

頁)而して右質権者の裁判上の請求は其の質権の物體たる債権につき時効中斷の效力を生じ(前述二註四参照)、質権者勝訴判決の效力は質権消滅に依り取立権を回復したる債権者(質権の物體たりし債権の主體)に及ぶべし。蓋し質権者の取立権は質権の消滅に依り消滅し、債権者の請求權は何等の制限を受けざるの状態を回復すること權利(取立権)承繼と其の關係同一なればなり(民一四八條、民訴第二〇一條第一項、民訴第二〇一條第二項に非らず)。従つて債務者が第三債務者に對する給付訴訟の繫屬中其の物體(訴訟物)たる自己の有する債権につき質権を設定したるときは、債務者は給付訴訟を進行すべき權能を失ひ、確認訴訟に變更するか又は質権者の參加(民訴第七一條)を求め訴訟より脱退するに非らざれば(民訴第七二條)敗訴の判決を受け時効は中斷せられざることとなる(民訴第七三條参照)。

三

之れを案件の場合に見るに、

- 一、要旨一は一般論として正當なり。
- 1、要旨一が質権設定者は其の債務者に對し質権の目的たる債権につき確認訴訟を提起することを得となすは正當なり。

蓋し質権設定者は質権の目的たる債権につき質権者の取立権を害すべき行為を爲すことを得ず従て給付訴訟を提起するを得ずと雖も、依然該債権につき管理處分權を有し、従つて基本たる法律關係の存否の確認のみならず債権自體の存否につきても訴訟を爲す權能を有すればなり(前述二一参照)。

- 2、要旨一が債権に付確認訴訟を提起することに依り其の時効を中斷することを得となすも亦正當なり。

蓋し所謂裁判上の請求と云ふは裁判上に於ける債権存在の主張を謂ふものにして敢て給付請求たることを要件とするものに非らざればなり(前述一参照)。

3、然れども大審院が要旨一の理由として基本たる法律關係の存否に付爭あるが爲め質権設定者が其の存在確認を求むる訴訟を提起したる場合に於ては質入債権に付時効中斷の效力を生ずるものと解せざるべからずと云ひ(前記判決理由要旨一参照)、要旨三を前提とせるは案件の裁判として結果に於て不當なりと謂はざるべからず(後述三参照)。

- 二、要旨二自體は正當なり。

1、蓋し裁判上の請求が時効中斷の效力を生ずる爲めには時効の未だ完成せざることを要する

に止まり訴提起の時期如何は之れを問ふを要せざればなり(前述一、二、1参照)。

2、然れども債權の未だ發生せざる前に於て基本的法律關係の存否につき提起せられたる確認訴訟に依り後に發生したる債權の時効進行せざるは、要旨三と同一の誤謬に出づるものにして案件の裁判としては不當なりと謂はざるべからず。

三、要旨三は不當なり。

蓋し判旨は法律が訴の提起に時効中斷の效力を付したる理由(前述一、一)を誤解し、基本的法律關係につきての訴の提起を以て法律關係より生ずる權利の裁判上の主張をも包含するものと解するものなりと雖も、基本的法律關係の存在より當然權利の發生すべき場合に於ても基本關係の裁判上の主張は其れより生ずる權利の存在をも主張せむとするの意思の存し得べきを推測し得るに止まり、權利存在の主張行為を解釋し得べき何等裁判上の行為を包含するものと謂ふを得ざればなり(前述一、二、2参照)。殊に案件に於ては基本關係より必然權利の發生すべき關係に在るものと謂ふを得ず。保險事故發生前契約は解除せらるゝことを得べく、又被保險者自殺し又は保險契約者が故意に被保險者を死に致すことあり得べきが故に(商第四三一條)、此の事は猶更なりと謂はざるべからず。

案件に於ては基本的法律關係につきての訴訟の繫屬中債權發生したるものなるが故に、債權者(質權設定者)は從來の訴を給付の訴に変更し(前述一、二、2参照)又質權設定の後に於ては債權存在の確認訴訟に変更することに依り容易に債權の時効を中斷するを得、又質權者は其の取立權に基づき第三債務者を相手方として給付訴訟を提起するか又は繫屬せる訴訟に参加し自己の有する取立權を主張することに依り債權の時効を中斷することを得べかりしものに係り(前述二註四参照)、其の時効完成は質權設定者並に質權者の懈怠の結果にして質權は消滅に歸したるものと謂はざるべからず。然るに判旨が第三債務者の時効援用を排斥し、基本的法律關係につき確認訴訟の存することを以て時効中斷の效ありとなすが如きは、權利者の無智に依る損失を救済するに急にして強いて法を曲解するものと謂はざるべからず。

三二 競賣事件に於ける異議と債權者の

代位權

昭和五年七月十九日大審院第四民事部決定(大審院民事判例集第九卷第九號六九九頁以下、昭和四年(ク)第八九七號不動産競賣事件ノ競賣開始決定ニ對スル異議申立却下決定ニ對スル

抗告事件)

三二 競賣事件に於ける異議と債權者の代位權

【決定要旨】 競賣事件ニ於ケル異議申立ノ權利ハ債権者代位權ニ依リテ之ヲ行使スルヲ得サルモノトス

【事實】 横濱區裁判所カ抵當權者タル相手方ノ申請ニ基ツキ爲シタル訴外橋本キセ所有ノ不動産ニ對スル競賣開始決定ニ對シ、橋本キセノ債権者タル抗告人荻井寅五郎ハ右競賣申請ニ違法ノ廉アリトシ橋本キセニ代位シ(民法四二三條)同裁判所ニ異議申立ヲ爲シタリ、同裁判所並ニ抗告裁判所ハ執レモ異議ヲ理由ナキモノトシ大審院モ亦左記理由ニ依リ抗告(再抗告)ヲ棄却シタリ

【抗告理由】 抗告裁判所ハ債権者代位權ハ私法上ノ權利ナルヲ以テ債務者ニ限局スヘキ公法上ノ權利タル不動産競賣ニ對スル異議申立ハ失當ナリトスレトモ此ノ私法上ノ權利ニ基ツキ私權ノ保護ヲ求ムルハ獨立ノ權能ナレハ私法上ノ權利ナルカ故ニ公法タル民事訴訟ノ發動ヲ請求スルノ權利ヲ否定スヘキモノニ非ス

【決定理由要旨】 民法第四百二十三條ニ規定セル代位權ノ對象トナリ得ルモノハ私法上ノ權利ニ限ルトノコトハ其ノ根據ヲ發見スルニ苦シマサルヲ得ス現ニ債務者ニ於テ或立記申請ヲ爲ササル場合ニ其ノ債権者ニ於テ前記代位權ニ基ツキ當該申請ヲ爲スヲ得ルコトハ何人モ怪マサルトコロナリ、然レトモ抵當權ニ基ツク競賣ノ場合ハ其ノ手續ニハ特別ノ規定ナキ限リ強制執行ノ規定カ準用セラルルモノナルヲ以テ其ノ手續ニ於テ爲サルトコロノ異議申立ト云ヒ抗告申立ト云ヒ斯カル權利ノ行使ニ付テハ總テ民事訴訟法ニ準據セサル可カラスト雖モ訴訟法上夫ノ民法第四百二十三條所定ノ如キ代位權ヲ一般的若クハ特別的ニ認メタル規定ハ一モ存セサルカ故ニ抗告人ノ如キハ本件異議ノ申立ヲ爲スノ適格ヲ具有セサルモノトス

【關係法文】 民法四二三條、非訟第七六條第二項

判旨は正當なり。

民法第四百二十三條の代位權とは債権者をして自己の債権を保全する爲め債権者自ら其の債務者に屬する權利(個々の權利)に付き管理處分を行ふことを得るの權能(包括的權能)を謂ふ。即ち代位權は他人の權利(私權)に付ての管理處分權 *Verwaltungsrecht* にして(此の意味に於て原審決定が民法屬する權利とあるは私法上の權利)を指すものなりとなすは正當なり。本人たる他人の該權利に付きての管理處分權と兩立し得ざる内容を有するが故に、其の代位(此の債権者が債務者の特定の權利に付き管理處分を爲す)の許さるべき爲めには債務者が現に該權利に付き管理處分權を實行し居らざることを要件とし(抽象的代位權の要件)、而も債務者の意思に拘はらず管理處分を進行し得る(此の具體的代位行爲を爲すの權を茲に)爲めには債権者が現に特定の權利に付き管理處分行爲を始めたることを要件とす(具體的代位權の要件)。蓋し特定の權利に付き債権者代位權(具體的代位行爲)を行ふときは之れに依り本人たる債務者は權利に付き管理處分權を失ふと共に(非訟第七六條第二項參照)(拙文判例批評間接訴訟の行使と債務者に對する破産宣告の關係(拙著判例批評民事訴訟法第三卷四三二頁以下)參照)、債権者未だ代位權を行はざる以前に於ては債務者は其の有する權利に付き管理處分權を失はず債権者は代位を爲し得ること(抽象代位權を有すること)を理由として之れが管理處分を妨ぐるを得ざるものなればなり。即ち

一、債権者が債務者に属する特定の権利に付き代位権を行はざる以前に於ては具體的権利に付き未だ代位権(具體的代位権)は存在せざるに共に、債権者代位に依り管理處分権を行ひたるときは其の終了に至るまで(前掲拙文判例批評(前掲拙著四三四頁)参照) 債務者は管理處分権を失ふ。従て各債権者は各獨立に代位権(抽象的代位権)を有するが故に各獨立にて又は共同にて代位権(具體的代位行爲)を行ふことを得べきも(前掲拙文判例批評(前掲拙著四三四頁)参照) 代位権(具體的代位行爲)は更に代位に依り之を行ふことを得ざるなり。即ち代位権(具體的代位権)の代位は之れを認むるを得ざるものと謂はざるべからず【註一】。蓋し代位権を行ふと云ふは代位に依り行はるべき代位権(具體的代位行爲)の未だ行はれざることを要件となすものなりと雖も未だ行はれざる以前に於ては代位権(具體的代位権)は未だ存在せざるものなればなり。

【註一】 猶ほ代位権の代位は抽象的代位権に付きても亦之れを認むるを得ざるなり、蓋し抽象的代位権は債権者自己の債権を保全する爲めの権利にして債権者としてのみ有する権利なりと謂はざるべからざればなり(換言すれば具體的代位権は債権者自己の債権を保全する爲めのみに行はるべきものなり)。若し然らずとし代位に依り債務者の代位権を行ひ得るものとせむか、債権者が直接に第三債務者の権利に付き自己の代位権を行ふことを認むるものにして(換言すれば此の見解は代位権者の具體的代位権と代位に依り行はるべき債務者の具體的代位権との二個の代位権が重疊的に行はる、ことを認むるものに非ず、重疊的代位権の行使は具體的代位権の代位としてのみ之れを考ふることを得る所なりと雖も其の許すべ

からざることは本文に於て述べたる所なり)債権の保全を目的とする民法第四百二十三條の規定を以て債権者代位権(民法第四百三條) 自體を保全する代位権をも認めむとするものに外ならずと雖も斯くの如きは同條規定の精神に反するの解釋なりと謂はざるべからず。

二、債権者代位権は債務者に属する特定の権利に付きての管理處分権なるが故に、債権者は代位者として或は直接第三債務者に對し裁判外に於て請求を爲すを得べく或は債務者に属する権利に付き裁判上保護行爲を求むることを得べし、例へば第三債務者を相手方として訴を提起し、強制執行を爲し或は保全請求を爲すを得べし。而して債権者が債務者に属する権利を行ひたるときは債務者は該権利に付き管理處分権を失ふが故に債権者裁判外に於て債務者に属する権利を主張したる場合に於ても第三債務者は債権者を相手方としてのみ之れを争ふことを得べく(債務者は當事者たる適格を有せず)、債権者訴を以て之れを主張したるときは債務者は訴訟に参加(從參加)することに依り判決をして自己の不利益に確定することを妨げ得べきに止まり當事者として参加するを得ざるなり(従て債務者参加したるときは共同訴訟的從参加にして民事訴訟法第七十五條に依る共同當事者としての参加にあらず)。又債権者代位に依り第三債務者に對し強制執行を爲したるときは債務者は第三債務者の提起したる異議の訴又は異議申立手續に参加(從參加)し得べきに止まる、蓋し強制執行手續自體に於ては從参加は之れを認むるを得ざればなり(Hellwig, System Bd. I, S. 220.)

III.)。

三、反之債権者特定の権利に付き債務者に代位せざる以前に於て債務者該権利に付き訴(消極的確認の訴)を受け又は債権者より強制執行を受けたときは債務者は該権利に付き管理處分権を有するものとして訴訟の當事者(被告又は債務者)たるものなるが故に、債権者は債務者に屬する該権利に付代位権(抽象的代位権)を有することを得ず。従て判決手續に在りては訴訟に参加し債務者を補助すべく又強制執行手續に在りては債務者の提起したる異議の訴又は異議申立手續に参加し當事者孰れかを補助し得るに止まり自ら債務者に代位して訴訟の當事者たるを得ざるなり。蓋し判決手續に在りては固より強制執行手續に在りても、債務者其の有する権利に付き訴を受け又は其の権利に對し強制執行を受けたるときは該権利に付き訴訟を爲す權能 *Prozessführungsrecht* を有し又從て管理處分權 *Verwaltungsrecht* を有するものとして其の相手方たるものにして、該権利に付き現に訴訟を進行し又從て管理處分権を行ふの地位に在るものなればなり。假令債務者訴訟追行を怠るも(例へば容易に請求を認諾し、判決に對し上訴を提起せず又は強制執行に對し異議を申立ざるが如し)訴訟を不十分に爲したりと云ひ得べきに止まり管理處分を爲さざるものには非らず。即ち債務者に屬する特定の権利に對し強制執行の存するときは債務者が其の

執行に對し異議を申立てたと否かを問はず債権者は該執行の物體たる権利に付き代位権(抽象的代位権)を有せざるが故に債権者は自己の債権に基づき其の配當に加入するか又は債務者の提起したる異議手續に参加(從參加)し之れが不當を主張し得るに止まる(此の點に於て原審並大審院の決定は結果に於て正當なり)【註二】。

【註二】 第三者異議の訴(民訴第五四九條)は具體的執行爲に依り第三者が自己の權利の害せられたることを主張する訴なるが故に代位の問題に關係なし、代位権(抽象的代位権)を有することは所謂讓渡若しくは引渡を妨ぐる權利には非らず。

之れを案件に見るに債務者は其の有する權利に付き競賣開始決定を受けたるものなるが故に、該權利に付き管理處分権者として其の相手方たるもの即ち該權利に付き現に管理處分権を行ふものに外ならず。従て債権者は該權利に付き最早代位権(抽象的代位権)を有するを得ざるものと謂ふべく(前述三參照)、代位に依る案件債権者の異議申立を認むべからずとなしたる判旨の正當なるは固より論なき所より。然れども大審院が其の理由として債権者代位に依り登記申請を爲し得るに徴するも明なるが如く公法上の行爲と雖も代位に依り之れを行ふことを得るものなれども異議申立に付きては民事訴訟法に一般的若しくは特別的に代位を認むる規定の存せざるが故に之れを認むるを得ざる旨説明するは其の説明未だ盡きざるものありと謂はざるべからず。蓋し代位権の

内容は債務者に屬する具體的權利(私權)に付き裁判上裁判外一切の管理處分行爲を包含するが故に判旨に於けるが如く代位に依り登記申請其の他公法上の行爲を爲し得ることを認むる以上は特に執行に對する異議申立(債務者の受けたる判決に對する上訴も亦同じ)を許さずとなすの理由は之れを他に求めざるべからざればなり。尤も大審院は特に登記申請の代位に依り爲し得べきことに言及するが故に登記申請に付き特に其の之れを認むるの規定(不動産登記法第四六條ノ二)の存することを其の理由となすものとも解せられざるに非ず。然れども此の理由を以てしては寧ろ訴の提起、支拂命令の申立、假差押假處分命令の申請等總ての場合に於て特に代位に關する規定の存するを要するの結論を生ずべく特に執行異議申立に付き之れを許さざるの理由たることなし。要之判旨理由説明に盡さざる所あるは畢竟代位の物體が債務者に屬する具體的權利(私權)に付きての管理處分權なることを閑却し案件異議申立權自體を以て代位の物體なりと誤解したるの誤りに出づるものと謂はざるべからず。

三三三 支拂命令に對する請求異議の訴の事物の管轄

昭和五年八月九日大審院第四民事部判決(大審院民事判例集第九卷第一一號八九四頁以下
昭和五年(オ)第一四六號請求ニ關スル異議事件)

【判決要旨】 支拂命令ニ對シ請求ニ關スル異議ヲ主張スル訴ノ事物ノ管轄ハ專屬ニアラス

【事實】 被告(控訴人、上告人)本宮肥料株式会社ハ原告(被控訴人、被上告人)渡邊勝吉ニ對スル金額三千八百圓ナル確定ノ執行命令ニ基キ金二千五百圓ニ付強制執行ヲ爲シタリ、原告ハ之レニ對シ右執行命令ノ債權ニ付テハ執行命令ノ確定後ナル大正十五年三月十六日原告被告間ニ示談成立シ其ノ金額三千八百圓ハ金二千五百圓ニ減額セラレタルト共ニ被告ハ該金額ヲ主タル債務者ナル訴外鈴木精吾ヨリ支拂ヲ受クヘキコトニ契約ヲ締結シタルモノナリト主張シ郡山區裁判所ニ請求異議ノ訴ヲ提起シタリ

被告ハ口頭辯論ノ際管轄違ノ抗辯ヲ提出スルコトナク本案ノ辯論ヲ爲シ郡山區裁判所ハ原告主張ノ事實ヲ認メ原告勝訴ノ判決ヲ爲シタリ

控訴審福島地方裁判所モ亦同様第一審判決ヲ是認シ被告ノ控訴ヲ棄却シタルヲ以テ被告ハ更ニ上告ヲ提起シ第一審判決ハ專屬管轄規定ニ反シ爲サレタルモノナリト主張シタリ

【判決理由要旨】 民事訴訟法第五百六十一條第三項ニ據レハ支拂命令ニ對シ請求ニ關スル異議ヲ主張スル訴ハ曩ニ當該支拂命令ヲ發シタル區裁判所所在地ノ裁判所之ヲ管轄スルモノニシテ而モ此管轄ハ同法第五百六十三條ニ所謂本編ニ定メタル裁判籍ニ外ナラサルカ故ニ其ノ專屬タルハ論ヲ俟タス、然レトモ其ノ訴訟物ノ價額ニ從ヒ區裁判所若クハ地方裁判所ノ管轄ニ屬セシムルハ則チ一般規定ノ適用ニ止マリ必スシモ明文ヲ俟テ後知ル可キ事柄ニ非ス、前記第五百六十一條第三項ノ規定ハ此ノ點ニ關シテ注意的ノ意義ヲ有スルニ過キス、從テ此事物ノ管轄ハ專屬ナラサルノ結果同法第二十五條第二十六條ノ如キモ亦當然ノ適用ヲ見ルモノトス、然ラハ則チ上告人カ第一審ニ於テ何等管轄違ノ抗辯ヲ提出スルコトナク直チ

三三三 支拂命令に對する請求異議の訴の事物の管轄

ニ本案ノ辯論ヲ爲シタル以上今ニ於テ管轄違フ云々スルカ如キハ其ノ已ニ曉キヲ如何トモスルニ由無シ

【關係法文】 民訴第五六一條第三項・第五六三條・第二六條

判旨は正當なり。

民事訴訟法第五百六十三條は「本編に定めたる裁判籍は專屬なりとす」と規定す。之れ同法第六編(強制執行編)に定むる所の管轄は之れを專屬とし數個裁判所管轄の競合を認めざるを原則とすることを謂ふものに外ならず。詳言すれば職務上の管轄(第五四三條・第五四九條第三項前段參照)は固より、土地並に事物の管轄に付きても亦特定裁判所の管轄(牽連事件の管轄)に屬せしめ(第五一四條・第五二一條・第五四五條・第五四六條・第五四九條・第五六一條・第五六二條等)、之れを以て當該裁判所の專屬となすと雖も(第五六三條)之れ原則にして例外なきに非らず。強制執行編の規定なるに拘はらず或は數多管轄の競合を認め又は訴訟物の價額に依り事物の管轄を別つものに在りては第五百六十三條は適用なく其の範圍に於ては專屬管轄に對する例外を認むるものなりと謂はざるべからざるなり(Stein, Komm. 14. Aufl. Bd. II S. 651 zu § 802.)。例へば土地の管轄に在りても第五百十四條第二項後段又は第五百六十二條第四項後段に依り同法第八條の適用を生ずる場合即ち執行判決を求むる訴又は債務名義が公正證書なる場合に於ける執行文付與の訴、請求

異議の訴又は執行文付與に對する異議の訴の場合に於て被告が日本に住所を有せず又は住所の知れざるときは擔保の目的物又は財産の所在地の數個の裁判所の管轄を生ずべく原告は其の一を選ぶことを得べく、又事物の管轄に在りても法律が訴訟物の價額に依り區裁判所又は地方裁判所の管轄に別つべきを認むる場合(第五一四條第二項前段・第五四九條第三項後段・第五六一條第三項・第五六二條第四項前段)に於ては一般事物の管轄規定に従ふべく、又從て第二十五條、第二十六條の適用を生ずるに妨げなきが如し。

案件は支拂命令に對する請求異議の訴にして支拂命令を發したる區裁判所又は其の請求が區裁判所の管轄に屬せざるものなるときは管轄地方裁判所の管轄に屬すべきこと疑なき所なるが故に(第五六一條第三項後段)、其の事物の管轄は訴訟物の價額に依り定まり第五百六十三條の規定は其の範圍に於て適用なきものと謂はざるべからず。判旨が案件異議の訴に於て第二十六條の適用を認め上告を棄却したるは寔に正當なりと謂はざるべからず。

三四 差戻判決と上告

昭和五年十月四日大審院第三民事部判決(大審院民事判例集第九卷第一一號九四三頁以下、昭和五年(オ)第六二五號引受債務履行請求事件)

【判決要旨】 第二審ニ於ケル差戻ノ判決ハ終局判決ニ非サルヲ以テ之ニ對シ獨立シテ上告ヲ爲スコトヲ得サルモノトス

【事實】 原告(控訴人、被上告人)常見光藏ハ被告(被控訴人、上告人)森岡彦五郎ヲ相手方トシテ引受債務履行請求ノ訴ヲ大野區裁判所ニ提起シタリ、其ノ請求ノ要旨ハ原告ノ先代常見大吉ハ被告ヨリ株式會社帝國實業貯蓄銀行ニ預金ノ勸誘ヲ受ケ若シ銀行カ支障ヲ生セハ被告ニ於テ預金元利ノ支拂ヲ爲ス旨約シタルニヨリ右銀行ニ金一千六圓ヲ利息年八分五厘ノ定メニテ預金シタルトコロ同銀行ハ破産宣告ヲ受ケ支拂能力ナキニ至リタルヲ以テ先代ノ死亡ニヨリ其ノ家督ヲ相繼シタル原告ハ爰ニ前約旨ニ基キ被告ニ對シ預金元利ノ支拂ヲ求ムト云フニ在リ

被告ハ抗辯トシテ原告ハ曩ニ既ニ死亡セル先代大吉ノ名義ヲ以テ被告ニ對シ本訴ト同一内容ノ訴ヲ福井地方裁判所ニ提起シ自己ノ缺席ニヨリ訴却下ノ判決ヲ言渡サレ該判決確定シタル事實アルヲ以テ本訴ハ不適用ナリト主張セリ

第一審裁判所ハ被告ノ抗辯ヲ採用シ訴却下ノ判決ヲ爲シタルトコロ、第二審福井地方裁判所ハ前判決ハ無効ニシテ既判力ヲ生スルモノニ非ス縱令既判力アリトモ請求棄却ノ判決ヲ爲スヘキモノニシテ訴却下ノ判決ヲ爲スヘキモノニ非サレハ第一審カ訴却下ノ判決ヲ爲シタルハ失當ナリトシテ第一審判決ヲ取消シ差戻ノ判決ヲ爲セリ

【關係法文】 民訴第三八八條・第三八九條・第三九三條

判旨は不當なり。

差戻判決の性質に關しては或者は之れを以て中間判決なりとなし(Seuffert, Komm. Bd. II S. II 47, I. c. zu § 538 u. S. 52 4 zu § 539.) 或者は之れを以て終局判決なりとなす(Stein, Komm. Bd. II S. 95 VII zu § 538 u. S.)。判旨は前説に

從ふものなりと雖も、後説を以て正當とすべく之れを通説とす。

差戻判決は控訴審に繫屬する訴訟を控訴審より離脱せしむるものなるが故に其の終局判決(第一八二條)なることは疑なし。之れに對しては獨立して上訴を提起するを得べく(第三六〇條)差戻判決は假執行の宣言の附せらるゝことを得ざるが故に其の確定に依り始めて訴訟は第一審に繫屬し、第一審裁判所は差戻判決の内容に羈束せられ(裁構第四八條、民訴第四〇七條參照)更に第一審手續に於て訴訟の審理判決を爲さざるべからざるなり(Stein, a. a. O.)。差戻判決を以て中間判決なりとなすの説は、差戻判決を以て終局判決なりとなすときは訴訟は第一審並上告審に同時に繫屬し訴訟關係の錯綜を來すべく、差戻判決は本來の意義に於ける終局判決(第一八二條・第三六〇條第一項)ならざることを理由とす(Seuffert, a. a. O.)。然れども其の所謂本來の意義に於て終局判決(第一八二條)に非らずとなすは其の之れを以て中間判決なりとなすが爲めの獨斷定數にして兩者の異同を極めざるの論なり。差戻判決は之れを控訴審を離脱せしむるものなる點につき見れば其の終局判決たることは疑なく更に訴訟が第一審に繫屬するの結果より見れば其の關係中間判決の場合に於けると似たるものありと云ふを得べきに止まる。之れ擬似中間判決なる名稱の生ずる所以なりと雖も(舊第四九一條第三項參照)、其の訴訟につき爲され控訴審を離脱するものなる點より見

るも其の終局判決なることは疑なく之れを以て第百八十二條に所謂終局判決として取扱ふべきこと通説の一般に認むる所なり。中間判決説を採る者は之れを以て終局判決なりと解するときは訴訟は第一審並上告審に繫屬し訴訟關係の錯綜を來すべきを理由とし終局判決説を非難する所なりと雖も差戻判決は舊法證書訴訟に於ける留保判決に於けることは異なり（舊民訴第四九一條第三項參照）且つ假執行の宣言の附與せらるゝことを得ざるものなるが故に論者の云ふが如き慮あることなし。加之中間判決説に従はむか却つて差戻判決の確定前に於て訴訟は第一審に繫屬し差戻判決後に爲さるべき判決は第一審裁判所に於て爲さるゝに拘はらず或は之れを以て控訴審終局判決なりと云はざるべからざるやの疑を生ずべく（第三六二條參照）、第一審裁判所が差戻判決に羈束せらるゝの規定上の根據（*Scuttell v. A. O.*）を知るに苦しまざるを得ざるなり（第一八八條、舊民訴第二四〇條參照）。之れ吾人が通説を以て正當となす所以にして、舊民事訴訟法第四百九十一條第三項の如き規定の存せざる我新法の下に於て猶ほ中間判決説に従ふの判旨には賛意を表するを得ざるなり。

三五 除斥原因ある判事と判決の言渡

昭和五年十二月十八日大審院第一民事部判決（大審院民事判例集第九卷第一二號一一四〇頁以下、昭和五年（オ）第五八七號損害賠償請求事件）

【判決要旨】 第一審ノ裁判ニ關與シタル判事ハ第二審裁判ノ言渡手續ニ關與スルコトヲ妨ケサル

モノトス

【事實】 第二審判決ノ基本タル口頭辯論ニハ裁判長判事淺沼彦一郎判事廣野伸雄並鈴木積次郎ノ三名列席シ第二審判決原本モ亦右三名ノ判事ニ依リ作成セラレタリ然ルニ該判決ハ右三名ノ判事申野伸雄ヲ除キ淺沼、鈴木並ニ第一審判決ニ關與シタル判事江崎清ノ三名ニ依リ言渡サレタリ、原告（控訴人、上告人）ハ右ノ判決ヲ以テ除斥原因アル判事ノ關與シタルモノナルカ故ニ法令ニ違背シタルモノナリトシ上告ヲ提起シ（上告理由第三點）大審院ハ左記理由ニ依リ上告ヲ棄却シタリ

【判決理由要旨】 民事訴訟法第三十五條カ判事ヲ其ノ職務ヨリ除斥スヘキ場合ヲ規定シタル所以ハ専ラ裁判ノ公正ヲ維持スルノ目的ニ出テタルモノナルヲ以テ其ノ第六號ニ依リ前審ノ裁判ニ關與シタル判事カ職務ノ執行ヨリ除斥セララル場合モ亦單ニ不服ヲ申立テラレタル前審ノ裁判ニ關與シタル判事カ不服ニ付キ爲スヘキ裁判ノ成立ニ關スル訴訟手續ニ關與スルコトヲ禁スルノ趣旨ニ外ナラサルモノト解スルヲ相當トス而シテ裁判ノ言渡ハ既ニ成立シタル裁判ヲ外部ニ發表スルノ手續タルニ過キサルカ故ニ第一審ノ裁判ニ關與シタル判事ト雖モ第二審裁判ノ言渡ニ關與スルコトハ毫モ之ヲ妨クヘキ理由ナシ

【關係法文】 民訴第三五條第六號

判旨は不當なり。

民事訴訟法第三十五條第六號は前審の裁判に關與したる判事をして其の上訴審手續に於て廣く

職務の執行より除斥せらるべき旨定むるが故に其の除斥原因たる爲めには單に前審裁判の言渡に關與したりと云ふを以ては足らず裁判に關與したることを要件とす(Stein, Komm. Bd. I, 14 Anm. 5)。除斥せらるべき職務行爲に付きては法律は受託判事として職務を行ふ場合を除く外其の個々の行爲の何たるかを問はざるが故に裁判の評議のみならず其の言渡にも關與するを許さざるものと謂はざるべからず(Stein, S. 145 I zu § 41 Anm. 1)。法律が判事の除斥原因を規定し判事除斥原因あるときは法律上當然其の職務の執行より除斥せらるべき旨定むるは大審院の言ふが如く裁判の公正を維持するの目的に出づるものなりと雖も、裁判の言渡が裁判の評議即ち裁判所の判決意思決定後に爲さるべき行爲たるの一事を以て判事の除斥せらるべき職務行爲に屬せずと解するが如きは誤れるものと謂はざるべからず。蓋し判決は言渡に依り始めて效力(言渡したる裁判所を羈束する效力)を生ずるものなるが故に(第一八八條)、判決の言渡を爲すと否とは該判決をして裁判所を羈束するの效力を生せしむると否とを決するの行爲に外ならず。未だ言渡なき以前に於ては裁判所は何時にても之れが裁判を變更し得べく又更に辯論を再開することをも得べき所にして(第一三三條)其の言渡は實に判決の成立に必要な要件を成すものと謂はざるべからざればなり。大審院は裁判の言渡は既に成立したる裁判を外部に發表するの手續たるに過ぎずとなすと雖も、此の

理由を以てしては判決言渡に關與したる事が除斥原因(第三五條第六號)を爲さざることを説明し得べきに止まり、判決言渡に關する行爲が除斥せらるべき職務行爲(同條本文)に屬せざることを説明するには足らず。若し大審院の見解に従はむか除斥原因の何たるを問はず(殊に第三五條第一號又は第五號の場合に於て然り)總て判決言渡は之れを爲し得ることを認めざるべからずと雖も、如斯は廣く職務執行より除斥せらるべきものとする法律規定の精神に合せざるものと謂はざるべからず。

三六 控訴審に於ける最初の口頭辯論

期日と控訴人の不出頭

昭和五年十二月二十日大審院第四民事部判決(大審院民事判例集第九卷第一二號一一八頁以下昭和五年(オ)第一二〇二號許害行爲取消並所有權移轉登記抹消請求事件)

【判決要旨】 控訴審ニ於ケル最初ノ口頭辯論期日ニ當事者ノ一方出頭セス又ハ出頭スルモ本案ノ辯論ヲ爲ササルトキハ裁判所ハ出頭セル當事者ヲシテ第一審ニ於ケル口頭辯論ノ結果ヲ陳述セシメ以テ判決ヲ爲スコトヲ得ルモノトス

【事實】 原告(控訴人、被上告人)石谷福松ハ被告(被控訴人、上告人)壽しやうヲ相手方トシテ第一審岸和田區裁判所ニ詐害

行爲取消並所有權移轉登記抹消請求訴訟ヲ提起シ敗訴ノ判決ヲ受ケタルヲ以テ大阪地方裁判所ニ控訴ヲ提起シタルモ控訴審ニ於ケル昭和五年一月二十七日ノ第一回辯論期日同年二月七日及同年四月七日ノ延期ノ期日ニ一回モ出頭セス被控訴人(被告、上告人)ノミ出頭シタリ、然ルニ大阪地方裁判所ハ昭和五年四月七日ノ期日ニ至リ出頭シタル被控訴人ヲシテ申立並ニ第一審ニ於ケル口頭辯論ノ結果ノ陳述ヲ爲サシメタル上控訴人(原告、被上告人)勝訴ノ判決ヲ爲シタリ、大審院ハ左記判決理由要旨ノ理由ヲ以テ右控訴審判決ヲ是認シ上告ヲ棄却シタリ

【判決理由要旨】 現行民事訴訟法ニ於テハ舊法ノ如ク開席手續ノ制度ヲ採用セス民事訴訟法第三百十八條ニ其ノ者ノ提出シタル訴狀答辯書其ノ他準備書面ニ記載シタル事項ハ之ヲ陳述シタルモノト看做ストハ口頭主義ヲ貫クニ忠ナラムカ爲メニ外ナラス而シテ最初ノ口頭辯論ト云フハ必スシモ第一口頭辯論ヲノミ指スニ非ス從前本案ニ付テハ何等ノ辯論モ事實上コレ無カリシ後ニ於テ開カレタル最初ノ期日ヲ云フノ意ニ解セサルヘカラス又本案辯論トハ期日ノ延期續行等ニ關スル辯論ニ對シ爾餘ノ事項ニ關スルソレヲ指スニ止マリ訴訟物ニ付テノ辯論ノミヲ意味セス、然レトモ控訴審ニハ第三百十八條ノ規定ハ準用ナシ控訴審ハ第一審ノ續審ニシテ民事訴訟法第三百七十七條第二項ハ此ノ主義ヲ表明スルモノニ外ナラス、該法條ニ陳述トアルハ是亦口頭主義ヲ貫クノ法意ニ外ナラス唯夫レ陳述アレハ足ル陳述ハ當事者ノ何人ニ於テ其ノ事ニ當ルヘキヤハ裁判長ノ裁量ニ過キス夫レ爾リ然ラハ則チ今控訴審ニ於ケル所謂最初ノ口頭辯論期日ニ於テ當事者ノ一方カ出頭セス又ハ出頭スルモ所謂本案ノ辯論ヲ爲ササルトキハ裁判所ハ出頭セル當事者ヲシテ第一審ニ於ケル口頭辯論ノ結果ヲ陳述セシメ裁判所裁判ヲ爲スニ熟スト認ムルトキハ則チ直チニ辯論ヲ終結ス可ク此間固ヨリ民事訴訟法第三百十八條ヲ適用スルノ餘地アルヲ見サルハ殆ント言説ヲ俟タサルナリ、原審ノ措置ハ以上判示ト其ノ軌ヲ一ニスルニ於テ原審ノ措置ハ相當ナリ

