

法務部・知的財産部のための 民事訴訟法セミナー 判例資料 C・共同訴訟

2004.8.5

関西大学法学部 教授 栗田 隆

共有者が外部の者に対して提起する訴訟

1. 最高裁判所 昭和31年5月10日 第1小法廷 判決（昭和29年（オ）第4号）…………… 5頁
不動産の共有権者の一人がその持分に基き登記簿上の所有名義人に対してこの者への所有権移転登記の抹消を求めることは保存行為に属し、各共有者は、その登記の全部の抹消を単独で訴求することができる。
2. 最高裁判所 昭和40年5月20日 第1小法廷 判決（昭和39年（オ）第764号）…………… 7頁
共有持分権の及ぶ範囲は、共有地の全部にわたるのであるから、各共有者は、その持分権にもとづき、その土地の一部が自己の所有に属すると主張する第三者に対し、単独で、係争地が自己の共有持分権に属することの確認を訴求することができる。
3. 最高裁判所 昭和46年10月7日 第1小法廷 判決（昭和42年（オ）第535号）…………… 8頁
一個の物を共有する数名の者全員が、共同原告となり、いわゆる共有権（数人が共同して有する一個の所有権）に基づき、その共有権を争う第三者を相手方として、共有権の確認を求めているときは、その訴訟の形態はいわゆる固有必要的共同訴訟と解するのが相当である。
4. 最高裁判所 平成15年7月11日 第2小法廷 判決（平成13年（受）第320号）…………… 10頁
不動産の共有者の一人は、共有不動産について全く実体上の権利を有しないのに持分移転登記を経由している者に対し、単独でその持分移転登記の抹消登記手続を請求することができる。

外部の者が共有者に対して提起する訴訟

5. 最高裁判所 昭和34年7月3日 第2小法廷 判決（昭和31年（オ）第454号）…………… 11頁
真の所有者であると主張する者が公簿（家屋台帳）上の共有名義人を被告として提起した所有権確認の訴えは、必要的共同訴訟ではない。
6. 最高裁判所 昭和38年3月12日 第3小法廷 判決（昭和34年（オ）第44号）…………… 12頁
所有権移転請求権保全の仮登記のなされている建物を共同して取得した被告らに対して、右仮登記に基づき本登記を経由した原告が、右共有名義の所有権移転登記の抹消登記手続を請求する場合に、その訴訟は必要的共同訴訟である。

7. 最高裁判所 昭和43年3月15日 第2小法廷 判決（昭和41年（才）第162号）…………… 14頁
土地の所有者がその所有権に基づいて地上の建物の所有者である共同相続人を相手方として建物取去土地明渡を請求する訴訟は、いわゆる固有必要的共同訴訟ではない。
8. 最高裁判所 昭和45年5月22日 第2小法廷 判決（昭和45年（才）第64号）…………… 16頁
賃借人から賃貸人の共同相続人に対する賃借権確認の訴は、固有必要的共同訴訟ではない。

知的財産訴訟

9. 最高裁判所 昭和36年8月31日 第1小法廷 判決（昭和35年（才）第684号）…………… 18頁
実用新案登録出願を拒絶すべき旨の審決を取り消すか否かは、登録を受ける権利を共同して有する者全員について合一にのみ確定すべきものであるから、その審決取消の訴は共同権利者全員が共同して提起することを要する。
（固有必要的共同訴訟）
10. 最高裁判所 昭和55年1月18日 第2小法廷 判決（昭和52年（行ツ）第28号）…………… 20頁
実用新案登録を受ける権利を有する共有者の一人が提起した拒絶査定を支持する審決の取消の訴えが、当事者適格の欠如を理由に却下された事例。
11. 東京高等裁判所 平成6年1月27日 第18民事部 判決（平成4年（行ケ）第170号）…………… 23頁
実用新案登録出願に対する拒絶査定及びこれを維持する審決は、実用新案登録を受ける権利の実現を阻害するという意味で妨害行為に当たると解することができるから、共有者の一部の者がかかる妨害行為を排除するために審決取消訴訟を提起する行為は、実用新案登録を受ける権利の保存行為（民法252条ただし書）に当たり、単独ですることができる。
12. 最高裁判所 平成7年3月7日 第3小法廷 判決（平成6年（行ツ）第83号）…………… 31頁
実用新案登録を受ける権利の共有者が、その共有に係る権利を目的とする実用新案登録出願の拒絶査定を受けて共同で審判を請求し、請求が成り立たない旨の審決を受けた場合に、右共有者の提起する審決取消訴訟は、共有者が全員で提起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である。
13. 最高裁判所 平成14年2月22日 第2小法廷 判決（平成13年（行ヒ）第142号）…………… 33頁
商標権の共有者の1人は、共有に係る商標登録の無効審決がされたときは、単独で無効審決の取消訴訟を提起することができる。（固有必要的共同訴訟に当たらない）
14. 最高裁判所 平成14年2月28日 第1小法廷 判決（平成13年（行ヒ）第12号）…………… 35頁
商標権の共有者は、共有に係る商標登録の無効審決がされたときは、各自、単独で無効審決の取消訴訟を提起することができる。（固有必要的共同訴訟に当たらない）
15. 最高裁判所 平成14年3月25日 第2小法廷 判決（平成13年（行ヒ）第154号）…………… 37頁
共有に係る特許権が特許異議の申立てに基づき特許庁により取り消された場合に、特許権の共有者の一人が単独で提起した特許取消決定の取消訴訟が適法とされた事例。

遺産訴訟－共有者間の内部紛争

16. 最高裁判所 平成9年3月14日 第2小法廷 判決（平成5年（才）第920号）…………… 39頁
遺産確認の訴えは、特定の財産が被相続人の遺産に属することを共同相続人全員の間で合一に確定するための訴えである。
17. 関連事件 最高裁判所 平成9年3月14日 第2小法廷 判決（平成5年（才）第921号）…………… 40頁
3名の共同相続人（甲・乙・丙）中の2名（甲・乙）がある不動産について相互に所有権を主張したが、裁判所は

被相続人の遺産に属すると判断して、甲の所有権確認請求と乙の明渡反訴請求を棄却する判決が確定した後に、遺産分割手続において乙が単独所有権を主張したため甲が共有持分権を主張して所有権一部移転登記手続を請求した場合であっても、甲の共有持分権の主張は、前訴判決の既判力により遮断されるとされた事例。

18. 最高裁判所 平成16年7月6日 第3小法廷 判決（平成15年（受）第1153号）…………… 46頁
他の共同相続人が被相続人の遺産につき相続人の地位を有しないことの確認を求める訴えは、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ものというべきであり、いわゆる固有の共同訴訟である。

住民訴訟

19. 最高裁判所 昭和58年4月1日 第2小法廷 判決（昭和57年（行ツ）第11号）…………… 47頁
必要の共同訴訟人の一部が控訴を提起した場合に、控訴審は第一審の共同訴訟人全員を名宛人として一個の終局判決をすべきであり、控訴を提起した者のみを控訴人としてした判決は、違法である。
20. 最高裁判所 平成9年4月2日 大法廷 判決（平成4年（行ツ）第156号）…………… 49頁
複数の住民が共同訴訟人として提起した住民訴訟において、共同訴訟人の一部の者が上訴すれば、それによって原判決の確定が妨げられ、当該訴訟は全体として上訴審に移審し、上訴審の判決の効力は上訴をしなかった共同訴訟人にも及ぶが、上訴をしなかった共同訴訟人は、上訴人にはならず、上訴をした共同訴訟人のうちの一部の者が上訴を取り下げた場合は、その者は上訴人ではなくなる。

会社訴訟

21. 最高裁判所 平成10年3月27日 第2小法廷 判決（平成8年（オ）第1681号）…………… 54頁
商法257条3項所定の取締役解任の訴えは、会社と取締役との間の会社法上の法律関係の解消を目的とする形成の訴えであるから、当該法律関係の当事者である会社と取締役の双方を被告とすべき固有の共同訴訟である。
22. 最高裁判所 平成12年7月7日 第2小法廷 判決（平成8年（オ）第270号）…………… 55頁
複数の株主の追行する株主代表訴訟は、いわゆる類似必要の共同訴訟である。株主代表訴訟において、共同訴訟人の一部の者が上訴すればそれによって原判決の確定が妨げられ、当該訴訟は全体として上訴審に移審し、上訴審の判決の効力は上訴をしなかった共同訴訟人にも及ぶが、自ら上訴をしなかった共同訴訟人を上訴人の地位に就かせる効力までが民法40条1項によって生ずると解するのは相当でなく、自ら上訴をしなかった共同訴訟人たる株主は上訴人にはならないものと解すべきである。

主観的順位的併合（旧法事件）

23. 東京高等裁判所 昭和42年7月4日 第14民事部 判決…………… 62頁
主観的予備的併合の訴えが却下された事例（旧法事件）。
24. 最高裁判所 昭和43年3月8日 第2小法廷 判決（昭和42年（オ）第1088号）…………… 65頁
訴の主観的予備的併合は不適法であつて許されない。（旧法事件）

同時審判申出共同訴訟（41条）

25. 参考事例： 最高裁判所 平成14年1月22日 第3小法廷 判決（平成10年（オ）第512号）…………… 67頁
商品の売主が建築工事の請負人に対して代金支払請求の訴えを提起したところ、買主は施主であるとの主張がなされたため、売主が施主に訴訟告知をしたが、施主が補助参加することなく、買主は請負人ではなく施主であるとの理由で請負人に対する代金支払請求が棄却された後で、売主が施主に代金支払請求をした場合に、前訴判決中の買主は施主であるとの判断に参加的効力は生じないとされた事例。

共同訴訟参加

26. 最高裁判所 平成14年1月22日 第3小法廷 判決（平成10年（オ）第282号）…………… 69頁

株主代表訴訟において、原告株主が第1審において被告の主張事実を自白したため敗訴した場合に、控訴審において、他の株主が自白された事実を争うために共同訴訟参加することが許された事例。

共有者が外部の者に対して提起する訴訟

1. 最高裁判所 昭和31年5月10日 第1小法廷 判決（昭和29年（才）第4号）

要旨：

不動産の共有権者の一人がその持分に基き登記簿上の所有名義人に対してこの者への所有権移転登記の抹消を求めることは保存行為に属し、各共有者は、その登記の全部の抹消を単独で訴求することができる。

/固有必要的共同訴訟/

/民訴.40条/民.252条/

内容：

件名 不動産所有権移転登記抹消登記手続請求上告事件（上告棄却）

上告人 控訴人 被告 甲野イチロウ 代理人 桑江常善
被上告人 被控訴人 原告 甲野カオル

主 文

本件上告を棄却する。
上告費用は上告人の負担とする。

理 由

上告代理人弁護士桑江常善の上告理由第一点について。

本件におけるがごとく、ある不動産の共有権者の一人がその持分に基き当該不動産につき登記簿上所有名義者たるものに対してその登記の抹消を求めることは、妨害排除の請求に外ならずいわゆる保存行為に属するものというべく、従つて、共同相続人の一人が単独で本件不動産に対する所有権移転登記の全部の抹消を求めうる旨の原判示は正当であると認められるから、論旨は採ることができない。

同第二点について。

原判決挙示の証拠によれば、甲野ハルオが実弟たる控訴人（上告人）名義に仮装して本件登記をなしたとの原判示認定を肯認することができるし、また、原判決は、第一審判決とは異つて被上告人等が共同相続をしたとの被上告人の主張事実を是認したものであるから、所論の審理不届は認められない。なお、不法原因給付であるとの主張は、原審で主張しなかつたところであるから、原判決が民法七〇八条の解釈を誤つたとの主張は採用することができない。

よつて、民訴四〇一条、九五条、八九条に従い、裁判官全員の一致で、主文のとおり判決する。

（裁判長裁判官 齋藤悠輔 裁判官 真野毅 裁判官 岩松三郎 裁判官 入江俊郎）

上告代理人桑江常善の上告理由

第一点 原判決は法令に違背し破棄を免かれない。

原判決は、理由において、「控訴人は、本訴は共同相続人全員に合一にのみ確定すべきものであるから、被控訴人と甲野ハナとが共同してのみ提起しうるものであり、被控訴人単独で提起した本訴は、不適法として却下せらるべきものであると主張するけれども、本件の如く登記の抹消を求めるのは、いわゆる保存行為に属するものというべく、本訴判決の既判力は被控訴人等の本件不動産に対する共有権の存否になんらの影響を及ぼすものではないから、被控訴人は単独で本件不動産に対する所有権移転登記の全部の抹消を求めうるものというべきである。」と判示している。しかし、本件の如き所有権移転登記抹消登記手続の訴における権利関係は、共同相続人全員に合一にのみ確定すべきものであつて、共同相続人の一員より単独に提起しうるものではない。本件において、原判決は被上告人と訴外甲野ハナとが本件不動産を共同に相続したことを認定しているのであるから、（上告人は、本件不動産を訴外甲野ハナより贈与を受けたものであると主張するのであるが）、原判決認定の通りとしても、それは分割前の相続財産に属する権利関係に関するものであり、被上告人と右訴外甲野ハナが共同して、初めて訴訟を完全に遂行しうるものといわなければならない。民事訴訟法第六十二条のいわゆる固有の必要的共同訴訟の場合においては、全員共同して訴訟をしなければ、その訴は不適法として裁判所はこれを却下しなければならない。分割前の相続財産について、相続人の一人が訴を提起し、その訴訟において敗訴になった場合は他の相続人にとっては甚だ不都合な結果を生ずることになり、また、共同相続人が各々別個に訴訟を提起したとしたら、甲乙の訴訟において相異なる判決の結果を生ずることもあつて收拾がつかなくなり、ひいては裁判の威信を失墜し訴訟不経済、訴訟資料の不統一の結果を生ずるに至る。本件の場合も、共同相続人単独に訴えうるものとすれば、本訴の外に訴外甲野ハナも同じ訴を提起して、その訴において、右ハナが敗訴すれば、原判決とは全く相異なる判決の結果を生じ、裁判として全くだらしのない結果を生ずるに至る。（本件のような場合においては、かかる結果を生じ得ることは容易に想像しうることである。）しかも、原判決においては抹消登記手続請求の認容をする前提として、所有権が亡甲野ハナにあり、被上告人と右ハナが共同相続したことを認定しているのであるから、（甚だしきは第一審の判決は被上告人のみが本件不動産を相続したものと認定している）本件のように所有権の確認が前提とされているような場合はなおのこと、訴訟の遂行権は相続人が共同して完全なものといわなければならない。しかるに原判決は軽々に本件をいわゆる保存行為として被上告人単独にて提起し得るものとして、本訴を適法なものとしているのである。原判決は、いわゆる固有の必要的共同訴訟に関する解釈を誤まつたものであり、大正十一年七月十日言渡の大正十一年（オ）第二五六号、昭和五年十二月十三日民三部言渡の昭和五年（オ）第一二二一号（判例体系民事訴訟法〔1〕六〇六頁参照）及び昭和八年三月三十日民一部言渡の昭和七年（オ）第一四〇七号事件（同右六一二頁参照）の大審院判決の判旨にも相反する違法なものであつて、破棄を免かれないものといわなければならない。もつとも後の昭和七年（オ）第一四〇七号事件の大審院判決は、本件とは当事者の位置が反対の場合であるが必要的共同訴訟における訴訟の遂行権の理論については、何等異なるところのないものであり、原判決がこれを無視して、いわゆる保存行為の観念を恣いままに広く解釈したことは誠に遺憾である。かつて大審院は、訴は処分行為であつて保存行為ではないという判旨さえ与えていたほどであり（大正六年（オ）第九五三号判決参照）保存行為の範囲は嚴重に解釈すべきである。保存行為を広く解釈すると、訴というものは、結局権利の保存となり、すべての訴訟の遂行は保存行為となり、必要的共同訴訟としての要件は不必要となつて、裁判意思の矛盾、訴訟資料の不統一、訴訟不経済の結果と、訴訟の混乱を生来し、法の安定秩序を破壊するに至る。原判決は保存行為の観念を拡張して、法の一般的確実性を無視するものといわなければならない。

第二点 原判決は審理不尽並びに民法第七〇八条の解釈を誤まつた違法がある。

原判決は、本件登記が上告人の所有名義になつているのは、亡甲野ハナが公租公課の多くなることをおそれて、実弟たる上告人名義に仮装して登記をなしたことが認められる。と認定しているが、右ハナオの性格としても脱税してまでも仮装名義を用いるような人でなく、被上告人の主張のように右ハナオの性格がりんしよくであり、被上告人に将来本件不動産を遺す意思があれば、仮装名義を用いる筈がない。また、他に脱税のために本件に似たようなことをしたこともない。なお、原判決は、仮装名義にしたために幾何の税金が免かれたか、免かれたであろうかという主張もない、認定もしていない。被上告人が自分の亡夫であるハナオの性格がりんしよく家であるという主張をしているの信じて右のような認定をしている、なお、原判決は、第一審が相続人は被上告人だけとの認定を為し、更に採証に当つて乙第一号証（控訴審において控訴人代理人が写を提出、第一審記録に添附されていなかった、第一審判決は判決をする際に全く証拠を無視している）の証拠資料を脱落して判決を言渡している違法を看過している。原判決は審理不尽の欠陥を免かれない。若し仮に、原審認定の通り本件不動産の所有名義が上告人の名義になつているのが脱

税のためとしても、民法第七〇八条により被上告人は上告人に対して登記名義の抹消を請求し得ないものといわなければならない。何となれば、脱税のため仮装の所有名義にすることが、すでに脱税行為を遂行するために詐欺的行為を弄した行為で、その脱税遂行の目的と詐欺行為とが結合することによつて、社会的醜悪性を帯びるに至るものであつて、不法原因給付として右亡ハルオ並びにその相続人自らは、法の救済を受けることができないものといわなければならない。被上告人の本訴請求は失当であり、これを看過した原判決は破棄を免かれない。

何れにしても原判決は破棄を免かれないものと信ずる。

判例掲載誌 最高裁判所民事判例集10巻5号487頁*

本判決を引用する裁判例

- [最高裁判所 平成15年7月11日 第2小法廷 判決](#) (平成13年(受)第320号)

2. 最高裁判所 昭和40年5月20日 第1小法廷 判決 (昭和39年(才)第764号)

要旨：

1. 共有持分権の及ぶ範囲は、共有地の全部にわたるのであるから、各共有者は、その持分権にもとづき、その土地の一部が自己の所有に属すると主張する第三者に対し、単独で、係争地が自己の共有持分権に属することの確認を訴求することができる。

2. 一筆の土地であつても、所有権確認の利益があるのは、相手方の争っている地域のみであつて、争のない地域については確認の利益がない(裁判所は、争のある土地の範囲を特定して判決すべきである)。

/固有必要的共同訴訟/当事者適格/

/民訴.140条/民訴.40条/

内容：

件名 境界確認損害賠償請求上告事件 (上告一部棄却 一部破棄差戻)

上告人 控訴人・被控訴人 被告 佐伯エン 代理人 柴田健太郎
 被上告人 被控訴人・控訴人 原告 佐伯武 外二八名 代理人 古川毅

主 文

原判決中、被上告人らの共有持分の及ぶ範囲を確認した部分を破棄し、右部分につき本件を福岡高等裁判所に差し戻す。

その余の部分に対する上告を棄却する。

前項につき上告費用は上告人の負担とする。

理 由

上告代理人柴田健太郎の上告理由第一点について。

共有持分権の及ぶ範囲は、共有地の全部にわたる（民法二四九条）のであるから、各共有者は、その持分権にもとづき、その土地の一部が自己の所有に属すると主張する第三者に対し、単独で、係争地が自己の共有持分権に属することの確認を訴求することができるのは当然である（昭和三年一月一七日大審院判決、民集七卷一〇九五頁参照）。これと同趣旨にでた原判決の判断は正当であり、論旨は独自の見解であつて、採用できない。

同第二点について。

本件において所有権の帰属につき争があるのは、被上告人らの主張する共有地の全部ではなく、その一部であることと原判文上明らかであるのに、原判決は、共有地の全部が被上告人らの共有持分の及ぶ範囲であることを確認していること論旨指摘のとおりである。一筆の土地であつても、所有権確認の利益があるのは、相手方の争っている地域のみであつて、争のない地域については確認の利益がないこというまでもない。すなわち、原判決は確認の利益のない部分について確認の判決をした違法があるといわざるをえない。論旨は理由があり、原判決中確認の訴を認容した部分を破棄し、争のある土地の範囲を特定させるため、原審に差し戻すべきものとする。

同第三点について。

甲乙両山林の境界についての原判決の事実認定は、挙示する証拠関係に照らして首肯しえなくはない。論旨は、原審の裁量に属する証拠の取捨判断、事実認定を非難するに帰し採用することができない。

よつて、その余の部分に対する上告を棄却し、民訴法四〇七条一項、三九六条、三八四条、九五条、八九条に従い、裁判官全員的一致で、主文のとおり判決する。

（裁判長裁判官 松田二郎 裁判官 入江俊郎 裁判官 長部謹吾 裁判官 岩田誠）

判例掲載誌 最高裁判所民事判例集19巻4号859頁*

3. 最高裁判所 昭和46年10月7日 第1小法廷 判決（昭和42年（才）第535号）

要旨：

1. 一個の物を共有する数名の者全員が、共同原告となり、いわゆる共有権（数人が共同して有する一個の所有権）に基づき、その共有権を争う第三者を相手方として、共有権の確認を求めているときは、あるいは、第三者に対して所有権移転登記を求めるときは、その訴訟の形態はいわゆる固有必要的共同訴訟と解するのが相当である。

1 a. 共有者の全員が共同原告となって提起した第三者に対する共有権確認請求訴訟において、原告の一部の者が訴えを取り下げても無効であるとした上で、請求が認容された事例。

2. 裁判所が土地の所有権の帰属を証拠によつて適法に認定判断している場合には、もはや登記の推定力を問題とする余地はない。

/当事者適格/事実上の推定/

/民訴.38条/民訴.40条/

内容：

件名 土地所有権確認等請求上告事件（棄却）

上告人（控訴人、被告） 甲野タロウ 代理人 荒井素佐夫 外一名
被上告人（被控訴人、原告） 甲野ハルオ 外一名

主 文

本件上告を棄却する。
上告費用は上告人の負担とする。

理 由

上告代理人荒井素佐夫、同山本孝の上告理由第四点について。

本件記録によれば、被上告人らの本訴請求は、被上告人らが共同して本件土地を訴外山田タカシから買い受けてその所有権を取得したが、都合により上告人名義に所有権移転登記を経由したもので、その登記は実体関係に合致しないものであるとの理由で、上告人に対し本件土地の共有権の確認および右登記の抹消登記手続に代えて所有権移転登記手続を求めるものであるところ、被上告人甲野ハルオは、本件第一審係属中に本訴を取り下げる旨の昭和三七年九月一〇日付書面を提出し、上告人がその取下げに同意する旨の同月一日付書面を提出していることが明らかである。

そして、原審は、被上告人甲野ハルオのした右訴の取下げは無効であると判示しているところ、論旨は、要するに、被上告人らの提起した本件訴訟は、通常共同訴訟であつて、被上告人甲野ハルオの取下げによつて、同人と上告人との間の訴訟は終了したものであると主張し、原判決には民法六二条の解釈適用を誤つた違法があるというのである。

思うに、一個の物を共有する数名の者全員が、共同原告となり、いわゆる共有権（数人が共同して有する一個の所有権）に基づき、その共有権を争う第三者を相手方として、共有権の確認を求めているときは、その訴訟の形態はいわゆる固有必要的共同訴訟と解するのが相当である（大審院大正一一年（オ）第八二一号同一三年五月一九日判決、民集三卷二一頁参照）。けだし、この場合には、共有者全員の有する一個の所有権そのものが紛争の対象となつているのであつて、共有者全員が共同して訴訟追行権を有し、その紛争の解決いかんについては共有者全員が法律上利害関係を有するから、その判決による解決は全員に矛盾なくなされることが要請され、かつ、紛争の合理的解決をはかるべき訴訟制度のたてまえからするも、共有者全員につき合一に確定する必要があるといふべきだからである。また、これと同様に、一個の不動産を共有する数名の者全員が、共同原告となつて共有権に基づき所有権移転登記手続を求めているときは、その訴訟の形態も固有必要的共同訴訟と解するのが相当であり（大審院大正一一年（オ）第二五六号同年七月一〇日判決民集一卷三八六頁参照）、その移転登記請求が真正な所有名義の回復の目的に出たものであつたとしても、その理は異なる。

それゆえ、このような訴訟の係属中に共同原告の一人が訴の取下げをしても、その取下げは効力を生じないものといふべきである。これと同趣旨の原判決に所論の違法はなく、所論引用の判例は、いずれも本件と事案を異にして適切ではない。したがつて、論旨は採用することができない。

同第一点、第二点、第三点一ないし三について。

本件土地は被上告人兩名が訴外山田タカシから買い受けてその所有権を取得したものであり、単に所有権移転登記を経由するに際して便宜上上告人名義を用いたにすぎない旨の原審の認定判断は、原判決（その引用する第一審判決を含む。以下同じ。）挙示の証拠関係に照らして肯認するに足り、原判決に所論の違法は認められない。論旨は、ひつきよう、原審の認定にそわない事実をも合わせ主張して原判決の認定判断を非難するか、または、原判決を正解しないでその判断を非難するにすぎず、採用することができない。

同第三点四について。

原判決は、本件土地の所有権の帰属を証拠によつて適法に認定判断しているのであるから、もはや登記の推定力を

問題とする余地のないことは明らかである。したがって、原判決に所論の違法はなく、論旨は採用することができない。

よつて、民訴法四〇一条、九五条、八九条に従い、裁判官全員の一致で、主文のとおり判決する。

(裁判長裁判官 大隅健一郎 裁判官 岩田誠 裁判官 藤林益三 裁判官 下田武三 裁判官 岸盛一)

判例掲載誌 最高裁判所民事判例集25巻7号885頁*

4. 最高裁判所 平成15年7月11日 第2小法廷 判決 (平成13年(受)第320号)

要旨：

1. 不動産の共有者の一人は、共有不動産について全く実体上の権利を有しないのに持分移転登記を経由している者に対し、単独でその持分移転登記の抹消登記手続を請求することができる。

1 a. このことは、他の共有者の持分についてのみ移転登記がなされたにすぎない場合でも同じである。

/参照条文/民.249条/民.252条/

内容：

件名 持分全部移転登記抹消登記手続等請求上告事件 (破棄差戻し)

原審 名古屋高等裁判所 (平成12年(ネ)第287号)

主 文

原判決を破棄する。

本件を名古屋高等裁判所に差し戻す。

理 由

上告代理人吉田允，同大西清，同住田正夫，同中野俊彦の上告受理申立て理由について

1 原審の確定した事実関係は、次のとおりである。

(1) 甲は、第1審判決別紙物件目録一ないし四及び七ないし一二記載の各土地（以下「本件土地」という。）を所有していた。

(2) 甲は、平成5年1月18日に死亡し、甲の子である上告人ら，乙及び丙の4名が共同相続した。

(3) 平成5年1月25日，本件土地につき，同月18日相続を原因として，上告人ら，乙及び丙の各持分を4分の1とする所有権移転登記がされ，同日代物弁済を原因として，被上告人に対する乙持分全部移転登記（以下「本件持分移転登記」という。）がされた。

2 本件の主位的請求は、上告人らが、被上告人に対し、乙から被上告人への本件土地の持分の譲渡は無効であるとして、本件持分移転登記の抹消登記手続を求めるものである。

原審は、次のとおり判断して、上告人らの上記請求を棄却した。

仮に、乙から被上告人に対する持分の譲渡が無効であり、本件持分移転登記が真実に合致しない登記であるとしても、上告人らの持分権は何ら侵害されていないから、上告人らは、その持分権に基づく保存行為として本件持分移転登記の抹消登記手続を請求することができない。

3 しかしながら、原審の上記判断は是認することができない。その理由は、次のとおりである。

不動産の共有者の1人は、その持分権に基づき、共有不動産に対して加えられた妨害を排除することができる。不実の持分移転登記がされている場合には、その登記によって共有不動産に対する妨害状態が生じているということができるから、共有不動産について全く実体上の権利を有しないのに持分移転登記を経由している者に対し、単独でその持分移転登記の抹消登記手続を請求することができる（[最高裁昭和29年（オ）第4号同31年5月10日第一小法廷判決](#)・民集10巻5号487頁、[最高裁昭和31年（オ）第103号同33年7月22日第三小法廷判決](#)・民集12巻12号1805頁。なお、最高裁昭和56年（オ）第817号同59年4月24日第三小法廷判決・裁判集民事141号603頁は、本件とは事案を異にする。）。

4 以上によれば、乙から被上告人に対する本件土地の持分の譲渡が無効であれば、上告人らの主位的請求は認容されるべきである。論旨は理由がある。これと異なる原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があり、原判決は破棄を免れない。そこで、上記持分の譲渡の有効性について更に審理判断させるため、本件を原審に差し戻すこととする。

よって、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

(裁判長裁判官 北川弘治 裁判官 福田 博 裁判官 亀山継夫 裁判官 梶谷 玄 裁判官 滝井繁男)

