# 〔最高裁民訴事例研究三一八〕

## 平六一（最高民集四八巻一号四一頁）

### 固有必要的共同訴訟における共同被告の一部に対する訴えの取下げの効力

### 遺産確認請求事件（平成六・一・二五第三小法廷判決）

〔事　実〕

訴外Aの死亡により、その妻$Y_1$のほか兄B及び妹$Y_2$の三名が共同相続人としてAの遺産を相続した。A死亡後六年を経過してからBも死亡したため、Bの遺産について、Bの妻$X_2$、Bの長男$Y_3$、長女$Y_4$、次男$X_1$及び三男$Y_5$に相続権が発生した。このような状況において、$X_1$及び$X_2$は、$Y_1$ないし$Y_5$との間で第一審判決添付目録の各財産が亡Aの遺産に属するか否かについて争いが生じたため、遺産分割の協議ができないとして、$X_1$を第一審原告選定当事者として、$Y_1$らを第一審被告として当該財産が亡Aの遺産に属することの確認を求める訴えを提起した。$Y_1$らは、本件各財産が亡Aの遺産に属する点については争わず、当該財産についても遺産分割が終了している旨を述べた。なお$X_1$は第一審において$Y_3$ないし$Y_5$に対する訴えを取下げる旨の書面を提出している。また$X_1$は$Y_1$を相手に右財産の一部について本件訴訟と同一内容の別訴を提起しているという事情があった。

第一審は、別訴の点について二重起訴に該当することを判示しつつ、右の訴えの取下げを有効なものと判断した上で、本件各財産の遺産への帰属について$Y_1$らが争っていないことをもって、$X_1$と残余の被告である$Y_1$及び$Y_2$のみを判決の名宛人として、本件訴えを訴えの利益なしとして却下した。$X_1$から控訴が提起された。

$X_1$は控訴審において請求の趣旨を本件財産が亡Aの遺産分割前の遺産であることの確認を求める旨に訂正した。原審は、$X_1$の訴えを本件財産について遺産分割がなお未了であって、現在もなお共同相続人全員の共有状態にあることの確認を求めている趣旨の訴えとして理解し、さらにこのような遺産確認の訴えが共同相続人全員が当事者として関与し、その間で合一にのみ確定することを要するいわゆる固有必要的共同訴訟であるところ、第一審において$Y_3$ないし$Y_5$に対する訴えの取下げがなされた結果、共同訴訟人全員が当事者として関与するものではなくなっているから、不適法であると判断し、本件訴えを却下した第一審判決を正当として、$Y_1$及び$Y_2$のみを被控訴人として控訴を棄却した。$X_1$から上告が提起された。

上告認容

〔判　旨〕

一　上告人の理由第一点について（原審の取り扱いを確認した

部分であり、省略する。）

二　しかしながら、原審の右判断は首肯することができない。その理由は次のとおりである。

共同相続人間における遺産確認の訴えは、共同相続人全員が当事者として関与し、その間で合一にのみ確定することを要するいわゆる固有必要的共同訴訟と解すべきところ（最高裁昭和六〇年（オ）第七二七号平成元年三月二八日第三小法廷判決・民集四三巻三号一六七頁参照）記録によれば、亡Aは昭和五〇年三月二六日に死亡し、その遺産を妻である被上告人$Y_1$、兄であるB及び妹である$Y_2$が共同相続し、その後、Bが昭和五六年八月三日に死亡し、その遺産を妻である選定者$X_2$、長男である$Y_3$、長女である$Y_4$、次男である上告人及び三男である$Y_5$が共同相続したことが認められる。そして、上告人の主張によれば、亡Aの遺産について遺産分割が未了であり、上告人、選定者$X_2$、被上告人両名及び$Y_3$ら三名の合計七名がその共同相続人（共同相続人の相続人を含む。以下同じ）であるというのであるから、上告人の本件訴えは、共同相続人全員を当事者として提起され、第一審裁判所に係属したものというべきである。

ところが、上告人は、本件訴えが右のとおり適法に係属した後に、$Y_3$ら三名に対する訴えの取下げをしたものであるが、このような固有必要的共同訴訟の係属中にした共同被告の一部に対する訴えの取下げは、効力を生じないものというべきである。けだし、いわゆる固有必要的共同訴訟においては、共同訴訟人全員について判決による紛争の解決が矛盾なくされることが要請されるが故に、共同相続人全員が当事者として関与することが必要とされるのであって、このような訴訟の係属中に一部の者に対してする訴えの取下げの効力を認めることは、右訴訟の本質と相いれないからである（最高裁昭和四二（オ）第五三五号同四六年一〇月七日第一小法廷判決・民集二五巻七号八八五頁参照）。

三　したがって、上告人の$Y_3$ら三名に対する訴えの取下げを有効と判断した原判決及び第一審判決には、法令の解釈適用を誤った違法があり、その余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ず、第一審判決も取り消されるべきであるから、本件を京都地方裁判所に差し戻すこととする。

よって、民訴法四〇八条、三九六条、三八六条、三八八条に従い、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。」

