

1 〔民事系科目〕平成24年

2

3 〔第3問〕(配点：100〔設問1〕から〔設問3〕までの配点の割合は、3.5：4：2.5)

4 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。

5

6 【事例】

7 Xは、Aに対し、300万円を貸し渡したが、返済がされないまま、Aについて破産手続が開
8 始された。Xは、BがAの上記貸金返還債務を連帯保証したとして、Bに対し、連帯保証債務の
9 履行を求める訴えを提起した(以下、この訴訟を「訴訟1」という)。

10

11 第1回口頭弁論期日において、被告Bは、保証契約の締結の事実を否認した。

12

13 原告Xは、書証として、連帯保証人欄にBの記名及び印影のある金銭消費貸借契約書兼連帯保
14 証契約書(資料参照。以下「本件連帯保証契約書」という。なお、その作成者は証拠説明書にお
15 いてX、A及びBとされている。)を提出した。

15

16 Bは、本件連帯保証契約書の連帯保証人欄の印影は自分の印章により顕出されたものであるが、
17 この印章は、日頃から自分の所有するアパートの賃貸借契約の締結等その管理全般を任せている
18 娘婿Cに預けているものであり、押印の経緯は分からないと述べた。Xが主張の補充を検討した
19 いと述べたことから、裁判所は、口頭弁論の続行の期日を指定した。

19

20 以下は、第1回口頭弁論期日の後にXの訴訟代理人弁護士Lと司法修習生Pとの間でされた会
21 話である。

22

23 弁護士L：証拠として本件連帯保証契約書がありますから、立証が比較的容易な事件だと考え
24 ていましたが、予想していなかった主張が被告から出てきました。被告の主張は、現
25 在のところ裏付けもなく、そのまま鵜呑みにすることはできませんから、当初の請求
26 原因を維持し、本件連帯保証契約書を立証の柱としていく方針には変わりはありません。
27 もっとも、Xによれば、本件連帯保証契約書の作成の経緯は「主債務者AがCと
28 ともにX方を訪れた上、連帯保証人欄にあらかじめBの記名がされ、Bの押印のみが
29 ない状態の契約書を一旦持ち帰り、後日、AとCがBの押印のある本件連帯保証契約
30 書を持参した」ということのようなので、こちら側から本件連帯保証契約書の作成
31 状況を明らかにしていくことはなかなか難しいと思います。

31

32 修習生P：二段の推定を使えば、本件連帯保証契約書の成立の真正を立証できますから、それ
33 で十分ではないでしょうか。

33

34 弁護士L：確かに、保証契約を締結した者がB本人であるとの前提に立てば、二段の推定を考
35 えていけば足りるでしょう。他方で、仮にCがBから印章を預かっていたとすると、
36 CがBの代理人として本件連帯保証契約書を作成したということも十分考えられます。

36

37 修習生P：しかし、本件連帯保証契約書には「B代理人C」と表示されていないので、代理人
38 Cが作成した文書には見えないのですが。

38

39 弁護士L：代理人が本人に代わって文書を作成する場合に、代理人自身の署名や押印をせず、
40 直接本人の氏名を記載したり、本人の印章で押印したりする場合があります。このような
41 場合を署名代理と呼んでいます。その法律構成については、考え方が分かれるところ
42 ですが、ここでは取りあえず通常の代理と同じであると考え、かつ、代理人の作成し
43 た文書の場合、その文書に現れているのは代理人の意思であると考え、本件連帯
44 保証契約書の作成者は代理人Cとなります。

44

45 そこで、私は、念のため、第2の請求原因として、Bではなくその代理人Cが署名
代理の方式によりBのために保証契約を締結した旨の主張を追加し、敗訴したときに

46 は無権代理人Cに対し民法第117条の責任を追及する訴えを提起することを想定し
47 て、Cに対し、訴訟告知をしようと考えています。

48 修習生P：訴訟告知ですか。余り勉強しない分野ですのでよく調べておきます。

49 しかし、本件連帯保証契約書を誰が作成したかが明らかでないからといって、第2
50 の請求原因を追加する必要まであります。裁判所が審理の結果を踏まえてCがBの
51 代理人として保証契約を締結したと認定すれば足りるのではないのでしょうか。最高裁
52 判所の判決にも、傍論ながら、契約の締結が当事者本人によってされたか、代理人に
53 よってされたかは、その法律効果に変わりがないからとして、当事者の主張がないに
54 もかかわらず契約の締結が代理人によってされたものと認定した原判決が弁論主義に
55 反しないと判示したもの（最高裁判所昭和33年7月8日第三小法廷判決・民集12
56 卷11号1740頁）があるようです。

57 弁護士L：その判例の読み方にはやや難しいところがありますから、もう少し慎重に考えてく
58 ださい。先にも言ったとおり、本件連帯保証契約書の作成者が代理人Cであるという
59 前提に立つと、本件連帯保証契約書において保証意思を表示したのは代理人Cである
60 と考えられ、その効果がBに帰属するためには、BからCに対し代理権が授与されて
61 いたことが必要となります。そうだとすると、第2の請求原因との関係では、Bから
62 Cへの代理権授与の有無が主要な争点になるものと予想され、本件連帯保証契約書が
63 証拠として持つ意味も当初の請求原因とは違ってきますね。なぜだか分かりますか。

64 修習生P：二段の推定が使えるかどうかといったことでしょうか。

65 弁護士L：良い機会ですから、当初の請求原因（請求を基礎付ける事実）が、①XA間におけ
66 る貸金返還債務の発生原因事実、②XB間における保証契約の締結、③②の保証契約
67 が書面によること及び④①の貸金返還債務の弁済期の到来であり、第2の請求原因（請
68 求を基礎付ける事実）が、①XA間における貸金返還債務の発生原因事実、②代理人
69 Cが本人Bのためにすることを示してXとの間で保証契約を締結したこと（顕名及び
70 法律行為）、③②の保証契約の締結に先立って、BがCに対し、同契約の締結について
71 の代理権を授与したこと（代理権の発生原因事実）、④②の保証契約が書面によること
72 及び⑤①の貸金返還債務の弁済期の到来であるとして、処分証書とは何か、それによ
73 って何がどのように証明できるかといった基本に立ち返って考えてみましょう。

74 【設問1】

- 75 (1) Xが当初の請求原因②の事実を立証する場合と第2の請求原因③の事実を立証する場合と
76 で、本件連帯保証契約書が持つ意味や、同契約書中にBの印章による印影が顕出されているこ
77 とが持つ意味にどのような違いがあるか。弁護士Lと司法修習生Pの会話を踏まえて説明せよ。
78 (2) Xが第2の請求原因を追加しない場合においても、裁判所がCはBの代理人として本件連帯
79 保証契約書を作成したとの心証を持つに至ったときは、裁判所は、審理の結果を踏まえて、C
80 がBの代理人として保証契約を締結したと認定して判決の基礎とすることができるというP
81 の見解の問題点を説明せよ。

82

83 【事例（続き）】

84 第2回口頭弁論期日において、原告Xは、第2の請求原因として、被告Bではなくその代理人
85 Cが署名代理の方式によりBのために保証契約を締結した旨の主張を追加した。Bは、第2の請
86 求原因に係る請求原因事実のうち、保証契約の締結に先立ちBがCに対し同契約の締結について
87 の代理権を授与したこと（代理権の発生原因事実）を否認し、代理人Cが本人Bのためにするこ
88 とを示してXとの間で保証契約を締結したこと（顕名及び法律行為）は知らないと言った。

