

## はしがき

令和3(2021)年1月に公刊した『倒産法入門』(岩波新書)はしがきv頁に、知られた会計学者 番場嘉一郎先生による「入門書は本来、学問の終着駅に近づいた老練の学者の書くべきものです。私も年だけは終着駅に近づいてしまい、ぼつぼつ入門書を手がけてよかろうと考えるようになりました」との述懐を紹介しています。同じく入門書といっても、『倒産法入門』は、一般の方々向け、本書は、法曹を志す方々向けという違いはありますが、番場先生がご覧になると、苦笑されるかもしれません。

長い間、入門書の執筆をしないと決めていたにもかかわらず、変心したのは、2つの理由があります。

第1は、いうまでもなく、喜寿(77歳)を超え、研究者としての最晩年に至り、終着駅に近づくどころか、暗いプラットフォームに降り立ち、独り茫然と佇んでいる己が姿に気づき、残された時間を法曹を志す方々のためにお役に立てたいと考えたためです。我妻榮先生の『民法案内』は、先生が還暦(60歳)を過ぎた時期に筆を執られていることを想うと、年齢のみを見れば、資格はあると自身を納得させました。

第2は、自著を冷静に見ると、やはり助走路が必要であると感じたためです。拙著のうち、『民事訴訟法〔第7版〕』(2020年、有斐閣)と『破産法・民事再生法〔第5版〕』(2022年、有斐閣)は、司

法試験の科目であるためか、法学部や法科大学院における学習のため、教科書や参考書として御利用いただいている模様です。

しかし、『民事訴訟法』は886頁、『破産法・民事再生法』に至っては1300頁を超え、学習を始めようとする方々にとっては、奥穂高ジャンダルムに向い合うように感じられることでしょう。『倒産法入門』は、本来の目的とは異なりますが、本格的に倒産法の学習を目指すための手助けにもなると信じています。本書も、同様に民事訴訟法修得の目的地に向かって飛翔する助走路になるとよいのですが。書名の『民事訴訟法への招待』については、半世紀近く前、ハーヴァード・ロースクールにて証拠法を受講した折の教科書が「Modern Approach to Evidence」であったことを思い出しています。

尊敬する藤田宙靖名誉教授（元最高裁判所判事）の『行政法入門〔第7版〕』（2016年、有斐閣）まえがきは、「この本で私は、私が学生のころにこんなふうな話を聴いていたのだったならば、はじめからもっと行政法をおもしろいと思ったかもしれないな、といえるような本を書きたいと思いつつ、わが国の行政法（そして行政法学）のおおよそについて、お話をしてみることにしました」と誌しています。意図としては、藤田先輩にならって筆を進めたつもりですが、力及ばずという結果になったかもしれません。

体系書の場合には、法令の改正、新判例の分析はもちろん、学説の動向にも注意を払い、いわば最大限の情報を取り込むことを意図していますから、記述の量が増えることはやむをえないと割り切っています。しかし、入門書の頁数が多くなれば、それだけで敬遠さ

れてしまうでしょう。本書では、こうした理由から、民事訴訟法および民事訴訟規則の条文に即して、基本的な概念や規律について特に説明を尽くしたつもりです。

したがって、IT化などを中心とする民事訴訟法令和4年改正（「特集・裁判のIT化と民事訴訟法の改正」金融法務事情2191号8頁（2022年）参照）には触れていません。一步進んだ段階で勉強していただきますよう。ただし、改正法施行後に条文番号が変わる規定については、施行後の条文番号を併記しています。「民訴133、改正134」という具合です。

令和元年度末をもって教壇を離れましたが、半世紀にわたって民事訴訟法の講義を続けられたこと、受講され、社会経済を担って活躍されている皆さんの面影が浮び上がってきます。学恩といえば、師に対する想いを表す言葉ですが、私の場合には、むしろ、二十代半ばの名古屋大学から七十代半ばの日本大学と創価大学まで、拙い授業に付き合ってくださいました受講生諸姉妹に対する謝意を込めています。その一端は、拙著『続々・千曲川の岸辺』（2022年、有斐閣）247頁に誌していますが、遠い霧の中となった教壇を思い起こすと、冷や汗とともに懐かしさがこみ上げてきます。

また、今般も行川雄一郎判事（大分地裁・早稲田大学大学院法務研究科修了生）より貴重な御指摘をいただきました。文字通りの学恩です。もちろん、なお不正確な点が残っているとすれば、もっぱら私の責に帰されるべきことはいうまでもありません。

本書の筆を起こしたのは令和3（2021）年盛夏、東京五輪開催とともに、COVID-19（新型コロナウイルス感染症）の新規感染者数

が、東京だけでも 5000 人を超える時期でした。ワクチン接種は済ませたものの、それで virus proof (ウイルス非受容体) になるわけではないとのこと、不安が消えないままに、老骨に鞭を入れる毎日を過ごしました。

また、同時期、思いがけず左手指に細菌感染を生じ、日頃より知見に接している M 教授 (整形外科) の助言をいただきながら治療を受けた期間、右手のみでキーボードの入力をしたのも、今となっては懐かしい思い出です。

