

## 序章 答案の書き方 p1~2

1. 民事訴訟法で書くべき一般論の範囲 p1~3
2. 判例の使い方 p3~4
3. 要件事実 p4

## 第1章 裁判所

### 第1節. 法律上の争訟 p5

[論点1] 宗教問題 (最判 S55.1.11・百1等)

### 第2節. 管轄 p6~7

[論点1] 管轄の合意の解釈

[論点2] 管轄違いによる合意管轄裁判所への移送の制限

[論点3] 管轄選択権の濫用 (札幌高決 S41.9.19・百A2)

[論点4] 裁量移送の相当性判断 (最決 H20.7.18・百3)

## 第2章 当事者

### 第1節. 当事者の確定 p9~12

[論点1] 当事者の確定

[論点2] 氏名冒用訴訟

・判決効は被冒用者に及ぶか (大判 S10.10.18・百5)

・再審の訴え

・再審の訴え以外の救済方法 (最判 H22.4.13・H22 重判3)

[論点3] 死者名義訴訟 (大判 S11.3.11・百6、最判 S51.3.15)

[論点4] 法人格の同一性 (最判 S48.10.26・百7)

[論点5] 表示の訂正 (大阪地判 S29.6.26・百A3)

### 第2節. 当事者能力 p13~16

[論点1] 権利能力なき社団 (最判 S42.10.19・百8)

[論点2] 民法上の組合の当事者能力 (最判 S37.12.18・百9)

・民法上の組合にも29条を適用することができるか

・組合員への判決効の拡張

[論点3] 権利能力なき社団 (任意的訴訟担当として構成) (最判 S47.6.2)

[論点4] 権利能力なき社団 (解釈による法定訴訟担当として構成) (最判 H26.2.27・百10)

[論点5] 入会団体 (判 H6.5.31・百11)

### 第3節. 当事者適格 p17~29

#### 1. 法定訴訟担当 p17~28

##### (1) 担当者のための法定訴訟担当 p17~26

[論点1] 債権者代位訴訟における代位債権者の原告適格

[論点2] 債権者代位訴訟における債務者の参加 (最判 S48.4.24・百108)

・独立当事者参加

・共同訴訟参加

[論点3] 債権者代位訴訟における他の債権者の参加

・独立当事者参加

- ・共同訴訟参加

[論点 4] 詐害行為取消訴訟における債務者の参加

- ・共同訴訟参加
- ・独立当事者参加
- ・共同訴訟的補助参加
- ・通常の補助参加

[論点 5] 詐害行為取消訴訟における他の債権者の参加

- ・共同訴訟参加
- ・独立当事者参加
- ・通常の補助参加・共同訴訟的補助参加
- ・別訴提起

## (2) 権利義務の帰属主体のための法定訴訟担当 p26～28

[論点 6] 遺言執行者の当事者適格 (最判 S51.7.19・百 12 等)

- (論証 1) 遺贈目的物についての管理処分権に基づく法定訴訟担当 (最判 S31.9.28 等)
- (論証 2) 遺言無効確認の訴え (最判 S51.7.1.19・百 12)
- (論証 3) 受遺者の相続人に対する移転登記手続請求権 (最判 S43.5.31)
- (論証 4) 相続人の受遺者に対する抹消登記手続請求 (最判 S51.7.19・百 12)
- (論証 5) 「相続させる」旨の遺言がされた不動産の賃借権確認訴訟 (最判 H10.2.27)

[論点 7] 相続財産管理人の当事者適格 (最判 S47.11.9・百 A5)

## 2. 任意的訴訟担当 p28

[論点 8] 明文なき任意的訴訟担当 (最大判 S45.11.11・百 13)

## 3. その他の論点 p28～29

[論点 9] 法人の内部紛争

- (論証 1) 宗教法人の代表役員の地位の不存在確認訴訟における原告適格 (最判 H7.2.21・百 14)
- (論証 2) 法人の理事者たる地位の存否の確認訴訟における被告適格 (最判 S44.7.10・百 15)

## 第 4 節. 訴訟能力 p30～31

[論点 1] 訴訟能力を欠く場合の措置

- (論証 1) 訴訟能力の欠缺を理由とする却下判決に対する上訴
- (論証 2) 訴訟無能力を看過して下された本案判決に対する上訴・再審
- (論証 3) 訴訟能力の欠缺を看過して下された本案判決に対する請求異議の訴え・執行文付与に対する異議の訴え
- (論証 4) 訴訟の成立後に訴訟能力の欠缺が生じた場合

