

序章 答案の書き方

1. 民事訴訟法で書くべき一般論の範囲

A 総まくり 1~4 頁

平成 25 年司法試験の採点実感では、「設問に対する解答を超えて」一般論を論じることについて、「特に評価の対象とはしない」とあり、場合によっては「得点に繋がらない上、丸暗記した論証パターンを無反省に書き散らかした答案として、印象も極めてよくない」とまで書かれている。もっとも、ここで想定されている「設問に対する解答を超え」た一般論について、過度に狭く捉えることにならないよう、気を付ける必要がある。

①具体的検討（当てはめ）で使わない一般論と、②会話文で示されている問題意識から外れる一般論が、「設問に対する解答を超え」る一般論である。

以下の 3 つの具体例から、①・②について具体的なイメージを掴むことができる。

ex 1. 平成 25 年司法試験設問 1 では、過去の法律関係を確認対象とする遺言無効確認の訴えに確認の利益が認められるかが問われている。確認の利益は、確認対象の適否、方法選択の適否及び即時確定の利益の 3 点から判断されるものであるから、確認の利益が認められるという結論を導くのであれば、全ての要件を満たすことを認定する必要がある。これが大原則である。

もっとも、民事訴訟法では、会話文で「何について、どういった観点から論じてほしいのかという」問題意識が示されることが多い。その場合、会話文で示された問題意識に答えることが、「設問に対する解答」をすることになる。したがって、ある論点について、この観点から論じてほしいということが会話文で示されているのであれば、会話文で示された観点からだけ論じればよいということになる。

平成 25 年司法試験設問 1 では、会話文で、「遺言無効確認の訴えは、遺言という過去にされた法律行為の効力の確認を求める訴えですが、確認の利益は認められるでしょうか。判例はありますか。」とある。この会話文により、遺言無効確認の訴えの確認の利益について、「遺言という過去にされた法律行為の効力の確認を求める訴え」であるという点に着目して、確認対象の適否という観点から論じてほしいということが示されていることになる。そのため、確認対象の適否以外については配点がないということになる。だからこそ、出題趣旨では、「過去の法律関係の存否の確認を求める訴えが許されないという原則の根拠に関し、設問に対する解答を超えて確認の利益の一般論（対象選択の適否、手段としての適否等）を論じても、特に評価の対象とはしない」とされているのである。他科目であれば、論点が顕在化しない要件も含めて全要件を網羅的に検討することが求められる傾向が強いが、民事訴訟法では、「会話文で示された問題意識についてだけ答えればよいから、その代わりに、正面から答えてほしい」というのが司法試験委員会の要求である。

ex 2. 平成 25 年司法試験設問 3 (2) の採点実感では、弁論主義第 1 テーゼ違反だけが問われている問題について、「相変わらず、弁論主義の根拠、弁論

主義の第2テーゼ、第3テーゼ、第1テーゼが間接事実には適用がないこと及びその理由（自由心証による事実認定を窮屈にする云々）まで長々と論じるものがあるが、やはり得点につながらない上、丸暗記した論証パターンを無反省に書き散らした答案として、印象も極めてよくない。」とされている。

まず、設問3(1)では、弁論主義第1テーゼ違反だけが問われているのだから、「弁論主義の第2テーゼ、第3テーゼ」の定義等が具体的検討では使わないものとして「設問に対する解答を超え」た一般論に当たることは明らかである。

次に、設問3(2)では、設問3(1)で「GがFからの相続による特定財産たる土地乙の所有権の取得を主張する場合に主張すべき請求原因事実たる主要事実」を書いていることを前提として、裁判所が当該請求原因事実を判決の基礎にすることが弁論主義第1テーゼとの関係で許されるかが問われているのだから、「裁判所が判決の基礎にすることの可否」が問われている事実が主要事実であるということは当然の前提である。そのため、弁論主義第1テーゼが適用される事実の範囲が主要事実に限定されるかという論点は顕在化しない（この論点が顕在化するのには、裁判所が判決の基礎にすることの可否が問われている事実が間接事実又は補助事実である場合である）。したがって、弁論主義第1テーゼが適用される事実の範囲については、「少なくとも主要事実を含むと解されている」とだけ書けば足りる（平成29年司法試験設問1・採点実感参照）。だからこそ、「第1テーゼが間接事実には適用がないこと及びその理由（自由心証による事実認定を窮屈にする云々）まで長々と論じる」ことも、「設問に対する解答を超え」た一般論に当たるのである。

