

令和 8 年 1 月 7 日

令和版「民訴法」初学者用の入門レジュメ（予備試験過去問解説編）

捧 大地

平成 30 年・予備試験「民訴法」参考解説（設問 1）

【予習事項（設問 1）】

- ・『リーガルクエスト民事訴訟法』（第 4 版）548～552 頁
- ・ねんネコ塾レジュメ「同時審判申出共同訴訟」、「主観的予備的併合」

【予習判例（設問 1）】

- ・最判昭和 43 年 3 月 8 日（民集 22 卷 3 号 551 頁〔百選 6 版「A28」〕）
 - ・最大判昭和 43 年 4 月 24 日（民集 22 卷 4 号 1043 頁〔商法判例百選「30」〕）
-

第 1 設問 1 について

1 請求定立・訴訟構成の仕方

まず、X としては、①Y に対する請求と Z に対する請求を単純併合として請求定立する方法が考えられる。次に、②法 41 条による同時審判申出共同訴訟を利用する方法、さらに、③主観的（主体的）予備的併合と構成することも考えられる。

2 問題の所在 ～両負けの危険～

上記①の方法（単純併合）とした場合、弁論分離権（法 152 条 1 項）が裁判所の権能であるので、弁論が分離された場合、Y に対する請求では本件絵画の買主が Z であると認定されて敗訴し、Z に対する請求では本件絵画の買主が Y であると認定されて敗訴するという、いわゆる「**両負けの危険**」が存する。

そこで、X（の訴訟代理人 L1）としては、両負けを防ぐ方法すなわち「弁論の分離がなされない**保障のある方法**」を採用したい。

3 売買代金の残部（200 万円）の請求部分について

本設問の X としては、本件絵画の買主が「Y 又は Z」の**どちらか**であるとして、**確実に、片一方の被告**に対する売買代金の残部 200 万円の支払請求の**認容判決**を得たい。

(1) 法 41 条 ～同時審判申出共同訴訟～

さて、共同被告に対する請求が「法律上併存し得ない関係にある場合」には、同時審判申出共同訴訟（法 41 条）を利用することにより、裁判所が「弁論及び裁判〔を〕分離しないであらなければならない」（同条 1 項）。すなわち統一審判が保障される。これにより、原告は上述の「両負け」の危険を回避することができる。

(2) 「法律上併存し得ない場合」

「法律上併存し得ない場合」とは、「一方被告に対する請求原因事実が、他方被告においての原告の請求を排斥する抗弁事実に該当する」ことをいう。

本設問の売買代金残部請求部分（金 200 万円）については、後掲するように「法律上併存し得ない関係にある場合」である。

(3) 小括

したがって、X は、本件売買代金残部請求部分については、同時審判申出共同訴訟（法 41 条）を利用することにより、両負けを防ぐ統一審判を得ることができる。

4 一部既受領部分（100 万円）の契約の相手方の確定に関して

次に、本件売買に関係した X の一部既受領部分（100 万円）に関して、Z 社の代表者である Y が設問文に表れているように誠実な態度ではないので、後日に、100 万円部分についても紛争が生じるかもしれない。X（の代理人弁護士である L1）としては、後日の紛争を防ぐため、この 100 万円部分に関しても、①買主が Y であったのか Z であったのか、さらには、②第三者弁済（民法 474 条 1 項）であったのかどうか等、が不確定であるので、当事者及び弁済者を確定し、X の給付保持力を護らなければならない。

そして、本設問においては、Y の上述の態度により、100 万円部分についての契約の当事者等を確定する「確認の利益」が X に認められる。

(1) いかにして両負けを防ぐ統一審判を図るのか

残部請求 200 万円については、上述のように「法律上併存し得ない場合」であるので、同時審判申出共同訴訟（法 41 条）により、弁論及び裁判の併合強制ができる。

しかしながら、一部既受領部分については、まず、①訴訟物が異なると解される。そして、②第三者弁済か否かという判断は、明確に「法律上併存し得ない場合」とは断定できないことから、「事実上併存し得ない場合」と判断せざるを得ない。

