



# HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	独立当事者参加訴訟の控訴審の構造
Author(s)	小山, 昇; KOYAMA, Noboru
Citation	北大法学論集, 26(1), 1-36
Issue Date	1975-07-16
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/16187">https://hdl.handle.net/2115/16187</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	26(1)_p1-36.pdf



# 独立当事者参加訴訟の控訴審の構造

小山 昇

## 目次

- 一 問題の所在と本稿の目的
- 二 独立参加訴訟の構造
- 三 独立参加訴訟の判決
- 四 控訴審の当事者を定める基準
- 五 原告の請求認容参加人の両請求棄却の判決に対する控訴の場合
- 六 参加人の両請求認容原告の請求棄却の判決に対する控訴の場合
- 七 原告の請求棄却参加人の両請求棄却の判決に対する控訴の場合
- 八 要約

## 一 問題の所在と本稿の目的

1 民訴法七一条により許される独立当事者参加訴訟においては、判決に対し一人が上訴した場合に、その相手方

とされなかった他の者は、上訴審との関係においていかなる地位にあるのかという問題がある。

この問題は、いろいろの問題を含んでいる。まず、一人の上訴により、全員の請求につき判決の確定が遮断され、全員の請求事件が上訴審に係属することについては争いがないであろう。<sup>(1)</sup>これを前提としてさらに問題がある。第一の問題はこうである。上訴した者が上訴人で、これにより上訴の相手方とされた者が被上訴人であることは明らかであるが、その他の請求の当事者の間では、上訴人または被上訴人の地位に、何者が就くのか。第二の問題はこうである。上訴を提起した者およびこの者により相手方とされた者が、上訴審において攻撃防禦をなすべきことはとうぜんであるが、その請求事件が他の者の上訴により上訴審に係属したために上訴審の当事者となった者は、みずから上訴することなく、または上訴の相手方とされることなく、上訴審で攻撃防禦をすることは、許されるであろうか、その必要があるであろうか。第三の問題はこうである。一人のみが一人のみに対して上訴を提起した場合に、上訴人の当該不服のみが審判の対象であり、これをこえて、他の者のまたは他の者に対する請求についての判決内容に変更を加えることは許されないというべきか。

(一) これを明言しているのは、たとえば、兼子一・民事訴訟法講義(一九三五年三四一頁)である。もともと、その根拠について詳しく述べているものはまだ見当たらない。XのYに対する訴訟にZが当事者として参加した場合には、XのYに対する請求、ZのXに対する請求およびZのYに対する請求について、弁論の分離が許されないし、いわゆる合一確定の必要があるので、三つの請求についての矛盾のない判断を含んだ全部判決がなされなければならない。この全部判決について、それは一個であるという考え方(たとえば兼子・前掲)と数個であるという考え方(たとえば、細野長良・民事訴訟法要義、第二卷、一九三三年、三三三頁)とがあるが、今日では前者が通説である。一個か数個かの問題には、本稿では、深入りしない。

さて、この一個の全部判決たとえば、Xの対Y請求認容・Zの対X対Y請求棄却の判決に対して、たとえば、ZがXのみを相手方として控訴を提起した場合に、この控訴により、Xの対Y請求およびZの対Y請求に対する判決についても確定が遮断さ

独立当事者参加訴訟の控訴審の構造

別表

㉔			㉕			㉖			本 案 判 決 の 種 類  (三?参照)	I
Zの対Y請求棄却	Zの対X請求棄却	Xの対Y請求棄却	Zの対Y請求認容	Zの対X請求認容	Xの対Y請求棄却	Zの対Y請求棄却	Zの対X請求棄却	Xの対Y請求認容		
Z	Z	X	Y	X	X	Z	Z	Y	IIに對し被控訴人適格を有する者	III
Y	X	Y	Z	Z	Y	Y	X	X		II欄の一人のみがIII欄の一人のみに控訴した場合に残余の者が控訴審においてつきうる地位と六二条の準用の関係 一、項、控訴人 二、項、被控訴人
X		Z	X	Y			Y	Z	Zは被控訴人たりえない	
X	Y			Y	Z	X	Y			Zは被控訴人たりえない
Yは控訴の利益なし			Zは被控訴人たりえない			Xは被控訴人たりえない			Zは被控訴人たりえない	
			(最判(二小)昭四八・七・二〇民集二七卷七号八六三頁は、控訴人兼被控訴人という表示をしている)			Zは控訴の利益なし				
			Zは被控訴人たりえない			Xは控訴の利益なし				
			Zは被控訴人たりえない			Zは被控訴人たりえない				

れ、これらの請求についての訴訟が移審するのであるが、これはいかなる根拠を有するのであるか。この判決は、一個の請求についての判決であると構成することはできない。また、Zの対X請求と対Y請求との二つだけをとりえるならば、通常の共同訴訟關係が成立すべき關係にある。Xの対Y請求とZの対Y請求との二つだけをとりえた場合も同様である。かくて、右の場合については、その根拠を、とくべつに、探究しておく必要がある。結論は後述する。

2 第二、第三の問題は従来とくに論じられていない。第一の問題については見解の一致が見られていない。ある説によれば、民訴法六二条一項の準用（七一条）により、一人の敗訴者の上訴は他の敗訴者の上訴の効力を有することを根拠として、他の者が上訴審の当事者となり、上訴人の地位を取得する。これをかりに一項説とよぼう。他の説によれば、民訴法六二条二項の準用により、一人の一人に対する上訴は他の者に対する上訴の効力を有することを根拠として、他の者が上訴審の当事者となり、他の者は被上訴人として控訴審の当事者となる。これをかりに二項説とよぼう。ところが、別表が指摘するように、一項説でも二項説でも、根拠づけることができない状況が上訴人およびその相手方を除く第三の当事者に存することがあるのである。

(1) 大判昭一五・一二・二四（民集一九卷二四号二四〇二頁）は、簡單化すれば原告Xの対Y請求棄却、参加人Zの対Xおよび対Y請求認容となる第一審判決に対しYのみがZに対し控訴し、Xは控訴をしなかった場合につき、「第一審ニ於テ敗訴シタル当事者ノ中何レカ一方カ控訴シ申立ヲ為シタルトキハ、同シク敗訴シタル他ノ一方ノ為ニモ其ノ効力ヲ生ジ、三個ノ当事者間ニ存スル争ハ控訴審ニ移審セラレ、控訴裁判所ノ審理ノ対照トナルモノトス」として、Xは「控訴人タルノ地位ヲ取得シタルモノトス」とした。

(2) 兼子前掲講義において、一人の上訴により他の二人を被上訴人と見るべきであろうと説かれ（三四一頁）、兼子一・民事訴訟法概論（一九三八年）では、その根拠を六二条二項の準用に求め（四五五頁）、かかる準用の根拠を、前掲大判昭一五・一二・二四の批評（判例民事法昭和一五年度一三三事件）において、三面訴訟においては、「元來敗訴の一人は他の敗訴者の自己に対する敗訴に不服がある訳ではなく、相手方に対し自己と同一の理由で敗訴して其の儘退下つては困るとして、自己の主張通りの判決が

他の敗訴者と相手方との間にも為さるべき旨を主張して、之を掣肘せんとするのにあるから」としている（五三七頁）。さらに、一項説の欠点をも指摘している（同上頁）。

大阪高判昭三六・二・二八（高裁民集一四卷一号七〇頁）は、原告Xの対被告Y請求棄却参加人Zの対X対Y請求ともに棄却の第一審判決に対し、Xのみが控訴した場合について、兼子説に従い、Zをも被控訴人としてその訴訟行為を許した。

最判（一小）昭三六・三・一六（民集一五卷三九五二四頁）は、原告と原告から土地を譲り受けたと主張して参加したZとの間に譲渡につき争いがなかった事実につき、Xの対Y被告請求棄却Zの対Y請求認容の控訴審判決に対しYのみが上告をした場合に、Xも被上告人たる地位を取得したと判示した。兼子説に拠ったものと思われる。

3 本稿は、右にあげた三つの問題の解答を発見することを試みるものである。それは、六二条の準用の内容を明らかにすることにほかならない。

以下においては、筆者の考え方を展開する。諸学説・諸判例については、筆者の考え方の展開過程において、必要が生ずるつど、その紹介と批判をすることにする。

## 一 独立参加訴訟の構造

1 独立参加訴訟については、その構造をどうとらえるかにつき今日いまだに見解の一致を見ていない。筆者は、本節において、二当事者訴訟か三当事者訴訟かというような形での構造論を展開するものではない。本節においては、二当事者訴訟構造であれ三当事者訴訟構造であれ、すくなくとも、これだけは、基本として、定礎しておかなければならないと考えられることを確認しておこうとするものである。

2 独立参加は、原告対被告の訴訟係属中に参加人が当事者として参加するものである。当事者として参加するのであるから、相手方に対して一定の請求をすべきものである。しかも、その相手方は本訴の原告および被告の双方で

あるべきである。<sup>(1)</sup>したがって、参加人は、原告に対し一定の請求を、かつ被告に対し一定の請求をすべきものである。かくして、独立参加訴訟が成立したときは、そこには、原告の被告に対する請求、参加人の原告に対する請求、参加人の被告に対する請求の三つの請求が存する。<sup>(2)</sup>本案判決はこの三つの請求のすべてについて、個の判決でしななければならない。一部判決は許されない(最判(二小)昭四三・四・一二民集二二卷四号八七七頁)。そして、その内容は合、一でなければならない。すなわち、三つの請求についての判断が互に矛盾してはならない。(必要的共同訴訟における「合一」とは異なる)。以上のことは、争いのないものとして、確認することが許されるであろう。

参加人の原告に対する請求につき、参加人を参加原告と名付け、原告を参加人との関係で被告と名付けることができる。名称はともかく、重要なことは、ある請求につき、訴えを起こした者が参加人で、相手方とされたものが本訴の原告であるということである。そして、裁判は請求につきなされることである。参加人の被告に対する請求についても同様である。

