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

Title	〔民集未登載最高裁民訴事例研究三二〕数人の提起する養子縁組無効の訴えにおいて共同訴訟人の一人が上告及び上告受理申立てを提起した後にされた他の共同訴訟人による上告及び上告受理申立ての適否(最高裁平成二三年二月一七日第一小法廷決定)
Sub Title	
Author	村田, 典子(Murata, Noriko) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2012
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.85, No.9 (2012. 9) ,p.73- 87
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20120928-0073

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.

〔民集未登載最高裁民訴事例研究　三二〕

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

最一小決平成二三年二月一七日最高裁判所裁判集民事二三六号六七頁、判時二一二〇号六頁

〔事実の概要〕（決定文からは事実の詳細は不明であるが、判例掲載誌によると概ね次のような事案である。）

Aの子であるX_1が、Yに対し、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、右養子縁組の無効を求める訴えを提起したところ、Aの別の子であるX_2がこれに共同訴訟参加した。

第一審（京都家判平成二〇年七月三日判例集未登載）は、右養子縁組はAの意思に基づかないものであるから無効であるとしてXらの請求を認容したが、原審（大阪高判平成二一年一月二七日判例集未登載）は、右養子縁組は、Aの縁組意思及び届出意思に基づくものであるから無効ではないとして、第一審判決を取り消し、Xらの請求を棄却した。これに対して、まず、X_1が上告及び上告受理申立てを行い、その後、X_2も上告及び上告受理申立てを行った。このX_2の上告及び上告受理申立ての適法性が問題となり、最高裁は次のように判示した。

〔決定要旨〕

上告却下、不受理

「数人の提起する養子縁組無効の訴えは、いわゆる類似必要的共同訴訟と解すべきであるところ（最高裁昭和四三年(オ)第七二三号同年一二月二〇日第二小法廷判決・裁判集民事九三号七四七頁）、記録によれば、X_2が本件上告を提起するとともに、本件上告受理の申立てをした時には、既に共同訴

訟人であるX_1が本件養子縁組無効の訴えにつき上告を提起し、上告受理の申立てをしていたことが明らかであるから、X_2の本件上告は、二重上告であり、X_2の本件上告受理の申立ては、二重上告受理の申立てであって、いずれも不適法である。」

〔評　釈〕

決定要旨反対

1　問題の所在

(1)　はじめに

養子縁組無効の訴えは、人事訴訟であり（人訴法二条三号）、その確定判決は第三者に対しても効力を有する（同二四条一項）ことから、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及ぶ場合は類似必要的共同訴訟になると解する通説[1]によると、養子縁組無効の訴えは類似必要的共同訴訟にあたることになる（最二小判昭和四三年一二月二〇日判時五四六号六九頁参照）。

本件は、二人以上の者が原告となった養子縁組無効の訴えにおいて、共同訴訟人の一人が上告及び上告受理申立てをした後になされた他の共同訴訟人による上告及び上告受理申立ての適法性が問題となった事案である。本決定は、共同訴訟人の一人が上告及び上告受理申立てをした後になされた他の共同訴訟人による上告及び上告受理申立て（以下、本決定に倣い、後行の上告を「二重上告」といい、後行の上告受理申立てを「二重上告受理申立て」という。）を不適法なものとして却下した[2]。

(2)　二重上告について

二重上告の取扱いについては、固有必要的共同訴訟や補助参加訴訟に関して、すでに最高裁の判断が示されているところである。すなわち、固有必要的共同訴訟については、共有物分割請求における共同訴訟人の一人が上告を提起した後に他の共同訴訟人が上告を提起した事案で、①最二小判昭和六〇年四月一二日集民一四四号四六一頁[3]は、後に提起された上告は二重上告にあたり不適法であるとして却下した。また、補助参加訴訟については、②最三小判平成元年三月七日集民一五六号二九五頁[4]は補助参加人が上告を提起した後に被参加人が上告を提起した事案で、③最三小判平成一四年一月二九日（LEX/DB 文献番号 28070708（判例集未登載））は被参加人が上告を提起した後に補助参加人が上告を提起した事案で、それぞれ後行の上告は二重上告であり、不適法却下すべきであると判示していた。さらに、本決定後、補助参加人が上告及び上告受理申立てをし

