

株主総会決議取消訴訟における上訴強制と当事者の地位

——片面的対世効ある類似必要的共同訴訟の一例として——

一橋大学法科大学院修了（2018年3月）押田育美

目次

はじめに

I 株主総会決議取消訴訟は類似必要的共同訴訟か

II 類似必要的共同訴訟と上訴

III 株主総会決議取消訴訟に判例の射程は及ぶか

おわりに

はじめに

類似必要的共同訴訟では、上訴しない者との関係でも確定遮断効・移審効が生じ、これらの者を上訴審に引き込まざるを得ない。ところが、類似必要的共同訴訟とされている株主代表訴訟や住民訴訟では、判例上、上訴しない共同訴訟人は上訴人の地位を強制されていない。では、会社関係訴訟の一つであって一般的に類似必要共同訴訟と解されてきた会社組織に関する訴訟——会社法831条1項に基づく株主総会等の決議の取消しの訴えでは、いかなる処遇となるか。

本稿では、このような諸判例の射程を考察する一試案として、会社関係訴訟の一つである株主総会決議取消訴訟を例にとりて検討を加えたい¹。

¹ 本稿の執筆にあたり以下の文献を参照した。①和田吉弘「類似必要的共同訴訟」『基礎演習民事訴訟法〔第2版〕』（弘文堂、2013年）235頁以下。②高橋利文「片面的対世効ある判決と共同訴訟人の一部の者の上訴」貞家最高裁判所判事退官記念『民事法と裁判（下）』（1995年、きんざい）178頁以下。③大淵真喜子「必要的共同訴訟と上訴」別冊ジュリスト201号219頁以下。④高橋宏志「必要的共同訴訟と上訴」小室直人・小山昇先生還暦記念『裁判と上訴（中）』（有斐閣、1980年）43頁以下。⑤高橋宏志『重点講義（下）〔第2版補訂版〕』（有斐閣、2014年）、主に類似必要的共同訴訟関係部分。⑥高橋宏志『重点講義（上）〔第2版補訂版〕』（有斐閣、2013年）、主に形成訴訟関係部分。⑦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-多数当事者訴訟における合一確定の意義-」『民事訴訟法理論の新たな構築』新堂幸司先生古稀祝賀（上）（有斐閣、2001年）641頁以下。⑧菱田雄郷「第三者による他人間の訴訟への介入（一）」法学協会雑誌第118巻第1号（2001年）1頁以下。⑨畑瑞穂「多数当事者訴訟における合一確定の意義-独立当事者参加訴訟を中心に-」福永有利先生古稀記念『企業紛争と民事手続法理論』125頁以下。⑩菱田雄郷「類似必要的共同訴訟と上訴」『民事訴訟法の現代的課題と理論的解明』徳田和幸先生古稀祝賀論文集（弘文堂、2017年）465頁以下。⑪伊藤眞「類似必要的共同訴訟において共同訴訟人の一部の者がなした上訴又は上訴の取下げの効力」ジュリスト1135号（平成九年重要判例解説）129頁以下。⑫井上治典「多数当事者訴訟における一部の者のみの上訴」『多数当事者訴訟の法理』（1981年、弘文堂）201頁以下。⑬小山昇「独立当事者参加訴訟の控訴審の構造」小山昇著作集第4巻（信山社、1993年〔初出1975年〕）241頁以下。⑭佐瀬裕史「必要的共同訴訟と上訴-非上訴者の扱いをめぐって」法学教室445号（2017年）35頁以下。⑮伊藤眞『民事訴訟法〔第4版補訂版〕』（有斐閣、2014年）引用部分。

I 株主総会決議取消訴訟は類似必要的共同訴訟か

本稿の目的を検討する前提として、そもそも株主総会決議取消訴訟を類似必要的共同訴訟と解すべきか検討する。

1 必要的共同訴訟として扱われる実質的根拠——判決効拡張

従来の通説では、共同訴訟人のうちの一人が単独で訴訟を行っても、その判決の効力が他の共同訴訟人との間で拡張される場合、一部についての直接の既判力と他の共同訴訟人の受けた当該判決から拡張されてくる効力とが矛盾抵触して整合が取れなくなるから、合一確定が求められる類似必要的共同訴訟と解すべきであるとして、次の二通りの類型があるといわれてきた。

(1) 第一類型 —— 判決効の拡張がある場合

第一の類型は、判決効の拡張がある場合である。例えば、数人の提起する会社組織に関する訴え一般（会社法 383 条、384 条）、会社合併無効の訴え（会社法 828 条 1 項 7 号等）や、株主総会決議取消の訴え（会社法 831 条 1 項各号）等といった、第三者に対する拘束を定める会社法 838 条の適用ないし準用がある場合があたる²。

(2) 第二類型 —— その他何らかの理由で判決効が及ぶ場合

もう一つの類型が、その他の何らかの理由で判決効が及ぶ場合である³。例えば、数人の債権者による債権者代位訴訟（民法 423 条）、数人の株主が役員等に対してする株主代表訴訟（会社法 847 条）がある。判決効を直接には受けないが、他人の権利を訴訟上代位行使できる者が数人存在する場合、一人が判決を受ければ既判力がその権利帰属者に及び（民訴法 115 条 1 項 2 項）、他の者も判決の効力を反射的に受けて、重複してその権利を行使できなくなる。双面的判決効拡張の場合はこの説明が妥当する⁴。

2 株主総会決議取消訴訟は類似必要的共同訴訟か——片面的対世効がある場合の合一確定の要請

以上によれば、双面的な判決効拡張の場合ではない、株主総会決議取消訴訟をはじめ片面的判決効拡張の場合にはその判決効が限定的に及ぶことになるから、判決効の衝突と

² 前掲註 11) ②高橋論文 178 頁以下。

³ 前掲註 11) ③大淵評釈 219 頁。

⁴ 前掲註 11) ④高橋論文 58 頁。

いう従来の通説による説明では類似必要的共同訴訟として取り扱うことが当然にはできないのではないかが問われる。

従来から、株主総会決議取消訴訟の場合も、原告訴訟ではその株主総会決議が取消しになり、別の原告の訴訟では同一の株主総会決議が取消しにならないとすれば平仄が合わないことになるから、「合一にのみ確定すべき場合」に該当する必要的共同訴訟であり、かかる訴えは一人でも提起できるため、類似必要的共同訴訟となると考えられてきた。しかし、こと株主総会決議取消しといった会社組織に関する訴えは、「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383条）として片面的判決効の拡張が規定され、必ずしも従来の合一確定を要求する上記説明が妥当しない⁵。このような場合、訴訟当事者のいずれかが勝訴を勝ち取りさえすれば、他の当事者が敗訴をしていたとしても原告請求認容となるはずで、實際上判決効の矛盾抵触が生じることはないからである。

判決効の矛盾抵触による説明は「砂上の楼閣⁶」であると評されており、判決効の矛盾抵触という観点とは別のアングルから説明がなされているところである⁷。原告側認容判決がなされれば対世効が及ぶということからは、翻って、当事者の少なくとも一人さえ勝訴を勝ち取れば株主全体にその規律が及ぶのであるから、手続を別々にすることに合理性が乏しく、同時期に同じ内容の判決が出ることを保障する40条の規律に服させることが合理的であるという、実際的な考慮にその根拠を置くものである。

では、片面的対世効が及ぶ株主総会決議取消訴訟が類似必要的共同訴訟の性質を有するか、という問題をめぐる議論状況を以下に詳説する。

3 学説

株主総会決議取消訴訟が類似必要的共同訴訟かについては、以下諸説ある。

⁵ この議論は古く、ドイツ民事訴訟法学においてヘルヴィッヒが指摘している。前掲註11) ④高橋論文46頁註(7)引用部分。Hellwig, Lehrbuch(1909), S.176.

