

「訴えの主観的予備的併合と同時審判の申出のある 共同訴訟に関する一考察 (2)」

中京大学法科大学院法務研究科生

井上大典

- 一 訴えの主観的予備的併合
 - 1 訴えの主観的予備的併合とは
 - 2 判例の動向
 - 3 学説の概観
 - 4 訴えの主観的予備的併合の許否の検討 (以上前号)
- 二 同時審判の申出のある共同訴訟
 - 1 沿革
 - 2 同時審判の申出のある共同訴訟とは
 - 3 同時審判の申出のある共同訴訟の解釈上の問題点
- 三 同時審判の申出のある共同訴訟と訴えの主観的予備的併合との異同 (以下次号予定)
 - 1 新法のもとにおける訴えの主観的予備的併合の必要性
 - 2 学説の検討と私見
 - 3 まとめ

二 同時審判の申出のある共同訴訟

1 沿革

前述のごとく訴えの主観的予備的併合についてはこれを肯定する見解と否定する見解が激しく対立し、判例においても最高裁判例が否定説に立つも下級審レベルでは肯定説に立つものが多数見受けられ、見解の一致を見ることはなかった。しかし、理論とは別に実務家の間では裁判実務上はかかる併合形態を認めることにはかなりの必要性があることが認識されており、否定説の説くような問題点はありつつも主観的予備的併合について法律的な整備をする必要があるとの意見が裁判所から法制審議会へ出されていた。

これを受け法制審議会では主観的予備的併合の法制化が審議され、主観的予備的併合肯定説の考え方と、被告らの利害関係を同一視することができる場合にのみかかる併合形態を認めるという制限的肯定説の考え方の

是非を問うとともに、これを認める場合に否定説が提起する問題点に対する解決策として、主位的被告に対する請求を認容するときには、予備的被告に対する請求を棄却しなければならないものとする、当事者の一人が上訴すれば、全員につき判決の確定が遮断され、全訴訟が上訴審に移審とする事の可否などの問題提起がなされた。

そして、これに対する意見等も踏まえて議論された結果、改正要綱試案の段階では予備的な法律関係を認めるという形で、主観的予備的併合肯定説に対して指摘されている問題点を解消するのは、かなり難しいのではないかということで、後注として、主観的予備的併合を認め、この場合に前記の解決策を採るかどうかに ついてなお、検討するものとされ、その際、旧法上も単純併合の形態による審理や別訴提起による解決を求 ることは可能であり、このような併合形態を法律上認める実益があるか等の問題点が指摘された。

これを受けて審議会では更なる審議が重ねられたが、結局のところ主観的予備的併合については上記の 解決策を採ってもなお問題点が残し、法制化するの難しいとされ、主観的予備的併合の法制化は見送られる こととなった。

しかし、それでも併合されないまま審理判断されることとなった結果、判断が区々になって原告が両方の被 告に敗訴するという、いわゆる両負けになる事態をできるだけ防ぐ必要があるという裁判実務上の配慮の要請 は根強く、主観的予備的併合肯定説が前提にしている問題点をできる限り吸収しつつ、被告にも不利益になら ないような方向を検討した結果、実務のニーズに応える制度として同時審判訴訟という併合形態が立案され、 平成8年の民事訴訟法改正によって新たに41条として同時審判の申出のある共同訴訟が創設されたのである。⁽¹⁾

2 同時審判の申出のある共同訴訟とは

同時審判の申出のある共同訴訟とは、通常共同訴訟(39条)でありながら、原告の同時審判の申出に基づい て、裁判所の訴訟指揮権の一つである弁論の分離(152条)や一部判決(243条2項)が制限される場合をいい、 裁判所による判断が区々になって両方に敗訴することを避けようとする原告の意思を尊重して、同時審判の保 障という形によって当事者の意思を訴訟手続に反映させる制度である。⁽²⁾

上記の沿革で述べたように同時審判の申出のある共同訴訟の制度は、訴えの主観的予備的併合の法制化を望 む実務界のニーズに応えるべく創設されたものであり、同制度は主観的予備的併合の有用性を残しつつ、かか る併合形態が抱える問題点を解消しようという配慮が立法上でなされたものである。

従来から主観的予備的併合には、原告における二重敗訴の危険を事実上回避できる。主位的被告と予備 的被告に対する相反する原告の主張の一貫性を確保できる。というメリットと、予備的被告の地位が不安定 となる。上訴において審判の統一を図ることが困難。という問題点があるとされてきた。

そこで、同時審判の申出のある共同訴訟についてそれらのメリットおよび問題点をみると、まず、につい ては、上記で述べたように同時審判の申出のある共同訴訟は原告の申出があれば弁論および裁判の分離が禁止 される制度であり(41条1項)、裁判所の判断が区々になることを事実上避けることができるようになるため、 主観的予備的併合のメリットがそのまま維持されているといえる。

については、主観的予備的併合は共同訴訟としての各請求に順位を付し、先順位の請求が認容されること を解除条件として後順位の請求の審理を求めるという形でなされるため、原告の矛盾主張の問題は生じないと ころ、同時審判の申出のある共同訴訟はあくまで単純併合であるから、両立しない請求間に条件や順位は原則 としてないため、形式的には主観的予備的併合のメリットが損なわれているようにも思われる。しかしながら、

同時審判の申出のある共同訴訟の立法趣旨からすれば、同制度は原告の矛盾主張を認めることを前提としてい
ると考えられることから、同時審判の申出があれば矛盾主張によって主張自体が失当となることはないと思
われる。

については、同時審判の申出のある共同訴訟は単純併合であるから両請求について審判がなされるため、
主観的予備的併合否定説がいうような被告の一方の地位の不安定は生じず、主観的予備的併合の抱える問題点
は克服している。

については、41条3項は第一審において同時審判の申出がなされており、かつ、両方の請求について上訴
がされているときには、控訴審においても弁論及び裁判の併合を強制しているため、一応の対処はなされている。

このように同時審判の申出のある共同訴訟は、訴えの主観的予備的併合が抱えていた問題点を解消する一方、
その有用性を生かす形の併合形態を立法化したものであって、この制度に対しては一般的には肯定的な評価が
与えられているようである。⁽³⁾

3 同時審判の申出のある共同訴訟の解釈上の問題点

民事訴訟法41条1項は同時審判の申出がある共同訴訟の要件として、原告の立てる請求権が「法律上併存し
得ない関係にある」ことを要すると規定する。この要件の意義は、当該制度の適用範囲を事実上併存し得ない
場合にまで拡張すると、弁論の分離等に関する裁判所の裁量権の限定をあまりに広く認めることになるため当
該制度の適用範囲を限定しその要件を明確化する点にあると解されている。

しかし、一体いかなる場合が法律上併存し得ない関係であり、事実上併存しない関係と区別されるのかにつ
いては解釈問題である。⁽⁴⁾ 民法717条や117条のように明文で規定されているものについてはこれが法律上併存し
得ない関係にあることにあまり争いはないが、たとえば、売買代金支払請求訴訟における売買契約の当事者が
AかBかという場合や、交通事故に関する損害賠償請求訴訟において、加害車両を運転していたのがCかDか
というような場合、これが民法41条1項のいうところの「法律上併存し得ない関係」にあたるか否かは見解
の分かれるところである。⁽⁵⁾

この制度の立案担当者によれば、「法律上併存し得ない関係」とは、一方の請求における請求原因事実が他
方の請求では抗弁事実になる場合をいうとされる⁽⁶⁾（以下立案担当者説という）。しかし、一方の請求原因事実
が他方の請求では抗弁事実となる関係にあるか否かは、証明責任をいかに分配するかの問題でありそれ如何に
よっては当該要件を充たすか否かが変わってくる可能性がある。たとえば、民法717条を例にあげると、占有
者の過失の不存在が原告の占有者に対する請求においては占有者の抗弁になると解し、原告の所有者に対する
請求では占有者の過失の不存在を原告の請求原因事実になるとすると、⁽⁷⁾ 上記立案担当者の基準に照らし、2つ
の請求は「法律上併存し得ない関係」ということになるが、占有者の過失の不存在が原告の占有者に対する請
求においては占有者の抗弁になると解しつつ、所有者への請求では占有者に過失があったことは所有者が主張
すべき抗弁であるという見解に立てば、一方の請求原因事実が他方の請求では抗弁事実になるという関係には
ならないため、上記基準に照らすと717条1項は「法律上併存し得ない関係」にはあたらないということになっ
てしまう。⁽⁸⁾