【關係法文】 民訴第一三八條・第三七七條

控訴審手續は控訴の提起に依り開始せられ不服申立の範圍内に於て第一審判決の當否を審理裁判するの手續なり。控訴審を以て第一審の覆審手續なりと云ふは兩手續間に於ける此の關係を見るたるの言なり。然れども控訴審に於ては當事者は新なる辯論並に一定制限の下に新なる申立を爲し得べく裁判所は新なる辯論に基づき新なる申立の存する場合に於ては新なる申立に付第一審判決の當否を裁判すべく控訴審を以て第一審の續審なりと云ふは蓋し此の點を見たるの論なり。其の覆審なりと云ふは控訴審手續の純然たる續審に非らざることを云ひ其の續審なりと云ふは其の純然たる覆審に非らざることを云はむとするものに外ならず。換言すれば控訴審は第一審の續審なりと云ふと雖も固より其の兩手續の間に段階の存するを否定するものに非らず又控訴審を以て覆審なりと云ふと雖も新なる辯論並に申立の爲さるべき場合の存することを否認するものには非らず。覆審と云ひ續審と云ふ孰れも控訴審手續を以て控訴の申立に依り其の不服の範圍に於て第一審辯論の續行せらるゝを云ふものにして(拙文判例批評、控訴又は附帶控訴の方法に依らざる控訴審に於ける訴)、控訴審手續が全然第一審手續に現はれたる訴訟材料のみを標準として第一審判決の當否を審理 Ueberprüfung od. Nachprüfung するを目的とする覆審手續 (Vgl. Obertr. Z. P.) にも非らず、亦全く新

なる手續 novum iudicium にも非らずとなす點に於て兩者異なることなきなり。其の覆審手續なるの點を重視し新辯論並に新請求を否認し、又は其の續審手續なるの點に眩惑せられ第一審手續との間に存すべき段階を忘るゝが如きは所謂覆審又は續審の意義を研めざるに基づく謬論なりと云はざるべからず。

一、控訴審は第一審辯論の續行 eine Fortsetzung des Verfahrens erster Instanz なりと雖も控訴又は附帶控訴の申立(不服申立)の範圍に限られたる覆審手續なり。即ち第一審判決は附帶控訴の申立なき限り控訴人の不利益に變更するを得ず(後述1)、又第一審に於ける證據調並に當事者の訴訟行為は控訴審に於て其の效力を有すると共に當事者は控訴申立の理由あることを示す爲めに必要な範圍に於て第一審辯論の結果を陳述することを要するなり(後述2)。

1、控訴裁判所は不服申立の範圍に於てのみ第一審判決を控訴人の利益に變更することを得。控訴裁判所は第一審判決を控訴人の不利益に變更するを得ざる原則 Verbot der sog. reformatio in peius (第二八五條)は第百八十五條の規定と其の精神を一にする所にして控訴審手續を以て第一審判決の覆審手續なりとなすものに外ならず。換言すれば控訴又は附帶控訴の申立に依りてのみ其の範圍に於て更に審理判決を爲すの手續なり。而して控訴又は附帶控訴の申立は口頭を以て

爲さるを要すべく(舊民訴第一一〇條第一項參照)、當事者最初に爲すべき口頭辯論の期日に出頭せず又は出頭するも本案の辯論を爲さるときは其の者の提出したる控訴狀(附帶控訴狀)準備書面(答辯書)に記載したる申立は之れを陳述したるものと看做し相手方をして申立並に辯論を爲さしむるに非らざれば(第二七七條第一項)控訴裁判所は本案裁判を爲すを得ざるなり(第三六三條・第三三八條參照)。蓋し第一審判決を如何なる範圍に於て不當とし如何なる變更を要求するかは控訴人(附帶控訴人)の意思(第二七七條第一項)は第一審に於ける申立並に陳述に依りては之れを知る能はざればなり。此の意味に於て控訴審手續を以て第一審の續審なりとし、従つて第三百十八條は控訴審に適用なく特に控訴人又は附帶控訴人の申立あることを要せずとなすが如きは誤れるの甚だしきものと謂はざるべからず。蓋し第二百三十八條の規定にして控訴審に準用せらるゝ以上(第三六三條第二項)、第百三十八條の規定は當然其の適用あるべきものなればなり。法律が特に其の旨規定せざるは其の總則規定たるが爲めにして大審院の云ふが如く之れを適用するの餘地なきが爲めには非らざるなり。

2、第一審に於ける證據調其他の裁判所の訴訟行為並に當事者の訴訟行為は控訴審に於ても猶ほ其の效力を有す(第二七九條・第三八〇條) (Heller's System Bd.)。然れども法律は當事者をし

て第一審の論辯の結果を陳述することを要するものとなすが故に(第三七七條第二項)、證據調並に第一審終局判決前の裁判(第三六二條參照)の存することは當事者敢て之れを陳述するを要せざると共に、當事者の第一審に於ける辯論の結果にして當事者の控訴(附帶控訴)申立の理由あることを示すべきものは控訴人(附帶控訴人)之れを陳述するを要すべく不出頭の場合に於ては控訴狀(附帶控訴狀)準備書面(答辯書)に記載したる事項を陳述したるものと看做し得べき場合に限り(第一三八條)之れを以て控訴審裁判の資料となし得るに止まるものと謂はざるべからざるなり。唯當事者が辯論の結果を陳述すと云ふは新に辯論を爲すものに非らず當事者は不十分又は不完全なる陳述を爲すことに依り第一審辯論の結果を變更するを得ざるものなるが故に若し當事者の陳述にして不十分又は不完全なるときは裁判所(裁判長)は第一審記録に基づき (Konstaterung der Aktenwidrigkeit)之れが正當なる結果を以て訴訟資料となすべし(止まる (Haltwig System) S. 842. 2. b.)。又當事者の自己に不利益なる論辯の結果は其の相手方に於て之れを陳述(援用)すべく之れを不利益とする當事者の不利益なる結果の陳述は實は新たに事實上又は法律上の自白(辯論)を爲すものにして所謂結果の陳述を爲すものに非らず。従て一方の當事者の不出頭の場合に於て第三百三十八條は適用なきものとし其の相手方をして自己に不利益なる辯論の結果を陳述せしめ之れを以て所謂辯論

の結果の陳述(第三七七條第二項)なりと解するが如きは暴も亦極まれるものと謂はざるべからず。辯論の結果を陳述すべき責任は自己の申立(控訴又は附帶控訴)の申立又は其れ等を棄却せむ(この申立)の理由あることを示すべき必要の範圍外に擴張せらるべきに非らざるなり (Vgl. He-stem. Bd. I. S. 842.)。 2. b. Anm. 21.)。

二、控訴審は第一審手續の續審なり、従て當事者は第一審口頭辯論の終結に依り爲すことを得ざるに至れる訴訟行為を爲すことを得べし。例へば第一審に於て爲したる陳述は相手方の同意あるときは之れを取消すことを得べく、控訴人(又は附帶控訴人)は一定の條件の下に(第三二二條)訴を變更し訴訟に付き判決を求むることを得べきが如し。之れ吾人が從來第一審判決の控訴人(附帶控訴人)に不利益なりや否やは第一審判決に接着する口頭辯論終結の時に依らずして第二審口頭辯論終結の時を標準とし之れを決すべきを主張し來りたる所以にして全部勝訴の當事者と雖も(形成訴訟の場合に於ては殊に然り)猶ほ第一審判決に對し不服を申立つるを得となす所以なり(前掲拙文判例)。控訴審を以て續審なりと云ふは此の事を云ふものに外ならず。控訴審手續を以て續審なりと云ふも第一審手續が當然控訴審手續の一部を構成し第一審辯論自體を續行するの手續なりとなすものには非らず。控訴審手續に於ても最初の口頭辯論期日(第一五二條第三項)又は最初

に爲すべき口頭辯論期日(第一三八條)は存せざるを得ざるなり。

二

聽て案件に之れを見るに、

一、*1*、判旨は控訴審手續に於ては第百三十八條の規定の適用なきものとし、又從て控訴人の控訴の申立、辯論の結果の陳述並に控訴審に於ける新なる辯論の存せざるも相手方の陳述のみに依り被控訴人に不利益なる判決を爲すことを得ざるものにして不當なり。大審院が第百三十八條に所謂最初に爲すべき口頭辯論を以て必ずしも第一口頭辯論のみ指すに非ず従前本案に付き何等の辯論もなかりし後に於ける最初の期日を指稱するものなりと解するに拘はらず、案件に於けるが如く控訴人の一回も出頭せざりし最初に爲すべき口頭辯論に相手方のみ出頭したる場合に於て第百三十八條を適用せざるは控訴人の申立(前述一、*1*参照)並に第一審の辯論の結果の陳述(前述一、*1*、*2*参照)又は新なる辯論(前述一、*2*参照)は之れなくとも控訴人の利益に裁判を變更し得ることを認むるものにして、單に第百三十八條を適用せざるの不當あるのみならず、所謂當事者の申立てざる事項に付判決を爲すの不當ある裁判なりと謂はざるべからず(第一八六條、前述一、*1*参照)。

2、殊に第二審判決文を見るに、其の事實の記載に於て控訴代理人は控訴の申立をなし、請求原因たる事實を陳述し立證として甲號各證を提出し、被控訴人は控訴棄却の判決を求め答辯として本件物件を買受けたることは之れを認むるも債權者を害すべき事實は知らざりしものなりと述べたる旨の記載あり(判例集掲載第二審判決の事實及理由参照)。然れども該記載は控訴人の申立並に陳述につきては、控訴人又は控訴代理人口頭辯論期日に一回も出頭せざるものなるが故に(前記事實参照)、控訴裁判所は第百三十八條の適用に依り控訴人の陳述したるものと看做したるものと解してのみ是認することを得るものなり。大審院が原審の措置を以て判旨と其の軌を一にすとなすが如きは被控訴人の控訴審に於ける右陳述を曲解するものに非らざれば被控訴人の陳述のみに依り被控訴人の不利益に判決を變更するの不當を敢て是認したるものと謂はざるべからず。蓋し被控訴人の右陳述(本件物件を買受けたる事實を認むるの陳述)は事實の自白にして控訴人の控訴の申立並に辯論の結果の陳述に代用せらるゝを得ざるものなればなり。

二、要之判旨は第百三十八條の規定を以て控訴審手續に於て適用なきものなりとの誤解に基づき *tu Verbot der sog. reformatio in peius* の原則を無視するの不當なる裁判なりと謂はざるべからず。

三七 民事訴訟法第七十一條に依る 參加訴訟と判決

昭和五年十二月二十二日大審院第一民事部判決(大審院民事判例集第九卷第一二號一八九頁以下)

【判決要旨】 民事訴訟法第七十一條ニ依ル參加アリタル以上ハ原告被告ノ間ノ係争問題ニ付判断ヲ爲スト共ニ參加人ニ對スル關係ニ於テモ亦事案ノ審理判決ヲ爲スヘキモノトス

【事實】 山本卯藏(原告、被控訴人、被上告人)ハ安田久吉外一名(被告、控訴人、上告人)ヲ被告トシテ奈良區裁判所ニ報酬金請求訴訟ヲ提起シ勝訴ノ判決ヲ得タリ、然ルニ被告ノ控訴ニ依リ訴訟カ控訴審ニ繫屬中訴外債權者山本作三八原告山本卯藏ニ對シ強制執行ヲ爲シ昭和四年十二月二十八日右報酬金請求權ノ差押命令及轉付命令ヲ得タリ仍テ山本作三八民事訴訟法第七十一條ニ依リ右山本卯藏安田久吉外一名間ノ訴訟ニ參加シ昭和五年二月十四日ノ口頭辯論ニ於テ其ノ旨陳述シ當事者雙方ハ參加ニ付異議ナシト陳述シタリ

然ルニ控訴審タル奈良地方裁判所ハ控訴人(被告、上告人)安田久吉外一名ト被控訴人(原告、被上告人)山本卯藏トノ間ニ於ケル争點ニ付審理ヲ爲シタル上控訴人兩名ニ對シ被控訴人主張ノ報酬金ヲ支拂フヘキ旨判決シタルニ止マリ參加人山本作三ノ主張ニ付テハ何等ノ判断ヲ爲サズ從テ判決中山本作三ヲ當事者參加人トシテ記載セルニ止マリ山本作三ノ主張ニ關スル争點ノ摘示並ニ判決ニ關シテハ何等言及スル所ナシ

大審院ハ左記理由要旨記載ノ理由ニ依リ右判決ニ對スル上告ヲ理由アリトシ原審判決ヲ破毀シ事件ヲ原審ニ差戻シタリ

【判決理由要旨】 被上告人(參加人)山本作三カ被上告人山本卯藏ノ上告人ニ對スル本件報酬金請求權ノ轉付ヲ受ケタルコトヲ理由トシテ原審ニ當事者トシテ參加ノ申出ヲ爲シタルコトハ原審口頭辯論調書上明白ナリト雖モ原判決ハ僅ニ當事者ノ表示ノ部分ニ當事者參加人トシテ山本作三ノ住所氏名ヲ掲ケタルニ止マリ右參加ニ關スル事實及争點並理由ノ記載ハ原判決ノ全然缺如スルコトコナリ、而シテ被上ノ參加アリタル以上原審ハ宜シク上告人並被上告人山本卯藏間ノ係争問題ニ付判断ヲ爲スト共ニ參加人山本作三ニ對スル關係ニ於テモ亦事案ノ審理判決ヲ爲スヘキニ拘ラス之ヲ遺脱シタルハ手續上違法アルモノニシテ原判決ハ破毀ヲ免カレサルモノトス

【關係法文】 民事第七一條・第七二條・第七三條・第六二條

民事訴訟法第七十一條の參加ありたる場合(所謂主參加併合訴訟)に於ける當事者間の訴訟關係に付ては學說の岐るる所なりと雖も、參加人は當事者として現に繫屬せる訴訟(本訴訟)に參加し而も其の當事者の孰れとも共同當事者たらざるものなるが故に(第七五條參照)訴訟(本訴訟)の當事者を共同被告とする關係に於て訴訟(主參加訴訟)の原告たるものと謂はざるべからず(拙著日本法論第二卷二二八頁以下主參加併合訴訟、殊ニ二三九頁以下主參加併合訴訟ニ於ケル各當事者ノ地位參照)。即ち右參加あり而も本訴訟の原告又は被告脱退(第七二條參照)せざるべきは訴訟の判決としては原告被告間、原告參加人間及被告參加人間の關係に於て爲さるゝことを要すべく、第六十二條の規定の準用せらるゝ結果該判決は同時に爲され而も法律上一個の判決として取扱はるゝものなりと雖も(前掲拙著二五一頁三、二參照)(即ち其の一部のみ確定すること

とを得ず) 其の内容につき之れを見れば三個の判決を包含せざるを得ざるなり。

案件に之れを見るに訴訟が控訴審として奈良地方裁判所に繫屬中訴訟物たる債權は訴外山本作三に轉付せられたるが故に若し轉付命令にして有效なりとせば原告は最早や原告たる適格を有せざるに至れるものなり(若し山本作三の參加なしとするも原告は敗訴すべく山本作三は必要に應じ改めて訴を提起するを要すべし)。従て若し原告にして轉付命令に對し異議なく右債權の轉付せられたることを認むるものなるときは原告は訴訟より脱退するか又は參加人の自己に對する請求(請求權存在確認請求)に對しては之れを認諾し參加人を補助すべきなり。案件に於ては原告は參加人の參加後に於ても依然訴訟の當事者として訴訟より脱退せざりしものなるが故に裁判所若し被告に報酬金支拂の義務あることを認め且つ參加人に對する轉付を認むるに於ては、宜しく被告參加人間に於て參加人勝訴の判決(給付判決)をなし、原告被告間に於ては原告の請求を棄却し、原告(參加訴訟の被告)參加人間に於ては參加人勝訴の判決(確認判決)を爲すべかりしなり。然るに原審奈良地方裁判所は反之原告勝訴の判決を爲し參加人を原告とする關係に於ては何等訴訟の判決を爲さざりしものなるが故に、其の不當なるや論なく判旨を以て正當なりと謂はざるべからず。或は原審裁判所は原告勝訴の判決は參加人に對しても其の效力を及ぼすものと解するも

のなるべしと雖も、訴訟の繫屬中訴訟物たる權利の承繼(一般承繼又は特定承繼)あり承繼人が訴訟の當事者たることを得べかりし場合(受繼又は參加に依り)に於て被承繼人の受けたる判決は其の效力承繼人に及ぼざること法律の明に定むる所なるのみならず(第二〇一條第一項)、案件に於けるが如く承繼人が訴訟に參加し訴訟の當事者たりし場合に於ては該判決は參加人に對し參加的效力(第七二條參照)を有するに止まり其の既判力並に執行力を及ぼさざるは固より論なき所なり。原審裁判所が原告被告間に於てのみ判決を爲し參加人を原告とする關係に於て何等の判決を爲さざりしは第七十一條並に第六十二條の規定に反するものと謂ふべく、原告被告間に於てのみ判決(即ち本訴訟の判決にして主參加併合訴訟の判決としては一部判決)を爲したる原審裁判所は更に參加人を原告とする關係に於て判決(既ち主參加訴訟の判決にして主參加併合訴訟の判決として一部判決)を爲すを得ざるが故に(蓋し主參加併合訴訟に於ては裁判所は本訴訟及主參加訴訟の判決を同時に爲すを要すればなり)、參加人に對しては實は訴訟(主參加訴訟)の判決なきに拘はらず訴訟(主參加併合訴訟)は控訴審を離脱したるものと解すべく、大審院が原告並に參加人を被上告人とする上告を理由ありとし事件を原審に差戻したるは寔に正當なりと謂はざるべからず。

三八 民事訴訟法第二百三十八條の期間

昭和六年二月三日大審院第五民事部決定(大審院民事判例集第一〇卷第一號三三頁以下、昭和五年(ク)第一〇七二號期日指定申立却下決定ニ對スル抗告事件)

【決定要旨】 當事者雙方カ口頭辯論期日ニ出頭セサリシ爲裁判所カ職權ヲ以テ更ニ期日ヲ指定シタルトキハ民事訴訟法第二百三十八條ノ三月ノ期間ハ其ノ更ニ指定シタル期日ヨリ起算スヘキモノトス

【事實】 債務者田中吉次郎(異議ノ訴ノ原告、本件抗告人)ハ債權者松崎彌三郎(異議ノ訴ノ被告、本件抗告事件ノ相手方)ヲ相手方トシ強制執行ニ對シ異議ノ訴ヲ提起シタリ、函館區裁判所ハ昭和五年三月二十四日午前十時ヲ口頭辯論期日ニ指定シタル處此ノ日當事者雙方出頭セサリシ爲同年五月十四日裁判所ハ職權ヲ以テ次回期日ヲ同年六月六日ト指定シタリ然ルニ該期日ニモ亦當事者雙方出頭セス原告ハ同年八月三十日ニ至リ期日指定ノ申立ヲ爲シタリ、函館區裁判所ハ右申立ハ初當事者雙方カ出頭セサリシ前記三月二十四日ノ口頭辯論期日ヨリ起算シ三箇月ヲ經過シタル後ノ申立ニ係ルヲ以テ訴ハ取下ケラレタルモノト看做スヘキ場合ナリトノ理由ノ下ニ原告ノ爲シタル期日指定ノ申立ヲ却下スル決定ヲ爲シタリ原告ハ右決定ニ對シ函館地方裁判所ニ抗告ヲ申立タル處同裁判所モ亦同一見解ノ下ニ該抗告ヲ却下スル決定ヲ爲シタルヲ以テ原告ハ更ニ大審院ニ抗告ヲ爲シ大審院ハ左記理由ニ依リ要旨ノ如ク抗告ヲ理由アリトシテ原決定ヲ取消シタリ

【決定理由】 民事訴訟法第二百三十八條ニハ當事者雙方カ口頭辯論期日ニ出頭セス又ハ辯論ヲ爲サスシテ退廷シタル場合ニ於テ三月内ニ期日指定ノ申立ヲ爲ササルトキハ訴ノ取下アリタルモノト看做スト規定シ本件ノ如ク當初ノ昭和五年三月二

十四日ノ口頭辯論期日ニ當事者雙方出頭セサリシ爲裁判所職權ヲ以テ口頭辯論期日ヲ指定スルコトヲ得ルモノト爲ス以上當事者雙方カ其ノ期日ニ出頭セサルトキハ尙前記法條ニ所謂口頭辯論期日ニ出頭セサリシモノト謂フヲ妨ケサルニ依リ爾後三箇月内ニ當事者ヨリ期日指定ノ申立ヲ爲シタル以上裁判所ハ口頭辯論ヲ指定セサル可カラス、加之叙上ノ如キ場合ニ右第二百三十八條ノ三箇月ハ當初ノ口頭辯論期日ヨリ起算スルモノトセンカ當事者ハ期日指定ノ申立ヲ爲サント欲セシモ裁判所カ職權ヲ以テ期日ノ指定ヲ爲シタル爲之レカ申立ヲ爲ササリシコトモアルヘク又右ノ場合ニ裁判所カ職權ヲ以テ指定シタル口頭辯論期日カ當初ノ口頭辯論期日ヨリ三箇月ノ滿了期日ニ該當スルトキハ當事者ハ最早ヤ期日指定ノ申立ヲ爲スコトヲ得サルニ至ルヘシ斯ノ如キハ當事者ニ對シ頗ル過酷ナルヲ以テ本件ノ如キ場合ニ於テハ民事訴訟法第二百三十八條ノ三箇月ノ期間ハ昭和五年六月六日ノ翌日ヨリ起算スヘキモノト解セサルヘカラス

【關係法文】 民訴第二三八條

判旨は不當なり。

民事訴訟法第二百三十八條は當事者雙方が口頭辯論期日に出頭せず又は出頭するも辯論を爲さずして退廷したる場合に於て三箇月内に指定の申立を爲さざるときは訴の取下ありたるものと看取すべき旨規定す。之れ當事者が期日を懈怠したる場合に於て期日の懈怠のまゝ三箇月間を經過したるときは當事者の意思如何に拘はらず法律上當然訴訟終了の効を生ぜしむるものにして當事者の期日懈怠に對する制裁に外ならず。而して其の當事者雙方の出頭せざる場合又は辯論を爲さざる場合に限りたるは此の場合に右効果を附するも當事者雙方に對し何等酷なる處なきが故なり

(第二二六條第一項參照)。之れ當事者の一方にして出頭し訴訟につき辯論を爲すときは該期日が最初に爲すべき口頭辯論期日なる場合に於ても猶ほ之の効果を生せしめざる所以なり(第一三八條參照)。

即ち當事者雙方の期日の懈怠に依り法律上訴の取下ありたるものと看取され訴訟の終了を來す爲めには一方には當事者雙方の期日懈怠と三箇月の期間を徒過したるの事實(當事者が徒過したる事實)との存するを以て足ると共に他方には三箇月内に期日指定の申立を爲すも其の申立に基づき指定せられたる期日に當事者出頭し訴訟につき辯論の爲さるゝことを要するものと謂はざるべからず。右制裁たる効果の生ずる爲めには當事者雙方の期日の懈怠と三箇月の期間の徒過との存するを以て足るが故に偶々右三箇月内に裁判所が職權を以て期日を指定するも右三箇月の期間には何等の影響を生せず(實務家會同に於ける民事第二三三條に關する決議は正當なり)。又當事者は期日指定の申立を爲すも之れに基づき指定せられたる期日に出頭し辯論を爲すことを要するが故に若し當事者雙方にして出頭せず又は出頭するも辯論を爲さざるときは三箇月内に期日指定の申立を爲したるも猶ほ右制裁たる効力は發生すべし。蓋し若し然らずとせんか當事者雙方は期日に闕席し三箇月内に期日指定の申立を爲すことを反覆するに依り永久に訴訟を終了せしめざることを得べく第

二百三十八條の規定は其の根底より覆さるゝに至ればなり。従つて新民事訴訟法の下に於ては舊民事訴訟法に於けるが如く口頭辯論期日に當事者雙方出頭せざるも訴訟の休止を生ぜざるが故に(舊民事第一八八條第二項)、裁判所は當事者の期日指定の申立あると否とを問はず職權を以て期日の指定を爲し得べしと雖も、裁判所は之れに依り當事者の右期間内に於ける期日指定の申立權を妨ぐるを得ざると共に(例へば三箇月後の期日を指定するを得ず)、三箇月内に期日を指定するも當事者は該期日に出頭せず又は辯論を爲さずして期日指定の申立を爲すことを得るものと謂はざるべからず。

之れを案件の事實に見るに裁判所は當事者雙方闕席したる異議訴訟の口頭辯論期日後三箇月内に於ける期日を指定したるが故に、當事者は該期日に出頭し辯論をなすか或は出頭せず又は辯論を爲さずして本來期日指定の申立を爲すべき三箇月内に期日指定の申立を爲すことに依りてのみ訴訟終了の効果の發生を妨ぐるを得たるものたりしなり。然るに案件期日指定の申立は三箇月の期間經過後に爲されたるものなるが故に訴訟終了後の申立なりと云ふべく原審決定を以て正當なりと云はざるべからず。大審院は裁判所が職權を以て指定したる期日が當初の口頭辯論期日より三箇月の満了期日に該當するときは當事者は最早期日指定の申立を爲すことを得ざるに至るべき

ことを以て理由となすも(決定理由要旨参照)、當事者は該期日に出席し又は出席せずして期日指定の申立を爲し得ること前述の如くなるが故に此の理由を以てしては判旨を正當なりとなすに足らず。

三九 和解調書と更正決定

昭和六年二月二十日大審院第五民事部決定(大審院民事判例集第一〇卷第二號七七頁以下、昭和六年(ケ))

【決定要旨】 和解調書ニ違算書損其ノ他之ニ類スル明白ナル誤謬アルトキハ裁判所ハ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ更正決定ヲ爲スコトヲ得ルモノトス

【事實】 村上與平(再抗告人)ハ米田英夫(抗告人)ヨリ葛城區裁判所ニ家屋明渡及家賃金請求ノ訴ヲ提起セラレ其ノ口頭辯論期日ニ於テ裁判上ノ和解ヲ爲シ村上ハ係争ノ高市郡八木町大字八木三百七十番地ノ二地上木造瓦葺平家本家一棟建坪二十四坪外附屬建物六棟ヲ米田ニ明渡スコトヲナリタリ、然ルトコロ村上ハ訴狀ニ誤リテ右家屋ヲ同大字三百七十一番地ノ一地上木造瓦葺平家本家一棟建坪十九坪二合五勺外附屬建物六棟ト表示シタルカ爲メ該和解調書モ亦誤リ作成セラレタリ、仍テ米田ハ葛城區裁判所ニ對シ其ノ更正ノ申立ヲ爲シタル處同裁判所ハ和解調書ノ更正ハ之ヲ爲シ得サルモノトシテ其ノ申立ヲ却下シタルニ依リ米田ハ奈良地方裁判所ニ抗告ヲ申立テ同裁判所ハ決定ヲ以テ右和解調書中ノ誤謬ヲ更正シタリ村上ハ右更正決定ニ對シ大審院ニ再抗告(即時抗告)ヲ爲シ大審院ハ左記ノ理由ヲ以テ抗告ヲ棄却シタリ

【法定理由要旨】 按スルニ和解調書ハ民事訴訟法第二百三條ニ依リ確定判決ト同一ノ效力ヲ有スルモノナルヲ以テ之ニ違算書損其ノ他之ニ類スル明白ナル誤謬アルトキハ其ノ誤謬カ當事者ノ過失ニ基クト將又裁判所ノ過失ニ出テタルトニ論ナク常ニ同法第九十四條ヲ準用シ裁判所ハ何時ニテモ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ更正決定ヲ爲スコトヲ得ルモノト解スルヲ相當トス、原裁判所カ相手方米田英夫ノ申立ニ依リ其ノ誤謬ニ付更正決定ヲ爲シタルハ洵ニ正當ニシテ何等ノ不法アルコトナシ

【關係法文】 民事第二〇三條・第一九四條

判旨は一般論としては大體正當なるも(後述二、一、1及2の點に於て正當なるも、二、二の點に於て不當なり)、案件の裁判としては不當なり(後述二、二、参照)。

民事訴訟法は裁判上の和解の效力に關し第二百三條に於て

第二〇三條、和解又ハ請求ノ拋棄若ハ認諾ヲ調書ニ記載シタルトキハ其ノ記載ハ確定判決ト同一ノ效力ヲ有ス

と規定し、其の調書の更正に關しては明かなる規定を設けず。第九十四條に於て

第一九四條、判決ニ違算書損其ノ他之ニ類スル明白ナル誤謬アルトキハ裁判所ハ何時ニテモ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ更正決定ヲ爲スコトヲ得

更正決定ハ判決ノ原本及正本ニ之ヲ附記スルコトヲ要ス正本ニ附記スルコト能ハサルトキハ決定ノ正本ヲ作り之ヲ當事者ニ送達スルコトヲ要ス

更正決定ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得但シ判決ニ對シ適法ノ抗訴アリタルトキハ此ノ限ニ在ラス

と規定するに止まるが故に(一)和解調書の誤謬の更正に關しては之れを判決と同様に取扱ふべきや否や、詳言すれば(一)裁判上の和解は確定判決と同一の效力を有するも確定判決に非らざるが故に其の誤謬にして法律行為の要素の錯誤(民第九五條)を爲すものなる場合に於ては判決又は請求の拋棄若は認諾調書に於けると異なり當然裁判上の和解の無効を來たし調書更正の問題を生ぜざるに非らざるや、(二)又誤謬が和解の要素の錯誤を爲さずして調書の明白なる誤謬たるに止まる場合に於ては其の更正は和解の爲されたる裁判所又若し和解が受命判事又は受託判事の面前に於て爲されたるものなるときは受命判事又は受託判事をして和解を試みしめたる裁判所の爲すべきものなりや將又上級裁判所も亦之れを爲し得るものなりや、(二)並に(一)更正申立を却下する決定に對しては抗告を爲すことを得るや詳言すれば更正申立を不適法として却下する決定たるご理由なしとして棄却する決定たるご問はず上訴を爲すことを得るや否や、(二)又不適法として却

下する決定に對し抗告を爲すことを得るものごせば抗告審裁判所は該抗告に基づき調書の更正決定を爲すことを得るや否やの諸點に付疑義を生ずべく此等の問題を決するに非らざれば判旨の當否を知るを得ざるなり。左に右諸點に付私見を述べ判旨の當否を見るべし。

二

一、裁判上の和解は確定判決に於けると同じく明白なる誤謬の存するときは之れを更正し得べきや。

1、裁判上の和解調書の明白なる誤謬が民事訴訟法第九十四條の規定に準據し之れを更正し得べきや否やに關しては學說岐るゝ所なり。スタインは之れを否定し(Stein, Komm. 14. Auflage Bd. 1, § 914, 1 zu § 319 Anm. 1.)ゾイフェルト之れを認む(Seuffert, Komm. 11. Auflage Bd. 1, S. 516, 5 zu § 319.)。裁判上の和解は確定判決と同一の效力を有する當事者間の訴訟法上の契約にして確定判決に非らずと雖も、其の確定判決(從て給付に關する場合には債務名義)たる效力を有するは其の裁判上爲さるゝ訴訟行為(裁判所又は受命判事若は受託判事の面前に於て爲さるゝ、當事者の訴訟行為)たる點に存するが故に、唯單に調書として第四百十六條第二項の適用を生ずるに止まるものご解するは誤れり(此の點に於て和解調書の誤謬の更正は裁判所書記の管掌事項に屬せざること疑なし)。民事訴訟法は其の更正を必要とする主た

る場合に付規定(第一九四條)を設けたるものにして判決の更正に關する規定(第一九四條)は之れを裁判上の和解調書の場合に準用あるものと解するを正當とす。而して調書の誤謬と云ふは裁判所又は受命判事若は受託判事の面前に於て爲されたる和解の内容に關する當事者の意思と調書の記載との間に不一致の存するを云ふものにして、其の調書の誤謬が裁判所又は裁判所書記の誤解に基づくと當事者の訴狀に於ける誤記又は口頭辯論に於ける誤りたる陳述に基づくとを問はざるものなるが故に(Hellwig, System Bd. I, S. 504 Anm. 12; Seuffert) (反對説なきに非ず Skonitzki)、裁判上の和解調書にして明白なる誤謬あるときは裁判所は第九十四條の規定に準據し申立に依り又は職權を以て之れが誤謬を更正するを要するものとす。大審院が和解調書は民事訴訟法第二百三條に依り確定判決と同一の效力を有するものなるを以て之に違算、書損其の他之に類する明白なる誤謬あるときは其の誤謬が當事者の過失に基づくと將又裁判所の過失に出でたるに論なく常に同法第九十四條を準用し裁判所は何時にても更正決定を爲すことを得るものと解するを相當とすとすは一般論として洵に正當なり。

2、尤も裁判上の和解は當事者間の契約にして其の調書は確定判決に代用せらるゝものに非らざるが故に、當事者の意思と表示との間に不一致存せざるも意思の表示にして錯誤に基づき私法

上の和解の無効を來す場合(民第九五條)に於ては裁判上の和解も亦當然無効にして確定判決と同一の效力を生ずるを得ず(拙著改正民事訴訟法第四卷八九三頁、)。第二百三條は裁判上の和解調書は請求の拋棄若は認諾調書と共に確定判決と同一の效力を有すべき旨定むと雖も、和解調書が確定判決と同一の效力を有すると請求の拋棄又は認諾調書が確定判決と同一の效力を有するとは其の理由を同じうせず。請求の拋棄又は認諾は單に當事者が訴訟物たる權利又は法律關係に關し自己の利益に其の存否を認むる認識の報告即ち所謂法律上の自白にして、其の本來の效力としては裁判所をして自白せられたる權利又は法律關係の存否は其の眞偽如何に拘はらず之れが存在又は存在せざるものとして認定せざるべからざらしむるの效力を有するに止まる。只其の權利又は法律關係が訴訟物を爲す場合(即ち請求の拋棄又は認諾の場合)に於て法律は判決を爲すの勞を省略し調書を以て拋棄又は認諾に基づく確定判決に代はらしむるものにして調書を以て簡易の判決となすものに外ならず(拙著改正民事訴訟法第四卷八九三頁以下第四五節第一項第三、一)。反之、裁判上の和解に在りては法律は當事者の合意に其の效力を認むるものにして其の確定判決と同一の效力を有するものは和解自體なり。従つて裁判上の和解に包含する私法上の和解が最初より無効なるときは裁判上の和解として亦其の效力を生ずるを得ず。故に若し和解調書の誤謬にして當事者の誤解に基づく

も當事者の意思と其の表示との間に不一致なきときは調書の誤謬には非らず和解の要素に錯誤の存するものとして和解の無効を來すべきに止まる。案件の場合に之れを見るに事實の詳細を知るを得ずと雖も當事者は係争家屋に付和解を締結し單に表示を誤りたるもの、如く、判旨が和解調書の誤謬として調書の更正を爲し得べき場合なりとなすは案件の裁判として正當なるべし。

