民事第一審の審理・判決上の留意点

はしがき

この冊子は，初めて単独で民事裁判を担当する人のために，審理及び判決書の作成等に当たって留意すべき点について，気付いたことを書き留めたものである。これを一つの手掛かりにして，裁判官一人ひとりが，自ら考え，執務の水準を維持・向上していくことを期待している。

平成14年9月

司法研修所

目　　次

第１章　審理手続 …… 1
　第１節　はじめに …… 1
　第２節　第１回口頭弁論期日 …… 1
　　第１　欠席判決等をすることが許されない場合 …… 1
　　第２　訴訟を進行させることが許されない場合 …… 2
　　第３　欠席判決等をするのが相当でない場合等 …… 2
　第３節　争点整理 …… 3
　　第１　適切な法的構成 …… 3
　　第２　資料の早期提出等 …… 4
　第４節　証拠調べ …… 5
　　第１　証拠調べの要否 …… 5
　　第２　証拠調べの選択 …… 5
　第５節　判決言渡し …… 6
　第６節　調書の点検 …… 6
　第７節　法廷等における心構え …… 7
　　第１　法廷等における言動 …… 7
　　第２　審理に臨む心構え …… 8
第２章　判　決 …… 9
　第１節　はじめに …… 9
　第２節　判決書の冒頭部分 …… 10
　第３節　主　文 …… 11
　　第１　当事者の請求に対する判断 …… 11
　　第２　主文と理由の整合性 …… 11
　　第３　物件，権利関係の特定 …… 12
　　第４　特殊な主文 …… 12

第5　訴訟費用 ……12
第6　仮執行宣言 ……13
第7　更正決定 ……13
第4節　訴えの適法性 ……13
第1　正当な当事者 ……14
第2　併合要件 ……14
第5節　事実及び理由 ……14
第1　請求欄 ……14
第2　事案の概要欄 ……15
第3　争点に対する判断 ……20
第6節　別紙目録，別紙図面 ……23
第7節　その他 ……24
第3章　事件類型別の留意点 ……25
第1節　はじめに ……25
第2節　土地所有権確認・境界確定訴訟 ……25
第1　判決で図面を使用する際の留意点 ……25
第2　境界確定訴訟の留意点 ……26
第3　その他 ……26
第3節　土地建物の賃貸借関係訴訟 ……26
第1　訴訟物の的確な把握 ……26
第2　攻撃防御方法の把握 ……27
第3　その他 ……27
第4節　農地取引に関する訴訟 ……28
第5節　建築関係訴訟 ……28
第6節　交通事故訴訟 ……29
第1　自賠法3条 ……29
第2　損害額の算定 ……29
第7節　労働訴訟 ……31

第8節　人事訴訟 ……33
第9節　相続関係訴訟 ……33
第10節　破産手続が関係した訴訟 ……34
第1　破産管財人の立場 ……34
第2　債権者取消訴訟の中断 ……35
第3　否認権の行使 ……35

第１章　審理手続

第１節　はじめに

判決において，結論を誤ったものがおよそ意味のないものであることはいうまでもないが，結論が誤っていなくとも，説得力のある過誤のない判決をする前提として，適正な手続に従った充実した審理が行われなければならない。そこで，まず，判決に直接関連する範囲において，訴訟の審理手続の各場面で留意すべき点を指摘することとする。

第２節　第１回口頭弁論期日

大多数の事件においては，第１回の口頭弁論期日に，その後の訴訟進行の方向が決定されるが，被告が出頭しない場合の対応には，慎重な判断が必要である。

第１　欠席判決等をすることが許されない場合

欠席判決をする場合には，呼出状の送達，答弁書の不提出等，その前提となる要件が備わっているか否かを，慎重に確認すべきである。殊にファックスによる答弁書等の提出には注意を要する。

境界確定訴訟等，訴訟の性質上欠席判決をすることが許されないものがあることにも留意する。

また，調書判決をするときにも，その要件（民訴法254条1項）の充足を確認しなければならない。例えば，第１回口頭弁論期日において，「請求棄却を求め，請求原因の一部を否認する」旨の答弁書を被告に陳述させ，書証の取調べもしているのに，調書判決をすることは許されない。

欠席判決をする場合でも，即時言渡しについては，一定の配慮が必要である。被告が当該期日に法廷外の廊下で待っていたり，期日

のすぐ後に，やむを得ない事情により遅れて到着することもままあることである。

なお，手形異議訴訟においては，いわゆる休止満了となった場合，訴えの取下げではなく異議の取下げが擬制される（民訴法360条3項，263条）。この点についての理解を欠き，被告が申し立てた手形異議訴訟において，原告が欠席し被告が出頭した場合に，訴えの取下げの効果をもたらそうと考えて，休止満了の措置を採ると，被告に不利な結果となるので注意を要する。仮執行宣言付き支払督促異議において休止満了となった場合に，訴えの取下げが擬制されるのか督促異議の取下げが擬制されるのかについては，見解が分かれている。

第2　訴訟を進行させることが許されない場合

婚姻事件等人事訴訟においては，人訴法１１条の規定に注意しなければならない。すなわち，婚姻事件等において，被告が第１回口頭弁論期日に欠席した場合には，更に期日指定をしなければならず，出頭当事者に弁論をさせることは許されない。

第3　欠席判決等をするのが相当でない場合等

1　形式的には，欠席判決をすることができる場合であっても，事案によっては，それが相当でないケースもある。特に，弁論に現れた事情により，被告が争うことが容易に想定されるケースでは，弁論を終結して欠席判決をするか否かは，慎重に検討するのが相当であろう。また，かなり古い時期の契約等を根拠にする訴訟等，訴訟詐欺が疑われるような案件については，特に注意する必要がある。

被告が争っているか否かについての判断は，具体的ケースによるが，まず，答弁書の記載を慎重に検討する必要がある。例えば，請求原因を争う旨の記載がなくても，抗弁になり得るような事情が記載されている場合もある。

2　過大な慰謝料請求がなされている事件については，欠席判決で

あっても，裁判所が自白された事実を前提として法律判断をして，請求を一部棄却すべき場合がある。

3　公示送達の事件についても，その後に被告の所在が判明するケースもある。例えば，公示送達のまま終結した後，判決言渡し前に弁護士の代理人の委任状が提出され，口頭弁論再開の申立てがされた場合には，特段の事情のない限り，口頭弁論の再開をするのが相当であろう。

第３節　争点整理

第１　適切な法的構成

争点整理に当たっては，当事者の主張を的確にとらえて適切な法的構成を検討することが必要である。次の点に留意したい。

1　争点の設定を誤らない。

争点の設定を誤る例としては，①当事者の主張を早合点し，当事者が争点としたいと考えていない点を争点としてしまう例，②当事者が本来の争点としたいと考えている点を，独自の判断で結論に不要であるとして無視したり，前提事実として安易に認定してしまう例，③その逆に，当事者が争点であると強調することに引きずられ，本来争点とならない点を争点としてしまう例などがある。当事者と争点の認識を一にするためには，書面又は口頭で確認の上その結果を調書に記載することが望ましい（民訴規86条参照）。