た後に被参加人が上告及び上告受理申立てをした事案で、④最一小決平成二三年一一月一〇日（LEX/DB文献番号25480455（判例集未登載））は、被参加人の上告及び上告受理申立ては二重上告及び二重上告受理申立てであって不適法であるとして、それぞれ却下及び不受理としている。[5]これらの判例は一貫して、すでに上告の効力が生じている者、つまりすでに上告人の地位にある者が、さらに上告を提起する行為を二重上告と呼び、それを不適法却下しているものと解される。例えば、必要的共同訴訟であれば、共同訴訟人の一人が上訴をすれば他の共同訴訟人も上訴人たる地位を有するというのが判例であり（最三小判昭和三八年三月一二日民集一七巻二号三一〇頁）[6]、そうであるとすれば、他の共同訴訟人がした後行の上訴は、すでに上訴人の地位にある者による再度の上訴であって、二重上訴として不適法になるということになろう。

本件におけるX[2]による上告は二重上告として不適法却下されていることから、本決定は、固有必要的共同訴訟及び補助参加訴訟に関する上記判例と同様に、類似必要的共同訴訟の事案においても、共同訴訟人の一部が上告したことによって他の共同訴訟人も上告人となることを前提に、他の共同訴訟人による上告は、すでに上告人の地位にある者による更なる上告（二重上告）であって不適法なものとなると考えているといえよう。そうすると検討すべきは、共同訴訟人の一部が上告した後になされた他の共同訴訟人による上告はすでに上告人の地位にある者がした上告といえるのか、また、もしかかる前提に立つとしても、すでに上告人の地位にある者が重ねて上告をすることは不適法なものとして却下されるべきか、という点である。これを検討するために、以下では、まず共同訴訟人の一部の者が上訴した場合における非上訴人の上訴審での地位を検討し、次に、共同訴訟人による上訴の可否を考えていくことにしたい。

(3) 二重上告受理申立てについて

また、本決定は、共同訴訟人の一人が上告受理申立てを行った後になされた他の共同訴訟人の上告受理申立てに関しても、上告の場合と同様、後からなされた上告受理申立ては二重上告受理の申立てであって不適法であるとして不受理決定を行っている。本決定は、特に問題とすることなく上告受理申立てについても上告の場合と同様の処理を行っているが、上告受理申立制度の構造に鑑みると、そのような処理が適切であるかどうかについて検討する余地が出てくる。このことについては、評釈の最後で触れること

にしたい。

2　共同訴訟人の一部の者が上訴した場合における非上訴人の上訴審での地位

必要的共同訴訟において共同訴訟人の一部の者のみが上訴をした場合に、自ら上訴をしなかった者は上訴審においてどのような地位に就くかをめぐっては議論がある。伝統的な見解は、必要的共同訴訟の場合は、訴訟の進行も最後まで一律でなければならないから、共同訴訟人の一人が上訴すれば、全員に対する判決の確定が遮断され、全訴訟について移審し、全員が上訴人の地位に就くと解してきた。(7)

(1)　先例

判例も古くは非上訴人も上訴人となる旨を判示しており（⑤大判明治三〇年九月二二日民録三輯八巻二三頁）、それが判例の原則的な立場であるとされてきた。そして、地方自治法旧二四二条の二第一項四号に基づく住民訴訟の事案で、⑥最二小判昭和五八年四月一日民集三七巻三号二〇一頁(8)（以下、「昭和五八年最判」という。）は、「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［現四〇条一項］）、原審としては、第一審原告ら全員を判決の名宛人として一個の終局判決をすべきところであって、第一審判決に対する控訴をした本件上告人らのみを控訴人としてされた原判決は、違法であることが明らかである」とし、破棄差戻しをした。この多数意見に対しては、木下忠良裁判官が反対意見を付しており、「共同訴訟人の一部の者が上訴すれば、それによって判決は全体として確定を遮断され、請求は上訴審に移審して、それが上訴審における審判の対象とはなるが、上訴審における訴訟追行は専ら上訴した共同訴訟人によってのみ行われるべく、自ら上訴しなかった共同訴訟人はいわば脱退して、ただ上訴審判決の効力を受ける地位にあるにとどまるものと解するのが相当である」と述べていた。昭和五八年最判の多数意見は、それまでの通説の見解に沿ったものであった。しかし、本案の結論は変わらないにもかかわらず、原判決を破棄差し戻して原審で口頭弁論を開く必要があるとする解決方法については、据わりの良さに疑問が残らないではなかった。(9) 昭和五八年最判以後、実務は、敗訴判決を受けて上訴しなかった者には訴えの取下げを勧告し、訴訟関係から完全に離脱させるように促すのが一般的取扱いとなっていた。とはいえ、取下げの手続をとることが容易ではない場合もあり、もしそのことを看

