

当事者の意思による訴訟終了・考(三)

——処分権主義における当事者訴訟終了主義に関する若干の考察——

川 嶋 四 郎

目次

- 一 はじめに
- 二 訴えの取下げと法的救済・考
 - (一) 訴えの取下げの意義と機能
 - (二) 訴え取下契約の効果
 - (三) 訴えの取下げの方式と要件(以上、三九五号)
 - (四) 訴えの取下げの効果
 - (五) 訴えの取下げの擬制とその効果(以上、三九八号)
- 三 請求の放棄および請求の認諾と法的救済・考
 - (一) 請求の放棄と請求の認諾の意義と特質

- (二) 請求の放棄と請求の認諾の沿革と性質
- (三) 請求の放棄と請求の認諾の方式と要件
- (四) 請求の放棄と請求の認諾の効果等(以上、本号)

三 請求の放棄および請求の認諾と法的救済・考

(一) 請求の放棄と請求の認諾の意義と特質

請求の放棄とは、原告が、訴訟上の請求(訴訟物)について理由がないことを自認して、訴訟を終了させる訴訟行為をいい、請求の認諾とは、被告が、原告の訴訟上の請求について、それに理由があることを認めて、訴訟手続を終了させる訴訟行為をいう。請求の放棄と請求の認諾の手続は、ともに、判決ではなく当事者の意思によつて訴訟を終了させる手続であり、前者は、自己の請求を放棄するという形式により訴訟物を処分し訴訟を終了させることを意味し、後者は、相手方の請求を認めるという形式で訴訟を終了させることを意味する。いずれも、伝統的な考え方によれば、原告または被告による裁判所に対する一方的な意思表示であると位置づけられている。

請求の放棄や請求の認諾がなされると、裁判所は、その要件が存在するか否かを調査し、その要件が存在すると判断した場合には、裁判所書記官に命じて、請求について放棄または認諾がなされた旨を、調書に記載させなければならぬ(規六七条一項一号)。この調書は、放棄調書または認諾調書と呼ばれる。

請求の放棄または請求の認諾の手続に関しては、現行民事訴訟法上、二六六条に規定があり、放棄調書または認諾調書における調書記載の効力については、二六七条に規定が置かれている。すなわち、旧民事訴訟法には、現行民事訴訟

法二六六条に相当する規定は存在しなかったが、同条は、請求の放棄および認諾について、そのような当事者の訴訟行為が有効であることを前提に、その手続が、新たに規定されたものである。旧法では、請求の放棄および請求の認諾に關しては、その効果を定める規定（旧二〇三条）が置かれていたにすぎなかったが、その手続については明文規定がなく、解釈に委ねられており、また、一定の法実務も形成されていた。

そこで、現行法は、請求の放棄行為や認諾行為をすることができるのは、「口頭弁論等の期日」においてであることを明記したのである（二六六条一項）。ここでいう「口頭弁論等の期日」とは、口頭弁論期日、弁論準備手続期日および和解期日をいう（この点については、二六一條三項を参照）。また、口頭弁論等の期日に欠席した当事者が、書面で請求の放棄や認諾をする旨を明らかにしている場合の規律についても、明記されることとなった（二六六條二項）。

ここでは、まず、新たに和解期日でも請求の放棄・認諾を口頭で行うことができるものとしたことが注目される。和解期日も裁判官が主宰する手続であり、裁判官の面前で行われるので、裁判所に対する意思表示の観点からみれば、口頭弁論の場合と何ら異なるところはなく、また、当事者にとっても便利であるからである⁽⁸⁸⁾。また、本章に規定された訴えの取下げも（訴訟上の和解はもちろん）、和解期日においてすることができることも、平仄が合う。

次に、現行民事訴訟規則は、進行協議期日の制度を新たに設け、そこでも、請求の放棄・認諾をすることができること規定している（規九五條二項）。進行協議期日は、専ら訴訟の進行について協議をするために開催されるので、訴訟資料的なものが提出されることは予定されていないが、和解期日でも、訴えの取下げ、請求の放棄・認諾の陳述を認めていること、および、この進行協議期日も受訴裁判所または受命裁判官の面前で行われる手続であるから、これを認めても特段の弊害が生じるおそれがないことから、進行協議期日でも請求の放棄または認諾をすることができることとされたのである⁽⁸⁹⁾。

さらに、民事訴訟法二六六条では、当事者が書面で請求の放棄・認諾をする旨を明らかにしている場合に、口頭弁論等の期日に欠席したときは、裁判所または受命裁判官もしくは受託裁判官は、この書面に基づいてこれらの行為が陳述されたものとみなすことができるものとした(二六六条二項)。

またさらに、請求の放棄・認諾は、後述のように、どの審級においても可能である。

以下では、請求の放棄および請求の認諾の沿革・性質(↓(二))、請求の放棄および請求の認諾の方式と要件(↓(三))、請求の放棄および請求の認諾の効果等(↓(四))の順に論じていきたい。

(二) 請求の放棄と請求の認諾の沿革と性質

1 制度の沿革

請求の放棄および認諾の制度には、日本民事訴訟法の沿革上、判決制度から調書制度への大きな転換がみられる。

請求の放棄および認諾の制度の母法はドイツ法であるが、ここでは、放棄調書・認諾調書の制度ではなく、放棄判決・認諾判決の制度を採用していた。⁹⁰⁾ その制度を継受した明治民事訴訟法では、放棄判決・認諾判決の制度が存在した。その二二九条に、「口頭弁論ノ際原告其訴ヘタル請求ヲ抛棄シ又ハ被告之ヲ認諾スルトキハ裁判所ハ申立ニ因リ其抛棄又ハ認諾ニ基キ判決ヲ以テ却下又ハ敗訴ノ言渡ヲ為スコシ」と、請求の放棄および認諾の手続が規定されていた。⁹¹⁾

請求の放棄および認諾について、このような判決の制度が存在した理由は、母法の規律の継受であるが、既判力による紛争の蒸し返しの禁止の要請と、債務名義として内容の特定性や一義的な明確性の確保の要請とに存在したと考えられる。しかし、大正民事訴訟法の制定のさいに、判決制度から訣別し、調書制度の規律に改められた。ここでは、請求の放棄および認諾については、その二〇三条に「和解又ハ請求ノ抛棄若ハ認諾ヲ調書ニ記載シタルトキハ其ノ記載ハ確

定判決ト同一ノ効力ヲ有ス」として、現在の民事訴訟法二六七条に相当する規定のみが置かれたのである。⁽⁹²⁾⁽⁹³⁾

このように、拋棄判決・認諾判決の制度が廃止され、放棄調書・認諾調書の制度に変更されたことにより、制度の基本的な考え方に、大きな差異が生じる可能性が生まれることになった。まず、一方で、判決の場合には、原告による請求の放棄または被告による請求の認諾について、裁判所が訴訟要件を審査したうえで、自ら本案判決、つまり放棄判決・認諾判決を言い渡し、判決に対する不服申立ての方法など（控訴、上告。再審）により取り消される可能性が生じるのに対して、他方で、調書の場合には、裁判所書記官が作成し、裁判所の要件審査は、間接的にすぎず（規六七条一項一号・六六条二項参照）、当事者は、調書に対して異議は述べることができるとの、判決に対するような不服申立ての方法など（控訴、上告。再審）は存在しないのである。⁽⁹⁴⁾この調書の作成によって、訴訟終了効が生じる点では、判決の場合と同様にみえるが、判決による効力の発生には、その確定が必要になるのに対して、調書の場合には、その作成によって効力が生じる点にも異同がある。なお、判決の場合には、その効力につき、客観的範囲（一一四条）および主観的範囲（一一五条）に関する規定が存在するが、調書制度を採用した請求の放棄および請求の認諾については、「確定判決と同一の効力」と規定されるのみで、必ずしも明らかではない。