⁶ 前掲註11) ⑤高橋・講義358頁。

⁷ 前掲註11) ⑤高橋・講義353頁、三日月・新版民訴法演習(22)29頁以下。前掲註11) ⑬624頁。前掲註11) ⑦641頁、とくに667頁。

(1) 類似必要的共同訴訟説

a 事実的効果説（高田説⁸・谷口説⁹）

まず、高田説は、類似必要的共同訴訟における「牽制関係」を重視し、請求棄却判決が先に出た場合の事実的効果を根拠にこれを肯定する。同説は 40 条 1 項の意義について新堂説¹⁰を引いて、次のように述べる。

多数当事者訴訟においては、当事者の積極的な権能の利用を保障する面と、権限の放棄や不利用を保障する消極的な面とが衝突しうるため、共同訴訟人独立の原則（39 条）が認められている。しかし合一確定の要請があるため、すべての当事者権の積極面と消極面とを保障できず、抵触したもののうち積極的な意義を有する訴訟行為の効果に優先的な価値を与えた。これがまさに、「全員の利益においてのみその効力を生ずる」とする 40 条 1 項の意義であり、同条の意義を他人の訴訟法律関係への介入・干渉の契機と捉えなおし、共同訴訟的補助参加と同一基盤をもつとして¹¹、その核心は自己の請求についての判決に先行して他人間で敗訴判決を先行して確定させないことにあるとした。

谷口説も同様に、片面的対世効の及ぶ訴訟の場合、判決効衝突の可能性が少しでもある限り、あるいは真の意味で衝突でなくても法律関係の錯綜を避けるべく、類似必要的共同訴訟となる場合として理解するとしている。

b 弾力化説¹²（高橋宏志説）

一方で、高橋宏志説によれば、片面的対世効拡張の場合には、判決効の矛盾衝突のみで類似必要的共同訴訟とするのは困難であると認めるが、わざわざ裁判官に審理を尽くさせ別途内容の異なる判決を出させるということ自体に合理性が乏しいため、同時期に同内容の判決が出ることを保障する 40 条の規律に服させることが合理的であるという一種の実際の考慮こそが根拠となるという。

しかし同説は、手続の「重さ」の点からは無反省に類似必要的共同訴訟とすることは妥当でないと留保する。訴訟維持の熱意を失ったものになお当事者であることを強制するという重い訴訟上の規律を課すことは、「40 条の規律に服させることが合理的」であるというだけの根拠から正当化できるのか慎重になるべきで、必要的共同訴訟の厳格な規律を弾力的に適用する必要があるためである。

⁸ 前掲註 1) ⑦高田論文 641 頁、とくに 667 頁。

⁹ 前掲註 1) 谷口安平「共有関係と共同訴訟」『新版・民事訴訟法演習 2 [判決手続 (2) ・民事執行]』(1983 年、有斐閣) 29 頁。

¹⁰ 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—」民事訴訟雑誌 33 号 (1987 年) 1 頁。

¹¹ 長谷部由紀子「共同訴訟的補助参加の課題」『民事訴訟法の現代的課題と理論的解明』徳田和幸先生古稀祝賀論文集 (弘文堂、2017 年) 87 頁。

¹² 前掲註 1) ⑤高橋・講義 363 頁註 (46) 後半。

(2) 非類似必要的共同訴訟説（法解釈説・高橋利文説）

上述の説に対し、高橋利文説によれば、法が片面的対世効として認容判決にのみ判決効拡張を認めていることの趣旨は、馴合訴訟等により決議の効力を争いたい株主の手續権が害されることを防ぐことにあるとする。この種の片面的対世効の及ぶ訴訟は、必ずしも類似必要的共同訴訟としなければならない論理必然性はなく、どの程度手續上の訴訟進行の統一が図られるべきかという問題は、訴訟の特質に鑑み、当該訴訟についての各根拠法規等がどのような定めをしているかにより決せられるべき解釈問題に帰着する¹³。

株主総会決議取消訴訟についてみれば、法は、この種の訴訟が同一審級に係属するときには弁論及び裁判を併合しなければならないと会社法 837 条で規定しているのみであり、それ以上の手續進行の統一は求めていない。そして、対世効がある以上合一確定の要請は一定程度あるが、その必要性の程度は微弱であり、必要的共同訴訟の厳格な訴訟進行統一の理論に服さない（類似）必要的共同訴訟と通常共同訴訟の中間的な第三の訴訟類型とみるべきであるとする。

4 「事実的効果」が他人間の訴訟への干渉を正当化するか

以上の議論のように、片面的対世効拡張の場合にその訴訟を類似必要的共同訴訟と取り扱うかという問題は、必要的共同訴訟の規律をいかなる密度で適用・準用するべきかという問題に収斂される。

(1) 処分権主義・弁論主義に対する制限の正当化¹⁴

一般に、多数当事者訴訟における合一確定は、当事者が訴訟の内容面（40 条 1 項）と進行面（40 条 3 項）の双方において、「他の共同訴訟人の訴訟追行の影響を強く受けること」を意味し、同時に「他の共同訴訟人の訴訟追行を牽制し得ること」を意味する。このような牽制が正当化されるかは、処分権主義・弁論主義との関係で問題となる¹⁵。

民事訴訟においては、いかなる範囲で裁判所の審判を求めるか当事者が決めることができ、また、いかなる事実関係について審判を求めるか当事者が決めることができる。これはそれぞれ処分権主義、弁論主義の 2 つの主義を指し、私的自治の原則から当事者の自由な管理処分に訴訟物たる権利関係が実体法上も訴訟法上も委ねられる。

この原則は、三人以上の当事者が同一の訴訟に登場した場合にも妥当する。通常共同訴訟では、二当事者間で妥当していた原則が変容することはなく、各人の処分権主義・弁論主義に基づく処分の自由は確保される。

¹³ 前掲註 1) ②高橋論文 181 頁

¹⁴ 前掲註 1) ⑧菱田論文 1 頁。

¹⁵ 前掲註 1) ⑨畑論文 128 頁。

(2) 「合一確定」の意義と「事実的効果」

しかし、①必要的共同訴訟の領域、②独立当事者参加（47条）の領域が用意されている¹⁶。固有必要的共同訴訟では、訴訟追行権の基礎となる管理処分権ないし法律上の利益が複数人に帰属する結果、訴訟追行権は共同かつ矛盾なきようにしか行使しえないという類型であるから、干渉の制限は内在的に正当化がなされる。

では、片面的対世効の及ぶにすぎない訴訟における制限の正当化はいかに説明できるか。これを考えるうえで参考となるのは独立当事者参加の領域における説明である。

独立当事者参加、とりわけ権利主張参加においては、自らに判決効が及ばない他人間の訴訟に我こそは権利者と主張し、参加した訴訟の当事者の行為に対して干渉をすることができる¹⁷とされている。三面訴訟の一举解決という要請という説明のほかに、訴訟の当事者の訴訟追行によって参加者が実体的な不利益を受けることを阻止するために正当化される、という説明である。

では、ここでいう参加者の「実体的な不利益」とはなにか。独立当事者参加は判決効の拡張を前提としていないから、「仮に参加しなければ自己の権利主張と相いれない当事者の主張がまさに正当である」といったような「雰囲気」が参加人に事実上及んでしまう漠然とした不利益とされている¹⁷。私見としては、いわば「事実的効果」に着目したこの説明は、片面的対世効が及ぶに過ぎない訴訟に対する説明としても妥当すると考える。

5 会社関係訴訟の特殊性——形成訴訟であることと対世効との関係

さらに注意を要するのは、会社関係訴訟における判決効の拡張と他人間訴訟への干渉について、裁判例上一種特殊な取扱いがなされていることである。悩ましいことに、これら裁判例では判決効拡張の基礎として、対世効の他に加えて「会社訴訟が形成訴訟であること」に基づく説明をも行っているのである。

(1) 名古屋地判平成19年11月21日金判1294号60頁

名古屋地判平成19年11月21日金判1294号60頁は、会社合併無効の訴えにつき、被告は請求の認諾をなし得ず裁判上の自白も裁判所を拘束しないと判断した。本件では、被告が請求原因の全てを認める陳述を行っており、形の上では裁判上の自白であるが実質的には請求の認諾に近い行為をしたところ、会社の組織に関する訴えに弁論主義・処分権主義が適用され、かかる自白及び請求の認諾が認められるかが問題となった。これに対し本

¹⁶ 前掲註1) ⑨畑論文128頁以下。

¹⁷ 前掲註1) ⑧菱田論文6頁。

判決は、「会社の組織に関する訴えに係る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）。かかる請求については、当事者が紛争を自主的に解決する権能（処分権主義及び弁論主義）が制限されていると解すべきであり、本件において、被告は、請求の認諾をなし得ず、裁判上の自白も裁判所を拘束しない」として、合併無効の訴えにおける請求認諾の可能性に関する判断の限りにおいて示した。

学説においても、判決に対世効があり、当事者の詐害的な訴訟追行によって第三者の利益が侵害されうることを理由として、処分権主義・弁論主義に対する制約を認めるべきとする見解が有力に主張されている¹⁸。

(2) 処分権主義・弁論主義の制限根拠としての形成訴訟と対世効

処分権主義は私的自治を根拠とするため、実体法上の権利行使が私人の意思のみに委ねることが出来ない特別な場合には制約されうる。これを前提とすれば、実体法上の権利変動が訴えを通じてしか求められない形成訴訟においては、原則として処分権主義が制限されるのが理論的帰結である。

また、弁論主義の根拠として私的自治説を前提とすると、処分権主義に対する制限と同様に形成訴訟においては制限を受けることになる。しかし、弁論主義は手続における事実・証拠の提出についての審理原則であり、判決によって実体法上の権利変動が生じるとは揺るがないから、形成訴訟自体の概念には何ら反しないはずである。弁論主義に対する制約は、単に「形成訴訟である」との理由では不十分であり、多くの形成訴訟について定められている「対世効」を引き合いに出す必要がある。すなわち、対世効が生じる場合、当事者以外の不特定の第三者が判決で確定した内容を再び争えなくなる点で、自分以外の第三者に不利益となる訴訟行為は慎むべきだとの配慮がなされることに、弁論主義に対する制限の根拠がある。