過すれば破棄差戻しの理由となることは問題視されていた。[10]

しかしながら、最高裁は、同じく住民訴訟の事案である⑦最大判平成九年四月二日民集五一巻四号一六七三頁[11]（愛媛玉串料訴訟。以下、「平成九年最判」という。）において、昭和五八年最判を変更した。平成九年最判は、原告のうちの一部の者が上告審で上告を取り下げたため、その上告取下げの効果を職権で取り上げて判断したものである。平成九年最判は、地方自治法旧二四二条の二に規定する住民訴訟は類似必要的共同訴訟にあたるとした上で、「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［現四〇条一項］）。上訴は、上訴審に対して原判決の敗訴部分の是正を求める行為であるから、類似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」と述べる。これに続けて、合一確定のためには原判決の確定を妨げられる限度で上訴が効力を生ずれば足りるものである上、住民訴訟の性質に鑑みると、「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、……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」とし、当該事案については、非上訴人は上訴人とはならないとの結論を導いている。

さらに、⑧最二小判平成一二年七月七日民集五四巻六号一七六七頁[12]（以下、「平成一二年最判」という。）は、株主代表訴訟において共同訴訟人の一部の者のみが上告を行ったという事案で、複数の株主の追行する株主代表訴訟は類似必要的共同訴訟であることを確認した上で、平成九年最判とほぼ同じ文言を用いて、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と判示した。

平成九年最判及び平成一二年最判は、住民訴訟や株主代表訴訟が提訴者各人の個別的利益ではなく、公益ないし株

主全体の利益を問題とする類型であることを強調した上で、自ら上訴しなかった共同訴訟人は上訴人とはならないとの結論を導いている。住民訴訟と株主代表訴訟では、非上訴人の地位を同様に扱いうることは、平成九年最判が出た時点ですでに予測されていたことであった[13]。他方、これらの判例は、住民訴訟や株主代表訴訟の特質を強調したものであったため、その判旨が各種の類似必要的共同訴訟に及ぶのかどうかはなお個別に考慮する必要があると指摘されていた[14]。もっとも、非上訴人の地位をどのように構成するかについては、昭和五八年最判の木下裁判官の反対意見が上訴しなかった共同訴訟人は「いわば脱退する」と表したのに対し、平成九年最判は端的に非上訴人は上訴人にはならないと述べるに止まりその法律構成が明らかでなかったことから、その意味をどのように解するかについて、なお議論の余地があるとされていた[15]。

(2) 学　説

通説は、共同訴訟人の一部の者の上訴により全共同訴訟人が当然に上訴人となると解してきた[16]。しかし、通説に対して異を唱える有力な見解が現れた[17]。この見解は、必要的共同訴訟にあっては、共同訴訟人の一部の者の上訴によって全訴訟ないし全請求が確定を遮断されて移審し、全員の訴訟ないし請求が上訴審の審判対象になるが、上訴審の審判対象の問題と当事者の地位の問題は別個に考慮しうるとする。つまり、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関与している者だけに認めれば足り、上訴審手続に関与する意思を有しないと認められる者は、上訴審当事者たる地位を取得しない、そのための理論構成としては、審級限りでの訴訟担当、「緩和された形式での選定当事者」と解する。そうすると、自ら上訴しない者は形式的にも実質的にも上訴審当事者ではないことになり、当事者としての権利・義務は一切負わず、訴訟費用も負担せず、上訴の取下げも現に上訴を提起した者だけでできる、判決に上訴しない者を上訴人と表示する必要はなく、訴訟書類の送達の必要もない。ただし、自ら上訴しない者でも、上訴審でいつでも弁論に関与することは認められなければならない。一部の者による上訴を認容して上訴審が原判決を変更する場合は、自ら上訴しない者も判決命令の名宛人とせざるを得ない場合も生ずる、相手方から附帯控訴がなされたときは自ら上訴しない共同訴訟人も相手方とされなければならないと論じる。

これに対して、上訴審手続に関与する意思を有しないと認められる者は上訴審当事者たる地位を取得しないとの見

解による問題提起に同調しつつも、非上訴人の地位には、上訴人でないと考えるのが妥当な部分と上訴人（上訴審当事者）に近づけて考えた方が妥当な部分の二重性があり、一律に上訴人でないとするよりも、一応は上訴人としておき、その後の処理を弾力化するという手法の方が適切ではないかとして通説を支持する見解がある。[18]