2　立証責任を踏まえた整理をする。

立証責任を踏まえない整理をすると，要証事実の反対事実を判断対象とする誤りを犯し，これが結論に影響を与える場合があり得る。また，主要事実と間接事実とを区別して整理しないと，判断対象を誤る場合がある。

3　必要な主張がされているかどうかを確認し，それがない場合は

適切な釈明をする。

(1) 当事者の主張した事実に基づいて判決をすべきことは，弁論主義が適用される民事訴訟上当然のことである。

例えば，①取得時効に関し，他主占有（使用貸借）の主張が全くないのにこれを主張事実として記載して判断する，②錯誤無効の主張がないのに，これを認定して請求を棄却する，③抵当権の被担保債権の存否が争われた事案において，当事者（抵当権者）の主張に係る債権の存在を否定した上，当事者の主張しない債権を被担保債権と認定する，④建築請負代金請求事件で，当事者が主張していない瑕疵を認定するのは，弁論主義違反であるから，このようなことのないように適切な争点整理をしておかなければならない。

判決起案の段階になって必要な主張がされていないことに気付き，判決釈明という形で，結果的に記録の上では当事者が主張していない事実に基づいた判決となってしまうようなことも避けるべきである。

(2) そのためには，適切な争点整理の結果を弁論準備手続期日調書に記載するほか，整理書面を活用するなどして，争点整理の状況を把握しておくことが必要である。また，事案によっては，裁判所から一覧表を示すのが適当な場合もある。例えば，遺留分減殺請求事件において，遺産の内容について，主張整理が不十分で，判決釈明の形で当事者が主張していない財産を証拠から拾うなどして遺産の内容，価額を認定すると，結果的に当事者に対する不意打ちとなる。このような場合は，裁判所が遺産の一覧表を作成し，それに基づいて，当事者双方に準備書面で主張させた上，主張整理をし，その結果を調書に残すことも一法である。

第2　資料の早期提出等

1　争点整理に必要な資料を的確に提出させるよう注意しなければならない。例えば，次の点に留意すべきである。

①　外国語で作成された診療録が書証として提出された場合には，訳文を添付させる（民訴規138条）。

②　当事者間に争いがなくても，戸籍や登記簿にかかわる事実が判断の基礎となる場合には，戸籍謄本や登記簿謄本を書証として提出させることが望ましい。こうすることにより，相続分等の明らかな事実を間違えるということを防ぐことができる。

2　処分証書については，①争点を明確にするために，その成立につき具体的かつ正確な認否をとる，②真正な文書として提出するのか，偽造文書として提出するのか明らかにすべきものは，その趣旨を明確にさせる，ということも必要である。

第4節　証拠調べ

第1　証拠調べの要否

裁判所は，訴訟が裁判をするのに熟したときに，終局判決をする（民訴法243条）のであり，十分な審理を経ないで判決をすれば，結局，理由が不十分で，当事者に対する説得力を欠いた判決となる。したがって，例えば，重要な書証の成立等，当事者間に深刻な争いがある争点について，人証申請がされているにもかかわらず，人証調べを全くせずに判決することなどについては，慎重に考えるべきであろう。

第2　証拠調べの選択

尋問の対象者の中には，当事者尋問をすべきか，証人尋問をすべきか混同しやすいものもあるので注意を要する。

例えば，補助参加人は証人となるべき者であり，親権者等当事者の法定代理人については，当事者尋問の規定が準用される（民訴法211条）。また，会社の代表者の場合には，その代表権の存否にも留

意する必要がある。例えば，会社の代表者の尋問申請がされた後に，その者が役員交代により代表権を失っている場合もあるので，尋問前に記録を確認すべきである。

第5節　判決言渡し

裁判官の交代があるときは，判決の言渡しに当たり，弁論更新の有無を確認することが必要である。

例えば，前任の裁判官が，被告のうち弁論期日に欠席した者について「弁論終結，判決言渡期日追って指定」としていたところ，後任の裁判官が，口頭弁論再開の手続を採らず，弁論更新の手続もしないまま，他の被告らとともに判決を言い渡す，というようなことはあってはならない。

なお，合議事件の場合には，裁判官の交代を見落としやすいので，弁論終結時はもちろん，判決書作成に当たっても，弁論更新の有無等を再確認すべきである。

第6節　調書の点検

調書を点検することも裁判官の重要な職務である。口頭弁論の方式に関する規定の遵守は，調書によってのみ証明することができる（民訴法160条3項）のであり，調書の記載ミスは，手続の適正さに疑義を生じさせるだけでなく，判決の効力に影響を及ぼすこともある。また，訴訟当事者の信頼を失うことにもなりかねない。

したがって，調書が事実どおり正確に記載されているか，行われた手続について記載漏れがないかをよく確認する必要がある。また，書証目録，証人等目録，証人等調書の1枚目などに記載される事項についても確認を怠ってはならない。その他，手続に従った正しい調書用紙が使われているかといった基本的事項の確認，認め印を忘れないといったことも当然である。

調書の点検における留意事項は，多岐にわたるが，例えば，①口頭弁論調書でいえば，口頭弁論の期日欄，次回期日指定欄が正しく記載され，期日の連続が保たれているか，②陳述されていない準備書面（例えば，相手方に送達又は直送された形跡がないもの）が陳述扱いとされていないか，③裁判官の氏名に誤りはないか，④裁判官の交代に伴う弁論更新がなされているか，⑤口頭弁論終結時に欠席した当事者に呼出手続がされているか等がある。

第7節　法廷等における心構え

第1　法廷等における言動

法廷等における言葉遣いについては，特に当事者本人との関係では，できるだけ平易な用語を用いて分かりやすくすることが必要であり，「書証の成立」等，日ごろ使い慣れた法律専門用語もかみくだいて話すのが相当である。

また，傍聴人にも聞こえるようにやや大きめの声で，かつ，当事者等に自らの意図するところが正確に伝わるようにはっきりと話すことが相当である。裁判官の言動において，当事者の信頼を失わせたり，裁判官が感情的と受け取られるような言動等をして，当事者や証人の感情を傷つけたり，誤解を招くようなことは厳に慎まなければならない。裁判官ないし法律家にとって当然と思われるような表現も，その他の人から見れば違和感を覚えるというようなことも多い。例えば，「慰謝料の相場」といった表現は，被害者の立場からは抵抗感を持つであろうし，関係者，殊に死者の名を呼び捨てにするようなことは，遺族等には人間性に欠けるものと受け止められることもあろう。要は，本人の立場になって，その気持ちを想像してみるといった姿勢が大切なのである。

