

Title	類似必要的共同訴訟における当事者手続関与権の濃淡
Sub Title	Degree of procedural right in compulsory joint litigation
Author	内野, 寛信(Uchino, Hironobu)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2014
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.30 (2014. 10) ,p.405- 498
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	リサーチペーパー
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20141006-0405

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.

類似必要的共同訴訟における 当事者手続関与権の濃淡

内野 寛 信

- 第1 はじめに
 - 1. 問題意識
 - 2. 法科大学院修了生のリサーチペーパーとして
 - 3. 目指す結論
- 第2 類似必要的共同訴訟の意義と民事訴訟法40条の解釈
 - 1. 類似必要的共同訴訟の意義
 - 2. 民事訴訟法40条の解釈
 - 3. 小括
- 第3 類似必要的共同訴訟となる訴訟類型ごとの特徴
 - 1. 住民訴訟
 - 2. 株主代表訴訟
 - 3. 人事訴訟
 - 4. 債権者代位訴訟
 - 5. 株主総会決議取消訴訟
 - 6. 小括
- 第4 手続関与権の濃淡1（上訴しなかった者の地位）
 - 1. 上訴しなかった者の地位についての考え方
 - 2. 住民訴訟
 - 3. 株主代表訴訟
 - 4. 人事訴訟
 - 5. 債権者代位訴訟
 - 6. 株主総会決議取消訴訟
- 第5 手続関与権の濃淡2（共同訴訟人による和解の可否）
 - 1. 共同訴訟人による和解の可否の考え方
 - 2. 住民訴訟
 - 3. 人事訴訟

4. 株主代表訴訟
5. 株主総会決議取消訴訟
6. 債権者代位訴訟

第6 各訴訟類型の分類（まとめ）

1. 上訴しなかった者の地位
2. 和解の可否

第7 今後の展望・課題

第1 はじめに

1. 問題意識

民事訴訟においては、必ずしも原告と被告が1人ずつとは限らず、1つの訴訟手続に3人以上の者が当事者又は補助参加人として関与する訴訟形態である多数当事者訴訟となる場合がある¹⁾。多数当事者訴訟の中でも、判決が共同訴訟人ごとに区々となることが法律上許されず、合一に確定することが要求される場合を必要的共同訴訟（民事訴訟法40条、以下「民訴法」と略す。）といい、そうでない場合を通常共同訴訟（民訴法38条）という。必要的共同訴訟の中でも、複数人が共同原告となり、又は複数人を共同被告として訴えを提起しなければ、当事者適格を欠くこととなるために訴えが不適法になるという場面、すなわち訴訟共同の必要がある場合を固有必要的共同訴訟と、訴訟共同の必要があるわけではないが、共同訴訟となった場合には、合一確定が要請される場合が生じる類似必要的共同訴訟との2つがある²⁾。

この類似必要的共同訴訟については、共同訴訟人の一人に対する判決の効力が他の者に及ぶために判決が区々になることが許されない場合などがその例である。たとえば、数人が提起する会社設立無効の訴え（会社法828条）、数人が提起する株主総会決議取消訴訟（会社法831条）、数人の債権者が提起する債権者代位訴訟（民法423条）、数人の株主の株主代表訴訟（会社法847条1項）等

1) 三木浩一＝笠井正俊＝垣内秀介＝菱田雄郷『リーガルクエスト民事訴訟法』（有斐閣、2013）525頁〔菱田雄郷〕。

2) 三木ほか・前掲注1) 535頁〔菱田雄郷〕。

が挙げられる³⁾ 4)。このような類似必要的共同訴訟においては、訴訟資料及び手続進行の統一を図っている民訴法 40 条の規律が働くため、共同訴訟人の行為が「全員の利益」になるものであれば効力を生じ、そうでない場合には効力を生じない。具体的に上訴などは有利な行為に属するため、1 人のした上訴は効力を生ずると解されており⁵⁾、全員のために確定遮断及び移審の効力が生じ、かつ全員が上訴人の地位に就きそうである。しかし、従来の判例法理によれば、上訴しなかった者を上訴人の地位に就かせる効力までは生じないとされてきた。住民訴訟で共同訴訟人の一部が上告を取り下げた事案（最大判平 9・4・2 民集 51 卷 4 号 1673 頁、以下「平成 9 年判決」と略す。）⁶⁾ や、複数の株主が提起した株主代表訴訟の事案（最判平 12・7・7 民集 54 卷 6 号 1767 頁、以下「平成 12 年判決」と略す。）⁷⁾ などでのそのような判示がされている。こうした判例の傾向が続く中で、この論文を書く契機となった判例が出た。それは、数人の親族の提起する養子縁組無効確認の訴えにおいて、共同原告の一人が上告・上告受理申立てを提起した後に、別の共同原告が独自に上告・上告受理申立てを提起した事案において、後者の上告・上告受理申立てを二重上告・上告受理申立てであって不適法とした事案（最決平 23・2・17 判タ 1352 号 159 頁、以下「平成 23 年決定」と略す。）⁸⁾ である。平成 23 年決定の不適法との結論は、養子縁組無効確認の訴えにおいては共同原告の一人がする上告・上告受理申立ては他の共同原

3) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法（下）』（有斐閣、第 2 版、2011）352 頁以下。

4) なお、高橋利文「片面的対世効のある判決と共同訴訟人の一部の者の上訴」貞家退官記念『民事法と裁判（下）』（きんざい、1995）178 頁、180 頁では、債権者代位訴訟や株主代表訴訟の場合、判決の効力を受けるわけではないけれども、他人の権利を訴訟上代位して主張することができる者が数人ある場合に、その一人が訴訟をして判決を受けてしまうと、既判力はその権利帰属者に及ぶため、他の者も判決の効力を反射的に受けて、重ねてこれを主張することができなくなるような関係があるときに、それら数人が共同して訴訟をする場合も類似必要的共同訴訟に当たると説明している。

5) 伊藤眞『民事訴訟法』（有斐閣、第 4 版、2011）624 頁。

6) 最大判平 9・4・2 民集 51 卷 4 号 1673 頁。

7) 最判平 12・7・7 民集 54 卷 6 号 1767 頁。

8) 最決平 23・2・17 判タ 1352 号 159 頁。

告にも及び、他の共同原告も上告人・上告受理申立人になることを前提としており、従来の判例法理とは違う方向に向かうものである。

この平成 23 年決定を受けて、類似必要的共同訴訟において判例は当事者の手続関与権の程度に濃淡（グラデーション）があると考えており、それに応じて処理していると考えられる。また、菱田教授も「類似必要的共同訴訟の意義は場合によって異なる」と説明しており⁹⁾、こういった現象は固有必要的共同訴訟においては見られなかったものである。

そこで本稿では、類似必要的共同訴訟の中でも、債権者代位訴訟や人事訴訟など個人の個別的利益がかかわるような訴訟類型と住民訴訟、株主代表訴訟、株主総会決議取消訴訟など原告の追求する利益がやや拡散的な訴訟類型それぞれの利益状況及び訴訟の構造を分析し、そのような利益状況・訴訟の構造の相違が解釈論に反映させることができるのかを検討したい。また、これに加え、同じ会社関係訴訟でもその性質に違いがある株主総会決議取消訴訟も検討したい。

債権者代位訴訟については従来、債権者が債権者代位権を行使した場合、債務者の処分権を制限しないことには、代位制度が有名無実になってしまうことから、①債権者が債務者に対して代位の通知をしたとき、②債務者が債権者の代位を知ったときには、債務者は、債権者が代位行使する権利について、権利の行使や処分行為をすることができず¹⁰⁾、更には権利行使のための給付訴訟も提起できないとされてきた¹¹⁾。したがって、処分権を失った債務者は当該権利を訴訟物とする訴訟における当事者適格も喪失する結果となり、当事者適格も喪失し共同訴訟参加できないのが従来の判例であった¹²⁾。しかし、菱田教授は、債権者が代位権の行使に着手した場合も債務者は代位の目的となった権利を訴訟物とする訴訟における当事者適格を失わないという前提に立てば、債務者が共同訴訟参加することを認める余地が生ずると指摘¹³⁾しており、ま

9) 三木ほか・前掲注 1) 542 頁〔菱田雄郷〕。

10) 潮見佳男『債権総論』（信山社、第 4 版、2012）222 頁。

11) 大判昭 14・5・16 民集 18 卷 557 頁、最判昭 48・4・24 民集 27 卷 3 号 596 頁。

12) 前掲注 11) の判例参照。

た、判例を前提としたとしても、債務者が債権者の被保全債権の存在を争うのであれば、その限度で債務者に当事者適格を認めるという議論もあり得ないではないとしていた。このように債務者に当事者適格を認め共同訴訟参加する余地を認める議論もあった。そうした中で、債権法改正の中間試案では「7 債務者の処分権限 債権者が前記¹⁴⁾の代位行使をした場合であっても、債務者は、その代位行使に係る権利について、自ら取立てその他の処分をすることを妨げられないものとする。その代位行使が訴えの提起による場合であっても、同様とするものとする。」とされた。

こうした改正案について、もともと債権者代位権は債務者の権利行使の巧拙などに干渉することができず、債務者自らが権利行使をしない場合に限ってその行使が認められるものであること等から、債務者の処分権限を奪うのは過剰であるとの批判があるため、判例とは異なる帰結を明文化したものである¹⁵⁾。この中間試案を前提とすれば、処分権を失わず当事者適格は残り、共同訴訟参加する門戸が開かれたと言え、その結果当該訴訟の形態は類似必要的共同訴訟となるであろう^{16) 17)}。したがって、債権者代位訴訟において類似必要的共同訴訟となる場合が従前より多くなると考えられ、類似必要的共同訴訟のあり方について再考する必要があると感じたため、債権者代位訴訟についても取り扱うことにした。手続関与権の濃淡（グラデーション）の検討は具体的には上訴しなかった者の地位、当事者のする和解の可否などを具体例として行う。

上記の検討をするに当たり、各訴訟の構造・当事者の利益状況を分析していく必要があるが、利益状況の分析に当たっては、いかなる理由で類似必要的共同訴訟となると解釈されているのか、いかなる理由で判決効が及ぶのか、判決効を甘受する程度の手続保障の充足がされているのか、また充足する必要がある

13) 三木ほか・前掲注1) 568頁〔菱田雄郷〕。

14) 債権者代位権を指している。

15) 商事法務編『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明』（商事法務、2013）157頁。

16) 三木ほか・前掲注1) 577頁〔菱田雄郷〕。

17) 杉山悦子「債権者代位訴訟をめぐる問題」法セミ702号86頁（2013）。

るのかといった視点で分析していきたい。訴訟構造については、訴訟担当者による訴訟追行であるのか、共同訴訟人の一人が抜けた場合審理の内容や判決に変動が生じ得るのかといった点に着目しながら分析する。

2. 法科大学院修了生のリサーチペーパーとして

論文を書くのは、学部時代の三木研究会での卒業論文以来である。学士論文は証拠保全をテーマとしたものであり、専ら民事訴訟法の分野に属するものであった。しかし、今回は法科大学院修了生の書くりサーチペーパーであり、学士論文とは質的に異なるものが要求されていると考えている。ロースクールは専門職大学院であり、多くの法分野を学習することとなっている。このような環境に身を置いたことから、いくつかの法分野に跨るようなテーマを選定したいと考えた。そこで、主に民法・商法・民事訴訟法の民事法3分野に跨るものとして、債権者代位訴訟と会社関係訴訟、人事訴訟との対比をし、また類似必要的共同訴訟の中でも最も公益性の高いものの1つとして行政法の中で学習する住民訴訟が挙げられるが、本稿において住民訴訟の事案はリーディングケースとなっている重要なものであり、本稿での考察対象とする。

以上、住民訴訟、株主代表訴訟、株主総会決議取消訴訟、人事訴訟、債権者代位訴訟の5つの比較し、それぞれの訴訟類型における特質、利益状況を分析した上で、上訴しなかった者の地位及び共同訴訟人による和解の可否という論点の研究を通じて、類似必要的共同訴訟における当事者手続関与権の濃淡（グラデーション）を比較考察していくものである。

3. 目指す結論

本稿では(1)類似必要的共同訴訟における上訴しなかった者の地位、(2)共同訴訟人の一人による和解の可否の2つについて債権者代位訴訟、人事訴訟、株主代表訴訟、株主総会決議取消訴訟、住民訴訟それぞれについて検討するものである。

(1) 上訴しなかった者の地位

- (a) 株主代表訴訟、住民訴訟については判例を支持し、上訴当事者とならない¹⁸⁾。
- (b) 人事訴訟については平成23年決定には反対し上訴当事者とならず、(a)と同じ結論となる。
- (c) 債権者代位訴訟は上訴人となる。
- (d) 株主総会決議取消訴訟では請求を確定させ、移審させないという処理が適切であるため上訴当事者であるのか、そうでないのかという二択を採用しない。

従前、学説では類似必要的共同訴訟において上訴しなかった者の地位については住民訴訟・株主代表訴訟が例外的に上訴当事者とはならないという取り扱いであり、それ以外は民訴法40条1項により上訴の効力が他にも及ぶため原則としては上訴人となるといわれてきた。しかし、上訴する意思のない者を上訴人にする意味はどこまであるのだろうか。むしろ、訴訟の構造等を精査した場合、債権者代位訴訟が特殊という見方ができないだろうか。本稿では、従前の枠組みに対する批判的検討を行い、債権者代位訴訟のみが特別な取り扱いが求められるという結論を採る。

(2) 共同訴訟人一人による和解の可否

- (a) 通常の人事訴訟¹⁹⁾、住民訴訟は訴訟の性質よりそもそも和解できない。
- (b) 債権者代位訴訟、株主代表訴訟は原告一人に和解権限はあるが、他の共同訴訟人が牽制する限り効力は生じない。
- (c) 株主総会決議取消訴訟では片面的対世効ゆえ、和解の可否について論ずる実益が乏しい。

共同訴訟人の一人による和解の可否の議論においては、そもそも原告に和解

18) 本稿において上訴当事者とならないという意味は訴訟法律関係から離脱することを意味する。離脱していない者を上訴人と呼ぶ。

19) ただし、人事訴訟法37条、44条は除く。

する権限があるのか、権限があるとした場合民訴法 40 条 1 項の適用により牽制を受けるのか、仮に共同訴訟人全員の同意がある場合、訴訟に参加していない者までも拘束するののかという 3 ステップに分けて検討する。

第 2 類似必要的共同訴訟の意義と民事訴訟法 40 条の解釈

1. 類似必要的共同訴訟の意義

多数当事者訴訟とは 1 つの訴訟手続に 3 人以上の者が当事者又は補助参加人として関与する訴訟形態を言う。そして共同訴訟とは 1 つの訴訟に複数の原告又は複数の被告が関与する訴訟形態を言い、通常共同訴訟、固有必要的共同訴訟、類似必要的共同訴訟に分類される。これらは訴訟共同の必要性和合一確定の必要性の 2 つの観点から整理されており、通常共同訴訟は訴訟共同の必要も合一確定の必要もないものであり、固有必要的共同訴訟は訴訟共同の必要と合一確定の必要の双方があるもので、類似必要的共同訴訟は訴訟共同の必要はないが、合一確定の必要はある訴訟形態である²⁰⁾。

類似必要的共同訴訟になる場合については、判決効の拡張の有無によって決せられると説明されている。一部の者による訴訟の判決の効果（既判力とは限らない²¹⁾）が他の者に及ぶ場合に、類似必要的共同訴訟が成立することとなる²²⁾。通常共同訴訟はもともと個別的・相対的に解決され得る複数の事件がたまたま同一の訴訟手続に併合されている場合であるため、共同訴訟人は各自その相手方との間で独立に訴訟を遂行するものであって、他の共同訴訟人から援助されたり、干渉されたりすることがないのが原則であって、これを共同訴訟人独立の原則と言う（民訴法 39 条²³⁾）。しかし、合一確定をするためには訴訟資料と

20) 三木ほか・前掲注 1) 526 頁〔菱田雄郷〕。

21) 高橋・前掲注 3) 354 頁によれば、いわゆる反射的効力が及ぶ場合等が挙げられている。

22) 笠井正俊ほか編『新・コンメンタール民事訴訟法』（日本評論社、2011）144 頁〔堀野出〕。

23) 小室直人ほか編『基本法コンメンタール 新民事訴訟法 1』（日本評論社、第 2 版、2003）98 頁〔福永有利〕。

手続進行を統一する必要がある、判決の基礎となる訴訟資料が食い違えば、判決の内容に矛盾が生じる可能性があり、また、手続の統一を緩和し、一部判決や弁論の分離を許せば、結局訴訟資料の不一致、判断主体の不一致によって判決の内容が矛盾するおそれが生じてしまうことになる。

そこで、「合一にのみ確定すべき場合」である固有必要的共同訴訟や類似必要的共同訴訟の場合は民訴法 40 条により、共同訴訟人独立の原則を修正して合一確定を図るために厳格な審理手続となっている。後で取り上げるように、とりわけ民訴法 40 条 1 項の「全員の利益においてのみ効力を生ずる」という規定との関係で、類似必要的共同訴訟において上訴しなかった者の地位がどのようにして扱われるべきかが問題となる。

2. 民事訴訟法 40 条の解釈

本稿では類似必要的共同訴訟における当事者の手続関与権をテーマとするものであるが、当事者の手続関与権について民訴法 40 条がその規律をしている。民訴法 40 条の趣旨は「訴訟資料及び手続進行の統一をはかるために、共同訴訟人独立の原則 (39) を修正し、その特則を規定したもの」²⁴⁾ である。民訴法 40 条 1 項は共同訴訟人の全員が同意しない限り、共同訴訟人の一人のした訴訟行為は効力を生じないとしており、他の共同訴訟人の行為を牽制する権能を付与した側面があると言える²⁵⁾。民訴法 40 条を共同訴訟人の牽制権として捉える場面として、独立当事者参加における民訴法 40 条の準用がある。独立当事者参加において民訴法 47 条 4 項が民訴法 40 条 1 項を準用しており、この準用の意味について「本条による参加後の手続は三当事者が互いに対立・牽制し、いわば各人が各人の敵という関係」²⁶⁾ と指摘しており、牽制権的側面を

24) 小室ほか編・前掲注 23) 100 頁〔福永有利〕。

25) 40 条 1 項の合一確定の要請について他の共同訴訟人を牽制する側面があると述べているものとして、高田裕成「いわゆる類似必要的共同訴訟における共同訴訟人の地位」新堂幸司先生古稀祝賀『民事訴訟法理論の新たな構築 (上)』(有斐閣、2001) 643 頁以下がある。

26) 小室ほか編・前掲注 23) 122 頁〔上野泰男〕。

打ち出している。このような民訴法 40 条 1 項趣旨からすれば、類似必要的共同訴訟の各類型の利益状況から、当事者にどの程度の牽制権を付与するべきかという検討が必要となってくるのであり、本稿で利益状況や訴訟の構造からアプローチするものである。

民訴法 40 条 1 項の意義については、一般的には合一確定の見地とされているが、その合一確定が必要な限度というのは、自己の攻撃防御方法の提出権、すなわち攻撃防御を尽くし、自らが判決の基礎とすることを欲する資料をすべて判決の基礎として裁判所に斟酌してもらう地位を確保するために必要な限度を意味すると指摘している。そして、そのために必要な最小限度で、共同訴訟人の各自に、その異議により、他の共同訴訟人のした訴訟行為の効果を否定することのできる地位を保障するという帰結であるとする。つまり、合一確定の規律の核心部分が、他人間の請求について判決を先に確定させないという共同訴訟人の利益を保護するところにあると高田教授は述べている²⁷⁾、高橋宏志教授はこのことについて、独立当事者参加はまさに、牽制を正面から認める制度であり、共同訴訟参加も他人間に係属する訴訟への介入であるから牽制の意味が大きくなるが、類似必要的共同訴訟を作るのが共同訴訟参加だと理解されている現時点の理論状況の下では、後発的に参加してきた場合だけを別に考察する解釈論は困難であり、類似必要的共同訴訟一般において牽制の意味を定めることは可能であるとし、高田論文は必要的共同訴訟、共同訴訟参加、独立当事者参加を統一的に眺める視点を採っているため、より牽制の意味を重視していると指摘している²⁸⁾。

3. 小括

私も民訴法 40 条 1 項の合一確定の要請の中身というのは、条文を素直に読めば他の共同訴訟人の行為を阻止できるという牽制を意味するものであると考え、共同訴訟人の一人がどれほど他の共同訴訟人の行為を牽制する必要がある

27) 高田・前掲注 25) 643 頁以下。

28) 高橋・前掲注 3) 358 頁。

のかという視点で結論を導いて行きたい。この「牽制する必要」を考える上では各訴訟類型の利益状況の分析が必要不可欠であり本稿の第3で検討する²⁹⁾。

第3 類似必要的共同訴訟となる訴訟類型ごとの特徴

本稿のタイトルの中に「濃淡」とあるように、類似必要的共同訴訟といっても、いかなる理由で類似必要的共同訴訟になっているのかという根拠がそもそも異なっており、直ちに一括りにはできない。類似必要的共同訴訟といってもあらゆる訴訟形態があるためそれぞれの特徴・利益状況を類型ごとに整理していきたい。

このような観点で分析していく必要があるのは、平成12年判決で、複数の株主が株主代表訴訟を提起した事案において、最高裁は「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いから、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」と判示しているからである。かかる判旨からすれば、問題となっている利益の性質（私益追求型であるのか、公益追求型であるのか）や訴訟の構造（共同訴訟人の一人が抜けた場合の不都合等）等を検討した上で、結論を出している。したがって、本稿においても、当該紛争類型の意義、類似必要的共同訴訟となる根拠、利益状況・判例法理などの分析を通じてそのような特徴が解釈論にいかなる影響を与えるのかを検討していきたい。

29) なお、新堂幸司「共同訴訟人の手続保障」民訴雑誌33号12頁（1987）以下で、新堂教授は民訴法40条1項の意義については、共同訴訟人は自らに保障された当事者権を行使しないこと又は放棄することによって、他の共同訴訟人の当事者権の行使の機会を妨げてはならず、かつ、合一確定の要請の限度で、他人が当事者権を行使した結果を受忍しなければならないものであると述べている。

1. 住民訴訟

(1) 住民訴訟の意義

住民訴訟とは、地方自治法 242 条の 2 に規定されている制度で、地方公共団体の住民が地方公共団体の機関又は職員の違法な財務会計上の行為又は怠る事実の是正を求めて提起する訴訟であって、客観訴訟の 1 つである³⁰⁾。住民訴訟といっても請求の種類は複数規定されており、本稿でとりわけ問題とするのは 4 号請求で、その内容は職員に対する損害賠償等の請求及び相手方に対する損害賠償等の請求等を行うことを地方公共団体の執行機関等に求める請求というものである。4 号請求は他の請求とは異なり、請求の中心となるのが損害賠償請求権という点が特徴的である。

(2) 類似必要的共同訴訟となる根拠

複数住民の提起する住民訴訟の形態は類似必要的共同訴訟となると説明されており、判例もかかる結論を肯定している³¹⁾。類似必要的共同訴訟となる根拠としては、住民を訴訟担当として考え、民訴法 115 条 1 項 2 号により公共団体に既判力が拡張されるため、拡張される既判力の矛盾抵触を防止するという説明と、公共団体に既判力が及ぶ以上住民に対しても反射的に判決の効力が及ぶとするいわゆる反射的効力の存在による説明との 2 通りが存在する。

