣人たちの話し合いで「ただしバーベキューをすること(ドヤ)」とか言ってた部屋。

③ 書面準備手続

コストがかかる場合には書面ですすめることもある。

まあ法廷を使わないでいいから、コストとしてはとても安くなる。種類については当事者の意見を反映しつつ、裁判所が最も適当なものを選択するが、実務としてはほぼ弁論準備手続になる。

ここではその後の証拠調べについての予定も確認され、これだけの準備を経て口頭弁論へ戻るわけである。

E 第二回口頭弁論

173 条により、弁論準備手続の結果陳述が必要となる。弁論準備の際のエッセンスは口頭弁論に提示されることになる。言うまでもないが、口頭弁論内に提出された資料のみが判断の資料となることとの整合性を保つための規定である。

第二回の期日のその日に証拠調べに入ることになるが、整理に従い集中して証拠調べは行われる。ここでは生き生きとした証言の印象のもとで、争点となる事実について意見を戦わせ適切な心証を形成することが期待されるわけである。

F 第 n 回口頭弁論

普通は第二回口頭弁論で終わるのだが、心証形成がなされるまでは続く。

メリットとデメリット

現行法のやりかたは、準備+口頭弁論のコンボを利用し集中的に手続を行うことにより、生き生きとした心証を形成できる点では確かにいいのだが、逆に言えばこれは「一発勝負」を要求するということでもある。

そんななかで自分たちの知らない主張が相手方からなされれば、敗北濃厚になってくるが、これに対処するためには、弁護人には並々ならぬ努力と調査を要請することになる。この意味で、**適正迅速な裁判のために、当事者へ負担をかけるおそれがあるにしても、その要請を貫く**というのが現行法のアイデアということになる。

この「適正迅速」さは、一般的に東京地裁ではうまくいっていると言われるのだが、地方裁判所などではいまだにぐだぐだとおこなわれている(改正前は何か月かに一回の期日であった)ところもあるようである。

B 手続の進行

1 職権進行主義

職権進行主義

手続の進行に関する規定については、これは**口頭弁論**を基軸に考える必要がある。口頭弁論に関しては 148 条以下に規律されるが、多くが「**裁判長**」が規律するようになっている。これも含めてここでは裁判所というが、ここでは裁判所側に進行する権能が認められているのである。

ここにあるのは、**手続の進行・形成について責任を負うのは裁判所であるべきだ**という考え方である。対比的には当事者進行主義と比べられるが、沿革的に少し話していく。

当事者進行主義は、たとえばナポレオン法典などでは実際に採用されていたものである。ここでは送達までも当事者の役割とされていた。要因はいろいろあるが、①裁判所の権威が弱かった、②自由主義思想の反映(国家不介入。議論はあるが)などがあげられるだろう。とくに 19 世紀のヨーロッパではこの理念は広く共有されるものであり、そのままヨーロッパから法典を継受した明治法制でも当事者進行主義がとられていた。

だが、①**福祉国家**における当事者の権利救済への国家関心、②当事者への**過大な負担**、③それにとまなう**裁判所の負担**(合理的でない制度は、当然コストがかかる)などの批判があり、大正 15 年改正では、新たな法制度として職権進行主義が採用されるに至ったのである。

これを象徴するのが、民訴法2条の「裁判所は」という規定に他ならない。

【参照】民事訴訟法第2条

裁判所は、民事訴訟が公正かつ迅速に行われるように努め、当事者は、信義に従い誠実に民事訴訟を進行しなければならない

訴訟指揮権

職権進行主義のもとで裁判所に認められる様々な権能を総称して、**訴訟指揮権**と言う。すなわち、公正かつ迅速な裁判の実施のために裁判所が行使する権能である。例として148条に具体的な規律がある。

※公正と迅速では、公正のほうが重要である。攻撃防御が対等公平に行われることが、訴訟の手続きとしてはまず肝要であるからである。

① 狭義の訴訟指揮権

口頭弁論の整序を目的とするもの。手段としては被告が複数いたりするときに口頭弁論の分離・併合をしたりすることができる。

② 期日

87条以下の訴訟手続きに規定されるところ、期日の指定や送達(呼び出し)も裁判所が行うものである。呼び出しは立会権を保障するためにはとても重要なものであるし、手続き保障という観点からは重視される。

③ ほか

あとは細かいので勝手にみとけ！とのことであった。手続き保障に欠ける授業である。まあその他の期間を定めたり、期間を伸縮したり付加したり(96条)、和解をすすめてみたり(89条)、さっきもみた準備手続きの選択ができたり(164条・168条・175条)だとかほんとにいろいろできます。

訴訟指揮権の使用の際の原則としては、**裁判所の合目的な裁量にゆだねられる**と言うのが一般的である。この表現には若干の違和感もあるが、一般的な表現として使わせてもらう。

この主旨は、適正迅速な裁判のためには裁判所のその時々判断を尊重すべきであろうということである。裁量なので、上訴審のレビューも原則想定されないわけである。

が、一定の限界があるというのもこれまた一般的な理解である。これに関するのは100選の41事件である。

100選41事件(昭和56年9月24日：最高裁)

口頭弁論終結のあと、無権代理の主張をしたくなった。ので、弁論の再開を申し出た。必要的口頭弁論が原則であるために、口頭弁論期日に主張しなかったことを主張することは原則できないので、もう一度口頭弁論期日をひらいてよというのである。

原審は、これを認めなかった。

ここで、再開の権限は裁判所に与えられている。まさに裁量の典型というような条文であり、この原審の取扱いが適当なのかどうか争われたのである。結構アツイ判決が出た。

①専権事項に属し、**当事者は権利としては再開を求められない**。裁量つす。

②ただ裁量も無制限ではなく、さらに**攻撃防御の機会を与えることが必要だと思われるのにやらないと違法**。

③今回は、攻撃防御の機会をあたえることが不可欠。

この判旨の射程は別として、公正な手続きの保障の観点からの裁量の限界という問題がなお残ることが分かる。

職権進行主義に関する近時の評価

弁論の再開についての訴訟指揮権につき、先ほどの判例は裁判所の「専権」とした。153条の条文からするとそうであるが、しかし職権進行主義がそのような権能を本当にあたえるのだろうか。言い換えれば、**職権進行主義は必ずしも当事者の権能を否定しないのではないか**という問題がある。

この観点から職権進行主義と言うよりも、共同(協働)進行主義というべきではないかという議論が、出てきている。ここでは2条の主旨も、最終的には裁判所が責任を負うってだけで、当事者は自ら出来る範囲で適切な訴訟追行に責任を持つのだと言うことになり、この観点から具体的な手続きの見直しははかられることになる。

たとえば平成8年改正から入った「当事者の意見を聴き」という表現であるが、これは「はい聞いた！いま聞いたよ！だが断る」というような運用を許すと言う意味ではないだろう。そこにあるのは今の議論の発想にも見える。

この議論にはインフォームドコンセントに準ずる訴訟進行を目指す学者サイドからのバイアスもかかるが、それにもまあ合理性自体はあるのではなからうか。これが今後どう展開していくのかはわからないが。

※このように当事者に一定の権利をもたせるという考え方からしても、やはり裁判所が画一的に大量の裁判を処理する必要がある以上、自由な合意による訴訟形成、つまり任意訴訟は認められないだろう。

C 当事者の弁論活動と裁判所の役割—弁論主義

1 弁論主義

さて、裁判所は当事者の申立事項としての訴訟上の請求の当否について判断する。

そして実体法は多くの場合、一定の要件があれば一定の効果が発生するという構成をとっている。よって、ある請求たる法律上の効果が認められるかどうかは、その要件事実が充足されているかどうかの判断につながる。

その判断のための資料は、現行法では**当事者の主張**によるものを期待している。主張の行き違いがなければそのまま自白として判決の基礎となるし、違いがあれば証拠調べをすることになる。その証拠調べのためにも、当事者の提出した証拠を使う訳である。

このように現行法のアイデアは、**当事者の主張立証によって請求の当否を判断し、要件事実の主張、存在を推認させる**というものである。ゆえに、攻撃防御方法の提出はとても大事である。当たり前である。

※証拠方法を調べて得られたものが、証拠資料である。後述する。

資料の収集

資料の収集に着目すると、法律要件の存否を確定するための事実を収集しなくてはならないが、それを裁判所は通常有していない。判決の確定のために必要な資料を**訴訟資料(判決資料**というほうが適当と思われる)というが、これをいかなる規律の下に收拾すべきかという議論がある。

この資料収集のための規律を理解する視点として、「裁判所と当事者の役割分担」というものが有効である。その上で現行法は、訴訟資料の収集、提出を当事者の権能且つ責任と位置づけている。この原則を、**弁論主義**という。端的に、「てめーで勝手に持ってこいや」ということである。

歴史的には、別の原則が支配していた時代もある。すなわち、**職権探知主義**である。ここでは証拠資料の収集と提出が、そもそも裁判所の権能且つ責任とされる。

しかしながらこれら二者が対立しているのとらえることは、具体的な規律の解釈にとっては必ずしも有効でない。もう少し分析的な視点を用意する必要があり、弁論主義と職権探知主義における個別の権能と責任を、具体的に見ていかななくてはならない。

弁論主義自体はローマ法以降の現行法を分析するための一つの視点であり、歴史的な所産である。したがってそこにはじつは様々な「別の」ルールが含まれる可能性があるのである。

結果だけ先の述べると、弁論主義のもとでは当事者の権能責任とされるといってもそこには2つの異なるルールがある。

①文字通り、訴訟資料を提出し、主張立証する権能

攻撃防御方法の提出権と同義である。およそ手続きがあれば尊重される当事者権の核心部分であり、**職権探知主義においてもやはり貫徹されるべきである**ところと言える。

②弁論主義に妥当するが、職権探知主義には妥当しない権能

具体的には、

A **当事者の主張しない事実を判決の基礎とすることができない**

B **当事者間で争いのない事実は、それを裁判所が判決の基礎としなくてはならない**

C **職権で証拠調べをすることはできない**

まとめれば、当事者が主張立証しないことによって判決の基礎から排除することができるということが、このポイントになる。裁判所の資料となるものを、当事者の意思に従うようにコントロール(**制御・限定**)できる所に弁論主義の核がある。

とりもなおさずこれは**私的自治**に由来する発想である。当事者の意思決定(**共同決定**)に裁判所は拘束されるというこの見方は異論もあるが、今日では一般的である。

※ABCをそれぞれ第一～第三テーゼということもあるが、歴史的に見て順序があるということでもない。

当事者の主張しない事実を判決の基礎と出来ないルール

これはかなり難関だが、みていこう。

弁論主義は、情報収集に係るプロセス、そして情報処理に係るプロセス、両方で問題となる。だが、ここで判例でよく問題になるのは、原審が正しく当事者主義を貫徹しているのか、**評価**の観点からの所作であり、どちらかという情報「処理」における当事者主義が問題となることが多い。

その意味でこの「当事者の主張しない事実を判決の基礎としない」ルールは情報処理におけるものである。情報収集に関しての弁論主義を強調すると、当事者の主張しない事実は裁判所が斟酌しないのでそれについて「証拠調べを行わない」と言う言い方にもなるが、これは上の議論と表裏一体である。

一定の心証形成があるにも関わらず、当事者がそれを主張しないときに、弁論主義の第一ルールによって、それを裁判所はしん酌できないのである。そしてそれと同時に、それに関して「証拠調べ」もできない。情報収集と情報処理におけるこのルールの二側面は表裏をなす。

100選46事件(昭和55年2月7日：最高裁)

XはYに対して、土地所有権の確認(など)を求めた。某AにはXとCと言う子供がいて、YはCと婚姻していた。ここにおける対抗要件は登記であるが、それはBからC、そしてCからYへ移った。

一見土地はYのものなのだが、ここでXはこの土地が自分のものと言うか共有のものだという訴えを起こした。ようするに、実はAが持っていた土地なので、自分も相続してるんだぜと。

所有権確認の要件事実、取得原因と取得の事実である。これについて、登記はCであるものの実際はAがBから買い受け、登記をCにしていたと言う。だから、Aから相続を受けるにおいて、Xにも相続分があるはずだというわけで、これが通るとYは半分土地をもっていられるわけだから、当然反論する。

ここで事実レベルで見ると、BからかったのがAかCかという話になる。こうした事実の主張に基づいて、裁判所は証拠調べをすることになる。裁判所は証拠調べの結果、次のような事実認定をした。

「売買当時、Cには土地を買うだけのお金がなかった。すなわち出損者がAであり、Aが購入した。だが、跡取りをCとしたために、登記をCにし、様々な配慮をしていたと思われ、死因贈与がCに対して行われた。よって、Cから相続したYが所有権を持つ」

いいぶりからして、かなり自信ありな認定だったようである。だがこれに対して、Xが上告し、その理由が弁論主義違反であった。つまり、当事者の主張していない「死因贈与」を勝手に認定しているじゃあないかというわけである。

繰り返したが、実体的真実自体は裁判所が正確性をもって把握しているものと思われる。だが、当事者が主張しないがゆえにそこで結果が左右されるほどの差異ができています。不思議なルールである。

最高裁は、上告に理由を認め、原審を破棄差し戻した。口頭弁論で抗弁として主張しなかった死因贈与を認定し、本件土地に係る請求を棄却するのは、弁論主義に反する、という。

実体的真実としては勝っていたYが、負けるわけである。これについて、少し考えてみる必要があるだろう。

弁論主義の帰結の正当化

これを正当化できるだろうか。この事実は当事者のいずれも主張していないから、「どちらも判決の基礎にしてほしくない」と理解することも、できなくもない。ならば、それを職権でとりあげて審査することは許されないということも、できなくはない。職権しん酌の禁止ということでこの事態をとらえることができるし、これが弁論主義の一般的な理解となる。

だが、これに対して別の見方も出来る。確かにYはその事実を主張していないわけだが(Xはしないだろうが)、何故主張しなかったからって、弁護士がカスだったからである。**当然出来るのにもかかわらずしていないということは、通常は主張したかったことを看過してしまったにすぎない。**ここで、それに対して制裁的な効果が及ぶことが許されるのか、ということにもなる。

当事者の合理的な意思を推察し、主張したる絶対と言うときにはそれを**擬制**することはできるのではないかとはいえる。それができるならば、「主張した」とみなしている以上、弁論主義に反しないということになる。原審はおそらくそのような立場にたったのであろう。ただし、この「擬制」には問題点もある。

①相手方の立場

死因贈与と言う事実は、賢いXなら当然気付いているはずである。ところが、Yの弁護士も気付かなかったのだから、アホなXなら気付かないこともある。その場合、急に死因贈与とか言われても、防御のしようが無い。

多くのテキストが「**ふいうち**」というように、**攻撃防御の対象が明らかになっていない**ことが問題となる。この観点からは無制限に主張の擬制を認めるわけにはいかないから、ふいうちとならないような範囲に画されないといけない。

※**ふいうち**

教官はこの言葉を好ましく思っていないので、テストにはあえて使わなくてもいいと思われる。冷静に考えて、死因贈与のことは知っていたが、相手方が主張していなかったから放っておいたとかいうときでも、それを裁判所が認定してしまえば迷惑きわまりないのである。不意かどうかというより、攻撃防御対象が明らかにならないこと自体が問題なのだと思う。

②合理的なYじゃないなら主張しない

通常人なら主張すると言うのはその通りで、本件の差し戻し審では直ちに主張しているわけである。しかしながら、世の中には通常じゃない人もいる。そのような場合にどうするかが問題となる。私的自治を重視すれば、裁判とは実体的真実を把握する場であるといっても、なお当事者の意思を重視せざるを得ない。すると、合理的な意思と一般にいえるからといって直ちに擬制するのではなく、当事者本人の意思が待たれるわけで、擬制はやはり許されないのではないかということになる。

だからといって、裁判で実体的真実にそぐわないことを結論とすることができるかということにもなるが、これについてはやはり**裁判所側が当事者の意思を確かめる**プロセスを経るべきである。主張したくないことがあれば、示唆があっても主張しないだろうし、主張したければそこでするはずである。これはおせっかいと言われるかもしれないが、やはりおせっかいと適切な援助は紙一重であるし、現在の実務の大きな流れとしてはこのような意思を確かめるべきであるという。まあこれでふいうちもなくなるし。

対して、通常は主張するし、よほどのことがない限りは「勝てるものをあえて主張しない」ことはないだろうとして、やはり擬制は相手方の防御権を無視しない限りで認めてしかるべきであろうという理解もある。新堂先生などはこの立場に限りなく近い。

※まあこの判例では、原審は**黙示**の死因贈与を認めているわけで、黙って死んでもなお贈与を基礎づけるような間接事実がたくさんあって、これを贈与とする構成自体にあまり注視していなかったのかもしれない。

※最高裁は直ちにXの請求を認容することができたはずである。新たな事実認定が必要でなければ自判できるからである。にもかかわらず差し戻しをして、当然Y側が主張を追加することでYが勝てることになったわけである。結局のところ最高裁も弁論主義違反とは言っても、**釈明義務違反**のほうの問題視されているような気がする。もちろん原審どころか最高裁が釈明しているわけだからすぐYは請求を足すわけだが。

※後日談としては、差し戻し審は死因贈与ではなく生前贈与を認定しやがった。そのために、またまた上告が行われたのだが、最高裁はさすがに付き合いきれず、「死因贈与の主張には生前贈与のそれも含まれる」とラジカルな解釈でぶったぎった。教官「こういうふうには裁判所を困らせる弁護士にはならないでね」

ついでの判例

100選47事件(昭和33年7月8日：最高裁)

まだそこまで弁論主義に厳しくなかった時の判例。

XがYに契約上の金銭の支払いを求めた。この事件について、XY間の契約が結ばれたことをXは主張して、Yは否認した。裁判所は、契約はXとYの代理人Aとの関係で結ばれていることを認定した。

もちろん代理権があることが想定されるので、Yへの請求はそれ自体では認容できる。

が、Xの主張はあくまでXY間である。ここでXA間の契約を認めるとすると、代理行為に関する事実が認定されなくてはならない。代理権付与、顕名などであるが、これらについてはXはなんら主張していなかったと言う事案である。

本件ではこれは、弁論主義違反とならなかった。主張の擬制を認めたと言う理解をする新堂先生のような人もいるが、他方**主張(訴訟行為)の解釈**の問題とする人もいる。

※通常は相手方に対してのふいうちにならない限り、訴訟行為は当事者に最も有利な形で解釈されることになっている。ここで、Aが**使者**(契約はXY間)か**代理人**か(契約はXA間)につき、XはAが使者だと思って主張立証して、それゆえ代理人としての立場を強調しなかったとも取れる事案であったので、まあ代理人と捉えても主張の解釈の問題とも言える。

2 主張責任

さて、弁論主義のルールは、証拠調べについて明らかになった事実についてその事実の主張がされないとき、働くことになる。ここでは証拠調べの結果明らかになった事実と、訴訟の判決の資料となる事実が異なるという意味で、事実認定のもとになる**証拠資料**と、判決の基礎となる**訴訟資料**と言う区別をすることがある。

この区別はそれ自体職権しん酌の禁止と言うことの帰結でもある。この結果、要件事実についての心証を得たとしても、その事実について当事者の主張をまたずしてそれを判決の基礎と出来ない。その結果自己に有利な事実を持つ当事者にも、それによる敗訴の可能性が伴うわけである。

このルール適用の結果敗訴リスクを負うことを、**主張責任**と呼ぶ。ちなみに民訴で責任と言うのは、「負担」と言う意味である。

※民訴で責任というときに、それは**義務ではない**ことを注意しておこう。なお当事者は「主張しない」という選択をすることができる。

さらに、この主張責任は、原告被告のいずれかが負うことになるから、主張責任の分配ルールが問題となる。このルールについてはいずれ述べるが、**証明責任**の分配のルールに従うと言うのが現在の一般的なルールである。

主張とは：再掲

主張とは何かが問題となるのはここでも同じである。これについては二つの見方があるのは示唆した通りであるが、どちらにせよ、熟慮の上で主張しないときにはそれを尊重するということが共通している。

※二つの見方

繰り返すが、ある考え方は、主張の擬制を認めることを可能とする。

この考え方からは、事実を主張しないとしても、それは判決の基礎とすることをしてほしくないからではなく、**事実の重要性などを把握していないから**だとする。不意打ちの防止にならない限り、主張の擬制を認めるべきであるとして、弁論主義についてはふいうちにならない限りでやさしい運用がされる。

対して職権しん酌の禁止を重視する者も存在する。この立場からすると、いわゆる**私的自治**が尊重される。許されるのは、主張の解釈レベルでの対応のみとなる。**(教官は後者である)**

根拠論

弁論主義の定義として、訴訟資料の提出は当事者の権能、責任だと言う。これには文字通りの提出権と、制御権ともいうべき提出「しない」ことに対する権利とが混在する。

だが、弁論主義の根拠論については大体が後者の**制御権**に着目してなされる。

人訴法 20 条の職権探知主義は、職権探知主義を定める点で弁論主義に対立するが、これにおいても当事者の提出権が無視されるわけではないし、なにせよ提出権は当事者権として保障されるからである。

※この意味で、提出権につながる「ふいうち」防止などは、それじたい弁論主義固有と言うものでもないともいえる。この「固有か否か」はかなり微妙な区分けになるが、やはり区別が一定の益をもつのも事実で、申し訳ないがこれからも区分けして議論する。

対して制御権は、弁論主義と職権探知主義とで対立するわけである。だから、個々に着目されて、職権ではなく弁論主義が妥当するのは何故か、それがいわれるのである。そしてそれは、私的自治に最終的には由来する。とはいえ、なかには弁論主義が妥当しないものもあるわけだし細かい議論が必要になるのも確かだが。

3 裁判所の訴訟行為

職権探知の場合

職権探知における裁判所による資料の収集について述べる。裁判所はたとえ弁論主義のなかでも役割を果たしているわけだが、やはり弁論主義か職権探知主義かで、出来ることがことなる。

◎ 職権探知主義

弁論主義が採用されていない所では、職権探知主義が妥当する。ここでは権能が裁判所に結構与えられるが、職権探知主義の下でも攻撃防御方法は当事者に保障されるべきであり、主張立証は適正な裁判の確保のみならず手続き公正にも目を向けて行われなくてはならない。

他方で職権探知主義の下では、さっきの三つのルール適用が排される。すなわち、以下の三つが導かれる。

A 当事者の主張しない事実を判決の基礎とすることができる

B 当事者間で争いのない事実も、それを裁判所が判決の基礎としなくてもよい

C 職権で証拠調べをすることができる

実体的真実にかなった判決が必須であるとされる人事訴訟など一定の訴訟においては、当事者の共同決定にまかせただけでは真実発見への合理性がなかったり、結果として不適切なものになる可能性があるため、このような職権探知を妥当させる余地があるといえる。

※いくら職権探知といえども、常に真実に到達できるかと言われるとそうでもないし、それは義務でもない。現時点での理解では何らかの「当事者のいつてることがあやしいぞ」と言う端緒があれば調べないといけなとはされるが、まったくそれもない場合にまで責任が課されることがないとされる。

釈明権

対して弁論主義の下では裁判所は何もせず、とりあえず自己負担で、ということではない。

むしろ当事者がそれを適切にできるように、裁判所には**釈明権**の行使が期待される。すなわち現行法では、人訴法 20 条の反対解釈で弁論主義を妥当させるが、それでもなお 149 条により、裁判所の釈明権が保障される。

【参照】民事訴訟法第 149 条 1 項

裁判長は、口頭弁論の期日又は期日外において、訴訟関係を明瞭にするため、事実上及び法律上の事項に関し、当事者に対して問いを発し、又は立証を促すことができる

訴訟指揮権の最重要の内容として、釈明権が保障される。裁判長が代表として行使されることが予定されるが、当事者に対しての質問とかができる。**裁判所は、権限を持つ場合にはそれを適切に行使する義務があるとされている**ので(司法機関がそれを適切に行使しないこと自体が問題であるため)、釈明権を適切に行使する**釈明義務**がある。沿革的にも条文が「べし」であったことからその理解が適切である。

※「釈明」するのはあくまで当事者なのに、「釈明権能」を裁判長に認めている。この意味で裁判所の行為は**求釈明**と呼ぶのが適切であるのだが、やはりこれは言葉としてめんどくさいので、慣習的には釈明と読んでしまう。釈明権というと裁判長が言い訳するみたいだが、当事者にいろいろ言わせるのが釈明なのである。

釈明権行使の目的は、条文上は**訴訟関係**を明瞭にすることである。ここでいう訴訟関係は、講学上の訴訟法律関係とは全く無縁であり、どちらかという旧法の「**事実の関係**」として、事件の内容を指す。ということで、当事者の主張の内容を確認し、争点を明らかにする行為と言うことになる。この目的を達するために、当事者に主張を促すことができるわけであり、ここでは事実に関する事項だけでなく法律解釈に関する議論もできる。

【参照】民事訴訟法第 151 条 1 項

裁判所は、訴訟関係を明瞭にするため、次に掲げる処分をすることができる

- 一 当事者本人又はその法定代理人に対し、口頭弁論の期日に出頭することを命ずること
- 二 口頭弁論の期日において、当事者のため事務を処理し、又は補助する者で裁判所が相当と認めるものに陳述をさせること
- 三 訴訟書類又は訴訟において引用した文書その他の物件で当事者の所持する者を提出させること
- 四 当事者又は第三者の提出した文書その他の物件を裁判所の留め置くこと

釈明権の行使の一貫として当事者本人から**事情聴取**をしたり、**文書提出**を求めたりすることも可能である。これは証拠調べとして行うのではなく、あくまで釈明目的で行われる点に注意しよう。したがって、端的に言えば**申立ないし主張の内容を明らかにするためには、当事者主義のもとでも裁判所はかなりのことができる**のである。

釈明権の淵源

では何故、弁論主義を採用しているにもかかわらず(あるいは、採用しているがゆえに)こうした行為ができるのか、が問題となる。

100 選 52 事件(昭和 45 年 6 月 11 日 : 最高裁)

判旨の傍論が大事。抽象論ながら、最高裁の釈明権についての考え方を明らかにしている。

この事件は、連帯債務の履行を求める訴訟だが、請求を理由づける事実を売買契約とした。しかし裁判所は請負契約の代金じゃね? という心証を得たのであった。

結局は、代金の一回の支払いを求める給付請求であり、契約は一つだとして新訴訟物理論からいけばこれはまあ全然問題ないのだが、判例通説の取る旧訴訟物理論からはこれは認められない。このままでは原告は敗訴してしまうことになる。ここで、敗訴させていいのかと思ったのが裁判所である。黙示の主張を認定することも考えられたが、やはり246条違反は残ってしまう。(訴訟物は処分権主義の妥当する246条レベルの話。それにつき、事実レベルの主張では弁論主義が妥当する。事実レベルでの話である黙示の主張を認定しても、請求レベルでは問題が解決していない)

裁判所はここで、「**弁論主義の形式的な適用による不合理を修正し、訴訟関係を明らかにし、できるだけ事案の真相をきわめることによって、当事者間における紛争の真の解決をはかることを目的として設けられたものである**」と釈明権の一般論を展開して、原告の申立に対応する請求を理由づける事実と法律構成と、証拠資料から心証を得て形成された法律構成とが食い違うときであっても、別個の根本的な解決方法があるにもかかわらず、それをしないときに、これが明らかに**原告の誤解や不注意**によるものであるならば釈明していいだろうとした。ようするに、この事案なら「請負代金じゃね？」と聞いてもいい。

この判旨の理解がとても重要になるが、一応注意しておく、ここで述べられる弁論主義は一つのイメージであり、この講義で説明する弁論主義とはまた異なる可能性があるので混乱しないように。

すなわち、弁論主義の形式的な適用と言うのは、「主張しない事実を判決の基礎としてはいけない」というテーゼの下、適切な主張がなければ裁判所が認定の基礎とすることができず、主張責任の原則の適用の結果、当事者の敗訴のリスクが生じると言うことをこの講義では指す。その上で、最高裁は、あくまで裁判所が釈明したのちに、当事者が適切な主張が「選択」できることを想定している。ようするに素直にこう読むと、次の事が言える。

◎最高裁は、当事者が適切な主張をすることを想定しており、**なお当事者には「主張」しないことを選択できるし、そのときにはその選択を尊重すべき**である。

そうだとすれば、弁論主義の核心部分である「**制御権**」は、実は修正されていないと考えられる。とすると、**弁論主義の核心である制御権能ではない部分をこの判決は弁論主義と言っている**ことになる。

するとおそらく、「**自力で主張しないといけない**」、**でなければ敗訴する責任を負う**というのが、ここで言われる弁論主義ということになる。

このような理解は、歴史的には有力であった時代もあったし、理念的にはすっきりするかもしれない。しかしながら現実にはこのようなことは想定できない。釈明権がそもそも存在する以上は、裁判所が何もしてはいけないと言う意味での弁論主義は採用されていないのである。この意味では判旨の文言は若干不適切であり、「形式的な弁論主義」うんぬんの言葉は必要なかったともいえるだろう。

とはいえ、弁論主義の言葉の外延はその「核心」部分以外にも及ぶ理解があるのは前述した通りで、**提出権**もその一部に含めた理解からすると、なお裁判所の説明は合理的ではあるのはその通りである。

これを前提に、いずれにせよ**あくまで当事者の証拠収集を適切に行わしめるための裁判所の配慮、一定のメソッドとして、釈明は存在している**と考えられるだろう。

このように考えると、釈明権が行使されるパターンはいくつか考えられる。

①当事者の主張立証が欠けている場合

言いたいことが言い尽くせていない場合、全く気付いて場合など様々だが、ここで問題となるのはどこまで裁判所がカバーするべきかである。後述。

②相手方に一定の対処をする

ふいうち防止という言葉で一般的に言われる。主張の擬制、解釈、黙示の主張の認定を想定すると、それに対して被告側が気付かず反論の機会を失うことがありうる。このように、適切な反論を被告がすることが出来ないかもしれない場合、ここに対して反論可能性を提供するための釈明が存在しうる。

③請求レベルでの釈明

訴えの変更を促す釈明も、とりわけ旧訴訟物理論からはありうることになる。同じ給付義務を基礎付ける他の請求の存在を示唆することで、適切な申立ができるように支援する釈明が考えられる。

以上が最高裁の判旨から出てくる帰結と言うことになる。

ここで、釈明については裁判所の「権能」とされる。149条の位置に照らしても、148条が訴訟指揮権の規定であることから、その一環として位置づけられていると言うのが一般的な理解と言うことになる。これには形式、手続き的な意味のものもあるが、実質的な関係に影響を与えるようなものもあり、釈明権は後者となる。

釈明権行使は訴訟指揮権の行使なのでそれゆえ、裁量問題となる。**逸脱か濫用でないとは違法とならないし、そのようなことはほとんど起こらない。**

※たとえば、訴訟指揮権を行使された側が、「濫用だ！」ということが考えられる。しかし、ここで釈明権行使と結果との因果関係を考えるのは難しい。「いや、思いついたし。その請求は別に裁判長に言われなくても思いついたし。余裕」と言われた場合に、それはないと言い切ることがほぼ不可能であるからである。

義務

公的な機関には義務無く権能を与えないという一般論からすれば、同時に**釈明義務**があることになるが、その範囲が問題になる。

釈明義務違反は上訴審による取消事由となるとされていて、ここで釈明義務違反による破棄判例は実際のところ多い。「適切な裁量権行使がなかった」ことの違法というのが、現実には考えられているのである。

問題は、その範囲はどこまでかであろう。弁論主義のとらえ方次第では、「そんなの全部当事者の責任でしょ」という理解もないではない。**むやみやたらな干渉は当事者間の公平を害する場合もあるし、司法権に対しての信頼を失う可能性もある**から、当事者に委ねられることは委ねるべきであるというのが**新自由主義**からの基本的な帰結になるだろう。その観点からは釈明義務のある範囲はとても限定されるし、**レッセフェール**の時代にはそれはかなりにおいて妥当した。

しかし、自由奔放というのはいまや不変の価値観ではないし、境界線をどこに引くのがとても難しい問題となる。少なくとも条文上は何も書いていない。

判例も明らかに定義しているようなわけではなく、時代の価値観を反映した変遷を遂げている。学説も然り。その変遷の発生の理由をあえて説明するまでもないだろうが、**釈明義務を行使せず、適切な申し立てをすることができなかった当事者が失権するリスクと、当事者が干渉することで公平を害するリスクの均衡点が探されてきた**ということである。

今日の判例スタンスはこの意味で変遷があり、一時期狭まった釈明義務が再び広まり、「すでに提出されている主張や他の証拠から合理的に予測されるもの」ならば、新たな請求を示唆することも釈明権の範囲内であるということになっている。

ただ、100選52事件の当時は、真実発見における「**裁判所の職責**」に重心を置いた理解から結論が出されていたようだが、今日ではその様な理解は必ずしも徹底されず、むしろ当事者の勝訴と言う目的からの主張立証、攻撃防御の**手続きの保障**のためには裁判所の関与が必要なのではないか、と手続き保障からの説明をすることが普通である。

もちろん、国家は極力干渉を避けて、出来る限りは撤退すべきだと言う今日の議論からは批判もあるところである。裁判官に依存した審理ではなく、訴訟代理人が当事者を適切にサポートすべきであるという理解もできないではない。一部経済界をはじめこのような声は大きく、司法制度改革を基礎づけた一つの議論でもある。

実際、釈明のために裁判所は負担を負うし、それによって楽をしているのは弁護士である。このあたりは議論が今後も続くところであるが、ただ現時点で自己責任に転換すると、弁護士の腕次第で依頼人の命運が決まることになりかねないのも確かである。まあいい医者を選べと言う議論と同じとも言えそうだが、司法制度でもそうあるべきかというのは一概には言えない。国家の謙抑性を基礎づけるためには、やはり弁護士の質の向上が必要であり、改革がなされたがみじめな失敗に終わったのは、皆の知っている通りである。

法的観点(問題)指摘義務

近年流行りの「**法的観点指摘義務**」という言葉の説明しておく。まあ通説は広い意味での釈明権の一環としてとらえている。

さて、当事者は法的主張を立てて、そのための事実を主張しなくてはならないことになるわけである。そのためには、法的に何が問題となっているのかを知る必要がある。

当事者はそれなりに考えて主張を行うわけだが、裁判所から見ると勘違いしているような主張をしてることがもちろんありうる。当事者の法律構成と、裁判所の思う法律構成が異なることがあるのである。

そして、法については、「解釈」を通じてはじめて要件が確定することもあるから、そこでも裁判所から見ると不適切な解釈をして不適切な主張を当事者がしているということもありうる。

このように、**適用法規及びその解釈、争点認識や事実の範囲という点について、当事者に食い違いが生じている場合に、それを放置しているとやはり不意打ちが生じる可能性がある**。このくいちがいは、とりわけ不利益を受ける当事者にとって好ましいことではない。

そこで、裁判所の想定する法律構成は場合によっては明らかにされねばならないことがあるわけである。それによって当該事件における重要な事実も明らかになるし、法解釈自体を裁判所と争う機会保障にもなる(これは149条が法律上のことについても釈明権を持つことから言える)。

ここから生じる説明義務を総じて、**法的観点視的義務**と言うのである。これは最終的には裁判所が法を解釈して適用する際に、それを認識することで当事者が適切な攻撃防御を可能とするという意味での手続き保障につながることになる。この重要性からわざわざこの視点を取り出して、命名しているという状況。

まあ一貫して、当事者の提出権能が重要視されているというわけで、適切な証拠収集のためにも環境整備がなされる必要があるのである。

D 当事者の主張(訴訟行為の規律)

1 口頭弁論における当事者の訴訟行為

大枠は話したので、ここからより訴訟の中の具体的な規律を見ていくことにする。ただし、多くの規律では当事者の「**訴訟行為**」という項で説明していくことが多いが、色々な説明が入り乱れてわけワカランティヌスになるので、ここではまず**主張**と言うものを取り出すことにする。

ということで、主張と立証が当事者の攻撃防御方法だと一般には言われるが、まずは前者について述べる。

とはいえ主張も訴訟行為なので、一定程度訴訟行為の規律の説明の側面がでてくるのは許してほしい。

この議論の出発点はやはり**弁論主義**である。主張しない事実は判決の基礎とならず、当事者の主張があってはじめて証拠調べが可能となる。現在の審議モデルは二段階審理を採用しており、まずは争点確定をしたのちに集中証拠調べを行うと言うのは以前説明した通りである。争点を明らかにするためには、両当事者の主張を照らし合わせる**ことが重要だから、それを適切になすためのルールが必要になるのである**。

主張とは

主張と言うのは、一般には「**攻撃防御方法の提出のうち、証拠の提出を除くもの**」と言う消極的な定義がなされている。実は主張の中に二つのレベルの主張があるために、このようなことになる。

①法の解釈適用に関する主張

②事実に関する主張

この二つを総称して、主張と呼んでいるわけである。ただし、より重要なのは後者である。一般に、主張と言うときには②を指すことも多い。そしてしばらくここからの説明も、主張=事実の主張というのが前提になる。

※余談としては、事実上の主張、法律上の主張と言う説明がされることが多いが、主張 on 事実/主張 on 法律と言う意味での「上」であるから、誤訳。

主張と言うのは訴訟行為の一環であり、訴訟行為に関する様々な規律が妥当する。例えば当然に訴訟能力が必要だし、後述するが撤回ができる(裁判上の自白を除く)。主張も訴訟行為だから解釈の対象となるし、その一般基準として訴訟行為をしたものに最も有利に解釈する、という訴訟行為の解釈の一般論が適用される。

このほかにもいろいろあるが、やはりここでは主張に特有の規律を考えていきたい。

2 当事者の主張の規律

弁論主義の適用

【事例】XがYに消費貸借契約に基づく貸金の返還請求を行っている。

ここでまず妥当するのは、**当事者の主張しない事実は判決の基礎とすることができない**という弁論主義の基本テーゼである。だから、Xは消費貸借に基づく貸金返還請求をまず主張しないといけない。つまりそのために、①変換期の到来、②金銭の受取を主張する必要がある。

主張をするためには、現行法では**口頭主義**のもと、**期日**における主張をする必要がある。これには準備書面による準備が必要であり、それによって事前に相手方に知らせる必要があるのであった。

ここから説明するが、弁論主義を一通り説明した今、規則 53 条の意味がようやく最後まで理解できる。

さて、訴状には、「請求を理由づける事実を具体的に記述し」なければならない。

この事実は実務では**請求原因事実**と呼ばれる。100 選の 46 事件では、冒頭で相続による特定財産の取得における請求原因事実という言葉が使われている。

ただ、事実の主張に関しては**主要事実**と**間接事実**と言うものが存在する。規則 53 条の下では、立証を要する事由ごとに、当該事実に関連する事実を区別して記載する必要があるとされるが、これが間接事実である。

① 主要事実

要件事実として言われることが多い、権利の発生、変更、消滅など効果発生に直接必要な事実。すなわち**実体法上の構成要件に該当する事実**である。したがって、上の事例であれば、返還約束の具体的事実(「●月○日に～～と約束しました」)などがそれにあたる。

② 間接事実

しかし、金銭の受け取りについて、それを主張する時、受け取った受け取っていないというのは水掛け論になる可能性がある。つまりここで、受け取ったことを推認させる事実を持ち出してくることが、実務上必要となってくる。たとえば「●月×日の～～円の受け取り」という事実が問題となるならば、その日の約束の時間の 10 分前に～～円が ATM から降ろされており、その約束のあと 2 時間後に、受け取った側のものから債権者に支払いがなされている、などということが言えれば、かなりの場合につき証明が可能となる。

しかしながら**証明されている事実自体は構成要件に該当しているわけではなく、構成要件事実を経験則によって推認させているにとどまる**。この意味でこうした事実を間接事実と言うのである。

主要事実が確定すれば、構成要件が確定するのだから、それでオッケーではある。しかし間接事実の場合、経験則による推論のルールを用いて、主要事実が推定されるということになる。

機能が違うので、その違いに訴訟法は自覚的なのである。

飛ばしていた**規則 53 条 2 項はそのために、間接事実と主張事実を区別して記載させようとしている**のである。

即ちこの区別は、**間接事実について弁論主義の第一テーゼが適用されない**と言う形で現れる。主張しなければ、返還約束、金銭の受け取りの立証は裁判所が心証を持っていても勝手に行うことはできない。対して、ATM からお金をおろしているとか、他の債務の弁済をしているとか言った間接事実については、間接事実であり弁論主義を適用しなくていいから、その直接の主張がなくとも、金銭の受け取りについての主張さえあれば事実として認定し、判決の基礎とすることができるのである。

法の適用に関しては、**経験則**による推認については弁論主義が妥当しないのである。

この理由だが、「ない」とバツサリきる人間は確かにいる。しかし判例通説はそれなりに合理性を見出している。間接事実とは、冷静に機能的には**証拠資料**と同列にあるからである。証拠調べの結果得られた資料は、当事者が取捨選択できないというルールが働く(後述)。そうだとすると、同じように当事者の取捨選択を許すべきではないということになるのである。

なぜ証拠資料についてこうなるかだが、**主要事実についての争いがある場合にはそれにつき可能な限りのものを利用して真実に適った事実認定を行うべき**だと言う理念があるからである。この意味では間接事実についても、主要事実を認定するために利用できるならすべきであるということになり、判例通説の立場はそれなりに説得的である。

※間接事実について認定すれば採用できるということになるが、これは情報処理のレベルの話である。認定はできたが、当事者の主張がないと言うときの話。

ということで、弁論主義の適用がないからと言って、職権で調べてくれるというわけではなく、原則として主張はいるのである。主張されないと証拠調べがなされないの、事実認定が起きない。ただ、稀有な場合として、主張はしていないが偶然認定できることがある。このようなときに認定できた間接事実を利用することはできる。

相手方の応答

主張は、言ってみればこういうことがある！という信念の表明である。が、いったん主張すればその事実について立証の機会が与えられ、それ次第では事実を基礎に法律効果の発生を認めてもらえると言う効果をもつ。

では続いて、これに対する**相手方の主張**と言うのが問題となる。

すでに示唆したが、自己の請求を理由づける事実を主張するものに対して、被告側は一定の応答をする。最初の準備書面 of 相手方を答弁書と言うが、これは規則の 80 条による規律を受ける。

これによると、請求の趣旨に対する応答として、基本的に「棄却」を求める場合にはその旨のほか、訴状に記載された事実に対する認否や抗弁事実を記載する必要がある。ここにおいても、間接事実は区別されている。訴状に対する答弁書には一定の事実記載が求められるが、これはとりもなおさず原告の主張に答弁するためである。そのなかには、否認・自白・抗弁と言うものが想定される。それぞれ見ていくが、ここでは概説だけ。

①認否

認否とは当事者の主張に対して、相手方当事者が認めるか、認めないかということになる。認める場合には争わない、認めない場合には争うことを意味する。前者を**自白**、後者を**否認**と言うのが一般的である。

この区別が重要なのは後の手続きが変わるからである

※民訴は相手方の態度をいくつか想定している。知らないと言う「不知」、態度を明らかにしない「沈黙」などである。態度の解釈ルールは 159 条に記載され、不知は「争ったものと推定する」、沈黙は「自白したものとみなす」ということになっている。

この規定は 159 条 3 項につき、「当事者が口頭弁論の期日に出頭しない場合」に自白が擬制されるので、とても重要だと言うのはいつかいた。ちなみにこの規定は公示送達による場合は除く。

つまり、お休みすると、準備書面に記載した事実については(相手が欠席しているときは、ほかのことは言えないんだっ)認められ、普通はその書面に訴状の内容が記載されるから、原告が勝訴する。

否認は立証を求める行為、自白は立証しなくていいよと言う行為と言う訳で、その選択が認否の態度表明で明らかになるわけである。それに加えて「抗弁」があるわけだが、以下、3 類型をざっとまず眺める。

①否認

そんなことはありません、と立証を求める行為。

②抗弁

相手方は事実と両立する新たな事実(抗弁事実)を主張することもできる。たとえば契約が無効だとか、弁済しているだとかそういうことを主張できる。いずれも請求権がないことを基礎づける主張である。これも事実であり、具体的な主張が必要。争いがある限りは証拠調べの対象となるのであるから、具体的な証明の対象と言う必要があるのである。「弁済した」ではなく、「●月×日に弁済した」ということが言われたいといけない。

③自白

自白は、**相手方の主張を認めて争わない態度**である。これはテキストの定義とは若干異なるが、趣旨は後で述べる。主張レベルでの自白と証拠調べにおける自白では意味が異なり、ここでは主張レベルの定義を新たにしていると思ってほしい。

ポイントは事実につき争いがなく、主張が一致していることである。この時、弁論主義のテーゼより、これを判決の基礎としなければならないという拘束力が生じるのである。

そうだとすると証拠調べをしても無駄であるので、一致した場合においては証拠調べは不要と解されている。179 条はその趣旨である。

【参考】民事訴訟法第 179 条

裁判所において当事者が自白した事実及び顕著な事実は、証明することを要しない

すなわち、**証明の必要性を解除する行為が、自白**ということになる。ここで一応言っておくと、「争いがない」ことが必要であり、これにはまた争うことを明らかにしない擬制自白の場合も含む。

以下、個別に眺める。

否認

否認は、争いある事実を作出する機能を訴訟上でもっている。こうした事実は必然的に証拠調べの対象(**要証事実**)となるから、相手方の証明を要求する行為ということができよう。

これが争点というものになるわけである。

ここから先は細かい議論だが、今言ったように、否認は争点を作出し、証拠調べの対象を明らかにする。その機能からして、**証拠調べの対象を明らかにするような事実の主張が望まれる**ことになる。

請求を理由づける事実も最終的には証明の対象となるとは述べたが、否認も具体的でないといけないのである。

これを表すのが 79 条であり、否認の場合には「なぜ」否認するのか理由を明らかにする必要がある。たとえば返還約束を否認する場合、「会ったことがないから」といえば相手方は契約をしたことを立証することになるし、「贈与だから」といえば相手方は贈与の意思表示がなかったことを立証することになるだろう。このようなレベルでの否認が求められるのである。

抗弁

認否は、争点とそうでないものを振り分ける。

対して**抗弁**は、新たな事実の提示である。抗弁事由である自白だとか弁済は、契約そのものの存在とはまた別の事実なのである。原告の主張に対して、自己に有利な効果を導く新事実を主張することになる。

そしてこれは新たな事実なので、これに**原告側が認否や(再)抗弁の提示を行う**ことになる。例えば錯誤無効の主張を抗弁として出した場合、それに対しての再抗弁として重過失の主張が考えられることになり、これによって、証拠調べが必要かどうか確定することになる。この抗弁というのは、請求棄却を理由づける事実となるが、大まかに言えば**権利障害事実**と**権利消滅事実**に分けられるだろう。いずれも、認められれば請求の棄却をもたらすことになる。

これは「**被告**」に証明立証責任があることになる。詳しくは証明責任のときに話すことになるが、少しだけ先取りしてお話しておくことにする。

というのも、以上の整理によると、**抗弁事実と認否とは区別できるし、されないといけない**のである。

①区別できる

たとえば、先ほど述べたように否認については理由が必要であるところ、「金返せ！」に対して、「金は受け取ったけど贈与」だと言うとき、これは抗弁のようにも見える。だがこれは否認であり、抗弁ではない。

否認は端的に「NO」と言うことであり、それ以下の because…は付随的なものに過ぎない。

対して抗弁は、「NO」の場合もあるが、基本的には「YES,but…」というものなのである。

※「NO」の場合もあるというのは、「違うと思うけど」「仮に」返還約束をしていたとしても時効でしょ…というパターンがあると言う意味で、こういうのを普通の単純抗弁に対して**仮定抗弁**と言う。

贈与の主張は、このような観点からは「YES,but…」となるだろうか。

分析すると、まず少なくとも、金銭の受け取りについてはここで、受け取ったと認めているのだから証拠調べが不要となる。しかし、この文脈で「贈与」というのは、論理的な関係で**返還約束をしていない**と言う意味になる。

だからこれは、抗弁ではなく、「NO」否認なのである。

※否認の「理由」はでは民訴上どのような効力を有するかが気になるが、これはあくまで理由でしかなく、訴訟上では直接の意味はないと思われる。すなわち論理則を用いて主要事実の不存在を推認させる事実であり、これは**間接事実**と言うことになる。これについては弁論主義の第一ルールが適用されないから、否認かというのは大事になるのである。

②区別しないといけない

この否認と抗弁の区別は事案によってはかなり難しいことになるが、やらねばならない事情がある。

【事例】100 選 46 事件を参考に

相続財産は被相続人に所有権がある。被相続人が死亡したとき、それは子に相続される。

だから、前主の所有権と、その死亡を言えれば子は請求を通せそうである。

X		Y(というか裁判所の認定)
相続取得した！		死因贈与した！
◎被相続人の所有権	—————→	あったよね【YES】
◎被相続人の死亡	—————→	死んだよね【YES】
		+死因(生前)贈与により A は所有権喪失【but…】