二、然れども判旨が申立却下の決定に對する抗告に基づき抗告審判所が更正決定を爲したるを是認したるは案件の裁判として不當なり。

一、判決の更正を爲し得る裁判所は判決を爲したる裁判所に限らるべきや、從つて裁判上の和解に在りては和解の爲されたる裁判所に限らるべきや。

此の點に關しては大審院は嘗て、判決を爲したる裁判所たるに上級裁判所たるを問はざるものとし（大審院民事判例集第二卷第五號二一八頁以下）本判旨も亦之れを前提となすもの、如し。然れども判決の更正に關する第百九十四條は第百八十九條以下の規定と共に第百八十八條の規定を受け裁判所が其の言渡したる判決に羈束せらるゝに對し違算、書損及此に類する明白なる誤謬に限り當該裁判所之れが更正を爲し得べきことを認むるものにして、其の所謂裁判所が判決を爲したる裁判所を指すものなることは疑ふの餘地なきなり（拙著判例批評民事訴訟法第二卷五二二頁）。從つて裁判上の和解に在りては

和解の爲されたる裁判所又和解が受命判事又は受託判事の面前に於て爲されたるときは之れを試みしめたる裁判所に限り之れが更正決定を爲すことを得るものと謂はざるべからず、之れ法律が更正申立を理由なしとして棄却する裁判に對しては不服を申立つることを得ざるものとなす所以にして（後述を參照）、更正決定は抗告裁判所と雖も之れを爲すことを得ざるなり。抗告裁判所が更正申立を不適法とする決定に對する抗告を理由ありとするときは更正申立の理由ありや否やを裁判せしむる爲め原決定を取消し事件を原裁判所に差戻すべく、又更正決定に對する即時抗告に基づき更正決定を不當とするときは其の不當とする範圍に於て更正決定を取消すべく孰れにしても抗告裁判所は抗告に基づくも自ら判決又は和解調書を更正すべき更正決定を爲すことを得ざるなり。大審院が案件抗告裁判所が更正決定を爲したるを是認したるは案件の裁判として不當なるのみならず一般論としても亦不當なりと謂はざるべからず。

2、更正申立を却下する裁判に對して抗告を爲すことを得るや。

第百九十四條第三項は單に更正決定に對して即時抗告を爲すことを得る規定するに止め、申立を却下する決定に對し抗告を許すや否やに付ては殊更之れが規定を設くるを避けたり（民事訴訟法改正記録七〇五頁七〇六頁草案第三一）。我舊民事訴訟法第二百四十一條第三項と同様更正の申立を却下する

決定に對しては上訴を爲すことを得ざる旨定むる獨逸民事訴訟法第三百十九條の解釋に付ても學說必ずしも一致せざる所なりと雖も、法律が該規定を特に設けたるは更正の申立を理由なしとして却下する決定に對しては抗告を許さざるの趣旨と解するを正當とし、更正申立を不適法として却下する決定に對しては抗告(我民訴第四一〇條)を以て之れが不服を申立つることを得るものと謂はざるべからず(Stein, IV. § 310)。蓋し更正の申立を理由なしとして棄却する決定に對し抗告を許すときは結局抗告裁判所をして裁判又は和解の更正を爲さしむるの結果となり更正を以て裁判又は和解を爲したる裁判所の爲すべきものとする規定の精神は之れを根本より覆さざるを得ざるに反し、更正申立を不適法として却下する決定に對し抗告を許すも更正申立の理由ありや否やの判斷は事件を差戻すことに依り原審裁判所をして之れを爲さしむるを得ればなり(民訴第四一六條・第三八八條、舊民訴第四六四條參照)。

案件に於ては和解の爲されたる裁判所が更正申立を却下したる理由の詳細を知るを得ずと雖も和解調書に對する更正申立を不適法となすもの、如し。判旨が之れに對する抗告を認むべきものとなすは案件の裁判として正當なりと雖も、若し更正申立を不適法とするものなると、更正申立を理由なしとするものなるを問はず廣く抗告を爲し得るものとなすの前提に於てなされたるものとせば一般論として不當なりと謂はざるべからず。

四〇 抵當權者と第三者の異議の訴

昭和六年三月二十三日大審院第一民事部判決(大審院民事判例集第一〇卷第三號一一頁以下)
(昭和五年(オ)第一八七五號強制執行異議事件)

【判決要旨】 抵當權ノ目的タル工場建物備付ノ動産ニ對シ他ノ債權者カ強制執行ヲ爲シタルトキ

ハ抵當權者ハ民事訴訟法第五百四十九條ノ異議ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルモノトス

【事實】 熊野しづ(原告、控訴人、上告人)ハ金澤精練染色株式會社(訴外人)ニ對シ昭和三年五月二十一日工場抵當法第二條第三條ノ規定ニ依リ同株式會社ノ所有ニ係ル金澤市柿木町二十八番地ノ一所在ノ工場ノ建物並ニ同建物ニ備附ケタル機械器具其ノ他工場用ニ供スル動産上ニ抵當權ヲ設定シ金五千圓ヲ貸與シタリ、然ルニ同會社ハ昭和四年一月十五日以來休業シ同年三月二十九日解散シ一時備附機械ノ解體及分離ヲ爲シタル處馬場合名會社(被告、被控訴人、被上告人)ハ同株式會社ニ對スル金澤地方裁判所昭和四年(カ)第一一號約束手形金請求事件ノ執行力アル判決正本ニ基キ右備附ノ機械其ノ他ノ物件ニ付差押ヲ爲シタリ

仍テ熊野しづハ抵當權ノ物體タル工場備附ノ動産ニ付馬場合名會社ノ爲シタル強制執行(動産ニ對スル強制執行)ヲ不當ナリトシ馬場合名會社ヲ被告トシテ第三者異議ノ訴ヲ提起シ馬場合名會社ハ之ニ對シ原告カ抵當權ヲ有スルコト及被告カ原告主張ノ物件ヲ差押ヘタルコトハ爭ハサルモ該物件ハ何レモ工場抵當法第三條ニ依ル目録記載物件以外ノ物件ニシテ原

告ノ抵當権ノ效力ノ及フ範圍外ナリト答辯セリ

第一審金澤區裁判所ハ工場建物備附物件中遠心式絞水機一臺ニ對スル強制執行ハ之ヲ許スヘカラサルモ其ノ他ノ物件ハ工場抵當法ニ依ル目録ニ記載アラサルヲ以テ該物件ニ於ケル原告ノ抵當権ハ第三者タル被告ニ對抗スルコトヲ得ストノ理由ヲ以テ附屬シヤフト二箇外二十二點ニ對スル原告ノ請求ヲ棄却シタリ

第二審金澤地方裁判所ハ反之抵當権者ハ單ニ優先辨済ヲ請求シ得ルニ止マリ差押ヲ妨クルコトヲ得サルモノナレハ民事訴訟法第五百四十九條ニ依リ強制執行ニ對スル異議ノ訴ヲ提起スルコトヲ得サルモノナリト判決シタリ

大審院ハ左記理由ニ依リ原告ノ上告ヲ理由アリトシ原審判決ヲ破毀シ事件ヲ原審ニ差戻シタリ

【判決理由要旨】 工場抵當法第二條ニ依レハ工場ニ屬スル建物ノ上ニ設定シタル抵當権ハ其ノ建物ニ備附ケタル機械器具其ノ他工場ノ用ニ供スル物ニ及フモノナレハ工場建物ノ目的トスル抵當権ヲ有スル者ハ之ニ備附ケタル機械器具其ノ他工場ノ物ニ付テモ抵當権ヲ有スルモノトス而シテ此等ノ物ハ建物ト共ニスルニ非サレハ差押假差押又ハ假處分ノ目的ト爲スコトヲ得サルコト同法第七條第二項ノ規定ニ依リ明ナレハ他ノ普通債權者カ債務名義ニ基キ如上ノ物件ノミニ對シ動産ノ強制執行トシテ差押ヲ爲シタルトキハ其ノ違法ナルコト論ヲ俟タサレトモ此ノ違法ナル差押ヲ爲シ遂ニ競賣手續ニ及フトキハ該物件ハ競落シ建物ヨリ分離セラレテ工場建物ニ對スル抵當権者カ該物件ニ對スル抵當権ヲ喪失スルニ至ルコトアルヘキノミナラス該物件ノ賣却代金ハ建物ト共ニ賣却シタル場合ニ比シ低廉ナルコト尠カラスシテ抵當権者ニ不利益ヲ來スヲ以テ該工場建物ノ抵當権者ハ民事訴訟法第五百四十九條ニ所謂目的物ノ讓渡若ハ引渡ヲ妨クル權利ヲ有スルモノト解スルヲ相當トス、故ニ工場建物ノ抵當権者ハ之ニ備附ケラレタル物件カ動産ニ對スル強制執行トシテ差押ヘラレタル場合ニ於テハ其ノ賣得金ヨリ優先辨済ヲ受クルノミヲ以テ満足スヘキニアラスシテ民事訴訟法第五百四十四條ニ依リ異議ノ申立ヲ爲シ得ルト同時ニ同法第五百四十九條ニ依リ異議ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルモノト謂ハサルヘカラス、本件ニ

於ケル原告ノ請求ノ趣旨及原因トスル所ハ被告ハ訴外金澤精練染色株式會社ニ對スル執行力アル判決正本ニ基キ同會社ノ所有ニ屬スル工場建物ニ備附ケタル機械器具其ノ他ノ物件ニ付抵當権ヲ有スルヲ以テ被告ノ爲シタル強制執行ノ排除ヲ求ムト云フニ在リテ備附物件ノ範圍ニ付爭アリシコト本件記録ニ依リ明ナレハ原審ニ於テハ此ノ爭點ニ付審理ヲ爲シタル上原告ノ請求ノ當否ヲ裁判セサルヘカラサルニ拘ラス原院カ抵當権者ハ單ニ優先辨済ヲ請求シ得ルニ止マリ差押ヲ妨ケ得サルモノニシテ民事訴訟法第五百四十九條ニ所謂強制執行ノ目的物ノ讓渡若ハ引渡ヲ妨クル權利ニハ抵當権ヲ包含セサルモノト解スヘキモノナリト見解ヲ以テ原告ノ請求ヲ排斥シタルハ不法ナリトス

【關係法文】 民事第五四九條・第五四四條、工場抵當法第七條第二項・第五條第一項

判旨は不當なり。

判旨は工場抵當法第二條に依り抵當権の物體となりたる動産に對し債權者が動産に對する強制執行として差押を爲したるときは、抵當権者は民事訴訟法第五百四十四條に依る執行の方法に關する異議を申立つることを得（此の點は正當なり、後述一參照）ると共に同法第五百四十九條に依り第三者の異議の訴をも提起することを得となすものにして、所謂引渡若しくは引渡を妨ぐる權利の何たるかを誤解し（後述二參照）、且つ執行方法に關する異議の原因と第三者の異議の訴の原因とを混同する（後述三參照）不當の裁判なり。

一、不動産の従物たる動産に對し、動産に對する強制執行に依る差押を爲すことを得るや否や

に關しては我民事訴訟法は明なる規定を設けざる所なりと雖も、從物は當然其の主物たる不動産に對する強制執行に依り執行の物體たるものなるが故に、不動産の從物が假令動産なる場合に於ても不動産に對する強制執行の方法に依りてのみ執行の物體たるものと謂ふべく之れに對しては動産に對する強制執行を許さざるものと解せざるべからず。從て若し不動産の從物たる動産に付き動産に對する強制執行の爲されたるときは債務者其他利害關係を有する第三者(例へば不動産に付抵當権を有する第三者)は民事訴訟法第五百四十四條に依り執行の方法に關する異議を以て其の不當を主張し之れが執行の排除を求むることを得るものと謂はざるべからず。殊に工場抵當法第二條に依り抵當権の目的たる土地又は建物に附加して之れと一體を成したる物(構成分)及其の土地又は建物に備附けたる機械器具其他工場の用に供する物(從物)に在りては、其の土地又は建物と共にするに非らざれば差押、假差押又は假處分の目的と爲すことを得ざること同法第七條第二項の明かに規定する所にして此事は些かの疑なき所なり。大審院が「土地建物を目的とする抵當権を有する者は之れに備附けたる機械器具其他工場用の物に付ても抵當権を有し此等の物は建物と共にするに非らざれば差押、假差押若しくは假處分の目的と爲すことを得ざるものなれば他の普通債權者が債務名義に基づき如上の物件のみに對し強制執行として差押を爲したること

きは其の違法なること論を俟たず」¹⁾抵當権者は民事訴訟法第五百四十四條に依る異議の申立を爲すことを得²⁾となすは(判決理由要旨參照)固より正當なりと謂はざるべからず。

二、然れども右動産に對する強制執行に依る差押に對し不動産上に抵當権を有する債權者が第三者異議の訴をも提起し得るものなりや否やは必ずしも明ならず。ゾーフエルトは之れが競合を

認め³⁾ (Seuffert, Effie Anfl. Bd. II, S. 108, 2. d. zu § 765; S. 603, 2 zu § 865.) (我國に於て) ⁴⁾ スタインは之れを否定す(Stein, 14 Anfl. Bd. II, S. 851 V zu § 865.) 右の場合に於て第三者異議の訴をも認むるの學説は、一つには此等の場合に於ては訴

訟物の價額大なるを常とし地方裁判所の管轄に屬せしむるを可とすべき場合稀なりとせざると、又一つには斯る差押は從物たる動産を不動産より分離せしめ實際の結果に於て從物に對する抵當権を侵害するものと解するを妥當とすること少なからざるに依り、敢て抵當権を以て所謂讓渡若しくは引渡を妨ぐる權利なりと解するものに外ならざるなり。元來民事訴訟法第五百四十九條に所謂讓渡若しくは引渡を妨ぐる權利の何たるかに關しては⁵⁾ (第三者異議権の意義につきては後出研究四二參照) 學説の必ずしも一致せざる所にして、或者は第三者が債權者に對し債權者に依り爲さる、讓渡若しくは引渡を妨ぐる權利を有することを要すとし、或者は債務者に依り爲さる、讓渡若しくは引渡を妨ぐるの權利を有

するを以て足れりとす。又從て或者は所謂譲渡若くは引渡を妨ぐる権利は債権者に對抗し得べき権利(私法上の権利)なることを要すとし、或者は單に執行の爲さるゝ物體が債務者の自由に譲渡若くは引渡を爲すを得ざる場合に於て執行機關に依る譲渡若くは引渡の行はるゝを得ざること(訴訟法上の異議権)を謂ふものたるに過ぎずとす。然れども強制執行は債務者の財産に對してのみ行はるべきものなるが故に其の當然の結論として強制執行の行はれたる債務者の財産にして其の自由に處分し得ざるものなる總ての場合に於て第三者に對し異議権を與ふるものと解するを正當とす(Hellwig-Oertmann, Sys.)。即ち所謂譲渡若くは引渡を妨ぐる権利は必ずしも所有權其他第三者に對抗し得べき物權たるを要せざるのみならず、物權に在りても制限物權の如き自ら一定制限の下に於てのみ所謂譲渡若くは引渡を妨ぐる權利を生せしめ得べきに止まる。之れを質權抵當權の場合に見るに金錢債權に於ての強制執行に對しては質權者又は抵當權者は賣得金に付優先辨濟を請求し得るに止まり(民訴第五六五條・第六四九條參照)、又不動産の引渡を目的とする執行に對しては抵當權者は不動産の新たな所有者に對し抵當權を以て對抗し得るに止まるものにして(民第三七七條以下、工場抵當法第五條第一項參照)、所謂譲渡若くは引渡を妨ぐるの權利を有するものには非らず(Stein, S. 851 V. zu § 805 note S. 7.)。大審院が「工場用の物は建物と共にするに非らざれば差押

の目的と爲すことを得ざるが故に該物件のみに對し強制執行として差押を爲したるときは其の違法なること論を俟たざれども、此の違法なる差押を爲し遂に競賣手續に及ぶときは該物件は競落人に競落し建物より分離せられて工場建物に對する抵當權者が該物件に對する抵當權を喪失するに至ることあるべきが故に、工場建物の抵當權者は民事訴訟法第五百四十九條に所謂目的物の譲渡若くは引渡を妨ぐる權利を有するものと解するを相當とす」となすが如きは(判決理由要旨參照)所謂譲渡若くは引渡を妨ぐる權利が訴訟上の異議権を指稱するものなることを誤解するものなるのみならず、制限物權たる抵當權の效力を不當に擴張するものにして不當なりと謂はざるべからず。

三、尤も第三者異議の訴は執行方法の適法に爲されたる場合なることを要件とせず又第三者が強制執行の方法に關する異議を申立て得る爲めには所謂譲渡若くは引渡を妨ぐる權利を有せざる場合なることを要件とせざるが故に、兩者は時に或は競合し第三者は執行の方法に關する異議を申立つることを得ると同時に第三者異議の訴をも提起し得るの場合を生ず(Stein, S. 564. IV. 3 zu § System Bd. II)。然れども之れ兩者の異議原因が二個同時に存するが爲めにして、執行方法に關する異議の原因(方法に關する異議権)が同時に所謂譲渡若くは引渡を妨ぐる權利(第三者の執行異

議權)をなすが爲めには非らず。兩者の異議の原因は互に異なり一つ(第三者異議の訴の原因)は讓渡若くは引渡を妨ぐる權利にして執行方法の適否に關せざるに反し、他(執行方法に關する異議の原因)は法律違背の執行方法に依り利益(該利益は讓渡若くは引渡を妨ぐる權利を生せしむべき私法上の權利たることを得)の害せられたることを發生事實とする異議權にして讓渡若くは引渡を妨ぐる權利自體には非らず。大審院が「機械器具其他工場用の物件のみに對し動産の強制執行として差押を爲したるときは其の違法なること論を俟たざれども、此の違法なる差押を爲し遂に競賣手續に及ぶときは該物件は競落し建物より分離せられ工場建物に對する抵當権者が該物件に對する抵當権を喪失するに至ることあるべきのみならず該物件の賣却代金は建物と共に賣却したる場合に比し低廉なること尠からずして抵當権者に不利益を來すを以て(之れ等の理由は實は執行方法に關する異議權を發生せしむる理由たるに止まる)、該工場建物の抵當権者は民事訴訟法第五百四十九條に所謂目的物の讓渡若くは引渡を妨ぐる權利を有するものと解するを相當とす故に工場建物の抵當権者は之に備附けられたる物件が動産に對する強制執行として差押へられたる場合に於ても其の賣得金より優先辨濟を受くるのみを以て満足すべきに非ずして民事訴訟法第五百四十四條に依る異議の申立を爲し得ると同時に同法第五百四十九條に依る異議の訴を提起

することを得」と説明し(判決理由要旨參照)、執行方法に關する異議の原因が同時に讓渡若くは引渡を妨ぐる權利たることを認むるが如きは兩者の異議の原因を混同するものにして不當なりと謂はざるべからず。

四一 執行處分と不服申立

昭和六年三月二十五日大審院第四民事部決定(大審院民事判例集第一〇卷第二號八八頁以下、昭和六年(ク)第二六八號收去命令申請決定ニ對スル抗告事件)

【決定要旨】 執行裁判所カ利害關係人ヲ審訊シテ爲シタル執行處分ニ對シテハ異議ノ申立ヲ爲ス

コトナク直チニ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ルモノトス

【事實】 債權者勝田周太郎對債務者笠原近藏外一名間土地明渡等調停事件ノ執行力アル調停調書正本ニ基キ右債權者ヨリ右債務者ニ對スル強制執行トシテ民事訴訟法第七百三十三條ニ依リ東京區裁判所ニ對シ債務者ノ費用ヲ以テ建物收去ノ命令ヲ申請シ同裁判所ハ債務者ヲ審訊シタル後右命令ヲ發シタリ、之ニ對シ債務者ハ東京地方裁判所ニ即時抗告ヲ爲シタル處同裁判所ハ東京區裁判所ノ該命令ニ對シ異議アラハ先ツ民事訴訟法第五百四十四條第一項ニ依リ異議ノ申立ヲ爲スヘク直チニ即時抗告ヲ爲スヘキモノニ非ストシテ抗告却下ノ決定ヲ爲シ抗告人ハ該決定ニ對シ更ニ大審院ニ再抗告ヲ爲シタリ

【決定理由要旨】 仍テ按スルニ執行裁判所カ利害關係人ヲ審訊セスシテ爲シタル執行處分ニ關シテハ、之ニ異議アル利害關係人ヲ先ツ民事訴訟法第五百四十四條第一項ニ依リ異議ノ申立ヲ爲サシメ之ニ依リ執行裁判所ヲシテ不服ノ點ヲ更正

スルノ機會ヲ得セシメタル後利害關係人ニ於テ異議ノ裁判ニ對シ不服アラハ同法第五百五十八條ニ依リ即時抗告ヲ爲サシムルヲ至當トスレトモ、執行裁判所カ利害關係人ヲ審訊シテ爲シタル執行處分ニ關シテハ之ニ異議アル利害關係人ヲシテ再ヒ其ノ執行裁判所ニ對シ陳述ヲ爲サシムルノ要ナキカ故ニ先ツ異議ノ申立ヲ爲サシムルコトナク直チニ即時抗告ヲ以テ不服ノ申立ヲ爲サシムルヲ至當トス

【關係法文】 民訴第五四四條・第五五八條

判旨は執行裁判所の強制執行の方法に關する裁判に對しては若し不服申立人が其の裁判前審訊せられたるものなるときは民事訴訟法第五百五十八條に依り即時抗告を爲すことを得となすものにして規定の解釋としては未だ全く正當なりと謂ふを得ずと雖も、從前の判例(大審院民事判決録第二頁以下)に比し之を變更したる點に於て吾人は賛意を表せざるを得ず。

元來執行方法に關する異議に付ての第五百四十四條第一項は單に執達吏の執行行爲のみに關するものなりや又は執行裁判所の強制執行の裁判に關しても適用あるべきものなりや、從て又第五百四十四條が執行裁判所の強制執行の裁判に關しても適用あるものごせば第五百五十八條の抗告との關係を如何に取扱ふべきかに就き學者間議論の存せし所にして、吾人も亦判旨に反する見解を有する所なり。今此問題に關する學說を擧ぐれば(拙著判例批評民事訴訟法第一卷一三二頁以下と重複、すれども便宜の爲め茲に重ねて學說を分類すべし)、

第一說 執行裁判所の裁判に對しては第五百四十四條と第五百五十八條とは共に適用ありと

す說(Schmidt, Lehrbuch)即ち當事者は自由に其の孰れかの方法を選ぶことを得となす說なり。然れども異議は同一裁判所に、即時抗告は上級裁判所に直接爲すべき不服申立方法にして、之れを併せ認むるは我訴訟法が一裁判に對し不服申立方法の競合を認めざるを原則とする制度の根本に反するのみならず、殊に一つは期間の定なく他は期間の定ある不服申立方法を競合せしむるものにして自體矛盾たらざるを得ざるなり。

第二說 執行裁判所の裁判に對しては第五百四十四條の異議を爲すことを得ず、第五百五十八條の即時抗告を以てのみ不服を申立つることを得となす說。之れ吾人の見解にして不服申立に付期間の定あるものと定なきものとの競合に依り生ずる矛盾を除かむとせば必然期間の定なきものの適用を除外せざるべからず、純理を以てすれば此の見解を以て最も正當なりとす。

第三說 右の如き裁判に對しては異議に因りてのみ不服を申立つることを得べく、其の異議の裁判に對し更に不服なるごき始めて即時抗告を以て争ふことを得となす說。之れ從來我大審院の採り來りたる見解にして、其の理由とする所は明かならざれども第五百五十八條を以て一般規定なりとし、制限規定たる第五百四十四條は先づ適用ありと云ふに在るが如し。然れども兩規定を見るに其の一を以て一般規定なりとし他を以て制限規定なりとすべき何等標準の見るべきものな

し、強制執行の方法に關しては第五百四十四條を以て一般規定なりとし第五百五十八條は其の裁判に依り爲さるゝ場合の特別規定なりとも解することを得る所なり。此の見解は二個の不服申立方法に順位を附し結局二個の不服申立方法を競合せしむるものにして、第一説の矛盾を脱せんとして之れに等しき矛盾に陥れるものと謂はざるべからず。

第四説 執行裁判所の裁判にして執行方法に關するものに對しては、若し不服申立人が其の裁判前審訊せられざりしものなるときは第五百四十四條の異議を以て之れを争ふことを得べく、此場合には異議の裁判たる決定に對し始めて即時抗告を爲すことを得、反之、不服申立人が裁判前審訊せられたるものなるときは第五百四十四條の異議を爲すことを得ず直ちに即時抗告を爲すことを得べきものとなす説（維本博士判例批評録第一卷一四九頁以下、仁井田博士民事訴訟法要論下卷一一二八頁以下民事訴訟法大綱四六八頁以下、ソイフェルト、スタイン、ワイスマン等皆此の説を採る之れを通説とす）。即ち此の説は執行裁判所の裁判に對しては不服申立人が執行裁判所に依り審訊せられたる否ごとに依り區別し、審訊せられたるものなる場合に於ては第二説に従ひ、審訊せられざるものなる場合には第三説に従ふべきものとなすの見解なり。其の理由とする所は既に執行裁判所に依り審訊せられたるものに對しては更に同一裁判所に異議を申立てしむるの利益なきに反し、未だ審訊せられざるものに對しては更に執行裁判所に陳述を爲す機會を與ふるの必要ありと云ふに在

り。然れども審訊せられたる否ごとに依り區別せむとするは實際の便宜に適するの解釋たるべしと雖も法律規定の上に於て其の根據を見出すを得ず。加之此の説は審訊せられざる場合に付第三説に従ふものなるが故に之れと同一の缺點を有し理論上正當なるを得ざるの説なり。

要之、以上四説中孰れを以て正當となすべきか、純理を以て推せば第二説を以て最も正當とすべく、便宜より云へば第四説を以て實際に適合したる見解なりと云ふを得べし。判旨は寧ろ我國並獨逸國に於ける通説たる第四説に従ふものにして従前の判例たる第二説を變更せし點に於て正當なる裁判なりと謂ふべし。

四二 親權者の有する占有權に基く

・ 第三者異議の訴

昭和六年三月三十一日大審院第五民事部判決（大審院民事判例集第一〇卷第三號一五〇頁以下昭和五年（オ）第一五九四號強制執行異議事件）

【判決要旨】 未成年ノ子ノ財産ヲ管理スル親權者ハ其ノ資格ニ於テ子ノ所有物ニ付占有權ヲ有スルヲ以テ債務者タラサル子ノ所有物ニ對スル執行ニ對シテハ該占有權ニ基キ第三者異議ノ訴ヲ提起シ得ルモノトス

【事實】 被告(控訴人、被上告人)上原秀吉ハ訴外粕谷平治ニ對スル債權者ニシテ東京區裁判所昭和四年(ハ)第一八二號判決ニ基キ同年六月五日同人方ニ於テ原告(被控訴人、上告人)寺田ゆきノ子タル訴外未成年者寺田忠太郎ノ所有ニ屬スル四抽斗付三方桐重筆筒一棒外動産數點ヲ差押ヘタリ、仍テ原告ハ忠太郎ノ親権者トシテ之レ等ノ動産ヲ管理シ從テ之カ讓渡又ハ引渡ヲ妨クル權利ヲ有スルモノナリトシ債權者上原秀吉ヲ被告トシテ右執行ニ對シ第三者異議ノ訴ヲ提起シタリ

第一審タル東京區裁判所ハ原告ノ異議ヲ認メ第二審タル東京地方裁判所ハ左記理由ニ依リ異議ヲ理由ナキモノトシテ棄却シタリ、判旨ハ右請求棄却ノ判決ニ對スル上告ヲ理由アリトナスモノニシテ其ノ理由ハ左記大審院判決理由要旨ノ如シ

【第二審判決理由要旨】 一、親權ヲ行フ父母ハ未成年ノ子ノ財産ヲ管理シ其ノ財産ニ關スル行為ニ付其ノ子ヲ代表スル權利ヲ有スルコトハ我民法ノ規定スル所ニシテ右ニ所謂管理トハ目的物ノ保存改良若ハ利用ヲ目的トスル事實上ノ行為ヲ指稱スルモノト解スルヲ相當トスヘク從テ右管理ノ範圍内ニ於ケル行為ハ親權者固有ノ權利トシテ之ヲ爲スコトヲ得ヘシト雖モ未成年ノ子ノ爲財産ノ得喪變更ニ影響ヲ及ホスヘキ訴訟行為ハ其ノ財産權ノ處分行為ト同視セラルヘキモノナルヲ以テ未成年者ノ爲訴訟行為ヲ爲ス場合ニ於テモ亦未成年者ヲ代表シ其ノ名ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要スルモノトス從テ債權者ヨリ債務者タル他人ニ對スル強制執行ノ爲差押ヲ受ケタル物件カ偶々未成年者ノ所有權其ノ他目的物ノ讓渡若ハ引渡ヲ妨クル權利ノ客體ニシテ未成年者ハ第三者トシテ是等ノ權利ヲ主張シ訴ヲ以テ債務者ニ對シ其ノ強制執行ニ對スル異議ヲ主張スルコトヲ得ル場合ニ於テモ該訴ニ於ケル當事者ハ未成年者ニシテ親權者ハ單ニ其ノ法定代理人トシテ未成年者ノ名ニ於テ該訴訟ヲ遂行シ得ルニ過キス親權者ハ自己固有ノ管理權ニ基キ自己ノ名ニ於テ當事者トシテ該訴訟ヲ實施スル權利ヲ有スルモノニアラス、從テ右ノ如キ理由ニ基キ親權者自身カ其ノ當事者トシテ提起シタル訴訟ハ理由ナキヲ以テ其ノ請求ヲ棄却スヘキモノトス、次ニ

二、親權者ハ未成年ノ子ノ財産ニ關スル行為ニ付テハ其ノ子ヲ代表シ其ノ者ノ名ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要スルハ前述ノ

如ク此ノ場合ニ於テハ其ノ行為ノ效果ハ總テ未成年ノ子ニ歸屬スルモノト謂ハサルヘカラス從テ親權者ハ未成年ノ子ノ財産ヲ管理スルカ爲事實上其ノ目的物ヲ占有スルコトアルヘシト雖モ其ノ場合ニ於テモ其ノ物ニ對シ未成年者ノ爲ニスル意思アルヘキモ自己ノ爲ニスル意思ナキヲ以テ占有權其ノ他右占有ニ伴ヒテ生スヘキ法律關係ハ總テ未成年ノ子ニ歸屬シ親權者自ラ是等權利ノ主體トシテ該權利ヲ有スルモノニ非ス從テ債權者カ債務者ニ對スル強制執行ノ爲第三者タル未成年ノ子ノ財産ヲ差押ヘタル場合ト雖モ親權者ハ右差押物權ニ付占有權其ノ他讓渡若ハ引渡ヲ妨クル權利ヲ主張シ所謂第三者ノ異議ノ訴ヲ提起シ得ヘキモノニアラス如キ理由ニ基キ提起セラレタル訴モ亦理由ナキモノトシテ棄却スヘキモノトス然リ而シテ被控訴人(原告)ハ未成年ノ子タル訴外寺田忠太郎ノ親權ヲ行フ母トシテ本件差押物件ニ付管理權ヲ有スルコトヲ主張シ控訴人(被告)カ債權者トシテ債務者タル訴外粕谷平治ニ對スル強制執行ノ爲本件物件ニ付爲シタル差押ノ排除ヲ求ムルモノナル本件ニ於テハ其ノ主張カ前記執レノ場合ニ屬スルモ被控訴人(原告)ノ本訴請求ハ其ノ主張自體ニ於テ理由ナキモノトス

【大審院判決理由要旨】 案スルニ民事訴訟法第五百四十九條ニ所謂物ノ引渡ヲ妨クル權利ニハ占有權ヲ包含スルモノト解スヘキモノトス、是當院カ從來判例ト爲セル所ナリ(大正九年(ク)第一六二號同一〇年二月三日大審院決定及昭和二年(ク)第六五四號同年七月二七日大審院決定參照)而シテ未成年ノ子ノ財産ヲ管理スル親權者カ其ノ子ノ所有物ヲ所持セル場合ニハ子ノ爲ニスル意思ヲ以テスルト同時ニ又自己ノ爲ニスル意思ヲ以テ之ヲ所持セルモノト認ムルヲ相當トスヘク從テ子ハ其ノ代理人タル親權者ニ依リテ占有權ヲ保有スルト同時ニ親權者自身モ亦占有權ヲ有スルモノト云ハサルヘカラス、從テ親權者ノ所持セル子ノ所有物ニ付親權者自ラ原告トシテ其ノ有スル占有權ヲ主張シテ民事訴訟法第五百四十九條ニ依リ強制執行異議ノ訴ヲ提起シ得ヘキハ論ヲ俟タス

【關係法文】 民訴第五四九條

四二 親權者の有する占有権に基く第三者異議の訴

判旨は、未成年の子の親権者は其の管理する子の財産上に有する占有権に基き第三者異議権を有すとなすものにして、案件の裁判としては其の當否明ならずと雖も(後述二)、一般論としては不當なり(後述一)。

一、第三者異議の訴の訴訟物は債務者に對する強制執行に依り第三者の有する権利の害せられたること即ち債務者に對し其の任意の譲渡若くは引渡を妨ぐる権利を有することを發生事實とする執行異議権なり。民事訴訟法第五百四十九條に「所有權を主張し其の他目的物の譲渡若くは引渡を妨ぐる權利を主張す」と云ふは、第三者が執行の目的物に付き債務者の任意の譲渡若くは引渡を妨ぐる權利(不作爲請求權)を有することを理由とし債權者に對し執行異議權を主張するを云ふものなり。其の「所有權を主張し」と云ふは異議權發生の主たる場合を例示するものなり。第三者は所有權を有するも直ちに譲渡若くは引渡を妨ぐる權利を有するものに非らず、其の所有物上に執行の實施せらるるに依り始めて譲渡若くは引渡を妨ぐる權利を有し又從て債權者に對し執行異議權を有するものと解すべし。第三者異議の訴は債務者を被告とする關係に於ても所有權其の他個々の權利を物體とするものには非らず、又其の「譲渡若くは引渡を妨ぐる權利」と云ふは異議

權の發生事實は所有權其の他個々の權利の侵害なる各個の事實に非らずして第三者が譲渡若くは引渡を妨ぐる權利を有する狀況を其の發生事實とするものなることを示すものに外ならず。詳言すれば異議權の發生事實は第三者の所有權又は其の他個々の權利の侵害なる事實には非らず、例へば執行に依り所有權並占有權の侵害せらるるも二個の異議權を生ずるものには非らず。之れ等個々の權利の主張は所謂譲渡若くは引渡を妨ぐる權利存在の理由を示すべき事實たるに止まり、之れが主張の變更は所謂請求原因の變更を生ぜず。即ち第三者異議の訴を理由なしとする判決は異議權又從て譲渡若くは引渡を妨ぐる權利の存在を否認するものにして、第三者は債務者を被告とする關係に於ても個々の權利例へば所有權、占有權、抵當權等を有するの理由に依り、勝訴判決を受くるを得ざるなり。之れ法律(第五四九條第一項後段・第二項)が債務者が異議を正當なりとせざるときは債權者並債務者を共同被告となすべき旨定むる所以(第五九條參照)にして、第三者勝訴の判決は債權者に對しては異議權の存在を確定し、債務者に對しては債務者が任意に譲渡若くは引渡を爲すの權を有せざること(不存在)を確定するに止まる。從て若し當事者にして先決問題たる所有權其の他個々の權利に存否に付既判力を生ずべき判決を求めむとせば、第二百二十七條又は第二百三十四條に依り其の存否の確認を併せ求むることを必要とす。

二、然らば果して如何なる場合に第三者は所謂譲渡若くは引渡を妨ぐる権利を有すべきか。之れ頗る困難なる問題にして從來學說の必ずしも一致せざる所なり (Vgl. Hellwig-Oertmann, System)。[○]然れども茲に第三者が譲渡を妨ぐる権利を有すと云ふは債務者が任意に譲渡を爲すも無権利者の處分として其の效力を生ずるを得ざる場合に於て其の處分を妨ぐるの権利を云ひ、引渡を妨ぐる権利と云ふは債務者に依る占有の移轉を妨ぐるの権利を云ふものなり。故に第三者が所謂譲渡若くは引渡を妨ぐる権利を有するや否やは、先づ(一)債務者が執行の目的物(又は権利)上に何等かの權利を有するや否やに依り定まり又債務者が何等かの權利を有するものなる場合には更に(二)第三者の有する權利と債務者の有する該權利との關係に依り定まるものと謂はざるべからず、之れを占有権の場合につき見るに

イ、債務者の執行の目的上に所持を有するに止まり占有権其他何等の權利を有せざる場合に於ては第三者は占有権を有することに依りてのみ所謂譲渡若くは引渡を妨ぐる權利を有することを得。而かも第三者の有する占有権は間接自主占有たるに直接他主占有(例へば法定代理人の有する占有)たるを問はざるなり (Vgl. Weismann, Lehrb. Bd. II S. 105. 3 Abs. 1; Hellwig, Lehrb. Bd. I S. 107. 1. a; Sten. Komm. Bd. II 14 Aufl. S. 583. II. 1. b. zu § 771; Sauffert, Komm. Bd. II. 11 Aufl. S. 426. 2. c. zu § 771. 我大審院決定民事判決彙編第二七冊第五卷二九三頁以下、上田氏執行法便覽七二頁、シエミットは此の場合には方法に關する異議を以て保證せらるべく第三者異議の訴に依る必要なしと説明す Schmidt,

Lehrb. 2 Aufl.)[○]
S. 1035.

