2025年10月16日

予備　令７－３７

反訴に関する次のアからオまでの各記述のうち，判例の趣旨に照らし正しいものを組み合わせたものは，後記１から５までのうちどれか。（解答欄は，［№37］）

ア．被告の反訴が本訴の目的である請求又は防御の方法と関連する請求をするものでない場合には，原告が反訴に対して異議を述べずに応訴したとしても，反訴は適法とならない。

イ．被告が反訴を提起した後に，原告による本訴の取下げがあり，被告がそれに同意した場合には，被告による反訴の取下げがあったものとみなされる。

ウ．第一審において，原告が被告に対して土地の明渡しを請求し，被告がその土地について賃借権を有する旨主張し，その賃借権の存在を認めて原告の請求を棄却する判決がされた場合に，控訴審において，被控訴人となった被告が反訴としてその賃借権存在確認の訴えを提起するには，控訴人となった原告の同意を要しない。

エ．簡易裁判所において，被告が地方裁判所の管轄に属する請求を目的とする反訴を提起した場合に，原告の申立てがあるときは，簡易裁判所は，本訴及び反訴を地方裁判所に移送しなければならない。

オ．反訴請求が本訴請求と併合するための要件を欠く場合において，反訴が独立の訴えとしての要件を備えているときには，直ちに反訴を却下してはならず，弁論を分離して反訴につき審理しなければならない。

１．ア　イ　２．ア　オ　３．イ　エ　４．ウ　エ　５．ウ　オ

正解　４

肢ア　×

反訴の場合，本訴の目的である請求又は防御の方法と関連する請求であることが，原則，必要（１４６条１項）。

要件を欠いている以上，適法とならないのではないか。

不都合，別訴提起しなければならなくなり，当事者の負担が重くなる場合もある。

一定の場合，認める必要がある。

本訴の目的である請求又は防御の方法と関連する請求とした趣旨，当事者の利益。

関連性がないと，一般的に負担が重くなるから，応訴した場合，当事者は，負担を容認した。したがって，適法となる。なお，争点が拡大すると，裁判所の負担が重くなる。

その場合は，１４６条１項２号で考慮されると考えられる。

肢イ　×

本訴の取下げがあっても，反訴の取下げとはみなされない。確かに，本訴の訴訟係属を利用はしているが，請求としては別。反訴を終了させる意思があるとは限らない。

処分権主義，当事者の意思を尊重すべき。なお，反訴取下げの場合，同意いらない。

肢ウ　○

３００条１項，控訴審においては，反訴について，相手方の同意が必要なのが原則。

本件の場合も同意がいるのでは。仮になかった場合，別訴提起をしなければならず，矛盾判断の危険も出てしまう。

控訴での反訴を認める必要があり。同意の趣旨，審級の利益。

第１審で，手続保障が実質的にある。保護する利益は相手にない。

この場合にまで，３００条１項を適用する趣旨ではない。同意は要しない

肢エ　○

２７４条，反訴で地裁に属していて，原告の申立てがあったときは，本訴反訴を地裁に移送する。

申立てがなくても，職権で裁量移送もできる（１８条）

移送が必要ない，かつ相手方の申立てがないときは，訴訟経済を優先し簡裁で処理できる。

肢オ　×

要件を欠いているときは却下してよい。遅滞を想定する。

反訴そのものを不適法とできる。

当事者は別訴提起を行うべき。

弁論分離は，職権進行主義を想定する。

予備　令７－３８

釈明権の行使に関する次のアからオまでの各記述のうち，判例の趣旨に照らし誤っているものを組み合わせたものは，後記１から５までのうちどれか。（解答欄は，［№38］）

ア．陪席裁判官は，裁判長の許可がなくても，裁判長に告げれば釈明権を行使することができる。

イ．裁判所が，判決において，原告と被告が共に主張しておらず，従前の訴訟の経過からは予測が困難な法律構成である信義則上の義務違反を認める判断をする場合に，当該信義則上の義務違反を基礎付ける事実が主張されていれば，原告に信義則上の義務違反の点について主張するか否かを明らかにするよう促す措置がとられていなくても，釈明権の行使を怠った違法があるとはいえない。