このように、判決から調書への転換は、制度自体の変質をもたらしたはずであるが、しかし、調書記載の効力の点では、「確定判決と同一の効力」（二六七条）と規定されたことから、請求の放棄および認諾の制度を、どこまで判決の制度に近似的なものと考ええるかについては問題が生じることとなった。しかも、近時、判決の制度についても、調書判決の制度（二五四条）の創設により、いわば「判決代用調書」（内容的には、本案判決の判決書に相当するもの）とでもいふべき制度が設けられたことから、両者の垣根はさらに低くなったとも考えられるのである。ただし、もちろん調書判決は、判決言渡しの一形態であり、裁判所の行為であることには違いない。このような沿革が、次に述べるように、請

求の放棄・認諾の性質論とともに、要件や効果、および瑕疵の主張方法などの点で、差異を生み出す背景となっている。⁽⁹⁵⁾

2 請求の放棄および認諾の性質

請求の放棄および認諾とは、どのような法的性質の行為かについて、従来から議論がある。⁽⁹⁶⁾ かつては、この性質論が、要件と効果の規律に大きな影響を及ぼすと考えられた。しかし、今日では必ずしもそうではない。

一般には、訴訟行為か(訴訟行為説)、私法行為か(私法行為説)をめぐる争いである。まず、通説は、訴訟行為説であり、請求の放棄および認諾は、ともに訴訟手続のなかで行われる訴訟行為であり、直接に訴訟手続に対して効果をもつ純粹な民事訴訟法上の意思表示であるとみる。⁽⁹⁷⁾

これに対して、私法行為説は、請求の放棄および認諾の実質をみた場合に、実体法上の権利の放棄または認諾であり、これに裁判所の公証行為が付加された実体法上の行為にすぎないとする。⁽⁹⁸⁾

この問題については、請求の放棄も認諾も、ともに訴訟上の効果(訴訟終了効・確定判決と同一の効力)の発生を指した訴訟行為であるが、その意思表示のなかには、文字通り、訴訟上の請求である権利関係の放棄や認諾が含まれていることから、その意思表示の有効無効が問題となるときには、実体法規定の適用を考慮することが可能であると考えればよいであろう。その意味では、訴訟行為説に立ちつつ、請求の放棄および認諾という当事者意思を考慮して、実体法規定の類推適用を考えればよいであろう。⁽⁹⁹⁾

3 請求の放棄と訴えの取下げ

請求の放棄と訴えの取下げは、ともに原告の意思表示によって訴訟手続を終了させることを目的とする行為であるが、

請求の放棄が、訴訟物である権利関係の放棄であり、その喪失（処分）を内容とするのに対して、訴えの取下げは、訴訟物である権利関係の処分ではなく、手続自体を適及的に終了させることを意味する。それは、実体的な紛争解決をしない形式ではあるものの、紛争自体の終息を意図した手続である（↓二四）。それゆえ、請求の放棄には、被告の同意は不要であるが、訴えの取下げには、被告の同意が必要となる。¹⁰⁰

ただし、終局判決後の訴えの取下げは、再訴禁止効をもたらすので、たとえば、一方で、仮に請求認容判決を得た原告が訴えを取り下げの場合（通常、被告は同意すると考えられる。）は、再訴禁止効（二六二条二項）が働き、被告は、同一の訴えを提起されないという意味で、請求の放棄の場合に近似し、他方で、請求棄却判決を受けた原告が訴えを取り下げの場合も（被告が、仮に同意すれば）、再訴禁止効が働き、被告は、同一の訴えを提起されないという意味で、請求の放棄の場合に近似する（再訴禁止効の含意については、前述の二四三を参照）。放棄調書の記載に既判力を肯定するか否か、再訴を禁止する効力をどのように考えるかにより、後訴の遮断の強弱は異なるが、作用的には、両者は近似性をもつこともある。

さらに、請求の放棄と訴えの取下げとの異同については、前述の二四四を参照。

4 請求の認諾と裁判上の自白等

請求の認諾と裁判上の自白は、ともに、ある事項を認める点で共通性をもつが、様々な異同が存在する。

まず、請求の認諾について、①その対象は、訴訟物である権利関係（権利または法律関係）であり、②その根拠には、当事者の私的自治・自己決定の原則に由来する処分権主義が存在し、③裁判所の審理判断の側面では、請求の認諾があれば、請求の当否についての審理判断が全面的に不要になる（手続終了効）。④請求の認諾は、上告審においても可能

である。⑤請求の認諾の取消しなどについては、後述するように、訴訟行為と意思の瑕疵の問題となり(↓四三)、⑥請求の認諾の効果としては、手続的には、手続終了効、内容的には、確定判決と同一の効力が生じる(二六七条)ことになる。なお、⑦裁判上の自白とは異なり、請求の認諾は、口頭弁論期日や弁論準備期日においてだけでなく、和解期日や進行協議期日においても行うことができる。

これに対して、裁判上の自白とは、裁判上における相手方の主張する自己に不利な事実を認める意思表示^(四)であるが、①その対象は、事実(特に、主要事実)であり、②その根拠には、当事者の私的自治・自己決定の原則に由来する弁論主義が存在し、③裁判所の審理判断の側面では、裁判上の自白があれば、その効果として、裁判所は、自白された事実^(五)に拘束され、それに反する事実を判決の基礎にできなくなり(審判排除効)、自白された事実^(六)は、不要証事実となるのである(不要証事実化。一七九条)。また、自白した当事者も、自己の自白に拘束され、自由に自白を撤回したり、自白した事実^(七)に反する主張ができなくなる(不可撤回効)。ただし、裁判所は、自白がなされても、請求の認諾とは異なり、自白された事実や権利関係を基礎にして、さらに請求の当否を審理判断しなければならない。④裁判上の自白は、事実審においてのみ可能である。⑤裁判上の自白の撤回・取消しについては、一般に、自白が成立すれば、自白当事者が自由に撤回・取消しをすることは許されないが、一定の要件があれば、自白当事者は、自白を撤回・取消し^(八)ることができる。⑥裁判上の自白の効果は、先に挙げた、審判排除効、不要証事実化、不可撤回効である。なお、権利自白は、請求の認諾に似ているが、それは、一般に、訴訟物である権利・法律関係自体は争いながらも、その前提となる先決的な権利・法律関係の存否については、相手方の主張を認めるといふ陳述である点で異なる。また、裁判上の自白には、擬制自白(一五九条一項)の制度もあるが、これは、当事者が口頭弁論期日または弁論準備手続期日において、相手方の主張した事実を明らかに争わない場合の規律であり、請求の認諾とは異なる^(九)。

このように、自白の場合には、権利自白であれ、事実自白であれ、裁判所は、それに基づいて審理をし、請求の当否を判断したうえで、終局判決をすることになるが、これに対して、請求の認諾の場合は、それらが調書に記載されることにより、確定判決と同一の効力が生じることになる。つまり、自白が弁論主義のレベルの問題であるのに対して、請求の認諾は、処分権主義のレベルの問題なのである。

(三) 請求の放棄と請求の認諾の方式と要件

1 請求の放棄および認諾の方式

請求の放棄については、原告が、裁判所に対して請求の放棄行為を行い、請求の認諾については、被告が、裁判所に対して請求の認諾行為を行う。いずれも意思表示であり、口頭弁論期日等（口頭弁論期日、弁論準備手続期日、和解期日）において、出席した当事者が、裁判所に対して直接行うことができる（二六六条一項¹⁶⁾。進行協議期日においても、同様に可能である（規九五条二項）。

