

同時審判の申出の機能と効果に関する一試論

濱 田 陽 子

- 一 はじめに
- 二 同時審判申出共同訴訟の機能
- 三 当事者の申出による弁論の併合の可能性
- 四 おわりに

一 はじめに

平成八年の民事訴訟法改正によって新設された同時審判申出共同訴訟は、当事者の申出によって裁判所による弁論の分離が禁止される（民訴法四一条一項）。これは、裁判所の裁量によって必要に応じて弁論の分離が認められる通常共同訴訟とも、弁論の併合が強制される必要的共同訴訟とも異なる新しい訴訟形態である。同時審判申出共同訴訟が目指すのは、第一に共同被告に対する原告の請求が法律上併存し得ない場合に、弁論が分離されて判断が区々になることで原告が両請求にともて敗訴してしまう結果を避けたいという原告の利益を手続上実現するためである。分離禁止という取扱いは原告に両負け回避の意思があるときにのみ認めれば足りるので、原告の申出があった場合にのみ同時審判申出共同訴訟の成立が認められる。

このように同時審判の申出は、第一に原告の意思を尊重し、原告の両負け回避の利益を手続上実現するためのも

のである。他方で、申出によりこれまでは通常共同訴訟であったものが同時審判申出共同訴訟へ変化し、また弁論の分離にかかる裁判所の裁量が制限される。このような申出の効果は従来の共同訴訟には存在しなかったものである。そこで本稿では、同時審判の申出が原告の両負け回避の意思表示以外にどのような機能を有するかを考察し、申出による裁判所の裁量権の制限がどこまで認められるのか模索する。具体的には、まず同時審判の申出が有する機能について、主観的予備的併合との比較および弁論の分離に関する裁判所の裁量との関係において分析し(二)、当事者の申出による弁論の併合の可能性を提示する(三)。

二 同時審判申出共同訴訟の機能

1 主観的予備的併合

訴えの主観的予備的併合とは、一方の当事者に関する請求(主位的請求)が認容されるなら他方の当事者に関する請求(予備的請求)について審判を求めない旨の条件が付されている併合形態のことである。典型的には、代理人 Y_2 を介して成立した契約の履行を主位的被告 Y_1 に対して求め、これが認められなかった場合に備えて、 Y_2 を予備的被告として無権代理を理由とする損害賠償請求(民法一一七条)を併合提起するものである。もし、 Y_1 に対する履行請求と Y_2 に対する損害賠償請求について別々の訴えを提起したとすると、それぞれの訴訟で提出される証拠が異なるうえに、事件を担当する裁判官によって同じ証拠でもその証拠力の評価が異なるので、 Y_1 に対する訴訟では代理権なしとして請求が棄却され、 Y_2 に対する訴訟では代理権の存在が認められて請求が棄却されて、それらが確定するという結果が生じうる。一つの代理権が一方で存在し他方で存在しない状況は、実体法上では想定されていないが、訴訟法においては弁論主義と自由心証主義によって生じうる。両請求が別々の訴訟ではなく単純併合の形

で提起されたとしても、裁判所の裁量によつて弁論が分離されると、同じ結果が生じる可能性がある。このように、数名のまたは数名に対する請求が実体法上論理的に両立し得ない場合に、裁判所の判断が区々になって当事者が両負けすることを回避するために生み出されたのが、主観的予備的併合である。

平成八年民事訴訟法改正前において最高裁は、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るので許されないとした原審判決を支持し、主観的予備的併合を不適法とした⁽¹⁾。しかしその後の下級審裁判例では、この最高裁の判決を踏まえつつ、特に予備的被告に不利益でない事案の場合には主観的予備的併合を認めるものもあり、主観的予備的併合に対する実務上のニーズがあることは否定できない状況にあった。

