

〔最高裁判事例研究 四三〇〕

平二三二（民集六五卷二七三頁）

抗告事件を終了させることを合意内容に含む裁判外の和解と抗告の利益

遺産分割審判に対する抗告審の変更決定に対する特別抗告事件（平成二三年三月九日最高裁第三小法廷決定）

〔事実〕

本件は、XがYに対して、遺産分割に際して嫡出でない子の相続分を嫡出である子の相続分の二分の一と定めた民法九〇〇条四号但書き前段の規定が憲法一四条一項に違反する旨の法令の憲法違反の主張をし、嫡出であるかどうかを問わず平等の割合により分割することを求めた事件である。しかし、大法院に係属後、原決定後に裁判外の和解が締結されたため、本件抗告の適法性が失われるかどうかが問題とされた。本件の決定要旨も、この点に関するものである。

記録によれば、事実関係の概要は以下の通りである。

訴外Aは平成一四年に死亡し、その遺産分割が未了の間の平成一九年に、Aとその亡夫Bとの間の子の一人であるCが死亡した。このため、AとBとの間の子であるX（本件抗告の相手方）は、Aとその夫ではない者との間の子であるYに対して、AおよびCの遺産について分割の審判を申し立てた。

YはAの遺産相続およびCの遺産相続について適用される民法九〇〇条四号但書きの規定が憲法一四条一項などに違反すると主張したが、原々審の和歌山家裁⁽¹⁾は、法定相続分の割合をどのように定めるかはその国の立法政策の問題であって、本件規定が憲法に違反するものということはできないとして、民法九〇〇条および九〇一条の定める法定相続分の割合による共有取得とする旨の遺産分割審判をした。Yは即時抗告したが、原審（抗告審）である大阪高裁⁽²⁾は、原々審の判断を支持して抗告を棄却したため、Yは抗告代理人弁護士に委任して特別抗告を申し立てた（以下、「本件抗告」という。）。

本件抗告は、小法廷から大法院に回付された。その後、大法院において弁論期日を指定するために裁判所がXと連絡を取ったところ、Xは、本件抗告後にYとの間でAおよびCの

遺産相続に関する紛争を全面的に解決する旨の和解が成立しており、本件抗告事件は終了しているはずであると主張した。

〔決定要旨〕

最高裁判所第三小法廷は、以下の理由により、裁判官全員一致の意見でYの抗告を却下した。

「3 職権により調査したところによれば、本件抗告以降の事実経過は、以下のとおりである。

(1) 抗告人は、抗告代理人弁護士に委任して本件抗告を申し立てたものの、争いを続けるよりも本件を早期に解決した方がよいと考え、抗告代理人弁護士に相談することなく、相手方との間で直接和解交渉を行い、平成二二年六月頃、相手方が支払う代償金の額を原決定が定めた八六七万〇四九九円から増額し、一〇五〇万円とするなどの合意をし（以下「本件和解」という）、相手方は、同月七日頃、抗告人に対し、本件和解の履行として、原々審判別紙遺産目録二、二（二）記載の定期預金につき、所要の手続を執った上、その預金通帳（預金額一〇〇〇万円）を交付するとともに、現金五〇万円を交付した。本件和解に際し、抗告人は、これが成立しても本件抗告を維持するなどの発言をすることはなく、相手方は、本件和解によって本件抗告事件は終了するものと考えていた。

(2) 抗告人は、平成二二年七月、抗告代理人弁護士から本

件が大法廷に回付された旨の連絡を受けた際、同弁護士に対し、初めて、相手方との間で和解が成立し、和解の履行として代償金も既に受領した旨を告げたが、本件抗告が取り下げられることはなかった。本件和解が成立したにもかかわらず本件抗告を維持することにつき、合理的な理由があることはうかがわれない。

4 以上によれば、本件和解は、Aの遺産相続及びCの遺産相続に関する紛争につき、原決定を前提とした上、相手方が支払う代償金を増額することなどを合意してこれを全面的に解決する趣旨に出たものであることは明らかであって、抗告人において本件抗告事件を終了させることをその合意内容に含むものであったというべきである。仮に、抗告人が、本件抗告の結果、自らの主張が容れられる可能性の程度につき見通しを誤っていたとしても、本件和解が錯誤により無効になる余地はない。

そして、抗告人と相手方との間において、抗告後に、抗告事件を終了させることを合意内容に含む裁判外の和解が成立した場合には、当該抗告は、抗告の利益を欠くに至るものというべきであるから、本件抗告は、本件和解が成立したことによって、その利益を欠き、不適法として却下を免れない。

