

民事手続判例研究

福岡民事訴訟判例研究会
熊本大学法学部 : 准教授

濱崎, 録
熊本大学法学部 : 准教授

<https://doi.org/10.15017/26257>

出版情報 : 法政研究. 79 (4), pp.81-93, 2013-03-15. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

民事手続判例研究

福岡民事訴訟判例研究会

住民訴訟における共同訴訟参加の申出につき、これと当事者、請求の趣旨及び原因が同一である別訴において適法な住民監査請求を前置していないことを理由に訴えを却下する判決が確定している場合には、その判決の既判力により、当該共同訴訟参加の申出は不適法として却下されるべきであるとされた事例

最高法院判所平成二二年七月一六日第二小法廷判決、最高裁平二〇（行ヒ）三〇四号、判例時報二〇九八号四二頁、民集六四卷五号一四五〇頁

瀨崎 録

一 事実の概要

1 前提事実

大阪府は、自治省（当時）から退職手当制度の是正を求

める指導を受け、従来の制度を廃止し、別途、職員の掛金と大阪市からの交付金を原資とする新たな退職時給付事業を設けることなどを大阪市労働組合連合会（以下、「市労連」という）と合意した。大阪市職員を組合員とする四つの互助組合から構成される大阪市職員互助組合連合会（以下「連合会」という）は、各互助組合員を被保険者とし、これらの者に対する退職一時金とする趣旨で、保険会社と企業年金保険契約を締結し、職員から徴収する掛金の一部を保険料に充て、これでは賄えない部分については、大阪市から各組合への補給金（以下、「本件補給金」という）を原資として充てることとする連合会給付金等事業を創設した。

大阪市の住民であるAらは、平成一七年三月一八日、大阪市が互助組合に対して、企業年金保険の保険料の一部とする趣旨で本件補給金を支出したことが違法な財務会計行為であるとして、互助組合にその返還を求めると、その支出を行った歴代の大阪市長に支出額を返還させるよう求める住民監査請求（A監査請求）を大阪市監査委員に行った。

これに対して、大阪市監査委員は、消滅時効（地方自治法二三六条一項）にかかっていない平成一二年度以降の本

件補給金の返還を互助組合に求めるよう勧告し、平成一一年度以前については監査請求を却下した（A監査結果）。

同じく大阪市住民であるXらは、大阪市監査委員に対し、本件連合会理事らが大阪市の支出権限者と共同で、大阪市の違法な補給金の支出をさせたとして、これに関与した本件連合会理事ら、大阪市の支出権限者及び市労連に対し、大阪市が被った損害を返還ないし賠償させることなどの措置を求める住民監査請求をした（以下、「X監査請求」という）。

大阪市監査委員は、このX監査請求を同年三月一八日付で別件においてされた住民監査請求（A監査請求）と同一の財務会計行為又は怠る事実を請求の対象としたものと理解し、XらのうちA監査請求と重複する者に対しては本件監査請求を却下し、残りの者に対しては、A監査結果をもってX監査請求に対する監査結果とする旨の取り扱いをし、Xらにその旨の通知をした。

2 判決までの経緯

Aらは、大阪市職員を組合員とする四つの互助組合に対して大阪市が支出した本件補給金を当該互助組合が組合員のための企業年金保険の保険料に充てたことにつき、主位

的には互助組合による本件補給金の流用が違法であり、予備的には大阪市からの本件補給金の支出が違法であるとして、地方自治法二四二条の二第一項四号に基づき、Yらに対し、各互助組合及びそれらから構成される連合会等に損害賠償請求ないし不当利得返還請求をするよう求める住民訴訟を提起した（以下、「本件本訴」という）。Xらは、Aらの一部の者と連合会の理事らが大阪市の支出権限者と共同で違法な本件補給金の支出をさせたとして、同じく地方自治法二四二条の二第一項四号に基づき、Yらに対し、連合会の理事ら及び同人らを理事とする市労連に損害賠償請求をするよう求めて、訴訟を提起するとともに（以下、「別件訴訟」という）、本件本訴に共同訴訟参加の申出を行った（以下、「本件参加申出」という）。本件参加申出の訴訟物は、別件訴訟と同一であった。