判例掲載誌

外部の者が共有者に対して提起する訴訟

5. 最高裁判所 昭和34年7月3日 第2小法廷 判決（昭和31年（オ）第454号）

要旨：

1. 真の所有者であると主張する者が公簿（家屋台帳）上の共有名義人を被告として提起した所有権確認の訴えは、必要的共同訴訟ではない。

1 a. 真の所有者であると主張する者が公簿上の共有名義人に対して提起した所有権確認請求において、第一審の請求認容判決に対して被告の一部が控訴せず、他の一部が控訴を取り下げた場合に、控訴審が残存する控訴のみを棄却する判決を下したことが適法であるとされた事例。

/当事者適格/

/民訴.38条/民訴.40条/

内容：

件名 建物所有権確認請求上告事件（棄却）

上告人（控訴人・被告） 今泉清晴 代理人 松下宏

被上告人（被控訴人・原告） 進藤マサキク

主 文

本件上告を棄却する。
上告費用は上告人の負担とする。

理 由

本訴は、被上告人が、同人所有の家屋につき、家屋台帳上の共有名義人である上告人ほか一審共同被告四名を相手方として提起した所有権確認の訴であることは記録上明らかであつて、被上告人の上告人等に対する各請求はそれぞれ独立し、其の間「訴訟ノ目的カ共同訴訟人ノ全員ニ付合一ニノミ確定スヘキ」法律上の必要の存する場合というを得ないから、いわゆる必要的共同訴訟に属しないことは明らかである。

されば、一審判決に対し控訴を申立てなかつた一審共同被告今泉源吾、同光安直行及び二審に至つて控訴を取下げた同島崎進、島崎守を除き、上告人のみに対して判決をなした原審の措置は正当であり、所論の違法は存しない。それ故所論は採るを得ない。

同第二点について

原判決の引用する一審判決挙示の証拠によれば、本件家屋が建築当初より被上告人の所有に属していた旨の同判決の認定はこれを首肯することができる。所論はひつきよう原判示に副わない事実に基づいて、原判決の事実認定を非難するものでしかなく、上告適法の理由となすを得ない。

よつて、民訴四〇一条、九五条、八九条に従い、裁判官全員の一致で、主文のとおり判決する。

（裁判長裁判官 藤田八郎 裁判官 池田克 裁判官 河村大助 裁判官 奥野健一）

判例掲載誌 最高裁判所民事判例集13巻7号898頁*

6. 最高裁判所 昭和38年3月12日 第3小法廷 判決（昭和34年（才）第44号）

要旨：

1. 所有権移転請求権保全の仮登記のなされている建物を共同して取得した被告らに対して、右仮登記に基づき本登記を経由した原告が、右共有名義の所有権移転登記の抹消登記手続を請求する場合に、その訴訟は必要的共同訴訟である。

1 a. 必要的共同訴訟人の一人は控訴期間内に適法に控訴を提起したが、他の者の提起した控訴は控訴期間経過後

であるため却下された場合に、前者の控訴の効果は後者にも及び、後者は控訴人の地位に就くとされた事例。

/固有必要的共同訴訟/

/不登.105条1項/不登.146条1項/民訴.40条/

内容：

件名 所有権取得登記抹消請求上告事件（上告棄却）

原審 東京高等裁判所第6民事部 昭和33年10月7日判決

上告人 被控訴人 原告 金相玉 代理人 大蔵敏彦

被上告人 控訴人 被告 長田長太郎 外一名

主 文

本件上告を棄却する。

上告費用は上告人の負担とする。

理 由

上告代理人大蔵敏彦の上告理由第一点について。

本件は、本件建物につき所有権移転請求権保全の仮登記にもとづき所有権移転の本登記を経由した上告人から、右建物につき被上告人らが共同して競落したことを原因として所有権移転登記を経由した被上告人らに対し、右共有名義の所有権移転登記の抹消登記手続を請求する訴訟であることは記録上あきらかであるところ、右訴訟は必要的共同訴訟であると解すべきである。従つて、原審が、右と同じ見解のもとに、被上告人（控訴人）長田は、自分の申し立てた控訴は控訴期間徒過の理由で却下されたのかかわらず、被上告人大川の控訴の効果によつて、控訴人たる地位を有するものと判断したのは正当である。所論は、独自の見解にもとづき原判決を非難するものであつて、採用することができない。

同第二、第三点について。

原審は、所論の各登記はいずれも上告人と金進洙との間で株式会社モナミに対する金進洙の債務の弁済を免れる手段として通謀してなした虚偽の意思表示によるものである旨の被上告人らの主張に対し、挙示の証拠により原判決各事実を認定した上、上告人主張の消費貸借、抵当権設定および代物弁済に関する契約は原判決の強制執行を免れるために仮装したものであると認めるのが相当であり、従つて上告人のためになされた所論各登記はいずれも仮装の契約を原因としてなされた無効の登記である旨説示しているのであつて、右判断は首肯するに足りる。論旨第二点は、原判決は当事者の主張しない事項について判断をしたものであつて理由不備の違法がある、と主張するけれども、その前提を欠くものであつて原判決には所論のような違法はなく、論旨第三点は、経験則違反を主張するけれども、結局原審がその裁量の範囲内でなした証拠判断および事実認定を非難するものであつて、いずれも採用することができない。

よつて、民訴四〇一条、九五条、八九条に従い、裁判官全員の一致で、主文のとおり判決する。

（裁判長裁判官 五鬼上堅磐 裁判官 河村又介 裁判官 垂水克己 裁判官 石坂修一 裁判官 横田正俊）

上告代理人大蔵敏彦の上告理由

第一点 一、原判決は控訴人長田について「自分の申立てた控訴は控訴期間徒過の理由で却下されたに拘らず、控訴人大川の控訴の効果によつて控訴人たる地位を有するものというべきである」として自己の控訴申立を却下された被上告人長田についても控訴審に於ける当事者の地位を認めている。而してその理由とするところは「本訴は被控訴人から本件建物の所有権取得の本登記に基き控訴人らの共有名義に登記された競落による所有権移転登記の抹消を求めるものであるから控訴人兩名についていわゆる必要的共同訴訟の関係にある」というのである。二、本件建物について被上告人兩名のために競落を原因とする所有権の取得登記があり、被上告人兩名の共有関係にあることは明らかである。共有持分権は、対外的にも普通の所有権と同様であつて共有者は第三者に対しても単独にその権利を主張することが出来るのであり、共有者全員の共同を必ずしも必要としないのである。すなわち共有者は単独に第三者に対し共有物に対する妨害排除を求めることも出来れば、又引渡の請求をなすことも出来るというのが通説であり判例である。ところで本訴は上告人より各被上告人に対しその所有権移転登記の抹消を求めたものであり、第一審に於ては上告人が勝訴し、被上告人大川のみが適法な控訴をなし被上告人長田の控訴は不適法として却下されたものである。共有権者のなす訴訟の性質について学説は区々であるが判例は大体に於て「持分」を理由としてなしうる訴訟は各員夫々なしうるが、ただ共有権自体を理由にするときは全員共同でなければならないという取扱をなしているようである。本件訴訟は被上告人兩名はその相互の共有関係の主張をなしているのではない。ただ被上告人大川が控訴審に於て本件建物につき上告人の主張する所有権の取得登記の原因に対し防禦方法を主張しているにすぎない。かかる場合は被上告人兩名に於て本訴の目的が合一のみ確定する何等の必要はないわけである。例えば甲乙丙の共有の土地が丁によつて時効取得されそうだとするとき甲乙のみが丁に対し共有関係を主張し丙がその主張をなさないときは結局は甲乙丁の共有となるのである。かかる場合丙との関係に於ては甲乙との共有関係を終了せしめるというのが民法の建前である。三、このように本件に於ては被上告人長田に於て適法な控訴がなされていない以上、上告人と同人との間に於ける第一審判決は確定したのであつて、被上告人の控訴の効果によつて被上告人長田も亦控訴人の地位を有するものと解する何等の理由もない。原判決は民法第二四九条以下特に第二五二条の適用を誤り且つ民事訴訟法第六二条の適用を誤つた法令の違背があるのみならず、被上告人長田を訴訟当事者となしたことにつき原判決は何等の理由も附してをらないことになるので、原判決は破棄されるべきである。

(その他の上告理由は省略する。)

判例掲載誌 最高裁判所民事判例集17巻2号310頁*

7. 最高裁判所 昭和43年3月15日 第2小法廷 判決(昭和41年(才)第162号)

要旨：

1. 土地の所有者がその所有権に基づいて地上の建物の所有者である共同相続人を相手方として建物収去土地明渡を請求する訴訟は、いわゆる固有必要的共同訴訟ではない。

/当事者適格/通常共同訴訟/共有/

/民訴.38条/民訴.40条/民.430条/民.251条/

内容：

件名 建物収去土地明渡請求上告事件（棄却）

主 文

本件上告を棄却する。
上告費用は上告人らの負担とする。

理 由

上告代理人金綱正己、同根本孔衛、同鶴見祐策の上告理由第一、二点について。
所論の準備書面には所論のような記載があるが、右準備書面が原審口頭弁論期日に陳述された形跡は認められない。したがって、原判決に所論の違法はなく、論旨は理由がない。

同第三点について。
所論は、ひつきよう、原審の専権に属する証拠の取捨判断を非難するにすぎず、所論引用の原判示に所論の違法はなく、論旨は理由がない。

同第四点について。
所論違憲の主張は前提を欠くことが明らかであるから、採用できない。

同第五点について。
被上告人の被告姜吉煥に対する本訴請求が本件土地の所有権に基づいてその地上にある建物の所有者である同被告に対し建物収去土地明渡を求めるものであることは記録上明らかであるから、同被告が死亡した場合には、かりに姜喜美子が同被告の相続人の一人であるとするれば、喜美子は当然に同被告の地位を承継し、右請求について当事者の地位を取得することは当然である。しかし、土地の所有者がその所有権に基づいて地上の建物の所有者である共同相続人を相手方とし、建物収去土地明渡を請求する訴訟は、いわゆる固有必要的共同訴訟ではないと解すべきである。ただし、右の場合、共同相続人らの義務はいわゆる不可分債務であるから、その請求において理由があるときは、同人らは土地所有者に対する関係では、各自係争物件の全部についてその侵害行為の全部を除去すべき義務を負うのであつて、土地所有者は共同相続人ら各自に対し、順次その義務の履行を訴求することができ、必ずしも全員に対して同時に訴を提起し、同時に判決を得ることを要しないからである。もし論旨のいうごとくこれを固有必要的共同訴訟であると解するならば、共同相続人の全部を共同の被告としなければ被告たる当事者適格を有しないことになるのであるが、そうだとすると、原告は、建物収去土地明渡の義務あることについて争う意思を全く有しない共同相続人をも被告としなければならないわけであり、また被告たる共同相続人のうちで訴訟進行中に原告の主張を認めるにいたつた者がある場合でも、当該被告がこれを認諾し、または原告がこれに対する訴を取り下げる等の手段に出ることができず、いたずらに無用の手続を重ねなければならないことになるのである。のみならず、相続登記のない家屋を数人の共同相続人が所有してその敷地を不法に占拠しているような場合には、その所有者が果して何びとであるかを明らかにしえないこと[が]稀ではない。そのような場合は、その一部の者を手続に加えなかつたために、既になされた訴訟手続ないし判決が無効に帰するおそれもあるのである。以上のように、これを必要的共同訴訟と解するならば、手続上の不経済と不安定を招来するおそれなしとしないのであつて、これらの障害を避けるためにも、これを必要的共同訴訟と解しないのが相当である。また、他面、これを通常的共同訴訟であると解したとしても、一般に、土地所有者は、共同相続人各自に対して債務名義を取得するか、あるいはその同意をえたうえでなければ、その強制執行をすることが許されないのであるから、かく解することが、直ちに、被告の権利保護に欠けるものとはいえないのである。そうであれば、本件において、所論の如く、他に同被告の承継人が存在する場合であつても、受継手続を了した者のみについて手続を進行し、その者との関係においてのみ審理判決することを妨げる理由はないから、原審の手続には、ひつきよう所論の違法はないことに帰する。したがって、論旨は採用できない。

上告人齋藤健三、同笠原隆吉、同高倉丑三、同高倉昭一、同永岡清、同金寅述、同川野啓太郎、同楠家常太郎、同藤井寿夫、同有限会社館野箔押所、同館野勇、同岩間生昌、同姜栄一の各上告理由について。

所論は、いずれも、原判決に憲法の解釈の誤り、その他憲法の違背あること、または判決に影響を及ぼすこと明らかな法令の違背のあることを主張するものではないから、論旨はすべて採用に値しない。

よつて、民訴法四〇一条、九五条、八九条、九三条に従い、裁判官全員の一致で、主文のとおり判決する。

(裁判長裁判官 奥野健一 裁判官 草鹿浅之介 裁判官 城戸芳彦 裁判官 石田和外 裁判官 色川幸太郎)

上告代理人金綱正己、同根本孔衛、同鶴見祐策の上告理由

第五点 必要的共同訴訟手続の看過の違法

第一審の被告姜吉煥が昭和三五年一月二日に死亡し、同人の長男控訴人姜栄一、同二男控訴人姜貞康同じく四男控訴人姜忠弘が、訴の対象になっている物件を共同相続したのであるが、その後、姜吉煥の二女姜喜美子がこの訴訟の存在を知り自分も右物件の共同相続者である旨を原裁判所に昭和四〇年一月一〇日に届出た。本件は必要的共同訴訟にあたるものと思われるので原裁判所はただちに弁論を再開し、調査の上、同人を訴訟に関与せしめる措置をとるべきであり、そうでなければ訴訟要件の欠缺として少くともこの部分について訴の却下をすべきであつたにもかかわらず、この挙に出なかつたのであるから、原審の訴訟手続違背は重大であり、破棄をまぬがれない。

(その他の上告理由は省略する)

上告人等の上告理由は省略する。

注 民集を底本としたが、判例時報を参照して下記の補正を施した。

- しえないことで稀ではない → しえないこと[が]稀ではない

判例掲載誌 最高裁判所民事判例集22巻3号607頁* 判例時報513号5頁

8. 最高裁判所 昭和45年5月22日 第2小法廷 判決 (昭和45年(才)第64号)

要旨：

賃借人から賃貸人の共同相続人に対する賃借権確認の訴は、固有必要的共同訴訟ではない。

不動産賃貸人の共同相続人らは、賃貸物を使用収益させるべき賃貸借契約上の債務を各自が不可分に負担し、賃借人は、相続人の一人に対しても右債務の全部の履行を請求することができる。

/共有/

/民訴.40条/民.430条/民.898条/民.899条/

内容：

件名 借地権確認妨害排除請求上告事件（上告棄却）

第一審 東京地方裁判所 昭和34年6月12日 民事第15部 判決

原審 東京高等裁判所 昭和44年10月3日 第3民事部 判決

上告人 控訴人 被告 乙山イチロウ 丙山トシ 代理人 石丸勘三郎 外一名

被上告人 被控訴人 原告 甲沼ハル 代理人 長瀬秀吉 外三名

主 文

本件上告を棄却する。

上告費用は上告人らの負担とする。

理 由

上告代理人石丸勘三郎、同石丸九郎の上告理由第一点について。

不動産賃貸人が死亡し、数名の者が共同してこれを相続した場合には、賃貸物を使用収益させるべき賃貸借契約上の債務を相続人ら各自が不可分に負担し、賃借人は、相続人の一人に対しても右債務の全部の履行を請求することができるものと解すべきである。したがって、訴をもつて賃借権の確認を求める場合においても、共同相続人のうち争いのある者のみを相手方とすれば足り、争いのない者を相手方とする必要はなく、賃借人から賃貸人の共同相続人に対する賃借権確認の訴は必要的共同訴訟ではないと解するのが相当である。よつて、被上告人が本件土地の賃貸人の共同相続人中上告人乙山イチロウのみを相手どつて提起した本件訴を適法なものとして、審理判断した原審の措置に所論の違法はなく、論旨は採用することができない。

同第二点ないし第五点について。

所論の各点の原判決の事実認定は、その挙示する証拠に照らして肯認することができ、その認定した事実関係のもとにおいて、被上告人が本件土地に対する賃借権を取得しているものとした判断は正当であつて、右認定・判断の過程に所論の違法はない。論旨は、ひつきよう、原審の専権に属する証拠の取捨判断および右事実認定を非難し、さらに、原審で主張しなかつたかまたは原審の認定に副わない事実立脚して原判決の違法を主張するものであつて、採用することができない。

よつて、民訴法四〇一条、九五条、八九条、九三条に従い、裁判官全員の一致で、主文のとおり判決する。

（裁判長裁判官 草鹿浅之介 裁判官 城戸芳彦 裁判官 色川幸太郎 裁判官 村上朝一）

上告代理人石丸勘三郎、同石丸九郎の上告理由

第一点 本件は、借地権の有無についての確認の訴であることは一件記録によつて明かなところである。而して確認を求める相手が賃貸人である地主であることも同様である。

然るに本件賃貸借の目的たる土地は、当初は乙山ハルオの所有であつたところ、本訴の提起された当時すでに右ハルオは死亡しておつてその相続人として本件上告人乙山イチロウとその弟乙山ジロウの二人の共有となつていたものであり、且つ賃貸人としての地位を承継していたものであることも原審の認めているところである。果してそうだとすると被上告人が本訴を提起するには賃貸人の地位を承継している共有者たる右相続人二名を被告として求めなければならないことは本件土地の何れの部分にも二人の共有者が各持分二分の一の持分権を有していることに徴し疑の余地ないところである。

ところが本訴は、訴提起の初めから二人の共有者を被告とせず、上告人一人を被告として提起されていることも之亦一件記録上明かなところである。即ち本訴は、初めから不適法な訴として却下されなければならないところ、裁判所

を含め訴訟当事者不知の間に進行発展してきているのである。

この点について、これまで何らの抗弁も出ていないところを考えると或は原審において認めているように、他の共有者の一人である乙山ジロウの権利をも上告人において任されていて管理行為に属すると判断して本訴を認容したかに思われるけれども、原審の判断が正しいかどうかは別として審理の結果からそうした判断が出たまでのもので、初めから管理行為を任されていたとはつきりしていたものでないものであるから訴提起のときから不適法であったことには変りはない。

仮りに百歩譲って乙山ジロウにおいて上告人に管理行為を任していたとしても、本訴確認を求める訴は所有者（賃貸人）全員即ちすべての共有者を被告として求めるものでなければ適法と言えないことは共有権の本質からいつて当然のことというべきである。

原審は、以上の点に気付かず漫然不適法な訴を看過して訴訟をなさしめた違法を犯している。即ち原判決は此点からしても破棄されなければならない。

（その他の上告理由は省略する。）

判例掲載誌 最高裁判所民事判例集24巻5号415頁*

注 被告丙山トシは、本件土地について借地権を主張する者である。

知的財産訴訟

9. 最高裁判所 昭和36年8月31日 第1小法廷 判決（昭和35年（才）第684号）

要旨：

1. 実用新案登録出願を拒絶すべき旨の審決を取り消すか否かは、登録を受ける権利を共同して有する者全員について合一にのみ確定すべきものであるから、その審決取消の訴は共同権利者全員が共同して提起することを要する。（固有必要的共同訴訟）

1 a. 実用新案登録の共同出願人の一人が登録出願拒絶査定に対する抗告審判の審決取消請求訴訟を提起した場合に、その後その者が他の者の登録を受ける権利の持分全部を譲り受けて単独の権利人となったが、出訴期間内にその旨の名義変更の届出がなかった以上、持分譲渡の事実を特許庁に対抗することができないとして、訴えが却下された事例。

/知的財産権/無体財産権/工業所有権/実用新案権/当事者適格/訴訟要件/

/行訴.32条1項/実用新案.416条/特許.132条3項/民訴.40条/

/旧規定/行政事件訴訟特例.5条/t10h97 実用新案.26条/t10h96 特許.12条3項/m23 民訴.62条/

内容：

件名 実用新案出願拒絶査定に対する抗告審判の審決取消請求上告事件（棄却）

原 審 東京高等裁判所昭和35年4月7日第6民事部判決

主 文

本件上告を棄却する。
上告費用は上告人の負担とする。

理 由

上告人の上告理由について、

本訴請求は、特許庁昭和三三年抗告審判第三〇四三号実用新案登録出願拒絶査定に対する抗告審判請求事件につき、特許庁が昭和三四年一二月二二日にした審決を取り消す旨の判決を求めるものであるところ、本件実用新案登録の出願は、最初上告人が単独でしたものではあるが、その後上告人は、登録を受ける権利の一部をAに譲渡し、昭和三三年一〇月六日特許庁に対し、出願人名義変更届を提出したため、それから後は、上告人とAの両名が共同出願人として審査及び審判を受けることとなり、本件審決も右両名に対してなされたものであることは、原審が適法に確定した事実によつて明らかである。

ところで、本件における事実関係が、すでに右のとおりであるとすれば、本件審決に対する不服の訴において、審決を取り消すか否かは、登録を受ける権利を共同して有する者全員に対し、合一にのみ確定すべきものであつて、その訴は右権利者が共同して提起することを要するものであること、原審判断のとおりであるといわなければならない。

しかるに、原判示によれば、本件の訴は、上告人一人が原告となつて提起したものであり、Aは、昭和三五年一月一二日本件審決謄本の送達を受けながら、これに対する不服の出訴期間である同年二月一日までに、訴の提起をしなかつたというのであるから、Aは、もはや右訴を提起することを得なくなつたものというべく、従つて上告人が単独でした本件訴訟は、当事者適格を誤まつたものであるばかりでなく、もはやその欠缺を補正する途もなきに至つたものといわざるを得ない。

所論は、Aは右実用新案の登録を受ける権利の持分を上告人に譲渡したのであり、上告人は昭和三五年二月一日特許庁に対し、譲渡証書を添えて、出願人名義変更届を提出した旨主張するが、右届出が同日（すなわち本件出訴期間の最終日）特許庁に到達した事実を証明すべきものは何も存しない。（却つて、職権をもつて調査するに、特許庁が昭和三五年九月一日付で当庁に送付して来た「出願人名義変更届」と題する書面によれば、その翌日である二月一二日に到達したものであることが明らかである。）

してみれば、たとい上告人とAとの内部関係において、所論のような権利変動の事実があつたとしても、その事實は特許庁に対して主張できないのであり、本訴出訴期間内においては、Aは依然として上告人と共に本件共同出願人の一人であつたといわざるを得ない。

そして本件審決は、共同出願人たる両名に対しなされたものであること、及びその審決に対しての不服の訴は、審決を受けた両名において提起すべきであるのに、Aは遂いにこれに加わらなかつたこと既に前叙のとおりであるから、原審がこれを不適法として却下したからといつて、所論の違法があるというを得ない。

されば、その余の判断をまつまでもなく、論旨は理由なきに帰するから採るを得ない。

よつて、民訴三九六条、三八四条、九五条、八九条に従い、裁判官全員の一致で主文のとおり判決する。

(裁判長裁判官 高木常七 裁判官 斎藤悠輔 裁判官 入江俊郎 裁判官 下飯坂潤夫)

判例掲載誌 民集15巻7号2040頁*

本判決を引用する裁判例

- [最高裁判所 平成14年2月22日 第2小法廷 判決](#) (平成13年(行ヒ)第142号) 商標登録無効審決の取消請求事件において、共有者の一人の単独提訴を肯定した。しかし、本件とは事案を異にするとして、判例変更とはしていない。
- [最高裁判所 平成14年2月28日 第1小法廷 判決](#) (平成13年(行ヒ)第12号) 同前
- [最高裁判所 平成14年3月25日 第2小法廷 判決](#) (平成13年(行ヒ)第154号) 特許取消決定取消請求事件において、共有者の一人の単独提訴を肯定した。しかし、本件とは事案を異にするとして、判例変更とはしていない。

10. 最高裁判所 昭和55年1月18日 第2小法廷 判決 (昭和52年(行ツ)第28号)

要旨：

1. 実用新案登録を受ける権利を有する共有者の一人が提起した拒絶査定を支持する審決の取消の訴えが、当事者適格の欠如を理由に却下された事例。

1 a. 実用新案登録を受ける権利の共有者がその共有に係る権利を目的とする実用新案登録出願について共同して拒絶査定不服の審判を請求しこれにつき請求が成り立たない旨の審決を受けたときに訴を提起して右審決の取消を求めることは、右共有に係る権利についての民法252条但書にいう保存行為にあたるものであると解することができない。

1 b. 審決取消の訴において審決を取り消すか否かは右権利を共有する者全員につき合一にのみ確定すべきものであって、その訴は、共有者が全員で提起することを要する固有の必要共同訴訟である。

/知的財産権/無体財産権/工業所有権/実用新案権/当事者適格/訴訟要件/

/民.252条/実用新案.47条/実用新案.41条/特許.132条3項/民訴.40条/

内容：

件名 審決取消請求上告事件 (棄却) .

