

2024年

□ 予備試験スタンダード論文答練(第1クール) □

民事訴訟法 2 第1問

<基本レジュメ>

辰巳専任講師・弁護士

宍戸 博幸 先生御担当

辰巳法律研究所

※ 本問の論点解説レジュメは、PDFにして受講者特典マイページにて掲載しております。

【問題】

次の【事例】について、後記の〔設問1〕及び〔設問2〕に答えなさい。

【事例】

1. Xは、産業機械部品の製造販売を営む会社である。Aは、食料品や雑貨品、貴金属の売買、卸売、仲介業を行う会社である。XはAの担当者との間で、産業機械部品（以下「本件商品」という。）の売買（以下「本件売買契約」という。）をすることを合意した。Xは、同合意に基づき、本件商品を納入したにもかかわらず、Aは代金を支払わなかった。
2. 本件売買契約の締結に当たって、Aが送付した発注書にはAの社名と本店所在地が記載され、Aの社印が顕出されていたが、納品場所にはYの事務所の所在地が記載されていた。また、取引の価額や量などの詳細についてはYとXが直接メールでやり取りをしていた。
3. 令和5年5月10日、Xは、代金の支払がなされなかったことから、Aを被告として、本件売買契約に基づく売買代金の支払を求める訴訟を提起した（以下「前訴」という。）。
4. 前訴において、Aは、XがYの事務所に納入した本件商品について、AはYから依頼されて仲介を行っただけで、本件売買契約はYとの間の取引であり、本件商品の買主はYであると主張した。これを受けたXは、Yに対し、令和5年6月9日送達 of 訴訟告知書により訴訟告知した。しかし、Yは、前訴に補助参加することはなかった。
5. 前訴において、Xの請求を棄却する旨の判決が言い渡され、その後確定した。前訴判決の理由中には、本件商品はYが買い受けたことが認められる旨の記載があった。そこで、令和5年12月3日、Xは、Yに対して本件売買契約に基づく本件商品の代金の支払を求めて訴えを提起した（以下「本件訴訟」という。）。

〔設問1〕

上記の【事例】において、①本件において訴訟告知を受けたYが、前訴において補助参加できる地位にあるかを説明しなさい。また、Yが、前訴において適法に補助参加したと仮定した場合、②本件訴訟でYが「本件商品を買って受けていない。」と主張することは許されるか説明しなさい。

〔設問2〕

上記【事例】における前訴を提起する前に、Xは、Y及びAに対する共同訴訟において、同時審判申出共同訴訟を利用することを考えている。

- (1) 訴訟提起時において、Xの同時審判の申出は認められるか。また、仮にこれが否定された場合に同時審判申出共同訴訟に関する規定を類推適用することができるか、その可否についても検討しなさい。
- (2) 小問(1)で、仮に同時審判申出共同訴訟に関する規定の適用ないし類推適用が認められ、同規定の規律を受けるものとする。このY及びAに対する同時審判申出共同訴訟において、仮にYが死亡した場合、訴訟手続の進行はどのようになるか。説明しなさい。

【MEMO】

【予備試験合格者が見る問題文&出題趣旨の解析】

※この解析は、予備試験合格者答案作成者が、同答案を作成した際に注目した事実を、そのままコメントしたものであり、レジュメ内容と異なる場合があります。

次の【事例】について、後記の〔設問1〕及び〔設問2〕に答えなさい。

【事例】

1. Xは、産業機械部品の製造販売を営む会社である。Aは、食料品や雑貨品、貴金属の売買、卸売、仲介業を行う会社である。XはAの担当者との間で、産業機械部品（以下「本件商品」という。）の売買（以下「本件売買契約」という。）をすることを合意した。Xは、同合意に基づき、本件商品を納入したにもかかわらず、Aは代金を支払わなかった。
2. 本件売買契約の締結に当たって、Aが送付した発注書にはAの社名と本店所在地が記載され、Aの社印が顕出されていたが、納品場所にはYの事務所の所在地が記載されていた。また、取引の価額や量などの詳細についてはYとXが直接メールでやり取りをしていた^①。
3. 令和5年5月10日、Xは、代金の支払がなされなかったことから、Aを被告として、本件売買契約に基づく売買代金の支払を求める訴訟を提起した（以下「前訴」という^②）。
4. 前訴において、Aは、XがYの事務所に納入した本件商品について、AはYから依頼されて仲介を行っただけで、本件売買契約はYとの間の取引であり、本件商品の買主はYであると主張した。これを受けたXは、Yに対し、令和5年6月9日送達の訴訟告知書により訴訟告知した^③。しかし、Yは、前訴に補助参加することはなかった。
5. 前訴において、Xの請求を棄却する旨の判決が言い渡され、その後確定した^④。前訴判決の理由中には、本件商品はYが買い受けたことが認められる旨の記載があった^⑤。そこで、令和5年12月3日、Xは、Yに対して本件売買契約に基づく本件商品の代金の支払を求めて訴えを提起した（以下「本件訴訟」という）。

①Xの契約相手方は、本件だと、AYのいずれかであることがわかる。

②前訴についての事情である（本訴とは異なることに注意）

③XがYに対し訴訟告知している。なお、YはXに補助参加をし、Xと一緒にAが契約相手方であると主張するものと考えられる。

④Xの請求が棄却されていることがわかる。

⑤前訴の判決理由中の記載である。

〔設問1〕

上記の【事例】において、①本件において訴訟告知を受けたYが、前訴において補助参加できる地位にあるかを説明しなさい。また、Yが、前訴において適法に補助参加したと仮定した場合、②本件訴訟でYが「本件商品を買っていない。」と主張することは許されるか説明しなさい。

〔設問2〕

上記【事例】における前訴を提起する前に、Xは、Y及びAに対する共同訴訟において、同時審判申出共同訴訟を利用することを考えている。

- (1) 訴訟提起時において、Xの同時審判の申出は認められるか。また、仮にこれが否定された場合に同時審判申出共同訴訟に関する規定を類推適用する^⑥ことができるか、その可否についても検討しなさい。
- (2) 小問(1)で、仮に同時審判申出共同訴訟に関する規定の適用ないし類推適用が認められ、同規定の規律を受けるものとする。このY及びAに対する同時審判申出共同訴訟において、仮にYが死亡した場合、訴訟手続の進行はどのようになるか。説明しなさい。