よって、大法廷から本件の回付を受け、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり決定する。」

〔評釈〕

判旨に賛成する。

一 問題の所在および本判決の意義

本件は、そもそもは、非嫡出子の相続差別に関する民法九〇〇条四号但書きが憲法一四条に違反するかどうかが問題となった事件であった。しかし本決定は、この憲法問題について直接に答えたものではなく、特別抗告審の係属中に裁判外で和解が成立した場合の当該抗告の帰趨に関するものである。すなわち、本決定は、抗告の取下げの合意の有無が必ずしも明確でない場合であっても、和解の内容が従前の遺産相続に関する紛争に関する原決定を前提として当該紛争を全面的に解決する趣旨に出たものであって、本件抗告事件を終了させることを合意内容に含むものであったと認められる場合には、当該抗告が抗告の利益を欠くことになるとし、本件抗告を不適法として却下した。本解説も、もっぱら本決定が言及した問題点について検討を行うこととする。

本件は、裁判外における上訴取下げの合意に関する事件であるが、上訴取下げの合意は訴訟上の合意の一形態であり、裁判外における訴え取下げの合意と同様の性質を有す

ると解される。このため、まず、訴え取下げの合意の法的性質およびその取扱いについて概観する。次に、本決定における上訴取下げの合意の判断方法について検討し、さらに、本件が遺産分割審判に対する抗告事件であることとの関連に着目して、本決定の射程について検討を行なうこととしたい。

二 裁判外における訴え取下げの合意と上訴取下げの合意の同質性について

本件は、裁判外における上訴取下げの合意に関する事件である。この問題に関する判例として、上告取下げの合意に関する大判大正一二年三月一〇日は、「訴訟上ノ契約ハ民事訴訟法ノ規定ニ依リ之ヲ為スニ非レハ其ノ効力ヲ生セサルモノニシテ……取下ニ関スル訴訟上ノ契約ニ付何等ノ規定ヲ設ケス……之ヲ觀レハ取下ニ関スル訴訟上ノ契約ハ民事訴訟法ニ於テ之ヲ許ササルモノト解スルヲ相当トス從テ裁判外ニ於テ当事者カ取下ヲ為スヘキ契約ヲ為スモ其ノ契約ハ無効ナリ」として、訴訟法に明文の規定がないこと、訴訟法上の強制手段がないことを理由としてその効力を否定した。その後、福島地判昭和三〇年五月二〇日⁴⁾は、控訴審における本案前の抗弁において、被控訴人が原判決に

服する旨の合意が成立したと主張したのに対し、「仮に当事者間に被控訴人主張のような合意が成立したとしても右は私法上の契約にすぎず、裁判上その効力を認め難いから、右主張はそれ自体失当である。」とした。

しかしその後、訴え取下げの合意に関して最二小判昭和四四年一〇月一七日は後述する私法契約説に立ち、合意によって権利保護の利益が失われる結果、訴えが却下されると判示した。この影響を受けて東京高判昭和四八年九月四日⁶⁾は、裁判外における控訴取下げの合意の成立が認められるにもかかわらず、相手方が控訴を維持する場合について、訴え取下げの合意に関する上記最高裁判決と同様に、「当事者間において控訴の取下に関する合意が成立した場合は、控訴人は権利保護の利益を喪失したものとみるのを相当とするから、本件控訴は却下すべきものである。」とした。その後の東京高判昭和五一年一月二八日⁷⁾も、「本件控訴はその利益が消滅したのであるから、本件控訴は、これを却下すべく」として同様の立場に立っている。本決定も、これと同じ流れを汲むものであり、裁判外における訴え取下げの合意を上訴取下げの合意と同じ法的性質をもつものとして扱っている。

また、学説も上訴取下げの合意を訴え取下げの合意と同

様の法的性質をもつものとして位置づけ、原告が合意に反して訴訟を維持する場合の取扱いを訴え取下げと同様に扱うのが一般である⁸⁾。

裁判外における訴え取下げの合意の効果が訴訟係属の消滅であるのに対して、裁判外における上訴取下げの合意の効果は原裁判の確定である点で両者は異なるが、ともに当事者の意思にもとづいて現在の訴訟係属の消滅という訴訟法上の効果を生じさせる合意である点ではその効果は共通する。とすれば、上訴取下げの合意の効果および法的性質も、訴え取下げの合意に準じて考えてよいと解すべきである。そこで次に、訴え取下げ契約の法的性質について概観することとする。

