



合格開眼塾 Thinking Lecture 編2019・5月ガイダンス

# 学校や教科書では学べない 合格に必要な知識, 思考, スキル

【ガイダンスレジュメ②】

辰巳専任講師 弁護士

柏谷 周希 先生

## 辰巳法律研究所

TOKYO・YOKOHAMA・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA

1 【民 法】

2 第5 所有権留保（松井宏興『担保物権法』P. 225）（2017.6.27live 民法 vol.6 P. 14以下）

3 1 所有権留保とは？

4 →「代金完済前に目的物を買主に引き渡す売買において、代金債権の担保のために、代金完済まで目的物  
5 の所有権を売主が自己に留保するという担保手段」（松井・担保物権P. 225）

7 2 所有権留保の法的構成は？

8 (1) 所有権的構成

9 →停止条件付所有権移転であり、売主は所有権を有する

11 (2) 担保的構成（学説の支配的見解）

12 →売主は留保所有権という担保権を有する（判例も同じ立場か？後記基本事例）

1 (基本事例：最判平21. 3. 10・百選I（7版）100事件を改変）

2 Xが所有する駐車場に甲自動車はAが購入したものであるが、Yが立替  
3 払して所有権を留保している。本件立替払契約によれば、Yが本件車両の代金を立替払することによ  
4 って取得する本件車両の所有権は、本件立替金債務が完済されるまで同債務の担保としてYに留保されて  
5 いるところ、Yは、Aが本件立替金債務について期限の利益を喪失しない限り、本件車両を占有、使用  
6 する権原を有しないが、Aが期限の利益を喪失して残債務全額の弁済期が経過したときは、Aから本件  
7 車両の引渡しを受け、これを売却してその代金を残債務の弁済に充当することができることとある。

8 (問) Xは、Yに対して、①甲自動車の撤去、及び②駐車場の使用料相当額の不法行為に基づく損害賠  
9 償を請求できるか。

【板書図6-7】

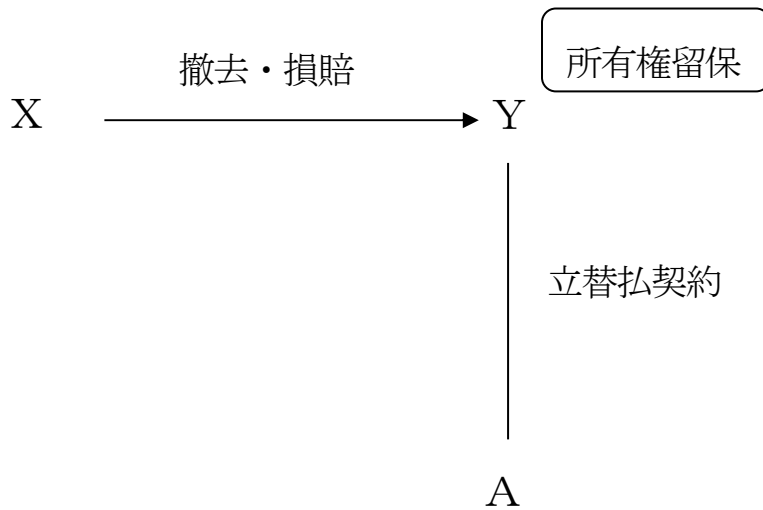
13 →AがYに対して立替金債務の支払いを怠り、期限の利益を失った後であれば、Yは甲自動車を占有し、  
14 処分できる権限を取得する以上、Xは、Yに対して甲自動車の撤去を請求できる(①)。しかし、不法  
15 行為に基づく損害賠償についてはYが妨害の事実を知った後でなければ請求できない(②)。

16 1 「動産の購入代金を立替払する者が立替金債務が完済されるまで同債務の担保として当該動産の所  
2 有権を留保する場合において、所有権を留保した者（以下、「留保所有権者」といい、留保所有権者の  
3 有する所有権を「留保所有権」という。）の有する権原が、期限の利益喪失による残債務全額の弁済期  
4 (以下「残債務弁済期」という。)の到来の前後で上記のように異なるときは、留保所有権者は、残債  
5 務弁済期が到来するまでは、当該動産が第三者の土地上に存在して第三者の土地所有権の行使を妨害  
6 しているとしても、特段の事情がない限り、当該動産の撤去義務や不法行為責任を負うことはないが、  
7 残債務弁済期が経過した後は、留保所有権が担保権の性質を有するからといって上記撤去義務や不法  
8 行為責任を免れることはないと解するのが相当である。なぜなら、上記のような留保所有権者が有す  
9 る留保所有権は、原則として、残債務弁済期が到来するまでは、当該動産の交換価値を把握すること  
10 どまるが、残債務弁済期の経過後は、当該動産を占有し、処分することができる権能を有するものと  
11 解されるからである。もっとも、残債務弁済期の経過後であっても、留保所有権者は、原則として、  
12 当該動産が第三者の土地所有権の行使を妨害している事実を知らなければ不法行為責任を問われること  
13 とはなく、上記妨害の事実を告げられるなどしてこれを知ったときに不法行為責任を負うと解するの  
14 が相当である。」

17 \* 「なお、甲の撤去義務の根拠について、Xは物権的返還請求権を主張し、原審まではYによる本

- 1 件土地の占有（返還請求の要件）の有無が争われた。しかし、本判決はYの占有に触れず、物権的
- 2 妨害排除請求権を前提とするようである。「物権の違法な侵害の有無こそが重要であって、侵害の
- 3 態様に応じた返還か妨害排除かの振分けは本質的な問題ではない」との指摘がある（和田勝行・百
- 4 選I（7版）99事件・202から203頁）
- 5

〔板書図6-7〕



3 種類債権の特定(集中)(401Ⅱ)とは?(2017.6.27live 民法vol.6 P.16以下)

→種類債権の目的物が特定のものに確定すること

(1) 特定を生ずる時期は?

ア 債務者が物の給付をするのに必要な行為を完了したとき(401Ⅱ前段)

① 持参債務(債務者が目的物を債権者の住所または指定された場所で引き渡すべき債務)

→債権者の住所において現実の提供(債権者が協力(受領)すれば弁済が完了する程度の準備をすること, 493本文)をしたとき

② 取立債務(目的物の所在地に債権者が出向いていて、目的物の引渡しを受ける債務)

→引渡の準備をし、目的物を他から分離した上で債権者に通知したとき

③ 送付債務(債権者・債務者の住所地以外の第三地に目的物を送付すべき債務)

→特約で決まっていた場合には、持参債務と同じように第三地における現実の提供が必要

→債務者の好意による場合は、その物を発送すれば特定したと考える ∴公平

イ 債権者の同意を得て、給付すべき物を指定したとき(401Ⅱ後段)

\*債権者から指定権(形成権の一種)を与えられた場合で、債務者が分離、指定した場合

ウ 当事者間の合意

(2) 特定にはどのような効果があるか?

ア 所有権の移転(176)

\*特約に注意

イ 無限の調達義務の消滅

ウ 善管注意義務の発生(400)

エ 危険の移転(534Ⅱ)

\*旧司S61民法1問[板書図6-旧司S61-1]

※民法改正情報

:改正:平成29年6月2日法律第44号(民法の一部を改正する法律), 施行日:平成32年6月1日  
までに

第534条及び第535条 削除

\*特定物についての危険負担の債権者主義は削除されることとなった。なお、当事者に帰責事由のない履行不能の場合でも契約を解除できることとなったため、債権者主義の規定も含め危険負担の制度自体をなくすべきとの意見もあったが、反対給付の消滅ではなく、履行拒絶の制度として存続することとなった

1 [旧司法試験昭和61年民法第1問]

2

3 甲は、乙との間で、乙がその倉庫に保管中のB型ワープロ500台のうち200台を、契約の日から1週間後  
4 を引渡期日と定めて購入する契約を締結した。甲の債権は、制限種類債権であるとして、次の各場合につき、甲  
5 乙間の法律関係を論ぜよ。

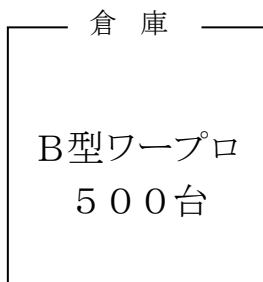
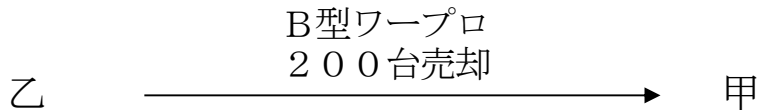
6 1 契約の日の翌日、B型ワープロ全部が倉庫から消失してしまった場合

7 2 乙が甲に引き渡すために、あらかじめ甲が指示したB型ワープロ200台を倉庫から搬出し、トラックに  
8 積載しておいたところ、トラックごとそれが消失してしまった場合

【法務省発表の出題趣旨】

未公表

〔板書図6－旧司S61－1〕



(設1) 翌日、消失

(設2) 甲の指示した200台消失

1 第1 分割債権・分割債務、不可分債権・不可分債務・組合債権・組合債務（中田裕康『債権総論』P. 433以下）  
 2 (2017.7.4live 民法 vol.8 P. 1以下)

3 1 分割債権・債務の原則（427）がもつ不都合性とは？

4 →個人主義の原則からすれば分割債権・債務の原則は当然

5 →but, 現実の取引慣行からすれば妥当とはいえない場合が多く判例にも不合理なものがある。

1 (基本事例 相続と銀行預金債権：最大決平28. 12. 19を改変)

2 Aはマンションの一室（評価額合計約258万円）（以下、「本件不動産」という。）と銀行に対する普  
 3 通預金及び郵便局に対する通常貯金・定期貯金（4000万円）（以下、「本件預貯金債権」）を有してい  
 4 たところ、死亡し、Aの子XとYが法定相続分各2分の1で相続することになった。しかし、AからYに  
 5 対して、特別受益にあたる5500万円の生前贈与があったことが判明した。XはYを相手に遺産分割審  
 6 判を申立てた。Xは、Yは超過受益者であるため、本件不動産と本件預貯金債権はすべてXが取得できる  
 7 ものであると主張した。これに対してYは、本件預貯金債権はYが承諾しない限り、遺産分割の対象には  
 8 ならないので、Xが取得できるのは本件不動産と本件預貯金債権の半額の2000万円までであると反論  
 9 した。

10 (設問) Yの反論の論拠を説明した上で、その当否を論ぜよ。

〔板書図8-1〕

7 \*生前贈与がなされた場合、相続人間の公平を図るために「特別受益」として遺産分割時に精算される。

8 具体的には、①「相続財産+特別受益」=「みなし相続財産」として、これをもとに各相続人の相続分  
 9 を算定する（「一応の相続分」）。②特別受益を受けた相続人については、「一応の相続分-特別受益分=  
 10 具体的相続分」とする（903I）。このように、特別受益を相続分算定の基礎に算入することを「持戻  
 11 し」という。そして、特別受益が「一応の相続分」を超過する場合については、超過分を返還する必要  
 12 はないが、新たに財産を取得することはできない（同II）。ただし、超過特別受益が他の相続人の遺留分  
 13 を侵害する場合には遺留分減殺請求権の対象となる（改訂・遺産分割実務マニュアル）（東京弁護士会  
 14 法友会全期会相続実務研究会）（ぎょうせい）147頁から148頁参照）。

15 \*\*本件の場合、仮にマンションの一室及び本件預貯金債権が遺産分割の対象となる「相続財産」（898）  
 16 だとした場合、「相続財産」は本件不動産（258万円）+本件預貯金債権（4000万円）=4258  
 17 万円となる。これに特別受益5500万円を加えた9758万円が「みなし相続財産」であり、Yの一  
 18 応の相続分は4879万円となる。そして、これから特別受益分の5500万円を控除するとマイナス  
 19 621万円となり、超過特別受益となる。したがって、Yは今回、新たに財産を取得できない。

(判例1)

1 (損害賠償債権の相続が問題となった事案)

2 「相続人数人ある場合において、その相続財産中に金銭その他の可分債権あるときは、その債権は法律  
 3 上当然分割され各共同相続人がその相続分に応じて権利を承継するものと解する」(最判昭29. 4. 8)

(判例2)