⑥問われているのは、同時審判の申出の直接適用の可否、及び類推適用の可否である。事実2の事情がヒントとなりそうである。

予備試験本試験
最終合格者答案

予備試験スタンダード論文答練（第1クール）
民事訴訟法2 第1問

※本答案は、予備試験合格者が受講生と同じ条件で作成したものであり、完全解ではありません。

Memo

P.1 第1 設問1

2 1 設問前段①

3 (1) Yが、前訴において補助参加できる地位にあるといえるためには、Yが
4 前訴の「訴訟の結果について利害関係を有する第三者」(民事訴訟法42条)
5 といえる必要がある。

6 (2) 42条の趣旨は、訴訟の結果により自己の法的地位に影響が及びうる者
7 に、訴訟への参加の機会を与え、もって自己の法的地位を保全する活動を
8 認めさせる点にある。それゆえ、訴訟について単なる個人的な利害を有す
9 る者に補助参加を認めさせるのは前記の法の趣旨に照らし広すぎるが、他
10 方で、訴訟の結果により法的地位に影響が及びうる者については広く補助
11 参加を認めるべきである。

12 以上から、「訴訟の結果…第三者」とは制限的に解すべきではない。まず
13 「訴訟の結果」とは、判決主文のみならず理由中の判断も含まれると解す
14 る。また、「利害関係を有する」とは、判決主文及び判決理由中の判断によ
15 り、法的地位に直接または間接的に影響が生じる関係性があることで足り
16 ると解する。

17 (3) 本件売買契約の締結に当たっては、Aが送付した発注書にはAの社名と
18 本店所在地が記載され、Aの社印が顕出されていたが、納品場所にはYの
19 事務所の所在地が記載されていた。またメールのやり取りはYがしていた。
20 これらのことから、前訴で仮にXの請求が棄却される場合、本件売買契約
21 の買主はYであると、判決理由中で認定される可能性がある。そうすると、
22 前訴の判決理由中のかかる判断から、Xは判決理由中で買主と認められた
23 Yに対し、今度は本件売買契約に基づく代金支払請求をなすことが考えら
24 れる。よって、前訴の結果によっては、自己の代金支払いを受けるとい
25 うYの法的地位に間接的に影響が及ぶから、Yは「訴訟の結果について利害
26 関係を有する第三者」といえる。

27 (4) よって、Yは前訴において補助参加できる地位にある。

28 2 設問後段②

29 (1) Yが適法に前訴に補助参加した場合、前訴ではXの請求が棄却され確定
30 していることから、Yは「補助参加に係る訴訟の裁判」(46条柱書)、す
31 なわち前訴の結果について、参加的効力を受ける地位となる。

32 前訴は、本件商品はYが買い受けたことを理由にXの請求を棄却してい
33 る。Yは参加的効力により、この理由中の判断と反する主張をなすことは
34 できないのではないか。

35 (2) 参加的効力は、補助参加人と被参加人間で敗訴責任の共同負担を負わせ
36 るものである。参加的効力は、このように公平の観点から認められるもの
37 であり、既判力とは異なる効力であるから、参加的効力が及ぶ事実とは、
38 判決主文中の事実のみならず、判決主文を導くための重要な主要事実に係
39 る認定及び法律判断も含まれると解する。

40 (3) 前訴判決理由中「本件商品はYが買い受けたことが認められる」とある。
41 この事実は、前訴における主要事実たるXA間の売買契約の存在がないこ
42 とを推認させる間接事実に過ぎない。それゆえこの事実は判決主文を導く
43 ための重要な主要事実に係る認定及び法律判断ではなく、参加的効力が及
44 ぶ事実ではない。

45 (4) よって、上記Yの主張は許される。

P.3

46 第2 設問2

47 1 小問(1)

48 (1) 設問前段

49 ア 同時審判の申出(41条1項)が認められるには、Aに対する請求と
50 Yに対する請求が「法律上両立し得ない関係」であるといえることが必
51 要である。

52 イ 同条同項の趣旨は、本来いずれかの被告に対しては勝てる地位にある
53 原告が、両方の被告に負けることを防止する点にある。そこで「法律上
54 両立し得ない関係」とは、原告の両負けを防止すべき場合に認められ、
55 具体的には、一方の被告に対する請求原因事実が他方の被告との関係で
56 は抗弁事実になる関係であると解する。

57 ウ 本件ではAに対する請求原因事実がA X間の売買契約であるが、これ
58 はYに対する請求との関係では抗弁事実ではない。それゆえ、本件では
59 「法律上両立し得ない関係」が認められず、41条1項の直接適用を認め、
60 上記申出を認めることはできない。

61 (2) 設問後段

62 ア もっとも、本件では、第1・1(3)に述べる事情から、Xの契約相手は
63 AかYの2択である。このような場合、なおXの両負けを防止すべきと
64 して、41条1項の類推適用が認められないか。

65 イ 第2・1(1)イの41条1項の趣旨からすれば、たとえ法的には両被告
66 に対する請求が両立するとしても、事実上両立し得ない場合には、やはり
P.4 原告はいずれかの被告には勝てる地位にあるのであり、原告の両負け
68 を防止すべきであるといえる。そこで、一方の被告に対する請求が認め
69 られないとすれば、事実上他方の被告に対する請求が認められるといえ
70 る場合、41条1項の類推適用を認めるべきである。

71 ウ 本件では、発注書には、本店所在地と社印の記載・顕出のあるAか、
72 実際に納品を受けるYしか記載がない。それゆえ、Xの契約相手方はA
73 Yの2択である。したがって、Aに対する代金支払請求が認められない
74 のであれば、事実上Yが契約相手方となり、これに対するXの請求が認め
75 られる。よって、上記規定の類推適用が認められる。

76 2 小問(2)

77 (1) Yが死亡した場合、XY間の訴訟手続は中断し(124条1項1号)、Y
78 の相続人が訴訟手続の受継をする。

79 (2) 他方、XA間の訴訟手続は中断することなくそのまま進行する。同時審
80 判の申出があっても、XY・XA間の訴訟は、通常共同訴訟(38条前段)
81 であり、YA間には共同訴訟人独立の原則(39条)が働く。このことから、
82 Yに生じた事由はAに対してはその効力が生じない。