(1) 同旨の最判(大)昭四二・九・二七(民集二二卷七号一九二五頁)は正当である。X原告のY被告に対する訴訟係属中に、たとえば、ZがYのみを相手方として訴えを提起し、Xの対Y請求とZの対Y請求とにつき、一個の判決により裁判されることを欲するとき、この希望を叶える方法は、弁論の併合であり、かつ、これのみで足りる。その結果、Yが惹起した交通事故によりXとZとが同時に蒙った損害の賠償を求めるといような場合には、通常共同訴訟となり(五九条)、XのYに対する債権をZが譲り受けたとZが主張しているような場合にも共同訴訟となるが、この場合には、Xの請求とZの請求とは両立せず択一関係にある。

原告側における請求の択一関係の例としては、名古屋地判昭三七・九・一(下民集一三卷九号一七七七頁)のケースが挙げられる。学校法人Xが、Z(学校法人の理事である)から土地の所有権の譲渡を受けたことを根拠にして不法に登記名義を有するYに対し抹消登記手続を求め、Zが、Xへの土地譲渡の無効を根拠としてYに対し抹消登記手続を求めたケースである。このケースでは、Zの請求については予備的に訴えが起こされている。

いずれにせよ、当初から共同して訴えを提起しても、後に弁論の併合によって共同審判の対象となっても、そこに見られるの

は、通常の共同訴訟であって、必要的共同訴訟でもなければ、当事者参加訴訟でもない。すなわち、そこには、六二条適用の必要性は存しない。ただし、主観的に予備的な関係が存するときは、併合されているかぎり、矛盾する判決はできない。

ZがXのみを相手方として訴えを提起する場合には、Xに対する関係では、Yの防禦方法をZが訴訟物として主張することになる場合でも（たとえば、XのYに対する所有権にもとづく物の返還請求に対し、YがZの所有権を主張することによって、これを争う場合）、Zの訴えは、XのYに対する訴えに対し、反訴となるわけではなく、また、Xの対Y訴訟とZの対X訴訟は、共同訴訟になりえない。他方において、Yに対する関係では、Xの権利を否定してZに権利があることを主張するからこそXを相手方とするという場合には、必然的に、XのYに対する請求を否定して、ZこそYに対してXが主張したとき請求をなすべきものと主張することになる。また、そうしてはじめて、矛盾なき確定の必要が生ずる。すなわち、ZがXのみを相手方とするかぎり、単独の訴えにとどまり、X対Yの訴訟との併合審理を欲するならば、XおよびYの双方を相手方とするのでなければ、その利益がない。

(2) 参加人Zの原告Xに対する請求とZの被告Yに対する請求とは、二個の別々の請求であって、一個の請求ではない。筆者は、固有必要的共同訴訟の場合においては、訴訟共同の必要性が、数人が単独では権利ないしは義務の帰属者でないことにもとづくことから、これらの者は単独では訴訟上の請求をなしえないと考え、よって全員が一個の請求をなすうると考えること（兼子一・民事訴訟法体系、三八四頁）に賛成するものであるが、XとYとは、Zに対する関係において、右のような意味の訴訟共同の必要性を有するものではないのである。

### 三 独立参加訴訟の判決

1 独立参加訴訟に、単純なものと同複雑なものがある。基本的なこと、原型的なことを追求するには、できる限り、単純なものを素材とすることが適当であろう。そこで、本稿においては、つぎのような例を想定する。X原告対Y被告の所有権確認請求訴訟の係属中に、Zが、XおよびYのそれぞれに対し、所有権確認を求めて当事者として参加したとする。

2 右のような独立参加訴訟における請求の当否についての合一的な判断は、④Xの請求認容Zの両請求棄却、⑤Zの両請求認容Xの請求棄却、⑥Xの請求棄却Zの両請求棄却の三つのいずれかでありその余のいずれでもない。そこで、上訴については、右の三つの場合を区別して、そのそれぞれについて検討することにする。判決事件の上訴には控訴と上告とがあるが、控訴について検討すれば足りるのであろう。

#### 四 控訴審の当事者につき控訴人が被控訴人かを定める基準

1 第一審訴訟においては、訴えを提起した者が原告であり、原告によって相手方とされた者が被告である。原告の訴えが訴訟要件を欠いて不適法であるか否かを問わない。控訴審訴訟においても、控訴を提起した者が控訴人で、控訴人によって相手方とされた者が被控訴人である。控訴が控訴の訴訟要件を欠いて不適法であるか否かを問わない。

2 必要的共同訴訟においては、本案については、一個の全部判決がなされ、各請求についての、判断内容は合一である。判決は合一のまま確定しなければならない。すなわち、たとえば共同訴訟人ABCに対する第一審判決は、ABC全員につき、そのまま確定するにせよ、控訴審で取消変更を受けるにせよ、合一に揃わなければならない。以下において、甲原告対被告ABCの訴訟を念頭において考察を進める。

たとえば、Aのみが控訴期間内に控訴を提起したとしよう。Aの控訴の利益はAの意思に反して無にされることがあってはならない。そこで、まず、Aに対する関係で第一審判決はAの控訴期間が満了しても確定しないと解釈しなければならぬ。つぎに、この結果はBまたはCの態度のいかんにかかわることなく確保されなければならない。第一審判決の確定がAに対する関係において遮断されることを確保するには、このことと両立しない法律効果を否定し

なければならぬ。たとえば、BCがともにそれぞれの控訴期間を徒過したときに、BCに対する関係で判決が確定するとう効果を否定する解釈をしなければならない。<sup>(3)</sup>すなわち、Aとの関係で判決の確定が遮断されているかぎり、BCとの関係でも判決はまだ確定しないと解釈されなければならない。BCがともに控訴期間を徒過してもなおBCにつき判決が確定しないのはなぜか。判決は、ABCの全員につきその内容が単一であるべきがゆえに同一であるところ、判決の確定により効力を生ずるのはその内容についてであり、単一の内容につきすでに判決の確定が一人との関係で遮断されるべきがゆえに遮断されるときは、他の者につき対人的に相対的に確定することは背理であるからである。すなわち、根拠は、一人の行為、または一人に対する行為の効力の拡張ではないのである。六二条一項及び二項は、審級を開始させる行為を規制する規定ではないと考える。<sup>(4)</sup>

(1) ABC三人全員に訴訟共同の必要性が存する場合においても、Aのみの控訴の提起は、Aのみの訴えの提起と異なり、(set-off estimation の意味の)適格を欠く者の提起とは解せられないであろう。裁判所に訴えるか否かの問題はABCの内部において全員一致により処理すべき私的の事項であるが、いったん訴訟が全員につき係属して、相手方および裁判所との間に、訴訟法律関係が生じているときには、Aが上級審において審判を受ける訴訟上の利益を失わせることはBにもCにも認められるべきではない。

(2) 控訴期間が徒過されると判決は確定する(四九八条一項)。控訴期間内に控訴が提起されたとき一審判決の確定が遮断される(四九八条二項)。確定の遮断は期間遵守に結びつけられた効果である。Aが控訴期間内に控訴を提起したことはAが控訴期間を遵守したことであって、このことにより、控訴期間が満了しても(四九八条一項参照)満了によっては判決は確定しないということになるのである。このことは、Aが必要的共同訴訟人であるか否かによって左右されるべき事柄ではなく、基本の原則である。

(3) 類似必要的共同訴訟の場合においては、甲のBCに対する勝訴判決が確定するときは、その効力がAにも及ぶから、Aも当事者であるときは、Aの控訴期間遵守の効果は確保されるべきである。固有必要的共同訴訟の場合においてBCがともにそれぞれの

控訴期間を徒過したときは、甲のBCに対する勝訴判決が確定すると仮定するとき、控訴審判決がAに対する関係で甲の請求を棄却することは、合一確定に反する。以上の結果を生じないようにすることが必要である。詳細は、次注(4)をみよ。

(4) 判決の確定が、Aについて遮断されれば、BCについても確定しないことの理論上実定法上の根拠をどこに求めるかについて、筆者は、本文のように結論するのである。

まず、六二条に根拠を求めることはできない。六一條は、その文言上、あきらかに、共同訴訟の成立を前提とし、成立した共同訴訟における一人の訴訟行為について規定するものであって、共同訴訟を成立させるべき訴提起行為についてまで規定するものではない。六二条は、六一條の原則(ただし、これは、全部判決に対する規制からみれば例外)を前提としてその特則を定めただけであるから、同様に、成立した必要的共同訴訟を前提とする規定である。

六二条もまた、訴提起という訴訟行為についての規定でないことは、必要的共同訴訟人たるべき者または必要的共同訴訟人たりうる者のうち一人が訴えを提起した場合に、他の者の利益においてその効力が生ずることとはないという一例をあげるだけで十分に明らかである。

もともと、訴えを提起するか否か、何者を相手方として訴えを提起するかは、個人の意思のみによって定められるべきものである。固有必要的共同訴訟たるべき場合(訴訟共同の必要性が存する場合)においても、この理は変わらない。一人が訴えを提起する意思がないときには、他の者に訴えを提起する意思があっても、訴えが実りなきものに終るのは、まさに、実定法上の関係の必然の反映にはかならない。

六一條も六二条も、総則的規定である。よって、それぞれの審級の手続において適用されるべきものである。したがって、六一條も六二条も訴えの提起についての規定ではないということは、それらが控訴の提起、上告の提起についての規定でもないことを意味する。

つぎに、六二条の規定を上訴行為に類推して適用することもできない。第一に、六二条一項を類推適用することはできない。六二条一項にいわれる「訴訟行為」は、その内容にその効果が直結しており、かつ、その効果が訴訟上の利益、不利益の、内容をなすようなものである。たとえば、否認、自白、認諾のように。ところが、判決の内容は当事者にとって利益か不利益かであるが、判決は訴えまたは上訴という行為を要件としてこれに直結する効果ではないのである。

第二に、六二条二項を類推適用することもできない。第二項は、第一項が付した「利益ニ於テノミ」という制限を解除した規

定である。よって、第二項にいう「訴訟行為」は、第一項にいう「訴訟行為」と同じであると解すべきであり、第一項の規定が上訴行為に類推できない以上、第二項の規定についても同様である。

