慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

| | |
|---|---|
| Title | 〔最高裁民訴事例研究二六三〕<br>いわゆる訴えの主観的追加的併合の許否<br>(最高裁昭和六二年七月一七日第三小法廷) |
| Sub Title | |
| Author | 坂原, 正夫(Sakahara, Masao)<br>民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai) |
| Publisher | 慶應義塾大学法学研究会 |
| Publication year | 1988 |
| Jtitle | 法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.61, No.9 (1988. 9) ,p.107- 115 |
| JaLC DOI | |
| Abstract | |
| Notes | 判例研究 |
| Genre | Journal Article |
| URL | https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19880928-0107 |

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 〔最高裁民訴事例研究二六三〕

## 昭六二3（最高民集四一巻五号一四〇二頁）

### いわゆる訴えの主観的追加的併合の許否

損害賠償請求事件（昭六二・七・一七第三小法廷）

昭和五五年二月一日にX（原告・控訴人・上告人）はYを相手に損害賠償請求の訴えを提起したが、第一審の訴訟中の昭和五九年二月一〇日にZ（被告・被控訴人・被上告人）にも連帯責任があるとして、「訴ならびに当事者変更申立書」という書面を提出し、請求の趣旨を「Y及びZはXに対して連帯して支払え」旨に変更すると申立てた。裁判所は、「主観的追加的併合の申立と解されるところ、その当否はさておき、本訴はZに対する新訴の提起であり、本件において、右訴提起に要する手数料の納付を免ずる理由は見出し難い」として、印紙の追貼をXに命じた。Xがこれに応じなかったので、裁判所は訴えを却下した。

Xは控訴して、これは新訴の提起でなく、主観的追加的併合の申立てであり、民訴法五九条の共同訴訟の要件を充足し、第一審の口頭弁論終結時前であるから許される筈であり、しかも従前の訴訟物と経済的には同一の利益の追求であるから、追貼は必要ないと主張した。原審は「①明文の規定がない ②主観的追加的併合を認めたとしても、旧訴は常に利用できるとは限らない、時期によっては訴訟遅延を招きやすい、濫訴の恐れがある、③判例も否定している（最判昭四二・九・二七民集二一巻七号一九二五頁）、④この場合は別訴を提起し弁論を併合すれば問題はない、⑤弁論の併合が許されないものを主観的追加的併合で目的を達成しようとするのは本末転倒

である」等を理由に控訴を棄却した。

Xは上告して控訴理由と同じような見解をより詳しく論じ、主観的追加的併合の長所、即ち訴訟経済と裁判の統一を強調した。なお上告理由から本件について次のような事件経過を知ることができる。昭和五〇年一二月一九日に訴外AとYとの間に訴訟上の和解が成立し、YはAが和解金九千万円を完済すれば、土地所有権をAに移しその旨の所有権移転登記をするというものであった。昭和五一年五月二六日にAはYに遅延損害金を含めて一億円を支払い問題の土地を取得した。XはAに代位してYを相手にこの土地売買に瑕疵があるとして七千万円の損害賠償金の支払いを求めて訴えを提起した。これが本件訴訟である。その理由は和解における土地の評価に瑕疵があり、そのためにAが不必要な代金を支払ったというものであった。Zを追加したのは問題の鑑定はZ（銀行）の従業員である鑑定人がなしたからであり、Zの責任が訴訟の経過によって明らかになったからであるというものである。

