

民事系第3問 解説

◆ 問題 ◆

(配点：100〔設問1〕から〔設問3〕までの配点の割合は、32：20：28)

次の文章を読んで、後記の〔設問1〕から〔設問3〕までに答えなさい。

【事例】

Y1は、以前から、海辺の別荘が欲しいと思っており、そのための土地を探していた。平成22年1月、Y1は、Wが所有する海辺の土地（以下「本件土地」という。）を見つけた。Y1は、本件土地を気に入り、Wに対し、本件土地を売って欲しいと申し込んだ。Wは、本件土地上に小屋を建てており、夏には地元の仲間内でサーフィン、パーベキュー、キャンプなどをするための土地として、本件土地を重宝していた。そこで、Wは、Y1に対し、6000万円ならば本件土地を売ってもよいと答えた。しかし、Y1が土地を購入する予算として用意していたのは、3000万円であった。そこで、Y1は、本件土地を購入するため、大学時代からの親友Xに対し、3000万円を貸してくれないかと申し込んだ。

平成22年6月、Xは、Y1との友情から、Y1に対し、弁済期を平成27年6月9日として、3000万円を貸し付けた。この貸付けの際に、Xは、親友であったが、Y1の返済能力について不安を感じていたため、Y1に対し、連帯保証人をつけるように求めた。

Y1は、直ちに伯父のY2に対し、「心配はいらない。絶対に迷惑をかけない。」などと言って、Xに対する貸金債務の連帯保証人になるように依頼した。Y2は、Y1が弟の子どもであり、Y1が小さい頃から自分の子どもも同然にその世話をしてきたことから、Y1の依頼を受けた。Y2は、Xとの間で、上記3000万円の貸金債務を主たる債務として、これを保証する旨の契約を書面で締結した。

しかし、Y1は、平成27年6月9日を経過しても、Xに3000万円を返済しなかった。そこで、Xは、平成29年7月、Y1とY2を共同被告として、それぞれに対し、貸金返還請求、保証債務履行請求として、3000万円の支払を求める訴え（以下、この訴えに係る訴訟を「第1訴訟」という。）を提起した。

以下は、第1訴訟の審理を担当する裁判官J1と司法修習生P1との間の会話である。

J 1 : 今日、第1訴訟について、資料を見てもらいたいと思います。Y 1は、Xに対し、主たる債務を弁済したと主張して争おうとしています。それを受けて、Y 1の訴訟代理人も、裁判所に主たる債務の弁済を証明するための証拠を提出しています。他方で、Y 2は、答弁書で、Y 2の弁済により主たる債務が消滅したと主張して争っています。そこで、裁判所は、Y 1が提出した証拠を用いて、Y 2に対する判決をしてもよいかを検討してください。これを課題①とします。

P 1 : はい、分かりました。検討に当たって、何か注意することはありますか。

J 1 : そうですね、検討に当たっては、同じ期日の同じ法廷で証拠調べがされ、Y 2にも反対尋問をする機会があったことを前提としてください。また、自由心証主義の観点からの指摘も、忘れないでください。

P 1 : はい、分かりました。証拠の問題のほかに、Y 2は、Y 1による弁済の主張をしていませんよね。判決文を書く際には、この点も重要になると思うのですが。

J 1 : そうですね。P 1さんの言うとおりの点も問題となります。そこで、裁判所は、Y 2に対し、Y 1のXに対する弁済が認められることを理由に、請求棄却判決をすることができるかを検討してください。これを課題②とします。この問題は、いわゆる主張共通の問題です。本件で問題となる主張共通の意義を正確に示して検討してください。

P 1 : はい、分かりました。この問題については、主張共通を肯定する見解と否定する見解のいずれを採ってもいいのでしょうか。

J 1 : そうですね。今回は、よい機会ですから、いずれの見解を採っても構いません。ただし、法律論は説得力が重要ですので、説得力のある文章を書くことを意識してください。すなわち、自分の立場を論ずるだけでなく、それと反対の立場についても検討した上で自分の立場を論ずると説得力が増しますから、検討の際には、反対の見解を踏まえた上で、自分の見解を示すようにしてください。

P 1 : はい、分かりました。

【設問1】

- (1) あなたが司法修習生P 1であるとして、J 1から与えられた課題①に答えなさい。
- (2) あなたが司法修習生P 1であるとして、J 1から与えられた課題②に答えなさい。

【事例(続き)】

Xは、第1訴訟の帰り道で、少し散歩をしてから帰ろうと思い、歩道を歩いていた。Xが見晴らしのよい交差点に差し掛かると、タクシー運転手であるZ 1及びZ 2が運転する各タクシーが互いに衝突し、Xは、この衝突事故に巻き込まれて、全治3週間の怪我を負った。

その後、Xは、Z 1、Z 2を共同被告として、治療費等の損害賠償を求める訴えを提起した。

第1審において、裁判所は、Z 1にのみ運転上の過失があったことを認めた結果、Z 1については請求認容判決をし、Z 2については請求棄却判決をした。

これに対して、Xは、控訴しなかった。Z 1は、Z 2にも過失があると主張して争いた

いと思い、弁護士Lに相談した。

以下は、Z1から依頼を受けた弁護士Lと司法修習生P2との間の会話である。

L：Z1が、Z2にも過失があり、Z2も損害賠償債務を負担するべきであると主張して争うためには、どのような手段がありますか。Z1が控訴してこの点を争うことができるでしょうか。

P2：たしかに、Z1とZ2とは共同被告の関係にありますが、XZ1間の訴訟とXZ2間の訴訟との関係からして、Z1が控訴しても、Z2との関係で移審しないので、Z1は、Z2の債務の存在を争うことができないと思います。

L：そうですね。では、何かいい手段はありませんか。

P2：Z1が、Xに補助参加をして、Z2に対して控訴することが考えられます。ただし、Z1に補助参加の利益が認められるかが問題となります。

L：そうですね。では、Z1がX側に補助参加することができるかを検討してください。これを課題①とします。今回の補助参加は、補助参加が認められる典型例と異なるため、その点についても考慮してください。ヒントとしては、補助参加は、これをするによって、後訴でどのようなことを実現するためにするのかを考えるとよいと思います。

P2：はい、分かりました。

L：仮にZ1がXに補助参加をして控訴することができるとした場合に、ほかに何か問題となることはありますか。

P2：そうですね。控訴期間の進行について誰を基準に判断するかが問題となると思います。具体的には、補助参加人と被参加人のいずれを基準とするべきかが問題となります。

L：実務的な視点に気付くことができましたね。では、仮に、被参加人Xの控訴期間は経過しているが、補助参加人Z1の控訴期間が経過していない場合において、Z1は、補助参加により控訴することができるのかを検討してください。これを課題②とします。検討に当たっては、まず、判決書の送達と控訴期間の関係についての原則論を示した上で、次に、補助参加の特殊性を踏まえて、今回の補助参加の場合にどうかについて自分なりの結論を出してみてください。

【設問2】

- (1) あなたが司法修習生P2であるとして、Lから与えられた課題①に答えなさい。
- (2) あなたが司法修習生P2であるとして、Lから与えられた課題②に答えなさい。

【事例(続き)】

Y1は、Xから3000万円を借りることができたため、Wに本件土地の購入代金を確保できたと伝え、Wとの間で、代金6000万円で本件土地を買い受ける売買契約を締結した。

Y1は、本件土地上に別荘を作りたいと思い、Wに対し、直ちに代金6000万円を支払った上で、本件土地の所有権移転登記手続を求めた。しかし、Wは、「今日は日が悪

い。」とか「今日はいい波がくるから行くことはできない。」などと言って一向に本件土地の所有権移転登記手続をしようとしなかった。

そこで、Y 1 は、W に対し、本件土地の所有権移転登記手続を求める訴え（以下、この訴えに係る訴訟を「第2訴訟」という。）を提起した。

V は、この訴えの提起前に本件土地をWから譲り受けたと主張して、第2訴訟の第1審係属中に、Wに対しては、本件土地の所有権確認及び所有権移転登記手続を求め、また、Y 1 に対しては、本件土地の所有権確認を求めて、独立当事者参加をした。

第1回口頭弁論期日において、Y 1、W及びVがそれぞれの主張をした後、Y 1 とWは、本件土地についてY 1 が所有者でないことを認め、その代わりにWがY 1 に対して1500万円を支払う旨の訴訟上の和解（以下「本件和解」という。）をした。

以下は、第2訴訟の審理を担当する裁判官J 2と司法修習生P 3との間の会話である。

J 2：今日は、本件和解について議論しましょう。Vが、Wから本件土地の所有権を譲り受けたとして、Y 1 W間の訴訟に権利主張参加しています。差し当たり、この権利主張参加の要件は満たされることを前提に検討してください。本件和解は、参加人であるVを入れないで、Y 1 とWの間だけでなされていますね。そこで、本件和解がVとの関係においても効力を生じるかを検討してください。これを課題㉔とします。検討の際には、独立当事者参加の性質やその制度趣旨に照らし、本件和解の具体的な内容を踏まえて検討してください。

P 3：分かりました。ところで、この問題に関して、気になることがあります。今回のような訴訟上の和解でなく、仮に訴訟外で和解が成立した時には、原告によって訴えが取り下げられますが、この場合には、被告の同意だけでなく参加人の同意も必要であるとの見解を見つけました。被告の同意については民事訴訟法第261条第2項により必要なのですが、なぜ参加人の同意も必要なのでしょう。

J 2：そうですね、本件でも、訴訟上の和解ではなく訴訟外の和解及び訴えの取下げをするケースが考えられます。いい機会ですから、仮に、本件においてY 1 とWが訴訟外の和解をし、かつ、Y 1 が訴えを取り下げようとする場合に、Y 1 は、Vの同意を得ずに、訴えを取り下げることができるかを検討してください。これを課題㉕とします。検討の際には、なぜVの同意の要否が問題となるかという点に触れてください。ヒントとしては、参加人の同意がないと参加人にどのような不利益が生じることになるのかを考えるとよいでしょう。

【設問3】

- (1) あなたが司法修習生P 3であるとして、J 2から与えられた課題㉔に答えなさい。
- (2) あなたが司法修習生P 3であるとして、J 2から与えられた課題㉕に答えなさい。

