

司法試験

民事訴訟法 一斉テスト

解説

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001212 228756

LL22875

第1問（短答式・肢別正誤判定）

1 遺言で遺言執行者が定められている場合に、既に完了している遺贈による登記について、相続人が原告となって抹消登記手続を求める訴えを提起するときは、受遺者ではなく、遺言執行者を被告としなければならない。

× 判例（最判昭51.7.19／百選〔第5版〕〔12〕）は、「遺言執行者は、遺言に関し、受遺者あるいは相続人のため、自己の名において、原告あるいは被告となるのであるが、……遺贈の目的不動産につき遺言の執行としてすでに受遺者宛に遺贈による所有権移転登記あるいは所有権移転仮登記がされているときに相続人が右登記の抹消登記手続を求める場合においては、相続人は、遺言執行者ではなく、受遺者を被告として訴を提起すべきである」旨判示している。よって、遺言執行者を被告としなければならないとする点で、本肢は誤っている。

平成30年予・第32問

2 成年被後見人は、日用品の購入に関する訴えを、法定代理人によらずに提起することができる。

× 未成年者及び成年被後見人の訴訟能力について規定する31条は、「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、この限りでない。」旨定めている。この規定から、「成年被後見人」の場合、人事訴訟の例外を除き、訴訟能力を欠くことから、訴訟行為をするにあたっては法定代理人によらなければならない。したがって、「法定代理人によらずに提起することができる」とする点で、本肢は誤っている。

平成26年司・第59問、予・第32問

3 当事者が訴訟能力を欠くことを理由として訴えを却下した判決に対しては、当該当事者は、上訴をすることができる。

○ 当事者が訴訟能力を欠くことを理由として訴えを却下した判決に対しては、訴訟能力の有無について争う機会を保障するため、当該当事者は、自ら上訴できると解されている。よって、本肢は正しい。

令和2年予・第31問

4 法定代理人が死亡した場合であっても、訴訟代理人が死亡した場合であっても、訴訟手続は中断する。

× 法定代理人が死亡した場合、訴訟代理人をつけていなければ、訴訟手続は中断する(124 I ③、II)。一方、訴訟代理人については、このような定めはない。したがって、「訴訟代理人が死亡した場合であっても」訴訟手続が中断するとしている点で、本肢は誤っている。

平成 23 年司・第 60 問、予・第 34 問

5 複数の訴訟代理人に訴訟委任をした当事者が、各訴訟代理人との間で、各訴訟代理人が単独で訴訟行為をすることができないとの定めをしたときは、各訴訟代理人が単独でした訴訟行為は無効となる。

× 訴訟代理人が数人あるときは、各訴訟代理人が単独で当事者を代理し、これと異なる定めをしても、その効力を生じない(56 I II)。よって、各訴訟代理人が単独で訴訟行為をすることができないとの定めをしたときは、各訴訟代理人が単独でした訴訟行為は無効となるとする点で、本肢は誤っている。

平成 28 年予・第 32 問

6 訴えの取下げは、被告に訴状が送達された後は、被告の同意を得なければすることができない。

× 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にあつては、相手方の同意を得なければ、その効力を生じない(261 II 本文)。よって、被告に訴状が送達された後は、被告の同意を得なければすることができないとする点で、本肢は誤っている。

平成 28 年予・第 35 問

7 所有権確認訴訟では、原告の主張する所有権の範囲より原告に有利な内容の判決をすることはできないが、筆界(境界)確定訴訟では、原告の主張する筆界(境界)より原告に有利な内容の判決をすることはできる。

○ 所有権確認訴訟においては、処分権主義(246)が妥当することから、裁判所は、

当事者が申し立てていない事項について、判決をすることはできない。したがって、所有権確認訴訟では、原告の主張する所有権の範囲より原告に有利な内容の判決をすることはできない。他方、肢1解説のとおり、判例（最判昭 43.2.22/百選 [第5版] [35]）は、筆界（境界）確定訴訟の法的性質を形式的形成訴訟と解しており、実質的には非訟事件であることから、処分権主義（246）・弁論主義・証明責任の原則の適用が排除される。したがって、筆界（境界）確定訴訟では、原告の主張する筆界（境界）より原告に有利な内容の判決をすることはできる。よって、本肢は正しい。

平成 29 年予・第 44 問

8 物の引渡し執行不能となる場合に備えての代償請求は、将来の給付の訴えとしてその利益が認められる。

- 判例（大判昭 15.3.13）は、物の引渡しを求める現在の給付の訴えにおいて、将来の執行不能に備えて、これに代わる代償請求がなされた場合、その代償請求の訴えは将来給付の訴えとして訴えの利益が認められる旨判示している。よって、本肢は正しい。

平成 27 年予・第 36 問

9 遺言者がその生存中に受遺者に対し遺言の無効確認を求める訴えには、訴えの利益が認められる。

- × 判例（最判平 11.6.11/百選 [第5版] [26]）は、遺言者がその生存中に受遺者に対し遺言の無効確認を求める趣旨は、受遺者とされる被告が遺言者である原告の「死亡により遺贈を受けることとなる地位にないことの確認を求めること」によって、他の推定相続人の「相続する財産が減少する可能性をあらかじめ除去しようとする」ものである旨判示した上で、「遺言者の生存中は遺贈を定めた遺言によって何らの法律関係も発生しないのであって、受遺者とされた者は、何らかの権利を取得するものではなく、単に将来遺言が効力を生じたときは遺贈の目的物である権利を取得することができる事実上の期待を有する地位にあるにすぎない……。したがって、このような受遺者とされる者の地位は、確認の訴えの対象となる権利又は法律関係には該当しない」旨判示している。よって、「訴えの利益が認められる」とする点で、本肢は誤っている。

平成 26 年予・第 33 問

- 10 共同相続人間において、ある財産が被相続人の遺産かどうか争いがある場合には、当該財産が被相続人の遺産に属することの確認を求める訴えについては、訴えの利益が認められる。

