

手続関与者の行動選択の違いと訴訟法理論：住民訴訟に関する二つの最高裁判決

井上, 治典
九州大学法学部教授

<https://doi.org/10.15017/1951>

出版情報：法政研究. 58 (4), pp.171-192, 1992-03-26. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

手続関与者の行動選択の違いと訴訟法理論

——住民訴訟に関する二つの最高裁判決——

井上治典

一 はじめに

地方自治体の住民が、地方公共団体の機関および職員の違法な財務会計運営の防止や是正を求めて提起する訴えが、地方自治法二四二条の二にいわゆる住民訴訟である。本稿でとりあげる二つの最高裁判例は、住民訴訟の中でも、住民が自治体に代位して自治体のこうむった損害の回復を請求する四号の請求（代位請求ともいわれる）について、原告側に多数の住民が関与している場合の訴訟手続上の問題をめぐってのものである。すなわち、一つは、第一審で敗訴した原告側住民のうち一部の住民のみが控訴した場合、控訴しない他の住民はどのような地位につくのかという上訴提起の効果に関するものであり（最高裁昭和五八年四月一日（二小）判決、民集三七卷三号二〇一頁）、もう一つは、原告側に補助参加人住民がついているケースで、第一審敗訴判決に対して補助参加人のみが控訴し、控訴しなかった原告住民がその控訴を取り下げるといふ行動に出た場合に、補助参加人住民と被参加人住民の行動のちがいはどのように調整され、控訴の運命はどうなるのかに関するものである（最高裁昭和六三年二月二五日（一小）判決、

民集四二卷二号一二〇頁)。以下では、便宜、前者を昭和五八年最判、後者を昭和六三年最判と呼ぶことにする。

いずれも、上訴を提起するかどうか、提起された上訴を維持するかどうかをめぐって、原告側住民の間に意見や行動の対立がみられ、これに手続の運用やこれを支える民事訴訟法理論がどのように対応でき、またすべきかが問われている問題である。その際、単に上訴人か非上訴人か、上訴の効力があるかないかというようなゼロサム型の結果論だけではなく、行動選択のちがいを尊重しつつそれを具体的にどのような方法で顕出し調整していくのかの過程面としての手続とその理論にも考慮が払われなければならない。(後述三(三)、四(三))

以下、まず、二つの裁判例の事案と判旨を掲げたのちに、それぞれの裁判例が提起している問題点や両者に共通の思想を点検し、そのうえで、それぞれについてあるべき理論を探究してみたい。⁽¹⁾⁽²⁾

(1) 本テーマについては、平成三年二月の福岡地裁・高裁および大学の合同研究会において報告し、出席の方々から有益な示唆を受けた。

(2) なお、わたくしは、昭和五八年最判については、法学教室三九号七〇頁に解説を、昭和六三年最判の原審判決については、判例評論三四四号三六頁(判例時報一二四三号一八二頁)で評釈を試みたことがある。本稿は、これらを下敷にしながら再考をくわえたものである。

二 二一つの裁判例

(一) 昭和五八年最判の事案と判旨

本件の事案および訴訟手続の経過はつぎのとおりである。

東京都は、田無市において、市街地再開発事業に関する都市計画を決定したが、本件開発事業施行区域内にY（被告、被上告人）は訴外Aから土地を賃借してその上に建物を所有し、居宅兼診療所として使用していた。Yは、田無市に対し、代替地所得のあっせんを申し出た結果、田無市は市所有の同面積の土地をYに売り渡した。田無市の住民X₁ら一五名は、右売却価格が不当に低く、適正な価格にもとづく売買契約ではないとして、Yを相手どって右売買は無効である旨の確認の訴えを提起した。住民が地方公共団体に代位しておこなういわゆる住民訴訟の一態様である（地方自治法二四二条の二第一項四号）。

第一審ではX₁らが敗訴し、そこで、X₁らが控訴したのであるが、その控訴はX₁ら五名のみによって提起され、他のX₆とX₁₅の一〇名の原告住民は、控訴しなかった。控訴審は、現実に控訴した五名のみを控訴人と表示して、売買は適正な価格であったとして控訴棄却の判決を下した。

X₁ら五名は、控訴審の実体判断を不服として、さらに上告を提起した。上告審が、実体判断ではなく、原審がとった措置の手續上の問題点を職権でとりあげて、原判決を破棄して原審に差し戻したのが本判決である。

判旨は、本件のような住民訴訟にあっては、その一人に対する判決は他の者にも及ぶ関係にあるから合一確定の必要のある共同訴訟であり、民訴法六二条一項により共同訴訟人の一人がした訴訟行為は、他の共同訴訟人に対してもその効力が生じることを確認したうえで、そうすると、原告らのうち「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、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」と述べて、X₁らの上告理由について判断するまでもなく、原判決は破棄を免れないとして差し戻した。

右の多数意見に対しては、木下忠良裁判官の反対意見がある。木下裁判官は、現実に控訴した五名の住民のみを控

訴人として終局判決をした原審の措置には格別の違法はないとの見解を表明している。できるだけ忠実にその趣旨を伝えるために、原文のまま引用しよう。同裁判官は、まず、一般論としてつぎのように述べる。「そもそも、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他の者も上訴人としての地位に就くものと一般に解されているのは、要するに、本来合一的のみ確定されるべき性質を持つ判決が区々になることを避けるための方法としてであるにほかならない。しかしながら、右のような目的のためには、必ずしもあらゆる場合において一部の共同訴訟人が上訴すれば他の者も上訴人としての地位に就くものとする必要はないばかりか、自ら上訴をせず上訴追行の意思を有しない者にも上訴人としての地位を付与し自ら上訴した者と同様の上訴審当事者としての権利、義務を課することはかえって不当でもあり、訴訟経済に反するところでもある。」