なお、「弁論主義の根拠」については、「長々と論じる」ことがダメなのであって、書いても印象が悪くなることはない（配点があるかは不明である）。

ex3. 平成28年司法試験設問2では、第1訴訟に対する確認訴訟たる反訴の提起について、会話文で、㊦「検討をするに当たって1点確認をしておきたいのですが、本案の前提として判断される手続的事項については、独自の訴えの利益は認められないという考え方を聞いたことはありませんか。…以上のことを踏まえた上で、…訴えの利益が認められるという理由付けを具体的にまとめてみてください。」、及び㊧「反訴として提起するという事ですから、民事訴訟法第146条第1項所定の要件についての検討も念のために行っておいてください。」という2つの誘導がある。

確認訴訟たる反訴の提起について、㊦の問題意識に従って確認の利益を検討することと、㊧146条1項所定の要件の充足性を検討することの2つに、論述の観点が限定されているわけである。

だからこそ、採点実感では、「…以上が本設問における問題意識に答える観点から検討すべき内容であるが、実際の答案では、確認の利益についての一般論を展開し、方法選択の適切性、対象選択の適切性、即時確定の利

第2節. 管轄

C 総まくり 8~12 頁

管轄は、日本の裁判所がその事件を審判することを前提とした上で、日本のどの裁判所が審判できるかという問題である。

管轄には、職分管轄、事物管轄、土地管轄（4条以下）、指定管轄（10条）、合意管轄（11条）、応訴管轄（3条の8、12条）、専属管轄（13条等）がある。

訴訟の係属している裁判所が裁判により訴訟を他の裁判所に移転・送致する制度として、移送（16条以下）がある。

[論点1] 管轄の合意の解釈

C

管轄の合意には、専属的管轄合意（他の法定管轄を排除して、特定の裁判所に専属的に管轄権を生じさせるもの）と付加的管轄合意（法定管轄に付加して特定の裁判所にも管轄権を生じさせるもの）とがある。

管轄の合意が専属的管轄合意と付加的管轄合意のいずれに属するのかは、合意の意思解釈の問題である。

①合意の中で、特定の裁判所のみを管轄裁判所とする旨の意思が明示されている場合には、専属的管轄合意と解釈される。

②「当事者」間の「一定の法律関係に基づく訴えに関し」複数の法定管轄裁判所が存在する場合に、その中の1つについて合意がなされているときも、専属的管轄合意と解釈されるのが通常である。法定管轄裁判所が複数あるにも関わらず、その中から合意により敢えて一つに絞って明示しているのだから、専属的管轄合意と解釈することが当事者の合理的意思に合致すると考えられるのである。

もっとも、②の場合でも、企業側が用意した契約書や普通契約約款における当該企業の本店（本社）所在地を管轄する裁判所をもって合意による管轄裁判所とする旨の合意については、一般契約者（一般消費者）の利益保護の観点から、専属的管轄合意ではなく付加的管轄合意と解釈されることがある。

札幌高判 S45.4.20

③法定管轄裁判所以外の裁判所を管轄裁判所とする合意がなされている場合については、伝統的には、付加的管轄合意と解釈されていた。もっとも、合意によって特定の裁判所が管轄裁判所とされている以上、当事者の意思の合理的解釈としては専属的管轄合意と解するのが妥当である（有力説）。

[論点2] 管轄違いによる合意管轄裁判所への移送の制限

C

専属的管轄合意に基づく管轄裁判所に訴えが提起された場合であっても、裁判所は、訴訟を他の裁判所（法定管轄裁判所）に移送することが可能である（17条、20条1項括弧書）。

これに対し、専属的管轄合意により管轄を排除されている法定管轄裁判所に訴えが提起された場合には、裁判所により、管轄違いを理由として、訴訟が合意管轄裁判所に移送される（16条1項）。もっとも、16条1項に基づく管轄違いを理由とする合意管轄裁判所への移送を制限することができないか。