第一審（大阪地判一九・七・一二）では、本件本訴・本件参加申出・別件訴訟が同一の裁判体において審理された。その結果、本件本訴について、主位的請求の追加は訴えの追加的変更となると判断し、この変更時には地方自治法二四二条の二第二項一号所定の出訴期間を経過していること等を理由に訴えを却下し、本件申出についても、適法な住民監査請求を前置していないとしてこれを却下した。

さらに別件訴訟についても、適法な住民監査請求を前置していないとして訴えを却下する判決がなされた。これに対して、Aらの一部とXらが控訴した。控訴審では、本件本訴・本件参加申出と別件訴訟は異なる裁判体に係属し、別件訴訟が先行した。別件訴訟の控訴審では控訴棄却判決がなされ（大阪高判平二〇・一・三二）、これに対する上告受理申立てがなされたが、これを不受理とする決定が出されたことで別件訴訟は確定した（最三小決平二〇・六・二四）。

他方で、本件本訴・本件申出についての控訴審裁判所は、当該監査請求が監査請求期間の制限をうけない性質のものであるとして、第一審判決を取り消し、第一審に差し戻す判決をした（大阪高判平二〇・五・二二判例集未登載）。このため、Yらが上告及び上告受理申立を行った。その結果、本件本訴については、上告棄却判決と上告不受理決定がなされた。また、本件参加申出について、最高裁は、この上告審係属中に確定した別件訴訟の判決の既判力を考慮するかたちで、不適法な申出として却下した。

二 判旨 破棄自判（控訴棄却）

「本件申出にかかる当事者、請求の趣旨及び原因は、被

上告人らに関する限り、別件訴訟と同一であるところ、別件訴訟において適法な住民監査請求を前置していないことを理由に訴えを却下する判決が確定しているから、本件申出はその既判力により不適法な申出として却下されるべきものである。」

「また、本件申出は不適法でその不備を補正することができないものであるから、裁判所は、口頭弁論を経ないで上記の判決をすることとする。」

三 評釈

1 問題の所在

本件の本訴は、地方公共団体による組合への支出が違法であるとして提起された住民訴訟であり、これに共同訴訟参加の申出がなされたことにつき、その適法性が問題とされた事案である。住民訴訟の提起には、地方公共団体の住民であることに加えて、地方自治法二四二条一項の規定による住民監査請求を行うことを必要とする監査請求前置主義がとられている（地方自治法二四二条の二）¹⁾。したがって、適法な監査請求が前置されていることも本件の場合は訴訟要件のひとつとなる。この規定に基づく住民訴訟を複数の住民が提起した場合は、判例により類似必要的共同訴

訟と解されている⁽²⁾。また、既に他の住民が訴訟提起をしているときには別訴をもって同一の請求をすることはできず、当該訴訟に共同訴訟参加ができるにとどまる（地方自治法二四二条の二第二項四号⁽³⁾）。共同訴訟参加は、訴訟の目的が当事者の一方及び第三者について合一にのみ確定すべき場合に、その第三者が共同訴訟人としてその訴訟に参加するものである（民訴法五二条）。

本件においては、Aらによる本件本訴の係属後に、同一の財務会計上の行為に関する訴えではあるが訴訟物の異なる別件訴訟がXらによって提起され、これと訴訟物を同じくする本件本訴への共同訴訟参加の申し出がなされた。そもそもXらが別件訴訟と同一の訴訟物をもって本件本訴への参加申出をした経緯は必ずしも明らかではないが⁽⁴⁾、本件本訴の上告審段階で確定した別件訴訟の本件申出との関係、より具体的には別件訴訟の訴え却下判決の既判力を理由に本件申出が却下されたことから、訴訟判決の既判力の有無とその対象という点が本件の第一の問題となる。

次に、本件別訴は本件本訴・本件申出の事実審の口頭弁論終結後に確定した。訴訟要件の具備されるべき時期は、原則として事実審の口頭弁論終結時とするのが通説であるところ、この時点以降の別件訴訟の確定というあらたな事