つづいて、本件訴訟につき、「多数の住民が普通地方公共団体に代位して提起する本件のような訴訟は、当該公共団体が有する同一の請求権を多数の住民がいわば公益の代表者としての立場において行使するものである。この種の訴訟のこのような性質にかんがみると、私は、いわゆる類似必要的共同訴訟一般についてはともかく、少なくとも右のような訴訟にあっては、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考える」と述べている。

(二) 昭和六三年最判の事案と判旨

このケースの事案は、つぎのとおりである。

坂出市の住民Xら四名は、坂出市民として同市監査委員に対し、同市市長であるYが、工業用地造成のために関係

漁業団体に漁業補償金を違法・不当に支出したとして、高松地方裁判所に住民訴訟を提起した（昭和五二年八月八日）。なお、これより以前に、X₁らは、同市の監査委員に、右補償金の支払により同市が損害を被っているのでその返還の措置を求める監査請求を申し立てたが、理由がないとの通知がなされた。

一方、同じく坂出市民であるZは、昭和五二年九月一九日、右漁業補償金の名目で同市が行った支出行為は違法であるとして同市に監査請求をしたところ、やはり監査請求は理由がないとの通知がなされた（昭和五二・一一・七）。そこで、Zは、すでに係属中のX₁らの住民訴訟に補助参加の申し立てをなし、Yらの異議もなく、Zは、昭和五三年一月三十一日以降、補助参加人として本件訴訟に関与するに至った。

その後、本件訴訟についてはX₁ら敗訴の第一審判決が下された（昭和六〇年一〇月三十一日）。被参加人X₁らは控訴しなかったが、補助参加人が控訴したところ（昭和六〇年一月一三日）、控訴審の実質的な口頭弁論期日の前日である昭和六一年五月七日になって、X₁ら作成名義の控訴取下書が控訴審に提出された。

これに対し補助参加人Zは、本件補助参加は、単なる通常の補助参加ではなく共同訴訟的補助参加であるから、参加人は被参加人と抵触する行為ができ、X₁らの控訴取下げはZが提起した控訴の効力になんら影響はなく、本件控訴は控訴審に適法に係属していると主張して、審理の続行を求めた。あわせて、Zは、かりに通常の補助参加であるとしても、X₁らはただちに控訴を取り下げたのではなく、二度にわたって口頭弁論期日の通知を受けたのち、Y₁らから説得されて取り下げたものであるから、右取下げは時機に遅れたものであって、Zの控訴の効力に影響がないと主張している。

右のZの主張に対して、Yは、Zは、監査結果の通知を受けた日から三〇日以内に、共同訴訟参加ができたはずなのに、あえてみずから通常の補助参加を申し立てたのであるから、共同訴訟的補助参加人の地位は取得せず、したがって、Xの控訴取下げに甘んじなければならぬと主張した。

控訴審は、職権でXらの本人尋問を行ったうえで、被控訴人であるYの主張を採用し、Xらの控訴取下げによって本件訴訟は終了した旨の判決をなした。その理由は、Zは共同訴訟参加（民訴七五）ができたのに通常の補助参加を選択したのであるから、共同訴訟的補助参加として扱うことはできず、Xらは有効に控訴の取下げをなすことができる、というにある。Zが上告したが、上告審はつぎのように述べて、原判決を支持した。

「法二四二条の二第四項は、同条一項の規定による訴訟（以下「住民訴訟」という。）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が、右規定は、住民訴訟が係属している場合に、当該住民訴訟の対象と同一の財務会計上の行為又は怠る事実を対象とする適法な監査請求手続を経た他の住民が、同条二項所定の出訴期間内に民訴法七五条の規定に基づき共同訴訟人として右住民訴訟の原告側に参加することを禁ずるものではなく、右出訴期間は監査請求をした住民ごとに個別に定められているものと解するのが相当であるから、共同訴訟参加申出についての期間は、参加の申出をした住民がした監査請求及びこれに対する監査結果の通知があった日等を基準として計算すべきである。そして、右期間内において、前記の適法な監査請求手続を経た住民が住民訴訟の原告側に補助参加の申出をしたときは、当該住民は右住民訴訟に共同訴訟参加をすることが可能であるところ補助参加の途を選択したものであるというべく、右補助参加をいわゆる共同訴訟的補助参加と解し、民訴法六二条一項の類推適用など、共同訴訟参加をしたのと同様の効力を認めることは相当ではないというべきである。

本件についてこれをみるに、前記の事実関係によれば、上告補助参加人Zは、本件訴訟の対象と同一の財務会計上の行為を対象とする適法な監査請求手続を経たうえ、法二四二条の二第二項所定の出訴期間内に、本件訴訟につき、原告である上告人Xら外二名を補助するため本件補助参加の申出をしたのであり、本件補助参加の申出は、共同訴訟参加をすることが可能である場合に行われたものであることが明らかであるから、本件補助参加をいわゆる共同訴訟

