

## 判例研究

### 原告に係る訴えの主観的予備的併合を適法とした上で、主位的原告の請求を全部棄却し、予備的原告の請求を一部認容した事例

東京地判平成二二年二月二八日、金法一九四八号一一九頁

濱 田 陽 子

#### 一 事案の概要

本件は、被告Yに対して、主位的にはX<sub>1</sub>が、予備的にはX<sub>2</sub>が、預金の支払いを求めて訴えを提起した事件である。

主位的原告であるX<sub>1</sub>は、平成九年二月五日に東京家庭裁判所によって訴外Aの後見人に選任された後、「A後見人X<sub>1</sub>」名義の普通預金口座（以下「本件預金口座」という）をYの支店に開設してこれを管理していた。Aは平成一七年三月一六日に死亡した。Aの相続人は、Aの姪であるX<sub>2</sub>と訴外Bであった。X<sub>2</sub>とBとの間では、平成一七年七月二日に、本件預金口座の預金のうち七五〇万円をBが取得し、それ以外の遺産をX<sub>2</sub>が取得するという内容の遺産分割協議が成立した。

X<sub>1</sub>は、A死亡後に本件預金口座から七五〇万円を引き出して

Bに交付するなどし、その後平成一七年九月二〇日に、Yに対して、本件預金口座の残高である一五万九一八四円（以下「本件預金」という）について払戻請求をした（以下「本件払戻請求」という）。ところがYがこの請求を拒絶したため、X<sub>1</sub>は、預金契約に基づく預金の払戻しとその遅延損害金の支払いを求めて訴えを提起し、これが認容されなかった場合に備えて、予備的にX<sub>2</sub>において同旨の請求をした。本件訴訟の訴状は平成二二年三月二五日にYに送達された。

これに対してYは、本件訴訟提起後の平成二二年七月一日に、本件預金債務について、債権者不確知を理由として、東京法務局に対して、一五万九八〇四円を供託した（以下「本件供託」という）。

## 二 判 旨

まず、Xの本件払戻請求をYが拒絶したことが債務不履行に該当するか否かについて、裁判所は、Yの本件預金口座の名義人が「A後見人X」とされていることからすれば、XはAの法定代理人としてYとの間で預金契約を締結したのであり、Aの死亡にともなう後見終了によってXは財産管理権を喪失し、預金債権は共同相続人であるXとBのもとへ移っているのであるから、Xの払戻請求をYが拒絶したことは債務不履行には該当しないと認定した。

次に、本件供託がされた時点では、Bが前記七五〇万円を受領したことを認めるに足りる証拠が提出されていなかった等に照らせば、Yはこの時点まで誰が債権者であるか確知できない状態にあり、この点に過失もなかったため、Yは弁済供託によって債務不履行責任を免れることができたので、本件供託は有効であるとした。その上で、本件供託金額が、本件供託がされた時点での前金額および遅延損害金額の合計を下回ることで、その差額について、Yは本件預金の債権者であるXに支払うよう命じた。

そして、本件訴えが主観的予備的請求に該当するか否かについては、以下のように判示した。すなわち、「判例（最判昭和四三年三月八日民集二二卷三号五五一頁）において主観的予備的請求が不適法とされた事例は、被告複数の場合であり、また、これが不適法とされる理由は、主として、予備的請求の被告の法的地位が不安定となることにあるものと解されるところ、本

件のように、原告複数の場合の主観的予備的請求については、上記のような問題点は被告複数の場合に比して格段に小さく、むしろ、被告にとっても、複数の請求を一回的に解決することが可能になるなどの利点もあること等に照らすと、これを不適法とする必要はないものと解される。なお、Xの請求は、必ずしも、Xの請求が棄却された場合を解除条件とするものとはされず、単にその優先順位を付けているに過ぎないと解されるから、仮に、主位的請求が認容される場合には、予備的請求は棄却すべきものと解するのが相当であつて、このような解釈をとれば、上記問題点はさらに矮小化されることになるものと考えられる（更に付言すれば、Xらの請求は論理上両立し得ない関係にあるのであるから、上記のように優先順位を付けることにも、さほどの意味はないものと考えられる。）」