類似必要的共同訴訟となる根拠は訴訟類型によって異なるものであるが、複数の住民が提起した住民訴訟の性質について最判昭和 53・3・30 民集 32 巻 2 号 485 頁（以下、「昭和 53 年判決」と略す。）³²⁾ は「地方自治法二四二条の二の定める住民訴訟…地方公共団体の構成員である住民全体の利益を保障するために法律によつて特別に認められた参政権の一種であり、その訴訟の原告は、自己の個人的利益のためや地方公共団体そのものの利益のためではなく、専ら原告を含む住民全体の利益のために、いわば公益の代表者として地方財務行政

30) 園部逸夫『最新地方自治法講座 4・住民訴訟』（ぎょうせい、2003）1 頁。

31) 前掲注 6) の判例参照。

32) 最判昭 53・3・30 民集 32 巻 2 号 485 頁。

の適正化を主張するものであるということが出来る。住民訴訟の判決の効力が当事者のみにとどまらず全住民に及ぶと解されるのも、このためである。もつとも、損害補填に関する住民訴訟は、地方公共団体の有する損害賠償請求権を住民が代位行使する形式によるものと定められているが、この場合でも、実質的にみれば、権利の帰属主体たる地方公共団体と同じ立場においてではなく、住民としての固有の立場において、財務会計上の違法な行為又は怠る事実に係る職員等に対し損害の補填を要求することが訴訟の中心的目的となつており、この目的を実現するための手段として、訴訟技術的配慮から代位請求の形式によることとしたものであると解される。この点において、右訴訟は民法四二三条に基づく訴訟等とは異質のものであるといわなければならない。」と判示した。

このように住民訴訟という制度は、「民法 423 条に基づく訴訟等とは異質のもの」としており、あくまで「訴訟技術的」なものであるとしている。そしてこのような住民代位請求訴訟の性格からその判決の効力は地方公共団体に及ぶと解され、その反射的効力の結果として、訴訟当事者ではない他の住民もこれと反する主張ができなくなると解されており、複数の住民が提起する住民訴訟の訴訟形態は類似必要的共同訴訟になるものと解することができる³³⁾。また、成田元教授も「住民訴訟における原告は、いわば当該地方公共団体の住民を代表して、公共の利益を擁護するために訴訟を提起しているのであるから、この判決の効果を画一的に当事者以外の住民に及ぼすべきことは、この訴訟の本質上当然であると思われる。しかもこの訴訟については特に別訴の禁止をしている（地方自治法 242 条の 2 第 4 項）ことからいって、判決に対世的効果を認めるのが相当である」³⁴⁾と述べられている。以上のことからすれば、数人の住民によって提起された住民代位請求訴訟は、その根拠又は説明の仕方に違いはあっても、いずれにしても類似必要的共同訴訟に該当するとの結論自体には格

33) 田村洋三「判批」別冊ジュリ 146 号 368 頁 (1998)。

34) 成田頼明「住民訴訟（納税者訴訟）」田中二郎ほか編『行政法講座第三巻行政救済』（有斐閣、1965）201 頁。

別の異論はないであろう³⁵⁾。

なお、本稿における住民訴訟事案はいずれも旧地方自治法による事案であり、現在の4号請求は訴訟担当ではなく、現在の住民訴訟には当てはまらない議論であるが、類似必要的共同訴訟のグラデーションを考える上で参考になるため、本稿では旧法下を前提に議論を行う。

(3) 利益状況・訴訟構造

住民訴訟の利益状況・訴訟構造については、昭和53年判決が、「自己の個人的利益のためにはなく、専ら原告を含む住民全体の利益のために、いわば公益の代表者として地方財務行政の適正化を主張する」訴訟であると判示しており、公益追求型の訴訟であるといえる。そして、この住民訴訟は法律によって特別に認められた客観訴訟の1つである³⁶⁾。住民訴訟は「共通の利害を有する多数の者のうち1人が他の者を代表して訴え得るという」代表訴訟的側面を有しており、訴訟進行する意思を失ったとしても、他の者が訴訟進行していれば足りる点が株主代表訴訟とは共通しているが、債権者代位訴訟とは異なる。自己の利益とは直接かかわらない客観訴訟にカテゴライズされている点が債権者代位訴訟と大きく異なる点といえる。また、伊藤教授は訴訟物の観点から住民訴訟と債権者代位訴訟との相違点を指摘している³⁷⁾。

訴訟構造としては、あくまで旧法下を前提とするものであるが、訴訟担当者による訴訟進行であり、紛争の中心は損害賠償請求権の存否ということになり、誰が訴訟進行しても審理内容や判決に何ら影響が出ない構造を採っている。

(4) 判例法理の変遷

複数の原告が提起する住民訴訟の事案において、上訴しなかった共同訴訟人の地位については判例が変遷している。それぞれの判例がいかなる点に着目し

35) 村上敬一「判解」最判解民事篇昭和58年度105頁(1983)。

36) 藤原静雄「判批」別冊ジュリ215号158頁(2013)、園部・前掲注30)6頁、9頁。

37) 伊藤眞「判批」ジュリ1135号130頁(1997)。

て結論を導いているのか、その変遷に着目しつつ検討したい。

(a) 判例変更前の事案（最判昭58・4・1民集37巻3号201頁）

複数の住民が提起する住民訴訟の訴訟形態及び上訴しなかった者の地位についてのリーディングケースとなったのは最判昭58・4・1民集37巻3号201頁である。事案としては、Yが東京都田無市から甲土地を買い受けたものの、田無市の住民X1ら5名及びX6ら10名は、本件売買契約につき、その売買価格が不当に低廉で適正な価格による譲渡でないため地方自治法237条2項に反し、また、一般競争入札によるべきところを随意契約によった点が地方自治法234条、同法施行令167の2に反し無効であるため、地方自治法242条の監査請求を経た上で、同条の2第1項4号に基づき、田無市に代位して、Yに対し、田無市が本件土地の所有権を有することの確認と田無市への所有権移転登記手続を求めて住民訴訟を提起したが、第一審では請求棄却となった。上記判決に対して、控訴を申し立てたのはX1ら5名のみであり、原審はX1らのみを控訴人として表示し控訴を棄却した。それに対してX1ら5名は、原判決に不服があり上告を申し立てたが、最高裁は原判決を破棄して原審に差し戻したというものである。

この事案に対して最高裁の法廷意見は「職権をもつて調査するのに、本件訴訟のように普通地方公共団体の数人の住民が当該地方公共団体に代位して提起する地方自治法二四二条の二第一項四号所定の訴訟は、その一人に対する判決が確定すると、右判決の効力は当該地方公共団体に及び（民訴法二〇一条二項）[現行法115条1項2号：筆者注]、他の者もこれに反する主張をすることができなくなるという関係にあるのであるから、民訴法六二条一項[現行法40条1項：筆者注]にいう「訴訟ノ目的カ共同訴訟人ノ全員ニ付合一ニノミ確定スヘキ場合」に当たるものと解するのが相当である。そうすると、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）[現行法40条1項：筆者注]、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つて、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。」というものであったが、木下裁判官の反対意見が付されている。この反対意見は今後の判例法理の動きに重要な影響を与えたと考えられるので、ここで紹介する。

木下裁判官の反対意見は「多数の住民が普通地方公共団体に代位して提起する本件のような訴訟は、当該公共団体が有する同一の請求権を多数の住民がいれば公益の代表者としての立場において行使するものである。この種の訴訟のこのような性質にかんがみると、私は、いわゆる類似必要的共同訴訟一般についてはともかく、少なくとも右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、それによつ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つてのみ行われるべく、自ら上訴しなかつ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る。」というものである。

本判例では、①複数の住民が提起する地方自治法に基づく住民訴訟の性質は、類似必要的共同訴訟であるということ、②①の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の効力は他の共同訴訟人にも及び、これらも判決の名宛人となるべきという2点を判示したものであり³⁸⁾、とりわけ②のポイントについてのリーディングケースであるといえる。この判例では、利益状況について公益追求型訴訟であることや、訴訟の構造からして共同訴訟人の一人が抜けたとしても審判対象や判決に何ら不都合はないという理由から上訴しなかつた者の地位については上訴当事者にはならないという結論を採用した。

法廷意見の論理としては民訴法40条1項によれば、「全員の利益においてのみ効力を生ずる」とあり、共同訴訟人にとって有利な行為であれば効力を生ずるとしている。一般的に上訴は不利益変更禁止の原則により、有利な行為とされており民訴法40条1項によって上訴の効力が他の共同訴訟人についても及

38) 田村・前掲注33) 368頁。

び、上訴人の地位に就くという論理である。

一方で、木下裁判官の反対意見は「自ら上訴をせず上訴追行の意思を有しない者にも上訴人として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つて不当」と述べ、後述するとおり井上教授と同じく意思のない者の手続的負担の見地によるものである。そして「多数の住民が普通地方公共団体に代位して提起する本件のような訴訟は、当該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において行使する」という住民訴訟の性質論を持ち出し、全員を上訴人とする必要はないとしている。木下裁判官の反対意見は住民訴訟の「公益」的性質を主軸としており、本稿にとって非常に参考になる見解である。なぜなら、木下裁判官の反対意見では類似必要的共同訴訟という見方ではなく、住民訴訟個別の性質論から解釈しており、これは類似必要的共同訴訟の中でも、その性質次第では異なる帰結をもたらすことを示唆するものだからである。

(b) (a)の判例法理に対する批判

a) 井上教授の見解

井上教授は類似必要的共同訴訟における上訴しなかった者の地位について、いち早く見解を述べていた³⁹⁾。自ら上訴しない者の請求部分を上訴審の審判対象に取り込む必要がある場合があるとしても、自ら上訴しない者を上訴人としての地位にすえるという思考方法が、果たして妥当であるのかという鋭い問題提起をしている。そして「訴訟にかかわる主体のそれぞれの個性は、最大限尊重されなければならない。」と述べており、「個々のちがいを理解し個別意思をできるだけ尊重」することの重要性を説いている。このように個性の最大限尊重を唱え、必要的共同訴訟において自ら応訴しない者も上訴人として上訴審手続の担い手になるとされているのは、専ら合一確定の要請から全訴訟ないし全請求を上訴審の審判対象とするためのいわば手続的意味にとどまるものであって、全員が上訴審でも訴訟追

39) 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、1981）201頁。

行の担い手として当事者にならなければならないという固有の必要的共同訴訟ほど上訴人として当事者としておく重要性は低いと述べ、合一確定の要請からすれば、全請求が上訴審の審判対象となるという前提を崩さなければ、一部の者のみに上訴審の当事者の地位を認めることは不可能ではないと説明している。また、上訴という行為は必ずしも有利な行為とも限らないのであって、訴訟追行の意思を失っている者に対して上訴審の手続的負担を課すというのは妥当でないと述べている。

以上から、井上教授によれば上訴審の審判対象と当事者の地位とを別個に考え、上訴審の審判対象は全請求に及ぶが、上訴人たる地位は現実に上訴し上訴審手続に参与している者だけに認めれば足り、上訴しない者については、上訴審当事者たる地位を取得しないとしている。そして、その理論構成としては、審級限りでの訴訟担当と構成する考えである。

b) 徳田教授の見解⁴⁰⁾

徳田教授によれば、住民訴訟・株主代表訴訟については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、判決の効力等に何ら影響のないことからすれば、現実に上訴した者の請求部分が上訴審に移審すれば足りるのであって、上訴しなかった者は上訴人とならないとともに、その請求部分も上訴審に移審させることなく消滅しても何ら不都合はないとしている。

結論として、共同訴訟人の一部の者のみが上訴した場合には、民訴法40条1項の適用はなく、上訴は現実に上訴した者との関係でのみ効力を生じるとする見解である。

(c) 愛媛玉串料訴訟（最大判平成9・4・2民集51巻4号1673頁）

以上のような議論の影響を受けてか、愛媛玉串料訴訟において昭和58年の判例が変更された。事案は愛媛県が、宗教法人靖國神社の挙行した恒例の宗教上の祭祀である例大祭に際し玉串料等を県の公金から支出して奉納したことに

40) 徳田和幸「多数当事者と上訴」青山善充先生古稀祝賀『民事手続法学の新たな地平』（有斐閣、2009）259頁。

つき、同県の住民である X らが、憲法 20 条 3 項、89 条等に違反する違法な財務会計上の行為に当たると主張して、靖國神社に対してした公金支出については当時知事の職にあった Y らに対し、地方自治法 242 条の 2 第 1 項 4 号に基づき、県に代位して、それぞれ当該支出相当額の損害賠償を求めたというものである。

こうした事案に対し最高裁は「本件は、地方自治法二四二条の二に規定する住民訴訟である。同条は、普通地方公共団体の財務行政の適正な運営を確保して住民全体の利益を守るために、当該普通地方公共団体の構成員である住民に対し、いわば公益の代表者として同条一項各号所定の訴えを提起する権能を与えたものであり、同条四項が、同条一項の規定による訴訟が係属しているときは、当該普通地方公共団体の他の住民は、別訴をもって同一の請求をすることができないと規定しているのは、住民訴訟のこのような性質にかんがみて、複数の住民による同一の請求については、必ず共同訴訟として提訴することを義務付け、これを一体として審判し、一回的に解決しようとする趣旨に出たものと解される。そうであれば、住民訴訟の判決の効力は、当事者となった住民のみならず、当該地方公共団体の全住民に及ぶものというべきであり、複数の住民の提起した住民訴訟は、民訴法六二条一項〔現行法 40 条 1 項：筆者注〕にいう「訴訟ノ目的カ共同訴訟人ノ全員ニ付合一ニノミ確定スヘキ場合」に該当し、いわゆる類似必要的共同訴訟と解するのが相当である。

ところで、類似必要的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〔現行法 40 条 1 項：筆者注〕）。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、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、住民訴訟の前記のような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対し、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、元来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〔現行法40条1項：筆者注〕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。」と判示した。

本判例は、愛媛玉串料訴訟として政教分離について目的効果基準を立て、玉串料の支出を政教分離の原則に反していると判示したことで有名なものであるが、類似必要的共同訴訟において上訴しなかった者の地位について昭和58年判決を変更したことでも重要な意義を有している。昭和58年判決では、共同訴訟人の一部による上訴の効力は他の共同訴訟人についても効力が及び、全員が上訴人となるとしていたが、上訴審としては、上訴しなかった者も上訴人として取り扱い、準備書面を送達したり、期日の呼出をしたりする必要があったが、実際には訴訟活動を続行する意思を失っている者に対してそのような取り扱いをするのは実情に合わない面を有していたため、実務としては訴えの取下げを勧告して、訴訟関係から完全に離脱させるよう促していた⁴¹⁾。本判決は、まず住民訴訟一般について、その判決の効力は全住民に及ぶとした上で、それを根拠に類似必要的共同訴訟となると判断した。そして、共同訴訟人の一部のなした上訴の効力は62条1項〔現行法40条1項：筆者注〕により、上訴をしなかった者にも及び、原判決は確定を遮断されるが、住民訴訟の性質に鑑みて、上訴しなかった者は上訴人にはならないという新判断を示したものである⁴²⁾。

41) 大橋寛明「判解」最判解民事篇平成9年度（中）577頁（1997）。

42) 平成9年判決の評釈として、芝池義一「判批」別冊ジュリ215号214頁（2013）が新しい。

判旨の理由付けからすれば、あくまで住民訴訟の特質を強調したものであり、他の類似必要的共同訴訟にまで直ちに射程が及ぶとはいいい切れないといえる。「住民訴訟以外の類似必要的共同訴訟と言われるものについては、そもそも真にこれが類似必要的共同訴訟に当たるのかどうかの吟味から始めた上で、それぞれの性質に照らして共同訴訟人のうちの一部の者のした上訴の効力について検討をすべき」と述べており⁴³⁾、類似必要的共同訴訟の中でもその性質を個別具体的に検討した上で、結論を出すべきとしている。

このように、従来、上訴というのは共同訴訟人にとって有利な行為であって民訴法40条1項により全員に効力が生じ上訴人となるとされていたが、住民訴訟が公益追求型の訴訟であることや、訴訟担当者による訴訟追行という訴訟構造に着目した上で、請求と当事者の地位を分離し、上訴しなかった者の地位について上訴当事者とはならないという判断をした点に重要な意義があるといえる。

2. 株主代表訴訟

(1) 株主代表訴訟の意義

株主代表訴訟とは役員等が会社に対して任務懈怠責任（会社法423条）をはじめとする損害賠償責任等を負う場合、役員等との同僚意識から会社が役員等の責任追及を怠る場合があるため、個々の株主が会社のために役員等の責任追及等の訴えを提起する訴訟をいう（会社法847条⁴⁴⁾）。株主代表訴訟は持株制限がない単独株主権⁴⁵⁾（会社法847条1項、2項）であって、株主が取締役等の責任を追及できる貴重なルートであるといえる。この制度の趣旨としては、取締役同士の馴れ合いにより責任追及を怠る事態があり得るため、株主が会社の

43) 大橋・前掲注41) 585頁。

44) 上柳克郎ほか編『新版注釈会社法(6)』（有斐閣、1987）354頁〔北沢正啓〕、奥島孝康ほか編『新基本法コンメンタール・会社法3』（日本評論社、2009）391頁〔山田泰弘〕391頁、伊藤靖史＝大杉謙一＝田中亘＝松井秀征『リーガルクエスト会社法』（有斐閣、第2版、2011）228頁。

ために取締役に対し訴えを提起することを認めた点にある。代表訴訟は、第三者である株主が当事者適格を持ち、受けた判決の効力が権利主体である会社に及ぶ、第三者の訴訟担当の一事例である⁴⁶⁾。

(2) 類似必要的共同訴訟となる根拠

株主は代表訴訟を提起する権利を有しており、かかる権利は1株でも株式を保有する株主であれば行使できる単独株主権であるため、1人の株主が提起したとしても、他の株主の訴訟提起を妨げることはなく、数人の株主により代表訴訟が提起される事態が想定される⁴⁷⁾。その場合の訴訟形態は類似必要的共同訴訟となる⁴⁸⁾。類似必要的共同訴訟となる根拠として参考になるのは、平成12年判決である⁴⁹⁾。判旨は「商法二六七条〔現行法847条：筆者注〕に規定する株主代表訴訟は、株主が会社に代位して、取締役の会社に対する責任を追究する訴えを提起するものであって、その判決の効力は会社に対しても及び（民訴法一一五条一項二号）、その結果他の株主もその効力を争うことができなくなるという関係⁵⁰⁾にあり、複数の株主の追行する株主代表訴訟は、いわゆる類似必要的共同訴訟と解するのが相当である。」と述べており、判決の効力が会社に対して及ぶことの結果としてその他の株主もその効力を争えなくなるとしている。

通説的な見解は、法定訴訟担当者たる適格者相互間に直接に判決の効力が拡張されるわけではないが、本人たる被担当者に拡張され（民訴法115条1項2

45) 単独株主権とは、1株でも株式を保有する株主であれば行使できる権利のことを言う（伊藤ほか・前掲注44）69頁）。

46) 江頭憲治郎『株式会社法』（有斐閣、第4版、2011）456頁。

47) 伊藤ほか・前掲44）69頁、229頁。

48) 伊藤・前掲注5）596頁、高橋・前掲注3）354頁、三木ほか・前掲注1）542頁〔菱田雄郷〕。

49) 前掲注7）の判例参照。

50) 学説ではこのような効力のことを反射的効力と呼んでいる。たとえば、伊藤・前掲注5）624頁、高橋・前掲注3）354頁、三木ほか・前掲注1）452頁〔垣内秀介〕。

号)、その反射的効力として、他の適格者に拡張されるので、類似必要的共同訴訟の成立を認めて良いとしている^{51) 52)}。調査官解説においても、株主代表訴訟は訴訟の形式上は、会社の代表者として訴訟を進行するものではなく、他人である会社のために原告となり、取締役を被告として訴訟を遂行し判決を受ける資格権能を認められているのであって、いわゆる第三者による訴訟担当の1つであるから、原告株主の受ける既判力は本来の適格者である利益主体としての会社に対して、有利にも不利にも及び、その反射的効力が他の株主にも及ぶとしている⁵³⁾。

したがって、既判力が被代位者に及ぶ結果他の者も反射的に判決の効力を受けることとなり⁵⁴⁾、判決の矛盾抵触の防止の必要性から類似必要的共同訴訟となるものであって、数人の提起する債権者代位訴訟における根拠と同じものである。このように、通説的な見解は訴訟担当構成を採用しているが、そもそも訴訟担当といえるのかについては会社法 847 条 3 項が「株主は、株式会社のために」と規定しており、民訴法 115 条 1 項 2 号でいうところの他人（会社）の「ために」と文言が同一であることが形式的根拠である。北沢教授も「実質的にみれば、[株主代表訴訟は：筆者挿入]株主が会社の代表機関的地位に立って進行するものであるが、訴訟の形式上は、株主は、会社の代表者として訴訟を進行するものではない。株主は、他人たる会社の利益のために原告となり、取締役を被告として訴訟を進行し判決を受ける資格権能を認められているのであり、いわゆる、第三者の訴訟担当の一つの場合である。本条 2 項 [現行法 847 条 3 項：筆者注]「株主ハ会社ノ為訴ヲ提起スル」というのは、このことを

51) 伊藤・前掲注 5) 624 頁。

52) 原強「株主代表訴訟における判決効と強制執行」小林秀之＝近藤光男編『株主代表訴訟大系』(弘文堂、2002) 337 頁。

53) 豊澤佳弘「判解」最判解民事篇平成 12 年度（下）618 頁（2000）。

54) 豊澤・前掲注 53) 648 頁注（48）によれば、反射的効力とは、既判力が本人である会社に対して拡張され、会社は、訴訟物たる権利について重ねて本案の裁判を求めることが許されないという拘束を受け、その結果として、会社の権利について訴訟担当者として当事者適格を持つ他の株主も同様の拘束を受けることとなるものである。

示している。」と述べており⁵⁵⁾、「ために」という文言に依拠している。

(3) 利益状況・訴訟構造

株主代表訴訟の利益状況・訴訟構造については訴訟担当という同一の構造を持つ住民訴訟のそれと比較しつつ検討したい。住民訴訟は自己の利益にはかかわらない客観訴訟に分類されているのであり⁵⁶⁾、株主代表訴訟とは性質を異にすると考えられ、利益状況も異なると考える。株主代表訴訟は「取締役の責任が追及されないまま放置されると、会社の利益が害され、ひいては株主の利益が害されることになる」ため、会社ひいては株主の利益の回復を図ったものであると説明されており⁵⁷⁾、自己の利益にはかかわらない客観訴訟とは一定の距離があるようにも思える。そこで、株主代表訴訟における当事者の手続関与権を考える上で、株主代表訴訟を提起する原告（株主）はいかなる権能を有し、株主代表訴訟はいかなる性質を有しているのかの検討が必要となる。そして、原告の権能については、当事者適格論が密接にかかわっており、当事者適格は実体法を基準として考えるため、株主の利益状況を分析するためには、株主代表訴訟の構造をいかに解するかが重要となってくる。高田教授も「株主代表訴訟といえども民事訴訟の一貫であって、一般的な民事訴訟理論との整合性もまた重要であろう…原告株主の訴訟法上の地位、権限について…自らが開始した株主代表訴訟において、原告株主はどこまでその訴訟をコントロールないし支配する権能を有するか、換言すれば、その訴訟法上の権能につき、いかなる制限を、何ゆえ受けることになるのか」という問題意識を示している⁵⁸⁾。