合意により管轄を排除されている法定管轄裁判所で審理・裁判することが「訴訟の著しい遅滞を避け、又は当事者間の衡平を図るため」に必要である場合、

管轄違いを理由として合意管轄裁判所に移送がされた後に、さらに上記法定管轄裁判所に移送されることになるが、これは迂遠である。

そこで、合意により管轄を排除されている法定管轄裁判所で審理・裁判することが「訴訟の著しい遅滞を避け、又は当事者間の衡平を図るため」に必要である場合には、17条の類推適用により、16条1項に基づく移送が制限されると解すべきである。

[論点 3] 管轄選択権の濫用

拘束手形の所持人 X は、自己に有利な地 (= 釧路) の裁判所に管轄を生じさせるために、①拘束手形の振出人 Y1 に対する手形金請求 (本来の管轄地は、支払地であり Y1 の住所地でもある盛岡地裁) に加え、②訴訟追行意思のない裏書人 Y2 に対する手形金償還請求 (管轄地は、釧路地裁) を、併合管轄地として釧路地裁 (7条) において、併合提起し、その後、②の請求を直ちに取り下げた。

確かに、併合管轄は訴え提起時に定まる (15条) から、その後、管轄原因となった訴えの取下げがあっても、他の請求の管轄は失われない (管轄固定の原則)。

しかし、一方当事者が手続上の地位を取得するためにその基礎となる事実を故意に作出したりすることは、訴訟上の信義則 (2条) により禁止されることがある (訴訟状態の不当形成の排除)。

そして、本事件では、第1回口頭弁論期日に X が訴状陳述もしないまま②の請求を取り下げたこと、以前にも X による同様事例があったことからすれば、X は、故意に基づき、自己に有利な管轄を生じさせるために、管轄選択権を濫用したといえる。

そこで、裁判所としては、訴訟上の信義則に照らし、管轄違いの違法 (16条1項) を認め、①の訴えを盛岡地裁へ移送するべきである。

[論点 4] 裁量移送の相当性判断

16条2項の裁量移送の要件 (自庁処理の相当性) については、どのように判断されるべきか。

簡易裁判所には、少額軽微事件につき簡易な手続により迅速に解決する、簡易裁判所判事の任命資格が判事のそれよりも緩やかであるという特徴がある。

そこで、自庁処理の相当性の判断では、①訴訟の著しい遅滞を避ける必要性や、②当事者間の衡平のみならず、③簡易裁判所の前記特徴も考慮されるべきである。

C

札幌高決 S41.9.19・百 A2

C

最決 H20.7.18・百 3

第8章 証拠

第1節 証拠調べ

総まくり 113~120 頁

当事者の主張した事実でその存否に争いのあるものについては、これを判決の基礎とするためには、裁判所による事実認定が必要である。

そして、裁判が適正であるためには、事実認定過程が公正である必要がある。

この事実認定の公正を担保するために、事実認定の資料として証拠が必要とされ（証拠裁判主義）、また、適正な証拠調べ手続が要請される。

1. 証拠

B

証拠とは、一般的には、事実認定の基礎となる資料を意味する。

証拠方法とは、証拠調べにおいて、取調べの対象となる有形物（人、物体）をいう。

証拠資料とは、証拠方法の取調べから感得される証言、鑑定意見、当事者の供述、文書の記載内容、検証の結果などの資料を意味する。

2. 証明の意義

B

証明は、裁判官が要証事実の存在につき確信を抱いた状態、あるいは、確信を得させるために証拠を提出する当事者の行為をいう。

3. 証拠の申出

B

弁論主義第3テーゼ（職権証拠調べの禁止）ゆえ、証拠調べは、原則として当事者の証拠の申出に基づいて開始される。

[論点 1] 唯一の証拠方法の申出の採否

C

証拠の申出の採否は原則として裁判官の合理的な裁量的判断に委ねられている。

大判 M33.6.30

もともと、当事者間の公平ひいては双方審尋主義の要請に照らし、ある要証事実についてなされた証拠の申出がその申出当事者にとって唯一のものである場合（唯一の証拠方法）には、正当な理由がない限り、これを排斥することは許されないと解すべきである。