そして、一時は落ち着くかに見えた感染症も、令和 4 (2022) 年に入るやオミクロンなる新型が登場し、瞬く間に新規感染者数が東京だけでも 1 万人を超え、不安と隣り合わせの日常、副反応に怯えつつ 3 回目、4 回目の接種を済ませました。しかし、ホッとする間もなく第 7 波とか、校正時には日々 3 万人を超える感染者数に、天命が尽きるまでコロナ禍が続くのではと、老人らしい憂いを拭うことができず、加えて、戦火に苦しむウクライナの人々の映像が、幼年期に垣間見た戦災孤児の姿と重なり、心を痛める刻<sup>とき</sup>を過しています。

ソナ事情にもかかわらず、<sup>よろめ</sup>蹠跟めきつつも公刊のときを迎えられたのは、拙著『民事訴訟法』も担当いただいている有斐閣法律編集局 中野亜樹さんの温かい励ましによるものにほかなりません。各章の冒頭に掲げた旋律も、中野さんの発案によるものです。曲名は記しておりませんが、朝夕に愛弾する古典名曲です。著者にとって編集者は、伴走者であり、伴奏者であるとの想いを深めています。

そして、長島・大野・常松法律事務所の弁護士諸兄姉との意見交換や秘書の方々による万般の支援をえて、ここに至ることができ、感謝の気持ち尽きることはありません。

共著や編著を別にして、単著つまり私1人の筆による書物として、本書は15冊目になります(xvi頁)。己の年齢を冷静にみれば、改訂はともかく、新著はこれが最後になる予感が致します。これまで支えてくださった読者の方々に対し、改めて御礼申し上げます。

また、喜寿を超えて新著を世に問うことができたのは、生涯の伴侶・順子、愛育の母・千谷子をはじめとする家族の絆あってこそと感じています。

結びとして、法曹を志す次世代の方々に、私の少年時代からの愛読書・キュリー夫人伝の一節「我々は何かの才能に恵まれているということ、そしてこの何かに、どんな犠牲を払っても到達しなければならぬということを信じなければなりません。恐らくすべては我々が最も期待しない瞬間に、非常に旨く好転することでしょう」(エーヴ・キュリー (川口篤ほか訳)『キュリー夫人伝』(1940年、白水社)192頁)をお贈りします。人生、ときには躓き<sup>つまず</sup>があっても不思議ではありません(『続々・千曲川の岸辺』278頁)。でも、挫<sup>くじ</sup>けさえしなければ、途は開けるはずです。

市民生活や産業構造には大きな変化が起きつつあり、正義と公平の実現を使命とする法律家に期待される役割は、ますます大きくなることを確信致します。本書がそのために多少の役割を果たすことができれば、これに過ぎる喜びはありません。

晩秋の鳳凰三山を望み、クラウディア カルディナーレ Claudia Cardinale 主演  
フーベ の 恋人  
「La ragazza di Bube」主題曲を奏でつつ

令和4年神無月

伊藤 眞

# 目 次

## ♪ 第 1 章 民事訴訟法への招待 1

はじめに——本書の使い方	1
1 入門書の役割と本書の姿勢	1
(1) 本書の使い方	1
(2) 判例・通説（支配的な学説）との関係	3
(3) 民事訴訟法 142 条（二重起訴・重複起訴の禁止）の規定と 解釈論の原点	4
(4) 本書の記述方針	6
(5) 読解力と表現力を鍛える	7
(6) 本書の構成	8
(7) 読者（学習者）の方々へ	9
2 民事訴訟法への招待	10
(1) 民事訴訟手続とは？	10
(2) 民事訴訟法とは？	12

## ♪ 第 2 章 受訴裁判所 18

1 裁判権、管轄・移送	18
(1) 裁判権——国際裁判管轄	19
(2) 管轄	20
(3) 職権証拠調べおよび管轄の基準時	27
(4) 移送	28
2 除斥および忌避	30

- (1) 除斥 30
- (2) 忌避 31

## ♪ 第3章 当事者 34

- 1 当事者の確定 ————— 36
  - (1) 氏名冒用訴訟 36
  - (2) 死者を当事者とする訴訟 37
  - (3) 表示の訂正と任意的当事者変更 38
- 2 当事者能力 ————— 40
  - (1) 法人でない社団等の当事者能力 40
  - (2) 当事者能力と権利能力の関係 41
  - (3) 法人でない社団の要件 41
- 3 訴訟能力 ————— 42
  - (1) 訴訟無能力者 43
  - (2) 制限訴訟能力者 43
  - (3) 訴訟能力などが欠けている場合の取扱い 44
  - (4) 弁論能力 45
- 4 訴訟上の代理人 ————— 46
  - (1) 法定代理人 46
  - (2) 任意代理人 50

## ♪ 第4章 訴え 57

- 1 訴えの概念 ————— 57
- 2 訴えの類型 ————— 58

(1) 給付の訴え（給付訴訟）	58	
(2) 確認の訴え（確認訴訟）	58	
(3) 形成の訴え（形成訴訟）	59	
3 訴え提起の態様と時期		60
(1) 訴えと請求の個数	60	
(2) 独立の訴えと請求の追加	60	
4 訴訟要件		61
(1) 訴訟要件の意義	61	
(2) 訴訟要件の種類と審理方法	61	
(3) 訴えの利益	62	
5 訴え提起の方式と訴訟物		74
(1) 訴状の記載事項——請求の趣旨	74	
(2) 訴状の記載事項——請求の原因	75	
(3) 訴え提起に対する裁判所の行為	76	
(4) 訴訟物	77	
6 訴訟物についての処分権主義		80
(1) 申立事項——審判の形式および手続の指定	80	
(2) 訴訟物の範囲	81	
7 訴え提起の効果		85
(1) 二重起訴（重複起訴）の禁止	86	
(2) 時効の完成猶予および更新の効果	89	

