

設問 1 を検討するにあたって

①：B に対して訴えを提起（同じ乙地裁）することが出来るか？

【債務不存在確認訴訟のまとめと問題の所在】

*判例による訴訟物の捉え方を前提とする。

・消費貸借契約に基づく貸金返還請求権について、借受金債務 400 万円のうち、現在 150 万円をこえて、債務が存在しないことの確認を認めるという請求原因が記載された、債務不存在確認訴訟が提起された場合の訴訟物は？

・訴訟物について：同一の権利関係についての給付訴訟と、債務不存在確認訴訟とは、給付判決を求めているのか、確認判決を求めているのかという審判要求の形式が異なるにすぎない。

したがって、債務の一部不存在確認訴訟の訴訟物は、原告の自認額ではなく、原告が消滅したと主張する、その余の債務（250 万円の貸金返還請求権：消滅債務額）である。

上記事例においては、**上限 400 万円と原告が自認している 150 万円の差額である 250 万円についての、消費貸借契約に基づく貸金返還請求権が訴訟物**になる。

・先制攻撃機能：本来、原告は、処分権主義の観点から、好きな時期を選んで、自らの債権を実現するために、訴訟を提起出来るはずである。

しかし、債務不存在確認訴訟は、給付訴訟の反対形相であるから、債務不存在確認訴訟が提起されると、原告が債務の不存在を主張する部分において、被告側は、債権の存在を主張、立証しなければならない。訴訟においては、応訴が強制されるため、原告の債務不存在確認訴訟が提起により、被告側は、訴訟時期を選ぶことが出来ずに、訴訟に至ることになる。この点を捉えて、先制攻撃機能と呼んでいる。

*原告側の請求原因は、「被告は、原告に対し、別紙債権目録記載の債権を有すると主張している」よって、原告は、上記債務が存在しないことの確認を求めとなる。この「」の部分、確認の利益があることの主張である。

つまり、原告は、確認の利益があることが請求原因であり、これに対して、被告側は、抗弁として、貸金債権の存在を主張していく構造となる。

↓

本件では、上記の設例と金額は同じであるので、原告（B）の被告（A）に対する 250 万円の不法行為に基づく損害賠償請求権が訴訟物となる。

↓

一方、本件の A は、B に対して、400 万円の不法行為に基づく損害賠償請求権を訴訟物として、訴えを提起しようとしている。そうすると、金額以外同じ状況であるので、民訴法 142 条が定める二重起訴の禁止にあたらないか？という問題が生じる。

↓

【二重起訴の禁止の判断基準】

・「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出来ない」（142 条。二重起訴の禁止）と規定されているが、二重起訴の禁止にあたる訴えとは、どのような内容を指すのか。

⇒二重起訴の禁止に抵触するか否かは、142 条が、「裁判所に係属する事件」と規定するため、事件の同一性によって判断される。

この事件の同一性は、①当事者の同一性、②訴訟物の同一性により判断される。

そして、①については、当事者が同じであれば良く、判決の効力が及ぶ者（115 条 1 項 2 号以下）は、当事者と同視される。

また、②については、訴訟物の内容をなす、権利関係が同一であればよい。

* 二重起訴の禁止の趣旨は、①二重に応訴しなければならないことは、被告にとって煩雑であること、②審理の重複による訴訟不経済の発生、③同一事件について、矛盾する判決が生ずる危険を回避することにある。

すなわち、①被告応訴の煩、②訴訟不経済、③矛盾判決の回避である。

* 重複訴訟に該当する後訴が審理され、前訴に先立って判決を下した場合、前訴は、後訴の判決に拘束されることになる。その場合、前訴判決は、再審事由（338 条 1 項 10 号）となり、再審が提起されるまでは、後訴の判決が、効力を持つ。

確定前であれば、上訴で対応する。尚、既判力は、職権調査事項である。

【本件の検討】

・債務不存在確認の訴えを提起した後、当該被告が別訴で当該債務について給付の訴えを提起した場合

→原告と被告が逆になっているが、当事者は同じである。そして、給付の訴えにおいても、当該債務の存否が審判対象となることから（訴訟物は、双方とも当該債権に基づく給付請求権）、審判対象も同一である。

