

訴えの主観的予備的併合の再検討

——訴訟告知との交錯——

一 はじめに

二 訴えの主観的予備的併合をめぐる議論の整理

1 判例の動向

(一) 昭和四三年最高裁判決

(二) 以後の下級審裁判例の態度

(三) 裁判例の検討

2 学説の状況

(一) 不適法説の論拠

(二) 適法説からの反駁

(三) 学説の現況

三 訴訟告知とその効力

猪股孝史

1 訴訟告知制度

(一) 制度趣旨

(二) 訴訟告知の手続

2 訴訟告知による効力

(一) 裁判例の検討

(二) 昭和五五年仙台高裁判決

3 補助参加と訴訟告知

(一) 民事訴訟法七〇条の効力

(二) 補助参加と訴訟告知による効力

四 訴えの主観的予備的併合と訴訟告知の交錯

1 土地工作物責任訴訟における手続的規整

(一) 事例設定

(二) 利害状況の分析

(三) 土地工作物責任訴訟における主観的予備的併合

(四) 土地工作物責任訴訟における訴訟告知と補助参加

2 主観的予備的併合と訴訟告知の交錯

(一) 訴訟告知の限界

(二) 主観的予備的併合と訴訟告知の機能分担

五 おわりに

1 主観的予備的併合の必要性

2 主観的予備的併合の審判

(一) 判決

(二) 審理

3 主観的予備的併合の許容範囲

一 はじめに

たとえば、土地工作物の設置または保存に瑕疵があったために損害が生じた場合、その占有者がまずもって損害賠償責任を負うが、かりに占有者がその損害の発生を防止すべく必要な注意を尽くしていたときには、所有者が損害賠償責任を負うことになる（民七二七条一項）。すなわち、土地工作物の設置、保存に瑕疵があり、その故に損害が生じたということが認められるかぎりにおいて、その占有者が損害の発生防止に必要な注意を尽くしていたかどうか、言い換えれば、損害を発生させたことについての過失が占有者にあるかどうかによつて、占有者か所有者のいずれかに對して、被害者は必ず損害賠償責任を問うことができる、というのが実体法の帰結である（なお、民七二七条三項参照）。

このように、実体法上は論理的に両立することがなく、一方の請求が成立するときは他方の請求は成立しえないという、いわゆる択一関係において、実体法が規律し、要求する結論を、訴訟においても反映させ、可及的に実現する

ためにはどのような訴訟形式がありうるか。

かかる場合において、占有者と所有者とにそれぞれ別訴をもって損害賠償を請求するときは、相対的紛争解決、あるいは個別訴訟の原則のもとで、二つの訴訟において占有者ないし所有者の過失についての判断が分かれることがありうる。そうすると、いずれかには必ず勝訴できるはずであるのに、その二つの訴訟で占有者と所有者のいずれにも敗訴してしまう危険を避けられないだけでなく、逆に、どちらにも勝訴することにもなるという、実体法が予定しない不当な結論が訴訟においては現実のものとなるおそれがある。これは、決して法が認める望ましい姿とはいえないであろう。

そこで、考えられるものの一つは、択一的義務者をともに被告として共同訴訟のかたちで提起する、講学上、訴えの主観的予備的併合とよばれる訴訟形式である。これは、まず占有者に対して損害賠償を請求しながら、かりに占有者に過失はなかったとしてその請求が認められないことを慮って、予備的に所有者に対する請求を併合しておく、というものである。この共同訴訟では、その訴訟に提出された証拠について同一の裁判所による共通の事実認定がされることから、占有者の過失についての認定が区々になることはなく、その結果、いずれにも不当に敗訴してしまうという危険は避けることができるという。しかし、その適否をめぐっては従来より論議が激しく闘わされているのは周知のとおりである。これを不適法なものとした最高裁判決が下され、裁判実務上は決着をみたかのように思われたものの、下級審のレビュールではあるが、特段の事情を理由にこれを許容する裁判例が相次いでいること、後述のように、学説では制限的ではあるが適法説が有力であるとみられることなどから、その帰趨はなお予断を許さない状況にあるといえないではない。

いま一つは、訴訟告知を活用する方法である。まず占有者に対して、占有者の過失を理由に損害賠償請求訴訟を提

起しつつ、ここで所有者に対して訴訟告知をしておく。そして首尾よく占有者に勝訴したときはよいが、過失が占有者にはなく、むしろ所有者にあるとの理由によつて、その責任が否定されたときは、改めて所有者に損害賠償請求訴訟を提起すると、前訴で訴訟告知を受けた所有者は、参加したとしないとかかわらず、前訴判決理由中でされた、所有者に過失があるとの判断に拘束され、所有者に勝訴できるから、結局、占有者か所有者かのいずれかには勝訴できるといふのである。こうして、ドイツにおける学説の大勢および判例ないし実務状況にも徴しつつ、訴訟告知を活用することで足り、そのほうが安全でかつ経済的であることも根拠に加えて、訴えの主観的予備的併合は不適法であると主張する見解もみられるのである。²⁾

もとより、訴えの主観的予備的併合とは、「X〔原告〕対Y₁〔主位的被告〕の訴訟プラスY₂〔予備的被告〕に対する訴訟告知と、X対Y₂の訴訟を技術上便宜なたちで結び付けたものに外なら」ず、「訴訟告知できないような者を予備的被告として併合提起することは許されない」との言明がされているし、³⁾他方、訴訟告知による効力が問題となった訴訟において、かかる事案では訴えの主観的予備的併合の形態で訴えを提起することができたのでないか、との指摘がされるなど、⁴⁾訴えの主観的予備的併合が論議されてきた局面では、訴訟告知と、これに連動してされるであろう補助参加の局面と緊密な連続性を有していることは否定できない。

もっとも、訴訟告知をめぐることは、従来より必ずしも十分に議論が尽くされてこなかった嫌いがないではなく、最近、一つの高裁判決を契機として、⁵⁾学説が大きく進展し、深化させられつつある領域である。このような新たな動向を考慮に入れつつ、訴えの主観的予備的併合と訴訟告知との機能的交錯、およびその代替可能性を検証し、訴えの主観的予備的併合の適否について再検討しようとするのが本稿の目的である。⁶⁾

【注】

(1) 最判昭四三・三・八民集二三卷三号五五一頁。これについては、後掲注(7)およびそこの本文参照。

(2) この点、木川統一郎「主観的予備的併合不要論」判タ七七八号四頁以下参照(一九九二年)『民事訴訟法改正問題』二〇七頁以下(一九九三年 成文堂)に所収。以下、同書により引用する。これに対し、渡辺武文「訴えの主観的予備的併合の許容範囲」鈴木忠一「三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟法講座3判決手続通論』」三〇頁(一九八二年 日本評論社)は、「訴訟告知に種々の効果が認められているドイツにおいてはともかく、わが国においては」「実効性を期待しえないであろう」とし、上村明広「主観的予備的併合」小山昇「中野貞一郎」松浦馨「竹下守夫編『演習民事訴訟法』」六六五頁(一九八五年 青林書院)も、予備的併合が申し立てられた場合の予備的被告に対する申立てを訴訟告知と解釈すべきであるとの、ドイツにおける見解につき、「こうした見解も、紛争を一举一律に解決すべき要求を必ずしも十分には満たさない」という。なお、滝川叡一「請求の主観的択一関係と共同訴訟——主観的予備的併合の訴の取扱いをめぐって——」本井巽「中村修三編『民事実務ノート第二巻』」一一八頁、一一九頁(一九六八年 判例タイムズ社)は、訴訟告知をしておけば「判決の参加効力(民訴七〇条)により必ず勝訴することになる」とする。しかし、そのためには「敗訴判決を確定させた後でない」とこれを援用できず、「短時日で解決するとは限らない」から、「不当な結果を或る程度避け得ることで満足すべきではない」とする。そこで、これらをめぐる問題状況を説明することが、本稿における主題の一つとなる。

(3) 松浦馨「訴えの主観的予備的併合の適否」ジュリ三〇〇号二五三頁(一九六四年)。

(4) 井上治典「訴えの主観的予備的併合」新堂幸司編集代表『講座民事訴訟2訴訟の提起』三五九頁注(27)(一九八四年 弘文堂)は、後掲注(5)の判決の事案につき主観的予備的併合が許容されてよいのではないかとする。

(5) 仙台高判昭五五・一・二八高民集三三卷一号一頁。これについては、後掲注(87)およびそこの本文参照。

(6) 訴えの主観的予備的併合が問題となるのは、被告側の場合だけにかぎられるのではなく、たとえば、債権譲渡の効力を被告・債務者が争うときに、主位的原告・債権の譲受人がまず請求し、譲渡が無効とされた場合を慮って予備的原告・

債権の譲渡人が請求するなどのように、原告側の場合にも同じく問題となりうるものである。しかし、本稿では、さしあたり被告側の予備的併合に考察対象をかぎることにする。

二 訴えの主観的予備的併合をめぐる議論の整理

1 判例の動向

（一）昭和四三年最高裁判決

昭和四三年三月八日最高裁第二小法廷判決は、きわめてあっさりとして訴えの主観的予備的併合を否定した。すなわち、 X が Y_2 に対して、所有権移転登記請求訴訟を提起したところ、 Y_2 は本件土地を Y_1 に売却、登記を経由したため、 X は Y_1 に対して訴訟引受を申し立て、所有権移転登記を請求するとともに、かりに Y_1 の善意取得を理由に Y_1 に対する請求が認められないときは損害を蒙ることになるとして、 Y_2 に対する請求を損害賠償請求に変更したという事案において、「訴えの主観的予備的併合は不適法であって許されないとする原審の判断は正当であり、原判決に所論の違法は存しない」とだけ判示して、上告を棄却したのである。その最高裁が正当であるとして支持した原審の東京高裁判決による判示は、いわゆる訴えの主観的予備的併合においては、「予備的請求の被告とされた者にとってはその請求の当否についての裁判がなされるか否かは他人間の訴訟の結果いかんによることとなるわけであって、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、原告の保護に偏するものであるから、かかる訴訟形式は許されない」というものである。

従来より下級審裁判例の態度が分かれていたことから待望されていた最高裁の判断であるにもかかわらず、そこで説示されたところの希薄さの故に、先例としての価値をどこまで認めるのか必ずしも疑問なしとはいえないが、それでも最高裁判決の射程いかんは、なお検討されてしかるべき問題であろう。訴えの主観的予備的併合という併合形態を全面的に否定したものと捉えることもできないではないが、最高裁判決が正当として支持した東京高裁判決は、その理由として予備的被告の応訴上の著しい不安定ないし不利益を掲げるにとどまる。^⑪ そうであれば、この最高裁判決は、予備的被告に応訴上の著しい不安定ないし不利益をもたらさない場合まで、訴えの主観的予備的併合を当然に否定したものではない、と解するのもみやすい道理である。

(二) 以後の下級審裁判例の態度

果たして、昭和四三年最高裁判決以後の下級審裁判例をみると、この最高裁判決を踏襲して訴えの主観的予備的併合について消極的立場を基調としながらも、具体的な事実関係を吟味しつつ、例外としてではあれ、訴えの主観的予備的併合を許容するものが少なからずみられ、必ずしも硬直的な態度を示すものではないようである。^⑫

そこで、訴えの主観的予備的併合の許否が争われた下級審裁判例の動向を探るため、これらを大きく二つに分けたうえ類型化し、整理してみる。^⑬

(1) まず第一の類型として、「100」主位的被告と予備的被告とが実質的に同一とみられる場合があげられる。このうち、「110」税務署長と国の場合について、以下の二つの判決がある。

「111」神戸地判昭五二・三・二九訟務月報二三卷三号六一七頁

〈事実〉 X は、Y₁ (税務署長) に対して、相続税更生処分・過少申告加算税賦課決定処分の取消により国から交付

された還付金を損害賠償金と理解し、所得として申告しなかったことを原因としてなされた所得税更正処分・過少申告加算税賦課決定処分の取消を請求するとともに、かりに右加算金が所得であると認定される場合に備えて、 Y_2 （国）に対する損害賠償請求を予備的に併合して提起した。

〈判旨〉 「行政事件のうち、主位的請求の被告と予備的被告とが国若くは地方公共団体等の行政主体とこれらの行政機関である場合には、実質的に両者の一体性」が認められ、かかる場合は「請求の客観的併合に於ける予備的併合とその実体を異にしない」から、本件併合は許容しうる。

〔112〕 大阪地判平元・一・二六判タ七〇七号一二六頁

〈事実〉 〔111〕判決の事案とはほぼ同様であるが、 X は、 Y_1 （税務署長）に対して還付請求申告更正処分・過少申告加算税賦課決定の取消請求をするとともに、これが認められない場合に備えて、 Y_2 （国）に対する税額相当の不当利得返還請求を予備的に併合して提起したものである。

〈判旨〉 「両者は実質的に一体であることができ」「併合審理により、訴訟経済にも適うとともに、予備的請求の被告の地位を不安定にすることもない」から、かかる併合は許容しうる。

つぎに、〔120〕収用委員会と起業者の場合については以下のとおり、〔124〕決定のほかは訴えの主観的予備的併合を許容している。

〔121〕 松江地判昭四五・三・二五行集二二卷三号六〇三頁

〈事実〉 X は、 Y_1 （収用委員会）に対して収用裁決取消請求をするとともに、この請求が棄却された場合に備えて、 Y_2 （起業者・国）に対する損失補償金増額請求を予備的に併合して提起した。

〈判旨〉 「損失補償に関する訴えはその本質においては抗告訴訟であり、損失補償金増額請求訴訟において被告と

なるべき起業者の地位は裁決取消訴訟の被告となるべき収用委員会のそれと同一の基盤に立つものである。「損失補償金増額請求の訴えの出訴期間は裁決書の正本の送達を受けた日から三月以内と定められているので」「右出訴期間を遵守しようとするれば、土地所有者としては一方で収用裁決取消請求の訴えを提起し、その結果を待たずに他方で別訴により損失補償金増額請求の訴えを提起しておかなければならない」が、収用裁決取消請求訴訟の認容判決が確定すれば、損失補償金増額請求訴訟の被告としては「かりに自己の訴訟につき判決が確定していたとしても、それは全く無意味な判決となり、又判決確定前であれば、その後の訴訟続行は全く不要となるのであり、その地位が不安定不利益であることは、主観的予備的併合訴訟の場合において判決が得られず、又同意なくして訴訟係属を消滅させられることとの間に実質的な差異はな」く、むしろ「審理の重複を避け、かつ、不必要な審理をしないですむ点で訴訟経済にかない、また収用裁決取消判決と損失補償金増額判決の併存という裁判の矛盾を避けることができ、さらに同一収用裁決に関する紛争をできるかぎり一挙に解決したいであろう土地所有者の意思にも合致する」。加えて「複数の被告との間での統一的裁判の保障がないとの非難は、右収用裁決取消請求と損失補償金増額請求との主観的予備的併合についてはあたらない」から、本件併合は許容できる。

〔122〕 広島地判昭四九・一二・一七行集二五卷一二号一六一四頁

〈事実〉

〔121〕判決とほぼ同様であるが、予備的被告である V_2 （起業者）が広島市の場合についての事案である。

〈判旨〉

「起業者としては、収用裁決取消訴訟に参加しうる立場にあるから（行政事件訴訟法二二条一項）」「損失補償金増額請求の予備的併合を認めても、起業者に特段の不利を課するわけではなく、当事者にとって利点も多い」ため、本件併合は認めることができる。

〔123〕 広島高判昭五一・三・一行集二七卷三号二九七頁

〔122〕判決を支持した控訴審判決である。

〔124〕 長野地決昭五〇・一一・二九訟務月報二二巻二号五三二頁

〈事実〉 これもほぼ同様なものであるが、Xが、当初の請求である Y_1 （収用委員会）に対する収用裁決取消請求の趣旨を訂正し、 Y_2 （起業者・日本道路公団）に対して、すでに出訴期間が経過している損失補償金増額請求を予備的追加的に併合する旨を申し立てた事案である。

〈判旨〉 「収用委員会は国の行政機関であるが」、起業者である「日本道路公団は国から独立した公法人であつて」「法人格が異なりこれを同一視できないから、右の各請求を客観的予備的併合として扱うことができ」ず、主観的予備的併合の關係になるとみななければならないが、これが「不適法であることは」「行政事件訴訟においても例外ではない」と判示して、Xの申立てをいずれも却下した。

〔125〕 福岡地判平四・三・二四訟務月報三八巻九号一七五三頁

同様な事案で、予備的被告 Y_2 （起業者）が国および福岡北九州高速道路公社である場合について、〔121〕判決とほぼ同旨を説示して、併合を許容した。

また、〔130〕未成年者とその親権者の場合について、つぎの判決がある。

〔131〕 名古屋地判昭六〇・二・一四判時二一七三号九五頁

〈事実〉 Xは、 Y_1 ら（親権者ら）に対しては民法七一条の監督責任に基づく損害賠償を請求しつつ、これに、 Y_2 ら（一五歳九か月、一六歳九か月の未成年者ら）に対する民法七〇九条に基づく損害賠償請求を予備的に併合して提起した。

〈判旨〉 訴えの主観的予備的併合は「関連する紛争を一回でかつ統一的に解決できる利点も有するのであるから、

副位被告が著しく不利益を受けず、かつ不安定な地位に置かれてもやむを得ない事情が認められる場合には、主観的予備的併合は許されたと解することができ、このように解しても前掲の最高裁昭和四三年判決に「反するものではない」。本件のY₂らは「未成年者であつて訴訟無能力者であるため」「訴訟行為はすべて法定代理人である」Y₁らが行うことになるから、Y₂らが「著しく不利益を受けるものとはいえず、かつ不安定な地位に置かれてもやむを得ない事情が認められる」として、本件の併合を許容した。

さらに、主位的被告と予備的被告の実質的同一性ということの関連で問題となってくるのは、「[14]」法人格否認の場合である。

「[14]」名古屋地判昭五七・九・二〇判タ四八七号二一〇頁

〈事実〉 Xは、Y₁会社に対して販売代理店契約解除を理由に権利金返還請求をするともに、Y₁会社は、独立の事務所、従業員、資産などを有せず、形骸化しているとして法人格否認の法理に基づいて、代表取締役であるY₂に対しても同様の請求をしたのに対し、Y₁らは、本件訴えは主観的予備的併合にあたり、不適法であると主張した。

〈判旨〉 「法人格否認の法理が適用される場合には、法人とその実体たる個人」のいずれに対しても「あるいは各別に責任を問うことができるものと解すべく、右法人に対する請求と、その実体たる個人に対する請求は、両立する関係にあることが明らかである」から、Y₁会社およびY₂「に対する本件訴は主観的予備的併合には該らない」として、Y₁らの主張を排斥した。

なお、結論としては、各自に対する連帯支払が認められている。

「[142]」東京地判昭六二・四・三〇判タ六五五号二二四頁

〈事実〉 Xは、Y₁会社に対し掛代金の支払を請求するとともに、Y₁会社は形骸化しているから、取締役Y₂とY₃も、法

人格否認の法理によって責任を負うとして同様な請求をしたのに対し、Yらは、本件訴えは主観的予備的併合の関係にあるもので不適法であると主張した。

〈判旨〉 「法人とその背後に存在する実体たる個人とは同一債務について併存的、連带的に責任を負う」のだから、Yらの主観的予備的併合になる旨の主張は、「いずれも失当というべきである」とし、これを認めなかった。

なお、結論では、ここでも「[14]判決と同じく、各自の連帯支払を認めている。

ほかに、やや特殊かと思われる事案についてのもので、その態様が客観的予備的併合であるのか主観的予備的併合であるか必ずしも判然としないが、一応、主観的予備的併合とみたうえでこれを適法とした判決がある。

〔15〕 大阪高判昭五四・一二・一三判タ四一四号九九頁

〈事実〉 X（頼母子講の会員）が、まず講元に対して、主位的に講元個人の講金返還請求をしつつ、これが認められない場合に備えて、訴訟担当者としての講元に対して、講の講金返還請求を予備的に併合して提起した。

〈判旨〉 後者の請求は「講元個人に対する請求の予備的請求としてなされており、主観的予備的請求の性質を帯有する」もので、「本件のように同一人に対し、個人責任を追及する請求とともに組合的講の業務執行人としての講自体に対する請求を予備的に併合して請求することを許しても」「被告の訴訟上の地位を不安定、不利益にする弊害は乏しいからこれを許容して差し支えない」。

（2） ついで、第二の類型としてまとめられるのは、「[20]予備的被告が応訴上の不利益ないし不安定を甘受すべき場合、あるいは甘受しているとみられる場合である。これらのうち、まず[20]予備的被告が当初から同一手続内で関連請求につき共同被告とされている場合がかなりの一群をなしている。

〔21〕 東京高判昭四七・一・二七高民集二五卷一号二九頁

〈事実〉 X 会社（注文者）は、Y₁ 会社と冷暖房機の工事請負契約を締結、X 会社は右契約時に内金を支払ったが、「X 会社が代金支払を遅延するときは催告なくして右契約を解除し、右冷暖房機を撤去できる」との特約に基づき、Y₁ 会社が工事担当者 Y₂ に命じて右冷暖房機を撤去したところ、X 会社は、まず Y₁ 会社と Y₂ に対して、契約解除無効を理由に冷暖房機撤去に代わる損害賠償請求をし、ついで Y₁ に対し、右解除が有効とされる場合に備えて内金を不当利得として返還を請求し、さらに不当利得が認められない場合に備えて、Y₁ 会社と Y₂ に対して、不法行為を理由とする損害賠償の請求を予備的に併合した。

〈判旨〉 第三の請求の被告である Y₁ 会社と Y₂ は「当初から本件訴訟において第一次的に相手方たる地位にあり、その点からいえば右併合は客観的併合の場合と変わりはなく」、「同一の訴訟手続内において当初から当事者として関与しつつ、他の当事者に対する他の請求の当否について判断された後に自己の請求が判断されるべき関係にあるものであるから、純粹な主観的予備的併合とは異なりなら相手方の防御権を害せず訴訟の不安定をきたすおそれはない」から、かかる予備的併合は許容しうる。

〔212〕 東京高判昭四七・二・一七判時六五九号五七頁

〈事実〉 X が Y₁ と Y₂ らを共同被告として、所有権に基づく甲建物退去土地明渡請求をしたが、これと併せて、Y₁ に対して、甲建物の増築部分である乙建物の収去土地明渡を請求し、さらに Y₂ に対しては、その乙建物の所有権が Y₁ でなく Y₂ にあると認められる場合に備えて、乙建物の収去土地明渡の請求を予備的に併合した。

〈判旨〉 Y₂ らは「当初から同一土地の明渡という関連する訴訟の共同被告とされているので、右予備的併合による訴訟の被告とされることによって別訴を提起されるのとは比べて、特段の不利益を受け、不安定な地位に置かれたと認めるべきでない」から、かかる予備的併合は許容される。

〔213〕 東京地判昭五四・八・一六判タ四六二号一二五頁

〈事実〉 XとY₁らの被相続人Aとの間で、「XからAへの土地の売買契約不履行のときは契約を解除し、支払済みの売買代金の返還請求および同額の損害賠償請求ができる」旨の公正証書が作成されていたところ、Aは右公正証書に基づき、X所有の建物につき強制競売を申立て、Y₂がこれを競落したが、Aは配当金を受領後に死亡したので、Xは、Y₁らに対し、売買契約不成立、公正証書無効を理由として請求異議訴訟を提起、これに併合して、Y₂に所有権移転登記抹消請求をするともに、これが棄却される場合に備えて、Y₁らに右配当金の不当利得返還の請求を予備的に併合した。

〈判旨〉 本件不当利得返還請求はすでに当該「訴訟において被告とされている者と同一人と被告とする併合請求であり、かつ二つの請求は請求の基礎を同一にするものであるから、被告らの地位の不安定という因子はきわめて小さく、他方、原告の併合の必要性ないし利益はきわめて大きい。このような関係にある請求の併合は、それが主観的予備的なものであってもなお許される適法なものと解するのが妥当である」。

〔214〕 東京地判昭五五・二・八判タ四二二号一二七頁

〈事実〉 Xは、「XとY₁会社との売買契約の合意解除にあたっては代金の一部をY₁会社が、残金をY₁会社の代理人Y₂がそれぞれ返還する」旨の合意が成立したとして、まず、Y₁会社とY₂に対してその支払を請求するとともに、Y₂が個人としてではなくY₁会社の代理人として返還を約束したと認定されることに備えて、Y₁会社に対して残金分の返還請求を予備的に併合した。

〈判旨〉 「右予備的請求はY₁会社に対する当初からの請求と請求の基礎を同じくするものであって、Y₁会社が右予備的併合により被告とされることによって特段の不利を受け、不当に不安定な地位に置かれる事情にはないから、

本件のような主観的予備的併合は適法なものと認めて差支えない」。

〔215〕 福岡高判昭五五・四・二四判時九七四号九三頁

〈事実〉 X は、まず Y_1 に対し本件土地建物の所有権移転登記抹消請求をしつつ、 Y_1 からの根抵当権の設定登記を受けた Y_2 に対し右設定登記の抹消登記の承諾を求め、この承諾が得られない場合に備えて、控訴審において予備的追加的に Y_1 に対して、真正な登記名義回復を原因とする所有権移転登記を請求した。

〈判旨〉 Y_1 は、当初から本件の同一土地につき「関連する訴訟の被告とされているので、右予備的併合による訴訟の被告とされることによって別訴を提起されるのと比べて特に不利益を受け、不当に不安定な地位に置かれたと認めるべきではない」から、本件予備的追加的併合は許容することができる。

つぎに、〔220〕予備的被告が特定の訴訟追行の態度をとったことにより、不利益、不安定を自ら甘受しているとみられる場合として、以下のものがある。

〔221〕 函館地判昭四九・六・七判時七六七号七九頁

〈事実〉 X は、 Y_1 (国) に対して、農地買収処分は無効を理由とする土地所有権確認請求およびその土地明渡請求をするとともに、 Y_2 (農地売渡処分による買受人) に対しては、その土地建物引渡請求と所有権移転登記請求をし、さらに Y_2 の時効取得を理由にかかる請求が棄却されるときに備えて、さらに Y_1 に対して損害賠償請求をした。

〈判旨〉 Y_1 が、訴えの主観的予備的併合は不適法であると主張しながらも、以後は、損害賠償請求に対して積極的な立証活動を行っていたという「訴訟経過からみると、被告国は「不利益を容認しているものと解するほかはない」、「信義則上もはや」これが「不適法である旨主張しえない」。

〔222〕 津地判昭五二・九・二八訟務月報二七卷一二号二二四八頁

〈事実〉 Xは、Y₂（国）から売渡処分を受けたY₁（買受人）に対し土地引渡請求をするともに、これがY₁の時効取得を理由に棄却される場合に備えて、Y₂に対する損害賠償請求を予備的に併合した。

〈判旨〉 Y₂が、訴えの主観的予備的併合が不適法である旨を主張したのは「多数回にわたり実質的口頭弁論、証拠調べを重ねてきた後の第二〇回口頭弁論において」なのであって「且つ右弁論、証拠調べにおいて積極的に活動してきた」ことを考えるならば、Y₂は、「不安定不利益を甘受する態度を表明し又はこれを同視し得べき事情が生じていたと認め」られる。

〔223〕 大阪高判昭五八・八・三一訟務月報三〇巻四号五八三頁

〈事実〉 Xらは、一級河川堤防の「のり面」部分に自然生育する四本の樺の落葉や枯枝がXらの土地建物に飛来し、これにより被害を受けているとして、右堤防の所有者であるY（国）に対して、本件樺の伐採または防護ネットの設置を求めたところ、近隣住民であるZが本件樺の所有権を主張し、XらおよびYに対して本件樺の所有権確認および伐採禁止を求めて独立当事者参加してきたため、Xらは、控訴審においてYに対する請求と同様の反訴をZに対して予備的付帯控訴として提起した。

〈判旨〉 Xらの予備的請求は、Zの独立当事者参加に対し、しかもZの「主張を前提とした反訴請求として行うものであって」、このことによつて、特にZに対して「不利益不公平を与えるものではなくかつ応訴上の不安定な立場に立つことについてもやむを得ないものと認めうる」。

〔224〕 大阪高判昭六一・三・一四判タ六一一号八九頁

〈事実〉 X₁は、建物請負工事代金請求に関連して、まずY₁に対し不当利得返還を請求し、Y₂に対しては予備的に不当利得返還を請求しつつ、ついでY₁とY₂に対して損害賠償請求を併合提起した後、X₁が代表取締役を務めるX₂会社が、

Y_1 と Y_2 に対して損害賠償請求訴訟を提起、これが前記訴訟に併合されると、 X_1 の前記損害賠償請求は取り下げられたが、 Y_2 は本訴に異義なく応訴し、かえって X_1 に対して請負代金を請求する反訴を提起した。

〈判旨〉 訴えの主観的予備的併合は一般には不適法であるが、予備的被告が「訴訟上不安定、不利益な地位」を「甘受しているような場合には、訴えの主観的予備的併合を不適法とする理由はない」。本件の Y_2 は、いづれにせよ「損害賠償請求が併合提起されている関係上、本件訴訟には応訴せざるを得ない立場にあった」のであって、そうであるが故に、 Y_2 は「本件訴訟に異義なく応訴していた」のだし、かえって X_1 に対し「請負代金請求の反訴まで提起している」のであるから、本件の「主観的予備的請求は適法といわなければならない」。

(3) 以上の裁判例に対して、「[300]訴えの主観的予備的併合を否定したものには、前掲のもののほか、つぎのものがある。

[301] 大阪地判昭六二・三・一九判時二二九〇号九八頁

〈事実〉 X らは、主位的請求として Y_1 に対し、本件建物築造により日照権などの侵害を受けたとして、所有権に基づく妨害排除請求として本件建物の三階部分の建物収去を求め、予備的に Y_1 に対し右三階部分の一部収去を求め、さらに Y_2 会社が本件建物の築造につき敷地所有者として工事に協力したことを理由に、予備的に Y_1 と Y_2 会社に対し共同不法行為による損害賠償を請求した。

〈判旨〉 Y_2 会社は「予備的請求においてのみ当事者となっており、主位的請求における被告の地位にないから、本件はいわゆる主観的予備的併合の関係になる」以上、 X らの Y_2 会社に対する「本件訴えは不適法」とであると判示して、 Y_2 会社に対する請求を却下した。

[302] 名古屋地判昭六二・三・二〇行集三八卷二二三号二五二頁

〈事実〉 Xは、町が締結した停止条件付売買契約ないし売買予約契約を契約締結後一〇年以上経てから解除するのは違法であるとして、主位的請求として右解除を原因とする移転仮登記の抹消回復登記手続請求住民訴訟を契約の相手方Y₁に対して提起し、予備的請求としてY₂町長に対し損害賠償請求住民訴訟を併合し、提起した。

〈判旨〉 訴えの主観的予備的併合は、民事訴訟においては「不適法と解するのが相当であり、行政訴訟においても」「行政主体とその行政庁というような実質的に一体とみることができるとある場合には、例外的にこれが許される余地があるとしても」、本件においては「当事者の実質的同一性を肯定する余地のない事案であるから、行政訴訟において例外的に主観的予備的併合が許される場合に当たらない」として、本件予備的請求を不適法却下した。