## ♪ 第5章 訴訟の審理 91

1 審理手続の進行と裁判所の訴訟指揮権		92
(1) 訴訟指揮権の主体	92	
(2) 訴訟指揮権の内容	92	



(3) 訴訟指揮権の行使方法	93	
2 期日、期間および送達		93
(1) 期日	93	
(2) 期間	95	
(3) 送達	97	
3 訴訟手続の停止		102
(1) 訴訟手続の中断	103	
(2) 訴訟手続の中止	106	
4 口頭弁論およびその準備		107
(1) 審理方式に関する諸原則	108	
(2) 口頭弁論の必要性	113	
(3) 口頭弁論の準備	113	
(4) 口頭弁論の実施	118	
(5) 口頭弁論の懈怠	120	
(6) 口頭弁論調書	123	
5 事案の解明		124
(1) 弁論主義	125	
(2) 釈明権	128	
(3) 職権調査・職権探知	129	
(4) 専門委員	130	
(5) 訴えの提起前における証拠収集の処分等	131	
6 口頭弁論における当事者の訴訟行為		132
(1) 訴訟行為概念の意義と種類	132	
(2) 訴訟行為と条件	135	
(3) 訴訟行為と私法行為	135	
(4) 訴訟行為と信義則	136	
7 証拠		138
(1) 証拠方法・証拠資料・証拠原因	139	
(2) 証明と疎明	139	

- (3) 厳格な証明と自由な証明 141
- (4) 証明を要しない事項 141
- (5) 証拠による事実認定——自由心証主義 145
- (6) 証拠調べの手続 153

## ♪ 第6章 訴訟の終了 173

- 1 当事者の訴訟行為による訴訟の終了 ————— 173
  - (1) 訴えの取下げ 174
  - (2) 請求の放棄および認諾 178
  - (3) 訴訟上の和解 180
- 2 終局判決による終了 ————— 183
  - (1) 裁判の種類 184
  - (2) 判決の種類 184
  - (3) 判決の成立 187
- 3 判決の効力 ————— 190
  - (1) 自縛力の例外——判決の更正 190
  - (2) 自縛力の例外——判決の変更 191
  - (3) 判決の確定 192
  - (4) 判決の無効 193
- 4 確定判決の変更を求める訴え ————— 194
  - (1) 訴えの内容と性質 195
  - (2) 変更の要件と範囲 195
- 5 既判力 ————— 196
  - (1) 既判力の目的・根拠・性質 196
  - (2) 既判力の作用 197
  - (3) 既判力の調査 199
  - (4) 既判力の範囲 200

6	判決のその他の効力	214
	(1) 広義の執行力	215
	(2) 狭義の執行力	215
	(3) 人事訴訟における別訴禁止効	215
7	終局判決に付随する裁判	216
	(1) 仮執行宣言	216
	(2) 訴訟費用	218
	(3) 訴訟救助	223

## ♪ 第7章 複数請求訴訟——請求の客観的併合 225

1	訴えの客観的併合	226
	(1) 併合の要件	226
	(2) 併合の態様	226
2	訴えの変更	228
	(1) 訴えの変更の要件	229
	(2) 訴えの変更の手続	230
3	中間確認の訴え	230
	(1) 中間確認の訴えの要件	231
	(2) 中間確認の訴えの手続	231
4	反訴	232
	(1) 反訴の要件	233
	(2) 反訴の取扱い	234

## ♪ 第8章 多数当事者訴訟 236

1	共同訴訟	237
---	------	-----

- (1) 通常共同訴訟 237
- (2) 同時審判申出共同訴訟（民訴41） 241
- (3) 必要的共同訴訟 243

## 2 訴訟参加 250

- (1) 補助参加 251
- (2) 共同訴訟の補助参加 257
- (3) 訴訟告知 258
- (4) 独立当事者参加 260
- (5) 共同訴訟参加 267

## 3 訴訟承継 268

- (1) 当然承継 268
- (2) 参加承継・引受承継 269

# ♪ 第9章 上 訴 273

## 1 上訴の全体像 273

- (1) 上訴の概念 273
- (2) 上訴の目的と機能 274
- (3) 上訴の種類 275
- (4) 上訴の適法要件 275
- (5) 上訴の効果——確定遮断効と移審効 276

## 2 控訴 277

- (1) 控訴の利益 278
- (2) 控訴権の不発生および放棄 280
- (3) 控訴の提起 281
- (4) 控訴の取下げ 283
- (5) 附帯控訴 284
- (6) 控訴審の審理 286

	(7) 控訴審の終局判決	287	
3	上告		292
	(1) 上告制度の目的と上告審の手續構造	292	
	(2) 上告理由	293	
	(3) 上告受理申立て理由	295	
	(4) 上告および上告審の手續	296	
4	特別上告		302
5	抗告		302
	(1) 抗告の種類	303	
	(2) 抗告および抗告審の手續	305	
	(3) 再抗告および特別抗告	307	