最高裁は次の理由でXの上告を棄却した。

「甲が、乙を被告として提起した訴訟（以下「旧訴訟」という。）の係属後に丙を被告とする請求を旧訴訟に追加して一個の判決を得ようとする場合は、甲は、丙に対する別訴（以下「新訴」という。）を提起したうえで、法一三二条の規定による口頭弁論の併合を裁判所に促し、併合につき裁判所の判断を受けるべきであり、仮に新旧両訴訟の目的たる権利又は義務につき法五九条所定の共同訴訟の要件が具備する場合であっても、新訴が法一三二条の適用をまたずに当然に旧訴訟に併合されるとの効果を認めることはできないというべきである。けだし、かかる併合を認める明文の規定がないのみでなく、これを認めた場合でも、新訴につき旧訴訟の訴訟状態を当然に利用することができるかどうかについては問題があり、必ずしも訴訟経済に適うものでもなく、かえって訴訟を複雑化させるという弊害も予想され、また、軽率な提訴ないし濫訴が増えるおそれもあり、新訴の提起の時期いかんによっては訴訟の遅延を招きやすいことなどを勘案すれば、所論のいう追加的併合を認めるのは相当ではないからである。

右と同旨の見解に立ち、上告人の被上告人に対する本件訴えは新訴たる別事件として提起されたものとみるべきであるから、新訴の訴訟の目的の価額に相応する手数料の納付が必要であるとして、上告人が手数料納付命令に応じなかったことを理由に本件訴えは不適法として却下を免れないとした原審の判断は、正当として是認することができ、原判決に所論の違法はない。所論引用の判例は、事案を異にし本件に適切でない。右違法のあることを前提とする所論違憲の主張は、失当である。論旨は、ひっきょう、独自の見解に基づいて原判決を論難するものにすぎず、採用することができない。」

## 一　本件判決は、この種の事例の解決方法として学説がその適用範囲を広く認めてきた訴えの主観的追加的併合を否定し、従前の実務が行ってきた「別訴の提起と弁論の併合」という方法[1]を是認した点で、非常に重要な意味を有している。特に本件事例は訴えの主観的追加的併合が論議されるときに、常に最も基本となるタイプであり[2]、学説の多数説はそれを許すことは当然としてきたものである[3]。それだけに、学説に与える衝撃は大であり[4]、この判決が今後の実務に与える影響は計り知れないものがある。恐らく本判決が訴えの主観的追加的併合を一般論として否定したことから、今後実務では訴えの主観的追加的併合に

ついてはいかなる場合でも、本件判決を判例として評価し、それを根拠に消極的に判断し処理していくものと思う。[5] かように重要な判例であるが故に、その判断内容が正しいか否かは慎重に検討されなければならない。検討すべき問題は本件判例の訴えの主観的追加的併合を否定した理由は正当で、いかなる場合でも訴えの主観的追加的併合を認めないことは妥当なのかということである。結論をいうならば私は事案の解決という点では賛成できても、本件判決の考え方には反対である。

なお本件判決の意義はこの問題に対する従前の下級審判例の対立を解消させたという点で評価されるかもしれない。しかし、従前の判例といっても一般に本件原審の判決[6]の他に二件しか報告されておらず、[7] それぞれの理由付けに問題がない訳でなく、[8] また一般的な事例とは必ずしもいえないので、[9] これらをもってこの問題の判例が対立していたということは必ずしも適切な表現ではないように思う。従前の判例との関連を重視する必要はないように思うので、ここでは特に従前の判例との関連の問題は考察の対象にしない。また上告理由は数多くの判例を引用しているし、原審判決にも判例の引用がみられる。しかしながら、これらは「事案を異にし本件に適切でない」ので（本判決理由）、この点の考察も省略する。

二　訴えの主観的追加的併合が認められない理由として、判決は第一に条文に規定のないことを理由に挙げている。確かに条文に根拠がないにもかかわらず、新しい制度を創設するかのような解釈論は問題であるし、条文に規定されていないことは消極的に解するのが一般的な解釈の手法かもしれない。しかし、訴えの主観的追加的併合を否定する条文もないのであるから、条文がないことから直ちに訴えの主観的追加的併合を否定することは断定できない筈で、解釈に委ねたと解する余地はあるし、そのように解するのが自然であろう。また仮に立法の問題であるとしても、訴えの主観的追加的併合に関して将来において何等かの立法がなされるかというと、今日の改正の動向をみる限り、その可能性はほとんど考えられないのであるから、条文の有無の問題とするのはあまりにも形式論といわなければならない。[10]

