

平成24年

1 【第3問】（配点：100〔設問1〕から〔設問3〕までの配点の割合は、3.5：4：2.5〕
2 次の文章を読んで、後記の【設問1】から【設問3】までに答えなさい。

3

4 【事例】

5 Xは、Aに対し、300万円を貸し渡したが、返済がされないまま、Aについて破産手続が開
6 始された。Xは、BがAの上記貸金返還債務を連帯保証したとして、Bに対し、連帯保証債務の
7 履行を求める訴えを提起した（以下、この訴訟を「訴訟1」という。）。

8

9 第1回口頭弁論期日において、被告Bは、保証契約の締結の事実を否認した。

10 原告Xは、書証として、連帯保証人欄にBの記名及び印影のある金銭消費貸借契約書兼連帯保
11 証契約書（資料参照。以下「本件連帯保証契約書」という。なお、その作成者は証拠説明書にお
12 いてX、A及びBとされている。）を提出した。

13 Bは、本件連帯保証契約書の連帯保証人欄の印影は自分の印章により顕出されたものであるが、
14 この印章は、日頃から自分の所有するアパートの賃貸借契約の締結等その管理全般を任せている
15 娘婿Cに預けているものであり、押印の経緯は分からないと述べた。Xが主張の補充を検討した
16 いと述べたことから、裁判所は、口頭弁論の続行の期日を指定した。

17

18 以下は、第1回口頭弁論期日の後にXの訴訟代理人弁護士Lと司法修習生Pとの間でされた会
19 話である。

20 弁護士L：証拠として本件連帯保証契約書がありますから、立証が比較的容易な事件だと考え
21 ていましたが、予想していなかった主張が被告から出てきました。被告の主張は、現
22 在のところ裏付けもなく、そのまま鵜呑みにすることはできませんから、当初の請求
23 原因を維持し、本件連帯保証契約書を立証の柱としていく方針には変わりはありません。
24 もっとも、Xによれば、本件連帯保証契約書の作成の経緯は「主債務者AがCと
25 ともにX方を訪れた上、連帯保証人欄にあらかじめBの記名がされ、Bの押印のみが
26 ない状態の契約書を一旦持ち帰り、後日、AとCがBの押印のある本件連帯保証契約
27 書を持参した」ということのようなのですから、こちら側から本件連帯保証契約書の作成
28 状況を明らかにしていくことはなかなか難しいと思います。

29 修習生P：二段の推定を使えば、本件連帯保証契約書の成立の真正を立証できますから、それ
30 で十分ではないでしょうか。

31 弁護士L：確かに、保証契約を締結した者がB本人であるとの前提に立てば、二段の推定を考
32 えていけば足りるでしょう。他方で、仮にCがBから印章を預かっていたとすると、
33 CがBの代理人として本件連帯保証契約書を作成したということも十分考えられま
34 す。

35 修習生P：しかし、本件連帯保証契約書には「B代理人C」と表示されていないので、代理人
36 Cが作成した文書には見えないのですが。

37 弁護士L：代理人が本人に代わって文書を作成する場合に、代理人自身の署名や押印をせず、
38 直接本人の氏名を記載したり、本人の印章で押印したりする場合があります。このような
39 場合を署名代理と呼んでいます。その法律構成については、考え方が分かれるところ
40 ですが、ここでは取りあえず通常の代理と同じであると考え、かつ、代理人の作成し
41 た文書の場合、その文書に現れているのは代理人の意思であると考え、本件連帯
42 保証契約書の作成者は代理人Cとなります。

43 そこで、私は、念のため、第2の請求原因として、Bではなくその代理人Cが署名
44 代理の方式によりBのために保証契約を締結した旨の主張を追加し、敗訴したときには
45 は無権代理人Cに対し民法第117条の責任を追及する訴えを提起することを想定

46 して、Cに対し、訴訟告知をしようと考えています。

47 修習生P：訴訟告知ですか。余り勉強しない分野ですのでよく調べておきます。

48 しかし、本件連帯保証契約書を誰が作成したかが明らかでないからといって、第2
49 の請求原因を追加する必要まであります。裁判所が審理の結果を踏まえてCがBの
50 代理人として保証契約を締結したと認定すれば足りるのではないのでしょうか。最高裁
51 判所の判決にも、傍論ながら、契約の締結が当事者本人によってされたか、代理人に
52 よってされたかは、その法律効果に変わりがないからとして、当事者の主張がないに
53 もかかわらず契約の締結が代理人によってされたものと認定した原判決が弁論主義
54 に反しないと判示したもの（最高裁判所昭和33年7月8日第三小法廷判決・民集1
55 2巻11号1740頁）があるようですが。

56 弁護士L：その判例の読み方にはやや難しいところがありますから、もう少し慎重に考えてく
57 ださい。先にも言ったとおり、本件連帯保証契約書の作成者が代理人Cであるという
58 前提に立つと、本件連帯保証契約書において保証意思を表示したのは代理人Cである
59 と考えられ、その効果がBに帰属するためには、BからCに対し代理権が授与されて
60 いたことが必要となります。そうだとすると、第2の請求原因との関係では、Bから
61 Cへの代理権授与の有無が主要な争点になるものと予想され、本件連帯保証契約書が
62 証拠として持つ意味も当初の請求原因とは違ってきますね。なぜだか分かりますか。