また、請求の放棄・認諾をなす旨の書面を裁判所に提出した当事者が、口頭弁論期日等に出席しない場合は、裁判所または受命裁判官もしくは受託裁判官が、その旨の陳述をしたものとみなすことができる（二六六条二項）。これは、その種の書面を裁判所に提出した当事者が、あえて裁判所に出席して自己の権利を主張するといったことにはならないので、その意思が確実である限りは、口頭主義を貫く必要はなく、訴訟終了効を認めてもよいとの考え方に基づいている¹⁶⁾。口頭主義を補完する書面主義の一例であると考えられる。

ただし、民事訴訟法二六六条二項によれば、「請求の放棄又は認諾をする旨の書面を提出した当事者が口頭弁論等の期日に出頭しないときは、裁判所又は受命裁判官若しくは受託裁判官は、その旨の陳述をしたものとみなすことができる」

る。」と規定されていることから、裁判所等が、いわば裁量的に請求の放棄または認諾とみなすか否かを決めることができようである。この点について、立案担当者は、その種の書面が提出された場合に、裁判所等がいちいち欠席当事者に問い合わせをすることはしないものの、書面の記載からその意思を判断し、その擬制陳述を調書に記載するといった手続をとるとする。⁽¹²⁶⁾

しかし、請求の放棄および認諾は、確かに重要な訴訟行為であり慎重な処理が必要であることを前提としても、それらが、基本的には、当事者の意思による訴訟の終了形態であることから、その種の書面が提出された場合には、文面から疑義のある場合にのみ裁判所書記官が事前の確認をし、そうではなく文面上当事者の意思が明確である以上、裁判所は、原則として、その陳述を擬制すべきであろう(ただし、例外的に、濫用的な請求の認諾の問題〔後注(122)〕などには、留意する必要がある)。当事者が、書面さえ提出すれば、当然に請求の放棄や認諾を擬制してもらえとの趣旨ではないことは、確認されるべきであろう。

次に述べる諸要件を満たした有効な請求の放棄行為または認諾行為がある場合には、既に述べたように、裁判所または受命裁判官もしくは受託裁判官は、裁判所書記官に、放棄調書または認諾調書の作成を命じることになる(規六七条一項一号)。

2 請求の放棄および認諾の要件

請求の放棄および認諾は、まず、請求の放棄および認諾の対象となる請求が、実体法上当事者によって処分できるものでなければならぬ(↓①)。また、それらは訴訟行為であるので、訴訟行為としての要件が具備されなければならず、しかも、訴訟行為としての方式性も具備していなければならない(↓②)。これらに加えて、訴訟要件が必要か否かに

つについては、議論がある(↓③)。

①実体法上の処分権の存在　請求の放棄や認諾の対象となる権利関係が、当事者間の私的な利益に関するものであって、当事者が自由に処分できるものでなければならぬ(実体法上の処分権の存在)。訴訟上の請求の一部放棄や一部認諾が可能なのは、明示の一部請求が認められる(例、最二小判昭和三七年八月一日・民集一六卷八号一七二〇頁等)のと同様に、処分権主義に基づく。

訴訟上の請求が、公序良俗違反その他法律上許されない権利関係の主張であつてはならない。たとえば、妾契約の履行請求訴訟や賭博に基づく金銭支払請求訴訟などにおいて、請求の認諾は認められない。また、訴訟物自体は問題がないが、訴訟物を基礎づける請求原因事実が、公序良俗違反や強行法規違反などになる場合も、同様である。たとえば、家屋明渡請求訴訟において、その請求原因が、妾契約の不履行に基づく場合などが、それである。日本の法秩序が許さない権利や利益を、日本の裁判所が認めることは許されないからである。ただし、請求の放棄については、結論的に主張自体失当としての棄却判決とほぼ同様の法的救済帰結が導かれることになるので、裁判所書記官の公証行為としても、認めて差し支えないであろう(後述のように、放棄調書に既判力が生じるか否かについては、議論があるが(↓④)2を参照)、仮に生じないとしても、再訴も主張自体失当となり得、また、再訴自体が、禁反言の法理や権利失効の原則により遮断されることから、問題は無いであろう⁽¹⁰⁾。

まず、形式的形成訴訟、特に境界確定訴訟においては、判例・通説によれば、訴訟物が公簿上の境界であるので、当事者には処分権がなく、請求の放棄または認諾は許されない⁽¹¹⁾。

次に、一定の人事訴訟では、当事者は自由に身分関係を処分することができないものも存在するので、原則として、民事訴訟法上の請求の放棄および認諾に関する規定(二六六条)もしくは訴訟上の和解に関する規定(二六七条)は適

用されないものとされている(人訴一九条二項。原告が請求を放棄することが許されることについては、最一小判平成六年二月一〇日・民集四八巻二号三八八頁〔離婚訴訟事件〕が存在した)。しかし、協議離婚が認められていることから、離婚訴訟における訴訟上の和解(離婚を内容とする和解に限定)および請求の放棄・認諾については、原則として、民事訴訟法二六六条・二六七条の適用を認めている(人訴三七条一項)。養子縁組事件についても、同様に、人事訴訟法三七条の規定が準用されている(人訴四四条)。これらは、民法が、協議離婚や協議離縁を認めている以上、請求の放棄・認諾を訴訟上認めない理由はないと考えられるからである。ただし、離婚訴訟における請求の認諾については、附帯処分(子の監護に関する処分、財産分与に関する処分)についての裁判(人訴三二条一項)または親権者の指定についての裁判(人訴三二条三項)をする必要がない場合に限られる(人訴三七条一項但書)。子の福祉への配慮や財産分与を受け得る地位にある当事者保護への配慮に基づく規定である。⁽¹⁰⁾⁽¹¹⁾

さらに、住民訴訟においては、請求の放棄を行うことができるか否かについて議論がある。この問題に関しては、否定説と肯定説が対立する。通説⁽¹²⁾・判例(最一小判平成一七年一〇月二八日・民集五九巻八号二二九六頁)⁽¹³⁾は、否定説に立つ。否定説は、住民訴訟が代位訴訟であり、住民は地方公共団体の権利を代位行使するにすぎず、その権利を自由に処分できる地位にはないからであるとする。しかし、肯定説が妥当であろう。当事者(原告)の意思の尊重から、原告のすべてが同意する限り、原則として請求の放棄を認めてよいであろう。これに対して、請求の認諾については、原則として許されるが、財政支出をとまう場合には、議会の同意が必要となると解される(地方自治九六条一項一二号・一三号を参照)。

なお、行政訴訟のなかでも、抗告訴訟については、形成判決の効力が第三者に拡張され、係争利益を当事者が自由に処分することができないので、請求の認諾は許されないと解される。⁽¹⁴⁾

また、会社や一般法人の組織法上の訴え（例、株主総会決議取消しの訴え（会社八三一条一項）など。会社八三〇条）八三四条、一般法人二六四条）二六七条を参照）について、学説上、請求の放棄は認めるが、請求の認諾の可否については対立がある。肯定説と否定説の対立である¹¹⁰。肯定説は、会社の組織法上の訴えでは請求認諾判決の既判力が第三者に拡張される（会社八三八条、一般法人二七三条）が、被告が正当な理由なく請求を認諾する場合には、取締役等の責任が問題となること、また、訴えの目的となる決議などについて法律上の利益を有する第三者は、訴訟に共同訴訟的補助参加をするなどの方法により自己の利益を保護する手段が与えられていること、および、身分関係とは異なり、団体の法律関係については私的自治の原則自体を排除する理由に乏しいことなどを考慮すれば、認諾の効力も認めるべきであるとする¹¹¹。しかし、この種の訴訟において、請求の認諾が行われれば、第三者の利益が害される可能性は否定できないことから、基本的には、否定説が妥当であろう。すでに、肯定説でも、第三者の手続保障の不十分さは自認しており、第三者の利益を害するおそれがあるなかで私的自治の原則を貫徹することは、新たな紛争を生じさせかねず、不適切であると考えられるからである。裁判例（大阪地判昭和三五年一月二二日・下民集一一卷一号八五頁）では、少数株主による株式会社解散の訴え（会社八三三条一項）について、波及効などを理由に認諾は許されないと判示するが、妥当であろう。

