

|      |                                                                                                                                     |
|------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| タイトル | 一 数人の提起する養子縁組無効の訴えにおいて共同訴訟人の一人が上告を提起した後にされた他の共同訴訟人による上告の適否<br>，二 数人の提起する養子縁組無効の訴えにおいて共同訴訟人の一人が上告受理の申立てをした後にされた他の共同訴訟人による上告受理の申立ての適否 |
| 著者   | 酒井，博行；SAKAI，Hiroyuki                                                                                                                |
| 引用   | 北海学園大学法学研究，48(2)：333-351                                                                                                            |
| 発行日  | 2012-09-30                                                                                                                          |

〈判例研究〉

一 数人の提起する養子縁組無効の訴えにおいて共同訴訟人の一人が上告を提起した後になされた他の共同訴訟人による上告の適否

二 数人の提起する養子縁組無効の訴えにおいて共同訴訟人の一人が上告受理の申立てをした後にされた他の共同訴訟人による上告受理の申立ての適否

最高裁判所平成二二年（オ）第一〇二二号、平成二二年（受）第一一九四号、養子縁組無効確認請求事件、平成二三年二月一七日第一小法廷決定（家庭裁判月報六三卷九号五七頁、裁判所時報一五二六号二頁、判例時報二二二〇号六頁、判例タイムズ一三五二号一五九頁）

酒 井 博 行

## 【事実の概要<sup>(1)</sup>】

訴外A女には、X<sub>1</sub>男（原告（共同訴訟参加人）・被控訴人・上告人）、X<sub>2</sub>男（原告・被控訴人・上告人）、B男の三名の実子がいた。

X<sub>2</sub>は平成四年、訴外C女と婚姻し、平成六年、両者の間にY女（被告・控訴人・被上告人）が誕生した。平成一五年一〇月二九日、X<sub>2</sub>とCの協議離婚が成立し、CがYの親権者と定められた。しかし、Cはその後Aと疎遠にはならず、平成一六年頃からは、Aからその預貯金の管理も任されるようになっていた。

平成一七年九月二一日、Aは意識不明となり、同年一一月四日、意識が戻らないまま死亡した。Aが意識不明となった後の同年九月二二日、Cによって、同年九月五日付のAの署名押印のあるA・Y間の養子縁組届出書が役場に提出されている。なお、A・Y間の養子縁組については、A死亡後の平成一八年五月二九日、死後離縁の届出がなされ、CがYの親権者となった。

以上のような状況の下、X<sub>2</sub>はYを相手取り、A・Y間の養子縁組はAの意思に基づかない無効なものである旨を主張し

て、養子縁組無効の訴えを提起し、第一審段階でX<sub>1</sub>がX<sub>2</sub>に共同訴訟参加をした。

第一審判決（京都家判平成二〇年七月三日（判例集未登載））は、本件養子縁組はAの意思に基づかないものであるから無効であるとして、X<sub>1</sub>・X<sub>2</sub>の請求を認容した。これに対しYが控訴したところ、原判決（大阪高判平成二二年一月二七日（判例集未登載））は、本件養子縁組はAの縁組意思および届出意思に基づくものであるから無効ではないとして、第一審判決を取り消し、X<sub>1</sub>・X<sub>2</sub>の請求を棄却した。

これに対して、X<sub>2</sub>は平成二二年二月七日、上告および上告受理の申立てをし、また、X<sub>1</sub>はこれに後れる同年二月二二日、上告および上告受理の申立てをした。本決定は、X<sub>1</sub>の上告および上告受理申立てに対するものである。

なお、X<sub>2</sub>の上告および上告受理申立てに対しては、本決定と同日に、X<sub>1</sub>も上訴当事者として、上告棄却・不受理の決定がなされている（ただし、上訴費用の負担はX<sub>2</sub>のみである）。

## 【決定要旨】 上告却下・上告不受理

「数人の提起する養子縁組無効の訴えは、いわゆる類似必要的共同訴訟と解すべきであるところ（最高裁昭和四三年（オ）

第七二三号同年一月二〇日第二小法廷判決・裁判集民事九三三七七頁）、記録によれば、X<sub>1</sub>が本件上告を提起するとともに、本件上告受理の申立てをした時には、既に共同訴訟人であるX<sub>2</sub>が本件養子縁組無効の訴えにつき上告を提起し、上告受理の申立てをしていたことが明らかであるから、X<sub>1</sub>の本件上告は、二重上告であり、X<sub>1</sub>の本件上告受理の申立ては、二重上告受理の申立てであって、いずれも不適法である。」

【評釈】

一 はじめに

必要的共同訴訟（民事訴訟法（以下、「法」と記す）四〇条）において、共同訴訟人の全員が歩調を揃えて上訴を提起する場合、何の問題も生じないが、共同訴訟人の一部が上訴を提起した後、他の共同訴訟人（以下、「非上訴者」と記す）が後れて上訴を提起した場合、非上訴者による後行の上訴をどのようにに処理するのかという点が、二重上訴の処理との関係で問題となり、また、この問題を考える際には、前提問題として、必要的共同訴訟における非上訴者の地位をどのように考えるのかという点が問題となる。

数人の提起する養子縁組無効の訴え（民法八〇二条、人事

訴訟法二条三号）は、その確定判決の効力が第三者にも拡張されるため（人事訴訟法二四条一項）、類似必要的共同訴訟とされるが、本決定は、複数の第三者の提起する養子縁組無効の訴えにおいて、非上訴者による後行の上告・上告受理申立てを二重上訴として不適法であるとした。類似必要的共同訴訟における二重上訴の問題について判断した初めての事案であり、また、類似必要的共同訴訟における非上訴者の地位に関して、先行の判例との関係で重要な問題を含んでいると考えられる。その意味で、本決定は民集登載判例ではないが、理論上・実務上重要な裁判例であるといえる。

以下では、二で、本決定の前提問題と考えられる、類似必要的共同訴訟における非上訴者の地位に関する問題を論じ、三で、本決定が直接扱った問題である、類似必要的共同訴訟における二重上訴の問題を論じることにした。