89 第3回口頭弁論期日において、Xは、第3の請求原因として、Xは、Cには保証契約を締結す
90 ることについての代理権があるものと信じ、そのように信じたことについて正当な理由があるか

91 ら、民法第110条の表見代理が成立する旨の主張を追加した。Bは、表見代理の成立の要件と
92 なる事実のうち、基本代理権の授与として主張されている事実は認め、その余の事実を否認した。
93 同期日の後、Xは、Cに対し、訴訟告知をし、その後、BもCに対して訴訟告知をしたが、Cは、
94 X及びBのいずれの側にも参加しなかった。

95
96 裁判所は、審理の結果、表見代理が成立することを理由として、XのBに対する請求を認容す
97 る判決を言い渡し、同判決は確定した。

98 Bは、CがBから代理権を与えられていないにもかかわらず、Xとの間で保証契約を締結した
99 ことによって訴訟1の確定判決において支払を命じられた金員を支払い、損害を被ったとして、
100 Cに対し、不法行為に基づき損害賠償を求める訴えを提起した（以下、この訴訟を「訴訟2」と
101 いう。）。

102 103 【設問2】

104 訴訟2においてBが、①CがBのためにすることを示してXとの間で保証契約を締結したこと、
105 ②①の保証契約の締結に先立って、Cが同契約の締結についての代理権をBから授与されたことは
106 なかったこと、を主張した場合において、Cは、上記①又は②の各事実を否認することができるか。
107 Bが訴訟1においてした訴訟告知に基づく判決の効力を援用した場合において、Cの立場から考え
108 られる法律上の主張とその当否を検討せよ。

109 110 【事例（続き）】

111 以下は、訴訟1の判決が確定した後に原告Xの訴訟代理人弁護士Lと司法修習生Pとの間でされ
112 た会話である。

113 弁護士L：今回は幸いにして勝訴することができましたが、私たちの依頼者Xとしては、仮にB
114 に敗訴することがあったとしても、少なくともCの責任は問いたいたるところでした。そこ
115 で、B及びCに対する各請求がいずれも棄却されるといういわゆる「両負け」を避ける
116 ため、今回は訴訟告知をしましたが、民事訴訟法にはほかにも「両負け」を避けるため
117 の制度があることを知っていますか。

118 修習生P：同時審判の申出がある共同訴訟でしょうか。

119 弁護士L：そうですね。良い機会ですから、今回の事件の事実関係の下で同時審判の申出がある
120 共同訴訟によったとすれば、どのようにして、どの程度まで審判の統一が図られ、原告
121 が「両負け」を避けることができたのか、整理してみてください。例えば、以下の事案
122 ではどうなるのでしょうか。

123
124 **（事案）** XがB及びCを共同被告として訴えを提起し、Bに対しては有権代理を前提として保証債
125 務の履行を求め、Cに対しては民法第117条に基づく責任を追及する請求をし、同時審判
126 の申出をした。第一審においては、Cに対する代理権授与が認められないという理由で、B
127 に対する請求を棄却し、Cに対する請求を認容する判決がされた。

128 129 【設問3】

130 同時審判の申出がある共同訴訟において、どのようにして、どの程度まで審判の統一が図られ、
131 原告の「両負け」を避けることができるか。上記**（事案）**の第一審の判決に対し、①Cのみが控訴
132 し、Xは控訴しなかった場合と、②C及びXが控訴した場合とを比較し、控訴審における審判の範
133 囲との関係で論じなさい。

134

135 【資料】

136 金銭消費貸借契約書兼連帯保証契約書

137

138 平成〇〇年〇月〇日

139 住 所 〇〇県〇〇市・・・(略)

140 貸 主 X 印

141

142 住 所 〇〇県〇〇市・・・(略)

143 借 主 A 印

144

145 住 所 〇〇県〇〇市・・・(略)

146 連帯保証人 B 印

147

148 1 本日、借主は、貸主から金三百萬円を次の約定で借入れ、受領した。

149 弁済期 平成〇〇年〇月〇日

150 利 息 年3パーセント（各月末払）

151 損害金 年10パーセント

152 2 借主が次の各号の一にでも該当したときは、借主は何らの催告を要しないで期限の利益を失い、
153 元利金を一時に支払わなければならない。

154 (1) 第三者から仮差押え、仮処分又は強制執行を受けたとき

155 ・・・・(略)

156 3 連帯保証人は、借主がこの契約によって負担する一切の債務について、借主と連帯して保証債
157 務を負う。

第1. 設問1 (1)

〔設問1〕の小問(1)は、連帯保証債務の履行を求める訴えである訴訟1において、原告Xが当初の請求原因②の事実(XB間における連帯保証契約の締結)を立証する場合と第2の請求原因③の事実(BのCに対する代理権授与)を立証する場合のそれぞれについて、書証である本件連帯保証契約書、特に同契約書中にBの印章による印影が顕出されていることが持つ意味を説明することを求める問題である。説明をする際には、問題文にあるとおり、弁護士Lと司法修習生Pの会話を踏まえることが求められており、具体的には、本件連帯保証契約書の連帯保証人欄の作成者とされるのが誰であるのかと関連付けつつ、処分証書や二段の推定の意義及び訴訟上の機能を明確にして論じることが期待されている(出題の趣旨)。

1. ②XB間における保証契約の締結を立証する場合

本件連帯保証契約書は、当初の請求原因②の事実(XB間における連帯保証契約の締結)の存在を直接証明するための証拠となる…。…『XB間における連帯保証契約の締結』という要証事実を立証する場合には、本件連帯保証契約書の連帯保証人欄には連帯保証をする旨のBの意思が表現されていることになるから、その成立の真正が認められれば、直ちに『XB間における連帯保証契約の締結』の事実が証明されることになる。文書の成立の真正を認定する際には、いわゆる二段の推定が働く。以上のことを、二段の推定の意味内容も含めて丁寧に説明していけば、処分証書や二段の推定の意義や訴訟上の機能を正確に理解し表現するという課題に応えたことになり、また、二段の推定の意味内容を説明すれば、その中でBを作成者と見る趣旨との関連がおのずから明確にされることになる(出題の趣旨)。

(1) 文書の証拠力

文書の証拠力は、文書の記載内容が要証事実の証明に役立つことを意味し、形式的証拠力と実質的証拠力に分類される。

ア. 形式的証拠力

その文書が挙証者が作成者であると主張する特定人の意思・判断等を表現したものであることをいう。

これが認められるためには、①文書がその特定人の意思に基づいて作成されたものであること(=文書の成立の真正)、及び②文書の記載内容がその特定人の意思・判断等の表現であることが必要である。

イ. 実質的証拠力

文書の記載内容が要証事実の証明に役立つ程度をいう。

実質的証拠力の程度ないし判定方法との関係で、文書が処分証書と報告文書に分類される。

(2) 処分証書・報告文書

ア. 処分証書

(ア) 定義

処分証書とは、それによって証明しようとする法律行為が記載されている文書を意味する。

本件連帯保証契約書も、当初の請求原因②の事実を立証する場合には、それによって証明しようとする XB 間における連帯保証契約が記載されている文書として、処分証書に当たる。^{1) 2)}

(イ) 実質的証拠力

処分証書は、その成立の真正が認められた場合、要証事実たる法律上の行為の具現物ないし化身であるといえることができるから、裁判所は、成立の真正が認められた処分証書によって、挙証者が作成者であると主張する特定人が記載内容通りの法律上の行為を行ったと直ちに認定することができる。