またさらに、訴訟担当の場合には、請求の放棄の可否についても議論がある。基本的には、訴訟物としての権利関係について、訴訟担当者が処分権を有しているか否かが決め手となる。これは、訴訟担当と和解の局面でも問題となることから、後述したい（↓四(五)2）。

②訴訟行為としての要件 請求の放棄・認諾では、裁判所に対する原告または被告の一方的な放棄または認諾の意思表示がなければならぬ。当事者の一方の訴訟行為により訴訟を終了させる行為であるため、その意思表示に条件を

付けることは許されず、無条件に放棄をすることまたは認諾を行うことのみが可能である。ただし、数量的に可分な請求の一部について、放棄または認諾を行うことは許される。この場合には、特に相手方に不利益を与えるわけではなく、また、裁判所の審理を複雑化させるわけでもないので、処分権主義が貫徹できる場合だからである。⁽¹⁶⁾

請求の放棄および認諾は訴訟行為であるので、請求の放棄を行う原告または請求の認諾を行う被告に、訴訟能力が存在しなければならぬ。法定代理人、法人等の代表者または訴訟代理人には、当事者の利益を保護するために、特別の授權または委任が必要となる(三二条二項一号、三七条、五五条二項二号)。この点については、すでに、訴訟上の和解についての訴訟代理人の権限に関する判例(最一小判昭和三八年二月二一日・民集一七巻一号一八二頁、最一小判平成一二年三月二四日・民集五四巻三号一二六頁等)が示すように、当事者と訴訟代理人弁護士との緊密なコミュニケーションが不可避となるであろう。

③ 訴訟要件の要否 請求の放棄および認諾の前提要件として、訴訟要件が必要か否かについては議論がある⁽¹⁷⁾。基本的には、肯定説と否定説の対立がある。判例・通説は、肯定説に立つ。まず、判例としては、請求の認諾の事案であるが、訴えの利益(確認の利益)を欠くことを理由に、請求の認諾は認められないとした判例が存在する(最一小判昭和二八年一〇月一五日・民集七巻一〇号一〇八三頁〔証書真否確認訴訟事件〕、最一小判昭和三〇年九月三〇日・民集九巻一〇号一四九一頁〔相続放棄無効確認訴訟事件〕)。判例の立場は、請求の放棄についても、基本的には同旨と考えられる。学説上、肯定説は、認諾調査の記載が、請求認容を内容とする「確定判決と同一の効力」(二六七条)を有すること、つまり、請求の認諾は、確定判決に代わるもの、すなわち判決の代用物(「判決代用」)であることを理由とする。このような論法は、基本的には、請求の放棄についても妥当すると考えられる。これに対して、近時は、否定説が有力となりつつある。

原則的には、否定説が妥当であろう。¹⁸⁾ なぜならば、請求の放棄・認諾という当事者の訴訟行為に対して、本案判決としての要件を要求すべきでなく（放棄調書や認諾調書に、判決の通用力である既判力を認めるのは疑問でもある）、また、実質的にみて、被告の請求の認諾を通じて当事者間で自主的な紛争解決が図られようとする場合に、裁判所が訴訟要件について職権で審査を行い訴訟要件が欠ける場合には不適法却下とするのは、当事者の意思にもそぐわないからである。¹⁹⁾ ただし、当事者の實在、法律上の争訟（裁判所法三条一項）の存在、法定の専属管轄に反しないこと、当事者能力、対世効など第三者に対して判決効が生じる場合の当事者適格などの訴訟要件は、放棄調書・認諾調書の実効性を確保し、裁判所の信頼を確保し、第三者に不利益を与えないために、例外的に必要となるであろう。なお、後述のように（↓(四)2）、本稿では、放棄調書・認諾調書につき、既判力否定説に立っている。

ただし、これまでは、請求の放棄と請求の認諾とは、いわば裏腹の関係にあるために、その要件についてもおおむね同様に考えられてきたようであるが、執行力や形成力が生じることになる請求の認諾の場合よりも、それらが生じない請求の放棄の場合の訴訟要件を、より緩やかに解する余地はあるであろう。²⁰⁾ ただし、次に述べるように、請求の放棄と請求の認諾は、それぞれ可能な時期が異なると考えられる。

(四) 請求の放棄と請求の認諾の効果等

1 請求の放棄と請求の認諾の効果

請求の放棄および認諾（二六六条）は、放棄調書および認諾調書が作成されたときに、その効力が生じる。

請求の放棄は、原告が訴訟物である権利関係自体（権利関係の全部または一部）を放棄する意思表示であり、裁判所に対して行う訴訟行為である。この行為が有効に行われることによって、原告が、実体的権利関係の放棄の意思表示を

有効に行つたことになり、裁判所における被告との関係の訴訟手続が終了することになる(訴訟終了効・手続終了効)。請求の放棄は、訴訟係属後、被告の請求棄却の申立てがある限り可能であり、弁論が終結された後でも、終局判決の言渡後であっても、判決が確定するまでは可能であり、また、上訴審においてもすることができ、放棄調書が成立することにより、訴訟手続は終了する。請求の認諾については、訴訟係属後ならば可能であり、弁論が終結された後であっても、終局判決の言渡後であっても、さらに、上訴審においてもすることができ、認諾調書が成立することにより、訴訟手続は終了する。⁽¹²⁾

請求の認諾の場合も、基本的に同様である。すなわち、被告が訴訟物である権利関係自体(権利関係の全部または一部)を認諾する意思表示であり、裁判所に対して行う訴訟行為である。この行為が有効に行われることによって、被告が、実体的権利関係の認諾の意思表示を有効に行つたことになり、原告との関係の訴訟手続が終了することになるのである(手続終了効)。

請求の放棄または認諾がなされた旨が、放棄調書または認諾調書に記載されると、その記載は、「確定判決と同一の効力」を有することになる(二六七条)。これは、裁判所書記官の公証行為であり、原告による請求の放棄の意思表示または被告による請求の認諾の意思表示を、調書により明確化し公証する意味をもつ。請求の認諾調書については、請求内容が給付請求である場合には、執行力が与えられ、債務名義(民執二二条七号)となる。請求内容が形成訴訟の場合、形成力が付与される。なお、放棄調書・認諾調書に、誤記などの記載の誤りがある場合は、判決等の場合と同様に、当事者の申立てまたは職権で、いつでも更正決定をすることができる(二五七条の類推適用)。

なお、請求の放棄および認諾について、放棄調書・認諾調書が作成された場合には、それは判決ではないので、原則として、当事者は上訴で争うことはできない。この点に関して、原審で、被告による請求の認諾があつたにもかかわらず

ず、そのことが看過されて本案判決がなされた場合について、判例（大判昭和一八年一月三〇日・民集二二卷一一一〇頁）は、判決をしても事件が係属するに至るいわれはなく、その判決は上告の対象とすることができるものではないので、上告は不適法却下されるとする（これは、請求の認諾により、すでに訴訟が終了し、係属が消滅しているにもかかわらず、判決がなされたことになると解された結果であろう）。しかし、判決としての外形（外觀）が残ることから（認諾調書が作成されている場合は、認諾調書と判決という二重の債務名義が創出されることにもなるので）、控訴審判決を取り消す機会が付与される必要があると考えられる。そこで、このような場合には、上訴を不適法却下するよりも、むしろ、裁判所は、例外的に、上訴を適法として認め、訴訟終了判決により、請求の認諾による手続終了の確認を行うのが妥当であろう。^{(四)(五)}

