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

Title	多数当事者紛争の審理ユニット
Sub Title	The Litigative Unit of Multiparty Dispute
Author	三木, 浩一(Miki, Koichi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1997
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.70, No.10 (1997. 10) ,p.37- 103
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19971028-0037

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.

多数当事者紛争の審理ユニット

三木浩一

一　はじめに
　1　問題の提起
　2　問題の整理
　3　問題の本質
二　独立当事者参加訴訟における審理ユニットの縮小
　1　問題の所在
　2　二当事者のみの訴訟上の和解
　3　二当事者間における請求の放棄・認諾および訴えの取下げ
三　合同審理という新しい審理ユニットの提案
　1　問題の提起
　2　合同審理のメリット
　3　合同審理の実施方法

一　はじめに

1　問題の提起

多数当事者紛争[1]の処理方針に関する基本的な姿勢について、わが国では、学説と実務との間に明瞭な指向性の乖離が存在するとされる[2]。すなわち、学説の多くは、紛争の一回的解決の理念を旗印に掲げ、訴えの主観的な併合形態の拡大を指向する傾向がきわめて強いのに対し、実務は、一般的にいって、個々の訴訟における訴訟主体の増加には消極的であり、訴えの主観的併合や訴訟参加の要件などを制限的に解釈する傾向が強いといわれている。しかし、これまで、実務サイドおよび学説サイドのいずれにおいても、このようなギャップの解消に向けて共通の土俵を作り、互いに問題意識を共有していこうとする態度は希薄であったように思われる。その背景として考えられるのは以下のような構図である。

従来の議論をみると、実務サイドが訴訟主体の拡大を敬遠する主たる理由は、当事者の増加にともなう訴訟運営の技術的な困難性の増大である。しかし、これは純粋理論上の問題ではないだけに、学説サイドの目には実務サイドの工夫不足または努力不足と映り、そのため、紛争の一回的解決という基本理念自体の正当性に寄せる確信は、学説サイドにおいていささかも揺るぐことがなかった。他方、実務サイドも、こうした学説サイドにおける態度を実務に対する認識の欠如と割り切り、あえて学説に対して正面から議論を挑むことをしてこなかった。このような不毛な平行線の中で、ごく最近、裁判官出身の田尾桃二教授により、こうしたコントラストの存在をあらためて具体的に指摘し、学説が紛争の一回的解決を過度に強調することは、実務の学説離れを一層促進するばかりであるとの警告を発する論文が書かれた[3]。

田尾論文の骨子は、大略以下のとおりである。学説の大勢は、新訴訟物理論が提唱した紛争の一回的解決の理

念を紛争主体の面にも導入し、ひとつの訴訟に対する多数人の関与やひとつの裁判の多数人への影響の拡大を強調する。しかし、当事者の数が増えるにつれて、裁判所の訴訟運営上の実務的な負担は飛躍的に困難さを増し、それによってもたらされる物理的・精神的な負担やこれに伴う訴訟遅延の弊害は、紛争を一回的に解決することがもたらす利益よりもはるかに大きい。したがって、学説が紛争の一回的解決の理念を過度に強調することには問題があり、他面において、実務が、固有必要的共同訴訟、主観的予備的併合、主観的追加的併合などに消極的な態度をとってきたことには合理的な理由がある。多数当事者紛争の一回的解決を是とする立場は、個別的解決では紛争の火種が後に残ることを前提とするが、現実には判決の事実的効力により紛争の蒸し返しは起きないのが普通であり、かりに後訴が生じてもその処理に要する時間や労力は問題とするに足りないことが多い。また、多数当事者紛争を併合的に審理したとしても、必要的共同訴訟となる場合を除いては、矛盾のない裁判が達成される制度的保障はない。これに対し、個別的解決は、訴訟運営が容易であることのほかに、争点を濃縮して充実した審理がなされることや、紛争の一部について解決モデルを提示することにより、結果として紛争全体の迅速な解決をもたらすなどのメリットがある。

多数当事者訴訟に対する実務サイドからのネガティブな反応は、この田尾論文ほどまとまったものは珍しいにせよ、従来から決して少なくはない。たとえば、倉田卓次元判事は、民訴法の平成八年改正にともなう問題点を検討した論考の中で、「一般論として、戦後の学説は当事者数の増大が裁判所の書記課事務（ママ）を煩雑化し、そのデメリットが関連事件の一括解決というメリットを上回る可能性に目を瞑って来た傾きがある」と述べている。(4) また、今から二〇年以上前の論文であるが、東孝行判事は、「一般的に裁判官の意識の底流には、個々の事件の具体的個別性を十分に考慮に入れて事件の具体的適正な解決を念じる傾向がある。そして、多数当事者の関与により、訴訟手続が複雑となり、証拠調べが遅延するとして警戒する意見が強い」と述べている。(5) さらに、谷口安平

教授も、講演会の席上で、次のような実務サイドの声を紹介されている。「なぜ、共同訴訟というものが認められるかというと、たくさんの人を一遍にまとめてやれば、紛争の一回的解決になって、裁判制度の利用の仕方、あるいは運営の仕方としても能率がよくて結構なのだ、というわけですが、裁判官の方に聞いてみますと、『いや、とんでもない。共同訴訟なんてものはややこしくてかなわん』とおっしゃいます。大きな紛争が一遍に片付くだろうと学者は気楽なことを言っているけれども、あんなものがドサッと来たら大変だと」[6]。ちなみに、アメリカ合衆国においても、当事者数の増加はディスカヴァリやトライアルなどの各訴訟過程を複雑化する弊害があるという指摘がなされている[7]し、また、クラスアクションを用いることにより多数当事者紛争の処理がかえって困難になるような事例の存在も報告されている[8]。

2　問題の整理

こうした実務サイドからのたび重なる指摘は、これまで理想主義に走りすぎたきらいのある学説の傾向に鋭く反省を迫るものであり[9]、多数当事者訴訟の理論を人間工学的な見地から考え直す契機として、学説サイドとしても真剣に受けとめる必要があろう。ただし、これまで実務サイドからなされてきた運用技術論一辺倒ともいうべき問題提起のしかたは、多数当事者訴訟の複雑で多面的な問題状況を正確に捉えるには、いささか議論を単純化しすぎているきらいがないではない。たしかに、訴訟運営の技術的な困難性の増大は、多数当事者訴訟のサイズの縮小化を正当化するひとつの重要なファクターであろう。しかし、それがファクターのすべてであるかというと、必ずしもそうはいえないのではないかと思われる。また、多数当事者訴訟のサイズを縮小化する手法として、訴訟主体の側面のみならず訴訟客体の側面が考えられないかも問題となりうる。そこで、本稿では、筆者なりの視点で問題を整理することから、議論を進めていきたいと思う。

本来の議論を開始する前に、わが国の学説がしばしば使用する「紛争の一回的解決」という言葉と本稿の目的との関係を簡単に整理したい。「紛争の一回的解決」という言葉は、少なくとも「司法判断の一回性」という意味と「司法審理の一回性」という二つの意味を有する多義的な概念である。前者は、同一の争点や紛争に関して裁判所の判断はなるべく一回限りであるべきだとする理念であり、後者は、同一の争点や紛争をなるべく一回の手続きで審理するべきだとする理念である。[10] このうち、前者は、訴訟告知制度の拡大的利用や判決効の主観的範囲の拡大などによっても達成することができるが、後者は、複数の請求または当事者を同一の手続に併合することによってのみ達成される。[11] したがって、「紛争の一回的解決」という言葉は、いずれの意味で用いるかによって、議論の内容が自ずから異なってくる。本稿における筆者の関心は、主として後者の方にある。[12] より正確にいえば、多数当事者訴訟における審理のサイズについて、これまで学説が顧みることの少なかったサイズの縮小方向に働くベクトル要素を、訴訟主体および訴訟客体の両面において考えること（本稿で検討するのは、そのうちの一部でしかないことを、断っておかなければならない）が本稿の目的である。

さて、それでは、多数当事者訴訟の適正かつ効率的な運用を考えるにあたり、審理ユニットのサイズを縮小する方向に機能する要因としてはどのようなものが考えられるであろうか。

(1) まず考えられるのは、市民が裁判所において司法上の救済を受ける機会を最大限に保障すべきであるとする憲法的観点である。この問題は、いうまでもなく固有必要的共同訴訟の範囲決定において最も顕著に発現する。すなわち、ある紛争が「いったん『固有必要的』とされると共同に原告となるべき者が一人でも提訴を拒むと他の全員が巻添えとなって提訴できなくなるし、被告側が固有必要的共同訴訟であるならば原告は万全の注意を払って被告たるべき者の全員を訴えておかないと、上告審まで進んでも訴えが却下され、あるいは判決が確定しても当事者適格のない者に対する判決として本来の効力を生じないことになる」[13] からである。

こうした固有必要的共同訴訟に内在する問題性はあまりにも明白であり、またこれを無批判に放置することは訴訟制度として致命的であるがゆえに、学説史・判例史を大局的に観察すれば、学説・判例はこぞって固有必要的共同訴訟の適用範囲を縮小するべく努めてきた。したがって、ここでは、田尾論文が指摘する「学説＝拡大化、実務＝縮小化」の単純な図式は必ずしも妥当しない。具体的には、明治末期から大正期にかけて、まず学説の方において固有必要的共同訴訟の範囲を限定していこうとする動きが現れてくるようになり、やがて昭和期に入ると、これに判例が追随するようになって今日に至っているという経緯がある。[14] 今日では、主として判例にみられる実体法的アプローチにより、共有持分権、保存行為（民二五二条）、不可分債権（民四二八条）、不可分債務（民四三〇条）、個別使用収益権、親子関係の父母分離などの法理を用い、審理ユニットの縮小化がすでにある程度まで実現されていることは周知のとおりである。

もともとわが国の固有必要的共同訴訟には制定法上の明文規定がなく、ドイツ民訴法をモデルに民訴法六二条の解釈により構築された理論であるが、出発点においてすでに問題性の芽を内包していたといわざるをえない。なぜなら、実体法上の権利義務を共有する者や社会的に同一ないし一連の紛争に関与する者が、紛争解決行動においても同一の歩調をとるという保障はどこにもないにもかかわらず、原告側の一部の者の脱落や被告側の一部の者の行方不明だけで司法的救済を受ける機会が奪われるとするのが、わが国の固有必要的共同訴訟の理論の実相であるからである。その欠陥性は、たとえばアメリカ連邦民訴規則における当事者の併合規定と対比すれば明瞭である。同規則は、早くも一九六六年における同規則の改正時点で、わが国の固有必要的共同訴訟に近似の不可欠当事者（indispensable party）と単なる必要当事者（necessary party）の概念法学的な仕分けを放棄し、これらの境界線が個々の事件の事実関係によって左右される流動性の高いプラグマティックな性質のものであることを承認している。そして、原告となるべき者が訴訟に任意に参加しない場合には、この者を被告側に加えたり

非任意原告とするなどの道を設け、また、当事者とされるべき者を欠くとして最終的に訴えを却下する場合にも、原告が他に適切な救済手段を有するかどうかを考慮すべきであるとするなどの指針が設けられている。[15]

わが国の固有必要的共同訴訟には、こうしたアメリカ法にみられるような安全弁が存在せず、したがって、個別訴訟への可及的な還元という形をとって審理ユニットの縮小化が促進されてきたことには十分な理由があったといえる。また、近時では、必要な当事者の一部を脱落したままで訴訟追行することも場合によっては許されるという弾力的な運用の提言もあるが、[16] こうした見解もまた審理ユニットの縮小化の試みのひとつとして把握することが可能である。

(2) 第二の要因としては、田尾論文を始めとして実務サイドがしばしば指摘する訴訟運営の技術的な困難さがある。田尾教授があげる裁判所の負担増大の具体例は、訴状審査、書類の送達、期日の呼出し、期日前釈明、法廷の秩序維持、訴訟指揮、証拠調べ、判決書作成、訴訟記録の管理など多岐にわたる。[17] 現実の訴訟運営は生身の人間によってなされる以上、これらが審理ユニット縮小化のひとつの要因となりうることはたしかであろう。ただ、これらをあたかも多数当事者訴訟一般に同程度の比重をもって通有する問題であるかのごとく論じるのは、いささか牽強附会のきらいなしとしない。これらは、主として多数当事者訴訟のうちのいわゆる集団訴訟について最も顕著に発現する問題であり、集団訴訟においてしばしばみられる限度を超えた審理ユニットの巨大化にいかに対処すべきかという問題として、場面を限局して議論すべきである。このようにして考えた場合、集団訴訟の審理ユニットを縮小化するための方策としては、ピックアップ訴訟やモデル訴訟の試みないし提言などがこれまでになされている。

ピックアップ訴訟は、新潟水俣病訴訟において新潟地方裁判所が初めて採用した方式である。当時、同地裁には第一次から第八次まで合計一〇件の同種訴訟が係属していたが、そのうちの一部をピックアップしてまず訴訟

を進行させ、他を「追って指定」として事実上進行を停止しておき、進行する一部の訴訟について証拠調べを実施し、証拠調べの最終段階で進行を停止していた訴訟を全部併合し、進行中の訴訟の証拠調べの結果を援用することによって、全ての事件を最終的には一括して判決した。[18] これは、弁論の併合前にそれぞれの事件においてなされた証拠調べの結果は、併合後の事件においても同一性質のままで証拠資料になるとする判例理論[19]を利用するものである。また、モデル訴訟は、サリドマイド訴訟において実施例がみられる。サリドマイド事件の被害者は全国に広がっていたため、東京地裁や京都地裁などに散在して訴訟を提起したが、証拠調べに入ってからは、当事者双方の合意のもとに、各地裁では個別事件における個々的な服用と損害について審理を行い、東京地裁において一般的因果関係と責任に関する立証を行い、各地裁においては必要に応じて東京地裁の鑑定人および証人の尋問調書を証拠とすることにした。このように、サリドマイド訴訟では、東京地裁をモデルコートとする統一的な審理が行われた。[20] これらについては、小島武司教授による一連の研究が存在する。[21]

こうした訴訟運営の負担増大という審理ユニットの縮小化要因に関して特に指摘しておきたいのは、これは裁判所サイドのみならず当事者サイドについても問題になりうるという点である。すなわち、サリドマイド訴訟のように原告たちが隔地に在住する場合には、審理ユニットを分断して各自の居住地で訴訟追行する方が、原告たちにとっても望ましいという側面がある。この場合には、共通争点における拡大化の利益と、個別争点における縮小化の利益とがアンビヴァレントに対立することになり、両者の調整をいかに図るかという困難な問題を生じるが、筆者は、後に検討する合同審理の実施は、この問題を解決するためのひとつの有効な方策となりうるのではないかと考えている。

(3) 右に挙げた二つの要因に関しては、これらが審理ユニットを縮小化する方向に機能することは、ほとんど自明である。しかし、筆者は、さらに第三の要因を挙げることができるのではないかと考えている。筆者が考え

る第三の要因とは、当事者の少なくとも一方の側が正当な利益に基づいて審理ユニットの縮小化を望み、しかも、これによって審理手続の単一化による利益（司法資源の効率的利用と裁判所の判断の矛盾抵触の防止）がなんら損なわれない場合である。右の要件に該当する例として、本稿では以下の二つの問題類型を取り上げて、具体的に検討を加えてみたい。ひとつは、独立当事者参加訴訟における二当事者のみによる訴訟の終了（訴訟上の和解、請求の放棄・認諾、訴えの取下げ）の問題である。独立当事者参加訴訟は、いわゆる片面的参加形態[22]の許容性の否定や一部敗訴者の上訴による手続全体の移審なども含め、個別訴訟への還元に対して通説・判例が最も消極的な態度を示してきた点において、わが国の多数当事者訴訟類型の中でも特異な位置を占める。もうひとつは、集団的な紛争の処理における共通争点に関する合同審理の提案である。これは、訴訟主体の面では審理ユニット拡大の要素を有するが、他方において、訴訟客体の面における審理ユニットの縮小化をもたらす。現在の判例・通説は、この二つの問題類型のどちらも認めていないが、筆者は、これらは当事者の手続的自治に密接にかかわる重要な問題を内包していると考えている。

3　問題の本質

田尾論文が指摘するような審理ユニットの拡大に対するネガティブな反応は、多数当事者訴訟の許容性に関してわが国より寛容であり、また、多数当事者紛争の処理に関する豊かな経験とディヴァイスを有するアメリカ合衆国においても、みられないわけではない。しかし、彼我の議論の立て方には、寄って立つ視点の相違が感じられる。わが国で、紛争の一回的解決の強調や審理ユニットの拡大に対して批判的な議論が展開される場合、ほとんど常に多数当事者訴訟における実務的な処理の困難性が立論の根拠とされる。これは、右の田尾論文においてまさに典型的にみられるところであり、倉田博士の見解にしても、谷口教授が紹介される逸話にしても、やはり

裁判所サイドの実務的な処理の困難性が引き合いに出されている。これをあえて単純化すれば、つまるところは裁判所サイドの事情のみが強調されているにすぎない。その反面において、審理ユニットの拡大が当事者の手続法上の権利や自治にどのような影響を与えるかといった、当事者サイドからの視点は全くといっていいほど考慮されていない。