(2) 「事実上併存し得ない場合」に裁判所に統一審判を保障させる方法

法 41 条は、文言として「法律上併存し得ない関係にある場合」と明確に制限をかけている。そして、この制限は、平成 8 年法 109 による平成の民訴法改正経緯¹に照らしても明らかである。同議論の中で、「事実上併存し得ない場合にまで同時審判の保障を拡げることは、その適用範囲を不明確なものにし、適当ではない²」とされている。

(3) 最高裁昭和 43 年判決以後の主観的予備的併合を適法とした下級審裁判例

ア 判例

判例（最判昭和 43 年 3 月 8 日・民集 22 卷 3 号 551 頁〔百選 6 版「A28」〕）は、「予備的請求の被告とされた者にとってはその請求の当否についての裁判が

¹ 詳しくは、拙稿「主観的予備的併合『適法論』」で改正経緯を紹介している。

² 法務省民事局参事官室編『一問一答新民事訴訟法』（商事法務研究会、1996）59 頁

なされるか否かは他人間の訴訟の結果いかんによることとなるわけであって、応訴上著しく不安定、不利益な地位に置かれることになり、原告の保護に偏するものであるから、かかる訴訟形式は許されないものと解するのが相当であり、しかも併合された予備的請求はこれを分離するとそれ自体としては条件付訴として不適法なものになるといわねばならない」と判示した原審の判断に対して、「訴の主観的予備的併合は不適法であつて許されないとする原審の判断は正当である」と判示した。

イ 最高裁昭和 43 年判決以後の主観的予備的併合を適法とした下級審裁判例

さて、最高裁昭和 43 年判決以後も主観的予備的併合を適法とした下級審裁判例（大阪高判 S54.12.13(判タ 414 号 99 頁)、名古屋地判 S60.2.14(判時 1173 号 95 頁)、東京高判 S47.2.17(判時 659 号 57 頁)等）がある。

これらの下級審裁判例（資料後掲）を総合すると、「本設問事案のように、同一人に対し、個人責任を追及する請求とともに株式会社の代表者としての株式会社自体に対する請求を予備的に併合して請求する場合には、同一人が共同被告の訴訟行為を行うのであるから、主観的予備的併合による訴訟形態を許しても、最高裁昭和 43 年判決が指摘するような被告の訴訟上の地位を不安定、不利益にする弊害は乏しいし、かつ不安定な地位に置かれてもやむを得ない事情が認められるというべきである」と解せられる。

したがって、このような事案においては、主観的予備的併合による訴訟形態を許容してもよく、前記判例に反しないと解せられる。

ウ 小括

以上に述べた通り、本設問事案においては、最高裁昭和 43 年判決が指摘するような被告の訴訟上の地位の不安定は乏しいし、かつ不安定な地位に置かれてもやむを得ない事情が認められるというべきであるから、主観的予備的併合の形態が認められ、これにより X の両負けの危険を回避できる。

5 主観的予備的併合の「一般論」としての「適法論」について

これについては、拙稿「主観的予備的併合『適法論』」（平成 21 年 1 月 26 日執筆）において論証している。または、その概略を解説したねんネコ塾レジュメ「主観的予備的併合」をご一読頂きたい。

（参考解説、以上）

<あとがき>

本設問の「肝」は、一部既受領部分があることである。これが仮にない場合には、本設問は単に「法律併存し得ない場合」であるから、主観的予備的併合に言及する必要のない事案である。

しかし、この一部既受領部分があるがために、本設問は「事実上併存し得ない場合」になり、法 41 条では弁論及び裁判の併合強制ができない（統一審判の不可）ために、両負

けの危険が法 41 条の制定（平成 8 年法 109）後である現在であっても存するのである。

したがって、依然として主観的（主体的）予備的併合の有用性・必要性がある。

主観的予備的併合を不適法とする最高裁昭和 43 年判例が、判例変更がなされていない
現状下において、この問題は日本の民事裁判籍に服する全員がその「両負け」の危険に、
依然として、直面しているのである。