当事者適格について実体法上の地位を基準とする民訴訟上の理論⁵⁹⁾ ⁶⁰⁾からすれば、株主代表訴訟がいかなる構造であるのかを整理することは株主の法的

55) 上柳ほか編・前掲注 44) 358 頁〔北沢正啓〕。

56) 宇賀克也『行政法』（有斐閣、2012）388 頁。

57) 上柳ほか編・前掲注 44) 358 頁〔北沢正啓〕。

58) 高田裕成「株主代表訴訟における原告株主の地位―訴訟担当論の視角から―」民商法雑誌 115 巻 4・5 号 537 頁（1996）。

な利益状況の分析につながるようになるため、株主代表訴訟の構造を整理したい。こうした分析を、本稿の後半で論ずる株主の一人が和解できるかなどの議論に結びつけていきたい。株主代表訴訟の構造については「株主は、この訴訟の場合、実質上、会社の代表機関的地位に立っているため、それは代表訴訟と呼ばれる。株主の代表訴訟は、会社の有する権利に基づく訴訟であるから、派生訴訟とか伝来訴訟ともいわれ、また、代位訴訟なる表現を好んで用いる者もある」と説明されている⁶¹⁾。このような株主代表訴訟の二面性について、竹内教授の論文で代位訴訟性（会社の権利を会社のために行使する面）と代表訴訟性（全株主を代表して会社に対し会社の権利の行使を強制する面）の二面性について説明されている⁶²⁾。株主代表訴訟はもともと19世紀の初期からイギリスとアメリカで並行して、エクイティ裁判所がその判例により発展させたものであり、原告株主が自己と同様の立場にある株主全員を代表して訴えるという意味で代表訴訟又はクラスアクションの性質であったと考えられる。その後アメリカで、株主が債務者を相手として、その会社に対する責任の履行を求めて訴えることを認めるに至ったが、そうになると、株主は会社の訴権を代位して主張する代位訴訟という法律構成が必要となり、第三者に対する訴訟をも含む株主代表訴訟は、代表訴訟あるいはクラスアクションそのものではないと考えられた。

そして竹内教授は、以下のように日本の株主代表訴訟について説明する。団体の構成員は団体に対しその健全な運営を求める権利を有し、その一貫として、理事者の団体に対する責任のように、理事者が行使を怠りがちな団体の権利については、団体にその行使を求めることができ、団体が行使しないときは団体

59) たとえば、三木ほか・前掲注1) 368頁〔垣内秀介〕では、訴訟の結果によって法律上の地位が左右されるという意味において、訴訟の結果について法律上の利害関係を有する者が、当事者適格を有するということになる」と説明している。

60) 高橋宏志「株主代表訴訟と訴訟上の和解」商事法務1368号74頁(1994)は「訴訟追行権者の(広義の)実体法上の地位・権限によって個別的に律せられるべきものである」としている。

61) 上柳ほか編・前掲注44) 358頁〔北沢正啓〕。

62) 竹内昭夫「株主の代表訴訟」同『会社法の理論Ⅲ』(有斐閣、1990) 221頁以下。

のために自らその権利を行使することができる。このような団体構成員に共通の権利を、株式会社という団体の特殊性に即して具体化し、その要件を明定したのが株主代表訴訟の制度である。

したがって、株主代表訴訟は、会社の権利を会社のために行使するという面ではまさに代位訴訟であり、原告と会社の利益は形式上一致するが、会社に対し会社の権利の行使を強制するという面では、まさに全株主を代表して行う代表訴訟にほかならず、この面では株主と会社の主張は対立する。そして、株主全員を代表して訴訟を行い、その訴訟の結果によって、株主全員が拘束されるという面では、クラスアクションと共通する。つまり、両者とも、他の株主や同じ立場にある多数の者の利益を、自らその代表者と名乗って訴訟を提起した者が、訴訟によって処分する結果になるという点では共通している。このように二面性を述べた上で、株主代表訴訟に関する問題はこの二面性に即して論じられていくべきだとする。こうした二面性を有するという考えについては私も賛同する。取締役等の「役員等」が「任務を怠った」場合、会社法 423 条 1 項の要件を充足する限りで、株式会社に対して会社法 423 条 1 項の責任を負い、会社は「役員等」に対して損害賠償請求権を有することになる。そしてその請求権を株主は会社法 847 条 1 項に基づいて行使することができる点で代位訴訟性を有していると考えられる。

代表訴訟性については、会社法 847 条 3 項の「株式会社のために」という文言から導けると考える。民法 423 条 1 項を見ると「債権者は、自己の債権を保全するため」と規定しており、「債務者のために」とは規定されていない。「ために」という文言を使っているのは民法 99 条の「本人のために」であり、特段の留保がなければ、「ために」というのは法的効果の帰属を問題としていると考える。一方で、経済的利益の帰属を問題とするのであれば、会社法 120 条 1 項のように「子会社の計算において」というように「計算」という文言が使われている。したがって、会社法 847 条 3 項の「ために」も会社に対して法的効果が帰属することを意味していると考えられる。

そして、この「株式会社のために」とは株主共同の利益に資するためにも

解釈することが可能である。会社は営利社団法人であって、営利性とは株式会社に対外的経済活動で利益を得て、得た利益を構成員（株主）に分配することを目的とする法人であることを示すものである⁶³⁾。そのことの現れとして、株式会社の株主は、少なくとも「剰余金の配当を受ける権利」又は「残余財産の分配を受ける権利」の一方を有しなければならない（会社法105条2項）。こうして、株式会社においては、対外的経済活動における利潤最大化を始めとする「株主の利益最大化」が、会社を取り巻く関係者の利害調整の原則になっている⁶⁴⁾。こうした株主の利益最大化という考えが現れている判例・裁判例がある。1つ目は差別的行使条件付新株予約権の無償割当てが問題となった事案⁶⁵⁾、2つ目は第三者割当による新株予約権発行の差止めが問題となった事案⁶⁶⁾である。

前者の判旨の一部に「株主平等の原則は、個々の株主の利益を保護するため、会社に対し、株主をその有する株式の内容及び数に応じて平等に取り扱うことを義務付けるものであるが、個々の株主の利益は、一般的には、会社の存立、発展なしには考えられないものであるから、特定の株主による経営支配権の取得に伴い、会社の存立、発展が阻害されるおそれが生ずるなど、会社の企業価値がき損され、会社の利益ひいては株主の共同の利益が害されることになるような場合には、その防止のために当該株主を差別的に取り扱ったとしても、当該取扱いが衡平の理念に反し、相当性を欠くものでない限り、これを直ちに同原則の趣旨に反するものということとはできない」とあり、「会社の利益ひいては株主の共同の利益」と述べている。後者の判旨の一部は「したがって、現に経営支配権争いが生じている場面において、経営支配権の維持・確保を目的とした新株予約権の発行がされた場合には、原則として、不公正な発行として差止請求が認められるべきであるが、株主全体の利益保護の観点から当該新株予

63) 江頭・前掲注46) 19頁、伊藤ほか・前掲注44) 12頁。

64) 江頭・前掲注46) 20頁。

65) 最決平19・8・7民集61巻5号2215頁。

66) 東京高平17・3・23決定判タ1173号125頁。

約権発行を正当化する特段の事情があること、具体的には、敵対的買収者が真摯に合理的な経営を目指すものではなく、敵対的買収者による支配権取得が会社に回復し難い損害をもたらす事情があることを会社が疎明、立証した場合には、会社の経営支配権の帰属に影響を及ぼすような新株予約権の発行を差し止めることはできない。」としており、ここでも「株主全体の利益」が指摘されており、会社の利益は終局的には株主共同の利益であるという判例の考え方が読み取れる。

したがって、「株式会社のため」というのはひいては「株主の共同の利益」のためであり、株主全体の利益を代表して訴訟を提起する側面があるといえ、代表訴訟性が肯定できる。株主代表訴訟はこうした株主全体の利益を追求するために各株主に提訴権を与えており、複数の株主が訴訟を提起すれば、会社の役員等に有している債権について共同の利益のために共同行使しているというように捉えることができる。こうした共同行使という処分態様が株主代表訴訟の特徴といえる。

以上のように、株主代表訴訟は代位訴訟性及び代表訴訟性の二面性を有するという竹内教授の見解に賛成であるし、株主代表訴訟は株主共同の利益が問題となっている。この株主共同の利益を判例は前面に問題としている点が客観訴訟である住民訴訟とは利益状況を異にしているとの分析も可能であるが、住民訴訟についても「公益」追求型と判例でも性質付けられているが、「公益」の終局的な帰属先は住民ということも可能であろうし、とりわけ4号請求については紛争の中心は損害賠償請求権の存否であって実質においては大差がないという分析も可能である。

株主代表訴訟の性質・訴訟構造を検討してきたが、私見としては住民訴訟との対比でいえば、株主代表訴訟と住民訴訟では多少の利益状況の差異はあるものの、概ね性質が共通していると考えられる。共通点として一般的に指摘されている点としては、「個々の株主が共益権にもとづいて、実質的には他の株主全体を代表して、形式的には第三者の法定訴訟担当として訴訟追行する類似必要的共同訴訟であるところ、個々の株主にとっての個別的具体的利益が直接問題と

なるものではなく、原告株主の数が提訴後に減少しても、審判の範囲、審理の態様、判決の効力には格別に差異を生じない⁶⁷⁾点であり、住民、株主の「個別的具体的利益が直接問題となるものではない」という点が公益追求型訴訟として共通している。また、伊藤教授が住民訴訟の事案において、訴訟物に着目した分析をしたが、株主代表訴訟における訴訟物は、会社が役員等に対して有している会社法423条1項に基づく損害賠償請求権であって、住民訴訟におけるそれと共通の構造であるといえる。また、住民訴訟と株主代表訴訟はある種の監督是正権であるという点に共通点を見出すことも可能である。株主代表訴訟の性質について、通説は株主が会社の正規の体制による運営を監督是正するために認められている権利として、これを共益権と解しており、監督是正権として位置付けている⁶⁸⁾。

住民訴訟は法秩序を維持するための訴訟たる客観訴訟の1つである。この点、私益の保護を目的とする主観訴訟とは対置される。そして私益規定であれ、公益規定であれ、適法性を統制する機能を営んでいる⁶⁹⁾。園部裁判官によれば住民訴訟の意義は①住民の直接参政の手段、②地方公共の利益の擁護、③財務会計の運営に対する司法統制の3つである⁷⁰⁾。特に②、③については行政の適正化という監督是正権の側面を有しているのであり、株主代表訴訟と共通するところである。このように監督是正権と評価される限り、個々人の利益回復（私益的側面）よりも全体の利益の回復（公益的側面）の強い訴訟類型であると言える。

しかし、以下のような相違点が考えられる。最も違う点としては住民訴訟が公益の保護を目的として客観訴訟であるという点である。本来司法権の対象となるのは「法律上の争訟」（裁判所法3条1項）のみであり、法律上の争訟とは判例の趣旨によると当事者間の具体的な権利義務についての紛争であること、

67) 豊澤・前掲注53) 620頁。

68) 上柳ほか編・前掲注44) 359頁〔北沢正啓〕。

69) 山岸敬子『客観訴訟の法理』（勁草書房、2004）38頁。

70) 園部・前掲注30) 9頁。

それが法令の適用によって解決することが可能な紛争であることの2つの要件を備えている必要がある⁷¹⁾。住民訴訟は客観訴訟であるが、「その他法律において特に定める権限」が裁判所にあるため、住民訴訟が認められている。これは、主観訴訟による私人の権利利益の救済の結果としてのみ行政作用の適法性が担保されれば良いとは必ずしもいえず、主観訴訟が認められない場合にも、政策的に客観訴訟を通じて行政作用の適法性を保障することが望ましいと考えられるからである⁷²⁾。このように主観的利益にかかわらないが政策的に認められている客観訴訟たる住民訴訟と株主代表訴訟とでは一定の相違はあるといえよう。しかし、本稿のテーマでもあるように上訴しなかった者の地位についての解釈論にまで影響を与えるような相違はあるのだろうか。特にいわゆる4号請求（地方自治法242条の2第1項4号）を見ると、請求の中心は「損害賠償」又は「不当利得返還」の請求であって、株主代表訴訟における訴訟物が会社の役員等に対する損害賠償請求権であることからしても非常に近い性質を持っているといえる。いずれも判例法理上、債権者代位訴訟のような独占権もなく、認容判決が出れば役員等は会社に対して損害賠償を支払う義務を負うし、住民訴訟であっても当該職員は当該普通地方公共団体の執行機関等に支払う義務を負うことになるという構造を持っている。

したがって、住民訴訟（特に4号請求）と株主代表訴訟は客観訴訟か否かというパッケージの点では異なるものの、実質的な相違は大きくないといえる。

(4) 判例法理（最判平成12・7・7民集54巻6号1767頁）

株主代表訴訟についても住民訴訟と同様、上訴しなかった者の地位については上訴人の地位に就かないというのが判例法理である⁷³⁾。事案としては、大手証券会社Aが大口顧客である訴外会社Bに対して損失補填を行ったことによりAに補填相当額の損害を生じたとして、Aの株主であるXらが、その決

71) 最判昭29・2・11民集8巻2号419頁。

72) 宇賀・前掲注56) 266頁。

73) 前掲注7) の判例参照。

定・実施にかかわった当時の A の代表取締役である Y らに対し、商法 266 条 1 項 5 号⁷⁴⁾ に基づき損害賠償を求める株主代表訴訟であったが、「商法 267 条 [現行法 847 条：筆者注] に規定する株主代表訴訟は、株主が会社に代位して、取締役の会社に対する責任を追及する訴えを提起するものであって、その判決の効力は会社に対しても及び（民訴法 115 条 1 項 2 号）、その結果他の株主もその効力を争うことができなくなるという関係にあり、複数の株主の追行する株主代表訴訟は、いわゆる類似必要的共同訴訟と解するのが相当である。

類似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、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、取締役の会社に対する責任を追及する株主代表訴訟においては、既に訴訟を追行する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し、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あっても、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いから [公益追求型訴訟である旨の指摘：筆者注]、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 [訴訟構造から生ずる不都合性の有無の指摘：筆者注]。そうすると、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 40 条 1 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（最高裁平成四年（行ツ）第一五六号同九年四月二日大法廷判決・民集五一卷四号一六七三頁参照。）」と判示した。

74) 第 266 条 1 項 左ノ場合ニ於テハ其ノ行為ヲ為シタル取締役ハ会社ニ対シ連帯シテ第一号ニ在リテハ違法ニ配当又ハ分配ノ為サレタル額、第二号ニ在リテハ供与シタル利益ノ価額、第三号ニ在リテハ未ダ弁済ナキ額、第四号及第五号ニ在リテハ会社が蒙リタル損害額ニ付弁済又ハ賠償ノ責ニ任ズ

5 号 法令又ハ定款ニ違反スル行為ヲ為シタルトキ。

平成12年判決は、株主代表訴訟の特質について「複数の株主によって株主代表訴訟が進行されている場合であっても、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い」と指摘し、その特質より「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」性質を有していると判示した。こうした判例のロジックは、住民訴訟の特質から判示した平成9年判決と同じものであり、住民訴訟と株主代表訴訟が訴訟の性質として共通点を有することが窺われる。伊藤教授は、平成9年判決の評釈の中で「住民訴訟と類似の訴訟構造をもつ、株主代表訴訟についても、本判決の考え方が適用される可能性がある。」と既に述べており、訴訟構造のあり方が結論に影響を与えていることを示唆していた⁷⁵⁾。

3. 人事訴訟

(1) 人事訴訟の意義

人事訴訟とは婚姻や親子などの身分関係の形成又は存否の確認を目的とする訴訟であって、人事訴訟法が適用される訴訟である^{76) 77)}。本稿の契機となった平成23年決定は養子縁組無効訴訟であり、人事訴訟に属する。人事訴訟は通常の民事訴訟の手続とは異なる特徴を有しているものであり、こうした特徴から人事訴訟固有の利益状況を見出す必要がある。そこで、ここでは人事訴訟固有の手続等を整理する。

人事訴訟法の特徴は対世効の規定の存在である（人訴法24条1項）。既判力については、民訴法115条1項1号の規定により原則当事者間で生じるが、2号以下に既判力が拡張される場合が規定されている。一般的に既判力の正当化根拠は①正しい事実認定に依拠した正当な法の解釈適用を実現するに足る手続を、②その当事者に対する十分な手続保障のもとで遂行した結果であると認められることにある⁷⁸⁾。一方で対世効は第三者一般に対する判決の効力のこと

75) 伊藤・前掲37) 129頁。

76) 三木ほか・前掲注1) 23頁〔三木浩一〕。

77) なお、人事訴訟一般については松本博之『人事訴訟』（弘文堂、第3版、2012）など。

をいうが、対世効は多数の関係人の間で法律関係を画一的に確定する必要がある、かつ既判力の拡張を受けるべき第三者の範囲を一律に画定することが難しい場合に認められるが、まさに養子縁組のような身分関係は社会の基本的な構成原理をなすものであって、多数の関係人の利害や社会一般の公益にかかわり、その存否が関係者ごとに異なると、社会生活上多大な不都合が生じてしまうため、対世効が人事訴訟法において規定されている⁷⁹⁾。

先ほど述べた既判力の正当化根拠からすれば、手続保障が原則として与えられない第三者が不当に損害を被らないように、①訴訟物たる法律関係について最も密接な利害関係を有する者を当事者とするにより適切な訴訟追行を促すこと、②審理の方式について、弁論主義ではなく職権探知主義を採用することによって、当事者による恣意的な訴訟資料の操作を防ぎ、判決内容の実体的適正を確保すること、③詐害的な判決がなされた場合に、第三者に再審による事後的な救済の機会を与えることなどが対策として講じられている⁸⁰⁾。

(2) 類似必要的共同訴訟となる根拠

既に述べたとおり、人事訴訟の特徴の1つとして対世効の存在が挙げられる。これは人事訴訟法24条1項により、確定判決の効力が第三者に及ぶとされる。このように対世効が規定されている訴訟類型が類似必要的共同訴訟となることについてはほぼ争いがないといえる⁸¹⁾。判例も「数人の提起する養子縁組無効の訴は、いわゆる類似必要的共同訴訟であるから、訴を提起した共同訴訟人のうち一名または数名だけでも、有効に訴を取り下げることができるものである」と述べている⁸²⁾。ただし、会社関係訴訟との相違として人事訴訟の場合は請求認容であっても棄却であってもその判決の効力が第三者にも及ぶため複

78) 三木ほか・前掲注1) 413頁〔垣内秀介〕。

79) 三木ほか・前掲注1) 450頁〔垣内秀介〕。

80) 三木ほか・前掲注1) 451頁〔垣内秀介〕。

81) 伊藤・前掲注5) 624頁、三木ほか・前掲注1) 541頁〔菱田雄郷〕。

82) 最判昭43・12・20裁判集民93号747頁。

数人が原告等になっている場合は類似必要的共同訴訟となる典型的場面であるのに対して、株主総会決議取消訴訟の場合には片面的対世効（会社法 838 条）であるため、政策的な見地から類似必要的共同訴訟となるという点については既に説明したとおりである。

(3) 利益状況・訴訟構造

(a) 最判昭 63・3・1 民集 42 卷 3 号 157 頁から見てくる利益状況

人事訴訟法における利益状況を分析する上で、第三者の提起する養子縁組無効の訴えと訴えの利益の有無について判断した判例が参考になる⁸³⁾。訴えの利益とはある訴えについて、本案判決をすることの必要性ないし正当性が認められるかどうかを画する概念であり、無益な訴えを排除し有限な司法資源を有効活用するための訴訟要件である⁸⁴⁾。判例によれば、確認の利益が認められるには、原告の有する権利や法律上の地位に危険又は不安が存在し、そうした危険や不安を除去するために確認判決を得ることが有効かつ適切である必要がある⁸⁵⁾。この判例の定式によれば、原告の利益状況は訴えの利益の存否についての考慮要素となり得るのであって、訴えの利益の中身が具体的に解明できれば、いかなる利益状況に置かれ、そのような「利益」について判例はどのような立場を採っているのかを読み取ることができる。そのような判例の態度は、利益状況を分析する上で、重要な参考資料となると考える。したがって、第三者が提起する養子縁組無効の訴えの利益について判示した最判昭 63・3・1 民集 42 卷 3 号 157 頁の判決を検討していきたい。

事案としては、A、B は夫婦であり、Y1、Y2 も夫婦であるが昭和 54 年 12 月 17 日に A、B を養親、Y1、Y2 を養子とする届出がされ、B は右届出の翌日である 12 月 18 日に死亡し、A も昭和 57 年 1 月 9 日に死亡した。X は、養親の B とは叔従母（5 親等血族）、養子 Y1 とは従姉妹（4 親等血族）に当たるが、

83) 最判昭 63・3・1 民集 42 卷 3 号 157 頁。

84) 三木ほか・前掲注 1) 350 頁〔垣内秀介〕。

85) 最判昭 30・12・26 民集 9 卷 14 号 2082 頁。

右届出はA、B夫婦が意思能力を喪失している時期にY1、Y2が縁組届出書を偽造して、その届出をしたものであるため、Y1、Y2に対してA、B夫婦との右養子縁組の無効⁸⁶⁾を主張したものである。

この事案に対して裁判所は「養子縁組無効の訴えは縁組当事者以外の者もこれを提起することができるが、当該養子縁組が無効であることにより自己の身分関係に関する地位に直接影響を受けることのない者は右訴えにつき法律上の利益を有しないと解するのが相当である。けだし、養子縁組無効の訴えは養子縁組の届出に係る身分関係が存在しないことを対世的に確認することを目的とするものであるから（人事訴訟手続法二六条、一八条一項）、養子縁組の無効により、自己の財産上の権利義務に影響を受けるにすぎない者は、その権利義務に関する限りでの個別的、相対的解決に利害関係を有するものとして、右権利義務に関する限りで縁組の無効を主張すれば足り、それを超えて他人間の身分関係の存否を対世的に確認することに利害関係を有するものではないからである。

これを本件についてみるに、原審が適法に確定した事実によれば、上告人は養親の高橋みすゝと伯従母（五親等の血族）、養子の被上告人高橋邑二と従兄弟（四親等の血族）という身分関係にあるにすぎないのであるから、右事実関係のもとにおいて、上告人が本件養子縁組の無効確認を求めるにつき前示法律上の利益を有しないことは明らかであり、これと同旨の原審の判断は、正当として是認することができる。なお、所論のように、本件養子縁組が無効であるときは上告人が民法九五八条の三第一項のいわゆる特別縁故者として家庭裁判所の審判により養親の高橋一郎の相続財産の分与を受ける可能性があるとしても、本件養子縁組が無効であることにより上告人の身分関係に関する地位が直接影響を受けるものということとはできないから、右判断を左右するものではない。」と判示した。

本判決は、縁組無効の訴えの利益は、当該養親子関係の存否を対世的に確定する必要のある者に認めるべく、身分関係の存否につき原告自身が身分法上の

86) 養子縁組無効の訴えの一般論については松本・前掲注77) 252頁。

利害を有することが必要であるとした⁸⁷⁾。そして養子縁組無効の訴えについては、本判決は、自己の財産上の権利義務に影響を受ける者がその権利義務に関する限りで個別的、相対的に縁組の無効を主張し得るとするが、これは養子縁組無効の訴えの性質が形成訴訟ではなく、確認訴訟であることを前提とするものである⁸⁸⁾。確認の訴えについての原告適格は、「給付の訴えの場合と異なり、確認の利益が認められる以上、原告・被告間の法律関係が主張される場合でなくても、当事者適格が認められる場合がある」⁸⁹⁾のであって、一般的には確認の訴えの原告適格については確認の利益に吸収されると考えられるため、訴えの利益の存否と原告適格については連動して検討が可能である。本判決を見ると、「養子縁組の無効により、自己の財産上の権利義務に影響を受けるにすぎない者」については、他人間の身分関係の存否を対世的に確認することの利害関係を有する者ではないとしている。原審では「少なくとも養親子の一方の親族であって、養子縁組無効確認の判決により自己の相続、扶養等の身分関係上の地位に直接影響を受けるという関係にあることが必要」としており、単なる財産上の権利義務に影響を及ぼす場合と身分関係に影響を及ぼす場合とで後者の場合に訴えの利益を肯定しているということは、後者の場合に強い利害関係の存在を見出しているといえよう⁹⁰⁾。