また，裁判官が事件に真剣な姿勢で取り組むことが当事者の信頼を得るために不可欠であることはいうまでもない。したがって，法

延には，万全の体調で臨み，審理に集中することが必要であり，そのための体調維持，スケジュール管理等を怠ってはならない。

第２　審理に臨む心構え

裁判官は，訴訟手続の主宰者であるから，事件の進行管理に自らも厳格でなければならない。例えば，期日の開始時間を守ることはもちろん，いったん決定した判決言渡期日も厳守すべきであり，安易にこれを先に延ばすことは避けるべきである。また，やむを得ない事情により開廷が遅れたような場合には，当事者に一言謝る等の心掛けが必要である。

第２章　判　決

第１節　はじめに

判決の結論が誤っていなくとも，判決書に明らかな形式的過誤（誤字，脱字，原告と被告の取り違え，主語と述語の不一致など）や，法令の適用，解釈の誤りがあったりすると，裁判所の判断自体に対する当事者の信頼も揺らぐおそれがある。また，事実認定の記載において，証拠の引用等が不適切であると，推論が正当であるといえないことになるし，当事者に対する説得力を持ち得ないものになる。

そうしたことにならないよう，適切な判決書を作成するには，第１に，起案のための時間を十分に確保した上（口頭弁論終結前にある程度のところまで起案しておくことも一法である。），記録を精査し文章を推敲（すいこう）し，いったん判決書が完成した後も，誤りがないかどうかを念入りに点検できるだけの余裕を持つことが肝要である。自分一人の点検では思い込み等により誤記を看過することもあり得るが，これを防ぐため，担当書記官との二重の点検を行うことが望ましい。この場合には，当然のことながら書記官が点検をするのに必要な時間的余裕を取ることができるよう，判決書の原稿を完成させるべきことになる。第２に，起案するに当たっては，適用される法律について十分な調査を行い，自明と思われる条文であっても再確認を怠るべきでない。

判決書を作成し，その点検をするに当たっては，実務上過誤を犯しやすい点などについて予備知識を持ち，これを念頭に置いて作業をすることも有益と思われる。そこで，第２節以下では，このような観点から，判決書の作成及びその点検をする上で役立つと思われる事項を，判決書の記載順序に従い掲げることとした。

第２節　判決書の冒頭部分

1　事件番号，事件名，口頭弁論終結日，当事者の住所・氏名，法定代理人，法人の代表者及び訴訟代理人の氏名については，誤記又は記載漏れに注意する。

2　当事者，代理人等の表示につき留意すべき点としては次のようなものがある。

(1)　被告会社の住所が移転した旨の証明書が提出されるなど，訴訟提起後に当事者の住所が変更されたことが記録上明らかとなっている場合には，変更前の住所を記載しないようにする。

(2)　未成年者が当事者となっている場合には，口頭弁論終結時に成人に達していないかどうかを確認する。成人に達しているのに親権者の表示をするのは誤りである。

(3)　代表取締役の定めのない有限会社の代表者の資格については，「代表者取締役」と記載すべきであって，「代表者代表取締役」と記載するのは誤りである（司法研修所『9訂民事判決起案の手引』7頁。以下「手引」という。）。

(4)　相続財産に関する訴訟について，民法936条1項の規定により選任された相続財産管理人は，相続人全員の法定代理人であり，相続財産管理人としての資格では当事者適格を有しないのであるから（最判昭和47年11月9日民集26巻9号1566頁），相続財産管理人を当事者として表示するのは誤りになる。

(5)　当事者多数の事件で，当事者ごとに異なった訴訟代理人が選任されている場合には，訴訟代理人の表示を誤らないように注意する。また，事件が併合されている場合にも，当事者，訴訟代理人の表示には十分注意し，被併合事件の当事者，訴訟代理人を併合事件の当事者，訴訟代理人と記載するなどの誤記をしないようにする。

3　手形訴訟の判決書については，その表題を「手形判決」とすることを忘れない（民訴規則216条）。少額訴訟についても同様である（民訴規則229条1項）。

第３節　主　文

第１　当事者の請求に対する判断

1　当事者の請求に対する判断に脱漏がないよう注意する。

訴訟係属中に請求の拡張があった場合には，拡張後の請求に対する判断を忘れないよう注意する。

請求の一部を認容する場合に「原告のその余の請求を棄却する。」との記載を忘れたり，予備的請求を認容する場合に「原告の主位的請求を棄却する。」との記載を忘れたりしてはならない（手引10頁）。

2　当事者の請求を超えた判断を主文で行ってはならない。訴訟係属中に訴えの一部取下げや請求の減縮があった場合には，特に注意する。ただし，境界確定訴訟や離婚訴訟における財産分与請求などは，当事者の申立てに拘束されないので，注意する必要がある。

3　債務不存在確認請求事件で，原告主張の債務の一部が存在するという判断をする場合の主文は，全部棄却判決ではなく，「・・・の債務は○○円を超えて存在しないことを確認する。原告のその余の請求を棄却する。」という形の一部認容判決となる。

第２　主文と理由の整合性

主文の内容と理由中の判断との間に不一致があってはならない。

例えば，主文中の遅延損害金の起算日と理由中の起算日とが一致していない，あるいは，損害賠償請求事件の主文での認容額が，理由中に個別に掲げる認容額の合計と一致していないなどといったことのないようにする。

第3　物件，権利関係の特定

主文で物件を表示する場合には，その特定が十分かどうか吟味する（手引18頁以下）。

確認判決においては，確認の対象となる権利関係の特定が十分かどうかについて，よく検討する必要がある。「別紙物件目録記載の不動産に関し，原告の被告に対する何らの債務も存しないことを確認する。」程度の記載では，権利関係の特定がされたとはいえない。

第4　特殊な主文

1　仮執行宣言付き支払督促に対する督促異議申立て後の訴訟においては，判決で，仮執行宣言付き支払督促の取消し，変更又は認可を宣言すべきである（最判昭和36年6月16日民集15巻6号1584頁）。給付判決や単純な棄却判決をしてはならない。

2　執行文付与に対する異議の訴え，請求異議の訴え又は第三者異議の訴えにおいて，執行停止の裁判がされている場合には，終局判決で，既にした裁判を取り消し，変更し，又は認可しなければならない。これを忘れると裁判の脱漏となり，追加判決が必要となる。また，この裁判については仮執行の宣言をしなければならない（民執法37条1項，38条4項）。

第5　訴訟費用

1　訴訟費用については職権で判断しなければならない（民訴法67条）。そこで，訴訟費用の負担の裁判を脱漏することのないようにする。

2　補助参加がされている事件においては，参加により生じた訴訟費用の裁判も必要となる（民訴法66条）。

3　選定当事者が選定されている事件においては，選定者は訴訟当事者ではないから，選定者に訴訟費用を負担させることはできない。

4　被告2名のうち，1名に対する請求は全部認容，他の1名に対

する請求は全部棄却の判決をする場合における訴訟費用の負担の主文の記載については，手引25頁以下を参照。この場合に，民訴法62条，63条の要件を満たしていないにもかかわらず，「訴訟費用は被告らの負担とする。」との裁判をすることは，民訴法61条の原則に反することになる。