## ♪ 第 10 章 再 審 308

1	再審の訴えと再審事由		308
	(1) 裁判所の構成の違法、代理人が訴訟行為をするのに必要な授権の欠缺 (民訴 338 I ①～③)	309	
	(2) 判決の基礎と裁判官の判断、裁判資料について犯罪行為等が存すること (民訴 338 I ④～⑦)	310	
	(3) その他の再審事由 (民訴 338 ⑧～⑩)	310	
2	再審の手續		310
	(1) 再審の訴訟要件	311	
	(2) 再審の訴訟手續	313	

判例索引 315

事項索引 321

## 第 1 章

# 民事訴訟法への招待



---

### はじめに——本書の使い方

---

各法領域には、「入門書」と呼ばれる本が多数存在します。民事手続法（民事訴訟法、民事執行法、破産法、民事再生法などの総称）もその例外ではありません。

---

## 1 入門書の役割と本書の姿勢

---

まず、私が考える入門書の役割を説明します。本書の読み方にもつながりますので、一通り目を通してください。

### ● (1) 本書の使い方

『民事訴訟法への招待』と名づけたように、本書は、民事訴訟法の学習を始めるにあたって、その全体像を把握するための書物です。地図で目的地を探すときに、まず全体像を把握し、次第に焦点を絞っていくのに似ていますね。あまりよい響きを持つ言葉ではありませんが、学習を始めた段階の方を「初学者」と呼ぶことがあります。

ます。60年近く前、自分自身が初学者であったときに、突然、難解な内容の体系書が教科書として指定され、教壇から高度の理論を説かれて、戸惑ったこと、友人から教えてもらった入門書で救われたことを思い出します。

最初から難しい記述に挑戦するのも、読解力や忍耐力を鍛えるためには無意味な作業ではないでしょうが、全体像をアタマに入れた後に個々の規定に関する解釈問題に取り組む方が効率的な学修方法といえるのではないのでしょうか。したがって、本書は、できる限り短期間で読み終えてください。

そのために、原点となる条文の引用には留意していますが、判例は、必要最小限のもの（民事訴訟法判例百選掲載およびその後の重要判例）のみにし、学説（体系書や論文など）の引用は割愛しています。本書読了後に授業や自習でヨリ立ち入った学習に進む段階では、随所に引用している伊藤眞『民事訴訟法〔第7版〕』（2020年、有斐閣。「伊藤」または「伊藤・民訴法」と略称します）を参照してください。

体系書と異なって、入門書の場合には、頁数が多くなることは、それだけで敬遠されてしまうでしょう。それを避けるために、いわゆる論点に絞った解説をする方法もあるかもしれません。しかし、典型的な論点の1つである口頭弁論終結後の承継人に対する既判力の拡張（本書206頁）をとってみても、口頭弁論の概念についての正確な説明ができなければ、真に理解したとはいえませんね。

本書では、こうした理由から、民事訴訟法および民事訴訟規則の条文に沿って、基本的な概念や規律について説明を尽くしたつもりです。ただ、当初から頁数の上限を300頁程度と設定していますので、より立ち入った説明は、伊藤・民訴法などを参照していただきたいと思います。ただ、そのつど参照するのは、かえって学習の流

れを妨げてしまうと思いますので、第1巡としては、まずは法および規則の条文を傍らに置いて本書を通読し、第2巡として、引用判例とともに、伊藤・民訴法の引用頁を参照していただくのがよいと思います。

## ● (2) 判例・通説（支配的な学説）との関係

入門書や教科書の中には、判例・通説に依拠したことを謳<sup>うた</sup>うものや、特定の解釈問題についてA説、B説、C説を併記し、記述の客観性なるものを強調する書物が多いようです。しかし、解釈論の原点は、法や規則の条文の内容であり、判例や学説は、その解釈を示すものです。もっとも、判例と学説とは、同じく解釈論を示すものではあっても、その意義が異なります。判例は、その事件を基礎とするものですが、最上級審である最高裁判所の判断は、同種事件や類似事件についての法規範としての機能を持っています。下級裁判所としては、ある法律問題について判例が存在すれば、それに従うべきだからです。以下では、単に判例といったときは、最高裁判所の裁判（判決または決定）を指すこととし、下級審（高等裁判所、地方裁判所など）の判決や決定を下級審裁判例または単に裁判例と呼ぶことにします。

しかし、判例も絶対とはいえません。まず、判例変更の可能性があります（裁10③）。地方議会議員に対する懲罰の当否について裁判所の審判権が及ぶかという問題に関し、最大判昭和35・10・19民集14巻12号2633頁を変更し、審判権を肯定した最大判令和2・11・25民集74巻8号2229頁がその好例です（本書63頁）。判例変更の基礎には、長期に及ぶ議論があったことはいうまでもありません。



また、事案の特質を考慮して、判例法理の形式的適用を避け、異なった判断をすることもありえますが、その背後にも判例法理とは異なる学説の存在があります（民訴法135条にもとづく将来の給付の訴えの利益について伊藤 185頁注26）。学説自体には規範性はありませんが、最高裁判例や下級審裁判例に採用されることによって規範化するといいてもよいでしょう。

学説には、学界や実務界において支配的地位を占める通説、そこまでは至らなくとも多数によって支持されている多数説、その対極にある少数説などが区別されます。体系書の場合には、それらの内容を記述した上で、著者自らの見解を明らかにすることが求められます。