1 (定額郵便貯金が遺産分割の対象となるか(遺産に属するか)について争われた事案)  
 2 「郵便貯金法は、定額郵便貯金につき、一定の据置期間を定め、分割払戻しをしないとの条件で一定の  
 3 金額を一時に預入するものと定め(7条1項3号)、預入金額も一定の金額に限定している(同条2項、  
 4 郵便貯金規則83条の11)。同法が定額郵便貯金を上記のような制限の下に預け入れられる貯金として  
 5 定める趣旨は、多数の預金者を対象とした大量の事務処理を迅速かつ画一的に処理する必要上、預入金額  
 6 を一定額に限定し、貯金の管理を容易にして、定額郵便貯金に係る事務の定型化、簡素化を図ることにあ  
 7 る。ところが、定額郵便貯金債権が相続により分割されると解すると、それに応じた利子を含めた債権額  
 8 の計算が必要になる事態を生じかねず、定額郵便貯金に係る事務の定型化、簡素化を図るという趣旨に反  
 9 する。他方、同債権が相続により分割されると解したとしても、同債権には上記条件が付されている以上、  
 10 共同相続人は共同して全額の払戻しを求めざるを得ず、単独でこれを行わせる余地はないのであるから、  
 11 そのように解する意義は乏しい。これらの点にかんがみれば、同法は同債権の分割を許容するものではなく、  
 12 同債権は、その預金者が死亡したからといって、相続開始と同時に当然に相続分に応じて分割される  
 13 ことはないものというべきである。そうであれば、同債権の最終的な帰属は、遺産分割の手続において決  
 14 せられるべきことになるのであるから、遺産分割の前提問題として、民事訴訟の手続において、同債権が  
 15 遺産に属するか否かを決する必要性も認められるというべきである。」(最判平22.10.8)

(判例3)

1 (本問の素材判例)  
 2 (預貯金債権が遺産分割の対象とすることになじむ財産であることについての説示)  
 3 「相続人が数人ある場合、各共同相続人は、相続開始の時から被相続人の権利義務を承継するが、相続  
 4 開始とともに共同相続人の共有に属することとなる相続財産については、相続分に応じた共有関係の解消  
 5 をする手続を経ることとなる(民法896条、898条、899条)。そして、この場合の共有が基本的  
 6 には同法249条以下に規定する共有と性質を異にするものでないとはいえず、「この共有関係を協議に  
 7 よらずに解消するには、通常の共有物分割訴訟ではなく、遺産全体の価値を総合的に把握し、各共同相続  
 8 人の事情を考慮して行うべく特別に設けられた裁判手続である遺産分割審判(同法906条、907条2  
 9 項)によるべきものとされており」、「また、その手続において基準となる相続分は、特別受益等を考慮  
 10 して定められる具体的相続分である(同法903条から904条の2まで)。このように、遺産分割の仕  
 11 組みは、被相続人の権利義務の承継に当たり共同相続人間の実質的公平を図ることを旨とするものである  
 12 ことから、一般的には、遺産分割においては被相続人の財産をできる限り幅広く対象とすることが望まし  
 13 く、また、遺産分割手続を行う実務上の観点からは、現金のように、評価についての不確定要素が少なく、  
 14 具体的な遺産分割の方法を定めるに当たっての調整に資する財産を遺産分割の対象とすることに対する  
 15 要請も広く存在することがうかがわれる。」「ところで、具体的な遺産分割の方法を定めるに当たっての調  
 16 整に資する財産であるという点においては、本件で問題とされている預貯金が現金に近いものとして想起  
 17 される。預貯金契約は、消費寄託の性質を有するものであるが、預貯金契約に基づいて金融機関の処理す  
 18 べき事務には、預貯金の返還だけでなく、振込入金を受入れ、各種料金の自動支払、定期預金の自動継続  
 19 処理等、委任事務ないし準委任事務の性質を有するものも多く含まれている」。そして、これを前提と  
 20 して、普通預金口座等が貸金や各種年金給付等の受領のために一般的に利用されるほか、公共料金やクレ  
 21 ジットカード等の支払のための口座振替が広く利用され、定期預金等についても総合口座取引において当  
 22 座貸越の担保とされるなど、預貯金は決済手段としての性格を強めてきている。また、一般的な預貯金に

1 ついては、預金保険等によって一定額の元本及びこれに対応する利息の支払が担保されている上（預金保  
 2 険法第3章第3節等）、その払戻手続は簡易であって、金融機関が預金者に対して預貯金口座の取引経過  
 3 を開示すべき義務を負うこと」「などから預貯金債権の存否及びその額が争われる事態は多くなく、預貯  
 4 金債権を細分化してもこれによりその価値が低下することはないと考えられる。このようなことから、預  
 5 貯金は、預金者においても、确实かつ簡易に換価することができるという点で現金との差をそれほど意識  
 6 させない財産であると受け止められているといえる。」

7 「共同相続の場合において、一般の可分債権が相続開始と同時に当然に相続分に応じて分割されるとい  
 8 う理解を前提としながら、遺産分割手続の当事者の同意を得て預貯金債権を遺産分割の対象とするという  
 9 運用が実務上広く行われてきているが、これも、以上のような事情を背景とするものであると解される。」

10 「そこで、以上のような観点を踏まえて、改めて本件預貯金の内容及び性質を子細にみつ、相続人全  
 11 員の合意の有無にかかわらずこれを遺産分割の対象とすることができるか否かにつき検討する。」

12  
 13 （普通預金債権等がその内容及び性質に照らして昭和29年判決にいう「可分債権」に当たらない旨の説示）

14 「まず、」「普通預金契約及び通常貯金契約は、一旦契約を締結して口座を開設すると、以後預金者がい  
 15 つでも自由に預入れや払戻しをすることができる継続的取引契約であり、口座に入金が行われるたびにそ  
 16 の額についての消費寄託契約が成立するが、その結果発生した預貯金債権は、口座の既存の預貯金債権と  
 17 合算され、1個の預貯金債権として扱われるものである。また、普通預金契約及び通常貯金契約は預貯金  
 18 残高が零になっても存続し、その後に入金が行われれば入金額相当の預貯金債権が発生する。このように、  
 19 普通預金債権及び通常貯金債権は、いずれも、1個の債権として同一性を保持しながら、常にその残高が  
 20 変動し得るものである。そして、この理は、預金者が死亡した場合においても異ならないというべきであ  
 21 る。すなわち、預金者が死亡することにより、普通預金債権及び通常貯金債権は共同相続人全員に帰属す  
 22 るに至るところ、その帰属の態様について検討すると、上記各債権は、口座において管理されており、預  
 23 貯金契約上の地位を準共有する共同相続人が全員で預貯金契約を解約しない限り、同一性を保持しながら  
 24 常にその残高が変動し得るものとして存在し、各共同相続人に確定額の債権として分割されることはない  
 25 と解される。そして、相続開始時における各共同相続人の法定相続分相当額を算定することはできるが、  
 26 預貯金契約が終了していない以上、その額は観念的なものにすぎないというべきである。預貯金債権が相  
 27 続開始時の残高に基づいて当然に相続分に応じて分割され、その後口座に入金が行われるたびに、各共同  
 28 相続人に分割されて帰属した既存の残高に、入金額を相続分に応じて分割した額を合算した預貯金債権が  
 29 成立すると解することは、預貯金契約の当事者に煩雑な計算を強いるものであり、その合理的意思にも反  
 30 するとすらいえよう。」

31  
 32 （定期貯金債権が、その内容及び性質に照らして昭和29年判決にいう「可分債権」に当たらない旨の説示）

33 「次に、」「定期貯金債権について検討する。」「定期貯金の前身である定期郵便貯金につき、郵便貯金法  
 34 は、一定の預入期間を定め、その期間内には払戻しをしない条件で一定の金額を一時に預入するものと定  
 35 め（7条1項4号）、原則として預入期間が経過した後でなければ貯金を払い戻すことができず、例外的  
 36 に預入期間内に貯金を払い戻すことができる場合には一部払戻しの取扱いをしないものと定めている（5  
 37 9条、45条1項、2項）。同法が定期郵便貯金について上記のようにその分割払戻しを制限する趣旨は、  
 38 定額郵便貯金や銀行等民間金融機関で取り扱われている定期預金と同様に、多数の預金者を対象とした大  
 39 量の事務処理を迅速かつ画一的に処理する必要上、貯金の管理を容易にして、定期郵便貯金に係る事務の  
 40 定型化、簡素化を図ることにあるものと解される。」「郵政民営化法の施行により、日本郵政公社は解散し、  
 41 その行っていた銀行業務は株式会社ゆうちょ銀行に承継された。ゆうちょ銀行は、通常貯金、定期貯金等



1 のほかに定期貯金を受け入れているところ、その基本的内容が定期郵便貯金と異なるものであることはう  
 2 かがわからないから、定期貯金についても、定期郵便貯金と同様の趣旨で、契約上その分割払戻しが制限さ  
 3 れているものと解される。そして、定期貯金の利率が通常貯金のそれよりも高いことは公知の事実である  
 4 ところ、上記の制限は、預入期間内には払戻しをしないという条件と共に定期貯金の利率が高いことの前提  
 5 となっており、単なる特約ではなく定期貯金契約の要素というべきである。しかるに、定期貯金債権が  
 6 相続により分割されると解すると、それに応じた利子を含めた債権額の計算が必要になる事態を生じかね  
 7 ず、定期貯金に係る事務の定型化、簡素化を図るという趣旨に反する。他方、仮に同債権が相続により分  
 8 割されると解したとしても、同債権には上記の制限がある以上、共同相続人は共同して全額の払戻しを求  
 9 めざるを得ず、単独でこれを行行使する余地はないのであるから、そのように解する意義は乏しい。」

10  
 11 (結論)

12 「預貯金一般の性格等を踏まえつつ以上のような各種預貯金債権の内容及び性質をみると、共同相続され  
 13 た普通預金債権、通常貯金債権及び定期貯金債権は、いずれも、相続開始と同時に当然に相続分に応じて  
 14 分割されることはなく、遺産分割の対象となるものと解するのが相当である。」(最大決平28.12.19)

1 (論述例)

2 第1 Yの反論の論拠

3 Yは、本件預貯金債権はYが承諾しない限り、遺産分割債権の対象にはならないと反論している。そ  
 4 の論拠は、分割債権の原則(民法427条)にあると思われる。すなわち、可分債権は法定相続分に従  
 5 い当然に相続されるため(同899条)、相続人が承諾しない限り、遺産分割の対象となる「相続財産」  
 6 (同898条)に含まれないということを論拠としているのである。

7 第2 Yの反論の当否

8 1 Yの反論の当否を検討するに当たっては、本件預貯金債権が可分債権として分割債権の原則によっ  
 9 て分割されるといえるかが問題となる。

10 2 遺産分割は相続人間の実質的公平を図ることを目的としていることから、現金のように具体的な遺  
 11 産分割の方法を定めるに当たっての調整に資する財産を遺産分割の対象とすることに対する要請も  
 12 広く存在する。そして、預貯金は、預金者においても、確実かつ簡易に換価することができるのであ  
 13 るから本件預貯金債権は現金と類似している。そこで、以下、本件預貯金債権の内容及び性質に従っ  
 14 て可分債権となるかを検討する。

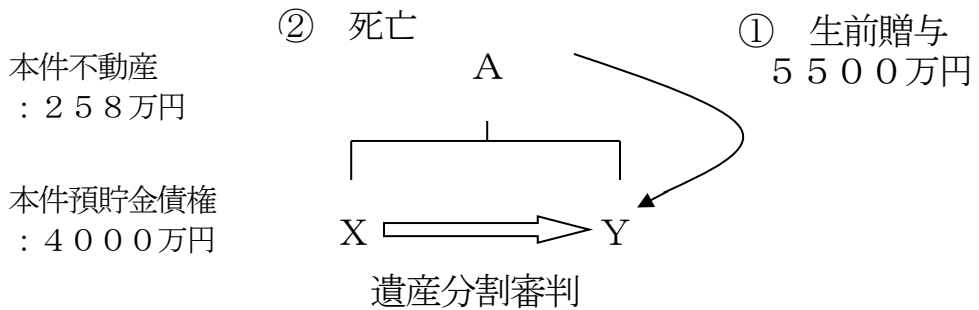
15 (1) まず、普通預金及び通常貯金であるが、これらはいずれも、1個の債権として同一性を保持し  
 16 ながら、常にその残高が変動し得る。そして、相続が起こった後も、預貯金契約上の地位を準共  
 17 有する共同相続人が全員で預貯金契約を解約しない限り、同一性を保持しながら常にその残高が  
 18 変動し得るものとして存在するのであるから、各共同相続人に確定額の債権として分割されるこ  
 19 とはないと解するべきである。なぜなら、可分債権とすると入金度に分割される債権の額を計  
 20 算する必要が生じることになるが、それは当事者の合理的意思に反するといえるからである。