さらに、第六二条の規定の根拠となるべき理論は、代理または代理の擬制ではないことは、明らかである。もし、一人の訴訟行為の効力が全員につき生ずる根拠が、一人が他の全員を代理する（または代理すると擬制する）ことにあるとするならば、代理の性質上、全員の不利益においても効力を生ずべきであるが、六二条一項は「利益ニ於テノミ」といつているからである。また後にも述べることであるが、一人の行為により他の者に懈怠の効果が生じないことと、一人の行為の効力が他の者にも生ずることとは別のことである（後者に重きをおく解釈については、たとえば、菊井維大「民事訴訟法」下昭和三年二五二頁をみよ）。しかしながら、必要的共同訴訟人の上訴の提起については、たとえば、菊井維大「民事訴訟法」下昭和三年二五二頁をみよ。その追行が保証されるということは実定法規の定める原則であると解される。他方において、一定の場合に、（訴訟の目的が共同訴訟人の全員に実体法上合一のみ確定すべきがゆえに）判決が共同訴訟人の全員に合一に確定すべきことも実定法規が要請するところである。右の原則を維持して、右の要請に応える最少限度の規制は実定法規の定める必然の規制である。確定遮断の一律の効果は、Hachenburgの用語を借りれば *rechtskraftwendige Wirkung* である。

以上の解釈は、六二条の立法の沿革に照らしても相当であると考えられる。以下に詳述しよう。

#### 1 民事訴訟法の沿革

明治政府は、ドイツの一八七七年民事訴訟法に倣って、日本民事訴訟法を立案しようと決し、プロイセンの県参事官であったテッヒョー (Tschöke) を招いて内閣御雇顧問とし、これに立案を命じた。

テッヒョーは、明治一七年五月より原案の作成に着手し、翌一八年二月に至ってひとまず草案を脱稿した。その後、同年七月にテッヒョー訴訟規則修正原案ができた。これは邦訳され①「訴訟規則」とよばれた。これが、同年九月、民事訴訟法取調委員会に付議された。同委員会は、翌一九年六月頃まで会議を重ね、②「委員修正民事訴訟規則」を作った。これにもつき同年テッヒョーはドイツ文草案を司法大臣に呈出して任務を終えた。これが、いわゆるテッヒョーの③「訴訟法草案」であり、邦訳がある。以上、兼子一「民事訴訟法の制定」——テッヒョー草案を中心として——（昭和一七年）による。

テッヒョー草案は、法典調査会の一部門としての法律取調委員会において審議しなおすことになった。この頃、憲法制定の顧問として来日中のモッセ (Mossey) がテッヒョーに代って参画している。モッセは④「訴訟法草案」(ドイツ文)を草している。

委員会においては、まず報告委員が修正してこれを原案(⑤「民事訴訟法議案」として会議に付した。会議は明治二〇年二月一六日から翌二一年一〇月一日の間に五三回もたれた。この会議の成果として、⑥「修正民事訴訟法草案」ができ、これをもとにして⑦「民事訴訟法再調査案」ができた。これが「民事訴訟法案」となったものである。これが、⑧明治二三年法律二九号となった。

明治二三年法律は、制定後まもなく改正の議が起り、明治二八年中に司法省に民事訴訟法調査委員会が設置されて改正に着手し、明治三二年に法典調査会がこの事業を引継ぎ、同会は明治三六年に⑨改正案を公表したが(明治三六年第一九議會解散のため提出されるに至らず)法律となるに至らず同会は廃止となり、明治四〇年に法律取調委員会が設置され、明治四四年五月同委員会は改正に着手したが、大正八年七月に、同委員会を廃止して司法省に民事訴訟法改正調査委員会を設けて改正案を起草することとなり、同委員会は、内部に起草委員会を設けた。起草委員会は、⑩起草委員会案を作成し、これを総会で審議し、そこで出た意見を斟酌して、起草委員会が⑪修正案を作成した。総会は、修正案を審議し、起草委員会が条文を整理し、大正一四年一月一五日の総会の決議を経て、民事訴訟法案が確定し、これが大正一五年法律六一号となった(司法省編纂「民事訴訟法中改正法律案理由書」(大正一五年)、旧法典調査会案(明治三十六年)「民事訴訟法改正案」(明治四十四年五月印刷)(発行者発行所等不詳)、法曹会「民事訴訟法改正調査委員会速記録」(昭和四年)参照)。

## 2 草案条文の対照

筆者が手許で見ることができた草案および法律は、右にあげた①から⑪までである。①②④⑤⑥⑦は、日本學術振興会印刷の複写版に依った。③は、複写版が出ている(これも日本學術振興会印刷のもの複写と想像される)。⑧は、明治二三年四月二一日付官報号外に出ている。⑨は前掲旧法典調査会案「民事訴訟法改正案」である。⑩⑪は前掲速記録の付録として印刷されている。これらの草案のなかで、合一確定の必要が存する場合に、共同訴訟人の一人が期間を懈怠したまたは懈怠しなかったことの効果に関する法規制の規範命題がどうなっているかを対照してみよう。

テヒューは「訴訟法草案」を「奉呈」する文において、つぎのようにいつている。

▲抑本草案ハ可成欧州新制訴訟法中ノ抜群ナル者即チ千八百七十七年一月三十日ノ独逸訴訟法ニ基クコトヲ務メ其各部ニ至リテハ李国ノ実施条例及ヒ法律又ハ千八百六十七年ノ澳國訴訟法草案及ヒ其他ノ法律又ハ千八百六十八年ノ瓦教堡<sup>ウヰルテムベルグ</sup>訴訟法等ヲ以テ模範ト為セリ又法朗西、英吉利、亞米利堅ノ法理原則ニシテ從來日本ノ實際ニ応用シタル者ニ付テモ亦至当ノ採択ヲ為セリ

したがって、まず、一八七七年ドイツ法律の該当条文を確認しておこう。

一八七七年ドイツ民事訴訟法

§ 59……., so werden, wenn ein Termin oder eine Frist nur von einzelnen Streitgenossen versäumt wird, die säumigen Streitgenossen als durch die nicht säumigen vertreten angesehen. (一人の訴訟行為または一人に対する訴訟行為についての規定は存しない——筆者補註)。

① (前掲①「訴訟規則」をさす。以下同様) ▲期日又ハ期限ニ一ニ共同訴訟人缺席シタル時ハ其缺席セサル共同訴訟人ヲ以テ缺席者ノ代人ト看做ス可シ▼▲缺席者ハ其後訴訟係属中ハ何時モ出廷スルコトヲ得▼▲共同訴訟人中ノ一人ニテ上訴シタル時ト雖モ共同訴訟人ニ利益アル上級ノ裁判所ノ裁判ハ其全般ノ共同訴訟人ニ於テ同一ノ利益ヲ受ク可キモノトス▼

② ▲共同訴訟人中期日若クハ期限ニ闕席シタル者アル時ハ其出席アルマテ他ノ闕席セサル者ヲ以テ代人ト看做ス可シ▼▲共同訴訟人中上訴スル者アル時其利益ハ他ノ上訴セサル者ニ及フモノトス▼

③ ②と同文。ただし、▲出席アルマテ▼が▲出廷スルマテ▼となっている。

④ Art. 50 Abs. 4 Wenn ein Termin oder eine Frist nur von einzelnen Streitgenossen versäumt wird, so werden die säumigen Streitgenossen als durch die nicht säumigen vertreten angesehen. (第二項に「証明を含めて一人の攻撃または防禦方法が他の者の利益に(zu Gunsten)作用する(wirken)」と規定し、第三項に「一人が争いまたは認諾しないことは争いまたは認諾しない」ということとして通用する(gelten)と規定している。上訴云々の規定は存しない。)

⑤ ▲若シ共同訴訟人中ノ或ル者ノミカ期日又ハ期間ヲ懈怠シタル時ハ其懈怠セサル者ニ因テ代理セラレタリト看做ス▼(この文を含む条文は第五〇条であるが、その全体の内容がモッセの第五〇条の翻訳であるといつてよい)。

⑥ ▲の▲因テ▼を▲依テ▼にしたほかは⑤と同文。

⑦ ▲共同訴訟人中ノ或ル人ノミカ期日又ハ期間ヲ懈怠シタル時ハ其懈怠シタル者ハ懈怠セサル者ニ代理ヲ任シタルモノト看做ス▼

⑧ ⑦と同文。ただし、▲時▼が▲トキ▼にされた。

⑨ ▲一共同訴訟人ノ一人カ為シタル訴訟行為及ヒ相手方カ共同訴訟人ノ一人ニ対シテ為シタル訴訟行為ハ共同訴訟人ノ全員カ之ヲ為シ又ハ相手方カ其全員ニ対シテ之ヲ為シタルモノト看做ス▼▲二共同訴訟人ノ一人カ為シタル抛棄、認諾、自白、和解、訴ノ取下其他共同訴訟人ニ不利益ナル行為ハ其全員ニ付キ其効ナシ▼

⑩ ▲……合一ニノミ確定スヘキ場合ニ於テハ其一人ノ行為ハ全員ノ利益ニ於テノミ其効力ヲ生ス▼▲期日及ヒ期間ヲ懈怠セ

サル共同訴訟人ノ行為ハ他ノ共同訴訟人ノ為メニモ其効力ヲ生ス $\vee$ 第四十六条ノ規定ハ……共同訴訟人ノ一人カ提起シタル上訴ニ付キ他ノ共同訴訟人ノ為スヘキ訴訟行為ニ之ヲ準用ス $\vee$ (第四十六条ノ規定は現行法ノ五〇条一項に対応する)。

⑩ 右⑩ノ第二番目ノ規定ノかわりに $\wedge$ 共同訴訟人ノ一人ニ対スル相手方ノ行為ハ全員ニ対シテ其効力ヲ生ス $\vee$ と規定され、他は同文である。

### 3 文言の変化と規範的意味

右の対照により、草案の文言が変化してきたことが判明する。この文言の変化は、規制の原理の変化を示すものであろうか、それとも、規範的意味の射程の変化を示すものであろうか、それとも、たんに、規制対象の分類・統合の方法の上での変化にとどまるものであろうか。この疑問を解明する必要がある。なぜなら、ドイツでは、期日および期間の懈怠に関して明文の規定を置き一人のまたは一人に対する訴訟行為に関しては明文の規定を置かず今日に至っておるのに、ドイツ法を範としたわが国では、訴訟行為に関する規定のみとなつて懈怠に関する規定が明文上は無くなつてしまつたからである。