放棄調書や認諾調書が成立した後における訴訟費用の負担については、申立てにより、第一審裁判所の決定手続に委ねられており、負担を命じる決定が執行力を生じた後に、その裁判所の裁判所書記官が、その額を定める（七三条一段前段）。請求の放棄や認諾をした当事者は、原則として、敗訴者として費用を負担することとなる（七三条二項、六一条。六二条、六三条も参照）。以上のような規律は、補助参加の申出の取下げまたは補助参加についての異議の取下げがあった場合も、同様である（七三条一項後段）。

2 放棄調書・認諾調書と既判力の有無

放棄調書や認諾調書に既判力が生じるか否かについては、判例・学説上、議論が存在する。^(六)既判力肯定説、制限的既判力説、および、既判力否定説が対立する。^(七)判例には、古い判例（大判昭和一九年三月一四日・民集二三卷一五五頁）であるが、放棄調書に既判力を肯定したものがあつた。まず、既判力肯定説は、先に述べた制度の沿革（↓(二)1を参照）

をも考慮し、請求の放棄・認諾を「判決の代用物」と考え、判決に既判力が生じると同様に、それらの調書に既判力が生じるとする。次に、既判力否定説は、請求の放棄および認諾が有効になされた場合にのみ既判力が生じるとする。

しかし、既判力否定説が妥当であろう。請求の放棄および認諾は、当事者の意思による訴訟の終了を法が認めた制度であり、放棄行為や認諾行為の基礎は当事者の意思表示である。しかも、作成されるのは調書にすぎないので（また、調書判決の形式はとらないので）、裁判所の判断作用において生じる既判力の発生は否定されるべきであろう。既判力を肯定する見解の基礎には、この制度の沿革についての考慮だけではなく、拘束力として既判力という制度的拘束力を確保する意図や、その効力をめぐる紛争の争い方を規律する意図も存在するが、そのような拘束力は、当事者関係でも、また当事者と裁判所との関係でも、信義則（請求の放棄・認諾とも、禁反言。請求の放棄については、さらに権利失効の原則）により確保すべきであろう。したがって、既判力肯定説には疑問があり、また、制限的既判力説は、有効になされた場合にのみ既判力が生じるとするが、伝統的な既判力論とは異なり、なぜ無効ならば既判力が生じないのか説明が困難であり、しかも、既判力の発生については、既判力肯定説と同様の疑問が生じるであろう。このように、調書への記載は、まさに当事者による請求の放棄または認諾の意思表示を公証し、原則的にそれに反する請求を遮断する作用をもつと考えられるのである。

このように考えれば、現行法における放棄調書・認諾調書の制度のもとでも、紛争の蒸し返し禁止の要請は貫徹でき、また、裁判所の面前で作成されるものゆえに、債務名義として、内容の特定性や一義的な明確性の確保の要請も、具体化することができると考えられるであろう。

3 請求の放棄および認諾の効果をめぐる争い

放棄調書および認諾調書が作成されると、訴訟が終了するが、その効力をめぐって争いが生じた場合は、当事者は、どのような手続をとることができるかについても議論がある¹⁸⁾。具体的には、当事者の意思表示に詐欺や錯誤などが存在した場合に、当事者はどのようにして法的救済を得ることができるかが問題となる。先に述べたように、放棄調書・認諾調書における既判力の存否をめぐる議論では、既判力肯定説、制限的既判力説、および、既判力否定説が存在したが、既判力肯定説では、放棄調書・認諾調書に再審事由がある場合にのみ、再審の訴えに準じた訴え（判決ではなく調書の取消しを求めるものである）、「準じた訴え」とされる。）を提起し、調書の取消しと訴訟事件の再審理を求めることができる¹⁹⁾と論じる。この説によれば、再審事由である刑事上罰すべき他人の行為（三三八条一項五号の類推）によって請求の放棄および認諾がなされた場合にのみ無効の主張を認める（この点については、いわゆる「再審事由の訴訟内顧慮」の考え方を参照。↓二(四)2²⁰⁾）。

しかし、このような限定は、たとえば錯誤の場合には法的救済の機会を得ることができず、妥当性を欠くと考えられる。先に述べたように、既判力否定説に立てば（↓2）、放棄調書や認諾調書に生じる拘束力の基礎は、当事者の意思表示そのものである²¹⁾ので、それに瑕疵があれば、より直截に意思の瑕疵を主張する方法を認めることができるであろう。つまり、当事者は、そのような意思表示の取消しまたは無効（それには、手続終了効の無効も含むこと）を主張して、裁判所に期日指定の申立てを行い、裁判所は、口頭弁論の手続により、いったん終了した訴訟手続の再開の可否を審理すべきであろう。裁判所が、無効であると判断した場合には、中間判決（二四五条）でその旨を判示し、審理判断を続行し、有効であると判断した場合には、訴訟終了判決を行うべきであろう²²⁾。

当事者の意思による訴訟終了・考(三)

同志社法学 七〇巻二号 一七八 (五九〇)

(88) 一問一答・前掲書注(2)三三三頁。

(89) 最高裁判所事務総局民事局監修『条解民事訴訟規則』二二五頁(司法協会、二〇〇四年)。ただし、書面による請求の放棄・認諾について、竹下ほか編・前掲書注(2)三六二頁(柳田幸三發言)は、期日とはいっても、進行協議期日では、それらができないことを特に指摘する。しかし、書面による請求の放棄・認諾を認めたのは、そのためだけに当事者が裁判所に出席することを回避して早期かつ効率的に紛争の解決を実現することにあるとすれば、それを認めるべきであろう。この点については、民訴規則による解決として、後述を参照。

(90) 現在のドイツ民事訴訟法では、三〇六条が「請求の放棄」を、三〇七条が「請求の認諾」を、それぞれ規定している。三〇六条は、「原告が、口頭弁論において主張した請求を放棄した場合に、被告が棄却を申し立てたときは、放棄を理由としてその請求を棄却しなければならない。」と規定し、三〇七条は、「当事者が、自らに対して主張された請求を全部又は一部認諾したときは、その認諾に応じて、その当事者に敗訴の判決をしなければならない。認諾の限りで、口頭弁論は必要としない。」と規定している。以上につき、法務大臣官房司法法制部編『ドイツ民事訴訟法典——二〇〇一年二月二日現在——一〇五—一〇六頁(法曹会、二〇〇二年)参照。

(91) 同条文は、我妻栄編集代表『旧法令集』四〇二頁(有斐閣、一九六八年)による。なお、その他の関連規定は、省略する。

(92) 司法省編『民事訴訟法中改正法律案理由書』四二頁(清水書店、一九二六年)には、明治民事訴訟法二二九条によれば、請求の放棄または認諾に基づいて判決をなすべきものとしているが、このような場合においては、特に判決をなす必要がないので、裁判上の和解と同様に、これを調書に記載して、確定判決と同一の効力を有するものと改正した旨が、簡潔に記載されている。なお、加藤正治『改正民事訴訟法案概説』六四頁(有斐閣、一九三七年)では、この大正民事訴訟法の規定によって、判決がなくても、調書に放棄・認諾を記載すれば、その調書が判決と同一の効力があるものとして、「既判力、執行力共に有ることにした」と説明されている。

(93) このようなドイツ法の沿革から明治民事訴訟法、さらに大正民事訴訟法の改正の経緯については、中野貞一郎「請求の認諾と訴訟要件・既判力」同『民事訴訟法の論点Ⅰ』一八九頁(判例タイムズ社、一九九四年)(初出、一九九三年)も参照。