情を上告審において考慮することの可否が本件の第二の問題である。

以下、それぞれの問題について若干の検討を行う。

2 訴訟判決の既判力

一般的に既判力は、本案判決を念頭において論じられてきた。そのため、かつては特に訴訟物本質論における実体法説の立場から、訴訟判決が実体的な判断を行っていないことを理由として、訴訟判決に既判力を認めないとする見解も有力であった⁽⁵⁾。しかし、一度却下された訴えが同一の状況で再度提起された場合に、当該訴訟要件の欠缺についての重複審理を回避する必要性を主な根拠として、今日では訴訟判決も既判力を有するとする見解が通説である⁽⁶⁾。ただし、訴訟判決の既判力は、却下の理由である当該訴訟要件の不存在についてのみ既判力が生じる点で本案判決の既判力とは異なる。

判例も最（二小）判昭和四七年一月二一日（集民一〇五号一三頁）によって、間接的にはあるものの訴訟判決の既判力を肯定する見解を示していた。ただし、これを正面から認めたものは見られなかった⁽⁷⁾。本件は、「別件訴訟において適法な住民監査請求を前置していないことを理由に

訴えを却下する判決が確定しているから、…その既判力により」本件申出も却下されるべきとしており、訴訟判決にも既判力が肯定されることを正面から認めた初めての最高裁判決である。この点に本判決の第一の意義がある。

ただし、本件判旨にいう別件訴訟の確定判決に生じる「その既判力」の指す内容には、若干の不明確さが残る。⁹⁾もつとも、本件において、この点が結論に影響を与えることはない。

3 訴訟要件が具備されるべき時期

(1) 学説・判例

一般に訴訟要件は、事実審の口頭弁論最終時までには具備されているべきとするのが通説である。⁹⁾本件では、Xの上告受理申立て理由においても主張されている通り、別件訴訟と本件申出が本件本訴の控訴審段階では重複訴訟の状態にあつたため、上記の原則通り、事実審の口頭弁論最終時を基準とすれば、本件申出は重複訴訟を理由に却下されることも考えられた。¹⁰⁾しかし、最高裁は、本件本訴・本件申出の上告審段階で別件訴訟の判決が確定したことから、この判決の既判力を理由に本件申出を却下しており、重複訴訟についての判断を理由とすることはなかった。本件のよ

うに、訴訟要件の具備を基礎づける事実について事実審の口頭弁論最終後に変動が生じた場合に、上告審はこれを考慮すべきか否かという点については議論がある。これは、上記の一般的な訴訟要件の具備されるべき時期についての原則を修正することの可否についての問題である。

かかる問題については、訴訟要件具備の時期が問題となる局面をさらに四つに分類して論じられている。¹¹⁾その分類とは、すなわち①原判決が訴訟要件の欠缺を看過して本案判決をしたが、上告審段階で訴訟要件が具備された場合、②原判決が正当な却下判決であつたが、上告審段階で訴訟要件が具備された場合、③原判決が正当な本案判決であつたが上告審段階で訴訟要件が欠けた場合、そして④原判決が不当な却下判決であつたが、上告審で訴訟要件が欠けた場合の四つである。本件は、この分類によると①原判決が訴訟要件の欠缺を看過して本案判決をしたが、上告審段階で訴訟要件が具備された場合にあたる。

このような場合について、通説は、訴訟要件が本案判決の前提要件であることの帰結として、訴訟要件についての判断の基準時も事実審の口頭弁論最終時であるとする。¹²⁾これに対して、かかる原則を修正すべきとする見解がある。ひとつは、(ア)訴訟要件の意義についての考察を背景に、訴

訟要件は上告審においても妥当する手続法であるとして、一律に上告審の時点に訴訟要件具備の基準時とすべきとの見解である。⁽¹³⁾ 他方は、(1)訴訟要件具備の時期について、基本的に事実審の口頭弁論終結時とする原則を維持しつつも、一部これを修正することができるとする多数説である。⁽¹⁴⁾

判例は、本件と同じく前記①の場合に該当する事案として、上告審で法定代理権の追認を認めたものがある。⁽¹⁵⁾ 本件最高裁も、上告審において別件訴訟の判決が確定したことにより重複訴訟状態が解消したという事実を顧慮し、本件申出を却下していることから、多数説の立場に立つものと解される。⁽¹⁶⁾

前記(7)説のように、仮に訴訟要件具備の基準時を一律に上告審の時点とした場合、訴訟要件が本案判決の前提であることからすれば、訴訟要件の審理の終期と本案判決の審理の終期が常に異なり、訴訟要件の基準時が本案判決の基準時に後れることになる。このため、かかる見解は取りにくいであろう。しかし、他方で通説のように事実審の口頭弁論終結時を基準時とする原則では、本件のように事実審の口頭弁論終結後に訴訟要件を基礎づける事実に変動があった場合にこれを顧慮できず、却って当事者の負担のみを増やすことにつながる。となれば、このような当事者の