原審 [東京高等裁判所昭和51年12月1日判決](#) (昭和44年(行ケ)第102号)

上告人 (原告) 田島清明

右訴訟代理人弁護士 長畑裕三 同 吉原省三 (上告理由書)

被上告人 (被告) 特許庁長官 川原能雄

主 文

本件上告を棄却する。

上告費用は上告人の負担とする。

理 由

上告代理人長畑裕三、同吉原省三の上告理由について

実用新案登録を受ける権利の共有者がその共有に係る権利を目的とする実用新案登録出願について共同して拒絶査定不服の審判を請求しこれにつき請求が成り立たない旨の審決を受けたときに訴を提起して右審決の取消を求めることは、右共有に係る権利についての民法二五二条但書にいう保存行為にあたるものであると解することができないと、右のような審決取消の訴において審決を取り消すか否かは右権利を共有する者全員につき合一にのみ確定すべきものであって、その訴は、共有者が全員で提起することを要する必要的共同訴訟であるから、これと同趣旨の見解のもとに、実用新案登録を受ける権利の共有者の一員にすぎない上告人が単独で提起した本件審決取消の訴を却下すべきものとした原判決は、正当であって、原判決に所論の違法はない。論旨は、採用することができない。

よって、行政事件訴訟法七条、民訴法四〇一条、九五条、八九条に従い、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

(裁判長裁判官 栗本一夫 裁判官 大塚喜一郎 木下忠良 塚本重頼 鹽野宜慶)

上告代理人長畑裕三、同吉原省三の上告理由

原判決は次の理由により破棄されるべきものである。

一、本件における手続の経過

本件において、出願から原審判決にいたるまでの手続の経過は次の通りである。

昭和四〇年 二月一七日	出願 実願昭四〇一一二三三四号 (出願人原告)
昭和四二年 七月一四日	拒絶査定
昭和四二年 九月 七日	拒絶査定に対する不服審判請求 昭和四二年審判第六四四六号
昭和四三年 一月一〇日	登録を受ける権利の一部譲渡がなされ訴外極東鋼弦コンクリート振興株式会社が共同出願人となる。
昭和四三年 一月一二日	右届出
昭和四三年 九月二四日	出願公告 実公昭四三一二二六〇四号
昭和四三年十一月二日	異議申立
昭和四四年 八月一三日	審決
昭和四四年 九月 三日	審決送達 (原判決に送達日が一二月一六日とあるのは誤りである)
昭和四四年一〇月 一日	原告が訴外極東鋼弦コンクリートから登録を受ける権利を譲受け、再び原告が単独出願人となる。

昭和四四年一〇月 二日 審決取消訴訟出訴 東京高裁昭和四四年行ケ第一〇二号

昭和四五年 三月二日 原告が登録を受ける権利を譲受けた旨を特許庁長官に届出

すなわち審決時においては原告と訴外極東鋼弦コンクリートの共同出願であったが、出訴期間中に原告が同社の共有持分を譲受けて単独出願人となる旨の契約が成立し、原告が単独で審決取消訴訟を提起し、出訴期間経過後に右持分譲受の届出がなされてその効力が生じたという事案である。

二、原判決の判断

これに対し原判決は、本件審決取消訴訟は固有必要的共同訴訟であり、その権利の共有者全員について合一にのみ確定する必要があるから、共有者全員が共同してこれを提起することを要するとして原告の訴を却下した。そして上告人の保存行為にあたるとする主張や、出訴期間経過後の持分譲受の届出により本訴が遡って適法となるという主張を排斥している。

三、保存行為としての本訴の適法性

(一) しかし、拒絶査定に対する共同審判請求人の一人が提起した審決取消訴訟は、保存行為として適法と解す

べきである。

たしかに実用新案法四一条で準用する特許法一三二条三項は特許を受ける権利の共有者が、その共有に係る権利について審判を請求するときは、共有者の全員が共同して請求しなければならないと定めているが、これは審判請求に関する規定であって、審決取消請求の訴えについても当然に同様に解すべきであるということにはならない。

また最高裁昭和三六年八月三十一日判決（民集一五巻七号二〇四〇頁）は、審決取消を求める訴が権利者全員に対し合一に確定すべき性質のものであるが故に、全員が共同して訴を提起する必要があるとして、本件とほぼ同様の事案について訴を却下した原判決を維持している。審決取消訴訟において、判決が合一に確定する必要があることはその通りであるとしても、それ故に絶対に共同して訴を提起しなければいけないというものではない。すなわち共同して訴を提起しなければならないか、それとも単独で訴の提起ができるかどうかは、特許を受ける権利の共有の性格と、当事者の利益擁護の両面から考慮して判断すべき問題である。

(二) 特許を受ける権利を共有している場合、共有者全員が共同してでなければ出願をすることはできず、持分の譲渡にあたっては他の共有者の同意を必要とするなど、性質上他の財産権の共有関係とは異なった制約があることはたしかである。しかしこれは、権利の性質上、出願をすればその発明が公開されるが、自己の持分についてのみの公開ということとはできないことや、不動産などとちがって、各共有者は自己が実施するかぎり全面的に実施ができるなどの点から生じる制約であって、共有者相互間に組合財産の場合についてみられるような共同の目的というものではなく、特許を受ける権利という一種の財産権を各共有者が共有しているという関係においては通常の共有とかわりはない。このことは、東京高裁昭和五〇年四月二四日判決（無体財産権関係民事・行政裁判例集七巻一号九七頁）が判決理由中で指摘している通りであり、右の共有関係についても、民法二六四条により、同法二四九条以下の規定が準用されるものである。

(三) そして、特許を受ける権利にもとづいて出願がなされ出願中の権利となったときは、該出願にもとづいて特許権乃至は実用新案権が付与されることが共有者全員にとって利益である。もともと出願中において権利の成立を希望しない者を生じたときは、その者にとっては必ずしも利益とはいえないかもしれないが、その者は権利を放棄すればよいのであり、そもそもこの場合利益かどうかは客観的に合理的に判断すべきものである。そして、権利成立を希望する共有持分権者にとっては、権利付与を求める手続の必要性がある。したがって特許法一三二条三項についても、出願の取下げをするのであれば全員の同意は必要であるかもしれないが、審判請求については一人でもできるというのが筋ではないかという見解もあるのである（「特許法セミナー（2）」六五二頁兼子発言）。したがって同条の規定は、審判手続における便宜のための特則であり、審判手続においても必ずしも本質的に共同で請求をしなければならないというものではない。そして旧特許法のもとにおいて、このような見解がとられた先例もあるのである（東京高裁昭和三七年二月二〇日高裁民集一五巻二号一一四頁）。

(四) そこで拒絶査定を維持する審決がなされた場合であるが、特許を受ける権利の共有者としては、自己の持分権を維持保存するためには、その取消を求める以外に途はない。しかし、なされているのは一個の行政処分としての審決であり、自己の持分に対する関係についてのみ取消を求めるというわけにはいかないから、審決全体の取消を求める必要がある。その結果その取消の判決の効果は他の共有者にも及ぶことになるが（行政事件訴訟法三二条一項）これは民法二五二条の保存行為に相当する。また敗訴の場合には原審決が維持されるのみで、争わなかった他の共有者の利益が害されることはない。

したがって、共有者の一人による訴の提起を認めても何らの不合理はなく、民事訴訟法六二条一項によって出訴期間内における訴の提起の効果は、他の共有者に対する関係でも効力を生じ、審決の確定を妨げると解すべきである。

（なお村松「共有権者一人の請求と他の者への影響」特許判例百選五三事件も、共有者の一人による出訴を保存行為にあたりとし、小室「審判手続と審決取消訴訟手続の関係」工業所有権法の諸問題二九三頁以下も、共有者の一人による出訴は他の共有者全員のために効果を生じるとしている）。

(五) したがって本件の如き審決取消訴訟が必要的共同訴訟であることはその通りであるとしても、それが全員の利益を目的としている以上必ずしも固有の必要的共同訴訟と解さなければならないという必然性はなく、いわゆる類似必要的共同訴訟と解すべきものである。

四、当事者の補正について

(一) 本件は審決時及びその謄本送達時においては、共有者がいたが、出訴前において原告が共有者の共有持分を取得し、出訴期間経過後にその届出をなしたというものである。

したがって前記最高裁昭和三六年八月三十一日判決と同種の事案であるが、右判決は、訴の要件欠缺の補正がいつまでに行えるかということと、欠缺の補正による出訴期間遵守の能否とは別問題であるという見解のもとに従来の大審

院昭和九年七月三十一日判決（民集一三卷一七号一四三八頁）の見解に反し、補正を認めていない。

（二）しかし前記の通り原告の訴の提起については、民事訴訟法六二条一項の適用があるのであり、出訴期間内における原告の訴提起により、出訴期間遵守の効果は当時の共有名義人である訴外極東鋼弦コンクリートにも及んでいたと解される。

そして本件審決取消訴訟が、仮に共有者全員を原告として行なわれなければならないとしても、右の通り極東鋼弦コンクリートとの関係においても出訴期間の遵守の効果が生じており、その後昭和四五年三月一二日原告が特許庁長官に対し持分権譲受けの届出をしたことによって原告が単独の権利者となったのであるから、その瑕疵は治癒されたことになる。よって本件訴は適法となったものである。

五、結論

共同審判請求人の一人がその審決の取消を求めて訴を提起することができるかという問題については、前記最高裁判決の後においても説の分れているところであり、東京高裁においても、本件のようにこれを否定する判決と、前記昭和五〇年四月二四日判決のように肯定する判決とが対立している。

しかし問題を実質的に考えるとき審判段階においては特許法一三二条三項の規定がある以上、共有者全員によって審判請求がなされなければならないことは止むを得ないとしても、共有者全員の同意が得られないかぎり、他の共有者は自己の権利を保全することができないというのは不合理である。この場合権利の存続・成立を希望する者に争うことを認めても、もともと不利益な審決がなされている以上、他の共有者にとってこれ以上不利益を生じることとはなく、何らその権利を害することはない。そしてこのことは理論的にも十分理由のあることである。

したがって権利救済の途を広く認めるという見地から妥当性を考えるとき、前記最高裁判決の前提とする見解はあらためられるべきである。

よって原判決は破棄されるべきであり、上告に及んだ次第である。

判例掲載誌 判例時報956号50頁*

本判決を引用する裁判例

- [最高裁判所 平成7年3月7日 第3小法廷 判決](#)（平成6年（行ツ）第83号） 本判決を援用
- [最高裁判所 平成14年2月22日 第2小法廷 判決](#)（平成13年（行ヒ）第142号） 商標登録無効審決の取消請求事件において、共有者の一人の単独提訴を肯定した。しかし、本件とは事案を異にするとして、判例変更とはしていない。
- [最高裁判所 平成14年2月28日 第1小法廷 判決](#)（平成13年（行ヒ）第12号） 同前
- [最高裁判所 平成14年3月25日 第2小法廷 判決](#)（平成13年（行ヒ）第154号） 特許取消決定取消請求事件において、共有者の一人の単独提訴を肯定した。しかし、本件とは事案を異にするとして、判例変更とはしていない。

11. 東京高等裁判所 平成6年1月27日 第18民事部 判決（平成4年（行ケ）第170号）

要旨：

1. 共有に係る実用新案登録を受ける権利の共有者の一人が提起した審決取消の訴えが適法とされた事例。
1 a. 実用新案権の共有の実体的な性格は、民法の定める共有であると解すべきであり、これを合有と解する根拠

はなく、合有関係であることを理由に、共有者の一部の者が提起した審決取消訴訟を固有必要的共同訴訟であると解することはできない。

1 b. 実用新案登録を受ける権利の共有者の一部の者が提起した審決取消訴訟において、請求棄却判決が確定した場合には審決は確定し、反対に、請求認容判決が確定した場合には審決取消判決の効果は他の共有者にも及び（行訴法32条1項）、手続は審判請求段階に戻ると解され、共有者の一部の者に原告適格を肯定した場合においても共有者間において権利付与の可否についての判断が区々になる事態が生ずることはないから、この審決取消訴訟を固有必要的共同訴訟と解する根拠はない。

1 c. 実用新案登録出願に対する拒絶査定及びこれを維持する審決は、実用新案登録を受ける権利の実現を阻害するという意味で妨害行為に当たると解することができるから、共有者の一部の者がかかる妨害行為を排除するために審決取消訴訟を提起する行為は、実用新案登録を受ける権利の保存行為（民法252条ただし書）に当たり、単独ですることができる。

2. 臨床上磁束密度が強かつ広域にわたって磁界を発生することができる磁気治療器に関する考案の実用新案登録を拒絶する査定を支持する審決が取り消された事例。

2 a. 審決が引用する考案においては、最も強い磁極面が巻線の中心軸と直交する両端面であり、本願考案にいうところの「磁極面」の向きが「人体密着面側」を向いておらず、この点で本願考案の構成と異なるから、審決は、本願考案の要旨にいう「磁極面」の技術的な解釈を誤り、引用考案との一致点を誤認したものである。

/知的財産権/無体財産権/工業所有権/実用新案権/当事者適格/合一確定/進歩性/新規性/

/民.264条/民.252条/民訴.40条/実用新案.11条1項/特許.38条/実用新案.41条/特許.132条3項/実用新案.3条/行訴.32条1項/

内容：

件名 審決取消請求事件（認容）

上告審 [最高裁判所 平成7年3月7日第3小法廷 判決](#)（平成6年（行ツ）第83号）

原告 株式会社日本健康増進研究会

代表者代表取締役 栢田 勇

訴訟代理人弁護士 山上和則 同弁理士 鈴木由充

被告 特許庁長官 麻生 渡

指定代理人 中村友之〈ほか3名〉

主 文

特許庁が昭和61年審判第22565号事件について平成4年6月18日にした審決を取り消す。
訴訟費用は被告の負担とする。

事実及び理由

第1 申立て

1 原告

主文と同旨の判決

2 被告

主位的に、「本件訴えを却下する。訴訟費用は原告の負担とする。」、予備的に、「原告の請求を棄却する。訴訟費

用は原告の負担とする。」との判決

第2 事案の概要

1 当事者間に争いのない事実

原告は、名称を「磁気治療器」とする考案について、訴外日本電磁波治療研究所（以下「訴外研究所」という。）と共に、昭和58年11月18日、実用新案登録出願をしたところ、同61年9月5日、拒絶査定を受けたので、同年11月13日、審判請求をしたところ、特許庁は、この請求を昭和61年審判第22565号事件として審理した結果、平成4年6月18日、上記請求は成り立たない、とする審決をした。なお、訴外研究所は、昭和63年12月20日、社員総会の決議により解散し、平成2年1月31日清算を結了して、その旨の登記を了している。

2 本案前の争点

(1) 本件訴えの適法性に関する原告の主張

前記のとおり、訴外研究所は既に解散し、その旨の登記を了しており、もはやその実体はない。ところで、拒絶査定に対する審判については、特許法132条3項が特許を受ける権利が共有に係る場合には、共有者全員が共同して審判を請求することを要する旨規定しているところであるが、審決に対する訴えについては、かかる趣旨の規定はない。そうすると、かかる場合の原告適格については、行政事件訴訟法の解釈として、当該行政処分取消しにより回復すべき法律上の利益を有する者であれば、それが権利の共有者の一部の者であっても「保存行為」として、当該権利に関する行政処分取消しを求めることが許されるものと解すべきである。

仮に、権利者全員について合一に確定すべき要請があるとしても、本件についてみると、前記のように、既に訴外研究所は存在せず、その実体はないのであるから、前記の要請は働かず、訴外研究所に不当な結果をもたらすことはない。そして、本件のような場合にも、訴外研究所と共に訴えを提起することを要するとするならば、既に実体のない訴外研究所と共同して訴えを提起するほかなくなるが、このようなことは不可能であり、原告の権利を防衛する途が閉ざされてしまうこととなり、裁判を受ける権利を保障した憲法32条にも抵触する結果となる。

(2) 被告の反論

実用新案登録を受ける権利の共有者がその共有に係る権利を目的とする実用新案登録出願について共同して拒絶査定不服の審判を請求し、これについて請求が成り立たない旨の審決を受け、その審決の取消しを求める訴えは、このような審決取消しの訴えにおいて審決を取り消すか否かは上記権利を有する者全員について合一のみ確定すべきものであるから、共有者が全員で提起することを要するものと解すべきである。

なるほど、訴外研究所については、解散決議がされ、その旨の登記も了されているところであるが、本件においては、出訴期間が満了するまでの間に、特許法34条4項に基づく権利承継の届出もないのであるから、原告は単独で本件考案について実用新案登録を受ける権利を有するものではない。

したがって、本件訴えは、原告適格を欠くものであるから、不適法である。

3 本案の争点に関する原告主張

(1) 本願考案の要旨

「ソレノイド2個を一組としてその磁極面が取付ボックスにおける人体密着面側と一致する状態に取付ボックス内に並設して磁界発生器を構成し、取付ボックスの一侧に間隔をあけて耳部を形成するとともに両耳部の相対する内側に透孔を設け、取付ボックスの他側には両側に突軸を設けた連結突部を形成し、該取付ボックスの連結突部における突軸を隣接する取付ボックスの前記耳部における透孔に嵌合することにより、複数個の取付ボックスを該取付ボックス内の2個のソレノイドの並設方向と直交する方向に相互に屈曲自在に連結し、かつこれらのソレノイドによる発生磁界の極性が隣合う磁極同士で相異なるように、各ソレノイドに交流を印加する電気回路を形成したことを特徴とする磁気治療器。」（別紙図面1参照）

(2) 審決の理由の要点

(a) 本願考案の要旨は、前項記載のとおりである。

(b) 引用例A（昭和7年実用新案出願公告第18539号公報、別紙図面2参照）には、「両端に磁界を発生させるべく抵抗線を巻収した鉄管を複数本、可撓性を有する織布上に並列に装定してなる電磁治療器。」が、同B（特公昭38一

24140号公報、同図面3参照)には、「治療用の磁気バンドにおいて、磁界の極性が隣合う磁極同士で相異なるようにする」点が、同C(特開昭53-148191号公報、同図面4参照)には、「一対のコ状鋼板重合体の先端部を一体に直列に連絡したソレノイドに、交流を印加して電磁波治療器とする」点がそれぞれ記載されている。

(c) 本願考案と引用考案Aを対比すると、引用考案Aは磁気治療器であるから、当然磁極面を人体密着面側とするものであり、また、引用例Aに記載の「抵抗線を捲収した鉄管」、「電磁治療器」は、それぞれ本願考案の「磁界発生器」、「磁気治療器」に相当するから、両考案は、「磁界発生器を複数有し、各磁界発生器の二つの磁極の並設方向と直交する方向に屈曲自在な磁気治療器。」(磁極面を人体密着面側とする点を含む。)である点で一致する。

これに対し、交流を印加する電気回路に接続するソレノイドによって、極性が、隣合う磁極同士で相異なるように、磁界を発生させる点(相違点①)、磁界発生器を取付ボックス内に収容する点(相違点②)、取付ボックスの一侧に間隔をあけて耳部を形成するとともに両耳部の相対する内側に透孔を設け、取付ボックスの他側には両側に軸を設けた連結突部を形成し、取付ボックスの連結突部における突軸を隣接する取付ボックスの前記耳部における透孔に嵌合することにより連結して、屈曲自在にした点(相違点③)、でそれぞれ相違する。

(d) 相違点①は、引用例B、Cに示されているように、各技術が当分野において従来から知られたものである以上、これを引用考案Aに単に適用する程度のことは、当業者がきわめて容易になし得ることである。

同2は、「磁界発生器をボックス内に収める」というこの分野における従来周知の手段を単に採用したにすぎない程度のものである。

同3は、部材と部材とを相互に屈曲可能に連結する場合に、一方の部材の耳部に設けた透孔と他方の部材の連結突部の突軸とを嵌合連結することは、従来からの周知手段であるから、複数個の並列の磁界発生器の配列を、本願考案における前記耳部と連結突部とを用いて行う程度のことは、該周知手段を知る当業者がきわめて容易になし得るところのものである。

そして、本願考案において、これらを組み合わせたことによる格別の作用効果も、別段著しいものがあるとは認められない。

(e) よって、本願考案は、実用新案法(以下「法」という。)3条2項により実用新案登録を受けることができない。

(3) 審決の取消事由

審決の理由の要点(a)は認める。同(b)のうち、引用例Bについては争うが、その余は認める。同(c)のうち、引用考案Aが磁極面を人体密着面側とするものであるとする点、同考案の「抵抗線を捲収した鉄管」が本願考案の「磁界発生器」に相当するとする点、及び、一致点の認定は争うが、その余は認める。同(d)、(e)は争う。

審決は、本願考案の理解を誤り、引用考案Aとの一致点を誤認して相違点を看過し、各相違点の判断を誤り、本願考案の顕著な作用効果を看過して、その進歩性を否定したものであるから、違法であり、取消しを免れない。

(a) 一致点の誤認(取消事由1)

審決は、引用考案Aは、磁極面を人体密着面側とするとし、この点において本願考案と一致すると認定しているが、誤りである。すなわち、同考案においては、磁極面は鉄管の端面に現れることは電磁気学の右ねじの法則から明らかであるから、これを人体に装着した場合には、磁極面は人体密着面側へは向かず、前記一致点の認定は誤っている。引用考案Aにおいて被告が主張するように、鉄管の周辺部にも磁界が生ずることは認めるが、かかる磁界は磁極面以外の面から発生したいわば「漏れ磁界」といふべきもので、その周面を本願考案にいう「磁極面」などということは到底できない。

また、審決は、「抵抗線を捲収した鉄管」が本願考案の「磁界発生器」に相当するとするが、本願考案の「磁界発生器」はソレノイド2個を一組として磁極面が人体密着面側と一致するように取付ボックス内に並設したものであるのに対し、「抵抗線を捲収した鉄管はかかる構成を具備していないから、前記認定は誤っており、ひいては、両考案が「磁界発生器を複数有し、各磁界発生器の二つの磁極の並設方向と直交する方向に屈曲自在な磁気治療器」である点において一致するとした審決の判断は誤っている。

(b) 相違点①の判断の誤り(取消事由2)

引用例B、Cには、極性が隣合う磁極同士で相異なるように磁界を発生させる点について何ら記載されていないのであるから、これらの引用例から相違点①に係る構成を示唆されるものではなく、審決のこの点に関する判断は誤っている。また、本願考案においては、ソレノイドによる発生磁界の極性が隣合う磁極同士で相異なるように、各ソレノイドに交流を印加する電気回路を形成するというものであるところ、引用例Bにはそのような電気回路を構成すると

いうことは全く記載されていないし、引用例Cにも、単にソレノイドにより磁界を発生させるということが記載されているのみで、そのような電気回路を形成する点についてはどこにも記載がないのである。したがって、引用例B、Cを引用例Aに適用しても、本願考案の構成は得られず、審決の相違点①に対する判断は誤っている。

(c) 相違点②の判断の誤り（取消事由3）

本願考案における磁界発生器とは、ソレノイド2個を一組としてその磁極面が取付ボックスにおける人体密着面側と一致する状態に取付ボックス内に並設したものであるところ、審決のいう「磁界発生器」がソレノイドを指すとしても、これを取付ボックス内に収める点については周知とはいえないから、審決の相違点②についての判断は誤っている。

(d) 相違点③の判断の誤り（取消事由4）

相違点③に係る本願考案の構成は何ら周知ということではできないから、審決の相違点③に関する判断は誤っている。

(e) 顕著な作用効果の看過（取消事由5）

本願考案は、ア 複数の磁界発生器を屈曲自在に連結した[も]ので、体型に合わせ磁気治療器を自由に装着することができる、イ 磁界発生器を互いに連結する構造として、耳部と連結突部を取付ボックスに一体に形成し、これらの部分に設けた透孔と突軸との嵌合により屈曲自在に連結するようにしたので、他の連結部材を必要とせず、部品点数を削減することができる、ウ ソレノイドの磁極が人体側に配置されており、隣合う磁極で極性が相異なるように磁界を発生させるようにしているため、人体に対して深く磁界が作用し、十分な施療面積と共に治療効果を増大することができる、との効果を奏するもので、これらの効果は、各引用例からも得られないものであるから、審決は本願考案の顕著な作用効果を看過したものである。

4 本案の争点に関する原告主張に対する認否及び反論

(1) 本案の争点に関する原告主張に関する認否

本案の争点に関する原告主張(1)及び(2)は認めるが、同(3)は争う。審決の認定判断は正当である。

(2) 反論

(a) 取消事由1について

通電されたソレノイドに発生する磁極面は、強弱はあるものの、巻線の中心軸と直交する両端面のみならず、該端面付近の周面にも発生するのであり、それ故に、引用考案Aが磁気治療器具たり得るのであり、したがって、審決の磁極面を人体密着面側とする点において引用例Aと本願考案は一致するとした認定に誤りはない。

(b) 取消事由2について

引用例Bにおける環状に配列された磁石の個々は、人体への装着面側である片面にのみ着磁したものであり、かつ、その極性は集合体を構成した際の環状の内側が「N極」、外側が「S極」であって、正に「極性が隣合う磁極同士で相異なっている。」すなわち、審決における引用例Bの認定は、環状に配列された複数の磁石の集合体のみ拘泥することなく、該集合体を構成する個々の磁石という観点からもみたということが出来るものである。してみると、「交流を印加する電気回路に接続するソレノイドによって、極性が、隣合う磁極同士で相異なるように、磁界を発生させる点」という相違点①のうち、「極性が隣合う磁極同士で相異なるように（する）」ことが引用例Bに、また、「交流を印加する電気回路に接続するソレノイドによって、磁界を発生させる」ことが引用例Cにそれぞれ示されているから、これを引用例Aに適用する程度のことは、当業者がきわめて容易になし得ることであり、審決の相違点①に対する判断に誤りはない。

(c) 取消事由3について

審決が「磁界発生器を取付ボックス内に収容する点」とした点は、本願考案では、正確には「ソレノイドを取付ボックス内に収容する点」とすべきであることは原告の主張するとおりである。審決は、「ソレノイド」は磁界を発生する装置の1つとして用いられ、それ自体を「磁界発生器」と称することも多いことから、本願考案では明確に区別されている「ソレノイド」と「磁界発生器」を審決では同一視したものであって、引用例A記載の「抵抗線を捲取した鉄管」に相当するものは、正しくは、本願考案では「2個を一組」とした「ソレノイド」である。

しかしながら、審決は、上記のような理由から本来「ソレノイド」と称すべきところを「磁界発生器」と称しただけのものであり、該「磁界発生器」は本願考案の「磁界発生器」とは別の意味である。

そして、「磁界発生器」、あるいは「ソレノイド」を引用例Bに記載されたもののように露出させることも、容器に収めることも、磁気治療具において周知の手段にすぎず、該周知の手段のいずれか一方を採用することに何らの困難

性も認められない。したがって、相違点②の判断には実質的な誤りはない。

(d) 取消事由4について

体型に合わせて自由に人体に装着できて必要な施療面積を確保し得る屈曲自在な磁気治療具は、引用例A及びBにみられるとおり従来から周知のものである。そして、そのための屈曲手段としての上記のような部材相互の連結手段は、同じく人体に装着して用いる物品の分野においては、腕時計のバンド等で古くから広く知られているものであり、該手段を磁気治療具に採用することに何らの困難性も認められないから、審決の判断に誤りはない。

(e) 取消事由5について

本願考案の効果についても、これまで述べたように、本願考案の構成要件はすべて引用例AないしCに記載されたもの及び周知手段であるから、それから生ずる効果も予期し得るものであり、審決に顕著な効果を看過した誤りはない。

5 証拠関係は書証目録記載のとおりである。

第3 争点に対する判断

1 本案前の主張に対する判断

当事者間に争いのない前記の事実によれば、本訴は、共同出願に係る考案の拒絶査定を維持した審決に対し、共同出願人の1人が提起した審決の取消訴訟である。

そこで、上記形態の審決取消訴訟の原告適格について検討する。本願考案に係る実用新案権の登録を受ける権利は、前記の争いない事実によれば、原告と訴外研究所の共有関係にあるものと解される（なお、原告が訴外研究所から本件実用新案登録を受ける権利を譲り受けたとしても、特許庁長官に対するその旨の届出が適法になされたことの立証のない本件においては、いまだ前記のような法律関係にあるものとして取り扱うこととなる。）。

そこでまず、共有に係る実用新案登録を受ける権利における共有の性格について検討する。法は、実用新案登録を受ける権利が共有関係にある場合には他の共有者の同意を得ることなしに持分の譲渡を禁止する旨規定する（法9条2項によって準用される特許法33条3項）が、他にこの共有関係の性格を直接明らかにした規定は存しない。しかし、共有に係る実用新案登録を受ける権利は、共有に係る実用新案権の基盤をなす権利であることからすると、その性質に反しない限り、共有に係る実用新案権における共有の性格に準じて考えることができるものと考えられるので、以下、共有に係る実用新案権における共有の性格についてみるに、法は、実用新案権が共有関係にある場合には、他の共有者の同意を得ることなく、その持分を譲渡し、又は質権を設定すること並びに専用実施権を設定し、又は通常実施権の許諾をすることがそれぞれできない旨規定している（法26条によって準用される特許法73条1項、3項）。これによれば、法は、共有に係る実用新案権について、民法の規定する個人主義的な共有とは異なる制約を課しているものということができる。しかし、法は、上記のような制約を課する反面、共有者は、原則として、他の共有者の同意を得ることなく当該実用新案権を実施することができ（法26条によって準用される特許法73条2項）、また、実用新案権の金銭による分割を予定しており（実用新案登録令7条によって準用される特許登録令33条2項）、さらに実用新案権の共有関係の成立に共同の目的の存在を要件としていないのである。

そこで、以上のような法の規定の仕方を踏まえ、法が、共有に係る実用新案権に対し、前記のような制約を課した根拠について考察するに、実用新案権は、技術思想という技術上の観念の所産を権利の対象とするものであるため、その利用に占有を観念する余地がなく、持分に応じた利用が考えられず、特約がない限り、各共有者は自己の持分に係わりなくそれぞれ独自に実用新案権の全てを実施することが可能であるという特質がある。このため、共有者の一部の者が行う実施、あるいはその前提となる持分の譲渡等の行為は、他の共有者の経済的な利益に重大な影響を生ずるおそれがあることから、持分の譲渡あるいは専用実施権の設定等の前記の各行為を各共有者が単独でなし得るとすることは妥当ではなく、他の共有者の利益保護の観点から、その同意を必要としたものと解される。他方、法は、前記のように、実用新案権の金銭による分割を予定し、共同の目的を共有関係成立の要件としていないことに照らすと、前記の諸制約を共有者間における共同の目的の存在に基づいて説明することは困難といわざるを得ないというべきである。

そうすると、共有に係る実用新案権の共有の実体的な性格は、民法の定める共有であると解すべきであり、これを合有と解する根拠はないというべきである。

そして、以上の共有に係る実用新案権の共有関係の性格は、実用新案登録を受ける権利の共有についても基本的に妥当するものであり、前記の共有に係る実用新案登録を受ける権利の持分の譲渡に関する制約も前述した実用新案権の

場合と同様の理由によるものであるから、共有に係る実用新案登録を受ける権利の共有関係の本質も、民法上の共有であると解するのが相当である。

したがって、共有に係る実用新案登録を受ける権利の共有の性格が合有関係であることを理由に、共有者の一部の者が提起した審決取消訴訟を固有必要的共同訴訟であると解する根拠はないというべきである。

次に、法は実用新案登録を受ける権利が共有関係にある場合について、その出願は共同で行うものとし（法9条によって準用される特許法38条）、また、拒絶査定に対する審判請求は、共有者の全員が共同して請求しなければならないと定めている（法41条によって準用される特許法132条3項）ので、以下、かかる観点から前記の共有者の一部の者が提起した審決取消訴訟が固有必要的共同訴訟に当たるといえるか否かについて検討する。

前記の各規定によると、法は、登録出願から審決に至る手続段階は、実用新案権付与の可否を決定する権利生成の手続過程であるから、その基礎となる実用新案登録を受ける権利が共有関係にある場合において、前記の権利付与の可否の判断が共有者によって区々になることはおよそ許されず、共有者間の権利関係の合一確定の要請を満足するために、前記のような審理手続を採用したものであって、かかる審判手続は、いわゆる講学上の固有必要的共同審判手続に当たるものと解される。