21 (2) 次に、定期貯金であるが、定期貯金は一定の期間払い戻しを制限することで定型化、簡素化を  
 22 図ることを目的とする。しかし、仮に定期貯金を可分債権として当然に相続することを認め、利  
 23 息の計算などの複雑な作業を必要とすると解すると、定型化、簡素化という趣旨に違反すること  
 24 になる。他方、分割債権としても払い戻しの制約は存在する以上、分割債権とすることで相続人  
 25 が単独で行使できない以上、それを認める意義も乏しい。したがって、定期貯金についても可分

- 1 債権とするべきではない。
- 2 (3) 以上により，本件預貯金債権の性質からすれば，本件預貯金債権は可分債権と解するべきでは
- 3 ない。
- 4 3 したがって，本件預貯金債権が可分債権として分割債権の原則によって分割されるとはいえず，本
- 5 件預貯金債権は遺産分割の対象となる「相続財産」に含まれると解するべきである。
- 6 4 よって，Yの反論は妥当でない。
- 7 以 上

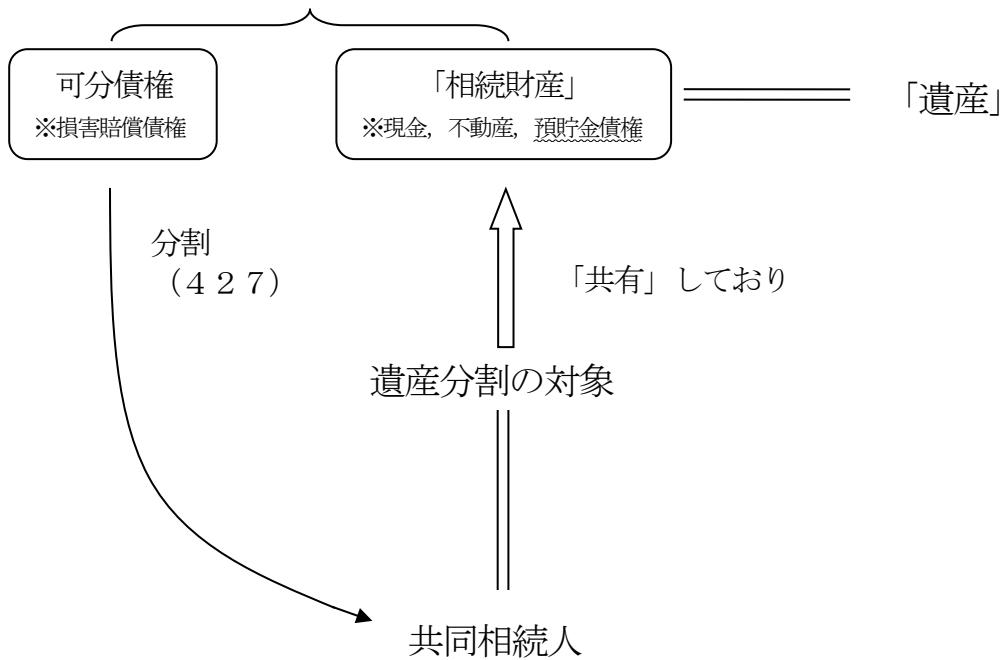
〔板書図8-1〕

〔板書図8-1-1〕



〔板書図8-1-2〕

「被相続人の権利義務」(899): 相続分に応じる



1 (基本事例 相続によって不動産の賃料債権が分割債権となる場合)  
 2 AはYに対して甲建物を賃貸期間2年、賃料月10万円で賃貸していたが、Aが死亡したことで、Xと  
 3 Bが甲建物を相続(相続分は各々2分の1)することになった。A死亡から10ヶ月が経過した後、協議  
 4 の結果、甲建物をXが相続するということとなり、遺産分割がなされた。そこで、XはYに対して、Aが  
 5 死亡してから遺産分割がなされるまでの間の甲建物の賃料100万円をYに対して請求した。これに対し  
 6 てYは、Xが相続した賃料債権は50万円であると反論した。  
 7 (問) Xの請求は認められるか。

〔板書図8-2〕

1 (判例)  
 2 「遺産は、相続人が数人あるときは、相続開始から遺産分割までの間、共同相続人の共有に属するもの  
 3 であるから、この間に遺産である賃貸不動産を使用管理した結果生ずる金銭債権たる賃料債権は、遺産と  
 4 は別個の財産というべきであって、各共同相続人がその相続分に応じて分割単独債権として確定的に取得  
 5 するものと解するのが相当である。遺産分割は、相続開始の時にさかのぼってその効力を生ずるものであ  
 6 るが、各共同相続人がその相続分に応じて分割単独債権として確定的に取得した上記賃料債権の帰属は、  
 7 後にされた遺産分割の影響を受けないものというべきである。」(最判平17. 9. 8・百選Ⅲ64事件)

1 \* 「遺産分割の遡及効により、各相続人は、相続開始の時から、遺産分割に定められたとおりの形で、  
 2 遺産を所有又は共有していたこととされるが、遺産分割の遡及効は、取引安全のため、民法909条  
 3 ただし書によって、第三者との関係で制限されており、また、共同相続人間においても、民法911  
 4 ～913条が担保責任を追及できることとしていることから、実質的には、非遡及効を認めているの  
 5 とほとんど異ならないといわれている(谷口知平ほか・注釈民法(27)(新版)392頁(川井健)  
 6 等)。したがって、遺産分割の遡及効は、現実に共有状態が存したという事実までも無視するものでは  
 7 ないというべきである」とされる(判例タイムズ1195号101～102頁)

1 (論述例)  
 2 1 Xの請求は認められるか。Aが死亡したことで、甲建物は「相続財産」となり、遺産分割までX及び  
 3 Aが法定相続分に従って各2分の1の持分で「共有」する(民法898条、同899条)。それでは、  
 4 遺産分割がなされるまでの間に甲建物から生じた法定果実(同88条2項)であるYに対する賃料債権  
 5 100万円については誰にどのように帰属するか。

6 2 まず、誰に帰属されるかについて検討する。  
 7 「遺産の分割は、相続開始の時にさかのぼってその効力を生ずる」(同909条本文)。この遺産分割  
 8 の遡及効からすれば、甲建物を遺産分割により取得したXが、その法定果実であるYに対する賃料債  
 9 権を「収取する権利」(同89条2項)を当初より有していたと扱われるようにも思われる。しかし、  
 10 遺産分割の遡及効は絶対的なものではなく(同909条ただし書参照)、現実に共同相続人が共有してい  
 11 たという事実までを否定することはできないと解する。

12 したがって、Aが死亡してから遺産分割がなされるまでの間に発生したYに対する賃料債権は、そ  
 13 れまで甲建物を共有していたX及びBがこれを「収取する権利」を有すると解する。よって、Yに対  
 14 する賃料債権100万円はX及びBに帰属する。

15 3 次に、どのように帰属されるかについて検討する。甲建物は「相続財産」であり、X及びBに

1 よって「共有」される以上、その法定果実も「相続財産」に含まれ、遺産分割がなされるまでの間、  
 2 X及びBによって準「共有」されるようにも思われる（同264条）。しかし、かかる賃料債権は甲建  
 3 物とは別個の財産であると解するべきである。そして、賃料債権は可分債権である以上、「数人の債権  
 4 者」がある場合において、別段の意思表示がないときは、各債権者「は、それぞれ等しい割合で権  
 5 利を有」するという分割債権の原則に従い、共同相続人に分割されて帰属すると解するべきである。  
 6 ただし、「共同相続人は、その相続分に応じて被相続人の権利義務を承継する」（同899条）とある  
 7 以上、法定相続分に応じた分割がなされると解する。  
 8 以上により、Yに対する賃料債権は、X及びBに各々2分の1の法定相続分に従って帰属される。  
 9 4 したがって、Xの請求は50万円の限りで認められる。  
 10 以 上

1 (補足)

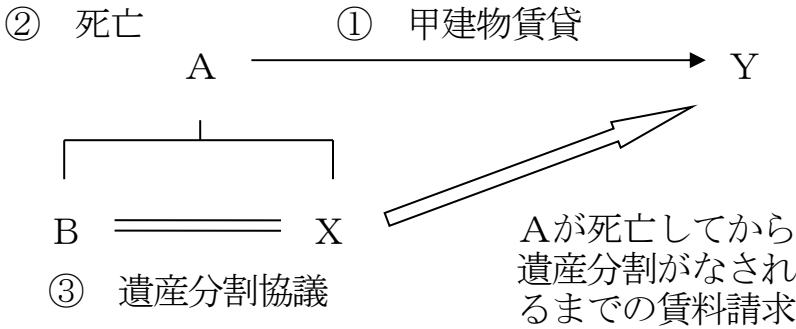
2 1 仮に甲建物がX及びBの同意によって売却された場合には、その不動産は相続財産ではなくなり、  
 3 その売却代金は、これを遺産分割の対象に含める合意をするなどの特段の事情のない限り、相続分  
 4 に応じて分割されて、各共同相続人の分割単独債権となるとされる（最一小判昭52・9・19，最一  
 5 小判昭54・2・22）。

6 \*H20新司民法設問2では、この判例（最判平成17年9月8日）の結論が示されており、「どのよ  
 7 うに相続財産の範囲を考えるかという問題や、遺産分割の効力との関係などの問題に言及すると  
 8 もに、上記の見解に対する評価も示しなさい」という判例の評価を問う出題がなされた

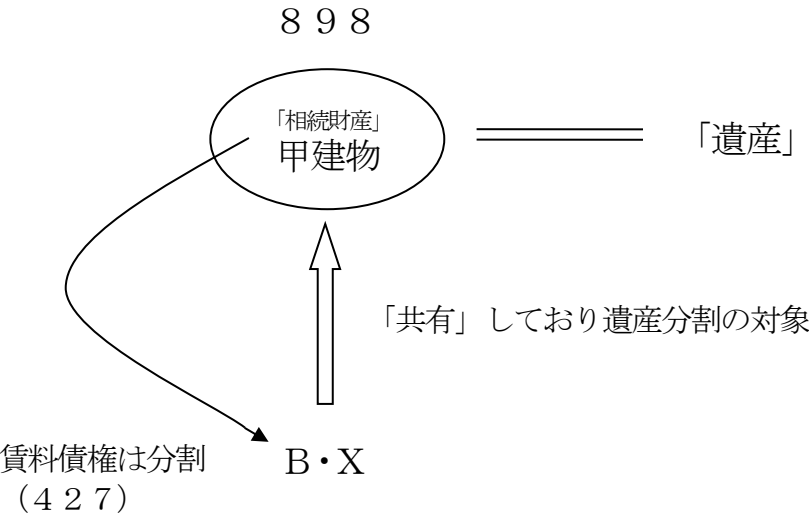
9 2 仮に、Aが生前にYから甲建物の賃料として50万円を現金で受け取っており、Aが死亡した際に  
 10 それをBが発見して保管していた場合には、遺産分割までの間、XはBに対して法定相続分に従って  
 11 2分の1を引き渡すようには請求できないとするのが判例の立場である（最判平成4年4月10日・  
 12 百選Ⅲ63事件。ただし、理由は述べられていない）。この場合には金銭の所有と占有は例外的に一致  
 13 せず、XとBの共有状態に置かれているということになる（所有と占有の一致を認める最判昭39・  
 14 1・24のいう「特段の事情」にあたる）。この判例は「金銭も遺産分割の対象となることを前提とし  
 15 ているとみられる」とし、「動産」に近づけて理解する」という「立場をとることを明らかにした」  
 16 と評釈されている（道垣内弘人・百選Ⅲ128頁から129頁）

〔板書図8-2〕

〔板書図8-2-1〕



〔板書図8-2-2〕



- 1 (基本事例 相続によって分割債務となる場合)  
 2 AがXから300万円借りていたが、返済することなく死亡して、Y1、Y2、Y3が相続人となった  
 3 (相続分は各々3分の1)。  
 4 (問) Xは、Yらに対してどのような請求ができるか。金額を明示して説明しなさい。

【板書図8-3】

- 1 (論述例)  
 2 1 Xは、Yらに対してどのような請求ができるか。  
 3 2 Aが死亡し、Yらが相続人となっている。「相続人は、相続開始の時から、被相続人に属した一切の  
 4 権利義務を承継する」(民法896条)。そのため、AのXに対する300万円の貸金債務をYらは相続  
 5 することになる。  
 6 もっとも、貸金債務のような可分債務については、「数人の」「債務者がある場合において、別段の  
 1 意思表示がないときは、」「各債務者は、それぞれ等しい割合で」「義務を負う」とされる(同427条)。  
 2 そのため、相続の場合、相続開始と同時に各相続分に従って(同899条)、貸金債務は分割相続さ  
 3 れると解する。  
 4 本件ではYらはAに対する300万円の貸金債務を各々3分の1で相続したことになる。  
 5 3 したがって、Xは、Yらに対して各々100万円の請求をすることができる、  
 6 以 上