○ 判例（最判昭 61. 3. 13／百選 [第5版] [24]）は、遺産分割の前提問題として、ある財産が被相続人の遺産であることの確認を求める訴え（遺産確認の訴え）は、「当該財産が現に共同相続人による遺産分割前の共有関係にあることの確認を求める訴えであって、その原告勝訴の確定判決は、当該財産が遺産分割の対象たる財産であることを既判力をもって確定し、したがって、これに続く遺産分割審判の手續において及びその審判の確定後に当該財産の遺産帰属性を争うことを許さず、もって、原告の……意思によりかなった紛争の解決を図ることができるところであるから、かかる訴えは適法」である旨判示し、確認の利益を認めている。よって、本肢は正しい。

平成 30 年予・第 35 問

- 11 Xが、Zに対する売買代金債権を被保全債権として、ZのYに対する貸金債権を代位行使して、Yに対して提起した貸金返還請求訴訟において、XのZに対する売買代金債権が存在しないことが明らかとなった場合には、Xの訴えは原告適格を欠くものとして却下される。

○ 債権者代位訴訟における被保全債権の存在は、原告である債権者の訴訟追行権を基礎付ける事実であるとされている。そのため、XがZに対する売買代金債権を被保全債権として、ZのYに対する貸金債権を代位行使して、Yに対して提起した貸金返還請求訴訟において、XのZに対する売買代金債権が存在しないことが明らかとなった場合には、Xの原告適格を基礎付ける事実が存在しないことを意味するから、Xの訴えは原告適格を欠くものとして却下される（最判昭 48. 4. 24／百選 [第5版] [108]）。よって、本肢は正しい。

平成 25 年予・第 32 問

- 12 家屋明渡請求訴訟において、留置権の抗弁が認められるときは、裁判所は、当該留置権により担保される債権の弁済を受けることと引換えに家屋の引渡しを命ずる。

○ 原告の給付請求に対して、被告の留置権の抗弁が認められた場合、引換給付判決がなされるとするのが判例（最判昭 33. 3. 13）である。そのため、裁判所は、当該留置権により担保される債権の弁済を受けることと引換えに家屋の引渡しを命ずる判決をすることになる。よって、本肢は正しい。

平成 25 年司・第 69 問、予・第 43 問

- 13 裁判所は、特定の金銭債権の一部を請求する訴訟において、相殺の抗弁に理由があると認めるときは、請求額から自働債権の額を控除した残存額の限度で請求を認容する判決をしなければならない。

× 判例（最判平 6. 11. 22／百選 [第 5 版] [113]）は、特定の金銭債権の一部を請求する訴訟において、「被告から相殺の抗弁が提出されてそれが理由がある場合には、まず、当該債権の総額を確定し、その額から自働債権の額を控除した残存額を算定した上、原告の請求に係る一部請求の額が残存額の範囲内であるときはそのまま認容し、残存額を超えるときはその残存額の限度でこれを認容すべきである」としている。これは、いわゆる外側説（明示されていない部分を含め、債権全額から控除すべきとする見解）の立場を示したものである。他方、本肢のように「請求額から自働債権の額を控除した残存額の限度で請求を認容する判決をしなければならない」とするのは、いわゆる内側説（明示的に当該訴訟において訴求されている部分から控除する見解）の立場であり、判例の立場とは異なる。よって、裁判所は、請求額から自働債権の額を控除した残存額の限度で請求を認容する判決をしなければならないとする点で、本肢は誤っている。

平成 29 年予・第 41 問

- 14 不法行為による人身に係る損害賠償請求権に基づき、慰謝料 1 0 0 万円及び休業損害 3 0 0 万円の支払を求める請求に対し、裁判所は、慰謝料 1 5 0 万円及び休業損害 2 0 0 万円の支払を命ずる判決をすることができる。

○ 判例（最判昭 48. 4. 5／百選 [第 5 版] [74]）は、「同一事故により生じた同一の身体傷害を理由とする財産上の損害と精神上的損害とは、原因事実および被侵害利益を共通にするものであるから、その賠償の請求権は 1 個であり、その両者の賠償を訴訟

上あわせて請求する場合にも、訴訟物は1個であると解すべき」としている。したがって、本肢における訴訟物は、慰謝料100万円及び休業損害300万円の支払を求める損害賠償請求権1個となるから、裁判所が合計350万円の支払を認める判決をすることは、請求総額範囲内における一部認容判決に当たる。そして、慰謝料や逸失利益については、当事者の主張する額と裁判所の認定額との間に差が生じたとしても、請求総額の範囲内で各損害間の流用ないし補完を認めることが、通常は当事者の意思に合致すると解されている。以上より、慰謝料150万円及び休業損害200万円の支払を命ぜらざる判決は、当事者が申し立てていない事項(246)について判決をしたものとはいえない。よって、本肢は正しい。

令和元年予・第42問

15 請求の予備的併合及び選択的併合においては、弁論を分離することは許されない。

- 数個の請求についての併合審理をやめて、ある請求を別個の手続において審判すべきことを命じる措置を、弁論の分離という(152 I)。弁論の分離により、審理及び判決が個別になされることになるから、審判の統一性が重視されるもの(必要的共同訴訟、独立当事者参加、予備的併合、選択的併合など)については、弁論の分離は許されない。よって、本肢は正しい。

平成24年司・第72問、予・第44問

16 判例によれば、控訴審における訴えの変更に対して相手方が異議なく応訴した場合には、請求の基礎に変更があるときであっても、当該訴えの変更は許される。

- 判例は、控訴審における請求の拡張について、仮に請求の基礎に変更があったとしても、相手方において異議を述べた形跡がないために拡張を許容した原審を適法であるとしている(最判昭29.6.8)。よって、本肢は正しい。

平成24年司・第72問、予・第44問

17 XのYに対する貸金300万円の債務不存在確認請求訴訟の係属中に、YがXに対し当該貸金の返還を求める別訴を提起することは、許されない。

- XのYに対する貸金債務不存在確認請求訴訟の係属中に、YがXに対し当該貸金の返還を求める別訴を提起することは、142条に抵触し許されない。なぜなら、原告と被告とが入れ替わっていても当事者の同一性の要件を満たす上、たとえ訴えの一方が確

