平成３０年

〔第３問〕（配点：１００［〔設問１〕から〔設問３〕までの配点の割合は、４０：３０：３０］）

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。

なお、損害賠償債務の履行遅滞による損害金（いわゆる遅延損害金）の請求については問題にしないものとする。

また、本問に現れる場所のうち、甲市は甲地方裁判所（以下「甲地裁」という。）の管轄区域内に、乙市は乙地方裁判所（以下「乙地裁」という。）の管轄区域内にそれぞれ所在している。解答に当たっては、甲地裁及び乙地裁のいずれもが本問に現れる訴えの土地管轄及び事物管轄を有することを前提にすること。

【事　例】

Ａ、Ｂ及びＣはいずれも自然人であり、ＡとＣは甲市内に住所を有し、Ｂは個人タクシー事業者で、乙市内に住所兼営業所を有する。

Ａは、乙市内でＢが運転するタクシーに乗客として乗車していたところ、ＢのタクシーとＣが運転する自動車とが衝突する事故（以下「本件事故」という。）が起こり、これによって負傷した。

Ａは、本件事故後直ちに乙市内で応急措置を受けた後、Ｄ法人が甲市内に開設する病院に入院して治療を受け、退院後もこの病院に通院して治療を受けた（以下、この病院を「Ｄ病院」といい、Ｄ法人を「Ｄ」という。）。

以上の事実については、Ａ、Ｂ及びＣの相互間に争いがない。

Ａの負傷について症状が固定した後、Ａは、弁護士Ｌ１を代理人として、Ｂ及びＣと損害賠償について話合いをした。その中で、Ｂは「ＢとＣの過失によって本件事故が発生した」との認識を示したが、Ｃは「本件事故は専らＢの過失によって発生したものであり、Ｃには過失がないのでＣは損害賠償責任を負わない」と主張した。また、損害の額について、Ａは、４００万円を下回らないと主張したが、ＢとＣはいずれも、「ＡがＤに支払ったと主張する治療費が負傷との関係で高額過ぎるし、本件事故によってＡが主張するような後遺症が生ずるはずがないので、損害額はせいぜい１５０万円である」と主張したため、話合いがつかない状況であった。

そこで、Ｂは、訴訟で解決するしかないと考え、弁護士Ｌ２に債務不存在確認訴訟を委任することにした。これを受けたＬ２は、Ｂの訴訟代理人として、Ｂを原告、Ａを被告として次のような内容の訴状を乙地裁に提出して訴えを提起した（以下「Ｂの訴え」という。）。

①請求の趣旨：「本件事故に係るＢのＡに対する不法行為に基づく損害賠償債務は１５０万円を超えないことを確認する」との判決を求める。

②請求の原因の要旨：本件事故はＢとＣによるＡに対する共同不法行為に当たるが、本件事故によって発生したＡの損害の金額は、高く見積もっても１５０万円である。ところが、Ａは損害額が４００万円を下回らないと主張して譲歩しようとしない。よって、Ｂは、Ａとの間で、本件事故に係る不法行為に基づく損害賠償債務が１５０万円を超えないことの確認を求める。

Ａは、この訴状の副本等の送達を受けたため、Ｌ１に、Ｂの訴えに対応するとともに、Ａを原告として、Ｂ及びＣに対して４００万円の損害賠償を請求する訴えを提起することを委任した。

以下は、Ａの委任を受けた弁護士Ｌ１と司法修習生Ｐとの間の会話である。

Ｌ１：ＢはＢの過失を争っていませんが、ＣはＣの過失を争っています。Ａの損害額については、入院及び通院中の治療費その他の費用、これらの期間の逸失利益、後遺症による逸失利益及び慰謝料等が考えられます。治療費等の領収証、後遺症についての医師の診断書、Ａの年収の資

料等もありますので、損害額については、４００万円を主張することができると考えています。

Ｐ：そうすると、Ｂの主張する１５０万円の損害というのは低すぎますので、ＡからＢに対して４００万円の支払を求めていくことになりそうですし、Ｃは自ら賠償をする気が全くないようですから、Ｃに対してもＢと連帯して４００万円を支払うよう求めていくのがよいですね。Ａが起こす訴えの訴訟物は、不法行為に基づく損害賠償請求権でよいでしょうか。

Ｌ１：訴訟物に関しては、ＡＢ間では債務不履行に基づく損害賠償請求権も想定できますが、ＢとＣの共同不法行為を前提に、不法行為に基づく損害賠償請求権のみを主張することにしましょう。訴えを起こす裁判所としては、甲地裁と乙地裁が考えられます。また、ＡはＣをも被告として訴えを提起することになりますので、ＢとＣを共同被告として訴えを提起することを検討すべきです。

Ｐ：Ｂの訴えが既に提起されて訴状がＡに送達されたこととの関係で、Ａが提起する訴えの適法性については検討を要するのではないでしょうか。

Ｌ１：そのとおりです。では、まず、ＡがＢを被告として乙地裁に訴えを提起する場合に、訴えが適法といえるか、また、その場合に、Ａは、ＣをもＢと共同被告とすることができるか。いずれも適法であるとの方向で立論を工夫してください。これらを「課題⑴」とします。

Ｐ：分かりました。

Ｌ１：しかし、ＡとＣは甲市に住んでいて私の事務所も甲市にあるので、費用や時間の点から、甲地裁に訴えを提起して訴訟追行ができるかも考えておきたいところです。ＡがＢとＣを共同被告とする訴えを甲地裁に提起する場合に、この訴えが適法といえるか。これも、この訴えが適法であるという方向で、説得力のある立論をしてください。これを「課題⑵」とします。

Ｐ：分かりました。

Ｌ１：これらの課題に答えるためには、まず、Ｂの訴えの訴訟物を明示して、それが、Ａが起こそうとしている訴えの適法性にどのように関わってくるのかを考える必要があります。

〔設問１〕

あなたが司法修習生Ｐであるとして、Ｌ１から与えられた課題⑴及び課題⑵に答えなさい。

【事　例（続き）】

弁護士Ｌ１は、Ａと相談した上、原告Ａの訴訟代理人として、Ｂ及びＣを被告とし、本件事故がＢとＣの共同不法行為であると主張して、不法行為に基づく損害賠償請求権に基づき４００万円の支払を求める訴え（以下「Ａの訴え」という。）を甲地裁に提起し、その訴状の副本等はＢ及びＣに送達された。

その後に乙地裁で開かれたＢの訴えについての第１回口頭弁論期日において、Ｂの訴訟代理人Ｌ２は、Ｂの訴えを取り下げる旨を陳述し、Ａの訴訟代理人として同期日に出頭したＬ１は、この訴え取下げに同意する旨陳述した。

そこで、その後、本件事故については、甲地裁において、Ａの訴えのみが審理の対象となった。

Ａの訴えについての審理の過程で、Ｂは、「Ｂの過失によって本件事故が発生したことを争わないが、Ｃにも過失がある。また、Ａに生じた損害額は１５０万円以下である」と主張し、Ｃは「本件事故は専らＢの過失によって生じたものであって、Ｃに過失はない。仮にＣが責任を負うとしても、Ａに生じた損害額は１５０万円以下である」と主張した。

Ａの訴訟代理人Ｌ１は、Ｂ及びＣとの間で争いのある損害額を証明するため、Ｄ病院での治療費等の領収証、Ａの後遺症に関するＤ病院の医師作成の診断書及びＤ病院での診療記録の写しを書証として提出した。

以下は、Ｂの訴訟代理人Ｌ２と司法修習生Ｑとの間の会話である。

Ｌ２：私の経験からすると、Ａの負傷の程度に照らして、４００万円という損害額は不当に多額であると感じられるのです。Ａが、既にあった症状の治療を本件事故の機会に乗じて受けているのではないか、また、診断書にある後遺症も本件事故とは無関係な症状ではないかとの疑いがあります。

Ｑ：不法行為と因果関係がある損害の額の証明責任はＡにあるのですから、Ｂとしてはそれを真偽不明に追い込めば足りるのではないですか。

Ｌ２：本件の場合は、Ａは、主張に見合った領収証や診断書を提出しています。また、一定の診療記録もＤ病院で謄写して提出しており、それらによって証明が十分であるとの姿勢を見せています。しかし、私は、まだ、Ｄ病院でのＡの診療記録の全部が提出されたわけではないと考えています。Ｂとしては、Ｄ病院での診療記録全体に基づいて、本件事故と治療及び後遺症との因果関係を争いたいところです。Ｄに診療記録の提出を求めていく方法はどのようなものが考えられますか。