63 修習生P：二段の推定が使えるかどうかといったことでしょうか。

64 弁護士L：良い機会ですから、当初の請求原因（請求を基礎付ける事実）が、①XA間におけ
65 る貸金返還債務の発生原因事実、②XB間における保証契約の締結、③②の保証契約
66 が書面によること及び④①の貸金返還債務の弁済期の到来であり、第2の請求原因
67 （請求を基礎付ける事実）が、①XA間における貸金返還債務の発生原因事実、②代
68 理人Cが本人Bのためにすることを示してXとの間で保証契約を締結したこと（顕名
69 及び法律行為）、③②の保証契約の締結に先立って、BがCに対し、同契約の締結につ
70 いての代理権を授与したこと（代理権の発生原因事実）、④②の保証契約が書面による
71 こと及び⑤①の貸金返還債務の弁済期の到来であるとして、処分証書とは何か、それ
72 によって何がどのように証明できるかといった基本に立ち返って考えてみましょう。

73

74 【設問1】

75 (1) Xが当初の請求原因②の事実を立証する場合と第2の請求原因③の事実を立証する場合とで、
76 本件連帯保証契約書を持つ意味や、同契約書中にBの印章による印影が顕出されていることが
77 持つ意味にどのような違いがあるか。弁護士Lと司法修習生Pの会話を踏まえて説明せよ。

78 (2) Xが第2の請求原因を追加しない場合においても、裁判所がCはBの代理人として本件連帯
79 保証契約書を作成したとの心証を持つに至ったときは、裁判所は、審理の結果を踏まえて、C
80 がBの代理人として保証契約を締結したと認定して判決の基礎とすることができるというPの
81 見解の問題点を説明せよ。

82

83 【事例（続き）】

84 第2回口頭弁論期日において、原告Xは、第2の請求原因として、被告Bではなくその代理人
85 Cが署名代理の方式によりBのために保証契約を締結した旨の主張を追加した。Bは、第2の請
86 求原因に係る請求原因事実のうち、保証契約の締結に先立ちBがCに対し同契約の締結につ
87 いての代理権を授与したこと（代理権の発生原因事実）を否認し、代理人Cが本人Bのためにす
88 ことを示してXとの間で保証契約を締結したこと（顕名及び法律行為）は知らないと言った。

89 第3回口頭弁論期日において、Xは、第3の請求原因として、Xは、Cには保証契約を締結す
90 ることについての代理権があるものと信じ、そのように信じたことについて正当な理由があるか

91 ら、民法第110条の表見代理が成立する旨の主張を追加した。Bは、表見代理の成立の要件と
92 なる事実のうち、基本代理権の授与として主張されている事実は認め、その余の事実を否認した。
93 同期日の後、Xは、Cに対し、訴訟告知をし、その後、BもCに対して訴訟告知をしたが、Cは、
94 X及びBのいずれの側にも参加しなかった。

95
96 裁判所は、審理の結果、表見代理が成立することを理由として、XのBに対する請求を認容す
97 る判決を言い渡し、同判決は確定した。

98 Bは、CがBから代理権を与えられていないにもかかわらず、Xとの間で保証契約を締結した
99 ことによって訴訟1の確定判決において支払を命じられた金員を支払い、損害を被ったとして、
100 Cに対し、不法行為に基づき損害賠償を求める訴えを提起した（以下、この訴訟を「訴訟2」と
101 いう。）。

102 103 【設問2】

104 訴訟2においてBが、①CがBのためにすることを示してXとの間で保証契約を締結したこと、
105 ②①の保証契約の締結に先立って、Cが同契約の締結についての代理権をBから授与されたことは
106 なかったこと、を主張した場合において、Cは、上記①又は②の各事実を否認することができるか。
107 Bが訴訟1においてした訴訟告知に基づく判決の効力を援用した場合において、Cの立場から考え
108 られる法律上の主張とその当否を検討せよ。

109 110 【事例（続き）】

111 以下は、訴訟1の判決が確定した後に原告Xの訴訟代理人弁護士Lと司法修習生Pとの間でされ
112 た会話である。

113 弁護士L：今回は幸いにして勝訴することができましたが、私たちの依頼者Xとしては、仮にB
114 に敗訴することがあったとしても、少なくともCの責任は問いたいところでした。そこ
115 で、B及びCに対する各請求がいずれも棄却されるといういわゆる「両負け」を避ける
116 ため、今回は訴訟告知をしましたが、民事訴訟法にはほかにも「両負け」を避けるため
117 の制度があることを知っていますか。

118 修習生P：同時審判の申出がある共同訴訟でしょうか。

119 弁護士L：そうですね。良い機会ですから、今回の事件の事実関係の下で同時審判の申出がある
120 共同訴訟によったとすれば、どのようにして、どの程度まで審判の統一が図られ、原告
121 が「両負け」を避けることができたのか、整理してみてください。例えば、以下の事案
122 ではどうなるのでしょうか。

123
124 **（事案）** XがB及びCを共同被告として訴えを提起し、Bに対しては有権代理を前提として保証債
125 務の履行を求め、Cに対しては民法第117条に基づく責任を追及する請求をし、同時審判
126 の申出をした。第一審においては、Cに対する代理権授与が認められないという理由で、B
127 に対する請求を棄却し、Cに対する請求を認容する判決がされた。

128 129 【設問3】

130 同時審判の申出がある共同訴訟において、どのようにして、どの程度まで審判の統一が図られ、
131 原告の「両負け」を避けることができるか。上記**（事案）**の第一審の判決に対し、①Cのみが控訴
132 し、Xは控訴しなかった場合と、②C及びXが控訴した場合とを比較し、控訴審における審判の範
133 囲との関係で論じなさい。