4. 書証

A

(1) 文書の証拠力

A

文書の証拠力は、文書の記載内容が要証事実の証明に役立つことを意味し、形式的証拠力と実質的証拠力に分類される。

形式的証拠力は、その文書が挙証者が作成者であると主張する特定人の意思・判断等を表現したものであることをいう。これが認められるためには、①文書がその特定人の意思に基づいて作成されたものであること（＝文書の成立の真正）及び②文書の記載内容がその特定人の意思・判断等の表現であることが必要である。

実質的証拠力は、文書の記載内容が要証事実の証明に役立つ程度をいう。実質的証拠力の程度ないし判定方法との関係で、文書が処分証書と報告文書

に分類される。

[論点 2] 処分証書に関する二段の推定

A

1. 文書の成立の真正を証明する必要性

文書の証拠力は文書の記載内容が要証事実の証明に役立つことを意味するところ、文書の成立の真正が否定されると、文書の記載内容は要証事実の証明に役立たないこととなる。

したがって、挙証者は、文書の成立の真正について自白が成立していない場合、文書によって要証事実を証明するためには、まずは文書の成立の真正を証明する必要がある。

2. 処分証書の意義

処分証書とは、それによって証明しようとする法律行為が記載されている文書を意味する。

例えば、売買契約書は、それによって証明しようとする原告被告間における売買契約の締結という法律行為が記載された文書であるから、処分証書に当たる。

そうすると、売買契約書は、その成立の真正が認められた場合、原告被告間における売買契約の具現物ないし化身となるから、これにより、原告と被告が記載内容通りの売買契約を締結したという事実を直ちに認定することができる。¹⁾

3. 二段の推定 (228条4項)

(1) 一段目の推定

「本人…の押印」とは本人の意思に基づき真正に成立した押印を意味するところ、我が国では印章は厳密に保管・管理されみだりに他人に預託されることはないから、文書中に本人の印章の印影が顕出された場合には、特段の事情のない限り、その押印が本人の意思に基づくものであることが事実上推定され、その結果、「本人…の押印がある」という要件を満たし、228条4項の適用により、文書全体が本人の意思に基づき作成されたことが推認される。

ここでいう本人の印章は、本人が所有し、自己を表すものとして使用している印章を意味する。

そして、事実上の推定を覆すための反証事実には、①印章の支配が本人の意思に基づかず他人に移転したこと(盗用型)と、②目的外使用の可能性(冒用型: 預託の事実+預託の趣旨・目的から判断される)がある。

(2) 二段目の推定

「本人…の押印がある」という要件が認められる場合、228条4項の

最判 S39.5.12・百 70

¹⁾ 処分証書は、その成立の真正が認められた場合、要証事実たる法律上の行為の具現物ないし化身であるといえることから、裁判所は、成立の真正が認められた処分証書によって、作成者が記載内容通りの法律上の行為を行なったと直ちに認定することができる。

