


はじめに

1 学生から受ける頻出質問から作られた本

本書は、「民事訴訟法」の講義において学生たちから受けた頻出の質問と、それに対する回答を集めたようなもので、いわば“民事訴訟法のFAQ”です。

あ、そうか、学生諸君はこうした基本的なところでもつまづくのか、という大学教師としての「気づき」、よく勉強した学生がいろいろな学説を学んだ上でなお生じる疑問をぶつけてきて、改めて考え直したところで、あ、そうか、こういうふうに考えるべきだったのか、という研究者としての「気づき」、いろいろな気づきが盛り込まれています。Introductionでは、なるべく学生諸君の「つまづき」を拾い上げ、「気づき」へとつなげるような意識をもって、各Unitの主題への導入としました。

民事訴訟法の試験では、民訴法の講義や基本書に登場する「原理・原則・主義・責任」を訊かれることがほとんどであり、実際にはその定義の理解が問われるのみならず、事例でその正しい使い方を示すことが要求されます。

本書ではそうした「原理・原則・主義・責任」の使い方を意識的に強調し、基本的に、判例の読み方や学説の一般的理解に沿って、学生が勘違いしやすいポイントを解説し、民事訴訟法を「読み解く」ことを心がけました。しかし、中には、従来の学説の議論では納得のいく回答ができないと思う部分もあります。そうした部分ではこれまでの学説から離れ、私見を展開してみました。そうした箇所には、マークを付してある（Advancedは、応用的な私見・試論の展開なので、わざわざ付していませんが）ので、そこに書かれている考え方は必ずしも一般的な理解とは限らないという前提に立って、著者と一緒に考えてみていただけたら、と思います。

2 講義の時の説明と共に、「板書」もなるべく再現

私は、日常の講義では、定評のある重厚な基本書を「教科書」に指定していますが、現代の学生がそれを読みこなすことが必ずしも容易でないことも、承知しているつもりです。そこで、講義では、基本書に難しい表現でさくっと書いてあることを、要するにこういう意味なんですよ、とパラフレーズするようにしています。受講した学生が講義を聴いてから、最初に読んだときは意味のよくわからなかった基本書のあの頁を読むと、今度は意味がわかるようになっている、ことを意識しています。なるべく、重厚な基本書を読みこなせるようになってもらいたいです。そのために、講義では、言葉だけでなく頭の中のイメージを図で表現しながら概念や制度を説明しています。訴訟事件を説明する際も、その事件について、当事者と訴訟物、攻撃防御を板書で図示しながら言葉を添えます。「この板書、本に入れられませんか」と要望したのは私です。

講義の実際は、説明しながら図を書き加えていくのですが、デジタル書籍でもなければアニメーションのように動画として図が動かせないのも、やむなく静止画となっています（当たり前）。それでも、なるべく本物の板書の再現をすべく、編集部はさることながら、印刷会社である精興社さんもかなり頑張ってもらいました。図がわかりづらいとしたら、もともと私の板書が悪いのです。

3 わかりやすく、でも噛み応えも

原稿チェックの後、編集部からいつも指摘されていたのが、「難しすぎます。平易に。」とか、「『民訴がニガテ』病をこじらせてしまった私には、ここの意味がよくわかりません。」という内容の「お吐り(?)」であったので、なるだけ平易に、論文調ではなく普通の授業のようにわかりやすく、と心がけたつもりです。

ただ、これは、私の拙い経験ですが、あんまり「立て板に水」みたいなスラスラと「わかりやすい」授業をずっとしてしまうと、教師としては「今日の授業はうまくいった。学生の頷き具合も良い感じだった。」と自己満足に浸れる

のですけれども、実はその回に講義した内容を試験で問うてみると、あまりいい出来ではないことが多いようです。受講学生たちが、なんとなく授業だけでわかったような気になってしまって、講義限りで脳味噌を使うのを終わりにしてしまい、ちっとも考え直すことも、基本書で自分なりに検証してみることもない、ようなのです。少し下手くそに、少し難解に講義をして、学生に「ん？ 本当か？」と疑問の念を起こしてもらったり、「今言ったのは、どういう意味？」と考えてもらったり、あるいは、教えてる教師自身が、どっちが正しいか、「ああでもないこうでもない」とまだ迷っているという悩みを出したり（そうすると、学生たち自身が、自分の見解を頼りない教師に教えてあげたくなるようです）、そういう、所々、ひっかかりのある、噛み応えのある講義のほうが、よほど学生たちの頭に記憶の種を残すには良いようなのです。

そこで、編集部の吉田さんと真剣に議論（いわゆるガチバトル）して、意識的に、難しい表現ぶりも内容的に難しい部分も残しています。わかりづらければ、是非、ページをめくる手を少し止めて、書かれている意味内容がどういうことなのか、考えてみて下さい。

4 判例を丁寧にトレースすべし

学生を教えていてもう一つ気付いたことがあります。それは、学生たちは、判例を決して判決文通り読んでいない、という衝撃の事実です。判例を見る際に、まずは、百選の解説や教科書による抜粋から入ろうとします。それはそれで悪いことはないのですが、それだけで留まってしまい、判決文そのものをちゃんと読もうとせず、あるいは読んでも、解説で示された解釈に「これは**ということを示した判例である」という先入観を植え付けられてしまうことが多いようです。必ずしも判決文にはそんなことが書いていないのに、書いてある日本語通りに読まない傾向が、非常に強く見受けられます。信じがたいことですが、本当なのです。「判決にそう書いてあるだろう？」と私に指摘されて、改めて判決文を読み返して「ホントだー」という学生がなんと多いことか。

Unit 5 で示すように、判例が確認の利益（の一要素たる確認対象適格）の有無の判断をするに際して、必ずしも訴訟物たる権利関係を対象とするのではなく、

その訴えの「趣旨」を基準にしていることがあります。例えば、判例上、「遺言無効」確認の訴えで、確認の利益を判断する際の基準は「遺言の有効・無効」ではないのです。詳しくは本文をお読みいただきたいのですが、これはほんの一例で、まずは判決文を文言通り読むことの重要性を本書は説いています。