〔303〕 名古屋高判平二・一・三〇判タ七三七号一一五頁

〔302〕 判決を維持した控訴審判決である。

〔304〕 静岡地富士支判昭六三・四・一九判時一二九二号一三四頁

〈事実〉 Xは、訴外Aへの貸付金につきY₁が連帯保証をしたことを理由に主位的請求としてその履行を求め、予備的にY₂らに対して、Y₁が連帯保証をしないことを知りながらAへの貸付金を騙取したことを理由とする損害賠償請求を併合して提起した。

〈判旨〉 予備的被告とされた者は、「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ものであるから、当該予備的被告が関連請求につきすでに同一訴訟手続内で被告とされているなどの特段の事情のあるばあいを除いて、かかる主観的予備的請求の併合は不適法な訴えである」として、本件訴えを却下した。

(三) 裁判例の検討

以上にみたように、昭和四三年最高裁判決以降の下級審裁判例のうち、訴えの主観的予備的併合を許容するものは、もっぱら予備的被告に著しい不利益や不安定が存しないことをその根拠とする。¹⁴⁾そこで、その具体相について若干の検討を加える。

(1) 第一に、「100」主位的被告と予備的被告とに実質的同一性がみられる場合についてであるが、かかる事情は、予備的被告に保護されるべき固有の利益が存しないか、あるいはそうでなくてもこれを無視しようということの意味するのであろう。主位的被告と予備的被告が実質的に同一であるならば、主観的予備的併合ではなく、客観的予備的併合と異ならないと考えられるからである。

そうとすると、問題は、いかなる場合に実質的同一性を肯定できるかという、その判断基準いかんである。典型的なのは、「110」税務署長と国の場合であろうが、より一般的には「国または地方公共団体などの行政主体とその行政機関の場合」というのが一つの指標となろう。それでは、「120」収用委員会と起業者の場合はどうか。起業者が国または地方公共団体である場合にはまだしも、民間人が起業者となる場合もありうることにかんがみるならば、これら起業者の性格を無視して一括りに論じることが必ずしも適切ではあるまい。¹⁵⁾現に、「124」決定は、起業者が日本道路公団の場合について、これが収用委員会とは法人格を異にする「独立した公法人」であることを理由にして実質的同一性を否定している。そうなると、少なくとも、起業者として国のほかに、別の公法人・福岡北九州高速道路公社が加わっている事案に関する「125」判決との整合性が問われることになるう。

ところで、この問題は措くとしても、「120」収用委員会と起業者の場合に特徴的であるようにみえるのは、収用裁決

取消請求と損失補償金増額請求との関係、すなわち、「[12]判決において、やや詳細に引用しておいたように、収用裁決取消請求を認容する判決の確定によって、損失補償金増額請求の判決は、その勝敗のいかんを問わず、確定してもそれは無意味な判決となるし、確定する前であれば以後の訴訟追行を不要ならしめる、という関係があることである。収用裁決取消請求の請求原因は収用裁決の違法であるから、これが違法であれば収用裁決は取り消されることになり損失補償は問題とならない反面、これが適法であれば損失補償は認められるのであって、収用裁決取消請求は損失補償金増額請求のいわば先決問題としての関係に立つ¹¹⁶。そうして、損失補償金増額請求について、その出訴期間が制限されていることも相俟つて（土地収用一三三条一項）、これを遵守するため、収用裁決取消請求訴訟の結果をまたずに、別訴として提起することになったとしても、そこで受ける起業者の不利益不安定は、訴えの主観的予備的併合を認め、予備的被告とされたときと実質的には変わらないと評価されるのであろう。ここに、訴えの主観的予備的併合が許容されるべき、より実質的な根拠があるのだと考えられるならば、この理は「[120]収用委員会と起業者の場合すべてに妥当しうるようにも思われる¹¹⁷」。

他方、そうであれば、「[110]税務署長と国の場合はどうなるのか。たとえば、「[111]判決では、還付金に課税することの違法を請求原因とする過少申告加算税賦課決定処分取消請求などが主位的請求であり、予備的請求は、違法な相続税課税によって損害を受けたことを請求原因とする損害賠償請求である。つまり、還付金は損害賠償であつて、所得ではなく、したがって課税対象とならないことが主位的請求の前提なのであるが、そうではなく還付金は所得であり、課税対象となることが予備的請求の前提であつて、かりに還付金が所得でないと判断されて主位的請求が認容されても、そのことから違法な相続税課税による損害がなおも存するのかどうか必ずしも明らかではなく、このことが直ちに損害賠償請求の成否に影響を与えるものではないように思われる。「[112]判決の場合も、状況はほぼ同様に考えられ

よう。この点が、「120」収用委員会と起業者の場合とは異なる。したがって、「110」税務署長と国の場合には、主位的請求と予備的請求の実体法上の関係というよりは、行政機関と行政主体という実質的同一性があるともいうことに、一層の重みが与えられたということであろうか。

つぎに、「130」未成年者とその親権者の場合は、いずれにせよ主位的被告である親権者が予備的被告である未成年者の法定代理人として訴訟追行にあたる以上、実質的に予備的被告の防御権を侵害することにはならないといえるのであり、このことが、両者の実質的同一性を肯定せしめると同時に、予備的被告という著しく不利益、不安定な地位に置かれても「やむを得ない事情」があるとの評価を導くのであろう。

さらに、問題があるのは「140」法人格否認の場合である。法人格否認の法理は、特定の法律関係について法人の存在を無視するものであるから、そのかぎりでは、法人とその背後にある実体としての個人を法律上も同一視する、つまり実質的同一性を認めるものであり、そこに訴えの主観的予備的併合を許容する契機が存するはずである。ところが、「141」判決、「142」判決のいずれも、訴えの主観的予備的併合は不適法であるとする被告側の主張に対し、本件訴えはそもそも訴えの主観的予備的併合には該当しないとして、これを排斥している。その理由は、法人に対する請求と、その背後にあつて実体である個人に対する請求とは「両立しうる関係」にあり、同一債務について「併存的、連带的に責任を負う」からということにある。両者の債務の関係をいかに考えるかは別としても、^⑩両立可能であること自体は多くの裁判例によつても示されるところであり、その結果、このような請求の併合は単純併合となるものであると考へるならば、^⑪もはや主観的予備的併合の可否を議論する必要はなくなる。裁判例では、結論として両者への請求が認められており、いずれも事案の処理としては正当とみてよいといえようが、このように考えていくならば、「130」未成年者とその親権者の場合にも、責任能力のある未成年者の不法行為とは別に、その監督義務者である親権者自身につ

いても不法行為が成立する余地があつて、⁽²⁾そうして両者の責任は両立しうると考えられるのであれば、やはり「140」法人格否認の場合と同じことにならう。

そして、「151」判決は、その事案がやや特殊であることにもよるが、主位的被告と予備的被告とに対する、それぞれの請求の法的構成のしかた、したがつてそこでの地位ないし資格に違いはあるにせよ、結局のところは、同一人に対する請求が予備的に併合された事案についてのものである。そうすると、両者の実質的同一性という範疇をものはや超えているとみるべきように思われるが、このような併合を客観的併合であるか主観的併合とみるべきかは、なお微妙な問題として残ることにならう。

(2) 第二に、「200」予備的被告が応訴上の不利益、不安定を甘受すべき場合、ないしは甘受しているとみられる場合であるが、そのうちの一つは「210」予備的被告が当初から関連請求について共同被告の地位にある場合である。

裁判例が説示する大要は、「請求の基礎を同じくする」請求について、予備的被告が当初から共同被告たる地位に就いているときには、他の請求について主観的予備的な併合関係に立たされても、それは客観的併合の場合と実質的に異なるものではなく、そのことの故に「別訴を提起されるのと比べて」不当に不利益、不安定になるとはいえないということである。つまり、当初より関連請求につき共同被告の地位にある以上、いずれにせよその訴訟には関与せざるをえないのであるし、予備的請求についても請求の基礎が同一であるならば、主要な攻撃防御方法を共通にするであらうから、⁽³⁾実質的にみて予備的被告の防御に大きな支障をきたすものではないと評価しうることなのである。かかる場合、訴えの客観的予備的併合と近似する関係になるからである。

ただし、予備的被告の防御権を実質的に侵害しないといえるだけの、請求の基礎の同一性を認めうるかどうかは、予備的請求とそうでない当初の関連請求との関係をより具体的に精査してみなければならぬ。「211」判決での予備的

請求は、そうでない関連請求と同じく金銭支払請求である。当初の関連請求は契約解除の無効を理由とする損害賠償請求であり、予備的請求は不法行為を理由とする損害賠償請求であり、しかもこれは、契約解除が有効であることを理由にした、予備的被告の相被告に対する請求の支払金額の拡張を図ったものとみることができ、いずれの請求もその基礎を同一にするものといえよう。⁽²³⁾ このことは、売買代金の返還請求についてのものではあるが、「214」判決にもほぼ妥当するとみてよいであろう。また、「213」判決における当初の関連請求は、売買契約不成立、公正証書無効を理由とする請求異議の訴えであり、予備的請求は、公正証書に基づく強制競売による配当金につき不当利得を理由にした返還請求であるから、ここでも請求の基礎の同一性は肯定できるように思われる。さらに、「215」判決での当初の関連請求は所有権移転登記抹消請求であり、予備的請求は、同一土地建物についての、真正な登記名義回復を原因とする所有権移転登記請求であるから、やはり請求の基礎は同じとみてよいであろう。⁽²⁴⁾ これに対して、「212」判決における当初の関連請求は、甲建物についての建物退去土地明渡請求であり、予備的請求は乙建物についての建物収去土地明渡請求である。乙建物は、甲建物と隣接する増築部分であるといっても別の建物である以上、予備的被告としては、当初の関連請求と予備的請求とで防御方法を必ずしも共通にするとはかぎらないように思われる。ただ、「212」判決では、乙建物について、予備的被告と相被告との間で、いずれに所有権があるのかが決まれば、予備的請求と相被告に対する請求の認容あるいは棄却が決まるという関係にあり、これに関係する被告はすべて当初の請求の被告となっている。このような事情が、請求の基礎の同一性の問題はさしあたり措くとしても、主観的予備的併合を許容する理由の一つとして考慮されたのだといえないではない、と考えられようか。⁽²⁵⁾

つぎに、「220」予備的被告が特定の訴訟追行の態度をとった場合、そのことの故に予備的被告が不利益、不安定を受忍すべきもの、あるいは受忍したものと評価されることがある。すなわち、予備的被告が、主観的予備的併合を不適

法と主張しながらも積極的に立証活動を行い、あるいは、かかる主張そのものが時機的にみて相当程度まで後れたときは、まさしく「[221]判決の判示にみられるように、改めて訴えの主観的予備的併合にあたり不適法である旨を主張することは信義則によってもはや許されないと判断され、排斥されたこと自体は正当であるようにも思われる。ただし、ここでは訴えの主観的予備的併合が、結果として、いわば消極的に不適法とはされなかったにとどまるとみるべきであろう。ほかに、「[223]判決の事案のように、独立当事者参加によって進んで訴訟に参加してきた者に対し、その主張を前提にして反訴を提起した結果、主観的予備的併合の關係になったとき、「[224]判決の事案のように、異議なく応訴したうえ、予備的被告がかえって反訴を提起したときには、予備的被告が自らそのような地位におかれていることを十分に認識しているかぎり²⁸で、そのような態度をとったことをもって、予備的被告が自ら不利益、不安定を甘受しているものと評価されるのも理のないことではないと思われる。

もつとも、もっぱら予備的被告がその訴訟においてとった特定の態度が主観的予備的併合を許容させる主要な根拠となったと考えても、「[221]判決、「[223]判決、「[224]判決の事案では、予備的被告とされた者は、当初から、あるいはその者自身の参加によつて、その訴訟の当事者たる地位に就いている場合でもある。したがって、「[210]当初から関連請求について共同被告の地位にある場合と、重複することになり、そこで考慮されるべき因子と競合しているものとみるべきであろう。

（3）このように裁判例を検討してみると、訴えの主観的予備的併合の可否を決するにあたって、考慮されている因子は、予備的被告自身に関する主体的因子と、予備的被告に向けられた請求、つまり予備的請求に関する客体的因子との二つに、大きく分けることができるように思われる。その具体的な指標としては、まず主体的因子として、①主位的被告と予備的被告との実質的同一性、②予備的被告の訴訟追行における特定の態度、③予備的被告のその訴訟に

おける地位、あるいは引き込まれた態様などがあり、また、客体的因子としては、①主位的請求との実体法上の論理的关系、②請求の基礎の同一性、およびその関連性の程度などを、前掲の諸裁判例から抽出することができのではなからうか。そうであるとする、前述のような、「[100] 主位的被告と予備的被告とに実質的の同一性がみられる場合、[200] 予備的被告が不利益、不安定を甘受すべき場合か、甘受しているとみられる場合、という大まかな分類だけに
よるのではなく、むしろそれぞれの具体相いかんにより、すぐれて実務的なバランス感覚をもつて、主体的因子および客体的因子を総合的に把握することによって、訴えの主観的予備的併合の可否を判断しているものということができるのではなからうか。⁽²⁸⁾

このような観点から、「[300] 訴えの主観的予備的併合が否定された裁判例を眺めると、以上に掲げたような因子が存するかどうか、存するとしてそれをどの程度まで重く顧慮すべきかに徴すならば、許容されなかったのも首肯できるように思われる。

2 学説の状況

(一) 不適法説の論拠

訴えの主観的予備的併合の適否をめぐる現時の論議は、一般的に適法か不適法かを論じるというよりは、個別的に適法とされうるのはどんな場合であるか、言い換えれば、いかなる要件のもとで訴えの主観的予備的併合は許されるか、という論点に移行し、そのための理論を模索している段階にあるとみてよいであろう。⁽²⁹⁾ ただ、思考の整理のため、従来の議論について、その位置づけを簡潔に整理しておく。

訴えの主観的予備的併合によれば、関連紛争を一時的に解決し、審理の重複を避けることができ、訴訟経済に資すること、そうでなければ訴訟が分断されるために生じうる裁判矛盾、ないし原告の不当な二重敗訴の防止が期待されること、これらが適法説の論拠である。

これに対して、これまで不適法説からその主たる論拠とされてきたのは、①裁判統一の保障の欠如、②予備的被告の応訴上の不利益、不安定の二点である。^⑩まず、①については、訴えの主観的予備的併合の場合でも、共同訴訟人独立の原則（民訴六一条）が適用される結果、上訴審との関係で裁判統一の保障は十分でないばかりか、第一審においても、たとえば中断事由の扱いなどにおいて足並みが揃わないということがありうるとされる。つぎに、②については、訴えの主観的予備的併合とは、解除条件付きの予備的請求を主位的請求に併合するものであるとの法的構成を前提として、予備的被告が当初から訴訟に繋がれ、終始、弁論に関与せざるをえないにもかかわらず、自己に固有の弁論にどの時点で入るのか不明であるという、審理過程における不利益、不安定があるほか、主位的請求が認容されれば訴訟係属は遡及的に消滅し、自己に対する棄却判決が得られないために再訴の危険が避けられない、ということである。このうち再訴の危険は、主位的請求が認容された以上は原告の要求は充足するはずであるとしても、主位的被告が無資力などの場合に、改めて原告は予備的被告に訴訟を提起する実際上の必要に迫られることがあるために、現実化するといわれる。

（二）適法説からの反駁

不適法説に対して、適法説からはつぎような反駁がされている。

（一）まず、①裁判統一の保障の欠如に対してである。訴えの主観的予備的併合が問題となる事案では、主位的被告

と予備的被告とで利害が相反する関係、つまり一方の敗訴が他方の勝訴を意味し、あるいは、一方の敗訴が他方への求償ないし担保責任の理由となるという関係にあるため、そこに潜在的な紛争があるとみられることに注目し、これを手続的規整に反映させることで、裁判の統一を確保すべく、批判を回避する方策がいくつか考えられている。

これには、まず (a) 主位的請求については原告と予備的被告との間で、予備的請求については原告と主位的被告との間で、それぞれ当然の補助参加関係を認め、上訴を擬制することで、全部の請求が移審することになるという見解がある。⁽³²⁾ あるいは、そのような主位的被告と予備的被告との実体関係をより率直に評価し直して、通常共同訴訟の枠組みにおいて捉えながらも、より直接的に共同訴訟人独立原則 (民訴六一条) の適用を排除することを意図して、(b) 主観的予備的併合は必要的共同訴訟に接近するとみて、民事訴訟法六二条を準用するという見解、⁽³³⁾ (c) 主観的予備的併合は三面訴訟の実質をもつものとみて、独立当事者参加 (民訴七一条) を類推することにより、民事訴訟法六二条を準用する見解、⁽³⁴⁾ がある。こうして、民事訴訟法六二条の準用を認める結果、一部の当事者のみの上訴によっても、全事件が移審するほか、一人の中断事由などがあれば全訴訟が中断することになる。

他方で、訴えの主観的予備的併合では共同訴訟人独立原則が貫徹されるのは免れないとして、より端的に、(d) せいぜい第一審かぎりでも裁判の統一が図られれば足りるのであって、その限度でのみ、主観的予備的併合を認める実益があるとする見解もみられる。⁽³⁵⁾

(2) つぎに、②予備的被告の不利益、不安定に対しては、これを二つに分ける。

第一に、審理過程における予備的被告の不利益、不安定に対して、(a) 主張については準備書面により、証拠については証拠申請申出書記載の立証趣旨によって事前に予測できるほか、裁判所の適切な訴訟指揮によりカバーされるとする見解、⁽³⁶⁾ (b) 予備的請求とはいっても審理そのものまで後回しになるのではなく、むしろ主位的請求と重要な争

点を共通にする関係にあるはずだから同時に審理が進められるのが原則であり、かえって審理に当事者として関与できるほうが予備的被告の利益になるもので、主位的請求に固有の論点については弁論の制限（民訴一三二条）で対処しようとする見解⁽²⁷⁾がある。確かに、予備的被告にも共通する争点は、この局面では、訴訟の結果を左右するものであろうから、これについて審理に関与することはむしろ利益であるともいえようし、逆に、無関係な論点についてまで審理に縛られるという不利益からは、裁判所による柔軟かつ適切な訴訟運営によって解放されることが相当程度まで期待されうるのであろう。かりに無関係な論点についても審理に立ち会うべきことが強制されたとしても、それが一概に不利益とまでいえるかどうかは吟味されてよい問題であらう。

第二に、再訴の危険については、これが、主位的請求が認容されれば、予備的請求については事実上は予備的被告の勝訴となるはずであるのに、この旨を宣言する棄却判決がされないことに起因するものであることから、これが得られたのと同様な効果を導くべく、いくつかの方策が考えられている。つまり、予備的被告に対して再訴が提起された場合であっても、（a）当然の補助参加関係を認める立場からは前訴の参加効力によって、またはこれを認めないとしても、禁反言ないし争点効によつて、前訴判決の内容を争うことはできなくなるとする見解⁽²⁸⁾がある。あるいは、再訴の提起そのものが、（b）禁反言ないし信義則に反するとして許されないとする見解⁽²⁹⁾、（c）訴えの取下げに関する規定である、民事訴訟法二三七条二項の準用ないし類推適用により、あるいは不起訴契約の成立が擬制されることにより、排斥しようとする見解⁽³⁰⁾がみられる。さらには、予備的請求についても棄却判決がされるべきことを理論づけるべく、（d）まさしく「予備的」併合ということの意味を探究しつつ、主位的請求につき認容判決をするときは予備的請求につき棄却判決をすることになるのであつて、主文では主位的請求と予備的請求の双方につき判断すべきであるとする見解⁽³¹⁾もある。

(3) ひるがえって、そもそも議論の前提である、訴えの主観的予備的併合についての従来の通説的な法的構成を批判的に検討しつつ、あるいはこれを疑問とし、実体関係を重視しながらも、手続的規整としては新たな枠組みをもって捉え直すべきことを提唱する見解がみられる。

これには、(a) 択一関係にある二つの請求の関係から、予備的併合ではなく「併位的併合」であると構成して、主位的請求を認容するときは必然的に予備的請求は棄却されるのだから、二つの判決をすべきであるという見解、(b) 原告が予備的併合として訴えを提起しても、これを無条件の申立てに変更させうえで、単純併合として審理、判決すべきであり、「主観的択一関係の存在自体から」弁論の分離、一部判決は違法となるとする見解、(c) 実体的に矛盾関係にある請求につき原告が順位序列をつけて併合提起しても、手続上は無意味であるとし、そのような紛争事実関係が単一のときにかぎり、特別の共同訴訟として民事訴訟六二条を準用すべきであるとする見解、(d) 当事者が解除条件付きと明示して訴えを提起した場合を除いて、「順位的併合」であると構成して、すべての請求に判決を求める趣旨と解すべきであるとする見解^⑤、がある。

これらはいずれも、いわゆる「訴えの主観的予備的併合」という併合形式を正面から認める立場とはいえないが、かかる併合形式のもつ有用性、必要性を認識しつつ、その実を活かすべく、別の法的構成に基づき、併合形態を模索しようとするものといえよう。

(4) このように、多くの論者により、さまざまな論説が示されているが、そこでのニュアンスは必ずしも同一というわけではない。そして、それらの多くは、たとえば主位的請求と予備的請求との実体法上の関係を梃子にするなどして、不適法説からの批判のそれぞれに應えるべく、論理的連関をもって論じられていることからすれば、不適法説から寄せられた主たる二つの批判は、全く別個で、無関係なものでは決していないことを意味しているといえよう。と

りわけ、訴えの主観的予備的併合の法的構成について、従来の通説的な解除条件付き構成を批判し、疑問として、それとは異なる構成を提唱する見解にいたっては、このことが顕著にみられるのである。

実のところ、訴えの主観的予備的併合につき、どのような法的構成とすべきかは理論的な前提問題である。客観的予備的併合についての法的構成をそのまま主観的予備的併合の場合にあてはめてしまったところにそもその問題があり、その故に、難点が生じることになるのであって、不適法説が批判する格好の材料を提供していることは、すでに指摘されているとおり、否定できないところである。⁽⁴⁶⁾

ともあれ、論理的に両立しえない関係にある複数の請求を統一的かつ一回的に解決できるのであれば、そのこと自体は、一般的にいつて、望ましいものであることに疑いはないのであるから、訴えの主観的予備的併合を不適法であると否定し去ってしまうのは何ら生産的な議論といえない。そのような意味からも、多くの論説が積み重ねてきた努力は、その法的構成の再構成にまで遡って検討するものも含めて、十分に評価されてしかるべきである。とはいえ、いまだ判例や学説によって大方の承認を得られていない解釈論や法技術もないではなく、そこになお別の動きを生じさせる機運がみられる。

（三）学説の現況

ところで、こうした訴えの主観的予備的併合をめぐる最近の議論は、主として、①裁判統一を確保することよりも、②予備的被告の不利益、不安定を解消するための理論ないし方策を探究することに、その重点を次第に移しつつある。これは、つとに指摘されるように、むしろ重要なのは、原告の権利保護の必要性ないし訴訟経済と、予備的被告の受ける不利益、不安定との比較衡量にある、ということが認知されてきたためである。⁽⁴⁷⁾もとより、訴えの主

観的予備的併合を認めないほうが裁判の統一が図られるわけでは無論ないのであって、ただ主観的予備的併合によっても限界があるにすぎず、その意味では消極的な批判でしかない、というのである。もつとも、そもそも訴えの主観的予備的併合が要請されてきた局面を考えるならば、そこではあくまで裁判統一を確保する必要があつたことが核心にあつたはずなのであり、そのように断定してしまうことには躊躇を感じないわけではないし、また疑問も残る。しかしながら、すでに概観してきたように、裁判統一を確保するための理論や方策が多く提唱されていることでもあり、解釈論上の問題としてみても、必ずしも克服できないほど困難なものではないという認識が、これを裏打ちしていることだけは確かなのである。⁴⁸⁾

(1) そこで、このような視座に立つならば、原告の保護、訴訟経済と予備的被告の不利益、不安定の比較衡量が鍵となる以上、訴えの主観的予備的併合の可否を一律に論じることが適切ではないと考えられるに至り、むしろ個別具体的に許容されうる場合を検討し、これを類型化しようとする動きがでてくるのは、みやすい道理である。そして、このような動きは、昭和四三年最高裁判決以後の下級審裁判例が、予備的被告が主位的被告と実質的に同一とみられることから、著しく不利益、不安定な訴訟上の地位におかれるのではない場合、あるいは不利益、不安定を甘受すべき場合を特段の事情として認めることによって、訴えの主観的予備的併合を、「例外的に」ではあるにせよ、許容したものが多くみられることも平仄が合うことになる。⁴⁹⁾

他方で、予備的被告の不利益、不安定ということの意味をより探索していくと、これまで解消されるべきものとして検討の対象であつた、審理過程におけるそれと再訴の危険のほかに、そもそも何故に、択一的な請求原因がある場合に予備的被告が当初から応訴し、手続に関与しなければならないのか、という疑問が生じ、この意味における不利益、不安定こそがむしろ重大なのではないか、とする見解が現れてくる。⁵⁰⁾ その基底には、訴訟というものを静態的に

ではなく、訴訟に至るまでの当事者間の紛争過程に考慮の重点をおいた、動態的なものとして捉えるべきであるという訴訟観があつて、そうした文脈のもとでは、原告が負担すべき「紛争主体特定責任」との兼ねいで、被告の応訴義務がいかなる場合に正当化されるのか、その根拠を探ることによつて訴えの主観的予備的併合が許容される範囲が定まってくるのである。そうすると、結局、ここでも紛争の具体的経過、ないし交渉過程をみて、それらの状況いかんによつて、訴えの主観的予備的併合の許否が決められるということになる。

（2）そうして、訴えの主観的予備的併合をめぐる現時の状況は、これについての法的構成を従来の通説的理解とは異にしながら、別の併合形態として提唱する見解をさしあたり除くならば、一つの、いうなれば制限的適法説とでもよぶべき立場に収斂されるのであつて、これが大勢を占めるものであるとみてよい。そして、すでに述べたように、いかなる場合にかかる併合形態が認められるのか、これを模索し、理論づける段階を迎えているということができるのである。もつとも、具体的にいかなる場合に許容されるかとなると、大きく二つの方向に分かれるようである。すでに述べたところと重複するものもあるが、その概要を示すと、つぎのとおりである。

まず、一つの方向は、（a）一二つの請求が実体法上、論理的に両立しない場合にこそ必要とされるものである以上、かかる場合にかぎつて訴えの主観的予備的併合は許されるとする見解である。⁹¹ここでは、請求が論理的に両立しないということの意味が嚴格に捉えられ、このような論理的関係の存在を訴えの主観的予備的併合が許容される根拠とみると同時に、それ故に、これに適った措置をとることが要請されてしかるべきである、とされる。ただ、論理的に両立しない関係を重視するという基本的思考を徹底して貫こうとすれば、従来の通説的な法的構成の枠組みから容易に踏み出してしまう危うさをはらんでいることは否めないようにも思われる。

これに対して、いま一つの方向は、（b）むしろ具体的な紛争状況ないし訴訟経過に重点をおきながら、訴えの主観

的予備的併合が許容されうる場合を類型化していこうとする見解である。そこでの根拠づけは必ずしも一樣ではないが、つぎのようなものを指摘することができる。①主位的被告と予備的被告の地位に実質的同一性がある場合、とりわけ法人格否認の法理が妥当する場合、あるいはこれと関連する面をもつが、②取引主体の判別が一般に困難であると認められる場合、③予備的被告が十分に審理、防御できる地位にあり、不当に不利益を受けたり、不安定となるのではない場合、④予備的被告が自らその併合につき原因を与え、同意し、または異議なく応訴している場合、⑤予備的被告がすでに関連請求につき同一手続で被告とされている場合、⑥行政事件の場合、などである。これらの各類型は、いずれも独立的で排他的なものとはかぎらないし、競合的に認められることも十分に考えられるほか、これらの多くは、訴えの主観的予備的併合を許容した裁判例と重なり合うものでもある。それだけに、比較的にみて多くの支持を得ていることも首肯できないではないが、すでに検討したように、問題が全くないというわけではないことにも留意しておくべきであろう。

(3) 訴えの主観的予備的併合をめぐる論議は、現在のところ、以上に検討してきたように、これが抱える問題点をほぼ指摘し尽くしているとみてよいであろう。そして、現在の大勢としての流れは、全面的な不適法説でもなく、全面的な適法説でもない、いわゆる制限的適法説、ないしは制限的許容説ともよべる立場で、ほぼ定着化しつつある。ただ、このような立場を是認するとしても、基本的指向性において、なお二つの分かれがみられるのであって、これらがともに共存しうるものであるのか、あるいはそうではないのか、その関係はいまなお明らかにされてはいないように思われる。

先に検討した裁判例を眺めてみると、現実には、原告によって訴えの主観的予備的併合として審判の申立てがされたものには、実はさまざまなものが含まれており、かかる併合形態が要請される具体相をそのまま反映しているのだと

も考えられないではない。そうであれば、この多様性に応じた、全体を統合する理論枠組みを構築しうるかどうかを
探ることが、訴えの主観的予備的併合の法的構成の問題とも関連させつつ、今後、なお検討されるべき課題として残
されているのではなからうか。

【注】

(7) 民集二三卷三号五五一頁。なお、本件に関する判例評釈として、栗山忍「判解」最判解説昭和四三年度二八六頁（一九六九年）、滝川穀一「判批」判タ二二五号五六頁（一九六八年）、井上治典「訴えの主観的予備的併合の適否」民商五九卷四号六四六頁（一九六九年）『多数当事者訴訟の法理』四二一頁（一九八一年 弘文堂）に所収。以下、同書にて引用する。斎藤秀夫「判批」判評一一七号三四頁（一九六八年）、五十部豊久「判批」統民訴判例百選五〇頁（一九七二年）、高橋宏志「判批」民訴判例百選「第二版」八二頁（一九八二年）、佐々木吉男「判批」昭和四三年度重判解説一〇六頁（一九六九年）、加藤修「判批」法研四二卷六号九三六頁（一九六九年）、納谷廣美「判批」法論四二卷二号一四三頁（一九六九年）、宮川知法「判批」民訴判例百選II二五八頁（一九九二年）。

(8) 東京高判昭四二・七・四民集二二卷三号五五八頁。

(9) もつとも、昭和四三年最高裁判決以前にも、最判昭三七・二・二民集一六卷二号三七五頁は、農業委員会に対する買取計画取消請求に追加的予備的に国に対する買取対価増額請求を併合した事案において、かかる併合を許容したとみられている（吉川義春「訴えの主観的予備的併合」判タ四六五号五二頁（一九八二年）、渡部吉隆「判解」最判解説昭和三七年度六四頁以下（一九六三年）など参照）。

また、下級審裁判例をみると、原告の便宜と訴訟経済を理由にして主観的予備的併合を許容したものとして、東京地判昭二五・一〇・二四下民集一卷一〇号一六七七頁、とくに裁判の不統一について「訴訟経済上の利益を無視せしめるほど強力のものであるとは考えられない」として肯定した、広島高判昭三三・一一・二九高民集一〇巻一〇号五六二頁があり、東京地判昭三五・三・二九下民集一一卷三号六〇五頁は、原告側の主観的予備的併合につき理由を付さずに認めたものの、