学説においても、主観的予備的併合を適法とする考え方⁽³⁾と不適法とする考え方が対立していた。不適法説が指摘する主観的予備的併合の問題点は、次の二点である。まず、予備的被告の地位が不安定である。契約の本人 Y_1 を主位的被告とし、代理人 Y_2 を予備的被告とする先述の典型例で考えてみる。 Y_2 は、 Y_1 に対する主位的請求が棄却されると無権代理人の責任を追及される可能性があるため、訴訟の最初から原告 X を勝訴させるために積極的な訴訟追行を行う立場に置かれる。他方で、 X の Y_1 に対する請求が認容されると、解除条件が成就されて X の Y_2 に対する請求につき審判要求が消滅するので、 Y_2 は自己に対する請求棄却判決を受ける地位を失うことになる。 X は改めて Y_2 に対して訴えを提起することができ、その場合に Y_2 は二重応訴を強いられることになる。

不適法説が指摘するもう一つの問題点は、主観的予備的併合は通常共同訴訟であるとすれば、上訴審において審判の統一を図ることが困難である点である。たとえば、第一審判決が主位的請求棄却、予備的請求認容の判決であった場合に、もし主位請求について X が控訴せず、他方で Y_2 が予備的請求について控訴したときには、 Y_2 の控訴による原判決の確定遮断、移審の効果は X の Y_2 に対する予備的請求に関してのみ生じ、 X の Y_1 に対する主位的請求に関

する判決は確定する。そして、控訴審においてXのY₂に対する請求が棄却されると、結果的にXはY₁とY₂の両方に負けてしまうことになる。

これらの批判に対して適法説は、禁反言の法理等によりXのY₂に対する後訴請求を阻止すべきである⁽⁵⁾と、主観的予備的併合を解除条件付訴訟係属ではなく請求認容に順位がついているだけの主観的順位的併合として解すべき⁽⁶⁾などとして、予備的被告の地位の不安定を除去しようとした。上訴審における審判の統一についても、当然の補助参加の理論⁽⁷⁾や必要的共同訴訟の規律(民訴法四〇条)の類推適用⁽⁸⁾を用いて、主位的請求棄却・予備的請求認容の第一審判決に対してY₂のみが控訴した場合でも、主位的請求棄却判決について確定遮断・移審の効果を認めることができる⁽⁹⁾と反論していた。

2 同時審判申出共同訴訟の概要

平成八年民事訴訟法改正において新設された同時審判申出共同訴訟(民訴法四一条)は、主観的予備的併合の立法化の試みが、異なる形で結実したものである⁽⁹⁾。民訴法四一条は、共同被告の一方に対する訴訟の目的である権利が共同被告の他方に対する訴訟の目的である権利と法律上併存し得ない場合に、原告の申出があつたときには、弁論および裁判の分離を禁止する。共同被告に対する請求が相互に法律上併存し得ない場合とは、立法担当者によれば、一方の被告に対する請求の請求原因事実が、他方の被告にとって抗弁事実になる場合を指すとされている⁽¹⁰⁾。主観的予備的併合の典型例である契約の本人Y₁に対する履行請求と無権代理人Y₂に対する損害賠償請求は、同時審判の申出ができる典型例でもある。

同時審判申出共同訴訟の併合形態は、弁論の分離が許されない単純併合だとされている⁽¹¹⁾。一般的な通常共同訴訟の場合に認められている共同訴訟人間の証拠共通の原則⁽¹²⁾が働くので、証拠に基づく判断が区々になつて原告が両請

求について両負けすることを回避することができる。また両請求について必ず判決がされるので、主観的予備的併合の問題点とされていた予備的被告の地位の不安定は解消する。さらに主観的予備的併合の二つめの問題点とされていた上訴審における審判の統一に関しても、第一審で同時審判の申出がされた事件について、両請求につき控訴されてそれが同一の控訴裁判所に係属するときには審判の併合が強制されるので(民訴法四一条三項)、不十分ながらも主観的予備的併合よりは対処がなされていると評価できる。