さらに、我が国では、判例の文言が、そのままでは、そこに含まれている意味がよくわからないことが少なくありません。ドイツの判例では、コンメンタールや論文がバンバン引用されるので、少なくとも書いてある文言の意味内容に誤解を生じる余地は限りなく小さいのですが、我が国の最高裁判決が学説・文献を引用することは極めて稀です（最近では、最決平成26・7・10〔金判1448号10頁〕の山浦反対意見が学説を引用していますね）。そこで、判決文の上では一般的に読める表現でさらっと書いてある文言に含まれている、深い意味内容を、推し量る必要があります。

その際に、大きな助けとなるのが、調査官解説です。法曹時報に本格的な解説が掲載される前にも、判例時報や判例タイムズといった判例雑誌で、最高裁の裁判に付される「解説（囲み解説）」やジュリストの「時の判例」で明らかにされるコンパクトな解説は、担当調査官の手によるものです。最高裁の調査官は、事件について担当する最高裁の裁判官の命を受けて、当該事件の「審理及び裁判に関して必要な調査」（裁判所法57条）をし、これを報告することを職務とします（兼子一＝竹下守夫『裁判法〔第4版〕』〔有斐閣、1999〕282頁参照）。下級審の調査官は特別職の裁判所職員ですが、最高裁の調査官には経験を積んだ優秀な「判事（まれに判事補）」が任命され、「法服を着ない裁判官」と呼ばれることもあります。担当調査官から調査報告書が提出されると裁判官が審議を行い、結論が出ると調査官が裁判官の指示により判決・決定案の起案をします（泉徳治『私の最高裁判所論——憲法の求める司法の役割』〔日本評論社、2013〕134頁参照）。この最高裁調査官が、調査・起案を担当した事件の主立ったものについて、解説を公表しているわけです。昔の調査官解説は、平然と法廷意見に反対し、反対意見こそ正しいと主張するものもあって、読んでいて楽しかったのですが、最近では専ら法廷意見を補足説明するような解説しか目にするのがなくなり、個人的には面白さは半減です。しかし、もとより調査官解説に依存することは必要

でも適切でもないのですが、判例の中のごく一般的な日本語表現に、「そんな意味が込められていたのか！」というふうには、判決文だけではすぐにはわからないような情報が含まれていて、当該判例の射程を知る上でも読まないわけにはいきません。

本書が、しばしば調査官解説に言及しているのは、そうした趣旨から出ています。

5 外国法の参照も厭わない

昔から、少なからぬ数の司法試験受験生は、外国語が嫌いで、ドイツの文献が引用してあるとそれだけで読む気を喪失するか、氣絶します。それを承知の上で、本書では、我が民事訴訟法の母法であるドイツ民法の文献も引用しています。

「日本でだけ正しい学問」が存在しない（普遍性をもって正しいのが「学問」です。もちろん制度上の問題で、その国だけで通用する議論で現在の日本法では使えない話もありえますが）のと同様、民事訴訟法学の理論としては、日独共通に議論されているものも多く、むしろ日本の学説がドイツ法の議論に多くを依っていることも少なくないので、ドイツ法を翻訳・翻案した日本語文献を引用するより、ドイツ法を直接引用の方がより精確かつわかりやすいからです（例えば、裁判上の自白の撤回要件で、「反真実・錯誤の証明」なるものがあります。これはドイツ民事訴訟法典〔ZPO〕には条文〔290条〕がありますが、我が国にはありません。それにもかかわらず、継受された「解釈論」としてドイツ法と同じ自白の撤回理論が確立されています）。そうであれば、むしろ原典にどう書いてあるかを、日本語文献を経由せず、そのまま紹介したほうが精確な場合もあります。

従来の我が国の学説では納得させられる解答を出すのが難しい場合、その制度の「原点」を改めて探る作業はひとつの助けになります。学生にその作業をする時間的・能力的余裕がないのであれば、それを提供するのも研究者の仕事だと思います。実際、外国法の議論の比較参照は、研究者の論文上だけではなく、現代の我が国の立法の際にも行われますし、彼の国で改正作業が先行し、その成果を見極めた上で、我が国がそれを追いかけるということもあります。

そこで私の典拠とする文献は、日本語たると外国語たるとを区別しません。

したがって、本書では、我が国の文献では足りないと思うときはドイツ法の議論も参照しています。もちろん、それはドイツ法固有の議論をしているのではなく日本法の解釈論のために提供しています（ついでに、私の独創ではなく、先行業績を参照・引用しているということを正直に明らかにしております）ので、読者の皆さんとしては、典拠として日本法文献が挙がっていくのが外国法文献が挙がっていくのが気にせず、読み進めて構いません。

● 謝 辞 ●

本書の第一稿の段階で、学生としてわかりにくいポイントを、遠慮会釈なく指摘してもらおうべく、私のゼミ出身の辻野真央さん（早稲田大学大学院法務研究科3年生）と、現在私のゼミに属している福家百伽さん・吉村春香さん（共に早稲田大学法学部3年生）に下読みしてもらい、たくさんの意見をぶつけてもらいました。最終校正・事項索引作成では、これまた私のゼミ出身の中本香織さん（2014年度司法試験合格）の力も借りました。

本書のお話を最初にいただいたのは、実は4年も前です。以来、遅々として作業が進まない私にお付き合いいただいて督励下さった、鈴木淳也さん（有斐閣・法学教室編集室）と、文字通り本書の生みの母であり育ての母でもある吉田小百合さん（有斐閣・書籍編集第一部）というお二人の編集者の献身的なご助力に、心より感謝申し上げます。

本書が、「わかっていたようで、やっぱりわからないところが出てきた」とか「民訴がニガテ」な方々の惑いに少しでも希望の光が見える助けになることを祈念しつつ。

2014年 師走

勅使川原 和彦

略語一覧

1 法令名の略語

()内における条文の引用にあたっては、民事訴訟法は原則として条数のみを表示することとし、民事訴訟規則は「規」と略記した。その他の法律については、特別なものを除いて、有斐閣『六法全書』巻末の「法令名略語」に基づいている。