二 類似必要的共同訴訟における非上訴者の地位

類似必要的共同訴訟における非上訴者の地位に関しては、判例の集積もあり、また、それに伴い、学説においても活発な議論がなされている。以下では、この問題に関する判例・学説の状況を概観し、検討を加えることにしたい。

従来の判例は、必要的共同訴訟において一部の共同訴訟人のみが上訴を提起した場合、上訴は共同訴訟人全員にとって有利な行為であるとして、法四〇条一項（旧法六二条一項）により、共同訴訟人全員に対してその効力を生じ、したがって、非上訴者も上訴人としての地位を取得すると解してきた。大判昭和八年七月七日（民集二卷一八四九頁）、最（三小）判昭和三八年三月一二日（民集一七卷二号三二〇頁）は、固有必要的共同訴訟につき、一部の共同訴訟人の上訴提起により非上訴者も上訴人となる旨を判示する。しかし、類似必要的共同訴訟については、近年、判例の立場に変遷がみられる。最（二小）判昭和五八年四月一日（民集三七卷三号二〇一頁）<sup>③</sup>は、平成一四年改正前の旧地方自治法二四二条の二第一項四号（以下、「旧四号」と記す）所定の住民訴訟で、原告住民一五名のうち、五名のみが第一審判決に対し控訴を提起し、控訴審裁判所も当該五名のみを控訴人として扱い、原判決にも同人らのみを控訴人として表示したという事案において、「本件訴訟を提起した一五名の第一審原告らのうち本件上告人ら五名がした第一審判決に対する控訴は、その余の第一審原告らに対しても効力を生じ」（民訴法六二条一項（※筆者注・現

行法四〇条一項）、原審としては、第一審原告ら全員を判決の名宛人として一個の終局判決をすべきところであって、第一審判決に対する控訴をした本件上告人らのみを控訴人としてされた原判決は、違法であることが明らかである」と判示しており、従来の判例に沿った判断をなしている。

ただし、この昭和五八年最判には木下忠良裁判官の反対意見が付されている。木下反対意見は、必要的共同訴訟において共同訴訟人の一部の者が上訴すれば他の者も上訴人の地位に就くと解されているのは、本来合一的のみ確定されるべき性質を持つ判決が区々になることを避けるための方法としてであるに過ぎないが、その目的のためには、必ずしも一部の共同訴訟人が上訴すれば他の者も上訴人の地位に就くものとする必要はないばかりか、自ら上訴せず上訴追行の意思もない者にも上訴人の地位を付与し自ら上訴した者と同様の上訴審当事者としての権利・義務を課することはかえって不当でもあり、訴訟経済にも反する旨を論じたうえで、多数の住民が提起する旧四号の住民訴訟は、普通地方公共団体が有する同一の請求権を多数の住民がいわば公益の代表者としての立場で行使するものであるという性質を持つ点に鑑みると、少なくともこのような訴訟にあつては、共同訴訟人の一部の者

が上訴すれば、それによって判決は全体として確定を遮断され、請求は上訴審に移審して、それが上訴審における審判の対象とはなるが、上訴審における訴訟追行は専ら上訴した共同訴訟人によってのみ行われるべく、自ら上訴しなかった共同訴訟人はいわば脱退して、ただ上訴審判決の効力を受ける地位にあるにとどまるものと解するのが相当であると考ええる。ただし、それによって判決の合一的確定という要請は充たすことができるし、それがこの種の訴訟における当事者の意思に最も適合するところであると考えられるからである」と判示した。

これに対し、最大判平成九年四月二日（民集五一巻四号一六七三頁）<sup>4</sup>は、いわゆる愛媛玉串料訴訟の最高裁大法廷判決であるが、同じく旧四号所定の住民訴訟で、原告住民一九名が原判決に対し上告を提起したが、上告審でそのうちの一名が上告を取り下げる旨の書面を最高裁に提出したという事案において、「類似的な共同訴訟については、共同訴訟人の一部の者がした訴訟行為は、全員の利益においてのみ効力を生ずるとされている（民訴法六二条一項（※筆者注・現行法四〇条一項））。上訴は、上訴審に対して原判決の敗訴部分の是正を求める行為であるから、類似的な共同訴訟において共

同訴訟人の一部の者が上訴すれば、それによって原判決の確定が妨げられ、当該訴訟は全体として上訴審に移審し、上訴審の判決の効力は上訴をしなかった共同訴訟人にも及ぶものと解される。しかしながら、合一確定のためには右の限度で上訴が効力を生ずれば足りるものである上、住民訴訟の……性質にかんがみると、公益の代表者となる意思を失った者に對し、その意思に反してまで上訴人の地位に就き続けることを求めることは、相当でないだけでなく、住民訴訟においては、複数の住民によって提訴された場合であっても、公益の代表者としての共同訴訟人らにより同一の違法な財務会計上の行為又は怠る事実の予防又は是正を求める公益上の請求がされているのであり、元來提訴者各人が自己の個別的な利益を有しているものではないから、提訴後に共同訴訟人の数が減少しても、その審判の範囲、審理の態様、判決の効力等には何ら影響がない。そうであれば、住民訴訟については、自ら上訴をしなかった共同訴訟人をその意に反して上訴人の地位に就かせる効力までが行政事件訴訟法七条、民訴法六二条一項（※筆者注・現行法四〇条一項）によって生ずると解するのは相当でなく、自ら上訴をしなかった共同訴訟人は、上訴人にはならないものと解すべきである。この理は、いった

ん上訴をしたがこれを取り下げた共同訴訟人についても当てはまるから、上訴をした共同訴訟人のうちの一部の者が上訴を取り下げても、その者に対する関係において原判決が確定することにはならないが、その者は上訴人ではなくなるものと解される」と判示し、旧四号の住民訴訟に関する昭和五八年最判からの判例変更を行った。

また、最（二小）判平成一二年七月七日（民集五四卷六号一七六七頁）<sup>(5)</sup>は、株主代表訴訟（旧商法二六七条、現会社法八四七条）で、原告株主四名のうち二名のみが上告を提起したという事案において、取締役の会社に対する責任を追及する株主代表訴訟では、すでに訴訟追行の意思を失った者に対し、その意思に反してまで上訴人の地位に就くことを求めることは相当でないこと、複数の株主によって株主代表訴訟が追行されている場合でも、株主各人の個別的な利益が直接問題となっているものではなく、提訴後に共同訴訟人たる株主の数が減少しても、その審判の範囲、審理の態様、判決の効力等には影響がないことを根拠として、前記の平成九年最大判を引用し、「株主代表訴訟については、自ら上訴をしなかった共同訴訟人を上訴人の地位に就かせる効力までが民訴法四〇条一項によって生ずると解するのは相当でなく、自ら上訴

