

資料

## 幾つかの民事訴訟法用語の意味内容の混乱について

柴谷 晃

### 1 はじめに

筆者は、駒澤大学法科大学院の発足時から、実務家専任教員として、民事訴訟実務基礎論のほか、民事裁判演習、ローヤリングといった民事系実務科目を担当してきた。実務科目ではあるが、単に、「実務ではこうやっている。」と現象だけを教えるのではなく、民事訴訟法学の基本理論を踏まえうえて、実務の扱いが理論とどういう関係にあるのか（実務の各取扱いを裏付ける理論的根拠は何か）を理屈っぽく教えてきた。ところが、筆者には、ここ20年間ずっと抱えてきた困り事がある。民事訴訟法学の教科書に出てくる用語の中に、それがどういう意味なのかよく分からないものが幾つかあるのである。しかも、それは、有名論点を教えるときによく出てくる基本用語である。そのため、困っているのである。

しかし、こう言うては何だが、それは筆者がアホだからではなくて、民事訴訟法学者が身勝手だからだと思っている。特定の語句の意味について、周りの空気を読まずに、各人が好き勝手な意味で使っていることが、訳が分からない原因だと思っている。そのため、困ってもいるし、怒ってもいる。一時は、この記事のタイトルを「ええ加減にせえよ<sup>(1)</sup>、民訴法学者ああ！」にしようかと考えたくらい、怒っている。

用語法の混乱は、(新)司法試験の問題文や出題趣旨の解説や「採点実感等に関する意見」にも及んでいる。用語法が混乱していることを自覚しないで、問題文に不用意に当該語句を用いられると、受験生が入り口のところで混乱して、その先、解答に進むことができない。受験生も困っているのである。

駒澤大学法科大学院の専任教員を定年で退任するのをよい機会に、言いたいことを言うておくことにした。「立つ鳥あとを濁さず。」などという綺麗事は、

---

(1) 筆者は、関西人であるから、怒るときは関西弁で怒る。

筆者のキャラが台無しになり、学生受けしないので、最後っ屁をかまして辞めてやろうと思った。これが本稿の寄稿の動機である。

## 2 自白とはどういう意味か。或いは、権利自白は成立するか、間接事実の自白は成立するか。

(1)ア 最初に取り上げるのは、自白の意味についてである。自白は、どの教科書にも殆ど同じ定義が載っている。例えば、高橋宏志先生の教科書では、次のとおりである。「自白の定義は、一般に『当事者が、その訴訟の口頭弁論または準備手続〔現、弁論準備手続〕においてする、相手方の主張と一致する自己に不利な事実の陳述』とされる。」<sup>(2)</sup>

定義の最後に「事実の陳述」という語句が出てくるから、陳述の対象が権利の場合はこの定義に当てはまらないが、その対象が間接事実ならこの定義に当てはまる。したがって、この定義からすれば、「権利自白は成立しないが、間接事実の自白は成立する。」となるに決まっている。しかし、こう書くと、「えっ？」と思う学生が殆どであろう。

イ それを頭の片隅に留めておいて、まず、権利自白について考える。平成23年新司法試験論文式試験問題〔民事系科目第3問〕は、原告が口頭弁論で「甲土地はAが現に所有している。」と陳述し、被告がそれを「認める。」と陳述したという事案を題材にして、問題文3頁で、次のとおり出題している。「R：第1回口頭弁論期日で『甲土地はAが現に所有している。』という点に権利自白が成立しているにもかかわらず、第2回口頭弁論期日でのQの陳述は、甲土地をAが現に所有していることを否定する趣旨ですから、権利自白の撤回に当たるといえることでしょうか。P：(冒頭略) 私としては、被告側の権利自白の撤回は許されない、と次回の口頭弁論期日で主張しようかと思っています。そこで、貴方をお願いなのですが、このような私の主張を理論的に基礎付けることができるかどうか、検討していただきたいのです。」

この問題文は、読めば分かるとおり、権利自白が成立するかどうかの検討を求めるものではなく、原告が「甲土地はAが現に所有している。」

---

(2) 高橋・重点講義民事訴訟法(有斐閣)(上)第2版補訂版475頁

と陳述し、被告がそれを認める旨の陳述をした場合に、権利自白が成立していることを当然の前提にしたうえで、その撤回の可否を問うものである<sup>(3)</sup>。前述の自白の定義からすると、権利自白は成立するはずがないにもかかわらず、権利自白が成立していることを当然の前提にしている。

兼子一先生も、権利自白について次のように述べておられる。「権利自白があれば相手方は一応それについて証明をする必要はなくなるが…裁判所は権利自白に反する法律判断をすることが可能である。」<sup>(4)</sup>

「権利自白があれば」と述べておられるので、権利自白なるものが成立することが当然の前提とされている。司法試験の考査委員も兼子先生も、対象が権利であっても自白は成立すると考えており、相手方の主張と一致する自己に不利な権利を認める陳述を権利自白と呼んでいるようである。

このように、実は、前述の自白の定義に当てはまるか否かを検討するだけでは、「権利自白は成立するか。」という問いに対する正答を導くことはできない。後述するが、「間接事実の自白は成立するか。」も同様である。「あの自白の定義は一体何だったのか」と言いたくなるのであるが、法律学でいうところの定義には、数学におけるような厳密性はない。結構いい加減に、「当該語句のだいたいの意味内容の説明」<sup>(5)</sup>という程度の意味でしか使っていない。筆者などは、そんなものを「定義」と呼ぶのは気が引ける。

ところで、司法研修所の文献には、少し気になる次の記載がある。「所有権については、権利自白が認められるものと考えられています」、「その当時のXの所有について権利自白が成立します。」<sup>(6) (7)</sup>

---

(3) 出題趣旨がこの点にあることは、本問の「採点実感等に関する意見」19頁中ほどで、明言されている。

(4) 兼子・民事訴訟法体系（酒井書店）246頁

(5) これが、「法律学でいうところの定義」の定義である。この「法律学でいうところの定義」の定義も、大体の意味内容を説明したものすぎない。

(6) 司法研修所編・改訂 新問題研究要件事実（法曹会）60頁

(7) この文献は明確には述べていないが、所有権については権利自白が成立するといっても、その効果は、兼子先生の仰るところの権利自白の効果と同様であり、不要証拠はあるが、審判排除効や撤回制限はないと考えていると思われる。

引用文のうち第1文では、わざわざ「は」を入れて「所有権については」と断っている。所有権以外の権利（以下では、具体例として、貸付金返還請求権を想定しておく。）については、権利自白の成立を否定するような口吻である。同じく相手方の主張と一致する自己に不利な権利を認める陳述なのに、その対象が所有権であれば権利自白が成立するのに、貸付金返還請求権の場合には権利自白が成立しないと考えているのだろうか。そのように考えるのはなぜなのだろうか。

それは、ひょっとすると、効果の違いから来ているのかも知れない。前述のとおり、兼子先生は、相手方の主張と一致する自己に不利な権利を認める陳述を権利自白と呼んだうえで、その効果は、不要証効はあるが、審判排除効はないと述べておられる。そして、撤回制限効<sup>(8)</sup>については（冒頭の新司法試験問題はこの効力を肯定する理論構成を求めているが）、この効力は、兼子先生を含む多数説は審判排除効から導かれる効果として説明しているので<sup>(9)</sup>、権利自白には撤回制限効もないと考えておられると思われる。以上の結果、所有権の自白には不要証効だけは認められるので、裁判実務は、所有権の存在について両当事者の陳述が一致すれば、所有権の発生原因等の主張立証を求めず、そのまま判決の基礎にしている<sup>(10)</sup>。