134 【資料】

135 金銭消費貸借契約書兼連帯保証契約書

136

137 平成〇〇年〇月〇日

138 住 所 〇〇県〇〇市・・・(略)

139 貸 主 X 印

140

141 住 所 〇〇県〇〇市・・・(略)

142 借 主 A 印

143

144 住 所 〇〇県〇〇市・・・(略)

145 連帯保証人 B 印

146

147 1 本日、借主は、貸主から金三百萬円を次の約定で借入れ、受領した。

148 弁済期 平成〇〇年〇月〇日

149 利 息 年3パーセント（各月末払）

150 損害金 年10パーセント

151 2 借主が次の各号の一にでも該当したときは、借主は何らの催告を要しないで期限の利益を失い、
152 元利金を一時に支払わなければならない。

153 (1) 第三者から仮差押え、仮処分又は強制執行を受けたとき

154 ・・・・(略)

155 3 連帯保証人は、借主がこの契約によって負担する一切の債務について、借主と連帯して保証債
156 務を負う。

[解説]

第1. 設問1 (1)

〔設問1〕の小問(1)は、連帯保証債務の履行を求める訴えである訴訟1において、原告Xが当初の請求原因②の事実(XB間における連帯保証契約の締結)を立証する場合と第2の請求原因③の事実(BのCに対する代理権授与)を立証する場合のそれぞれについて、書証である本件連帯保証契約書、特に同契約書中にBの印章による印影が顕出されていることが持つ意味を説明することを求める問題である。説明をする際には、問題文にあるとおり、弁護士Lと司法修習生Pの会話を踏まえることが求められており、具体的には、本件連帯保証契約書の連帯保証人欄の作成者とされるのが誰であるのかと関連付けつつ、処分証書や二段の推定の意義及び訴訟上の機能を明確にして論じることが期待されている(出題の趣旨)。

1. ②XB間における保証契約の締結を立証する場合

総まくり 114頁・4、論証集 85頁・

本件連帯保証契約書は、当初の請求原因②の事実(XB間における連帯保証契約の締結)の存在を直接証明するための証拠となる…。…『XB間における連帯保証契約の締結』という要証事実を立証する場合には、本件連帯保証契約書の連帯保証人欄には連帯保証をする旨のBの意思が表現されていることになるから、その成立の真正が認められれば、直ちに『XB間における連帯保証契約の締結』の事実が証明されることになる。文書の成立の真正を認定する際には、いわゆる二段の推定が働く。以上のことを、二段の推定の意味内容も含めて丁寧に説明していけば、処分証書や二段の推定の意義や訴訟上の機能を正確に理解し表現するという課題に応えたことになり、また、二段の推定の意味内容を説明すれば、その中でBを作成者と見る趣旨との関連がおのずから明確にされることになる(出題の趣旨)。

4

(1) 処分証書の意義と証拠力

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。

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うことが出来るから、裁判所は、成立の真正が認められた処分証書によって、挙証者が作成者であると主張する特定人が記載内容通りの法律上の行為を行ったと直ちに認定することができる。

本件連帯保証契約書は、当初の請求原因②の事実を立証する場合には、それによって証明しようとするXB間における連帯保証契約が記載されている文書として処分証書に当たる。

したがって、本件連帯保証契約書の成立の真正が認められた場合、XB間においてそこに記載されている内容通りの連帯保証契約が締結された事実を直ちに認定することができる。

(2) 二段の推定

ア. 一段目の推定

「本人…の押印」(228条4項)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

最判 S39.5.12・百 70

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に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。

イ. 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、㊦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、㊧文書作成後の変造・改ざんの可能性がある。

2. ③②の保証契約の締結に先立って、BがCに対し、同契約の締結についての代理権を授与したこと（代理権の発生原因事実）を立証する場合

本件連帯保証契約書は、…第2の請求原因③の事実（BのCに対する代理権授与）を直接的に証明する証拠となることはない。^{直接×}『BのCに対する代理権授与』という要証事実を立証する場合には、問題文にあるとおり、本件連帯保証契約書の連帯保証人欄の作成者をCと見る前提に立つ以上、そこにBのCに対する代理権授与の意思が表現されていることはなく、本件連帯保証契約書が『BのCに対する代理権授与』の事実を直接的に証明する証拠となることもない。本件連帯保証契約書ではなく、^{間接○}そこにBの印章による印影が顕出されていることをもって、『BのCに対する代理権授与』という要証事実との関係で間接証拠となることを論じることは考えられるが、その場合には、それがどのような意味で間接証拠になり得るのか、すなわち、どのような過程をたどって要証事実を推認させるのかを、丁寧に説明する必要がある。例えば、一般に印章の管理は厳格に行われ、それにもかかわらず本件連帯保証契約書の連帯保証人欄にBの印章による印影が顕出されていることからすれば、Bは、本件連帯保証契約書の連帯保証人欄の作成に先立って、自分の印章をCに交付しており、その際、Cに対し本件連帯保証契約の締結についての代理権も授与していたことが推認され得るといった説明である（出題の趣旨）。

