

訴えの予備的追加的併合と判決理由中の判断 —名古屋高裁平成27年2月26日判決をきっかけとして—

坂 本 正 幸

1 はじめに

本件は、控訴審において訴えの追加的予備的併合がなされた事案である。

ところで、本件の予備的請求の内容を見ると、主位的請求と予備的請求の関係が両立しうるものとなっており、この予備的併合は適法であるのか、が一つの問題点としてあげられる。一審の判決理由となっている事項を控訴審で予備的に確認を求めて請求したものである。なお、主位的請求を一部認容したため、予備的請求については審理されていないが、訴え提起としての適法性の問題は残る。

また、被控訴人が他の同種案件で得た東京高裁判決の判決理由中の判断と同様の主張を控訴人がしている。裁判所も名古屋高裁と異なり、当事者も異なるが、被控訴人に対する法的判断であることから考えて、これと異なる主張をすることの適否も問題と考えられる。

一審の判決理由が他の高裁の裁判での判決理由として判断されており、かつ、本件では一審での判断内容を確認請求として追加していることからどのような審理がされるべきであったのか。

この点についてそれぞれ問題点を指摘して検討していきたい。

2 事案の概要

本件は、未公開株詐欺による被害者が、当該業者と被害回復にむけての訴訟上の和解をしたが履行されないため、動産執行等の手続きに入ろうとしたところ所在が不明であった。そこで、転居届の有無、記載内容などを弁護士会照会(弁護士法23条の2)によって回答を求めたところ、被告である郵便事業株式会社が拒否した。そこで弁護士会らが回答拒否が違法であるとして損害賠償請求をした事案である。

一審判決は、23条照会を受けた公務所又は公私の団体は、当該照会により報告を求められた事項について、照会をした弁護士会に対し報告をする公法上の義務を負うものと解するのが相当である、としつつも報告をしないことについて正当な理由を有するときは、報告を拒絶することが許されるとしたうえで、報告を拒絶することが許される事案ではないと判示した。ただし、被告に報告を拒絶したことに過失はないとして請求を棄却したⁱ。

これに対して原告であった弁護士会が控訴し、控訴に際して「被控訴人が、弁護士法23条の2に基づき控訴人弁護士会がした別紙の照会について、控訴人弁護士会に対し報告する義務があることを確認する。」とした予備的追加的請求を行ったⁱⁱ。

おそらくは、東京高裁の判決で報告義務が肯定されていたことにかんがみ、その点に既判力ある判断を得たいという目的があったのではないかと推測されるⁱⁱⁱ。

3 予備的請求の審理の問題

(1) 予備的請求とは、実体法上両立しない関係にある数個の請求について、あるものについて無条件に審判を求め、他のものについて、前者の認容を解除条件として審判を申し出る併合形態をさす、とされる^{iv}。

学説上、主位的請求と予備的請求は矛盾関係にあることが要件とされている。学説上この点についてはあまり争いはないようである。

(2) 本件の問題点

さて、本件ではどうか。

本件損害賠償請求訴訟の主位的請求は、弁護士会照会に対して報告を拒絶したことを理由とする損害賠償請求である。予備的請求は、「被控訴人が、弁護士法23条の2に基づき控訴人弁護士会がした別紙の照会について、控訴人弁護士会に対し報告する義務があることを確認する。」である。

この双方の関係はどうなっているかを整理しておく、報告の拒絶によって損害賠償責任が発生するためには、報告義務があり、故意または過失により義務に違反し、それによって損害が発生することが要件となる。本件判決では損害賠償責任を認めているので、報告義務が存することが前提となっているはず

である。すなわち先決関係にある争点に対する一審の判断を確認しておくことを目的にした予備的追加的併合である。

予備的請求の概念からすると、これは矛盾する請求ではなく、予備的請求としては不合法となると考えられる。

しかし、予備的請求についての実務の扱いについては次のような指摘がある。すなわち「非両立関係及び競合関係の場合には、予備的併合か選択的併合のどちらかにされるが、どちらにするかは原告に任せており、さらに、それ以外の場合（単純併合ができる場合）にも、裁判所は、上記のような限定を特に意識することもなく、当事者が上記の解除条件を付すことを広く許容する扱いをし、そのまま審理し、判決している例が大半である。」とする^v。