これと対照的に、アメリカで多数当事者訴訟の拡大を懸念する論文を書いているトラングスルド教授は、多数当事者訴訟における経済性や効率性と不可避的に緊張関係を生じるのは、訴訟手続の運営について当事者が保持すべき支配権であるとする。[23] もともと、初期のコモンロー・プリーディングの下では、当事者の併合（joinder of parties）は、複数当事者間で不法行為の加害原因を共通にするような場合には禁じられており、わずかに二人以上が合同して契約当事者となる合同契約（joint promisees）のようないわゆる技術的合同利益（technical joint interest）が認められる場合にのみ限られていた。これに対し、重複的に訴えを提起される被告を救済するための手段として、濫訴防止訴状（bill of peace）の提起がエクイティにおいて認められるようになっていった。[24] この濫訴防止訴状は、相互に関連する訴えを複数の相手方から重複的に提起される可能性がある当事者が、自らのイニシアティブでそれらの者を相手取る一個の訴訟を提起することを認めるもので、これによりコモンロー訴訟による審理の分散を避けることができた。しかし、現実には、一七世紀ないし一八世紀の英国における訴訟記録のサーヴェイにおいて、この手段により集団訴訟が提起された事例はほとんど発見されていない。[25] 一九世紀になると、アメリカの裁判所の多くは濫訴防止訴状に基づく必要的共同訴訟の提起を認めるようになったが、訴訟物について共同当事者間に利害関係の共有（community of interest）がなければならないとする要件を厳格に設けたため、これが集団訴訟の提起に広範に使われることはなかった。

トラングスルド教授は、集団訴訟の実現のための手段として濫訴防止訴状を用いることに対し、アメリカの裁

判所が強い抵抗を伝統的に示してきたことの理由をいくつか挙げている。[26] そのひとつは、いうまでもなく多数当事者訴訟における手続の複雑化とこれにともなう混乱の可能性であるが、むしろ教授が第一の理由として挙げているのは民事訴訟の私事性という観念である。すなわち、たとえ濫訴防止訴状が審理の無用な重複を避けるための効果的な手段であるとしても、それは他方において、個々の当事者が自らのイニシアティブで救済を求めるという、より重要な手続的権利を侵害するおそれがあるということが、裁判所のこうした態度の大きな理由であるとする。[27] こうした手続過程に対する当事者支配の理念は、現在の連邦民訴規則の中にも明瞭に認めることができる。たとえば、連邦民訴規則二三条(b)(3)(a)などはその典型例といえる。この規定は、いわゆる common question class action を裁判所が許可するための要件として、裁判所は個々のクラス・メンバーが個別訴訟における請求や防御に関して有している個人的な手続支配権を考慮しなければならないとするものである。[28] たとえば、被害者が多数に上る不法行為事件についてクラスアクションの許可が求められた事例を眺めてみると、被害内容が物質上の損害である場合や軽少な傷害にとどまる場合にはクラスアクションが許可されることが多いのに対し、[29] 傷害の程度がとくに大きい場合や被害者が死亡したケースなどはほとんどクラスアクションは認められていない。[30] これは、後者のような事件類型では、侵害された権利の種類が被害者にとって重大であり、被害者は他者の干渉を受けずに当該紛争を自分自身に固有のものとして、個別訴訟において解決したいという欲求がより強いであろうという考慮の下に、手続過程の自治的なコントロールに対する当事者の個人的利益が特に強く認められると考えられているからである。こうした運用実態ひとつを取ってみても、手続過程の当事者支配を可能な限り保護しようとする思想が現在に受け継がれていることがよくわかる。

こうした考慮の必要性は、わが国においても同様に妥当するものと思われる。民事訴訟の当事者には、他方の当事者の権利や公益とバランスをとりながら、自らの私的権利を自律的に実現する自由が与えられなければなら

ない。こうした意味において、審理ユニットの拡大は当事者の手続的自治と常に緊張関係にある。この緊張関係を把握するには、当事者対裁判所という常套的な図式だけでは不十分であり、裁判所と双方当事者という三者対立の図式を想定する必要がある。まず、裁判所の立場であるが、田尾教授がいわれるように裁判所が常に審理ユニットの縮小を指向するというのは、必ずしも正鵠を射ているとはいえないように思われる。裁判所が訴訟手続の主宰者として不可避的に有する本能傾向は、審理ユニットの縮小または拡大という方向性の固定ではなく、サイズ決定に関するフリーハンドの保持であるとみるべきであろう。これに対し、いわゆる多数当事者訴訟の理論は、審理ユニットの拡大を望む当事者にサイズ決定のイニシアティブを与える。これは、訴えの主観的予備的併合、主観的追加的併合、補助参加、共同訴訟的補助参加、独立当事者参加、訴訟承継のいずれもが、一方当事者のイニシアティブを前提とする手続的ディヴァイスであることをみれば明らかである。すなわち、指摘される「学説＝拡大化、実務＝縮小化」という対立図式は、「学説＝一方当事者のイニシアティブ、実務＝裁判所のフリーハンド」という対立図式に還元することができる。

ここで問題となるのは、こうした対立図式の中に埋没してしまった第三の利害、すなわち一方当事者のイニシアティブにより審理ユニットの拡大を強要される他方当事者の手続的自治をいかに保障していくかである。すなわち、現在のわが国の多数当事者訴訟制度の下では、当面の紛争解決のためには個別的な審理で十分であると考える当事者にとって、自らのイニシアティブで審理ユニットを縮小するために用いることのできるディヴァイスはほとんど存在しない。また、学説も、審理ユニットを拡大するディヴァイスの提供には熱心であるが、審理ユニットの縮小を望む当事者の利益保護の観点から議論がなされることはほとんどなかった。紛争の一回的解決の過剰な強調を批判的に捉える視点として、裁判所の事務負担と並んで審理ユニットの縮小を望む当事者の保護の観点が立てられるべきであろうと思われる。

二　独立当事者参加訴訟における審理ユニットの縮小

1　問題の所在

独立当事者参加訴訟において、三当事者のうちの一人を排除して二当事者のみで訴訟上の和解ができるかとの問いに対し、最高裁の判例は未だ存在しないが、下級審裁判例および通説はこれを否定する。同様に、本訴原告による請求の放棄や本訴被告による請求の認諾も、下級審裁判例および通説により否定されている。また、原告が訴えを取り下げるにはなんびとの同意を得ればよいかとの問いに対し、最高裁判例および通説は、単に被告のみの同意では足りず、参加人の同意を得る必要があるとする。これらを要するに、参加人の独立当事者参加によりひとたび三面訴訟関係[31]が三者間で形成された後は、できるだけ三面訴訟関係を維持するべく努めることが不可欠であり、二面訴訟[32]への還元は紛争の一体的解決の理念に反するので、可能な限り否定されるべきであるとするのが、判例・通説の基本的な姿勢であるということができる[33]。すなわち、原告・被告・参加人という三当事者、および、これらの者の間に係属する訴訟法律関係は、徹頭徹尾といってよいほどに不可分一体の紛争処理ユニットとして扱われるのである。

しかし、独立当事者参加訴訟に関する右のような処理姿勢には、ある重要な視点が欠落している。それは、参加人によって一方的に形成された三面訴訟を、本訴当事者のイニシアティブでもとの二面訴訟に還元するための手段の確保である。なぜ、こうした視点が重要であると考えるのかは以下の理由による。そもそも、独立当事者参加訴訟における不可分一体的な処理の要請は、社会的実体として三面紛争が存在する場合には、訴訟の場でも三者一体的に解決されるべきであるとの前提に基づいている。しかし、右の前提には、以下の三つの点で疑問が

ある。第一は、参加による三面訴訟の形成が果たして実体的な三面紛争の存在を意味するのかという疑問であり、第二は、三面紛争は訴訟の場で常に必ず一体的に解決されるべきであるといえるのかという疑問であり、第三は、独立当事者参加訴訟はどこまで三面訴訟であるのかという疑問である。以下、それぞれについて、順を追って検討してみたい。

まず、第一の疑問について考えてみる。そもそも独立当事者参加訴訟は、訴え提起の当初から三当事者を擁して三面訴訟としてスタートするわけではなく、二面訴訟である既存の本訴に、参加人が後発的に加入することによって三面訴訟性を獲得する。この場合、独立当事者参加という参加形態を自らの意思で選択した参加人は、実体的紛争の性質を三面紛争として認識していることが普通であろう。しかし、本訴当事者、ことに本訴原告は、実体的紛争を二面紛争として認識している可能性がある。もし、原告が実体的紛争を三面紛争として認識していれば、訴提起の際に参加人を共同被告としておくことが普通であると考えられるからである。このように、独立当事者参加訴訟における参加人と本訴当事者は、実体的紛争に関する認識を異にしている可能性がある。考えてみれば、およそ紛争性の有無自体が当事者の主観に依存するのであるから、実体的な紛争の性格が何面関係であるのか（以下、これを便宜上「紛争次元」という言葉で呼ぶ）も、当事者の主観的な認識への依存を免れることはできない。その意味では、実体関係における紛争次元は一義的に決定しうべき客観的な存在ではなく、当事者の認識や立場が照射する光によって相貌を変化させる相対的な観念である。このように考えれば、自己の認識する紛争次元を訴訟手続に反映させるための手段は、ひとり参加人のみならず本訴当事者にも平等に与えられるべきである。また、右の点をひとまず措くとしても、かりに本訴当事者間において訴訟上または訴訟外で和解が成立する場合には、これにより実体的紛争は二面紛争に転化するはずである。すなわち、今日の判例・通説が考えているように独立当事者参加訴訟が実体的な三面紛争を訴訟上に反映する手段であるとするならば、実体的三面紛

争の消滅によって独立当事者参加訴訟はその存在基盤を失うと解するのが論理的な帰結ではないだろうか。

次に、第二の疑問である。XがYに対してある動産の所有権確認訴訟を提起したところ、Zが当該動産が自己の所有に属することの確認を求めて権利主張参加したという事案を例にとって考えてみよう。まず、右の例において、X・Y・Zのそれぞれは、いずれも自分が故人である訴外Aから当該動産を生前贈与されたのであり、他の者の主張は虚偽であると主張しているとする。このような場合には、三者の主張は同一平面上で相互に対立しており、いずれかの主張が認められれば他の者の主張は自動的に排斥される関係にある。したがって、こうした実体的三面紛争は、まさに訴訟上も一体的に審理・判断されることが望ましいといえる。ところが、同じ事案で次のような場合はどうであろうか。X・Y間では、いずれがAの正当な相続人であるかが争われており、これに対してZは自分はXから当該動産を買い受けたと主張しているとする。この場合でも、同一の物件について三者がそれぞれ所有権を主張しており、一物一権主義によりそれぞれの主張は両立しないので、通説的な理解では、やはり典型的な三面紛争と考えられる。しかし、この後者のケースでは、既存の本訴における審理内容と参加訴訟における審理内容には直接的な関係は何もない。XとYのいずれがAの正当な相続人であるかという問題と、Zが本当にXから当該動産を買い受けたのかという問題は、一方が確定しても他方が自動的に定まる関係にはないし、事実関係の確定に必要な証拠方法も別個であるからである。つまり、同じく一個の物件について三者がそれぞれ所有権を主張する権利主張参加訴訟の事案でも、前者は完全な意味での三面紛争を背景にしているのに対し、後者は二つの二面紛争の複合体とみることができる。そして、後者のような事案において、本訴当事者が和解や訴えの取り下げにより二面訴訟への還元を望む場合、本訴当事者のイニシアティブを完全に否定するような解釈は不当なのではないだろうか。すなわち、三面紛争は訴訟の場で常に必ず一体的に解決されるべきであるとする常識には、少なくとも右の限度において疑問があると思われる。

最後に、第三の疑問である。これについては、すでに中野貞一郎教授が以下のような考察を加えている。教授は、「もともと独立当事者参加じたいが参加人の側からの訴えにすぎず、当初から、本訴当事者間を含めて訴訟全体を渾然たる『三つ巴』にする起動力がなく、判決は原告および参加人の請求を矛盾なく解決するにしても、一挙の紛争解決は必ずしも貫徹されないことを確認しておかなければならない。[34]」と述べられ、これを具体的に論証するために次のような例を挙げられる。XがYを被告として提起した所有権確認訴訟に、Zが自己の所有権の確認を求めて独立当事者参加した訴訟において、裁判所はXの請求を認容してXの所有権を確認し、Zの所有権を否定してZのXおよびYに対する請求をいずれも棄却した。この訴訟が確定した場合、X・Y間ではXの所有に属することが既判力をもって定まるが、Z・X間およびZ・Y間ではZの所有に属しないことが定まるにすぎず、Xの所有に属することは既判力では確定しない。教授は、このような現象が生じるのは、独立当事者参加訴訟において三者間の請求がもともと三つ巴で立てられてはいないことに基づくとされる。すなわち、独立当事者参加訴訟における三者一体の紛争解決なるものにはもともと構造的に限界があり、したがって三者一体の紛争解決を強調しすぎることには問題があるという結論である。しかし、筆者自身は、むしろ以下の点を問題にしたい。右の例において、XやYが、Zによる独立当事者参加をよい機会として、Zとの間でも紛争を解決しておきたいと考えたとする。この場合には、XやYは、Zに対して、Zの所有権不存在確認の反訴を提起することができたはずである。すなわち、本訴当事者の側には、三者一体の紛争解決を自らのイニシアティブで選択する手段があるのである。とすれば、右の例でかりに三者一体の紛争解決が行われなかったとすれば、それは中野教授のいわれるように独立当事者参加訴訟の構造によるというよりも、本訴当事者であるXやYが自らの意思で三者一体の紛争解決を望まなかったという側面がある。したがって、三者一体の紛争解決というドグマの過剰な強調を否定すべきであるのは（この結論に関しては、筆者は中野教授の指摘に全面的に賛成する）、それは独立当事者参加

訴訟においてはもともと三者一体の紛争解決を完全には望むことができないからではなく、独立当事者参加訴訟といえども本訴当事者が望まない限りはもともと三者一体の紛争解決は不可能である点に求めるべきではないだろうか。

2　二当事者のみの訴訟上の和解

(1)　裁判例と学説の状況

この問題を正面から取り上げた最高裁判例は未だ存在しないが、下級審では数件の公刊裁判例が存在する。それらのうち、昭和四二年九月二七日の最高裁大法廷判決[35]（独立当事者参加訴訟の構造について三面訴訟説を採用することを明らかにした）以後に出された下級審裁判例は、すべて二当事者のみによる和解を無効としている。また、学説もほとんど一致して二当事者のみの和解を無効とする。しかし、ひとくちに無効説といっても、その理由とするところは裁判例や学説によって必ずしも均一ではない。さらに、最近では、和解内容によっては有効としうる場合がありうるとする学説も一部に見受けられる。以下、筆者なりに学説名を付して整理してみよう。

(a)　無条件無効説（無効説①）

伝統的な無効説[36]の中で、二当事者のみの和解を無効とする根拠を積極的に明示するものはほとんどない。推測するに、ほとんどの見解は、七一条により準用される六二条一項の規定から、衡量的な考察を経ることなく、ストレートに結論を導いているものと思われる。すなわち、必要的共同訴訟に適用される本来の六二条一項は、共同訴訟人間の共通の利益に基づく連合関係を前提として、共同訴訟人間で合一的確定を達成することを目的とする。したがって、六二条一項自体は、一部の当事者の行為が他の当事者の利益となる場合には効力を生じるとい

う、いわば積極的な形で規定がなされている。他方、独立当事者参加訴訟では、当事者同士が利益を同じくするという関係にはなく、むしろ当事者間の対立牽制関係を背景として、それぞれの当事者の手続的権利を保障することが必要となる。したがって、一部の当事者の行為が他の当事者にとって不利益である場合には当該行為は無効とされるという、六二条一項の反面の意味が準用されている。[37] そこで、ここで問題となるのは、二当事者のみの和解が他の当事者に不利益であるかどうかである。伝統的な見解は、残余当事者の不利益の内容を、当該残余当事者が和解から排除されたという事実自体に見い出し、当然にこのような和解は無効であると解するものと推測される。[38]

東京地判昭和五〇年七月二三日は以下のような事案であるが、七一条による六二条一項の準用を根拠として二当事者間の和解は当然に無効であるとする。[39] 破産者Aの破産管財人XがYに対して提起した破産財団所属財産の返還請求訴訟において、Yが破産財団に財産を返還する代わりにXがYに対して和解金を交付するという内容の和解が進んでいたところ、破産債権者のひとりであるZが和解金の支払いは破産財団を減少させ破産債権者の利益を害するとして、右訴訟に独立当事者参加を申し立てた。裁判所は、破産管財人が破産債権者のために提起した訴訟においては、破産債権者には詐害防止参加をする利益がないとして参加申立を却下した。そして、こうした結論を導くための前提である傍論部分において、以下のように述べた。「本案が、破産管財人による財団に属する財産の返還請求訴訟であること、目下、証拠調前に訴訟上の和解が勧試せられていることは、いずれも申出人の主張のとおりである。もし、本件参加が許されるならば、民事訴訟法第七一条が第六二条を準用している関係から、本案の二当事者間での和解は許されなくなるので、その限り、申出人の当事者参加は所期の目的を達することになろう」。右の説示に典型的にみられるように、二当事者間の和解が他の当事者にどのような不利益をもたらすかを具体的に論ずることなく、他の当事者を害することをア・プリオリの前提として、二当事者のみで