Ｑ：文書送付嘱託の申立てをすることが考えられます。

Ｌ２：実務的にはそのとおりです。そのほかには、どのような方法が考えられますか。

Ｑ：文書提出命令の申立ても一つの方法だと考えられます。

Ｌ２：そうですね。では、文書提出命令の申立てについても考えてみましょう。私がＢの訴訟代理人としてＡの診療記録について所持者をＤとして文書提出命令を申し立てるとして、予想されるＤからの反論を念頭に置きながら、Ｄに文書提出義務があるとする説得力のある立論をしてください。これを課題とします。文書提出義務の存否に関する民事訴訟法の条文に即して具体的に考えてください。診療記録には患者Ａに関する情報が記載されていますので、そのことをどう考えるべきか、よく検討する必要があります。

〔設問２〕

あなたが司法修習生Ｑであるとして、Ｌ２から与えられた課題に答えなさい。

【事　例（続き）】

Ａの訴えについて審理した結果、裁判所は、本件事故はＢの過失によって発生したもので、Ｃの過失を認めることはできず、また、Ａに発生した損害額は２５０万円であると判断し、「Ｂは、Ａに対し、２５０万円を支払え。ＡのＢに対するその余の請求及びＡのＣに対する請求を棄却する。」という主文の判決をした（訴訟費用の負担及び仮執行宣言に関する部分は問題としない。）。Ｂは、ＡのＢに対する請求が２５０万円の限度で認容されたことには納得ができたので、これに対して不服を申し立てるつもりはなかったが、ＡのＣに対する請求が全部棄却されたことには不満を抱いた。しかし、Ａは、ＢにもＣに対しても控訴を提起するつもりはないとのことであった。

そこで、Ｌ２は、Ｂの訴訟代理人として、ＢがＡを補助するために参加する旨の申出をするとともに、Ａを控訴人、Ｃを被控訴人として、「ＡのＣに対する請求を棄却する判決を取り消し、ＡのＣに対する請求のうち２５０万円が認容されるべきである」と主張して、控訴期間内に控訴を提起した。

控訴裁判所である丙高等裁判所（以下「丙高裁」という。）は、Ｌ２の補助参加申出書と控訴状を含む訴訟記録について甲地裁から送付を受け、Ｃに控訴状の副本等を送達した。Ｃは、Ｂによる補助参加に異議を述べ、この控訴は不適法であると主張した。Ｃは、控訴を不適法であるとする理由として、(ｱ)第一審で補助参加をしていなかったＢがＡのために控訴をすることはできないこと、及び、(ｲ)Ｂにはこの訴訟への補助参加が許されないので控訴をすることもできない

ことという二つの理由を挙げ、そのいずれにしても控訴は不適法であると主張している。

〔設問３〕

Ｃの主張(ｱ)及び(ｲ)のそれぞれの当否を検討し、丙高裁の受訴裁判所がこの控訴の適法性についてどのように判断すべきかを論じなさい。

［解 説］

設問１

設問１では、まず、Ｂが既にＡを被告として１５０万円を超える損害賠償債務の不存在確認の訴えを提起し、訴状がＡに送達されて訴訟係属が生じていることとの関係で、ＡがＢに対して４００万円の支払を求める訴えの適法性が問題となる。（出題の趣旨）

１．課題（１）

課題(1)として、Ｂが乙地裁に対しＡを被告として１５０万円を超える損害賠償債務の不存在確認の訴え（Ｂの訴え）を提起し、その訴訟が係属した後、Ａが乙地裁に対しＢ及びＣを被告として提起する損害賠償請求の訴え（Ａの訴え）が適法であることの立論をすることが求められている。（出題の趣旨）

（１）重複起訴禁止との関係を論じる前提として、Ｂの訴えの訴訟物を明示する

ＡのＢに対する訴えの適法性に関しては、民事訴訟法第１４２条の重複起訴の禁止との関係を重複起訴禁止の趣旨を踏まえて論じなければならず、その前提として、Ｂの訴えの訴訟物を明示する必要がある。（出題の趣旨）

Ｂの訴えの訴訟物は、例えば、判例による訴訟物の捉え方を踏まえると、本件事故に係るＢのＡに対する不法行為に基づく損害賠償債務のうち１５０万円を超える部分と解することとなり、ＡのＢに対する４００万円の支払請求の訴えのうち１５０万円を超える部分については、事件の同一性（当事者と訴訟物の同一性）が認められるので、重複起訴の禁止との関係が問題となる。また、Ｂの訴えの訴訟物について、Ｂが義務を自認している１５０万円の部分をも含むと解する考え方に立つと、ＡのＢに対する４００万円の支払請求の訴えの全部について重複起訴の禁止との関係が問題となる。訴訟物の捉え方については、複数の考え方があり得るところであり、どの立場に立つかによって評価に差がつくわけではないが、いずれにせよ、Ｂの訴えの訴訟物は、設問１を考える上で当然に明示する必要がある。（出題の趣旨）

課題(1)では、その前提として、Ｂの訴えの訴訟物を明示することが求められているが、これを「損害賠償債務の不存在」や「損害賠償債務の不存在確認請求権」とするなど、正確な理解を欠く答案が少なくなかった。また、訴訟物が審判の対象となる権利関係であることを前提とする答案であっても、Ｂの訴えにおいて確認の対象とされていない１５０万円以下の部分が訴訟物となるかどうかについて、意識がされていないものが一定数見られた。訴訟物は、民事訴訟における基礎的な概念であるにもかかわらず、理解がこのような状況であることについては残念であった。（採点実感）

まず、債務の一部不存在確認訴訟の訴訟物は、債務総額から自認額を差し引いた後の一部の不存在である（最判 S40.9.17・百 76）。そうすると、Ｂの訴えの訴訟物は、本件事故を理由とする共同不法行為（民法 719 条 1

項前段）に基づく損害賠償債務のうち、自認額150万を除いた部分である。

次に、債務不存在確認訴訟は給付訴訟の反対形相であり、両者の訴訟物は同一であると解されている。

したがって、Bの訴えとAの訴えとでは、150万円を超える部分について訴訟物の同一性がある。

（２）重複起訴禁止

基礎応用95頁・2、論証集58頁・2

課題(1)では、次に、Ａの訴えが先行するＢの訴えとの関係で重複起訴の禁止（民事訴訟法第１４２条）に抵触するのではないかという点を検討する必要がある。多くの答案は、Ａの訴えが重複起訴の禁止に抵触するのではないかとの問題意識を指摘することができていたが、その検討が十分にされた答案は多くはなかった。（採点実感）

ア.「事件」が裁判所に「係属」していること

ここでは、まず、Ｂの訴えの訴状副本がＡに送達されており、事件が裁判所に係属していることを指摘する必要があるが、明確にこの点を指摘する答案はわずかであった。（採点実感）

重複起訴禁止の要件は、同一の「事件」について、その「係属」中に、「更に訴えを提起」することである。そのため、重複起訴禁止への抵触が問題となるためには、事件（前訴）が裁判所に「係属」していることが必要である。

伊藤179頁

訴えの提起によって、事件が特定され、これが特定の裁判所で審判される状態が生じる。この状態を、訴訟係属という。訴訟係属は、訴え提起に基づいて裁判所が訴状を「被告に送達」する（138条1項）ことにより、発生する。

本問では、Bの訴えの訴状副本が被告Aに送達されたことにより、Bの訴えが裁判所に「係属」するに至っている。

イ.「事件」が同一であること

次に、重複起訴の禁止の趣旨を踏まえつつ、同条の「更に訴えを提起」の意義について、事件が同一であること、すなわち、当事者と訴訟物がそれぞれ同一であることを意味することを指摘する必要がある。このうち、当事者が同一であることについては、多くの答案が指摘することができていた。しかし、Ａの訴えがＢのほかＣも被告とするものであることを理由として、当事者が同一ではないとするなど、重複起訴の禁止の趣旨を正しく理解していないことがうかがわれる答案も少ないながらあった。また、訴訟物については、Ｂの訴えにおいて確認の対象とされていない１５０万円以下の部分が訴訟物とはならないことを前提とする場合には、Ｂの訴えの訴訟物とＡの訴えの訴訟物とは、一部のみが重なるものであることを指摘する必要があるが、このような金額の差異についてまで意識がされた答案は一定数にとどまり、訴訟物が同一であると指摘するにとどまる答案が多かった。他方で、このような金額の差異を意識しながら、それのみを理由として、訴訟物が異なるので重複起訴の禁止に反しないとする答案も

一定数あったが、訴訟物に重なりがあることを無視すべきではない。（採点実感）

「事件が同一」の意義には、その前提とする訴訟物の捉え方を含め、複数の考え方があり、特定の考え方を採らなければ評価されないということではないが、いずれの考え方を採るにせよ、自身の考え方を論理的かつ説得的に論述しなければならない。（採点実感）