適用により、文書全体が本人の意思に基づき作成されたことが推定される。

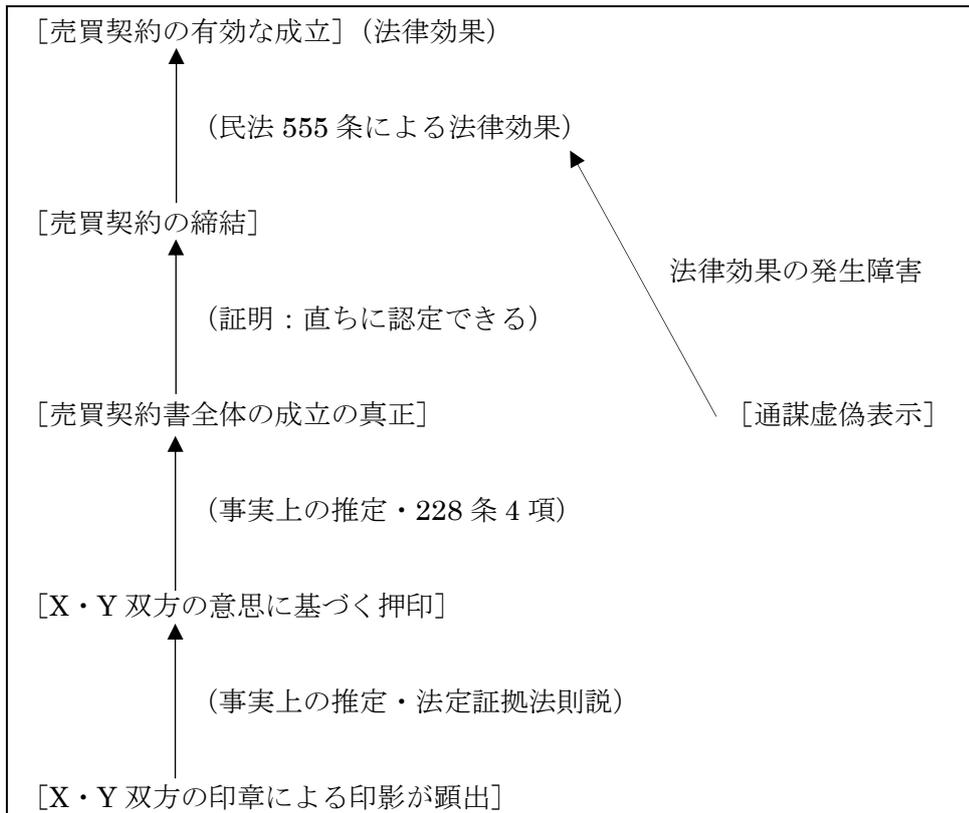
二段目の推定は、文書の作成過程として、当事者が文書の内容（本文）の確定後にその内容を確認した上で押印するのが通常であるという経験則に基づく。

そして、同条項の「推定」は法定証拠法則に基づく事実上の推定であると解するから、この推定を覆すための反対証明活動は反証で足りる。

二段目の推定を覆すための反証事実には、①本人の白紙押印後、他人がこれを悪用して文書を完成させた可能性と、②文書作成後の変造・改ざんの可能性がある。

【図解】 通謀虚偽表示の主張の位置付け

例えば、X が Y に対する売買代金支払請求訴訟において、XY 間の売買契約締結の事実を証明するための証拠として、XY の印章による印影がある売買契約書を提出したところ、Y が通謀虚偽表示を主張してきたという事案では、Y の主張は、①売買契約書の成立の真正の否認でもなければ、②売買契約締結の事実に対する否認でもない。これは、③売買契約書により証明される売買契約締結の事実に対して民法 555 条が与えている売買契約の有効な成立という法律効果の発生を障害するための抗弁に位置づけられる。



(2) 文書提出命令 (219条以下)

ア. 個別義務 (220条1号～3号)