3. 専門用語の正確な理解

書証とは、文書に記載されている作成者の意思や認識を裁判所が閲読して、その意味内容を係争事実の認定のための資料とする証拠調べをいう。文書は、公文書と私文書、処分証書と報告文書といった幾つかの観点から分類することができるが、このうち**処分証書**とは、証明しようとする法律行為が記載されている文書であり、それ以外の作成者の経験を記載したり意見を述べたりした文書を**報告文書**という。**書証**は、文書の作成者の意思や認識などの意味内容を証拠資料に用いる証拠調べであるから、まず、挙証者が作成者であると主張する特定人（作成名義人）によってその文書が実際に作成されたということを確認する必要がある、この点が肯定されることを文書が真正に成立したといい、このことにより**文書の形式的証拠力**が備わることになる。ある証拠が直接証拠となるか、間接証拠となるかは、立証趣旨との関係で定まる（採点実感）。

第2. 設問1 (2)

〔設問1〕の小問(2)は、司法修習生Pの見解を批判的に検討することを求める問題である。この見解は、最判昭和33年7月8日民集12巻11号1740頁〔百選第4版・47〕の説示する内容に沿うものであるが、裁判所は当事者の主張しない事実を裁判の資料としてはならないという弁論主義の命題との関係で検討すべき点がある。上記命題が主要事実について働くものであることや、代理権の発生原因事実等は主要事実であることを確認しつつ、論じることが期待されている(出題の趣旨)。

この問題で求められているのは、『裁判所は当事者の主張しない事実を裁判の基礎とすることができない』という弁論主義の主張責任に関する原則は、主要事実について適用されるところ、主要事実とは、法律関係の発生等に直接必要なものとして法律が定める要件に該当する具体的事実であり、代理との関係でいえば、授権及び顕名は、民法第99条によれば、本人BではなくCが締結した保証契約上の権利義務がBに帰属するために直接必要な事実であるから、先の定義上、主要事実に当たり、そうすると、効果が同じであるから主張がなくとも代理に関する事実を判決の基礎にすることができるという判例の考え方はこれと相容れない、という論証である。ところが、①主張責任の原則は、法律関係の発生等に直接必要な主要事実に適用される、②代理の要件事実、代理人による契約締結、顕名及び授権である、③したがって、Pの見解は弁論主義に反するとするのみで、①と②が論理的に結び付いていない答案が多く見られた。②の部分は、代理の要件事実を丸暗記して再現しただけで、なぜそれが主要事実なのかを自分の頭の中で整理した上で答案を構成しているとは評価し難く、むしろ、知識が血や肉となって身に付いていないことをうかがわせる(採点実感)。

1. 弁論主義に関する一般論

設問1では、まず、一般的に、民事訴訟において、裁判の基礎となる資料の収集を当事者の責任とする原則(いわゆる弁論主義)が妥当し、その一環として、裁判所は当事者が主張しない事実を判決の基礎にしてはならないとの原則(いわゆる主張原則)が妥当すること、主張原則の対象となる事実は少くとも主要事実を含むと解されていることを論ずる必要がある。

…略… 主要事実について主張原則が妥当することを明らかにせず、あるいはその根拠に関する理解が不明瞭な答案が散見された。その根拠として自由心証主義との関係を指摘する答案も多く見られたが、自由心証主義との関係は、間接事実に至る主張原則を及ぼすことの当否を論ずる際の根拠となるものであって、主要事実主張原則が妥当することの根拠となるものではないから、当事者が代理の主要事実自体を主張していない本件事案において記述する必要があるとはいいい難く、事案に即した記述を心掛ける必要がある。このほか、弁論主義の根拠として民事訴訟法第246条を掲げたり、本問において弁論主義の第2テーゼや第3テーゼを論じたりするなど、基礎的な理解が疑われる答案、準備した論証パターンをそのまま書き写したためか、答

案全体の分量から見てバランスを欠くほど長々と論述を重ねる答案もあった。(平成29年司法試験・採点実感)。

2. 代理の要件事実を明らかにする

総まくり 93 頁 [論点 8]、論証集 69

頁 [論点 8]

主要事実とは、法律関係の発生等に直接必要なものとして法律が定める要件に該当する具体的事実であり、代理との関係でいえば、授権及び顕名は、民法第99条によれば、本人BではなくCが締結した保証契約上の権利義務がBに帰属するために直接必要な事実であるから、先の定義上、主要事実に当た… (平成24年司法試験・採点実感)。

本問では、代理の主要事実は何かを明らかにすることが求められるところ、比較的多くの答案は、代理権の授与、顕名及び代理人による意思表示が主要事実となることを指摘できていたが、これを明記しない答案も一定程度見られた。そして、代理の主要事実を指摘した答案においても、その検討の前提として必要となる、主要事実とは何かという点について、触れている答案は必ずしも多くなかった。代理については、意思表示をした者以外の者に法律行為の効果を帰属させるという実体法上の効果があるところ、主要事実とは何か十分に理解されていないため、特段の検討を加えることなく代理の事実は間接事実にすぎないとする答案も、一定程度見られた(平成29年司法試験・採点実感)。

主要事実とは、法律関係の発生等に直接必要なものとして法律が定める要件に該当する具体的事実である。

そして、意思表示による法律効果はその意思表示をした者について生じるのが民法上の原則であるところ、民法99条は、代理人のした意思表示による法律効果を本人に帰属させる他人効の発生に直接必要な要件事実として、顕名・代理行為・先立つ代理権の授与を定めている。

したがって、顕名・代理行為・先立つ代理権の授与に該当する具体的事実は、代理の主要事実に当たり、弁論主義が適用される。

よって、裁判所が当事者からの主張なくして顕名・代理行為・先立つ代理権の授与に該当する具体的事実を認定することは弁論主義に違反する。

3. 判例の見解

判例は、契約が「当事者本人によってなされたか、代理人によってなされたかは、その法律効果に変わりはない」という理由から、契約が当事者間で成立したとの主張がなされていれば、裁判所が当事者から主張されていない代理人による契約締結の事実を認定することは、弁論主義に反しないとしている。