三 裁判外における訴え取下げの合意の法的性質概観と本決定の措置

以前は裁判外の合意の適法性について、任意訴訟禁止の原則に反するため不適法であるとする見解が有力であり、前述の通り判例もそのように解していた。しかし、民事訴訟においては処分権主義、弁論主義が認められている以上、これらの範疇に属する当事者の合意は原則として有効と考えられることから、現在ではその適法性を否定する見解は

ない。

裁判外における訴え取下げの合意が適法、有効であることを前提として、この合意の法的性質については、大別して、私法上の効果としての訴え取下げ義務を発生させるとする私法契約説、訴訟法上の効果が直接生じるとする訴訟契約説、および、私法契約と訴訟契約の併存を認める併存説が主張されている。⁽¹⁰⁾ 私法契約説のなかでは、訴え取下げの合意は訴えによる紛争解決を当事者が不要とする趣旨でなされるものであるから、原告が実体法上の訴え取下義務に違反して訴えを取り下げない場合は、被告が抗弁権を行使すると訴えは権利保護の利益を欠くに至る結果、不適法として却下されると解するのが通説的見解である。⁽¹¹⁾ 前述した最高裁昭和四四年判決もこの立場に立つ。

他方、訴訟契約説は、訴え取下げの合意を行なう当事者は訴訟係属の消滅を求めているのであるから、当事者の意思もこれを反映するものとして、直接、訴訟終了という訴訟法上の効果の発生を目的とするものと解すべきであるとし、原告が訴えを取り下げない場合は、裁判所は訴訟終了宣言を行なうべきであるとする。⁽¹²⁾ ただし、訴訟終了の効果の発生時期については、合意成立時とするものもあるもの⁽¹³⁾、その多くは合意を裁判所に対して主張証明したとき、⁽¹⁴⁾

あるいは、当事者の主張証明にもとづいて裁判所が合意の存在を認め、訴訟終了宣言の判決を行なったときにその効力は生じるとする。また、訴訟契約説の中には、この処分効果に加え、原告に対して訴訟を取り下げる行為を行なう訴訟法上の義務である義務づけ効果も認める見解も主張されている。⁽¹⁶⁾

また、併存説は、原告は私法上の契約として原告が被告に対して訴え取下げという訴訟行為をなす義務を負担することとなり、同時に訴訟上の契約の効力として訴訟係属消滅の効力が発生するとし、原告が訴え取下義務を履行しない場合であっても、被告が合意の事実を主張・証明すれば、裁判所は訴訟係属が遡及的に消滅したことを確認するため訴訟終了宣言をなすべきであるとする。⁽¹⁷⁾

私法契約説も本案の終局判決後にこの合意が主張された場合、二六二条二項の準用により再訴禁止効を認めることなどから、これらの見解の対立は主として理論上のものと考えられる。この問題は処分権主義に関するものであるから、合意の効力を判断するについては当事者の通常的意思を基準とする必要があるが、訴え取下げの合意の締結状況に即して考えると、たとえば当事者が裁判外の和解を締結し、その和解条項のひとつとして原告と被告が訴えの取下

げについて合意する場合などについては、訴訟外で合意が成立した場合に直ちに係属中の訴訟が終了すると解するのは当事者の通常の意思に反するのではないだろうか。むしろ、原告は合意により当該訴訟において訴えを取り下げるといふ訴訟上の行為を行なうことを義務づけられると解することがその実態に即すると思われる。そしてある契約が訴訟契約であるか私法契約であるかは、当事者の意思が主として訴訟手続きに関する規定の修正や訴訟上の権限の処分などの訴訟法上の効果に向けられているか、私法上の権利の発生、変更、消滅などの私法上の効果に向けられているかにより決定されるべきであるところ、⁽¹⁸⁾このような実態を直視するときには、訴え取下契約の内容は、訴えの取下げという訴訟上の効果を発生させる行為を行なう私法上の義務を発生させることを主たる内容とする私法上の契約と解することを基本とするのが自然であると考えられる。⁽¹⁹⁾

原告が、たとえば被告からの和解にもとづく反対給付を受け取るなどした後⁽²⁰⁾にこの訴訟上の義務にもとづいて実際に訴えを取り下げた場合には、訴訟係属の消滅という訴訟上の効果が発生することになる。