ロ、反之、債務者が占有権を有するときは其の占有が直接他主占有たるに間接自主占有たることを問はず第三者は本權に基づきてのみ所謂譲渡若くは引渡を妨ぐる權利を主張し得べく、其の有する占有権は之れが基本たるを得ざるものと謂はざる可からず。蓋し債務者の有する占有権が間接占有なる場合に於ては債務者は第三者の直接占有を移轉せずして爾後他人の爲め其の物を占有すべきを命じ他人之れを承諾するときは直接占有者の意思如何に拘はらず占有の移轉を生ずべく(民第一八四條)、第三者たる直接占有者は譲渡若くは引渡を妨ぐるの權利を有するを得ず。又債務者が直接占有を有するときは占有の移轉は任意にして第三者たる間接占有者は本權に基づきてのみ之れが移轉を妨ぐるを得るものなればなり (Vgl. Weismann, Lehrb. Bd. II S. 105. 3. Abs. 2.)[○]
(Hellwig-Oertmann, System. Bd. II. S. 280. 5 b. §)

三、要之、債務者にして執行の目的物には單に所持を有するに止まり占有を有せざるものなるときは、占有を有する第三者は所謂譲渡若くは引渡を妨ぐる權利を有することを得べく、第三者の異議を以て常に本權の訴 petitioische Klage の要件を具備するを要すとなすの説は誤れり (Vgl. Kamp, Handkommentar 2. Aufl.)[○]。然れども債務者にして占有権を有するものなるときは第三者は本權に基づきてのみ有効に異議の訴を提起し得るものなるが故に(蓋し第三者異議の訴は占有権を

主張する場合に於ても所謂占有の訴に非らず、被告は其の有する本権を主張し、又は第三者の本権を有せざることを以て抗辯となすを得べし、判旨の云ふが如く一般的に民事訴訟法第五百四十九條に所謂物の引渡を妨ぐる権利には占有権を包含すとなすも亦誤れるものと謂はざるべからず。大審院の引用する同院判例（大正九年（ク）一六二號事件決定、大審院）は債務者が目的物上に占有権其の他の権利を有せざる場合に於ける裁判にして之れを以て一般を推すは正當ならず（猶ほ大審院の引用する他の判例（昭和二年（ク）六五四號事件決定）は判例集中未だ之）。
（昭和二一年（ク）六五四號事件決定）は判例集中未だ之）。
れを見出すこと能はず茲に参照し得ざるを遺憾とす。

二

議て案件の場合に之れを見るに、判例集記載の事實に依りては債務者が執行の目的物に付占有権を有するや否や不明なり。従て判旨の案件の裁判としての當否は之れを斷定するを得ざるなり。

一、案件債務者の執行の目的物上に占有権を有せざるものなりとせば判旨は正當なり。債務者が單に目的物に付所持を有するに止まるごきは第三者たる親権者は其の有する占有権に基づき異議の訴を提起し得べし（前述一、二、イ）。親権者が子の所有物に付自己が占有権を有することを主張し第三者異議の訴を提起するは即ち親権者が其の有する讓渡若くは引渡を妨ぐる権利を主張

するものにして、訴訟の判決は未成年者たる子の有する讓渡若くは引渡を妨ぐる権利の存否に關する所なし。親権者は敗訴に拘はらず更に法定代理人として子の有する異議権を主張することを得。親権者は子の財産に付單に管理権を有するに止まり處分権を包含する意義に於ける管理権は之れを有せざる所なりと雖も（控訴審判決理由要旨参照）、猶ほ自己の有する占有権に基づき自己固有の異議権を主張するに妨げなし。

二、案件債務者にして占有権を有すとせば判旨は不當なり。此の場合には親権者は占有権を主張するを以ては足らず必ずや本権を主張するを要すべしと雖も（前述一、二、ロ）、親権者の有する占有権の本権は子の財産たる執行の目的物に對する管理権（處分権を包含せざる管理権）たるに止まるが故に、之れが主張は親権者をして當事者たる適格を失はしむべく、親権者は本人たる子の有する本権に基づきてのみ法定代理人として子の有する異議権を主張し得るに止まる。

四三 反訴判決の確定

昭和六年三月三十一日大審院第五民事部判決（大審院民事判例集第一〇卷第四號一七八條以下、昭和五年（オ）第二二七七號離婚並慰養料請求事件）

【判決要旨】 本訴ノ判決ニ對シ控訴ノ提起アルトキハ反訴ノ判決モ亦確定セサルモノトス

【事實】原告(被控訴人、上告人)(反訴被告、反訴控訴人)和田きみハ其ノ夫ナル被告(控訴人、被上告人)(反訴原告、反訴被控訴人)和田禎宗ヲ相手方トシテ重大ナル侮辱、同居ニ堪ヘサル虐待並惡意ノ遺棄(惡意ノ遺棄ニ付テハ控訴審ニテハ之レヲ主張セス)ヲ理由トシテ離婚並ニ慰籍料一萬圓請求訴訟ヲ福島地方裁判所平支部ニ提起シ被告禎宗ハ之レニ對シ原告ノ重大ナル侮辱並惡意ノ遺棄ヲ理由トシテ離婚ノ反訴ヲ提起シタリ、第一審裁判所ハ本訴並反訴ニ基キ離婚ノ判決ヲ爲シ原告ノ慰籍料請求ニ付テハ其ノ一部ヲ認メ被告ニ對シ金二千五百圓ヲ支拂フヘキ旨判決シタリ

被告ハ本訴ノ離婚判決並慰籍料支拂ヲ命ズル判決ニ對シ控訴ヲ提起シ、原告ハ反訴ノ離婚判決ニ對シ控訴ヲ申立テタルモ其ノ後之ヲ取下ケ控訴期間經過後更ニ反訴ノ判決ニ對シ附帶控訴ヲ爲シタリ(上告理由第四點ニ依レハ原告ハ反訴ノ離婚判決ニ對シ控訴ヲ申立テタルニアラスシテ本訴判決中訴訟費用ノ負擔ヲ命スル點ノミニ付控訴ヲ申立テタル後其ノ控訴ヲ取下ケタルモノノ如キモ茲ニハ控訴審判決記載ノ事實ニ據ルコトトセリ)

控訴審タル宮城控訴院ハ被告ノ控訴ニ基キ原告ノ本訴請求ヲ理由ナシトシ又原告ノ反訴判決ニ對スル附帶控訴ハ反訴判決ニ對スル控訴ナキ以上不合法ナリトシ、第二審判決中本訴ニ付原告ノ勝訴ノ部分ヲ取消シ原告ノ本訴請求ヲ棄却シ原告ノ附帶控訴ハ之レヲ不合法トシテ却下スルノ判決ヲ爲シタリ

原告ハ反訴判決ニ對スル附帶控訴ヲ不合法トシテ却下スル判決ノ部分ニ對シテハ上告ヲ提起セス、本訴ニ付第二審リ請求ヲ棄却シタルヲ不當トシテ上告ヲ提起シ其ノ理由トシテ原告被告間ノ婚姻關係ハ反訴判決ノ確定ニ依リ消滅ニ歸シタルモノナルカ故ニ第二審裁判所ハ原告ノ慰籍料請求ノ點ノミニ付判決ヲ爲スヘカリシモノナリト主張シタリ

大審院ハ左記要旨記載ノ理由ニ依リ上告ヲ棄却シタリ

【判決理由要旨】附帶控訴ハ本控訴ヲ以テ不服ヲ申立テラレタル第一審判決ノ全部ニ互リ許サルヘキモノナルカ故ニ今若第一審カ一箇ノ判決ヲ以テ本訴並反訴ニ付各其ノ請求ヲ認容スル旨裁判シタルトキハ本訴判決ニ對スル控訴ノ被控訴人ハ反

訴ノ裁判ニ對スル本控訴ノ有無ニ拘ラス附帶控訴ヲ以テ反訴ノ裁判ニ對スル不服ヲ申立テ得ルモノト解セサル可ラス而モ被控訴人ハ自己ノ爲存スル控訴期間經過後ト雖モ適法ニ附帶控訴ヲ提起シ得ルモノナルカ故ニ縱令反訴ニ對スル第一審判決ニ付最早獨立ノ控訴ヲ爲スノ期間經過セル場合ト雖モ第一審判決中反訴ニ關スル部分ノミ單リ確定スルノ理由アル可ラス

【關係法文】民訴第一八三條第二項・第三七二條

判旨は正當なり。

判旨は同時に爲されたる本訴並反訴の判決を以て一個の判決なりとなすものにして(判決理由要旨参照)正當なるのみならず(後述一)、其の本訴判決を不服として被告が控訴を提起したるときは反訴の裁判を不服とする原告は反訴判決の部分に對し本控訴の提起なきも本訴判決に對する控訴の被控訴人として反訴判決に對し附帶控訴を以て不服を申立つることを得ざなし、本訴の判決に對し控訴の提起あるときは反訴の判決も亦確定せずとなすは寔に正當なる判決なりと謂はざるべからず(後述二)。

一

一、判決が一個なりや否やは其の外形に依り決するを得ず。判決が一個の權利又は法律關係の存否に付爲されたるものなる場合に於て該判決が一個の判決なることは固より疑なしと雖も、判

決を以て其の存否の裁判せられたる権利又は法律關係が數個存する場合に於ては判決は其の外形に依り又は其の内容に依り直ちに之れが個數を決するを得ざるなり。例へば

一、イ、一人の原告が一人の被告を相手方として一の貸金返還請求權（權利の内容が可分給付に關することは關係なし）を訴訟物として給付判決を求めたる場合（單純訴訟）に於ける判決

ロ、夫婦を共同被告とする婚姻無効訴訟に於けるが如く當事者複數なるも婚姻無効請求權なる一個の形成權を訴訟物とする訴訟（請求の併合を伴はざる共同訴訟）に於ける判決、又は

ハ、裁判所が共同當事者の或る者のみに對し（請求の併合を伴ふ共同訴訟に於ける一當事者のみに對する一分判決）又は數個の請求中の一個に付ての判決（請求併合の場合に於ける一請求に付ての一分判決）（第一八三條第一項）

が一個の判決なることは固より疑なき所なりと雖も、

二、イ、請求併合の場合、ロ、請求の併合を伴ふ共同訴訟の場合、又は ハ、裁判所が辯論を併合したる場合

に於て數個の請求に付同時に裁判の爲されたるときは判決は其の外形より見るときは一個なるも其の内容より見るときは數個の裁判を包含し直ちに以て一個なりとし又は數個なりと斷するを得

ず。蓋し法律は一方には上級審裁判所をして下級審判決の不服申立なき部分に對し假執行の宣言を爲し得べき旨定め（第三七五條・第四〇六條）、數個内容の判決に對する上訴の提起に依り不服申立なき部分に付ても判決の確定せざる場合の存すること、即ち一個の判決として取扱ふもの存することを示すと共に、又他方には上級審裁判所書記は判決の確定となりたる部分に付判決確定證明書を付與し得べき旨定め（第四九九條第二項）、外形上一個の判決にして猶ほ法律上數個の判決として取扱はるるもの存することを認むるなり。

二、然らば我訴訟法は如何なる場合に於て其の内容數個なるに拘らず一個の判決として取扱ひ又は其の外形一個なるに拘らず數個の判決として取扱ふかと云ふに、民事訴訟法の規定は舊民事訴訟法規定の字句に變更を加へたるが故に、却て明瞭を缺くに至りたる所なりと雖も、固より之れが標準を改めたるものには非らず（民事訴訟法改正調査委員會連、記録六八三頁六八四頁參照）。即ち舊民事訴訟法の下に於けると同じく（拙文判例批評請求の一部棄却に對する控訴と第四二〇條並裁判上の和解の效力、註、（一）請求の併合を伴ふ、拙著判例批評民事訴訟法第一卷一五六頁、法學論叢第五卷第二號一二四頁參照）

共同訴訟に在りては各共同當事者に對する判決は同時に爲さるる權利關係が合一にのみ確定すべき場合又は之れに準すべき場合（第六二條・第七五條・第七一條參照）の外當事者の數に従ひ數個存在するものとし、（二）請求の併合の場合には併合が當事者に依り爲されたと裁判所に依り爲さ

れたるに依り區別し、裁判所が辯論の併合を命じたるものなる場合には同時に裁判の爲さるる數個の判決として取扱ひ(後述二、三参照)、當事者に依り併合せられたるものなる場合には本訴並反訴の場合に於けるが如く當事者の地位を異にする二個の訴の存する場合に於ても猶ほ同時に爲されたる判決を以て一個の判決として取扱ふものと謂はざるべからず。

一、共同訴訟の場合

1、請求の併合を伴はざる場合例へば夫婦を共同被告とする婚姻無効の訴に於けるが如く訴訟物たる権利が一個なるときは訴訟の判決は固より被告數人に對し爲さるるに拘らず單一一個なり。裁判所は第百三十二條、第百八十三條に依り共同被告の一人に對してのみ先づ判決(一分判決)を爲すことを得ざるなり。

2、請求の併合を伴ふ共同訴訟に在りても權利關係が共同當事者の數人に對し合一にのみ確定するを要する場合(第六二條・第七五條)には法律は共同當事者の一人の爲したる上訴は全員の爲め其の效力を生じ(第六二條第一項・第二項)、又上訴權の拋棄は共同當事者共同に於てのみ之れを爲すを得る所なるが故に、共同當事者に對する判決は各當事者に對し一個の判決として取扱はると同一の結果を生ず。

第七十一條の場合に於ける判決も亦同様なり(第七一條・第六二條)。

3、共同訴訟人間に權利關係が合一にのみ確定することを要せざる共同訴訟(第六一條参照)に在りては共同當事者の各人に對し同時に判決の爲さるるも判決は其の頭數に應じ數個存在す。當事者が共同訴訟を選びたる場合たるに裁判所が數個訴訟の併合を命じたる場合たるに依り異なることなし。

二、請求併合の場合

1、原告が請求を併合したる場合(第二七條・第二三二條・第二三四條)には其の併合が訴の提起に際し爲さるると、遞次に併合せらるると又單純併合たるに豫備的併合たるに、又併合せられたる數個の請求の間に牽連關係の存すると否かを問はず、同時に裁判の爲されるときは判決は内容の數個なるに拘らず一個の判決として取扱はる。之れ舊民事訴訟法第二百二十六條前段に於て數個の請求中の一個又は一個の請求中の一部に付判決の爲さるときは其の判決の一分判決なることを明かに示したる所以なり。民事訴訟法第百八十三條は單一部に付終局判決を爲し得べき旨定むるに止まると雖も、該規定は當事者の爲したる請求の併合の場合に關するものにして舊民事訴訟法第二百二十六條と對照するときは其の一部に付爲さるべき終局判決は一分の終局判

決なることを定むるの趣旨をも包含するものと解するを正當とす。

2、被告が反訴を提起したる場合(第二三九條・第二三四條)も亦同じく当事者が請求を併合する場合なるが故に、第八十三條第一項の規定は其儘(右1、に於て述べたるが如く一分の終局判決なることを定むるの趣旨をも包含するものとして)此の場合に準用あるものと解せざるべからず。此事は舊民事訴訟法第二百二十六號が本訴又は反訴のみに付爲したる判決の一分判決なることを明かに定むるに對照するも疑なし(舊民事訴訟法第二二六條後段參照)。

3、反之、裁判所が數個訴訟の辯論の併合を命じたる場合(第一三二條)に於ては同時に裁判の爲さるゝも其の併合せられたる數個の請求の數に従ひ數個判決の存するものとす。蓋し當事者は各訴に於て各一個の判決を要求するものなるが故に裁判所の併合に依り同時に裁判せらるゝも法律上各訴に付各一個の判決の存するものとして取扱はざるを得ざればなり。第八十三條第二項は此の場合と本訴並反訴の場合とを區別せずと雖も、此の場合に付ては同條第一項は單に一部に付終局判決を爲し得べきを定むる規定としてのみ準用あるものと謂ふべく其一部に付爲されたる判決が全部の終局判決なることは理論上當然なりと謂はざるべからず。

三、要之、本訴並反訴に付同時に裁判ありたるときは其判決は法律上一個の判決なり(前述二、

二)。大審院が本訴並反訴に付一個の判決を以て裁判を爲したる場合に於て本訴の判決に對し控訴の提起あるときは反訴の判決の部分のみ單り確定するの理あるべからずとすは寔に正當なりと謂はざるべからず。

二

第一審の終局判決を不利益(拙文判例批評、本訴及反訴に基き離婚判決ありたる場合に於ける控訴の適否、註二、註號八〇九頁以下參照)とする當事者は判決の送達ありたる日より二週間内に控訴の申立を爲すことを得(第三六六條・第三六〇條)、一個の判決に對し控訴の提起ありたるときは其の全範圍に付判決は其の確定を遮斷せられ(第四九八條第二項)(Helwig, System, Bd. I, S. 84, III.)、控訴の申立なき部分に付控訴審裁判所は第一審判決を變更するを得ず(Verbot der sog. reformatio in peius 民訴第三七七條第一項參照)と雖も(Helwig, System, Bd. I, S. 84, V.)、其の部分のみ單り確定することなし。控訴人は口頭辯論の終結に至るまで不服申立の範圍を擴張するを得べく、被控訴人は又口頭辯論の終結に至るまで自己の控訴期間を經過したるとき、一旦提起したる控訴又は附帶控訴を取下げたるとき又は控訴權を拋棄したるときと雖も相手方の控訴に附帶して第一審判決を争ふことを得(第三七二條)。

而して既に見たるが如く本訴並反訴に付同時に裁判ありたるときは該判決は法律上一個の判決

として取扱はるゝが故に、本訴若くは反訴の判決を不服として控訴の提起ありたるときは其の不服申立なき反訴若くは本訴の裁判の部分に付ても判決は確定せず控訴人は控訴の申立を擴張し、被控訴人は附帯控訴を爲すことを得べし(前掲拙文判例批評、本訴及反訴に基き離婚判決ありたる場合に於ける控訴の適否、殊に註四参照)。即ち案件に於けるが訴く本件並反訴に付同時に爲されたる判決が各離婚請求を是認するものなるときは控訴に關しては恰も各當事者に對し一部勝訴一部敗訴の判決ありたると同様にして、原告は反訴判決を不服とし控訴を提起せむか必ずや本訴判決の確定を犠牲とすべく、又被告は本訴判決を不服とし控訴を提起せむとせば反訴判決の確定を犠牲とせざるべからず。被告本訴判決を不服とし控訴を提起したる案件に於て被控訴人たる原告が反訴判決に對し附帯控訴を提起し得べきこと固より論なき所なり。然るに案件に於て控訴審裁判所が被告の控訴に依り被告勝訴の反訴判決の確定の遮断せらるゝことを認むるに拘らず(蓋し控訴審裁判所は本訴に付當事者間未だ婚姻關係の存することを前提として判決を爲す所なればなり)、附帯控訴に關しては本訴並反訴の判決を二個獨立のものとし反訴判決に對し控訴の提起なき限り附帯控訴の存するを得ずとなすが如き自家撞着なりと謂はざるべからず。

大審院が一個の判決を以て本訴並反訴に付各其の請求を認容する旨裁判を爲したるときは本訴

判決に對する控訴の被控訴人は反訴裁判に對し本控訴の有無に拘らず附帯控訴を以て反訴の裁判に對し不服を申立つることを得となすは寔に正當なりと謂はざるべからず。

四四 和解の無効と期日の指定

昭和六年四月二十二日大審院第三民事部決定(大審院民事判例集第一〇卷第七號三八〇頁以下昭和五年(ク)第一〇七〇號口頭辯論期日申請却下決定ニ對スル抗告事件)

【決定要旨】 當事者カ裁判上ノ和解ノ無効ヲ主張シ口頭辯論期日ノ指定ヲ求メタルトキハ裁判所

ハ期日ヲ指定シ判決ヲ以テ其ノ當否ヲ審査スヘキモノトス

【事實】 原告北川留吉ハ被告清水四郎平ヲ相手方トシテ慰籍料(金額不明ナリ)請求ノ訴ヲ提起シ控訴審トシテ(第一審ニ於テ當事者孰レカ勝訴ノ判決ヲ得タルヤ又當事者孰レカ控訴ヲ提起シタルヤ等不明ナリ)名古屋控訴院ニ繫屬中同院ノ勸告ニ因リ昭和五年六月九日當事者間四郎平ハ昭和五年六月二十八日金二百五十圓同年七月二十八日金二百五十圓ヲ支拂フコト訴訟費用ハ各自辨トストノ裁判上ノ和解成立シ訴訟ハ終了シタリ、然ルニ四郎平ハ其ノ後一金ノ支拂ヲモ爲ササルニ依リ留吉ハ昭和五年九月十五日名古屋控訴院ニ口頭辯論期日指定ノ申立ヲ爲シ、其ノ理由トシテ、元來清水四郎平ハ末次郎ノ法定家督相續人ニシテ何等特有ノ財産ヲ有セス原告ハ本件請求事件ニ付勝訴ノ判決ヲ受クルモ直チニ強制執行ヲ爲ス能ハス四郎平カ末次郎ノ家督相續ヲ爲スヲ待チテ初メテ之ヲ執行シ得ルニ過キサリシモノナルカ故ニ少額ナリト雖モ今日直ニ支拂ヲ受クルヲ利益ナリト思推シ利害ヲ打算シタル上右和解ヲ締結シタルモノニシテ今日ノ如ク四郎平ニ於テ右和解ヲ履行セス從テ其ノ家督相續ノ後強制執行ヲナシ始メテ辨濟ヲ受クルモノナリトセムカ斯ル少額ノ金員ヲ以テシテハ之ヲ承

諾セザリシモノナリ右和解ハ其ノ要素タル金額並支拂時期ノ錯誤ニ依リ當然無効ナル旨主張シタリ
名古屋控訴院ハ口頭辯論期日ヲ指定スルコトナク決定ヲ以テ慰籍料請求事件ハ適法ナル裁判上ノ和解ニ因リ完結シ既ニ
繫屬セサルモノナルカ故ニ右期日指定ノ申立ハ之レヲ却下スル旨裁判シタリ

判旨ハ右決定ニ對スル抗告ノ理由アリトナスモノニシテ其ノ理由ノ要旨ハ左ノ如シ

【決定理由要旨】 按スルニ訴訟物ニ付和解契約成立シ因テ訴訟ノ終了アリタル裁判上ノ和解ニアリテモ其ノ訴訟物タル私法
上ノ權利又ハ法律關係ニ付爲サレタル和解ハ常ニ私法上ノ契約ニシテ裁判上之カ締結アリタルカ爲メ其ノ性質ヲ變スルモ
ノニアラス從テ其ノ契約ニシテ要素ノ錯誤ニ基クモノナルトキハ無効ナルコト論ナシ、左レハ右ノ場合ニ於テ私法上ノ和
解契約ニシテ無効ナル以上ハ其ノ有效ナルコトヲ前提トシテ訴訟ヲ終了セシムヘキ合意ハ其ノ效力ヲ生スヘキ筋合ニアラ
サルカ故ニ訴訟ハ尙ホ存續スルモノト解セサルヘカラス從テ右ノ如キ裁判上ノ和解成立後當事者カ訴訟物タル私法上ノ權
利關係ニ付テノ私法上ノ和解カ意思表示ノ要素ニ錯誤アル爲メ無効ナリト主張シ期日指定ノ申立ヲ爲シタルトキハ裁判所
ハ其ノ主張ノ如キ要素ノ錯誤アリテ契約カ無効ナリヤ否換言スレハ訴訟カ尙ホ存續スルモノナリヤ否口頭辯論ヲ開キ之ヲ
調査シ判決ヲ以テ裁判スヘキモノニシテ單ニ裁判上ノ和解アリタルモノナリトノ一事ニ因リテ期日ノ指定ヲ拒ムコトヲ得
サルモノトス

【關係法文】 民法第二〇三條・第一八四條

判旨は一般論として不當なるのみならず(後述一)、案件の裁判としても亦其の理由説明を誤れ
る不當の裁判なり(後述二)。

一

一、判旨は裁判上爲されたる和解の效力を誤解するものにして不當なり。

裁判上の和解は單に訴訟を終了せしむることを内容としてのみ締結せらるゝことなきに非らず
と雖も(拙著改正民事訴訟法、其の最も通常の場合に於ては和解を以て訴訟物たる權利又は法律關係
の存否を定め之れを以て判決に代はらしむるものなり。上訴審に於ける裁判上の和解に在りては
殊に然りとす。此の後の場合に於ては其の訴訟物たる權利の存否に關する和解の内容は同時に私
法上の和解の内容を成し、裁判上締結せられたる和解は裁判上の和解たると同時に私法上の和解
たり。民事訴訟法並に民法は各其の適用を生じ、其の行爲の方式並に効力は之れを訴訟行爲たる
和解(民訴第二〇三條參照)と私法行爲たる和解(民第六九五條・第六九六條參照)との二個の行爲
の存するものとして各區別し之れ決せざるべからざるなり(前掲拙著第八、七七頁參照)。例へば受命判事の面前
に於て未成年者が訴訟物たる權利の存否に關し和解を締結したる場合に於ては、其の行爲の方式
に於ては私法上の和解としても亦裁判上の和解としても其の要件に缺くる所なしと雖も、其の効
力に於ては未成年者又從て訴訟無能力者の締結したるものなるが故に私法上の和解としては單に
取消し得べき和解なるに反し裁判上の和解としては當然無効なるが如し。然れども裁判上の和解
が私法上の和解をも包含するものなる場合には裁判上の和解は私法上の和解の有効なることを前
提としてのみ締結せらるゝものなり。故に私法上の和解にして無効なるとき例へば相手方と通じ

て爲したる虚偽の意思表示に基づくとき又は要素に錯誤あるに依り無効のものなるときは、裁判上の和解も當然無効にして其の内容に付既判力執行力(民訴第二〇三條参照)を生ぜざると共に訴訟を終了せしむべき效力をも生ずるを得ざるなり(前掲拙著八七六頁八三九頁参照)。詳言すれば私法上の和解が無効なる場合に於ては其の有効なることを前提とする裁判上の和解も亦當然無効なりと雖も、之れ裁判上の和解が私法上の和解の内容を以て其の内容とし従て其の有効なることを前提となすものなるが爲めなり。従て若し私法上の和解にして單に取消し得べきものたるに止まる場合に於ては後に至り取消さるゝも裁判上の和解は爲めに其の效力を失ふことなく債務者は請求異議の訴を以て和解の執行力を消滅せしめ得るに止まる(民訴第五四五條)。又若し裁判上の和解にして私法上の和解の内容を包含せず單に訴訟を終了せしむることを内容とするものなるときは偶々裁判外無効の和解の存するも裁判上の和解は爲めに其の效力に影響を受けざるなり。

大審院が私法上の権利又は法律關係に付爲されたる和解は常に私法上の契約にして裁判上之れが締結せられたるが爲め其の性質を變ずるものに非らずとなし(決定理由要旨参照)、裁判上爲さるゝも私法上の和解として其の有効なることを云ふは固より正當なりと雖も、其の裁判上爲されたる場合に於て同時に訴訟行爲たる和解(同一内容の)の存することを看過せるは、裁判上の和解

の效力(民訴第二〇三條参照)を誤解するものにして不當なりと謂はざるべからず。大審院が私法上の和解にして無効なる以上は其の有効なることを前提として訴訟を終了せしむべき合意は其の效力を生ずべき筋合にあらざるとすは(決定理由要旨参照)、裁判上の和解が私法上の和解の内容を以て其の内容となす場合なることを前提としてのみ是認するを得るの見解なり。判旨に従はむか私法上の権利又は法律關係に付爲されたる裁判上の和解と雖も當事者は後に至り更に合意を爲すことに依り自由に之れを取消すことを得るものと謂ふべく、當事者の合意に依り訴訟の更に復活繫屬するの結果を認めざるべからず(Stein, Komm. Bd. II. S. 632 Anm. 61 zu § 791.)。然れども其の不當なるは固より論なき所なり(Wach, Handbuch Bd.)。

二、判旨は當事者が裁判上の和解の無効を主張して口頭辯論期日の指定を求めたるときは裁判所は常に期日を指定するを要すとなすものにして不當なり。

法律は和解並に請求の抛棄又は認諾を調書に記載するときは其の記載は確定判決と同一の效力を有する旨規定し(民訴第二〇三條)、其の間何等の區別を認めざるが如きも、實は裁判上の和解と請求の抛棄又は認諾との間には其の確定判決と同一の效力を有するの理由に於て著しき差異あることを知らざるべからず。請求の抛棄又は認諾に在りては當事者の行爲は單に認識を報告する

行爲たるに止まるが故に、法律が其の確定判決と同一の効力を認むるは當事者の意思に其の欲する内容上の効果を附與するものと謂ふを得ず。若し裁判所判決を爲すべきものとせば請求の拋棄ありたる場合に於ては原告請求棄却の判決を爲すべきを常とし、請求認諾の場合には被告に敗訴を言渡すべきを一般となすが故に(舊民訴第二二九條參照)、殊更裁判を爲すの勞を省略し調書を以て請求棄却又は被告敗訴の判決に代ふるものに外ならざるなり。反之、裁判上の和解に在りては法律は當事者の欲する意思に其の効果を附與するものなり。其の裁判上爲さるる場合に於て特に確定判決と同一の効力を認むるは其の裁判外に於て爲さるる場合に比し強度の主張を包含するものと解すべきが爲めなり。固より國家裁判權の發動たる裁判所の行爲の存するが爲めには非らず。従て請求の拋棄又は認諾に依り訴訟の終了を來たしたる場合に於ては後に至り其の拋棄又は認諾の無効なることの顯はるるも訴訟は當然復活せず、當事者は請求の拋棄又は認諾調書が其の内容に適したる効力を生ぜざること(例へば其の内容が不法又は不能なる事項に關する場合)を主張して新たに訴を提起すべく又は再審の訴(民訴第四二〇條)提起の方法に依り調書の効力を消滅せしめ得るに止まる(前掲拙著八三八頁以下參照)。反之、裁判上の和解に在りては、若し其の無効なるときは私法上の和解として有効なるるときと雖も訴訟は猶ほ終了せざるなり。訴訟は外見上和解の存するに拘はらず依然繫屬するものなるが故に、和解の効力に關し當事者間争の存するときは其の争は所謂中間の争に外ならず。裁判所若し和解を有效なりとなすときは終局判決を以て訴訟の既に和解を以て終了したることを宣言すべく、又和解を無効なりとなすときは中間判決を爲すを得べし(民訴第一八四條)。然れども之れ當事者間和解の効力に關し争の存し訴訟の未だ終了を來たさざる場合なるが爲めなり。當事者間争なく裁判所も亦有效なる和解の存するものとして、訴訟を終了したるものとして取扱ひたる後に於ては、和解の効力に關し裁判所も亦獨立して之れが確定判決と同一の効力を有するや否やを判斷することを得べく、當事者其の無効を主張したればとて裁判所は直ちに訴訟の猶ほ終了せざりしものとして取扱ふを要するに至るものには非らず。蓋し有效なる和解は確定判決と同一の効力を有し當事者の主張如何に依り其の効力に影響を受くるの理なく、其の確定判決と同一の効力を有するや否やは裁判所當事者の意思如何に拘らず之れが判斷を爲すを要するものなればなり。即ち裁判所當事者の申立に依り口頭辯論期日を指定するは當事者の和解の無効主張を一應理由あるものとして認めたる場合に限る。若し裁判所當事者の無効主張自體を以て理由なきものとなすときは訴訟は既に終了したるものとして取扱ふを要するが故に(民訴第二〇三條參照)期日指定の申立は決定を以て之れを却下すべく、殊更口頭辯論を開き判

四四 和解の無効と期日の指定

決を以て之れが當否につき判決を爲すを要するものには非らざるなり。

大審院が「裁判上の和解成立後當事者が訴訟物たる私法上の権利關係に付ての私法上の和解が意思表示の要素に錯誤ある爲め無効なりと主張し期日指定の申立を爲したるときは、裁判所は其の主張の如き要素の錯誤ありて契約が無効なりや否や、換言すれば訴訟が尙存続するものなりや否や口頭辯論を開き之れを調査し判決を以て裁判すべきものにして單に裁判上の和解ありたるものなりこの一事に因り期日の指定を拒むことを得ず」となし、裁判所が該和解を有効なりとなす場合に於ても猶ほ且つ口頭辯論期日を指定し判決を以て之れが當否を裁判すべきものとなすが如きは、畢竟裁判上の和解の效力を誤解するものにして其の效力を有するものが和解自體なるの點に眩暈して其の有する確定判決と同一の效力を看過するものと謂はざるべからず。

二

竊て案件に於ける申立人主張の事實に之れを見るに、申立人は裁判上の和解を爲すに當り相手方が家族にして何等特有財産を有せず、勝訴の判決を受くるも直ちに強制執行を爲す能はざる事情に在りし爲め、其の家督相続を爲すを待ちて初めて之れを執行するに比し少額なりと雖も和解を締結するを利益なりと思惟し和解を締結したるものなりと云ふが故に、其の錯誤は相手方の和

解契約履行の意思に對する判斷に在りと謂はざるべからず。蓋し申立人の見込を以てしては少なくとも讓歩したる支拂時期に於て讓歩したる金額の支拂を受けたる後訴の取下につき和解を締結すべかりしものにして、敢て和解を以て支拂時期並に金額を約したるに止まるは相手方が申立人讓歩の金額並に支拂方法に於ては任意に辨濟すべきを誤信したるものに外ならざればなり。果して然りせば其の爲したる和解は有効に成立し確定判決と同一の效力を有するものなるが故に、申立人は其の内容に従ひ強制執行を爲すを得べく執行に依り實際權利の満足を受け得ると否とは和解の效力に關する所なし。申立人が單に意思表示の要素に錯誤ありとし和解の無効を主張するも爲に訴訟は復活せず。裁判所は和解を有効なるものとして當事者の期日指定の申立を却下するを得べし。