基準の明確さを求めるなら、あくまで明文で規定されているかどうかで「法律上併存し得ない関係」か否か
を決するという事も考えられる（以下文言基準説という）。この基準ならば弁論の分離等に関する裁判所の
裁量権が制限される範囲を明確に限定することができるであろう。しかし、逆に41条の適用範囲が限定されず

ぎてしまい、同時審判の申出のある共同訴訟をかえって使いにくくしてしまうおそれがある。しかもこの基準では、学説によっては両請求が当該基準によるところの「法律上併存し得ない関係」と同視できるとされるような関係であるにもかかわらず、明文上で規定されていないがために「法律上併存し得ない関係」に該当せず、同時審判の申出のある共同訴訟の対象外となってしまうといった事態も生じうる。たとえば、民法117条によれば無権代理人の責任と有権代理による本人の責任は「法律上併存し得ない関係」となる。つまり、民法117条は本人による追認があるか代理権が証明されれば、有権代理となり本人が責任を負うことを当然の前提とした上で（民法99条1項、113条1項）、追認や代理権という有権代理の要件が備わらなければ無権代理として無権代理人が責任を負うことを明文上で規定しているのである。これに対して、表見代理（民法110条）による本人に対する請求と無権代理人に対する請求ではどうか。表見代理は外観法理を基礎として取引安全を図る趣旨の制度であり、代理権の存在を前提とする有権代理や本人の意思を重んじる趣旨の追認とはその性質を異にする。とはいえ、表見代理はそれが認められることにより、無権代理人と相手方との間でなされた法律行為の効力が本人に帰属するのであって、相手方との間で生じる効果の面では有権代理と類似するものといえる。学説上も表見代理による本人の責任と無権代理人の責任とは併存して成立するものではないとするのが多数説である⁽⁹⁾。後述するが表見代理責任と無権代理責任との関係につき無権代理責任は表見代理が成立しないときの補充的責任であるとする補充的責任説が従来の通説であった。そして、この補充的責任説によれば117条1項に「表見代理が成立しないとき」という文言を解釈によって読み込み、これによって表見代理責任と無権代理責任は有権代理における本人の責任と無権代理責任同様両立しないものとなるが、これはあくまで解釈上導かれる結論であって、民法117条1項には代理権を証明することができなかつたとき、追認を得ることができなかつたとき、のほか「表見代理が成立しないとき」や「表見代理を証明できなかつたとき」などとは実際には規定されていない。したがって、上記基準によれば有権代理による本人の責任と無権代理責任は「法律上併存し得ない関係」であるのに対し表見代理による本人に対する請求と無権代理人に対する請求は補充的責任説の立場に立っても「法律上併存し得ない関係」ではなく事実上併存し得ない関係に過ぎないということになるのであるが、このような取扱いの差が出るのは妥当ではないと思われる。

私が考えるに、「法律上併存し得ない関係」とは、2つの異なる法律上の請求権において要件事実の一部が重なり合っていて、その要件事実の存在が一方の請求権の成立要件となると同時に他方の請求権を不成立ならしめる理由となっており、それによって両請求権が両立しないことが実体法上に組み込まれているものをいうと解すべきであろう。具体的には、たとえば、不法行為（民法709条）において不法行為能力すなわち行為者の責任能力は民法709条の不法行為に基づく損害賠償請求権の成立要件たる要件事実である（民法712条）。他方で行為者の責任能力は責任無能力者の監督義務者責任（民法714条）においても要件事実となっており（これが請求原因となるか抗弁となるかは別として）、行為者の責任能力は2つの請求権の重なり合う要件事実である。そして、行為者の責任能力の存在は、責任無能力者の監督義務者責任（民法714条）の不成立を理由付けるものであり、これにより行為者の不法行為責任と責任無能力者の監督義務者責任とが両立しないことを民法は自身の規定上に組み込んでいるのである。したがって、私見によれば行為者の不法行為責任と責任無能力者の監督義務者責任は「法律上併存し得ない関係」ということになる。民法717条や117条もこの基準で説明できよう。

では、110条と117条の請求もこの基準により「法律上併存し得ない関係」として説明することができるだろうか。これは実体法上の解釈問題と深く関わる問題である。表見代理責任と無権代理責任との関係については、両責任は両立的・重畳的なものであるとする少数の見解もあるが（併存説⁽¹⁰⁾）、無権代理責任は表見代理責

任が否定された場合の補充的な救済手段であるとする見解が従来⁽¹¹⁾の通説である（補充的責任説）。また、近時では両責任が択一的関係にあることを前提としながら、両責任は独立した救済手段であり、表見代理が成立すると思われるような場合であっても、原告である相手方は表見代理責任と無権代理責任の双方の責任を選択的に追及できるとする見解も有力となっており、最高裁判例もこの見解を採る（選択説⁽¹²⁾）。

表見代理はなされた法律行為自体は無権代理行為であるため、広義の無権代理の一種として捉えられているが、一方でその効果は上記で述べたように有権代理と類似するものである⁽¹³⁾。したがって表見代理は、実態は無権代理、効果は有権代理類似という両側面を持っているといえる。しかし、有権代理のときには本人の責任のみが認められ本人の責任財産のみが引当てとなるのに、表見代理のときには本人の責任のほかに無権代理人の責任も認められ、本人の責任財産と無権代理人の責任財産の両方が引当になるということになれば、有権代理に比べて表見代理の場合の相手方が過剰に保護されることになり妥当ではない⁽¹⁴⁾。このような点から、両責任を両立的、重疊的なものとして捉える併存説は採りえないであろう。この点、補充的責任説は表見代理が広義の無権代理であることを認めつつ、表見代理の要件が充たされる場合には、相手方はそれで目的を達成しうるので無権代理人の責任を追及させる必要はないとして、「代理権を証明することができなかつたとき」、「追認を得ることができなかつたとき」、のほかに117条1項に「表見代理が成立しないとき」という要件を読み込み、これによって後述する無権代理人による表見代理成立の抗弁を認めることによって表見代理責任と無権代理責任の両責任の両立を否定する。これに反し、選択説は表見代理は無権代理でもあることに変わりがないことから、表見代理の要件が充たされる場合でも相手方は表見代理責任、無権代理責任の両方を選択的に主張できるとするが、後述するように選択説の中でも表見代理責任認容判決が先に確定した場合に限り両責任の最終的両立を認めないとする見解（限定的否定説）と、常に両責任の最終的両立を認めないとする見解（完全否定説）とが対立する。

補充的責任説と選択説の具体的な違いは、無権代理責任を追及された被告である代理人が表見代理成立を免責の抗弁として主張することができるかという点に生じる。

補充的責任説の立場からは無権代理責任は表見代理責任が成立しない場合の補充的責任であることから、被告である代理人による表見代理の成立の抗弁が許されるという⁽¹⁵⁾。これに対しては選択説の立場から、無権代理人は自ら代理権なくして代理行為をしておきながら、たまたま表見代理を成立させる事情があったことを理由に自己の責任を免れうるとすることは不合理であり表見代理の制度本来の趣旨に反する。だが、このような抗弁を認めて無権代理人が責任を免れうるとすると、その後に相手方が今度は本人を相手に表見代理の成立を争った場合、確実にその訴訟で表見代理の主張が認められるとは限らず、相手方が代理人と本人の両方に敗訴し救済が受けられなくなる可能性があるため相手方の保護が不十分となる⁽¹⁶⁾。あるいは、補充的責任説の立場では無権代理人による表見代理の抗弁に対して原告は表見代理の不成立を根拠付ける事実を再抗弁として主張することになるが、その主張とは表見代理の主観的要件である信ずべき正当な理由（110条）のうちの無過失要件の評価障害事実の主張となる⁽¹⁷⁾。そしてその具体的内容は原告たる相手方自身の過失の存在であり、これを原告が立証すると117条2項によって無権代理責任の不成立をも根拠付けることになってしまう。つまり、補充的責任説の立場では表見代理が成立すれば無権代理が不成立となる反面、表見代理が不成立となっても無権代理が不成立となってしまうため、117条が無権代理責任を規定した意味がなくなる。との批判があり⁽¹⁸⁾、選択説の論者は無権代理人による表見代理成立の抗弁を否定する⁽¹⁹⁾。