認の訴え、他方が給付の訴えであっても、同一の権利を目的とするものであり、訴訟物の同一性の要件も満たすからである。よって、本肢は正しい。

平成 28 年予・第 37 問

- 18 X の Y に対する売買代金支払請求訴訟である A 訴訟と Y の X に対する貸金返還請求訴訟である B 訴訟とがそれぞれ係属中に、A 訴訟の被告 Y が、A 訴訟において、B 訴訟で請求している貸金債権を自働債権とする相殺の抗弁を主張することは、許されない。

○ 判例（最判平 3.12.17／百選 [第 5 版] [38①]）は、「係属中の別訴において訴訟物になっている債権を自働債権として他の訴訟において相殺の抗弁を提出することは許されない」と判示している。その理由として、同判例は、142 条が「重複起訴を禁止する理由は、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が、相殺の抗弁が提出された自働債権の存在又は不存在の判断が相殺をもって対抗した額について既判力を有するとされていること……、相殺の抗弁の場合にも自働債権の存否について矛盾する判決が生じ法的安定性を害しないようにする必要があるけれども理論上も実際上もこれを防止することが困難であること、等の点を考えると」、142 条の趣旨は、「同一債権について重複して訴えが係属した場合のみならず、既に係属中の別訴において訴訟物となっている債権を他の訴訟において自働債権として相殺の抗弁を提出する場合にも同様に妥当するものであり、このことは右抗弁が控訴審の段階で初めて主張され、両事件が併合審理された場合についても同様である」としている。よって、本肢は正しい。

平成 28 年予・第 37 問

- 19 X の Y に対する土地の所有権に基づく所有権移転登記手続請求訴訟の係属中に、Y が X に対し当該土地の所有権の確認を求める別訴を提起することは、許されない。

× 判例（最判昭 49.2.8）は、X の Y に対する土地所有権に基づく所有権移転登記手続請求訴訟が係属している場合において、Y が X に対して当該土地の所有権確認訴訟を別訴として提起することは、142 条に反しない旨判示している。よって、Y が X に対し当該土地の所有権の確認を求める別訴を提起することは、許されないとする点で、本肢は誤っている。

平成 28 年予・第 37 問

20 訴訟委任に基づく訴訟代理人は、特別の委任を受けることなく、反訴を提起することができる。

× 訴訟代理人は、反訴の提起をするには、特別の委任を受けなければならない（特別委任事項、55Ⅱ①）。反訴の提起（55Ⅱ①）や訴えの取下げ、和解、請求の放棄・認諾等（同Ⅱ②）、控訴・上告の提起等（同Ⅱ③）といった特別委任事項は、訴訟に重大な結果をもたらす事項であるため、その都度、本人の意思を尊重するべく、特別の委任を要することとされている。よって、訴訟代理人は、特別の委任を受けることなく、反訴を提起することができるとする点で、本肢は誤っている。

令和3年予・第36問

21 所有権に基づく建物明渡請求訴訟において、「原告は、被告に対してその建物を無償で使用させていた。」との事実を原告が陳述した場合には、被告がその援用をしないときであっても、裁判所は、原告と被告との間でその建物の使用貸借契約が成立したことを判決の基礎とすることができる。

○ 弁論主義の第1テーゼ（主張原則）のもとでは、ある事実が当事者の弁論に現れない限り、裁判所はその事実を判決の基礎とすることができない。しかし、弁論に現れている事実であるならば、いずれの当事者が主張したものであるかを問わない（主張共通の原則）。そのため、裁判所は、一方の当事者が自己に不利益な事実を陳述した後に、相手方がこれを自己の利益に援用しなかった場合であっても、これを基礎として、陳述した当事者に不利な判決をすることができる（最判昭41.9.8参照）。

したがって、所有権に基づく建物明渡請求訴訟において、原告が「原告は、被告に対してその建物を無償で使用させていた。」という自己に不利益な事実（本来被告が主張立証すべき事実）を陳述した場合には、被告がその援用をしないときであっても、裁判所は、原告と被告との間でその建物の使用貸借契約が成立したことを判決の基礎とすることができる。よって、本肢は正しい。

令和2年予・第39問

22 不法行為に基づく損害賠償請求訴訟において、被告が原告に損害の発生に関する過失があることの根拠となる事実を主張した場合には、被告が過失相殺を主張していないときであっても、裁判所は、過失相殺の結果を判決の基礎とすることができる。

○ 判例（最判昭43.12.24／百選〔第5版〕〔A17〕）は、「民法418条による過失相殺は、債務者の主張がなくても、裁判所が職権ですることができるが、債権者に過失が

あった事実は、債務者において立証責任を負うものと解すべきである」としている。すなわち、債務者たる被告が原告に過失があることの根拠となる具体的事実を主張立証した場合において、被告が過失相殺を主張していなかったとき、裁判所は、過失相殺の結果を判決の基礎とすることができる。これは、過失相殺の意思表示は権利抗弁に該当せず、その意思表示については弁論主義の適用がないものと解されている。その理由としては、過失相殺の制度が信義則を基礎とするものである点や、債権者側の過失の考慮について裁量権が認められている点が挙げられる。よって、本肢は正しい。

令和2年予・第39問

23 被告が最初にすべき口頭弁論の期日に出頭しなかった場合には、原告が出頭していれば答弁書の陳述を擬制することができるが、原告が最初にすべき口頭弁論の期日に出頭しなかった場合には、被告が出頭していても訴状の陳述を擬制することはできない。

× 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(158)。よって、本肢は誤っている。

平成23年司・第64問、予・第39問

24 裁判所は、争点及び証拠の整理を行うため必要があると認める場合において、事件を弁論準備手続に付するときは、当事者の同意を得なければならない。

× 裁判所は、事件を弁論準備手続に付するときは、当事者の意見を聴かなければならないが(168)、同意を得る必要はない。よって、当事者の同意を得なければならないとする点で、本肢は誤っている。

平成26年司・第65問、予・第38問

25 当事者間における特定の者を証人として申請しない旨の合意は裁判所を拘束するが、その者の尋問が完了した後にその尋問の結果を排除する旨の合意をしても、その合意は裁判所を拘束しない。

