

タイトル	訴訟行為の効力について(二・完)
著者	小山, 昇
引用	北海学園大学法学研究, 40(2): 373-397
発行日	2004-09-30

# 訴訟行為の効力について（二・完）

## 目次

序	第一章 当事者の訴訟行為の効力（以上前号）
第二章	裁判所の訴訟行為の効力（以下本号）
序	
第一節	判決の効力
第二節	決定の効力
第三節	命令の効力
第四節	裁判にあたらぬ訴訟行為の効力
第三章	訴訟行為の効力の不発生と消滅
序	
第一節	当事者の訴訟行為について
第二節	裁判所の訴訟行為について

小  
山  
昇

## 第二章 裁判所の訴訟行為の効力

### 序

裁判所の訴訟行為は裁判と法律が裁判所に権限を付与している行為の実行である事実行為（たとえば、証人を尋問する、審尋をする、発問をする）である。そこで、法律上の効力を論ずるのは裁判であるということになる。事実行為は、その存在がある法律状態の要素となるものと思われる。裁判には、判決と決定と命令とがある。それぞれについて、その効力を分析してみる。

### 第一節 判決の効力

- 1 確定判決は、既判力を有する（第一一四条第一項）。既判力についての詳細はここでは省略する。
- 2 強制執行は債務名義により行う（民執第二二条）が、確定判決、仮執行の宣言を付した判決、確定した執行判決のある外国裁判所の判決は、債務名義である（民執第二二条第一、第二、第六、第二四条）。これらの判決により強制執行を行うことができることを判決に執行力があるという。
- 3 離婚判決が確定すると、原告と被告の間の婚姻関係は法律上将来に向って消滅し、原告と被告の間に婚姻関係は存しないという法律状態に至る（民第七六七条第一項参照）。株主総会決議を取り消す判決が確定すると、決議は当初から無効となる（大判昭和六年六月五日民集一〇卷六九八頁）。認知の訴え（民第七八七条）につき請求を認容する判決が確定したときは、原告と被告の間に法律上父子関係または母子関係が存するに至る。このように、判決により従前存

した法律関係が無いことになる、また従前存しなかつた法律関係が有ることになるとき、その判決に形成力があるという。

4 確定判決があると、戸籍法の定める届出等(戸籍第六三条、第七三条、第七五条、第一一一條、第一一六條)が、または登記(不動産登記法第三五条第二項参照、非訟第一三九條第六參照)がなされることがあるが、これらは、確定判決の効力というべきものではなく、法律が確定判決を要件としてこれに結びつけた法律効果である。

5 主たる債務者が得た債務不存在確認請求認容判決をその債務者の保証人は債権者に対して援用して保証債務の履行を拒絶することができる。判決が第三者に反射的に効力を有するといわれるものである。しかし、これも確定判決の効力というべきものではない。

## 第二節 決定の効力

### 1 決定の例を列挙してみよう。

①管轄裁判所の指定(第一〇條)。②移送の決定および移送の申立てを却下した決定(第二二條、第二七四條第一項)。③除外または忌避の申立てについての決定(第二六條、第二五條第四項、第五項、第二七條、第九二條の六)。④補助参加の許否の決定(第四四條)。⑤第三者に訴訟を引き受けさせる決定(第五〇條第一項)。⑥法定代理人等に対し費用額の償還を命ずる申立てについてのまたは職権とする決定(第六九條)。⑦訴訟費用の負担の額を定める裁判所書記官の処分に対する異議の申立てについての決定(第七一條第七項、なお第七三條第二項、第七四條)。⑧訴訟費用の担保提供命令の決定(第七五條第一項)。⑨訴訟費用の担保の取消しの決定(第七九條第一項)。⑩担保の変換を命ずる決定(第八〇條)。⑪訴訟上の救助の決定(第八二條)またはこれを取り消す決定(第八四條)。⑫訴訟の承継人に対し、猶予した費用の支払

いを命ずる決定(第八三条第三項)。(13)訴訟記録の閲覧等の請求をすることができる者を当事者に限る申立てについての決定またはこれを取り消す決定(第九二条)。(14)専門委員を手続に関与させる決定およびこの決定を取り消す決定(第九二条の二第一項、第九二条の四)。(15)訴訟手続の受継の申立てを却下する決定(第一二八条。申立てを認めるのも決定で)。(16)訴訟手続の続行を命ずること(第一二九条。決定です)。(17)訴訟手続の中止の決定(第一三一条。この決定を取り消す(第一三二条第二項)のも決定で)。(18)訴えの提起前における証拠収集処分申立てについての決定(第一三二条の八は裁判というが、決定すべきものである)。(19)この処分を取り消す決定(第一三二条の四第四項。決定を取り消す裁判は決定です)。(20)呼出費用の予納がない場合の訴え却下の決定(第一四一条第一項)。(21)訴えの変更を許さない旨の決定(第一四三条第四項。許すのは黙示の決定か。なお第一四四条)。(22)訴訟指揮等に対する異議についての決定(第一五〇条)。(23)口頭弁論の制限、分離もしくは併合を命じ、またはその命令を取り消すこと(第一五二条。決定です)。(24)口頭弁論を終結すること、再開を命ずること(第一五三条。決定です)。(25)時機に後れた攻撃防御の方法の却下の決定(第一五七条、第一五七条の二)。(26)準備的口頭弁論を行うことにすること(第一六四条)またはこれを終了すること(第一六六条)(これらは決定です)。(27)事件を弁論準備手続に付すること(第一六八条)またはこの裁判を取り消すこと(第一七二条)もしくはこれを終結すること(第一七四条参照)(これらは決定です)。(28)事件を書面による準備手続に付すること(第一七五条)またはこれを終結すること(第一七七条)(これらは決定です)。(29)証拠調べをするしないの決定(第一八一条、第一八五条、証拠の申出に対する裁判は決定です)。(30)証人・鑑定人の不出頭に対する過料に処する決定(第一九二条、第二一六条)。(31)証言拒絶・鑑定拒絶・宣誓拒絶の可否についての決定(第一九九条第一項、第二〇一条第五項、第二一六条)。(32)虚偽の陳述に対し過料に処する決定(第二〇九条第一項。なお同条第三項)。(33)文書提出命令の決定(第二二三条第一項。文書提出命令の申立ての却下も決定です)。(34)第三者が文書提出命令等に従わない場合の過料に処する決定(第