これに対して、原告が合意に反して訴えを取り下げない場合の取扱いであるが、訴え取下義務を実現する方法とし

ては、別訴により意思表示を求める訴えを提起して執行を求めることも理念的には一応考えられなくはない。しかし、このような方法は迂遠であり、紛争の効率的な解決の見地からは不完全なものにとどまってしまう。紛争の解決を求めている原告の訴訟係属の終了を求める意思が主張証明され、かつこれについて取消し、撤回などが認められないものである以上、請求は本案判決を得る必要性を失うと解されることから、被告が原告が合意に反して訴えを取り下げない旨の抗弁を主張し、裁判所がこの合意を有効と判断したときは、当該訴訟は権利保護の利益を欠くこととなり、裁判所は訴えを却下することになると考えられる。このように、本来別訴において判断されることがらを当該訴訟手続内において判断することの妥当性が問題となるが、文書提出命令に関する二二〇条二号が、相手方が拳証者に対して実体法上の引渡義務をもつかどうか問題となる権利文書に関する判断を当該訴訟手続内で行なうことを認めていること、実体法上の権利または法律関係の実現について補助的な意味を有するにすぎない義務に関しては、実体法上の権利関係の実現と同じ手続きを要すると解するまでの必要はないと考えられることから、当該訴訟手続内における判断を認めてよいと考える。

訴訟契約説に立ち、義務づけ効果を認める見解は、合意は訴訟係属の消滅効果を生じさせる行為に向けられたものと解すべきであるとするが、そうであるとすれば、これは当事者の行為に対して向けられた義務であるから私法上の効果を発生させるものと解すべきではないだろうか。⁽²⁰⁾

また、証拠制限契約や管轄の合意などといった他の訴訟上の合意についても統一的に説明できることを理由として、訴訟契約説に賛意を表する見解がある。⁽²¹⁾しかし、訴訟上の合意にあたっての当事者の意思は当該合意内容に依じて異なることからその効果も当該合意内容に即して判断されるべきであることを前提とすると、これらの合意に反する証拠提出などがなされたときには、相手方当事者が当該合意の存在を主張証明すれば不作為義務違反として当該申出などの却下または排除を求めることができる⁽²²⁾と解されるため、これについて不都合は生じないと考えられる。

本決定は、原告人と相手方との間において、抗告後に、抗告事件を終了させることを合意内容に含む裁判外の和解が成立した場合に抗告を却下するが、その理由として、当該抗告が抗告の利益を欠くに至るためであることを挙げる。前述したように、上訴取下げの合意の法的性質は訴え取下げの合意と同様に解してよいと考えられることから、本決

定は私法契約説にもとづくものと考えられる。以上述べたように、この点について本決定に賛成する。

四 合意の書面性の要否について

本件裁判外の上訴取下げの合意が書面により締結されたかどうかは、決定要旨からは必ずしも明らかでない。しかし、本決定が「本件和解に際し、原告人は、これが成立しても本件抗告を維持するなどの発言をすることはなく、相手方は、本件和解によって本件抗告事件は終了するものと考えていた」こと、また、「本件和解が成立したにもかかわらず本件抗告を維持することにつき、合理的な理由があることはどうかかわれない」ことなどの事実を詳細に検討していること、他方、説示において書面の存在に言及していないことからみると、合意は書面によりなされていないことがうかがわれる。少なくとも本決定は、合意が書面によりなされたことを重視していない。

通常の民事訴訟における裁判外の訴え取下げの合意に関する裁判例には、合意が書面によることを要するもの⁽²³⁾ものがあり、また学説も、書面性について特に言及しないものもあるものの、その法的性質をどのように解するかを問わず、合意が書面でなされたことを要する⁽²⁴⁾とする見解が多

数である。⁽²³⁾ただし、本決定は遺産分割審判に対する家事審判事件の特別抗告審であり、これについては職権探知主義が採用されているため(家事審判法七条、非訟事件手続法一条、家事事件手続法五六条参照)、このような家事審判事件における裁判外の上訴取下げの合意および訴え取下げの合意にも書面を要すると解すべきかどうか問題となる。通常訴訟においては、訴訟係属を消滅させるかどうかは当事者に対して重大な利害を生じさせる事項であるため、合意が真に締結されたことを書面により明らかにすることにより、この点に関する当事者の意思を明確にすることが必要である。また、合意の有無は当該訴訟の訴訟係属の有無を決定するという意味でいわば前提事項と考えられるために迅速な判断が必要とされるところ、合意が書面によりなされなかった場合には合意の効力を認めないという形式的判断によって問題決着をはかることとしておけば、合意の有無をめぐる紛争を迅速に解決して紛争の派生を防止することが可能となる。以上の理由から、裁判外の上訴取下げおよび訴え取下げの合意に書面が必要とすることが妥当と解する。またこのことは、同様の利益状況にある管轄の合意に関する一条二項が書面を要求することからも裏付けられるであろう。