それでは、入門書の場合には、どうしたらよいでしょう。判例と通説に絞って記述するというのも1つの考え方でしょう。でも、それでは真の入門書にならないというのが私の考えです。なぜならば、条文の文言が共通の基礎になっているにもかかわらず解釈が分かれることは、法の目的を実現し、法条の趣旨を活かすための判断の内容が異なることを意味するからです。判断が分かれる理由を理解しないままに判例・通説のみを記述し、それを記憶させるのでは、なぜ判例と学説の間に差異があるのか、なぜ判例がある考え方を採用したか、ある考え方が通説となっているのかを理解したことにならず、判例や通説の意義自体を把握していないといわざるをえないからです。

### ● (3) 民事訴訟法142条（二重起訴・重複起訴の禁止）の規定と解釈論の原点

あまり抽象的になってもいけませんので、本文で取り上げている

一例（本書86頁）をご紹介します。民事訴訟法142条は、「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」（下線は筆者）と規定しています。一読すると、日常生活で使用される言葉と使用されない言葉とが入り交じっていることに気づかれるでしょう。「裁判所」、「事件」、「当事者」、「更に」、「訴え」は前者ですね。これに対して、「係属」は後者でしょう。発音は同じでも、「継続」とは違います。厳密には、本書77頁で説明しますが、ここでは現に裁判手続が始まっているという程度に理解しておきましょう。

そうすると、法142条がどのような場面を想定しているか、見当がつくでしょう。ある事件についてすでに裁判手続が始まっているときに、当事者は、同一事件について重ねて訴えを提起することはできないということですね。重ねての訴えは、それに対応しなければならぬ相手方、審理の責任を負う裁判所にとって無用の負担を生じるだけではなく、それぞれの訴えについて違った結論（判決）が言い渡されれば、混乱を生じる可能性もありますね。

でも、一歩立ち入って考えると、わからないことが出てくると思います。「訴えを提起することができない」との規定ですが、「できない」とは、どういう意味でしょう。裁判所が訴えを受理しないで、訴状（訴えを提起するための書面。民訴133・改正134）を当事者（原告）に差し戻すという意味でしょうか。訴状の却下という規定もあります（民訴137Ⅱ）、それと同じ意味でしょうか。

法142条については、いくつかの判例と多くの学説が存在しますが、なぜでしょうか。日常生活でも用いられる言葉、「事件」、「当事者」、「更に」についても、具体的に考えると判断が分かれる可能性があるからです。たとえば、XとYとが東京都杉並区にある甲

土地の所有権を争っているとします。甲土地の上にはXが自ら所有する家屋を建てていますが、Yは、その土地の真実の所有者は自分であるから、Xは不法占有者に過ぎないと争っているとします。XがYを被告として東京地方裁判所に、その土地がXの所有であることの確認を求める訴え（先行訴訟と呼びます）を提起したのに対抗して、YがXを被告として同じく東京地方裁判所に、Xの所有建物を取去して土地を明け渡せという訴え（後行訴訟と呼びます）を提起したとします。

XのYに対する所有権確認訴訟（先行訴訟）とYのXに対する建物取去土地明渡請求訴訟（後行訴訟）は、甲土地の所有権がXに属するのか、Yに属するのかという1つの紛争から派生したものであるという点で、1つの「事件」とみなすことができるでしょうか。もし、民事訴訟法142条が適用されることになれば、Xの訴えが係属しているときには、Yは訴えを提起できないこととなりますね。しかし、判例はこのような結論をとっていません。（本書87頁）。それはなぜでしょうか。

また、先行訴訟と後行訴訟とでは、原告と被告が入れ替わっていますね。それでも、「当事者は、更に訴えを提起することができない」にあたるのでしょうか。「更に」についても、問題があります。Yが別に訴えを提起するのではなく、Xの提起した先行訴訟における反訴（民訴146 I柱書本文）として、Xに対する建物取去土地明渡請求訴訟を提起することも、「更に」訴えを提起することにあたるのでしょうか。

#### ●（4）本書の記述方針

上記のように、法令に明確な規律が存在することを前提として

も、その解釈をめぐる考え方が対立し、解決が求められることが理解いただけるでしょう。体系書の場合には、問題の内容、判例法理、下級審裁判例の動向、実務運用、学説の分布と著者の自説とを書き尽くさなければなりません。本書では、問題の内容は当然として、それに加えて原則として判例法理とそれについての評価を記すにとどめ、更に立ち入った学習は、体系書や注釈書に委ねることとします。

読者に対するお願いとしては、本書の記述で満足するのではなく、しかるべき指導者について体系書の記述を参照し、一歩理解を深めるようにしてください。

## ● (5) 読解力と表現力を鍛える

入門書や教科書の特徴として、重要な箇所を多色刷りやゴシック体にしたり、図を挿入して理解を容易にしたりする工夫があります。そうした工夫の価値を否定するわけではありませんが、本書の記述は、ひたすら文章で、かつ、多色刷りなどの配慮をしていません。教育的配慮に欠けるとの批判もあるかもしれませんが、法律家として活躍されるための基礎となる読解力と表現力を鍛えていただくようとする意図によるものと理解してください。

マーカーで印を付けたり、当事者間の関係をわかりやすく図示することは、法律家が日常的に行っている作業ですが、最終的には、すべてを文章の形で表現しなければなりません。入門の段階からそのための読解力と表現力を鍛えていただくようするのが本書の意図です。むしろ、本書を読み進めていただきながら、御自身でマーカーでラインを引いたり、図を書いていただくことが学習法として有益と思います。