【配点表】

			配点
第1	設問1小問(1)		
	1	問題提起 ・共同訴訟人であるY1が提出した証拠を他の共同訴訟人であるY2の裁判で用いてよいか問題となることの指摘	1
	2	(1) 共同訴訟人独立の原則	
		ア 定義の指摘	1
		イ 民事訴訟法(以下、法令名略)39条の趣旨の指摘	1
	(2) 共同訴訟人間については、証拠共通の原則が認められること	ア 証拠共通の定義の指摘	2
		イ 理由付け ・自由心証主義(247条)の下で、同一の手続における一つの歴史的事実に対する心証は一つしかあり得ないことの指摘…目安1点 ・証拠を提出していない共同訴訟人も、同じ期日の同じ法廷での証拠調べがされれば、証拠調べに関与する機会があるため、手続関与の機会が奪われる不都合性はないことの指摘…目安1点	2
	3	本件での具体的検討 ・第1訴訟は通常共同訴訟であることの指摘…目安1点 ・共同訴訟人独立の原則の適用があることの指摘…目安1点 ★問題提起時に触れられていれば、あてはめのところで書いていなくても、配点する ・主たる債務の弁済について、Y2との関係においても、弁済により主たる債務の消滅が認められれば、付従性により保証債務の消滅も認められるという点で共通であることの指摘及び評価…目安2点 ・自由心証主義の観点から、Y1の事実認定について、Y2との関係においても、同一の証拠から一体にされることの指摘及び評価…目安2点 ・同じ期日の同じ法廷で証拠調べがされ、Y2にも反対尋問をする機会があったため、Y2に何ら不都合はないことの指摘及び評価…目安2点	8
		【加点事項】 ※ 上記以外的事实を摘示し評価して、説得的に論述している場合には加点する	加点評価 A・B・C
	4	結論の明示	1
第2	設問1小問(2)		
	1	問題提起	1
	2	(1) 共同訴訟人独立の原則の指摘	1
		(2) ア 共同訴訟人間の主張共通の定義の指摘	1
		イ 他の見解についての言及	2
		ウ 自説とその理由付け	2
		【加点事項】 ※ 丁寧に論述されている場合には、加点する	加点評価 A・B・C
3	本件での具体的検討 ・自説と整合性が取れていること…目安2点 ・Y1が弁済の事実の主張をしており、これが認められれば、付従性により保証債務が消滅し、Y2に対する訴えについて請求棄却判決をすることができるから、弁済の主張はY2に有利であることの指摘及び評価…目安2点 ・Y1も弁済について立証しなければならず、審理の範囲は変わらないから、訴訟不経済にはならないことの指摘及び評価…目安2点 ・弁済の事実をY2との関係でも認めてしまうと、Y2との訴訟において当事者でないY1の主張を当事者であるY2からされたものとして扱うことになるから、通常共同訴訟人独立の原則に抵触することになることの指摘及び評価…目安2点	8	

		【加点事項】 ※ 上記以外の事実を摘示し評価して説得的に論述している場合には、加点する	加点評価 A・B・C
第3	4	結論の明示	1
	設問2小問(1)		
	1	問題提起	1
	2	補助参加の利益	
	(1)	「訴訟の結果」の意義及び理由付け	3
	(2)	「利害関係」の意義	2
	(3)	因果関係の意義	1
★因果関係について、「利害関係」の中で述べている場合も同様に配点する			
3	本件での具体的検討 ・XのZ2に対する請求棄却判決により、Z1は、実体法上、Z2に対して、共同不法行為責任に基づく不真正連帯債務の内部的な負担部分を求償することができなくなることの指摘及び評価…目安2点 ・Z1がZ2に対して共同不法行為責任に基づく不真正連帯債務の内部的な負担部分を求償できなくなることが補助参加人Z1の法的地位であることの指摘及び評価…目安2点 ・被参加人XのZ2に対する請求棄却判決により、Z1はZ2に求償できなくなるから、この訴訟結果は、事実上、Z1の上記地位について論理的に影響するといえることの指摘及び評価…目安2点		6
		【加点事項】 ※ 補助参加の典型例は、後訴を被告側として防御するためのものであること、及びZ1が原告としてZ2に対してする求償請求という後訴を提起するための攻撃的なものであることを論述した場合には、加点する	加点評価 A・B・C
4	結論の明示		1
第4	設問2小問(2)		
	1	原則論の指摘 ・控訴期間の進行は、判決書の送達を受けた時点から進行することの指摘(285条)	1
	2	規範定立 ・補助参加の従属性(45条1項ただし書、2項以下)及び独立性の指摘…目安1点 ・規範定立…目安2点	3
	3	本件での具体的検討	1
	4	結論の明示	1
第5	設問3小問(1)		
	1	問題提起 ・独立当事者参加の場合については、47条1項・4項により必要的共同訴訟の規定(40条1項)を準用しているため、Vを除くY1W間のみ訴訟上の和解は、許されないのではないかの指摘	1
	2	規範定立	
	(1)	47条1項・4項、40条1項の趣旨の指摘	2
	(2)	規範定立及び理由付け	3
	3	本件での具体的検討 ・本件和解の内容の指摘…目安2点 ・本件和解の内容が履行された場合の影響の指摘及び評価…目安2点 ・Vが独立当事者参加をしたのは、Wに本件土地の所有権確認及びその所有権移転登記手続を求め、また、Y1に本件土地の所有権確認を求めためであることの指摘及び評価…目安2点 ・Vに不利益は生じないことの指摘及び評価…目安2点	
4	結論の明示		1

第6	設問3小問(2)		
	1	問題提起	
	(1)	261条2項の指摘	2
	(2)	独立当事者参加訴訟において、原告が訴えを取り下げようとする場合に、被告の同意のほかに参加人の同意を得ることも必要であるかの指摘	1
	2	規範定立 ・参加人の同意を要求する規定がないことの指摘…目安2点 ・参加人の同意を得ずに訴えを取り下げることができることによる参加人の不利益の指摘…目安2点 ・参加人の同意の要否…目安2点	6
	3	本件での具体的検討 ・Vが本案で防御活動をしたことの指摘及び評価…目安2点 ・Vの同意の要否の指摘…目安1点	3
	4	結論の明示	1
第7	【その他加点事項】 ※ 上記【加点事項】以外でも、本問事案解決につき特記すべきものがある場合には、加点する		加点評価 A・B・C

基本配点分	合計	80点
加点評価点	合計	10点
基礎力評価点 (①事案解析能力, ②論理的思考力, ③法解釈・適用能力, ④全体的な論理的構成力, ⑤文章表現力, 各2点)	合計	10点
総合得点	合計	100点

【論 点】

- 1 通常共同訴訟における共同訴訟人間の証拠共通，主張共通
- 2 補助参加の利益
参考 補助参加人の従属性
- 3 補助参加人の上訴期間
- 4 独立当事者参加訴訟における二当事者間の和解
- 5 独立当事者参加訴訟における訴えの取下げ

【出題趣旨】

<総論>

全体的には、複雑訴訟は当事者や請求が複数出てきて、理解しにくい分野であるため、これを機会にまとめて勉強してもらいたい。全ての論点について、これまで司法試験で中心的に出題されていない論点を出題した。

<内容面>

設問1については、通常共同訴訟における共同訴訟人間の証拠共通，主張共通を出題した。まずは、通常共同訴訟であることを確定して、通常共同訴訟人独立の原則（民事訴訟法39条）の意義を踏まえた上で、共同訴訟人間の証拠共通，主張共通について検討する必要がある。主張共通の原則については、判例において当然の補助参加の理論によって認めることができないとされていることについても留意する必要がある。

設問2については、補助参加の利益と上訴期間の起算点について出題した。補助参加の利益については、要件及びその当てはめについて、正確に検討してほしい。また、本問の場合は、補助参加の利益が認められる保証人と主債務者などの典型例とは異なる点に留意する必要がある。なお、「訴訟の結果」については、訴訟物限定説、非限定説の両説があるが、いずれの見解を採用することもできよう。各自の立場に立って、混同することがないように検討してもらいたい。上訴期間の問題については、条文から検討していれば、参加人、被参加人のいずれを基準としても構わないと考える。

設問3については、独立当事者参加訴訟における二当事者間の和解と訴えの取下げについて出題した。記憶に頼らずに、独立当事者参加の趣旨から、参加人に具体的にどのような不利益が生じるかをイメージして考えれば、検討の道筋が見つかると思う。

<作成の経緯等>

複雑訴訟，訴訟参加は、当事者や訴訟物が複数あるため、利害関係が複雑化する。そこで、これらについては、どのような場面であるかをイメージすることが重要になってくる。そのため、今回の答案演習を通して、どのような利益状況になるのかを考えることを意識してもらいたいと思い、

出題した。

設問1については、通常共同訴訟における証拠共通、主張共通が問題となるが、論証パターン、結論のみを覚えているだけでは、具体的な考察ができなくなると思い、これを機に理解してもらいたく、出題した。

設問2については、補助参加の利益について、典型例と異なる部分がいずれであるかを発見させ、現場での問題発見能力を養うために出題した。上訴期間の経過については、民事訴訟法45条1項ただし書からすれば簡単な問題であるとも思われるが、有力説もあり、あまり受験生になじみがない補助参加人の上訴期間の経過の起算点というテーマであることから、注意喚起のため、出題した。

設問3については、独立当事者参加がされた後に生じる問題について出題した。それぞれの問題については、独立当事者参加の趣旨から考え、参加人にどのような不利益が生じるのかを具体的にイメージして検討することを求めている。

【参考文献】

設問1

- ・三木浩一ほか『民事訴訟法』（有斐閣，第2版，2015）P.539～541
- ・伊藤眞『民事訴訟法』（有斐閣，第5版，2016）P.634～7
- ・秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法I』（日本評論社，第2版，2006）P.387～390
- ・高橋宏志『民事訴訟法概論』（有斐閣，2016）P.309～310
- ・最判昭43.9.12（民集22-9-1896，民訴百選〔5版〕95事件）

設問2

- ・最判昭51.3.30（判時814-112，民訴百選〔5版〕A32事件）
- ・高橋宏志『民事訴訟法概論』（有斐閣，2016）P.318～322

設問3

- ・高橋宏志『重点講義 民事訴訟法 下』（有斐閣，第2版補訂版，2014）P.521～6
- ・同『民事訴訟法概論』（有斐閣，2016）P.334～5，337
- ・仙台高判昭55.5.30（判タ419-112，民訴百選〔5版〕107事件）
- ・三木浩一ほか『民事訴訟法』（有斐閣，第2版，2015）P.581～2