ここで、死因贈与を**否認**の理由と考えると、あくまでこれは否認の理由であり、すなわち間接事実だから、認定してもさっきこの判例を見たときあれほど問題にされていた弁論主義違反は、議論にならないのである。

が、死因贈与をいうとき、X の側の被相続人の所有権は、いったん認められ、それが死亡で消滅しているのである。だから、これは「YES,but」すなわち、**抗弁事実**とすべき。だから弁論主義の対象になるとというのが、ここでの最高裁の判旨の意味する所だったのである。このような効果に鑑みると、区別はしなければならないという

べきであろう。区別自体はとてもめんどくさい。高裁も間違えているんだし。しかしながら、この**区別は端的に証明責任の配分につながるのだから、それでもやらないといけない**のである。

※論理的には、Xが相続したと言うとき、Yの主張(すべきだったこと)によれば死因贈与もしくは生前贈与があるのだから、Xは「被相続人が所有権を失っていない」ところまで主張立証しなくてはならなかったともいえる。贈与があるのならば遺産に含まれず、所有権が失われているのであるから。

X		Y(というか裁判所の認定)
相続取得した!		死因贈与した!
◎被相続人の所有権	—————→	あったよね【YES】
◎被相続人の死亡	—————→	死んだよね【YES】
★Aは所有権喪失していない	—————→	死因贈与により喪失【NO】

↑ここまで証明させるわけである。

このような議論に立てば、Yの主張は、「所有権を失っていない」というXの主張に対して「失った」というものだから、**積極否認にあたり、これゆえ否認の理由として裁判所が自由に認定できた**と解す余地もある。だが、所有権については、「失っていない」ことまで証明するのは言ってみれば悪魔の証明であるから、所有権の安定の要請も含めて、やはり抗弁として「Yが失ったとかは証明すべきものとして」理解すべきであり、それゆえ上記の判断がなされたといえるのである。

すなわちこれは、実は実体法上の制度主旨からして、どちらに証明負担を負わせるべきかという判断なのであり、避けて通れないものなのである。これはやはりめんどくさいものであるが、実質的考慮が必要になると言うことだけは間違いない。

自白

多くのテキストでは先ほどの定義とは違う定義がなされている。

何故か。テキストで自白と言うとき、**擬制自白**を排除した本来の自白を観念するからである。先ほどはもっと機能的に、擬制自白まで含めて定義したので、より広い言い方になっていた。教官はまああえて擬制自白と区別する必要なくねとも思ってしまうが。

自白はここで、改めて細かくこう定義される。

すなわち裁判上の自白は、**当事者がその訴訟の口頭弁論又は弁論準備手続きにおいて、相手方の主張する自己に不利益な事実につき、これを争わない旨を明らかにする陳述**である。

先程の定義とは違い、①**相手方の主張**する、②**自己に不利益**な事実という言葉が入る。

とはいえ、金銭の受け取りと言う主張は相手方の原告から主張される不利益な事実であるから、これまでの例示は無駄ではない。なお、自白の効果が生じるのは裁判上認められた手続きの内だけであり、裁判外のそれは主張とは理解されず、一種の「証拠」としかならない。

自白の効果は大きなものとして三つあると言われている。

①裁判所に対する拘束力(審判排除効)

これは、A証拠処理のルールとして口頭弁論終結時における主張が一致する事実拘束されるという意味、B争点確定として、証拠調べをしてはならない圧力として存在する。

②証明を要しない(不要証効)

179条が規律する。通常は当事者の意思に従い証明なくそのまま判決の基礎となる。

③撤回が出来ない(撤回制限効)

これは擬制自白には認められない。主張は原則として撤回可能であるが、**自白についてはいったん成立すれば当事者は撤回ができないもの**とされている。あるAが返還約束について自白した時、撤回とは「やっぱり返還約束してなかったわ贈与だわ」ということである。だが、これを認めると、証明が改めて必要な事実が出てくることになる。**自白撤回は証明すべき事実を新たに作り出すことになる**のである。この場合、自白撤回を認めると、それを信じた相手方に不利益が生じる可能性は、有ると言わざるを得ない。証明をいらぬといわれて証拠を保全するのをやめることもあるわけだし、そのような意味での**信頼保護**、争点整理における**訴訟手続きの安定性**からは制限されてしかるべきであるというのが通説の考え方なのである。ただし、このように自白については原則撤回はできないとしつつも、例外的には撤回が許されるとするのが通説・判例の立場である。

100選56事件(大正4年9月29日:大審院)

めっちゃ古い判例である(100選に「詳細は不明である」と書いてあって笑ってしまう)が、自白の撤回が認められる要件を述べた。

明文の規定がないなかで自白には撤回制限効が一般に承認されてきたが、以下の場合には撤回が認められると言われてきた。すなわち、以下の二つである。

①相手方の同意がある場合

②相手方の刑事上罰すべき行為による自白の場合(再審事由がある場合)

これに対し、この判例は、三つ目のパターンとして、このようなものを挙げたのであった。

③錯誤で自白した場合で、自白した事実が真実に反する立証がなされた場合(錯誤・反真実の立証の場合)

前の二つは分かりやすいが、三つ目の基準がはっきり言って微妙なところである。

これが何を意味するのかについては議論があると言うか、なぜこのようなルールが浮かび上がってくるかにつき良くわからないのである。学説も様々な議論をしているが、結論としてこの判例法理は、ドイツ法を継受しているものである。ドイツ民法には同じような規定があるのだが、日本法には何ら規定がないにも関わらず、ドイツのそれを持ち込んだ判例が大正期にあった、それだけです。ドイツでも理由付けは謎で、結論として、非常に中途半端なルールが取られているといえる。が、**バランス感覚はあり妥当な結論は導けるとは言われ、その意味で試行錯誤の結果たどりついた実務の知恵ともいえる。**

錯誤ルールの意義

しかし、ここで重大な結果として、**錯誤がある場合には撤回できるということが、相手方の信頼を保護する自白の撤回制限の意義を失わせていないだろうか。**自白があっても、証拠の管理をルーズにはできないような法制度が日本では前提になっていることになる。

他方、相手方の信頼とは別の基礎付けを行う新堂先生のような人もいる。いったんした意思表示に拘束されてしかるべきと言う**意思表示の効果**に自白の効果の淵源を求めれば、自白者の意思に着目した撤回を認める理解も不可能ではない。

不可能ではないのだが、それでも難しいところがある。

というのも、**反真実の証明があれば錯誤はそもそも事実上推定される**と言うのが判例の立場なのである。このとき、真実でなかったことが錯誤の理由となるわけだが、ここでは民法の一般理論と異なって、純粋に**動機の錯誤**を問題としているのではないかともいえるからである。

このように理解には苦しむところもあるが、結論としては妥当なのでまあ覚えておこう。

※時期に遅れた攻撃防御方法の提出

争点整理手続きの後に争点を出してくるようなことは、許されない。自白もこの点では攻撃防御方法だから、証拠調べが終わった段階で自白を撤回してもそれが採用されないのも、こっちで今述べた議論の細かいところはカバーされてしまうのである。

間接事実の自白

100選54事件(昭和41年9月22日:最高裁)

この事件では、間接事実の自白が成立するのかが問題となった。この事案では現時点では間接事実とは言えないものが問題となっているので、混乱を避けるため事案は省く。

たとえば、弁済を推認させる事実として、「私が弁済したと主張する時刻の1時間後に、相手は同じ額を債権者に支払っているではないか」というような間接事実が主張されることが考えられる。

これを争ったときは、まあ証明の対象となるわけだが、ここで争わないときは、自白と同じ効果が生じる。具体的には審判排除、撤回制限、不要証効が発生することになる。

実際には推認は他の事実(その時間、別の人がお金くれましたけど?)を言えば崩せるのだが、まあ崩されるくらいの意味はあるわけである。これにつき、**裁判所は間接事実には自白は認められず、異なる事実認定が裁判所はできるし、当事者もいつでも撤回可能だ**とした。

間接事実は主要事実を推認させる役割をもつのにとどまるのだから、その役割に着目すれば、その事実は証拠と同じ役割を果たす。よって、裁判所が証拠調べで集めた証拠資料を取捨選択することが許されないのと同様に、

間接事実について取捨選択することも許されない。裏から言えば、判決の基礎となる主要事実についての争いがある限りは、利用可能なすべての証拠資料を使い、実体的真実にかなった事実認定を行わなければならないのである。

その上で、間接事実の自白を認めると、間接事実の存否に関して当事者の主張が一致していれば裁判所はそれに拘束されることになり、それに反する間接事実の認定をしても、それを使って主要事実を推認することはできないということになる。だが、これは適切ではないというのが、先ほどの議論からすると妥当である。

しかし今の議論から出てくる結論は、自白の一つ目の効果である**審判排除効**の説明にとどまっている。もちろん**証明不要効**や**不可撤回効**もこれに密接に関連するとはいえ、すべて自白の効果が認められないということができるのだろうか。この事件はそのような旨を示したわけだが、これについては議論もある。100選の解説を見ると、証明不要効を認めるべきと言う学説やら、不可撤回効を認めるべきと言う学説やらえらいこっちゃになっているので、暇だったら見てみると楽しい。

3 主張についての補論

主張について、いくつか発展的な内容をここで補足しておく。

主張の具体化

さて、主張に際してはあくまで「**具体的な事実**」を主張することが規則 53 条などからしても民訴上予定されていることになる。主張の目的は、争いのある事実を顕在化させることであるから、それを浮かび上がらせるためには過不足のない具体的な主張が当然予定されるのである。具体性を欠けば争点が分からなくなって、無意味な証拠調べを必要とすることになるし、相手方の防御の観点からも不利益を生むことになる。

そこで具体性が要求されることまで述べてきたわけだが、他方具体的であればいいと言う訳でもないような気がする。**必要以上の具体性があると、逆に訴訟が混乱する恐れがあるし、薬害訴訟などにおいては当事者にそもそも一定以上の具体化を要求することができない恐れがある。**

かくして一般的な具体性のルールとして、①**手続きの明確な目標となり、手続きを混乱ず相手方の防御権を保障する程度に具体化すること**、②**事実の認定を不可能にし、そのものの権利救済を害するほど具体的である必要はない**、というものが導け、この判断には個別具体的な思考が必要となる。

これ次第では、多少は抽象的でも具体化は許されることもある。

100選 62 事件(平成 3 年 1 月 30 日 : 最高裁)

伊方原発訴訟。行政事件であり、原告はある程度抽象的な主張で許され、むしろ情報を持つ被告が細かい情報を述べて主張するべきだということを述べている。

◎ 過失の主要事実

この問題との関係で、過失の主要事実とは何かという議論がある。

具体的には、民法 709 条の構成要件として過失が登場する。過失と言うのは現時点の通説では予見可能性を前提とした**結果回避義務違反**であるから、少なくともそれ自体は事実ではない(これは評価である)のである。

では過失の主要事実とはなんだろうか。結果回避義務違反というのは「〇〇をすべきだったのに、しなかった」ということになるが、このとき〇〇しなかった事実が主要事実であるというのが、通説である。

たとえばわき見運転をした時、「わき見運転を回避すべきだったのに、しなかった」として、わき見運転を回避しなかったことが主要事実になるという。

他方、このような事実は、間接事実には過ぎないと言う見方もあった。

このような議論には、過失はあくまで心理的な状態に着目してとらえる時代には合理性があった。だが、昭和 40 年代の学説の転換以降、**過失はあくまで結果回避「義務違反」と客観的な観点から取られる以上は、ある客観的行為をしてそれ自体法律効果の発生に関わらしむる主要事実として問題ない**とされる。

とはいえ、事実は結果回避義務違反の行為をしたこととなり、過失自体はその法的評価にすぎない。ここで過失を主張し、相手方がその通りだと言った場合、これは事実の自白ではないということに注意しなければならない。すなわちこれは**権利自白**としてとらえられる(後述)。

他方で争って証拠調べをした場合に、全く別の「スピード違反」などの事実が裁判所に認められた場合はどうか。この場合、裁判所はスピード違反を間接事実ならば認めていいのだが、現在はスピード違反も上の議論からする

と主要事実である。とすると、わき見運転の主張にも関わらずスピード違反を認めるのは、主要事実を勝手に認めることになり**弁論主義違反**で許されないことになるのである。

まあ細かい議論がめんどくさかったら、過失については、わき見運転、スピード違反というのは主要事実の問題となる点に注意しておけばよい。むしろ具体化の問題は、わき見運転をどの程度具体化するか、スピード違反をどの程度具体化するか、という点に現れてくる。

権利自白

自白は、その定義から明らかなように、事実のレベルの議論であり、かつ主要事実についてのみ成立するということが一般的な議論であった。しかし事案によっては、**事実ではなく、その事実を法に当てはめた結果や効果についても争いが無い場合が存在する**。

たとえば、Xが所有権に基づく移転登記請求を提出する場合を考える。このとき、Xは自らの所有権を言うことになるだろう。しかし、所有権自体は事実ではなく、事実をもとに一定の要件を満たした結果発生した法律効果そのものである。だから、立証のためには、たとえば原始取得だとか、一定の事実までさかのぼって行く必要がありそうである。

しかし通常は、所有権のところで両者の意見が一致することはある。意見が一致しているのであれば、所有権という主張を争いのない権利関係と認めて、その法律関係を基礎として判決を出す方がどうにも合理的であるとは考えられないだろうか。そうだとすると、事実だけでなく、その事実を法に当てはめた結果たる法律効果についても、両当事者間に争いが無いことを前提に裁判所に対する拘束力を認める余地があり得そうである。

通説はこれを認めており、このことを**権利自白**という。

「権利に関する自白」というとなんかわかりやすいが、一応自白は事実について生じるものであり、権利自白はそれで一つの別概念である。ようするに、権利に関しても事実に関する自白と同じような効果が生じる事があるという意味にとどまる。

所有権あたりだとこの効果を素直に認めるわけだが、認められる外延は明確でなく、請負とかだとかかなり複雑な議論になる。そしてその法律効果や権利内容次第においては、たまたま何らかの形で両当事者間の主張が一致したということもあり得るから、そのような場合も問題となる。

では、その外延はどう考えるべきか。

そもそも自白が事実についてのものだとされていたのは、**法解釈・当てはめは裁判所の職責であり、同時に当事者はこのようなことを必ずしも正しく理解できず、この点について当事者に不利益を負わせることは不適切であるという考え方に基づく**。

ここでも同様であり、法律効果の意味するところは当事者では正しく理解することができない可能性が十分あるわけで、そうだとすると少なくとも基本的には撤回は自由に許すべきであろうし、裁判所に対する拘束力も安易に認めるべきではない。個別の法律効果ごとにより丁寧な議論が必要であるのではないかと、というのが現在の学説の一般的な傾向である。

そして見方を変えれば、**所有権のように、一般人でも意味が明らかといえる場合については、自白の効果も認めてもいいのではないかと**いうこともできる。このような議論は法律関係についてのものであったが、同様に上に出てきた「過失」といった規範的概念にも成り立つというのが通説である。これについても、通常人であれば過失の意味するところは理解できているはずだという検討が前提になっているわけである。

補論②自己に不利益な事実の陳述

【事例】XがYに対し土地の所有権を主張するような事案で、Xが当初は「Aさんから相続した」というのに、のちにYが「その相続したのを君から売ってもらったんだろうが！」といったのに対して、「やっぱAさんと売買したわ思い出した」というようなことを言ったとする。このとき、最初に行った「相続」というのは自白の対象になるだろうか。

自白とは、自己に不利益な事実の陳述であるわけだが、では何をもって不利益な事実の陳述と言うのかには実は定義についての問題がある。通説は、不利益な事実とは、あくまで**「相手方が」証明責任を負う事実**であるとする。上の事例で言えば、あくまで自分の証明責任に属する主張を入れ替えただけのXについて、自白は成立しないのである。

一方、相続したと言うことが自白により証明不要となれば、Yの主張は通りやすくなるともいえる。だからここで、自白当事者の敗訴につながるもの一般に自白を認める**敗訴可能性説**と言う学説もなお有力ではある。しかしながら、冷静に敗訴可能性とはなんなのだろうか。これは一義的に「この事実が負けにつながる」といえるようなものとは思えないし、単に首尾一貫しない主張を自己の証明すべき領域においてしているだけである。このようなことを踏まえると、やはり自白の拘束力をわざわざ認めるべきではなく、この点自白とは相手方の挙証責任の事実を認める陳述に限ると解していいだろう。(参考：三日月先生の教科書)

4 攻撃防御方法の提出

口頭弁論を採用する現行法では、攻撃防御方法の提出は口頭弁論で行われるべきであることは述べたことだと思うが、ここで口頭弁論で提出された訴訟資料及び証拠資料が判決の基礎となる。その資料収集のためのプロセスは、適正迅速な審理を実現するという民事訴訟法2条の理念にかなうように行われなければならない。

そこで民事訴訟法は、第156条において、**適時提出主義**という原則を設けている。

【参照】民事訴訟法第156条

攻撃又は防御の補法は、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

そして、この原則に実効性をもたせるために、157条がサンクションを課す。

【参照】民事訴訟法第157条

1 当事者が故意または重大な過失により時期に後れて提出した攻撃又は防御の方法については、これにより訴訟の完結を遅延させることとなると認めるときは、裁判所は、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

2 攻撃又は防御の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、又は釈明すべき期日に出頭しないときも、前項と同様とする

ただし、日本のこの「適時」提出主義に至るまでには、「法定序列主義」「随時提出主義」などの概念上のステップアップを経ている。ということで、一見訴訟を遅らせたなら迷惑だろうが！と納得できる規定ではあるが、ここではその歴史的背景をしっかりとおさえよう。

歴史的背景

19世紀のドイツでは**法定序列主義**が採用されていて、より細かく言うと事実主張の段階と証拠調べの段階が完全に分離し、前者を過ぎればもう事実上の陳述はできなくなる証拠分離主義と、同一目的のための証拠提出は一定の期間内にせねばならず、それが過ぎれば提出しても無効とされる同時提出主義の要請を受けた。

これは、前述したようにドイツの審理がかつて書面主義に支えられていたことに帰する。書面の提出は制限しておかないと、ずるずると審理が長引いてしまうと危惧されたのである。

しかし、このようなルールの下では失権が厳格ゆえに訴訟資料が減り真実発見には適さず、さらには仮定的・予備的な主張が増えることでかえって面倒になる危惧があり、自由主義的で口頭弁論を採用した前述のフランス流の思想の影響を受けて1877年、ドイツでも法定序列主義は廃された。

そこで導入されたのが、**随時提出主義**である。つまり、自由主義の時代に、口頭弁論を採用している以上は、審理の段階などによる厳格な縛りを排し、一体となった訴訟手続きの中での攻撃防御方法の提出が許されるようになったのである。

※この意味では、**随時提出主義とは、「いつでも好きに提出していいぜ！」ということではない**。あくまで、「口頭弁論というシステムが出来たし、それに合わせた柔軟な対応をするよ」ということに過ぎず、口頭弁論終結時までは主張を随時提出することができるといっても、それは合理的な理由がある時にはまあ後出しも構わないよ、という程度のものだった。趣旨としてはそうだったのだが、まあそれが以下に述べるように誤解されたのである。

日本の民訴法はこの改正ドイツ訴訟法をパクっていたので、当然日本にもこのシステムが導入されることになる。が、これは結局、訴訟遅延の弊害を生むことになった。へたくそな立証が許容されるし、何より後だしじゃんけんようになる訴訟は、大変力オスであった。

もちろん手当となる立法もありはしたし、準備手続きも徐々に作られようとはしていたのだが、やはり有効ではなかったのである。

この問題に対応するために、現行民訴法の制定に伴い随時提出主義は、明文で**適時提出主義**に改められたのである。

不十分な準備手続きや失権条項は改善され、167条、それを準用する174条により、準備的口頭弁論ないし弁論準備手続きの終了後に攻撃防御方法を提出する場合には、理由の説明が必要になる。そして端的に、先の157条が、一般的なルールとしての時期の遅れた攻撃防御方法の提出についてのサンクションを定めるのである。

※なお、明治民訴から時期に後れた攻撃防御方法の提出自体は存在した。が、要件としては不十分であった。

保護法益

これによって守られるのは、限られた司法資源である。

好き勝手に証拠を提出されると、そのたびに端的に新しい期日が必要となるわけだが、これによってすでに行われた証拠調べや主張が無駄になると、やはり**審理は遅延するし、迅速な紛争の解決に対するの当事者や社会の期待を裏切る**こととなってしまう。そして、相手方もそれまでに**積み重ねた訴訟手続きに対して一定の期待を持っているのだから、それを損なう**ことにもなってしまう。

ただし、逆に言えば157条によって時期に後れなければまともだったはずの攻撃防御方法が却下される可能性もあり、これを却下すると**真実の発見**に背く可能性がある。日本の裁判では真実の発見が非常に重要視されており、裁判所に対する信頼も真実の発見が基礎になっていることを鑑みれば、真実の発見と迅速な裁判の実現の調和が大きな課題となっている。この点のバランスは、現行法では157条が「**故意又は重大な過失**」により時機に遅れて攻撃防御方法を提出したときは却下すると規律することで、「まあ故意又は重大な過失が認められれば仕方ないよね」と言う形でとりあえずとられている。

※主旨不明瞭な攻撃防御方法の却下

ぶっちゃけ時期とは少しぶれるが、同じ条文だし信義則的なところは同じなのでこれも説明。ようするにわけわからん説明をされても理解不能理解不能となるだけなので、裁判所が釈明権を行使することになるだろう。それに対して当事者が釈明をしなかったり、釈明すべき期日に出頭しない場合、それを申立 or 職権で却下してしまうということである。なお証拠の申し出の主旨不明瞭については別に180条とかに規定があるので、ここで言われるのは事実に関する主張になる。

5 当事者の欠席

口頭弁論期日の積み重ねで、訴訟手続きは申立事項としての訴訟上の請求の当否について判断するのであるから、当事者がそれにこなかったり、弁論せずに退廷したりすると、その分訴訟手続きは遅延する。そのような状況はよろしくないのだから、民事訴訟法上では欠席した場合の対応を詳しく述べるとともに、信義則上の訴訟を遅延させない義務が存在しているという理解のもとに、欠席当事者については不利な扱いをも辞さない態度をとっている。

場合分け

重要なのは、二つの場面に分けて考えることである。

①当事者双方が欠席した場合

訴訟資源の無駄なので、お開きになる。裁判所は期日の終了を宣言することになるが、当事者がいなくても証拠調べと裁判の言い渡しはできるので、することもある。期日の終了に際しては、243条によって事件が裁判に熟したと認める場合は弁論を終結することができるが、そうでないときは審理を続行することになる。ただし続行と言っても職権でネクスト期日を指定することはほぼなく、当事者の期日指定の申立を待つ。

これが一般論だが、欠席の場合244条において、**相当と認めるときは裁判所が、裁判に熟しているというときでなくても終局判決していいと規定している**。つまりは欠席と言う事態そのものが裁判所の訴訟資料となり、あまりにも「無駄なんだ、無駄無駄…」という場合には訴訟をキングクリムゾンして構わないのである。

【参照】民事訴訟法第244条

裁判所は、当事者の双方又は一方が口頭弁論の期日に出頭せず、又は弁論をしないで退廷をした場合において、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は、終局判決をすることができる。ただし、当事者の一方が口頭弁論の期日に出頭せず、又は弁論をしないで退廷をした場合には、出頭した相手方の申出があるときに限る

※キング・クリムゾンはジョジョの奇妙な冒険 PART 5 黄金の風に登場するキャラクター、ディアボロの能力名である。一定の時間経過を他人の認識から消し去ることができ、消し去られた認識下で動くことの出来るのはディアボロのみとなる。消し飛ばされた時間では一切の「過程」は無視され、「結果」のみが残る。これにより例えば自らに向かってきた銃弾が「自らを貫通するタイミング」を飛ばすことで、自らは無傷のまま銃弾が背後の壁にめり込んでいる(銃が撃たれたことによる結果だけが残っている)状況を生み出すことができる。

なお、263条により、欠席当事者が一か月以内の期日の指定の申立をしない場合は、**訴えの取下げ**が擬制されるものとなっている。双方が二回連続で期日に出ない or 弁論しないで退廷した場合も同じ。基本的にはこちらによる処理が行われるらしい。

【参照】民事訴訟法第 263 条

当事者双方が、口頭弁論若しくは弁論準備手続の期日に出頭せず、又は弁論若しくは弁論準備手続における申述をしないで退廷若しくは退席をした場合において、1月以内に期日指定の申立てをしないときは、訴えの取下げがあったものとみなす。当事者双方が、連続して2回、口頭弁論若しくは弁論準備手続の期日に出頭せず、又は弁論若しくは弁論準備手続における申述をしないで退廷若しくは退席をしたときも、同様とする

②当事者の一方が欠席した場合

この場合、相手方当事者はわざわざ来ているので、その分を配慮しないといけないことになる。

逆に言えば普通の訴訟手続きが出来た限り、法は特別の定めを置かない。

最初の期日の場合、訴状の陳述が口頭主義の要請からは必要となる。そこで、原告が欠席した時のために、**訴状や準備書面など提出した書類を陳述したものと擬制することができる**。この衡平から、欠席被告についてもすでに提出された準備書面や答弁書に記載した時効が陳述されたものと擬制する。

【参照】民事訴訟法第 158 条

原告又は被告が最初にすべき口頭弁論の期日に出頭せず、又は出頭したが本案の弁論をしないときは、裁判所は、その者が提出した訴状又は答弁書その他の準備書面に記載した事項を陳述したものとみなし、出頭した相手方に弁論をさせることができる

最初の期日と言うのは第一回指定期日と言うことではなく、最初に弁論が行われる日の事だから、控訴審においてもその最初の期日で同じことが言える。

なお在廷当事者の主張可能な内容は 161 条 3 項により、準備書面記載の内容に限ることになるが、相手方の準備書面で明らかに争われていない限りは 159 条 3 項により**擬制自白**が認められる。争われれば当然証拠調べである。

続行期日では別に特別ルールは必要ない。裁判所は熟したと思えば弁論を終結し、違えば続行期日を指定すればいい。ただし、欠席サンクションとしてここでも 244 条(裁判所がこなかったことをしん酌した上で終局判決できる)が使える。とはいえ、これで出席当事者が損をしたらアレなので、**出席当事者の申立**がある時に限る。

6 再掲 当事者の訴訟行為の規律

訴訟行為は、必ずしも意思表示を不可欠の要素とはしていない。訴訟上の効果を発生させることを目的とした全ての行為を包括している広い概念である。

例えば**申立**は端的に訴訟行為であるし、**主張も立証**も訴訟行為であろう。**訴えの取下げ**や**訴訟上の和解**も訴訟行為。そして訴訟手続き外だとしても、**管轄の合意**や**弁護士を選任**など、幅広く訴訟行為は世に存在しているわけである。

こうなってくると、実は「訴訟行為のルール」などというものを一般に考えようとしても、極めてラフなものとならざるを得ないこととなる。できて一定の傾向を指摘できる程度であり、これからその「一定の傾向」について述べていくものの、その程度であることはまず覚悟しておく必要がある。

※たとえば多くのテキストでは、私法上の法律効果と訴訟法上の法律効果を区別して法律行為を定義する主要効果説が言われるが、だからなんだと言う話である。

2 分類

ということで、ここではその一定の傾向を話していくが、その前に三日月先生などがなされる「取効的訴訟行為」と「与効的訴訟行為」という区分を試みようかと思う。

①取効的訴訟行為

裁判所の判断を求める行為と、それを基礎づけるために資料を提出する行為。今まで扱ってきたものはすべてこれに該当すると思われる。こちらは訴訟行為が取り上げられるかどうか問題となり、無理だった場合は却下されることになる。こちらは撤回が基本的に自由である。

②与効的訴訟行為

裁判所の判断を求めることとは別に効果を持つ行為。端的には訴訟の取り下げなどは、裁判所の判断を求めないで、それでただちに訴訟法上の効果を生じさせる。その意味で「効果」を直接「与」える「訴訟行為」ということである。こちらは効果をもつかどうか問題なのであって、取り上げられるかどうかはどうでもいい。適法か無効かというより、有効か無効かが大事になる。撤回は基本できない。

まあこんな感じに分かれるわけだが、これも頭に入れつつ、では訴訟行為における規律の在り様をざっくり話していこう。

端的に言って、**手続きの安定性**と言う極めて特殊なファクターが入ってくるのが訴訟行為の世界である。これはまあ前にも言った気がするけど。これが、当事者の主張などの解釈においても一定の意味を持つこととなる。ただし、口頭弁論期日であれば、釈明ができるのであるから、裁判所はそもそもの解釈の余地を減らすべく適切な釈明権の行使をすべきであることは言うまでもない。

そのうえで、基本的には相手方の不利にならない限りは当事者の意向を探るべくそれに有利な解釈をしてやることが必要になってくるだろう。黙示の主張だとかはまさにそんな話であった。

意思表示の問題

①訴訟能力

訴訟行為をするためには訴訟能力が必要である。一般的には民法の行為能力に従うものの、ここでも手続きの安定性が重視され、たとえば 34 条は訴訟能力欠如の補正や追認を規定する。このような点で民法上のルールが多少だが修正されている。

②表見法理

表見法理は訴訟行為には適法されないのが判例の立場であった。これもまた、手続きの安定の観点からの要請であり、100 選で言うと 18 事件などで確認したところである。

③意思表示の瑕疵の主張

錯誤無効や詐欺取消が主張できるだろうか。

取効的訴訟行為については、これは可能とされている。だが、与効的行為については問題となる。訴えの取下げの時に扱うのだが、92 事件を参照。

100 選 92 事件(昭和 46 年 6 月 25 日 : 最高裁)

訴えの取下げについて脅迫行為があった事案で、意思表示の瑕疵によってその効力が否定されることは原則としてないとした。手続きの安定性と言う奴だが、これにも再審事由がある場合など例外があり、この事件ではその例外を認めた。

基本的に、再審事由がない限りは訴訟手続きの取消はできないものとされる。が、その後の手続きを想定しえない場合には、取消してもいいのではという理解もある。最新の学説は、およそ訴訟行為だから意思表示の瑕疵の規定が適用されないのは雑すぎるだと批判し、個別に訴訟行為ごとに判断すべきであるとしている。

④瑕疵の治癒

34 条における追認の規定などが例となるが、訴訟手続きは積み重ねられる性質があるゆえに、一定の場合に瑕疵が「治った」ものとして、そのまま進んできた手続きを有効活用できるように手当てしている。

⑤附款

条件付きの訴訟行為は原則として許されない。ただし例外的に、条件付きの訴えは許される。訴えの変更には予備的併合や選択的併合があり、これらは認められると解されるのは前述したと思う。処分権主義の範疇だということである。

ただし訴訟行為においても、裁判所が条件成就の有無につき明確な判断が可能で、当該手続内に条件付けられている場合にはこれは可能であると言われる。言い換えれば、訴訟外の事実の成就を条件とする場合には不適法となるということである。

実体法上の意思表示の規律

今までの議論に対して、「実体法上」の意思表示を訴訟においてなした時、その効果が発生するかが問題となる。

【事例】 取消権の意思表示の場合

当事者 Y が有効に取消権の意思表示をすれば、当事者のもう一方である X がその契約に基き請求をしても、Y は抗弁として契約の取消しを主張することができ、X の請求は認容されないはずである。

訴訟外において Y が契約の取消しを既に行っているときは、取消しの効果は実体法上の効果として生じており、裁判所はその請求を棄却するのは当然と言える。

だが、**訴訟期日において取消しの意思表示をした場合**にはどうなるだろうか。

このときの取消しの意思表示は審理における**主張行為**に当たる為、その主張が認められれば実体法的効果が発生し、抗弁事由となるとされる。ただし裁判所が主張を却下してしまうと、その取消しが判決の基礎として斟酌されず、X の請求が認容されることになる。

【事例】 相殺の意思表示の場合

当事者 Y が有効に相殺の意思表示をすれば、民法 505 条により、相殺の対象となる債権は遡及的に消滅する。よって Y は取消し同様に、その債権に基づいて X が請求した際には相殺を抗弁として主張できる。

もちろん訴訟外において Y が相殺をすでにしているとき、相殺は実体法上の効果をもち、取消しの場合と同様に、相殺された債権に基づく X の請求権は認められない。

ここで、訴訟外においては相殺が成立していない場合において、訴訟期日において相殺の意思表示をするときも、取消しと同様の結論となる。なお、訴訟期日における相殺を「**訴訟法上の相殺**」と呼ぶ。相殺が認められることとなれば、債権の消滅という実体法上の効果が生じる。

そして裁判所はその効果の主張を判決の基礎として斟酌する義務を負うので、その結果として X の請求を棄却するという訴訟法上の効果も発生することになる。

時期に後れた攻撃防御方法との問題

実体法上の意思表示が果たして却下されるとかあるのかよ、という感じだが、157 条さんがいた。

【参照】 民事訴訟法第 157 条 1 項

当事者が故意または重大な過失により時機に後れて提出した攻撃又は防御の方法の方法については、これにより訴訟の完結を遅延させることとなると認めるときは、裁判所は、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 条により**一定の場合において、裁判所が当事者の攻撃防御方法の提出を認めないことがある。**

すると、相殺が実体法上においては有効に成立し、自働・受働債権が消滅した場合においても、なお 157 条 1 項が適用される場面においては、訴訟法上その債権に基づく請求が認容されてしまうことになるが、これは奇妙な帰結である。

結局、先ほどの例で言えば、実体法上では相殺を主張した結果被告 Y が原告 X に対してもつ債権を失う一方で、訴訟法上においては X が Y に対してもつ債権をなお有効に主張されるのである。これは、**相殺の当事者間における公平を失するのではなかろうか。**

◎学説

学説はこれについて、**訴訟法上の相殺の意思表示は、抗弁として意味を持つときのみ効果が発生するのであって、意味を持たないときは実体法上の効果も生じないのだとする。**すなわち、相殺が(157 条で却下されるものにあたらぬ)適法なものであることを解除条件として実体法における相殺が成立するということである。

これは、当事者の訴訟行為の解釈はその行為者にとって最も有利になるようにするという原則をもとになされている議論といえる。相殺とは自分に有利だからやっているはずなのに、それによって不利益を被るようなことは認めてはならないというわけである。

ただし、**この説は一見すると民法 506 条 1 項ただし書にそぐわない。**

【参照】 民法第 506 条 1 項

相殺は、当事者の一方から相手方に対する意思表示によってする。この場合において、その意思表示には、条件又は期限を付することができない

しかしながら、506条1項ただし書の趣旨は、あくまで**相殺によってもたらされる相手方の地位の不安定さを可能な限り低減するところにあるわけだが、これは訟上相殺を主張する当事者に与えられるべき「公平」という利益の前には劣後すべき不利益である**と解される。そして、相手方の地位の安定性を欠くといっても、それは確定判決が出されるまでの一時的な期間にとどまることから、学説はこれを許容範囲内だとしている。

100選43事件(昭和45年10月31日:最高裁)

BとYの訴訟において、Bが建物買取請求権をYに対して口頭弁論期日において行使したが、その後Yがいくらか支払う代わりに建物を収去、土地貸借もやめひきわたすことで和解が成立した。他方でYはそこを借りて住んでいXに対して建物の明け渡し請求を行っていたが、これはYが賃貸人を承継したという理由で棄却されていた。Yはここで「和解したから、建物はずっとBのものだったことになるじゃん」として、YとBの間の和解により、問題の土地は明け渡しことになったから建物の貸借権も(Bの)土地の賃借権とともに消滅し、Xは出ていくことになるぜと言い始めた。それは困るので、いやいやおかしい、とXは建物賃借権確認の訴えをYに対して起こしたのだった。

ここでは、和解により建物買取請求権の行使が撤回されるかが問題となった。

裁判所はその判旨で、形成権が訴訟上の攻撃防禦方法として主張された場合には、**意思表示は訴訟上で陳述されることを条件として、相手方に到達した時にその実体的効果を発生する**としたものの、取下げや和解等の事由により、意思表示についての**裁判所の実体的な判断を受けることなく訴訟が終了したときは、発生したその実体的効果もはじめに遡って消滅する**ものとした。

※しかしながら、このとき和解は相対的な効力を持つのみであり、Xに対しての効果を持つためにはこの者の同意が必要だとして、今回の訴訟においてはXの貸借権が確認されている。

細かい議論はなおあるが、それでもこのような判例の立場自体は、別にこの建物買取請求権に限らず一般に意思表示の扱いに妥当するものと言える。

※細かい議論と言うのは、「発生したその実体的効果もはじめに遡って消滅」していいのか、とかそういう点である。たとえば建物買取請求権の場合、157条1項によりAからBへの買取請求の行使が攻撃防禦方法としては却下されても、実体法上の効果は残しておいた方が、訴訟後にAが建物代金支払いをBに請求しやすいのではないかという議論がある。まあ再度の行使を認めて請求異議事由として認めてしまえば問題ないともいえるが。

相殺の抗弁について

以上の判例規範は、訴訟期日での当事者の意思表示一般に適用されると考えてよいと思われるが、相殺の抗弁については規律がさらに加えられる。

さて、期日内における実体法上の意思表示は、原則として当事者の主張する順に処理が行われる。他方、114条2項の規定によって、相殺の抗弁が認められると**目的となる債権の不存在について既判力が生じる**のである。そのため、相殺は**最後の抗弁**と位置づけられ、債権の不存在を言うための他の抗弁が全て成立せず、請求されている債権がその限りにおいて存在する状態で、ようやく用いることができる。

(6) 証拠法

訴訟手続きの最終目標は、請求の当否について判断を下すところにある。そのためには、実体法上訴訟要件とされているものにつきその要件充足を判断せねばならない。

争いのない事実については当事者主義によりそれを判決の基礎とすることができるが、争いのある事実については事実認定をする必要があるわけで、その際の規律を一般に**証拠法**と呼ぶ。ようするに、裁判官は法律には詳しくてもこの世の事実を全て知っているわけではないので、ある事実が本当かどうか、確定が必要になる。そのため、「あ、確かに～」と納得させる必要があるわけで、つまり基本的には証明が必要なわけだが、この議論はまず「証明ってなんですか」ということを共通理解としたうえでなされないといけないので、証明とは何かから入ります。

※証拠裁判主義

かつては神の審判に頼ったり、決闘によって紛争を解決しようという時代もあった。だが近代においては、科学的発想、認知科学が発展するなかで、証拠調べに基づく裁判によって当事者間の紛争の解決を図る制度が採用されるようになった。これをさして**証拠裁判主義**というが、あくまでその証拠も人間が判断するので、結局のと

ころそれによって導かれる「事実」とか「真実」とか言うものも、実のところは背景としての時代や文化による制約を受け、制度的・相対的な性質をもっているといえる。

1 証明の意義

一般に、**判決の基礎となる事実を証拠によって明らかにすること**を、証明という。

但し民訴では、一定の局面を想定してこの言葉を用いている。

【参照】民事訴訟法 247 条

裁判所は、判決をするに当たり、口頭弁論の全主旨及び証拠調べの結果をしん酌して、自由な心証により、事実についての主張を真実と認めるべきか否かを判断する

すなわち、民訴法ではここでいう「真実と認める」ことが出来た場合を、証明というわけである。247 条における「事実」とは、あくまで請求の当否を判断するための事実であり、すなわち**主要事実**を指すとされている。

高度の蓋然性

ただ、立証しにくい事実としてたとえば**因果関係**の証明がある。

100 選 57 事件(ルンバール事件：最高裁)

因果関係は、特定の事実が特定の事態を導いたと言う**通常人が疑をさしはさまない程度**(丸暗記必須)の**高度の蓋然性**を認められれば、それをもって証明されたとして良いとした。

ここからも、特定の制度のもとではじめて真実とは何かが決まると言うことがわかる。判例の理解には議論もあるが、**一般には裁判所の信念の確からしさとして、高度の蓋然性を要求する**ということになる。普通真実は 0 か 1 という二択なわけだが、その間の 0~100(単位としては、%だろうか)までの真理値を想定し、そのうちある程度のラインを超えればもうオッケーということにするわけである。

たとえば「90 なら通常は因果関係があるとみていいわ」とするときのように、どの程度の蓋然性が要求されるのかのラインを**証明度**と呼び、これは基本的に話の筋からしても口頭弁論の終結時を基準とする割合である。証明においては、最終的にそのラインに達するかどうかの問題となる。議論はあるが、まあ **80~90** くらいが必要とされる。これは主観的なものか客観的なものか議論があるが、結局ある心証をどちらか片方だと言い切ることができないので、あまり議論に実益が無いと思われる。

これに対して、**証拠の優越**をもって証明としてよくないだろうか、という立場もある。すなわち、証明度が高度の蓋然性説からは 80~90 要求されるなかで、結果 65 の値しか得なかったとしても、残りの 35 よりはでかいのだしその事実を「ある」とみなせばいいではないか、という説である。

確かに、なぜこのように期待値に反してまで高度の蓋然性を要求するのだろうか。

※刑事の世界ならば無罪の者を有罪とするリスクをおさえるのだ、とか言い訳することができる。それだけでは「有罪の者が無罪になる」という意味での誤判の確率自体は増しているのだし説明しきれないが、これは刑事「**消極的真實主義**」を主張する価値観として一応納得できる。

比較法的にも、英米法ではこの立場がとられている。高度の蓋然性は陪審には認定することを要求できないから、どちらが確からしいかということにみが認定されるのである。ここには陪審に対しての信頼があり、誤判のリスクを最小限とするべきだという価値観がある。

とすると、**日本法では権利があるのに「ない」こととしてしまうリスクよりも、権利がないのに「ある」とするリスクを重く見て手当している**ことになるが、これが民訴法の価値観ということになる。この重みを基礎づける者としては、①帰責、②現状維持という観点が挙げられるだろう。

まず、日本では一般に因果関係には**帰責**が必要とされる。責任を負う所、帰責因がある場合に「加害者」に対して被害を受けたものがその損害を転嫁できるわけである。D4C ラプトレインは日本にはない。とすると、可能性が高いというだけで転嫁を認めるのは、少し抵抗がある。

そして、**現状維持**、例えば「占有状態」に価値を置く社会では、これまたすぐに移動していいことにはならない。

このような背景的な理論をなくして、日本の判例の「高度の蓋然性」理論は正当化できないといえよう。

これが合理的かどうかには議論もあるが、まあ人類の英知としての一定の説得力はある。

ただしこの結果、原告は重い負担を負う。

だから証明の「外」には、様々な補助的なルールがあることは後述する。

※ただ、判例の評釈を見ると、57 事件では手術の直後の障害との因果関係が問題となったところ、鑑定結果が分かれていた。とりわけ医学に強い方が見ると、高度の蓋然性と言う因果関係があるとは言いにくい事案であり、むしろ「証明度下がってね？」という解釈ができなくもない。

判旨内在的に導くとすると、「通常人が合理的な疑いをさしはさまない程度」という**通常人基準**であるところを強調することになると思われるか。まあ確かに「医療関係者」ではない人基準で因果関係を理解することもできるが、この辺りの議論はいったいどのような「通常人」を想定するのか、社会的価値を体現するのかという追及しないといけな。

そのあたりの解釈次第では、事案に応じて要求する証明度を下げ原告を救済するように、この「高度の蓋然性」ルールが使われていると見ることも可能である。

まあ議論はあるが、とにかく高度の蓋然性と言う形で一定程度高いラインが引かれているということになる。ここで帰責原理を強調すれば証明とは0からのスタートになるのだが、まあ基本的には50:50スタートとされる。それを80~90にする作業を、**本証**と言う。ただ、被告の側もそれを下げようと立証をするわけで、これを**反証**と言う。

ただし、反証を考えると、結局高度の蓋然性が認められなければいいのだから、最悪証明度が70くらいになるまではシカトしていてもいいことにはなる。普通はそんな悠長にはかまえないが。

だから、**厳密には、「因果関係がないと言う心証を与える」必要は実はない**のである。その意味で原告と被告の立証は非対称であることに注意しよう。

疎明

【参照】民事訴訟法第188条

疎明は、即時に取り調べることができる証拠によってしなければならない

証明の対概念として**疎明**という言葉がある。証明よりもより低い程度の心証で、事実の存在を認めていいというもの。括弧付きの証明。

通常はいわゆる派生論争、手続き的な問題についての要件効果を判断する際に使われる。ここに証明を要求すると、手続きがなかなか進まないからである。例えば証言拒絶権を発動する場合には疎明する必要がある。さらに188条によると、疎明は即時に取り調べられる証拠によるという証拠方法の制限がある。これも迅速な手続きの要請からである。

簡易迅速な裁判の実現のために、日本の民事訴訟法制は一定程度の妥協をしている、ということである。

2 証明の対象

事実

具体的な規律でいうと179条が出発点である。

【参照】民事訴訟法第179条

裁判所において当事者が自白した事実及び顕著な事実は、証明することを要しない

すなわち、**自白した事実**と**顕著な事実**は証明しなくて良い。

逆に言えば、これらの事実以外は、証明を要するということであり、かつ、証明の対象は事実である。証明の対象となるものを247条が「証明すべき事実」と言っていたことに照らそう。

まあ民訴法上は、このように証明の対象として基本的には事実を想定するとともに、要証事実と不要証事実とを区別することを想定するわけである。そして、さらにその対象は限定される。

裁判所は請求の当否についての判断のために事実を確定し、その後法をあてはめるわけである。したがって事実の中でも請求の当否を判断するための**主要事実**が証明の対象となるのだった。さらに、民訴法は**弁論主義**を採用しており、当事者の主張しない事実は調べられない。そこで証明の対象はさらに、主張した事実に限られる。つまり、**当事者の主張した(争いある)主要事実が、証明の対象である**。

ここでいう事実は日常用語でいう事実とは異なることとなる。因果関係も事実と言うかは微妙だが、関連性という意味合いでは事実であるし、故意過失というの、故意過失に該当する事実、知不知も事実となる。さらには、責めに帰すべき事由という一定の一般条項が示す内容の有無も、事実になる。

この意味で、**極めて制度的に「事実」が設定されている**のである。

また、注意してほしいが民訴で確定するのは、請求の当否に必要な情報であり、過去の事実の全体の復元を目的としない。これが 179 条の想定する証明すべき事実・証明の対象の議論となる。

ノット事実

①法規

事実以外は証明の対象とならないから、法規は証明対象ではない。すなわち**法の発見や解釈は裁判所の職責であり、職権で調査確定すべき**ことであるから、これに対して証明も疎明もない。これを指して「裁判官は法を知る」というのである。

もちろん一定の意見を言うことはできるが、まあ裁判所がそれにどう反応するかは自由であり、拘束されるいわれは法的には全くない。

ただし、以上は原則であり、例外的に法規が証明対象となるという議論がある。具体的には**慣習法**である。当該業界にしかない慣習は「知らない」から、当事者が証明しないとイケない。議論はあるが**外国法**も同じ可能性がある。

②経験則

法の当てはめにおいては経験則がないと推認ができないわけだが、これは証明対象でない。経験則の定義上、経験から帰納された物事の知識や法則として誰でも知っているものである必要があるが、医学知識や科学知識等の専門的なそれは証明対象となり、鑑定と言う手法でそれが確認される。先ほどの慣習法と同じような理屈である。

不要証事実

先ほど核にした 179 条は、証明すべき事実から大きな例外を置いていた。一つは**自白された事実**、もう一つが**裁判所に顕著な事実**である。いずれも、証明というものが真実性の判断のために必要であるところ、あえて証明を求める理由がないことを理由とする。

①自白

これは、弁論主義のルールによる。弁論主義の第二ルールにより、証拠調べをする必要がなくなるのである。ここでの「自白」には裁判上の自白として撤回制限効を伴うものと、擬制自白とがあった。いずれの場合にも証明は不要となる。

※ついでだが、論点としては間接事実の自白は通説は否定するのだった。しかしながら主張が一致する時にあえて証明を要求することは普通ないので、実際はそれを前提に判断することとなる。

②顕著な事実

いわば広く確立した、知れ渡っている事実の事。今日が 11 月 19 日だ！とか、ここが本郷だ！とかはあえて証明するまでもない。公知の事実とか言ったりする。また、裁判所に於いて調書に記載されているものは、新たに事実認定をするまでもなく公正に真偽がわかるので、顕著な事実である。

だが、通常人ならだれでも知っているから事実認定に使ってもいいだろうということは確かである一方、反証の機会を失う可能性もないではない。裁判所の独自認定には常に不意打ち認定の危険が伴うから、その防止のために一定の注意喚起が必要ではないだろうか。やはり事実認定では証明が不要だよねと言うだけであり、裁判所が何でもやっていいというような方向を示唆するわけではない。