## 三 評 釈

(1) 主観的予備的併合について  
訴えの主観的予備的併合とは、複数の訴訟当事者の間で互いに両立しない関係の請求が生じるときに、主たる当事者に対する請求が認容されることを解除条件として、予備的当事者に対する請求を併合提起する併合形態であると一般に説明されている。たとえば、代理人が締結した契約の履行を主位的に契約当事者に対して求め、代理人が無権代理であった場合に備えて予備的に代理人に対して契約の履行または損害賠償を請求するような場合（民法一一七条一項）や、土地工作物の設置または

保存に瑕疵があることを理由に占有者に対して損害賠償を求め、占有者が損害の発生を防止するのに必要な注意を果たしたとされた場合に備えて所有者にも損害賠償を求めるような場合（民法七一七条一項）である<sup>1</sup>。このような場合に、訴えの客観的予備的併合の場合にならって提案されたのが訴えの主観的予備的併合である。この併合形態が認められれば、審理が別個になされることによつて当事者が主位的請求・予備的請求ともに敗訴することを防止することができる。また両請求についての二度の訴訟を回避することができる。さらに実体関係を手続上でも忠実に反映することができる。異なる当事者間で両立しえない請求について、共通の手続と資料に基づく審理を求める当事者の要請に応えることができるのである。

このような併合形態に対しては、択一関係にある請求を统一的に審判することを目的としながら、上訴との関係では必ずしも統一裁判が保障されないこと、主位的請求の認容によつて予備的請求についての訴訟係属が趣及的に消滅するため、予備的当事者、とくに予備的被告の訴訟上の地位が不安定であることなどの問題点が指摘された。このような指摘に対して、統一裁判の保障に関しては、両請求についての審理を単純併合としたりえて共同当事者間に補助参加の関係を認めたり<sup>2</sup>、あるいは必要的共同訴訟の規律を準用する<sup>3</sup>といった解釈が提唱された。被告の手続上の地位の不安定については、このような手続上の不利益を前提にしたりえて、当事者間の具体的、動態的な関係からこの不利益を許容できる事情が予備的当事者に存在する場合には、主観的予備的併合が認められるとの議論<sup>4</sup>が提示さ

れた。さらに、主観的予備的併合を解除条件付きの訴えとする定義にこだわらず、予備的併合について考察する学説も存在する。すなわち、主観的予備的併合の対象とされている事案では、原告・被告間のみならず共同当事者間にも利害の対立があることを指摘し、このような共同当事者間の関係は条件付きの関係ではなく、認容判決を求める順序を示す併位的な関係にあるのではないかというものである<sup>5</sup>。しかしながら、このような併合形態を不適法とする考え方もお強く、訴えの主観的予備的併合の許否については活発な議論が重ねられてきた<sup>7</sup>。

最高裁は、主観的予備的併合では予備的請求の被告とされた者は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、このような原告の保護に偏する併合形態は認められないとした控訴審判決を支持し、特に理由を挙げることなく主観的予備的併合を不適法とする判決を下した（最判昭和四三年三月八日民集二二卷三号五五一頁）。しかしその後の下級審においては、①主位的被告と予備的被告が実質上同一視されるような場合<sup>8</sup>、②予備的被告がすでに同一手続内における関連訴訟で被告とされているような場合<sup>9</sup>、③予備的被告の同意があるなど予備的被告が主観的予備的併合による不利益を甘受しているような場合<sup>10</sup>、④行政訴訟の特殊性から予備的被告にとつても利点があり訴訟経済上も利益があるような場合などには、最高裁が不適法の理由とした予備的被告の手続上の地位の不安定さが存在しないことを理由に、主観的予備的併合を認めたものがある。