【素材・出題パターン】

論文本試験は、各教科において多様な要素を含んでいるものの、一定の素材・出題パターンに分析することが可能かと思われます。そして、民事訴訟法の本試験過去問においては、まず、素材事例について、概ね以下の2つに分類できます。

① 判例参考型

判例を参考にしたと思われる出題（平成18年，同20年，同23年，同25年，同27年，同28年）

② 創作型

審査委員による創作性が強いと思われる出題（平成19年，同21年，同22年，同24年，同26年，同29年）

また，出題パターンとしては，概ね以下の3つのように分類できます。

ア 理論面重視型

民事訴訟法の著名な論点に関して理論面を問う出題形式（平成18年，同19年，同20年，同21年，同22年，同23年，同24年，同25年，同26年，同27年，同28年，同29年）

イ 制度説明型

民事訴訟法上の諸制度について，比較や説明を求める出題形式（平成19年）

ウ 学説対比型

当該論点における学説を対比させつつ，その要件効果等を検討させる出題形式（平成20年，同22年）

以上の分類に従えば，本問は，① 判例参考型，ア 理論面重視型ということになります。

出題パターン \ 素材	①判例参考型	②創作型
ア 理論面重視型	平成18年・平成20年・平成23年・平成25年・平成27年・平成28年・本問	平成19年・平成21年・平成22年・平成24年・平成26年・平成29年
イ 制度説明型	—	平成19年
ウ 学説対比型	平成20年	平成22年

【答案の形で読む解説ダイジェスト】

出題趣旨に基づいた解説を凝縮し、答案の形で示しました。問題の解説として、採点基準表に漏れなく触れた答案例として、いわばひとつの完全解答案です。

解説のダイジェストですから、試験現場で全てを同じように書くことが求められるものではありませんが、復習の際に各論点の規範や当てはめを充実させるための参考として有益です。

第1 設問1小問(1)

1 XのY1, Y2に対する訴えは、通常共同訴訟（民事訴訟法（以下、省略する。）38条）である。通常共同訴訟では、共同訴訟人独立の原則（39条）があるため、共同訴訟人であるY1が提出した証拠を他の共同訴訟人であるY2の裁判で用いてよいかが問題となる。

2(1) 共同訴訟人独立の原則とは、各共同訴訟人が、他の共同訴訟人の訴訟追行に制約されることなく、それぞれ独自に訴訟を進行し、その効果を受けることをいう。39条の趣旨は、通常共同訴訟は本来個別的に解決される事件を便宜的に併合したにすぎず、弁論主義の下、各共同訴訟人の意思が尊重されることである。

(2) もっとも、共同訴訟人間については、証拠共通の原則が認められる。ここにいう証拠共通とは、共同訴訟人の一人が提出した証拠は、他の共同訴訟人の援用がなくても、その者の主張する事実の認定のために共通の資料とすることができることである。なぜなら、自由心証主義（247条）の下で、同一手続における一つの歴史的事実に対する心証は一つしかあり得ないからである。また、証拠を提出していない共同訴訟人も、同じ期日の同じ法廷での証拠調べがされれば、証拠調べに関与する機会があるため、手続関与の機会が奪われる不都合性はない。

3 本件では、通常共同訴訟として、共同訴訟人Y1, Y2が訴えられている。そして、争点である主たる債務の弁済については、Y2との関係においても、Y1の弁済により主たる債務の消滅が認められれば、付従性によりY2の保証債務の消滅も認められるという点で共通である。そのため、自由心証主義の下では、Y1の弁済という歴史的事実について、Y2のために異なる事実認定をすることは不自然である。また、仮にY2に不利になるような判決であっても、本件では同じ期日の同じ法廷で証拠調べがされ、Y2にも反対尋問をする機会があったため、Y2に何ら不都合はない。

よって、本件では、裁判所は、Y1が提出した証拠を用いて、Y2に対する判決をすることができる。

第2 設問1小問(2)

1 共同訴訟人Y1 Y2間の弁済の主張について、主張共通が認められるか。

2(1) 通常共同訴訟においては、上記のとおり、共同訴訟人独立の原則がある。その内容と39条の趣旨は、前述のとおりである。

(2) 共同訴訟人間の主張共通とは、共同訴訟人の一人がした事実の主張について、他の共同訴訟人が積極的に援用しないときでも、裁判所が当該事実を他の共同訴訟人についての訴訟資料とすることができるとするものである。

これに対して、他の共同訴訟人に有利な事実の主張であれば、効果を及ぼすべきであるとすると見解がある。この見解は、有利なものであれば、他の共同訴訟人にも不利益はなく、統一的

な判断をすることができることを根拠とする。

しかし、通常共同訴訟では、制度上、統一的な解決を事実上尊重しているにすぎず、主張共通を認めることは、39条の趣旨に反することになる。したがって、共同訴訟人間において主張共通を認めることはできない。

- 3 本件では、確かに、Y1が弁済の事実の主張をしており、これが認められれば、付従性により保証債務が消滅し、Y2に対する訴えについて請求棄却判決をすることができるから、弁済の主張はY2に有利なものである。また、Y1も弁済について立証しなければならず、審理の範囲は変わらないから、訴訟不経済にはならない。

しかし、弁済の事実をY2との関係でも認めてしまうと、Y2との訴訟において当事者でないY1の主張を当事者であるY2からされたものとして扱うことになるから、通常共同訴訟人独立の原則に抵触することになる。

よって、Y1の主張をもって、Y2に対して請求棄却判決をすることはできない。

第3 設問2小問(1)

- 1 Z1が「訴訟の結果について利害関係を有する」こと(42条)、すなわちZ1の補助参加の利益が認められるかが問題となる。
- 2 「訴訟の結果」とは、訴訟物の判断に限られず、判決理由中の判断のうち被参加人の勝訴敗訴に関わる主文を導くのに必要な判断を含むと解する。なぜなら、異議がなければ補助参加の利益さえ不要であり、当事者としての判決効が及ばないのであるから、訴訟物の判断に限定する必要はないからである。

次に、「利害関係」とは、法律上の利害関係をいい、公法、私法上の法的地位のいずれであるかを問わない。そして、「訴訟の結果」と「利害関係」の間には、因果関係が必要であり、この因果関係は、事実上論理的に影響を及ぼすもので足りる。

したがって、補助参加人の法的地位が、被参加人が受ける判決の判断によって事実上の影響を受ける場合に、「訴訟の結果について利害関係を有する」といえる。

- 3 補助参加の典型例は、後訴において被告側として防御するためのものであるのに対して、本件では、Z1が原告としてZ2に対してする求償請求という後訴を提起するための攻撃的なものである。しかし、Z2に過失がないとすると、共同不法行為がないことになるから、Z1は、実体法上、Z2に対して、共同不法行為責任に基づく不真正連帯債務の内部的な負担部分を求償することができなくなる。この負担部分を求償することができなくなるという不利益は、補助参加人Z1の法的地位である。そして、被参加人XのZ2に対する請求棄却判決により、Z1はZ2に求償できなくなるから、この訴訟結果は、事実上、Z1の上記地位について論理的に影響するといえる。よって、Z1は、「訴訟の結果について利害関係を有する」といえ、Z1には補助参加の利益がある。
- 4 以上から、Z1は、X側に補助参加することができる。

第4 設問2小問(2)

- 1 原則として、控訴期間の進行は、判決書の送達を受けた時点から進行する(285条)。
- 2 そして、確かに、補助参加人にも判決書は送達されるが、補助参加人は、あくまで訴訟当事者ではなく、当事者である被参加人に従属して訴訟行為をすることになる(45条1項ただし書、2項以下)から、補助参加の場合の控訴期間の進行は、被参加人を基準として判断するべきである。
- 3 本件においても、補助参加人Z1ではなく、被参加人Xを基準にして控訴期間が進行するべき

である。そうすると、Xの控訴期間が経過しているから、Z1は、補助参加により控訴することはできない。

第5 設問3小問(1)

- 1 本件では、VがY1のWに対する所有権移転登記手続を求める訴えに独立当事者参加している。独立当事者参加の場合については、47条1項・4項により必要的共同訴訟の規定である40条1項が準用されているため、Vを除くY1W間のみの訴訟上の和解は許されないのではないかと。
- 2 47条1項・4項、40条1項の趣旨は、合一確定の法技術を準用することで、参加人が、その牽制権によって、自己の実体法上の権利を確保できるようにすることにある。
したがって、参加人に不利益となる訴訟行為を認めることは、上記趣旨に反するから、許されない。他方で、参加人にとって有利となる訴訟行為は、上記趣旨を害するわけではないから、許されるといえる。
- 3 本件和解は、Y1W間のみでされており、Y1は、自己が本件土地の所有者でないことを認め、Wは、Y1に1500万円を支払うことを合意しているにすぎない。この合意内容が履行されても、WがY1に対して1500万円を支払うのみであり、本件土地の所有権移転登記手続の帰すうについて影響を与えることはない。そして、Vが第2訴訟に独立当事者参加をしたのは、Wに本件土地の所有権確認及びその所有権移転登記手続を求め、また、Y1に本件土地の所有権確認を求めるためである。そうすると、本件和解をしても、実体法上、Vの請求と矛盾することにはならないから、Vに不利益は生じない。

よって、本件和解は、Vとの関係においても有効であるといえる。

第6 設問3小問(2)

- 1 261条2項は、被告が本案で防御活動をした後に、原告が訴えを取り下げる場合には、被告の請求棄却判決を受ける利益を確保するために、被告の同意を要求している。そうすると、本件の第2訴訟のような独立当事者参加訴訟においても、被告及び参加人が本案で防御活動をした後に、被告の同意さえあれば、原告は、訴えを取り下げることができるのか。
- 2 確かに、参加人の同意を要求する明文の規定はない。しかし、参加人の同意を得ずに訴えを取り下げることができしまうと、原告が、被告と通謀して、訴えを取り下げて再訴を提起し、二当事者間の争いに戻すおそれがある。そうすると、参加人は、独立当事者参加をして既存の当事者の訴訟追行を牽制し、自己の実体法上の権利を確保する機会を奪われる。これでは、前述した民訴法47条1項・4項、40条1項の趣旨に反する。したがって、独立当事者参加訴訟において、原告が訴えを取り下げるためには、参加人の同意が必要である。
- 3 本件において、Vは、既に第1回口頭弁論期日において、自己の主張をし、本案で防御活動をしている。したがって、Y1が訴えを取り下げるためには、Vの同意が必要である。