○ 証拠制限契約とは、特定の証拠方法の提出を制限する旨の当事者間の合意である。弁論主義の下では、いかなる証拠を提出するかは当事者の自由であるから、証拠制限契約も当然に有効と解されている。そのため、当事者間における特定の者を証人とし

て申請しない旨の合意は、裁判所を拘束する。もっとも、既に取調べが終わった証拠方法を事後的に提出されなかったものとする旨の合意は、いったん形成された裁判所の自由心証を侵害するため、裁判所を拘束しない。よって、本肢は正しい。

平成 28 年予・第 43 問

26 10年の時効取得を原因とする土地の所有権移転登記手続を求める訴えの請求原因に対する「原告は、占有開始の時に当該土地の所有権を有しないことを知っていた。」との主張は、抗弁である。

- 短期時効取得（民法 162Ⅱ）の条文上の要件は、①所有の意思をもって、②平穩かつ公然に、③他人の物を、④10年間占有したこと、及び⑤占有開始時に善意で、⑥⑤について無過失であったことである。そして、民法 186 条 1 項は、「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」と規定しており、④の要件に該当する事実が主張・立証されれば、①②⑤が推定され（暫定真実、民法 186Ⅰ）、取得時効の成立を争う側でその反対事実を主張・立証しなければならぬ。かかる反対事実の主張は、請求原因と両立しつつ取得時効の法律効果の発生を障害する事実の主張であり、抗弁である。したがって、「原告は、占有開始の時に当該土地の所有権を有しないことを知っていた」との主張は、⑤の反対事実に関する主張であり、抗弁に当たる。よって、本肢は正しい。

平成 30 年予・第 38 問

27 弁論準備手続において主張された事実は、弁論準備手続の結果を当事者が口頭弁論で陳述することによって訴訟資料となる。

- 弁論準備手続によった場合は、当事者は、その結果を口頭弁論において陳述しなければならない（173）。これは、弁論準備手続で提出した資料を訴訟資料とするために必要となる手続である。よって、弁論準備手続において主張された事実は、弁論準備手続の結果を当事者が口頭弁論で陳述することによって訴訟資料となる。したがって、本肢は正しい。

平成 24 年司・第 61 問、予・第 35 問

28 当事者双方が弁論準備手続の期日に欠席した場合において、1か月以内にいずれの当事者からも期日指定の申立てがされないときは、訴えの取下げがあったものとみなされる。

- 当事者双方が、弁論準備手続の期日に欠席した場合において、1ヶ月以内に期日指定の申立てがなされないときは、訴えの取下げがあったものとみなされる(263前段)。したがって、本肢は正しい。

平成24年司・第59問、予・第33問

- 29 判決の言渡しは、当事者双方が判決の言渡期日に欠席した場合においても、することができる。

- 判決の言渡しは、当事者が在廷しない場合においてもすることができる(251Ⅱ)とされているので、当事者双方が判決の言渡期日に欠席した場合においても、することができる。したがって、本肢は正しい。

平成24年司・第59問、予・第33問

- 30 成立に争いのある私文書に本人の印章による印影が存在する場合には、その印影は本人の意思に基づいて顕出されたものと事実上推定され、ひいては当該私文書が真正に成立したものと推定される。

- 判例(最判 39.5.12/百選 [第5版] [70])は、文書中の印影が本人の印章によって顕出された事実が確定された場合には、反証がない限り、その印影は本人の意思に基づくものと事実上推定されるとしている。そして、文書上に本人の意思に基づく押印があれば、228条4項により文書全体が本人の意思に基づき真正に成立したことが推定される(二段の推定)。よって、本肢は正しい。

平成30年予・第40問

- 31 売買契約に基づく売買代金支払請求訴訟の口頭弁論の期日において、原告は、売買契約書を提出して書証の申出をし、被告がその売買契約書を作成したとの主張をした。これに対し、被告は、その期日において、その売買契約書が真正に成立したことを認めるとの陳述をした。この被告の陳述について、裁判上の自白が成立する。

- × 本肢において、被告は、口頭弁論の期日において、書証である売買契約書が真正に成立したことを認めるとの陳述をしているが、この陳述は、補助事実(証拠の評価に関わる事実、証拠能力や証明力に影響を与える事実)に関する自白に当たる。この点について、肢1の解説のとおり、自白の対象となる事実は、主要事実に限られる(最

判昭 31. 5. 25)。したがって、補助事実について、裁判上の自白は成立しない（最判昭 52. 4. 15)。よって、この被告の陳述について、裁判上の自白が成立するとする点で、本肢は誤っている。

令和3年予・第39問

- 32 請求の放棄又は認諾をする旨の書面を提出した当事者が口頭弁論の期日に出頭せず、相手方のみが出頭したときは、裁判所は、不出頭の当事者が請求の放棄又は認諾をする旨の陳述をしたものとみなすことができる。

○ 266条2項は、「請求の放棄又は認諾をする旨の書面を提出した当事者が口頭弁論等の期日に出頭しないときは、裁判所又は受命裁判官若しくは受託裁判官は、その旨の陳述をしたものとみなすことができる」と規定している。よって、本肢は正しい。

平成29年予・第43問

- 33 成立した訴訟上の和解について当事者の一方が錯誤取消しを主張して和解の効力を争うためには、和解が無効であることの確認を求める別訴を提起しなければならない。

× 成立した訴訟上の和解について当事者の一方が錯誤取消しを主張して和解の効力を争うための救済手段に関して、改正前民法を前提とした判例は、救済を求める当事者の態度に応じて、期日指定申立てによる旧訴の続行（大決昭 6. 4. 22)、和解無効確認の新訴提起（大判大 14. 4. 24)、請求異議の訴え（大判昭 14. 8. 12)を認めている。したがって、訴訟上の和解について錯誤取消しを主張して和解の効力を争うためには、和解が無効であることの確認を求める別訴を提起しなければならないとする点で、本肢は誤っている。

平成25年司・第72問、予・第44問

- 34 XがYに対して1000万円の貸金債権の一部として100万円の支払を求める訴訟において、1000万円の貸付けはあったが940万円は弁済されたとして、60万円の限度で請求を認容する判決が確定した場合に、Xは、Yに対し、貸金1000万円のうち前訴で請求しなかった900万円の支払を求める訴えを提起することができる。