したがって、後訴は、別訴を提起すると、前訴と重複するため 142 条に違反する。

但し、反訴（＝同一の訴訟手続内で被告の請求について独立に判断を求める

訴え)が提起された場合、同一手続内で審理されるから、矛盾判決のおそれ等の二重起訴の禁止の趣旨に触れないため、反訴提起は、二重起訴の禁止にあたらない。そして、その反訴(給付訴訟)で全面勝訴すれば、債務不存在確認訴訟で勝訴したのと同じ既判力を得られるだけでなく、執行力も付与されるので、債務不存在確認訴訟の確認の利益が消滅する。それゆえ、訴えの利益は否定されることになり、前訴は却下される。

↓

以上から、設問1のBに対して訴えを提起(同じ乙地裁)することが出来るか?という問いに関しては、まずはBの債務不存在確認訴訟の訴訟物を明示し、民訴法142条の二重起訴の禁止との関係で問題となることを、まずは示す必要がある。

次に、二重起訴の禁止の趣旨を記載し、別訴でなく、反訴であれば、二重起訴の禁止が定める法の趣旨に抵触しないため、二重起訴の禁止にあらず、AはBに対して訴訟提起できるという立論が、一つの解答の筋となる。

②: BとCを共同被告として訴えを提起(同じ乙地裁)することが出来るか?

【ここでの問題の所在】

ここでの問題は、民訴法38条の共同訴訟の要件が充足していることを確認する必要がある。

その上で、上記で記載した反訴ルートでは、本訴原告であるBではない、Cという新たな被告を反訴で創出することになる。そこで、法に規定のない、主観的追加的併合を認めてよいかが問題となる。

↓

【訴えの主観的追加的併合】

*既存の訴えに当事者の異なる新たな訴えを追加出来るか

【事例】: <Xは、Yに対し損害賠償請求をしていたところ、ZもYと連帯して支払えという訴えを追加したいと考えている。この様な訴訟の追加は認められるか>

・係属中の訴訟において、当事者を追加することを、主観的追加的併合というところ、法は、共同訴訟参加(52条)や参加承継(51条)、引受承継(50条、51条)といった明文でこれを許す規定を個別に置くが、包括的な許容規定はない。

明文の規定がなくとも、この様な主観的追加的併合を認める必要があるか。
⇒この点、係属訴訟への追加を認めなくても、別訴として訴えを提起したものを、裁判所は、裁量により弁論を併合することが出来る(152条1項)。

また、訴えの主観的追加的併合を認めても、係属中の訴訟の資料を当然に流用出来るとは限らないし、原告が訴えの提起前に、慎重に調査して被告を選ばなくなり、軽率な提訴を誘発するおそれもあることから、訴えの主観的追加的併合は認められない。

*係属中の訴訟に、別の訴訟を追加出来るかというのは、一見すると、143条1項の訴えの追加的変更の事案に見えるが、143条1項の規定は、訴訟物についての規定であり、当事者変更を含まないため、当事者の変更伴うものは、143条1項の問題ではない。

そこで、当事者変更を伴う変更について、訴えの追加的変更が出来るかが問題となる。

この点について判例（最判昭和62年7月17日民集41巻5号1402頁）は、係属訴訟への追加を認めなくても、別訴として訴えを提起したものを、裁判所は、裁量により弁論を併合することが出来る（152条1項）ことや、上記のようなデメリットを主たる理由として、訴えの主観的追加的併合を認めていない。

*学説は、この様に硬直的に考えるのではなく、①当事者間の公平、②紛争の具体的経過における当事者間の関係の2つを考慮して、原告が、当初から共同被告として38条を適用して訴えを提起せず、後に第三者を引き込むことが、引き込まれる第三者と在来被告との関係で公平と言えれば、主観的追加的併合を認めてよいとする。

↓

以上の整理からすると、①当事者間の公平、②紛争の具体的経過における当事者間の関係の2点を考慮して、本件では主観的追加的併合を認めてよいとの立論を検討することになる。

具体的には、本件では、①については、相手方から訴えを提起され、訴訟に引き込まれたAにとっては、Aが本来選択出来たはずの訴訟物や当事者の選択が制限されている状況にあり、処分権主義を規定する民訴法の趣旨を考えると、Cを引き込む主観的追加的併合を認めることが当事者間の公平に叶うと言えること、②については、まだ訴訟送達を受けた段階で、第1回口頭弁論が開催されていないから、訴訟資料の流用は問題とならない点等を指摘することになると考えられる。