## ● (6) 本書の構成

目次をご覧になっていただければおわかりのように、本書は、第1章・民事訴訟法への招待から始まり、第10章・再審まで、全10章によって構成されており、伊藤・民訴法と対応しています。

### 第1章・民事訴訟法への招待

民事訴訟手続の全体像と法や規則の条文の読み方、解釈の分かれ目、民事裁判手続の中心となっている訴訟手続の特質を説明します。

### 第2章・受訴裁判所

民事訴訟の審理および判決の主体となる裁判所の権限行使について、裁判権や管轄権などの概念を説明します。

### 第3章・当事者

訴えを提起する当事者（原告）と相手方となる当事者（被告）について、その概念や資格、訴訟上の行為をする能力、当事者の代理人となる資格などを説明します。

### 第4章・訴え

裁判所に対して審判を求める基本的行為である訴えの概念、類型、資格、内容、訴えに対して裁判所が審判をする際の規律などを説明します。

### 第5章・訴訟の審理

審理に関する各種の規範、法適用の基礎となる事実認定の基本原則と事実認定の基礎資料である証拠に関する規律を説明します。

### 第6章・訴訟の終了

訴訟の終了原因は、訴えの取下げ、請求の放棄または認諾、和解という当事者の行為と、終局判決の確定とに分けられますが、それぞれについて説明し、特に終局判決が確定した場合の効力である既判力について、その意義、作用、効力の及ぶ範囲などについて説明します。

### 第7章・複数請求訴訟——請求の客観的併合

同一当事者間で審判の対象となる請求が複数定立されている状態を複数

請求訴訟と呼びますが、その成立原因に応じて、訴えの客観的併合、訴えの変更、中間確認の訴え、反訴のそれぞれについて説明します。

## 第8章・多数当事者訴訟

1つの訴訟手続の当事者は、原告と被告それぞれが1人である形態を原型としていますが、いずれか一方または双方が複数である共同訴訟、第3の当事者が加入する独立当事者参加、当事者の地位を持たないが、一方当事者を補助するために第三者が手続に加入する補助参加などについて説明します。

## 第9章・上訴

原告であれ、被告であれ、第1審において不利な判決を受けた場合には、それに対して控訴の手段で不服申立てをする機会が与えられます。ここでいう「不利な判決」の意味も、詳しく説明します。更に、控訴審で不利な判決を受けた場合には、控訴人と被控訴人に上告および上告受理申立ての機会が与えられます。

## 第10章・再審

上訴の機会や手段が尽きると、判決が確定しますが、確定判決についても、そこに至る手続に重大な誤りがあったり、判決自体に見逃すことが許されない違法が存在するときには、それを放置することは許されないので、再審という非常の救済手段が認められることを説明します。

## ● (7) 読者(学習者)の方々へ

民事訴訟法の学習は難しいといわれます。しかし、手続の構造を理解し、それを貫く基本原理を把握し、その具体的あらわれである条文の文言、解釈が分かれる理由を確認しながら一歩ずつ進めば、決して難解ではありません。六法を横に置き、条文を確認しながら本書を読み進め、更に体系書の必要な部分を習得すれば、得意科目になることは間違いありません。

---

## 2 民事訴訟法への招待

---

それでは、民事訴訟法の学習を始めましょう。人体は、骨格、筋肉、臓器、血流、神経などの様々な部分から成り立っています。いずれも生命活動に不可欠なものですが、ヒトの姿を形づくっている骨格の視点から、民事訴訟手続を観察してみましょう。

### ● (1) 民事訴訟手続とは？

このように申し上げると、今さらという気持ちをお持ちになるかもしれませんね。「民事」とは、犯罪の処罰にかかる刑事と区別される私人間の紛争、「訴訟」とは、裁判所が主宰する紛争解決制度、「手続」とは、特定の行為を求める、それを受け入れる、または拒絶する行為の流れ、という説明で一応納得できますね。では、もう一歩立ち入って考えてみましょう。

#### (ア) 民事——私人の具体的権利義務についての紛争

民事の概念について法律に定義規定があれば、それによることができますが、存在しません。それにもかかわらず、民事の用語は法文に用いられていますので、解釈によって定めなければなりません。最大公約数的に言えば、私人の具体的権利義務や私人間の法律関係についての紛争と表現できるでしょう。ここで私人とは、民法や商法などの実体法上の具体的権利義務の帰属主体を意味します。自然人（個人）や会社などの法人はもちろん、国のような公の法人であっても、所有権などの権利、あるいは損害賠償義務などの実体法上の義務の主体である限りは、私人として扱われ、権利義務を

ぐる紛争は、民事に属します。

さらに具体的権利義務とは何かとの問いも出るでしょう。ここでは、法が裁判上の保護を与える財産上、精神上あるいは組織や人事関係上の具体的利益や地位である、という程度の説明にとどめておきます。財産上の権利としては、所有権や貸金返還請求権などを、財産上の義務としては、売買代金支払義務や不法行為にもとづく損害賠償支払義務などを、精神上の権利としては、名誉毀損にもとづく出版差止請求権などを、組織関係上の地位としては、会社の代表取締役の地位などを、人事関係上の地位としては、婚姻関係や親子関係を例として想定して下さい。