をしなかった共同訴訟人たる株主は、上訴人にはならないものと解すべきである」と判示した。

## 2 学説

通説は、上訴提起行為は法四〇条一項にいう全員にとって有利な行為であるとして、終局判決に対して共同訴訟人の一人でも上訴を提起すれば、全員のためにその効力が生じ、全員に対する関係で判決の確定が遮断され、全訴訟・請求が上訴審に移審し、非上訴者も含め共同訴訟人全員が当然に上訴人の地位につくと解している。<sup>(6)</sup>

このような通説の考え方に対し、疑問を呈した見解の嚆矢が、井上治典教授の見解である。井上教授は、必要的共同訴訟全般との関係において、上訴の意思もなく上訴審における訴訟追行の意思もない共同訴訟人に上訴人としての地位を擬制し、自ら上訴して主体的に訴訟追行している共同訴訟人と同様の訴訟追行上の権限と負担を求めることがどこまで合理的で当事者の意思に忠実な取扱いであるのか疑問である点、上訴行為は実質的には新たに手続を開始させる行為という面があり、また、単純に有利な行為とも限らないから、上訴審手続を担うかどうかは本来個々の共同訴訟人の自由意思に委

ねられるべきであるという点から、以下の<sup>(7)</sup>ように論じる。すなわち、必要的共同訴訟においては、判決の合一確定の必要から、共同訴訟人の一部の<sup>(8)</sup>上訴により全訴訟・請求が確定を遮断されて移審し、上訴審の審判対象となるが、上訴人たる地位は現実に上訴し上訴審手続に<sup>(9)</sup>関与している者だけに認めれば足り、非上訴者は上訴審当事者たる地位を取得しない、その際、上訴人は非上訴者のために審級限りでの訴訟担当、すなわち、選定当事者的な任意的訴訟担当ないし「緩和された形式での選定当事者」となると解する、非上訴者は上訴審当事者ではなく、当事者としての権利・義務は一切負わない、上訴費用も当然に負担させられない、上訴の取下げも現実の上訴人だけでできる、判決には非上訴者を上訴人と表示する<sup>(10)</sup>必要はない、期日の呼出状その他訴訟書類も非上訴者には送達する必要はない、ただし、非上訴者も上訴審でいつでも弁論に<sup>(11)</sup>関与することはできるが、その場合は、非上訴者が訴訟追行を上訴人に委ねた意思を撤回し自らの当事者地位を回復したものとみなされる、<sup>(12)</sup>と。ただ、井上教授は前記のように原則として非上訴者は上訴審当事者とはならないとしつつも、上訴審が原判決を変更する場合には、請求に関する判断との関係で、判決主文では非上訴者も判決命令の名宛人とせざる

を得ないが、審級限りの訴訟担当である以上やむを得ない旨、および、相手方が附帯上訴を提起する場合、附帯上訴が共同訴訟人に原判決以上の不利益な結果を生ぜしめる行為である点に鑑み、非上訴者も相手方とされなければならない旨を論じ、例外を認める。<sup>(13)</sup>

他方、高橋宏志教授は、井上説に同調しつつ、以下のよう<sup>(14)</sup>に論じる。すなわち、上訴費用の負担に関しては、非上訴者は上訴する意思がなかった点に鑑みると、上訴者だけで負担するとする方が妥当である、非上訴者は上訴を肯定しないのであるから、上訴の取下げも上訴者だけでできるとすべきである、手続の中断・中止事由についても、非上訴者のそれを考える必要はない、しかし、非上訴者の請求も上訴審の審判対象であるから、非上訴者にも手続に<sup>(15)</sup>関与する権能は与えられなければならない、少なくとも上訴審への係属は知らされるべきである、訴えの取下げは、上訴の取下げと異なり、訴訟係属の遡及的消滅、原判決の消滅、再訴禁止を招来する点に鑑みると、非上訴者も関与させなければ不合理であり、この点は、請求の放棄・認諾、和解についても同様である、原判決を変更する場合には非上訴者も判決の名宛人とする方がよい、附帯上訴の関係でも、非上訴者も附帯被上訴人となると

解さざるを得ない、要するに、非上訴者の地位には、上訴審当事者と扱わないのが妥当である部分と上訴審当事者と扱うのが妥当な部分の二重性がある<sup>10)</sup>、そうだとすると、非上訴者も一応は上訴人としておき、その後の処理を弾力化するという手法の方が適切ではないか、と。

他方、徳田和幸教授は、平成九年最大判・平成一二年最判を踏まえたうえで、住民訴訟・株主代表訴訟においては、各共同訴訟人の個別的利益は直接問題とされていないことから、提訴後に共同訴訟人の数が減少しても、審判の範囲、審理の態様、判決の効力等にはなんら影響がないとすれば、現実の上訴した者の請求部分が上訴審に移審すれば足りると考えられ、非上訴者の請求部分を強いて上訴審に移審させる必要があるかは疑問であり、上訴審での訴訟追行を現実の上訴した者に委ねることとして、非上訴者は上訴人とはならないとともに、その請求部分も上訴審に移審することなく消滅すると解しても特に不都合はないと考えられ、非上訴者は訴えの取下げをしたのと同様の意味で上訴人にはならないと解し得る旨を論じる<sup>12)</sup>。