当該指摘をされた八木良一元大阪高裁判事はさらに続けて「上記学説がいうような限定があると請求に解除条件を付することを許さなかったことはないし、審理上の不安定さや不都合を特に感じたこともない。」と指摘している。

代理人として訴え提起を考える場合に、事実関係を確定することが先行しており、その後法律構成を整理をしていくことになる。選択的併合の場合は請求権が複数成立する可能性があるときに考えるものであり、いずれの請求に対しても主張立証が可能であると考えている場合に取る手法の一つと考えられる。

ところで、予備的併合は、同じ事実関係から考えられる請求権が法的に両立しないというケースであるが、当初から両立しない法律関係を順位をつけるとはいえ併記するので、主位的とされる法律構成での勝訴判決取得が困難であることを自認するような感覚となりうる。そのことがひいては裁判所に対して主張立証に自信がないのではないかと思われる可能性を感じないではない^{vi}。そうすると、実体法上両立しない請求を併記することには躊躇するという感覚はあろう。

そうすると、本来の予備的併合が使われるケースはそれほどない可能性がある。

それでは予備的併合として利用されるケースというのはどのような場合か。

手形債券と原因関係債権という実体法上両立しうる数個の請求について予備的併合を認めた判決がある^{vii}。本件は一審では選択的併合として提起されておりそれが予備的併合に控訴審で変更されたものである。

この事案では原因関係債権が認容された一審判決に対して手形債権の認容を求め、認容される際の優先順位をつけたものと考えうる。

この事例を見ると「予備的」という併合形態は、順位付けのために利用されているものであって、法的に非両立であるか否かについてはそれほど重視されていないように思われる。どのように訴えを提起するかは当事者にゆだねられているところ、主張に自信がないと思われまいように無意識に対処してしまっているようにも思われ、「予備的」という名称のもとになされていても裁判所としては不都合がないということから非両立性は重視されないか、あるいは考慮されていないのではないか^{viii}。

ここに学説上の概念である予備的併合と実務上利用される予備的併合に齟齬が見られることとなる。

では、非両立性を要件とすべきか。主位的請求が認容されないことを考慮して訴えを提起することを当事者に求めうるか、また、主位的請求が認容を解除条件として審理を求めるという点を重視すれば、順位付けに当事者の関心があるといえる。

審理の順位付けにより訴訟遅延が発生するようなことがあれば格別、通常は請求原因事実は共通であって法的な構成が異なるなどの差異があるのであり、審理に大きな影響があるとは考えられない。

そうすると、予備的併合については審理の順位を指定することに大きな意味があり、解除条件を付した申し立てであることに主眼をおいて解釈すべきである。

そうすると、主位的請求と予備的請求の矛盾関係は要件とする必要はないと考えるべきである^{ix}。

4 中間確認の訴えと予備的追加的併合

(1) 本件では控訴審で予備的追加的併合がなされた事案である。ここで予備的追加的併合された争点では、報告義務の存在という一審で判断された争点である。その判断を確認訴訟により確定させようとの趣旨にでるものといえるが、それと同じ効果を持つ手段として中間確認の訴えがある。

(2) 中間確認の訴えとは、ある請求についての訴訟手続きの中で、その当否の

判断の前提問題をなす法律関係（先決関係）の存否について確認判決を求める申し立てである^x。

中間確認の訴えの意義については、争点効を認めるか否かによっても異なることになる。例えば、争点効を認めない見解によると、中間確認の訴えの意義は、判決理由中の判断に拘束力が生じないことから、「その訴訟で争があり、どうせ判断する必要があるのなら当事者もそのついでに、この点の紛争をも一挙に解決するために、これを正面から訴訟物にして、その判断を判決主文に掲げて既判力を得られることにして、別訴による不経済や裁判の不統一を防ごうというのが、この訴えを認める趣旨」となる^{xi}。