- 1 (問題点)  
 2 XがAの死亡という偶然的な事情を原因として不利益を被ることになる。しかし、この見解は判例(大  
 3 決昭和5年12月4日)の見解であり、かつ、起草者の見解であった。「その理由は、債権が分割され  
 4 てしまうことによる債権者の不利益よりも、分割されなかった場合の共同相続人の不利益の方を重  
 5 視したためである」とされる(内田貴「民法IV 親族・相続」P.406)。  
 6

- 1 (基本事例 相続によって賃料債務が不可分債務となる場合)  
 2 AはXから甲アパート201号室を月5万円で賃借していたが、半年間賃料(30万円)を滞納したま  
 3 ま死亡して、相続によってY、B、Cが相続(相続分は各々3分の1)した。Yらのうち、B及びCは資  
 4 産に乏しかったため、XはYに対して賃料30万円の請求をしようと考えている。  
 5 (問) XのYに対する請求は認められるか。

【板書図8-3】

- 1 (論述例)  
 2 1 XのYに対する請求は認められるか。  
 3 2 Aが死亡したことで、Yらが相続人となっている。「相続人は、相続開始の時から、被相続人に属し  
 4 た一切の権利義務を承継する」(民法896条)。そのため、Yらは、甲アパート201号室の賃借人た  
 5 る地位及びAのXに対する30万円の賃料債務を相続することになる。  
 6 そして、賃借人たる地位は「相続財産」に含まれ、Yらで準「共有」という形で帰属する(同89  
 7 8条, 同264条)。それでは、賃料債務についてはどのように帰属されるか。

1 賃料債務は可分債務であるため、法定相続分に応じて分割され当然に帰属するようにも思われる（同  
 2 427条、同899条）。しかし、Yらは賃借人たる地位を有しておりアパートの部屋全部を各々使用  
 3 できるのに対して、その対価である賃料債務を可分債務であるとして分割するのは妥当でない。した  
 4 がって、賃料債務は性質上不可分債務と解すべきである。よって、すでに発生している賃料債務に  
 5 ついても性質上、不可分債務として扱うべきであると解する。

6 以上により、本件においてYらが相続した30万円の賃料債務は不可分債務であり、XはYに対し  
 7 て30万円の請求をすることができる（同430条、同432条）

8 したがって、XのYに対する請求は認められる。

9 以 上

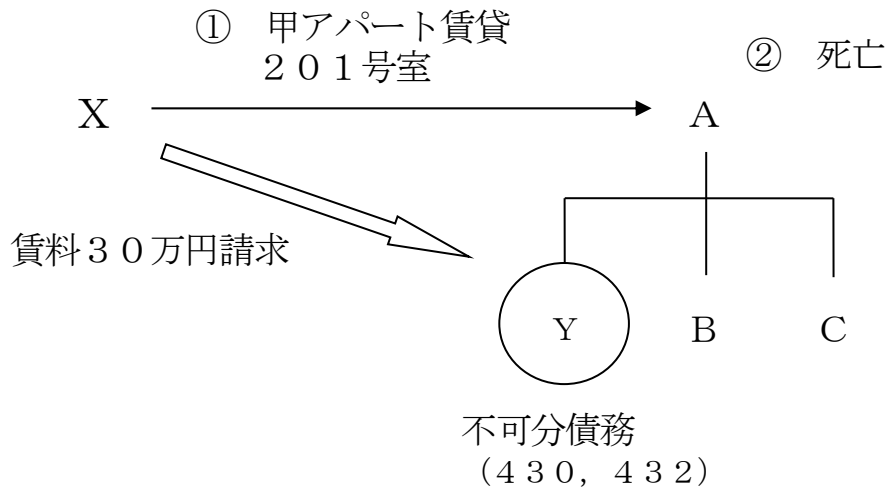
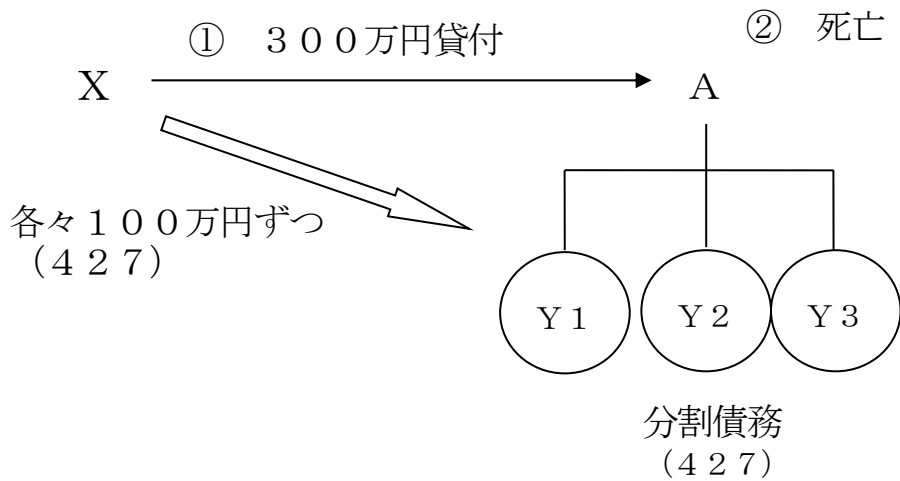
1 (補足)

2 論述例は判例(大判大正11年11月24日)の論理を前提に作成。

3 なお、Xが賃貸借を賃料不払いを理由に解除したいのであれば、相当期間を定めた催告をY、B、  
 4 C全員にする必要がある(541)。なぜなら、不可分債務の430は連帯債務の434(連帯債務者  
 5 の一人に対する履行の請求)は準用していないからである。また、解除の意思表示(540)もY、  
 6 B、C全員にする必要がある(544I)(最判昭36.12.22では、賃借人が死亡し、相続人が  
 7 2人いた場合には、特段の事情の認められないかぎり、1人のみに対する賃貸借解除の意思表示を有  
 8 効ということはできないとしている)



〔板書図8-3〕



1 6 相続人の廃除とは？（892）（2017.7.6live 民法 vol.11 P.1以下）

2 →相続欠格のように相続人資格を当然に否定するほどの重大な事由はないが、被相続人からみてその者に  
3 相続させたくないと考ええるような非行があり、かつ被相続人がその者に相続させることを欲しない場合  
4 に、被相続人の請求に基づいて家庭裁判所が審判または調停によって相続権を剥奪する制度

6 7 特定の財産を特定の相続人に「相続させる旨の遺言」の意味と効果は？

7 →遺産分割方法の指定の意味（最判平3. 4. 19）

8 ∵相続人である以上、相続するのは当然なので、遺言者の意思を考えたら、民908の遺産分割の方法  
9 の指定と解するのが合理的なので

10 \*遺贈であることが明らかか、遺贈と解すべき特段の事情があれば、遺贈として扱う

11 \*法定相続分を超えていた場合には、相続分の指定を伴う遺産分割方法の指定と扱う

12 →「特段の事情のない限り、何らの行為を要せずに、被相続人の死亡の時に直ちに当該遺産が当該相続人  
13 に相続により承継される」（最判平3. 4. 19）

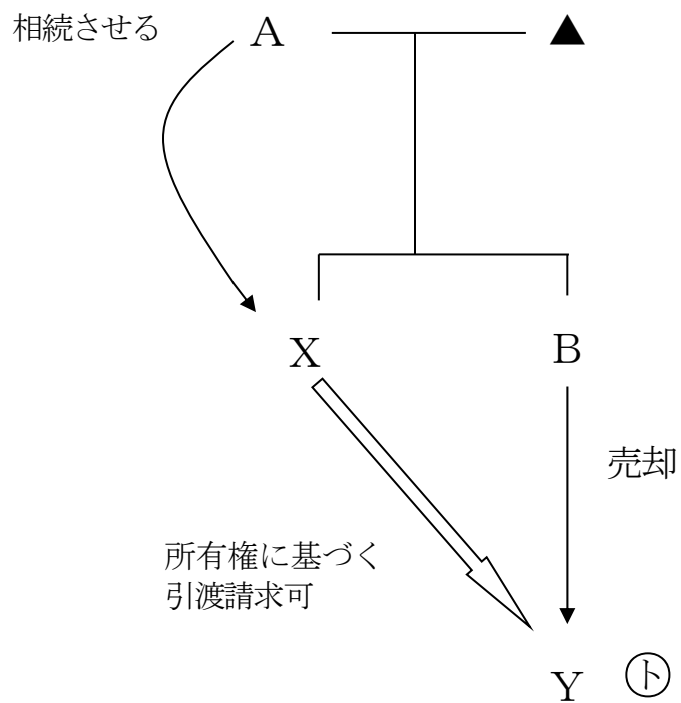
14 \*遺産分割の対象となる「相続財産」にならないので、遺産分割は不要であるし、その財産は相続人の  
15 共有状態とはならない

1 (基本事例)

2 甲不動産を所有するAが死亡し、その相続人はB、Xである（相続分は各2分の1）。Aは「甲不動  
3 産はXに相続させる」との適法な遺言を作成していた。ところが、Bは、Yに甲不動産を売却し、甲  
4 不動産を引き渡した。この場合、Bは甲不動産の権利を一切、取得したことはないので、177の対  
5 抗関係にはならず、Xは登記なくして、Yに対し、甲不動産の引き渡しを請求できる。

【板書図11-5】

〔板書図11-5〕



【商 法】

【平成25年予備試験商法】

1 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。

- 2
- 3 1. X株式会社（以下「X社」という。）は、日本国内において不動産の開発及び販売等を行う監査役会設置
- 4 会社であり、金融商品取引所にその発行する株式を上場している。
- 5 2. Y株式会社（以下「Y社」という。）は、日本国内において新築マンションの企画及び販売等を行う取締
- 6 役員設置会社であり、監査役を置いている。Y社が発行する株式は普通株式のみであり、その譲渡による取
- 7 得にはY社の承認を要するものとされている。

8 Y社の発行済株式のうち、75%はX社及びその子会社（以下、X社を含め「Xグループ」という。）が、

9 15%はY社の取締役であるAが、10%は関東地方を中心に住居用の中古不動産の販売等を行うZ株式

10 会社（以下「Z社」という。）がそれぞれ保有している。なお、Z社の発行済株式の67%はAが保有し、

11 同社の取締役はA及びAの親族のみである。

- 12 3. X社は、平成23年9月、Y社の行う事業をXグループ内の他社に統合する方向で検討を始め、その後、
- 13 Aに対し、A及びZ社が保有するY社株式をX社に売却するよう求めた。しかし、Aは、Y社との資本関係
- 14 が失われることによって生じ得るZ社の事業展開への不安を訴えて回答を留保し、その後のX社による説得
- 15 にも応じなかった。

- 16 4. X社は、平成24年6月1日、取締役会を開催し、同年9月1日をもってY社をX社の完全子会社とする
- 17 旨の株式交換契約（以下「本件株式交換契約」という。）を締結することを適法に決定した。また、Y社で
- 18 も、同年6月1日、取締役会を開催し、本件株式交換契約を締結することを適法に決定した。

19 これらの決定を受けて、X社とY社との間で本件株式交換契約が正式に締結された。本件株式交換契約

20 においては、Y社株主に対しY社株式10株につきX社株式1株を交付する、すなわち、X社とY社との

21 間の株式交換比率（以下「本件交換比率」という。）を1対0.1とする旨が定められた。

- 22 5. X社では、同月29日、定時株主総会が開催され、本件株式交換契約の承認に関する議案が適法に可決さ
- 23 れた。

- 24 6. Y社でも、同日、定時株主総会（以下「本件総会」という。）が適法な招集手続に基づき開催された。本
- 25 件総会には、本件株式交換契約の承認に関する議案及びAの取締役からの解任に関する議案が提出された。

26 Aは、本件総会の議場において、株主としての地位に基づき、議長である代表取締役Bに対し、自らが

27 取締役から解任される理由について質問をした。これに対してBは、「それはあなたもわかっているはずで

28 あり、答える必要はない。」と回答し、質疑を打ち切った。A及びZ社は、本件総会に提出された上記各議

29 案に反対したが、いずれもXグループ各社の賛成により可決された。

- 30 7. Aは、同年7月、本件交換比率の妥当性について独自に検討し、算定を行うこととした。その結果、同年
- 31 8月、Aとしては、Y社株主に対しY社株式10株につきX社株式3株を交付するのが妥当であるとの結論
- 32 に至った。