なお、処分証書から認められる法律行為の意思表示に瑕疵があることやその効果が消滅したことは、形式的証拠力（例えば、二段の推定が働く場合における一段目又は二段目の推定を覆すための反証）や実質的証拠力の問題ではなく、要証事実に基づく法律効果の発生障害事実又は消滅原因事実レベルの問題である。

〔図解〕 通謀虚偽表示の主張の位置付け

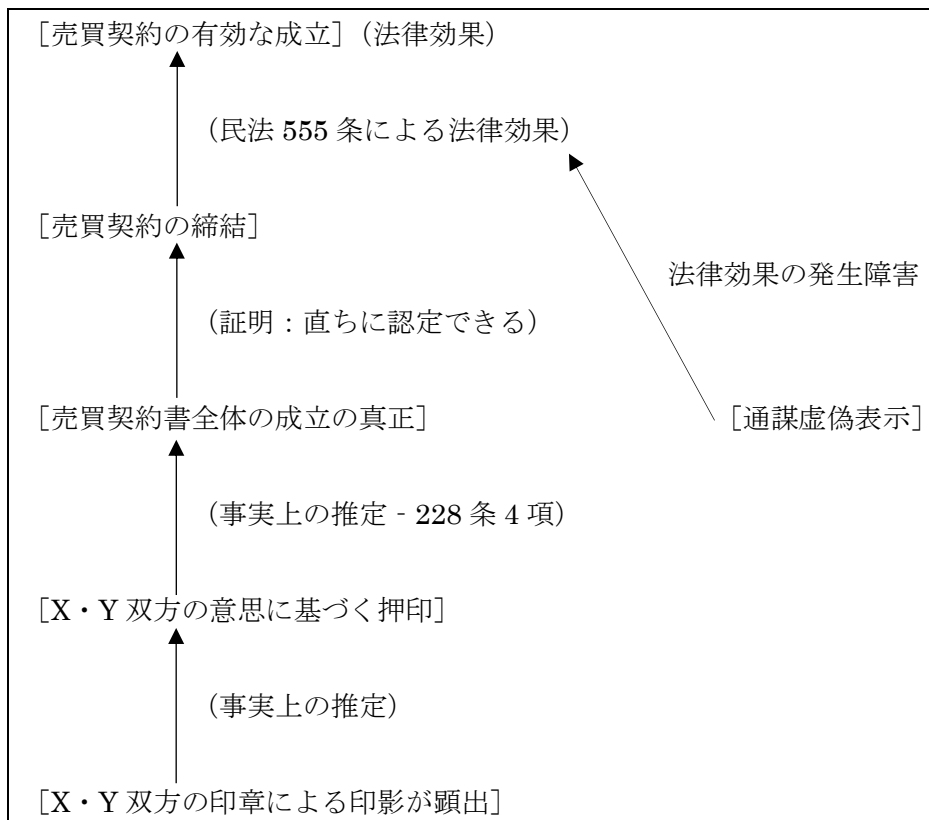
例えば、X が Y に対する売買代金支払請求訴訟において、XY 間の売買契約締結の事実を証明するための証拠として、XY の印章による印影がある売買契約書を提出したところ、Y が通謀虚偽表示を主張してきたという事案では、Y の主張は、①売買契約書の成立の真正の否認でもなければ、②売買契約締結の事実に対する否認でもない。これは、③売買契約書により証明される売買契約締結の事実に対して民法 555 条が与えている売買契約の有効な成立という法律効果の発生を障害するための抗弁に位置づけられる。

1) 処分証書の定義については、①それによって証明しようとする法律上の行為（＝意思表示その他の法律行為）が記載されている文書であるとする見解と、②それによって証明しようとする法律上の行為が直接にその文書によって行われている文書であるとする見解がある。司法試験委員会は①の見解である。これに対し、司法研修所は②の見解である（事例で考える民事事実認定 21 頁）。①と②の違いは、文書の成立の真正が認められて初めて、処分証書という文書の性質決定をすることができるかという点にある。

①の見解では、証明しようとしている法律上の行為が当該文書に記載されているだけで足りるため、例えば XB 間の連帯保証契約の締結を要証事実とする場合に、XB 間の連帯保証契約が本件連帯保証契約書に記載されているだけで同契約書が処分証書に該当するといえることができ、実際に X と B が本件連帯保証契約書によって連帯保証契約を締結する旨の意思表示をしたことまでは要しない。

これに対し、②の見解では、XB 間の連帯保証契約が本件連帯保証契約書に記載されているだけでは足りず、実際に X と B が本件連帯保証契約書によって連帯保証契約を締結する旨の意思表示をしたことまで認められて、初めて処分証書に該当するといえることができる。したがって、本件連帯保証契約書の成立の真正が認められて初めて、処分証書であるといえることができるのである。

2) 処分証書は当然に直接証拠に該当するわけではない。例えば、X の Y に対する売買代金支払請求訴訟において、XY 間の売買契約が記載された売買契約書は、それによって証明しようとする XY 間の売買契約の締結という法律行為が記載された文書として処分証書に当たるとともに、主要事実（請求原因事実）である XY 間の売買契約の締結という事実を直接に証明する証拠として直接証拠に当たる。これに対し、同訴訟において Y が、請求原因事実である XY 間の売買契約の締結を否認するための間接事実として同一目的物についての XZ 間の売買契約の締結の事実を主張するとともに、同事実を証明するための証拠として XZ 間の売買契約が記載された売買契約書を提出した場合、当該売買契約書は、これによって証明しようとする XZ 間の売買契約の締結という法律行為が記載された文書として処分証書に当たるが、これによって直接に証明される事実は間接事実にとどまるから間接証拠に位置づけられる。



イ. 報告文書

報告文書とは、処分証書以外の作成者の見聞・意見等を記載した文書をいう。

報告者の観察及び表現の正確度、観察時と報告時の近接度、記載事項と要証事実との密着度などによって、その実質的証拠力が定まるから、相手方は常にその内容の真否を争うことができる。

(3) 文書の成立の真正を証明する必要性

文書の証拠力は文書の記載内容が要証事実の証明に役立つこと（ないし役立つ程度）を意味するところ、文書の成立の真正が否定されると、文書の記載内容は要証事実の証明に役立たないこととなる。

文書の成立の真正が否定されると、文書にその特定人の意思・判断等が表現されていることも否定されるから、文書の記載内容は要証事実の証明に役立たないこととなる。

したがって、挙証者は、まず文書の成立の真正（＝文書が、挙証者が作成者であると主張する特定人の意思に基づいて作成されたものであること）を証明する必要がある（228条1項）。私文書については228条4項の推定規定がある。

(4) 二段の推定

ア. 一段目の推定

「本人…の押印」とは本人の意思に基づき真正に成立した押印を意味する。

そして、我が国では印章は厳密に保管・管理されみだりに他人に預託されることはないから、文書中に本人の印章の印影が顕出された場合には、

特段の事情のない限り、その押印が本人の意思に基づくものであることが事実上推定され、その結果、「本人…の押印がある」という要件を充たし、228条4項の適用により、文書全体が本人の意思に基づき作成されたことが推認される。

ここでいう本人の印章は、本人が所有し、自己を表すものとして使用している印章を意味する。

事実上の推定を覆すための反証事実には、①印章の支配が本人の意思に基づかずに他人に移転したこと（盗用型）と、②目的外使用の可能性（冒用型：預託の事実＋預託の趣旨・目的から判断される）がある。