このように考えると、弁論主義が制約される根拠は対世効にあり、対世効が定められている訴訟は単に形成訴訟が多いにすぎない¹⁹。第三者に不利益な行為についての制限は、処分権主義の守備範囲の行為も含むから、対世効であることは同時に処分権主義に対する制約の根拠ともなるということになる。

(3) 形成訴訟を基礎づける要素²⁰

では、「形成訴訟であること」とは、そもそも何を意味しているか。

¹⁸ 『注釈民事訴訟法（4）』〔山本和彦〕（有斐閣，1997年）499頁。

¹⁹ 柴崎曉「本件批判」金判1317号22頁以下。

²⁰ 柴崎曉「本件批判」金判1317号22頁以下。

一般に形成の訴えとは、判決によって権利関係・法律関係の変動を生じさせる類型の訴えを指し²¹、認容判決は形成判決と呼ばれ、権利関係・法律関係を変動させる効力を形成力と呼ぶ。形成訴訟と扱うかは法の解釈に依拠し、そのメルクマールを形成判決の確定のない限り当該法律関係の変動を何人も主張することができるかとする立場に立つと、決議取消しがあって初めて当該総会決議に決議取消事由があるということを別途主張することができるようになる株主総会決議取消訴訟も、形成訴訟の性質を有すると解される²²。

この点、同じく形成訴訟とされる人事訴訟は、身分関係を基礎とする法律関係や税制等の法律関係の安定が脅かされるから、身分関係の一義的確定という「公益性」が存在するために処分権主義の制限がなされる（人事訴訟法 19 条 2 項、37 条、44 条）。一方、会社組織に関する訴えでは、人事訴訟に比べて「公益性」の程度は高くはないが、社会の中での会社の存在意義からは、会社との利害関係人の範囲が広範囲にわたる影響力を考慮して一定の「公益性」が存在するため、法は会社訴訟を形成訴訟と扱っている。

以上より、形成訴訟であることによる制限は、立法者が法律関係の変動の明確さと安定性を求めたことに根拠がある²³。

(4) 対世効と手続保障

次に、会社関係訴訟における対世効が第三者に対する干渉の根拠をもつか確認したい。

人事訴訟でも対世効は定められている（人事訴訟法 24 条 1 項）。ここで手続保障なしに判決効の拡張を正当化できるのは、法律関係につき真実発見が重視されており、真実ならば第三者の利益を不当に害することはないということに求められる²⁴。

一方、会社組織に関する訴えでは第三者の手続保障の機会が存在していること、すなわち、①対世効が及ぶ者に原告適格が付与され（会社法 828 条 2 項）、係属中の訴訟において当事者として訴訟に参加することができ（共同訴訟参加・52 条）、②補助参加が可能である（42 条）こと等を根拠として弁論主義に対する制限を認めるべきでないとする見解もある。しかし、現行法においては訴訟係属の事実を第三者に通知ないし了知させる手段がなく、訴訟追行者による第三者の手続保障が図られているとは十分に言えない。

以上より、私見としては、会社組織に関する訴えにおいて対世効を及ぼすことによって手続保障が満たされない者に対する配慮から、やはり弁論主義に制限を及ぼす必要がいまだ否定できないように思われる。

²¹ 前掲註 1) ⑥高橋・講義 71 頁。

²² 前掲註 1) ⑥高橋・講義 73 頁。

²³ 前掲註 1) ⑥高橋・講義 71 頁。

²⁴ 柴崎暁「本件批判」金判 1317 号 22 頁以下。

(5) 形成判決と対世効との関係

では、形成判決の効力と対世効によって及ぶ効力との関係はいかなるものか。

会社法 838 条の定める対世効は既判力か、形成力かについては従来から議論があり、これは結局、形成判決の効力をいかに理解するかに直結する。形成判決に対して既判力を肯定するかにつき、現在ではこれを肯定する見解が一般的である。しかし形成力のみを認めた場合と比較して、いかなる作用を形成判決にもたらすことになるかは争いがある²⁵。形成力とは「実体法上の法律関係を変動させる効力」であり、法律関係の変動を生じさせる効力に尽きるとするのが一般的な理解ではあるが、これに形成結果を不可争とする訴訟法上の効力を形成力概念に含めて、既判力をわざわざ持ち出さない見解も存在する（単一要件説）。これに対し、形成結果の不可争性は既判力によってのみ基礎づけられ、その対世的な妥当を確保するためには第三者に既判力を拡張する必要があるとする見解もある（二重要件説）。民事訴訟法の一般的な理論との親和性という意味からは二重要件説に分があると考えられている。

単一要件説を採用する場合、会社法 838 条は形成結果の対世的妥当という当然の事理を定めたものにすぎず、形成判決の効果のみで、会社法 838 条のような規定がなくとも対世効は肯定できる。一方、二重要件説を採用する場合、このような規定がない限り、対世効即ち形成結果に不可争力を付与する既判力が第三者に及ばない。

これを片面的対世効に議論を引き付けると、単一要件説を採用した場合、法が片面的対世効を規定するか否かはどうあれ、形成判決の形成力そのものが既判力を基礎づけ、「形成力が既判力を上回る」²⁶ため、片面的対世効の拡張においても他の議論を持ち出すまでもなく類似必要的共同訴訟ということができる。

6 検討

以上の議論から、株主総会決議取消訴訟が類似必要的共同訴訟といえるかという疑問に、差し当たって一応の結論を出してみたい。

上記のいずれの見解も、片面的対世効の場合には理論上判決効の衝突は生じないという前提は共通している。もっとも、第一に、片面的対世効の場合の訴訟を「類似必要的共同訴訟」と明確に性質決定するか否かはさておき、この種の訴訟に手続統一の必要性が存在し、根拠をどこに求めるかという問題と、第二に、必要的共同訴訟の手続共同の規律といたった他人間に干渉を許す規律を厳格に適用すべきかという手続統一の密度の問題とは区別される。

²⁵ 前掲註 1) ⑮伊藤 160 頁。

²⁶ 前掲註 1) ⑤高橋・講義 358 頁。

(1) 手続統一の必要性

まず、事後的効果説に対しては、会社関係訴訟において原告が訴え提起当初から共同原告団を形成している場合等に、先に出される請求棄却判決への「牽制」という要素を共同訴訟人がどれだけ意識しているかには若干の疑問があると批判される。典型的場合というのは、他の当事者適格者が共同訴訟参加や独立当事者参加を行う場合であり、訴訟人相互に共同関係による紐帯がある場合には妥当しないのではないかというものである²⁷。

しかし、片面的対世効の場合にも独立当事者参加の利益状況を引き付けて理解し、「敗訴の雰囲気」の影響を受ける訴訟人は介入を正当化されるという説明も依然として可能であろう。とはいえ、この「牽制」の機会保障は、独立当事者参加（詐害防止参加）のように共同訴訟人間相互が対立しているような関係が予定され、40条の適用を保障するに値する訴訟上の利益というには慎重にならざるをえない。

次に、法解釈説は、従来からの通説的取扱いと矛盾することから自説に向けられるだろう反論に次のように応えている。ひとつには、解釈上、類似必要的共同訴訟でないなら通常共同訴訟と解することになるが、訴訟進行の統一が図れず各当事者の各判決主文が混在する不都合が生じるとの批判がある。これに対しては²⁸、法が対世効を認めた趣旨から、類似必要的共同訴訟と解することは実務上、かえって訴訟進行を図る上で「足枷」となるという。通常共同訴訟においても事実の立証が必要であることは変わらないし、証拠共通の原則から証拠上も何らの不都合はなく、馴合訴訟を防ぐ必要性からも妥当であるとする。

検討するに、この見解はある種の同時審判申出訴訟（41条）とするものといえるが、解釈上訴訟ごとに各根拠法規に照らして判断するという運用自体が法的不安定を引き起こしかねず、また類似必要的共同訴訟であることから即ち厳格にその規律を及ぼさねばならないのではなく、必要的共同訴訟の規律から当該訴訟の性質や法の趣旨の解釈により規律を緩めれば、実態にあった訴訟進行を見出せる。馴合訴訟を防ぐ必要性は、会社関係訴訟において処分権主義・弁論主義の制限を認める裁判法理が存在する以上、そもそも現実問題として想定されないのではないか。

そこで、弾力化説のように、実際の考慮を行う一方で、類似必要的共同訴訟の厳格な規律の適用を留保する見解が柔軟に幅のある解決をすることができそうである。私見としては、株主総会決議取消訴訟をはじめ片面的対世効の及ぶ訴訟を類似必要的共同訴訟としたうえで、共同訴訟人間においては一定の処分権主義・弁論主義の制限等といった必要的共同訴訟の弾力的な規律をするべきであると考えたい。

²⁷ 前掲註1) ⑤高橋・講義 363頁註(46)後半。

²⁸ 前掲註1) ②高橋論文 198頁。

(2) 手続統一の密度

次に、必要的共同訴訟の手続共同の規律をどの程度厳格に適用すべきか。

注意を要するのは、40条の規律としての手続統一の密度を論じる上で、ひとつには、馴合訴訟等によって対世効が及ぶ者の利益の保護のために他人間訴訟への制限を許すべきだという積極的規律と、一方で、必要的共同訴訟の規律が及びすぎること望まぬ手続を強制される訴訟人が被る不利益を回避するために手続統一を控えるべきだという消極的規律とを区別することである。