33

34 【設問1】

35 Aは、Aを取締役から解任する旨の本件総会の決議の効力を争うことができるか。

36

37 【設問2】

38 Aは、Y社に対し、本件交換比率の妥当性を検討するためであることを明らかにして、本件交換比率を

1 Y社が算定するために使用したY社の一切の会計帳簿及びこれに関する資料の閲覧を請求した。Y社は、  
2 この請求を拒むことができるか。なお、Y社の会計帳簿及びこれに関する資料は書面をもって作成されて  
3 いるものとする。

4  
5 **〔設問3〕**

6 本件交換比率を不当と考えるAが、

- 7 ① 本件株式交換契約に基づく株式交換の効力発生前に会社法上採ることができる手段  
8 ② 本件株式交換契約に基づく株式交換の効力発生後に会社法上採ることができる手段  
9 として、それぞれどのようなものが考えられるか。

10  
11  
12 **【法務省発表の出題趣旨】**

13 本問は、親子会社間で行われる株式交換について、子会社の株主であり取締役でもある者が反対している場  
14 合において、①株主の質問を打ち切ったされた当該取締役を解任する株主総会決議の効力、②株式交換比率の  
15 妥当性を検討するためにされる会計帳簿閲覧請求の可否、③株式交換比率の不当を主張する株主が救済を受け  
16 る方法を問うものである。

17 解答に際しては、①会社法第314条に基づく説明義務の違反の有無及び株主総会決議の効力を争うことの  
18 可否、②同法第433条第1項に基づき会計帳簿閲覧請求をする場合における会計帳簿の特定性及び同条第2  
19 項第3号に定める拒絶事由（競争者による請求）の有無、③株式交換比率の不当を理由として株式交換を事前  
20 に差し止めることの可否及び株式交換契約を承認する株主総会決議の効力を争うことの可否、同法第785条  
21 に基づく株式買取請求の可否、同法第828条第1項第11号に定める株式交換無効の訴えの無効事由の有無  
22 並びに同法第423条第1項又は第429条第1項に基づく取締役の責任追及の可否について、正しく論述す  
23 ることが求められる。

1 **【民事訴訟法】**

2 **第2 管轄 (2017.7.11live 民事訴訟法 vol.1 P. 4以下)**

3 **1 管轄とは？**

4 →裁判所間における事件分担の定め

5 \*管轄は官署としての裁判所の問題

6 ⇔東京地方裁判所の民事1部が担当するか、2部が担当するかといった問題は事務分配の問題。

7 東京地方裁判所本庁が担当するか、東京地方裁判所立川支部(裁31)が担当するかといった問題も

8 **事務分配の問題**

裁判所法第31条 最高裁判所は、地方裁判所の事務の一部を取り扱わせるため、その地方裁判所の管轄区域内に、地方裁判所の支部又は出張所を設けることができる。

2 最高裁判所は、地方裁判所の支部に勤務する裁判官を定める。

9 →管轄の有無に関しては職権証拠調べ(14)が行われる

10 ∵公益に関わるので

11 →管轄ありとの裁判所の判断がなされた場合にはそのまま審理を続ける。被告が管轄違いの抗弁をだしてきた場合には、中間判決(245)あるいは終局判決の理由の中で、抗弁を排斥するとの判断を示すことになる

14

15 (答弁書における管轄違いの抗弁の書き方)

<p>第1 本案前の答弁</p> <p>1 申立ての趣旨 本件を東京地方裁判所に移送する。</p> <p>2 申立ての理由 (1) ……</p> <p>第2 請求の趣旨に対する答弁</p> <p>1 原告の請求を棄却する。</p> <p>2 訴訟費用は原告の負担とする。 との裁判を求める。</p> <p>第3 請求の原因に対する認否</p> <p>1 訴状記載の請求原因1については認める。 ……</p>
---

16 \*管轄違いの抗弁は、移送の申立てを含んでおり、移送の申立ては書面だし、理由も明らかにする必要がある(規7)

17

18 \*本案前の答弁という題で記載しておけば、「本案について答弁をしたことにはならないので、応訴管轄を生じることはない」。また、本案に対する答弁を記載するのは、「本案前の答弁は的を外れていた場合のことを考えると、本案についての答弁を記載しておかなければ、主張がないものとして扱われるおそれもしじかぬないからである」とされる(大島明「書式 民事訴訟の実務(全訂六版)」(民事法研究会)318頁、以下「大島・実務」)

22 (中間判決の記載例)

「管轄について被告の本案前の主張には理由がない」

23 (岡口基一「民事訴訟マニュアル上」(ぎょうせい)240頁。以下、岡口民訴マニュアル上)

1 →管轄なしとの判断をした場合には、その時点で裁判所の決定により管轄裁判所に移送する（16 I）。被  
2 告が応訴してきて応訴管轄（12）が生じた場合には、そのまま審理を続ける。

3 \*移送決定は、決定書でされる場合もあるが、口頭弁論期日で行うこともできる（調書に記載される。  
4 規67 I⑦）。移送決定の主文は受訴裁判所を拘束する（22 I）。

5 \*管轄権のない裁判所での訴訟行為は無効（通説）。管轄権のある裁判所が裁量移送を行った場合には、従  
6 前の訴訟行為はそのまま効力を持つ（大阪高判昭和39・10・22）（岡口民訴マニュアル上182頁）

## 8 2 管轄決定の基準時とは？

9 →管轄は訴えの提起の時を標準として定める（15、管轄の固定）

10 ∴手続きの安定（明確性）

## 12 3 管轄の種類は？

### 13 (1) 法定管轄とは？

14 →法律の規定により発生する管轄

#### 16 ア 職分管轄とは？

17 →裁判権について性質の異なる作用（例えば、判決と執行）を異なる裁判所に分担させる定め

18 例) 訴訟手続は受訴裁判所

19 \*1審・2審・3審をどの裁判所が担当するかは定めは審級管轄

20 強制執行手続は執行裁判所（民執3）

#### 22 イ 事物管轄とは？

23 →訴訟物の価額又は性質についての定め

24 例) 訴訟物の価額が140万円以下は簡易裁判所（裁33 I①）

25 140万円以下のものでも不動産に関するものは地方裁判所でも管轄あり（裁24①）

裁判所法第33条第1条 簡易裁判所は、次の事項について第一審の裁判権を有する。

一 訴訟の目的の価額が140万円を超えない請求（行政事件訴訟に係る請求を除く。）

第24条 地方裁判所は、次の事項について裁判権を有する。

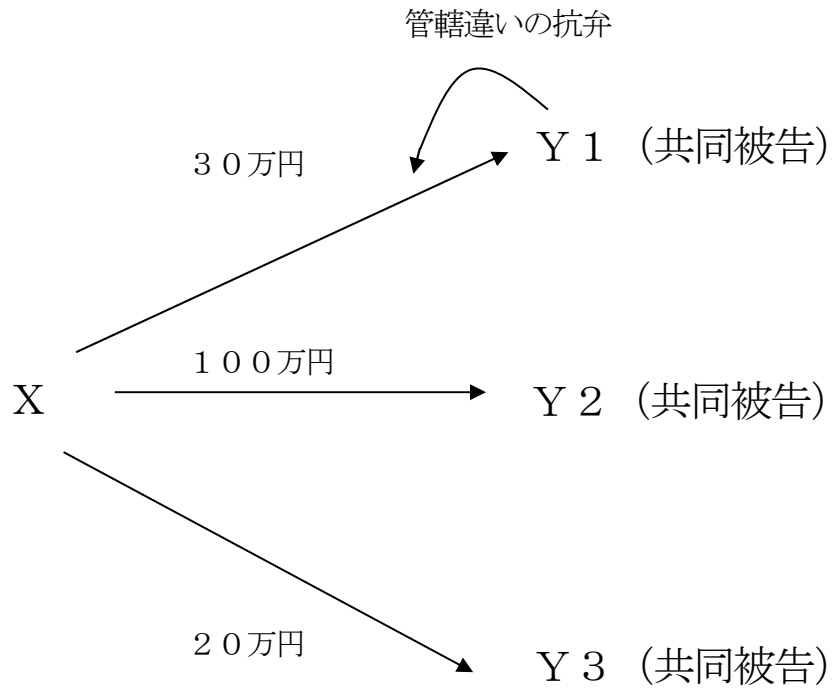
一 第33条第1項第1号の請求以外の請求に係る訴訟（第31条の3第1項第2号の人事訴訟を除く。）及び第33条第1項第1号の請求に係る訴訟のうち不動産に関する訴訟の第1審

- 1 (基本事例)
- 2 1 弁護士Pは、Xから債務整理の相談を受け、受任したところ、A市内に本店が所在する貸金業者
- 3 Y1, 同Y2, 同Y3に対して過払が発生していることが判明した。過払金は、Y1に対しては3
- 4 0万円、Y2に対しては100万円、Y3に対しては20万円ある。PはXの訴訟代理人として、
- 5 Y1, Y2及びY3を共同被告(38後段)としてA地方裁判所に訴えを提起した。
- 6 2 Y2及びY3は答弁書にて過払金の金額等について反論はしたものの、管轄については争わなか
- 7 った。しかし、Y1は、答弁書にて管轄違いの抗弁を主張し(16I), A簡易裁判所に移送する
- 8 ように求めた。これに対して、A地方裁判所は弁論を分離した上で(152I), Y1に対する訴
- 9 えをA簡易裁判所に移送する旨の決定をした。
- 10 3 Pは、A地方裁判所の決定に対して即時抗告(21)をした。これに対して、A高等裁判所は、
- 11 法38条後段の共同訴訟については、法7条ただし書により同条本文は適用されず、そのため併合
- 12 請求が可能であることを前提とする法9条を適用して各請求の価額を合算して訴訟の目的の価額
- 13 を算定することができないし、また実質的にみてもY1から簡易裁判所の訴訟手続を受ける利益を
- 14 奪うことは妥当でないとして、Y1に係る訴訟は簡易裁判所の事物管轄に属すると判断して、法1
- 15 6条1項に基づき、相手方に係る訴訟をA簡易裁判所に移送すべきとして即時抗告を棄却した。
- 16 Pは、許可抗告(337I)を申立てた。
- 17 (問) 許可抗告審において、Pは、どのような主張をするべきか。

[板書図1-1]



〔板書図1-1〕



1 (名古屋高決平22. 11. 25)

2 「XのY1に対する訴えと、Y2に対する訴えと、Y3に対する訴えとは、同法38条後段の共同  
3 訴訟の関係にあるから、XのY1に対する訴えについて、同法7条本文を適用することはできない。  
4 そして、同法7条ただし書により、同条本文の適用が除外され、本案裁判所に併合請求による管轄が  
5 生じない以上、併合請求が可能であることを前提とする同法9条を適用する余地はないと解するのが  
6 相当である」「また、実質的に考えても、訴訟の目的の価額が140万円を超えないY1に対する請  
7 求は、公益的見地(地方裁判所と簡易裁判所の役割分担)及び当事者の便宜(訴訟追行に係る負担の  
8 軽減等)にかんがみ、原則として、少額軽微な民事訴訟について簡易な手続により迅速に紛争を解決  
9 することを特色とする裁判所である簡易裁判所において審理及び裁判をすべきであるというのが、法  
10 の趣旨と解するべきであるところ」「Y1は、簡易裁判所における審理及び裁判を求めているのであ  
11 るから、法令が特に地方裁判所で審理及び裁判をすべき旨定めている場合(民事訴訟法274条1項  
12 など)並びに地方裁判所において審理及び裁判をするのが相当であると認められる場合(同法16条  
13 2項、18条)を除き、XがY1に対する請求、Y2に対する請求及びY3に対する請求を同法38  
14 条後段に基づく共同訴訟として提起したことをのみをもって、Y1から簡易裁判所の訴訟手続を受ける  
15 利益を奪うことは、相当ではない。」

1 (最決平23. 5. 18)