最判 S33.7.8・百 48

この判例については、複数の理解がある。

一つは、代理人による契約締結の事実は主要事実ではないとする理解である。

伊藤 298 頁

もう一つは、代理人による契約締結の事実は主要事実であるとした上で、弁論主義違反にはなるが、不意打ちのなかった認定であるとして、原判決を破棄して事件を原審に差し戻す理由とまではならないとする理解である。

第3. 設問2

〔設問2〕は、訴訟1において表見代理が成立することを理由としてXのBに対する請求を認容する判決が言い渡され、同判決が確定したことを受けて、BがCに対し提起した不法行為に基づき損害賠償を求める訴え（訴訟2）において、原告Bが、請求原因として主張した、①Cの顕名及び法律行為、②Cの無権代理の各事実をCが否認することの可否を検討することを求める問題である。問題文からも明らかなように、訴訟1においてBがした訴訟告知に基づく判決の効力を受けることを回避するための理論構成を、まずは被告Cの立場から検討することが求められており、具体的には、訴訟告知に基づく判決効によってCが①②の事実を争えなくなるという帰結に至る可能性を示した上で、被告告知者であるCが受けることとなる効力の性質、効力を制限するための論拠と本件事案への当てはめといったことを明確に論じることが期待されている（出題の趣旨）。

1. 訴訟告知に基づく判決効によってCが①②の事実を争えなくなるという帰結に至る可能性

訴訟告知に基づく判決効によってCが①②の事実を争えなくなるという帰結に至る可能性を示した上で…（出題の趣旨）。

2. 参加的効力の制限

被告告知者が受けることとなる参加的効力を制限する論拠としては、大きくとらえれば、被告告知者と告知者との利害対立の可能性に着目することと、参加的効力の及ぶ客観的範囲に着目することの二つが考えられる（出題の趣旨）。

（1）参加的効力の客観的範囲

ア. 理論面

参加的効力が及ぶ客観的範囲は、判決の主文に包含された訴訟物たる権利関係の存否についての判断のほか、その前提として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などにも及ぶが、判決理由中の判断については、いわゆる傍論が拘束力を持つ理由は乏しく、判決主文中の判断を導き出すために必要かつ十分なものに限られる（出題の趣旨）。

46条柱書の効力は、被参加人と共同して訴訟追行をした補助参加人は被参加人の敗訴責任を共同負担するのが衡平の原則に適うという趣旨に照らし、被参加人敗訴の場合に被参加人・補助参加人間で作用する既判力とは異なる特殊な効力たる参加的効力であって、判決主文に包含された訴訟物たる権利関係の存否についての判断だけでなく、判決理由中の判断のうち、判決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にも及ぶと解する。

イ. 当てはめ

これを本件について見ると、訴訟1においては、B敗訴の判決で表見

総まくり 212 頁 [論点 2]、論証集

159 頁 [論点 2]

最判 H14.1.22・百 103

代理の成立が認定されているものの、そのためにCの無権代理の判断が必要であるわけではない。このような論拠からは、参加的効力の客観的範囲に含まれるのは①の事実（Cの顕名及び法律行為）だけであり、②の事実（Cの無権代理）はこれに含まれないことになる（出題の趣旨）。

この事例の前訴においてXが勝訴した理由は表見代理である。表見代理の要件事実、民法第110条によれば、CがBのためにすることを明らかにして契約を締結したこと、基本代理権の存在、Xが代理権ありと信じたこと及びそのように信じたことについての正当な理由であって、BのCに対する授權の『不存在』は表見代理の要件事実ではない。この知識さえあれば、参加的効力が判決理由中の判断にも生ずるとしても、要件事実でないものについては、たとえ判決理由中で判断が示されていたとしても、それは傍論であって、主文を導き出すために必要な理由ではなく、ひいては、判決理由中で判断が示されることを被告者において当然に予測すべきものでもないことからすれば、授權がなかったことについて参加的効力は生じないという答案が書けてよいはずであるが、そのように書けている答案は少なかった（採点実感）。

(2) 被告者と告知者との利害対立の可能性に着目して主観的範囲を限定することの可否

総まくり 215 頁 [論点 3]、論証集

159 頁 [論点 3]

参加的効力の趣旨は、補助参加人と被参加人との間で被参加人敗訴の責任の分担を図ることにある以上、被告者が参加的効力を受ける場合は、被告者が告知者と協同して相手方に対し攻撃防禦を尽くすことにつき利害の一致があり、そうすることを期待できる立場にあるときに限られる、そして、BC間にそのような利害の一致はない（BからCに対する代理権授与は、Bにとっては不利であるが、Cにとっては有利である）ことからすれば、①②の事実ともにCには参加的効力が及ばない、と論じることが考えられる（出題の趣旨）。

訴訟告知を、専ら告知者の利益保護のための制度であり、第三者に判決効を及ぼすための手段であるとする考え方もあるものの、このような考え方に対しては異論が強く、本問においても、被告者Cに対する効力が全く制限されないという結論を採りつつ説得力のある論述をすることは容易でない（以上につき、仙台高判昭和55年1月28日高裁民集33巻1号1頁〔百選第2版・111〕、最判平成14年1月22日集民205号93頁〔百選第4版・105〕参照）（出題の趣旨）。