× 判例（最判平10. 6. 12/百選 [第5版] [80])は、「数量的一部請求を全部又は一部棄却する旨の判決は、……債権の全部について行われた審理の結果に基づいて、当該

債権が全く現存しないか又は一部として請求された額に満たない額しか現存しないとの判断を示すものであって、言い換えれば、後に残部として請求し得る部分が存在しないとの判断を示すものにほかならない。したがって、右判決が確定した後に原告が残部請求の訴えを提起することは、実質的には前訴で認められなかった請求及び主張を蒸し返すものであり、前訴の確定判決によって当該債権の全部について紛争が解決されたとの被告の合理的期待に反し、被告に二重の応訴の負担を強いるものというべきである」から、「金銭債権の数量的一部請求訴訟で敗訴した原告が残部請求の訴えを提起することは、特段の事情がない限り、信義則に反して許されない」旨判示している。したがって、数量的一部請求を求める前訴において一部棄却判決を受けたXが残部請求の訴えを提起することは、信義則に反して許されない。よって、900万円の支払を求める訴えを提起することができる点で、本肢は誤っている。

平成30年予・第41問

- 35 XのYに対する賃貸借契約の終了に基づく土地明渡請求訴訟において、賃料不払による解除を理由として請求を認容すると判決が確定した場合に、この判決の効力は、この訴訟の口頭弁論終了の前からその土地を転借しているZに対しては及ばない。

○ 本肢における転借人たるZは、一般的に「承継人」(115 I ③)に当たると解されている。もっとも、本肢における転借人たるZは、XのYに対する訴訟の口頭弁論終了の前からその土地を転借しているため、「口頭弁論終了後の承継人」(115 I ③)には当たらない。

また、請求の目的物の所持者(115 I ④)とは、目的物の所持について固有の利益をもたず、もっぱらこれを当事者又はその承継人のために所持している者をいうところ、賃借人・転借人は、自己の固有の利益のために目的物を所持する者であるから、請求の目的物の所持者には当たらない。

したがって、XのYに対する訴訟の判決の効力は、Zに対しては及ばない。よって、本肢は正しい。

令和3年予・第35問

- 36 貸金返還請求訴訟において、被告である借主が相殺適状にある反対債権を有していたものの、相殺の意思表示をしないまま口頭弁論が終結し、請求を認容する判決が確定した場合には、借主は、その確定判決について提起した請求異議の訴えにおいて、その後にした相殺の意思表示による債務の消滅の効果を請求異議の事由として主張することができる。

- 判例（最判昭 40.4.2）は、「債務名義たる判決の口頭弁論終結前には相殺適状にあるにすぎない場合、口頭弁論の終結後に至ってはじめて相殺の意思表示がなされたことにより債務消滅を原因として異議を主張する」ことは許される旨判示している。よって、本肢は正しい。

平成 28 年予・第 36 問

- 37 X が Y に対して売買契約の詐欺取消しを理由として売買代金相当額の不当利得の返還を求める訴えを提起し、詐欺の事実が認められないとして請求を棄却する判決が確定した後、X が Y に対して当該売買契約について通謀虚偽表示による無効を理由として売買代金相当額の不当利得の返還を求める訴えを提起した場合において、後訴裁判所が X の請求を認容する判決をすることは、前訴の確定判決の既判力に反し許されない。

- 既判力が後訴において作用する場面としては、①後訴の訴訟物が前訴の訴訟物と同一の場合、②前訴の訴訟物が後訴の訴訟物の先決問題となっている場合、③前訴の訴訟物と後訴の訴訟物が矛盾関係に立つ場合、の 3 つがある。

本肢において、前訴（売買契約の詐欺取消しを理由とする X の Y に対する売買代金相当額の不当利得返還請求訴訟）の訴訟物は、X の Y に対する不当利得返還請求権の存否であり、後訴（売買契約の通謀虚偽表示による無効を理由とする X の Y に対する売買代金相当額の不当利得返還請求訴訟）の訴訟物も、X の Y に対する不当利得返還請求権の存否である。したがって、上記①後訴の訴訟物と前訴の訴訟物が同一の場合に当たる。

そして、本肢では、前訴で請求棄却判決が確定し、敗訴した X が後訴を提起しているところ、基準時である前訴の口頭弁論終結時において、X が Y に対して不当利得返還請求権を有しないことにつき既判力が生じており、基準時後に X が当該請求権を取得するに至ったという新事実も認められないから、後訴裁判所が請求認容判決をすることは、前訴の確定判決の既判力に反し許されない。よって、本肢は正しい。

令和 2 年予・第 37 問

- 38 X が Y に対して消費貸借契約に基づき貸金の返還を求める訴えを提起し、請求を認容する判決が確定した後、Y が、当該消費貸借契約に基づく貸金債務についてその訴訟の口頭弁論の終結前に時効期間が経過していたとして消滅時効を援用し、X に対して債務の不存在確認を求める訴えを提起した場合において、後訴裁判所が当該貸金債務の時効消滅を理由に Y の請求を認容する判決をすることは、前訴の確定判決の既判力に反し許されない。

- 本肢において、前訴（XのYに対する消費貸借契約に基づく貸金返還請求訴訟）の訴訟物は、XのYに対する貸金返還請求権の存否であり、請求認容判決の確定により、基準時である前訴の口頭弁論終結時において、XのYに対する貸金返還請求権が存在することにつき、既判力が生じている。したがって、後訴（YのXに対する貸金債務不存在確認訴訟）において、当該貸金債務の不存在を認め、Yの請求を認容する判決をすることは、基準時後の新事実（前訴の口頭弁論終結後にYの当該債務が消滅するに至ったという事情）が認められない限り、前訴の確定判決の既判力に反し許されない。

この点、Yは後訴において、当該貸金債務につき前訴の口頭弁論終結前に時効期間が経過していたとして消滅時効を援用しているが、これは基準時後の新事実には当たらない（大判昭14.3.29）。