- 
- (8) 一般には、不可撤回効とネーミングされているが、当該問題文では、本稿に引用外の箇所でも撤回制限効と呼んでいるので、本稿もこれに倣った。確かに、主要事実の自白が成立した場合、完全に撤回不可な訳ではなく、撤回が認められる場合もあり、撤回が制限されているだけなので、撤回制限効と呼ぶ方が適切だと思う。
- (9) 高橋・前掲書 478 頁の（3の2）
- (10) 所有権についてのそのような扱いは、実質論から来ている。所有権は消滅時効にかからないから寿命がやたら長い。特に、日本の殆どの土地の所有権の発生原因を主張立証しようと思えば、百数十年前の地租改正まで遡らなければならない。そんな時代の発生原因事実から現在に至るまでの全ての承継原因事実をいちいち主張立証してられない。そのため、不要証効を認める必要がある。一方、法律の素人であっても、所有権はあらゆる権利の中で最も理解しやすい権利であるから、当事者が法律判断を誤っているおそれは少ない。そのため、不要証効を肯定して、両当事者の一致した陳述内容を証拠なくしてそのまま判決の基礎にすることが正当化される。つまり、必要性と正当性の両方を備えているから、裁判実務は、本文のような扱いをしているのである。

他方で、例えば、貸付金返還請求権の場合（相手方の主張と一致する自己に不利な貸付金返還請求権の存在を認める陳述をした場合）には、裁判実務は、それをそのまま判決の基礎とするのではなく、当該請求権の発生原因事実の主張立証を求める<sup>(11)</sup>。つまり、不要証効を否定するような扱いをするのである。同じように相手方が主張する自己に不利な権利を認めているのに、その権利が所有権なら不要証効を肯定し、貸付金返還請求権ならこれを否定する。この効果の違いがあるので、司法研修所は、両当事者の陳述内容が一致した場合、所有権なら権利自白が成立し、貸付金返還請求権なら成立しないと考えているのかも知れない。そうすると、自白の成否は、効果とリンクさせて判断するのだろうか。

もっとも、不要証効は、証拠なくして判決の基礎としてよいという効力である。不要証効があっても、審判排除効とは違って、裁判所が判決の基礎にしたいくなくばしなくてよいのであるから、貸付金返還請求権について両当事者の陳述が一致した場合、不要証効自体は肯定したうえで、実際上の扱いとして、それをそのまま判決の基礎とせずに発生原因の主張立証を求めているだけなのかも知れない。つまり、対象が所有権でも貸付金返還請求権でも、両当事者の陳述が一致した場合には、審判排除効と撤回制限効はなく、不要証効があると考えているが、不要証効は証拠なくして判決の基礎としてもしなくてもどちらでもよいという効果であるから、判決の基礎とするか否かの実際の扱いを、所有権と貸付金返還請求権とで変えているだけなのかも知れない。しかし、そう考えると、前記の司法研修所の文献が、「所有権については、権利自白が認められる」と、わざわざ「は」を入れているのはなぜなのか、謎が深まる。

何だかややこしい話になってきたが、権利自白の話は、ひとまずこの位にして脇に置いておく。

---

(11) 事実の主張は当事者の権能である。貸付金返還請求権の発生原因事実の主張は困難ではないから、原則論どおり債権者に事実主張を求めるべきである。また、債権者が貸付金請求権の存在を主張したのに対して、債務者がそれを認めたとしても、それが正しい理解に基づくという保証はない。そのため、貸付金返還請求権の存在について両当事者の陳述が一致しても、そのまま判決の基礎とはしない。

ウ 次は、間接事実の自白についてである。高橋先生は、次のように述べておられる。「… 間接事実についても、自白が成立するか。判例は、自白の成立を否定する。… とはいえ、間接事実における『相手方の主張と一致する自己に不利な陳述』に全く何の効果も認めないというのではない。その種の陳述があれば、裁判所はそれを証拠調べを経ないで認定してよい<sup>(12)</sup>、という効果は認めるのである。しかし、裁判所に対する拘束力も当事者に対する拘束力も認めない。」<sup>(13)</sup>

新しいところで、瀬木比呂志先生の教科書の記述は、次のとおりである。「自白の対象となる事実は主要事実であるとするのが従来通説である。」<sup>(14)</sup>

瀬木先生の言によれば、間接事実は自白の対象にならない。つまり、瀬木先生も間接事実の自白は成立しないと考えておられる。

ところが、である。相手が高橋先生なので、誰も何も言わないが、先の高橋先生の「間接事実について、判例は、自白の成立を否定する。」という記述は、表面的には誤っている。学生が同じことを答案に書いたら、「もっと正確に判例を覚えなさい。」って、赤ペンを入れられそうである。というのは、最高裁判例の判決文には次の記述がある。「… 間接事実に過ぎないのであつて、かかる事実については、たとえ当事者の自白ありとしても、裁判所は必ずしも、その自白に拘束されるものではなく」<sup>(15)</sup>、「間接事実についての自白は、裁判所を拘束しないのはもちろん、自白した当事者を拘束するものでもないと解するのが相当である。」<sup>(16)</sup>

判決文中の「自白ありとしても」とか「間接事実についての自白は」

---

(12) 本稿の主題とは全く関係のない細かい用語法の話であるが、「認定」という用語は、「事実認定」すなわち、裁判所が証拠調べによって事実の存否を確定する作業を意味するのではないか。間接事実について陳述が一致した場合、証拠調べを経ることなく判決の基礎にできるのであり、これは事実認定をしている訳ではない。したがって、ここは「認定してよい」ではなく、「判決の基礎にしてよい」というのが適切だと思う。

(13) 高橋・前掲書 491 頁

(14) 瀬木・民事訴訟法 (日本評論社) 314 頁

(15) 最高裁昭和 31 年 5 月 25 日判決・民集 10 卷 5 号 577 頁

(16) 最高裁昭和 41 年 9 月 22 日判決・民集 20 卷 7 号 1391 頁

という語句は、間接事実について自白が成立することを前提とした表現である。高橋先生の記述に反して、判例は、間接事実の自白の成立を肯定している。そのうえで、その効果として審判排除効も撤回制限効もないと判示しているのである。

しかし、高橋先生ともあろう碩学が、判例を間違えて覚えているはずはない。判例が成立を認めている間接事実の自白とは「相手方の陳述と一致する自己に不利な間接事実を認める陳述」のことである。兼子先生のいわれる権利自白と同じ意味で自白という語句を用いている。他方で、高橋先生はこれとは異なる意味で用いている。自己に不利な間接事実について相手方と一致する陳述をした場合、判例は、不要証効だけを認め、審判排除効も撤回制限効も認めない。高橋先生は、このような効果しかないことを称して「自白の成立を否定する。」と表現しているのである。ここでは、効果とリンクさせて、「相手方の陳述と一致する、審判排除効や撤回制限効という効果を有する不利な事項を認める陳述」だけを自白と呼んでいる。判例の立場では、このような意味での自白が成立するのは主要事実についてだけであるから、高橋先生の用いている意味で自白という語句を用いるなら、間接事実の自白は成立しない。そして、権利についても、全ての権利について「権利自白は成立しない。」と表現すべきことになる。

エ このように、自白の意味内容がこの語句を用いる人、或いは局面によって異なっている。ある人は、或いはある局面では、広く「相手方の陳述と一致する自己に不利な事項を認める陳述」を自白と呼び、他の人は、或いは他の局面では、「相手方の陳述と一致する、審判排除効や撤回制限効という効果を有する不利な事項を認める陳述」に限って、自白と呼んでいる。

ちなみに、自白の効果について規定する民事訴訟法 179 条も、用語が混乱している。同条は、次のように規定する。「裁判所において当事者が自白した事実は…証明することを要しない。」