2 裁判例に関する略語

大判 (決)	大審院判決 (決定)
大連判 (決)	大審院連合部判決 (決定)
最判 (決)	最高裁判所判決 (決定)
最大判 (決)	最高裁判所大法廷判決 (決定)
高判 (決)	高等裁判所判決 (決定)
地判 (決)	地方裁判所判決 (決定)
簡判 (決)	簡易裁判所判決 (決定)

3 判例集・雑誌の略語

民 集	大審院民事判例集 最高裁判所民事判例集
高民集	高等裁判所民事判例集
下民集	下級裁判所民事裁判例集
裁判集民	最高裁判所裁判集民事
家 月	家庭裁判月報

裁 時	裁判所時報
交民集	交通事故民事裁判例集
判 時	判例時報
判 タ	判例タイムズ
金 判	金融・商事判例
金 法	金融法務事情
労 判	労働判例
ジュリ	ジュリスト
法 教	法学教室
法 セ	法学セミナー
リ マ	私法判例リマークス

4 文献の略語

秋山ほかⅠ～Ⅳ 菊井維大＝村松俊夫（原著）・秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅰ〔第2版〕』（日本評論社，2006），同『Ⅱ〔第2版〕』（日本評論社，2006），同『Ⅲ』（日本評論社，2008年），同『Ⅳ』（日本評論社，2010）

伊 藤 伊藤眞『民事訴訟法〔第4版補訂版〕』（有斐閣，2014）

上 田 上田徹一郎『民事訴訟法〔第7版〕』（法学書院，2011）

基礎演習 長谷部由起子ほか編著『基礎演習民事訴訟法〔第2版〕』（弘文堂，2013）

研究会 竹下守夫ほか編『研究会 新民事訴訟法』（有斐閣，1999）

新 堂 新堂幸司『新民事訴訟法〔第5版〕』（弘文堂，2011）

重点講義（上） 高橋宏志『重点講義民事訴訟法（上）〔第2版補訂版〕』（有斐閣，2013）

重点講義（下） 高橋宏志『重点講義民事訴訟法（下）〔第2版補訂版〕』（有斐閣，2014）

条解民訴 兼子一（原著）・松浦馨ほか『条解民事訴訟法〔第2版〕』（弘文堂，2011）

新コンメンタール 笠井正俊＝越山和広編『新・コンメンタール民事訴訟法〔第2版〕』（日本評論社，2013）

新民事訴訟法講義 中野貞一郎ほか編『新民事訴訟法講義〔第2版補訂2版〕』（有斐閣，2008）

争点〔第3版〕 青山善充＝伊藤眞編『民事訴訟法の争点〔第3版〕』（有斐閣，1998）

争 点 伊藤眞＝山本和彦編『民事訴訟法の争点』（有斐閣，2009）

百選〔第3版〕 伊藤眞ほか編『民事訴訟法判例百選〔第3版〕』（有斐閣，2003）

百選〔第4版〕 高橋宏志ほか編『民事訴訟法判例百選〔第4版〕』（有斐閣，2010）

松本 = 上野 松本博之 = 上野泰男 『民事訴訟法〔第7版〕』（弘文堂，2012）
民訴 VM 池田辰夫ほか 『民事訴訟法 Visual Materials』（有斐閣，2010）
リーガルクエスト民訴 三木浩一ほか 『民事訴訟法（リーガルクエストシリーズ）』（有斐閣，2013）

Contents

Unit

1

「訴え」と「請求」 1

Introduction 「訴え棄却」だの「請求却下」だのと、答案に書かないで	2
1 「訴え」に対する裁判所の対応	4
2 「請求」に対する裁判所の対応	5
3 訴え却下と請求棄却	7
4 訴えの適法性と請求の当否の審理順序	7
Advanced 訴訟要件の審理の開始と判断資料の収集	11

Unit

2

「弁論主義」の使い方 「弁論主義」と他の主義・原則 15

Introduction 「弁論主義」は解釈論とセットで	16
1 弁論主義第一テーゼの「お作法」違反	18
2 弁論主義と処分権主義。この場合はどっちの問題？	21
3 処分権主義は「粹」、弁論主義は「中身」	22
4 処分権主義には反しないけれど、弁論主義からは……	25
5 弁論主義と自由心証主義の衝突	27
6 弁論主義も無敵ではない	33
Advanced 裁判所のとるべき対応～釈明との関係	35

Unit

3

「裁判上の自白」と「弁論主義の第二テーゼ」 39

Introduction 「自白」には二つの顔がある	40
----------------------------	----

1 自白についての二つの説明～両者は同じもの？	42
2 民事訴訟法179条と「弁論主義第二テーゼ」との関係	47
3 民事訴訟法179条と「裁判上の自白」の当事者拘束力との関係	52
4 「裁判上の自白」の当事者拘束力と、 裁判所拘束力(弁論主義第二テーゼ)との関係	53
5 「不利益」要件の機能する場面	57
6 まとめ	60
Advanced 「不利益」要件は要件か？	63

Unit

4

釈明義務・法的観点指摘義務 65

Introduction 釈明権と釈明義務	66
1 権能としての「釈明権」と、その不行使に対する評価	68
2 釈明権不行使が「違法」～「釈明義務違反」	71
3 釈明義務と法的観点指摘義務	77
Advanced 平成22年最判の特殊性	85

Unit

5

「確認の利益」についての判例の読み方 89

Introduction 学生の持っている民訴法判例百選	90
1 遺言者生存中の遺言無効確認の訴えの利益は、 「遺言の有効・無効」について判断されたものではない	92
2 判例における、「確認の利益」の判断対象＝確認対象	94

3 確認の利益って?	99
4 「将来の権利関係」についての確認の利益	104

Unit

6

重複起訴の禁止と「確認の利益」喪失論 111

Introduction 重複起訴の禁止についての多様な考え方	112
1 「重複起訴(二重起訴)」の禁止か? 「重複訴訟」の禁止か?	114
2 「確認の利益」喪失論～債務不存在確認訴訟の「確認の利益」は、 同一の給付義務の履行を求める給付の訴えの提起によって喪失するか	120
Advanced 「確認の利益」喪失論に関わる最近の裁判例	128