なされた和解を無条件で無効とするのが伝統的な通説の立場であったといえよう。

(b) 合一確定重視説（無効説②）

これは、二当事者のみの和解が他の当事者に与える不利益について、和解の合意内容という実体的な側面を問題にするのではなく、和解の成立によって紛争の合一的確定という手続的な利益が損なわれることをもっぱら問題とする立場である。たとえば、小室直人教授らによれば、原告と被告との間でなされた和解は、この両者に対する参加人の勝訴を合一的に生じない点で参加人に不利益であるから効力を生じないとされる。[40] これは、和解に基づく法律関係の変動や権利処分の結果が他の当事者に不利益であるかどうかを問題にするのではなく、和解の訴訟終了効により三面訴訟が二面訴訟に還元されること自体をもって他の当事者の不利益とするもので、三者一体の合一確定を重視するものである。

次に引用する河野正憲教授の見解も、ここでいう合一確定重視説の範疇に含めうるであろう。「……独立当事者参加の際に本訴の当事者に課せられた制約は、もっぱら参加されたこと、したがって本訴の訴訟物に内在するものではなく、参加人が参加によって実現しようとする目的にその基礎があるのだから、参加を許した以上はこの参加人の意思を全く無視した参加の解消には問題がある。…（中略）…独立当事者参加訴訟手続で、訴訟当事者に自由な処分を許すことは参加制度と抵触するおそれがある。この意味で請求認諾（２０３）は許されないといえよう。また、訴訟上の和解も参加人を度外視し、本訴当事者のみでなすことはできないというべきであろう」。[41] 右にいう「参加人が参加によって実現しようとする目的」や「参加制度（の趣旨―筆者注）」とは、原告・被告・参加人という三者間の一体的な紛争解決の要請であろうから、この見解も、六二条一項から導かれる他の当事者の不利益を和解内容という実体的価値に求めるのではなく、紛争の合一的確定という手続的価値に求める

ものである。

このような紛争の合一的確定を根拠とする無効説は、現在の多数説といってよいであろう。ただし、注意する必要があるのは、これらの見解はいずれも一般的な形で二当事者間の和解の可否を論ずるものではなく、本訴の原告と被告が参加人を排除して訴訟上の和解を行ったケースのみを前提とするものであるということである。したがって、参加人と原告あるいは参加人と被告の間の和解について、これと同じように考えるのかどうかは不明である。また、この立場では、事件ごとの具体的事情や和解の内容がどうであろうと、訴訟上の和解に訴訟終了効が発生することには変わりがないから、すべての場合において二当事者による和解は無効とされることになり、結論においては無条件無効説と等しくなる。最近の裁判例は、すべてこの合一確定重視説に依っている。

裁判例の中で、二当事者のみによる和解の可否を初めて詳細に論じたのは、仙台高判昭和五五年五月三〇日である。[42] 事案は、以下のとおりである。Xは、係争土地の所有権を取得したとして、登記名義人であるYに対して移転登記抹消登記手続請求、土地所有権に基づく妨害排除請求などを求める訴えを提起した。この訴訟が第一審に係属中、ZがXとYの双方に対して、係争土地の所有権確認を求めて独立当事者参加をした。ところが、Zが参加してから約八年半経過した後の和解期日において、XとYは、①係争土地がXの所有であることを確認する、②Yは自らの所有権移転登記の抹消登記手続をする、などを主たる内容とする訴訟上の和解を行った。この和解期日はZにも告知されたが、Zは右期日に出頭しなかった。第一審裁判所は、これによりX・Y間の訴訟は終了したものとして、Zの参加請求についてのみ請求棄却の判決を行った。これに対して、参加人Zが控訴。控訴審は、次のように判示して原判決を取消した。「前記訴訟の目的は、本訴においては原告Xの被告Yに対する本件土地所有権移転登記抹消登記手続請求権の存否および被告Yに対する原告Xの本件土地所有権に基づく妨害排除請求権の存否であるが、その前提たる権利関係として原告の本件土地に対する所有権の存否が争いとなっている

ことが明らかである。原告Xは右前掲たる権利関係の存否につき中間確認の訴えを提起しなかったが、前記訴訟上の和解において本件土地の所有権が原告Xに属することが確認されたのであるから、右中間確認の訴えが提起された場合と同等である。右の前提たる権利関係の如何によって本訴の勝敗の帰すうが決せられるのであるから、本件土地の所有権の帰属も前記訴訟の目的たるものといわなければならない。しかして参加人（控訴人）は、本件土地の所有権が参加人に属することの確認を求めて前記訴訟たる当事者参加したのであるから、右の権利関係は原告、被告、参加人の間において合一にのみ確定されなければならないことが明らかである（民事訴訟法第七一条、第六二条）。すなわち、当事者参加がなされたのちは、既存訴訟の二当事者間で訴訟の目的を処分する訴訟行為（請求の認諾、放棄もしくは訴訟上の和解）をしても、当事者参加人に対して効力を生じないものである。もとより、当該請求の放棄、認諾もしくは訴訟上の和解の内容が、必ずしも当事者参加人にとって不利益とはいえない場合もありえようが、請求の放棄、認諾もしくは訴訟上の和解が調書に記載されれば、その限度で当該訴訟は終了するとともに、その記載は確定判決と同一の効力を有することになり、三当事者間の紛争を矛盾なく解決すべき当事者参加訴訟の構造を無に帰せしめるからである」。

このように、本件判決は、たとえ和解内容が参加人に不利益を生じないとしても、和解を認めると紛争の合一的確定という利益が奪われるとして、原告・被告間の和解を無効としている。

その後の東京高判平成三年一二月一七日[13]も、基本的に右と同じ立場を採るものと思われる。事案は以下のとおりである。XはYから係争土地建物を買い受け所有権移転登記を了していたが、Xの知らないうちに右登記が抹消されたとして、Yに対して右抹消された所有権移転登記の回復登記手続を求める訴えを提起した。この訴訟が第一審に係属中、ZがXから係争土地建物の贈与を受けたとして、Xに対して所有権確認、Yに対して所有権確認および所有権移転登記手続を求めて独立当事者参加した。ところが、Zが参加してから約二年経過した後の口

頭弁論期日において、XとYはZを加えることなく、①XはYに対し、両者間の売買契約が解除されたことおよび係争土地建物がYの所有であることを確認する、②YはXに対し解決金として七〇〇〇万円を支払う、という内容の訴訟上の和解を行った。原審は、これにより本訴は終了したものとし、Zの参加請求については請求棄却の判決を行った。これに対して、参加人Zが控訴。控訴審は、次のように判示して原判決を取消した。

「右の訴訟関係においては、本訴請求の訴訟物は、本件土地建物の所有権に基づく物上請求権である所有権移転登記の抹消登記の回復請求権であり、参加請求の訴訟物は、参加人と一審原、被告両名との間において、本件土地建物の所有権であり、これに加えて参加人と一審被告との間において、右所有権に基づく物上請求権である所有権移転登記請求権である。そうとすれば、本件は、一審原告及び参加人の各請求につき、本件土地建物の所有権及びこれに基づく物上請求権の帰属について、一審原告、一審被告及び参加人の三者間において合一にのみ確定されなければならない訴訟（いわゆる三面訴訟）であることが明らかである。このような三当事者間の法律関係を合一に確定させることを目的とする訴訟において、そのうちの二当事者のみの間において当該訴訟物について裁判上の和解をすることは、三者間の合一確定の目的に反するから許されないものと解すべきである。そうすると、参加人を加えることなく、一審原告及び一審被告との間で本訴の訴訟物について成立させた本件和解は無効であり、したがって、右当事者間の本件訴訟は、未だ終了していないものといわなければならない。そして、この訴訟においては、三者間において合一に確定させることを要する各請求につき一個の終局判決がされるべきであって、そのうちの特定の請求についてのみ判決をすることは許されないものである」。

(c) 和解内容重視説（条件付肯定説）

右にみてきたように、無効説が圧倒的に支配的な中にあって、二当事者の和解であっても和解内容が残余当事

者にとって不利益な効果をもたない場合には、和解を有効としてもよいのではないかとする見解が井上治典教授によって唱えられている。[44] 教授は、以下のようにいう。「七一条参加では、いったん参加がなされても、訴えの取下げや参加申出の取下げによって三当事者訴訟から離脱することは自由であるし、また、統一的審判といっても、三者間に争いがあるかぎりで、かつその範囲内の事項について解決が与えられれば足りる。したがって、二者間の和解でも、その和解内容が他の一者にとって不利益な効果をもたなければ、別段和解そのものを禁止するほどの理由はないのではなかろうか」。[45] そして、具体例として以下を挙げる。XがYに対して土地所有権確認および所有権に基づく土地明渡を訴求したところ、Zがこれに独立当事者参加をし、Xに対しては所有権確認を、Yに対しては所有権確認および所有権に基づく土地明渡を求めたとする。この訴訟において、XY間においてYがXに金一〇〇万円を支払う代わりにXは以後一切明渡しを求めることをしない、あるいはZY間でZが明渡しを求める権利を放棄する代わりにYがZに代替地を無償提供するという内容の和解は、二当事者間の和解であっても残余当事者に不利益を与えない。他方、XY間またはZY間のみで、明渡しを実施する効果を付するような内容の和解は、他の権利主張当事者の利益を害するから無効であるとする。[46]

この井上説に対する評価としては、これまでのところ新堂幸司教授と中野貞一郎教授が支持を表明しているが、そのうち新堂教授は井上説を引用するのみで積極的な理由を示してはいない。[47] 中野教授によれば、「井上説には、新堂幸司教授の賛成もあるが、一般には、消極的な空気であり、批判も出ている（原注省略）」[48] というのが、学界の一般的な反応である。井上説に対して詳細な批判を展開しているのは、奈良次郎教授（執筆当事は判事）である。[49] 同教授による批判のポイントは、要約すれば以下の三点となる。第一に、井上説によれば、二当事者による和解の効果は和解内容によって決することになるが、和解案は和解交渉が始まってから和解調書作成に至るまでさまざまに変化するものであり、和解内容が残余当事者に不利益を及ぼすかどうかの検討は実務上は困難であ

る。第二に、二当事者間で和解が成立しながら、残余当事者が和解に関与しないというのは、和解内容が残余当事者に不利益であるからという場合がほとんどであろう。第三に、七一条による六二条の準用という法規の構造上、和解内容の有利・不利で和解の成否を決するという解釈はとりえない。これらのうち、批判理由の中心は自ずから第一の点であろうと思われる。

これに対し、中野貞一郎教授は、最近、井上説を積極的に擁護する論文を発表している。まず、奈良教授の井上説に対する批判については、「この見解（奈良説―筆者注）は、独立当事者参加における、二当事者間の、他の当事者に不利益でない和解を導くことが実務的に苦心を必要とするというにとどまり、理論的な反対というには足りないように思われる。二当事者間だけでの和解を避けたい実務の感触は、十分に理解できるが、民訴六二条の準用だけからそのような和解を全面否定できないことは明らかであり、従来、独立当事者参加訴訟において可能な和解の『中身と限界を再吟味してみるという姿勢に欠けていたこと』は、井上教授の指摘されるとおり、事実として承認しなければならないであろう。（原注省略）[50]」として、これらは致命的な批判ではないとする。そして、以下のような自説を展開する。独立当事者参加訴訟の係属中であっても、二当事者が私法行為として訴訟外で和解契約を結び、実体上の権利関係に変動を生じさせることを禁ずべき理由はない。通説が二当事者間の和解を無効とするのは、これにより二当事者間の請求につき訴訟終了の効果が生じて、訴訟上の三面的決着が図れなくなる点を問題にしているにすぎない。したがって、二当事者間の和解であっても、残余当事者に不利益な訴訟終了効を生じるものでなければ許されてよいはずである[51]。このように述べた上で、前記の仙台高判昭和五五年五月三〇日と東京高判平成三年一二月一七日の両事案を例に引いて、所説の適用結果を具体的に示す。まず、前者の事案であるが、この事件では、XがYに所有権に基づく抹消登記手続等を請求し、ZがXとYの双方に対して所有権確認を求めて参加したのに対し、XとYの間で、①YがXに対して抹消登記手続をする、②Xの所有権を

確認するという和解がなされた。教授は、①については、これにより、Zは自己の所有権確認を妨げられるわけではないから何も不利益はないとし、②については、XY間の訴訟で土地所有権の存否は訴訟物となっていないから、この点の和解は起訴前の和解であって訴訟物の処分としての和解ではなく、このような和解がなされてもZの参加請求である所有権確認が妨げられるわけではないとする。[52] 後者の事件では、Zの参加請求に所有権確認のほかに登記手続請求が加わった点が前者と異なるが、XY間の和解は土地建物がYの所有であることの確認と解決金の授受であり、登記については現状を変更していないので、Zの参加請求である所有権確認と移転登記請求に不利益はないとする。[53]

これに対し、千葉地判昭和三七年五月二六日[54]の事案は、中野教授の基準に照らしても二当事者間の和解は許されないとする。[55] これは以下のような事案である。Xは自己所有の土地についてYが不法に所有権取得登記を得たとして、Yに対して所有権に基づく抹消登記請求訴訟を提起したところ、ZがYの登記に先立つ仮登記（この仮登記は、もともと訴外Aに対するXの債務を担保するために代物弁済予約を登記原因として設定したもので、その後ZがAから仮登記上の権利の譲渡を受けて取得したものである）を有することを理由に独立当事者参加し、Xに対して仮登記に基づく本登記の請求を、Yに対して所有権確認および所有権取得登記の抹消登記請求を求めた。その約一年半後に、XとZの間において、XはZに対し仮登記に基づく本登記をなすことなどを内容とする和解が成立した。裁判所はこのXZ間の和解を有効なものとして認め、Zはこの和解調書を債務名義として、いつでも本登記をなしうる地位を取得したから、本登記を了した場合と同じ法的効果が生ずるものと解するのを相当とすべく、そうすると仮登記後に所有権取得の登記をしたYに対しZは所有権取得を対抗しうるから、ZとYの間では土地の所有権はZにあるといわなければならないと判示した。教授は、この場合は前記の二例と異なり、和解に加わらなかったYはXZ間の和解により決定的な不利を受けるから、このような和解はまさに六二条の準用によって

禁じられているところであるとする。

(2) 検討と分析

右の整理を通してわかるように、裁判例と学説のほとんどが二当事者間の和解を無条件で無効と解する全面的な否定説であり、わずかに井上説とこれを支持する若干の学説が和解内容によっては有効と認めるという条件付の肯定説をとる。したがって、これまでのところ、全面的な肯定説は存在しないといってよい。そこには、三面訴訟関係がひとたび成立した後はこれを維持することが善であるという、特定のベクトルへの強烈な傾斜を見て取ることができる。しかし、こうした解釈態度に果たしてどれだけの合理性があるのであろうか。本稿が問題としている審理ユニットのサイズとその決定に関するイニシアティブの所在という観点からすれば、以下のような疑問がただちに浮かんでくる。

参加人は自らのイニシアティブで審理ユニットを拡大しうるのに、なぜ原告と被告は自らのイニシアティブで審理ユニットを縮小しえないのか。二当事者の和解を無効とすると、裁判所は和解という自主的な紛争解決を希望している当事者間において、判決による強制的な解決を強行することができることになるが、これは処分権主義の理念と整合するのか。二当事者の和解というとき、無効説のほとんどは参加人を排除した和解を無条件に前提としているが、参加人が和解の一方当事者である場合には、残余当事者が三面的解決を望んでいるという保障はないのではないか。そもそも二当事者間で和解がなされた場合、残余当事者は本当に不利益を受けるのか。かりに不利益を受けるとして、それは和解を無効にすることによって救済すべき不利益なのか。残余当事者が、合理的な理由がないにもかかわらず和解に加わらなかった場合にも、二当事者の和解であるという理由のみで和解を無効とせねばならないのか。

まず、無条件無効説から、順次検討を加えていこう。無条件無効説に問題があることは明らかである。この立場は、残余当事者は和解から排除されたという事実そのものをもって不利益を被っているとみなすものであるが、残余当事者が和解に加わらなかった事情は必ずしも一律ではなく、残余当事者自身の意思で和解に加わることを積極的に拒否した場合もあろうし、和解内容との関係でそもそも和解に加わる必要性が客観的に存在しなかった場合もあろう。およそ、残余当事者の不利益を問題とする場合、それは、合一的確定の機会を奪われるという手続的不利益か、または、和解内容として形成される法律関係が不利であるという実体的不利益のいずれかであるはずである。しかし、前者の場合であれば、合一確定重視説に吸収されることになるし、後者の場合であれば、和解内容重視説が指摘するように、和解内容によっては必ずしも残余当事者にとって不利益とはいえない場合が存在する。いずれにしても、無条件無効説を支持すべき理由を見い出すことはできない。