83 以 上

【出題の狙い】

本問は、基本的な知識を基礎としつつも、応用力を試す問題を出題することにより、これまでの学習で培った基礎的知識に基づき、具体的事例に即して論理的に分析かつ思考して、妥当な結論を導き出すことができるかどうかを試すものである。

設問1では、訴訟告知について問うている。訴訟告知は理論的に重要な問題を含み、かつ実務上重要な制度である。補助参加と訴訟告知に関する問題について司法試験では頻出論点であり、予備試験では令和3年に出題されており、民事訴訟法の重要論点といえる。本問は、訴訟告知の効力の主観的範囲と客観的範囲がいずれも問題とされた最判平14・1・22判時1776-67を素材として、それらの基本的理解を具体的事案にあてはめて考える能力を養っていただくために出題した。

設問2では、同時審判申出共同訴訟（民事訴訟法41条）が問われている。同時審判申出共同訴訟については、平成30年予備試験で出題されている。同時審判申出共同訴訟の基本的な理解を問うために、同手続の要件該当性を論じさせた上で、「事実上併存し得ない関係」の場合について民事訴訟法41条を類推適用することはできないかという発展的な問題を問うている。近年の予備試験の民事訴訟法論文本試験では、基本書に取り上げられることが少なく、現場で基本的な事項から考える難問が出題される傾向にある。この問題は、民事訴訟法41条の制度趣旨等の基本的事項から、現場で考え、説得的に論述できるかを試している。また、同手続の基本的な手続の規律（前提が通常共同訴訟であること等）についても確認してもらうための問題を出題した。

【MEMO】

【配点表】

		配点			
第1	設問1				
	1	①訴訟告知の効力の主観的範囲について			
		(1) 問題の所在として、民事訴訟法（以下、省略する。）42条を指摘していること	1		
		(2) 「訴訟の結果」について	ア 「訴訟の結果」について、自分なりに規範定立をしていること	2	
			イ 本件について自ら定立した規範と整合するようなあてはめができていないこと	3	
			ウ 結論を明らかにしていること	1	
		(3) 「利害関係」について	ア 「利害関係」について、自分なりに規範定立をしていること	2	
			イ 本件について自ら定立した規範と整合するようなあてはめができていないこと	3	
			ウ 結論を明らかにしていること	1	
		2	②訴訟告知の効力の客観的範囲について		
	(1) 問題の所在の指摘		1		
	(2) 参加的効力となることの指摘・理由付け		2		
	(3) 自分なりに規範定立していること		2		
	(4) 本件に対するあてはめ		3		
	(5) 結論を明らかにしていること		1		
第2	設問2				
	1	小問(1)			
		(1) 設問前段 ・41条要件該当性について	ア 共同訴訟であることの指摘	1	
			イ 41条「法律上併存し得ない関係」が問題になることの指摘	1	
			ウ 41条「法律上併存し得ない関係」についての規範を定立していること	2	
			エ 本件に対するあてはめ	2	
			オ 事実審の口頭弁論終結時までに「原告の申出」があることの指摘	1	
			カ 結論を明らかにしていること	1	
			(2) 設問後段 ・41条類推適用の可否について	ア 問題の所在（事実上併存し得ない関係の場合であっても41条を類推適用できるか）の指摘	1
				イ 41条類推適用の可否の検討	3
		ウ 結論を明らかにしていること		1	
		2 小問(2) ・41条の規律について		(1) 41条が通常共同訴訟を前提にしていることの指摘	1
				(2) 共同訴訟人独立の原則が妥当することの指摘	1
				(3) Yの死亡は手続中断事由であることの指摘	1
			(4) 上記原則論が妥当するか議論を展開していること	1	
(5) 結論を明らかにしていること	1				

基本配点分	合計	40点
加点评価点 (論述の流れがよいもの、条文を丁寧に挙げているもの、等には加点する。)	合計	5点
基礎力評価点 (①事例解析能力、②論理的思考力、③法解釈・適用能力、④全体的な論理的構成力、⑤文章表現力、各1点)	合計	5点
総合得点	合計	50点

【論 点】

- 1 訴訟告知の効力の主観的範囲と客観的範囲
- 2 同時審判申出共同訴訟の要件該当性と事実上併存し得ない関係の場合における同時審判申出共同訴訟の規定の類推適用の可否
- 3 同時審判申出共同訴訟の審判手続

【参考文献】

- ・高橋宏志『民事訴訟法概論』（有斐閣、2016）P. 311～2、316～328
- ・三木浩一ほか『民事訴訟法（リーガルクエスト）』（有斐閣、第4版、2023）P. 549～551、565～582
- ・和田吉弘『基礎からわかる民事訴訟法』（商事法務、第2版、2022）P. 522～4、546～562
- ・伊藤 眞『民事訴訟法』（有斐閣、第8版、2023）P. 698～701、716～728、730～734
- ・ 同 『民事訴訟法』（有斐閣、第7版、2020）P. 666～9、684～695、698～701
- ・藤田広美『講義 民事訴訟』（東京大学出版会、第3版、2013）P. 447～8、458～466
- ・民事訴訟法判例百選（第6版）99事件
- ・『趣旨・規範ハンドブック2 民事系』（辰巳法律研究所、第9版、2021）P. 619～623

●答案の全体の流れ●

第1 設問1について

1 ①について

(1) 本問では、Yが「訴訟の結果について利害関係を有する第三者」（民事訴訟法（以下、省略する。）42条）に当たるかを検討することになる。

(2) 「訴訟の結果」の意義について

学説では限定説と非限定説との対立がある（論点①解説参照）。いずれの見解を採用しても構わないが、いずれにせよ説得的な理由を述べることは必須である。

(3) 「利害関係」の意義について

判例（最決平13. 1. 30民集55-1-30）、通説によれば、「利害関係」を有することとは、法律上の利害関係を意味するとされる。さらに、法律上の利害関係を有する場合についても判例・通説を踏まえ言及することが求められている。