そうなると実質論になるが、本件判決は訴えの主観的追加的併合を認めても「旧訴訟の訴訟状態を当然に利用できるかについては問題があり、必ずしも訴訟経済に適うものでもない」と積極説を批判する。訴訟経済の意味や訴えの主観的追加的併合の許容の要件と効果をどう解するかということに関係するが、[11] 確かに指摘されるような場合があり、訴えの主観的追加的併合を認めるとしても、常に訴訟経済に適う訳ではない。しかし、訴訟経済に適う場合があることも事実であろう。どちらの状態を重視するのかということになるが、この問題はこの種の現象に対する対応の姿勢の問題であって、簡単に決着がつくとは考えられず、その意味で訴えの主観的追加的併合の許否に当って消極説の一つの根拠にはなりえても、直ちに積極説を否定する

理由にはならない。[12] しかも、かような問題点は訴えの主観的追加的併合を認めるに当っての要件の問題として考えればよいことである。つまりそのような事態にならないような要件を考えれば済むことである。あるいは弁論の分離をすることによって処理することもできよう。同様なことは「訴訟を複雑にさせる」とか、「軽率な提訴ないし濫訴が増える」とか、「新訴の提起の時期いかんによっては訴訟の遅延を招く」という本件判決の積極説批判の理由にもいえることである。即ち、確かにそのような批判はあろうが、それが全てではないし、それは訴えの主観的追加的併合を認める場合の要件論の中で解消すれば済むことである。

問題はそうなるといかなる要件かということになるが、正直なところこれは大変に難しい問題である。要件を決めるのが難しいから、本件判決が訴えの主観的追加的併合を否定したとも十分考えられる。しかし、それだけでは消極説の理由にはならないであろう。訴えの主観的追加的併合を否定して、その代りに「別訴の提起そして弁論の併合」という方法を採ったにしても、弁論の併合が裁判所の全くの恣意的な基準で行われない以上、併合すべき場合についての基準の問題は残るであろう。ここでの裁判所の判断の基準こそが訴えの主観的追加的併合の要件の問題と解することができよう。それ故に裁判所がそのときどきの状況に応じて判断すればよいというのも、確かに一つの答えではあるが、それは問題解決の先送りのように思う。どのような要件を考えるべきかは四で述べる。

三　次に「訴えの主観的追加的併合が認められた場合」と「別訴の提起そして弁論の併合がなされた場合」とではどのような差異が生じるかという考察を通して、この問題を考えてみよう。結果的には両者にはそれほどの差異はないが、[13] 本件でXが幾度となく強調したように、そして本件での争点であったように、第一に印紙の貼用で差異が生じる。「別訴の提起そして弁論の併合」の場合は別訴提起に当って必ず印紙の貼用が必要であるが、訴えの主観的追加的併合の場合は印紙の貼用を必要としない場合が生じることは否定できない。[14] そこで「別訴の提起そして直後の弁論の併合」には印紙を要しないとの解釈が許されるならば、[15] 両者の差異はなくなるであろう。このことはそもそも印紙の問題は当事者にとって実際は重要であるが（本件では三五万七千六百円の印紙を貼るか否かの問題である）、訴えの主観的追加的併合の許否の問題にとっては理論的には本質の問題ではないということであろう。ここで問われているのは原告が追加的に被告を増やすことの許否であって、印紙のことではないからである。印紙の問題は原告にどのような観点でどの程度の負担を求めるかの問題である。印紙の貼用を要求することによってこの種の訴えの提起の抑制を図るとか、あるいは多少とも国家財政が潤うというような視点も考えられるが、そのようなことで印紙の問題を考えるべきではなく、出来る限り当事者の負担の軽減と負担に付き合理的な基準を考えるべきであろう。

