

# 同時審判申出共同訴訟における請求の順位付けの可能性

濱 田 陽 子

## 目次

- 一 はじめに
- 二 統一的判断の保障の範囲
- 三 原告による順位付けの可能性
- 四 おわりに

## 一 はじめに

同時審判申出共同訴訟は、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場合に、原告の申出により、弁論と裁判の分離が禁止される形式の共同訴訟である。各共同被告に対する請求が法律上併存しえない関係にある場合とは、一方の請求における請求原因事実が他方の請求では抗弁事実にある場合だとされる。<sup>(1)</sup> 典型例として、契約の相手方本人に対する履行請求と無権代理人に対する損害賠償請求（民法一一七条一項）や、工作物の瑕疵による占有者に対する損害賠償請求と所有者に対する損害賠償請求（民法七一一七条）が挙げられている。

従来からの論議では、このように共同訴訟人のまたはこれに対する各請求が実体法上の理由で両立することがで

きない関係にあるときには、主観的予備的併合によって審判の重複を避け、紛争を統一的に解決する途が模索されてきた。同時審判申出共同訴訟は、主観的予備的併合の立法化を試みた際に、主観的予備的併合の利点を別の形で実現するものとして規定されたものである。<sup>②</sup>このような立法過程を背景に、同時審判申出共同訴訟によって主観的予備的併合の必要性は消滅したとする見解がある。<sup>③</sup>しかしながら、同時審判申出共同訴訟の内容は十分に検討されているとはいえず、現時点において主観的予備的併合の必要性はなくなつたと結論づけるのは速断に過ぎるよう思われる。

そこで本稿では、主観的予備的併合の利点が同時審判申出共同訴訟に十分に吸収されており、主観的予備的併合がもはや不要であるのか検討する一つの試みとして、同時審判申出共同訴訟における原告による両請求に対する順位付けの可能性について検討したい。主観的予備的併合においては、相手方の異なる複数の請求のうち、原告がより認容判決を得たい方を主位的請求とし、他方を予備的請求とすることで、原告による順位付けが認められているからである。

ところで同時審判申出共同訴訟に関する先行研究の中には、当該共同訴訟における原告のいわゆる両勝ち、両負けを回避する一つの方策として、原告による両請求に対する順位付けを認め、統一的な判断をできるだけ保障しようという試みがなされているものがある。そこで本稿では、まず同時審判申出共同訴訟において統一的判断が求められている範囲について検討し(二)、その上で、原告による両請求の順位付けの可能性と意義について考察する(三)。

なお、同時審判申出共同訴訟が適用されるのは両請求が法律上併存し得ない場合に限られるのか、それとも事実上併存し得ない場合も含まれるのかという点については議論があり、検討すべき問題であるが、本稿では、議論が錯綜するのを避けるために、法律上併存し得ない場合に限って検討を進めることにする。また、検討に際しては、

具体例として、代理契約において原告が一方で代理権の存在を前提に本人に対して履行請求し、他方で代理人に対して無権代理による損害賠償を求める事案を念頭において検討する。その際に、ここでも議論の錯綜を避けるため、原告が表見代理の主張をしていないこととする。<sup>(4)</sup>

## 二 統一的判断の保障の範囲

同時審判申出共同訴訟では、両請求について同時に審判されることが予定されているので、主観的予備的併合に對する批判の一つであった予備的被告の地位の不安定・不利益はおよそ解消したものと考えられる。他方で、審理の統一性については、とくに主観的予備的併合について当然の補助参加や民事訴訟法（以下単に「民訴法」という）四〇条の準用を認めた場合と比較すると、同時審判申出共同訴訟における保障の程度は低いと言われている。

同時審判申出共同訴訟を規定する民訴法四一条には弁論および判決の分離の禁止以外の規定がないことから、それ以外の規律については通常共同訴訟の規律に従うと考えられる。したがって、共同訴訟人独立の原則（民訴法三九条）が適用される。共同被告の一方と原告の間で、請求の放棄・認諾、訴訟上の和解、訴えの取下げをすることは自由であり、これらがなされた場合には、当該請求にかかる訴訟は当然に終了すると考えられている。共同被告の一方のあるいは一方に對する訴訟行為は、他方の共同被告には影響を及ぼさない。共同被告の一方のあるいは一方に對してなされた主張は、その共同被告に関する訴訟についてのみ判決の基礎となる。共同被告の一方の自白もその者についてのみ効力を生じる。その結果、いわゆる共同訴訟における証拠共通の原則がはたらく範囲内で事実上の統一的判断が期待されるが、それ以上に統一的判断は保障する規定は置かれていない。

他方で、民訴法四一条はその適用対象として法律上併存し得ない請求を念頭に置いており、したがって最終的に

はどちらか一方の請求認容・他方の請求棄却という内容の判決が予定されている。しかしながら、当事者が処分権主義や弁論主義に基づく処分行為をした結果、両請求とも認容されたり、両請求とも棄却される、あるいはそれらと同様の地位を原告が得る可能性が存在する。このような当事者の処分権に基づく行為を、原告の両勝ち、両負けの防止との関係でどこまで認めるべきか問題がある。

(1) 訴えの取下げ、請求の放棄・認諾、訴訟上の和解の取扱い

まず、原告が一方の共同被告に対する訴えを取り下げたり、原告または被告が一方の請求について請求の放棄・認諾、訴訟上の和解をすることができるといえるかという問題がある。とくに、一方の被告に対する請求に関して請求の放棄・認諾がなされると、結果として原告が両被告に勝訴あるいは敗訴したのと同様の地位を得る可能性がある。しかしながら、これらの当事者の行為は処分権主義によって認められたものであり、通常共同訴訟において制約を受けるべきものではないと考えられる。また、民訴法四一条が矛盾しない結果を求めているのは、あくまで裁判所が両請求について判断する場合であると考えられるので、一方の請求につき訴えの取下げ、請求の放棄・認諾、訴訟上の和解がなされた場合には、当該請求にかかる訴訟が終了し同時審判そのものが実現しないので、原告が両勝ち、両負けしたのと同じ結果になったとしても、法の趣旨に反しないと考えられる。<sup>(5)</sup>