## (2) 原告複数の主観的予備的併合について

訴えの主観的予備的併合の議論においては、もっぱら一人の原告が複数の被告に対して訴えを提起する被告複数の場合が念頭におかれ、本件のように複数の原告が一人の被告に対する請求が生じる場合はあまり議論されてこなかった。だからといって原告複数の場合が想定できないというわけではなく、過去には本件のように複数の原告が一人の被告に対するそれぞれの請求を主観的予備的併合として提訴した事例もいくつが存在する。<sup>12)</sup>

## ① 東京地判昭和三五年三月二十九日下民集一巻三三六〇五頁、判例タイムズ一〇三号七四頁(積極)

法人格なき社団Xの役員であるX<sub>1</sub>が、Yに対して、会館使用料の支払いを求めて訴えを提起したところ、Yが当該会館はXではなくX<sub>2</sub>から賃借したものだと言張したことから、X<sub>1</sub>が予備的に当該会館使用料の支払いを求めた事例。

裁判所は、主観的予備的併合についてとくに判示することなく、X<sub>2</sub>の請求を認容した。

## ② 名古屋地判昭和三七年九月一日下民集二三卷九号一七七七頁(消極)

学校法人Xの理事長X<sub>1</sub>がX<sub>2</sub>に寄付したとされる土地(未登記)について、それぞれ所有権移転登記、譲渡に基づく移転請求権仮登記、抵当権設定登記を有するY<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>、Y<sub>3</sub>に対して、主位的にX<sub>1</sub>が、予備的にX<sub>2</sub>が、所有権確認と各登記の抹消を求めた事例。

裁判所は、「複雑化した現在の社会的経済的諸情勢のもとで、主観的予備的併合の実際の必要性が増大しており、これを許容

することに よつて得られる原告の便宜、訴訟経済上の利益の大であることは当裁判所もこれを認めるのに吝ではない。まして本件のように、相手方の意思のみにかかつていて予測不可能な、對抗要件の欠缺の主張の有無によつて原告たるべき者が確定される場合には、その必要性は一層大きいと考えられ、また本件のように原告複数の場合には「一般に主観的予備的併合を不適法とする見解において、その論拠の一とする予備的に併合せられた被告の不利益の問題を全く顧慮する必要がないこともまた明らかである」としつつも、「異なる当事者間での予備的併合を認めることは、現行民事訴訟法のとる共同訴訟人独立の原則と予備的併合につき要請する審判の統一ということとの調整の点で未だ首肯するに足る理論的な説明がなされず、殊に審級の関係で破綻を免れないから、結局現行民事訴訟法のもとにおいては共同訴訟の構造になじみ得ない不適法な訴訟形態と解ざるを得ない」として、X<sub>2</sub>の訴えを却下した。

## ③ 大阪高判昭和四二年六月八日下民集一八卷五・六号六三三頁(積極)

X銀行がYに保証債務の履行を求めて訴えを提起した事件の控訴審で、当時のX銀行の支店長Zが、仮にXの請求に理由がなければZ個人が貸与したものであると主張して、Yに対する予備的請求を掲げて独立当事者参加を申し立てた事例。

裁判所は、「本件のような当事者参加においては、参加人は、進んで予備的参加の申立をしているのであり、被告(被控訴人)は、終始変らず従来の訴訟資料を利用することができ特に不利益を被ることはなく、その地位が不安定であるということとはな

く、当事者参加の結果、民事訴訟法六二条（現行民事訴訟法四〇条、筆者注）の準用により統一裁判又は併合訴訟関係の維持も可能である。のみならず、訴訟経済にも合し、進んで参加する参加人にも便宜であり、従前の原告（控訴人）に対し、特に著しい不利益を与えるおそれもない」としてこれを適法とし、XとZの請求をいずれも棄却した原判決を支持した。

④ 東京地判昭和五八年一月一日判例タイムズ五二三号一九八頁（積極）

法人格のある個人企業Xの代表者Yが、交通事故によって生じた休業損害（営業損害）等について、主位的にXの損害、予備的にXの損害として、Yに対して損害賠償請求訴訟を提起した事例。