2 ②について

(1) 本件訴訟では、前訴においてXが訴訟告知をしていることから、訴訟告知の効力の客観的範囲をいかに解するべきかが問題となる。

(2) 参加的効力について

本問は前提として46条の定める効力について内容を説明しておく必要がある。

(3) 訴訟告知の効力の客観的範囲について

判決理由中に本件商品はYが買い受けたことが認められる旨の記載がある。もっとも、判例（最判平14. 1. 22）は、この点について、判決理由中の判断とは、あくまで判決の主文を導き出すために必要な主要事実に係る認定及び法律判断などをいい、これに当たらない事実又は論点について示された認定や法律判断は含むものではないとしている。本論点についてこの判例がある以上、判例を意識した答案を書くことが望ましい（今回の事例も最判平14. 1. 22をベースとしている。）。

(4) あてはめをする際のポイントは、XのAに対する売買契約に基づく代金請求の前訴における主要事実、間接事実は何かを分析的に検討できているかという点である。

第2 設問2について

1 小問(1)について

(1) 前段について

ア 同時審判の申出（41条）があった場合における同時審判移行の要件は、

①共同訴訟であること、②共同被告の一方に対する訴訟の目的である権利と共同被告の他方に対する訴訟の目的である権利とが「法律上併存し得ない関係」であること、③事実審の口頭弁論終結時までに原告が申出をしたことである。そこで、上記要件について各々当てはめることが求められる。

イ 本問では要件②該当性が問題となる。「法律上併存し得ない関係」の理解を示した上で、本問でのあてはめができれば十分である。

(2) 後段について

ア 事実上併存し得ない関係の場合に、41条を類推適用することは許されるか。

イ 41条の趣旨が、原告が被告双方に敗訴するという両負けの危険を回避する点にあることからすれば、事実上併存し得ない関係にある場合にも、原告が被告双方に敗訴するという両負けの危険を回避する必要は認められる。この点を考慮すれば、本件では41条を類推適用することができると思われる。

他方、類推適用を肯定することで事案によっては裁判官の訴訟指揮を縛りすぎる点になる点を考慮し、解釈論としては類推適用できないとした上で、裁判官の裁量によって弁論・判決の分離をしないこととすれば足りると考えれば、民訴法41条の類推適用を否定する結論を採ることは可能であろう。

2 小問(2)について

同時審判申出共同訴訟は、通常共同訴訟であるから、前提として39条の共同訴訟人独立の原則が適用になるという原則論を端的に指摘してもらいたい。その結果、Yが死亡し、Yとの関係で訴訟手続の中断（124条1項1号）が生じた場合であっても、Aとの関係では手続の中断が生じないことになると思われる。

もっとも、裁判所は「弁論及び裁判は、分離しないでしなければならない」（41条1項）以上、裁判所としてはAに関する訴訟についてのみ先に判決をすることはできないから、原告が同時審判の申出を撤回しない限り、事実上全体の訴訟が停止されることになると思われる。

【MEMO】

【答案の形で読む解説ダイジェスト】

「出題の狙い」及び「答案の全体の流れ」に基づいた解説を凝縮し、答案の形で示しました。問題の解説として、採点基準表に漏れなく触れた答案例として、いわばひとつの完全解答案です。

解説のダイジェストですから、試験現場で全てを同じように書くことが求められるものではありませんが、復習の際に各論点の規範や当てはめを充実させるための参考として有益です。

第1 設問1

1 ①について

(1) 本件でYが前訴において補助参加できる地位にあるというためには、Yが「訴訟の結果について利害関係を有する第三者」（民事訴訟法（以下、省略する。）42条）に当たることが必要となる。以下、「訴訟の結果」、「利害関係」の意義について検討する。

ア 「訴訟の結果」とは、判決主文で判断される訴訟物たる権利又は法律関係の存否を意味し、判決理由中の判断に利害関係があるだけでは足りないと考ええる。なぜなら、このように解することが基準として明確であり、文言にも適合的であるからである。

イ さらに、「利害関係」の意義については、補助参加制度が将来、被参加人あるいは相手方との間で訴訟当事者となる可能性のある者について紛争の合理的解決を図るものであるから、法律上の利害関係を有することを意味し、単なる事実上の利害関係を有するにとどまる場合は含まれないと解すべきである。そして、法律上の利害関係を有する場合とは、当該訴訟の判決が参加人の私法上又は公法上の法的地位又は法的利益に影響を及ぼすおそれがある場合をいうものとする。

ウ 本件についてみるに、前訴における訴訟物たる権利は、XのAに対する本件売買契約に基づく代金支払請求権である。かかる訴訟物はあくまでAに対する売買代金支払請求権であって、これにより、YのXに対する本件商品の売買代金支払義務の有無が決められる関係にあるものではない。そのため、前訴の訴訟物たる権利の帰趨によって、Yの私法上の法的地位又は法的利益に影響を及ぼすものではない。したがって、Yは、前訴の訴訟の結果につき法律上の利害関係を有していたとはいえない。

(2) 以上により、Yは前訴において補助参加できる地位にはないと考える。

2 ②について

(1) 本件訴訟でYが「本件商品を買って受けていない。」と主張するためには前訴判決の効力がYに及ばないことが必要である。前訴においてXが訴訟告知していることから、訴訟告知の効力の客観的範囲をいかに解するべきかが問題となる。

53条4項・46条は、被参加人が敗訴の確定判決を受けた場合における敗訴責任の分担という禁反言の理念に基礎を置くものである。このような理念からすれば、参加的効力は被参加人が敗訴した場合に限り問題となり、既判力のように被参加人の勝訴・敗訴を問わず生じるものではない。また、46条各号に訴訟の具体的経過を顧慮した除外事由が認められており、訴訟の具体的追行過程を問わず画一的に生じる既判力とは異なる。

したがって、46条の効力は既判力と解すべきではなく、参加的効力と考えるべきである。

そして、参加的効力については、補助参加人と被参加人間の将来の紛争解決の観点から、判決の主文に包含された訴訟物たる権利関係の存否の判断のみならず判決理由中の判断に及ぶと解される。

- (2) では、判決理由中の判断であれば、すべて被告知者に対して効力が及ぶと考えるべきか。

この点については、訴訟告知に対して補助参加しなかったからといって、判決理由中の判断のすべてに参加的効力が及ぶとしてしまえば、被告知者の手続保障を著しく害してしまう。