引用文書 (1号)・引渡し又は閲覧請求の対象となる文書 (2号)・利益文書 (3号前段)・法律関係文書 (3号後段) がある。

【論点 3】 利益文書の意義

利益文書の提出義務が定められている趣旨は、挙証者の利益を目的と

第2節 既判力の作用

1. 消極的作用・積極的作用

(1) 消極的作用

既判力が作用する後訴においては、当事者は既判力の生じた判断を争うことはできない（遮断効：既判力の生じた判断に反する主張・証拠申出は排斥される）。

(2) 積極的作用

既判力が作用する後訴においては、裁判所は、既判力の生じた判断を前提として判決をしなければならない。

2. 既判力が作用する場面

114条1項に基づく既判力が作用するのは、「前訴と後訴の訴訟物どうし」の関係が「同一・先決・矛盾関係」のいずれかに該当する場合である。

(1) 同一関係

訴訟物どうしを比較して、前訴の訴訟物と後訴の訴訟物が同一である場合をいう。¹⁾

(2) 先決関係

訴訟物どうしを比較して、前訴における訴訟物が後訴における訴訟物の前提問題（先決問題）になっている場合をいう。

(3) 矛盾関係

前訴における訴訟物と後訴における訴訟物とが、実体法上論理的に正反対の関係に立っていると評価される場合をいう。

矛盾関係については、①訴訟物どうしを比較して判断する見解と、②前訴確定判決の主文中の判断内容と後訴の訴訟物を比較して判断する見解がある。

(4) 具体的事例

[例1] 所有権確認請求

XのYに対する甲土地の所有権確認請求 ○

YのXに対する甲土地の所有権確認請求

一物一権主義の下、実体法上、同一不動産についてX・Y双方の単独所有権を認めることはできない。

そうすると、前訴の訴訟物と後訴の訴訟物は、一物一権主義を媒介として、矛盾関係に立つ。

[例2] 不当利得返還請求

XのYに対する貸金返還請求 ○

YのXに対する不当利得返還請求（敗訴判決に従い支払った金銭の返還）

不当利得返還請求権の内容は原物返還を原則とするから、後訴で返還が求

論文試験では、事案によって、①・②を使い分ければよい（説明しやすい方を選択する。）。

①による説明である。②からも、一物一権主義を媒介として矛盾関係が認められる。

¹⁾ 前訴で全部勝訴した原告が再び同一訴訟物につき訴えを提起した場合には、本案審理レベルの問題である既判力の作用を考える前に、本案前のレベルの問題である訴えの利益の有無を検討する必要がある（論証集35頁・第4節の1）。

められている金銭は、前訴の請求客体である貸金と同一物であると評価される。そうすると、前訴の訴訟物と後訴の訴訟物の間には、同一物に関する行ったり来たりの正反対の請求という意味で、矛盾関係が認められる。

また、後訴の訴訟物は、前訴の訴訟物である給付請求権の不存在を「法律上の原因」の不存在という請求原因とするという意味で、前訴の訴訟物を前提問題にしているといえるから、先決関係にあるともいえる。

〔例 3〕 判決の騙取としての不法行為に基づく損害賠償請求権

XのYに対する貸金返還請求 ○

YのXに対する支払った貸金相当額の損害の賠償請求（不法行為責任）

損害賠償請求における給付客体は、金銭賠償の原則に基づき、金銭に転化することになる。そうすると、前訴の訴訟物と後訴の訴訟物は、いずれも金銭を給付客体とするものであっても、金銭賠償の原則により後者の給付客体は金銭に転化していることから、給付客体の同一性が切断されることになる。したがって、両者は、同一客体に関する行ったり来たりの正反対の請求という関係にないから、矛盾関係を認めることができない。

では、先決関係はどうか。確かに、後訴原告が、前訴の訴訟物である給付請求権の不存在自体を後訴の請求原因（権利侵害・損害）として構成しているのであれば、先決関係を肯定し得る。しかし、これと異なり、前訴の手続過程全体が不法行為に当たるといって請求原因を構成している場合には、前訴の訴訟物である給付請求権が後訴の訴訟物の前提問題にされているとはいえないから、先決関係を認めることができない。²⁾

（補足）

前訴で敗訴した前诉被告が前訴確定判決の不正取得を理由として不法行為に基づく損害賠償を求めて後訴を提起する場合において後訴を制限する構成としては、①前訴確定判決の既判力が後訴に作用するとした上で後訴における前诉被告の主張のうち前訴確定判決の主文中の内容と矛盾するものを排斥することで請求を棄却するものと、②前訴確定判決の既判力が後訴に作用することを否定しつつ、請求認容のために必要とされる請求原因として、本来的要件（故意過失、権利利益侵害、損害、因果関係）に加え「特別の事情」も要求する（請求原因を加重する）というものがある。

「確定判決…の成立過程における相手方の不法行為を理由として、確定判決の既判力ある判断と実質的に矛盾する損害賠償請求をすることは、確定判決の既判力による法的安定を著しく害する結果となるから、原則として許されるべきではなく、当事者の一方の行為が著しく正義に反し、確定判決の既判力による法的安定の要請を考慮してもなお容認し得ないような特別の事情がある場合に限って、許される」とした最高裁平成10年判決の立場については、②で理解するのが一般的である。