負担を避けるためにも、訴訟要件具備の時期について基本的には事実審の口頭弁論終結時とする原則を維持しつつも、この一部修正を認める立場が妥当であろう。

ただし、このような訴訟要件を具備すべき時期をめぐる議論を本件にあてはめた場合に、実際に、事実審の口頭弁論終結時を基準として本件最高裁が別件訴訟と本件申出が重複訴訟の状態にあることを理由に本件申出を却下したかについては、疑問も残る。すなわち、本件第一審及び控訴審では、本件本訴と併せて本件参加申出が適法か否かについて争いがあった。このため、上告審では、参加の要件について判断したうえでこれを却下するよりも、すでに確定した別件訴訟の判決の既判力を理由に却下する方がより迅速な解決を図ることができないかと推察されるからである。仮に、本件において、裁判所が事実審の口頭弁論終結時に存在した重複訴訟を理由に原判決を破棄して本件申出を却下した場合、Xらは、のちに別件訴訟が確定したことにより重複訴訟状態が解消したとして再訴が可能となる。しかし、再訴においては、今度は別件訴訟の既判力を理由に再度本件申出を却下することとなり、Xらの再訴の負担を増すのみで、結論は変わらないのである。

そうであるとすれば、本件において重複訴訟にあること

を理由に本件申出が却下されることには実質的意義もなく、裁判所がそのような措置を選択する可能性はそもそも少なかったと解することもできよう。また、仮に上告受理申立て理由において主張された重複訴訟について上告審が判断を行おうとしたとしても、上告審段階において別訴の判決が確定してこれが解消したために、重複訴訟について判断することが不可能になったことから、その却下判決の既判力を理由に本件申出を却下することしかできなかったように思われる。

このほか、裁判所が取りえた措置としては、原判決を破棄し、本件参加申出が参加の要件を満たしていないことを理由に申出を却下することも考えられた。これは、前述のとおり、本件申出と本件本訴は、訴訟物が異なっていたためである。¹⁷しかし、本件最高裁は、このいずれもとらなかつた。このことから、本判決は訴訟要件のうち、少なくとも重複訴訟の禁止については、上告審段階でのあらたな事情も考慮に入れ、判断の基準時をずらしていると解される。

(2) 上告審において考慮しうる訴訟要件

このような原則の修正については、①訴訟要件の具備さ

れるべき時期を一部の訴訟要件について上告審段階にずらすことの根拠と②いかなる訴訟要件について上告審段階に基準時をずらすのか、という点が問題となる。

まず①については、本家判決の既判力の基準時が事実審の口頭弁論終結時とされている趣旨と比較する必要がある。本来、既判力の基準時をこの時点と定める趣旨は、両当事者が判決の基礎となる事実等を提出できる時点が事実審の口頭弁論終結時までであるためである。この点を考慮しても、訴訟要件は職権調査事項であるため当事者からの提出時期に左右されず、事実審における口頭弁論終結後も調査は可能である。また、そもそも訴訟要件のうち、例えば管轄については提訴時が基準時と規定されている（民法一五條）ように、訴訟要件全体で基準時が一律である必要はない。そうであるとすれば、一部の訴訟要件について判断の基準時が上告審段階にスライドすることは認められると考¹⁸える。この場合、②判断の基準時を上告審段階にずらしうる具体的な訴訟要件は、職権調査事項であり、かつ上告審段階に判断の基準時がずれたとしても当事者の手続保障が問題にならないものに限られるべきであろう。具体的には、当事者が日本の裁判権に服すること、訴訟能力、当事者能力、法定代理人が代理権を有していること、および重複訴

訟にあたらなことが考えられる。訴訟物と密接に関連する訴訟要件については、本案判決の基準時と揃えるべきであるのに対して、当事者に関する訴訟要件については、これを基礎づける事実に関し、口頭弁論終結後も変動の可能性があり、かかる変動を上告審において顧慮すべきでないとは解することは、却って当事者の負担を増すだけとなるからである。