争点効理論を認める立場に立っても、「先決関係に立つ事項については、多くの場合争点効を生じるけれども、つねに生じるとはかぎらないので、世葉面から審判の対象（訴訟物）としてこれについても既判力を得る途を認めたものである。」と説明される^{xii}。

(3) 本件での問題点

本件では、中間確認の訴えによることが可能であったのに、予備的追加的併合の形態をとっている。このことは予備的請求をしたことに何らかの影響があるだろうか^{xiii}。

これは、予備的請求の判断に矛盾関係を要するか否かとかかわる。実務では矛盾関係が厳密にとらえられていないことは前述したとおりである。

中間確認の訴えが先決関係である判断につき提起された場合は、理論的には先に判断されることとなるはずである。また、本件の追加的に併合された確認訴訟では訴えの利益も争われているが、中間確認の訴えとした場合、確認の利益は肯定されたものと解される。

中間確認の訴えについては、実際は中間確認の訴えに該当するはずなのに、「(1) 原告の起す場合が訴えの追加的変更として扱われてしまうこと、(2) 被告の起す場合が単に反訴とされてしまうこと、(3) いわゆる潜在的中間の訴が少なくないこと、(4) なお先決的法律関係につき別訴を起して後弁論併合によることもできること」から実務上は問題となっていないことが指摘されている^{xiv}。

本件でも、中間確認の訴えを提起すべきところ、訴えの追加的変更として扱っ

てしまったことが原因となっている。

(5) 中間確認の訴え自体の問題点

実務で意識されずにそのまま処理されることが多いという指摘があり、整理すべき制度であるといえる^{xv}。

中間確認の訴えについては、「訴変更、反訴、併合訴訟の確認請求につき中間確認的性格の有無を検討してみることは、思考上案外な盲点になっているといえるのではあるまいか」との指摘がされている^{xvi}。まさに本件でもこの指摘のとおりであり、有用な手段のはずが使われないままとなっている。

5 相手方当事者が同一である他の高裁の判断の問題点

(1) 当事者の主張

本件で、被控訴人は、注意義務違反を争うさいに第一審で以下の主張をした。

「東京高等裁判所平成22年9月29日(本件通知書の「6月28日」は誤記)判決(以下「東京高裁判決」という。)は、「転居届は、通信、信書そのものとはいえず、個々の郵便物とは離れて存在するものである。そして、転居届の情報が報告されても、個々の通信の内容は何ら推知されるものではないから、同情報は憲法21条2項後段の「通信の秘密」に該当せず、郵便法8条1項の「信書の秘密」にも該当しないと解される。」と判示した上、本件照会事項(ア)ないし(ウ)と同一の照会事項につき、「個々の郵便物の内容についての情報ではなく、単に住居に関する情報である」、「住居所は、人が社会生活を営む上で一定の範囲の他者には当然開示されることが予定されている情報であり、個人の内面に関わるような秘匿性の高い情報とはいえない。したがって、その実質的な秘密性は低いと評価すべきものである。」などと指摘して、これらについて報告すべき義務は、郵便法8条2項の「郵便物に関して知り得た他人の秘密」としての守秘義務に優越すると判示しており、本件照会事項(エ)が同(ウ)の関連事項にすぎず郵便物とは全く別個の情報であることからすれば、本件照会に対する回答拒否に正当な理由がないことは明らかである。」

また、控訴審では「最高裁判所の判例がない場合、高等裁判所の判例がこれに準ずる効力を持つし、東京高裁判決は、被控訴人を名宛人とするものである。」との主張をしているが、この主張には厳密に区分すると二つの問題点が含まれ

ていると考えうる。

すなわち、最高裁判例のない場合の高裁の裁判例の拘束力の問題と、他の高裁の裁判例の一方当事者が被告及び被控訴人と共通である場合の問題である。

(2) 高裁の判断

同判決は、「東京高裁判決の理由中の判断については、被控訴人において、これに従う法的な義務を負うものではない。」としている。これについては当然であるといえよう。

しかし、同時に判決は、東京高裁判決の事案は、「本件と類似する事案であり、」東京高裁の判断として、「本件で被控訴人が主張している点についての判断が示されているのである。」としている。そして、同判決について、同種事案に多大な影響があることは、被控訴人が弁護士に依頼し作成された意見書でも指摘されていることも示している。