高橋先生のように「相手方の陳述と一致する、審判排除効や撤回制限効という効果を有する不利な事項を認める陳述」を自白と表現する立場に立つと、同条にいう「自白した事実」の「事実」とは主要事実に限ら

れる。同条が主要事実の自白の効力を規定しようとするのであれば、「証明することを要しない。」と不要証効を挙げるだけでは言葉足らずであり、「証明なくして判決の基礎にしなければならない。」と、審判排除効を規定しておくのが適切である。逆に、「証明することを要しない。」の文言を維持するなら、その要件を規定する部分は「自白した事実」ではなく「両当事者の陳述が一致した事実」とするのが正確である。更にいえば、広く一般に、事実だけでなく、法的評価や権利について、陳述が一致した場合に不要証効を認める<sup>(17)</sup>のであれば、「両当事者の陳述が一致した事実または権利関係」と規定するのが正確である。

- (2) 以上のとおり、自白という語句の意味内容は、人ごと、或いは局面ごとにばらばらであって確立されていない。あの有名な自白の定義は、全く無意味である。では、自白に関する用語法をどのように整理すればよいか。

ア 主要事実について自白が成立することについては全く異論がないが、その成立要件として不利益要件が要求されている。すなわち、その主要事実が不利に働く当事者の側<sup>(18)</sup>だけに自白が成立し、主要事実の存在について陳述が一致しても、他方の当事者には自白は成立しない。自白はいわば片面的に成立するのである。そのため、実は、主要事実の自白においても単に「自白が成立する」と述べただけでは片手落ちである。「誰に(当事者のうちのどちらに)自白が成立する。」と表現するのが正しい。

しかし、主要事実の存在について陳述が一致した場合、どちらの当事者に自白が成立しようが、審判排除効はある。とにかく一致した陳述がありさえすれば、その主要事実がいずれの当事者に不利に働くかは関係なしに審判排除効が働く。また、審判排除効は弁論主義第2テーゼの

---

(17) 実務上、両当事者の法律上の主張が一致した場合に不要証効を認めるのは、所有権だけに限らない。不要証効は、「証拠調べなくして判決の基礎としてよい」、すなわち、「証明なしに判決の基礎としたければよいし、したくなければ証明を求めてもよい」という効果であるから、その他の権利であっても、裁判所が発生原因事実の主張立証なくして権利の存在を判決の基礎としたければそう扱ってよい。更に、権利でなくても、「商人」や「無資力」といった法的評価についてもそのような扱いをしてよいと考えられている。

(18) 立証責任説に立つ場合、立証責任を負わない側を意味する。

内容であり、弁論主義の根拠は私的自治に基づく当事者意思の尊重にあるとされているところ、「審判排除効は自白の効果である。」という言い方をすると、自白が成立しているのは当該主要事実が不利になる側の当事者についてだけであるから、その一方の当事者の意思だけを尊重したということになる。しかし、そうではなく、他方の当事者も同一の意思を有しており、両名の意思が尊重される結果<sup>(19)</sup>、審判排除効が生まれるのである。したがって、主要事実において審判排除効が生ずるのは、両当事者の陳述の一致に基づく効果というべきであって、自白の効果というべきではない<sup>(20)</sup>。

また、審判排除効がある以上、当然、不要証効もある。したがって、不要証効も、陳述の一致に基づく効果である。もっとも、審判排除効がある場合には、不要証効はそれに吸収されており、独自の効果として抜き出す必要性は乏しい。

他方で、撤回制限効は、自白者が相手方当事者に対して「立証の負担から解放された」という信頼を与えたことにより、信義則に基づいて認められる効果である。そのため、自白が成立する側の当事者のみが、その陳述の撤回を制限される。したがって、撤回制限効は、自白の効果といえる。そうすると、撤回制限効がない場合には、いずれの当事者に自白が成立しているかを詮索するのは無意味である。そのため、両当事者の陳述が一致しても撤回制限効がない事項については、その事項が不利な当事者についても、「自白は成立しない。」と表現するのが正しいと考える。以上の筆者の発想を要約すると、「自白の成立は撤回制限効という効果のみを発生させるのだから、撤回制限効がないのに『自白が成立している。』なんて言うのはおかしいだろ。」ってことである。

---

(19) 高橋・前掲書 475 頁で説明されているとおり、自白の意思的要素を重視すべきか否かについての見解の対立があることは承知しているが、ここではそのようなことを問題にしようとしている訳ではない。

(20) 松本博之先生のように不利益性要件を自白の成立要件から外す見解に立てば、「陳述の一致 = 当事者双方の自白」となるが、筆者この見解を採るものではない。「自白の成立要件として不利益性要件を維持する立場に立つとしても、審判排除効は陳述の一致の効果であって自白の効果ではない。」というのが筆者の考えである。

イ このように理解されるので、従来、自白の効果として説明されているものは、まずは、両当事者の陳述の一致の効果として考えるべきである。審判排除効及びそれに吸収されている不要証効は、主要事実の陳述の一致の効果である。自白の成立を云々する以前に、両当事者の陳述が一致したというだけでこの効果が発生している。

これに対し、撤回制限効は、自己に不利な事項を認めた側だけに発生する効果であるから、自白の効果である。

以上の理解に基づけば、自白の問題は、「自白が成立するかどうか」という要件論の問題として捉えるのではなく、まずは「両当事者の陳述が一致した場合にどのような効果があるか」という効果論の問題として捉えるべきである。間接事実についてのこの問題設定に対する解答は、判例実務の立場では、「不要証効だけがある。」である。審判排除効がなく、そのため撤回制限効もないのであるから、「間接事実の自白は成立しない。」と表現すべきである。

権利について陳述の一致があった場合の効果も、判例実務は、間接事実の場合と同様に不要証効のみがあると考えている。審判排除効がなく、そのため撤回制限効もないのであるから、「権利自白は成立しない。」と表現すべきである<sup>(21)</sup>。

また、これに関連する話であるが、民事訴訟法 159 条 1 項の擬制自白の規定の表現も適切ではない。同条同項本文の表現は、「…自白したものとみなす。」となっているが、擬制自白の効果として、審判排除効はあるが撤回制限効はない<sup>(22)</sup>。この条文がいう「自白したものとみなす。」とは、「審判排除効がある。」という意味である。しかし、「審判排除効は、自白の効果ではなく、陳述の一致の効果である。」と考えるなら、この規定は「…陳述が一致したものとみなす。」と表現するのが妥当

---

(21) それにもかかわらず、本文中に述べたとおり、「間接事実の自白は成立しない。」と表現する文献はあるが、「権利自白は成立しない。」と表現する文献は見ることがない。

(22) 「相手からされた主要事実の主張に対して一度沈黙した者は、それ以後も沈黙し続けよ。」という規範はないという意味である。

である。

ウ 以上の私見に基づけば、(1)アに述べた新司法試験の問題文の表現は誤りであり、受験生を混乱させる不適切な表現というべきである。法科大学院の在學生にこの問題に対する答案を書かせたところ、問題文には「権利自白が成立している」と明記されているにもかかわらず、答案中では「法律判断は裁判所の職責であるから権利自白は成立しない。」と記述する者が複数いた。問題文の前提自体を否定する答案である。しかし、これは学生がアホだからではなくて、問題文が悪いのである。そして、それは、根本的には民事訴訟法学者の「自白が成立する・しない」の用語法が確立されていないことから来ているのである。

### 3 先行自白とは何のことか。

(1)ア 自白の話が続くが、次に、先行自白について取り上げる。平成 21 年新司法試験論文式試験の出題趣旨【民事系科目】〔第 1 問〕 3 頁に次のような記述がある。「小問(1)は、原告が被告による建物買取請求権行使の事実を主張し、被告がこれを否認する場合であり、小問(2)は、被告がその事実を自ら援用した場合である。自白の不要証拠に照準を合わせつつ、自白の意義、自白（先行自白も含む。）の成否等について検討することになる。」