2 「法38条後段の共同訴訟であって、いずれの共同訴訟人に係る部分も受訴裁判所が土地管轄権を  
3 有しているものについて、法7条ただし書により法9条の適用が排除されることはないというべきで  
4 ある。」「なぜなら、法7条は、法4条から法6条の2までを受けている文理及び条文が置かれた位置  
5 に照らし、土地管轄について規定するものであって事物管轄について規定するものではないことが明  
6 らかであり、また、法7条ただし書の趣旨は、法38条後段の共同訴訟において、一の請求の裁判籍  
7 によって他の請求についても土地管轄が認められると遠隔地での応訴を余儀なくされる他の請求の  
8 被告の不利益に配慮するものであると解されるのであり、簡易裁判所ではなく当該簡易裁判所を管轄  
9 区域内に置く地方裁判所において審理及び裁判を受けることにより被告が不利益を被ることがあり  
10 得るとしても、上記と同様の配慮を要するとはいえないからである。」「Y1は本件訴訟が法38条後  
11 段の共同訴訟に当たることを自認するところ、いずれの被告に係る部分も受訴裁判所であるA地方裁  
12 判所が土地管轄権を有しているから、Y1に係る訴訟を含む本件訴訟は、訴訟の目的の価額が法9条  
13 1項本文により140万円を超えることになり、同裁判所の事物管轄に属するものというべきであ  
14 る。」「これと異なる原審の判断には、裁判に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があり、論旨は  
15 理由がある。」「以上によれば、原決定は破棄を免れず、原々決定を取り消して、Y1の本件移送申立  
16 てを却下すべきである。」

\* 「確かに、裁判所の許可を得て弁護士でない者を訴訟代理人とすることができること(民訴法54  
1 条1項ただし書)、続行期日においても準備書面の陳述擬制ができること(同法277条、158条)  
2 など、被告にとって簡易裁判所で訴訟手続を受ける利益があり得ることは否定できない。しかし、  
3 上記のとおり文理及び立法の経緯に照らして土地管轄についての規定であることが明らかである  
4 民訴法7条を、事物管轄を決する際にも適用ないし類推適用することは、法令の解釈の限界を超え  
5 るものであって許されないとわがざるを得ないように思われる。」(市川多美子・最高裁判所判例解  
6 説 民事篇(平成23年度) 462頁 一般財団法人 法曹会 平成26年12月10日)

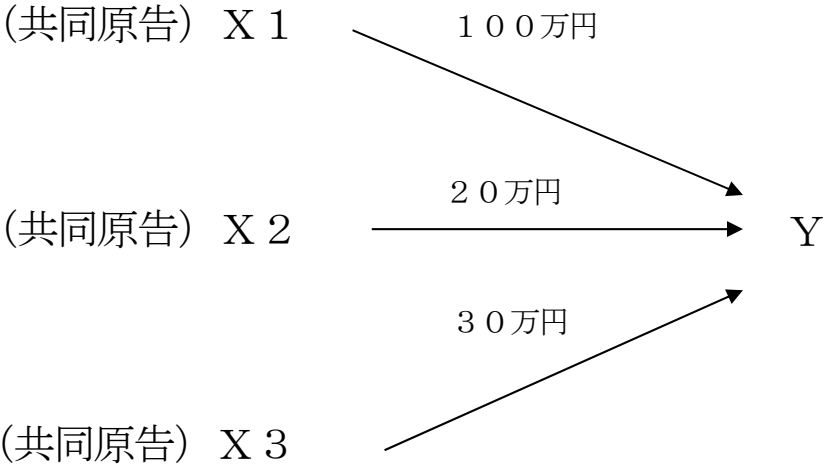
- 1 (論述例)
- 2 1 Pは、どのような主張をするべきか。A高等裁判所は、①法38条後段の共同訴訟については、
- 3 法7条ただし書により同条本文は適用されず、そのため併合請求が可能であることを前提とする法
- 4 9条を適用して各請求の価額を合算して訴訟の目的の価額を算定することができないし、②また実
- 5 質的にみてもY1から簡易裁判所の訴訟手続を受ける利益を奪うことは妥当でない、として即時抗
- 6 告を棄却している。
- 7 そこで、これら2点についての反論を主張するべきである。
- 8 2 まず、①から検討する。A高等裁判所は、法9条は、併合請求が可能であることを前提としてい
- 9 るとする。しかし、法7条は「第4条から前条まで」という土地管轄の規定を前提としており、ま
- 10 た条文の置かれた位置からしても、土地管轄についての規定であることは明らかである。したがっ
- 11 て、事物管轄についての法9条がかかる法7条を前提にしているとは考えられず、法7条ただし書
- 12 において認められていない法38条後段の共同訴訟においても、法9条の適用はあると考えるべき
- 13 であるといえる。よって、Pは、法9条は併合請求が可能であることを前提としていないと主張す
- 14 るべきである。
- 15 3 次に、②について検討する。A高等裁判所は、実質的にみてもY1から簡易裁判所の訴訟手続を
- 16 受ける利益を奪うことは妥当でないとする。たしかに、簡易裁判所で裁判をすることでY1は弁護
- 17 士代理を強制されないし(54条1項ただし書)、続行期日に欠席しても陳述擬制がなされる(27
- 18 7条)という利益がある。しかし、法7条ただし書は、請求相互の関連性が希薄な法38条後段の
- 19 場合において、隔地での応訴を余儀なくされる他の請求の被告の不利益に配慮するものである。し
- 20 たがって、Y1の受ける不利益は法7条ただし書が想定するものとは性質が異なるものであり、こ
- 21 れをもって法38条後段の共同訴訟の場合には法9条の事物管轄の規定が適用されないというのは
- 22 妥当でない。よって、Pは、実質的にみてもY1から簡易裁判所の訴訟手続を受けける利益を奪う
- 23 ことをもって妥当でないとはいえないと主張するべきである。
- 24 以上

1 (基本事例)  
2 弁護士Pは、東京都内に本社のある貸金業者Yに対する過払金返還請求権を有する依頼者X1 (過  
3 払金100万円)、X2 (過払金20万円)、X3 (過払金30万円)を共同原告(38後段)として、  
4 Yに対して訴えを提起しようと考えている。  
5 (問) Pは、東京地方裁判所に訴えを提起できるか。

[板書図1-2]

1 ⇒できる(9I)  
2  
3

[板書図1-2]



1           ウ 土地管轄とは？

2           →事件と一定の関係にある地域にある裁判所に事件を配分するという定め

3  
4           ① 普通裁判籍（4）

5           →事件の内容に関係なく認められる

6           ∴被告の利益に配慮

7  
8           ② 特別裁判籍（5～7）

9           ∴原告の利益や訴訟経済にも配慮

10  
11          (2) 指定管轄（10）

12          →裁判によって管轄裁判所を定める

13          例) 流行病で裁判官全員が休み

14               管轄の異なる場所をまたぐ電車の中で殺害された場合

15  
16          (3) 合意管轄（11）

17          →当事者が法定管轄と異なった裁判所に合意により管轄を発生させること

18          →専属管轄の合意は、合意された管轄以外に管轄を認めない合意（後述）

19  
20          (4) 応訴管轄（12）

21          →被告の応訴によって生じる管轄

22               \*土地管轄でも事物管轄でも応訴管轄は生じる

23               \*専属的合意管轄があっても、応訴管轄は生じる

24               \*法が第一審裁判所とした裁判所と異なる裁判所で訴えが提起され、応訴しても応訴管轄は生じない

25               ∴解釈上当然に専属管轄とみるべきなので

26  
27          (5) 専属管轄

28          →特定の裁判所にのみ管轄が認められる場合のその管轄

29          例) 行訴12

30  
31          (6) 任意管轄

32          →当事者の合意や応訴管轄などにより他の裁判所に管轄を認める余地のある管轄

33  
34          4 併合請求の裁判籍（主観的併合と客観的併合）

35          (1) 主観的併合（被告が数人いる）の38前段と併合請求

36          ア 主観的併合が認められる38前段の場合とは？

37               ① 権利義務が共通の場合

38               ⇒「訴訟物が同一であること、または、訴訟の基礎となる法律関係に共通性が認められることを意味する」（三木浩一・笠井正俊・垣内秀介・菱田雄郷「LegalQuest 民事訴訟法（第2版）（有斐閣）」。

39               以下、「リークエ」537頁から538頁）

1 \* 「訴訟物が同一であること」の例として「同一土地に関する所有権確認請求訴訟を複数人が共同  
2 被告として提起する場合」があるとする（リークエ538頁）

3  
4 \* 「訴訟の基礎となる法律関係に共通性が認められること」の例として、主債務者と保証人を共同  
5 被告にする場合があるとする（リークエ538頁）

7 ② 権利義務が同一の事実上及び法律上の原因に基づく場合

8 例1) 主たる債務者と保証人への給付の訴え

9 ⇒保証債務の成立要件として主たる債務の存在が必要であることから権利義務が同一の事実上  
10 及び法律上の原因（主たる債務）に基づくといえる（和田吉弘「基礎からわかる民事訴訟法」  
11 （商事法務）P. 503、以下、「和田民訴」）

12 \*なお、主たる債務が共通であるとして①とする見解もある（伊藤説）

13  
14 例2) 同一の事故による数人の被害者のする損害賠償の給付の訴え

15 ⇒同一の不法行為であり同一の事実上及び法律上の原因といえる

16  
17 例3) 土地の所有者が、建物の所有者に対してする建物収去土地明渡及び建物の占有者に対してす  
18 る建物退去土地明渡の給付の訴え

19 ⇒土地の明け渡しを所有権に基づいて求める点で同一の事実上及び法律上の原因といえる

20  
21 イ 主観的併合が認められる38後段の場合とは？

22 →権利義務が同種で、かつ同種の原因に基づく場合

23 例1) アパートの大家のアパートの住人全員に対しての賃料の給付の訴え

24 ⇒賃貸借契約は個別に締結しているが、賃料債権は同種で、かつ同種の原因に基づく

25  
26 例2) 数人の消費者が同一の貸金業者に対してする過払金の給付の訴え

27 ⇒金銭消費貸借契約は個別に締結しているが、貸金債権は同種で、かつ同種の原因に基づく

28  
29 例3) 「貸金業者が複数の借主に対して貸金返還請求訴訟を提起する場合」（リークエ538頁）

30 ⇒金銭消費貸借契約は個別に締結しているが、貸金債権は同種で、かつ同種の原因に基づく

31  
32 ウ 38前段の場合に限って併合請求できるのはなぜ？

33 →38前段の場合は、共同被告間に緊密な関係が認められるので併合を認めても被告に不利益なし

34 \* 38後段の場合、被告相互の関係が密接でないので併合請求を認めると被告の管轄の利益を害する

35 \* 仮に、38後段すら満たさない場合（被告1に売買代金請求、被告2に貸金請求をする場合など）  
36 には、共同訴訟で提起されても弁論が分離される（152I）

37  
38 (2) 客観的併合

39 ア 客観的併合（同じ被告に対し数個の請求をする）の要件は？

40 →同種の訴訟手続によること（136）

41 \* 訴訟と非訟、人事訴訟事件や行政事件と民事訴訟は同種とはいえない

1 \*民事訴訟同士であれば広く認められる

2  
3 イ 客観的併合の場合は、1つの請求において管轄権が認められる裁判所に他の請求を併せて訴えるこ  
4 とができる（7本文）

5 ∴必要性：原告の併合提起の利益，訴訟経済（1つの裁判所でまとめて処理できる）

6 許容性：被告の応訴上の不利益は大きくない

7  
8 5 管轄合意

(管轄)

第〇条 本契約に関する紛争は、すべて東京地方裁判所を管轄裁判所とするものとします。

9 (1) 管轄の合意の法的性質は？

10 ア 私法契約説

11 →管轄の合意によって訴訟上の効果が直接生じるわけではない

12  
13 イ 訴訟契約説（通説）

14 →管轄の合意によって管轄の発生という訴訟上の効果が直接生じる

15 \*訴訟行為なので，訴訟能力または訴訟代理権の存在が必要

16 例) 未成年者が行った管轄の合意は親権者の同意がない限り無効となる（31）

17  
18 (2) 管轄の合意の要件は（11）？

19 ア 第1審の管轄に関すること（11Ⅰ）

20  
21 イ 一定の法律関係に基づく事件に関すること

22 ∴法律関係が特定されていないと，利害の判断が困難となり，被告の管轄の利益を害するため

23  
24 ウ 書面または，電磁的記録をもってすること（11Ⅱ・11Ⅲ）

25  
26 エ 専属管轄の定めがないこと

27  
28 オ 管轄裁判所が特定されること

29  
30 カ 起訴前になされたものであること（15参照）

31  
32 キ 当事者に訴訟能力または訴訟代理権が認められること

33  
34 (3) 管轄裁判所を定めたが，専属的合意か付加的合意かが明示されていない場合はどう解釈するか？

35 →法定の管轄裁判所の1つを特定する合意がなされているときは専属的合意

36 →法定管轄裁判所以外の裁判所を管轄裁判所とする合意がなされているときは付加的合意

37 \*契約実務上，専属管轄の合意をつけるのが通常

6 移送

(1) 移送の種類は？

ア 管轄違いに基づく移送（16）

イ 遅滞を避ける等のための移送（17）

\*契約書に専属的合意管轄の定めがあっても、移送可能（20Iかつこ書）

ウ 当事者の合意に基づく必要的移送（19I）

エ 簡易裁判所から地方裁判所への移送

① 裁量移送（18）

② 不動産事件の必要的移送（19II）

③ 反訴提起に基づく必要的移送（274I）

(2) 移送の手續及びその裁判の効果は？

ア 移送の手續は？

→移送の裁判は決定でなされ（決定書でも口頭弁論で口頭で行ってもよい）、即時抗告により不服を申し立てることができる（21）

→274IIは例外

イ 移送の効果は（22）？

→初めから移送を受けた裁判所に係属していたとみなされる（22III）ので、訴え提起に基づく時効の中断・法律上の期間遵守の効力は保持

→管轄権のない裁判所での訴訟行為は無効（通説）。管轄権のある裁判所が裁量移送を行った場合には、従前の訴訟行為はそのまま効力を持つ（大阪高判昭39.10.22）（岡口民訴マニュアル上182頁）（前述）