(3) 他の事件の判決理由中の判断

東京高裁の事案の原告は弁護士会照会を郵便事業会社に対して東京弁護士会を通じて行ったが回答を拒否された事案である。これと異なり本件は弁護士会照会に回答を得られなかった当勝訴判決を得た当事者に加え、愛知県弁護士会が原告となっており、本件で被告及び被控訴人に対して損害賠償義務があるとされた対象は愛知県弁護士会である。

双方の事件では原告を異にするが、同じ弁護士会照会制度に係る回答義務を問題としている。弁護士会照会制度は弁護士法23条の2により各弁護士会に認められている制度であり、照会をかける弁護士会はそれぞれ異なる。また、弁護士会照会を扱う嘱託弁護士を採用している単位会もあれば担当の副会長が定められ運用されている単位会などもあり、対応が完全に一致しているわけではない。とはいえ、全国の単位会で運用を協議するなどしており、バラバラの運用となっているとは言えない。

そのような状況で、ある弁護士会に対して認められた義務が他の弁護士会に対して認められないというような判断がなされることは妥当であろうか^{xvii}。東京高裁判決は弁護士法23条の2と通信の秘密（憲法21条2項後段）及び通信の秘密（郵便法8条1項）との関係についての判示である。この判示は法令解釈に関するものであり、裁判所が異なることによって解釈に変更がありうるか

を考えると、共通性は見られるところと言える。

当事者として法令解釈を争い、十分にその解釈につき争うことが可能であったところ、他の裁判所の判断というだけで再度同じ争点で争うことを認める必要があるか、という点に疑問がある。

事案そのものはすべての事案において異なるため、それぞれの事案の特殊性を検討していく必要があるが、法解釈に関しては改めて争う場合に、判決理由中の判断であること、当事者が異なること、裁判所が東京高裁と名古屋高裁と異なることを考慮してもある程度は拘束される余地があるのではないだろうか。

本判決が指摘するように被控訴人が争点とした点の判断を東京高裁で得ているというところからすると、被控訴人に対して一切拘束力がないとするのも疑問がある。弁護士会照会に対する報告を拒絶すれば同種の訴訟が提起されることは予測可能であるところ、事件が別であれば最高裁の判断がない限り何度でも争えるというのも適切とは言えないのではないだろうか。

法解釈の側面であるから、何らかの拘束力が働いたほうが適切であると考えられる。ただし、その根拠であるが、当事者が異なるために争点効や信義則を考えることが難しい。

ここで中間確認の訴えとして判決を得ておくことによる効果を検討してみる余地はあるが、既判力の主観的範囲は及ばないこととなる。中間確認の訴えについて今後も検討を加えたいと思うが、事実上裁判所が判断をしたことが意味を持つ可能性はあると考えている^{viii}

6 小括

本件控訴審での訴えの予備的追加的併合は、本来予備的ではない。先決関係にあることを考えた場合、中間確認の訴えを提起すべきであった事案と言えよう。

裁判所は主位的請求を認容していることから予備的追加的併合された訴訟物について判断する必要がないとしたが、これが先決関係であるとして中間確認の訴えとして提起されていた場合は判断をすることになると考えられる。

処分権主義のもといかなる請求をするかは当事者にゆだねられているが、裁

判所もあまり意識しないまま審理を進めている可能性もある。

無意識に利用されている実情があり、また実際に不都合が生じていないことから問題と把握されていない事項であっても理論的に検討するきっかけとしたい。また、手続保証が与えられたと評価しうる争点について、別事件であれば何度でも争うことができるかも判決の拘束力の点から検討を続けたい。