よって、Y1は、Vの同意を得ずに訴えを取り下げることができない。

以上

【解 説】

◆ 論点① 通常共同訴訟における共同訴訟人間の証拠共通，主張共通 ◆

1 問題の所在

XのY1，Y2に対する訴えは，通常共同訴訟（民事訴訟法（以下「民訴法」という。）38条）である。通常共同訴訟では，共同訴訟人独立の原則（民訴法39条）があるため，共同訴訟人であるY1が提出した証拠を他の共同訴訟人であるY2の裁判で用いてよいかが問題となる。これが課題①である。また，主張共通についても，共同訴訟人独立の原則との関係で問題となる。これが課題②である。

2(1) 通常共同訴訟の意義・趣旨（民訴法38条以下）

通常共同訴訟とは，各共同訴訟人と相手方との間の複数の請求の相互間に民訴法38条所定の関連性がある場合に，本来個別に訴訟を提起し審判され得る数個の請求につき便宜上共同訴訟とすることが認められる場合をいう。

その趣旨は，重複審理の回避，判決の矛盾防止及び訴訟経済にある。

もっとも，通常共同訴訟は，必要的共同訴訟とは違って，併合審理により弁論・証拠調べ等がされる限りにおいて審理の重複を回避し，心証形成上の共通化が事実上期待され得るにすぎない。したがって，弁論の分離，一部判決は可能である。

(2) 共同訴訟人独立の原則（民訴法39条）

民訴法39条は，「共同訴訟人の一人の訴訟行為，共同訴訟人の一人に対する相手方の訴訟行為及び共同訴訟人の一人について生じた事項は，他の共同訴訟人に影響を及ぼさない。」と規定する。これは，共同訴訟人独立の原則と呼ばれている。

すなわち，共同訴訟人独立の原則とは，各共同訴訟人が他の共同訴訟人の訴訟追行に制約されることなく，それぞれ独自に，訴訟を進行し，その効果を受けることをいう。

これは，通常共同訴訟が，本来個別的に解決される事件を便宜的に併合したものであって，審判の統一の実現を保障する制度ではなく，結果的に審理の重複・判決の矛盾が回避されるにすぎないからである。

(3) 裁判資料の統一を図る方法

ア 総論

共同訴訟人独立の原則が貫かれると，共同訴訟の利点が生かされない。そこで，それぞれの共同訴訟人の手続保障を害さない限度で，共同訴訟人独立の原則を制限することが考えられる。ここで，問題とされているのが，証拠共通の原則及び主張共通の原則である。

イ 証拠共通の原則

(7) 証拠共通の原則とは，共同訴訟人の一人が提出した証拠は，他の共同訴訟人が援用していなくても，その者の主張する事実の認定のためにも共通して資料となり得るとする原則をい

う。

証拠共通の原則は、事実上の審判の統一が期待されること、自由心証主義（民訴法247条）の下では歴史的事実の心証は一つしかあり得ないこと、同じ期日の同じ法廷で証拠調べがなされるのであり、共同訴訟人も証拠調べに関与できることから、共同訴訟人独立の原則の修正として認めるべきである。

(4) 判例

□ 最判昭45. 1. 23（判時589－50）

証拠共通の原則の肯否について、本判決は、共同訴訟人の一人が提出した証拠は、他の共同訴訟人とその相手方に対する関係においても、証拠資料とすることができると判示した。

ウ 主張共通の原則

(7) 学説

A 肯定説

一人の共同訴訟人がある主張をし、他の共同訴訟人がこれと抵触する行為を積極的にしていない場合には、その主張が他の共同訴訟人に利益なものである限り、この者にも効果が及ぶとする。

（理由）

- ① 共同訴訟による共同審判の効用（訴訟経済や紛争の統一的解決）を生かす。
- ② 他の共同訴訟人にとって利益な行為であれば、訴訟行為の効力を及ぼしても不都合はない。

* なお、共同訴訟人間に「当然の補助参加関係」を認める見解もある。これによれば、補助参加の利害関係のある共同訴訟人間では、その一人のした訴訟行為は、同時に他の者についてもその補助参加人としてしたもの認められることになるから、他の共同訴訟人の抵触行為がない限り、訴訟資料の統一的な提出と統一的な審判が図られることになる。

B 否定説（通説）

（理由）

- ① 共同訴訟人独立の原則（民訴法39条）に反する。
- ② 通常共同訴訟は個々の請求が便宜上併合されているにすぎず、制度上紛争の統一的解決は要求されていない。

証拠共通は、当事者の主張を前提として裁判官の心証形成の領域の問題として論じることができるが、主張共通は、もはや弁論主義との関係で緩和して論じる余地はないことから、否定すべきである（通説・判例）。

(イ) 判 例

□ 最判昭43. 9. 12 (民集22-9-1896, 民訴百選〔5版〕95事件)

通常共同訴訟においては、共同訴訟人間に共通の利害関係がある場合でも、共同訴訟人の一人の訴訟行為は他の者のために効果を生じない。したがって、共同訴訟人が相互に補助しようとするときは、補助参加の申出をすることを要する。

3 本問の事案に即した具体的検討

(1) 証拠共通

本件では、通常共同訴訟として、共同訴訟人Y1、Y2が訴えられている。そして、争点である主たる債務の弁済については、Y2との関係においても、弁済により主たる債務の消滅が認められれば、付従性により保証債務の消滅も認められるという点で共通である。そのため、自由心証主義の観点から、Y1の事実認定について、Y2との関係においても、同一の証拠から一体にされる必要がある。また、仮にY2に不利になるような判決であっても、本件では同じ期日の同じ法廷で証拠調べがされ、Y2にも反対尋問をする機会があったため、Y2に何ら不都合はない。よって、本件では、裁判所は、Y1が提出した証拠を用いて、Y2に対する判決をすることができる。

(2) 主張共通

ア 主張共通を認めない場合

弁済の事実をY2との関係でも認めてしまうと、Y2との訴訟において当事者でないY1の主張を当事者であるY2からされたものとして扱うことになるから、通常共同訴訟人独立の原則に抵触することになる。よって、Y1の主張をもって、Y2に対して請求棄却判決をすることはできない。

イ 主張共通を認める場合

Y1が弁済の事実の主張をしており、これが認められれば、付従性により保証債務が消滅し、Y2に対する訴えについて請求棄却判決をすることができるから、弁済の主張はY2に有利なものである。また、Y1も弁済について立証しなければならず、審理の範囲は変わらないから、訴訟不経済にはならない。よって、Y1の主張をもって、Y2に対して請求棄却判決をすることができる。

◆ 論点② 補助参加の利益 ◆

1 問題の所在

Z 1は、Xに補助参加するためには、「訴訟の結果について利害関係を有」しなければならない（民訴法42条）。これを補助参加の利益という。課題①では、Z 1にこの補助参加の利益が認められるかが問題となる。

2 訴訟の結果について利害関係を有すること（補助参加の利益）

ここでいう利害関係は、法律上の利害関係でなければならず、感情的な理由等の事実上の利害関係では足りない。これは、民事訴訟の目的が権利関係や法律上の地位など、法律上の利益の保護にあることの帰結である。

そして、この利害関係と訴訟の結果との間に因果関係があることが必要である。すなわち、訴訟の結果により補助参加人の法律上の利益が害される場合に、補助参加の利益が認められる。もっとも、ここでいう「訴訟の結果」の意味については争いがある。

3 「訴訟の結果」についての見解

A 従来の通説（訴訟物限定説）

前訴における訴訟物に関する判決主文中の判断が、補助参加人を当事者とする後訴において、その法的地位に不利に影響する場合に参加の利益が認められる。具体的には、補助参加人の権利義務その他の法律上の地位が、論理上訴訟物である権利関係の存否いかんを前提として判断される場合に補助参加の利益を肯定できる。

（理由）

- ① 訴訟の結果＝判決主文と考えるのが、条文の文言に適合的である。
- ② 判決理由中の判断は、訴訟当事者でさえ既判力が生じないとされているにもかかわらず、これに対する利害関係を理由に参加を認めると、第三者による介入を広く認めすぎてしまう。

B 要件を緩和する見解（訴訟物非限定説）

B₁ 説（新堂）

その訴訟の主要な争点についての判断を前提にして補助参加人の権利義務その他の法的地位が認められる関係にあることから、被参加人の受ける判決の判断によって補助参加人の法的地位が事実上不利な影響を受けるおそれがある関係がある場合に、補助参加の利益を肯定する。

B₂ 説（伊藤）

判決理由中の判断が補助参加人の法律上の地位に対して事実上の影響力を有する場合に、補助参加の利益を肯定できる（伊藤眞『民事訴訟法』（有斐閣、第5版、2016）P. 658）。

（理由）

補助参加人自身の法律上の地位が争われる場合に事実上不利な影響が生じるという点では、判決主文中の判断であろうと判決理由中の判断であろうと違いはないはずであり、また、補助参加人を当事者とする後訴の審理の内容を考えると、事実上不利な影響を生じるのは、判決主文の判断ではなく、理由中の判断以外に考えられない（伊藤・前掲P. 658）。

4 判例

□ 東京高決昭49. 4. 17 (判時748-61)

〔事案の概要〕

スモン病患者らが、国及びT製薬株式会社を相手として、キノホルム剤がスモン病の原因であることを前提に、同剤を製造、販売もしくは製造承認した点を違法として損害賠償を請求する訴訟に、同薬剤を投与した医師〔注：決定要旨中の抗告人〕らが補助参加を申し出た。

〔決定要旨〕

『訴訟ノ結果ニ付利害関係ヲ有スル』場合とは、本案判決の主文に包含される訴訟物たる権利関係の存否についてだけでなく、その判決理由中で判断される事実や法律関係の存否について法律上の利害関係を有する場合も含まれるといえるが、当該他人間の訴訟の当事者の一方（被参加人）の敗訴によつてその当事者（被参加人）から第三者（参加申出人）が一定の請求をうける蓋然性がある場合及びその当事者の一方（被参加人）と第三者（参加申出人）を当事者とする第二の訴訟で当事者の一方（被参加人）の敗訴の判断に基づいて第三者（参加申出人）が責任を分担させられる蓋然性のある場合でなければならず、第一の訴訟で当事者の一方（被参加人）が相手方から訴えられているのと同じ事実上又は法律上の原因に基づき第二の訴訟で第三者が右相手方から訴えられる立場にあるというだけでは、補助参加の要件を充足しない。