〔評　釈〕

一　判旨に賛成する。判旨は、「固有必要的共同訴訟の係属中にした共同被告の一部に対する訴えの取下げは、効力を生じない」と述べている。判旨は、共同相続人間における遺産確認の訴えを固有必要的共同訴訟とする旨の従来の最判に依拠しつつ、さらに固有必要的共同訴訟における共同原告の一人が取り下げた訴えの効力に関する従来の最判の立場を共同被告の一部に対する訴えの取下げの場面に及ぼしたものである。

二　最高裁は、まず昭和六二年の判決(1)によって初めて遺産確認

の訴えの適法性を肯定し、次いで本件判旨引用の平成元年の判決[2]においてかかる訴えが固有の必要的共同訴訟に属する旨を宣明している。

学説上は、一般的に固有の必要的共同訴訟の範囲及び根拠については議論があるが、遺産確認の訴えの適法とし、またそれを固有の必要的共同訴訟とする右の二つの最判の結論には、異論がない[3]。但し、両者の理由づけについては、種々の議論があり、訴えの性質についても、周知の如く、その根拠をめぐり、遺産の共同所有関係に関する共有説、同じく合有説または訴訟政策説が主張されている。私見は、合有説であり、この立場から遺産確認の訴えを固有の必要的共同訴訟とする見解に賛成する。但し、これらの問題の詳細にはここでは立ち入らず、従来の最判に関する判批[4]にこれを譲りたい。

**三** 固有必要的共同訴訟において、一部の被告に対する訴えの取下げは、訴訟上いかなる効果を生ずべきであろうか。

固有必要的共同訴訟における訴訟当事者の訴訟行為については、民訴第六二条一項ないし三項がこれを規定している。共同原告の一部が共同被告の全部または一部に対して訴えを取り下げる場合には、一項により、本件判旨が引用する最判と同様に訴え取下げの効果を否定すべきである。すなわち、一部の原告による訴えの取下げが他の原告の訴えの不適法却下をもたらすのでは、他の原告にとって不利益となるからである[5]。

**四** しかし、本件においては、右の場合と異なり、一名の原告側選定当事者が共同被告の一部の者に対する訴えを取り下げている。判旨は、当該訴えの取下げの効果を無効と判断したが、その理由として「いわゆる固有必要的共同訴訟においては、共同訴訟人全員について判決による紛争の解決が矛盾なくされることが要請されるが故に、共同相続人全員が当事者として関与することが必要とされるのであって、このような訴訟の係属中に一部の者に対してする訴えの取下げの効力を認めることは、右訴訟の本質と相いれないからである」と述べている。本件は、いわば一名の原告が被告の一部の者に対して訴えを取り下げる行為に出た場合であり、共同原告の一人が被告の全部または一部に対して訴えを取り下げる行為に出た場合とは事例を異にしている。民訴第六二条一項は、後者に関するものであるから、本件には直接的な適用はできない。すなわち、本件は、右条項の前提たる必要的共同訴訟の観念によって当該訴えの取下げの効果が否定されるべき場合である。すなわち、裁判所は、本件においては当事者適格者の欠落を理由として選定当事者の訴えそれ自体を不適法として却下するか、または当該の訴えの取下げの効果を否定するかのいずれかの処理をしなければならない。しかし、原告の意思解釈として、一部の被告に対する訴えの取下げは、なお全体としての訴えの断念とは認めがたい。したがって、裁判所は、原告の訴訟の続行意思を認める限り、固有必要的共同訴訟の観念自体によって、一部の被告に対する訴えの取下げの効果を否定すべきことになる。

本件判旨は以上の趣旨のものと理解されるが、正当である。

**五** 固有必要的共同訴訟は、判決の合一確定及び訴訟共同の必要性が認められる場合の訴訟類型である(6)。しかし、入会権をめぐる訴訟のように、固有必要的共同訴訟とされる場合においても、当事者適格者を見つけることが困難な場合には、例外として、その限度で訴訟共同の分断を工夫する必要性もあろう(7)。しかし、本件におけるような遺産確認の訴えの場合には、共同相続人を発見することにそれほどの困難はなく、また共同提訴を拒む者がいる場合には、これを被告とすることが可能であるから(8)、原則に従うべきである。

**六** しかし、遺産確認の訴えにおいても、原告が、当該訴訟の結果に無関心な者または心情的に相手として争いたくない者を被告から除外したいと求める場合は考えられる（本件はそのような場合であると思われる）。そのような場合について、なお原告の意思を尊重して、必要的共同訴訟の分断を認める見解が主張されている。すなわち、原告が被告としたくない当事者適格者に対して訴訟告知をすることで足りるとする見解がそれである(9)。それは、特定の当事者適格者を被告から除外しつつ、その者に対しても当事者間の判決効を及ぼそうとするものである。現実には、下されるべき判決の結果を承認し、訴訟の外に身をおきたいと考える者について、訴訟上の手続保障を云々する実効性は乏しいであろうが、しかし、被告知者が万一翻意して訴訟に参加しようとする場合には、その者は当初からの被告と同一の手続保障を享受することはできず、その意味において問題があると言えよう。これと異なり、合有者を相手とする訴訟において「争っていない者から、原告の主張を争わない旨の書面をださせて、裁判所に提出させる」ことで、同様の結論を導こうとする見解(10)が主張されている。この書面が必要的共同訴訟の審理方式と調和するかどうか、またこの者に判決効を及ぼすことができるのかどうか、またその根拠が問題であろう。むしろ、当該の人物が原・被告間の訴訟の結果をそのまま承認する旨の訴訟上の意思表示ないし合意書面を観念する方が理論上の可能性を持つように思われる。しかし、この方法にも、請求の認諾・放棄の方式とのバランスから考えて問題は残る。