5　人事訴訟において，検察官が当事者になった場合に検察官が敗訴したときは，訴訟費用は国庫の負担とすべきであり（人訴法17条），「訴訟費用は被告の負担とする。」とすることは誤りである。

第6　仮執行宣言

1　仮執行宣言の申立てや仮執行免脱宣言の申立てがある場合には，これらに対する判断を忘れないようにする。なお，申立てを認めない場合は，その理由を簡潔に記載する（手引87頁）。

2　登記手続を命じる主文には，仮執行宣言を付さない。

3　手形判決，小切手判決においては，仮執行宣言を付さなければならない（民訴法259条2項）。少額訴訟判決においても，同様である（民訴法376条1項）。

4　執行文付与に対する異議の訴え，請求異議の訴え又は第三者異議の訴えにおいて，執行停止の裁判がされている場合には，終局判決で，既にした裁判を取り消し，変更し，又は認可しなければならず，この裁判については仮執行の宣言をしなければならない（民執法37条1項，38条4項）。（第4の2参照）

5　離婚請求事件で，財産分与を命じる判決に仮執行宣言を付けてはならない。

第7　更正決定

やむを得ず更正決定をする場合には，その内容を十分に吟味し，かりそめにも再度の更正決定が必要となることのないようにする。

第4節　訴えの適法性

第1　正当な当事者

1　固有必要的共同訴訟においては，利害関係人全員が当事者として関与しなければならない。.

共同相続人間における遺産確認の訴え（最判平成6年1月25日民集48巻1号41頁，最判平成元年3月28日民集43巻3号167頁），共有地の境界確定訴訟（最判平成11年11月9日民集53巻8号1421頁，最判昭和46年12月9日民集25巻9号1457頁），共有物分割訴訟は，いずれも固有必要的共同訴訟に該当するから，相続人又は共有者の全員が当事者として関与しなければならない。このうち1名でも欠ければ当該訴えは不適法となるし，共同被告の一部に対して訴えを取り下げたとしても取下げの効力は生じない。

2　債権者が受益者を相手方として提起した詐害行為取消訴訟の係属中に，債務者が破産宣告を受けた場合には，当該訴訟手続は，破産管財人の受継又は破産手続の解止に至るまで中断する（破産法86条）。債権者が提起した詐害行為取消訴訟に債務者が被告として含まれていない場合には，中断を看過するおそれがあるので，十分な注意が必要である。

第2　併合要件

離婚請求と併せて確認又は給付の訴えが提起される場合があるが，人事訴訟事件においては，訴えの併合，反訴の要件が制限されている（人訴法7条）ので，この点について留意する。

第5節　事実及び理由

第1　請求欄

1　新様式判決においても「請求」の記載が必要であり，請求欄には，請求の趣旨（原告の求めた裁判）を正確に記載しなければならない。

2　訴訟係属中に，請求の趣旨の変更があったのを見落とすことがないよう注意する。とりわけ「準備書面」と題する書面の中で訴えの変更が申し立てられているときに見落としがちである。反対に，例えば主張の中で弁済の抗弁を認めていても，請求の減縮の申立てがされていない限り，それがあったものと取り扱うことができないことはいうまでもない。

3　原告の請求が複数の場合，主文との対応関係を誤らないよう注意する。例えば，「主文2項と同旨」とすべきところを，「主文3項と同旨」とするようなことがあってはならない。また，遅延損害金などの附帯請求を一部棄却したにもかかわらず，「主文同旨」と記載することがないようにする。

4　原告の主張から判断すると連帯支払を求めていることが明らかであるのに，訴状における請求の趣旨に「連帯して」又は「各自」との記載が欠落しているときには，連帯支払を求めるのか分割支払を求めるのかを釈明した上で，それに応じた記載をする。

第2　事案の概要欄

1　訴訟物の明示

判決書の事実の記載には，訴訟物を明示する必要がある（民訴法253条2項の「請求」は訴訟物と同義であると考えられている。）。訴訟物は，事案の概要欄の冒頭に記載すると分かりやすい。事案の概要欄の記載は，複文では分かりにくくなる場合もあるので，事案により，単文にして分かりやすくする工夫も必要であろう。

訴訟物の明示が不十分となりやすい例としては，次のようなものがある。

(1)　損害賠償請求の場合に，債務不履行に基づく請求か，不法行為に基づく請求か。

いずれの請求権かによって，遅延損害金の起算日や消滅時効の起算日，遺族固有の慰謝料請求権の有無（最判昭和55年12月18日民集34巻7号888頁）が異なってくる。

(2) 不動産明渡請求の場合に，所有権に基づく請求か，賃貸借契約の終了に基づく請求か。

(3) 契約責任を追及する場合に，債務不履行に基づく請求か，瑕疵担保責任に基づく請求か。

(4) 附帯請求は，利息か遅延損害金か。

(5) 通行権の確認請求や通行権に基づく妨害排除請求の場合に，その通行権の根拠は何か－地役権なのか，囲繞地通行権なのか，それ以外の権利か。

2 事案・争点の明確な記載

(1) 請求の趣旨の変更の場合と同じように，訴訟係属中に当事者の主張（取り分け，請求の原因）が変更されたのを見落とさないよう注意する。この場合，相手方の認否が漏れていないかも確認する。

(2) 新様式判決は，事案に応じて適切に争いのない事実と争点とを書き分けることに主眼がある。個別の事案の把握が容易となる記載を心掛けるべきであり，記載方法のマンネリ化は避けなければならない。

「争いのない事実等」には，事案に応じて当事者の身分関係にも触れた方がよい場合がある。多くの事情を盛り込みすぎるとかえって分かりにくくなることもある。あくまで，その事案に応じた記載を工夫すべきである。

(3) 「争いのない事実等」を摘示するときは，争いのない事実と証拠による認定が必要な事実を取り違えないよう注意する。証拠により認定した事実を摘示するときは，証拠を記載する。

人事訴訟事件では，自白に関する法則が適用されないから，「争いのない事実」を摘示することはできない。自白法則の適用のある損害賠償請求等が併合されている場合に間違うことがある。また，独立当事者参加訴訟や必要的共同訴訟で，一部の

当事者が争っている場合にも気を付ける必要がある。

(4) 新様式判決は，当事者が真に争っている争点（中心的争点）とそれに対する裁判所の判断を分かりやすく示すため，形式的な記載や重複的な記載は避ける工夫をしている。これは，要件事実論に裏付けられた事実整理を当然の前提とするものである。新様式判決であるがために主文を導くための要件事実の記載が欠けたり，主張立証責任の分配を誤ったりするということがあってはならない。