イ. 二段目の推定

「本人…の押印がある」という要件が認められる場合、228条4項の適用により、文書全体が本人の意思に基づき作成されたことが推定される。

二段目の推定は、文書の作成過程として、当事者が文書の内容（本文）の確定後にその内容を確認して上で押印するのが通常であるという経験則に基づく。

そして、同条項の「推定」は法定証拠法則に基づく事実上の推定であると解するから、この推定を覆すための反対証明活動は反証で足りる。³⁾

二段目の推定を覆すための反証事実には、①本人の白紙押印後、他人がこれを悪用して文書を完成させた可能性と、②文書作成後の変造・改ざんの可能性がある。

2. ③②の保証契約の締結に先立って、BがCに対し、同契約の締結についての代理権を授与したこと（代理権の発生原因事実）を立証する場合

本件連帯保証契約書は、…第2の請求原因③の事実（BのCに対する代理権授与）を直接的に証明する証拠となることはない。…^{直接×}『BのCに対する代理権授与』という要証事実を立証する場合には、問題文にあるとおり、本件連帯保証契約書の連帯保証人欄の作成者をCと見る前提に立つ以上、そこにBのCに対する代理権授与の意思が表現されていることはなく、本件連帯保証契約書が『BのCに対する代理権授与』の事実を直接的に証明する証拠となることもない。本件連帯保証契約書ではなく、^{間接○}そこにBの印章による印影が顕出されていることをもって、『BのCに対する代理権授与』という要証事実との関係で間接証拠となることを論じることは考えられるが、その場合には、それがどのような意味で間接証拠になり得るのか、すなわち、どのような過程をたどって要証事実を推認させるのかを、丁寧に説明する必要がある。例えば、一般に印章の管理は厳格に行われ、それにもかかわらず本件連帯保証契約書の連帯保証人欄にBの印章による印影が顕出されてい

³⁾ 228条4項の「推定」（二段の推定における2段目の推定）について、法定証拠法則説（通説）に立つと、推定を覆すための反対証明活動は反証で足りる。これに対し、真の法律上の事実推定説では、文書全体の成立の真正が証明度に達していない場合であっても、証明責任が転換されていることから、反対証明活動としては本証が必要となる。処分証書が強い実質的証拠力を有していることに鑑みると、法定証拠法則説の方が落ち着きがよいであろう（高橋 [下] 136頁）。

ることからすれば、Bは、本件連帯保証契約書の連帯保証人欄の作成に先立って、自分の印章をCに交付しており、その際、Cに対し本件連帯保証契約の締結についての代理権も授与していたことが推認され得るといった説明である（出題の趣旨）。

3. 専門用語の正確な理解

書証とは、文書に記載されている作成者の意思や認識を裁判所が閲読して、その意味内容を係争事実の認定のための資料とする証拠調べをいう。文書は、公文書と私文書、処分証書と報告文書といった幾つかの観点から分類することができるが、このうち**処分証書**とは、証明しようとする法律行為が記載されている文書であり、それ以外の作成者の経験を記載したり意見を述べたりした文書を**報告文書**という。**書証**は、文書の作成者の意思や認識などの意味内容を証拠資料に用いる証拠調べであるから、まず、挙証者が作成者であると主張する特定人（作成名義人）によってその文書が実際に作成されたということを確認する必要がある、この点が肯定されることを文書が真正に成立したといい、このことにより**文書の形式的証拠力**が備わることになる。ある証拠が直接証拠となるか、間接証拠となるかは、立証趣旨との関係で定まる（採点実感）。

第2. 設問1 (2)

〔設問1〕の小問(2)は、司法修習生Pの見解を批判的に検討することを求める問題である。この見解は、最判昭和33年7月8日民集12巻11号1740頁〔百選第4版・47〕の説示する内容に沿うものであるが、裁判所は当事者の主張しない事実を裁判の資料としてはならないという弁論主義の命題との関係で検討すべき点がある。上記命題が主要事実について働くものであることや、代理権の発生原因事実等は主要事実であることを確認しつつ、論じることが期待されている(出題の趣旨)。

この問題で求められているのは、『裁判所は当事者の主張しない事実を裁判の基礎とすることができない』という弁論主義の主張責任に関する原則は、主要事実について適用されるところ、主要事実とは、法律関係の発生等に直接必要なものとして法律が定める要件に該当する具体的事実であり、代理との関係でいえば、授権及び顕名は、民法第99条によれば、本人BではなくCが締結した保証契約上の権利義務がBに帰属するために直接必要な事実であるから、先の定義上、主要事実に当たり、そうすると、効果が同じであるから主張がなくとも代理に関する事実を判決の基礎にすることができるという判例の考え方はこれと相容れない、という論証である。ところが、①主張責任の原則は、法律関係の発生等に直接必要な主要事実に適用される、②代理の要件事実、代理人による契約締結、顕名及び授権である、③したがって、Pの見解は弁論主義に反するとするのみで、①と②が論理的に結び付いていない答案が多く見られた。②の部分は、代理の要件事実を丸暗記して再現しただけで、なぜそれが主要事実なのかを自分の頭の中で整理した上で答案を構成しているとは評価し難く、むしろ、知識が血や肉となって身に付いていないことをうかがわせる(採点実感)。

1. 弁論主義に関する一般論

設問1では、まず、一般的に、民事訴訟において、裁判の基礎となる資料の収集を当事者の責任とする原則(いわゆる弁論主義)が妥当し、その一環として、裁判所は当事者が主張しない事実を判決の基礎にしてはならないとの原則(いわゆる主張原則)が妥当すること、主張原則の対象となる事実は少なくとも主要事実を含むと解されていることを論ずる必要がある。

…略…

また、主要事実について主張原則が妥当することを明らかにせず、あるいはその根拠に関する理解が不明瞭な答案が散見された。その根拠として自由心証主義との関係を指摘する答案も多く見られたが、自由心証主義との関係は、間接事実にまで主張原則を及ぼすことの当否を論ずる際の根拠となるものであって、主要事実主張原則が妥当することの根拠となるものではないから、当事者が代理の主要事実自体を主張していない本件事案において記述する必要があるとはいいい難く、事案に即した記述を心掛ける必要がある。

このほか、弁論主義の根拠として民事訴訟法第246条を掲げたり、本間に

において弁論主義の第2テーゼや第3テーゼを論じたりするなど、基礎的な理解が疑われる答案、準備した論証パターンをそのまま書き写したためか、答案全体の分量から見てバランスを欠くほど長々と論述を重ねる答案もあった。(平成29年採点実感)。

弁論主義とは、裁判資料の提出(事実の主張証拠の申出)を当事者の権能および責任とする建前をいう。

根拠は私的自治の訴訟法的反映(=当事者意思の尊重)にあり、機能は不意打ち防止にある。

弁論主義の内容としては、第1テーゼ(主張責任)、第2テーゼ(自白の審判排除効)、第3テーゼ(職権証拠調べの禁止)があり、本問では第1テーゼ(主張責任)が問題になる。

第1テーゼは、裁判所は当事者によって主張されていない事実を判決の基礎とすることができない、ということの内容とする。

第1テーゼの対象となる事実には、少なくとも主要事実が含まれる。

そして、弁論主義は裁判所・当事者間の役割分担の規律であるから、主張責任を負わない当事者から主張された主要事実であっても、当事者の主張責任が果たされているといえ、これを判決の基礎とすることができる(主張共通の原則)。