③：BとCを共同被告として訴えを提起（甲地裁）することが出来るか？

【ここでの問題の所在】

ここでは、管轄が異なる別の地裁に訴えを提起することになるので、反訴にすることが出来ない。また、管轄の異なる別の地裁で、弁論を併合することも困難である。

そのため、甲地裁に、これまでと異なり、【別訴】という形で、BとCを共同被告として訴えを提起できるかという問題を検討することになる。

具体的には、①：Bに対して訴えを提起（同じ乙地裁）することが出来るか？で検討したとおり、本件の本訴と別訴は、原告と被告が逆になっているが、当事者は同じである。そして、給付の訴えにおいても、当該債務の存否が審判対象となることから（訴訟物は、双方とも当該債権に基づく給付請求権）、審判対象も同一であるから、後訴は、別訴を提起すると、前訴と重複するため142条に違反するとの結論が一般的であるところ、その様な結論を採用すると、BのAに対する訴えが先に乙地裁に係属していることだけをもって、重複訴訟の禁止に該当するとしてしまうのは、Aの訴権保護の視点と、保護されるべき不法行為の被害者が不利益を受ける結果になる不都合が生じ、妥当な結論とならない点を指摘し、本件では認められるべきであるとする立論を記載することになると考えられる。

↓

この点、出題の趣旨に記載される立論としては、i 債務不存在確認訴訟では思考力がないから、民事執行を見据えるとAの訴えを認めるべき、ii 150万円の部分については訴訟物の重なりがない、iii、Aが本来選択出来たはずの訴訟物や当事者、裁判所の選択が制限されている状況にあり、処分権主義を規定する民訴法の趣旨を考えると、このようなAの地位は損なわれるべきでないこと、iv 第1回口頭弁論が開催されていない訴訟の初期段階であること等の主張をすべきと記載されている。

設問2を検討するにあたって

【文書提出義務のまとめ】

・民訴法では、220条の1号から3号にて、文書提出義務を負う者を規定し、4号でイ～ホに該当する場合を除いて、文書提出義務を負う一般規定を設けている。その内容について整理する。

・1号文書（引用文書）：当事者が、訴訟において引用した文書を自ら所持するとき

・2号文書（請求権がある文書）：挙証者が、文書の所有者に対し、その引渡、又は閲覧を求めることが出来るとき

・3号文書（利益文書と法律関係文書）：文書が挙証者の利益のために作成さ

れ、又は挙証者と文書の所持者との間の法律関係について作成されたとき

(4号は、下記イ～ホに該当しない文書の一般提出義務を定める)

- ・ 4号イ：刑事訴追のおそれ等を理由とする、証言拒絶権（196条）が適用される内容が含まれる文書
- ・ 4号ロ：公務秘密文書
- ・ 4号ハ：医師、弁護士等の職務上の秘密、及び技術、又は職業の秘密に関する事項（197条2項、3項）が、記載されている文書
- ・ 4号ニ：自己利用文書
- ・ 4号ホ：刑事関係書類

*3号のうち、利益文書の典型例は、挙証者を受遺者とする遺言書（受遺者とされたものが遺言によって財産を取得することになるから）である。また、患者が挙証者であるカルテも、利益文書にあたるとされる（逆に、相手方が挙証者である場合には、カルテは、「挙証者の利益のために作成された文書」と言えないとして、これを否定するのが一般的。）。

*法律関係文書の典型例は、挙証者と所持者との間で締結された契約についての契約書である。

*裁判所は、上記4号文書のイ～ニ（ホは除かれる）の文書に該当するか否かを判断するために、必要であるときは、裁判所以外の開示を行わないインカメラ手続（223条6項）を行うことが出来る。

↓

本件で、該当性が検討されるのは、【3号の利益文書】と【4号の文書の一般提出義務に引き付けた後、4号ハの職業の秘密に当たる文書かどうか】である

(4号ニの自己利用文書は、一般に、①専ら内部の者の利用に供する目的で作成され、外部の者に開示することが予定されていない文書であること、②開示されると、所持者の側に看過し難い不利益が生じるおそれがあること、③申立人が、その申立文書との利用関係において、所持者と同一視出来る等の特段の事情がないことの要件を充たす文書を意味するとされるところ、診療記録は将来的な外部への開示も予定される文書なので、①の要件を充たさない。)

↓

【3号の利益文書】該当性については、「挙証者の利益のために作成された文書」であると説得的に論じられれば加点になるが、否定するのが一般的（否定した裁判例として、東京高決昭和59年9月17日高民37巻3号164頁。）。一方、肯定した裁判例として、福岡高決昭和52年7月13日高民30巻3号175頁があるので、肯定する場合は、下記の福岡高裁の裁判例が参考となる。