この「適法論」を論証した拙論文は、日本のすべての裁判官・弁護士諸氏にご一読頂きたいものである。

草々

●本設問：残部請求が「法律上併存し得ない場合」に該当するという判断について●

1 事実概要

事実：Y は、株式会社 Z の代表取締役である。

Y（の代理人弁護士 L2）の通知書の記載内容：

- ①本件絵画は「株式会社 Z の応接間に掛けるために購入したものであ」ること、及び「そのことについては X に説明していた」ということ
- ②「X に支払済みの代金は株式会社 Z の資金によるものであり、かつ、株式会社 Z 宛ての領収書が発行されていること」
- ③「名刺は株式会社 Z の代表取締役としての名刺であること」との各記載がある。

2 関連条文

商法 504 条

3 非顕名主義

商事においては「非」顕名主義である。すなわち本設問は、「顕名の有無」という判断基準で場合分けをする事案ではない。

4 商法 504 条但書の解釈

(1) 判例

これについては、判例（最大判昭和 43 年 4 月 24 日民集 22 巻 4 号 1043 頁〔商法判例百選「30」〕）がある。

ア 相手方に過失があった場合

相手方が、代理人が本人のためにすることを知らなかったことにつき有過失の場合、同判例による商法 504 条但書の解釈の判示によれば、契約は相手方・本人間に成立する。

イ 相手方に過失がなかった場合

他方で、相手方が、代理人が本人のためにすることを知らなかったことにつき無過失の場合、同判例によれば、契約は相手方・代理人間に成立する。

ウ 相手方が代理人との法律関係を主張した場合

同判例は、「相手方が代理人との法律関係を主張したときは、本人は、もはや相

手方に対し、右本人相手方間の法律関係の存在を主張することはできないものと解すべきである」と判示している。

エ 小括

以上のことをまとめると、相手方が有過失の場合、相手方は本人に対してしか法律関係を主張できない。

これに対して、相手方が無過失の場合は、相手方は本人及び代理人に対しても法律関係を主張できる。ただし、相手方が、代理人に対する法律関係を選択した場合には、本人は、相手方に対して法律関係を主張できない。

(2) 「法律上併存し得ない場合」か「事実上併存し得ない場合」か

如上に述べた通り、本設問の事案の残部請求部分（200 万円）については、相手方の過失の有無を判断ベースとして、「相手方・本人間の法律関係」と「相手方・代理人間の法律関係」は、商法 504 条但書を根拠として、法律上併存し得ない関係である。

（本項目、以上）

○参考資料（最高裁昭和 43 年判決後も主観的予備的併合を適法とした下級審裁判例）○

【裁判例 1】大阪高判 S54.12.13（判タ 414 号 99 頁）

1 事案

在日韓国人である Y は、頼母子講³〔無尽講〕の講元ないし講親をしていた。X は、本件講に掛金を計 480 万円支払ったが、〔配当や貸付等〕なんらの金員の交付等を受けることがなかった。

そこで X が、主位的に Y 個人に対して、予備的に Y を本件講の業務執行人として、講金 480 万円の返還請求をした。

2 判旨

「本件講自体に対する講金返還請求は、Y 個人に対する請求の予備的請求としてなされており、主観的予備的請求の性質を帶有するものである。一般に主観的予備的請求は、予備的な被告とされる者の訴訟上の地位を著しく不安定、不利益にするものとして広くこれを許容することはできないが（〔最高裁昭和 43 年判決〕参照）、本件のように同一人に対し、個人責任を追及する請求とともに組合的講の業務執行人としての講自体に対する請求を予備的に併合して請求することを許しても、前示のような被告の訴訟上の地位を不安定、不利益にする弊害は乏しいからこれを許容して差支えないものと考える。」として、本件の訴訟形態を許容した。

【裁判例 2】名古屋地判 S60.2.14（判時 1173 号 95 頁）

1 事案

³ 互助的な金融組合。組合員が一定の掛金を出し、一定の期日に抽籤または入札によって所定の金額を順次に組合員に融通する組織。新村出編『広辞苑』（岩波書店、第六版、2008）