同時審判申出共同訴訟が単純併合だとされていることから、審理においては共同訴訟人独立の原則(民訴法三九条)が働く。一方の請求につき当事者が訴えの取下げ、請求の放棄・認諾、訴訟上の和解をすることは妨げられないし、当事者による自白も妨げられない。その結果原告が両請求につき勝訴判決を得たのと同じ結論になることがある。しかし、同時審判申出共同訴訟の目的は、証拠から事実を認定する際に矛盾する判断がなされることで原告が両負けすることを回避する点にあり、原告の両勝ちの回避までは目的としていない⁽¹³⁾。他方で、原告が常にどちらかの被告に対して勝訴できるとも限らない。たとえば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の事案で、契約の締結自体が否定された場合には、原告は両請求につき敗訴することになる。この場合に契約の締結を否定する裁判所の判断は両請求について統一されており、矛盾しているわけではない。したがって同時審判申出共同訴訟は、裁判所の証拠に基づき事実認定が区々になると原告が両負けする可能性がある場合に認められるものだと考えられる。

3 申出による訴訟形態の変動

同時審判申出共同訴訟は旧法下の主観的予備的併合に関する議論をもとに制定されたので、そこで念頭に置かれているのは、複数の被告に対する請求が法律上併存し得ない場合に、原告が両被告に対して共同訴訟を提起し、か

つ同時審判の申出を行う場合である。⁽¹⁴⁾しかしながら、同時審判の申出自体は、控訴審の口頭弁論終結時まで行うことができる(民訴法四一条二項)。同時審判申出共同訴訟の趣旨は、法律上併存し得ない請求について両負けを回避したいという原告の意思を訴訟手続に反映することで、原告の便宜を図り、手続を利用しやすくするところにある。⁽¹⁵⁾原告の両負け回避は事実認定に関する判断を両請求について事実上統一することで実現されるので、控訴審の口頭弁論終結時まで申出が認められる必要がある。⁽¹⁶⁾また同時審判申出共同訴訟では、事実審の口頭弁論終結時まで申出を撤回することも認められる(民訴規則一九条一項)。同時審判の申出の制度は第一に原告の便宜を図るための制度であるから、もし原告が同時審判を望まないのであれば、申出を撤回できて当然である。また、事実審の口頭弁論終結後に申出の撤回を認めると、分離判決の可能性を想定した訴訟活動をする機会がなかった被告にとって不意打ちになるので適切ではない。⁽¹⁷⁾

その結果原告は、当初は単純併合として提訴し、あるいは別訴提起後に裁判所によって弁論が併合された後にも、同時審判の申出により両負けを回避したいという自らの意思を手続に反映することができる。主観的予備的併合がその併合形態の特殊性から訴え提起時より固定的な併合形態を有するのに対して、同時審判申出共同訴訟では、通常共同訴訟から同時審判申出共同訴訟へ、あるいは同時審判申出共同訴訟から通常共同訴訟へと、併合形態が申出訴訟係属中に変動することが予定されている。この点において同時審判申出共同訴訟は、主観的予備的併合よりも柔軟な審判形態を有しているといえる。そして、このような訴訟形態の変動を当事者の意思によって認める点で、これまでの共同訴訟よりも当事者による訴訟形態の支配を認めた共同訴訟であると評価することができる。

4 申出による裁判所の裁量権の制限

同時審判の申出により、裁判所は両請求について弁論と判決の分離が禁止される。これまで通常共同訴訟におけ

る弁論の分離は裁判所の訴訟指揮に関する裁量権の行使によってのみ認められていたが、同時審判申出共同訴訟ではこの裁判所の裁量が制限されたことになる。同時審判の申出による併合形態の流動化を認めるということは、裁判所の職責とされる適正かつ円滑な手続の進行の実現が、当事者の申出によって妨げられる可能性が高まることを意味する。そこで弁論の分離の禁止と同時審判の申出の関係について検討する。

弁論の分離が原則として裁判所の裁量に委ねられている（民訴法一五二条）が、その範囲は無制限ではなく、裁量権の行使にも内在的な制約があるとされてきた。弁論の分離が許されないと従来考えられてきたのは、個々の攻撃防御方法についてのみ分離すること、必要的共同訴訟（民訴法四〇条）が適用される場合、請求が予備的に併合されている場合⁽¹⁸⁾、離婚訴訟において離婚請求の反訴が提起された場合などである⁽¹⁹⁾。平成八年の民事訴訟法改正により同時審判申出共同訴訟がここに加わったことになる。