では、裁判外の上訴取下げおよび訴え取下げの合意における書面の必要性は、家事審判事件についても同様に妥当するであろうか。これを肯定するときには、確かに家事審判事件においても合意の有無をめぐる紛争は迅速に解決すると考えられる。しかし、家事審判は身分関係を対象とする事件を取り扱うために公益的性格を有しており、このため職権探知主義が採用されるなど、真実発見が重視されている。このことから考えると、たとえ書面が存在していない場合であっても、他の方法によって合意が締結されたことが明らかにした場合には、迅速な紛争解決の要請よりも真実発見の要請が優先されると解すべきではないだろうか。⁽²⁴⁾とすれば、家事審判事件においては合意の有無の判断について書面は必ずしも要件とされず、本件のように職権調査により本件抗告以降に裁判外で抗告取下げの合意がなされた事実が明らかになった場合には、裁判所はこれを考慮して判断することが許されると解すべきである。

五 合意の主張の要否について

通常の民事訴訟における裁判外の上訴取下げの合意に関して、私法契約説は、被告が抗弁権を行使すると権利保護の利益を欠くことになる結果、訴えは不適法として却下さ

れるとし、当事者の主張を要するとする⁽²⁵⁾。また、訴訟契約説も同様に、被告が合意の事実を主張証明することを要するとする⁽²⁶⁾。私法契約説による場合には権利保護の利益の有無の問題となるが、訴え取下げの合意は被告の利益保護を目的とする訴訟要件であることから職権探知主義の対象とならず、弁論主義に服すべきことから⁽²⁷⁾、したがって合意の存在は抗弁として主張されることを要すると考えられる。また、訴訟行為説による場合にも、合意は被告の利益のために主張される事項であるから、合意の効果が訴訟に反映されるためには合意の事実が訴訟に提出されなければならず、したがって被告による合意の主張証明を必要とする⁽²⁸⁾と解すべきである。

本件においては、抗告取下げの合意が裁判外でなされたとの事実が判明したのは特別抗告後に裁判所が大法廷において弁論期日を指定するために相手方と連絡を取ったことをきっかけとするものであり、抗告以降の事実経過は職権調査により判明したとの説示はあるが、合意の存在について抗弁などの当事者の主張がなされた旨の説示はない。「相手方は、本件和解によって本件抗告事件は終了するものと考えていた。」との記載などからすると、本件の当事者は抗告取下げの合意の主張を行っていないと推察され

るため、その妥当性が問題となる。しかし、本決定が家事審判事件に関する特別抗告審でなされたものであること、前述した書面性の問題と同様に本件については職権探知主義が採用されていることから、当事者の主張がない場合にも合意を顧慮することが許されたと解すべきである。

六 本決定の射程について

本決定は直接には抗告に関するものである。しかし、その説示するところは、裁判外において上訴取下げの合意が成立した場合には上訴の利益が失われる結果、当該上訴が却下されるとするものである。この点は利益状況を同じくする控訴および上告に共通する。したがって、この点に関する本決定の射程は、控訴取下げの合意、上告取下げの合意にも及ぶものと解される⁽²⁹⁾。

これに対して、本決定が抗告取下げの合意について書面性を不要とし、かつ、当事者の主張も必要でないとの判断を行なっているとすれば、この点は、本決定が公益性にもとづいて真実発見を重視する家事審判事件の特別抗告審でなされたものであることを念頭に置いた説示と考えられる⁽³⁰⁾。したがって、この点に関する本決定の射程は、通常の民事訴訟における控訴取下げの合意、上告取下げの合意には及