二二五条第一項、第二二九条第五項、第二三二条第二項)。③⑤対照の用に供すべき文字の筆記を命ずる決定(第二二九条第四項参照)。③⑥文書の成立の真正を争った者に対する過料に処する決定(第二三〇条第一項)。③⑦鑑定を命ずること(第二二三条。決定です)。③⑧証拠保全の決定(第二三八条。証拠保全の申立ての却下も決定です)。③⑨判決の更正決定(第二五七条第一項)。④⑩脱漏した訴訟費用の負担についての決定(第二五八条第二項)。④⑪仮執行の宣言にかかる補充の決定(第二五九条第五項)。④⑫和解条項を定めること(第二六五条第一項。決定です)。同条第三項、第一一九条参照)。④⑬五人の裁判官の合議体で審理裁判する旨の決定(第二六九条第一項、第二六九条の二)。④⑭和解に代わる決定(第二七五条の二)。

2 へ決定及び命令には、その性質に反しない限り、判決に関する規定を準用する(第一二二条)。

イ 訴訟手続の組織(裁判所、裁判官)を定める決定(①②③⑫⑬⑭)、訴訟手続のある段階を定める決定(⑮⑯⑰⑱⑲⑳㉑㉒㉓㉔㉕㉖㉗㉘㉙㉚㉛㉜㉝㉞㉟)、訴訟手続における審理の対象を調整する決定(④⑤⑥㉑㉒㉓㉔㉕)は、決定の内容が訴訟の仕組みまたは枠組みの状態を形成する。決定を取り消す決定(⑨⑫⑬⑭⑮⑯⑰⑱㉒㉓㉔㉕)も同じである。前掲⑬⑭⑮⑯⑰⑱㉒㉓㉔㉕も同じである。

ロ 申立てを却下または棄却した決定は、確定すると、たとえば、再度の同じ申立てに対し、既判力に抵触すると  
の抗弁が成立するであろう。

ハ たとえば、訴訟費用の負担の額を定める裁判所書記官の処分に対しては異議の申立てが許され(第七一条)、この異議の申立てについては裁判所が決定で裁判するが(第七一条第七項参照)、異議の申立てを理由があると認める場合には、訴訟費用の負担の額を定めるべきときは、裁判所が自らその額を決定で定める(第七一条第六項)のであるが、この決定に不服を申し立てるには即時抗告によらなければならない(第七一条第七項)ので、この決定が確定したときはこの決定は、債務名義として(民執第二二条第三)、執行力を有する。

過料に処する決定は、不服申立ては即時抗告によらなければならないものであり(第一九二条第二項、民執第二二条第

三号、第三六条、第二〇九条第二項、第二二五条第二項、第二二九条第六項、第二三二条第三項、第二三〇条第二項)、すなわち債務名義であり(民執第二二条第三号)、検察官の命令により執行するものであり、この命令は執行力ある債務名義と同一の効力を有する(第一八九条)。

過料の決定のほかに、抗告によらなければ不服を申し立てることができない決定(民執第二二条第三号)がある(⑥第六九条第三項、⑦第七一条第七項、民執第二二条第四の二、⑫第八六条、第八五条)。

二 判決の内容を修正または補充する結果をもたらす決定がある(③⑨④①)。③は、判断を表示し、この判断を法律要件として法律がさらにある効果をこれに結びつけるものである。②⑩訴え却下の決定は、訴訟手続を終結する効果をもつ。⑮証拠収集処分決定は、その実現のためになおある行為をすることが必要であるものである。

ホ 確定判決と同一の効力をもつに至る決定がある。和解条項を定める決定(⑫)の告知が当事者双方にされたときは、当事者間に和解が調ったものとみなされ(第二六五条第五項)、これが調書に記載されたときは、その記載は確定判決と同一の効力を有し(第二六七条)、和解に代わる決定(⑭)に対し法定の期間内に異議の申立てがないときは、この決定は裁判上の和解と同一の効力(第二六七条)を有する(第二七五条の二第五項)。

3 既判力、執行力、形成力にはあたらぬ効力が決定の属性とされている場合がある。  
例をあげよう。

イ 確定した移送の裁判は、移送を受けた裁判所を拘束し、移送を受けた裁判所は、更に事件を他の裁判所に移送することができず、移送の裁判が確定したときは、訴訟は、初めから移送を受けた裁判所に係属していたものとみなされる(第二二条)。