他方で、第1テーゼにより、証拠資料(証拠資料とは証拠調べの結果感得される内容 ex. 証言内容)によって訴訟資料(当事者の弁論から得られる裁判の資料=判決の基礎となりうる事実)を補充することは禁じられる。すなわち、当事者によって主張されていない主要事実、たとえ裁判所が証拠調べの結果その存在について心証を得た(証拠から認定できる)としてもとしても、それを判決の基礎とすることは許されない(訴訟資料と証拠資料の峻別)。

第1テーゼの機能は、当事者の主張により攻撃防御の具体的な対象として明示され弁論の機会が与えられた事実だけが判決の基礎とされるという不意打ち防止の保障にある。

最判 H9.7.17・百 50

2. 代理の要件事実を明らかにする⁴⁾

主要事実とは、法律関係の発生等に直接必要なものとして法律が定める要件に該当する具体的事実であり、代理との関係でいえば、授権及び顕名は、民法第99条によれば、本人BではなくCが締結した保証契約上の権利義務がBに帰属するために直接必要な事実であるから、先の定義上、主要事実にあた…る…(平成24年採点実感)。

本問では、代理の主要事実は何かを明らかにすることが求められるところ、比較的多くの答案は、代理権の授与、顕名及び代理人による意思表示が主要事実となることを指摘できていたが、これを明記しない答案も一定程度

⁴⁾ 平成24年司法試験採点実感(平成24年解説5頁)では、「主要事実とは、法律関係の発生等に直接必要なものとして法律が定める要件に該当する具体的事実であり」とされている。そのため、要件事実とは「法律関係の発生等に直接必要なものとして法律が定める要件」、主要事実とは「要件」事実、「該当する具体的事実」、という定義になる。

見られた。そして、代理の主要事実を指摘した答案においても、その検討の前提として必要となる、主要事実とは何かという点について、触れている答案は必ずしも多くなかった。代理については、意思表示をした者以外の者に法律行為の効果を帰属させるという実体法上の効果があるところ、主要事実とは何か十分に理解されていないため、特段の検討を加えることなく代理の事実は間接事実にすぎないとする答案も、一定程度見られた（平成 29 年採点実感）。

主要事実とは、法律関係の発生等に直接必要なものとして法律が定める要件に該当する具体的事実である。

そして、意思表示による法律効果はその意思表示をした者について生じるのが民法上の原則であるところ、民法 99 条は、代理人のした意思表示による法律効果を本人に帰属させる他人効の発生に直接必要な要件事実として、顕名・代理行為・先立つ代理権の授与を定めている。

したがって、顕名・代理行為・先立つ代理権の授与に該当する具体的事実は、代理の主要事実に当たり、弁論主義が適用される。

よって、裁判所が当事者からの主張なくして顕名・代理行為・先立つ代理権の授与に該当する具体的事実を認定することは弁論主義に違反する。

3. 判例の見解

判例は、契約が「当事者本人によってなされたか、代理人によってなされたかは、その法律効果に変わりはない」という理由から、契約が当事者間で成立したとの主張がなされていれば、裁判所が当事者から主張されていない代理人による契約締結の事実を認定することは、弁論主義に反しないとしている。

この判例については、複数の理解がある。

一つは、代理人による契約締結の事実は主要事実ではないとする理解である。

もう一つは、代理人による契約締結の事実は主要事実であるとした上で、弁論主義違反にはなるが、不意打ちのなかった認定であるとして、原判決を破棄して事件を原審に差し戻す理由とまではならないとする理解である。⁵⁾

最判 S33.7.8・百 47

伊藤 298 頁

5) “この判決は、主要事実につき当事者からの主張を不要としたものと理解されるのである。弁論主義の規律に反する判決ということになるが、もっとも、不意打ちがあったかという弁論主義の機能面からこの訴訟を見る場合には、結論はこれでよかったとする評価もある。この事件で、代理人 A は証人として尋問されており、A の関与の関係、代理と認定される可能性を Y 側としても十分に予測することができたと思われるからである。”（高橋 [上] 427 頁）。

“主要事実に属する事実でも、当事者双方がこれに触れず重要な争点としないことが審理の過程からうかがわれ、その事実の主張がかりにされても、これを争うために重大な証明活動が展開したとはいえない場合には、その主張のない事実の認定は、不意打ちのなかった認定として、弁論主義違反を理由に取り消すべきではあるまい。たとえば、契約が代理人によって成立したという事実は、主要事実であるが、両当事者ともその点についてなんら触れていない状況のときには、代理人によって成立したか本人によって成立したかを重要な争点にするつもりはない場合が多く、証拠資料のみから、代理人によって成立した旨の認定をしても、不意打ちのあった認定とはいえないであろう。”（新堂 483 頁）。もっとも、証人尋問の中で出ていたことをポイントにするのであれば、それは、訴訟資料と証拠資料の峻別論からは疑問が出るであろう（高橋 [上] 430 頁）。

第3. 設問2

〔設問2〕は、訴訟1において表見代理が成立することを理由としてXのBに対する請求を認容する判決が言い渡され、同判決が確定したことを受けて、BがCに対し提起した不法行為に基づき損害賠償を求める訴え（訴訟2）において、原告Bが、請求原因として主張した、①Cの顕名及び法律行為、②Cの無権代理の各事実をCが否認することの可否を検討することを求める問題である。問題文からも明らかなように、訴訟1においてBがした訴訟告知に基づく判決の効力を受けることを回避するための理論構成を、まずは被告Cの立場から検討することが求められており、具体的には、訴訟告知に基づく判決効によってCが①②の事実を争えなくなるという帰結に至る可能性を示した上で、被告告知者であるCが受けることとなる効力の性質、効力を制限するための論拠と本件事案への当てはめといったことを明確に論じることが期待されている（出題の趣旨）。

1. 訴訟告知に基づく判決効によってCが①②の事実を争えなくなるという帰結に至る可能性

訴訟告知に基づく判決効によってCが①②の事実を争えなくなるという帰結に至る可能性を示した上で…（出題の趣旨）。

2. 参加的効力の制限

被告告知者が受けることとなる参加的効力を制限する論拠としては、大きくとらえれば、被告告知者と告知者との利害対立の可能性に着目することと、参加的効力の及ぶ客観的範囲に着目することの二つが考えられる（出題の趣旨）。

（1）参加的効力の客観的範囲

参加的効力が及ぶ客観的範囲は、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のほか、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が、判決理由中の判断については、いわゆる傍論が拘束力を持つ理由は乏しく、判決主文中の判断を導き出すために必要かつ十分なものに限られる。これを本件について見ると、訴訟1においては、B敗訴の判決で表見代理の成立が認定されているものの、そのためにCの無権代理の判断が必要であるわけではない。このような論拠からは、参加的効力の客観的範囲に含まれるのは①の事実（Cの顕名及び法律行為）だけであり、②の事実（Cの無権代理）はこれに含まれないことになる（出題の趣旨）。

この事例の前訴においてXが勝訴した理由は表見代理である。表見代理の要件事実、民法第110条によれば、CがBのためにすることを明らかにして契約を締結したこと、基本代理権の存在、Xが代理権ありと信じたこと及びそのように信じたことについての正当な理由であって、BのCに対する授權の『不存在』は表見代理の要件事実ではない。この知識さえ