[論点 2] 意思無能力状態での訴訟行為 (最判 S29.6.11・百 16)

[論点 3] 離婚訴訟の特別代理人 (最判 S33.7.25・百 17)

## 第 5 節. 弁論能力 p31

## 第 6 節. 訴訟上の代理 p32～33

[論点 1] 訴訟上の代理人の和解権限の範囲 (最判 S38.2.21・百 19)

[論点 2] 顕名なき訴訟代理

[論点 3] 弁護士代理の原則に違反する訴訟行為の効力

[論点 4] 法人の代表権と表見代理 (最判 S45.12.15・百 18)

## 第 7 節. 選定当事者 p34

[論点 1] 選定当事者の和解権限 (最判 S43.8.27・百 A4)

### 第3章 訴えの提起

#### 第1節 訴えの概念 p35

#### 第2節 広義の請求の特定 p35

[判例1] 債権額が明らかでない訴状による訴えの適法性 (最判 S27.12.25)

#### 第3節 訴訟物 p35～36

[論点1] 訴訟物理論

#### 第4節 訴えの類型 p37～45

##### 1. 現在の給付の訴え p37～38

[論点1] 抹消登記手続請求において抹消登記の実行可能性がない場合 (最判 S41.3.18・百21)

[論点2] 建物収去土地明渡請求訴訟

##### 2. 将来の給付の訴え p38～39

[論点1] 継続的不法行為に基づき将来生ずべき損害賠償請求権 (最判 S56.12.16・百22)

##### 3. 確認の訴え p39～43

[論点1] 証書真否確認の訴え

[論点2] 遺言無効確認の訴え (最判 S47.2.15・百23)

[論点3] 遺産確認の訴え (最判 S61.3.13・百24)

- ・過去・現在いずれの法律関係を確認対象としているか
- ・共有持分確認の訴えとの関係

[論点4] 法人の理事会の決議の効力を争う訴え (最判 S47.11.9・百A10)

[論点5] 子の死亡後の親子関係確認の利益 (最判 S45.7.15・百A9)

[論点6] 具体的相続分確認の訴え (最判 H12.2.24・百25)

[論点7] 遺言者の生存中における遺言無効確認の訴え (最判 H11.6.11・百26)

[論点8] 敷金返還請求権の確認の訴え (最判 H11.1.21・百27)

[論点9] 将来の雇用者たる地位の確認 (東京地判 H19.3.26・百28)

- ・確認対象の適否
- ・即時確定の利益

##### 4. 形成の訴え p43

[論点1] 選任された役員がすでに全員退任している場合 (最判 S45.4.2・百30)

##### 5. 形式的形成訴訟 p43～45

[論点1] 境界確定の訴え

(論証1) 形式的形成訴訟 (最判 S43.2.22・百35)

(論証2) 当事者適格 (最判 H7.3.7、最判 S58.10.18、最判 H7.7.1)

#### 第5節 訴訟要件 p46～47

[論点1] 訴訟要件の審理を尽くさない請求棄却判決 (大判 S10.12.17)

[論点2] 訴訟要件の審理

(論証1) 審理の開始

(論証2) 資料収集

[論点3] 訴訟判決の既判力

(論証1) 既判力の有無

(論証2) 既判力の客観的範囲

#### 第6節 重複起訴の禁止 p48～53

1. 重複起訴禁止の規律内容 p48
2. 反訴・独立当事者参加 p48～49
3. 重複起訴を看過して下された判決 p49～50
4. 論点 p50～53

[論点 1] 主要な争点が共通するにとどまる場合

[論点 2] 債務不存在確認訴訟と手形訴訟（大阪高判 S62.7.16・百 37）

[論点 3] 相殺の抗弁（1）抗弁先行型

[論点 4] 相殺の抗弁（2）抗弁後行型（訴え先行型）（最判 H3.12.17・百 37①）

[論点 5] 相殺の抗弁（3）明示の一部請求と相殺の抗弁（最判 H10.6.30・百 38）

[論点 6] 相殺の抗弁（4）一部請求の棄却判決確定後に、後訴において債権の残部を相殺の抗弁に供することの可否  
（最判 H10.6.30・百 38 の園部裁判官補足意見）