しかし、このような補充的責任説に対する選択説の批判のすべてが正鵠を射たものであるかは疑問である。まず、この批判については妥当であろうと思われる。表見代理制度は取引安全の保護を目的とする外観法理で

あり、これを主張すべきは取引の相手方およびその転得者に限るとみるのが制度趣旨と合致するように思われる。無権代理人による表見代理成立の抗弁は表見代理制度の本来の目的とは明らかに異なる利用態様であることは否めない。

次に の批判についてであるが、このような場合にこそ原告の両負けを防ぐべく同時審判申出共同訴訟や主観的予備的併合、主観的順位的併合の利用が考えられるのであり、110条と117条の請求の場合にそれらの手續に乗せることが可能であるとすれば、この批判は全く当たらないということになる。

の批判については、確かに両責任に関する相手方の主観的要件である善意無過失だけに焦点を当てると、表見代理が成立すれば無権代理が不成立となる反面、表見代理が不成立となっても無権代理が不成立となってしまうため、表見代理成立の抗弁を認めることで117条責任の存在意義が失われるかのようにも思える。しかし、110条と117条とで要件上決定的に異なる点として基本代理権の存在がある。110条は基本代理権の存在を要求しており、117条はそれを要件とはしていないため、相手方が本人に対して表見代理責任を追及した際に、代理人による法律行為と顕名があり、なおかつ善意無過失であったとしても基本代理権の要件が欠けていると表見代理は認められないが、無権代理人に対する請求では、無権代理人による法律行為と顕名があり、善意無過失であれば無権代理責任が認められるのであって、表見代理責任は成立しないが無権代理責任は成立するということはあるのである。その意味では117条責任独自の存在意義があることは否定できない。したがって、無権代理人による表見代理の成立の抗弁を許すことで117条が無権代理責任を規定した意味が完全になくなってしまいうものではなく、上記批判はこの点に論理の飛躍があろう。選択説のかような批判は110条と117条とで基本代理権の存在という要件に違いがあることを看過しており、無権代理人による表見代理の抗弁を否定する根拠にはなりえない。

以上のように選択説の補充的責任説への批判についてみてきたが、私は上記のように および の批判は妥当しないと考えるがそれでもなお選択説の立場に立ち、無権代理人による表見代理成立の抗弁は認められないと考える。やはり上記で述べたように表見代理制度はあくまで取引安全保護を目的とするものであり、自ら無権代理行為をなした者の責任逃れの手段に使われるべきではないであろう。また、表見代理も広義の無権代理なのである。たしかに表見代理はその成立によりあたかも有権代理のような効果を生じるものであるが、実態は無権代理行為に変わりがないのであり、表見代理の成立によって無権代理人の無権代理行為が無権代理と絶対に両立しえない有権代理行為に変化するわけではないのである。さらに、権限が与えられていないにもかかわらず法律行為をした無権代理人、うかつにもそのような無権代理人に基本代理権を与えていた本人、事情を知らずに無権代理人に代理権があると信じて取引をした相手方、の三者で最も保護すべきは誰であるかは明らかであろう。相手方は表見代理責任と無権代理責任の両方を選択的に問うるとした方が紛争処理における利益考量としてバランスが取れていると思われる。

ところで、上記で述べたように選択説は無権代理人による表見代理成立の抗弁は認めないが、表見代理責任と無権代理責任の両立もまた認めないとする。⁽²⁰⁾これについては二つの立場が対立する。まず、無権代理人による表見代理成立の抗弁は認めないとしつつ、表見代理認容の判決が先に確定した場合には、これにより相手方は目的を達成することができ、無権代理責任を認める必要がないことから追認があったのと同様にみて117条の要件を充たさなくなると解し、無権代理人は表見代理認容判決確定の抗弁によって相手方の請求を排斥できるが、これとは逆に先に無権代理責任認容判決が確定していても、相手方が本人に責任を追及することは履行請求が実現可能か否かにかかわる重要な意味を持つとして、この場合には相手方は本人に対して表見代理責任をさらに追及でき、本人は無権代理責任認容判決確定の抗弁を主張することが許されないと解し、表見代理責

任認容判決確定が先行している場合にのみ最終的な両責任の両立を否定するという見解がある（限定的否定説⁽²¹⁾⁽²²⁾）。これに対して、無権代理人による表見代理成立の抗弁を認めないとしつつ、表見代理責任認容判決が先に確定した場合には限定的否定説と同じく、これにより相手方は目的を達成することができ、無権代理責任を認める必要がないことから、追認があったのと同様にみて117条の要件を充たさなくなると解し、無権代理人は表見代理責任認容判決確定の抗弁によって相手方の請求を排斥できるとし、逆に先に無権代理責任認容判決が確定したという場合も、これにより追認がなかったことが確定されたとみて、117条の趣旨から、本人は無権代理責任認容判決確定の抗弁によって相手方の請求を排斥できると解し、表見代理責任認容判決確定、無権代理責任認容判決確定のいずれが先行している場合にも最終的な両責任の両立を否定するという見解がある（完全否定説⁽²³⁾）。

上記限定的否定説と完全否定説いずれが妥当であろうか。私は限定的否定説には問題があると思う。すなわち、限定的否定説は表見代理責任認容判決が先に確定している場合に限り、無権代理人の表見代理責任認容判決確定の抗弁を認めて両責任の両立を防ぐのであるが、このような抗弁ならば認めてもほとんど無意味であろう。なぜなら、その場合には原告である相手方としては無権代理人の抗弁を回避すべく、まず、無権代理人に対してのみ訴訟を提起して表見代理責任の認容判決がない状態で訴訟に臨み、その訴訟で勝訴判決を得た後に本人に対して表見代理責任を追及すればよく、原告がこのような訴訟行動に出た場合には上記の抗弁が奏功することはないからである。そしてその結果、相手方は両責任とも認容されて2つの債務名義を取得することも可能となるが、そうすると、相手方が一方の債務名義をもって強制執行したところ、無資力であったため、今度は他方の債務名義をもって強制執行するということもできることとなり、このような結果に対しては、本人の責任財産のみ引当てとなる有権代理の場合と比べて相手方が有利に過ぎるといふ併存説に対する選択説の批判⁽²⁴⁾がそのまま妥当することになる。したがって私は、表見代理責任認容判決確定の抗弁、無権代理責任認容判決確定の抗弁のいずれも認めて常に両責任の両立を否定する完全否定説⁽²⁵⁾を至当とする。

以上を前提に上記私見の基準で110条と117条が「法律上併存し得ない関係」といえるかを考えると、まず、110条の成立要件たる要件事実が 代理人による法律行為 顕名 代理権の不存在 追認の不存在 基本代理権の存在 相手方の善意無過失 無権代理責任認容判決の未確定となる⁽²⁶⁾。これに対して117条の成立要件たる要件事実、117条1項に「表見代理責任認容判決確定を証明することができず」という要件を解釈によって読み込むと、①代理人による法律行為②顕名③代理権の不存在④追認の不存在⑤相手方の善意無過失（117条2項）に加え⑥表見代理責任認容判決の未確定ということになる⁽²⁷⁾。

そこで、これを上記で述べた「2つの異なる法律上の請求権において要件事実の一部が重なり合っていて、その要件事実の存在が一方の請求権の成立要件となると同時に他方の請求権を不成立ならしめる理由となっており、それによって両請求権が両立しないことが実体法上に組み込まれているもの」にあたるかについてみると、110条の成立要件の と117条の成立要件の①②③④⑤は重なり合う。しかし、 と①②③④⑤は全く同一の要件であって、その要件事実の存在が一方の請求権の成立要件となると同時に他方の請求権を不成立ならしめる理由とはなっていない⁽²⁸⁾。

したがって、110条と117条は、上記私見の基準に照らすと民事訴訟法41条1項の「法律上併存し得ない関係」とはいえないということになる。しかし、この結論はなんら不当ではない。まず、選択説によれば表見代理をあくまで広義の無権代理として扱うことを前提とするから、有権代理と無権代理が民事訴訟法41条1項の「法律上併存し得ない関係」に該当するのに反し110条と117条が「法律上併存し得ない関係」に該当せずとも論理矛盾はない。また、この選択説においては表見代理の成立が無権代理責任を否定する理由にはならないことか