ロ 決定に従わないという事実には法律効果がある法律効果と結びつけることがある。

対照の用に供すべき文字の筆記を相手方に命ずる決定に従わないときは、裁判所は、文書の成立の真否に関する挙証者の主張を真実と認めることができる(第二二九条第四項)。

当事者が文書提出命令に従わないときは、裁判所は、当該文書の記載に関する相手方の主張を真実と認めることができる(第二二四条第一項、第二項、第三項)。

原告が担保を立てるべき期間内にこれを立てないときは、裁判所は、口頭弁論を経ないで、判決で、訴えを却下することができる(第七八条本文)。

### 第三節 命令の効力

1 命令は裁判所がするものと裁判長がするものがある。

- イ 裁判所の命令には以下のようなものがある。①訴訟能力・代理権の欠缺の補正を命ずる命令(第三四条第一項)。②弁論能力を欠く者のために弁護士が付添いを命ずる命令(第二五五条第二項)。裁判所の許可という裁判も命令である。③弁護士でない者を訴訟代理人とすることの簡易裁判所の許可(第五四条第一項、ただし書き)。④補佐人とともに出頭することの許可(第六〇条第一項)。⑤弁論準備手続の傍聴の許可(第一六九条第二項)。⑥裁判官が回避することの許可(規則第一二条)。裁判所がある行為をさせることを法律が定めている場合に裁判所は命令という裁判によって当該行為をさせることになる。例をあげよう。⑦一時訴訟行為をさせる(第三四条第一項)。⑧準備書面を提出させる(第一七〇条第一項)。⑨受命裁判官に、弁論準備手続を行わせる(第一七一条第一項)。⑩証拠調べをさせる(第一八五条第一項、第二三九条)。⑪証人の尋問をさせる(第一九五条)。⑫証人の尋問に代え書面の提出をさせる(第二〇五条、第二七八条、なお規則第二二四条)。⑬当事者の当事者能力を判断するために必要な資料を提出させる(規則第一四条)。⑭当



事者本人尋問のさいに宣誓させる(第二〇七条)。⑮当事者または証人を出頭させる(規則第一二三条第一項)。⑯陳述を録取させる(規則第七六条)。⑰調書に記載させる(規則第八六条第一項)。⑱調書を作成させる(規則第一六四条第三項)。

ロ 裁判長の命令には以下のようなものがある。①訴状補正命令(第一三七条第一項)。②訴状却下命令(第一三七条第二項)。③期日指定命令(第九三条、第一五五条第一項、規則第九五条第一項)。④証人が書類に基づいて陳述することの許可(第二〇三条)。⑤証人、当事者本人および鑑定人の陳述並びに検証の結果の調書への記載を省略することの許可(規則第六七条第二項)。⑥調書の記載に代わる録音テープ等への記録の許可(規則第六八条第一項)。⑦法廷における撮影、速記、録音、録画または放送の許可(規則第七七条)。⑧文書、図画等を利用して証人に質問することの許可(規則第一六条第一項)。⑨後に尋問すべき証人に在廷を許すこと(規則第一二〇条)。⑩鑑定人が証人もしくは当事者本人に直接に問いを発することの許可(規則第一三三条)。⑪口頭弁論において発言を許すまたは禁ずる(第一四八条第二項、第一五五条第一項)。⑫証人の尋問の順序を変更する命令(第二〇二条第二項)。⑬争点および証拠の整理の結果を要約した書面を提出させる(第一六五条第二項)。⑭調書を作成させこれに記載させる(規則第九一条第二項、ただし第三項)。⑮証人に文字の筆記その他の必要な行為をさせる(規則第一一九条)。⑯傍聴人を退廷させる(規則第一二一条)。

2 命令という裁判は、訴訟手続が適正に順調に進行するために必要な行為がなされることを指揮するものである。訴状却下、期日の指定などは、裁判長が法律の定めるところに従いみずから行うものであるが、命令の多くは、法律により与えられた権限に基づき、当事者その他の訴訟関係人に必要な行為(不作為を含む)をさせるものである。

(1) この種の命令に対しては当事者は不服等を申し立てることができる。訴状却下命令に対しては即時抗告をすることができる(第一三七条第三項)。期日の指定に対しては期日の変更の申立てをすることができる(第九三条)。証人の尋問の順序を変更する命令に対し

ては、当事者は異議を述べることができ、この異議については、裁判所が決定で裁判をする(第二〇二条第三項)。

イ 裁判長の行為を内容とする命令(⑱)(㉒)(㉓)は、その内容が法律状態を形成するという効力を有する。訴状却下命令はそれが確定したときに訴状の却下と訴訟手続の終結が形成される。

ロ 当事者その他の訴訟関係人に必要の行為を命ずる命令(①)(②)(⑦)(⑧)(⑨)(⑩)(⑪)(⑫)(⑬)(⑭)(⑮)(⑯)(㉔)(㉕)(㉖)はその行為をすることに義務づける。この義務の不履行に対しては強制執行の道はない<sup>(1)</sup>。したがって、手続が順調に進行しない結果が起こりえよう<sup>(2)</sup>。また、必要な行為がないことの結果である事実<sup>(3)</sup>に法律が適用されて不利益を受けることがあろう。

(1) ただ、退廷命令(㉗)に対し傍聴人が退廷しない場合には、法定等の秩序維持に関する法律が適用されて、実力行使により退廷が実現されるであろう(同法律第三条第二項)。

(2) 当事者または証人が出頭命令(⑮)規則第一二三条第一項)に従わないときは、映像等の送受信による通話の方法による尋問は実現できないことになる。

(3) 原告が訴訟能力の欠缺の補正を命ずる命令(①)に従わなかったときは、訴訟能力の欠缺という事実<sup>(1)</sup>に法規が適用されて、訴え却下の不利益を受けるであろう(第三四条参照)。弁護士<sup>(2)</sup>の付添いを命ずる命令(②)に従わなかったときは、口頭弁論における陳述はな<sup>(3)</sup>いという扱いを受けるであろう(第一五五条参照)。準備書面を提出することを命ずる命令(⑧)(第一七〇条第一項)に従わなかったときは弁論準備手続期日において相手方が在廷していないときは主張すべきものがないことになろう(第一六一条第三項)。

ハ 当事者その他の訴訟関係人に必要な行為を許す命令は義務づけの効力を有するものではない。許された行為をすることにより、その行為が法律上適法で有意義のものと扱われる。

#### 第四節 裁判にあたらぬ訴訟行為の効力

1 裁判にあたらぬ訴訟行為を列挙してみよう(前稿第二章第一節3ロ)。  
 ①弁論、証言、意見を聴く。②検証物、筆跡を観る。③書面を読む。④判決主文を朗読する。⑤書類を送達する、送付する、交付する。⑥裁判を告知する。  
 ⑦裁判所書記官が通知する。⑧審尋し、尋問し、発問する。⑨和解を試みる。⑩囑託する。⑪書留郵便に付する。⑫揭示する。⑬協議する。⑭確認する。⑮立証を促す。⑯文書を留め置く。⑰呼び出す(呼出状を交付する。または告知する)。