あれば、参加効力が判決理由中の判断にも生ずるとしても、要件事実でないものについては、たとえ判決理由中で判断が示されていたとしても、それは傍論であって、主文を導き出すために必要な理由ではなく、ひいては、判決理由中で判断が示されることを被告者において当然に予測すべきものでもないことからすれば、授權がなかったことについて参加効力は生じないという答案が書いてよいはずであるが、そのように書いている答案は少なかった（採点実感）。

46 条柱書の効力の趣旨は、被参加人と共同して訴訟追行をした補助参加人は被参加人の敗訴責任を共同負担するのが衡平の原則に適用という考えにある。

そこで、46 条柱書の効力は、既判力とは異なる特殊な効力、すなわち、被参加人敗訴の場合に被参加人・補助参加人間で作用する参加効力であって、判決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なく、判決理由中の判断のうち、判決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にも及ぶと解する。

(2) 被告者と告知者との利害対立の可能性に着目

参加効力の趣旨は、補助参加人と被参加人との間で被参加人敗訴の責任の分担を図ることにある以上、被告者が参加効力を受ける場合とは、被告者が告知者と協同して相手方に対し攻撃防禦を尽くすことにつき利害の一致があり、そうすることを期待できる立場にあるときに限られる、そして、BC間にそのような利害の一致はない（BからCに対する代理権授与は、Bにとっては不利であるが、Cにとっては有利である）ことからすれば、①②の事実ともにCには参加効力が及ばない、と論じることが考えられる（出題の趣旨）。

訴訟告知を、専ら告知者の利益保護のための制度であり、第三者に判決効を及ぼすための手段であると見る考え方もあるものの、このような考え方に対しては異論が強く、本問においても、被告者Cに対する効力が全く制限されないという結論を採りつつ説得力のある論述をすることは容易でない（以上につき、仙台高判昭和55年1月28日高裁民集33巻1号1頁〔百選第2版・111〕、最判平成14年1月22日集民205号93頁〔百選第4版・105〕参照）（出題の趣旨）。

学説の多くは、訴訟告知に参加効力という強い効果を一般的に認めることには問題があることから、被参加人敗訴の責任の共同負担（＝補助参加人と被参加人という共同戦線で戦った者同士の間で被参加人敗訴の責任を共同負担することが、衡平の原則に適用）という参加効力の趣旨に鑑み、訴訟告知によって参加効力が生じるのは、「告知者と被告者との間に告知者敗訴を直接の原因として求償または賠償関係が成立する実体関係がある場合に限る…。このような実体関係にあるときは、被告者が実体関係を熟知しており、告知者に協力することが期待されてしかるべきだからである」と解している。

最判 H14.1.22・百 104

高橋 [下] 478 頁等

(3) 補助参加の利益

なお、被告知者Cに参加的効力が及ぶか否かを検討する際に、Cに補助参加の利益があったといえるか否かという観点から論じることが可能ではあるが、一般に補助参加の利益が広く解されていることからすると、Cにとって望ましい結論を得るのは難しく、本問においてそのような観点から論じることの実益は乏しいと思われる（出題の趣旨）。

まず、補助参加人に法律上の利益を保全する機会を与えるという制度趣旨から、同条の「利害関係」は、補助参加人の法的地位・利益が不利な影響を受けるおそれがある関係を意味すると解する。

次に、既判力による影響を受ける場合については共同訴訟参加（52条）・共同訴訟的補助参加が用意されているから、参加人の法的地位・利益への影響は、事実上の影響で足りると解する。⁶⁾

そして、事実上の影響である以上、判決主文による影響に限る理由は乏しいから、「訴訟の結果」には、判決主文に限らず、判決理由中の判断をも含まれると解する。

⁶⁾ 事実上の影響力は、第二訴訟の裁判官が第一訴訟での判断を参考にすることである。事実上の影響力は、①被参加人敗訴により、参加人が求償・損害賠償等の訴えを被参加人から提起される関係にある場合、②第一訴訟が第二訴訟の先決関係・択一的関係にある場合、③当事者の一方と同様の地位・境遇にある者が参加する場合に分類される。①・②は、事実上の直接的影響であり、補助参加の利益が認められることにほぼ争いはない。③は、事実上の間接的影響であり、常に補助参加の利益が認められるわけではない。補助参加による利点と弊害を衡量して、事案ごとに、補助参加の利益の肯否を検討することになる。

第4. 設問3

〔設問3〕は、同時審判の申出がある共同訴訟において、上訴があった場合の審判の統一がどのように、また、どの程度まで図られるかを検討することを求める問題である。検討をする際には、問題文において与えられた事案において、①Cのみが控訴し、Xは控訴しなかった場合と、②C及びXが控訴した場合とを比較し、控訴審における審判の範囲を明確にしつつ、「両負け防止」の趣旨が実現される仕組みやその程度を論じることが求められている（出題の趣旨）。

1. 同時審判申出共同訴訟

同時審判申出共同訴訟は、民法第117条の無権代理人の責任と本人の責任のように実体法上併存し得ない請求について、実体法上あり得ないはずの両負けを避けるために設けられたものであり、弁論及び裁判の分離が禁止され（民事訴訟法第41条第1項）、同一手続で審理及び判決がされることによって事実上裁判の統一が図られることが期待できる。もっとも、同時審判共同訴訟の性質はあくまでも通常共同訴訟であり、共同訴訟人独立の原則が妥当する（同法第39条）ことから、共同被告の一方の上訴又は一方に対する上訴の提起があっても、その余の部分は確定してしまい、移審もしないと解されている（出題の趣旨）。

同時審判申出共同訴訟は、実体法上択一関係にある複数の請求について原告が両負けすることを防止するため（＝いずれかの請求は認められるという原告の期待を保護するため）に、弁論の分離と一部判決を禁止することで同じ裁判官が統一的な判断を下すことができるようにする制度である（41条1項）。

同時審判申出共同訴訟は通常共同訴訟であるから、弁論の分離・一部判決以外については、共同訴訟人独立の原則（39条）が適用される。

2. ①Cのみが控訴した場合・②双方が控訴した場合

このように、上訴のあった当事者間の請求についてしか確定遮断と移審の効果が生じず、上訴審の審判対象となるのもその範囲のみである（敗訴当事者が上訴しなかった請求については附帯上訴の余地もない）ことから、移審する部分と移審しない部分とで審判の統一が図られない可能性があり、①Cのみが控訴した場合には、控訴審での両負けがあり得る。これに対し、②双方が控訴した場合には、弁論及び裁判の併合が要求され（同法第41条第3項）、第一審段階と同様に事実上裁判の統一が図られることが期待できる（出題の趣旨）。

(1) X→B 棄却、X→C 認容の場合に、Cのみが控訴した場合

第1審でXのBに対する請求を棄却し、XのCに対する請求を認容する判決が下されたところ、敗訴被告Cのみが請求認容判決に対して控訴し、原告XはXのBに対する請求に関する請求棄却判決に対して控訴しなかった

という場合、通常共同訴訟である同時審判申出共同訴訟（41条）には共同訴訟人独立の原則（39条）が適用されるから、控訴不可分の原則は働かない。

したがって、控訴のなかったXのBに対する請求については控訴期間の経過により原判決が確定する。

そうすると、XのBに対する請求とXのCに対する請求とで審判の統一が図られず、控訴審においてXのCに対する請求も棄却されることによりXが両負けする可能性がある。

（2）X→B 棄却、X→C 認容の場合に、Cのみならず、Xも控訴した場合

敗訴被告Cが請求認容判決に対して控訴するとともに、原告XもXのBに対する請求に関する請求棄却判決に対して控訴したという場合には、XのBに対する請求とXのCに対する請求のいずれについても確定遮断効・移審効が生じ、これに対する不服が控訴審の審判対象となる。