ら、原告が本人に対する表見代理責任訴訟で表見代理が成立しないという理由で敗訴し、他方、代理人に対する無権代理責任訴訟で表見代理が成立するという無権代理人の抗弁が成功しそれが理由で敗訴するという事態が生じることはありえず、そもそも両請求をそのような両負けを防ぐ為の制度である同時審判の申出のある共同訴訟の対象とする必要もないことになる。よって、110条と117条は同時審判の申出がある共同訴訟の対象にはならないと考える。

なお、蛇足ではあるが補充的責任説に立った場合の結論を私見の基準に照らして説明すると、110条の成立要件たる要件事実(1) 代理人による法律行為 (2) 顕名 (3) 代理権の不存在 (4) 追認の不存在 (5) 基本代理権の存在 (6) 相手方の善意無過失⁽²⁹⁾である。これに対して117条の成立要件たる要件事実(1) 補充的責任説の理解にしたがって117条1項に「表見代理が成立しないとき」という要件を解釈によって読み込むと、(A) 代理人による法律行為 (B) 顕名 (C) 代理権の不存在 (D) 追認の不存在 (E) 相手方の善意無過失 (117条2項) に加え、110条の成立要件の反対の要件事実となる(1) 代理人による法律行為の不存在 (2) 顕名の不存在 (3) 代理権の存在 (4) 追認の存在 (5) 基本代理権の不存在 (6) 相手方の悪意有過失のいずれかということになる。しかし、このうち(1)(2)(3)(4)(5)の各要件についてはこれがあっても、(6)ないし(1)のいずれかの要件が立たなくなるため117条の成立要件たりえない。そうすると、結局、117条の成立要件たる要件事実(1) 代理人による法律行為 (2) 顕名 (3) 代理権の不存在 (4) 追認の不存在 (5) 相手方の善意無過失 (6) 基本代理権の不存在ということになる。そして、この117条の要件事実と110条の要件事実をみると、上記のように117条責任は110条責任の不成立をその要件としていると解する以上、当然、110条の要件事実のすべてが117条の要件事実と重なり合うことになるのであるが、そのうち「基本代理権」は、これが存在することが110条の成立要件(上記の要件)となる一方、それにより117条の成立要件(上記(6)の要件)を充たさなくなるため、「基本代理権の存在」という要件事実が117条を不成立ならしめることを理由付けており、そのことが民法上に組み込まれているといえる。したがって、補充的責任説の立場からは110条と117条は私見の基準によれば「法律上併存し得ない関係」として説明できるのである。⁽³¹⁾

この他、たとえば、原告が免責的債務引受があったとして引受人に対して債務の履行請求を行い、免責的債務引受の立証ができなかった場合に備えて旧債務者に対しても債務の履行請求を行うということが考えられる。このような場合の引受人に対する請求と旧債務者に対する請求は「法律上併存し得ない関係」といえよう。

債務引受については民法上に規定はなく、起草者もこれを否定する趣旨であったとされている。しかし、現在では債務引受は非典型契約として認められることが判例上確立しており、学説もこれを認めることに異論がない。⁽³²⁾

免責的債務引受の中心的効果は、債務が同一性を失わずに旧債務者から引受人に移転して、引受人が債務者となる反面、旧債務者が債務を免れることである。⁽³³⁾したがって、免責債務引受は旧債務者に対する請求権の消滅事由としての機能を営むことが判例法理によって民法上に組み込まれているといえるのであり、引受人に対する請求権の成立要件たる「免責的債務引受契約の存在」は同時に旧債務者に対する請求権の不存在を法的に理由付けるものであると考えられるから、上記の2つの請求権は「法律上併存し得ない関係」にあたるとして差し支えないであろう。⁽³⁵⁾

これらに対して上記であげたようなある売買契約の相手方がAかBというケースは、原告とBとの売買契約締結が認められた場合、当該特定の売買契約の当事者は原告とBということになり、Aはその当事者ではなかったということになる。したがって、一見すると、Bとの売買契約締結がAとの売買契約不成立を理由付け、両請求が両立しない関係となっているとも思えるが、そのことは法的に理由付けられているわけではなく、単に事実上の結論に過ぎない。

すなわち、1つの特定された売買契約の相手方がAかBであるというのは法が定めたことによって導き出される結論ではなく、「原告と、そのとき、その場所で、その契約をした者は一人しかいないはずである」という社会的現実的事象を前提として導き出される結論に過ぎないのである。加害車両を運転していたのがCかDかというのもこれと同様であろう。これに対して117条1項のケースで責任があるのは本人か代理人のいずれかであるというのは、社会的現実的事象として「代理権があれば本人が責任を負い、なければ無権代理人が責任を負う」という前提があるのではなく、「代理権があれば有権代理により本人が責任を負い、代理権がなければ無権代理として無権代理人が責任を負う」という法の定めが前提となって導き出された結論なのである。この点で717条や117条の場合と売買契約の相手方がAかBかという場合とでは「2つの請求が併存しない」とこの性質が異なるのである。

この違いは要件事実論を使って説明するといっそう明瞭となる。たとえば、117条1項に基づく無権代理人に対する損害賠償のケースの場合、証明責任の分配につき通説を前提とすると、原告は請求原因として被告との契約締結の事実 顕名 損害賠償請求を選択する意思表示 損害額を主張立証するのに対して、被告は抗弁として代理権の存在もしくは追認の存在を主張立証することになる。これに対して、売買契約に基づく代金支払い請求を被告Aに対して行うケースでは原告は請求原因として④Aとの売買契約締結の事実を主張立証することになるが、これに対して被告が抗弁として⑤当該売買契約は原告とBとの間でなされたという事実、あるいは⑥当該売買契約は被告以外の者と締結されたという事実を主張立証するということはありえない。なぜなら、この場合の⑤や⑥は抗弁ではなく原告の請求原因④に対する積極否認の理由に過ぎないからである。これらを見ると、前者のケースでは無権代理責任の不存在を理由付ける有権代理の成立要件はすべて要件事実として請求原因、抗弁のいずれかに現れているのに対し、後者のケースではAの代金支払責任の不存在を理由付ける原告とBとの売買契約締結は要件事実として現れてはいないのであるが、これは無権代理人に対する損害賠償のケースは法が定めた代理制度の規定（ここでは117条）が前提となって有権代理責任と無権代理責任が両立しないという結論が導き出される結果、無権代理責任の不存在を理由付ける有権代理の成立要件が要件事実として機能するのに対し、売買代金支払い請求を被告Aに対して行うケースはAとの売買契約とBとの売買契約が両立しないという結論が法的根拠のある前提ではなく単なる社会的現実的事象を前提として導き出されたものであるが故に、Aの代金支払責任の不存在を理由付けるBとの売買契約締結の事実が要件事実として機能し得ないことからくる違いなのである。

学説の中には売買契約の相手方がAかBというようなケースも「法律上併存し得ない関係」にあたるものもあるようであるが、そこまで認めると結局あらゆる請求が「法律上併存し得ない関係」となってしまう⁽³⁶⁾41条の適用範囲が無限に拡大することになるため妥当とはいえないであろう。

とはいえ、上記であげた文言基準説では41条の適用があまりに限定されすぎるきらいがある。そこで、請求の根拠となる規定そのものに両立し得ないことが示されていないとしても、法解釈によって明文規定を類推解釈したうえで（たとえば上記免責的債務引受など）、2つの異なる法律上の請求権において要件事実の一部が重なり合っていて、その要件事実の存在が一方の請求権の成立要件となると同時に他方の請求権を不成立ならしめる理由となっており、それによって両請求権が両立しないことが実体法上に組み込まれているかどうかの基準で「法律上併存し得ない関係」をある程度の範囲に限定していくべきであろうと考える。

なお、上記であげた立案担当者説は私見と志向を同じくするものであり、証明責任の分配について通説である法律要件分類説を採る限り、「法律上併存し得ない関係」の範囲につき私見と変わるところはない。ただ、上記で述べたように、立案担当者説では証明責任の分配につき通説以外の見解に立つと説明がつかなくなるこ