名古屋控訴院が單に本件は適法なる裁判上の和解成立に因り完結し當院に繫屬せざるが故に期日指定の申立を却下する旨決定を以て裁判したるは理由を盡さざるの不當ありと雖も、大審院が單に當事者の和解無効の主張の存する一事のみを以て常に期日指定を要すとなすも亦誤れり。大審院にして若し案件に於て口頭辯論期日を指定するを相當とし原審決定を取消さむとせば案件に於ける和解無効の主張の一應理由ありと認めらるゝことを以て其の理由とせざるべからず。判旨

は案件の裁判として結果に於て正當なりとするも其の理由に於て誤れるものと謂はざるべからず。

四五 原告の否定事實と判決

昭和六年八月一日大審院第四民事部判決(大審院民事判例集第一〇卷第九號六四二頁以下、昭和五年(オ)第二八一八號損害賠償請求事件)

【判決要旨】 或事實ニ基キ權利ヲ主張スル訴ニ於テ裁判所カ原告ノ否定セル他ノ事實ヲ肯定シ依テ以テ勝訴ノ判決ヲ爲スハ違法ナリトス

【事實】 被告(控訴人、原告)小田賢輔ノ主張ハ被告(被控訴人、被告)山田芳郎ノ先代桃作トハ共同シテ土地數筆ヲ買入レ他日之レヲ賣却シテ利益ヲ得ムトスル契約ヲ締結シ登記面ハ原告人先代桃作ノ單獨名義ト爲シ置キタルトコロ、桃作ノ死亡後相續人タル原告人芳郎ニ於テ大正八年十一月五日被告原告賢輔ノ同意ヲ得ス擅ニ之ヲ訴外巽四郎ニ賣却シ該賣買代金全部ヲ領得シタリ之レ保管義務ニ違反スルモノニシテ由テ生シタル損害ノ賠償ヲ請求スト云フニ在リ
原告人ハ抗辯ノ一トシテ右土地ハ被告原告人ノ承諾ヲ得タル上既ニ大正五年六月十日訴外東洋捕鯨會社ニ對スル原告人ノ債務ノ代物辨濟トシテ同會社ニ讓渡シタルモノニシテ何等保管義務ニ違反シタルコトナシ、大正八年十一月五日原告人名義ヲ巽四郎ニ改メタルハ曩ニ前記捕鯨會社ニ代物辨濟トシテ讓渡シタル際登記面ノ昇換ヲ行ハサルカママ原告人名義トナシ置キタルカ爲メニ外ナラスト主張シタリ
被告原告人ハ大正五年六月本件土地ヲ被告原告人ノ同意ヲ得テ東洋捕鯨會社ニ對スル代物辨濟ニ供シタリト抗辯事實ハ之

レヲ否認スト陳述シタルニ拘ハラヌ控訴審タル大阪控訴院ハ右代物辨濟アリタルコト及ヒ其ノ被告原告人ノ承諾ヲ得スシテ爲シタルモノニ係ルコトヲ認メタル上損害賠償額ニ付判定シ被告原告人ニ對シ一部勝訴ノ判決ヲ爲シタリ
判旨ハ右ニ對スル原告理由アリトナスモノニシテ其ノ理由要旨及上告理由ノ要旨ハ左ノ如シ

【上告理由第一點】 被告原告人カ本訴ニ於テ主張スル損害賠償請求ノ原因ハ本件土地ノ所有權ニ對スル被告原告人ノ持分ニ對スル原告人ノ保管義務不履行ニシテ其ノ保管義務ノ不履行トハ被告原告人ノ持分カ原告人ノ名義トナリ居タルニヨリ原告人ハ之ヲ保管スル義務アルニ拘ラス其ノ地位ヲ利用シ被告原告人ニ諾ラス大正八年十一月之ヲ訴外巽四郎へ賣却シタリト云フニ在ルコト原判決事實摘示及原審昭和五年五月二十四日ノ辯論調書ニ依リ明白ナリ、而シテ原告人ハ右訴外巽四郎ニ本件土地ヲ賣却シタリトノ事實ハ第一審以來抗爭シ來レル所ナルヲ以テ原判決カ原告人ニ對シ被告原告人ノ主張スル如キ損害賠償義務アリト認定セムカ爲メハ其ノ前提トシテ原告人カ被告原告人ノ主張スル時期ニ於テ本件土地ヲ訴外巽四郎へ賣却シタル事實ヲ證據ニ基キ認定スルコトヲ要スルヤ言フ俟タス、然ルニ原判決理由ニ依レハ原判決ハ被告原告人ノ主張スル前記保管義務ノ違反行爲ハ之ヲ否定シ之トハ全然別箇ノ行爲即大正五年六月十日上告人カ本件土地ヲ代物辨濟トシテ訴外東洋捕鯨株式會社へ提供シタル事實ヲ認定シ之ヲ以テ保管義務ノ違反行爲ナリト爲シタルモノナルコト明ナルノミナラス原告人カ右訴外會社へ本件土地ヲ讓渡シタル事實ハ被告原告人ノ絕對ニ否認セル所ナリ、故ニ原判決ハ原告タル被告原告人カ請求ノ原因トシテ主張セル事實ハ之ヲ否定シ却テ其ノ否認セル事實ヲ肯定シ之ニ基キ原告人敗訴ノ判決ヲ爲シタルモノニシテ畢竟當事者ノ主張セサル事實ヲ以テ請求原因ト爲シタル違法アルモノト云フニ在リ

【判決理由要旨】 案スルニ訴トハ或權利(訴訟物)ノ有無ヲ主張シテ之ニ對スル判決ヲ求ムルコトヲ云フ或權利トハ一ノ具體的權利ヲ云フ而シテ具體的權利トハ或具體的事實ニ基クソレナルカ故ニ凡ソ訴ニシテ具體的事實ノ主張ヲ背景トセサルモノ則チ一トシテコレ無キハナシ、從ヒテ權利ソノモノハ其ノ性質ト其ノ種類ヲ同フスルモ其ノ由テ生スル具體的事實ニシ

テ別箇ナル以上主張セラルル權利又從ヒテ別箇ナラサルヲ得サルハ自然ノ數ナリ、故ニ原告ハ專ラ甲事實ニ基キテ或權利ヲ主張シ乙事實ノ如キハ存在セスト主張セルニ當リ裁判所ハ甲事實ノ有無ハ則チ實テ之ヲ不問ニ附シ却ツテ乙事實ノ存在ヲ肯定シテ以テ原告勝訴ノ判決ヲ下スカ如キコトアラハ原告ノ主張セサル權利ヲ是認スルモノニ外ナラス否原告ノ主張ニ從ヘハ結局原告自身其ノ存在ヲ否定シツアルトコロノ權利ソノモノヲ是認スルモノニ外ナラス夫ノ所謂申立テサル事物ヲ歸スルコト此ノ如キハ蓋其ノ最タルニ庶幾シ、茲ニ本件ヲ稽フルニ被告上告人ハ「債務不履行ノ時期ハ大正八年十一月五日被告控訴人(上告人)カ本件土地ヲ巽四郎ニ賣却シタル時ナリ」ト明言シ而シテ上告人ハ抗辯トシテ同土地ハ被告上告人ノ承諾ヲ得タル上大正五年六月十日代物辨濟トシテ東洋捕鯨會社ニ讓渡シタルモノニシテ何等ノ義務不履行タモ存セスト主張セルニ對シ被告上告人ハ「被告控訴人(上告人)カ大正五年六月本件土地ヲ東洋捕鯨會社ニ對シ代物辨濟ニ供シタル事實ハ之ヲ否認ス」ト明言セルコトハ原判決事實摘示ニ照シ瞭然タルニ拘ラス、原告ハ前記代物辨濟ノ事實ト但開ハ被告上告人ノ承諾ヲ得スシテ爲サレタル事實ト肯定シタル上コレハ則チ不履行ニ外ナラストノ理由ノ下ニ被告上告人主張ニ係ル大正八年十一月五日ニ於ケル賣却ニ付テハ則チ一辭ノ以テ言及スルトコロ無ク轉々本訴請求ノ一部ヲ認容シタル次第ハ原判決ニ審ナリ之レヲ失當トスル所論ハ洵ニ相當ナリト謂ハサルヘカラス

【關係法文】 民訴第一八六條

判決要旨自體は一般論として正當なり(後述一)。然れども判旨は、請求權の同一認識の一標準たる發生事實と其の主張(請求)の理由あることを示すべき各個の事實とを混同するものにして、案件の裁判としては、結果に於ても亦其の理由説明に於ても、誤れるの甚しきものと謂はざるべからず(後述二)。

一

要旨自體は正當なり。

給付判決を要求する原告は如何なる給付請求權を訴訟物となすかを明かにするが爲め其の發生事實を陳述し、更に該給付請求權の存在主張の理由あることを示すべき各個の事實を主張せざるべからず。假令被告が異なりたる發生事實又は原告の主張を理由あらしむべき他の事實を陳述するも原告之れが主張を爲さざる限り、裁判所は被告の該陳述に基づき原告勝訴の判決を爲すを得ざるなり。蓋し右事實にして所謂權利の發生事實を構成するものなるときは訴訟物たらざる權利につき其の存否を裁判するものに外ならず。又右事實にして原告の權利存在主張を理由あらしむるに必要な事實 (Rechtsbegründende Tatsachen) なるときは、被告自發的自白を爲すものにして、原告の援用なき限り裁判所は之れが事實に基づき裁判するを得ざるものなればなり。

大審院が「或事實に基づき權利を主張する訴に於て裁判所が原告の否定せる他の事實を肯定し依て以て勝訴の判決を爲すは違法なりとす」となすは(判決要旨)一般論として固より正當なりと謂はざるべからず。

二

然れども判旨は請求權の同一認識の一標準たる發生事實と其の請求權存在主張の理由あることを示すべき個個の事實とを混同するものにして案件の裁判としては其の理由説明に於ても亦結果に於ても不當なり。

給付請求權又は形成權は其の主體、内容のみならず、其の發生事實を示すにあらざれば其の同一を認識するを得ず。従て此の種の權利を訴訟物とする訴に於ては原告は訴狀に請求原因として其の權利の主體(請求權の場合に在りては權利者義務者)内容(物體)のみならず其の發生事實を記載することに依り、如何なる給付請求權又は形成權を訴訟物となすかを明かにせざるべからず。例へば金千圓の返還を求むる場合に於ては單に交付したる金千圓の返還を求むと云ふにては足らず。必ずや消費貸借契約に基づき其の返還を求むるか(契約の履行請求)又は不當利得を理由とするか(不當利得返還請求)を明かにするを要するが如し。然れども其の發生事實を明かにするを要すと云ふは、給付請求權又は形成權に在りては其の發生事實を示すに非らざれば其の主體並に内容を同うする他の請求權又は形成權と區別するを得ざるが爲めなり。従て所謂發生事實として示すことを要する事實は該權利の同一認識に必要な事實に限られ廣く原告の權利存在主張の理由ある爲めに必要な個個の事實の總てを謂ふものには非らず。前者は訴狀の要件として記載せら

る、を要するの事實なるに反し、後者は單に準備書面の内容として記載せらる、を得るの事實なり。又前者を構成する具體的事實(例へば消費貸借契約に基づく返還請求の訴訟に於ける金千圓を交付したりとの事實)は他の權利の發生事實を構成する事實(例へば不當利得返還請求訴訟に於ける金千圓を交付したりとの事實)として更に之れが存在を主張するに妨げなきに反し、後者に屬する數個の事實は互に矛盾する場合(例へば所有權存在確認訴訟に於て賣買に依り所有權を取得したりと云ふ事實と贈與に依り取得したりと云ふ事實)に於ても同時に(口頭辯論の終結に至るまで豫備的に)之れを主張せざれば敗訴の判決確定したる後に於て更に之れが主張を有効に爲し得ざるの事實なり。乃ち當事者の陳述にして權利の發生存在の主張を理由あらしむるが爲めに必要な事實に關するときは、其の事實が訴訟物たる權利の發生事實を構成するものなりや又は然らずして單に請求の理由あることを示すに必要な事實に止まるやは頗る重要にして、其の孰れに屬するかは各場合に付き之れを究めざるべからざるなり。給付請求權又は形成權の存在主張の理由ある爲めに必要な各個の具體的事實を目し直ちに以て所謂其の發生事實なりとなすが如きは誤れるの甚だしきものと謂はざるべからず。例へば離婚訴訟に於て原告が被告の姦通したる事實(民第八一三條第二號)並に重大なる侮辱を加へたる事實(同條第五號)を主張したる場合に於て

は、「姦通」及「重大なる侮辱」なる二個の異なりたる發生事實に依り其の同一を異にする二個の離婚請求權を訴訟物となすものなりと雖も、請求異議の訴（民訴第五四五條）に於て原告が辨濟並に消滅時効を主張するは、單に原告の異議權の存在主張をして理由あらしむべき二個の事實を同時に主張するものたるに止まるが如し。蓋し後の場合に於ては辨濟に依り消滅したる私法上の請求權が更に時効に依り消滅すと云ふが如きことはあり得べからざる所にして、異議權の發生事實は請求權の消滅なる状態其のものなりと云はざるべからざればなり。或は辨濟に依り或は時効に依りと云ふは單に如何にして請求權の消滅を來したるかを説明すべき具體的事實にして異議權存在主張の理由あることを示すべき各個の事實たるに止まる。又之れを給付請求の場合に見るも同様なり。例へば消費貸借契約に基づき金千圓の返還を求むると不當利得として金千圓の返還を求むるとは互に訴訟物たる權利を異にするが故に金千圓を交付したりと云ふ具體的事實は一なるも二個の權利の發生事實を構成し得べきに反し、管理義務違反に基づく損害賠償請求訴訟に在りては訴訟物たる賠償請求權は一定内容の義務違反行為の存するに依り生じたる状態其のものを發生事實とす。其の違反行為の内容を同うし従て違反の状態にして異ならざるときは、其の違反状態の存在主張の理由あることを示すべき具體的事實を異にするも請求權は猶ほ異ならざるなり。

案件の場合に之れを見るに原告の訴訟物として其の存在を主張したる權利は被告が原告との共有土地を管理するに當り不當に（原告の同意を得ずして）處分し共有權を消滅せしめたるに依り生じたる損害賠償請求權なるが如し。其の發生事實は不當に共有權を消滅せしめたる事實にして被告の行為の内容が共有土地の處分なる以上、果して被告が共有土地を自己の債務の代物辨濟の用に供したりや、第三者に賣却したりやの如きは單に發生事實に關する原告の主張の肯定し得べきや否やに關する事實たるに過ぎざるものと謂はざるべからず。蓋し既に代物辨濟に供したるが爲め消滅したる共有權が更に賣買に依り消滅することはあり得べからざる所なればなり。果して然りとせば、原告が被告の第三者に共有土地を賣渡したる事實（原告の同意を得ずして）を主張したる案件に於て、被告が原告の同意を得たりとの事實と共に原告の主張と兩立せざる「既に代物辨濟に供したり」この事實を主張するは固より抗辯たる事實を陳述するものなりと雖も、亦同時に代物辨濟に供したりとの右事實の陳述は共有權を消滅せしめたりとの事實につき裁判上の自白を爲したるものと謂はざるべからず。蓋し代物辨濟に供したりとの被告の陳述は代物辨濟に供したりとの具體的事實（共有權を消滅せしめたる具體的事實）を自發的に自白するものにして原告の援用あるに非らざれば裁判上の自白たる效力を生ずると雖も、右陳述は被告の行為に依り共

有權を消滅せしめたりとの事實の自白を當然包含し、而も此の事實は訴訟物たる損害賠償請求權の發生事實を構成するものなるが故に原告も亦當然主張するものなればなり。(而して被告のこの自白は其の附加する「原告の承諾を得たり」この被告の陳述の認めらるゝと否とに依り其の效力に消長を來すべきものには非ず)。尤も案件に於て原告は、被告の代物辨濟に關する主張に對し、「債務不履行の時期は大正八年十一月五日被告が巽四郎に土地を賣却したるときなり」「代物辨濟に供したる事實は之れを否認す」と明言したるが如しと雖も、之れ被告の具體的事實に關する主張(原告の承諾を得て代物辨濟に供したりとの事實)が原告の主張せる具體的事實(原告の承諾なくして巽四郎に賣却したりとの事實)と兩立せざるが爲め之れを否認したるものにして(換言すれば同意なくして代物辨濟に供したりとの事實としては敢て否認するものにはあらず)、訴訟物たる權利の發生事實を構成すべき共有權を消滅せしめたる被告の行爲を否認するものにはあらず。(原告が敢て代物辨濟に供したりとの事實を否認したる眞の理由は實は代物辨濟の事實の認めらるゝときは原告の承諾を與へたるの事實をも認定せらるべきを恐れたるが爲めなるべし。然れども、原告としては寧ろ豫備的に被告の自發的自白を援用し代物辨濟に供することにつき與へたる原告の條件附承諾は未だ其の效力を生ぜざりしことを主張すべかりしなり)。原審裁判所が代

物辨濟につき原告の與へたる承諾が未だ成立せざりしことを認定したる上、被告が自己の債務の代物辨濟として本件土地を提供したることを以て、保管義務に違反したるものなりと斷じ原告勝訴の判決を爲したるは(判例集記載原審判決文參照)洵に正當にして大審院の云ふが如く申立てざる事物を原告に歸したるものには非らず。

大審院が「原告は専ら甲事實に基きて或る權利を主張し乙事實の如きは存在せずと主張せるに當り裁判所は甲事實の有無は則ち實て之れを不問に附し却て乙事實の存在を肯定し以て原告勝訴の判決を下すが如きことあらば是は原告の主張せざる權利を是認するものに外ならず」とし案件上告を理由ありとなしたるは、請求權の同一認識の標準たる發生事實を構成すべき具體的事實と請求の理由あることを示すべき各個の具體的事實とを混同したるの誤りに出づるものにして不當の甚だしきものと謂はざるべからず。判旨は、案件被告の代物辨濟に供したりとの自發的自白は共有權を消滅せしめたりとの自白を包含せざるものと解する前提の下に、自發的自白につきは原告の援用なきことを理由としてのみ正當なりと云ふを得べく、判旨の理由に従はむか、共有物の賣却を主張したる原告は、敗訴の確定判決を受くるも更に代物辨濟を主張して同一損害賠償の請求を爲し得るものと謂はざるべからず。

四六 當事者の死亡と上訴

昭和六年八月八日大審院第四民事部決定(大審院民事判例集第一〇卷七九二頁以下、昭和六年(ク)第七八八號訴訟受継ノ申立却下決定ニ對スル抗告事件)

【決定要旨】 勝訴ノ當事者死亡シ其ノ訴訟代理人カ上級審ニ於ケル訴訟代理權ヲ有セサルトキハ當該審級ニ於ケル判決ノ送達ト共ニ當事者雙方ニ對シ上訴ニ關スル限リ訴訟手續ハ中斷スルモノトス

【事實】 原告(被控訴人、本件被申立人)菅原榮左衛門ハ本件申立人及川龜久榮ノ先代(被告、控訴人)及川久内ヲ相手方トシテ水澤區裁判所ニ建物明渡請求訴訟ヲ提起シ勝訴ノ判決ヲ得タルモノノ如ク被告ハ盛岡地方裁判所ニ控訴ヲ提起シ辯護士菅原勇ヲ訴訟代理人トシテ辯論ヲ爲シ昭和五年十一月二十六日控訴人勝訴ノ判決ヲ受ケ該判決正本ハ同年十二月四日訴訟代理人ニ送達セラレタリ、而シテ控訴審ニ於ケル訴訟代理人タル菅原辯護士ハ控訴審ニ於テ始メテ訴訟代理人トナリシヤ(所謂審級代理)又ハ第一審ノ當初ヨリ訴訟代理人タリシヤ(所謂第一審ノ訴訟代理)ハ判例集ノ記載ニ依リテハ明ナラス然ルニ是ヨリ先昭和五年十一月十四日控訴人及川久内ハ死亡シ抗告人及川龜久榮ニ於テ家督相續ヲ爲シタリ、仍テ抗告人ハ右久内ノ死亡ニ因リ手續ハ中斷シ勝訴ノ判決ハ未タ確定セサルモノナリトシ訴訟手續受継ノ申立ヲ爲シ盛岡地方裁判所ハ控訴人及川久内ノ訴訟代理人タル菅原勇ノ權限ハ控訴審級ニ屬スル一切ノ行爲ヲ爲スコトヲ得ルモノナルコト記録上明ニシテ其ノ訴訟代理權ノ存續期間ハ第二審判決ノ正本ノ送達ニ因リテ終了スルモノニ非ス然ルニ該判決正本送達後法定ノ期間内ニ相手方ノ上訴ナカリシヲ以テ當該事件ハ中斷スルコトナク判決確定シタルモノナリトシ抗告人ノ受継申立ヲ却

下シタリ

大審院決定要旨ハ右却下決定ニ對スル抗告理由アリトナスモノニシテ其ノ理由ノ要旨ハ左ノ如シ(取消差戻)

【決定理由要旨】 民事訴訟法第二百三十三條第二項ニ依レハ當事者死亡スルモ訴訟代理人アル間ハ訴訟手續ノ中斷ヲ來サスト雖モ其ノ訴訟代理人ニ於テ上級審ニ於ケル訴訟代理權ヲ有セサルトキハ當該審級ニ於ケル判決ノ送達ト共ニ上級審ノ訴訟行爲ニ關スル限リ訴訟代理人ヲ缺クヲ以テ前示第二百三十三條ノ適用アリ爾後訴訟手續ハ上訴ノ關係ニ於テハ中斷スルモノト解セサルヘカラス此ノ趣旨ハ中斷事由ノ生シタル當事者カ當該審級ニ於ケル判決ニ於テ敗訴ノ言渡ヲ受ケタル場合ノミナラス勝訴ヲ受ケタル場合ニ於テモ差異ヲ生スルモノニアラス蓋其ノ當事者ニ於テ勝訴ノ判決ヲ受ケルモ相手方ノ上訴ニ對シテ應訴スヘキ訴訟代理人ヲ缺クヲ以テナリ而シテ同法第二百五條ニ依レハ訴訟手續ノ中斷ハ期間ノ進行ヲ止メ訴訟手續ノ受継ノ通知ノ時ヨリ當事者雙方ノ爲ニ一様ニ更ニ全期間ノ進行ヲ始ムルモノト解スルヲ相當トスレハ敗訴ノ言渡ヲ受ケタル相手方カ當該審級ニ於ケル判決ノ送達後二週間内ニ上訴ヲ爲ササルモ該判決確定セサルコト明白ナリトス

【關係法文】 民訴第二一三條・第二〇八條・第八一條

判旨の當否に付ては疑なき能はず。

判旨は所謂審級代理の場合に於ける訴訟代理權は當該審級に於ける終局判決の送達に依り消滅すごなすものなりと雖も、吾人は其の當否に付疑なき能はざるなり。訴訟代理權は授權行爲の撤回(授權行爲の消滅)代理人の死亡(代理權の主體の消滅)等の外代理事務の終了(代理の物體の消滅)に依り消滅す。如何なる場合に於て代理事務の終了に依る代理權の消滅ありと云ひ得べきか

は固より訴訟代理権の範圍の廣狹に依り異なるべしと雖も、代理事務が完全に終了するに非らざれば訴訟代理権の物體の消滅したりと謂ふを得ざるは固より論なき所なり。例へば第一審判決手續に於ける訴訟代理に在りては代理人は其の上訴審手續に於てのみならず強制執行手續に於ける代理權並に辨濟を受領するの權をも有するが故に(第八一條第一項)單に判決の確定したることのみを以て直ちに代理權の消滅を來すものと謂ふを得ざるに反し、控訴審手續に於ける訴訟代理(所謂審級代理)に在りては控訴審判決の確定又は訴訟が上告審に移審せらるるに依り當然消滅するものと解すべきが如し(拙著日本民事訴訟法論第一卷三四五頁以下参照)。

イ、第一審判決手續に於ける訴訟代理權は訴訟手續に關しては訴訟の開始より終了に至るまでの代理權を包含し、訴訟に關する補助的の行爲にして特別の事情ある場合に必要なる行爲(例へば管轄裁判所の指定を求め、訴訟上の救助を求め又は假差押又は假處分を求むる行爲)を爲すの權のみならず、特別授權に依り上訴を提起するの權を有する否とを問はず上訴審手續に於ける訴訟行爲を爲すの權、上級審裁判所の差戻判決に依り下級審に訴訟の繫屬する場合に於ける下級審に於て訴訟行爲を爲すの權、並に強制執行手續に於ける訴訟行爲を爲すの權等を包含す(第八一條第一項)。故に一方には上訴を提起し又は上訴を取下ぐるの權を有せざる場合に於ても(第八一

條第二項第三號參照)猶は相手方の提起したる上訴に付訴訟行爲を爲し得べく、又他方には判決確定するも直ちに代理權は其の物體の全部を失ふものと謂ふを得ざるなり。蓋訴訟が給付訴訟なる場合に於ては訴訟代理人は辨濟を受領するの權を有し、必要に應じ強制執行を爲し得べきのみならず、訴訟費用に付相手方が辨濟すべき義務を負ふ場合には之れが費用の支拂を請求し得べきものなればなり。反之、

ロ、控訴審手續に於ける訴訟代理(所謂審級代理)に在りては訴訟代理人は控訴審手續に付てのみ必要な行爲を爲し又は爲さざるの權を有するに止まり、其の範圍は上告審又は強制執行手續等他の手續(審級)に於ける代理權を包含せず。法律は控訴審手續、上告審手續、強制執行手續等の諸手續を以て各獨立のものとして取扱ふが故に此等手續に於ける代理權の授與は他の手續に於ける代理權の授與を包含せずと雖も、該審級に於ける包括的代理權を授與するものなる以上一個の訴訟代理權の授與なりと謂ふべく、之れを以て訴訟代理權の法定範圍に制限を加ふるものなりと解すべきに非らざるなり。然れども審級代理も亦訴訟代理なるが故に各個の訴訟行爲の代理と異なり其の範圍は當該審級に於ける總ての行爲に及び、辯護士たる訴訟代理人に付ては授權行爲を以て之れに制限を加ふるも其の制限は相手方に對し效力なし(第八一條第三項參照)。從て控訴

審手續に於ける訴訟代理権は控訴審手續の終了に依り始めて消滅すべく、控訴審判決の言渡並に送達あるに依り直ちに其の消滅を來すものには非らざるなり。蓋控訴審判決の送達後上告期間内上告の提起なきときは判決の確定に依り判決手續は終了し、又上告の提起あるときは訴訟は上告審に繫屬し控訴審手續は終了し、訴訟代理権は爲めに其の物體の消滅を來すべきも、控訴審判決の言渡又は送達の如きは寧ろ控訴審手續の發展にして控訴審判決をして確定せしめ又は訴訟をして上告審に移審せしむる(控訴審手續を終了せしむる)手續進行の過程に外ならざればなり。

翻て案件の場合を見るに控訴審訴訟代理人たる菅原辯護士が第一審より引續き代理権を有したるものなりや、將又控訴審に至り始めて訴訟代理権を得たるものなりや明かならずと雖も、孰れにしても判旨を以て正當なりと謂ふを得ざるべし。蓋若し第一審判決手續に於ける訴訟代理なりとせば該訴訟代理権は上告の提起に付特別授權の存するに否とに拘らず相手方の提起したる上告に付訴訟行爲を爲すの權を包含すべく(前述イ參照)、又若し控訴審に於ける所謂審級代理なりとせむか該代理権は上告に付訴訟行爲を爲すの權を包含せずと雖も訴訟手續は相手方が上告を提起し又は上告を提起せずして上告期間を徒過するに至るまで存續すべければなり(前述ロ參照)。尤も判決は言渡に依り其の效力を生じ(第一八八條)裁判所は其の言渡したる判決に羈束せられ自ら

變更するを得ざるが故に訴訟は判決の言渡に依り該審級を離脱したるものと謂ふことを得と雖も、之れ受訴裁判所が更に該事件に付裁判を爲すを得ざるの點に付立言するものにして上級審手續との關係に於て訴訟の下級審裁判所の繫屬を脱し上級審手續に移りたることを謂ふものには非らず、控訴審手續は上告の提起に依り上告審に移審せられ又は上告の提起なきに依り判決確定し茲に始めて終了す。當事者並に訴訟代理人は判決の言渡あるも將た判決正本の送達あるも上訴期間内猶ほ當事者又は訴訟代理人たる現地地位を有するものと謂ふべく(之れ個個の訴訟行爲の代理の場合に於て代理人が該行爲を爲すに依り代理権を失ふと異なる點なり)、訴訟繫屬も亦判決の言渡又は送達に依り終了せざるが故に當事者並に訴訟代理人は更に同一の訴を提起するを得ざるなり。之れ控訴審訴訟代理人は控訴審判決の言渡を受くるも猶ほ判決正本の送達を受くるの代理権を有する所以にして、判決の送達を受け得る以上該判決をして確定せしむることを得ざるべからざるなり。判決の送達に依り當該審級に於ける訴訟代理権の消滅を來すとすなすが如きは、或は個個の訴訟行爲の代理と訴訟代理とを混同し、或は訴訟代理人の爲し得ざる個個の訴訟行爲と代理の物體とを明かに區別せざるに基づく誤解なりと謂はざるべからず。訴訟代理権の範圍は審級代理の場合に在りても包括的にして當該審級に於ける訴訟手續をして其の終了に達せしむるに必

要なる總ての行爲を爲し又は爲さざる權を包含するものと謂ふべく、判決の言渡又は其の正本の送達あるも代理事務は未だ其の終了を來したるものと謂ふを得ざるなり。

要之、大審院が控訴審の訴訟代理人は上告を提起するを得ず又相手方の提起したる上告に付應訴するの權を有せざるが故に判決の送達あるときは上告に關しては訴訟代理權は消滅するものとなし、當事者死亡するときは民事訴訟法第二百十三條の適用なく訴訟手續の中断を生ずとなすは、審級代理人の代理權の範圍として上訴を提起し又は相手の上訴に付應訴するの權なきことと代理事務の終了とを混同するものと謂ふべく、判旨の當否に付ては吾人之を疑はざるを得ざるなり。

四七 共同訴訟と民事訴訟法第二十一條

昭和六年九月二十五日大審院第五民事部決定(法律新聞第三三一九號三頁民事訴訟法第二十一條ノ趣旨、昭和六年(ク)第一〇七四號爲替手形金請求事件ノ移送決定ニ對スル抗告事件)

【決定要旨】 民事訴訟法第二十一條ニ所謂一ノ訴ヲ以テ數個ノ請求ヲ爲ス場合トハ單ニ訴ノ客觀的併合ノミナラス其ノ主觀的併合ノ場合ヲモ包含スルモノトス

【事實】 抗告人大塚兼三郎ハ爲替手形金請求事件ノ原告ニシテ東京地方裁判所ニ裏書人數人ヲ共同被告トシテ爲替金請求訴訟

ヲ提起シタリ、然ルニ共同被告ノ或ルモノニ付東京地方裁判所ハ本來管轄權ヲ有セザリシカ故ニ其ノ被告ニ對スル部分ニ付訴ヲ管轄裁判所ニ移送スルノ決定ヲ爲シタリ(事實ノ詳細ハ不明ナルモ移送ノ申立ヲ爲シタル被告ニ對スル訴ノミヲ移送シタルモノナルヘシ)、抗告人ハ右決定ニ對シ抗告ヲ爲シ東京控訴院ハ抗告ヲ棄却シタルモ大審院ハ決定要旨記載ノ理由ニ依リ右東京控訴院ノ決定ニ對スル再抗告ヲ理由アリトナシタリ

【決定理由要旨】 民事訴訟法第二十一條ニ所謂一ノ訴ヲ以テ數個ノ請求ヲ爲ス場合トハ單ニ訴ノ客觀的併合ノミナラス其ノ主觀的併合ノ場合ヲモ包含スルモノト解スルヲ相當トス、蓋民事訴訟法第五十九條ニ依ル共同訴訟所謂主觀的併合ハ當然共同訴訟人ノ數ニ照應スル數個ノ請求ヲ包含シ畢竟數個ノ請求カ一ノ訴ヲ以テ爲サル場合ニ外ナラサルノミナラス右第二十一條ノ規定ハ舊民事訴訟法第九十一條ノ管轄權ニ關スル規定ヲ緩和スルノ趣旨ニ出テタルモノナレハナリ

【關係法文】 民事第二二條

判旨は不當なり。

一、現行民事訴訟法は請求併合の要件として單に數個の請求は同種の訴訟手續に依る場合に限り一の訴を以て之れを爲すことを得る旨定むるに止め(第二二七條)、舊民事訴訟法に於けるが如く(舊民事訴訟法第一九一條)其の各請求に付受訴裁判所管轄を有することを以て要件とせず。之れ現行民事訴訟法に於ては本來受訴裁判所の管轄の屬せざる請求と共に一の訴に併合提起するときは其の併合に依り却て管轄を生ずべきものとなすが故に(第二二條)、各請求に付き管轄權を有する事

を以て併合の要件となすこと寧ろ矛盾たるべきが故なり。然れども法律が請求の併合要件として受訴裁判所各請求につき管轄権を有することを要件とせざる以上は、併合せられたる數個の請求中同法第二十一條の適用なく従て併合に依り管轄を生ぜざる請求の存する場合に於ても請求の併合は其の要件に缺くる所なきものと謂はざるべからず。例へば併合請求の一が他の裁判所の專屬管轄に屬するものなるときは其の請求につきては民事訴訟法第二十一條は適用なきが故に（第二七條）裁判所は其の請求を專屬管轄裁判所に移送すべく（第三〇條）、併合要件を缺くものとして訴を却下するを得ざるなり。次に之れを共同訴訟の場合に見るに、現行民事訴訟法は前述の如く請求併合の要件を變更したるに拘はらず共同訴訟の要件に關する規定には何等變更を加ふる所なし。故に現行民事訴訟法に於ける共同訴訟の要件としては、其の請求の併合に關する客觀的要件に於て差異ある外、主觀的要件に於ては舊民事訴訟法に於けると全く異なる所なきものと謂はざるべからず。而して舊民事訴訟法に於ては共同訴訟の主觀的要件中共同被告の各人につき受訴裁判所管轄権を有すべきことを定めざりし所なりと雖も、之れ其の客觀的要件として各請求が受訴裁判所の管轄に屬することを要したるが爲め特に之れを其の主觀的要件中に規定するの必要なかりしに依るものにして、各被告が受訴裁判所の管轄に屬すべきことは舊法に於ても猶ほ其の前提

とする所なり。例へば數人の親族會員を共同被告とする親族會決議無効の訴に於けるが如く、請求の併合を伴はざる共同訴訟に於て各被告につき受訴裁判所管轄権を有すべきことは請求併合の要件に非らざるに拘はらず舊民事訴訟法の下に於ても猶ほ共同訴訟の要件を成すものと解せざるべからざりしが如し。各請求につき受訴裁判所管轄権を有することを以て共同訴訟の客觀的要件となさざる現行民事訴訟法の下に於ては猶更之れを以て其の主觀的要件をなすものと解せざるべからず。換言すれば舊民事訴訟法の下に於ては共同被告の或るものにつき受訴裁判所管轄権を有せざることは共同訴訟の客觀的要件を缺くこととなり共同訴訟は不適法として却下せしむべきに反し、現行民事訴訟法に於ては其の主觀的要件を缺くに止まり管轄に屬せざる被告に對する訴のみを管轄裁判所に移送すべきの差異ありと雖も、孰れにしても各被告が受訴裁判所の管轄に屬すべきことは共同訴訟の要件なりと謂はざるべからず。