積極的規律については、会社法上検討されている議論を参照したい。処分権主義・弁論主義が制限されると裁判実務上は扱われることはすでに述べたが、現在では制限できることを前提に制限の方法をいかにするかが議論になってきている²⁹。

あり得る構成としては、(a) 処分権主義に対する制限と(b) 弁論主義に対する制限のそれぞれにつき、① (a) 請求の放棄・認諾を否定し、かつ (b) 自白の拘束力を否定する構成、② (a) 会社組織に関する訴えに片面的対世効が認められるのはとくに第三者との関係で法的安定が害されるのは現在の法律関係が変更される場合のみで、当事者に禁じられるのは請求の認諾及び訴訟上の和解であって請求の放棄については認容されるものの (b) 自白の拘束力を否定する構成、③ (a) 請求認諾を否定し、同時に (b) 自白の拘束力を否定したうえで、対世効を受ける第三者を保護するため職権探知主義の採用を積極的に主張する構成、さらには、④ (a) 請求認諾を否定するものの (b) 自白は被告が原告の事実に関する主張について真実であると認める陳述であること、また職権探知主義は妥当ではないことから自白の拘束力を肯定する構成と、自白の拘束力に関しては多様に考え得る。

結局、馴合訴訟の可能性が高い典型事案である等といった要素も踏まえて、個々の事案の特殊性を多分に考慮した制限をせざるを得ない。しかし、一般に会社組織に関する訴訟を形成訴訟とし片面的対世効を定めた法の趣旨から、「公益性」を有する一般社会の第三者に対する表見的事実の信頼保護の観点と、判決結果に拘束される会社利害関係を有する第三者の保護の観点からも、請求の認諾・和解の限りで否定し、自白の拘束力を否定する構成が妥当かと思う。

消極的規律について弾力化説が懸念しているのは、類似必要的共同訴訟の規律が「重すぎる³⁰」ために望まぬ訴訟手続を強制される共同訴訟人が不利益を被るのではないかと

²⁹ 小室直人「形成訴訟における処分権主義・弁論主義の制限」西原寛一先生追悼『企業と法』上巻（有斐閣、1977年）345頁。なお、本稿で訴訟を提起した共同訴訟人間の規律という場面とは区別して、（訴訟を提起してはいないが）潜在的に存在する当事者適格者との間で求められる手続き統一の規律を議論するのは、類似必要的共同訴訟における手続き規律を一般論として論じる目的で論じたものである。

³⁰ 前掲註1) ⑤高橋・講義 363頁註(46)後半。

いう点である。一案としてはこの者に対して訴訟脱退を認めて弾力的解決を図ることや³¹、選定当事者制度の利用も考えられる。

II 類似必要的共同訴訟と上訴

手続統一の規律の密度が争われる場面の一つとして、非上訴共同訴訟人が上訴人の地位を強制されるかという問題がある。では、株主総会決議取消訴訟が類似必要的共同訴訟と解するとしたうえで、一部の共同訴訟人が上訴し一部の者が上訴しなかった場合の、その地位はいかに解するべきか。

一対一の単独訴訟においては上訴不可分の原則が妥当するが³²、この原則は複数訴訟についての客観面にのみ妥当し主観面には適用されないから、複数当事者のうち一人の請求に対して上訴がなされても、当然に他の訴訟人の請求に対して確定遮断効・移審効が生じるとはいえない。必要的共同訴訟を含む複数訴訟においては、単独訴訟とは別の配慮がなされる必要があるのである。以下ではまず、判例の展開を見る。

1 従来判例・最判昭和 58 年 4 月 1 日民集 37 卷 3 号 201 頁（判例変更前の判例）

類似必要的共同訴訟と解されるかについての住民訴訟、いわゆる 4 号住民訴訟について、原告らの請求を棄却する第 1 判決に対して、15 名の原告のうち 5 名のみが控訴を提起したところ、控訴審が控訴を提起しなかった原告に対しては期日の呼出しをせず、控訴した者のみを当事者として記載した控訴棄却判決をしたことの是非が問われた事案である³³。

地方自治法 242 条の 2 第 1 項 4 号が、平成 14 年改正前は、住民が地方公共団体に「代位して」その職員や第三者に対して直接訴えを提起することができるという制度を採っており、最高裁は、この訴訟について必要的共同訴訟となるとした上で、原告の一部の者による控訴は、「その余の第一審原告らに対しても効力を生じ（62 条 1 項〔現行 40 条 1 項〕）…る」とした。

もっとも、木下裁判官反対意見によれば、少なくとも住民が公益の代表者として行う住民訴訟については、①判決全体の確定が遮断され、②請求が上訴審に移審し、③上訴しなかった者はいわば脱退して上訴審判決の効力を受ける地位にあるにとどまるとすれば、合一確定の要請は満たせるし、当事者の意思に最も適合するとしている³⁴。

³¹ 高田裕成・評論・リマークス 10 号（1995 年）144 頁。高橋宏志・解説・法教 169 号（1994 年）100 頁参照。

³² 徳田和幸「多数当事者訴訟と上訴」『民事訴訟の新たな地平』（有斐閣，2009 年）253 頁。

³³ 前掲註 1) ⑩菱田論文 465 頁以下。

³⁴ 前掲註 1) ①和田論文 241 頁。

本判決に対しては、実務上、原告多数による提訴も珍しくない住民訴訟では、訴訟続行の意思がない非上訴者にも期日の呼出しや訴訟書類の送達を行う必要がある等強く批判がなされた³⁵。

2 住民訴訟・株主代表訴訟における判例変更（平成9年判決・平成12年判決）

批判を受けた昭和58年判決から一変、判例が変更された。その底流には非上訴共同訴訟人に上訴人の地位を付与する必要はないとする有力な学説³⁶の影響が認められる。

(1) 住民訴訟・最高裁平成9年4月2日大法廷判決

昭和58年判決と同じく4号住民訴訟について、複数の住民が県知事およびその補助員を被告とし、県の被告に対する損害賠償請求権を代位行使し、損害を県に賠償することを求めた事件である。上告した住民側のうちの一人のみが上告を取り下げたことから、その者がなお上告人としての地位を維持するかが問題となった。

a 裁判所の判断

まず、複数の住民が提起した住民訴訟については、公益の実現という住民訴訟の性質を考えると、判決内容に矛盾のない合一確定が要請されるものであり（旧民事訴訟法62条1項、現行401条1項）、この場合の住民訴訟は、いわゆる類似必要的共同訴訟に属すると解されるとしたうえで、以下のように判示した。

「本件は、地方自治法242条の2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切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1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。」

「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

³⁵ 前掲註1) ②高橋論文187頁。

³⁶ 前掲註1) ⑩井上論文201頁以下。

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。」そのため、住民訴訟については、非上訴共同訴訟人は、上訴人にはならない。

b 本判決の意義

本判決³⁷の第一の意義は、共同訴訟人の一人がする上訴の効力の内容について、確定遮断効、移審効等、複数あるが、類似必要的共同訴訟一般について、上訴人の地位の付与とは区別したことである³⁸。また、第二の意義は、上記のことを法定訴訟担当訴訟としての住民訴訟に当てはめると、訴訟物の内容から、非上訴共同訴訟人に対して合一確定のために上訴人の地位を与える必要は存在しない旨を明らかにしたことである。

また本判決は、昭和 58 年判決における、木下反対意見の考えを土台に判例を変更したと解される。もっとも、木下裁判官の見解との相違は、反対意見では非上訴共同訴訟人は「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」とされ、その地位が必ずしも明確ではなかったが、本判決では、一部の者の上訴による移審の効力は全共同訴訟人に生じ、自ら上訴しなかった者は訴訟関係自体から脱退するものではなく、上訴人として上訴法律関係の主体とならないことが明らかにされた³⁹。

(2) 株主代表訴訟・最高裁平成 12 年 7 月 7 日第 2 小法廷判決民集 54 卷 6 号 1767 頁

さらに、会社代表訴訟における領域でも同様に平成 9 年判決に従う判決がなされた。

事案としては、証券会社である A 株式会社の株主 X₁ から X₄ が、営業持金取引による有価証券売買で生じた損失を A 社が大口顧客に対して事後的に填補したことについて、当時の A 社代表取締役 Y（被告）らが取締役としての義務に違反して取締役の責任を追及する株主代表訴訟を提起したというものである⁴⁰。

第一審では請求棄却判決がされて X₁ が控訴を提起し、X₂ から X₄ が控訴審において共同訴訟人として参加した。控訴審でも X₁ につき公訴棄却、X₂ から X₄ につき参加請求棄却の判決がされ、X₃・X₄ のみが上告したため、上告をしなかった X₁・X₂ の上告審での地位が問題となった。