とがあるところ、私見は「請求原因」や「抗弁」にこだわらず、それらの総称としての要件事実という概念を用いているため⁽³⁷⁾、証明責任の分配につきいずれの見解を採ったとしても、「法律上併存し得ない関係」を同一の範囲に限定できる。たとえば、上記であげた717条のケースでは占有者の過失の不存在が原告の占有者に対する請求においては占有者の抗弁になると解しつつ、所有者への請求では占有者に過失があったことは所有者が主張すべき抗弁であるという見解に立ったとしても、占有者に対する請求と所有者に対する請求は「占有者の過失」という要件事実が重なっており、占有者の過失の存在が占有者への請求権の成立要件となると同時に所有者に対する請求権を不成立ならしめる理由となっているため、両請求は「法律上併存し得ない関係」といえるのである。立案担当者説は「法律上併存し得ない関係」につき、一方の請求の請求原因が他方の請求において抗弁となる場合をいうとするが、重要なのはある要件事実が一方で請求原因となる反面、他方で抗弁となるかどうかではなく、その要件事実が2つの請求権の成否にまたがる分水嶺としての法的機能を担っているかどうかであろう。その意味では立案担当者説は「法律上併存し得ない関係」の説明としてやや不適当といえなくもない。もっとも、単なる説明の仕方の差に過ぎないともいえ私見と大差はないであろう。

以上、民法41条1項の要件である「法律上併存し得ない関係」の解釈につき現在の私の思うところを述べたが、今もって思案中であり満足ゆく説明ができたとは到底いいがたい。この問題はさらなる議論によって精緻化されていくべきであり、また、当該問題を取り扱った判例の登場がまつられるところであろう。

- (1) 秋山・伊藤ほか著『コンメンタール民事訴訟法 第2版』416頁以下。なお、同時審判の申出のある共同訴訟の創設に至る沿革については、青山・伊藤ほか研究会・「新民事訴訟法をめぐって」第5回 ジュリスト1107号108頁以下が詳細である。
- (2) 法務省民事局参事官室編『一問一答新民事訴訟法』[商事法務研究会] 59頁。
- (3) 三木浩一（「多数当事者紛争の処理」ジュリスト1317号46頁）。
- (4) 青山ほか・前掲研究会ジュリスト1107号116頁 竹下守夫発言。
- (5) これらのケースにつき、田原睦夫「同時審判申出共同訴訟」滝井・田原・清水共編『論点 新民事訴訟法』[判例タイムズ社] 91頁は、41条1項の適用外であるとするが、高見進（「同時審判の申出がある共同訴訟」ジュリスト1098号35頁）は「法律上併存し得ない関係」にあたるとする。
- (6) 法務省民事局参事官室・前掲書58頁。
- (7) （注8）で示すように厳密にはこの見解は、占有者の過失の不存在は原告の請求原因事実になるのではなく再抗弁となるとするが、結局は同じことであろう。
- (8) 717条1項に関する要件事実の考え方は様々であるが、通説的な見解は原告の主張する請求原因は、占有者に対する請求では 原告の被侵害利益の存在 土地工作物が通常備えるべき安全性を欠如していたこと による の侵害 損害の発生及び額 と の因果関係 のとき被告が当該土地工作物を占有していたことであり、所有者に対する請求では上記 ~ に加えて、 のとき被告が当該土地工作物を所有していたこととする（岡口基一『要件事実マニュアル（下）』[ぎょうせい] 176頁）。そして、占有者に対する請求において占有者の過失の不存在が占有者の抗弁となるのが通説、判例（大審院昭和3年6月7日民集7巻443頁）でありこのことにはあまり争いが無いようであるが、所有者に対する請求においては、占有者の過失の不存在を原告の再抗弁とする見解（法律要件分類説（通説）。大江忠『要件事実民法（4）債権各論 [第3版]』730頁、鈴木・三ヶ月監修『新・実務民事訴訟講座』[日本評論社] 352頁（山本和敏執筆部分））と占有者の過失の存在を所有者の抗弁に回すという見解（たとえば、内田貴『民法 債権各論 [第2版]』[東京大学出版会] 484頁は占有者の過失の不存在の証明責任を原告に負わせるのは負担が大きすぎるとしてこれを所有者に立証させるべきとする。）が対立している。

- (9) 表見代理における本人の責任と無権代理人の責任との関係をどのように捉えるかについては、無権代理人の責任は表見代理が成立しない場合の補足的な救済手段であるとする見解（補足的責任説（従来の通説）。我妻栄『民法講義 民法総則』[岩波書店] 381頁、川島武宜『民法総則』[有斐閣] 401頁等）と、両者は独立した救済手段であり相手方はいずれの手段を採るか選択できるとする見解（選択的責任説（有力説）。幾代通『民法総則（第二版）』[青林書院新社] 404頁、四宮・能見『民法総則（第七版）』[弘文堂] 297頁、川井健『民法概論 1 民法総則（第3版）』[有斐閣] 269頁等）があるが、補足的責任説ならばもちろんのこと、選択的責任説の論者の中でも両者の責任は両立しない択一的なものであるとするのが多数である（選択説）。なお、選択的責任説に立ちつつ両者の責任を不真正連帯債務ととらえて両立的、重疊的なものと理解する見解（併存説）として、谷口知平・加藤一郎編『新民法演習 総則』[有斐閣] 194頁（乾昭三執筆部分）がある。
- (10) 谷口・加藤編・前掲書194頁。
- (11) 我妻・前掲書381頁、川島・前掲書401頁、森泉章『新版民法総則講義』[一粒社] 177頁等。なお、我妻教授は前掲書380頁以下において、前訴で本人である被告に対して原告が有権代理を主張したところ、無権代理であるとして請求が認められず、原告が後訴で無権代理人に対し損害賠償請求したところ、代理権ありとして請求が退けられ原告が両負けする可能性があることを早くから示唆し、このような原告の両負けを防ぐ手段として、原告は前訴において代理人に訴訟告知（53条1項）をして参加的効力（46条）を及ぼすべきことをあげておられた。かかる方法は原告が前訴で有権代理を主張し代理権の有無が主たる争点となっているような場合には、前訴において原告が代理人に訴訟告知をすると、代理人は原告側に補助参加するのが普通であるから（原告側の主張の通り有権代理であれば代理人は誰に対しても責任を負う立場にはないのに対し、原告側の主張に反し無権代理というのであれば、実体法上無権代理人は相手方に対して損害賠償請求を負うことから（民法117条1項）、相手方からの無権代理責任を追及する後訴を誘発することになる。したがって代理人としては有権代理を主張するのが普通であり、代理権の有無が争点となる場面で代理人が本人側に補助参加することはほとんどないであろう。）、原告が前訴で敗訴した場合、原告と代理人との間に参加的効力が生じ、後訴において代理人は前訴と相反する有権代理の主張を原告に対してすることはできなくなる結果、原告は両負けを防ぐこともできるため有効であると思われる。しかし他方で、原告が前訴で表見代理責任（民法110条）を主張するような場合で110条の基本代理権の存否が主たる争点となるような場合には機能しない場合もあり得る。すなわち、この場合には前訴の表見代理訴訟において原告が代理人に訴訟告知した場合、代理人としては原告側か本人側いずれに補助参加するのが有利かは一概にいえない。原告側の主張の通り表見代理成立ということになれば法律行為の効果は本人に帰属し、これによって本人が不利益を受けた場合には、実体法上代理人は本人に対して不法行為に基づく損害賠償責任（民法709条）を負うため、本人からの損害賠償請求を追及する後訴を誘発することになるのに対し、原告側の主張に反し基本代理権のない無権代理ということになれば、実体法上代理人は相手方に対して無権代理に基づく損害賠償責任（民法117条1項）を負うことになるため、相手方からの無権代理責任を追及する後訴を誘発することになる。したがって、上記の場合に代理人が原告、本人のいずれの側に補助参加するかは必ずしもわからず、前訴で原告が訴訟告知をして、代理人が原告側に補助参加し、あるいは代理人が原告、本人のいずれにも補助参加しなかった場合には、その結果、基本代理権なしとして原告敗訴となった場合には、原告と代理人との間に参加的効力が生じ、後訴の117条訴訟で代理人が110条成立の抗弁を原告に対して主張することはできないということになるため（そもそも117条訴訟で110条成立の抗弁を主張できるかについては本文中にて後述するが、我妻教授は補足的責任説に立つので117条訴訟における110条成立の抗弁を認める。）、訴訟告知によって原告は両負けを防ぐことができることになるが（ただし近時では、訴訟告知さえすれば、被告側の告知者側への補助参加を期待できない場合でも常に告知者と被告側との間に参加的効力が生じるというのはおかしいとして、実際に被告側が告知者側に補助参加する必要があり、なおかつ、現実被告側が告知者側に補助参加したとしても、十分に主張立証を尽くすことが当然に期待できた争点についてのみ参加的効力が及ぶとする見解が有力となっており（中野・松浦ほか編『新民事訴訟法講義 第2版補訂版』546頁等）、この有力説に立つと、上記のように代理人は必ずしも告知者である原告と利害を一致する者とは言い切れないため、原告側に補助参加する必要があるともいえないということになり、代理人が原告、