(2) 自白の取扱い

当事者による自白はどうか。同時審判の申出があっても通常共同訴訟であることに変わりがないという考え方に基づくと、当事者による自白は認められ、一方の請求に関する自白は当該請求の当事者間においてのみ効力を有し、他方の被告との関係には影響を与えない。欠席等による擬制自白が成立した場合も同様である。そうすると、一方

の被告との間では当該被告の自白により、他方の被告との間では裁判所の事実認定によって、両請求が認容される結果が生じる。同様に、原告が一方の請求について自白をした結果、両請求が棄却される可能性もある。このように裁判所が両請求ともに棄却したり、認容できたりすると、法律上併存し得ないとされているはずの両請求につき判断の矛盾が生じているのではないかと疑問が生じる。

立法担当者によれば、同時審判申出共同訴訟は、法律上併存し得ない請求について、裁判所の判断が区々になって両方に敗訴することを避けたいという原告の意思を尊重し、端的に弁論の分離・一部判決の禁止という形で、当事者の意思を訴訟手続に反映させる趣旨で設けられた制度だと説明される。<sup>(6)</sup>これは、同時審判申出共同訴訟の主眼は原告の両負け回避にあって、原告の両勝ちの防止はその意図するところではないと解される。そうすると、一方の被告との関係で自白が成立したことにより、あるいは両被告がともに原告の各請求を争わなかったりして、原告が両請求につき認容判決を得ることは法の予定するところだと解される。<sup>(7)</sup>

立法担当者の説明のうち、民法四一条は裁判所の判断が区々になることを回避したという部分を重視すれば、原告が両勝ちあるいは両負けする結果を許すことは不当であるようにもみえる。しかしながら、このような結果は当事者自身の処分に基づくものであって、裁判所の判断に基づくものではない。同時審判申出共同訴訟では同一期日に両請求について審理されているのであるから、仮に自白した被告が当該事実の成立を否定したのであれば、自白を撤回して争うことができたと考えられる。<sup>(8)</sup>原告の自白についても同様で、審理の途中で一方の請求については認容判決の可能性が高いと判断して他方請求について自白したところ、請求認容の可能性が低くなった場合には一度した自白を撤回することは可能であったと考えられる。このような当事者の処分によって原告の両負け、両勝ちに至ると、裁判所の結論が矛盾しているように見えるが、裁判所としては現在のところ自白した当事者にかかる請求について自白が成立した事実と異なる事実を認定することはできないと考えられる。

## (3) 民訴法四一条が想定する統一的な判断の範囲

たしかに過去に存在した事実の一つであり、したがって裁判所の事実認定において見い出されうる事実も一つであるという観点からは、一方の請求に関する自白が原因で両請求が認容または棄却されることは受け入れがたい。たとえば契約の本人に対して代理権の存在を前提に履行請求し、代理人に対して無権代理に基づく損害賠償を求めるとき、本人が代理権の存在を自白し、他方で代理人との間では代理権の存在が否定された場合には、裁判所は同一判決において、一方では代理権の存在を認め、他方では代理権の存在を否定することとなる。このような判決を矛盾した判決だと評価すると、自白の効果を制限する方向での解釈の可能性が生じる。主張レベルで予備的主張を認める方向の議論は、単純併合の形態を維持したまま、このような当事者の訴訟行為と両請求の統一的な処理を可能にしうるといえる<sup>(9)</sup>。

ところで、両請求がともに認容される可能性があるのは、主に被告のうち一方あるいは両方が自白した場合だと考えられる。一方の被告、たとえば本人が代理権の存在を自白することは、一般的に考えて他方の被告、すなわち無権代理人とされた者に対する請求棄却を導きうる事実である。代理権の存在の自白は、原告の利益も他方の被告の利益も害さないで、このような自白を他の当事者が牽制する必要性は低い。

これに対して、両請求がともに棄却される可能性があるのは、原告がなんらかの事実を自白した場合、たとえば原告が契約の本人に対する請求について代理権不存在の事実を自白したような場合である。原告が自らした自白で両請求ともに棄却される結果に至ったとしても、それは原告自身の処分によるものであるから、その結果を原告は甘受すべきである。しかしながら、原告の代理権不存在の自白は、他の被告すなわち代理人との関係では代理人に對する請求認容を導きうる事実でもある。同時審判申出共同訴訟では、口頭弁論は全共同訴訟人に共通の期日で行われることが予定されており、その結果として、一方の被告の訴訟行為を弁論の全趣旨（民訴二四七条）として他

方の被告との関係で事実認定の資料とすることが認められる。そうすると、一方の被告との間の自白が他方の被告との訴訟において弁論の全趣旨として考慮されることで、同一事実について同一の事実認定が可能になりうるが、その場合には、他方の被告には、原告と一方の被告との間の自己に不利な、あるいはなれ合い的な訴訟行為を牽制する権限が認められても良さそうである。共同訴訟人間の主張の統一、訴訟行為の牽制というと、必要的共同訴訟の特則である民訴法四〇条の準用が思いつくが、同時審判申出共同訴訟を規定する民訴法四一条は同法四〇条を準用していない。したがって、そのままでは、一方の被告が他方の被告や原告の他方の被告に対する訴訟行為を牽制することは難しいと考えられる。これは、不利な影響を受ける被告にとっては、当該訴訟行為について争う機会のないままに一方的に弁論の趣旨として自らに対する請求につき事実認定の基礎にされることを意味しており、適切ではない。