（ア）訴訟物理論

基礎応用 67 頁［論点 1］、論証集 41 頁［論点 1］

旧訴訟物理論は、実体法上の請求権ごとに訴訟物を分断する見解である。これに対し、新訴訟物理論は、ある給付を求める地位自体を訴訟物として捉える見解である。

なお、本問では、新・旧訴訟物理論のいずれを採用するかにより、訴訟物の同一性（あるいは、「事件」の同一性）についての結論は変わらない。

（イ）「事件」の同一性

「事件」の同一性（142 条）は、①当事者及び②審判対象の同一性から判断される。そして、①・②は、重複起訴禁止の主たる趣旨である既判力の矛盾の危険防止から判断される。

まず、①当事者の同一性は、115 条 1 項 1 号ないし 4 号により既判力が及ぶ者どうしの間にも認められる。

次に、既判力は訴訟物の存否に対する判断に生じるのが原則である（114 条 1 項）から、②審判対象の同一性は訴訟物が同一である場合に認められる。なお、同一債権についての給付訴訟と債務不存在確認訴訟の審判対象が同一であることについては、訴訟物自体が同一であると説明する見解と、訴訟物の内容をなす権利関係が同一であると説明する見解とがある。

ウ．重複起訴の禁止の規定に抵触しないこと

（ア）「更に訴えを提起すること」に当たらない／重複起訴禁止の趣旨に反しない

設問 1 の課題(1)では、…Ａが乙地裁にＢを被告とする訴えを提起することが適法であることを論ずる必要があり、金銭債務不存在確認の訴えの被告は原告に対してその金銭の支払を求める反訴を提起することができ、これによると重複起訴の禁止の規定に抵触しないこと（そもそも同条が禁止する「更に訴えを提起すること」に当たらないと考えられること、又は「更に訴えを提起すること」には当たるが、重複起訴禁止の趣旨に反しないので適法と考えられること）を指摘することが求められる。（出題の趣旨）

反訴の場合、反訴請求と本訴請求が併合審理されるため、被告の応訴の負担・重複審理による訴訟不経済・判決矛盾の危険という重複起訴による弊害が生じないとして、重複起訴禁止に当たらないはずである。

もっとも、弁論の分離が裁判所の裁量事項（152 条 1 項）である

ことから、単純反訴の場合には、後に弁論が分離され、本訴請求と反訴請求とが別々に審理判断されることになる可能性がある。その意味で、単純反訴の場合には、弁論の分離により重複起訴による弊害が再び生ずる可能性が潜在しているといえる。だからこそ、最高裁平成3年判決は、係属中の別訴で訴求している債権を自働債権として他の訴訟で相殺の抗弁として主張することについて、両事件が併合審理されている場合であっても、同一債権の存否について既判力（114条1項、2項）の矛盾抵触が生じるおそれを主たる根拠として142条の趣旨に反するとしているのである。

最判 H3.12.17・百 35①

しかし、債務不存在確認訴訟の係属中に同一債務を訴訟物とする給付訴訟を反訴として提起する場合のように、本訴と反訴の訴訟物が同一である場合には、両請求の関連性の強さから裁判所が弁論を分離する権限（152条1項）が制限されると解すべきである。そうすると、後に弁論が分離され別々に審理・判断されることで重複起訴禁止の弊害が生じるということはない。

伊藤 244～245 頁

そうすると、AがBに対する給付の訴えを反訴として提起することは、「更に訴えを提起すること」に当たらず、重複起訴禁止に抵触しない。

（イ）AがBに対する給付の訴えを提起することにより、Bの訴えについては確認の利益がなくなる

金銭債務不存在確認の訴えの被告が原告に対してその金銭の支払を求める反訴を提起した場合には、その確認の訴えについて確認の利益が認められなくなる旨の判例（最高裁判所平成１６年３月２５日第一小法廷判決・民集５８巻３号７５３頁）の趣旨を意識しつつ、AがBに対する給付の訴えを提起することにより、Bの訴えについては確認の利益がなくなることを指摘して、重複起訴禁止の趣旨に反せず適法であるとする解答も、一応の評価ができるところである。（出題の趣旨）

債務不存在確認の訴えに対する反訴として給付の訴えが提起された場合には、本訴である債務不存在確認の訴えの確認の利益が失われることは判例（最高裁平成１６年３月２５日第一小法廷判決・民集５８巻３号７５３頁）の示すところであり、このような答案は、別訴として給付の訴えが提起された場合であっても、反訴の場合と同様に、先行する債務不存在確認の訴えの確認の利益が失われると理解しているものと思われる。しかし、Aの訴え提起がBの訴えに係る第１回口頭弁論期日の前にされることなどの本問の事案の特徴に一切言及せず、一般論としてそのように述べるのみでは、債務不存在確認の訴えに係る訴訟の審理が一定程度進んでいても、同一の訴訟物に係る給付の訴えを別訴として提起することが常に適法であるとの考え方を前提にするものと評せざるを得ず、このような答案に対する評価は相対的に低くなった。また、Aの訴えが反訴と

して提起され、又は別訴として提起された後にＢの訴えとの間で弁論の併合がされることにより、重複起訴の禁止に抵触しないとする答案であっても、更に確認の利益についても言及するものに対しては一定の評価がされるところであり、実際にも多くの答案がその結論を述べていた。もっとも、Ｂの訴えの確認の利益について触れるこれらの答案の中には、判例の考え方を意識しているのかどうかが明確でない答案も散見された。判例の事案や射程を検討することなく、安易に判例を引用することは厳に慎まれるべきであるが、引用すべき判例を正しく引用することは実務家に求められる重要な素養であることを理解する必要がある。また、この点については、定型的な論証パターンを書き写しているだけではないかと思われる答案も少なくなかった。（採点実感）

確かに、債務不存在確認訴訟の確認判決には債務の存否を確定する既判力（民事訴訟法 114 条）しか認められない一方で、給付訴訟の給付判決には給付請求権の存在を確定する既判力に加えて、給付請求権を強制的に実現するための執行力（民事執行法 22 条 1 号）も認められる。このように、給付訴訟における判決効は、債務不存在確認訴訟における判決効を包含している。したがって、給付訴訟が反訴として適法に提起された場合には、債務不存在確認訴訟の確認の利益が失われることになる。

最判 H16.3.25・百 29［反訴の事案］

しかし、給付訴訟が別訴として提起された場合には、給付訴訟は重複起訴禁止に抵触する不適法なものであるから、これが提起されたことを理由に債務不存在確認訴訟の確認の利益が失われたと説明することは困難であると思われる。

（ウ）Ａが別訴としてＡの訴えを提起した上で、Ｂの訴えとの間で弁論の併合がされることにより、重複起訴の禁止の趣旨に抵触しないとする答案

Ａが別訴としてＡの訴えを提起した上で、Ｂの訴えとの間で弁論の併合がされることにより、重複起訴の禁止の趣旨に抵触しないとの答案が一定数あったが、反訴として提起すれば裁判所に併合審理を求めることができ、これによって重複起訴の禁止の趣旨に抵触しない帰結を導けるにもかかわらず、その方法によらずに、なぜ別訴とすべきであるのかという点を論ずる答案はほとんどなく、全体として反訴についての理解が不足していると思われた。他方で、相当数の答案は、Ａが反訴としてＡの訴えを提起すべきであるのか、別訴として提起すべきであるのかという点を論ずることなく、Ａの訴えが提起されれば、Ｂの訴えは確認の利益が失われて却下されることとなることのみを指摘して、Ａの訴えが重複起訴の禁止に抵触しないとしていた。（採点実感）

確かに、Ａが別訴としてＡの訴えを提起した上で、裁判所に対して、Ｂの訴えとの間で弁論を併合するように上申するという方法が

考えられる。

しかし、弁論の併合は、裁判所の裁量に基づく訴訟指揮のための裁判（決定）であり、当事者には弁論の併合の申立権がないから、裁判所が弁論を併合しない可能性もある。

上田 272 頁

そこで、権利として（少なくとも一時的な）併合審理を求めることができる反訴によるべきである。

（３）C を B との共同被告として、損害賠償請求の訴えを適法に提起するための方法

設問１の課題(1)では、これに加えて、Aが、乙地裁において、CをBとの共同被告として損害賠償請求の訴えを適法に提起できることを論ずる必要がある。（出題の趣旨）

ア．B に対する反訴請求と併合して本訴原告以外の者である C に対する請求に係る訴えを提起する

これは、①まず初めに、A が B の訴えを利用して A の B に対する給付訴訟を反訴として提起した上で、②A の B に対する給付訴訟に、C に対する給付請求を併合するという方法である。

