

令和5年予備試験 民事訴訟法

問題文

〔設問1〕と〔設問2〕の配点の割合は、3：2）

次の文章を読んで、後記の〔設問1〕及び〔設問2〕に答えなさい。

【事例】

甲土地は、Xの所有である。

Yは、甲土地に乙建物を建築し、これを所有していた。Yは、その後、乙建物を3つの部分に分けて、それぞれ、A、B、C（以下「Aら3名」という。）に賃貸した。Aら3名は、Yの承諾を得て、それぞれが賃借していた建物の部分を各自増改築した。なお、増築した各部分は、それぞれ増改築される前から存在していた部分と一体として店舗兼居宅として利用されており、増築した各部分は構造的にも機能的にも建物としての独立性を欠き、それぞれ不可分の状態にあった。

Xは、Yを被告として、甲土地の所有権に基づき、乙建物を収去して甲土地を明け渡すことを求める訴え（①訴訟）を提起し、第一審では勝訴の判決を得た。その後、Yは控訴した。

【事実I】

【事例】の控訴審において、Yから、乙建物はAら3名の増改築によってその形状が著しく変更され、乙建物はAら3名の所有に属するものとなっている旨の主張がされた。真実は、増築部分も含めて乙建物の所有権はYに帰属していたが、Xは、乙建物は増改築によって形状が著しく変更されており、増築部分も含む乙建物はAら3名の所有に属し、Yは所有しておらず、Yとの間で乙建物を収去して甲土地を明け渡すことを求める訴えを維持することは不可能であると誤認して、この訴えに換えて、甲土地についてのYの賃借権の不存在を確認することを求める訴えに変更した。

控訴審は、変更後の訴えにつき、甲土地についてYの賃借権が存在しないことを確認する判決をし、その判決が確定した。しかし、その後、Yが、増築部分を含めて乙建物は自らの所有であることを主張したので、Xは、Yに対して、甲土地の所有権に基づき乙建物を収去して甲土地を明け渡すことを求める訴え（②訴訟）を提起し、他方、Aら3名に対しては、甲土地の所有権に基づき乙建物から退去してその敷地部分を明け渡すことを求める訴えを提起した。

〔設問1〕

【事例】及び【事実I】の事実関係を前提に、次の設問に答えなさい。

Yは、判例を踏まえれば、【事実I】の下線部の訴え（②訴訟）は却下を免れないと主張している。Yの主張の根拠を明らかにした上で、その主張の当否について、理由を付して答えよ。

【事実Ⅱ】（【事実Ⅰ】とは別の事実関係である。）

【事例】の第一審の判決後、かねてから乙建物を店舗兼居宅として利用したいと考えていた第三者Dは、Yに対して、Xとの間で和解が成立するなどして乙建物を利用することができる状態になれば借り受けたいとして、その賃借を申し入れた。Yは、Dに対して乙建物を賃貸したいと考えたことから、控訴審において、Xとの和解を申し出た。裁判所から(a)X及びYは甲土地がXの所有であること及び乙建物がYの所有であることを相互に確認する、(b)XがYに甲土地を賃貸することを相互に確認するなどの和解案が提示され、X Y間で当該和解案どおりの内容の訴訟上の和解が成立し、その旨調書に記載された。

その後、Aら3名は乙建物を退去し、Yは乙建物をDに賃貸した。

〔設問2〕

【事例】及び【事実Ⅱ】の事実関係を前提に、次の設問に答えなさい。

和解交渉の際に、Yは、Xに対して、乙建物を賃貸して生計を立てていたが、現在居住している丙建物が取り壊されることになり、今後は自ら乙建物を店舗兼居宅として利用したいので和解に応じてほしいとの虚偽の説明をし、Xは、Yの説明を信じ、やむを得ないと考えて、和解に応じることにした。しかし、訴訟上の和解が成立した後、Xは、丙建物が取り壊される予定はなく、Yが引き続き丙建物に居住し、乙建物はDが店舗兼居宅として利用していることを知り、だまされたことに気が付いた。Xは、第一審では勝訴しており、控訴審がそのまま継続していれば、勝訴したと考えている。Xとしては、Yに対して、乙建物を収去して甲土地を明け渡すことを求めたいと考えているが、この場合には、どのような手続上の手段を採ることが考えられるか。理由を付して答えよ。

解説

第1 設問1

1 設問1は、(i)Yの主張の根拠を明らかにした上で、(ii)その主張の当否について、理由を付して答えよとあるため、答案では(i)(ii)を順番に書いていくことになる。