【東京高決昭和 59 年 9 月 17 日高民 37 卷 3 号 164 頁】

民事訴訟法第三一二条第三号前段にいう挙証者の利益のために作成された文書とは、挙証者の法的地位を直接証明し、又は権利ないし権限を基礎付ける目的で作成されたものをいうと解すべきであり、また、挙証者の利益という場合の利益は、文書作成時において存在することを要し、かつ、直接的な利益でなければならないのである。立法論はとも角、民事訴訟法第三一二条第三号の解釈としては、このように限定せざるを得ない。

四 そこで、本件文書が民事訴訟法第三一二条第三号前段に該当する文書であるか否かについて考えてみる。

およそ医師が診療録を作成する目的は、診療の都度、受診者の病名及び主要症状並びにこれに対する治療方法（処方及び処置）を記載すべきことを義務付けている医師法第二四条及び医師法施行規則第二三条から判断すると、受診者の状態と治療内容の経過を一定期間保存することにより、医師自身の診療における思考活動を補助し、医事行政上の監督の実を挙げさせ、もつて、診療行為の適正を期することにあると考えられるが、副次的には、患者自身又は患者と医師若しくは医療機関との間の権利義務に係る事実の証明をも目的とするものといえよう。これは、本件文書中の診療録以外のものについても、同様と考えられる。診療録がその記載内容の性質上患者、医師等診療行為の当事者以外の者の法律上の紛争において、その者の法的地位の証明に役立つ場合のあることは否定できないが、それは、結果として生ずることにすぎないのである。

したがって、診療行為の当事者でない本件相手方にとつて、本件文書が、その法的地位を直接証明し、又はその権利ないし権限を基礎付ける目的で作成されたものといえないことは明らかである。

五 以上のとおりであるから、本件文書は民事訴訟法第三一二条第三号前段の文書に該当しないといわざるを得ず、相手方の抗告人小田島光男に対する本件文書提出命令の申立ては失当として却下すべきであり、これと判断を異にする原決定は不当であつて、本件抗告は理由がある。

【福岡高決昭和 52 年 7 月 13 日高民 30 卷 3 号 175 頁】

右診療録が民事訴訟法第三一二条三号前段の文書に該当するかについて考えてみるに、民事訴訟法第三一二条以下の規定により当事者又は第三者が負担する文書提出義務は、申立人に対する私法上の義務ではなく、裁判所に対する公法上の義務であつて、その目的とするところは、証人義務のような一般的義務ではないけれども、民事裁判における真実発見のため役立つ資料は、一定の条件のもとにできるだけ法廷に提出させて、裁判所の判断の資料に供させることに

より、裁判による真実発見と裁判の適正化に資せんとするものにある。そして、民事訴訟法第三一二条三号前段にいう「挙証者の利益のため作成された」文書とは、挙証者の権利義務を発生させるために作成されたものや、また後日の証拠とするために作成されたものであつて、挙証者の地位や権利ないしは権限を明らかにする文書をいうのであるが、それは、挙証者のみの利益のために作成されたことに限られるものではなく、挙証者と所持人その他の者の共同の利益のために作成されたものでもよく、また、それが直接挙証者のために作成されたものはもちろん、間接に挙証者の利益を含むものであつてよいものと解すべきである。

↓

【4号の文書の一般提出義務に引き付けた後、4号ハの職業の秘密に当たる文書かどうか】については、220条4号ハが、要旨【197条第1項2号に規定する事実で、黙秘の義務が免除されていないものが記載されている文書】と規定するので、①197条1項2号の事実該当性、②黙秘の義務が免除されていないものが記載されている文書であることの要件該当性に従い判断される。

そして、①については、医師が職務上知り得た事実であること（ここは多分争い得ない）の要件該当性に争いはないので、②について、「黙秘の義務が免除されている文書であること」を積極的に論ずることになる。黙秘すべきものの該当性は、一般に、一般に知られていない事実のうち、これを秘匿することが、文書提出者にとって、主観的な利益があるだけでなく、客観的に見て、保護に値する利益を有するものをいう。とされている。

↓

本件では、A自身が原告となって訴訟をしている事案であることや、Aが既に一部の診療記録を開示していること等の事情に鑑み、医師が黙秘すべき義務を負わないことを説得的に論じることが、解答の1つの方針になる。

設問3について

補助参加の利益という一般的な設問ですので、再チャレ時に確認します。