さらに、平成九年最判及び平成一二年最判が、住民訴訟や株主代表訴訟において、上訴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は生じないとしている点は妥当であるが、上訴しなかった者が上訴人とならないことの意味についてはなお検討の余地があり、これについては、端的に上訴しなかった者は訴えの取下げをしたのと同様の意味で上訴人にはならないという理解もあり得るとの見解も示されている。[19]

3　共同訴訟人の一部の者が上訴した後になされた他の共同訴訟人による上訴の取扱い

次に、共同訴訟人の一部が上訴した後になされた他の共同訴訟人による上訴の取扱いに関する議論を確認しておきたい。判例は、前述のように（1参照）、固有必要的共同訴訟及び補助参加訴訟において、後に提起された上告は二重上告にあたり不適法なものとして却下されると判示してきた。

この問題に関する学説の見解は分かれる。必要的共同訴訟の場合には、共同訴訟人の一人が上訴すれば、全員に対する判決の確定が遮断され、全訴訟について移審し、全員が上訴人の地位に就くとする伝統的通説を前提とすると、共同訴訟人の一部が上訴した後に、他の共同訴訟人がさらに上訴を行った場合には、後になされた上訴は二重上訴として不適法であると考えられることになろう。[20] もっとも、通説の立場によったとしても、後に他の共同訴訟人によってなされた上訴をただちに不適法として却下してしまうことは妥当ではなく、むしろ後行の上告を先行の申立てにかかる上告事件と併合し、一個の終局判決で裁判すべきであるという見解がある。[21] また、必要的共同訴訟、補助参加などにおける二重上訴については、訴訟費用負担などにおいて必ずしも二度目の上訴に意味がないわけではないことに照らすと、二重上訴も適法とする余地を認めてよいのではないかとされる。[22]

前述の自ら上訴しない者は形式的にも実質的にも上訴審当事者ではないとする有力な見解は、補助参加訴訟の場合について、後行の上訴は二重上訴として不適法とはならな

いとする。その理由は、上訴の場合には、相手方の二重の応訴や審判の重複のおそれはないので、二重起訴禁止原則をそのまま準用する必要はないし、人格の異なる参加人と被参加人の上訴を同化してしまうことは観念的に過ぎる。また、上訴は誰のイニシアティブにかかるかによって、上訴の取下げなどについて異なる扱いを認めるべきであるから、上訴を提起してきた以上、不適法却下されるべきではないということに求められる。[23]

4　検　討

(1)　共同訴訟人の一部の者が上訴した場合における非上訴人の上訴審での地位

類似必要的共同訴訟においては、共同訴訟人の一部の者が上訴した場合には、全訴訟ないし全請求が確定を遮断されて移審すると解されている。[24][25] しかし、訴訟全体が確定を遮断され移審するとしても、類似必要的共同訴訟の場合には、訴訟共同を必要としていないことや、一般に訴えの取下げは認められていることなどを考慮すると、合一確定の要請と抵触が生じない場合にも、上訴の意思のない者に上訴人としての地位を付与する必要があるのかについては検討の余地が出てこよう。[26]

前述の平成九年最判及び平成一二年最判は、共同訴訟人の一部の者による上訴により、「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」とする一方、住民訴訟や株主代表訴訟の特質を強調して、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との結論を導いた。このように解する根拠として、合一確定のためには確定遮断効・移審効が生じる限度で上訴の効力が生ずれば足り、また、これらの訴訟では原告の個別的な利益が問題となっているわけではないから、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、判決の効力には影響がないことが挙げられていた。

本決定は、養子縁組無効の訴えについては、同じく類似必要的共同訴訟と解されている住民訴訟や株主代表訴訟の場合とは異なり、共同訴訟人の一部が上訴した場合には、自ら上訴しなかった共同訴訟人も上訴人となることを前提にしているものと思われ、[27] このような立場は平成九年最判及び平成一二年最判とは異なる。もっとも、平成九年最判及び平成一二年最判が住民訴訟ないし株主代表訴訟であることを強調していること、かつての判例⑤が非上訴人も上訴人となると判示していたことに照らせば、住民訴訟や株主代表訴訟は非上訴人の地位について例外的取扱いを認め

たものであり、判例はそれ以外の場合には非上訴人も上訴人の地位に就くとの立場を維持しているものと考えることができる。[28]