(94) なお、調書の無効確認請求訴訟などは、議論になり得るであろう。この点に関しては、民事調停の文脈における議論であるが、中野貞一郎「民事調停の既判力」同『民事訴訟法の論点Ⅰ』二六六頁(判例タイムズ社、一九九四年)(初出、一九九三年)なども参照。

(95) 川嶋・前掲書注(5)六一六—六一七頁。

(96) 兼子・前掲書注(19)三〇〇頁、三〇二頁、木川統一郎「請求の放棄・認諾」民事訴訟法学会編『民事訴訟法講座(3)』七九七頁、八〇二頁(有斐閣、一九五五年)、石川明「請求認諾の法的性質」民事訴訟雑誌一三〇八七頁(一九六七年)、河野正憲「請求認諾について」同『当事者行為の法的構造』

二二五頁、二二六頁（弘文堂、一九八八年（初出、一九七二年）、高橋・前掲書注（5）三〇八頁注91、梅本前掲書注（16）一〇〇〇頁、松浦ほか・前掲書注（42）一四六六頁、一四七〇頁（竹下守夫）上原敏夫執筆、秋山ほか・前掲書注（16）二九七頁、三〇〇頁、松本上野・前掲書注（16）五五六頁、河野・前掲書注（5）三二八頁、川嶋・前掲書注（5）六一七頁、長谷部・前掲書注（9）三〇一頁、笠井・越山編・前掲書注（42）九六三頁（越山和広執筆）、石渡・前掲書注（42）三二七頁、高田ほか編・前掲書注（42）一二七七頁（中西正執筆）など。また、三木ほか・前掲書注（42）四九五頁（笠井正俊執筆）も参照。

(97) なお、このように通説は、請求の放棄・認諾が、訴訟の終了などの訴訟法上の効果の発生を目的となされる訴訟行為であり、当事者の意思をその核心とする意思表示であると考える説（意思表示説）に立つが、これに対して、観念の通知とする説（木川・前掲論文注（96）八〇三頁）もある。観念の通知説は、請求の放棄や請求の認諾と解される訴訟行為があれば、当事者がどのような意思でそれを行っても、その効力が認められるとの理解を前提としているようである。この考え方は、基本的に、裁判上の自白と同様に考える説である。高田ほか編・前掲書注（42）一二七七頁（中西正執筆）参照。しかし、本稿のように、請求の放棄や認諾も、当事者意思の合致による紛争終結形態であると考える立場からは、観念の通知説は採用することができない。なお、裁判上の自白については、川嶋・前掲書注（5）四七一頁参照。

(98) さらに、請求の放棄・認諾は、訴訟行為であると同時に、私法上の効果の発生要件としての私法行為の性質をも有するとする両性説も存在する。これは、請求の認諾という、訴訟上の請求を無条件で正当化する被告陳述のなかには、請求内容をなす権利関係の存否の主張をもって、以後、原告・被告間の法律関係を規律しようとする意思が含まれていると解する見解である。その意味で、原告の請求を正当とする訴訟上の陳述は、同時に、私法上の処分行為であるといえるとする。請求の放棄についても、基本的に同様であるとする。松浦ほか・前掲書注（42）一四六六頁、一四七〇頁（竹下守夫）上原敏夫執筆。

(99) 川嶋・前掲書注（5）六一八頁。しかも、請求の放棄や請求の認諾が、観念の通知ではなく、意思表示であることは、現行法上は、二二六条二項の規定により、裁判所が、それらの意思表示の陳述擬制をする手続が設けられたことにより、明確化されたと考えられる。観念の通知ならば、特にそのような裁判所の審査手続が必要ないとも考えられるからである。

(100) ただし、原告の請求の放棄に対して、被告が、それを争い、確実に紛争の蒸し返し禁止を確保するための既判力を得ることを目的として、請求棄却判決を求めることも、また、より前段階の訴え却下を求める場合さえ、考えられるであろう。この場合には、裁判所の負担にはなり、しかも迅速かつ効率的な事件処理はできなくなるものの、被告が反訴を提起すればその審理判断を行わなければならないことをも考慮して、被告の確実な救済志向を満足できる手続がとられるべきであろう。つまり、本案判断の優先である。ただし、この問題は、放棄調書の既判力の有無の問題（→(四)2）

当事者の意思による訴訟終了・考(三)

とも関わる。本稿では、既判力否定説をとるものの、請求を放棄した原告は、信義則(二条)上、その蒸し返しを禁止されることから、放棄調書によって、既判力はないが結果的に確定判決と同一の効力を、被告は得ることができると考える。川嶋・前掲書注(5)六二四頁。

このように考えると、原告の請求の放棄に対して、被告が特にそれを争わない場合は、その黙示の同意(いわば消極的同意)が存在するとも考えられる。その意味では、請求の放棄も、また、請求の認諾も、多分に「和解的要素」を含んでおり、裁判上の和解の場合と同様に(さらに、訴えの取下げで被告の同意を要する場合も含めて)、両当事者の意思の合致による訴訟の終了形態であり、そのような手続がまとめられて、「裁判によらない訴訟の完結」と題した章中に規定されているとも評価できるのである。なお、合意による手続形成を基調とする仲裁法の四〇条一項参照。

なお、旧法下の議論であるが、兼子・前掲書注(19)三〇二頁は、次のような興味深い指摘を行っている。請求の放棄は、裁判所に対する一方的な陳述であり、被告の欠席のさいにもすることができるので、まず被告の請求棄却の申立てがなされていることを要すると解するとする。なぜなら、「権利自白の一種」として裁判所の判断を排除する以上、相手方に同一の主張がある場合に限るのが当然であり、特に既判力の双面性との関係上、その訴訟で原告敗訴の結果となっても、他の関係では被告に不利に働く場合もあるので、被告の陳述をみることなく放棄を許すのは、早計であると考えられるからである(この点で、明治民事訴訟法やドイツ法のように、被告の申立てに基づいて放棄判決をするようにすれば、問題はないとされる)。この見解は、放棄調書を放棄判決に近づけて考え、放棄調書に既判力が存在することを前提とした見解であるものの、両当事者の意思の合致を、請求の放棄制度の基礎にみる考え方としても注目に値する。ただし、兼子博士は、それに続けて、したがって、仮に請求の放棄と請求の認諾とが衝突したとすれば、認諾の成立を認めなければならないと論じられるのであるが、本稿のように当事者の意思の合致を重視する考え方によれば、このような場合には、まず、両当事者の意思を確認し、それでも、請求の放棄と認諾が衝突する場合は、意思の合致がないことから、釈明権の行使はすべきであるとしても、裁判所は、判決を言い渡すべきであろう。なお、ここで述べた請求の放棄よりも請求の認諾を優先させるという考え方は、後述のように(→四1)、請求の放棄と請求の認諾の可能時期の違いを前提としていると思われる(後注(12))も参照。このような請求の放棄と請求の認諾が競合した場合については、さらに、たとえば、高田ほか編・前掲書注(42)二二八五頁(中西正執筆)も参照。

なお、松浦ほか・前掲書注(42)一四六七頁(竹下守夫・上原敏夫執筆)も、請求の認諾の性質を述べる文脈で、両性説の立場から、「被告の認諾の陳述により、請求どおりの内容の和解類似の合意が成立し、その効果として、これらの処分的効果が生じる」と指摘する。

(10) 川嶋・前掲書注(5)四七一頁。ただし、通説(兼子・前掲書注(19)三四五頁ほか)は、自白とは、相手方の主張と一致する自己に不利な事実の陳述、つまり観念の通知とする。

(102) たとえば、川嶋・前掲書注(5)四八〇頁を参照。

(103) ただし、請求の認諾についても、口頭弁論期日等に欠席しても、提出された請求の認諾書面の記載から、裁判所が、その意思を判断し、その陳述（の擬制）を調書に記載する手続も、現行法上認められた。明示的な請求の認諾であるが、口頭弁論期日等における陳述の擬制という手続を経る点で、擬制自白とは異なる。