②の方法には、㋐C に対する給付訴訟を別訴として提起した上で裁判所に対して弁論の併合（152 条 1 項）の上申をする、㋑明文なき主観的追加的併合により、権利として、C を被告として引き込むという、2 つの方法がある。

（ア）共同訴訟の一般的要件

まず、共同訴訟（同法第３８条前段）の要件を充足することを検討する必要があり、ほとんどの答案がこの点を検討していた。もっとも、同条の前段と後段のいずれを問題とするのかが不明確な答案、同条後段の要件を検討する答案、具体的な事案への当てはめが乱雑又は不十分な答案なども一定数あった。（採点実感）

通常共同訴訟の提起が許されるためには、①訴訟の目的である権利又は義務が数人について共通であること、②その権利義務が同一の事実上及び法律上の原因に基づくこと、③その権利義務が同種であって事実上及び法律上同種の原因に基づくこと、のいずれをみたすことが必要である（38 条）。

（イ）法定外の主観的追加的併合

基礎応用 360 頁［論点 1］、論証集 199 頁［論点 1］

これについては、共同訴訟の一般的要件（同法第３８条前段）を満たすことを指摘すべきであるのはもちろんであるが、そのほかに、上記のようにAがBに対する反訴を提起する場合、この反訴請求と併合して本訴原告以外の者であるCに対する請求に係る訴えを提起できるかを検討する必要がある。すなわち、Bに対する反訴請求と本訴原告ではないCに対する請求とを併合して訴えを提起することを許せば、法が定めていない主観的追加的併合を認めることになるが、それでよいかという問題が存在するので、この問題を意識しつつ、それが許されるとの立論をすることが求められる。

（出題の趣旨）

また、Aが反訴としてBに対する訴えを提起する場合には、これと併合して本訴原告以外の者であるCに対する訴えを提起することができるかという問題を検討する必要がある。これを許容する場合には、法定外の主観的追加的併合を許容することとなるため、例えば、本件では、本訴であるBの訴えに係る訴訟について第1回口頭弁論期日前であって、Cが審理の最初の段階から手続に関与することができ、その手続的な利益は保護され得ることなど、これを許容することにより害されるおそれのあるCの利益に配慮した論述が求められる。他方で、法定外の主観的追加的併合が許容されないとした上で、Aの訴えが反訴としてではなく別訴として提起されれば、Bの訴えとの弁論の併合は、裁判所の審査を経ることとなることから、このような問題は生じないとすることも考えられる。いずれの結論であっても、事案に即した的確な論述がされているものは高く評価されるが、法定外の主観的追加的併合の当否についての出題趣旨を正しく理解している答案自体が極めて少数であり、ほとんどの答案がこの点に関する問題意識を有してはいなかった。（採点実感）

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。そのため、問題となるのは、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ることの肯否である。

判例は、否定説に立っており、その理由として、①新訴訟について旧訴訟の訴訟状態を当然に利用できるとは限らないから、必ずしも訴訟経済に適うものではないこと、②訴訟の複雑化のおそれ（旧訴訟の訴訟状態の利用ができないと、かえって訴訟を複雑化させかねない）、③軽率な提訴ないし濫訴が増えるおそれ、④訴訟遅延のおそれ（新訴提起の時期いかんによっては訴訟遅延を招きやすい）などを挙げている。学説では、⑤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も否定説の根拠として挙げられている。[1]

最判 S62.7.17・百 91

本問では、事案に即して否定説の理由である①ないし⑤が妥当するかどうかを検討することで、本件における原告による明文なき主観的追加的併合の可否について論じることになる。例えば、「これを許容する場合には、例えば、本件では、本訴であるBの訴えに係る訴訟について第1回口頭弁論期日前であって、Cが審理の最初の段階から手続に関与することができ、その手続的な利益は保護され得

[1] 学説には、否定説の根拠として、判例の①ないし④から独立させて「相手方当事者又は新当事者の手続保障の問題」を挙げる見解もある（伊藤 715 頁）。令和4年司法試験設問2のように、判例の否定説の根拠4つに即して論じることが求められている場合には、手続保障の問題は①の中で論じる必要があるが、そうでない場合には、手続保障の問題を①～④から独立した5つ目の根拠として論じることも可能であろう。

ることなど、これを許容することにより害されるおそれのあるCの利益に配慮した論述が求められる」という採点実感の記述は、本件には⑤が妥当しないことに対応するものである。

イ．別訴として、BとCを共同被告とする訴えを乙地裁に提起する

> 他方、Aが、Bの訴えに対する反訴ではなく、別訴として、BとCを共同被告とする訴えを乙地裁に提起することも考えられるところ、この場合には主観的追加的併合の許否という問題は生じないが、前記の重複起訴の禁止の問題との関係で、Aが受訴裁判所に口頭弁論の併合を求め、口頭弁論が併合されることにより重複起訴禁止の趣旨に反しなくなることを指摘して、訴えの適法性を理由づけることが望まれる。（出題の趣旨）

これは、前記アの方法と異なり、①Aが、BとCを共同被告とする通常共同訴訟として、BとCに対する給付訴訟を別訴として提起した上で、②受訴裁判所（乙地裁）に、Bの訴えを甲地裁に移送する旨を申立てる（17条、19条）とともに、③①の訴えとBの訴えの弁論を併合する旨を上申するという方法である。

事後的にCを共同被告に引き込む（追加する）のではなく、最初からBとCを共同被告とする通常共同訴訟を提起するため、共同訴訟の発生原因に属する訴えの主観的追加的併合という論点は問題とならない。

他方で、弁論の併合が裁判所の専権事項であることから、弁論の併合が実現しないことにより、別訴としての重複審理による重複起訴禁止の弊害があるとして、重複起訴禁止に違反することになるおそれがあるという難点がある。

なお、弁論の併合が認められた場合には、各請求の関連性の強さゆえに、裁判所の弁論の分離に関する権限が制限されると構成することで、後に弁論が分離されることで重複起訴禁止の弊害が生じる危険が潜在しているとはいえないとして、重複起訴禁止違反を免れる（解説5頁参照）、と考えることも可能であろう。

２．課題（２）

> 設問１の課題(2)は、Aが、甲地裁において、BとCに対する訴えを提起する場合であってもそれが適法であるとする立論をすることを求めている。（出題の趣旨）

（１）別訴による

> Aの訴えがBの訴えの係属する裁判所と異なる官署としての裁判所に提起されることから、課題(1)の場合とは異なって、Aが反訴によることができず、また、Bの訴えとの間で、直ちには弁論の併合を求めることができない。（採点実感）

（２）重複起訴禁止

> 課題(1)と異なり、反訴によることはできず、また、官署としての裁判所を異にするため直ちに口頭弁論を併合することもできない。そこで、本

件でＡが甲地裁にＢとＣを共同被告とする訴えを提起する場合、Ｂの訴えに係る訴訟が係属する裁判所とは別の裁判所に提起する別訴であっても、これを適法と認めるべき必要性及び重複起訴の禁止の趣旨が妥当しないとする理由を示すことにより、Ａの訴えが適法であることを述べることになる。そこでは、債務不存在確認訴訟と給付訴訟とでは得られる判決の効果に違いがあること（給付判決には執行力が認められる。）、Ｂの訴えの訴訟物が１５０万円を超える部分のみであると解する見解に立つ場合には、Ａの訴えの訴訟物のうちＢの訴えの訴訟物となっていない１５０万円については訴訟物の重なりがないこと、Ｂが自己に有利な管轄裁判所に消極的確認の訴えを提起することにより、Ａが甲地裁で訴えを提起できるはずの地位を損なうこと、本件では、Ａの訴えの提起がＢの訴えについての第１回口頭弁論期日前の時点でされており、Ｂの訴えについて審理が進んでいる状態ではないことなどの諸事情を考慮に入れて論ずることが期待される。（出題の趣旨）しかし、上記のような課題(2)の出題趣旨を正しく理解した答案自体が少なく、更に的確にこれを論ずる答案はごく少数であった。これに対し、課題(2)の出題趣旨を甲地裁の管轄の有無と誤解し、甲地裁がＡの訴えの管轄を有することを論ずる答案が相当数あった。（採点実感）

設問１で重複起訴の禁止との関係を論ずる際には、Ａがその訴えを提起する裁判所が、Ｂの訴えに係る訴訟が係属している裁判所（乙地裁）であるのか、それ以外の裁判所（甲地裁）であるのかという課題(1)と課題(2)の違いを意識しつつ検討を進める必要がある。（出題の趣旨）