裁判所は、「本件のような原告らの関係が密接な場合においては、かかる併合形態をとっても、被告の訴訟上の地位が特に不安定しない不利益になるとはいえないのみならず、本件ではこのような併合形態をとるについて被告に異議はない」ことを理由に、主観的予備手的併合を適法として、Xの請求を一部認容した。<sup>⑤</sup>

(3) 本判決について

(2)に挙げた下級審裁判例のうち、昭和四三年の最高裁判決の後に出示されたものは、④の昭和五八年東京地裁判決だけである。昭和五八年の東京地裁判決は、共同原告間の実質的同一性、被告の訴訟上の地位、予備的併合に対する被告の同意の存在の三点に着目して、主観的予備的併合を適法と判断している。最高

裁判決後に主観的予備的併合を適法とした他の下級審裁判例と同様のアプローチである。これに対して本判決は、まず原告複数の主観的予備的併合は昭和四三年の最高裁判決の射程外であると位置づけて、最高裁判決と本件との関係を明らかにしている。これは昭和五八年の東京地裁判決では明示的に判断されていなかった点である。学説においても、同じ主観的予備的併合であっても、原告複数の場合と被告複数の場合とは事情が異なることとされている。

両者における最大の違いは、予備的請求にかかる当事者の訴訟上の地位の不安定や不利益の程度にあると考えられる。まず被告の地位に関して、原告複数の主観的予備的併合において、被告は手続の当初より主位的請求の審理に関与することになり、被告複数の場合と比べて予備的請求にかかる被告の地位の不安定、不利益は少ない。また被告は主位的請求認容、主位的請求棄却・予備的請求認容、主位的請求棄却・予備的請求認容のいずれかの裁判は必ず受けることができ、被告複数の場合の予備的被告のように、審理には関与したものの主位的請求認容によって裁判を受けることができないということはない。次に原告の地位であるが、たしかに予備的原告には、自らの請求についての審理が主位的請求のそれに後れたり、主位的請求の認容によって訴訟係属が趣及的に失われたりする不安定や不利益が考えられる。しかしこれは予備的原告の選択によるものであるから原告は受忍せざるをえない。また原告複数の主観的予備的併合の場合には、提訴に際して原告間でなんらかの折衝がなされているものと想定される。そうすると両原告には、主観的

予備的併合による訴訟手続を通して、法律上はともかく事実上は、原告間に潜在的に存在するあるいは将来発生する可能性のある両請求に関する争いについて、一定の決着をつけることができるという利点もあるといえよう<sup>15)</sup>。これに対して被告複数の主観的予備的併合の場合には、提訴前に被告間での交渉がなされていることが多いとは考えにくく、共同被告間の利害対立は、原告複数の場合における共同原告間のそれよりも深刻であると推測される。このような事情の違いを考慮すると、原告複数の主観的予備的併合と被告複数の主観的予備的併合を区別してその適法性を判断する姿勢を示した本判決は評価に値すると考える。

また本判決は、予備的請求にかかる被告の訴訟上の地位について、従来の裁判例のようにその不安定や不利益が比較的少ないことを指摘するだけでなく、紛争の一回的解決の点からは被告に利点があることも指摘して、これを主観的予備的併合を認める理由としている。主観的予備的併合の有用性の根拠としては、両立しえない複数の請求を一回の訴訟手続で解決できる原告側の便宜が挙げられることが多く、被告のメリットについては言及されることは少なかった。それは主観的予備的併合が主として被告複数の場合を念頭において議論されてきたためである。しかし原告複数の主観的予備的併合においては、被告複数の場合の裏返しとして、被告側に複数の請求にかかる紛争を一回の訴訟手続で解決できる利点を指摘することができる。これは主位的請求棄却・予備的請求認容の場合、または主位的請求・予備的請求いずれも棄却された場合に顕著である。主位的