次に検討すべきは、多数説と目される合一確定重視説である。この立場は、和解の訴訟終了効により三面的な紛争解決が不可能となる点を残余当事者の不利益として理解する。しかし、この立場に対しては、以下のような疑問がある。

第一に、紛争を三者間で合一的に確定することが、常に残余当事者の望むところであるとは限らない。それどころか、残余当事者自身が合一的な解決をあえて望まないがゆえに、自らの意思で積極的に和解に参加しないというようなケースも、十分に考えることができる。独立当事者参加訴訟において、紛争の三面的解決を望んでいることが客観的に明らかなのは、自らのイニシアティブで三面訴訟を作出した参加人のみであり、本訴の原被告が三者間の合一的解決を望んでいるという保障はどこにもないのである。そのため、合一確定重視説に属する学説は、いずれも参加人を排除して原被告間でなされた和解を例に挙げるのみで、参加人を一方当事者としてなされた和解には全く言及していない[56]。また、この立場に依るものと思われる裁判例も、いずれも本訴の原被告間で

なされた和解のケースである。すなわち、合一確定重視説は、特定のケースにしか該当しない利害状況を強引に一般化するものであるといえる。

第二に、かりに残余当事者が合一確定を望むケースを想定するとしても、なぜ残余当事者の利益のみが重視されるのかということに対する合理的な説明は必ずしもなされていない。もともと、二当事者間の和解の可否は、あくまでも三面訴訟関係を維持しようとする残余当事者と、三面訴訟関係からの離脱を図る和解当事者との間の利害の衝突が問題の本質であり、一方の利益のみが偏跛的に尊重されるべきいわれはない。また、三面訴訟関係を維持することには、手続単一化による利益という公益にかなう側面もあるが、合一確定重視説といえども六二条の解釈として論を展開している以上、残余当事者の不利益という私益のみを問題とせねばならず、このような公益論に逃げこむことはできない道理である。また、二当事者間で和解が成立しうる状況の下で、あくまで独立当事者参加訴訟を維持することが本当に訴訟経済に資するかどうか自体も、はなはだ疑問であるといわざるをえない。

第三に、解釈論の手法に関する原理的な疑問であるが、準用された六二条が禁ずる残余当事者の不利益の内容として、三者一体の紛争解決という訴訟法的な利益を持ち込むことができるのかという問題がある。なぜなら、合一確定重視説が二当事者間の和解を許さない理由は、訴訟上の和解には訴訟終了効があるため、これによって独立当事者参加訴訟が解体して三面訴訟関係が消滅してしまうからである。しかし、三面訴訟関係を終了させる行為を許さない理由が三面訴訟関係の維持にあるというのでは、論理学的にはトートロジーでしかない。すなわち、そこで語られている内容は、ただただ独立当事者参加訴訟を維持すべきであるというア・プリオリの結論のみで、実質的な理由づけはなにひとつなされていないのである。

かくして、真に検討に値するのは、和解内容重視説のみということになる。この和解内容重視説は、二当事者

間の和解といえども和解内容が残余当事者に不利益でない場合がありうるとする。井上教授は、二つの例を挙げてこれを論証しようとするが、二例とも訴訟上の請求を立てている者がその請求を放棄し、その代償として訴訟上の請求とは全く無関係な給付を受けることを内容とする和解である。たしかに、自ら訴訟上の請求を立てている者がその請求を放棄する場合、結果的に現状がそのまま維持されることになるから、残余当事者には何ら不利益はないことになる。また、訴訟上の請求と無関係な代償を受け取る場合も、やはり残余当事者に影響はないはずである。したがって、和解内容がこのようなものである限り、残余当事者に実体法的な不利益はないとする井上教授の所説はまさに正しい。そこで、井上説に対する反対を表明される奈良教授も、この点にはとくに異を唱えず、他の点を問題として批判を展開されている。奈良教授の批判は前述のように三点からなるが、二当事者間の和解は残余当事者に不利益な場合が多いとする第二点は本質的な批判ではないし、そもそも、このような一般化が成り立つかどうかも疑問である。また、法規の構造上和解内容で和解の成否を決することができないとする第三点にはなんら理論的な裏づけがない。したがって、第一点が批判の実質的な核心となろう。この第一点は、そもそも和解内容が残余当事者に不利かどうかの判断は困難であり、しかも和解調書作成の時点まで最終的に判断できないとするものである。この批判については、せいぜいが実務的な困難さをいうにとどまり、理論的な反対というには足りないとする中野教授の反批判があることはすでに紹介した。しかし、和解内容によって訴訟上の和解の効果が左右されるということになると、裁判所にとって事件管理の上で大きな不安定要因を抱えることになることは、たしかに奈良教授の指摘するとおりである。すなわち、この点に関する限り、中野教授の反批判は奈良教授の指摘に正面から答えていない。

(3) 私　見（無条件有効説）

(a) 井上説および中野説の検討

和解内容重視説は、正当にも、和解の内容によっては、残余当事者に実体法的な不利益を及ぼさない場合があることを発見した。しかし、和解の内容によっては、残余当事者に不利益を及ぼす場合がありうることを、いうまでもなく当然の前提としている。しかし、筆者は、この一見すると当然とも思える前提に対し、疑問を抱いている。すなわち、二当事者間の和解において、残余当事者に実体法的な意味で不利益を及ぼすという場合が、果たして現実にあるのであろうか。和解内容重視説に立つ井上教授および中野教授が挙げている例を検討しながら、このことを考えてみよう。

和解内容重視説の提唱者である井上教授が挙げる例は次のようなものであった。XがYに対して土地所有権確認および所有権に基づく土地明渡を訴求したところ、Zがこれに独立当事者参加をし、Xに対しては所有権確認を、Yに対しては所有権確認および所有権に基づく土地明渡を求めた。井上教授は、この訴訟において、XY間またはZY間のみで、土地明渡を実施する効果を付するような内容の和解をすることは、残余当事者であるZまたはXの実体的利益を害するから許されないとする。たしかに、右の例で、XY間で土地明渡がなされればZの土地明渡請求権は妨害されることになるし、ZY間で土地明渡がなされればXの土地明渡請求権は妨害されることになり、このような内容の和解は不都合であるようにみえる。しかし、よくよく考えてみれば、これはなにも残余当事者を排除して和解がなされたことに、直接的に帰因する不利益というわけではない。もともと、係争物譲渡禁止原則を採用していないわが民訴法の下では、土地占有者であるYは、訴訟係属中といえども、係争土地を第三者に自由に処分することが可能である。したがって、XやZにおいてこれを防ごうと思えば、占有移転禁止の仮処分等の手段を講じておくべきだったのであり、これを怠りながら、自己の被る不利益を和解内容に求め

るとすれば、それは筋が違うというべきである。言葉を換えていえば、井上教授が指摘するような問題は、XY間の二面訴訟において、Yが訴外Zと占有移転を伴う和解をした場合にも同様に生じるのであり、何も独立当事者参加訴訟に固有の問題ではない。すなわち、右の例は、和解内容が実体法的に残余当事者に不利益を与える場合とはいえず、このような内容の和解を無効とすべき理由は見い出しがたい。

井上説を支持される中野教授は、仙台高判昭和五五年五月三〇日や東京高判平成三年一二月一七日の事案においても和解を有効と解するなど、おそらくは既存の学説の中で最も広範に二当事者間の和解の余地を認める。しかし、前述したように、その中野教授ですら、千葉地判昭和三七年五月二六日の事案のような場合は二当事者間の和解は許されないとする。右事案のポイントは以下の点である。XがYに所有権に基づく抹消登記請求訴訟を提起したところ、ZがYの登記に先立つ仮登記を有するとして、Xに対して仮登記に基づく本登記の請求を、Yに対して所有権確認を求めて独立当事者参加した。その後、XとZの間でXはZに本登記をなすことを内容とする和解が成立し、裁判所は、これによりZはいつでもYに優先する本登記をなしうるから、ZY間では所有権はZにあると判示した。本件判決の他には見られない特徴は、裁判所が単に二当事者間の和解を有効と認めてその部分の訴訟を終了させたのみならず、和解により形成された実体的法律関係を前提に残余当事者と和解当事者との間の残存する訴訟についても直ちに判決を下していることである。[57] したがって、この裁判例の検討にあたっては、和解そのものの適否と裁判所の判断の適否を区別して論じなければならない。

まず、和解そのものの適否を考えてみよう。Zが有する仮登記の実質は今日でいう仮登記担保権であるが、本件は昭和五三年に仮登記担保法が制定される以前の事件であり、また仮登記に基づく本登記請求に関する不動産登記法一〇五条の昭和三五年改正が適用されない事案でもある。そこで、まず現行法を前提に本件の処理を考察し、しかる後に当時の法状況に照らして考えてみたい。本件に関する評釈は、例外なくXZ間の和解によってY

が不当な不利益を被ることになるとする。[58] しかし、Yが自らの所有権取得登記をなした時点で、すでにYに優先するZの仮登記が存在し、しかもYはそのことを知りうる立場にあった。したがって、Yの取得した所有権は、もともとZの本登記に劣後するという負担つきのものであった。また、Zは仮登記担保権者として予約完結権を有しており、XZ間の和解においてこの予約完結権をZが行使することを合意することに不都合はないはずである。すなわち、XZ間の和解内容そのものに特に問題があるとは思えないのである。もっとも、現行法の下では、債権者は予約完結権を行使した日以後に清算金の見積額を設定者に通知し、その通知が到達した日から二月を経過したときに所有権移転の効力を生じるものとされている（仮登記二条）。したがって、仮登記担保権者は、右の要件を充足して所有権移転の効力が生じてから、仮登記義務者に対し仮登記に基づく本登記手続請求ができることになり、その際に登記上利害関係を有する第三者があるときはその承諾書またはこれに代わる裁判の謄本を添付しなければならない（不動産登記法一〇五条一項、一四六条一項）。本件のYはこの利害関係を有する第三者に該当するから、Yが承諾を拒むときにはZはYを被告として承諾請求訴訟を提起することになり、Yはこの承諾請求訴訟の中でZに本登記原因がないことなどを主張することができる。本件当時においても、Zにはこれと類似の手順でZの本登記を争う余地はあったし、逆にこうした救済手段を超えて保護されるべき地位はもともと有していなかったのである。

これに対し、本件訴訟における裁判所の判断と処理に関しては疑問がある。現在の仮登記担保法の下では、右に述べたように同法二条の要件を満たさなければ所有権は移転しない。同様に、仮登記担保法制定以前の判例においても、債権者が予約完結の意思表示をしただけでは、目的不動産の所有権は債権者に移転しないとされていた（最判昭和五〇年七月一七日民集二九巻六号一〇八〇頁）。また、本登記をするにつき登記上利害関係を有する第三者があるときは、右第三者に対して本登記の申請をすることの承諾を請求できるとしていた（最判昭和四九年

一〇月二三日民集二八巻七号一四七三頁)。こうした点を考えれば、XZ間で本登記を行うことを内容とする和解が成立しただけで、ZのYに対する所有権確認を認容した裁判所の判断は行き過ぎであったというべきである。裁判所としては、Yに対する承諾請求とそれに対するYの異議の帰趨をもう少し見守るか、あえてこの時点で判決をするとすればZのYに対する請求は棄却するべきであった。この場合には、ZのYに対する承諾請求がその後の別訴などで認められれば、前訴の基準時後の事情により、Zは晴れてYに対して所有権を主張できることになるものと解される。すなわち、本件判決は結果としてYを不当に害するものではあったが、それはXZ間の和解を有効と認めたことに帰因するわけではなく、その後の処理を誤ったからであると思われるのである。

(b) 二当事者による和解と残余当事者との関係

これまでの検討で明らかなように、井上教授および中野教授が挙げられる例は、和解内容が残余当事者に不利益を及ぼす関係にあるとは考えられない。ここに至り、そもそも残余当事者に不利益を及ぼすような二当事者間の和解なるものが本当に存在するのかという根本的な疑問に行き当たる。この疑問に答えるためには、訴訟上の和解の法的効果に遡って考える必要がある。そもそも、訴訟上の和解には、私法行為としての効果と訴訟行為としての効果の両側面がある。私法行為の側面とは、和解内容に応じて法律関係を変動させる実体的形成力であり(民法六九五条、六九六条)、訴訟行為の側面とは、判決を待たずに訴訟係属の終了を導くいわゆる訴訟終了効である。これは、訴訟上の和解の法的性質論として、私法行為説、訴訟行為説、併存説、両性説のいずれをとるかにかかわらない。以上については、すでに中野教授の指摘が存在する[59]。この両側面のうち、訴訟終了効の側面に着目するのが合一確定重視説であるが、この見解の不当性についてはすでに述べた。他方、和解内容重視説は、実体的形成力の側面に着目するものであるが、私法行為としての和解は訴訟当事者が訴訟外で締結することもで

きるので、いくら二当事者間の訴訟上の和解を無効としてみたところで、これと同じ内容の和解契約を訴訟外で締結し、結果として生じた実体的法律関係の変動を訴訟上で陳述することは妨げられない。すなわち、たとえ独立当事者参加訴訟が係属中であろうとも、二当事者間の和解により法律関係を変動させることは実体法上許容されており、これによっていかなる法律効果が生じようとも、残余当事者に実体法上の不利益が生じたということにはならない。

このことを、具体例を用いてあらためて確認するため、X・Y・Zの三者が、ある不動産についてそれぞれ自己の所有権を主張しているという、最も典型的な三面紛争を想定してみよう。XがYを被告として所有権確認の訴えを提起し、これにZが自己の所有権の確認を求めて独立当事者参加し、さらにYがXとZの双方に所有権確認の反訴を提起したとする。この事例において、任意の二当事者の間で一方の所有権を認める和解が成立したケースを考えてみると、どのような組み合わせがとられた場合でも、二当事者間で訴訟物たる権利関係の処分が行われることになる。しかし、残余当事者が和解当事者である二人に対して提起している訴えは和解によって終了しないから、残余当事者は引き続き他の二当事者に対する訴訟を維持することができる。二当事者間でなされた和解は、右の当事者間では債権的には有効であるが、残余当事者に対する債権的な効力がないことは当然である。また、和解をなした当事者にもともと所有権がなければ物権的効果は生じる余地がないので、裁判所は和解に関係なく残余当事者の所有権の存否について審理・判断すればよいことになる。右は、確認訴訟の例であるが、給付訴訟においても特に変わるところはない。たしかに、給付訴訟の場合は、二当事者間の和解により給付が実現されれば残余当事者の給付請求が不可能になる場合があるが、これは前述したように保全処分等の手段によって対処すべき問題であって、二当事者間の和解の問題とは直接の関係はない。

実は、民訴法七一条により準用された六二条一項の機能と本来の六二条一項の機能との差異を考えれば、残余

当事者に実体法的な不利益が生ずる余地は、そもそも制度的に封じられているということができる。すなわち、本来の六二条一項が機能する必要的共同訴訟の場面というのは、通説によれば共同訴訟人の一人の受けた判決の効力が他の共同訴訟人にも及ぶ場合をいうため、一人の共同訴訟人により他の全員にとって不利益な行為がなされた場合には、六二条一項は当該行為を絶対的に無効化する形で機能する必要がある。これに対し、七一条により準用される独立当事者参加訴訟の場面では、もともと一人の当事者の受けた判決の効力が他の当事者に及ぶような関係にはなく、共通の法律関係をめぐって各当事者が互いに対立牽制関係にあるため、一部の当事者間の行為によって、これらの者と利害対立のある他の当事者が意に反して不利益を受けないようにしなければならないという要請があるにすぎない。すなわち、この場合には、一部の当事者によってなされた行為を、他の当事者との関係で相対的に無効化する形で機能すれば、六二条一項は十分に存在目的を達するのである。

筆者の理解によれば、谷口安平教授は、すでに七一条による六二条一項の準用の趣旨をこのように解する見解をとっているように思われる。すなわち、次のようにいう。「七一条訴訟には必要的共同訴訟の総則である六二条が準用され三者間に矛盾のない一つの判決によって決着がつけられます。もっとも、六二条は共同訴訟での共同訴訟人間の関係を規律しているのですが、七一条参加訴訟では同じ意味での共同訴訟人というものはありません。各人が各人の敵という関係です。従って六二条一項の準用の意味は、ある一人の行為が他の二人のうちの一人にとって有利ならその者もしたことになり、不利な行為は自分に対してだけ効力を生じるという結果になります。」[60]。このように解すれば、二当事者間の和解が残余当事者を害するということは、制度的にありえない。すなわち、これまで検討してきたところから明らかなように、もともと実体法的にみれば紛争の相対的な解決を図るにすぎない二当事者間の和解によって残余当事者が害されることはないのであるが、かりに二当事者が意識的に残余当事者を害することを企てても、七一条が準用する六二条一項によって残余当事者に対する関係で相対的に