的補助参加と解することはできない。

そうすると、Zがした本件補助参加は通常参加と解するのが相当であるから、Zがした本件控訴は、X₁らの控訴の取下げによってその効力を失い（民訴法六九条二項）、本件訴訟は右控訴の取下げにより終了したものとすべきである。」

（三） 共通の思想

昭和五八年最判は、共同で訴訟を行ってきた住民のうち、控訴した者と控訴しない者がいるとき、控訴しない者も控訴した者と同じ地位を取得すると説き、昭和六三年最判は、第一審で後から原告側に加わってきた参加住民のみが控訴し先行の原告住民がこれを取り下げたときは、後者の控訴取下げが優先し先行住民の控訴は効力を失って消滅する、と判示したものである。³⁾ 昭和五八年最判は全住民を控訴審のない手とみなし、昭和六三年最判は、全員について控訴は取り下げられて失くなっているとみなしているので、両判決は一見正反対の考え方に立っているようにみえるかもしれない。しかし控訴するかしないか、控訴を維持するかしないかの住民間の行動選択のちがいに目をふさいで、全員についてどちらかに足並みを揃えた取扱いをするという画一的な処理を志向している点では、共通の思想に立つ。いわば、個別（人）主義ではなく、全体主義であり、また、控訴審当事者かそうではないかというようなゼロサム型の結果論しかなく、控訴を提起していない人に誰がどのようなコンタクトをとればよいのか、その対応いかんによってまた次なる調整の方法を考えると、日常のコミュニケーションでは当然になされるであろうような細かな配慮や利害調整の方法はなんら示されていない。このような対応では、民事裁判は社会からますます隔絶したものになることが懸念されるが、多数当事者理論は果たして両判決のような帰結しか提供できないほどに硬直なものなのだろうか。

以下に、それぞれの問題点ごとに分析、検討を試みてみよう。

(3) それぞれには、つぎの評釈、解説がある。

昭和五八年最判Ⅱ小山昇・民商法雑誌八九卷五号五七頁、金子芳雄・昭和五八年度重要判例解説（シュリスト八一五号）四一頁、佐藤鉄男・法学協会雑誌一〇二卷六号一五八頁、村上敬一・最高裁判所判例解説民事篇昭和五八年度九九頁、田村洋三・民事訴訟法判例百選Ⅱ三五六頁。

昭和六三年最判Ⅱ山村恒年・昭和六三年度重要判例解説（シュリスト九三五号）五三頁、佐野裕志・同上解説一一三頁、東條武治・民商法雑誌一〇一卷二号二五八頁、高橋利文・最高裁判所判例解説民事篇昭和六三年度七三頁、櫻井孝一・民事訴訟法判例百選Ⅱ三七〇頁。

三 控訴しない共同原告への対応

(一) 昭和五八年最判と伝統理論

昭和五八年最判の多数意見は、わが国の伝統的な民訴法理論を建前どおりそのまま当てはめて結論を導いたものである。それは、つぎのような三段論法によっている。(イ)民訴法六二条一項によれば、判決が区々になることが許されない共同訴訟にあっては、共同訴訟人の一人が行った訴訟行為が他の共同訴訟人にとっても利益になるものであれば、他の共同訴訟人のためにもその効果が生じる。(ロ)共同訴訟人の一人または一部による上訴は、他の共同訴訟人にとっても有利な行為である。(ハ)したがって、自ら上訴を提起しない共同訴訟人も、上訴の恩恵を受け、自ら上訴した者と並んで上訴審の当事者となる、と。

このようにして上訴人とみなされた共同訴訟人は、自ら上訴した者と同じの権利を持つ反面、義務も負担すること

になろう。具体的には、判決には上訴しない者も上訴人と表示しなければならぬし、上訴審の訴訟費用も負担させられるのが原則になろうし（ただし、民訴九三条）、上訴の取下げについても、上訴しなかった者の同意を要することになる。本件最高裁が原判決を破棄して原審に差し戻したのも、おそらく、原判決が控訴しなかったX⁶、X¹⁵の一〇名の者を判決の当事者表示欄に控訴人として掲げなかったことを違法としたものであろう。

そうして、たしかに実務の取扱いも、合一確定を要する必要的共同訴訟については、上訴しない者にも、その者が関与の意思をもつかどうかにかかわらず、訴訟書類を送達し続け、期日の呼出状を発送しているのが、実情のようである。

本判決後にも、共同相続人に対する所有権移転登記手続を求めた訴訟で、第一審で欠席し控訴もしない被告も、他の共同訴訟人の控訴によって控訴人の地位につくとした高裁判決が出されている（東京高裁昭和六一年八月二八日判決、判例タイムズ六二五号二二四頁）。事案は、Xが所有権に基づいて土地の所有名義人の共同訴訟人であるY¹、Y¹⁵に対して、時効取得を原因として所有権移転登記手続を求める訴訟を提起したところ、第一審でY¹が敗訴した。この判決に対して、Y¹、Y¹²が控訴し、Y¹³、Y¹⁵の三名は、第一審でも欠席して争わず（擬制自白）、控訴もしなかった。そこで、控訴しなかったY¹³ら三名の取扱いが問題となったが、控訴審は、本件のような所有権移転登記手続については共同相続人らは必要的共同訴訟人の地位にあり、Y¹ら一二名のXに対する控訴の申立てはY¹³ら三名のためにも効力を生じ、右三名は控訴の申立てをしなくても、控訴人の地位に立つものと解し、判決書の表示も、Y¹³らを控訴人として掲げた。