そして、この場合、控訴裁判所は各請求を併合審理しなければならない（41条3項）。

これにより、控訴審においても弁論と裁判が併合され、これにより事実上審判の統一が図られ、その限りでXの両負けが防止される。

3. 客観的併合と主観的併合の違い

答案の前段で、同時審判申出共同訴訟は、共同訴訟人独立の原則が適用される通常共同訴訟であると一般論として論じておきながら、Cのみが控訴した場合に控訴審でXの「両負け」が生じ得る原因を不利益変更禁止の原則に求めたり、ここで「両負け」を避けるためにXは附帯控訴をする必要があると論じたりする答案が見られる。客観的併合では、併合審判された判決の一つに対し適法な控訴があると、全体について確定遮断及び移審の効力（そもそも控訴提起の効力が確定遮断と移審であることを踏まえている答案は1割にも満たない。）が生じるのに対し、本問のような主観的併合では、共同訴訟人独立の原則により、Cの控訴による確定遮断及び移審の効力は、XのBに対する請求棄却の部分には及ばず、この部分はXが控訴しないことにより確定する。移審せずに確定している原判決に対し、附帯控訴による不服の定立や、控訴裁判所による変更を論じる余地はない（採点実感）。

[模範答案]

1 設問 1 (1)

2 1. 当初の請求原因②の事実を立証する場合

3 (1) 本件連帯保証契約書

4 処分証書とは、それによって証明しようとする法律行為
5 が記載されている文書を意味する。

6 そして、本件連帯保証契約書は、それによって証明しよう
7 とする XB 間における保証契約の締結という法律行為が記
8 載された文書であるから、処分証書に当たる。

9 そうすると、同契約書は、その成立の真正が認められた場
10 合、XB 間における保証契約の具現物ないし化身として、XB
11 が記載内容通りの保証契約を締結したという事実を直ちに
12 認定することができるという意味を有する。

13 (2) 同契約書中に B の印章による印影が顕出されている事実

14 X は、同契約書が B の意思に基づき作成されたこと (文
15 書の成立の真正) を証明する必要がある (民事訴訟法 228 条
16 1 項) 。

17 そして、「本人…の押印」とは本人の意思に基づき真正に
18 成立した押印を意味するところ、我が国では印章は厳密に
19 保管・管理されみだりに他人に預託されることはないから、
20 文書中に本人の印章の印影が顕出された場合には、特段の
21 事情のない限り、その押印が本人の意思に基づくものであ
22 ることが事実上推定され、その結果、「本人…の押印がある」
23 という要件を充たし、228 条 4 項の適用により、文書全体が

1 本人の意思に基づき作成されたことが推認される。

2 したがって、上記(2)の事実は、同契約書に関する二段の
3 推定の一段目の推定のための前提事実たる補助事実である。

4 2. 第2の請求原因③の事実を立証する場合

5 (1) 本件連帯保証契約書

6 同契約書は、要証事実であるBのCに対する代理権授与
7 を記載内容とするものではないから、処分証書に当たらない。
8 そのため、同契約書により請求原因③の事実を直ちに認
9 定することはできない。

10 (2) 同契約書中にBの印章による印影が顕出されている事実

11 同契約書の連帯保証人欄の作成者をCと見る以上、二段
12 の推定の一段目の推定のための前提事実としては、Cの印章
13 による印影が顕出されている事実が必要であるから、Bの印
14 章による印影が顕出されている事実は、二段の推定の一段
15 目の推定のための前提事実たる補助事実には当たらない。

16 ただ、我が国では印章は厳密に保管・管理されみだりに他
17 人に預託されることはないという経験則に照らせば、上記
18 事実から、Bが同契約書の連帯保証人欄の作成に先立ち、自
19 己の印章をCに交付し、その際、Cに対し本件連帯保証契
20 約の締結の代理権を授与した事実を推認し得る。上記事実
21 は、このような意味で間接事実にあたる。

22 設問1(2)

23 裁判所は、当事者によって主張されていない事実を判決の基

1 礎とすることができず（弁論主義第1テーゼ）、ここでいう事実
2 には少なくとも主要事実が含まれる。

3 主要事実とは、法律関係の発生等に直接必要なものとして法
4 律が定める要件に該当する具体的事実である。

5 民法99条は、代理人のした意思表示による法律効果を本人に
6 帰属させる他人効の発生に直接必要な要件事実として、顕名・代
7 理行為・先立つ代理権の授与を定めている。

8 そして、「Cは、Bの代理人として保証契約を締結した」とい
9 う事実は、顕名・代理行為・先立つ代理権授与という代理の要件
10 事実に該当する具体的事実であるから、主要事実に当たる。

11 したがって、裁判所が当事者からの主張がないのに上記事実
12 を認定して判決の基礎とすることができるというPの見解には、
13 弁論主義違反という問題がある。

14 設問2

15 1. Bによる参加的効力の援用

16 (1)「訴訟の結果につき利害関係を有する第三者」とは、判決
17 の主文又は理由中の判断により法的地位・利益に不利な影
18 響を受けるおそれのある第三者を意味し、ここでいう影響
19 は事実上の影響で足りると解される。

20 (2)第1訴訟の判決理由中でCによる保証契約の締結・顕名・
21 代理権授与がないことが認定されると、この判決理由中の
22 判断がBのCに対する損害賠償請求訴訟（民法709条）に
23 おいて参考にされるという形でCの損害賠償義務の存否に

1 ついて不利に影響するから、Cは第1「訴訟の結果について
2 利害関係を有する者」(42条)に当たる。

3 そうすると、Cは、第1訴に補助「参加することができる
4 第三者」(53条1項)に当たり、第1訴訟においてBから
5 訴訟告知を受けたことにより第1訴訟に「参加することが
6 できた時に参加したもの」とみなされることで、46条の適
7 用を受ける(53条3項)。

8 したがって、Cは、46条の参加的効力を受け、事実①・
9 ②を否認することができなくなる。

10 2. Cの法律上の主張及びその当否

11 (1) 参加的効力の客観的範囲

12 ア. Cは、事実①・②は、判決主文に包含された訴訟物たる
13 権利関係ではなく、判決理由中の判断対象にすぎないか
14 ら、参加的効力は及ばないと主張する。

15 イ. 46条柱書の効力の趣旨は、被参加人と共同して訴訟追
16 行をした補助参加人は被参加人の敗訴責任を共同負担す
17 るのが衡平の原則に適うという考えにある。したがって、
18 46条柱書の効力は、被参加人敗訴の場合に被参加人・補
19 助参加人間で作用するという、既判力とは異なる特殊な
20 参加的効力であって、判決主文中の判断だけでなく、判決
21 理由中の判断のうち、判決主文を導き出すために必要な
22 主要事実に係る認定及び法律判断にも及ぶと解する。

23 そして、民法110条の表見代理の要件事実としては代

1 理人とされる他人による契約締結・顕名も必要であるか
2 ら、事実①は、これらの要件事実に該当する主要事実に当
3 たる。したがって、事実①の認定は、判決主文を導き出す
4 ために必要な主要事実に係る認定として、参加的効力の
5 客観的範囲に含まれる。

6 これに対し、有権代理と表見代理とは選択的な請求原
7 因であり、BのCに対する先立つ代理権授与の不存在は
8 表見代理の要件事実ではない。したがって、事実②の認定
9 は、判決主文を導き出すために必要な主要事実に係る認
10 定に当たらず、参加的効力の客観的範囲に含まれない。