³⁷ 前掲註 1) ①和田論文 242 頁。

³⁸ 前掲註 1) ①和田論文 242 頁。

³⁹ 前掲註 1) ①伊藤評釈 130 頁。

⁴⁰ 前掲註 1) ③大淵評釈 219 頁。

a 裁判所の判断

平成 9 年 4 月 2 日判決を引用し、株主代表訴訟を類似必要的共同訴訟と解したうえで⁴¹、以下の通り判示した。

「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、既に訴訟を進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から、提訴後に競争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。」よって、非上訴共同訴訟株主は、上訴人にはならない。

b 本判決の意義⁴²

本判決は株主代表訴訟（会社 847 条）において、平成 9 年同様に判示して非上訴共同訴訟人たる株主は上訴人にはならないとした⁴³が、おなじく訴訟全体が上訴審へ移審することと上訴人とならないこととの関係は明確にはされなかった。

3 学説

以上の判例の展開と同時並行的に、判例の展開に影響を与える形で学説が唱えられた。

(1) 非上訴人説

従来の通説に対する批判を基礎として、非上訴共同訴訟人が上訴人の地位に就かないとする代表的な見解は以下のものがある。

a 有力説・井上説⁴⁴

井上説は、平成 9 年判決が昭和 58 年判決を判例変更するに至った影響を及ぼしたとされ⁴⁵、従来の通説に対して一石を投じた。

同説によれば、昭和 58 年判決のように、全員が上訴審当事者となって一体化することが、「審判目的のために訴訟主体を擬制する」として「訴訟主体を手段化する⁴⁶」ものであり、個々の意思を尊重することなく画一的に一体化してしまう取扱いには問題があるという。こと上訴行為は、実質的には新たな手続の開始をさせる行為であり、また単純に全

⁴¹ 垣内秀介「形成判決の効力，訴訟担当資格者間の判決効の波及，払戻金額増減の裁判の効力」『会社裁判にかかる理論の到達点』（2014 年，商事法務）359 頁から 397 頁。

⁴² 前掲註 1) ⑩伊藤評釈 130 頁。

⁴³ 前掲註 1) ①和田論文 242 頁。

⁴⁴ 前掲註 1) ⑫井上論文 201 頁，207 頁。

⁴⁵ 前掲註 1) ⑩伊藤評釈引用部分，徳田和幸執筆部分・基本法コンメンタール新民事訴訟法（1997 年）199 頁参照。

⁴⁶ 前掲註 1) ⑫井上論文 205 頁。

員にとって有利な行為ともかぎらず、上訴行為に踏み切るかは本来個々の共同訴訟人の自由意思に委ねられ、他から強制的にまたは擬制的に扱う性格のものではないはずであって、むしろ上訴をしないという不作為が「自らは上訴をしない」という積極的な意思表示をしていると述べる。

そして、合一確定の要請からは、上訴審の審判対象は全請求に及ぶが、非上訴共同訴訟人に上訴人の地位を与える必要はないとする。自ら上訴した者は、上訴しない他の共同訴訟人の請求部分についても当該審級限りで訴訟追行権限を有する「審級かぎりでの訴訟担当」、それも非上訴共同訴訟人が自ら上訴しないという不作為をもって黙示の授權があったものとみて、選定当事者的な任意的訴訟担当（いわく「緩和された形式での選定当事者」となるという。そして、非上訴共同訴訟人が手続権を復活させたいならば選定当事者として訴訟追行を委ねた意思表示を撤回することで当事者の地位を回復することができ、審級限りの訴訟担当であるから差し戻し審では非上訴共同訴訟人も当事者としての地位を回復することになる⁴⁷。

b 徳田説⁴⁸

井上説と同様、非上訴共同訴訟人は上訴人の地位につかないが、井上説とは異なり、非上訴共同訴訟人は訴え取り下げと同様の効果しか認められないとすべきとする⁴⁹。

同説には、最判平成 9 年、最判平成 12 年判決の後の最判平成 14 年 10 月判時 1807 号 79 頁が訴え却下に関する限り非上訴共同訴訟人の訴え部分についても判決をしなければならぬという判示を行っており、訴えの取下げという行為が明示的になされていない以上、「上訴しないこと」を取下げと同視することはできないこと、再訴禁止効（262 条 2 項）が生じる可能性があり非上訴共同訴訟人が上訴審で共同訴訟参加をすることまで否定されかねないため過剰な規制となることが批判される⁵⁰。

(2) 上訴人説⁵¹

非上訴共同訴訟人は上訴人の地位に就くとする見解として代表的なものは以下の通りである。

⁴⁷ 兼子一他・条解民事訴訟法（1986 年）170 頁，同〔第 2 版〕（2011 年）222 頁。

⁴⁸ 徳田和幸「必要的共同訴訟における非上訴者の地位」法学論叢 156 巻 5=6 号 86 頁，とくに 97 頁以下。前掲徳田論文註 32) 252 頁以下。

⁴⁹ 八田卓也「民事訴訟法」法学教室 293 号（2005 年）140 頁引用部分，徳田和幸「複数住民の提起した住民訴訟と上訴」原井古稀『改革期の民事訴訟法』（2000 年，法律文化社）。

⁵⁰ 前掲註 1) ⑩菱田論文 476 頁。

⁵¹ 前掲註 1) ③大淵評釈引用，兼子一『新修民事訴訟法体系〔増訂版〕』（1965 年）394 頁。

a 従来の通説・兼子説・三カ月説⁵²・伊藤眞説⁵³

昭和 58 年判決及び通説とされてきたのは、終局判決に対して共同訴訟人の一人が上訴したときには、40 条 1 項の規定によって全員について上訴の効果が生じ、したがって、全員について確定遮断効及び移審効が生じ、さらに全員が上訴人として地位を取得するという見解である⁵⁴。これは、最判昭和 58 年判決のとるところであり、他には共有物分割請求訴訟についての最判昭和 60 年 4 月 12 日裁判集民事 144 号 461 頁や、養子縁組無効訴訟についての最判平成 23 年 2 月 17 日判タ 1352 号 159 頁がある。

b 小山昇説⁵⁵

これに対し、井上治典説の問題提起を受けて、従来の通説を見直し、やや遅れて提唱された見解が小山説である。

同説は、ドイツ民事訴訟法の理論⁵⁶を引用して、上訴共同訴訟人の上訴が無になる結果を回避する必要があることを理由に非上訴共同訴訟人も上訴人の地位に就くが、自らの上訴期間を徒過している⁵⁷以上自ら適法に上訴できず、その上訴人としての地位は上訴共同訴訟人の訴訟追行に依存し従属的なものとみる。一人の共同訴訟人による上訴の効力は訴訟行為の効力拡張の問題ではなく、判決の確定遮断の一律性の問題であるという⁵⁸。

すなわち、同説は、ドイツ民事訴訟法の沿革上、上訴期間は原判決の送達とともに始まり、期間の懈怠の効果として確定効⁵⁹ (Rechtskraft) が生じるが、上訴期間経過前に上訴の提起があると、この Rechtskraft は発生が遮断される。必要的共同訴訟人中、一人が上訴期間を遵守したのに、他の共同訴訟人が期間を徒過したために Rechtskraft が生じるとなれば、勤勉な上訴人がそうでない共同訴訟人の懈怠により上訴権を阻害され、正義に反する結論となるから、懈怠の効果としての Rechtskraft は一人の上訴人の上訴によってその発生が一律に障害され、勤勉な共同訴訟人は原判決の取消・変更を得る可能性を取得する (代理の擬制⁶⁰)。上訴共同訴訟人自身の権限の行使によって、非上訴共同訴訟人のためにも上訴の効果を発生させるのである⁶¹。

⁵² 前掲註 1) ③大淵評釈引用、三カ月章『民事訴訟法』(1959年)220頁。

⁵³ 前掲註 1) ⑩伊藤 633頁。

⁵⁴ 上野康男・松本博之『民事訴訟法〔第8版〕』(弘文堂, 2015年)775頁。

⁵⁵ 前掲註 1) ⑬小山論文 241頁以下。

⁵⁶ 前掲註 1) ⑤高橋・講義 327頁註(17)。前掲註 1) ⑦高田論文 656頁。

⁵⁷ 兼子一他・条解民事訴訟法〔第2版〕(2011年)219頁以下。

⁵⁸ 前掲註 1) ⑤高橋・講義 326頁註(13)。

⁵⁹ なお「確定効」は筆者が補ったものであり、小山論文にはない。

⁶⁰ 代理の擬制に関し、前掲註 1) ⑬小山論文 254頁。

⁶¹ 前掲註 1) ④高橋論文 50頁引用部分。Lent, Die notwendige und die besondere Streitgenossenschaft, Jherings Jahrbücher 90(1942)S.80ff.参照。なお小山説はこの Lent 説とほぼ同様の Schumann, Das Versäumen von Rechtsbehelfsfristen durch einzelne notwendige Streitgenossen, ZJP 76(1963)S.381ff.に多くを依っているようである。