確かに、重複起訴禁止における後訴却下という規律からすれば、後訴である給付訴訟が不適法却下されるのが原則である。

しかし、給付訴訟の給付判決には給付請求権の存在を確定する既判力（114 条 1 項）に加え、執行力（民事執行法 22 条 1 号）も認められるため、給付訴訟における判決効は債務不存在確認訴訟における判決効を包含している。そのため、より紛争解決機能が高い給付訴訴の提起を認める必要性がある。

また、債務者が自己に有利な管轄裁判所に給付訴訟に比べて紛争解決機能に劣る債務不存在確認訴訟を提起することにより、債権者が自己に有利な管轄裁判所に給付訴訟を提起できるはずの地位を損なうことは不合理であるという意味でも、給付訴訟の提起を認める必要性がある。

さらに、本件では、A の訴えの提起があったのは、B の訴えについて審理が進んでいない第 1 回口頭弁論期日前であるから、A の訴えを適法とする一方で B の訴えを確認の利益の消滅を理由として却下しても、B の既得の地位を害することにならない。

そこで、本問では、重複起訴禁止における後訴却下という規律を修正し、A の訴えを適法とした上で、B の訴えを確認の利益の消滅を理由として却下することで、重複起訴禁止を回避するべきである。[2)]

[2)] この見解については、このような取り扱いを認めることは、後訴を不適法却下するという重複起訴禁止

３．管轄

・甲地裁及び乙地裁が本問に現れる訴えの土地管轄及び事物管轄を有することは解答の前提にするよう問題文に明記しているので、これらの管轄の有無を論ずる必要はない。（出題の趣旨）
・そもそも、甲地裁及び乙地裁のいずれもが本問に現れる訴えの土地管轄及び事物管轄を有することを前提とすることは問題文中に指示されているところであり、このように出題趣旨を正しく理解せず、無益な論述をするだけの答案の評価は低いものとなった。（採点実感）

の本来的効果と相容れないうえ、先行する債務不存在確認訴訟で敗訴濃厚な被告が引き延ばしのために給付訴訟の別訴を提起することができることとなり妥当でない、との批判もある（髙橋［上］131 頁）。

設問２

設問２では、Ａの診療記録について所持者Ｄが文書提出義務を負うかどうかが問題となり、同法第２２０条の規定に即して文書提出義務を肯定する立論をすることが求められる。（出題の趣旨）

１．文書提出命令

相手方当事者又は第三者が所持する文書について、挙証者は、文書提出命令を求める申立てをなすことによって、書証の申出をすることができる。

220 条が規定する文書提出義務のうち、1 号から 3 号までは当事者と文書との特殊な関係等がある場合に個別的な義務としての提出義務を認めるものであって、積極的に提出義務を肯定する規定であるのに対し、4 号はそのような特別な関係等を問題にせず、むしろ文書一般について提出義務を認めた上で、一定の場合にこれを解除するという消極的な規定であり、両者は別個の提出義務を定めたものである。

２．220 条 4 号ハ・197 条 1 項 2 号

基礎応用 204 頁(iii)、論証集 105 頁

(2)

同条の規定のうち根拠として検討する必要があるのは、一般的な文書提出義務を定めた同条第４号である。本問では、除外事由としての同号ハ・第１９７条第１項第２号（医師の守秘義務に係る文書）への該当性が問題となり、医師の守秘義務によって保護されているのが訴訟の当事者であるＡについての情報であることがＤの文書提出義務に影響するのではないかという点を考慮に入れ、文書の所持者が当該訴訟の当事者に対して負う守秘義務が問題となった場合の判例（最高裁判所平成１９年１２月１１日第三小法廷決定・民集６１巻９号３３６４頁）の趣旨等をも考慮して、除外事由に当たらないことの理由を示すことが必要となる。（出題の趣旨）

（１）220 条 4 号イ・ロ・ハ・ニ・ホのうち、ハの該当性が問題となる

220 条 4 号は、同号イ・ロ・ハ・ニ・ホに該当する文書を除き、文書一般について提出義務を認める。申立人側が、除外事由の不存在について証明する責任を負う。

A の診療記録は、D 病院側の刑事責任に関する情報が記録されたものではないから、「文書の所持者又は文書の所持者と第 196 条各号に掲げる関係を有する者についての同条に規定する事項が記載されている文書」（4 号イ）には該当しない。

また、D 病院が D 法人が経営する私立病院であることからしても、A の診療記録は「公務員の職務上の秘密に関する文書でその提出により公共の利益を害し、又は公務の遂行に著しい支障を生ずるおそれがあるもの」（4 号ロ）にも該当しない。

さらに、「一般に診療記録が各種の事項に関して証拠方法となり得ること等を踏まえると、専ら所持者の利用に供するための文書とは解することができない」（出題の趣旨）から、A の診療記録は、「専ら文書の所持者の利用に供するための文書（国又は地方公共団体が所持する文書にあっては、公務員が

組織的に用いるものを除く。)」(4 号ニ) にも該当しない。

そして、A の診療記録は、「刑事事件に係る訴訟に関する書類若しくは少年の保護事件の記録又はこれらの事件において押収されている文書」(4 号ホ) にも当たらない。

該当性が問題となるのは、「第 197 条第 1 項第 2 号に規定する事実又は同項第 3 号に規定する事項で、黙秘の義務が免除されていないものが記載されている文書」(4 号ハ) である。

(2)「医師…が職務上知り得た事実で黙秘すべきもの」

金融機関が民事訴訟において訴訟外の第三者として開示を求められた顧客情報について、当該顧客自身が当該民事訴訟の当事者として開示義務を負う場合には、当該顧客情報は、金融機関がこれにつき職業の秘密として保護に値する独自の利益を有するときは別として、同法第１９７条第１項第３号にいう職業の秘密として保護されないとした判例（最高裁平成１９年１２月１１日第三小法廷決定・民集６１巻９号３３６４頁）の趣旨を踏まえた上で、個々の顧客との間で商慣習上又は契約上の守秘義務が認められるにすぎない金融機関が負う守秘義務とその職業自体から守秘義務を負うことが求められる医師が負う守秘義務との同質性の有無についても考慮を加えることが求められる。そして、多くの答案は、Aの診療記録が秘密文書に該当するかどうかとの問題意識をもってDが文書提出義務を負うとの立論をしていたが、A自身がAの訴えに係る訴訟の当事者として開示義務を負うかどうかという観点から、医師の黙秘の義務について検討した答案はごく少数であり、そのうち、上記判例の趣旨をこの場面にも及ぼすことができるかどうかを明確に論じた答案はほとんどなかった。(採点実感)

Aの診療記録が秘密文書に該当するのではないかとの問題意識をもって検討する答案の多くは、診療記録に記載された情報について、D病院の医師が職務上知り得た事実であって、Aのプライバシーに属する事柄であり、本来的には黙秘すべきものであることを指摘した上で、諸事情を踏まえた利益考量によって、この事案では、Aの情報が医師の守秘義務によって保護されないとして、Dの文書提出義務を肯定するものである。このうち、医師の守秘義務によって保護される情報がAの訴えに係る訴訟の当事者であるAに関するものであり、Aは当該情報につき医師の守秘義務により保護される正当な利益を有するかどうかという観点から説得的に論じた答案や、Aが当該訴訟の手続において既に診療記録の一部を提出していることを指摘した上で、Aが当該情報の保護の全部の利益を放棄し、又はAが守秘義務を主張して診療記録が秘密文書に当たるとすることが不公正であるという観点から説得的に論じた答案は一定数見られ、これらについては、A自身がAの訴えに係る訴訟の当事者として開示義務を負うかどうかという観点から検討したものに準じて、相応の評価がされた。これらに対し、Aが当該訴訟の当事者であることや、Aが当該訴訟の手続において既に診療記録の一部を提出していることを指摘しな

がらも、これらの事情から直ちにDの文書提出義務を肯定する答案も散見されたが、このような論述が短絡的なものであることは否定し難く、その評価は相対的に低いものであった。このほか、Aが当該訴訟の当事者であることや、Aが当該訴訟の手続において既に診療記録の一部を提出していることを全く考慮せず、証拠としての必要性や重要性、真実発見の重要性、Aが立証責任を負うことなどの抽象論のみにより結論を導く答案も一定数あった。このように具体的な事案への当てはめをするという姿勢に欠ける答案についてはより低い評価となった。（採点実感）

4 号ハの文書の要件は、「第 197 条第 1 項第 2 号に規定する事実又は同項第 3 号に規定する事項で」、「黙秘の義務が免除されていないものが記載されている文書」に分類される。