大阪高判昭四二・六・八下民集一八卷五〇六号六三三頁は、控訴審において原告の請求が棄却されることを条件としてなされた独立当事者参加を適法としたものである。これらに対し、否定した下級審裁判例としては、岐阜地判昭三二・五・二二下民集八卷七号一二九四頁、東京高判昭三二・七・一八下民集八卷七号一二九四頁、名古屋地判昭三三・四・一四高民集一一卷三号二二三頁、東京地判昭三三・一二・六判時一七四号一八頁、盛岡地判昭三五・一・一八下民集一一卷一号五〇頁、京都地判昭三八・一〇・三判時三五七号四八頁、東京地判昭三九・一一・一六判時四〇九号三六頁、大阪地判昭四一・七・二二判タ一八九号一七五頁などがある。ほかに、原告側の主観的予備的併合を否定したものとして、東京地判昭三四・一・二八判時一八二号二二頁、名古屋地判昭三七・九・一下民集一三卷九号一七七七頁がある。以上、昭和四三年最高裁判決以前の下級審裁判例については、納谷廣美「訴えの主観的・予備的併合」法論四三卷四二五号一五一頁（一九七〇年）、井上・前掲注（七）四二五頁以下など参照。

(10) 昭和四三年最高裁判決は、いわゆる例文判決・三行判決とよばれるものである。かかる判決の一般的な意味について、本件がそうであるかどうかは措くとして、伊藤正己『裁判官と学者の間』六〇頁、六一頁（一九九三年 有斐閣）が、「この定型的文言は、長い間の経験を踏まえたもので、簡易に処理するときに必要な判旨」であるが、「実際上は高裁判決が最高裁の判例へと昇華することになる」ため、ときにこれを避ける手段がとられうるとしても、「合議を慎重に重ねた末に、結局やむをえないものとして三行判決でもって処理したときの複雑な感懷をいまま思い出す」とされているのは興味深い。

(11) もっとも、否定説が掲げる、いま一つの主たる根拠である統一裁判の保障の欠如を排斥する趣旨ではない、とする指摘もある。この点、栗山・前掲注（七）二九六頁、二九七頁参照。

(12) こうしてみると、前掲注（九）で示した昭和四三年最高裁判決以前の下級審の立場と、その後のものとはさほど大きな変遷はないともみられよう。この点につき、井上・前掲注（四）三三九頁は、昭和四三年最高裁判決は「判例理論のなかでは荒っぽすぎたのであり、その前後の判例路線からみれば『異常』であった」としている。

(13) 昭和四三年最高裁判決以後の下級審裁判例の動向およびその類型化については、小山昇「民訴判例漫策・訴えの主観的

予備的併合の許可」判タ四五五号四五頁以下（一九八二年）『民訴判例漫策』一八七頁以下（一九八二年 判例タイムズ社）に所収。以下、同書により引用する」、渡辺・前掲注（二）三三頁以下、吉川・前掲注（九）五二頁以下なども参照。ほかに、とりわけ行政訴訟について、古崎慶長「行政訴訟上の主観的予備的併合について」民商八七巻一号七一頁以下（一九七七年）参照。

（14）訴えの主観的予備的併合を許可する判決のうち、上訴審における手続との関係においても、統一的裁判を保障しうる事情についても積極的に言及するものは、本文で取り上げた裁判例のうち、「12」判決と「13」判決のみのようである。たとえば、「12」判決は、いわく「第一審において主位的請求である収用裁決取消請求の認容の判決がされ、これにつき上訴された場合、予備的請求である損失補償金増額請求訴訟が移審せず併合関係が維持できないと解しても、主位的請求の判決が確定するまで予備的請求の審理を続行しないなどの措置をとることにより、裁判の矛盾、抵触をさけることができ、また、第一審において主位的請求棄却、予備的請求認容または棄却の判決がされ、予備的請求についてのみ上訴され、主位的請求棄却の判決が確定した場合にも、併合関係は消滅するが、損失補償金増額請求は収用裁決が適法であることを前提とする以上、両請求の裁判が矛盾、抵触する結果は生じない」。「12」判決も同旨である。

（15）この点について、矢野邦雄「関連請求の併合とその問題点」鈴木忠一「三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座8 行政訴訟1』一九四頁注（三）（一九七〇年 日本評論社）では、「行政主体とその行政機関とを一体視する考え方は、行訴法二二条・三五条等にも見られるところである」としたうえで、同・一八九頁、一九〇頁では「行政主体とそれらの行政機関とである場合には、実質的に両者の一体性を認めることができなないで」なく、そうであれば、「請求の客観的併合における予備的請求とその実体を異に」しないから、訴えの主観的予備的併合を許可してよいとする。もともと、上田徹一郎「井上治典編『注釈民事訴訟法（二）』二二頁「上田徹一郎」（一九九二年 有斐閣）「以下、注釈民法（二）」として引用する」、古崎・前掲注（13）八八頁は、起業者が行政主体や公法人の場合であっても、これらに一体性があるとみることには疑問があるとし、それ以外の民間人の場合には、もはや一体性を認めることは無理であるという。また、井上・前掲注（4）三五七頁もほぼ同旨。

(16) 小山・前掲注(13)二〇〇頁は、かかる関係が「まさしく予備的な関係」であるとするとする。

(17) この点、古崎・前掲注(13)八八頁は、「121」判決と「122」判決が「実質論を展開することによってこの併合を」認めたことに「説得力があり正当である」とし、土地収用法一三三条が「特に起業者を被告とし、出訴期間の制限を設けた以上、原告の立場に立つて、訴訟がやり易い形態——主観的予備的併合——を認めるのが、法解釈学のポリシーとしてすぐれている」もので、「この正当性は、起業者が、民間人の場合にも妥当する」とされている。もっとも、「121」判決は起業者が国の場合であり、判旨もこれらが同一の基盤にあることを理由の一つとして掲げるし、また、「125」判決は、起業者が国および公法人の場合について、「損失補償の裁決も収用裁決とともに一個の裁決の一部であり、損失の補償に関する訴えは、本質的に抗告訴訟であるから、本来ならば収用委員会を相手方とする訴訟において審判されるべきものであつて」起業者の地位は、収用裁決取消訴訟において被告となる収用委員会のそれと実質的に同一視することができると述べていることからみれば、実質的同一性が何らの影響を与えるものでないとは断定し難いが、これも結局は請求相互間の特殊な実体法上の関係に起因するものであるとみることができるとはなからうか。なお、谷口安平Ⅱ井上治典編『新・判例コンメンタール民事訴訟法Ⅰ』三八三頁「福永有利Ⅱ町村泰貴」(一九九三年 三省堂)「以下、新・判例コンメーとして引用する」は、一体性のある場合と、土地収用法一三三条の特殊な関係にある場合とを別類型のものとして分類し、位置づけている。

(18) 本文に掲げた判決では、いずれも連帯債務と解されており、ほかに東京地判昭五五・二・二〇判タ四一七号一一七頁などともそうであるが、これに対し、たとえば、大阪地判昭四四・五・一四判時五九八号七七頁は、不真正連帯債務と解している。

(19) 法人格否認の場合に、結論として両請求を認容したものとして、前掲注(18)のほか、東京高判昭四九・七・二九判時七五五号一〇三頁、東京地判昭五〇・七・二四判時八一〇号六〇頁、東京地判昭五〇・八・八判時七九九号九〇頁、大阪高判昭五六・二・二七判タ四四七号一四七頁、神戸地判昭五八・一〇・四判タ五一五号一六七頁などがある。

(20) この点につき、さしあたり、上田徹一郎「法人格否認と訴訟主体」私法三三三三八頁(一九七一年)、今中利昭「法人

格否認の法理と民事訴訟」小山昇Ⅱ中野貞一郎Ⅱ松浦肇Ⅱ竹下守夫編『演習民事訴訟法』九九頁（一九八七年 青林書院）など。ほかに、福永有利「法人格否認の法理に関する訴訟法上の諸問題」関大法学論集二五卷四Ⅱ五号五六二頁（一九七六年）も参照。なお、法人格否認の法理にかかる訴訟の合理的な規整のためには、訴えの変更、ないし任意的当事者の変更の許否も視野に入れて、多角的に検討していく必要があるが、これは、そもそも法人格否認の法理が適用になることが所与の前提とされた場合の問題である。むしろ、法人格が否認されるかどうかがグレイ・ゾーンである場合、あるいは、取引主体が必ずしも明確でない場合などが、ここでは問題となるのであって、やはり主観的予備的併合の適否がなお問われているとの事情が認められよう。この点、木川・前掲注（二）二〇七頁など参照。

（21）最判昭四九・三・二二民集二八卷二四三七頁参照。これにつき、さしあたり、川口富男「判解」最判解説昭和四九年度一五九頁（一九七七年）、およびそこでの文献参照。なお、同・一六二頁によれば、「未成年者に責任能力が認められても通常は賠償能力がないから、監督義務者の責任を認めないかぎり被害者の救済に欠ける」し、被害者がいずれに賠償請求すべきかは「責任能力の有無によることになるが、責任能力の有無は個別的具体的に判定されるから、その選択は困難であり、しかも判例上主観的予備的併合が認められていない」ことから「被害者は両者を同時に訴求することができず、その手続上の負担も無視できない」とされ、そこから、「監督義務者の責任を補充的なものとせず、併存的なものとすべきであるとの立法論」が出されるほか、同・一六三頁は、「解釈論としても」「監督義務者の責任を重からしめるように努めるべきであると説かれた」のだという。実体法上の権利関係を可及的に訴訟法上にも反映させるべきとの問題意識からすれば、このような展開には興味深いものがある。なお、福永有利「複数の責任主体と共同訴訟」法時四九卷一五七頁（一九七七年）でされた問題提起は、このような文脈においてもきわめて示唆に富む。

（22）井上・前掲注（4）三四九頁、三五〇頁は、予備的被告の不利利益が補完できるといえるためには、主要な攻撃防御方法の共通性が必要であるとする。

（23）なお、小室直人「判批」判評一六三号二八頁（一九七二年）は、「21」判決について、同一の事実関係に基づく請求であるとし、本件の予備的請求の審理の大部分は他の請求の審理で尽くされるという。

(24) 小山・前掲注(13)二〇五頁は、「23」判決と「25」判決について、これらは「同一被告に対し予備的でない訴えはいわば完全勝利を狙ったものであり予備的な訴えは第三者の利益保護を図った分だけ不利益を受忍した勝利を狙うもの」であるから「判例の理由とするところに根拠がある」とする。

(25) 小山・前掲注(13)二〇七頁は、ほかに、管轄の利益を損なわないこと、防御に特別の負担を負うことがないことを加えたうえで、これが「予備的請求についての判断が主位請求についての判断結果のいかんによるという関係に法律上はかならずしもない場合にもなお、原告の意思による主観的予備的併合を認める、弁明であろう」としている。また、小室・前掲注(23)二八頁は、「22」判決について、当初の関連する予備的でない請求の審理において「予備的請求の要否もおのずから明らか」となることを指摘する。なお、井上・前掲注(4)三五四頁も参照。

(26) そのような意味で、たとえば応訴管轄のような形式的な応答と同一の基準をもって、ここでの応訴があったとみるのは必ずしも妥当ではないというべきであろう。この点につき、井上・前掲注(4)三四九頁参照。

(27) 井上・前掲注(4)三五三頁、三五七頁は、主位的被告と予備的被告との一般的な実体関係をみるのでは不十分だし、かりに結論としてかかる場合に主観的予備的併合を許容することを認めたとしても「実質的に一体かどうかという考慮基準だけで十分な理由になりうるかどうか」は疑問であるとし、同・三五〇頁は、主位的請求と予備的請求の攻撃防御方法の共通性が稀薄であるときでも、予備的被告の異議のない応訴などの「特別事情があれば許容して差しつかえないであろう」という。

(28) 本文でしたような裁判例の分析は、基本的に、昭和四三年最高裁判決との抵触を避けるために、予備的被告に応訴上の著しい不利益、不安定が存しないか、あるいは存するとしてもこれを甘受すべきか、甘受しているとみうる場合について、これを肯定せしめるような特段の事情、因子を探究しようとしたものである。したがって、もっぱら予備的被告ないし予備的請求に焦点をあてて考察したにすぎない。そこで、他方、原告側の主観的予備的併合を必要とする、あるいはこれによらざるをえないような特段の事情、因子というものは、考慮の対象からは外すべきなのか、あるいは「原告の保護に偏する」ことにならない程度であれば考慮に入れることも許されないわけではないのか、必ずしも明らかではなく、これは

別に考察されなければならない問題であろう。なお、この点について、後掲注（162）およびそこの本文参照。

- （29）かかる認識につき、たとえば、小島武司「主観的予備的併合」新堂幸司・伊藤眞・井上治典・梅本吉彦・小島武司・霜島甲一・高橋宏志『演習民事訴訟法2』三〇七頁（一九八五年 有斐閣）、石川明・小島武司編『民事訴訟法（改定版）』三二〇頁「山城崇夫」（一九九三年 青林書院）、渡辺・前掲注（2）二七頁、井上・前掲注（4）三三六頁、高橋・前掲注（7）八三頁など参照。

- （30）中田淳一「訴の主観的予備的併合の可否」『訴と判決の法理』六二頁以下（一九七二年 有斐閣）、三ヶ月章『民事訴訟法（法律学全集）』二二二頁（一九五九年 有斐閣）「以下、三ヶ月・全集として引用する」、斎藤秀夫『民事訴訟法概論（新版）』四四五頁（一九八二年 有斐閣）、木川・前掲注（2）二〇七頁、斎藤・前掲注（7）三六頁などが不適法説をとる。もつとも、三ヶ月章『民事訴訟法（法律学講座双書）』二七二頁（一九七九年 弘文堂）「以下、三ヶ月・双書として引用する」は、基本的には不適法説をとりながらも、被告の地位に実質的同一性がかなりの程度まで認められる場合にまで、なお一切不適法といえるかどうかは「多少問題である」として、個別的に許容する余地を残すもののようである。ほかに、佐々木・前掲注（7）一〇八頁は、不適法説を正当としながら、立法により場合を限定して認めることで解決すべきとする。

なお、ほかに不適法説の根拠としては、つぎのことも指摘される。まず第一に、理論的問題として条件付き申立ての可否である。つまり、訴訟外の条件に訴え提起をかけることは訴訟関係を不安定にするもので許されないということである。しかし、訴えの主観的予備的併合の場合、これを解除条件付きの訴え提起であると法的に構成するとして、これが訴訟外の条件となるかどうか疑問がないだけでなく、客観的予備的併合の場合に許されるとみられている以上、予備的被告の利益保護の問題は残るとしても、その手当てが全く不可能というわけでないならば、批判のための批判にすぎないように思われる。なお、この点、木川統一郎「主観的予備的併合」『民事訴訟法重要問題講義上』一四二頁（一九九二年 成文堂）、渡辺・前掲注（2）二九頁などのほか、後掲注（46）およびそこの本文も参照。第二は、主位的請求が認容された場合に、予備的被告が負担する訴訟費用が結果として無駄になることである。この点について、「訴えの取下げに準じ

て」「訴訟費用は原告負担となるものと解すれば」予備的被告「の被る不利益はある程度緩和し得る」と判示した裁判例（広島高判昭三二・一一・二九高民集一〇巻一〇号五六二頁）はあるが（なお、中村修三「訴えの主観的予備的併合の可否」判タ一七四号五一頁（一九六五年）も参照）、弁護士費用が訴訟費用に含まれないわが国の制度のもとでは十分に機能しない、との批判もされている（三ヶ月・双書二七七頁）。しかしながら、これは主観的予備的併合に固有の難点ではなく、むしろ訴訟費用制度そのものの問題としてみるべきものでなからうか。

(31) 具体的には、①主位的請求が認容され主位的被告が上訴したとき、予備的請求については棄却の判決がされず、予備的請求は移審しないとすると併合関係は消滅する。また、②主位的請求が棄却、予備的請求が認容されたとき、原告が主位的請求については上訴せず、予備的被告だけが上訴すると、やはり併合関係が消滅するほか、上訴審で予備的請求が棄却されると、結局、原告はいずれにも敗訴することとなる。さらに、③主位的請求と予備的請求の双方が棄却された場合、原告が双方について上訴するのでなければ、やはり併合関係は消滅し、裁判の統一は保障されない、とされている。なお、この点については、後掲注（140）の本文も参照。

(32) 兼子一「新修民事訴訟法体系〔増補版〕」三八八頁（一九六五年 酒井書店）〔以下、兼子・体系として引用する〕。また、新堂幸司「民事訴訟法〔第二版補正版〕」四八四頁、四九四頁（一九九〇年 弘文堂）〔以下、新堂・民訴法として引用する〕は、争点ごとの補助参加を認めるべきことを前提にして、上訴を擬制するのは当事者の意思に合致するという。

(33) 松浦・前掲注（3）二五三頁、納谷・前掲注（7）一八五頁、中村英郎「訴えの主観的予備的併合」民訴法の争点一一一頁（一九七九年）など。

(34) 小山昇「訴の主観的・予備的併合」鈴木忠一「三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座1判決手続通論I』七一頁（一九六九年 日本評論社）、斉藤秀夫「小室直人」西村宏一「林屋礼二編『注解民事訴訟法（2）〔第二版〕』一三三頁〔小室直人「東孝行」（一九九二年 第一法規）〕以下、注解民訴法（2）として引用する」、上村・前掲注（2）六六九頁、小室・前掲注（23）二八頁。なお、兼子一（松浦馨「新堂幸司」竹下守夫）『条解民事訴訟法』一四九頁〔新堂幸司〕（一九八六年 弘文堂）〔以下、条解として引用する〕参照。

(35) 伊東乾「請求の主観的予備的併合の許否」『民事訴訟法研究』二七七頁（一九五九年 慶応通信）。なお、中村修三「訴えの主観的予備的（選択的）併合の適否」本井巽Ⅱ中村修三編『民事実務ノート第二巻』一〇六頁、一〇七頁（一九六八年 判例タイムズ社）、同・前掲注（30）五二頁も参照。

(36) 納谷・前掲注（7）一八五頁。

(37) 井上・前掲注（4）三四四頁、小島・前掲注（29）三〇五頁、条解一四八頁「新堂」のほか、吉野正三郎『集中講義民事訴訟法』三一五頁（一九九〇年 成文堂）も参照。

(38) 兼子・体系四〇六頁、四〇七頁、松浦・前掲注（3）二五二頁、新堂・民訴法四八三頁、条解一四八頁「新堂」。

(39) 井上・前掲注（4）三四五頁、小島・前掲注（29）三〇五頁、渡辺・前掲注（2）四二頁、条解一四八頁「新堂」、新堂・民訴法四八三頁。

(40) 納谷・前掲注（7）一八四頁、小室・前掲注（23）二八頁、注解民訴法（2）一三三頁「小室Ⅱ東」。

(41) 小山・前掲注（34）六〇頁、七三頁。なお、ここにある「予備的」関係とは、主位的請求の原因についての法的評価が同時に予備的請求の原因についての法的評価となる場合で、「一方を理由あらしめる主張が他方を理由なからしめる関係」であるとされる。この点、前掲注（16）およびそこの本文も参照。

(42) 西村宏一「訴えの主観的・予備的併合」兼子一編『民事訴訟法・上（実例法学全集）』六六頁（一九六三年 青林書院新社）は、請求としては各別であるにせよ、社会的事実としては一つとして評価できるから、「一の被告との関係での判断形成により、同時に他の被告との関係でも判断が形成される」ことになり、「併合された数個の訴訟における訴訟状態は、同時的・併位的に形成されるものとして」捉え、一方の「請求が認容されるときには、これと両立しない」他方の「請求は必然的に棄却される」とする。

(43) 滝川・前掲注（2）一三五頁、一三七頁以下、同・前掲注（7）五八頁。なお、山下郁夫「『主観的予備的併合』を考へる」民訴雑誌三二号二四頁（一九九三年）も、さしあたっては、主観的予備的併合を「基本的には、無条件の単純併合と捉えるべきであり、上訴の場合の判断の統一確保のための手当てを除いては、特別の効果を付与する必要はない」とす

る。

(44) 住吉博「民事訴訟法読本続巻〔第二版〕」六八二頁、六九六頁（一九七七年 法学書院）は、原告が主観的併合として訴えを提起しても、これが単純併合となるか「特別の共同訴訟としての主観的予備的併合となるか」は客観的な実体関係により定まるものであるから「原告の指定しうる事項ではない」という。

(45) 上田徹一郎「民事訴訟法」四七五頁（一九八八年 法学書院）「以下、上田・民訴法として引用する」、注釈民訴法（2）二二頁「上田」。

(46) 要するに、この問題は、原告が、主位的請求が認容されないならば予備的請求について審判を求める、という趣旨の申立てをしている場合、これをどのように法的に評価するかということである。予備的併合について、たとえば、兼子・体系三八八頁は、「第一次（主位）の請求が認容されないことを慮つて、その認容を解除条件としながら、第二次（副位）の請求についても予め審判を申立てる場合の併合である」とする。そのうえで、中田・前掲注（30）五九頁、六〇頁によれば、「訴の提起にともない、併合せられたすべての請求について訴訟係属を生じ」るが、「副位請求の裁判は主位請求を棄却する場合にのみ、これをなすべく、主位請求を理由ありとして認容する場合には、副位請求については裁判をしなくてもよいのであり、かつこれをしてはいけない」のであって、「主位請求を認容する判決が確定した場合には、副位請求について一旦生じていた訴訟係属は、訴提起の時に遡つてその効力を失う」とされている。これが通説的な法的構成のかたである。

ところで、客観的予備的併合の場合には、主位的請求が認容されれば、結局は同一の原告と被告の間での訴訟である以上、それらの数個の請求は実質的に同一の生活利益に関する法的構成の差異にすぎず、紛争全体が解決されたとみることができるのであって、被告は予備的請求について棄却の裁判を求めるだけの客観的利益は有しないから、敢えて予備的請求について棄却判決をせず、遡及的に訴訟係属を消滅させることに不都合はないということになる。これに対して、主観的予備的併合に、この法的構成をそのままあてはめるために、主位的請求と予備的請求では被告が異なることから、予備的被告と原告の間の訴訟関係そのものが主位的請求の認容という条件にかかり、主位的請求が認容されれば、予備的被告

は、その同意もないまま訴訟係属を消滅させられ、予備的請求について棄却判決をもらうことができない、というきわめて不安定な状態を結果させることになるのであり、まさにこの点が批判的とされるわけである（たとえば、中田・前掲注（30）六四頁、三ヶ月・全集二二一頁、上村・前掲注（2）六六四頁など参照）。なお、この点について、後掲注（167）およびそこでの本文参照。

（47）渡辺・前掲注（2）三七頁、井上・前掲注（4）三四〇頁、高橋・前掲注（7）八二頁、滝川・前掲注（7）五七頁、小島・前掲注（29）三〇四頁など。なお、小林秀之『プロブレム・メソッド民事訴訟法』四〇八頁（一九九三年 判例タイムズ社）参照。

（48）もともと、裁判統一の保障という問題は、主観的予備的併合における上訴の局面でいかに確保するかだけにかぎられるのではなく、第一審手続においても問題となるものであるから、攻撃防御方法の提出や自白なども含めて、審理および判決の全体にわたって再検討、再構成することが考えられなければならないであろう。訴えの主観的予備的併合における審判に関する私論については、後掲注（166）およびそこでの本文以下参照。

（49）昭和四三年最高裁判決以前の裁判例を素材としながら、すでにこのような方向性を示唆していたのは、納谷・前掲注（7）一八一頁以下である。また、吉川・前掲注（9）五六頁も、基本的にこの方向性にあるとみられる。

（50）佐上善和「訴えの主観的予備的併合」井上治典Ⅱ伊藤眞Ⅱ佐上善和『これからの民事訴訟法』二六六頁、二六七頁（一九八四年 日本評論社）、井上・前掲注（4）三四四頁、三四五頁。もともと、中田・前掲注（30）七〇頁は、すでに「準備段階における事前調査の粗略さをカバーする手段として、この併合訴訟が利用されるようなことがあるとしたら、それは公益上も望ましいことではない」として、濫用される危険を指摘していた。しかしながら、いずれにせよ、予備的被告とされる者が別訴を提起されることによって、あるいは、単純併合ないし訴訟告知によつて、そのような訴訟に引き込まれることがあり、訴権濫用の場合などを除けば、そうして引き込まれることを拒否できない以上、果たして実際上の違いがどこまであるのか曖昧なのではないか、との批判はありえよう。この点、高橋・前掲注（7）八三頁、宮川・前掲注（7）三五九頁など参照。

(51) 小山・前掲注(34)六五頁。ただし、これ以外の場合に主観的予備的併合の扱いをしてはいけないうかについて結論を留保していたものだが(同・六七頁)、後に、小山・前掲注(13)二〇〇頁以下、とくに二〇八頁では、主観的予備的併合を許容した裁判例を検討したうえで、本文にいう第二の方向を必ずしも否定するものではないようにもみえる。ほかに、上村・前掲注(2)六六七頁参照。

(52) 三ヶ月・双書二七二頁、渡辺・前掲注(2)三九頁。

(53) 渡辺・前掲注(2)四〇頁、井上・前掲注(4)三五二頁、井上・前掲注(7)四三二頁。なお、中村英郎「訴えの主観的予備的併合の適否」民訴法の争点一一頁(一九七九年)参照。

(54) 井上・前掲注(4)三四八頁、納谷・前掲注(7)一五一頁。もっとも、菊井維大・村松俊夫『全訂民事訴訟法Ⅰ「追補版」』三一八頁(一九八四年 日本評論社)「以下、菊井・村松・民訴法Ⅰとして引用する」は、法人成りした個人企業とその代表者の場合などでは、「現実の訴訟形態からみると、予備的当事者の保護に薄いと感ずることは少な」とされている。

(55) 渡辺・前掲注(2)四〇頁、井上・前掲注(4)三四八頁、井上・前掲注(7)四三二頁、納谷・前掲注(7)一五一頁。

(56) 井上・前掲注(4)三四九頁。

(57) 矢野・前掲注(15)一八九頁、一九〇頁。ほかに、井上・前掲注(4)三五六頁、古崎・前掲注(12)八九頁、菊井・村松・民訴法Ⅰ一三八頁など参照。

三 訴訟告知とその効力

1 訴訟告知制度

（一）制度趣旨

民事訴訟法七六条一項は、当事者は訴訟の係属中「参加ヲ為スコトヲ得ル第三者」にその訴訟の告知をすることができる。告知の理由と訴訟の程度を記載した告知書を裁判所に提出し、これを相手方に送達するという要式行為により（民訴七七条）、訴訟係属の事実を通知すること、これが訴訟告知である。⁽³⁸⁾

（一）訴訟告知は、参加することのできる第三者に対してなされる。これは、旧民事訴訟法五九条が規定していた「原告若クハ被告若シ敗訴スルトキハ第三者ニ対シ担保又ハ賠償ノ請求ヲ為シ得ヘシト信シ又ハ第三者ヨリ請求ヲ受クヘキコトヲ恐ルル場合」⁽³⁹⁾だけでは訴訟告知の適用範囲が狭すぎるとの理由から、大正一五年の改正により、その拡大が図られたことによる。⁽⁴⁰⁾その結果、より広く参加の利益があれば訴訟告知できることになったのであり、このことは、理論的にみれば、訴訟告知の適用範囲が賠償ないし求償関係などの実体関係から切斷されたことを意味する。⁽⁴¹⁾したがって、ここからは、訴訟告知の目的ないし実益としては、まず、①被告知人に対して訴訟参加の機会を与えること、を指摘できることになろう。

他方、訴訟告知の効果については、民事訴訟法七八条が「第七十条ノ規定ノ適用ニ付テハ参加スルコトヲ得ヘカリシ時ニ参加シタルモノト見做ス」と規定するから、被告知人が訴訟に補助参加しない場合にも、参加できるときに参加したものと同みなされ、結局、民事訴訟法七〇条に規定される判決の効力が被告知人には及ぶことになる。この民事訴訟法七八条は、旧法のもとでは、被告知人が参加しない場合の訴訟告知の効果について明文を欠き、被告知人に判決の効力が及ぶのかどうか解釈が分かれていたことから、これに立法的な解決を与えるべく、大正一五年の改正にあたって新設された規定である。この改正が、訴訟告知の目的ないし実益につき、②被告知人に対して判決の効力を及ぼすこと、を重視するようになる一つの契機を生じさせた。すなわち、被告知人にとっては訴訟参加をして自己の利

益を擁護する機会を与えるとともに、告知人にとっては訴訟追行への協力が期待できるほか、主たる実益は、むしろ被告知人に対して判決の効力を及ぼし、告知人と被告知人との後訴で前訴とは異なった事実認定がされる危険を防止しうることにある⁽⁶²⁾、と説かれるようになったのである。

(2) ところで、訴訟告知の適用範囲が拡大されたのであれば、その効力範囲も拡大されることになるのでないか、と考えられないではない。しかしながら、もともと民事訴訟法七八条の立法趣旨は、およそ訴訟参加しうるすべての者に対して訴訟告知がされた場合の効果を規定するものではなく、補助参加しうる被告知人が参加しなかったときに民事訴訟法七〇条を適用するものだ、と説明されている⁽⁶³⁾。確かに、訴訟告知がされただけでは被告知人は当然に当事者ないし補助参加人となるわけではなく、訴訟に参加するかどうかは被告知人の自由な意思に委ねられ、義務ではないとされている以上、参加しない場合でも常に判決の効力を受けるというのでは、被告知人にとっては手続権の重大な侵害となるといわなければなるまい。

訴訟告知による効力がいかなる場合に生じ、いかなる理由で正当化されるのかは、本稿で検討されるべき問題の一つでもあり、少しく慎重に吟味しなければならないが、いずれにせよ、訴訟告知の適用範囲と効力範囲とは必ずしも一致しないことを承認しなければなるまい。現行法上、民事訴訟法七六条と同七八条との規定のしかたが統一的でなく、適用範囲は訴訟参加する利益に、効力範囲は補助参加に合わせるかたちで規定されているからであり、それ故、訴訟告知がされたことの一事をもつて常に被告知人に判決の効力が及ぶことに承服できないというのであれば、効力範囲を合理的に限定していく方向で考えるほかないからである。そうであれば、訴訟告知の目的ないし実益としては、①訴訟参加の機会を与えること、②被告知人に判決の効力を及ぼすことの二つがあり、これらは必ずしも重なり合う必要はないと解すべきことになる⁽⁶⁴⁾。判決の効力が被告知人に及ぶ余地のない場合であっても、訴訟参加の機会を与え

るという趣旨からは、訴訟告知は許されてよいのである⁽⁶⁷⁾。

もつとも、これに対しては、適用範囲と効力範囲をできるだけ一致させることが制度としての適正な規整ではないか、との見方でもできないではない。そもそも訴訟告知は、その沿革に徴し、「告知人の利益をエゴイステイックに指向した」制度であるが故に効力範囲は限定されなければならない一方で、適用範囲を広く捉え、第三者に参加の機会を与えるというのは「一見聞こえはいい」が濫用のおそれなしとしないし、むしろ第三者にとって反対に負担が拡がることになるのでないか、との主張がそれである⁽⁶⁸⁾。ここには、訴訟告知制度の本来の機能を強調する結果、①訴訟参加の機会付与を制度趣旨に含めて考えることに對する懷疑的な態度がうかがえる⁽⁶⁹⁾。しかしながら、適用範囲を広く認めても、訴訟告知の効力範囲は限定的に捉えられるべきことを前提とする以上、結論に不都合はないはずであり、訴訟告知の本来的な制度趣旨とは必ずしも符合しないこととなっても、適用範囲を拡大し、広く訴訟参加の機会を与えるという法改正の意図をあえて否定しなければならぬ積極的な根拠は見出し難いのではなからうか。少なくとも、現行の実務に照らせば、訴訟告知の利用を制限するといつても、どれだけ実効的になしうるか疑いが残ることになる⁽⁷⁰⁾。