同時審判の申出と裁量権の制限との関係を考えてみると、これまで弁論の分離が裁量権の逸脱となると考えられてきた類型と、同時審判の場合とでは状況がやや異なるように思われる。従来の例では主に併合されている請求相互の論理関係に基づいて裁量権行使の範囲が定められている。これに対して同時審判申出共同訴訟では、請求相互の関連性に加えて当事者の申出が分離禁止の要件とされている。

当事者の申出が要件となったのは、もっぱら同時審判申出共同訴訟の趣旨による。同時審判申出共同訴訟は一般に原告の両負け回避の便宜を図るために制定されたものであるから、原告の意向を考慮する必要がある場合には、弁論の分離に関する裁判所の裁量権を制限する必要はない。原告の申出はこの原告自身の意向を手続上明らかにするために求められたものである。それと同時に、原告の申出は、手続運営の透明性を高める機能も有しているように思われる。併合されている請求相互の関連性に着目し、両請求が法律上併存し得ない場合において弁論を分離することは、裁量権を逸脱することになり許されないという指摘が旧法下よりあった⁽²⁰⁾。同時審判申出共同訴訟は、こ

の裁量権の範囲を当事者の訴訟行為によって明確にしていると考えられる。すなわち、弁論の分離を禁止する効果が原告の申出という具体的な訴訟行為によって生じるので、当該事件の裁判所も当事者も、弁論の分離にかかる裁判所の裁量権の範囲を明瞭な形で認識することができる。両請求が法律上併存し得ない関係にある状況で、原告の申出があるときに弁論を分離したらその裁量権の行使は違法と評価されるが、原告の申出がないときに裁判所が弁論を分離してもそれは違法な裁量権行使とは評価されない²⁾。同時審判申出共同訴訟は、当事者の申出が認められる範囲を設定し、その範囲内において実際に申出がなされた場合には裁判所の裁量よりも原告の意向を優先させると態度決定したものであり、裁判所の裁量の範囲を画する新しい基準の立て方を提示したと評価できる。

三 当事者の申出による弁論の併合の可能性

次に原告による同時審判の申出により、弁論の併合も認められる可能性があるのかについて検討する。先に述べたように、民訴法四一条が原告による申出ができる想定している状況は、原告が両被告に対して共同訴訟を提起した場合か、当初は別々に訴えが提起されたがその後裁判所によって弁論が併合された場合である。では当初共同被告として訴えが提起された者に対して、原告が、他方の被告に対する請求と法律上併存し得ない請求を追加した場合はどうだろうか。たとえばXが不動産につき Y_1 、 Y_2 が共同で買い受けたと主張して、 Y_1 と Y_2 に対して代金の支払いを求める訴えを併合提起したところ、審理において Y_1 が当該売買契約は無権代理人 Y_2 によるものとして代金支払義務を争ったので、Xが Y_1 に対して代理権による契約成立の主張を追加するとともに、 Y_2 に対して無権代理に基づく損害賠償請求を追加提起した場合(事例①)に、Xによる同時審判の申出は認められるだろうか。またこのようなXの訴訟に対して、答弁書で Y_1 が売買契約の無効を主張して契約の成立を争い、他方で Y_2 は売買契約の成立は

認めるが代金は支払い済みであると主張してきたので、裁判所が第一回口頭弁論期日前に弁論を分離して審理を開始したとする。⁽²²⁾ その後の審理において、Y₁が当該売買契約はY₂の無権代理によるものと主張して代金支払義務を争ったので、XがY₂に対して損害賠償請求訴訟を追加提起した場合(事例②)に、Xの同時審判の申出による弁論の併合は認められるだろうか。

事例①でも事例②でも、もしY₂に対する追加請求について同時審判が保証されなければ、代理権の存否につき矛盾した判断がなされる可能性がある。事例①ではY₂に対する追加請求が既存の請求と併合されていると考えられるが、事例②においては、Y₂に対する損害賠償請求訴訟は代金支払請求訴訟と併合されていない。⁽²³⁾ 民法41条が想定する状況が生じているのであるから、事例②のような場合でもXの申出による同時審判申出共同訴訟が認められるべきである。