5 書証の手續は？（高橋宏志「民事訴訟法概論」P.201以下）（2017.7.18live 民事訴訟法 vol.3 P.20以下）

(1) 申出人自身がその文書を所持する場合には、裁判所に提出することで申し出る（219）

\*証拠説明書を提出して行う（規137）

(2) 文書の所持者に対して文書送付の嘱託をするよう裁判所に申し立てることができる（226）

\*お願いなので、応じなくても制裁はない

(3) 所持者に対して文書を提出することを命ずるよう裁判所に申し立てることができる（219）

\*当事者が提出しない場合には、当該文書の記載に関する相手方当事者（文書提出命令申立人）の主張（文書に何が書かれているかという主張）を真実だと認めることができる（224I）。ただし、文書そのものの方が迫力があるため、これだと制裁として不十分な場合がある。その場合、要証事実その



1 ものを真実擬制できる（同Ⅲ）。

2 例) 航空機事故に基づく損害賠償訴訟において、原告が「事故は整備不完全により起こった」ことを証  
3 明するためにそのことが記載されている文書の提出を被告に命ずるように裁判所に申し立て、それが  
4 認められた場合に被告が文書を提出せず、224Ⅲの要件を満たした場合には、裁判所は「事故は整  
5 備不完全により起こった」ことを擬制することができる。

6  
7 (問)「真実とみとめることができる」(真実擬制)の効果とは？(長谷部民訴250頁から251頁参照)

8 ① 自由心証説

9 ⇒事実上の推定が行われる。つまり、反証は可能

10  
11 ② 証明責任転換説

12 ⇒妨害者に反対事実についての証明責任を負わせる。つまり、本証責任を負う。

13  
14 ③ 証明度軽減説

15 ⇒通常よりも低い心証度に基づいて要証事実を認定する

16  
17 ④ 多元説(中間説)

18 ⇒裁判官の自由心証を原則としつつ、事案に応じて証明責任の転換にいたるまでの証明軽減を認める

19  
20 ⑤ 真実擬制説(長谷部民訴には紹介されていないがH20で名称が登場)

21 ⇒真実が擬制されて反証を許さない

22  
23 \*H20新司民訴訟問2では、これらの学説の比較検討が求められた。

24  
25 (問)文書の一般的提出義務から除外される「もっぱら文書の所持者の利用に供するための文書」(22  
26 O④二)の判例準則は？

1 「ある文書が、その作成目的、記載内容、これを現在の所持者が所持するに至るまでの経緯、そ  
2 の他の事情から判断して、専ら内部の者の利用に供する目的で作成され、外部の者に開示すること  
3 が予定されていない文書であって、開示されると個人のプライバシーが侵害されたり個人ないし団  
4 体の自由な意思形成が阻害されたりするなど、開示によって所持者の側に看過し難い不利益が生ず  
5 るおそれがあると認められる場合には、特段の事情がない限り、当該文書は民訴法二二〇条四号ハ  
6 所定の「専ら文書の所持者の利用に供するための文書」に当たると解するのが相当である。」(最決  
7 平11. 1. 12)

27 \*①外部非開示性、②不利益性、③特段の事情の不存在が要件であるといえる

28 \*\*法令上の作成義務に準ずる理由で作成された文書は内部のみで利用が完結することは想定されて  
29 いないとして外部非開示性を否定する。法令等による開示義務を負う相手方が守秘義務を負うため  
30 に、相手方以外に開示されることはないとしても、そのことで外部非開示性が肯定されることはな  
31 い(リークエP. 329)

32 \*不利益性は「個人のプライバシー侵害」と「団体の自由な意思形成の阻害」が認められる場合に  
33 肯定される

1 第2款 補助参加 (2017.7.21live 民事訴訟法 vol.5 P.1以下)

2 1 補助参加とは? (42)

3 →他人間に係属中の訴訟の結果について利害関係を有する第三者が、当事者の一方を勝訴させることによ  
4 って自己の利益を守るために当該訴訟に参加する行為

5 →補助参加の最終目的は、補助参加人自身の法律上の地位、訴訟の結果についての利害関係を守ること

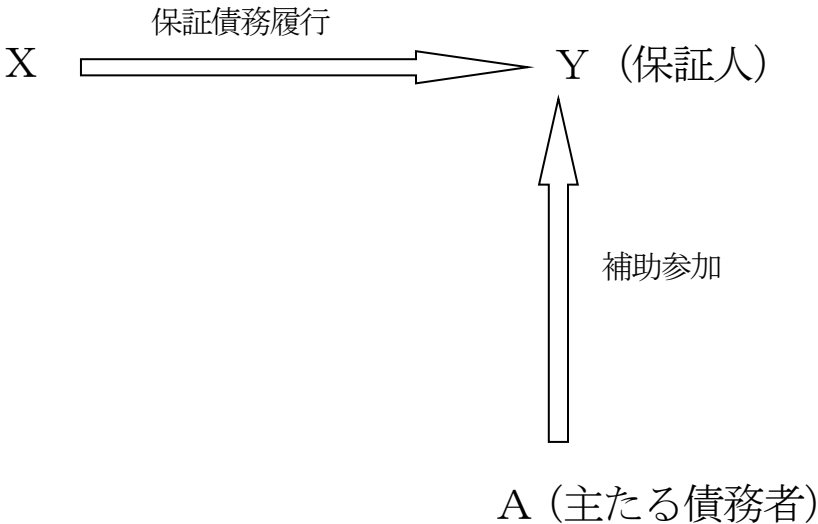
6

1 (基本事例)

2 XがAに対する貸金債務を保証したYに対して保証債務履行請求訴訟を提起した。主たる債務者で  
3 あるAはYに補助参加し、主たる債務に対する弁済、相殺、消滅時効の抗弁を主張することで、Yを  
4 勝訴に導き、Yからの将来の求償請求を防止できる。

〔板書図5-1〕

〔板書図5-1〕



1 2 補助参加の要件は？

2 (1) 他人間に訴訟が係属中であること

3  
4 (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）（長谷部由起子ほか『基礎演習民事訴訟  
5 法』P. 256以下）

6 ア 「利害関係」とは？

7 →法律上の利害関係（法的地位・法的利益に影響を及ぼすもの）でなければならない

8 ∴民事訴訟の目的が法律上の利益の保護にあるから

9 →「法律上の利害関係を有する場合は、当該訴訟の判決が参加人の私法上又は公法上の法的地位又  
10 は法的利益に影響を及ぼすおそれがある場合」（最決平13. 1. 30）

11 \*感情的利益（友達だから助ける）・経済的利益は含まれない

12 例1) 債権者代位権が認められないケースで、債権者が債務者の第三債務者への給付訴訟に加わる  
13 ことはできない

14 例2) 会社が起こしている訴訟に株主が会社財産の増加ひいては自己の配当増加を狙って加わるこ  
15 とはできない

16 \*法律上のものであれば、財産権上のもの、身分法上のもの、公法上のもの、刑事法上のもの、を広  
17 く含む

18 例) 訴訟当事者の一方が負けると、その者から責任を追及されて法律上の債務を負う場合

19  
20 イ 「訴訟の結果について」とは？

21 (ア) かつての通説

22 →「判決の結論」（訴訟物）の意味

23 →訴訟物の判断そのものによって自己の法律上の地位や権利に関する判断に影響を及ぼす場合

24 →判決理由中の判断で影響を受けるのでは足りない

25 ∴訴訟の結果とは判決主文と考えるのが素直

26 判決理由中の判断は当事者間にも生じないので、この利害関係を理由に第三者の参加を認める  
27 べきでない

28  
29 (イ) 有力説（現在の実務？）

30 →判決理由中の判断で影響を受けるものも含む

31 ∴判決の既判力が補助参加人の法的地位に影響を及ぼすことはありえず、事実上の影響を問題と  
32 しているものである以上、判決主文中の判断と理由中の判断をわける理由はない

33  
34 ウ 訴訟の結果と利害関係の間における因果関係（影響）の存在

35 →判決の既判力が補助参加人の法的地位に影響を及ぼすことはありえないので、事実上の因果関係（影  
36 響）で足りる

37 \*判決効が及ぶ場合の第三者は共同訴訟的補助参加となる

38  
39 3 補助参加を認めた判例

40 (1) 会社設立無効の訴えが確定し、会社設立が無効になることで損害賠償の請求を受けるおそれがある発  
41 起人は、自己の損害賠償義務と会社設立無効との関係を理由として、法律上の利害関係を有する

1 (2) 債務者が第三債務者に給付訴訟を提起した場合に、債権者は債権者代位権を自己の法律上の地位とし  
2 て、補助参加することができる

3  
4 (3) 株主代表訴訟において、会社は原告株主に補助参加できる

5 ∵会社の損害賠償請求権が訴訟物になっているから

6  
7 (4) 株主代表訴訟において、会社は被告取締役役に補助参加できる

8 ∵判決で損害賠償が認められると、判決理由中の判断で取締役会の意思決定が違法とされ、そのことが  
9 意思決定を前提として形成された会社の私法上・公法上の地位に影響を与えるため

10  
11 4 補助参加申出の手続（4 3、規2 0）に対する異議の制度（4 4）の特徴は？

12 →当事者が異議をださなければ、補助参加の許否の調査をする必要はない

13  
14 5 補助参加人の訴訟上の地位は？（長谷部由起子ほか『基礎演習民事訴訟法』P. 2 6 8以下）

15 (1) 独立性と従属性

16 ア 独立性

17 →補助参加人は当事者から独立した地位を有する（4 5 I 本文）

18  
19 イ 従属性

20 →当事者ではないので、補助参加人は証人・鑑定人になることができるし、手続の中断事由があつて  
21 も手続は停止しない

22  
23 (2) 補助参加人の訴訟行為

24 →原則として、主たる当事者のなし得る一切の訴訟行為ができる（4 5 I 本文）

25 →補助参加の申出に異議が述べられても、参加の不許の裁判が確定するまで訴訟行為ができる（4 5 III）

26 ∵タイムリーな攻撃防御を実現するため

27 →but、補助参加人の利益よりも、これに優先する当事者の利益・審理の混乱を回避するため、一定の制  
28 限がある

29  
30 ア 被参加人が行えなくなった行為（4 5 I ただし書）

31 例) 被参加人の攻撃防御方法の提出が時機に後れている場合、それを提出することは許されない

32 被参加人が撤回できない自白を撤回することは許されない

33 補助参加人の上訴期間は、被参加人の上訴期間に限られる（判例）

34  
35 イ 被参加人の行為と抵触する行為（4 5 II）

36 例) 被参加人が自白している場合に補助参加人が否認して争うことは許されない

37  
38 ウ 訴訟物そのものの処分・変更にかかわる行為（∵補助参加は他人の訴訟を前提とするため）

39 例) 訴えの変更や反訴の提起、訴えの取下げ、請求の放棄・認諾、和解はできない

40  
41 エ 被参加人に属する実体法上の権利行使

例) 被参加人に属する, 時効の援用, 解除権・相殺権などは, 民423・436Ⅱ・457Ⅱなどの規定が適用される場合を除きできない

6 補助参加がされた場合の判決の効力とは? (長谷部由起子ほか『基礎演習民事訴訟法』P. 273以下)

(1) 補助参加人に対する判決の効力と既判力との関係は?

→主たる当事者が敗訴した場合, 補助参加人に「参加的効力」が及ぶ(46柱書)

\*既判力とは異なる効力

∵46各号の除外事由は, 当事者の訴訟活動に影響を受けない既判力と異なる

参加的効力は当事者の援用をまっとうりあげれば足りる点が既判力と異なる

参加的効力は判決理由中の判断に及ぶ点が既判力と異なる

→参加的効力は, 参加人が被参加人と共同して訴訟を進行した以上は敗訴の責任を公平に負担すべきであるという禁反言に根拠がある

(2) 参加的効力の客観的範囲は?