(b) 人事訴訟における対世効と手続保障

利益状況を分析する上で当事者適格はないが、吉村教授等が問題提起をしている強い利害関係を有する者に対する手続保障という議論が参考になると考える。既に述べたように、身分訴訟では人訴法 24 条 1 項で対世効を定めているため、手続保障が与えられていないような者にも拘束力が及び、それは、既判力の正当化根拠が手続保障の充足にあるという大原則に対する重大な例外となっている。このような対世効の存在から生じる問題として、当事者適格はな

87) 「判批」判タ 664 号 54 頁（1988）。

88) 養子縁組無効の訴えの法的性質論については松本・前掲注 77) 140 頁、252 頁。

89) 三木ほか・前掲注 1) 371 頁〔垣内秀介〕。

90) 富越和厚「判解」最判解民事篇昭和 63 年度 96 頁（1988）。

いが強い利害関係を有する者に対する手続保障という問題がある。当事者適格を有さないということは、当事者権もなく、手続への関与ができないまま、判決の拘束力を受けてしまうが、果たしてそのような拘束が妥当であるのかという問題について、吉村教授を中心として論文が出されている⁹¹⁾。当事者権を持たない者に対する手続保障のあり方についての検討は、当事者とそうでない者についての利益状況の分析なしでは到底なし得ないものであって、人事訴訟（特に養子縁組無効訴訟）における利益状況の分析の手がかりになると考える。吉村教授は「身分訴訟においては、原則として当事者適格が法定されているが、こうした適格者による訴訟追行がつねに充実していて、判決効を受ける第三者の利益を十分に保護することになると言えるかは疑問である。」⁹²⁾と述べた上で、利害関係人は多種多様であることから、利害対立についても個別具体的に検討する必要があるとし、当事者適格を持たない者であっても、十分な利害関係を持つ者については、別途手続関与の機会を保障すべきであるとしている。吉村教授は当初、利害関係について①係争身分関係に自己の身分が直接にかかわるため密接又は重大な利害関係を有する者と、②利害関係がこれほど直接的でない第三者（たとえば、相続権・扶養義務のみがかかわる第三者）とに分け、前者は呼出しが必要であるとして、後者は訴訟参加の機会を保障するため、訴訟告知をなすべきであるとした。①の場合のいわゆる必要的呼出しについては、行政事件訴訟法 22 条の、裁判所の職権による呼出しから着想を得たものである。このように吉村教授は当初②のグループの者に対しては訴訟参加の機会を確保しようとはしているものの、①と比べるとやはり手続関与権の程度を低く考えていたと言える。

しかし、その後吉村教授は、間接的に自己の相続権や扶養義務その他の財産権に影響を受ける第三者は、同時に身分上の地位にも影響を受けるため、事前の参加の機会が保障されていなかった場合は、その手続保障の欠缺が民法

91) 吉村徳重「既判力の第三者への拡張」新堂幸司編『講座民事訴訟法⑥』（弘文堂、1984）156頁。

92) 吉村・前掲注91) 127頁。

338条1項3号の再審事由に当たるとし、以前よりも②のグループの手續関与権の程度を高めたといえる⁹³⁾。一方で本間教授は、吉村教授の利害関係人の二分化を否定している。たとえば、死後認知訴訟において父親とされた者の他の子供は、財産権のみにかかわるとして手續保障を弱められたが、この者も財産関係のみならず兄弟姉妹の関係が生ずるといふ身分関係の変動があるとして、必要的呼出しをすべきであるとする⁹⁴⁾。

(c) 小括

対世効を有している身分訴訟における手續関与権というテーマについて真っ先に切り込んだのが、既に述べたとおり吉村教授であり、当初、吉村教授は身分変動のあるグループと財産権の変動にすぎないとする2つのグループに分け、前者により強い手續関与権が必要であるとしていた。しかし、後に、吉村教授は財産権の変動の裏には身分関係の変動も含まれているとし、両者のグループの均質化を図った。こうした改説については、高橋宏志教授は「本間説、竹下説に影響されたためか」と推測している⁹⁵⁾。私は改説した立場に賛成である。なぜなら、養子縁組等により、新たな親子関係、兄弟姉妹関係などが生じるのであって、これを身分変動と叫ぶのはやや違和感があるし、新たな身分関係の発生を単なる財産権の問題として処理してしまうのはやや画一的にすぎないかと考える。新たな身分関係の創出は当事者にとって死活問題にもなり得るのであって、重大な利害関係があると考ええる。したがって、当事者適格として法定されていないものの、身分関係の変動のある者は原則として重大な利害関係を有しており私益追求型訴訟であるといえ、手續関与権を付与する必要性は個別的利益にかかわっているとはいえない住民訴訟や株主代表訴訟、株主総会決議取消訴訟よりも高いと考える。

93) 吉村教授は、同『民事判決効の理論（下）』（信山社、2010）247頁にて改説した。

94) 本間靖規「身分訴訟の判決効と手續保障権」龍谷法学19巻2号183頁（1986）。

95) 高橋宏志「人事訴訟における手續保障」『講座新民事訴訟法III』（弘文堂、1998）395頁注（13）。

(4) 判例法理（最決平 23・2・17 判タ 1352 号 159 頁⁹⁶⁾）

人事訴訟の判例法理として冒頭でも触れたように平成 23 年決定が存在する。この決定こそが本稿執筆の契機となったものであるため、以下、検討していきたい。事案としては、A の子である X1 が、A を養母とし、Y を養子とする養子縁組が無効であるとして、Y に対して、右養子縁組の無効確認の訴えを提起したところ、A の別の子である X2 が、これに共同訴訟参加したというものである。原々審（京都家判平 20・7・3 判例集未掲載）は、X らの請求を認容して縁組無効を確認したが、原審（大阪高判平 21・1・27 判例集未掲載）は、原々審判決を取消して、X らの請求を棄却した。これに対して、X2 は、平成 21 年 2 月 7 日に上告・上告受理を申し立て、また X1 は、これに遅れる同月 12 日に上告・上告受理を申し立てた。本件最高裁決定は、X1 の上告・上告受理申立てに対するものである。

以上の事案に対して最高裁は、「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 43 年（オ）第 723 号同年 12 月 20 日第二小法廷判決・裁判集民事 93 号 747 頁）、記録によれば、上告人兼申立人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 X1 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、上告人の本件上告は、二重上告であり、申立人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。」と判示した。類似必要的共同訴訟において上訴しなかった者の地位については今まで見てきたように、住民訴訟事案（平成 9 年判決）、株主代表訴訟事案（平成 12 年判決）においては上訴当事者とならないとするのが判例法理であり、これに固まったかのように思えた。しかし、大淵教授も「…住民訴訟、株主代表訴訟は、元々他の住民・株主を代表して訴訟追行するものであるから、その一部の者のみが上訴した場合でも、その者になお代表者として訴訟追行させれば足り、上訴しない者に上訴審での手

96) 岡田幸宏「判批」ジュリ 1440 号 129 頁（2012）。

続関与を保障しなければならない理由は乏しいとも考えられ、債権者代位訴訟等とは異なる面がある。…本判決⁹⁷⁾の射程範囲は住民訴訟、株主代表訴訟以外に及ばないと解される。」と述べており⁹⁸⁾、その他の訴訟類型における判例が出るのが待たれていた。

こうした流れの中で、本件は、以上の2つの訴訟類型には当てはまらない養子縁組無効確認訴訟という類型での判例であり、本稿執筆の契機となった重要な決定であるといえる。判旨では、X2の上告は二重上告に当たり不適法であるとしているが、これは共同訴訟人の一人による上訴の効力について、上訴を提起しなかった共同訴訟人も上訴人の地位に立つことを前提とした上で、遅れてX1が提起した上訴は、二重上訴として不適法としたものである。これは二重起訴禁止を定めた民訴法142条が、同法313条ないし297条により、上告審ないし控訴審の訴訟手続に準用されていることがこの帰結の根拠となるものである⁹⁹⁾。こうした帰結については固有の共同訴訟の事案ではあるが¹⁰⁰⁾、共同訴訟人の一人が上告を提起した後にされた別の共同訴訟人による上告については、二重上告であり不適法であるとして、これを却下したものがある。平成23年決定は養子縁組無効の訴えに関する事案であり、人事訴訟法の適用がある訴訟類型である（人事訴訟法2条3項「養子縁組の無効…の訴え」）。平成23年決定を分析する上で、人事訴訟が持っている特徴が正面から問題となるといえる。既に人事訴訟一般の特徴について述べたが、平成23年決定の訴訟類型である養子縁組関係訴訟の特徴について少し触れたい。

そもそも養子縁組とは、血縁関係にない者に嫡出親子関係と同じ法律効果を発生させる当事者間の合意と戸籍の届出によって成立する親子関係のことをいうが、養子縁組が成立することで、養子は養親の嫡出子の身分を取得し、養子と養親及びその血族との間に血族間における同一の身分関係が発生する¹⁰¹⁾。

97) 前掲注7)の判例参照。

98) 大淵真喜子「判批」別冊ジュリ201号219頁(2010)。

99) 「判批」判タ1352号159頁(2011)。

100) 最判昭60・4・12裁判集民144号461頁。

この訴えの性質をどう考えるかで、訴訟物や訴えの利益の有無などの考え方が変わってくるため、この訴えが確認の訴えなのか、形成の訴えなのかを考える必要があるが、訴えの性質については、判例は確認の訴えと性質付けている¹⁰²⁾。訴訟物については、特定の縁組の無効確認を求める申立てが訴訟物となる¹⁰³⁾。既に検討したように、人事訴訟、とりわけ養子縁組無効訴訟の利益状況を探る手がかりとして、最判昭63・3・1民集42巻3号157頁の判例は参考になると考える。人事訴訟法においては原告適格の規定がないため、有限な訴訟資源の有効活用の見地から訴えの利益で訴えを選別する必要がある。本判決では、特別縁故者（民法958条の3）が提起した養子縁組無効の訴えの利益が問題となったものであるが、自己の財産上の権利義務の変動しかなく、身分上の変動がない特別縁故者においては訴えの利益を否定したものである。調査官解説においても「身分関係の存否につき原告自身が身分法上の利害関係を有することが必要である」と指摘されており¹⁰⁴⁾、身分変動を受ける者に特に利害関係の強さを見出していることが分かり、私益追求型訴訟であるといえる。

したがって、推定相続人などが提起する訴えであれば、当然身分変動を受けるものであり、強い利害関係を有していることから、当然に訴えの利益が肯定されることになる。他の紛争類型との比較でいえば、債権者代位訴訟や人事訴訟については個別的利益に厚くかかわる私益追求型訴訟であることは既に説明したとおりである。自己の利益とは直接かかわらない客観訴訟たる住民訴訟における利益状況とはどのようなものであるといえるのか。債権者代位訴訟のように自己への支払請求を求めることができず、被告に公共団体への損害賠償の支払いを求めることを請求できるにすぎない。この点は株主代表訴訟においても共通である。また、人事訴訟とは異なり身分関係の変動のような法的地位に直接影響を受けるものでもないという点も株主代表訴訟と共通している。平成

101) 松本・前掲注77) 409頁。

102) 最判昭34・7・3民集34巻7号3頁。

103) 松本・前掲注77) 415頁。

104) 富越・前掲注90) 96頁。

9年判決と平成12年判決を比較して見てみると、前者のほうでは「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」と説明されており、後者のほうでは、「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い」としており、いずれにせよ個別的な利益は問題となっていない点でも共通している。

したがって、住民訴訟と株主代表訴訟とでは訴訟担当という構成も共通しており、更に利益状況も同質的であるといえるのに対して、訴訟担当という側面は共通しているものの債権者代位訴訟との比較においては個別的利益にかかわっているか否かに差異があるといえよう。また、人事訴訟と比べると訴訟担当という構成も異なるが、人事訴訟は身分関係に直接的な影響を与えるため、個別的利益にかかわっている点でも住民訴訟や株主代表訴訟とは異なる。

4. 債権者代位訴訟

(1) 債権者代位訴訟の意義

民法423条は債権者が、債務者に対して有する債権を保全するために、債務者が第三者に対して有している権利を債務者に代わって行使することができるものと定めており、この債権者の権利を債権者代位権といい、債権者代位権は詐害行為取消権（民法424条）と並び債権者の債権回収が困難な場合に責任財産の充実を図るものである¹⁰⁵⁾。

(2) 類似必要的共同訴訟となる根拠

債権者代位権を行使する債権者代位訴訟は、一人の債権者によって提起されるものとは限らず、数人の債権者によって債権者代位訴訟が提起される場合も当然あり得る。このような場合の訴訟形態については一般的には類似必要的共

105) 松岡久和ほか編『新・コンメンタール財産法』600頁（日本評論社、2012）〔工藤祐巖〕。債権者代位権の一般論として新しいものとして河上正二「債権の保全と対外的効力—債権者代位権(1)」法セミ706号68頁以下（2013）。

106) 高橋・前掲注3) 354頁、伊藤・前掲注5) 624頁。

同訴訟となると説明されている¹⁰⁶⁾。しかし、なぜ類似必要的共同訴訟となるのかについては、大きく2つの方法による説明がなされている。

(a) いわゆる反射的効力¹⁰⁷⁾を根拠とするもの

債権者代位訴訟において債権者 X1 と X2 が共同原告となる場合、訴訟物は債務者の第三債務者に対する権利であって同一であるから、同じ時期に同じ内容の判決が出るように企図する民訴法 40 条の規律を適用して良い。債権者 X1 の得る判決は債務者に判決効（既判力）を及ぼし、債務者が得た判決はその債権者に反射的効力を及ぼすから、数人の債権者が提起する債権者代位訴訟は債権者相互に反射的効力を及ぼし合い、判決効拡張の場合に準ずるため類似必要的共同訴訟となると説明されている¹⁰⁸⁾。

(b) 訴訟担当であることを根拠とするもの

a) 通説

債権者 X1 と X2 が訴えを共同提起した場合において、これが仮に通常共同訴訟であるとする、X1 と X2 の受ける本案判決の内容に相違が生ずる可能性があり、かかる相違が生じた時には、被担当者に既判力が及ぶことから、被担当者である債務者において既判力の矛盾が生ずることになる。このような、被担当者における既判力の矛盾を回避する必要性から、類似必要的共同訴訟性を根拠付ける考え方である¹⁰⁹⁾。この考え方は、債権者代位訴訟は代位債権者が債権者代位権という実体法上の権能を基礎として、債務者の第三債務者に対する権利を訴訟物として、債務者に代わって訴訟追行するものであって、法定訴訟担当の一種であると考えている¹¹⁰⁾。

107) 反射的効果（反射効）の言葉は多義的であると三木ほか・前掲注 1) 452 頁〔菱田雄郷〕は指摘している。ここでの反射的効果〔本稿では反射的効力と呼ぶ：筆者注〕とは、訴訟担当の場面において、訴訟担当者の一人が受けた判決の効力が被担当者に及ぶと（民訴法 115 条 1 項 2 号）、他の訴訟担当者もその効力を争えなくなるという効力のことを指す。訴訟担当の局面に特有の既判力の作用と理解されるものである。

108) 兼子一『民事訴訟法体系』（酒井書店、1954）386 頁、高橋・前掲注 3) 354 頁。

109) このことにつき、高橋・前掲注 3) 359 頁注（47）。

110) 三木ほか・前掲注 1) 126 頁〔垣内秀介〕。

そして、民訴法 115 条 1 項 2 号の「ために」に該当するとして、「本人」たる債務者に既判力が拡張されるため、別の債権者が同一の債権者代位訴訟を提起すれば、債務者に拡張される判決が矛盾してしまうことを理由とするものである。

民訴法 115 条 1 項 2 号の既判力拡張の正当化根拠は、①被担当者に既判力が及ばないとすると、相手方当事者としては、勝訴しても被担当者による争いの蒸し返しを封じることができず、再度の応訴を強いられてしまうという不都合性、②法定訴訟担当の場合には法律の規定によって、被担当者に代わって訴訟追行する権能を認められているのであるから、担当者に対して手続保障を与えておけば、被担当者との関係でも既判力による拘束を正当化できる（代替的手続保障）点にある¹¹¹⁾。

b) 反対説

上記の通説的見解に対して、債権者代位訴訟の利益対立状況について着目した反対説を 3 つ紹介する¹¹²⁾。そして、債権法改正の中間試案で示された手続を紹介する。反対説の紹介は、学説の対立という意義のみならず、債権者代位訴訟における利益状況を分析する上で重要な視点となるためここで取り上げたい。

i) 三ヶ月説¹¹³⁾

三ヶ月説は法定訴訟担当を一括りにするのではなく、利害関係の対立の存否などを分析した上で、2 つの類型に場合分けする。訴訟担当者と本人との間に利害関係の対立が存在し、本人固有の権能を排除して、担当者が訴権を行使する性格を持つ場合を対立型とし、担当者と本人とが利害を共通にして、本人の権能が担当者に吸収される場合を吸収型とする。この場合、対立型の場合には本人の不利益になるような判決効の拡張はされない一方で、吸収型の場合には有利又は不利を問わず判決効が

111) 伊藤・前掲注 5) 527 頁、三木ほか・前掲注 1) 442 頁〔垣内秀介〕。

112) 杉山・前掲注 17) 83 頁以下で簡単な整理がなされている。

113) 三ヶ月章『民事訴訟法研究第六巻』（有斐閣、1972）48 頁。

拡張されるというものであり、債権者代位訴訟の場合には債権者と債務者の利害が対立する場合であるとして対立型に属するため、既判力は不利に債務者に拡張されないという考え方である。しかし、この考えに対しては、対立型と吸収型の区別が一義的でないという批判や、第三債務者の立場からすれば、代位債権者に対して勝訴したとしても、再度、債務者からの提訴があれば、それに対する応訴が強いられるという点では、問題があると批判されている¹¹⁴⁾。

ii) 福永説¹¹⁵⁾

福永教授は論文の中で「破産管財人、遺言執行者、人訴における職務上の当事者などは、その訴訟物たる権利関係が存否いずれに確定されるかにつき自己固有の利害関係を持たず、もっぱら他人のために、もしくは公益のために訴訟を進行する者であるといいうるのであろう。ところが、債権質権者、取立債権者、代位債権者などの場合は、いささか事情を異にする。」¹¹⁶⁾と指摘しており、三ヶ月博士と同じく、債権者代位訴訟における利益状況の相違を指摘している。敷衍すると、これらの訴訟については、訴訟の結果次第では自己の債権が実現できるかどうかが決せられるのであって彼らは自己のために債務者の債権の取立訴訟をなしていると見るべきであり、「訴訟の結果に係る利益」を有しているのである。

したがって、代位債権者については、債務者に代わって取り立てるものであって、債務者のために取り立てるものではなく、民訴法115条1項2号の債務者「のために」訴訟進行しているのではなく、既判力は拡張されないとするものである。つまり、代位債権者は第三者の訴訟担当とは評価せず、あくまで自ら本来の利益帰属主体として固有の当事者適格を有するという考え方である。かかる考え方は、債権者代位訴訟が公

114) 伊藤・前掲注5) 546頁、三木ほか・前掲注1) 127頁〔垣内秀介〕。

115) 福永有利「当事者適格理論の再構成」同『民事訴訟当事者論』(有斐閣、2004) 156頁以下。

116) 福永・前掲注115) 158頁。

益のための訴訟追行ではないことを明確に指摘し、代位債権者に自己固有のメリットがあると分析している点が本稿の分析に当たって大変参考になるものである。「公益のため」の訴訟の代表である住民訴訟とは一線を画した訴訟類型であり、同じ類似必要的共同訴訟であっても利益状況が異なっていることが分かる。

iii) 代位訴訟告知説¹¹⁷⁾

債権者代位訴訟が法定訴訟担当であること、代位債権者の受けた判決の効力が有利にも不利にも債権者に及ぶことを前提としつつ、代位債権者による訴訟担当が認められるための条件として、代位訴訟の提起について、債務者に告知することを要求する考えである。この考えは、第三債務者の二重の負担を免れることができるし、債務者の手続保障の必要性も充足できるため、妥当な考え方ではあるものの、告知を条文が要求していない以上、解釈論の中で解決することはやや難しい部分を含んでおり、立法による解決が待たれていたところである。

iv) 債権法改正の中間試案¹¹⁸⁾

「7 債務者の処分権限債権者が前記1の代位行使をした場合であっても、債務者は、その代位行使に係る権利について、自ら取立てその他の処分をすることを妨げられないものとする。その代位行使が訴えの提起による場合であっても、同様とするものとする。」「8 訴えの提起による債権者代位権の行使の場合の訴訟告知債権者は、訴えの提起によって前記1の代位行使をしたときは、遅滞なく、債務者に対し、訴訟告知をしなければならないものとする。」とされ、債務者に対する訴訟告知という手続を含むという形で立法解決される見込みであり、本稿もこれを前提とする。

117) 池田辰夫「債権者代位訴訟における代位の構造」判時986号8頁(1999)、伊藤・前掲注5)548頁、三木ほか・前掲注1)127頁〔垣内秀介〕。

118) 法務省「民法(債権関係)の改正に関する中間試案」(<http://www.moj.go.jp/content/000108853.pdf>)21頁。

(3) 利益状況・訴訟構造

(a) 優先弁済的機能

債権者代位訴訟の意義や類似必要的共同訴訟の成立根拠を述べてきたが、次に債権者代位訴訟ではいかなる利益状況であるのか、また、どのような訴訟構造なのかを検討していきたい。民法 423 条の定める債権者代位権とは既に述べたとおり、債権者が、債務者に対して有する債権を保全するために、債務者が第三者に対して有している権利を債務者に代わって行使することができる債権者の権利のことをいう。この債権者代位権は詐害行為取消権と並んで、責任財産の保全制度であって、一般財産の維持・回復を図る手段である¹¹⁹⁾。元来これらの制度は、いずれも責任財産の維持・回復を目的としたものであって、強制執行の準備機能を営むとされていた。しかし、現実には、債権者代位権を行使する者が事実上他の債権者に先立って優先的に自己の債権を回収したりすることが可能となっており、事実上の優先弁済効を営んでいるといえる¹²⁰⁾。潮見教授も「債権者代位権は、本来ならば債務者に属する財産管理権を、債務者の権利不行使を理由として、責任財産保全の限度で、債権者が行使するものである。これにより代位債権者が取得した権利行使権限のなかには、代位行使する債権を取り立てて、給付を受領する権限も含まれる」と指摘した上で、「相手方に対し、給付目的物を自己に引き渡すように請求することができる」としている¹²¹⁾。判例も、受領することを債務者に期待することができるかどうかに関係なく、自己への引き渡しを請求することを認めている¹²²⁾。目的物が金銭である場合、代位債権者が第三者から受領した目的物が金銭であって、かつ、代位債権者の被保全債権も金銭債権である場合には、代位債権者は、債務者が自己に対して有する不当利得に基づく返還請求権（金銭債権）と、自己が債務

119) 潮見・前掲注 10) 201 頁。

120) 潮見・前掲注 10) 191 頁、松岡ほか編・前掲注 105) 601 頁〔工藤祐巖、我妻榮ほか『コメンタール民法 総則・物権・債権』（日本評論社、第 2 版補訂版、2012）774 頁。