しかしながら、本件事案に関してその妥当性を今一度考える必要があろう。平成九年最判及び平成一二年最判が非上訴人を上訴人として扱わないとする論拠として挙げていた、合一確定のためには確定遮断効・移審効が生じる限度で上訴の効力が生ずれば足り、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、判決の効力には影響がないという点は、養子縁組無効の訴えにおいても等しく当てはまるものであり、本件でも、X_1の上告によってはX₂は上告人とならないとの結論を導くこともできたように思われる。もっとも、本決定が、X_1の上告によりX₂も上告人となったとする理由は、決定要旨からは定かではない。

(2) 共同訴訟人の一部の者による上訴後になされた他の共同訴訟人による上訴の取扱い

本決定は、類似必要的共同訴訟において、共同訴訟人の一部が上告をした後になされた他の共同訴訟人による上告は、二重上告であって不適法であるとした。後からなされた他の共同訴訟人による上告を不適法なものとして却下するという取扱いは、固有必要的共同訴訟や補助参加訴訟に関して判例が採ってきた立場（前記判例①～④参照）、すなわち、すでに上告の効力が生じている者、つまりすでに上告人の地位にある者が、さらに上告を提起する行為を二重上告とし、それを不適法なものとして却下する立場と軌を一にするものといえよう。

非上訴人も上訴人になると伝統的見解及び判例⑤の立場に立てば、X_1による上告後になされたX₂による上告が二重上告として不適法なものと扱われるのは一つの帰結であろう。しかしながら、かかる立場を前提としても、必ずしもX₂の上告が不適法と扱われるべきであるとはいえない。たしかに、X₂がX_1の上告により既に上告人となっているとすれば、X₂の上告が不適法なものとして却下されたとしても、X₂はX_1が申し立てた手続に当然に当事者として関与することができるものとして、本件のような処理を行っても特段の問題が生じないようにも思われる。しかしながら、共同訴訟人の一部の者の上訴により他の共同訴訟人の請求についても確定遮断効や移審効といった効力を及ぼす根拠を、共同訴訟人の上訴の行使を妨げないことに求めるとすれば、[29]本件のようにX₂自身が上告する場合には、X_1の上訴権行使を保障するために講じた措置が意義を失うに止まり、X₂による上告を不適法なものとする必要は必ずしもないといえ

る。X_1の上告によりX_2が上告人になっていたとしても、X_2の上告をただちに不適法とはせず、X_1の上告事件と併合するという方法も採り得たであろう。(30)

前述のように、類似必要的共同訴訟の場合には、共同訴訟人の一部による訴えの取下げは他の共同訴訟人によって阻止されないと解されている。訴えの取下げにより共同訴訟人の一部が訴訟から離脱することも認められているのであるから、共同訴訟人の一部が上訴審へ関与すること、すなわち上訴の取下げも認められることになろう。ただ、共同訴訟人の一部による上訴の取下げが認められるとしても、共同訴訟人の一部のみが上告し、他の共同訴訟人による後行の上告が不適法却下された場合に、先に上告をした者が上告を取り下げるとどのような効果が生じるのかについては考える必要がある。本決定の立場であると思われる、共同訴訟人の一部の上告により他の共同訴訟人も上告人としての地位に就くという考えを前提とした場合、共同訴訟人の一人が上告しその者が上告を取り下げると、上告した一人の共同訴訟人のみが上告人としての地位を喪失しその他の者は上告人の地位にとどまる、あるいはすべての共同訴訟人について取下げの効果が生じるという二つの場合が考えられる。古い判例には、共同訴訟人の一部が上告をした場合には他の共同訴訟人も上告人の地位に就くが、自ら上告を提起した者が上告を取り下げると、他の上告を提起しなかった者は上告人としての地位を喪失すると判示し（大判大正五年七月一七日法律評論五民訴三二一頁）、後者の考え方と同様の処理を行ったものがある。

前者は、上告をする意思のなかった者のみが上告人の地位にとどまり続ける、または上告を取り下げるためにそもそも上告に関心を抱かなかった者にも上告の取下げを求めなければならないという点で疑問がある。そして、後者の見解によって、先に上告した共同訴訟人が上告を取り下げたことに伴って、後から上告を行ったがそれが不適法なものとして却下された他の共同訴訟人も上告人としての地位を喪失すると解するならば、自らも上告をして争う意思を示した後行の共同訴訟人の利益を著しく損なうものとなることは否定できない。このように、先に上告した者の対応によって、その後の訴訟の帰趨が決せられるのは妥当ではないと考えられる。自ら上告の意思を示した後行の共同訴訟人が、先に上告した共同訴訟人の意思にかかわらず、訴訟を継続できる道を確保しておく必要があろう。そうすると、上告の意思を有する者を明確にして、取り下げる者の範囲を明らかにする意味でも、また、後行の上告人に訴訟