本人のいずれにも補助参加しなかった場合に、原告と代理人との間には参加的効力が生じないことになる。そしてその結果、代理人は後訴の117条訴訟で110条成立の抗弁を主張できることになり、原告は両負けする可能性が生じよう。もっとも、この場合であっても後訴における代理人による110条成立の抗弁を信義則で排除することができるかは別途考える余地はある。)、代理人が本人側に補助参加した場合には、基本代理権なしとして原告が敗訴しても、通説である参加的効力説によれば、原告側の補助参加人ではない代理人と原告との間に参加的効力は生じないため、理論上後訴の117条訴訟で代理人が110条成立の抗弁を主張して原告の請求を排斥することもでき、原告は訴訟告知によっても両負けを防ぐことはできなくなるのである(もっとも、仙台高裁昭和55年1月28日判例タイムズ409号115頁は訴訟告知の制度は告知者が被告者に訴訟参加する機会を与えることにより被告者との間に告知の効果(旧民事訴訟法78条)を取得することを目的とする制度であり、告知者が係属中の訴訟において敗訴した場合には、後日被告者との間に提起される訴訟において同一争点につき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とし、被告者が告知者の相手方に補助参加した場合でも告知者と被告者との間に参加的効力が及ぶという立場に立つ。この見解によれば代理人が本人側に補助参加した場合でも、原告は訴訟告知によって両負けを防ぐことができることにならうか。)。したがって、通説である参加的効力説に立つ限り、我妻教授のいう訴訟告知による原告の両負け防止は手段として不十分であることは否めないであろう。

- (12) 最高裁昭和33年6月17日民集12巻10号1532頁、最高裁昭和62年7月7日民集41巻5号1133頁、幾代・前掲書404頁、四宮・能見・前掲書297頁、川井・前掲書269頁、三和一博・平井一雄編『民法総則要説』[青林書院]146頁、河上正二『民法総則講義』[日本評論社]461頁、潮見佳男『入門民法(全)』[有斐閣]72頁、佐久間毅『民法の基礎1 総則』[有斐閣]249頁、北川善太郎『民法総則 第2版 民法講要』[有斐閣]209頁等。
- (13) 我妻・前掲書366頁、山本敬三『民法講義 総則』[有斐閣]385頁等。
- (14) 奥田・安永編『法学講義 民法1 総則』[悠々社]195頁等。
- (15) しかし、補充的責任説のいうように117条1項に「表見代理が成立しないとき」を読み込んで表見代理を抗弁とすることが妥当であるかについては若干の疑問が残る。補充的責任説は117条1項に「表見代理が成立しないとき」を読み込むというが、法律要件分類説によれば、その場合、表見代理の不成立が請求原因となることにならう。表見代理を抗弁とするのであれば、規定の構造から見る限り「表見代理が証明できないとき」の文言を117条1項に読み込むか、117条2項に「表見代理が成立するとき」の文言を読み込んでこれを抗弁と解する方が無理がないといえる。もっとも、補充的責任説が表見代理成立の抗弁を認める趣旨が、単に表見代理が成立する場合には無権代理責任を負わせる必要がなくなるというだけでなく、表見代理の成立によって追認と同様の効果が発生する点にもあると解せば、117条1項に「表見代理が成立しないとき」を読み込みつつこれを抗弁とすることも可能であると思われる。すなわち、117条1項は「追認を得ることができなかったときは」と規定しており、これは法律要件分類説によれば本来原告の請求原因事実となるはずであるが、消極的事実の立証は困難であり原告にその責任を負わせることは酷であることを理由に追認の存在を被告の抗弁に回すのが通説である(大江忠『要件事実民法(1) 総則 [第3版]』354頁等。これに対して司法研修所民事裁判教官室『増補民事訴訟における要件事実 第一巻』[法曹会]106頁は追認の存在が抗弁となるのではなく、追認拒絶の存在を請求原因事実として原告が主張立証しなくてはならないという見解もあるとする。)。これに従えば、「表見代理が成立しないとき」と「追認を得ることができなかったとき」を同等に扱い、117条1項に「表見代理が成立しないとき」を読み込みつつこれを抗弁と解することも可能とならう。補充的責任説は表見代理を広義の無権代理であることを前提にするものであるが、これに対し、表見代理を有権代理として構成する見解もある(有権代理構成説。木村常信「表見代理の法的構成 - 表見代理・有権代理論 -」民法の争点52頁)。この立場からは、117条1項は「代理権を証明できず」として有権代理の成立の立証責任を被告に負わせることを前提としており、表見代理を有権代理と同視するため、「表見代理を証明できず」の文言を117条1項に読み込んだらうと表見代理の成立を被告の抗弁として扱うことも可能とならう。なお、主張責任と立証責任は必ずしも一致しないという立場からは、117条1項の代理権や追認につきそれらの存在の立証は被告が負うが、その前にそれらの不存在を原告が主張しなくてはならないという理解もありえ(内田貴『民法 総則・物権総

論 [第2版補訂版]、[東京大学出版会] 166頁、並木茂『要件事実原論』[悠々社] 104頁以下等。ただし、内田教授は内田貴『民法 総則・物権総論 [第3版]』[東京大学出版会] 168頁では主張責任と立証責任の分離を認めるような記述をしておらず、改説なされたのかが明らかではない。)、かように解すると表見代理についても、その成立については被告が立証責任を負うが、その前に原告は請求原因として表見代理の不成立の主張はしなくてはならないということにもなりえようか。