Unit

7

「既判力」の使い方 その1 131 既判力の本質と作用

Introduction 既判力は、どう理由で そういう内容の効力になっているのか	132
1 既判力の本質論	134
2 既判力の作用場面	140
Advanced 矛盾関係をどのように理解すべきか	145

Unit

8

「既判力」の使い方 その2 149 「生じる」と「及ぶ」, 「及ばない」場合の処理

Introduction 答案でよく見る誤答の数々	150
---------------------------------	-----

1 既判力が「生じる」と「及ぶ」こと	152
2 既判力と信義則～「信義則により既判力を認めるべき」?	158
Advanced 蒸し返し対策の三つのレベル	165

Unit

9

判例における「一部請求」論 171

いわゆる「明示説」の正体

Introduction 判例のいう「明示説」って?	172
1 明示していても、残部請求が許されない場合	175
2 明示をしていなくても、残部請求が許される場合（その1） ～黙示の一部請求における例外	176
3 明示をしていなくても、残部請求が許される場合（その2） ～直接の明示行為はないが、 「明示」と評価できるような間接的行為がある場合	185
4 判例におけるいわゆる「明示説」のまとめ	187
Advanced 平成10年最判と「明示説＝残部請求許否の評価」論	189

Unit

10

「相殺の抗弁」の訴訟法上の特別な取扱い 193

Introduction 「相殺の抗弁」のそもそも	194
1 相殺の抗弁についての判決理由中の判断で既判力を生じる範囲	196
2 審理順序の強制	199
3 「相殺の担保的機能」への期待と142条類推適用の議論	202
4 相殺の抗弁と上訴	207

Advanced 一部請求における相殺 ～「外側説」「按分説」「内側説」	213
---	-----

Unit

11

補助参加の利益 219

Introduction 補助「参加」はプラス・イメージ?	220
1 「法律上の利害関係」とは何か	222
2 訴訟の結果に影響を受ける補助参加申出人の「地位」とは?	225
3 そもそも他人間の「訴訟の結果」って、何のこと?	225
4 一般に補助参加の利益が認められてきた類型	228
5 間接的影響しかない類型で、 「補助参加の利益」が認められるか	231
6 「補助参加の利益」の判断と「公平」ファクター	232
Advanced 近時の裁判例で考えてみよう	235

Unit

12

固有必要的共同訴訟 その1 239

「訴訟共同」「合一確定」に関する判例の考え方

Introduction 必要的共同訴訟の「固有」と「類似」	240
1 本来、「固有」必要的共同訴訟になると考えられたケース ～「類似」必要的共同訴訟との違い	242
2 判例上、固有必要的共同訴訟とされているもの	247
Advanced 「必要的共同訴訟」～母国ドイツとの呼称の違い	262

Unit
13 固有必要的共同訴訟 その2 265
提訴非同調者の処理と「合一確定」の意義

Introduction 共同提訴を拒むと被告に回される? 266

1 固有必要的共同訴訟における提訴非同調者の取扱い 268

2 提訴非同調者の処理に関する二つの重要判例 270

Advanced 平成20年最判で遺された問題 282

Unit
14 控訴・上告に対する判決 その1 控訴 287

Introduction 「第一審」判決, 「第一審裁判所」と控訴・上告 288

1 控訴審の判決 290

2 第一審判決を取消し・変更できる範囲～不利益変更禁止の原則 297

Advanced 「不利益変更禁止」の原則と「合一確定」の要請 303

Unit
15 控訴・上告に対する判決 その2 上告 309

Introduction 破棄か, 取消しか 310

1 上告と上告受理申立て 312

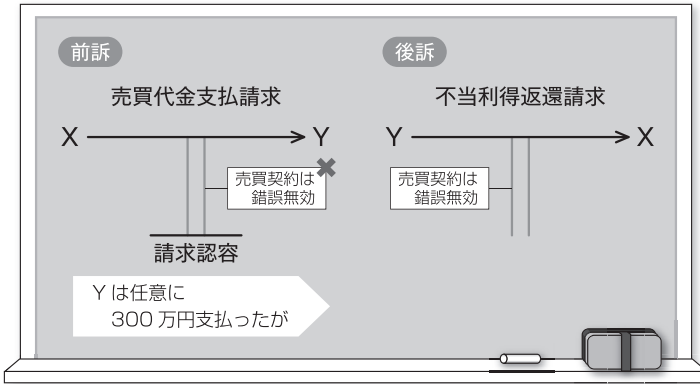
2 上告審の判決 314

3 破棄差戻し・破棄移送か, 破棄自判か 321

Advanced 再審事由と破棄 322

Introduction

答案でよく見る誤答の数々



【事例】Xは、Yに対し、300万円の中古車の売買代金の支払を求め裁判所に訴え（前訴）を提起したところ、Yはこの売買契約は錯誤によるもので無効だとし争ったが、受訴裁判所はXの請求を全部認容し、主文で「YはXに300万円を支払え」という旨の判決をした。Yの上訴も奏功せず、この判決は確定した。Yは、強制執行は世間体が悪いからと任意に300万円をXに支払ったが、この判決は客観的の真実としては誤っていて、Yは決して納得していなかった。そこで、上記売買契約は錯誤により無効でありXの受け取った300万円は不当利得であるとして、Xにこの300万円の返還を求めて訴え（後訴）を提起した。

この事例で、「後訴の受訴裁判所は、このYの訴えや主張をどのように処理すべきか」と学生たちが定期試験で問われた、とする。

前訴判決をあえて、神様の目から見て「誤判」としたのは、後訴に既判力が及ぶことを避ける意識を潜在的に持たせるための出題者のワナである。

また、Yに、前訴で通らなかった同じ主張を後訴で繰り返させたのも、解答者に「蒸し返し」を意識させて、Yの主張を却下したいという気にさせようとする、反対

のワナである。

さて、この定期試験で出てくる誤答の数々を、既判力に関する部分について抜き出して見てみよう。どうして、これが誤答（論証不足や正確さを欠く表現を含む）なのかをすべて説明できるなら、この Unit はもう卒業なので、読み飛ばして構わない。