期間の懈怠を問題にするときは、行為期間のみならず中間期間(Zwischenfrist)も問題の対象に含まれる。訴訟行為の効果の問題にするときは、行為期間が付せられた訴訟行為のみならず、攻撃防禦方法の提出、自白、認諾、放棄、和解、取下も含まれる。逆に、期間の懈怠を問題にするときは、攻撃防禦方法の提出等は問題対象には含まれず、これらは、期日の懈怠を問題にすることに於て対象とされる(取下は別として)。また、訴訟行為の効果の問題にするときは、中間期間によつて保護される行為・挙措は問題対象に含まれない。かくて、期間の懈怠を問題にしても、訴訟行為の効果の問題にしても、対象とされることのできるものは、たとえば、控訴期間が付せられた控訴の提起のような、不変期間ある Rechtshelfe たる訴訟行為である。

行為期間の存在理由は、期間を徒過すれば当該行為をなしえなくなることにある。したがつて、行為と期間の関係において重要なことは、期間が遵守されてはじめて、行為について効果を論ずることができる、ということである。(ちなみに、中間期間については、たとえば、ドイツにおいて、呼出期間の違反があるときは、当事者が期日に不出頭でも欠席判決をすることができなく)。

右に述べた行為期間徒過の効果は、通常共同訴訟の場合においては、各共同訴訟人について各別に生ずべきものとされていゝる。ドイツにおいても日本においても、この点について争ひは存しない(数人にかかる請求の一個の訴訟への結合が一人対一人の間の数個の請求の一個の訴訟への結合よりも緩いことを示している)。必要的共同訴訟においてはどうか。以下において、ドイ

ンにおける解釈論の歴史を批判的に要説する。ついで、日本法の立案の変遷の解釈論を試みる。

④ 控訴期間は一審判決の送達とともに始まる (ZPO § 516)。判決の送達は当事者送達である (§ 317)。共同訴訟人に対する送達はめいめいにつき独立になされる。よって、控訴期間はめいめいについて走る。よって控訴期間の徒過もめいめいについて起る。以上の点につき旧法時より争いはなく (RG VZS 48, 417参照)。一般に、控訴期間が徒過されると一審判決につき Rechtskraft が発生する (§ 705参照)。すなわち、期間懈怠の効果は Rechtskraft の発生である。控訴期間経過前に控訴の提起がある、Rechtskraft の発生が遮断される (Gehemmt wird § 705)。すなわち、控訴の提起の効果 (のひとつ) は確定遮断である。Rechtskraft の発生障害である。期間の懈怠からいえば、それは、期間懈怠の効果の障害である。旧五九条現六一一条が上訴期間の懈怠の場合に適用があることは当初から争うがなう (Puchelt, Die Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich, 1877, Band I, S. 249; RG, 10 Juni 1885, Rep. V 453/84)。

必要的共同訴訟人中一人が控訴期間を遵守し、一人が控訴期間を徒過した場合に、一審判決の Rechtskraft は発生するか。一人の期間徒過後に他の者の期間遵守があった場合には、期間徒過者について Rechtskraft が発生するという解釈があった (たとえ、RG 15 Juni 1931, JW 1931, 3541)。しかし、そうすると、期間遵守者の控訴については、Sachlegitimation を欠くからどうするか (RG, JW 1931, 3542)。期間徒過者につき Rechtskraft が生じた判決と内容上の調和を計る必要からこれを抵触する (とがべきな) かどうするか (E. Schumann, Das Versäumen von Rechtsbehelfsfristen durch einzelne notwendige Streitgenossen, ZfP, 76, 381, 1963。公表当時ツェンケン大学助手。今日なお、Rosenberg-Schwab や Thomas = Putzo などに引用支持されている) は別として、とにかく期間遵守者は敗訴の運命に置かれよう (Schumann はしかしそのような結果に反対なのである)。

これでは、勤勉な控訴人がそうでない彼の共同訴訟人により控訴権の追行を阻害されることになる。これは正義に反しよう。かくして、右解釈は消滅し、判例・通説とも、必要的共同訴訟人の一人の適時の控訴によって原判決が取消変更されることがありうる状態にあるかぎりにおいて、原判決の Rechtskraft は宙に浮いている (in der Schwebe bleiben RG 31 Januar 1938, RG 157, 33) と解するに至った。すなわち、懈怠の効果 = Rechtskraft の発生は一律に障害されるのである。これにより勤勉な共同訴訟人は原判決の取消変更を獲ち得る可能性をもつことができるのである。

勤勉な者の勤勉な活動が阻害されないということは、勤勉でない者を勤勉な者と同じく扱うことを当然には含まない。控訴を

適時に提起した共同訴訟人の控訴のための活動が阻害されないということは、懈怠した共同訴訟人をも控訴をみずから適時に提起した者として扱うということを当然には含むものではない。ところでこの後者の扱いを立法者は認めたのか。この問題に光をあてるには、A、B二人の必要的共同訴訟において、Bの控訴期間進行中にAが適時の控訴の提起をし、Bはけっきょく控訴を提起しなかつた場合を例にとり、これにおいて問題を考えるのが適當である。

まず、Bの控訴期間がBの控訴なしに経過しても、Bにつき原判決の *Rechtskraft* は、Aの適時の控訴があるかぎり、発生しないという結論の根拠をどう理解すべきか。実定法の規定上の手掛りとしては、BはAにより代理されたものとみなすという明文の規定がある。この規定が上訴に適用されることについては（問題なしとはしないはずであるが）争いがない。しかし、その法的性質については、見解が分れた。法定代理説（たとえば、*v. Amelnxen, Die sogenannte notwendige Streitgenossenschaft, 1881*）、反射効説（たとえば、*M. Hachenburg, Die besondere Streitgenossenschaft, 1889; R. Seuffert, Kommentar, § 62, 8 Aufl., 1902*）、代理擬制説などに分れた。今日では、代理擬制説が通説・判例である。

すなわち、Aの控訴により、Aは自己の控訴期間を遵守したのであるが、期間を遵守したという効果がBのためにも生ずるのである。期間遵守の効果において代理が擬制されるというのである。判例も同旨である（*RG 10 Juni 1885, RG 13, 292*）。Bのためにも遵守したというのは、Bの控訴期間を遵守する行為をBを代理してAがしたという趣旨ではない（Bの控訴期間は進行中なのであるから、B自身が控訴することができる。よって代理の必要がないはずである）。Aの控訴提起行為があわせてBの控訴提起行為とみなされる趣旨でもない。AがAの控訴期間を遵守したことが、Bのためにも期間遵守になるための条件は、Aの控訴提起の時点においてBの控訴期間が未経過であることにとどまり、Bの控訴提起行為を擬制することは要しないはずである。

Aの適時の控訴の提起により原判決の *Rechtskraft* がBについても発生しないことの根拠を、代理の擬制によりBのためにも期間が遵守されたことに求めるときは、これによってAの適時の控訴の時点においてBがすでに控訴期間を経過してしまつたという前掲の場合に *Rechtskraft* が確定的には発生しないという状態を根拠づけることはできないであろう。

果せるかな、右のような場合にも、Bについても懈怠の効果は生じないという説（たとえば、前掲 *M. Hachenburg, S. 51ff.*）は、有力になりえず、通説は、当初から、右のような場合のBには五九条一項（現六二条一項）の適用はないというのであつた。すなわち、Bが経過した控訴期間は、B自身これを旧に復することができず、よって、代理によって控訴期間を遵守する余地が

なるといのであった(たとえば、F. Wachenfeld, Die notwendige Streitgenossenschaft des § 59 C. P. O. 1894, S. 141 ff.; G. v. Wilnowski-Lewy, Zivilprozessordnung, 7 Aufl. 1895, § 59)。

だが、共同訴訟人の一人Aが控訴期間を遵守したときには他の一人Bは自分の控訴期間の懈怠が完成してしまっているという場合に代理の擬制の余地がないとしても、Bにつき原判決の Rechtskraft は発生しないということは前述のように必要であり、そのような解釈がなされている。そうすると、一人の控訴期間遵守によって、他の共同訴訟人についても期間遵守となり懈怠の効果(= Rechtskraft の発生)が生じないという根拠が、Aの控訴提起の時点にBが控訴期間を徒過していた場合とBの控訴期間が進行中であった場合とで異なるということになる。

しかし、代理の擬制の余地のない場合にも懈怠者に懈怠の効果が生じないのは、必要的共同訴訟において、勤勉な共同訴訟人の控訴の追行を保証するためであるから、必要的共同訴訟においては、懈怠の効果が生ずるには全員の懈怠を必要とするということになるわけで、一人の控訴期間の遵守によってこの条件が欠け、一人の適法な控訴の効力が続いているかぎり、この条件を欠く状態が継続しているのである。

他方において、代理の擬制は、その本来の意味においては、控訴期間の遵守には、適用しがたい。前に指摘したように、一人の控訴期間が進行中には、その者が控訴を提起していないときでも、これを徒過したわけではないから、代理の擬制の必要はないはずである。また、控訴期間を徒過していないものを期間を「懈怠した者」ということはできないから、この者については代理の擬制の要件に欠けるはずである(前掲 Schumann, S. 386)。また、一人の控訴期間がまだ進行をはじめないときは、「懈怠」がありえないから、代理の擬制の余地がない(前掲 Schumann, S. 386)。そして、前述のように、一人の控訴期間が徒過されてしまっているときは、まさにその者は期間を「懈怠した者」であるが、代理のしようがない(本人がなしうる以上のことを代理することはできない)。

こうして、代理の擬制という通説は、法文に忠実ではあるが、代理を文字どおり通常の意味に解するかぎり理論上破綻するので、法文に根拠を求めるとかぎり、法文の「代理されたものとみなされる」の文言の意味を、期間懈怠の効果の不発生と解することになる(前掲 Schumann 論文の功績)。

(四) 通常共同訴訟については、日本法においても、旧法以来、今日まで、共同訴訟人独立の原則が妥当している。そして、必要的共同訴訟についてはこれに対する特則が定められている。特則は、原則に対し、最小限たるものでなければならぬ。一人