学説の多くは、訴訟告知に参加的効力という強い効果を一般的に認めることには問題があることから、被参加人敗訴の責任の共同負担（＝補助参加人と被参加人という共同戦線で戦った者同士の間で被参加人敗訴の責任を共同負担することが、衡平の原則に適う）という参加的効力の趣旨に鑑み、訴訟告知によって参加的効力が生じるのは、「告知者と被告者との間に告知者敗訴を直接の原因として求償または賠償関係が成立する実体関係がある場合に限る…。このような実体関係にあるときは、被告者が実体関係を熟知しており、告知者に協力することが期待されてしかるべきだからである」と解し

高橋 [下] 478 頁等

ている。

3. 補助参加の利益

総まくり 204 頁 [論点 1]、論証集

被告者Cに参加的効力が及ぶか否かを検討する際に、Cに補助参加の利益があったといえるか否かという観点から論じることも可能ではあるが、一般に補助参加の利益が広く解されていることからすると、Cにとって望ましい結論を得るのは難しく、本問においてそのような観点から論じることの実益は乏しいと思われる（出題の趣旨）。

157 頁 [論点 1]

第4. 設問3

〔設問3〕は、同時審判の申出がある共同訴訟において、上訴があった場合の審判の統一がどのように、また、どの程度まで図られるかを検討することを求める問題である。検討をする際には、問題文において与えられた事案において、①Cのみが控訴し、Xは控訴しなかった場合と、②C及びXが控訴した場合とを比較し、控訴審における審判の範囲を明確にしつつ、「両負け防止」の趣旨が実現される仕組みやその程度を論じることが求められている（出題の趣旨）。

1. 同時審判申出共同訴訟

同時審判申出共同訴訟は、民法第117条の無権代理人の責任と本人の責任のように実体法上併存し得ない請求について、実体法上あり得ないはずの両負けを避けるために設けられたものであり、弁論及び裁判の分離が禁止され（民事訴訟法第41条第1項）、同一手続で審理及び判決がされることによって事実上裁判の統一が図られることが期待できる。もっとも、同時審判共同訴訟の性質はあくまでも通常共同訴訟であり、共同訴訟人独立の原則が妥当する（同法第39条）ことから、共同被告の一方の上訴又は一方に対する上訴の提起があっても、その余の部分は確定してしまい、移審もしないと解されている（出題の趣旨）。

同時審判申出共同訴訟は、実体法上択一関係にある複数の請求について原告が両負けすることを防止するため（＝いずれかの請求は認められるという原告の期待を保護するため）に、弁論の分離と一部判決を禁止することで同じ裁判官が統一的な判断を下すことができるようにする制度である（41条1項）。

同時審判申出共同訴訟は通常共同訴訟であるから、弁論の分離・一部判決の禁止以外については、共同訴訟人独立の原則（39条）が適用される。

2. ①Cのみが控訴した場合・②双方が控訴した場合

このように、上訴のあった当事者間の請求についてしか確定遮断と移審の効果が生じず、上訴審の審判対象となるのもその範囲のみである（敗訴当事者が上訴しなかった請求については附帯上訴の余地もない）ことから、移審する部分と移審しない部分とで審判の統一が図られない可能性があり、①Cのみが控訴した場合には、控訴審での両負けがあり得る。これに対し、②双方が控訴した場合には、弁論及び裁判の併合が要求され（同法第41条第3項）、第一審段階と同様に事実上裁判の統一が図られることが期待できる（出題の趣旨）。

(1) X→B 棄却、X→C 認容の場合に、Cのみが控訴した場合

通常共同訴訟（38条）である同時審判申出共同訴訟（41条）には通常共同訴訟人独立の原則（39条）が適用されるから、控訴不可分の原則は働かない。

そのため、第1審でXのBに対する請求を棄却し、XのCに対する請求を認容する判決が下されたところ、敗訴被告Cのみが請求認容判決に対して

総まくり 191 頁以下・2、論証集 148

頁以下・2

総まくり 193 頁 [論点 2]、論証集

149 頁 [論点 2]

控訴し、原告 X は X の B に対する請求に関する請求棄却判決に対して控訴しなかったという場合には、控訴のなかった X の B に対する請求については、移審効も確定遮断効も生じないから、控訴期間の経過により、請求棄却の原判決が確定する（116条）。

したがって、X の B に対する請求と X の C に対する請求とで審判の統一が図られず、控訴審において X の C に対する請求も棄却されることにより X が両負けする可能性がある。

(2) X→B 棄却、X→C 認容の場合に、C のみならず、X も控訴した場合

敗訴被告 C が請求認容判決に対して控訴するとともに、原告 X も X の B に対する請求に関する請求棄却判決に対して控訴したという場合には、X の B に対する請求と X の C に対する請求のいずれについても確定遮断効・移審効が生じ、これに対する不服が控訴審の審判対象となる。

そして、この場合、控訴裁判所は各請求を併合審理しなければならない（41条3項）。

したがって、控訴審においても弁論と裁判が併合され、これにより事実上審判の統一が図られるため、その限りで X の両負けが防止される。

3. 客観的併合と主観的併合の違い

答案の前段で、同時審判申出共同訴訟は、共同訴訟人独立の原則が適用される通常共同訴訟であると一般論として論じておきながら、C のみが控訴した場合に控訴審で X の「両負け」が生じ得る原因を不利益変更禁止の原則に求めたり、ここで「両負け」を避けるために X は附帯控訴をする必要があると論じたりする答案が見られる。客観的併合では、併合審判された判決の一つに対し適法な控訴があると、全体について確定遮断及び移審の効力（そもそも控訴提起の効力が確定遮断と移審であることを踏まえている答案は1割にも満たない。）が生じるのに対し、本問のような主観的併合では、共同訴訟人独立の原則により、C の控訴による確定遮断及び移審の効力は、X の B に対する請求棄却の部分には及ばず、この部分は X が控訴しないことにより確定する。移審せずに確定している原判決に対し、附帯控訴による不服の定立や、控訴裁判所による変更を論じる余地はない（採点実感）。

