

Title	〔民事訴訟法六〕訴訟行為の無効を主張しえない事例 (昭和三四年三月二六日最高裁第一小法廷判決)
Sub Title	
Author	石川, 明(Ishikawa, Akira)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1961
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.34, No.8 (1961. 8) ,p.72- 77
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19610815-0072">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19610815-0072</a>

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.

## 〔民事訴訟法 六〕 訴訟行為の無効を主張しえない事例

〔昭和三四年三月二十六日最高裁判所一小法廷判決  
昭和三六年(オ)第五一八〇號建物贈與無効確認等請求事件  
最高裁民集三卷四號四九三頁〕

【判決要旨】 訴訟手續が必要的共同訴訟人の一人の死亡により中断した場合、右死亡者について受継手續をなすべき者が他の共同訴訟人の中に在りながら何等その手續をとらないままに控訴申立を始め控訴審における一切の訴訟行為をなした場合において、共同訴訟人らは上告審においてその訴訟行為の無効を主張しえない。

【参照條文】 民法六〇、二〇八、二二二條

【事實及上告理由】 原告平田キミヨの先代明は昭和一二年四月二日本件建物を被告角造を除く被告等の先代佐々木百右衛門より購入したが、所有權移轉登記は事情あつてしなかつた。昭和二〇年九月二〇日明は死亡キミヨが家督相續。昭和二二年九月二一日百右衛門が死亡、竹内マスエ、佐々木須美子、佐々木スエノ(百右衛門妻)、佐々木正明、佐々木ミサコ、中田マサカが相續。スエノ等相續人は前記買賣契約に基づく所有權移轉登記の請求を免れる目的で、被告後藤角造と通謀の上、昭和二三年九月一日、本件建物につき角造のために贈與に基づく所有權移轉登記を完了した。原告キミヨは角造

に對し、贈與契約無効確認と贈與を原因とする所有權取得登記の抹消登記手續とを訴求、スエノ等相續人に對し本件建物につき賣買に基づく所有權移轉登記手續を訴求した。

第一審福岡地裁は、右贈與は法律上無効であり、これに基づく所有權移轉登記も無効原因の登記であるとし、原告キミヨが、自己の所有權移轉登記請求權に基づきその保全の爲に被告スエノ等の右贈與の無効を主張する權利を代位行使し、角造に對し贈與の無効を主張して角造が取得した本件不動産の所有權をスエノ等に返還させるために當該無効原因の所有權取得登記の抹消を求めると及び被告スエノ等に對して本件不動産について前記賣買を原因とする所有權移轉登記を求めるとを認め、原告キミヨの請求を認容した。第一審判決は、昭和二四年一二月一九日に言渡されたがミサコはこれに先だつ同年同月五日に死亡し右判決は訴訟代理人に送達された。第一審訴訟代理人はミサコをも含めた第一審全被告七名の訴訟代理人として新たに受任し、昭和二四年一二月二六日控訴申立をした。控

訴審福岡高裁は第一審判決を全面的に支持し控訴棄却。控訴人スエノ等は上告。

上告理由は二つある。第一に、本件は右七名の第一審被告につき固有必要的共同訴訟である。しかしミサコは死亡、死亡後に言渡された判決がミサコの訴訟代理人に送達された時に訴訟は中斷する。この中斷は右第一審全被告に對し効力を生じうる。しかるに第二審の控訴人代理人はミサコに對する受継手續もせず第一審全被告七名の訴訟代理人として控訴の申立をした。従つてミサコ名義の訴訟委任及びその控訴の申立は無効であり、その他の控訴人の代理人としての訴訟行為並びにこれに對する被控訴人の訴訟行為はすべて中斷中の訴訟行為であり無効である。無効な訴訟行為に基づき審理された結果云渡された第二審判決は違法である。第二に、第一審被告全員が本件建物の賣買の事實を知つていたことの證據はなく、本件の全證據を以てしても本件贈與が虚偽の意思表示であることを認めることができず、かりに全被告が悪意であつたとしてもそれだからといつて本件の贈與が通謀の虚偽表示であることの理由にならないから、原判決は證據によらないで事實を認定した違法があるとともに法令（民法九四・一七七條）の解釋を誤つた違法がある。