ただし、被告知人にとっては逆に負担が拡がることにならないか、との指摘はまた別の視角を提供する。すなわち、広く訴訟参加の機会を与えながら効力範囲を限定して捉えるとしても、このような処理は事後的でしかなく、もっぱら告知人のための訴訟告知であることを前提にするもので、告知人の利益に傾く嫌いがあり、被告知人に対する配慮に欠けるのでないか、という懸念である⁽⁷¹⁾。あるいは、被告知人にとっては訴訟告知を受けること自体が過大な負担となりうるから、否応なしに巻き込まれる被告知人と、告知人との利益を事前に調整する必要があるものであつて、その方策として訴訟告知をするための要件やその審理手続が再検討される必要があるものでないか、という主張である⁽⁷²⁾。

この問題は、訴訟告知をなす手続についての実務運用とも密接に関連してゐるため、項を改めて検討を加える。

(二) 訴訟告知の手続

訴訟告知の申立てがあると、裁判所は告知書が適式かどうかは審査するが、告知の実質的な要件である訴訟参加の利益があるかどうかは審理せずに、告知書は被告人と相手方にほぼ自動的に送達される、というのが一般的な実務運用である。^② 参加の利益については、訴訟告知に基づいて被告人の参加申出があつたとき、または、告知人と被告人との後訴で訴訟告知による効力が争われたときに、はじめて判断されるのである。

このような現行の実務状況を踏まえるならば、被告人に対する配慮が欠けていることは認めなければならぬ。告知書には告知の理由と訴訟の程度が記載されることになっており(民訴七七条一項)、被告人は、自ら必要に応じ、訴訟記録を閲覧することができるとしても(民訴一五一条一項)、後訴で判断される、訴訟告知による効力が生じることが自己の責任において、告知書を受け取つた時点で判断しなければならないからである。^③ その意味で、告知人と被告人との利益調整が事前に行われるべきではないかとの提言は、なるほど傾聴に値するといふべきであろうが、少なくとも、現行法のもとの解釈論としては、若干の無理があることは否めないのではなからうか。より実質的に考えても、結果として無駄になるかも知れない、告知をなすための要件をその訴訟で審理することの合理性には疑問があるし、いたずらに訴訟遅延を招くことにもなりかねないであろう。^④

結局のところ、告知人と被告人との対立する利害をいかに調整すべきかが焦点となるが、事前になしうる措置としては、被告人が参加するかどうかを決定する重要な判断材料となる告知書の記載内容が不明確であつたり、不十分な点があるときは、裁判所が積極的に釈明し、補正させるなどすることは可能なはずであるし、また、訴訟告知を

なすための要件を明白に欠いていると判断されるときには、告知の申立てを却下することも考えられてよいのではない⁽¹⁵⁾かろうか。

2 訴訟告知による効力

（一）裁判例の検討

訴訟告知による効力そのものをめぐって争われた裁判例は、判例集や法律雑誌などに公刊された数をみるかぎり、決して多くはないようであるが、これらをいくつかの局面に分類し、まずその状況を概観し、若干の検討を加える。

（1）まず、第一に、「400」訴訟告知を受けたものの、被告知人が訴訟に参加しなかった場合である。実務における訴訟告知の利用状況がどうであるのか必ずしも明らかではないが、被告知人には参加義務がないこともあつて、訴訟告知を受けても参加せず、放置されたままという例がかなりあるのではないか、との指摘もある⁽¹⁶⁾。

「401」大阪地判昭三〇・二・一七判タ八一号七三頁

〈事案〉 質貸人Xは、質借人Zに対して質貸借契約の期間満了を理由とする土地明渡請求訴訟を提起し、そこで転借人Yに対し訴訟告知したが、Yは訴訟に参加しないまま、X勝訴の判決が確定した（前訴）。そこで、Xは、Yに対して所有権に基づく土地明渡請求を提起したところ（本訴）、Yは、Xの所有権は争わないが、YにXZ間の質貸借契約を基礎とする転借権があるとの抗弁を提出した。

〈判旨〉 本件訴訟告知は「訴訟の結果について利害関係をもち右訴訟に補助参加（民事訴訟法第六四条）することのできる」Yに対してなされたものであるから「訴訟告知の要件を充たしている」。その効力については「既判力説と参加的効力説とが対立し」、本件で勝訴した告知人Xは「被参加人でないのだから、右両説のいずれを採るかによつて

全く結論を異にする」が、「参加人に対しても既判力の及ぶべきことを規定したものと解するのが相当である（大審院昭和一四年（オ）第二二〇五号同一五年七月二十六日第二民事部判決参照）⁴⁰²。規定の文理上そうであるのみでなく」「被告知人が当該訴訟において攻撃防御の方法の提出その他一切の訴訟行為をなし（民事訴訟法第六九条第一項）正当な判決を得る『訴訟上の地位』にあることから考えて右被告知人に対してその参加しうる訴訟の判決を及ぼすのはその地位に伴う当然の結果」だからである。したがって、Y は、前訴の確定判決に抵触して、X Z 間の賃貸借契約を基礎とする Y Z 間の転賃借契約がなお存続するとの主張はできない。

〔402〕大阪地判昭三八・五・二七判時三四八号三一頁

〈事案〉 X は、所有不動産上の抵当権者から競売申立てを受けたため、Z を通じて X のために Y に競落してもらうべく、Y が納めるべき競落保証金の立替金を Z に寄託したところ、この競売事件は示談が成立して取り下げられたので、X は、Z に対し右立替金の返還請求訴訟を提起するとともに、Y に対して訴訟告知をしたが、Y は参加しないまま、X 敗訴の判決が確定した（前訴）。そこで、X は、Y に対して、Y が還付を受けた競売保証金は事件解決後は X に返還されるべきものであり、かりにそのような約定がないとしても Y の不当利得にあたるとして返還を求めた（本訴）。

〈判旨〉 「原告が敗訴しても、本诉被告に対し損害賠償や償還を求め又は求められる関係を生じないことは、原告の主張からみても明らかであり、本诉被告は、原告を補助するために参加する利害関係を有する者」ではない以上、「原告が前訴で敗訴しても、その敗訴の理由となった事由は、何ら本诉被告を拘束するものではない」。

〔403〕大阪高判昭三九・一二・二八高民集一七巻八号六七三頁

〔402〕判決の控訴審判決であり、ほぼ同旨を判示する。

〈判旨〉 「補助参加の要件については必ずしも統一せられた見解が存するわけではないが、参加的効力や訴訟告知

との関係において考えるときは、少なくとも前訴において被参加人の敗訴となった理由のよって生ずる事実上法律上の判断が、被参加人と参加人間の後訴において直接参加人に法律上の不利益を生ずる虞があることを要するものと解するのを相当とする」。本件では、前訴でZの返還義務を不成立とした判断は、Yの返還義務を当然に成立させるという直接の関係にはなく、また、不当利得を導く判断とも直接に関連しないから、Yは補助「参加出来る資格を欠いていたものであ」つて、本件訴訟告知は「告知要件を欠くことになり」「参加効力を生じる余地がない」。

〔404〕仙台高判昭五八・一・二八下民集三三卷九一・一二号一五八六頁

〈事案〉 Aから本件土地について根抵当権の設定を受けたY銀行は、その被担保債権を自働債権としA名義の定期預金債権を受働債権として相殺したことから、本件土地の根抵当権は消滅したと考えたX会社は、Aから本件土地を買い受け、Y銀行に対し根抵当権設定登記の抹消を求めたところ（本訴）、相殺に供された右定期預金債権の真の預金者と主張するBが現れ、相殺の効力を争ったため、Y銀行はBに対し、定期預金債務不存在の確認を求める訴訟を提起するとともに、X会社社に訴訟告知をしたが、X会社は参加しないまま、真の定期預金者はBであるとして、Y銀行は敗訴した（別訴）。そこで、本訴で、X会社社に訴訟告知の効力が及ぶかどうか争われた。

〈判旨〉 民事訴訟法六四条にいう「利害関係とは、当該訴訟の判決でなされた訴訟物についての判断と被告知者の法律的地位との間に法論理的関係が存すること、換言すれば、被告知者の法律的地位が訴訟物たる権利関係の存否を論理的前提とし、これによって直接に影響される関係に立っていることである」。かりに相殺が有効であるとされても「受働債権たる右定期預金債権と同額だけ本件根抵当権の被担保債権が減少するという事実上の関連を生じうる」にすぎないから、参加できる利害関係にないXに対しては「参加効力は及ばない」。

〔405〕東京地判平元・七・一七判時一三三二号一〇三頁

〈事案〉

X は本件建物のうち西側部分を賃借・使用し、Y は本件建物のうち東側部分を賃借・使用していたものであるが、Y 方より出火、本件建物はほぼ全焼、滅失したため、X は、出火原因は Y 方の屋内電気配線の老朽化による漏電であつて、右配線は土地工作物たる建物と一体となっているから、Y は土地工作物の占有者として責任を負うと主張し、損害賠償を求める訴えを提起した（本訴）。これに先立って、本件建物の賃借人・所有者である Z は、本件建物が滅失したことにより賃貸借契約は終了したとして、X に対し本件建物の明渡を求める訴えを提起したところ（別訴）、かえつて X は、本件建物はいまだ全焼しているものではなく、賃貸借契約は終了していないと争つたほか、出火原因はむしろ本件建物の所有者である Z が老朽化した屋内電気配線の放置という、建物の保存上の重過失にあり、土地工作物の所有者としての責任は免れないとして損害賠償を求める反訴を提起するとともに、Y に対して訴訟告知をしたが、結局、右配線は土地工作物には該当しないと判断され、X 敗訴の判決が確定した。⁽⁸⁾そこで、Y は、本訴において、X から訴訟告知を受けていたから、別訴判決における判断について参加的効力が生じていると主張した。

〈判旨〉

訴訟告知による効力は「実際に訴訟参加し訴訟追行した場合と異なり、実体関係に基づく協力が法的に期待される場合でその不利益にのみ作用すると解されるから、被告知者が補助参加をなし得る場合に限ると解するべきである」。右反訴で X が Y に訴訟告知したのは、Y に注意義務違反があるから Z は責任を負わないとされた場合に、その判断について参加的効力を及ぼすためであり、右配線が「土地工作物にあたらな」とされた場合にその判断につき「参加的効力を及ぼすためではない。右反訴において被告に注意義務違反がなかったとする点では原告と被告は訴訟追行を協同にする立場にあるが」、右配線が「土地工作物であるとする点については原告と被告は訴訟追行を協同にする立場にはなく、補助参加の関係にはない」以上、別訴判決で、右配線が「土地工作物にはあたらないとの判断のみがなされているのであるから、この点について原告被告間には訴訟告知の効果は生じないというべきである」。

なお、本訴では、別訴における判断とは異なり、右配線は土地工作物にあたるとの判断がされたものの、Yは占有者としての注意義務は尽くしていたとの理由から、結局、Xの請求は棄却されている。

（2）第二のものは、「500」訴訟告知を受けて、現に被告知人が訴訟に補助参加した場合であるが、このうち、まず、「510」訴訟告知を受けて、被告知人が告知人に補助参加した場合を区別できる。裁判例のうちで、かかる場合であることが判決文に記載された事実や判決理由から読み取れたものが一例ある。

〔511〕大阪高判昭四四・一〇・三〇高民集二二巻五号七二九頁

〈事案〉 質貸人X社は、質借人Y社との間でX社所有の建物の一部につき質貸借契約を締結、Y社から賃料を受け取っていたが、本件建物につき真の所有者であるとするAが現れ、Y社に対して、無断使用であることを理由に所有権に基づく明渡請求と損害賠償請求訴訟を提起したところ、Y社はX社に訴訟告知をしたので、X社はY社に補助参加し、X社こそ所有者であると主張したが、Aが本件建物の所有者であると判断されて、Y社は敗訴した（前訴）。ところが、X社は、Y社に対して賃料などの支払請求訴訟を提起してきたため（本訴）、Y社は反訴を提起し、質貸借契約の無効を理由として建設協力保証金名義として支払った金員の返還を請求するとともに、X社が本件建物の所有権を改めて主張することはできないとして争った。

〈判旨〉 民事訴訟法七〇条の趣旨が「訴訟の結果（被参加人敗訴の裁判）についても、共同で責任を負担し、もはや、後になって被参加人に対しこれと異なる主張をなしないこととするのが公平であり、信義にも適う」ということにあり、「既判力とは異なる」以上、その「客観的範囲も紛争主題たる権利義務（訴訟物）だけでなく、その前提となった認定事実や判断にも及ぶと解するのがその趣旨にもよく合致する」から、X社が所有権を主張することはできない。

〔512〕最判昭四五・一〇・二二民集二四卷一一号一五八三頁

〔511〕判決の上告審判決であり、〔511〕判決と同一である。

〈判旨〉 民事訴訟法七〇条にいう裁判の効力は「判決の確定後補助参加人が被参加人に対してその判決が不当であると主張することを禁ずる効力」である。「けだし、補助参加の制度は、他人間に係属する訴訟の結果について利害關係を有する第三者、すなわち補助参加人が被参加人を勝訴させることにより自己の利益を守るため、被参加人に協力して訴訟を進行することを認めた制度であるから」「訴訟の進行に現実協力し、または、これに協力しえたにもかかわらず、被参加人が敗訴の確定判決を受けるに至ったときには、その敗訴の責任はあらゆる点で補助参加人にも分担させるのが衡平にかなうべきであるし、また、民事訴訟法七〇条が判決の補助参加人に対する効力につき種々の制約を付しており、同法七八条が単に訴訟告知を受けたにすぎない者についても右と同一の効力の発生を認めていることからすれば」「既判力とは異なる特殊な効力の生じることを定めたものと解するのが合理的であるからである」。

これに対して、〔520〕訴訟告知を受けて、被告知人が相手方当事者に補助参加した場合がある。

〔521〕東京高判昭六〇・六・二五東高民時報三六卷六〇七号一一二頁

〈事案〉 交通事故により死亡した被害者の遺族 Z らは、加害者である X₁ に対し損害賠償請求訴訟を提起したところ、X₁ は、被害者の死亡は、事故後、加療にあたつた Y 病院の医師による医療過誤によるものであると主張したため、X₁ は Y 病院に訴訟告知をしたが、Y 病院は Z らに補助参加、交通事故と医療過誤との競合による異時的共同不法行為であるとされ、X₁ は敗訴、控訴審でも原判決が維持され、同判決は確定した（前訴）。そこで、X₁ と保険会社 X₂ 社らは、Y 病院に対し求償金請求訴訟を提起したところ、原審は請求を棄却、X₁ らは、控訴審で、原審の事実認定を争うとともに、訴訟告知を受けていた Y 病院は参加的効力によって医療過誤がなかったと主張することはできないこと、かり

にそうでないとしても、前訴判決での判断に拘束力を認めないと一方だけが二重に敗訴する危険があり、Y病院は補助参加人ではあるが前訴で十分に訴訟活動を行い、前訴判決の基礎の形成にかかわった以上は拘束力を認めるべきであることを主張した（本訴）。

「判旨」 「訴訟告知がされた場合に生ずる参加的効力は、判決の論理的前提となつた事実関係又は法律関係に対する判断について告知者と被告知者との間に認められるものであるところ」、前訴判決では「医師の診療上の過失が認定されているものの、そのような過失があつても右医師と交通事故発生についての過失があつた者とは異時的共同不法行為者として各自全損害について賠償義務を負うべきものとされているのであるから、結局右診療上の過失の有無に關する判断部分は傍論にすぎないものである（このように全部賠償義務が認められた場合には、判決中で賠償義務者間での分担割合等を確定する必要はないのであるから、訴訟告知自体実益のないものであつたことになるのみならず、…右訴訟告知に依じて右訴訟に参加するとすれば相手方当事者…の側に参加するほかないが、…判決の参加的効力は補助参加人と被参加人との間に生ずるものと解されるから、右のような訴訟告知自体が矛盾をはらむものである。）」から、訴訟告知によつて「医療過誤の有無に關する別件訴訟の判決の参加的効力を認めることはできない」。また、訴訟告知による参加的効力とは別に「補助参加による参加的効力が本件訴訟に影響を及ぼすかどうか」については「訴訟告知による参加的効力について前述したのと同様の理由により」「否定すべきものと解されるのみならず、一般に参加的効力は補助参加人と被参加人との間における敗訴の責任の共同負担の問題と解されるから」「参加的効力を否定せざるを得ない」。さらに「訴訟上の信義則に基づく一般的な制約とは別に、特に補助参加人と相手方当事者との間についてそのような拘束力を認めるべき理論的根拠は明らかとはいひ難いのみならず、前記のような判決の傍論的部分の判断について右のような拘束力を認めることが妥当ではないことは明らかである」。

なお、本件では、原審と同じく医療過誤を認定するだけの十分な証拠はないとして、結局、控訴は棄却されている。⁽⁸⁷⁾

(3) 以上の裁判例から、どのような判例法理を探ることができるだろうか。

まず、「[400] 訴訟告知を受けながら被告知人が訴訟に参加しなかった場合に、訴訟告知による効力が否定されたのは、[402] 判決とその控訴審判決である [403] 判決、[404] 判決、[405] 判決であるが、その理由は、一般論的にいえば、被告知人は補助参加する利害関係にはないから、ということにある。すなわち、参加の利益は訴訟告知の要件である以上、これを欠いた告知がされても効果は生じないという、ある意味では、当然のことが判示されたにすぎないともいえる。なお、「[405] 判決は、「被告知人が」訴訟告知による効力を主張した事案についてのものであり、この点で他の判決とは異なるが、結論として効力を否定したものの、判旨は何らこの点に触れるものではないから、被告知人からの援用をどのように解するのは必ずしも明らかではない。⁽⁸⁸⁾

これに対して、その反対相である、補助参加の利益をもつ第三者に対して訴訟告知がなされた場合であれば、訴訟告知の効力が生じるとみてよいのかどうか。かかる問題について、まさしくその効力を肯定したのが「[401] 判決である。しかし、「[401] 判決は、これ以外の効力を否定した判決と必ずしも同列のものとしては比較できない。訴訟告知による効力の性質につき、「[401] 判決は既判力説に立つのに対し、これ以外の判決は参加的効力説を前提とするもので、この違いが結論を分けたとも考えられるからである。後述するように、「[401] 判決の事案では告知人が前訴で勝訴しているから、被告知人に補助参加の利益があつても、参加的効力説からはやはり訴訟告知による効力は生じないのである。⁽⁸⁹⁾

結局のところ、判例法理としては、補助参加の利益がないときは被告知人には効力は及ばない、という消極的な命題しか導き出せないことになりそうであるが、そうすると、いかなる場合に補助参加の利益が認められるかが一つ

の重要な鍵となる。この点、「[402]判決では「損害賠償や償還を求め又は求められる関係」、「[403]判決では「少なくとも前訴において被参加人の敗訴となった理由のよって生ずる事実上法律上の判断が、被参加人と参加人間の後訴において直接参加人に法律上の不利益を生ずる虞があること」、「[404]判決では「被告知者の法律的地位が訴訟物たる権利関係の存否を論理的前提とし、これによって直接に影響される関係」、「[405]判決では「訴訟追行を協同にする立場」など、そこでの文言はさまざまであり、告知人と被告知人との実体関係、提起されるであろう後訴請求をにらみながらも、敗訴理由における法律上ないし事実上の判断まで含め、あるいは、もっぱら訴訟物である権利関係との直接的な法論理関係にかぎるなど、ここには必ずしも統一的な判断基準が示されているとは言いがたいように思われ、なお慎重に吟味してみる必要がある。」⁽⁸²⁾とりわけ、「[403]判決が「参加効力や訴訟告知との関係において考えるときには」との留保を付していることは、単純に補助参加が許されるかどうかの局面と訴訟告知の効力が生じるかどうかの局面とで、必ずしも同一の基準で判断されるのではないことを示唆するもののようにもみられ、補助参加の利益、参加効力、そして訴訟告知の三者が巧妙かつ複雑に絡み合っていることがうかがえる。⁽⁸³⁾

つぎに、「[510]被告知人が告知人に補助参加した場合である。[511]判決とその上告審判決[512]判決では、かかる場合において、もっぱら補助参加による効力が問題とされたにすぎず、訴訟告知による効力については直接には争われなかったようである。したがって、「[512]判決が最高裁判決であることから、判例理論として、補助参加による効力につき参加効力説に立つことを明らかにして、既判力説との争いに終止符を打ったという意義は別とすれば、⁽⁸⁴⁾現に補助参加がされた場合に、訴訟告知による効力を別途に考える必要はないのか、補助参加による効力との関係はどうなのかについて、少なくともこれまでの判例の態度からは不明のままであることになろう。

この問題は、「[520]被告知人が相手方に補助参加した場合に顕在化する。参加効力説のもとでは、補助参加による

効力は参加人・被告知人と被参加人・相手方との間にのみ生じるため、訴訟告知による効力が告知人と被告知人との間に生じるとすれば、それぞれの効力の主観的範囲が乖離することになるからである。この点、「[52]判決は、訴訟告知による効力と補助参加による効力とを分けて検討し、カッコ書きながら、かかる「訴訟告知自体実益がない」だけでなく「矛盾をはらむものである」と判示している。その意味こそが、ここでは探究されなければならないのだが、被告知人が相手方に補助参加するほかにような訴訟告知のときはその効力は生じない、ということをかかると判示は示唆するものと考えらるならば、被告知人が「告知人に」補助参加する利益がないときには訴訟告知による効力は生じない、という結論であることになろう。ただし、「[52]判決は、論理としては、訴訟告知による効力も補助参加による効力のいずれも、その客観的範囲の問題として処理し、その判断が傍論であるとの理由から、効力を否定しているにすぎない。そこで、「[52]判決からは、これらの効力が生じるためには、判決理由中の判断のうちでも主文の判断に不可欠な事項でなければならぬ、ということも導かれることになろう。

もっとも、「[52]判決がされる以前に、同じく「[50]被告知人が相手方に補助参加した場合でありながら、訴訟告知による効力を認めた判決がある。この判決では、少なくとも従来の訴訟告知に対する基本的な理解を超えた判示がされたこともあり、さまざまな問題点をはらんでいることから、項を改めて、検討する。

(二) 昭和五五年仙台高裁判決

昭和五五年仙台高裁判決は、従来まであまり意識されていなかった訴訟告知制度をめぐる論点について大きな波紋を呼び起こすと同時に、学界に刺激を与え、理論の深化と展開を促す、一つの契機を与えた判決である。⁸⁷⁾

(1) この判決では、「[52]判決と同じく、被告知人が相手方に補助参加した事案でありながら訴訟告知による効力が

認められている。何故に「521」判決とは逆の結論が導かれたのか、やや詳細にわたるが引用し、ここにみられる判決の論理を検討する。

「522」 仙台高判昭五五・一・二八高民集三三卷一号一頁

〈事案〉 Aの相続人であるXらは、もとA所有の土地につき順次、B、Cに売却された旨の所有権移転登記がされているが、かかる売買の事実はないとして、Cに対し共有持分移転登記などを求める訴えを提起したところ、A・B間の売買を仲介したとされるYの代理権が争点となったため、XらはYに対し訴訟告知をしたが、YはXらにはなく、Cに補助参加した。裁判所は、代理権は認定できないが、表見代理の成立は認められるとして、Xらの請求を棄却、この判決は確定した（前訴）。そこで、Xらは、Yに対して、無権代理を理由とする不法行為に基づく損害賠償請求を提起したところ（本訴）、Yは有権代理を主張したため、Xらは、前訴での訴訟告知の効力によって、かかる主張は許されないとして争った。原審である福島地裁は、Yが参加効力を受けるのは、YがXらに補助参加する利益を有する場合であり、YがXらと協同してCに対して攻撃防御を尽くすことにつき利害が一致し、またそうすることが期待できる立場にあることを前提として、そのような争点にかぎって参加効力がYにも及ぶと解すべきところ、本件ではそのような利害の一致する争点ではないから、参加効力はYに及ばないとし、かえって改めてYには代理権があったものと認定したため、Xらが控訴した。

〈判旨〉 「訴訟告知の制度は、告知者が被告知者に対する訴訟参加をする機会を与えることにより、被告知者との間に告知の効果（民事訴訟法七八条）を取得することを目的とする制度であり、告知者に対し、同人が係属中の訴訟に別異の認定判断がなされないことを保障するものである」から「参加をなしうる第三者に該当するか否かは」「告知者の主観的利益を基準として判定されるべきである」。「被告知者は必ず告知者のために参加すべき法律上の義務を負

うものではなく、被告知者の主観による利害と反するとき、敢えて告知者の相手方たる当事者のために補助参加し」「自己に有利な主張、立証を尽くすことができる」から、「被告知者は、かような参加が可能であるにもかかわらず参加を怠った場合には、訴訟告知による不利益を受けても衡平に反するとは言えない」。本件では、Xらは訴訟告知によりYの代理権の存否につきYに「参加的効力を及ぼす主観的、客観的な利益を有し、かつ」Yは「右の争点につき前訴において補助参加し主張、立証を尽くしうる立場にあった」以上は、「代理権の存否に関する前訴判決理由中の認定判断は本訴において」Yを拘束するから、有権代理を主張することは許されない。

(2)「[52]判決の論理は、およそつぎのようにまとめることができる。すなわち、①訴訟告知制度は、被告知人に参加の機会を与えて、告知人が訴訟告知による効力を取得することを目的とするものであり、②被告知人に参加の利益があるかどうかは告知人の「主観的利益」を基準として判断され、③そうして訴訟告知がなされ、被告知人に訴訟参加の機会が与えられた以上は、主張立証を尽くす立場にあったのであるから不利益を受けても衡平に反するとはいえない、というものである。つまり、被告知人に参加の利益があるかぎり、告知人にであれ相手方にであれ、訴訟参加することができずだから主張立証のための機会が与えられたことには変わりなく、訴訟告知による効力は生じる、ということである。この結果、訴訟告知という制度は、強力な裁判矛盾防止機能を与えられ、紛争解決機能を最大限に発揮しうるものになったのである。⁽⁸⁾

このような「[52]判決の論理をどのように評価すべきだろうか。まず、訴訟告知制度の趣旨について、もっぱら告知人が訴訟告知による効力の取得を指向するものと捉えることは、あながち不当とまではいえないにしろ、その効力が生じる根拠を、もっぱら訴訟参加の機会が与えられたこと、言い換えれば、判決形成の基礎に関与しえたはずであることに求めていることについては一層の吟味が必要であろう。参加的効力説では、後述するように、告知人と被告知

人とが訴訟追行を協同することを当然に暗黙の了解とし、その結果としての敗訴責任を分担すべきことに参加的効力の根拠を求めるのであるから、この点において、「522」判決の論理は決定的に異なっている。したがって、「522」判決の評価は、結局のところ、訴訟告知による効力の根拠は何であるか、という問題にかかってくることになる。と同時に、「522」判決の事案は、被告知人が相手方に補助参加している場合であり、かかる場合でも、訴訟告知による効力は補助参加による効力とは別途に生じうることが前提とされているように思われ、この点はさらに検討されなければならない。かりにこれらの効力が別個独立に生じうるのであれば、そこから、被告知人が相手方に補助参加した場合の訴訟告知による効力の根拠と、告知人に補助参加した場合のそれとは同一のものではなくなるのでないか、との問題にまで拡がりをみせることになる⁹⁹⁾。

もつとも、かりに訴訟告知による効力の根拠は判決形成の基礎に関与しえたことにあると捉えても、「522」判決の論理がいうような、参加の機会が与えられたという抽象的なレヴェルでは足りず、具体的かつ実質的な保障でなければならない、すなわち現に十分な攻撃防御が尽くされたと評価されたのでなければならぬ、と考えるならば、「522」判決の事案においては、被告知人は上訴できなかったのだから十分に手続権が保障されたとはいえない、あるいは代理権を不存在とした判断は傍論でしかない、との理由で、結論として効力を肯定したことは不当であるとの批判はありえよう。

3 補助参加と訴訟告知

(一) 民事訴訟法七〇条の効力

訴訟告知の効果は、民事訴訟法七〇条の適用については、被告知人が参加しなくても、参加できるときに参加したものとなす、ということである(民訴七八条)。そして、この民事訴訟法七〇条は、補助参加による効力を定めた規定である。したがって、訴訟告知による効力を解明するためには、まず、民事訴訟法七〇条に規定された効力についての検討が必要となる。この効力は参加の効力とよばれ、既判力とは異なる特殊な効力であるとするのが通説的理解であるとされているが、その根拠ないし性質、効力範囲をめぐって、学説の展開、動揺がないわけではない。

(1) 参加の効力説の形成過程は、およそつぎのようにまとめることができる。⁽⁹²⁾

旧民事訴訟法五五条一項は、補助「参加人ハ訴訟ヨリ脱退シタルトキト雖モ其補助シタル原告若クハ被告トノ關係ニ於テハ其訴訟ノ確定裁判ヲ不当ナリト主張スルコトヲ得ス」と規定していたから、既判力とは異なる効力であるとみられやすかったが、大正一五年の改正により、民事訴訟法七〇条で、一定の場合を除き「裁判ハ参加人ニ対シテモ其ノ効力ヲ有ス」との表現に改められたため、これは既判力にほかならず、その主観的範囲が補助参加人と被参加人との間にまで拡張されたものとみる、(a) 既判力拡張説が主張され、大審院もこれを是認していた。⁽⁹³⁾

しかし、民事訴訟法七〇条の改正の経緯からみて、旧法の趣旨まで変更したものとは考えにくいこと、むしろかかる効力の合理的な根拠は、補助参加人と被参加人との後訴で前訴とは異なった認定判断がされることを防止することにあると考えるべきで、そうであれば判決理由中の判断にも効力を及ぼすべきところ、既判力であるならばその客観的範囲は判決主文に限定されるはずであるが、それではかかる効力を認める実益が多くの場合に失われること、一定の除外事由が付された既判力という概念は、その本質にかんがみると認めるのに適切ではないこと、などの批判を浴びた。そうして、民事訴訟法七〇条という裁判の効力とは、既判力とは異なる特殊な効力であるとする見解が再び有力になり、このような学説の動向を受けて、最高裁も、前掲「512」判決によって、(b) 参加の効力説を支持すること

を明らかにしたのである。

最高裁「512」判決によれば、補助参加人が受ける判決の根拠は、「訴訟の追行に現実に協力し、または、これに協力しえたにもかかわらず、被参加人が敗訴の確定判決を受けるに至ったときには、その敗訴の責任はあらゆる点で補助参加人にも分担させるのが衡平にかなう」ということにある。ここから系として、この効力は、①被参加人が敗訴した場合に、②被参加人と参加人との間で、③訴訟物についてだけでなく判決理由中の判断についても生じるが、④参加人が十分に訴訟追行できなかった場合には生じない、ということが導かれる。⁽⁹⁾