3 証拠調べの手続き

じゃあ実際、証拠をどうやって集めたり処理していくのかという所に入っていきます。

証拠

まずは、そもそもの証拠と言う概念について説明。この概念には大きく分けて三つの意味があるとされている。

①証拠方法

証拠調べの対象となる有形物を証拠方法と言う。通常は有形物でないと証拠調べの対象とならない。たとえば文書とかを想定すればいい。民訴法は、証拠方法を 5 つに分類し、それぞれに異なる証拠調べの規律を想定しているからである。

- A 証人……190 条以下
- B 当事者…207 条以下
- C 鑑定人…212 条以下
- D 書証……219 条以下
- E 検証……232 条以下

この5つが想定される。A から C を**人証**といい、残りを**物証**という。

② 証拠資料

資料とは情報の意味。ようするに**証拠方法の取調べによって獲得された情報**である。証人を取り調べて得る証言や鑑定結果、記載内容、検証結果などなど。

③ 証拠原因

裁判官が心証を得た根拠であり、事実認定に用いられたもの。

民訴法ではこのようななか、どの意味で証拠と言っているかが問題となる。たとえば「提出」するもの、「取調べ」されるのは証拠方法であるが、そこから証拠資料を得て、そのうち証拠原因によって判断を下す。

なお、証拠方法が証拠調べに利用できるかどうかという意味で、**証拠能力**という言葉が使われる他方で、証拠資料が心証形成にどれだけ役立つかの問題として**証拠力**という言葉が使われる。

証拠調べ総論

証拠調べを定義することもないだろうが、あえて言えば**裁判所が当事者の提出した証拠方法を取調べて、証拠資料を得る手続き**ということになるだろう。当事者からすれば、自己に有利な心証形成のために証拠資料を提出する場ということになる。

証拠調べについては非常に詳細な規定が延々と続き、法定の手続きに従って証拠調べがなされることが予定されるわけである。法定の手続きに従う証拠調べを、**厳格な証明**という。

※対して**自由な証明**として、これらの手続きによらず証明が許されることがある。具体的には非訟事件とかで電話で聞いたりできる。

言うまでもなく、今まで述べてきた様々な価値が手続き規律に体现されているので、おいそれと無視はできないのである。当事者の手続き権とかそういうの。

たとえば 183 条を見ると、**当事者の立会権**が想定されていることが分かる。さらに、事実認定の公正さを担保するため、当事者と一定の関係性を持つものを法廷から排除するルールがあるし、誤判コストを最小とするためのルールもある。さらには証人尋問等では個人の尊厳と言う、真実発見の対抗価値への考慮も必要となる。様々な価値が微妙に絡み合い、調整され、現行法のかなり詳細な規定ができあがることとなるのである。

非常に面白い規定が多いが、ここでは基本的なものを中心に話すこととする。

基本的規律

要証事実ごとの証拠提出：180 条以下

【参照】民事訴訟法第 180 条

- 1 証拠の申し出は、証明すべき事実を特定してしなければならない
- 2 証拠の申し出は、期日前においてもすることができる

方式について書かれているが、申出ができることが前提となっている。当事者は証拠方法を提出する権能をもっているのである。さらに、弁論主義の第三ルールにより**裁判所は職権で証拠調べは出来ない**。180 条により、当事者が申し出た証拠方法のみが判断されることになっている。まあ例外はあるが。

弁論主義のもとでは、事実認定に必要な証拠方法の提出は当事者に委ねられる。

含意は責任と権能をともに与えると言うことであり、証拠を提出せず敗訴リスクを負うこともできるのである。もちろん、その結果を引き受けないといけませんが。

通常はこの権能は行使されるが、より(提出するよりも)重大な価値を尊重することは許されるのである。

さらに、多くの場合には、提出しない状況はうっかりミスであるので、その点 149 条に示される**釈明権**が重要になる。そのことを前提に 180 条があり、いかなる事実の実証を求めて証拠を出すのか、要証事実ごとの提出が求められる。

なお、原則として証拠提出の撤回は可能であるが、取調べに入るともう無理であり、もはや相手方の同意がある場合を除いて撤回は許されないというのが基本的な理解である。

一端証拠調べがなされたのちは、証拠資料には選択権がない。 裁判所は利用できるすべての証拠資料を利用して判決を出すことが許される。

なお、基本的には現在の民事訴訟は簡易迅速を一つの価値とするから、181条により取り調べる証拠を決定したのちは、182条の定めるような集中的な証拠調べを予定している。

証拠の採否

すべての証拠を取り調べる必要はない。オーバーキルする必要もないし。

①立会権の前提として、口頭弁論期日において実施する

一般に口頭弁論には証拠調べの手続きも含むから、**直接・公開・対審**はここでも確保されるべきである。例外的に民訴法185条がある。

【参照】民事訴訟法185条

- 1 裁判所は、相当と認めるときは、裁判所外において証拠調べをすることができる。この場合においては、合議体の構成員に命じ、又は地方裁判所若しくは簡易裁判所に嘱託して証拠調べをさせることができる
- 2 前項に規定する嘱託により職務を行う受託裁判官は、他の地方裁判所または簡易裁判所において証拠調べをすることを相当と認めるときは、更に証拠調べの嘱託をすることができる

②334条：証拠保全

証拠保全をする必要がある場合がある。期日までに死ぬかもしれないような人から証言をあらかじめとっておくようなことは許される。

※保全方法

これも実務では重要だが、やりかたが問題であったりする。

まあ基本スタンスは、事情があるときには、証拠調べの前倒しが出来るというものである。したがって、証拠調べによって得られる証拠資料に基づいて心証形成する、という建前は変わっていない。

現時点ではビデオとかもあるからより有効な形で保全が可能となっている。ほかにも、医療関係の問題においてはカルテの改ざんが問題となっていた時代には保全によってカルテを撮影したりしていた。

証拠方法毎の規律

それぞれの証拠方法に応じたやりかたが準備される。どの証拠方法が重要かも時代によって、国によって変わることには注意しよう。フランスでは書証が重視されるとかね。まあとりあえず日本法を見ていくことにする。

①証人尋問

事実の真実性について、過去に訴訟外で経験したことについて証人から供述を求める証拠調べ。

通常、人間の認知能力や客観性には限界があるので、しばしば信頼性が疑われる。さらに、全く無関係の第三者が証人となることは少ないから、「お仲間」が来る点では真実性がさらに疑われる。

このことは当事者も認識しているが、実際問題この人たち以外に証人がいないということが多々あり、お仲間の証言だろうがとても重要となる。

※ちなみに外国法も見てみると、アメリカあたりでは弁護士等に一定のフリを付けられた証言があるとしても尋問の中でわかるだろうとそれが重視される一方、フランスとかではやっぱり書証でしょという感じになる。

◎何人でも証人になれる

【参照】民事訴訟法第190条

裁判所は、特別の定めがある場合を除き、何人でも証人として尋問することができる

日本の裁判権が及ぶ者には出頭・宣誓・証明義務が公法上定められ、制裁も課される。少なくとも日本人であれば国民として司法の適正な発動を確保する義務があるのである。

例外的に義務の免除がある時として、典型的なのが**証言拒絶権**のある場合である。196条と197条に該当する事項があるときは、198条にあるようにそれを**疎明**すると証言義務を逃れることができる。ただし、基本的にこの裁判適正の実現が重い義務であることが分かる。

たとえば196条がプライバシーに関する規定であるが、これは限定列举である。

【参照】民事訴訟法第 196 条

証言が証人又は証人と次に掲げる関係を有する物が刑事訴追を受け、又は有罪判決を受けるおそれがある事項に関するときは、証人は、証言を拒むことができる。証言がこれらの者の名誉を害すべき事項に関するときは、同様とする

- 一 配偶者、四親等内の血族もしくは三親等内の姻族の關係にあり、又はあったこと
- 二 後見人と被後見人の關係にあること

国家の介入を受けない領域は、裁判との関係では極めて狭いということになる。なお、197 条は一定の職業上の秘密を保持する規定である。個別に説明することは山ほどあるが、これにつき憲法でも聞いた判例があるだろうから 100 選の 68 事件をみてほしい。

100 選 68 事件(平成 18 年 10 月 3 日 : 最高裁)

いわゆる取材源の秘密に関する事件である。

表現の自由・報道の自由という大きな権利すらも、適正な裁判の要請の前では制限されることが示されている。

記者たちの職業の秘密についての証言拒絶権が問題となるが、これはその事項が公開されると以後職業遂行が困難になるような秘密として、顧客リストやノウハウなどを想定しているものである。

秘密を有する者の社会的な活動の有用性がここでは保護されているが、そのうえである秘密が職業の秘密にあっても、なお保護にあたるもののみが証言拒絶の対象となるとされる。保護にあたるかは、秘密による不利益と失われる裁判の公正との比較考量によって定まるとした。

このように、「証言拒絶権」として絶対的に保護にあたるものがあるのではなく、その秘密が有用な活動の前提となるかが問題となる**相対的な保護**があるに過ぎないのである。要するに、条文上は秘密ならばいいと言う感じだが、実はそう単純な話ではないのである。裏から言えばここまで公正な裁判の必要性が重くなっているということでもある。

②当事者本人尋問

職権でできることに注意。他に資料が無ければ最低限聞くことは許される。

③鑑定

裁判所が有しない知識の補充が目指される。

④文書

219 条に規定がある。

【参照】民事訴訟法第 219 条

書証の申出は、文書を提出し、又は文書の所持者にその提出を命ずることを申し立ててしなければならない**書証**という言葉が使われているが、講学的には文書の証拠調べの規定である。文書という言葉づかいかかなり特異な定義がなされ、**作成者の意見意思(思想)等を文字その他の手段で記載したもの**ということになっている。この定義には違和感あるかもしれないが、文字その他の手段で記載されたものということで、いわゆるプリントアウトしたのが全部それにあたる。

文書の記載**内容**が証拠調べの対象となる。つまり、紙の**性質**とかが気になる時には書証としての規律に服すのではなく、検証の対象となりその規律に服す。書証と言う場合にはあくまで記載内容が問題。ここでいう文書は様々なものがあるが、紙に書かれたものを念頭に議論していく。

219 条により、提出の方法で証拠調べを求めることができるが、自分の所持していないものの取調べを要求することも可能である。また、この対象には相手方の有しているものも含まれる。この場合相手方の協力がいるが、裁判所に申し立てて、223 条の**文書提出命令**と言う決定(その性質は命令ではない! めんどくさい)をしてもらい、それを執行することが必要となる。

※**弁論主義**の元では相手方に提出させるのはおかしくね?ということになるかもしれないが、この講義では弁論主義とは当事者の共同決定を尊重すると言う所にあるのであって、片方が調べると言っていることを調べることは可能であろう。

◎文書提出義務

命令を担保するために、文書提出義務があるときが 220 条によって定められている。

極めて複雑な規定だが、ラフに言えば 3 つの段階で組み立ててある。すなわち、テキトーに言えば「狭い、広い、マイルドに」の三段階であるが、なんのことだかという感じだろうから、具体的に条文を参照して説明する。

【参照】民事訴訟法第 220 条 1 号・2 号・3 号

次に掲げる場合には、文書の所持者は、その提出を拒むことができない

- 一 当事者が訴訟において引用した文書を自ら所持するとき
- 二 拳証者が文書の所持者に対しその引き渡し又は閲覧を求めることができるとき
- 三 文書が拳証者の利益のために作成され、又は拳証者と文書の所持者の間の法律関係について作成されたとき

【狭い】1号から3号までには、極めて限定された状況が想定されている。証人に対しては原則来る義務があるのに対してここでは原則として提出義務がなく、**提出命令を求める当事者との一定の関係性がある時に限り認める**とする。まあ文書には関係ない部分もあるし多くの場合不可分である。さらには記載内容にもプライバシーがあったりするので、**処分権**が強く求められるということである。

【広い】だが、この限定のせいで極めて重要な証拠であっても使えなくなることがある。ということで、これを少なくとも証人と同じくらい拡大しようという方向に議論が進み、改正で新たに追加された4号では、文書が一定の要件に「該当しない」ときにと言う形で、**原則として提出するように改めた**のである。

【参照】民事訴訟法第 220 条 4 号

四 前三号に掲げる場合のほか、文書が次に掲げるもののいずれにも該当しないとき

- イ 文書の所持者又は文書の所持者と第九十六条各号に掲げる関係を有する者についての同条に規定する事項が記載されている文書
- ロ 公務員の職務上の秘密に関する文書でその提出により公共の利益を害し、又は公務の遂行に著しい支障を生ずるおそれのあるもの
- ハ 第九十七条第一項第二号に規定する事実又は同項第三号に規定する事項で、黙秘の義務が免除されていないものが記載されている文書
- ニ 専ら文書の所持者の利用に供するための文書(国又は公共団体が所持する文書にあたっては、公務員が組織的に用いるものを除く)
- ホ 刑事事件に係る訴訟に関する書類若しくは少年の保護事件の記録又はこれらの事件において押収されている文書

【マイルドに】とはいえ、4号においてはイロハが拒絶事由になるほか、ニホに文書特有の拒絶事由が規定される。所持者がもっぱら利用することを想定された場合(日記)などの場合に、拒絶権を認めることで文書の提出拒絶をできるカテゴリを一定程度作ったのである。

という感じで、狭い→広める→マイルドにという三段構成なのでとつてもめんどくさいわけである。

100 選 69 事件(平成 11 年 11 月 12 日: 最高裁)

個人(自然人)のプライバシーではなく、法人がその内部で使用することが想定された文書が提出命令にかかるかが問題になった。プライバシーは微妙なところだが、団体の自由な意思形成を保護法益として、例外規定にひっかかるものだとした。

看過しがたい不利益に着目しつつも、それが生じる場合に裁判との構成と比較衡量するのが 68 事件だったところ、69 事件は比較考量を想定していない。

おそらくこれは、保護法益が違ったからであろう。69 事件での保護法益のほうが、保護される度合いが高かったのと思われる。68 事件では別証拠による代替可能性などを重視したが、69 事件では考慮していない。

正当化できてねーだろと学説は 69 事件を批判することが多いのだが、**職業の秘密の社会的有用性は比較衡量になじむものの、意思形成の自由はそもそも考量になじまないもの**だとみているのではないかな。

文書提出命令は裁判所によるものだから、それに従わないときが問題となる。これについては強制執行手続きの利用もなくはないが、それには時間とコストがかかるので、シンプルな規定として 224 条と 225 条がある。

命令が出ているのが第三者の場合は 225 条で料金が課され、相手方の場合は 224 条により**文書の記載に関する要求者の主張を真実と認めることができる**ようになっている。

極めてラジカルな規定だが、文書が提出されないために利用ができない、にもかかわらず提出があったのと同じような状況を保障するのである。が、記載内容が明らかでないといけないうところ、カルテ等であると、そもそも何が記載されているのかわからないので、あまり効果がない。ただし、このような場合には 224 条 3 項によって、具体的な主張をすることが出来ない場合及び他の証拠によって証明が困難であるときには、主要事実に関

する相手方の主張を真実とすることができるとされ、記載内容どころか**事実に関する主張**が認められる。まあ提出しろよと言う規定なのだが。

◎書証の真正

証拠資料が、要証事実の真偽の判断に際して持つ価値のことを、証拠力という。そしてその証拠力は、実質的証拠力と形式的証拠力に分けられる。このうち、**形式的証拠力**は文書が偽造ではないこと、より丁寧にいうと、**当該文書が、拳証者が作成者だと主張する特定人の思想の表明として作成されたこと**(真正であること)を意味する。これを前提に、実際に記載された思想が要証事実との関連でどれだけ役に立つかが、**実質的証拠力**である。

【参照】民事訴訟法第 228 条 1 項

文書は、その成立が真正であることを証明しなければならない

文書は、その性質上誰が作ったかが見ただけではわからないことがあるので、形式的証拠力が特に問題となる。そこで、**拳証者は文書の性質の真正を証明しなければならない**のである。ただし、相手方が文書の性質の真正を認めた場合は、これは補助事実の自白であるから、証明不要効が生じる。

※争った場合に証明があることとなるが、これについては相当な理由を示す必要があるし(規則 145 条)、故意または重過失により真実に反して真正な成立を争うと、科料の制裁が課される(230 条 1 項)

ただ、ここで文書の成立の真正の証明は困難である。そこで、228 条 4 項などに、署名・押印をもって推定が認められるという**法定証拠法則**の規定がおかれている。

【参照】民事訴訟法第 228 条 4 項

私文書は、本人又はその代理人の署名又は押印があるときは、真正に成立したものと推定する

ただ、押印がある、というときに、それだけで「本人が押印した」のかどうかはわからない。だとすると、結局めんどくさい証明の魔の手からは逃げられていないのではないかが問題となる。

100 選 71 事件(昭和 39 年 5 月 12 日 : 最高裁)

まあ簡単に言うと、「××」ってハンコが押してあるけど、これは××さんが本当に押したとは限らねえだろ！というイチャモンがつけられ、文書の真正さが争われたと言う事案。

が、裁判所は、××という印影が残っている事実があるならば、××が押印したものと事実上推定されるし、それと 228 条 4 項の法定証拠法則による推定を組み合わせることで、結局真正さが推定されるとした。二段の推定を行った訳である。

判例の立場は、こうしないと 228 条 4 項の推定は死んでしまうだろう？というものでもある。実際、これが絶対的推定というわけではなく、反証により推定が覆るケースも結構ある。

※これは私文書の場合だが、公文書の場合は 228 条 2 項に「その方式及び趣旨により公務員が職務上作成したもの」と認めるべきときに真正さが推定されると言う、より外観重視の規定がある。

4 自由心証主義

自由心証主義

【参照】民事訴訟法第 247 条

裁判所は、判決をするに当たり、口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果をしん酌して、自由な心証により、事実についての主張を真実と認めるべきか否かを判断する

247 条は、**自由心証主義**を規定している。すなわち、裁判における事実認定は裁判官の自由な心証に委ねられ、利用できるすべての証拠資料を利用し、利用できるすべての経験則の力を借り、争いある主要事実を自由に評価し認定することができる。**証拠方法を自由に選択し、証明力を自由に評価することが許される**のである。

この条文における「弁論の全趣旨」というのは、口頭弁論に現れた証拠調べの結果以外の全情報のことを指していると考えられる。

かつては、自由心証主義に対立する概念である**法定証拠主義**が妥当した世もあった。裁判官の事実認定能力に懐疑があるなかでそれなりに妥当で均質な事実認定を可能にするために、一定の証拠法則を定めておき、それに従って事実認定をするやりかたを法定証拠主義といったのである。

しかし、裁判官の質も向上し、事案も画一的な解決が望めないような複雑なものとなってきた近代裁判では自由心証主義が一般に採用されるようになり、わが国でも 247 条によりその流れにのったということである。

もちろんこれは適切な事実認定を実現するための方法の一つに過ぎず、それゆえ絶対のものと言うことでもないから、一定の例外も認められている。たとえば自由と言っても恣意を許すわけではなく、経験則に反する認定は許されないだとか、違法収集証拠についての取扱いの例外など、いろいろ制約がつく。

事実認定の過程

では事実認定の過程を見ていきたい。

一応確認するが、ある法的効果を主張する当事者は、その**要件事実**に当たる具体的な事実こと「**主要事実**」を立証していく。しかしながら、すべてを立証しなくてはならないというわけではなく、そのなかでも弁論主義のもとでは争いのあるもののみを「**要証事実**」として証拠による判断の対象とするのだった。ただし、過失などを言いたい場合には結局は過失という「評価」を基礎づける具体的事実を言うことになるが。

※要件事実は抽象的なカテゴリである。対して主要事実は個別具体的な事実。要件事実を助っ人外国人とすれば、主要事実はバレンティン。

また、主要事実を立証することが難しいときは、**間接事実**を立証することで推認をさせていくこととなるだろう。

※なお、間接事実と主要事実とでは役割などに大きな差がある。間接事実の役割は経験則を用いた推認により主要事実を導くことだが、主要事実の役割は、それに法律をあてはめる、請求の当否について判断するところにある。

また主要事実は証明が必要であるが、247条によれば間接事実は証明しなくても、ある程度の蓋然性があるというだけで主要事実の存否を判断する際の「全趣旨」の一内容として斟酌することが可能である。間接事実の場合、あくまで間接事実の存在の蓋然性と経験則の確実性の相関関係によって主要事実を推認させるのだから、主要事実の存否の確定に役立つ限り「蓋然性のある間接事実」として用いることができるということである。さて、実はここでは、常に具体的な事実を確定することが必要とされるわけではなく、選択的認定、概括的認定が許される場合がありうるというのが判例の立場である。ようするに、過程をすつとばすキング・クリムゾンみたいな認定も、「結果」さえ残るのならば一定程度許されるということである。

※なお、選択的認定と概括的認定は、テキストによっては同じ意味に使われるくらいなので(リーガルクエストなど)、そんなに区別しなくていいと思われるが、100選の定義に従えば、概括的に物事を認定することがまず可能であることを前提に、「**甲事実又は乙事実のいずれかが存在したと言う心証を抱きながら、どちらの事実が存在したかまたはどちらも存在したかが分からないときに、それを確定することなく、甲事実又は乙事実が存在すると言う方式で行う事実認定**」が選択的認定である。

まあ、簡単に言うと、犯行現場に落ちていた100発の銃弾から致命傷になった銃弾を探す時、とりあえず血がついてないやつを振り落として「この中に致命傷を与えたのがある！」と一という作業が、概括的認定。残ったやつのうちどれかはわからんけど、まあどれかが致命傷与えたんですよと納得してしまうのが、選択的認定。概括的認定が選択的認定の「前提」となるといったわけだが、上の例で概括的認定のプロセスを省いてしまうと、血痕がついてない銃弾が含まれるのに「このなかのどれかが致命傷になったんだ」ということになる。確かに言葉自体は依然正しいが、このとき、その銃弾からテキトーにとってみると無実の銃弾である可能性がより高くなるわけで、そのぶん認定というものの基礎の基礎、「高度の蓋然性」が遠のいているのである(この極限としては、たとえば「3億人事件の犯人は当時の世界の人間のうち誰かだ!」という言説など。たぶん正しいが、だからなに?ということになってしまう)。その意味で、概括的認定は選択的認定においての高度の蓋然性を担保する「前提」となるのである。

カラーテレビ発火事件(平成6年3月29日:大阪地裁)※判時1493号29頁

テレビ火災事件で、被告メーカーが安全性検査をしていることしか主張しなかったために、他の原因による可能性を判断することなく因果関係を認定した。

100選59事件(昭和39年7月28日:最高裁)

注射器具か、施術者の手指か、患者の注射部位の消毒のうちどれかが不完全だったために、患者がブドウ球菌にかかってしまったと言う事案。結局どのパターンだろうと、このような不完全な状態で麻酔注射をしたのは被告の過失であるから、具体的にそのどれについて消毒が不完全であったかを確定しなくても、過失の認定事実として不完全とはいえないとした。

選択的であっても、いずれにせよ過失であると認定できれば問題ないとして、**選択的認定**を認めた。

もっともどの事実であっても過失が認められることが前提となっているため、実際には、医師、専門家等、被告に高度の注意義務が課されているような場合に限られることになるだろう。やはり認定の抽象化は相手方の防御を難しくする可能性があり、相手方の防御方法が確保されていることもこのような認定が認められる条件の一つになるだろうが、このケースの場合ならば、依然として防御目標は明確化されていると言えるだろう。

事実上の推定

主要事実が直接には証明できないときであっても、間接事実が積み重ねられていくと、「経験則」によって主要事実が高度の蓋然性をもって推認され、相手方当事者はこの場合には経験則が適用されない特段の事情が存在することを証明する必要がある場合がある。これを、**事実上の推定**という。自由心証主義のなかでも、あくまで経験則に反する事実認定は許されないわけだが、その裏返しとして事実上の推定が存在する。

※過失の一応の推定

高度の蓋然性のある経験則を用いて、間接事実から何らかの過失(の主要事実)があったことを認定することを「**過失の一応の推定**」といい、これは事実上の推定に近いものである。近いという意味は後述。

例えば、車が見通しのいい直線道路沿いの家の中に突っ込んで入ると言う事実は、経験則によりドライバーに過失があったことを推認させる。この経験則はかなりの確実性を持つといえるだろう。具体的に言えば、車がかかっているという間接事実から、わき見運転という過失の主要事実が推認されるといえる。

※過失の主要事実はこのような客観的なもので足るのかということには疑問もあったが、現在はそれでいいということで一応納得されるのであった。このノートの 66 頁参照。

被告の側は、多くの場合推定に用いられた間接事実とは別の間接事実を証明して主要事実の不存在を推認させることになるが、これを間接反証という。事実上の推定は概括的認定によることがほとんどである。

この時、事実上の推定とはあくまで裁判官の心証形成のプロセスについてのものであり、後述する法律上の推定とは異なることに注意しておくこと。

過失の一応の推定に・補足

過失の推定は、事実上の推定に「近い」といった。これはどういうことかということ、「過失の推定」といったときの推定には、事実上の推定があるという意味だけでなく、証明責任分配に関するルールという意味をも含まれるということである。

A 事実上の推定が行われていることをもって、過失の一応の推定と表現している場合

たとえば先ほど挙げた 100 選 59 事件では、注射後に生じた傷害の態様から過失を導いている。カラーテレビ発火事件では、通常の用法に従って使用していたのに出火したという間接事実から過失を導いている。

このような場合においては、そもそも用いられている経験則が例外を殆ど包含しない。そのために、**事実上の推定**として、過失が推定されている。

B 高度な経験則が存在しないにもかかわらず過失の一応の推定が用いられる場合

100 選 60 事件(昭和 43 年 12 月 24 日 : 最高裁)

仮処分命令が出たものの、その命令が、実は被保全債権が存在しないものであるとして、取消された。それを受けて、仮処分執行を受けていた X は、処分申請者 Y に対して、執行によって受けた損害を 709 条により賠償することを求めて訴えを起こしたのだった。そして、原審が Y 側に過失があったことを「推定」したので、その扱いが問題となった。最高裁は、処分の取消を認める原告敗訴の判決が言い渡されて、その判決が確定した場合には、他に特段の事情のないかぎり、右申請人において過失があったものと推認するのが相当であるとした。ただ、相当の理由があった場合にはその限りでないとし、この場合には X 側に処分の相手方を判断するに非常に紛らわしい事情があったので過失があったとはいえないものとした。

すなわち、取消されたことから、仮処分を申立てた者の過失を推認できるとしたわけである。仮処分命令が間違っていたという落ち度はあるものの、それを踏まえてもこのようなケースでは、まあなんか過失があった可能性が高いとは言える。

だが、この点について、この判決は**なんら過失を基礎づける具体的事実を示さず、過失と言う評価そのものを推定の対象としている点で、59 事件とは大きく異なる**のである。ここでは、機能としては「相当の理由」という言葉を使い、過失がなかったことの立証を被告に求めている点で証明責任が転換されている。

このとき、過失の一応の推定は高度の蓋然性による事実上の推定ではなく、**証明責任**に関するルールとなる。このように 59 事件と 60 事件では、過失の一応の推定とされるものが異なっているのである。

損害額の特例

【参照】民事訴訟法第 248 条

損害が生じたことが認められる場合において、損害の性質上その額を立証することが極めて困難であるときは、裁判所は、口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果に基づき、相当な損害額を認定することができる。損害額の推定については証明についての特別ルールがある。すなわち、差額説の立場からは損害額は主要事実として証明を必要とするものの、その証明ははっきりいって容易ではない。そこで、**高度の蓋然性がなかったとしても裁判所が最も可能性のある額を出すことが求められるべきである**だろう。そうでなければ、高度の蓋然性を持たず棄却判決を出すということにもなり、実際の解決としてはとても不合理な結果となってしまふ。

※端的に言って、権利を侵害して何かもうけようとした場合が問題となる。損害を賠償するにあたって厳密な証明を求める時、全額立証されたら全部もとにもどしてやればいだけで、全額が立証されなければ差額はもうかってしまうのだから、そういう行為の抑止にまったくならない。知的財産権などの世界では、そのための「やり得」が重大な問題になり、損害額の推定規定が置かれているのは民法第二部でやったはず。

そこで、248 条によって高度の蓋然性がなくとも損害額の認定が認められることにしたのである。

この理論的説明としては、248 条により損害額の証明に必要とされる**証明度**が下げられている、というのが立法者の立場となるのだが、おなじみ平井理論によれば 248 条は**裁判官の裁量**を認めた規定ということになる。

5 証明責任

[A]証明責任の機能

証明責任とは何か

証明責任とは何かについては多々捉え方があるし、テキストにより多くの記述があるが、民訴法のテキストにおける出発点は実体法の規定の主旨である。要件がそろえば権利が発生するという規律が実体法の基本的な構造だが、つまりはその要件の存在に、効果がかかっていることになる（証明に効果がかかると言う人もいるが）。

とすると、裁判所が存在するという確信を得たら効果を生じさせることになり、確信がなければ発生しないことになる。ここで、実際上の問題として、**存在するともしないともいえない場合が出てくる**ことになる。

すなわち取調べにおいて、証拠法上許容される、全ての実施可能な証拠方法の取調べを尽くしてもなお、法律効果の発生または不発生を判断するために必要な事実の存否が確定できない場合、いわゆる「**真偽不明**」「**存否不明**」の場合の扱いが問題となるのである。

247 条が情報処理の仕方を述べたものだということは以前話した通りである。利益についての主張を真実と認めるか否かを判断する際に、当事者の間で主張に食い違いがある事実について、どちらが正しいのか証拠調べを通じて決めるわけだが、いずれの当事者の事実に関する主張も真実かを判断できない場合があり、これをもって真偽不明という。

実際問題、事実の存否が確定できなかった場合に裁判所はどうすべきなのかという問題は大きい。神様に聞くことはもうできないし、人間ができる事実確定には限界があるからである。

そこで、現行法のもとでは「**証明責任**」と呼ばれるルールに従って判断することになっている。

すなわち証明責任は、裁判をするために確定を要する事実が真偽不明な場合において、それでも裁判をすることを可能にするルール、請求の当否について判断することを可能にするルールであり、それをもって証明責任の存在意義と理解してよい。

※ここまではほぼ一致した見解だが、ここから先の細かい説明の仕方はかなり議論されるところであり、学説と判例・実務との間で微妙に考え方に違いが存在している。

学説・実務どちらのアプローチをとっても構わないが、理論的な洗練性に鑑みるとやはり学説の方が一枚上だと思われるから、学説における議論を中心として説明していくことにする。とはいっても、これはあくまでアプローチの違いであって、そこまで結論の違いはもたらされないで、その程度のものであり心配しなくてもよいと思われる。

証明責任と言うルール

一般的な学説は、証明責任を「請求の当否について判断するために必要な事実の存在、もしくは不存在を擬制するルール」と考えている。

実体法では法律効果の発生は一定の要件の存在にかかっている。この命題は論理的には不存在の場合については何も示していないものの、冷静に考えれば不存在が確定されれば法律効果の不発生が導かれるだろう。

つまり、請求を理由づける事実が存在すれば法律効果が発生するし、不存在であれば損害賠償義務は発生しない。実体法の理解としては、これがおそらく一般的なものである。

しかしながら、存在するとも不存在であるとも確定できない場合が確かに存在する。その場合に上のルール通りに、**法律要件の存在に効果の発生を、不存在に効果の不発生を結び付けているとすると、存否不明の場合には実体法をどう適用していいか決まらなくなってしまう。**

そこで存否不明の場合には、**要件事実がなかった**として、法律効果も**不発生**と擬制するのである。つまり、要件事実が高度の蓋然性をもって存在した場合のみ法律効果が発生し、存在する確信を得なかった場合には、不存在の確信を得なくとも法律効果は発生しないと理解するのである。

ある事実の存在に関しての証明度が、50 からスタートして 80~90 まで行けば「高度の蓋然性」が得られ証明達成というのが基本的なやりかただったが、それが 20 とかにならなくても、そもそも 80~90 に達していないだけで、もう不存在としてよいとするのである。これを**証明責任規範説**と言う。

これに対して実務は、証明責任の問題を、事実の存在ではなく**証明**にかからしめるとする。**実体法は、その法律要件の存在が「証明されたら」効果が発生するもの**だと理解すればいいとして、証明に失敗したのだから法律効果は発生しないと説明するのである。いわゆる**法規不適用説**と言う立場で、実体法上の要件が証明された場合に法律効果が発生すると理解する。

そもそも事実がないことを擬制するのか、それとも証明できていないから効果を発生させないのか、ある意味ではこれは単に実体法の理解の仕方の差でしかない。従ってどちらによっても構わないが、まあ議論が分かれるくらいなのでそれぞれに利点がある。

まず、実務のとり「証明」と言う理解は非常に話がシンプルになる。高度の蓋然性とか証明度とかそんなものを想定する必要がなく、とにかく証明できなければ棄却というだけである。

しかしながら、実体法と「証明」という訴訟法概念を結びつけることは学説からは理解しにくい。証明というのは訴訟法概念であり、実体法と訴訟法交ったよくわからない要件を実体法上の法律効果の発生にかけるのはおかしい。学説は実体法はあくまで法律要件が存在する場合に効果が発生すると考えており、訴訟法上の証明とは切り離す方が適切だというわけである。

これは思考経済を優先するのか、法体系としてのエレガントさを追求するかの違いでありとくに結論には違いがないので、まあそんな程度。樋口さんなら切り捨てそうなものである。

当事者からみた証明責任

派生的な論点として、当事者サイドから見た証明責任の意義についても述べる。

多くの場合、立証責任とか挙証責任などとも呼ばれるが、すなわち当事者から見ると「**自己に有利な法律効果の発生が認められないことによる、当事者の一方の不利益**」が証明責任である。実務もこの定義を使っていると思われるし、この講義でも「原告が証明責任を負っている」というようなとき、その「証明責任」とは当事者側からの理解による。

まあ裁判所の法適用に関するルールとして証明責任を想定するのが理論的には一番分かりやすいわけだが、実際問題このルールが適用されれば、ある事実の存否について真偽不明のまま審理が終了したとき、法律効果が発生しないという不利益を当事者の一方が被る。法適用の結果、必然的にどちらか一方の当事者が自己に有利な法律効果が発生しないという不利益を受けることになるわけである。よって、当事者側から見ればこのような定義が論理必然的に成り立つといえる。

ただ注意すべきは、「原告が証明しなければならない」という表現を用いる場合があるが、これは決して義務ではないということである。以前も述べたような気がするが、**証明については「しない」ことも当然許される**。ただ、その場合一定の不利益ないし危険を負うということである。敗訴しないためには、事実の存在について高度の蓋然性をもって証明しなければならないよ、でない知らんぜと言うことに過ぎない。

証明責任の機能する場

証明責任は、あくまで法適用ができない場合にそれを可能にするルールとなる。従って証明責任が機能するのは、審理を尽くしてもなお法適用が可能でない、存否不明の場合ということになる。より正確に言えば、最終的に真偽不明となった場合「のみ」に証明責任は機能するのである。このことは、以下の議論につながる。

① 証明度との関係

だとすれば、証明責任のルールがどの範囲で機能するかは、端的に**証明度**をどれほど要求するかと言う議論とシンクロする。証明度として高度の蓋然性を要求する立場からは証明責任の機能する場も結構あるが、証明度として優越的な証拠があればよいとする見解に立てば、そもそも 50%を超えていれば存在と認めて良いのであるから、証明責任が機能するような場面はほとんどなくなり、ちょうど 50 という限界線上の場合にのみ証明責任が機能することになる。

② 弁論主義との関係

また、証明責任は**弁論主義**とは直接には関係を持たない。弁論主義が妥当する場を上のように想定すれば、職権探知主義が適用される手続だろうと証明責任のルールは適用される余地があるからである。

弁論主義が妥当しないと言うときは、真偽不明の場合には職権証拠調べが可能だから、実際問題としては弁論主義が妥当するケースよりも真偽不明となる場合は少なくなると思うが、それでも裁判所の事実確定能力には限界がある。証拠自体にも、そこから証拠を得る裁判所の能力にも限界があるはずなので、職権探知の下でもやはり真偽不明の場合は発生するのである。そして、その場合にはやはり証明責任のルールが適用される。**証明責任のルールは、その適用の場に妥当する者が弁論主義か職権探知かということとはかわりがない。**

③ 手続法との関係

今までの説明は実体法の適用を前提としてのものであったが、手続法上でも真偽不明は起こりうる。例えば、当事者能力といった訴訟要件の存否について真偽不明ということがありうる。その場合には、実体法の議論と同様に証明責任のルールを想定せねばならないだろう。一般に訴訟要件の存否は本案判決を求める者に証明責任があるとされており、たとえば当事者能力が存否不明になった場合には訴えは却下されることになる。

③ 間接事実との関係

法適用を可能にするルールだというその性質上、**主要事実についてのみ証明責任の問題が生じる**ことになる。主要事実については常に証明責任によって判断せざるを得ないし、証明責任を観念すれば必要にして十分といえる。

※この際、主要事実が何かということが多少問題になるのだった。過失のような、規範的な評価概念についての主要事実とは何かという議論はしたはずだが、他にも、「正当事由」などの一般条項あるいは不確定概念における主要事実とは何かが問題となる。

もう述べたことだが、これらについては「証明」というものを想定し、あくまでそれがあれば「過失」や「正当事由」と認められるような具体的な事実を主要事実と考えてしまうのが一般的である。たとえば自動車運転における過失においては、わき見運転と言う事実そのものが主要事実とされる。

証明責任についても同じ発想が妥当し、そうした具体的事実について真偽不明の場合には証明責任のルールが機能する。通説・判例はこの立場だが、これについては異説もある。

これに対し間接事実については、その利用の仕方からいって証明責任は適用しなくてもよい。すなわち、主要事実について争いがある限り、全ての間接事実が用いられるとするのが一般的だが、だとすれば「6割の蓋然性」をもって間接事実が存在するという場合に、**わざわざ証明責任のルールを使い、不存在だと擬制したうえで主要事実の認定を行うよりも、「6割の蓋然性を持った間接事実」の存在をもって主要事実を認定すべきだし、それで十分である。**異説もあるが、これが一般的な理解と言える。

本証と反証

証明責任のルールが機能するのは口頭弁論の終結時だが、「証明責任のルールがあるよ」ということが、当然ながら当事者の立証活動にも影響を与える。

すなわち、普通は口頭弁論開始時には裁判所の心証は 0~100 でいえば 50 であり、各当事者の立証活動によってそれが動いていくわけだが、最終的に 0~100 のうちのどの地点に到達しているかが証明責任の適用のされ方を決定する。したがって、訴え提起から口頭弁論終結時に至る過程においても当事者に一定の指針を与えるのは当然である。

原告としては、裁判所に高度な蓋然性ある心証を与えるために立証活動を行う必要がある。これをもって原告に要求される立証を、**本証**という。

これに対して被告は、裁判所の心証が証明度を下回りさえすれば立証に成功することになる。だから、自己に不利益な判断を免れるためには、合理的な疑いを裁判所に抱かせれば十分なわけである。これを**反証**と呼ぶが、このように、本証と反証は証明責任の分配によって決まるのである。

※これに対し、証明責任とは別の概念として「**立証の必要**」がある。

つまり、証明責任の概念をしっている当事者は、このままでは敗訴するというときには、それを逃れるために立証活動をする必要に駆られる。この敗訴を逃れるための立証の負担をさして、立証の必要と言うのである。

[B]証明責任の分配

出発点としての法律要件分類説

以上の説明は、極めて理論的なものである。だが、実際には訴訟でこのようなことが問題とはならない。いかなる判決が出るかが大事なのである。すなわち、**証明責任の分配**のほうの方が重大な問題となる。

端的には、いずれの当事者に不利な判決が出るのか、証明責任の分配の結果が、「〇〇については△△が証明責任を負う」と言う形で出てくることとなる。めんどくさい議論なのだが、大まかながら紹介していくことにする。基本的には、当事者は自己に有利な法律効果を導く要件を証明しなければならないわけだが、この原則に基づく判断のために、通説は法律効果の発生を導く法規を次の3つに分類して証明責任を割り当てる。

- ①**権利根拠規定**…発生を根拠づける規定。権利を主張する者が証明責任
- ②**権利障害規定**…効果の発生を妨げる規定。相手方が証明責任
- ③**権利消滅規定**…発生した権利を消滅させる規定。相手方が証明責任

非常にラフに言えば、実体法はこのように三つに区分していくことができるとされている。証明責任については、このような配分の理解が、現在の通説である。

【事例】709条の不法行為責任を認めさせたいXは、立証活動をどのようにすればいいか。

ここでは、A 故意過失、B 因果関係、C 損害の発生、D 権利侵害は根拠規定であるから、Xがいうことになる。対して712条の責任能力については(異論もあるが)相手方が言う。724条の時効についても消滅規定として相手方が言うこととなる。このような分類の立場を、**法律要件分類説**という。

具体的基準

上述の議論は、証明責任の分配の結果を記述するものであって、分配基準を内在するルールではない。だから分配の基準は何かということになるのだが、この議論が錯綜しているのである。

まず出発点は、法律要件分類説は基準を提示しないというわけだが、以下の例を見よう。

【事例】XはYに、売買契約に基づく商品金銭の支払いを求めたい。

ここで契約に基づく履行責任を問おうとする場合、原告は少なくとも売買契約の成立を言う必要があるから、555条に定められる権利根拠規定について述べることになるというのは、一致した見解である。

しかし、ここで例えば**錯誤**があった場合を考えると、問題が出てくる。

ここでは「**有効な**」**売買契約の成立**というところまで、**原告の言うべきこととは言えないだろうか**。通説は錯誤を権利障害規定として相手方の証明責任とするが、ここで「有効性」までも原告の言うこととすれば、**錯誤**があれば契約無効なのだから、これを原告が言うべきだとは言えないだろうか。

論理的には「**錯誤があれば無効**」「**錯誤がなければ有効**」というのは等値だが、**証明責任においては帰結が異なる**のである。まあ消極的な事実の証明はめんどくさいから、現実には**錯誤**は権利障害事実として理解されるが、ここでこの議論は実質的な分配論であり、演繹的なものではない。

ただ、**錯誤**の場合民法95条の文言はあくまで「無効とする」として、要件があれば無効という体裁をとっている。だから権利障害規定だと言う形で、実体法規範の規定からその区別はできるとして、なお法律要件分類説を説明する理解もある。(規範説)

しかしながら、微妙な場合はある。実体法はそのような証明責任を意識して作られているわけでは必ずしもないからである。

※意識して作っている国もあるらしい。ドイツとか。

100選 63 事件(昭和 35 年 2 月 2 日 : 最高裁)

虚偽表示の無効における、第三者の善意(善意だと対抗できない)であることの証明責任を第三者が負うものとした。

民法における虚偽表示の文言は、「善意の第三者に対抗することができない」というものに留まる。

一応、法律の規定からも第三者が証明責任を負うと読むことはできる。とはいえ、虚偽表示の主張をするものが第三者の悪意を証明すべきだと言う理解も当事者間の公平からは納得できるものだし、立法過程でもそれが支持されていたようである。このあたりを、判例は無視したと言いきっていいのだろうか。

結局、**証明責任の分配ではなく「読みやすい」ように条文を作ったにとどまるのであって、それは決して証明責任と対応しない**。そのときに必要なものは、**実質的な考慮**ではなかろうか。確かにこの場合は規範説的な条文に素直な帰結を導いたが、裁判所はそこでも、実質的考慮をしたうえで結論を出したとは、言えないのだろうか。

【事例】XはYに対して、415条による債務不履行責任を追及したい。

同じような問題は、債務不履行の立証の際にも現れる。すなわち、債務者の帰責事由は**権利根拠事実**である。条文の文言が、「債務者の責めに帰すべき事由によって履行をすることができなくなったときは」としているからである。

しかしご承知の通り、確定判例は債務者に責めに帰すべき事由のないことの証明責任を負わせるという、明確に条文に反した結論を出している。これは**証明責任を規範説からとらえる理解からは説明できない**ものである。

ということで、結局のところ実質的な判断をしなければならぬとは思われているのであろう。

やはり、**取引の安全**や**損害の公平な分担**だとか、異論はあれども実体法の趣旨から考えていかなるを得ないように思える。

※これは民法を想定しているが、証明責任の議論が進んで以降の近時の立法は、法律要件分類説からはちゃんと証明責任を自覚して条文を書こうという意思がみられるようになったので、条文から規定の区別をすることが可能となっていることが多い。

※法律の規定がそもそもない場合

今は分類したうえで証明責任の分配を考えたが、法律の規定がない場合どうなるのというのが残る。判例が作った「**法理**」としての実体権利は多々あるわけだが、こういうものについてはどう考えていこうかということになる。まあそのルールについて権利根拠の事実、抗弁事実の区別をすることになるだろうが、その時結局実質的な判断をせざるを得ない。

100選 64 事件(昭和 41 年 1 月 27 日 : 最高裁)

借地関係において、612条により無断転貸を理由とする解除権を行使しようとする場合には、判例は信頼関係破壊の法理から、「背信行為と認めるに足らない特段の事情」がある場合にその行使を認めていない。ここでは判例上条文にはない要件が加重されるわけだが、これについての証明責任がどうなるかが問題となった。

最高裁は、特段の事情の存在は貸借人に証明責任のある抗弁事実として処理した。結局このような場合には、実体法上のリスク配分などを考慮する必要がある。

[C]原告の証明の負担の軽減

証明の負担の軽減

ここからしていくのは、証明の負担の軽減の議論である。

証明責任の周辺には、補正的に様々なルールがくっついている。端的に言ってそれらのルールがもつ機能は、**証明責任を負う当事者の負担の緩和**である。典型的には、事案の解明において相手方が圧倒的に有利な立場であるような時に、広い意味での当事者間の公平という観点から負担軽減が議論されていた。

多彩な議論があるが、ここではちょっとだけ紹介させてもらうことにする。

①要証事実の再構成

製造物責任訴訟において、製造物責任法の前は適用法規は民法だったから、主要事実＝過失について重い立証責任があった。が、PL法では製造物の「**欠陥**」というのが主要事実とされ、少なくとも文言上負担軽減がなされた(まあ製造物の欠陥があれば大体過失も認められることが多いが)のである。

他にも医師の不作为と損害賠償については因果関係が認められないことが多かった(救命可能性があったといえないことがある)が、新たな法理として医療水準にかなった医療があれば生きていたという相当程度の可能性があればよいとして、生命維持の利益と言う新たな主要事実が生れたわけである。

② 証明責任の転換

自賠法などが例になる。自賠法3条は原則として故意過失を抜きに不法行為認定し、例外的に注意を怠らなかつた場合に限り免責することで証明責任を原告ではなく被告側にぶっとばしているのである。権利根拠事実でありながら、その不存在を被告が証明する必要があることとなり、証明責任が転換されている。

③ 法律上の推定

たとえば民法の占有規定においては、前後の占有が証明されれば占有の継続が推定される。ここでは民法162条(いちおうだが、所有権の取得時効です)の権利根拠規定の証明責任がぶん投げられており、相手方が占有の断絶について本証を要することとなる。

※188条についても議論があるのだが、怪しいのでここでは省略とのこと。

◎ 紛らわしい概念

民法上推定という言葉が使われるとしても、このような本証を要するものの入れ替えを意図しての事ならばいい。だが、立法者は他のところで、このような意図なしに推定という言葉を使っているように思える。

A 法定証拠法則

【参照】 民事訴訟法第238条4項

私文書は、本人またはその代理人の署名又は押印があるときは、申請に成立したものと推定する
文書の証拠調べについては、その文書が偽造でないことは立証困難なので、推定規定が置かれる。だが、4項の推定は**反証**で覆るとされている。**このような反証で覆る推定は、法律上の推定ではない**とされる。何故なら**本証で覆るのが本来的な「推定」の意味だから**である。このようなものは、証明責任ではなく、経験則による推認のルールを法律上規定したものであり、法定証拠法則として区別される。

B 法律行為の解釈規定

【参照】 民法第136条

期限は、債務者の利益のために定めたものと推定する
推定という言葉が使われるが、何ら事実は推定されず、これは解釈の指針としかならない。

C 暫定真実

正しくは**無条件の推定**というのがいいだろう。これはつまり、**前提となる事実が存在する/しないというところまでの推定**である。したがって、何ら立証しなくても推定され、証明責任が転換される。

【参照】 民法186条1項

占有者は、所有の意思をもって、善意で、平穩に、かつ、公然と占有をするものと推定する
占有者の善意平穩公然たる占有が推定されている。

186条によると、占有を主張すればそれだけで平穩、公然、所有の意思がすべて推定されるので、162条と合わせ20年間の占有のみ主張すれば取得時効をいえることになるが、他方で他主占有、平穩でないこと、公然でない事、これらのいずれかが存在することにつき相手方に証明責任が行ってしまうことになる。