したがって、後訴裁判所は、基準時におけるXのYに対する貸金返還請求権の存在（YのXに対する当該債務の存在）を前提に、Yの請求を棄却しなければならず、当該貸金債務の時効消滅を理由にYの請求を認容する判決をすることは、前訴の確定判決の既判力に反し許されない。よって、本肢は正しい。

令和2年予・第37問

- 39 XがYに対して所有権移転登記の原因となる行為の不存在を理由として所有権に基づき不動産の所有権移転登記抹消登記手続を求める訴えを提起し、Xの請求を認容する判決が確定した後、YがZに対して当該不動産の所有権移転登記手続をした場合に、この判決の効力は、Zにも及ぶ。

- 本肢と同様の事案において、判例（最判昭54.1.30）は、本肢におけるZは口頭弁論終結後の承継人（115 I ③）にあたり、これに前訴の判決の効力が及ぶものであることは明らかであるとしている。よって、本肢は正しい。

令和元年予・第43問

- 40 A及びBが共有する甲土地について、第三者Cに対し、Aが甲土地の共有持分権を有することの確認を求める訴えは、Aが単独で提起することができる。

- 判例（最判昭40.5.20）は、各共有者が第三者に対して共有持分権を有することの確認を求める訴えは、権利者の持分のみにかかわるものであるから、固有必要的共同訴訟とならず、単独で提起できる旨判示している。したがって、本肢は正しい。

平成27年予・第44問

41 共同被告の一方に対する訴訟の目的である権利と共同被告の他方に対する訴訟の目的である権利とが法律上併存し得ない関係にある場合において、原告が同時審判の申出をしたときは、裁判所は、原告と一方の被告との間で裁判上の自白が成立した事実については、他方の被告との間でも判決の基礎としなければならない。

× 通常共同訴訟に属する類型のうち、共同被告に対する原告の請求が相互に法律上併存し得ない関係にある場合において、原告が同時審判の申出をしたときは、裁判所は、弁論及び裁判を分離しないでしなければならない(41 I)。

このように、同時審判申出共同訴訟では、通常共同訴訟の内容がこの限りで変更されるが、共同訴訟人独立の原則(39)自体が修正されるわけではない。したがって、裁判上の自白も共同訴訟人の各人が独立してすることができ、他の共同訴訟人に影響を及ぼさない。

よって、原告が同時審判の申出をしたときは、裁判所は、原告と一方の被告との間で裁判上の自白が成立した事実については、他方の被告との間でも判決の基礎としなければならないとする点で、本肢は誤っている。

令和2年予・第32問

42 一つの交通事故の被害者であるXが、Y1とY2とを共同被告として、共同不法行為に基づく損害賠償請求の訴えを提起し、第一審においてY1及びY2のいずれに対する請求も認容する判決がされた場合、Y1が控訴をすれば、当該訴訟は全体として移審し、第一審判決中のY2に対する請求を認容した部分も確定が遮断される。

× 本件訴訟は、通常共同訴訟である。通常共同訴訟では、共同訴訟人独立の原則(39)が妥当する。そのため、控訴を提起したY1とXとの間の事件についてのみ、控訴審に移り確定が遮断される。したがって、控訴していないY2とXとの間の事件についての判決も確定が遮断されるという点で、本肢は誤っている。

平成23年予・第32問

43 参加承継においては、被承継人は、相手方の承諾を得なければ訴訟から脱退することはできないが、引受承継においては、被承継人は、相手方の承諾がなくとも訴訟から脱退することができる。

× 参加承継(51、49)において、被承継人は、相手方の承諾を得て訴訟から脱退することができる(47 I、48 前段)。また、引受承継(51、50 I)においても、訴訟脱退に

関する 48 条が準用されるため (51、50Ⅲ)、裁判所により引受決定があった場合、被承継人は、相手方の承諾を得て訴訟から脱退することができる。よって、引受承継においては、被承継人は、相手方の承諾がなくとも訴訟から脱退することができる点で、本肢は誤っている。

平成 30 年予・第 34 問

44 必要的共同訴訟の口頭弁論の期日に共同訴訟人の一部が欠席した場合、出頭した共同訴訟人がその期日において自白をしても、欠席した共同訴訟人は、その後の期日において、その自白に係る事実を争うことができる。

- 共同訴訟人の一人の行為は、全員の利益においてのみその効力が生じる (40 I)。そして、自白のように不利な行為は、全員がしなければ効力が生じない。したがって、本肢は正しい。

平成 23 年司・第 57 問

45 補助参加に係る訴訟における判決の補助参加人に対する効力 (いわゆる参加的効力) は、判決の主文中の訴訟物に係る判断の前提として理由中でされた事実の認定や先決的権利関係の存否についての判断には生じない。

- × 判例 (最判昭 45. 10. 22/百選 [第 5 版] [103]) は、46 条の定める「判決の補助参加人に対する効力……は、いわゆる既判力ではなく、それとは異なる特殊な効力、すなわち、判決の確定後補助参加人が被参加人に対してその判決が不当であると主張することを禁ずる効力であって、判決の主文に包含された訴訟物たる権利関係の存否についての判断だけではなく、その前提として判決の理由中でなされた事実の認定や先決的権利関係の存否についての判断などにも及ぶものと解するのが相当である」としている。よって、判決の主文中の訴訟物に係る判断の前提として理由中でされた事実の認定や先決的権利関係の存否についての判断には生じないとする点で、本肢は誤っている。

令和 3 年予・第 33 問

46 訴訟の結果によって権利が害されることを主張する第三者は、原告の請求を棄却する判決を求める旨を述べれば、自ら請求を定立しなくとも、その訴訟に参加することができる。

× 判例（最決平 26. 7. 10）は、「独立当事者参加の申出は、参加人が参加を申し出た訴訟において裁判を受けるべき請求を提出しなければならず、単に当事者の一方の請求に対して訴え却下又は請求棄却の判決を求めるのみの参加の申出は許されない」としている。よって、第三者は、原告の請求を棄却する判決を求める旨を述べれば、自ら請求を定立しなくとも、その訴訟に参加することができるとする点で、本肢は誤っている。