一般に、同時審判申出共同訴訟において法律上併存し得ない請求が定立されている場合には、共同訴訟人間には大きな利害の対立があると考えられる。原告の各被告に対する主張・立証も、互いに矛盾した内容になることが想定されている。このように共同訴訟人間に大きな利害の対立がある場合には、裁判所は、共同被告の相対立する主張を弁論の趣旨として係争事実についての認定資料とするべきではないとする見解がある。<sup>10)</sup>原告が一方の請求について自白した（たとえば代理権の存在を自白した）としても、他方の請求に関して裁判所が、自白された事実と異なる事実が存在する（無権代理であった）との心証に至った場合には、やはり裁判所は一方の請求に関して自白に基づき、他方請求に関しては自由心証に基づいて、両請求を棄却せざるを得ないのではないだろうか。

同様に、いわゆる共同訴訟人間の証拠共通の原則についても、当然に適用されると考えるべきではない。共同訴訟人の一人により提出された証拠は、他の共同訴訟人の援用がなくとも、他の共同訴訟人と相手方に対する関係においても証拠として事実認定の共通資料とすることを認めるのが通説・判例である。<sup>11)</sup>しかしながら、証拠共通の原

則が認められるのは、その前提として証拠調べが共同訴訟人全員につき同一の期日で行われており、提出された証拠の証拠力について、各共同訴訟人が争う機会が設けられているからだと考えられる<sup>(12)</sup>。同時審判申出共同訴訟においては、一般に共同被告間の利害は対立しており、一方の被告が提出した証拠は他方の被告にとって不利に働くことが想定される。自己に不利に作用しうる証拠について、その内容を争う機会を与えることなく、判決の基礎資料とされることは適切ではない。実務においても、このように共同訴訟人間の利害が対立している場合には、訴訟関係を明確にするために援用の有無を明らかにするべきであるし、他の共同訴訟人がその証明力を争い、証人について反対尋問ないし補充尋問を認めているといわれている<sup>(13)</sup>。したがって、同時審判申出共同訴訟においては、提出された証拠につき、少なくとも相被告に証拠力を争う機会を与えたいうえで、共通の証拠資料として用いられるべきだと考える。具体的には、同一の証拠調べ期日に関与することで、その機会が与えられると考える<sup>(14)</sup>。民訴法一五二条二項は、これは先の証人尋問に立会の機会がなかった共同被告に、当該証人に対する反対尋問権があることを明文で定めた規定だと解することができる<sup>(15)</sup>。

このように考えると、同時審判申出共同訴訟においては、主張されている請求相互の実体的な関係から統一的判断の要請は比較的強いと考えられるが、必要的共同訴訟のように当事者間で主張や立証の足並みを揃えることは予定されていない。他方で、共同被告間の利害対立も比較的大きいことから、各共同被告に対する手続保障は十分になされる必要があると考えられる。当事者による処分行為は手続上最大限考慮され、それだけ裁判所には手続上の制約が生じることになる。そうすると、民訴法四一条によって裁判所が両請求につき矛盾した判決をするべきではない(することができない)と求められているのは、基本的にすべての事実について自由心証に基づく事実認定ができた場合に限り限られており、当事者の自白等によって裁判所の事実認定に制約があった場合までは含まれていないのではないかと考えられる。言い方を換えると、民訴法四一条で必要とされているのは、両請求に対する判決理由

の矛盾が回避されることではないかと考える<sup>(16)</sup>。このように考えると、原告のあるいは一方の被告の告白によって、両請求がともに棄却あるいはともに認容される結論に至ったとしても、判決理由においては矛盾は生じておらず、両請求について統一的な判断が実現されていると考えられる。

### 三 原告による順位付けの可能性

#### (1) 順位付けの意義

前章で統一的な判断について検討する際に問題となったのは、原告が代理人との関係で代理権の存在を自白し、本人に対してはなお契約の履行を求めた結果、両請求が認容されて判決が矛盾しているように見える場面であった。この場合に原告は、両被告に対して代理権の存在を前提として主張・立証を行うことになるので、原告の両被告に対する訴訟行為は一貫したものになる。他方で、当事者がこのような処分行為を行わない場合、すなわち原告が本人との関係では代理権の存在を主張し、代理人に対しては無権代理を主張する場合には、原告は、同一法廷において異なる被告に対して矛盾した主張・立証活動を展開することになる。このような矛盾した原告の訴訟行為は許容されるものだろうか。

同時審判申出共同訴訟は通常共同訴訟であって共同訴訟人独立の原則がはたらくので、両被告に対する主張に矛盾があっても差し支えないという考え方はある<sup>(17)</sup>。たしかに原告のそれぞれの主張・立証の対象は異なる被告に対する請求であるので、互いに矛盾する点があったとしても違法ではないかもしれない。しかしながら、同一手続内で矛盾した主張・立証をすることには違和感を覚えるし、相手方が異なるとはいえ法律が矛盾した主張・立証を促す結果になることにも簡単には賛成しがたい<sup>(18)</sup>。

民訴法四一条の立法の契機になった主観的予備的併合では、一方の被告に対する請求を予備的請求とすることで原告は請求相互に順位を付けて矛盾のない主張・立証を展開することができる。同時審判申出共同訴訟においても、当事者の矛盾した訴訟行為が適切ではないとするならば、矛盾した訴訟行為を回避するための何らかの方策が必要である。もし、原告によって両請求について順位付けが可能であるならば、両請求を並列的に併合するという共同訴訟の枠組みを崩すことなく、当事者による矛盾した訴訟行為を回避することができるのではないだろうか。<sup>19)</sup>