### 3 検討

類似必要的共同訴訟における非上訴者の地位に関しては、平成九年最大判および平成一二年最判が、類似必要的共同訴訟においては共同訴訟人の一部の者の上訴により、原判決の確定が遮断され、全訴訟・請求が上訴審に移審し、上訴審判決の効力が非上訴者にも及ぶ旨の一般論を提示した上で、旧四号の住民訴訟および株主代表訴訟では、非上訴者は上訴人とはならない旨を判示する。これに対し、本決定において非上訴者の地位がどのように解されているのかという点については、本決定それ自体は明示的には何も論じていないと考えられる。ただ、「**事実の概要**」でも記したように、 $X_2$ の上告・上告受理申立てに対しては、 $X_1$ も上訴当事者として、上告棄却・不受理の決定がなされている点から考えると、本件では、 $X_2$ の上訴によって $X_1$ も当然に上訴人となるという、従来の判例・通説の見解に沿った処理がなされたものと考えられる<sup>13)</sup>。そのため、本件の処理は、平成九年最大判・平成一二年最判が提示した、住民訴訟・株主代表訴訟では非上訴者は上訴人とならないとの準則が、それ以外の類似必要的共同訴訟一般には必ずしも妥当するわけではないことを示したものと評価できると考えられる<sup>14)</sup>。

それでは、この点につきどのように考えるべきか。前記の通り、通説は一部の共同訴訟人の上訴提起により非上訴者も含め共同訴訟人全員が当然に上訴人の地位に就く（したがって、上訴審では上訴提起者も非上訴者も手続上全く同じ扱いを受ける）と解する。しかし、井上説はこの点に対し、上訴提起者と非上訴者と同様に扱うことは合理性の観点から疑問であり、かつ、非上訴者の意思にも忠実ではない旨を論じ、批判を加える。また、前記のように、昭和五八年最判の多数意見は、旧四号の住民訴訟につき、従来の判例・通説の立場を採り、非上訴者も上訴人となる旨の判断をなしている。しかし、この点に関しては、原告多数の住民訴訟では敗訴判決に対して上訴しない者が現れるのは当然のことであるが、この場合に非上訴者も上訴人となるとすると、訴訟活動に熱意を欠き、期日に欠席する者も多いと考えられる非上訴者に対しても期日の呼出し、準備書面の送達等を行わなければならない、これを怠れば訴訟手続違反とされるというのは通常の実務感覚に合わず、実務上、極めて煩雑な手続を上訴審に課することになる旨の疑問が提示されていた<sup>(15)</sup>。

このような中で、平成九年最大判・平成一二年最判は、住民訴訟・株主代表訴訟につき、判決の合一確定の観点から、

確定遮断効、移審効、および、上訴審判決の効力が非上訴者にも及ぶことは認めつつも、非上訴者は上訴人とはならない旨を判示し、請求と上訴審当事者の地位との分離を正面から認めている。ただし、この両判決は、その根拠として、非上訴者の意思の尊重という類似的共同訴訟一般に当てはまる根拠だけではなく、住民訴訟・株主代表訴訟では提起者たる共同訴訟人各人の個別的な利益が直接問題となっているわけではなく、提訴後に共同訴訟人の数が減少しても、その審判の範囲、審理の態様、判決の効力等には影響がないことを根拠として挙げているため、両判決の考え方が住民訴訟・株主代表訴訟以外の他の類型的類似必要的共同訴訟に単純に当てはめることができるかどうかという点については疑問が残る。また、両判決は、非上訴者は上訴人とはならない旨を判示しているが、非上訴者が上訴審判決の効力を受けることを超えて、どのような権能を具体的に認められるのかという点については、不明確な点が残るようにも考えられる。さらに、両判決は、非上訴者は上訴人とはならないとする一方で、非上訴者の請求は上訴審の審判対象となるとしているが、この点に関して、高橋説・徳田説からは、非上訴者の上訴審当事者としての地位を完全に否定することはできず、なんらかの

手続関与を認める必要があるのではないかとこの批判がなされている。<sup>15</sup>そして、この点を理由の一つとして、高橋説は類似必要的共同訴訟全般につき、非上訴者の地位には上訴審当事者と扱わないのが妥当である部分と上訴審当事者と扱うのが妥当な部分の二重性があり、非上訴者も一応は上訴人としておき、その後の処理を弾力化するという手法の方が適切ではないかとの見解を示し、徳田説は、住民訴訟・株主代表訴訟につき、非上訴者の請求部分を強いて上訴審に移審させる必要があるかは疑問であり、非上訴者は訴えの取下げをしたのと同様の意味で上訴人にはならないと解し得る旨を論じる。

ここで検討の材料を、本決定で問題となった、養子縁組当事者以外の複数の第三者が提起する養子縁組無効の訴えに限定して議論を進めていくと、まず、非上訴者は上訴人とはならないとする平成九年最大判・平成一二年最判、および井上説の立場を採る場合、非上訴者の意思を尊重することになるし、また、非上訴者には期日の呼出状その他の訴訟関係書類を送達しなくてよいということになるため、実務的な難点の一つは解消されることになる。また、井上説では、非上訴者も上訴審でいつでも弁論に関与することができ、その場合、非上訴者が訴訟追行を上訴人に委ねた意思を撤回し当事者地

位を回復したものとみなすため、一度上訴しないことを選択した非上訴者が上訴審で自らの利益擁護のために再度訴訟に関与する途も残されることになる。しかし、まず、平成九年最判・平成一二年最判の立場は、住民訴訟・株主代表訴訟が提訴者たる共同訴訟人の個々の利益を問題としないことを一つの根拠としているため、各原告について個々の法的な利益を有することが要求される、第三者の提起する養子縁組無効の訴えにこの立場を単純に適用することはできないと考えられる。<sup>17</sup>また、養子縁組無効の訴えにおいては、請求の放棄・認諾、和解はあり得ず（人事訴訟法一九条二項）、問題とはならないが、訴えの取下げはあり得るところ、非上訴者は上訴人とはならないとの立場を採った場合、上訴人による訴えの取下げの規律において問題が生じると考えられる。養子縁組無効の訴えをはじめとする人事訴訟において、終局判決後の訴えの取下げの場合の再訴禁止（法二六二条二項）<sup>18</sup>が適用されるか否かについては、学説上、肯定説と否定説とがあるが、判例（大判昭和一四年五月二〇日（民集一八巻五四七頁））は再訴禁止効を肯定する。そのため、判例の立場を前提とすれば、本決定のような養子縁組無効の訴えの事案で上訴人が訴えを取り下げようとする場合、上訴人のみならず非上訴者も