本件についてみると、前述のとおり、本件本訴・本件申出の事実審の口頭弁論終結時では別件訴訟と本件申出が重複訴訟の状態にあった。しかし、本件最高裁はこのことについては判断せず、上告審段階における別件訴訟の判決確定により、適法な監査請求が前置されていないことの既判力を理由に本件申出を却下している。周知の通り、重複訴訟の禁止という訴訟要件も職権調査事項である。また、この重複訴訟の禁止について、事実審の口頭弁論終結時以降の事実を上告審が顧慮したとしても、すでに別件訴訟において適法な監査請求を前置していないことが確定しているため、Xらの手続保障が問題にはならず、重複訴訟についても基準時を上告審段階へとずらすことは可能である。

(3) 本判決の射程

最後に本件の射程について考える必要がある。本件申出は、前述の通り、参加の要件を具備していないことを理由に却下することも可能であったと思われるが、本判決は別件訴訟の既判力を理由に訴えを却下している。この意味を推察するに、本件第一審及び控訴審では、本件本訴と併せて本件参加申出が適法か否かについて争いがあった。この点について、上告審は、参加の要件について判断したうえでこれを却下するよりも、すでに確定した別件訴訟の判決の既判力を理由に却下する方がより迅速な解決が図ることができたと解しうる。ただし、このように解すると、本判決の射程の問題が生じる。考えられる本判決の射程としては、①本件は、参加の要件を満たさない事実であること、別件訴訟が先行して確定したことなどの特殊な事情をもつ事実であることから、参加の要件を具備していない場合にものみ本判決の射程が及ぶという場合と、②共同訴訟参加の要件が具備され、共同訴訟参加が認められうる事実にも本判決の射程が及ぶという場合がありうる。

本判決は「本件申出にかかる当事者、請求の趣旨及び原因は：別件訴訟と同一であるところ、別件訴訟において適法な住民監査請求を前置していないことを理由に訴えを却

下する判決が確定している」という本件に特有の事情をあげて本件申出を却下していることから、その射程については①本件と同じく共同訴訟参加の要件を満たさない事案に限られると考える。このことから、本判決は特殊なケースについて判断した事例判断であると考えられる。本判決の射程との関係では、本件申出が参加の要件を満たしていないことを理由として却下するという方法もあつたように思われるが、¹⁹⁾前述のとおり、すでに確定した別件訴訟の判決の既判力を理由としたことも当事者にとつて迅速な解決という点では意義を認めうるのではないだろうか。ただし、本判決との関係でもっとも問題が生じると思われる共同訴訟参加の要件が満たされる場合については、今後の最高裁の判断を待つ必要がある。

なお、住民訴訟において、「不真正怠る事実」に係る監査請求に地方自治法二四二条二項の期間制限規定が適用されることは判例によりすでに確立しているとしても、その範囲の解釈が広がる余地があるとすれば、²⁰⁾本件のXと同様に訴訟提起と並行して共同訴訟参加の申出を行うことは考えられるのではないだろうか。²¹⁾

4 その他

前述の論点に加えて、本判決は「本件申出は不適法でその不備を補正することができないものであるから、当裁判所は、口頭弁論を経ないで上記の判決をすることとする。」と述べて、上告を容れたものの口頭弁論を開くことなく判決をしている。この点について、民訴法三一九条の反対解釈および民訴法一四〇条の趣旨から、上告を容れる場合であっても口頭弁論を開く必要がない場合が認められるか否かについて議論がある。判例は、原判決破棄の場合でも口頭弁論を開く必要がない場合を認めるものが多数ある。²⁴⁾学説は、三一九条の立法者意思および上告審の裁判手続において被告人の手続保障の観点、透明性の高い手続において裁判内容の正当性を担保する必要、また、上告を容れる場合の口頭弁論を開くことの重要性から、原判決を破棄する場合には必ず口頭弁論を開くべきであるとする見解のほかに、²⁵⁾上告審の負担軽減と当事者にとつての裁判資料提出機会の喪失を考量すべきとして、口頭弁論を省略する場合は一定の場合に肯定する見解がある。