そうなると問題は第二番目の差異である。即ち一緒に審理するか否かの判断を当事者の主体的判断で行うのか、それともとにかく別訴の提起が必要で、裁判所が弁論の併合の当否を裁判所の責任で判断するのかということになる。前に述べた姿勢の問題というのは正にこのことである。ところで弁論の併合に関して裁判所の裁量でなく、当事者に弁論の併合を求める権利があると解するならば[16]、訴えの主観的追加的併合と「別訴の提起そして弁論の併合」との差異はほとんどないことになる[17]。この方法は訴えの主観的追加的併合を認めないが、訴訟における当事者の紛争を集約させる権利は認めるということで、折衷説とも表現することができる。しかし、そもそも当事者に弁論の併合を求める権利があるか否かが問題であるし、仮にそれが認められるとしても、裁判所の判断に対して当事者が抗告で争う余地を考えねばならないし[18]、訴えの主観的追加的併合を認める立場からすると、迂遠な方法である[19]。また「別訴の提起そして弁論の併合」という方法からすると、裁判所の自由な裁量が制約されるということで、この説が有している要件や基準を考えないで済むという長所が失われることになる。結局は訴訟法における解釈論の姿勢の問題に帰着する。姿勢の問題であるとすると、この問題はどのように考えるべきであろうか。私は次のような理由から訴えの主観的追加的併合を認めるべきであると考える。当事者が選んだ相手は訴訟中に全く変更は許さず主観的追加的併合は一切認めないということは、職権進行主義の下にあるとはいえ、訴訟法における当事者主導の諸原則（例えば処分権主義、弁論主義等）からして、不合理である。というのは法が予定していないような現象や問題に対しては当事者主導の考え方を積極的に適用していくべきであって、消極的に既存の制度の枠内で考えるべきではないと思うからである。そこで一緒に審理するか否かは裁判所の判断に委ねれば問題はないというのではなくて、別訴によっても弁論の併合が認められる以上、一定の要件の下に当事者の主観的追加的併合の申立てが認められるべきである。そのことは当事者の手続上の地位の拡充、主体的地位の確保として評価することになると思うからである[20]。要するに従来裁判所に委ねられたと解されてきた事項につき、あるいは当事者において行うことが禁止されたと解されてきた事項につき、不都合が生じない要件の明確化を探究し当事者の権利と責任に任せるように考えることが、私的自治の原則を民訴法においてより一層開花させるために必要と思う。このような理由から、本件判決の見解に反対し、訴えの主観的追加的併合は許されるものと考える。

**四**　本事例のような場合に訴えの主観的追加的併合を認めると、その要件が問題になる。前記札幌高裁の判決が述べているような要件が従来一般に説かれているが[21]、これでは許容される場合が広く、追加する原告の利益のみ考えて、従前の訴訟の被告や追加される被告の不利益については考慮されていないといわざるをえない。これらの利害関係を十分考慮して要件を考えるべ

きであるが、その一つの拠所として民訴法二三二条に注目すべきではないかと思う。確かに条文が無いから全く理論によって要件を考えるのが当然なのかもしれないし、訴えの変更に関する二三二条は同一当事者間での訴訟上の請求の変更の規定であって、主体の変更を生じさせる本事例とは全く異なる問題であるとの批判は説得力を有している。しかし、訴訟中の変動という点では共通性が認められる。そこで客体と主体との違いに注意し、訴訟中の対象の変動の取扱いに注目して考えると、「請求の基礎」に該当するものとして、五九条の前段が考えられるべきであるし、二三二条但書の趣旨、即ち「著ク訴訟手続ヲ遅滞セシムヘキ場合ハ此ノ限ニ在ラス」は消極的要件としてここにおいても生かされるべきであると思う。[22] 従前の説よりも要件が加重されることから、要件加重説として位置づけられると思うが、[23] 私見は二三二条の類推ということで他の説と異なる。