ところで、審決取消訴訟は、特許庁がした審決の適否を判断するものであるから、実用新案登録を受ける権利の共有者間において、審決取消訴訟の判断が合一に確定されるならば、権利付与の可否の判断もまた合一に確定されることが担保される関係にあり、これが望ましいことはいうまでもないことである。しかしながら、審決取消訴訟は、実用新案権等の付与の可否を直接に決する手続ではなく、前記のように、審決の適否の判断を通じて権利付与の可否の判断の適否を間接的に統制する制度であることからすると、共有者間における権利付与の可否についての合一確定の要請から、直ちに、共有に係る実用新案登録を受ける権利の共有者の一部の者が提起した審決取消訴訟も固有必要的共同訴訟でなければならないと即断するのは早計というべきであり、共有者の一部の者の原告適格を肯定した場合、権利付与の可否の判断が区々に分かれるか否かについて更に具体的に検討する必要があるというべきである。そこで、以下、この点を検討するに、まず、共有者の一部の者が提起した審決取消訴訟において、請求が棄却され、これが確定した場合には、審決は確定し（前記の固有必要的審判手続からすると、共有者の1人が審決取消訴訟を提起した場合には、審決の確定遮断の効力が訴訟を提起していない共有者にも及ぶと解される。）、反対に、請求が認容され、これが確定した場合には、審決取消判決の効果は他の共有者にも及ぶ（行政事件訴訟法32条1項）から、手続は審判請求段階に戻り（もとより、他の共有者も審判請求人の地位に立つ。）、再び、審判請求に対する審理が続行されることになることと解される。そうすると、共有に係る実用新案登録を受ける権利の共有者の一部の者に原告適格を肯定した場合においても、共有者間において権利付与の可否についての判断が区々になる事態が生ずることはないというべきである。なお、共有者が別々に審決取消訴訟を提起する場合も理論上考えられないではないが、かかる場合には、合一確定の要請から類似必要的共同訴訟になるものと解すべきであるから、この場合にも、判断の統一は担保されているものである。

以上によれば、実用新案登録を受ける権利の共有者間の合一確定の要請の点からみても、共有に係る実用新案登録を受ける権利の共有者の一部の者が提起した審決取消訴訟を固有必要的共同訴訟と解する根拠はないというべきである。

そして、実用新案登録出願に対する拒絶査定及びこれを維持する審決は、実用新案登録を受ける権利の実現を阻害するという意味で妨害行為に当たると解することができるから、共有者の一部の者がかかる妨害行為を排除するために審決取消訴訟を提起する行為は、実用新案登録を受ける権利の保存行為（民法252条ただし書）に当たると解することが可能であり、このように解したとしても、前記の共有関係にある実用新案権の特質に基づく制約に抵触するものでないことは明らかであるし、また、共有関係にある実用新案登録を受ける権利の合一確定の要請からみても、何らの不都合を生ずるものではないというべきであって、かかる場合の原告適格を否定するに足りる理由を見いだすことはできない。（なお、組合財産について、組合員単独の登記抹消請求を適法としている最高裁昭和33年7月22日第3小法廷判決・民集12巻12号1805頁参照）。

かえって、以上のように解さない場合には、共有者の1人が審決取消訴訟の提起に反対した場合には、他の共有者は権利の実現を図ることを封じられるという看過し難い不合理な結果を回避できない上、審決取消訴訟については出訴期間の制限があることも考慮すると、かかる見解は権利救済の途を不必要に制限するものであって、到底、採用できるものではない。なお、上記の帰結は、既に説示したとおり、共有に係る実用新案登録を受ける権利における共有の性質及び審判手続と審決取消訴訟手続の救済手段としての役割の違いによるものであるから、共有者の1人が審決取

消訴訟の提起に反対した場合における他の共有者の原告適格の問題と、実用新案登録を受ける権利が共有者の一部の者に譲渡されたが、特許庁長官に対するその旨の適法な届出がなかった場合における該譲受人の原告適格の問題を区別して扱う理由がないことは当然である。

よって、本件訴えは、共有に係る実用新案登録を受ける権利の共有者の1人が提起したものであるから、原告適格の具備について欠けるところはなく、他に本訴を不適法とする理由はない。

2 本案についての判断

(1) 本願考案の概要は、以下のとおりであると認められる。いずれも成立に争いのない甲第5号証の1（本願考案の実用新案登録願添付の図面）、同号証の2（昭和60年2月9日付け手続補正書）及び同号証の4（昭和61年12月12日付け手続補正書、以下一括して「本願明細書」という。）によれば、本願考案は、臨床上磁束密度が強く、かつ広域にわたって磁界を発生することができる磁気治療器に関する考案である。従来の磁気治療器が施療面積が狭く、施療部位上を頻繁に移動しなければならないなどの欠点があったことから、かかる欠点を解消し、一度で十分な施療面積を確保し、かつ、人体の深部にまで磁界を作用させることのできる磁気治療器を提供するために前記要旨記載の構成を採択したものである。

(2) 取消事由1について

まず、審決の一致点に関する認定についてみるに、当事者間に争いのない前記審決の理由の要点によれば、審決は、本願考案と引用考案Aは、磁極面を人体密着面側とする点において一致するとしていることは明らかである。そこで、当事者間に争いのない本願考案の要旨にいうところの「磁極面」の意義について検討するに、前記の本願考案の要旨中の、「ソレノイド2個を一組としてその磁極面が取付ボックスにおける人体密着面側と一致する状態に取付ボックス内に並設して磁界発生器を構成（する）」との構成によれば、本願考案においては、磁極面を人体密着側と限定していることは明らかである。

ところで、被告は、引用考案Aに関して、磁極面は巻線の中心軸と直交する両端面のみではなく、該端面の周辺にも発生すると主張するところ、原告もその強弱の程度は別として、被告主張の部位に磁界が発生すること自体は争わないところであり、このことからすると、本願考案においても、人体密着面側のみならず、これと直交する側面にも磁界が発生するであろうことは容易に推測可能というべきである。しかし、棒状磁石においてその磁力の最も強い箇所はその両端であり、ここを一般に「磁界」というのであるから（培風館発行「物理学辞典」816、7頁、岩波書店発行「理化学辞典」535、536頁）、本願考案にいうところの「磁極面」とは、その両端を含む面、すなわち端面を指すものと解すべきである。このことは、当事者にとって明らかなる点であって、被告主張のような磁界が発生する側面は本願考案にいうところの「磁極面」に当たらないものというべきである。この点について、念のために、本願明細書の考案の詳細な説明に即して、「磁極面」の意義を検討すると、本願明細書によれば、本願考案は、「人体の深部にまで磁界を作用させることのできる磁気治療器を提供する」（3頁8行ないし10行）、「ソレノイド11、12は、第3図においては上下方向に磁界が発生するように配置され、したがって取付ボックス14の人体密着面側に一方の磁極が位置することになる。」（4頁16行ないし20行）、「ソレノイドの磁極が人体側に配置されており、隣合う磁極で極性が異なるように磁界を発生させるようにしているため、人体に対して深く磁界が作用し、十分な施療面積と共に治療効果を増大することができる。」（7頁1行ないし5行）等の各記載が認められる。これらの各記載によれば、本願考案において、「磁極面」を「人体密着面側」と限定した技術的意義は、磁界が人体に深く作用することにより、治療効果を上げる点にあることは明らかであり、かかる趣旨から前記のとおり「磁極面を人体密着面側」と限定したものと解されることは明らかというべきである。そうすると、前記要旨にいうところの「磁極面」とは、最も強い「磁極面」、すなわち磁極を含む端面を意味するものと解するのが合理的というべきである。

そこで、引用考案Aをみるに、同考案において、最も強い磁極面が巻線の中心軸と直交する両端面であることは弁論の全趣旨により認めることができるから、同考案においては、本願考案にいうところの「磁極面」の向きが「人体密着面側」を向いておらず、この点において本願考案の構成と異なることは明らかというべきである。そうすると、審決は、本願考案の要旨にいう「磁極面」の技術的な解釈を誤り、引用考案Aとの一致点を誤認したものとわづら得ない。

(3) したがって、審決は、本願考案と引用考案Aの一致点を誤認し、相違点を看過したものであるから、その余の取消事由について検討するまでもなく、違法として取消しを免れない。

3 よって、本訴請求は理由があるからこれを認容することとし、訴訟費用の負担について行政事件訴訟法7条、民事訴訟法89条を適用して、主文のとおり判決する。

東京高等裁判所第18民事部

裁判長裁判官 松野嘉貞 裁判官 濱崎浩一 田中信義

別紙 図面1～4《略》

注 下記の民集を底本としたが、一部判例時報誌により補充した。

判例掲載誌 最高裁判所民事判例集49巻3号961頁* 判例時報1502号137頁

12. 最高裁判所 平成7年3月7日 第3小法廷 判決（平成6年（行ツ）第83号）

要旨：

1. 実用新案登録を受ける権利の共有者が、その共有に係る権利を目的とする実用新案登録出願の拒絶査定を受けて共同で審判を請求し、請求が成り立たない旨の審決を受けた場合に、右共有者の提起する審決取消訴訟は、共有者が全員で提起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である。

/知的財産権/無体財産権/工業所有権/実用新案権/当事者適格/

/実用新案.41条/特許.132条3項/実用新案.47条/民訴.40条/

内容：

件名 審決取消請求上告事件（破棄自判）

原審 [東京高等裁判所 平成6年1月27日 第18民事部 判決](#)（平成4年（行ケ）第170号）

上告人（被告） 特許庁長官

代理人 増井和男 外6名

被上告人（原告） 株式会社日本健康増進研究会

代理人 山下和則 外2名

主 文

原判決を破棄する。
被上告人の本件訴えを却下する。
訴訟の総費用は被上告人の負担とする。

理 由

上告代理人増井和男、同飯村敏明、同河村吉晃、同今井廣明、同小栗昌平、同吉野日出夫、同中村友之、同関口博の上告理由について

一 原審の適法に確定した事実によれば、被上告人は、名称を「磁気治療器」とする考案についての実用新案登録を受ける権利を有限会社日本電磁波治療器研究所と共有し、右考案につき共同で実用新案登録出願をしたが、拒絶の査定を受けたため、右研究所と共同して右査定に対する審判を請求し、請求が成り立たない旨の審決がされたところ、被上告人は、単独で右審決の取消しを求める本件訴えを提起したものである。

原審は、被上告人が単独で提起した本件訴えも適法であるとして、本案につき判断し、右審決を取り消した。

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

実用新案登録を受ける権利の共有者が、その共有に係る権利を目的とする実用新案登録出願の拒絶査定を受けて共同で審判を請求し、請求が成り立たない旨の審決を受けた場合に、右共有者の提起する審決取消訴訟は、共有者が全員で提起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である（[最高裁昭和五二年（行ツ）第二八号同五年一月一八日第二小法廷判決](#)・裁判集民事一二九号四三頁参照）。けだし、右訴訟における審決の違法性の有無の判断は共有者全員の有する一つの権利の成否を決めるものであって、右審決を取り消すか否かは共有者全員につき合一に確定する必要があるからである。実用新案法が、実用新案登録を受ける権利の共有者がその共有に係る権利について審判を請求するときは共有者の全員が共同で請求しなければならないとしている（同法四一条の準用する特許法一三二条三項）のも、右と同様の趣旨に出たものというべきである。

そうすると、本件訴えを適法とした原審の判断には法令の解釈適用を誤った違法があり、この違法は原判決の結論に影響することが明らかである。論旨は理由があり、原判決は破棄を免れない。そして、前記説示に照らせば、被上告人の本件訴えは不適法として却下すべきである。

よって、行政事件訴訟法七条、民訴法四〇八条、九六条、八九条に従い、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

（裁判長裁判官 園部逸夫 裁判官 可部恒雄 裁判官 大野正男 裁判官 千種秀夫 裁判官 尾崎行信）

判例掲載誌 最高裁判所民事判例集49巻3号944頁*

本判決を引用する裁判例

- ・ [最高裁判所 平成14年2月22日 第二小法廷 判決](#)（平成13年（行ヒ）第142号） 商標登録無効審決の取消請求事件において、共有者の一人の単独提訴を肯定した。しかし、本件とは事案を異にするとして、判例変更とはしていない。
- ・ [最高裁判所 平成14年2月28日 第一小法廷 判決](#)（平成13年（行ヒ）第12号） 同前
- ・ [最高裁判所 平成14年3月25日 第二小法廷 判決](#)（平成13年（行ヒ）第154号） 特許取消決定取消請求事件において、共有者の一人の単独提訴を肯定した。しかし、本件とは事案を異にするとして、判例変更とはしていない。

13. 最高裁判所 平成14年2月22日 第2小法廷 判決（平成13年（行ヒ）第142号）

要旨：

1. 商標権の共有者の1人は、共有に係る商標登録の無効審決がされたときは、単独で無効審決の取消訴訟を提起することができる。（固有必要的共同訴訟に当たらない）

1.a. 共有に係る商標登録の無効審決に対して各共有者が共同して又は各別に取消訴訟を提起した場合には、これらの訴訟は、類似必要的共同訴訟に当たる。（理由付けの一部／傍論）

/知的財産権/無体財産権/工業所有権/商標権/当事者適格/訴訟要件/

/行訴.32条1項/商標.56条1項/特許.132条3項/商標.63条2項/特許.181条2項/商標.46-2条/民訴.40条/

内容：

件名 審決取消請求上告事件（破棄差戻）

原審 東京高等裁判所（平成12年（行ケ）第476号）

主 文

原判決を破棄し、本件を東京高等裁判所に差し戻す。

理 由

上告代理人松村信夫，同和田宏徳，同塩田千恵子，同岩井泉，同清末康子の上告受理申立て理由について

1 原審の確定した事実関係等の概要は、次のとおりである。

株式会社レバンテ（以下「訴外会社」という。）は、平成4年12月17日、「ETNIES」の欧文字を横書きした商標につき、指定商品を商標法施行令別表第25類洋服等として商標登録出願をし、同商標は、平成8年1月31日、設定登録された（登録第3116038号。以下「本件登録商標」という。）。本件登録商標に係る商標権は、訴外会社から上告人に対し一部移転され、平成11年1月21日、その旨の登録がされ、以後、上告人と訴外会社は、上記商標権を共有している。

被上告人は、平成11年8月20日、上告人及び訴外会社を被請求人として、本件登録商標に係る商標登録を無効にすることについて、審判請求をした。

特許庁は、平成12年10月26日、上記審判事件につき、商標法4条1項19号該当を理由として、本件登録商標に係る商標登録を無効にすべき旨の審決をした。

2 本件訴えは、上告人が単独で上記審決の取消しを請求するものであるところ、原審は、次のとおり判断して、本件訴えを却下した。

共有に係る商標権につき、商標登録を無効にすべき旨の審決（以下「無効審決」という。）の取消しを求める訴えは、共有者の有する1個の権利の存否を決めるものとして、合一に確定する必要がある、固有必要的共同訴訟である。商標法は、商標登録を受ける権利又は商標権の共有者中に権利の取得又は存続の意欲を失った者がいる場合には、1個の商標権全体について、その取得又は存続ができなくともやむを得ないとしているから（商標法56条1項の準用する特許法132条3項等）、無効審決に対する取消訴訟の場合に同様の扱いをすることが不合理とはいえない。

訴外会社に対しても、上告人に対するのと同時期に審決の謄本の送達がされたものと推認されること、訴外会社が訴えを提起しておらず、出訴期間を経過したから、上告人のみの提起に係る本件訴えは、不適法である。

3 しかしながら、原審の上記判断は是認することができない。その理由は、次のとおりである。

(1) 商標登録出願により生じた権利が共有に係る場合において、同権利について審判を請求するときは、共有者の全員が共同してしなければならないとされているが（商標法56条1項の準用する特許法132条3項）、これは、共有者が有することとなる1個の商標権を取得するについては共有者全員の意思の合致を要求したものである。これに対し、いったん商標権の設定登録がされた後は、商標権の共有者は、持分の譲渡や専用使用権の設定等の処分については他の共有者の同意を必要とするものの、他の共有者の同意を得ないで登録商標を使用することができる（商標法35条の準用する特許法73条）。

ところで、いったん登録された商標権について商標登録の無効審決がされた場合に、これに対する取消訴訟を提起することなく出訴期間を経過したときは、商標権が初めから存在しなかったこととなり、登録商標を排他的に使用する権利が遡及的に消滅するものとされている（商標法46条の2）。したがって、上記取消訴訟の提起は、商標権の消滅を防ぐ保存行為に当たるから、商標権の共有者の1人が単独でもすることができるものと解される。そして、商標権の共有者の1人が単独で上記取消訴訟を提起することができるとしても、訴え提起をしなかった共有者の権利を害することはない。

(2) 無効審判は、商標権の消滅後においても請求することができるとされており（商標法46条2項）、商標権の設定登録から長期間経過した後に他の共有者が所在不明等の事態に陥る場合や、また、共有に係る商標権に対する共有者それぞれの利益や関心の状況が異なることからすれば、訴訟提起について他の共有者の協力が得られない場合なども考えられるところ、このような場合に、共有に係る商標登録の無効審決に対する取消訴訟が固有必要的共同訴訟であると解して、共有者の1人が単独で提起した訴えは不適法であるとする、出訴期間の満了と同時に無効審決が確定し、商標権が初めから存在しなかったこととなり、不当な結果となり兼ねない。

(3) 商標権の共有者の1人が単独で無効審決の取消訴訟を提起することができるとして、その訴訟で請求認容の判決が確定した場合には、その取消しの効力は他の共有者にも及び（行政事件訴訟法32条1項）、再度、特許庁で共有者全員との関係で審判手続が行われることになる（商標法63条2項の準用する特許法181条2項）。他方、その訴訟で請求棄却の判決が確定した場合には、他の共有者の出訴期間の満了により、無効審決が確定し、権利は初めから存在しなかったものとみなされることになる（商標法46条の2）。いずれの場合にも、合一確定の要請に反する事態は生じない。さらに、各共有者が共同して又は各別に取消訴訟を提起した場合には、これらの訴訟は、類似必要的共同訴訟に当たると解すべきであるから、併合の上審理判断されることになり、合一確定の要請は充たされる。

(4) 以上説示したところによれば、商標権の共有者の1人は、共有に係る商標登録の無効審決がされたときは、単独で無効審決の取消訴訟を提起することができるのと解するのが相当である。

4 そうすると、本件訴えを不適法とした原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。なお、[最高裁昭和35年（オ）第684号同36年8月31日第一小法廷判決](#)・民集15巻7号2040頁、[最高裁昭和52年（行ツ）第28号同55年1月18日第二小法廷判決](#)・裁判集民事129号43頁及び[最高裁平成6年（行ツ）第83号同7年3月7日第三小法廷判決](#)・民集49巻3号944頁は、本件と事案を異にし適切でない。したがって、原判決を破棄し、本案について審理させるため、本件を原審に差し戻すこととする。

よって、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

（裁判長裁判官 亀山継夫 裁判官 河合伸一 裁判官 福田 博 裁判官 北川弘治 裁判官 梶谷 玄）

判例掲載誌

本判決を援用する裁判例

- [最高裁判所 平成14年3月25日 第二小法廷 判決](#)（平成13年（行ヒ）第154号） 援用

14. 最高裁判所 平成14年2月28日 第1小法廷 判決（平成13年（行ヒ）第12号）

要旨：

1. 商標権の共有者は、共有に係る商標登録の無効審決がされたときは、各自、単独で無効審決の取消訴訟を提起することができる。（固有必要的共同訴訟に当たらない）

1.a. 共有に係る商標登録の無効審決に対する取消訴訟は、類似必要的共同訴訟に当たる。（理由付けの一部／傍論）

/知的財産権/無体財産権/工業所有権/商標権/当事者適格/訴訟要件/

/行訴.32条1項/商標.56条1項/特許.132条3項/商標.63条2項/特許.181条2項/商標.46-2条/民訴.40条/

内容：

件名 審決取消請求上告事件（破棄差戻し）

原審 [東京高等裁判所 平成12年10月11日 第13民事部 判決](#)（平成12年（行ケ）第177号）

主 文

原判決を破棄し、本件を東京高等裁判所に差し戻す。

理 由

上告代理人吉村駿一の上告受理申立て理由について

1 原審の確定した事実関係等の概要は、次のとおりである。

上告人ら並びにA及びBは、「水沢うどん」の文字を縦書きした商標につき、指定商品を商標法施行令（平成3年政令第299号による改正前のもの）別表第32類「うどんめん、即席うどんめん」とする登録商標（平成5年8月31日設定登録，登録第2564665号。以下「本件登録商標」という。）に係る商標権を共有していた。被上告人らは、平成9年10月27日、上告人ら並びにA及びBを被請求人として、本件登録商標に係る商標登録を無効にすることについて、審判請求をした。

特許庁は、平成12年4月6日、上記審判事件につき、商標法3条1項3号該当を理由として、本件登録商標に係る商標登録を無効にすべき旨の審決をした。上記審決の謄本は、同月26日、上告人ら並びにA及びBに対し送達され、上告人らは、同年5月25日、上記審決に対する訴えを提起したが、A及びBは、同年4月30日付けで、本件登録商標に係る商標権を放棄する旨の持分放棄書を作成し、出訴期間内に上記審決に対する訴えを提起しなかった。

上告人ら並びにA及びBは、同年7月17日、上記持分放棄を原因として、A及びBの持分を各上告人らへ移転する旨の持分移転登録を申請した。

2 本件訴えは、上告人らのみが上記審決の取消しを請求するものであるところ、原審は、次のとおり判断して、本件訴えを却下した。

共有に係る商標権につき、商標登録を無効にすべき旨の審決（以下「無効審決」という。）の取消しを求める訴えは、共有者全員の有する1個の権利の存否を決めるものとして、合一に確定する必要がある、固有必要的共同訴訟で

ある。

A及びBが訴えを提起することなく出訴期間を経過したから、上告人らのみの提起に係る本件訴えは、不適法である。

3 しかしながら、原審の上記判断は是認することができない。その理由は、次のとおりである。

(1) 商標登録出願により生じた権利が共有に係る場合において、同権利について審判を請求するときは、共有者の全員が共同してしなければならないとされているが（商標法56条1項の準用する特許法132条3項）、これは、共有者が有することとなる1個の商標権を取得するには共有者全員の意思の合致を要求したものであるからにほかならない。これに対し、いったん商標権の設定登録がされた後は、商標権の共有者は、持分の譲渡や専用使用権の設定等の処分については他の共有者の同意を必要とするものの、他の共有者の同意を得ないで登録商標を使用することができる（商標法35条の準用する特許法73条）。

ところで、いったん登録された商標権について商標登録の無効審決がされた場合に、これに対する取消訴訟を提起することなく出訴期間を経過したときは、商標権が初めから存在しなかったこととなり、登録商標を排他的に使用する権利が遡及的に消滅する（商標法46条の2）。したがって、上記取消訴訟の提起は、商標権の消滅を防ぐ保存行為に当たるから、商標権の共有者が各自単独でもすることができるものと解される。そして、このように解したとしても、訴え提起をしなかった共有者の権利を害することもない。

(2) 共有に係る商標権については、これに対する共有者それぞれの利益や関心の状況が異なり得ることから訴え提起について他の共有者の協力が得られない場合や、無効審決後に持分を放棄したにもかかわらず出訴期間内に登録が完了しない場合、さらに、商標権の消滅後においても無効審決がされることがあり（同法46条2項参照）、商標権の設定登録から長期間経過して他の共有者が所在不明になる場合などが想定される。このような場合に共有に係る商標登録の無効審決に対する取消訴訟が固有必要的共同訴訟であると解して、共有者の一部の者のみが提起した訴えは不適法であるとする、出訴期間の満了と同時に無効審決が確定し、商標権が初めから存在しなかったこととなり、不当な結果となり兼ねない。

(3) 商標権の共有者が各自単独で無効審決の取消訴訟を提起することができると解しても、その訴訟で請求認容の判決が確定した場合には、その取消しの効力は他の共有者にも及び（行政事件訴訟法32条1項）、再度、特許庁で共有者全員との関係で審判手続が行われることになる（商標法63条2項の準用する特許法181条2項）。他方、その訴訟で請求棄却の判決が確定した場合には、他の共有者の出訴期間の満了により、無効審決が確定し、権利は初めから存在しなかったものとみなされることになる（商標法46条の2）。いずれの場合にも、合一確定の要請に反する事態は生じない。さらに、各共有者が共同して又は各別に取消訴訟を提起した場合には、これらの訴訟は、類似必要的共同訴訟に当たると解すべきであるから、併合の上審理判断されることになり、合一確定の要請は充たされる。

(4) 以上説示したところによれば、商標権の共有者は、共有に係る商標登録の無効審決がされたときは、各自、単独で無効審決の取消訴訟を提起することができると解するのが相当である。

4 そうすると、本件訴えを不適法とした原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。論旨は理由がある。なお、[最高裁昭和35年（オ）第684号同36年8月31日第一小法廷判決](#)・民集15巻7号2040頁、[最高裁昭和52年（行ツ）第28号同55年1月18日第二小法廷判決](#)・裁判集民事129号43頁及び[最高裁平成6年（行ツ）第83号同7年3月7日第三小法廷判決](#)・民集49巻3号944頁は、本件と事案を異にし適切でない。したがって、原判決を破棄し、本案について審理させるため、本件を原審に差し戻すこととする。

よって、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

(裁判長裁判官 深澤武久 裁判官 井嶋一友 裁判官 藤井正雄 裁判官 町田 顯)

15. 最高裁判所 平成14年3月25日 第2小法廷 判決（平成13年（行ヒ）第154号）

要旨：

共有に係る特許権が特許異議の申立てに基づき特許庁により取り消された場合に、特許権の共有者の一人が単独で提起した特許取消決定の取消訴訟が適法とされた事例。

1. 特許権の共有者の1人は、共有に係る特許の取消決定がされたときは、特許権の消滅を防ぐ保存行為として、単独で取消決定の取消訴訟を提起することができる。

1.a. 特許権の各共有者が共同して又は各別に取消訴訟を提起した場合には、これらの訴訟は類似必要的共同訴訟に当たる。（理由付けの一部／傍論）

1.b. 特許法132条3項の「特許権の共有者がその共有に係る権利について審判を請求するとき」とは、特許権の存続期間の延長登録の拒絶査定に対する不服の審判（同法67条の3第1項、121条）や訂正の審判（同法126条）等の場合を想定しているものであって、一般的に、特許権の共有の場合に常に共有者の全員が共同して行動しなければならないことまで予定しているものとは解されない。（傍論）

/知的財産権/無体財産権/工業所有権/特許権/固有必要的共同訴訟/当事者適格/訴訟要件/

/特許.132条3項/特許.38条/特許.73条/特許.67-3条/特許.121条/民訴.40条/民.252条/

内容：

件名 特許取消決定取消請求上告事件（破棄差戻）

原審 [東京高等裁判所平成13年3月12日第13民事部判決](#)（平成12年（行ケ）第470号）

主 文

原判決を破棄し、本件を東京高等裁判所に差し戻す。

理 由

上告代理人小坂志磨夫，同小池豊，同永井義久の上告受理申立て理由について

1 原審の確定した事実関係等の概要は、次のとおりである。

上告人及び池上通信機株式会社（以下「訴外会社」という。）は、名称を「パチンコ装置」とする発明（平成11年2月19日設定登録，特許第288528号。以下，同発明に係る特許を「本件特許」という。）に係る特許権の共有者である。

Aは平成11年11月5日，Bは同月10日，それぞれ本件特許につき特許異議の申立てをした。

特許庁は，平成12年10月25日，上記異議申立てにつき，本件特許の請求項1に係る特許を取り消す旨の決定をした。

2 本件訴えは，上告人が単独で上記決定の取消しを請求するものであるところ，原審は，次のとおり判断して，本件訴えを却下した。

共有に係る特許権につき，特許異議の申立てに基づいてされた特許を取り消すべき旨の決定（以下「取消決定」という。）の取消しを求める訴えは，共有者全員の有する1個の権利の存否を決めるものとして，合一に確定する必要

があり、共有者それぞれについて異なった内容で確定され得ると解する余地はないから、固有必要的共同訴訟である。特許法は、特許を受ける権利又は特許権の共有者中に権利の取得又は存続の意欲を失った者がいる場合には、1個の特許権全体について、その取得又は存続ができなくともやむを得ないとしているから（特許法132条3項）、取消決定に対する取消訴訟の場合に同様の扱いをすることが不合理とはいえない。

訴外会社に対しても、上告人に対するのと同時期に決定の謄本の送達がされたところ、訴外会社が訴えを提起しておらず、出訴期間を経過したから、上告人のみの提起に係る本件訴えは、不適法である。

3 しかしながら、原審の上記判断は是認することができない。その理由は、次のとおりである。

特許を受ける権利が共有に係るときは、各共有者は、他の共有者と共同でなければ特許出願をすることができず（特許法38条）、共有に係る特許を受ける権利について審判を請求するときは、共有者の全員が共同してしなければならないとされているが（同法132条3項）、これは、共有者の有する1個の権利について特許を受けようとするには共有者全員の意思の合致を要求したものにほかならない。これに対し、いったん特許権の設定登録がされた後は、特許権の共有者は、持分の譲渡や専用実施権の設定等の処分については他の共有者の同意を必要とするものの、他の共有者の同意を得ないで特許発明の実施をすることができる（同法73条）。

ところで、いったん登録された特許権について特許の取消決定がされた場合に、これに対する取消訴訟を提起することなく出訴期間を経過したときは、特許権が初めから存在しなかったこととなり、特許発明の実施をする権利が遡及的に消滅するものとされている（同法114条3項）。したがって、特許権の共有者の1人は、共有に係る特許の取消決定がされたときは、特許権の消滅を防ぐ保存行為として、単独で取消決定の取消訴訟を提起することができるのと解するのが相当である（[最高裁平成13年（行ヒ）第142号同14年2月22日第二小法廷判決・裁判所時報1310号5頁参照](#)）。なお、特許法132条3項の「特許権の共有者がその共有に係る権利について審判を請求するとき」とは、特許権の存続期間の延長登録の拒絶査定に対する不服の審判（同法67条の3第1項、121条）や訂正の審判（同法126条）等の場合を想定しているのであって、一般的に、特許権の共有の場合に常に共有者の全員が共同して行動しなければならないことまで予定しているものとは解されない。