(2) もっとも、最高裁が参加的効力説の支持を表明する以前にも、すでにこれを疑問視する見解がなかったわけではない。

まず、参加的効力の主観的範囲に対する批判が嚆矢となった。すなわち、前訴で敗訴した相手方が、その敗訴原因となった事実を発生原因事実として参加人に後訴を提起した場合、参加的効力説によれば相手方と参加人は拘束されないから、参加人はその事実を争うことが許され、結果、相手方が二重敗訴の危険に曝されることになるのは不合理でないかとして、(c)参加的効力拡張説が主張されたのである。すなわち、訴訟追行者として一つの訴訟手続で判決の基礎を形成した以上、衡平の要請から、参加人と相手方との関係でも参加的効力は拡張されるという見解である。⁽¹⁰⁾ここでは、参加的効力を拡張する根拠は「衡平の要請」にあるとしながら、その意味が、協同して判決の基礎を形成したことの責任であると解されたために、相手方敗訴の場合、つまり被参加人勝訴の場合でも拘束力を及ぼすことが可能となり、そこにさらに学説を展開させる契機が潜んでいたのである。

判決の基礎を形成したことに基づく「衡平の要求」という視座は、一定の条件のもとで判決理由中の判断であつても拘束力を認める、いわゆる争点効理論と、補助参加による参加的効力とを同調させながら、参加的効力の範囲の拡

張をもたらしことになる。これが、(d) 争点効説とよばれる見解である。ここでは、まず、①参加人と被参加人と間では、被参加人敗訴の場合、ときに争点効と二重写しになることもあるが、参加的効力が生じ、被参加人勝訴の場合には争点効が生じるほか、②参加人と相手方との間では、その勝敗にかかわらず、請求自体の判断について信義則による既判力の拡張を認め、あるいは前提問題については当事者間で争点効が生じるかぎり、やはり参加人と相手方との間にも争点効が生じる、と説かれる。③こうして、争点効説によれば、判決理由中の判断について、参加人、被参加人および相手方の三者に生じる拘束力を、争点効ないしその背後にあつて、より高次の法原理である信義則をもつて統一的に把握し、基礎づけうることになる。

さらに、この理を發展させ、補助参加による効力の本質は、手続権の実質的な保障を代償とし、担保とした手続結果の不可争性にあると考えるべきであるとするならば、既判力も補助参加による効力もその基盤を共通にすることになり、これらを異別に捉える必要はない、とする見解が現れるに至る。それ故に、この効力は相手方との関係でも及ぶのであり、しかも既判力でありながら、手続権の保障を代償とした不可争性から判決理由中の判断についても生じうる、というのである。④その意味で、この見解は (e) 新既判力説とよばれる。この説の登場をもつて、参加的効力説と既判力説との対立は止揚されつつあるとの評価がされることもあるが、⑤これら有力説の根底にある根本的な発想は、参加的効力説とはなお異なるものとみななければなるまい。

すなわち、争点効説や新既判力説は、その基底に、補助参加人は、訴訟の進行度や被参加人による抵触行為などに制約されることなく(民訴六九条、七〇条参照)、十分に訴訟追行し、判決形成の基礎に関与したことを根拠として据えるものである。そのうえで、補助参加による効力を実効性ある拘束力とするために、補助参加人の地位向上を媒介とし、その弁論が実質的なものとして確保されるべきことを要請する。補助参加人の従属性を緩和し、独立性を高

めることを主張して、「争点かぎりの参加」「争点かぎりの上訴」の理論が提唱されるゆえんである。⁹⁹そこで、現行法のもとでかかる解釈論を承認しうるかどうかの一つの鍵にはなる。かりに補助参加人にそこまでの独立性を付与することはできないし、またその必要もないとして、これを否定すべきものと考えらるならば、補助参加人の十分な訴訟追行が妨げられたときには、確かに結果として、その拘束力が十全には機能しえないことにはなるが、だからといって、このことをもって直ちにこれら有力説はその価値を失うに至るとまではいえない。¹⁰⁰有力説の論者が提示した視座には、補助参加による効力にかぎらず、判決によって生じる拘束力を正当化しうる根拠全般について統一的に把握する法原理が探究されるべきであるとの思想が、あたかも通奏低音のように流れているのであって、そのこと自体は、十分に評価されてよいと考えられるからである。補助参加による効力であれ既判力であれ、一つの手続を経てされた判決から導かれるものである以上、その基盤は同一のはずであるとみるのは、ある意味で、むしろ自然な発想であるといふべきでなからうか。¹⁰¹

(3)ところで、補助参加による効力の客観的範囲については、判決主文における訴訟物に対する判断のみならず、判決理由中の判断であつても生じるとされる点で、現在では異論のないところだが、では具体的にいかなる判断に生じるのかとなると、その範囲は必ずしも明らかではない。判決理由中の判断といつても、その認定判断にはいろいろな段階がありうるのであり、いずれの見解によつても等しく問題となりうるところである。

参加的効力説によれば、敗訴責任の分担という根拠を強調し、前訴とは異なつた認定判断がされることを防ぐという趣旨からすれば、包括的な範囲での拘束力を肯定すべきことになるようにも思われ、現に、最高裁「512」判決は、「敗訴の責任はあらゆる点で補助参加人にも分担させるのが衡平にかなう」と判示する。しかし同時に、参加的効力は「判決が不当であると主張することを禁ずる効力」であるともいう。そうとすれば、主文における判断と、これに

法論理的に結合させられ、敗訴の理由とされた判断について参加的効力は生じる、ということになる¹⁰⁶⁾か。

これに対し、有力説のうち、争点効説では、参加的効力として拘束力が認められるときは、被参加人と参加人との間で相手方との関係で利害を共通する争点につき生じ、争点効として現れるときにはその要件にしたがつて生じる、とする¹⁰⁷⁾。新既判力説では、手続権の保障を代償とした不可争性を拘束力の根拠とするから、補助参加人が被参加人と同等ないしそれ以上の緊張度をもつて訴訟追行し、また、これを期待しても酷ではないといえる場合、ということになる¹⁰⁸⁾。

いうまでもなく、参加的効力説によっても、被参加人の訴訟行為と抵触する、ないしこれに妨害されるなど、補助参加人が十分に訴訟追行できなかったという事情が認められる場合は、補助参加による効力は否定される(民訴六九条二項、七〇条参照)。そこで、いづれにせよ、一般論としては、前訴における具体的な訴訟経過をにらみながら、個別的に判断せざるをえないということになる¹⁰⁹⁾う。

(二) 補助参加と訴訟告知による効力

参加的効力説は、もっぱら被告知人が告知人に補助参加して訴訟追行する場合を念頭におき、補助参加の利益をもつかぎり、被告知人が参加しなくても、訴訟告知による効力は及ぶと考えてきたようである¹¹⁰⁾。そうして、告知人が敗訴すれば、参加的効力は被告知人・参加人と告知人・被参加人との間でのみ生じることともよく符合する。否むしろ、参加的効力は訴訟告知による効力でもあることを斟酌し、これらが同一であることを当然の前提として、周到に参加的効力説が立論されたようにみられ¹¹¹⁾ない¹¹²⁾のである。

しかしながら、訴訟告知は参加しうる第三者に対してなされるから(民訴七六条)、必ずしも補助参加の利益をもつ

第三者に対してのみなされるとはかぎらないし、補助参加するとしても、告知人ではなく、相手方に補助参加することもありうる。このことは、訴訟告知と補助参加とが必ずしも連動するとはかぎらないことを意味する。⁽¹⁰⁾ かかる場合の訴訟告知による効力も、参加的効力と同一のものと考えてよいのだろうか。訴訟告知による効力と補助参加による効力とは、果たしていかなる関係にあるのだろうか。以下、いくつかの局面に分けて検討する。

（1）第一に、被告知人が訴訟に参加しなかった場合である。

被告知人は、訴訟に参加しなくても、参加できるときに参加したものとみなされ、判決の効力を受けるが（民訴七八条）、その根拠はそもそも何なのだろうか。

参加的効力説は、訴訟告知による効力はまた参加的効力でもあることを前提にするが、参加的効力の根拠は訴訟追行を協同したことによる敗訴責任の分担であるから、被告知人が訴訟に補助参加しなかった場合は説明できないことになり、訴訟告知による効力の根拠は別に求めなければならない。（a）訴訟参加の機会が与えられたのに利用しなかったのだから不利益を受けてもやむをえないし、この効力を認めないと訴訟告知の意味がなくなってしまう。⁽¹¹⁾（b）参加すれば効力を受けるのに、参加しなければ効力を免れるのは不当である、などと説明されるのは、そのためである。しかし、いかに被告知人が補助参加の利益をもつとはいっても、参加しうるだけで、義務ではない以上、参加しなかったということだけで不利益を課されるいわれはないはずである。まして、補助参加の利益が、主文についてだけでなく、判決理由中の判断における法律上ないし事実上の利害関係についても、緩やかに認められるようになってきている最近の拡大化傾向にかんがみれば、⁽¹²⁾これに伴って訴訟告知による効力が生じる場合も不当に拡大されるおそれがないとはいえないであろう。あるいは、（c）訴訟告知の沿革からみた制度趣旨に徴して、告知人と被告知人との実体法的関係を訴訟上も確保すべき必然性が承認されてきたのだとし、これが拘束力を正当化する根拠となるという見解が

ある。⁽¹⁹⁾ 制度がもつ必然性といつても、前掲の説明と何ら異なるものではなく、これだけで正当化しうるのか、なお疑いは残るといわなければならない。

もつとも、訴訟告知制度の沿革から、実体法的関係という基準によつて効力範囲は制限される、とする点には重要な示唆が含まれているとみななければならない。なぜなら、告知人と被告知人とに実体関係が存在するという視角が、被告知人に参加義務があるとはまではいえないとしても、参加して訴訟追行を協同すべきことを被告知人に要求し、あるいは期待してもあながち不当とはいえない場合があるのでないか、との評価を抜き出すことを可能にするからである。すなわち、告知人が敗訴すれば、被告知人は告知人に対して求償ないし賠償義務を負うという実体関係にある場合には、⁽²⁰⁾ 被告知人は、告知人が敗訴しないよう協力すべく訴訟に参加することを期待されているとみても無理からぬところがある、というるのではなからうか。告知人敗訴の原因がそのまま被告知人に対する請求における直接の理由となり、その故に被告知人に対して訴訟が提起される場合は、⁽²¹⁾ なおさら被告知人としても防戦の必要をより強く感じるのが通常であろう。

このような認識を前提にして、(d)告知人に対し求償ないし賠償義務を負う被告知人が参加しないときは、その原因に関しては告知人に一切をまかせ、告知人との間で裁判を受ける権利をあらかじめ放棄し、判決にしたがう旨を黙示的に約束したものとみられる、とする説明がされる。ただ、裁判を受ける権利の黙示による放棄という構成は、これらもつ意味の重大さを考えると、にわかに支持するには躊躇を覚える。むしろ、(e)被告知人に参加する機会が与えられ十分に争うことが期待されたのに、これをしなかつた以上は後になって争うことは許されない、という意味での信義則、ないしは権利失効の原則が妥当する、⁽²²⁾ という説明のほうが、より穏当でなからうか。

被告知人が訴訟に参加しなくても訴訟告知による効力が生じる根拠を、以上のように解するならば、このことは同

時に、効力の限界を画する。すなわち、訴訟告知による効力は告知人が敗訴した場合に生じるものであり、その主観的範囲は告知人と被告知人との間にかぎられ、実体関係の存しない相手方との関係までは及ばない。また、客観的範囲は、告知人と被告知人との実体関係が存在し、かつ、告知人敗訴の理由が、そのまま被告知人に対する求償ないし賠償請求の直接の理由となった場合の、その争点である、と解したい。¹⁰⁾ そうでなければ、参加義務のない被告知人にとっては、参加して自己の法的地位を保全するというインセンティブを欠くことになるのであって、そこで攻防を尽くすことを正当に期待できるとはいえないであろうからである。そもそも参加しないままで効力を及ぼしうるのは、その手続権の保障にかんがみれば、特殊で例外的な場合であり、¹¹⁾ できるだけ制限的に捉えられるべきであるし、他方、告知人としても被告知人に対する求償ないし賠償請求権が確保できるならば、それで十分だと考えなければなるまい。もっとも、ほかに、被告知人が参加するとすれば参加できたときには、もはや訴訟追行ができない状況にあった場合、また、被告知人が参加してもできないような訴訟行為を、告知人が故意または過失によってなさなかった場合など、民事訴訟法七〇条に定められた除外事由による制約がありえよう。¹²⁾

ところで、告知人と被告知人との利害対立がある場合にも訴訟告知による効力は生じるのか、議論される。かかる場合、被告知人は相手方に参加するのが通常なのだろうが、そうではなくて告知人に参加して訴訟行為をしても、告知人・被参加人のそれと抵触して、結局、その効力は生じない（民訴六九条二項）。そこで、あえて抵触する訴訟行為をするために参加しなければ訴訟告知による効力を否定できないのでは（民訴七〇条）、被告知人に無用な負担を課すものだから、効力を否定すべきでないか、¹³⁾ との主張がされることになる。

しかし、告知人と被告知人との利害が対立する場合といっても、これをいかなるレベルで捉えるかが実は問題であり、必ずしも単純に決しうるものでない。たとえば、訴訟告知の典型例とされる、債権者Xが保証人Yに保証債務

の履行を請求する訴訟で、Y が主債務者 Z に訴訟告知をした場合、「主債務は存在しない」と主張するかぎりでは Y と Z とで利害は共通する。だが、Z が「X が保証債務といっているのは実は Y 自身の債務であり、自分は Y の借入れに立ち会っただけだ」と主張するときは、この意味は「主債務者が Z であると主張されるような主債務は存在しない」ということであるから、Y があくまで「Z を主債務者とする、そのような主債務は存在しない」と主張するにすぎない場合には、Y と Z とで利害はむしろ対立するのである。かかる場合、被告人 Z としては、X と Y いずれに参加しても、自己の主張を貫徹することができないというディレンマに陥ることになる。この点、参加的効力説のもとで、告知人と被告人との協同関係を前提にする以上、訴訟告知による効力、つまり参加的効力は、利害共通事項についてのみ生じるのであり、利害対立事項には生じないとする見解がみられ、確かに周到ではあるが、この設例における Y と Z の利害共通事項とは果たしていかなる主張をいうのか、必ずしも判然とはしない嫌いがあるのではなからうか。¹²³

思うに、この設例において、「Z を主債務者とする、主債務は存在する」との理由で Y が敗訴したときは、Y は Z に対し、まさにこれを理由として求償請求訴訟を提起することになるという実体関係にあることには変わりがなく、訴訟告知による効力を生ぜしめる根拠が妥当すると考えられる以上、Z は「Z を主債務者とする、主債務は存在する」という前訴判決における認定判断を、訴訟告知による効力によって後訴で争うことはできないものとしなければならぬ。¹²⁴したがって、告知人と被告人とで利害が対立するか共通するかは、必ずしも決定的な基準となりえないものであつて、訴訟告知による効力が生じるかどうかには消長をきたす事情ではないと解すべきである。¹²⁵

(2) 第二は、被告人が告知人に補助参加した場合である。

この場合は、原則として、補助参加による効力のみを考えれば足りる。¹²⁶訴訟告知の効果についての民事訴訟法七八条は、被告人が訴訟に参加しなかった場合を規定するにすぎず、¹²⁷訴訟に参加した場合は適用されないと考えられる

からである。いかに訴訟告知による効力とはいっても、実際に参加し、訴訟追行したとき以上の不利益を被告知人に課すべき必要性も合理性も見出せないから、被告知人のした参加に依じて、その参加による効力のみを受けるとすることで十分だといわなければならない。このことは、参加的効力説のもとでは、訴訟告知による効力といっても、結局は、補助参加による効力である参加的効力と同一なのであるから、みやすい道理であろうが、有力説にあつても異なる⁽¹⁹⁾ところはない。

もつとも、訴訟告知による効力は、参加できるときに参加したものと同みなすことで生じるから（民訴七八条）、被告知人が訴訟告知を受けて参加できるときに参加せず、遅れて参加してきた場合、参加できるときに直ちに参加すれば行うことができたはずだが、現に参加したときには行うことができなくなっていた訴訟行為があるときには、かかる訴訟行為は行つたものとみなされるかぎり⁽²⁰⁾で、訴訟告知による効力が、補助参加による効力とは別に生じる余地はあろう。

（3）第三は、被告知人が相手方に補助参加した場合である。

被告知人は参加するにしても必ず被告知人に参加しなければならぬわけではないし、当事者の双方から訴訟告知を受けたときにいずれか一方の当事者に参加すれば、他方の当事者との関係では相手方に参加したことになるのであるから、訴訟告知と連動せず、相手方に補助参加するという場合がありうることを否定できない⁽²¹⁾。

この点、参加的効力説がどのように解するのかは必ずしも明らかではない。前掲「52」判決が、相手方に補助参加することになるような訴訟告知は矛盾であると判示した、その意味がまさに問題となる。かかる場合は告知人と被告知人とで利害が対立する場合であつて、訴訟告知による効力、つまり参加的効力の根拠の前提となるべき訴訟追行の協同を欠く以上、そもそも訴訟告知による効力は生じない、と考えることもできよう。あるいは、訴訟告知という制度

は、告知人がもつばら訴訟告知による効力を獲得することを保障することに目的ないし実益があることを重視しつつ、被告知人が相手方に参加したときは、告知人に参加していいのであるから、結局、被告知人が訴訟に参加しなかったときと同じであると考えれば、なお訴訟告知による効力は生じうるとしたうえで、ただし利害共通事項にかぎられる、ということになろう。いずれにせよ、参加的効力は被告知人・参加人と相手方・被参加人とで生じるとどまるもので、訴訟告知による効力を認める余地を残すとしても、利害共通事項にかぎり、告知人と被告知人とで生じるこ
とがあるにすぎないことになろう。

しかしながら、思うに、被告知人が相手方にであれ、訴訟に参加した以上は、もはや訴訟告知の効果を規定する民事訴訟法七八条は適用されるものではなく、現に参加したことによる効力だけを考えれば足りる、すなわち告知人に参加したときと同じに考えてよいのでなかろうか。¹³⁾告知人への参加と相手方への参加とで異なるようにみえるのは、相手方に参加するときとは、まさに告知人と被告知人とで利害が対立する場合であるように映るからにほかならない。かりに訴訟告知による効力が別に生じうると考えても、利害対立は効力発生に影響を与えないと解するべきだから、有力説にしたがえば、補助参加による効力は三者に及ぶのであって、主観的範囲は結局、重なり合うことになる。他方、利害対立があるときは訴訟告知の効力は生じないと考えたとしても、有力説にしたがうかぎりでは、やはり補助参加による効力が三者に及ぶことになるから、結論は異ならない。

ただし、有力説のもとの補助参加による効力は、現に争い、攻撃防御を尽くしたことによつて生じうるにすぎないから、客観的範囲については、告知人の所期の意図とは必ずしも一致するとはかぎらない。¹⁴⁾しかし、このことは告知人に参加した場合も同じであり、被告知人が実際に参加して争った場合を超えて不利益を受けるほうがむしろ不合理であるといわなければならない。¹⁵⁾

【注】

(58) たとえば、株主による代表訴訟（商二六七条二項）で義務づけられる株主の会社に対する訴訟告知（商二六八条三項）など、特別な規定に基づく必要の義務的な訴訟告知もあるが、ここで検討される民訴法上の訴訟告知はあくまで任意的なものである点で異なる。なお、訴訟告知制度の沿革については、佐野裕志「訴訟告知制度―史的考察（一）（二・完）」民商八七巻一号三〇頁、二号一六六頁（一九八二年）が詳しい。

(59) 司法省編『民事訴訟法中改正法律案理由書』四一頁（一九二五年 清水書店）。

(60) そこで、ここでの訴訟参加には、補助参加（民訴六四条）、独立当事者参加（民訴七一条）、引受・参加承継（民訴七三条、七四条）、共同訴訟参加（民訴七五条）のいずれもが含まれることになる。

(61) 佐野裕志「第三者に対する訴訟の告知」新堂幸司編集代表『講座民事訴訟3 当事者』二八〇頁（一九八四年 弘文堂）、注釈民法（2）二七七頁「上原敏夫」など。

(62) たとえば、兼子・体系四〇八頁、三ヶ月・全集二四三頁、新堂・五〇七頁など。なお、木川統一郎「訴訟告知の効果」『民事訴訟法重要問題講義―上』二一八頁（一九九二年 成文堂）は、訴訟告知は告知者のための制度であって、告知による効力を告知人が獲得する制度であるとし、小山昇『民事訴訟法「五訂版」』五一四頁（一九八九年 青林書院）「以下、小山・民訴法として引用する」は、制度趣旨として判決効を及ぼすことのみを指摘する。

(63) 司法省編・前掲注（59）四二頁。

(64) 最判昭四六・一二・九民集二五巻九号一四頁参照。

(65) 佐野・前掲注（61）二七八頁参照。なお、本間靖規「訴訟告知の機能について」木川古稀『民事裁判の充実と促進―上』三九五頁、三九六頁（一九九四年 判例タイムズ社）は、かかる認識のもとで、現行法上、組み合わせられたかたちになっている補助参加と訴訟告知とは利益状況が異なるのであって、これらを切り離すことがむしろ二つの制度を活かすことになるのではないかとする。

(66) たとえば、吉村徳重「訴訟告知と補助参加による効力」小山昇Ⅱ中野貞一郎Ⅱ松浦馨Ⅱ竹下守夫編『演習民事訴訟法』七〇六頁、七〇七頁(一九八七年 青林書院)、上田・民訴法四八七頁、注釈民訴法(2)二七五頁「上原」、新・判例コンメン1五三六頁「池田辰夫」など。もつとも、佐野・前掲注(61)二八四頁は、かかる文脈のもとで、訴訟告知の目的をむしろ広く訴訟参加の機会を与えることに求めるべきとする。この点、小林・前掲注(47)四三六頁も同旨か。

(67) たとえば、条解二二〇頁「新堂」、新堂・民訴法五〇七頁、注釈民訴法(2)二七五頁、二七九頁「上原」、吉野・前掲注(37)二七六頁など。なお、中本敏嗣「訴訟告知に関する諸問題」判タ五七八号九頁、一〇頁(一九八六年)によれば、訴訟告知がなされる場合は、①本来型、②付随型、③その他に分けられるが、①と②は必ずしも二者択一ではなく、告知による効力を及ぼすことを目的としない、②付随型の比重もかなりあり、所定の実益をあげている例もあるのではない、か、という。

(68) 松村和徳「訴訟告知と参加的効力」中村英郎編『民事訴訟法演習』一五〇頁(一九九四年 成文堂)。

(69) 松村・前掲注(68)一四四頁、一四八頁。なお、本間・前掲注(65)三九五頁、三九六頁も同旨を示唆するようである。ただ、これらは、求償・賠償請求という実体関係の存在が訴訟告知の要件(ZPO七二条一項)となっている母国であるドイツの議論を前提とするものであり、必ずしもわが国の状況と同一には考えられないように思われる。

(70) 新堂幸司Ⅱ井上治典Ⅱ佐上善和Ⅱ高田裕成『民事紛争過程の実態研究』八四頁(一九八三年 弘文堂)、中本・前掲注(67)一二頁、一五頁、新・判例コンメン1五三六頁「池田」など。

(71) 中本・前掲注(67)一六頁、新堂Ⅱ井上Ⅱ佐上Ⅱ高田・前掲注(70)八四頁、一一一頁以下、佐野・前掲注(61)二九七頁注(82)などのほか、井上治典「訴訟告知」新堂幸司Ⅱ伊藤眞Ⅱ井上治典Ⅱ梅本吉彦Ⅱ小島武司Ⅱ霜島甲一Ⅱ高橋宏志『演習民事訴訟法2』三二八頁(一九八五年 有斐閣)参照。かかる主張は、訴訟告知の適用範囲と効力範囲とをできるだけ一致させて、訴訟告知がされる段階で利益調整を行い、実際に効力が及ぶ第三者に対して告知がされるようにすべきである、という意図であるとするならば、訴訟告知をするための要件を制限することになるが、それでは参加の機会を広く与えるべしとの主張とは齟齬するのでないかとの批判がある(この点、注釈民訴法(2)二七六頁「上原」、松村・前掲

注（68）一四五頁、一五〇頁参照。

（72）この点、菊井Ⅱ村松・民訴法Ⅰ四三五頁、注釈民訴法（2）二八七頁、二八八頁「上原」など参照。

（73）たとえば、中本・前掲注（67）一二頁。

（74）この点、注釈民訴法（2）二八八頁「上原」参照。

（75）佐野・前掲注（61）二九〇頁、中本・前掲注（67）一二頁、一三頁注（13）、新・判例コンメ1五三六頁「池田」参照。ただし、注釈民訴法（2）二七八頁「上原」は、却下については反対。なお、かかる文脈は、訴訟告知をすることのできる時期についても合理的な制限を設けるべきでないかとの主張にもつながる。この点、たとえば、佐野・前掲注（61）二九〇頁以下など。

（76）中本・前掲注（67）一三頁注（19）のほか、一一頁に掲載の「表」も参照。なお、奈良次郎「参加制度の現状」Law School 四七号一三頁（一九八二年）は多いというが、菊井Ⅱ村松・民訴法Ⅰ四三一頁は、訴訟告知そのものがあまり利用されていないという。

（77）民集一九卷一三九五頁。これについては、後掲注（93）を参照。

（78）東京地判昭六三・六・二七判時一二七八号九四頁。

（79）なお、本件は上告されたが「所論の点に関する原審の判断は、正当としては認することができ、原判決に所論の違法はない」として、平成元年一〇月二七日、上告を棄却する判決がされている。

（80）この点、上原正夫「判批」法研六四卷四号一二〇頁（一九九一年）は、「そもそも訴訟告知の効力は告知者が主張するもので、被告知者から主張するものではないから」かかる場合の効力は認められないとする。本件では、被告知人に有利な判断についての効力であるから問題となったのであるが、後述するように、訴訟告知による効力は、そもそも被告知人に不利な判断にしか生じないものであるから、そのような不利に働く効力を被告知人が後訴で援用することは考えにくい。

（81）上原・前掲注（80）二二七頁。

(82) この点、注釈民法(2)二九二頁「上原」は、最近の補助参加の利益の拡大傾向にかんがみると、被告知人に補助参加の利益はあり、その意味で訴訟告知は有効であったが、ほかの理由で効力は生じないとの説明も可能だったのでないかという。

(83) なお、徳田和幸「補助参加と訴訟告知」鈴木忠一・三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座3判決手続通論Ⅲ』一三三頁(一九八二年 日本評論社)は、補助参加の利益の内容は「参加的効力の主観的・客観的範囲から演繹的に推論する」という独特の論法」によって判断されているとする。

(84) 本判決についての評釈として、奥村長生「判解」最判解説昭和四五年度四一八頁(一九七三年)、鈴木正裕「判批」民商六五巻三号四一九頁(一九七一年)、染野義信「判批」判評一四七号一頁(一九七一年)、小島武司「判批」判タ二六〇号一〇一頁(一九七一年)、西島梅治「判批」判タ二六三号八七頁(一九七一年)、新堂幸司「判批」ジュリ四八二号一〇九頁(一九七一年)、福永有利「判批」続民訴判例百選五六頁(一九七二年)、佐野裕志「判批」民訴判例百選「第二版」八六頁(一九八二年)など参照。

(85) 本判決についての評釈として、佐野裕志「判批」昭和六〇年度重判解説二二二頁(一九八六年)、田中豊「判批」民訴判例百選二三八頁(一九九二年)、猪股孝史「判批」法新九四巻六二七二八号一八九頁(一九八五年)など参照。

(86) 中本・前掲注(67)二五頁は、「前訴判決も医療過誤の判断をする必要がなかったのであれば格別」、一般には、交通事故の加害者の不法行為責任を判断するに当たり、医療過誤の有無は因果関係の不存在認定の要素となり得るから、単なる傍論にすぎないといえるかどうか疑問が残るし、また、「自己責任的要素を強調すれば、被告知者は告知者と対立して十分に主張立証でできるだけの手続保障がなされ、前訴判決の基礎をなしたとみられるとして、参加的効力を肯定することもあり得よう」とする。なお、猪股・前掲注(85)一三九頁参照。

(87) 本判決についての評釈として、佐上善和「判批」判タ四三九号二二七頁(一九八一年)、竹下守夫「判批」金判六〇四号一六頁(一九八一年)、井上治典・高田裕成「判批」昭和五五年度重判解説一五六頁(一九八一年)、小山昇「民訴判例漫策・参加と訴訟告知と判決効」判タ四六五号三九頁『民訴判例漫策』二六九頁以下(一九八二年 判例タイムズ社)

に所収。以下、同書により引用する」、伊藤眞「判批」民訴法判例百選「第二版」二五四頁（一九八二年）、木川・前掲注（62）二〇五頁などのほか、実態調査に基づいて、事件の具体的な事実関係にまで踏み込み、詳細な検討を加えたものとして、新堂Ⅱ井上Ⅱ佐上Ⅱ高田・前掲注（70）がある。

（88）福島地判昭五〇・三・三一。なお、この判決は判例集や法律雑誌では公表されていないようである。

（89）新堂Ⅱ井上Ⅱ佐上Ⅱ高田・前掲注（70）八〇頁、竹下・前掲注（87）一七頁、新・判例コンメ一五四八頁「池田」など参照。

（90）小山・前掲注（87）二八五頁、二八六頁は、「52」判決の評釈において、いずれの場合にも、被告知人に不利益な認定を被告知人が告知人に対する関係で争えないという効力が生じるとしたうえで、代理権の存否について対立する関係にあるため相手方に補助参加した場合には、共同者の責任分担という説明はできず、「対立者として争った以上、または争う機会が与えられた以上は、裁判所の判定を争うことは許されないという意味の信義則を効力の根拠とするほかあるまい。これは、もはや、補助参加…の效果ではなく、補助参加と対応しない訴訟告知の独特の效果である」と論じている。

（91）新堂Ⅱ井上Ⅱ佐上Ⅱ高田・前掲注（70）八一頁、竹下・前掲注（87）一七頁、河野正憲「訴訟告知と参加的効力」Law School 四九号八一頁（一九八二年）、注釈民訴法（2）二九六頁「上原」、条解二二六頁「新堂」、吉村・前掲注（66）七一一頁など。

（92）参加的効力説の形成過程については、奥村・前掲注（84）四二三頁以下、注釈民訴法（2）一五六頁以下「本間靖規」、新・判例コンメ一四六三頁「佐野裕志」など参照。なお、参加的効力説をとるのは、兼子一「既判力と参加的効力」『民事法研究第二巻』六〇頁、六三頁（一九五四年 酒井書店）、同・体系四〇四頁、三ヶ月・全集三三九頁、小山・民訴法五〇六頁、菊井Ⅱ村松・民訴法Ⅰ三八〇頁、注解民訴法（2）二三四頁「小室Ⅱ東」、木川統一郎「参加的効力」『民事訴訟法重要問題講義・上』一六〇頁（一九九二年 成文堂）、吉野・前掲注（37）二七六頁など。

（93）大判昭一五・七・二六民集一九卷一三九五頁。いわく、民訴法七〇条の規定の文言からすれば「旧法ニ於ケルカ如ク参加ニ付キ参加人ト被参加人トノ間ニ特殊ノ効力ヲ定メタルモノト解スルコトヲ得ズ、裁判ノ効力ハ既判力ニ外ナラザル