かような考えに対して五九条後段の場合でも、併合が認められる場合がありうるとの批判が考えられるが、[24] 後段では関係が希薄で、追加される被告からすると通常の場合関係のない訴訟に引込まれたとの印象を受けると思う。要件を明確にするために線を引くとなると五九条の前段と後段との区別しかないし、既述のように二三二条の「請求の基礎」概念との対比からすると五九条後段は含まれないと考える。

原告が本来一緒に被告とすべきであったのを誤ったのであるから、そのことにつき「重大な過失がないこと」が要件として考えられるべきとの見解もあろう。[25] 確かにこの点を無視して要件を考えると、原告は被告につき十分調査しないで訴えを提起し、訴訟の途中で被告を追加していくということが簡単になされるであろう。しかしながら、そのために「重大な過失のない」というような非常に主観的な要件を付加することは問題である。一緒に裁判することは決して新被告にとって常に不利益ではないし、いずれ訴えられるかもしれないということを考えると、この要件無しで認めてもそれほど問題は生じないと思う。またこの要件を欠くと被告特定につき調査不足や安易な訴えを救済し、原告に著しく有利な制度になってしまうとの批判もあろうが、そもそも被告特定につきどの程度の義務を原告に課すのかが問題であるし、[26] 原告とても常に安易に訴え提起を行うとは考えられないから、かような調査不足や安易な訴えの増大ということを殊更強調する必要はなく、要件論としては「重大な過失なきこと」は不要としてよいのではないかと思う。

本件では、従前の被告と新被告との間には五九条の前段に該当する関係が認められるから、[27] 原告の訴えの主観的追加的併合の申立てが、果して「訴訟ヲ著シク遅滞セシムヘキ場合」に該当するのかが問題になる。単に訴訟の経過の年月日だけをみた限りでは、これに該当する場合ではないかと思う。従前の訴訟についてかなりの審理がなされ、その段階での申立てであり、従前の被告や裁判所からみればこの段階で申立てを認めることは訴訟を遅延させるものと十分考えられる。また追加される被

告にしても、この段階での併合のメリットはあるとは思えず、このようなことから、この要件の発動により本件では申立てを認めるべきではないと思う。正に本判決についての評釈者が本件が訴えの主観的追加的併合の許否を判断するのに適切でないというのも、[28]このような事情を判断したからではないかと思う。判決の理由には反対ではあるが、原告の申立てを認めなかった結論にはこのようなことから賛成する。

(1) 井上治典教授はこの方法が実務の実情であり（中野＝松浦＝鈴木編・民訴法講義補訂第二版五二九頁〔昭六一〕）、慣行である（「第三者の訴訟引込み」小山＝中野＝松浦＝竹下編・演習民訴法〔昭六二〕）と報告している。

(2) 例えば井上・前掲演習七五一頁、伊藤真「第三者の訴訟引込み」新・実務民訴講座一四三頁以下〔昭五七〕参照。

(3) 例えば学説の状況に関して、伊藤・前掲書一四四頁は訴えの主観的追加的併合に関して「学説の多くがこれを認めている」とし、片山克行・本件判例解説・ジュリスト九一〇号一二六頁も「学説の多数は……肯定し」ているとする。より強い表現としては福永有利・本件判例解説・ジュリスト八九九号六八頁は「学説では……ほぼその見解が一致していた」とし、佐上善和・本件判批・判例評論三五一号四五頁（判例時報一二六六号二〇七頁）は「〔学説では〕ほぼ自明であるといえるほど承認されていたといってよい」と述べている。学説の詳細と今日の学説が議論している事例等についてはこれらの論稿に譲り（特に佐上・前掲書四五頁が詳しい）、ここでは個々の文献を明らかにすることは省略する。