再訴禁止効を受けることになるため、非上訴者の意向を無視することはできない。しかし、非上訴者は上訴人とはならないとの立場を採ると、この場合、上訴審当事者ではない者に訴え取下げという当事者としての訴訟行為を要求することになるが、これは理論的には背理であると考えられる。また、原審（第一審または控訴審）当事者の資格で訴訟行為をするという説明をするとしても、すでに終了している原審の当事者の資格という説明自体に奇妙な点が残るように考えられる。<sup>20)</sup>

他方、徳田説が養子縁組無効の訴えにも適用されると考えた場合、平成九年最大判・平成一二年最判や井上説の場合と同様、非上訴者への送達という実務的な問題点は生じない。

また、非上訴者は訴えの取下げをしたのと同様の意味で上訴人にはならないと解するのであるから、前記の上訴人による訴えの取下げに関する理論的な問題も生じないと考えられる。しかし、徳田説では、非上訴者は訴えの取下げをしたのと同視されるのであるから、非上訴者が後に上訴審への関与を欲したとしても、理論的には法二六二条二項の再訴禁止効の適用ないし類推適用により、上訴審への関与ができないということにもなり得るように考えられる。<sup>21)</sup>

このように考えていくと、本件のような養子縁組無効の訴えの事案においては、非上訴者も上訴人となると解すべきではないかという結論に至るが、他方、従来の判例や通説のように形式的に考えることにも疑問が残る。したがって、筆者は、この点に関して、高橋説のように、非上訴者を一応は上訴人として扱い、その後の処理を弾力化するという手法が妥当なのではないかと考える。この考え方を採る場合、たとえば、期日の呼出状をはじめとする訴訟関係書類の送達は略することはできないが、非上訴者が送達場所等の届出（法一〇四条）をしていれば、実務上の難点はある程度緩和されるのではないかと考えられる。<sup>22)</sup> また、上訴費用の負担についても、法六五条二項の準用により上訴提起者のみの負担とする<sup>23)</sup>、あるいは共同訴訟人間の内部関係での償還で処理するという処理が可能であると考えられる。非上訴者に中断・中止事由が生じた場合も、その事由の解消がすぐにできない場合には残余の者で手続を進行させるという処理も可能であると考えられる。<sup>25)</sup> 他方、訴えの取下げは、非上訴者も上訴人として扱う以上、上訴提起者のみによることは許されず、非上訴者も含めた全員が行わなければならないと解する。

以上、類似必要的共同訴訟における非上訴者の地位につい

料  
て論じてきたが、本決定で直接問題とされたのは、この非上訴者が、他の上訴提起者に後れてとはいえ、現実に上訴を提起した場合の処理である。三では、この問題について論じることにはしたい。

### 三 類似必要的共同訴訟における非上訴者の上訴と二重上訴

二重起訴の禁止に関する規律（法一四二条）は、上訴についても準用されるため（法二九七条、三一三条、三一八条五項）、すでにされた上訴と不服申立ての範囲を同じくする後行の上訴は二重上訴として不適法となる。<sup>(26)</sup> それでは、必要的共同訴訟において共同訴訟人の一部の者が上訴した後、非上訴者たる他の共同訴訟人による後行の上訴がなされた場合、この後行の上訴は二重上訴として不適法とされるのか、それとも、別の扱いがあり得るのかという点が問題となる。

#### 1 判例

まず、最（二小）判昭和六〇年四月一二日（金判七二九号三八頁）<sup>(27)</sup> は、固有必要的共同訴訟である共有物分割の訴えで共同訴訟人の一部がすでに上告を提起していたという事案に

において、他の共同訴訟人による後行の上告を二重上告にあたるとして不適法却下している。また、最（三小）判平成元年三月七日（判時一三一五号六三頁）<sup>(28)</sup> は、補助参加訴訟で補助参加人がすでに上告を提起した後に被参加人が上告を提起したという事案において、被参加人による後行の上告を二重上告にあたるとして不適法却下している。

#### 2 学説

共同訴訟人の一部の者の上訴提起により全員のためにその効力が生じ、非上訴者も含め共同訴訟人全員が上訴人となるとする通説の立場からは、判例と同様、非上訴者による後行の上訴が二重上訴にあたり不適法となるとの理解がおおむね自明視されていると考えられる。ただ、この点に関しては、補助参加訴訟を念頭に置いてであるが、判例の処理を妥当と評価しつつ、後行の上訴を二重上訴として不適法却下できるのはあくまで先行の上訴の適法性が確認された場合に限られ、したがって、原裁判所限りで後行の上訴を却下すべきではなく、上訴審が先行の上訴の適法性を最終的に確認した後<sup>(30)</sup> に後行の上訴を却下すべきと解される旨を論じる見解もある。

これに対し、上野泰男教授は、通説の立場を前提としても、後行の上訴を直ちに不適法却下してしまうことは妥当ではないとし、必要的共同訴訟の共同訴訟人の一部の上訴により他の共同訴訟人も上訴人となるとの効果は、上訴審における必要的共同訴訟維持のための擬制的効果であり、後に他の共同訴訟人によって現実に上訴がなされた場合の処理のための理論ではなく、むしろ後行の上訴を先行の上訴事件と併合し、一個の終局判決で裁判をすべきであり、この方法によれば、先行の上訴人による上訴取下げが生じた場合に対応したり、後行の上訴者に上訴費用を負担させたりするのが容易になる旨を論じる。<sup>(32)</sup>

また、高橋宏志教授は、必要的共同訴訟、補助参加訴訟などにおける二重上訴については、訴訟費用負担などで必ずしも二度目の上訴に意味がないわけではないため、二重上訴も適法とする余地を認めてもよいのではないかとの見解を示す。<sup>(32)</sup>

他方、井上治典教授は、補助参加訴訟に関し、上訴の場合には相手方の二重の応訴や審判の重複のおそれがないため、二重起訴の禁止をそのまま準用する必要はないこと、人格の異なる補助参加人と被参加人の上訴を同化してしまうのは観

念的にすぎること、上訴が誰のイニシアティブにかかるかによって、たとえば上訴の取下げなどについて異なった取扱いを認められることを理由に、後行の上訴は二重上訴として不適法となるのではないと解し、上訴を提起してきた以上不適法却下されるべきではない旨を論じる。<sup>(33)</sup>