ウ．原告が主張する請求原因によっては原告の請求を認容することができないが，従前の訴訟の経過や訴訟資料からみて，別個の法律構成に基づく請求原因が主張されれば原告の請求を認容することができるにもかかわらず，原告が明らかに誤解又は不注意によりそのような主張をしていないと認められる場合に，裁判長が原告に対して釈明権の行使としてその別個の法律構成を示唆することは，釈明権行使の範囲を逸脱した違法なものではない。

エ．当事者は，相手方に対し，直接釈明権を行使することができる。

オ．釈明権の行使は，口頭弁論の期日又は期日外においてすることができる。

１．ア　イ　　２．ア　ウ　　３．イ　エ　　４．ウ　オ　　５．エ　オ

正解　３

肢ア　○

陪審裁判官でも，心証を形成するため，釈明をする必要がある。

ただ，勝手に行うと，訴訟の流れが悪くなる。

そこで，訴訟指揮権を持っている裁判長に告げて，行える。

１４９条２項

肢イ　×

法的観点指摘義務。事実は確かに，現れているが，法的評価が表れていない。

裁判所が，いきなり認定したら当事者に不意打ちとなる。釈明権を行使すべきであり，行使しなかった場合，違法となる。

最判平２２．１０．１４　百選５０

肢ウ　○

弁論主義，主張は当事者の権能。公平を図るため，主張ないときは，裁判所がその事実にしたがい心証形成しなければならないのでは。

不当，必要な主張がない場合，不合理な認定をしなければならなくなる。公平な結論ではない。一方で，肩入れもよくない。そこで，「明らかに誤解又は不注意によりそのような主張をしていないと認められる場合」は，公平の見地から示唆することは許容される。

本件の場合，原告のケースだが，被告の場合でも，同様な場合，釈明すべきとすれば，公平といえる。

最判昭４５．６．１１　百選４８

肢エ　×

釈明権は，裁判長が行う。
当事者が疑問に思う場合，裁判長に発問する（１４９条３項）

当事者は対立している。直接，行えると，濫用の恐れがある。
裁判長をかませるべき。

肢オ　○

期日，期日外で釈明できる。（１４９条１項）
期日に限るとすると，訴訟の進行が遅くなる。

予備　令７－３９

証人尋問に関する次のアからオまでの各記述のうち，判例の趣旨に照らし誤っているものを組み合わせたものは，後記１から５までのうちどれか。（解答欄は，［№39］）

ア．裁判所は，職権で，証人の尋問をすることができる。

イ．電気通信事業法第４条第２項により守秘義務を課されている電気通信事業に従事する者は，民事訴訟法第１９７条第１項第２号の類推適用により，職務上知り得た事実で黙秘すべきものについて証言を拒むことができる。

ウ．民事訴訟法第１９７条第１項第２号の「黙秘すべきもの」とは，一般に知られていない事実のうち，弁護士等に事務を行うこと等を依頼した本人が当該事実を秘匿することについて，単に主観的利益だけでなく，客観的にみて保護に値するような利益を有するものをいう。

エ．証言拒絶の理由は，証明しなければならない。

オ．証人は，裁判長の許可を受けたときは，書類に基づいて陳述することができる。

１．ア　ウ　２．ア　エ　３．イ　エ　４．イ　オ　５．ウ　オ

（参照条文）民事訴訟法

（証言拒絶権）

第１９７条　次に掲げる場合には，証人は，証言を拒むことができる。

一　（略）

二　医師，歯科医師，薬剤師，医薬品販売業者，助産師，弁護士（外国法事務弁護士を含む。），弁理士，弁護人，公証人，宗教，祈禱（とう）若しくは祭祀（し）の職にある者又はこれらの職にあった者が職務上知り得た事実で黙秘すべきものについて尋問を受ける場合