（二）近時の異論と木下裁判官の反対意見

ところが、右の通説・実務に対しては、近時の学説には異論もみられる。わたくし自身、かなり以前にその口火を切った者の一人であるが、その主張はつぎのようなものであった。⁴ すなわち、上訴するかどうか、上訴審手続に関与

するかどうかはそれぞれが判断して決めることであり、一概に有利な行為ともかぎらないのに、上訴の意思を有しない者に自ら上訴した者と同じ権利と義務を与えるのは疑問である。そうして、〈合一確定が要請される場合には、一人の上訴によって全請求が上訴審の審判の対象となるが、自ら上訴せず上訴審手続に参与しない者は上訴審当事者としての地位を取得しない。上訴の取下げも現実にも上訴したり関与した者だけでできるし、上訴審の訴訟費用も上訴者だけが負担する。期日の呼出しやその他の送達も同様である。上訴した者は「緩和された型式での選定当事者」となり、上訴を認容して原判決を変更する場合は、判決主文で自ら上訴しない者も判決の名宛人となる。〉というのが、その主張の概要であった。

その後、高橋宏志教授が、ドイツおよびわが国の学説・判例を綿密に跡づけたうえで、非上訴者には上訴者と異なった地位・取扱いを認めることを妥当する側面（たとえば、上訴の放棄・取下げ、上訴審の訴訟費用の負担、手続の中断事由など）と、上訴人に近づけて考えたほうが妥当な部分（たとえば、手続関与の機能、訴えの取下げや和解請求の認諾、判決の名宛人、附带上訴の相手方など）とがあり、けっきょく、伝統理論の合理性が磐石のものとはいえないが、かといって致命的な実害をもたらすともいえない、と論評された⁶⁾。まことに、中庸を得た考え方であり、上訴人が非上訴人かというゼロサム式の割り切りではなく、中間的であいまいな地位にあることを見抜いて、その地位を流動化し多様化する方向を示された点は慧眼であると思う。ただ、そのような中間流動的な性質を具体的にどう訴訟手続に組み込んでいくかの課題は残されているであろう（この点については、後述七五三頁以下）。

つづいて、新堂幸司教授が、これらの議論および本判決の木下反対意見の問題提起を受けて、これらの異説を基本的には支持しながらも、上訴した者と上訴しない者とがいるときにゆえに上訴をした積極的行動者の意思が優越して扱われるのかを共同訴訟人間の手続保障のあり方から原理的に追求した⁶⁾。

このような経緯の中で、本件の木下裁判官の反対意見が出された。木下意見は、合一確定を達成するためには必ず

しも上訴しない者を上訴人とみる必要はないとの認識の下に、へ住民が地方公共団体に代位していわば公益の代表者として行使する本件のような住民訴訟については、上訴しない共同訴訟人は上訴審の訴訟追行者ではなく、脱退してただ上訴審判決を受ける地位にあるにとどまる⁷として、代位的な性格をもつ住民訴訟の特殊性を強調し、そこから結論を導いている。必要的共同訴訟一般についての議論ではない点に、先の学説とはなお距離がある。しかし、その提起した問題の重さとインパクトの大きさは、合一確定訴訟一般に通じるものがあるといえよう⁷。

(三) 上訴しない当事者に対する手続的配慮

本件原審が、控訴しないX₆らを控訴人と表示しなかったのは、X₆がたんに不服を申し立てていなかったからというだけではなく、X₆が控訴審での手続関与の意思ないし実績をまったく見せていなかったもので、ついつい控訴人の表示をX₁、X₅だけにとどめる結果になったのであろう。もしそうだとすれば、原審に差し戻してもう一度弁論をやり直すことは実益に乏しいし、X₆らを控訴人と表示して控訴審の訴訟費用の負担を命じるのは、実益に乏しいばかりでなく、むしろ控訴しないX₆らとX₁、X₅らとの間に不公平感を生み、新たなもめ事の種を植えつけることになる。百害あって益なしとは、こういうことを言うのであろう。多数意見に改めて疑問を呈したい。

ところで、本件のようななんとなくしっくりしない処理がもたらされるのは、原審の初期の手続運営およびそれをもたらす理論の不足に問題があるからではなからうか。つまりこうである。

自ら上訴を提起しない者は、ほとんどは、控訴審で訴訟追行をする意思をもたない者であろうが、中には、上訴をするつもりでいたところ他の敗訴共同当事者が上訴したことを知ったので、それによって自分も上訴審当事者の地位につくと判断して独立の上訴提起行為はしなかった者、あるいは、当初は上訴を提起・維持していくつもりはなかったが、なんらかの事情で途中から上訴審関与の意思をもつに至った者も考えられる。したがって、自ら上訴提起とい