なお学説において訴えの主観的追加的併合について消極説がないわけではない。例えば兼子編・判例民訴法上巻二七六頁〔昭三七〕、井田友吉「当事者の表示の訂正、任意的当事者の変更」判例タイムズ一八八号七一頁〔昭四一〕、滝川叡一「請求の主観的択一関係と共同訴訟」本井巽＝中村修三編・民事実務ノート第二巻一四一頁〔昭四三〕等である。法律に規定がないこと、「別訴の提起そして弁論の併合」の取扱いに不便がないこと、認めると軽率な訴えを招くこと等がその理由であり、本件判決の理由とほぼ同じである。ただ注意すべきことは、これらの意見を表明している方々は執筆者紹介によれば実務家、ことに裁判官であるということである。

(4) 井上教授はこのような状況を「リニア・モーターカーの適否を議論しているときに、在来線のS・L特急も認めることはできないとして冷水を浴びせられた感じである」と感想を述べている（本件判例解説・ジュリスト法学教室八九号八五頁）。

(5) 今後の判例の動向について、福永・前掲書七三頁は「本判決を修正するような判決が出てくる可能性はあまりないように思われる」と述べているが、佐上・前掲書四四頁は「そのような可能性が残されているように思われる」と述べている。

(6) 本件原審は東京高判昭和五九年八月一六日であり、判例時報一一五二号一四〇頁、判例タイムズ五四一号一五三頁、金融法務事情一〇八七号三九頁、東京高等裁判所民事判決時報三五巻八・九号一五〇頁に掲載された。この判決に対する判例批評あるいは判例解説としては齋藤哲・駒沢大学大学院法学研究科私法学研究会・私法学研究一一号六五頁、徳田和幸・ジュリスト八六二号一一六頁がある。

(7) 大阪地判昭和四六年三月二四日判例時報六四〇号七九頁＝判例タイムズ二六四号三五九頁、札幌高判昭和五三年一一月一五日判例タイムズ三七七号八八頁。一般に前者が消極説、後者が積極説として紹介されている。訴えの主観的追加的併合は、任意的当事者変更

に対して論理的に先行するものと考えられるから（福永有利「任意的当事者変更」鈴木＝三ケ月監修・実務民訴講座一巻一〇〇頁〔昭四四〕）、任意的当事者変更についての判例で訴えの主観的追加的併合に言及したものがある。これについては、福永・前掲ジュリ七〇頁、片山・前掲書一二七頁参照。

(8) 大阪地判昭和四六年三月二四日判例時報六四〇号七九頁は任意的当事者の変更の問題として理解し、「任意に原告または被告を交替することは、手続の安定を害することとなり、許されない」ことを理由にする。訴えの主観的追加的併合の許否の問題を手続の安定を害することだけで解答するのはやや説得力を欠くといわざるをえないし、そもそも否定的な理由は訴えの主観的追加的併合一般の問題というよりは任意的当事者の変更の問題として理解していることによるものと思われる。

札幌高判昭和五三年一一月一五日判例タイムズ三七七号八八頁は理由を述べず、単に「第一審においてなされ、且つ訴の主観的併合の要件（民訴法第五九条）及び訴の客観的併合の要件（同法第二二七条）を具備する限り適法であると解するのが相当である」とする。理由が述べられていないのでその根拠は不明であるが、学説の多数説に従ったものと思われる。しかし、判例の挙げた要件が問題解決にとって十分であるかは後の四で述べるような疑問がある。

(9) 消極説の大阪地判の事案は被告とすべき者を誤った場合の事例であり、その意味では任意的当事者の変更が問題とする場合というべきかもしれない。積極説の札幌高判の事例では追加された被告は当該訴訟に既に補助参加しているという事情がある。

(10) 井上・前掲法教八五頁は「明文の規定があるかないかというような議論のたて方じたい、あまりスジがいいとはいえない」と批判する。井上教授はまたこの問題はかような狭隘な考慮によって決められるべき問題ではないとも述べている（前掲演習七五四頁）。