そのため、判決理由中の判断とは、あくまで判決の主文を導き出すために必要な主要事実に係る認定及び法律判断などをいい、これに当たらない事実又は論点について示された認定や法律判断を含むものではないと解すべきである。

- (3) 本問についてみるに、XのAに対する売買契約に基づく代金請求の前訴では「Aが買主であるかどうか」が主要事実であって、判決主文を導き出すために必要な判断となる。これに対し、「Yが買い受けた」との陳述は、Aが買主であるとする前訴請求原因に対する否認陳述であって、前述の主要事実の不存在を推認させる間接事実にすぎず、かかる判断には参加的効力が生じない。

したがって、本件訴訟でYが「本件商品を買っていない。」と主張することは許される。

第2 設問2

1 小問(1)について

(1) 設問前段について

同時審判の申出（41条）の要件は、①共同訴訟であること、②共同被告の一方に対する訴訟の目的である権利と共同被告の他方に対する訴訟の目的である権利とが「法律上併存し得ない関係」にあること、③事実審の口頭弁論終結時まで原告が申出をしたことである。

本問では、Y及びAに対する共同訴訟（38条後段）の提起がなされているから要件①を満たし、訴訟提起時において同時審判の申出をするため要件③を満たす。

さらに、要件②について「法律上併存し得ない関係」とは、主張レベルで請求が両立しない関係にある場合をいうと解する。なぜなら、事実上の非両立という外延の不明確なものでは適用範囲を画することができないからである。

本問では、買主がいずれか一方であるという事実上の併存し得ない関係にすぎず、主張レベルで請求が両立しない関係にある場合とはいえない。

よって、本件では、同時審判の申出をするための要件を具備しているとはいえないため、同時審判の申出は認められない。

(2) 設問後段について

本問のように共同被告の一方に対する訴訟の目的である権利と共同被告の他方に対する訴訟の目的である権利とが事実上併存し得ない関係の場合に、41条を類推適用することは許されるか問題となる。

確かに、事実上併存し得ない場合にまで、同条の類推適用を認めてしまうと、41条の適用範囲が不明確になってしまうとも思える。

しかしながら、「法律上併存し得ない関係」については、実体法上の解釈に委ねられており、裁判所としても、実体法の解釈も含めて、41条の適用の可否を検討するのであるから、適用範囲が不明確であることを理由に同条の類推適用を否定することは妥当でない。

そもそも41条の趣旨は、原告が被告双方に敗訴するという両負けの危険を回避する点にある。かかる趣旨からすれば、事実上併存し得ない関係にある場合にも、原告が被告双方に敗訴するという両負けの危険を回避する必要は認められるため、類推適用する余地は認められる。

したがって、本件では41条を類推適用することができると思う。

2 小問(2)について

まず、同時審判申出共同訴訟は、通常共同訴訟であるから、前提として39条の共同訴訟人独立の原則が適用になる。

そのため、Yが死亡し手続中断事由が生じた場合（124条1項1号）であっても、「共同訴訟人の一人について生じた事項は、他の共同訴訟人に影響を及ぼさない」（39条）ため、Aとの関係では手続の中断が生じない。

もっとも、裁判所は「弁論及び裁判は、分離しないでしなければならない」（41条1項）以上、裁判所としてはAに関する訴訟についてのみ先に判決をすることはできないから、原告Xが同時審判の申出を撤回しない限り（民事訴訟規則19条1項）、事実上全体の訴訟が停止されることになると思う。

以上

【MEMO】

受験生が書いたモニター答案

講座名	試験科目	回数	問題番号 (該当する問題番号に○を付けて下さい)
	民法		第1問 ・ 第2問 ・ 第3問

1 (設問1)

2 ① 1. YはXA間の訴訟に補助参加できるか。補助参加可否には、
3 Yが「訴訟の結果に¹利害関係を有する」事が必要となる。(42条)。訴訟の
4 結果、Aの利害関係の意義が問題になる。

5 2. 補助参加の趣旨は、参加者に事後関与を認め、参加者独自の
6 利益を認める点にある。訴訟の複雑化防止のため、参加者の利益は
7 限定が必要である。2-1. 利害関係とは、訴訟の結果が参加者自身
8 の法的利益の論理的な前提となる場合を限ると考えられる。
9 本問また、訴訟の既判力は訴訟物に及ぶ。訴訟当事者は既判力の
10 有無にのみ拘束される。当事者同様上訴・再審請求ができる。
11 (45条1項) 参加人が訴訟物と無関係な判決中の理由に拘束され
12 ない。訴訟物と関係ない上訴・再審はできない。適当な理由あり。

13 「訴訟の結果」とは訴訟物に関する判断を指すと考えられる。
14

15 3. 前訴において、訴訟物は売買契約に基づく代金支払請求権
16 である。XはAに対して代金支払請求権が不存在に陥ったからといって、
17 XはYに対して代金支払請求権がある事が直接論理的に導かれない。
18 Aが本件売買契約の代金債務を負う、という事は、Yが同債務を負う、
19 という可能性を鍵と高かったが、この程度では「利害関係」があるとは言えない。

20 4. 第1. Yは前訴に補助参加できない。

21 ② 1. Yが、本件商品を買い受けたことと主張する事は可能か。補助参加
22 の「被参加人の訴訟行為と抵触する」訴訟行為は無効とあり(45条2項)
23 2-2から問題とあり

1
頁

試験地	受験番号	フリガナ
		氏名

※

23 2. 補助参加人は、被参加人を勝訴せしむるために参加する者であるが、補助参加
 24 の主張が棄却と矛盾する事実主張は全て効力がない事になると思ふ。
 25 (か) 被参加人の主張が補助参加人の主張より被参加人にと、2も有利
 26 有利である場合も考えられ、この場合に補助参加人の主張の効力を失せれば
 27 適当である。2に、補助参加人は、被参加人の主張する事実と矛盾する事実も
 28 主張自体はできず、被参加人が補助参加人の主張を撤回した場合のみ
 29 「その効力を有する。(95年2回) ことにはならないがよい。