新様式判決で事実摘示を落としがちなものとしては，次のようなものがある。

① 売買契約の債務不履行による解除が主張された場合における，a同時履行の抗弁権を失わせるための解除者からの履行の提供，b解除の前提としての催告

② 遅延損害金の起算日の根拠

遅延損害金の起算日については，「弁済期の翌日から」「請求の後である訴状送達の日の翌日から」など，どのような根拠に基づくものかを明らかにする。

③ 商事法定利率が適用される根拠

(5) 当事者の提出する書面では，積極否認と抗弁，主要事実と間接事実等が区別されずに記載されていることが少なくない。要証事実の記載を誤らないためには，当事者の提出した書面の写しを漫然と別紙として添付したり，その内容をそのまま書き写したりすることは避けた方がよい。

3 法令適用の検討

(1) 基本的な法律問題でも再確認を怠らない。

注意すべきものとして，例えば，次のようなものが挙げられる。

① 外貨建債権につき円貨で請求されている場合には，円貨に

よる債権額は口頭弁論終結時の外国為替相場で換算した金額とする（最判昭和50年7月15日民集29巻6号1029頁）。

② 相殺について判断する場合には，相殺適状の時期をよく検討する。

例えば，期限の定めのない債権による相殺については，催告によって相殺適状になるのではなく，債権の成立によって相殺適状になる。期限の定めのない債権について，遅滞に陥る時期と請求することができる時期とを混同してはならない。

③ 交通事故等の人身事故による損害賠償請求事件では，全損害額から過失相殺による控除をした後に既払金を控除する。全損害額から，既払金を控除した後に過失相殺による控除をしてはならない。

④ 労災訴訟で，債務不履行（安全配慮義務違反）に基づく損害賠償請求権及び遅延損害金請求権が主位的訴訟物，不法行為に基づく損害賠償請求権及び遅延損害金請求権が予備的訴訟物となっている事案においては，債務不履行に基づく損害賠償請求を認容したときの遅延損害金の起算日は，事故発生日ではなく請求の日の翌日である。

債務不履行に基づく請求と不法行為に基づく請求とがあるときは，遅延損害金の起算日に注意する。

⑤ 不法行為による損害賠償請求において，遅延損害金の割合を年6分としてはならない。債務不履行による請求と併せて請求されているときは，注意を要する。

⑥ 名誉毀損の不法行為による慰謝料請求事件では真実性の証明だけでは抗弁とならず，当該行為が，公共の利害にかかわる事実に係るものであって，専ら公共の利益を図るためになされたものであることが必要である（最判昭和41年6月23日

民集20巻5号1118頁）。

⑦ 遺留分減殺請求事件で，共同相続人のほかに包括受遺者がいるときは，共同相続人のみならず包括受遺者も債務を承継するので，その前提で遺留分侵害額を算定する。

⑧ 株式は，共同相続されたときには，当然分割されるものではなく，共同相続人が準共有するものであるから，株式に対して遺留分減殺請求がされた事案では，減殺請求者の取得株式を，株数ではなく，共有持分で認定する。

(2) 権利取得等の効力発生について，民法以外の法律に定められた要件を看過することがないよう注意する。

注意すべきものとして次のものが挙げられる。

① 農地は，所有権の移転，賃借権等の設定・移転に農業委員会又は都道府県知事の許可が必要である（農地法3条，5条）。賃貸借契約の解除，解約申入れ等には，都道府県知事の許可が必要である（同法20条1項）。

② 借地上の建物が競売により所有権が移転された場合，借地権設定者が賃借権の譲渡を承諾しないときは，裁判所の承諾に代わる許可が必要である（借地借家法20条1項）。

③ 停止条件付代物弁済契約の条件成就（弁済期の経過）に基づく所有権移転では，清算金の見積額の通知等が必要である（仮登記担保法2条）。

④ 貸金業法による任意支払利息の充当には，受取証書等の交付が必要である（貸金業法43条）。

⑤ 普通解雇としての即時解雇では，解雇予告手当の提供が必要である（労基法20条）。

⑥ 納付済みの税金が不当利得であるとしてその返還を求める訴訟は，民事訴訟ではなく，公法上の不当利得返還請求訴訟，すなわち実質的当事者訴訟である。課税処分に基づき税金が

納付されたときは，「不当利得」となるためには，課税処分が無効であるとの主張立証がされること，又は課税処分が取り消されていることが必要である。

第3　争点に対する判断

1　説得力ある事実認定

事実認定に当たっては，判決にどの程度記載するかは別として，部分的な個々の事実を認定し，その総合としての客観的な事実を確定し，反対証拠を排斥し，主要事実を判断するという作業を着実に行うことが肝要である。

(1)　認定事実と評価の区別

事実認定に当たっては，認定した事実，認定の補足説明（ある証拠を当該事実認定の根拠とはしない理由等），認定事実を前提とした判断を明確に区別して記載すべきである。事実を認定せずに評価だけを記載したり，事実認定の説示の中に，「と考えられる。」，「と考えるのが相当である。」等の表現を用いて，事実を認定したのか，事実認定の結果に基づく判断・評価を下したのか判文上分かりにくい，といったことにならないように心掛ける必要がある。

(2)　証拠を排斥する理由の明示

客観的な事実を確定するだけでなく，対立する証拠を排斥する理由の説明も必要な場合がある。相対立する有力な証拠があるのに，他方を一方的に排斥するのみで，排斥理由を具体的に説明しなかったり，契約書などの書証があるのに，その排斥理由が不明確であったりすると，事実認定の記載としては不十分ということになる（最判昭和32年10月31日民集11巻10号1779頁）。

(3)　事実認定の説示

①　主要事実を直接証明する証拠がなく，事実経過の認定が必

要である事案において，「証拠によれば請求原因事実が認められる。」との説示で済ませるのは不十分である。

当事者が具体的な事実関係を主張し，これを裏付ける証拠を提出している場合には，これに対する具体的な判断を行うべきである。例えば，慰謝料請求事件において，原告が，精神的損害を受けたことの根拠に十分なり得る事実関係を主張し，しかも，それを一応裏付ける証拠を提出しているような場合には，その事実関係の有無について事実認定をし，精神的損害の有無について判断を行うべきである。

②　事実上の検証を実施し，その際撮影した写真を当事者が書証として提出した場合には，採用に当たって，その内容が十分なものであるか否か検討すべきである。撮影した写真の内容が不十分であったため，判決において事実上の検証で認識したが写真の内容にはない事実を認定するなど証拠に基づかない認定をする結果となってしまうことがないように気を付けなければならない。

③　損害賠償請求事件では，判断の客観性を担保するために，また，当事者に対する説明という見地からも，財産上の損害額の計算過程を明示する。

(4)　計算間違いの防止

当事者が計算して提出してきたものについては，違算の可能性もあるから，裁判所として別途検算をすべきである。

例えば，横領を理由とする損害賠償請求事件や，売掛代金請求事件などで，原告が大量の資料に基づいて集計表を提出した場合には，裁判所として，その集計方法や計算過程に誤りがないかどうか検算しておく必要がある。