令和元年予・第 33 問

47 X の Y に対する土地の賃貸借契約の終了に基づく建物収去土地明渡請求訴訟の係属中に Z が Y からその建物の全部を借り受けてその土地を占有する場合において、裁判所は、Z に対して所有権に基づき建物退去土地明渡しを求めるとしてされた X の訴訟の引受けの申立てにより、Z に訴訟を引き受けさせることができる。

○ 判例（最判昭 41. 3. 22／百選 [第 5 版] [109]）は、「賃貸人が、土地賃貸借契約の終了を理由に、賃借人に対して地上建物の収去、土地の明渡を求める訴訟が係属中に、土地賃借人からその所有の前記建物の一部を賃借し、これに基づき、当該建物部分および建物敷地の占有を承継した者」は、50 条の義務承継人に当たるとしている。その理由として、同判例は、「土地賃借人が契約の終了に基づいて土地賃借人に対して負担する地上建物の収去義務は、右建物から立ち退く義務を包含するものであり、当該建物収去義務の存否に関する紛争のうち建物からの退去にかかる部分は、第三者が土地賃借人から係争建物の一部および建物敷地の占有を承継することによって、第三者の土地賃借人に対する退去義務の存否に関する紛争という型態をとって、右両者間に移行し、第三者は当該紛争の主体たる地位を土地賃借人から承継したものと解される」ことを挙げている。

したがって、X の Y に対する土地の賃貸借契約の終了に基づく建物収去土地明渡請求訴訟の係属中に、Y からその建物の全部を借り受けてその土地を占有するに至った Z は、50 条の義務承継人に当たり、裁判所は、X の訴訟の引受けの申立てにより、Z に訴訟を引き受けさせることができる。よって、本肢は正しい。

令和 2 年予・第 33 問

48 貸金 300 万円の返還請求を全部認容した第一審判決に対し、被告が 100 万円の部分のみを不服として控訴した場合には、その余の部分については、控訴期間の満了により、第一審判決が確定する。

× 控訴の提起により確定遮断効が生じる（116Ⅱ）。そして、確定遮断効は、原判決の一部に対し不服を申し立てたとしても、その全部について生ずる（控訴不可分の原則）。本肢において、被告が 100 万円の部分のみを不服として控訴することは、原判決の一部に対し不服を申し立てたことにあたり、控訴不可分の原則に基づき、100 万円以外の部分についても第一審判決は確定しない。したがって、その余の部分については、控訴期間の満了により、第一審判決が確定する点で、本肢は誤っている。

平成 24 年司・第 73 問

49 一部請求であることを明示した訴えにおいて全部勝訴した原告は、被告が控訴をしたときは、附帯控訴により残部について請求を拡張することができる。

○ 一部請求訴訟において、一部であることが明示されたときは、残部を別訴で請求することが原則として妨げられないとする判例の立場からすれば、一部請求訴訟において全部勝訴した原告には控訴の利益が認められない。もっとも、判例は、不服の利益のない被控訴人も、附帯控訴の方式により請求の拡張をすることができるとしている（最判昭 32. 12. 13／百選 [第 5 版] [A38]）。したがって、本肢は正しい。

平成 25 年司・第 73 問、予・第 45 問

50 請求の客観的予備的併合がされている場合において、主位的請求を棄却し、予備的請求を認容した第一審判決に対し、被告が控訴し、原告が控訴及び附帯控訴のいずれもしないときは、控訴裁判所は、主位的請求に対する第一審裁判所の判断の当否の判断をすることはできない。

○ 判例（最判昭 58. 3. 22／百選 [第 5 版] [111]）は、「主位的請求を棄却し予備的請求を認容した第一審判決に対し、第一審被告のみが控訴し、第一審原告が控訴も附帯控訴もしない場合には、主位的請求に対する第一審の判断の当否は控訴審の審判の対象となるものではない」旨判示している。これは、被告の控訴により主位的請求部分も控訴審に移審するものの、主位的請求の棄却部分が控訴審の審判の対象となるには、これについて控訴の利益を有する原告の控訴・附帯控訴が必要となるからである。したがって、本肢において、原告が控訴・附帯控訴のいずれもしないときは、控訴裁判所は、主位的請求に対する第一審裁判所の判断の当否を判断することはできない。よって、本肢は正しい。

平成 30 年予・第 44 問

第2問（記述式）

- 1 ①組合の構成員全員が当事者となって訴訟追行する
（∵固有必要的共同訴訟（40））
②組合自身が当事者となって訴訟追行する
（∵民法上の組合は「社団（29）」に含まれる）
③組合の代表者が当事者となって訴訟追行する
（∵任意的訴訟担当として当事者適格を肯定（判例））
- 2 当事者能力：民事訴訟の当事者となることのできる一般的資格
当事者適格：特定の権利又は法律関係について、当事者として訴訟追行して本案判決を求める（判決の名宛人となる）ことができる資格
- 3 請求の趣旨の記載に加え、請求の原因の記載や一件記録を斟酌することで裁判所が審判対象を把握でき、被告も防御対象を把握できる場合
（∵請求の特定が要求される趣旨は①裁判所に対する審判対象の明示、②被告に対する防御対象の明示にある）
- 4 許される
（∵反訴原告において異なる意思表示をしない限り、反訴は、反訴請求債権につき本訴において相殺の自働債権として既判力ある判断が示された場合にはその部分については反訴請求としない趣旨の予備的反訴に変更されることになるものと解されるため、二重起訴の問題は生じない）
- 5 ①請求権の基礎となるべき事実関係及び法律関係が既に存在し、その継続が予測されること
②請求権の成否・内容につき債務者に有利な将来の変動事由が予め明確に予測しうること
③請求異議の訴えにより当該変動の発生を証明してのみ執行を阻止しようという負担を債務者に課しても格別不当とはいえないこと
という3要件を満たす場合
- 6 現に争われている自己の現在の権利・法律関係の積極的確認請求である場合
- 7 ①現在の権利・法律関係に引き直すことができる
②過去の基本的な法律行為を確定することで、現に存する紛争の直接かつ抜本的解決