の共同訴訟人の控訴の提起の効力についての特則も最小限の例外にとどまるべきである。控訴の提起に焦点を絞るならば、六一条の原則によれば、他の共同訴訟人が控訴期間を徒過すれば、その者との関係で原判決が確定する。このような事態から、勤勉な共同訴訟人を保護するのが特則の目的である。この目的が実現される最小限の特例は、一人でも期間を懈怠しない者があれば、判決は全員に対し確定しないことである。そしてそれで足りる。

以上のことは、一人の控訴の提起の、控訴期間の遵守という面をとらえても、控訴権の行使たる訴訟行為という面をとらえても、変りがないはずであり、また変りがあつてはならない。

前にあげた①から⑩までの、立案の経過を、文言の変遷に着目して迎るとき、「代理」の擬制が「行為」の擬制（……為シタルモノト看做ス）に變り、さらに、行為の「効力」の拡張に至つて今日に至つたことが眼につく。これは、実定法の定める効果の理論的根拠の変遷と見ることができぬ。

「代理」の擬制から行為の「効力」の拡張への変遷は思想の変遷である。明治二八年（一八九五年）の民事訴訟法調査委員会の設置から明治三六年法典調査会案（⑨）の成立に至る間に、「代理」の思想が、明文上は、消えた。ここで、ドイツ法とは別の歩みをはじめた。「代理」の思想が消えたのは、「代理」によつたのでは、懈怠の効果の不発生をも、訴訟行為の効力の利益にのみが発生をも、根拠づけるのに十分でないと考えられたからであろうと想像する。それは、ドイツの解釈論の歴史を辿れば、誰でも考えるところである。ドイツでは一九六三年の Schmidt の前掲論文に至つて漸く「代理」は文字どおりの「代理」ではなく懈怠の効果が生じないことに落ち着いたのに比べると、日本の立法者らのほうが、先を見ていたのであるか。

「代理」の思想によつたのでは、なにかんづく、控訴期間の懈怠の場合の、懈怠の効果の不発生を根拠づけに苦しむ、ということとは実務上も実感したところであつたと思われる。その事情の一端を、つぎのケースが示すと思われる。それは、大判明三〇・九・二二（録三輯八卷二三頁）のケースである。

上告理由は、つぎのような論旨を展開した。

▲原院カ民事訴訟法第五十条第四項ヲ適用シタルハ失当ナリ何トナレハ該条ハ一ノ訴訟ニシテ裁判所へ提起セラレタル以後ノ場合ヲ想像シタル規定ニシテ即チ共同訴訟人タル資格ヲ得タル以後ニ適用スヘキ法条ナリ而シテ必要的共同訴訟人ト雖トモ上訴ニ関シテハ相互ニ代理権ヲ有セサルコト訴訟ノ法理ナレハ一審ノ共同訴訟人ト雖トモ上訴ヲ提起シタル以後ニアラサレハ仮令他

ノ共同訴訟人ニ於テ上訴ヲ提起スルモ直チニ該法条ノ利益ヲ受クヘキ道理アルコトナシ若シ原院ノ如ク第四項ヲシテ上訴期間ノ懈怠ハ懈怠セサルモノニ代理シタルモノト看做ストキハ論理上上訴ニ付テ代理權アル結果ニ帰着スルノミナラス第五項第五項ニヨリ懈怠シタル他ノ一審ノ共同訴訟人ニ対シ其上訴ヲ提起スルヤ否ヤ不明ナルニ拘ハラズ控訴審ハ懈怠セザリシ場合ニ於テ為スヘキ総テノ送達及ヒ呼出ラナササルヘカラサルニ至ルヘシ豈ニ如此道理アラシヤ

これに對し、大審院は、「代理」の語を使用することなく、次のように答えた。

ハ權利關係ノ合一ニノミ確定スヘキ事件ニ於テ共同訴訟人中ノ一人カ上訴シタルトキハ他ノ共同訴訟人ノ為メ上訴期間徒過ノ結果即チ判決ノ確定ヲ妨クルノ効力ヲ生ス故ニ他ノ共同訴訟人ハ形式上自身ニテ上訴ヲ提起セサルニ拘ハラズ其訴訟ノ結局ニ至ルマテ当事者タル可キモノトス随テ此者ニ対シ總テノ送達及ヒ呼出ヲ為スハ当然ニシテ原判決ハ此点ニ依ルモノ不法ニアラス

すなわち、現行法のような行為の「効力」の拡張の思想ではなく、たんに、確定遮断の結果の一律を認めたのである。

この大審院の判例が立法者の脳裡にあつたことは想像に難くない。しかし、立法者は、現行六二条一項の「訴訟行為」に上訴を含めるつもりであつた。第五一回帝國議會における貴族院の委員会において池田寅次郎政府委員は、ハ一人の爲した行為は全員に對しても其効力が有ると云ふことは、共同訴訟人の一人が上訴を致しますれば他の者も上訴をしたと同じ結果になつて、上訴審に於て訴訟行為をすと云ふことになるのであります」と説明している（法曹會「民事訴訟法改正法律委員會速記録」昭和四年十二月五頁）。六二条二項については、なんの説明もしていない。そのせいか、一人の上訴については六二条一項によるとい、一人に對する上訴については六二条二項によるといわない概説書がある（たとえば、兼子一「民事訴訟法体系」昭和二九年「二二八」（四三八）、新堂幸司「民事訴訟法」昭和四九年一〇二頁四七八頁）。

これは、共同訴訟人の一人のみに對して控訴を提起した場合に、控訴期間の遵守の有無が問われるのは、控訴人であつて共同訴訟人ではないから、期間懈怠の效果の不發生のためには、控訴人が彼の期間を遵守したこと足り、共同訴訟人の全員を被控訴人として控訴することまでは必要ではないからであらう。そこで、六二条二項は共同訴訟人の一部の者が缺席したような場合に相手方の便宜を図る趣旨の規定と解されているのである（たとえば、兼子一「民事訴訟法体系」一九六四年「四三八」参照）。しかし、それならば、六二条一項の規定においても、上訴行為を含まないと解すべきであらう。控訴期間の遵守のためには、全員が控訴の提起をする必要はないからである。六二条一項の「訴訟行為」には、同条二項の「訴訟行為」と異なり、上訴行為が含まれることを六三条が前提としているようにも見える（たとえば、兼子後掲「概論」四三七頁がそのようにみているように

みえる。しかし、六三条にいうところの△前条第一項ノ場合ニ於テ▽というのは、△訴訟ノ目的カ…：確定スヘキ場合▽をさすのであり、△一人ノ訴訟行為…：効力ヲ生ス▽の場合をさすのではなく、他方、六三条の規制をするのに、共同訴訟人の一人が提起した上訴が、その効力を他の共同訴訟人に拡張することを前提とする必要はないのである。

ちなみに、第五一回帝國議會における委員会において、六三条につき、貴族院の委員会では政府委員（池田寅次郎）が、たとえ、△準禁治産者が上訴をしたい▽ときに授權をいらないことにしたと説明し、衆議院の委員会では政府委員（長島）が、六三条によりたとえ、準禁治産者が△上訴が出来るのである▽と説明している（法曹会「民事訴訟法改正法律委員会速記録」昭和四年二二五頁七五四頁）。すなわち、他の共同訴訟人がそれぞれ上訴の提起することを念頭においていたかのごとくである。それならば、ますます、一人の適時の上訴の他の共同訴訟人への効果は、期間の懈怠の効果の不発生にとどまると考えられていたことになる。

他方において、上訴は、懈怠をとらえた法的規制の射程からはずされていた（②③）のが、モッセ案（④）の影響を受けて右の射程内に吸収され（⑤⑥⑦⑧）、訴訟行為の効力をとらえる法的規制に転換した（⑨）後にも、なお、期間の懈怠をとらえる規制が生き残ろうとした（⑩）が、結局訴訟行為の効力をとらえることに統一された（⑪）ことが看取される。

なぜ、期間の懈怠をとらえる法規制技術が生き残ろうとしたのか。判決の確定遮断を、控訴行為の効力ととらえて、共同訴訟人の一人の控訴の行為の効力が他の共同訴訟人にも生ずるとするときは、期間の懈怠の効果の不発生以上の効果を認める趣旨が文理上混入するのに対し、期間の懈怠をとらえて法規制をするときは、そのようなことがないからである。このことは、つぎに紹介する経緯からも明らかである。

旧民訴五〇条四項を前掲⑩のように変えることにつき、民事訴訟法改正調査委員会において、起草委員の一人たる松岡義正の説明とやりとりがつきに行なわれた。△松岡義正君 之は現行法の五十条の四項に当る所でありまして、詰り此趣旨は變つて居ないのであります。結局其期日及び期間を懈怠せざる共同訴訟人が行為をした。期日に裁判所に出頭して行為をした、或は期日を懈怠しないで共同訴訟人の行為があつて正当に上訴なら上訴を提出した、さう云ふ場合には其人の爲した行為、期日に於て共同訴訟人の爲した行為、期間を懈怠せずして爲した行為、それなどは他の共同訴訟人に対して効力を有する、斯う云ふ趣旨であります。詰り懈怠者として取扱ふ可きものでない。

原嘉道君 趣旨は前のと変らないですか、行為と云ふことは出て来た所まで見ると云ふやうに見えるが、前のは出て来なくて

も出て来たものを見る。

○松岡義正君　そこは条文の書方として疑問がある所です、本案では期間の懈怠者として取扱ふ可きでない期日の懈怠者として取扱ふ可きでないとあるから効力は同じであるが、事実上出て来ないものを出て来たものと同じやうに取扱ふと云ふ迄には見て居ない、効力は同じになる。

○仁井田益太郎君　効力を生じて弁論したとすれば出て来たことになる、期日を懈怠せざることになる、其人が弁論したと同じことになる、矢張り出て来たことになる。

○松岡義正君　原さんの御尋ねは出て来た行為まで代理するかと云ふのでせう、我々の考では出て来た行為を代理するのでなくして行為の効力が同じになるからして効力の方から觀察すれば出て来たと同じになる。