この問題の事案においては、被告による建物買取請求権行使の事実は被告が立証責任を負う抗弁である。出題趣旨は、それを原告が先に主張し、その後に被告が援用したケースにおいて、自白（先行自白も含む。）の成否を検討させる問題だと述べている。「自白（先行自白も含む。）」と表記されていることから、「先行自白は自白に含まれること」、つまり「先行自白は自白の一種であること」が前提とされている。ここでは、当事者の一方による自分が立証責任を負わない事実の先行的主張を先行自白とは呼ばず、その後に援用した場合に「先行自白、すなわち自白となる。」と考えているのである。

高橋先生の次の用語法はこれと同様である。「当事者の一方（自白者）が進んで自らに不利な事実を陳述し、その後に相手方当事者がそれを援用する場合でも自白が成立する。これを先行自白（または自発的自白）

という。相手方が援用するまでは先行『自白』ではないから、『相手方の援用しない自己に不利な事実の陳述』のままであって・・・」<sup>(23)</sup>

面倒なので、教科書の最新版をいちいち確認していないが、伊藤眞先生<sup>(24)</sup>や上田徹一郎先生も同様の用語法であったと記憶している。

イところが、他方で、新堂幸司先生は次のように述べておられる。「当事者がみずから進んで不利な陳述をした場合（これを先行自白という）でも、のちに相手方が援用すれば自白となる。」<sup>(25)</sup>

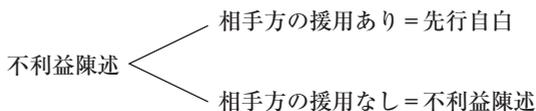
三日月章先生の教科書<sup>(26)</sup>にもほぼ同様の記述がある。この教科書は、筆者の自宅の本棚に埃を被って並べてあったので確認した。

なお、この用語法を採る先生方も、相手方の援用がない状態のままの先行自白を「相手方の援用しない自己に不利な事実の陳述」と呼ぶことを否定はされないとと思われる。

ウ このように、先行自白の用語には2通りの使い方があり、2通りの使い方を図式的に示すと、次のとおりである。

i 高橋先生方式

相手方が立証責任を負う主要事実を自ら先に主張することを「相手方の援用しない自己に不利な事実の陳述」と呼ぶ。長ったらしいがこれで1つの用語である。以下では略して、不利益陳述という。不利益陳述は、相手方の援用があれば自白となること、これを先行自白と呼ぶ。援用がない場合は特にネーミングはされていない。したがって、不利益陳述（のまま）というしかない。



ii 新堂先生方式

---

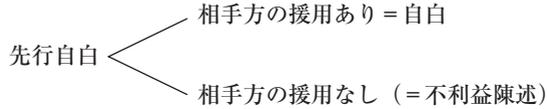
(23) 高橋・前掲書 481 頁

(24) マコツではない本物の教授の方。

(25) 新堂・新民事訴訟法（弘文堂）585 頁

(26) 三日月・法律学全集 35・民事訴訟法（有斐閣）388 頁

相手方が立証責任を負う主要事実を自ら先に主張することを先行自白と呼ぶ。先行自白について相手方の援用があれば自白となる。援用がない場合は不利益陳述と呼ぶ（と思われる）。



このように、人によって先行自白の意味が異なるのである。「アンタらいったい何考えとんねん。」<sup>(27)</sup> と思う。

- (2) では、先行自白に関する用語法をどのように整理すればよいか。

これは、整理するも何も、民事訴訟法学者の先生方が同一の語句におのおの好き勝手な意味を付与するのではなく、約束事として、統一した意味で使っていただければよいだけのことである。多数決でもジャンケンでも籤引きでも、何でもよいから用語法を統一していただきたい。

#### 4 債務不存在確認の一部請求の自認部分は本当に自認しているか。

- (1)ア 平成 22 年新司法試験論文式試験〔民事系科目第 2 問〕の〔設問 1〕の事案は、原告である債務者 A が「借入金返還債務のうち 1500 万円を超えては存在しないことの確認を求める」旨の訴えを提起したというものであるところ、その設問 4(1)に関して、「採点実感等に関する意見（民事訴訟法）」17 頁には、次のような記述がある。「法律構成②については、1500 万円の自認部分について請求の放棄と構成することの合理性・・・」

周知のとおり、この債務不存在確認訴訟は一部請求訴訟であるところ、その訴訟物<sup>(28)</sup>は、債権全体のうちの不存在の確認を求めている部分である。この訴訟の被告である債権者 F は、貸付金返還請求権は

(27) 脚注 (1) を参照。

(28) 教科書では、訴訟上の請求のことを訴訟物と呼ぶものが多いが、そのような用語法を採用するならば訴訟上の請求とは別に訴訟物という概念を立てる意味がない。司法研修所も裁判実務も、訴訟物の語句は、「審判対象となっている実体法上の権利自体」を意味するものとして用いている。本稿でもそうである。

2000万円あると主張しているので、2000万円から1500万円を引いた残りの500万円の部分が訴訟物である。考査委員は、この債務不存在確認の一部請求訴訟において、債権全体のうちの訴訟物になっていない方の1500万円の部分を自認部分と呼んでいる。

イ しかし、一部請求において訴訟物になっていない部分を本当に自認部分と呼んでよいのか。これを、まず、給付訴訟の一部請求について考えてみる。

一部請求を適法と扱う立場<sup>(29)</sup>からは、一部請求訴訟の具体例として、真っ先に、試験訴訟が挙げられている。勝敗が微妙な事件について、訴訟費用の負担を節約する意図の下に、ひとまず、原告が存在すると考えている債権額より少ない訴額で訴訟を起こしてみて、勝訴可能性や認容額の見通しを立てるというやり方をするというのである<sup>(30)</sup><sup>(31)</sup>。かの有名な青色発光ダイオードの発明対価訴訟がその例である。原告の中村修二教授は、債権総額は約494億円あると主張されていたのだが、それをいきなり全部請求する場合、筆者の計算によると、第一審の貼用印紙額は5500万円を超える。筆者なんぞは、そんな金を国に納めて勝敗の見通せない訴訟なんかやるくらいなら株式投資にでも使って増やした方がよほどよいと考える<sup>(32)</sup>。中村教授は、当初、一部請求として20億円を請求した。この場合の貼用印紙額は約500万円である。(第一審係属中に、請求額を200億円に拡張した。貼用印紙額は約2600万円である。)中村教授が残りの手持ち資金を株式投資に充てたかどうかは知らない。

---

(29) 判例は、請求にかかる部分と他の部分を区別する指標がなくても適法との立場であるが、指標を要件とする立場もある。ここでは、そんな細かい立場の違いは問題ではなく、とにかく、何らかの要件を充たせば一部請求は適法であると考えられる立場を前提としている。

(30) 高橋・前掲書112頁(17の2)

(31) 数量的に可分な1個の債権の数量的一部分のみを請求する一部請求訴訟の適否の問題と一部請求訴訟の判決確定後の残部請求の可否の問題とを区別する必要があるところ、本稿で述べているのは前者の問題である。この2つの問題の違いについては、高橋・前掲書96頁に論述がある。

(32) ただし、この紛争で、先に訴訟を提起したのは日亜化学工業株式会社の方であり、中村教授の発明対価請求訴訟は、それに対する反撃であった。

さて、一部請求訴訟において債権全体のうちの請求外の部分（訴訟物になっていない方の部分）を自認部分と呼ぶ場合、中村教授は請求外の474億円部分について何を自認していたというのか。自認部分というとき、自認の対象は原告に不利な事項を想定している。給付訴訟の一部請求における請求外の部分が原告債権者に不利になるのは、その部分の債権が不存在である場合である。したがって、中村教授が請求外とした474億円部分を自認部分と呼ぶと、中村教授はその不存在を自認していたという意味になる。しかし、そんな解釈をしたら、中村教授は激怒されたことであろう。中村教授の意思は、「全部で494億円の債権があるが、取り敢えず20億円を請求する。」ということである。請求外の474億円について、不存在を自認などしていない。中村教授は、何も自認していない。