う積極行動をとらなかつたから、一概に上訴審をになう意思がないとも言切れない。そうだとすれば、自ら不服を申し立てない者をそれだけではじめから上訴審当事者の地位からはずしてしまうことは配慮に欠けるが、逆に、自ら上訴した者と同列にみて機械的に期日の呼出状や訴訟書類を送達しつづけ、無反応の場合にもその費用を負担させるというのも、上訴しない者の実情を無視した画一的な対応であり、反省を要する。そこで、自ら上訴しない者の置かれた多様な状況を引き出し、それに応じて以後の対応を決めていくための手続が必要なのではなからうか。それは、たとえば、上訴の提起がなされた段階で——上訴審の弁論・審理には入る前に——、上訴をしていない共同当事者に、上訴の提起があったことを通知して、返信用ハガキなどで、①上訴審関与の意思があるかないか、②ない場合でも、訴訟書類を送達する必要があるかどうか（費用は自己負担であることを明記して）について回答を求め、回答がいずれも否である場合でも、③いつでも裁判所に来て記録が閲覧でき、関与の積極的意思を表明してくれば、上訴審に關与できることを付記しておく、というような裁判所による非上訴者とのコンタクト手続を意味する。

このようなやや細かな配慮は、裁判所外の手続や日常的コミュニケーションの感覚からは、ごく普通の、あるいは当然のことであろう。裁判所では、あるいは判決手続では、このような調整手続をとることができない、というものでもあるまい。もっとも、共同原告が原審でかなり強い糾で結ばれていたとみられる場合には、現実に上訴してきた者に、非上訴者のそれぞれの意向をまとめる作業を依頼してその結果を裁判所に提出してもらおうということも考えられよう。問題が共同訴訟人間の利害調整にかかわるものである以上、さしあたり積極的行動をとった者にとつた者のための負担を課してもおかしくはない。控訴を提起した者に非上訴者の意向をまとめる負担まで課さなくても、右の通知だけをして、あとは非上訴者の反応にゆだねる、というだけで足りるかもしれない。いずれにしても、控訴したかしないか、控訴審当事者か非当事者か、というようなオール・オア・ナッシングの結果論ではなく、控訴審の初期の手続過程に非上訴者とのコミュニケーション手続を一本組み込んだうえで、多様な控訴審関与の地位・形態を認めてはど

うか、というのが本稿の提案である。

四 住民訴訟の特殊性についての評価

共同訴訟人自身の権利または法律関係が直接的に訴訟の対象となっている場合には、上訴した者と上訴しない者との関係および判決のあり方について、たしかに考慮すべき問題がある。上訴しない者の請求部分も上訴審の審判対象になるとすれば、いかなる根拠理論でそれが正当化されるかの問題があるし、審判対象にならないとすれば、合一確定の要請をある程度あきらめることになり、今度はそれでよいか問われることになるからである。また、上訴しない者を上訴審の訴訟追行者からは解放するとしても、判決との関係では当事者として名宛人にする必要が出てくる場合も認めざるをえない。たとえば、民法上の組合の場合に、A、B、C三名の組合員がSに対して一〇〇万円の債権の支払いを求め、原告敗訴の一審判決に対してA、Bだけが控訴し、Cは控訴しなかったとしよう。控訴審が控訴を棄却する場合には、A、Bの控訴を棄却するとの判決で足りるが、控訴を認容する場合は、原判決を取り消したうえで、たとえば、「Sは、A、B、Cに一〇〇万円を支払え」との給付命令を掲げるほうが合理的である。

これに対して、本件のように住民訴訟や株主の代表訴訟、株主総会決議の効力を争う訴訟で審判の対象が共同訴訟人自身の固有の法律関係でない場合には、上訴した者がなぜ上訴しない者の法律関係ないし紛争行動に干渉できるかや、判決の名宛人をどうするかの問題を生じる余地がないので、上訴しない者を上訴審当事者の地位から解放しやしいのはたしかである。木下意見が、「少なくとも右のような訴訟にあっては」と限定した理由もここにある。

筆者は、共同訴訟人の固有の権利または法律関係にかかわる紛争類型であっても、原判決を有利に変更するための訴訟追行に関するかぎり、上訴しない者は上訴した者に上訴審かぎり訴訟追行をゆだねたものと解してよいし、判決の名宛人となることがありうることも別段障害にはならないと考えるものであるが、この点は従前すでに自説を展

開したところであるので、ここではくり返さない。ただ、ここでは、「合一確定の要請」がアプリアリに絶対のものなのかどうかについては、再考の余地があるかもしれない、という見通しだけを述べておきたい。訴訟関与の態様が共同訴訟人それぞれで多様であり、上訴審での関与の態様も、濃淡さまざまなもの承認するとすれば、相手方当事者との以後の紛争行動の規制についても、それぞれの行動態様との関連で個別のかつ柔軟に考えていくこともできるかもしれない。もっとも、本件のような地方公共団体の財政支出行為の適否についてまで合一確定の要請を後退させることができるかについては、なお考慮すべきさまざまな問題があろう。

(4) 井上治典「多数当事者訴訟における一部の者のみの上訴」(昭五〇)多数当事者訴訟の法理二〇一頁。

(5) 高橋宏志「必要的共同訴訟と上訴」裁判と上訴(中)「小室・小山還暦記念」(昭五五)四三頁。

(6) 新堂幸司「共同訴訟人の手続保障—上訴の提起・取下げを中心に—」民事訴訟雑誌三三号一頁以下、兼子||松浦||新堂||竹下著・条解民事訴訟法(昭六一)第六二条解説「新堂執筆」。