○仁井田益太郎君　出て来て其人が訴訟行為をしたことになる、其人の出て来ないもののために効力を生ずるから其者が弁論したことになる。▽

松岡義正が狙ったのは懈怠の効果を不発生であつて、そして、それにとどまることであつた。しかし、これを、行為の効力として規定したので、仁井田益太郎（これも起草委員の一人）のような解釈の余地が生じた。松岡の狙いと仁井田の解釈の間のずれは、出頭ないし弁論の効果まで認めるかどうかである。

⑩から⑪への変化は共同訴訟人の一人に対する行為についての規定を、明文で、通常共同訴訟の場合と必要的共同訴訟の場合の双方について、置いたことと、懈怠に関する規定を削除したことである。これについて、民事訴訟法改正調査委員会では、松岡義正が、欠席判決制度の廃止に照応するという理由をあげ、期間については、共同訴訟人の一人が為したことでも其利益の点は共同訴訟人が之を受ける、五十七条の第一項に依つて之は明かであるから結局之は必要はない、斯う云ふことに考へましたからして削除致しました▽と説明している。かくて、弁論の効果と懈怠の効果の不発生とが、行為中心の規制のために、混合されたのである。

立法当時の、委員会の人々が考えたことが、法規の意味内容であるとするならば、以上の経緯から、六二条一項にいわゆる「訴訟行為」の中に上訴が含まれるとすべきであろう。しかし、同じく、以上の経緯から明らかであるように、六二条一項にいう「訴訟行為」に上訴を含ませたことは、ドイツ民法において、代理の擬制の中に控訴期間の懈怠の場合を含ませたことと同様に、立法技術上、十分でなく欠陥あるものであつたのである。すなわち、よりすぐれた立法者ならば、六二条一項を期間を遵守

する訴訟行為に準用する旨の規定を別に設けたことであろう。そして、これにより、六二条二項については期間を遵守する訴訟行為に準用する必要がないことも明らかにされたことであろう。

したがって、法条の文言が立法技術上欠陥があるものであっても、明文の規定の欠陥がないことを前提とする法実証主義的解釈をするとするならば、六二条一項の「訴訟行為」も同条二項の「訴訟行為」も平行して上訴行為を含むと解すべきであることにならう（菊井維大「民事訴訟法」下二五二頁、三カ月章「民事訴訟法」昭和三四年二二二頁）。筆者も結論的にはそう解している（小山昇「民事訴訟法」五一七）。ただし、上訴行為の効力の拡張は期間遵守の効果の対人的拡張に限局すべきであろう（菊井維大前掲二五一頁参照）。しかし、いまは、説を本稿の結論のように改める。

3 共同訴訟人の一人のまたは一人に対する上訴の提起により、他の共同訴訟人の訴訟も移審する。上訴審において、上訴を提起しなかったもの、上訴の相手方とされなかった者も当事者の地位につくが、それらの者は上訴人か被上訴人か。まず、必要的共同訴訟において、共同訴訟人の一人が上訴を提起した場合に、他の共同訴訟人は上訴審において上訴人の地位につく。この結論は争いのないところである。その根拠をどこに求めることができるか。人は、法規上の根拠をあるいは六二条一項に求める<sup>(1)</sup>。あるいは六三条に求める<sup>(2)</sup>。しかし、上訴しないのに（また上訴されないのに）上訴審において当事者の地位に着くことと、当事者としては上訴人であるまたは被上訴人であることは別々のことであるから、それぞれの根拠も区別されるべきであろう。上訴審において上訴人の地位につくか被上訴人の地位につくかは、二当事者対立の構造と何者が上訴を提起したかによって定まるべきものである。たとえば、原告甲対被告ABCの必要的共同訴訟において、原告の請求全部認容の一審判決があった場合についていえば、Aのみが控訴するときはAが控訴人で甲が被控訴人であることに疑はないが、BCともに控訴人となる根拠は、原審においてAと共同訴訟人であったという二当事者対立構造が続審の控訴審において継続すべきものであるからである<sup>(3)</sup>。すなわち、右の例にそくして実質についていうならば、ABCは原審において共同に被告たる地位と適格を有したがゆえに、A

が控訴人たるときはBCも共同に控訴人たる地位と適格を有するのである。

つぎに、共同訴訟人の一人に対して控訴が提起された場合には、他の共同訴訟人も被控訴人の地位につく。この結論も争いのないところである。その根拠をどこに求めるか。このことにはっきりと触れた文献をまだ見つけ出していない。共同訴訟人の一人が控訴を提起した場合と同様に解することができると考える。すなわち、共同訴訟人の一審当事者の地位と適格の共同が控訴審においても継続するのである。

かくて、必要的共同訴訟においては、控訴を提起した控訴人と控訴を提起しない控訴人が存する、あるいは、控訴の相手方とされた被控訴人と控訴人から相手方と指名されなかった被控訴人が存する、という現象が起りうる。これらの後者の控訴人または被控訴人をいかに扱うべきか。結論としては彼等に弁論の機会を与えるべきであろう（六二三条三項）。

(1) たとえば、兼子一「民事訴訟法概論」昭和一二年一〇八頁。一人の上訴により、他の共同訴訟人が上訴人となるのは、上訴行為の効力の拡張を代理の効力に似せて構成することによるのである。しかし、一人の上訴によっては他の者の懈怠の効果が発生しないにとどまると解するときは、他の者が被上訴人でなく上訴人であるということは、別の根拠によらなければならない。

(2) たとえば、兼子前注四三七頁。

(3) 原告甲乙丙对被告Aの必要的共同訴訟において、原告等の請求全部棄却の一審判決があり、甲のみが控訴を提起した場合も同様である。一部認容一部棄却の判決があり、共同訴訟人の側からのみその一人のみが控訴した場合も同様である。

(4) 原告甲乙丙对被告Aの必要的共同訴訟において、原告の請求全部棄却の一審判決に対し甲のみが控訴を提起した場合には（甲の単独控訴を不適法却下にするのではなく、全員につき原判決の確定が遮断され全員の訴訟が移審するという見解のもとで）、被控訴人はAであることに疑はないが、乙丙は、原審で甲と共同原告であったのであるから、控訴審においては、甲が控訴人であるときは、乙丙も控訴人である。

(5) 控訴を提起しなかった控訴人について考える。彼は、自己の控訴期間を徒過している。よって、彼はみずから適法に控訴する

ことはできない。彼が控訴人であるのはもっぱら控訴した控訴人の控訴の効力に依存する。よって、この効力が存続するかぎり、彼も控訴人であるが、この効力が消滅すれば（控訴の不適法却下、控訴の取下などにより、控訴の取下は、控訴した者を除く共同訴訟人の全員が控訴していないときは有効にできる）、彼も控訴人ではなくなる（ちなみに、他に適時に控訴を提起した者があるときは、期間遵守の効力が競合し、一が消滅しても他は残存し、後の期間遵守の効力は先の期間遵守の効力が存続する間はこれが現実化する余地がない、という関係にある）。

しかし、彼は、控訴人であるかぎりでは、控訴をした控訴人の不服の範囲内では（あれ）弁論の機会を与えられるべきである。彼が控訴しないにもかかわらず、彼も控訴人であるのは、前述のように、控訴した共同訴訟人の控訴権を保護するためである。けつして、彼は控訴した者によって代理されるのではない。他方、彼は、控訴人であるかぎり、たとえ前述のように、その地位が従属的であっても、控訴の利益を有し、控訴しないと、控訴して控訴棄却になるのとは同じではなく、控訴人としての一切の訴訟追行行為をなすべきである。もし、彼に弁論の機会を与えなかったならば、たとえは、控訴した控訴人が期日において自由をした場合について、その効力が定まらないであろう。その効力は、彼の、弁論の機会を与えられたうでの、挙動に依存するからである。以上の考え方は、控訴人から相手方と指名されなかった被控訴人についても、妥当すると考える。いうまでもなく、弁論の機会を与えるということは、弁論しなくても出頭者と同じ弁論をしたと擬制することではない。

4 独立参加訴訟においては、必要的共同訴訟におけると同じく、原告の訴訟と参加人の（原告被告に対する）訴訟の全部につき一個の判決がなされる。この一個の（本案の）全部判決に対し、三者のうちの一人のみによりまたは一人のみに対して上訴が提起された場合には、そのような上訴により、残余の者についても、原判決の確定は遮断され、全部の訴訟が移審する。その根拠は、必要的共同訴訟について述べたところと同じ原理にある。<sup>(1)</sup>

つぎに、上訴しなかった者または上訴人により相手方とされなかった者は——上訴審において当事者の地位に着くのであるが——上訴人であるのか被上訴人であるのか。この問題に対しても、必要的共同訴訟の場合と同じく、二当事者対立の構造を基礎とし、その構造における当事者適格の共通の有無によって答えるべきものであると考える。た

だし、必要的共同訴訟においては、原告对被告の構造が一組しか存しないのであるが、独立参加訴訟においては、原告对被告の構造が、本訴の原告のそれと、参加人のそれとが複合しており、かつ、参加人の相手方たる本訴の原告および被告は、参加人に対する関係では、共同被告となっているという、複雑な構造をなしているので、当事者適格の判断基準も複合し、当事者適格を共通にするか否かは、三者のうち何者が上訴するかに左右されるという特殊性を斟酌しなければならぬ<sup>(2)</sup>。さらに、当事者適格を共通にするがゆえに、上訴人または被上訴人の地位に着くとしても、弁論の機会を与えるか否かは、その者がまたはその者に対し上訴の利益があるかないかに依存し、このことが、必要的共同訴訟の場合と異なり、かならずしも一律ではないことも斟酌しなければならぬ<sup>(3)</sup>。かくして、独立参加訴訟の場合には、場合を区別して、個別的に法的規制をしなければならないと考える。

(1) 一個の判決の内容が、数人との関係で矛盾なく定められ、それゆえにその取消も数人との関係で一樣になされ、変更も矛盾なくなされるべき場合においては、これを可能ならしめるために、一人の取消変更の——否定できない——求めがあるときは、他の者についても判決の確定が遮断されなければならないという原理である。この原理は、独立参加訴訟にも事柄の性質に由来する必然として通用すべきものである。