また、新堂幸司教授も、労働委員会命令の取消請求訴訟で被告労働委員会側に労働組合が補助参加した事案を例にとり、補助参加人の上訴によって被参加人にも上訴の効力を及ぼすのは、補助参加人の上訴を妨げず補助参加人の上訴権を保障するための特別の措置であり、被参加人自身も上訴を提起するならば、補助参加人の上訴権行使を保障するための特別措置をとる必要はなかったということになるだけであるから、補助参加人が上訴した後に被参加人が上訴しても、被参加人の上訴は二重上訴にならない旨を論じる。<sup>(34)</sup>

### 3 検討

最高裁判例においては、前記のように、固有必要的共同訴訟・補助参加訴訟につき、一部の共同訴訟人ないし補助参加人が上訴を提起した後の他の共同訴訟人ないし被参加人の上訴を二重上訴として却下しているが、本決定は、類似必要的

共同訴訟に關して、一部の共同訴訟人の上告・上告受理申立て後の他の共同訴訟人による上告・上告受理申立てを不適法であると判示しており、類似必要的共同訴訟において共同訴訟人が別個に上訴をした場合に後行の上訴が不適法となる旨を判示した初めての判断であるといえる。その際、本決定は、 $X_2$ の先行の上訴によって、現実に上訴をなした $X_2$ のみならず $X_1$ も当然に上訴人となるという理解を前提に、 $X_1$ による後行の上訴はすでに上訴人となっている者による上訴であり、二重上訴として不適法となるとしていると考えられる。

この本決定の理解は、従来の判例・通説からの形式的な演繹により導き出されると考えられるが、果たして、このような理解が妥当であろうか。筆者は、この点に關して、非上訴者を上訴人として扱うという立場を前提としても本決定は疑問であると考えるが、その理由は以下の通りである。

まず、元実務家の論者により、控訴に關する文脈ではあるが、控訴が複数なされても、第一審判決を標識として控訴事件の配点がなされる取扱いの關係で、同一事件に対する控訴が異別の裁判部に係属することはないため、二重起訴の禁止の際に懸念される審理の重複、判決の矛盾・抵触のおそれは、控訴審においてはなく、実務では二重控訴か否かの判断

は二重起訴にあたるか否かの判断ほど厳密にされていないのが実状であると考えられる旨の指摘がなされている<sup>35)</sup>。

そして、補助参加訴訟に關する下級審裁判例の中には、前記の点の傍証となると思われるものが存在する。まず、東京高判昭和四三年一月二一日（下民集一九卷九一一〇号六二八頁<sup>36)</sup>）は、被参加人の控訴提起後に補助参加人が控訴を提起した事案に關するもので、二重控訴か否かに關する点は争点とはなっていないが、双方に別個の事件番号を付し（前者は東京高裁昭和三九年（ネ）一五〇六号、後者は同（ネ）一五七七号）、判決の当事者欄で補助参加人を「第一五七七号事件控訴人（被告〇〇補助参加人）」と表示し、かつ、当事者の申立欄においても被参加人の申立てと別個に補助参加人の申立てとして、前者の申立てと同一内容を記載しており、二重控訴を適法視しているものと思われる。また、東京高判昭和六〇年六月二六日（判時一一六一号一一八頁、金判七二六号一六頁、金法一一〇九号四四頁<sup>37)</sup>）は、補助参加人の控訴提起後に被参加人が控訴を提起した事案に關して、被参加人は補助参加人の控訴によって控訴人としての地位を取得したものであるから、被参加人の控訴は二重控訴として不適法であるが、この場合でも、不適法却下される前に両控訴事件の弁論が併

合されたときは、二重控訴の瑕疵は治癒され、裁判所は一個の控訴事件として判決すれば足り、後の控訴を不適法却下する必要はない旨を判示している。

このように、実務的な観点からも、必要的共同訴訟における一部の共同訴訟人の上訴提起後の非上訴者による後行の上訴提起を認めても、特段の弊害が生じるわけではないと考えられる。また、実務上弊害が生じないのであれば、むしろ井上説のように当事者の意思を重視する考え方を敷衍したうえで、非上訴者が自発的に上訴を提起した場合には、その意思を汲み、当該上訴を適法と解したほうが望ましいとも考えられる。

それとは逆に、本決定のように後行の上訴提起を不適法却下すべきものと考ええると、後行の上訴を提起した非上訴者にとって酷な結果が生じることも考えられる。たとえば、必要的共同訴訟においては現実には上訴した者だけで上訴の取下げが可能であり、その場合、非上訴者も上訴人としての地位を失うとするのが判例の立場であるが（大判大正五年七月一八日（法律学説判例評論全集五巻民訴三二一頁）、これを前提とすると、非上訴者による後行の上訴が二重上訴として不適法却下された後に先行の上訴が取り下げられた場合、非上訴

者は上訴人の地位を失うおそれすらある。<sup>(38)</sup>同じような状況は、非上訴者による後行の上訴が二重上訴として不適法却下された後に先行の上訴が不適法却下された場合にも生じ得ると考えられる。そして、このような場合に、先行の上訴をなした共同訴訟人による上訴の取下げを牽制するため、あるいは先行の上訴の不適法却下を防ぐために自ら上訴することなど、非上訴者が自らの上訴提起も要すると思われる場面も想定し得ると思われる。<sup>(39)</sup>

また、理論的に考えても、上野教授が論じるように、必要的共同訴訟において一部の共同訴訟人の上訴により他の共同訴訟人、すなわち非上訴者も上訴人の地位を取得すると考えるのは、上訴審における判決の合一確定の維持のための擬制であり、非上訴者が現実には上訴を提起した場合を処理するための理論ではない。

したがって、非上訴者が現実には上訴した場合の処理については、非上訴者の地位の問題とは切り離して考えられ、本件でも、 $X_1$ による後行の上告・上告受理申立てを不適法とすることなく、 $X_2$ の先行の上告・上告受理申立てと併合して処理すべきであったと考えられる。