[論点 7] 相殺の抗弁（5）反訴請求債権を本訴において相殺の抗弁に供することの可否（最判 H18.4.14・百 A11）

[論点 8] 相殺の抗弁（6）本訴請求債権を反訴請求に対する相殺の抗弁に供することの可否（最判 R2.9.11）

#### 第7節. 時効の更新・完成猶予 p54～55

[論点 1] 明示の一部請求による残部請求の消滅時効の更新・完成猶予（最判 H25.6.6・H25 重判 1）

（論証 1）時効更新

（論証 2）時効完成猶予

### 第4章 訴訟手続の進行

#### 第1節. 職権進行主義 p57

#### 第2節. 期日・期間・送達 p57～59

[論点 1] 付郵便送達（最判 H10.9.10・百 39）

[論点 2] 補充送達として、受送達者と事実上の利害関係のある同居人等に対して書類が交付された場合（最判 H19.3.20・百 40）

- ・受送達者と事実上の利害関係の対立のある同居人等に対して書類が交付された場合における補充送達の効力
- ・受送達者の手続関与の機会を欠く場合における再審事由

[論点 3] 公示送達の不知と追完（最判 S42.2.24・百 A12）

### 第5章 口頭弁論とその準備

#### 第1節. 口頭弁論の必要性・基本原則 p61

口頭弁論中心主義／必要的口頭弁論の原則／口頭弁論の基本原則

#### 第2節. 口頭弁論の実施 p61～62

[論点 1] 弁論の再開が義務付けられる場合（最判 S56.9.24・百 41）

[論点 2] 併合前の証拠調べの結果の取り扱い

- ・証人尋問（最判 S41.4.12）
- ・書証

#### 第3節. 攻撃防御方法の提出時期 p62～64

1. 「時期に遅れて」 p62

2. 「故意又は重大な過失」 p62～63

[論点 1] 弁論準備手続終了後の新たな攻撃防御方法の提出

3. 「訴訟の完結を遅延させる」 p63～64

[論点 2] 建物買取請求権の行使（最判 S45.4.23・百 45）

- ・「悪意又は重大な過失」
- ・「訴訟の完結を遅延させる」

## 第6章 弁論主義

### 1. 総論 p65

[論点1] 弁論主義の根拠と機能の関係

### 2. 弁論主義の内容 p65～66

[論点2] 主張共通の原則（最判 H9.7.17・百50）

[論点3] 訴訟資料と証拠資料の峻別

[論点4] 証拠共通の原則

### 3. 判決をすることの可否・判決の基礎とすることの可否 p66～67

### 4. 弁論主義第1テーゼの問題類型 p67～68

### 5. 弁論主義第1テーゼに関する論点 p68～72

[論点5] 主要事実の捉え方

[論点6] 弁論主義は間接事実にも適用されるか

[論点7] 相続による特定財産の取得の要件事実（最判 S55.2.7・百46）

[論点8] 代理人による契約締結（最判 S33.7.8・百48）

[論点9] 別口債務への弁済（最判 S46.6.29・百A15）

[論点10] 事後的な所有権喪失原因（最判 S41.4.12・百A16）

[論点11] 公序良俗違反（最判 S36.4.27・百48）

[論点12] 間接反証事実（大判 T5.12.23・百49）

[論点13] 権利抗弁と事実抗弁の区別（最判 S27.11.27・百51）

[論点14] 職権による過失相殺

（論証1）過失相殺の主張の要否（権利抗弁か否か）（最判 S43.12.24・百A17）

（論証2）「過失」を基礎づける事実の主張の要否

[論点15] 主張事実と認定事実との細部の不一致

[論点16] 主張の解釈の限界（最判 S27.11.27、最判 S26.2.22、最判 S45.6.24）

### 6. 釈明権・釈明義務 p73～75

[論点17] 請求原因の変更を示唆する釈明（最判 S45.6.11・百52）

[論点18] 不意打ち防止のための釈明義務（最判 S39.6.26・百53）

[論点19] 釈明義務違反を理由とする控訴・上告

[論点20] 行き過ぎた釈明権の行使が違法となる場合

[論点21] 法的観点指摘義務（名古屋高判 S52.3.28）

## 第7章 訴訟行為

### 第1節 総論 p77～78

[論点1] 仮定的主張についての審理・判断の順序（東京地判 H22.7.27）

[論点2] 訴訟行為に対する私法規定の適用可能性（最判 S46.6.2）

### 第2節 訴訟上の合意 p79

[論点1] 訴訟上の合意の有効性

[論点2] 訴訟上の合意の法的性質

### 第3節 訴訟における形成権の行使 p80～81

[論点1] 訴訟における形成権の行使

[論点2] 訴訟上の反対相殺 (最判 H10.4.30・百44)