(7) 新堂教授は、つぎのように言う。

「さて、こうした木下裁判官の考え方が、どこまで、類似必要的共同訴訟一般についてもあてはめられるものだろうか。……合一確定という、いわば当の当事者本人以外からくる要請に応えながらも、当事者の意思をできる限り手続に反映させ、その主体性を確立させようという、反対意見に流れる基本思想は、さらに……固有必要的共同訴訟にも、推し及ぼされないだろうか。」(新堂幸司「必要的共同訴訟と上訴」新堂ほか著・演習民事訴訟法2三二〇頁)

四 控訴維持派と控訴取下げ派との調整

(一) 昭和六三年最判とその問題点

同じく四号請求についての住民訴訟において、控訴を提起し維持したいという補助参加人住民Zと、自ら控訴を提起しないのみならずZの提起した控訴を取り下げたいとする原告住民X₁との利害の調整をどのようにはかるかが問われているのが、昭和六三年最判のケースである。判旨は、すでにみたように、控訴維持をねらう参加住民Zの意思・行動よりも、その消滅をねらう原告住民X₁らの行動選択が優越し、これによりZの控訴維持活動もその基盤を失うという結論を導いた。その論拠は、つぎの二つに整理できる。

すなわち、まず、(イ)みずから民訴七五条により原告側の共同訴訟人として参加できるのに、この共同訴訟参加ではなくあえて補助参加を選択してきた場合には、その参加人には、共同訴訟人に近いいわゆる共同訴訟的補助参加としての地位を与える必要はなく、通常の補助参加としての効力を認めることで足りるとする立場を基本とし、(ロ)補助参加人の控訴は被参加人の控訴にはかならないので、被参加人は、たとえみずから提起した控訴ではなくても、いつでも自由に取り下げることができ、その場合には、参加人の控訴はなかったものになって控訴審の訴訟手続きは終了し、以後参加人の訴訟追行の余地はない、とするのがこれである。

右の(イ)、(ロ)それぞれその当否は検討にあたいするが、より根本的な問題は、つぎの点である。すなわち、紛争の实体に着目して理論をたてることが一般論として望ましいことはおそらく異論のないところであろうが、その際、後発の参加住民ZもX₁らと同じく監査請求を経た住民であって本来単独でも住民訴訟をになうことができる地位を有しているのに、〈補助参加人かどうか〉、〈共同訴訟参加かどうか〉というような画一的で抽象的な参加形態論からしか発想しないという思考方法にそもそもその限界はないか、また、控訴が維持されて全員が控訴人になるか、逆に全員につき控訴が消滅するかというゼロサム型の調整法理がここでも果たして妥当であるのか、が問われなければならない。

(二) 参加形態中心志向とその限界

一 わが民事訴訟法は、他国の参加制度にくらべて、多様な参加形態を用意しており、持ち駒はきわめて豊富であるが、それだけにそれぞれの参加形態相互の関係について解釈論上複雑で困難な問題を提供する。

とくに、このような多様な参加形態をもつ制度下にあつては、理論上つぎのような傾向に陥りやすい。ひとつは、それぞれの参加形態に独自の機能と守備範囲を与えなければ参加体系全体として座りが悪いという意識が先行し、参加要件の面でも参加人の地位の面でも、それぞれの参加形態相互が競合しないような理論をたてようとするところであり、いまひとつは、個別紛争の参加人の実質的な利害や当事者と参加人との具体的な関係または紛争関与の経過を前面に立てた思考ではなく、それぞれの参加形態についてあらかじめ統一的な要件、効果論を立てておいて、個別紛争の具体的な関係や状況がどうであれ、その参加形態にあらかじめ盛られた理論をもって画一的に割り切ろうとする、参加枠組中心の演えぎ的な考え方が横行しがちであることである⁸⁾。

本判旨に即してこれを具体的に言えば、共同訴訟参加ができたのに補助参加を選択した以上、そのような補助参加人に共同訴訟的補助参加の効力を認める必要はないとする考え方は、それぞれの参加形態は独立であり、共同訴訟参加と補助参加が競合するような理論はとるべきでないという、右の「非競合思考」が顕著である。また、およそ補助参加であれば、それが住民訴訟における本来独立の適格を有するはずの他住民の原告側への参加であれなんであれ、あるいはまた、補助参加人自身が提起した控訴を被参加人が一方的に取り下げて控訴審手続を終了させることができるかどうかの参加人・被参加人間の手続保障が深刻に問われるはずの問題であろうとなかろうと、とにかく補助参加とはこういうものなのだというあらかじめ決められた理論でもって、形式的に、そして画一的に割り切ろうとする姿勢には、右の「枠組思考」が疑問がもたれることなく前提にされている。そこには、被参加人の控訴審手続からの撤退の意思は尊重しつつ、参加人には控訴審での訴訟関与の機会を残すことはできないか、というような柔軟な発想は生れる余地がない。参加人の提起した控訴であっても、それは被参加人の控訴にほかならないから、一方的に取り下