2 裁判にあたらぬ行為は、法律が予定した行為を現実に行うこと、ひとつの事実を作り出すものである。法律がその事実の生起に法律効果を結びつけているものである。たとえば、訴状の交付が送達といえるときは、訴訟係属が発生し、訴状提出の時に(大判大正四年四月一六日民録二一輯四四九頁)時効中断の効力が生ずる(民第一四七条)。決定および命令は告知することによってその効力を生ずる(第一一九条)。判決主文の朗読は、言渡しの方法で(規則第一五五条第一項)、言渡しにより、判決はその効力を生ずる(第二五〇条)。その他の前掲の諸行為は、手続があるステップを経たということで、次へのステップが生起する基礎を成すものである。

### 第三章 訴訟行為の効力の不発生と消滅

#### 序

1 効力をもつ行為については、行為の時に無効原因事実が存するときは、当該行為は効力が無いということがあ

る。また、行為者の撤回という行為により、行為があつたにも拘らず、その行為がなかつたかの如くに、その行為の効力を遡って無いものにする事が認められることがある。また、取消しを許す原因が当初よりまたは爾後に存することにに基づき、取り消すという行為により、当該行為の効力を行為の時に遡ってまたは取消しの時から将来に向つて無いものにする事が認められることがある。また、条件付行為の効力が条件の成就により発生し、期限付行為の効力が期限の到来により消滅するという事もある。訴訟行為につき、どのような訴訟行為に、どのようなことがありうるか。これができるだけ個々具体的に検討しよう。

2 訴訟行為についても不成立を観念することができよう。たとえば、裁判所書記官が期日外で、法定外で、判決書を朗読した場合、判決の言渡しは成立していないであろう。

### 第一節 当事者の訴訟行為について

#### 1 裁判を求める申立てについて

イ 無効について——裁判を求める申立ては意思表示である。<sup>(1)</sup> 意志能力・行為能力・申立ての権限(第二八条参照)のない者の申立ては無効である。申立てにもし錯誤があれば、それは無効である(民九五条参照)。申立てにかりに強迫があつた場合も、強迫の結果完全に意思の自由を失った者の意思表示である訴えの申立ては無効であろう(最判昭和三年七月一日民集一二卷一一号一六〇一頁参照)。無効の申立てに基づく裁判は取り消されるべきものであろう(第三一二条第一項第四号、第三三八条第一項第三号、第三四九条参照)。

(1) 意思表示については、表示された意思とこれを表示する意思とに分けることができる。法は前者につき意思の内容を法律効果と認め

る。他方において表示された意思の形成過程に、その内容どりの効果を認めることができず、瑕疵が存することがある（真意と表示された意思がくいちがう）ことを認める（無効原因、取消原因を認める）。表示意思の形成についてもこれと同様のことを観念すべきか。それとも、表示意思を欠いた場合はともかく、表示意思が存した以上は、表示を認めて、表示された意思そのものを問題にすれば足りると考えるべきか。後者をよしとしよう。表示したということ自体については表示したという事実が法的効果が結びつけられるものであるからである。また、法は意思を表示しないことにすること（撤回）を意思表示が相手方に到達する以前であれば、これを認める。（民第九七条第一項参照）。意思表示は隔地者に対してはこれを通知する方法によって相手方に到達するものであるから、意思表示しないことにする方法（表示意思の撤回の方法）は、通知の効力の発生を妨げる方法をとることである。

ロ 撤回について——a 訴訟は、訴えの取下げがあった部分については、初めから係属していなかったものとみなす（第二六二条第一項）。訴えの取下げは訴提起行為の撤回である。この撤回は全く自由であるのではない。一定の制限がある（第一六一條第一項および第二項）。また、一定の不利益を伴う（第二六二条第二項）。なお、訴えの取下げがないのにあつたものとみなされる場合がある（第二六三条）。訴えの提起と同視されるべき参加の申出（第四七条、第五一条、第五二条）の撤回は訴えの取下げに準ずることになる。

b 訴えの提起以外の申立ては、申立てに対する裁判があるまで（例、第一〇条第三項参照）またはその裁判が確定するまで、撤回することができよう（撤回があつても、職権による裁判をすることができる場合が多い）。

ただ、被告による担保提供命令の申立ての取消し（撤回）が担保提供命令の後になされたときは、担保の事由が消滅したことに同じ評価をしてよいであろう（第七九条第一項参照）。

証拠の申出は、証拠決定があつても、証人尋問（最判昭和三二年六月二五日民集一一卷六号一一四三頁）または鑑定（最判昭和五八年五月二六日判例時報一〇八八号七四頁参照）が行われるまでは撤回することができる。

ハ 取消しについて——裁判を求める申立てに取消原因（詐欺・強迫のような）が存在することは、観念することは

できるが、実際にあるとは考えにくい。申立人の無能力は取消原因ではなく無効原因である(第三二条参照)。職権でできることができる裁判の申立て(第一四三条、第二三条、第一五七条、第一七二条、第八四条、第二五七条、第二五八条、第二五九条、第二六五条)が、かりに、取り消されたとしても、申立てにかかる事項につき決定がなされたときは、その決定は職権でした決定という扱いを受け、その効力に申立ての取消しは影響を与えないであろう。