請求認容の場合には、予備的請求にかかる訴訟係属が適法的に消滅することになり、後に予備的原告から別訴を提起される可能性がある。これは予備的請求を解除条件付きの請求と解する以上は存在する問題だと考えられるが、予備的請求についての審理や、主位的請求認容判決による原告間の潜在的な紛争の解決によって、予備的請求にかかる再提訴の可能性は比較的低下するのではないだろうか。そうだとすると主位的請求認容判決にも、一定程度の紛争解決機能は存在するものと考えられる。

昭和五八年の東京地裁判決と本判決との相違という点では、両判決における原告間の関係が異なる点を指摘することができる。昭和五八年の東京地裁判決における原告は個人企業とその代表者であって、法的な権利主体は異なるが実際の取引主体(交通事故により損害を被った者)は同一という関係にあるのに対して、本判決における原告は権利主体も取引主体も異なる関係にある。このような関係は(2)①の昭和三五年東京地裁判決の事例に見られるものである。本判決は、昭和四三年の最高裁判決後に原告複数の主観的予備的併合が認められる新たな事例を示したものだといえる。

ところで本判決は、本件の主観的予備的併合を不適法とする必要はないとしつつ、他方でAとBの両請求はいわば順位付けされた関係にあり、両請求についても審判することが相当であるとの解釈を示している。本判決が一般に主観的予備的併合の法的性質として順位的併合の可能性を示唆しているのか、あるいは本件について主観的予備的併合とは別の併合形態を想定しているのかという点について疑問が生じる。



本判決がXとX<sub>2</sub>の請求を順位的な関係にあるとしたのは、まず主位的請求認容に伴う予備的請求についての訴訟係属の適及的消滅の可能性を考慮したためだと考えられる。予備的請求にかかる被告の訴訟上の地位の不安定は、予備的請求が一般に解除条件付きの請求として位置づけられていることから生じるものである。この被告の地位の不安定を払拭するために、本判決は、予備的請求とされているX<sub>2</sub>の請求を解除条件付きの請求とは位置づけなかったものと考えられる。しかし本判決の結論はX<sub>1</sub>の請求棄却・X<sub>2</sub>の請求認容であるので、結果的には、予備的請求にかかる当事者の訴訟上の不利益や不安定は生じていない。また原告複数の主観的予備的併合の場合には、提訴に際して予備的請求について原告の同意があると考えられ、こうした併合形態を認めることに被告に利点もあることから、本件の事例を主観的予備的併合として処理することはできたものと思われる。そうであるにもかかわらず本判決があえて両請求が順位付けされた関係にあると判断するに至ったのは、併合形態について、原告らの認識（あるいは訴状等における表現）と裁判所の判断に不調和があったためではないかと考えられる。このように考えると、本判決は後者の考え方に近く、予備的請求を解除条件付きの請求とする一般的な主観的予備的併合とは別の併合形態を念頭においているものと考えられる。ただ本件においては、具体的な紛争の経緯や当事者間の公平等の観点から手続的にみて主観的予備的併合を不適法とする理由はないので、結論として主観的予備的併合を許容したのではないだろうか。

なおこの点について、本件において裁判所は主観的予備的併

合を認めたのだと解しても、あるいは両請求には単に優先順位が付されているだけで、その他は単純併合の形態によると判断したと解しても、両請求の審判に順序が付されているという点は共通している。そうすると本判決は、両請求の審判について当事者による順位付けが不可能ではないことを示唆したものととらえることもできる。もし当事者による優先順位の付与が認められれば、それによって両請求の関連性がより明確になり、別個の審判による矛盾判断や二重の審理を回避することができ、さらに当事者の認識を含めた紛争の実体を訴訟に反映することができて、より適切な紛争処理が実現できるのではなからうか。