「キノホルム剤がスモン病の原因であるかどうかという因果関係についての判断が本訴と別訴とを通じて共通の前提問題となつているというのは、所詮本訴と別訴が同一の事実上の原因に基づいているというものにすぎず、本件において本訴の被告ら（被参加人）の敗訴によつて抗告人らが右被告ら（被参加人）から請求をうけ責任を分担させられる蓋然性がうかがえないばかりか、本訴における判決中の右因果関係の存否についての判断は、抗告人らの補助参加を認めても、いわゆる参加的効力は、別訴における原告らと抗告人らの間に及ぶものではないので、…抗告人らが補助参加の要件を充足するとは認めがたい。」

□ 最判昭51. 3. 30 (判時814-112, 民訴百選〔5版〕A32事件)

〔事案の概要〕

Zが運転する自動車（Z車）とYが運転する自動車（Y車）が衝突した際の反動で、Y車がXに衝突し、Xが負傷した。Xは、YとZを共同被告として損害賠償請求訴訟を提起し、第一審では、Zに対して請求認容、また、Yに対して請求棄却の判決があり、前者は、Zの控訴がなかったために、確定した。しかし、Zは、Yもまた上記事故について過失があり、損害賠償義務を免れないとし、Xのため補助参加を申し立てると同時に、XY間の判決について原審に対して控訴を提起した。

Yは、この控訴は補助参加の利益の認められない控訴であり、不適法であると主張して争ったが、原審は、本判決と同旨の理由で、Zは補助参加することが許されるとした。Yの上告に対し、上告棄却したのが、本判決である。

〔判旨〕

「XとYらの間の本件訴訟の結果いかんによつてZのXに対する損害賠償責任に消長をきたすものではないが、本件訴訟においてYらのXに対する損害賠償責任が認められれば、ZはX

に対しYらと各自損害を賠償すれば足りることとなり、みずから損害を賠償したときはYらに対し求償し得ることになるのであるから、Zは、本件訴訟において、Xの敗訴を防ぎ、YらのXに対する損害賠償責任が認められる結果を得ることに利益を有するといえることができ、そのために自己に対する第一審判決について控訴しないときは第一審において相手方であったXに補助参加することも許されると解するのが、相当である。」

5 本件の事案に即した具体的検討

(1) 訴訟物限定説

XのZ2に対する請求は、XのZ1に対する請求の論理的前提にならないが、Z1のZ2に対する求償請求の論理的な前提になると考えるとすれば、Z1の参加の利益は肯定される。

(2) 訴訟物非限定説

共同不法行為者間の求償は過失割合に従って定められることを前提にすると、Z1はZ2の過失に利害関係を有する。Z2の過失は理由中の判断であるが、主文を導くのに必要な判断であり、「訴訟の結果」に当たる。

そして、Z2に過失がないとすると、共同不法行為がないことになるから、Z1は、実体法上、Z2に対して、共同不法行為責任に基づく不真正連帯債務の内部的な負担部分を求償することができなくなる。この負担部分を求償することができなくなるという不利益は、補助参加人Z1の法的地位である。そして、被参加人XのZ2に対する請求棄却判決により、Z1はZ2に求償できなくなるから、この訴訟結果は、事実上、Z1の上記地位について論理的に影響するといえる。よって、Z1は、「訴訟の結果について利害関係を有する」といえ、Z1には補助参加の利益がある。

補足 共同訴訟人の一人の相手方への補助参加

(1) 問題の所在

Z1はZ2の共同訴訟人であるから、Z1がXZ2間の訴訟においてX側に補助参加すれば、同一人が相手方当事者の補助者としての地位とその相手方としての地位を有することとなり、陳述も矛盾し二当事者対立構造を危うくするのではないかと、さらに、補助参加は他人間に係属する訴訟につき認められるとする明文規定（民訴法42条は、補助参加できる者を「第三者」とする。）に反することになるのではないかと疑問が生じる。そこで、共同訴訟人の一人が相手方の他の共同訴訟人に対する訴訟につき相手方側に補助参加をすることが許されるかが問題となる。

(2) 学説

かつてはこれを否定する立場もあったが、近時は、別段これを妨げる理由はないとされている。(理由)

- ① 通常共同訴訟では、もともと別個の訴訟で解決されても差し支えない事件が便宜上一つの手続に併合されているにすぎず、そこでの審理には共同訴訟人独立の原則（民訴法39条）が妥当するため、これを肯定しても自己の立場と矛盾する地位を有するに至るとは考えられない。
- ② 補助参加人には被参加人の行為と矛盾しない限度でのみ有効に訴訟行為をする権限が与えられているにすぎないため（民訴法45条2項）、補助参加人の陳述と被参加人の陳述が矛

盾する可能性は排除されている。

- ③ 補助参加人の、被参加人の相手方としての陳述と、被参加人の補助者としての陳述が矛盾する可能性があるが、元来、当事者の陳述というものは矛盾する可能性をはらんでいることからすれば、これを問題とする必要はない。
- ④ 共同訴訟人の一方による他の共同訴訟人を被参加人とする補助参加が認められていることから、相手方当事者と他の共同訴訟人間の訴訟が他人間の訴訟であることは明らかである。
- ⑤ 共同訴訟人のそれぞれが別訴で訴えられていれば補助参加が認められるのに、まとめて訴えられたためにそれができなくなるというのは不合理である。
- ⑥ 共同訴訟人の一人から見れば、相手方の他の共同訴訟人に対する訴訟は他人間の訴訟であるといえる。

◆ 参考論点 補助参加人の従属性 ◆

1 総論

(1) 従属性と独立性

ア 補助参加人は、他人間の訴訟の結果について利害関係を有する第三者として、自己の利益を守るために当該訴訟に参加して主張・立証等の活動を行うことができる。しかし、補助参加人は、あくまでも他人間の訴訟を前提としてそれに参加していく存在にすぎず、自己の又は自己に対する請求について審判を申し立てる者ではないから、判決の名宛人となることはない。この意味において、補助参加人は、真の当事者ではなく、当事者に従属した地位を有するにすぎない（従属性）。

イ しかし他方で、補助参加人といえども、訴訟代理人等とは異なり、自己の利益を守ることを目的として訴訟追行を行うのであり、このことを重視すれば、その地位は当事者に近づく（独立性）。

(2) (1)で述べた補助参加人の従属性と独立性をどのように調和させるかが問題となる。

本論点は、論点③を理解する上での前提知識となる。

2 従属的地位

補助参加人は、判決の名宛人である当事者ではないから、当事者適格は問題とならず、証人や鑑定人となる資格がある。

また、補助参加人は、原則として、被参加人ができる一切の訴訟行為をすることができる（民訴法45条1項本文参照）が、審理の混乱の回避や訴訟主体である当事者の利益の保護といった趣旨から、あるいは他人間の訴訟を前提とするという補助参加制度の特質から、被参加人自身ができなくなってしまう訴訟行為（民訴法45条1項ただし書。例えば、被参加人としての攻撃防御方法の提出が時機に後れている場合や被参加人が撤回できない自白の撤回など）、被参加人の訴訟行為と抵触する訴訟行為（民訴法45条2項。参加人が否認して争っても、被参加人が自白すれば被参加人の訴訟行為が優先する）、訴訟自体の処分・変更に関わる訴訟行為（例えば、訴えの取下げ、訴えの変更、反訴の提起、請求の放棄・認諾、訴訟上の和解など）については一定の制限が加えられるとされる。

3 独立的地位

補助参加人は、原則として、被参加人ができる一切の訴訟行為を、被参加人がしたのと同じ効果をもってすることができる（民訴法45条1項本文参照）。しかも、補助参加の申出に対し異議があった場合であっても、参加不許の裁判が確定するまでの間は訴訟行為をすることができる（民訴法45条3項）。また、補助参加人は、自らの利益保全を最終目的として、既存の訴訟当事者の意思に反してでも補助参加することができ、自己の名と費用の投下において訴訟を進行するのであり、単なる補助者とは異なるし、補助参加人には、訴訟行為の機会を保障するため、各種の訴訟書類（呼出状、判決書など）が送達される。

* 従来の通説的見解は、独立性を従属性の枠内においてしか認めてこなかったとされるが、これに対し、近時は、補助参加制度による紛争解決の実効性を少しでも高めることを意図し、補助参加の利益や補助参加訴訟における判決の効力を問い直す動きとも相まって、独立性を高める方向での解釈論も有力に主張されるようになってきているようである。

1でも述べたとおり、補助参加人の従属性と独立性という2つの性格をいかに調和させるかがこの問題の基本的な視点である。

◆ 論点③ 補助参加人の上訴期間 ◆

1 問題の所在

課題⑩においては、被参加人Xの控訴期間は経過しているが、補助参加人Z1を基準とすると控訴期間は経過していない。そのため、控訴期間の進行について被参加人と補助参加人のいずれを基準として判断するのが問題となる。

2 学説

A 限定説（通説）

補助参加人の上訴期間は被参加人の上訴期間内に限られる。

（理由）

- ① 民訴法45条1項ただし書は補助参加人の地位が当事者に従属していることを明らかにしている。
- ② 訴訟物である権利関係についての訴訟追行権は主たる当事者に帰属している。
- ③ 補助参加人が上訴を提起できなくても、この場合は参加的効力も排除されるのであるから、補助参加人は不利益を被ることもない。
- ④ B説によると、補助参加人のための上訴期間の満了まで判決の確定が延ばされることになるから、被参加人の相手方にとって不利益になる。

B 非限定説

補助参加人の上訴期間は補助参加人自身への送達時点から起算すべきである。

（理由）

- ① 手続関与者に対する手続権を十分に保障する必要がある。
- ② 第一審から補助参加をした補助参加人には判決が送達されるのであるから、上訴期間も独自に定まると解するのが正当である。
- ③ （A説の理由③に対して）問題を参加的効力をめぐる後日の争いに譲り、紛争を後日に残すよりは、補助参加人に補助参加した訴訟で十分な攻撃防御を尽くさせるのが妥当である。
- ④ 確定してしまえばもはや争うことが困難になる補助参加人の不利益と、既に勝訴判決を得ているが確定を延ばされる相手方の不利益とを比べるならば、補助参加人の利益を優先すべきである。