【判決理由】 上告理由の第一點について。訴訟手續が必要的共同訴訟人の一人の死亡により中斷した場合、中斷中に他の共同訴訟人

によりなされた控訴申立その他の訴訟行為は無効である。しかし右死亡者につき受継手續をなすべき者が他の共同訴訟人の中にあらざらば何ら受継についての手續をとらずに控訴申立他控訴審における一切の訴訟行為をなした場合、共同訴訟人らは上告審で自ら控訴審における自分等の訴訟行為の無効を主張することは訴訟經濟上並びに訴訟信義上許されない。これは委任狀中に死者の名義が記入されていても結論を異にしない。本訴は上告人スエノ等と上告人角造との間に合一にのみ確定することを必要とする訴訟ではないから、ミサコの死亡による訴訟手續の中斷の効力は角造に及ばない。よつて角造に關する限り上告は理由がない。

上告理由第二點について。論旨は原審の専權に屬する證據の取捨判斷及びこれに基づいてなされた自由な事實認定を非難するだけのもので、結局一最高裁判所における民事上告事件の審判の特例に關する法律一號ないし三號のいずれにも該當せず、又同法にいわゆる一法律の解釋に關する重要な主張を含むものとも認められない。よつて民訴三九六條、三八四條一項、九五條、八九條、九三條に従い、裁判官全員の一致で、上告棄却。

【批評】 判旨に反對。

一、本件判決は本件を單に必要な共同訴訟というにすぎず、必要

的共同訴訟が固く類似か明確にしていな。しかし、類似必要的共同訴訟にあつては死亡せる共同訴訟人の相続人が受継申立をなさぬが故に當事者適格を缺き控訴が不適法として却下せらるべきや否やは元來問題とならないにも拘らず、本判決はそれを問題として取上げてゐるが故に本件を固く必要的共同訴訟と考えてゐるものとみてよい。

二、先ず問題となるのは本件訴訟が固く必要的共同訴訟か通常の共同訴訟であるかという點である。分割前の共同相續財産は合有であつて、これに關する共同訴訟は訴訟の能動受動たるを問はず固く必要的共同訴訟であるとするのが我國の通説である。獨逸の通説並びに我國で最近強力に唱えられてゐる見解によれば(Rosenberg, Lehrbuch. 7. Aufl. S. 452, Niksch, Lehrbuch, 2 Aufl., S. 438. 三ヶ月・民事訴訟法二一八頁)合有財産に關する訴訟を能動訴訟と受動訴訟とにわけ前者の場合は固く必要的共同訴訟、後者の場合は通常の共同訴訟とする。即ちこの見解によれば、「受動訴訟は各合有者に對してのみ許される。給付訴訟についてみれば、合有財産につき執行をなす場合、總ての合有者に對する債務名義が成程必要とされるけれど、統一的な債務名義を必要とせず、各合有者に對する各別の債務名義が存在すれば充分である。確認訴訟についていへば、確認訴訟は確認の利益を具備する合有者に對してのみ許される

にすぎない」のである。小山教授も、本件の場合、原告は被告等全員に對し移轉登記請求の訴で勝訴せねば目的を達することができないのではあるが、被告等全員を共同被告とせねばならぬが如き關係はなく、被告人等の所有權移轉登記義務は、被告人等が各別獨立に負うものである。更に確定判決で被告人等のうち一人が相續人として負うべきものとされても、その判決の効力は當然他に及ぶとは考へられないから、本件は通常の共同訴訟である、とされるが(小山・評、民商法雜誌四)、これと同じ趣旨であると思う。

固く必要的共同訴訟は元來訴により主張せられた權利が總ての共同訴訟人に共通に歸屬することを要件として成立する。固く必要的共同訴訟において總ての共同訴訟人が彼等に共通の權利を主張するのである。總ての共同訴訟人に共通に歸屬する權利なるが故に合一確定の必要が認められるのである。その際共同訴訟人の請求の單複は固く必要的共同訴訟につき重要なことではない(通説によれば固く必要的共同訴訟の場合請求は一個である、小山・必要的共同訴訟、民訴法講座一卷二五八頁、兼子、體系三八四頁、本文と同旨 Rosenberg, Lehrbuch. 7. Aufl. 450; Schwab, Die Voraussetzungen der notwendigen Streitgenossenschaft; Festschrift für Lent S. 275. 三ヶ月・前掲書二一七頁等)し、訴訟法律關係が各人毎に成立するとみても差支へはない。即ち三ヶ月教授の主張され