121) 潮見・前掲注 10) 221 頁。

122) 最判昭 29・9・24 民集 8 巻 9 号 1658 頁。

者に対して有する被保全債権（金銭債権）を相殺することによって、事実上優先弁済を受けたのと同一の結果になるのである¹²³⁾。また、判例法理上、按分額の抗弁等が認められていないため、他の債権者に先立って弁済を受けることが可能となっており、他の債権者との関係でも利害が対立する。債権者と債務者はもちろん、代位請求される第三債務者も債権者と利害が対立する構造であるといえる。三ヶ月博士が述べている吸収型と対立型に明確に分けられるものではないが、判例上認められている債権者の事実上の独占権ゆえ、限りなく対立型に近い構造であるのが債権者代位訴訟である。このように事実上の優先弁済的機能を営んでいるため、債権者代位訴訟は極めて私益性の強い紛争類型であると言える。

そのような私益性について、いかなる者との間でどのような利害対立があるのかを検討したい。まず債権者と債務者の関係についてであるが、本稿では複数の債権者により提起される債権者代位訴訟が類似必要的共同訴訟となる根拠として通説は代位債権者を訴訟担当者と考え、民訴法 115 条 1 項 2 号で「他人」たる債務者に既判力が拡張されるため、債務者に及ぶ既判力に矛盾抵触が起きるのを防ぐことにすると説明した。しかし、この通説に対しては批判が多く、債権法改正の中間試案においても、訴訟告知が要求されるに至っている。これら批判の中心となっている根拠は、債権者と債務者の利害対立の存在である。

福永教授は、「たしかに、破産管財人、遺言執行者、人訴における職務上の当事者などは、その訴訟物たる権利法律が存否いずれに確定されるかにつき自己固有の利害関係を持たず、もっぱら他人のために、もしくは公益のために訴訟追行する者であると言いうる…が、債権質権者、取立債権者、代位債権者などの場合は、いささか事情を異にする。」と述べた上で、代位債権者は自分の利益を守るために訴訟追行するのであって、債務者「のために」取立権が認められているのではないとしている¹²⁴⁾。そして、三ヶ月博士の論文を引用しつつ「取立て債権者と債務者の間には…『一つの債権をめぐって2つの異なる立

123) 潮見・前掲注 10) 226 頁。

124) 福永・前掲注 115) 158 頁。

場が対立しあい、場合によっては債務者の権限に押されて凹まされるという』対立関係があると考えられるのであり、債務者に代わって取り立てうるものであるが、債務者のために取り立てるのではない。」と指摘し、債権者と債務者の利害が鋭く対立していることを指摘している。また吉村教授も「何よりも訴訟手続に直接関与しない債務者の利益を保護するための手続保障が十分でない」と指摘している¹²⁵⁾。このような反対説は数多く、このような批判を受けて、債権法改正では債務者への訴訟告知が義務付けられたのであり、債権者と債務者の利害対立の存在は明らかであるといえる。

次に、債権者と第三債務者の関係について見てみると、債権者代位訴訟における当事者は代位債権者と第三債務者であり、既に述べたとおり金銭債権であれば自己への直接の支払い請求が認められることになる。請求が認容されれば、「被告は原告へ金〇〇円支払え」という主文になるため、原告たる債権者と被告たる第三債務者の利害が対立することになる。

最後に、債権者と他の債権者との関係であるが、同じ者を債務者に持つ債権者同士ではいち早く責任財産を保全したいと考えるのが通常である。判例法理上、債権回収について独占権が事実上認められていることからしても肯定できるのであって、いわゆる「早い者勝ち」的な性質を持つ債権者代位訴訟において、債権者は債務者、第三債務者のみならず、他の一般債権者とも利害が対立する関係に立っているといえる。

(b) 訴訟構造

平成12年判決の射程が債権者代位訴訟の場合に及ぶかについては高橋教授が既に分析をしているため、ここで紹介したい¹²⁶⁾。高橋教授はまず債権者代位訴訟について、代位債権者が債務者に対する自己の債権額を直接第三債務者から訴求できるという特徴から私益性の高い訴訟であると指摘する。この点で、公益追求型の住民訴訟事案、株主代表訴訟事案とは異なる利益状況を有している。

そして、高橋教授が更に指摘している点として、第三債務者に対する債務者

125) 吉村・前掲注91) 156頁。

126) 高橋宏志「判批」リマックス(下)119頁(2001)。

の債権額が5000万円だったとして一部認容判決が出され、X1は上訴しなかったが、X2は7000万円を求め上訴した場合に、5000万円でX1に関する判決が確定すると、X2との関係が錯綜してしまう。この場合には請求全体が確定を遮断され移審するべきであるが、その際にX1の請求も移審とする以上、X1は上訴人とならないとするのは落ち着きが悪い。また、X1が上訴せずX2のみが上訴した場合に、X1の請求を確定してしまうと、X1だけが早期に強制執行をすることが可能となってしまう、なお訴訟進行しているX2に酷な状況も想定される。このように住民訴訟・株主代表訴訟では起こり得ない現象が生ずる構造を債権者代位訴訟は有している。

a) 債権者代位訴訟と住民訴訟・株主代表訴訟との相違点

債権者代位訴訟と住民訴訟・株主代表訴訟の構造的な差異を詳しく検討するが、大きく異なる点としては事実上の独占権の存否であるといえよう。債権者代位訴訟においては債権者が優先的に債権を回収できるという独占権が判例法理上認められている。かかる独占権ゆえ、利害関係状況が住民訴訟・株主代表訴訟より濃いというのは明らかであるが、住民訴訟・株主代表訴訟は共同訴訟人の一部が抜けたとしても、あくまで紛争の中心は公共団体ないし会社が有している損害賠償請求権の存否であり判決に影響は出ないが、債権者代位訴訟の場合認容額が被保全債権の限度¹²⁷⁾¹²⁸⁾であるし、判例法理上自己への支払請求が認められている以上共同訴訟人の一人が抜けてしまうと審理の対象、主文等に影響が生じてしまう点が大きく異なっている。また、債権者が競合した場合の判決主文についても債権者代位訴訟は特異な構造をしていると言える。特異な構造とは判決主文の数やその内容のことを指す。複数の債権者が競合して債権者代位訴訟を提起した場合の主文の数について参考となるべき裁判例がある。かかる裁判例によれば請求に理由があれば、債権者の請求を共に認容する判決を下すべきなのである¹²⁹⁾。

127) 最判昭44・6・24民集23・7・1079、潮見・前掲注10) 209頁。

128) 松岡ほか編・前掲注105) 606頁〔工藤祐巖〕。

裁判例は、債権者が競合した場合の判決主文のあり方について「そもそも債権者代位権は、債権保全のために均しく債権者に認められる制度であるから、初めに代位権の行使に着手した債権者に優越的地位を認めてそれを行行使する権限（訴訟との関係では訴訟追行権）を独占せしめ、他の債権者の行使を許さないとすべき理由はなく、債権者は対等の地位において代位権行使の権限を有すると認めるべきであつて、数人の債権者が競合した場合には、裁判所は、それぞれの債権者につきその請求をともに認容すべきであると認めるのが相当である。」と判示した。

このように、判旨は債権者代位訴訟という制度設計については、そもそもは債権保全のために等しく債権者に認められている制度である点を指摘し、主文はそれぞれについて下すべきであるとしている。本稿では債権者代位訴訟が事実上の優先弁済効を営んでおり、利害が対立しやすいという点を特徴として説明したが、もともとは債権者代位訴訟という制度は総債権者のための責任財産保全の制度であつて債権者同士は対等な地位でなければならないというのが本来的な制度理念であるという点も忘れてはならない。小林教授も「判決手続の段階における代位債権者の競合の問題につき、債権者代位権に基づく訴え提起は何らその代位債権者に優先権を与えるものではなく、判決手続の段階において代位債権者は対等であるとして、総債権者のために責任財産を保全する制度である債権者代位権の制度趣旨を判決手続の段階でも貫いている」と本判決を評価し、事実上優先弁済機能が営まれているのは、第三債務者からの給付の目的物を受領して配当する執行機関を欠くことによる制度の欠陥であると指摘している¹³⁰⁾。このように、事実上の優先弁済的機能を営んではいないもの¹³¹⁾、本来債権者は互いに対等であつて複数の債権者が競合して債権者代位訴訟を提起した

129) 東京高昭 52・4・18 判タ 357 号 243 頁。

130) 小林秀之「判批」ジュリ 720 号 159 頁 (1980)。

131) 債権者代位権の本来的機能と現実的機能については磯村保「金銭債権回収の手段としての債権者代位権と金銭債権執行」法教 159 号 52 頁以下 (1993) が詳しい。

場合には、判決主文はそれぞれの債権者の数だけ存在するべきであり、判決主文が1つで足りる株主代表訴訟とは異なっている¹³²⁾。また、潮見教授によれば「債権者代位訴訟と主文」について、「被保全債権額が取立債権額を上回るものと認められる特段の事情がない限り、判決主文において、代位債権者が債務者に対して有する被保全債権額が上限になることを明示しておかなければならない」と指摘しており¹³³⁾、被保全債権額はそれぞれの債権者により異なるものであるため、債権者の一人が共同訴訟人から抜けた場合、判決の主文にも影響が出てくる。

b) 債権者代位訴訟と人事訴訟の相違点

債権者代位訴訟においては債権者の事実上の独占権ゆえ利害関係は濃いといえる点で共通であるが、訴訟構造について、債権者代位訴訟は法定訴訟担当であるが、人事訴訟の場合そのような構造ではない点が異なっているため、共同訴訟人の一人が抜けた場合の不都合の存否は異なっている。特に養子縁組無効訴訟においては、その法的性質は確認の訴えである以上、誰でも無効主張できるのであって、判決に対世効があるため、共同訴訟人の一人が抜けたとしても特段に不都合はないといえる。しかし、債権者代位訴訟については既に述べたとおり審判対象や主文の関係や共同訴訟人の一人が抜けることは主文の個数等からしても不都合を招来するのであって、この点が大きく構造的に異なる。

132) 最判昭45・6・2民集24・6・447の「判批」判タ251号177頁(1970)では「数人の取立権を有する債権者相互は共同訴訟参加をなしうる関係にあり、右各債権者の訴が類似必要的共同訴訟になることは通説であるが、前記のように債権者代位権に基づく訴も取立債権者の訴と同様の効力を有するものであると解するならば、代位債権者と取立債権者との間には、右のような取立債権者相互の関係と同様の関係を認めることが可能であり、さらに、そうとすれば、両者が同一債権について格別に提起した訴も、これを併合して審理するかぎりは、審判の重複、矛盾を生ずるおそれはないから不適法とはならない、と解されることにならうか。」と指摘しており、債権者代位訴訟が競合した場合でも裁判所は両者とも認容し得る可能性を述べている。

133) 潮見・前掲注10) 209頁。

(4) 当事者参加をするメリット

本稿では、債権法改正によって、債権者代位訴訟に債務者の訴訟参加が可能となり、類似必要的共同訴訟となった場合の当事者の関与権の程度について考察するものである。しかし、かかる考察をせずとも、共同訴訟的補助参加という参加が可能であれば、あえて当事者参加をしなくても良いのではないかという批判を受ける可能性も否定できない。そこで、(4)では共同訴訟的補助参加ではなく、あえて当事者参加をするメリットを検討したい。

共同訴訟的補助参加という参加形態は条文により認められたものではなく、判例によって認められた参加形態である¹³⁴⁾。この昭和45年判決では、「もつとも、被上告人Aは、予備的に民訴法六四条により被上告会社のために補助参加の申出をしていることは、記録上明らかであるところ、上告人の被上告会社に対する主位的請求および予備的請求を認容する確定判決は、第三者に対してもその効力を有するから、右補助参加はいわゆる共同訴訟的補助参加であり、この種の補助参加については、同法六九条二項の適用はなく、同法六二条の準用をみるべきものである（最高裁昭和三七年（オ）一一二八号同四〇年六月二日第一小法廷判決民集一九卷四号一〇〇一頁参照）」と述べて、いわゆる「共同訴訟的補助参加」なる参加形態を認めた。かかる参加形態を認めたのは、補助参加では、被参加人の訴訟行為と抵触する訴訟行為を行うことができないなど、補助参加人の地位は従属的なものととめられているところ、判決効が及ぶが当事者適格がない場合に参加人の地位を強化するために認められたものである¹³⁵⁾¹³⁶⁾。高橋宏志教授も「第三者が独立に当事者適格を持つ場合には、52条の共同訴訟参加で足りる場合が多く実益は少ないが、独立の当事者適格を持たない場合に効用がある。」と述べている¹³⁷⁾。

134) 最判昭45・1・22民集24巻1号1頁。

135) 三木ほか・前掲注1) 557頁〔菱田雄郷〕。

136) 高田・前掲25) 647頁にて「共同訴訟的補助参加制度の意義は、主たる当事者の訴訟行為の結果、主たる当事者に敗訴判決が下されることにより自己の法的地位が危殆に瀕する場合に、そうした地位から免れることを目的として、補助参加人の従属的地位を解除し、独立した地位を保障するところにある」と述べている。

この共同訴訟的補助参加をした参加人の地位であるが、被補助参加人の訴訟行為を規定した民訴法45条の適用があれば、その訴訟行為は大幅に制約されることになるが、共同訴訟的補助参加の場合は、参加人の地位が強化されると解釈される。具体的には、①共同訴訟的補助参加人は、被参加人の訴訟行為と積極的に抵触する訴訟行為をすることができ¹³⁸⁾、②上訴期間も独立に計算される¹³⁹⁾。このような共同訴訟的補助参加でなく、あえて類似必要的共同訴訟における手続関与権を検討する固有の意義は大きく4つあると考える。

1つ目に共同訴訟的補助参加人の地位があくまで解釈論のみに依拠しており、なお地位が不安定なことが挙げられる。菱田教授も「被参加人によるこれらの行為（訴えの取下げ、請求の放棄、認諾、訴訟上の和解など）は、参加人とともに行わないかぎり効力を生じないといい得るか、という点については見解が一致しない。」と述べているし¹⁴⁰⁾、高橋宏志教授も同様のことを述べている¹⁴¹⁾。

したがって、いかなる行為が可能であり、いかなる被参加人の行為を阻止できるかについて、見解が固まっていない以上、参加人の地位は不安定となり、共同訴訟的補助参加で足りるとはいい難い。

2つ目に、従前の議論は当事者適格が認められないものの、判決効を受ける場合に共同訴訟的補助参加をする固有の利益があるとするものであったが、債権法改正によって債務者の訴訟追行権が認められることになる以上、当事者適格を失っていることを前提とした議論をするのは不適切である。

3つ目に、既に検討したように、債権者代位訴訟においては、債権者と債務者の利害が特に対立する訴訟であり、債務者に強い牽制権（民訴法40条1項）を明確に与える必要がある。したがって、共同訴訟的補助参加人のように、終局的には従属的地位にしかすぎない地位を付与するのは手続関与権の程度とし

137) 高橋・前掲注3) 465頁。

138) 三木ほか・前掲注1) 559頁〔菱田雄郷〕。

139) 高橋・前掲注3) 465頁。

140) 三木ほか・前掲注1) 559頁〔菱田雄郷〕。

141) 高橋・前掲注3) 466頁。

ては弱く不適切である。

4つ目に、他の一般債権者については自らも訴訟に参加して給付判決を求めるのが通常であり、当事者として参加しなければ自らの給付判決を得ることができないため、共同訴訟的補助参加をするインセンティブがない。

以上の4つの理由から、債権者代位訴訟における債務者の参加については、共同訴訟的補助参加ではなく、当事者参加をした場合の類似必要的共同訴訟の成否、及び手続関与権の程度を考えることに固有の意義があると考ええる。

5. 株主総会決議取消訴訟

(1) 株主総会決議取消訴訟の意義

株主総会決議取消訴訟（会社法 831 条 1 項）とは株主総会決議に瑕疵がある場合に決議の効力を失わせるための制度である¹⁴²⁾。訴えの性質は形成の訴えであり、これは決議に瑕疵があれば本来無効となるが、軽微なものについて無効の主張を無制限に認めると会社の取引関係に混乱を来し、当事者の利害関係に重大な影響があることから、法は訴えをもつてのみ決議の取消しを主張することを認めたものである。決議取消訴訟の特徴として、まず判決の効力について原告勝訴であればその判決は対世効を有する（会社法 838 条）という片面的対世効の存在が挙げられる。片面的対世効ゆえ、原告敗訴の場合には他の提訴権者は同判決に拘束されないため、その者が更に争うことは許されるが、通常かかる場合提訴期間を経過している¹⁴³⁾。2つ目の特徴としては原告適格が定められていることが挙げられる。会社債権者等が除外されているが、これは決議取消事由を争う実質的利害がないからである¹⁴⁴⁾。株主代表訴訟との比較で見れば、判決効の及び方などには相違点があるものの、いずれも単独株主権であり監督是正権の行使としての側面を有しており、会社運営を是正する性質を共に有している点は共通しているといえる。

142) 一般論として江頭・前掲 46) 343 頁、奥島ほか編・前掲注 44) 368 頁〔小林量〕。

143) 江頭・前掲注 46) 381 頁。

144) 江頭・前掲注 46) 347 頁。

(2) 類似必要的共同訴訟となる根拠

数人が提起する株主総会決議取消訴訟も通説では類似必要的共同訴訟となるとしているが¹⁴⁵⁾、類似必要的共同訴訟とはならないとする反対説が存在する点で株主代表訴訟の場合と異なる¹⁴⁶⁾。この相違は、株主総会決議取消訴訟の場合、可能な限り決議をめぐる法律関係を安定させるために、株主総会決議を取消す判決が確定した場合、これは第三者に対しても効力を有すると会社法 838 条が定めており、いわゆる片面的対世効が存在している点に由来するものである¹⁴⁷⁾。

(a) 類似必要的共同訴訟となる見解

a) 先行する敗訴判決の事実上の効果に着目する見解¹⁴⁸⁾

類似必要的共同訴訟となる見解について、片面的判決効拡張と類似必要的共同訴訟の成否を論じているものとして高田裕成教授の論文がある。高田教授は民訴法 40 条の牽制権的側面を前面に出すアプローチをしており、本稿でも高田教授の見解に依拠するところが大きい。牽制権的視点は後に詳述するが、高田論文の中では片面的判決効拡張と類似必要的共同訴訟の成否を論じている部分があるので、その部分の高田教授の見解を紹介する。

まず、判決効拡張がある場合に、その抵触によっていかなる問題が生じるのかという問題提起をし、既判力等の抵触により回復し難い混乱が生ずるのは、同時に、共同訴訟人ごとに、異なる判決が下され確定した場合だと指摘する。類似必要的共同訴訟の規律の趣旨は、既判力などの抵触のおそれを予めすべからく阻止することにあると理解されるが、そのような必要性のみで共同訴訟人独立の原則を制限することを正当化できるのかと問うている。そして民訴法 40 条について、他の共同訴訟人の行為がその者

145) 伊藤・前掲注 5) 624 頁、高橋・前掲注 3) 353 頁、三木ほか・前掲注 1) 542 頁〔菱田雄郷〕。

146) 高橋・前掲注 4) 178 頁。

147) 伊藤・前掲注 5) 159 頁。

148) 高田・前掲注 25) 641 頁。

の敗訴判決を導く行為を牽制することにより、自己の実体的地位についての権利保護の機会が制限されることを阻止する手続上の地位を、各共同訴訟人に与える必要があり、その限度で、他人の訴訟行為の牽制が許容されるという視点を提示している。こうした視点から、先行する敗訴判決によって他人の失権をもたらすことから、敗訴判決の先行を阻止する牽制こそが民訴法 40 条に与えられた中心的意味であるとする。高田教授は「先行する敗訴判決」の事実的効果に着目し、先に請求棄却判決が出されると、なお、訴訟を係属させている当事者に事実上不利に作用するため、そうした敗訴判決が出るのを阻止するために、民訴法 40 条の規律が作用する類似必要的共同訴訟にするべきであるとする。

b) 法律関係の錯綜を避けることに着目した見解¹⁴⁹⁾

高橋宏志教授や谷口教授らは、株主勝訴の場合にはその判決の対世効により全員が規律されるため、共同訴訟となっている場合にわざわざ内容の異なる判決を出すこと、手続の進行を別々にすることに合理性が乏しく、法律関係の錯綜を避けるために類似必要的共同訴訟とする見解である。同じ時期に同じ内容の判決が出ることを保障する民訴法 40 条の規律に服させるほうが合理的であると説明する。

私としても、敗訴判決の事実上の不利益が生ずるのを牽制するために、民訴法 40 条が適用される必要的共同訴訟と政策的に解するのが妥当であると考え、高橋教授のいうようにあえて法律関係の錯綜を招来することもないため、類似必要的共同訴訟とするのが妥当であると考え。

(b) 通常共同訴訟となる見解¹⁵⁰⁾

高橋利文判事によれば、片面的対世効の場合、先行する敗訴判決の存在は、後訴の認容判決の妨げとなるものではなく、2つの判決の既判力が矛盾抵触して取捨のつかない結果となることはないのであって、合一確定の要請の内容、程度は①対世効が認められる場合の訴えと、②反射的効力により判決効の拡張

149) 高橋・前掲注 3) 352 頁。

150) 高橋・前掲注 4) 178 頁。

が認められる訴えの場合とは異なるのであって、「合一にのみ確定すべき場合」（民訴法40条1項）に当たると解さなければならない論理的必然性はないとしている。また、むしろ通常共同訴訟のほうが実務上妥当な結論が得られるとも述べている。会社関係訴訟の場合、被告会社との馴れ合い的な訴訟もあり得るのであって、当然否認すべき被告主張事実を自白するなど、真摯な訴訟追行意思に欠ける者についてはむしろ、その原告との関係で自白の成立を認め、当該原告について弁論を分離して、請求棄却判決をするのが妥当であるとする。

このように、同じ類似必要的共同訴訟でもその理由が異なったり、通常共同訴訟にするべきとする学説があったりすることからも分かるように、類似必要的共同訴訟を一括りにすることはできず、それぞれの類型に応じて分析することが必要である。とりわけ、複数の原告が提起する株主総会決議取消訴訟については片面的対世効である点が最大の特徴であり、本来合一確定の要請がないところ、政策的に類似必要的共同訴訟となっている点については解釈論に影響を与えるであろう。

本稿においては、複数の原告が提起する株主総会決議取消訴訟については政策的に類似必要的共同訴訟とする立場を採用する。

(3) 利益状況・訴訟構造

株主総会決議取消訴訟（会社法831条1項）の制度趣旨は決議に一定の瑕疵がある場合に、その決議を取消して違法を是正し会社の利益を回復させようとするものであり、株主代表訴訟と同様、一種の監督是正権であるといえる。株主代表訴訟と共通した性質として、単独株主権であること、自己への直接支払請求ができないことが挙げられる¹⁵¹⁾。したがって、利益の質については私益追求型とはいえず、公益追求型の訴訟であると評価できそうである。しかし、果たしてすべてが公益追求型なのであろうか。取締役解任決議に対する株主総会決議取消訴訟を提起する場合、提起した取締役の個別的利益にかかわって

151) 自己への直接支払請求については、株主総会決議取消訴訟が株主総会の決議の効力を取消することを目的としている制度という性質から、自己への直接支払請求ができないのであって、厳密に共通点とまでは言い難い。