げることができるのは当然である、というドグマで対処される。

二 共同訴訟参加ができたから、（それを選択しなかった以上）単なる通常の補助参加の効力を認めておけば足りると解すべきか、それとも、共同訴訟参加ができるくらいの参加人なのだから、通常の補助参加人よりも強力な地位を認めるべきかは、理論上はもちろんどちらも成り立つ。現に、東京高裁中間判決昭和四六年五月三十一日（判例時報六三四号三一頁）は、東京都中野区長が区の所有地を売却した契約が違法であるとして、同区の住民が住民訴訟によってその売却の差止めを求めた事件で、控訴した住民のうち、第一審で原告であった者全員が控訴を取り下げたのに、第一審で補助参加していた住民が反対して控訴を維持すると主張したため、控訴取下げの効力が問題になった事案であるが、中間判決は他住民の補助参加を共同訴訟的補助参加と解して、被参加人の控訴取下げの効力は生ぜず、訴訟はなお控訴審に係属していることを判示した。参加形態じたいは、参加人の利益主張の目的ではなく、あくまでも手段にとどまるとすれば、参加人にどのような訴訟上の地位を認めるべきかは、共同訴訟参加ができたかどうかという形態選択中心の考え方ではなく、参加人の具体的利害状況と紛争の実態との関連で、実質的に考える必要があるのではなからうか。参加人が補助参加を申し立てていても、その参加人に実質上共同訴訟人と同様の地位を認める必要があれば、そのような地位を認めてもさしつかえないはずであって、共同訴訟的補助参加はまさにそのための手段として機能してきたとみられるのである。このような観点からは、本件の参加がどのような紛争におけるいかなる第三者であるのか、また、参加人と被参加人との間でどのような訴訟手続上の事項が問題になっているのが重要であり、このような具体的考慮を前面に出した理論がたてられなければならないと考える。参加形態はあくまでも器であって、そこに盛られる中身としての具体的紛争とその展開こそが重要であると思われるからである。この点からみて、判旨は、いささか形式的で硬直な参加形態枠組中心の思考にこだわりすぎているといえないだろうか。

三、本件補助参加人は、監査請求を経ていることもあって、本来独立に住民訴訟を提起し追行する資格をもつ住民で

ある。ただ、補助参加人としては、すでに原告住民X₁らが住民訴訟を提起しており、別訴の提起が禁止されていることもあって、この訴訟に参加しておけば足りると判断して、補助参加したものとされる。参加申出の際には、参加人としては、被参加人である原告住民との間に控訴の提起・維持をめぐる意見のちがいや行動の対立をみるというような事態は予想していなかったのが通常であろう。理論をたてるにあたっては、ひとたび補助参加を選択したかぎりには、どのような状況の変化があっても、なにがなんでも補助参加にあらかじめ盛られた一義的な理論で対処するという固定的な考え方ではなく、手続経過の状況に応じたある程度弾力的な考え方をとるべきであろう。

すでに、高橋宏志教授は、このような要請に応えるべく、参加人が訴訟の展開に応じてその地位を交換する可能性を示唆する⁽⁹⁾。説得力に富む柔軟な発想である。

(三) 対立住民の利害の調整方法

一　そこで、本件については、参加人がもともと自ら当事者として住民訴訟を担うことができるだけの資格を備えた手続関与者であることにくわえて、原告住民の訴求利益も参加住民の訴求利益も自治体の支出による損害の回復である点で同等同質であるから、参加住民は当初の原告住民が脱落しても以後単独でも訴訟を続行できるだけの——潜在的な原告としての——地位を有していることがまず考慮されなければならない。もし補助参加訴訟の原告の請求が原告固有の利益にかかわる通常の財産権上のものであれば、参加人が被参加人の意思に反してまで控訴審手続を維持・続行することは適切でないとしても、住民の個人的な利益にかかわらない本件住民訴訟のような紛争については、被参加人の意思に反しても、参加住民だけで訴訟を続行する可能性を認める十分な理由がある。昭和五八年最判のケースと異なり、ここでは、住民訴訟という特質がかなり大きな意味をもつ。もちろん、被参加人が控訴審手続からドロップする自由は認める必要はあるが、後述するようにそのための手当ては別個に考えればよいことである。本

件控訴が、参加人自身が提起したものであることも考慮に入れられてよい。

このような帰結を導くために、本件補助参加を共同訴訟的補助参加とみるか、それとも、この種の紛争の特殊性から潜在的な提訴権者である手続関与者の実質にみあう訴訟上の地位を認めれば足りるとして、通常の補助参加であっても参加住民に独立の上訴維持機能を認めてよいと考えるかは、手段としての理論構成の問題であり、本質的な問題ではない。筆者としては、参加人住民Zが上述の目的で訴訟手続きに現実に関与し、住民訴訟の請求を担ってきたし、控訴審でも担う意図を明らかにしている以上、Zが当初選択した関与の形態がどのようなものかにとらわれることなく、その実質と目的に即した地位を認めるのが妥当と考えるので、右の理論構成としては後者の立場を支持したいが、既往の参加態様の枠組内の理論に忠実でなければならぬと言われるのであれば、前者の共同訴訟的補助参加とみることでもかまわないと考える。しかし、いずれにしても、参加形態は目的を達するための手段であって、手段が自己目的化することのないように常に心がけておかなければならない。

二　ところで、参加人に被参加人に阻害されない訴訟上の地位を認めるのが妥当としても、被参加人の行動選択の自由も当然のことながら考えておく必要がある。

被参加人がその意に反して訴訟につながれ、控訴審当事者としてのさまざまな負担を負わなければならないとすれば、いかに自己の個有の利益にかかわらない請求であっても、それはやはり好ましいことではないからである。そこで、実質的には請求の担い手としての資格のある手続関与者の利益追求の途を用意しつつ、被参加人の控訴審手続きからの離脱の自由をもまた保障するような理論が立てられれば、それがもっとも望ましいといえよう。