→「判決の主文に包含された訴訟物たる権利関係の存否についての判断だけではなく, その前提として判決の理由中でされた事実の認定や先決的権利関係の存否についての判断などにも及ぶ」(最判昭45.10.22)

∵参加人と被参加人との間の紛争は判決理由中の判断をめぐって生じる

→「この判決の理由中でされた事実の認定や先決的権利関係の存否についての判断とは, 判決の主文を導き出すために必要な主要事実に係る認定及び法律判断などをいうものであって, これに当たらない事実又は論点について示された認定や法律判断を含むものではない」(最判平14.1.22)

∵「判決の理由とは, 判決の主文に掲げる結論を導き出した判断過程を明らかにする部分をいい, これは主要事実に係る認定と法律判断などをもって必要にして十分なものと解されるから」「判決の結論に影響のない傍論において示された事実の認定や法律判断に及ぶものと解すべき理由はない」

(同)

(基本事例 H24新設問2を参考)

1 Xは, 自分はYの代理人Zとの間でYの所有する本件土地の売買契約を締結したとして, Yに対して売買契約に基づき本件土地の引渡しを求めた。

(請求原因1)

① XとZとの間で本件土地の売買契約が締結された

② Zは①の際にYの代理人であることを示した

③ Yは①に先だってZに対して代理権を授与した

2 Yは, Zに対する売買契約に先立つ本件土地売却の代理権の授与を否認した。そこで, Xは権限越の表見代理の主張を追加した。

(請求原因2)

① XとZとの間で本件土地の売買契約が締結された

② Zは①の際にYの代理人であることを示した

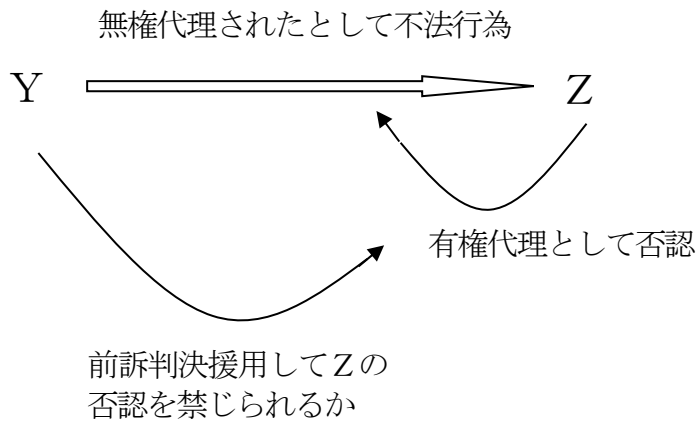
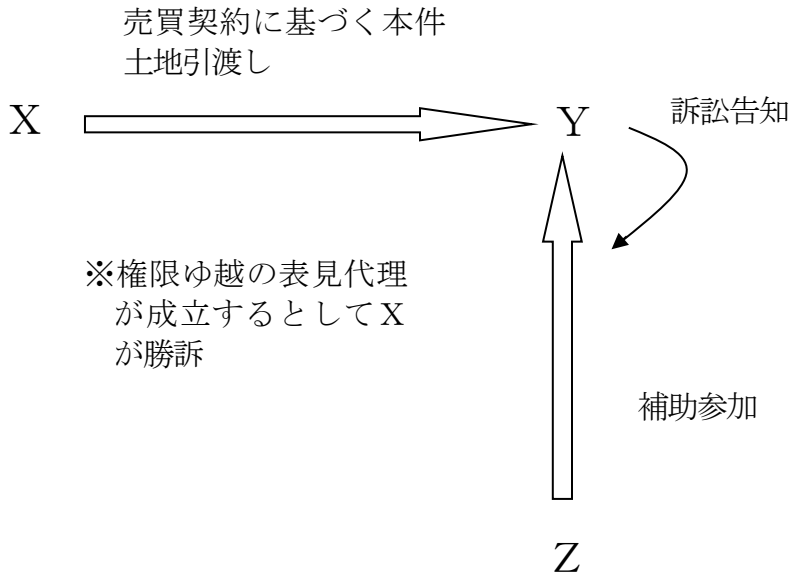
④ Yは①に先だってZに対して本件土地の賃貸借契約の締結についての代理権を授与した

- 1 ⑤ XはZが本件土地売却の代理権を有すると信じた  
 2 ⑥ 正当な理由を基礎付ける評価根拠事実  
 3  
 4 3 Yは、Zに対して訴訟告知をし、Zは補助参加した。  
 5 裁判所は、請求原因2を認めてXの請求を認容した（前訴判決）。  
 6  
 7 4 Yは無権代理人であるZに対して不法行為に基づく損害賠償を求める訴えを提起した。  
 8 Yはかかる訴訟における請求原因として、「Yは①に先だってZに対して売買締結についての代理  
 9 権を授与しなかった」という事実を主張したところ、Zはこれを否認した。  
 10 これに対して、Yは前訴判決を援用し、前訴判決の参加的効力によって、Zはかかる事実を否認  
 11 できないと主張した。  
 12 (問) このYの主張は認められるか。

【板書図5-2】

- 1 ⇒認められない  
 2 ∵参加的効力が及ぶのは前訴の請求原因2 (①②④⑤⑥) の事実であるので、それらに該当しない以  
 3 上、Zはかかる事実を否認することができる

〔板書図5-2〕



(3) 参加的効力の主観的範囲は？

1 →参加人・被参加人にのみ及ぶ

2 ∴参加的効力は、参加人と被参加人の敗訴責任の分担なので

1 (基本事例)

2 XはYに対して土地工作物の占有者責任（民717I）に基づく損害賠償を求めて訴えを提起した  
3 (訴訟1)。しかし、Yは必要な注意義務を尽くしていたとして、請求が棄却された。

4 そこで、Xは土地の所有者であるZに対して土地工作物の所有者責任に基づく損害賠償を求めて訴え  
5 を提起した（訴訟2）。

1

2 (問1) Zは訴訟1においてXに補助参加できるか。仮に補助参加できるとした場合において、Xに補  
3 助参加したZは、訴訟2において「Yは必要な注意義務を尽くしていなかった」と主張することは許  
4 されるか。なお、民事訴訟法46条各号に該当する事由はないものとする。

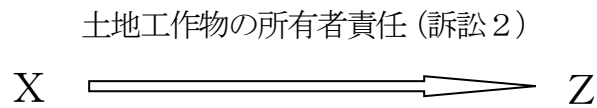
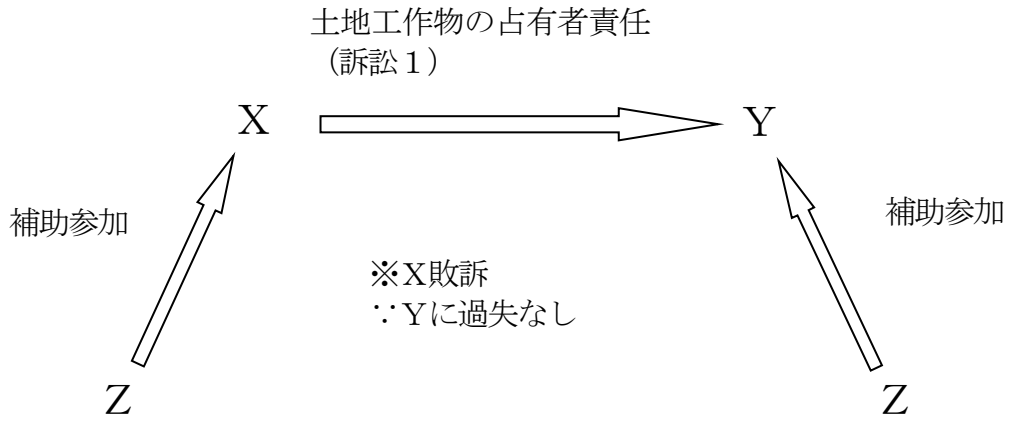
5

6 (問2) Zは訴訟1においてYに補助参加できるか。仮に補助参加できるとした場合において、Yに補  
7 助参加したZは、訴訟2において「Yは必要な注意義務を尽くしていなかった」と主張することは許  
8 されるか。なお、民事訴訟法46条各号に該当する事由はないものとする。

〔板書図5-3〕



〔板書図5-3〕



1 (論述例)

2 第1 問1について

3 1 Zは訴訟1においてXに補助参加できるか。「訴訟の結果について利害関係を有する」(42条)  
4 といえ、補助参加の利益が認められるかが問題となる。

5 「訴訟の結果について」とは、判決主文のみならず、判決理由中の判断で影響を受けるものも  
6 含む。なぜなら、判決の既判力が補助参加人の法的地位に影響を及ぼすことはありえず、事実上  
7 の影響を問題としているものである以上、判決主文中の判断と理由中の判断をわける理由はない  
8 からである。そして、「利害関係」とは法律上の利害関係のことをいう。

9 本件では訴訟1の判決理由中において、「占有者」Y「が損害の発生を防止するのに必要な注意  
10 をした」と認定されると、事実上、所有者Zが土地工作物の所有者責任を負うことになる(71  
11 7条1項ただし書)。よって、判決理由中の判断について法律上の利害関係を有する。

12 したがって、「訴訟の結果について利害関係を有する」といえるため、補助参加の利益は認めら  
13 れる。よって、Zは訴訟1においてXに補助参加できる。

14 2 訴訟1においてXに補助参加したZは、訴訟2において「Yは必要な注意義務を尽くしていな  
15 かった」と主張することは許されるか。

16 「補助参加に係る訴訟の裁判は」補助参加人に対してもその効力を有する。(46条)。これ  
17 は敗訴の責任を公平に負担すべきであるという禁反言に根拠があり、既判力とは異なり、判決理  
18 由中の判断にも及ぶ。

19 訴訟1では、判決理由中の判断として、Yは必要な注意義務を尽くしていたとされており、こ  
20 の点に拘束力が及ぶ。

21 よって、訴訟2において、「Yは必要な注意義務を尽くしていなかった」と主張することは参加  
22 的効力によって許されない。

23 第2 問2について

24 1 Zは訴訟1においてYに補助参加できるか。「訴訟の結果について利害関係を有する」(42条)  
25 といえ、補助参加の利益が認められるかが問題となる。

26 YとZの責任は工作物責任であるので、判決理由中の判断において工作物か否かの認定がなさ  
27 れる。そして、工作物と認定されれば、Zは事実上、工作物責任を負う可能性がある。よって、「訴  
28 訟の結果について利害関係を有する」といえ、補助参加の利益が認められると解する。また、仮  
29 に、補助参加の利益がないとしても、Xに異議がなければ補助参加は認められる。

30 したがって、Zは訴訟1においてYに補助参加できる。

31 2 訴訟1においてYに補助参加したZは、訴訟2において「Yは必要な注意義務を尽くしていな  
32 かった」と主張することは許されるか。

33 参加的効力は、敗訴の責任を公平に分担するところに根拠があるため、XとZの間には及ば  
34 ない。よって、Zは、訴訟2において「Yは必要な注意義務を尽くしていなかった」と主張する  
35 ことは許される。

36

以上

7 共同訴訟的補助参加

1 (1) 共同訴訟的補助参加とは？

2 →明文の規定はないが、解釈上認められてきたもので、訴訟の判決効が及ぶものの当事者として参加す  
3 る適格を有しない第三者がする補助参加

4 →独立当事者参加や共同訴訟参加は当事者適格が必要なため利用できないが、補助参加では不十分な場  
5 合に認められるとされる

6 例) 株主XがY会社を相手に株主総会決議取消しの訴えを提起しているときに、他の株主Zも同じ株  
7 主総会決議の取消しを意図する場合において、その株主総会決議の日から3か月経過後は、もはや  
8 当事者適格を欠き共同訴訟参加はできないが、共同訴訟的補助参加をすることができるとされる

9 例) 債権者代位権に基づき、債権者が第三債務者に対して訴えを提起している場合、債務者は財産管  
10 理処分権を有しないので、その訴訟の当事者ではないものの、既判力を受けるため、共同訴訟的補  
11 助参加が認められるとする(債権者の財産管理処分権を争う場合には独立当事者参加が可能)

12  
13 (2) 共同訴訟的補助参加の特徴は？

14 →45 I ただし書・IIが適用されない

15 →40を適用する

16  
17 (3) 共同訴訟的補助参加の問題点は？

18 →明文がなく、範囲があいまい