したがって、前诉被告が前訴の訴訟物である給付請求権の不存在自体を後

最判 H10.9.10・百 39・論証集 55 頁

〔論点 1〕

²⁾ 判例は、先決関係も認めていない（最判 H22.4.13・H22 重判 3）。このように、先決関係の成否は後訴原告による請求原因の構成の仕方によって変わり得ると考えられる。

〔論点 5〕 取締役解任の訴えにおける例外

取締役解任の訴えは会社と解任対象取締役を共同被告とする固有必要的共同訴訟である（会社法 855 条）から、会社・取締役に不利な「訴訟行為」である会社による裁判上の自白は、会社・取締役双方に対する関係で効力を生じないのが原則である（40 条 1 項）。しかし、例外として、裁判上の自白の効力を認めることができないか。

40 条 1 項が訴訟資料を統一するために共同訴訟人全員に有利な訴訟行為についてのみその効力が生じることを認めている趣旨は、他の共同訴訟人の手続保障を図ることにあると考えられる。

そこで、共同訴訟人全員にとって有利な訴訟行為でなくても、これについて他の共同訴訟人の手続保障が及んでいるといえる場合には、例外的に訴訟行為の効果を認めることができると解すべきである。

そして、取締役解任の訴えにおいて、代表取締役は、共同被告である取締役と共に会社経営をしている者であるから、裁判上の自白という会社の代表取締役としての決定に共同被告である取締役も関与している可能性がある。

そのため、仮にそのような事情が認められるのであれば、裁判上の自白について共同被告である取締役の手続保障が及んでいるといえるから、裁判上の自白の効力が認められることになる。

B

司法試験平成 20 年設問 4

4. 訴えの主観的追加的併合

訴えの主観的追加的併合は、広義では共同訴訟参加等を含むものであるが、狭義では明文のない訴えの主観的追加的併合を意味する。

類型としては、第三者が原告又は被告を新たな被告とする場合・原告又は被告が第三者を新たな被告とする場合がある。

別訴提起をした上で裁判所に対して弁論の併合（152 条 1 項）を促すという方法もあるが、弁論の併合が裁判所の専権事項であることから、当事者が権利として上記のような併合形態での審理を求めうるものとして、明文なき主観的追加的併合が認められるかが問題となる。

〔論点 1〕 原告による訴えの主観的追加的併合

先行して提起された個別訴訟の係属中に、原告が第三者を共同訴訟人としてその訴訟に引き込んで追加併合することにより共同訴訟関係が生じさせようとする場面で、問題となる。⁴⁾

判例は、①訴訟経済に資するとは限らない、②訴訟の複雑化、③軽率な提訴ないし濫訴、④訴訟遅延を理由として、否定説に立っている。これに加えて、学説では、⑤第三者の手続保障の問題も挙げる。

…略…（事案に即して①～⑤が妥当するかを検討し、判例の射程を論じる。）

例えば、審理の最初の段階で肯否が問題となっているのなら、第三者は審理の最初から手続に関与することができるから、意思に反して係属中の訴訟に引き込まれる第三者の手続保障が害されるとはいえない（⑤）

A 総まくり 201～203 頁

A

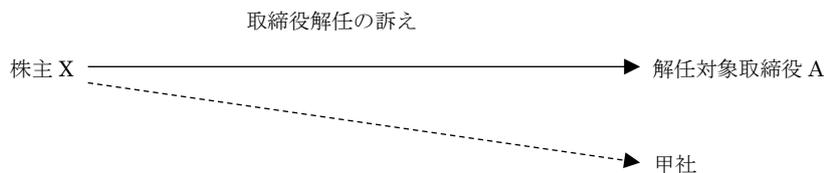
最判 S62.7.17・百 96

⁴⁾ 現法民訴法では、訴えの主観的追加的併合が後発的に発生する事態を予定した手続としては、共同訴訟参加（52 条）及び訴訟承継（50 条、51 条）についての規定が整備されている。