申立てを待つてはじめて裁判をすべきときは、申立てを待たない裁判は違法である。取り消された申立てに基づく裁判も同様である。

a 判決の申立て(訴えの提起およびこれに準ずる参加の申出)に意思表示の取消原因が存することは想像しにくい。判決前には、口頭弁論において取消しの主張があるだろう。取消しが容認されるか否かが審理されよう。詐欺による取消しが被告が勝訴を得る機会を奪つてよいか。訴えの提起の取消原因が強迫であるときは、訴えの提起は無効であろう(前掲イ)から、取消しを容認すべきであろうが、詐欺の場合には問題が残る。実益のないことであろうが、詐欺による訴えの提起の取消しが認められるべきであるとすれば、第一審判決後にも訴え提起の取消しはできるから、控訴審においてこれを主張することができよう。しかし上告審においては、もはやこれを主張することはできず(第三一二条第二項)、これを理由とする再審の訴えも許されない(第三三二条)。

b 決定の申立ての取消し

①天災その他の事由によつて裁判所が職務を行うことができないときは、訴訟手続は、その事由が消滅するまで中止する(第三一〇条)。このように管轄裁判所が事実上裁判権を行うことができないときは、申立てにより、管轄裁判所が定められる(第一〇条第一項)。申立てがないときは、訴訟手続は中止のままである。この申立ての意思表示に取消原因が存することは考えにくい。申立ての取消しは許される場合があるならば、管轄裁判所の指定の決定があるまではこれをすることが認められようが、

決定があった後は許されないであろう。

②申立てにより決定で裁判するその他の場合についても、申立ての取消しは、許される場合があるならば、決定があるまでは（証拠の申出の取消しは証拠調べの実施までは）許されるものである。ただし、訴訟手続の受継の申立ての取消しがあっても裁判所は続行を命ずることができ（第一二九条）、証拠保全の申立ての取消しがあっても、裁判所は、証拠保全の決定をすることができ（第二三七条）。また、被告による担保提供命令の申立ての取消しについてはその撤回（前掲ロ）と同様に扱ってよいであろう。訴訟上の救助の決定の後に救助の申立ての取消しがあったときは、救助の決定を職権で取り消すことができるであろう（第八四条参照）。訴訟記録の閲覧の制限の申立てが制限の決定の後に取り消されたときは、第三者が、この制限の決定の取消しの申立をすることができよう（第九二条第三項参照）。証拠収集処分申立ての取消しが処分の決定後になされたときは、処分の取消しが職権でできるであろう（第一三二条の四第四項参照）。

### c 命令の申立ての取消し

文書等を利用して証人に尋問することの許可を求める申立てを許可の命令があった後に取り消すことは、取消原因があるとするならば、許されないわけではないが、許可されたことを実行しないことで足りよう。

### ニ 和解の申立てについて

和解の申立て（第二七五条）は判決を求める申立てと同じく紛争の終局的解決を求める申立てである。したがって、申立ての無効、撤回、取消しについては訴えの提起のそれに準ずるであろう。

### 2 合意について

イ 無効——合意に無効原因が存するときは合意は効力を生じない。意思表示の無効原因（錯誤、能力の欠缺）のほか、強行法規違反（第一三二条第一項参照）がありうる。

管轄の合意が専属管轄の定めに対する(第一三二条第一項)ときは、合意した裁判所に管轄権は生じない。証拠契約をした者に訴訟能力の欠缺が存するときはその契約の実現を期待することはできない。和解の合意が要素の錯誤により無効の場合(例、最判昭和三三年六月一四日民集一二卷九号一四九二頁)には、既判力を生ぜず(大判昭和一四年八月一二日民集一八卷九〇三頁)、無効を主張する当事者が期日の指定を求めたときは、裁判所は期日を指定し、判決でその当否を審査しなければならない(大決昭和六年四月二二日民集一〇卷三八〇頁)。

最初の期日の変更を当事者の合意に依拠して許したが、その合意に無効原因が存した場合には、期日の変更は、職権でされたものと扱うことができよう。弁論準備手続に付する裁判の取り消しを求める当事者双方の申立てにおいて、一方または双方に無効原因が存するときは、取消しの裁判はできないが、取消しの裁判をしてしまったときは、取消しの裁判を取消すか否か裁判所が裁量で決すればよいであろう(第一七二条)。和解条項を定めることを求める当事者の共同の申立てが取り消されたときは、和解条項の定めのお知らせ(第二六五条第四項参照)、和解が調ったものとみなす効果(同条第五項)は生じないであろう。和解条項に服する旨(第二六五条第二項)の意思の表示が取り消されたときは、和解を和解条項により成立させるわけにはいかない。

3 当事者は、口頭弁論において、主張・抗弁を陳述し、弁論準備手続の結果を陳述し(第一七三条)、従前の口頭弁論の結果を陳述し(第二四九条第二項)、第一審における口頭弁論の結果を陳述する(第二九六条第二項)。また、証人・当事者本人を尋問し(第二〇二条、第二一〇条)、鑑定人に質問をする(第二二五条の二第二項)。またその後の証拠調べにより証明すべき事実を裁判所との間で確認する(第一六五条第一項、第一七七条)。また、裁判所および相手方と協議をする(第一七六条第三項、規則第九五条第一項)。また、書面を提出する(第一六二条、第一六五条第二項)。また、通知(第一三二条の二)、返答(第一三二条の三)、照会(第一三二条の二、第一六三条)、回答(第一三二条の三、第一六三条)、訴



訟の告知（第五三条）をする。

陳述、質問、確認、協議、提出、通知、返答、照会、回答は、いわゆる意思表示ではない<sup>1</sup>。意思表示については意思の内容について、撤回の可否、無効、取消しが問題になるが、右の行為についてはこれと同様の形で問題とすることが出来るものではない。たとえば、行為の後にこれを撤回する余地は原則として存しない。行為をしたということが残るのである。しかし、問題とすべきことが全くないのである。