本判決も本件申出について、出訴期間がすでに経過しており、その不備を補正することができないことを理由に、口頭弁論を開くことなく判決していることから、上告認容

の判断をする場合であっても、口頭弁論を開かない場合があることを認めるこれまでの判例に新たな事例を加えたものと解することができる。本事案の場合、別件訴訟における適法な監査請求が前置されていないことはすでに確定していることから、その不備を補正することができない以上、上記の判例の傾向について危惧されているような当事者の手続保障が問題となる場面にも当てはまらない。したがって、本件のこのような措置は妥当であったと考える。²⁶⁾

四 結論

本判決は、別件訴訟が提起され、これと同一の請求内容での本件本訴への共同訴訟参加の申出もなされたという極めてまれな事案についての事例判断であった。そのため、本判決の射程も非常に限られた範囲にしか及ばないと解される。ただし、訴訟判決の既判力を正面から肯定した点に加えて、訴訟要件の具備されるべき時期についての判断を示したという点でも意義があると考ええる。この点について、最高裁が行った別件訴訟により確定した適法な監査請求の前置についての判断の既判力によって共同訴訟参加の申出を却下した措置は妥当なものであると考える。

また、前述の通り、既判力については本案訴訟を中心に

論じられてきたところ、訴訟判決の既判力について考察する必要を示しているとも考えられる。

- (1) 松本英昭『新版逐条地方自治法（第六次改訂版）』（学陽書房、二〇一一年）九六七頁。
- (2) 最大判平成九年四月二日民集五一卷四号一六三七頁。このような複数の住民による住民訴訟を類似必要の共同訴訟とする結論は、平成一四年の地方自治法改正によっても影響を受けないと解されている。
- (3) 前掲注(1)、九七五頁。
- (4) 吉垣実「本件判批」私法判例リマックス四四号（二〇一一年）一一七頁は、本件申出と別件訴訟を提起すれば、どちらか一方により救済されるとの期待がXらにあったのではないかとする。
- (5) 訴訟判決の既判力を否定する見解として、坂口裕英「訴え却下判決と請求棄却判決」吉村徳重∥井上正三編『講座民事訴訟六』（一九八四年）九八頁は、訴え却下判決の既判力は、前訴判決の基準時前のものであろうと、前訴に現れなかった事実や資料の提出を遮断せず、これらに対する失権的効果をもたない点で本案判決の既判力と区別されるとして、訴訟判決の既判力を否定する。
- (6) 兼子一編著『条解民事訴訟法（第二版）』（弘文堂、二〇一一年）五一四、五一五頁。

(7) 下級審の裁判例としては、たとえば、東京地判昭三一・一一・三〇下民集七卷一四三三七九頁(当事者資格がないことを理由とする訴え却下判決の既判力)、東京地判平二〇・二・二七判時二〇一一号一二四頁(法律上の争訟に当たらないことを理由とする訴訟判決の既判力)、東京地判平三・八・二八判タ七七九号二七六頁(仲裁契約の存在を理由とする却下判決の既判力)、名古屋高判昭五三・一〇・三一判例時報九一九号七五頁(再審事由不存在を理由として再審の訴えを却下した判決の既判力)などがある。

(8) 却下判決の既判力は、特定の訴訟要件の欠缺を判断している判決の理由中の判断にも拘束力が生じるかのようにも解されうる。すなわち、当該訴訟要件の不存在の判断に既判力が生じるということ(本件で言えば、適法な監査請求を前置していなかったことに既判力が生じるということ)と、判決主文における判断にのみ既判力が生じるということが矛盾するかのようにも解されうるからである。これについて、越山和広「本件判批」民商法雑誌一四四卷三号(二〇一一年)三八〇頁は、同一訴訟物について、同一当事者間で再度訴えが提起される限りにおいて、その訴えは一定の訴訟要件を欠くがゆえに不適法であることが既判力によって確定されているとして、訴訟判決の既判力も判決主文にのみ生じるとする。どのように説明するかという問題は残るが、訴訟判決の既判力も判決主文にのみ生じると解すべきであろう。

(9) 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)一九頁。

(10) ただし、本件では別件訴訟と本件申出は同日に申し立てられており、その係属の前後は明らかではない。この点について、八田卓也「本件判批」判例時報二二三六号(二〇一二年)一六九頁は、それぞれの事件番号から別件訴訟が本件申出よりも先に提起されたと解する。それによれば、それぞれの提起の順序としては、本件本訴↓別件訴訟↓本件申出の順に提起されたと考えることが可能である。これに対して、畑弘樹「本件判批」平成二二年度重判解一六五頁や吉垣・前掲注(4)一七頁は、係属の順序が明らかではないため、二重起訴の禁止には直接触れないものの、二重起訴を禁止する趣旨は同様にあてはまるとする。