- 誤答① Yの主張する後訴の訴訟物は「YのXに対する不当利得返還請求権」であるが、前訴の既判力は、「XのYに対する売買代金請求権」が存在することに及んでおり、同一当事者間でこの主文中の判断に矛盾する主張をYがすることは、既判力の消極的効力により遮断される。後訴でのYの「売買契約は錯誤無効」との主張は、前訴の既判力ある判断に矛盾するから、許されず却下される。
- 誤答② 前訴判決の既判力は、判決主文に及ぶので、判決理由である「売買契約が錯誤により無効であるか否か」には及ばない。したがって、後訴でのYの主張に既判力は及ばない。
- 誤答③ 前訴の訴訟物は「XのYに対する売買代金請求権（の存否）」であり、後訴の訴訟物は「YのXに対する不当利得返還請求権（の存否）」で訴訟物を異にするから前訴の既判力は後訴に及ばない。
- 誤答④ （誤答②・③のように既判力が後訴に及ぶことを否定しつつ）しかし、Yが前訴判決で否定された「売買契約は錯誤無効」との主張を繰り返すのは、蒸し返しであり、前訴でも同じ争点として審理されたから手続保障も充分にある。
だから…
- (4-i) Yの主張は遮断される。
- (4-ii) 信義則違反として、Yの右主張を却下すべきである。
- (4-iii) 既判力の趣旨は蒸し返しを許さないことであるし、既判力の正当化根拠は、当事者に手続保障が与えられていたことであるから、例外的に既判力を拡張して、Yの主張は許されないものとすべきである。

1 既判力が「生じる」と「及ぶ」こと

(1) 「生じ」てから「及ぶ」

民訴が苦手な学生（ひいては法学が苦手な学生）は、多くが、用語をいいかげんに、フィーリングで、自己流の理解で、用いる。例えば、既判力が「生じる」とか、既判力が「及ぶ」とか、あまり考えることなく両者を混同して用いる。

既判力は、判決が確定すれば常に「生じる」が、後訴においてその効力が常に「及ぶ」とは限らないし、蒸し返しにあたるような後訴が提起されなければ、既判力は生じたままどこにも作用していない状態（むしろこれは健全な状態だが）も続きうる。

私は、講義では、

「仮面ライダー¹⁾に変身することと、変身後の仮面ライダー¹⁾がライダーキックを誰彼構わずお見舞いしまくることを、同じだと考えていないか？」

となんともビミョーな喩えで説明して学生に呆れられているが、既判力が「生じる」（仮面ライダーに変身することと、既判力が「及ぶ」（ライダーキックをお見舞いする）ことは違うのである。仮面ライダーがライダーキックをお見舞いするのは、ショッカーに対してだけであり、既判力においては、前訴と後訴の訴訟物が「同一関係」「先決関係」「矛盾関係」のいずれかにある場合にだけ作用する（＝効力が「及ぶ」とされているのである。

しかし、学生²⁾の答案では、とにかく無^む辜^この一般市民にライダーキックをお見舞いしまくるものが意外に多いのである。

誤答①は、その典型例である。前訴の訴訟物と後訴の訴訟物との関係が、「同一関係」「先決関係」「矛盾関係」のいずれかに該当することを論じてから（相手がショッカーであることを確認してから）、既判力が及ぶことを言えばいいのであるが、とにかく前訴確定判決に既判力が生じている（仮面ライダーに変身してい

1) 仮面ライダーを知らない方のために簡単に補足すると、仮面ライダーは人類を守る正義のヒーローで主人公が変身して超人的な能力を得た姿であり、ライダーキックはその必殺技。ショッカーは地球征服をたくらむ悪の組織とその戦闘員である（原作漫画：石ノ森章太郎、©石森プロ・毎日放送・東映）。

る) ことだけを述べ、後訴が既判力の及ぶ対象なのかをまったく検討せずに、いきなり相手構わず既判力が作用して主張が遮断される(相手が誰かを確認せずにとにかくライダーキックをお見舞いする) ことを導き出そうとする。誤答①は、相手も確かめずライダーキックをお見舞いしたら相手がたまたまショッカーであったに過ぎない、という、正解として点数を与えたい答案である。

よく基本書で、「既判力の作用」とか「既判力の効力」などと表現されているのは、既判力の「後訴」での作用とか効力のことであり、もっと言えば、後訴が提起されて後訴の訴訟物が前訴の訴訟物と「同一関係」「先決関係」「矛盾関係」のいずれかにあたっている場合での作用・効力のことである。つまり、後訴について既判力が及んでいる場合に初めて、既判力の効力なり作用なりが論理的に登場できるのである。²⁾

Unit 7でも少し説明したように、裁判所に対する効力を「拘束力」と言い、後訴裁判所が前訴確定判決での既判事項についての判断に拘束されることを指して、³⁾ 積極的作用とも呼ばれる。他方、当事者に対する効力を「遮断効」と言い、後訴当事者が、前訴既判事項(主文中の判断)に矛盾する主張をすることが許され⁴⁾ないとして、主張が遮断されることを指して、消極的作用と呼ばれる。重要なのは、これらの効力は、前訴確定判決の既判力が「及ぶ」関係にある後訴で、初めて作用する、ということである。既判力が及ばないところで、後訴当事者の主張を遮断したくて仕方がない方は、それがいったい何の作用なのか、再度お示しいただきたい。いわゆる「遮断効」⁵⁾は、既判力の効力であり、それが後訴に及んで発現することが既判力の作用である。

(2) 「生じ」ていないと「及」ばない、「生じ」ていたらショッカーには「及ぶ」

誤答②は、既判力が「及ぶ」という表現を用いたがために陥った誤りではな

2) もっとも、遮断効が既判力の効力・作用ではない、という説も理論的にはありうるが、我が国では遮断効は既判力の作用と一般に考えられている。重点講義(上) 604頁注(22)。