事例②において同時審判の申出が認められるには、その前提としてXの追加請求につきいわゆる主観的追加的併合が認められるか検討する必要がある。判例は、係属中の訴訟状態を追加された訴訟に当然に利用できるとは限らないこと、かえって訴訟を複雑化させ、軽率な提訴ないし乱訴を招く恐れがあり、新訴の提起の時期によっては訴訟が遅延する可能性があるという理由で、当事者による主観的併合は認められないとしている。⁽²⁴⁾ この判例の考え方に素直に従うと、Xはそのままでは同時審判の申出をすることができず、裁判所に対して裁量権の発動を促し、Y₂に対する損害賠償請求について弁論が併合されるのを待つ必要がある。

主観的追加的併合に関する学説の中には、当事者による主観的追加的併合を適法とするものと、主観的追加的併合は不適法であるが、弁論の分離の場合と同様に裁量権の範囲は無制限ではないとし、一定の場合に併合を義務づけて裁量を統制するものがある。後者の考え方は、判例と同様に当事者による主観的追加的併合は認められないとしつつも、複数の請求に主観的択一関係があつて、同一の裁判所に別々に提起されたが択一関係にある事実が両

訴訟で争点となっている場合に、当事者から弁論の併合申請があったときに弁論の併合を認めないことが著しい裁量の逸脱と評価されるとする。⁽²⁵⁾ 適法説は、たしかに弊害も予想されることから広く認めるのは適切ではないが、弊害を上回る必要性が肯定される場合には主観的追加的併合が認められるとし、その例として固有の共同訴訟であるにも関わらず漏れていた者を追加する場合や、主観的予備的併合のように択一的な法律関係にある被告を追加する場合を挙げている。⁽²⁶⁾ いずれの説によっても、事例②のように両請求が択一関係にある場合には、 Y_2 に対する追加的併合が認められるべきだということになる。

これに対して、主観的追加的併合は不適法であり、弁論の併合について常に裁判所の決定に委ねるべきだとする考え方もある。⁽²⁷⁾ この考え方が危惧しているのは、新たに追加される被告の管轄の利益が失われることと、既存の訴訟で提出された訴訟資料が不利に援用される可能性である。しかし事例②において追加的被告となる Y_2 は共同被告であった者であり、主観的追加的併合が認められたとしても Y_2 の管轄の利益が失われることはない。訴訟資料に関して、事例①の場合には、 Y_2 はすでに Y_1 と共同被告の立場にあり、 Y_1 の無権代理の主張に関する訴訟資料、証拠資料につき最初から知りうる立場にある。 Y_1 から提出された証拠資料の証拠力を争う機会も有していたと考えられるので、 Y_1 に対する訴訟状態が Y_2 に対する損害賠償請求訴訟に当然に引き継がれても Y_2 に大きな不利益は生じないと考えられる。他方で事例②の場合には、 X の同時審判の申出の中に併合前の訴訟資料を援用する X の暗黙の意思があると解することができるが、それらにつき防御権を行使する機会がなかった Y_2 には配慮する必要がある。従前の訴訟資料に対する防御権が十分に行使できるように審理上の配慮が求められる。

そのほか判例が指摘する難点のうち、計測名提訴や乱訴の可能性については、 X は Y_1 からの反論を契機に追加請求を提起しているとはいえ、 X は本件売買契約について Y_1 と Y_2 に対してすでに併合訴訟を提起しており、 X に看過しがたい不注意や準備不足があったとは考えにくい。逆にこのような場合に Y_2 が無権代理人である可能性をあらか