ウ この話は、「給付訴訟の一部請求の例として、真っ先に試験訴訟を挙げるのは、実務センスが悪い。」という話に繋がる。実務上、訴訟代理人である弁護士が依頼者に試験訴訟を勧めるのは稀である。勝敗が微妙な事件について訴訟提起した場合、勝敗が微妙だという感触を持っているのは原告訴訟代理人弁護士だけではなく、受訴裁判所の裁判官だってそうである。裁判官が「勝敗が微妙だ。」と思っている場合に、それが一部請求訴訟であったときは、裁判官に「原告代理人も、勝てるかどうか自信がないんだ。」と見透かされて、勝てる事件でも負けにされてしまうおそれがある。だから、多くの弁護士は、本音では「負けるかも知れないから、いきなり全部請求するのは印紙代が勿体ない。」と書いても、そんなことはおくびにも出さず、ハタリをかまして全部請求するのである。

実務上、試験訴訟は少ないが、一部請求訴訟自体は、結構頻繁に提起されている。多くの人は意外に思うであろうが、おそらく、様々な種類の民事訴訟の中で一番多いのが、試験訴訟以外の類型の一部請求訴訟である。というのは、給付、確認、形成という民事訴訟の3類型の中では給付訴訟が圧倒的に多い。給付訴訟の中では金銭支払請求訴訟が圧倒的に多い。金銭支払請求訴訟の中では、貸付金返還請求訴訟が一番多い。貸付金は分割返済の約束をしていることが多い。分割返済金は、初回返

済分からいきなり不払いになるケースよりも、最初の頃は支払っていて、途中から支払えなくなるケースの方が多い。その場合、残りの分割返済金の期限の利益を喪失して、残元本全額の支払を求める給付訴訟が提起される。残元本全額の支払を求める給付訴訟は、一部請求訴訟である。それは、一部請求訴訟の定義からそういえる。一部請求訴訟とは、数量的に可分な1個の債権のうちの一部のみを請求する訴訟をいう。「一部」に對置される「全部」とは、債権の残存する部分ではなく、1個の債権である。請求外の部分は弁済消滅してしまっていて存在しないケースであっても、請求にかかる部分は1個の債権の一部である以上、これも一部請求である。つまり、実務上、試験訴訟なんぞよりも圧倒的に多い一部請求訴訟は、途中から支払われなくなった分割返済金の残額全部を貸主が請求するという類型の給付訴訟なのである。一部請求の具体例を挙げるなら、真っ先にこの例を挙げるべきである。しかし、高橋・前掲書・109頁(17の2)は、一部請求がされる場合として6類型も挙げながら、この最もよくあるタイプの一部請求訴訟を挙げていない。挙げているのは、給付訴訟において現存する債権の一部のみ請求するというケースばかりである。そのため、学生の中には、貸付金の一部しか弁済されていない場合に未払の残額全部の請求をするのは全部請求だと誤解している者が何人もいる。

これに対し、司法研修所編・[3訂]紛争類型別の要件事実2頁(2)イでは、一部弁済後の残部請求のケースを取り上げて一部請求の説明をしている。さすがは、司法研修所！。このケースにおいては、請求外の部分は、文字どおり、その不存在を自認している。したがって、一部請求訴訟における請求外の部分をどうしても自認部分と呼びたいのであれば、このケースを一部請求訴訟の例として挙げるのが適切なのである。

エ もっとも、以上は、給付訴訟の一部請求の話である。「債務不存在確認の一部請求訴訟は、これとは異なる。」と考えることはできないだろうか。つまり、「給付訴訟の一部請求とは異なり、債務不存在確認の一部請求訴訟においては、請求外の部分の債権の存在を自認しているのだ」と。

しかし、これも間違っている。現に、冒頭に挙げた平成22年新司法

試験論文式試験〔民事系科目第2問〕の事案がそうである。この問題の〔設問3〕では、債務者Aが、先の債務不存在確認請求訴訟において「借入金返還債務は1500万円を超えては存在しないことを確認する。」との勝訴判決を得、その判決確定後、後訴として、この借入金返還債務を被担保債務とする抵当権設定登記の抹消登記請求訴訟を提起し、「1500万円の借入金返還債務については、500万円と1000万円の2回に分けて弁済した。そのため、被担保債務は存在しない。」と主張した。債務者Aが主張した2口の弁済のうち500万円の弁済の日時は、前訴の債務不存在確認請求の訴え提起時の後、口頭弁論終結時の前である。そうすると、債務者Aは、前訴の口頭弁論終結時の時点で、請求外の1500万円のうちの500万円部分の債務も不存在であると観念していた可能性がある。この部分が存在するなど自認しておらず、この部分も不存在と観念していたのであるが、敢えて請求を拡張せずに、自分が借りた覚えのない、1500万円を超える500万円の部分だけの不存在確認請求のままにしていたという可能性である。

このようなケースがあり得るので、債務不存在確認の一部請求訴訟においても、請求外の部分を自認部分と呼ぶのは誤っている。考査委員は、自分でそういう事例問題を作っておきながら、「採点実感等に関する意見」では、請求外の部分を迂闊にも自認部分と呼んでしまっているのである。

オ 債務不存在確認の一部請求訴訟において、原告である債務者は債務の全部がないと考えているにもかかわらず、その一部分のみの不存在確認を求めるというのは、上記の平成22年新司法試験論文式試験〔民事系科目第2問〕の事案以外に、どのようなケースが考えられるだろうか。実務上、極めて稀であると思うが、2つほど例を思いついた。

1つ目。賃貸借契約において、貸主が、月額20万円の賃料数か月分の不払を理由とする解除を主張して、訴訟外で明渡請求をした。賃借人は、未払賃料は全くないと考えているが、古い時代の分の支払の立証ができない。しかし、とにかく未払賃料が3か月分60万円に達しなければ、信頼関係破壊に足りず、解除権は発生しないというのが実体法の解釈である。そこで、賃借人は、未払賃料債務が2か月分の額である40万円

を超えては存在しないことの確認訴訟を提起した。(ただし、明渡請求を拒絶する目的で、明渡債務の不存在確認請求や賃借権確認請求ではなく、賃料債務の不存在確認請求をすることに訴えの利益が認められるかどうか問題になるかも知れないが、多分認められると思う。直接の紛争が賃料債務の存否なのか明渡義務の存否なのかは、訴状を読んだだけでは分からないからである。)

2つ目。1000万円の借入金債務があるときに、保証人と債権者が和解して、残債務が500万円以下になれば保証契約を解除するとの合意をした。この合意の立証は確実にできるものとする。その後、主債務者及び保証人自身による数次の弁済を経て、保証人は、借入金債務は全額消滅したと考えているが、債権者は全額残っていると言い張っている。そこで、保証人は、残債務が500万円を超えては存在しないことの確認訴訟を提起した。(この場合、残債務全額の不存在確認請求訴訟を提起すればよいのであるが、一部請求にしておけば、安い訴訟費用で目的を達することができる。)