原告による順位付けが認められると、当事者の矛盾した訴訟行為の回避以外に、次のような利点もが考えられる。これまで主観的予備的併合が有益だと考えられた背景には、矛盾した主張・立証・判決を回避し、判断の統一を確保すること、実体法上の関係をそのまま訴訟形式に反映させて原告の利益と訴訟経済を実現することへの考慮があった。<sup>20)</sup> もし原告による順位付けを認めるならば、このような主観的予備的併合における利点を、同時審判申出共同訴訟においても活かすことができる。また、現実的な利点として、順位付けによって原告は、手持ちの資料からより認容判決を得やすいと予想される請求の主張・立証に集中することができる。請求の客観的予備的併合や主観的予備的併合において、当事者はおそらく、どちらの請求が原告により多くの利益をもたらすか、どちらの請求の方が勝訴判決を得やすいかを考慮して、どちらの請求を主位請求にするか決定するものと考えられる。主観的予備的併合において両請求がともに金銭請求でありかつ両被告の間に資力の差があるときには、原告はより権利実現の可能性の高い被告から優先的に勝訴判決を得るべく、当該被告に対する請求を主位請求に据えるだろう。このような原告の両請求に関する現実的な利益状況は、同時審判申出共同訴訟においても生じる可能性は高い。

被告にとっても、このような原告の優先順位に関する意思が明らかになることは、自らの防御の計画を立てる際に役に立つものと考えられる。裁判所にとっても、両請求に関する審理は同時に進行するので、原告の順位付けによって審理期間が不当に長くなるような不都合は生じないように思われる。どの請求につき先に判決を求めるかは

第一に原告の意思に委ねられていることから、被告や裁判所に大きな不都合が生じないのであれば、原告による順位付けを認めてもよいのではないだろうか。そこで、どのような方法であれば原告による両請求の順位付けを認めることができるか検討したい。<sup>(21)</sup>

(2) 主観的順位の併合にならった順位付けの可能性

主観的予備的併合と同様に、同時審判申出共同訴訟において一方の請求に他方の請求の認容を条件とする解除条件をつけることは難しい。なぜなら、一方の請求の認容によって他方請求の訴訟係属が消滅すると、法が求める同時審判自体が不可能になるからである。

それでは、旧法下で主張されていた主観的順位の併合<sup>(22)</sup>にならって、原告が両請求に対する判決に順序をつけることは可能だろうか。たとえば、両請求について請求認容の判決を求める順序を示したり、第一順位として△主位請求認容、副位請求棄却▽、第二順位として△主位請求認容、副位請求認容▽の判決を求めることが提唱されている。当事者の処分権限として判決を求める順位を付けることが認められるならば、両請求間に順位を付して併合審判を求めることはできそうである。ただしその際に、△主位請求認容、副位請求棄却▽といったように、裁判所に對して原告が請求棄却判決を求めることができるのかは検討が必要である。<sup>(23)</sup>また、先に述べたとおり、同時審判申出共同訴訟では自白や欠席といった当事者の処分行為によって両請求がともに認容されたり、棄却されたりすることが予定されている。同時審判申出共同訴訟においては△主位請求認容、副位請求認容▽の可能性を認めざるを得ず、これは、主観的順位の併合のように、原告が主位請求認容の場合には副位請求の棄却を求めることは相容れない。もし△主位請求認容、副位請求棄却▽の申立てを認めるならば、裁判所は当該申立ての範囲内でしか判断ができないので、仮に主位被告も副位被告も自白または欠席した場合には、裁判所は、一方の被告に対する請求については

当該被告の自白または欠席にもかかわらず棄却判決を下さざるを得ずに、判決に苦慮することになる。そうすると、同時審判申出共同訴訟において原告による請求の順位付けを許すとすれば、主観的順位の併合で提案されていたような申立ての方法は認めにくいことになる。

この点に関して、原告による順位付けに請求認容の上限設定の意義を認めるなら、次のような処理が可能だとする見解がある。<sup>26</sup>すなわち、原告が主観的に契約の本人に対して履行を請求し、副位的に代理人に対して無権代理人の責任を追及している場合に、副位被告が無権代理であることを自白または欠席により争わず、主位被告との関係では審理の結果代理権ありとの判断に至ったときには、裁判所は、副位被告の自白にもかかわらず、裁判所は主位請求認容、副位請求棄却の判決をすることができる。他方で、主位被告が自白または欠席し、副位被告だけが無権代理ではないとして原告の請求を争う場合には、原告による順位付けのなかに、主位請求認容の場合には副位請求の棄却を求める（一種の請求放棄の）意思を見いだすことができ、裁判所は、副位被告の否認にもかかわらず、証拠調べを要せずに判決に熟したとして、主位請求認容・副位請求棄却の判決をただちに下すことが許されるとする。

この見解によれば、原告による順位付けによって、両請求に対する審理・判決が促進される。しかしながら、共同被告の利害が対立する同時審判申出共同訴訟においては、一方の請求に関する訴訟資料や証拠資料を当然に他方の被告との関係で事実認定の基礎とすることには慎重であるべきである。これは、一方の被告による自白が、原告にとっても他方の被告にとっても有利に作用する場合であっても同様である。またこの見解では、一方の請求に関する事実認定によって、他方の請求につき自白された事実と異なる事実が認められることになるが、このことが原告による請求認容の上限設定から正当化されるのか疑問である。さらに、原告の一種の請求放棄の意思が、裁判所の請求棄却判決の理由になりうるのかという点についても、なお説明が必要であるように思う。請求棄却判決に対して原告は上訴を提起することができるのであり、これは、本来の請求の放棄とは性質が異なると思われるし、