じめ想定して責任追及の訴えを併合提起すべきであったとするのは、Xに対して過剰な提訴責任を課すことになりかねない。申出を認めることでY₁との訴訟が複雑化または遅延する可能性があるが、Y₁はこれを甘受すべきであると考ええる。なぜならY₂に対する追加請求が併合されなくても、Y₂の代理権の存否についてはY₁との訴訟において主要な争点となることが予想されるし、またこの場合にY₂の無権代理の主張を持ち出したのはY₁であるので、Y₁は自らの反論を契機に追加された争点について審理の複雑化や遅延を理由にXの同時審判の申出を否定できる立場にないと考えられるからである。

新訴提起の時期により訴訟手続の遅延が生じる可能性は確かに考えられるが、この問題は主観的追加的併合が認められる時期を制限することで対応することも可能である。現行民事訴訟法のもとでは、判例が出された頃と異なり、争点および証拠の整理手続の後に集中的な人証調べを行う実務が定着している。Y₁による無権代理の主張が争点整理段階で提出されていたにもかかわらず、Xの追加請求が人証調べの後になされたような場合には、当該追加請求につき当事者の申出による併合は認められるべきではない。しかし、Xの追加請求がY₁の無権代理の主張と同様に第一審の争点整理段階でなされた場合には、追加請求の併合を認めたとしても、それにより争点整理期間が若干延長することはあっても、重大な訴訟遅延は生じないと考えられる⁽²⁸⁾。また追加併合の時期を第一審の争点整理期間に限定することで、原告の準備不足による軽率な提訴や乱訴の可能性も軽減するものと考えられる。

そうすると、すでに共同被告となっている者に対して、原告が、他の被告に対する請求と法律上併存し得ない請求を追加的に提起し、かつ原告が同時審判の申出をした場合には、両負けの回避という原告の利益に便宜を図るといふ同時審判申出共同訴訟の趣旨をこの場合にも認めて、申出による弁論の併合と分離の禁止の効果をもってよいのではなからうか⁽²⁹⁾。そうすることにより、実体法上関連性が強く、また主要な争点を共通にする複数請求につき矛盾のない判断を実現することができ、紛争の統一のかつ一回的解決に資することができる。弁論の併合という裁判

所の裁量権の行使について、当事者の申出を介して当該手続における裁判所の裁量の範囲を事前に明確化することになるので、手続の透明性も高まると考えられる。^{③)}

四 おわりに

本稿では、同時審判申出共同訴訟の機能を分析し、同時審判の申出による弁論の併合の可能性について模索した。同時審判申出共同訴訟は弁論の分離と一部判決を禁止する緩やかな効果をもった単純併合の訴訟であるが、当事者の申出や撤回により併合形態が変動する。同時審判の申出は、当事者の意思により訴訟係属中に訴訟形態を変動させることのできる、これまでの共同訴訟にはない新しい機能を有している。また、通常共同訴訟では裁判所の裁量によって弁論の分離が可能であるところ、同時審判申出共同訴訟においてはこれが認められない。他方で、同時審判の申出がなされると、それ以降はその撤回がなされるまで、弁論の分離にかかる裁判所の裁量権の範囲が明確に示されることになり、手続運営の透明性が高まる。手続運営における裁判所の裁量権の規律という点では、同時審判申出共同訴訟は、一定の場合に当事者の申出により裁判所の裁量の範囲を画するという新しい基準の立て方を提示したことができる。

当事者の申出による裁判所の裁量の範囲の確定が可能であるならば、申出により関係する当事者に不利益が生じず、かつ原告の両負け回避という同時審判申出共同訴訟の目的を達成する範囲においては、申出による弁論の併合が認められる可能性も検討に値する。この点について本稿では、すでに共同被告となっている者に対して、原告が、一方の被告に対する請求と法律上併存し得ない請求を追加請求した場合には、原告の申出により追加請求について弁論を併合しかつ弁論の分離を禁止する効果を認めてもよいのではないかと論じた。最後に申出によって同時に行

うことが求められる判決について、それにより原告の両負けの回避が実現するのであれば、解釈によって中間判決を含めることにより、迅速で合理的な審理を実現できるのではないかと論じた。