第一審裁判所が其の管轄に屬せざる被告に對する訴のみを管轄裁判所に移送したるは實に正當にして、之れを不當とする大審院の判旨は共同訴訟の要件に關する訴訟法規定の解釋を誤りたるものと謂はざるべからず。

二、然れども右の見解は民事訴訟法第二十一條が共同訴訟の場合に其の適用なきを前提となす

ものなり。固より同條は一人の被告に對する數個請求の併合せらるゝ場合のみを見たる規定にして、之れを共同訴訟の場合に擴張すべしとなすの見解の誤れることは茲に重ねて論ずるの要なしと雖も（拙著日本民事訴訟法論第一卷一九二頁以下参照）、判旨は恰も之れが誤れる見解を採るものなるが故に少しく其の當否を見るべし。

1、判旨の理由は一般論として不當なり。

イ、判旨は民事訴訟法第二十一條が單に一つの訴を以て數個の請求を爲す場合を規定し主觀的併合の場合を除外せざることを其の第一の理由とす（決定理由要旨参照）。然れども之れ同條の立法理由を無視するの見解にして正當ならず（前掲拙著第一卷一九〇頁以下参照、此點菊井氏も同説）。加之、此の見解に従はむか請求の併合を伴はざる共同訴訟の場合を解く能はず。判旨に従はむか親族會議無効請求訴訟の場合の如きに於ては猶更右管轄に關する要件を要せざるものと解せざるべからずと雖も、該訴の訴訟物を爲すものは決議無効請求權なる一個の形成權にして數人の親族會員を被告となす場合に於ても數個請求を併合するものと云ふを得ざるが故に同條は適用なきなり。之れ我舊民事訴訟法獨逸文章案第十七條は如斯場合に牽連事件の管轄を認め獨逸民事訴訟法第三十六條第三號は此場合につき指定に依る管轄を認むる所以にして（前掲拙著第一卷一九四頁以下参照）、共同訴訟の總て

の場合に於て之れが牽連管轄を認めむとする判旨は實際の必要より見るも不當なる見解なりと謂はざるべからず。

ロ、判旨は現行民事訴訟法第二十一條が舊民事訴訟法第九十一條の共同訴訟の管轄に關する要件を變更緩和したるものなることを以て其の第二の理由とす（決定理由要旨参照）。現行法第二百二十七條が請求併合要件を定むるに當り舊民事訴訟法第九十一條を變更し其の要件を緩和したるは判旨云ふ所の如しと雖も、其の之れを變更したるは一方に併合請求の管轄を認めたるが爲めに於て（第二一條）、之れを以て共同訴訟の主觀的要件をも輕減したるものと解すべからざるは既に述べたる所なり（前述一参照）。

2、判旨は案件の裁判として猶ほ正當なりと謂ふを得ず。

案件に於けるが如く爲替手形金請求訴訟に在りては原告をして數人の裏書人を共同被告として訴へ得るの途を與ふるの必要なきに非らず。之れ舊民事訴訟法に於て爲替訴訟手續に依るときは支拂地の裁判所又は被告の各人が普通裁判籍を有する地の裁判所各之れを管轄する旨特に規定を設けたる所以なりと雖も（舊民訴第四九五條）、現行法は證書訴訟爲替訴訟手續自體を廢したるが故に爲替訴訟に於ける共同訴訟の管轄も亦固より之れを認むる所にあらず。判旨が現行法上案件

に於て併合請求の管轄を認むるは右立法沿革に徴するも不當なりと謂はざるべからず。

四八 請求に關する異議と其の事由

昭和六年十一月十四日大審院第四民事部判決(大審院民事判例集第一〇卷第一二號一〇五二頁以下、昭和六年(オ)第二六〇號強制執行異議事件)

【判決要旨】 請求ニ關スル異議ノ訴ニ於テ相手方ノ同意又ハ責問權ノ喪失アル限リ上級審ニ於テ

新ナル異議ノ事由ヲ主張スルコトヲ妨ケサルモノトス

【事實】 債権者(被告、被控訴人、上告人)門司金融無盡株式會社ハ大正十五年十一月二十六日債權總額五百五十二圓ノ公正證書ニ基キ殘額三百圓並ニ利息金九十八圓五十錢ニ付連帶債務者ノ一人ナル債務者(原告、控訴人、被上告人)平野彌三郎ニ對シ強制執行ヲ爲シタリ

債務者平野彌三郎ハ之レニ對シ小倉區裁判所ニ請求異議ノ訴ヲ提起シ、其ノ請求原因トシテ被告ハ大正十五年十一月二十六日原告所有ノ物件ニ對シ差押ヲ爲シタルモ右差押ノ基本タル債權ハ總額五百五十二圓ニシテ大正十一年九月中主タル債務者訴外木原久一ニ於テ支拂不能ト爲リタルヲ以テ被告ハ連帶債務者タル原告ノ外三名ニ對シ連帶ヲ免除シ右四名ニ於テ各自分割シテ之レカ支拂ヲ爲スヘキコトニ合意成立シ原告ハ其ノ負擔部分タル百三十八圓ヲ同年十月ヨリ大正十三年十月迄毎月六圓宛分割シテ支拂ヒ其ノ債務消滅シタルモノナレハ被告ヨリ本件差押ヲ受クヘキ謂ナシト主張シタルモ小倉區裁判所ハ原告ノ請求ヲ棄却シタリ

債務者ハ右判決ニ對シ控訴ヲ提起シ控訴審口頭辯論ニ於テハ第一審ニ於テ主張セシ連帶ノ免除並ニ負擔部分ノ完済ノ外

假ニ連帶ノ免除ナシトスルモ右公正證書ニ依ル債務ハ商行爲ニヨリ生シタルモノニシテ而モ其ノ債務ノ全額ハ連帶債務者ノ一人タル木原久一ノ負擔ニ屬シ其ノ債務ハ最後ノ辨濟期日ノ翌日タル大正十二年十二月二十九日ヨリ起算シ五年ヲ經過シタル昭和三年十二月二十八日ニ於テ既ニ消滅時効完成シタルヲ以テ原告ハ木原久一ノ負擔部分即チ本件債務ノ全部ニ付其ノ義務ヲ免カレタルモノナリ依テ強制執行ハ全部不當ナル旨陳述シ福岡地方裁判所ハ之ノ時効ノ援用ヲ認メ原告ノ請求ヲ認容シタリ

大審院ハ右判決ニ對スル上告ニ對シ本件被上告人ハ第一審ニ於テハ辨濟ニ因ル債務ノ消滅ヲ理由トシテ強制執行ノ排除ヲ求メタルニ拘ラス昭和五年十二月十四日ノ第二審ニ於ケル口頭辯論期日ニ到リ第一審最終ノ口頭辯論期日タル昭和四年一月十六日既ニ本件債務ハ時効ニ因リ消滅ニ歸シタルモノナル旨主張シ異議ノ理由ヲ追加シタルモ上告人ハ之ニ對シ何等陳述ヲ爲シタル事跡ナキヲ以テ原審カ被上告人ノ時効ノ援用ヲ採テ以テ其ノ主張ヲ認容シタルハ敢テ違法ナリト云フヘカラスト裁判シタリ

【判決理由要旨】 案スルニ請求ニ關スル異議ノ訴ニ於テ債務者カ數個ノ異議ヲ有スルトキハ同時ニ之ヲ主張スルコトヲ要シ別訴訟ニ於テ主張スルコトヲ許ササルハ民事訴訟法第五百四十五條第三項ノ明文ニ依ルモノニシテ又下級審ニ於テ主張シ得タル異議ヲ其ノ審級ニ提出セスシテ上級審ニ提出スルコトヲ許ササルハ舊民事訴訟法第四百十三條ニ於テ控訴審ニ於ケル訴ノ變更ハ相手方ノ承諾アルトキト雖之ヲ許ササル旨規定シタル結果ニ外ナラス此ノ趣旨ハ夙ニ當院ノ判例トスルトコロナリ(大正十二年(オ)第一七三號同年四月十二日判決參照)然レトモ民事訴訟法改正法律實施後ニ於テハ同法第二百三十二條ニ依レハ請求原因ノ變更ハ請求ノ基礎ニ變更ナク且著シク訴訟ヲ遲滯セシメサル限リ當然許サルモノニシテ之ヲ同法第三百八十二條第一項ノ控訴審ニ於ケル反訴ト雖モ相手方ノ同意アル限リ之ヲ提起スルヲ得ルコトニ照ストキハ前記第二百三十二條ニ該當スル場合ハ控訴審ニ於テモ當然訴ノ變更ヲ爲スヲ得ヘク又同條ニ該當セサル場合ト雖モ相手方ニ於テ

之ヲ同意シ又ハ責問權ヲ喪失シタルトキハ控訴審ニ於テ同ク亦訴ノ變更ヲ爲スヲ得ヘシト解スルヲ相當トス從テ請求ニ關スル異議ノ訴ニ於ケル原告カ下級審ニ於テ主張シ得タル異議ヲ其ノ審級ニ提出セス上級審ニ至リ之ヲ提出シタル場合ニ相手方ノ同意又ハ責問權ノ喪失アリタルトキハ其ノ提出ハ法ノ禁止スルトコロニアラスト解セサルヘカラス

【關係法文】 民訴第五四五條、民第一四九條・第一四七條・第四三四條

判旨は不當なり。

判旨は、(一、一)請求に關する異議の訴の第一審に於て辨濟に依る債權の消滅を主張したる原告が更に上訴審に於て時効に依る消滅をも併せ主張するは異議の原因を追加するものにして、(二)舊民事訴訟法の下に於ては之れが上訴審に於ける主張は許されざりし所なりと雖も、現行民事訴訟法は控訴審に於ても猶ほ相手方の同意を條件として反訴の提起を許す所なるが故に、異議原因の追加も亦相手方の同意又は責問權の喪失ある限り上訴審に於て猶ほ之れを爲すに妨げなしとす、(二)案件連帶債務者に對する差押あるに拘らず訴外債務者に付ての消滅時効の完成を認め、異議を認めたる原審判決を維持するものにして、一般論として不當なるのみならず(後述一、一、二、參照)、案件の裁判としても亦正當なりと謂ふを得ざるなり(後述二參照)。

一、判旨が請求に關する異議の訴に於ける辨濟並に時効に依る債權消滅の主張を以て二箇の異

議權を主張するものなりとなすは不當なり。

請求に關する異議(第五四五條・第五六二條第三項第四項)は債務名義の内容たる私法上の請求權自體が存在せず又は存在したるも其の消滅又は制限を來すべき事情の生じたることを理由として債務名義の執行力の排除を求むる訴なり。其の訴訟物たる異議權は債務名義の認むる請求權の存在せざること又は債務名義の認むる義務が未だ履行期にあらざること自體を發生事實となすものなり。債務名義が既判力を有するもの(例へば確定判決・裁判上の和解)なるときは債務者は一定の時(判決に在りては判決に接着する事實審の口頭辯論終結の時、和解に在りては其の成立の時)を標準とし、其の時以後に生じたる原因例へば辨濟免除又は時効に依り消滅したること又は履行の猶豫ありたることを主張するを要し、標準たる時以前既に債務の存在せざりしこと又は最初より履行期にあらざりしものなることを主張するを得ずと雖も、之れ債務者は債務名義の既判力に妨げられ其の内容たる債務に關し標準たるときまでに主張したる事實又は主張し得べくして主張せざりし事實に反する主張を有効に爲し得ざるが爲めなり(第五四五條第二項參照)。之れ債務名義が既判力を有せざるもの(例へば公正證書)なるときは其の内容たる債權が當初より存在せず若しくは當初より履行期にあらざりしものなること、又は後に至り消滅し若しくは制限を受けた

るものなることを問はざる所以なり(第五六二條第三項)。即ち辨濟並に時効等の事實は債務名義の内容たる債權の消滅從て不存在の主張を理由あらしむる爲めに必要なる事實にして、異議權の發生事實にはあらず。異議權は債權の消滅從て不存在なる状態自體を發生事實となすものご謂はざるべからず。蓋し一度消滅したる債權が辨濟に依り又は時効に依り更に消滅すと云ふことはあり得べからざればなり。第五百四十五條第三項が同時に主張するを要する旨規定するは債權の消滅又は不存在を發生事實とする異議權と履行期に在らざることを發生事實とする異議權との二種の異議權に付云ふものにして(後述二參照)、之れを同時(豫備的)に主張せずして敗訴の確定判決を受けたるときは更に他の異議權を以て異議を主張し得ざることを云ふものに外ならざるなり。債務者が辨濟に依る消滅のみを主張し敗訴の確定判決を受けたる場合に於ても、更に時効に依る消滅を主張し異議の理由となすを得ずと雖も、之れ等の事實は異議訴訟の事實審の口頭辯論の終結に至るまでに主張し得べくして主張せざりし事實なるが爲めにして(第五四五條第二項參照)第五百四十五條第三項の規定に依る失權の結果にはあらず。

大審院の見解は異議權の發生事實と異議權の存在主張を理由あらしむべき具體的事實とを混同するの誤あるものご謂はざるべからず。此事は曩に大審院の引用する同院從前の判例を批判する

に當り既に述べたる所なり(拙著判例批評民事訴訟法第二卷五三六頁以下、請)。

二、判旨が請求異議の訴の第一審に於て辨濟に依る債權の消滅を主張したる原告が更に上訴審に於て時効に依る消滅を主張するは舊民事訴訟法の下に於ては之れを許す可からざりし所なりと雖も、現行法上は相手方の同意を條件として猶ほ之れを爲すことを得と解するは不當なり。

此の點に付ても亦前掲同院從前の判例を批評するに當り既に私見の詳細を述べたる所なりと雖も、判旨は二重の誤謬を有するを以て茲に重ねて現行法上の問題として判旨の當否を見るべし。

1、判旨が請求異議の訴に於ける第一審に於て辨濟に依る債權の消滅を主張したる債務者は原則として上訴審に於て時効に依る消滅を主張するを得ずとなすは其の第一の誤なり。

既に見たるが如く請求異議の訴に於て辨濟を主張したるものが更に時効に依る消滅を主張するは異議訴訟の訴訟物たる異議權を變更又は追加するものにはあらず。異議の理由ある爲めに必要なる事實を追加主張するものにして之れ等の事實は寧ろ遅くとも控訴審の口頭辯論終結までに之れが主張を爲すを要するの事實なり。舊民事訴訟法に於けると現行法に於けるとを問はず之れが主張は特に失權せざる限り當然許さるべきものにして固より相手方の同意又は責問權の喪失あることを條件となすものにはあらず。

大審院が舊民事訴訟法の下に於ては之れが上訴審に於ける主張は許されざりし所なりと雖も現行法に於ては相手方の同意又は責問權の喪失を條件として之れを許すべきものとなすは、請求の理由ある爲めに必要な事實と異議權の發生事實とを混同し、不當に相手方に對し責問權を認むるの誤あるものと謂はざるべからず。

2、判旨が第五百四十五條第三項に所謂同時を解し第一審手續中の義となすは其の第二の誤なり。

第五百四十五條第三項が債務者が數個の異議を有するときは同時に之れを主張するを要する旨規定するは、數個の異議の原因の存する場合即ち數個の異議權の存する場合に於て之れが同時(豫備的)に併合主張せらるべきを命ずるものなり。即ち所謂同時を嚴格に解するときは訴狀に記載し得べくして記載せざりし新なる異議の原因は後日之れが主張を許さざるものと解せざるべからず。所謂同時とは訴狀に於て同時に記載せらるべきを意味することとなる。然れども如斯は法律が同時に主張すべきを命じたる立法の精神に合せず、法律が特に同時に主張すべきを規定するは、同一債務名義の執行力の排除に關する異議權を數度訴訟を異にし主張し得るものとなすときは迅速なるべき執行手續をして遅延せしめ債權者を保護するの途にあらざるが爲めなり。故に手

續を異にせざる以上債務者をして其の有する數個の異議權を主張せしむべく所謂同時とは之れを同一訴訟手續に於ての義に解せざるべからず。即ち法律は新訴に付當事者をして第一審手續を失はしむるに依り生ずる不利益を忍ばしむるも猶ほ債務者をして全然失權せしむるの酷なるに比し勝れりとなすものにして、其の同時主張を命ずるは、一方には同一手續中に於て主張せざるべきは更に之れを主張するの權を失はしむるご共に他方には同一手續なる以上控訴審の辯論終結に至るまで相手方の同意あるを要せず之れが主張を爲し得べきを認むるものと謂はざるべからず

(前掲拙著判例批評民事訴訟法第二卷五三六頁以下参照)。

大審院が案件辨濟並に時効に依る債權消滅の主張を以て別個の異議權を主張するものなりと解するに拘らず控訴審に於て猶ほ相手方の同意又は責問權の喪失あることを要すとなすは第五百四十五條第三項の規定を誤解するものなりと謂はざるべからず。

二

判旨が案件に於ける時効援用を採用したる原審判決を維持したるは案件の裁判としての結果に於ても亦不當なりと謂はざるべからず。

民法が裁判上の請求(訴の提起)並に差押に時効中斷の效力を認めたるは(民第一四九條第一四

七條第一號・第二號)裁判上の請求並に差押が相手方に對する請求(催告)なる行爲を包含するものなるが爲めにはあらず、民法第四百七條第一號に請求と云ふは裁判上の請求即ち訴の提起に依る權利存在の主張を云ふものにして、法律が此の裁判所に對する權利存在の主張(訴訟行爲)の存する場合に於て時効中斷の效力を認めたるは、之の主張が相手方に對する催告(私法行爲)中に包含する權利存在の主張より更に強度のものなるが爲めなり。之れ訴の提起前六ヶ月以内に催告あるときは時効は其の催告ありたるときに遡り中斷せらるべきを認むる所以なり(民第一五三條)。又民法第四百七條第二號が差押に時効中斷の效力を認めたるは差押が相手方に對する請求(催告)なるが爲めにはあらず、差押は債權者の執行請求(訴訟行爲)に依り、執行機關の行ふ所のものなりと雖も此の債權者の執行請求は催告に於けるより強度の權利存在の主張行爲なるが爲めなり。之れ民法が裁判上の請求と共に差押前六ヶ月以内に催告の存するときは其の催告の時に遡り時効中斷の效力を生すべき旨定むる所以なり。是に由て之れを觀るに裁判上の請求(訴の提起)並に差押は共に強度の權利存在の主張として時効中斷に關し同様に取扱はるるものなりと謂ふべく、訴の提起が民法上催告即ち履行請求たるの效力(從たる效力)を有するものなる以上差押も亦民法上履行請求の效力を有するものと謂はざるべからず。而して民法は連帶債務者の一人に對す

る履行請求は他の債務者に對しても其の效力を生ずるものとすなすが故に(民第四三四條)連帶債務者の一人に對する裁判上の請求は他の債務者に其の效力を及ぼすべく又從て差押に依る時効中斷の效力も亦他の連帶債務者に及ぶものと謂ふべきなり。

翻て案件の事實を見るに、異議原告たる債務者に對し差押の爲されたるは大正十五年十一月二十六日にして時効の完成は其の後なる昭和三年十二月二十八日なりと云ふが故に、異議原告の主張は差押に依る時効中斷の效力の生ぜざることを前提となすものに外ならず。裁判所が右時効の援用を採用し異議を認めたるは連帶債務者の一人に對する差押が他の連帶債務者に對し時効中斷の效力を及ぼすべきを看過したるものと云ふべく、案件の裁判として結果に於ても亦不當なりと謂はざるべからず。

四九 競賣法に依る競賣と請求に關する異議

昭和六年十一月十八日大審院第四民事部判決(大審院民事判例集第一〇卷第一二號一〇七二頁以下、昭和六年(オ)第九七四號不動産競賣異議事件)

【判決要旨】 競賣法ニ依ル競賣ニ於テモ債務者ハ民事訴訟法第五百四十五條ノ規定ニ準シ抵當權者カ抵當債權ヲ有セサルコトノ異議ヲ主張シテ其ノ競賣ノ排除ヲ訴求スルコトヲ得ルモノトス

【事實】原告(被控訴人、被上告人)渡邊正治カ請求原因トシテ主張シタル要領ハ被告(控訴人、上告人)櫻井谷信用購買組合ハ原告ノ先代ニ對シ大正十三年十二月二十九日金八千圓ヲ貸與シ辨濟期ヲ大正十四年十二月二十五日利息ヲ百圓ニ付日歩二錢五厘ト定メ其ノ擔保トシテ原告先代所有ノ不動産ニ對シ抵當權ノ設定ヲ受ケタリト爲シ右抵當不動産ニ對シ競賣ノ申立ヲ爲シ現ニ競賣手續進行中ナルトコロ原告先代ノ右債務及前示抵當權ハ原告先代不知ノ間ニ同名義ノ金員貸借證書及抵當權設定證書ヲ偽造シテ作成セラレタル無効ノモノナルヲ以テ原告ハ被告カ右不動産ニ對シ爲シタル競賣手續ハ之ヲ許サストノ判決ヲ求ムル次第ナリト云フニ在リ

被告ハ金員貸借契約及抵當權設定契約ノ無効ナルコトヲ否認シ競賣法ニ依ル競賣ニハ民事訴訟法中請求ニ關スル債務者ノ異議ニ關スル規定ノ準用ナキモノナルヲ以テ原告ノ請求ハ失當ナル旨ヲ爭ヒタリ

第一審第二審共ニ原告ノ請求ヲ認容シ大審院モ亦原審判決ヲ維持シタリ

【判決理由要旨】競賣法ニ依ル競賣ニ關シテハ同法ニ特別ノ規定ナキ限り其ノ性質ノ許ス範圍ニ於テ民事訴訟法強制執行ニ關スル規定ヲ準用スヘキモノナルヲ以テ債務者ハ民事訴訟法第五百四十五條ノ規定ニ則リ抵當權者カ競賣ヲ實行スル權利ヲ有セサルコトヲ主張シテ競賣法ニ依ル競賣ノ排除ヲ請求スルコトヲ妨ケサルモノトス但シ抵當權不存在ヲ理由トシ民事訴訟法第五百四十四條ノ準用ニ依ル異議ノ申立ヲ爲シ得ルコトハ從來認メラルトコロナルヲ以テ同法第五百四十五條ヲ準用シ本件ノ如ク異議ノ訴ヲ提起スルコトハ或ハ重複スルヤノ觀ナキニ非スト雖モ然ラス何者彼ハ現在開始セラレタル當該手續ノ許スヘカラサルコトヲ主張シ其ノ手續ヲ取消スコトヲ目的トスルニ反シ此ハ抵當權ノ實行其ノモノノ許ス可ラサルコトヲ理由トシ一般的ニ其ノ實行ヲ阻止スルコトヲ目的トシ兩者ノ主旨トスルトコロ自ラ一ナラサルモノアレハナリ

【關係法文】民訴第五四五條・第五四四條

判旨は不當なり。

判旨が競賣法に依る競賣に對し請求異議を許すべきものとなすの當否に付きては疑なき能はざる所なるのみならず(後述一)、方法に關する異議の原因を以て同時に請求に關する異議をも主張し得るものとなし案件請求異議を認めたるは兩者の異議原因を混同するものにして案件の裁判として亦不當なりと謂はざるべからず(後述二)。

判旨の當否に付ては疑なき能はず。

我競賣法の認むる競賣の性質に關しては疑なきに非らずと雖も、之れを以て留置權者先取特權者質權者抵當權者等の請求に依る(競第三條・第二二條)公賣なりと解するを正當とすべし。從て競賣法に依る競賣は民事訴訟法強制執行の特別手續を爲し競賣法の規定に依り差違の生ぜざる限り民事訴訟法の規定の適用あるものと謂はざるべからず。而して競賣申立の要件につきては競賣法の規定頗る當を得ざるものなるが故に、強制執行手續に於けるが如く其の前提として權利を證する一定の證書(債務名義)の存することを要するや否や頗る不明にして或は之れを要せざるものと解すべきに似たり。之れ吾人が判旨の當否を疑ふ所以なり。

今抵當權に基づく競賣申立の場合を見るに、其申立には不動産登記簿の謄本並に抵當證券の存

する場合に於ては抵當證券の添付を要するものとなすが故に(競第二四條)、登記簿の記載又は證券は競賣法に依る競賣に関する限り執行力を有するものとも解せられざるに非らず。之れ判旨が之れに對し其の執行力の排除を目的とする請求異議の訴を認め敢て方法に關する異議に依るを要せずとなす所以なるべし。然れども競賣法は右場合に於ても不動産登記簿の謄本の添付を以て足るものとし其の正本を要するものごせざるのみならず、其の場合に於ては權利存在を證する判決等公正證書の存在を必要ごせざるが故に、不動産登記簿につきても亦其の記載に執行力あることを前提ごなすものご解するは正當ならざるべし。果して然りごせば我競賣法は競賣の要件ごして債務名義の存在を必要ごせざるものご解すべく(立法論としては判決其の他の債務名義の存在を要件ごせざるべからず)、競賣法の競賣に對しては請求異議の訴を認むるの餘地なきものご謂はざるべからず。蓋し抵當權の存在せざるに拘らず其の登記の存するに依り債務者の受くべき不利益は抵當權不存在確認訴訟又は登記抹消請求訴訟に依りてのみ救済せらるべく、抵當權に基づく競賣に對しては登記の有無に拘らず抵當權不存在を理由ごして競賣自體の排除を求め得る所なればなり。

判旨が競賣法に依る競賣に對し請求異議を認めたるの當否につきては疑なき能はざるなり。

【註】 因に競賣法に依る競賣に對する請求異議は之れを認むるを得ざること本文見たる所の如しと雖も、若し債務者にし

て異議の訴を提起し又は提起せむとするときは之れが管轄裁判所を定むることを必要とす。蓋し強制執行編に定めたる裁判所は一定裁判所の專屬にして(民訴第五六三條)、當事者若し之れを誤るときは必ずや訴訟は移送せらるべく(民訴第三〇條)、裁判所誤りて本案判決を爲すも當事者は當然上訴を以て之れを争ふを得ればなり(民訴第三九五條第三號參照)。

請求異議の訴は債務名義の執行力の排除を求むるが故に、抵當權に基づく競賣の場合に在りては抵當權自體の執行力の排除を求むるものと解せざるべからず。從て其の管轄は抵當權の存在する場所即ち抵當不動産の所在地を管轄する區裁判所又は地方裁判所なりと云ふべく(民訴第一八條・舊民訴第一七條參照)、抵當權を以て擔保せらるる債權の所在地即ち債務者の住所(舊民訴第一七條參照)は之れが管轄を定むる標準たらざるなり。此の事は法律が債務名義が判決なる場合に於て第一審の受訴裁判所の管轄とし(民訴第五四五條第一項)公正證書なる場合に於て債務者の住所地に管轄を認むる(民訴第五六二條第四項)に徴するも疑なし。蓋し法律は、判決に在りては執行力が問題たる債務名義自體に重きを置き、債務名義たる判決が第一審判決たる場合たると上級審判決なる場合たるとを問はず常に記録の存する裁判所(民訴第三九二條・第三九六條參照)即ち債務名義の存する裁判所たる第一審受訴裁判所の管轄に屬せしむるを適當なりとし、又公正證書に在りては其の内容たる權利自體に重きを置き(後述二參照)其の内容たる權利の所在地即ち債務者の住所(舊民訴第一七條參照)の裁判所をして管轄せしむるを最も適當なりとなすものなればなり。

二

判旨が請求異議の訴ご方法に關する異議ごの兩立を認め案件請求異議の訴を是認したるは不當なり。

請求に關する異議は債務名義の執行力の排除を求むる訴にして必ずや執行力ある債務名義の存

することを前提とす(第五四五條)。反之、方法に關する異議(第五四四條)又は裁判に對する抗告(第五五八條)は債務名義に基づかざる執行を不當なりとし又は債務名義に基づくも其の方法の不當なることを理由とし該執行行為の排除を求むる訴なり。故に、兩者は其の物體たる異議權を異にし債務名義の存在する場合に在りては一つは其の内容たる權利の不存在を發生事實とするに反し、他は執行方法の不當なることを發生事實とせざるべからず。

尤も債務名義が公正證書なる場合には第五百四十五條第二項の制限を受けざるが故に(第五六二條第三項)、公正證書作成前既に債務の存在せざりし場合に於ては之れを以て請求異議の理由となすと共に公正證書の無効(公證人法第二條・第二六條參照)を主張し方法に關する異議をも主張し得べきが如し。然れども此の場合に於ても兩者兩立するに非らず。前者は債務名義の有効なることを前提とし後者は其の無効なるを前提となすものにして互に他を排斥するの主張なり。法律が公正證書に付請求異議の訴の管轄を債務者の普通裁判籍所在地に認むるは公正證書の效力を輕視し其の内容たる債務に重きを置くものに外ならずと雖も(前述註參照)、之れを以て公正證書の無効なる場合に於て請求異議の訴を認むるものと解するを得ざるなり。

以上は強制執行手續に於ける異議及異議の訴につき見たる所なりと雖も、此の事は競賣法に依

る競賣の場合に於て異ならず。判旨は抵當權の存在せざることを理由とする場合に於て請求異議の訴並に方法に關する異議申立の競合を認むるものなるのみならず、抵當權設定證書の偽造從て無効を理由とする案件に於て敢て請求異議の訴を認めむとするものにして不當なりと謂はざるべからず。

五〇 確定判決と再訴の許否

昭和六年十一月二十四日大審院第五民事部判決(大審院民事判例集第一〇卷第一二號一〇九六頁以下、昭和六年(オ)第八九〇號貸金請求事件)

【判決要旨】 確定判決アリタルトキト雖モ他ニ時効中斷ノ方法ナキトキハ再訴ノ提起ハ之ヲ許ス

ヘキモノトス

【事實】 原告(控訴人、上告人)柳瀬合資會社ハ業ニ大正十二年七月十一日東京區裁判所ニ被告(被控訴人、被上告人)木村菊太郎ヲ相手方トシテ爲替手形金四百圓並年六分ノ損害金ノ支拂請求ノ訴訟ヲ提起シ大正十五年十月一日勝訴ノ確定判決ヲ得タリ、然ルニ右手形金請求權ニ付時効ノ完成スヘキ昭和四年九月、十月ノ頃被告ハ住所不定ニシテ被告ニ對シ右判決ノ執行ヲ爲スコト能ハス訴提起ノ方法ニ依ルノ外右消滅時効ヲ中斷スルノ方法ナカリシモノノ如シ

本訴ハ即チ右時効中斷ノ爲メ提起セラレタルモノニシテ(判例集ノ記載ニ依リテハ其ノ提起ノ年月日不明ナリ)前訴確定判決ト其ノ内容同一ナル判決ヲ求ムル給付訴訟ナリ、第一審東京區裁判所並ニ控訴審タル東京地方裁判所ハ既ニ原告ニシ

テ確定ノ給付判決ヲ有スル以上特別ノ事情ナキ限り同一事件ニ付再訴ヲ以テ權利保護ヲ請求スルノ利益ヲ有セス本訴請求ハ其ノ主張自體理由ナシトシ原告ノ請求ヲ棄却シ、大審院ハ他ニ時効中斷ノ方法ナキ限り再訴ノ提起ハ之レヲ許スヘキモノトシ案件給付訴訟ヲ原審裁判所ニ差戻シタリ

【判決理由要旨】 給付訴訟ニ於テ原告勝訴ノ判決確定シタルトキト雖モ事實上強制執行ヲ爲シ得サル場合ナキニ非ス斯ル場合ニ債權者ニ於テ其ノ請求權カ時効ニ因リ消滅スルコトヲ防止セントスルニハ之カ時効中斷ノ舉ニ出ツルノ外ナク而モ其ノ時効中斷ノ方法ニ種々アリトスルモ裁判上ノ請求(破産ノ申立ヲ包含スル)ニ依ルニ非サレハ到底其ノ目的ヲ達シ得サル場合ナキニ非ス斯ル場合ニ於テ給付ノ判決確定後ニ於ケル時効中斷ノ爲ニスル再訴ハ權利ノ保護ヲ裁判所ニ要求スル利益アルモノト謂ハサルヘカラス、本件ニ於テ原告ハ曩ニ確定シタル給付判決ノ目的タル手形債權ノ消滅時効ヲ中斷センカ爲本訴ヲ提起シタルモノナレハ原審ハ宜シク本訴ニ依ルノ外時効中斷ノ方法ナキモノナルヤ否ノ事實ヲ審究スルコトヲ要スルニ拘ラス此ノ舉ニ出ツルコトナク本訴請求自體理由ナキコト明ナリトシ原告ノ請求ヲ排斥シタルハ審理不盡又ハ理由不備ノ不法アルモノトス

【關係法文】 民訴第一九九條・民第一四七條

判旨は正當なり。

判旨が(一)既判力を有する判決の存することは其の存否の確定せられたる權利につき再訴の提起を妨ぐるものにあらずとすは正當なるのみならず(後述一)、(二)時効中斷の爲めの再訴は之れを許すべきものとなすも亦正當なり(後述二)。

判旨が確定判決の存することは再訴の提起を妨ぐるものにあらずとすは正當なり。

判決の既判力(第一九九條)は訴訟物たる權利の存否に關する確定判決の認定が後に事件の繫屬する裁判所を羈束し裁判所をして之れに異なる認定を爲し得ざらしめ、又從て當事者並に之れと同様に取扱ふべき第三者(第二〇一條第一項前段・第二項)をして之れが認定に反する主張を有効に爲し得ざらしむるの效力なり。換言すれば判決の既判力は寧ろ確定判決を以て其の存否の確定せられたる權利につき更に當事者をして當然其の認定に従ふ主張を有効に爲し得しむるの效力を云ひ、又從つて裁判所をして更に其の存否が問題たる場合に於ては其の認定に従ふ認定を爲すを要せしむるの效力なりと謂ふことを得べし。民事訴訟法が判決に此の效力を認むるは民事訴訟手續の特徴にして刑事訴訟手續に於て一事不再理の原則の行はるるご全然其の主義を異にする所なり。詳言すれば、判決の既判力は訴訟物たる權利の存否を確定するに止まり基礎たる事實(第二三二條參照)に及ばず。當事者は基礎たる事實を同うするも異なりたる權利を物體となすときは前訴判決の既判力に妨げらるることなく之れが存否を有効に主張することを得。例へば消費貸借契約の履行を求め敗訴したる原告が更に不當利得として其の返還を求むるは基礎たる事實(一)

事)なるも訴訟物たる権利を異にするが故に前訴判決の既判力に妨げらるることなく有効に之れを主張し得べく、裁判所も亦前訴判決の認定に關係なく其の存否を認定(再理)し得る所なり。又判決の既判力は訴訟物たる権利の存否を確認する所なりと雖も、其の認定は該判決に接着する事實審の口頭辯論終結の時を標準とし其の時までに當事者の主張したる事實(の存在)又は當事者の主張し得べくして主張せざりし事實(の存在)を斟酌して爲さるる所なるが故に(第一八五條參照)、標準たる時以後に生じたる事實には關連せざるなり。之れ當事者は右標準たる時以後に生じたる事實に基づき更に同一権利につき確定判決の認むる所に反する主張を有効に爲し得る所以なり(第五四五條參照)。例へば敗訴の判決を受けたる被告は其の後に於ける辨済に依る権利の消滅を有効に主張し得べきが如し。