X、Y 1 (15 歳 9 月)、Y 2 (16 歳 9 月)、を含む 7 名がシンナー遊びをしていた。その最中に、X のズボンがシンナーで濡れたことに関して、Y 2 がこれを尿であると冷やかした。そのことから、Y 1 がこれを確認するため X のズボンにライターの火を近づけたところ、シンナーに引火してズボンが燃え上がり X が火傷を負った。

X が、主位的に Y 1 の親権者 Y 3、Y 2 の親権者 Y 4 及び Y 5 の三名に対して民法 714 条に基づき、予備的に Y 1、Y 2 の二名に対して民法 709 条に基づき、損害賠償請求訴訟を提起した。

2 判旨

「本件は、不法行為をなした Y 1、Y 2 がいずれも未成年であって責任能力を有しないとして、その親権者である Y 3、Y 4 及び Y 5 に対し民法 714 条に基づく損害賠償請求をなし、さらに Y 1、Y 2 がいずれも責任能力を有していたと認定される場合を想定して、予備的に右被告両名に対する民法 709 条に基づく損害賠償請求を併合したものである。ところで、右 Y 1・Y 2 両名はいずれも未成年者であって訴訟無能力者であるため、右被告両名の訴訟行為はすべてその法定代理人である Y 3 ないし Y 4、Y 5 が行うものである。このように副位被告らの訴訟行為を主位被告らが行うのであるから、本件においては、副位被告が著しく不利益を受けるものとはいえず、かつ不安定な地位に置かれてもやむを得ない事情が認められるというべきである」として主観的予備的併合を許容した。

【裁判例 3】東京高判 S47.2.17（高民集 25-1-83、判時 659 号 57 頁）

1 事案

X が所有する同一土地甲上には、建物乙、建物丙〔建物丙はもともと建物乙に対して増築して建てられた。〕があり、Y 1 が建物乙及び丙を占有していた。

X が、Y 1 ないし Y 4 を共同被告として、①建物乙につき、乙の所有者が Y 2、Y 3、Y 4 であるとして、Y 1 に建物退去及び土地明渡し、Y 2 ないし Y 4 に建物収去及び土地明渡しを、②建物丙につき、Y 1 が所有者であるとして Y 1 を被告として建物収去及び土地明渡しを、③〔追加的請求〕「②」の請求が認められない場合に予備的に、Y 2 ないし Y 4 が建物丙の所有者であるとして、建物収去及び土地明渡しを、それぞれ請求した。

2 判旨

「ところで主観的予備的訴訟が不適法（〔最高裁昭和 43 年判決〕）とされる理由は、被告が予備的の立場にあるため不当に不安と不利益を強いられるからであると解される。それ故諸般の事情により請求が主観的予備的に併合されても被告が不当に不利益を受けず不安定な立場に置かれてもやむを得ないと認められる場合には右併合は許されると解すべきであり、このように解することは右判例〔最高裁昭和 43 年判決〕に反しないもの」と考える。この観点から本件をみるのに、X は土地所有権に基づき当初から Y

1 とその余の Y 2、Y 3、Y 4 ら三名を共同被告として建物退去土地明渡請求訴訟を提起するとともに Y 1 に対し右地〔土地甲〕上にある右建物〔乙〕に隣接する別の建物〔丙〕の所有者であるとしてその収去と土地明渡を請求し、その所有者が Y 1 でなくその余の Y 2、Y 3、Y 4 ら三名と認定されることある場合を予想して Y 2、Y 3、Y 4 ら三名に対し予備的に右建物の収去による右土地の明渡を併合したものである。このようにして主観的予備的請求を併合された Y 2 ら三名は、当初から同一土地の明渡という関連する訴訟の共同被告とされているので、右予備的併合による訴訟の被告とされることによつて別訴を提起されるのとは比べて特段の不利益を受け不当に不安定な地位に置かれたと認めるべきではない。それ故このような主観的予備的請求は許されると解するのが相当である。」とした。

（参考資料、以上）