30 3. 本件事案において、Aは本件売買契約はXY間に存在する旨主張し、
 31 Yは本件商品増量契約は、とAの主張するXY間の売買契約の
 32 存在を否定する旨矛盾する主張を述べた。Yは二つの主張の
 33 矛盾自体は可能であるが、AがYの主張を撤回した場合限りYの主張は
 34 効力を有する。

<設問2>

36 (1) 1. AはYAWAに対して共同訴訟において、同時審判の申出がなされた
 37 41条の同時審判申出共同訴訟は裁判所が訴訟の分離を行わなければならない
 38 という効果がある。訴訟の複雑化を招きやすく、従って、41条の要件である
 39 「法律上併存し得る関係」とは、原告の各被告に対する主張の趣旨が
 40 両立しない場合を指し、2つの主張が事実上両立しないことである場合は
 41 裁判所の裁量尊重が、同時審判申出共同訴訟はできないと判断す
 42 るべき。

43 2. 本件事案においてAの主張を撤回する本件事案では、本件売買契約の
 44 買主は誰であるか問題となる。Aの主張は、①Aに対して

答案用紙 (裏)

(注意事項)

1 答案用紙の種類

他の科目の答案を本用紙に記載して提出した場合には、試験時間内に申出があった場合を除き、零点とさせていただきます。

なお、試験時間中に答案用紙の取り違えに気付いた場合には、監督員の指示に従ってください(試験紙の取り違えの申出には一切応じません)。

2 答案用紙の取扱い

答案用紙の取替え、追加配布はしませんので、汚したり折り曲げたりしないでください。

45

売買契約に基づく代金請求(2)に對し売買契約に基づく代金請求である

46

両者は、たしかに A と Y のどちらかが本件売買契約の買主であるが、もう一方は

47

買主ではないという関係に事实上おきている。から、X の ① の請求において、

48

本件売買契約の相手方が A ではないと判断がおそれるからとい、1.2 の二つは

49

たまたま ② の請求において Y が契約の相手方であると法律上導かれるわけではなく、

50

逆もしかりである X は、A と Y のいずれにも取捨する可能性は存在するが、

51

X は A と Y 一方に取捨する際にはもう一方は必ず取捨すべき関係には

52

ない。従って、①と②の二つの主張は事实上両立しないはず、主張レベルで

53

両立しないとは言えない。よって、4(条)「法律上係存しなから関係にある」とは言えない

54

よって、4(条)は適用できない。

55

よって、本件においては類推適用もできない。同時審判申出共同訴訟は、原告が

56

実体法上両立しない二つの主張を各被告に対して行った時点で、訴訟が分離して

57

行われたために、実体法上整合性がないから負担すべき事柄を区別するに、別々の

58

裁判所の裁量権を制限して訴訟の分離を禁止するべきである。本件では、X は

59

これに本件売買契約が向うかの理由で無効であった筈、Y と A の両者に

60

取捨するべきである。従って、裁判所の裁量権を制限して裁判の分離を

61

禁じることが必要である、本件では類推適用はできない。裁判所が裁判を分離する

62

事が裁量権の逸脱とは言えない。不当であるならば、その時に裁判所が

63

口頭知照の分離をすべき旨をた(52条)裁量権の逸脱と(違法)と扱う

64

べきであり、誤りではない。

65

(2) 本件では、39条に於いて、Y の死亡により X と Y 間の訴訟が中断した

66

こと、X と A 間の訴訟は止まらない。から、4(条)に於いて分離して裁判

3 答案作成上の注意

- (1) 答案は横書きとし、解答欄の枠内に頁数に従って書き進めてください。なお、解答欄の枠外に記載した場合には、当該部分は採点されません。
- (2) 答案は、黒インクのボールペン又は万年筆（ただし、インクがプラスチック製消しゴム等で消せないものに限る。）で記載することとし、これ以外で記載した場合には無効答案として零点となります。
- (3) 答案を訂正するときは、訂正部分が数行にわたる場合は斜線で、1行の場合には横線で消して、その次に書き直してください。
- (4) 答案用紙の表裏を書き違えて答案を作成した場合には、表が白紙のときは「裏に記載」、それ以外のときは「裏から記載」とだけ、試験時間中に表の解答欄に記載してください（試験時間終了後に記載することは認めません。）。
- (5) 答案用紙の※印の欄には何も記載しないでください。

4 その他

解答欄に受験者の氏名又は特定人の答案であると判断される記載のある答案は無効答案として零点となります。

67

この問題の答えは、XA間の平均値の2倍である。

68

例として、XA間の平均値が100である場合、XA間の両方の数値が100である。

69

(12年(2)問1号)

70

71

72

73

74

75

76

77

78

79

80

81

82

83

84

85

86

87

88

辰 巳 法 律 研 究 所

東京本校：〒169-0075 東京都新宿区高田馬場4-3-6
TEL03-3360-3371（代表） <https://www.tatsumi.co.jp/>
大阪本校：〒530-0027 大阪市北区堂山町1番5号三共梅田ビル8階 TEL06-6311-0400（代表）

2024年

□ 予備試験スタンダード論文答練（第1クール） □

民事訴訟法2 第1問

— 論点解説レジュメ —

辰巳専任講師・弁護士 宍戸 博幸 先生御担当
辰巳法律研究所

【論 点】

- 1 訴訟告知の効力の主観的範囲と客観的範囲
- 2 同時審判申出共同訴訟の要件該当性と事実上併存し得ない関係の場合における同時審判申出共同訴訟の規定の類推適用の可否
- 3 同時審判申出共同訴訟の審判手続

●論点解説●

論点① 訴訟告知の効力の主観的範囲と客観的範囲

1 訴訟告知の効力の主観的範囲

(1) 判 例

- 最判平14. 1. 22 (判時1776-67、民事訴訟法判例百選(第6版)99事件)

本判決は、「旧民訴法78条、70条〔注：現民訴法53条4項・46条〕の規定により裁判が訴訟告知を受けたが参加しなかった者に対しても効力を有するのは、訴訟告知を受けた者が同法64条〔注：現民訴法42条〕にいう訴訟の結果につき法律上の利害関係を有する場合に限られる」として、被告知者が補助参加の利益を有すれば足りるとしている。