特許権の共有者の1人が単独で取消決定の取消訴訟を提起することができるのと解しても、合一確定の要請に反するものとはいえない。また、各共有者が共同して又は各別に取消訴訟を提起した場合には、これらの訴訟は類似必要的共同訴訟に当たるから、併合して審理判断されることになり、合一確定の要請は充たされる。

4 そうすると、本件訴えを不適法とした原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。なお、[最高裁昭和35年（オ）第684号同36年8月31日第一小法廷判決・民集15巻7号2040頁](#)、[最高裁昭和52年（行ツ）第28号同55年1月18日第二小法廷判決・裁判集民事129号43頁及び最高裁平成6年（行ツ）第83号同7年3月7日第三小法廷判決・民集49巻3号944頁](#)は、本件と事案を異にし適切でない。したがって、原判決を破棄し、本案について審理させるため、本件を原審に差し戻すこととする。

よって、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

(裁判長裁判官 梶谷 玄 裁判官 河合伸一 裁判官 福田 博 裁判官 北川弘治 裁判官 亀山継夫)

判例掲載誌

遺産訴訟－共有者間の内部紛争

16. 最高裁判所 平成9年3月14日 第2小法廷 判決（平成5年（才）第920号）

要旨：

1. 遺産確認の訴えは、特定の財産が被相続人の遺産に属することを共同相続人全員の間で合一に確定するための訴えである。

1.a. 共同相続人甲、乙、丙のうち甲と乙との間において、ある土地につき甲の所有権確認請求を棄却する旨の判決が確定しても、この判決は、甲乙間において右土地につき甲の所有権の不存在を既判力をもって確定するにとどまり、甲が相続人の地位を有することや右土地が被相続人の遺産に属することを否定するものではないから、甲は、遺産確認の訴えの原告適格を失わず、共同相続人全員の間で右土地の遺産帰属性につき合一確定を求める利益を有する。

/既判力の客観的範囲/当事者適格/

/民訴.114条1項/民訴.115条/民訴.40条/

内容：

件名 遺産確認等請求本訴、共有持分権不存在中間確認請求反訴・上告事件（棄却）

原審 東京高等裁判所 平成4年12月17日判決（平成3年（ネ）第3483号）

第一審 東京地方裁判所 平成3年9月27日判決（平成2年（ワ）第1235号）

主 文

本件上告を棄却する。

上告費用は上告人の負担とする。

理 由

上告代理人宮崎富哉の上告理由について

共同相続人甲、乙、丙のうち甲と乙との間において、ある土地につき甲の所有権確認請求を棄却する旨の判決が確定し、右確定判決の既判力により、甲が乙に対して相続による右土地の共有持分の取得を主張し得なくなった場合であっても、甲は右土地につき遺産確認の訴えを提起することができるのと解するのが相当である。ただし、遺産確認の訴えは、特定の財産が被相続人の遺産に属することを共同相続人全員の間で合一に確定するための訴えであるところ（最高裁昭和五七年（才）第一八四号同六一年三月一三日第一小法廷判決・民集四〇巻二号三八九頁、[最高裁昭和六〇年（才）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）、右確定判決は、甲乙間において右土地につき甲の所有権の不存在を既判力をもって確定するにとどまり、甲が相続人の地位を有することや右土地が被相続人の遺産に属することを否定するものではないから、甲は、遺産確認の訴えの原告適格を失わず、共同相続人全員の間で右土地の遺産帰属性につき合一確定を求める利益を有するといふべきである。右と同旨の原審の判断は、正当として是認することができる。論旨は、独自の見解に立って原判決を非難するものにすぎず、採用することができない。

よって、民訴法四〇一条、九五条、八九条に従い、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

（裁判長裁判官 根岸重治 裁判官 大西勝也 裁判官 河合伸一 裁判官 福田博）

判例掲載誌 判例タイムズ937号104頁* 金融・商事判例1020号13頁 判例時報1600号89頁
判例研究

- 上田徹一郎・民商法雑誌117巻6号905頁-915頁
- 高見進・私法判例リマークス16号（1998年）135頁-139頁

関連事件

- [最高裁判所 平成9年3月14日 第2小法廷 判決](#)（平成5年（オ）第921号）

17. 最高裁判所 平成9年3月14日 第2小法廷 判決（平成5年（オ）第921号）

要旨：

1. 所有権確認請求訴訟において請求棄却の判決が確定したときは、原告が同訴訟の事実審口頭弁論終結の時点において目的物の所有権を有していない旨の判断につき既判力が生じるから、原告が右時点以前に生じた所有権の一部たる共有持分の取得原因事実を後の訴訟において主張することは、右確定判決の既判力に抵触する。

1.a. 3名の共同相続人（甲・乙・丙）中の2名（甲・乙）がある不動産について相互に所有権を主張したが、裁判所は被相続人の遺産に属すると判断して、甲の所有権確認請求と乙の明渡反訴請求を棄却する判決が確定した後、遺産分割手続において乙が単独所有権を主張したため甲が共有持分権を主張して所有権一部移転登記手続を請求した場合であっても、甲の共有持分権の主張は、前訴判決の既判力により遮断されるとされた事例。（補足意見と反対意見あり）

/信義則/

/民訴.114条/民訴.2条/

内容：

件名 遺産確認等請求本訴、共有持分権不存在中間確認請求反訴・上告事件（棄却）

原審 東京高等裁判所 平成4年12月17日判決（平成3年（ネ）第3483号）

第一審 東京地方裁判所 平成3年9月27日判決（平成2年（ワ）第1235号）

意見

- [裁判官根岸重治の補足意見](#)
- [裁判官福田博の反対意見](#)

主 文

本件上告を棄却する。
上告費用は上告人の負担とする。

理 由

上告代理人井出正敏、同玉利誠一の上告理由について

一 原審の確定した事実関係及び記録によって認められる訴訟の経過等の概要は、次のとおりである。

1 亡甲山タロウ（昭和三七年四月二三日死亡）の相続人は、上告人（妻）、甲山ハルコ（長女）及び被上告人（次女）の三名である。

2 原判決別紙物件目録一及び二記載の土地（以下「本件土地」という。）は、タロウが所有者の丙川ユリコから賃借していた土地であるが、昭和三〇年一〇月五日に右土地につき同日付け売買を原因として丙川から被上告人への所有権移転登記がされている。

3 上告人は、タロウが死亡した後の昭和四六年、被上告人に対して、本件土地につき上告人が所有権を有することの確認及び上告人への所有権移転登記手続を求める訴えを提起し、その所有権取得原因として、上告人が本件土地を丙川から買い受けた、そうでないとしても時効取得したと主張した。これに対し、被上告人は、本件土地を買い受けたのはタロウであり、タロウは右土地を被上告人に贈与したと主張した。

被上告人は、昭和五一年、本件土地上の建物の所有者に対し、所有権に基づいて地上建物収去・本件土地明渡しを求める訴えを提起し、右訴えは上告人の提起した訴えと併合審理された（以下、併合後の訴訟を「前訴」という。）。

4 前訴の控訴審判決（以下「前訴判決」という。）は、本件土地の所有権の帰属につき（1）本件土地を丙川から買い受けたのは、上告人ではなく、タロウであると認められる、（2）被上告人がタロウから本件土地の贈与を受けた事実は認められない、と説示して、上告人の所有権確認等の請求を棄却し、被上告人の地上建物所有者に対する請求も棄却すべきであると示した。前訴判決に対して上告人のみが上告したが、昭和六一年九月一日、上告棄却の判決により前訴判決が確定した。

5 前訴判決の確定後、タロウの遺産分割調停事件において、被上告人が本件土地の所有権を主張し、右土地がタロウの遺産であることを争ったため、上告人及びハルコは、平成元年に本訴を提起し、本件土地は、タロウが丙川から買い受けたものであり、タロウの遺産であって、上告人及びハルコは相続によりそれぞれ右土地の三分の一の共有持分を取得したと主張し、本件土地がタロウの遺産であることの確認及び右各共有持分に基づく所有権一部移転登記手続を求めた。

これに対し、被上告人は、前訴と同じくタロウから本件土地の贈与を受けたと主張するとともに、上告人が相続による右土地の共有持分の取得の事実を主張することは、前訴判決の既判力に抵触して許されないと主張し、反訴請求として上告人が本件土地の三分の一の共有持分を有しないことの確認を求めた。

二 所有権確認請求訴訟において請求棄却の判決が確定したときは、原告が同訴訟の事実審口頭弁論終結の時点において目的物の所有権を有していない旨の判断につき既判力が生じるから、原告が右時点以前に生じた所有権の一部たる共有持分の取得原因事実を後の訴訟において主張することは、右確定判決の既判力に抵触するものと解される。

これを本件についてみると、前記事実関係によれば、上告人は、前訴において、本件土地につき売買及び取得時効による所有権の取得のみを主張し、事実審口頭弁論終結時以前に生じていたタロウの死亡による相続の事実を主張しないまま、上告人の所有権確認請求を棄却する旨の前訴判決が確定したというのであるから、上告人が本訴において相続による共有持分の取得を主張することは、前訴判決の既判力に抵触するものであり、前訴においてタロウの共同相続人である上告人、被上告人の双方が本件土地の所有権の取得を主張して争っていたこと、前訴判決が、双方の所有権取得の主張をいずれも排斥し、本件土地がタロウの所有である旨判断したこと、前訴判決の確定後に被上告人が本件土地の所有権を主張したため本訴の提起に至ったことなどの事情があるとしても、上告人の右主張は許されないものといわざるを得ない。これと同旨の見解に基づき、上告人の所有権一部移転登記手続請求を棄却し、被上告人の反訴請求を認容した原審の判断は、正当として是認することができる。原判決に所論の違法はなく、論旨は採用することができない。

よって、民訴法四〇一条、九五条、八九条に従い、裁判官根岸重治の補足意見、裁判官福田博の反対意見があるほ

か、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

裁判官根岸重治の補足意見は、次のとおりである。

私は、多数意見に同調するものであるが、反対意見にかんがみ、若干の意見を付加しておきたい。

一 特定の土地についての所有権の存否と当該土地の共有持分の存否との間には、その共有が相続による遺産共有であるとしても、訴訟物の同一性があるから、多数意見の説示するとおり、本件土地についての上告人の所有権確認請求を棄却する旨の前訴判決が確定したことにより、上告人が前訴の事実審口頭弁論終結時以前に相続により本件土地の共有持分を取得したことを本訴において主張することは、前訴判決の既判力に抵触すると解するほかはない。ところで、反対意見は、本訴における主張が前訴判決の既判力に抵触することは是認しながらも、既判力に抵触する主張であっても例外的にこれを許容すべき場合があり、本件は正にこのような場合に該当するというのである。しかし、私は、このような見解に賛同することはできない。

二 いうまでもないところであるが、確定判決の既判力（民訴法一九九条一項）とは、確定判決の内容について認められる拘束力であって、この既判力が生ずると、同一当事者間の後の訴訟において、裁判所は、前の訴訟の確定判決の主文に包含される判断（すなわち訴訟物に関する判断）と異なる判断をすることが許されないこととなる（同法四二〇条一項一〇号参照）。もし、確定判決にこのような効力があることを承認しないとすると、同一当事者間において同一の権利をめぐる訴訟が繰り返され、受訴裁判所ごとに相反する判断が下され得ることとなり、確定判決によっても紛争が最終的に解決されたことにはならず、国家が公権的法律判断を下して私人の紛争を強制的に解決するために設けた民事訴訟制度の目的に反することとなるのである。また、前の訴訟の確定判決に右のような効力を認めることは、その反面として、当事者が後の訴訟において当該確定判決の訴訟物に関する判断に反する主張をすることはでき得ないこととなるため、前の訴訟の原告としては、その訴訟においてこれと訴訟物を同じくする範囲では主張立証を尽くす必要を生じてくるのである。

ところで、既判力が及ぶ範囲を定めるものは訴訟物の概念であり、どの範囲で訴訟物の同一性を認めるべきかについては種々の議論があるにせよ、訴訟物の同一性がある範囲では既判力が及び、同一性がないものには及ばないと解すべきことについては、ほぼ異論がないところであろう。

したがって、上告人の売買又は取得時効による所有権の取得を主張する前訴請求と相続による共有持分の取得を主張する本訴請求との間に訴訟物の同一性があることを前提として、前訴判決の既判力が本訴における上告人の主張に及ぶことも認めながら、既判力に抵触する主張も例外的に許容されることがあるとする反対意見の見解は、民事訴訟制度の根幹にかかわる既判力の本質と相容れないものであって、到底容認することができないのである。

三 反対意見は、本件の具体的事情の下においては、被上告人が、紛争の解決についての合理的な期待を裏切って前訴判決の判断に従わず、遺産分割調停において本件土地の遺産帰属性を争うという信義則に反する対応をしたために、上告人が本訴の提起を余儀なくされたのであって、これを許さないことは条理に反するという。しかし、本件の個別的事情に基づく実質論をもって、既判力に抵触する主張であっても許容すべきであるとする見解が認められないことは二において述べたとおりであるが、私は、反対意見のいう実質論そのものにも、にわかに賛同することができない。

反対意見は、大要「共同相続人間の紛争において、甲、乙の双方がある土地を自己の所有であるとして争っている場合、甲や乙としては、右土地が被相続人の遺産であれば相続分に応じた共有持分を取得できることは十分承知しており、相続による共有持分では満足しない故に、自己にとってより有利な単独所有の主張をしているのが実情であり、また、仮に判決において甲、乙の土地所有権確認請求がいずれも棄却されても、判決において双方の所有権の主張に対する判断が示されたことにより紛争が解決されるのが通常であり、所有権の主張と併せて予備的に相続による共有持分の主張をしておかなくても、判決の後に遺産帰属性をめぐる争いが生じることはないということができる。」旨の一般論を展開し、さらに、それを背景として、本件につき、「前訴の段階では、上告人が被上告人の本件土地の遺産帰属性を争うというような判決後の対応を予想することは困難であり、遺産帰属性をめぐる争いに備えて相続による共有持分の取得を主張することを要求するのは、酷に過ぎるものといわざるを得ない。」としている。

しかしながら、被上告人の本件土地をタロウから贈与されたとの主張は、前訴において退けられはしたが、前訴判

決は、タロウが被上告人に対し、本件土地を贈与する意向を漏らしていたことは認められるが、贈与の確定的意思表示をしたとの点は、直ちに採用することはできない旨の判断をしていることから、全く根も葉もないものではなかったことがうかがわれる等の本件経緯に照らせば、上告人と対立して、その主張を強く争ってきている被上告人が、前訴判決後本件土地についての上告人の共有持分を認めないような対応をするとは予想することが困難であったと結論付けることには疑問があり、また、そもそも本件土地がタロウの所有であるとの判断は、前訴判決の理由中でされたもので、被上告人に対して拘束力をもつものではなく、それに反する言動があったからといって、それが信義則に反すると即断できるものでもない。

本件に関し、もし上告人が真に紛争の解決を念願しているのであれば、安易に上告人の期待するような被上告人の判決後の対応に頼ることなく、前訴において予備的に相続による共有持分の主張をすべきであったのに、最も有利な単独の所有権の主張に固執してそれを怠ったこと、前訴においては、タロウが死亡した事実及び上告人らがその相続人である事実については当事者間に争いがなく、また、前訴判決は、本件土地はタロウが買い受けたものであるとの事実認定の下に上告人の請求を棄却している点にかんがみると、上告人が予備的に共有持分の主張をしても、その立証に特段の負担を負うことにはならないことなどを勘案すると、前訴の段階において、上告人に相続による共有持分の取得の主張をすることを要求するのが酷に過ぎるものとはいえない。

なお、反対意見は、「本件のような諸事情の下において、上告人の本件主張は許容されるべきであると解しても、上告人に同一の紛争の蒸し返しを許すことにはならず、前訴判決との間で実質的な判断の矛盾抵触を来すことにもならないから、既判力制度の本来の趣旨・目的に反するものではない。」旨主張するので、念のため付言するが、既に述べたところからも明らかなように、前訴判決の既判力に反するため、本来許されない本件主張をして、あえて訴訟を提起し、裁判所に前訴により確定された内容と異なる判断を求めることこそ、正に既判力の容認しない同一の紛争を蒸し返し、前訴判決の判断と矛盾抵触する判断を求めることに該当するもので、既判力制度の本来の趣旨・目的に反するものといわざるを得ない。

右のとおり、上告人が本件訴訟を提起するに至ったことについては、被上告人にその非が全くなかったとはいえないとしても、むしろ上告人の責めに帰すべきところが少なくないのであって、実質的にみても、上告人側に本件訴訟の提起を正当化し得る程の諸事情があるとは到底考えられないのである。

裁判官福田博の反対意見は、次のとおりである。

本件の争点は、前訴で所有権の確認を求めて敗訴した上告人が、本訴において前訴の事実審口頭弁論終結時以前に生じた相続による共有持分の取得の事実を主張することが許されるか否かであり、多数意見は、上告人の右主張が前訴判決の既判力に抵触して許されないとするものである。しかし、私は、以下に述べる理由により、多数意見には賛成することができない。

一 本件は、共同相続人間で土地の所有権の帰属が争われた事案である。そこで、共同相続人間における財産の帰属をめぐる紛争がどのような形で争われ、訴訟・判決によって解決されるか、また、右紛争の中で相続による共有持分の存否が訴訟で争われるのはどのような場合かを検討する。

1 まず、ある土地について共同相続人甲は遺産であると主張し、共同相続人乙は自己の所有であると主張して、右土地が被相続人の遺産に属するか否かが争われる場合が考えられる。この場合、甲は、乙との間で右土地が被相続人の遺産に属することを確定するために、右土地につき相続による共有持分の取得を主張してその確認を求めることができる。そして、右訴訟において甲が勝訴すれば、右土地は被相続人の遺産ということになり、乙が勝訴すれば、右土地は乙の所有ということになって、右土地の遺産帰属性に関する紛争は事実上解決されることになる。訴訟法的に見れば、甲勝訴の判決は、甲が共有持分を有することを確定するにすぎず、その取得原因が相続であることや、右財産が被相続人の遺産であることについて既判力が生じるものではないし、乙勝訴の判決は、甲が共有持分を有しないことを確定するにすぎず、乙の所有権を確定するものではない。右のような難点を解消する手段として、特定の財産が被相続人の遺産に属することの確認を求める遺産確認の訴えが認められているのであるが、通常は、共有持分確認の訴えによって、遺産帰属性に関する紛争を解決するという目的は達成されるのである（最高裁昭和五七年（オ）第一八四号同六一年三月一三日第一小法廷判決・民集四〇巻二号三八九頁参照）。このように、共同相続人間における相続による共有持分の主張は、遺産帰属性の主張にほかならず、確定的な共有持分の取得の主張とはその実質にお

いて異なるものということができよう。

2 次に、共同相続人甲、乙がある土地について互いに自己の所有であると主張して争う場合が考えられる。この場合には、甲又は乙のいずれか一方が他方を相手方として所有権の確認を求めるか、あるいは、双方が互いに所有権の確認を求めることになる。そして、判決により甲、乙のいずれかの所有権の主張が認められれば、右土地は勝訴者の所有ということになって、紛争が事実上解決される。なお、訴訟法的に見れば、甲のみが所有権確認訴訟を提起した場合において、乙の所有であることを認めて甲の請求を棄却する旨の判決が確定しても、右判決は甲の所有権の不存在を確定するにすぎず、乙の所有権について既判力を生じるわけではないが、実際には、右判決によって乙の所有ということによって紛争が解決されるのが通例であろう。右のように甲、乙のいずれかの所有権の主張が認められて紛争が解決する限りにおいては、甲乙間の紛争は、相続や遺産とは無関係であり、相続による共有持分の存否が争われることはない。

しかし、共同相続人間の紛争においては、甲、乙の双方が自己の所有であるとして争っている場合であっても、実際には、甲、乙いずれの所有でもなく、被相続人の遺産であるということも少なくない。その意味では、財産の帰属をめぐる共同相続人間の紛争においては、常に当該財産が被相続人の遺産である可能性があり、遺産帰属性に関する紛争も潜在的に含まれているという見方もできる。もっとも、右のような場合、甲や乙としては、右土地が被相続人の遺産であれば相続分に応じた共有持分を取得できることは十分承知しており、相続による共有持分では満足しないが故に、自己にとってより有利な単独所有の主張をしているのが実情であり、甲所有か、乙所有か、それとも遺産か、というのが当事者の認識する紛争の実態といってよいであろう。そうであるとすれば、仮に判決において右土地が甲、乙のいずれの所有でもなく被相続人の遺産であると判断されれば、右判決に従って右土地が遺産であることを承認し、遺産分割の移行するというのが当事者の通常の対応と考えられる。例えば、甲、乙の土地所有権確認請求がいずれも棄却され、右土地が甲の所有でも乙の所有でもなく、被相続人の遺産であると判断された場合において、甲が右土地の遺産帰属性を争って乙の共有持分を否定することは、同時に自らの共有持分をも否定することになるのであり、このような判決後の対応をとることはおよそ考えられないといつてよく、乙についても同様である。

以上によれば、共同相続人甲、乙が互いにある財産の所有権を主張して争っている場合には、右財産が被相続人の遺産である場合も含めて、判決において双方の所有権の主張に対する判断が示されることにより紛争が解決されるのが通常であり、所有権の主張と併せて予備的に相続による共有持分の主張をしておかなくても、判決の後に遺産帰属性をめぐる争いが生じることはないといえることができる。

二 確定判決において示された既判力ある判断（訴訟物に関する判断）について、当事者が後の訴訟においてこれと矛盾抵触する主張をすることを許さないのは、一回の訴訟・判決によって紛争を解決し、当事者に同一の紛争の蒸し返しを許さないためにほかならない。しかし、訴訟・判決による紛争の解決は、既判力ある判断部分のみによってもたらされるのではなく、既判力を生じない判断部分も含め、判決によって示された判断が全体として紛争解決の機能を果たしていることは、共同相続人間の紛争について先に検討したところからも明らかであり、紛争の当事者も判決の右のような機能を前提とし、これに期待して訴訟制度を利用しているものと考えられる。そうであるとすれば、後の訴訟における当事者の主張が前の訴訟の判決との関係で許されるか否かを判断するに当たっては、既判力との抵触の有無だけでなく、当事者が一般的に期待する判決の紛争解決機能に照らし、当該主張が前の訴訟の判決によって解決されたはずの紛争を蒸し返すものか否かという観点からの検討も必要であり、前の訴訟における紛争の態様、当事者の主張及び判決の内容、判決後の当事者の対応及び後の訴訟が提起されるに至った経緯等の具体的事情によっては、既判力に抵触しない主張であっても信義則等に照らしてこれを制限すべき場合があり、また、その反面、既判力に抵触する主張であっても例外的にこれを許容すべき場合があり得ると考えられる。

このような観点から本件の事案を検討すると、前訴においては、タロウの共同相続人である上告人、被上告人の双方が本件土地につき単独所有のみを主張して争っていたところ、前訴判決は、双方の所有権取得の主張をいずれも認めなかったものであり、その理由説示によれば、本件土地はタロウの所有に属し、同人の遺産であるという判断がおのずから導き出されるところである。このような場合、先に検討したところによれば、当事者双方が前訴判決の判断に従い、本件土地がタロウの遺産であることを承認して、遺産分割の手続を進めるのが通常であり、判決の後に遺産帰属性をめぐる争いが生じることはないと考えられる。にもかかわらず、上告人が本訴において本件土地の共有持分の取得を主張するに至ったのは、被上告人が遺産分割調停において再び本件土地の所有権を主張し、その遺産帰属性を争ったためにほかならない。被上告人は、前訴において、本件土地につき、所有権の確認こそ求めていなかったものの、タロウからの贈与による所有権の取得を主張して、地上建物の所有者に対し所有権に基づく建物収去土地明渡請求訴訟を提起していたのであり、右主張が認められず、建物収去土地明渡請求訴訟につき敗訴判決が確定したのであ

るから本件土地につき所有権の主張が認められずに敗訴したという点では上告人と実質的な立場に変わりはない。そのような被上告人が、遺産分割調停及び本訴において、前訴で排斥された所有権取得の主張を繰り返し、本件土地の遺産帰属性を争うことは、前訴判決によって決着したはずの紛争を蒸し返すものであり、信義則に反すると言わざるを得ない。他方、上告人は、前訴判決の判断に従い、本件土地がタロウの遺産であることを承認して遺産分割の手続を進めようとしたにもかかわらず、右のような被上告人の信義則に反する対応により、紛争の解決に対する合理的な期待を裏切られ、予期していなかった本件土地の遺産帰属性の争いを解決するために、本訴を提起することを余儀なくされたものといえる。前訴の段階では、上告人が被上告人の右のような判決後の対応を予想することは困難であり、遺産帰属性をめぐる争いに備えて相続による共有持分の取得を主張することを要求するのは、酷に過ぎるものといわざるを得ない（なお、本件では、タロウの相続人としてハルコもいるのであり、前訴において遺産帰属性の点も含めて既判力ある判断を得ようとするならば、本訴のようにハルコも当事者に加えて遺産確認の訴えを提起しなければならないことになる。）。

右のような諸事情が認められるにもかかわらず、本訴において上告人に相続による共有持分の取得の主張を許さないのは、条理に反するというべきであり、前訴判決の既判力に抵触するものであっても、上告人の右主張は許容されるべきものと解するのが相当である。このように解しても、上告人に同一の紛争の蒸し返しを許すことにはならず、前訴判決との間で実質的な判断の矛盾抵触を来すことにもならないから、既判力制度の本来の趣旨・目的に反するものではない。右と異なり、上告人の相続による共有持分取得の主張が前訴判決の既判力に抵触して許されないとした原審の判断には、既判力に関する法令の解釈適用を誤った違法があり、右違法が原判決の結論に影響を及ぼすことは明らかであって、原判決は破棄を免れない。そして、本件土地がタロウの遺産に属することなど原審の適法に確定した事実によれば、本件土地の三分の一の共有持分に基づいて所有権一部移転登記手続を求める上告人の請求は理由があり、第一審判決のうち右請求を認容した部分は正当であるから、右部分に対する被上告人の控訴を棄却すべきである。また、上告人が本件土地の三分の一の共有持分を有しないことの確認を求める被上告人の反訴請求は、理由がないから棄却すべきである。

(裁判長裁判官 根岸重治 裁判官 大西勝也 裁判官 河合伸一 裁判官 福田博)

判例掲載誌 判例タイムズ937号104頁* 金融・商事判例1020号13頁 判例時報1600号89頁
判例研究

- 坂原正夫・慶大法学研究71巻12号(1998年)144頁-154頁 判旨に賛成
- 上田徹一郎・民商法雑誌117巻6号(1998年)905頁-915頁 判旨に反対
- 高見進・私法判例リマークス16号(1998年)135頁-139頁 判旨に反対＝福田意見に賛成

関連事件

- [最高裁判所 平成9年3月14日 第2小法廷 判決](#) (平成5年(オ)第920号)

本判決を引用する裁判例

- [最高裁判所 平成9年7月17日 第1小法廷 判決](#) (平成7年(オ)第1562号) 裁判官藤井正雄の補足意見において援用

18. 最高裁判所 平成16年7月6日 第3小法廷 判決（平成15年（受）第1153号）

要旨：

1. 他の共同相続人が被相続人の遺産につき相続人の地位を有しないことの確認を求める訴えは、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ものというべきであり、いわゆる固有必要的共同訴訟である。

/当事者適格/相続欠格事由/相続権不存在確認請求/合一確定/遺言書の隠匿/訴えの利益/

/参照条文/民訴.40条/民.891条5号/

内容：

件名 相続権不存在確認請求上告事件（棄却）

原審 東京高等裁判所（平成14年（ネ）第6121号）

主 文

本件上告を棄却する。

上告費用は上告人の負担とする。

理 由

上告代理人福地絵子、同福地明人の上告受理申立て理由について

1 記録によれば、本件の概要は、次のとおりである。

(1) A（以下「A」という。）は、平成9年3月14日死亡した。その法定相続人は、妻であるB並びに子である上告人、被上告人、C及びDである。

(2) 上告人は、被上告人がAの遺言書を隠匿し、又は破棄したものであり、被上告人がした上記行為は民法891条5号所定の相続欠格事由に当たると主張し、被上告人のみを被告として、被上告人がAの遺産につき相続人の地位を有しないことの確認を求める本件訴訟を提起した。

2 被相続人の遺産につき特定の共同相続人が相続人の地位を有するか否かの点は、遺産分割をすべき当事者の範囲、相続分及び遺留分の算定等の相続関係の処理における基本的な事項の前提となる事柄である。そして、共同相続人が、他の共同相続人に対し、その者が被相続人の遺産につき相続人の地位を有しないことの確認を求める訴えは、当該他の共同相続人に相続欠格事由があるか否か等を審理判断し、遺産分割前の共有関係にある当該遺産につきその者が相続人の地位を有するか否かを既判力をもって確定することにより、遺産分割審判の手續等における上記の点に関する紛議の発生を防止し、共同相続人間の紛争解決に資することを目的とするものである。このような上記訴えの趣旨、目的にかんがみると、上記訴えは、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ものというべきであり、いわゆる固有必要的共同訴訟と解するのが相当である。