2　正しい判断順序と漏れのない判断

(1)　判断の順序を整理すること

複数の請求がある場合，並列的，予備的，選択的等の判断順序の確定が必要である。

複数の訴訟物が選択的に請求されている事案では，理由中に，裁判所が認容した請求の訴訟物を明示すべきである。

(2) 相殺の抗弁は最後に判断すること

相殺の抗弁には既判力が伴うので，他の抗弁を判断した後に判断すべきである。相殺の抗弁と他の抗弁が主張されているときに，相殺の抗弁を先に判断してしまうのは典型的な判断順序の誤りである。また，相殺の抗弁が主張されている事案で，受働債権（請求債権）の存否につき確定的な判断をすることなく，「仮に，請求債権があったとしても，抗弁で主張された自働債権がその額を上回るから，請求債権は相殺により消滅した。」と判示して，請求を全部棄却するのも同様に誤りである。

(3) 判断の脱漏を避けること

請求に関する判断順序を明確にしておかないと，判断の脱漏という過誤を犯しやすい。

例えば，原告が請負契約の債務不履行による解除を主張して前渡金の返還を請求した場合に，被告からの合意解除の主張を受けて原告が予備的に不当利得の返還を請求したとき，原告の請求を棄却するには，被告の債務不履行の存否について判断するだけでは足りず，不当利得返還請求権の有無についても判断する必要がある。判断順序を明確に認識していないと，後者の判断を忘れることが生じかねない。

(4) その他

不動産に関する事件で物件が複数の場合，損害賠償請求事件で損害の費目が多数の場合などには，次のようなことがないように注意する。

① 広大な土地上に存する建物につき，原告が更新拒絶による

建物賃貸借契約の終了に基づく建物の明渡しを求め，併せて，所有権に基づき，建物の敷地となっておらず，建物賃貸借とは無関係な土地部分の明渡しを求めている事案において，建物ばかりでなく，誤って土地についても正当事由の補完としての立退料の支払と引換えに明渡しを認容する。

② 交通事故による損害賠償請求事件で，医療費，交通費，入通院慰謝料，後遺障害による逸失利益及び慰謝料，弁護士費用を具体的な金額で認定しながら，弁護士費用を除いた費目の合計金額に過失相殺した金額を主文に掲げ，弁護士費用を加算するのを忘れる。

第6節　別紙目録，別紙図面

1　別紙目録，別紙図面の点検を怠らないこと

別紙目録，別紙図面に関しては，過誤が生じやすいので気を付ける。

例えば，本文で引用する別紙物件目録の添付を忘れたり，物件目録の土地の所在及び地番が誤っていたりすることがないようにしなければならない。訴状記載の物件目録と実際の物件との同一性についても確認を怠るべきではない。訴状等に添付された図面に不備があればこれを補正させた上で審理を進める必要がある。

2　図面の基点は明確にし，双方の主張を同じ図面上で整理すること

図面の基点が明確でないと，判決の内容が実現できない。基点が不明確な図面や，当事者本人の提出した手書きの見取図程度の図面では，判断の内容が不特定となる。

境界確定訴訟で原告の主張線と被告の主張線をそれぞれ別の図面に記載すると，争いとなる範囲の確定が困難となることが多いから，同一図面上に双方の主張線を記載することが望ましい。また，複数の図面を用いる場合には，同じ地点を表す記号は同じものを用いな

いと混乱を招く。

3　本文と一体性を持たせること

判決の末尾に，図面や一覧表等を添付する場合には，通し頁数を記載して本文との一体性を明示するか，又は契印をすべきである。

第7節　その他

略称等を用いる場合は，その使い方に混乱を生じないよう，次のような点に注意する。

① 数次にわたって分筆されている土地については，どの時点における登記簿上の土地を指しているのか分かるような定義を心掛ける。

② 一棟の建物とそのうちの一部が問題となっている事案については，「本件建物」，「本件建物部分」と分けて定義するなどして，明確に区別できるような工夫が必要である。

③ 数筆の土地を定義する場合には，「本件土地１」，「本件土地２」などと定義するより，「本件○○番の土地」，「本件○△番の土地」などのように，地番を引用した方が分かりやすい場合もある。

第3章　事件類型別の留意点

第1節　はじめに

この章では，事件の類型別に，審理又は判決をするに当たって注意すべき点を列記した。なお，重要な点については，第1章，第2章と重複をいとわず掲載した。

第2節　土地所有権確認・境界確定訴訟

第1　判決で図面を使用する際の留意点

1　地点が特定されているかどうか，確認する必要がある。

求積のための図面において，対象となる土地が多数の三角形に分けられ，各三角形の底辺と高さが記入されていても，結局各地点の位置が不明確ということ（いわゆる三斜法により作成された図面）もあるので，注意を要する。

2　原告の主張と被告の主張が異なる図面を基にしてされ，しかも両図面で建物の位置などが異なっているのに，双方の図面をそのまま判決に添付して当事者の主張を摘示すると，当事者の主張の対比が分かりにくくなるおそれがある。同一の図面で双方の主張が行われるよう，配慮すべきである。

3　判決に添付された複数の図面相互間で，地点を表示する符号が不統一であると（例えば，同じAの符号をもって表示された地点が，第1図面と第2図面とで異なるような場合），判決が分かりにくいものとなる。

4　判決本文で指摘した地点の表示が，図面で欠落することのないようにする。また，図面を縮小コピーするときは，記号が読み取れなくなる場合もあるので，点検する必要がある。

第２　境界確定訴訟の留意点

１　共有地の境界確定訴訟は固有必要的共同訴訟に該当する（最判平成11年11月9日民集53巻8号1421頁，最判昭和46年12月9日民集25巻9号1457頁）から，共有者の全員が当事者として関与しなければならない。このうち１名でも欠ければ当該訴えは不適法となるし，共同被告の一部に対して訴えを取り下げたとしても取下げの効力は生じない。

２　甲地と乙地の境界確定訴訟において，甲地と乙地との間に公道が存在するなどの理由で両土地が隣接していないとの認定に達した場合には，当該訴えは，当事者適格を欠く不適法なものとなるから，却下すべきである（最判昭和59年2月16日判時1109号90頁）。

３　原告が，甲地と乙地の境界確定を求めている事件で，甲地が乙地だけではなく，被告所有の丙地にも接していることが認定されたからといって，主文で，甲地と丙地の境界をも確定してはならない。

第３　その他

甲地の所有者X_1と，これに隣接する乙地の所有者X_2が，甲，乙両土地に接する丙地の所有者Ｙとの間で，これらの土地のいずれかに含まれる係争地の所有権の確認を求めた訴訟において，係争地がＹではなくＸらの所有であるとの認定に達した場合に，X_1，X_2の所有部分を確定することなく，単に「係争地がX_1及びX_2の所有であることを確認する。」との判決をするのは誤りである。