3) いわゆる「既判力の本質」論で、訴訟法説に立ち、しかもわが国の通説的見解である「拘束力説」に立った場合の説明である(☞ Unit 7)。

4) 改めて、矛盾する主張が「許されない」とはどういうことかについては、Unit 7注7) 参照。

5) 余談であるが、この「遮断効」が書けない学生が、ここ数年増加していて、「しゃ断」「庶断」などと書いて恥じない答案が目立つようになってきたように感じている。

いかと感じている。すなわち、既判力の客観的範囲（既判力が生じる客体の範囲、既判力が判決のどこの部分に生じるか）について、「既判力は、判決主文中の判断にだけ生じ、判決理由には及ばない」という表現を用いることは、確かに可能ではあるのだが、後訴に及ぶか及ばないかの問題と混乱しやすい。前述の通り、既判力は、確定判決単体で常に生じているのだが、作用する（＝及ぶ）のは、「シヨッカー」に相当する後訴が提起された場合だけである。すなわち、前訴確定判決に「生じた」既判力が、後訴（の裁判所・当事者）に「及ぶ」（作用する）ので、既判力の客観的範囲は、前訴確定判決の判決文の中のどこに既判力が「生じた」かを述べているにすぎない。

実は、Introduction の事例は、「先決関係」または「矛盾関係」として前訴確定判決の既判力が後訴に及ぶ、と考えられているケースである⁶⁾。したがって、前訴基準時に「X には Y に対する売買代金請求権が存する」という前訴判決の主文中の判断⁷⁾に既判力が生じていて、それは後訴である「Y の X に対する不当利得返還請求訴訟」に及び、前訴の既判事項に矛盾する主張が、後訴では遮断される。つまり、「X には Y に対する売買代金請求権が存する」という判断に矛盾する「XY 間の売買契約は錯誤により無効」との主張は、遮断される。これは、前訴判決理由中でたまたま「XY 間の売買契約は錯誤無効ではない」と判断されていても、そこに既判力が生じていてそれに矛盾するから後訴での主張が遮断される、のではない。あくまで前訴判決の主文中の判断に矛盾するから遮断さ

6) ドイツの通説である。我が国では、松本=上野 584 頁が採るのが「先決関係」説（民 703 条「法律上の原因」があるかないか、すなわち前訴での請求の存否の判断が法律上の原因の有無として、後訴にとっての先決問題であるとする考え方）、重点講義（上）595 頁・伊藤 512 頁が採るのが「矛盾関係」説（前訴で移動した金銭をそのまま逆向きに戻せという後訴請求は、前訴請求に正面から矛盾する反対請求であるとする考え方）である。いずれにしても、前訴確定判決の既判力が後訴に及ぶ場合である、とされている点では争いはない（≒ Unit 7 注 20）。

7) 条文では、既判力は「主文に包含するもの」に生じると言い、学説はそれを「主文中の判断」に生じるとパラフレーズする。「主文の判断」に生じる、とは言わない。判決の「主文」で示される記載は、例えば「〇〇円を支払え」とだけ書いてあって、「売買代金として〇〇円を支払え」というような給付の法的な性格や理由付けを含んでは書かれない。そのため、この場合、主文で示されるのは訴訟物についての判断であるが、訴訟物が何であったか（売買代金請求権か、貸金返還請求権か、不法行為に基づく損害賠償請求権か等々）は判決理由を読まないとわからない。日本語の語感のとらえ方に左右される事柄ではあるが、主文の判断、ではなく、主文中の判断、というほうが、主文の記載の中で示されている訴訟物についての判断、という概念を正確に表現できる、と考えたからではないか。

れるのである。⁸⁾ 前訴判決では理由中の判断事項にあたるような主張でも、後訴では前訴確定判決の主文中の判断に矛盾しうる主張として遮断されうるのである。

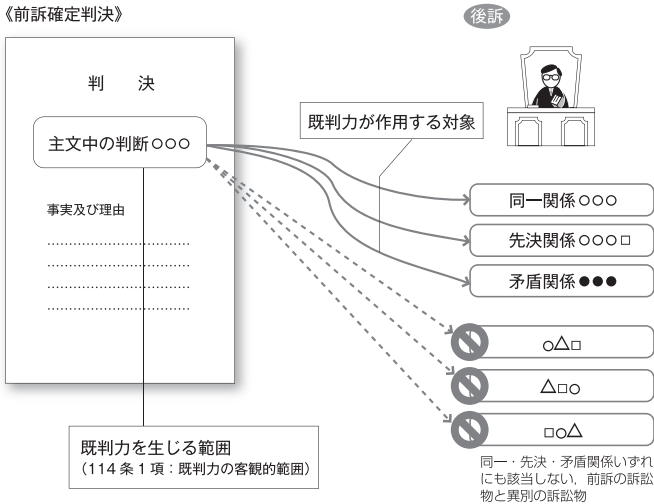
したがって、前訴の判決理由中の判断に既判力が生じないことは、後訴での主張の遮断の有無とは無関係なので、論じても無意味である。そのことをわざわざ論じた結果として、誤答②のように「判決理由中の判断には既判力が及ばないから後訴にも及ばず、後訴での当該主張も遮断されない」などという誤答まで生むとすれば、むしろ有害ですらある。この問いでは、後訴での主張が既判力（の遮断効）により遮断されるかどうかを判断するに際して意味があるのは、まず後訴が「ショッカー」にあたるのかどうか（同一関係・先決関係・矛盾関係のいずれかに該当するか否か）、の検討だけである。後訴が「ショッカー」だと認定されたら初めて、遮断効により遮断されるべき主張（ショッカーから繰り出されてくる攻撃。ライダーキックをお見舞いする対象となる行為）を決めるために、前訴の主文中の判断に矛盾抵触するかどうかのみを考えればよいのである。

(3) 訴訟物が違うから、既判力が及ばない？

誤答③は、後訴に既判力が及ばないとしている点で既に誤りである（先決関係ないし矛盾関係にあたるから前訴判決の既判力は後訴に及ぶ）ことはもうおわかりかと思うが、よく目にする誤答なので、クドクド念押ししておく。