3 以上によれば、共同相続人全員を当事者としていないことを理由に本件訴えを却下した原審の判断は、正当として是認することができる。所論引用の判例は、事案を異にし、本件に適切なものとはいえない。論旨は、採用することができない。

よって、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

(裁判長裁判官 上田豊三 裁判官 金谷利廣 裁判官 濱田邦夫 裁判官 藤田宙靖)

判例掲載誌

住民訴訟

19. 最高裁判所 昭和58年4月1日 第2小法廷 判決 (昭和57年(行ツ)第11号)

要旨：

1. 数人の住民が地方公共団体に代位して提起する地方自治法242条の2第1項4号所定の訴訟は、その一人に対する判決が確定すると、その効力が当該地方公共団体に及び、他の者もこれに反する主張をすることができなくなるという関係にあるから、民訴法62条1項(現40条1項)にいう「訴訟の目的が共同訴訟人の全員について合一にのみ確定すべき場合」(必要的共同訴訟)に当たる。

1 a. 類似必要的訴訟たる住民訴訟にあっても、必要的共同訴訟人の一部が控訴を提起した場合に、控訴審は第一審の共同訴訟人全員を名宛人として一個の終局判決をすべきであり、控訴を提起した者のみを控訴人としてした判決は、違法である。(破棄理由。反対意見あり) [後行判例](#)に注意。

/類似必要的共同訴訟/上訴人/

/民訴40条1項/

内容：

件名 土地売買無効確認請求上告事件(破棄差戻)

原審 東京高等裁判所

上告人 控訴人 原告 土屋正一 外四名 代理人 大西保 外2名

被上告人 被控訴人 被告 吉野雅久 代理人 中村護 外5名

意見

- [裁判官木下忠良の反対意見](#)

主 文

原判決を破棄する。

本件を東京高等裁判所に差し戻す。

理 由

職権をもって調査するのに、本件訴訟のように普通地方公共団体の数人の住民が当該地方公共団体に代位して提起する地方自治法二四二条の二第一項四号所定の訴訟は、その一人に対する判決が確定すると、右判決の効力は当該地方公共団体に及び（民訴法二〇一条二項）、他の者もこれに反する主張をすることができなくなるという関係にあるのであるから、民訴法六二条一項にいう「訴訟ノ目的カ共同訴訟人ノ全員ニ付合一ニノミ確定スヘキ場合」に当たるものと解するのが相当である。そうすると、本件訴訟を提起した一五名の第一審原告らのうち本件上告人ら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（民訴法六二条一項）、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つて、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。

したがつて、本件上告代理人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ず、さらに審理判断を尽くさせるため、本件を原審に差し戻すこととし、行政事件訴訟法七条、民訴法四〇七条一項に従い、裁判官木下忠良の反対意見があるほか、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

裁判官木下忠良の反対意見は、次のとおりである。

私は、多数意見とは異なり、いわゆる類似必要的共同訴訟に属する訴訟であつても、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にあつては、共同訴訟人の一部の者が上訴しても、それによつて他の者が上訴人としての地位を取得するものではなく、したがつて、本件において第一審判決に対する控訴をした一部の共同訴訟人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考える。

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つ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、本来合一的に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つて不当でもあり、訴訟経済に反するところでもある。

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つては、共同訴訟人の一部の者が上訴すれば、それによつ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つてのみ行われるべく、自ら上訴しなかつ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する。けだし、それによつて判決の合一的確定という要請は充たすことができるし、それがこの種の訴訟における当事者の意思に最も適合するところであると考えられるからである。

（裁判長裁判官 宮崎梧一 裁判官 木下忠良 裁判官 鹽野宜慶 裁判官 大橋進 裁判官 牧圭次）

判例掲載誌 最高裁判所民事判例集 37巻3号201頁*

本判決を引用する先例

- [最高裁判所 平成9年4月2日 大法廷 判決](#)（平成4年（行ツ）第156号） 判旨1 a を変更した。

20. 最高裁判所 平成9年4月2日 大法廷 判決（平成4年（行ツ）第156号）

要旨：

1. 愛媛県が、宗教法人靖國神社の挙行した恒例の宗教上の祭祀である例大祭に際し玉串料として9回にわたり各5000円（合計4万5000円）を、同みたま祭に際し献灯料として4回にわたり各7000円又は8000円（合計3万1000円）を、宗教法人愛媛県護國神社の挙行した恒例の宗教上の祭祀である慰霊大祭に際し供物料として9回にわたり各1万円（合計9万円）を、それぞれ県の公金から支出して奉納したことは、一般人がこれを社会的儀礼にすぎないものと評価しているとは考え難く、その奉納者においてもこれが宗教的意義を有するものであるという意識を持たざるを得ず、これにより県が特定の宗教団体との間のみ意識的に特別のかかわり合いを持ったことを否定することができないのであり、これが、一般人に対して、県が当該特定の宗教団体を特別に支援しており右宗教団体が他の宗教団体とは異なる特別のものであるとの印象を与え、特定の宗教への関心を呼び起こすものといわざるを得ないなど判示の事情の下においては、憲法20条3項、89条に違反する。（補足意見、意見及び反対意見がある）

2. 複数の住民が提起する住民訴訟は、類似必要的共同訴訟と解すべきである。

2 a. 複数の住民が共同訴訟人として提起した住民訴訟において、共同訴訟人の一部の者が上訴すれば、それによって原判決の確定が妨げられ、当該訴訟は全体として上訴審に移審し、上訴審の判決の効力は上訴をしなかった共同訴訟人にも及ぶが、上訴をしなかった共同訴訟人は、上訴人にはならず、上訴をした共同訴訟人のうち一部の者が上訴を取り下げた場合は、その者は上訴人ではなくなる。（判例変更）

/憲.20条3項/憲.89条/民訴.40条/

内容：

件 名 損害賠償代位請求上告事件（一部破棄自判・一部棄却）

第一審 松山地方裁判所 平成1年3月17日判決

原 審 高松高等裁判所 平成4年5月12日判決

意見

- [判示第一の二についての裁判官大野正男の補足意見](#)
- [判示第一の二についての裁判官福田博の補足意見](#)
- [判示第一の二についての裁判官園部逸夫の意見](#)
- [判示第一の二についての裁判官高橋久子の意見](#)
- [判示第一の二についての裁判官尾崎行信の意見](#)
- [判示第一についての裁判官三好達の反対意見](#)
- [判示第一についての裁判官可部恒雄の反対意見](#)

主 文

原判決中主文第一項を破棄し、被上告人白石春樹の控訴を棄却する。

上告人らのその余の上告を棄却する。

前項の部分に関する上告費用は上告人らの負担とし、その余の部分に関する控訴費用及び上告費用は、被上告人白石春樹の負担とする。

理 由

第一 上告代理人西嶋吉光、同菅原辰二、同佐伯善男、同東俊一、同草薙順一、同谷正之、同薦田伸夫、同高田義之、同今川正章、同水口晃、同井上正実、同津村健太郎、同阿河準一、同高村文敏、同三野秀富、同猪崎武典、同久保和彦、同西山司朗、同堀井茂、同渡辺光夫、同平井範明、同桑城秀樹、同白井満、同重哲郎、同木田一彦の上告理由について

一 事実関係及び訴訟の経過

1 原審の適法に確定した事実関係によれば、被上告人白石春樹が愛媛県知事の職にあった昭和五六年から同六一年にかけて、(1) 愛媛県(以下「県」という。)の東京事務所長の職にあった被上告人中川友忠が、宗教法人靖國神社(以下「靖國神社」という。)の挙行した春季又は秋季の例大祭に際して奉納する玉串料として九回にわたり各五〇〇〇円(合計四万五〇〇〇円)を、(2) 同じく同被上告人が、靖國神社の挙行した七月中旬の「みたま祭」に際して奉納する献灯料として四回にわたり各七〇〇〇円又は八〇〇〇円(合計三万一〇〇〇円)を、また、(3) 県生活福祉部老人福祉課長の職にあった被上告人泉田一洋、承継前被上告人亡須山晋吾、被上告人武田幸一、同山田清及び同八吹貫一が、宗教法人愛媛県護國神社(以下「護國神社」という。)の挙行した春季又は秋季の慰霊大祭に際して愛媛県遺族会を通じて奉納する供物料として九回にわたり各一万円(合計九万円)を、それぞれ県の公金から支出した(以下、これらの支出を「本件支出」という。)というのであるところ、本件は、本件支出が憲法二〇条三項、八九条等に照らして許されない違法な財務会計上の行為に当たると争われた地方自治法二四二条の二第一項四号に基づく損害賠償代位請求住民訴訟である。

2 第一審は、本件支出は、その目的が宗教的意義を持つことを否定することができないばかりでなく、その効果が靖國神社又は護國神社の宗教活動を援助、助長、促進することになるものであって、本件支出によって生ずる県と靖國神社及び護國神社との結び付きは、我が国の文化的・社会的諸条件に照らして考えるとき、もはや相当とされる限度を超えるものであるから、憲法二〇条三項の禁止する宗教的活動に当たり、違法なものといわなければならないと判断した。

これに対して、原審は、本件支出は宗教的な意義を持つが、一般人にとって神社に参拝する際に玉串料等を支出することは過大でない限り社会的儀礼として受容されるという宗教的評価がされており、知事は、遺族援護行政の一環として本件支出をしたものであって、それ以外の意図、目的や深い宗教心に基づいてこれをしたものではないし、その支出の程度は、少額で社会的な儀礼の程度にとどまっており、その行為が一般人に与える効果、影響は、靖國神社等の第二次大戦中の法的地位の復活や神道の援助、助長についての特別の関心、気風を呼び起こしたりするものではなく、これらによれば、本件支出は、神道に対する援助、助長、促進又は他の宗教に対する圧迫、干渉等になるようなものではないから、憲法二〇条三項、八九条に違反しないと判断した。

二 本件支出の違法性に関する当裁判所の判断

原審の右判断は是認することができない。その理由は以下のとおりである。

1 政教分離原則と憲法二〇条三項、八九条により禁止される国家等の行為

憲法は、二〇条一項後段、三項、八九条において、いわゆる政教分離の原則に基づく諸規定(以下「政教分離規定」という。)を設けている。

一般に、政教分離原則とは、国家(地方公共団体を含む。以下同じ。)は宗教そのものに干渉すべきではないとする、国家の非宗教性ないし宗教的中立性を意味するものとされているところ、国家と宗教との関係には、それぞれの国の歴史的・社会的条件によって異なるものがある。我が国では、大日本帝国憲法に信教の自由を保障する規定(二八条)を設けていたものの、その保障は「安寧秩序ヲ妨ケス及臣民タルノ義務ニ背カサル限ニ於テ」という同条自体の制限を伴っていたばかりでなく、国家神道に対し事実上国教的な地位が与えられ、ときとして、それに対する信仰が要請され、あるいは一部の宗教団体に対し厳しい迫害が加えられた等のこともあって、同憲法の下における信教の

自由の保障は不完全なものであることを免れなかった。憲法は、明治維新以降国家と神道が密接に結び付き右のような種々の弊害を生じたことにかんがみ、新たに信教の自由を無条件に保障することとし、更にその保障を一層確実なものとするため、政教分離規定を設けるに至ったのである。元来、我が国においては、各種の宗教が多層的、重層的に発達、併存してきているのであって、このような宗教事情の下で信教の自由を確実に実現するためには、単に信教の自由を無条件に保障するのみでは足りず、国家といかなる宗教との結び付きをも排除するため、政教分離規定を設ける必要性が大であった。これらの点にかんがみると、憲法は、政教分離規定を設けるに当たり、国家と宗教との完全な分離を理想とし、国家の非宗教性ないし宗教的中立性を確保しようとしたものと解すべきである。

しかしながら、元来、政教分離規定は、いわゆる制度的保障の規定であって、信教の自由そのものを直接保障するものではなく、国家と宗教との分離を制度として保障することにより、間接的に信教の自由の保障を確保しようとするものである。そして、国家が社会生活に規制を加え、あるいは教育、福祉、文化などに関する助成、援助等の諸施策を実施するに当たって、宗教とのかかわり合いを生ずることを免れることはできないから、現実の国家制度として、国家と宗教との完全な分離を実現することは、実際上不可能に近いものといわなければならない。さらにまた、政教分離原則を完全に貫こうとすれば、かえって社会生活の各方面に不合理な事態を生ずることを免れない。これらの点にかんがみると、政教分離規定の保障の対象となる国家と宗教との分離にもおのずから一定の限界があることを免れず、政教分離原則が現実の国家制度として具現される場合には、それぞれの国の社会的・文化的諸条件に照らし、国家は実際上宗教とある程度のかかわり合いを持たざるを得ないことを前提とした上で、そのかかわり合いが、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で、いかなる場合にいかなる限度で許されないこととなるかが問題とならざるを得ないのである。右のような見地から考えると、憲法の政教分離規定の基礎となり、その解釈の指導原理となる政教分離原則は、国家が宗教的に中立であることを要求するものではあるが、国家が宗教とのかかわり合いを持つことを全く許さないとするものではなく、宗教とのかかわり合いをもたらず行為の目的及び効果にかんがみ、そのかかわり合いが我が国の社会的・文化的諸条件に照らし相当とされる限度を超えるものと認められる場合にこれを許さないとするものであると解すべきである。

右の政教分離原則の意義に照らすと、憲法二〇条三項にいう宗教的活動とは、およそ国及びその機関の活動で宗教とのかかわり合いを持つすべての行為を指すものではなく、そのかかわり合いが右にいう相当とされる限度を超えるものに限られるというべきであって、当該行為の目的が宗教的意義を持ち、その効果が宗教に対する援助、助長、促進又は圧迫、干渉等になるような行為をいうものと解すべきである。そして、ある行為が右にいう宗教的活動に該当するかどうかを検討するに当たっては、当該行為の外形的側面のみにとらわれることなく、当該行為の行われる場所、当該行為に対する一般人の宗教的評価、当該行為者が当該行為を行うについての意図、目的及び宗教的意識の有無、程度、当該行為の一般人に与える効果、影響等、諸般の事情を考慮し、社会通念に従って、客観的に判断しなければならない。

憲法八九条が禁止している公金その他の公の財産を宗教上の組織又は団体の使用、便益又は維持のために支出すること又はその利用に供することというのも、前記の政教分離原則の意義に照らして、公金支出行為等における国家と宗教とのかかわり合いが前記の相当とされる限度を超えるものをいうものと解すべきであり、これに該当するかどうかを検討するに当たっては、前記と同様の基準によって判断しなければならない。

以上は、当裁判所の判例の趣旨とするところでもある（最高裁昭和四六年（行ツ）第六九号同五二年七月一三日大法廷判決・民集三一巻四号五三三頁、最高裁昭和五七年（オ）第九〇二号同六三年六月一日大法廷判決・民集四二巻五号二七七頁参照）。

2 本件支出の違法性

そこで、以上の見地に立って、本件支出の違法性について検討する。

(一) 原審の適法に確定した事実関係によれば、被上告人中川らは、いずれも宗教法人であって憲法二〇条一項後段にいう宗教団体に当たることが明らかな靖國神社又は護國神社が各神社の境内において挙行した恒例の宗教上の祭祀である例大祭、みたま祭又は慰霊大祭に際して、玉串料、献灯料又は供物料を奉納するため、前記回数にわたり前記金額の金員を県の公金から支出したというのである。ところで、神社神道においては、祭祀を行うことがその中心的な宗教上の活動であるとされていること、例大祭及び慰霊大祭は、神道の祭祀にのっとり行われる儀式を中心とする祭祀であり、各神社の挙行する恒例の祭祀中でも重要な意義を有するものと位置付けられていること、みたま祭は、同様の儀式を行う祭祀であり、靖國神社の祭祀中最も盛大な規模で行われるものであることは、いずれも公知の事実である。そして、玉串料及び供物料は、例大祭又は慰霊大祭において右のような宗教上の儀式が執り行われるに際して神前に供えられるものであり、献灯料は、これによりみたま祭において境内に奉納者の名前を記した灯明が

掲げられるというものであって、いずれも各神社が宗教的意義を有すると考えていることが明らかなものである。

これらのことからすれば、県が特定の宗教団体の挙行する重要な宗教上の祭祀にかかわり合いを持ったということが明らかである。そして、一般に、神社自体がその境内において挙行する恒例の重要な祭祀に際して右のような玉串料等を奉納することは、建築主が主催して建築現場において土地の平安堅固、工事の無事安全等を祈願するために行う儀式である起工式の場合とは異なり、時代の推移によって既にその宗教的意義が希薄化し、慣習化した社会的儀礼にすぎないものになっているとまでは到底いうことができず、一般人が本件の玉串料等の奉納を社会的儀礼の一つにすぎないと評価しているとは考え難いところである。そうであれば、玉串料等の奉納者においても、それが宗教的意義を有するものであるという意識を大なり小なり持たざるを得ないのであり、このことは、本件においても同様というべきである。また、本件においては、県が他の宗教団体の挙行する同種の儀式に対して同様の支出をしたという事実がうかがわれないのであって、県が特定の宗教団体との間にのみ意識的に特別のかかわり合いを持ったことを否定することができない。これらのことからすれば、地方公共団体が特定の宗教団体に対してのみ本件のような形で特別のかかわり合いを持つことは、一般人に対して、県が当該特定の宗教団体を特別に支援しており、それらの宗教団体が他の宗教団体とは異なる特別のものであるとの印象を与え、特定の宗教への関心呼び起こすものといわざるを得ない。

被上告人らは、本件支出は、遺族援護行政の一環として、戦没者の慰霊及び遺族の慰謝という世俗的な目的で行われた社会的儀礼にすぎないものであるから、憲法に違反しないと主張する。確かに、靖國神社及び護國神社に祭られている祭神の多くは第二次大戦の戦没者であって、その遺族を始めとする愛媛県民のうちの相当数の者が、県が公の立場において靖國神社等に祭られている戦没者の慰霊を行うことを望んでおり、そのうちには、必ずしも戦没者を祭神として信仰の対象としているからではなく、故人をしのぶ心情からそのように望んでいる者もいることは、これを肯認することができる。そのような希望にこたえるという側面においては、本件の玉串料等の奉納に儀礼的な意味合いがあることも否定できない。しかしながら、明治維新以降国家と神道が密接に結び付き種々の弊害を生じたことにかんがみ政教分離規定を設けるに至ったなど前記の憲法制定の経緯に照らせば、たとえ相当数の者がそれを望んでいるとしても、そのことのゆえに、地方公共団体と特定の宗教とのかかわり合いが、相当とされる限度を超えないものとして憲法上許されることになるとはいえない。戦没者の慰霊及び遺族の慰謝ということ自体は、本件のように特定の宗教と特別のかかわり合いを持つ形でもこれを行うことができると考えられるし、神社の挙行する恒例祭に際して玉串料等を奉納することが、慣習化した社会的儀礼にすぎないものになっているとも認められないことは、前記説示のとおりである。ちなみに、神社に対する玉串料等の奉納が故人の葬礼に際して香典を贈ることとの対比で論じられることがあるが、香典は、故人に対する哀悼の意と遺族に対する弔意を表するために遺族に対して贈られ、その葬礼儀式を執り行っている宗教家ないし宗教団体を援助するためのものではないと一般に理解されており、これと宗教団体の行う祭祀に際して宗教団体自体に対して玉串料等を奉納することとは、一般人の評価において、全く異なるものがあるといわなければならない。また、被上告人らは、玉串料等の奉納は、神社仏閣を訪れた際にさい銭を投ずることと同様のものであるとも主張するが、地方公共団体の名を示して行う玉串料等の奉納と一般にはその名を表示せずに行うさい銭の奉納とは、その社会的意味を同一に論じられないことは、おのずから明らかである。そうであれば、本件玉串料等の奉納は、たとえそれが戦没者の慰霊及びその遺族の慰謝を直接の目的としてされたものであったとしても、世俗的目的で行われた社会的儀礼にすぎないものとして憲法に違反しないということとはできない。

以上の事情を総合的に考慮して判断すれば、県が本件玉串料等を靖國神社又は護國神社に前記のとおり奉納したことは、その目的が宗教的意義を持つことを免れず、その効果が特定の宗教に対する援助、助長、促進になると認めべきであり、これによってもたらされる県と靖國神社等とのかかわり合いが我が国の社会的・文化的諸条件に照らし相当とされる限度を超えるものであって、憲法二〇条三項の禁止する宗教的活動に当たると解するのが相当である。そうすると、本件支出は、同項の禁止する宗教的活動を行うためにしたものとして、違法というべきである。これと異なる原審の判断は、同項の解釈適用を誤るものというほかはない。

(二) また、靖國神社及び護國神社は憲法八九条にいう宗教上の組織又は団体に当たることが明らかであるところ、以上に判示したところからすると、本件玉串料等を靖國神社又は護國神社に前記のとおり奉納したことによってもたらされる県と靖國神社等とのかかわり合いが我が国の社会的・文化的諸条件に照らし相当とされる限度を超えるものと解されるのであるから、本件支出は、同条の禁止する公金の支出に当たり、違法というべきである。したがって、この点に関する原審の判断も、同条の解釈適用を誤るものといわざるを得ない。

三 被上告人らの損害賠償責任の有無

原審は、右の誤った判断に基づき、本件支出に違法はないとして、上告人らの請求をいずれも棄却すべきであると

したが、以上のとおり、本件支出は違法であるというべきであるから、更に進んで、被上告人らの損害賠償責任の有無について検討することとする。

原審の適法に確定した事実関係によれば、本件支出の当時、本件支出の権限を法令上本来的に有していたのは、知事の職にあった被上告人白石であったところ、本件支出のうち靖國神社に対してされたものについては、県の規則により県東京事務所長に対し権限が委任され、その職にあった被上告人中川がこれを行ったのであり、また、本件支出のうち護國神社に対してされたものについては、県の規則及び訓令により県生活福祉部老人福祉課長に専決させることとされ、その職にあった被上告人泉田、承継前被上告人亡須山、被上告人武田、同山田及び同八吹（以下、被上告人中川を含め、これらの者を「被上告人中川ら」という。）がそれぞれこれを行ったというのである。

右のように、被上告人白石は、自己の権限に属する本件支出を補助職員である被上告人中川らに委任し、又は専決により処理させたのであるから、その指揮監督上の義務に違反し、故意又は過失によりこれを阻止しなかったと認められる場合には、県に対し右違法な支出によって県が被った損害を賠償する義務を負うことになることと解すべきである（最高裁平成二年（行ツ）第一三七号同三年一月二〇日第二小法廷判決・民集四五卷九号一四五五頁、最高裁昭和六二年（行ツ）第一四八号平成五年二月一六日第三小法廷判決・民集四七卷三号一六八七頁参照）。原審の適法に確定したところによれば、被上告人白石は、靖國神社等に対し、被上告人中川らに玉串料等を持参させるなどして、これを奉納したと認められるというのであり、本件支出には憲法に違反するという重大な違法があること、地方公共団体が特定の宗教団体に玉串料、供物料等の支出をすることについて、文部省、自治省等が、政教分離原則に照らし、慎重な対応を求める趣旨の通達、回答をしてきたことなどをも考慮すると、その指揮監督上の義務に違反したものであって、これにつき少なくとも過失があったというのが相当である。したがって、被上告人白石は、県に対し、違法な本件支出により県が被った本件支出金相当額の損害を賠償する義務を負うというべきである。

これに対し、被上告人中川らについては、地方自治法二四三条の二第一項後段により損害賠償責任の発生要件が限定されており、本件支出行為をするにつき故意又は重大な過失があった場合に限り県に対して損害賠償責任を負うものであるところ、原審の適法に確定したところによれば、被上告人中川らは、いずれも委任を受け、又は専決することを任された補助職員として知事の前記のような指揮監督の下で本件支出をしたというのであり、しかも、本件支出が憲法に違反するか否かを極めて容易に判断することができたとまではいえないから、被上告人中川らがこれを憲法に違反しないと考えて行ったことは、その判断を誤ったものではあるが、著しく注意義務を怠ったものとして重大な過失があったということはできない。そうすると、被上告人白石以外の被上告人らは県に対し損害賠償責任を負わないというべきである。

四 結論

以上によれば、上告人らの被上告人白石に対する請求は、これを認容すべきであり、その余の被上告人らに対する請求は、これを棄却すべきであるところ、これと同旨の第一審判決は、結論において是認し得るから、第一審判決のうち上告人らの被上告人白石に対する請求に係る部分を取り消して同請求を棄却した原判決主文第一項は、破棄を免れず、右部分については、同被上告人の控訴を棄却すべきであり、上告人らのその余の被上告人らに対する控訴を棄却した原判決主文第二項に対する上告は、理由がないとして、これを棄却すべきである。

第二 真鍋知巳の上告取下げの効力について

本件上告を申し立てた者のうち真鍋知巳は、平成六年七月七日、上告を取り下げる旨の書面を当裁判所に提出した。そこで、職権により、右上告取下げの効力について判断する。

本件は、地方自治法二四二条の二に規定する住民訴訟である。同条は、普通地方公共団体の財務行政の適正な運営を確保して住民全体の利益を守るために、当該普通地方公共団体の構成員である住民に対し、いわば公益の代表者として同条一項各号所定の訴えを提起する権能を与えたものであり、同条四項が、同条一項の規定による訴訟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のは、住民訴訟のこのような性質にかんがみて、複数の住民による同一の請求については、必ず共同訴訟として提訴することを義務付け、これを一体として審判し、一回的に解決しようとする趣旨に出たものと解される。そうであれば、住民訴訟の判決の効力は、当事者となった住民のみならず、当該地方公共団体の全住民に及ぶものというべきであり、複数の住民の提起した住民訴訟は、民訴法六二条一項にいう「訴訟ノ目的カ共同訴訟人ノ全員ニ付合一ニノミ確定スヘキ場合」に該当し、いわゆる類似必要的共同訴訟と解するのが相当である。

ところで、類似必要的共同訴訟については、共同訴訟人の一部の者がした訴訟行為は、全員の利益においてのみ効

力を生ずるとされている（民訴法六二条一項）。上訴は、上訴審に対して原判決の敗訴部分の是正を求める行為であるから、類似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、それによって原判決の確定が妨げられ、当該訴訟は全体として上訴審に移審し、上訴審の判決の効力は上訴をしなかった共同訴訟人にも及ぶものと解される。しかしながら、合一確定のためには右の限度で上訴が効力を生ずれば足りるものである上、住民訴訟の前記のような性質にかんがみると、公益の代表者となる意思を失った者に対し、その意思に反してまで上訴人の地位に就き続けることを求めることは、相当でないだけでなく、住民訴訟においては、複数の住民によって提訴された場合であっても、公益の代表者としての共同訴訟人らにより同一の違法な財務会計上の行為又は怠る事実の予防又は是正を求める公益上の請求がされているのであり、元来提訴者各人が自己の個別的な利益を有しているものではないから、提訴後に共同訴訟人の数が減少しても、その審判の範囲、審理の態様、判決の効力等には何ら影響がない。そうであれば、住民訴訟については、自ら上訴をしなかった共同訴訟人をその意に反して上訴人の地位に就かせる効力までが行政事件訴訟法七条、民訴法六二条一項によって生ずると解するのは相当でなく、自ら上訴をしなかった共同訴訟人は、上訴人にはならないものと解すべきである。この理は、いったん上訴をしたがこれを取り下げた共同訴訟人についても当てはまるから、上訴をした共同訴訟人のうち一部の者が上訴を取り下げても、その者に対する関係において原判決が確定することにはならないが、その者は上訴人ではなくなるものと解される。[最高裁昭和五七年（行ツ）第一一号同五八年四月一日第二小法廷判決](#)・民集三七卷三号二〇一頁は、右と抵触する限度において、変更すべきものである。したがって、真鍋知巳は、上告の取下げにより上告人ではなくなったものとして、本判決をすることとする。

よって、行政事件訴訟法七条、民訴法四〇八条、三九六条、三八四条、九六条、九五条、八九条、九三条に従い、裁判官大野正男、同福田博の各補足意見、裁判官園部逸夫、同高橋久子、同尾崎行信の各意見、裁判官三好達、同可部恒雄の各反対意見があるほか、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

（裁判長裁判官 三好 達 裁判官 園部逸夫 裁判官 可部恒雄 裁判官 大西勝也 裁判官 小野幹雄 裁判官 大野正男 裁判官 千種秀夫 裁判官 根岸重治 裁判官 高橋久子 裁判官 尾崎行信 裁判官 河合伸一 裁判官 遠藤光男 裁判官 井嶋一友 裁判官 福田 博 裁判官 藤井正雄）