第３節　土地建物の賃貸借関係訴訟

第１　訴訟物の的確な把握

１　紛争に関係する不動産として土地と建物の双方がある場合，訴訟物を的確に把握することが大切である（22頁参照）。

２　建物収去土地明渡請求事件において，訴訟物及びその請求原因

事実を十分意識しないと，事案の概要欄に土地賃貸借契約終了に基づく請求である旨その訴訟物を明示しながら，理由では当該賃貸借契約締結の事実を認めるに足りる証拠はない旨判示して原告の請求を認容する，ということが生じるおそれがある。

第２　攻撃防御方法の把握

賃貸借契約終了に基づく目的物返還請求訴訟においては，どのような終了原因が典型的に考えられるのかを理解しておくべきである。例えば，建物賃貸借契約の終了原因として賃借権の無断譲渡解除と用法違反解除が主張されている事案で，用法違反の有無が主たる争点であるにもかかわらず，これを賃借権の譲渡の背信性を基礎付ける事実の一つとしてのみ摘示することは主張整理として不十分である。

第３　その他

１　賃借人の相続人が複数いる場合において，賃貸人が賃借人の死亡後の賃貸借契約解除を主張して賃貸不動産の返還を求めるケースでは，解除の不可分性（民法544条）に留意する必要がある。

なお，相続人のうちの１名のみが当該不動産を占有している場合でも，その者が単独で賃借権を承継したというためには，遺産分割協議が成立した等の事実が存することが必要である。したがって，そのような事実に関する主張立証がないにもかかわらず，当該相続人による賃借権の単独承継を前提としてその者に対する意思表示のみで賃貸借契約の解除を認めることはできない。

２　賃借権の譲渡には貸主の承諾が原則として必要である。そこで，建物が競売により所有権移転されたケースで借地権の有無が争いになっている事件で，地主の土地賃借権譲渡の承諾もなく，これに代わる借地借家法２０条の許可もないのに借地権ありとすることはできない。

３　不動産賃貸借関係訴訟では，借地借家法の経過規定をよく確認

し，同法が適用されるのか，旧借地法，旧借家法等が適用されるのかを誤らないようにしなければならない。

第４節　農地取引に関する訴訟

農地取引に関する訴訟においては，農地法の規定を確認する必要がある。例えば，農地法３条では，農地について所有権を移転したり，賃借権を設定するには，原則として当事者が農業委員会等の許可を受けなければならないこととされている。また，同法５条では，農地を農地以外のものに転用する目的で権利移動するためには，原則として都道府県知事等の許可が必要とされている。さらに，同法２０条１項では，農地の賃貸借の当事者は，同項に規定する所定の場合を除いて，都道府県知事の許可を受けなければ，賃貸借契約の解除をし，解約の申入れをし，合意による解約をし，又は契約の更新を拒絶してはならないとされている。

したがって，農地法が定める許可不要のケースでないにもかかわらず，次のような判断をすることがないよう注意しなければならない。

① 畑の売買で，同法３条の許可がないのに所有権移転を認め，所有権確認請求を認容する。

② 農地の賃借権確認請求事件で，同法３条の許可がないのに認容する。

③ 賃貸借契約の解除に基づく農地の引渡請求において，同法２０条１項による都道府県知事の許可がないのに，原告（貸主）の請求を認容する。

第５節　建築関係訴訟

建築関係事件において，請負代金額が争点の場合には，残工事，追加工事等についての細かな吟味を，建築の瑕疵が争点の場合には，その瑕疵についての十分な整理を行う必要がある。

① 着工後の工事の変更額が争点となっている建築請負代金請求事件においては，当事者の主張及び書証の数字の記載に，減工事額と区別された意味での純粋の増分を増工事額としている部分と，増工事額から減工事額を控除した残額を増工事額としている部分とが不統一のまま混在している場合があるので，その額を計算するに当たっては，変更工事部分を二重に加算したり控除したりしないよう注意する。

② 請負の瑕疵担保責任に基づく損害賠償請求権の有無が争点となった事件において，当事者が主張した瑕疵の有無及びその損害額について鑑定を命じる場合には，鑑定人が当事者の主張した瑕疵部分について正しく鑑定するように事前に注意を促す必要がある。また，当事者の主張する瑕疵部分と鑑定人が鑑定した瑕疵部分とが食い違ったまま，漫然と鑑定書添付の瑕疵一覧表をそのまま判決に添付して，鑑定どおりの額で損害を認定したりしないように注意する。

第６節　交通事故訴訟

第１　自賠法３条

運行供用者に対する自賠法３条に基づく請求において，物損についての請求を認めることは誤りである。

第２　損害額の算定

１　損害額を算定するに当たっては，全損害額から過失相殺による控除をした後に既払金を控除すべきであって（最判平成元年4月11日民集43巻4号209頁），既払金を控除した後に過失相殺による控除をしてはならない。しかし，国民健康保険法64条の求償請求に応じて加害者が健康保険組合に支払った額も損害のてん補として主張されることがあり，被害者が健康保険負担の治療費も損害として計上するときは，例外的に過失相殺する前に，保険者の求償に応じて支払った分を控除するのが相当である。

2　損害額を算定するに当たっての計算過程は，判決の理由中に明示すべきである。理由を読んでも算出根拠が分からないというような判決書を作成してはならない。

3　損害費目が多岐にわたる場合，請求されている損害費目とこれに対する判断とが一致しているかどうか，よく点検すべきである。すなわち，損害を算定する場合，原告から主張のない損害の費目（例えば，治療費，葬儀費用，休業損害，慰謝料）については，裁判所はこれを認定することができず，その限度で弁論主義の適用がある。また，認容額については，裁判所は原告の請求する総額以上の額を認容することはできず，その限度で処分権主義の適用がある。

しかし，裁判所は，それ以上に原告の請求・主張に拘束されるものではない。第１に，損害の費目間の流用が許される（最判昭和48年4月5日民集27巻3号419頁）。第２に，裁判所は，原告の主張する損害算定方法に拘束されない。例えば，使用する賃金センサスの年度，生活費控除率の割合，就労可能年数，中間利息控除の方式などは，裁判所が相当と判断するものを使用して損害額を算定することができる。

4　認定事実と損害額との間に矛盾がないかどうかも十分吟味すべきである。

治療期間１８日（実通院日数７日）で全治とされているのに，休業損害３０日分を認めたり，修理期間中の代車料を全部認めると同時に，同一期間にかかる通院タクシー代を認めたりすることのないようにする。

5　損害額について，主文と理由との間に食い違いがあってはならない。

医療費，交通費，入通院慰謝料，後遺障害による逸失利益及び慰謝料，弁護士費用を具体的な金額で認定しながら，弁護士費用

を除いた費目の合計金額に過失相殺した金額を主文に掲げ，弁護士費用を加算するのを忘れるなどといったことのないようにする。

6　損害のてん補の対象についても，次のような点に注意を要する。すなわち，自賠責保険給付は，損害賠償請求権全体を対象としててん補が行われるが（最判平成10年9月10集民189号819頁），社会保険給付は，保険給付と損害賠償とが「同一の事由」の関係がある場合に限って損害のてん補がされる（最判昭和62年7月10日民集41巻5号1202頁）。例えば，通勤途上の交通事故については労災給付金が支払われるが，休業補償給付は，消極損害にてん補されるだけであって，治療費等の積極損害や慰謝料にてん補することは許されない。