このように、債務不存在確認の一部請求においても、請求外の部分の存在を自認していないケースはある。

- (2) さて、それでは、一部請求訴訟における請求外の部分をどのように呼ぶべきなのか。

まず、給付訴訟で考える。金銭給付を求める一部請求訴訟において、原告が請求外の部分の存否をどのように考えているかといえば、貸付金残元本の支払請求訴訟の例のように「請求外の部分はない。」と思っていることもあれば、中村教授の発明対価請求訴訟のように「請求外の部分もある。」と思っていることもある。もう1つの場合として「あるのかないのか自分でもよく分からない。」と観念していることも、可能性としてはある。

債務不存在確認請求は給付請求の反対形象であるといわれている<sup>(33)</sup>。したがって、債務不存在確認の一部請求訴訟においても、「1500万円はあるが、1500万円を超える部分はない。」、「1500万円部分はないし、1500

---

(33) 高橋・重点講義民事訴訟法(有斐閣)(下)第2版補訂版269頁

万円を超える部分もない。」「1500万円部分があるのかないのかよく分からないが、1500万円を超える部分は絶対にない。」という3つの場合があり得る。

したがって、給付訴訟の一部請求訴訟でも債務不存在確認訴訟の一部請求訴訟でも、請求外の部分の普遍的な呼称として、自認部分と呼ぶことは間違っている。単に、残余部分とか留保部分とか請求外部分とか呼んでおけばよいのである。

## 5 消極的作用と遮断効はどちらがうのか。

- (1) 最後に、既判力の消極的作用と遮断効の異同について考える。こいつがまた、よく分からない概念である。

ア 平成25年司法試験論文式試験問題〔民事系科目第3問〕5頁に次のような記述がある。「このように信義則を理由として訴訟物の範囲よりも広く蒸し返しを禁じること（遮断効の拡張）が認められるのであれば、信義則を理由として既判力の作用を訴訟物よりも狭い範囲に止めること（遮断効の縮小）も認められるかも知れません。遮断効の縮小に関しては、色々な考え方があり得ますが、本件では、平成10年判決を参考にして立論することにしましょう。」

下線は筆者が引いたものであるが、下線部の記述からすると、出題者は、遮断効が訴訟物に関して働く既判力の作用であると考えているように読める。しかし、既判力の作用と聞いて浮かぶのは、消極的作用と積極的作用である。だって、「作用」って言葉を使ってるんだもの。しかしのしかし、確かに、既判力の作用のうち消極的作用と遮断効は同じような概念であり、両者の意味するところがどのように異なるのが非常に分かりにくい。

実際、高橋先生は、次のように述べておられる。「時的範囲の関係での後訴への既判力の作用は、敷衍すれば、標準時における訴訟物の存否の判断と矛盾抵触する主張は後訴では排斥され（消極的作用）、かつ標準時における判断を前提にして後訴の裁判所も判決しなければならぬ（積極的作用）」という形で現れる、すなわち、金1000万円の給付判決が確定すると…『その標準時において1000万円の請求権があったとい

う判断』に既判力が生ずる。これに矛盾抵触する主張はできないことになるから、標準時前に弁済していたとか、そもそも契約時に錯誤があったとか、消滅時効が完成していたとか、という主張は既判力で封ぜられる。これを既判力の遮断効または排除効と呼ぶ。」<sup>(34)</sup>

また、新堂先生は次のように述べておられる。「後訴において、前訴確定判決の既判力ある判断を争うために、前訴の基準時までに存した事実に基づく攻撃防御方法を提出することは、許されない。…当事者がこの禁止に反してその事由を提出したとしても、裁判所は、その審理に入ることなく排斥しなければならない。このような既判力の作用を、排除効または遮断効という。」<sup>(35)</sup>、「既判力の作用は、手続的に分解すると、一つは、既判力の生じた判断を争うためになされる主張立証を許さず、その主張、証拠の申出を取り上げない（その当否の審理に入らない）という取扱（消極的作用、または遮断効ともいう）と、もう一つは、当面の後訴の審判の基礎として既判力ある判断を前提にしなければならないという取扱（積極的作用）とに分解することができる。…民事訴訟においては、一事不再理という観念は、上記の意味の消極的作用を表現するものとして理解すべきである。」<sup>(36)</sup>

以上の下線部も筆者が引いたものである。それぞれの記述の1本線部分と2本線部分を読み比べれば分かるとおり、高橋先生は、消極的作用と遮断効のいずれも、後訴において前訴の判断と矛盾抵触する主張を排斥ないし封ずる作用だと述べ、新堂先生は、遮断効と消極的作用のいずれも、後訴において前訴の判断を争うための攻撃防御方法ないし主張及び証拠の申出を取り上げずに排斥する効力ないし作用だと述べておられる。高橋先生の記述中には、遮断効と消極的作用が同一概念だと明言されている部分は見当たらないのであるが、記述内容からは遮断効と消極的作用は同じことを意味すると考えておられるように読める。新堂先生は、はっきりと、括弧書きで「消極的作用、または遮断効ともいう」と

---

(34) 高橋・重点講義民事訴訟法（有斐閣）（上）第2版補訂版 603 頁

(35) 新堂・前掲書・694 頁

(36) 新堂・前掲書・715 頁

述べておられる。実際、坂田宏先生も、「近時は、この遮断効を『判決の失権効』と呼び、既判力の消極的作用として捉える見解が多数である。」と述べたうえで、新堂先生や高橋先生の教科書を挙げておられる<sup>(37)</sup>。

しかし、遮断効と消極的作用が全く同じことを意味するのであれば、何のためにこの2つの概念を定立したのか分からなくなる。本当にそのように捉えるのが妥当なのだろうか。

イ なお、話は逸れるが、高橋先生も新堂先生も、消極と積極の2つの作用のうち消極的作用の方を先に挙げておられる。既判力制度の目的が確定判決によって解決済みの法的紛争の蒸し返しを防止するという点にあることからすると、その制度目的を端的に実現するのは消極的作用であるので、消極的作用を先に挙げておられるのかも知れない。この点は、筆者の推測にすぎず、両先生が意識的にそのようにされているのかどうかは不明である。

ただし、後述するが、筆者は、消極的作用よりも積極的作用の方を先に説明するのが正しいと考えている。

(2) それでは、既判力の消極的作用と遮断効に加え、積極的作用も含めたこの3つの概念の関係をどのように捉えればよいか。

ア 既判力の客観的範囲は訴訟物であり、既判力は前訴訟物についての判断結果が後訴訟物について作用するのだから、既判力の作用であるところの消極的作用や積極的作用は、当然、直接には3段構造<sup>(38)</sup>の最上段の訴訟物に対して働く効力だと理解される。他方で、遮断効は、後訴で前訴口頭弁論終結前の主張や証拠を封じるという効力であるから、

---

(37) 坂田宏・注釈民事訴訟法（有斐閣）第2巻602頁

(38) 民事訴訟の審判構造は、申立て－主張－立証 という3段構造になっている。当事者は、申立てによって、求める判決とその根拠となる訴訟物を提示する。これは審判対象の提示行為である。次に、主張によって、事実を提示する。これは訴訟物の存否の判断資料の提示行為である。最後に、証明によって、証拠を提示する。これは事実の存否の判断資料の提示行為である。

裁判所の作業は、上記と逆順で進む。裁判所は、証拠から事実の存否を確定し、その事実法に法規を適用して訴訟物の存否を判断し、判決内容を決める。こういう審判構造になっている。

直接には3段構造の中段や下段の攻撃防御方法に対して働く効力である。現に、前記の新堂先生の遮断効の説明文では、明確に、攻撃防御方法を提出することを許さない効力であると述べておられる。