- ・ 訴訟上の反対相殺
- ・ 訴訟外における反対相殺

### 第4節 訴訟上の信義則 p82～83

1. 訴訟上の権能の濫用の禁止 p82

[論点1] 有限会社の社員総会決議不存在確認訴訟における訴権の濫用 (最判 S53.7.10・百31)

2. 訴訟上の禁反言 p82～83

[論点2] 訴訟上の信義則による攻撃防御方法の提出の制限 (最判 S51.3.23・百42)

3. 訴訟上の権能の失効 p83

4. 訴訟状態の不当形成の排除 p83

## 第8章 証拠

### 第1節 証拠調べ p85～89

1. 証拠 p85

2. 照明の意義 p85

3. 証拠の申出

[論点1] 唯一の証拠方法の申出の採否 (大判 M33.6.30)

4. 書証 p85～89

(1) 文書の証拠力 p85～87

[論点2] 処分証書に関する二段の推定

- ・ 文書の成立の真正を証明する必要性
- ・ 処分証書の意義
- ・ 二段の推定 (228条4項)

[図解] 通謀虚偽表示の主張の位置づけ

(2) 文書提出命令 p87～89

[論点3] 利益文書の意義

[論点4] 「職業の秘密」 (最決 H18.10.3・百67)

[論点5] 金融機関が保有する顧客情報 (最判 H19.12.11・H20重判3)

[論点6] 自己利用文書 (最決 H11.11.12・百69、最決 H12.12.14)

### 第2節 自由心証主義 p90

### 第3節 証明責任 p90～91

[論点1] 証明責任の分配基準

[論点2] 虚偽表示における第三者の善意

[論点3] 背信行為と認めるに足りない特段の事情 (最判 S41.1.27・百64)

[論点4] 間接反証事実

### 第4節 証明を要しない事実 p92～99

1. 裁判上の自白 p92～98

[論点1] 裁判外の自白など

[論点2] 審判排除効と撤回禁止効の関係

[論点 3] 証明不要効と審判排除効の関係

[論点 4] 間接事実の自白

[論点 5] 制限付き自白・理由付否認・仮定抗弁

[論点 6] 自己に不利益な事実

[論点 7] 文書の成立の真正についての自白

[論点 8] 債権譲渡を推認する家屋売買の事実 (最判 S41.9.22・百 54)

[論点 9] 権利自白

[論点 10] 自白の撤回

- ・相手方の同意 (大判 T4.9.29・百 56)
- ・刑事上罰すべき他人の行為による自白の惹起 (最判 S36.10.5)
- ・錯誤 (最判 S25.7.11)

[論点 11] 自白成立後に訴えの変更や反訴により係争利益が変化した場合における、自白の撤回の可否 (旧司法試験昭和 61 年第 2 問)

## 2. 擬制自白 p98~99

[論点 12] 弁論の全趣旨により擬制自白の成立が否定される場合 (最判 S43.3.28・百 A19)

[論点 13] 自己が証明責任を負う事実についての擬制自白の成否

## 3. 顕著な事実 p99

# 第 9 章 裁判によらない訴訟の終了

## 第 1 節. 訴えの取下げ p101

[論点 1] 本案判決後の訴え取下げによる再訴禁止効 (最判 S52.7.19・百 A29)

## 第 2 節. 請求の放棄・認諾 p101~102

[論点 1] 1 つの可分的請求の一部についての放棄・認諾

[論点 2] 請求の放棄の手續

[論点 3] 請求の放棄・認諾の既判力

## 第 3 節. 訴訟上の和解 p102~103

[論点 1] 訴訟上の和解と適法な訴訟係属

[論点 2] 訴訟上の和解の既判力 (最判 S33.6.14・百 93)

[論点 3] 和解契約の解除と訴訟の終了 (最判 S43.2.15・百 94)

# 第 10 章 処分権主義 p105~111

## 1. 意義 p105

## 2. 根拠・機能 p105

## 3. 論点 p105~111

[論点 1] 質的な一部認容の限界

[論点 2] 法定解除と合意解除 (最判 S32.12.24)

- ・弁論主義
- ・処分権主義

[論点 3] 損害賠償請求訴訟における損害費目についての請求逸脱認定 (最判 S48.4.5・百 74)