（1）意思表示以外の行為は、行為そのものと行為意思とに分けることができる。行為意思を欠く者の行為には、行為に法が認める効果を、承認することはできない。訴訟行為能力を欠く者の行為でも、行為意思が存するならば、行為の効果は認められるであろう。（未成年者の訴状の提出は、提出行為は有効であるが、訴えの提起の効力は認められない）。行為は、いわば対話者間では、または、相手方を要しないものは、行為のときに効力が生じる（期日における弁論の陳述、証言、筆記、確認、協議、交付）から撤回の余地はなく、隔地者間では相手方への到達により効力が生ずる（通知、送達、送付、照会、回答など）から、相手方に到達する前に行為が効力を発生するのを妨げること（撤回）は許されるであろう。行為意思については、行為の意思があった以上、行為の効果は生じ、行為意思の形成に瑕疵があったとしても、行為そのものの評価に影響するか否かを勘案すれば足りるのではなからうか。行為の法的効果は行為意思ではなく行為そのものに認められるものである。

イ 口頭弁論としての事実陳述——いったん陳述があれば、その内容は裁判所の評価（それが真実であるか否か、それが裁判に役立つかどうか）の対象となり、その撤回は許されない。陳述の内容に誤認があったときは、誤認に基づかない陳述を重ねれば足りるのであり、誤認に基づく陳述を無効と扱う必要はない。刑事上罰すべき他人の行為により陳述したときも、陳述の内容は裁判所の評価の対象となり、その真否は、その後の陳述または証拠調べにより、評価される。

ただ、陳述が、相手方が主張する自己に不利益な主要事実を認めるもの、すなわち自白であるときは、証明不要（第一七九条）

として、判決の基礎にしなければならぬというふうには裁判所は拘束される。

これは自白当事者に不利益である。この不利益を被る理由がないときは、この不利益から免れてしかるべきである。

判例によれば、自白が真実に反しかつ錯誤に基づくときは、自白の撤回が許され、錯誤につき無過失であることを必要とせず(大判大正一二年二月二〇日民集一卷五二頁)、自白が真実に合致しないことの証明があるときは、その自白は錯誤に出たと認め(最判昭和二五年七月一日民集四卷七号三一六頁)。真でない事実を真でないことを承知の上で自白した場合には、当事者の処分任せて、不要証の効果(第一七九条)を帰属させてもよいが、真でない事実を真であると誤って認識して自白をした場合には、不要証の効果(第一七九条)を免れる手段(自白の撤回)を認めるべきであろう。陳述の内容に問題が存する場合である。判例によれば、自白の撤回は相手方の異議がないときは有効である(最判昭和三四年九月一七日民集一三卷一〇号一三七二頁)。不要証の効果が生じた事実であっても、当事者の処分任せて、不要証の効果を消滅させることを認めるということであろう。

刑事上罰すべき他人の行為(たとえば、強要(刑二二三条))により自白をするに至ったときは、これを基礎とした判決は取り消されることが出来る(第三三八条第一項)。自白者は、これを理由に訴訟係属中、その無効・取消しを主張することができ、これが認められるときは、自白は効力(第一七九条)がないとされる(最判昭和三三年三月七日民集一二卷三三三号四六九頁参照)。この場合には、事実を陳述する意思に瑕疵が認められる場合である。この場合には、陳述された内容を訴訟資料とすることができないということであろう。自白は効力がないということは、訴訟資料とならない、いわんや不要証の効果は生じないということであろう<sup>(1)</sup>。

(1) 自白に該当する事実陳述行為以外の行為においては、行為が効力を生じた後の行為の取消しは問題になる余地がないように思える。証言である証人の陳述については、その内容が虚偽であるか否かは重要な問題である(第三三八条第一項第七号)が、刑事上罰すべ

き他人の行為により（たとえば証言拒否権を行使せずに）証言するに至ったとき、証言したこと自体は、判決を左右することではない。行為が完了すれば（相手方のある行為については、相手方に到達すれば）、行為意思がありさえすれば、行為の効果は発生する。自白を除く行為は、撤回はできない。すでになした行為と抵触する行為を重ねることはありえよう。行為意思の決定がたとえば刑事上罰すべき行為により左右されたとしても、行為の効果は発生し、行為の内容をどう評価するかの問題に吸収されるであろう。ここで行為の効果とは当該行為が法的に存在しその行為に法が結びつける効果（たとえば、弁論における陳述ならばその陳述内容が訴訟資料になったこと、書類の送付ならば書類の内容を名宛人が知るべき状態が生じたこと。筆記ならば筆跡が証拠資料になったこと）が認められることである。

ロ 結果の陳述——弁論準備手続や口頭弁論の結果の陳述は、それが結果であると認識したところを報告するものである。それが結果であるということに裁判所が拘束されるのではない。それが結果であるといえるか否かは裁判所が終局的に判断することである。したがって、結果の陳述については撤回、取消しを考へる必要はない。その訂正は、これを許すことがありえよう。陳述があつたと評価することができない場合を想定できないわけではない（意思無能力状態）。陳述当時成年被後見人になつていたことを看過していたことも想定しえないわけではないが、この場合も、結果の陳述は成年被後見人に訴訟上の不利益を与へるものではないので、これを無効とするには及ばず、陳述された結果が結果といえるかを評価すれば足りる。

ハ 証人・鑑定人・当事者本人を尋問・質問をすることは、証言・鑑定意見という証拠資料（証拠資料も訴訟資料である）を得るための行為である。証人尋問を証言前に撤回したときはその尋問の答えである証言は得られないことになる。証人尋問を証言後に撤回したときは証言に基づき形成された心証を無にすることはできず、証言が証拠資料とならないことはできない。証人尋問に取消原因が存することを想定した場合も同様である。証人尋問の時に成年被後見人であつたことが看過されていたことを想定した場合も、尋問と証言が裁判に役立つものか否かを評定すれば足り、証人尋問を無効とするには及ばないであろう。

二 確認——裁判所が、その後の証拠調べによって証明すべき事実を当事者との間で確認したときは（第一六五条第一項、第

一七〇条第五項、第一七七条)、当事者の一方が主張し他方がこれを争い証拠調べにより証明することになった過去の経緯の認識を再び認識したということであるから、確認の撤回はありえない。前回の確認と異なる確認をすることを許す余地はあろう。いずれにせよ、確認されたことについては、いかなる事実がその後の証拠調べにより証明すべきものであるかは、裁判所が終局的に判断するところである。したがって、確認自体の無効、取消しを観念する必要はないと考えられる。