なお、5(1)アに引用した司法試験の問題文中に出て来る平成10年判決<sup>(39)</sup>は、「右判決（筆者注：数量的一部請求を全部又は一部を棄却する旨の判決）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、…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、特段の事由がない限り、信義則に反して許されない」と述べる。この判例は、既判力に関するものではなく、信義則を理由として請求と主張の蒸し返しを禁じたものであるが、この判決文は、請求と主張をごっちゃにして論ずるものであり、論理が粗雑だといわざるを得ない。これを既判力の問題に置き換えて考えれば、請求と主張をごっちゃにして論ずるのではなく、請求の蒸し返し禁止は消極的作用の効果であり、主張の蒸し返し禁止は遮断効の効果であると捉えるべきであろう。

イ 関連する問題として、既判力の積極的作用と消極的作用はどのような関係にあるかについて考えておく必要がある。積極的作用と消極的作用は表裏一体の関係にあるので、どうでもいいじゃないかという人もいるが、これは、過去に論争となった問題である。その論争とは、前訴口頭弁論終結後の新事由がない場合の後訴の判断の仕方について、消極的作用（前訴の判断に反する主張を排斥する）ないし遮断効<sup>(40)</sup>と、積極的作用（前訴の判断どおりに判断する）のいずれによって説明するのが適切かという論争である。周知のとおり、これについては、一事不再理説（三日月先生）と拘束力説（兼子先生ほか通説）とが対立した。

一事不再理説の見解を敷衍すれば、次のとおりである。「既判力の本

---

(39) 最高裁平成10年6月12日判決・民集52巻4号1147頁。

(40) 以下に紹介する見解の論者が消極的作用と遮断効の関係をどのように考えているのか（ここを消極的作用というべきか、遮断効というべきかいずれと考えているのか）がよく分からないので、「消極的作用ないし遮断効」と、曖昧な表現にしておいた。

質は、一事不再理である。前訴と後訴で訴訟物が同一の場合、前訴で判断済みなので後訴では判断してはならない。よって、後訴は訴え却下判決をする。前訴訴訟物が後訴訴訟物の先決関係や矛盾関係にある場合には、後訴訴訟物自体は判断されていないので本案判決をすることになるが、その際、前訴訴訟物は判断済みなので、それを争うための前訴基準時前の主張や証拠は取り上げない。その結果、基準事後の事由がない限り、先決関係や矛盾関係にある権利関係は必然的に前訴判断と同じ判断内容となってしまう。それを基礎として後訴訴訟物の判断をする。」

要するに、「前訴の既判力を生じる権利関係を争うための主張や証拠に対しては、消極的作用ないし遮断効が働くので、その権利関係についての後訴の判断が前訴と同じになってしまう。つまり、消極的作用ないし遮断効があるから、積極的作用が生まれる。」という考え方だと理解できる。

これに対する拘束力説の見解を敷衍すれば、次のとおりである。「既判力の本質は、前訴判断内容の後訴に対する拘束力である。前訴と後訴の訴訟物が同一の場合、後訴は前訴と同じ内容の本案判決をしなければならない。前訴訴訟物が後訴訴訟物の先決関係や矛盾関係にある場合には、前訴判決の積極的作用により後訴ではその先決関係や矛盾関係にある権利関係について前訴判断と同じ判断をしなければならない。その結果、前訴基準時前の主張や証拠は取り上げても無駄であるから取り上げない。先決関係や矛盾関係にある権利関係についての前訴判断を基礎として後訴訴訟物の判断をする。」

要するに、「前訴の既判力を生じる権利関係については、後訴の判断は前訴と同じにしなければならない、その結果、遮断効が働く。つまり、積極的作用があるから、消極的作用ないし遮断効が生まれる。」という考え方だと理解できる。

一事不再理説は、民事訴訟を刑事訴訟と同様に考えている。刑事訴訟の審判対象は訴因か公訴事実かという問題があるが、どちらと考えるにせよ、刑事訴訟の審判対象は過去の犯罪事実である。前訴で判断された同一犯罪について再度公訴提起すると公訴棄却判決（民事訴訟の訴え却下判決に当たる。）をすべきことになる。一事不再理説は、民事訴訟でも

これと同じような発想で、前訴と後訴の訴訟物が同一の場合、既に判断済みの請求を再度判断する必要がないので、訴え却下判決をすべきだという。しかし、民事訴訟は、訴訟物たる権利が同一であっても、その存否の判断時点が異なる。時点が異なれば同一の権利であってもその存否は異なるから、後訴の審判対象が前訴で既に判断済みということにはならず、後訴でも存否の判断をすべきことになる。したがって、前訴と後訴の訴訟物が同一であっても訴え却下判決をするのではなく、本案判決をすべきである。このような理由から、拘束力説が支持を得るに至った。

ウ 拘束力説によると、既判力の作用として、まずは積極的作用がある。したがって、既判力の作用の説明をする際には、消極的作用より先に積極的作用の説明をすべきである。また、積極的作用で結論を出すことができる問題は積極的作用で結論を出すべきである。大抵の既判力の問題は、積極的作用で結論が出せるはずである。次に、前訴の敗訴当事者が、後訴で、前訴訴訟物の存否の判断結果そのものを否定する法律上の主張をした場合、これは訴訟物レベルの問題であるから、それを排斥するのは消極的作用であって、遮断効は関係がない。後訴の法律上の主張を裏付ける攻撃防御方法が提出されて初めて、つまり、事実の主張や証拠を取り上げて判断すべきかという問題になって初めて、遮断効の問題になる。前訴基準時の事由は、それがどういう効果をもたらそうが、後訴裁判所は前訴基準時の時点の訴訟物たる権利の存否の判断と異なる判断ができないのだから、これを取り上げずに無視することになる。これが遮断効である。

既判力の積極的作用、消極的作用、遮断効の関係についての以上の筆者の見解を図式的に説明すれば、次のとおりである。

積極的作用：前訴既判力の生じた訴訟物たる権利の存否については、  
後訴裁判所も同一の判断をしなければならない。

↓

消極的作用：前訴既判力の生じた訴訟物たる権利の存否については、  
後訴裁判所は異なる判断ができない。

↓

遮断効：前訴既判力の生じた訴訟物たる権利の存否の判断とは異

幾つかの民事訴訟法用語の意味内容の混乱について

なる判断をするよう求めて後訴で提出された前訴基準時前の攻撃防御方法（事実主張や証拠）については、後訴裁判所はこれを取り上げずに無視する。

エ 具体的事案を設定して以上の見解を説明する。

事案：Yが占有する不動産について、XとYとの間で所有権の所在が争いとなり、原告Xが、前訴として、Yを被告とする所有権確認訴訟を提起した。原告Xは、請求原因として「Aもと所有、AX売買（及び、YはXの所有権を争っていること<sup>(41)</sup>）」を主張した。被告Yは、「Aもと所有は認め、AX売買は否認する。」と認否した。裁判所は、審理の結果、原告Xの請求を認容し、この前訴判決は確定した。後訴として、原告Xは、Yを被告とする所有権に基づく明渡請求訴訟を提起し、請求原因として「前訴口頭弁論終結時にX所有、Y現在占有」と主張した。これに対し、被告Yは「Y現在占有は認めるが、前訴口頭弁論終結時のX所有は否認する。それ以前に既に、Yの時効取得が完成していた。」と認否し、「20年間離れた2時点の占有（注：2時点とも、前訴口頭弁論終結時前の時点である。）、取得時効の援用」を主張して、上記主張事実の立証のため、過去のYの占有状況を撮影した写真と、時効を援用した際の通知書を書証として提出した。以上のほかに主張立証はなかった。

後訴裁判所は、当然のことながら、Yの「前訴口頭弁論終結時のX所有は否認する。それ以前にYは本件不動産を時効取得していた。」という主張を排斥し、「20年間離れた2時点の占有、取得時効の援用」の主張を取り上げず、また、書証の取り調べをせずに、前訴口頭弁論終結時におけるX所有とY現在占有（＝後訴口頭弁論終結時におけるY占有）を判決の基礎として、被告Yは原告Xの現在の所有権を妨害していると判断して、原告Xの請求を認容する判決をすることになる。