(104) 特に和解期日で請求の放棄が可能となった点について、竹下ほか編・前掲書注（2）三二六頁（鈴木正裕発言）は、和解で訴えの取下げをすれば、判決言渡し前ならば再訴可能性が生じるので、請求の放棄の場合には、再訴を封じる意義があることを指摘する。後述のように、放棄調書の効力（↓四1）に関わる問題である。

また、この指摘は、手続上の一定の方式性が、当事者の自己決定の自由を制限する可能性を示す指摘でもある。裁判によらない訴訟の終結の章中に規定された、訴えの取下げ、請求の放棄・認諾および訴訟上の和解が、多かれ少なかれ当事者間の明示的または黙示的な意思の合致、すなわち「和解的な当事者自治による訴訟の終了形態」であることから、確かに、期日名は、そこでの可能な訴訟行為を規律する側面はあるものの（その限りでの不意打ち防止の意義があるものの）、意思自治の自由を促進できる期日の構成も、今後は考えるべきであろう。ただし、日本の場合には、かつての弁論兼和解の慣行（川嶋・前掲書注（5）三三三頁参照）の醸成と浸透にみられたように、民事訴訟原則を蚕食し、当事者の手続保障を弱めた経験から、基本的には、当事者の自己決定を増進できる方向で、慎重に手続構想をしなければならぬであろう。

(105) 竹下ほか編・前掲書注（2）三二六頁（柳田幸三発言）。

(106) 竹下ほか編・前掲書注（2）三六一頁（柳田幸三・福田剛久発言）参照。

(107) 公序良俗違反の請求につき、請求の放棄まで許さないとする考え方の基礎には、放棄調書を放棄判決のようにとらえて、放棄調書の作成があたかも本案判断をした結果として請求棄却判決を言い渡す場合と同じような考えが存在しているように思われる。しかし、当事者の意思の合致に重きを置く本稿では、公序良俗違反の請求権を放棄する意思とそれを認める意思の合致の表象として、その種の放棄調書の記載内容を考えればいいのではないかと思われるのである。

(108) 川嶋・前掲書注（5）一九七頁、二〇〇頁。

(109) 離婚事件や離縁事件では、婚姻や養親子関係を解消するために必要な当事者の意思確認は、慎重に行われなければならないので、書面による認諾（二六六条二項）をすることはできない（人訴三七条一項本文、四四条）。しかも、弁論準備期日において、欠席当事者による請求の認諾を、電話会議システムを通じて行うこともできない（人訴三七条三項、四四条）。

(110) なお、相続回復請求訴訟で、請求の認諾を認めた判例（大判昭和十七年三月二六日、民集二二卷二八四頁）があるが、この場合は、処分自由の観

当事者の意思による訴訟終了・考(三)

点から妥当であらう。

(111) 鈴木・青山編・後掲書注(113) 四九九頁(山本和彦執筆)、松浦ほか・前掲書注(42) 一四六九頁(竹下守夫・上原敏夫執筆) ほか。

(112) ここでは、特に理由は付されていない。この判例については、川嶋四郎「判例批評」法字セミナー一八号二一八頁(二〇〇五年)などを参照。

(113) たとえば、鈴木正裕・青山善充編『注釈民事訴訟法(4)』四九九頁(山本和彦執筆)、松浦ほか・前掲書注(42) 一四六九頁(竹下守夫・上原敏夫執筆)、小島・前掲書注(5) 五七三頁、高田ほか編・前掲書注(42) 一二八三頁(中西正執筆)など。

(114) たとえば、鈴木・青山編・前掲書注(113) 四九九頁(山本和彦執筆)、松浦ほか・前掲書注(42) 一四六九頁(竹下守夫・上原敏夫執筆)、小島・前掲書注(5) 五七三頁、伊藤・前掲書注(16) 四七〇頁、長谷部・前掲書注(9) 三〇二頁、高田ほか編・前掲書注(42) 一二八二頁(中西正執筆)などを参照。

(115) ただし、現行法上、第三者の利益を保護する手段が十分か否かの問題は残ることを、肯定説は自認している。伊藤・前掲書注(16) 四七〇頁注

(31) 参照。それゆえ、立法論として、認諾について裁判所の許可を要するものとすることや、認諾の申出を公告させることなどが考えられると指摘する。ここでは、上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫編『注釈会社法(新版)』三四七頁(岩原紳作執筆)(有斐閣、一九八六年)が参照されている。

(116) 川嶋・前掲書注(5) 六二二―六二三頁注(24)。

(117) 兼子・前掲書注(19) 三〇一頁、三ヶ月・前掲書注(21) 四三七頁、伊藤・前掲書注(16) 四七一頁、松本・上野・前掲書注(16) 五五四頁、秋

山ほか・前掲書注(16) 三〇一頁、和田・前掲書注(42) 三八八頁、河野・前掲書注(5) 三三九頁、小島・前掲書注(5) 五七四頁、川嶋・前掲書注(5) 六二二―六二三頁、三木ほか・前掲書注(42) 四九五頁(笠井正俊執筆)、長谷部・前掲書注(9) 三〇三頁、笠井・越山編・前掲書注(42) 九六三頁(越山和広執筆)、石渡・前掲書注(42) 三二八頁、高田ほか編・前掲書注(42) 一二八三頁(中西正執筆)など。

(118) 川嶋・前掲書注(5) 六二二頁。

(119) 仮に、請求の放棄・認諾に訴訟要件を必要としたとする場合に、請求の放棄・認諾を望む当事者が、実質的にはそれらと同様な効果をもつ訴訟上の和解に切り替えようとした場合には(互譲の要件の問題(川嶋・前掲書注(5) 六三四頁)などは、一旦措くとして)、訴訟上の和解の成立に訴訟要件は不要であるので、当事者は、ほぼ同様の帰結を得ることができらるであらう。そうすると、手続の形式性にとらわれないことなく、意思自治に基づく請求の放棄・認諾の成立を柔軟に認めるべきであらう。

(120) 川嶋・前掲書注(5) 六二二―六二三頁と六三二―六三三頁注(25)。なお、興味深いことに、たとえば、兼子・前掲書注(19) 二九九頁、三〇一頁などでは、請求の認諾と請求の放棄の概念、性質、要件および方式については、両者が分けて論じられている。

(121) 新堂・前掲書注(5) 三六二頁、松浦ほか・前掲書注(42) 一四七二頁(竹下守夫)上原敏夫執筆。これは、請求の放棄が、被告による請求棄却の申立てを前提としていること、および、原告がまず請求を定立した以上は、次に被告の対応を求めるのが筋であり、その前に原告の処分行為を認めるのは公平を欠くことが、その理由としてあげられている。この点については、訴訟係属後には、被告が、提訴の不適法を主張し、訴えの却下を申し立てる機会が保障されるべきであり、そのために、被告による請求棄却の申立てにしか、請求の放棄はできないと、考えることができるであろう。

これに対して、請求の放棄についても、被告への訴状の送達により訴訟係属が生じた後から可能とする見解(秋山ほか・前掲書注(16) 二九八頁)や、また、訴訟係属後で、原告が口頭弁論期日において訴状を陳述した時点から可能になるとの見解(伊藤・前掲書注(16) 四七二頁)も、主張されている(後者の見解からは、最初の口頭弁論期日の前に弁論準備期日などが開かれた場合には、その期日では、請求の放棄(認諾)は許されないことになる)、指摘されている。高田ほか編・前掲書注(42) 一二八頁注(23) (中西正執筆)。しかし、被告にとっては、訴訟判決により大きな利益を見出す場合も考えられることから、先に述べたように、被告による訴え却下判決を求める利益は、確保されなければならないと考えるので、これらの見解に与することはできないであろう。