脱稿後、本稿の内容につき、北海道大学大学院法学研究所  
民法法研究会（二〇一二年七月六日開催）にて報告する機会  
を得た。研究会の席上で有益なご指摘・ご指導を賜りました  
ことにつき、高見進教授、根本尚徳准教授、栗原伸輔准教授、  
三宅新准教授、南健悟准教授をはじめ、研究会参加者の皆様  
に心より御礼申し上げます。

- (1) 本決定に係る事実の概要については、判例集には記載がな  
く、掲載誌である判例時報二二〇号六頁、判例タイムズ一  
三五二号一五九頁のコメントにおいても、簡潔にしか記載さ  
れていない。そのため、ここでの事実の概要の記述に際して  
は、福本・後掲注(2) 判評二七頁、岡田・後掲注(2) 一  
二九頁の記載に多くを負う。
- (2) 本決定の評釈として、上田竹志「判批」法学セミナー六八  
四号(二〇一二年) 一三〇頁、福本知行「判批」判例セレクト  
二〇一(II) (法学教室三七八号(二〇一二年) 別冊付録)  
二九頁、同「判批」判例評論六三八号(二〇一二年) 二七頁  
「判例時報二二三九号」七三頁、岡田幸宏「判批」平成二三  
年度重要判例解説(ジュリスト一四四〇号)(二〇一二年) 一  
二九頁。
- (3) この判決の最高裁調査官解説として、村上敬一「判解」最

- 高裁判所判例解説民事篇昭和五八年度(法曹会、一九八八年)  
九九頁、評釈として、井上治典「判批」法学教室三九号(一  
九八三年) 七〇頁、金子芳雄「判批」昭和五八年度重要判例  
解説(ジュリスト八一五号)(一九八四年) 四一頁、佐藤鉄男  
「判批」法学協会雑誌(二〇二卷六号(一九八五年) 一五八頁、  
石井藤次郎「判批」立教大学大学院法学研究七号(一九八六  
年) 五八頁、小山昇「判批」同『小山昇著作集第四巻 多数  
当事者訴訟の研究』(信山社、一九九三年) 一三一頁、初出一  
九八四年)、秋田周「判批」地方自治判例百選(一九九三年)  
一九〇頁、田村洋三「判批」民事訴訟法判例百選Ⅱ(新法対  
応補正版)(一九九八年) 三六八頁。

- (4) この判決の最高裁調査官解説として、大橋寛明「判解」ジュ  
リスト一一九号(一九九七年) 一三〇頁、同「判解」最高  
裁判所判例解説民事篇平成九年度(中)(法曹会、二〇〇〇年)  
五六一頁、この判決の民事訴訟法上の論点に触れた評釈とし  
て、伊藤眞「判批」平成九年度重要判例解説(ジュリスト一  
一三五号)(一九九八年) 一二九頁、河村好彦「判批」法学研  
究(慶應義塾大学) 七一卷八号(一九九八年) 一一六頁、中  
込秀樹「判批」平成九年度主要民事判例解説(判例タイムズ  
九七八号)(一九九八年) 二五〇頁、芝池義一「判批」地方自  
治判例百選(第三版)(二〇〇三年) 一五四頁、徳田和幸「判  
批」同『複雑訴訟の基礎理論』(信山社、二〇〇八年) 四五一  
頁(初出一九九八年)。
- (5) この判決の最高裁調査官解説として、豊澤佳弘「判解」最

- 高裁判所判例解説民事篇平成一二年度(下) (法曹会、二〇〇三年) 五八二頁、この判決の民事訴訟法上の論点に触れた評釈として、高橋宏志「判批」私法判例リマックス二三号(二〇〇一年) 一一六頁、上野泰男「判批」民事訴訟法判例百選(第三版)(二〇〇三年) 二二二頁、大淵真喜子「判批」民事訴訟法判例百選(第四版)(二〇一〇年) 二二八頁。
- (6) 三ヶ月章『民事訴訟法(法律学全集)』(有斐閣、一九五九年) 二二〇頁、兼子一『新修民事訴訟法体系(増訂版)』(酒井書店、一九六五年) 三九四頁、齋藤秀夫『民事訴訟法概論(第二版)』(有斐閣、一九八二年) 四五四頁、菊井維大「村松俊夫」全訂民事訴訟法Ⅰ『補訂版』(日本評論社、一九九三年) 三九四頁、松本博之「上野泰男」『民事訴訟法(第六版)』(弘文堂、二〇一〇年) 六九七～六九八頁「上野泰男」、上田徹一郎『民事訴訟法(第七版)』(法学書院、二〇一一年) 五四三頁、伊藤眞『民事訴訟法(第四版)』(有斐閣、二〇一一年) 六二六頁。
- (7) 井上治典「多数当事者訴訟における一部の者のみの上訴」同『多数当事者訴訟の法理』(弘文堂、一九八二年) 二〇五～二〇六頁(初出一九七五年)。
- (8) 井上・前掲注(7) 二〇六～二〇八頁。新堂幸司『新民事訴訟法(第五版)』(弘文堂、二〇一一年) 七八四～七八五頁注(1)も、井上説に賛意を表す。
- (9) 井上・前掲注(7) 二〇八頁。
- (10) 高橋宏志「必要的共同訴訟と上訴」小室直人「小山昇先生還暦記念『裁判と上訴(中)』」(有斐閣、一九八〇年) 五七～五八頁、同『重点講義民事訴訟法(下)』(補訂第二版) (有斐閣、二〇一〇年) 二二九頁。
- (11) 高橋・前掲注(10)『重点講義民事訴訟法(下)』(補訂第二版) 二二九～二三〇頁。
- (12) 徳田和幸「必要的共同訴訟における非上訴者の地位」同・前掲注(4) 九七頁、一〇〇頁(初出二〇〇五年)、同「多数当事者訴訟と上訴」青山善充先生古稀祝賀論文集『民事手続法学の新たな地平』(有斐閣、二〇〇九年) 二五九～二六〇頁。同「複数住民の提起した住民訴訟と上訴」同・前掲注(4) 八〇～八一頁、八四頁(初出二〇〇〇年)も参照。ただ、徳田説が住民訴訟・株主代表訴訟以外の他の類似必要的共同訴訟のどこまで妥当し得るかという点については、今後の検討課題である旨が述べられている。同・前掲「必要的共同訴訟における非上訴者の地位」一〇一頁。
- (13) 上田・前掲注(2) 一三〇頁、岡田・前掲注(2) 一三〇頁。
- (14) 同旨、福本・前掲注(2) 判評二八頁。なお、平成九年最大判・平成一二年度最判の最高裁判調査官解説も、両判決は当事者が住民・全株主を代表して訴訟追行を行い、自己の個別の利益が問題にならないという住民訴訟・株主代表訴訟の特質から結論を導き出している、この結論をその他の類似必要的共同訴訟に当然には一般化できない旨を指摘している。大橋・前掲注(4) 最判解民事篇五七九頁、豊澤・前掲注(5) 還暦記念『裁判と上訴(中)』(有斐閣、一九八〇年) 五七～五八頁、同『重点講義民事訴訟法(下)』(補訂第二版) (有斐閣、二〇一〇年) 二二九頁。