本稿で論じた内容は、必ずしも同時審判申出共同訴訟における中核的な論点ではないかもしれない。しかしながら、同時審判申出共同訴訟が当事者の申出というこれまでの共同訴訟にはない方法で併合形態を規律していることから、少し視野を広げて検討することで、何か新しい発見がないか挑戦したものである。このような分析によって同時審判申出共同訴訟にまつわる様々な問題が解決するわけではないが、今後の議論の発展にほんの少しでも寄与することができれば幸いである。

- (1) 最判昭和四三年三月八日民集二卷三号五五一頁。
- (2) たとえば、神戸地判昭和五二年三月二十九日訟務月報二三卷三号六一七頁、名古屋地判昭和六〇年二月一日判例時報一一七三九五頁（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）、東京高判昭和四七年一月二七日高民集二五卷一七二九頁、東京高判昭和四七年二月一七日高民集二五卷一八三頁、福岡高判昭和五五年四月二四日判例時報九七四号九三頁、大阪高判昭和六一年三月一四日判例タイムズ六一号八八九頁（予備的被告がすでに同一手続内における関連訴訟の被告とされているような場合）、函館地判昭和四九年六月七日判例時報七六七号七九頁、前掲大阪高判昭和六一年三月一四日（同意など）によって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）など。
- (3) 兼子一『民事訴訟法体系』（一九五四年、酒井書店）三三八頁、新堂幸司『民事訴訟法（第二版補正板）』（一九九五年、弘文堂）四八二頁、井上治典『訴えの主観的併合の適否』同『多数当事者訴訟の法理』（一九八一年、弘文堂）一八一頁（初出…判例タイムズ二八一号、一九七二年）など。
- (4) 中田淳一「訴えの主観的予備的併合の許否」同『訴と判決の法理』（一九七二年、有斐閣）四七頁（初出…法学論叢六四卷二号、一九五九年）、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）二〇七頁（初出…判例タイムズ七七八号、一九九二年）など。
- (5) 新堂・前掲注(3)四八三頁。
- (6) 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）六四頁、井

- 上・前掲注(3)一九三頁。
- (7) 兼子・前掲注(3)三八三頁。
- (8) 松浦馨「訴の主観的予備的併合の適否」ジュリスト三〇〇号二五二頁、小山昇「訴の主観的・予備的併合」同「多数当事者訴訟の研究」(一九九三年、信山社)一九三頁(初出・実務民事訴訟講座I、一九六九年、日本評論社)、河野正憲「訴えの主観的予備的併合」中野貞一郎先生古稀祝賀「判例民事訴訟法の理論(上)」(一九九五年、有斐閣)五〇七頁。
- (9) 「瓢箪から駒が出る」形で立法化されたと表現されている。竹下守夫ほか「研究会 新民事訴訟法」(一九九九年)六三頁以下〔福田発言、青山発言、鈴木発言〕。
- (10) 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。
- (11) 研究会・前掲注(9)六三頁以下〔竹下発言、青山発言、伊藤発言〕。
- (12) 大判大正一〇年九月二八日民録二七輯一六四六五頁、大判昭和一〇年四月三〇日民集一四卷一七五頁、最判昭和四五年一月二三日判例時報五八九号五〇頁など。
- (13) 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「新民事訴訟法大系I巻」(一九九七年、青林書院)一八九頁、田原睦夫「同時審判申出共同訴訟」滝井繁男ほか編「論点新民事訴訟法」(一九九八年、判例タイムズ社)九三頁、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、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、兼子一原著「条解民事訴訟法(第二版)」(二〇一一年、弘文堂)二二五頁(新堂幸司・高橋宏志・高田裕成)、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」四〇六頁、三木浩一ほか「民事訴訟法(第三版)」(二〇一八年、有斐閣)五四五頁、加藤新太郎・松下淳一編「新基本法コンメンタール民事訴訟法I」(二〇一八年、日本評論社)一三二頁(八田卓也)。
- (14) 同時審判申出共同訴訟については、両請求が事実上併存し得ない場合にも民法四一条が適用されるのか、原告側が多数の場合に被告による同時審判の申出が認められるのか、現行法下でも主観的予備的併合が認められるのかといった問題があるが、本稿では複数の被告に対する原告の請求が法律上併存し得ない場合に対象を絞って検討していく。また許される限り、原告Xが一方で契約の本人 Y_1 に対して契約の履行を求め、他方で無権代理人 Y_2 に対する損害賠償を求める事案を念頭に検討を行う。
- (15) 法務省民事局参事官室・前掲注(10)五九頁以下。
- (16) 秋山幹男ほか「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)四二〇頁。
- (17) 秋山ほか・前掲注(16)四二二頁。