3 判例

判例はA説に立つ（後掲最判昭37.1.19, 最判昭50.7.3集民115-231）。

□ 最判昭37.1.19（民集16-1-106, 民訴百選〔5版〕A34事件①）

〔判旨〕

「補助参加人は、独立して上訴の提起その他一切の訴訟行為をなしうるが、補助参加の性質上、当該訴訟状態に照らし被参加人のなしえないような行為はもはやできないものであるから、被参加人…のために定められた控訴申立期間内に限って控訴の申立をなしうるものと解するを相当とする」。

4 本件の事案に即した具体的検討

A説に立てば、被参加人Xを基準として判断されるから、Z1の控訴は、控訴期間外の控訴となる。

B説に立てば、補助参加人Z1を基準として判断されるから、Z1の控訴は、控訴期間内の控訴である。

◆ 論点④ 独立当事者参加訴訟における二当事者間の和解 ◆

1 問題の所在

本件和解は、独立当事者参加があった訴訟の中でされたものである。独立当事者参加の場合については、民訴法47条1項・4項により必要的共同訴訟の規定である40条1項が準用されているため、Vを除くY1W間のみの訴訟上の和解は許されないのではないか。この点が、課題④においては問題となる。

2 独立当事者参加と和解の効力

(1) 学説

A 有効説（三木）

より一般的に、裁判外では二者のみで和解ができるとして、二者のみの訴訟上の和解もすべて適法であるとする。

(理由)

- ① 参加人が審理ユニットを参加によって拡大することができるのであれば、既存当事者である原告・被告にはその審理ユニットを縮小させる権能を与えられるのが公平である。また、三面訴訟をア・プリアリに維持しようとするのは、原告・被告の自主的な紛争解決を尊重するという処分権主義に反する。
- ② 実体法上の和解契約を裁判外で原告、被告が締結することは誰も阻止することはできず、それによる実体関係の変動を訴訟で主張することも阻止することができないはずである。ただし、その和解契約は契約当事者でない参加人を拘束することはないから、参加人を害することはない。

(批判)

- ① 原告・被告間の訴訟上の和解も、調書という裁判所のお墨付きが与えられるのであるから、判決の場合に準じて、参加人による阻止を認めるべきである。
- ② 他の者を入れない和解は、通常は他の者に不利益である。

B 折衷説（新堂，井上，中野）

他の権利主張者の利益を害するような和解はできないが、その内容が他の当事者に不利益を与えなければ有効である。

(理由)

和解の内容が他の当事者に不利益を与えなければ、否定する必要はない。

(批判)

- ① 和解の内容が確定するまでには和解案をめぐって当事者・代理人との折衝がくり返されるのが普通であるから、他の当事者に不利益を及ぼすかどうかの判断は実際上かなり難しい。したがって、和解当事者間では常に有効として訴訟終了効を認めるのであれば格別、そうでないならば実務上は採用しがたい。
- ② 他の者を入れない和解は、通常は他の者に不利益である。

C 無効説（奈良）

（理由）

- ① 他の者を入れない和解は、通常は他の者に不利益である。
- ② 二当事者のみの間において当該訴訟物について裁判上の和解をすることは、三者間の合一確定の目的に反する。

(2) 裁判例

□ 仙台高判昭55. 5. 30（判タ419-112，民訴百選〔5版〕107事件）

本判決も、以下のように、独立当事者参加訴訟における二当事者間の和解を無効とする。

〔判旨〕

「前記訴訟の目的は、本訴においては原告Sの被告A，同Kに対する本件土地所有権移転登記抹消登記手続請求権の存否および被告Aに対する原告Sの本件土地所有権に基づく妨害排除請求権の存否であるが、その前提たる権利関係として原告の本件土地に対する所有権の存否が争いとなっていることが明らかである。原告Sは右前提たる権利関係の存否につき中間確認の訴を提起しなかつたが、前記訴訟上の和解において本件土地の所有権が原告Sに属することが確認されたのであるから、右中間確認の訴が提起された場合と同等である。

右の前提たる権利関係の如何によつて本訴の勝敗の帰すうが決せられるのであるから、本件土地の所有権の帰属も前記訴訟の目的たるものといわなければならない。しかして参加人（控訴人）は、本件土地の所有権が参加人に属することの確認を求めて前記訴訟たる当事者参加したのであるから、右の権利関係は原告、被告、参加人の間において合一にのみ確定されなければならないことが明らかである（民事訴訟法第71条〔注：現47条〕，第62条〔注：現40条1項ないし3項〕）。

すなわち当事者参加がなされたのちは、既存訴訟の二当事者間で訴訟の目的を処分する訴訟行為（請求の認諾，放棄もしくは訴訟上の和解）をしても、当事者参加人に対して効力を生じないものである。もとより、当該請求の放棄，認諾もしくは訴訟上の和解の内容が、必ずしも当事者参加人にとって不利益とはいえない場合もありえようが、請求の放棄，認諾もしくは訴訟上の和解が調書に記載されれば、その限度で当該訴訟は終了するとともに、その記載は確定判決と同一の効力を有することになり、三当事者間の紛争を矛盾なく解決すべき当事者参加訴訟の構造を無に帰せしめるからである。ただ、当事者参加の申立があつたのちでも、本訴被告および当事者参加人の同意あるときは本訴の取下をすることは許されるものというべく、この場合には参加訴訟は参加人と本訴原告および参加人と本訴被告間の通常共同訴訟として残存することになる。

参加人（控訴人）は前記既存訴訟の二当事者間での訴訟上の和解成立に同意していないのであるから、右訴訟上の和解は訴訟の目的に関する部分について効力を生ぜず、これについて訴訟終了の効力も生じえないものといわなければならない。したがつて原審が参加人の既存訴訟の原告および被告に対する参加請求についてのみ判決したことは、判決の手續が法律に違背したことになる。」

□ 東京高判平3. 12. 17 (判時1413-62)

本判決も、以下のように、独立当事者参加訴訟における二当事者間の和解を無効とする。

〔判 旨〕

「右の訴訟関係においては、本訴請求の訴訟物は、本件土地建物の所有権に基づく物上請求権である所有権移転登記の抹消登記の回復請求権であり、参加請求の訴訟物は、参加人と一審原告、被告兩名との間において、本件土地建物の所有権であり、これに加えて参加人と一審被告との間において、右所有権に基づく物上請求権である所有権移転登記請求権である。そうとすれば、本件は、一審原告及び参加人の各請求につき、本件土地建物の所有権及びこれに基づく物上請求権の帰属について、一審原告、一審被告及び参加人の三者間において合一のみ確定されなければならない訴訟（いわゆる三面訴訟）であることが明らかである。

このような三当事者間の法律関係を合一に確定させることを目的とする訴訟において、そのうちの二当事者のみの間において当該訴訟物について裁判上の和解をすることは、三者間の合一確定の目的に反するから許されないものと解すべきである。そうすると、参加人を加えることなく、一審原告及び一審被告との間で本訴の訴訟物について成立させた本件和解は無効であり、したがって、右当事者間の本件訴訟は、未だ終了していないものといわなければならない。

そして、この訴訟においては、三者間において合一に確定させることを要する各請求につき1個の終局判決がされるべきであって、そのうちの特定の請求についてのみ判決をすることは許されないものである（したがって、これを看過して、一部の請求についてのみ判決がされたときは、残余の分について追加判決をすることも許されない。）。しかるに、原審裁判所は、一審原告と一審被告との間の本訴が和解によって終了したことを前提として、参加請求事件とこれに対する反訴請求事件についてのみ判決をしたものであるから、原判決は、この点において違法があり、そのかしを補正することができないものである。」

3 本件の事案に即した具体的検討

前掲裁判例の見解に従えば、二当事者間の和解である以上は、本件和解がいかなるものであっても無効とされる。

他方で、B説によると、本件和解は、Y1W間のみでされており、Y1は、自己が本件土地の所有者でないことを認め、Wは、Y1に1500万円を支払うことを合意しているにすぎない。この合意内容が履行されても、WがY1に対して1500万円を支払うのみであり、本件土地の所有権移転登記手続の帰すうについて影響を与えることはない。そして、Vが第2訴訟に独立当事者参加をしたのは、Wに本件土地の所有権確認及びその所有権移転登記手続を求め、また、Y1に本件土地の所有権確認を求めためである。そうすると、本件和解をしても、実体法上、Vの請求と矛盾することにはならないから、Vに不利益は生じない。よって、本件和解は、Vとの関係においても有効である。

◆ 論点⑤ 独立当事者参加訴訟における訴えの取下げ ◆

1 要件

(1) 問題の所在

民訴法261条2項は、被告が本案で防御活動をした後に、原告が訴えを取り下げる場合には、被告の請求棄却判決を受ける利益を確保するために、被告の同意を要求している。それでは、独立当事者参加訴訟において、原告が訴えを取り下げる場合に、参加人の同意が必要であるかというのが課題⑤である。民訴法261条2項は「相手方の同意」とのみ規定しているにすぎないことから、この点が問題となる。

(2) 学説

A 必要説（通説）（兼子，上田，小山，新堂，伊藤）

参加人の同意も必要である。

（理由）

- ① 参加人の三者間の紛争を一挙に合一的に確定させようとする利益を無視するのは妥当でない。
- ② 訴え取下げの場合には再訴が可能であることから、独立当事者参加をされたことを不利と感じる原告が参加人を排除するために濫用する危険がある。

B 不要説（少数説）（細野，中島）

相手方の同意については、被告の同意だけで足り、参加人の同意は不要である。

（理由）

明文の規定がない。

（批判）

A説の理由。

(3) 判例

□ 最判昭60. 3. 15（判時1168-66，昭60重判民訴3事件）

本判決は、以下のように判示し、参加人との関係でも民訴法261条2項の適用があるとして、参加人の同意も必要であることを明らかにした。

〔判旨〕

「民訴法71条〔注：現47条〕に基づく当事者参加の申立があつた場合、当該訴訟の原告は、同法72条〔注：現48条〕に従つて当該訴訟から脱退することができるほか、被告及び参加人の双方の同意を得て訴えを取り下げることができ、これによつて、当該訴訟は右申立によつて生じた三面訴訟関係を消失し、参加人と原告との間及び参加人と被告との間の単純な二当事者対立訴訟関係に転化するものというべきであり、かつ、三面訴訟において原告が訴えを取り下げた場合、参加人との関係でも民訴法236条6項〔注：現261条2項〕の規定の適用があるものというべきである。」