ガ故ニ右第七十条ハ同条所定ノ各場合ヲ除キ参加人ニ対シテモ既判力ノ及ブベキコトヲ規定シタルモノト解ス」べきである。

(94) ほかに、参加的効力の存否は職権調査事項ではなく、当事者の援用をまつて顧慮すれば足りることも挙げられる。

(95) 鈴木重勝「参加的効力の主観的範囲限定の根拠」中村古稀『民事訴訟の法理』四二二頁以下(一九六五年 敬文堂)。

ここでは、前訴において参加人が相手方に敗訴原因を与え、その事実が後訴において、そのまま相手方の参加人に対する請求権の発生原因となるという実体関係がある場合に限定されている。そうであれば、かかる場合は禁反言として処理できるのであって、あえて参加的効力に含める必要はないとの批判がある。この点、注釈民訴法(2)一六八頁「本問」参照。

(96) 新堂幸司「参加的効力の拡張と補助参加人の従属性」兼子還暦『裁判法の諸問題・中』四二六頁以下(一九六九年 有斐閣)『訴訟物と争点効・上』二四三頁以下(一九八八年 有斐閣)に所収。以下、同書により引用する。同・民訴法五〇〇頁以下。

(97) 井上治典『民事訴訟法第七〇条の判決の効力の性質およびその客観的範囲』『多数当事者訴訟の法理』三八〇頁以下(一九八一年 弘文堂)。なお、吉村・前掲注(66)七一〇頁も同旨か。

(98) たとえば、佐上善和「補助参加人に対する判決の効力」民訴法の争点一二七頁(一九七九年)。

(99) 新堂・前掲注(96)二五二頁以下、同・民訴法四九九頁注(1)のほか、井上治典「多数当事者訴訟における一部の者のみの上訴」『多数当事者訴訟の法理』二三〇頁以下(一九八一年 弘文堂)も参照。なお、補助参加人の従属性をめぐる、いわゆるドイツ的法理の見直しをすでに指摘していたものとして、小島武司「イタリア民事訴訟法における訴訟参加制度に関する一考察(一)」法新七〇巻一四八頁(一九六三年)。

(100) 注釈民訴法(2)一六二頁「本問」は、「他の参加形態ないし訴訟形態を使うことができるのにあえて補助参加を選択してきた者」に、果たして独立性をそこまで保障して、重装備なものとする必要があるのか疑問だし、それが逆に参加人の意思に反して機能してしまうおそれはないのかとする。なお、この点については、後掲注(159)およびそこの本文も参

照。

(101) 吉村・前掲注(66)七二〇頁、七二二頁が、有力説を支持しながらも、争点かぎりの上訴が認められないかぎり「付随争点の判断に補助参加の効力は認めることができる」というのが原則である」が、実際の攻防いかんでは「効力を及ぼす余地がある」というのは、かかる趣旨を示唆するもののように思われる。これに対して、吉野・前掲注(37)二七八頁は、参加的効力説を支持すべき理由として、現行法上まさしく補助参加人は従属的地位しか認められていないからとする。

(102) これに対して、注釈民訴法(2)一六二頁「本間」は「根拠および性質を少しく異にする拘束力を異別に処理することは、ある意味で当然のこと」というが、ここでの議論は拘束力の根拠および性質を所与のものとはみなない前提から出発し、まさしくその根拠および性質いかに問題となっているのであるから、かかる批判はあたらない。むしろ、既判力と参加的効力は本質的に同一なのでないか、との認識はすでに示されていたところであつた。たとえば、住吉博「争点効」の本質について『民事訴訟法論集第一巻』一三九頁（一九七八年 法学書院）は、既判力の本質は「判決の結果としてもたらした既往の訴訟手続の貫徹力の後訴における発現」であり、参加的効力は「主たる当事者以外の主体への前訴手続の貫徹力」であるから、これらの「本質的同一性」はみやすいものとなるとし、同・二四〇頁注(1)では、通説の説明では「訴訟告知の場合の参加的効力につき疑問が生じる」という。また、井上・前掲注(97)三八四頁も、七〇条の効力は「既判力と本質的に同一なのでないか」とし、同・前掲注(115)九八頁注(19)は、井上正三教授からの示唆によるとしつつ、「実質的具體的考慮に支えられた個々の攻撃防御方法の排除効の総体が（その意味では「争点効」のようなもの）、実は既判力といわれるものの本体でなからうか、参加的効力もまさしくこのようなものとして既判力と結びつくのではなからうか、という認識をもっている」とする。

(103) たとえば、兼子・体系四〇五頁。なお、木川・前掲注(2)二一七頁、同・前掲注(92)一六七頁、一六八頁参照。また、注釈民訴法(2)一六六頁「本間」は、参加人と被参加人の間に予想される後訴のために重要で、共同で訴訟進行した争点が前訴での判断の根拠となった場合、その意味で主要争点についてのみであるとする。

(104) 新堂・民訴法五〇二頁以下。

(105) 井上・前掲注(97)三八二頁。また、吉村・前掲注(66)七一〇頁は、判決理由中の判断に拘束力を認めるための要件として、①補助参加人の従属的地位からみても、判決に不可欠の主要争点として攻防を尽くすことが期待され、②現に抵触行為などに制約されずに攻防を尽くした場合であることが必要であるとする。なお、小林・前掲注(47)四三二頁も参照。
(106) たとえば、兼子・体系四〇九頁は、「被告知者が、告知者の補助参加人となる利害関係を有するときは、告知者が敗訴した場合」参加したのと同様に、判決の参加効力を受けるとする。

(107) たとえば、木川・前掲注(62)二二二頁、松村・前掲注(68)二四六頁参照。

(108) たとえば、兼子一『判例民事訴訟法』三八六頁(一九五〇年 弘文堂)は、参加効力説につき、「参加人の訴訟上の地位及び訴訟告知の作用とよく調和し、甚だ巧に構想された」ものであると述べている。なお、徳田・前掲注(83)一三七頁も参照。

(109) 小山・前掲注(87)二八六頁は、補助参加と対応しない訴訟告知は、現行法の「文理論としては」排除されないとする。なお、後掲注(130)およびそこの本文参照。

(110) 菊井・村松・民訴法I四三七頁。

(111) 注解民訴法(2)三三二頁「小室Ⅱ東」。

(112) 概ね認識が一致するところであろう。たとえば、井上治典「補助参加の利益」民訴法の争点「新版」一三六頁(一九八八年)、徳田・前掲注(83)一三一頁、注釈民訴法(2)一一七頁以下「井上治典」、二九二頁「上原」、新・判例コンメ1四三〇頁以下「佐野裕志」など。

(113) 松村・前掲注(68)一四八頁、一四九頁。なお、ここにいう実体法的関係としては択一関係ないし先決関係が挙げられている。

(114) これは、旧民訴法五九条が規定する告知要件を備えた場合にほかならない。そして、実のところ、参加効力説が提唱される過程において、その射程とされたのは、参加効力がもつとも有用に機能しうる典型の場合である求償・賠償関係という実体関係が存在する場合であったと考えられ、ここに一致をみるのは示唆深い。この点、新堂・前掲注(96)二三

四頁、佐野・前掲注（61）二八二頁、二八三頁参照。

（115）佐野・前掲注（61）二八九頁注（53）。ほかに、井上治典「補助参加の利益」『多数当事者訴訟の法理』九六頁注（20）（一九八一年 弘文堂）参照。新堂・前掲注（96）二六五頁注（1）、河野・前掲注（91）八三頁も同旨か。

（116）新堂・前掲注（96）二六四頁、二六五頁。

（117）河野・前掲注（91）八二頁、吉村・前掲注（66）七〇七頁、注釈民訴法（2）二九二頁「上原」。ほかに、小山・前掲注（87）二八六頁、小林・前掲注（47）四三三頁参照。

（118）注釈民訴法（2）二九五頁「上原」は、このように解するときは、現行法上「訴訟告知の効果が認められる場合がほとんどない」とことになるから疑問であるという。もともと、訴訟告知をなす手続上の問題とも関連するが、本文のようにいえるためには、被告知人が告知書を受け取ったときに、そこに記載された告知の「理由」（民訴七十七条一項）から、訴訟に参加しなければどのような不利益を受けることがあるのか、十分に予想されるものでなければならぬだろう。その意味で、新堂Ⅱ井上Ⅱ佐上Ⅱ高田・前掲注（70）八九頁、九〇頁が、同じく選択的請求という実体関係がある場合で、かつ「告知の時点で、前訴で争われると被告知者に十分に予期しうる争点」にかぎられるとするのは、一応の合理性はあると思われる。なお、ほかに、松本博之『証明責任の分配』二七九頁（一九八七年 有斐閣）は、実体関係によりながらも証明責任の帰属を問題とし、「告知者がある事実に関し前訴においても後訴においても証明責任を負っているような事実」では、効力は生じないとする。

（119）この点、井上・前掲注（115）九六頁注（20）。なお、松村・前掲注（68）一四九頁も参照。

（120）木川・前掲注（62）二七頁、河野・前掲注（91）八三頁、佐野裕志「補助参加と訴訟告知の効力」民訴法の争点「新版」一四三頁（一九八八年）、注釈民訴法（2）二九二頁「上原」など参照。そこで、たとえば、上告審で訴訟告知がされた場合には、参加しうるとしても、効力はほとんど生じる余地はないことになるう。

（121）井上・前掲注（71）三二七頁、竹下・前掲注（87）一七頁。なお、小林・前掲注（47）四三七頁も参照。

（122）この設例については、新堂・前掲注（96）二六五頁、井上・前掲注（71）三二六頁参照。

(123) 木川・前掲注(2)二二七頁、二二八頁。そこでの設例で、「 Y_1 「相手方・被告」に除雪義務があるとする点では X 「告知人・原告」と Y_2 「被告知人」は利害を共通に」するから「 X が Y_1 に敗訴し」「除雪義務が Y_1 にはなく、かえって Y_2 にあると認定されていれば、この点については、 X は自己の敗訴判決の正当性をもって Y_2 に対し、第二訴訟(X 対 Y_2)のなかで対抗していくことができる」とされているから、利害共通は除雪義務という枠で捉えられているようであり、 Y_1 にあるのか Y_2 にあるのか、という点までは含めないものようである。そうとすれば、本文の設例の場合は、主債務という枠で捉えることになるのだろうか。また、同・前掲注(62)二二九頁も参照。

(124) 新堂・前掲注(96)二六五頁注(1)参照。これに対し、井上・前掲注(71)三一九頁は、本文での設例において、誰が主債務者であるかは Z の「固有の言い分である以上、主要な争点を形成したとは考えにくい」し「どちらの側に補助参加してもうまくいかないという事情があるので、訴訟に関与しなかったことじたいについて、それほど責められるべきではなからう」として、効力を否定する。

(125) 河野・前掲注(91)八三頁、新堂・同前。また、注釈民訴法(2)二九六頁「上原」は、被告知人が相手方にであつても参加して攻防を尽くすことが期待できるとして、結論同旨。なお、小山・前掲注(87)二八五頁、二八六頁も参照。

(126) 佐上善和「訴訟告知と第三者の介入負担」法セ三四二号九六頁(一九八三年)、注釈民訴法(2)二九七頁「上原」、小林・前掲注(47)四三八頁参照。

(127) 旧法六一条二項では、被告知人が「参加ヲ為ス可キコトヲ陳述スルトキハ從參加「補助参加」ノ規定ヲ適用」することされていた。この点、佐野・前掲注(61)二七九頁参照。

(128) 有力説では、まず主観的範囲についていえば、補助参加による効力が、結局は三者間に及ぶのであるから、訴訟告知による効力が吸収されるとみてよいし、客観的範囲ないし限界については、そこにズレが生じる場合が考えられないではないが、本文に述べたような理由から、訴訟告知による効力を別途に考える必要はないというべきであらう。なお、この点につき、後掲注(134)およびそこの本文も参照。

(129) 注釈民訴法(2)二九七頁、二九八頁「上原」。

(130) なお、共同訴訟において、共同訴訟人の一人が、他の共同訴訟人との訴訟について、その共同訴訟人またはその相手方に補助参加することは妨げられないとした判例（最判昭五一・三・三〇判時八一四号一一二頁）がある。

(131) 佐野・前掲注（120）一四二頁。また、木川・前掲注（2）二一八頁は、訴訟告知による効力は「Y₂「被告人」がX「告知人」側に補助参加しなかった場合に発生するが、これとてXとY₂の間に、利害の共通がなければ認めるわけにはいかない」とするから、訴訟告知による効力が生じうることを認めながら、利害共通がないときには「参加効排除の抗弁」により、効力を否定するものである。ほかに、木川・前掲注（62）二〇九頁、二一八頁も参照。なお、松本・前掲注（118）二八一頁は、参加的効力説を前提にして、被告人がいずれにでも参加しさえすれば、参加を得られなかった当事者との関係で効力は阻止できるとするならば、「被告知者に過大な選択権を与え、参加を受けなかった告知者には著しく不利益な結果となる」とする。

(132) 新堂Ⅱ井上Ⅱ佐上Ⅱ高田・前掲注（70）九一頁、注釈民訴法（2）二九八頁「上原」参照。なお、新堂Ⅱ井上Ⅱ佐上Ⅱ高田・前掲注（70）九七頁「井上治典」は、訴訟告知の目的をもつばら被告知人に参加を促すことにあるとしたうえで、告知人の意図に反して相手方に参加したときはその「意図と希望はすでに挫折したのであり」、被告知人の選択した行動にしたがった効力のみを問題とすれば足りるとする。

(133) この点、吉村・前掲注（66）七一〇頁、七二一頁、注釈民訴法（2）二九八頁「上原」参照。
(134) 竹下・前掲注（87）一七頁。

四 訴えの主観的予備的併合と訴訟告知の交錯

1 土地工作物責任訴訟における手続的規整

(一) 事例設定

本稿の冒頭で指摘しておいたように、訴えの主観的予備的併合と訴訟告知とは緊密な関係にあるとされている。そこで、実体法上の択一関係の典型的なものの一つである、いわゆる土地工作物責任(民七・一七条)の場合を取り上げ、前掲「塙」判決の事案を素材としながら、事例をつぎのように設定する。

X の賃借する本件建物⁽¹⁵⁾が、これに隣接する建物の賃借人である占有者 Y 方からの出火により、ほぼ全焼、滅失したが、本件建物とこれに隣接する Y の賃借する建物の所有者は Z である。そこで、X は、本件火災の出火原因は Y の賃借する建物の老朽化した屋内配線の漏電によるものであつて、本件屋内配線は土地工作物にあたる以上、これを放置した建物保存上の重過失があることを理由として、その占有者である Y または所有者である Z のいずれかに損害賠償を請求できるはずだと考えている。

そこで、かかる事例において、X が、(a) Y と Z をともに共同被告として、それぞれに対する損害賠償請求を主観的予備的併合のかたちで提起した場合、(b) Y に対してまず損害賠償請求訴訟を提起しつつ、その訴訟で Z に訴訟告知をした場合⁽¹⁶⁾、のそれぞれによつたときの手続的規整のされかたを比較し、そこでいかなる問題点が現れるかを検討することにする。

(二) 利害状況の分析

まず、この事例における利害状況を分析しておく。

本件火災発生の原因について「過失が誰にあるか」いかに、Y か Z かのいずれか一方が X から責任を問われる立場にあるから、この事実をめぐつて Y と Z とは利害が対立する関係にある。そこで、Y としては、まず「過失は Z にある」と主張することになろう。これに対して、Z は「過失は Y にある」と主張するであろうし、そうであれば、Z

はYに対して、Z所有にかかる建物についての損害賠償も請求できることになる。

もつとも、たとえば、Yが「過失がZにある」ことではなく、むしろ「かつて屋内配線の設置ないし修繕にあたつた工事人に過失がある」ことを主張して、これが容れられたならば、やはりYは責任を免れうることになる（民七七一三条三項）。これは、Yにとつての防御方法となるだけでなく、ZにとつてもXとの関係では防御方法となるから、かかる事実についてはYとZで利害が共通することになる。あるいは、たとえば、Yが「そもそも屋内配線は土地工作物にはあたらない」「屋内配線の老朽化による漏電は火災の発生原因ではない」と主張することも考えられる。かかる事実は、やはりYとZとで利害が共通する事実である。Xの請求が前提を欠くとの主張を基礎づけるものである以上、YとZはともに勝訴できるからである。

そこで、まず（a）訴えの主観的予備的併合として訴訟が提起された場合、「過失がYにある」または「過失はZにある」との事実については利害が対立する以上、それぞれの主張立証も別異のものとなるであろうが、それ以外の利害が共通する点では、一致してXの主張に対抗していくことになる。

では、（b）訴訟告知がされた場合はどうか。Xから訴訟告知を受けたZは、¹³⁶XとYの訴訟の結果について利害関係をもつから（民訴六四条）、補助参加する利益が認められ、補助参加することができるが、これにはXに補助参加する場合と、Yに補助参加する場合とがありうる。Zが、もつぱら「過失がYにある」とだけ主張するのであれば、これはXの利害と一致するものだから、Xに補助参加することになろう。しかし、Zが「YでもZでもない、他の第三者に過失がある」と主張しようと考えているときには、Yからの「Zに過失がある」との主張に対抗することはあつても、積極的に「他の第三者に過失がある」ことを展開することまではしないであろうし、かりに主張したとしても、Xとは利害が対立する事実である以上、Xの主張と矛盾抵触して、その主張は効力を生じないことになるのだから（民

訴六九条二項)、かかる場合の X への補助参加というのは微妙な立場での参加といわざるをえない。

あるいは、Z が「屋内配線は土地工作物にあたらなない」ことを主張しようと考えるときには、Y に補助参加することになる。Y と利害が共通するからである。しかし、ここでも、たとえば Y が「屋内配線は土地工作物にあたる」ことは明らかであるとして争わず、むしろ Z に対して、自己の所有する建物の損害賠償を請求するために、「Z にこそ過失がある」ことのみを主張してくれば、Y と Z で完全に利害が一致するとはかぎらないことになる。

結局のところ、Z がどのような主張をするかにかんよって、X と Y のいずれとも共同戦線を張ることができ、またそのために補助参加できるとはいっても、必ずしも自己の立場を貫徹できない、複雑でしかも従属的な地位におかれるにとどまる。そこで、むしろ X が首尾よく勝訴すれば、それで本件の争いは決着をみるはずで、Z は解放されるわけだから、補助参加しないまま訴訟の成り行きを注視しているということも、Z のとるべき行動の一つの選択肢として考えられるところではある。

(三) 土地工作物責任訴訟における主観的予備的併合

まず、訴えの主観的予備的併合によつた場合の手続的規整を検討する。

X は、Y を主位的被告として、占有者としての損害賠償責任を求める請求をしつつ、これが認容されない場合に備えて、この請求とは論理的に両立しない、Z を予備的被告とする、所有者としての損害賠償責任を求める請求をあらかじめ併合して、訴えを提起する場合が、訴えの主観的予備的併合である¹⁹⁾。

この共同訴訟の審理においては、「過失が誰にあるか」「そもそも屋内配線は土地工作物にあたるか」は、この訴訟の結果に影響を与える主要な争点であるし、しかも Y と Z のいずれにも共通するものであるから、当然のことながら、

Xをも交えた、十分な攻撃防御が展開されることが予想される。⁽¹³⁸⁾ そのうえで、「過失はYにもZにもない」または「屋内配線は土地工作物にはあたらない」との判断がされないかぎり、少なくとも第一審では、Xはどちらかには勝訴できるはずである。「そもそも土地工作物にはあたらない」については、YとZのいずれにとっても有利な事実であるから、かりにYだけがこれを主張立証したとしても、Zもこれを援用し、防御に努めるであろうし、また、「過失が誰にあるか」については、他の第三者にあると認定されないかぎり、YかZのどちらかにあるはずであって、共同訴訟として併合審理を受けている以上、YとZとで共通に認定判断され、区々にならないことが期待されるからである。ただし、訴えの主観的予備的併合といっても結局は通常共同訴訟であり、そこでは共同訴訟人独立の原則（民訴六一条）に支配されることを前提とするかぎりでは、すでに指摘されているように、第一審においてさえ、YまたはZのいずれかに中断・中止原因が生じた場合などには足並みが揃わないことはありうるし、また、そうでなくても、弁論主義による制約の故に事実認定の統一が常に確保されるとはかぎらない、というのも確かである。しかしながら、それでもなお単一の裁判所によって、共通の証拠方法によって心証形成がなされる以上は、統一的な事実認定がされる蓋然性は高いとみてよいであろう。

そうして、そこでの事実認定にしたがって、「そもそも土地工作物にはあたらない」と認定判断されたならば、Xの敗訴判決がされることになるが、これがもともと実体法の予定する帰結なのであるから、Xの敗訴は不当なものではあるまい。これに対して、「土地工作物にあたる」と認定され、かつ「Yに過失がある」とされたときは、通説的な理解によれば、主位的請求認容判決のみがされ、逆に、「Zに過失がある」とされれば、主位的請求を棄却し、かつ予備的請求を認容する判決がされることになる。すなわち、Xは、少なくとも第一審においては、YまたはZのいずれかに一方に、必ず勝訴できるはずなのである。

問題となるのは上訴の場合である。すなわち、主位的請求の認容判決に対して Y が上訴を提起した場合、または、主位的請求を棄却し、予備的請求を認容した判決に対して Z だけが上訴を提起した場合などには、主位的請求と予備的請求とは別々に移審するとされ、その結果、共同訴訟としての二つの請求の併合関係が崩れるとされている。¹⁹⁾そのため、上訴審においては裁判の統一が保障されなくなるのではないかと批判されること、かかる批判に対して、意欲的でさまざまな解釈論が展開され、必ずしも裁判統一は不可能ではないと反論されていることは、すでに指摘してあるとおりである。

ただし、これら上訴の局面において、たとえば、主位的請求を棄却し、予備的請求を認容した判決に対して、上訴権をもつ X と Z がともに上訴すれば、二つの請求はともに移審して、上訴審における審判対象となるのであるから、上訴審においても併合関係はなお維持されるのであって、問題はないはずである。にもかかわらず、X が上訴せず、Z だけが上訴した場合には、主位的請求は上訴審での審判対象とはならず、予備的請求のみが上訴審において審理されたために、これを棄却する判決がされることがありえ、その結果、二重敗訴したのと同じ事態となることは、X の意思によって招かれたものであり、必ずしも不当な二重敗訴であるとはいえない面もある。¹⁹⁾そこで、批判されるべきは、裁判統一を望む X の意思をもってしても、不当な二重敗訴を避けられないことがありうるという意味での、裁判統一の欠如ということになろう。

(四) 土地工作物責任訴訟における訴訟告知と補助参加

では、訴訟告知、あるいはこれに連動するであろう補助参加によった場合の手続的規整はどうか。以下で、被告人 Z のとりうる行動に依じて、局面ごとに個別的な検討を加えることにする。いずれの場合も、X が不当に二重敗訴

する危険を回避しうるかどうかが鍵となるから、前訴でXが敗訴したときだけを検討すれば足りる。

（1）第一は、被告人Zが参加しなかった場合である。Zが参加していない以上、訴訟告知による効力だけが問題となる。

まず、①「火災発生⁽¹²⁾の過失はYではなく、Zにある」という理由で敗訴したときはどうか。前訴でもつばら「誰に過失があるか」が争われ、Xの主張に反しYの主張が容れられた結果、かえってZの過失が認定された場合である。

参加的効力説によれば、Xが敗訴しており、かつ「Zに過失がある」との判断はZに不利な事実であるから、訴訟告知による効力、すなわち参加的効力が生じることになる。私論でも、やはり訴訟告知による効力が生じる。「Zに過失がある」という敗訴理由が、そのままXのZに対する後訴請求を直接に根拠づけることになるからである。ただし、利害対立事項については除外されると考える立場からは、訴訟告知による効力は生じないことになる⁽¹³⁾。

そこで、「Zに過失がある」という判断について、Zは争えなくなるから、XはYに対する後訴で勝訴できそうである。しかし、その後訴で、Zは「そもそも土地工作物にはあたらない」との事実を争うことまでは妨げられず⁽¹⁴⁾、かかる事実の主張立証にZが首尾よく成功すればZは責任を免れうる。このような事態は、個別訴訟の原則、ないし紛争解決の相対性からすれば、起こりえないことではない⁽¹⁵⁾。もっとも、そもそも客観的事実として「屋内配線は土地工作物にはあたらない」というのであれば、Xの請求自体が前提を欠き、主張が失当であるのだから、Xは二重に敗訴することになったとしてもやむをえない結果ではある。

つぎに、②「そもそも屋内配線は、土地工作物にあたらない」という理由で敗訴したときはどうか。

参加的効力説によれば、Xが敗訴してはいるものの、これはZにとって不利な事実ではなく、むしろ有利な事実であるから、参加的効力は生じない。参加的効力は、あくまで敗訴の責任分担であって、Zの不利にのみ働くものだから

らである。私論によっても、同じく訴訟告知による効力は生じない。「土地工作物にあたらぬ」という敗訴理由が、Z に対する後訴請求を直接に基礎づけるものではないからである。なお、利害共通を効力の発生要件とみる立場によっても、訴訟告知による効力は否定されるであろう。

したがって、X の Z に対する後訴で「土地工作物にあたらぬ」との判断が拘束力をもつことはない。もつとも、かかる後訴というのはやや奇異な印象を与えないではない。というのは、X は、前訴で排斥されたにもかかわらず、その同じ理由をそのまま根拠として、Z に対して改めて後訴を提起しているからである。これも個別訴訟の原則からすれば、別段、不当であると非難されるまでのことはないとしても、後訴では、同じ事実関係でありながら、逆に「土地工作物にあたる」と判断され、かつ Z の主張立証によつて「Z に過失はない」と認定されれば、結果として、X は、前訴と後訴で別の理由によるものではあるが、二重敗訴することは避けられない⁽¹⁹⁾。まさしくかかる事態となったのが、前掲「405」判決である。

(2) 第二に、被告人 Z が告知人 X に補助参加した場合である。

まず、①「火災発生の過失は Y にはなく、Z にある」という理由で敗訴したときはどうか。Z が X に補助参加した場合なのであるから、Z は X とともに「Y にこそ過失がある」と主張して争ったはずであるが、にもかかわらず、かえって Z の過失が認定された場合である。

参加的効力説では、被参加人 X が敗訴し、しかも参加人 Z に不利な判断であるから、敗訴理由となった「過失は Y にはなく、Z にある」という事実について、X と Z に参加的効力が生じる。このことは訴訟告知による参加的効力が別に生じると考えても、結局は同じである。他方、補助参加した以上は訴訟告知による効力を考える必要はなく、補助参加による効力だけで足りると考え、有力説にしたがえば、この効力は、X、Y と Z の三者につき、やはり「過失

はYではなく、Zにある」という判断について生じる。「過失が誰にあるか」が争点となって攻撃防御が尽くされたものと考えられるからである。

いずれにせよ、後訴では、ZはXとの関係で「過失はZにある」との判断を争えなくなるのだから、実体法上の同一関係を確保することができそうである。⁽¹⁶⁾しかしながら、ここでも「土地工作物にはあたらない」という事実についてはブランクであるから、(1)①の場合と同じように、かかる事実をZは主張立証して、X敗訴の判決を求める余地は残り、結果として、Xは二重敗訴の危険に曝されることになる。

つぎに、②「そもそも屋内配線は、土地工作物にあたらない」という理由で敗訴したときはどうか。これはYの主張立証が成功したということであって、Xに補助参加しているZにとつても有利な事実である。

参加的効力説では、Xは敗訴しているものの、「土地工作物にあたらない」との判断はZにとつて有利な事実であり、参加的効力は生じないことになる。ZはXに補助参加しているのであり、かりにこのような主張をしても、Xの主張と抵触してその効力は生じず（民訴六九条二項）、参加的効力の除外事由に該当するからである（民訴七〇条）。

これに対し、補助参加による効力だけで足りると考え、かつ有力説の立場にしたがうならば、補助参加による効力は、補助参加人Zも十分に争ったといえる場合でなければ生じない。「土地工作物にはあたらない」との判断は、ZとXとでは利害が対立する事実である以上、Xに補助参加しているZとしては十分に争ったものと評価することができないのが通常であろう。したがって、有力説によっても、かかる判断につき補助参加による効力は、原則として、認めることはできないことになる。

結局のところ、前訴での「土地工作物にあたらない」との判断には、何らの拘束力も生じない。これは、(1)②の場合と同じ結論である。

(3) 第三は、被告人 Z が相手方 Y に参加した場合である。

まず、①「火災発生の過失は Y ではなく、Z にある」という理由で敗訴したときはどうか。Z は Y に補助参加しているから、Z は Y とともに「X の請求自体が失当である」と主張し、争ったはずであるが、これが排斥され、かえって Z の過失が認定された場合ということになる。

参加的効力説ではどうか、必ずしも明らかではないが、被参加人 Y は勝訴しているため、Y と Z で補助参加による参加的効力は生じない⁽¹⁹⁾。そこで、告知人 X と被告人 Z で、訴訟告知による参加的効力が生じるかどうかの問題となるが、相手方 Y への参加は不参加と同じと考え、これは (1) ①の場合と同じであって、X は敗訴しており、かつ Z にとっては不利な事実であるから、訴訟告知による参加的効力が X と Z とに生じるようになる⁽¹⁹⁾。あるいは、相手方への参加を導くような訴訟告知では効力を生じない⁽¹⁹⁾と考えると、X と Z には何らの拘束力も生じないことになる。

他方、相手方 Y への参加であっても補助参加による効力だけで足りると考え、有力説にしたがえば、補助参加による効力が、X、Y と Z とで「過失は Y ではなく、Z にある」という判断に生じるというためには、「過失が誰にあるか」をめぐって十分に攻撃防御が尽くされたことが必要である。「過失が誰にあるか」については Y と Z でまさに利害が対立するのだから、Y に補助参加している Z としては、必ずしも十分な主張立証ができないとみるのが通常であろうし、かりに主張立証したとしても、Y のそれと抵触し、効力を生じないものである(民訴六九条二項)。したがって、原則として、補助参加による効力は生じない⁽¹⁹⁾と考えることになる。

したがって、「過失は Z にある」との判断に訴訟告知による拘束力を認める立場によつてのみ、X と Z との後訴において、Z は反論できないことになる。しかし、Z は現に補助参加したのであり、いかに訴訟告知による効力としてで

あれ、かかる判断にZが拘束されるとし、参加した場合を超えた不利益を課されるのは不当、不合理であることはすでに検討したところである。¹⁹ かりにZを拘束しても、「土地工作物にはあたらない」との判断がなお留保されている以上、Xの二重敗訴の危険が避けられないことに変わりはない。

つぎに、②「そもそも屋内配線は、土地工作物にあたらない」という理由で敗訴したときはどうか。ZがYに補助参加し、Yとともにもつぱら「Xの請求自体が失当である」と主張し、これが認められた場合である。

参加的効力説によれば、YとZとでの補助参加による参加的効力は、Yが勝訴しているために生じないから、告知人Xと被告人Zでの訴訟告知による参加的効力が問題となるだけである。そして、相手方への補助参加は要することに参加であると考えれば、(1)②の場合と同じであり、Xは敗訴してはいるが、Zにとっては有利な事実であることから、訴訟告知による参加的効力は生じない。また、そもそも相手方への参加を導くような訴訟告知は効力を生じさせないと考えると、やはりXとZには何らの拘束力も生じないであろう。したがって、Xは、Zに対して、前訴において敗訴した理由を再び請求原因として後訴を提起することになる。その後訴では、「過失が誰にあるか」「土地工作物にあたるか」のいずれについても、XとZを拘束するものではないから、改めて攻撃防御を展開しなければならぬことになる。²⁰