- ・処分権主義
- ・弁論主義

[論点4] 引換え給付判決

- (論証1) 原告が無条件の建物の明渡しだけを請求している場合に、立退料の支払との引換え給付判決をすることが許容されるか (最判 S46.11.25・百75)
- (論証2) 引換給付請求に対する無条件での明渡しの判決
- (論証3) 原告の申出額を超える立退料の支払いとの引換えに明渡しを命じる判決
- (論証4) 引換給付判決の立退料支払い部分についての既判力

[論点5] 一部請求

- (論証1) 一部請求の肯否 (最判 S32.12.13・百A38)
- (論証2) 一部請求と過失相殺 (最判 S48.4.5・百74、最判 H6.11.22・百113)
- (論証3) 一部請求と相殺の抗弁

[論点6] 債務不存在確認の訴え (最判 S40.9.17・百76)

- (論証1) 債務の上限を示さないでする一部不存在確認請求における請求の特定の有無 (最判 S40.9.17・百76)
- (論証2) 債務の存否に関する主張立証責任
- (論証3) 全部債務不存在確認訴訟・債務の上限を示してする一部債務不存在確認訴訟において、裁判所が原告の自認額を超えて債務が存在すると判断した場合 (最判 S40.9.17・百76)
- (論証4) 債務の上限額を示さないでする債務の一部不存在確認訴訟において、裁判所が原告の自認額を超えて債務が存在すると判断した場合 (最判 S40.9.17・百76)
- (論証5) 債務の上限額を示さないでする債務の一部不存在確認訴訟において、裁判所が原告の自認額よりも債務が少ないと判断した場合

## 第11章 既判力

### 第1節. 総論 p113～115

- 1. 既判力の本質・根拠 p113
  - [論点1] 既判力の本質
  - [論点2] 既判力の根拠
- 2. 既判力による遮断を検討する際の確認事項 113～115

### 第2節. 既判力の作用 p116～119

- 1. 消極的作用・積極的作用 p116
- 2. 既判力が作用する場面 p116～118
  - [例1] 所有権確認請求
  - [例2] 不当利得返還請求
  - [例3] 判決の騙取としての不法行為に基づく損害賠償請求権
  - [例4] 前訴の訴訟物が後訴の抗弁に位置づけられる場合
  - [例5] 明示的一部請求の訴訟物と残部請求の訴訟物の関係
- 3. 既判力が作用する場面に関する補足 p119

### 第3節. 既判力の時的限界 p120～123

- 1. 既判力の基準時 p120
  - [論点1] 既判力の基準時
- 2. 後訴で遮断される主張 p120
- 3. 論点 p120～123
  - [論点2] 期待可能性による調整



[論点 3] 基準時に成立していた取消権 (最判 S55.10.23・百 77)

[論点 4] 基準時に発生していた解除権

[論点 5] 基準時に相殺適状にあった相殺権 (最判 S40.4.2)

[論点 6] 基準時後の建物買取請求権の行使 (最判 H7.12.15・百 78)

[論点 7] 基準時後の白地手形補充権の行使 (最判 S57.3.30・百 A26)

[論点 8] 基準時後の後遺症悪化 (最判 S42.7.18・百 82)

[論点 9] 基準時後の地下高騰 (最判 S61.7.17・百 83)

#### 第4節. 既判力の客観的範囲 p124～131

##### 1. 原則 p124～125

[論点 1] 明示の一部請求の棄却判決確定後の残部請求 (最判 H10.6.12・百 80)

[論点 2] 債務の一部不存在確認訴訟の棄却判決確定後に、自認額の不存在の確認訴訟を提起することの可否

[論点 3] 債務の性質決定についての既判力 (最判 S32.6.7・百 81)

##### 2. 相殺の抗弁 p125～127

[論点 4] 114条2項に基づく既判力の生じ方

##### 3. 争点効 p127～128

[論点 5] 争点効の肯否 (最判 S44.6.24・百 84)

##### 4. 既判力に準ずる効力 p128～130

[論点 6] 既判力に準ずる効力の肯否 (最判 S49.4.26・百 85)

(論証 1) 既判力に準ずる効力

(論証 2) 限定承認の存在及び効力 (最判 S49.4.26・百 85)

(論証 3) 建物収去土地明渡請求における認容判決の「建物退去」の部分

(論証 4) 引換給付判決における引換給付部分

##### 5. 既判力の客観的範囲の縮小 p130～131

[論点 7] 信義則による既判力の客観的範囲の縮小 (最判 H9.3.14・百 A27)