※ようするに、証明度を数字で表すと、単に立証責任の転換だと「お前の責任で80まで(あるいは20以下に)もって行ってね」というだけになるが、暫定真実だと「とりあえず100(あるいは0)ってことで」ということもまで言われてしまうわけである。

④ 証明度の軽減

そもそも「曖昧だから」不存在とされてしまう、というのが立証責任の議論なわけだが、これって曖昧の概念次第である。ということで、証明のあったというためには普通は高度の蓋然性があるものの、一定の種類の訴訟ではそれは正当化しがたい負担になるとして、その必要とされる証明度を下げることができないだろうかとの議論がなされる。薬害訴訟などが典型である。

すでに248条によって**損害賠償額の算定**において証明度が下げられているのは承知の事だと思うが、それ以外の種類の事件においても証明度を下げることがありうるのではないかとされている。

だが、まだ判例はない。前述の100選57事件は、医師の治療に関しての専門的な事例だったが、結局は高度の蓋然性を要求している。とはいえその旨指摘する反対意見もあったし、合理的な疑いは残っているにもかかわらず高度の蓋然性が言われたのは、現実には証明度を下げたという作業があったのではないかという理解もできる。

※証明度を軽減するというのは、きわめて合理的な帰結であると思われる。たとえば医療訴訟や公害訴訟では**原因行為と結果発生との間に様々な介入事情が存在し、因果の連鎖が複雑となる。**

すなわち、他原因が存在しないと言う形でないと高度の蓋然性がいえないことがでてくるのである。

このような場合にまで高度の蓋然性を要求することは、ほとんど立証不可能なことを原告に要求することになりかねない。 そうだとすると、因果の連鎖を介する立証においては、損害の公平な分担からも証明度を軽減するのは極めて合理的ということである。それをはっきり言えよと思うのだが、判例はかしこまった言い方をやめない。

相手方の要因

要証事実の性質に応じて原告の立証の負担を軽減すべきと言う議論が今までのものであったが、これとは別に存否不明の原因が、そもそも相手方にある場合がでてくる。

相手方に原因がある場合は①**証明妨害**があった場合、②**訴訟上の協力義務**があるのにそれに従わない場合、ということになる。それぞれの場合において、原告なり当事者なりの主張が言えない理由が相手方にある以上、何か措置をとっていいのではないかというわけである。

類似する議論は文書提出命令の効果としてすでにしていた。相手方に起因する証明失敗のルールの一つの現れとして、当事者が文書提出命令に従わない場合、又は当事者が相手方の使用を妨げる意味でその文書を滅失させたりした場合に、**拳証者が他の手段でその事実を証明することができないようなとき**という限定がつくものの、拳証者の言う内容の存在を認めることができるのだった。このシステムの理論構成はまだ明確になっていないが、おそらく「証明度を下げて」裁判官の想像力に期待しているのではないか、と思われる。

このように、**個別的な手当はあるが、証明妨害があった場合の要件効果を定める一般規定はなく、そもそもこのような措置が(条文が無いにもかかわらず)とれるのかを含めて議論がなされている。**

下級審の一つの試みとして、以下の判例がある。若干納得できない所もあるが、まあ判例の試みがあるということは見してほしい。

100選61事件(平成3年1月30日：東京地裁)

証明があった場合には、「裁判所は、要証事実の内容、妨害された証拠の内容や形態、他の証拠の確保の難易性、当該事案における妨害された証拠の重要性、経験則などを総合考慮して、事案に応じて、①拳証者の主張事実を事実上推定するか、②証明妨害の程度に応じ裁量的に拳証者の主張事実を真実として擬制するか、③拳証者の主張事実について証明度の軽減を認めるか、④立証責任を転換し、拳証者の主張の反対事実の立証責任を相手方に負わせるかを決すべきである」とした。

機能的に見ると、どれも証明責任の分配の概念のもとに、権利根拠事実の証明負担の緩和のために様々なルールがあった、ということでまとめておいてほしい。

(7) 訴訟要件

さて、これで証拠法の諸ルールが確認できたので、一応事実が確定できたということになる。主張立証過程の判断過程として、もう一つ判決のために判断するものがある、それが**訴訟要件**である。

1 訴訟要件の意義

訴えを適法とする要件の事を、**訴訟要件**と言う。条文上は存在しない、講学上の概念である。

ただし、定義付けにはもう少し厳密な議論がいる。

訴訟要件を欠く場合には本案判決ができないのだから、審理は無駄になる。すなわち、通常ははじめに訴訟要件の具備を確かめる必要がありそうである。もっと具体的にいうと、訴訟要件の判断をするまでは本案審理ができなさそうである。

しかしながらその判断が難しい場合があるし、更には訴訟の進行において要件具備性がかわって来たり、本案とかぶるところがあったりするので、留保した上で本案審理も認められ、最後の本案判決の前に具備を確認すべきということになっている。以上のような議論を経ると**本案「判決」をするための要件であり、本案「審理」のための要件ではない**という帰結になるので、すこし注意しておこう。

※とはいえ、通常はまず訴訟要件を審議することには変わらない。平行審理は許されるものの、原則ではない。ローマ法の段階審理の時代には、まずは訴訟要件を確認してから本案審理に入っていた。これには合理性もあったが、上にいったように困難を伴うので、ちょこっと変えたということになる。

なのに訴訟要件と言う古い言葉をそのまま使っているのが、若干めんどくさい言葉づかいになっているともいえる。

※刑訴では訴訟条件とか言うが、民訴では訴訟要件。

では訴訟要件は何かということになるが、ラフに言えば以下の二つの要件がある。

①**公益に係る事項**…職権で調査できる。狭義の訴訟要件ということもある。

②もっぱら**当事者の保護のための事項**…当事者の主張をまっして調査する。訴訟障害事由とか妨訴抗弁とか言う。この観点からの分類が一方に在るが、もう一つ、どの観点から訴訟要件を見ていくかの分類もある。

①**裁判所の権限**に係るもの…国際裁判管轄、管轄権、司法権の限界(争訟性)

②**訴えの提起**に係るもの…適法要件(訴状の記載事項など)、担保

③**請求**に係るもの…訴えの利益、重複する訴えの禁止に反しないこと、既判力ある判決がないこと、不起訴の合意がないこと、併合についても要件がある

④**当事者**に係るもの…当事者の実在、当事者能力の存在、訴訟能力の存在、当事者適格の存在

これらのほとんどの要件は折に触れて述べているが、まだ説明していないことについて、これから話していく。

訴訟要件の審理の議論①

訴訟要件の審理については、いくつか議論がある。

①審査はいつするか

裁判所はいつ、訴訟要件の審理をするのか。

これについては、訴訟要件の先の前者のほうの分類による。当事者(特に被告)の利益を保護する訴訟要件として、不起訴の合意、仲裁の合意、担保不提供については、当事者が主張しない限りは存否を判断することはない。このようなものを**抗弁事項**と言ひ、そのような抗弁を**妨訴抗弁**という。応訴管轄がなされるのも、同じ理論からきている。

それ以外の要件については、当事者の態度(とりわけ被告)や、訴訟の段階に関わりなく職権で審査することが予定される(**職権調査事項**)。それが、司法資源など当事者限りで処分できない利益に基づく要件だからである。

②判断資料収集

資料収集において民訴法が持っている枠組みは、**職権探知主義**か**当事者主義**かのどちらかである。職権調査の対象となるものの中にも、公益性の高いものと低いものがあるから、強いものについては**職権探知主義**が妥当し、訴えの利益や当事者適格等のそこまでではないものについては**当事者主義**が妥当する。法定代理権の存在などは職権探知事項である。とはいえ線引きが難しいところであるが。なお、これについて、弁論主義が適用されないにしてもその第一テーゼから個々順番に判断するべきだ…とか細かい議論があったりするが、ここでは省略する。

※職権調査事項と職権探知事項

きっかけ/証拠収集	職権探知主義が妥当	弁論主義が妥当
職権調査	職権探知事項	職権調査事項
妨訴抗弁	——(できるわけがない)	——

③訴訟要件の証明

訴訟要件についても証明の対象となり、通説はここでも**高度の蓋然性**を要求する。さらに、訴訟要件については証明責任の問題がまたでてくるし、防訴抗弁事項以外は本案判決を求める原告に証明責任があることになる。訴訟要件についても審理方式が問題となるが、口頭弁論で行われることが想定される。ただし、例外がある。

【参照】民事訴訟法第 140 条

訴えが不適法でその不備を補正することができないときは、裁判所は、口頭弁論を経ないで、判決で、訴えを却下することができる

補正の余地もない場合に、裁判所は口頭弁論を経ないで(送達もしないで)訴えを却下することができる。ただこれは口頭弁論を「経ないでよい」ということしか規定していないので、却下の根拠規定と言う訳ではない。

④訴訟要件の判断

抗弁事項は最初に当事者の主張を待ち、なかったらなかったものとして扱う訳だが、それ以外については以下のような判断枠組みがとられる。すなわち、裁判所は本案判決に熟したらその段階で訴訟要件の具備を確かめないといけない。多くの場合は疑いをもつことはないが、疑いがある場合はそれを残したままでは本案判決ができな

いことになる。これについては訴訟要件についてのみに疑いがあるくらいなら本案判決してよくな？という人もいるが、上訴のことを考えるとちょっと苦しい理論である。だから調査をするわけだが、その調査の結果、訴訟要件を欠くことが明らかであれば、裁判所がどこかの段階で訴えの却下をしなくてはならないことになる。結果、**訴え提起時に訴訟要件を充足していたとしても、そのときに充足していないと却下されるし、言い換えれば最初は満たしていても大丈夫**ということになる。その意味で、**口頭弁論終結時**が判断基準時となる。

2 訴えの利益

すでに言っているが、定義をするなら**特定の請求について本案判決をする必要性があること**、という感じ。原告がたてた請求について本案判決をする意味がないとき、訴えは却下される。つまり、判決出しても実効的な紛争解決が期待できないような場合があるのである。これには様々な場合があり、この概念は非常に薄く広い機能を有しているといえる。だから個別に詰めていけば、訴えの利益と言う枠組みで捉えられるものはそこまでないと言う言い方も出来る。重複する訴えの提起とかも、見ようによっては訴えの利益のなかに取り込めそうだし。というわけで結構「個別の議論に頼る！」的な話になっていくのだが、しかし訴えの利益として広い目線で捉えたとき、基本的な視点が得られるのも確かである。その意味では有効だから、各論的な議論は展開していくものの全体的な利害状況の整理をしておく意味はある。なので、説明することにする。

訴えの利益の必要性

原告の**裁判を受ける権利**が、この議論の出発点である。自力救済が禁止されている近代国家では、権利ないし法に値する利益の実現手段は訴訟のみであるから、裁判所へのアクセスは保証されるべきである。

これに対応して考えられねばならないのが被告と裁判所側の利益である。

第一に、**被告はいわれのない訴訟への応訴の負担を軽減される必要がある**。現行法では応訴せず放置すると既判力を伴う敗訴判決を伴うので、不利益は生じうるわけである。第二に裁判所としても、公法上のサービスとして判決義務を負うものの、同時に資源は限られているわけで、**本案判決を下しても実効的な解決が得られないものより他の事件に注目するのも合理的である**。

とすることで、両者の調整が図られねばならないのである。

かつては給付請求しかない時代があった。そこではそもそも給付請求権は一般的ではなく、訴えを提起していい場合として、それが個別に承認された場合のみが権利のカタログとして定められていた。それにあたれば訴訟、という意味ではここで訴えの利益は議論が不要である。

が、**確認の訴え**が19世紀に出てくると、この訴えの利益というものを改めて議論する必要性が生まれてくる。

給付の訴えの訴えの利益

給付の訴えにおいては、裁判所に認めてもらって執行することを想定するわけで、**給付請求権**の既判力による確定と**執行力**の付与が当事者の目的と言うことになる。

この権利が行使できるのは、履行期の到来時である。**履行期が到来しているが給付がなされないとき、これ自体を権利侵害と構成できる**から、基本的には訴えの利益はこのときあまり問う必要もない。

さらにいえば、現行法では**強制執行以外に救済手段がないことも考えられるから、債務名義を得ることには利益がある**といえる。このように、給付請求権の性質からして訴えの利益があることになる。

ただ、これには例外がある。**債務名義**をすでに得ている場合がこれにあたる。改めての給付判決を得ようとしても、そこにはとくに訴えの利益が無い。とはいえ、債務名義を得ていても使えない場合(滅失した場合)や、再度の時効中断が必要な場合などは、例外的に訴えの利益が認められることになる。

※将来給付の訴え

【参照】民事訴訟法第135条

将来の給付を求める訴えは、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。口頭弁論終結時に履行期が到来しておらず、直ちに履行が求められない給付請求権の履行を求める訴えがある。未到来の期限付き債権などが例になる。仮にこの訴えが認められると、平成31年●月×日に金100万を支払え、などという判決ができることになる。

執行法 30 条が受け皿となっており、執行機関が期限到達を判断するので、その到達後に債務名義を持っていけばもう強制執行ができるのである。

しかし、条文にあるように、ただちに強制執行に着手することが求められるなど、**あらかじめ債務名義を持つ必要がある場合に限り将来給付の訴えは認められる**。債権者の保護の必要性などがある場合に限って、例外的に認められるということである。

なお、現時点で給付請求権の存否が確定できるのにもかかわらずそれが執行できないのは、**履行期**が到来していないからである。ここで履行期の到来については執行機関の判断にゆだねて良いというのだから、**現時点で給付請求権の存否を判断できる**ということになる。

言葉をかえれば、将来給付の訴えにといっても、将来において判決を出しているわけではないのである。よって、執行の時点までに予想された事実内容と異なる事実内容が生まれたとき、内容が見直されることも想定されていないことになる。では、その異なる事実が発生する可能性がある場合はどうなるのか。

100 選 22 事件 (大阪空港事件：最高裁)

権利発生基礎をなす事実上及び法律上の関係が既に存在し、ただこれに基づく具体的な給付義務の確立が将来における、一定の時期の到来や債権者において容易に立証が可能であるもしくは立証を要しない事実にかかっているようなときにのみ将来給付の訴えは認められるものとして、将来継続的に続くことが予想される空港の騒音による不法行為の損害賠償請求権を前倒して請求することを認めなかった。

不法行為に基づく損害賠償請求権は、履行期(不法行為時)の時点で発生する。すなわち、要件審査は本来その時点で行われることになるから、現時点ではそれは予測して判断するしかない。予測と言うことは、現実との食い違いがありうるわけで、それが許されるかが問題となったわけである。

通常認められるような将来給付の訴えは、**履行期のみ**が到来していない場合であって、現時点ですでに一義的に確定できるのだが、この事案で言われるような将来の不法行為に対しての賠償請求の場合はそうではない。現在の予測と将来給付の時点での損害賠償請求権の間には食い違いが生れる可能性が高く、**再度の調整**がいるということである。

これ自体が問題だが、その**調整の方法**も問題である。ここで債務名義を与えた場合、被告が**請求異議**を起こさないといけなくなるわけで、それもそれで負担である。たとえば原告が東京へ転勤した場合、被告のほうわざわざ「あの人転勤したからもう被害ないはずです」といわないといけないが、これは負担である。

ということで、**このように「ズレ」がありうるような場合にまで、将来給付の訴えの枠組みには乗らない**とした。客観的に「再度の判断はいらないよね」と言うときに限り、将来給付の訴えは許されるのである。

但し不法行為の損害賠償請求においても、将来給付が認められる例外として、土地の明け渡しを求めるときに、明け渡しまでの不法占拠にともなう賃料相当額の損害を求めるケースを判例は挙げている。

これも将来給付の訴えであるから、空港の騒音のケースと同じように処理されそうだが、賃料相当額はほぼ安定した額で決まることと、請求異議の訴えを被告に提起させることについても、そいつは本来出ていくべきなのであるから許されると言う点が考慮されている。その意味では、バブルの時代とかだとまた変わりそうではある。

確認の訴えの訴えの利益

確認の訴えは、**現在の権利関係又は法律関係の存在又は不存在の確定を求める訴え**であり、確定によって法的地位の安定を図ることを目的とする予防的な訴えである。

その特質からして、特定の権利侵害を前提としないから、しばしば紛争解決と無益な訴えが包含される可能性があり、本当に法的地位の安定が図られるのかが確かめられる必要があるといえる。かくして適法性を限界づける議論が必要となり、これが**確認の利益**として議論されるのである。通説は、以下の2点が必要だとする。

①**現に原告の権利または法的地位に危険ないし不安が存在する(即時確定の利益)**

②**不安の除去のために、権利関係の確定が必要かつ適切であること(対象選択の適切性)(方法選択の適切性)**

ただし、前提として、具体的に原告の地位の不安ないしその除去とか話す前に、ある法律関係がそもそも確認の対象となるのか、という議論がある。個別の確認の利益とは別に、およそ誰が訴えを提起してもその訴訟物が確認の対象とならないのではないかというものがあるのである。これは①「**確認の対象としての適格**」という議論であり、確認の対象としての適否と言う議論とは別。前者は個別の事案に即した判断だが、こちらはカテゴリ論。まあ、まずは「適格」について説明するが、とりあえず条文をみってみることにしよう。

【参照】民事訴訟法第 134 条

確認の訴えは、法律関係を証する書面の成立の真否を確定するために提起することができる民事訴訟法の鏡と言える、例外だけ条文である。偽造の争いがある場合には、その文書の成立の真正のみを確定する確認の訴えができるとされる。これは**事実**の確定であり、それが例外的にできることになる。これが「例外」なので、**法律関係又は権利関係などを判断することは可能である**ということになるし、それが想定されているようである。これは訴訟はやはり権利法律関係の確定を目的とするという「法律上の争訟」論にもかかわる。ただし、言い換えれば、法律関係又は権利関係にあたらぬ場合、確認の対象とならないことになる。

100 選 26 事件(平成 11 年 6 月 11 日 : 最高裁)

生存中の遺贈者に対しての訴え。普通はその時点で遺言が書き換えられるとかありうるし訴えの利益が無いのだが、この遺贈者はアルツハイマーであって、変更は予想されなかったのである。ということで現時点で遺言無効を訴えた。

だが、遺言無効の発生は、行為者の死亡時である。ということは、現時点では単に死後に贈与を受ける期待を有するに過ぎないのであって、これを確認の訴えの対象に当る権利または法律関係とは言えないとした。

100 選 27 事件(平成 11 年 1 月 21 日 : 最高裁)

賃貸借契約中に提起された敷金返還請求権の存在確認を求めた訴訟。敷金返還請求権の発生時は明け渡し時であるから、これも上と同じように将来の確認の訴えなのだが、この場合は条件付きの権利として見る事ができるとして、現在の権利または法律関係として見ていいものとした。

ここで遺言については条件付き権利でもないから、訴えの利益なしとしているわけである。

このように判例は、確認の対象としての「**適格**」と言うものを判断している。その基礎をどこに理解するかにはいろいろあるが、**法律上の争訟**として再構成できないものは排除しているとみれるだろう。

ただ、学説は適格を議論する必要はないのではないかともしいう。すなわち、事実の確定であっても事件によっては(国籍など)許される場合がありうるというわけである。代わりに彼らは、最初から狭義の確認の利益について(原告の現在の法的地位ないし権利に危険や不安がある)判断すればいいとするのである。この観点からも、受遺者は法的地位に「将来までは」決してたたないのだから、現時点における法的地位への不安はないといえるだろう。あるのは漠然とした期待感だけである。

この点、学説に従う多くのテキストは、適格をあまり気にせずに確認の利益一本で説明しているのでその前提で理解しよう。カテゴリ分けをしない点で若干判例とはずれることとなる。

① 即時確定の利益

上の適格の問題と一緒に判断するべきだと言う学説が有力だとは言った通りだが、ここでは、原告の保護を求める法的地位が(あるとしても)十分に具体化されているのか、そしてそれに対しての被告の態度や行為態様が、そうした原告の地位に対して危険や不安を生じさせているのかどうかを判断することとなる。

給付請求権の前提となる所有権の確認だとか、そういったものの安定を必要とする場合、親子関係などの身分関係など、派生的な様々な権利義務関係の基礎となる部分につき確認訴訟が求められる。

②-1 方法選択の適切性

給付の訴えが提起できる時には、そちらが優先される。既判力による権利関係の確定があるので、大は小を兼ねると言う関係にある以上それで十分だからである。そもそも確認訴訟を提起してしまうと、債務名義の存在を後から二度手間得る必要が出てくることもあり、訴訟経済上余分である。

②-2 対象選択の適切性

一般には、危機に瀕しているような、法律関係を安定させるため適切な訴訟物を選ばなくてはならない。普通はちゃんと選んでくるので問題ないが、より適切な確認対象があるような場合、問題となる。

100 選 23 事件(昭和 47 年 2 月 15 日 : 最高裁)

遺言の効力が発生したはいいが、その効力を巡って争いが起きた。遺言無効を確認することになるが、その遺言は法律行為であるから、法律行為という「過去の事実」の効果を求めることになる。つまり、結局事実の存否の争いではないかと思われなくもないのである。それよりも、現在の相続財産の所有権を確認すべきだったんじゃないか？ということで、適法性が問題となった。

まず、遺言無効が過去の事実ではないか？ということについては、そこから生じている現時点での法律関係を巡る争いであり、その観点からは現時点の争訟としてみていいという。そのうえで適法判断した。

理屈としては、実際に紛争が生じているのは遺贈者と相続人との間での現在の法律関係であるとしたわけである。そうすると、次の問題として「現在の個々の財産の帰属を争えよ」という点、**対象選択の適切性**が気になるが、結局はその根本である遺言の効果を争えば抜本的な解決が図れるので、「**現在の具体的な法律関係に争いがあるときに、その抜本的解決が認められるならば過去の法律行為の効力の確定のための訴えは許される**」ということになった。

※ここでは「現在にも紛争があるよ」という理屈で、過去の法律行為の効力も確認していいことにしたわけだが、「遺言の効力」の確認それ自体を、そもそも「過去の法律行為の確認」とは理解しないとすることもできる。すなわち、効力としては法律関係が現在まで続く形で発生しているのだから、基礎に過去の法律行為があるだけであって、「現在の法律関係を確認」しているに過ぎないと理解するのである。法律「行為」に着目せず、「効力」に着目するということである。

◎過去の法律関係の確認

関連して、**過去の法律関係**を確定することもできるだろうか。

100選アペンドイクス 10 事件(昭和 45 年 7 月 15 日 : 最高裁)

子の死亡後の親子関係の確認の利益が争点になったが、確認の利益が認められたまあ株主総会決議の不存在確認だとか、基本的な法律関係の確定が現在の法律関係の安定に資する時に認められているわけであり、同じような理屈があるときには可能であるとした。

形成の利益

形成の訴えは、**法律関係の変動を求める訴えであり、離婚判決が出れば原告はそれにより新たな法的な地位を獲得することになる。**

この性質に鑑みると、給付の訴えに限りなく近い性質を持つことになる。新たな法的地位は、確定判決によってのみ得られるからである。この必要性を、**形成の利益**と言う。

問題となるのは、口頭弁論終結時までに形成すべき法律関係に変化があった場合である。たとえば、形成の結果が実現した場合や、成就が不可能になった場合など。取締役が退任したり、協議離婚が成立した場合、一方当事者の死亡などがありうる。原則としては、このような場合には目的が達成されたもしくは不能となったとして、形成の利益を失うと考えるのが一般である。本案判決を得ても地位を得られない以上、妥当と思われる。

100選 30 事件(昭和 45 年 4 月 2 日 : 最高裁)

役員選任の株主総会決議取消を求める訴えの利益を、取消を求める決議によって選任された取締役が全員退任してしまったことを理由に訴えの利益を欠くものとして不適法とした。

商法では、例えば違法な決議を除去すると言う客観訴訟という観点から異論があるかもしれない。商法では取消の遡及効が認められるかという議論もあるが、ここでは省略する。

やはり、新たな法律関係の創出の意義があるかが問題となる。

3 重複する訴えの提起

※後述するように実質的には訴えの利益の問題ではないか、という理解もあるが、これは一般的な議論という訳ではないので、話半分に聞いてほしい。

重複する訴えの禁止

142 条は**重複する訴え**を禁じるので、端的にはたとえば同一の内容の訴訟を提起した場合にはそれが受理されないことになる。これについては、重複すれば直ちに却下される、終わり！という簡単な議論でまかり通っていた時代もあったのだが、19 世紀末に確認の訴えが出てくると、若干話が変わってくる。

すなわち、**重複する請求なのかの判断が微妙になってくる**のである。

【事例】X が Y に債務不存在の確認訴訟を提起した場合を考えてほしい。ここでは東京地裁に債務の不存在を理由に請求を立てたとする(前訴)。対して、Y が債務甲を理由とする履行請求を、横浜地裁に求めた(後訴)。

前提として、判例のとり**旧訴訟物理論**によれば、実体法上の請求原因毎に訴訟物が異なるのだった。

そしてこの事例では、判例通説は訴訟物は同じであると考えたのだった。すなわち、前訴で X が敗訴すると、「債務は不存在ではない」ことが確定することになる。論理的には not 債務不存在は債務の存在ということにはな

らないが、訴訟の世界ではそうなるものとされるのであった。すなわち、「債務がある」ことが確定する。とうぜん X が勝てば、「債務不存在」が確定する。

他方、後訴のほうで Y が勝訴(X が敗訴)した場合、「債務がある」ことが確定し、逆に Y が敗訴(X が勝訴)すると「債務が存在するのではない」ということで、前訴と同様の理屈で「債務不存在」が確定することになる。

ここでは、**どちらの訴えにおいても既判力対象が一緒なので、訴訟物 = 判決対象 = 既判力対象と言う公式から、いずれも訴訟物は同じ**ということになるのである。

訴訟物が同一ならば、古典的な同一請求と同じように 142 条を適用してよさそうである。実質問題として**応訴**には負担もかかるし、**既判力が抵触**する二つの判決が出るおそれもある。**司法資源**の有効利用の観点からもそれが妥当そうである。

というわけで、そうすると素直に「さらに訴えを提起することはできない」ということで、訴えが却下されそうである。だが、これはできないとされる。**重複する訴えではない**というのである。

なぜなら既判力としてはそうかもしれないが、前訴で債務の存在が確定されたとしても、それを実現するためには改めて給付の訴えを提起する必要があるからである。すなわち、前訴と後訴では、機能的には**債務名義の付与**という点で等値ではないのである。大小関係があるとも言えるかもしれない。

訴えの利益と結びつける見解

ここからは、むしろ上の事例で言う後訴の判決を重視すればよくないかということにもなる。すなわち後訴たる給付訴訟により債務名義まで踏まえた判断が出来るわけであるから、**前の確認訴訟には、そもそも必要性がないのではないか**ということになるのである。

これは、順序を入れ替えて、後から債務不存在の訴えが提起された場合の後訴にも当然妥当する状況である。

とすると、同一訴訟物だから、「既判力」があるから再び訴えができるかということではなく、むしろ「新たな訴えが必要か」という点に問題があるのではないかともいえる。新たに提起された訴えに本案判決する必要があるかどうか、すなわち**訴えの利益**に基礎づけていくのが適切ではないか、というのが近時の有力説なのである。給付請求しかない時代にはこのようなめんどくさい議論をする必要はなかったが、確認の訴えの登場でこのようなことになった。いい迷惑である。

処理の仕方

100 選 29 事件(平成 16 年 3 月 25 日 : 最高裁)

反訴として給付訴訟が提起された債務不存在の確認訴訟の訴えの利益を否定した。

では、確認訴訟と給付訴訟が同時出演した場合に、実際どうすればいいだろうか。さっきの例でいえば、端的に、後から給付訴訟が提起された場合には前訴たる確認訴訟は排除してしまえばいいような気もするが、それだと弊害が生じる。

すなわち、前の訴訟で負けそうな Y が、証拠調べも終わったその時点で後の訴えを出すことが想定されるのである。このとき、Y に再チャレンジ、ゼロベースでやり直す権限を認めることになる。これは裁判所として想定していいルールなのだろうかといわれると、たぶん想定していないだろう。そこで有力説は、**信義則**とか**訴権の濫用**とか言う訳であるが、一般的な見解は以下である。

まず、**新たな請求をすること自体は適法**であるとする。

だが、この訴えは独立した訴えとして別の裁判所に提起されると却下される(異論もあるが)。そうではなく、必ず反訴として提起させる(**反訴強制**)というのである。その代わりに、前訴が債務不存在確認訴訟の場合は**訴えの利益**を失うと言うのが、判例の立場である。100 選 29 事件の処理も、そのようなものである。

※反訴はもっと後にやるが、ある訴訟のうちに行われる別の訴訟である。その訴訟手続きを利用して別の請求結果を得ようとするものであり、同一裁判所の同一期日で処理されることになる。そうすると、この**二つが同時に審理されるし、重大な訴訟資料はそのまま接続した形で訴えを処理していくことが出来る**のである。

判例が述べていない、別訴が提起されてしまった場合の理解は分かれるが、却下と言う見解、移送が行われ併合される見解などがある。まあ最終的には**併合審理**がなされると言うルールが認識されていると覚えておけばよい。

※この帰結はすべて、後訴の給付訴訟に債務名義など + a の利益があるから認められるものであることを踏まえると、後訴が確認訴訟の場合 142 条によって不適法となるか、少なくとも確認の利益が認められないだろう。

4 当事者適格

当事者適格の定義は、(あまりそれ自体には意味がないが) **具体的訴訟で争われる訴訟物について、原告または被告として訴訟進行し、本案判決を得ることのできる資格**とされる。

原告となる資格を**原告適格**、被告となる資格を**被告適格**と言うことがある。民訴では当事者適格を有する当事者を正当な当事者とか、訴訟進行権を有するとか言う。訴訟進行権も多義的だが、通常は当事者適格があると言う意味で使われることになる。

この概念は、いわば訴えの利益が訴訟の客体に注目していたのに対して、もっぱら主体に着目する議論である。まあ普通当事者は本案判決を求めて訴えてくるわけで、こんなことが問題になるかというかもしれないが、なるんだな、これが。

まあ当事者に当事者権を与えることが妥当かどうかという観点から当事者は定義され、結果として、**権利関係とは無関係な第三者に対して本案判決を言い渡しても、現実の紛争解決に役立たないとして当事者適格が認められない**のである。無益な訴えを排除し、裁判所や相手方を不利益な訴訟進行から守るためにこのような制度が用意されているのである。ではどういった場合に当事者適格がなくなるかという話になるが、原告の権利または法的地位の不安が解消されるかというのがポイントとなりそうである。

まあそれでいいのだが、歴史的な理論も踏まえて洗練された整理がなされているので、それに従い紹介する。ここでもまた、訴えの種類ごとに理解していくべきである。一番簡単な確認・形成の訴えから先に見ていく。

確認の訴え・形成の訴え

◎ 確認の訴え

当事者適格の基本は、**本案判決により原告の法的地位が安定するかどうか**だから、確認の訴えには当事者適格の議論は必要ない。というのも、それがそのまま**確認の利益**なのだから、そちらに解消されるのである。被告適格については、原告の法的地位の危険や不安がそのものにある起因するかどうかで決まることになる。

◎ 形成の訴え

形成の訴えの性質から言って、形成の訴えを得ないと新たな法的地位が得られないのだから、判決により法的地位を得たいと主張する者が原告、その相手方が被告と単純に整理すればいい。

ここで、そのような人がこれにあたるかはしばしば解釈問題となっているが、多くの場合は法律の規定により、何人が原告適格を有し、被告適格を有するのかが明らかになっていることが多い。

例：民法

例えば民法 770 条の離婚の訴えは、「当事者の一方は」形成原因を主張して原告適格を有することとなっている。774 条の嫡出子の否認についても、それには否認の訴えを提起し判決を得ないといけないわけだが、774 条は「夫は」「子」「母」と主体を特定している。

例：会社法

商法も同じで、会社法 828 条の会社の組織に関する訴えについての原告適格者を明文で定めている。834 条も誰が被告になるかを明文で定めている。

なお通常は、自分と相手との間に存在する法律関係をなんとかしようという訴えにおける当事者適格が問題となるわけだが、たまに**他人間の法律関係**の存在に関する訴えについても、当事者適格が問題となることがありうる。

たとえば会社法 855 条は、取締役の解任の訴えを定めるが、これは端的に、会社と取締役の関係に介入していることになり、ここでは株式会社と取締役の双方を被告とすることが予定されている。

この訴えの被告適格が明文で定められたのは会社法制定時であるが、それ以前も解釈で同じ結論を導いていた。その背後には、**他人間の法律関係を相手取るには当事者双方を相手取る必要がある**という考えがあり、それが明文化されたのだらうと思われる。

ただし、何が他人間の法律関係なのかには問題もある、たとえば取締役の選任決議の取り消しを求める株主の原告適格を問題とする時、取締役と会社との間に新たな法律関係が生れる！として両方を相手取ることもできるところ、現行法は会社のみを相手としている。取締役が介入することなく、彼の地位を動かす判決が出ていいのかという問題があるが、これは補助参加ということで我慢してねと言う感じである。

給付の訴え

給付の訴えでは、給付請求権の存在を既判力で確認してもらうとともに、**債務名義**をもらうことが問題となる。原告は、自己に給付請求権が所属することを示せばそれで当事者適格としてたりると考えられる。しかし、勝手におれには権利があると主張する人が出てきた場合、原告適格が認められそうである。まあそのような本来ないものを勝手に謳った奴がいた場合、それは本案判決で判断されることとなるのである。被告についても同じであり、義務を負担していれば相手となるし、ふっかけであれば請求が棄却されることになる。

ただし、これには例外がある。

①給付請求権が自ら行使できない場合

権利義務の帰属主体が、訴訟物である権利関係において管理処分権を失っているときは、それについて適格をもたない。破産手続き開始決定後の破産財団に関する訴えには、破産者は当事者適格を有しないことになる。

②総有など

財産を総有しているとき、一人の当事者はその全体を行使することはできない。裏から言えば他人の権利をも同時に行使していることになる。他人の権利を行使することはむやみにはできないので、全員がそろってはじめて訴えが提起できることとなる。(訴訟共同の必要)この場合の訴訟を**固有必要的共同訴訟**と言う。

この議論は民訴法第二部でやると思うので、お楽しみに！

③他人の給付請求権を主張して訴えを提起することが出来る場合

他人の権利を主張する場合であっても、一定の要件を満たせば訴訟を進行できる。これを訴訟担当と言う。

このように権利義務の主族主体でなくても、他人の権利義務について一定の条件を満たせばいい。後述。

訴訟担当

他人の権利を行使する場合としては**代理**があるが、これとは区別が必要である。代理にも直接代理、間接代理があるとかやったが、**顕名**が必要だったはずである。が、**当事者適格がある訴訟担当では、自己の名において権利を行使することができる**。その結果、権利義務の帰属主体と、当事者として行使する者が分離することになる。ただ、この区別はさほど容易ではない。微妙な場合もある。訴訟担当の議論のポイントはこの点にあり、他人の権利を行使する時、いかなる場合に自己の名で行使しているか、訴訟担当として構成すべきなのかというところにある。

これから述べる場合にも、これは「訴訟担当として構成するのがいい」ということであり、無理矢理代理とすることもできなくもないと思うことをまず注意しておく。現行法はあくまで訴訟担当と構成するが。

◎効果

AがYに対し有す債権を、XがAに代わって行使することができる。

Yとしては、Xからの訴えを提起されたら応訴しないといけないが、ここでYに勝っても、A本人からさらに訴えられることにはならないだろうか。二重応訴のリスクを負うような気がする。

これの手当てのために、民事訴訟法第115条は、既判力及び執行力の範囲として、原則は当事者とするものの、例外として当事者が誰かのために原告となっている場合の本人を明記している。

※115条について、これは代理人の規定ではない。何故なら代理人ならばこんな明記をしなくても、そもそも効果が帰属するからである。と言うことで、訴訟担当の規定と分かる。

よって、訴訟担当の場合はXがアホな訴訟進行をすると、本人Yが其の結果を引き受けることになるから、ここで**Xの訴訟進行の結果をYが引き受けることが合理的か**を判断しないとイケない。

ここで考えるべきは**授權**である。YがXに授權していると思われる場合に限って、結果を引き受けさせることが合理的だと説明できる。

※訴訟進行権を授權しているということではない。何らかの授權の結果、訴訟進行権が生れるのである。

では何を授權したらいいのかが問題となるが、以下、訴訟担当を区分して説明していく。

すなわち、訴訟担当は、**法定訴訟担当**と**任意的訴訟担当**とに分類される。

ラフに言えば法律上の規定によって授權がなされる場合があり、法定訴訟担当という。一定の法的関係から当然に訴訟担当を認める。対して任意的訴訟担当は、権利義務の帰属主体の意思にもとづいて授權がされるものである。任意的という言葉は法定の対義語であり、若干誤訳なのだが、「法定されていない」という意味でオッケー。

法定訴訟担当

法律の定めによって他人の権利を自己の名で追行することが認められている場合のことである。

①職務又は実体的地位に基づいて、他人の権利の行使が認められる場合

一定の職務・地位が当然に他人の権利行使を認めさせる場合がある。

A 財産管理人・遺言執行者など

先ほどの破産の事例がこれにあたる。破産手続き開始決定があったのち、破産者に帰属していた財産の争いは、破産管財人が代わりに追行していく。破産財団所属財産の管理処分権が認められ、本来の権利義務の帰属主体に代わる権限があるとみられるからである。他の例を挙げると、相続財産に関する遺言執行者も訴訟担当となる。条文では民法 1012 条。遺言者に代わってその相続財産を遺言内容の実現のためになんやかんやしていくことが想定されるので、訴訟追行も認められている。

ただ、条文をおって行くと 1015 条に、条文上「遺言執行者は、相続人の代理人とみなす」と書いてある。これを突き詰めると遺言執行者はあくまで訴訟代理人となるのだが、判例通説はこれを訴訟担当としている。

100 選 12 事件参照。遺言に必要な執行権は遺言執行者に専属しているはずで、相続人の利益に反する行為や相続人にできないこともできるわけである。その結果、場合においては相続人との間でも訴訟が起きるわけで、このような遺言執行者の地位に鑑みると代理で片づけるにはちょっとおかしく、訴訟担当ととらえるべきということになる。

なお、実質的な問題は、遺言執行者がいつ権利を行使できるかだが、これは民法第四部を受けてから聞いてほしいとのこと。

B 訴訟の相手方を創設するために被告適格を認める場合

【参照】人事訴訟法 12 条 3 項

前二項の規定により当該訴えの被告とすべき者が死亡し、被告とすべき者がいないときは、検察官を被告とする相続関係の訴えだと相続人を探す必要がある場合があるが、それが非常に不可能チックな場合があり、そのような場合に原告の負担を軽減する場合、職務上の当事者として検察官を被告とすることが可能とされる。

が、実質的な利害関係を有するのは当然に相続人なわけであり、一応相続人がいたような場合、ここで訴訟担当が許されるんですかというのが問題となる。ここでは**補助参加**と言う形で手続きに組み込むことが想定されているのだった(人訴 15 条)。

②自己の権利実現ないし法的地位の安定のために他人の権利の行使が認められる場合

典型が**債権者代位権**(民 423 条)であり、会社法 847 条の**株主代表訴訟**もそうである。この場合代理人ではなく訴訟担当者として権利を行使することが想定されている。

株主代表訴訟を思い出してほしいが、株主が訴えを提起することとなり、被告は取締役となる。じゃあ実体法上遡及されている債権は何かと言うと、損害賠償請求権ならばそれは会社に対してのものである。取締役の行為に対して生じた会社の請求権を、会社に代わって株主が行使するのである。この判決の結果は、民訴の規定に従う(だからこそ会社法上には手当てが無い)とされ、株主が負けた場合はその判決の効力は会社にもおよび、あらためて会社が訴えを提起することは許されないことになる。

本来的に会社が持っている権利を行使していくところ、それを第三者にも認めている結果、多重的な応訴を課する負担を与えるのはおかしいという判断には合理性があると思われる。

この帰結は、繰り返すが株主と取締役の間だけで完結しているわけで、株主が悪意ならば「わざと負け」が可能であり、若干怖い。もちろん手当はとられていて、訴訟参加が可能となることになる。具体的には**共同訴訟参加**というやりかたがとられ(52 条)、共同原告となることができる。そうすると、原告として訴訟担当者がカスなことをしたらひねりつぶすことができる。

さらにプラスして、これについては会社が訴訟係属を了知する必要がある。よって、この場合会社への訴え提起の**告知**が必要となっている。それにより、適切でないと考えれば共同訴訟参加をすることになるわけである。これを定めるのが会社法の 849 条である。会社法 849 条によると、847 条による株主代表訴訟のなかで株主提起の場合は、共同訴訟人として責任追及等の訴えに参加することが出来ると定める。

同条 3 項により、遅滞なく訴訟の告知をすることが定められている点に注目しておこう。これにより、他の株主にも参加のチャンスが与えられることになる。

債権者代位と法定訴訟担当

債権者代位についても、訴訟担当の議論は上と同じようにあるが、若干細かく述べておきたい。

※債権者代位

債権者 G が、第三債務者 D に債務者 S の権利の履行請求を行うことができるシステム。民法第三部参照。民法上の定義では、債権者は債務者が第三者に対して有する権利を債務者に代わって行使することができることを指す。この場合、G と S の関係が問題となるが、G は S の権利を自己の名で行使していることになる。代わって行使しているので、被告第三者は、事故が S に対して主張できる抗弁を、すべて G に対抗することができる。さらに、G は自己の名で行使しているから、自己への履行を求めることが出来たのであった。ということで、ここでも**訴訟担当**が成立していることになる。

訴訟担当の主旨は、G の S に対しての債権の保全のために他人の権利を行使することが許されるというものであるから、さきの「株式価値を守るために訴訟担当」と言う議論と同じことになる。

G が敗訴した場合には、上の議論にしたがって S が訴訟を改めて提起しても既判力によって勝ち目がなくなる。D に余計な負担を課さないためであるところも、変わるところはない。

が、また同じように、「わけの分からん奴に担当されたらやばい」のだから、訴訟要件の規律として無資力要件などの厳格性が要求されるし、さらには訴訟参加なども行われる。

※が、**補助参加**。株主代表訴訟では共同訴訟人としての参加(基本は共同原告)を求めるのと対比しておこう。また、訴訟告知(会社 849 条)は相当する規定がないためこのような場合の実務慣行にはないが、学説はこれを取り入れることを一致して述べているようである。債権法改正でもこの方向で議論されているようである。ただまあ告知しても無資力だし、大体は逃げているから来ないのだが。

※共同訴訟参加と(共同訴訟的)補助参加は別である。

債権者は、自己の帰属する債権につき訴訟上の訴えをすることができるが、管理処分権を失っているときはこの限りでない。すなわち、**債権者代位のような場合には共同参加として「当事者」にはなれない**のである。当事者たる資格を失っているからである。

X が訴訟追行するとこの効果を S が受けると言うのは訴訟担当が成立している場合の事を指すが、成立しない場合があるはずである。具体的には S に対しての債務が不存在であるような場合である。その場合には訴えは却下されることになるだろう。

もう一つ、G の S に対しての債権が不存在であるにもかかわらずそれが明らかにならず、訴訟が追行されて D に対して訴訟に勝ってしまった場合も、判決効は及ばないと解することができる。訴訟担当が成立していない限りは、判決効も及ばない。

※あとは、実体法上は**債務者が管理処分権を「失わない」という構成ができないだろうか**、という議論もある。

①S はより強い地位で訴訟に参加できるかもしれない。

②S と G の地位も問題となる。本来的には財産保全のために行われるのが債権者代位である。このとき、S も権利行使できることとなれば、そもそも訴訟担当ができるのか、という議論がでてくるだろう。

そもそも権利を S に代わって、本来の権利義務主体に代わって訴訟行為をすることを想定として議論が組み立てられているから、双方が権利行使できる場合の調整は議論されていないのである。

※G の地位についても債権法改正で大議論がある。現在、S の D に対する権利を G が行使しているという構成にもかかわらず、実体法上の通説はその給付を G に渡すことを想定する(この点、会社への給付を求める会社法と異なる)。S への返還義務は、自らの有する S への債権と**相殺**できる限りで縮減することとなる。

何故このような優先的な満足が図れるのか、という問題が議論されるが、これを訴訟法上で考えていくと、本来の満足的手段として S の責任財産を使って満足を得ようとすれば、基本的には S への債権の確定を待ち、債務名義によってその実行が図られるはずであるから、すなわち、**債務名義が必要と言う原則を逸脱している**といえる。輸入元のフランス法はこの債務名義を知らなかったためにこのような制度も合理性自体はあったのだが、それでもフランス法よりも保全目的が霧散し訴訟担当者の満足のほうに法の効果が向かっている現行法には、多少の違和感を覚えざるを得ない。

その帰結が、後から S が D に訴訟が起こし、改めて S が G への債務を持たなかったことを主張することができるという訳のわからない事態である。本来的には日本の債権者代位は、この三者の関係を同時に解決する形で図られるべきであったと考えられる。

あと、Gのほかにも他の債権者がいるわけだが、彼らもこの訴訟にどのように参加させるかが問題である。第二部でやります。参加を認めた場合の関係の規律もかなり大きな課題となっている。

まあ大事なのは、実体法の諸問題の受け皿として、訴訟制度をどのように設計する課が議論されていると言う文脈を理解しておくことである。

※なお、ここでの訴訟担当は訴訟代理ではない。代理は本人のためであるが、Gは別にSのために何かしているわけではない。

任意的訴訟担当

「任意」と言う語に積極的な意味を与えれば、**当事者の意思**に基づく訴訟担当と言うことになるだろう。

こうした訴訟担当も、一定の場合に許される。

ただし、制度としては訴訟代理をすでに説明しているが、**弁護士代理**というものが認められているのであり、これは奨励と言うかむしろあることが原則となっている。そうだとすると、基本的に訴訟代理をすればよさそうなのだが、ニーズはどこにあるのだろうか。

法律に手掛かりのあるものは、たとえば30条である。

【参照】民事訴訟法第30条1項

共同の利益を有する多数の者で前条の規定に該当しないものは、その中から、全員のために原告又は被告となるべき一人又は数人を選定することができる

共同の利益を持つものが複数いる時に、全員のために原告又は被告となる者を選ぶことができる。具体的には共有関係などが想定される。このとき、他人の権利(持分外)を他人に代わって行使しているから、訴訟担当である。

選ばれた奴を**選定当事者**、選ぶ奴を**選定者**、選ぶ授権行為を**選定行為**という。

これは法定されているから法定訴訟担当にも思えるが、選定と言う行為は意思表示であり、撤回もできるのだから、その意味で明確な意思に基づく任意的訴訟担当と位置づけて良い。

このメリットは明らかである。原告サイドが複数いるときに、全ての者を当事者として訴状に記載するというのは、相手方としてはたまったものではない。そして、訴訟法律関係を単純にすることも予定される。送達のコストも大きいし。この意味で29条と同じメリットを持っている。

ただ、これは英米法系の制度だが、実はほとんど使われていない。訴訟法律関係を単純化したいなら、共同の訴訟代理人を選べばいいだけであるからである。日本では、**被害者弁護団**と言うような共同の訴訟代理人がよく使われるので、メリットが薄れるのである。ただし、全員の名前を使用する、当事者の変更に対応する負担があるという問題点は残る。

※英米法では「共同訴訟代理人」自体、価値観にあわないので、任意訴訟担当が使われる。

一方で、**少額訴訟**などではこのシステムはメリットがあると言える。多数の消費者が同種同等の被害を受ける消費者被害の問題のようなパターンでは、この種の訴訟形態があると大変楽である。

1万くらいの被害で訴えを起こすのは費用的な意味で泣き寝入りになってしまうが、10万人集まれば話は別である。そして同種の被害なのだから、審理内容もとりわけ原因の部分で共通している。こうした事態においてはまとめて事態を取り扱うことにはメリットがある。そうした点に鑑みて、30条は3項を準備した。

【参照】民事訴訟法30条3項

係属中の訴訟の原告又は被告と共同の利益を有する者で当事者でないものは、その原告又は被告を自己の為にも原告又は被告となるべきものとして選定することができる

これは平成8年改正で導入されたものである。すなわち、既存の当事者を自己の訴訟担当人として選定することができるのである。**追加的選定**と言う。

ただ、これも機能せず、選定自体に消極的なものが多いようである。そしてやはり、通常は被害者弁護団がいるのだから、選定とかするまでもなく彼らが適切な行為をしてくれることが多い。

近時の立法

このような訴訟担当の不人気への対処が、先日成立した、「消費者の財産的被害の集団的な回復のための民事の裁判的手続きに関する特則」である。具体的には、消費者自らに権利行使を任せるからこのようになるわけなので、**消費者庁のお墨付きを得た消費者団体が、実質被害者に代わって権利を行使する制度が出てきた**のである。