要之、判決の既判力は訴訟物たる権利の存否につき當事者をして判決の認定する所に反する主張を有効に爲し得ざらしむるものたるに止まり、同一基礎事實に關し又は同一権利の存否に關し更に再訴の提起を妨ぐるものにはあらず。當事者は既に確定判決を以て其の存否の確定せられたる権利を更に訴訟物として同一内容の判決を要求するにつき法律上の利益を有せざるを一般とすと雖も、之れ一定内容の確定判決の存することが再訴に於ける保護の必要に關する要件を缺くの

原因たるに因るものにして該判決既判力の問題にはあらず。再訴にして前訴判決に反する内容の判決を要求するものなるときは請求は當然棄却せらるべく、再訴にして前訴判決と同一内容の判決を要求するものなるときは保護の必要に關する要件を具備する限り原告の請求は認容せらるべきなり(後述二參照)。

既判力を有する判決の存することは同一権利につき再訴を提起するの妨げたらざるも判旨は寔に正當なりと謂はざるべからず。

二

判旨が時効中斷の爲めの再訴は之れを許すべしとすも亦正當なり。

既に見たるが如く、或る権利の存否につき確定判決の存することは後に事件の繫屬する裁判所をして其の認定する所に反する認定を爲すを得ざらしめ、從て當事者をして之れに反する主張を有効に爲すを得ざらしむるものたるに止まるが故に、該権利を訴訟物とする後訴にして前訴判決に接着する口頭辯論終結の時以後に生じたる事情に基づかざるものなる限り(即ち再訴)、其の理由ありや否やは一つに其の主張が前訴判決の既判力に反せざるや否や、反せざる場合には更に同一内容の判決を爲すべき保護の必要ありや否やに依つて決せらるる所なり。例へば、確定の確定

判決は執行力を附加せらるゝことに依り(例へば執行判決の爲さるゝに依り)債務名義たるを得ざるものなるが故に、確定の確定判決の存するも當事者は更に給付判決を要求するにつき法律上の利益を有すべく(従つて仲裁判断又は外國裁判所の給付判決に對しては當事者は單に執行判決を求め得るに止まり更に給付判決を要求するに付法律上の利益を有せずと雖も、若し之れ等にして權利存在の確認に關するに止まるものなきときは當事者は更に給付判決を要求するを得るものと謂はざるべからず)、又判決の既判力は其の存在の確定せられたる權利につき消滅時効の進行を妨ぐるの效力を有せざるが故に、既に既判力ある判決に依り其の存在の確定せられたる權利につきても亦其の時効を中斷せむが爲に更に其の權利の存在を確定すべき判決を要求するにつき法律上の利益を有するものと謂はざるべからず。蓋し法律は一定内容の判決の存することに時効中斷の效力(即ち判決の従たる效力)を附するものなりと雖も、之の效力に依る保護も亦判決の保護作用に外ならざるが故に當事者が此の種の保護を求むる場合に於ても判決に依る保護の必要存するものと謂はざるべからざればなり。(尤も確認訴訟に在りては其の權利保護の必要に關する要件として即時確定につき法律上の利益の存在を必要とす。然れども其の即時確定の利益と云ふは通常の場合につき立言するものにして確認訴訟の許さるべき要件として常に權利の存否が當事者間

不確定なる場合なることを要するを云ふものにはあらず。當事者間既に確定判決の存するも更に確定判決を求むるにつき法律上の利益あらば茲に所謂即時確定につき法律上の利益を有するものに外ならざるなり)。而も當事者は確定の給付判決を有するが爲め必ずしも其の執行を爲すべきの義務を負ふものにあらざるが故に其の執行を欲せざるに於ては敢て其の執行に依ることなく確認の再訴を以て時効を中斷するに妨げなし。他に時効中斷の方法なきことは必ずしも再訴の許さるべき爲の要件たらざるなり。

翻て案件の場合を見るに原告は確定の給付判決を有するに拘はらず時効中斷の爲め更に給付の再訴を提起したるものなり。然れども確定の給付判決は既判力並に執行力を有するが故に既に確定の給付判決を有する以上原告は更に執行力を生ずべき給付判決を要求するにつき法律上の利益を有せざるものと謂はざるべからず(原審判決は此の點に於て正當なり)。従つて原告としては案件再訴を確定請求に変更(第三二二條參照)するを可としたるものと謂ふべく、裁判所としては案件給付請求は確定請求を當然包含するものとして原告の確認請求を認容すべかりしなり。蓋し原告は時効中斷の爲め再訴を提起したるものなるが故に其の要は請求權存在の主張を認容する判決を要求するの點に在ればなり。(原告の單純給付請求に對し被告の同時履行の抗辯を認むる場合に

於ては、原告の請求を棄却することなく反對給付を條件とする原告勝訴の給付判決を爲すべきものとするは我大審院の見解なり。之の見解に従へば此の事は猶更疑なきものと謂はざるべからず。

大審院が他に時効中斷の方法なきときはと云ひ他に執行其の他時効中斷の方法の存せざる場合なることを要件となすは(前記判決理由要旨参照)正當ならずと雖も、時効中斷の爲めの再訴は之れを許すべきものとし原告の請求を棄却したる原審判決を破毀したるは他に時効中斷の方法なき案件の裁判として寔に正當なりと謂ふべし。果して事件の差戻を受けたる原審裁判所は更に確認判決を以て原告の請求を認容したりや否や吾人は之れを知らずと雖も、判旨にして若し更に原審裁判所をして確認判決を爲さしむる爲め事件を差戻したるものなりとせば一般論としても亦寔に正當なりと謂はざるべからず。

五一 控訴審に於ける民事訴訟法 第二百二十八條の適用

昭和六年十二月四日大審院第二民事部判決(大審院民事判例集第一〇卷第一二號一八七頁以下、昭和六年(オ)第九二二號預ケ金請求事件)

【判決要旨】 控訴人カ最初ノ口頭辯論期日ニ出頭セサルトキハ裁判所ハ控訴狀其ノ他ノ準備書面ニ記載シタル事項ヲ陳述シタルモノト看做シ出頭シタル相手方ニ辯論ヲ命スルコトヲ得ルモノトス

【事實】 原告(被控訴人、上告人)中村喜次ハ昭和五年三月訴外笠井仁三郎(第一審ノ當初ニ於テハ共同被告タリシカ如シ)ノ勸メニヨリ金澤市ノ煙草元賣捌業ヲ手中ニ納メント欲シ之レカ運動ヲ被告(控訴人、被上告人)荒木末松ニ委嘱シ其ノ成功報酬ノ一部前渡金トシテ同年四月十七日右末松ニ金五十圓ヲ預ケ訴外笠井仁三郎ハ之レカ保證ヲ爲シタリ然ルニ末松ハ當初ノ約束委任事務ヲ處理セサルヲ以テ原告中村喜次ハ前記預ケ金ノ返還ヲ求ムル爲メ金澤區裁判所ニ訴ヲ提起シタリ

第一審金澤區裁判所ニ於テハ原告ハ笠井並ニ荒木ヲ共同被告トシテ右訴ヲ提起シ被告等ハ答辯書ハ勿論何等ノ準備書面ヲ提出セザリシモノノ如ク、裁判所ハ被告等關席ノママ「被告等ハ原告ニ對シ金五十圓及年五分ノ損害金ヲ支拂フヘキ旨」原告勝訴ノ判決ヲ爲シタリ

右判決ニ對シ被告荒木ノミ控訴ヲ提起シタリ、控訴審ニ於テモ被告荒木ハ控訴狀ヲ提出シタルノミニシテ口頭辯論期日ニハ出頭セス、控訴審裁判所ハ被告ノ控訴狀ニ於ケル原告ノ主張ヲ否認スル旨ノ記載ヲ陳述シタルモノト看做シ出頭シタル原告ニ辯論ヲ命シ第一審ニ於ケル原告本人訊問ノ原告ノ供述ニ據リ原告カ被告ニ對シ金五十圓ヲ送金シタルハ訴外笠井仁三郎ノ依頼ニ因リ同人ノ負擔スヘキ運動費ヲ立替送金シタルモノナル事實ヲ認メ得ヘシトシ本訴請求ハ寧ろ訴外笠井ニ對シ爲サルヘキモノニシテ被告ニ對スル本件立替金ノ請求ハ失當ナリト裁判シタリ

判旨ハ右判決ニ對スル原告ノ上告ヲ理由ナシトナスモノニシテ其ノ理由要旨ハ左ノ如シ

【判決理由要旨】 第一審ニ於テ當事者雙方カ出頭シテ本案ノ辯論ヲ爲シタル場合又ハ當事者ノ一方カ口頭辯論期日ニ出頭セ

五一 控訴審に於ける民事訴訟法第三十八條の適用

ス又出頭スルモ本案ノ辯論ヲ爲ササルカ爲メ民事訴訟法第三十八條ノ適用ニ依リ其ノ者ノ提出シタル訴狀答辯書其ノ他ノ準備書面ニ記載シタル事項ヲ陳述シタルモノト看做シ出頭シタル當事者ノ一方ニ辯論ヲ爲サシメタル場合ニ於テハ其ノ控訴審ニ於ケル最初ノ口頭辯論期日ニ當事者ノ一方出頭セス又ハ出頭スルモ本案ノ辯論ヲ爲ササルトキハ裁判所ハ出頭シタル當事者ヲシテ第一審ニ於ケル口頭辯論ノ結果ヲ陳述セシメ事件カ裁判ヲ爲スニ熟スト認ムルトキハ直ニ辯論ヲ終結シ判決ヲ爲スコトヲ得ルヲ以テ斯ル場合ニ於テハ固ヨリ民事訴訟法第三十八條ヲ適用スルノ餘地ナシト雖モ本件ニ於テハ被告ハ第一審ニ於テハ終始口頭辯論期日ニ出頭セス又答辯書ハ勿論何等ノ準備書面ヲモ提出セサリシモノニシテ第一審ニ於テ被告敗訴ノ判決ヲ受ケタルトコロ被告ハ該判決ニ對シ控訴ヲ申立テ該控訴狀ニハ第一審判決ニ對スル不服ノ理由トシテ原告ノ主張ハ之ヲ否認スル旨ノ記載アリ然ルニ被告ハ控訴審ニ於ケル第一回口頭辯論期日ニ出頭セサリシモノニシテ斯ル場合ニ於テハ第一審ニ於ケル口頭辯論ノ結果ナルモノハ畢竟原告タル被控訴人ノ事實上ノ主張ニ過キサルヲ以テ控訴裁判所カ出頭シタル原告ヲシテ第一審ニ於ケル口頭辯論ノ結果ヲ陳述セシメ以テ判決ヲ爲シ得ルモノト解スルハ妥當ニ非ス寧ロ民事訴訟法第三十八條ノ規定ヲ適用シ開席シタル被告ノ提出シタル控訴狀ニ記載シタル事項ハ之ヲ陳述シタルモノト看做シ出頭シタル原告ヲシテ辯論ヲ爲サシムヘキモノト解スルヲ相當トス

【關係法文】 民訴第一三八條

判旨自體は正當なり。

控訴人が最初の口頭辯論期日に出頭せざるごきは裁判所は控訴狀其の他の準備書面に記載したる事項を陳述したるものと看做し出頭したる相手方に辯論を命ずることを得(第一三八條)となす判旨(前記判決要旨參照)自體は固より正當なりと雖も(後述一、一)、其の之れを爲し得るは控訴

人が第一審に於て何等の準備書面をも提出せず又辯論をも爲さざりし場合に限られ然らざる場合に於ては被控訴人をして第一審の口頭辯論の結果を陳述せしむべく(第三七七條第二項)、民事訴訟法第三十八條の適用なきを前提となすは(前記判決理由要旨參照)不當なり(後述一、二)。又案件第一審判決は共同被告に對し金員の返還を命ずるものなるが故に(前記事實參照)共同被告にして主たる債務者と保證人と云ふが如く重疊的關係に於て別個の債務を負ふものなりとせば單に其の内一人の控訴に依り控訴人に對してのみ有利なる裁判を爲し得べきや疑の存する所にして案件の裁判としての判旨の當否は不明なり(後述二)。

一

一、判旨自體は正當なり。

控訴審手續は控訴又は附帶控訴の申立に依りてのみ其の範圍に於て更に審理判決を爲すの手續なり。而して控訴又は附帶控訴の申立は口頭を以て爲さるゝを要する所なるが故に、控訴人が最初に爲すべき口頭辯論期日に出頭せず又は出頭するも申立並に辯論を爲さざるごきは控訴狀其の他の準備書面に記載したる申立並に辯論は之を陳述したるものと看做し相手方をして辯論を爲さしむるに非らざれば控訴裁判所は控訴につき本案裁判を爲すを得ざるなり(前出研究)。(三六參照)。

控訴人不出頭の場合に控訴狀其の他の準備書面に記載した事項を陳述したるものと看做し原告たる被控訴人に不利益なる判決を爲し得べきを認むる判旨は正當なりと謂はざるべからず。

二、判旨が控訴審の最初の口頭辯論期日に出頭せざるも控訴人が第一審に於て辯論を爲し又は辯論を爲したるものと看做されたるものなる場合には第三百三十八條は其の適用の餘地なしとすは不當なり。

控訴人が最初に爲すべき口頭辯論期日に出頭せざる場合に於て、第三百三十八條に依り控訴狀其の他の準備書面に記載したる事項を陳述したるものと看做すべきは、控訴人が第一審手續に於て申立並に辯論を爲し又は爲したるものと看做された場合なること否に依り異なることなし。蓋し控訴人が第一審手續に於て辯論を爲し又は爲したるものと看做されたる場合に於ても其の辯論の結果にして控訴申立の理由あることを示すべきものなるときは、控訴審に於て控訴人が陳述し又は陳述したるものと見做されざる限り控訴審裁判の資料たるを得ざればなり(前出研究) 三六參照。

判旨が猶ほ此の點に於て大審院従前の見解(昭和五年十二月大審院第四民事部判決、同院判例集第九卷第一二號一八一頁以下)を維持するは吾人の贊する能はざる所なり。

二

更に案件の事實を見るに控訴審裁判所が控訴人荒木の控訴に基づき控訴人に對する原告の請求のみを棄却したるの當否につきては疑なき能はざる所なり。

第一審判決主文を見るに、同主文には「被告等は原告に對し金五十圓及之に對する本訴狀送達の日たる昭和五年六月六日より支拂終了に至る迄年五分の割合による損害利息を支拂ふべし訴訟費用は被告等の負擔とす」とあり、被告兩名は連帶して支拂ふべきものなりや、共同にて支拂ふべきものなりや又は各別に各五十圓を支拂ふべきものなりや主文のみを以ては之れを知ること能はず。然れども原告の第一審に於ける主張を推測するに共同被告笠井に對する請求は其の保證契約に基づくもの、如く、第一審判決が兩被告に各五十圓の支拂を命ずるは第一位に主たる債務者たる被告荒木に第二位に保證人たる訴外笠井に其の支拂を命ずるものと解するを相當とすべきが如し。果して然りとせば共同被告たる主たる債務者並に保證人間に第六十二條の準用あるものと謂ふべく(拙文、準必要的共同訴訟、法學論、義第二八卷第一號一頁以下參照)、右兩者が猶ほ案件控訴審に於て同條準用の關係あるものなりや否や(如何なる場合に於て同條準用の關係ありや否やは前掲論文參照)判例集記載の事實に依りては之れを知る能はざるが故に判旨の案件の裁判としての當否も亦不明なり。

五二 債権不存在の訴と時効中斷

昭和六年十二月十九日大審院第三民事部判決(大審院民事判例集第一〇卷第一二號一三三七頁以下、昭和六年(オ)第四七八號貸金請求事件)

【判決要旨】 債権不存在ノ訴ニ於ケル被告カ債権ノ存在ヲ主張シタルコトハ時効中斷ノ事由タル裁判上ノ請求ニ該當セサルモノトス

【事實】 本訴ハ原告(被控訴人、被告)鈴木善助ヨリ被告(控訴人、原告)相磯新助外一人ニ對シ準消費貸借ニ因ル債権ノ辨濟ヲ求メタルモノニシテ被告ハ準消費貸借ノ成立ヲ否認シ假リニ準消費貸借成立シタルトスルモ五年ノ時効ニ因リテ消滅セリト抗辯シコノ抗辯ニ對シ原告ハ曩ニ被告兩名ヨリ本件債権不存在確證ノ訴ヲ提起セラレタル際債権ノ存在ヲ主張シ被告兩名敗訴シ判決確定シタル事實アルヲ以テ右消極的確證訴訟ニ於ケル原告ノ權利主張ニヨリ時効ハ中斷セラレタリト再抗辯セリ

原審ハ本件債権カ時効ニ因リ消滅シタリトノ事實ハ被告ノ提起シタル債権不存在確證ノ訴ノ控訴審ノ判決ニ接著スル口頭辯論ニ於テ被告ニ於テ主張スルコトヲ得ヘカリシ事實ナリ然ルニ被告等ハ該訴訟ニ於テ斯ル事實ヲ主張シ換言スレハ時効ヲ援用スルコトナク敗訴シ該判決ハ確定シタルモノナレハ被告等ハ原告ノ債務ノ履行ヲ求ムル本訴ニ於テハ該確定判決ノ效力ニヨリ本件債務ハ時効ニ因リ消滅シタリトシテ時効ヲ援用スルコトハ有效ニ之ヲ爲スコトヲ得サルモノナリトナシ原告ノ請求ヲ認容シタリ

判旨ハ右判決ニ對スル被告等ノ上告ヲ理由アリトナスモノニシテ、其ノ理由トスル所ハ消滅時効中斷ノ事由タル所謂裁

判上ノ請求ハ權利者自ら原告トナリ債務者ニ對シ積極的ニ給付又ハ確證ノ訴ヲ提起シタル場合ヲ指稱スルモノニシテ之レニ關スル從來ノ判決ハ今尙ホ之レヲ改ムルノ要ヲ認メスト云フニ在リ

【關係法文】 民第一四九條・第一五七條第二項、民訴第二三五條

判旨は不當なり。

一

判旨は消極的確證訴訟に於ける債権者たる被告の債権存在の主張は所謂裁判上の請求(民第一四九條・第一五七條第二項、民訴第二三五條)に非ず、從て債権存在すとの理由に依り原告敗訴の判決あるも時効中斷の效力を生ぜずとすものなり。此の事は從來我大審院の判例とする所なるのみならず(大正一一年四月一日大審院第一民事部判決大審院民事判例集第一卷第五號一八七頁以下)獨逸大審院並に彼國民事訴訟法學者の多くも亦之れを認むる所なり(R. G. 10 Apr. 1905. I. X Nr. 94 S. 387 ff.; Hellwig, Lehrbuch Bd. III. 3 S. 300; Stein-Jonas) 〇 (1938. Bd. I. S. 746. II. 1. zu § 267 Note 8; Seuffert 1910. Bd. I. S. 418. I. a. zu § 267.)

而して其の理由とする所を見るに、法律が裁判上の請求に時効中斷の效力を認むるは訴の提起が債権の存在を主張せむとするの意思の實行行為にして私法上の請求に匹敵するが爲めなり。然るに債務者の提起したる消極的確證訴訟に於て債権者が請求棄却を求むるは自ら進みて債権存在を主張せむとするの意思を實行するものと謂ふを得ず、若し債権者にして時効中斷を欲するに於て

は反訴を以て給付判決を請求するを得べく又之れを以て足ると謂ふに在り。

然れども吾人を以て之れを見るに、既に積極的確認訴訟に於ける權利存在の主張を以て時効中斷の效力を生ずるものとなすに拘らず消極的確認訴訟の場合に之れを認めざるは消極訴訟の被告が積極訴訟の原告と同一なる地位に在ることを知らざるの論なり。其の半を知つて全部を見ざるの説なり。法律が裁判上の請求に時効中斷の效力を認めたるは訴の提起が債権の存在を主張せむとする意思の實行行為にして私法上の請求(而も強度の)に匹敵するが爲めなると共に、敗訴の判決を受けたる債務者が債権の存在を認めざるべからざる點に於て債務の承認(而も強度の)に匹敵するが爲めなり。之れ法律が裁判上の請求が時効中斷の效力を生ずる爲めには勝訴判決の確定することを要件となす所以なり。今債務者の提起したる消極的確認訴訟に之れを見るに、債務者は自ら進みて債権を訴訟物とし其の存否に關する判決を要求するものなり。從て債権者の反對主張に會ひ敗訴の判決を受くる場合には債務者は自ら訴訟を挑發して自ら不利益なる判決を受けたるものなりと雖も、債務の存在を認めざるべからざる状態(即ち強度の承認に匹敵す)に至れるは給付又は積極的確認訴訟を受けたる場合と異ならず。又債権者の主張は債務者の挑發に依ると雖も訴訟物たる債権の存在を主張したるものたるを失はざること(即ち強度の請求に匹敵す)自ら給付

又は確認訴訟を提起したる場合と同じ(拙文判例批評、消極的確認訴訟又は強制執行と時効の中斷並に強制執行に對する異議權の拋棄又は時効完成後の上訴權の拋棄と時効の中斷(拙著判例批評民事訴訟法第一卷三三八頁以下)同、消滅時効進行開始以前に提起せられたる基本的法律關係の確認訴訟と質入債權の時効中斷(前出研究三二)同、商事調停の申立と破産手續の中止、註一、(前出研究二七)參照)。

此の兩者を區別せむとするの判旨は不當なりと謂はざるべからず。

二

次に原審判決を見るに、原審裁判所は案件に於て消極的訴訟に依る時効中斷を認むるものなりと雖も、案件に於ける債権の時効が消極訴訟の控訴審判決に接着する口頭辯論終結前に完成すべきものに係り債務者に於て之れが援用を爲し得べかりしことを理由とす。然れども之れ判決の既判力に妨げられ更に時効を援用し得ざること、中斷後に於ける援用の理由なきことを混同するの謬論なり。此の論を以てすれば時効の完成後消極訴訟を提起したる債務者が敗訴の確定判決を受けたる場合に於ても亦時効の中斷ありと謂はざるべからざるべし。既に見たるが如く消極訴訟に於ける被告の債権存在主張に依り時効中斷を來す理由は被告たる債権者の裁判上に於ける權利存在の主張が強度の私法上の請求に匹敵するが爲めなり。故に其の時効中斷も亦積極訴訟に於けると同じく被告勝訴の判決の確定することを要件とすると共に訴提起のときに遡るものと謂はざるべからず(蓋し被告債権者は原告の訴の提起に依り當然訴訟の當事者たる地位を有するもの

なればなり)。案件消極訴訟に在りても亦固より訴提起のごきに遡り時効は中斷せられたるものと解すべく、前訴手續中に於て時効の援用を爲し得べかりしことを理由とする原審判決は畢竟消極訴訟の提起に依る時効中斷を否認するものに外ならずして、不當なりと謂はざるべからず。

三

要之、消極訴訟に依る時効中斷を認めざる判旨は前訴判決の既判力を無視せざるべからざるの矛盾を有し案件の裁判としての結果に於ても不當なり。又消極訴訟に依る時効中斷を前訴判決の既判力を以て解かむとする原審判決は、訴提起前既に完成したる時効の中斷をも認めざるべからざる點に於て撞着し一般論として不當なり。由是觀之、消極訴訟に依る時効中斷は之れを認めざるを得ざること案件事實の證するものと謂はざるべからず。

五三 控訴審に於ける民事訴訟法

第三百三十八條の適用

昭和七年三月二十六日大審院第四民事部判決(大審院民事判例集第一卷第五號四七三頁以下、昭和六年(オ)第一七八四號貸金請求事件)

【判決要旨】 控訴裁判所カ口頭辯論期日ニ當事者ノ一方ノミ出頭セル場合ニ於テ判決ヲ爲サムト

スルニハ第一審ニ於ケル當事者雙方ノ事實上ノ主張ノミナラス證據調ノ結果ニ付テモ亦陳述ヲ爲サシムルコトヲ要スルモノトス

【事實】 原告(控訴人、被上告人)河野敏吉ハ河野太市及同一作ノ兩名ヲ共同被告(被控訴人、上告人)トシテ宮崎區裁判所ニ訴ヲ提起シ貸金二百五十圓並ニ利息年一割二分ノ返還ヲ請求シタリ、其ノ主張ノ要旨ハ原告ハ大正十年七月二十九日被告太市ト一作ノ先代河野伊吉トニ對シ兩名ノ連帶ニテ金二百五十圓ヲ利息月一分五厘辨濟期同年八月十日ト定メテ貸與シタル處其ノ返還ヲ爲マスト云フニ在リテ、之レニ對シ被告太市ハ右貸借ノ成立ヲ認め之レニ基ク債務ハ別ニ原告ヨリ借用シタル金四百九十圓ノ内金二百五十圓ヲ以テ辨濟ヲ爲シタル旨答辯シ其ノ證據トシテ乙第一號第二號證ヲ提出シ證人三名ノ訊問ヲ求メ、被告一作ハ右貸借ノ成立ヲ否認シタリ第一審裁判所ハ被告等ノ主張ヲ是認シ原告ノ請求ヲ棄却シタリ

原告ハ宮崎地方裁判所ニ控訴ヲ提起シ請求ノ原因トシテ陳述シタル事實ノ要旨ハ本件債務ハ連帶債務ナリ原告ハ大正十一年七月七日被告太市ニ對シ其ノ主張ノ物件ヲ賣渡擔保トシテ金四百九十圓ヲ貸與シタルコトアルモ該金圓ハ全部現金ヲ以テ太市ニ交付シ其ノ債務ニ付テハ其ノ後元利合計六百圓ノ辨濟ヲ受ケ完済ト爲リタルヲ以テ右擔保物件ハ太市ノ希望ニ依リ同人ノ子貞年ニ名義換ヲ爲シ同人ニ返還シタリ、從テ右四百九十圓ノ貸借ト本件貸借トハ全然關係ナキモノナリト補陳シタリ、被告兩名ハ控訴審ニ於テハ最初ノ口頭辯論期日並ニ其ノ後ノ口頭辯論期日ニ出頭セザリシヲ以テ(答辯書其ノ他ノ準備書面ヲモ提出セザリシカ如シ)原告ハ證據トシテ甲第一號證ヲ提出シ證人黒木作藏財津米吉ノ訊問ヲ求メ甲第一號證ハ成立ヲ認ムル旨ノ被告太市ノ原審ニ於ケル自白ヲ援用シタリ、控訴裁判所ハ出頭セル原告ニ辯論ヲ命シ之レニ基キ原告勝訴ノ判決ヲ爲シタリ

被告兩名ハ右判決ニ對シ上告ヲ提起シタリ大審院ハ被告太市ニ付テハ第一審ニ於テ證據ノ申出ヲ爲シ之レニ付證據調ヲ

ハ右證據調ノ結果ヲ斟酌シテ判決ヲ爲ササルヘカラサルニ拘ラス原判決ハ第一審ニ於ケル證據中甲第一號證ノ成立ニ關スル上告人太市ノ自白ヲ斟酌シタルニ止マリ其ノ他ノ證據調ノ結果ニ付テハ之ヲ斟酌セザリシコト判文上明白ナルカ故ニ此ノ解釋ニ從フモ亦原裁判所ハ訴訟手續ニ違背シテ判決ヲ爲シタルノ不法アルヲ免レサルモノトス然ラハ上告人太市ニ付テハ本論旨ハ理由アリ原判決ハ破毀ヲ免レス、然レトモ被上告人一作間ノ訴訟ニ付テハ第一審ニ於テ被上告人(原告)ヨリ甲第一號證ヲ提出シ一作法定代理人ハ之レニ對シ不知ノ陳述ヲ爲シタル外他ニ證據調ナカリシコト記録上明白ナルノミナラス原裁判所ハ上告人一作ニ於テ甲第一號證ノ成立ヲ爭フモノト認メ被上告人採用ノ證據ニ依リ其ノ成立ヲ認定シタル上同證ニ徵シ上告人一作ニ對スル被上告人ノ請求ヲ認容シタルモノナルコト判文上明白ナルカ故ニ原審ニ於テ被上告人ヲシテ右證據調ノ結果ニ付陳述ヲ爲サシメザリシコトハ原判決ノ終局ノ判斷ニ影響ヲ及ホササルモノト云フヘク從テ之レヲ非難スル論旨第一點ハ上告人一作ニ代テハ上告適法ノ理由ト爲ラス加之第一審ニ於テ甲第一號證以外ニ證據ノ取調ナカリシコト前叙ノ如クナル以上ハ論旨第二點モ亦上告人一作ニ付テハ之ヲ採用スルニ由ナシ

【關係法文】 民事第一三八條・第三七七條

判旨は不當なり。

判旨は民事訴訟法第三百七十七條第二項に所謂口頭辯論の結果中には第一審に於ける雙方の當事者の主張のみならず證據調の結果をも包含すとなすものにして不當なるのみならず(後述一)、一、當事者の一方のみ出頭せざる場合に於ては同法第三百七十七條第二項と第三百三十八條とを併せ適用し、缺席せる當事者の申出に係る證據調の結果に付ても亦出頭せる當事者をして其の結

果を陳述せしむるを要すとなすものにして更に不當なり(後述二、二一)。又判旨が、案件に於けるが如く、連帶債務者を共同被告とする所謂準必要的共同訴訟の場合に於て、共同被告中の一人の上告のみを理由ありとし、他の一人に付上告を棄却したるは、案件の裁判としての結果に於ても亦、吾人の賛する能はざる所なり(後述二)。

民事訴訟法第三百七十七條第二項に第一審に於ける口頭辯論の結果を陳述するを要す云ふは、同第二百五十四條及第八十七條第二項に於て準備手續又は從前の口頭辯論の結果を陳述するを要する旨定むると同じく、民事訴訟法が辯論主義(職權主義に對し)を採り、且つ判決手續に於ける當事者の辯論の口頭(書面主義に對し)なるを要すること(口頭主義)を示すものなり。詳言すれば此等の規定に於て準備手續、從前の口頭辯論又は第一審の口頭辯論の結果を陳述するを「要す」となすは、當事者の結果の陳述(又は擬制陳述第一三八條)なきときは、裁判所は此等の手續に於て爲されたる辯論の結果を斟酌し裁判の資料と爲すを得ざるを云ひ(辯論主義)、結果を「陳述」するを要すとなすは、判決手續に於ける當事者の辯論の口頭を以て爲さるるにあらざれば訴訟材料たるを得ざること(口頭主義)を云ふものなり。第三百三十八條が、原告又は被告が最初に

爲すべき口頭辯論期日に出頭せず又は出頭するも本案の辯論を爲さざるときは「其のもの」の提出したる訴狀(控訴狀)答辯書其の他の準備書面に記載したる事項は之れを陳述したるものと看做すべき旨定むるは、即ち口頭主義を貫ぬかむが爲め缺席當事者の書面に包含する陳述に、口頭に依る陳述の效力を擬制するものに外ならざるなり(右辯論主義を貫ぬかむが爲めにはあらず)。換言すれば、第三百三十八條は口頭主義の行はるる場合に廣く適用せられ、第二百五十四條、第百八十七條第二項及第三百七十七條第二項は辯論主義の行はるる範圍に於てのみ適用せらるるの規定なり。即ち判事に更迭を生じたる場合の口頭辯論又は準備手續後の口頭辯論に於て當事者の一方のみ缺席するときは、缺席當事者の従前の口頭辯論又は準備手續中に於て爲したる訴訟行爲の結果の陳述に付き第三百三十八條を準用すべく、訴狀答辯書其の他の準備書面又は調書に記載せられたる事項は之れを陳述したるものと看做すべく(後述二參照)、又第二百五十四條、第百八十七條第二項及第三百七十七條第二項は、相手方の主張責任に屬する事項並に職權主義の行はるる範圍に屬する事項に付、其の適用を見ざるものと謂はざるべからず(後述一參照)。

一、民事訴訟法第三百七十七條第二項に謂ふ辯論中には相手方の第一審に於て爲したる訴訟行爲にして相手方に有利なるもの及證據調の結果を包含せず、判旨が之れをも包含するものとなす

は其の第一の誤なり。

右見たるが如く第三百七十七條第二項が「第一審に於ける辯論の結果を陳述するを要す」と云ふは、一方には辯論主義の行はるる範圍に於て當事者に其の利益なる辯論の結果に付主張責任を認むるに止まり、相手方の訴訟行爲にして相手方に利益なるものに付陳述すべきを命ずるものにあらざると共に(控訴審に於ける最初の口頭辯論期日と)、他方には職權主義の行はるる範圍に於ては、之れが結果の陳述を要せず、裁判所は其の陳述の有無に拘らず之れが結果を斟酌し得べきことを前提となすものなり(尤も裁判所職權を以て斟酌し得べき場合に於ても、當事者の主張なきときは裁判所は之れが結果を斟酌せざることあるべく(自由裁量)、當事者は之れが結果を陳述するに付利益を有する所なりと雖も、之れを以て同條に於て陳述を要求する事項なりとなすを得ず)。而して我現行法の規定を見るに、裁判所は當事者の申出でたる證據に依り心證を得ること能はざるとき其の他必要ありと認むるときは職權を以て證據調を爲すことを得るものとなすが故に(第二六一條)、第一審に於て爲されたる證據調の結果も亦固より當事者の結果陳述あると否とに拘らず控訴裁判所之れを斟酌し得るものと謂ふべく、第一審證據調の結果は、當事者の申出に係るものなる否とを問はず、第三百七十七條第二項に所謂辯論の結果中に包含せざるものと謂はざるべ

からず。

之れを包含すとなす判旨は舊民事訴訟法第二百十六條に於けるが如く當事者をして證據調の結果に付辯論を爲すことを要すべき旨の規定を有せず且つ證據調に付職權主義を認めたる我現行法の解釋としては正當なりと謂ふを得ざるなり。

二、第三百七十七條第二項と第三百三十八條とは同時に同一當事者に付適用せらるゝことなし。判旨が最初に爲すべき控訴審の口頭辯論期日に當事者の一方缺席したる場合に於ては、出頭したる相手方をして第一審に於ける雙方の當事者の辯論の結果(證據調の結果をも包含せしめて)を陳述せしむべきものとなすは、其の第二の誤なり。

控訴審は第一審の續審にして、第一審に於ける當事者の訴訟行爲は控訴審に於ても猶ほ其の效力を有すと雖も(第二七九條)、第一審手續と控訴審手續とは其の間判決並に控訴提起の存するに依り互に一段階を爲すが故に、第一審に於ける辯論の結果は控訴審に於て當事者之れを陳述するを要し(第二七七條第二項)、若し當事者の一方のみ出頭せず又は出頭するも陳述を爲さざるごきは、控訴狀答辯書其の他の準備書面に記載したる事項を陳述したるものご看做すことを必要とする(第一二八條)。而も當事者の一方のみ出頭せざる場合に於て陳述したるものご看做さるゝもの