##### 6. 信義則 p131

#### 第5節. 既判力の主観的範囲 p132～139

##### 1. 既判力の相対性の原則 p132

##### 2. 訴訟担当における被担当者 p132～133

[論点 1] 債権者代位訴訟において当事者適格の不存在を看過して下された請求棄却判決 (大阪地判 S45.5.28・百 [4版] 88)

##### 3. 口頭弁論終結後の承継人 p133～135

[論点 2] 「承継人」の意味

[論点 3] 敗訴当事者の承継人が固有の攻撃防御方法を有している場合 (最判 S48.6.21・百 87)

##### 4. 請求の目的物の所持者 p135～136

[論点 4] 仮装登記名義人に対する 115条1項4号の類推適用 (大阪高判 S46.4.8・百 A28)

##### 5. 法人格避否認の法理 p136～137

[論点 5] 法人格否認の法理による既判力・執行力の拡張 (最判 S53.9.14・百 88)

[論点 6] 第三者異議の訴え (最判 H17.7.15)

##### 6. 反射効 p137～139

[論点 7] 反射効の要件

[論点 8] 反射効の援用が確定判決の既判力の遮断効に抵触する場合 (最判 S51.10.21・百 90)

[論点 9] 連帯債務者間での反射効 (最判 S53.3.23・百 89)

## 第12章 請求の客観的併合

### 第1節 訴えの客観的併合 p141～142

1. 単純併合 p141
2. 選択的併合 p141
3. 予備的併合 p141～142

[論点1] 主位的請求認容判決に対して控訴された場合

[論点2] 予備的請求認容判決に対して被告のみが控訴した場合 (最判 S58.3.22・百111)

### 第2節 訴えの変更 p143～144

[論点1] 「請求の基礎」の同一性 (最判 S27.12.25、最判 S39.7.10)

[論点2] 訴えの交換的変更 (最判 S32.2.28・百33)

[論点3] 書面性 (最判 S35.5.24)

[論点4] 控訴審における訴えの変更についての302条2項の適用の有無

### 第3節 反訴 p145

1. 意義
2. 本訴請求と反訴請求の関連性
3. 審理の仕方
4. 控訴審での反訴提起

[論点1] 控訴審での反訴について反訴被告の同意等が不要とされる場合

### 第4節 中間確認の訴え p145～146

## 第13章 多数当事者訴訟

### 第1節 共同訴訟 p147～155

#### 1. 通常共同訴訟 p147～148

[論点1] 主張共通の原則 (最判 S43.9.12・百95)

[論点2] 証拠共通の原則

#### 2. 同時審判申出共同訴訟 p148～150

[論点1] Yが自分名義で契約をしたのか他者の代理人として契約をしたのかが争われている事案 (平成30年予備試験設問1)

[論点2] 控訴審における両負け防止の可能性 (平成24年司法試験設問3)

[論点3] 訴えの主観的予備的併合

#### 3. 必要的共同訴訟 p150～154

##### (1) 意義 p150

##### (2) 固有必要的共同訴訟 p150～153

[論点1] 固有必要的共同訴訟と通常共同訴訟の区別の判断基準

[論点2] 共有関係

(論証1) 不実の持分移転登記の抹消登記手続請求 (最判 H15.7.11・百98)

(論証2) 共同相続人に対する建物収去土地明渡請求 (最判 S43.3.15・百99)

(論証3) 共同相続人間における遺産確認の訴え (最判 H元3.28・百10)

[論点3] 入会権確認の訴え (最判 H20.7.17・百97)

- ・ 固有必要的共同訴訟であること
- ・ 入会団の構成員の一部に提訴同調者がいる場合
- ・ 提訴非同調者・第三者間に入会権の存在についての判決主文中の判断の拘束を及ぼす方法

・入会権確認訴訟の提起後、新たな構成員が現れた場合

(3) 類似必要的共同訴訟 p153

[論点 4] 類似必要的共同訴訟の共同訴訟人の一部のみが上訴した場合 (最判 H12.7.7・百 112)

(4) 必要的共同訴訟における審判の特則 p153～154

[論点 5] 取締役解任の訴えにおける 40 条 1 項の例外 (司法試験平成 20 年設問 4)

4. 訴えの主観的追加的併合 p154～156

[論点 1] 原告による訴えの主観的追加的併合 (最判 S62.7.17・百 96)