このうち、前者については、A の診療記録に「医師…が職務上知り得た事実で黙秘すべきもの」（197 条 1 項 2 号）が記載されているかが問題となる。

判例は、遺留分減殺請求訴訟（現：遺留分侵害額請求訴訟）において金融機関が所持する被告（B）と当該金融機関の間の取引履歴が記載された取引明細書が金融機関の「職業上の秘密に関する事項」が記載された文書（220 条 4 号ハ前段・197 条 1 項 3 号）に該当するかが問題となった事案において、①「金融機関は、顧客との取引内容に関する情報や顧客との取引に関して得た顧客の信用にかかわる情報などの顧客情報につき、商慣習上又は契約上、当該顧客との関係において守秘義務を負い、その顧客情報をみだりに外部に漏らすことは許されない。」とする一方で、②「金融機関が有する上記守秘義務は」「商慣習…又は契約…に基づき個々の顧客との関係において認められるにすぎないものであるから、金融機関が民事訴訟において訴訟外の第三者として開示を求められた顧客情報について、当該顧客自身が当該民事訴訟の当事者として開示義務を負う場合には、当該顧客は上記顧客情報につき金融機関の守秘義務により保護されるべき正当な利益を有さず、金融機関は、訴訟手続において上記顧客情報を開示しても守秘義務には違反しないというべきである。」と述べている。②の理由としては、金融機関が負う顧客情報に関する守秘義務は「商慣習…又は契約…に基づき個々の顧客との関係において認められるにすぎないものである」ことが挙げられており、これについて、田原睦夫裁判官の補足意見では、「民訴法 197 条 1 項 2 号に定める医師や弁護士等の職務上の守秘義務とは異なる。」とされており、採点実感でも、「個々の顧客との間で商慣習上又は契約上の守秘義務が認められるにすぎない金融機関が負う守秘義務とその職業自体から守秘義務を負うことが求められる医師が負う守秘義務との同質性の有無についても考慮を加えることが求められる。」とされている。

基礎応用 204 頁［論点 6］、論証集 105 頁［論点 5］、最判 H19.12.11・H20 重判 3

本判決は、①・②の抽象論を述べた上で、③取引明細書について、「本件明細表は」、金融機関「とその顧客である B との取引履歴が記載されたものであり」、金融機関「は、同取引履歴を秘匿する独自の利益を有するものとはいえず、これについて B との関係において守秘義務を負っているにす

ぎない。そして、本件明細表は、本案の訴訟当事者であるBがこれを所持しているとすれば、民訴法220条4号所定の事由のいずれにも該当せず、提出義務の認められる文書であるから、Bは本件明細表に記載された取引履歴について相手方の守秘義務によって保護されるべき正当な利益を有さず」、金融機関「が本案訴訟において本件明細表を提出しても、守秘義務に違反するものではないというべきである。そうすると、本件明細表は、職業の秘密として保護されるべき情報が記載された文書とはいえないから」、金融機関「は、本件申立てに対して本件明細表の提出を拒否することはできない。」と述べている。

（３）「黙秘の義務が免除されていないもの」

同法第２２０条第４号ハは、秘密文書に該当するための要件として、「黙秘の義務が免除されていないもの」としている。そこで、ここでは、Ａの情報が医師の守秘義務によって保護されないことから、医師の黙秘の義務が及ばないこと、あるいは、医師が「黙秘の義務が免除されていないもの」には該当しないこと、すなわち、医師が黙秘の義務を免除されていることに当たることを論ずる必要がある。Ａの診療記録が秘密文書に当たるかどうかを検討した答案のうち、この点についても明確に論じたものは少なくなかったものの、この点について触れないまま、Ｄの文書提出義務を肯定した答案も、散見された。法律解釈における実定法の条文の重要性はいうまでもないところであり、常日頃からどの条文のどの文言がどのように問題であるのかということを意識しつつ検討する姿勢が重要であることを強調しておきたい。（採点実感）

例えば、医者の診療録（カルテ）は、秘密文書（220条4号ハ前段・197条１項２号）の範疇に入るが、秘密の主体である患者自身が原告となっている場合は、黙秘義務を免除したと扱われる、といわれている。

高橋［下］168頁

３．220条3号前段の利益文書

基礎応用202頁［論点3］、論証集104頁［論点3］

そのほかに、同法第２２０条第３号前段の利益文書を根拠とする立論をすることにも一定の評価が可能であるところ、Ａの診療記録についてＡの相手方当事者であるＢの利益のために作成されたといえるか、同条第４号の除外事由の適用又は類推適用がないか（それがあるとすると、除外事由に該当しないか）等の問題点について、提出義務を肯定する方向で論ずることが求められる。（出題の趣旨）

Ａの診療記録が同条第３号前段の文書（利益文書）に該当するかどうかを検討した答案もあった。この場合には、診療記録の作成の目的に照らし、患者本人であるＡではなく、Ａの訴訟の相手方であるＢとの関係において、その利益のために作成されるものであることや、同条第１号から第３号までの提出義務と同条第４号の提出義務との関係について、説得的に論ずる必要があり、このような要求を満たす答案は、一定の評価がされる。なお、同条第３号等の「挙証者」がその文書によって立証しようとする事実（ここでは、損害の発生とその額）の立証責任を負うＡであるとする答案が散見された。

しかし、ここでいう「挙証者」は、文書提出命令の申立てをしたＢを指すのであって、これをＡとすることは、明らかな誤りである。条文の基礎的な理解がおろそかになっているのではないかと懸念される一つの例であると思われるので、ここで紹介するとともに、注意を促したい。（採点実感）

利益文書は、「挙証者の利益のために作成され…た」「文書」（220 条 3 号前段）を意味する。

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して作成された文書なのだから挙証者が訴訟で使うことも許されるべきであるという考えにある。この趣旨からすれば、利益文書といえるためには、その作成目的が挙証者の利益にあることが必要であり、その記載内容が訴訟上の争点に関連しておりそれが証拠資料とされることにより挙証者が事実認定上有利な結果が生じ得るというだけでは足りないと解すべきである。

例えば、診療録は、法令上義務づけられた作成の目的が診療行為の適正を確保することにあるから、診療行為の当事者である医師及び患者はもちろん、医師を雇用する医療機関や患者の家族など両者に準じるものの利益のために作成されるものといえる。しかし、その範囲を超えて、適正な医療に利害関係をもつその他の者、たとえば診療中に処方された薬の製造販売業者や薬の製造を許可した国の利益のために作成されたものということはできない。

４．220 条 4 号二の自己利用文書

同号ニ（いわゆる自己利用文書）の該当性も一応問題になり得るが、一般に診療記録が各種の事項に関して証拠方法となり得ること等を踏まえると、専ら所持者の利用に供するための文書とは解することができないので、自己利用文書の該当性を論ずる必要はない。（出題の趣旨）

Ａの診療記録が同条第４号ニの文書（自己利用文書）に当たるかどうかを検討した答案も一定数見られた。一般に、診療記録は、その性質に照らし、自己利用文書に当たるということはできないと考えられることから、自己利用文書に当たるかどうかのみを検討し、同号ハ・第１９７条第１項第２号を検討せずに結論を導いている答案については、出題趣旨の理解が不十分なものであるとして、その評価が低いものとならざるを得ない。そのうち、特にＡが既に診療記録の一部を提出していることを指摘しないままに、抽象的に不利益性を論ずる答案は、より低い評価となった。（採点実感）

５．同法第 220 条が規定する各文書について網羅的に言及する答案

設問２を検討するに当たり、同法第２２０条が規定する各文書について網羅的に言及する答案が散見された。このような答案は、概して各文書への該当性の検討が不十分なものにとどまっており、その評価は低いものとならざるを得ない。的確に出題趣旨や事案の特性を分析して整理し、それに焦点を当てた答案を作成することができるかどうかということも、採点に当たっての評価の対象であることを強く意識する必要があろう。（採点実感）

設問３

設問３では、主張(ア)との関係で、第一審で補助参加をしていなかったＢがＡのために控訴をすることの可否について、主張(イ)との関係で、補助参加の利益（同法第４２条参照）について、それぞれ論じ、Ｂの控訴が適法か否かの結論を示す必要がある。（出題の趣旨）

１．主張（ア）

第一審で補助参加をしていなかったＢがＡのために控訴をすることの可否について論じることになる。

主張（ア）…に関しては、第一審で補助参加をしていなかった者も、補助参加の申出とともに被参加人のために控訴ができるとするのが同法第４３条第２項及び第４５条第１項から導かれる適切な解釈である。（出題の趣旨）

主張（ア）に対しては、同法第４３条第２項により、補助参加の申出は補助参加人としてすることができる訴訟行為とともにすることができること、同法第４５条第１項本文により、補助参加人は控訴の提起をすることができることを指摘し、これらの規定により、Ｂは補助参加の申出とともに控訴の提起をすることができるとの論述をする必要がある。これは、確立した理解であると思われることから、以上の趣旨を端的に指摘すればそれで足りる。（採点実感）