#### (イ) 訴訟——権利義務の確定を目的とする裁判制度

次に、訴訟に進みましょう。訴訟とは、裁判制度の一種で、紛争の対象たる私人の具体的権利義務の存否および内容を確定することを中核とする手続です。確定を目的とすることの意味、確定を目的としない裁判手続が存在するのかなどの疑問が湧いてくると思いますが、後者を非訟手続と呼びます（最大決昭和40・6・30民集19巻4号1089頁〔百選2事件〕）。

#### (ウ) 手続——行為の連鎖

最後に手続についてお話ししましょう。上に述べた訴訟の目的を実現するために訴訟に関与する主体、すなわち裁判所および当事者の行為の連鎖を手続と呼びます。連鎖とは、各主体の行為が無関係に行われるのではなく、相互に前提としあう関係にあることを意味します。

手続の流れに沿ってお話しすると、原告が訴状の提出という行為



をすると（民訴133 I・改正134 I）、それを受理した裁判所の裁判長が、必要な事項（同II）が記載されているかなどを審査し、補正を命じたり（民訴137 I）、場合によっては、訴状を却下する（同II）という行為をしなければなりません。そして、適法な訴状であれば、それを被告に送達し（民訴138 I）、口頭弁論の期日を指定し、その期日に当事者（原告および被告）を呼び出さなければなりません（民訴139）。「訴状」「裁判所」「裁判長」「送達」「口頭弁論」「期日」という新しい言葉が出てきました。それぞれについては、後ほど説明しますので、ここでは、イメージで捉えていただければ結構です。

理解していただきたいのは、訴状の提出という原告の行為が訴状の審査という裁判長の行為を義務づけ、訴状が不適法な場合には、補正命令や訴状却下という裁判長の行為を義務づけ、適法な場合には、被告に対する訴状の送達や口頭弁論期日の指定と呼出しという裁判所の行為を義務づけていることです。つまり、訴状の提出から始まり、口頭弁論期日への呼出しに至るまでの当事者と裁判長と裁判所の行為は、無関係に行われるわけではなく、相互に結びつき合っているのですね。連鎖とはこのような意味であり、手続とは、訴訟に関係する主体の行為の連鎖といってもよいでしょう。

## ●（2）民事訴訟法とは？

民事訴訟手続に関する規律を民事訴訟法と呼んでいます。厳密には、法とは、国会が定める法規範を意味しますが、民事訴訟法（平成8年法律109号）と民事訴訟規則（平成8年最高裁判所規則5号）をあわせて民事訴訟法と呼ぶことが通例です。法は、手続の基本原則を、規則は、法の規範を前提とした手続の細則を定めると整理することができます。両者をあわせて民事訴訟手続の法源などというこ

ともあります。手続に関する法規範の源というくらいの意味に理解してください。

## (ア) 各種の基本原則

民事訴訟手続に関する規律である民事訴訟法を理解するためには、その基礎となっているいくつかの基本原則を把握することが有益です。各種の規律は、それらの基本原則の具体化や発現といえるからです。なお、以下に説明する処分権主義、訴訟物、弁論主義、職権進行主義、訴訟法律関係の概念は、いずれも、その言葉自体が民事訴訟法や民事訴訟規則の条文中に登場したり、定義規定が置かれているわけではなく、いくつかの規定の基礎として認められている理論上の概念です。こうした概念のことを「講学上の概念」と呼ぶこともあります。一般に承認され、実務運用の基盤になっています。

### (イ) 処分権主義と訴訟物

民事とは、私人の具体的権利義務または私人間の具体的法律関係についての紛争であると説明しました（本書10頁）。訴訟は、その存否や内容を定めることを目的とする手続です。それでは、定められるべき具体的権利義務を特定するのは、だれの権限と責任なのでしょう。それは、当事者の権限であり、責任であるというのが処分権主義の原則です。

詳しくは、第4章でお話ししますが、審判の対象となる具体的権利義務を特定する権限と責任は当事者（原告）にあるというのが、処分権主義の主たる内容です。裁判所は、特定された具体的権利義務について審判すれば足り、それを超える審判権を行使することが

できないともいえます。審判の対象となる具体的権利義務を定める当事者の支配権といってもよいかもしれません。規定としては、民事訴訟法 246 条（判決事項）が処分権主義の発現です。

こう申し上げますと、当たり前のように感じられると思いますが、処分権主義に違反するかどうかの判断は微妙なところがあり、多くの判例が積み重ねられています。

なお、審判の対象となる具体的権利義務のことを訴訟物と呼びます。ドイツ法の翻訳語で、耳慣れない言葉ですが、直訳すれば、「争いの対象」になるでしょう。しかし、理論にも実務にも定着していますので、皆様にも覚えていただく以外にありません。訴訟物概念についても多くの議論がありますが、第 4 章で説明します。

#### （ウ） 弁論主義

これも翻訳語で、覚えていただく以外にありません。詳細は、第 5 章で説明いたしますが、概括的にいえば、裁判所が訴訟物たる具体的権利義務の存否を判断するための資料は、当事者の提出するものに限るという原則です。同じく当事者の権限と責任についての規律ですが、処分権主義が訴訟物に関するものであるのと比較すると、弁論主義は、その存否の判断資料の提出を当事者に委ねるものであるといつてよいでしょう。思想としては、当事者の権限と責任を尊重するものですから、処分権主義と弁論主義の 2 つの原則の底流には、当事者主義という共通の思想が流れているといつてよいと思います。