(11) 竹下守夫「訴訟要件をめぐる二、三の問題」司法研修所論集六五号(一九八〇年)一頁以下、特に四〇頁、新堂幸司『新民事訴訟法(第五版)』(弘文堂、二〇一一年)二九九頁など。

(12) 小山昇『民事訴訟法(五訂版)』(青林書院、一九八九年)二四六頁。

(13) 上村明広「上告審における訴訟要件」小室直人『小山昇先生還暦記念『裁判と上訴(中)』』(有斐閣、一九八〇年)一九八頁以下。

(14) ただし、この立場のなかでも、いかなる訴訟要件について上告審段階に基準時をずらすことができるかという点

- については、学説によって幅がある。例えば、松本博之¹¹上野泰男『民事訴訟法(第六版)』(弘文堂、二〇一〇年)二七二頁は、上告審において広範囲に新たに発生した事実をしん酌することが法律審としての上告審の性格と相容れないとして、比較的狭く解するのに対して、高橋・前掲注(9)一九、二〇頁。新堂・前掲注(11)三三九頁や竹下・前掲注(11)は、原判決を維持する方向で比較的緩やかに、新たな事実を上告審において考慮することを認める立場をとる。
- (15) 大判昭和一六・五・三判決全集八輯一八号六一七頁。
- (16) 中山雅之・最高裁判所調査官による本件解説(ジュリスト一四二四号)一一〇、一一一頁、越山・前掲注(8)三八〇頁。
- (17) 仮にこのような措置をとれば、別件訴訟と本件本訴はいずれも別々に確定したと考えられる。
- (18) この点について、松本¹²上野・前掲注(14)二八一頁は、民訴法三一二条二項ただし書が法定代理権、訴訟代理権、訴訟行為をなすに必要な授權の欠缺がある場合の追認を上告審においても行い、これを主張することができることに鑑みて、その欠缺が判決を無効または取り消しうるものとするような訴訟要件については、上告審の審理終結時が基準になると解すべきとして、具体的には当事者の實在、被告が日本の裁判権に服すること、当事者能力・訴訟能力・法定代理権を挙げる。
- (19) 八田・前掲注(10)一六九頁。
- (20) 最二小判昭六二・二・二〇民集四一卷一号一二二頁。
- (21) 清水知恵子「真正怠る事実と不真正怠る事実」藤山雅行編『新裁判実務体系・行政争訟』(青林書院、二〇〇四年)四二八頁以下、特に四三二頁。
- (22) 速報判例解説九号(二〇一一年)四四頁。
- (23) なお、本判決の射程を仮に共同訴訟参加の要件を満たす事案にも及ぶと解した場合の問題点として、二重起訴の取扱いとして先に確定している既判力を後の訴訟の判断に生かすという現在の柔軟な捉え方を前提にすると、本件本訴と別件訴訟が同一の訴訟物という前提では、一定の場合に「本件本訴が別件訴訟の結論に塗りつぶされる」ということが八田・前掲注(10)一六九頁によって指摘されている。本事案とは異なり、参加の要件が認められる場合の取り扱いとして、たしかに指摘されているような問題が生じる場合が考えられるものの、その場面は非常にまれなケースであるところ、これを防ぐ理論的な方策は今のところはないといわざるを得ないのではないだろうか。
- (24) 例えば、最判平一四・二・二七判時一八一二号七六頁や最判平一八・九・四判時一九四八号八一頁。
- (25) 一貫して、口頭弁論を開くべきとの見解に立つ坂原正夫「民事訴訟法第三一九条について」法学研究八二巻一二号一頁以下のほか、個別の判例について、口頭弁論を開かないで判決がなされることに反対するものとして、例えば高橋宏志「民事上告について(五)」法学教室三五九号八

四頁以下、特に九二頁。

(26) ただし、一般的には原判決を破棄する場合の口頭弁論は職権調査事項に限り、かつ、当事者に意見陳述の機会を与える必要が非常に低い場合に限ってのみ開かなくてもよいと解するべきであろう。