るといえるのではないか。取締役は、いつでも、かつ事由のいかんを問わず、その取締役を選任した株主総会の決議により解任され得る（会社法 339 条 1 項、341 条、347 条 1 項）。そして取締役の解任は決議によりその地位が剝奪されれば直ちに効力を生じ、当人に対する告知を要しないとするのが判例である¹⁵²⁾。また、取締役解任決議により解任された取締役もその決議が取り消されることによりその地位を回復できるため、当該決議の取消しを求めることができる（会社法 831 条 1 項後段¹⁵³⁾。このように少なくとも解任決議の取消訴訟については、当該決議が取消されることで取締役としての地位が回復されるのであって、私益追求型的側面を有しており、直接の法的地位の変動があるという点では人事訴訟の場合と共通している。以上のように、通常の株主総会決議取消訴訟においては公益追求型的側面も有しており株主代表訴訟と同様の利益状況であるが、解任決議の取消訴訟の場合には少なくとも原告となった取締役の私益にかかわっており、人事訴訟等の場合と共通するところがある。

次に、訴訟の構造を見ていくと、株主総会決議取消訴訟は株主代表訴訟・住民訴訟・債権者代位訴訟のような代位訴訟という性質は一切なく、本稿で取り扱っている訴訟類型の中では養子縁組無効訴訟のような人事訴訟に最も近いと言える。なぜなら、養子縁組無効訴訟は確認の訴えであるところ¹⁵⁴⁾、株主総会決議取消訴訟の性質は形成の訴え¹⁵⁵⁾という点で異なっているものの、前者の訴訟の判決は対世効を有し、後者では片面的な対世効を有しているため、法律関係が画一的に処理される点では共通しているからである。もっとも、確認の訴えであれば、いかなる者がいかなる事由を主張することも許されるが、形成の訴えである取消訴訟では当該原告が主張できる事由が限られてしまうのであって、共同訴訟人の一人が抜けることに不都合が生じる構造なのではないか疑問が生ずるが、他の株主に生じた瑕疵を理由に提訴できるかについて判例

152) 最判昭 41・12・20 民集 20 卷 10 号 2160 頁。

153) 江頭・前掲注 46) 384 頁注 (3)。

154) 富越・前掲注 90) 94 頁。

155) 奥島ほか編・前掲注 44) 368 頁〔小林量〕、伊藤ほか・前掲注 44) 156 頁。

の趣旨に従えば、決議取消訴訟は法令・定款を順守した会社運営を求める訴訟であることを理由に、他の株主に生じた瑕疵を理由に提訴できるとしている¹⁵⁶⁾。

したがって、会社法 831 条 1 項の原告適格の要件を満たしていれば、他の株主等に生じた瑕疵についても主張できるのであって、審判対象等に影響は出ない訴訟構造となっており、その点が住民訴訟や株主代表訴訟と共通している。もっとも、株主総会決議取消訴訟の最大の特徴は片面的対世効の存在であって、このような訴訟構造がどのように影響するののかについては第 4 に譲りたい。

6. 小括

債権者代位訴訟、会社関係訴訟、人事訴訟（養子縁組無効訴訟）、住民訴訟が複数の原告により提起された場合にどのような根拠で類似必要的共同訴訟になるのかを整理してきた。類似必要的共同訴訟になる根拠を見ても、債権者代位訴訟は訴訟担当者に拡張される既判力が矛盾抵触するおそれがあること、又は反射的効力が及ぶことを根拠とし、会社関係訴訟でも株主代表訴訟の場合は債権者代位訴訟と同じく訴訟担当者に及ぶ既判力の矛盾抵触又は反射的効力を理由としており、株主総会決議取消訴訟の場合は片面的対世効ではあるが、先行する敗訴判決の事実上の影響力に鑑みて、政策的に類似必要的共同訴訟とするものであって、人事訴訟については対世効を理由とし、住民訴訟については株主代表訴訟・債権者代位訴訟と同じ訴訟担当ないし反射的効力を理由とするものであり、同じ類似必要的共同訴訟であってもその根拠は様々である。判例法理の整理からも見えてくるように、少なくとも住民訴訟、株主代表訴訟の判例においては、各訴訟タイプの特徴について触れた上で、上訴しなかった者の地位について結論付けているのであって、養子縁組無効訴訟についても判旨では直接言及はしていないものの、多くの判例評釈の中で、住民訴訟・株主代表訴訟は個別具体的な個人の利益を追求するものではなく、公益追求的側面が強い訴訟であると説明されているため、逆に養子縁組無効訴訟については公益的側面

156) 最判昭 42・9・28 民集 21 卷 7 号 1970 頁。

が薄く個別具体的な個人の利益が深くかかわっているという判断が背後にあると考えられる。このような判例法理からすれば、同じ類似必要的共同訴訟であっても、訴訟類型ごとに利益状況を分析し、その利益状況に合致した結論を導いているように思えるため、本稿のテーマである当事者の手続関与権の濃淡（グラデーション）を考察する上で、各訴訟類型においてどのような利益状況・訴訟構造を有しているのかを分析してきた。では、このような利益状況・訴訟構造は上訴しなかった者の地位を考える上でどのように影響するのかを第4で検討する。

第4 手続関与権の濃淡1（上訴しなかった者の地位）

1. 上訴しなかった者の地位についての考え方

多数当事者訴訟において敗訴当事者の一部のみを上訴しない場合に上訴の効力はどのような範囲で生じ、どのような審理・判決がなされるかについては議論のあるところである。徳田教授は単独訴訟において複数の請求が係属し上訴された場合には上訴不可分の原則が妥当し、そのうちの1つの請求について上訴がなされても、他の請求に関しても確定遮断・移審効が生じると解されており、こうした上訴不可分の原則は訴訟の客体面については妥当するが主体面については妥当しないため、多数当事者訴訟における上訴の確定遮断・移審の効力の範囲がどのように決定されるべきかと問題提起している¹⁵⁷⁾。

類似必要的共同訴訟において共同訴訟人の一人が上訴した場合に、上訴しなかった者の地位については判例の変遷があり上訴当事者とはならないという結論に固まったかのように思えた。しかし、平成23年決定（養子縁組無効訴訟）が上訴人という結論を採用したことから、判例は、類似必要的共同訴訟の種類によって利益状況が異なると判断し従来の判例法理と異なる結論を導いたと考えられる¹⁵⁸⁾。そこで、上訴しなかった者の地位については、判例がある人事

157) 徳田・前掲注40) 253頁。

訴訟、株主代表訴訟、住民訴訟については判例の妥当性を吟味し、判例のない債権者代位訴訟、株主総会決議取消訴訟については、今までの議論から上訴しなかった者の地位について上訴人となるのか、上訴当事者とはならないのかを検討する。

そもそも類似必要的共同訴訟という制度趣旨に遡って考えれば、類似必要的共同訴訟は固有必要的共同訴訟とは異なり訴訟追行の共同までは求められていないが、共同訴訟となる場合には判決の矛盾抵触が生ずるおそれがあるため、合一確定の要請の見地から認められた訴訟形態である。したがって、合一確定が保てれば制度趣旨に適合しているといえるため、当然に上訴人になるという考えを採用する必要はなく、全請求が上訴審の審判対象となることで足りるはずである。つまり、井上教授が指摘するように、上訴審の審判対象の問題と当事者の地位の問題とは、別個に考慮し得るものである。また、本稿のテーマでもあるように、類似必要的共同訴訟になる例を見ても、債権者代位訴訟のような私益追求的側面が強い訴訟から、住民訴訟のような公益追求的側面が強い客観訴訟¹⁵⁹⁾までグラデーションがあるのであって、そのようなグラデーションに応じて解釈することも可能である。

では、上訴人となることにはいかなる固有の利益があるといえるのか。審判対象の問題と当事者の地位の問題を切り離して考えることが可能である以上、当事者の地位が上訴当事者であるか否かにより、いかなる違いがあるのかを説明して初めてこの論点の実益があるといえよう。上訴当事者となるかは、その当事者にどの程度の手続関与権を与えるべきかという政策的な判断に拠るところが大きいと考える。上訴当事者であるか否かでどの程度手続関与権が異なるのかについて明示的に指摘した文献は少ないが、井上教授が先進的に研究してい

158) なお、堀野出「民事訴訟法」法教396号150頁(2013)によれば「判例の状況からすれば…類似必要的共同訴訟にもヴァリエーションがあり、…それぞれの事案での扱いには理由が必要となろう」と指摘しており、類似必要的共同訴訟におけるグラデーションを観念している。

159) 住民訴訟の性質については最判昭53・3・30民集32巻2号485頁参照。「公益の代表者として地方財務行政の適正化を主張するもの」と判示している。

る分野であり井上教授の論文が参考になろう¹⁶⁰⁾。井上教授はまず上訴人にはならないという意味は形式的にも実質的にも上訴審当事者でないことになり、当事者としての権利・義務は一切負わないという帰結を指摘する¹⁶¹⁾。具体的には、訴訟費用の負担、上訴の取下げ等の同意の要否、期日の呼出状その他訴訟書類の送達などが異なってくるとする。ただし、弁論の関与権は付与すべきであると述べている。このような訴訟費用の負担の有無、訴訟書類等の送達の要否は上訴しなかった者の地位を考える上で重要な相違であると考えられる。なぜなら書類の送達をする側に立ってみても、住民訴訟のような場合、原告住民の数が大規模になることも多く、訴訟追行の意思のない者に対してまで常に送達しなくてはならないとすると、過度な負担となりかねないからである。

この実務上の問題点について高橋利文判事は「原告多数の住民訴訟においては、一審敗訴判決後に、何人かの控訴しない者が現れるのは当然のことであり、このような場合に、控訴手続をとった者が一人でもいれば、自動的に、右手続をとらなかつた者も全員控訴人となり、これらの者も訴えの取下げをしない限り、控訴審の手続に関与する資格があり、控訴審は、これらの者に対して期日の呼出し、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であつて、上告審で破棄されるというのは、通常の実務感覚に合わない」と指摘している¹⁶²⁾。もっとも、弁論の関与権について認めなければならないとする井上教授の見解に対しては、判例タイムズの匿名コメントもかく解するのであれば、「上訴しなかつた共同訴訟人も上訴人になるとの見解を採るのが素直」と指摘しており¹⁶³⁾、私もその指摘に賛成である。また、上訴人説に立てば上訴の取下げについても民訴法40条1項により上訴しなかつた者も含めて全員で行う必要が出てくる。

上訴人説を採用することで、上訴を取り下げる際の同意が必要となり、上訴

160) 井上・前掲注39) 201頁以下。

161) 井上・前掲注39) 207頁。

162) 高橋・前掲注4) 185頁。

163) 前掲注99) 161頁。

を取り下げたいとする者の障害となる可能性もある。同判例タイムズの匿名コメントも「類似必要的共同訴訟について一般的に非上訴人〔上訴当事者とならないとする：筆者注〕説を採ることは、附带上訴がなされた場合や、他の共同訴訟人が訴えの取下げ、請求の放棄・認諾、訴訟上の和解をした場合、自ら上訴しなかった共同訴訟人に不測の不利益を生じさせる可能性がある」と指摘しており、上訴した共同訴訟人の行為を阻止できることを逆から述べていると言え、上訴人という地位に就くことの固有の意義としては、訴訟書類などの送達を受け、期日に呼び出され、弁論の関与権がなお認められ、他の共同訴訟人の行為を牽制できる地位を有する点にあるといえる。もっとも、弁論への関与権を付与しても当然ながら本人が行使しない場合もあるであろう。

このように見ていくと、上訴人であることの意義は実務上の要請と自ら上訴した者が牽制されない利益の2つに見出すことができ、上訴しなかった者にとっての意義は他の共同訴訟人の取下げ行為などを牽制できるか否かに尽きてしまうのであって、本人が希望しなかったにもかかわらずあえて上訴人として残しておく意義は乏しいといえ、個別的利益にかかわっているからといって政策的な見地より直ちに上訴人の地位に就くと解釈するのは適切でなく、共同訴訟人の一人が抜けた場合に訴訟に不都合が生じるかという点を重視して上訴しなかった者の地位を定めるべきである。

このような手続関与権を付与するかしないかについては、処分権主義の精神に従いつつ、政策的な判断が求められるのであり、どのような性質・構造を持つ類似必要的共同訴訟であるのかという点に着目するほかないため、既に述べた訴訟類型ごとの特徴・訴訟構造を踏まえて上訴しなかった者の地位が上訴当事者となるのか否かについて私見を述べたい。

2. 住民訴訟

私は上訴しなかった者の地位については上訴当事者とはならないとする平成9年判決の結論に賛成である。以下、その理由を述べたい。1. で述べたように上訴しなかった者の地位については、訴訟類型の特徴・構造から判断すべき

であって、具体的には①個人的利益にかかわるものであるのか（個別的利益の有無）、②当該訴訟類型において、上訴人としなくてもその審判の範囲、審理の態様、判決の効力に影響がなく不都合はないかという点（不都合性の有無）から判断すべきである。

住民訴訟という訴訟類型で見れば、①住民訴訟は客観訴訟であり、個人的利益にはかかわらず、いわば公益の代表者という観点での訴訟追行であり、個別的利益にかかわるものではないし、②合一確定のためには確定遮断効、移審効、判決効が生ずれば足りるのであって、訴訟追行の意思を失った者を上訴人の地位から外しても何ら不都合はない。

以上より、訴訟追行する意思のない者については政策的な見地から手続関与権を厚く保障する必要はないため、上訴当事者とはならないとする結論は正当である。

3. 株主代表訴訟

私は、株主代表訴訟については平成12年判決のように上訴当事者とはならないとする結論に賛成である。株主代表訴訟について見ると、①株主代表訴訟は監督是正権の一種でもあることや、債権者代位訴訟と異なり株主共同の利益の追求のための「代表」訴訟的側面を有し、自己への支払請求なども認められていないことから、個別的利益にかかわるものではない。②訴訟物は会社の役員等に対する損害賠償請求権（会社法423条1項）であって、合一確定のためには確定遮断効、移審効、判決効が生ずれば足りるのであって、訴訟追行の意思を失った者を上訴人の地位から外しても何ら不都合はない。訴訟構造は住民訴訟と同様なのであって、訴訟追行する意思のない者については政策的な見地から手続関与権を厚く保障する必要はないため、上訴当事者とはならないとする結論は正当である。

4. 人事訴訟

人事訴訟については平成23年決定が上訴人とする結論を採用しているが、私見は平成23年決定には懐疑的であり、上訴当事者にはならないという結論が妥当であると考えます。

上訴人となるとする考え方は、訴訟における利益の質に着目したと考えられる。人事訴訟においては原告が身分変動などの影響を受けるため、住民訴訟や株主代表訴訟などは利害関係の質が異なっている。かかる利益の質の違いを強調することで、平成23年決定の結論から同じ上訴人説を導くことは可能である。春日教授も「住民代表訴訟や株主代表訴訟との対比において考えた場合、すくなくとも養子縁組無効の訴えにおいては、前者におけるとは異なる非上訴人〔上訴当事者ではない者：筆者注〕に固有の利益が存しており、これを反映した手続権の保障を重視すべきであるという観点からすれば、やはり上訴しなかった共同訴訟人も上訴人になるという考え方に立つべきではなかろうか。」と指摘している¹⁶⁴⁾。

平成23年決定は、推定相続人が提起した養子縁組無効の訴えであるため、当然訴えの利益が肯定されている。上訴しなかった者の地位についてはどう考えるべきかであるが、私は平成23年決定の結論には懐疑的であり上訴当事者にはならないとする結論であるべきと考えている。①個人的利益にかかわるものであるのか、②当該訴訟類型において、上訴人としなかった場合の不都合性という基準に当てはめて考えると①については身分関係の変動が生じているし、既に検討した判例法理・学説からしても身分関係の変動を受ける者については厚く手続保障をしなくてはならず、当然個別の利益にかかわるものと評価できる。しかし、②の見地からすれば、訴訟物は無効確認の申立てであって、裁判所の判決としては養子縁組が有効か、無効かのみを内容とするものである。したがって、住民訴訟や株主代表訴訟のような代位訴訟的性質は一切有していないものの、誰が訴訟進行しても判決の内容は異ならず、また人事訴訟法の特徴

164) 春日偉知郎「判批」判タ1375号51頁（2012）。

である対世効の存在があるため、判決の効力も画一的に及び、共同訴訟人の一人が抜けても何ら不都合はない。よって②の見地からは上訴人にする必要がない。

ここで、実体的真実への探求の要請より手続に当事者を政策的に関与されるべきではないかという疑問も生じてくるが、いくら上訴人としての地位を付与したところで本人が弁論に参加しなければ実体的真実への探求には無意味である。また、当事者であれば真実に近いとする説明も経験則としてはなお確固たるものとは言い難いし、真実を語るとも限らない。したがって、真実への探求という見地から上訴する意思のない者に対して上訴人たる地位を付与しても何ら意味がなく、訴訟追行の見地からしても判決はいずれにせよ有効か無効かについて判断され、判決効も第三者に及ぶ以上、上訴人にならなくても何ら不都合はないと言える。更に、上訴し訴訟追行する意思のない者について訴訟費用を負担させてまで上訴人の地位を強いるというのはあまりにも当事者の意思を無視したものであり、訴訟物の処分については当事者の自由とする建前であり処分権主義の精神にも反する。

人事訴訟のような個別的利益にかかわっている事案であれば尚更、上訴しなかった者については自らの利益を放棄しているのであって、かかる意思に反して上訴人とするのはあまりにも当事者の意思に反するものである。この「自らの利益を放棄」という点について新堂教授は共同訴訟人甲が上訴をし、乙が上訴権を放棄した場合に『甲の行為は乙にとって利益な行為である』と説明することは、まったくナンセンスである。乙自身は、上訴はしないと決断して上訴期間の経過をまたずに上訴権の放棄をしているくらいであるから、上訴することに興味をもっていないことは確か…上訴して争っても勝ち目はなく費用がかさむだけ」と述べている¹⁶⁵⁾。

よって、上訴しなかった者の地位については上訴人として取り扱う必要がなく、上訴する意思がない者は上訴当事者として扱うべきではなく平成23年決

165) 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—」民訴雑誌33号7頁(1987)。

定の結論は妥当でない。

5. 債権者代位訴訟

最後に、債権者代位訴訟における上訴しなかった者の地位について検討したい。特に債権者代位訴訟の場合には判例がないため、検討した債権者代位訴訟の訴訟構造、債権法改正の影響などから利益状況を分析する必要がある。私は、債権者代位訴訟については住民訴訟や株主代表訴訟と異なる構造を有し、債権者代位訴訟に関する判例法理からすれば債権者代位訴訟は当該代位債権者の債権の保全のような役割を事実上担っており、極めて私益性が高く、利害対立が激しい訴訟類型であると考えている。本稿で用いている、①「個別的利益の有無」、②「不都合性の有無」の基準に当てはめて検討する。

①の基準については、利益状況の分析で指摘してきたとおり、債権者代位訴訟は従来責任財産の保全という制度趣旨という説明がなされてきたが、判例法理からすれば当該債権者の債権保全のための制度的側面を色濃く有しており、自己の債権の回収を可能としているものであるから、まさに個別的利益にかかわるものである。

②の基準については、第3・4.(b)で述べた相違点が②の評価に重要な影響を与えると考える。住民訴訟や株主代表訴訟は終局的には1つの損害賠償請求権の存否が紛争の中心であって、誰が上訴人であるかについては判決の内容等に影響を何ら与えない。人事訴訟でも無効が確定するか否かに尽きるのであって、その判決に対世効がある以上誰が訴訟追行しても何ら影響がない。一方で、債権者代位訴訟については事情が異なっている。なぜなら、自己への直接支払請求が認められ、1つの債権の共同行使という側面を持つ株主代表訴訟とは異なり、それぞれの債権者が独立して権利を有しており互いに対等な地位であるべきであるため、原告債権者の数だけの主文が必要となるべきだからである。また、判例法理では債権者の被保全債権の額までの請求が認められているため、被保全債権についても審理の対象となるのであって、共同訴訟人の一人が抜けた場合審理の範囲、主文等に影響が出るのであって不都合な点が生じる。そし

て、上訴しなかった者の請求を確定させてしまい、上訴審への移審効が生じないとする処理を採るとすれば、判決効に矛盾が生ずるおそれが出てしまうため、そのような処理は採り得ず、共同訴訟人の一人が抜けても不都合が生じなかった他の訴訟類型とは異なり、上訴人として残すことに意義があるのであって、②の見地からしても上訴人にする必要がある。

よって、債権者代位訴訟において上訴しなかった者の地位については上訴人とすべきである。

6. 株主総会決議取消訴訟

複数の株主等が提起する株主総会決議取消訴訟については、「請求を認容する確定判決は、第三者に対してもその効力を有する」(会社法 838 条)という片面的対世効が最大の特徴であって、そもそも類似必要的共同訴訟となるかについて争いがあることについては既に述べたとおりである。本稿では、「株主(原告)勝訴の場合には対世効が生ずるため全員が規律されることとなり、共同訴訟となっている場合にわざわざ内容の異なる判決を出すこと、手続の進行を別々にすることに合理性が乏しい」のであって、「同じ時期に同じ内容の判決が出ることを保障する 40 条の規律に復させる方が合理的」¹⁶⁶⁾という政策的な理由により類似必要的共同訴訟となるという見解に賛成しており、類似必要的共同訴訟であることを前提としたものである。したがって、共同訴訟人のうち上訴しなかった者の地位については株主総会決議取消訴訟でも問題となり得るとも思えるが、ここで株主総会決議取消訴訟の特有の訴訟構造である片面的対世効の存在を考える必要がある。

1. ～ 4. において用いてきた基準 (①個別的利益の有無、②不都合性の有無) は対世効がある場合 (人事訴訟)、判決効の拡張が常にある場合 (住民訴訟、株主代表訴訟、債権者代位訴訟) の類似必要的共同訴訟におけるものであったが、株主総会決議取消訴訟の場合は片面的対世効ゆえ常に判決効の拡張があるとはい

166) 高橋・前掲注 3) 353 頁。

えない点、そもそも政策的に類似必要的共同訴訟としている点で他の訴訟類型とは質的に異なっているのが特徴である。このような訴訟構造を有している株主総会決議取消訴訟においても今まで用いてきた基準を用いる必要性・合理性があるといえるのかが疑問である。かかる事案の処理として参考となるのは徳田教授の見解¹⁶⁷⁾である。徳田教授は現実に上訴した者の請求部分が上訴審に移審すれば足りるとし、上訴審での訴訟追行を現実に上訴した者に委ね、上訴しなかった者は、上訴人にはならず、また、その請求部分も上訴審に移審することなく消滅するというものである。かかる処理は民訴法40条の規律から外すところに特徴がある。

高橋教授は、このような徳田教授の見解のような発想を用いて「類似必要的共同訴訟の中でも、株主総会決議訴訟では判例と異なり移審効・確定遮断効を認めない処理も可能」¹⁶⁸⁾であると指摘しており、私も片面的対世効という特徴を持つ訴訟形態については徳田教授の見解を用いて、高橋教授のような処理が適切であると考え。高橋教授は片面性を理由に以下のように説明する。「原告X1、X2のうちX2が上訴しなかった場合、原判決を確定させてしまったとしても、X1が勝訴すればその判決効はX2にも及んでいく。すなわち、X2に関して、判決確定を遮断させ移審させる必要がない。住民訴訟や株主代表訴訟だと、勝訴しても判決効が他者に双面的に及ぶから、X2に関して判決を確定させるとX1の上訴が無意味となるがゆえにX2に関して判決を確定させることができないが、株主総会決議取消訴訟ではそういう必要はない」。このように、上訴しない共同訴訟人を上訴人とする必要はなく、その者については請求を移審させず判決を確定させるという処理が可能である。