その際、今回はかなりラジカルなやり口を使っている。

この法では、適格消費者団体の起こす訴訟は、①**共通義務の確認**(原因の確定)、それに勝訴した段階で②**損害の確定**(損害賠償)という二段階審理を想定することとした。二段階を形式的に別個の手続として、いったん勝訴判決が出るような仕組みとしたのである。

その上で、第一段階で権利があるねと明らかになった時点、敗訴リスクを排除した形で(個別の因果関係は別だが)損害賠償請求訴訟ができるわけだが、この**後者を訴訟ではなく簡易な査定手続きで済ますことにより、コストを削減するとともに、なんとこの第二段階で授權をすることができるようになった。**

法技術的には授權が遡及して第一段階にも及ぶということだろうが、実際のところ授權なく訴訟担当ができており、負けたら授權はおよばず勝ったら遡及的に及ぶのだからごまかし方がどうあれ大したものである。

他方これによって弊害が生じることも見えてくる。

国会での審議では濫訴の危険が議論されているが、これについては消費者庁のHPに対応策がいくつか示されているし、ジュリスト最新号にも特集があるので是非ご参照頂きたい。

ここでは骨格となる1制度のみ紹介する。と言うか、すでにしている。

それこそまさに、**消費者適格団体**にのみ(この法律が適用されるうえでの)当事者適格を認めていることである。彼らは負ければ何も得ないうえ、監督を受ける団体として、利他的な団体に限定されることとなる。

任意的訴訟担当の限界

では、こうした法律上の手掛かりのないものとして任意的訴訟担当は許されるかが問題となる。

訴訟代理で十分では?という必要性の問題と、訴訟代理における代理人の厳しい資格制限とのバランスをどうとるかという問題をともにクリアする必要があるだろう。やはり**任意的訴訟担当を好き勝手に認めると、弁護士以外が訴訟を代わりにやってしまうことにつながりかねない。**

このため非常に厳格に捉えられていたのだが、濫用の虞も小さく他者に任せるもしくは他者の権利を行使する必要性が認められる事態もあるわけで、現在では一定の場合には認められるという結論に至っている。

100選13事件(昭和45年11月11日:最高裁)

組合に帰属する債権を実現するために、5社のうちの1社が代表者として訴訟担当することが許されるかが問題となった。

判旨は、選定当事者制度はあくまで基本的な場合を示しただけで、これに限られないと任意的訴訟担当の可能性を広げた。そして今回の場合は①合理的必要性があり、②弁護士原則を潜脱する虞や信託法の制限を逸脱するものでもないから認められると言う判断をした。

無制限に認めるわけにはいかないが、でも全く認めないわけにもいかないから、①**弁護士原則を潜脱しない**、②**合理的な必要性がある**、というラインを引いたものと思われる。また大前提として③**包括的な代理権**があったことも忘れてはならない。

この要件の関係には諸説ある。

第一に、この必要性要件は、複数の解釈を可能とする。まず、「**自己の権利の実現のために他者の権利を行使せざるを得ない**」から必要性があると解せば、たとえば追奪担保の場合、売り主は買い主から担保責任を追及されるから、追奪するものに対して買い主の代わりに訴訟行為をしたいということには合理性自体はあるだろう。

他方で、「**訴訟担当の実現により権利行使が容易になる場合**」に必要性を認めるというのも考えられる。組合はおそらくこちらの例になるだろう。

第二に、要件自体が重なり合う可能性がある。冷静に、**合理性必要性が認められる場合、たぶん弁護士原則を潜脱することにはならない**と思われる。

このように、要件を提示し、従来思われていたよりも任意訴訟担当を広く認めるという点ではかなり意義を持つ判例ではあるのだが、要件の具体化には成功しておらず、その点で射程にも限界があると言える。

5 当事者能力(再論)

当事者能力については既に説明しているが、ここで訴訟担当の議論を含めてようやく話せる補遺的な論点があったので、それについてこれから説明していく。題せば、民法上の組合の処遇とでもいうべき論点である。

29条—民法上の組合の処遇

100選13事件をふまえると、民法上の組合が訴訟に出てくる局面については、3つないし4つの可能性がある。

【事例】組合Gには、G1～Gnまでの構成員がいる。

①G1～Gnまで全員が当事者になる場合

②組合自体が社団として当事者になる場合(100選10事件パターン)

29条の想定する事態にあてはまるのだった。

③一人の組員Gxが選定当事者となる

30条の想定する事態。全員の選定が必要である。

④一人の組員Gxが選定当事者となるその2(100選13事件パターン)

包括的代理権が与えられていることが基礎にある。全員の選定が必要とは限らない。

これ等の手段のうち、どのカードをどう切るのが現在の最善の一手なのかは、議論がある。

この際、前提として、条文は②と③をセットにして規定していたようである。29条(社団・財団の当事者能力)と30条(選定当事者)は「まず29条」、「無理だったら30条」というような関係を規定するというのが、最初の理解であったようである。

ところで判例は、組員の変動などの困難を克服するために、まずは100選10事件において、**29条による当事者能力を組合自体に付与する**という立場をとった。このときは、組合であれば当事者能力が認められるかのようになったが、その後100選8事件は、29条における**当事者能力の4要件**として、①団体としての組織を備え、②多数決の原理が行なわれ、③構成員の変更にかかわらず団体そのものが存続し、④その組織において代表の方法、総会の運営、財産の管理等団体としての主要な点が確定していることを要するとした。これは**民法上の権利能力なき社団の要件であるから、端的には、組合と社団を峻別するために設けられた要件**でもある。

すると、このような形で(社会学的には社団と組合を区別することには疑問もあるが)、**理屈の上ではそぎ落とされてしまった組合は、もはや29条ではカバーできないのではないか**という点は疑問が残る。

とりわけ10事件では組合(しかも3社。純粋なそれに近い)において29条の適用を認めたわけであるが、本来は、契約上許されるのはせいぜいある業務執行組合に個別に財産の管理権、訴訟追行権などを認めるにとどまるのではないかと言うことにもなる。こうした見解からは、29条適用については疑義を持つ余地がでてきてしまう。高橋先生はこのような見解に立つ。実際、この判例はあくまで昭和30年代の見解、我妻説による29条適用の4要件(**100選8事件参照**)の確定前であるから、現時点では意味のない議論として理解する余地も残る。

すると、じゃあ組合は30条で対処してねということになる。

そして**100選13事件は、訴訟担当にもなう選定の問題を前述の通りに削減したのだから、もはやそれで十分ではないか**という議論が当然出てくることになる。

すなわち、当時は個別の選定しか想定されていなかったが、いまや包括的管理権を基礎とした新たな仕掛けが13事件によりうまれているのだから、民法上の組合の記述にもっとも整合的なやりかたは、いまや29条構成ではなく任意訴訟担当構成であるということである。

ここからは、④のカードを切るのが一番ということになるが、他方で従来の29条の意義はなお失われていないのではないかと、という論者もいる。結局、**訴訟追行における多数当事者が存在することの負担軽減のための手段として確かに29条も活用できる(活用したのが、100選10事件である)のだから、相手方に過剰な負担を課すこともなく、組合などの権利実現に資するのであれば、目くじらを立てて29条の利用を排除する必要はないか**、という立場があり、そこからは、100選10事件は、8事件や13事件の登場を経てなお意義を持っているということになる。

ただまあ、結論としては立法者の想定したそれと若干違うことになっているとはいえるだろう。

(7) 終局判決による第一審手続の終了

判決前の手続きはとりあえずこれで終わった。訴えとそれに対するの応答までの手続きをずっと想定していたわけだが、判決においてはついに訴えに対するの裁判所の判断が伝えられる。判断の際には訴訟要件と、他方で本案(請求の当否)が判断されることになり、後者がよりシリアスな判断対象となる。

これ等の判断の仕方と、そのうえでの情報処理の仕方については、たとえば247条の自由心証主義などを挙げて細かく説明したはずである。

1 裁判の種類・判決の種類

なお、すべての事件が判決によって終わるわけではない。

和解として判決以外の方法によって終了することも十分にありうるが、これについてはずっと後に述べる。

まず、裁判のなかでもっとも重要なものを述べよう。裁判所のする裁判のうち、ある審級での審理を完結する判決を**終局判決**と言う。ここでは訴えについての法的判断をすることになり、請求の当否を判断して当事者に紛争の解決基準を示す。すでに話した通りだが、終局判決は**上訴**の対象となることが予定されている。不服があれば上訴をすることができ、当事者によって上訴がされると上訴審がなされることになる。他方上訴が提起されないと、**確定判決**として一定の効果が生じることとなる。終局判決もあくまで裁判の一種である。裁判とは裁判機関がその法的判断を法定の形式に従って示すことで、**判決、決定、命令**があったのだった。

判決

◎終局判決と中間判決

判決にはそれ以外の分類方法として、裁判について**終局裁判**と**中間裁判**、これに対応して**終局判決**と**中間判決**と言う言葉がある。ある審級における審理完結の裁判が終局裁判で、当該審級の審理が後に続く(つまり、終局を準備する)裁判を中間裁判と言う。

中間裁判の意義は、弁論の整序を行うところにある。

【参照】民事訴訟法第 245 条

裁判所は、独立した攻撃又は防御の方法その他中間の争いについて、裁判をするのに熟したときは、中間判決をすることができる。請求の原因及び数額について争いがある場合におけるその原因についても、同様とする。たとえば、当事者間で争いがあり、原因と損害の額につき争いがあるというときに、まず原因の存在を確定し、これによって原因を争えないものとしてあとは損害を争うということにした方が、弁論が効率的に行えると言うことがある。そこで、原因のみを確定するような中間判決を出すのである。

中間判決それ自体には確定と言う概念も、上訴と言う概念もないので、**中間判決後それに抵触する主張ができない**ということのみに意味がある。

◎一部判決と全部判決

同一の手続きで審議されているすべてのことに判決を出せば全部判決である。

243 条に一部判決が規定される。

【参照】民事訴訟法第 243 条 2 項

裁判所は、訴訟の一部が裁判をするのに熟したときは、その一部について終局判決をすることができる。複数の請求がたてられているときに、両方審理してやることには問題ないが片方の完結を待つと言うのもアレなので、先に判決してやることができる。その段階で審理は分離し、片方にのみ既判力が生じる。ただし、訴訟の併合審理の時に説明するが、例外的に分離できないときがある。

◎内容的な分類

訴訟判決と本案判決に分類でき、既判力の対象が異なることになる。折に触れてでてきているので省略。

2 申立事項と判決事項

誰が、いつ、何について判決を言い渡すかを、ここでは確認しておく。「何について」というのがこの項のメインテーマだが、前 2 者についても復習になるところも多いが確認しておく。

誰が、いつ

①主体

判決を言い渡す裁判所は、249 条に書いてある。判決は基本となる**口頭弁論に参与する裁判所**によって行われ、口頭弁論終結時に裁判をした裁判官が判決文を書く。転勤があった場合には転勤した奴が判決自体はしっかり書いてそれを代読してもらうことになる。

②いつ

【参照】民事訴訟法第 243 条 1 項

裁判所は、訴訟が裁判をするのに熟したときは、終局判決をする

裁判所は訴訟が**判決に熟したら**終局判決を出す。すなわち、請求の当否について応答できるレベルでの心証形成ができたなら終局判決を出すということだが、これは**証明度が心証形成に足ればいいのではなく、その値がもう「心証形成に足るレベルを下回らない」というレベルでないといけないだろう。**

このようなレベルを証明度とは別に**解明度**ということがあるので覚えておこう。

じゃあいつこの状態に達するのかというと、一般的には両当事者が攻撃防御を尽くしたらということになるだろう。ただ、原告が勝訴確実だと言うのに原告がまだ何かいいたいとかそういうときは、定義からして終了してもよいことになる。

※**口頭弁論の再開**

153条により、一度終結した口頭弁論であっても再開することができる。新証拠を発見したとか言ってきた場合に、それを言わせないでと結局控訴審とかに迷惑がかかるので、まあ言わせてやろうということになっているのである。ただし、**職権事項**である。

100選 41 事件(昭和 56 年 9 月 24 日 : 最高裁)

口頭弁論再開は、訴訟指揮権の効果としての裁量事項だが、一定の、民事訴訟による手続き規制の要求と言える特段の事情があると認められるような場合には弁論を再開しなければならないとしたのだった。再掲。

新たな事実が存在していることが分かっていたら新たな主張が出来る事態だったが、その機会を失ってしまった事案だった。このとき、当事者は主張立証を尽くしていないと評価でき、これはやはり許されないから、反論の機会を含めて主張立証手続を確保する必要があると評価されたのである。

判決の対象

【参照】民事訴訟法第 246 条

裁判所は、当事者が申し立てていない事項について、判決をすることができない

申立事項と判決事項は等号で結ばれる。これは何回言ったことかという感じである。

前提は、裁判所は本案判決において請求の当否について判断するということである。訴状に特定された申立事項としての訴訟上の請求に対して、判決は応答する。例えば X から Y への 1000 万円の不法行為の損害賠償請求権の履行を請求した場合、認容されれば金 1000 万円払え、認容されなければ請求を棄却すると言われることになる。まあ結局、判決と言う形で応答が言い渡される。

これまた実務の慣行だが、一部のみ請求権が認められた場合、被告は原告に対して金 600 万円を払え、その余の請求を棄却する、という言い方で**一部認容(一部棄却)判決**がなされる。

判決と既判力

それぞれの場合、**既判力**について確認しよう。

この事例の場合、全額認容する場合は、1000 万円の給付請求権を既判力をもって確定するし、棄却判決は 1000 万円の給付請求権の不存在を確定する。一部認容判決は、600 万の債権の存在と、それを超える部分の債権不存在を確認することとなるだろう。

この背後には、二つのルールがあるのだった。

①**申立事項 = 判決事項**

このルールは申立事項に対しての判決による応答義務を内在する。このことが何を意味するか。これについては明文はないが、258 条に暗に示されている。

【参照】民事訴訟法第 258 条 1 項

際案書が請求の一部について裁判を脱漏した時は、裁判所は、その請求の部分については、なお裁判所に係属する

一部において判決の応答をしない場合に、裁判所にその部分を継続したままにしておくルールを設定している。これは**判決義務がなお残存している**ということであろう。

これを**裁判の脱漏**と言うが、このようなときにそれを埋める残りの判決を追加判決(**脱漏判決**)とか言ったりする。「後始末」をしないといけないと言うことが、裁判所が当事者の申立事項に判決しないといけないことを示す。

②**裁判所は当事者の申し立てていない事項を判決することができない(申立拘束ルール)**

同時に、これは裁判所のできることの上限にもなる。

この基礎にある価値は微妙に異なるが、自力救済が禁止されている裏返しとしての応答義務が前者にはあり、処分権主義、私的自治の尊重が後者にはある。

周辺のルール

以上のルールについてはいくつかの周辺部があった。いずれも一度説明したものだが、判決事項の確定のためには、申立事項の特定がいくつあるところから問題がでてくるのだった。

① 解釈

申立事項の解釈は、問題となる。具体的には訴状において何が当事者の申立事項かは意思解釈になるからである。当事者に審判対象特定権を与えた以上、その望むものを確定せねばならない。

基本的な指針として、原告が救済を求める以上、その**目的を可及的に実現できるように、疑わしきは原告の利益に解釈する**。他方で被告の防禦権が問題となるから、想定外の事態について判決を受ける事態は避けないといけないのだった。最大限敗訴リスクを予測可能な地位を保障することが、防禦権の保護につながるだろう。こうした考慮も軽視できない。

とすると、**被告に不意打ちとならない限度での合理的解釈がなされる**、ということになる。弁論主義の時にも申したが、あくまで当事者の意思解釈なので、職権での補充とは理念上は異なる。実際はまあ微妙だが。

② 時の要素

もう一つ重要なのが、時の要素である。

すなわち、訴え提起の段階で訴状で申立事項を特定するわけだが、それを常に維持する必要はない。訴え提起の段階を過ぎて事情が変化するときこそなえ、**訴えの変更**が認められているのだった。これが認められれば、当初の請求と異なる事項について判決を得ることができるし、求める請求の額も変わる。

その意味で、申立事項＝判決事項ルールは、口頭弁論終結時までに変遷を遂げた申立事項ということになる。

※例外

形成的形成訴訟においては、申立拘束主義をこえた判断が可能とされる。土地の境界画定とか。あくまで私的自治の原則が以上のルールを求めたわけだが、これが働かない場合には、例外も認められる。

246 条の作用

以上のメタルールのもとに、246 条のルールは作用する。そうした作用についてこれから述べるが、このルールを考える際には申立事項としての請求をさらに区別するのが有用である。

① 権利救済の方式…**訴えの種類**の問題

② 訴訟物の問題…**狭義の訴訟物**の問題

①について

第一に、原告の求めた権利救済の形式として、原告はそれを選択すると裁判所はその選択に拘束される。同じ訴訟物について、給付判決を求めることも確認判決を求めることも(請求としては)可能である。

※とはいえ確認の利益は失われることもあるが。

ここで、**選択を無視した判決を出すことは許されない**ことになる。また、訴えの種類と言うには微妙だが、当事者の選択した併合形態も(予備的併合、選択的併合)拘束力を持つ。

予備的併合を当事者が選択した場合、当事者は予備的な請求は主たる請求が認められることを解除条件として判決を求める請求をしているわけである。当事者がこの形態を選んだ場合、今の条件付きで裁判所も判断しないといけない。予備的請求から先に判断することは許されないのである。

これとの関係で一点、**代償請求**の扱いの問題がある。

物の返還を求めて、その返還ができないときに金銭での代償を求めるという形で訴えを起こすと予備的請求っぽくなるのだが、良く考えると「返還しろ」というのと「代償は払え」というのは、それ自体は両立する請求である。その場合、予備的請求と言う形を固持すれば、主たる請求を認めるときに予備的請求を認めないことになってしまうが、このような場合には当事者の合理的な意思を解釈して、双方の請求を認めてもいいのではないかと、言われている。まあ新堂さんとかの考え方。

②について

訴訟物も裁判所を拘束する。判断を求めて主張した訴訟物以外については、裁判所は判断することが許されない。

②-1 狭義の訴訟物について

246 条のルールは、原告の申立てた訴訟物以外の判断を禁じる方向に向かう。この点でいわゆる訴訟物理論が関係してくることになる。タクシー事故で被害者が会社に請求をする場合、不法行為の損害賠償と、運送契約についての債務不履行を求められるが、通説は請求権が競合するという。

これを訴訟上どう受け取るかだが、二つの立場があったのだった。

判例(旧訴訟物理論)…いわゆる実体法説、実体法上の請求権ごとに一つの権利主張を観念するべき。

新訴訟物理論…一回の給付を求める立場を一つの請求権にとらえる。

この説明はもう改めてはしないが、この違いがそろそろわかってくるはずである。

旧訴訟物理論だと、債務不履行か損害賠償かを請求につき特定する必要があり、さらには裁判所が「当事者の言った方ではない」請求権のみ認めるような場合には、支払いを命じることができないことになる。

他方、新訴訟物理論からは同一訴訟物だから、ここでは支払いを命じても 246 条違反とならないのである。**この 246 条と言う条文の適用において、請求権競合の場合に判決に差異が出てくる**こととなる。

※実体法上の請求権の単複異同はなかなか実体法上議論されないので、実体法上の請求権を訴訟手続きを想定した形で考えることが有用となってくる。

新訴訟物理論か旧訴訟物理論か、他にも問題となる事例はある。

例えば、家屋の明け渡しを認める場合、所有権を主張したのに対し占有者が占有権限を対抗してきたとする。この時、賃貸借契約が終了すれば、それに伴う返還請求権が競合してくる。これらは別の訴訟物だろうか？

さらに、一般的に言って賃貸借の終了原因はさまざまである。解除に期間満了、そして解除にしてもいろいろな原因があるわけである。この場合、解除原因ごとに訴訟物は異なるのだろうか？この場合、原告は解除原因 A を主張した時に、解除原因 B を裁判所は認めないこととなるのだろうか。変えたかったら訴えの変更もしないといけないのだろうか。

訴訟物が同一と認められる範囲で、請求を別原因で認容できることとなるのだから、この区別が大問題となる。

※ただし、これは 246 条のルール(**処分権主義**)をクリアする際のことである。民訴には他にもクリアすべきルールがあった。**弁論主義**の第一ルールである。**当事者の主張しない事実を判決の基礎としてはいけない**。ここでは黙示の主張を認めるのも難しいので、主張の擬制を認めるしかないが、果たして弁論主義の壁までも打ち破れるかという議論のあるところである。

判例は、この場合の**終了原因については訴訟物として異なると考えていない**。あくまで賃貸借終了を理由とする返還請求権を基礎づけるものに過ぎないとしている。

同じような問題は、不法行為に基づく損害賠償請求権についても生じる。先ほどはタクシー事故だったが今回は単に殴られたとかで行こう。この場合でも、損害の中身には財産的なものと精神的なものがある。財産的なモノのなかにも逸失利益と積極損害があるわけで、結構種類があるのである。

例えば、精神的損害 200 万円と財産的損害 100 万円の計 300 万円の申立事項を想定するとする。調べてみると判決すべき内容は、精神的損害 250 万、財産的損害 50 万だったとする。財産的損害と精神的損害との訴訟物が別であれば、精神的損害については 200 万しか認めることが出来ず、合計 250 万円しか認められないことになる。他方で、二つは訴訟物として同一だとすれば、(つまり損害の品目としてしか見ない)300 万円の認容が可能となるわけである。

これまた判例は、**訴訟物としては一個であるという立場**をしめしている。

100 選 75 事件(昭和 48 年 : 最高裁)

額は違うが、今の議論と全く同じ問題が生じた。同一事故による同一の損害から出てきた精神的損害と財産的損害なのだから、訴訟物は一と解すべきだとした。

訴訟上の考慮も考えると、それなりの合理性があるような気がする。訴訟と言うプロセスを想定するならば、まあ一つのほうがいいだろうし、実体法的にも慰謝料の代替的な機能と整合的である。

ただ、個別の請求権の判断については必ずしも明確な基準が出ていたわけではなく、そのあたりは微妙。その意味で判例実務は、請求権競合の場合は別だが、そうでない場合は紛争の一回的解決を目指しているようである。

②-2 可分な請求

求める救済の範囲も裁判所を拘束する。「範囲」というのは、たとえば原告が金銭的な支払のような可分な請求をする場合に、そのうちどこまで救済を求める特定するときに現れてくる。

ここで仮に「200万」を求めた場合、250万と言う心証が裁判官のなかに出てきても、認められる額は200万円でおしまいなのである。それ以上を求めるとき、原告は請求の拡張をせねばならない。

この特定が意味を持つのは、これまた懐かしい**一部請求**の場面である。

たとえば、不法行為に基づく損害賠償において、常に全額を一度に訴求するわけではなく一部のみの請求を求めることもできるのであった。これをする利益はそれなりにあるといえる。試験訴訟とかもあるし、訴額も無駄にしたくない。弁護士費用も訴額に応じるから、敗訴リスクはでかいのである。とすると勝訴確実な部分のみ取りに行くのには、それなりに理由がある。

よって、実際には1000万円の請求権があるとしても、600万円の範囲を訴訟物とすることがある。このとき、246条の規律的作用により、600万円を超える部分については判断することができないことになるのである。このときに800万払えとか言うと、許されないのだから請求の拡張待ちと言うことになる。ちなみに**既判力も裁判所の判決部分のみということになる**から、600万円の範囲内となる。

一部請求について

◎一部認容

一部請求について、原告が債権1000万のうち600万円の支払い求めたが、調べてみると債権がそもそも400万しかないと言ったときを考えてみよう。原告は、普通は「ジャスト」600万を求めているとは言い難いので、600万を割っているときも普通はその額でいいから欲しいと思うだろう。認められる損害の範囲で請求を求めると言うのが合理的な解釈である。

とすると、400万円の請求認容をするのが妥当ということとなる。これが**一部認容**と言う判決となる。

※ということで、ジャスト600万でなければもう棄却！という請求も、望めばありうる。頭がおかしいが。

このとき、400万円を超える部分についても判断がなされることになるが、「その余の請求」は棄却されることになる。

金銭請求以外においても、同じような事例は生じる。

売買契約に基づくものの引き渡しの事例を考えてみよう。たとえば引き渡し請求に対して売り主が同時履行抗弁権を主張した場合、請求権が成り立たないのは確かだが、ご存知のように却下はしない。代金の支払いを得ればそれと引き換えに引き渡すことを求めて良いはずだから、**引換給付判決**がでるのだった。ここでは、量的請求ではないが、引き渡し請求権の一部が減縮しているのであり、一部認容判決となるのである。

◎その余の請求

600万のみ請求して400万の請求が認容された先ほどの例を考えると、ここで「その余の請求」とは具体的にはどうなっているのだろうか。ここでは、「債権1000万円」のうち、600万円を超える部分についても債権が存在しないことは言えそうなものだが、これについてもあくまで600万の枠、残り200万の範囲で請求が棄却されるのみであるというのが、246条の効果と言うことになる。

※とはいえ、被告とすれば600万円を超える部分について反訴すればいい。反訴については146条に記載されている通り。反訴を提起すれば、被告による申立事項となる。とはいえ、そうでない限りはどちらも判決を求めている事項として、そこを職権で判断することが許されなくなる。

不存在確認

訴えのなかには、「100万円を超えて債務が存在しないことの確認を求める」訴えなどと言うものも存在する。

この場合、訴訟物となっているのは、原告の意思の素直な解釈としては、「**相手がいくらだと言う債務のうち、100万まではあると認めるが、それ以上はもうないということ**」になる。このような「不存在確認」の訴えについて、その既判力対象を考える必要がある。さて、給付の訴えにおいては、ある債権の存在を基礎づける給付請求権までも当然に特定されて既判力の対象となっている。

ある訴訟が甲債務についての給付の訴えで請求されるときを考えてみよう。

Y→X(甲債務請求権を訴える)

給付請求権と既判力に着目すると、原告の勝利によって甲請求権の存在が確定するが、負けると不存在が確定することとなる。ここにおいて不存在なのは、「甲給付請求権」に基づく債権の存在である。その他の給付請求権についてはなんら判断がなされていないと言える。

他方で、同じく甲債務を「不存在確認」で今後はXの側が争うこととする。

X→Y(甲債務不存在を訴える)

Xが敗訴すると、理屈の上では甲請求権が存在「しないわけではない」ということに留まるのだが、給付訴訟とのバランスを取ると公平の観点からしてその**給付請求権の存在**まで確認させるべきであるということになる。

とすると、ここで、**債務不存在の確認訴訟においても、給付請求権を特定する必要がある(旧訴訟物理論からは)出てくる**こととなるのである。

※なお、100万円部分は敗訴濃厚というとき、それを越える部分に「のみ」既判力が及ぶように、100万円を超えた部分における債務不存在を訴えることは、十分合理的である。冷静に反訴されると思うが。

100万円を超える債務不存在を確認しようとしたときでも、裁判所は、「50万しか債務ないのに…」という心証を抱く可能性もある。このとき、裁判所的には「50万を超える債務は存在しない」と実体法上言いたいわけだが、246条がここにもかかる。すなわち、**50over100未満の所については、いずれの当事者も判決を求めている事項として、判決の対象にはできない**のである。

他方で、250万円も債務があったぜというときは、理屈の上では請求棄却も考えられるが、少なくとも100万円以上でも、一定額以上存在しないことを認めてもらいたいだろうから、「250万円を超えた債務が無い」と言う判決を得ることになる(**一部認容**)。ただし、100万円までの債務については既判力が無いことにはなる。

100選77事件(昭和40年9月17日:最高裁)

95万を超えた債務の不存在を確認しようとした事案で、上のような議論をした。すなわち、不存在確認訴訟であっても、訴訟物の範囲内に債権の現存額が留まる場合には、額を特定する必要があるとした。「95万を超えた債務の不存在を確認してね」と言う訴えに対して、実際には150万とかあった場合でも、95万円以上の部分はやはり訴訟物の範囲となり、棄却するのではなく「150万円以上は債務が存在しない」ことを言う必要があるのだとする。

証明責任の問題

甲債務が存在しないというとき、これは特定する必要があるというだけであって、債務の不存在を証明までする必要は実はない。甲債務があるかどうかについては、証明責任の問題を思い出してほしいが、権利の成立を主張する者に証明責任があるのだった。このとき、被告が権利の成立を主張する場合があります。原告は債務を特定すれば成立したことはいわずともよく、被告が成立を言わざるを得ないのである。

訴え提起のきっかけをどちらが持つか、債務の特定までは不存在の確認と給付訴訟で異なるが、それ以降の証明はとくにかわるところがないのである。

3 終局判決の効力

以上で判決内容が確定した。あとは言い渡せば効力を生ずる(250条)。その際の手続きは253条辺りから書いてあるので、勝手に見てくれと言う感じ。関心あったらね。253条の内容を記載した判決書を作り、251条によって、口頭弁論期日を開いて公開法廷で言い渡すこととなる。言い渡しの詳細はテキストに委ねる。

【参照】民事訴訟法第251条

- 1 判決の言い渡しは口頭弁論終結の日から二カ月以内にしなければならない。ただし、事件が複雑であるときその他特別な事情があるときは、その限りでない
- 2 判決の言渡しは、判決書の原本に基づいてする

【参照】民事訴訟法第253条

- 1 判決書には、次にあげる事項を記載しなければならない

- 一 主文
- 二 事実
- 三 理由
- 四 口頭弁論の終結の日
- 五 当事者および法定代理人
- 六 裁判所

- 2 事実の記載においては、請求を明らかにし、かつ、主文が正当であることを示すのに必要な主張を摘示しなければならない

判決書に記載されることで、正しく当事者にメッセージとして伝わることとなる。記載事項は 253 条で明確にされている。

①主文(1号)…申し立てに対しての応答がなされる。

②事実(2号)…請求を明らかにし、主文が正当であることを示す程度でなければならない。弁論主義に基づいてのみ判決出来ましたよと示すことが大事になる。

③理由(3号)…主文の判断を導くに値する根拠が必要である。具体的には根拠条文や法適用のプロセスなど。極めて重要なのは当然である。**適正手続き**と同時に**理由**によって基礎づけられた判決が近代司法の重要な要素とされる。

④口頭弁論終結の日(4号)…民事訴訟法で裁判所によって確定されるのは、過去の事実ではなく、一定の法律関係の存否である。権利関係はその性質上変化するもので、**基準日**がいるところ、当事者の主張立証が出来る日で最大限判決の言い渡しに近いところとして、口頭弁論終結時が選ばれている。

判決書に基づいて判決は言い渡され、これは当事者に送達される。この判決の言い渡しによって若干自体が変わってくる。言い渡し後に広い意味での法律関係が生じるが、これを**判決の効力**と呼ぶ。

具体的には判決が言い渡されると、判決はそれを撤回できないことになるのである。**不可撤回効**とか行政法では言うけど。その結果、裁判に不服のある当事者は**上訴**することになる。以後、上訴審の手続きは第二部でお話することとなる。ただ、自己拘束力、不可撤回と言う効果には現行法上例外が若干ある。

これは細かいので各自のお勉強に任せるが、一見して明らかな書き間違いとかは 257 条で修正できる。

このような不可撤回効があると、上訴に任せるわけだが、上訴期間は限られる。この期間を超えると上訴を提起できないと言う事態が生じる(判決の確定)。条文で言うと 116 条がこれにあたる。

116 条自体は確定を遮断する場合に当るが、これに当たらない場合は逆に言えば判決が確定する。上訴を提起しても判決の取消が認められないということになる。

(8) 確定判決の効力

終局判決が上訴などのプロセスを経て確定するまでの間の説明は第二部に委ねることとして、ここからは、確定判決がどのような効果を当事者に与えるのかを述べていく。

1 確定判決の効力

判決の確定は、上訴を提起しても当該判決を取消せなくなることである。すなわち、確定した判決は、判決の変更によっては取り消されることはない。訴訟手続きの面からいえば、判決の確定をもって訴訟は終了するということである。

そして、判決の確定が他の訴訟手続きになにか影響を与えるとき、その効力を**確定判決の効力**という。もちろん判決には様々な効果が伴うのであるが、とくに判決の確定を待つて生じる効果を指してこのように呼んでいる。このような「終わり」を観念しないと、せっかく審理した内容が確定せず、法的安定性を損なうために、実効性の確保の観点からいくつかの効力が想定されているのである。

既判力・形成力・執行力

もちろん、確定判決のうちで重要なのは**既判力・形成力・執行力**であるが、他にもある。

①既判力

すべての判決に生じるものである。紛争の蒸し返しを防ぐ、裁判所の判断事項に関して生じる裁判所自身、そして当事者に対しての拘束力を既判力と言う。

②執行力

給付認容判決にのみ生じる。その判決を債務名義として、給付判決で認められた給付内容を強制的に実現する強制執行手続きをとることができる効力を執行力という。執行力に関しては、判決の確定を待たずして**仮執行**をすることが出来る旨を主文につけることができる。給付を命じられた被告債務者が、時間稼ぎに上訴してくるような場合があり、そのような場合には一定の前倒し的なやり口を認めないと訴訟不経済だからである。

ただし、260 条にあるように、あくまで仮の執行なので、上訴審で取消されてしまった場合には現状回復が必要となる。それゆえ、現状回復ができるような内容を仮執行の内容とせねばならない。

③形成力

判決の内容通りに法律関係を形成する効力を形成力という。形成の訴えにおける認容判決によってのみ生じるが、これは定義上そうなるのが当然である。

④法律要件的效果

ある判決の存在が民法上の法律要件になっている場合に判決によって生じる効力を、**法律要件的效果**という。

上訴出来ない場合の手段

①再審

上訴によって取り消すことが出来なくなった場合も、諦めるのはまだ早い。すなわち、338条に規定される再審による取消しが認められる可能性がある。ただし、それが安易に認められると困るので、重大な瑕疵を列挙した338条に列挙された事由がある場合だけが対象となる。ただし、氏名冒用訴訟について述べた通り、再審事由が類推解釈されるケースもある。

②無効

再審の訴えも、「取消す」ための規定なので、実は民事訴訟法上は「判決の無効」ということは想定されていない。だが、**極めて重大な瑕疵がある場合には、判決の無効も認められる**とするのが判例通説の立場である。

この場合は、そもそも判決の効力が生じない。具体的には、日本に裁判権のないものに対する判決や存在しない当事者に対する判決が出された場合にはそれにあたる。

学説にはより広く無効を認める説もあり、ここからは当事者が既判力に拘束されることを正当化できない場合は判決が無効だとされる。おなじみ新堂説である。ただ、教官はこの考えには多少の無理があるとしているが。

2 既判力と訴訟物の関係

既判力が実際に機能すること自体はあまりない。しかし、この概念は訴訟法上のスキームとして理解する必要性があると思われるので、少し時間を取る。

既判力と訴訟物

さて、既判力と言う語に対して、通説は「**確定した判決の内容に、以後の訴訟上裁判所も当事者も拘束される効果**」と言う定義をする。

すなわち、判決が確定してもなお、当事者は新たに別の手続きをとって争いを続けることを禁じられていない。そのために、勝訴当事者にとっても社会的にも好ましくないような紛争の蒸し返しが起きる可能性があるが、それを防止するために、**既判力**が終局判決の効力として認められるのである。当事者にはそれまでに攻撃防御方法の提出権や上訴権が認められていたのであるから、そのような権利の行使の機会があった以上は判決に拘束されても仕方ないと考えられているのである。

ここで、裁判所の判断のうち、議論の簡略化のために本案判決を想定して議論をすれば、ここで本案判決とは**訴訟物**に対する判断なのだから、**既判力は、訴訟物に対する判断がもつ拘束力ということになる**。

※なお、既判力と類似の概念として、刑事訴訟法における**一事不再理効**がある。刑事では同一事件について改めて訴えても訴訟要件を欠き、後訴がそもそも却下される。民事ではこれに対して後訴が「却下」されるわけではないのだが、この差異は、後から訴えを起こした場合の判決対象の同一性が担保されているかどうかによるものである。すなわち刑事訴訟では、それが同じ「事件」という過去の出来事についての判断なので判断対象の同一性が担保されるいっぽう、**民事訴訟における判断対象は多くの場合現在の法律関係なので、常に変化の可能性があるのである**。たとえば前訴がXのYに対しての土地所有権の確認の訴えだとすると、その後不法占拠を続けるYが現れれば、彼に対し給付の訴えをする必要が出てくることになるだろう。

これならば同じくXを勝たせればいいかもしれないが、他方そうではなくYに分がある新事情もありうるわけで、このような場合にまで一事不再理を認めるのはYに酷と言える。

よって民事訴訟では、「前訴における口頭弁論の終結時にXに所有権がある」という前訴の判断と矛盾する訴え、そして判断を禁じる既判力を想定することで、必要十分といえる。この差異が、後訴を却下するのではなく、前訴の判決内容と矛盾抵触する主張は出来ない、という運用がなされることとつながるのである。

議論の進め方

ここからの議論は、①既判力の対象と②既判力の作用とに分けるのが効果的である。すなわち、前訴のいかなる判断に拘束力が生じているかという問題と、後訴でそれがどのように働くかという問題の二つに区分けして論じることとする。ここではそのような前提のもと、まず対象・作用についての概略を述べる。

さて、ある裁判の判決に示された判断すべてに既判力が生じるのではなく、既判力の範囲は 114 条に定められている通り、主文に包含するものに限る。

主文に包含する裁判所の判断は、申立事項のうち訴訟物に関するものであり、訴訟物以外に生じる判断（訴えの種類など）には基本的に既判力が生じない。口頭弁論終結時という時の要素が入るものここでは「**訴訟物 = 判決の対象 = 既判力の対象**」という形になるのである。

たとえば、X が不法行為に基づく損害請求訴訟に敗訴し判決が確定した場合を考える。このとき、確定した以上もはやこれについて同じ手続で同じ請求をすることはできない。

だが、同じ請求を X が改めて提起することは自体は、既判力がなければ否定できないのである。既判力はこのような場合に、改めて紛争を蒸し返してくる場合を阻止することになる。

以上は本案に関する既判力の議論であるが、すでに述べたように訴訟判決についても既判力は生じる。訴訟要件が一つでも欠けた場合却下されるため、既判力の対象は特定の要件の不存在である。逆にいえば他の要件の存否は審査されていないものとなり、既判力はそこに生じていないとしてよい。

このときの既判力の作用は、簡単に言ってしまうと以下の通りである。

①裁判所は、前訴判決の判断に矛盾抵触する判断をすることはできないという積極的效果

②当事者は、前訴判決の判断に矛盾抵触する主張をすることはできないという消極的效果

一言で言えば、「**後訴の遮断**」。まあ言うのは簡単だが、これがまためんどくさいので、議論していくことにする。

3 既判力の作用

後訴の遮断

ざっくりいえば蒸し返しの防止するためにあるのが既判力ということであるが、実際に作用し、後の訴訟を遮断することになるような場面は2つか3つに限られる。

①同一内容の給付が改めて申し立てられた場合

X が債権にもとづく請求権を主張して負けてしまった場合、その訴訟(前訴)における口頭弁論終結時に債権が不存在であった、という判断が拘束力を持つことになり、同じ内容で後訴を提起した場合も、裁判所は一応後訴の口頭弁論終結時における存否を判断するものの、前訴で存在しないものは普通は後訴でも存在しないので、既判力によって負けてしまう。

※前訴の判断が実際には間違っていた、という場合ならば X はそれを示す新たな証拠を出せば勝てそうなものだが、既判力がある以上そもそも主張立証することができない。よって X は再審を仰ぐことになる。

通説判例の処理では、このような場合には前訴と同一の内容の判決をするのではなく、そもそも却下するものとしている。例えば給付の訴えの場合、すでに債務名義を有していることを理由に訴えの利益が欠けるものとして却下される。

②前訴が後訴の先決関係にある場合

前訴で確認された債権に基づき後訴で給付を求める場合、債権の存否は争えない。

③前訴と後訴が矛盾関係にある場合

これは有力説が作用の場面として主張するものである。前訴で X の所有権、後訴で Y の所有権の確認が求められるような場合であり、訴訟物は異なるものの、両者は両立しないので許されない。

訴訟物理論・再び

さて今までの議論を簡単に振り返ると、①既判力が働けば、後訴の遮断がなされる。②既判力対象 = 主文の記載内容 = 訴訟物。というものであった。つまり、**前訴と後訴で訴訟物が同一だと、既判力の効果を受けることになる。**

ようするにここから具体的にいつ作用していつ作用しないのか議論するためには、訴訟物が何か問題となる。

すなわちこれが意味することは簡単である。訴訟物理論さんとの久々の再会である。

もういいと思うが、訴訟物のとらえ方には二種類あるのだった。

【事例】Xが、建物賃借人Yに家屋明け渡しを求めている。

判例の**旧訴訟物理論**は、**実体法上の請求権ごとに別々の訴訟物を構成する**とするから、そもそもこのようなときには、実体法上の請求権を特定して請求をする必要があるとする。

逆に言えば、所有権に基いた明け渡し請求をした前訴でXが負けたとしても、賃貸借契約の終了に基づく明け渡し請求を後訴で行った場合には、「訴訟物が異なるから」認められるし、従ってXが勝訴する可能性があるのである。

対して、実体法上の請求権ごとに再度争うことに疑問を持つ**新訴訟物理論**からは家屋の「明け渡し請求権」そのものが訴訟物であり、それゆえ前訴も後訴も訴訟物は同じと見て、既判力の効果が生じる場面だと理解する。

信義則による処理

確かに上記の理論的な説明からいえば、旧訴訟物理論からは訴訟物が違うんだからどうでもいいだろ！という開き直りができなくもないのだが、上の事例だと、所有権に基づく建物明け渡し請求と賃貸借終了を理由とする建物明け渡し請求において、**実際問題として審議内容は重なっていることがほとんどだろう**。

そうした場合にはなお後訴を許すのがはたして妥当なのかという点は、疑問が生じる。

ここでは、そもそも訴訟物を実体法上の請求権ごとに別とする立場をとること自体に問題があるのではないかと考えたのが新訴訟物理論であるが、旧訴訟物理論でも同じ疑問を共有することになる。

そこで、1つ出てきた解決方法が、**信義則による遮断**である。

100選80事件(昭和51年9月30日：最高裁)

戦争直後の農地買収の事件。ここでは説明に必要な部分だけ切り取って話すことにする。

農地買収処分に基づいてXからYに所有権を移転したのだが、その土地の取り戻しを訴えた事件である。前訴として処分の無効を前提とした、XY間の買戻し契約に基づく所有権移転請求を行ってXは敗訴した。その後になされた、処分無効に基づく所有権移転登記手続き請求の是非が問題となった。

新訴訟物理論をとれば、いずれも所有権移転登記を求めているので求める給付内容も同一、さらに農地買収処分の無効を原因としているということで訴訟物は同じということになりそうである。

そこからは訴えを認めないのはたやすいが、実務は旧訴訟物理論に立つからそうもいかない。前訴は契約に基づく移転登記請求であるが、後訴は(怪しいが)所有権に基づく移転登記請求で、訴訟物が異なると言えるのである。

このような状況において、判例はこの後訴を「実質的には、前訴のむし返しというべきもの」だとして、訴訟物が異なるとしつつも、**信義則**に照らして許されないものと解するのが相当だとしたのである。

判決中には直接の言及はないが、**訴権の濫用**を持ち出して訴えを却下している。

この判決を気に、実務では判例法理として新たなルールが出来上がっていくことになった。

判決は、「実質的な蒸し返し」ということから、既判力を用いずに新訴訟物理論と同じ結論を導いたといえる。

なお、判例は却下を導いたが、新訴訟物理論からは単純に既判力の問題となるから、制約は裁判所が前訴判断に拘束されると言うことにとどまるため、却下ではなく棄却判決が出ることになるだろう。

蒸し返しというもの

「訴訟物が、既判力の対象となる」という公式は、先ほどから説明している通り、それなりの理由があるものであった。そしてここでは、単に前訴の訴訟物についての判断に既判力が生じるということのみならず、前訴の訴訟物についての判断「以外」については既判力が生じないということまでも想定されていたのである。

当事者が、訴訟に際して紛争を法的に再構成し頑張って持ち込んできた範囲が訴訟物であるとする旧訴訟物理論からは、その訴訟物について既判力を生じさせれば必要かつ十分だからである。

このような理解を前提とすると、そもそも**訴訟物が違えば既判力が生じないという考えの趣旨には、「それが同一紛争ではない」という含意があったと言える**のである。

もう述べたことではあるが、判例は「実質的には**蒸し返し**だから」といってそれを説明するが、このような視点からは、そもそも蒸し返しかどうか決めるのが訴訟物であるし、その訴訟物について、「旧理論」を使うのならば、それは端的に「蒸し返しではない」というだけではないのであろうか。また、いかなる場合に実質的な蒸し返しとなるのかということについても、判例はその点を必ずしも明らかにしてはいない。

やはりここには、実務が新訴訟物理論の問題提起(紛争単位で問題を解決した方がいいじゃないか!)をなんとか受け止めようとしつつも、旧理論を崩すまいとしたところから生じた無理があるともいえる。

手続保障

一つ言っておくべきは、新訴訟物理論の奥底には、いわゆる「**不意打ち防止**」、既判力の正当性を担保する**手続保障**の概念があるということである。

結局、当事者は訴訟物について争っているわけだが、良く考えると**前訴判決の遮断効がどこまでなのか事前に明確になっているからこそ、「当事者が議論を尽くした」という地位が保障できる**のである。

同じ議論は、既判力の範囲を超えて、つまり訴訟物の範囲を超えて遮断効を認めることは、手続保障からは問題がありえないかという疑問も同時に生じさせる。この疑問があるからこそ、新訴訟物理論は不用意に信義則というものを使わず、そもそもの既判力の範囲自体を変更することで、事前の予告機能を維持しつつ遮断効の範囲を拡大しようとするとも言えるのである。

※このとき、新訴訟物理論によって訴訟物が請求権単位でなく、「紛争」単位になってしまうのだから、結局当事者の「**尽くすべき議論**」は途方もないものとなって予告もへったくれもなくなるんじゃないですかね(小声)。まあ、実際問題としては判例がいったん出れば、それ以降は判例を前提に当事者は争うから、予告機能は事実上そこまで問題とはならない。

実質的な蒸し返しとは

だとすると、どの範囲で実質的な蒸し返しと判断するのかのほうが重要となるのだが、大変残念なことにこの点に関する議論はまだまだ進んでいない。その判断基準を新訴訟物理論の枠組みを採用することで解決してしまうのがもっとも有効と思われるが、それも1つの見方でしかない。他の解決としては、たとえばこの文脈では**併合強制**すべきだと言う人もいる。前訴で併合提起しなければ失権するとかそういうことにすべきだということは一定の説得力があるし、判例もそのようなことを実質的には要請していると読むこともできなくはない。

※信義則

信義則というルールは非常に有効なものであるが、訴訟物理論の所で前述したとおり、この局面において信義則を使うことが妥当かというのは疑問である。

①なぜ信義則に反するのか

訴訟物が違うのだから、後訴に留保するのは原告の権利である。それがなぜ信義則に反するのだろうか。

②信義則には、A 微調整として形式的な適用が結果としてすぐわないときに、それをなんとかする、B 実体法上存在しないルールを新たに作る(例えば、契約締結上の過失)、という利用のされ方がある。

やはり、どういうときに失権するか、ということが予告され、そうした不利益をどうすれば回避することができるかを当事者が認識したうえで、行動が可能となるべきである。この観点からすると、信義則などの一般条項に安易に頼ることは必ずしも適切ではないし、特にBのような場合は出来る限りは避けるべきである。予告が重要となる部分では、可能な限りルール化を図るのが法理論のあるべき姿だろう。

一部請求の議論

100選81①事件(昭和37年8月10日:最高裁)

一個の債権の数量的な一部について明示で訴訟が提起されたら、訴訟物もその一部のみとして、判決事項もその一部に限られる。既判力は残部の請求には及ばないことになるとする。

これが既に確認した一般ルールなのだが、これについては二つほど異なる規律が想定されている。

①残部請求

XがYに対して、有する債権1000万のうち300万円を求める訴えを提起したとき、債権自体は1000万だとしても、訴訟で判決が求められるのは300万の限度である。裁判所はそこまで判断すればよい。この場合、Xが敗訴したとする。賢いXは、前訴の300万を超える部分について、700万について同一の返還請求権に基づく訴訟を起こすことができることに、そのままではなる。

既判力は前訴では300万以外には及ばないからである。一部敗訴のリスクを回避するために、このようなことをする原告が想定される。裁判所はそのような原告の主張に照らして判断をするものの、1000万全部の債権の