端から見ると、原告は順位付けによって一度請求の放棄に似た意思を示しておきながら、上訴によってその意思を覆すことができるようにも見えるからである。

この点について、原告が順位付けをする際には、その中で主位請求認容を停止条件とする副位請求放棄の意思表示を求めることも可能であろう。しかしながら、この方法によると、放棄された副位請求につき控訴審での審理が認められないので、主位請求認容後に主位被告が控訴した場合に、原告は両負けの危険を回避することができない。

むしろ、原告による順位付けの趣旨は、副位請求認容よりも主位請求認容を優先してほしいという点にあり、主位請求認容の際の副位請求の帰趨については、原告は無関心なのではないだろうか。民訴法四一条の趣旨も、法律上併存し得ない請求について矛盾した裁判所の判断によって両負けする危険を回避したいという原告の意思を尊重するものであって、原告の両勝ちの防止までは視野に入っていないと解される。したがって、主位請求認容の場合には副位請求を棄却する旨の申立て、あるいは原告の何らかの意思を見つけ出す必要性はあまり高くないのではないだろうか。

### (3) 主観的選択的併合にならった順位付けの可能性

それでは主観的選択的併合のように、当事者が順序づけを行わず、二つの請求のうちいずれか一方を認容してくれるよう裁判所に申し立てることは可能であるか。選択的併合において主張される請求は必ずしも二つだとは限らないが、民訴法四一条が想定している被告に対する複数の請求が法律上併存し得ない場合とは、三名以上の被告が存在する場合ではなく、二名の被告に対する請求が実体法上排他的な関係にある場合だと考えられる。したがって原告は、いずれか一方の請求の認容と他の請求の棄却を求めることになる。

原告が請求認容の順位について無関心であり、どちらか一方の請求が認容されればそれで足りる場合には、この

ような選択的な申立ても認められそうである。この場合にどちらの請求に対して認容判決をするかの判断は裁判所が行うことになる。しかしながら、原告が一方の請求の認容を第一順位に考えている場合に、この方法では対応が困難である。なお、選択的併合の適用範囲を客観的選択的併合の場合と同様に両請求が実体法上併存しうる場合に限りと解し、かつ同時審判申出共同訴訟の範囲を両請求が実体法上併存し得ない場合に限りなら、同時審判申出共同訴訟において選択的な主張はできないことになる。

この点に関して、請求レベルでは単純併合であるが、民訴法二条が信義誠実訴訟追行義務を規定したことから、主張レベルでは副位被告に対する主張は仮定的（予備的）主張でなければならぬとする考え方が<sup>28)</sup>ある。この見解によれば、たしかに、請求については単純併合としながら、当事者による実質的な順位付けを実現し、かつ当事者の矛盾した主張・立証も回避することができる。また、仮に副位被告が自白をした場合でも、原告の主位被告に対する主張が認められない限り当該自白の効果は生じないので、両請求がともに認容されることはない。主張に条件を付すことで、原告の統一した訴訟追行を確保し、実質的に請求認容について順位を付したのと同じ結果をもたらすものと思われる。

この考え方は、実体法に基づいた統一的判断をできるだけ保障するために、とくに自白の取扱いにおいて当事者の主張の趣旨を積極的に解釈し、当事者の主張相互の関係を統一的に調整する。たとえば契約の本人に対する主位的請求との関係で主位被告が代理権の存在を自白した場合には、主位的請求につき代理権の存在が認められた以上は、副位被告たる代理人に対する関係では原告の代理権不存在の主張は撤回され、逆に原告が代理権の存在を認めたものを取り扱う。信義誠実訴訟追行義務を負う当事者は、両被告に対して矛盾した主張をすることができず、したがってこのような解釈が導き出されるとする。その結果、主位請求認容・副位請求棄却の統一的な判断が可能なる。

原告に対する仮定的（予備的）主張の要請は、同時審判の申出によって原告が両請求について一体として審理・判断されることを望んだ以上は、原告は、信義誠実訴訟追行義務から矛盾した訴訟行為が認められないという点に根拠があるように思われる。そうであるとすれば、原告が同時審判の申出を撤回した後は、裁判所による審判の分離・併合に制約のない通常の共同訴訟になるので、原告の主張に対するこのような要請も消滅すると考えられる。

この点について、副位被告が無権代理を認めただ後に原告が同時審判の申出を撤回した後の取扱いとして、もし原告が主位被告に対する請求を貫きたい場合には、副位被告に対する主張はなお仮定的なものにとどまり、他方で原告が無権代理の事実に基づく紛争解決を望み、主位被告に対する請求を貫かなくてもよいとする場合には、原告の副位被告に対する仮定的な無権代理の主張が確定し、他方で主位被告に対する代理権ありとの主張が撤回されたものと扱われるべきだとの解釈が提示されている<sup>(30)</sup>。そうすると、原告が法律上併存し得ない請求を掲げて共同訴訟を提起する場合であれば、同時審判の申出の有無にかかわらず、原告は一方の請求について仮定的（予備的）主張が求められることになりそうである。原告が同時審判の申出を撤回し、場合によっては弁論が分離された後にも、一方の被告に対する請求に関して仮定的な主張が維持されるべき理由の説明が必要であるように思われる。

また、この考え方に対しては、副位被告に対する請求に関して主位的な主張がないままに予備的あるいは仮定的な主張をすることになる点が指摘されている<sup>(31)</sup>。条件付きのあるいは仮定的な主張が認められて、その条件の成就あるいは仮定的な主張が確定的なものへ変わるのに必要な事情が他方の請求に関する主張の成否にかかっており、かつ両請求につき同時審判が保障されているのであれば、両請求に関する原告の訴訟行為を一体として捉えて、このような解釈も可能なものかもしれない。しかしながら、同時審判の申出が撤回され、両請求について同時審判が保障されない状態になった後は、この仮定的（予備的）な主張が確定的なものに変わるのに必要な事情が必ずしも同一期日に判明するとは限らないので、仮定的（予備的）主張の相手方である被告にとっては、十分な攻撃防御を尽く