を継続する方法を保証するという意味でも、他の共同訴訟人による後行の上告を二重上告として不適法却下するのではなく、これを適法なものとした上で先行の上告事件と併合し、上告の取下げや訴訟費用の負担といった点でより適切な処理を行う方途を探る必要があると考えられる。

(3) 二重上告受理申立てについて

本決定は、すでに上告人の地位にある者がさらに上告を申し立てることを二重上告として問題とするのと同様に、上告受理申立て手続が二重に係属していることを問題としている。これについては、上告受理制度の構造との関係で、上告の場合とは異なった考慮を加える必要があると思われる。上告受理制度は、上告受理申立てに基づき、最高裁判所が、原判決に最高裁判所の判例と相反する判断がある事件その他法令の解釈に関する重要な事項を含むものと認められる事件について、上告審として事件を受理する旨の決定ができ（民訴法三一八条一項）、受理決定があると上告があったものとみなされる（同条四項）という制度である。上告受理申立てに際しては、上告受理申立書に、原判決に最高裁の判例と相反する判断があることやその他の法令の解釈に関する重要な事項を含むことを示さなければならない（民訴規一九九条一項前文）。そこで、最高裁判所自身が、法令の重要な解釈問題を含むと認める事件及び判例の統一を必要と認める事件についてのみ、上告審の審理を開始することになる。つまり、上告を提起すると上告審の審理が開始する上告の場合とは異なり、上告受理申立ての場合には、まず最高裁判所が、当該事件が法令の重要な解釈問題を含む事件である、あるいは判例の統一を必要と認める事件であると認める必要がある。

上告受理申立制度が独立した決定手続であることを重視すれば、上告と同じように共同訴訟人の一部の上告受理申立てにより、すべての共同訴訟人がその地位に就くということはできないことになろう。そうすると、X_1による上告受理申立て後になされたX_2による上告受理申立てが二重上告受理申立てにあたり、不適法なものとして却下されると、X_2は、原判決に最高裁の判例と相反する判断があることやその他の法令の解釈に関する重要な事項が含まれていることを主張する途を閉ざされる。その結果、X_1の上告受理申立て理由のみによって当該事件について上告受理決定がなされるかどうかが決せられることになる。しかし、自ら原判決を検討した結果、原判決には法令解釈に関する重要事項あるいは最高裁判例と相反する判断があると判断し、上告審での審理を求めようとする共同訴訟人の一部に、他の

共同訴訟人がすでに上告受理申立てをしているという理由でその主張をさせないという不利益を課すことは妥当ではない。したがって、本決定は、上告受理申立てが二重に係属することを認め、X_2の上告受理申立てについてはX_1の上告受理申立てと併せて判断をすべきであったといえよう。

(4) 本決定の射程

本決定は、類似必要的共同訴訟である養子縁組無効の訴えにおいて、共同訴訟人の一部の者が上告をした場合には、自ら上告をしていない共同訴訟人も上告人となるとの理解を前提とするものと解される。判例は、これまで、同じく類似必要的共同訴訟である住民訴訟や株主代表訴訟の場合には、共同訴訟人の一部の者が上訴をしたとしても、他の共同訴訟人は上訴人とはならない旨を判示していた。本決定の決定要旨は簡素であり、かかる判断に至った理由は必ずしも明らかではないが、本判決は平成九年最判や平成一二年最判を変更したものではなく、あくまで養子縁組無効の訴えの場合につき判示したものといえよう。本決定により、類似必要的共同訴訟であるか否かといった、いかなる訴訟形態であるかによって共同訴訟人の一部の上訴により他の共同訴訟人も上訴人となるかという問題が解決されるわけではなく、種々の類型に応じて個別に検討する必要があることが改めて確認されたといえる。