- i 名古屋地方裁判所平成25年10月25日判決
- ii 名古屋高等裁判所平成27年2月26日
- iii 判決理由中の判断の拘束力については後述する。
- iv 伊藤眞「民事訴訟法第4版補正版」597頁
- v 八木良一実務民事訴訟講座第3期2巻161頁
- vi 例えば、予備的併合の例として挙げられているものをみると「消費貸借を理由に貸金返還請求をするとともに、審理の結果、消費貸借契約が無効であるとして請求が棄却されることをおもんばかって、この請求が理由がないとして棄却されるときには、不当利得を理由として同額の金員の支払の請求をすること」などがある（裁判所職員総合研修所監修「民事訴訟法概説（九訂版）」15頁）。
- vii 最高裁昭和39年4月7日判決
なお本判決は一審では手形債券と原因関係である貸金債権を選択的併合として提起し、貸金債権の存在を認定し請求を認容したのち、控訴審で併合形態を予備的併合へと変更したものである。上告理由も、一審判決が原因債権を認容したが控訴審では手形債権を認容したところ一審判決を取り消していないという手続上の問題を理由としたもので、おそらくは一審判決を取り消しても請求認容の結果に変更はないことが考慮されているのではないかと思われる。
- viii この点について、裁判官の視点から実務を分析したものとして八木良一前掲162乃至163頁
- ix この点につき、「原告は、売買が有効であると同時に無効であると主張するのではなく、売買が有効であれば代金を支払え、売買が無効であれば物を返還せよとの主張をするのであり、この場合でもいずれか一方の請求の敗訴を覚悟すれば、両立しえない2個の請求について、単純併合ができないわけではない。したがって、併合される請求が両立しうるか否かによって併合形態が論理的に決まるのではなく、原告が併合形態を選択できると考えてよく、予備的併合を両立し得ない請求に限定する必要はないと考える。」との指摘がある（松本博之・上野泰男「民事訴訟法第8版」720頁）
- x 新堂幸司「新民事訴訟法第5版」769頁
- xi 兼子一「新修民事訴訟法体系」379頁
- xii 新堂前掲769頁
- xiii なお本件では予備的追加的併合として提訴されたため、当事者は確認の利益を争っているが、中間確認の訴えとして考えた場合確認の利益は争点とはならない事案であろう。
- xiv 「法律実務講座民事訴訟編第二巻」203頁
- xv 八木良一「実務民事訴訟講座〔第3期〕」第2巻177頁
- xvi 田卓次「盲点としての中間確認」民事法の諸問題第Ⅲ巻（判例タイムズ社）307頁

- xvii 東京高裁平成22年9月29日判決は以下のように判示している。
「被控訴人は、転居届の情報は、「通信の秘密」（憲法21条2項後段）、『信書の秘密』（郵便法8条1項）に当たるので、被控訴人は守秘義務を負うと主張する。『通信の秘密』（憲法21条2項後段）とは、(a)『通信の秘密』に属する通信内容や事務上の事項について調査、探求をしてはならないこと（積極的知得行為の禁止）、(b) 通信事務取扱者が『通信の秘密』について知り得た事項につき秘密を守るべきこと（漏洩行為の禁止）を意味する。郵便法8条1項は、憲法21条2項後段を受けてこれを具体化したものである。
しかし、転居届は、通信、信書そのものとはいえず、個々の郵便物とは離れて存在するものである。そして、転居届の情報が報告されても、個々の通信の内容は何ら推知されるものではないから、同情報は、憲法21条2項後段の『通信の秘密』に該当せず、郵便法8条1項の『信書の秘密』にも該当しないと解される。したがって、転居届の情報は、これらの規定による保護を受けることはないというべきであるから、被控訴人は、『通信の秘密』、『信書の秘密』に基づく守秘義務を負うことはない。」としている。
- xviii 例えば大規模な公害訴訟や薬害訴訟など、争点を共通とする損害賠償請求事件で他の事件で当事者が争って裁判所が判断をした争点について、一切の影響が他の事件にないということもありうるが、紛争解決のための統一基準が最高裁で作られるまで待つことが適切であるといえない事案はありうる。