必要的共同訴訟の場合と異なるのは、必要的共同訴訟においては、本案判決の内容は各共同訴訟人につき同一である(いわば本文の文言が内容において同じ)のに対し、独立参加訴訟においては、本案判決の内容は、原告に対するそれと参加人に対するそれとは異なる点である。前者においては、「合一」とは判決内容の「同一」を意味し、後者においては、「合一」とは、判決内容が、原告の請求と参加人の請求とが不両立である状態に見合う範囲内におさまることを意味する。

いうまでもなく、形式的には、一個の全部判決があるときは、その一部につき上訴があるときは、上訴の不可分により、他の部分も移審し、共同訴訟にも独立参加訴訟にもこれが妥当するが、通常共同訴訟に対する判決については、六一一条の明文により例外をなすということにならう。

(2) たとえば、参加人が上訴した場合には、本訴の原告と被告とが、原審における参加人に対する(被告たる)地位と適格の継続

として被控訴人たる地位と適格を有するであろう。

(3) たとえば、前注の例において、原審において、参加人の原告に対する請求(たとえば建物所有権確認)認容、原告の被告に対する請求(たとえば建物明渡請求)棄却、参加人の被告に対する請求(建物明渡請求)棄却という判決があり、参加人のみが控訴をした場合には、原告も被告も、被控訴人という地位につき可能性はあるが、その地位につきことにつき利益が認められるのは、本訴の被告のみである。そして、本訴の原告は、むしろ、参加人に対しては控訴人の地位につき利益があるのである。

## 五 Xの請求認容Zの両請求棄却の判決④に対する控訴の場合

1 控訴の利益を有するものはYとZである。YはXに対してのみ控訴の利益を有し、Zに対しては控訴の利益を有しない<sup>(3)</sup>。控訴は、請求についての判決に対し、なされるものである。よって、控訴についても、請求ごとに、分析的に、検討することが、適当であり、かつ、確実性を帯びた結論に至る方法であろう。

YおよびZが控訴した場合には、Y X間ではYが控訴人でXが被控訴人、Z X間およびZ Y間ではZが控訴人でXおよびYが被控訴人であろう。すなわち、Yは控訴人でもあり被控訴人でもある。このような関係が、一人のみの控訴によってどのように顕在化するであろうか。

そこで、①YのみがXを相手方として控訴した場合、②ZのみがXのみを相手方として控訴した場合、③ZのみがYのみを相手方として控訴した場合を区別して検討を進めることにする。以下前掲三の⑧⑨のケースについてもこれに準ずる。

(1) このように、控訴の利益が相対的であることが、必要的共同訴訟の場合と異なるのである。

2 YのみがXを相手方として控訴した場合

Zの対X請求およびZの対Y請求も移審する。控訴の利益の観点からは、ZX間ではZが控訴人、Xが被控訴人の地位につき、ZY間でも同様である。ただし、Zは控訴を提起していない。Yは、Xに対しては控訴人、Zに対しては被控訴人の地位にある。

Xの請求を認容すべきときは、④の判決をすべき場合であるから、Yの控訴は棄却されれば足りる。

Xの請求を棄却すべきときはどうか。Zの所有権が認められることが理由である場合もあり、Yの所有権が認められる等の理由でZの所有権が認められない場合もある。後者の場合には、原判決一部取消Xの請求棄却の判決をすれば足りる(差戻しを別とすれば)。前者の場合はどうか。⑤の判決をすべきか。否である。Zが全く控訴していないときに、Zに利益にYに不利益に一審判決を変更することは許されず、矛盾なき確定の必要からこのことが唯一の方法として要請されるものでもない。Yの不服の範囲内でのみ判決すれば足りる。Zは、控訴をしないかぎり、控訴人として攻撃防禦をすることを許す必要は認められず、被控訴人ではありえないから、被控訴人として攻撃防禦をする余地がない。<sup>(1)</sup>

(1) この点においても、必要的共同訴訟と同じではない。必要的共同訴訟においては、共同訴訟人の一人の控訴により控訴期間を懈怠した共同訴訟人も控訴人の地位に着き、控訴人として弁論することができ、弁論の前にまず彼自身の不服申立を陳述するには及ばない。それは、控訴した共同訴訟人の不服申立が懈怠共同訴訟人のそれを代理したとみなされるからというのではない。控訴共同訴訟人の不服申立が他の共同訴訟人に共通であるからである。

ところが、問題のケースにおいては、Yの不服申立とZの不服申立とは共通でない。したがって、Zの訴訟は、控訴審に移審するのではあるが、不服の申立がないので、審判の対象にはならず、たんにその確定が延期されているにとどまるのである。また、Zは、自らは控訴しないのであるから、原告的地位にあつた者としての不服申立を許す必要は存しない。

### 3 ZのみがXのみを相手方として控訴した場合

このような控訴も不合法とはいえない（以下同様の場合に同様）。Xの対Y請求およびZの対Y請求も移審する。控訴の利益の観点からは、XY間ではYは控訴人でXは被控訴人、ZY間ではZが控訴人でYは被控訴人の地位につき、YはXに対しては控訴人、Zに対しては被控訴人の地位にある。

Zの請求を棄却すべきときは、Xの所有権も認められないときでも、原判決④を維持してZの控訴を棄却すれば足り、⑤の判決をする必要はない。Yの控訴が全く存しないときに、Yに有利でXに不利に第一審判決を変更すべき理由はない。いわゆる矛盾なき確定の必要上他に方法がないという場合にも当らない。Yは控訴人の地位にあるが、控訴をみずから提起した者ではない。よって控訴人の資格でYの防禦のために弁論を許す必要は認められない。YはZにより相手方とはされていない。よって被控訴人適格はありながら、被控訴人とされていない。しかし、Zの対X請求が認容されると、矛盾なき確定の必要上Zの対Y請求も認容され、第一審判決中Zの対Y請求棄却の部分がYに不利益に変更される。Yに防禦の機会を与えることなくYに不利益に原判決を変更することは認められない。かくして、YはZに対する関係において被控訴人的資格において弁論することが許されるべきである。

さて、Zに所有権が存しないことを判断させるYの証拠から、Xにも所有権が存しないという心証が得られることがある。このような場合でも、YがあえてXを相手方として上訴をしないときは、⑥の判決をあえてする必要はないと考える。すなわち、Zの不服申立の範囲内で裁判することができるかぎりはそのままで足りる。<sup>1)</sup>

つぎに、Zの請求を認容すべきときは、原判決④を取り消して⑥の判決をすることになる。それは、Xの請求棄却を含む。そこで、Yの対X控訴がないのにXの請求を棄却することが許されるかという問題が生ずる。

独立参加訴訟においては、Xの請求が棄却される理由として、二つの場合が考えられる。すなわち、Xの所有権につき心証が得られない場合およびZが所有権者であることにつき心証が得られた場合である。後者の場合には、Zの

請求が認容されるのであるから、Xの請求は棄却しなければならない。これは、矛盾なき確定をするためである。したがって、Yの控訴の有無にかかわらない。Yに矛盾なき確定を妨げる権利があるのではない。

ここで、われわれは、Yの控訴がないのにXの請求を棄却することができるかという問題は、Yが他の者の控訴により控訴審において控訴人の地位につくか被控訴人の地位につくかの問題と、直接にかかわるものではないことを知った。

(1) いうまでもなく、Yは、みずからの控訴期間を徒過した場合でも、控訴審において当事者の地位についているのである。そして、Zに対する関係では被控訴人適格を有する。Xに対する関係では、控訴の利益を有する。独立参加訴訟においては、矛盾なき確定という制約の下では、右のような場合に、YにXに対する控訴をZの控訴に附帯してなすことを認めるべきであろう(三七二条の準用)。

#### 4 ZのみがYのみを相手方として控訴した場合

Xの請求もZの対X請求も移審する。控訴の利益の観点からは、XY間ではYがXに対し控訴人の地位にあり、ZX間ではZもXに対し控訴人の地位にある。YはXに不服を申し立てていないから、Zの対Y請求を棄却すべきときは、Xにも所有権が認められない場合でも、◎の判決をする必要はなく、Zの不服の範囲内で裁判し、控訴を棄却して④の判決が維持されれば足りる。Zの対Y請求を認容すべきときは、矛盾なき確定の必要上、Zの対X請求も認容すべきであり、ひいては、Xの請求を棄却すべきである。よって、原判決を取り消して④の判決をすることになる。<sup>1)</sup>

(1) Xは、Zから、被控訴人とされているのではない。しかし、Zの対X請求棄却の部分がXに不利益に変更することが矛盾なき確定の必要上避けられないときは、Xに防禦の機会を与えなければならない。

#### 六 Zの両請求認容Xの請求棄却の判決④に対する控訴の場合

1 控訴の利益を有するものは、XとYのみである。ただし、YはXに対しては控訴の利益を有しない。控訴の利益の観点からすれば、XはYおよびZに対して控訴人の地位につくことができ、YはZに対してのみ控訴人の地位につくことができる。Xは被控訴人の地位につくことはありえない。Yは、Zに対しては控訴人、Xに対しては被控訴人たりうるのである。

2 XのみがYのみを相手方として控訴した場合

Zの対X請求もZの対Y請求も移審する。控訴の利益の観点からは、Z・X間ではZが被控訴人でXが控訴人、Z・Y間でもZが被控訴人でYが控訴人の地位につく。ただし、Yはみずから控訴しているものではない。

Xの請求が棄却さるべきときは、Zの所有権も認められないときでも、◎の判決をする必要はなく、ⓑの判決を維持すべく、Xの控訴を棄却すれば足りる。Yは不服を申し立てていないから、Z・Y間で、Yに有利にZに不利に第一審判決を変更する必要はなく、Xの不服の範囲内で判断しても矛盾なき確定の要請に反しないときはそうすべきである。<sup>(1)</sup>

Xの請求が認容さるべきときは、矛盾なき確定の必要上、Zの対X請求は棄却すべきで、ひいて、Zの対Y請求も棄却すべきこととなり、Xの対Z控訴およびYの対Z控訴の有無にかかわらず、原判決を取り消しⒶの判決をすることになる。<sup>(2)</sup> Zに被控訴人資格での弁論の機会を保障すべきである。