をもたらすことができる

- 8 ①共有持分確認の訴え
 ②共有持分確認の訴えを提起した場合だと、原告勝訴の確定判決の既判力は、原告が当該財産について共有持分を有することにのみ及び、その取得原因が相続であることには及ばない（114 I）のに対し、遺産確認の訴えを提起した場合には、原告勝訴の確定判決は、当該財産が遺産分割の財産の対象たる財産であることを既判力をもって確定し、これに続く遺産分割審判の手続において及びその審判の確定後に当該財産の遺産帰属性を争うことを許さず、もって、原告の前記意思によりかなった紛争の解決を図ることができるため
- 9 一部認容判決が、原告の合理的意思に合致し、被告にとって不意打ちとはならず、紛争の一回的解決の要請に沿うような場合
- 10 明示の一部請求後の残部請求として後訴を認めるが、前訴で一部請求であることの明示は不要である
 ∴①後発損害は、前訴における主張・立証が不可能であり、前訴はこれを請求から除外する趣旨であることは明らか
 ②被害者救済の実効性の見地
- 11 ①請求の主要な争点が共通で、旧請求の訴訟資料を流用できる関係にあり、かつ、②各請求の利益主張が、社会生活上同一又は一連の紛争に関するものであること。
 相手方（被告）が同意し、または応訴した場合や相手方の陳述した事実を新請求の原因とする場合（∴「請求の基礎」の同一性の要件は被告保護を主目的とする要件である）
- 12 第一原則：裁判所は、当事者の主張しない事実を判決の基礎に採用してはならない
 第二原則：裁判所は、当事者に争いのない事実を、そのまま判決の基礎として採用しなければならない
 第三原則：裁判所は、当事者間に争いのある事実を証拠によって認定する際には、原則として当事者の申し出た証拠によらなければならない
- 13 別個の法律構成に基づく事実関係が一方当事者から主張されるならば、訴訟の帰趨が変わり、当事者間における紛争の抜本的解決が期待できるにもかかわらず、当該当事者においてそのような主張をせず、かつ、そのような主張をしないことが明らかにその者の誤解または不注意と認められる。

- 14 ①
口頭弁論又は弁論準備期日における、相手方が主張する自己に不利益な事実を争わない旨の、当事者の弁論としての陳述
- ②
- ・ 裁判所は自白された事実拘束される（裁判所に対する拘束力、弁論主義の第二原則）
 - ・ 自白された事実は立証が不要となる（179 前段）
 - ・ 当事者は自白が成立した事実を撤回することができなくなる（当事者に対する拘束力、訴訟上の信義則（禁反言）が根拠）
- 15 ①訴訟開始前や訴訟外での訴訟行為（代理権授与、管轄の合意、証拠契約など）、②判決によらずに訴訟手続を終了させる訴訟行為（訴えの取下げ、請求の放棄・認諾、和解など）には意思表示の規定の類推適用を肯定する
※表見法理規定の類推適用は否定（判例）
- 16 ①訴訟手続の安定、強行法規性及び訴訟手続の明確的画一的処理の要請に反せず、②処分権主義・弁論主義の範囲内であり、かつ、③契約当事者にとって不利益が明確に予測可能である場合
- 17 ①
- ・ 私文書に押された印章の印影が、作成名義人の印章と一致する場合には、反証のない限り、作成名義人の意思に基づき押印されたことが、事実上推定される（1 段目の推定）
 - ・ 次に、名義人の意思に基づき押印されているときは、文書全体が作成名義人の意思に基づき真正に成立したことが、228 条 4 項により、法定証拠法則の効果として推定される（2 段目の推定）
 - ・ 結果として、私文書に押された印章の印影が、作成名義人の印章と一致する場合には、当該文書の成立の真正が推定されることになる
- ②1 段目の推定に対する反証例
： 印鑑の盗用・冒用、強迫によってされた押印など
- 2 段目の推定に対する反証例
： 押印後の文書改ざんなど
- 18 前訴訟物と後訴訟物は同一・矛盾・先決関係いずれにも当たらないため前訴既判力は後訴に作用せず、前訴既判力との抵触の問題は生じないが、後訴は実質的には前訴

の蒸し返しというべきものであるから、Yの主張は信義則に照らして認められない。

- 19 ①訴訟物につき当事者適格を当事者から伝来的に取得した者を「承継人」とする考え方
 ②賃貸借契約終了に伴う目的物返還請求（債権的請求）としての建物明渡請求訴訟の判決確定後に、敗訴した被告が目的物を第三者に譲渡し引渡しを完了した場合
- 20 ・期日指定を申し立てること
 ・和解無効確認の訴えなどの別訴を提起すること
- 21 管理処分権説（実体法説、通説）
 訴訟物たる権利又は法律関係の実体法上の性質に依拠して客観的に決定する（＝実体法上の管理処分権の帰属を重視し、実体法上単独で管理処分が可能な場合は通常共同訴訟に、単独で管理処分が不可能な場合は固有必要的共同訴訟に分類する）
 ※管理処分権（実体法的観点）に基づく区別は、あくまで基本的な方向性であり、これに加えて訴訟法的観点（紛争解決の実効性、当事者に対する手続保障の必要性など）も考慮して、個々の類型ごとに個別的に判断すべきである
- 22 訴えの提起に同調しない者も被告に加え、当事者適格者の全員が訴訟当事者となる形式で訴えを提起する
- 23 ①実体法上両立し得ない関係（実体法上の択一関係）
 ②有権代理を前提とした本人に対する請求と、無権代理を前提とした無権代理人に対する請求
 ③土地工作物の瑕疵による損害賠償に関する、占有者に対する請求と、所有者に対する請求（民717）
- 24 ①新当事者は旧当事者の訴訟上の地位を承継しない
 ②旧当事者（又はその代理人）の訴訟追行が新当事者のそれと実質的に同視できる場合
- 25 控訴することができる
 （∵相殺の抗弁が認められて得られた請求棄却判決は、訴訟物の存在が認められており実質的には被告にとっては敗訴判決と評価できるから、形式的不服説の例外として控訴の利益が認められる）

れっく LEC 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2022 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LL22875