る如く、それぞれの訴につき本案判決の要件として全員が當事者となることが要求されていることになる。通説は亦固有必要的共同訴訟を訴訟進行權が合有されているとみるのであるが、そう考へる必要もない。従つて三ヶ月教授がこの點で通説の説明を「比喩的表現であつて、單獨では訴訟行爲ができない」という意味ではない。單獨でも訴訟行爲はできるが、合一確定のためにその効果が制約されるか、又はその行爲の結果他の者だけでは當事者適格を缺くに至るから訴が不適法となることを免れぬというだけの話である」とされる點賛成である。しかし固有必要的共同訴訟における合一確定の必要は、その對象たる實體權が共同訴訟人の總てに共通に歸屬するといふ實體法上の原因に基づくのである。權利が共同訴訟人の總てに共通にのみ歸屬するということが固有必要的共同訴訟の要件である。類似必要的共同訴訟においてはそういう關係がない。類似必要的共同訴訟における合一確定の必要は訴訟物たる實體關係の特質からくるのであつて、訴訟物たる實體權が共同訴訟人に共通にのみ歸屬することに因るのではない。例えば會社關係訴訟(會社合併無効の訴、會社設立無効の訴、會社設立取消の訴、株主總會決議取消の訴、株主總會決議無効確認の訴、株主總會決議變更の訴等)が類似必要的共同訴訟として、合一確定の必要が認められるのは、對象たる法律關係が團體に關するといふ特質をもつからであつて、訴訟物(無効

主張權、取消請求權等)が共同訴訟人に共通に歸屬することに因るのではない。訴訟物たる權利は各共同訴訟人に各別に歸屬しているのである。これに反して、合有財産に關する訴訟が固有必要的共同訴訟として合一確定の必要があるのは、専ら當該合有財産が共同訴訟人に共通に歸屬していることに基づく。此處に類似必要的共同訴訟において共同訴訟人が單獨で當事者適格をもちうるのに反し、固有必要的共同訴訟にあつては共同訴訟人が全員揃つて始めて當事者適格をもちうる理由がある。以上の如き次第で固有必要的共同訴訟が受動的であるか能動的であるかを問わぬ。

假りに兩者を區別して、合有財産に關する能動訴訟のみが固有必要的共同訴訟であり、受動訴訟は通常の共同訴訟であるとしよう。合有者のうちの一人が原告の請求を争わぬが故にこの者との關係で訴が確認の利益を缺くとしよう。通常の共同訴訟であれば勿論争わぬものを合めて訴を提起することができない。しかし、争う者との間で確定判決があつた後、争わなかつた者との間で改めて同一權利關係につき法的紛争が生じた場合、二つの判決は相矛盾するところがありうる。これは紛争の對象たる法律關係の性質上認められえないのである。通常の場合争わぬ者に對する訴が訴の利益を缺くこと當然であるが、固有必要的共同訴訟にあつては、法律關係の合一確定という要請が優先し、従つて合有者のうちの一人が當該法律

關係を争わない場合でもこの者につき訴の利益は存するものといわねばならない。本件においては、分割前の共同相續財産が問題となつていたのであるが故に、本件における如く被告側が共同相續人であつても、これら共同相續人を被告とする訴は固有の共同訴訟であるといわざるを得ない。この點に關する判決理由及び上告理由は正當である。以下本件が固有の共同訴訟であることを前提として議論する。

三、判決理由が一訴訟手續が必要的共同訴訟人の一人の死亡により中斷した場合には、その中斷中に他の共同訴訟人によりなされた控訴申立その他の訴訟行爲は無効である一といつてゐる點は正當である（同頁、小山・前）。しかし一右死亡者について受繼手續をなすべき者が他の共同訴訟人中にありながら何ら受繼についての手續をとらないままに控訴申立を始め控訴審における一切の訴訟行爲をなした場合に、共同訴訟人らは上告審で自ら控訴審における自分等の訴訟行爲の無効を主張することは訴訟經濟上からもまた訴訟信義の上からも許されない」としてゐる點は一般理論としては正當であると思われるが、本件の場合はこれに該當しないから、この様に考えることはできない。一般理論として正當であるといふのは、そう考へることは中斷中の裁判所並びに當事者の訴訟行爲は無効ではあるが、中斷原因の生じた當事者の相手方が異議を主張せず訴訟行爲を