ちなみに、Yは被控訴人として攻撃防禦をすることができるが、控訴人としては攻撃防禦をすることができない。<sup>(3)</sup>

(1) Yは、みずからの控訴期間を徒過したときでも、前述と同様、附帯控訴をすることが許されよう。

(2) 最判(二小)昭四八・七・二〇民集二七卷七号八六三頁が、この型に該当する事件の判例であって、Zの対Y請求認容の部分  
は、Xの対Y対Z控訴によっても確定を遮断され、かつ、控訴審では、Yの控訴または附帯控訴の有無にかかわらず、合一確定

のため必要な限度でZに不利に変更することができる、としたのである。この判例を評釈した（判例時報七二七号一三九頁）ことがきっかけとなり、本稿が生まれたのである。関連する判例は、右評釈において検討したので、本稿においては、紹介を略する。

(3) 附帯控訴をした場合はこのかぎりでない。ただし、Xに対する攻撃防禦がZに所有権がないことを判断させるのに役立つことはありうる。

### 3 XのみがZのみを相手方として控訴した場合

Xの請求もZの対Y請求も移審する。控訴の利益の観点からは、X・Y間では、Xが控訴人、Yが被控訴人の地位につき、Z・Y間では、Yが控訴人、Zが被控訴人の地位につき。ただし、Yはみずから控訴を提起しているものではない。Yは一面被控訴人、他面控訴人の地位につくのである。

Zの対X請求が認容さるべきときは、矛盾なき確定の必要上⑧の判決をすべきであるから、原判決を維持するために、Xの控訴を棄却すべきであらう。

Zの対X請求を棄却すべきときは、矛盾なき確定の必要上、Zの対Y請求も、Yの対Z控訴の有無にかかわらず、棄却すべきである。ところが、Xの請求については、棄却すべき場合と認容すべき場合とが可能であり、いずれも矛盾なき確定の要請と衝突しない（前者ならば⑨、後者ならば⑩）。

しかし、Xの請求を認容することが矛盾なき確定の必要を満たす唯一の道であるのではなく、XがYに対しては控訴していない場合に、なおXの請求を認容し、⑩の判決をすることが許されるであらうか。見解の分れうるところであらう。わたくしは、いまのところ、Xの請求が認められる場合には、原判決を取り消して⑩の判決をすることが許されると解する。またそうすべきであると解する。

まず、独立参加訴訟における請求の当否の判決は、矛盾なき内容の判決であるから、これに対する控訴は、自己に不利な点に対する不服申立てであって、不服申立もまたその内容が矛盾なき合一であるべきであろう。つぎに、Xの請求を理由あらしめるには、Xの所有権が認められなければならないが、Zの請求を理由あらしめないうためには、Xの所有権が認められないときでも、なおZの所有権が認められなければならない十分である。しかし、Xが、Zの所有権が認められなければならない、Xの所有権が確認されることは必要でない、という趣旨で、控訴することを許すべきであろうか。そのような方向での訴訟活動しかしくないということは、事実としてありうる。しかし、それは、控訴の趣旨の許容性とは別である。不服の範囲をこのように限定することは許さるべきでなく、限定してもそれは裁判所を拘束すべきものではない。ところで、控訴の提起はそれ自体不適法ではない。よって、Zのみに対する控訴を不適法とすることはできない。よって、Xの控訴は、Yに対してもなされたものと解すべきであろう。<sup>(1)</sup>

(1) ここでのXの地位は五<sup>3</sup>におけるYの地位とは異なるのである。

#### 4 YのみがZのみを相手方として控訴した場合

Xの請求もZの対X請求も移審する。控訴の利益の観点からは、XY間ではXが控訴人でYが被控訴人、ZX間ではXが控訴人でZが被控訴人の地位につく。

Zの対Y請求が認容さるべきときは、矛盾なき確定の必要上、⑧の判決をすべきであるから、Yの控訴棄却の判決で足りる。

Zの対Y請求が棄却さるべきときは、矛盾なき確定の必要上、Zの対X請求も、Xの控訴の有無にかかわらず、棄却さるべきである。よって、原判決中Zの両請求認容の部分を取り消し、両請求棄却の判決をすべきである。Xに所

有権が認められるときは④の判決をすることができるとは矛盾なき確定の要請に反せず、しかも、Xは全く控訴を提起していない。Xが全く控訴を提起していない点が、前記3のケースと異なる。この場合にはXの請求を認容することは、たとい、Yの攻撃防禦によりXの所有権が認められること（これはYの上訴の目的ではない）を理由とするときでも、それは、YのZに対する不服の範囲内でその当否の判断をするのに資するに止まり、その必要は存しないと考えざるをえない。もっとも、異論のありうるところであろう。

Xは、控訴をせず、かつ、被控訴人たりえないから、（附帯控訴をしないかぎり）控訴審において攻撃防禦をする余地がないと考えられる。

（一） ▲上訴人は自己の勝訴をこそ欲すれ、他の敗訴者の自己に対する勝訴を希ふ者ではない▼（兼子一「判例民事法」昭和一五年度二三事件）。

### 七 Xの請求棄却Zの両請求棄却の判決◎に対する控訴の場合

1 控訴の利益を有する者はXとZのみである。ただし、XはZに対し控訴の利益を有しない。控訴の利益の観点からは、YはXに対しかつZに対し被控訴人の地位につくことができ、XはZに対し被控訴人の地位につくことができる。Xは、Yに対しては控訴人たりえて、Zに対しては被控訴人たりうるのである。

2 XのみがYのみを相手方として控訴した場合

Zの対X請求もZの対Y請求も移審する。控訴の利益の観点からは、Z X間ではZが控訴人でXが被控訴人、Z Y間ではZが控訴人でYが被控訴人の地位につく。ただし、Zはみずから控訴を提起した者ではない。

Xの請求が棄却さるべきときは、Zの所有権が認められるときでも、◎の判決を維持して、Xの控訴を棄却すべき

である。Zの控訴がないときに、Zに有利にYに不利に第一審判決を変更する理由はない。Xの不服の範囲内で裁判すれば足りる。

Xの請求が認容されるべきときは、Xの控訴理由ありとして、原判決中Xの請求を棄却した部分を取り消してXの請求を認容する判決をすることになる。

### 3 ZのみがXのみを相手方として控訴した場合

Xの請求もZの対Y請求も移審する。控訴の利益の観点からは、X Y間ではXが控訴人でYが被控訴人の地位につき、Z Y間ではZが控訴人でYが被控訴人の地位につく。XはYに対しては控訴人の、Zに対しては被控訴人の地位につく。ただし、Xはみずから控訴を提起した者ではない。

Zの対X請求を棄却すべきときは、前述のように、Xの所有権が認められることを理由とする場合がある。Xの被控訴人としての攻撃防禦により認められるものである。これは、XがYに対して控訴すれば、控訴人としての攻撃防禦たるべきものである。独立当事者参加訴訟において、本訴の原告が、控訴審において、原告としての敗訴を維持したまま、被告としての勝訴を維持するための攻撃防禦をすることは、被控訴人としては、Zの不服の範囲で弁論するかぎり、ありうることである。この場合には、たとい、Xの所有権が認められる場合でも、Xがみずから控訴しないかぎり、Xの控訴なしに、Xの利益にYの不利益に原判決を変更する理由は認められない。Zの不服の範囲内で判決すべきである。したがって、Zの控訴を棄却すべきである。

Zの対X請求を認容すべきときは、Zの控訴は理由があり、合一確定の必要上、原判決中Zの両請求棄却の部分を取り消し、ZのYに対する控訴の有無にかかわらず、Zの対Y請求をも認容すべきで、そのように原判決を変更すべきであろう。Xの請求を棄却した部分はこれを変更する必要がない。

4 ZのみがYのみを相手方として控訴した場合

Xの請求もZの対X請求も移審する。控訴の利益の観点からは、XY間ではXが控訴人、Yが被控訴人の地位につき、ZX間ではZが控訴人、Xが被控訴人の地位につき。XはYに対しては控訴人の、Zに対しては被控訴人の地位につく。しかし、Xは、みずから控訴を提起していない。また控訴の相手方とされてもいいない。

Zの対Y請求を棄却すべきときは、前述のように、Xの所有権が認められることを理由とする場合がある。だが、Xは控訴していない。また、控訴の相手方とされてもいいない。かつ、Zは、Xの所有権が認められるために控訴しているのではない。よって、Zの不服の範囲内で判決すべきである。Xは、Zの対Y請求が認められることにより判決の効力上の不利益を合一確定の必要上蒙るから、控訴の相手方とされていなくても、被控訴人としての攻撃防禦をすることが出来る。しかし、控訴した者としての攻撃防禦ではない。よって、その効果は、Zの不服の当否に関するに止まる。よって、Xの所有権が認められるときでも、Xの控訴なしに、Xに有利にYに不利に原判決を変更することは許されない。Zの控訴を棄却すれば足りる。

Zの対Y請求を認容すべきときは、Zの控訴は理由があり、原判決中、合一確定の必要上、Zの両請求棄却の部分を取り消し、ZのXに対する控訴の有無にかかわらず、両請求を認容する判決をすべきである。Xの請求を棄却した部分を変更する必要はない。

八 要 約

独立参加訴訟においては、一人の控訴により、その相手方とされなかった者についても、原判決の確定は遮断し、全訴訟が移審する。それは、矛盾なき確定が、一人の控訴権の行使を保障しながらなされることを確保する法規制の

説 必然の結果である。

論 控訴審の当事者が、控訴人であるか被控訴人であるかは、控訴した者と彼によりその相手方とされた者の間では、控訴した者の意思により定まるが、残余のものについては、控訴人適格被控訴人適格のいづれを有するかにより定ま

り、かつそれは何者が控訴提起人であるかにより相対的である。

残余の者が弁論をすることが許されるかどうかは、控訴または附帯控訴、控訴の利益、防禦の機会を与える必要、の有無による。

要するに、独立参加訴訟は、そのようなものであるかぎりにおいて矛盾なき確定を必要とするにとどまるものであるから、六一条の原則に対する特則としての六二条の準用においては、これを最小限にとどめるべきである。

(一九七五年四月)