また、本判決は「法律上の利害関係を有する場合とは、当該訴訟の判決が参加人の私法上又は公法上の法的地位又は法的利益に影響を及ぼすおそれがある場合をいうものと解される」とした上で、「前訴における被上告人のAに対する本件商品売買代金請求訴訟の結果によって、上告人の被上告人に対する本件商

品の売買代金支払義務の有無が決められる関係にあるものではなく、前訴の判決は上告人の法的地位又は法的利益に影響を及ぼすものではないから、上告人は、前訴の訴訟の結果につき法律上の利害関係を有していたとはいえない。したがって、上告人が前訴の訴訟告知を受けたからといって上告人に前訴の判決の効力が及ぶものではない。」と判示している。

(2) 判例の評価

本判決には、補助参加の利益を訴訟告知の効力の主観的範囲の基準としていることには問題があるとの指摘がなされている。例えば、保証人は主債務者に補助参加する利益を有すると解せられるが、主債務者が保証人に訴訟告知をしても訴訟告知の効力の発生する余地がないとされていること等からして、補助参加の利益の判断基準は、訴訟告知の効力の主観的範囲の判断基準としては機能しえないのではないかという疑問があるのである。また、判例の考え方によると、訴訟告知の効力を否定するために、補助参加の利益の範囲を狭く解さなければならないことがあり、一般の補助参加の利益論との間に整合性が取れなくなる問題があり、この問題を避けようとする、補助参加の利益を二義的に把握せざるをえなくなるとの批判がある。

この点について近時の学説は、参加要件としての補助参加の利益を比較的緩く解する反面、訴訟告知の効力発生要件については、被告知者の立場に配慮して限定的に解する傾向にある。具体的には、補助参加の利益のほか、告知者が敗訴判決を受けた場合に、これを原因として賠償・求償関係が成立する場合に限り訴訟告知による参加効力が発生するとする見解や、補助参加の利益のほか、被告知者が告知者の訴訟追行に協力することが期待できた場合に限り訴訟告知による参加効力が発生するとする見解がある。

また、学説においては、本判決の掲げる参加の利益の基準を前提にしても、本件のような一方が成立すれば他方は成立しないという、消極的択一的法律関係が認められる場合は、告知者が勝訴すると、被告知者も法律関係の択一性により、もはや契約当事者とされなくなることから、前訴判決が被告知者の法的地位に影響を及ぼす関係にあるとして、法律上の利害関係を否定した部分に対して、批判的な意見が多い。

(3) 補助参加の要件

ア 「訴訟の結果」について

A 限定説（通説）

判決主文で判断される訴訟物たる権利又は法律関係の存否を指し、判決理由中の判断に利害関係があるだけでは足りないとする見解

（理由）

- ① 「訴訟の結果」について、判決主文で判断される訴訟物とすることで基準は明確であり、文言にも適合的である。
- ② 判決理由中の判断は、訴訟当事者でさえ既判力が生じないとされているにもかかわらず、これに対する利害関係を理由に参加を認めれば第三者による介入を広く認めすぎてしまう結果となる。

B 非限定説（有力説）

判決主文で判断される訴訟物たる権利又は法律関係の存否を指すだけで

なく、判決理由中の判断に利害関係があることで足りるとする見解
(理由)

「訴訟の結果」を訴訟物についての判断に限定することは狭きに失してしまおう(松本博之＝上野泰男『民事訴訟法』(弘文堂、第8版、2015) P. 805)。

イ 「利害関係」を有すること

判例(最決平13. 1. 30民集55-1-30)、通説によれば、「利害関係」を有することとは、法律上の利害関係を有することをいい、単に事実上の利害関係を有するにとどまる場合は含まれないとされる。

この理由は、補助参加制度の機能から説明できる。すなわち、「補助参加制度は、将来、被参加人あるいは相手方との間で訴訟当事者となる可能性のある者が、既に係属している訴訟に参加する途を開くことによって紛争の合理的解決を図る機能を有する。そうだとすると、補助参加によって守られる独自の利益を有しない者、あるいは仮に利益を有していても訴訟当事者となる可能性を有しない者(単なる感情的理由や事実上の利害関係にとどまる者)については、訴訟手続の複雑化を招いてまで補助参加を認める必要はない」(裁判所職員総合研修所監修『民事訴訟法講義案』(3訂版) P. 312注1)からである。

2 訴訟告知の効力の客観的範囲

(1) 参加的効力

民事訴訟法(以下「民訴法」という。)46条が定める効力について、判例(最判昭45. 10. 22民集24-11-1583、民事訴訟法判例百選(第6版)98事件)・通説は、既判力とは異なる参加的効力であるとしている。この理由については、民訴法46条各号に訴訟の具体的経過を顧慮した除外事由が認められていること、参加人・被参加人間には審判対象たる訴訟物は存在しないこと、民訴法46条の効力は参加人・被参加人間の紛争解決に必要な部分について生ずると解されており、それには判決主文のみならず、理由中の判断も含まれると解されること等を理由とする。

なお、「既判力の根拠を手続保障の観点から問い直す学説からは参加的効力と既判力との同質性が主張され、参加人・被参加人との間のみならず相手方との関係でも生じうるし、勝訴・敗訴を問わないとする新既判力説も現れている。」(裁判所職員総合研修所監修『民事訴訟法講義案』(3訂版) P. 315注2)とされる。

(2) 判例

□ 前掲最判平14. 1. 22

〔判旨〕

「この判決の理由中でされた事実の認定や先決的権利関係の存否についての判断とは、判決の主文を導き出すために必要な主要事実に係る認定及び法律判断などをいうものであって、これに当たらない事実又は論点について示された認定や法律判断を含むものではないと解される。けだし、ここでいう判決の理由とは、判決の主文に掲げる結論を導き出した判断過程を明らかにする部分をいい、これは主要事実に係る認定と法律判断などをもって必要にして十分なものと解されるからである。そして、その他、旧民訴法70条[注:現民訴法46条]所定の効力が、判決の結論に影響のない傍論において示さ