ばないものと解すべきである。⁽³¹⁾
 本決定については、林昭一准教授⁽³²⁾、佐瀬裕史准教授⁽³³⁾によ
 る評釈がある。

- (1) 和歌山家裁平成二年八月二七日審判。
- (2) 大阪高裁平成二年一〇月七日決定。
- (3) 民集二卷九一頁。
- (4) 下民集六卷五号一〇一〇頁。
- (5) 判例時報七二〇号五五頁。
- (6) 民集二三卷一〇号一八二五頁。
- (7) 判例時報八一八号六〇頁。
- (8) 中野貞一郎ほか編『新民事訴訟法講義』二四二頁〔池田辰夫〕(有斐閣、第二版補訂二版、平成二〇年)、河野正憲『民事訴訟法』八〇〇頁(有斐閣、平成二一年)、伊藤眞『民事訴訟法』六五二頁(有斐閣、第三版四訂版、平成二二年)など。
- (9) 細野長良『民事訴訟法要義第二卷』五一〇頁(巖松堂書店、全訂版、大正九年)など。
- (10) 学説の詳細については、松下祐記「判批」別冊ジュリスト二〇一号(民事訴訟法判例百選第四版)二〇〇頁、高橋宏志「処分権主義について(三・完)」法学教室三六六号六一頁以下参照。
- (11) 兼子一「訴訟に関する合意について」同『民事法研究

第一卷』二四七頁以下(酒井書店、昭和二五年)、同『新修民事訴訟法体系』二九三頁(酒井書店、昭和二九年)、斎藤秀夫ほか編『注「解民事訴訟法第六卷」』三七七頁(渡部吉隆、加茂紀久男、西村宏二)(第一法規、平成五年)、林屋礼二『新民事訴訟法概要』三六九頁(有斐閣、第二版、平成一六年)、梅本吉彦『民事訴訟法』九七六頁(信山社、第四版、平成二二年)など。

- (12) 竹下守夫「訴取下契約」立教法學二二五〇頁など。
- (13) 松本博之「最近の西ドイツにおける訴訟契約論の動向」民商法雑誌六四卷一四一頁。
- (14) 竹下守夫「訴訟契約の研究(2)」法学協会雑誌八〇卷四号四八三頁。ただし、手続きの明確化のために、訴訟終了宣言を要するとする。
- (15) 三ヶ月章『民事訴訟法』二八六頁(有斐閣、昭和三四年)。
- (16) 柏木邦良「最近の西ドイツにおける訴訟契約論について」北海学園大学法学研究六卷二四〇五頁、柏木邦良「訴取下契約の効力」法学教室(第二期)四号二二八頁、松本博之・上野泰男『民事訴訟法』五〇〇頁(弘文堂、第六版、平成二二年)など。
- (17) 伊藤・前掲注(8)二九四頁、四一二頁。
- (18) たとえば伊藤・前掲注(8)二八五頁など。
- (19) 兼子・前掲注(11)「訴訟に関する合意について」二

七七頁。

(20) この点は、研究会での指摘に負うところが大きい。

(21) 松下・前掲注(10)二〇一頁。

(22) 大阪地判昭和四〇年七月一六日下民集一六卷七号二二四七頁。

(23) 上田徹一郎『民事訴訟法』四二五頁(法学書院、第五版、平成一九年)参照。竹下守夫「不起訴の合意と訴取下契約」ジュリスト増刊五号民事訴訟法の争点一五九頁、兼子一ほか『条解民事訴訟法』一四四三頁(弘文堂、第二版、平成二三年)、新堂幸司『民事訴訟法』三四七頁(弘文堂、第五版、平成二三年)など。

(24) 林昭一「本件判批」TKCローライブラリー判例速報解説民事訴訟法三三三四頁。

(25) 兼子・前掲注(11)「訴訟に関する合意について」二七七頁、同・前掲注(11)『新修民事訴訟法体系』二九三頁、梅本・前掲注(11)九七七頁など。

(26) 中野ほか・前掲注(8)三九〇頁、河野・前掲注(8)三一九頁、伊藤・前掲注(8)二九四頁、松本Ⅱ上野・前掲注(16)五〇〇頁など。

(27) 兼子・前掲注(11)『新修民事訴訟法体系』一五三頁。

(28) 伊藤・前掲注(8)二九四頁、松本Ⅱ上野・前掲注(16)五〇〇頁。

(29) この点に関しては、判例時報二一一一号三二頁の匿名

コメントも同旨。なお、この匿名コメントは、裁判外での上訴取下げの合意の成立により訴えの利益が喪失し、訴えが却下されるとした点が上訴一般に射程を有するとしたものであり、書面性および主張の要否について述べたものではないと解される。

(30) 林・前掲注(24)四頁の見解に賛成する。

(31) また、匿名コメント・前掲注(29)三二頁は、本決定がその決定要旨において「抗告後に」と明記するのは、本決定の射程が上訴前の合意である不上訴の合意についてまでは及ばないことを注意的に示したものと理解できるとする。

(32) 林・前掲注(24)。

(33) 佐瀬裕史「本件判批」法学教室三七八号別冊判例セレクト二〇一一(二)三三頁。

河村 好彦