す機会が確保されない可能性がある。<sup>(32)</sup>

#### (4) 考察

法律上併存し得ない請求が提示される同時審判申出共同訴訟では、両被告に対する原告の主張・立証は矛盾したものになることが予想される。もし原告によって両請求について順位付けが可能であれば、同一手続における原告の矛盾主張は解消される。原告の順位付けに請求認容の上限設定の意義を見いだそうとする見解や、原告に仮定的（予備的）主張を求める見解の背後にあるのは、このような原告の矛盾主張が認められることへの抵抗感であると考えられる。<sup>(33)</sup>もし順位付けが可能になれば、統一的判断の確保、矛盾した主張・立証の回避、実体上の関係をそのまま訴訟形式に反映させる原告の利益や訴訟経済の実現といった主観的予備的併合が目指した利点を、同時審判申出共同訴訟においても実現できる可能性がある。また被告や裁判所にとっても、原告の優先順位に関する意思が明らかになることで、訴訟行為や審理に関する計画を立てやすく、紛争の解決に資するものと考えられる。したがって、その効果は事実上のものとどまるが、順位付けに全く意義がないとはいえないのではなからうか。その上で、具体的な順位付けの方法を模索してみると、主観的予備的併合のように一方に解除条件を付すことは適切ではなく、主観的順位的併合のように請求棄却の申立てを含む訴え提起が可能であるかについては検討が必要である。そうすると、同時審判申出共同訴訟において判決の順位を明示するには、原告が希望する認容判決の順位を示す方法によることにならう。

なお、原告が希望する認容判決の順位を示したとしても、それが裁判所の審理の順序を拘束するとは考えられない。同時審判申出共同訴訟では審判の分離は制限されているが、それ以外の訴訟審理に関する裁判所の裁量は制限されていないからである。主観的予備的併合のように一方の請求に対する判断が、他方の請求の成否にかかってい

るわけでもない。しかしながら、審理において、当事者の処分行為によって一方の請求について早期に判決に熟したからといって、裁判所は当該請求について一部判決をすることはできず、またそれを理由に他方の請求について十分な審理を尽くすことなく当然に結論を導き出すこともできない。たとえば、主位被告が自白によって主位請求につき争っていないことを理由に、ただちに副位請求についても審理を終了し、主位請求認容・副位請求棄却の判決をすることはできない。同時審判申出共同訴訟においては、一方の請求に関する訴訟資料を当然に他方の請求に関する事実認定に用いるべきではないからである。副位被告あるいは原告によって主位被告の自白の事実が口頭弁論に提出される必要があると考える。両請求に関する審理は同一期日に行われており、副位被告にとっても当該自白の存在は容易に知ることができるので、当事者に口頭弁論への顕出を求めても酷ではないと考えられる。

ところで、同時審判申出共同訴訟で原告に順位付けを認めると、上訴に関して一つの疑問が生じる。主位請求認容・副位請求認容の場合に原告が控訴できないのは当然であるが、主位請求認容・副位請求棄却の場合に、原告が控訴することが認められるのかという問題である。<sup>(34)</sup>原告にとっては、優先順位をつけた主位請求が認容されることに最大の利益があり、主位請求認容の場合の副位請求の帰趨には関心がないと考えられるからである。

民法法四一条三項は、第一審でなされた同時審判の申出により控訴審でも両請求の弁論および裁判の分離を禁止しているが、あくまで両請求についてそれぞれ控訴がなされた場合を想定している。控訴するか否かは各人の自由に委ねられているので、原告は、控訴審での両負けを回避するために常に控訴を申し立てておく必要がある<sup>(35)</sup>、その結果、必要ではない控訴を誘発する可能性が指摘されており、このような制度設計の妥当性が疑問視されている。仮に順位付けに上訴の制限が認められれば、主位請求認容・副位請求棄却の判決に対して控訴できるのは主位被告だけであって、原告による無用な控訴の可能性はなくなる。しかしながら、主位被告の控訴では主位請求のみが控訴審の審判の対象になり、控訴審が原判決を取り消した場合には、原告は、最終的に矛盾した裁判所の判断で両請

求について棄却される危険を負うことになる。順位付けと上訴の問題については筆者の能力不足もまだまだ検討が不十分であることから、今後の課題とさせていただきたい。

#### 四 おわりに

本稿では、現行法において主観的予備的併合の必要性が消滅したのか否か検討するために、同時審判申出共同訴訟における順位付けの可能性について検討を試みた。原告による請求の順位付けの問題は主観的予備的併合論においては議論されてきたが、民訴法四一条はこの点について何も規定していない。もし、同時審判申出共同訴訟において原告による順位付けが認められるならば、主観的予備的併合の利点の一つが同時審判申出共同訴訟においても実現することになり、その結果、主観的予備的併合の必要性は低くなると考えられる。本稿においては、同一手続内における原告の矛盾した主張・立証の解消のほか、主張・立証の難易や権利実現の可能性の肯定といった原告の現実的な利益や、被告の防御計画の策定に役立つといった事実上の意義があることが判明した。この範囲内で、主観的予備的併合の利点が同時審判申出共同訴訟においても実現されうることが示されたものと考えられる。これに對して、これらはいくまで事実上の意義に過ぎず、法的な意味がないとすれば、なお主観的予備的併合の意義や必要性は残っているものと考えられる。今後は、順位付けの法的な意義について残された上訴との関係について検討していきたい。