[過去問] 過去問で出題された事案

- ・平成 20 年司法試験設問 3
- ・平成 28 年司法試験設問 1 改題
- ・平成 30 年司法試験設問 1 改題

第 2 節. 訴訟参加 p157～163

1. 補助参加 p157～159

[論点 1] 補助参加の利益

[具体例] ①②③の典型例

- ・① - 1 保証債務履行請求訴訟の保証人側に債務者が参加する場合
- ・① - 2 他人物売主が所有者・買主間の訴訟の買主側に参加する場合
- ・② - 1 債権者・債務者間の給付訴訟の債務者側に保証人が参加する場合
- ・② - 2 売買代金支払請求訴訟の被告側に被告が買主であると主張する第三者が参加する場合
- ・③ 同一事故の被害者の 1 人の損害賠償請求訴訟の被害者側に他の被害者が参加する場合

[論点 2] 「効力」の性質・範囲 (最判 S45.10.22・百 103)

[論点 3] 「効力」の主観的範囲

2. 共同訴訟的補助参加 p160

3. 訴訟告知 p160

4. 独立当事者参加 p160～162

(1) 詐害防止参加 p160

[論点 1] 詐害防止参加の要件

(2) 権利主張参加 p160～161

[論点 2] 権利主張参加の要件

(3) 独立当事者参加訴訟の審判 p161～162

[論点 3] 独立当事者参加における敗訴者の 1 人のみによる上訴 (最判 S48.7.20・百 106)

(4) 二当事者訴訟への還元

5. 共同訴訟参加 p162～163

第 1 4 章 当事者の交替

第 1 節. 任意的当事者変更 p165

[論点 1] 任意的当事者変更の性質・手続

[論点 2] 訴訟状態帰属効

第 2 節. 訴訟承継 p166～168

1. 当然承継 p166

2. 参加承継・引受承継 p166～168

- [論点 1] 承継人の範囲（最判 S41.3.22・百 109）
- [論点 2] 引受承継における申立人による引受人に対する請求の定立の要否
- [論点 3] 権利譲渡人からの引受申立て（東京高決 S54.9.28・百 A36）
- [論点 4] 引受決定後に「承継」の事実の不存在が判明した場合
- [論点 5] 訴訟状態帰属効

## 第 15 章 上訴・再審

### 第 1 節. 上訴 p169～172

#### 1. 上訴の利益 p169～170

[論点 1] 上訴の利益の判断基準

- ・旧実体的不服説
- ・形式的不服説
- ・新実体的不服説

[論点 2] 附帯控訴と請求の拡張

- ・控訴（281 条 1 項本文）
- ・附帯控訴（293 条）

#### 2. 控訴審の審判の範囲 p170～172

[論点 3] 不利益変更の禁止（1）相殺の抗弁（最判 S61.9.4・百 112）

[論点 4] 不利益変更の禁止（2）一部請求と相殺の抗弁（最判 H6.11.22・百 113）

### 第 2 節. 再審 p173～174

[論点 1] 訴状の補充送達が無効である場合（最判 H4.9.10・百 116）

[論点 2] 再審の訴えの原告適格（最判 S46.6.3・百 117）

[論点 3] 第三者による再審の訴え（最決 H25.11.21・百 118）

## 第 1 1 章 既判力

### 第 1 節 総論

A 総まくり 145~146 頁

#### 1. 既判力の本質・根拠

B

既判力とは、確定判決の判断に与えられる通用性ないし拘束力をいう。

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

##### 〔論点 1〕 既判力の本質

B

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

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

##### 〔論点 2〕 既判力の根拠

A

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

#### 2. 既判力による遮断を検討する際の確認事項

A

事案により、①～⑤について、どの順序で問題とするのかが変わり得る。

後訴での再度の審理・判断の制限が問題となっている事案では、①・②・③・⑤で考える

##### ①既判力の客観的範囲

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

##### ②既判力が後訴に作用するか

➡既判力が生じている前訴確定判決の判断内容と矛盾抵触する主張が排斥されるのは、既判力が作用する後訴に限られる。逆にいうと、既判力が作用しない後訴では、既判力が生じている前訴確定判決の判断内容と矛盾抵触する主張は、既判力によっては遮断されない。

##### ③既判力が作用する後訴において遮断される主張

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

114 条 1 項に基づく既判力を念頭に置いた説明

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

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

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

#### ④既判力の時的限界

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

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

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

#### ⑤既判力の主観的範囲（115条1項各号）

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

#### 〔②・④の具体例〕

(事案)

甲土地の土地所有権確認請求 (○)

X → Y

基準時：H30.3/1

土地所有権侵害を理由とする損害賠償請求

X → Y

請求原因：H28.3/1～H29.3/1におけるXの甲土地

所有及びYの不法占拠

(解説)