判例掲載誌 民集 51 卷 4 号 1673 頁

本判決を引用する裁判例

- [最高裁判所 平成 1 2 年 7 月 7 日 第 2 小法廷 判決](#)（平成 8 年（才）第 2 7 0 号） 判旨 2 a を援用

会社訴訟

2 1. 最高裁判所平成 1 0 年 3 月 2 7 日第 2 小法廷判決（平成 8 年（才）第 1 6 8 1 号）

要旨：

商法 2 5 7 条 3 項所定の取締役解任の訴えは、会社と取締役との間の会社法上の法律関係の解消を目的とする形成の訴えであるから、当該法律関係の当事者である会社と取締役の双方を被告とすべき固有必要的共同訴訟である。

/当事者適格/訴訟要件/訴えの主観的利益/

/商.257条3項/民訴.40条/民訴.140条/

内容：

件名 取締役解任請求上告事件（棄却）

原審 名古屋高等裁判所

主 文

本件上告を棄却する。
上告費用は上告人の負担とする。

理 由

上告代理人美和勇夫の上告理由について

商法二五七条三項所定の取締役解任の訴えは、会社と取締役との間の会社法上の法律関係の解消を目的とする形成の訴えであるから、当該法律関係の当事者である会社と取締役の双方を被告とすべきものと解される。これを実質的に考えても、この訴えにおいて争われる内容は、『取締役ノ職務遂行ニ関シ不正ノ行為又ハ法令若ハ定款ニ違反スル重大ナル事実』があったか否かであるから、取締役に対する手続保障の観点から、会社とともに、当該取締役にも当事者適格を認めるのが相当である。

したがって、取締役解任の訴えを会社と当該取締役の双方を被告とすべき固有の必要共同訴訟と解し、会社である被上告人のみを被告として提起された本件取締役解任の訴えを不適法として却下すべきものとした原審の判断は、正当として是認することができる。原判決に所論の違法はない。論旨は、独自の見解に立って原判決を論難するものであって、採用することができない。

よって、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

（裁判長裁判官 福田 博 裁判官 大西勝也 裁判官 根岸重治 裁判官 河合伸一）

判例掲載誌

22. 最高裁判所 平成12年7月7日 第2小法廷 判決（平成8年（才）第270号）

要旨：

1. 証券会社の代表取締役が独占禁止法19条に違反して損失補てんを決定し、実施した行為は商法266条にいう法令に違反する行為に当たるが、故意・過失がなかったとして、賠償請求が棄却された事例（株主代表訴訟）。

2. 法令違反行為をした取締役に会社の受けた損害の賠償責任を負わせる商法266条にいう「法令」には、取締役を名宛人とし、取締役の受任者としての義務を一般的に定める商法254条3項（民法644条）、商法254条ノ3の規定及びこれを具体化する形で取締役がその職務遂行に際して遵守すべき義務を個別的に定める規定のみなら

ず、さらに、商法その他の法令中の、会社を名宛人とし、会社がその業務を行うに際して遵守すべきすべての規定もこれに含まれる。（補足意見あり）

2 a. 事業者に対して不公正な取引方法を用いることを禁止する独占禁止法19条の規定は、事業者たる会社がその業務を行うに際して遵守すべき規定であり、商法266条にいう法令に含まれる。（破棄理由）

3. 株式会社の取締役が、法令又は定款に違反する行為をしたとして、商法266条に該当することを理由に損害賠償責任を負うには、右違反行為につき取締役に故意又は過失があることを要する。

3 a. 野村證券の代表取締役が東京放送を委託者とする営業特金について損失補填を決定・実施した平成2年3月の時点においては、その行為が独占禁止法に違反するとの認識を有するに至らなかったことにはやむを得ない事情があったというべきであって、右認識を欠いたことにつき過失があったとすることもできないとされた事例。

4. 複数の株主の追行する株主代表訴訟は、いわゆる類似必要的共同訴訟である。

4 a. 株主代表訴訟において、共同訴訟人の一部の者が上訴すればそれによって原判決の確定が妨げられ、当該訴訟は全体として上訴審に移審し、上訴審の判決の効力は上訴をしなかった共同訴訟人にも及ぶが、自ら上訴をしなかった共同訴訟人を上訴人の地位に就かせる効力までが民訴法40条1項によって生ずると解するのは相当でなく、自ら上訴をしなかった共同訴訟人たる株主は上訴人にはならないものと解すべきである。

/商.266条/独禁.19条/民訴.40条1項/

内容：

件名 取締役損失補填責任追及及び共同訴訟参加上告事件（棄却）

原審 東京高等裁判所（平成5年（ネ）第3788号、第4998号、同6年（ネ）第1809号）

意見

- [裁判官河合伸一の補足意見](#)

主 文

本件上告を棄却する。

上告費用は上告人らの負担とする。

理 由

第一 本件の概要

一 原審の適法に確定した事実関係の概要は、次のとおりである。

1 野村證券株式会社（以下「野村證券」という。）は、有価証券の売買、その媒介、取次ぎ及び代理、有価証券の引受け及び売出し等を目的とする我が国最大手の証券会社であり、被上告人らは、平成二年三月当時野村證券の代表取締役の地位にあった者であり、上告人らは、野村證券の株主である。

2 東京放送株式会社（以下「東京放送」という。）は、野村證券の大口顧客であり、野村證券は、昭和四八年三月から東京放送と有価証券の売買等による資金運用の取引を継続し、また、東京放送の証券発行に際しては主幹事証券会社の地位にあつて、多額の手数料収入を得ていた。

主幹事証券会社になると多額の引受手数料等の収入を得ることができるため、主幹事となることにつき証券会社相互間で競争があり、また、いったん主幹事から外れるとこれを取り返すことには困難が伴うため、各証券会社は、証券発行を行う事業法人との取引関係の維持、拡大に努めている。

3 (一) 委託者が受託者である信託銀行と締結した特定金銭信託契約に基づき、信託銀行が、証券会社にそのた

めの口座を開設して、委託者の指図に従い有価証券の売買等を行う取引（以下「特金勘定取引」という。）のうち、委託者が投資顧問業者と投資顧問契約を締結することなく、専ら証券会社が委託者に代わって信託銀行に指図することにより運用されていたものがあり、「営業特金」と呼ばれていた。

(二) 東京放送は、平成元年四月、住友信託銀行株式会社（以下「住友信託銀行」という。）との間で、東京放送を委託者、住友信託銀行を受託者とし、期間を平成二年三月までとする特定金銭信託契約を締結して一〇億円を信託し、これに基づき住友信託銀行が野村證券に取引口座を開設して、有価証券の売買による東京放送のための資金運用が開始された。東京放送は右取引につき投資顧問業者との間で投資顧問契約を締結しておらず、営業特金による取引であった。

(三) 東京放送のための特金勘定取引口座には、平成元年末ころに約二億七〇〇〇万円の損失が生じており、平成二年一月ころからの株式市況の急激な悪化によって、更に損失が拡大し、期間満了を待たずに取引を終了させた同年二月末ころには、損失額は約三億六〇〇〇万円となっていた。

4 (一) 大和証券株式会社が大口顧客に対して約一〇〇億円に上る損失補てんをしていたなどと報道される中で、大蔵省は、平成元年一月二六日、日本証券業協会会長あてに、「証券会社の営業姿勢の適正化及び証券事故の未然防止について」と題する証券局長通達（以下「本件通達」という。）を発し、法令上の禁止行為である損失保証による勧誘や特別の利益提供による勧誘はもとより、事後的な損失の補てんや特別の利益提供も厳にこれを慎むこと、特金勘定取引について、原則として、顧客と投資顧問業者との間に投資顧問契約が締結されたものとする等について、所属証券会社に周知徹底させるべきものとした。その趣旨を徹底するために、同日付けの大蔵省証券局業務課長による各財務（支）局理財部長あての事務連絡が発せられ、証券会社に対し、既存の特金勘定取引について本件通達に沿う所要の措置を講ずべき期限は平成二年末までとし、各年三月末及び九月末に特金勘定取引の口座数、そのうち投資顧問契約のないものの口座数等を報告させるなどの指導をすべきものとされた。

(二) 日本証券業協会は、平成元年一月二六日、本件通達を受けて、同協会の内部規則である公正慣習規則第九号「協会員の投資勧誘、顧客管理等に関する規則」（以下「本件規則」という。）を改正し、「協会員は、損失保証による勧誘、特別の利益提供による勧誘を行なわないことはもとより、事後的な損失の補填や特別の利益提供も厳にこれを慎む」ものとする旨の規定（同規則八条）を新設した。

(三) 野村證券を始めとする証券会社は、本件通達等の主眼が早急に営業特金の解消を求める点にあると理解し、株式市況が急激に悪化する中で顧客との関係を良好に維持しつつ営業特金の解消を進めていくためには、損失補てんを行うこともやむを得ないという考え方が大勢を占めるようになった。

5 (一) 野村證券の担当者は、本件通達の直後から、東京放送の財務部長らと営業特金の解消について交渉したが解決に至らず、損失補てんをしなければ今後の取引関係に重大な影響が生ずると考えて、管理部門の最高責任者であった被上告人水内に対し、損失補てんの必要がある旨の報告をした。被上告人水内は、東京放送の営業特金については、有価証券市場が好況であった当時から損失が生じており、将来の東京放送の証券発行に際しての主幹事証券会社の地位を失うおそれがあることも考慮して、損失補てんを実施する必要があると判断した。平成二年三月一三日、被上告人らが出席した野村證券の専務会において、被上告人水内から、東京放送ほかの顧客に生じた損失について総額約一六一億円の補てんをすることが提案され、了承された。なお、被上告人らは、右損失補てんの実施を決定するに当たり、その違法性の有無につき法律家等の専門家の意見を徴することをしなかった。

(二) 野村證券の東京放送に対する損失補てん（以下「本件損失補てん」という。）の具体的な方法は、市場や一般投資者に影響が及ばないように外貨建てワラントの相対取引によることとされ、平成二年三月一四日、ルクセンブルク証券取引所に上場の大成建設ワラントを野村證券が東京放送に売却し、即日買い戻すという方法により実施された。この結果、東京放送は三億六〇一九万一一二七円の利益を得て、営業特金による損失が補てんされ、営業特金も解消された。

6 本件損失補てん後、野村證券と東京放送との取引関係は維持され、東京放送が平成四年七月に三〇〇億円、平成五年三月に二〇〇億円の社債を発行した際、野村證券は、その主幹事証券会社として一億二〇〇〇万円余の手数料を得るなど、既に相当額の収入を得ており、かつ今後も得られる見込みである。

二 本件は、野村證券の株主である上告人らにおいて、本件損失補てんにつき、当時野村證券の代表取締役であった被上告人らが取締役としての義務に違反して会社に損害を被らせたものであると主張して、被上告人らに対し、商法二六六条一項五号の規定（以下「本規定」という。）に基づく取締役の責任を追及する株主代表訴訟である。

原審は、(一) 本件損失補てんは、平成三年法律第九六号による改正前の証券取引法（以下「旧証券取引法」という。）五〇条一項三号、四号、五八条一号に違反しない、(二) 本件損失補てんは、私的独占の禁止及び公正取

引の確保に関する法律（以下「独占禁止法」という。）二条九項三号に基づき公正取引委員会が指定した不公正な取引方法（昭和五七年同委員会告示第一五号。以下「一般指定」という。）の9（不当な利益による顧客誘引）に該当し、同法一九条に違反する、（三）しかし、同条は競争者の利益を保護することを意図した規定であって、同条違反の行為により損害を被るのは当該会社ではないから、同条違反が本規定にいう法令違反に含まれると解するのは相当でないなどとして、上告人らの本訴請求を棄却すべきものと判断した。

本件上告は、原審の右（一）及び（三）の判断が違法であるとして、原判決の破棄を求めるものである。

第二 上告人兼上告人河合恒男の代理人亀田信男、上告代理人吉武伸剛、同飯田秀人の上告理由中、旧証券取引法違反に関する点について

前記事実関係の下において、本件損失補てんが、旧証券取引法五〇条一項三号、四号、五八条一号に違反するものとはいえないとした原審の判断は、正当として是認することができ、その過程に所論の違法はない。論旨は、独自の見解に立って原判決を論難するものにすぎず、採用することができない。

第三 その余の上告理由について

一 株式会社の取締役は、取締役会の構成員として会社の業務執行を決定し、あるいは代表取締役として業務の執行に当たるなどの職務を有するものであって、商法二六六条は、その職責の重要性にかんがみ、取締役が会社に対して負うべき責任の明確化と厳格化を図るものである。本規定は、右の趣旨に基づき、法令に違反する行為をした取締役はそれによって会社の被った損害を賠償する責めに任じる旨を定めるものであるところ、取締役を名あて人とし、取締役の受任者としての義務を一般的に定める商法二五四条三項（民法六四四条）、商法二五四条ノ三の規定（以下、併せて「一般規定」という。）及びこれを具体化する形で取締役がその職務遂行に際して遵守すべき義務を個別的に定める規定が、本規定にいう「法令」に含まれることは明らかであるが、さらに、商法その他の法令中の、会社を名あて人とし、会社がその業務を行うに際して遵守すべきすべての規定もこれに含まれるものと解するのが相当である。けだし、会社が法令を遵守すべきことは当然であるところ、取締役が、会社の業務執行を決定し、その執行に当たる立場にあるものであることからすれば、会社をして法令に違反させることのないようにするため、その職務遂行に際して会社を名あて人とする右の規定を遵守することもまた、取締役の会社に対する職務上の義務に属するというべきだからである。したがって、取締役が右義務に違反し、会社をして右の規定に違反させることとなる行為をしたときには、取締役の右行為が一般規定の定める義務に違反することになるか否かを問うまでもなく、本規定にいう法令に違反する行為をしたときに該当することになるものと解すべきである。

二 これを本件について見ると、証券会社が、一部の顧客に対し、有価証券の売買等の取引により生じた損失を補てんする行為は、証券業界における正常な商慣習に照らして不当な利益の供与というべきであるから、野村証券が東京放送との取引関係の維持拡大を目的として同社に対し本件損失補てんを実施したことは、一般指定の9（不当な利益による顧客誘引）に該当し、独占禁止法一九条に違反するものと解すべきである。そして、独占禁止法一九条の規定は、同法一条所定の目的達成のため、事業者に対して不公正な取引方法を用いることを禁止するものであって、事業者たる会社がその業務を行うに際して遵守すべき規定にほかならないから、本規定にいう法令に含まれることが明らかである。したがって、被上告人らが本件損失補てんを決定し、実施した行為は、本規定にいう法令に違反する行為に当たると解すべきものである。

しかるに、原審は、独占禁止法一九条に違反する行為が当然に本規定にいう法令に違反する行為に当たると解するのは相当でないと判断しているのであって、この点において、原審は法令の解釈を誤ったものといわなければならない。

三 しかしながら、株式会社の取締役が、法令又は定款に違反する行為をしたとして、本規定に該当することを理由に損害賠償責任を負うには、右違反行為につき取締役が故意又は過失があることを要するものと解される（最高裁昭和四八年（オ）第五〇六号同五一年三月二三日第三小法廷判決・裁判集民事一一七号二三一頁参照）。

原審の適法に確定したところによれば、（一）被上告人らは、本件損失補てんが旧証券取引法あるいは本件通達に違反するものでないかどうかについては重大な関心を有していたが、それが一般の投資家に対して取引を勧誘するような性質のものではなかったことから、独占禁止法一九条に違反するか否かの問題については思い至らなかった、

（二）被上告人らのみならず、関係当局においても、証券取引については所管の大蔵省によって証券取引法及びそ

の関連法令を通じて規制が行われるべきであるとの基本的理解から、証券取引に伴う損失補てんが独占禁止法に違反するかどうかという問題は、本件損失補てんが行われた後一年半余にわたって取り上げられることがなかった、(三)

公正取引委員会は、第一二一回衆議院証券及び金融問題に関する特別委員会が開催された平成三年八月三十一日の時点においても、なお損失補てんが独占禁止法に違反するとの見解を採っておらず、公正取引委員会が、本件損失補てんを含む証券会社の一連の損失補てんが不公正な取引方法に該当し独占禁止法一九条に違反するとして、同法四八条二項に基づく勧告を行ったのは、同年十一月二〇日であった、というのである。

右事実関係の下においては、被上告人らが、本件損失補てんを決定し、実施した平成二年三月の時点において、その行為が独占禁止法に違反するとの認識を有するに至らなかったことにはやむを得ない事情があったというべきであって、右認識を欠いたことにつき過失があったとすることもできないから、本件損失補てんが独占禁止法一九条に違反する行為であることをもって、被上告人らにつき本規定に基づく損害賠償責任を肯認することはできない。

四 以上のとおりであるから、被上告人らが本件損失補てんを決定し、実施したことにつき、本規定に基づく損害賠償責任を否定すべきものとした原審の判断は、結論において是認することができる。論旨は、原判決の結論に影響しない事項についての違法をいうものに帰し、採用することができない。

第四 池中義徳及び株式会社青木電気設計事務所の上告審における地位について

商法二六七条に規定する株主代表訴訟は、株主が会社に代位して、取締役の会社に対する責任を追及する訴えを提起するものであって、その判決の効力は会社に対しても及び(民訴法一一五条一項二号)、その結果他の株主もその効力を争うことができなくなるという関係にあり、複数の株主の追行する株主代表訴訟は、いわゆる類似必要的共同訴訟と解するのが相当である。

類似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、それによって原判決の確定が妨げられ、当該訴訟は全体として上訴審に移審し、上訴審の判決の効力は上訴をしなかった共同訴訟人にも及ぶと解される。しかしながら、合一確定のためには右の限度で上訴が効力を生ずれば足りるものである上、取締役の会社に対する責任を追及する株主代表訴訟においては、既に訴訟を追行する意思を失った者に対し、その意思に反してまで上訴人の地位に就くことを求めることは相当でないし、複数の株主によって株主代表訴訟が追行されている場合であっても、株主各人の個別的な利益が直接問題となっているものではないから、提訴後に共同訴訟人たる株主の数が減少しても、その審判の範囲、審理の態様、判決の効力等には影響がない。そうすると、株主代表訴訟については、自ら上訴をしなかった共同訴訟人を上訴人の地位に就かせる効力までが民訴法四〇条一項によって生ずると解するのは相当でなく、自ら上訴をしなかった共同訴訟人たる株主は、上訴人にはならないものと解すべきである(最高裁平成四年(行ツ)第一五六号同九年四月二日大法廷判決・民集五一巻四号一六七三頁参照)。

したがって、本件において自ら上告を申し立てなかった池中義徳及び株式会社青木電気設計事務所は上告人ではないものとして、本判決をする。

よって、裁判官河合伸一の補足意見があるほか、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

裁判官河合伸一の補足意見は、次のとおりである。

法廷意見は、本規定にいう「法令」には、商法その他の法令中の、会社を名あて人とし、会社として遵守すべきすべての規定(以下「対会社規定」という。)が含まれることを明らかにした上、取締役が会社をして対会社規定に違反させることとなる行為をしたときは、一般規定の定める取締役の義務に違反するか否かを問うまでもなく、本規定に該当すると解している。すなわち、本規定に基づく取締役の責任は会社に対する債務不履行責任であるところ、本規定は、取締役が右のような行為をしたときは、当然に、民法四一五条所定の「債務ノ本旨ニ従ヒタル履行ヲ為ササル」との要件(以下「不履行要件」という。)を充足すると定めるものであって、その意味で同条に対する特則を成すと解するものである。

これに対し、対会社規定の全部又は一部について、取締役がそれらの規定に違反しても直ちに不履行要件を充足すると解すべきではなく、取締役の行為が一般規定の定める義務に違反するもの(以下「任務懈怠」という。)と評価されて初めて、これを充足することになると解する説(以下「反対説」という。)が唱えられており、原審もこれによったものと思われる。

私は、反対説には解釈論として相当の難点がある上、具体的事案の処理においても、法廷意見による場合に対比して、少なくとも右難点を無視するに足るほどの利点があるとはいえないと考えるので、以下、その概要を述べておきたい。

一 営利法人たる会社を経営する取締役の任務は、約言すれば、会社の最善の利益を図るため善良な管理者の注意をもってその職務を遂行することにある。反対説が、取締役の行為に対会社規定違反があっても、なお任務懈怠の評価を経るべきものとするのは、取締役の行為を、右違反の点をも含め、全体として観察すれば、任務懈怠とはいえない場合がある、すなわち前記の取締役の任務にかなうものと評価できる場合があるとの理解を前提とするのであろう。それは、結局、取締役が会社をして対会社規定に違反させることになる行為をしても、それが会社の利益を図るものであれば、会社に対する関係では債務不履行とはならない場合のあることを承認するものであり、換言すれば、会社の利益を図るためには、会社をして法令に違反させることになるような行為をすることもなお取締役の任務に属する場合があることを承認するものではなからうか。しかし、私は、そのようなことを承認することには、どうも賛成できない。

また、反対説は、商法の規定の構成や文理にも整合しないように思われる。本規定にいう「法令」に一般規定が含まれることについては、反対説の論者にも異論はない。対会社規定がこれに含まれるかは必ずしも一致していないが、もし含まれるとするのであれば、対会社規定は一般規定の下部規範でありながら、両者が同一条文中に並列的に置かれていることになるし、もし含まれていないとするのであれば、本規定は「取締役ガ其ノ任務ヲ怠リタルトキ」と定めていた昭和二五年改正前の二六六条一項とほとんど同じものとなり、右改正において、取締役の地位及び権限の強化に伴い、その責任の明確化と厳格化を図るため現行のように改められた趣旨にそぐわないことになる。商法が、監査役について、取締役に關する規定の多くを準用しながら、会社に対する責任については本規定を準用せず、「其ノ任務ヲ怠リタルトキ」と定めている（二七七条）こととも整合しない。商法二五四条ノ三にいう「法令」が対会社規定を含むことは明らかであるところ、同じく取締役の義務に関する本規定中の「法令」を別異に解することも、容易に理解し難いところである。

二 反対説には右のような難点があるが、それにもかかわらず反対説が提唱される理由には、法廷意見のように解すると取締役に對し不当に苛酷な責任を負わせることになるとの憂慮があるように思われる。

たしかに、対会社規定には多種多様なものがあり、取締役がそのすべてに通じていることは期し難いから、本件のように、取締役の行為が思いがけず対会社規定に違反する結果となる場合の生じ得ることを否定できない。その場合、取締役が当然に商法二六六条の定める責任を負うことになれば、その責任はきわめて厳格なものである。さらに、近年、本規定に基づいて取締役の責任を追及する代表訴訟が増加し、ことに商法二六七条四項の改正後は、その請求額が巨額に及ぶ例も少なくない。これらのことからすると、右の憂慮を故なきものということはできない。

ところで、取締役は、会社を取り巻く複雑かつ流動的な諸状況の下で、その任務を遂行するため、専門的な知識と経験に基づき、諸種の配慮をめぐらして経営上の判断をしなければならない。このような取締役の経営上の判断については、その性質上おのずから広い裁量が認められるべきであって、取締役のある判断が結果的に会社に損害をもたらしたとしても、それだけで直ちに取締役に任務懈怠があったとすることはできず、具体的事案における諸事情を総合勘案して評価決定すべきものとするのが、一般的理解である。反対説は、取締役が対会社規定に違反して会社に損害が生じた場合においても、右の経営判断に関する一般的理解に従い、具体的諸事情を総合勘案して任務懈怠と評価できるか否かを決することにより、取締役が前記の苛酷な責任から救済される可能性を拡大しようとするものと思われるのである。

しかし、私は、本規定に基づく取締役の責任の諸要件をより具体的に検討すれば、両説のいずれを採るかにより、結論においてそれほど差を生じるものではないと考える。

1 まず、取締役の対会社規定に違反する行為の結果会社に損害が生じた場合において、取締役が、その行為をするに際し、それが対会社規定に違反するものであることを認識していたときには、前記の一般的理解によっても、取締役に任務懈怠なしとすることはできないであろう。取締役の裁量権には、法令に違反し、あるいは会社をして違反させることは含まれないはずであり、会社の利益を図るためには故意に法令を犯してもよいとはいえないからである。現に、反対説の論者も、多くは右の結論を認めているように思われる。

2 右の場合において、取締役が、自己の行為が対会社規定に違反することを認識していないときは、どうであろうか。

法廷意見の立場からは、債務不履行責任における帰責要件としての過失の問題となるところ、これについては一般

に、債務者が取引関係上通常要求される程度の注意を欠いたがゆえに債務不履行という結果の発生を認識しなかったか否かが問われるのであって、右の場合に即していえば、当該行為をめぐる諸般の状況の下で、取締役が前記のような経営上の判断をするに際し、同様の状況にある通常の実務者に要求される程度の注意、すなわち善管注意を欠いたがゆえに、対会社規定違反となることを認識しなかったか否かが問われるのである。

反対説の立場からは、必ずしも帰責要件の問題とはされず、むしろ、あるいはまず、不履行要件の問題とされる如くであるが、いずれにしても、右の善管注意を欠いたか否かを基準として決せられることになると思われ、そうだとすれば、判断基準において法廷意見と差がないと考えられる。ただ、この立場においては、認識すべきものとされる対象が、法廷意見の立場におけるそれと異なることになるであろうが、そうであっても、その対象の中に当該行為が対会社規定に違反するという事実が含まれなければならない以上、右の差異によって結論が左右される事例は、次に述べるような場合を除き、容易に想定することができない。

3 取締役が善管注意を尽くせば対会社規定違反となることを認識し得たと判断されるけれども、この判断に供せられた事実関係に加えて、当該行為をめぐる状況を更に広く考察すれば、なお任務懈怠とは評価できないという場合はあり得るかも知れない。しかし、ここで更に考察の対象に加えられる事実関係ないしその評価とは、ほとんどの場合、通常の実務不履行の要件論において違法性阻却又は責任阻却事由として位置付けられるものではなからうか。法廷意見の立場からも、緊急避難等の違法性阻却事由や、期待可能性等の責任阻却事由の存在が認められるときは、取締役の責任は否定されることになるのである。

4 あるいは、主張立証責任の所在については、両説のいずれを採るかにより、理論上、差異を生じるかも知れない。本規定に基づいて取締役の責任が追及される事案のほとんどはいわゆる不完全履行の類型に属するであろうが、同類型においては、不完全な履行があったこと、すなわち不履行要件の存在の主張立証責任は債権者側にあると解するのが一般である。これを前提とすると、法廷意見の立場からは、取締役が対会社規定に違反する行為をしたことが立証されれば、それだけで不履行要件を充足し、帰責事由の不存在又は違法性・責任阻却事由の存在は、すべて取締役が主張立証責任を負うことになる。これに対し、反対説の立場では、これらの事由は、ほとんどすべてが不履行要件たる任務懈怠の中に溶融され、取締役の責任を追及する側が主張立証責任を負うことになる。

もっとも、右は理論上のものに過ぎず、訴訟の実践の場においてはそれほど差を生じないであろうが、もし右の理論のとおり訴訟が運ばれるとすれば、反対説を採ることにより、取締役の責任が否定される場合が増えるであろう。

しかし、私は、右の理論にも、反対説によるその結果の妥当性にも、疑問を呈さざるを得ない。たとえば一定の品質を有すべき物の給付債務など、債務の内容が客観的、具体的に明確であり、それが完全に履行されたか否かを債権者が普通に知り得るものについては、その不履行要件についての主張立証責任を債権者に課することは正当であろう。しかし、反対説がいうように、任務懈怠をもって不履行要件とするなら、そこで認定判断されるべき事柄は複雑多岐にわたり、しかもそのほとんどは取締役の関与領域内にあるから、物の給付債務などについてと断断には論じ得ないし、ことに代表訴訟の場合を考えると、原告にその主張立証責任を課すことにより取締役が勝訴するという結果は、公平でなく、妥当でもないと考えるのである。

三 本規定に基づき取締役に命じられる賠償額についても言及しておきたい。

前述のとおり、反対説が提唱される理由に、取締役に対し不当に苛酷な責任を負わせることへの憂慮があるとすれば、私も、それに共感を覚える場合がないわけではない。しかし、そのような結果を回避することは、反対説のように、不履行要件を任務懈怠として、対会社規定に違反した取締役の責任を全面的に否定する方法によってではなく、その責任を肯定した上、要賠償額の量定を妥当なものとする方法によってされる方が望ましく、現行法の下においても、その余地があるからである。

1 たとえば、いわゆる損益相殺である。取締役の本規定該当の行為によって会社が損害を被ったが、同時に利益をも得ている場合、原則として、その差額をもって要賠償額とするものである。商法二六六条が会社の被った損害を取締役に賠償させる制度である以上、右のように損益相殺することは、むしろ当然のことといえる。

もっとも、取締役の行為から会社に利益が生じているにしても、その行為が刑事犯罪に該当するなど、その利益をもって損益相殺することが社会的に正当視できない場合はあろう。しかし、そのような場合は、会社に生じた損害をそのまま取締役に負わせても、不当に苛酷なものとはいえないと考える。