以上のような処理方法は、株主総会決議取消訴訟の特徴である片面的対世効の存在ゆえに導ける結論であり、訴訟の特徴を反映した解釈論となっており賛成である。上訴当事者になるか否かの議論は判決効の拡張が常にある場合が念頭に置かれ、合一確定の要請が存在する中での議論であったのに対して、株主

167) 徳田・前掲注40) 259頁。

168) 高橋・前掲注3) 319頁。

總會決議取消訴訟のような片面的な対世効であれば合一確定の要請は存在せず、上訴しないとする者との関係では民訴法 40 条の規律を及ぼす必要は全くないのである。そもそも政策的に類似必要的共同訴訟としている以上、本質は通常共同訴訟に接近しているのであって、上訴しなかった者の請求を移審させないという処理は通常共同訴訟の原則論（民訴法 39 条 1 項）に忠実なものであって妥当である。

第 5 手続関与権の濃淡 2（共同訴訟人による和解の可否）

1. 共同訴訟人による和解の可否の考え方

(1) 和解総論

当事者の手続関与権の 1 つとして既に上訴しなかった者にいかなる地位に就くかを検討した。そして 2 つ目に共同訴訟人の一人が和解をすることができるかについての検討を行いたい。

和解とは当事者が、一定の法律関係に関して、互いに譲歩して（これを「互譲」という）、合意によってその間に存する争いをやめることをいう¹⁶⁹⁾。和解には裁判外の和解と裁判上の和解があるが、本稿では断りがない限り、裁判上の和解の中の訴訟手続内で行われる訴訟上の和解のことを指す。訴訟上の和解は訴訟係属中に受訴裁判所又は受命裁判官もしくは受託裁判官の関与がある和解のことをいう。和解は判決によらない訴訟終了方法であって、実務でも多く和解がなされている¹⁷⁰⁾。和解が有する一定のメリットについてはほぼ争いなく認められるところであって¹⁷¹⁾、和解による訴訟終了による方法は当事者の利益にとっても重要な場合が多くあるが、和解の本質は互譲であり、望まない和解を牽制する必要がある場面もないわけではない。和解は一般的には不利な行為とされ、民訴法 40 条 1 項により効力を生じない¹⁷²⁾。

169) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法（上）』（有斐閣、第 2 版、2012）757 頁、松岡ほか編・前掲注 105）992 頁〔高野英弘〕、三木ほか・前掲注 1）471 頁〔笠井正俊〕。

170) 大島眞一『完全講義民事裁判実務の基礎（上）』（民事法研究会、第 2 版、2013）35 頁。

しかし、既に述べたとおり民訴法 40 条 1 項は、他の共同訴訟人の行為を牽制する役割を担っており、そもそも牽制関係がないような訴訟類型にまで民訴法 40 条 1 項を適用して良いか疑問である。また、そもそも当該共同訴訟人に和解する権限があるのかも問題となる。和解権限がなければ、民訴法 40 条 1 項の問題にすらならず、和解の効力は生じない。本稿の主要な論点の 2 つ目として、共同訴訟人の一人が和解できるかについて訴訟類型ごとの条文上の規定、利益状況の異同の見地から検討したい。

(2) 和解の要件としての処分権

訴訟上の和解の要件は、一般的に①係争利益を当事者が自由に処分できる場合であること、②和解条項によって認められる権利義務が法律上存在の許されないものでないこと、かつ公序良俗に反しないこと、③訴訟能力があることである¹⁷³⁾。類似必要的共同訴訟における共同訴訟人の一人による和解の可否を論じる上で①の処分権という要件との関係が最も問題となる。「訴訟上の和解の構成要素として訴訟物たる権利関係についての私法上の合意が含まれる以上、その権利関係およびその他合意の対象となる権利関係が、当事者の処分に委ねられること、すなわち私的自治に服するものでなければならない」¹⁷⁴⁾と伊藤教授も述べており、当事者の処分権を要件としている。本稿は、類似必要的共同訴訟という場面であり債権者代位訴訟・株主代表訴訟・住民訴訟において訴訟担当による訴訟追行の場面が問題となるため、訴訟担当者による和解の可否についてまず整理する必要がある。

171) 三木ほか・前掲注 1) 472 頁〔笠井正俊〕によれば和解のメリットとして、①オールオアナッシングの解決をする判決とは異なり、場合によっては訴訟物以外の事項を織り込んだり第三者の参加を得たりして、自由かつ柔軟に、紛争の実情に即した公正・妥当かつ実効的な解決を早期に図れること、②当事者間の関係を悪化させずに、将来に向けた双方に有益な（いわば、ウィン・ウィン）良好な関係を築くこと等が挙げられている。

172) 笠井ほか編・前掲注 22) 145 頁〔堀野出〕。

173) 高橋・前掲注 169) 764 頁、三木ほか・前掲注 1) 475 頁〔笠井正俊〕。

174) 伊藤・前掲注 5) 458 頁。

(a) 伊藤教授の見解と疑問

伊藤教授によれば、任意的訴訟担当の場合には訴訟追行権の基礎となっている授權の内容によって和解の可否が決められるとし、具体的には、授權が訴訟物たる権利法律関係について処分権も含んでいるかどうかメルクマールとなる。

一方で、授權を観念できない法定訴訟担当の場合には、担当者の訴訟追行権の基礎が重要であると指摘し、破産管財人などは破産者の財産について包括的な管理処分権を与えられている（破産法 78 条 1 項）ことから、和解の権限については制約を受けないとする。このような基準によれば、債権者代位訴訟における代位債権者、株主代表訴訟における株主には実体法上の処分権がなく、訴訟上の和解はできないと述べている。したがって、伊藤教授の見解に立てば、少なくとも債権者代位訴訟、株主代表訴訟については民訴法 40 条 1 項の解釈論に入る以前の問題として、和解はできないという結論になる。

しかし、伊藤教授の見解には賛成できない部分がある。確かに一般的には処分権の存在が訴訟上の和解の要件として挙げられており、いわゆる処分権というものが全くない者に和解権限を全面的に認めることには懐疑的であるものの訴訟担当による和解の場合にまで処分権の存否と和解権限の可否をすべて連動して考えることは妥当ではないと考える。なぜなら、訴訟担当者に訴訟追行権限を認めたことと逆ベクトルではないかという疑問があるからである。また、全く和解できないとすると、和解のメリットを全く享受できず妥当でないからである¹⁷⁵⁾。更に、訴訟追行権が認められている以上処分権主義が妥当するのであって、和解という選択肢を奪うのは処分権主義の精神に反するといえるからである。

そもそも訴訟担当とは訴訟物である権利義務の主体とはなされていない第三者がその訴訟物について当事者適格が認められる場合を指し、当事者適格とは特定の訴訟物について当事者として訴訟を進行し、本案判決を受けることができる資格をいう¹⁷⁶⁾。このように、当該訴訟物について訴訟追行することが適切

175) 高橋・前掲注 169) 253 頁注 (15)。

176) 三木ほか・前掲注 1) 366 頁〔垣内秀介〕。

だと判断された人物が最善と考えた和解という方法を封じるのは当事者適格を認めることと逆ベクトルであるし、和解を望む相手方の利益も害することとなる。

したがって、私は特に訴訟担当の和解権限の可否について処分権の存否とすべて連動して考える見解には疑問である。

(b) 高田教授の見解¹⁷⁷⁾

株主代表訴訟における株主がなす和解という文脈ではあるが、高田教授が和解許容論を展開しており、伊藤教授の見解に対する疑問から高田教授の考えに賛同したい。高田教授は濫用防止策を随伴させつつ和解を許容するという結論を採っている。それは和解こそ事件の最善の解決策であると考えている原告株主に、訴訟をなお続行させることが果たして妥当なのかという疑問から来るものである。高田教授は管理処分権の有無にかかわらず、訴訟上の和解をする権能を担当者たる株主に認める見解に合理性を見出すことは可能であると主張する。その理由としてまず、管理処分権がないゆえにある行為をすることが許されないのは、他人の法律関係へ不当に介入することであって、処分権のない訴訟担当者のした和解は、権利帰属主体たる会社をその同意なく拘束することはないということにとどまり、担当者のする和解に担当者と被告との間で拘束力を認めること及び訴訟終了効を認めることを妨げる理由はないことを挙げている。また、相手方の利益の問題も理由として指摘しており、相手方も和解を紛争解決の最善の方法と考えているとすれば、その相手方の保護も重要であることも述べている。

そして処分権の問題についても、被担当者への判決効拡張を導く根拠として、担当者の管理処分権が援用されるが、管理処分権がない場合には判決効が拡張されないという方向での議論ではなく、二重の応訴の負担からの解放という観点から判決効の拡張を考えるのが一般であることから、管理処分権がない場合でも判決効拡張があるとする。

以上より、原告株主に単独で訴訟追行することを認め、会社を訴訟手続に強

177) 高田・前掲注58) 568頁。

制的に引きこむ手段が保障されていない法制を維持する以上、原告株主には単独で和解をする権限が認められており、かつ、その和解は会社をも拘束するというのが訴訟担当の一般論として肯定されるべきである。このような高田教授の見解を支持し本稿では訴訟担当においては実体法上の処分権の内容が和解の可否にすべて連動するものではないという見解に立って論じていきたい。

2. 住民訴訟

一般的に行政主体を被告とする抗告訴訟では和解できないとされている。なぜなら、法律による行政の原理に由来する制約があるからである。行政主体は、法律に従って行政を行う義務があるので、処分が適法であると信じているにもかかわらず、長期間訴訟で争われるのが煩わしいという理由では和解できない¹⁷⁸⁾。かかる原理が住民訴訟には及ばない根拠があるといえるのかであるが、法律による行政の原理は行政に対する制約規範であって、住民訴訟も行政訴訟である以上、基本的に以上の理は住民訴訟にも妥当すると思われる。むしろ住民訴訟は民衆訴訟であり公益性の強い訴訟でもあって、当事者の自由で訴訟を終了させるのは妥当でないし、地方自治法96条1項12号を見ると、地方公共団体自身が和解する場合にも議会の議決を要することから議会の議決なしに住民が和解することも困難である¹⁷⁹⁾。

したがって、住民訴訟においてはそもそも住民による和解はできず、民訴法40条1項の規律の問題とならない。

3. 人事訴訟

人事訴訟法19条2項により民事訴訟法266条と267条が除外されていることから、訴訟上の和解はそもそもできない。また、人訴法37条1項で婚姻関係訴訟の特例が定められており¹⁸⁰⁾、婚姻関係訴訟・養親子関係訴訟以外では訴訟上の和解はできないとされている。人事訴訟というのは既に特徴を説明し

178) 宇賀・前掲注56) 316頁。

179) 園部・前掲注30) 338頁。

たように対世効があり、身分関係の変動が多くの他の人々の利害にも影響するものであるから、当事者の意思によって訴訟を終了させるのは妥当でないし、また、真実とは異なる身分関係が確定してしまうことから実体的真実の探求という要請にも反してしまうからである。

したがって、民法40条1項の規律を待つまでもなく、人事訴訟においてその性質上通常は訴訟上の和解はできない。

4. 株主代表訴訟

株主代表訴訟において株主の一人が和解できるかについて肯定、否定多くの論争がある。高田教授は訴訟担当として訴訟追行権が認められている以上、和解も選択肢の1つとすることができると述べており、私もその見解に賛成であることは既に述べたとおりである。本稿では、和解の可否について肯定・否定の立場を整理した上で、和解ができたとしても、他の共同訴訟人により牽制されることになるのか、共同訴訟人全員が和解に同意した場合、その効力が他の株主にも及ぶのかについて検討したい¹⁸¹⁾。

(1) 株主の和解権限の存否

複数の株主が提起する株主代表訴訟における株主の和解の可否を論ずる上で、そもそも株主に和解権限があるのかを検討する必要があるが、既に述べたとおり高田教授の見解を支持し、訴訟追行権が認められている株主から和解という選択肢を一律に奪うことは訴訟担当として訴訟追行権が付与された意義を失わせることとなるため、株主は和解権限を有していると考える。もっとも、この論点については争いがあるため、和解権限を有しないという立場の論拠を整理

180) 伊藤・前掲注5) 458頁によれば、協議離婚・離縁や調停離婚・離縁に見られるように、婚姻関係や養親子関係の消滅に関して当事者意思の支配が認められているところから、離婚や離縁を内容とする和解は、その効力が肯定されるとする。

181) 株主代表訴訟における和解という問題点については中島弘雅「株主代表訴訟の解釈論上の問題点—訴訟参加と訴訟上の和解を中心に—」永井和之=中島弘雅=南保勝美編『会社法学の省察』（中央経済社、2012）364頁以下が詳しい。

し、反論を試みたい。

(a) 株主は和解することができないとする見解

株主の訴訟上の和解を肯定するためには2つの大きなハードルがあると池田教授は指摘している¹⁸²⁾。1つ目は原告株主に和解権限がないとするもの、そして2つ目に商法266条5項〔現行法424条：筆者注〕の免責規定の存在である。

a) 株主に処分権がなく、和解権限がないとする見解^{183) 184)}

代表訴訟の原告である株主に会社の権利を処分することを認める根拠規定がなく、授權の観点から会社が授權しているとは言えず、会社が提訴請求に応じなかったことから和解権限の授權は直ちに擬制されないと考える考えである。

b) 取締役の責任免除規定の存在により和解できないとする見解¹⁸⁵⁾

商法266条5項〔現行法424条：筆者注〕では、取締役の責任免除に総株主の同意を要求している。これは、株主が代表訴訟を提起しようとしたとき、会社ないし他の株主が取締役の責任を免除して提訴を妨害することを防止するものである。かかる趣旨からすれば、何かしらの譲歩を伴う和解については会社法424条と抵触することとなり、和解はなし得ないという考え方である。

c) 訴訟に参加しなかった他の株主の手続保障との関係で和解できないとする見解¹⁸⁶⁾

この見解は訴訟ノウティス説という見解が生まれてくると表裏の関係にあるといえるが、和解の効力が全株主を拘束すると考えると原告以外

182) 池田辰夫「株主代表訴訟における和解」小林秀行＝近藤光男編『株主代表訴訟大系』（弘文堂、2002）282頁。

183) 高橋・前掲注60）74頁。

184) 伊藤眞「コーポレート・ガバナンスと民事訴訟法—株主代表訴訟をめぐる諸問題」商事法務1364号22頁（1994）、伊藤眞「代表訴訟と民事訴訟」柏木昇編『日本の企業と法』（有斐閣、1996）61頁。

185) 高橋・前掲注60）75頁。

186) 前田雅弘「株主代表訴訟と和解」法学論叢134巻5・6号（1994）247頁。

の株主に対する手続保障が十分でないことから、原告株主は和解できるとしても、他の株主を拘束しないという考え方である。

(b) 上記の見解に対する反論

a) の見解は会社法 424 条などの株主の同意に関する規定を手がかりに、株主にはそもそも処分権がなく、和解することができないとするものである。しかし、訴訟において全く和解ができないとするのは明らかに現実的でなく、相手方の利益保護の観点からも和解という選択肢を奪うことは妥当でない。新谷検事も「訴訟追行権を認めた以上、勝訴の見通し、回収可能性、早期解決のメリットなどを勘案して和解を選択する可能性は確保されるべきであり、これを閉ざすのは訴訟追行権の不当な制約になるばかりか、判決より有利な和解を選択できない点で原告・会社・他の株主にとっても不利である」と指摘しているところである¹⁸⁷⁾。また、高田教授の見解を紹介したとおり、訴訟担当においては特に処分権の存否と和解権限の有無は連動するものではないのであって、授權がなかったことを理由に和解権限が否定されることにはならない。訴訟担当として訴訟追行権が付与されている以上¹⁸⁸⁾、和解を制約すべきではないのであり、a) の見解は妥当ではない。

b) の見解に対しては、会社法 424 条では総株主の同意がなければ、取締役等の損害賠償責任を免除できないとしているが、総株主の同意を要件とするとしても和解などはできなくなってしまう点が不都合であり、現実的でない。とりわけ、公開会社（会社法 2 条 5 項）のように典型的に大規模な会社において株主全員の同意を得るとするのはほぼ不可能に近いのであり、総株主の同意を要求とする見解はあまりに現実的でなく妥当でないであろう。

また、新谷検事は、商法 266 条 5 項の制度趣旨から和解を否定するという解釈は導けないと述べている。当該部分を引用すると「右規定の立法趣旨は、多

187) 新谷勝「株主代表訴訟と訴訟上の和解」判タ 883 号（1995）40 頁。

188) 遠藤直哉＝牧野茂＝村田英幸「日本サンライズ株主代表訴訟事件の一審判決と和解」商事法務 1363 号（1994）64 頁においても、和解の選択肢を封ずることは訴訟追行権の不当な制約になると述べられている。

数決による責任免除により株主の提訴権を封じたり、株主が提訴しているのに係わらず多数決で責任免除してしまうことを禁じることにある。そこで、右立法趣旨と代表訴訟制度の構造から、原告が会社の権利である訴訟物について和解をすることが右規定に違反しないかを検討しなければならない」と問題提起をしている。あくまで提訴権確保を趣旨とするものであるため、原告の提訴後においても他の株主の提訴権を確保することまで意味せず、提訴後はその訴えが取下げまたは却下により消滅しない限り、他の株主は提訴し得ないという意味であって、提訴後においてもかかる規定の適用がされ、総株主の同意がなければ和解し得ないと解するものではないと述べている。

c) の見解については a) b) と異なり、和解は可能であるが、他の株主までを拘束しないという考え方であり、a) b) とは趣旨が異なるため、(3)の「他の株主への効力」に譲りたい¹⁸⁹⁾。

したがって、上記 a) b) の見解は妥当でなく、株主代表訴訟において訴訟担当者として訴訟を遂行している株主には和解権限があると考ええる。

(2) 他の共同訴訟人による牽制

(1)では株主一人による和解は可能であると述べた。では、他の共同訴訟人は民訴法 40 条 1 項により牽制できるのかという問題について、確かに複数の株主が提起する株主代表訴訟は類似必要的共同訴訟となり、民訴法 40 条 1 項により他の株主は牽制できそうである。しかし、高田教授が述べているように民訴法 40 条 1 項は他の共同訴訟人の行為を牽制するところに意義があるのであって、債権者代位訴訟のような利害対立がなさそうな株主代表訴訟において牽制する必要があるのか、民訴法 40 条 1 項による規律の基礎があると言える

189) 中島・前掲注 181) 369 頁以下において、和解内容の適切さを担保するため、裁判所に和解の内容の公正さを審査させ、裁判所の認可を和解成立のための要件とすべきであると提言している。筆者としてもこのような立法案に賛成したい。なお、中島弘雅「株主代表訴訟と和解」小林秀之=近藤光男編『新しい株主代表訴訟』(弘文堂、2003) 156 頁において、同旨のことが述べられている。

のか検討が必要である。複数の株主が提起する株主共同訴訟において、他の株主の訴訟行為を牽制する必要があるかであるが、株主代表訴訟を提起する権限については単独株主権であって、自分も訴訟を提起し、訴訟追行する権限が株主に認められている。

したがって、他の株主により抜け駆け的に和解がされるのであれば、単独株主権として株主代表訴訟を提起する権利を認めた法の趣旨を没却してしまうため、他の株主の訴訟行為を牽制する必要性があるといえる。こうした牽制の必要性については債権者代位訴訟においてもいえることであり、むしろ債権者代位訴訟のほうが債権者、債務者、第三債務者、他の債権者との利害対立が激しく、互いに牽制する必要性が高い状況であるといえる。かかる状況とは株主代表訴訟は異なるし、また、株主代表訴訟の構造としてはあくまでそれぞれの株主が会社の請求権について共同して代位行使している側面が強く、共同している以上一人による勝手な処分は許されないといえよう。この「共同して代位行使」しているという側面の間接的な現れとして、「株主の共同の利益」「株主全体の利益」という言葉を使った判例・裁判例の存在¹⁹⁰⁾が挙げられる。こうした株主の共同の利益を追求するために株主を代表して訴訟を提起しているのであって、こうした提訴権は単独株主権として認められており、複数の株主が提訴しているのであればそれは共同利益の追求のための権利の共同行使という評価が可能である。こうした共同行使の観点は債権者代位訴訟とは異なる点でもある。他の共同訴訟人の一人が反対すれば、和解を牽制できるという結論は通常の類似必要的共同訴訟と何ら変わらないが、元来会社が有している請求権について株主が共同行使しているという点が株主代表訴訟の特徴であって、この特徴から由来する単独での処分の限界も重要な根拠となっている。

したがって、民訴法 40 条 1 項のみが根拠でないという点が債権者代位訴訟とは異なっている。

190) 前掲注 65)、66) の判例・裁判例参照。

(3) 他の株主への効力

(2)により牽制可能であるとしても、他の共同訴訟人全員が和解に対して同意すれば和解の効力は生ずる。かかる効力を訴訟に参加しなかった他の株主に対しても認めることができるのか。他の株主との手続保障との関係で問題となる。この議論については(1)のc) 説とかわる。c) 説は訴訟に参加しなかった他の株主に対して手続保障が十分になされていないことを理由に他の株主を拘束しないという考え方であり、和解そのものができるという点ではa) b) の見解とは相違するものである。しかし、一部の者とのみ和解し、他の株主を拘束しないとすると、被告としても和解をするメリットが減少してしまい、事実上和解が制限されることとなる点においては、a) b) の結論とほぼ同様になる。共同訴訟人すべてが和解に同意をすれば、民訴法40条1項の規律から外れ、和解の効力が生ずることとなるが、c) 説が指摘するように手続保障の観点から他の株主にまで効力を生じさせて良いのかが問題となる。

高田教授はこうした場面について、「和解をする権限はない」という意味ではなく、和解は「当事者では有効、場合によっては第三者がその効力を争うまでは有効であるが、その効力は第三者を拘束しない、あるいは第三者はその効力を否定できる」か否かという場面設定をしている。私は訴訟の当事者間の和解については、訴訟担当として訴訟追行権が認められている趣旨からその和解は有効であると考え、訴訟に参加していない株主に対してまで効力を生じないと考える。なぜなら、和解の内容を知らないままその和解の効力に拘束されるというのは、訴訟に参加していない株主の手続保障の観点からすれば拘束を正当化できないと考える。訴訟ノウティス説を唱えている前田教授は株主代表訴訟の係属については通知又は公告されるため、訴訟に参加する事実上の機会を以て手続保障を充足するとしている。しかし、上記の見解には大きく4つの問題点がある。

1つ目として和解内容の通知・公告まではされないことである。中島教授は会社法847条4項ではあくまで訴え提起時に、訴訟係属の公告又は株主への通知が要求されているだけであり、それのみを以て和解の効力を他の株主に対し

て及ぼすことができるか否かは疑問であると述べている¹⁹¹⁾。具体的には訴訟係属を知ったとしても和解案の内容を知らない以上、手続保障としては不十分であるというものである。またこうした通知・公告についても「現実的には、一般株主に対する公告・通知制度が十分に機能しているとはいい難」¹⁹²⁾ などの指摘もあり、手続保障として十分かどうかについて疑問が残るところである。

2つ目としてアメリカの代表訴訟との対比である。アメリカの株主代表訴訟は既に述べたとおりクラスアクション性格を備えているため、原告株主の原告適格として「原告株主の適切代表性」という重要な要件が規定されているため¹⁹³⁾、アメリカにおける株主代表訴訟との対比でいえば、第三者を拘束する基礎が弱いといえる。