うちいくら債権が発生し、消滅したか判断して 300 万円すらないと言う判断をしているのである。それにもかかわらず、既判力が生じていないと言うことを理由に改めて訴訟を提起する余地を認めていいのかという問題が生じる。

100 選 81②事件(平成 10 年 6 月 12 日 : 最高裁)

原告の申立の主旨に従って判断するためには、結局はおのずから債務の全部について判断することとなる。したがって、**一部棄却関係は、債務の全部について判断された結果なされるのであって、後の残部がないという判断を包含している**。よって、前訴の蒸し返しとして被告に二重の応訴を課すことになるから、残部についての訴えは信義則によって遮断されるということにされた。

この判断も、同じように理屈の上では、信義則をもってくるとなぜいつもの訴訟物のルールを超えて遮断されるのか、という問いを生むこととなる。補充的に、Y の**合理的期待**、ということも言われているが、既判力のないところについての応訴は、むしろ合理的に言って予測できるから受忍するべきともいえる。さらにいえば合理的期待があるのであれば反訴を起さねばよかつたといえるのにそれをしなかった以上、やはり既判力の発生が望まれていなかったと解す余地もあるだろう。

とまあ批判はあり、信義則を使わない他の解決の仕方も言われる。たとえばここでも請求の拡張の強制ルールを想定することができそうである。新堂先生は、一部請求については前訴の判断に限られるべきではないという議論をするが、このような人たちは、確かに 1000 万のうち 300 万のみを請求すると敗訴リスクを回避できると言う訴訟上保護される利益をもつが、裁判所がどう判断するかが予測できないからこのようになるわけで、その予測可能性は訴訟が進めばどんどん明らかになるわけである。控訴審の口頭弁論終結時には、X もかなりの情報を持っていると言える。その時点で全額を求めたければ請求の拡張をするという方法によって、この訴訟で(当初の)残額について請求できる地位にあるのだから、請求の拡張なく残部を請求するというのは許されないという。

まあこの場合の信義則は、判例も特段の事情のない限りと言う言い方をしている(特段の事情と言うのもなんだかかわからないが)しこれにもあまり意味がなさそうだから、**基本的には新たなルールを作ってしまう所まで行っていると見てしまうこともでき**、そこまでいえば明確なルールが立つから、目くじらをたてるほどではないのではという感じがする。

②一部請求だと「明示」していない場合

※このルールは現在においてはなくなっているのではないかという見方もある(教官の立場)。

一部請求であることを「明示」していない場合は、文言からすると 100 選 81 事件の範疇ではないように見える。この点について判例があるが、その通り、一部請求とは扱われなかった。

100 選アベンディクス 27 事件(昭和 32 年 6 月 7 日 : 最高裁)

外観は全部請求であった。(X「(1000 万のうち)300 万くれ」裁判所「(全体で)300 万ね」と言う場合)

この事例において、X が勝訴したとする。X としては同一債権についてさらに判決を求めることがありうる。

一部請求だったら、81 事件ルールだと許されそうところ、後訴が許されなかった。

ここで後訴が許されなかった理由は、全体が訴訟物だから、だという。これをどう読むかは難しいが、**この場合には一部請求だと明示されていなかった以上、訴訟物は全体に及んでいたとされる**のだろう。そうだとすると、後訴は同じ訴訟物についてのものとなり、既判力で遮断されることとなる。

当時は信義則のルールが余り想定されず、訴訟物 = 判決対象 = 既判力の公式が維持されていた時代であった。だから、この公式にしたがって既判力を判断してしまったのも無理はない。ただ、訴訟物でありながら判決対象とならない部分があるように見えるから(つまり、訴訟物は全体なのに、裁判所が「300 万やれ」と判決を出した場合、全体たる訴訟物の全てが判決対象になっていないのではないか)、整合的に解すならその部分(残り 700 万)については**黙示の棄却**がされているなどとはならないこととなる。

よって、このような操作をせずとも、現在では端的に信義則ルールにより後訴を遮断する余地がある。その意味で、現在もあるルールなのかは微妙。

※このケースでは「黙示の一部請求」があったと言うより、なんか本人は言おうとした感があつてミスリーディングなので、「**故意に隠された一部請求**」とか「**明示されない一部請求**」があったというべきかも。

このように一部請求についても信義則補正がかかっている。ここには、紛争の一回的解決への期待があり、訴訟コスト低廉化の意思がある。それ自体は、司法資源の限界性が指摘される現在、とても合理性である。

4 既判力の標準時

多くのテキストに書かれている内容なのだが、若干文句もあるらしい。

すなわち、訴訟物は判決対象であり、訴訟物について判断した裁判所の判決に既判力が生じるわけだが、ポイントは権利または法律関係である訴訟物は刻々と変動することである。

だから、一定の時点を経験時として想定する必要があるためである。これが**既判力の標準時**の議論で、結論としては**事実審の口頭弁論終結時**である。

最高裁で争われた場合にも、事実審たる控訴審の口頭弁論終結時が基準となる。

新事由の主張

【事例】 XがYに対して、消費貸借に基づく1000万の返還請求権を主張した。

このとき、「X勝訴」とは前訴の口頭弁論終了時に、1000万の返還請求権がある、ということの意味する。

が、後訴との間にYが全額弁済することもありうる。仮にそれがあれば、現時点、控訴審時点では請求権がなくなっているため、Xが敗訴する。

このとき既判力はどうか。確定したのは前訴の口頭弁論終結時に貸金返還請求権を持っている、ということであるが、**既判力は、それ以後の事実関係の主張を遮断しない。**

既判力はあくまで、前訴の口頭弁論終結時までの判断であり、その時点での訴訟資料に基づいて判断する以上、それ以降を予測することは出来ないし考慮もしていない。よって、後の事情は主張できるのである。

逆に言えば、そのような事実を主張することはそれ以前の訴訟では不可能であるのだから、これを遮断する合理的理由もない。

ただ、上のような事例がそのまま出てくることはありえない。もう一回訴えを提起しても、Xは訴えの利益がないとして却下されるからである。実際に問題となるのは、YがXに対して**請求異議**の訴えをしたときである。Xが債務名義を以て、Yの財産に執行をかける可能性があり、それを避けるためにYは弁済をするわけだが、ここで執行機関は執行に専念し、実体法上の請求権を判断しないのだった。

【参照】 民事執行法第39条1項1号

強制執行は、次に掲げる文書の提出があつたときは、停止しなければならない

一 債務名義（執行証書を除く。）若しくは仮執行の宣言を取り消す旨又は強制執行を許さない旨を記載した執行力のある裁判の正本

【参照】 民事執行法40条

前条第一項第一号から第六号までに掲げる文書が提出されたときは、執行裁判所又は執行官は、既にした執行処分をも取り消さなければならない

このように、債務名義を取消す文書または強制執行を許さないことを記載した文書を提出すれば執行をストップできる。そして、そのためには**請求異議**の訴えを提起する必要がある。そこで、請求権の不存在を主張することができるのである。

請求異議の訴えの訴訟物については議論があるが、少なくとも請求権の不存在を確定しなくてはならない。だが、そこで既判力が問題となるのである。前訴の蒸し返しは許されないから、そこで矛盾抵触しないような、**基準時以降の事実を主張することができる**、ということに調整されるのである。

※他方、弁済が基準時以前にあった場合を考えたい。口頭弁論終結時に弁済があったのだから、それはつまり判決に(主張のミスか、裁判所のミスか)現れていないということである。

この場合、既判力からはそれを主張することが許されないということになる。紛争の解決、蒸し返し禁止のためには、以前の弁済があったと言う事実が仮に本当であっても、それは許されないと言うラディカルなことになる。この意味で実体と違う判決にも、既判力は変わらず強力に働く。

形成権の行使と基準時

少し問題となるのは、契約の取消や、相殺の抗弁などの**形成権**の行使があった場合である。すなわち、形成権の行使自体は口頭弁論終結以後であったとしても、形成権の原因が、口頭弁論終結以前である場合が考えられるのである。

※一応だが、ともに基準時後なら大丈夫だし、ともに前なら無理であるのは言うまでもない。

形成権はその性質上、行使が自由であり、形成権の形成効果は行使時に発生するのが原則である。この前提からいうと、形成権の行使が口頭弁論終結時以後ならば、その取消権などを主張することもできそうである。それで話は済みそうだが、**原因自体はすでにあったわけで、前訴で取消は主張できた**のである。執行の時点でわざわざストップをかけてきた奴を保護する必要性には、疑問もある。

※無効については、取消権の行使に当るものはないから、無効事由があった瞬間無効なわけで、それを前訴で主張しない場合は前訴を争うこととなり、その主張は許されないことになる。これとの対比からは取消だって後から主張していいのかとも思えるが、それが形成権だろ！と言われるとぐぬぬとなる。

判例では、一応形成権の性質による区分けがなされているようだが、それでも**建物買取請求権**と**相殺権**以外は、ほとんど遮断効が認められる。

100選 78 事件(昭和 55 年 10 月 23 日 : 最高裁)

前訴で詐欺取消についていうことはできたのだから、既判力に抵触して許されないとした。

詐欺取消権は、後者になる。

100選 79 事件(平成 7 年 12 月 15 日 : 最高裁)

借地上の建物を有する土地の賃借人が、賃貸人から提起された建物収去土地明け渡し請求訴訟の事実審口頭弁論終結時までに行使しなかった建物買取請求権を、その後に行使して請求異議の訴えにおいて主張した。この権利は行使することにより売買の効果が生じる形成権だが、前訴の口頭弁論終結以前に要件は満たしており、前訴で主張しなかったものの主張が許されるかが問題となった。だが、許されるものとされた。

建物買取請求権は前者になる。この区別は、請求権の**発生原因に内在**する瑕疵かどうかを問題としているようである。つまり、買取請求権は、前訴たる建物収去土地明け渡し請求とは、その趣旨を別とする制度であるから、それを使うのはまあ割と自由であるとされたのである。

最判昭和 40 年 4 月 2 日民集 19 巻 3 号 539 頁

相殺権は、自己の債権の消滅と言う不利益をとまなうから、その点を重視するとする。

形成権の区別

学説もこの点、形成権の性質を論じていくとしたことは変わらない。が、その区別はかなりさまざまである。ここではスタート地点としての二極を紹介する。

①形成権は自由な行使を前提とするとの理解

形成権は、確かに前訴で主張することが出来たのはその通りである。しかし、前訴で主張「しなければならない」理由はないのではないか、という考えである。普通は当事者の自由のはずであり、ここを出発点とすべきだという理解が有力で、取消権も扱いは本来的には同じになる。

判例はこのような立場はとっていないのだろうか、という感じになる。

②ある程度の制限はアリ

実体法上はいつ行使しても自由だが、実体法上も催告で促すことが可能なわけで、訴えが提起され、形成権を行使するかどうかで請求が変わってくるにもかかわらずその形成権を行使せず、後になってからそれを主張するところまで認められるとはいえないという。だがここからは、建物買取請求権も前訴で主張すべきと言う余地がでてくる。議論のポイントは、今のべたような点についての考えの違いに他ならないが、結局どちらにせよ、「**前訴で主張させるに足る理由があるか**」が話されることには違いない。

この観点から異論なく認められるのが、**相殺権**である。**自らが持つ反対債権を失う**という対価は大きい。訴求債権に反対債権をぶつけて相殺をかけるわけであるが、相殺は必ずしも合理的とは限らない。利息や弁済期が違う場合、相殺しないほうが得だ、という場合もあるのである。では相殺をどのような場合にするのだが、無資力になった場合である。資力があつたから相殺しなかったけど、その後無資力になって相殺したいと思うことは、ありうる。ここで規範的に相殺を要求するのは、実体的には合理的な選択ではないのである。このような実体的地位を奪う訴訟法ルールを想定することは不適切である。

他方、**取消権**については、それが発生してもただちにそれが使用されることを想定してはいないが、貸金返還請求権の成立が争いになっているにもかかわらずそれを留保する機会を与える合理的な理由はなさそうだし、前訴における主張をさせても問題はないだろう。

このように、前訴で主張させるに値するかどうか、というのが判断されていくのは疑いのないところである。

当事者の主観的要素と基準時

前訴の口頭弁論終結時の法律関係について既判力が生じ、それ以前に発生していた事実を言うことはゆるされないことになる。重要なのは、ここで口頭弁論終結以前の事実について、**知不知**といった当事者の主観的要素は問題とならないということである。

それに対して近時有力な見解は、前訴の口頭弁論終結時以前のことについての主張が遮断されるのは、**そこで主張できたからであり、だとすれば、(当事者として期待される調査を尽くしても)およそその主張をする期待可能性が無い場合、遮断されない可能性がないか**、ということを言う。

たとえば、後遺症に係る議論が引き合いに出される。

前訴で不法行為に関する損害賠償を求めたが、基準時以降に、前訴では予測されなかった拡大結果が起きた場合に、後訴でその結果について主張することができるか、が問題となる。

これは実体法上の議論も揺れているためブレ幅があるが、基本的に損害時に全ての損害が発生すると言うのが、通説的な理解である。したがって、当該事故による主張が前訴でなされているのであって、後訴で何か損害をつけたすというのは既判力に抵触するかのような気もするが、だとするとあまりに酷である。ということで、主張が認められると言うのが一般的な理解であるが、問題は、この理論をどう基礎づけるかである。

判例は、**一部請求**と言う形でそれを基礎づけ、ここでは当事者の主観的事情とは別にのところで説明した。

100選82事件(昭和42年7月18日：最高裁)

ここでは「残部」として予測できなかった損害は、後訴に留保されているものとした。

前訴と後訴の訴訟物を異ならせることで、特別扱いをしないようにしたわけである。ただ、学説においてはこの点議論が分かれている。それなりに合理性があるが、先ほどの議論からすると、一部請求の場合でも、非明示のものは信義則上主張できないのではないかという点が指摘される。

※明示というのは、残部の留保を明示するということである。

本件では後遺症が発見されていないのだから、非明示にあたるるとすると複雑な議論がでてくるが、この判決ではまあスルーされたのだった。

他には一部請求を執る見解に加えて、**時的限界**をいうものもある。

前訴で主張された請求権と後訴で争われた請求権の訴訟物自体は同じとするが、前訴での主張が合理的に期待できない場合には主張が遮断されないというのである。

この議論との関係で興味深いのは、100選追加28事件である。議論のポイントは、**既判力の縮減**である。

100選アペンディクス28事件(平成9年3月14日：最高裁)

本件では、所有権の確認の訴えを提起した。このXは判旨にもあるように、土地をCから買い受けたという。対してYはCから買い受けたのはAであると主張する。判決は買受人をAと認め、請求は棄却となった。

自己の所有権を基礎づけられなかったということである。ただ、Aの所有と言うことで、Aのものだから棄却されたわけだが、XはAの相続人でもあったので、そういうことなら相続持分の確認を求めた。ところが共有持分という意味での相続は、前訴で主張し得た事由であった。そして、相続は基準時前。

これを用いて後訴で共有持分を言うことが、果たして許されるかが問題となる。

前訴の訴訟物と後訴の訴訟物の関係がここでは問題となる。後訴でいう共有持分は、所有権と異なるものではないから、これも所有権自体の主張である。そして実際、これを前訴で主張していれば、一部認容判決をXは得られたものと思われる。すると訴訟物は同一であり、理論的には所有権を否定された以上、同じく所有権についての主張は繰り返せないこととなりそうである。判旨もそのような結論を出した。

が、少数意見では、前訴においては相続による取得はおよそ争われていなかったと指摘される。すると、**相続による取得について、前訴で規範的には主張すべきだったといえないのではないか**、というのである。

ある種の理解は先程言ったような形で、前訴で主張することが合理的に期待できなかった場合には、後訴で主張することが可能として良いのではないか、といい、これを**既判力の縮減**という。

ただ、この事例で言えば、共有持分については本来容易に主張できるものであるから、これを縮減とか言っちゃうのはちょっとと言う感じ。むしろしばしばいわれるのは、消費貸借による請求における第三者弁済である。Yからすれば第三者弁済があったことを知りえない場合があるとすれば、そこで既判力の縮減を認めてもいいのでは？ということが言える。ただまあ、単に気が付かなかっただけでは不十分で、相当程度の注意義務は要求されることになるだろうが。

100 選 85 事件(昭和 49 年 4 月 26 日 : 最高裁)

A に対し債権を有していた X は、A の相続人の Y に対して支払いを求めた。

何もしなければ Y は A の債務も相続する、というのが相続の原則である。よって Y は債務者として X に弁済をしなければならないはずである。Y は自分の財産を責任財産として弁済しなければならない。

ただ、A がとてつもない借金を負っている場合などには、相続の放棄以外にも、**限定承認**という制度が現行法上許されている。すなわち Y が**限定承認をすると、債務は負うがその責任財産は A のものに限られる**。つまりは相続財産の範囲で弁済すればよく、自分の財産で弁済しなくてよいのである。

Y はこの事例では限定承認をしており、前訴の主文でも「相続財産の限度で」Y は X に甲円の債務を有するという判決が下った。

ところで、民法 921 条には**単純承認事由**が列挙されており、こうした行為をした場合、限定承認をすることが出来ない。普通に相続したことにされるのである。この事件では、判決後に Y に単純承認事由として、**財産の隠匿**があるということが発見されたため、X は改めて、「相続財産の限度ではなく払え」という訴えを提起した。

判決は、これは既判力によって許されないとした。

もちろん、ここでの問題は、前訴における「**相続財産の限度で**」との判決の効果である。

これについて、よく似たものに同時履行の抗弁権における引換給付判決がある。これについては既判力が生じると考えられているから、同じように考えればこの場合も既判力は生じていることになるといえよう。

※引き換え給付判決は一部認容かつ一部棄却判決であるから、改めて留保なしの判決を求めようとしても既判力による遮断効を受ける。

しかし、判例は多少なり違うものと認識しているようである。

というのも引換給付判決の場合、債務の履行態様を限定することで履行請求権自体を限定しているわけだが、今回の場合の限定は債務に対してのものでなく、その責任財産の問題(相続財産に限る)であるし、ここで責任財産自体は前訴では本来的に訴訟物となっていない。しかし、一応判決は出したので、判例は限定承認の効果が主文に記載されることなどを理由に、若干複雑な議論をして「既判力に準じた効力」というのを認めたのである。

※前訴の訴訟物は直接には**給付請求権**であり、債権や相続財産の範囲自体は訴訟物とはなっていないのだが、判例はその部分についても「既判力に準ずる効力」を認めているということである。

新堂さんなどはこれに批判的。そもそも**財産の隠匿は通常の方法では普通発見できない**のであるから、そうであれば主張の期待可能性がない。これにより、既判力の縮減論の対象となりうるわけである。

5 既判力の対象・客観的範囲

[A]判決理由中の判断・相殺と既判力

114 条 1 項

【参照】民事訴訟法第 114 条 1 項

確定判決は、主文に包含するものに限り、既判力を有する

主文に包含するものに限る以上、**理由中の判断には既判力は生じない**。

ドイツ法においては、判決要素と呼ばれていた理由中の判断にも拘束力を認めると言う見解がサビニーさんとかによって主張されていたが、それを否定するため性格の悪いやつが主文にしか既判力ねーよという全否定条文を置いていた。日本もそれをパクったので、同じような条文がおいてある。

これだけだと立法者が嫌な奴だと言うことしかわからないので、事例により 114 条 1 項の趣旨を考えてみる。

①所有権に基づく土地の**明渡請求**

原告 X が勝訴した場合、所有権に基づく「土地明渡請求権」の存在について既判力が生じる。これが、主文に包含するものということがもたらす帰結である。

すなわち後から X が Y に所有権の確認訴訟を起こした場合にも、前訴で確定されたのはあくまで所有権に基づく「物権的請求権」の存否のみであり、これについてのみ既判力も生じている。すなわち、**請求権を訴訟物としたとき、それを基礎づける実体法上の法律関係については判断されない**のである。これらの判断について既判力が生じるという見解もありうるのだが、それを否定したのが 114 条 1 項という条文になる。すなわち、訴訟物についての判断についてのみ既判力が生じる。

②所有権に基づく土地の引渡請求

買主 X が売主 Y から土地を買ったから渡せという訴えを提起したと想定すると、この場合も所有権に基づく土地の「引渡請求権」の存否が問題となり、既判力対象となる。

その過程で例えば売買契約の有効により X に所有権が認められたとかそういうことも言えそうだが、既判力が生じているのは、所有権に基づく「土地の引渡請求権」だけであるから、後訴として所有権に基づく移転登記請求権を主張したところで、訴訟物が異なる = 既判力もない。結果として、後訴ではゼロベースで所有権が X にあるかということから争うことになるのである。したがって、前訴判断が誤っていれば X が負ける可能性がある。訴訟物が異なれば既判力が作用しないから、判決理由中の判断が後訴において意味を持つとしても、それは既判力として作用することはない。

基礎となる権利の扱いについて

旧訴訟物理論に立つと、「所有権に基づく」土地の引渡請求権を言う場合には、所有権についても既判力が生じると考えることもできそうである。結局所有権が確認されるから物権的請求権が認められるのであるし、所有権についても確定したと考える余地はありそうである。

だが、そうは考えないのが民事訴訟法の約束事なのである。**前訴の訴訟物はあくまで「物権的請求権」であり、所有権ではない。**引渡請求権が複数の実体法上の根拠をもとに生じるから、その引渡請求権を特定するために所有権に基づくよと言っているだけなのである。他と識別することに意味があるのであって、所有権自体は審判対象ではない。

補足：114条の言葉づかい

主文の判断ではなく、「主文に包含するもの」に既判力を認めていることには、意味がある。

たとえば敗訴した場合、判決にはたぶん「請求を棄却」とかそんなことしか書かれていない。しかし、ここでは請求を棄却するという事自体に既判力があるのではなく、**訟物についてその法律関係は存在しないということの判断に既判力が存在している**のであるし、そう解すべきである。

この意味では、請求を特定する限りにおいて判決理由も意義を持つだろう。これは訴訟判決においては「訴えを却下する」という主文が出された時も同じ議論ができることである。

理由中の判断

なぜ、サビニーに嫌がらせをするかのように理由中の判断に既判力を認めないのであろうか。

見解はいろいろありうるが、ドイツの立法者の見解は、当事者がいわば**手段**として処理した事項をあたかも独立した判断対象かのように扱うということは訴訟のレベルを超えるというものである。

端的にこれは論理の問題ではない。あくまで立法者の政策決定の問題である。おそらくここには、当事者の意思はあくまで訴訟物たる法律関係について争うことであり、訴訟物について既判力を生じさせれば必要にして十分である、という考えがあるのだろう。手段としての性格を持つにすぎないものについてまで、独立した判断対象であったかのように扱い既判力と結びつけることは、当事者の期待からしても、そして裁判所の果たすべき役割からしても過剰なことである、というわけである。

これにつき、近時のテキストにおいては、以下のような理由付けもなされる。

①手続保障

判決に拘束力を認めるためには、当事者の手続保障という観点からの正当化が必要であるというのが近時の議論である。だとすると既判力を生じさせる判断は、当該判断についていわば最終的決着がつくことが事前に当事者に予期されるべき事項でなくてはならない。

結論部分は手続保障が通常尽くされているから問題ないが、理由部分はそうもいかない。そこに既判力を与えようとする、おそらく**後訴で既判力を生じさせる場合に改めて当該争点について手続保障がされているかということ**を再度チェックすることになるが、既判力の目指す法的安定性の確保という観点からはそれは不適切である。

②審理の機動性

裁判所にとっては、理由中の判断に既判力を生じさせようとする、実際上の審理のプロセスとしてかなりめんどくさいことになる。

普通は当事者は**仮定的な抗弁**を立ててくるから、例えば「契約は成立していない」「していたとしても無効」「有効だとしても時効」とか、そんな事を言うてくるわけである。

ここで、判決理由中にも既判力を生じさせるとする場合、おそらくは実体法の順序に従い、一個一個の論点について完全な決着をつけなければならなくなってしまうのである。一つ一つの理由について裁判所は判断を示す必要がありそうだし、逆にしなくてもよいという立場をとったとしても、ではどれについて判断したか、していないかについて争いが生じる可能性がある。

114条1項のように理由中の判断に既判力は生じないということを前提にすれば、裁判所はあくまで請求を認容することができるか棄却することができるかだけ判断すればいいので、これらの事由のうち一つでも認められれば請求を棄却することができる。

というわけで、裁判所としてはそれぞれの抗弁の**実体的な論理順序に拘束されることなく、最終目標である請求認容棄却・訴訟物についての判断に最も早期に到達できる形で判断することができる**。「よくわからんけど、結局時効になるよね」と言う解決も、実際問題紛争を終わらせる効果はあるのである。

中間確認の訴え

もちろん、アホではないので理由中の判断にだって既判力を生じさせる方法を現行法は用意している。

端的に**判断を求めたい部分を訴訟物にすればよい**のである。さっきの例だったら、Xは所有権確認の訴えを前訴のなかで提起すればいいだけである。

実際問題、これからもめんどくさいことになりそうだなと思ったら、訴訟中にその前提関係を確定しておきたいと思う場合もあるから、認める必要がある。ただし、ここで、所有権の確認について、前訴と同一資料に基づく判断がされる必要があるだろう。でないと所有権はあるのに請求権がないぜとか意味不明なことになる。

ということで具体的には常に**請求の併合**がなされる必要があるし、**併合審理**が常に保証される必要がある。

※本来は、請求の併合は認められても常に併合が保証されるわけではなかった。だが、この場合には分離することを認める訳にはいかないので特殊な併合形態。

こうした特殊な形態に基づく訴えを条文では**中間確認の訴え**と呼んでいる。広い意味では**訴えの変更**の一種であるが、併合強制・分離禁止というような特別な規律を受けるのでこう呼ばれる。もちろん、被告が提起することもあり得る。

【参照】民事訴訟法第145条1項

裁判が訴訟の進行中に争いとなっている法律関係の成立又は不成立に係るときは、当事者は、請求を拡張して、その法律関係の確認の判決を求めることができる。ただし、その確認の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。）に属するときは、この限りでない

判決理由中で判断されることになる法律関係の存否について、既判力ある判断を求めることを欲する当事者は、中間確認の訴えを提起することができる。この場合、所有権は手段的性格を失い**訴訟物**として審判対象になる。

114条2項

【参照】民事訴訟法第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判決理由中の判断に既判力は生じない。請求を判断するために必要な前提となる事実の存否についての判断には既判力が生じないのだから、その結果として**抗弁**についての判断にも既判力は生じない。しかし、114条2項の**相殺の抗弁**が、その例外となる。

相殺の抗弁がなされれば、相殺に供した債権と被告の債権の存否について裁判所が判断することになる。この判断は抗弁についての判断なので理由のうちでなされるが、その判断について既判力が生じるのである。すなわち、**被告の債権の不存在という判断については、相殺をもって対抗した額の限度で既判力が生じる**。

【事例】Xが売買代金請求をYに対して行っている。対して、YはXに対し請負代金債権を有している。

実体法上は、YがXに対して反対債権(請負代金債権)を持っていればそれを使って相殺をすることができる。相殺は抗弁であり、相殺が認められると効力が実体法上発生する。すると相殺適状の時期に遡って訴求債権は消滅するので、口頭弁論終結時には訴求債権は不存在だったという事になる。したがって、訴求債権を求める給付の訴えに対してXは敗訴判決を受け、請求は棄却されるだろう。

相殺をすると、反対債権も相殺適状の時期に遡って消滅するので、被告の反対債権も口頭弁論終結時には不存在ということになるが、この不存在に既判力が生じるのが、議論のポイントである。

たとえば、後訴でYがXに請負代金債権の履行を求める訴えを提起したとする。この場合、前訴の訴訟物は売買代金債権の存否であるので、前訴の判決の既判力が生じる可能性は本来はなかった。しかし**この判決が請求棄却になったのは、相殺が成立したからである**。相殺した以上、この請負代金債権は少なくともその額の範囲で消滅しているはずである。それなのに、請負代金債権の全額を請求させるのは適切ではない。少なくとも相殺をもって**対抗した額の限度**では消滅しており、この限度で既判力が生じるとすべきであろう。これが条文の趣旨である。また、相殺の抗弁が通らず請求認容された場合においても、改めて請負代金債権の履行を求めて訴えが起きたとき、いちいち判断してやるべきだろうか。こちらは異論もあるが、通説は相殺しようとした額については「存在しない」という判断に既判力が生じさせるべきだとする。

やはり**反対債権の存在を主張させると、感情的には訴求債権の存在も主張できるのではないかという方向に向かっ**てしまう。そんな方向に行くと、紛争が蒸し返されて前訴が無意味になるので、これを許してはならないのである。ただ、存在と不存在によって若干だが利益状況が違ふから、相殺によって消滅した場合のみ既判力を生じさせるという学説の立場もある。とはいえ判例通説は両方の場合に既判力を生じさせる。

※条文の読みは若干めんどくさい。既判力の対象が「相殺のために主張した請求の成立又は不成立」となっているわけだが、これは当初の立法者が相殺を**反訴**であるかのように扱っていたせいであらう。現時点では異論なく相殺は請求でなく**抗弁**なので、そのまま条文を読むことは出来ないのである。迷惑。ここでは「請求」の字を抗弁と読み替えて理解しよう。結果として、**理由中の判断**である反対債権の不存在という判断に既判力が生じると読める。

114条2項の要件

二つ要件がある。

①対当額の限度

相殺に利用した額についてのみ既判力が生じる。この場合、例えば800万円の反対債権のうち、500万を相殺にあてた場合は、当然だが残りの300万円の履行は求められるはずである。

ただ、「相殺をもって対抗した額」にのみ既判力がある、と言うと、800万円全部を一回ぶつけて、差し引いた残り300万円は勘弁してやる！というような言い方である。そんないい方をしなくても、現時点では一部請求に対する**一部相殺**を認めてしかるべきであるから、そもそも債権全部を常に相殺に供する必要はない。最初から対抗額500万円ぴったりが相殺に供されたと理解してもよさそうである。そして残る300万円は残部請求と同じように請求すればよい。

このように一部相殺と考えれば話はもっとシンプルだが、条文上は「相殺によって対抗した額」となっている。

②相殺の抗弁について判断がなされた

相殺の抗弁について判断がなされた場合に限り既判力が生じる。既判力というのはあくまで裁判所が判断した事項であって、ここでも反対債権の不存在について判断したからこそ既判力が生じるのである。そもそも訴求債権が不存在の場合などには反対債権についても判断しないから、この場合には既判力を生じさせる余地がない。

相殺の抗弁と通常の抗弁の違い

相殺の抗弁に既判力を認めているということから、相殺の抗弁には他の抗弁にない特別な規律が生じる。

①予備的相殺の抗弁としての機能

仮定抗弁を当事者がだしても、普通は審理の順序としてまでは判所を拘束するものではなく、どの抗弁から審理をしても構わない。論理的には実際上の帰結と関わりが無いからである。

※A、B、Cの順序で抗弁を出したとする。どれだろうと認められた瞬間被告の勝ちだし、対して被告が負けるときは全部抗弁が通らないときだから、結局全て審理されている。だったら好きなのから審理してよい。

しかしながら、相殺の抗弁ではこの議論が通らない。

相殺の抗弁については既判力が生じてしまうのだから、**訴求債権の存在を確かめてから相殺の抗弁について判断する、ということにしておかないと既判力が無意味になってしまう**。これを通常**予備的相殺の抗弁**と呼び、他の抗弁にはない性質である。

したがって、**他の抗弁が成り立たない場合の最終兵器として、相殺の抗弁を裁判所は斟酌する。**

※つまり、「有効な相殺」が認められたうえで請求が棄却された場合、以上の議論からは、棄却がなされた以上は当然ながら「XのYに対しての請求債権はもうありません」という判断、そして同時に「YがXに対して有する反対債権もなくなりました」という判断が成立し両者に既判力が生じる。この結果、Yが改めてXに消滅したはずの債権の実現を求めても、既判力によって遮断されることになる。

これが相殺の抗弁に与えられた効果である以上、たとえ請求債権についてろくに判断せずに、「先に相殺を判断しても」、既判力のルールとしてはその時点で相殺による自働債権・受働債権の消滅に既判力が生じてしまうことになる。しかし、別原因でそもそも相殺を持ち出すまでもなく請求債権が存在しなかった場合にまで相殺の既判力が生じると言うのは、おかしい。

よって、相殺の抗弁はYの他の主張が成り立たない場合にはじめて適用されるべき抗弁であるといえる。

142条との関連①

【参照】民事訴訟法第142条

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
重複する訴えは禁止されており、ある請求がすでに裁判所へ係属している場合に、後訴は不適法だとされる。被告に対しての二重の応訴の負担を課することが適切ではないことや、裁判所による矛盾判断が生じる可能性、それともなうジャッジセレクトは認めがたい、という理由があるからである。このルール自体は折に触れて説明しているのだが、問題は、これと**相殺の抗弁**とのかかわりが、割とめんどくさいということである。前提だが、相殺の抗弁はあくまで抗弁であるから、重複する「訴え」の問題とは本来ずれる。しかしながら、既判力はあるし、そもそも条文も「抗弁」ではない扱いの所を無理矢理抗弁と見ているのが相殺の抗弁であったから、そういう意味ではまったくお門違いでもなさそうである。

【事例】XはYに対して甲債権を有している。対して、YはXに対して乙債権を有している。

たとえば、XがYに対して甲債権による給付請求を行ったとする。ここで、Yが乙債権を相殺の抗弁に供してから、それとは別に乙債権に基づく請求を提起した場合、①相殺の抗弁に対する判断、②請求に対する判断という二つの判断がなされることになる。すると甲債権について二つの判断が生じると同じことになってしまう。訴えではないから、142条の効果は働かないのであろうか。

100選38①事件(平成3年12月17日:最高裁)

請求が分離されたりちょっとめんどくさいが、本当にめんどくさくなってきたので要点だけ言うと、XがYに対して商品代金とかの支払いを求めたのに対して、Yは別の訴訟で認容されて控訴審において争われている債権を自働債権として、相殺を主張したと言う事案。まさに二重の判断がなされてしまいかねない事態である。

最高裁は、ここで**民事訴訟法142条を類推して、相殺の抗弁を認めない**ことにした。すなわち重複起訴が禁止されるのは、「審理の重複による無駄を避けるためと複数の判決において互いに矛盾した既判力ある判断がされるのを防止するため」である。ここで、相殺の抗弁が提出された自働債権の存在もしくは不存在の判断については、相殺を持って対抗した額について既判力を発生するし、やはりこの相殺についても矛盾するような判決が生じると法的安定性が害される。この意味で、相殺の抗弁は「抗弁」であり「訴え」ではないものの、142条の趣旨を適用させるべきだと言うのである。

ただ、学説はこれには反対している。

ここで判決によって正当化事由としていわれるのは、①訴訟経済、②既判力の矛盾抵触であるが、②については、そもそも先に判決が出た方に既判力が生じるので実はあまり問題とならない(同時なら別だが)。そして①については、このような処理をするのではなく、そもそも併合審理(もちろん分離も禁止する)することにすればいいのではないかともいえる。訴えを提起することを認めたとしてもまあ今言ったように策はあるし、それを排してまで相殺の抗弁を認めない意味はあるのか、というわけである。

実際問題、Yとしては相殺の抗弁が認められない場合、その訴訟における関係ではおそらく訴訟外の主張をもって請求異議事由とするほかないが、そのような負担を課するのは適当ではないように思える。

142条との関連②

実際問題では相殺したければどうするべきか。まあ、訴えの取り下げが必要になるだろう。

しかしながら、訴えの取り下げには、相手方の同意が必要であるから、はいそうですかとはいかない。

【参照】民事訴訟法第 261 条

1 訴えは、判決が確定するまで、その全部又は一部を取り下げることができる。

2 訴えの取り下げは、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にあっては、相手方の同意を得なければ、その効力を生じない。ただし、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、この限りではない

実際、そこまで相殺の抗弁言いたいのですか？と言われるとぐぬぬとなりそうなものだが、実は言いたい理由があることは指摘しておく。

すなわち、相殺には**担保的機能**があるから、相殺の抗弁が通る時には、単に普通に訴求をする場合と異なる規律が妥当するのである。この規律は、債権回収において真価を発揮する。

相殺すれば、相殺した債権者は他の債権者に先んじて債権を回収することができるのである。これをもって相殺の担保的機能というわけだが、「相手方…もしかして…無資力？」という危険を感じ取った場合、債務名義を普通にゲットしようとするよりも、相殺したいという気持ちになるのである。

こういう場合に相殺の抗弁を使えないと、やはり Y の実体的地位の保護は不十分になってしまうとは議論される。しかも、今の議論は実体法的な地位に関する議論である。それを「訴訟法的な論理」を通すために認めないという判例の立場は、果たして妥当なのかは疑問もある。結局、**142 条の趣旨とやらを、実体的規律とどこまで折り合いをつけて認めていくか**が問題と言える。

なお、実務においてこのような議論を採用するに消極的なのは、相殺の抗弁をそこまで認めてしまう場合に濫用される危険性を重く見るからである。

100 選アベンデュクス 12 事件(平成 18 年 4 月 14 日 : 最高裁)

X が Y にマンション工事を頼んだら、引き渡された建物に瑕疵があったので、瑕疵修補に代わる損害賠償請求訴訟を提起した。対して Y は、第一審の口頭弁論期日に抗弁として、請負代金請求権を自働債権として損害賠償債権と相殺する意思表示をした。しかしながら、請負代金請求については、Y は抗弁とするより前に反訴として提起しており、これとの関係が問題となった。

結局、ここでは本案における相殺の抗弁がダブっている(つまり、142 条にかかるのではないかという)相手が、まさに相殺したいと言っている本案に対する**反訴**なのである。

そして、反訴であるならば、分離の認められない予備的反訴と解釈してやる限りにおいて、本案と併合審理されるのだから、さっきから問題だった①訴訟経済、②既判力の矛盾抵触のどちらの問題も起こりえない。そのような理由から、最高裁は予備的反訴と解釈を加えたうえで、相殺の抗弁を認めた。

[B]争点効・既判力に準じる効力

争点効

新堂さんの生み出した超有名概念として、争点効がある。114 条の例外と言われているルールなので、確認しておくことにしよう。

すなわち、判例通説の立場とは反するものの、**前訴において主要な争点として争われた点についての裁判所の判断は、訴訟物が異なる場合でも裁判所を拘束する**という力を争点効とよび、これを認めるべきだと言うのである。

100 選 84 事件(昭和 44 年 6 月 24 日 : 最高裁)

Y が X に対して、買った建物と敷地を明渡すこと、そして債務不履行の損害賠償を求める訴え(第一訴訟)を起こした。ここで売主 X は、売買契約の錯誤無効を抗弁として主張した。登記自体はすでに買い主 Y に移っていたので、X はここで Y に対して第二訴訟として契約を錯誤無効を基礎に、登記抹消請求訴訟を提起した。

実質的な争いは、どちらも売買契約が有効か無効かである。だが訴訟法的にみると、前訴で Y が求めた物は**占有移転**(と損害賠償)であり、後訴で X が求めた物は、**登記の移転**である。訴訟物は、(旧訴訟物理論からは)異なる。

第一審では、同じ裁判官が審理したので、第一訴訟・第二訴訟ともに錯誤が認められず X は負けてしまった。そこで X はさらに詐欺取消も抗弁として加え、どちらも控訴したのだが、このとき両訴訟が別の部に回された。

①第一訴訟はそのまま控訴棄却され、上告も棄却された。**X の負け**。

②第二訴訟は詐欺取消を認め、第一審判決を取消して抹消登記請求を認容した。**X の勝ち**。

Y「どうしたことなの…」そりゃあ訴訟物は違うのだが、さすがにそれはないだろうと、上告したわけである。

裁判所はこれに対して、「既判力およびこれに類似する効力（いわゆる争点効…）を有するものではない」と、争点効をバツサリ切り捨てたのだった。

たしかに、訴訟物は全く異なるのだから、処理自体は訴訟法問題ない。しかし、実質的な紛争解決のためには、どう考えてもどちらかに占有と登記をそろえておくほうが落ち着きのいいことは確かである。このようなばらけた結論を認めていいのかは、問題とは言える。

※こうした事態を避けるために用意されているのが、**中間確認の訴え**であることはもう述べている。この場合どちらかが所有権について中間確認の訴えを提起していればよかった。ただこの場合は中間確認の訴えを提起しなかったのだからこれについてはどうしようもない。

信義則祭りの前夜

判例では、このように争点効は否定されている。

しかしながら、この判例は昭和44年のものであり、そもそも争点効についての議論が未熟だったころの判断である。争点効の概念自体が新堂先生によって完成するのは昭和49年のことであり、すぐ後の昭和50年には100選80事件で確認したような**信義則による調整**が行われていることには注意する必要がある。

※セルでいうと昭和44年には第一形態だったものが、昭和49年には完全体になっていたということ。

それゆえ、現時点でこの判例にはどれほどの価値があるのかは明確ではない。そもそも信義則ルールがこのような場合には後訴に拘束力を与えることになる時、争点効の議論が必要か、ということにもなってくる。

しかしながら、信義則は「一般条項」であるがゆえに、明確性に欠く部分があることも、講義では既に指摘していたはずである。そのような「明確」さを求め、一定の具体的なルールを作ろうとするとき、調整を信義則に丸投げすることなく具体的な事案にそって考えると言う点では、争点効という概念も示唆に富むところがあるのではないだろうか。

6 当事者主観的範囲

以上で114条の定める既判力の客観的範囲の議論が終わる。

繰り返すが、訴訟物について裁判所は判断する。被告人に対しての権利主張が成り立つかどうかを判断し、それが判決対象となり既判力が生じるのである。これを基礎として手続き構造も成り立っており、このような既判力対象を客観的範囲といったが、ここからは115条の規律ごと、**主観的範囲**につき述べていく。

客観はあくまでオブジェクトとして「対象」であったが、ここからは「人」についてみていくことになる。

言い渡された判決は社会に対してのメッセージを送ることになるが、効力が生じるのは、原則として当事者に限られる。115条1項は、確定判決の効果が及ぶものとして当事者を挙げている。既判力と言う言葉が使われてはいないが、まあ既判力がメインテーマである。

【参照】民事訴訟法第115条1項

- 1 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
 - 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時の承継人
 - 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
- 2 前項の規定は、仮執行の宣言について準用する

相対性の原則

判決の効力は、当事者にしか及ばないのが基本である、というルールを**相対性の原則**と言う。やはり判決を求めた原告が被告として特定したものと間に既判力が生じれば、当事者の期待からしても、国家が果たすべき役割としても、提供すべきサービスの内容としても、必要十分であろうというのが、その根底にある思想である。

さらに、民事訴訟法は、弁論主義をはじめとして当事者の広い意味での選択を最大限保証している。したがって当事者が誰かによって提出すべき攻撃防御方法もかわってくる。**当事者権が保証されることなく判決の結果を引き受けさせるのはおかしい**、という考慮もここにはある。

すなわち訴訟に関与する機会無く、権利を害されることはあってはならないというわけである。

もつとも、これは原則でしかないので、第三者にも既判力が及ぶことがある。言葉を正確にすると、主観的範囲の拡張として、第三者にも効力が及ぶことがあるのである。いずれにせよ、ここでは**当事者の権利救済**に必要不可欠である範囲が主観的な範囲として想定されている。以下、基本から順番に、効力が及ぶ主観的範囲を見ていく。

当事者

訴え又は訴えられることで、**判決の名宛人**となったものである。138条の訴状の送達にはじまり、呼び出しに予より出席が確保された口頭弁論において攻撃防御方法を提出していくなかで当事者権の保障がなされる以上、既判力が正当化される。

ここで、**当事者権が保証されていない当事者には既判力が及ぼされてよいのだろうか**。これにつき手当てするのが**再審**の制度である。338条にあるように、確定した終局判決という既判力を持つものにつき、不服申し立てが出来るものとされているわけである。裁判所は再審が認められれば新たな判決をする。そこで、再審事由の338条3号を類推適用するのが判例理論である。

【参照】民事訴訟法第338条3号

三 法定代理権、訴訟代理権又は代理人が訴訟行為をするのに必要な授權を欠いたこと

100選116事件(平成4年9月10日：最高裁)

訴状が被告に送達されたが、被告宅に送達されたものの、受け取ったのが7才の子供であったために両親が訴訟係属を知ることがなかったと言う事案。

有効に訴状の送達がされず、訴訟に参加することができなかつたままに裁判がなされた場合に、**代理権欠缺**(338条3号)と同様にあつかつてよいとして再審事由を肯定した。

すでに、判決の無効については述べているが、このような場合にも判決があたかも無効であると扱えると言うのが新堂説である。このような場合には、**およそ判決に会する機会がなかったのだから、取消すまでもなく無効として新たに訴えを提起できる**という理解にこの説からはなる。まあ少数派だが。

この理解は、115条1項の当事者の定義にかかわる。誰に判決効を及ぼすか、という観点から、訴訟係属中の当事者におよそ訴訟に関与する機会がなかった場合に、115条における当事者ではないと限定解釈する、ということに実質的にはなるだろう。

★氏名某用訴訟

当事者の確定においてもこの問題は扱った。

100選5事件(昭和10年10月28日：大審院)

原告が被告に対しての訴えを提起するとき、被告に手続きにかかわる機会を与えないため、訴状に被告名を欠きつつも、被告のニセモノを立て、そいつと茶番裁判をしまえばよいと考えるものがある。

その結果、被告を名宛人とする判決が出たとする。この場合、先の理解だと、ホンモノに効力が及ぶが、再審事由となるとかそういうことになりそうである。新堂説からは、そもそも判決が無効となりそうである。

これは大審院時代、昭和10年の判例なのだが、判旨では他人の氏名を冒用して訴訟し、冒用したものに判決が出たら、①冒用者が訴訟追行をし冒用者に判決が言い渡されたのであればニセモノが既判力を負うが、訴訟代理人が出て、②あくまで被冒用者の行為として訴訟が追行されて被冒用者に判決まで言い渡されてしまった場合には、ホンモノにも既判力が及ぶとし、それゆえに再審請求が認められるものとした。

この見解は、**判決の名宛人に、ニセモノもなる**ということをその帰結の一部としている。この判決まではいわゆる「**行動説**」として訴訟追行者が誰かを重視していて、その点は判決の①を見るに踏襲されているようなのだが、ここでは訴状の記載に従う「**表示説**」を結論としては採用しており、判決効がホンモノにも及んでいるのが問題となる。

ところで、「ニセモノ」に判決効を及ぼすとするとき、債権があるのは、原告とホンモノの間であるから、ニセモノとの間に債務名義を得ても意味がない。実はここで、ニセモノに判決効を及ぼすことは事実上意味がないのである。ここでは、単に、「ホンモノは当事者ではない」ということが言いたいから、以上のような操作をするのである。この意味で、判決の前段部分は、行動説に立っているようにも見えるわけである。

しかしそうだとすると、**判決の名宛人がニセモノだホンモノだとかいう理論をせずとも、表示説で訴状の記載の解釈により当事者を一応なり確定した方が、議論ははっきりする**と思われる。

だって手続き保障をニセモノに与えるより、ホンモノに与えるほうがいい。当事者の意思からしてもにつき相手はホンモノである。

ホンモノに判決効をあたえたくなければ、表示説に基づいた当事者概念を採用した上で、およそ**手続き保障**が及んでいないものを115条1号との関係では当事者ではないといえれば済むだろうと思われる。

概念の相対性をいかし、ここでは115条当事者に対して少しひねった見方をしていくわけである。このような見方からして、①いろいろニセモノがやってたらニセモノが判決効を受ける、②ホンモノが訴状の送達を受けていた点や、訴訟代理人が訴訟追行をしているような手続き保障上の点に基づいて、今回は判決効の対象たる当事者性を認めたという判例の結論は、わりと評価できることになる。

ようするに、名宛人に当事者の確定の時期からめっちゃこだわってた結果、表示説やら行動説やらいろいろでたわけだが、そんなに目くじら立てなくても判決効の段階でもっかい考えればよくね？と二段階の絞りを提供したわけである。

※このように、訴訟追行時の当事者と、訴訟結果を115条の既判力と言う形で「回顧」する当事者を相対的に分類していく考え方の根底をたどると、**規範分類説**と言う新堂さんの考え方にたどりつくだろう。彼は、上述の区別の下で、およそ手続き保障がない場合には判決効なしで当然に無効だといえる一方で、判決の一応の外見があるのだから、再審の訴えの適格も認められるという主張をした。ただ通説的には、やっぱり**再審**請求で処理すべきで、安易に当然無効とか言うのはちょっと…という感じらしいが。しかしこのような考えが、上の見解など、当事者の確定の段階での実質についてあまりこだわらず、その判決効の時点での実質的評価を目指す枠組みへの礎となったのは確かである。