既判力が後訴に及ぶ場合は、「同一関係」「先決関係」「矛盾関係」だけである（これら三つの蒸し返しの場合だけを「ショッカー」として、ライダーキックをお見舞いする対象と認定する）。このうち、「同一関係」以外の二つは、前訴と後訴で訴訟物を異にする場合である。したがって、「訴訟物を異にするから既判力は及ばない」というのは、「同一関係」にはあたらないと言っているに過ぎず、それだけでは「既判力が及ばない」とする論証としては、完全なものとはいえない。「先決関係」は、前訴の訴訟物についての判断が後訴の訴訟物の前提問題になっていて、後訴の判断を必ず左右する関係にあるので、前訴と後訴の訴訟物が同じでなくても、いわば重なっている部分について、前訴既判力の拘束を後訴に及ぼす必要が認め

8) XY間の売買契約が錯誤により無効なら、前訴基準時でXに売買代金請求権は存在しないことになってしまう。したがって、この「錯誤無効」の主張は、前訴確定判決の主文中の判断に矛盾する（だから、遮断される）。



られたのである。「矛盾関係」は、もとより前訴と後訴で訴訟物はまったく別であるが、前訴での請求と実体法上両立せず矛盾する反対権の権利主張（請求）が真反対から後訴でされている場合なので、同じ当事者間で三審級をかけてなされた前訴判決の確定的判断を無にしないために、既判力の拘束を後訴に及ぼす必要が認められたのである。

事案によっては、そしてまた、試験等でまさに既判力が及ぶ場合か否かを問われている場合には、一目して明らかな場合はともかくとして、ただ単に「前訴と後訴で訴訟物を異にするから」だけでなく、「先決関係」にも「矛盾関係」にもあたらない、ということまで論じないと、誤答③のような誤りに陥ってしまう。

そこで、学生諸君への私の提案は、とりあえず「既判力が生じる」という表現は、前訴確定判決についてだけ用い⁹⁾、後訴との関係でだけ、後訴に「既判力が及ぶ」と言おう、というものである。仮面ライダーに変身することと、ライダーキックをお見舞いすることとで、表現を切り替えよう、ということである。

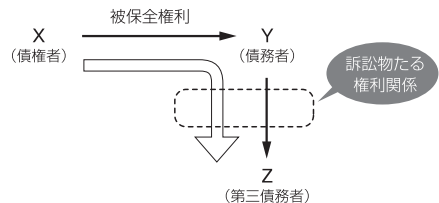
9) もちろん、後訴判決だって、後訴判決が確定すればそこには既判力が「生じる」わけであるが、後訴判決が出て確定する前において、後訴の受訴裁判所の処理を訊かれている場面では、という意味である。

Column 既判力が「生じる」と「及ぶ」～当事者以外への拡張の場合

舌の根も乾かぬうちで恐縮だが、実は、既判力の主観的範囲の場合には、「及ぶ」ことと「生じる」こととの区別がそもそも微妙であって、混用が避けられない。何故かという、前訴・後訴で事件をまたがって前訴確定判決の既判力が後訴に「及ぶ」と表現するように、人をまたがる場合にも既判力が「及ぶ」という表現を用いざるをえないからである。既判力の主観的範囲が、当事者以外の者へ拡張されている民法115条1項2号ないし4号所定の者は、条文の見出しでは「確定判決等の効力が及ぶ者の範囲」とされているが、1項柱書は「確定判決は、次に掲げる者に対してその効力を有する」となっている。ここで「及ぶ」というのは、当事者間で進行された訴訟の判決の効力が、当事者以外の者にも「及ぶ」ということだが、当事者以外の者にも「生じる」と表現することもできよう（当事者間で「生じた」既判力が、同時に当事者以外の者にも「及ぶ」）。ここでは、後訴当事者が登場する前の段階で、既判力がそもそも誰に発生しているか、ということが問題なのであって、後訴が提起されて後訴当事者に前訴判決の既判力が「及ぶ」かどうか（これが本Unitで見た「及ぶ」の問題）とは、時間的なフェーズが異なるからである。

当事者以外の者への拡張の例を一つ取りあげておこう。債権者代位訴訟（前訴）で請求棄却判決が出て確定したとして、前訴に登場しなかった債務者が第三債務者に対して、前訴で請求された自己の債権の履行を求める訴え（後訴）を提起した場合、一般には、前訴で当事者にならなかった債務者にも前訴確定判決の既判力は「及ぶ」とされる（民法115条1項2号）。しかし仮に後訴の受訴裁判所が、前訴の代位債権者の被保全債権は不存在だと判断した場合、そもそも既判力が債務者に拡張される基礎を欠く（当事者適格を有するはずの訴訟担当者による訴訟進行によって、代位債権者が債務者に代わって債務者の有する債権を実現してくれるはずという「代替的手続保障」があることを理由に既判力が拡張されるのに、代位債権者〔訴訟担当者〕にあるはずの当事者適格を欠く）ので、既判力は債務者には「及ばない」、と一般に説かれる。

この場合の、債務者に既判力は「及ばない」というのは、後訴での債務者に既判力が「及ばない」（本来の「及ぶ」「及ばない」という意味と、そもそも前訴判決確定の時点で、代位債権者の受けた判決の



既判力が債務者に生じない(拡張されない)という意味での「及ばない」が一緒くたになって用いられていることになる。

2 既判力と信義則～「信義則により既判力を認めるべき」？

(1) 既判力と信義則はあくまで別的手段

信義則のような一般法理は、個別の実定法規の解釈・適用の限界を補完するものであり、既存の法制度・法解釈では対応しきれない場面でのみ発動しうる。したがって、個別の法解釈の試みを簡単に放棄し信義則に依存するべきではないし、また既存の実定法規の解釈の限界を超えると考えられるケースでも、安易に信義則の適用を図るべきではない。¹⁰⁾