これに対し、相手方への補助参加とはいえ参加した以上は、補助参加による効力だけで足りると考えて、有力説にしたがえば、「土地工作物にはあたらない」という事実、YとZで利害が共通する事実であって、Yに補助参加したZとしても十分に争ったと評価することができるであろうし、また、Xとしても主張立証を尽くしたはずであろうから、かかる判断につき補助参加による効力が、X、YとZの三者について生じるとみてよいであろう。したがって、Xが、前訴の敗訴理由をそのまま請求原因として、後訴を改めてZに提起したとしても、Zは「そもそも屋内配線は

土地工作物にあたらない」との判断に生じている拘束力を援用して、X に対抗できることになる。¹⁵¹

2 主観的予備的併合と訴訟告知の交錯

(一) 訴訟告知の限界

すでに検討したところから得られる結論は、土地工作物責任訴訟において、訴訟告知、ないしこれに連動するであろう補助参加による手続的規整では、原告が不当に二重敗訴する危険を避けることができない、すなわち実体法上の択一関係を訴訟上にも反映させ、必ずしもこれを確保することはできない、ということである。¹⁵²客観的事実として「そもそも屋内配線は土地工作物にあたらない」ことが明白であるのであれば格別、この認定判断がその訴訟における審理いかんによって動く可能性があるかぎり、「過失が誰にあるか」についてだけ拘束力を認めたとしても、結局は、不当に二重敗訴してしまう危険がつきまとうからである。かかる結果を回避するためには、「屋内配線は土地工作物にあたる」との判断と「過失が Y または Z にある」という判断のいずれについても拘束力あるものとしなければならぬが、このように二つの事実について拘束力を認めることは、検討した、どの見解によっても困難なのである。

このことは、訴訟告知と、これに連結させられうる補助参加という制度の限界を意味するものといえよう。訴訟告知そのものは、すでに指摘したように、そもそも特殊で例外的な制度であるとみるべきだから、これに強大な効果を与えること自体が疑問とされなければならないだろうし、また、補助参加による効力について、通説とされる参加的効力説によるのではなく、より強力に紛争解決の一回性を指向する有力説の立場にしたがって考えても、¹⁵³なお拘束力を及ぼしえないブランクの部分が残ってしまうことが、その証左となろうからである。

ひるがえって、かりに訴訟告知ないし補助参加によって必要かつ十分な拘束力を獲得しうることを仮定したとしても、前訴で敗訴した原告は、改めて後訴を提起するのてなければ、権利保護を受けることはできない。このことは最終的な紛争解決のための機会が分断され、先延ばしされるということであり、原告にとっては、前訴で敗訴しているとはいえ、二度の訴訟提起が必要になるということである。これも、ある意味で、訴訟告知ないし補助参加によつたときの必然的な制約といふことができる。

もつとも、前訴での判断には拘束力がはたらいているのであるから、後訴裁判所における審理負担はそれほど重いものにはならないのではないかと考えられないではない。しかしながら、そもそも前訴の判断について拘束力を生じさせるためには、前訴判決の確定をまたなければならぬのだし、その拘束力には、既判力とは異なり、除外事由が付されている以上（民訴七〇条）、訴訟告知、あるいは補助参加による効力が果たして生じているのかどうか、その範囲はどこまでであるのか、後訴裁判所は、前訴における訴訟経過などを精査しながら慎重に審理せざるをえないことになる。¹⁵⁴したがって、前訴だけで決着がつかず、全面的で最終的な紛争解決が後訴に持ち越されるかぎりにおいて、訴訟告知および補助参加という訴訟形式が、訴えの主観的予備的併合を認めたときよりも、迅速で経済的であるとの言明には、¹⁵⁵にわかに首肯し難いように思われる。

（二）主観的予備的併合と訴訟告知の機能分担

実体法上の択一関係が問題となる場合において、択一義務者とともに訴訟に引き込む機能を果たしうるという点では、訴えの主観的予備的併合も訴訟告知も、同じであるとみてよい。訴えの主観的予備的併合についてはいうまでもないが、訴訟告知を受けながら訴訟に参加しない場合でも、参加義務はないとはいえ、参加したものとなさる、判

決の効力が及ぶことがあるし、また、そうである以上、参加しなければならないのではないかという心理的強制が被告知人にはたらくとみられるからである。⁽¹⁶⁾ そのような意味で、これら二つの訴訟形式が機能的に交錯するとみるもの故のないことではない。

もつとも、訴えの主観的予備的併合によるときは、択一義務者を共同被告として、すなわち当事者として引き込むことができるのに対して、訴訟告知の場合には、そもそも被告知人の参加を得られないことがあるだけでなく、被告知人が補助参加してきたときでも、それはあくまで補助参加人としてでしかない。両者の手続的規整の違いを考えるにあたつて、この差は決定的である。

当事者として訴訟に引き込まれる、あるいは参加するということは、その者には十分な手続権が保障されるということの意味する。他の共同訴訟人との間で互いに制掣されることはないし、また、相手方当事者に対しても、自己の利害状況に応じた主張を貫徹できるということである。その反面で、自己の名において判決効を受けることにはなるが、むしろその故に、手続権の実質的な保障が要請されているともいえよう。これに対して、補助参加人として参加する場合は、被参加人との利害共通が補助参加の基礎的要件となつているために、補助参加人はあくまで被参加人の勝訴を導くことによつて自己の地位の保全を図るという、いわば片面的な主張しかなしえない。すなわち、補助参加人は、被参加人に従属する地位にある以上、被参加人と矛盾抵触する主張をしても、その効力は否定されるのである(民訴六九条二項)。ただ、このような制約されたかたちでの手続権の保障にとどまるが故に、補助参加人が受ける判決の効力も、除外事由が付された限定的なものにとどめられている(民訴七〇条参照)。これは、補助参加制度の構造的ないし内在的限界を示すものであると同時に、その特徴をなすものでもある。

事案が比較的にみて単純であり、勝敗を決するような争点が単一であるという場合であれば問題はないのかも知れ

ない。しかしながら、前述の土地工作物責任事例のように、補助参加人が、被参加人とも相手方とも、全面的に利害状況が一致するとはかぎらないような場合には、結局、いずれに参加しても自己の主張を貫徹できないという中途半端な地位におかれ、万全の態勢を整えて共同戦線を張ることができないという窮地に追い込まれてしまう。その結果、いずれかに補助参加したとしても、訴訟追行が制約される以上、そこで受ける効力も限定されざるをえず、利害相反の主張については、抵触行為がされたかぎり、拘束力を生じさせることはできないことになる。そうかといって、被告知人が訴訟には補助参加しないという選択をしても、参加しなかった被告知人に対して及ぼしうる判決の効力は、すでに検討したように、きわめて限定的に捉えられなければならないという制約がある。したがって、かかる状況においては、いずれにせよ、訴訟告知、あるいはこれに連動するであろう補助参加をもつては、必ずしも十分には手続的に規整しないことがあるというのは、ある意味では当然の帰結であるともいえよう。

ただ、だからといって、訴訟告知ないし補助参加による手続的規整をより実効的なものとすべく、紛争解決の一回性を強調して、これらの効力を一層、強大なものとして獲得せしめ、あるいは判決効のより広範な拡張を正当化しうるような解釈論が模索され、構築されることが要請されるべきである、とまでいえるのかどうか、少なくとも現行法制度の枠組みのもとでは、直ちに決し難い問題であるように思われる。¹⁹⁾ 補助参加における参加人と被参加人の間だけでなく、さらには相手方をも含めて、判決効の拡大を推し進めようとすればするほど、補助参加と他の訴訟参加形態、たとえば共同訴訟的補助参加などとの限界が曖昧なものとなることは免れえず、制度的に分化させたことの意味が問われなければならないだろうからである。²⁰⁾

【注】

(135) 前掲「105」判決の事案では、X はまず Y に対して訴訟を提起しており、Z からの別訴に対して X が反訴を提起、この別訴において Y に訴訟告知をしたが、Y は参加しないまま、別訴と反訴において X 敗訴の判決が先に確定したため、焦点は、当初の X の Y に対する訴訟の行方に移り、そこでの Y に対する訴訟告知による効力が争われたという経過をたどっている。本文の事例では、より単純化のため、Y に対する訴訟を先行させ、そこで Z に対して訴訟告知をし、X が Z に対して提起するであろう訴訟を後訴として置き換えることにした。

(136) 本文の事例では、X が Z に訴訟告知をしているが、Y が Z に訴訟告知をするということもありえよう。X との訴訟で「過失は Y にある」との理由で敗訴した Y は、改めてむしろ「過失は Z にある」と主張して、所有者である Z に対して損害賠償を求めることを考えるであろうし、あるいは、X の主張は失当であることを立証するために、Y は同じ扱一的義務者である Z に協同を求める、ということも考えられるからである。

(137) というまでもなく、主位的被告をまず Z とし、ついでこれに対する請求が認められなかったときに備えて、予備的被告を Y とする請求をこれに併合して、その審判を申し立てるという場合も、これらの請求は論理的に両立しないものである以上、やはり訴えの主観的予備的併合となる。

(138) 訴えの主観的予備的併合においては、X としては、その請求を理由づけるために、Y に対しては「Y に過失がある」と主張し、他方、Z に対しては「Z に過失がある」との主張をすることになるから、そのかぎりでは矛盾した主張となる。しかし、この共同訴訟は、単純併合ではなく予備的併合なのであって、客観的予備的併合とも異なり、X が主張する相手方である被告がそれぞれ別の者である以上、一方当事者に対する関係での主張は他方当事者に対する関係では当然には訴訟資料とはなるものではないことから、そのような X の主張は一貫性を欠くことにはならず、したがって主張自体失当とはならない、とされる。この点、木川・前掲注(2)二〇九頁、滝川・前掲注(2)一二二頁、山下・前掲注

(43) 二一九頁参照。

(139) この共同訴訟においては、「過失が誰にあるか」は Y と Z で利害が対立するが故に、逆説的ではあるが、Y と Z に共通した主要な争点となつて十分な審理が尽くされることが期待されうるのである。したがって、ここでは、予備的被告が受

けることになる。と批判される、訴訟上の審理過程における不利益、不安定については（この点、前掲注（37）およびそこでの本文参照）、それぞれの被告に固有な争点がある場合にはともかく、さほど深刻なものとは必ずしもみられないし、かかる審理に関与する機会を保障されているほうがむしろ利益となるといえないのではないのである。

（140）この点、前掲注（31）およびそこでの本文参照。

（141）たとえば、小島・前掲注（29）三〇四頁が、「裁判の不統一が上訴審において生ずる危険は、慎重で意欲的な当事者を前提とする限りは、その頻度においてさほど高くはない」というのは、かかる趣旨において捉えられうるものであろう。ほかに、滝川・前掲注（2）一一六頁、一一七頁なども参照。

（142）この点、前掲注（12）およびそこでの本文参照。すでに指摘したように、この立場の意味するところは必ずしも明白ではない。利害共通事項を「過失」という枠で捉えるならば参加効力は生じるのであろうし、Yの主観的な意図の点で利害対立を捉えるならば生じないということであろう。

（143）いうまでもなく、Zは「火災発生原因は屋内配線の漏電によるものではない」など、他の主張をして、そもそもXの請求自体が失当であることを争うことができる。しかし、以下の検討においては、単純化のために、これらの防御方法を「そもそも屋内配線は土地工作物にあたらぬ」という主張に代表させることにする。

（144）前訴では、「土地工作物にあたるか」ということが問題にすらされず、よって裁判所がこれにつき判断しないまま、「Yには過失がない」との理由だけでXが敗訴しているということも十分に考えられる。棄却の理由は一つで十分だからである。かりに前訴で「土地工作物にあたる」との実質的な判断がされていたとしても、以下の本文で検討するように、かかる事実には何らの拘束力もはたらかないから、結局、後訴で異なる判断がされることは避けられない。

（145）上原・前掲注（80）一二六頁は、前掲「45」判決につき「そもそも本件のような所有者と占有者のいずれかに損害賠償を請求する事例では、告知が行われても原則として訴訟告知の効力は生じないということの意味するのかもしれない」と述べ、訴訟告知の限界を示唆する。なお、木川・前掲注（2）二一八頁参照。

(146) なお、参加的効力説では、X と Z だけが拘束され、Y にまで及ばないから、Z は、X に敗訴した後、「Y にこそ過失がある」と主張して、Y に対して求償請求訴訟を提起することは妨げられないことになるが、有力説では、かかる主張を遮断でき、Y と Z の訴訟で「Y に過失がある」との事実を蒸し返すことはできなくなる。この点は、本稿の主題である第一関係の確保という問題にかかわるものではないが、つとに指摘される参加的効力説によるときの、相手方と参加人との争いが残されるという結果を改めて認識させるものである。

(147) したがって、Z は、X からの後訴で敗訴した後、なお「Y にこそ過失がある」と主張して、Y に対して求償請求訴訟を提起することは妨げられないことになる。この点は、前掲注 (146) の場合と同じである。

(148) ただし、利害が共通する場合にかぎると考えるならば、その意味いかんにもよるが、否定されることもありうる。この点、前掲注 (142) を参照。

(149) この点、前掲注 (134) およびそこの本文参照。

(150) このような結論は、Z が補助参加したことの意味を全く無にしてしまうものであるように思わせる。しかし、参加的効力説によるかぎり、やむをえない結論である。

(151) そのかぎりでは X は二重に敗訴することになるが、これは不当な二重敗訴ではない。そもそも「土地工作物にあたらぬ」という理由によるものである以上、X の請求が前提そのものを欠くのであって、承認せざるをえない結果であり、むしろこれが実体法上の帰結でもある。

(152) もっとも、補助参加による効力についての有力説にしたがうときは、具体的訴訟経過いかんによつて、「過失が誰にあるか」「土地工作物にあたるか」のいずれもが現実には主要な争点となつて十分に審理が尽くされ、いずれも理由中において実質的に判断されたものと評価できる場合には、これらの判断に拘束力を与えることが可能となるであろうから、そのかぎりでは二重敗訴の危険は避けられるとはいえようし、他方、参加的効力説によつても、一般に、信義則などによつて主張の蒸し返しが禁じられうることを是認するならば、やはり不当な二重敗訴を免れうることはなろう。しかし、本文での検討にあたつては、さしあたり、これらのことは視野に入れられていない。なお、この点については、さらに後掲注

(153) も参照。

(153) 本文では、補助参加による効力についての有力説に立つときでも、なお「争点かぎりの参加」「争点かぎりの上訴」論によらずに検討を加えたにすぎない（この点については、前掲注(99)およびそこの本文参照）。そこで、これらの解釈論を支持するならば、補助参加人は被参加人と利害が対立する争点についても、柔軟かつ十分に攻撃防御を尽くすことが期待され、また可能でもある余地がでてくるから、それだけ補助参加による効力が生じる範囲を拡大せうであろうと考えられる。

(154) 現に補助参加がなされた場合は別としても、訴訟告知がされたにすぎない場合には、果たして被告人に参加の利益があったかどうか、実質的な審査を経ていない以上は、後訴において、まずもってこの点の審理が必要となるはずである（この点につき、前掲注(72)およびそこの本文参照）。また、補助参加がなされた場合には、有力説にしたがえば、前訴における訴訟経過はまさに重要な鍵となるし、参加の効力説によっても、民訴法七〇条に規定される除外事由の有無や客観的範囲の画定のためには、やはりかなりの程度まで前訴の内容に踏み込んだ審理が必要になるといわざるをえない。なお、前掲注(103)およびそこの本文以下も参照。

(155) ただし、この問題はあくまで相対的な評価でしかないというまでもない。訴えの主観的予備的併合を認めれば、確かに後訴の問題は生じないから、訴訟告知ないし補助参加によるときよりも迅速かつ経済的であるかというところともかぎらないのである。共同訴訟であつて複数の被告がかかわり、しかも主位的被告、予備的被告と順位指定された審判がされることを前提とする以上、それだけ錯綜したものとなるだろうからである。訴訟告知ないし補助参加によるときでも、原告が前訴で勝訴すれば後訴は無用となるのだから、そのかぎりでは迅速で経済的だとさしあたりはいえようが、これも事案いかんである。なお、木川・前掲注(2)二一四頁、二一八頁のほか、滝川・前掲注(2)一一八頁も参照。

(156) そのために、訴訟告知を受けること自体が被告人にとって過大な負担となるのではないか、との懸念が生じるのである。この点について、前掲注(68)およびそこの本文以下、とくに前掲注(71)およびそこの本文参照。

(157) このことは、たとえば、昭和五五年仙台高裁判決の事案のような、やはり択一関係である無権代理事例においても同じ

である。訴訟告知を受けた Z (代理人・またはそのように主張される者) としては、有権代理であることを主張して X (契約の相手方) に補助参加して勝訴すれば、Y (本人・またはそのように主張し、主張される者) から不法行為による損害賠償請求を受けることになろうし、逆に、無権代理であることを主張して Y に補助参加し勝訴すれば、X から無権代理人としての責任を追求されることになるのであつて、X と Y のどちらに補助参加して、勝訴を導いても何らかの責任は免れないことになってしまう。これを避けようとするれば、そもそも契約そのものが不成立ないし無効であつて、X の請求権が存在であることなどを主張するほかないことになるが、これが Y と利害が共通するとはいつても、Y がこの主張について訴訟追行を協同してくれる保障はない。

さらに、択一関係と同列に評価してよいとされる先決関係 (この点、木川・前掲注 (2) 二一頁など参照)、たとえば、昭和四三年最高裁判決の事案のような、追奪担保事例においても、やはりこのことは妥当する。訴訟告知を受けた Z (売主) は、Y (買主) に所有権があることを主張して Y に補助参加して勝訴すれば、X (真の所有者・またはそのように主張する者) から不法行為による損害賠償請求を招来するであらうし、逆に、X に所有権があると主張して X に補助参加して勝訴すれば、今度は Y から売主の担保責任を問われることになるのである。Z がこれを不当と考えるならば、そもそも X は真の所有者ではないことを主張立証していくほかないが、かかる主張は、Y とは利害共通の主張ではあるとしても、やはり Y がこれに協力するとはかぎらないことには変わらない。

いずれにせよ、無権代理事例においても追奪担保事例においても、被告知人 Z は、告知人 X (または Y のこともある) か相手方 Y (または X のこともある) のどちらとも完全に利害の一致をみて、共同戦線を張るのは難しい場合がありうるということである。そうであれば、本文で詳細に検討したように、土地工作物責任事例と同じ帰結が導かれてくるといえるだろう。このように考えてくると、一般的にいつて、択一関係では、先決関係も含めて、訴訟告知ないし補助参加によつては、実体法上が要求する結論を訴訟上においても十全に確保することは困難である、ということを意味するもののように思われる。

(158) この点、補助参加による効力についての有力説が主張するような、判決理由中の判断に既判力ないし争点効を是認しよ

うとする、判決効の拡大化傾向と、そこで実質的根拠として据えられている手続権の保障を媒介として判決の拘束力を正当化するという思考方法に対して、鋭く根本的な批判を展開するのは、木川・前掲注（92）一七八頁以下である。とくに、同・一八四頁では、判決効の拡大路線と減縮路線とのいずれをとるべきかにつき「双方の思考は、論理の斉合性で決著をつけうる問題ではないのである。歴史と経験の次元において、いずれの思考が全体としてよりよく機能するかの問題なのである」とされ、少なくともドイツ法の系統を引く日本法のもとでは、既判力の範囲を抑えるのが「相対的紛争解決の機能を、迅速かつ経済的に確保する所以である」と述べられている。これは、民事訴訟システム全体にかかわる問題でもあり、ここで軽々に論じることとはできないが、一つの貴重な指摘であることは確かであろう。

（159）拡大化方向を目指す論者は、たとえば、井上治典「参加『形態論』の機能とその限界」『多数当事者訴訟の法理』三一四頁（一九八一年 弘文堂）が、「第三者の実現すべき利益が同一であるかぎり、たまたま第三者の選択したルートがちがうというだけで、まったく異なった手続効果が与えられ、必要な利益または目的を達成できないようなことになる事態はできるだけ避けるべきではないか」というように、制度的分化を積極的に排し、各制度を弾力化ないし流動化させることを意図するものであるかのごとくみえる。とりわけ、補助参加についていえば、「争点かぎりの参加」「争点かぎりの上訴」（この点、前掲注（99）およびそこの本文参照）などの解釈論に、このことがうかがわれるといつてよいだろうが、このことは同時に、上田徹一郎「判決効の範囲」一二五頁注（22）（一九八五年 有斐閣）が、「從属的地位でのみ訴訟に関与し、被参加人との間での参加的効力以上のものを望まぬ参加人の存在を認めるか、否か、の問題である」と指摘するように、補助参加制度そのものの存在理由にかかわってくる問題でもある（この点、前掲注（100）も参照）。参加人の從属性を打破し、その独立性を高めるべきなのかどうか、一つの分水嶺となつてみるとみるのは、現実の訴訟追行の局面において補助参加制度が担っている機能、期待される役割についての認識である。一方では、兼子・前掲注（108）三八七頁がいうように、「単に他人を助太刀して訴訟をした結果が、自ら自己の訴訟をしたと同様の結果を蒙ることは実際上も酷である」との認識に対して、新堂・前掲注（96）二六五頁は、「他人の訴訟に補助参加することは、たんに被参加人の手助けという印象を免れない」が、「参加人は、自分が当事者になる場合と同等かそれ以上の時間、費用、労力を注ぎ込むの

がふつうである」とされるのである。まず、この点について十分な現状分析ないし説明がされるのでなくては、実りある議論は期待し難いように思われる。

五 おわりに

1 主観的予備的併合の必要性

思うに、訴えの主観的予備的併合は、実体法上の択一的な論理関係を訴訟上においても確保し、原告が不当な二重敗訴の危険に曝されないために、必要な訴訟形式であるというべきではなからうか。

これまで検討してきたように、訴訟告知、ないしこれに連動する補助参加によつては、かかる択一関係を必ずしも十全に規整しうるとはかぎらないのだし、しかも、他に適切で、これに代替しうる訴訟形式はさしあたり考え難いとするならば、実体法が要請する帰結である、択一的義務者のどちらかには訴求できるはずの権利が訴訟においては保護されないことがありうるという結果を、原告は承服しなければなるまい。昭和四三年最高裁判決が支持したとみられる、訴えの主観的予備的併合を不適法なものとする理由は、予備的被告が「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、原告の保護に偏する」からであると、かりに是認するとしても、その故に、実体法上、保障されるはずの権利が訴訟においては確保されないことがありうるというのでは、かえって当事者の公平にもとるものであつて、いかにも不合理な結論ではなからうか。かかる必要性こそが、訴えの主観的予備的併合の正当性ないし許容性を基礎づける、といわなければならぬ。

したがって、かかる必要性がない場合には、訴えの主観的予備的併合が許容されうべき正当性を欠くことになる。

すなわち、択一関係という実体法上の論理性から、択一義務者のうち一方に対する権利は他方に対する権利が不成立のときにはじめて成立するという関係にある場合、言い換えれば、他方に対する権利を不成立とさせる事実が一方に対する権利の成立を理由づけるという関係にある場合に、はじめて許容されうべきものとなるのであって、まさにこれが「予備的」ということの意味であると解すべきである⁽¹⁶⁾。かかる実体法上の論理関係は、その事実関係いかによって当初から客観的に定まっているはずであるから、原告の意思に委ねることのできる性質のものではない。したがって、そのような法律上の関係にはない場合であるのに、原告の意思をもつて、訴えの主観的予備的併合という併合形態におくことにより、訴訟上でも択一関係を確保する必要性はないと解すべきことになる⁽¹⁶⁾。

もつとも、以上のように解しても、必要性があるからといって、不適法説の掲げる根拠である、①裁判統一の保障の欠如と、②予備的被告の地位の不安定、不利益は、なお解消されるわけではない。かかる併合の必要性は、文字どおり必要条件にとどまり、十分条件ではないからである。そこで、これらに対処すべく、裁判の統一を確保し、予備的被告を不安定な訴訟上の地位におかず、不利益を与えないようにするための手続的な方策が検討されなければならない。

2 主観的予備的併合の審判

(一) 判決

すでに述べたように、訴えの主観的予備的併合が許容されうべき局面では、実体法上の択一関係が基礎にあること

が前提であり、これが「予備的」ということの意味であると解するならば、つぎのことが導かれてこよう。

まず、訴えの主観的予備的併合では、予備的請求を認容しようとするときには、主位的請求を必ず棄却した後でなければならず、逆に、主位的請求が認容されたときは、予備的請求は必ず棄却される運命にあるはずである。いうなれば、主位的請求に対する判決と予備的請求に対する判決とは、表裏一体の関係にあるはずのものである。にもかかわらず、請求の趣旨として、原告が、主位的請求が認容されるのであれば予備的請求についての審理を求めない、予備的請求について判決は不要である、との申立てをしているからといって、このような原告の意図を、裁判所は尊重して、予備的請求については審判してはならないとの態度を墨守し、これに固執することは、適正で健全な手続的規整であるとは考えられない。いくら原告の申立てを超えて判決することはできない（民訴一八六条）との処分権主義がはたらくとはいっても、訴えの主観的予備的併合の場合においてかかる取扱いを承認することは、結局のところは、原告の恣意を認めることにほかならず、許されるべきではないのではなからうか。

もともと、これまでの通説的な理解である「解除条件付き」という法的構成は、原告の申立てが、主位的請求が認容されない場合にはじめて予備的請求について審判を求めるという趣旨である以上、これに裁判所は拘束されなければならぬことを所与の前提として、そこから逆に、主位的請求が認容されたときには予備的請求についての判決をすることができないとする効果を合理的に説明するために、その条件は「解除条件」となるはずである、と帰結してきたものである。主位的請求が認容された場合において、これが客観的予備的併合の場合であれば、実質的に紛争の全部が決着したものとみて、重ねて予備的請求について棄却判決を受けることに被告は正当な利益をもたないとしても、特段の不都合はないということではきよう。しかし、主観的予備的併合の場合には、予備的請求が、認容判決を受けた主位的被告とは別の予備的被告に向けられたものである以上、主位的請求の認容判決だけでは決して紛争全体の決着

をみていないのであって、予備的被告にとつては棄却判決を受ける正当かつ固有の利益があるといわなければならない。客観的予備的併合と主観的予備的併合とは、その実質としては似て非なるものである以上、通説的な法的構成がするような同列の取扱いはできないのであって、複数の当事者がそれぞれに固有の利益をもって訴訟に関与しているという本質を直視するならば、異なつて扱われてしかるべきなのである。

したがって、訴えの主観的予備的併合においては、予備的請求を認容するときには主位的請求を棄却する判決をしてからでなければならないのは、これまで通説的理解も認めてきたところであり、いうまでもないが、逆に、主位的請求を認容するときには、併せて予備的請求を棄却する判決を必ずしなければならないものと解する。これをせずに、主位的請求を認容しただけの判決は、かたちのうえでは一部判決であるようにみえるが、二つの請求は表裏一体の關係にあるが故に、そもそも一部判決が許されない場合にされた、違法な瑕疵ある全部判決なのであって、もはや予備的請求についての追加判決の余地はないと解すべきである¹⁰⁹。そこで、この違法な一部判決に対して上訴があれば、訴訟の全体が移審して、上訴審での審理に服することになり、全体として取り消しうべきものとなると解する¹¹⁰。

（二）審理

つぎに、訴えの主観的予備的併合における審理においては、実体法上の択一關係が基礎にある以上、択一的義務者と権利者との間で矛盾のない統一的な判断の必要がある、言い換えれば、原告が、不当に二重敗訴し、または二重勝訴したりすることがあつてはならないという意味で、合一確定が要請されるべき場合であり、そのための手続的規整として、少なくとも、共同訴訟人独立原則（民訴六一条）の適用を排除することがまず考えられなければならない。

（一）その論理としては、訴えの主観的予備的併合では、すでに検討したように、主位的被告と予備的被告としての

地位に就けられた択一的義務者の間には、客観的にみて利害の対立があることを考えるならば、その訴訟構造は、三面訴訟である独立当事者参加訴訟（民訴七一条）に準じるものとみることができ、そこでの規整（民訴七一条による民訴六二条の準用）に服すべきものと解することができよう。⁽¹⁷⁾ もっとも、そうはいっても、必要的共同訴訟についての特則である民事訴訟法六二条が、訴えの主観的予備的併合においても全面的に準用されなければならないとするまでの必然性はない。二つの請求が実体法上は両立しないという「予備的」関係が、訴訟において損なわれなにかぎり、準用されれば足りるというべきである。独立当事者参加訴訟（民訴七一条）において民事訴訟法六二条が準用されるのは、三者間に相互的な牽制関係が存するために二者間で他の一人を除外して解決してしまうことを許さないことに根拠があるのだから、訴えの主観的予備的併合においても、そのように扱えば足りるはずだからである。⁽¹⁸⁾

(2) そこで、まず、訴訟の統一的進行を確保するために、期日を全員について共通なものにしたうえで、当事者のいずれか一人に中断・中止原因が生じたときは、その効力は全員に及ぶものと取り扱うべきである（民訴六二条三項の準用）、弁論の分離も許されないとしておく必要がある。⁽¹⁹⁾

つぎに、いずれか一方の請求について一人がした訴訟行為は、他の当事者に対して不利益となるものであるときは、その効力は生じないものと解すべきである（民訴六二条一項の準用）。したがって、自白者以外の者にも不利益を及ぼすような自白は、自白事実は不要証となるが故に（民訴二五七条）、一人の当事者にとつてのみ有利な訴訟状態が形成される以上、その自白によって不利益を受ける者が自白事実を争うかぎり、その効力を認めることはできないと解すべきである。⁽²⁰⁾ また、いずれか一方の請求についてなされた、訴えの取下げ（民訴二三条）、および請求の放棄については、他方の請求についての弁論を分離し、あたかも別訴として審理すれば足りるのであり、他方の請求についての

判決が認容であれ棄却であれ、論理としては、実体法上の扱一關係を損ない、これと矛盾するものではないから、原告の意思に基づいて、取下げの場合には相手方の同意を得るなど（民訴二三六条二項）、有効にされたものであるかぎり、認められてよいと解する。⁽⁶⁶⁾このように解すると、主位的被告と予備的被告のいずれかには勝訴できるはずであるという実体法上の論理的帰結が訴訟においては反映されずに、どちらにも敗訴したのと同じ結果となることがありうるが、訴えの主観的予備的併合という訴訟形式を利用するかどうか、そもそも原告の意思に委ねられていると解する以上、⁽⁶⁷⁾原告が不当に二重敗訴した結果と同視することはできず、非難されるまでのことはないのではなからうか。これに對して、一方の請求についてする請求の認諾は、請求の放棄の場合とは逆に、原告が二重勝訴したのと同じ結果が生じうるために許すことはできないし、また、訴訟上の和解についても同様であると解されよう。⁽⁶⁸⁾

(3) さらに、一人でも上訴すれば、全員について判決の確定が遮断され、全訴訟が移審するものと解すべきである。⁽⁶⁹⁾そこで、敗訴しながらも自らは上訴しない者がいる場合に、この者は上訴審でいかなる地位に就くのが問題となる。