六二〇頁。

- (15) 高橋利文「片面的対世効ある判決と共同訴訟人の一部の者の上訴」『貞家最高裁判事退官記念論文集』『民事法と裁判(下)』(きんざい、一九九五年)一八七頁。なお、高橋・前掲一八八頁、大橋・前掲注(4)ジュリ一三四頁、同・前掲注(4)最判解民事篇五七七頁は、昭和五八年最判以降、旧四号の住民訴訟においては、非上訴者に訴えの取下げを勧告し、訴訟関係から完全に離脱させるように促すのが一般的取扱いとなっていたが、上訴提起者や訴訟代理人を通じて非上訴者と連絡をとることが困難であったり、両者の信頼関係が失われているため、取下げの手續を執ることが容易でない場合があった旨を指摘する。

- (16) 高橋・前掲注(10)『重点講義民事訴訟法(下)』(補訂第二版)「一二九頁、徳田・前掲注(12)『必要的共同訴訟における非上訴者の地位』九七頁、同・前掲注(12)『多数当事者訴訟と上訴』二五九頁。

- (17) 岡田・前掲注(2)一三〇頁。

- (18) たとえば、梶村太市「徳田和幸編『家事事件手続法(第二版)』(有斐閣、二〇〇七年)一六五頁注(45)『本間靖規』など。

- (19) たとえば、松本博之『人事訴訟法(第二版)』(弘文堂、二〇〇七年)一八四〜一八五頁など。

- (20) 以上の訴えの取下げに関する記述に際しては、高橋・前掲注(5)一一九頁から多大の示唆を得た。

- (21) 高田裕成「いわゆる類似必要的共同訴訟関係における共同訴訟人の地位——多数当事者訴訟における合一確定の意義——」新堂幸司先生古稀祝賀『民事訴訟法理論の新たな構築上巻』(有斐閣、二〇〇一年)六五九頁注(25)は、訴えの取下げを擬する徳田説が、法二六二条二項をもつわが国の解釈論としては魅力的なものでありうる旨を論じるが、この点は、本文のような徳田説の理解を裏付けるように考えられる。

- (22) 同旨、高橋・前掲注(5)一一九頁、同・前掲注(10)『重点講義民事訴訟法(下)』(補訂第二版)「一三〇頁。

- (23) 高橋・前掲注(5)一一九頁。

- (24) 高橋・前掲注(5)一一九頁、同・前掲注(10)『重点講義民事訴訟法(下)』(補訂第二版)「一三四頁注(18)。

- (25) 高橋・前掲注(10)『重点講義民事訴訟法(下)』(補訂第二版)「一三四頁注(18)。なお、新堂・前掲注(8)七八三〜七八四頁も参照。

- (26) 菊井維大「村松俊夫『全訂民事訴訟法Ⅲ』(日本評論社、一九八六年)一一二頁、斎藤秀夫「小室直人」西村宏一「林屋礼二」編著『注解民事訴訟法(9)』(第二版)『第二法規、一九九六年』二四五頁「小室直人」東孝行、新堂幸司「鈴木正裕」竹下守夫編集代表『注釈民事訴訟法(8)』(有斐閣、一九九八年)一三七頁「右田堯雄」、笠井正俊「越山和広編『新・コンメンタール民事訴訟法』(日本評論社、二〇一〇年)九八七頁「笠井正俊」、賀集唱「松本博之」加藤新太郎編『基本法コンメンタール民事訴訟法3(第三版追補版)』(日本評論社、

二〇一二年）四〇～四一頁「宇野聡」。

(27) この判決の評釈として、上野泰男「判批」民商法雑誌九三卷二号（一九八五年）一一一頁。

(28) この判決の評釈として、山本和彦「判批」平成元年度主要民事判例解説（判例タイムズ七三五号）（一九九〇年）二八〇頁。

(29) 福本・前掲注（2）判評二九頁。菊井・村松・前掲注（26）一一～一二二頁は、必要的共同訴訟・補助参加訴訟につき、後行の上訴を二重上訴として却下しなければならない旨を明言し、斎藤ほか編著・前掲注（26）二四五頁「小室・東」は、補助参加訴訟につき、同様の理を明言する。

(30) 山本・前掲注（28）二八一頁。

(31) 上野・前掲注（27）一一四～一一五頁（ただし、直接には固有必要的共同訴訟を念頭に置いた議論である）。

(32) 高橋・前掲注（10）『重点講義民事訴訟法（下）（補訂第二版）』四八八頁。

(33) 井上・前掲注（7）二二二頁注（3）。補助参加人・被参加人の両者ともに上訴した場合は「いわば二台の機関車で上訴審手続を引っぱっていることになる」という。

(34) 新堂幸司「共同訴訟人の手続保障——上訴の提起・取下げを中心にして——」同『訴訟物と争点効（下）』（有斐閣、一九九一年）三五二頁（初出一九八七年）。

(35) 新堂ほか編集代表・前掲注（26）一三八頁「右田」。

(36) 新堂ほか編集代表・前掲注（26）一三七頁「右田」、福本・

前掲注（2）判評二九頁において、紹介がなされている。

(37) 福本・前掲注（2）判評二八～二九頁において、紹介がなされている。

(38) 岡田・前掲注（2）一三〇頁。

(39) 上田・前掲注（2）一三〇頁。