5 おわりに

本決定は、共同訴訟人の一部が上告したことによって他の共同訴訟人も当然に上告人となることを前提に、他の共同訴訟人による上告は、すでに上告人の地位にある者による上告（二重上告）であり、これを不適法なものとして却下した。訴訟共同を必要としない類似必要的共同訴訟において、共同訴訟人の一部が上告をしたことにより、他の共同訴訟人も当然に上告人となるとすることについては、学説上議論があり、今後検討すべき点も多い。しかし、判例の立場を前提としても、そのことから直ちに、一部の共同訴訟人が上告をした後に、他の共同訴訟人がした上告を不適法却下するのは適切ではなく、その者の上告審において訴訟を追行するという意思を汲み取り、それに即した処遇を与えることが肝要である。また、上告受理申立てについても同じく、他の共同訴訟人に自ら検討した結果を主張する機会を与える途を確保することが必要となろう。

（1） 中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕編『新民事訴訟法講義［第二版補訂二版］』（有斐閣、二〇〇八年）五二九―五三

○頁、河野正憲『民事訴訟法』（有斐閣、二〇〇九年）七二一頁、伊藤眞『民事訴訟法［第四版］』（有斐閣、二〇一一年）六二三頁、新堂幸司『新民事訴訟法［第五版］』（弘文堂、二〇一一年）七八一頁など。

（2）本決定の評釈・紹介として、宗宮英俊ほか「判批」NBL九六七号（二〇一一年）七八頁、上田竹志「判批」法セ六八四号（二〇一二年）一三〇頁、福本知行「判批」判例セレクト二〇一一年［Ⅱ］［法教三七八号］（二〇一二年）二九頁、同「判批」判評六三八号［判時二一三九号］（二〇一二年）一七三頁（以下、福本［判評］と引用する。）、岡田幸宏「判批」ジュリ一四四〇号［平成二三年度重判解］（二〇一二年）一二九頁、春日偉知郎「判批」判タ一三七五号（二〇一二年）四四頁がある。

（3）評釈として、上野泰男「判批」民商九三巻二号（一九八五年）二七三頁がある。

（4）評釈として、山本和彦「判批」判タ七三五号［平成元年度主要民事判例解説］（一九九〇年）二八〇頁がある。

（5）裁判例の状況については、福本・前掲注（2）［判評］一七四―一七五頁に詳しい。

（6）評釈として、鈴木正裕「判批」民商四九巻五号（一九六四年）七二四頁、石川明「判批」法研三七巻九号（一九六四年）九一頁、宮田信夫「判解」『最高裁判所判例解説民事篇昭和三八年度』（法曹会、一九六八年）九四頁、中村英郎「判批」我妻栄編『続民事訴訟法判例百選』別ジュリ三六号（一九七二年）四六頁などがある。

（7）兼子一『民事訴訟法』（弘文堂、一九七二年）一九九頁、三ケ月章『民事訴訟法［第三版］』（弘文堂、一九九二年）二六四頁、兼子一＝竹下守夫『民事訴訟法［新版］』（弘文堂、一九九三年）二二五頁など。

（8）昭和五八年最判の評釈・解説として、井上治典「判批」法教三九号（一九八三年）七〇頁、小山昇「判批」民商八九巻五号（一九八四年）五七頁、金子芳雄「判批」ジュリ八一五号［昭和五八年度重判解］（一九八四年）四一頁、佐藤鉄男「判批」法協一〇二巻六号（一九八五年）一五八頁、村上敬一「判解」『最高裁判所判例解説民事篇昭和五八年度』（法曹会、一九八八年）九九頁、田村洋三「判批」新堂幸司ほか編『民事訴訟法判例百選Ⅱ［新法対応補正版］』（一九九八年）三六八頁などがある。

（9）高橋宏志「平成一二年最判判批」リマークス二〇〇一年（下）二三号一一八頁。

（10）大橋寛明「平成九年最判判解」『最高裁判所判例解説民事篇平成九年度』（法曹会、二〇〇〇年）五七七―五七八頁参照。

（11）評釈は数多くあるが、特に、共同訴訟人の一部の者がした上訴や上訴の取下げの効力につき言及するものとして、大橋寛明「判批」ジュリ一一一九号（一九九七年）

一三〇頁、同・前掲注(10)五六一頁、伊藤眞「判批」ジュリ一一三五号（一九九八年）一二九頁、河村好彦「判批」法研七一巻八号（一九九八年）一一六頁、徳田和幸「判批」リマークス一九九八年（下）一七号一三七頁、中込秀樹「判批」判タ九七八号（一九九八年）二五〇頁などがある。