無効となるから、いかなる意味においても残余当事者の利益は保護されるのである。ちなみに、この谷口教授の見解に対し、中野教授は、「これでは二当事者間の和解はつねに有効ということにならないであろうか」[61]という疑問を呈しておられるが、まさに同教授の懸念する結論こそが正しい解釈というべきではなかろうか。

もうひとつ、指摘しておくべき点がある。たとえ独立当事者参加訴訟において紛争の合一的確定の要請が強く働くとしても、民事紛争の私事性に照らして当事者の自主的な紛争解決の道が残されていなければならない。ところが、かりに通説のいうように二当事者間の和解が許されないとすれば、当事者が自主的な紛争解決を行うためには、三当事者全員による和解しかない。しかし、すでに本稿で指摘してきたように、本訴の原告と被告の間に存在する実体的紛争と、参加人の原告と被告に対する実体的紛争とが、共通の基礎を有するという保障はない。たとえば、X・Y間では、いずれがAの正当な相続人であるかが争われており、これに対し、Zは自分はXから当該動産を買い受けたと主張しているような事案の場合、本訴請求と参加請求との間に実体的紛争に関する共通の基礎はなく、こうした状況下で三当事者全員による和解が可能であるかどうかは甚だ疑わしい[62]。こうした事態が生じうるのは、もともと独立当事者参加訴訟の構造が、参加人の一方的な申立意思のみを受けて発生するという形態をとっているからにほかならない。すなわち、独立当事者参加訴訟は、三当事者全員による和解を可能ならしめる構造的な保障がなく、それにもかかわらず二当事者間の和解を無効とするとすると、当事者の自主的な紛争解決の道を閉ざすことになって、処分権主義の基本原理に反するおそれがあるのである。

(c) 詐害防止参加に固有の問題

これまでは、主として権利主張参加を念頭において議論してきたが、詐害妨止参加の場合にはこれまで述べてきたところと、若干異なった考慮を必要とする。たとえば、XとYの間で本案訴訟が係属する場合について、Z

が本案訴訟は馴合訴訟であり自らの権利を侵害するものであるとして独立当事者参加訴訟をしてきた場合に、XY間で馴合の趣旨に添った和解をなすことを認めるとすると、Zの参加目的である権利侵害の妨止を達成することができなくなるのではないかという疑問があるからである。

これについては、以下のように考えられる。そもそも詐害妨止参加が認められるケースを考えてみると、現在の通説的見解とされるいわゆる詐害訴訟妨止説（詐害意思説）を前提とした場合、参加人に本案訴訟の判決効が不利におよぶ場合と、判決効はおよばないが事実上の不利益を受ける可能性がある場合とに大別することができる。このうち、前者については、たとえば会社関係訴訟における請求認容判決のように第三者に効力がおよぶ場合については、原告勝訴判決と同じ内容を持つ和解は許されないと解されているし[63]、また、和解が許される場合であっても、訴訟上の和解には判決の場合のような対世効や反射効などが考えられないので問題は生じない。後者については、以下のような具体例に即して考えてみよう。

XがYに対して土地所有権移転登記の抹消登記請求訴訟を提起し、請求原因としてYの登記はXの委任状を偽造してなされた無効なものであると主張したが、YはXの主張を全く争う気配を見せない。Zは、Yの債権者として本件土地につき抵当権設定登記を受けていたが、本案訴訟でYが敗訴すると抵当権を害されるとして詐害妨止参加をした。判例に現れる典型的な詐害妨止参加の例である[64]。すなわち、Zは将来Xから抵当権抹消を求められる可能性が高く、その際にXY間の訴訟におけるX敗訴という結果がZに不利に影響するので詐害妨止参加ができるとされる。この例において、XYの二者間で、Xの抹消登記請求権をYが認めて抹消登記に協力する旨の和解がなされれば、Zが詐害妨止参加により守ろうとした権利は侵害されることになるであろうか。この問題は、結局、詐害妨止参加によって参加人が妨止しようとする詐害の実質的内容は何であるのかという問題に帰着するが、詐害妨止参加の立法趣旨自体に不明瞭な点があるだけに必ずしも判然とはしない。たとえば、XY間の訴訟

にZが詐害妨止参加をしなかったためにX勝訴の判決が下されたとしても、これによってZの権利が直ちに害されるわけではない。Xに土地所有権が帰属するという判決理由中の判断は、たとえこれに既判力もしくは争点効などの判決効または信義則に基づくなんらかの拘束力を認めるとしてもXY間における相対的な拘束力にとどまるし、所有権移転登記の抹消登記手続の実行は、不動産登記法一四六条一項により利害関係人であるZの承諾を必要とし、Zが任意に承諾しない場合にはZを被告としてあらためて承諾請求訴訟を提起してこれに勝訴する必要がある。すなわち、表面的には、XY間の馴合訴訟によるZに対する詐害は存在しないようにみえるからである。

思うに、こうした本案訴訟と参加人とのかかわり方を考えると、参加人に判決効がおよばない場合における詐害の実質的な内容は、判決の事実的な効果であるいわゆる証明効に求めるほかはない。[65] すなわち、XY間の訴訟におけるX勝訴の確定判決は、将来におけるXZ間の後訴において、Xの土地所有権および抹消登記請求件の要件事実の存在を証明するための有利な証拠方法として事実上機能すると考えられ、こうした証明効の発生を妨げるためにZの詐害妨止参加が正当化されることになると考えられる。そうであるとすれば、XY間で和解がなされる場合には、これがいかに訴訟上の和解であろうとも判決の場合のような証明効を有することはないので、これによってZの地位が不当に害されるということにはならないはずである。

3　二当事者間における請求の放棄・認諾および訴えの取下げ

以上に述べたところは、すべて請求の放棄・認諾および訴えの取下げの可否についても基本的に妥当する。もともと、これらがなされる場合は、訴訟外で二当事者間で和解が成立していることがほとんどであるから、訴訟上の和解の場合と解釈の歩調を合わせるべきことはいうまでもない。以下、簡単に触れるにとどめる。

(1) 請求の放棄・認諾

二当事者間における請求の放棄・認諾の可否につき、裁判例および通説は民訴法七一条が準用する六二条一項に反するとしてこれを認めないが[66]、井上教授は、訴訟上の和解の場合と同様に、二当事者間での請求の放棄・認諾が残余当事者に実体的な意味で不利益を及ぼさない場合には、これを有効と解してよいとする。すなわち、以下のようにいう。「……二者間での請求の放棄・認諾が一概に他の当事者に不利益を及ぼすとは言い難いように思われる。たとえば、右の明渡請求の例（XのYに対する土地所有権確認および所有権に基づく明渡請求訴訟に対し、ZがXに対しては所有権確認を、Yに対しては所有権確認および明渡を求めて七一条参加した事例―筆者注）で原告が請求を放棄することは、参加人にとっても被告にとっても、利益な行為であっても別段不利益ではないはずである。七一条前段に基づいて参加人が被告の敗訴を阻止するために参加している場合には、原告の被告に対する請求の放棄のみならず、原告の参加人に対する請求の認諾も、被告にとって客観的には不利益なはずはないから、さしつかえないと解すべきである。また、被告が一者に対して認諾をすることは、一般的には他の一者にとっては不利益であるといえるが、しかし現実の参加例は必ずしも三者間に矛盾・対立する請求がたてられているようなモデルケースばかりではないので、事案によっては、被告の認諾を認めてよい場合もありうるように思われる。…（中略）…被告の参加人に対する認諾についても、同様に解しうる場合があろう。なお、金銭または代替物の給付を求める訴訟で、被告が原告と参加人双方に対して無条件の認諾をすることも、被告が二重給付の意思を有するかぎり、認められてよいと思われる[67]。」。新堂教授も、他の当事者に不利益を与えない限りは有効として取り扱ってよいとし、具体例として、「参加を申出た参加人自らが請求を放棄する場合、原告から土地の所有名義人である被告に対して所有権移転登記を求める訴訟に原告からこれを買受けたと主張する参加人が本条の参加をし

たところ、被告が原告の請求を認諾した場合などは、その効力を認めてよい[68]」とする。

これに対し、奈良教授は、井上説を批判して次のようにいう。「確かに、訴訟行為の有利、不利を具体的に検討して決すべきであるとの指摘は論者の指摘どおりで、注目してよい見解といえようが、かりに、論者の指摘どおりと仮定すると、請求の放棄、認諾された部分は、調書が作成された限度で訴訟は終了することになるはずであるが、残された訴訟はどうなるか、その訴訟構造、さらに、その判決の効力はどうなるか、また、放棄、認諾調書の効力はどうなるかを考えなければならないだろう。三者間で紛争を合一に確定するという独立当事者参加訴訟の構造からすれば、これらの調書の記載による効力も、当該請求について、同旨の判決がされたときと同一の効力を（三者間に）生ずることを認めなければならないだろうし、残された訴訟についてその効力を生ずべきような特殊なものとして理解すべきことになるが、脱退のとき以外に、残された訴訟についていわば特殊な効力を認めるとするのには、やはり、その点についての十分な理論構成を示す必要があるのではなかろうか[69]。」。このように、奈良教授は、二当事者間で請求の放棄・認諾がなされた場合でも、三者合一の紛争解決が貫かれるべきであるということを所与の前提として立論される。

しかし、二当事者間の和解の場合に検討したのと同様に、二当事者間でなされる請求の放棄・認諾は、これらの者の自主的なイニシアティブで訴訟上の審理ユニットを縮小する行為であり、これによって三面訴訟は二面訴訟に還元されることになる。したがって、もはや紛争の三面的解決を貫く必然性は存在せず、これによって作成される放棄調書または認諾調書の効力も、当該二当事者間のみで相対的に効力を有するものと解すべきである。

(2) 訴えの取下げ

まず、そもそも独立当事者参加がなされた後に、本訴原告は訴えの取下げを行うことができるかどうかが問わ

れなければならないが、今日ではこの点を否定する学説は存在しないといってよい。[70] 民訴法七二条の訴訟脱退との違いは、訴訟脱退の場合は脱退者にも判決効が及ぶ限度で依然として三面訴訟関係が維持されているが、訴えの取下げの場合は三面訴訟が二面訴訟に転化する点である。そこで、問題となるのは、本訴原告が訴えの取下げを行う場合に、本訴被告の同意のみで足りるのか、それとも参加人の同意をも要するかである。学説は、独立当事者参加訴訟の構造に関する三面訴訟説が登場する以前の古い時代には、参加人の同意を不要とする見解（同意不要説）も少なからず存在した。しかし、現在では同意不要説を採る学説はごくわずかであり、[71] 被告と参加人の双方の同意を得ない限り訴えを取り下げることはできないとする見解（同意必要説）が圧倒的な通説である。[72] 下級審裁判例は、最大判昭和四二年九月二七日が三面訴訟説の採用を明言して以後も、同意不要説に立つもの[73]と同意必要説に立つもの[74]とに二分されていたが、最判昭和六〇年三月一五日[75]は、特にこれという理由を示すことなく、同意必要説に立つことを明らかにした。

同意不要説に立つ裁判例の判決理由を整理してみると、①民訴法七二条の訴訟脱退をするには被告の同意をもって足り参加人の同意は必要とされていない、②本訴原告の訴えが取下げられても参加人の本訴当事者に対する参加訴訟は存続するので参加人は本訴の取下げによって何の不利益も受けない、③本訴が取り下げられてしまえば本訴判決と参加訴訟の判決との矛盾抵触を考慮する余地もなくなるという三点に集約することができる。これに対し、同意必要説に立つ裁判例および学説の理由は、①訴訟脱退の場合は脱退者にも残存当事者間の判決の効力が及ぶのでこれと訴えの取下げを同視することはできない、②三面訴訟関係が一旦成立した後は参加人は三者間に矛盾のない判決を得る利益を有する、③訴え取下げを認めると後に再訴される可能性を否定できないという三点に尽きるように思われる。これらのうち、同意不要説の理由①については、同意必要説の理由①による批判が妥当する。また、同意必要説の理由③については、参加人の提起した参加訴訟は訴え取下げ後も存続している

ので、かりに訴え取下げ後に再訴がなされても、参加人には何の不利益も考えられない。[76] したがって、ポイントは、参加人に何ら不利益が及ばなければ参加人の保護は十分であると考えるか、それとも、三面訴訟が一旦成立した後は二面訴訟への還元を許さず、三者合一の判決による解決をつけることを当事者に強要するかという考え方の差異に帰着する。

本訴原告が訴えの取下げを申立てるということは、本訴の原被告間に実体的紛争がもはや存在しなくなったことを意味するか、少なくとも訴訟という手段による解決の必要がなくなったことを意味する。このように三面訴訟関係の存立基盤である三面的な紛争関係が消滅したにもかかわらず、紛争の三面的解決を唯一の根拠として同意の必要性を説くとすれば、それは背理以外の何者でもない。また、参加人に何の不利益も考えられないにもかかわらず、参加人による審理ユニットの拡大のみを片面的に尊重して本訴当事者の側による審理ユニットの縮小を否定することは公平を欠く。さらに、合理的な理由もなく当事者間の自主的な紛争解決に干渉することは、明らかに処分権主義に反するものと考えられる。したがって、本訴原告が訴えの取下げを行う場合に参加人の同意を必要とする理由は考えられず、本訴被告の同意のみで足りるとする同意不要説が妥当である。

三　合同審理という新しい審理ユニットの提案

1　問題の提起

多数当事者訴訟に関するわが国の実定法上の審理ユニットは、当事者の一方が複数である共同訴訟や当事者が三面的に対立する独立当事者参加訴訟など、いずれも当事者の数によりサイズを決定している。しかし、多数当事者紛争の審理ユニットを決定するにあたっては、もうひとつ別の角度からの切り口がありうる。それは、関連

事件が複数の裁判所に別々に係属している場合に、各係属事件に共通する争点または証拠方法について、これら受訴裁判所の共同主宰により、当該争点および証拠方法に関してのみ、合同して審理を行うことを内容とする「合同審理」である。こうした意味における合同審理は、審理の発展段階に応じて、合同争点整理、合同弁論および合同証拠調べなどに分けることが可能であるが[77]、実務的および理論的にみて論ずる価値が最もあると思われるのは、いうまでもなく合同証拠調べである。合同審理は、争点および証拠方法の規模という観点からは、審理ユニットの縮小化をもたらすディバイスとして機能する。というより、訴訟の客体という点では、考えうる最小の審理ユニットである。もっとも、わが国で、これまで合同審理が実際に行われた例は存在しない。また、理論的な検討も、ほとんどなされていないのが現状である。しかし、アメリカ合衆国では、最近になって、多数当事者訴訟の効果的な事件管理の手段として、合同審理の積極的な利用が提案されるようになってきている。また、わが国においても、こうした合同審理の実施が提案されたことが、過去において全くないわけではない。

たとえば、民法学者である淡路剛久教授は、スモン事件の紛争解決過程について実体法と手続法の双方の観点から総合的な検討を加えた一九八〇年発表の論文の中で次のような提言をされている。「……別々の裁判所に訴えた原告どうしの関係では、各裁判所に係属した訴訟の一部（原因に関する部分のみ）を分離して、一つの裁判所に移送し、弁論を併合して統一訴訟となし、その原因判決を受けて、各裁判所で個別的損害論の審理をすることも考えられてよい。」[78]。また、松野嘉貞＝石垣君雄の両裁判官の執筆になる一九七七年の司法研究報告書（以下、「松野＝石垣」と略称する）は、集団訴訟に関する訴訟手続上の実務的な諸問題を網羅的に論じる中で、合同証拠調べの可能性と実施にあたって予想される訴訟技術的な問題点をかなり詳細に検討している。そのうえで、「問題提起が新しいだけに合同証拠調については、適否、当否を含め賛否両論があり、現状は未だその段階にまで至っていないように思われる」と当面の実施には慎重な態度をとりつつも、「当面実質的に直接主義の要請をみた

すという意味で、共通証人等を一か庁で尋問する場合他庁の裁判官が傍聴席で傍聴し、補充して尋問したい事項があれば休廷中にその旨を主宰庁の裁判官に申し出て尋問をしてもらう程度の方法は考えてもよいのではなかろうか」と述べ、徐々に実施の機運が醸成されていくことを期待している。[79]