日本法においても、必要的共同訴訟においては、通常共同訴訟で妥当する共同訴訟人独立の原則の特則が定められているが、特則は原則に対して最小限でなければならないところ、勤勉な共同訴訟人を保護する目的を達成するための最小限の特則とは、一人でも期間を懈怠しない者がある場合に判決が全員に対し確定しないことで足りる。かくして、非上訴共同訴訟人は自己の上訴期間を徒過しているから、その者自身は適法に上訴することができず、もっぱら上訴した上訴共同訴訟人の上訴の効力に依存し、上訴共同訴訟人が訴えの取下げ等で上訴の効力が失われれば、非上訴共同訴訟人の上訴人の地位も失われる。上訴した共同訴訟人の上訴権を保護するためだけに上訴人の地位が付与されたにすぎないからである。

一方で、非上訴共同訴訟人であっても上訴人である限り、上訴人としての一切の訴訟行為をなしうるべきである⁶²が、非上訴共同訴訟人がその手続権を復活させる場合、従属性から上訴共同訴訟人の不服の範囲に限られる。

このように小山説は、日本流の「利益」⁶³であるから及ぶという理論構成に対し、一人の上訴権行使を他の者が妨げないため全員が上訴人となるドイツ由来の理論構成をとる点で、上訴提起者を念頭においた理論を展開した⁶⁴。

c 大淵説⁶⁵

合一確定のため訴訟全体が移審して審判対象となる以上、上訴しない者も上訴手続に関与させる必要があり、また、上訴した者だけで訴えの取下げ等がしうるか等問題が生じることから、理論的には従来を通説通り、上訴しない者についても上訴人の地位に就くものと解さざるを得ないとする。判例変更後の判例の指摘する通りの批判が当てはまる⁶⁶。

(3) 二重性説（高橋宏志説⁶⁷）

高橋説は、類似必要的共同訴訟の場合と固有必要的共同訴訟の場合を分けて、上訴しない者の地位には、上訴審の当事者と扱うべきでない部分と上訴審の当事者と扱うべき部分との二重性があるから、一応は上訴人と扱いつつその後処理を弾力化するという手法が適切であるとして、従来を通説を維持しつつ個別の対処を指向する⁶⁸。

まず同説は、従来を通説のように、類似必要的共同訴訟一般に一人の上訴で他の者も上訴人となると説く合理性はないという。なぜなら第一に、井上説のように上訴共同訴訟人

⁶² 前掲註1) ④高橋論文 50 頁。

⁶³ 高木豊三「共同訴訟ニ関スル疑問ニ就テノ意見」法曹記事 27 号（明治 27 年）154 頁。前掲註1) ④高橋論文 52 頁引用部分。

⁶⁴ 前掲註1) ④高橋論文 56 頁。

⁶⁵ 前掲註1) ③大淵評釈 219 頁。高橋宏志・リマークス 23 号（2001 年）118 頁以下。

⁶⁶ 前掲註1) ①和田論文 243 頁。

⁶⁷ 前掲註1) ⑤高橋・講義 323 頁。

⁶⁸ 前掲註1) ④高橋論文 57 頁以下。

と非上訴共同訴訟人等しく扱うことは合理的でないことは確かであること、第二に、一人だけの上訴によりなぜ確定防止効・移審効が生じるかは、より実質的な実体法の規律の問題として考えるべきことが理由である⁶⁹。例えば3人の組合において、1人は第一審の結論に不服で上訴したが、2人は上訴を提起しなかった場合、実体法上、上訴提起行為は過半数で決せられるはずである（業務執行の決定・民法670条1項）から上訴はできないはずである。従来通説からは組合員3人がいったん訴え提起に同意した以上その1人の上訴権能を奪うことはできないというが、一人でも反対すれば訴えの提起はできないのに2人が反対しても上訴の提起はできるというのはバランスに失し、従来通説の合理性は必ずしも盤石とはいえないという。

もともと、従来通説が致命的な実害をもたらすものではなく、上訴しない者の地位には、上訴審の当事者と扱わないのが適当である部分（上訴審での訴訟費用、上訴の取り下げ、中断・中止事由の関係）と上訴審の当事者と扱うのが適当である部分（上訴審継続の知らせ、上訴審への関与の許容、訴え全体の取り下げ、請求の放棄・認諾、和解関与）との二重性があるから、一応は上訴人の地位にしておき特定の場合に別の規律に服するとすべきであるとする。より一般的な当事者論・上訴論の見地から、井上説よりも、非上訴共同訴訟人に丁寧な手続保障を与えている。

4 検討

以上の議論を踏まえたうえで、以下検討し、一応の私見を述べたい。

(1) 実際上の不都合

上訴人説を厳格に貫く場合には、実際上不都合が多い⁷⁰。具体的には、期日の呼び出しや送達の負担、送達場所に関する訴訟のための紛争が生じかねない。実務上、特に住民訴訟等、大多数の非上訴共同訴訟人のうち一部が住所変更を行い送達しにくい事態が発生することは往々にしてあり、裁判所の苦労は推して余りある。実際的な面だけを考慮するならば、非上訴人説に軍配が上がることはいうまでもない。

(2) 井上説と小山説の理論的前提の対比

では、その理論的説明をいかに構成するか。

井上説は、上訴を提起しない不作為が、「上訴審手続を迫行しない」という積極的な意思表示であり上訴者への黙示の授權にあたりとみて「緩和された形式での選定当事者」

⁶⁹ 前掲註1) ④高橋論文 60 頁註(9)。

⁷⁰ 前掲註1) ⑩菱田論文 465 頁以下。

と解する。ここには、「(積極的に)確定効の発生を得ることを望む共同訴訟人の利益」が重視されている。一方、小山説によれば、非上訴共同訴訟人が上訴人の地位を付与されるのは、上訴期間を遵守して上訴した勤勉な共同訴訟人が、上訴期間を徒過した勤勉でない共同訴訟人のせいで、上訴権の追行を阻害されることが正義に反するためである。ここでは、井上説と反対に、「確定効の不発生を望む共同訴訟人の利益」が重視されている。

この両者の前提とする非上訴共同訴訟人像は若干前提を異にしている。井上説にいう、上訴期間を取って徒過させて積極的に確定効の発生を得ることを望んでいる意欲的な非上訴共同訴訟人は、決して「勤勉でない共同訴訟人」とは言えず、ただその意思表示の術を法律上与えられていないだけで、勤勉な共同訴訟人と対等に保護されるべき存在である。小山説の説明でも、必ずしも上訴共同訴訟人の利益が優先されるべきとは言い切れないし、非上訴共同訴訟人が上訴人の地位を強制されるべき従属的地位に置かれるというのは酷であろう。しかし一方、真に積極的に確定効の発生を望む共同訴訟人であるか、単に上訴期間を失念して懈怠してしまった怠惰な共同訴訟人であるかを客観的に判別する方法がないから（「やる気をなくした」場合がどちらに含まれるのかも問題である）、一般論として、当事者意思を判別することが可能であることを所与の前提とする井上説による説明は、實際上困難である⁷¹。

(3) 両説の対立軸⁷²

以上のように両説は理論的には甲乙つけがたく、理論的説明を超えて実際的な検討がされなければならない。ここで改めて主な対立軸をまとめると次のように整理される。

非上訴人説の意図は、個々の非上訴共同訴訟人の自由意思を尊重する点にあり、合一確定という目的を達するには訴訟全体との関係で確定遮断効、移審効、上訴審判決の効力の非上訴共同訴訟人への波及さえ認めれば足り、無理をしてまで非上訴共同訴訟人を上訴人の地位につける必要はないという価値判断である。

一方で、上訴人説の意図は、①特に、原判決が一部認容だった場合に、非上訴共同訴訟人の原判決による既得的地位を保障する必要があること、上訴審における訴えの取下げ、請求の放棄・認諾、和解には、非上訴共同訴訟人にも関与させる必要があること、②被上訴人に附帯上訴をされた場合には、非上訴共同訴訟人も例外なくその相手方にならざるをえないこと、③上訴審によって原判決が変更されれば、非違上訴人も判決の名宛人になる必要があること、④上訴審が自らのイニシアチブで上訴審訴訟に関与していく余地は認めるべきであることにある⁷³。

⁷¹ 高橋宏志「必要的共同訴訟と上訴」小室直人＝小山昇先生還暦記念論文集（中）（1980年）43頁、58頁参照。

⁷² 八田卓也「民事訴訟法」法学教室293号（2005年）140頁。

⁷³ 前掲八田評釈72)140頁は、①の必要性は否定し難く、②ないし④の必要性は非上訴人説も認めるところであり、他方で上訴人説も非上訴人説が見込む効果の必要性を否定するわけではないとする。

両説とも互いの利点及び手続関与に理解を示すので、結局は、(A) 上訴人説に立ち例外的取り扱いによって非上訴共同訴訟人に対する実際上の別異取扱いを認めるか、(B) 非上訴人説に立ち①ないし④の例外的取り扱いを認めるかという二つの選択肢に絞られるのであり、実質的取り扱いに差異は生じないとされる⁷⁴。そして、二重性説は(A)のルートによる解決の一態様と考えられる。