2号

※議論はあったものの通説的な結論だけ言えば、既判力の対象は当事者に既判力が及ぶ場合と同じである。115条は「何に」について既判力が及ぶかという規定ではない。それは114条におまかせである。

この結果、債権譲渡などがあって当事者が交替しても、その債務の履行請求訴訟などに対する訴訟物が変わらないのである。たとえば、YのXに対する債権がZに譲渡されたとする。前訴でXがYに対して債務の存在を争って負けたからと言って、譲り受けたZを見て「相手かわってるじゃん」とまた訴えることはできない。2号には、「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」という記載があるが、端的にこれは**訴訟担当者**と被担当者を想定している。権利義務の帰属主体に代わり誰かが訴訟追行した時、その結論を本人も承認することとなる。株主代表訴訟で会社に代わり株主が裁判をしたその結果は、会社も承認する必要がある。**ここでは訴訟物は会社取締役に対しての債権の有無であるが、会社Zが改めて「株主の訴訟追行が悪かった」とかいても、既判力が及ぶ**(会社に対して同じ訴訟物概念を妥当させてよいのは、上の※以下で述べた理由による)。

なお、Zはここで判決の関与することなく既判力をうけることになりかねない。したがってZの権利保護をつきつめれば、Zに既判力を及ぼさせないと言うのも理論としてはありではある。が、訴訟担当は会社がなかなか動かないから会社の代わりに株主が出張る、とかそういうもので、被告からしてみれば、相手がごたごた言っているからと言って何回も訴訟してやる必要があるとは思えない。

そのあたりのバランスが調整された結果現行法はこのようになっている、ということである。もちろんこのことは、権利義務の帰属主体を全く考えなくていいということではない。

株主代表訴訟は会社法849に言うように、会社に**共同訴訟参加**の機会を保障しているから、前訴段階からの参加を保障している。債権者代位訴訟でも同様に共同訴訟参加についてルール化すべきでは？という問題意識から債権法改正では可能になるかも、的な感じ。

もちろん、ここでは訴訟担当の要件を満たして初めて2号にあたる者とされる。

たとえばXは途中で株主ではなくなった、とかいうときには判決効が及ばないだろう。

100選88事件(昭和45年5月28日：大阪地裁)

事案は省略されたが、結論だけ補足しておく、債権者代位権における代位訴訟のケースで、代位債権者の得た判決の効力が、代位された債務者にも及ぶとの立場が取られた。訴訟参加の機会が完全ではないが保障されていることや事後的な損害賠償制度の存在などが考慮され、債権者の敗北にともなう債務者のリスクよりも優先された形になる。

3号…口頭弁論終結後の承継人

当事者の**口頭弁論終結後の承継人**にも既判力が及ぶ。後訴は前訴の当事者の承継人と相手方とで争われるが、ここに前訴判決が影響するというのが主旨である。

例えば、Yが不法占拠しているのに、Xが所有権確認の訴えをしたとする。Xが勝って、引っ越せと言おうとしたらZが出てきた。理屈の上ではZとの間で明け渡しを求めざるを得なさそうであるが、これはたえきれない。※執行力の拡張により、実際はそうはならないが。

ここでは、Zはそもそも争えないようにしておくのが適切と言える。このように当事者が得た地位実現のために、一定の承継者に対して判決効の拡張がなされている。

なお、承継には①**一般承継**(包括承継)として当事者に帰属する権利義務が一切移転するものと、②**特定承継**として前訴であらそわれた係争物が承継されるものがあるが、いずれにせよ既判力が承継される。

より重要なのは、承継人のうち口頭弁論終結「後」であるということである。

同じことは、口頭弁論終結前にも行われる可能性がある。が、この条文の反対解釈から、「前」に現れた奴には既判力が拡張されないとすることになる。この場合の手当てが問題となる。

①包括承継：例として訴訟中に死亡した場合

当然承継として当事者が交替する。実体法上の地位とともに手続き上の地位も交代する。この意味で既判力は問題とならないが、従前の訴訟追行に関わっていなかった後の当事者のために、124条が用意される。

【参照】民事訴訟法 124条1項1号

次の各号に掲げる事由があるときは、訴訟手続きは、中断する。この場合においては、それぞれ当該各号に定める者は、訴訟手続きを受け継がなくてはならない

一 当事者の死亡 相続人、相続財産管理人その他法令により訴訟を続行すべき者

当事者の死亡が中断事由となっている。中断している間には訴訟行為は出来ない。手続進行は止まる。準備が出来た段階で、受係の裁判を以て手続きが続行される。

これらは、相続人が当事者となっていることを前提に、その手続きを円滑にするために一時停止を認める規律である。それゆえに、相続人の準備を想定する必要がない場合、すなわち**訴訟代理人がいる場合、相続人の訴訟代理人でもあるとされ、中断は生じない**(124条2項)。

これらの基礎には、死亡によって直ちに当事者の交替が起きるという理論がある。

②特定承継

これに対して特定承継の場合、承継の事実は直ちには訴訟に反映されない。

よって、追加的変更手続きをとって当事者を変更する必要があり、そのための手当てが用意される。

【参照】民法 49条

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、第四十七条第一項の規定により訴訟参加をしたときは、その参加は、訴訟の継続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

ようするに、口頭弁論終結後の承継人は、新たに当事者と出来ないから拡張によって対処しているのであって、新たな追加と言う方法がとれるうちには、それを使ってねと言うことになっているのである。現行法は第三者にやさしい。

が、重大な欠点がある。**訴訟係属中に被告が変わったら追加的変更が必要なのであるが、普通、被告がかわりましたよおおお！とか言ってくれるわけがない**。こっそりと家を明け渡し、ものをあげるということはありうるから、モニタリングも難しい大変な作業である。

※ここで使えるのが、仮保全である。第二部参照。訴訟提起に際してはまず、訴えの提起と同時に占有停止の仮処分をしておくことができる。仮処分の裁判がでてそれが執行される場合、改めて債務名義を譲受人から得る必要のない処分となっている。

既判力の拡張の限界

繰り返したが、現行法は、当事者とすることが出来ないものに対しても、相手方当事者の得た地位の実効性の確保という観点から、限定的にはあるものの既判力を拡張している。

ここからは、実際どこまでならば口頭弁論終結後に現れたものに既判力が拡張されるのか確認しよう。

もちろん、既判力の対象は前訴の訴訟物である。

たとえば、XがAから買い受けた土地が、実は虚偽表示がなされていてYのものであり、しかもAY間ではYのものだという判決が先に出てしまったというようなときが問題となる。この既判力は、Xにも及ぶのだろうか。

100選87事件(昭和48年6月21日：最高裁)

前訴の時点ではAが所有名義を持っていたとある不動産について、Aの登記はAY間の通謀虚偽表示によるものであったとYは主張し、Aを被告として所有権移転登記を求めた結果、Yは勝訴した(これが前訴)。しかしその後、Aを執行債務者とする競売でXがこの土地を買い受けたために、これは自分のものだとYに移転登記請求を提起した(こっちが後訴)。

すなわち、口頭弁論終結後の承継人として、Xは既判力を負い、Yに対抗できないのかどうか問題となった。ここで判旨は、虚偽表示無効は善意の第三者に対抗できないという実体法上の関係を理由に、Xはそもそも承継人ではないとしたのだ。

問題はこのメカニズムである。判旨は、「承継人ではない」と言う言い方をしたが、説明方法はこれに限られない。ここで以下に述べる形式説と実質説は同じ結論に対しての説明の違いでしかないように思えるが、以下の区分はあくまで「承継人」かどうかの判断を異にすることになるから、一応整理しておこう。

①実質説

判例のようにそもそも承継人ではないとする立場を**実質説**と言う。このとき、悪意だったら対抗できていないから承継人とされていたわけだが、ここでは実質的な抗弁事由の存否が、承継人か否かに影響することになる。ただ、このときの既判力対象は何なのだろうか問題となる。それが前訴の訴訟物(YのAに対する移転登記請求権)であるようにも思えるが、その判断を先決問題とする被承継人の相手方と承継人との権利義務関係(この事件では、YのXに対する移転登記請求権)にも思える。

②形式説

承継人であるとしても(悪意の場合にはなるだろう)、前訴の口頭弁論終結時における既判力が生じるのだから、**94条2項第三者だといえれば、それでなお実体法上の抗弁によって勝訴できる**ではないかと言うのである。まあ説明の方法次第だが、こちらのほうがエレガントともいえる。前訴での判断の外にあるものとして、この虚偽表示はあくまで**承継人固有の抗弁**であるから使えると言う点を利用したわけである。

形式説は、実質説をこう批判する。すなわち、既判力がないとすれば、前訴の内容を再び争えることになりかねない。そして、上記判例のような場合、善意悪意と連動して承継するか否か、すなわち既判力の範囲が変わることになり不当だと言う。さらに、前訴が「請求棄却」の場合には、善意のXがその既判力による恩恵を受けることになるのは自明だから、請求認容の場合と整合しないという。

ただ、このような二分論自体が、いまは否定されることもある。

すなわち、そもそも、**後訴における被告の所有権取得は、前訴判決とは無関係ではないだろうか**。もちろん、前訴で争われた事案において判決を得た「YからAへの所有権移転登記義務の存在」を争おうとすれば、それには待ったがかかるべきかもしれない。しかし、言い換えれば、それを争わない限り、そもそも既判力を拡張すべきところかどうか怪しい。

「明渡義務」などについても、XがAから承継したのはあくまで占有だけであって、明け渡し義務は承継しないのではないか、という指摘がある。原告の所有と被告の占有によって明け渡し義務が生じるわけだが、ここでは新たにXとYの間で請求権が生じているだけで、実体法上も明け渡し義務は承継されていないともいえるのである。このとき、既判力を拡張する必要がないのではないか。

まあこのように、実体法上の理解をつきつめて既判力の拡張の基準を画一的に判断しようとしても、結局は理解不能!ということになる。なので、ある意味この100選87事件は、**目的論的な解釈**をして解決を目指したと言える。原告の地位を確保することで、その実効性を守るために必要十分な範囲において占有の移転を「承継」という(実体法から微妙にずれたものとして)理解することとなったのである。

※ここからは、必要でもないのにむやみやたらに判決効を拡張しようとする形式説のやりかたのほうが、ちょっと既判力の必要十分性からしては問題があることになる。

この点で、象徴的な言葉づかいがある。**100選109事件**(引き受け承継の事例)を見てほしいが、訴訟係属中の承継の範囲の議論において、承継されるのは争われている権利義務と言うより、**紛争の主体たる地位**と言えるかと解説は言う。それが何を意味するか、やはり目的論的解釈と言うほかないだろう。

115条の規定は制限列举か限定列举か

115条は、相対性の原則を前提としつつも、当事者と同視できる場合、権利保護の実効性の確保に不可欠な場合には判決効を拡張している。同様に、他にも拡張すべき場合はあるのではなかろうか。

114条についても信義則による拘束を肯定する学説判例があるのだから、同様に115条のカatalogueにない当事者についても、何か既判力を及ぼすことができるのではないだろうか。

これに関係するのが以下の事件である。

100選89事件(昭和53年9月14日：最高裁)

XY間で訴訟進行したが、Yは仮想会社Zを作り、Yは抜け殻となった。実体法条一定の要件を満たせば、新たな会社Zに対しても債務の履行を請求することができそうである。その訴訟法上の問題を考える。Yのみを捕まえて債務履行を求めているわけだが、Yは口頭弁論の終結直前にZに営業譲渡をすることで、Yに対する執行を空振りさせようとしたのである。

実体法上はもちろん、YはZの分の責任を負う。問題は既判力である、かりに及ぶとすると、ZはXと争えなくなるが、既判力が及ばないとすると、Zは改めてゼロベースから争えることとなる。

一定の場合には、判決効を及ぼしてはいいのではないか、というのがここでの問題意識である。そもそもXは、こうした策動を知っていれば、最初からZとも相手取っていたはずである。それどころかZを相手取らないと実効的な解決には至らないはずである。

この場合も、権利保護の観点からは判決効を及ぼしてしかるべきではないかということになる。手続き保障の観点からしても、形式上はYとZと別だろうが、実質的には両者同じなのだから、それもなされていないとはいえないのではないか、といえる。

最高裁は、このような場合でも、**手続きの安定性**を理由にして既判力の拡張を認めなかった。この判旨、直接には執行力の及ぶかどうかの問題とされていたものだから、手続き安定性を重視するにもまあ理解はできる。

しかし、現在の**信義則**祭りの既判力レベルの議論にあてはめると、ここで遮断効が働かないのかということには疑義がないではない。

※既判力があるだけの場合には、YでなくZへの債務名義を得るためにはZに対しての給付判決を得る必要がある。しかし、その際に前訴の内容がある以上、それが加味されるということになる。対して執行力がある場合、債務名義の流用を認める。執行機関との関係ではそこで債務名義YとあるのにZとのものになるので、承継執行文と言う制度があるらしい。二部でやって。

まあ限定解釈にも合理性があるが、やはり信義則と言うものが持ち込まれている現状、115条においてもそれが使われることがありうるかもしれない。しかし、そのためには、それが必要不可欠なのか、手続き保障がなされているか、慎重なスクリーニングが必要と言える。

対世効

条文としては人事訴訟法24条など。これによると、人事訴訟の確定判決は、第三者に対してもその効果を持つ。これが**対世効**である。世の中の一般に対しての効力であるから対世効。類似の制度は会社法にもある。

会社の組織に関する請求を認容する判決は、対世効を持つ。

いずれも、**争われている法律関係が(親子・決議の有効性)が広く第三者の利益に関係し、画一的な判断が想定されている**点に注意しよう。株主Aとの関係では有効だが、Bとの関係では無効とかそういうのはおかしい。

そのような特殊性により、対世効が認められているのである。ただしこの効果を導くためには、手続き保障が重要になってくるから、いくつかの規律が用意されている。

会社法なら公告など、通知制度を含めた参加機会の保障が図られている。これについては細かいテクニックがいろいろあるが、授業でやるには暗記チックなのでテキスト参照で。まあみればわかるが、当事者適格と参加の議論が展開されているはず。

7 判決の反射的効力

100選で言うと、90事件や91事件がこれに関係している。

反射的効力が何かについてはほぼ終焉しつつあるが様々な議論があり、分かりにくい状況が展開されていた。しかし、現時点でもっともまともつぼい議論を中心にみていくことにする。

従来の議論

確定判決に拘束されることの反射的な効果として、**当事者と実体法条特定の関係にある第三者が、確定判決の効果をも有利にも不利にも受ける**ことがある。具体的にはこんな感じ。

【事例】XがYに対して前訴を提起した。Xが債権者で、Yは主債務者。ここでYが勝った。Xはしかたなく、保証債務の履行を保証人に求めていくことにしたのだった。

この場合であっても、保証人Zは115条1項のどの類型にもあたらないので、彼に対してはとくに既判力は生じていないといえる。そこで、XがZに改めて訴えを提起すれば、論理的にはゼロベースで判断が行われるから、主債務の存在をもう一度訴えることができる。すなわち、勝つ可能性がある。Zからしてみれば「主債務者が勝っているのにどうということなの」という感じなので、ここで何かしらの効力を認めてもらいたいと思うだろう。そこから、**反射効**というものがあるんじゃないかという人が出てくるわけである。

実体法上は、主債務無くして保証債務はない。だから、まあ保証人は主債務がなければ自分も債務を持たないはずなのだが、それでもなんらかの理由で不存在が立証できなければ、負ける可能性がどうしてもある。

ここで、**主債務に関しては確定判決が出ているのだから、不存在の拘束力として保証人にその効果を及ぼせて、債務の不存在を前提にあらそわせてよいのではないか**、それが**保証債務の付従性**からは認められてしかるべきなのではないか、ということになるのである。

※結局負けるだろwwwという感じかもしれないが、たとえばXはYに対する訴訟につき、途中で「もうだめだこいつ…保証人にいこ」と思ってテキトーな態度になり敗訴していた、ということもあるかもしれない。そうすると、その後でXが保証人Zにはガチで勝負してきた場合、前訴と後訴で判断が異なり、Xが勝つ可能性もないではない。反射効がなければ。

こうした問題に対して、かつての既判力の本質論は、**実体法説**を通説としていたから、ここからは反射効を認めるのはたやすかった。すなわち実体法説からは、判決が実体法上の権利変動に結びつく(この場合前訴判決は、保証債務の消滅を約す更改契約)から、それにより実体法上保証債務も消滅し、それゆえ保証人に対して訴えが起きたとしても、**事実債務はないのだから**、当然保証人が勝利できる。

しかし、現在の通説は**訴訟法説**であり、既判力は後訴裁判所を拘束するものにすぎない。すると、新しい理由付けがないと、この反射効を認めることは難しいことになる。

それも、訴訟法上の処理が必要だと言うことになるが、これについては115条が規律をすでにしている以上、既判力のレベルでなんとかするのは難しいところがある(実質的な訴訟担当を認めるなどという説があるものの、**苦しい理由付け**である)。

しかしながら、一般的には学説は、反射効を認めるべきだ、認めるべき事態があるという方向での議論をする。上の例で言えば、主債務の存在を争えないという地位を、果たしてXに課す必要があるか、というのがここでの議論のポイントとなる。

結局、保証債務における付従性の例で言えば、これは単に主債務が存在しないこと自体がポイントではなく、**主債務が存在しない場合において、保証債務を争うことによって無益有害な求償権が発生してしまうということを防げる**ところに、付従性というものが実体法上みとめられた根拠があったのである。

すなわち実体法上の付従性の議論の狙いからすると、求償権の発生自体、それを「前訴からして」避ける必要がある。しかし仮に保証債務が認められると求償権が発生してしまうのである。よって、前訴債務で主債務が存在しないという判断が生じたとき、その時点で保証債務もないという判断が認められなければ実体法上付従性を害することになるし、前訴で勝った債務者が、結局お金を払うのであれば意味がなくなってしまう。そこでその受け皿として一定の効力を想定せざるをえないわけだが、それがまさしく**反射効**だということになるのである。

ただ、そうはいつてもこの議論は訴訟法上の議論を介しておらず、あくまで実体法上の議論として完結している。訴訟上主張できないが、という効果を訴訟法上の概念を介さず主張できるだろうかというのは疑問である。むしろ端的に、一定の場合に既判力を拡張してしまえばいいのだ、と言い切る人もいる。

※既判力の拡張を、明文に反して認めるべきかは疑問もあるわけだが。

ここで付従性を確保するためには、保証人は、保証債務の履行を求められた際において「主債務が存在しないということがXY間で確定している」ということ自体を実体法上の抗弁として提出できればいいのである。つまり保証人は主債務者が有する全ての抗弁を主張することができるわけで、その抗弁の一つとして前訴の「既判力」ある判断を想定することができるかと説明すれば十分ではないだろうか。

判例の立場

判例は、明示的にこのような反射効を認めてはいない。

100選91事件(昭和51年10月21日:最高裁)

基本的には、保証人Zと債務者Yを別々に訴えると言うようなアホなことはしないわけで、共同被告とするのがまともな債権者Xのやりかたである。逆に言えば、上のような事例は、なかなか起こるものではない。

しかし、今回の事例では、保証人Zがこれに欠席してしまった。欠席すると、XZ間でXの主張について擬制自白が成立することになる上、Zは欠席していて何も抗弁をださなかった。よってXが適切な主張をすればXが勝てる状況になるわけで、第一回口頭弁論の時点でXZ間については判決に熟してしまった。

そこで判決に熟しているのに債務名義が与えられないというもおかしいので、この二つの事件は分離することとなった。そして、まずXZ間ではX勝訴が確定してしまった。

だが、その後XY間で争った結果Yが勝ってしまったのである。XがZに執行をかけようとしたとき、主債務が不存在であるという判決が保証債務の判断の後にでているのだから、これは新事由になるかもしれないということで、(Y勝訴の)判決があるから自分も勝てるかも、として請求異義の訴えを提起することになった。

ZからYに求償が求められることになりそうだから、ある意味最悪の事態と言える。

この第三の訴訟に影響を与えるものは、①XZ間の判決の既判力、そして②XY間の判決の反射効である。ここで、一体反射効はあるのか、そしてあるならば既判力とどちらが優先するのかという問題が出てくるのである。

理解A 既判力

考え方として一つあるのは、XZ間の既判力があるのだから、保証債務があるという判断は覆らないというものである。これによれば、結局求償が発生することになる。Yはもう残念としかいいようがない。

理解B 反射効

ということで、反射効を認めるべきという議論がなされるわけである。ただ、だからといって既判力をぶちやぶることができるかと言われると、よくわからない。

なお、求償は確かに論理的には生じるにしても、主債務がないにもかかわらず勝手に負けたから払えという保証人が、求償権を本当に得るのか疑問でもある。

裁判所は、結論としては既判力を優先させた。**その後に主債務がないという判断が行われたとしても、事実審口頭弁論終結後に生じた事由によるものでなければ、それを援用することができない**としたのである。

※主債務が「ない」とする事由が、保証債務を争った際の口頭弁論終結よりも前の事情であった場合、これは口頭弁論のときに、本来なら言えたはずのことである。その点が重視されている。

ここから先は二部の範囲だが、このような事態を避けるためにどうすればよかったのだろうか。まあ、何がこんなにめんどくさいことになった原因かといえば、Zが欠席したことである。YはちゃんとZを呼んで来いよという点につけるが、ひきこもっている場合は、YがZの為に**補助参加**すればよかった。二部でやってね。

(10) 判決によらない訴訟の完結

1 判決以外の完結手段

判決によらない訴訟の完結

ここまでの、メインルートでの議論は終わった。なので、ここからは、それ以外について話していくことにする。その第一が、「裁判によらない訴訟の完結」と呼ばれるものについてであり、条文でいえば261条以下となる。訴えという、当事者の申し立てによって開始された訴訟手続きは、これに対する裁判所の応答である終局判決により終結するということが基本的にはなるが、それ以外にも終了(訴訟の完結)の可能性は残っている。いずれも、**終局判決にいたる過程で当事者間の争いが消滅したために、手続きをする必要性を失った**というような場合である。

そのような場合の一つとして、裁判によらない訴訟の完結と呼ばれる類型があるのである。

※もう一つの類型として、法律の規定によって訴訟が終了する場合がある。

具体的には法人が合併した場合など原告と被告の**地位の混同**があった場合や、離婚など訴訟物たる権利関係が**一身専属的**である場合において当事者が死亡した場合がある。それ以外にも当事者が一定の行為を取ることに

よって訴訟の完結がもたらされる場合がなおあって、これを裁判によらない訴訟の完結（当事者の行為による訴訟の終了）というわけである。

この規律の基礎にある考え方は、「当事者は、訴えの提起によって開始された訴訟手続きを終局判決によらないで終結させることもできる」ということである。訴訟の目的を達成したと考える場合、もしくは訴訟の目的はもはや達成できなくなつたと考える場合、なにせよ当事者は終局判決を求めてその手続き、行動を起こすことに関心を持たなくなることがある。そうした場合には**当事者はその訴訟を「終了する」という選択をすることが許され、当事者がその選択をした場合には裁判所はそれに拘束される**と考えるのである。その結果、訴訟手続きはその目的を喪失して終結することになるのである。

この基礎にある思想は、もちろん**処分権主義**の思想である。処分権主義は、請求や訴えについて当事者による選択を許すという思想であったが、その一つの局面として、そもそも訴えを提起するか否かの決断をすることが当事者にゆだねられていたのと同様に、**一旦訴えによって開始された訴訟手続きを終わらせるかどうかというのも当事者の自由**だというわけである。したがって、これからの議論にてでくる訴訟類型はいずれも当事者の処分を許す訴訟物が訴訟の対象となっている訴訟類型になる。

逆に言えば、いわゆる身分関係訴訟、人事訴訟の適用を受ける訴訟類型など、当事者の処分を許すべきでない事件も存在するのであり、訴え開始については自由であるが、一旦開始した手続きについては終局判決で終結することが想定されている事件もある。処分権主義というものは、当事者の処分を許すということが前提となっていることに注意しよう。

類型

以上のように、処分権主義が基礎にある手続きということになるが、現行法上その終了のさせ方には4つの類型が準備されている。条文でいうと261条の**訴えの取下げ**、267条の**訴訟上の和解**、266条以下の**請求の放棄**および**請求の認諾**である。

一応概説しておく、まず大枠として訴えの取下げとそれ以外の3つが分けられる。

訴えの取下げというのは、取下げによって訴えをなかつた段階に戻すというもので、なんら紛争解決基準を当事者間に残さない終了方法となる。

これに対し**和解以下の規律においては、当事者間に対して実体的な紛争解決基準が作られ、それが残る。**

そのうえで、そうした実体的紛争解決基準を作る方法として、それを当事者間の合意によるのが和解である。対して一方当事者の単独行為によるのが請求の放棄（**原告**の単独行為）、そして認諾（**被告**の単独行為）となる。ただし、実体的解決基準を残さない紛争解決方法として訴えの取下げを説明したが、より正確に言うと「訴訟法上」は実体的紛争解決基準を残さない方法ということに過ぎず、多くの場合は訴訟手続きの外で合意（たとえば示談、そして実体法上の和解）が結ばれ、その結果紛争が終結したために訴えを取り下げるということもあるのであり、訴えの取下げにおいても、訴訟外ではあるが実体的紛争解決基準が残ることはある。

※訴訟外で作られた実体的紛争解決基準と、訴訟手続き内で作られた実体的紛争解決基準とはいったいどこが違うかということになるが、訴訟法上の規律が違って来る。具体的には**債務名義**が発生するか否かである。訴訟外で和解を結んだ場合と異なり、訴訟手続きにおいて和解、請求の放棄、認諾が成立し調書に記載した場合には、それが債務名義になるのである。その上で、現実にも数多くの事件がこれらの方法によって終結している。

実際の運用

これは時代にもよるのだが、地裁事件だと、判決による終結は全体の3割くらいだと言われている。ちなみに2割が対席、1割が欠席裁判である。これに対し訴訟法上の和解で終結する事件は約3割である。そして訴えの取り下げによる終了が4割弱と言われている。そのうち半分くらいは実体法上の和解が結ばれていると思われるので、**実に全体の5割近くが、広い意味での和解によって終了している**というのが現状である。

このように現実にも訴えが提起されたからといって終局判決までまっすぐ進むわけではなく、訴えが提起されたのちであっても、当事者間に一定の雰囲気や関係が醸成されれば自主的に紛争解決がされる可能性が十分にあるということを示している。

ただし、これが「自主的な解決」として積極的に評価できるかには若干留保が必要である。もしかすると当事者間の**一方的な力関係**で和解を余儀なくされている事例もあるかもしれないし、より重要な問題として、判決まで

には(とくに最高裁まで行くと)かなりの時間がかかるため、そうした重い時間的コストに耐えきれず、**消極的選択**として和解がなされているケースが少なくない可能性がある。現に、公害訴訟や薬害訴訟等における原告の苦渋の決断は、しばしば報道されているところである。

もしこうした事情により、本来獲得されるべき権利の実現というものを断念しているとすれば、そこには訴訟制度の限界が垣間見えるわけであって見過ごすことはできないのだが、そうした留保を伴いつつも、なお和解による自主的な解決というもののメリットを当事者が享受しているということもまた否定できないというのが、運用における現状である。

2 訴えの取下げ

概要と主旨

【参照】民事訴訟法第 261 条

訴えは、判決が確定するまで、その全部又は一部を取り下げることができる

2 訴えの取下げは、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あっては、相手方の同意を得なければ、その効力を生じない。ただし、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、この限りでない

3 訴えの取下げは、書面で行わなければならない。ただし、口頭弁論、弁論準備手続又は和解の期日（以下この章において「口頭弁論等の期日」という。）においては、口頭であることを妨げない

訴えは、判決の確定までそれを取り下げること可能となっている。

この訴えの取下げは「**訴えの提起による審判の申し立てを撤回する旨の原告の意思表示**」と一般に定義されている。主旨は、訴えの提起をした後に原告が何らかの理由で判決を得ることや訴訟手続きを続行することへの関心を失った場合に、それに対処することである。

そんなことあるのかよと言う感じだが、例えば訴えてはみたものの、勝訴しても相手方の無資力により強制執行ができないなど、訴訟を迫りしコストをかけても無駄であるとわかった時や、訴えを提起してみると、焦った被告が態度を変え債務の履行を得てしまったような時、そして訴訟外で和解が成立し紛争が終結した時など、考えてみると結構いろいろある。

このような場合、原告としては判決を得ることよりも、直ちに訴訟を終了することを望むわけである。こうした利益の実現のために原告に認められた制度が、**訴えの取下げ**である。

※条文上、動詞として使うときは「取り下げ」だが、名詞として使うときは「取下げ」である。

要件

訴えによって審判が申し立てられることになるわけだが、その審判の**申し立てを撤回し、訴えがない状態、言い換えればそもそも係属していない状態に戻す**、というのがこの効果である。

ただし、それは被告側からしてみれば、原告が訴えを取り下げることによって、**請求について既判力ある棄却判決を得るための機会を失う**ことでもある。ここで被告が棄却判決を得ない限りは、改めて原告が訴えを提起することがありうるわけで、そうすると再度の応訴の負担を予定することになる。「訴えがなかった段階に戻す」ことをただ認めるのであれば、原告が改めて訴えを提起する自体は何ら差し支えることのないものはずだからである。

このような可能性を封じるために、261 条の 2 項は、ある程度訴訟手続きが進行した場合に訴えの取り下げの効力の発生を**被告の同意**にかからしめることにしたのである。これにより、被告にも自己に有利な終局判決を得る機会を保障している。やはり一度応訴した以上、その被告には請求棄却判決を得る利益があるから、そうした利益は法的な保護に値すると考えられているのである。

結果として、両当事者とも本案判決を得る必要はないと考えた場合にのみ訴訟係属が遡及的に消滅するものとして、この制度を位置づけることができる。

※しかしながら、あくまで原告の**単独行為**としての意思表示によって効果が生じるということを前提に要件効果の規律はなされていることには注意しよう。

その他、一点注意すべきものとして、261 条 1 項による「**判決の確定**」までという時期の限定を覚えておこう。

冷静に考えると、判決が確定した段階で訴訟は終了するのだから、これは**事実上時期の制限がないということ**を意味するのである。具体的にはいったん第一審判決が出た後や控訴審においても取り下げは可能なのである。その場合にも、訴えの取下げの効果は訴訟継続の遡及的消滅である以上、第一審判決も消滅することとなる。判決はあくまで訴えという申し立てに対する応答であるから、訴えの提起がなくなる以上はその応答も意味を持たなくなるのである。

また、要件の一種として、263条3項が規定する一定の形式に従って訴えの取下げの意思表示はされなければならない。261条3項によると、訴え取り下げも訴え提起と同様**書面**ですることが要求されている。

ただし、例外として**口頭弁論の期日**においてする場合には口頭で意思表示をすることを認めている。261条4項により、期日において口頭で意思表示がなされた場合、それは調書に記載され、書面と同じ効果をもつ。

このように口頭弁論期日である場合もあるにはあるが、通常は怖いので当事者というか原告に書面を要求する場が多く、基本的に原告が書面を提出することで訴えの取下げの効力が生じる。

訴え取り下げの合意

今見た通り、一般にはお互いが「取下げよう」と合意しない限り、単独行為といえど訴えを取り下げることが難しいので、合意がなされたうえで取下げはなされることになる。

そのような訴え取り下げの合意がなされるのは、一般的には**訴訟外の和解**がなされる場合である。示談ってやつ。具体的には、訴訟外で、裁判所の関与なく和解契約を結ぶ場合に、和解の一条項として訴えの取下げの合意がなされるわけである。

この「訴えを取り下げる」ことを約束するというのは、その限りにおいては私法上の契約だが、訴訟法的に見ればそれは訴訟上一定の効果をもたらすために結ばれるものであるから、**訴訟上の合意**としての性質も有しているように思える。この点で、訴訟上の合意はどのように評価していくのかは前にも述べたが、訴訟手続きは「積み重ね」という性質を持つし、さらには広い意味での公益や公序に関わる手続きであるから、無条件に当事者の合意をもとに一定の訴訟手続きを形成することは、許されないのであった。任意訴訟の禁止というルールだったはず。

※これは、実際にこの約束が私法行為か訴訟行為かという問題とは別の議論である。性質として訴訟上の合意の側面を含むとき、そのような約束が果たして許されるのかという議論。

ここからはこのような合意に問題はないのか、ということも言えるかもしれないが、しかし他方で、一定の場合、**当事者の処分権に委ねてもよい事項についてはその合意の効力を認めて良い**とも議論されるのだった。

その観点から、処分権主義の妥当するゾーンとして、広く有効と認められるようになった訴訟上の合意の一つが、訴えの取下げの合意なのである。このほかに**不控訴の合意**や**不起訴の合意**も処分権の範囲内ということで、一般に認められるようになった。

※このような議論から現在は効力が認められるが、大正時代には単に訴訟契約だということを理由に、訴えの取下げの合意の効力は認められておらず、私法上の効果以上の効果は認められていなかった。

合意に関する規定はないものの、以下の判例で、訴えの取下げの合意の効果が確認された。

100選93事件(昭和44年10月17日：最高裁)

訴訟外で、当事者の間に訴えを取り下げる旨の和解が成立していたが、原告は「いや、和解した金をため一からもらってないから取り下げないね！」として、訴えを取り下げなかった。

判決は、処分権主義の枠内と理解した上で訴え取り下げの合意の効力を認めたのだった。

ただし、合意に効果があるとしても、それは訴訟外のことである。いったいその合意が、どのようにして訴訟上の効果に結びつくのだろうか。

これに関して、訴えの取下げを約する合意の性質が議論された。具体的には、合意については**訴訟行為説**と**私法行為説**という理論的な対立がある。

①訴訟行為説

訴え取り下げの合意は、訴訟上の効果を生じると考える。訴訟行為というのは、その定義上は訴訟の進行に関わる一定の効果を目的とする行為である。したがって、この**合意の存在が明らかになった場合、その時点で訴えの取下げの内容である訴訟継続の消滅等効果が生じると理解する。**訴訟上の合意によって訴訟係属が消滅するので、裁判所の応答は**訴訟終了宣言**になる。

※基本的に裁判所の裁判には、本案判決と訴訟判決というものが存在する。訴訟判決としては訴え却下の判決をこれまでおもに挙げつつ説明してきたわけだが、厳密に言うと、訴訟判決には訴え却下の判決のほかにも、訴訟終了宣言という判決が存在する。訴訟が終了していることを確認する判決である。

②私法行為説

判例通説は、訴訟行為説を取っていない。

訴え取り下げの合意によっては訴訟上の効果が必ずしも生じるものではないとして、これを**私法上の契約であると理解する**。私法上の契約の存在を理由に**訴えの利益**が喪失し、その結果訴えの利益を欠くものとして**訴えが却下**されるのだという説明をする。

説明方法の差でしかないのであってこだわる必要はないのだが、訴えの取り下げの合意という契約をどのようなものとみるかについて理解の違いがある。まあ、判例通説に従ったほうが議論が簡便であると思う。

※ただ、判例通説は私法行為説だと言うが、この判例は、却下になった理由が結構訴訟上のXの態度に起因する(欠席など)ところがあり、これで説として固まったというには早計だと言う批判が100選ではなされている。なお、私法行為説と記載したこの説は、単に私法上の契約として私法上の義務を生み、その違反には損害賠償などが請求できるとする(逆に言えば、訴訟上の救済をあたえない)説がそれ以前に主張されていることから、これと区別して新私法行為説と言われることもある。

訴えの取り下げの効果

【参照】民事訴訟法第262条1項

訴訟は、訴えの取下げがあった部分については、初めから継続していなかったものとみなす。訴えが取り下げられた場合、その部分の訴えが初めから提起されなかったものとみなされる。

申立てがない以上は判決をする義務もないわけだから、判決をするために手続きを続行することは無意味ということになり、そのまま訴訟手続きは終了することになる。

ここではあくまで、**実体的解決基準を訴訟上何ら残すことなく訴訟手続きが終了する**。すなわち、これから言い渡されるべき判決が言い渡されないだけでなく、**言い渡されたもののなお確定していない判決も当然にその効力を失う**。訴え提起の段階に戻るわけであるから、262条2項に定められた後述する例外の場合を除き、訴え取り下げの後も、改めて訴えを提起することができる。

ただし訴え取り下げによって訴え提起の効果が消滅するので、訴えの提起に結び付けられていた**時効中断**の効果なども遡及的に消滅することに注意。そのため、後に訴える場合ももとの時効期間の間に提起することが必要になる。

まあ逆に言えば時効期間内であれば改めて訴えを提起することを妨げないのだから被告にとっては不利であるが、だからこそ**被告の同意**という要件を課すことでこの不利益に対応しているのである。

◎再訴禁止効

既に述べたように、262条2項は一定の制約を原告に課している。

【参照】民事訴訟法第262条2項

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。この条文の趣旨に関しては必ずしも一致した見解がない。

終局判決後であっても判決確定までであれば訴えを取り下げることができるわけだが、終局判決後に、判決確定との間に訴えを取り下げた場合には、訴訟係属が遡及的に消滅するのに伴い終局判決が消えることになる。

そのとき、に同一の訴えを改めて提起することを禁止するというルールである。これを一般に既判力による禁止と区別して、**再訴禁止効**と呼んでいる。この効果がなぜ認められるのかには争いがある。

100選アベンデュクス30事件(昭和52年7月19日：最高裁)

262条2項は、終局判決を得たのちに訴えを取り下げることによって、裁判をムダにしたことへの制裁的趣旨の規定であると説明した。この理解に立てば、これ自体はあくまで「制裁」であるから、この制裁を発動するには適切でない事件にまで禁止効が働かず、禁止の趣旨に反しない場合には再訴も許されるということになる。この結論を導き出すために、こうした議論を展開しているともいえる。

学説は、かねてから再訴禁止を厳格に適用すると裁判を受ける権利を不当に害されるとして再訴禁止について制限的な適用を求めており、それに合わせた判決と言える。

それでも制裁というこの理解に対しては、**終局判決を執行させたことに対して制裁を働かせる必要があるのかどうか、そしてそうした制裁を働かすことが必要であるとしても、制裁を再訴禁止という形で働かせるのは妥当なのだろうか**といった点については議論がある。学説の中には、制裁として用いるよりも**再訴の許容**の効果を原告が**濫用的に利用**している場合にのみ発動すれば十分なのではないかという議論も存在する。

訴え取下げの無効

現在の通説は、訴えの取下げが無効になることがあるとする。

訴えの取下げという訴訟行為の効果に争いが生じる場合、それが認められれば訴え取下げの要件が欠けているということになる。その場合は、意思表示である取下げにつきその効果が生じないのであり、**取下げは無効**になる。無効であらな 262 条 1 項の効果が生じず、結果、訴えについて**訴訟係属が復活**する。

訴訟は期日の積み重ねで進行するから、無効を主張する当事者は訴え取下げの無効を主張し、(その無効を前提とする限り訴訟はなお係属しているのだから)新たな口頭弁論期日の指定の申し立てをすることになる。

本当に無効であればその期日が指定されるべきであり、無効でなければその期日は指定されないべきことになるが、そもそもそのためには有効無効を争う機会を与える必要になる。よって、**無効だとしても期日指定の申し立てをした場合は期日を開き、まず訴えの取り下げの効力について争う**ことになる。その期日の審理において無効ではないと判断した場合、やっぱり訴訟係属はもう消滅しているわけだから裁判所がさらに手続きを取る必要はなく、訴訟判決で訴訟の終了を宣言する。これに対して無効と判断した場合、訴訟は継続しておりそのまま本案の審理に戻る必要があるので、期日は続行されるしその期日で本案審理もされる。ただし、何もなかったと言ってもこうしてイチヤモンがつけられたのは確かなのであるから、**本案判決までの過程のどこかで、より具体的には中間判決又は終局判決の理由中で、訴えの取り下げが無効であった旨の判断をする**。

無効になるとき

では、どういう場合に無効になるのだろうか。基本的には訴え取下げの要件を欠いた場合には無効になるのだが、ここで一番議論されるのが、訴えの取り下げに関する**意思表示の瑕疵**(具体的には、錯誤無効だとか詐欺による取消しだとか)は取下げの効果にどう影響するかである。この議論の前提として、訴えの取下げは**訴訟行為**であり、実体法上の行為ではないことに注意しよう。このため、はい意思表示が無効なら無効!とはいいいにくくなる。

100 選 92 事件(昭和 46 年 6 月 25 日 : 最高裁)

X が Y に対する訴えの取下げをしたが、実はそれは強迫によるものであった。具体的には、Y が取下げ取下げうるさいので X がいたずらしてしまい、Y はそれをネタに「告訴されたくなければ訴えを取り下げろ!」という感じで迫ったのである。なお、事案としては刑法上では Y の行為は脅迫(漢字に注意)で罰せられるような事態だったが、それについては告訴されていなかった。

X は強迫を理由に取下げの意思表示を取り消し、取下げの効果は発生しないとして新期日を申し立てた。

最高裁は、「訴えの取り下げは訴訟行為であるから一般に行行為者の意思表示の瑕疵がただちにその効力を左右するものではない」としたうえで、「詐欺強迫等明らかに刑事上罰すべき他人の行為により訴えの取り下げがなされる」時は、420 条 1 項 5 号(現行法の再審)の法意に照らしてその取下げを無効と解すべきだとした。

訴訟行為は積み重ねを予定するから、ある程度訴訟行為が積み重ねられた後だと、初期に行われた行為の効力を否定してしまうのははばかれるのだった。このような観点からは、訴訟行為の効力は行為時にできるだけ確定的なものと扱われるのが望ましい。

ここからは**表示主義**的な思考が働きやすく、**目に見えないような意思表示の瑕疵により効果を遡及的に消滅させるのは好ましくないとして、意思表示の瑕疵を事後的に主張することは許さない**という考え方につながってくる。

基本的には訴えの取下げにおいてもその理論は妥当し、意思表示の瑕疵に関する規定は素直に適用されない。

最高裁は、このような考え方自体は踏まえているのだが、同時にそうした瑕疵が例外的に考慮される場合があることを認めた。それが、**再審事由**となる場合である。

再審事由の規定である現行法 338 条 1 項 5 号は、詐欺・脅迫といった刑事上罰すべき他人の行為があった場合に再審を認める。そのような行為は、判決の基礎となった訴訟行為に対する信頼性をも害すからである。

つまり、再審事由に該当するような他人の行為を原因とした訴訟行為を「無効とせず」判決を得たとしても、その判決は結局再審で取り消されるのである。だとすると、ある**訴訟行為を再審事由が存在しているという理由で、**

訴訟内で取り消すことには十分合理性がある。これを**再審事由の訴訟内顧慮**と呼び、今回の判例ではそれが認められたのである。

こうした場合においてまで手続きの安定性を強調してもしようがないということで、再審事由の訴訟内顧慮を例外としたうえで、「意思表示の瑕疵は訴訟行為の効力に影響することはない」というのが判例法理なのである。

※このとき、通説は**再審についての 338 条 2 項が適用されない**とする。すなわち、上記のような再審事由のもとに再審を提起するには、有罪の判決若しくは科料の裁判が確定するか、証拠がないと言う理由以外に上記要件を充足できない理由がある時に限られるところ、訴訟内顧慮に対してはこの要件は必要ないとするのである。これにより、告訴されてもいなかった脅迫をもとに取下げの無効が認められた。これは一見意味不明ではあるのだが、338 条 2 項を 1 項とともに再審事由と解すのではなく、その適法要件だと見るなどすれば正当化する余地はあるし、理論的にも訴訟手続きが「積み重ね」を意識する以上は、確定判決が「積み重ね」られる後と前で多少なり扱いに差が出て構わないだろう。

しかし、この判例の時点では以上の理解は通説的であったものの、例外がこれしかないのか、**もっと広く取消しの無効を認めてもいいのではないか**ということについては別の見方もできるし、実際に多くのテキスト等で議論がなされているところである。

一つの反論は、「訴訟行為を無効にしても、その後の訴訟行為の積み重ねが想定できない場合」も例外としてよいのではないかというものである。進藤さんの説である。

そもそも訴訟行為について意思表示の瑕疵を考慮すべきではないという理屈の根拠にあったのは、その後に訴訟行為が積み重ねられると、瑕疵が言われても手続きの安定性を害することだった。しかしたとえば本件で問題となっている訴訟行為は訴えの取下げであり、**取り下げるのだからその後に訴訟行為の積み重ねはない**。そうだとすると、意思表示の瑕疵を適用してもいいのではないかというわけである。

しかし判例はこの説を否定していることになる。訴え取下げも訴訟行為である以上、手続きの安定性を重視するのだという理屈がマジで通じるのかは分からないが、とにかく意思表示の瑕疵の主張は原則許されない。

無効と有効の違い

最後に、無効と有効で何か違うのかという疑問が出るかもしれないので答えておく。すなわち、訴えの取下げが有効に効果が生じていた場合でも、結局のところ再度訴えを提起することができるわけである。よって、取下げによって時効が完成する場合を除いては、**取下げが有効となった後に再度訴えを提起する場合も、無効として従前の訴訟手続きを認めた場合も、そこにあるのは手続きとしての差異であり、さほど変わらないのではないか**というわけである。今時効の問題があるって自分で確認しているじゃあねーかというのはぐっところえて、他にも進藤説が問題としていることとして、終局判決後に訴えの取り下げをした場合には 262 条の**再訴禁止効**が働くという点が指摘できる。そうした場合には再訴禁止効は働かないと言ってしまえば済むともいえるが、再訴禁止効が発動すると一定の不利益が課されるわけで、その点は考慮する必要がある。

3 訴訟上の和解

訴訟上の和解は、請求の放棄・認諾と同様に、実体的な紛争解決基準を当事者間に残す終了方法であり(訴えの取下げと異なる)、広い意味ではまとめて理解することもできる。

ただ区別すると、**両当事者の合意**によって成立するのが和解であり、**一方当事者の単独意思表示**によりなされるのが請求の放棄ないし請求の認諾である。

さて、訴訟上の和解とは、**裁判所の面前で行われる両当事者が訴訟物である権利または法律関係について互いに譲歩して訴訟を終了する旨の期日における合意**である。ポイントとしては、①訴訟外で行われるのではなく、あくまで裁判所の面前で行われる、②両当事者が訴訟物たる権利または法律関係について互いに譲歩する、ということが挙げられる。

訴訟上の和解が利用される理由

統計をみると、全体のうち 3 割前後の事件が訴訟上の和解によって終了している。

コンスタントに 3 割打てればバッターとしては優秀なのであるから、そのメリットとはなんなのか、論ずる価値がある。

①当事者のコスト

判決と比較すると、その最大のメリットは「小さいコストである程度満足できる解決に至ることができる」という点である。多くの事件は途中では勝訴可能性の判断が困難であるし、そのなかで訴訟を続行することは広い意味で大きなコストを要する。

※お金と時間、ということだけではない。裁判している暇があったらもっといろいろできたのにという機会費用や、どうなるんだろうと言う心理的なプレッシャーまで含めて、ここでは問題としている。

こうしたコストと予想できる満足を比較して、和解したほうがいいんじゃないかと当事者が判断することがあるというのは否定できない。

②執行のコスト

そして将来の収益を考えるに当たり、執行費用の問題がでてくる。そもそも勝訴し判決をもらったとしても、被告が履行せず、判決に対する執行をかける必要が出てくる場合は少なくない。

それにはコストがかかるが、対して和解を結べば多くの場合納得しているから自主的な履行が期待できるし、もともと「履行がなされたら和解を結ぶ」という感じで和解の時点で紛争の解決が図られるということもあり得る。そこまで考えると、和解のメリットは必ずしも軽視できない。

③裁判所のコスト

他方で裁判所からしても、膨大な判決書きを書かなくて済むと言う意味では和解に対して魅力を感じる。

④柔軟な解決

とはいえ、実は裁判所は自分のコストのためだけに和解イイネと思っているわけではない。

和解の大きな魅力は、**実体法の枠を超え、判決では期待できない妥当な解決を与えることができる**ことである。近代法は法による裁判を前提としており、判決は法の適用によってすることが必要である。しかし、どうしても現行法には実際の問題解決については一定の限界がある。その点、常に法の適用による解決が必要である判決よりも、和解が優れる点はある。

※たとえば、履行期がきたとして弁済を求めるとき、被告側は実際に履行しないといけない場合は弁済するか強制執行を受けるかのどちらかとなるわけだが、実社会においてはしばしば分割弁済と言う形態がとられている。ここで、実体法上には分割弁済を認める根拠はないのである。それでも分割弁済が選ばれるのは、この分割弁済という和解内容によって両当事者が得るものが、判決によるものより多いと考えられたからに他ならない。同様に、法的に解決した、というだけでは解決することのできない部分を持つ紛争は世の中に多々あるのだから、そうした場合にも**紛争全体を見通した解決が可能**と言うのも大きなメリットである。