しかし、これまでのところ、学者の間で右のような提言が正面から受けとめられたことは、全くといってよいほどなかった。[80] 民訴法に関するコンメンタールや体系書の類でも、合同審理の可否について言及するものはほとんどない。[81] たとえば、弁論の併合に関して、「弁論または証拠調べに限っての弁論の併合は認められないが、いったん併合して証拠調べ終了後にこれを取り消すことは差し支えない」とするコンメンタールの記述があるが、[82] 右の記述からも読みとれるように、あえて論ずるまでもなく当然に許されないものと解するのが一般である。しかし、現行民訴法（平成八年改正の前後を問わず）において合同審理を禁ずる明文規定がないのはもちろんのこと、解釈上当然にこれが許されないとすべき積極的な理由を見い出すことは困難である。特に、民訴法一三二条（平成八年改正法の一五二条一項も同じ）は、大正一五年の改正前の旧民訴法一一八条ないし一二〇条および一二三条が、弁論の制限・分離・併合をなすべき場合を具体的に規定していたのに対し、いかなる場合にこれらをなすべきかを裁判所の広範な裁量に委ねている。これにより、裁判所は、審理の整序・事件の性質・審理の進行状況など諸般の事情を考慮して、手続裁量権の範囲内で柔軟な事件管理を行うことが可能であり、その一貫として事件の種類や性質によって妥当と認められれば、合同審理を行うことも許されるものと解すべきではなかろうか。むしろ、ここで問題となるのは、合同審理の実施が技術的に可能であるのか、あるいは、どれほどの実効性があるのかという点であろう。そこで、以下では、アメリカにおける最近の議論の展開を参照しつつ、合同審理の実施にともなう技術的な問題を考えてみたい。

2　合同審理のメリット

合同審理の実施にともなう技術的な問題を検討するに先立ち、まず合同審理の実施にいかなるメリットがあるかを確認しておこう。

社会的な意味で集団的な広がりを持つ紛争が訴訟の場で審理される際、審理ユニットのサイズを決定するイニシアティブは、第一次的には訴え提起の時点でサイズの決定権を有する原告（厳密には訴訟係属後に原告となる潜在的原告）に存在し、第二次的には訴訟指揮権を有する手続主宰者である受訴裁判所に存在するが、両者とも審理ユニットを縮小して個別訴訟に向かおうとする動機を有する。まず、原告については、事件の種類と原告の立場に応じて、両方向の動機がありうる。一方では、共同訴訟には規模の利益というメリットがあるから、審理ユニットを拡大する方向の動機も存在しないわけではない。しかし、他方において、審理ユニットを縮小することが、戦略的に有利に作用するという側面もある。たとえば、スモン事件の審理経過を見ると、一九七一年の訴え提起から数年の間は、被害者が全国スモンの会を中心に東京地裁で統一訴訟方式をとり、これがために被告企業は防御活動を一カ所に集中することができた。ところが、一九七二年から翌年にかけて、東京地裁の原告団が三つに分裂するとともに、東京地裁以外の裁判所にも訴訟が提起されるようになり、これによって被告企業側の負担は急増したといわれる。この経緯につき、淡路教授は次のように述べている。「要するに、統一訴訟から分離訴訟へと裁判の方式が転換し、東京地裁の原告団が一つのグループから三つのグループへと分裂したことは、合一解決の必要とか訴訟経済の要請とかいった観点を別にして、当事者の法廷戦術とその効果だけを考えた場合、明らかに原告側に有利に作用した。ある被告側弁護士は、原告側が分裂したことで訴訟は大変やりにくくなったと述懐されていたが、そのことは分離訴訟方式が原告側に有利に働いたことを物語っている」[83]。次に、裁判所は、民訴法三一条の移送や同法一三二条の弁論の分離・併合など、訴訟係属後に訴訟指揮権の行使により審理ユニッ

トを決定するイニシアティブを有する。しかし、本稿の冒頭に紹介した田尾論文の指摘にあるように、事件処理に要する技術的な困難性の飛躍的増大を主たる理由として、裁判所は一般的に審理ユニットの巨大化にはきわめて消極的である。このように、審理ユニットの決定に関してイニシアティブを有する原告および裁判所は、いずれの立場においても審理ユニットのサイズを縮小する動機を有する場合がありうるため、同一加害原因から生じた複数被害が別々の裁判所に係属するというような事態が常に起こりうることになる。

複数の裁判所に関連訴訟が係属する場合、共通の争点に関する証拠方法の取調べについて、文書や検証物に関しては、コピーや写真などの利用によりある程度までの代替が可能であり、また一庁での取り調べ後に他庁へ回送することにより、並行的な取り調べが可能である。したがって、重複的な審理による不経済や訴訟遅延などの問題が生じる危険が高いのは、主として人証たる証人および鑑定人である。また、同一の事項について繰り返し出頭を求められ、同じことを何回も質問されることは、証人や鑑定人自身にとっても迷惑なことであり、訴訟法上の強力な義務規定と制裁規定を考えれば、これらの者の人権保護の見地からも問題がある。もっとも、こうした問題を回避するための手段として、まず一庁において証人尋問または鑑定人尋問を実施し、他庁がその尋問調書を書証として利用するという手段もないではなく、実際にもサリドマイド訴訟などで実施例がみられる。[84] しかし、このような弥縫策は直接主義の精神に反することは明らかであり、他に適切な手段がない場合における第二次的な手段と考えるべきである。これに対し、共通する争点や証拠方法などに関して合同審理が認められれば、人証の取り調べについても審理の無用な重複を避けることができ、しかも個々の受訴裁判所が直接に人証の取り調べを行うことができる。このように、合同審理のメリットとして審理の効率と直接主義の調和を挙げることができる。

合同審理のもうひとつのメリットは、当事者の手続権の保障である。たとえば、薬害事件のような大量被害者

不法行為訴訟（mass tort litigation）を例にとって考えてみよう。このような訴訟では、いわゆる総論的争点（たとえば被告の過失の有無など）は全原告に共通であるが、各論的争点（たとえば原告の損害の額など）は原告ごとに異なっている。そこで、まず原告側の利害であるが、総論的争点については、個人のレベルでは十分な対応をすることが困難な専門的争点を含むことが多く、たとえ一部の原告にとって遠隔地の裁判所に出頭する必要が生じようと、全原告が共同して同一裁判所で審理を受けることが望ましいことが多い。しかし、ひとたび各論的争点の審理に移行した後は、全ての原告が特定の裁判所に一堂に会する必要性は乏しく、証拠方法にしても個々の原告の住所地近辺に存在することが多い。したがって、かりに総論的争点については特定の裁判所で合同審理を行い、各論的争点については個々の原告の住所地を管轄する裁判所で個別審理を行うことができるとすれば、原告にとっての便宜は大きい。次に、被告側の利害であるが、共同訴訟の形のままで各論的争点の審理がなされる場合、個々の争点ごとに個別的な防御活動をきめ細かく行うことは必ずしも容易ではない。たとえば、原告の数が多数に上る公害薬害訴訟や労働災害訴訟などを考えてみると、いかに損害額などの各論的争点を争うためとはいえ、被告が個々の原告ごとにそれぞれ異なった証人を立て、あるいは原告側の証人に対して異なった内容の反対尋問を行うことは実務的に困難である。それどころか、その是非に関する議論は別として、こうした訴訟では原告側からいわゆる包括請求や一律請求などがなされることが多く、[85] これらが部分的にせよ裁判所によって認められる場合には、被告側の個々の原告に対する防御権は集団の中に拡散して希薄化してしまう可能性が高い。したがって、被告にとっても、総論的争点に関しては原告全員を相手に一括して、各論的争点については個々の原告を個別に相手にして、メリハリをつけて防御活動を展開できる方が望ましい場合がある。[86] このように、合同審理という審理手段を局面に応じて正しく利用すれば、原被告双方の手続権の保障に資するものと思われる。

3　合同審理の実施方法

次に、合同審理の具体的な実施方法を検討するが、合同争点整理や合同弁論の場合はあまり複雑な問題を生じないし、合同審理の中でかりに実施されれば実質的に大きな意味を持つのは何といっても合同証拠調べであるから、ここでは合同証拠調べを主として念頭におきながら考えてみたい。

(1)　合同審理の基本的コンセプト

松野＝石垣は、合同証拠調べを行うとした場合の実施方法について、次のように述べている。「同種事件が甲、乙、丙の三庁に係属した場合甲庁が共通証人等を尋問する際、乙、丙庁の担当裁判官も同時に法壇上に並んでその証拠調に立ち会い、先ず甲庁主宰のもとに共通争点（甲庁固有の争点があればその点も）につき証人等の尋問を施行した後、順次乙、丙庁主宰のもとに共通争点についての補充的尋問（乙、丙庁固有の争点があればその点も）を施行し、尋問結果は、自庁主宰下に行われた部分については証言（又は鑑定人の意見陳述）として扱い、他庁の主宰下に行われた部分については主宰庁の尋問調書を書証として当事者に提出させることによってこれを利用する……。右の例でいえば、甲庁主宰のもとで行われた尋問部分は、甲庁の関係では証言等として扱われるが、乙、丙庁関係では甲庁の尋問調書が書証として提出され、以下主宰庁が交代すればこの関係もそれに応じて変わることになる。…（中略）…そして、各庁所属の書記官、速記官については相互に兼務発令をして順次交代で立ち会わせ、また、係属庁により代理人を異にする場合には相互に復委任し出頭代理人全員がどの庁主宰のもとに手続が行われても、訴訟活動をなし得るようにしておく」[87]。

ここで述べられている実施方法は、かりに三庁の裁判官が揃って法壇上に着席していても、主宰庁以外の裁判官は訴訟法的には傍聴人でしかないとみなす考えである。このような実施方法は、一方で現行法の枠内における

適法性の問題を容易にクリアするが、他方で本格的な合同証拠調べとは別個の技術的な問題を派生させる。具体的には、主宰庁以外の裁判官はあくまでも傍聴人にすぎないとすれば、これらの者が法壇上に着席することは妥当か、また法服を着用することは妥当なのかという、技術的といえばあまりに技術的であるが、実務では神経質にならざるを得ない問題である。こうした問題につき、松野＝石垣は、「もし壇上着席が相当でないとすれば、主宰庁が証拠調施行中他庁裁判官は傍聴席に着席し、自庁主宰の際に交代して壇上に着席するということになろう。また、全裁判官が壇上に着席する場合も各庁ごとに順次横列か縦列かの問題もある。合同証拠調が違法でないとすれば、この点につきどの方法を選ぶかは各庁間の協議により決めれば足りるわけであるが、主宰庁以外の裁判官は設備が許す限り壇上でかつ主宰庁着席位置からやや後方にでも特別席を設けるのが妥当というべきか。」[88]、「甲庁の口頭弁論期日に乙、丙庁が証拠調を施行する場合、通常であれば乙、丙庁の関係では期日外証拠調となるから同庁裁判官は法服を着用しない。しかし、甲庁裁判官は法服を着用しているのであるから、同時に証拠調を施行する裁判官の服装の不揃いというのも体裁がよくない。乙、丙庁裁判官も法服を着用した方がよいのではないか。」[89]と、きわめて歯切れの悪い見解を述べている。

しかし、翻って考えてみるに、なぜ手続を実際に主宰している庁以外の裁判官は傍聴人として扱わなければならないのかが問われるべきである。想像するに、そこには、およそ直接審理とは手続主宰者として具体的な訴訟指揮を行うことであり、陪席して傍聴するだけの直接審理というものはありえないとする考えがあるのであろう。しかし、訴訟指揮はあくまでも本案の審理と判断を適正に行うための手段的な行為にすぎず、他庁と自庁の間で訴訟指揮上の見解の対立がない場合には、他庁の裁判官の訴訟指揮を同時に自庁の委任下にあるものとみなして不都合はないのではないか。また、かりに主宰庁以外の裁判官を傍聴人とみなすとする見解をとったとしても、証人等の尋問結果を証拠採用するには尋問調書を書証として採用するよりほかに道がないと断定するのは早計で

あろう。たとえば、甲庁を主宰庁として証人等の尋問を行う場合に、乙庁と丙庁は甲庁の裁判官を自庁の受託裁判官として任命しておくことにより、尋問結果を証言等として直接的に採用することが考えられる（民訴法二七九条二号、三〇一条）[90]。しかし、現実に、乙庁と丙庁の裁判官が審理に参加しているのに、このような司法共助の規定を技巧的に用いることはかえって不自然である。むしろ、端的に、主宰庁以外の庁も合同審理に参加することにより自ら審理を行うものと解する。

(2) 実施上の技術的な問題

アメリカでは、連邦司法センター（Federal Judicial Center）から出版されている「複雑訴訟マニュアル」の中に、複雑訴訟を処理する効果的な手段のひとつとして合同審理の活用が説かれているが[91]、その具体的な実施にともなう技術的な問題はほとんど言及されていない。ただ、同書第三版作成当時に同センターの所長であったシュワルツァー連邦判事（カリフォルニア北地区連邦地方裁判所）が、連邦裁判所と州裁判所の協調行動に関して共著者とともに執筆した論文（以下、「シュワルツァー」と略称する）があり[92]、合同審理の実施にともなう技術的な問題を、実際に合同審理を行った裁判官へのインタビュー結果などを交えながら[93]、かなり詳細に検討している。また、わが国では、前出の松野＝石垣が、わずかながらこの問題を扱っているのみである。そこで、以下ではこれらの文献を主として参考にしながら、合同審理の実施にともなう技術的な問題を簡単に検討することにする。

まず、最初に否応なく直面する問題は、いずれの庁舎を使用して審理を行うかという問題である。これにつき、シュワルツァーは、一方の庁舎のみを使用することは、他方の事件の関係者に不公平感を抱かせるので、それぞれの庁舎を平等に用いるべきであるとする[94]。同論文は、連邦裁判所と州裁判所の間という異種司法制度間（inter-system）の合同審理を論じているため、一方の手続を他方よりも優先したという印象を与えないようにかなり神

経質になっている。わが国では、これと異なり同一司法制度の枠内における合同審理であるため事情は異なるが、やはり公平性を確保することが重要であることに変わりはなく、可能な限り一方の庁舎に偏らないように工夫すべきであろう。松野＝石垣は、直接この問題には言及していないが、これに関連する問題として、当事者から法廷外施設の利用要求が出ても、法廷警察権や訴訟指揮の行使が困難になるため、これに応じることには慎重であるべきであるとしている。[95]

次に、一方の庁舎において合同審理を行う場合、他庁の書記官や速記官などの職員をどのような形で審理に立ち会わせるかという問題がある。これにつき、松野＝石垣は、「各庁所属の書記官、速記官については相互に兼務発令をして順次交代で立ち会わせ」るべきであるとする。[96] これに対し、シュワルツァーは、あえて特定の方法を推奨することはせず、いくつかの実例を紹介するにとどめている。[97] たとえば、Beverly Hills Supper Club 事件[98]では、両裁判所から選ばれた職員の代表者を常に同時に審理に立ち会わせるという方式がとられた。また、L'Ambiance Plaza 事件[99]では、州裁判所で審理を行うときは州裁判所の職員を、連邦裁判所で審理を行うときは連邦裁判所の職員を立ち会わせるという方式をとっている。それぞれに一長一短があり、いずれを採用するかは具体的な事件の個性に応じて考えるべきであろう。

訴訟指揮の方針に関する共通性をいかに確保するかは、合同審理においてとくに重要な問題である。松野＝石垣は、以下のようにいう。「各庁の訴訟指揮権の行使にも共通性が存することが望ましい。甲庁主宰下では排斥された尋問方法に対する異議が乙庁主宰下では認められるということは相当でない。全く同じ異議が繰り返された場合はもちろん類似の異議で甲庁主宰下では排斥が予想されるのに乙庁主宰下では認められるというのでは、実質上証言等を直接に聴取することにより心証を形成しようとする手続において、自己が主宰すれば違法又は不相当として排斥されているはずの尋問が行なわれ、それに対する供述が心証に影響を与えることも全くあり得な

いことではない。そして、何よりも対外的に各庁の態度が余りに不統一であることを示すことは好ましくない。もしこの方式（合同証拠調べ—筆者注）を実施するのであれば、訴訟指揮権の行使につき各庁間で協議し予想し得る事態を想定して可能な限り統一した態度で臨むべきであろう。[100]」。しかし、事前に予想しうる事態を想定して統一見解を作っておくといっても、起こりうる全ての事態を予想しておくことは不可能である。松野＝石垣は、主宰庁以外の裁判官は傍聴人であるとの建て前をとるため、審理中の各庁間の協議は困難であると考えるのであろうが、このような点にも右の見解の不自由さが露呈してくる。これに対し、アメリカでは、合同審理は全ての庁が併行的に審理を行うものと考えるので、各庁は完全に対等の立場で協力しながら訴訟指揮を行うことになる。[101]この場合、審理中に訴訟指揮に関して疑義が生じれば、各庁間でなるべく頻繁に協議を行うことが推奨される。ほとんどの事件では、両庁の裁判官は壇上で小声で協議を行うことが普通であるが、L'Ambiance Plaza 事件では両庁の裁判官は必要に応じてしばしば裁判官室に退き協議を行ったとされる。ただし、Ohio asbestos 事件[102]や Brooklyn Navy Yard 事件[103]のように、原則として主宰庁の裁判官に訴訟指揮が委ねられ、他庁の裁判官は必要に応じて意見を述べるにとどめたとされる例もある。