- (16) 四宮・能見・前掲書297頁、橋本恭宏ほか『導入対話による民法講義 (総則) (新版)』[不磨書房] 213頁等。
- (17) 110条の主観的要件である「信ずべき正当な理由」とは善意無過失のことであると通説である (我妻・前掲書371頁、四宮・能見・前掲書308頁、橋本ほか・前掲書225頁、五十嵐・泉ほか『民法講義 1 総則』[有斐閣] 257頁、平井一雄編『民法 総則』[青林書院] 192頁等)。
- (18) このような選択説の批判を回避すべく下級審判例の中には補充的責任説の立場を採りつつ117条2項の無過失を無重過失と解するものもある (仙台高裁昭和59年12月10日金融・商事判例779号7頁、東京高裁昭和48年3月30日判例タイムズ297号239頁等)。
- (19) 幾代・前掲書404頁、四宮・能見・前掲書297頁、川井・前掲書269頁、河上・前掲書461頁、潮見・前掲書72頁、佐久間・前掲書249頁、北川・前掲書209頁、橋本ほか・前掲書213頁、大江・前掲書356頁、副田・中舎・山崎『新・民法学 1 総則 (第2版)』[成文堂] 222頁、安井・後藤ほか『プリメール民法 1 民法入門・総則 (第2版)』[法律文化社] 221頁、滝沢昌彦『民法がわかる 民法総則』[弘文堂] 160頁、升田純『要件事実の実践と裁判』[金融財政事情研究会] 73頁等。本文にて後述するが、この見解に立つと110条と117条は民訴法41条1項の「法律上併存し得ない関係」とはいえなくなる。なお、この点について同時審判の申出のある共同訴訟の制度がない旧法下での論文であるが、谷口安平「主観的予備的併合の許否」小室直人編『セミナー法学全集 7 民事訴訟法』[日本評論社] 150頁は、110条と117条の両請求は主観的予備的併合の対象にはなると考えているようである。補充的責任説に立つものであろうか。ただし、これが110条請求と117条請求は事実上併存し得ない関係に過ぎないが、主観的予備的併合はそのような事実上併存し得ない関係も対象とするということが前提なのか、主観的予備的併合の対象はあくまで法律上併存し得ない関係であるところ、110条と117条はまさに法律上併存し得ない関係であるということを前提とするものであるかは、当該論文が旧法下のものであって同時審判の申出のある共同訴訟を意識して執筆されたものではないため明らかではない。なお、主観的予備的併合の対象を法律上併存し得ない関係に限るかあるいは事実上併存し得ない関係にまで拡張すべきかの問題については本稿第三章を参照されたい。
- (20) 四宮・能見・前掲書297頁、奥田・安永編・前掲書195頁等。
- (21) 四宮・能見・前掲書297頁。佐久間・前掲書249頁もこの見解か。
- (22) 表見代理責任認容判決確定の抗弁について、四宮・能見・前掲書297頁は、表見代理責任認容判決が確定することで追認があったのと同様、117条の要件が充たされなくなるとしている点からして、当該抗弁は要件不具備による請求棄却に向けられた抗弁ということになると思われる。このように解せば、117条1項に「表見代理責任認容判決確定を証明できなかったとき」を読み込むことになるだろうか (完全否定説ならばこのほか109条但書に「無権代理責任認容判決が確定したとき」、110条に但書として「無権代理責任認容判決が確定したときはこの限りではない」、112条但書に「無権代理責任認容判決が確定したとき」を読み込むことになるだろうか)。しかし同書は、表見代理責任認容判決が確定することで追認があったのと同様にみることができるとして、表見代理責任認容判決が先に確定した場合にはもはや無権代理責任を認める必要がなくなるからであるとしている。この点からすると、表見代理責任認容判決が先に確定した場合には原告は自己の債権の満足を得られる地位にすでにあることから、重ねて無権代理人責任を求めることに訴えの利益がないということになるとも思われ、そうであるとすれば、ここでいう表見代理責任認容判決確定の抗弁は原告の請求棄却に向けられた抗弁ではなく、実質的には訴え却下に向けられたものと解することもできようか。もっとも、同書はこれとは逆に先に無権代理責任認容判決が確定している場合には、その後の本人に対する表見代理の訴訟で本人が無権代理責任認容判決確定の抗弁を主張することは許されないとするようである。この場合には原告には契約債務そのものの履行を求める利益があることを理由とするのであるが、原告は無権代理責任認容判決によって契約債務

そのものの履行に代わる損害賠償請求権を取得しているのであるから、やはり訴えの利益はないのであり、本人による無権代理責任認容判決確定の抗弁を認めるべきであろう。先に表見代理責任認容判決が確定している場合には訴えの利益が失われ、逆に先に無権代理責任認容判決が確定している場合には訴えの利益があるというのは不合理であるし、後者の場合にそこまで原告である相手方を保護するのは行き過ぎである。その他、表見代理責任認容判決が確定した場合のみ表見代理の抗弁を認めるものとして、岡口基一『要件事実マニュアル(上)』[ぎょうせい] 125頁(同書は117条請求の場合につき上記四宮・能見説を引用して表見代理(認容判決確定)の抗弁が認められるとするが、同書105頁以下の表見代理請求については無権代理責任認容判決確定の抗弁について触れるところがないことから上記四宮・能見説と全く同じ立場に立っているものと思われる。)等がある。

- (23) 川井・前掲書269頁。なお、無権代理責任認容判決確定の事実については、これを抗弁ではなく原告側の請求原因とする考え方も成り立ちうるとされる。
- (24) 奥田・安永編・前掲書195頁。これに対し、完全否定説に立つ川井・前掲書269頁は、先に無権代理責任認容判決が確定した場合には、その後の本人に対する表見代理の訴訟で本人が無権代理責任認容判決確定の抗弁を主張することができるとする立場に立つと思われる。当該見解に立てば、このような批判をかわすことも可能である。
- (25) 注(15)で紹介した有権代理構成説の立場では、表見代理が成立する場合には、無権代理責任を認める必要がないからではなく、表見代理が有権代理と同視しうするため、有権代理と無権代理とが両立しえないのと同様、表見代理と無権代理も両立する余地がなく、117条1項が有権代理の抗弁を認めていることから、当然に表見代理の抗弁も認められるということになり、補充的責任説とはやや異なる理由から表見代理成立の抗弁を認めることとなろう。しかし、表見代理が成立する場合でも、相手方の取消権(115条)や本人の追認(113条)は相手方保護の見地から認めることに合理的な理由はあると思われるが(薬師寺志光『民法総則概論』[法政大学出版局] 101頁は表見代理の場合に相手方の取消権を否定する理由はないとする。金山正信『民法総則』[ミネルヴァ書房] 201頁も表見代理の場合の相手方の取消権、本人の追認を認める。)、相手方の取消権や本人の追認は、表見代理の無権代理的側面を認めることで初めて認めることができるのである。この点に有権代理構成説の問題がありそうである。また、有権代理構成説や補充的責任説のように表見代理の成立の抗弁を認めずとも、表見代理責任認容判決確定の抗弁、無権代理責任認容判決確定の抗弁を認めることで、相手方が過剰に保護されることを防ぐこともできる。やはり、選択説、しかも完全否定説が妥当であろう。なお、有権代理構成説、補充的責任説のいずれに立つものかが明らかではないものとして司研教室・前掲書108頁がある。同書は、表見代理が成立する場合には無権代理責任を認める必要がなくなるという理由は述べず、表見代理の成立が117条1項所定の代理権又は追認の存在と等価値と評価されるべきことのみを理由に無権代理人による表見代理の抗弁を肯定する。表見代理の成立が代理権の存在と等価値と評価されるという点に重きをおけば有権代理構成説に近づき、追認の存在と等価値と評価されるという点に重きをおけば補充的責任説に近づく。また、中島秀二(民法判例百選 総則・物権 第5版新法対応補正版79頁)もいずれの説に立つかを明言はしないが、有権代理と無権代理の間の境界は曖昧であり、いずれなのかが微妙であるケースについて相手方から追及を受けた代理人が代理権の主張が奏功しない場合に備えて「然らずとするも表見代理」と抗弁することがあながち不当であろうか。との疑問を呈する。表見代理の有権代理的構成を批判するものとして石田喜久夫『口述民法総則』[成文堂] 279頁等がある。無権代理と表見代理の関係については遠藤・川井ほか編『演習民法総則・物権』[青林書院新社] 208頁以下(田中整爾・国井和郎執筆部分)が詳細である。
- (26) を除いた要件事実はいずれも原告が主張立証すべき請求原因である。もっとも、このうち および についてはこれを表見代理の実体要件ではないとして110条の主張立証の対象から除外する見解が多数である(岡口・前掲書105頁、伊藤滋夫『要件事実の基礎』[有斐閣] 50頁、村田涉(「法律実務家養成教育としての要件事実の考え方について」ジュリスト1288号66頁)等)。しかし、表見代理は広義の無権代理でもあることにかんがみれば、代理権や追認の不存在は実体上の要件といわざるを得ないであろう。このような観点から代理権、追認の不存在を表見代理の実体要件としたうえで「代理権の存在」、「追認の存在」を抗弁に回すという見解もあるようであるが、これでは仮に原告が有権代理を主位的請求、表見代理を予備的請求として訴訟提起した場