まず、①主位的請求、予備的請求がともに棄却された場合は、上訴権をもつのは原告だけである。そこで、原告が上訴し、上訴審においてなお予備的併合を維持しようと考えるときは、⁽⁷⁰⁾主位的被告、予備的被告ともに被上訴人の地位に就くことになる（民訴六二条二項の準用）。つぎに、②主位的請求認容、予備的請求棄却の場合はどうか。原告は主位的請求で勝訴している以上、予備的請求で敗訴していても、これについては不服の利益をもたないというべきであるから、上訴できるのは主位的被告だけである。そこで、主位的被告が上訴すると、原告は被上訴人となるが、予備的被告については、自らは原判決に不服を申し立てていないだけでなく、主位的被告とは利害対立關係にあることから、被上訴人の地位に就くとみるのが、その実質としては近いものと解されよう（民訴六二条二項の準用）。⁽⁷¹⁾さらに、③主位的請求棄却、予備的請求認容の場合には、やや複雑な状況を呈する。かかる場合にも原告に不服の利益が

あるかどうかが問題であるが、主位的請求と予備的請求とが必ずしも等価値であるとはかぎらないことを考えるならば、予備的請求について勝訴していても、原告は上訴権をもつと考えてよい。¹⁸²そこで、上訴できるのは原告と予備的被告であるが、第一に、これらの双方が上訴したときには、どちらの者も上訴人となるから、主位的被告は、いずれにせよ被上訴人となる。第二に、予備的被告のみが上訴したときは、原告は被上訴人となるが、ここでの主位的被告は、②の場合と同じの理由から、やはり被上訴人の地位に就くとみうることになる。¹⁸³第三に、原告のみが上訴したときには、主位的被告は被上訴人である。予備的被告については、被上訴人となつた主位的被告とは利害が対立する関係にあることを考えれば、②の場合とは逆に、むしろ上訴人の地位に就くとみるのが、その実体に適うもののように思われないではない。しかし、少なくとも予備的被告自らは敗訴していながら、原判決に不服を申し立てていない以上、上訴人としての地位に就くことを擬制するのはあまりに技巧的にすぎ、その受動的態度にかんがみて、結局は、被上訴人の地位に就くと解することになる。¹⁸⁴したがって、訴えの主観的予備的併合の場合、敗訴し、上訴できるのに自ら上訴しなかつた者は、常に被上訴人たる地位に就くと解されることになる。¹⁸⁵

以上のように解するとすると、たとえば、②の場合に、予備的被告は上訴人の地位に就くのではないから、予備的請求を棄却した判決についての上訴の提起を擬制することはできず、上訴審における審判範囲についての一般原則にしたがうかぎり(民訴三七七条、三八五条参照)、予備的請求を棄却した判決はそもそも上訴審での審判対象とはならないはずである。しかしながら、訴えの主観的予備的併合における二つの請求は、一方が認容されるときは他方は棄却されなければならないという、まさに表裏一体の関係にあるのであって、その判決についての合一確定の要請を確保するためには、被上訴人たる地位に就けられた者からの付带上訴(民訴三七二条、三九六条)をまつまでもなく、上訴されなかつた請求についても上訴審における審判対象となるものと解さなければならないことになる。¹⁸⁷すなわち、

たとえば、②の場合において、上訴審における審理いかんで、主位的請求が棄却され、かえって予備的請求が認容されるという事態が生じうることになり、上訴しなかった予備的被告にとっては、結果として原判決が不利益に変更されることになるが、そのかぎりでは、上訴における一般原則である不利益変更禁止の原則は、合一確定の要請のまゝに譲歩せざるをえないというべきである。

3 主観的予備的併合の許容範囲

以上これを要するに、訴えの主観的予備的併合は、実体法上の択一関係があることを前提に、訴訟における原告の不当な二重敗訴は避けられなければならないという必要性を根拠として、かりに予備的被告の訴訟上の地位に不安定、不利益があるとしても、裁判統一の確保を媒介させて、許容されうべき訴訟形式なのであり、そのために、共同訴訟人独立の原則（民訴六一条）を排除し、一方の請求を認容するときには他方を棄却する判決を必ず併せてすべきことなど、通常共同訴訟とは異なる、特別の手続的規程がとられなければならない、ということである。

それでは、そのような実体関係にない場合のほかは、訴えの主観的予備的併合を許容してはいけないのか、ということが問題となる。すなわち、訴えの主観的予備的併合として提起され、その許否が争われた裁判例の具体相には、必ずしも実体法上の論理的な択一関係にはいかかわらず、原告の意図によって、予備的併合のかたちにおかれた訴訟も多くみられることから、これをどのように評価し、取り扱うべきかという問題である。

もともと、従来の通説的な法的構成のもとで、訴えの主観的予備的併合は不適法であり、許されるべきでないときとされてきた理由は、①裁判統一の保障の欠如と、②予備的被告の不安定、不利益であった。訴えの主観的予備的併合に

において裁判統一の保障が要請されるのは、まさに実体法上、二つの請求が論理的に両立しないという関係にあるが故であるのに、その眼目である裁判統一の保障が果たせないのでは、予備的被告を犠牲にしてまで、これが許容される筋合いのものではないと批判されたのである。しかしながら、そうであるとすれば、他面で、二つの請求が実体法上、論理的に両立しないという関係にないのであれば、そもそも、①裁判統一の保障を必ずしも要請する必要もなくなるのであって、かかる関係にない二つの請求を、原告の意思によつて予備的併合のかたちにおいたときに批判されるべきは、いま一つの、②予備的被告の不安定、不利益だけであることになる。このように考えると、予備的被告という地位におかれても、不安定、不利益を受けるのではない場合、あるいは、予備的被告自身がこれを甘受しているか、甘受させてもやむをえないとみられる場合には、訴えの主観的予備的併合を不適法とする根拠を欠くことになる以上、実体法上の択一関係が基礎にあるかどうかにかかわらず、これをあえて拒否するまでもないのであって、許容しても批判はされないということなる⁽¹⁸⁾。

確かに、私論のような意味における訴えの主観的予備的併合を許容し、特別の手続的規整にかからせるとすれば、原告は、どちらかの被告には訴訟上においても必ず勝訴できるという利益を保障されたことになるのであるから、濫用のおそれもそれだけ大きいとして、その許容範囲を限定的に捉えるべきであると考えることに、それなりの理はある⁽¹⁹⁾。しかし、②予備的被告に不安定、不利益がないことのみを理由に許容されたときの訴えの主観的予備的併合は、実体法上の択一的論理関係が前提とはされていない場合なのであるから、かかる論理関係を訴訟上においても確保すべきとの要請はそもそも存しないのである。したがって、ここでは、かかる要請が不可欠である、実体法上の択一関係を基礎として許容された訴えの主観的予備的併合のための、前述したところのような、特別の手当てを用意する必要もないことになる⁽¹⁹⁾。そうであれば、かかる場合の原告には、訴訟で必ずいずれかには勝訴できるという利益が

必ずしも保障されたとはいえず、よって濫用の危険もないということになるう。

結局のところ、「ある請求が容認されないならば、いま一つの請求について審判を求める」という趣旨の予備的併合の申立てが許容されうべき場合には、実体法上の論理関係を基礎にする場合のものと、かかる関係にはないが、予備的被告に不安定、不利益がない場合のものとがある、ということである。そして、前者の場合には、裁判統一の確保が不可欠の要請であるために、特別の手続的規整のもとで審理、判決されなければならないのに対して、後者の場合は、原告の意図によつて予備的併合というかたちで訴えが提起されたにすぎないのであるから、請求が条件づけられてはいるが二つの共同訴訟人独立の原則（民訴六一条）の規整にしたがえば足りる、ということになる。そうすると、後者の場合、裁判の統一は、もっぱら事件を担当する裁判所の訴訟運営いかに委ねられることになるが、その反面で、それぞれの当事者は事情に応じた、自在な訴訟追行ができることにもなるのであつて、結果として、原告の二重敗訴に終わったとしても、そのこと自体は、実体法の規律するところと何ら矛盾するものではない以上、責められるべき不当なものではないであらう。

【注】

(100) かりにこれらの方法によつて十全で確実な保護となりうるということを認めるとしても、そのような理由で訴えの主観的予備的併合を許容する必要はない（この点、前掲注（2）およびそでの本文参照）と断定してしまうという態度は必ずしも得策とはいえず、当事者にとつては、利用可能で多彩な訴訟形式を用意し、選択の余地を残しておくほうが好ましいのではなからうか。なお、本間・前掲注（65）三七四頁は、「訴訟告知と訴えの主観的予備的併合を、択一的制度として位置づけ、一方の優越を論証して他方を排斥するという厳格な解釈態度をとるべきかはなお検討を要するように思われる」とする。

(161) なお、山下・前掲注(43) 二二二頁は、かかる場合に「両請求を単純併合した場合と、一方の請求を解除条件付の請求として予備的に併合した場合とは、審理、判決、上訴のいずれの場面でも実質的な差異はな」とする。しかし、ここでは、主観的予備的併合といっても、結局は通常共同訴訟にほかならないことを前提にしたうえでの立論であるから、その意味では当然の帰結ではあろう。また、滝川・前掲注(2) 一三七頁以下も、単純な通常共同訴訟として扱えば足りるとしながらも、弁論の分離や一部判決は違法となるとするが(この点、前掲注(43) およびそこの本文も参照)、単純併合でありながら、そのような特別扱いを認めようとする 것과自体がすでに通常共同訴訟の枠組みを踏み出してしまっているというべきではなからうか。

(162) 栗山・前掲注(7) 二九六頁、二九七頁が、統一的裁判の保障があるならば、との留保つきではあるが、訴えの主観的予備的併合という「訴訟形態を認めることは、必ずしも当事者公平の原則に反することにならないであろう。ただし、自由心証主義のもとにおいては、原告としてはかかる訴訟によらないかぎり、その権利を訴訟において確保することは事実上頗る困難なのであるから、かかる訴訟を認めることにより第二次被告の地位に不安定不利益を生じても、それは被告側において忍受すべきものであろうからである」というのは印象的である。また、中村・前掲注(35) 一〇五頁、一〇六頁も、訴えの主観的予備的併合を認めないことによつて「生ずべき訴訟上の不都合(一審においてすでに裁判の不統一が生じるとともに、訴訟経済にも副わないことなど)あるいは原告の蒙るべき不利益が、これを認めることによつて生ずべき訴訟上の不都合(上訴の關係で裁判の統一に破綻が生じることなど)あるいは被告側の蒙るべき不利益に比して大なるものがある」とする。なお、前掲注(28) も参照。

(163) もっとも、山下・前掲注(43) 二二三頁は、択一關係にあるからといって、両立しうる請求の場合よりも裁判統一の保障の必要性が果たして高いといえるのか、という根本的な疑問を呈する。そこでは、両立しうる請求の例として、債権者から主債務者に対する請求と保証人に対する請求が挙げられ、これらが「別訴で審理されると、共通する要件(債権の発生・消滅原因) について異なった判断がなされ、判決の矛盾を生ずるおそれがあることに変わりはない」という。ここで「共通する要件」とは主債務の発生、消滅を指すのだとすると、保証人に対する請求は、主債務者に対する請求を先決

関係とするものであつて、これと択一関係とは同列に扱われるべきことをいうまでもなく（この点、前掲注（157）参照）、やはり同じく裁判統一の保障の必要性は存するのである。かかる保証人に対する請求の場合について、保証人の主債務者に対する依存関係、すなわち実体法上の関係である保証債務の付従性（民四四八条参照）を梃子にして、主債務者に対する判決の、いわゆる反射効理論が主張され（たとえば、兼子・体系三五四頁、小山・民訴法四一二頁など。反対、三ヶ月・全集三五頁など）、主債務者勝訴の判決を保証人は有利に援用しうることにし、もつて統一的裁判を確保しようとしてきたことは、その証左であるといえるのではなからうか。

（164）この点、前掲注（41）参照。ほかに、住吉・前掲注（44）六七六頁も、「予備的という語句は、実は一律の判断をする」という結論を意味しているところに核心をもつ」としている。なお、上村・前掲注（2）六六七頁は、そうであれば『予備的』なる観念は、客観的併合の場合のそれと意味が異なるのであるから、主観的併合の場合にそうした観念を用いることは適當ではない」とする。

（165）ただし、実体法上の択一関係にあるからといって、原告が望まないのに訴えの主観的予備的併合という訴訟形式が必ず強制されるとまではいえないであろう（この点、小山・前掲注（34）六五頁、六六頁参照）。したがって、この併合を必要的共同訴訟とみることはできない。なお、住吉・前掲注（44）六八二頁、六八三頁は、「認容判決を求める順位が手続上の意味を何ほどかでも有するとは考え難」く、『予備的』の中には原告の意思は入り込んでいないとみることになる」とし、上村・前掲注（2）六六七頁も、原告の順位指定は「どちらの請求が認容されることをより強く希望するかを一応参考までに示したものにすぎず」、「裁判所の審判を必ずしも拘束するものではない」とする。さらに、井上治典「多数当事者訴訟における一部の者のみの上訴」『多数当事者訴訟の法理』二三四頁（一九八一年 弘文堂）も、主観的予備的併合では「給付対象が同一または同質の場合が多い」とする。しかしながら、二つの請求が択一関係にあるとはいっても、原告の意図をも斟酌して、これらが常に等価値であるとはかぎらないことがありうるとすれば、順位指定をする、そのような原告の意思は尊重されてよいのではあるまいか。もつとも、訴訟の結果としては必ずしも原告の期待に適うとはかぎらないのであり、この意味では、住吉・同前や上村・同前の言明は正当である。

(166) たとえば、住吉・前掲注(44)六八四頁、井上治典「訴えの主観的選択的併合の適否」『多数当事者訴訟の法理』一九三頁(一九八一年 弘文堂) 参照。

(167) 実のところ、予備的請求に付された「条件」の意味は、必ずしも自明なものではなく、小山・前掲注(34)五三頁以下が述べるように、さまざまな法的構成のしかたがありうる。あくまでも「条件付き」と考え、原告の現実の意図に忠実にしたがうとき、主位的請求の認容判決に対して上訴された場合に、予備的請求も移審すると思われるならば(最判昭三三・一〇・一四民集一二巻一四号三〇九一頁参照。ただし、これは客観的予備的併合についてのものであるから、主観的予備的併合の場合には移審しないと考える余地はある。この点、後掲注(168)も参照)、解除条件としての主位的請求の認容は確定判決による認容でなければならないことになるし、そうすると他面で、判決確定までは予備的請求についての訴訟係属は消滅していないことになるのだから、主位的請求が認容されたときに予備的請求について判決してはならないことを説明できなくなる。そこで、「訴訟係属については主位的請求の確定的認容を解除条件として生ずるが、裁判の申立ての面では主位的請求棄却(または訴却下)の判決がなされることを停止条件とする申立てである」とせざるをえない、とする見解が主張されることになる(この点、滝川・前掲注(2)一二七頁、一三五頁註(15)参照)。しかし、山下・前掲注(43)二二二頁が指摘するように、一つの条件を二つの意味に解釈するのは「いかにも技巧的であり」、解除条件付き構成ということの論理的破綻を示すものともいえる。

(168) 前掲注(46)で示したように、通説的理解は、客観的予備的併合での取扱いを主観的予備的併合にも当てはめようとする。かりにそうであるならば、客観的予備的併合の場合には、たとえば、兼子・体系三六九頁がいうように、主位的請求の認容判決は全部判決であって、「控訴があれば、全訴訟が控訴審へ移審し」、「第一審判決を不当と認めれば、残余の請求がここで当然に(被控訴人の附帯控訴を要せずに)現実の審判の対象となる」と考える以上、何故に主観的予備的併合の場合についても同じように、全訴訟が移審すると扱うことができないのか、いま一つ解せない(この点、新堂・民訴法四八四頁は、かかる場合に端的に全訴訟の移審を認める)。それは、主観的予備的併合の場合に、通説的理解が同じ取扱いをしないのは、予備的請求については被告が異なるという、まさにその本質的な差異を認識し、配慮しているにほかな

らないからではないのだろうか（この点、西村・前掲注（42）六二頁は、共同訴訟人独立の原則に抵触するから、という）。なお、前掲注（167）も参照。

（169）小山・前掲注（34）七一頁、上村・同前。この点、結論として同旨を説くのは、滝川・前掲注（2）一三八頁。

（170）小山・前掲注（34）七四頁、上村・前掲注（2）六七〇頁。このことは、一部判決が許されないうきにされた一部判決に対してとるべき措置についての通説とされる（この点、一般に、兼子・体系三二〇頁、三ヶ月・全集二九七頁、菊井Ⅱ村松・民訴法一九九二頁、上田・民訴法三九四頁、条解四九三頁「竹下守夫」など。なお、新堂・民訴法三八七頁、四五四頁は、統一的審判の要請の強度いかににより、取り消すかどうかを決すべきものとする）。反対、滝川・前掲注（2）一四三頁註（23）、一三八頁参照。

（171）この点、上村・前掲注（2）六六四頁、住吉・前掲注（44）六七八頁、六七九頁参照。したがって、ここでの「合一確定」とは、必要的共同訴訟（民訴六二条）にいう「合一ノミ確定スヘキ場合」とは、もとより異なる意味合いのものである。

（172）この点、前掲注（34）およびそこでの本文参照。上村・前掲注（2）六六七頁は、これを「準三面（訴訟）的共同訴訟」とよぶことができる」とする。ほかに、西村・前掲注（42）六五頁も参照。

（173）小山・前掲注（34）七三頁。なお、独立当事者参加において、民事訴訟法六二条が準用される根拠については、たとえば、兼子・体系四一八頁、三ヶ月・全集二七頁、新堂・民訴法五一九頁、注解民訴法（2）二六七頁、二六八頁「小室Ⅱ東」、条解二〇五頁「新堂」など参照。

（174）小山・同前、上村・前掲注（2）六六九頁、六七〇頁。なお、滝川・前掲注（2）一三八頁、一三九頁も結論同旨。ほかに、新堂・民訴法四八五頁は、原則的として、共同訴訟人独立の原則が妥当することを前提にしつつ、「統一的審判の要求に答え、かつ、中断・中止事由を生じた者の保護をはかるために、その限度で共同訴訟人独立の原則は制約を受ける」として、状況に応じて、中断・中止の効果を全体に及ぼすことを認めるが、住吉・前掲注（44）六七九頁は、この点につき結論を留保する。

(175) 小山・前掲注 (34) 七二頁、上村・前掲注 (2) 六六九頁。ほかに、住吉・前掲注 (44) 六九四頁も参照。反対、新堂・民訴法四八五頁。

(176) 小山・前掲注 (34) 七三頁、上村・同前。

(177) この点、前掲注 (165) 参照。

(178) もっとも、請求の認諾について、小山・前掲注 (34) 七三頁は、「訴えの『予備的』関係を原告の意思に反して不問に付することになるので許されない」とするが、理由は、本文で述べたように、むしろより実践的なところに求められるのではなくるか。すなわち、一方の請求につき認諾がされた場合でも、論理としては、他方の請求に対する判決がどうであれ、実体法上の択一関係と矛盾するとはいえないのは同じであろう。異なるのは、認諾の場合は、原告が二重勝訴したのと同じ結果が生じうることであって、認諾調書には確定判決と同一の効力が認められる結果 (民訴二〇三条)、原告は二重の強制執行をなしうることになるとするならば、これは、もはや法の許容するところではないというべきだからである。ただし、原告側が予備的關係にある場合は、上村・前掲注 (2) 六六九頁がいうように、主位的原告の請求が認諾されたときに、予備的「原告が争いあくまで統一的な裁判を希望するのであれば、その要求を拒否すべきではない」とすることにも説得力があるように思われないが、この場合は、被告が二重の強制執行を受けることがありうるのであって、やはりかかる事態が生じうことは容認できないというべきでなからうか。

(179) 小山・前掲注 (34) 七四頁、上村・前掲注 (2) 六七〇頁、井上・前掲注 (165) 二三三頁。なお、新堂・民訴法四八四頁も参照。

(180) 原告が上訴する場合でも、どのようなかたちで上訴するかは、そもそも訴えの主観的予備的併合という訴訟形式が強制されるものではない以上、なお原告の意思に委ねられてよいと解するから (この点、前掲注 (165) 参照)、主位的被告に對してのみ、または予備的被告に對してのみ上訴を提起することも許されてよいことになる。かかる場合には、原告の意思によって、当初の予備的併合の關係は解消され、一方に對する訴訟のみが存続することである。その結果として、実体法上の択一關係とは矛盾することがありうるが、それが原告の意思であるならば責められるべきものではないであ

ろう。この点、前掲注（141）およびそこの本文参照。

（181）この点、新堂・民訴法四八四頁は、被上訴人の地位に就き、原告の補助参加人たる地位も兼ねるといふ。

（182）形式的不服説によれば、原告は予備的請求についてであれ勝訴しているのだから、原則として不服の利益は認められないことになるといえようが、審判順位につき原告の意思が尊重されてよいことを前提にするならば（この点、前掲注（185）参照）、予備的請求よりも、原告にとつては有利といえる主位的請求についての勝訴判決を求める利益を肯定してもよいのではない。もつとも、井上・前掲注（179）二三四頁は、二つの請求が同質であることが多いことを前提に、かかる場合に原告に不服の利益を認められるかどうかは疑問である、とする。なお、客観的予備的併合の場合には、原告に不服の利益が認められることが前提とされている（たとえば、条解八三一頁「竹下守夫」など参照）。

（183）井上・前掲注（185）二三四頁は、二つの請求が表裏一体の関係にあることの故に、予備的被告は主位的「請求の棄却判決にも不服の利益をもつものとみてもよいのではないだろうか」ということを前提にしたうえで、そうであれば、予備的被告は主位的請求の「棄却判決をも控訴審で変更してもらうために控訴審で能動的当事者として訴訟進行できる」ことになるのであるから、原告と主位的被告は「被控訴人になるとみれば足りる」とする（同・二三五頁）。

（184）ここでの原告の意図を考えると、二重敗訴はしたくないが、予備的請求の認容ではなく、できれば主位的請求を認容して欲しいということなのであり、これはまさに当初、訴えの主観的予備的併合を提起するに至った意図に合致するものということにもなるといえるのではなからうか。原告からの積極的な申立てという点からみれば、やはり予備的被告は相手方という地位に就くとするのが素直な見方であらうと思われる。

（185）なお、独立当事者参加の場合についてはあるが、上田・民訴法四九五頁も、「上訴しなかった者は、三面訴訟においても、訴訟上の地位としては被上訴人に外ならない」とする。

（186）被上訴人たる地位に就いた者から付帯上訴がされれば、他方の請求も上訴審における審判対象とすることはできよう。しかし、付帯上訴の提起を、その者に強制することはできないというべきであるし、あるいは、自ら不服を申し立てていない者を上訴人たる地位にあるものとみなして、そこに不服を擬制することにも無理があらう。なお、条解八三三頁「竹

「下」は、客観的予備的併合の場合についてであるが、「生じうる不都合の是正は、附帯上訴を促す釈明に期待すべきものであろう」とする。

(187) この点、井上・前掲注(186)二三三頁は、「不服の利益概念を実質的にとらえるという立場から」(この点、前掲注(183)参照)、「一方のみの上訴によって他方の請求部分も上訴審に移審し審判対象になる」とし、その場合でも「自ら上訴しない者の上訴を擬制することによって審判対象にとり込む必要はない」ことを結論づけている。

この問題は、独立当事者参加においても同じくみられる。すなわち、訴えの主観的予備的併合において、民事訴訟法六二条を準用するための論理は、これが独立当事者参加に準じた構造をもつということにであったのであるが(この点、前掲注(172)およびそこの本文参照)、その独立当事者参加において、上訴しない敗訴者がいる場合に、この者を上訴審においてどのような地位に就けるか、その審判対象はいかなる範囲であるかについて、議論があるのは周知のとおりである。ここでは、かかる議論に深く立ち入る余裕はないが、上訴しない敗訴者の地位の問題と、審判対象の範囲の問題とを分けたうえで、後者については、結局、独立当事者参加における「合一確定の要請と上訴の一般原則である不利益変更禁止との調和をどこに求めるかに帰着する」とみて(条解二〇五頁「新堂」)、合一確定は、参加人の参加によってはじめて要請されたにすぎないものである以上、不服が現に申し立てられている請求に着目しつつ、原判決に不服を申し立てていない者のために利益に変更しないとする一般原則をできるだけ尊重する方向で捉えるのが、最近の傾向であるようにみられる(この点をめぐるこれまでの議論の展開については、小島武司「独立当事者参加をめぐる若干の問題」鈴木忠一・三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座1判決手続通論I』一一七頁以下(一九九九年 日本評論社)参照。ほかに、現在の議論状況については、注釈民法(2)二二二頁以下「河野正憲」、注解民法(2)二七一頁、二七二頁「小室Ⅱ東」、新判例コンメ1四六八頁以下「池田辰夫」、井上・前掲注(186)二二〇頁以下、上田・民訴法四九五頁、条解二〇四頁、二〇五頁「新堂」など参照。判例としては、最判昭四八・七・二〇民集二七巻七号八六三頁、最判昭五〇・三・一三民集二九巻三三三頁)。独立当事者参加についてのかかる議論を是認するとしても、訴えの主観的予備的併合の場合に、これがそのまま妥当しうるかどうかはまた別の議論とならざるをえない。というのは、訴えの主観的予備的併合においては、原

告と二人の被告との間に二つの請求しかないのであって、これらが表裏一体の関係にあるということの故に、一方を変更すれば他方をも変更せざるをえないことになり、結局は、合一確定の要請が優先されたのと同じく、二つの請求がともに上訴審における審判対象となるとみないわけにはいかないからである。このことは、客観的予備的併合において主位的請求棄却、予備的請求認容の場合に、いずれか一方から上訴されれば、他方からの付帯上訴をまつまでもなく、二つの請求がともに上訴審における審判対象となるとされていることと同じ論理であるということができよう（なお、この点については、前掲注（168）参照）。

（188）この点、前掲注（52）以下およびそれらの本文参照。もつとも、このようにいえるかどうかの具体的指標については、すでに指摘しておいたように、さらに慎重な検討が必要となる。したがって、原告（または訴訟代理人）としては、予備的被告となるべき者についての状況分析および判断について、ある程度のリスクを覚悟しなければならないことになる。なお、前掲注（27）および（28）での本文も参照。

（189）この点、小山・前掲注（13）二〇七頁は、統一的裁判の保障があることは「予備的被告の地位の不安定・不利益の欠を補うものとしてとらえられている。この欠が統一的裁判以外の利益で補われるならば統一的裁判の保障は主観的予備的併合を許す要件と考えなくてよい」とする。そして、このように解することは、前掲注（28）およびそこの本文において述べたように、裁判例を分析し、検討して得られたところと整合するように思われる。

（190）たとえば、小林・前掲注（47）四〇八頁は、それ故に、「原告が主観的予備的併合によらざるをえない事情を被告側が作り出していたり、実質的に同一の請求であるような場合に限定」されるべきであるというから、結論としては、ほぼ同旨であるとしてよいであろう。

（191）もつとも、小山・前掲注（13）二〇八頁は、事件を取り扱う裁判官が、「統一的裁判をすることができるように取り計らうならば、主観的予備的併合を許したことをとやかく咎める理由はない」とするから、なお裁判統一の保障を要求しているものようである。

（192）このように解すると、法律上、裁判統一の保障が必要でない場合の予備的併合を許容する意味はほとんどないように思

われないでもない。ただ、少なくとも、「条件付き」であるが故に不適法であるという形式的理由で却下される不利益は避けようし、原告の主観的な意図でしかないといえ、予備的併合として提起された以上は、そこには共同訴訟(民訴五九条)としての何らかの共通した事実関係がみられるのが通常であろうから、そのかぎりでは、訴訟経済に資することも期待できよう。なお、裁判統一が確保されなくてよい場合というのは実体法上、択一関係にない場合であり、裏を返せば両立することもありうる関係にある場合といえることができる。そうすると、かかる予備的併合は、原告によって順位指定がされているが、「二つの請求のうちのいずれか一つの請求の認容を求める」という「選択的併合」の一亜種としてもみることができよう。このように解すると、予備的併合と選択的併合との機能領域が相互的に流動化・柔軟化してくることになるが、実のところ、これらについての従来の理論枠組みを疑問とする見解も唱えられるに至っており、そこでは主観的選択的併合の許容性は主観的予備的併合のそれとほぼ一致するとみられているのである(井上・前掲注(166)一八三頁、一八七頁参照)。きわめて興味深い問題であるが、ここでは立ち入ることができない。

(193) なお、本稿では、議論の出発点を、実体法上の択一関係の訴訟における確保という問題提起にわたるのであるが、それでは、事実上の択一関係にある場合をどう扱うのか、という問題はなお残る。たとえば、事故により損害を蒙ったが、その加害者が A なのか、B なのか必ずしも明確でないという場合である(この点、木川・前掲注(2)二二頁、滝川・前掲注(2)二一五頁註(5)など参照)。ここでは、もっぱら事実認定が鍵となるのだが、A に対して権利が成立すれば、B に対する権利は成立しないはずであるから、その意味では、やはり論理的にみて裁判統一の保障が要請されなければならないのは、法律上の択一関係にある場合と異ならないことになろう。そうであれば、さしあたり、事実上の択一関係にある場合にも、予備的併合は許容されうると解することになろうか。ただ、いま一つの例として、取引をした相手方が会社であるのか、社員たる個人であるのか不明な場合はどうかという(この点、中村・前掲注(53)一一頁、木川・前掲注(2)二〇七頁など参照)、これはまた別の問題を惹き起こす。この場合も、取引の相手方は、会社か社員たる個人かどうかのほずであり、その意味では裁判統一の保障が要請されるといえそうであるが、ここで法人格否認の法理が適用されると、会社と社員たる個人とのいずれもが責任を負うことになり、もはや実体法上の択一関係ではなく、両立しうる

関係になってしまふ。これでは、択一関係を基礎とした場合の、合一確定を確保するための特別の手当てをすることはできなくなる。ただ、法人格否認の法理が妥当するかどうか、なお必ずしも明らかでない場合も少なからずあり、かかる場合には、不当な二重敗訴を避けるためには予備的併合のかたちで提起することを許容すべき必要性は否定できないようにも思われる（この点、前掲注（20）参照）。そこで、さしあたっては予備的併合におくことを許容しつつ、法人格否認の法理が適用されることが判明した時点で、裁判所の適宜な釈明権の行使などに期待しながら、その旨を原告に主張させよう。予備的併合から単純併合への変換を認める、あるいは、予備的被告に不安定、不利益がない場合の予備的併合・選択的併合であるとして判決する、などのような柔軟な取扱いが許されないものであろうか。

* 脱稿後に、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）』五〇七頁以下（一九九五年有斐閣）に接した。河野論文は、訴訟告知の活用につき「実際の機能はともかく、なお完全な救済手段になり得ているとはいえない」としつつ（同・五二三頁）、順位的併合と理解するのが比較的難点が少ないとする（同・五二五頁）。そのうえでこれらの請求の関係を手続上でどのように扱うかにつき「手続の進行に関する限度では、共同訴訟人独立の原則を修正して統一的進行を保障する必要がある」という（同・五二七頁）。択一的実体関係を訴訟においても確保すべき必要性を承認する点では私論と同じであるが、なお疑問の残るところもないではない。ここでは十分な余裕はなく、より深い吟味については他日を期したい。

（いのまた たかし・本学法学部助教授）