第７節　労働訴訟

労働訴訟においては，権利の濫用や合理性など，規範的要件が問題とされることが多いので，裁判例などに十分に当たって，審理，判断することが肝要である。また，注意すべき点として次のようなものが挙げられる。

1　原告が懲戒解雇の無効確認請求及び未払賃金請求の訴訟を提起したときは，懲戒解雇の無効確認請求の請求の趣旨を現在の法律関係の確認（雇用（又は労働）契約上の権利を有する地位にあることの確認）に変更させるべきである。

2　解雇予告手当，割増賃金等を支払わない使用者に同額の付加金の支払を命ずる場合（労基法114条），付加金の支払義務は，その支払を命ずる裁判所の判決の確定によって初めて発生するから（最判昭和50年7月17日集民115号525頁），付加金の支払を命ずる部分について仮執行宣言を付することはできない。

3　解雇予告手当（労基法20条1項）は，労働契約に基づいて発生

するものではなく，労基法に基づいて発生するものであるから，その遅延損害金の利率は民法所定の年５分とすべきである。

4　解雇予告手当の額は，３０日前にその予告をしない場合，３０日分の平均賃金額であり，１か月分の賃金額ではない。平均賃金の算定は，労基法１２条，同法施行規則等の法令・通達を調査し，これらに反することがないように慎重に行うべきである。

5　割増賃金の算定においては，家族手当，通勤手当その他厚生労働省令で定める賃金は，基礎賃金から除外される（労基法37条4項，なお，月給制の場合の賃金算定方法については施行規則19条1項4号）。法定時間内の労働については，所定労働時間を超える場合であっても，労基法による割増賃金を支払う義務はない（この時間に対応する通常の賃金の支払義務はある。）。割増率は，労基法３７条，割増率令（労基法37条1項の時間外及び休日の割増賃金に係る率の最低限度を定める政令），同法施行規則２０条に定めるとおり，時間外労働は２割５分，深夜労働は２割５分，休日労働は３割５分であり，時間外労働と深夜労働が重複する場合は５割，休日労働と深夜労働が重複する場合は６割，休日労働と時間外労働が重複する場合は３割５分が，いずれも最低限とされている。

6　賃金全額払の原則（労基法24条1項）により，賃金債権は，相殺の対象とすることができないから（最判昭和31年11月2日民集10巻11号1413頁，最判昭和36年5月31日民集15巻5号1482頁），使用者は，合意による相殺（最判平成2年11月26日民集44巻8号1085頁）や，いわゆる調整的相殺の主張以外には，労働者からの賃金請求に対し相殺の抗弁を主張することはできない。労働の対償（労基法11条）としての性質を有する限り，退職金についても同様である。

第８節　人事訴訟

人事訴訟において注意すべき点として，次のようなのものが挙げられる。

1　人事訴訟における土地管轄は専属管轄であるから，管轄の有無には注意を要する（人訴法1条，24条，27条）。

2　人事訴訟と併合された事件について，併合要件の有無を確認する。反訴が提起されたときは，反訴として取り扱うことができるかどうかを確認する（人訴法7条，8条，26条，32条3項）。

3　人事訴訟では，自白に関する法則が適用されないから，判決に「争いのない事実」を摘示しないよう注意する（人訴法10条2項，26条，32条1項）。同法則の適用のある損害賠償請求等が併合されている場合に間違いやすい。

4　人事訴訟において，被告が第１回口頭弁論期日に欠席した場合には，公示送達の場合を除き，更に期日指定をしなければならず，出頭当事者に弁論をさせてはならない（人訴法11条，26条，32条1項）。

5　人事訴訟では，調停を経ているか否かを必ず確認する（家事審判法18条）。

6　人事訴訟において，検察官が当事者になった場合に検察官が敗訴したときは，訴訟費用は国庫の負担とすべきである（人訴法17条）。「訴訟費用は被告の負担とする。」とすることは誤りである。

7　離婚請求事件で，財産分与を命じる判決に仮執行宣言を付けてはならない。

第９節　相続関係訴訟

相続関係訴訟は，特に主張整理・争点整理を十分に行うことが重要である。注意すべき点として，次のものが挙げられる。

1　遺留分減殺請求事件では，遺産の内容について，当事者に主張を尽くさせて，裁判所が自ら一覧表を作成して整理するなど十分な主張整理が必要である。これを怠って，判決釈明の形で，当事者が主張していない財産を証拠から拾うなどして，遺産の内容，価額を認定し，結果的に当事者に対する不意打ちとなることがないように注意する。

2　遺留分減殺請求事件において，共同相続人のほかに包括受遺者がいる場合には，共同相続人のみならず，包括受遺者も債務を承継する前提で，遺留分侵害額を算定しなければならない。

3　相続人が複数いる場合の遺産の確認の訴えは必要的共同訴訟であるから，相続人の一人を当事者にしないまま判決したりしないよう注意する。

第10節　破産手続が関係した訴訟

破産手続が通常訴訟にどのような影響を与えるかに注意すべきである。係属中の訴訟手続がどうなるか，破産債権に関する訴訟の扱いがどうなるか，取戻権の基礎となる権利の要件は何か（対抗要件具備が必要等）といった点を理解しておく必要がある。また，否認権という破産法上の制度についての正確な知識も不可欠である。以下，若干の具体的な留意点を指摘することとする。

第1　破産管財人の立場

破産財団に関する訴訟については，破産管財人が当事者適格を有する（破産法162条）が，次の点に留意すべきである。

1　破産財団に属する建物に関する土地所有者からの建物収去土地明渡請求訴訟については，破産管財人が被告となるが，損害金請求のうち破産宣告前の占有に基づく部分は，破産債権であるから，債権調査・確定手続にゆだねられる（最判昭和59年5月17日判時1119号72頁）。

2　破産管財人は，物権変動の対抗要件等の関係では，差押債権者と同一の地位に立つから，破産宣告前の契約に基づく破産管財人に対する登記請求は，原則的に認められない。

第2　債権者取消訴訟の中断

債権者が受益者を相手方として提起した詐害行為取消訴訟の係属中に，債務者が破産宣告を受けた場合には，当該訴訟手続は，破産管財人の受継又は破産手続の解止に至るまで中断する（破産法86条）。債権者が提起した詐害行為取消訴訟に債務者が被告として含まれていない場合には，中断を看過するおそれがあるので，十分な注意が必要である。

第3　否認権の行使

1　否認権は，詐害行為取消権と異なり，必ずしも訴えの方法により行使する必要はなく，抗弁においても主張できるが，裁判外での行使はできない（破産法76条）。

2　不動産の権利変動について否認権が行使された場合の登記は，否認の登記であり（破産法123条），抹消登記ではない（最判昭和49年6月27日民集28巻5号641頁）。