右のように、審理前および審理中に十分な協議を行ったとしても、訴訟指揮に関して各庁の裁判官の間で最終的に見解の統一に達しない場合も、当然ながらありうることである。たとえば、Brooklyn Navy Yard 事件では、略式判決の申立（summary judgment motion）にどう対応するかについて、しばしば両庁の裁判官の間で意見の相違が生じたとされる。また、最近の Exxon-Valdez 事件[104]でも、クラスアクションの許可を与えるかどうかについて連邦裁判所と州裁判所の間で合同審理が行われたが、両庁の裁判官の間で意見が異なったことが伝えられている。このような場合の処理であるが、合同審理はあくまでも同一手続において各庁が併行的に審理を行っているにすぎないので、訴訟指揮に関する意見調整がどうしても整わないときは、各庁ごとに独自の判断で別

個の訴訟指揮や手続上の決定を行うしかない。右のBrooklyn Navy Yard事件やExxon-Valdez事件においても、最終的には両庁がそれぞれ自らの事件について独自の決定を下したが、こうした処理は一般に容認されている[105]。事前に各庁の間で見解の統一が図れないことが予想されるときは、合同審理の実施そのものを見合わせるべきである。しかし、結果として各庁で異なる処理をせざるをえなくなった場合でも、合同審理の試みが全く無駄に終わるわけではない。シュワルツァーは、こうした場合に得られるメリットとして、それなりの訴訟経済上の効果があること、各庁間で互いの経験や知見を交換できること、将来の協調関係を促進する糧となることなどを挙げている。また、Brooklyn Navy Yard事件やExxon-Valdez事件に関与した裁判官に対して行ったインタビューにより、いずれの裁判官からも訴訟指揮上の不一致にもかかわらず合同審理を実施したことを後悔していないとする答えを得たという[106]。

(3) 他の集団訴訟処理手段との長短

集団訴訟処理のための手法のひとつとして、新潟水俣病訴訟で採用されたいわゆるピックアップ訴訟がある[107]。この手法は、係属する関連事件の一部を分離して先行訴訟として手続を進行させ、この手続において全事件に共通する総論的争点について証拠調べを行い、証拠調べが終わった段階で全部の事件を併合して一括して判決を行うというものである。併合前になされた証拠調べの結果は、併合後の全ての事件において、当初の証拠調べと同一の性質のまま証拠資料となるとされている。したがって、これにより総論的争点について審理の重複や判断の矛盾を避けることが可能となり、ここにピックアップ訴訟の大きなメリットがある。これに対し、ピックアップ訴訟の問題点ないしデメリットとして、以下を挙げることができる。第一に、先行訴訟以外の訴訟の当事者は、総論的争点の審理に参加することができない。もちろん、ピックアップ訴訟が行われる場合には全当事者の同意

を得ることが不可欠の前提であるし、先行訴訟の当事者や代理人は他の訴訟の当事者の利害をも代表して法廷活動を行うであろうが、それでも直接主義の要請という観点からは一歩後退の感を否めない。第二に、当事者の攻撃防御権の確保という点を考えると、場合によっては併合前に行われた証人などの再尋問を併合後に行う必要があり、総論的争点の審理が蒸し返される可能性を完全には否定できない。この点につき、小島教授は、再尋問の余地は原則として被告側には認められず、原告側についてのみこれを認めれば足りるので、被告の有責性が肯定された場合には、実際上証拠調べを部分的にせよ再施する必要は存しないことになるとされる。[108] しかし、総論的争点に関して被告の有責性が肯定されたかどうかは、中間判決でもなされない限り審理の途中では明らかにされないから、原告側のみの再尋問を認めて被告側の再尋問の要請を拒否することは、現実の訴訟においては困難であろう。第三に、ピックアップ訴訟の場合は、各論的争点の審理は併合後の手続で行われるので、全ての当事者が同一の裁判所に出頭する必要がある。この点は、新潟水俣病訴訟のように事件の発生が地域的に限定されている場合には深刻な問題とはならないが、被害者が全国に散在する事件の場合には重要な意味を持つことになる。個々の原告としては、各論的争点の審理は出頭が容易な地元の裁判所で行う方が便宜であるし、重要な証拠方法についても原告の居住地の近くに存在することが多い。また、集団訴訟における被告は大企業や国などが通常であるが、これらの当事者は各地方に営業所や出先機関などを有することが多いので、被告側の応訴の便宜に格別の支障はきたさない場合が通常である。このように、ピックアップ訴訟の優劣は、紛争の地域的広がりの大小によって左右される。

集団訴訟を処理するもうひとつの有力な手法はモデル訴訟である。この手法は、関連事件のうちの一部をモデルケースとするという内容の訴訟上の合意を結び、総論的争点については全ての当事者がモデルケースの結果に拘束されるものとする。そして、モデルケースとして選定された事件についてまず事実審理が行われ、他の事件

については訴訟の進行を停止する。先行するモデルケースにおいて、総論的争点に関する原告の立証が成功して被告の責任を認める原因判決が下されると、被告は他の原告との関係でも以後は総論的争点を争うことができなくなる。反対に、モデルケースにおいて原告が総論的争点の立証に失敗した場合には、原告敗訴の終局判決が下されることになり、他の原告も被告の責任を追及することができなくなる。このモデル訴訟の場合には、ピックアップ訴訟において指摘した問題点のうち、第二と第三の問題点を回避することができるというメリットがある。すなわち、モデル訴訟では全当事者がモデルケースに拘束されることを合意しているので、モデルケース以外の事件において再尋問を認める余地はないし、手続を併合しないでも総論的争点の審理結果を他の事件に及ぼすことができるので、各原告の地元の裁判所で各論的争点の審理を行うことができる。このようなメリットに対し、モデル訴訟の最大の問題点は、やはり直接主義の要請との関係である。たしかに、全ての当事者がモデル訴訟の結果に拘束されることを合意しているため、形式的には問題がない。しかし、実際のモデルケースの審理経過によっては、合意の際に予期しなかった展開をたどることも考えられ、そうした場合にモデルケース以外の訴訟の当事者の手続的権利を適切に保護する手段が存在しない。もちろん、モデル訴訟が馴合訴訟などであった場合には、合意の合理的意思解釈としてモデル訴訟の結果に拘束されないとすることが可能であろうが[109]、馴合訴訟とまではいえない場合や馴合訴訟の立証が困難な場合も少なくないであろう。

これらに対し、総論的争点については特定の裁判所で集中して全当事者による合同審理を行い、各論的争点については個々の原告の地元の裁判所で個別訴訟を行うことが認められれば、右に指摘した問題点はいずれも生じる余地がない。これは、審理ユニットを総論的争点と各論的争点で分離してパッケージすることからもたらされるメリットである。すなわち、もともと集団訴訟のジレンマは、総論的争点においては審理ユニットの拡大要請が働き、各論的争点については縮小要請が働くという二律背反的な状況に帰因するものであった。合同審理は、

拡大要請が働く争点と縮小要請が働く争点を別個の審理ユニットにするという手法であるから、ジレンマの解決策としては最も直截的な手法であるということになる。これまで、多数当事者訴訟の審理ユニットは当事者数のみを唯一の単位とし、争点を審理ユニットの単位とするという発想はほとんど顧みられることがなかった。しかし、現代の複雑な民事紛争に効率的かつ適正に対処していくためには、審理ユニットの単位に関する柔軟な思考が必要になってこよう。合同審理の勧めは、そのためのひとつの試論として検討に値するものと解する。

ただし、いうまでもなく、合同審理にもそれなりの限界があることは、十分に自覚しておく必要がある。第一に、合同審理を実施するには、問題となる多数当事者紛争に関与する裁判所、当事者、代理人などすべての関係者の理解と協力が必要であり、これを欠くような状況下にある場合には合同審理の実施は事実上不可能である。たとえば、Exxon-Valdez 事件では、アラスカにおいては大きな州と違って連邦裁判所と州裁判所の間に摩擦が存在しないことが成功の要因であったとされるし、L'Ambiance Plaza 事件でも、コネティカット法曹界における親密で友好的な雰囲気が合同審理を可能にしたとされる[110]。また、松野＝石垣も、「原告団、代理人団の間に対立関係があれば実施は不可能である[111]」とする。第二に、各裁判所の間の地理的な距離が離れれば離れるほど、当事者や証人の出頭負担や証拠収集の負担などが増大し、これに比例して合同審理の実施が困難となることは避けられない。たとえば、Brooklyn Navy Yard 事件において、連邦地方裁判所に提起されたすべてのアスベスト訴訟を併合する際、東地区と南地区の調整はうまくいったのに対し西地区と北地区については失敗したが、これは前者がニューヨーク市内に庁舎を有するのに対し後者が距離的に遠かったことが主因とされている[112]。第三に、弁論主義が適用される通常民事訴訟と職権探知主義が適用される人事訴訟や行政訴訟など、異なった手続原理が適用される複数訴訟の間で合同審理を実施することは望ましくない。もちろん、理論的には、このような場合でも当事者ごとに手続法を使い分けることは可能であるが、あえて合同審理を実施してもいたずらに審理を混乱さ

せるのみで益はないであろう。

(1) 本稿では、「多数当事者紛争」という言葉を、二人以上の人間の利害がかかわる紛争という最も緩やかな意味で使う。他の論者も類似の意味で用いることが多い。たとえば、伊藤真・民事訴訟の当事者一〇二頁（弘文堂、一九七八）は、「多数の人間の利害がある共通の問題にかかわっているという性格を持つ紛争」という定義の下にこの言葉を用い、谷口安平教授は「多数当事者紛争とデュープロセス」論叢七八巻五号一頁以下において、多数人間の紛争という意味でこの言葉を使っている。

(2) たとえば、中野貞一郎ほか・民事訴訟法講義［第三版］五七三頁〔井上治典執筆〕（有斐閣・一九九五）。

(3) 田尾桃二「紛争の一回的一挙的解決ということについて—学説と実務の視点から—」民訴雑誌四〇号三七頁（一九九四）。

(4) 倉田卓次ほか「民訴改正『要綱試案』の検討1」判タ八七〇号三五頁〔倉田卓次発言〕（一九九五）。

(5) 東孝行「多数当事者訴訟をめぐる実務上の諸問題」ジュリ五二五号六〇頁（一九七三）。

(6) 谷口安平「多数当事者訴訟について考える」法教八六巻一五頁（一九八七）。

(7) Richard D. Freer, *Avoiding Duplicative Litigation: Rethinking Plaintiff Autonomy and the Court's Role in Defining the Litigative Unit*, 50 U. PITT. L. REV. 809, 814 (1989).

(8) William W Schwarzer, *Structuring Multiclaim Litigation: Should Rule 23 Be Revised?*, 94 MICH. L. REV. 1250, 1253 (1996) ; Kaplan, *Continuing Work of the Civil Committee: 1966 Amendments of the Federal Rules of Civil Procedure (I)*, 81 HARV. L. REV. 356, 393 (1967) ; FED. R. CIV. P. 23 advisory committee's note (Proposed Amendments 1966) *reprinted in* 39 F.R.D. 69, 103 (1966).

(9) かつて、紛争の一回的解決の理念を引っ提げて新訴訟物理論を唱えられた三ケ月章博士本人ですら、近時の学説は紛争の一回的解決を一面的に強調しすぎるのではないかとの懸念を表明されているのは象徴的である。博士は、次のようにいう。「……紛争の一回性を貫くことこそ民事訴訟の最大の目標だといわんばかりの形で誇張・拡大されるとなると、それは再び批判さるべき一面観に堕して行くおそれがあるといわなくてはならない。そしてこうした方向

での誇張は、紛争の一回的解決の要請を強調してきた私からみてさえ、最近のわが国の民事訴訟理論の動きの中にかなりはっきりと看取されるのは事実である。」。三ケ月章「紛争解決の一回性と再施可能性」民事訴訟法研究八巻三頁（一九八一）。右は直接的には紛争の再施可能性を論じるコンテクストで述べられたものであるが、多数当事者紛争処理に関する学説状況も意識の一端にあるのではないかと推測される。

(10) 共同訴訟をめぐる議論が「訴訟共同の必要」と「合一確定の必要」の二つの焦点を持つことは、高橋宏志「必要的共同訴訟論の試み（三・完）」法協九二巻一〇号一三二二頁（一九七五）により指摘されているし、小島武司「共同所有と訴訟共同の要否」小山昇ほか（編）『演習民事訴訟法』六九五頁注(1)（青林書院・一九八七）は、民訴法六二条が「訴訟共同の強制」と「合一的判決」の二つのテクニックを使い分けなかったことが今日の混迷を呼んでいるとする。なお、高田裕成「多数当事者紛争の『画一的解決』と『一回的解決』」民訴雑誌三五巻一八六頁（一九八九）は、これと類似の趣旨を紛争の「一回的解決」と「画一的解決」という言葉で表現している。

(11) この点につき、谷口教授は以下のようにいう。「……多数当事者紛争を一挙に解決するためには二つの方法が考えられ(ママ)れる。一は多数当事者紛争にかかわる一部の者の間で行なわれた訴訟の結果を、その訴訟で現実には当事者とならなかった者の上にも拘束力あるものとし、これによって結果的にその紛争が一挙に解決されたことにする方法である。いわゆる判決の効力の主観的範囲の拡張である。二は、この紛争にかかわる者全員を当事者として一挙に解決する方法、即ち必要的共同訴訟による方法である。これらの法技術は既に多数当事者紛争の解決策として既にある程度用いられているところである。即ち、民訴法二〇一条、七二条、破産法二五〇条、人訴法一八条、商法一〇九条などはいずれも多数人を現に、又は潜在的・可能的に巻き込んでいる紛争のうち、特に必要あるものについてその一挙的解決を右の第一の方法によって実現しようとするものと理解することができる。第二の方法としては、法律の条文はないが、いわゆる固有必要的共同訴訟理論があることは言うまでもない。」。谷口・前掲注（1）四頁。

(12) 田尾論文は、紛争の一回的解決という言葉をやや曖昧に使っているが、そこで論じられている内容をみれば、筆者がいうところの審理ユニットのサイズの問題を論じようとしていることは明らかである。また、次のような記述もある。「……裁判実務においては、前述したように、各事件の特性、事件をめぐる具体的状況に応じ、その事件の適正規模、サイズがどこにあるかを懸命に模索し、これを保つことに腐心しているのであり、かかる実務側からみると、紛争の一回的解決を過度に強調することは、あまりに一面的、短絡的であり、理想主義的、楽観的にすぎるとの感は

免れないのであり……」田尾・前掲注（3）四〇頁。

（13）谷口安平「共同所有関係と必要的共同訴訟」民事訴訟法の争点（新版）一三〇頁（ジュリスト増刊・一九八八）。

（14）中村英郎「必要的共同訴訟」鈴木忠一＝三ケ月章（監）・新実務民事訴訟講座三巻七頁（日本評論社・一九八二）、谷口安平「共同訴訟」小室直人（編）・判例演習講座民事訴訟法五五頁（世界思想社・一九七三）など参照。

（15）*See* FED. R. CIV. P. 19.

（16）五十部豊久「必要的共同訴訟と二つの訴訟類型」民訴雑誌一二号一六五頁（一九六六）、小島武司・訴訟制度改革の理論一一七頁（弘文堂・一九七七）など。

（17）田尾・前掲注（3）四二頁以下。

（18）東孝行「公害訴訟の手続法上の諸問題」判タ二七一号一六頁（一九七二）、同「多数当事者訴訟をめぐる実務上の諸問題」ジュリ五二五号六〇頁（一九七三）。

（19）最判昭和四一年四月一二日民集二〇巻四号五六〇頁。

（20）サリドマイド訴訟常任弁護団「サリドマイド訴訟の意義―その経過と和解内容の評価」ジュリ五七七号五三頁〔秋山幹男〕（一九七四）。

（21）小島武司「『公共訴訟』の理論」民訴雑誌二三号一頁（一九七七）、同・訴訟制度改革の理論・前掲注（16）一三〇頁以下、同・民事訴訟の基礎法理一六三頁以下（有斐閣・一九八八）など。

（22）片面的独立当事者参加の可否の問題は、平成八年改正民訴法四七条一項によって認められることとなり、立法的な解決をみた。これが、独立当事者参加訴訟の解釈論における過剰な三面訴訟ドグマの解消を促す触媒となる可能性に期待したい。

（23）Roger H. Trangsrud, *Joinder Alternative in Mass Tort Litigation*, 70 CORNELL L. REV. 779, 779-780 (1985).

（24）*See* Comment, *Procedural Devices for Simplifying Litigation Stemming from A Mass Tort*, 63 YALE L. J. 493 (1954) ; Note, *Bills of Peace with Multiple Parties*, 45 HARV. L. REV. 1297 (1932).

（25）*See* Yeazell, *Group Litigation and Social Context: Toward a History of the Class Action*, 77 COLUM. L. REV. 866, 888 (1977).

(26) Trangsrud, *supra* note (23), at 819.

(27) *See e. g.*, Cumberland Tel. & Tel. Co. v. Williamson, 101 Miss. 1, 14, 57 So. 559, 562 (1912). 不法行為事件における個々の原告は、他の原告の訴訟により拘束や束縛を被ることなく、自己の請求について審理を受ける権利を有すると判示した。

(28) *See* FED. R. CIV. P. 23 (b)(3)(a).