(122) 上訴審において請求の認諾がなされると、請求の認諾の効果として手続自体が終了する結果、原判決が当然に失効することになる(請求の放棄に関する判例であるが、大判昭和十二年二月二四日・民集一六卷二〇四五頁、大判昭和十四年四月七日・民集一八卷三二九頁参照)。そこで、原判決に仮執行宣言が付されており、すでにそれに基づく強制執行が実施されているときには、次のような問題が生じる。

すなわち、原判決に基づき自己の財産を差し押さえられた被告・債務者が、上告審でも敗訴濃厚とみるや当該財産を第三者に譲渡した後に請求を認諾すれば、既存の差押登記が債務名義の失効にもなつて抹消される結果、認諾調査に基づく当該財産の差押えが不可能となつてしまうのである。これは、いわば濫用的認諾といえる行為であるが、これに対する解釈論としては、いくつかの手続対応が提言されている。

第一は、裁判所が釈明権を行使して、そこでの「認諾」とは上訴の取下げまたは上訴権の放棄という趣旨であると陳述させること、第二に、差押えに付随して仮差押えがなされその効力が持続しているとして、債務名義が失効した場合でも、仮差押えとしての効力を存続させる考え方、第三は、債務名義の連続性(債務名義の切り替え)を認め、一種の無効行為の転換として、認諾調査に基づいて既存の執行手続を続行する考え方、第四は、この場合でも、請求の認諾には原告の同意が必要であると考えて処理すること、そして、第五は、そのような請求の認諾を、信義則違反または権利の濫用として無効とする考え方などが考えられる。確かに、第五の考え方が、最も現実的な手続であるとも考えられるが、信義則違反や権利の濫用の認定に困難を来すであろうとも指摘されている。また、立法論として、認諾判決の制度を復活させ原判決の変更の形式で手続的な処理ができれば、

債務名義の連続性が担保されると考えられるので、妥当であるとの考え方も示されている。以上につき、戸根住夫「請求の放棄・認諾に関する現行法上の問題点」民商法雑誌一〇六巻三号二八四頁(一九九二年)(後に、戸根住夫「訴訟と非訟の交錯」一四三頁(信山社、二〇〇八年)に所収)、鈴木・青山編・前掲書注(113)五〇一―五〇二頁(山本和彦執筆)などを参照。

以上のような問題は、より一般に、仮差押え・仮処分が先行する場合にも生じ得る。

請求の認諾が、本稿で述べてきたように、当事者間の意思の合致に基づく和解的な要素があるとすると、この種の請求の認諾を踏まえた訴訟上の和解の勧誘・締結という方法も、現行法の解釈として実務的には可能であろう。その場合には、同時に執行手続の処遇をも視野に入れた和解の締結を促進させるべきであろう。訴訟手続ではあるが、裁判所の後見的な関与が不可欠なと思われる。

- (123) 新堂 前掲書注(5) 三六四頁など。本文では、二重の債務名義について言及したが、確認請求訴訟や形成請求訴訟における請求の認諾についても、判決の外観除去のために、上訴を認めることができるであろう。なお、訴訟終了判決については、最一小判平成二十七年一月三〇日・民集六九巻七号二一五四頁(訴訟上の和解関係事件)、川嶋・前掲論文注(80)一二二頁などを参照。

- (124) この問題について、請求の放棄・認諾がなされたにもかかわらず、調書にその旨の記載がなされることなく、終局判決が言い渡された場合には、上訴審は、原判決を取り消し、原審への差し戻しをするなどをしたうえで、原審において請求の放棄・認諾を調書に記載すべきであるとの指摘(高田ほか編・前掲書注(42) 一二八六頁(中西正執筆))もみられる。基本的に妥当であると思われるが、ただ、それはやや迂遠な面もあり、上訴審で(それがたとえ上告審であっても)、口頭弁論等の期日を開いて、そこで放棄調書・認諾調書の作成することも可能であるとすべきであろう。ただし、たとえば管轄や費用などの問題もあるゆえに、裁判所は、自らの手続過誤の是正という側面でもあることから、当事者の意向を聴いて、選択的に当事者にとって負担の少ない審級で、その種の調書の作成を可能とすべきであろう。当事者の協議が調わない場合には、請求の放棄の場合には、原告の意思、請求の認諾の場合は、被告の意思を、それぞれ尊重した取り扱いを行うべきであろう。請求の放棄は、原告のイニシアティブで、請求の認諾は、被告のイニシアティブで、しかもそれぞれの意思を尊重して、訴訟を終了させる手続であるからである。

- (125) 兼子・前掲書注(19) 三〇四頁、三月月・前掲書注(21) 四三九頁、高橋・前掲書注(5) 三〇六頁、伊藤・前掲書注(16) 四七三頁、梅本・前掲書注(16) 一〇〇四頁、松本・前掲書注(16) 五五六頁、秋山ほか・前掲書注(16) 三〇九頁、和田・前掲書注(42) 三九二頁、河野・前掲書注(5) 三三三頁、小島・前掲書注(5) 五七七頁、川嶋・前掲書注(5) 六三三頁、笠井・越山編・前掲書注(42) 九六五頁(越山和広執筆)、三木ほか・前掲書注(42) 四九六頁(笠井正俊執筆)、長谷部・前掲書注(9) 三〇五頁、石渡・前掲書注(42) 三一九頁、高田ほか編・前掲書注(42) 一二八六頁、一三二二頁(中西正執筆)など。さらに、後注(128)の諸文献も参照。

(126) 訴訟上の和解における和解調書の効力に関する、川嶋・前掲書注(5)六三五頁以下も参照。

(127) 川嶋・前掲書注(5)六七頁、六八〇頁参照。

(128) 兼子・前掲書注(19)三〇四頁、三ヶ月・前掲書注(21)四三九頁、松本博之「請求の放棄・認諾と意思の瑕疵」大阪市立大学法学雑誌三一巻一
号一六七頁(一九八四年)、松原弘信「訴えの取下げと請求の放棄・認諾」三ヶ月章Ⅱ青山善充編『民事訴訟法の争点(新版)』三〇八頁、三〇九頁(有
斐閣、一九八八年)、上田・前掲書注(16)四四六頁、高橋・前掲書注(5)三〇六頁、伊藤・前掲書注(16)四七三頁、松本Ⅱ上野・前掲書注
(16)五五六頁、秋山ほか・前掲書注(16)二六三頁、和田・前掲書注(42)三九三頁、河野・前掲書注(5)三三三頁、小島・前掲書注(5)五
七八頁、川嶋・前掲書注(5)六二四頁、三木ほか・前掲書注(42)四九六頁(笠井正俊執筆)、長谷部・前掲書注(9)三〇五頁、石渡・前掲書
注(42)三一九頁、高田ほか編・前掲書注(42)一二八四頁(中西正執筆)など。

(129) 川嶋・前掲書注(5)六一五頁。

(130) なお、先に述べた、放棄調書に既判力を肯定した判例(大判昭和一九年三月一日・民集二三巻一五五頁)の後でさえ、下級審裁判例では、認諾
調書に対して私法上の無効原因に基づく請求の認諾の無効を主張して、請求異議の訴え(民執三五条)を提起することを認めるもの(東京高判昭和
四一年一〇月一三日・下民集一七巻九・一〇号九六二頁)や、また、請求の放棄・認諾が無効な場合には、期日指定の申立てによつて訴訟手続の統
行を求めることができると判示したもの(東京高決昭和四二年四月二日・下民集一八巻三・四号四〇七頁)なども存在する。大判昭和一九年三月
一四日は、古い判例であり、判例変更が望まれる。

(131) 訴訟終了判決については、川嶋・前掲論文注(80)一二三頁を参照。

(未完)