前訴判決により、前訴基準時（平成30年3月1日）におけるXの甲土

114条1項に基づく既判力を念頭に置いた説明

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

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

地の所有権の存在について既判力が生じている（114条1項）。

後訴は、「他人の権利…侵害」を基礎づけるものとして X の甲土地の所有権の存在を請求原因の1つとするものだから、前訴の訴訟物である X の甲土地の所有権を前提問題にするものである。したがって、前訴訴訟物と後訴訴訟物とが先決関係にあるといえるから、前訴判決の既判力が後訴に作用する。

もっとも、前訴判決の既判力は、前訴基準時である平成30年3月1日における X の甲土地の所有権の存在を確定するにとどまり、それよりも前の時点である平成28年3月1日から平成29年3月1日の間における X の甲土地の所有権の存在まで確定するものではない。

したがって、Y が、後訴において平成28年3月1日から平成29年3月1日までの間における X の甲土地の所有権の存在を否認することは、前訴判決の既判力が生じている判断と矛盾するものではないから、既判力によって遮断されない。

## 第2節 既判力の作用

### 1. 消極的作用・積極的作用

#### (1) 消極的作用

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

#### (2) 積極的作用

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

### 2. 既判力が作用する場面

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

#### (1) 同一関係

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

#### (2) 先決関係

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

#### (3) 矛盾関係

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

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

#### (4) 具体的事例

##### [例1] 所有権確認請求

XのYに対する甲土地の所有権確認請求 ○

YのXに対する甲土地の所有権確認請求

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

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

##### [例2] 不当利得返還請求

XのYに対する貸金返還請求 ○

YのXに対する不当利得返還請求（敗訴判決に従い支払った金銭の返還）

不当利得返還請求権の内容は原物返還を原則とするから、後訴で返還が求

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

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

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



められている金銭は、前訴の請求客体である貸金と同一物であると評価される。そうすると、前訴の訴訟物と後訴の訴訟物の間には、同一物に関する行ったり来たりの正反対の請求という意味で、矛盾関係が認められる。

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

**〔例 3〕 判決の騙取としての不法行為に基づく損害賠償請求権**

XのYに対する貸金返還請求 ○

YのXに対する支払った貸金相当額の損害の賠償請求（不法行為責任）

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

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

（補足）

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

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

したがって、前诉被告が前訴の訴訟物である給付請求権の不存在自体を後

最判 H10.9.10・百 39・論証集 55 頁

〔論点 1〕

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

訴の請求原因として構成しているため先決関係を認めることができるかどうか、会話文で既判力の作用を認める方向で論じるように指示があるなどの事情がない限り、①を否定した上で、②を論じることになる。

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

**〔例4〕 前訴の訴訟物が後訴の抗弁に位置づけられる場合**

XのYに対する甲建物の賃借権確認請求 ○

YのXに対する甲建物の所有権に基づく甲建物の明渡請求

まず、後訴では、前訴の訴訟物である甲建物の賃借権の存在が、占有権原の抗弁として主張されることが予想されるという意味で、前訴の訴訟物が後訴の前提問題となるとして、先決関係を認めることができる。<sup>3)</sup>

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

**〔例5〕 明示的一部請求の訴訟物と残部請求の訴訟物の関係**

XのYに対する売買代金の一部（150万円／400万円）の支払請求 ○

XのYに対する売買代金の残部（250万円／400万円）の支払請求

まず、一部請求に関する明示説からは、前訴の訴訟物は、代金400万円のうち明示された150万円の代金支払請求権に限定される。そうすると、前訴の訴訟物は、後訴の訴訟物である残代金250万円の代金支払請求権と同一性を有しないから、同一関係にない。また、矛盾関係にもない。

次に、両者は同一の売買契約に基づくものであるものの、後訴の訴訟物で前提問題とされるのは、売買契約の締結等の判決理由中の判断事項であり、前訴の訴訟物ではない。したがって、先決関係もない。<sup>4)</sup>

<sup>3)</sup> 司法試験平成22年設問4では、前訴の訴訟物が後訴の抗弁・再抗弁で審理されるという場合についても、先決関係が認められている。

<sup>4)</sup> もっとも、後訴においてYが売買契約の締結等について争うことは、争点効や信義則により制限される余地がある。

### 3. 既判力が作用する場面に関する補足

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

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

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

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

①は比較の対象、②は比較の基準（視点）である。