#### (4) 同時審判申出共同訴訟との関係について

本判決は、現行民事訴訟法下において原告複数の主観的予備的併合を認めた事例である。訴えの主観的予備的併合は、平成八年の民事訴訟法改正の際に明文化することが提案された。しかしながら適用範囲や統一的裁判の保障等の問題について決着がつかず、立法化は見送られ、その代わりに同時審判申出共同訴訟（民法四一条）が新設された<sup>17</sup>。この同時審判申出共同訴訟については、併合形態、統一的裁判の保障、適用範囲、申出権者などをめぐって様々な解釈が展開されているが、これらに加えて主観的予備的併合との関係も議論されている<sup>18</sup>。本件では当事者から同時審判の申出がなく、それゆえ何も判断されていないが、現行法下において主観的予備的併合を認めたということは、同時審判申出共同訴訟と主観的予備的併合の共存の可能

性を示す判決だということもできる。本判決は今後の議論における重要な参考例になるものと思われる。

- (1) そのほかの具体例については、滝川毅一「請求の主観的釈一関係と共同訴訟」『民事実務ノート』二(一九六八年、判例タイムズ社)一一〇頁以下が詳しい。
  - (2) 兼子一『新修民事訴訟法体系(増補版)』(一九六五年、酒井書店)三六八頁。
  - (3) 松浦馨「主観的予備的併合の適否」ジュリスト三〇〇号二五三頁(一九六四年)、小山昇「訴えの主観的・予備的併合」同「多数当事者訴訟の研究」(一九九三年、信山社)二九三頁(初出:一九六九年)。
  - (4) 井上治典「訴えの主観的予備的併合」同『多数当事者の訴訟』(一九九二年、信山社)三頁(初出:一九八四年)。
  - (5) 西村宏一「訴えの主観的・予備的併合」兼子一編『実例法学全集・民事訴訟法(上)』(一九六三年、青林書院新社)五九頁、山下郁夫「主観的予備的併合」を考ふる『民事訴訟雑誌』三九卷二一七頁(一九九三年)、上田徹一郎『民事訴訟法(第七版)』(二〇一一年、法学書院)五五二頁。
  - (6) 中田淳一「訴の主観的予備的併合の可否」同『訴訟と判決の法理』(一九七二年、有斐閣)四七頁(初出:一九五八年)、木川統一郎「主観的予備的併合不要論」同『民事訴訟法改正問題』(一九九二年、成文堂)(初出:一九九二年)など。
  - (7) 学説の状況については、小山・前掲注(3)二九三頁、井上・前掲注(4)三頁、上田徹一郎『井上治典編『注釈民事訴訟法』(二)』(一九九二年、有斐閣)一七頁(上田徹一郎、河野正憲「訴えの主観的予備的併合」中野古稀『判例民事訴訟法の理論(上)』(一九九五年、有斐閣)五〇七頁、猪俣孝史「訴えの主観的予備的併合の再検討」桐蔭法字三号八四頁(一九九五年)などを参照。
  - (8) 神戸地判昭和五二年三月二九日訟務月報二三卷三六七一頁(稅務署長と國)、名古屋地判昭和六〇年二月一四日判時一一七三号九五頁(未成年者と親権者)。
  - (9) 東京高判昭和四七年一月二七日高民集二五卷一号二九頁、東京高判昭和四七年二月一七日高民集二五卷一号八三頁、東京地判昭和四四年八月一六日判タ四〇二二号一五頁、東京地判昭和五五年二月八日判タ四二二号一七頁、福岡高判昭和五五年四月二四日判時九七四号九三頁、大阪高判昭和六一年三月一四日判タ六一号八九頁、東京地判平成二四年一月二三日TKC法律情報データベース(<http://www.tkdex.ne.jp/>)、文献番号:2548210)。
  - (10) 函館地判昭和四九年六月七日判時七六七号七九頁(予備的被告が主観的予備的併合の不適法を主張した後も予備的請求について積極的に訴訟行為をしていたことから、予備的被告は手続上の不利益を容認しているとされた事例)、津地判昭和五二年九月二八日訟務月報二三卷二二二号二四八頁(予備的被告が、手続上の不安定、不利益を甘受する態度を表明したまたはこれと同視しうべき事情が生じた後に、予備的併合の不適法却下を求めることは信義則に反して許されないとされた事例、前掲大阪高判昭和六一年三月一四日(予備的被告が異議なく応訴していた事例)。
  - (11) 広島地判昭和四九年二月一七日判時七九〇号五〇頁、広島高判昭和五一年三月一日行集二二卷三三二号二九七頁(前掲広島地判昭和四九年二月一七日の控訴審)、福岡地判平成四年三月二四日訟務月報三八卷九号一七五三頁、神戸地判平成六年一〇月二六日判タ八七九号一三七頁。
- なおこれらと同様の事例において消極に解した裁判例もある。長野地判昭和五〇年一月二九日判時八一四号一一〇頁、