[過去問] 過去問で出題された事案

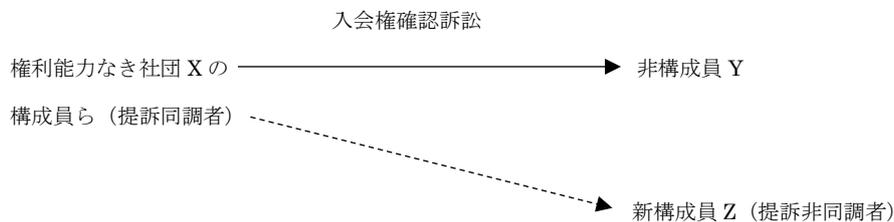
(平成 20 年司法試験設問 3)

甲社の株主 X は、弁護士を訴訟代理人に選任することなく、訴状を自ら作成し、甲社の代表取締役 A を甲社の取締役から解任することを求める取締役確認の訴え（会社法 854 条）を、A だけを被告として提起したところ、会社法 855 条により取締役解任の訴えが解任対象取締役と会社とを共同被告とするべき固有必要的共同訴訟であることに気が付いたため、訴状の副本が A に送達されてから 4 日後に、受訴裁判所に対して、被告として甲社も追加する旨の申立書を提出した。



(平成 28 年司法試験設問 1 改題)

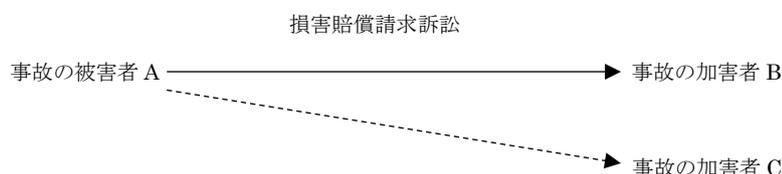
権利能力なき社団 X の構成員らは、X の総有財産である甲不動産について Y 名義の抵当権設定登記があったことから、X における総会の議決による授權手続を経た上で、Y を被告として、甲不動産が X の総有に属することの確認をを求める総有権確認訴訟（構成員全員を共同原告とするべき固有必要的共同訴訟）を提起した後、新た現れた X の構成員 Z が提訴に同調しないため、「入会集団の構成員の中に提訴に同調しない者がいる場合には、その者を被告に加えることにより入会権確認訴訟の当事者適格を充足することができる」とした最高裁平成 20 年判決を前提として、提訴に同調しない新構成員 Z を総有権確認訴訟の被告に加える旨の申し立てを行った。



(平成 30 年司法試験設問 1 改題)

A は、B と C が運転していた 2 台の自動車が発生した事故により負傷したとして、Y に対して損害賠償請求訴訟（民法 709 条、通常共同訴訟）を提起した後で、同訴訟の第 1 回口頭弁論期日前に、Z に対する損害賠償請求訴訟を Y に対する損害賠償請求訴訟に併合する形で提起しようとした。

この事案では、訴訟が固有必要的共同訴訟である（平成 20 年司法試験設問 3）（平成 28 年司法試験設問 1）と異なり、訴訟が通常共同訴訟であるため、A は、当事者適格を欠くという瑕疵を治癒するために訴えの主観的追加的併合を用いようとしているのではない。A は、共通性の高い 2 つの訴訟について裁判所に併合審理してもらうことにより訴訟追行の負担を軽減するとともに、共通する争点である損害額について統一的な判断を得るために、訴えの主観的追加的併合を用いようとしているのである。



仮に AB 間の訴訟の審理が進んでおり、裁判所が争点である損害額について A に有利な心証を形成しつつある場合には、A にとっては、損害額についての有利な心証形成を前提として C との間で訴訟をすることができるというメリットがある一方で、C にとっては、争点である損害額について自分に不利な心証が形成されている訴訟に強制的に引き込まれることにより、手続保障が十分に与えられないことになるため、否定説の根拠⑤が妥当することになる。

しかし、上記事案では、AB 間の訴訟の第 1 回口頭弁論期日前、すなわち裁判所が争点について心証を形成する前に、訴えの主観的追加的併合の申し立てが行われているため、訴えの主観的追加的併合を認めても、C にとって争点である損害額について自分に不利な心証が形成されている訴訟に強制的に引き込まれることにより手続保障の権利が害されるということにはならない。このことは、否定説の根拠⑤が妥当しないとして、訴えの主観的追加的併合を肯定する方向で評価される。