(12) とくに共同訴訟人の一部の者が上訴した場合の非上訴人の地位を扱った評釈として、高橋・前掲注(9)一一六頁、豊澤佳弘「判解」『最高裁判所判例解説民事篇平成一二年度』（法曹会、二〇〇三年）五八二頁、大渕真喜子「判批」高橋宏志ほか編『民事訴訟法判例百選［第四版］』（二〇一〇年、有斐閣）二一八頁などがある。

(13) 伊藤・前掲注(11)一三〇頁。徳田和幸「複数住民の提起した住民訴訟と上訴」同『複雑訴訟の基礎理論』（信山社、二〇〇八年）八四頁（初出、原井古稀『改革期の民事手続法』（法律文化社、二〇〇〇年））も、平成九年最判を受けて、株主代表訴訟についても検討の余地がある旨を示唆していた。

(14) 高橋・前掲注(9)一一九頁、大渕・前掲注(12)二一九頁など。

(15) 徳田・前掲注(11)一四〇頁。

(16) 松本博之＝上野泰男『民事訴訟法［第七版］』（弘文堂、二〇一二年）七二九頁、伊藤・前掲注(1)六二六頁など。また、学説の展開については、高橋宏志「必要的共同訴訟と上訴」小室直人＝小山昇還暦『裁判と上訴（中）』（有斐閣、一九八〇年）五三頁以下参照。

(17) 井上治典「多数当事者訴訟における一部の者のみの上訴」同『多数当事者訴訟の法理』（弘文堂、一九八一年）二〇四―二〇八頁（初出、甲法一五巻一・二合併号（一九七五年））。なお、新堂・前掲注(1)七八四頁注(1)も井上説と同旨。河野・前掲注(1)七二三頁も上訴しなかった者は上訴人にはならないとする。

(18) 高橋・前掲注(16)五六―六〇頁。

(19) 徳田・前掲注(13)八一―八二頁、徳田和幸「必要的共同訴訟における非上訴者の地位」同・前掲書注(13)九八―九九頁（初出、論叢一五六巻五・六号（二〇〇五年））、同「多数当事者訴訟と上訴」青山古稀『民事手続法学の新たな地平』（有斐閣、二〇〇九年）二五九―二六〇頁。

(20) 賀集唱ほか編『基本法コンメンタール民事訴訟法3［第三版］』（日本評論社、二〇〇八年）四〇―四一頁［宇野聡］参照。

(21) 上野・前掲注(3)二七六―二七七頁。

(22) 新堂幸司「共同訴訟人の手続保障――上訴の提起・取下げを中心にして――」同『訴訟物と争点効［下］』（有斐閣、一九九一年）三五一頁以下（初出、民訴三三号（一九八七年））。高橋宏志『重点講義民事訴訟法（下）

［第二版］」（有斐閣、二〇一二年）五九〇頁。

(23) 井上・前掲注(17)二三一頁（注）三。

(24) 株主が勝訴すれば対世効を持つ株主総会決議取消しの訴え（会社法八三八条）などの場合には、移審効・確定遮断効を認めないという処理も可能であり（高橋・前掲注(22)三一九頁）、類似必要的共同訴訟であるということから、直ちに共同訴訟人の一部の者による確定遮断効・移審効が必要となるわけではない。このような片面的対世効を持つ訴訟を類似必要的共同訴訟とすること自体に疑問を呈する見解として、高橋利文「片面的対世効ある判決と共同訴訟人の一部の者の上訴」貞家退官『民事法と裁判［下］』（きんざい、一九九五年）一七八頁がある。

(25) 共同訴訟人の一部が上訴をしないことによって、他の共同訴訟人の上訴を妨げてはならないことを理論的に検討するものとして、新堂・前掲注(22)三三七頁以下。

(26) 兼子＝竹下・前掲注(7)二二四頁、松本＝上野・前掲注(16)七二九―七三〇頁、高田裕成「いわゆる類似必要的共同訴訟関係における共同訴訟人の地位――多数当事者訴訟における合一確定の意義――」新堂古稀『民事訴訟法理論の新たな構築（上）』（有斐閣、二〇〇一年）六六一頁参照。

(27) 宗宮ほか・前掲注(2)七九頁、上田・前掲注(2)一三〇頁、福本・前掲注(2)［判評］一七四頁も同旨。

(28) 宗宮ほか・前掲注(2)七九頁、福本・前掲注(2)［判評］一七四頁、春日・前掲注(2)四五頁

(29) 新堂・前掲注(22)三五一頁以下参照。

(30) 上野・前掲注(3)二七七頁参照。

村田　典子