（1） 最高裁昭和六二年三月一三日第一小法廷判決民集四〇巻二号三八九頁

（2）なお共有者内部で共有関係全体を確認する場合は固有必要的共同訴訟であるとするのか、従来の判例（大審院大正一三年五月一九日判決民集三巻二一一頁）の立場であり、平成元年の最判は遺産確認の訴えを共有関係訴訟の一種とみている。しかし、右の最判の判旨は遺産分割手続に先行する遺産確認の訴えの特殊訴訟的な理由を固有の必要的共同訴訟の根拠としてあげており、その点で従来の判例理論と調和しないものがある。

（3） 固有必要的共同訴訟一般の問題についての文献は割愛する。遺産確認の訴えの適法性またはその性質に関する文献として、田中恒郎「遺産分割の前提問題と民事訴訟（上）」ジュリスト六〇八号九二頁以下、山本克己「遺産確認の訴えに関する若干の問題」判例タ

イムズ六五二号二〇頁以下、徳田和幸・注釈民事訴訟法（上田徹一郎・井上治典編）（2）八〇頁・八四頁及び小林秀之・プロブレムメソット民事訴訟法四二頁等を参照されたい。

（4）合有説の立場から詳細に論じるものとして、宗田親彦・法学研究六十三巻四号一一〇頁以下がある。なお、最判に関する判批としては次のものがある。

昭和六一年判決について、小山昇・民商法雑誌九五巻六号八九六頁以下、井上治典・昭和六一年度重要判例解説（ジュリスト八八七号）一二五頁以下、林屋礼二・家庭裁判所月報三九巻八号一頁以下、佐上善和・判例評論三三九号五一頁以下（判例時報一二二四号一九七頁以下）、田中ひとみ・法学研究六十巻七号一一四頁以下、中西正・民事訴訟法判例百選一三〇頁、小林秀之・法学セミナー三八六号一一六頁以下。

平成元年判決について、高田昌宏・平成元年度重要判例解説（ジュリスト九五七号）一二四頁、田中壮太・ジュリスト九三九号一六四頁以下、升田純・平成元年度主要民事判例解説（判例タイムズ七三五号）二七八頁、宗田親彦・前出、杉浦智紹・民事訴訟法判例百選（別冊ジュリスト一一五号）三五二頁以下。

（5）徳田和幸・前掲七七頁。なお三ヶ月章・民事訴訟法（法律学全集）二一七頁は、「通説は訴訟追行権はこの場合合有されているから訴の取下は単独ではできぬと説くが適切ではない。類似必要的共同訴訟の場合と同様一人による訴の取下も可能であるか、その結果、他の者の訴訟についても当事者の適格が欠けるから不適法却下されるだけのことであるとみるべきである。」とする。

（6）高田裕成「いわゆる『訴訟共同の必要』についての覚え書――固有必要的共同訴訟への一視角――」三ヶ月章先生古希祝賀民事手続法学の革新（中）七五頁以下は、訴訟共同の必要と判決の合一確定の要請を区別して論ずべき旨を説く。両者が観念的には別個であるとしても、両者を結合することは可能であり、またそれが訴訟経済のみでなく当事者の手続保障を全うする方法なのではあるまいか。

（7）入会権確認の訴えを固有必要的共同訴訟とした最判（昭和四一年一一月二五日民集二〇巻九号一九二一頁）につき、小島武司・続民事訴訟法判例百選四〇頁以下、同「共同訴訟と訴訟共同の要否」小山昇ほか編演習民事訴訟法六六八頁、高橋宏志「必要的共同訴訟について」民事訴訟雑誌二三号三六頁以下、五十部豊久「必要的共同訴訟と二つの紛争類型」民事訴訟雑誌二二号一六五頁以下、福永有利「共同所有関係と固有必要的共同訴訟」民事訴訟雑誌二一号二一頁以下、中村英郎「必要的共同訴訟」民事訴訟理論の法系的考察一六五頁以下。

（8）山本和彦・ジュリスト九四六号五一頁以下、松下淳一・法学教室一〇八号九一頁、杉浦智紹・前掲三五三頁及び徳田和幸・前掲八〇頁

（9）山本克己・前注二・原注三三。

（10）林屋礼二・民事訴訟法概要・一三六頁

平成七年一月三〇日稿

**栗田陸雄**