[模範答案]

1 設問 1 (1)

2 1. 当初の請求原因②

3 (1) 本件連帯保証契約書

4 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
5 れている文書を意味する。本件連帯保証契約書は、それによって証
6 明しようとする XB 間における連帯保証契約の締結という法律行為
7 が記載された文書であるから、処分証書に当たる。

8 処分証書には、その成立の真正が認められた場合には要証事実で
9 ある法律行為の具現物ないし化身となり、これにより直ちに記載内
10 容通りの法律行為があったことを認定できるという実質的証拠力が
11 ある。したがって、同契約書には、その成立の真正が認められた場
12 合には、XB が記載内容通りの連帯保証契約を締結したという事実
13 を直ちに認定することができるだけの実質的証拠力がある。

14 (2) 同契約書中に B の印章による印影が顕出されている事実

15 X は、同契約書の成立の真正、すなわち、同契約書が X・B の意
16 思に基づき作成された事実を証明する必要がある (民事訴訟法 228
17 条 1 項)。

18 「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
19 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
20 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
21 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
22 基づくものであることが事実上推定され、「本人…の押印がある」と
23 いう要件を満たすことにより、228 条 4 項の適用により文書全体が

1 本人の意思に基づき作成されたことが推認されると解される。

2 したがって、(2)の事実は、同契約書に関する二段の推定の一段

3 目の推定のための前提事実たる補助事実に当たるとの意味を持つ。

4 2. 第2の請求原因③

5 (1) 本件連帯保証契約書

6 同契約書には、要証事実であるBのCに対する代理権授与が記載

7 されていないから、同契約書は処分証書に当たらない。したがって、

8 同契約書により請求原因③の事実を直ちに認定することはできない。

9 (2) 同契約書中にBの印章による印影が顕出されている事実

10 同契約書の連帯保証人欄の作成者をCと見る以上、二段の推定の

11 一段目の推定のための前提事実としては、Cの印章による印影が顕

12 出されている事実が必要である。したがって、Bの印章による印影

13 が顕出されている事実は、二段の推定の一段目の推定のための前提

14 事実たる補助事実に当たらない。

15 もっとも、我が国では印章は厳密に保管・管理されみだりに他人

16 に預託されることはないという経験則に照らせば、(2)の事実は、

17 Bが同契約書の連帯保証人欄の作成に先立ち自己の印章をCに交付

18 し、その際、Cに対し本件連帯保証契約の締結の代理権を授与した

19 事実を推認し得るという意味で間接事実に当たるといえる。

20 設問1(2)

21 1. 一般的に、民事訴訟において、裁判の基礎となる資料の収集を当事

22 者の責任とする弁論主義が妥当する。

23 弁論主義の一環として、裁判所は、当事者によって主張されていな

1 い事実を判決の基礎とすることができず(第1テーゼ)、ここでいう事
2 実には少なくとも主要事実が含まれる。

3 主要事実とは、法律関係の発生等に直接必要なものとして法律が定
4 める要件に該当する具体的事実である。

5 2. 民法 99 条は、代理人のした意思表示による法律効果を本人に帰属
6 させる他人効の発生に直接必要な要件事実として、顕名・代理行為・
7 先立つ代理権の授与を定めている。

8 そして、「C は、B の代理人として保証契約を締結した」という事実
9 は、顕名・代理行為・先立つ代理権授与という代理の要件事実に該当
10 する具体的事実であるから、主要事実に当たる。

11 したがって、P の見解には、弁論主義違反という問題がある。

12 設問 2

13 1. 補助参加の利益

14 (1) 「訴訟の結果につき利害関係を有する第三者」(42 条) とは、判決
15 の主文又は理由中の判断により法的地位・利益に不利な影響を受け
16 るおそれのある第三者を意味し、ここでいう影響は事実上の影響で
17 足りると解される。

18 (2) C は、B が第 1 訴訟で敗訴した場合には B から無権代理人として
19 の責任(民法 709 条)を追及されるおそれがあるから、第 1 訴訟に
20 おける判決の主文又は理由中の判断により法的地位について事実上
21 の不利益な影響を受けるおそれがあるといえ、第 1 「訴訟の結果に
22 ついて利害関係を有する者」に当たる。したがって、訴訟告知に基
23 づく参加的効力(53 条 4 項、46 条柱書)の前提要件を満たす。

1 2. 参加的効力の客観的範囲

2 Cは、事実①・②は判決理由中の判断対象にすぎないから、参加的
3 効力の客観的範囲に含まれないと主張する。

4 (1) 46条柱書の効力の趣旨は、被参加人と共同して訴訟追行をした補
5 助参加人は被参加人の敗訴責任を共同負担するのが衡平の原則に適
6 うという考えにある。そこで、46条柱書の効力は、被参加人敗訴の
7 場合に被参加人・補助参加人間で作用するという既判力とは異なる
8 特殊な参加的効力であって、判決主文中の訴訟物に対する判断だけ
9 でなく、判決理由中の判断のうち判決主文を導き出すために必要な
10 主要事実に係る認定及び法律判断にも及ぶと解する。