れた事実の認定や法律判断に及ぶものと解すべき理由はない。」

(3) 判例の評価

この点について、傍論を説示するか、傍論としていかなる事項を取り上げるのかも判決裁判所の一存にかかっていることを考えると、傍論に参加的効力を認めることは被告知者の地位を著しく不安定にする、判決の論理的前提とならない理由中の判断（傍論としての判断）には正当性の担保がない、として、判例を正当とする見解が通説と思われる。そして、この判例をより分析的に検討するならば、YのAに対する売買契約に基づく代金請求の前訴では「Aが買主であるかどうか」が主要事実であって、判決主文を導き出すために必要な判断である。これに対し、「Xが買い受けた」との陳述は、Aが買主であるとする前訴請求原因に対する否認陳述であって、さきの主要事実の存否を推認させる間接事実にすぎないということとなろう（藤田広美『解析 民事訴訟』（東京大学出版会、第2版、2013）P. 472参照）。したがって、参加的効力は生じないことになる。

これに対して学説の中には、主要な間接事実にも一定の拘束力を付与すべきであるとする見解、前訴判決を担う法律上、事実上の判断（重要な間接事実を含む）に参加的効力が生ずるとする見解、被告知人の予測可能性と上訴可能性の点から限定すべきであるとする見解もある。

（本論点につき、高橋概論 P. 316～328、リーガルクエスト P. 565～582、趣・規 P. 620～623 等参照）

論点② 同時審判申出共同訴訟の要件該当性と事実上併存し得ない関係の場合における同時審判申出共同訴訟の規定の類推適用の可否

1 同時審判申出共同訴訟の意義・制度趣旨

同時審判申出共同訴訟とは、通常共同訴訟であれば裁判所の裁量により弁論の分離（民訴法152条1項）や本案の一部判決（民訴法243条2項）ができることとされてきたのに対し、限定的ではあるが、原告の申出により弁論・裁判の分離併合に関する裁判所の訴訟指揮権が制限されることとして、同時審判を保障するというものである。

この同時審判申出共同訴訟が設けられた趣旨は、原告が実体上両立しえない請求をする場合に、判例（最判昭43.3.8民集22-3-551、民事訴訟法判例百選（第6版）A28事件）によれば、主観的予備的併合が否定されていることから、この局面で原告の利益確保を図り、原告が共同被告の両方ともに敗訴することを避ける点にあるとされる（裁判所職員総合研修所監修『民事訴訟法講義案（3訂版）』P.309参照）。

2 同時審判申出共同訴訟の要件

① 共同訴訟であること

② 共同被告の一方に対する訴訟の目的である権利と共同被告の他方に対する訴訟の目的である権利とが法律上併存し得ない関係にあること

この要件の意義については、一般的には、「一方の請求における請求原因事実が他方における抗弁事実になる等主張レベルで請求が両立しない関係にある場合」（裁判所職員総合研修所監修『民事訴訟法講義案（3訂版）』P.309）であるとされる。これは、「事実上の非両立という外延の不明確なものでは適用範囲を画することができないため」（同P.309）である。

「原告の共同被告に対する請求が法律上併存しえない場合の例としては、本人に対する契約上の請求と無権代理人に対する請求（民117I）、工作物の占有者に対する損害賠償請求と所有者に対する請求（民717I）などが挙げられる。前者の例では、一方で、代理権授与の事実が本人に対する契約上の請求権の発生原因事実であり、他方、同じ事実が無権代理人に対する請求権の権利障害事実であり、したがって両者の請求権が併存することは法律上予定されていない。」（伊藤眞『民事訴訟法』（有斐閣、第8版、2023）P.698）

③ 事実審の口頭弁論終結時までに原告が申出をしたこと

3 事実上併存し得ない関係の場合における同時審判申出共同訴訟の規定の類推適用の可否

A 肯定説

（理由）

- ① 原告が被告双方に敗訴する危険を回避するために同時審判申出共同訴訟があるという制度趣旨を重視すべきである。
- ② 同時審判申出共同訴訟は、弁論の分離と判決の分離が禁止されるだけの弱い規律であるから、事実上両立しない場合にも類推適用してよい。

B 否定説

（理由）

民訴法41条の類推適用ないし準用を肯定することになると、事案によっては裁判官の訴訟指揮を縛りすぎるおそれがあるため、解釈論としては準用できないとしておき、実際には、裁判官の裁量によって弁論・判決の分離をしないこととするのが無難である。

（本論点につき、高橋概論P.311～2、リーガルクエストP.549～550、趣・規P.619等参照）

論点③ 同時審判申出共同訴訟の審判手続**1 同時審判申出共同訴訟の審判手続**

同時審判申出共同訴訟は、通常共同訴訟であり、それゆえ民訴法39条の共同訴訟人独立の原則が適用される。そのため、共同被告の一人による訴訟行為（主張、上訴など）の効果は他の共同被告には及ばないことになる。もっとも、共同訴訟人間の証拠共通は適用されるので、事実上の判断の統一が期待される。

2 他の共同被告に訴訟手続の中断事由が生じた場合の審判手続

前述したように、同時審判申出共同訴訟は、通常共同訴訟であり、民訴法39条の共同訴訟人独立の原則が適用されるため、Yが死亡し手続中断事由（民訴法124条1項1号）が生じた場合であっても、Aとの関係では手続の中断が生じないのが原則である。

もっとも、裁判所は「弁論及び裁判は、分離しないでしなければならない」（民訴法41条1項）以上、裁判所としてはAに関する訴訟についてのみ弁論を分離した上で先に判決をすることはできない。そのため、事実上訴訟手続は中断せざるをえないと思われる（徳田和幸「同時審判申出共同訴訟と共同訴訟人独立の原則」佐々木吉男先生追悼論集『民事紛争の解決と手続』P. 115～6参照）。また、民訴法41条の趣旨を重視して他の被告との関係でも中断・中止が生じると解する見解もある（同上文献）。

なお、原告としては、同時審判の申出を撤回する（民事訴訟規則19条1項）ことで訴訟手続を進行させることが可能である。

（本論点につき、高橋概論P. 312、リーガルクエストP. 550～551、趣・規P. 619等参照）

辰 巳 法 律 研 究 所

東京本校：〒169-0075 東京都新宿区高田馬場4-3-6

TEL03-3360-3371 (代表) <https://www.tatsumi.co.jp/>

大阪本校：〒530-0027 大阪市北区堂山町1番5号三共梅田ビル8階 TEL06-6311-0400 (代表)