□ 大阪地判昭38. 6. 15 (下民集14-6-1136)

他方、B説に立つ裁判例として、本判決は、その根拠を以下のように判示する。

〔判 旨〕

「思うに民訴法第71条〔注：現47条〕が同法第62条〔注：現40条〕を準用する精神より見て本訴訟に対し当事者参加があつた後に本訴訟の訴を取下げには被告の同意の外に、尚参加人の同意をも必要とするかの如く考えられないこともないが、民訴法第72条〔注：現48条〕では、本訴訟の原告が訴訟より脱退するには、被告の承諾をもつて足り参加人の承諾は必要でないものと解せられ、参加人は参加訴訟において、本訴訟の当事者双方に対して既判力ある判決を得れば足り、本訴訟の処分について何等の不利益をも受けないものであるから本訴訟の訴を取下げについては被告の同意があれば足り、参加人の同意は要しないものと解すべきである。」

2 効 果

(1) 訴訟係属の遡及的消滅

訴えが取り下げられると、訴訟は、取り下げられた部分については、初めから係属していなかったものとみなされる(民訴法262条1項)。その結果、当事者がした攻撃防御方法の提出の効果、訴訟告知の効果、応訴管轄の効果などは消滅し、裁判所の証拠調べ、裁判なども失効する。

* 上訴審において訴えを取り下げた場合、下級審をも含めた訴訟係属自体が遡及的に消滅するのに対し(民訴法262条1項)、上訴を取り下げた場合には、上級審での係属のみが遡及的に消滅するにとどまる(民訴法292条, 313条)。その結果、上訴の取下げがされた場合には、原判決言渡しの効力が維持される。

(2) 再訴の禁止

訴えの取下げ後に同一請求につき別訴を提起することは原則として許されるが、本案につき請求認容又は棄却の終局判決がされた後に訴えを取り下げた原告は、もはや「同一の訴え」を提起することはできない(民訴法262条2項)。

この再訴禁止効の趣旨については、取下げにより判決に至るまでの裁判所の努力を徒労に帰せしめたことに対する制裁という見解(取下げ濫用制裁説)と、取下げながら後訴を提起する場合の訴権濫用防止こそが根拠であるとする見解(再訴濫用防止説)がある。

そして、最判昭52. 7. 19(民集31-4-693, 民訴百選〔5版〕A29事件)は、262条2項の趣旨につき、「終局判決を得た後に訴を取下げることにより裁判を徒労に帰せしめたことに対する制裁的趣旨の規定であり、同一紛争をむし返して訴訟制度をもてあそぶような不当な事態の生起を防止する目的に出たもの」として両説を意識した判示となっている。

* 上述の趣旨から、「同一の訴え」とは、単に当事者及び訴訟物である権利関係を同じくするだけでなく、訴えの利益又は必要性の点についても事情を同一にする場合をいうと解される。

前掲最判昭52. 7. 19も、「同条項〔注：現262条2項〕にいう『同一ノ訴』〔注：現『同一の訴え』〕とは、単に当事者及び訴訟物を同じくするだけでなく、訴の利益又は必要性の点についても事情を一にする訴を意味し、たとえ新訴が旧訴とその訴訟物を同じくする場

合であつても、再訴の提起を正当ならしめる新たな利益又は必要性が存するときは、同条項の規定はその適用がないものと解するのが、相当である。」と判示している。

3 本件の事案に即した具体的検討

本件では、Y1がWに対する訴えをVの同意を得ずに取り下げることができしまうと、Y1が、Wと通謀して、訴えを取り下げて再訴を提起し、Y1W間のみの争いに戻すおそれがある。そうすると、Vは、独立当事者参加をして既存の当事者の訴訟追行を牽制し、自己の実体法上の権利を確保する機会を奪われることになる。

2018 司法試験全国模試 民事系第3問

■ 合格スタンダード答案

(司法試験合格者が検討した、「良好」と「一応の水準」の境界上の本試験順位 500 番相当の解答例)

Memo

P.1 第1 設問1小問(1)

2 1 XのY1, Y2に対する訴えは、通常共同訴訟(民事訴訟法(以下、
3 省略する。)38条)である。通常共同訴訟では共同訴訟人独立の原則
4 (39条)が働くため、一方の共同訴訟人Y1が提出した証拠を他
5 方の共同訴訟人Y2の裁判で用いてよいか、証拠共通の原則が認めら
6 れるかが問題となる。

7 2(1) 共同訴訟人独立の原則とは、各共同訴訟人が、他の共同訴訟人の
8 訴訟追行に制約されることなく、それぞれ独自に訴訟を追行し、そ
9 の効果を受けることをいう。39条の趣旨は、通常共同訴訟は本来
10 個別的に解決される事件を便宜的に併合したにすぎないから、弁論
11 主義の下、各共同訴訟人の意思を尊重する点にある。

12 (2) もっとも、共同訴訟人間については、証拠共通の原則が認められ
13 る。ここにいう証拠共通とは、共同訴訟人の一人が提出した証拠は、
14 他の共同訴訟人の援用がなくても、その者の主張する事実の認定の
15 ために共通の資料とすることができることである。なぜなら、同一
16 の裁判官が同一の手続で行う事実認定は一体であるはずであり、自由
17 心証主義(247条)にかなうからである。また、同じ期日の同じ
18 法廷で証拠調べがなされるのであり、共同訴訟人も証拠調べに関
19 与できるから、手続関与の機会が奪われる不都合性はない。

20 3 本件では、通常共同訴訟として、共同訴訟人Y1, Y2が訴えら
21 れている。そして、争点である主たる債務の弁済については、Y2
22 との関係においても、弁済による主たる債務の消滅が認められれば、
23 付従性により保証債務の消滅も認められるという点で共通である。

P.2 そのため、自由心証主義の観点から、Y1の事実認定について、Y
2 2との関係においても、同一の証拠から一体にされる必要がある。

3 4 よって、本件では、証拠共通が認められ、裁判所は、Y1が提出
4 した証拠を用いて、Y2に対する判決をすることができる。

5 第2 設問1小問(2)

6 1 共同訴訟人Y1 Y2間の弁済の主張について、主張共通が認められ
7 るか。

8 2(1) 通常共同訴訟においては、上記のとおり、共同訴訟人独立の原則
9 が働く。

10 (2) 共同訴訟人間の主張共通とは、共同訴訟人の一人がした事実の主張
11 について、他の共同訴訟人が積極的に援用しないときでも、裁判
12 所が当該事実を他の共同訴訟人についての訴訟資料とすることができる
13 とするものである。

14 そして、他の共同訴訟人に有利な事実の主張であれば、効果を及
15 ぼすべきであるという見解がある。この見解は、有利なものであれば、
16 他の共同訴訟人にも不利益はなく、統一的な判断をすることが
17 できることを根拠とする。

18 しかし、通常共同訴訟では、制度上、統一的な解決を事実上尊重
19 しているにすぎないから、主張共通を認めることは、39条の趣旨
20 に反する。

21 したがって、共同訴訟人間において主張共通を認めることはでき
22 ない。

23 3 本件では、弁済の事実をY2との関係でも認めてしまうと、Y2と

P.3 の訴訟において当事者でないY1の主張を当事者であるY2からされたものとして扱うことになるから、通常共同訴訟人独立の原則に抵触する。

4 よって、Y1の主張をもって、Y2に対して請求棄却判決をすることはできない。

6 第3 設問2小問(1)

7 1 Z1が「訴訟の結果について利害関係を有する」(42条)といえるか、すなわちZ1に補助参加の利益が認められるか。

8 2 まず、「訴訟の結果」とは、訴訟物の判断に限られず、判決の理由中の判断のうち被参加人の勝訴敗訴に関わる主文を導くのに必要な判断を含むと解する。

12 次に、「利害関係」とは、法律上の利害関係をいい、公法、私法上の法的地位のいずれであるかを問わない。

14 そして、「訴訟の結果」と「利害関係」の間には、因果関係が必要であり、この因果関係は、事実上論理的に影響を及ぼすもので足りる。したがって、補助参加人の法的地位が、被参加人が受ける判決の判断によって事実上の影響を受ける場合には、「訴訟の結果について利害関係を有する」といえる。

19 3 補助参加の典型例は、後訴において被告側として防御するためのものであるのに対して、本件では、Z1が原告としてZ2に対してする求償請求という後訴を提起するための攻撃的なものである。

22 しかし、Z2に過失がないとすると、共同不法行為がないことになるから、Z1は、実体法上、Z2に対して、共同不法行為責任に基づく不真正連帯債務の内部的な負担部分を求償することができなくなる。

P.4 この負担部分を求償することができなくなるという不利益は、補助参加人Z1の法的地位である。そして、被参加人XのZ2に対する請求棄却判決により、Z1はZ2に求償できなくなるから、この訴訟結果は、事実上、Z1の上記地位について論理的に影響するといえる。

6 したがって、Z1は、「訴訟の結果について利害関係を有する」といえ、Z1には補助参加の利益がある。

8 4 よって、Z1は、X側に補助参加することができる。

9 第4 設問2小問(2)

10 1 原則として、控訴期間の進行は、判決書の送達を受けた時点から進行する(285条)。

12 2 もっとも、補助参加の場合には、補助参加人は、当事者である被参加人に従属して訴訟行為をすることになる(45条1項ただし書、2項以下)から、控訴期間の進行は、被参加人を基準として判断するべきである。

16 3 本件では、Xを基準にして控訴期間が進行すると解すべきであり、Xの控訴期間は徒過している。

18 4 よって、Z1は、補助参加により控訴することはできない。

19 第5 設問3小問(1)

20 1 Vが、Y1のWに対する所有権移転登記手続を求める訴えに独立当事者参加している。独立当事者参加の場合には、47条1項・4項により必要的共同訴訟の規定(40条1項)が準用されるため、Vを除くY1W間のみの訴訟上の和解は、許されないのではないか。

P.5 2 47条1項・4項、40条1項の趣旨は、参加人が、その牽制権によって自己の実体法上の権利を確保できるようにする点にある。

3 したがって、参加人に不利益となる訴訟行為を認めることは、上記趣旨に反するから、許されない。それに対して、参加人にとって有利となる訴訟行為は、上記趣旨に反しないから、許される。