11 (2) 民法110条の表見代理の要件事実としては代理人とされる他人に
12 よる契約締結・顕名も必要であるから、事実①についての認定は、
13 民法110条の表見代理の成立を理由とする請求認容判決を導くため
14 に必要な主要事実に係る認定として、参加的効力の客観的範囲に含
15 まれる。

16 これに対し、有権代理(99条1項)と表見代理とは請求原因とし
17 て選択的な関係に立つから、先立つ代理権授与がなかったことは民
18 法110条の表見代理の要件事実とはならない。したがって、事実②
19 についての認定は、上記の請求認容判決を導き出すために必要な主
20 要事実に係る認定には当たらないから、参加的効力の客観的範囲に
21 含まれない。

22 3. 参加的効力の主観的範囲

23 Cは、第1訴訟におけるBC間の利害対立を理由として、BC間には

1 参加効力が及ばないと主張する。

2 (1) 前述の通り、訴訟告知に基づく参加効力の趣旨は、敗訴責任の

3 共同負担が衡平の原則に適うとの考えにある。そこで、訴訟告知に

4 基づく参加効力を被告者が受けるのは、被告者と告知者の間

5 に協同して攻撃防御を尽くすことが期待できるだけの利害の一致が

6 認められる場合に限定されると解すべきである。

7 (2) 第1訴訟において先立つ代理権授与が認められると、Bが敗訴す

8 る一方で、CはXとBのいずれからも責任(民法117条1項、民法

9 709条)を追及されない。これに対し、第1訴訟において先立つ代

10 理権授与が否定されると、Cは、Xが敗訴した場合にはXから責任

11 を追及され(民法117条1項)、Bが敗訴した場合にはBから責任

12 を追及される(民法709条)。このように、BとCとの間には、先

13 立つ代理権授与という争点を巡って利害対立があるから、協同して

14 攻撃防禦を尽くすことが期待できるだけの利害の一致がない。

15 したがって、このような第1訴訟における判決で認定されたCの

16 顕名・Cの保証契約締結・先立つ代理権授与の不存在いずれとの関

17 係においても、Cには参加効力が及ばない。

18 4. よって、Cは事実①・②を否認することができる。

19 設問3

20 1. ①Cのみが控訴し、Xが控訴しなかった場合

21 控訴不可分の原則の適用により、Cの控訴により、控訴があったX

22 のCに対する請求だけでなく、控訴がなかったXのBに対する請求

23 についても、確定遮断効と移審効が生じるとも思える。

1 しかし、通常共同訴訟(38条)である同時審判申出共同訴訟(41条)
2 には通常共同訴訟人独立の原則(39条)が適用されるから、控訴不可
3 分の原則は働かない。

4 そのため、控訴のなかったXのBに対する請求については、確定遮
5 断効も移審効も生じないから、控訴期間の経過により、請求棄却の原
6 判決が確定する(116条)。

7 したがって、XのBに対する請求とXのCに対する請求とで審判
8 の統一が図られず、控訴審においてXのCに対する請求も棄却される
9 ことによりXが両負けする可能性がある。

10 2. C及びXが控訴した場合

11 XのBに対する請求とXのCに対する請求の双方について確定遮
12 断効と移審効が生じ、これに対する不服が控訴審の審判対象となる。

13 そして、同時審判申出共同訴訟において各請求について各別に控訴
14 がされると、各請求が控訴裁判所に各別に係属することになり併合関
15 係が一旦解消されるが、控訴審においても同時審判を確保する必要性
16 から、控訴裁判所は各請求を併合審理しなければならない(41条3項)。

17 したがって、控訴審においても弁論と裁判が併合され、これにより
18 事実上審判の統一が図られ、その限りでXの両負けが防止される。

19

以上

(参考文献)

- ・「重点講義 民事訴訟法(上)」第2版補訂版(著:高橋宏志-有斐閣)
- ・「重点講義 民事訴訟法(下)」第2版補訂版(著:高橋宏志-有斐閣)
- ・「民事訴訟法概論」初版(著:高橋宏志-有斐閣)
- ・「読解 民事訴訟法」初版(著:勅使川原和彦-有斐閣)
- ・「基礎からわかる民事訴訟法」初版(著:和田吉弘-商事法務)
- ・「新民事訴訟法講義」第2版補訂2版(著:中野貞一郎ほか-有斐閣大学双書)
- ・「民事訴訟法」第5版(著:上田徹一郎-法学書院)
- ・「民事訴訟法」第6版(著:伊藤眞-有斐閣)
- ・「リーガルクエスト民事訴訟法」第3版(著:三木浩一ほか-有斐閣)
- ・「解析 民事訴訟」第2版(著:藤田広美-東京大学出版会)
- ・「講義 民事訴訟」第3版(著:藤田広美-東京大学出版会)
- ・「民事訴訟法講義案(再訂補訂版)」(司法協会)
- ・「民事訴訟法判例百選」第5版(有斐閣)
- ・「重要判例解説」平成18年度～令和2年度(有斐閣)
- ・「法学セミナー増刊 新司法試験の問題と解説」2006～2011(日本評論社)
- ・「法学セミナー増刊 司法試験の問題と解説」2012～2021(日本評論社)
- ・「受験新報」2006～2016(法学書院)
- ・「法学教室」2006Apr.NO.307(有斐閣)
- ・「事例で考える民事実認定」(司法研修所)
- ・「民事執行・保全法概説」第3版(著:中野貞一郎-有斐閣)