多くの答案は、以上の趣旨の指摘に加え、又は以上の趣旨の指摘をせず、Ｂが控訴の提起をすることは、被参加人であるＡの意思に抵触し、あるいは、補助参加の時における訴訟の程度に従いすることができないものに当たるのではないかといったことや、控訴の利益や審級の利益などを論じていた。しかし、これらに関する論述は、いずれも出題の趣旨とは関係のないものであり、全く必要がない。（採点実感）

２．主張（イ）

補助参加の利益（同法第４２条参照）について論じることになる。

（１）判断枠組み

基礎応用 363 頁［論点 1］、論証集 203 頁［論点 1］

補助参加の利益の有無に関しては、考え方が分かれ得るところであり、最高裁判所昭和５１年３月３０日第三小法廷判決・裁判集民事１１７号３２３頁の趣旨等をも意識しつつ、自らの考え方を述べることが求められる。（出題の趣旨）

主張（イ）に対しては、補助参加の利益が法律上の利益でなければならないことを指摘するとともに、同法第４２条の「訴訟の結果」の意義について明らかにした上で、自身が示した見解と整合する形で、Ｂが補助参加の利益を有するかどうかについて事案を踏まえた検討をする必要がある。（採点実感）

補助参加人が当事者のために訴訟行為をすることにより自身の法律上の利益を保全する機会を与えるという制度趣旨に鑑み、「利害関係」とは、補助参加人の法的地位・利益が不利な影響を受けるおそれがある関係を意味す

ると解する。

次に、判決の既判力による影響を受ける場合については共同訴訟参加（52条）・共同訴訟的補助参加が用意されているから、参加人の法的地位・利益への影響は、事実上の影響で足りると解する。

そして、事実上の影響である以上、判決主文による影響に限る理由は乏しいから、「訴訟の結果」とは、判決主文に限らず、判決理由中の判断をも含むと解する。

（２）当てはめ

まず、ＡＣ間の訴訟の実体法上及び訴訟法上の効果がＢＣ間には及ばないということを指摘する必要がある。その上で、Ｂの補助参加の利益を肯定する場合には、そうであるにもかかわらず、ＡＣ間の訴訟の結果がＢＣ間の求償関係に事実上影響を及ぼすことを丁寧に論述することが求められ、逆に、Ｂの補助参加の利益を否定する場合には、ＡＣ間の訴訟の結果に関わらず、Ｂは、別途、Ｃに対して求償することができ、求償をめぐる訴訟において必要な主張立証をする機会があることなどＢの利益に配慮した論述が求められる。どちらの結論であっても、以上に述べた水準に達する答案であれば高く評価される。しかし、…中には、例えば、ＡがＣに勝訴することにより、Ｂが負う損害賠償債務が減少するなどといった実体法上の明らかな誤りを述べる答案も少なくなかった。また、「訴訟の結果」について、主文中の判断に限定されるとの考え方を採りつつ、ＢＣ間の過失の割合に影響を及ぼすとするものなど、自身の述べる考え方と整合しない論述を展開するものもあった。（採点実感）

本問と同種の事案について、判例は、補助参加の利益を肯定している。

判例では、補助参加の利益にしか言及されておらず、出題の趣旨・採点実感でも補助参加の利益にしか言及されていない。

もっとも、判例・本問の事案では、共同訴訟人が相手方当事者に補助参加することの可否という論点も問題となるはずである。

（判例）

基礎応用 367 頁［判例 2］、最判 S51.3.30・百 A30

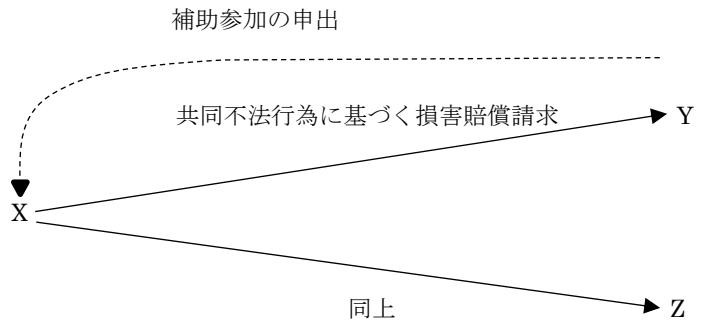
事案：X は、Y と Z が運転していた 2 台の自動車が両名の過失により衝突した事故（以下「本件事故」という。）により負傷したため、Y 及び Z を共同被告とし、本件事故が Y と Z の共同不法行為であると主張して、不法行為に基づく損害賠償請求権に基づき 400 万円の支払を求める訴えを提起した。

裁判所は、本件事故は Y の過失によって発生したもので、Z の過失を認めることはできず、また、X に発生した損害額は 250 万円であると判断し、「Y は、X に対し、250 万円を支払え。X の Y に対するその余の請求及び X の Z に対する請求を棄却する。」という主文の判決をした。

Y は、X の Y に対する請求が 250 万円の限度で認容されたことには納得ができたので、これに対して不服を申し立てるつもりはなかったが、X の Z に対する請求が全部棄却されたことには不満を抱いた。しかし、X は、Y に対しても Z に対しても控訴を提起するつもりはないとのことであった。

Y は、X が X の Z に対する請求を全部棄却する判決に対して控訴したため、X を

補助するためにXZ間の訴訟に補助参加する旨を申し出た。



判断：XとYらとの間の本件訴訟の結果いかんによってZのXに対する損害賠償責任に消長を来すものではないが、本件訴訟においてYらのXに対する損害賠償責任が認められれば、ZはXに対しYらと各自損害を賠償すれば足りることとなり、みずから損害を賠償したときはYらに対し求償し得ることになるのであるから、Zは、本件訴訟において、Xの敗訴を防ぎ、YらのXに対する損害賠償責任が認められる結果を得ることに利益を有するということができ、そのために自己に対する第一審判決について控訴しないときは第一審において相手方であったXに補助参加することも許される。

３．問いに答える

設問３では、以上の主張（ア）及び主張（イ）に対する検討を踏まえ、丙高裁が控訴の適法性についてどのように判断すべきかを答える必要がある。しかし、この点まで明確に答えた答案は多くはなく、主張（ア）及び主張（イ）に対する検討の結果を述べるにとどまる答案も散見された。尋ねられていることに対して解答しなければ、評価されないことは当然である。（採点実感）

［模範答案］

設問１

１．課題１（１）

（１）Ａが Ｂを被告として乙地裁に訴えを提起すること

ア．重複起訴が禁止される「事件」の同一性（民事訴訟法 142 条）は、当事者と審判対象の同一性から判断される。ここで、同条の主たる趣旨が既判力の矛盾抵触の防止にあり、既判力が訴訟物の存否に対する判断に生じるのが原則である（114 条１項）ことから、審判対象の同一性は訴訟物が同一である場合に認められると解する。

次に、手続保障及び審判対象の明確化のため、訴訟物は実体法上の請求権ごとに分断して捉えるべきと解する。

Ｂの訴えの訴訟物は、本件事故を理由とする共同不法行為（民法 719 条１項前段）に基づく損害賠償請求権のうち、自認額 150 万を除いた部分である。そして、債務不存在確認訴訟は給付訴訟の反対形相であり、両者の訴訟物は同一であると解されている。そうすると、Ｂの訴えとＡの訴えとでは、150 万円を超える部分について訴訟物の同一性がある。また、両者では原告・被告が入れ替わっているだけだから、当事者の同一性もある。したがって、150 万円を超える部分については、「事件」の同一性が認められる。

イ．Ｂの訴えの訴状副本が被告Ａに送達されたことにより、Ａの訴えと「事件」を同じくするＢの訴えが裁判所に「係属」するに至っている。そのため、Ａの対する訴えは、仮に別訴として「更に訴えを提起する」ものであれば、重複起訴禁止に抵触する。

ウ．重複起訴禁止への抵触を回避するために、A の訴えを反訴（146条１項）として提起することが考えられる。

（ア）まず、B の訴えと A の訴えとは、訴訟物が同一であるから、「本訴の目的である請求…と関連する」（146 条１項本文）という要件を満たす。

（イ）次に、A の訴えは、B の訴えの「口頭弁論の終結に至るまで」に、「本訴の係属する裁判所」に提起されている（146 条１項本文）うえ、訴訟物が同一であることからしても「著しく訴訟手続を遅延させる」（同条項但書２号）ものでもない。

（ウ）そして、このように本訴と反訴の訴訟物が同一である場合、両請求の関連性の強さから裁判所が弁論を分離する権限（152条１項）が制限されるから、後に弁論が分離され別々に審理・判断されることで重複起訴禁止の弊害が生じるということはない。したがって、A の反訴提起は「更に訴えを提起すること」に当たらず、重複起訴禁止に抵触しない。