この点について筆者は、かつて、補助参加人のみが控訴し、控訴審でも被参加人は関与の意思を有せず、もっぱら参加人のみが控訴審手続きを進行している場合には、控訴の処分権は補助参加人に認めるかわりに、被参加人を控訴審手続きの迫行者としての当事者地位から解放する理論をたててはどうかと主張したことがある¹⁰。参加人と被参加人

とはそれぞれ人格も異なり、それぞれの行動選択も異なるのが当然である以上、参加人の訴訟行為はすなわち被参加人の訴訟行為であるというように、両者の人格を一体化してしまう必要はなく、それぞれの行動選択のちがいを反映した理論をたてるのが妥当であると思うからである。学説には、参加人に固有の争点について、その争点がぎりでの独立の上訴権を認める立場もあるが、本件住民訴訟のような請求については、被参加人の請求とは別個の参加人自身の争点というものは考えにくいので、争点上訴の理論ではうまくいかないであろう。

そこで、このような見解によれば、被参加人たる住民は、手続関与の意思のないことを表明して、控訴審の追行者としての当事者地位からおりることができ、本件はまさにそのような事案であったと考えられる。したがって、控訴審の手続費用などはまったく負担させられることはなく、控訴審の当事者としての権利義務は一切負わないことになる。原告住民X₁らは、参加人Zの提起した控訴を取り下げるといような行為をそもそもできず、右のような行為を申し立ててきても、X₁らが控訴審の担い手からおりる意思を表明したものと取り扱えばよいということになる⁽¹²⁾。参加人Zの控訴審での訴訟追行の結果、原判決が変更されることがあれば、脱落した原告住民X₁らもその効果を受けるのはもちろんであるが、住民訴訟の目的がそのかぎりで達成されたのであるから、X₁らは、そのことじたいに文句が言える立場にはないであろう。もっとも、ここでも、それぞれの住民は自己の訴訟追行の結果に対して責任を負えば足りると割り切ることができれば、合一確定の要請にこだわらない対応も可能かもしれない。

(8) この点については、井上治典「参加『形態論』の機能とその限界」多数当事者訴訟の法理三〇七頁以下、高橋宏志「各種参加類型相互の関係」講座民事訴訟三卷二五三頁以下。

(9) 高橋宏志・前掲（講座民事訴訟）論文二七四頁。

(10) 井上治典・前掲論文（多数当事者訴訟の法理）二二六頁以下。

(11) 新堂幸司「参加的効力の拡張と補助参加人の従属性」裁判法の諸問題（中）（兼子還曆記念）四〇九頁、四四〇頁、同・民

事訴訟法四九八頁。

(12) その後、山村恒年・昭和六三年重要判例解説（ジュリスト九三五号）五四頁が、「XもZも本来同じ原告たる資格を有する者であるから、Xの控訴取下げは訴訟脱退の意思表示」と解すればよいとして、同趣旨の立場を表明している。

四 おわりに

住民訴訟をになう「住民」といっても、決して一体ではない。ひとり一人の顔がちがうように、それぞれに考え方があり、意見の対立や訴訟内行動のちがいを生むのは、当然といえば当然のことである。本稿でとりあげた最高裁判例は、いずれもその「ちがい」の価値をどの程度認め、それを手続の運営や訴訟法理論にどのように反映させ調整することができるかが問われた事案であった。控訴提起をめぐる行動の「ちがい」は、このような問題を考える恰好の材料であったと思われる。残念ながら、二つの裁判例ともに、従来の硬直で画一的な共同訴訟理論、訴訟参加理論にとられすぎており、紛争主体のそれぞれの「ちがい」を大切にしながら、それぞれの問題に柔軟に対応していこうとする姿勢に乏しいように思われる。〈差異は差異として認めつつ、それをいかに組織化していけるか〉によってその国の文化の厚みが計られる、と言ったのは、哲学者中村雄二郎であるが、¹³このような観点からは、二つの裁判例の基調をなす文化の程度は決して高いとは言えないようである。なぜなら、二つの判決ともに、行動選択のちがいそのものを認めずどちらかに統一しようとするばかりでなく、わが国の手続運営とそれを支える理論には、たとえば、一部の者のみが控訴してきたときに、控訴しない者に今後の訴訟関与の意向を打診してみて以後の方針をたてるというような、気軽で柔軟な調整手続を用意することについての配慮はみられないからである。そのような中間的な調整手続

——それは、控訴を提起しない者と相手方当事者および控訴提起者とのあらためての関係づけの場の保障といてよい——なしにむやみに期日の呼出状と書類を送りつづけ、そうであるから、訴訟当事者であり費用も負担させるといふのは、発想が逆ではないだろうか。

民事訴訟法の改正作業が進められているが、市民に利用しやすく、納得できる手続の実現というのは、必ずしも迅速、簡易にあるのではなく、このような日常的コミュニケーションの感覚を積極的にとり入れて、主体間の関係づけのためのミクロの調整手続をあちこちに散りばめていくことであると考えたい。

(13) この視座を高く評価するものとして、井上正三「裁判という制度の本質」裁判と裁判外紛争処理に関する多角的実証的研究

(研究代表、谷口安平) 一四七頁。