ただ、弁論主義のわかりにくさは、判断資料といつても、様々な種類と性質のものがあり、そのすべてを当事者に委ねるわけではないこと、民事訴訟法 179 条（証明することを要しない事実）など、弁

論主義の発現とされる規定は存在するものの、正面からこの原則を明らかにする規定が存在しないことによるものでしょう。

### (エ) 職権進行主義

ここでいう職権とは、裁判所の権限を意味します。審判の対象たる訴訟物を特定し、その判断資料を提出するのは、当事者の権限と責任に委ねられますが、資料の提出の機会（期日）を設定し、そこに提出された資料にもとづいて審理を行い、当事者の主張に理由があるかどうかの判断を形成し、それを判決の形式で示すという手続の進行は裁判所の権限と責任に委ねるのが職権進行主義です。その詳細は第5章で説明します。

### (オ) 訴訟法律関係

もう1つ、民事訴訟法の規律を理解する上で重要な概念として、訴訟法律関係があります。2(1)(ウ)で訴えの提起を例として「手続」の意味を説明しましたが、手続を構成する当事者や裁判所の行為に関する条文を読むと、「……することができる」（民訴134（改正134の2）～136・143 I 本文・144 I II・145 I 本文・146 I 本文など）との文言と、「……しなければならない」（民訴137 I II・138 I・139など）の文言が使い分けられていることに気付くでしょう。これは、民事訴訟法第二編 第一審の訴訟手続 第一章 訴えの部分ですが、他の編や章でも同様のことがいえます。

ここで「できる」としているのは、その主体に訴訟手続上の権限を与えているのに対し、「しなければならない」としているのは、義務を課していることを意味します。実体法上の権利義務との対比でいえば、訴訟法上の権利義務を規定しているとも表現できます。

各種の条文について、それが誰に対して、どのような権限を与えているのか、どのような義務を課しているのかという視点で読み解いてみると、規定の趣旨が分かりやすいと思います。

一例として、専門委員という制度があります（民訴92の2以下。本書130頁）。審理を進めるために必要な医学や建築学などの専門的知識を裁判所が取得するためのものですが、基本となる民事訴訟法92条の2第1項本文では、専門委員を手続に関与させることができるとし、専門委員の関与を裁判所の権限にしていますね。裁判所は、専門委員を関与させる判断を関与決定という形で行います。次に、民事訴訟法92条の4を読んで、誰の権限と義務を規定しているかを考えてください。

まず、①本文では、裁判所による専門委員関与決定の取消権限を定めていますね。この取消権限は、職権で、つまり裁判所の独自の判断で行使することができます。それに加えて、②当事者にも取消申立権限が与えられています。但書と照らし合わせると、ここでいう当事者は、原告または被告という一方当事者を意味します。

注意しなければならないことは、当事者が申立権限を行使したときには、裁判所は、それに対する応答、つまり申立てを認めて取消決定をするか、それとも申立てを却下するか、いずれかの判断をしなければならないことです。もっとも、取消しの要件は「相当と認めるとき」ですから、裁判所の裁量判断に委ねられますが、申立てに対し判断を示さないことは、訴訟法律関係に照らせば違法となります。

③これに対して同条但書では、「当事者双方の申立てがあるときは、これを取り消さなければならない」と規定していますので、当事者双方が取消申立権を行使すると、裁判所は、取消決定をするこ

とが義務づけられます。気をつけていただきたいのは、「当事者双方の申立て」は、「当事者共同の申立て」よりも広いことです。第8章で説明する共同訴訟にも使われていますが、共同とは、複数人が1つの行為を行うことです。ですから、当事者双方の申立ては、当事者共同の申立てを含みますが、それより広く、当事者双方が別々に申立てをした場合をも含むことになります。

皆さんが学習されるときは、訴訟法律関係の視点から、関連する条文が何を定めているのかを分析し、次に立法者がどのような判断にもとづいてその規律を設けているかを理解し、解釈の分岐点がどこにあるのかを考えていただくとよいと思います。それでは、第2章に進みましょう。

## 民事訴訟法への招待

---

2022年11月30日 初版第1刷発行

著者 伊藤 眞  
発行者 江草貞治  
発行所 株式会社有斐閣  
〒101-0051 東京都千代田区神田神保町 2-17  
<http://www.yuhikaku.co.jp/>  
装丁 宮川和夫事務所  
印刷 株式会社精興社  
製本 牧製本印刷株式会社  
装丁印刷 株式会社享有堂印刷所

落丁・乱丁本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。

©2022. Makoto Ito, Printed in Japan  
Printed in Japan ISBN 978-4-641-23304-1

本書のコピー、スキャン、デジタル化等の無断複製は著作権法上での例外を除き禁じられています。本書を代行業者等の第三者に依頼してスキャンやデジタル化することは、たとえ個人や家庭内の利用でも著作権法違反です。

**JCOPY** 本書の無断複写(コピー)は、著作権法上での例外を除き、禁じられています。複写される場合は、そのつど事前に、(一社)出版者著作権管理機構(電話 03-5244-5088, FAX 03-5244-5089, e-mailinfo@jcopy.or.jp)の許諾を得てください。