(4) 二重性説による解決

では、二重性説による解決は妥当か。同説に対する批判として、非上訴共同訴訟人は、上訴しないことをもって上訴審での訴訟追行をする意思がないことを表明したに等しいとみるべきで、上訴審での訴訟費用も負担しないとする以上、それほどの手続関与を認めることについては疑問があるとする。原判決が一部認容判決であった場合も、非上訴共同訴訟人は、その選択をする際に、合一確定の要請は承知したのであるから、上訴しなかった者の「認容部分は維持したい」という既得的地位は重視すべきでないという⁷⁵。

確かに、訴訟費用等の面倒な負担は負わないが、都合が悪くなったら手続関与の機会は保障してほしいというフリーライドを非上訴共同訴訟人に許さない配慮は必要である。しかし、いくら 40 条の規律を承知していたとしても、上訴共同訴訟人の上訴権確保の利益を保障するに必要十分な範囲に限って受忍したにすぎず、上訴人の地位に強制されること以上に認容部分である自己の既得的地位の放棄までは許容していないというべきである。

そこで、どの程度まで手続関与の権能を非上訴共同訴訟人に残すべきか。同説によれば、上訴の放棄、取下げ、手続の中断・中止事由の関係においては上訴人と扱うべきでないというが、非上訴共同訴訟人には上訴審の係属が知らされてしかるべきであり、訴え全体の取下げ、請求の放棄・認諾、和解も非上訴共同訴訟人に関与させなければ不合理だという。これは結局のところ、個別具体的な訴訟の性質、求められている訴えの目的、当事者の権利行使態様、原決定に至るまでの審理過程等に照らして「弾力化」した取扱いをしていくことになるものと思われる。

(5) 片面的対世効の類似必要的共同訴訟の場合⁷⁶

類似必要的共同訴訟、とりわけ片面的対世効の類似必要的共同訴訟である場合には 40 条の規律を適用する正当化事由が微弱で、上訴共同訴訟人の上訴権確保のためだけに、これ以上の訴訟追行を望まない非上訴共同訴訟人に形ばかりの当事者の地位を擬制するという強烈な強制を及ぼす必要性に欠ける。

⁷⁴ 前掲八田評釈註 72) 140 頁参照。

⁷⁵ 前掲註 1) ①和田論文 242 頁。

⁷⁶ 前掲註 1) ④高橋論文 57 頁。なお、前掲註 1) ⑤高橋・講義 323 頁参照。

このように必要性が乏しい片面的対世効の類似必要的共同訴訟の場合⁷⁷、共同訴訟は共同訴訟人独立（39条）が原則であり40条の規律は例外的特則であることを強調すれば、上訴共同訴訟人の保護に必要な最小限度の介入のみを許すべきで、非上訴共同訴訟人は上訴人の地位を強制されないというべきだという考え方もありうる⁷⁸。

Ⅲ 株主総会決議取消訴訟に判例の射程は及ぶか

では、平成9年判決、平成12年判決の射程の範囲の問題として、片面的対世効の類似必要的共同であって形成訴訟である株主総会決議取消訴訟に及ぶのか。この点については、従来の学説においても未だ議論が十分には尽くされていないところであるが、現在ある見解を列挙対比する形で、私見として一つの試案を論じたい。

1 平成23年決定と平成14年判決の問題提起

最判平成9年判決、同平成12年判決が出されて以降、これら判例の射程が問題となっていたところ、養子縁組無効の訴えに関して、共同訴訟人の一部が上訴を提起した後になされた他の共同訴訟人による上訴の提起は、二重上訴として不適法であるとする事案（以下、平成23年決定という）に対する判断がなされた。もし仮に養子縁組無効の訴えに最判平成9年の規律が妥当するならば、非上訴共同訴訟人は上訴人の地位につかないのであるから、他の共同訴訟人に後れてなされた上訴を二重上訴として排斥することはできないはずである⁷⁹が、同決定は、その訴えが類似必要的共同訴訟であると述べたうえで、特段の理由なく後から提起された上告（上告受理申立て）を二重上告（二重上告受理申立て）であるとして不適法却下した。

また、裁判所は最高裁平成14年10月15日判時1807号79頁（以下、平成14年判例という）において、地方自治法242条の2第1項の請求が問題となった事案で、原決定が請求棄却となった訴訟の共同訴訟人のうち1人のみが上訴を提起したところ、上訴審は、特段の理由なく、原告請求が同条各号のいずれにおいても認められるものではなく、訴えを却下すべきとの判断に基づき、非上訴共同訴訟人の訴え部分についても却下すべきとの判断を下した。

⁷⁷ 前掲註1) ④佐瀬論文 35頁。

⁷⁸ なお、前掲註1) ⑦高田論文 657頁は必要的共同訴訟一般にこの取扱いを説かれていることは区別されたい。

⁷⁹ 前掲註1) ⑩菱田論文 472頁。

以上、平成 23 年決定、平成 14 年判決それぞれ、平成 9 年判決や平成 12 年判決とは異なっていて、裁判所が非上訴共同訴訟人も上訴人となると考えているということが推察される意味をいかに解するかが問われる。

2 平成 9 年判決と平成 12 年判決の理解

平成 9 年判決、平成 12 年判決に共通する結論に至るまでの理由付けは次のようなものである。すなわち、類似必要的共同訴訟において共同訴訟人の一部が上訴すれば確定が遮断され、移審の効果が生じ、判決効が非上訴共同訴訟人にも及ぶことを確認したうえで、さらに住民訴訟と株主代表訴訟という二つの訴訟の性質に着目した 2 つの理由を付している。

第一の理由は、「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」ということ、そして、第二の理由は、この種の訴訟においては、共同訴訟人の個別的な利益が直接問題となっておらず、複数の原告によって提起された場合でも「公益の代表者としての共同訴訟人らにより」同一の公益上の請求がされているのであり「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」ことを挙げている。共同原告の個別的利益が問題となっているのではなく、公益あるいは株主全体の利益が問題となっているという訴訟の特質を考慮した判断を行っている⁸⁰。

そして、平成 23 年決定の場合は、当事者の減少があっても審判の範囲、審理の態様、判決の効力等に影響は及ばないものであるが、当事者の個別的利益が直接問題となったために、同決定に平成 9 年等の規律を及ぼす 2 つの理由が妥当せず適用がなされなかったとされる⁸¹。このため、類似必要的共同訴訟については一般的には非上訴者も上訴人となるものの、平成 9 年等のように当事者の個別的利益が直接問題にならない訴訟に限っては、非上訴共同訴訟人は上訴人の地位を強制されないとみるのが、判例法理と考えられる⁸²。この射程を検討する学説では、非上訴共同訴訟人が「上訴しない」という行為を行った結果、当該訴訟にいかなる影響が及ぶかで決するべきとするものもあらわれている⁸³。

⁸⁰ 前掲註 1) ④佐瀬論文 35 頁以下、特に 39 頁。

⁸¹ 春日偉知郎・判例タイムズ 1375 号 (2012 年) 44 頁以下。前掲註 1) ⑩菱田論文 478 頁。

⁸² 前掲註 1) ④佐瀬論文 39 頁。

⁸³ 前掲註 1) ④佐瀬論文引用、内野寛信「類似必要的共同訴訟における当事者手続関与兼の濃淡」慶応法学 30 号 (2014 年) 405 頁。

3 株主総会決議取消訴訟の取扱いについての諸見解

以上の判例法理に対し、株主総会決議取消訴訟につき以下の見解が存在する。

(1) 上訴人の地位強制を肯定する見解

非上訴共同訴訟人にも上訴人の地位を強制すべきとする見解は次のとおりである。

a 株主総会決議取消訴訟でも非上訴共同訴訟人に上訴人の地位強制をする見解⁸⁴

共同訴訟人が定立する請求の性質を考慮して、固有必要的共同訴訟についてのみ非上訴共同訴訟人も上訴人の地位に就くとし、類似必要的共同訴訟は訴訟物との関係でなお検討を要するとする。株主総会決議取消訴訟は類似必要的共同訴訟とされるが、訴訟物たる地位または権利が共同訴訟人各自について考えられる限り固有必要的共同訴訟と同様の問題が生じるから、上訴人の地位を保障する必要性があるとする。

b 沿革的な見地から、株主代表訴訟と住民訴訟以外の訴訟では上訴人の地位を強制すべきとする見解⁸⁵

我が国の住民訴訟と株主代表訴訟が、エクイティー上の救済として発展した納税者訴訟 (taxpayers' suit)、株主代表訴訟 (shareholders' derivative suit) にそれぞれ起原を有すること、米国の株主代表訴訟が、会社の権利を訴求する点で集合団体訴訟 (classaction) と区別されるものの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点で共通の発想に基づくこと等から、代表訴訟としての性質を有する住民訴訟・株主代表訴訟のみに妥当する判例法理であって、このような沿革上の背景を持たない株主総会決議取消訴訟には判例の射程は及ばないとする。