(29) *See e. g.*, *In re* Asbestos School Litig., 40 Fed. R. Serv. 2d 8, 19 (E. D. Pa. 1984) ; Bentkowski v. Marfuerza Compania Maritima, S. A., 70 F. R. D. 401, 404 (E. D. Pa. 1976) ; American Trading & Prod. Corp. v. Fishbach & Moore, Inc., 47 F. R. D. 155, 158 (N. D. Ill. 1969)

(30) *See e. g.*, Daye v. Pennsylvania, 344 F. Supp. 1337, 1342-43 (E. D. Pa. 1972), *aff'd on other grounds*, 483 F. 2d 294 (3d Cir. 1973), *cert. denied*, 416 U. S. 946 (1974) ; Hobbs v. Northeast Airlines, 50 F. R. D. 76, 79 (E. D. Pa. 1970).

(31) 独立当事者参加訴訟における三面訴訟性は、後に述べるようにせいぜいが擬似的三面訴訟性にすぎないが、本稿ではこうした点には深入りすることなく「三面訴訟」の語を用いることとする。

(32) 本稿でいう二面訴訟は二当事者対立型構造を持つ訴訟のことであり、厳密には双方当事者が単数であるいわば「単純二面訴訟」と一方または双方当事者が複数である「複数二面訴訟」があるが、本稿ではこうした点には深入りすることなく「二面訴訟」の語を用いることとする。

(33) 新堂教授は、独立当事者参加訴訟の処理に関する判例の姿勢につき、「いったん七一条の訴訟形態が確立すると、一方で、当事者双方を相手にしない参加の場合はすべて、合一確定を考えなくてよいとする反面、ひとたび両当事者を相手にした参加形式をとったときは、とことん六二条の準用による「合一確定」の要求を貫徹するという二分路線を突走ることになる」と述べ、民事訴訟法の判例法には「モデルの一人あるき」ともいうべきモデル志向の習性があるという指摘をしている。新堂幸司「民事訴訟法をめぐる学説と判例の交錯」鈴木忠一＝三ケ月章（監）・新実務民事訴訟講座一巻三二頁（日本評論社・一九八一）。

(34) 中野貞一郎「独立当事者参加訴訟における二当事者の和解」判タ八〇二号二三頁（一九九三）〔同・民事訴訟法の論点Ⅰ所収、一八一頁（判例タイムズ社・一九九四）（以下、本書の頁数で引用する）〕。

(35) 最大判昭和四二・九・二七民集二一巻七号一九二七頁。
(36) 二当事者間の和解の可否について明示的に述べている文献は少ないが、文脈からして当然に請求の認諾や自白と同列に、不可と解することが明白なものがほとんどである。菊井維大＝村松俊夫・全訂民事訴訟法Ⅰ四〇一頁（日本評論社・追補版・一九八四）、上田徹一郎・民事訴訟法四九四頁（法学書院・一九八八）、兼子一・民事訴訟法体系四一八頁（酒井書店・増補版・一九六五）、小山昇・民事訴訟法五〇二頁（青林書院・五訂版・一九八九）など。
(37) 菊井＝村松・前掲注(36)四〇一頁参照。
(38) 永井裕之「判批」判タ八二一号二〇八頁（一九九三）参照。
(39) 判タ三三二号二八五頁。
(40) 斎藤秀夫ほか編・注解民事訴訟法(2)二六八頁〔小室直人＝東孝行〕（第一法規・第二版・一九九一）。
(41) 上田徹一郎＝井上治典編・注釈民事訴訟法(2)二一八頁〔河野正憲〕（有斐閣・一九九二）。
(42) 判タ四一九号一一二頁。
(43) 判時一四一三号六二頁。
(44) 井上治典「独立当事者参加論の位相」甲南法学一七巻二・三号一三四頁以下（一九七七）〔同・多数当事者訴訟の法理所収、二八四頁以下（弘文堂・一九八一）（以下、「井上・法理」と略称し、本書の頁数で引用する）〕、同「独立当事者参加」鈴木忠一＝三ケ月章（監）・新実務民事訴訟講座三巻五九頁以下（日本評論社・一九八二）、中野貞一郎ほか・民事訴訟法講義六一六頁〔井上治典〕（有斐閣・第三版・一九九五）。
(45) 井上・法理・前掲注(44)二八五頁。
(46) 井上・法理・前掲注(44)二八五頁。
(47) 兼子一ほか・条解民事訴訟法二〇四頁〔新堂幸司〕（弘文堂・一九八六）。
(48) 中野・前掲注(34)一七八頁。
(49) 奈良次郎「続独立当事者参加訴訟（四）―裁判例を中心として―」判例評論二四五号一四一頁以下注(1)（一九七九）。
(50) 中野・前掲注(34)一七九頁。
(51) 中野・前掲注(34)一八四頁。

(52) 中野・前掲注（34）一八五頁。
(53) 中野・前掲注（34）一八六頁。
(54) 判時三一八号二五頁。
(55) 中野・前掲注（34）一八七頁。
(56) たとえば、河野正憲教授は、「独立当事者参加の際に本訴の当事者に課せられた制約は、もっぱら参加されたこと、したがって本訴の訴訟物に内在するものではなく、参加人が参加によって実現しようとする目的にその基礎があるのだから、参加を許した以上はこの参加人の意思を全く無視した参加の解消には問題がある。……（中略）……また、訴訟上の和解も参加人を度外視し、本訴当事者のみでなすことはできないというべきであろう」とする。上田徹一郎＝井上治典（編）・注釈民事訴訟法二巻二一八頁〔河野正憲〕（有斐閣・一九九二）。しかし、このような論法によれば、参加人を含む二当事者間の和解は許されることにならざるをえないし、そうであるとすればなぜ参加人の意思のみが別格に尊重されなければならないのかが問われることになる。
(57) それ以外にも、裁判所が二当事者間の和解を有効と認めたことや（ただし、独立当事者参加訴訟の構造について三面訴訟説を表明した最大判昭和四二年九月二七日以前であることに注意）、本訴当事者間ではなく原告と参加人との間で和解がなされていることなども珍しい。
(58) 中野・前掲注（34）二五頁以下のほか、永井・前掲注（38）二〇九頁など。
(59) 中野・前掲注（34）二四頁。
(60) 谷口安平・口述民事訴訟法二九八頁（成文堂・一九八七）。
(61) 中野・前掲注（34）二六頁注(1)。
(62) 独立当事者参加訴訟における三当事者全員の和解と対比しうるのは、航空機事故や薬害事件のような多数被害者不法行為訴訟（mass tort litigation）における関係者全員による和解である。後者の場合も、損害額の算定要素が当事者ごとに異なるために全員による和解は必ずしも容易ではないが、不法行為原因の事実関係という最大の争点が共通であるため、当事者数の圧倒的に少ない独立当事者参加訴訟の場合に比べて、かえって全員あるいは一部の者の間で足並みをそろえた和解が容易である場合がありうるであろう。
(63) 会社関係訴訟における対世効については、会社設立無効の訴え（商一三六条・四二八条・有七五条一項）、設立

取消しの訴え（商一四〇条・有七五条一項）、合併無効の訴え（商一〇四条～一一一条・四一六条一項・四一五条・有六三条一項）、資本減少無効の訴え（商三八〇条・有五八条一項）、新株発行無効の訴え（商二八〇条ノ一五）、株主総会決議取消しの訴え（商二四七条）、株主総会決議無効の訴え（商二五二条）、株主総会決議不存在の訴え（商二五二条）などについて、商法一〇九条一項およびその準用など。また、人事訴訟や境界確定訴訟においても、一般に和解はできないとされている。竹下守夫＝伊藤眞（編）・注釈民事訴訟法三巻二三三頁〔伊藤博〕（有斐閣・一九九三）など。

(64) たとえば、大判昭和一二・四・一六民集一六巻四六三頁。また、最判昭和四二・二・二三民集二一巻一号一六九頁も、利害関係において類似の事件である。

(65) 証明効に関して要領よく整理した文献として、奈良次郎「判決効をめぐる最近の理論と実務」鈴木忠一＝三ケ月章（監）・新実務民事訴訟講座二巻三〇八頁以下（日本評論社・一九八一）参照。

(66) 通説については、前掲注（36）に掲記の各文献参照。また、下級審裁判例としては、新潟地判昭和三八年七月九日下民集一四巻七号一三五四頁、東京地判昭和三五年六月一三日下民集一一巻六号一三〇六頁、広島高岡山支判昭和三三年一〇月一七日下民集九巻一〇号二一一二五頁など、いずれも二当事者間の認諾を無効とする。請求の放棄の可否については、公刊されている裁判例の中でこれを直接的に判断したものは見当たらない。

(67) 井上・法理・前掲注（44）二八五頁。

(68) 兼子ほか・前掲注（47）二〇四頁。

(69) 奈良・前掲注（49）一四三頁注(1)。

(70) 学説の中には、たとえ被告および参加人の同意を得た場合でも本訴原告が訴えの取下げを行うことを認めず、このような場合は訴訟脱退として取り扱うべきであるとする見解もみられないではない。下出義明「民訴七一条の参加と脱退及び取下」本井巽＝賀集唱（編）・民事実務ノート二巻一七五頁（判例タイムズ社・復刻版・一九八七）。しかし、今日では、この見解に従う裁判例・学説は見当たらない。

(71) 同意不要説に立つことを明言するものとして、花村次郎「判批」判例評論三二六号四五頁。また、同意の必要性について疑問を呈するものとして、中野貞一郎ほか（編）・民事訴訟法講義六一八頁〔井上治典〕（有斐閣・第三版・一九九五）。

(72) 学説の分布については、奈良次郎「続独立当事者参加訴訟（五）―裁判例を中心として―」判例評論二四六号一三二頁以下（一九七九）および花村・前掲注（71）を参照。

(73) 大阪高判昭和五九年一二月二一日判タ五四九号一八六頁、大阪地判昭和三八年六月一五日下民集一四巻六号一一三六頁。

(74) 千葉地判昭和五五年四月二三日判時九九〇号二二九頁、大阪高判昭和四一年一二月二二日下民集一七巻一一・一二号一三〇七頁。

(75) 判時一一六八号六六頁、判タ五六九号四九頁。

(76) 花村・前掲注（71）四九頁参照。

(77) 本稿でいう合同争点整理、合同弁論、合同証拠調べは、それぞれアメリカの議論における joint pretrial, joint hearing, joint trial にある程度まで対応するが、前提となる民事訴訟制度が大きく異なるので、完全に対応するわけではないことはいうまでもない。

(78) 淡路剛久「スモン事件の紛争解決と法（6・完）」ジュリ七二七号八九頁（一九八〇）。

(79) 松野嘉貞＝石垣君雄「集団訴訟における訴訟手続上の諸問題」司法研究報告書二九輯一号一二五頁（司法研修所・一九七八）。

(80) 司法研究報告書二九輯一号は未公刊となっており、主要大学の図書館等にもほとんど所蔵されていないので、裁判所の部外者が目にする機会はあまりないのが実状である。これが、同書の提言が学会の議論を喚起しなかったことのひとつの背景事情とも考えられる。

(81) 筆者自身は、三木浩一「重複訴訟論の再構築」法学研究六八巻一二号一七七頁（一九九五）において、重複訴訟の処理手段のひとつとして合同審理の利用を提案したことがあるが、右論文の中では必ずしも詳細な検討を加えてはいない。

(82) 竹下守夫＝伊藤真編・注釈民事訴訟法(3)一九九頁〔加藤新太郎〕（有斐閣・一九九三）。

(83) 淡路剛久「スモン事件の紛争解決と法(4)」ジュリ七一七号一一〇頁（一九八〇）。

(84) サリドマイド訴訟常任弁護団「サリドマイド訴訟の意義―その経過と和解内容の評価」ジュリ五七七号五三頁〔秋山幹男〕（一九七四）。

(85) 包括請求および一律請求については、吉田秀文「包括一律請求」吉田秀文＝塩崎勤（編）・裁判実務体系八巻〔民事交通・労働災害訴訟法〕五六九頁以下（青林書院・一九八五）、加藤新太郎「包括一律請求をめぐる諸問題」塩崎勤（編）・現代民事裁判の課題八巻八八四頁以下（新日本法規・一九八九）など参照。

(86) トラングスルド教授は以下のように述べる。「大量不法行為訴訟においては一方で効率性が追求されるが、たとえば近因のような争点を併合審理する際に、当該争点について原告の間に異なる事情が存在する場合は、裁判所は被告の実体的権利を侵害するようなことのないよう注意を払わなければならない。さもなければ、個々の原告に固有の事情に関して、証拠を提出したり証人を反対尋問するという被告の権能は完全に侵害されてしまうことになる。」Trangsrud, *supra* note (23) at 825.

(87) 松野＝石垣・前掲注（79）一一八頁。

(88) 松野＝石垣・前掲注（79）一二二頁。

(89) 松野＝石垣・前掲注（79）一二三頁。

(90) 三木・前掲注（81）一七八頁参照。

(91) FEDERAL JUDICIAL CENTER, MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION 256 (3rd ed. 1995).

(92) William W Schwarzer et al., *Judicial Federalism in Action: Coordination of Litigation in State and Federal Courts*, 78 VA. L. REV. 1689 (1992).

(93) 連邦裁判所と州裁判所の間で、プリトライアル段階における合同審理が行われた例は数多いが、トライアル段階で合同審理が行われたケースは皆無に近い。しかし、これは主としてアメリカにおける連邦制や陪審制に固有の問題に帰因するところが多く、わが国とはかなり事情を異にすることに注意する必要がある。*See* Schwarzer, *supra* note 92, at 1729.

(94) Schwarzer, *supra* note (92), at 1723.

(95) 松野＝石垣・前掲注（79）一二一頁。

(96) 松野＝石垣・前掲注（79）一一九頁。

(97) Schwarzer, *supra* note (92), at 1723.

(98) 一九七七年五月二八日、ケンタッキー州にあるナイトクラブで火災事故があり、これによって三〇〇人を超える

人が死傷した。この事故を原因として、連邦地裁および州裁判所に多くの訴訟が提起され、それぞれ特定の裁判官に集中的に係属することになった。両裁判官は、プリトライアル手続ではスケジュール調整および合同審理を行い、トライアルについては各裁判所が独立に審理を行った。

(99) 一九八七年四月二三日、コネティカット州ブリッジポートで建築中の高層ビルが崩落し、数十人が死傷する事故が起きた。この事故を原因とする訴訟のうち五件は連邦地裁に提起され、他の数十件は州裁判所に提起された。連邦地裁と州裁判所の間で事件処理を協力して行う旨の合意がなされ、合同手続によるＡＤＲ、協調的ディスカヴァリおよびプリトライアル手続の合同審理などが実施された。

(100) 松野＝石垣・前掲注（79）一二〇頁。

(101) Schwarzer, *supra* note (92), at 1723-24.

(102) 一九八〇年代に急増したオハイオ州内のアスベスト訴訟を効率的に処理するために、オハイオ北地区連邦地裁のランブロス判事と州裁判所のマクモナグル判事は連邦と州の間での事件処理の調整を決意し、まず連邦の約八〇件と州の約五〇件の事件をそれぞれの部に集中したうえで、州裁判所が連邦裁判所のケース・マネジメント・プランを踏襲する形で両裁判所の手続運営を調整することを合意し、これに即して訴訟上の和解やプリトライアル手続について合同審理を実施した。

(103) 一九八〇年代後半に、ニューヨーク州管轄区域内の連邦地裁および州裁判所に対して、五〇〇〇件を超えるアスベスト訴訟が提起された。ニューヨーク東地区および南地区の連邦地裁に提起された訴訟はすべてシフトン判事の部に併合され、ニューヨーク市内の五つのカウンティにある州裁判所に提起された訴訟はすべてフリードマン判事の部に併合された。両判事は、それぞれの裁判所に係属する事件を協調的に処理することを合意し、プリトライアルの異議申立に対する裁判について互いに資料を交換するなどして、並行的な手続運営と事件処理を行った。その後、連邦地裁に係属する事件はすべてウェインシュタイン判事の部に移送され、ウェインシュタイン判事とフリードマン判事によってプリトライアル手続の合同審理が行われた。

(104) 一九八九年三月二四日、タンカー Exxon-Valdez 号がアラスカ沖で座礁し、一一〇〇万ガロンの原油が流出するという事故が起きた。この事故により生じた環境汚染に基づく損害賠償などを求め、数百の訴訟が連邦地裁と州裁判所の双方に提起され、それぞれ最終的には特定の判事の下に集中的に併合された。両判事は、プリトライアル手続

の折々に合同審理を実施するなど、つとめて協調的な紛争解決を行った。

(105) Schwarzer, *supra* note (92), at 1725.

(106) Schwarzer, *supra* note (92), at 1726.

(107) 東・前掲注（18）各論文参照。

(108) 小島・前掲注（16）一三五頁。

(109) 小島・前掲注（16）一三九頁。

(110) Schwarzer, *supra* note (92), at 1742.

(111) 松野＝石垣・前掲注（79）一二〇頁。

(112) Schwarzer, *supra* note (92), at 1740.

（一九九六年一〇月稿）