2 (i)について

Xは①訴訟の控訴審において①訴訟の訴えに換えて、甲土地についてYの賃借権の不存在を確認することを求める訴えに変更している。

これは訴えの変更(143)のうち訴えの交換的変更といわれるものである。訴えの交換的変更について判例は訴えの追加的変更と訴えの取下げ又は請求の放棄との組合せと考えており、訴えの交換的変更という独自の概念を認めているわけではないと評価されている(最判昭32.2.28【百選31】)。

そのため、判例の立場を前提にすれば、訴えの交換的変更が認められるためには、訴えの取下げの要件を充足する必要がある。

訴えの取下げには一定の場合に、相手方の同意を要するが(261Ⅱ本文)、判例によれば、被告が新請求に異議なく応訴した場合には、旧請求の取下げに同意したものと推定される(最判昭41.1.21)。

本件では、①訴訟は「確定」(261Ⅰ)しておらず、上記判例を前提にすればYは新請求に異議なく応訴しているといえるため「同意」(261Ⅱ本文)が推定される。よって、訴えの取下げの要件充足性は問題がない。

そうすると、Xは訴えの交換的変更の一部として当初の訴えを取り下げていることになるが、訴えの取下げが行われると、「同一の訴え」について再訴が禁止されるため(262Ⅱ)、Yは262条2項を根拠に②訴訟は却下を免れないと主張していることになる。

3 (ii)について

判例(最判昭52.7.19【百選A27】)は「同一の訴え」について、単に当事者及び訴訟物を同じくするだけではなく、訴えの利益又は必要性の点についても事情を一にする訴えを意味し、たとえ新訴が旧訴とその訴訟物を同じくする場合であっても、再訴の提起を正当ならしめる新たな利益又は必要性が存するときは、262条2項の規定はその適用がないものと解するのが、相当であると判示している。

当てはめでは、

- ・Xが当初の訴えを取り下げたのはYの説明を誤認したからであるが、乙建物がY又はAら3名いずれの所有に属するかは民法242条の適用があるかという法律判断であることを踏まえれば誤認したことに無理からぬところがあったといえるという点
- ・Xが②訴訟を提起したのはYが乙建物の所有権に関する主張を翻したからという点

を拾いながら結論を導けばよいだろう。

第2 設問2

1 訴訟上の和解の既判力

模範答案

1

【設問1】

第1 Yの主張

Yの主張はXの行った訴えの変更は訴えの追加的変更と訴えの取下げの組合せであり、訴えの取下げがなされた以上「同一の訴えを提起することができない」（民事訴訟法（以下法令名略）262条2項）ため、「同一の訴え」に当たる②訴訟は却下を免れないというものである。

第2 Yの主張の当否

1 訴えの変更の法的性質

Xは①訴訟の控訴審において①訴訟を、甲土地についてYの賃借権の不存在を確認することを求める訴えに変更している。

これは訴えの変更（143条）のうち訴えの交換的変更といわれるものである。

「変更」とは、本来請求の追加を意味し、訴えの変更がされた場合でも従前の請求は維持される。そうであれば、従前の請求を審判対象から外するためには訴えの取下げ又は請求の放棄が必要となる。

以上からすれば訴えの交換的変更とは訴えの追加的変更と訴えの取下げ又は請求の放棄との組合せであると考ええる。

そうすると、Xの訴えの交換的変更が認められるためには、訴えの取下げの要件を充足する必要があるが、本件では①訴訟は「確定」（261条1項）しておらず、Xの新請求に対してYは異議なく応訴していることから「同意」（同条2項本文）も認められるため、訴えの取下げの要件充足性は問題がない。

2

そして、本件では①訴訟の第一審でX勝訴の判決が出されているため「終局判決があった」（262条2項）といえ、その後に訴えの交換的変更の一部としての訴えを取り下げた場合は、「同一の訴え」（同項）を提起することができないことになる。

2 「同一の訴え」

(1) 「同一の訴え」とは、単に当事者及び訴訟物を同じくするだけではなく、訴えの利益又は必要性の点についても事情を一にする訴えを意味すると解する。

なぜなら、再訴禁止の趣旨は紛争解決の機会を自ら放棄した原告に対する制裁であり、その機能は不利な本案判決を得た原告が訴え取下げを濫用することを防ぐというものであるからである。

(2) これを本件についてみると、Xが当初の訴えを取り下げたのはYの説明を誤認したからであるが、乙建物がY又はAら3名のいずれの所有に属するかは民法242条の適用があるかという法律判断であることを踏まえれば誤認したことに無理からぬところがあったといえる。

また、Xが②訴訟を提起したのはYが乙建物の所有権に関する主張を翻したことに起因している。

これらの事情からすると、②訴訟は①訴訟とは訴えの必要性を異にするといえるため「同一の訴え」に当たらない。

3 よって、Yの主張は認められない。

【設問2】

第1 Xの採ることができる手段