合（訴えの客観的予備的併合）、原告は有権代理の請求原因で代理権の存在を立証しなくてはならないため、これが同時に予備的請求である表見代理の請求原因の抗弁となる代理権の存在を先行自白する形になって予備的請求は立たなくなり、有権代理に加え表見代理を予備的に請求するときには常に表見代理の成立が否定されるということになってしまう。また、このとき原告が代理権の存在の立証にも失敗すれば原告は全面敗訴となる。したがって、「代理権の不存在」、「追認の不存在」を表見代理の実体要件と解したうえで、そのどちらも原告の主張立証すべき請求原因となると考えるべきである（並木・前掲書163頁）。もっとも、この見解に対しては、原告が有権代理のほか表見代理を予備的に請求するという上記の場合において、一方では代理権の存在を立証し他方で代理権の不存在を立証することになり困難を強いることになるうえ、表見代理の請求原因として「代理権の不存在」や「追認の不存在」といった消極的事実の立証責任を原告に負わせるのも原告にとって酷であるとの批判がなされる。そこで、この見解の代表的論者でられる並木教授は、そのような場合には被告は禁反言の法理によって代理権（追認）の存在と代理権（追認）の不存在の両方を否認もしくは不知とすることは許されないとする（並木・前掲書163頁）。私見もこれに賛同したい。かように解することによって、原告としてはいずれかの要件を被告が認めることになるのであるから酷であるとはいえないであろう。ただし、原告が本人に表見代理のみを請求した場合には、消極的事実の立証責任を負う点で不利ともいえるが、原告としては本人に対して併せて有権代理も主張するだけでそれを回避できるのであり、実際にも有権代理も併せて主張していくのが一般的であろうから、表見代理の請求原因として「代理権の不存在」、「追認の不存在」の立証責任を原告に負わせたとしても不都合はないといえよう。

- (27) これらの要件のうち原告の請求原因となるのは④および⑤である。⑥⑦⑧の要件はいずれもその反対事実が被告の立証すべき抗弁となる。
- (28) ⑥は一見すると要件事実が重なっているようにも思えるが、ないしは表見代理成立のために要される事実であるのに対し、⑦は単に表見代理責任認容判決がすでに確定しているという事実であるから、両者は重なり合わない。
- (29) これらの要件事実はいずれも原告が主張立証すべき請求原因である。④および⑤の必要性については上記注(26)参照。
- (30) 原告の請求原因となるのは④および⑤のみである。⑥⑦⑧の要件はすべてその反対事実が被告の立証すべき抗弁となる。
- (31) なお、117条の訴訟において被告は110条の抗弁として、「代理権の不存在」、「追認の不存在」、「基本代理権の存在」、「相手方の善意無過失」を主張立証することとなる。まず、「代理人による法律行為」と「顕名」の要件は原告が請求原因で主張立証するため被告に主張立証責任はない。次に、「代理権の不存在」、「追認の不存在」と「相手方の善意無過失」については、この立証責任を被告に負わせると、被告は117条1項および2項の抗弁として「代理権の存在」、「追認の存在」、「相手方の悪意有過失」を立証しつつ110条の抗弁として「代理権の不存在」、「追認の不存在」、「相手方の善意無過失」を立証しなくてはならないことになり、被告に酷であるとも考えられる。しかし、仮に被告は「基本代理権の存在」のみを立証すればよいということにすると、原告が再抗弁として「代理権の存在」、「追認の存在」、「原告自身の悪意有過失」のいずれかを立証することになるところ、このように解すると、もし裁判所が原告の悪意、善意につきノンリケットに陥った場合には、117条2項の抗弁は立たなくなるが、110条の抗弁については被告は「基本代理権の存在」を立証するのみで原告の請求を排斥できることになってしまい、110条の条文構造とは大きくかけ離れる結果となる。そこで、被告に110条の抗弁として、「代理権の不存在」、「追認の不存在」、「基本代理権の存在」、「相手方の善意無過失」の各主張立証責任を負わせたうえで、被告が117条1項および2項の抗弁も提出する場合には、注(26)と同様、原告は117条1項および2項の抗弁である「代理権の存在」、「追認の存在」、「相手方の悪意有過失」と110条の抗弁である「代理権の不存在」、「追認の不存在」、「相手方の善意無過失」の両方共を否認もしくは不知とすることは、禁反言によって許されないと解すればよいと考える。これにより上記のような相反する2つの主張立証を強いられた被告の不利益は回避できよう。
- (32) 大審院大正10年5月9日大審院民事判決禄27輯899頁、大審院大正14年12月15日大審院民事判例集4巻12号

710頁等。

- (33) 淡路剛久『債権総論』[有斐閣] 502頁。
- (34) 並木・前掲書110頁や伊藤・牧野編『民事要件事実講座 3 民法 債権総論・契約』[青林書院] 7頁も免責的債務引受は請求権の消滅事由であるとする。
- (35) 青山ほか・前掲研究会ジュリスト1107号118頁 竹下守夫発言、柳田幸三発言も免責的債務引受の事例につき、たとえば、民訴法50条3項は41条を準用するところ、免責的債務引受があったとして、新債務者に対して訴訟引受決定がなされ、原告である債権者が申出をすると同時に審判申出共同訴訟になるが、この場合には免責的債務引受が有効か無効かで弁済すべき責任を負う者が変わってくるため、旧債務者への請求と新債務者への請求は両立し得ない。そして、債務引受については民法に特に条文はないが、免責的な債務引受が成立した場合には、旧債務者は免責されて、新債務者のみが責任を負うという条文があるのと同じに扱い、この場合は法律上併存し得ない場合にあたるとする。
- (36) なお、高橋宏志『重点講義 民事訴訟法(下)』[有斐閣] 279頁は、加害車両を運転していたのはXかYのどちらかであるというケースは、XかYのほかにそのどちらともいえないという真偽不明の第三の場合がありえるため、そもそも単純な二者択一の関係ではないという。したがって、この見解からは加害車両を運転していたのがXかYというようなケースは当然に41条の適用範囲から除外されることとなる。しかし、この高橋教授の見解に対しては、有権代理と無権代理という法律上併存し得ない場面であっても、代理権がある、代理権がないというほかに代理権があるかないかどちらともいえないという真偽不明の第三の場合があるので、加害車両を運転していたのがいずれかという場面とそれほど異なるかは疑問である。との批判が高見教授からなされている(高見進「同時審判の申出がある共同訴訟の取扱い」『新堂幸司先生古希祝賀 民事訴訟法理論の新たな構築 上巻』[有斐閣] 698頁)。
- (37) 伊藤・難波編『民事要件事実講座 1 総論 要件事実の基礎理論』[青林書院] 7頁は、請求原因、抗弁、再抗弁、再々抗弁...はすべて何らかの法律効果を生じさせる法律要件に該当する具体的事実、すなわち要件事実であるとする。この見解は請求原因や抗弁として裁判で主張される「具体的事実」を要件事実と捉えるものであるが、要件事実は請求原因や抗弁として裁判で主張される「具体的事実」ではなく、法規規範的要件として実体法上に規定されている(もしくは解釈によって規定されているとみられる)「抽象的事実」であると考えられる。すなわち、709条の要件である「過失」は、明文上で請求原因に位置づけられる要件として規定されている「過失」という法規規範的要件それ自体が要件事実なのであって、裁判上で請求原因事実として主張される「過失」に該当する具体的事実、たとえば「Aがわき見運転をしていた」という事実は要件事実ではなく主要事実なのである(谷口安平『口述民事訴訟法』[成文堂] 209頁)。したがって、上記のように請求原因、抗弁に該当する「具体的事実」が要件事実と解するのではなく、そこでいう「具体的事実」はあくまで請求原因事実として裁判で主張される主要事実もしくは抗弁事実として裁判で主張される主要事実であって、法規規範的に請求原因や抗弁に位置づけられている「抽象的事実」を要件事実と捉えるべきであろう。本稿中で請求原因、抗弁としているものはすべて、裁判で請求原因、抗弁として主張される主要事実たる「具体的事実」ではなく、法規規範的に請求原因や抗弁に位置づけられている要件事実としてのそれという意味であげている。これを前提として以下を述べると、立案担当者説では「法律上併存し得ない関係」を請求原因と抗弁に振り分けて説明しようとするため、証明責任の分配如何によっては説明しきれなくなるのである。請求原因も抗弁も共に要件事実という概念でくることができるのであるから、「法律上併存し得ない関係」を説明する場合には要件事実という文言を用いたほうが説明はしやすいであろう。

《付記》

CHUKYO LAWYER 第7号69頁拙稿注(18) 14行目から15行目について「板倉・加藤編『演習ノート民事訴訟法 全訂第2版』[法学書院]」とされているのは「飯倉・加藤編『演習ノート民事訴訟法 全訂第2版』[法学書院]」の誤りであった。謹んでお詫びするとともに訂正させていただく。