11 (2) 参加的効力の主観的範囲

12 ア．Cは、第1訴訟においてCがBと協同して攻撃防御を
13 尽くすことが期待できないから、訴訟告知に基づく参加
14 的効力の趣旨に照らし、かかる効力を制限するべきであ
15 ると主張する。

16 イ．訴訟告知に基づく参加的効力の趣旨は、告知者と協同し
17 て訴訟追行をし得たのにこれをしなかった被告知者は告
18 知者の敗訴責任を共同負担するのが衡平の原則に適うと
19 の考えにある。そこで、訴訟告知に基づく参加的効力を被
20 告知者が受けるのは、被告知者と告知者の間に協同して
21 攻撃防禦を尽くすことが期待できるだけの利害の一致が
22 認められる場合に限定されると解する。

23 そして、Bとしては、第1訴訟において請求棄却判決を

1 導くために無権代理であったと主張したい。これに対し、
2 Cとしては、仮に無権代理であることを理由として請求棄
3 却判決が下された場合、Xから無権代理人の責任（民法
4 117条）を追及されることになるから、第1訴訟では有権
5 代理であったと主張したい。このように、第1訴訟で問題
6 とされた先立つ代理権授与の存在は、Bにとっては不利で
7 あるが、Cにとって有利である。そのため、第1訴訟にお
8 いてCがBと協同して防御を尽くすことが期待できるだ
9 けの利害の一致は認められないから、このような第1訴
10 訟における判決で認定されたCの頭名・Cの保証契約締
11 結・先立つ代理権授与の不存在いずれとの関係において
12 も、Cには参加的効力が及ばない。

13 4. よって、Cは事実①・②を否認することができる。

14 設問3

15 1. ①Cのみが控訴し、Xは控訴しなかった場合

16 確かに、控訴不可分の原則（294条参照）により確定遮断効
17 と移審効が原判決全体に生じるのが原則であるから、Cの控訴
18 により、XのCに対する請求のみならずXのBに対する請求
19 についても確定遮断効・移審効が生じるとも思える。

20 しかし、通常共同訴訟である同時審判申出共同訴訟（41条）
21 には共同訴訟人独立の原則（39条）が適用されるから、控訴
22 不可分の原則は働かない。

23 それゆえ、控訴のなかったXのBに対する請求については

1 控訴期間の経過により原判決が確定する。したがって、XのB
2 に対する請求とXのCに対する請求とで審判の統一が図られ
3 ず、控訴審においてXのCに対する請求も棄却されることに
4 よりXが両負けする可能性がある。

5 2. C及びXが控訴した場合

6 XのBに対する請求とXのCに対する請求のいずれについ
7 ても確定遮断効・移審効が生じ、これに対する不服が控訴審の
8 審判対象となる。

9 そして、同時審判申出共同訴訟において、各請求について各
10 別に控訴がされると、各請求が控訴裁判所に各別に係属する
11 ことになり、併合関係は一旦解消されるが、控訴審においても
12 同時審判を確保する必要性から、控訴裁判所は各請求を併合
13 審理しなければならない(41条3項)。

14 これにより、控訴審においても弁論と裁判が併合され、これ
15 により事実上審判の統一が図られ、その限りでXの両負けが
16 防止される。 以上

[中位答案]

1 設問 1 (1)

2 1. 当初の請求原因②の事実を立証する場合

3 (1) 本件連帯保証契約書

4 同契約書はそれによって証明しようとする XB 間の保証
5 契約が記載された処分証書であるから、その成立の真正が
6 認められれば、これによって XB が記載内容通りの保証契約
7 を締結したという事実を直ちに認定することができる。

8 (2) 同契約書中に B の印章による印影が顕出されている事実

9 X は、同契約書の成立の真正を証明する必要がある（民事
10 訴訟法 228 条 1 項）。

11 そして、(2)の事実により B の意思に基づき真正に成立し
12 た「本人…の押印」であることが推定され、その結果、「本
13 人…の押印がある」という要件を充たし、228 条 4 項の適用
14 により、同契約書全体が B の意思に基づき作成されたこと
15 が推認される。

16 したがって、(2)の事実は、同契約書に関する二段の推定
17 の一段目の推定のための前提事実たる補助事実である。

18 2. 第 2 の請求原因③の事実を立証する場合

19 (1) 本件連帯保証契約書

20 同契約書は、B の C に対する代理権授与を記載内容とす
21 るものではないから、処分証書に当たらない。そのため、同
22 契約書により請求原因③の事実を直ちに認定することはで
23 きない。

1 (2) 同契約書中に B の印章による印影が顕出されている事実

2 同契約書の連帯保証人欄の作成者を C と見る以上、二段
3 の推定の一段目の推定のための前提事実としては、C の印章
4 による印影が顕出されている事実が必要であるから、B の印
5 章による印影が顕出されている事実は、二段の推定の一段
6 目の推定のための前提事実たる補助事実には当たらない。

7 そのため、請求原因③の事実を立証する上で意味を持た
8 ない。

9 設問 1 (2)

10 裁判所は、当事者によって主張されていない事実を判決の基
11 礎とすることができず（弁論主義第 1 テーゼ）、ここでいう事実
12 に主要事実が含まれることに争いはない。

13 そして、「C は、B の代理人として保証契約を締結した」とい
14 う事実は、代理の要件事実（民法 99 条 1 項）に該当する具体的
15 事実たる主要事実であるから、弁論主義が適用される。

16 したがって、P の見解には、弁論主義違反という問題がある。

17 設問 2

18 1. B による参加的効力の援用

19 B は、第 1 訴訟において、C に対して訴訟告知（53 条 1 項）
20 をしたのだから、訴訟告知に基づく参加的効力（46 条）によ
21 り、C は事実①・②を否認することができなくなる。なお、第
22 1 訴訟において表見代理を理由として B が敗訴した場合、C は
23 B から損害賠償を請求（民法 709 条）されるおそれがあるか

1 ら、Cには補助参加の利益（42条）が認められる。

2 2. Cの法律上の主張及びその当否

3 （1）Cは、事実①・②は、判決主文に包含された訴訟物たる権
4 利関係ではなく、判決理由中の判断対象にすぎないから、参
5 加的効力は及ばないと主張する。

6 （2）46条柱書の効力の趣旨は、被参加人と共同して訴訟追行
7 をした補助参加人は被参加人の敗訴責任を共同負担するの
8 が衡平の原則に適うという考えにある。したがって、46条
9 柱書の効力は、被参加人敗訴の場合に被参加人・補助参加人
10 間で作用するという、既判力とは異なる特殊な参加的効力
11 であって、判決主文中の判断だけでなく、判決理由中の判断
12 のうち、判決主文を導き出すために必要な主要事実に係る
13 認定及び法律判断にも及ぶと解する。

14 そして、民法110条の表見代理の要件事実としては代理
15 人とされる他人による契約締結・顕名も必要であるから、事
16 実①は、これらの要件事実該当する主要事実に当たる。し
17 たがって、事実①の認定は、判決主文を導き出すために必要
18 な主要事実に係る認定として、参加的効力の客観的範囲に
19 含まれる。

20 これに対し、有権代理と表見代理とは選択的な請求原因
21 であり、BのCに対する先立つ代理権授与の不存在は表見
22 代理の要件事実ではない。したがって、事実②の認定は、判
23 決主文を導き出すために必要な主要事実に係る認定に当た