既判力により制度的に前訴の蒸し返しを封じることは、民事訴訟法が予定している。しかし、既判力をもってしても、訴訟物を形式的には別のものとみせかけて、既判力を及ばなくさせるような工夫をする当事者、すなわち既判力の形式的な枠組みの外側で巧妙に紛争を蒸し返す当事者についてはいかんともしがたく、こうした蒸し返しに対しては、現在に至るまで、何らかの対応が必要と見られてきた。例えば、判決理由中の判断に既判力とは異別の拘束力を認めていこうとする「争点効」論が登場したが、判例によって否定された。¹¹⁾ また、同時期に議論された既判力の(判決理由中の判断への)拡張論も、一般の支持を得るに至らなかった。最高裁は、オーソドックスな訴訟物・既判力論を維持したまま、既判力の枠外で蒸し返しを図る「訴え」を、信義則によって、不適法却下する方策を採用した。¹²⁾

このように、既判力が及ばないところで信義則によって後訴を遮断(不適法却

10) 信義則の安易な適用を否定した事例として、最判昭和59・1・19(判時1105号48頁・判タ519号136頁)。

11) 最判昭和44・6・24(裁判集民95号613頁・判時569号48頁、百選〔第4版〕84事件〔松本博之〕)、同旨:最判昭和48・10・4(裁判集民110号159頁・判時724号33頁)、最判昭和56・7・3(裁判集民133号241頁・判時1014号69頁)。

12) リーディングケースとされるのが、事案はやや特殊なものであったが、最判昭和51・9・30(民集30巻8号799頁、百選〔第4版〕80事件〔高田昌宏〕)である。

下)しようとするのが判例の基調である。これは重要な点であるにもかかわらず、理解されていないことが意外に多いようである。あくまで「既判力が及ばないから、信義則で何とかしよう」ということなのであって、「信義則により既判力を認めるべきだ」などということではない(そういう下級審裁判例も極めて稀に見かけることがないではないが¹³⁾)。既判力は、民事訴訟の制度そのものが本質的に要求する制度的効力であって(三審級も争って片が付いたと思ったらまだ蒸し返されることがある、という制度だとすると、誰も民事訴訟など利用しないはず)、当事者が互いに信義に則った行動をしようがしまいが、適切な主張をしようがしまいが、適正な民事訴訟制度を利用した以上、押しつけなければならない効力である。

また、当事者が前訴の確定判断と矛盾した主張をすると、既判力によってその主張が排斥されるのは、前訴でその当事者が「手続保障」を享受していたからだ、というように、既判力の「正当化根拠」として「手続保障」が挙げられることがある¹⁴⁾。しかし、信義則は正当化根拠ではない。「手続保障があったのに、蒸し返すようなことを言うのは信義則違反だ」と言うのは、いかにももっともらしく聞こえる(これ自体の誤認性については後に述べる)が、だから既判力同様の効力を認めるべきであるとか、信義則によって既判力を認めるべきであると言うのは、勇み足になる危険性が高い。

13) 最判昭和49・4・26(民集28巻3号503頁・判時745号52頁・判タ310号148頁)が、傍論で、旧・民訴545条2項(現・民執35条2項)の既判力の遮断効の趣旨に「訴訟上の信義則等の観点」として信義則の観点を含めて掲げたことを指して、既判力の根拠として「信義則」の観点も含まれることを高く評価する立場(信義則を根拠とする争点効を支持する見解と重なる)も有力である(重点講義(上)667頁参照)。仮にその立場に立つとしても、信義則は既判力の拘束力の根拠の一つにすぎないとされているので、信義則一つで本来既判力が作用しない場面で既判力の作用を認め、というのはやはり短絡的であろう。

14) 重点講義(上)590頁など参照。同書668頁には、「手続保障があったことによる自己責任というのは、信義則・禁反言の別表現」という表現が登場するが、責任そのものは相手方に対して主張を制限されること(それを「自己責任」とする)を内容としていても、自己責任が問われる根拠には、相手方の信頼(=信義則の前提。「信頼」違反が信義則違反となる)は直接関係しないはずである。自己責任は、その当事者に「手続が保障されていた」ことが根拠になる〔手続保障があった→にもかかわらず怠った→自己責任〕のであって、「相手方の信頼があった」ことが自己責任の直接の根拠になるわけではない。したがって、結果的に相手方の信頼が害されるという状況になることが多かったとしても、相手方の信頼保護を前提とする信義則と「手続保障による自己責任」とは、やはり切り分けて考えておくべきだと思われる。

著者紹介

勅使川原 和彦（てしがはら かずひこ）

略 歴

1991年早稲田大学法学部卒業，1993年早稲田大学大学院法学研究科修士課程修了，同年早稲田大学法学部助手，同専任講師，助教授，ミュンヘン大学客員研究員，早稲田大学法学部教授を経て，現在，早稲田大学大学院法務研究科教授，博士（法学・早稲田大学）。

新司法試験審査委員（民事訴訟法），司法試験予備試験審査委員（民事訴訟法）を歴任。

主要著作

『民事訴訟法理論と「時間」的価値』（成文堂，2009）

『民事訴訟法 Visual Materials』（有斐閣，2010，共著）

『プリメール民事訴訟法』（法律文化社，2010，共著）

読解 民事訴訟法

Die übersichtliche Einführung in das Zivilprozessrecht

2015年2月20日 初版第1刷発行



著 者 勅使川原 和彦

発行者 江 草 貞 治

発行所 株式会社 有 斐 閣

郵便番号 101-0051
東京都千代田区神田神保町 2-17
電話 (03) 3264-1314 [編集]
(03) 3265-6811 [営業]
<http://www.yuhikaku.co.jp/>

印刷・株式会社精興社／製本・複製本印刷株式会社

© 2015, Kazuhiko Teshigahara

Printed in Japan

落丁・乱丁はお取替えいたします。

★定価はカバーに表示してあります。

ISBN 978-4-641-13689-2

JCOPY 本書の無断複写(コピー)は、著作権法上の例外を除き、禁じられています。複写される場合は、そのつど事前に、(社)出版者著作権管理機構(電話03-3513-6969, FAX03-3513-6979, e-mail:info@jcopy.or.jp)の許諾を得てください。