※典型的には、薬害訴訟における「患者に対しての恒久対策」という和解条項が挙げられる。国が被告の場合に、肝炎やエイズなど様々な事件で患者への恒久対策が和解の内容に組み入れられたのだが、これによって判決ではできない高度なレベルでの当事者の救済を図ることができる。

このようにコストを削減し紛争解決の質を高めることを理由に、和解は実社会ではよく用いられる。

和解の試み

こうしたメリットを持つ「和解」という手段をバックアップするために、法は様々な仕掛けを準備している。しかし、現実の条文上の規律は極めて少ない。

【参照】民事訴訟法第 89 条

裁判所は、訴訟がいかなる程度にあるかを問わず、和解を試み、又は受命裁判官若しくは受託裁判官に和解を試みさせることができる

和解は本来的には当事者間においてなされるものではあるが、実はそのような和解を成立させるために、**裁判所には和解の試みを行う権限が与えられている**。裁判所が和解案を提出して和解勧告をする、という例をよく耳に思うと思うが、その根拠がこの 89 条である。結果として、日本における(とくに私人間の)和解の内実としては、当事者が事実に和解条項を一つずつ作っていくタイプの和解よりも、裁判所が和解案を提起し、当事者の自主性はあくまでその和解案をのむかどうかという形で発揮されて合意が成立するというパターンがかなり多くの割合を占めるのである。やはり判決では達成できないような柔軟な紛争解決を実現することができるため、当事者の納得がある限りにおいては実効的な利害の調整、そして問題解決を和解を用いて図るべきときもあるのだ、という裁判所の使命感が現れているといえるだろう。

和解の規律

このように裁判所は 89 条を使い和解の働きかけをするが、その具体的な規律はない。だから、その**規律は全面的に裁判所の自律、そして良心に委ねられている**と言える。

すると当然学説では、裁判所にこうした権限を与える以上は、裁判所がする和解のプロセスの規律をなお考えていくべきではないかと議論されることになる。

じゃあどういふルールを作るんだよと言われると難しいが、最低限の大枠として、以下のような指摘がある。

◎適切な利益考量の確保のための整備

当事者は、和解しろと言われても、それに適切に応じているとは限らない。素晴らしい和解案にも、それは裁判所が長い判決書き避けるために和解を結ばせようとしているのかと疑うかもしれないし、和解するとしても、それは当事者からしてみれば勝敗の見通しについて十分な情報を得ることができなかつたから結んだ和解、自分の敗訴のリスクを重く見てしまい自己に不利に結んだ和解かもしれない。

そのような事態を避け、当事者が熟慮(疑心暗鬼は熟慮ではない)のもとで選択を行うためには、**和解を結ばなかつた場合に予想される判決と、提示される和解との比較をする機会が可能な限り保障されなくてはならない**。

そこで重要になってくるのが、以下のような視点である。

①釈明権・法的観点視的義務

法律解釈について争う当事者は、適用されるべき法律解釈を予想した上で得られる結果を予想して、自らが和解条件を不利だと思えば判決を待ち、そうでなければ和解に好意的となるだろう。

※それだと、A が有利だと思う条件を B が有利と思うことはないのではないか、という疑問があるが、世の中には様々な意味において win-win というものはある。

だから、その意味では従来から「ふいうち」防止として議論されていたような、当事者としての法的問題点の認識の確保が、今まで以上に重視されることになる。

②心証開示義務

それだけでなく、心証開示をも求める議論がある。要するに、両当事者間の事実認識について争いがあるときは、それは法的観点の問題と言うよりは、心証度の問題である。そこで心証について、裁判所としてはこういう心証を得ていますということを知ることができれば、(開示されれば)法的観点と掛け合わせることで、当事者の中で結論を出すことが可能となるわけである。

これらの議論自体は非常に合理的だと思われるが、前者の議論は、和解のルールとしてどのように作用させることができるかという謎なところがあるし、そもそも後者は基本的に認められていない。

やはり**心証を開示したとたんに、一方当事者に与すようなイメージを持たれる可能性があるから、公正さを目指す裁判所にとってはなかなか難しい**ところがあるのである。こうした選択肢を含めて、いかにして裁判所が和解に関与する過程を透明・公正にルール化するかということが大きな課題である。

この議論は根本的には、裁判所依存型の和解が広くみられる日本という国の特色と関わる。比較すると、アメリカのように個人主義が徹底している社会ではこうした所で裁判所に頼るということはなく、それぞれの弁護士が自主的に和解というものを作り上げていく。まあ日本はアメリカではないが、そのようなスタンスの在り様は、日本の法文化全体の問題として、今後の大きな検討課題となってくる。

和解の性質

訴訟上の和解については、264 条、265 条という特殊な規律を除いては、267 条が効力に関する規定を準備するのみである。にもかかわらず、唯一の条文として存在する 267 条を巡ってかなり複雑な議論が展開されている。具体的には 267 条が規律する和解の要件効果、とりわけ効果に関する議論があるのだが、その基礎には、そもそも**和解の法的性質をどのように見るか**という議論までもが存在し、その影響のもとに現在の学説が存在するので、物事に対するパースペクティブを得るため若干歴史的な議論を説明する必要がある。

◎議論が分かれる前提

267 条という条文を見ると、和解又は請求の放棄認諾を調書に記載したとき、確定判決を同様の効果を有するとされる。そこでいう「**確定判決と同様**」とは、なんだろうか。一見わかりやすいが、考えてみると謎である。

前提として、訴訟上の和解のとらえ方について、二つ考えがある。

①判決と同じようなものだという理解(訴訟行為説)

既判力その他訴訟上の効力が発生するとみる。

②定義上は民法上の契約であるという理解(私法行為説)

和解の基礎には**実体法上の契約**があるとして、それが調書に記載された時に一定のプラスアルファとしての訴訟上の効力が付加されるとみる。後述するが、このとき既判力は必ずしも必要ない。

この対立が議論を錯綜させている。

今日の一般の理解は、実体法上、訴訟法上両方の性質を持つし、実体法上の効果も訴訟法上の効果ももつというものになっている(後述する併存説もしくは両性説)が、後者の考えかたを重視すると、既判力が肯定できなくなってくる。

このように今日の理解をしてなお、実体法上のレベルと、訴訟上のレベルを分けて考えるのが、錯綜した議論を理解する上では分かりやすいものと思われる。すなわち、実体法上にある実体法上の要件と効果、訴訟法上にある訴訟法上の要件と効果、これを区分した上で、267条の効果は訴訟法上の効果だと見るのが議論の出発点である。訴訟上の効果は無視してしまう立場もあるものの、やはり民事「訴訟法」267条がある以上完全には無視しきれない。他方ラジカルにいけば、実体法上のものを無視する立場は、ありうる。

効果

基本的には和解に際しては、**実体法上の効果**をも認めるのが一般的である。この時点でさっきめんどくさい議論になると予告したのになんだよとか言う人もいるかもしれないが、これは単に和解すれば普通実体法上の要件(民法695条)を満たすのでそうなるということである。この効果は民法696条が定める通り、実体関係とは関わりなく、新たな法律関係が形成されるというもので、これを民法では**確定力**と言うのだった。

この効果がある以上、訴訟当事者は、以後和解内容に拘束されることになる。

これに加えて、訴訟上の効力も有するとするのが、民訴267条と言う条文である。適法な和解が調書に記載されると、訴訟法上の効果が生じるということになる。問題はここからである。すなわち、**訴訟法上の効果をどこまで認めるか、267条の想定する和解をどう理解していくかにより結論が異なる**のである。

①訴訟終了効(異論なし)

多くのテキストは、訴訟終了効がここ(記載)から発生すると解す。訴訟手続きがその目的に達するからである。

②執行力(異論なし)

より重要な効果は、執行力である。和解内容が執行可能なものであるような場合(給付判決ということになる。不執行の合意がないことも必要である)、和解調書を債務名義として強制執行することができる。

これを執行力と言う。確定判決と同様の効力を有するため、民執22条がその旨手当てしている結果である。

民執22条には、債務名義として、「確定判決と同様の効力を有するもの」とあるはず。

①と②については、異論はほぼない。問題は次である。

③既判力(異論あり)

条文で言うと115条に、確定判決は、主文に包含する者に限り既判力を有すると記載される。和解もこの効果を持つのだろうか。主文って…?ということであやしくなるわけだが、ここが最大の争点と言える。これについては、いくつかの解釈がありうるので、順番に見ていくことにしよう。

諸見解①既判力肯定説

実際、既判力ってあるの?ということはかなり議論されるが、大正改正において作られた旧法(203条)における研究者の意思としては、主流な学説に従い既判力を肯定する主旨であったとされる。

すなわち、さきほど区分した実体法上のゾーンを当時は余り想定しておらず、訴訟法ゾーンのみを考えていたものと思われる。そうすると、実体法上の**確定効**を想定できないのである。それゆえ、和解内容に拘束されると言う効果を、他のところから持ってくる必要があるのである。

執行力があるならば執行すればいいだけと思うかもしれないが、内容次第では所有権をめぐる争いなど、それが難しいことがありうる。和解が結ばれて所有権を「確認」したものの(例えば、金100万あげるから、マイ所有権を確認させてよと言う和解)、結局トラブルが終わらなかった場合に、所有権に基づく請求を改めて行うなんて言うときが考えられる。

後訴を提起する場合において、既判力がないと前訴における原告の所有権が前提とならないことになる。これを認めないと、とりわけ訴訟上の和解を調書にまで記載した意義を害することになる。よって、非常にシンプルに、既判力認めようぜ、ということになるわけである。この帰結は、和解を「**判決代替**」とするという言葉をもって説明される。

前訴から、確認判決を求めることも可能だったのにそれをせず和解で訴訟を終了させたのは、そのほうがめんどくさくないし今後の法律関係が安定する期待があるからであった。その趣旨が実現されないとき、判決「代替」として安定を与えることは、確かに望まれると言える。

ここまではいいのだが、大正改正の立法者はそれにとどまらない規律を設けた。すなわち、確定判決を争うことができるのは、**再審**による。和解も(再審事由の訴訟内顧慮などは置いておき)そうなるのだろうか。少なくとも素直に既判力肯定説を貫徹すれば、これもその通りだということになる。しかし行きすぎであり、立法者もここまでは想定していない(むしろ以下の制限的既判力説といえる)ほぼ支持者もいない。

諸見解②制限的既判力説

ここで、判決代替と言っても、そもそも判決とは違う所がある。判決と言うのは裁判所が事実を確定し、それに法をあてはめて実体法に従った判断を下すものであった。そのなかで当事者に口を出す機会も保障される。

だが、この場合、**和解は当事者の意思が合致しているから調書に書かれているにとどまるわけで、一種の合意に基礎をおいた規律に過ぎない**のである。よって、契約と同じ規律に服すのではないか(意思表示の瑕疵などのルール)という考えも出来る。

すなわち、詐欺錯誤の主張を**意思表示の瑕疵**と捉える限りにおいて、瑕疵の主張は遮断することができなくなる。その結果、和解が無効にならない限りで既判力を有すると言う理解が展開されることになる。

この説明を制限的(**条件付き**)既判力説と歴史的に言われる。当事者は、再審事由とは別に和解の無効を言えるわけである。

一見不思議だが、確定判決には常に既判力があるとは一般に考えておらず、判決の無効に相当する場面があるとする。それを、より広く意思表示の無効の場合だとするのである。

これに対しては、次のような議論がある。

①議論の出発点として、和解は訴訟上のものであるとすると、和解は訴訟上の合意であることになる。すると、**意思表示の瑕疵の規定は適用されるのだろうか。**

※手続きの安定を強調する必要もないし、解決内容を確定して提示するので取下げ以上に重要であることに鑑みると、主張を遮断することはできないという再反論がある。

②和解の成立過程について意思表示の瑕疵があるかが問題となるわけだが、既判力の基準時はおそらく調書記載時である。とすると、**基準時前の事情を主張して和解の効力を主張すること**となるが、これは認められるのか。

諸見解③既判力否定説

そこで有力説は、訴訟上の行為で全て説明しようとするからめんどくさくなるのであって、和解の効力を実体法の効果として認めればいいのではないかという(**既判力否定説**)。

ここで、そもそも実体法上の**確定効**を観念していく理解が生れるのである。確定効があり、訴訟終了効があれば、端的にそれでもう既判力とか使わなくてもいいだろうということである。まあ理論的な違いであり、結論にはそこまで差はない。どうでもいいが教官は否定説らしい。

とはいえ既判力と確定効は、主観的効果が異なる。すなわち 115 条における承継が確定効にはない。よって議論に争いが絶えないのである。

ただ結論としては、なんにせよ当事者間に拘束力が生じることになる。

和解の無効

確定判決の無効が例外的であったのに対し、こちらの無効はかなり広範に認められる可能性がある。その際、例によって実体法ゾーンと訴訟法ゾーンを区分けするが、無効と言う場合には、①訴訟用の要件を具備せず、②実体法上の要件を具備せずという2パターンがある。

前者には、**調書の記載**がないとか言う場合もあるが、もっともありそうなのは**訴訟代理権の欠缺**である。

それぞれの要件を欠く場合には、効力を否定することになるが、訴訟法上/実体法上の要件「のみ」ないような場合に問題となる。

たとえば実体法上は要件を欠く場合に、執行力だけは残してやろうというのはあるのだろうか。また法定代理権が欠缺と言う場合には、訴訟上の効果は再審が提起できるとかいうくらいである。再審事由の訴訟内考慮ができるという議論に立てばあれだが、ともかくこうした場合に表見代理の要件を満たしていると、訴訟上は表見代理の規定が適用されないで訴訟上の効果がないものの、実体法上の表見代理の効果は残るということになりかねない。

うん、そうだよと開き直すことは可能だが、いずれも座りが悪い気がする。本来は表見代理の規定を満たす和解の効果認められないのに、実体法での拘束力だけ残るとか言うことになるのだし。

そこで、通説は**双方の要件効果が牽連関係にある**とした。リンクさせて無効。逆に言えば、双方の要件を満たす時に、双方の効果が発生するという訳である。**両性説**という立場であり、通説かつ大正改正における立法者意思と理解される。

※もちろん、違う立場もある。実体法上の要件は実体法上、訴訟上のは訴訟上として牽連関係を否定する立場を、**併存説**という。

通説は、これが端的に当事者の意思に合致する効果だとし、意思に従った効果を認めるべきであるとした。当事者の意思として、通常は実体法上と訴訟法上を別々に解決しようとは思っていないだろうし、牽連性を認めてしまう方がいいと言うのである。

要件を満たさない場合、無効となり、訴訟も終了せず執行力も既判力も生じない(請求異議は必要だが)。

※請求異議は、債務名義の成立に不服があるものもできることになっている。

100選94事件(昭和33年6月14日:最高裁)

要素の錯誤を理由に訴訟法上の和解も無効になることを示した。

どうでもいいがイチゴジャムの事件らしい。この事件では、実体法上のことが訴訟上の和解でも問題にされることが前提となっている判例と言える。まあ正面から述べてはいないが。

和解の無効をどのような手続きで許すか

3つくらいある。既判力を有する立場からは再審するしかないが。

①新たな期日指定の申立

和解の無効の場合には、実体法上の無効原因もしくは訴訟法上の無効原因があれば訴訟終了効がなくなり、まだ継続していることになるから、新たに期日が指定できる。

新たな期日を指定すると、とりあえず和解の是非を問う必要があるから、口頭弁論期日自体は開いてもらえる。そこで和解の効力が争われ、和解が有効なら訴訟終了宣言が出るが、和解が無効であれば従前の訴訟物についての手続きが続行される。

②新たな手続き

いちおう、新たに訴えることもできる。実体法上の和解に効果がないというのだから、和解無効確認の訴えなどを普通に提起することができる。

とはいえ、期日を普通に設定してもらった方が、普通は**従前の訴訟手続きを復活させられるという点**では楽である。でも従前の訴訟手続きを復活させることにメリットがない可能性もあるから、そういうときは新たな手続きをとることもある。

【事例】 XがYに、所有権に基づく甲建物の明け渡し請求をしている。

たとえば、「X、Yにお金あげる。Y、3年後に出ていく。みんなハッピー」という和解が無効だと確認しても、結局Yをおいだすには改めて明け渡し請求訴訟をしないとイケないから、多くの場合、期日の指定の申立を行う。一方で「X、Yにお金あげる。Y、出ていく」と言う和解だった場合、すでに出て行っているのなら明け渡し請求をする必要もないので、和解無効の確認が行われることもあるだろう。

なお、判例は**どのやり方でもいい**としているが、学説では上のような議論を踏まえ、両者のうち解決に適切な方のみを使わせるべきだというものもある。

③請求異議

また、執行の段階で、請求異議の手続きによって争うこともできるだろう。

和解契約の解除

和解契約も契約なので、**和解契約の解除が認められる**というのが現在の通説である。例えば、和解の条件として出したことを全然やってくれないような場合には、債務不履行による解除が可能となるだろう。

すなわちこのような解除原因があれば、訴訟上の和解を解除でき、従前の法律関係が復活するためにあらためて従前の訴訟物を争うことが可能だとされている。

ただし、この時に、従前の法律関係が復活するからと言って、従前の訴訟手続きまで復活するかには争いがある。より直接的に言えば、和解の解除は、**和解の訴訟終了効**を失わせるのか、ということである。

100選95事件(昭和43年2月15日：最高裁)

ここでも、実体法上の和解契約の解除の効果が問われた。

この判例は、異論も強いが最高裁の立場として、和解の内容たる司法上の契約が解除されても、いったん消滅した訴訟が復活すると言う訳ではないとした。**訴訟終了効は、消えたまま戻らない**とした。

ここにあるのは、おそらく**手続保障**の観点である。

ここには**和解の解除は、和解の「無効」と異なり、和解成立後の新たな権利変動であるから、その解除原因の有無については第一審からの手続きを保障させ、独立した新たな手続きとすべき**という理解があるのである。

※訴訟終了効が失われると、訴訟が係属している状態に戻るのだから、期日を再び指定して手続きが続行させることができる。たとえば既に控訴審であるような場合、和解成立後の新たな事情たる解除原因について、審理を尽くす場を保障できなくなる可能性がある。それくらいなら端的に訴訟は終了、もう一回第一審からねといったほうがよさそうである。

3 請求の放棄・認諾

当事者の訴訟行為による訴訟終了の方法で、かつ当事者に実体的な紛争解決基準を残すものとして、**請求の放棄・認諾**という制度がある。ただし、実際に起きることはかなりまれである。

いずれも、**相手方の請求に関する主張を認めて争わない旨の期日における意思表示**と定義される。原告が行うのが請求の放棄(自己の請求には理由がないぜ…)であり、被告(原告の請求には理由があるぜ…)が行うのが請求の認諾である。

相手方の同意を要求しないので、一方当事者の意思表示として理解することができる。もっとも、訴訟上の和解も互譲要件さえ満たせばよいのであるから、「互譲」の解釈次第では、限りなく請求の認諾に近いものも和解となる。そして互譲要件は非常に緩やかに解され、文字通り何もかも「あなたの言うとおりで」と言う場合しか、放棄・認諾にはならないと解されているから、その意味では非常に限られた事例であり、統計上も非常に少ない。

似たものとの区別

①放棄・認諾と自白

民訴理論は、請求レベル(弁論主義が妥当)と、それを基礎づける事実の主張レベル(処分権主義が妥当)とを分けていたが、**放棄認諾は主張レベル、自白は事実主張のレベル**といえる。請求について認めれば、その時点で訴訟が終了して大丈夫となるのである。

②放棄・認諾と訴えの取下げ

理屈の上では大きく異なる。本案についての紛争解決基準が残らないのが取下げだが、放棄・認諾は、和解並びの効力が認められているから、**紛争解決基準を残し、それに拘束力が認められる**ことになる。

そのために、261条2項に紛争解決基準を認める利益の保護のために相手方の同意を必要としたが、放棄・認諾においてはそれは保護されるから、相手の同意要件はいらないものとされている。

要件・効果

基本的には和解と同様に考えればよい。267条も和解とパラレルに放棄・認諾を記載していることがそれを裏付ける。ここでいう「確定判決と同様の効果」については、請求の放棄認諾についても議論があるが、ここでは**制限的既判力説**が一般的に有力である。

なぜか。通説の定義は、相手方の請求に関する主張を争わない旨の期日における意思表示だから、**訴訟行為**としての一方的意思表示が想定され、そこに実体法上の効力を想定できないからである。そうだとすれば、先ほど述

べたように、理論的には拘束力をとりだすもとしての**実体法上の確定力が損なわれるため、既判力をもってこないといけないという理解がなされる**のである。

既判力否定説はここでどう考えるかも気になるが、なぜ請求の放棄認諾に拘束力が認められるかって、やはり当事者の意思に基づいていたからである。だから、**無名法律行為として請求の放棄認諾という契約が実体法上認められ、和解の拘束力と同様に拘束力が生じる**とするのである。

このように理論的な問題は残るが、実質的には和解並びの効果が認められている。このようにして、当事者たちのバックアップが図られている。

(11) 複数請求訴訟

第一審までの手続の概観は、以上で終わる。第一部では上訴は扱わないので、いくつか落穂ひろいの、全体像を話した段階で補充できる概念を補充しておきたい。具体的には、**複数請求訴訟**についてである。

すなわち、これまでは基本的に原告が1人、被告が1人、訴訟上の請求も1つ、という場合を想定して議論してきた。しかし現実には、一つの訴訟手続きで審判を求められているものが常に1つかは限らない。複数のものが審議される場合、とりわけ原告又は被告が複数存在するような場合には、それぞれが単数であった場合には生じないいくつかの問題が出てくる。これに着目して、民訴法はいくつかの手当てを置いている。

1 訴えの併合・訴えの変更・反訴

訴えの併合

【事例】Xは、Yに売った本の代金を払ってもらっていないうえ、道でたまたまYに出会ったときに思いっきり殴られた。

X————→Y①売買代金請求

X————→Y②不法行為の損害賠償請求

Xは、Yに対する①と②の請求を一つの訴訟手続で審理してもらうことが可能である。このように、複数の請求が一つの訴訟手続きで審判されることを**請求の併合**と言う。

注意すべきは、民訴の約束事は「紛争を法的に再構成した請求について判決を求める」ことであるから、判決対象はそれぞれの請求であり、それぞれの請求についてそれが成り立つのかどうか、要件事実およびその請求を排斥する事実を当事者が主張し、事実認定によって確定された事実を法的評価をあてはめて別々に判決を出すことである。したがって、**請求が複数であればそのまま主文も複数となる**。

一つの手続きで審判することがもたらすのは、**裁判所に出頭する当事者の訴訟手続きのコストを低減させる**ことである。この場合は無関係の訴訟だからメリットはそれ以上ないだろうが、場合によっては二つの請求が関連する場合がある。そのようなときには、**審理の重複を避ける**こともできる。とりわけ証拠調べ(弁論もだが)のコストが低くなるだろう。

さらに、**訴訟資料が共通になる**。その結果、相互に矛盾する判決が出ることを避けることができる。このようなメリットから、請求の併合形態は比較的緩やかに認められている。

しかし、これを無制限に認めると、かえって遅延することはありうる。たとえば片方が判決に熟したが、もう一方が決まらないときは、待たないといけないことになるからである。

こうした弊害に対処するために、一定の要件を課した上で、裁判所が対処をする。すなわち、さらに**弁論を分離**することで、共通の審理にあったものをばらしてしまうのである。実質的には弁論のみならず判決も分離されるので、**事件の分離**というべきであるが、条文上は**弁論の分離**という(152条)。

あとは、**事後判決**と言う制度もある。一部についてのみ終局判決をできるというのは、すでに確認した243条2項の規定であった。

意義と用途

①意義

併合要件が充足されると複数の審理が同一の審理手続きで処理されるが、弁論及び証拠調べが共通の機会に行われるようになり、主文は複数であるが判決も一つとなる。請求Aについての訴訟資料が、請求Bについても訴訟資料となりうるということになる。

②用途

具体的に併合が活躍するのは、次の三つの場面と言われている。

A 一つの訴えにおいて複数の請求がたてられる場合(訴えによる併合：請求の併合。136条)

B 後で請求を追加することで複数となる場合(追加的併合)

訴訟係属中にしなければならないので、訴訟内の訴えとか言ったりする。具体的には訴えの変更(143条)、選定者に係る請求の追加(144条)、中間確認の訴え(145条)、反訴(146条)がある。

※選定者に係る請求の追加

選定当事者が選定者のために請求を追加できることが144条に定められている。

※中間確認の訴え

既判力は訴訟物についてのみしか生じないから、その前提問題たる所有権などについて既判力が生じず当事者が困ることがあった。そのために、訴訟物の先決問題について判決をもらえるのだった。

※反訴

本訴の目的たる請求または攻撃防御方法と関連する請求を目的とする場合には、本訴係属の裁判所に反訴を提起することができた。

C 別個に係属中の複数の請求を併合審理する場合(口頭弁論の併合。152条)

最後に言った口頭弁論の併合は、裁判所主導で手続きの効率化を図る手続きであるものの、他は当事者に与えられたメニューだと言える。このなかでの選択は、**処分権主義**の規律に服することになる。

まあ併合することを選んでも、弁論の分離とかで介入されることはもちろんあるから、無制限ではないが。

それぞれの併合については繰り返す必要がないかもしれないが、ポイントだけ語っておこう。

136条：請求の併合

【参照】民事訴訟法第136条

数個の請求は、同種の訴訟手続きによる場合に限り、一の訴えであることができる

原始的併合ともいう。原告は、数個の請求を一つの訴えであることができる。このなかには、単純併合・予備的併合・選択的併合の3つの形態があり、この選択においては当事者の選択に裁判所は拘束される。

単純併合…順位をつけず全て審判してねというもので、残りについては順位を付ける。

予備的請求…すべての請求についての判断を認めるわけではなく、一部の請求は解除条件付きのものとなる。「①売買契約に基づく代金請求、②売買が無効な場合には不当利得返還請求」みたいな感じ。まずは主位的請求の当否が判断され、認容されたら予備的請求について判断されないのだった。

選択的併合…訴訟物理論の時に話したが、タクシー事故で損害賠償を求める時に、債務不履行と不法行為のいずれかが認められれば充分です、というような場合。どちらも他の請求が認められることが解除条件となる。単純併合の場合、一般原則に従い弁論及び証拠調べは全てのそれにつき共同で行われるが、いつでも分離可能。対して条件付きの訴えである**予備的併合では、分離が許されない**ことになる。他の訴訟の成就を解除条件とすることは、一般的に許されないからである。分離が許されないから、判決まで一緒である。分離してしまうと、判断が異なった場合(A裁判所「契約はあった」B裁判所「契約はなかった」)に条件との関係で法律関係がわけわからなくなるし。

要件は、**同種**の点とあるから、関連性は要求されていない。全く無関係であっても同一審理が認められる。弁論の分離で対処出来るからである。

143条：訴えの変更

申立事項としての請求を変更することを、**訴えの変更**と言う。申立事項としての請求は、①権利保護形式あるは訴えの種類と言う要素、②訴訟物と言う要素(②-1狭義の権利主張・②-2救済を求める範囲)からなるが、このうち何かしらでも変えれば訴えの変更である。

条文で掲げるのは143条だが、②-1を主に想定しており、これを**狭義の訴えの変更**と言うこともある。

【参照】民事訴訟法第143条1項

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

訴えの変更の許容性

冷静に考えて、**従前の手続きと違うことを、従前の手続きを利用して行う必要が果たしてあるのだろうか。**異なる訴訟物であるなら、**別訴**と言う選択肢が常にある。別訴せずに訴えを変更するときは、おそらく従前の訴訟手続きを利用したいからそうするわけだが、相手方や裁判所が許容しないことはあるのではなかろうか。そのときに、やっぱ別訴にしてね☆という規律を作るのも、まあなくはない。

※ここで相手方の許容性が問題となるのは、先の分類だと②-1なので、これが狭義に問題となるわけである。たとえば②-2については訴えの拡張とか一部放棄とかでなんとかなるし。しかしながら、当初のやりかたが不適切だったというときに、この制度は意味を持つ。誤解や調査不足だったり、最初から不適切な訴訟を提起していた場合もあるほか、目的物の滅失等の後からの事情による変更もある。これらの場合に**従前の手続きの成果を利用してつつ新たな審判を求めることができれば、本来の目的が効率的に達成できる**と言える。司法資源の有効利用にもつながる。

ただ、当初の甲請求について防御していた被告は、あらたな乙請求にも防御しなくてはならないことになるし、弁論終結直前などに変更されると錯綜をまねくことにもなる。とはいえ、このあたりは要件効果の問題で解決することができるとして、訴えの変更というものは一般に認められる。

要件・効果

いろんな種類があるが、まず覚えておくべき区分として、訴えの**交換的変更**と訴えの**追加的変更**がある。前者は従前の請求に代えて新たな請求を立てる場合。目的物滅失を理由として、返還請求から損害賠償請求に訴えの内容を変えるとか言う場合である。このとき裁判所は新たな請求について判断すればよい。対して従前の請求に加えて新たな請求を追加していく時が追加的変更である。原告のした申立がいずれに該当するのは解釈問題であるが、訴えの変更は書面手続きによる(143条2項)ので、書面の解釈問題となる。効果…請求の併合形態が生じる。

要件…①**同意**(交換的請求のみ)

なお、**交換的変更には被告の同意が必要である。**

100選33事件(昭和32年2月28日：最高裁)

交換的変更ということで旧来の請求にかえて新たな請求を立てるとき、機能的には新たな請求を追加するとともに訴えを取り下げている。取下げなので、相手方の同意がいるよねと言う判断。

やはり**従前の請求について棄却判決を得る相手方の利益を保護する**ために、ここでも同意が要件となる。

対して追加的請求の場合は、この利益が害されていないので同意は要件とならない。

要件…②**請求の基礎の同一性**

条文上「請求の基礎の同一性」が要求されている。ただ、判例法理によると、被告の同意がある場合にはこれは要求されない。究極的にはこれは被告の保護のためのルールだからである。判断をどうするか、このあたり学説は分かれるが、大きく二つのアプローチがある。

①**実体関係の重なり合いを重視**

②**訴訟資料の共通性関係性ないしは立証対象事実の重なり合いを重視**

これを累積的に適用する考え含め、どうさばくかが問題となる。訴訟手続きのなかでの処理のルールなのだから、従前の議論だと②を優先する方がそれっぽい気はする。

要件…③**著しく訴訟手続きを遅滞させない**

「著しく訴訟手続きを遅滞」させないと言う消極的な条件がかかっている。

146条：反訴

【参照】民事訴訟法第146条

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、本訴の継続する裁判所に反訴を提起することができる。ただし、次に掲げる場合は、この限りでない

一 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[管轄の合意]の規定により合意で定めたるものを除く)に属するとき

二 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

被告が新たな請求を立てる場合の手当てである。原告に追加の選択肢を与える以上、やはり被告にも与えるべきである。とはいえ、被告が追加する時というのは基本的には関連事情について判断する場合を想定すれば十分であるとして、146条が**関連性**を明確に要求する。後は代替変更と同じ。

※効果として弁論の分離が禁止されると新堂さんの教科書では読めるが、通説はそうは見ない。分離できます。

例外を認めようと言う見解あるいはルール

146条の新堂説もそうだが、ここでの問題は「**重複する訴えの禁止**」との関係である。かつて重複する訴えの禁止について、残された問題をちょっと後回しにしたが、ここで片すぜ！

X——→Y ①甲請求

X——→Y ②甲請求

基本にもどるが、このような場合は後訴は却下されるのであった。東京地裁に出してみたら相性が悪いから横浜地裁へ…とかやっちゃうと、片方が確定した段階で既判力が生じてしまい、理屈の上では矛盾した判決は出ないかもしれないが、東京で確定しても横浜地裁が知らないとか言う場合に、矛盾した判決ができるかもしれない(ねーだろ)。

それだけでなく、同一訴訟について二重の応訴の負担を課するのは適当でないし、司法資源も別の事件に使うべきと言える。よって、後から提起された訴訟をそもそも訴訟要件を欠くとして却下できるようにしたのだった。

問題となるのは、以下のような場合である。

X→Y ①債務不存在確認

X←Y ②給付の訴え

この事例では、同一債権が争われている。甲債務と甲請求権が異なるという理解もありうるが、Xが債務不存在の訴えで勝訴すると、甲債務の不存在が確定する。他方で敗訴すると、債務の不存在が「ないこと」が確定するので、すなわち訴訟法の世界では(厳密に論理的ではないが)債務の存在が確定することになるのだった。

とすると、この請求でXが勝訴するか敗訴するかで債務が存在するかないかが確定する。

対して給付の訴えにおいても、Xが勝訴するか敗訴するかで、同様に債務が存在するかないかが決まる。

既判力の対象は同じなので、権利主張されている者も同じとするのだった。すると既判力の抵触の虞が出てくると言うさっきの議論となるのである。裁判所はかさねて審理する理由があるだろうか。

だがここで、後からの訴えを却下するわけにはいかない。**給付の訴えは、確認以上の効果をもたらす**からである。

すなわち、**債務名義**を得るという意味では判決を得る利益がYにはある。

とすると裁判所は判決をするわけだが、ここで既判力ある判断との抵触の恐れや、司法資源の有効利用とのバランスをどうとるのが問題となるのだった。

100選 37事件(昭和62年7月16日：大阪高裁)

別件の訴え、本件の訴えも同じ債権について、前者は消極的存在、後者は積極的な存在を求めるもので、まさに上のような事例。ここでは反訴の形式をもつことなく独立の形式で訴えを行えば、審理判断の重複などの弊害が起きる可能性は避けられないとした。

そしてここでは、**だから反訴によれよと言う議論を展開した**。反訴にすれば、併合審理されることになる。併合審理ならば確かに先の不安はかなり解消される(矛盾した判断はない)。ということで、この場合には、当事者には反訴が強制されることになるというのである。そしてこのルールに従わず別訴を提起すると、142条違反となるとした。

ここからは、**分離禁止**のルールもデフォルトとしては現れることになるだろう。このように、一定の場合には(同一訴訟物の場合)、併合か別訴かが選択できなくなるのである。

おまけとしては、142条違反の場合、先ほどの理論からは却下となるが、あえて却下しなくても、併合されればいいのだから、裁判所が併合させればいいたろうと言うことも思われる。

なお、反訴で分離禁止とされると、両方について判断されることになるが、同じ内容の判決をしても、既判力レベルでは同じなのだから、**給付の訴えについて判決すればもう確認の訴えについて判断しなくていいのではない**かとも思われる。

100選 29事件(平成16年3月15日：最高裁)

そんなこと言ったら、前訴が債務不存在確認訴訟の場合は、反訴として給付訴訟が提起された場合には確認の利益がなくなるとしたのだった。再掲(96頁)。

例外の拡張

本来は別訴か反訴かは自由だが、上記の場合は反訴というルートに局限されることになる。ここで、他にも同じ考えが妥当するゾーンはないだろうか。判例は認めていないが、ありそうなのが 100 選 84 事件である。

100 選 84 事件(昭和 44 年 6 月 24 日 : 最高裁)

家屋の売買の有効性をめぐって争いが起きた。こうした場合、所有権を確認することに意義があるのだが、それに気づかない当事者が、X が Y にたいしての移転登記請求、Y が X に対しての明渡し請求をおこなった。それぞれ勝訴してハッピーに終わったのだが、現実には占有と登記を入れ替えただけであった。再掲(124 頁)。

この事件では争点効が議論されたが、この事件、実は一回併合されていたのに分離されていたのである。しかしこの事件で分離してしまった結果がこのままだである。もちろん訴訟物レベルでみると違う。違うのだが、**真の争点**が共通である二つの紛争が、訴訟物を異にするとはいえ**同一目的物**について生じたときに、果たして分離を認めるべきなのかということになるのである。ここで、**片方が先に係属したときに、別訴を許さず反訴によるべきだというルールが成立する可能性がある**のである。実務は採用しないが、新堂さんなどはこのようなことを想定していると思われる。

二重起訴の禁止と相殺(再論)

今、少し前に二重起訴の禁止の最大の目的を、重複する審理を回避するところに見出した。それによって、応訴負担の軽減や司法資源の有効活用などが導かれる。

判例はここで、既判力の抵触のおそれをかなり重視しているが、これを重視すると、やはり 114 条適用における「請求物の同一性」が重要となってくる。114 条については、**相殺**について既判力の特別ルールがあったことは覚えていると思うが、せつかなので相殺についても請求の併合の観点からおさらいがてら問題を概観してみよう。シンプルなのは、以下の場合である。

B——→Y ①B 請求

X——→Y ②A 請求 Y が請求への抗弁として B 請求を主張(相★殺)

B 請求を提訴した後に、B 請求を A 請求に対しての相殺の抗弁として使う場合がある。

ここで、相殺の抗弁は常には判断はされず、相殺以外の抗弁事由を尽くしても請求債権があると判断されるときにのみ、最終手段として登場するのだった。だがその分、いったん相殺が有効だと判断されると、相殺した額の**請求権の不存在について既判力が発生する**ことが想定されており、つまり、A 請求に対して B を用いて相殺できれば、その存否について既判力が生じる。

他方、それとは別に①の B 請求については主文において既判力が判断されるから、それと②における相殺の既判力の抵触が問題となるのだった。

100 選 38②事件(平成 10 年 6 月 30 日 : 最高裁)

この②事件では、このようなケースで相殺の抗弁を主張するのは、142 条(二重の起訴の禁止)の主旨に反するという判断をした。すなわち、他に係争中の債権を自働債権として、他で争っている債権と相殺することはできないとするのである。

ただここで問題となるのは、この帰結からは、142 条の法意によって**抗弁の提出が不適法却下される**ということである。そうして既判力の抵触ある判断は避けることができその利益は得られるのだが、これでみんなハッピーかというところでもない。

ここでは最初から相殺の抗弁を立てていれば相殺できたのに、そうしなかったから相殺できなくなっているわけであるが、**こいつはバカだったから相殺しなかったのではなく、それぞれ執行しあった方が得だろうと判断していたから相殺しなかった**のである。

しかし途中で、「あれ、相殺しないとヤバいな」と思ったから(たとえば、相手方が**無資力**だと、**相殺の担保的効力**を用いて優先的な債権回収を図りたい)、相殺の抗弁に変更したいとなったわけである。なのに、抗弁が不適法却下となるから、例えば**訴えの取下げ**などを行わない限り相殺はできない。しかし、訴えの取下げについては**同意**がいるところ、やすやすとは同意してもらえないだろう。

すると、訴訟法上の理由で、Y は相殺の利益と言う実体法上の利益を失うことになる。

やはり方法の強制が許されるのは、利害関係に違いがないことが前提となっている。相殺の抗弁によらなければ実体法上の保護が出来ない場合にもこのような帰結をもたらすのは不適切だとして、多くの学説は反対する。

やはり、裁判所は既判力の抵触の恐れを過度に強調しすぎている感があると思われる。別個に審理する必要がある場合にまで、少しビビりすぎているのである。

このような批判を受けて現れたのが、相殺の抗弁についての学習で登場した以下の判例だったのである。

100 選アベンディクス 12 事件(平成 18 年 4 月 14 日)

反訴が提起され、反訴提起後に相殺の抗弁をしようとした。最高裁はこの場合も分離されれば既判力が抵触されるかもしれない、とビビる。そこで、相殺の抗弁が主張された時点で反訴を**予備的反訴**にかえることができるとした。予備的反訴と言うのは相殺の抗弁について判断されない場合には反訴について判断されるよ、ということで、それによれば既判力の抵触の恐れはない。ただ、分離禁止が働くとするれば、そもそも問題は消滅するともいえる。再掲(124 頁)。

予備的反訴という操作を加えようとしたのは、**まさに相殺にはある程度の効力があり、それを求める利益を失わせてはならない、という考えがあったから**に他ならないだろう。

2 当事者の変更と当事者の確定

最後に、当事者の変更について述べていく。

複数当事者間の問題の予告

同一当事者間で複数の請求が建てられた場合についてはいまやったが、事件は常に同一当事者間でおこるわけではなく、異なる当事者間でなされる場合がある。タクシー事故の場合、一人の当事者が、運ちゃんも会社も訴えることはある。

このような場合には、審理の処理が問題となる。併合審理して訴訟資料を共通化してもいいかもしれないが、違う点があるからである。「当事者」が違くと、**Y1 が提出した資料で Y2 に影響を与えていいのか、ようするに、他人の訴訟行為のとばっちりに加わっていいのか**という話になるのである。これは第二部でやってねと言う話ですが、一応問題提起だけしておきます。

※結論から言うと、とばっちりにはならない。

当事者の変更

訴えの変更について先ほど行った。訴えの提起の時は Y と思っていたが、相手は実は Z だったときなどにも、当事者の変更が必要となる。これについても第二部でやることとなるだろう。

ただ、若干議論は今までに出てきている。Y が途中で死亡した場合などである。ここでは相続人 Z が当事者たる地位を承継すると言う形で説明したはず(**当然承継**)である。

※この制度はそれ自体は合理的である。放棄されない限りは訴訟が追行できるし。

したがって、訴訟係属中に当事者が死亡すると相続人が以後の手続きを行うとともに、訴訟上の地位をそのまま承継するから、やり直す必要がないのだった。

これに関連して一転興味深い議論が当事者の確定の際に議論されるので、せっかくだから紹介しておくことにする。すなわち、**当事者の死亡が係属前(もしくは訴え提起日)だった場合**である。このとき、普通の原告 X はそんなことはしらないから、死亡者 Y を被告として訴訟を提起してしまうことがある。

その後すぐに分かれば当事者を Z に代えて(訴状の訂正で済むと言うのが一般)新たに訴えを提起するだろうが、しばしば死亡にもかかわらず、Y 名義の訴状をもとに、Z が Y の名で訴訟を追行してしまうことがありうるのである。一番めんどくさいのが、それに気づいたときには判決が出ていた後というパターン。

100 選 6 事件(昭和 11 年 3 月 11 日 : 大審院)

死んだ Y に対して訴訟追行していた X が、Y の承継人 Z との関係で、Y との訴訟の効果を主張できるのかが問題となった。

理論的には、訴訟係属中に死んだ場合には地位の承継が起きるものの、継続する前に当事者が死んでしまえば、死んだ当事者に地位が生じ(るのかわからないが)、そのまま相続のタイミングもない以上は地位が承継されることもないだろう。

原告は自ら被告を選ぶわけだが、その意思は訴状の記載によって判断するところ、この事例では確かに Y の名が書いてあるし、そう汲み取るほかない。とすると、判決効は Y に対して生じることになる。その結果、勝訴判決

をYに対して得ても、改めてZに対して訴訟を起こさないといけないうこととなる。しかしこの事例、良く考えると**Yが死んだと知らなかったからこうなっている**のであって、Zが生きていれば最初から相手をZにしたはずである。

他方、この事案では**Zはすべて訴訟に関与しており(訴訟代理人をたてていた)、結果を引き受けても不都合とはいいにくい状況**だった。すると、XとZとの関係ではZに判決効を及ぼしてよさそうなものである。

そこで、じゃあそのための理論構成をどうやって考えるかが問題となるのである。

やはり、理屈の上では115条による既判力の拡張はZには及ばないから、Zに対して判決効を得たい場合は、筋としてはZを相手取るべく**当事者の変更**をするべきであった。

※この手あては実は明文では用意されていないので、「**任意的当事者変更**」と言う(法的当事者変更の対概念として認められている)。

実際問題、訴え提起からまもなくZが当事者だとわかったようなときは、普通当事者変更するだろう。

※まあ当事者の変更がある場合、従前の訴訟追行の結果が利用できるものの、39条により他人の訴訟追行の結果を引き受ける必要がない。しかしながら本件のような場合、訴訟係属の段階から手続き上の地位が保証されているので、例外的に従前の訴訟追行の結果を引き受けさせてもよさそうである。

本来的には以上のように当事者の変更で解決すべきなのだが、もう一度言うがYが死んだと知らなかったからこうなっているのである。判決確定後にはさすがに当事者の変更はできない。

そこで判例は、すると「あたかも当事者の変更があったかのように扱う」しかない、ということになり、今回におけるような場合は**そもそもZが当事者だったのだ、という説明をした**のである。

※この議論は、133条に記載する訴訟当事者と、115条の既判力対象たる当事者とを区別する議論と親和的である。126頁の氏名冒用訴訟の議論を踏まえてほしい。

このように、本来は当事者の変更で解決すべき問題でも、それが難しいときには当事者の確定論として扱う形で問題を解決しているのが、判例の立場である。割と柔軟な処理をしている。

100選7事件(昭和48年10月26日：最高裁)

法人のケース。Xが法人Yに対して建物の明渡し請求をしたところ、いつのまにかYはZという別の法人を作っており、建物を使っているのはZになっていたと言う事案。

Xは、知っていればZの当時者に加えていただろう。他方Zについても、法人格否認の法理を満たすような場合ならば訴訟追行を受け継がせても問題ないのではないか、という話になってくるし、実際にこの事件の場合はそのような事案であった。そうした観点から、当事者の合理的意思解釈・そして手続き保障の観点からもZに訴訟追行の結果を引き受けさせて良いと判断された。

ここでも上の100選6事件とまったく同様の議論が可能ということになる。判例は法人格否認の法理から当事者の「確定」の問題で処理したわけだが、学説には今言ったように、当事者の「変更」論からの処理でも十分ではないかというものもいる。

(12) まとめにかえて

1 制度としての民事訴訟

この講義ではいわば、**制度としての民事訴訟**に着目してきた。

個々のパーツについて話していくなかで、その個々のパーツが「全体の中で意味をもつ」ということは、分かっていただけだと思う。こういう意味での「構造」というものを見ながら、是非個々のパーツを再確認してほしい。

民事訴訟制度の到達点

訴えによって手続きは開始され、申立事項としての**請求**が判決対象となり、そこで当事者は実社会の紛争を法的な主張に再構成して定立することになる。

裁判所はその当事者の再構成した**訴訟物**について判断することになる。これは判決義務、申立事項によって画され、裁判所は必要な限りにおいて**判決**を出す。この主張は権利主張であるから、裁判所は権利の有無を判断することが想定される。近代法では、民法その他の実体法の定める要件が存在すれば、一定の法律効果が生じるのであるから、権利の主張は実体法上の法律効果の主張と言える。

となれば、**要件事実**を確認し当該法命題を適用すれば解決は与えられる。法命題は六法にあるのだから、だとすれば大事なのは要件事実の確定である。

そのためには**証拠**を提出させる必要があるが、それは**自由な心証**に基づいて判断されるとともに、そこには**弁論主義**にはじまる多種多様なルールがあった。そのなかで現行法はいわば二段階審理を行い、第一段階で主張を突き合せて争点を確定させ、主張が一致した場合には**自白**を成立させ、その事実に基づいて裁判所が判決をすることが義務付けられる他方、一致しない場合はそれが争点となり、いずれの主張が正しいのかを証拠調べの手続きをもって確かめることとなる。

こうした二段階構造はローマ法以来の民訴と言う実務の知恵の到達点と言えるが、それにより事実が確定すると、それに法をあてはめ、既判力のある判決が出される。それにより新たな関係を当事者は形成していくことになる。

到達点の評価

このような大きな枠の中で、個々のパーツについて述べてきた。

こうした制度は実質的に見ると試行錯誤の結果、ようやく到達した地点である。ある意味では歴史的な偶然の積み重ねでもある。しかし、今日の観点からすると、偶然だとしてもこの到達点にはそれなりの意味を見出すことができるだろう。ポイントは2つある。

① いわゆる法的紛争の法的解決制度である

実社会の様々な紛争を権利義務に関しての争いとして再構成することを要求している。

② 手続き保障の問題

これまたローマ法以来の試行錯誤の結果だが、適正な裁判のために手続き保障が大事なのだった。これは哲学的な問題でもあるが、様々な形で当事者が攻撃防御を尽くすための手段を保障してきたから、そのための個々のパーツには意味があるのだった。

最後に

① 民事訴訟制度は全体像を見てはじめて部分を理解できる。

全体像のためにいろいろ話したけど、その全体像はまだ完成していない。共同訴訟や当事者の交替の外、上訴制度や広い権利実現制度としての執行手続きも確認していない。そのような授業は第二部で展開されるので、是非確認してほしいところである。

② 現行法を理解するために、現在の議論をかなり抽象化・モデル化して話してきた。

細部まで含めると、実務にはなお問題点が散見される。これらはなお試行錯誤の真っ最中であり、将来の努力の対象である。良き制度のために、教官は今いる法学徒に期待しているとのことである。

かつ民主主義の現代では、それはおそらく可能である。より良き制度のために、この25番教室に集う学生らが、将来にわたって何らかの力を発揮していくことを、心から願っていますとのことだった。

講義内容は以上