(1) 法務省民事局参事官室編『一問一答新民事訴訟法』(一九九六年、商事法務研究会) 五八頁。

(2) 立法過程については、高田裕成「同時審判の申出がある共同訴訟」三宅省三「塩崎勤」小林秀之『新民事訴訟法大系』一巻(一九九七年、青林書院)一七四頁以下、竹下守夫「青山善充」伊藤眞編『研究会新民事訴訟法(ジュリスト増刊)』六〇頁

以下（一九九九年）などを参照。

- (3) たとえば高見進「同時審判の申出がある共同訴訟」ジュリスト一〇九八号三三三頁（一九九六年）、中野貞一郎「解説新民事訴訟法」（一九九七年、有斐閣）七〇頁、河野正憲「当事者」塚原朋一・柳田幸三・園尾隆司・加藤新太郎「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、高見進「同時審判の申出がある共同訴訟」伊藤眞・山本和彦編「民事訴訟法の争点」（二〇〇九年、有斐閣）七六頁、三木浩一・笠井正俊・垣内秀介・菱田雄郷「民事訴訟法（第二版）」（二〇一五年、有斐閣）五三四頁、伊藤眞「民事訴訟法（第五版）」（二〇一六年、有斐閣）六四〇頁など。
- 主観的予備的併合の適法性を主張するものとして、高田・前掲注(2)一七二頁、高田裕成「同時審判の申出がある共同訴訟」法学教室一九二号一六頁（一九九六年）、山本弘「主観的予備的併合と同時審判申出共同訴訟」法学教室三七三号一八頁（二〇一一年）、川嶋四郎「民事訴訟法」（二〇一三年、日本評論社）七八四頁、高橋宏志「重点講義民事訴訟法（下）」（第二版補訂版）（二〇一四年、有斐閣）四〇五頁など。
- (4) 原告が本人に対して契約の履行を求めると同時に、代理権が存在しなかった場合に備えて表見代理の主張をする場合も考えられる。この場合には、本人に対する表見代理の主張と、代理人に対する無権代理による損害賠償の主張は法律上併存しうることになり、民事訴訟法四一条の要件を充足するの否かで議論が分かれる可能性がある。このような場合に、同時審判申出共同訴訟が認められるの否かは別途検討の対象としたい。
- (5) 高田・前掲注(2)一八九頁、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」（二〇〇〇年、信山社）一一五頁、川嶋・前掲注(3)七八〇頁。
- (6) 法務省民事局参事官室編・前掲注(1)。
- (7) 高田・前掲注(2)一八九頁、山本和彦「訴えの主観的予備的併合と同時審判共同訴訟」法学セミナー四五巻一号三五頁（二〇〇〇年）。
- (8) 拙稿「同時審判の申出がある共同訴訟」井上治典先生追悼論文集「民事手続法の現代的機能」（二〇〇八年、法律文化社）三八九頁。
- (9) 高見・前掲注(3)三三三頁（一九九六年）、高見進「同時審判の申出がある共同訴訟の取扱い」新堂幸司先生古稀記念論文集「民事訴訟理論の新たな構築（上）」（二〇〇一年、有斐閣）六七三頁。ただし高見説は、共同訴訟における共同訴訟人のあるいは共同訴訟人に対する訴訟行為の制約や牽制という観点からではなく、もっぱら同一手続内における原告の矛盾した主張・立証活動を正当化しようという観点からの議論である。
- (10) 齋藤秀夫・小室直人・西村宏一・林屋礼二編「注解民事訴訟法（二）（第二版）」（一九九一年、第一法規出版）一五〇頁（小

- 室直人・東孝行)、上田徹一郎〓井上治典『注釈民事訴訟法(二)』(一九九二年、有斐閣)六七頁(徳田和幸)、菊井維大〓村松俊夫『全訂民事訴訟法Ⅰ(補訂版)』(一九九三年、日本評論社)三七二頁、徳田・前掲注(5)一一七頁、秋山幹男〓伊藤眞ほか編『コンメンタール民事訴訟法Ⅰ(第二版追補版)』(二〇一四年、日本評論社)三八九頁。
- (11) 兼子一『民事訴訟法大系(増訂版)』(一九六五年、酒井書店)三九一頁、小山昇『民事訴訟法(第五版)』(一九八九年、青林書院)四九二頁、齋藤ほか・前掲注10)一五一頁、兼子一〓松浦馨〓新堂幸司〓竹下守夫ほか『条解民事訴訟法(第二版)』(二〇一一年、弘文堂)二〇九頁(新堂幸司〓高橋宏志〓高田裕成)、新堂幸司『新民事訴訟法(第五版)』(二〇一一年、弘文堂)七八八頁、伊藤・前掲注3)六三五頁。大判大正一〇年九月二八日民録二七輯一六四六頁、最判昭和四五年一月二三日判例時報五八九号五〇頁、東京高判昭和五〇年一月二九日判例時報七七四号七四頁。
- (12) 中野貞一郎〓松浦馨〓鈴木正裕『新民事訴訟法講義(第二版補訂二版)』(二〇〇八年、有斐閣)五四一頁(井上治典『補訂・松浦馨』)。
- (13) 徳田・前掲注(5)一一八頁、菊井〓村松・前掲注(19)三七二頁、井関浩『共同訴訟人間の証拠共通の原則』鈴木忠一〓三月章監修『実務民事訴訟講座Ⅰ』(一九六九年、日本評論社)二二六七頁。
- (14) 弁論主義の不意打ち防止機能確保との関係で、証拠共通には当事者の援用を必要とする考え方として上田徹一郎『民事訴訟法(第七版)』(二〇一一年、法学書院)五四二頁、証拠申請を必要とする弁論主義との関係で一方の共同訴訟人との関係で提出された証拠については援用が必要とする考え方として松本博之〓上野泰男『民事訴訟法(第七版)』(二〇一二年、弘文堂)七〇七頁、弁論主義に抵触することを認めつつも同一期日への関与があれば証拠共通の原則が正当化されるとする考え方として高橋・前掲注(3)三七二頁。
- 民事法一五二条二項は、弁論の併合後の証人尋問の再実施を定めているが、これは、係属中の訴訟について原告が同時審判を申し出た場合には、先の証人尋問に立会いの機会がなかった共同訴訟人に対する反対尋問権があることを明文で定めた規定であり、裁判所は弁論の併合後に積極的に再尋問の要否を明らかにするべきであると考ええる。
- (15) 立法担当者は、同項は、同時審判申出共同訴訟においては証拠共通の原則が当然に適用されることを前提に、併合後の当事者に当該証人を尋問する機会を保障したものと説明している。法務省民事局参事官室編・前掲注(1)六〇頁、一五五頁。
- (16) 河野正憲『民事訴訟法』(二〇〇九年、有斐閣)五二七頁。
- (17) 山下郁夫『主観的予備的併合』を考える。『民訴雑誌』三九号二二七頁(一九九七年)。
- (18) 山本弘『多数当事者訴訟』竹下守夫〓今井功編『講座新民事訴訟法Ⅰ』(一九九八年、弘文堂)一六〇頁、齋藤哲『主観的予備的併合再考』東北学院大学法学政治学研究所紀要一六号一七五頁(二〇〇八年)。