エ．よって、反訴として適法に提起することができる。

（２）C を B との共同被告とすること

ア．A の訴えは、「訴訟の目的」である B 及び C の過失による本件事故を理由とする不法行為に基づく損害賠償請求権が本件事故という「同一の事実上及び法律上の原因に基づく」ものであるからから、通常共同訴訟（38 条前段）に該当する。

イ．次に、反訴は係属中の訴訟の手続内で被告から原告を相手方として提起する訴えを意味するから、本訴原告以外の C をも反訴被

告とすることは許されない。そこで、明文なき訴えの主観的追加的併合の可否が問題となる。

（ア）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。

（イ）しかし、審判対象であるAのBに対する請求及びAのCに対する請求は本件事故という一個の不法行為を原因とする損害賠償請求権であり、Aの損害額という争点は両請求に共通するし、BとCの過失に関する審理も相互に依存する関係にある。そのため、両請求の併合審理は、訴訟経済に資する上（①）、訴訟の複雑化も生じない（②）。また、Aによる軽率な提訴・濫訴がうかがわれる事情はないし（③）、Bの訴えの審理が進んでいないから訴訟遅延の弊害（④）、Cの手続保障を害する（⑤）という問題もない。本件では、明文なき訴えの主観的追加的併合が認められると解する。

よって、Aは、Bに対する反訴を提起した上で、訴えの主観的追加的併合によりCをも共同被告にできる。

２．課題２

Bの訴えが係属しているのは乙地裁であるから、AがBを反訴被告とする反訴を甲地裁に提起した上で訴えの主観的追加的併合によりCに対する訴えについての併合審理を求めるという方法をとることはできない。そこで、Aは、別訴として、BとCを共同被告とする訴え

を甲地裁に提起することが考えられる。この場合、重複起訴禁止への抵触が問題となる。

確かに、重複起訴禁止における後訴却下という規律からすれば、後訴である給付訴訟が却下されるのが原則である。

しかし、請求認容判決に既判力に加え執行力（民事執行法 22 条 1 項）も認められる給付訴訟のほうが、確認訴訟よりも紛争解決機能が高いから、その提起を認める必要性がある。

また、A の訴えの提起があったのは、B の訴えについて審理が進んでいない第 1 回口頭弁論期日前だから、A の訴えを適法とする一方で B の訴えを確認の利益の消滅を理由として却下しても、B の既得の地位を害することにならない。

そこで、本問では、重複起訴禁止における後訴却下という規律を修正し、A の訴えを適法とした上で、B の訴えを確認の利益の消滅を理由として却下することで、重複起訴禁止を回避するべきである。

したがって、A の訴えは適法である。

設問 2

1．L2 は、A の診療記録が一般義務文書（220 条 4 号）に該当するとして、次の通り主張する。

A の診療記録は、刑事責任に関する情報が記録されたものではないから、同号イに当たらない。また、D 病院が私立病院であることからしても、同号ロにも当たらない。さらに、一般に診療記録が各種の事項に関して証拠方法となり得ること等を踏まえると、同号ニにも当たらない。そして、同号ホにも当たらない。

2、加えて、以下の理由から、同号ハにも当たらない。

（1）Aの診療記録に記載された情報は、D病院の「医師…が職務上知り得た事実」であり、Aのプライバシーに属する事柄だから、本来的には「黙秘すべきもの」（197条1項2号）である。しかし、例外的に、後者を満たさない。

ア.「医師…が職務上知り得た事実で黙秘すべきもの」とは、医師の守秘義務により保護される正当な利益が認められる情報を意味する。

そして、判例は、金融機関が民事訴訟において訴訟外の第三者として開示を求められた顧客情報について、当該顧客自身が当該民事訴訟の当事者として開示義務を負う場合には、当該顧客情報は、金融機関がこれにつき「職業の秘密」として保護に値する独自の利益を有するときは別として、197条1項3号にいう「職業の秘密」として保護されないと述べている。

イ．確かに、金融機関の顧客情報に関する守秘義務が商慣習又は契約に基づき個々の顧客との関係において認められるにすぎないものであるのに対し、医師の負う守秘義務はその職業自体から負うものであるという点で、両者の守秘義務には異なる点がある。そのため、Aの診療記録について、上記判例と全く同じに考えることはできない。しかし、Aの診療記録に記載されている情報は、Aの訴えに係る訴訟の当事者であるAに関するものである上、A自身においても当該訴訟でAの後遺症に関するD病院の医師作成の診断書及び診療記録の写しを提出している。そのため、Aは

訴訟提起及びその後の証拠提出により、Aの診療記録に記載されているAの情報の秘匿性を放棄していると評価できる。そこで、Aの診療記録に記載されたAの情報には、医師の守秘義務により保護される正当な利益が認められないから、「医師…が職務上知り得た事実で黙秘すべきもの」に当たらない。

（２）仮に上記に該当するとしても、AがAの診療記録が重要な証拠となることが想定される訴えを提起したことで、これに関する医師の守秘義務が免除されたといえるから、Aの診療記録は「黙秘義務が免除されていないものが記載されている文書」（220条4号ハ後段）に当たらない。

３．よって、同号ハにも該当せず、Dの提出義務が認められる。

設問３

１．理由（ア）

「補助参加の申出は、補助参加人としてすることができる訴訟行為とともにすることができる」とされており（43条2項）、ここでいう「訴訟行為」には「上訴の提起」も含まれる（45条1項本文）。

したがって、Bは、第一審で補助参加をしていなくても、Aのためにする控訴の提起とともに補助参加の申し出をすることができる。

２．理由（イ）

ここでは補助参加の利益（42条）が問題となる。

（１）補助参加人が当事者のために訴訟行為をすることにより自身の法律上の利益を保全する機会を与えるという制度趣旨に鑑み、同条の「利害関係」とは、補助参加人の法的地位・利益が不利な影響を受

けるおそれがある関係を意味すると解する。

次に、判決の既判力による影響を受ける場合については共同訴訟参加（52 条）・共同訴訟的補助参加が用意されているから、参加人の法的地位・利益への影響は、事実上の影響で足りると解する。

そして、事実上の影響である以上、判決主文による影響に限る理由は乏しいから、「訴訟の結果」とは、判決主文に限らず、判決理由中の判断をも含むと解する。

（２）確かに、AC 間の訴訟の実体法上の効果が BC 間に及ぶという関係は認められない。また、AC 間の訴訟の当事者と、その後に想定される BC 間の求償請求訴訟の当事者とは、既判力が及ぶ関係（115 条 1 項 1 号ないし 4 号）にもないから、AC 間の訴訟の判決の既判力が BC 間の求償請求訴訟に及ぶこともない。さらに、B の A に対する損害賠償義務と C の A に対する損害賠償義務は、一方が存在すれば他方は存在しないという択一的関係にないから、C の A に対する損害賠償義務の存在を否定する判決主文によって、B が A に対する損害賠償義務について事実上不利な影響を受けるともいえない。

しかし、共同不法行為者間には求償関係が認められる（民法 442 条 1 項）。

そして、共同不法行為者間の求償関係に基づく B の C に対する求償権の発生要件の 1 つとして、C の A に対する損害賠償義務が認められることが必要である。

そうすると、C の A に対する損害賠償義務の存在を否定する判決主文によって、B が C に対する求償権について事実上不利な影響を

1　　受けることになる。

2　　したがって、補助参加の利益が認められる。

3　３．よって、丙高裁は、Bの控訴を適法と判断するべきである。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」第2版(著:和田吉弘-商事法務)
・「新民事訴訟法講義」第3版(著:中野貞一郎ほか-有斐閣大学双書)
・「新民事訴訟法」第6版(著:新堂幸司-弘文堂)
・「民事訴訟法」第7版(著:上田徹一郎-法学書院)
・「民事訴訟法」第8版(著:伊藤眞-有斐閣)
・「リーガルクエスト民事訴訟法」第4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)
・「要件事実論30講」第4版(編著:村田渉・山野目章夫-弘文堂)
・「紛争類型別の要件事実」4訂(法曹会)
・「新問題研究 要件事実」(法曹界)
・「民事訴訟法講義案」3訂版(司法協会)
・「民事訴訟法判例百選」第6版(有斐閣)
・「重要判例解説」平成18年～令和5年度(有斐閣)
・「法学セミナー増刊 新司法試験の問題と解説」2006～2007(日本評論社)
・「別冊 法学セミナー 新司法試験の問題と解説」2008～2011(日本評論社)
・「別冊 法学セミナー 司法試験の問題と解説」2012～2024(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)