三　（略）

２（略）

（参照条文）電気通信事業法

（秘密の保護）

第４条　電気通信事業者の取扱中に係る通信の秘密は，侵してはならない。

２　電気通信事業に従事する者は，在職中電気通信事業者の取扱中に係る通信に関して知り得た他人の秘密を守らなければならない。その職を退いた後においても，同様とする。

正解　2

肢ア　×

弁論主義第３テーゼ，職権証拠調べの禁止。

弁論主義により，証拠の収集は，当事者の権能とする建前を取る。

確かに，条文上は，裁判所も尋問できる（１９０条）ようにも読めるが，当事者の申出が必要である。裁判長による尋問（２０２条２項）もあるが，あくまでも当事者主体となる。

当事者尋問は，職権で行うことができる（２０７条１項）

肢イ　○

条文上は，あたらないと思えるが，電気通信事業法で，他人の秘密を守らならければならないとする。根拠は，通信の秘密である。

民事裁判の公正も大事であるが，通信の秘密も重要な人権である。

１９７条２項は，証言によって，反対利益に重大な影響がある場合，拒絶を認める趣旨である。類推適用は認められる。

（最決令３．３．１８）

肢ウ　○

黙秘すべきものとは，主観のみならず，客観的にみて保護に値する利益である必要がある。仮に主観でよいとすると，簡単に証言拒絶を認めることになりかねず，公正な裁判の実現の関係で問題である。

最決平１６．１１．２６

肢エ　×

証言拒絶の理由は，疎明しなければならない（１９８条)。

裏を返せば，疎明ができれば，説明は，必ずしもいらない。

適正手続から考えれば，説明があった方が良いとも思える。

拒絶権の濫用を防ぐという意味からしても。

しかし，証人の説明が，難しいの場合もある。また，拒絶理由も限れている。

疎明があれば，濫用は防げる。よって，説明義務まではない。

肢オ　○

原則，書類は使えない。証人尋問の意味がなくなる恐れあるので。

書面に頼って，棒読みのイメージ。しかし，メモを見ないと，上手く説明できない場合もある。書面の参照も認めるべき。

もっとも，証人尋問の意味を薄めてしまうのも問題である。

そこで，訴訟指揮権のある裁判長の許可を通すことで，書類による陳述を認めている。

２０３条ただし書

予備　令７－４０

文書に関する次のアからオまでの各記述のうち，判例の趣旨に照らし正しいものを組み合わせたものは，後記１から５までのうちどれか。（解答欄は，［№40］）

ア．弁論準備手続の期日においても，文書の証拠調べをすることができる。

イ．書証の申出は，文書の所持者にその提出を命ずることを申し立ててすることはできない。

ウ．私文書中に顕出されている作成名義人の氏名が記された印影が，当該作成名義人の印章によるものであることが証明された場合には，当該私文書が当該作成名義人を作成者として真正に成立したことを争うことはできない。

エ．当事者は，口頭弁論の期日において文書を提出して書証の申出をする場合に，あらかじめ裁判所に当該文書の写しを提出しているときでも，口頭弁論の期日において，裁判所に当該文書の原本，正本又は認証のある謄本を提出しなければならない。