(11) 新当事者と従前の訴訟との関係については井上・前掲演習七五八頁、福永・前掲ジュリ七〇頁参照。

(12) 要するに福永教授が指摘しているように抽象的利益考量論では解答がえられないのであり（前掲ジュリ七一頁）、これがこの議論の限界である。もっとも本稿でいう民訴法に対する姿勢、即ち、訴訟における当事者の主体的地位の確立というものもここでの利益として考えるならば、そのような批判は当らないが、利益に当るか否かの問題はここでは重要でないし、深く論究する必要もないであろう。

(13) 小林秀之・本件判例解説・法学セミナー三九九号一〇九頁は管轄の問題を指摘し、福永・前掲ジュリ七〇頁は新訴と旧訴とが主観的予備的関係の場合に差異があることを明らかにする。また片山・前掲書一二七頁は印紙貼用の関係で、原告の別訴提起にためらいが生じる可能性があるとする。いずれも細かい分析による指摘であるが、典型的事例での差異は後に本文で述べる点であり、これこそが重要である。

(14) 訴状に貼用する印紙の額を決める方法は原則として合算の法則、吸収の法則、不算入の法則であるが（裁判所書記官研修所編・民事訴訟における訴訟費用の研究二〇九頁以下〔昭五一〕）、併合請求の訴額は単に合算するのではなく、経済的利益の重複する限度で吸収しそれによって計算する（吸収の法則、前掲民事訴訟における訴訟費用の研究二一一頁）。なお本件のように第一審が本案について実質的な審理を全くしていない場合の上訴に関して上訴状の印紙の額が問題になるかもしれない。即ち、この場合の印紙額の算定に当っては控訴、上告として考えるのでなく、訴状審査に対しての抗告として考えるとの見解である。本件原審判決についての判例解説が指

摘するところであるが（金法一〇八七号四〇頁）、これは旧法時代の議論であり、今日では民事訴訟費用等に関する法律の別表第一の四の項で定める額によって処理することになったと解すべきであろう（内田恒久編・民事・刑事訴訟費用等に関する法律の解説九四頁〔昭四九〕）。

(15) 福永・前掲ジュリ六九頁参照。

(16) 滝川・前掲書一四〇頁参照。

(17) 福永・前掲ジュリ七三頁注（8）参照。

(18) 福永・前掲ジュリ七三頁参照。

(19) 片山・前掲書一二七頁。井上・前掲演習七五八頁は滝川説に対する批判ではないが、「別訴の提起と弁論の併合」方法につき「迂遠である」と批判する。

(20) 井上・前掲演習七五八頁は弁論の併合という方法は当事者の手続保障ということに欠けると批判する。

(21) 前注8参照。要件についての学説の状況は片山・前掲書一二六頁以下に詳しい。

(22) 福永教授は追加的併合の時期を問題とし、これに対応するためには「訴えの変更に関する民訴法二三二条一項但書を類推適用するという解決策もあるであろう」と述べている（前掲ジュリ七二頁）。私見は但書だけでなく、本文も類推すべしということである。なおドイツでは任意的当事者の変更につき、判例は訴え変更説を基本としているから（拙稿「控訴審における任意的当事者の変更」（ドイツ民事訴訟法関係新判例紹介・判例タイムズ四六〇号六一頁〔昭五七〕）、訴えの変更に関する規定が日本と異なるとはいえ、訴えの主観的追加的併合について訴えの変更の規定を類推するとの私見は全くナンセンスとは言えないと思う。

(23) 要件過重説については福永・前掲ジュリ七一頁以下、片山・前掲書一二六頁以下参照。

(24) 福永・前掲ジュリ七二頁参照。

(25) 井上・前掲演習七五八頁参照。

(26) 佐上・前掲書四六頁以下参照。

(27) 齋藤・前掲書七六頁以下では本件のような場合は六二条が適用（準用）され、判決の合一確定が図られる場合であるとし、その観点から主観的追加的併合は認められると説く。この説では共同訴訟についての理解が問題となる。

(28) 井上・前掲法教八五頁、福永・前掲ジュリ七二頁、佐上・前掲書四七頁等。

坂原　正夫