ホ 協議——協議は一定の主題につき共通の結論を出す目的で意見を出しあうことである。まとまることもあり、まとまらないこともある。協議そのものは協議した以上撤回、取消しの余地はない。協議意思に欠ける者(意思無能力者)の協議は協議に加わったとはいえないであろう。しかし、協議そのものに錯誤は考えられないし、協議当時成年被後見人であったことが看過された場合も協議によりまとまったことがその者に訴訟上の不利益を与えることはないから、協議が無効で、したがって裁判所と当事者の間で協議はなかったとするには及ばないであろう。

ヘ 書面の提出——準備書面の提出(第一六一一条)、争点および証拠の整理の結果を要約した書面の提出(第一六五条第二項)、書証の申出のための文書の提出(第二一九条)、証人の尋問に代える書面の提出(第二〇五条)がある。提出意思がないのに提出行為があつた場合(意思無能力)を想定するならば、この提出は無効であろう。提出意思があつたときは、その撤回を、また、提出意思の瑕疵に基づく提出の取消しを認める必要はないであろう。書面に記載された内容が訴訟の裁判に役立つのみが関心事であるからである。書面の内容の形成過程において、意思表示の無効・取消原因に当たる事実が存しても、書面の内容は提出されたものとして受けとられる。

準備書面については、弁論された内容が訴訟資料となる。要約書面については、当該要約があたっているか否かが裁判所により評価される。書証たる文書はその文書の内容がそのまま証拠資料として評価を受ける。証人尋問に代える書面についても、書面の内容の証拠力が評価される。

ト 通知、返答、照会、回答——これらについても、行為意思と行為の内容が区別される。通知意思、返答意思、照会意思、回答意思の能力を欠く者の行為は無効であろう。逆に意思能力のある者の行為は、行為により、通知、返答、照会、回答が完成する。予告通知(第一二二条の二)についてはその撤回を通知後も許すことができよう。予告通知により書面照会ができ、証拠収集処分申立てをすることができるが、照会も右の申立ても、また当事者照会(第一六三条)も、回答前または処分前には、撤回可能であろう。返答、回答は相手方に到達すれば、その内容は受けとられて、これを撤回することはできないであろう。意思表示の取消原因に相当する原因が、照会、返答、回答の内容の形成過程において存することは考えにくい、それを想定した場合、その内容が訴訟の資料として有意義であるか否かの判断をすれば足りるのではないか。

#### 4 訴訟告知

イ 訴訟告知は、訴訟告知書(第五三条第三項)を裁判所に提出し、裁判所がこれを被告者に送達(規則第二二条第一項)し、訴訟の相手方に送付(規則第二二条第三項)することである。告知の効力は被告者への送達により生ずる。告知の効力は被告者に第四六条の規定が適用されることであるからである(第五三条第四項)。

ロ 訴訟告知は、訴訟の係属を告げて知らせることである。意思表示ではない。撤回は可能であろう。告知能力のない者の告知は無効であろう。意思表示の取消原因と同様の原因が告知意思を決定する過程において存在した場合、告知者の真の意思を採るべきであろう。告知者が告知の時に成年被後見人であったことが看過された場合、告知意思能力があったならば、告知を無効とするには及ばない。

#### 5 訴訟脱退

訴訟脱退(第四八条)は、判決の効力を受けるといふリスクの下で訴訟の当事者でないことになることで、それは意思表示である。意思表示の撤回、無効、取消しについていわれることが、訴訟脱退についてもいえるであろう。相手方の承諾の後は脱退

の撤回はできないであろう。

## 第二節 裁判所の訴訟行為について

裁判所の訴訟行為は裁判と裁判にあたらぬ事実行為である。裁判には、判決、決定、命令がある。事実行為は前に列挙した(第二章第四節1)。以上のそれぞれについて、その効力の不発生およびその効力の爾後的な消滅を考える。

### 1 判決について

イ 判決は、判決言渡期日において(大判昭和一三年四月二〇日民集一七卷七三九頁参照)、法廷で、判決書の原本に基づき(第二五二条、例外第二五四条)、裁判長が主文(第二五三条第一項第一)を朗読して(規則第一五五条)言渡すことによつてその効力を生ずる(第二五〇条)。そこで言い渡されるべき判決とその言渡しとが区別されて問題とされる。判決は訴えに対する法的判断を示すものである(言渡し自体については後述)。

判決は、判決意思能力ある裁判所が判決適格(裁判所の構成、裁判官資格)を有し、判決事項につき判決権限を有し、判決意思に欠陥がなく、判決内容が実現できるもので、判決の手續および判決内容の形成過程に法律違反がないことが必要である。

ロ かかる法的判断は言い渡された以上撤回することはできない(判決の不可撤回性といわれる)。しかし、明白な誤りがあるときは、職権で、更正決定により、誤りを正すことができ(第二五七条第一項)、言渡し後一週間以内ならば、法令違反を発見したときに、変更判決により、判決の取消・変更をすることができる(第二五六条第一項)。これらは判決の一部の撤回ではなく、後にその旨の裁判を重ねることによる取消・変更である。

ハ 判決の内容が不能を命ずるまたは公序良俗に反する場合には、判決は言渡しがあつても効力を生じない(無効で

ある)。判決内容形成時において判決裁判官が判断能力(意思能力)を欠いていた場合または成年被後見人となっていた(裁判法第四六条、国公法第三八条第一)場合を想定するならば、判決は無効であろう(合議体の一人がその状態にあった場合でその者の判断・見解が判決内容に全く影響しなかった場合はどうか。無効でない」と評すべきか、合議体をなさない」と評すべきか)。