なした場合責問權の喪失乃至は放棄により、その瑕疵は治癒されること（大判昭一四・九・二四・民一判、民集十八卷一〇三八頁）と均衡を保つからである。本件はこの一般理論が適用されるケースではないといふのは、次の理由による。ミサコの相續人スエノはミサコの相續人として受繼手續をなすべきものである他の共同訴訟人でありながら、何ら受繼についての手續をとらないまま控訴申立を始め控訴審における一切の訴訟行爲をしたから、ミサコにつきこの一般理論を適用することに問題はない。しかしミサコの相續人繁夫は受繼手續をしていない。ここに本件判決の一般理論が本件に適用されるべきではない理由がある。繁夫が控訴をしない以上本件控訴は中斷中の訴訟行爲として無効である。「無効の控訴を自らした以上その無効を自ら自己の利益に主張することはできない」とする（小山・前掲）ことはできない。蓋し無効の主張がもつばら被告等自身の利益にのみ關するならばとにかく、本件が固有の共同訴訟であることから、訴訟物たる權利關係の合一確定の必要、それとの關係で當事者適格の問題等、公益に關してゐるからである。當事者適格の問題にしても中斷中の行爲としての控訴の無効性の問題にしても職權調査事項であつて、それらにつき瑕疵があり、且つ治癒されていない以上は控訴は不適法として却下せらるべきものであつたに拘らず、控訴裁判所は本案につき裁判をした。上告も亦共同訴訟人たるべき者全員に

よつてなされてはいない。この場合上告は、小山教授の指摘せらるる如く(小山・前掲批)當事者適格なきものがこれをありとした判決に對してその違法を主張するのであるから、適法であり、上告審は、控訴審判決を破棄し自ら控訴を不適法として却下すべきであつた。

四、それでは、最高裁判所の上告棄却判決により確定せる控訴審判決、更にそれにより確定した第一審判決の効力奈何。再審の訴が許されるといふ考え方も成立ちうる。訴外繁夫は勿論、被告スエノ等は當事者適格の欠缺を理由に民法四二〇條四號の準用により再審の訴を提起できると考えられる。しかし少なくとも被告スエノ等は適法に代理されていたのであつて、従つて再審事由にあたらぬとするのが正當である。被告スエノ等は再審の訴を提起することは許されないと解すべきである。小山教授は本判決の効力につき次の如く問題を提起されている。「誤つて當事者適格がない者に對して本案の裁判がなされた場合には、確定しても訴訟に關與しなかつた正當な當事者に對して全く効力がなく、また現に訴訟に關與した適格なき當事者に對しても本案に關する限り効力がないといわれている。本件では、繁夫が共同すれば當事者適格をもちえたであらうところのスエノ等が共同していないために適格がない場合である。このような場合にも、少なくとも形式論理的には、スエノ等だけでは適格がないのであるから、原裁判はスエノ等に對しても繁夫

に對しても効力がないことなるうか。そうすると、無効の裁判の確定により第一審判決が確定するとは、どんなことを意味するか。問題が多く残ると思われる」と(小山・前掲批)。本件において訴訟物たる權利關係の主體又はそれに準ずる者が當該權利關係に關する訴訟の當事者になつていない、というのではなく、繁夫が共同すれば當事者適格をもちえたであらうところのスエノ等が繁夫が共同しないために適格を缺くのであり、兩者は等しく當事者適格を缺くケースであるとはいへ、若干事情を異にする。従つて形式論理的に、スエノ等だけでは適格がない故に原裁判はスエノ等に對しても繁夫に對しても効力がない、と云つてしまうことはできないのではないだろうか。むしろスエノ等に對して判決は完全に効力を有し、繁夫に對しては類似必要的共同訴訟におけると同様既判力の擴張が認められる、と考ふる餘地はないであらうか。

(石川 明)