3つ目として裁判所のチェック機能との関係である。高田教授は「株主は適法に訴訟上の和解を締結できると考えているが、問題は、むしろ、その濫用の防止、あるいは、公正な和解の確保という点にあるとも言えそうである」¹⁹⁴⁾と指摘する。現在、両当事者の和解内容を裁判所がチェックし介入するという制度がない以上、判決とは異なり裁判所による介入がなされないまま、当事者のみで定められた和解内容が効力を持つことになるため、許害的和解に対する歯止めが効かないおそれがある。中島教授も和解内容の適切さをチェックする機能を現行制度上裁判所は持たないため、裁判所に和解内容を審査させることで和解が成立するという制度を導入すべきと述べている¹⁹⁵⁾。

4つ目として仮に和解の効力が第三者にも及ぶとなると、他の株主は常に訴訟を監視する必要性が生ずるのであって、事実上提訴を強制されることとなるが、かかる事態はやはり不適切である。

このような4つの問題点から、和解内容を知らされることのない第三者（株

191) 小林＝近藤編・前掲注 189) 144 頁〔中島弘雅〕。

192) 小林秀之＝高橋均『株主代表訴訟とコーポレート・ガバナンス』（日本評論社、2008）242 頁。

193) 小林＝高橋・前掲注 192) 114 頁。

194) 高田・前掲注 58) 590 頁。

195) 小林＝近藤編・前掲注 189) 145 頁、156 頁〔中島弘雅〕。

主)にまで和解の効力は及ばないと考える¹⁹⁶⁾。

(4) 第三者に効力を生じない和解をするメリット

以上のような結論を採用するに当たり、第三者に効力を生じない和解を結ぶメリットが果たしてあるかを検討する。もしメリットがない場合、第三者をも拘束しない限り和解締結に何ら意味がなく、結論の妥当性が図れないからである。確かに、和解の効力が第三者に及ばない場合、「確定判決と同一の効果」(民訴法 267 条)も第三者に及ばず、他の株主から再訴されるおそれを法律上防ぐことができないことになる。しかし、和解が認められることで当該訴訟から被告が解放されるのであって、訴訟追行の負担がなくなることに一定のメリットがあるといえる。なぜなら、通常の民事訴訟においては処分権主義が妥当しているのであって、判決まで待たず和解による訴訟の完結手段も保障されるべきだからである。また株主代表訴訟において大株主との和解が成立すれば、他の株主にも少なからずの影響力を持つのであって、事実上再訴が阻止される効果を持つと言えるし、同族会社等においては親族の代表が和解を締結した場合、他の親族があえて再訴する場面は限定されていると言えるのであって、事実上再訴を阻止する効果を有しており、当事者間のみでの和解に一定のメリットがあるといえる。

よって、当事者間では和解できるが、第三者には効力を生じないとする本稿の結論を採用した場合であっても一定のメリットがあるのであって、結論の妥当性が図られているといえる。

5. 株主総会決議取消訴訟

株主総会決議取消訴訟において株主等が和解できるかであるが、決議取消訴

196) 吉原和志「ケースで学ぶ会社法のエッセンス⑤」法教 172 号 29 頁 (1995) では原告株主と被告取締役との間で和解がなされた場合は、その和解の効力は当事者間で認められるにとどまり、原告株主以外の株主には及ばないと考えるべきであり、他の株主は和解に不満であれば代表訴訟の提起をすることができると述べている。

訟の最大の特徴は片面的対世効の存在である（会社法 838 条）。したがって、勝訴判決の場合には対世効が生じるため、被告は請求の認諾は少なくともできないとされている。

そして和解についても、当該訴訟物については当事者の処分権に属さないとして認容判決と同内容の和解は成し得ないとされ、仮に和解できるとしても実務では、和解調書又は認諾調書では決議の取消し等を前提とした抹消登記を職権により登記嘱託することはできないとされている¹⁹⁷⁾。和解についてはその本質が互譲である以上、請求の認容判決とは評価できないのであって対世効は生じず、少なくとも当事者間だけに効力を生ずる。このような和解にメリットがあるかについては株主代表訴訟におけるそれと同様であって、当事者間による和解は認めるべきである。もっとも、請求の認諾は対世効が生じる関係からすることができないため、和解といっても訴訟費用の負担程度の内容しかないといえる。

6. 債権者代位訴訟

住民訴訟では法律による行政の原理が作用する分野という性質から和解はそもそもできず、株主代表訴訟では和解は可能であるが、共同訴訟人全員が同意しない限り効力は生じないと結論付けた。では、代位訴訟として共通の性質を有するが、債権者代位訴訟の場合、債権者・債務者・第三債務者・他の一般債権者との利害関係が対立する訴訟構造であるため和解は可能であるか。

株主代表訴訟の場合と同様、和解の可否について肯定・否定の立場を整理した上で、和解ができたとしても、他の共同訴訟人により牽制されることになるのか、共同訴訟人全員が和解に同意した場合の効力が他の株主にも及ぶのかについて検討したい。

197) 東京地方裁判所商事研究会編『類型別会社訴訟 I』（判例タイムズ社、第 3 版、2011）389 頁。

(1) 債権者による和解の可否

債権者代位訴訟において債権者が第三債務者との間で和解できるかについては、否定説と肯定説が株主代表訴訟と同様存在する。否定説は、法定訴訟担当においては担当者の訴訟追行権の基礎が重要であって、代位債権者は破産管財人とは異なり代位の目的たる債権について無制限の処分権を認められてはいないことを理由としている¹⁹⁸⁾。

肯定説については、4.で高田教授の見解を紹介したとおり、訴訟担当として訴訟追行権権限が付与されている以上¹⁹⁹⁾、和解という訴訟法上の行為もなし得るというものであり、私もこの見解に賛同している。民事訴訟制度の本質として通常の民事訴訟は、処分権主義の支配下にあり、判決まで訴訟追行を強いるというのは処分権主義の観点からも不適切であり、和解という選択肢を有利と判断し和解という判決によらない終了方法を選ぶことができないとするのは民事訴訟制度の本質に反するものである。また、実務感覚としても当該訴訟を和解により終了させられず、判決まで訴訟遂行を強いるというのは違和感を覚える。したがって、訴訟担当として訴訟追行権が認められている以上、当然和解権限までも含まれていると解釈すべきである。和解の可否については既に述べたとおり処分権の存否と連動する見解も有力であるため、処分権の存否が重要なメルクマールとなることもある。

近年の債権法改正の中間試案では、少なくとも債務者の処分権については「債権者が前記1の代位行使をした場合であっても、債務者は、その代位行使に係る権利について、自ら取立てその他の処分をすることを妨げられないものとする。その代位行使が訴えの提起による場合であっても、同様とするものとする。」とされており、処分権は失われえないという方向で進んでいるようである。

この処分権の喪失については未だ議論があり、どのような方向で動くかは現段階ではまだ確定的でないため、本稿では債務者の処分権が失われえない場合と失われる場合とで場合分けして論じていきたいと考える。

198) 伊藤・前掲注5) 459頁、高橋・前掲注169) 253頁注(15)。

199) 高田・前掲注58) 248頁。

(a) 債務者の処分権が失われる場合

伝統的には、債権者が代位権を行使したときは、債務者はその権利を処分することができなくなるとされている（処分権喪失効）。なぜなら、債務者自身の権利行使が直ちに債権者にとっての責任財産保全に結びつくわけではないからである²⁰⁰⁾。したがって、債務者は処分権喪失により、その権利について免除・放棄・譲渡・和解等の処分ができなくなる。このような場合、債権者に和解権限を認めないとするのは妥当でない。なぜなら、債務者が処分権を失っている以上、債権者が処分権を有しないと当該債権についての管理が不十分となってしまうからである。債務者が処分権を失っているとすれば、和解もできないのであって、債権者も和解できないとすると、当該訴訟で誰も和解できる人がいなくなってしまうという状況に陥ってしまう。

和解に一定のメリットがあることについては争いないのであって、和解が一切できないと考えるのは現実的でないし、そもそも訴訟担当に訴訟追行権を付与した趣旨からして訴訟担当者である債権者に和解権限が肯定されるという見解を採用している以上、債務者の処分権が失われている場合でも債権者による和解は可能であると考えられる。なお、詐害的な和解への対応も一考を要するが、債権法改正により債権者による債務者に対する訴訟告知がなされる以上、手続への関与の機会があったのであり障害にはならない。また、処分権を失わない場合と共通するが、そもそも債権者代位訴訟というのは債務者が債権を行使できたのに行使しなかった場合に想定されるものであって、債務者が権利行使しなかったという帰責点も観念でき、債権者と第三債務者との間での和解を肯定して良いと考える。

(b) 債務者の処分権が失われない場合

債権法改正中間試案によれば、当該権利について自ら取り立てるなどその他処分することは妨げられないとされており、処分権は失われないとしている。仮に他の共同訴訟人が和解に同意したとしても、そもそも本来の権利帰属者で

200) 大判昭14・5・16民集18巻557、松岡ほか編・前掲注105) 607頁〔工藤祐巖〕。

ある債務者の同意なくして和解することができるのか。

この点についても、自説は和解の可否について、処分権の存否とは連動せず、訴訟担当として訴訟進行権を付与された趣旨から和解をする権限も有しているとするものであるため、債務者の処分権の存否にかかわらず債権者による和解は許されると考える。また、債権法改正の中間試案によれば、訴訟を提起する場合には債務者に対して訴訟告知が手続保障の観点からされるのであり、訴訟係属の事実については知ることが可能な状態となる。訴訟係属の事実について知った場合、処分権を失わないとする立場からすれば当事者適格が認められ、共同訴訟参加（民訴法 52 条 1 項）をすることが可能であり、民訴法 40 条 1 項により牽制可能となる。したがって、和解を防止したければ共同訴訟参加した上で牽制する手段が残されているのであって、訴訟へ参加していない状態の下では当該和解について阻止することはできないと考えるべきである。

よって、処分権が残っている場合であっても、債権者による和解は可能であると考える。

(2) 他の共同訴訟人による牽制

(1)では債権者による和解は可能であると述べたが、他の共同訴訟人は民訴法 40 条 1 項により当該和解を牽制することができるのかを検討する。民訴法 40 条 1 項は必要的共同訴訟の規律であるが、そもそも債務者やその他の債権者は当該債権者代位訴訟に共同訴訟参加（民訴法 52 条 1 項）することができるのか。共同訴訟参加は「合一にのみ確定すべき場合」に「共同訴訟人として」訴訟に参加することができる参加形態であるが、「合一にのみ確定すべき場合」とは第三者が原告又は被告の共同訴訟人として参加した結果、類似必要的共同訴訟又は固有必要的共同訴訟が成立することという意味である²⁰¹⁾。

債権者代位訴訟について考えると、代位債権者は訴訟担当であって民訴法 115 条 1 項 2 号により債務者へ既判力が拡張されることから、債務者へ拡張さ

201) 伊藤ほか・前掲注 44) 57 頁。

れる既判力の矛盾抵触を防止する見地から類似必要的共同訴訟となることについては既に説明したとおりであって、「合一にのみ確定すべき場合」と言える。「共同訴訟人として」とは、当事者適格を持つ者であるが、債務者や他の一般債権者に当事者適格が認められるのか。

(a) 債務者の処分権が失われる場合

判例の趣旨に従えば、債権者が適法に代位権を行使すれば債権者は代位の目的となった権利について債権者による代位権の行使を妨げるような処分権を失い、その結果当該権利を訴訟物とする訴訟における当事者適格も喪失するとされているため、「共同訴訟人として」参加することはできず、解釈により認められた共同訴訟的補助参加という形で参加することが可能になるだけである。

したがって、共同訴訟参加はすることができない。しかし、共同訴訟的補助参加人の地位としては訴えの取下げや和解などの訴訟自体を処分する行為ができないという点で従属性の中にあるが、民訴法40条が類推されるとするのが通説であって²⁰²⁾、民訴法40条1項類推適用により和解を牽制することができる。この点、共同訴訟的補助参加をした者の地位については対立・拮抗型と吸収型から類型毎に検討すべきことも可能であって、債権者代位訴訟は従前より対立型の典型例として挙げられており、牽制権を与えるべきより強い利益状況が存在しているといえるため、上記結論は妥当である²⁰³⁾。

(b) 債務者の処分権が失われない場合

債権法改正の中間試案によれば、債務者の処分権は失われないのであって、上記の判例の趣旨を前提とすれば当事者適格が認められ、「共同訴訟人として」参加することが可能であり、民訴法40条1項により和解を牽制できる。民訴法40条1項は他の共同訴訟人の行為を牽制するところに本質があるところ、債権者代位訴訟の特徴として株主代表訴訟等にはない利害関係の対立があるのであって、債務者としても自己の債権について当然利害を有しており、利益状

202) 高橋・前掲注3) 465頁、三木ほか・前掲注1) 559頁〔菱田雄郷〕。

203) このことについて、林田学「共同訴訟的補助参加」三ヶ月章＝青山善充編『民事訴訟法の争点』（有斐閣、新版、1988）144頁。

況としても牽制する必要性が高く、上記結論は妥当である。

(3) 他の一般債権者に和解の効力が及ぶか

債務者の処分権の存否にかかわらず、債権者に和解権限が認められ、他の共同訴訟人ないし共同訴訟的補助参加人が和解を牽制することができる場合であっても、全員の同意があれば民訴法 40 条 1 項の規律が外れ、和解の効力が生ずる。では、株主代表訴訟と同様に訴訟に参加しなかった他の一般債権者らに和解の効力が及ぶといえるのか。手続保障が不十分であり拡張することはできないのではないかということが問題となる。

この問題について既に述べた株主代表訴訟の場合と同じ議論が当てはまると言える。株主代表訴訟においては訴訟係属が通知されることで訴訟の存在を知ることができ、訴訟に参加して牽制することも可能であるとしても、和解内容が告知されないこと等を理由に手続保障が不十分であるため、効力は第三者には及ばないと結論付けた。債権者代位訴訟の場合に債務者には訴訟告知という手段を採るとするのが中間試案で出されているものの、他の一般債権者についてはかかる告知はなされないため、株主代表訴訟よりも手続保障は不十分である。また、債権者代位訴訟の最大の特徴として債権者に事実上の独占権を認めていることが挙げられ、自己への支払請求が認められていない株主代表訴訟とは異なり互いに利害が対立している状況であるため、尚更株主代表訴訟と比べて和解の効力の拡張を認めにくいと言える。

したがって、株主代表訴訟の場合であっても和解の効力は第三者に及ばないのであって、株主代表訴訟よりも更に手続保障が不十分である債権者代位訴訟においては尚更和解の効力は第三者に及ばないと考えるべきである。

(4) 第三者に効力を生じない和解をするメリット

株主代表訴訟でした議論と同様に、第三者に効力を生じない和解をするメリットが債権者代位訴訟においてもあるのかを検討するが、4. で検討したように、処分権主義が妥当するところであるので和解という選択肢を認め、被告を

訴訟追行の負担から解放させるメリットは共通していると言える。更に、現在の当事者間の紛争が暫定的に解決される点でも一定のメリットを有しているといえよう。また、和解をしたにもかかわらず債務者、他の債権者から再訴される可能性は残っているものの、和解の締結により事実上の効果として再訴を阻止することができる。債務者からの再訴可能性を考えると、そもそも債権者代位訴訟は債務者が訴訟提起しないため代位債権者により提起される訴訟なのであって、今後もあえて債務者が訴訟を提起してくる可能性は低い。また、他の一般債権者からの訴訟の可能性を考えると、債権者代位訴訟は既に述べたとおり判例法理で事実上の優先弁済的機能が営まれており、いわゆる早い者勝ちのような制度となっている。このような実情を考えれば、債権回収をしたければいち早く訴訟を提起するのが懸命な手段であろうし、仮に訴訟提起しなくても少なくとも訴訟に参加する手段は採るのが通常である。このように考えると、他の一般債権者から訴訟が別途提起される可能性としては極めて低いと言え、再訴を阻止する事実上の効力があると言える。

このように、第三者に効力を生じない和解を締結したとしても、一定のメリットは考え得るのであって、(3)の結論の妥当性も図れていると言える。

第6 各訴訟類型の分類（まとめ）

本稿では、複数人が原告になって提起すれば類似必要的共同訴訟となるとされている債権者代位訴訟、人事訴訟、株主代表訴訟、株主総会決議取消訴訟、住民訴訟の5つの訴訟類型を取り上げ、それぞれの訴訟の構造、利益状況等の性質を検討した上で、上訴しなかった者の地位、共同訴訟人の一人による和解の可否について検討してきた。それぞれ類似必要的共同訴訟となる根拠、上訴しなかった者の地位、和解の可否など結論は同じ場合であってもその理由付けが異なっていることを説明してきたのであって、まさに「グラデーション」の存在が確認できた。しかし、それぞれに個性があるとは言え、一定の見地から共通点・相違点を見出すことも可能であり、これらの共通点・相違点は解釈論

の局面に応じて変化してくることが確認できた。そこで、第6では本稿における結論を兼ねて2つの局面に応じてそれぞれ5つの訴訟について分類していきたい。

1. 上訴しなかった者の地位

(1) 株主代表訴訟・住民訴訟・人事訴訟（共同訴訟人の一人が抜けても不都合がないグループ）

住民訴訟及び株主代表訴訟については平成9年判決、平成12年判決が判示しているとおり、個別的利益にはかかわらない訴訟であって、かつ訴訟の構造について、審判対象はあくまで会社ないし公共団体が有している損害賠償請求権1つについて株主、住民が代位行使するものであって誰が訴訟追行しようが判決の内容等に影響が出ない訴訟である。また人事訴訟については判決については無効、有効の判断1つであり、その判決には対世効が生じるため、誰が訴訟追行しても審判対象や判決等に影響が出ないものである。このグループは共同訴訟人の一人が抜けても不都合はないものであり、処分権主義の精神から基本的に上訴当事者にはならないという結論を採ることになる。

(2) 債権者代位訴訟（個別的利益にもかかわっており、共同訴訟人の一人が抜けると不都合が生じるグループ）

債権者代位訴訟は実体法上、債権者に独占権があるという点が最大の特徴であり個別的利益にかかわるグループである。また、複数の債権者が共同して訴訟を提起している場合、それぞれについて判決がなされるのであって、審判対象や判決に影響が出てしまうため、共同訴訟人の一人が抜けると不都合が生じてしまうグループである。このグループは債権者代位訴訟特有であって、他の訴訟類型はこのグループには分類できないと考えられる。

(3) 株主総会決議取消訴訟（片面的対世効グループ）

このグループは、片面的対世効が最大の特徴であり、勝訴判決にしか対世効

が及ばないという性質から、合一確定の要請がなく、請求を確定させ、移審させないという処理が可能であって、上訴しなかった者の地位については個別的利益の有無、不都合性の有無を検討するまでもないグループである。

2. 和解の可否

(1) 住民訴訟・人事訴訟（当該訴訟類型に内在する性質より和解できないグループ）

いずれも当該訴訟の有する性質によりそもそも和解できないグループである。住民訴訟は法律による行政の原理という制約により和解できず、人事訴訟についても身分関係であり私的自治が妥当しないことや対世効の存在から処分できない性質である。

したがって、民訴法 40 条 1 項の牽制の議論へと進まないグループである。

(2) 債権者代位訴訟・株主代表訴訟（訴訟担当として和解できるが、他の共同訴訟人の牽制を受け得るグループ）

いずれも訴訟担当として訴訟追行権が認められ和解権限を有しているものの、債権者代位訴訟については牽制の必要性が高く民訴法 40 条 1 項により他の共同訴訟人は牽制でき、株主代表訴訟についてもそれぞれが単独株主権として訴訟を進行し、1 つの損害賠償請求権を共同行使している側面があるため、全員での処分が必要であり、一人による和解はなし得ない。

したがって、共同訴訟人全員が同意すれば和解ができるグループである。

(3) 株主総会決議取消訴訟（片面的対世効グループ）

勝訴判決にしか対世効が生じないため、和解では対世効は問題とならず、株主総会決議取消訴訟における和解の内容としては訴訟費用の負担程度の内容しかなく、和解については議論の実益が少ないグループである。

第7 今後の展望・課題

本稿では同じ類似必要的共同訴訟であっても、その訴訟類型によって類似必要的共同訴訟となる根拠や利益状況などが大きく異なっており、そういった相違が解釈論にも影響が出るというとの論証を行ってきた。具体的には上訴しなかった者の地位や共同訴訟人の一人による和解の可否を通じての検討である。

1. 上訴しなかった者の地位についてはあらゆる文献において例外として住民訴訟と株主代表訴訟が上訴当事者にはならないのであって原則としては民訴法40条1項により上訴人になるという整理がなされてきた。しかし、人事訴訟において本稿の結論は平成23年決定に批判的な見方をし、上訴当事者とはならないとしたが、春日教授が主張するように個別的利益との関係で上訴人と解釈できる余地もある。学説では、住民訴訟と株主代表訴訟のみが例外的に上訴当事者にはならないのであり、原則として上訴人であるという紋切り型の議論がされてきたが、現実には債権者代位訴訟こそが特異な訴訟形態と見るべきである。本稿においては債権者代位訴訟というものが、とりわけ特殊な性質を有しているということを述べた。こうしたことの原因となっているのは総債権者のための責任保全という制度趣旨と判例法理により認められている事実上の優先弁済的機能との乖離が挙げられるであろう。総債権者のための制度でありながら、それぞれの債権者の利害が正面から対立してしまうところにある種の制度設計の瑕疵があるのであって、今後は立法による手当てを期待したいところである。

また、従来の学説の整理では、細かい利益状況が反映されない可能性があり妥当ではなく、それぞれの訴訟類型に応じた分析がより求められることになる。とりわけ、株主総会決議取消訴訟と同様に片面的対世効を有する行政事件訴訟法の取消訴訟（行政事件訴訟法32条1項）についてまで本稿の議論の射程が及ぶのかは今後の検討課題としたい。

2. 和解の可否については、そもそも和解が可能であるかについて人事訴訟や住民訴訟などはその訴訟の性質上できない。民訴法40条の本質は他の共同

訴訟人の訴訟行為の牽制にあるところ、当該訴訟の利益状況からして、他の共同訴訟人の牽制が必要であるか、すなわち民訴法40条の適用の基礎があるかどうかについて他の共同訴訟の場合においても今後検討していきたい。また、和解の他に、既判力の生ずる請求の放棄認諾についても可能であるのかどうかは今後の検討課題としたい。

3. 本稿を通じて出てきた概念としていわゆる「反射的効力」というものがある。平成12年判決で判示されてはいるものの、そのような効果の理論的根拠は未だ明らかでない。あくまで株主代表訴訟における株主に対して生じる効力であり、債権者代位訴訟における一般債権者にまで及ぶかどうかについて判例は未だ出ていない。このいわゆる「反射的効力」の理論的裏付けを今後の課題としたい。

4. 本稿では同じ類似必要的共同訴訟であっても、訴訟形態によってその成立の根拠、利益状況、訴訟の性質等全く異なる点に「グラデーション」を見出し、類似必要的共同訴訟という単位で一括りにするのではなく、そうした「グラデーション」に応じた解釈が必要であると述べてきた。自分なりの「グラデーション」の分析をしてきたが、あくまでも一方法の提示にすぎないし、理論的にも稚拙なところが多く残っている。この論文が今後類似必要的共同訴訟の研究の際に一定の視点となってくれることを願ってやまない。今後多くの諸家からのご批判を仰ぐことで、より精密な「グラデーション」分析の視点を提示していきたい。最後に、テーマ選定から脱稿に至るまでご丁寧に指導して下さった学部時代からの師である三木浩一先生に感謝の気持を表したい。

以上