二 判決の手續(第三〇六条参照)、判決内容形成の手續(例、裁第七七条)、判決内容である判断の形成において、法律違反がある場合、判決は当然無効ではなく、取消しの対象となる。その取消しは、判決裁判官の職権による取消しではなく、当事者の取消申立て(提訴・上告・再審の訴え)を待つて判決裁判官と異なる裁判官が構成する裁判所(第三二五条第四項参照)が取り消す。判決裁判官の判決判断形成過程において、意思表示の取消原因に当たたる事実が存在したときも同様である(第三三八条第一項第七参照。ただし、最判昭和三三年七月一八日民集一二卷一二号一七七九頁は虚偽の証言が判決の認定資料となつていても、それによつて結論の異なる判決のなされる見込みのない場合は、第三三八条第七号にあたらぬという)。

## 2 決定について

イ 決定には、その性質に反しない限り、判決に関する規定を準用する(第一二二条)。決定の効力の不発生・消滅についても判決についていわれることが準用される。しかし、決定には判決と異なるところがある。

ロ 決定には、不服を申し立てることができないものがあり(第一〇条第三項)、即時抗告が許されるものが法律の定めにより限られ、通常抗告が許されるものが、口頭弁論を経ないで訴訟手續に関する申立てを却下した決定に限られ、その他の不服は、判決に対する控訴の審理の手續において取り上げられる。

ハ 他方において、訴訟の指揮に関する決定(例、第三五条第一項、第二項、第一五二条第一項、第一五三条)はいつで

も取り消すことができる(第二二〇条)。この取消しは、将来に向つての取消しである。裁量権の行使であり、取り消される決定に瑕疵があるかないかの別はない。

### 3 命令について

イ 命令には、その性質に反しない限り、判決に関する規定を準用する。命令の効力の不発生・消滅についても、判決についていわれることが準用されよう。しかし、判決と異なるところがある。

ロ 訴状の点検、口頭弁論(証拠調べを含む)の手續、口頭弁論の準備の手續(準備的口頭弁論、弁論準備手續、書面による準備手續及び準備書面の交換)は裁判長が裁判所の名においてまたはその名において、ならびに、受命裁判官または受託裁判官が(第一七一条、第一八五条、第一九五条、第二六八条など)が主宰し指揮する。主宰・指揮に必要な裁判は命令とする(「訴訟行為について」(二・完)第二章第一節3ニ)。命令は、命令者に命令意思能力があること、命令適格を有すること(例えば、裁判官資格があること)、命令権限を有すること、命令の内容に違法性がなく実現することが法律上可能であり許されること、を要件とする。

ハ 訴状の点検——訴状の審査は事実行為である。訴状の記載に法律違反があるときは、裁判長は訴状の不備の補正を命令で命じなければならぬ(第一三七条第一項)(裁判長は、補正を促すことができる(規則第五六条)。これは事実行為である)。この不備が補正されないときは、裁判長は、命令で訴状を却下しなければならない(第一三七条第二項)。これらの命令は撤回することはできない。当然無効は観念的にはありえよう(例、裁判官資格のない者のした命令)。却下命令の取消しは、即時抗告を待つて、抗告裁判所が取り消す(第一三七条第三項。不備がないのがあると誤認して補正を命じ、訴状却下に至った場合も、無効の問題ではなく、取消しの問題であろう)。

ニ 訴訟の指揮に関する裁判長の命令(第一四八条、第五四条、第六〇条、第一五五条など)は、いつでも取り消すこ



とができ(第二二〇条)る。取消しの理由を問わない。他方において、当事者は、この命令に対し異議を述べることができ、裁判所が異議につき決定で裁判する(第一五〇条)。受命裁判官または受託裁判官の裁判に対して不服がある当事者は、受託裁判所に異議の申立てをすることができる(第三二九条第一項、第三項)。異議の申立てについての受託裁判所の裁判に対しては、抗告をすることができる(第三二九条第二項)。

ホ 訴訟の指揮に関する命令の当然無効を観念することは、実益はないであろうが、できないことではない。

4 裁判にあたらぬ事実行為について

イ 裁判にあたらぬ事実行為には、相手方がないものと相手方に向けられたものないしは相手方の反応が予定されているものがある。相手方のないものは、撤回の余地はない。聴く、観る、読む、触る行為は、それがなされることにより聴いたこと、観たもの、読んだ内容、触れて得たものが、訴訟資料または証拠資料となっているからである。かりに、心神喪失の状態で右の行為をしたときは、行為も行為の結果も意味をもたないという意味で無効である。右の行為については意思表示の取消原因にあたる原因を想定する余地はないであろう。判決の言渡しは、当事者に向けられるものであるが、当事者が在廷しない場合においても、することができ(第二五一条第二項)から、相手方のない行為に準じて扱うことができよう。

言渡しの基本条件を欠くときは言渡しは不成立または無効である。言渡しがあれば、判決はその効力を生ずるから(第二五〇条)、もはや言渡しを撤回できない。

ロ 相手方に向けられた事実行為(告知、通知、催告、送達、送付など)は、相手方に到達するまでは行為の方法をとりやめることによって撤回することができようが、相手方に到達すれば、行為目的が完遂し、もはや撤回の余地はない。これらの行為の効力は、相手方があることがらを知りうる状態に至ることである。かかる効力の発生を認めるこ

とができない場合、すなわち、かかる行為の無効を観念することはできよう。たとえば、かかる行為が、相当と認められる方法(第二一九条、規則第四条)または法律の定める方法(第九九条、第一〇八条、第二二一条)によらなかつた場合である。これらの行為については、取消しを観念する必要はなく、同一事項についてのやり直しが許されると解釈すれば足りよう。

ハ 相手方の反応が予定される事実行為は、反応がない間は、撤回すること(なかつたことにすること)が許されよう。事実行為でも、行為の基本条件を欠くときは、行為の不成立ないし無効を観念することができよう。取消しについては、取消しを観念することは、相手方の反応が訴訟に役立つか否かを評価することで省略することができよう。