(2) 上訴人の地位強制を否定する見解

一方、結論として、判例と同様に非上訴共同訴訟人には上訴人の地位を強制しないとする見解は次のとおりである。

a 非上訴共同訴訟人の請求は移審しないとして、上訴人の地位強制をしない見解⁸⁶

類似必要的共同訴訟の中でも株主総会決議取消訴訟では、通常は原告となる株主の個別的利益が問題とならないため、平成 9 年判例等と異なり、非上訴共同訴訟人の請求は移審せず上訴人の地位を強制しないという処理も可能であるとする。

⁸⁴ 前掲註 1) ①伊藤評釈 130 頁。

⁸⁵ 前掲註 1) ③大淵評釈 219 頁。

⁸⁶ 前掲註 1) ⑤高橋・講義 323 頁。前掲高橋評釈註 78) 118 頁。

b 非上訴共同訴訟人の請求を原審で確定させて、上訴審に移審させないとする見解⁸⁷

判例の射程は共同訴訟人の個別の利益が訴訟で問題となっているかではなく、共同訴訟人の一人が抜けた場合に訴訟にいかなる不都合が生じるか否かに着目して非上訴共同訴訟人が上訴人となるかを定めるべきであるという。結論として、株主総会決議取消訴訟では非上訴者の請求を原審で確定させて、上訴審に移審させないとする。

4 ひとつの提案として

以上より、非上訴共同訴訟人にも保障されるべき手続保障の必要性と、当事者とすることに随伴する費用等の弊害とのいずれを重視するかに着目した議論が論じられていることを述べたが⁸⁸、株主総会決議取消訴訟に限定してひとつの提案をしてみたい。

(1) 第一の理由

平成9年判決等は第一の理由を挙げているが、これは株主総会決議取消訴訟においても妥当することは言うまでもない。総会取消事由が認められる見込みが薄いと考えた一部の提訴者を意思に反して当事者であることを強制することの不合理性は否定できない。

(2) 第二の理由

では第二の理由のうち、①共同訴訟人の個別的利益が直接問題となっていないという要件が、株主総会決議取消訴訟において妥当するか。

当事者の個別的利益が直接問題となっている場合には上訴人の地位に就かせることで判例が何を狙っていたかについて、例えば、非上訴共同訴訟人も、心変わりし原判決より有利な判決を求めて訴訟追行をしたくなる場合がありうるから、その場合に備えて期日の呼出等をするために上訴人にした等の理解ができるといわれている⁸⁹。私見としては、上の理解の前提にあるのは、当該訴訟の訴訟物が、共同訴訟人の直接的な個別的処分（個別的利益の追求）を許容しているものであることを意味するとして、株主総会決議取消訴訟の訴訟物がこのような処分を前提としているかの検討が必要と考える。

また、第二の理由のうち、②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という要件について、株主総会決議取消訴訟の場合には問題がある。それは、株主総会決議取消訴訟を提起したという場合、原告が

⁸⁷ 内野寛信「類似必要的共同訴訟における当事者手続関与権の濃淡」慶応法学 30 号（2014 年）405 頁。

⁸⁸ 前掲註 1) ④佐瀬論文 40 頁。

⁸⁹ 前掲註 1) ⑩菱田論文 478 頁。

減少しても審判の範囲、審理の態様は変わらないが、判決の効力には変更が生じるとも思われる。例えば、第1審において請求棄却となり、その共同訴訟人中1人が上訴したとして、非上訴共同訴訟人を上訴人の地位にせずとも、審判の範囲、審理の態様は確かに変わらないが、上訴審がまたも請求棄却となった場合にも非上訴共同訴訟人には敗訴判決の効力は及ばず（会社法838条）、その結果、上訴共同訴訟人と被告会社との間で生じたところの既判力が及ばない共同訴訟人が再度提訴することが可能となり、被告はそのたびに応訴の負担を強いられるという不利益が生じることになるという意味で、判決の効力には変更が生じる⁹⁰。

(3) 共益権と原告適格からの考察

ここで検討したいのは、株主総会決議取消訴訟を基礎づける株主権（共益権）からの考察である⁹¹。

a 共益権

会社法上、決議取り消しの訴えの提訴権は、株主、取締役（清算人）、執行役または監査役（監査の範囲が会計に関するものに限定された者を除く）のみが有する（会社法831条1項、828条2項1号「株主等」、通説⁹²）。では、共益権とは何を意味するか。

そもそも株式には、株主が会社に対し有する様々な権利を含むが、内容の面から自益権と共益権の2類型に分類される。自益権は株主が会社から直接に経済的利益を受ける権利であって、各株主が単独で独自に行使することのできる単独株主権である。一方、共益権は、株主が会社経営に参加しあるいは取締役の行為を監督是正する権利である。

共益権は自益権とは異なり、権利行使の効果が他株主にも及ぶ性質を有し、権利行使株主個人の利益ではなく会社全体の利益のため行使されねばならず、その意味で、共益権は株主が会社の機関たる資格において有する権利であるとする見解もある⁹³。

b 共益権と会社関係訴訟における原告適格

株主総会決議取消訴訟は形成訴訟とされるが、形成訴訟では原告適格が法定されることが多く、現に会社関係訴訟においては「株主等」（会社法828条2項等）が提訴権限を法定で付与されている⁹⁴。そして、争いあるものの株主総会決議取消の訴えの訴訟物について

⁹⁰ 前掲註1) ⑩菱田論文477頁。

⁹¹ ここでの考察は前掲註1) ①和田論文243頁にヒントを頂いた。株主総会決議取消の訴えは、株主代表訴訟と同様に、いわゆる共益権に基づくものであり、特定の株主総会決議の取消しを求める形成訴訟として原告適格が訴訟物に取り込まれているため、その原告適格として訴訟担当はとくに問題とならないという点に、株主代表訴訟との違いがあるにすぎないという。

⁹² 江頭憲治郎『株式会社法〔第6版〕』（有斐閣、2015年）366頁。

⁹³ 泉田栄一「自益権と共益権利」法律時報83巻12号。

⁹⁴ 前掲註1) ⑮伊藤164頁以下。

では「決議の効力の否定宣言」を求める訴えとして考えるのが有力である。形成訴訟と解される訴訟においては、法定された原告適格を有するとされる地位（「株主等」）を有しさえすれば、法律関係とその変動を求めることができるという点で、株主総会決議取消訴訟の訴訟物に原告適格が取り込まれているといえる。

(4) 結論

では株主総会決議取消訴訟の訴訟物及び原告適格の議論をふまえ、試論を述べたい。

まず、①株主総会決議取消訴訟の訴訟物は「決議の効力の否決宣言」を求める形成の訴えであり、決議取消の訴えの提訴権は各共同訴訟人が独自の形成権として有しているものである。これは、各共同訴訟人が直接的な個別的利益の追求を求めているというよりは、取消原因である形成原因の一般的な主張であり、誰か一人が取り消せば形成結果が全ての者に波及する全体的な権利の行使である。よって、個別的な利益が直接問題となっていない場合に当たるといえると思われる。

また、②株主総会決議取消訴訟といった形成訴訟では原告適格が法定されており、上訴共同訴訟人が形成権を行使する限り上訴共同訴訟人が非上訴共同訴訟人の一種の法定訴訟担当⁹⁵となると解する余地があれば、共同訴訟人の数が減少しても、判決の効力等何ら影響がないという要件も満たすことができるという余地がないだろうか。

これらが妥当すれば、株主総会決議取消訴訟においても、判例の射程は及ぶといえそうである。検討は未だ不十分であるが、ひとつの提案として述べる次第である。

おわりに

私見を要約すると、次のようになる。まず、片面的対世効の及ぶ訴訟においては、一種の実際的考慮から類似必要的共同訴訟として扱われる。そして、非上訴共同訴訟人が上訴強制されるかについて、片面的対世効の及ぶ訴訟類型では上訴強制されないという最小限度の介入のみにとどめるべきである。株主総会決議取消訴訟に議論を限定するならば、共益権を介して一種の訴訟担当として原告適格が肯定でき、判例の理由も妥当する。

本稿の内容には検討を待つ課題が多く残されている。非上訴共同訴訟人に対する手続保障の密度をいかに解するか、もとよりその地位を理論上いかに説明するのか、そして、これらの議論と株主権や形成訴訟との関係はどう理解すべきか。このような課題の解決に向けて、本稿が、小さいながらひとつの提案ができたならば幸いである。

⁹⁵ 法定訴訟担当の「法定」の意義について、任意的訴訟担当の対概念として授權によらない訴訟担当として法律の定めのある訴訟担当であることを要しないと見る見解を前提とする。

本稿は、法科大学院における法学研究基礎課程を利用して、従前より平成 12 年判決の射程につき有していた疑問を熟考することを目的として執筆した。執筆にあたっては、指導教官である杉山悦子先生に、丁寧かつ的確な助言を以てじっくりと長期間に渡るご指導を頂いた。私の要領を得ない冗長な拙い文章に試行錯誤を繰り返し、幾度か道に迷いつつもどうにかこうにか最後まで書ききることができたという次第であって、私の到達しうる一応のゴールへと温かく導いてくださった杉山先生には感謝し尽せない思いである。改めて、この場で御礼を述べておきたい。

以 上