6 3 本件和解は、Y1W間のみでされており、Y1は、自己が本件土地
7 の所有者でないことを認め、Wは、Y1に1500万円を支払うこと
8 を合意しているにすぎない。この合意内容が履行されても、WがY1
9 に対して1500万円を支払うのみであり、本件土地の所有権移転登
10 記手続の帰すうに影響を与えることはない。そして、Vが第2訴訟に
11 独立当事者参加をした理由は、Wに本件土地の所有権確認及びその所
12 有権移転登記手続を求め、また、Y1に本件土地の所有権確認を求め
13 るためである。そうすると、本件和解をしても、実体法上、Vの請求
14 と矛盾することにはならないから、Vに不利益は生じない。

15 4 よって、本件和解は、Vとの関係においても有効であるといえる。

16 第6 設問3小問(2)

17 1 第2訴訟のような独立当事者参加訴訟において、被告及び参加人が
18 本案で防御活動をした後に、被告の同意(261条2項)さえあれば、
19 原告は、訴えを取り下げることができるか。

20 2 独立当事者参加訴訟において、参加人の同意を得ずに訴えを取り下
21 げることができてしまうと、原告が、被告と通謀して、訴えを取り下
22 げて再訴を提起し、二当事者間の争いに戻すおそれがある。そうなる
23 と、参加人は、独立当事者参加をして既存の当事者の訴訟追行を牽制
P.6 し、自己の実体法上の権利を確保する機会を奪われる。参加人がこの
2 ような不利益を被ることを防ぐため、訴えの取下げには、参加人の同
3 意が必要である。

4 3 本件では、Vは、既に第1回口頭弁論期日において、自己の主張を
5 し、本案で防御活動をしている。したがって、Y1が訴えを取り下げ
6 るためには、Vの同意が必要である。

7 4 よって、Y1は、Vの同意を得ずに訴えを取り下げることにはできな
8 い。

9 以上

【MEMO】

2018 司法試験全国模試 民事系第3問 モニター答案

※ 講師との事前検討ゼミに先立ち、受験生が試験時間内に実際に書いた答案

Memo

P.1 第1 設問1

・誘導に乗って書きました。

2 1 小問(1)

3 裁判所はY1が提出した証拠を用いてY2に対する判決をして
4 もよいか、いわゆる証拠共通の原則が認められるか問題となる。

5 (1) そもそも弁論主義とは、判決の基礎となる事実と証拠の収
6 集・提出を当事者の権能かつ責任とするものであり、当事者意
7 思の尊重から私的自治を訴訟法的にも反映するべく認められる。
8 そして、弁論主義からは、当事者間に争いのある事実は、当事
9 者の提出する証拠によって判断されなければならないとする原
10 則が導かれる。そのため、当事者間に争いのある事実に対して
11 は、当事者が証拠を提出する必要がある。

12 ただ、共同訴訟人間の場合には、原則として共同訴訟人独立
13 の原則（民事訴訟法（以下法名略）39条）が働くことになる。
14 そのため、共同訴訟人の一方がなした訴訟行為については、他
15 方に効力が及ばないことが原則となる。本件においても、Y1
16 とY2は共同被告として39条が適用され、Y2に対する判決
17 はY2とXの提出した証拠によらなければいけない。

18 (2) もっとも、共同訴訟で提出された証拠につき一つの歴史的事
19 実の一つしかありえず、裁判官が当該証拠につき一つの心証を
20 抱いているのに、他方の共同被告との関係では別の心証を抱か
21 なければならないとすることは、自由心証主義（247条）の
22 観点から妥当ではない。

23 そこで、共同訴訟人の他方が提出した証拠であっても、当事
2 者の手続保障を著しく害するような事情がなければ、一方が提
3 出した証拠に基づき他方の共同訴訟人に対する判決をしてもよ
4 いとする証拠共通の原則が認められると解する。

5 (3) 本件ではY1が提出した証拠について同じ期日の法廷で証拠
6 調べがなされ、Y2にも反対尋問をする機会があったことから、
7 Y2やXとの関係で不意打ちとならず手続保障を害しない。

8 (4) よって、裁判所はY1が提出した証拠を用いてY2に対する
9 判決をすることが出来る。

10 2 小問(2)

11 裁判所は、Y1の主張に基づきY2に対し請求棄却判決をする
12 ことができるか。つまり、Y1のした主張をY2がなした主張と
13 同様に考えるという主張共通の原則が認められるか問題となる。

14 (1) 前述の弁論主義から、裁判所は当事者の主張した事実でなけ
15 れば判決の基礎とすることは出来ないという原則が導かれる。
16 そのため、Y2に対する判決は、Y2のなした主張でなければ
17 判決の基礎とすることは出来ない。

18 そして、前述と同様にY1 Y2間には共同訴訟人独立の原則
19 （39条）が及ぶため、他方の訴訟行為は一方に影響を及ぼさ
20 ない。そのため、Y1の主張した事実に基づいてY2に対し判
21 決をすることは許されないのが原則である。

22 (2) この点につき、証拠共通と同様に手続保障及び自由心証主
23 義（247条）に反しないのであれば、主張共通の原則を認め
るべきとする見解がある。

P.3

しかし、本来共同訴訟人間は、必要的共同訴訟でない限り、合一確定の要請はなく、共同訴訟人は独立して訴訟を行うことが通常である。加えて、主張は証拠と異なり変遷する可能性のあるものであり、証拠のように一つの歴史的事実に対する心証というほど証拠力が一定のものではないため、自由心証主義との関係でも問題は生じない。

(3) したがって、自由心証主義との関係で証拠共通が認められ、主張共通の原則は認められない。

(4) よって、裁判所は、Y1の主張に基づきY2に対して請求棄却判決をすることは出来ない。

第2 設問2

1 小問(1)

Z1は補助参加(42条)をすることが出来るか、Z1が「訴訟の結果」について「利害関係」があるか検討する。

(1) そもそも補助参加は、当事者の一方を補助することによって、後の紛争を予防するために行うものである。

そこで「利害関係」とは、法律上の利害関係があることを要する。

本件でZ1は第1審における被告であり、Xは原告という立場にある。XはZ1及びZ2に対して損害賠償請求(民法709条・719条1項)をしている関係にある。訴訟の結果によって過失割合(民法722条1項・2項)に利害がある。

したがって、Z1はXとの間に法律上の利害関係がある。

(2) 前述の趣旨から「訴訟の結果」とは主文に包含される権利関係を指す。

確かに、原告に被告が補助参加するという特殊性は存する。しかし、前述のように補助参加が後の紛争を予防することを実現するために行われるものである。XZ2間においてZ2に過失がないことが確定すれば、損害賠償の全責任をZ1が負うことになり、後に別個Z1がZ2に対して請求をすることも考えられるため、Xに補助参加することによって将来的な紛争を予防する必要がある。

したがって「訴訟の結果」であるZ2が無過失との判断は、Z1との関係で利害を及ぼすものである。

(3) よって、Z1に補助参加の利益が認められ、X側に補助参加出来る。

2 小問(2)

(1) 原則として、285条に基づき判決書の送達を受けた日から2週間が控訴期間となる。

(2) では、被参加人の控訴期間が経過していても、参加人の控訴期間が経過していなければ、控訴をすることが出来るのか。

この点、補助参加制度(42条)は、参加人に当事者適格は存しないが訴訟の結果につき利害関係がある場合に、当事者の一方を補助するため認められる制度である。

そのため、参加人はあくまで当事者ではなく、当事者がなし得ない権利を行使することは、補助人としての枠を超え、補助参加制度の趣旨に反することになる。

(3) したがって、被参加人の控訴期間が経過している以上、参加人は控訴をすることは出来ない。

第3 設問3

1 小問(1)

P.5

6 本件和解は、Vとの関係でも効力が生じるか、独立当事者参加
7 制度（47条1項）との関係で問題となる。

8 (1) 47条1項が独立当事者参加について認めた趣旨は、3面訴
9 訟の矛盾のない解決という合一確定の要請にある。そして、独
10 立当事者参加は参加人が当事者であるという性質を持つ。

11 とすれば、本件和解がVを入れないでなされたものであつて
12 も、当事者間において上記趣旨に反しないのであれば、Vにも
13 効力が及ぶと考えられる。

14 (2) 本件についてみると、Y1W間の和解は、本件土地について
15 Y1が所有者ではないことを認め、その代わりにWがY1に対
16 して1500万円を支払うとするものである。

17 VはWに対しては、本件土地の所有権確認及び所有権移転手
18 続を求めており、本件土地がY1の所有物でないからといって、
19 Wの所有物であるとは確定しない。そのため、Wとの関係で本
20 件和解の効力はVの請求と矛盾せず、上記趣旨に反しない。

21 そして、VはY1に対しては、本件土地の所有権確認を求め
22 ており、Y1に所有権がないとする和解と矛盾しない。

23 (3) よって、本件和解は独立当事者参加制度の趣旨に反せず、V
P.6 との関係でも効力が生じる。

2 小問(2)

3 Y1は、Vの同意を得ずに訴えを取り下げることができるか。
4 訴えの取り下げの際に同意を必要とした261条2項との関係で
5 問題となる。

6 (1) 261条2項が訴えの取下げの際に同意を必要とした趣旨は、
7 訴えの取下げには確定判決の効力が生じず、これまでの訴訟追
8 行が無駄となるためである。

9 (2) 本件においても、仮にY1がVの同意なく訴えを取下げた場
10 合、和解や請求の放棄・認諾（267条）と異なり、初めから
11 係属していなかったこととなり（262条1項）、確定判決の
12 効力、いわゆる既判力（114条1項）は生じないことになる。
13 となると、既判力に抵触しない以上、事後的にY1がVに対し
14 て、本件土地の所有権確認及び所有権移転登記手続等を請求す
15 る可能性がある。

16 (3) したがって、独立当事者参加において二当事者間で訴訟外の
17 和解が成立した場合であっても、参加人との関係で依然として
18 訴訟手続を続行する利益が存する以上、訴えの取下げを行うに
19 は、参加人の同意も必要である。

20 (4) よって、Y1はVの同意を得ずに訴えを取り下げることが出
21 来ない。

22 以上

※本モニター答案につきましては、答案選定後に答案作成者がコメントを付してくれましたので掲載
させていただきます。今後も答案作成者の協力が得られた場合にはコメントを掲載いたします。

【MEMO】