オ．裁判所は，当事者が書証の申出をした場合には，当該申出に係る文書の証拠調べをしなければならない。

１．ア　ウ　２．ア　エ　３．イ　エ　４．イ　オ　５．ウ　オ

正解　２

肢ア

１７０条２項

弁論準備手続の期日においても，文書の証拠調べをすることができる。

確かに，証拠調べは，口頭弁論で行うのが原則，弁論準備手続の期日ではできないとも。

しかし，不都合，全て口頭弁論で行わなければいけないとすると，手続が重くなってしまう。書証は，一般的に証拠の中でも数が多い。迅速でできるようにすべき。

そこで，弁論準備手続でも，書証については，証拠調べを認めている。

実際，弁論準備手続は，非公開手続ではあるが，書面は，どこで読んでも内容は変わらない。裁判の公正の関係で問題も小さい。

肢イ

書証の申出は，文書の所持者にその提出を命ずることを申し立ててすることはできる。

２１９条

文書提出命令（２２０条）

本来であれば，証拠は，立証責任を負うものが，自分で証拠収集を行うのが筋だが，証拠の偏在により，満足な立証活動ができない恐れがある。

そこで，立証できるように，命ずるべきことを申出することもできる。

申出あったあと，裁判所が命令するかは，また別問題。

肢ウ

２段の推定，２２８条４項。

事実上の推定，印影と印章（印鑑）と一致する場合，通常人に貸さない。本人が押したと事実上推定。

内容についても分かって押したと推定。法定証拠法則。

推定なので，争うことは可能。

肢エ

民事訴訟規則１４３条

文書の原本，正本又は認証のある謄本を提出しなければならない。

確かに，写しも，技術の発展により，原本と同様の正確性がある。

したがって，原本，正本又は認証のある謄本を提出は，不要ではないか。

不当，写しの過程で，偽造も可能である。誤判を防ぐ必要性があり。

そこで，規則１４３条は，文書の原本，正本又は認証のある謄本を提出しなければならないとする。

肢オ

証拠を採用するかは，裁判所の権能。１８１条１項

常に拘束されると，濫用により訴訟経済上問題。

必要でないものは取調べ不要の判断ができる。

予備　令７－４１

文書提出命令に関する次の１から５までの各記述のうち，判例の趣旨に照らし誤っているものを２個選びなさい。（解答欄は，［№41］，［№42］順不同）

１．文書提出命令の申立てをする場合において，文書の表示又は文書の趣旨を明らかにすることが著しく困難であるときは，その申立ての時においては，これらに代えて，文書の所持者がその申立てに係る文書を識別することができる事項を明らかにすれば足りる。

２．警察官が文書提出命令の申立人の住居において行った捜索差押えに係る捜索差押許可状は，当該警察官が所属し当該文書を所持する地方公共団体と挙証者である文書提出命令の申立人との間の法律関係について作成された文書に該当する。

３．裁判所は，第三者に対して文書の提出を命じようとする場合には，その第三者を審尋しなければならない。

４．文書の提出を命じられた第三者が文書提出命令に従わない場合には，裁判所は，それにより当該文書の記載に関する文書提出命令の申立人の主張を真実と認めることができる。

５．原告の申立てにより，第三者に対して文書の提出を命ずる決定がされた場合に，被告は，当該決定に対して，即時抗告をすることができる。

正解　４，５

肢１　○

すべてを特定することができないと，命令が出しもらえないとするのは，問題。

相手領域。したがって，識別事項を明らかにすれば足りる。２２２条１項

肢２　○

最決平１７．７．２２

警察官が文書提出命令の申立人の住居において行った捜索差押えに係る捜索差押許可状は，当該警察官が所属し当該文書を所持する地方公共団体と挙証者である文書提出命令の申立人との間の法律関係について作成された文書に該当する。

許可書などは，法律関係に基づいて作成された文書にあたる。（２２０条３号）

したがって，提出を拒絶できない。

肢３　○

２２３条２項

第三者の審尋が必要。いきなり命令されると，第三者に不意うち。言い分等を確認するような手続をへるべきと考えられる。

肢４　×

２２５条

過料

真実擬制（２２４条１項）ではない。第三者が提出しないという事情で真実が擬制されたら当事者にとって不意打ち。

肢５　×

２２３条７項，最決平１２．１２．１４

第三者の命令で，被告に即時抗告の権利はない。
確かに主体は明示されていないが，濫用の恐れがある。
不利益をうける第三者を保護する趣旨。
第三者のみ，被告には，文書を隠す利益はない。