2 過失相殺の規定（民法四一八条）を適用し、あるいはその趣旨を類推適用することも、検討されるべきである。

取締役は会社の機関であり、対外的には一体と見るべきものであるが、会社の取締役に対する損害賠償請求権が訴

求されているときには、たとえ取締役が現在もその地位にあるとしても、両者は債権者と債務者の関係にあるから、右規定が適用されることは自然である。

また、たとえば取締役の行為が本規定に該当するものではあるが、それは会社の歴代の経営者がしてきたことを継承するものであるとか、会社の組織や管理体制に牢固たる欠陥があるなど、いわば会社の体質にも起因するところがある場合には、損害賠償制度の根本理念である公平の原則、あるいは債権法を支配する信義則に照らし、右規定を類推適用することが許されてよいと考える（最高裁昭和五九年（オ）第三三号同六三年四月二一日第一小法廷判決・民集四二巻四号二四三頁、最高裁昭和六三年（オ）第一〇九四号平成四年六月二五日第一小法廷判決・民集四六巻四号四〇〇頁参照）。

もっとも、右の例のような場合、取締役は会社の体質を改善すべき義務を負うものであることも、考慮されなければならない。また、本規定に基づく責任が関与した取締役の連帯責任とされていることが、過失相殺規定の適用又は類推適用を困難にする場合もあろう。しかし、そのようなことも考慮しつつ、なおこれによって妥当な結論を導き得る場合があると考えるのである。

要賠償額を具体的事情に適合する合理的、現実的なものにするため、解釈論として用い得る調整手法は、右以外にもあり得よう。そして、このような調整をすることは、決して、商法二六六条ないし代表訴訟制度の目的に反するものではなく、その機能を減殺するものでもない。ことに、訴額に関する法改正により取締役の職務是正機能が鮮明になってきた代表訴訟制度にとっては、むしろ、これをより活性化することにつながるものである。

現行法の下では、右の合理的調整をするのに相当の困難があることは否定できない。これを適切かつ十分に行い得るようにするには、本来、法改正が必要であって、その早期の実現が待たれるところである。しかし、これが実現するまでの間にあっても、法解釈を工夫することによって不当な結果を回避し得る余地が多分にあると考える次第である。

（裁判長裁判官 河合伸一 裁判官 福田 博 裁判官 北川弘治 裁判官 亀山継夫 裁判官 梶谷 玄）

注 本件は、最高裁判所のWebサーバーに「最近の最高裁判決」として掲載されていたものである。「主文」以下の内容は、軽微なレイアウト変更を除き、サーバーからダウンロードした時の状態のままである。

判例掲載誌 民集 54 巻 6 号 1767 頁

主観的順位的併合

23. 東京高等裁判所 昭和42年7月4日 第14民事部 判決

要旨：

主観的予備的併合の訴えが却下された事例（旧法事件）。

1. 主観的予備的請求の併合は、その請求について裁判がなされるか否かが他人間の訴訟の結果に依存し、予備的請求の被告を著しく不安定・不利益な地位に置くことになり、原告の保護に偏するものであるから、許されない。

/通常共同訴訟/条件付訴え/

/民訴.38条/民訴.39条/民訴.41条/

内容：

件名 所有権移転登記手続等請求控訴事件（控訴棄却）

上告審 [最高裁判所 昭和43年3月8日 第2小法廷 判決](#)（昭和42年（オ）第1088号）

控訴人 原告 甲野カオル

被控訴人 被告 乙川イチロウ 丙村ススム

主 文

本件控訴はいずれもこれを棄却する。

控訴費用は控訴人の負担とする。

事 実

控訴代理人は「原判決を取り消す。被控訴人丙村ススムは控訴人に対し、別紙目録記載の土地につき所有権移転登記手続をせよ[、]仮りに右請求が認容されないときは被控訴人乙川イチロウは控訴人に対し、金一、四〇四万一、二五〇円およびこれに対する昭和四〇年一〇月二日から右完済にいたるまで年五分の割合による金員を支払え。訴訟費用[は]第一、二審とも被控訴人等の負担とする」との判決を求め、被控訴人等代理人は主文第一項と同旨の判決を求めた。

当事者双方の事実上の主張、証拠の提出、援用、認否は、被控訴人等代理人において、本件土地の買戻期間について従来の主張を、右買戻期間は遅くとも売買契約成立の日から六ヶ月以内との約であつたと改めると述べ、控訴代理人において、証拠として当審証人井上直彦の尋問を求めたほか、すべて原判決の事実摘示と同一であるからこれを引用する（ただし、原判決四枚目一記録二五丁一裏一一行目に「井上直義」とあるのは「井上直彦」の誤記と認められるからそのように訂正する）。

理 由

一、まず控訴人の被控訴人丙村ススムに対する請求の当否について判断する。

（一） 成立に争いのない甲第一、第二号証に原審および当審証人井上直彦の証言、原審における被控訴人乙川イチロウ（後に措信しない部分を除く）、同丙村ススムならびに控訴人（第三回）の各本人尋問の結果と弁論の全趣旨を総合すると、控訴人は昭和三五年一月四日、被控訴人乙川イチロウから金三五〇万円を利息月三分五厘と定め、弁済期については特に具体的に期日を指定せず、貸付後概ね六ヶ月位の間に返済するとの了解の下に借り受けるに当たり、同債務を担保する目的で、控訴人所有にかかる別紙目録記載の土地（以下本件土地という）の所有権を同被控訴人に移転し、同被控訴人は控訴人が右貸金元金および利息を完済すれば同土地の所有権を控訴人に返還することを約し、同年同月五日登記原因を売買として同被控訴人を取得者とする所有権移転登記手続を経由したことが認められる。

控訴人は、同人は被控訴人乙川に対し、本件土地の所有権を移転する意思はなく、ただ右債務を担保するため抵当権を設定すべきことを約諾したにすぎないから、右所有権移転登記は実質上の権利関係に合致しないものであると主張し、成立に争いのない甲第三、第四号証の各一の記載および原審における控訴人本人尋問の結果（第一、二回）中には右主張にそう部分があるが、同部分は前掲各証拠と対比してたやすく信用することができない。

また、被控訴人乙川は、本件土地は控訴人より買戻期間を六ヶ月と定めて買い受けたものであると主張し、原審証人白石匠の証言および原審における被控訴人乙川イチロウの本人尋問の結果中には右主張にそう部分があるが、同部分も前掲各証拠と対比してたやすく信用することができない。しかして他に右認定を左右するに足る証拠はない。

(二) つぎに、被控訴人丙村が同乙川から本件土地を買い受けたことは当事者間に争いがなく、前[掲]甲第二号証および原審における被控訴人丙村スムの本人尋問の結果によると、被控訴人丙村は昭和三九年三月一二日同土地を代金一、〇〇〇万円で買い受け、即日その旨の所有権移転登記手続を経由したことが認められる。原審における控訴人本人尋問の結果(第二回)中右認定に反する部分は前掲各証拠と対比して信用することができず、他に右認定を[妨]げる証拠はない。

(三) さらに、原審における証人井上直彦の証言によると、本件土地の価額は控訴人が被控訴人乙川にその所有権を移転した昭和三五年一一月当時において六、七百万円程度のものであったことが認められる。原審における控訴人本人尋問の結果(第三回)中右認定に反する部分はたやすく信用することができず、他に右認定を妨げる証拠はない。

(四) 以上(一)ないし(三)に認定した事実によれば、被控訴人乙川は控訴人に対し、金三五〇万円を期限を定めず貸与し、控訴人は右債務の担保として、本件土地の所有権を被控訴人乙川に移転したものと認めるべきである。ところで、右債務につき弁済期の到来した事を認めるに足る証拠はないけれども、譲渡担保権者が担保の目的物を第三者に譲渡した場合には、その譲渡がたとえ弁済期の到来前になされたとしても、第三者は有効に所有権を取得するものというべきであるから被控訴人乙川から右土地を買い受けた被控訴人丙村は、被控訴人乙川と控訴人との間の内部的な債権関係によつてなんらの影響を受けることのない完全な所有権を取得したものである。

してみれば、控訴人が、その主張のとおり被控訴人丙村に対し、同乙川より借り受けた本件貸金元金および利息に相当する金員を弁済のため供託した事実があるとしても、これにより同丙村が控訴人に対し本件土地の所有権移転登記手続をなすべき義務を負うにいたるいわれはないものといわねばならない。

なお、控訴人は、被控訴人丙村が本件土地につき控訴人は買戻権の登記を有しないから買戻に应じられないと主張するのは権利の濫用であると云うけれども、同被控訴人はそのような主張をしているわけではなから、控訴人のいうところはその前提を欠くものであつて失当である。

そうだとすると、控訴人の被控訴人[丙村]に対する請求は理由がないから棄却をまぬがれない。

二、つぎに、控訴人の被控訴人乙川イチロウに対する請求の当否について判断する。

控訴人の同被控訴人に対する請求は、被控訴人丙村に対する請求が理由のないことを前提としてなすものであつて、いわゆる主観的予備的請求の併合にあたるものであるが、そのような予備的請求の被告とされた者にとってはその請求の当否についての裁判がなされるか否かは他人間の訴訟の結果いかんによることとなるわけであつて、応訴上著しく不安定、不利益な地位に置かれることになり、原告の保護に偏するものであるから、かかる訴訟形式は許されないものと解するのが相当であり、しかも併合された予備的請求はこれを分離するとそれ自体としては条件付訴として不適法なものになるといわねばならないのである。

したがつて、右請求は不適法として却下すべきである。よつて、以上の判断と同趣旨の原判決は相当であり、本件控訴はいずれも理由がないから、民訴法三八四条一項によりこれを棄却し、控訴費用の負担につき同法九五条、八九条を適用して、主文のとおり判決する

(昭和四二年七月四日 東京高等裁判所第一四民事部)

別紙

目録

千葉市富士見町五三番の三

一、宅地 一〇七坪(換算三五三・七一平方米)

ただしその換地

二[、]工区B六六街区二〇〇坪(換算六六一・一五平方米)

注 文脈を考慮して下記のような補正をした。

- 訴訟費用はは → 訴訟費用[は]
- 前頭甲第二号証 → 前[掲]甲第二号証
- 右認定を防げる → 右認定を[妨]げる
- 被控訴人乙川に対する請求 → 被控訴人[丙村]に対する請求

注 当事者名のみ仮名とした。

判例掲載誌 最高裁判所民事判例集22巻3号558頁*

24. 最高裁判所 昭和43年3月8日 第2小法廷 判決（昭和42年（才）第1088号）

要旨：

訴の主観的予備的併合は不適法であつて許されない。（旧法事件）

/通常共同訴訟/条件付訴え/

/民訴.38条/民訴.39条/民訴.41条/

内容：

件名 所有権移転登記手続等請求上告事件（上告棄却）

第一審 千葉地方裁判所昭和41年3月28日民事部判決

原審 [東京高等裁判所 昭和42年7月4日 第14民事部 判決](#)

上告人 控訴人 原告 甲野カオル 代理人 羽生長七郎 江幡清

被上告人 被控訴人 被告 乙川イチロウ 丙村ススム 代理人 海谷利宏

主 文

本件上告を棄却する。

上告費用は上告人の負担とする。

理 由

上告代理人羽生長七郎、同江幡清の上告理由第一点について。

記録によれば、所論の主張は原審においてなされていないことが明らかであるから、所論は採用することができない。

同追加上告理由について。

記録によれば、原審は、被上告人丙村が原判示の経緯により本件土地所有権を取得したと認定し、上告人の被上告人丙村に対する本訴請求を棄却していることが明らかであつて、挙示の証拠によれば、原審の右認定および判断は、これを是認することができる。所論は、原判決を正解せず、独自の見解に基づき原判決を非難するものであつて、採用することができない。なお、弁済期に関する所論は、原判決の結論に影響のない主張であるから、この点に関する所論も採用のかぎりではない。

同上告理由第二点および追加上告理由二について。

訴の主観的予備的併合は不適法であつて許されないとする原審の判断は正当であり、原判決に所論の違法は存しない。所論は、独自の見解に基づき原判決を非難するに帰し、採用することができない。

よつて、民訴法四〇一条、九五条、八九条に従い、裁判官全員の一致で、主文のとおり判決する。

(裁判長裁判官 奥野健一 裁判官 草鹿浅之介 裁判官 城戸芳彦 裁判官 色川幸太郎)

上告代理人羽生長七郎、同江幡清の上告理由

第二点 原判決は法則の適用を誤りたる違法あるものと思われます。

原判決は上告人の被上告人丙村ススムに対する登記請求の主張が採用せられざる場合には被上告人乙川イチロウに対する損害賠償を求めたるは所謂主観的予備的併合として訴訟上許すべからざるものとして排斥せられたるも本件は始めより共同訴訟として提起したるものにあらず訴訟の進行中被告乙川イチロウが不法にその不動産を被上告人丙村ススムに売却したるにより主たる請求を被上告人丙村ススムに変更すると同時に、同被上告人丙村に対する請求が果して許容せらるるや否や上告人に不明なるを以て被告乙川イチロウに対しても、予備的に損害請求の主張を為すの不得已に至りたるものにして、上告人が始めより任意に共同訴訟として、提起したるにあらず被告等等の行為により、共同訴訟と為すの不得已に到らしめたるものにつき違法の訴訟行為ではないと思われます。

(その他の上告理由は省略する。)

上告代理人羽生長七郎、同江幡清の追加上告理由

二、先上告理由書第二点所謂主観的予備的請求を却下したるは法則の適用を誤りたる違法あるものなりとの主張につき左記の如く補充します。

1 原判決は主観的予備的請求の併合はその被告とされた者にとつてその請求の当否についての裁判がなされるか否かは他人間の訴訟の結果いかんによることとなるわけであつて応訴上著しく不安定不利益な地位に置かれることになり原告の保護に偏するものであるからかかる訴訟形式は許されないこと。しかし現行法上右併合訴訟を禁止したる法規はなくこれを許容すべきか否かは主としてかかる訴訟形態を認めることが民事訴訟の要請たる当事者公平の原則に背反するか否か或は訴訟経済の原則に合致するかの考慮により決定せらるべきものである。

本件は控訴人と被控訴人乙川との間に本件訴訟物土地につき訴訟を開始せられてその進行中同被控訴人が該物件を被控訴人丙村に売却したりと云うので控訴人は同被控訴人に対し民事訴訟法第五九条の手續を経て本件訴訟で被告の座に入らしめたるもので此の場合当事者三名が該訴訟物件について生じたる紛争を一挙に解決することは当事者相互に訴訟経済上、判決の統一迅速等の利益を有すること明らかであります。而して若し訴訟中被告乙川の任意売却処分行為により訴訟を複雑と為し置き乍らその行為により当然脱退し得るものとするはそれこそ被控訴人側の保護に偏して当事者公平取扱の原則に反するものと思料するものであります。

2 又原判決は「併合された予備的請求はこれを分離するとそれ自体としては条件付訴として不適法なものになる」と判示されるところ、併合された予備的請求故にこそ形式が条件付訴となるもので而してその条件付訴を実質的に

解決の判決をすることが前記の如く当事者相互に利益なることである以上これを不適法の訴とする理由なきものと思料します。

3 要するに原判決が右却下したるは民事訴訟訴権の運用を誤りたるもので結局民事訴訟法第三九五条後段の法令の違背あるもので此点においても破毀を免れざるものと思料します。

(その他の上告理由は省略する。)

判例掲載誌 最高裁判所民事判例集22巻3号551頁* 判例時報518号52頁

同時審判申出訴訟

参考事例

25. 最高裁判所 平成14年1月22日 第3小法廷 判決(平成10年(才)第512号)

要旨：

商品の売主が建築工事の請負人に対して代金支払請求の訴えを提起したところ、買主は施主であるとの主張がなされたため、売主が施主に訴訟告知をしたが、施主が補助参加することなく、買主は請負人ではなく施主であるとの理由で請負人に対する代金支払請求が棄却された後で、売主が施主に代金支払請求をした場合に、前訴判決中の買主は施主であるとの判断に参加的効力は生じないとされた事例。

1. 旧民訴法70条(現46条)所定の効力は、判決の主文に包含された訴訟物たる権利関係の存否についての判断だけではなく、その前提として判決の理由中でされた事実の認定や先決的権利関係の存否についての判断などにも及ぶ。(判旨の前提となる判断)

2. 参加的効力の及ぶ理由中の判断とは、判決の主文を導き出すために必要な主要事実に係る認定及び法律判断などをいうものであって、これに当たらない事実又は論点について示された認定や法律判断を含むものではない。(判旨)

/民訴.46条/民訴.42条/

/旧規定/t15民訴.70条/15民訴.64条/

内容：

件名 商品代金請求上告事件(破棄差戻)

原審 大阪高等裁判所(平成9年(ネ)第589号)

主 文

原判決を破棄する。
本件を大阪高等裁判所に差し戻す。

理 由

上告代理人洪性模，同許功，同安由美の上告理由について

1 本件訴訟は，被上告人が，上告人に対し，家具等の商品（以下「本件商品」という。）の売買代金の支払を求めるものである。原審の確定した事実関係の概要等は，次のとおりである。

（1） 上告人は，カラオケボックス（以下「本件店舗」という。）建築のため，平成6年10月，Aとの間で店舗新築工事請負契約を締結した。

（2） 被上告人は，Aに対し，本件商品を含む家具等の商品を販売したとして，平成7年9月18日，和歌山地方裁判所にその残代金の支払を求める訴えを提起した（同裁判所平成7年（ワ）第466号。以下，同訴訟を「前訴」という。）。

前訴において，Aは，被上告人が本件店舗に納入した本件商品を含む商品について，施主である上告人が被上告人から買い受けたものであると主張したことから，被上告人は，上告人に対し，平成8年1月27日送達の前訴告知書により訴訟告知をした。しかし，上告人は，前訴に補助参加しなかった。

（3） 前訴につき，本件商品に係る代金請求部分について，被上告人の請求を棄却する旨の判決が言い渡され確定したが，その理由中に，本件商品は上告人が買い受けたことが認められる旨の記載がある。

2 以上の事実関係の下において，原審は，旧民訴法78条，70条所定の訴訟告知による判決の効力が被告知人である上告人に及ぶことになり，上告人は，本訴において，被上告人に対し，前訴の判決の理由中の判断と異なり，本件商品を買って受けていないと主張することは許されないとして，被上告人の請求を認容した。

3 しかしながら，原審の上記判断は是認することができない。その理由は，次のとおりである。

（1） 旧民訴法78条，70条の規定により裁判が訴訟告知を受けたが参加しなかった者に対しても効力を有するのは，訴訟告知を受けた者が同法64条にいう訴訟の結果につき法律上の利害関係を有する場合に限られるところ，ここにいう法律上の利害関係を有する場合とは，当該訴訟の判決が参加人の私法上又は公法上の法的地位又は法的利益に影響を及ぼすおそれがある場合をいうものと解される（[最高裁平成12年（許）第17号同13年1月30日第一小法廷決定](#)・民集55巻1号30頁参照）。

また，旧民訴法70条所定の効力は，判決の主文に包含された訴訟物たる権利関係の存否についての判断だけでなく，その前提として判決の理由中でされた事実の認定や先決的権利関係の存否についての判断などにも及ぶものであるが（[最高裁昭和45年（オ）第166号同年10月22日第一小法廷判決](#)・民集24巻11号1583頁参照），この判決の理由中でされた事実の認定や先決的権利関係の存否についての判断とは，判決の主文を導き出すために必要な主要事実に係る認定及び法律判断などをいうものであって，これに当たらない事実又は論点について示された認定や法律判断を含むものではないと解される。ただし，ここでいう判決の理由とは，判決の主文に掲げる結論を導き出した判断過程を明らかにする部分をいい，これは主要事実に係る認定と法律判断などをもって必要にして十分なものと解されるからである。そして，その他，旧民訴法70条所定の効力が，判決の結論に影響のない傍論において示された事実の認定や法律判断に及ぶものと解すべき理由はない。

（2） これを本件についてみるに，前訴における被上告人のAに対する本件商品売買代金請求訴訟の結果によって，上告人の被上告人に対する本件商品の売買代金支払義務の有無が決められる関係にあるものではなく，前訴の判決は上告人の法的地位又は法的利益に影響を及ぼすものではないから，上告人は，前訴の訴訟の結果につき法律上の利害関係を有していたとはいえない。したがって，上告人が前訴の訴訟告知を受けたからといって上告人に前訴の判決の効力が及ぶものではない。しかも，前訴の判決理由中，Aが本件商品を買って受けたものとは認められない旨の記載は主要事実に係る認定に当たるが，上告人が本件商品を買って受けたことが認められる旨の記載は，前訴判決の主文を導き出すために必要な判断ではない傍論において示された事実の認定にすぎないものであるから，同記載をもって，本訴において，上告人は，被上告人に対し，本件商品の買主が上告人ではないと主張することが許されないと解すべき理由もない。

4 以上によれば、前訴の判決の理由中に本件商品は上告人が被上告人から買い受けたことが認められる旨の記載があるからといって、前訴の判決の効力が上告人に及び、上告人が本件商品の買主であるとして売買代金の支払を認めるべきものとした原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。論旨は理由があり、原判決は破棄を免れない。そして、上告人の本件商品の売買代金支払債務の有無について更に審理を遂げさせる必要があるから、本件を原審に差し戻すこととする。

よって、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

(裁判長裁判官 濱田邦夫 裁判官 千種秀夫 裁判官 金谷利廣 裁判官 奥田昌道)

判例掲載誌

共同訴訟参加

26. 最高裁判所 平成14年1月22日 第3小法廷 判決（平成10年（才）第282号）

要旨：

株主代表訴訟において、原告株主が第1審において被告の主張事実を自白したため敗訴した場合に、控訴審において、他の株主が自白された事実を争うために共同訴訟参加することが許された事例。

1. 株主代表訴訟において、控訴審における他の株主の共同訴訟参加申出が原告株主の不適切な訴訟追行（重要事実の自白）を是正するためのものであると評価され、その申出が原審の第1回口頭弁論期日の後にされたとしても遅きに失したとまでいうことはできず、また参加の申出を許した場合に原告株主のした自白が効力を生じないことになるとしても記録に現れた弁論の経過からすれば相当期間にわたる審理が必要となることも解されないため、商法268条2項但書にいう「不当ニ訴訟ヲ遅延」させるときに当たるとはいえないとされた事例。

/自白の撤回/

/民訴.52条/商.267条/商.268条/

/旧規定/t15民訴.75条/

内容：

件名 損害賠償請求、共同訴訟参加上告事件（破棄差戻）

原審 名古屋高等裁判所（平成8年（ネ）第1085号、平成9年（ネ）第681号）

主 文

原判決を破棄する。
本件を名古屋高等裁判所に差し戻す。

理 由

上告代理人片山主水、同中山敬規の上告理由第一について

1 本件は、甲株式会社（以下「甲」という。）の株主である上告人A、同B及び同C（以下「上告人A外2名」という。）が、同社の代表取締役であった亡D（以下「D」という。）及びその子である被上告人において株主総会の決議を経ることなく役員報酬等を支払ったことにより被上告人はDから相続したものを含め同社に対する損害賠償義務を負ったなどと主張して、商法267条に基づき、被上告人に対し、上記役員報酬等相当額の損害賠償を同社に支払うことを求めた株主代表訴訟であるが、原審において上告人Eが、同社の株主であるとして、上告人A外2名と同様の請求原因事実を主張した上、旧民訴法75条に基づき、参加の申出（商法268条2項）をした事案である。

2 原審の確定した事実関係及び記録によって認められる訴訟の経過等は、次のとおりである。

(1) 甲は、昭和23年2月、Dらにより鉄鋼取引等を目的として設立された会社である。甲の代表取締役は、設立以来Dであったが、同人は平成5年1月16日に死亡した。被上告人は、Dの子である。

(2) Dは、甲の代表取締役に在任中の昭和60年3月期から平成6年3月期にかけて、同人及び他の取締役に對し、役員報酬及び役員賞与として合計1億5350万円（以下「本件役員報酬等」という。）を支払った。また、被上告人は、甲の代表取締役として、Dの相続人らに對し、同年6月ころ、Dが代表取締役を退任したことに伴う退職慰労金6000万円（以下「本件退職慰労金」という。）を支払った。

なお、甲の定款には、役員報酬、役員賞与及び退職慰労金についての定めはない。また、甲においては、設立以来株主総会や取締役会が開催されたことはほとんどなかった。

(3) 上告人A外2名は、本件役員報酬等及び本件退職慰労金の各支払について甲の株主総会決議がされていないことを主張して本訴を提起したところ、被上告人は、自らが同社の代表取締役、F及びGが同社の取締役であるとして、平成7年4月29日に同社の取締役会を招集し、この取締役会は、次の定時株主総会において、本件役員報酬等及び本件退職慰労金の各支払の件を議題とすること、同総会を同年5月27日に開催することをそれぞれ決議した。同総会は、同日、発行済株式総数20万株の過半数を超える15万2300株を保有する株主が出席して開催され（以下、この株主総会のことを「本件株主総会」という。）、同総会において、本件役員報酬等及び本件退職慰労金の各支払を承認する旨の決議がされた。

(4) 第1審において、本件株主総会が招集された時点で、被上告人が甲の代表取締役に、F及びGが同社の取締役に適法に選任されていたか否かについて、被上告人は、平成6年5月20日同社の株主総会で被上告人、F及びGが取締役に、同日同社の取締役会で被上告人が代表取締役にそれぞれ選任されたと主張した。これに對し、上告人A外2名は、上記主張事実を認める旨の答弁をしたことから、第1審は、この事実は争いが無いものとし（以下、この自白を「本件自白」という。）、本件自白に係る事実を前提として、本件株主総会が適法に成立し、上記各支払が承認されたものと判断して、これらを理由に上告人A外2名の請求を棄却した。

(5) ところが、上告人A外2名は、上記判決に對して控訴し、原審において、本件自白を撤回して本件株主総会は不適法である旨を主張した。

(6) 一方、上告人Eは、原審の第1回口頭弁論期日（平成9年7月7日）の後である同年8月4日、共同訴訟人として旧民訴法75条に基づき本件訴訟に参加すること（商法268条2項。以下「本件参加」という。）を申し出た。

(7) 原審は、平成9年8月18日に第2回口頭弁論期日を、同年9月24日に第3回口頭弁論期日をそれぞれ開いた上、口頭弁論を終結した。

3 原審は、上記事実関係等の下において、次のとおり判示し、上告人A外2名の請求を棄却し、上告人Eの本件参加の申出を却下すべきものとした。

(1) 上告人A外2名は、本件自白をするについて錯誤があったとは認められないから、その撤回は許されない。そして、上記のとおり本件株主総会において本件役員報酬等及び本件退職慰労金の各支払を承認する旨の決議がされ

たから、これらの支払に違法はない。

(2) 上告人Eは、平成9年8月4日になって本件参加の申出をしたが、本件訴訟は、同月18日の第2回口頭弁論期日において、口頭弁論を終結することが可能な状態にあった。そして、上告人Eの本件参加の申出を許した場合、本件訴訟の目的が上告人A外2名と上告人Eにつき合一に確定すべき場合に当たるため、上告人A外2名のした本件自白は上告人Eが同様の自白をしない限り効力を生じないことになり、被上告人において本件株主総会等が適法に開催されたことを立証しなければならないことなどから、今後関係者の証人尋問の実施など相当期間にわたる審理が必要となる。そうすると、上告人Eの本件参加の申出は、本件訴訟を不当に遅延させることが明らかであり、商法268条2項ただし書により許されないものであって、不適法である。

4 しかしながら、原審の上記判断3(2)は是認することができない。その理由は、次のとおりである。

上告人A外2名が第1審においてした本件自白に係る事実を前提として同上告人らの請求が棄却されたことから、原審において上告人Eが本件参加の申出をしたという経緯にかんがみると、同上告人は、上告人A外2名の不適切な訴訟追行を是正するために本件参加の申出をしたものと解されるのであって、その申出が原審の第1回口頭弁論期日の後にされたとしても遅きに失したとまでいうことはできない。また、上告人Eの本件参加の申出を許した場合、上告人A外2名のした本件自白が効力を生じないことになるとしても、記録に表われた当事者の主張及び証拠関係からすると、原審が指摘するような相当期間にわたる審理が必要となるも解されない。さらに、記録によって認められる本件訴訟の経緯にかんがみると、上告人A外2名がした本件自白は不適切な訴訟行為であったと解されるところであり、上告人Eの本件参加の申出が認められない場合には上告人A外2名以外の甲の株主は看過し得ない不利益を被ることになる(記録によれば、同社には上告人A外2名以外にも株主が存在することがうかがわれる。)。そうすると、上記3(2)の事情をもって上告人Eの本件参加の申出を商法268条2項ただし書により許されないものであり、不適法であるとした原審の判断は、同項ただし書の解釈適用を誤ったものというべきであり、その違法は原判決の結論に影響を及ぼすことが明らかである。

5 以上によれば、論旨は上記の趣旨をいうものとして理由があり、その余の論旨について判断するまでもなく、原判決は破棄を免れない。

そして、本件参加の申出は上告人Eが甲の株主であることなどの参加の要件を満たしているか、これが肯定される場合には同上告人を本件訴訟に参加させた上で、改めて当事者双方の主張のいずれに理由があるかについてさらに審理させるため、本件を原審に差し戻すこととする。

よって、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

(裁判長裁判官 濱田邦夫 裁判官 千種秀夫 裁判官 金谷利廣 裁判官 奥田昌道)