この裁判所の取扱いのうち、「X現在所有」の先決関係である「前訴口頭弁論終結時のX所有」を判決の基礎にするのは、積極的作用が働く結果である。「前訴口頭弁論終結時のX所有は否認する。」との被告Yの

---

(41) 訴えの利益を基礎付ける事実である。訴えの利益を基礎付ける事実については弁論主義第1テーゼの適用を認めるのが多数説なので、ちゃんと主張をした。

主張を排斥するのは、消極的作用が働く結果である。いずれも、前訴訟物と同一の後訴の権利に対して直接に働く作用である。後者の作用について、「被告Yの主張は遮断される。」というような表現をするのは、消極的作用と遮断効を混同するものであって、適切ではない。

これに対し、「20年間離れた2時点の占有」及び「取得時効の援用」の主張や書証の証拠申出は、前訴の既判力ある判断を争うための攻撃防御方法であるから、この主張は取り上げず、また、書証の取り調べはしない。これは、遮断効の効果である。

なお、「それ以前にYは本件不動産を時効取得していた。」という被告Yの主張は、法律上の主張であって、その判断はもともと後訴裁判所の専権に属する事柄である。前訴の訴訟物についての直接の判断ではないし、被告Yが提出権能を有する攻撃防御方法でもない。したがって、後訴裁判所がこの主張を判決の基礎にしないのは、消極的作用や遮断効の直接の効果ではない。遮断効の効果として「20年間離れた2時点の占有」及び「取得時効の援用」の主張を取り上げず、そのため弁論主義第1テーゼの結果これら事実を判決の基礎とできない結果として導かれる法的判断である。

オ 一般に、遮断効は既判力の作用であるかのように理解されており<sup>(42)</sup>、本稿でも、その理解を前提にした論述（ないし表現）をしている部分がある。しかし、筆者の本音は、「拘束力説に立てば、遮断効は無用の概念であり、むしろ、消極的作用と混同させる有害な概念であるので、このような概念を使うべきではない。」ということにある。ここに「使うべきでない」といっているのは、前述の筆者が整理した意味での遮断効であってもそうである。最後に、この点について述べておきたい。

前記エに掲げた事案で説明する。この事案では、時効取得は前訴基準時前の事由なのであるが、仮定の話として、後訴裁判所が、うっかり、Yの「20年間離れた2時点の占有」及び「取得時効の援用」の主張を取り上げ、Yの占有の立証のための書証の証拠調べをしてしまったとす

---

(42) 本稿5(1)ア中の「既判力の作用を訴訟物よりも狭い範囲に止めること（遮断効の縮小）」や「このような既判力の作用を、排除効または遮断効という」との記述は、まさに遮断効を既判力の作用と考えている表現である。

る。そうすると、後訴裁判所は、「取得時効の要件を充たしているから、Yは、その占有開始時に本件不動産の所有権を取得した。」と判断する。そして、過去の占有開始時においてYの所有権があると認めると、その後、何もない限り（＝通常は、「Yの所有権の喪失事由がない限り」という意味である。）、その後も所有権はYに帰属しているものと扱うことになる<sup>(43)</sup>。この扱いは、前訴基準時の直前の時点まで続く。ところが、前訴基準時に至るや、前訴判決の既判力の積極的作用が及ぶから、本件不動産はXの所有物であったと扱わざるを得ない。それは、「前訴基準時には本件不動産はXの所有物である」という内容の前訴判決の既判力の存在により、「その後何もない限り」という条件が破られるからである。そして、それ以降は、Xの所有権喪失事由がない限り、後訴裁判所は、その後も、Xの所有物と扱う。その結果、後訴裁判所は、後訴基準時にはXの所有物であると扱って、XのYに対する所有権に基づく明渡請求権があると判断することになる。

以上から分かることは、こういうことである。後訴裁判所が、後訴基準時において本件不動産がXの所有物であると判断するのは、前訴基準時前のYの時効取得の主張や証拠申出が排斥された結果ではない。排斥せずに、主張を取り上げ、証拠調べをして、「Yが本件不動産を時効取得した。」と判断したのであれば、前訴基準時の直前まではYの所有物と扱っても一向に構わない。しかし、後訴は、前訴基準時においてはXの所有物であると、絶対に扱わなければならない。これは、既判力の積極的作用が働くからである。そして、その後、後訴口頭弁論終結時まで継続してXの所有物であると扱うことになる。これは、権利の取扱いの一般原則<sup>(44)</sup>によるものである。その結果、後訴裁判所は、後訴基準に

(43) 司法研修所編・前掲書 59 頁

(44) 権利は、人間社会で決めたルールにすぎない。実在するものではないから、事実とは異なり、証拠によってその存否を直接に立証することはできない。「事実がこうなっていれば、当該権利があることにする。」「事実がああなっていれば、当該権利はないことにする。」「事実が何まなければ権利状態はそのまま変わらないことにする。」という約束事に基づいて、あると扱う、ないと扱う、或いは、前の状態のまま扱うのである。

において本件不動産はXの所有物であると認めることになる。

現実には、後訴裁判所がうっかりYの取得時効の主張を取り上げることはないのであるが、それは、主張を取り上げて証拠調べをしたところで、その結果認められる権利関係は前訴基準時の直前までしか通用せず、前訴基準時より前の権利関係がどうなっているかが、前訴基準時にはXの所有物であったと扱うしかないため、前訴基準時より前の権利関係を判断する意味がない、訴訟経済上無駄だからやらない、と考えるからである。「主張や証拠を取り上げてはならない。」という禁止規範を働かせるまでもないのである。

以上のとおり、遮断効なる概念を持ち出さなくても、適切な結論を導くことができる。遮断効の概念は、不要である。そればかりか、混乱を招くだけの有害な概念であるとすら思っている。

## 6 おわりに

本稿で触れた(新)司法試験の各問題は、いずれも、内容的には素晴らしい良問であることは間違いない。特に、新司法試験が始まってから10年位の間の民事訴訟法の問題は、弁論主義や既判力制度や訴訟物概念に関する基本理論を前提とした応用力を試すものであり、感嘆するような良問が多い。(その後、良問のネタが尽きてきたのか、例えば、文書提出命令のように、その分野の判例・学説を勉強していれば書けるが、勉強していなければ全く書けないという、思考力ではなく知識を試すだけのくだらない問題が出題されるようになってしまった。誠に残念である。-ごめんなさい。また悪態をついてしまいました。m(\_ \_)m ペコリ)

良問であるだけに、受験生が、問題に真っ向から取り組む以前の入り口のところの言葉遣いで突っかかってしまい、満足な思考ができなくなるというのは、誠に勿体ない。

このようなことになる根本的な原因は、民事訴訟法学者が他人の用語法を意識せず、また、用語同士の関係も意識せずに、法学者各人が好き勝手に場当たりの民事訴訟法用語を使っている点にあると思う。学生はあらゆる教科書を読んでいるはずがなく、自分の使っている教科書の用語法だけを覚えている。問題文の用語法が自分が身につけた用語法と異なるときは、問題文自体の意味

幾つかの民事訴訟法用語の意味内容の混乱について

が分からず混乱する。法律論が分からないから答案が書けないのではなく、問題文の用語の意味が分からなくて答案が書けなくなるのである。それでは法的思考力を試す試験ではなくなってしまふ。したがって、出題者は、一部の法律用語中には、その意味が人によって異なるものがあるということを認識したうえで、いずれの用語法で勉強している学生であっても違和感のないようなニュートラルの立場での用語法で問題文を作成するよう心掛けていただきたい。

最後は、提言めいたことを述べ、いい子ぶりっこして本稿を終える。

了