(19) 高橋・前掲注(3)四〇六頁は、当事者も裁判所も、原告はどちらかの請求について勝とうとしているのであり、二重取りを目指しているわけではないことを暗黙のうちに理解しているのであり、両請求について単純併合的ではなく予備的併合的に考えているとする。

また、同時審判申出共同訴訟では、請求のレベルでは単純併合の形式で訴えを提起することが求められるが、民法二条が当事者の誠実訴訟進行義務を規定していることから矛盾する主張は認められず、その結果、主張レベルでは予備的主張がなされていると解すべきであるとする考え方もある。判決の順位付けを直接的に認めるものではないが、主張レベルでの仮定的(予備的)主張を認めるべきだとする考え方もある。高見・前掲注(3)三六頁以下(一九九六年)、高見・前掲注(9)六七五頁。藪口康夫「同時審判の申出がある共同訴訟」小林秀之編『新民事訴訟法の解説』(新日本法規出版、一九九七年)八九頁。

(20) 井上治典「訴の主観的予備的併合の適否」同『多数当事者訴訟の法理』(一九八一年、弘文堂)四二四頁(初出・民商法雑誌五九卷四号、一九六九年)。

(21) もし同時審判申出共同訴訟において順位付けが認められないならば、法律上併存し得ない請求につき優先順位をつけたい原告は、別訴による両負けの危険を引き受けるか、主観的予備的併合に頼らざるをえないことになるだろう。

(22) 西村宏一「訴の主観的・予備的併合」兼子一編『実例法学全集民事訴訟法上巻』(一九六三年、青林書院新社)五九頁、井上治典「訴えの主観的選択的併合の適否」同『多数当事者訴訟の法理』(一九八一年、弘文堂)一八六頁(初出・判タ二八一号、一九七二年)、福永有利「共同訴訟と訴訟参加の規律(下)」[ZB]五五八号五七頁(一九九四年)。

(23) 西村・前掲注(22)六六頁。

(24) 福永・前掲注(22)五七頁以下。ただし△主位請求棄却、副位請求認容▽判決に対して原告のみが上訴した場合に、控訴審が主位請求は認容されたとの判断に至ったとしても、主位請求を認容する場合には副位請求を棄却すべきという原告の申立てとの関係で、副位請求認容判決が確定している以上、裁判所は主位請求認容判決を断念しなければならぬ可能性がある。

(25) 園田賢治「訴えの主観的予備的併合の拒否についての覚書」同志社法学六六卷三三〇六頁注13。主観的順位的併合の適法性を議論するに際しては、請求棄却を求めうる原告の権能を正面から承認するか、主位請求認容判決を停止条件とする副位請求の放棄を認めた方がよいとする。

(26) 山本・前掲注(18)一六〇頁以下。

(27) 井上治・前掲注(22)一八四頁は、客観的選択的併合では両請求が両立する場合に選択的併合が認められるとするが、このように紛争実体のみ基づいて併合形態を制限するのは適切ではなく、当事者の意思を中心にして、両立し得ない請求についても当事者が順序づけをせず、いずれか一方の認容を求める趣旨の申立てをしている場合には選択的併合だと言うべきだとす

る。また、選択的併合の主たる機能領域は、請求が両立不可能で相互に排斥関係にある場合と考えられ、したがって主観的選択的併合の紛争実体は、主観的予備的併合の紛争実体とほぼ共通するとする。

(28) 実体法上併存し得ない場合にも主観的選択的併合を認めるものとして、井上・前掲注(22)一八三頁。

(29) 高見・前掲注(3)三三頁(一九九六年)、高見・前掲注(9)六七三頁。

(30) 高見・前掲注(9)六八五頁以下。

(31) 高橋・前掲注(3)四一頁注(15)。

(32) なお、この見解が述べる「仮定的(予備的)主張」は、主観的予備的併合の場合のように一方の請求にかかる主張が認められたことを解除条件とする主張ではないようにも解されるので、この点についてももう少し説明が欲しい。

(33) 山本・前掲注(18)一六〇頁以下、高見・前掲注(3)三六頁以下(一九九六年)、高見・前掲注(9)六八〇頁。

(34) 高田・前掲注(2)一八七頁注(34)。

(35) 高田・前掲注(2)一八六頁、高田・前掲注(3)一六頁、高橋・前掲注(3)四〇七頁以下。