- 名古屋地判平成五年二月二五日行集四四卷一・二号七四頁、名古屋高判平成九年四月三〇日高民集五〇卷一号一〇三頁（前掲名古屋地判平成五年二月二五日の控訴審）。
- (12) 判例の状況については、小山昇「訴えの主観的予備的併合の許否」同『民事訴訟判例慢策』（一九八二年、判例タイムズ社）一八七頁、渡辺武文「訴えの主観的予備的併合」鈴木忠一（三ヶ月章編『新・実務民事訴訟講座三』（一九八二年、日本評論社）二七頁、吉川義春「訴の主観的予備的併合」判タ四六五号五一頁（一九八二年）などを参照。
- (13) 主観的予備的併合に関する判示部分（理由四の部分）は判例タイムズでは省略されている。判決全文はTKC法律情報データベース（<http://www.tkcdex.ne.jp/>）文献番号：29001758）による。
- (14) もっとも本件において $X_1$ は、亡Aの遺産である本件預金口座の金銭を $X_2$ に交付するつもりで本件払戻請求をしたと考えられるので、原告間に請求権をめぐる争いはなかったと推測される。
- (15) 本判決では、結果的に、 $X_1$ が主張する訴え提起前の本件払戻請求の存在は認定されておらず、 $Y$ が予備的併合による審理を受忍すべき場合であるかどうかは考慮されていない。
- (16) 括弧書きによって、本件における両請求について優先順位を付すことはさほど意味はないと付言しているが、これによって当事者による優先順位の付与を否定しているとは考えられない。審判の順序について当事者の申立権が認められるかどうかは今後の検討課題としたい。
- (17) 改正の経緯については、高田裕成「同時審判の申出がある共同訴訟—三宅省三ほか編『新民事訴訟法体系—巻』（一九九七年、青林書院）一七二頁などを参照。
- (18) 同時審判申出共同訴訟の創設により主観的予備的併合は否定されるとするのは、高見進「同時審判の申出のある共同訴訟」

ジュリスト一〇九八号三六頁（一九九六年）、同「同時審判の申出がある共同訴訟の取扱い」新堂古稀『民事訴訟理論の新たな構築（上）』（二〇〇一年、有斐閣）七〇〇頁、河野正憲「当事者」塚原朋一ほか編『新民事訴訟法の理論と実務（上）』（一九九七年、ぎょうせい）一六五頁、上北武男「同時審判の申出がある共同訴訟の適用範囲に関する一試論」白川古稀『民事紛争をめぐる法的諸問題』（一九九九年、信山社）六二五頁、伊藤眞『民事訴訟法（第四版）』（二〇〇一年、有斐閣）六一六頁。

両者が併存する可能性があるとするのは、竹下守夫ほか編『研究会・新民事訴訟法』（一九九九年）六四頁（竹下守夫発言）、六五頁（柳田幸三発言）、高田裕成「同時審判の申出のある共同訴訟」法学教室一九二号一七頁（一九九六年）、同・前掲注（17）一九二頁、高橋宏志『重点講義民事訴訟法（下）（第二版）』（有斐閣、二〇一二年）三八九頁。