- (18) 最判昭和四一年四月一四日訟務月報二二卷一〇号一四〇〇頁。
- (19) 秋山幹男ほか編『コンメンタール民事訴訟法Ⅲ』(二〇〇八年、日本評論社) 三二〇頁、兼子ほか・前掲注(13)九二八頁〔新堂幸司〕上原敏夫。
- (20) 滝川叡一「請求の主観的択一関係と共同訴訟」本井巽・中村修三編『民事実務ノート2』(一九六八年、判例タイムズ社) 一三八頁、竹下守夫・伊藤眞編『注釈民事訴訟法(3)』(一九九三年、有斐閣) 一九六頁〔加藤新太郎〕。
- (21) 原告の申出により被告は弁論の分離・一部判決を得る機会を失うことになるが、これは両請求が法律上併存し得ない場合に弁論の分離を禁止する規範でもって裁量権行使の範囲を規律する議論でも同じである。同時審判申出共同訴訟はこうした被告の利益よりも、裁判所に矛盾した判断を事実上避けることで両負けを回避したい原告の利益を重視したものである。
- (22) 弁論の分離は第一回口頭弁論期日の前にもすることができるとされている。秋山ほか・前掲注(19)三二〇頁。賀集唱ほか編『基本法コンメンタール2』(第三版追補版) (二〇一二年、日本評論社) 八二頁〔吉川慎一〕。
- (23) したがって、もしY二に対する代金請求訴訟について判決をするのに熟した状態になれば、裁判所はこの部分について弁論を分離して一部判決をすることができる。
- (24) 最判昭和六二年七月一七日民集四一巻五号一四〇二頁。本判例に関する学説の状況は、安西明子「判批」民事訴訟法判例百選〔第五版〕二〇二頁(二〇一五年) およびそこに掲載されている文献を参照。
- (25) 竹下・伊藤・前掲注(20)二〇二頁〔加藤新太郎〕。
- (26) 井上治典・上田徹一郎『注釈民事訴訟法(2)』(一九九二年、有斐閣) 三三三頁、河野正憲『民事訴訟法』(二〇〇九年、有斐閣) 七二七頁、松本博之・上野泰男『民事訴訟法〔第七版〕』(二〇一二年、弘文堂) 七〇〇頁、高橋・前掲注(13)四二三頁。
- (27) 三木ほか・前掲注(13)五五九頁、伊藤眞『民事訴訟法〔第七版〕』(二〇二〇年、有斐閣) 六八三頁。
- (28) 前出の最判昭和六二年七月一七日は、原告が既存訴訟の提起から四年を経過した時点で、証人尋問を契機として第三者を被告として追加併合しようとした事案であり、このような場合に主観的追加的併合を認めることには消極的である。
- (29) 川嶋四郎『民事訴訟法』(二〇二三年、日本評論社) 七八三頁は、原告が義務承継人に対して訴訟引受けの申立てをした場合に、同時審判申出共同訴訟の規律が適用される点から、このような場合にも原告の両負け回避の利益保護が認められるべきだとし、原告の追加的提訴による同時審判申出共同訴訟化(追加的同時審判申出共同訴訟)を肯定する方向にある。
- (30) 弁論の併合について常に裁判所の裁量的判断に委ねると、同じ事情を有する事件であっても担当する裁判所によってその判断が区々になり、ある事件では同時審判の申出によって統一的な判断が実現し、ある事件ではそれが阻害されるという結果にもなりかねない。しかし同時審判申出共同訴訟の趣旨からは、統一的な判断を求めるかどうかは原告の選択に委ねられるべきこととなる。