は、控訴狀又は答辯書其の他の準備書面に記載せられたる事項に限らるゝが故に、其の記載にして第一審の辯論の結果を包含せざるものなるごきは又は此等の書面を提出せざるものなるごきは、缺席當事者の第一審に於ける訴訟行爲にして缺席當事者に有利なるもの、存するも訴訟材料たるを得ず。第三百七十七條に依り出頭したる當事者をして其の結果を陳述せしめ之れを補ふを得ざるなり。蓋し控訴審に於て出頭したる當事者をして第一審に於ける辯論の結果を陳述せしむるは新なる辯論を爲さしむるものにあらず、其のもの、第一審に於て爲したる訴訟行爲にして不利益なるもの(例へば裁判上の自白)に付ても之れが結果を陳述せしむべく、裁判所は當事者の陳述にして不十分又は不完全なりとなすごきは第一審記録に基づき之れが正當なる結果を以て訴訟材料となすを要し、當事者は結果の陳述を爲さず又は不十分なる陳述を爲すごきに依り第一審辯論の結果を變更するを得すと雖も、元ご之れ辯論主義に基づくものなるが故に、相手方の主張責任に屬する事項並に職權主義の行はるゝ範圍に屬する事項に付きては、之れが結果を陳述するを要せざるものご謂はざるべからざればなり。若し一方の當事者缺席の場合に於て第一審に於ける相手方の事實上の主張をも辯論の結果として陳述するを要するものごせば、訴狀答辯書其の他の準備書面に記載したる事項を陳述したるものご看做すべきものとする第三百三十八條は控訴審に付全く

無用の空文たるに至るべし。即ち例へば答辯書其の他何等準備書面を提出せざる被控訴人が最初に爲すべき口頭辯論期日に出頭せざる場合に於ては、裁判所は第四百十條に依り控訴人の第一審辯論の結果の陳述並に新なる主張(固より第二四七條の條件を具備することを要す)を自白したるものと看做し裁判を爲すべく、第三百七十七條第二項に依る相手方の陳述を以て缺席當事者の陳述に代ふることを得ざるなり。第三百七十七條第二項の結果の陳述は訴訟指揮の下に於て當事者の何れより陳述ありたることを問はずが如きは(昭和五年十二月二十日大審院第四民事部判決(大審院民事學研究第二九卷第六號三一頁)参照)民事訴訟に於ける辯論主義を看過したるに基く謬論にして、第三百七十七條と第三百三十八條とが其の適用せらるべき對象を異にするを知らざるの論なり。一つは辯論主義を貫くが爲め「第一審に於ける當事者の辯論の結果」に付陳述(控訴審に於て)すべきを命じ、一つは口頭主義を貫かむが爲め「書面(控訴審に於ける)に記載せられたる事項」に付陳述(口頭を以て)したるものと看做すものなり。山家氏が「控訴人が控訴審の最初に爲すべき口頭辯論に出頭せざる場合に控訴裁判所が出頭したる相手方に付本案訴訟の進行を爲すには民事訴訟法第三百七十七條第二項の適用と同第三百三十八條の準用に依らざるべからず、此の兩法條の併合の關係は車の兩輪鳥の双翼にも譬ふべきなり、蓋し我民事訴訟法は口頭主義を原則とするが故に之れを貫く

能はざる場合は口頭陳述を擬制する特別の規定(民訴第一三三條)に依らざるべからざると同時に、控訴審は續審なるが故に、第一審に於ける辯論の結果の陳述(民訴第三七七條第二項)(訴訟指揮の下に當事者の何れより陳述ありたることを問はず)あるを要するを以てなり」となすが如きは(前掲山家氏判例研究(法律學研究同頁)参照)、出頭せる當事者の「陳述(口頭の)」を以て(第三七七條第二項)缺席當事者の「口頭陳述」と擬制すべき物體(第一三三條)となすものにして、兩條孰れの適用をも誤りたる見解なりと謂ふべく、其の車の兩輪に比するは實は其の前輪と後輪とにして、其の鳥の双翼に譬ふるは實は其の翼尾に外ならざるなり。蓋し山家氏は大審院第四民事部が従前判例に於て民事訴訟法第三百三十八條の規定を以て控訴審手續に適用なき旨判旨したる(大審院民事判例集第九卷第一二號(一一八一頁以下、前出研究三六)を辯護せむが爲め殊該判決を以て「第一審に於ける口頭辯論の結果の陳述なるものを無視し、第一審と全く無關係に當該法條が準用せらるべきものにあらざること謂へるまでのことなり」と解せむとすものなりと雖も、當事者一方缺席の場合に於ても、猶ほ第三百七十七條第二項に依り、出頭せる當事者をして第一審辯論の全結果を陳述せしむるを要すとなす以上は、第三百三十八條が其の適用の餘地を有せざること固より當然なり。之れをしも其の適用を除外するものに非らずと解するが如き、恰も法文を曲解し殊更之れを以て不備なりとなすの類にして、第三百七十七

條規定の解釋に關し該判旨の誤謬を指摘するもの即ち最眞の引倒しに外ならざるなり。

要之、控訴審に於て當事者の一方のみ最初に爲すべき口頭辯論期日に缺席し又は出頭するも陳述を爲さざるときは、缺席當事者に付ては必ずや第三百三十八條を適用せざるべからず。缺席當事者にして控訴狀、答辯書其の他が準備書面を提出せず又は提出するも其の記載にして何等第一審辯論の結果の陳述を包含せざるものなるときは、第四百十條に依り相手方の陳述並に主張を自白したるものとして取扱ふべく、第三百七十七條第二項に依り出頭せる當事者をして第一審辯論の結果を陳述せしめ之れを以て缺席者の陳述(書面に於ける)に代ふることを得ざるなり。

繼て案件の場合を見るに、被控訴人たる被告は控訴審に於ては口頭辯論期日に出頭せず且答辯書其の他の準備書面をも提出せざりしものゝ如し。第一審に於ける被告の申出に係る證據調の結果は原告の請求を理由ならしむべき事實(Rechtshindernde Tatsache)に關するが故に、原審宮崎地方裁判所は被控訴人の主張あると否かを問はず其の事實の存否につき判斷するを得べく(第一四〇條第一項參照)、原審が「當審に於て被控訴人より何等の立證なきのみならず」と云ひ第一審に於ける被控訴人の申出に係る證據調の結果を斟酌せざりしは當を得ざりしものなりと雖も、若し被控訴人にして缺席し且答辯書其の他の準備書面を提出せざりしものなりとせば、原審裁判所

が第一審に於ける證據調の結果を斟酌せざるも之れを以て第三百七十七條第二項に違背するものにはあらず。又若し被控訴人にして答辯書其の他準備書面を提出したるものなるときは裁判所は第三百三十八條に依り其の記載を陳述したるものと看做し裁判を爲すべかりしに止まり、第三百七十七條第二項に依り出頭せる當事者をして辯論の全結果を陳述せしめ始めて第一審證據調の結果を斟酌し得るものにはあらず。孰れにしても原審判決を以て第三百七十七條第二項に違背するものとなす判旨は案件の裁判として不當なりと謂はざるべからず。

二

判旨が連帶債務者たる共同被告が上告を提起したる案件に於て、其の内一人に付上告を理由ありとし、他に付上告を棄却し、理論上矛盾せる二個の判決を爲したるは、案件の裁判としての結果に於ても亦頗る不當なりと謂はざるべからず。

連帶債務者を共同被告とする場合に於ては、原告の各被告に對する請求は其の基礎を一にし互に牽連するものなるが故に、訴訟の判決も亦各被告に付理論上矛盾するを得ざるなり。從て原告の訴訟行爲は共同被告の全員に對し其の效力を有し、又各被告の訴訟行爲にして矛盾するときは其の内利益なるものを以て有効となすを要することは、權利關係が合一にのみ確定すべき所謂必

要的共同訴訟の場合に於けると異なるなり。之れ吾人が此等の場合に於ける共同當事者間の關係に付、民事訴訟法第六十二條を準用すべしとす所以なり(拙文、準必要的共同訴訟(法學論) 叢第二八卷第一號一頁以下)参照。

案件の場合に之れを見るに、共同被告の一人は連帶債務の成立を争ひ他は辨済に依る消滅を主張するものなりと雖も、共に原告主張の請求權の不存在を主張するものなり。蓋し債務不成立の主張と辨済に依る債務消滅の主張とは、債務の成立に關しては矛盾し兩立するを得ざるの主張なりと雖も、孰れも債務現存せずとすものなる點に於て一致し、互に豫備的關係に於て兩立し得るの主張なり。裁判所は其の債務の成立せざりし事實を認むるも、又辨済に依り消滅したりとの事實を認むるも、共同被告に對する原告の請求は共に理由なきものとして棄却するを要するものなればなり。

大審院が債務の成立を争ひ而も敗訴したる債務者の上告を棄却し、債務存在を確定すること共に、單に辨済に依る消滅を主張したるに止まる債務者の上告を理由ありとし、更に裁判せらるべきを認むるが如きは、共同訴訟の判決として理論上矛盾の甚だしき不當(Sinnwidrig)の裁判なりと謂はざるべからず。

五四 抗告棄却の裁判に對し再抗告を爲し得べき者

爲し得べき者

昭和七年三月二十八日大審院第一民事部決定(大審院民事判例集第一卷第五號四九四頁以下、昭和七年(ク)第三四一號不動産競賣事件ノ競落許可決定ニ對スル抗告事件)

【決定要旨】 抗告棄却ノ裁判ニ對シテハ其ノ裁判ヲ受ケタル當事者ニ限り再抗告ヲ爲シ得ヘキモノトス

【事實】 債權者野崎三郎ハ債務者永石市之助(再抗告人)ニ對スル債權ニ付キ抵當權ヲ實行スル爲メ債務者所有ノ抵當建物一棟ニ對シ競賣ノ申請ヲ爲シ横濱區裁判所ハ之ニ對シ競賣手續ヲ進行シ競落許可決定ヲ爲シタル處菊岡米吉ナル者(抗告人)右建物ニ付キ登記済ノ賃借權ヲ有スト稱シ裁判所ハ右建物競賣期日ノ公告ヲ爲スニ當リ公告ニ右賃借權ニ關スル事項ヲ掲載セス又競賣期日ヲ賃借人ニ通知セサリシヲ以テ其ノ競賣手續ハ違法ナリトノ理由ノ下ニ競落許可決定ニ對シ抗告ヲ爲シタリ、之ニ對シ横濱地方裁判所ハ菊岡ハ物權者ニアラサルヲ以テ競賣法第二十七條第三項ニ列舉セラレタル利害關係人ニ當ラスト爲シ其ノ抗告ヲ棄却シタル處建物ノ所有者ニシテ債務者タル永石市之助ハ更ニ前記競賣手續ニハ登記アル賃借ヲ競賣期日ノ公告中ニ記載セサリシ違法アリト爲シ右決定ニ對シ再抗告ヲ爲シ大審院ハ要旨記載ノ理由ニ依リ再抗告ヲ却下シタリ

【關係法文】 民事第四一三條・第六八〇條

判旨は一般論として正當なり。

五四 抗告棄却の裁判に對し再抗告を爲し得べき者

判旨は再抗告を爲し得るものは、裁判を受けたる當事者即ち抗告人及其の相手方（抗告人と反對の利害關係を有する者）に限るとなすものにして一般論としては固より正當なり（後述一）。但吾人は案件に付一二の疑問を有するものにして案件の裁判としての判旨の當否に付ては疑なきを得ざるなり（後述二）。

判旨は正當なり。

再抗告（Die weitere Beschwerde）は抗告裁判所の決定が法令に違背したることを理由とする場合（第三九四條參照）に限り許さるべきものなるが故に（第四一三條）（司法省編、民事訴訟法改正調査委員會速記録八二二頁以下參照、舊民事訴訟法參照）、其の再抗告を爲し得るものは、抗告棄却の決定に對し抗告人（及び其の參加人）、及抗告を理由ありとする決定に對し其の相手方（及び其の從參加人）に限らるゝものと謂はざるべからず。此事は再抗告を以て抗告裁判所の裁判に依り新なる獨立の抗告理由の生じたる場合に限り許さるゝもの（Der Grundsatz des sog. Difformität）となす舊民事訴訟法の下に於ても異ならず（Hewig, System Bd. II, S. 87, n. 367.）[○] 第三者が抗告を理由ありとする決定に依り權利を害せられたりとするは、該決定に對する抗告（第四一〇條・第六八〇條）自體にして、其の法令違背を理由

とする再抗告（第四一三條）にはあらず。又第三者が抗告棄却の決定に對し不服なりと云ふは、實は抗告を以て不服を申立てられたる決定自體を不服なりとなすもの（第六八〇條）にして固より再抗告にはあらず。

抗告棄却の決定に對し第三者たる再抗告人の爲したる再抗告を許すべからずとなす判旨は一般論として寔に正當なり。

二

然れども吾人は案件に於て疑を有するもの二あり、即ち（一）判旨が案件抗告を以て抗告人の從參加人としての再抗告と解せざりしこと其の一なり。（二）案件再抗告が事實上の主張を理由として抗告裁判所の裁判の法令違背を理由とせざること其の二なり。

一、抗告裁判所の裁判に對し再抗告を爲し得るものは事件の當事者に限らるる所なりと雖も（前述一）、抗告裁判所の裁判に對し利害關係を有する第三者は從參加人（第六四條）として當事者の爲め再抗告を爲すことを得（第六九條・第六五條第三項）。而も競落許可決定の取消を求むる場合に於けるが如く裁判が從參加人に其の效力（形成力）を及ぼすべき場合即ち所謂共同訴訟的從參加の場合に在りては當事者が再抗告を申立つるを欲せざる場合に於ても猶ほ之れが申立を爲すこ

とを得るものと謂はざるべからず(拙著日本民事訴訟法論、第二卷二二五頁參照)。

案件の場合を見るに債務者(競賣手續當事者)たる再抗告人は賃借人(利害關係人)の受けたる抗告棄却の決定に對し同じく競賣手續の違法を主張して再抗告を爲したるものなるが故に、自己の名に於て他人の爲め抗告を爲したるもの(當事者たる適格なくして他人の爲め抗告を爲すもの)即ち從參加人に外ならざるなり。大審院が再抗告人が第三者なることを理由として再抗告を却下したるの當否に付ては疑なき能はざるなり。

二、我現行法は再抗告を以て抗告裁判所の裁判が法令に違背したるものなることを理由とする場合に限り許さるべきものとしたり(第四一三條)。從て舊民事訴訟法(舊民訴第四五六條)並に獨逸民事訴訟法(獨民訴第五六八條)の下に於けると異なり(單に抗告裁判所の裁判に依り新なる抗告理由の生じたることを理由とするを以ては足らず)再抗告審に於ける審理は必ずや所謂法律問題(Rechtfrage)に限られ事實問題(Tatfrage)に及ばざること判決に對する上告の場合と同様なり。

案件の場合に之れを見るに債務者たる再抗告人の主張する所は、競賣期日の公告中に登記ある貸貸借の存することを記載せざりし違法ありとなすものなるが故に(即ち競落許可決定自體に對

し自ら抗告を爲し得るの理由なり、從て判旨が第三者の再抗告として却下したるは正當なり(前述一)、從參加人としての再抗告(前述一)としては競賣手續を違法ならしむべき他の事實の存在を主張し再抗告の理由となすものに外ならず。果して然りせば案件債務者の再抗告を從參加人としての再抗告と解し其の法令違背を理由とせざるものとして棄却するを正當とすべく、案件の裁判としての判旨の當否は之れを疑はざるを得ざるなり。

五五 時機に後れたる攻撃防禦の方法

昭和七年四月九日大審院第四民事部判決(大審院民事判例集第一卷第六號六〇二頁以下、昭和三年(オ)第二三七〇號約束手形金請求事件)

【判決要旨】 第一審ニ於ケル最初ノ口頭辯論期日ニ出頭セサル者カ民事訴訟法第三百三十八條第四十條第一項ニ依リ爲サレタル判決ニ對シ控訴ヲ爲シ其ノ口頭辯論ニ於テ新ニ攻撃防禦ノ方法ヲ提出スルモ之ヲ以テ當然故意又ハ過失ニ因リ時機ニ後レテ提出シタルモノト云フヲ得サルモノトス

【事實】 被告(控訴人、上告人)速水喜市郎ハ第一審ノ最初ノ口頭辯論期日ニ出頭セス又答辯書ヲ始メ其ノ他何等ノ準備書面ヲモ提出セザリシ爲メ第一審一宮區裁判所ハ民事訴訟法第四百十條及第三百三十九條ヲ適用シ原告(被控訴人、被上告人)池

口千代次郎ノ主張事實ヲ明白シタルモノト看做シ原告勝訴ノ判決ヲ爲シタルニ對シ被告ハ名古屋地方裁判所ニ控訴ヲ申立テ其ノ最初ノ口頭辯論ニ於テ原告主張事實ノ一部ヲ否認シ豫備的抗辯トシテ假リニ訴外銀行カ本件手形ヲ訴外勅使河原始男市ニ裏書譲渡シタリトスルモ該譲渡ハ訴外銀行ノ支拂停止ニ際シ其ノ債權者ヨリ債權差押ヲ免カルルノ目的ニ出テタルモノナレハ明ニ民法第九十條ニ違背スル無効ノ譲渡ナリ從テ支拂拒絶證書作成期間後本件手形ノ譲渡ヲ受ケタル原告モ亦正當ナル手形權利者ト謂フヲ得ス且原告ハ常ニ訴訟ニ依リ債權ノ取立ヲ業トスル者ニシテ本件手形モ訴訟行爲ヲ爲サシムル事ヲ主タル目的トシテ原告ニ讓渡セラレタルモノナレハ該讓渡ハ信託法第十一條ニ違反スヘク殊ニ本件手形ノ支拂期日ハ昭和四年四月十五日ニシテ被告ニ對シ償還請求ノ通知ヲ爲シタルハ同年同月十六日ナリ而シテ訴外勅使河原始男市外二名ハ曩ニ本件手形金請求訴訟ヲ提起シタルモ該訴訟ハ昭和五年六月六日取下ナリタル爲時効中斷ノ效力ヲ生セサルカ故ニ本訴提起前既ニ一箇年ノ時効完成シ控訴人ノ償還義務ハ消滅セリ本訴請求ハ失當ナリト述ヘ、立證トシテ第一審證人勅使河原始男市ノ證言ヲ援用シ乙第一乃至第五號證ヲ提出シタリ、然ルニ名古屋地方裁判所ハ第一審ニ於ケル擬制明白ハ控訴審ニ於テモ效力アリト爲シ且被告ノ控訴審ニ於テ提出シタル抗辯ハ執レモ時機ニ遅レタル防禦方法ナリトシテ之レヲ却下シ控訴ヲ棄却シタリ

大審院ハ要旨記載ノ理由ニ依リ被告ノ上告ヲ理由アリトシ原審判決ヲ破毀シ事件ヲ名古屋地方裁判所ニ差戻シタリ

【關係法文】 民訴第一三九條

判旨は正當なり。

控訴審口頭辯論は第一審辯論の續行なり(前出研究 三六參照)。従つて第一審口頭辯論の終結(第一三三條參照)に依り提出すること能はざるに至れる攻撃防禦の方法は控訴審に於て新たに之れを提出し

得べく(第一三七參照)、該攻撃防禦の方法が必ずしも、第一審に於て提出し得ざりしものなることを要せざるなり。尤も我現行法は此の點に關し明なる規定(舊民訴第四一五條・第四一七條、獨民訴第五二九條・第五三一條)を有せずと雖も、之れ現行法が、地方裁判所の手續に於て口頭辯論に先ち準備手續を爲すべきを原則とし(第二四九條)、準備手續に於て主張し得べくして主張せざりし事項は更に口頭辯論に於て之れが主張を爲し得ざるもの(同時提出主義 *Eventualmaxime*) ならずが故に(第二五五條)、控訴審口頭辯論に於て新たなる攻撃防禦の方法を提出し得べき旨の規定を設くるときは、却て其の準備手續との關係に付疑を生ずるの虞ありとなしたるに因る(註)獨逸國に於ても亦獨民訴第五三一條(我舊民訴第四一七條)の規定の存したるが爲め、計算事件等準備手續の存したるが爲め第一審の口頭辯論に於て失權したる攻撃防禦の方法(舊獨民訴第三五四條・我舊第二七二條)も猶ほ控訴審に於ては失權することなく新たに之れを主張追完するを得るものとなすを多數説としたり)。從て我現行法の解釋としては、準備手續に於て提出せざりし攻撃防禦の方法の失權は終局的にして(第一審手續に於ける終局的失權、*Die Präklusion ist hier schon in der erster Instanz eine endgültige*) 控訴審に於ても更に之れを提出するを得ざるもの(謂ふべきも、單に第一審口頭辯論の終結したるが爲め提出し能はざるに至れるもの(第一審に於

てのみの失權)は控訴審に於て更に之れを提出し得るものと謂はざるべからず(Hellwig, Bd. 1)。^o 而して控訴審手續に於ても亦第三百三十七條の規定は固より其の適用あるが故に、當事者は新たに攻撃防禦の方法を提出せむと欲せば必ずや口頭辯論の終結に至るまでに提出すべく、舊民事訴訟法第四百二十六條に於けるが如く、控訴審に於て時機に後れて提出したる防禦の方法を却下する場合に於て其の防禦方法を主張するの權を留保すべきものとすの規定を設けずと雖も裁判所は控訴審に於ても猶ほ時機に後れたる防禦の方法を却下することを得る所なり。

【註】昭和四年二月司法省民事局編、民事訴訟法改正調査委員會議事録、大正十二年三月二十日開會の委員會議事録中、改正草案第三百五十九條「當事者ハ控訴審ニ於テ新ナル攻撃又ハ防禦ノ方法ヲ提出スルコトヲ得」なる規定に付、原審委員より準備手續に關する草案第二百二十條(現行法第二百五條)と本條との關係に付ての質問並本條不用の意見あり(七八六頁・七八七頁)、大正十四年十月十五日印刷の民事訴訟法改正要目中に存せし同條に相當する(草案第三五九條と同文なる)草案第三百七十條は法制局に於ける審査會に於て抹消せられたるが如く、次で大正十五年二月第五十一回帝國議會に提出せられたる草案には之れに相當する規定なし。即ち現行法が舊民事訴訟法第四百十五條・第四百十七條の如き規定を有せざるは殊更之れを削除したるに因る。

案件の事實を見るに第一審に於ては口頭辯論に出頭せず又答辯書を始め其他何等の準備書面を提出せざりし爲め第四百十條・第三百三十九條に依り原告の主張事實を自白したるものと看做さ

れ敗訴したる被告(控訴人、上告人)が控訴審の最初の口頭辯論に於ては原告主張の事實の一部を否認し豫備的抗辯を提出したるに對し、控訴裁判所は第一審に於ける擬制自白は控訴審に於ても其の效力を有し且つ被告の控訴審に於て提出したる抗辯は時機に後れたる防禦方法なりとして却下したるものにして、大審院が「控訴審に於て始めて攻撃防禦の方法を提出するも之れを以て當然故意又は過失に因り時機に後れて提出したるものと云ふを得ず」となし原審判決を破毀差戻したるは寔に正當なりと謂はざるべからず。

唯大審院が「故意又は過失に依り時機に後れて提出したるものと云ふを得ず」となし、被告が第一審に於て故意又は過失に因り提出せざりしものに付ては第一審に於て既に終局的に失權するものなることを前提とすが如きは、第一審が控訴審の前審にして、同時提出主義の行はる、準備手續の口頭辯論に於ける關係と異なることを看過したるの誤りに出づるものと謂ふべく、第一審に提出せざりし攻撃防禦の方法は第一審に於て提出し得べかりしものも猶ほ控訴審に於て之れを提出し得べし。控訴裁判所が「第一審に於ける擬制自白は控訴審に於ても猶ほ有效なり」となすが如きは誤れるの甚だしきものと謂はざるべからず。蓋し擬制自白は口頭辯論終結の時を標準とし相手方の主張事實を明かに争はざるや否やに依り決せらるゝ所にして、控訴の提起ありたるとき

は、更に控訴審口頭辯論を標準として之れを決すべきなり。控訴審口頭辯論に於て原告の主張を争ひたる被告控訴人に對し第一審擬制自白を猶ほ有效なりとし其の主張を排斥するが如き、第三百七條を以て控訴審に適用なしとなし、控訴審の續審なることを否認するものと謂はざるべからざればなり。

五六 受訴裁判所の保管に屬する別件記録の採用

昭和七年四月十九日大審院第五民事部判決(大審院民事判例集第一卷第七號六七頁以下、昭和六年(オ)第三六七五號抵當權設定ニ因ル利息金更正登記手續並利息金請求事件)

【判決要旨】 當事者カ受訴裁判所ノ保管ニ屬スル他ノ事件ノ記録ヲ證據トシテ採用スルニハ其ノ

送付ヲ囑託セムコトヲ申立ツルコトヲ要セス單ニ之カ使用方ヲ裁判所ニ請求スレハ足ルモノトス

【事實】 原告(被控訴人、被上告人)山川吉夫ハ被告(控訴人、上告人)山川幸作並同小房ヲ相手方トシテ岡山區裁判所ニ訴ヲ提起シ、被告幸作ニ對シ抵當權設定登記ノ借入金六千圓ノ利息年一步トアルヲ年一割ニ更正手續ヲ爲スヘキ旨又被告兩名ニ對シ連帶シテ金百八十三圓三十三錢ヲ支拂フヘキ旨ノ判決アラントヲ求メ、其ノ登記ノ誤記ニシテ利率年一割ノ定ナリシコトヲ證スル爲メ、第一審裁判所ノ保管ニ屬スル他ノ事件ノ記録ノ取寄ヲ請求シ其ノ中ヨリ證人佐藤定治郎ノ訊問調

書ヲ甲第一號證トシテ採用スル旨供述シ被告ハ右證書ノ成立ヲ認メタリ、裁判所ハ同證ニ依リ原告ノ主張事實ヲ認定シ、連帶ノ點ヲ除外原告ノ請求ヲ全部認容シタリ
控訴審ニ於テモ當事者雙方ハ第一審ノ通り證據ノ提出採用認否ヲ爲シ裁判所ハ被告ノ控訴ヲ棄却シタリ
判旨ハ右控訴審判決ニ對スル左記上告論旨ヲ理由ナシトナスモノナリ

【上告論旨第一點要旨】 凡ソ訴訟上ニ於テ書證ノ申出ハ文書ヲ提出シ又ハ之ヲ所持スル者ニ其ノ提出ヲ命センコトヲ申立テ之ヲ爲スコトヲ要スルハ民事訴訟法第三百十一條ニ明文ノ存スル所ニシテ甲第一號證ハ其ノ記載事項ヨリ見テ之カ所持者ハ裁判所ナルコト最モ明瞭ニシテ被上告人(原告)又ハ其ノ代理人カ如何ナル理由アルモ之ヲ所持シ居ラサルコト又明白ナル所ナリ、然ルニ之ヲ所持スル裁判所ニ其ノ提出ヲ命センコトヲ申立タル形跡原審調書ノ全部ニ依ルモ窺知スルヲ得ス且被上告人(原告)カ該文書ヲ自ラ提出スルコトハ條理上有リ得ヘカラサルニ係ラス直チニ之ヲ正當ナル證據トシテ認定シタルハ第三百十一條ニ違背シ探證ノ法則ニ違背セル違法ノ判決ナリ、且證人訊問ハ公判庭ニ於テ爲ササル可カラサルニ調書全體ヲ見ルモ佐藤定治郎證人ヲ申立テ之ヲ採用シタル跡ハ之ヲ見受クルモ同人ヲ取調ヘタル事實ハ尙モ見當ラサルニ於テハ同調書ハ之ヲ正當視スヘキモノニ非ス總テ證人調ニ於テハ雙方本人又ハ代理人ノ立會ノ下ニ行ハルルハ法ノ示ス所ナルニ係ラス何人カ立會タルヤモ不明又何時如何ナル場所ニ於テ取調ヘタルヤ判明セサル證人調書ヲ採リテ直ニ證據ニ供スルハ探證ノ法則ニ反シタル違法ノ判決タルヲ免カレス

【大審院判決理由要旨】 按スルニ當事者カ受訴裁判所ノ保管ニ屬スル他ノ事件ノ記録ヲ證據トシテ採用セントスルトキハ其ノ文書ノ送付囑託ヲ申請スルコトヲ要セス單ニ之カ使用方ヲ受訴裁判所ニ請求スルヲ以テ足ルモノトス、本件ニ於テ所論ノ甲第一號證ハ第一審裁判所カ被上告人ノ求ニ依リ口頭辯論期日ニ法廷ニ取寄セタル別件ノ訴訟記録中ノ一部(證人訊問調書)ヲ被上告人ニ於テ證據トシテ採用シタルモノニ依リ被上告人ハ原審ニ於テモ之ヲ甲第一號證トシテ採用シ上告人ハ

其ノ原本ノ存在並成立ヲ認メタルモノナルコト記録上明ナルヲ以テ原審カ之ヲ他ノ證據ト綜合シテ本件争點タル利息年一分也ヤ年一割也ヤノ事實ヲ認メタルハ相當ニシテ何等探證ノ法則ニ違反スルモノニアラス前段ノ論旨ハ其ノ理由ナシ又同號ハ別件ノ訴訟記録ノ一部ナルコト記録上明ナルヲ以テ之ニ證據力ナシトスル後段ノ論旨モ探ルニ足ラス

【關係法文】 民訴第三一一條・第三一九條

判旨は正當なり。

判旨は、裁判所の保管に属する別件記録中に存する証人訊問調書は之れを書證として援用することを得ざるものにして正當なるのみならず(後述一)、其の受訴裁判所の保管に属するものに付ては、當事者は單に之れが使用方を裁判所に請求するを以て足り、敢て其の送付を囑託せむことを申立つるを要せずとすものにして寔に正當なり(後述二)。

一

判旨は、別件証人訊問調書の援用を以て書證を提出するものなりとなし(後述一)、該証人訊問調書が受訴裁判所の保管に属するものなる場合に於ても猶ほ之れを援用し書證として提出するを要すとすものにして(後述二)正當なり。

一、判旨が別件証人訊問調書の援用を以て書證を提出するものなりとすは正當なり。
別件記録中に存する証人訊問調書は證人の陳述に付ての公正證書にして報告證書 Berichtende

Urkunden に外ならず(Hellwig, System, Bd. I.)。從て當事者が別件記録中の証人訊問調書を援用するは即ち書證を提出するものにして、上告論旨後段に云へるが如く人證を申立つるものにはあらず。受訴裁判所が別件証人訊問調書を採用するは別件證人の陳述の信憑し得べきや否やを自由心證に依り判斷するものにして證書の證據力を判斷するものに外ならず。從て假令別件に於ける証人訊問調書が當初より訴訟に利用せらるるの目的を以て當事者の人證申立に係るものなる場合に於ても其の調書の證據力(形式的證據力)は之れを否認するを得ざるなり(Vgl. Hellwig, System, Bd. I, Stein, III, 4. a zu § 206, IV, vor § 46, I zu § 411. 拙著判例批評民事訴訟法第一卷二六六頁以下)。此事は證人に依る證據方法に代ふる目的を以て作成せられたる個人の證明書を以て書證としての證據力(形式的證據力)を有せざるものとす見解(大正一月二日大審院第二民事部決定(大審院民事判決録第二七輯第一四卷八三八頁以下)(細)に従ふも異なることなきが故に、野學士民事訴訟法要義第三卷下冊四四六頁, Stein III, 4. a. Ann. 34 zu § 206)に従ふも異なることなきが故に、大審院が「同號書は別件の訴訟記録の一部なること記録上明なるを以て之に證據力なしとするに上告論旨第一點後段の論旨(上告論旨第一點後段)も採るに足らず」と云ひ、別件証人訊問調書は之れを書證として利用することを得ざるは寔に正當なりと謂はざるべからず。

二、判旨が、別件証人訊問調書が受訴裁判所の保管に属するものなる場合に於ても書證として提出するを要すとすは正當なり。

別件記録が受訴裁判所の保管に属する場合に於ても、要證事實が該記録を調査し始めて知り得べきものなるときは、之れを以て裁判所に顯著(職務上顯著)なる事實なりと云ふを得ず。蓋し別件記録が同一裁判所又は同一裁判所の民事部の取扱に係る場合に於るも、該事實は記録中の特定記録に依り裁判所の始めて知り得べき事實なればなり (Stein, I. 2. zu § 291; Hellwig.)。

受訴裁判所の保管に属する別件記録中證人訊問調書の如き之れを書證として採用するを得且つ要するものと謂はざるべからず。

二

判旨が受訴裁判所の保管に属する調書を書證として提出せむが爲めには、其の使用方を請求するを以て足り取て其の送付の囑託あらむことを申立つるを要せずとなすは正當なり。

裁判所の保管に属する訴訟記録は當事者並に利害關係人に其の閱覽若は謄寫又は其の正本謄本の交付を請求するを得しむるものなるが故に(第一五一條)、當事者が受訴裁判所に於て其の保管に属する別件記録を利用せむとするに當りては單に其の使用方を裁判所に請求するを以て足るものと謂ふべく、之れが送付を囑託せむことを申立つるが如きは gegenstandslos にして無意義なりと謂はざるべからず (Schmidt, S. 519.)。民事訴訟法第三百十九條は受訴裁判所以外の裁判所其の

他の官公署の保管に属する證書にして受訴裁判所に提出するの必要ある場合に付其の正本又は謄本を提出すべく、正本又は謄本の交付を求むるときは文書の送付を囑託せむことの申立を爲すべきを定むるものにして、文書が受訴裁判所の保管に属するときは之れが正本又は謄本の交付を求め又は送付を囑託せむことの申立を爲すの必要存せざるなり。

「書證の申立は文書を提出し又は之れを所持する者に其の提出を命せむことを申立て之れを爲すを要するものにして、文書の所持者が受訴裁判所なる場合に於ても其の提出を命せむことを申立つるを要す」となす上告論者を排斥したる判旨は固より正當なり。

五七 家屋收去土地明渡の裁判上の和解と
和解成立前の家屋の賃借人

昭和七年四月十九日大審院第五民事部決定(大審院民事判例集第一卷第七號六八二頁以下、昭和七年(ク)第(四〇五號)執行交付與不許可異議申立却下決定ニ對スル抗告事件)

【決定要旨】 地上ニ建設セル家屋ヲ收去シ該土地ヲ明渡ス旨ノ裁判上ノ和解ハ和解成立前ヨリ其ノ家屋ヲ賃借占據セル者ニ對シテハ其ノ效力ヲ及ホスコトヲ得サルモノトス

【事實】 抗告人桑原善吉ハ山田勇平ヲ被告トシテ岐阜地方裁判所ニ建物收去土地明渡請求ノ訴ヲ提起シタル處被告山田勇平

ハ一定日時限り建物ヲ收去シテ土地ヲ原告即抗告人ニ明渡スヘキ旨ノ裁判上ノ和解成立シタリ然ルニ山田勇平ハ期日ニ右和解ヲ履行セザリシヲ以テ抗告人ハ右和解調書ノ正本ニ執行文ノ付與ヲ受ケ執行ヲ爲シタルニ右地上家屋ニハ岡野庄藏及伊英變ノ兩名居住シ居リ執行不能ニ歸シタルニ因リ民事訴訟法第二百一條ニ準據シ更ニ右兩名ニ對スル執行文ノ付與ヲ申請シタル處裁判所書記ハ裁判長ノ命令ヲ得ル能ハストテ該申請ヲ却下シタリ、仍テ抗告人ハ之ニ對シ異議ノ申立ヲ爲シタルカ岐阜地方裁判所ハ右異議ヲ却下シタルヲ以テ名古屋控訴院ニ抗告ヲ爲シタリ同院ハ右岡野庄藏及伊英變ハ抗告人ノ訴提起前山田勇平トノ間ニ成立セル賃貸借契約ニ基キ右土地ヲ占據セルモノト認定シ抗告人ノ抗告ヲ棄却シ、抗告人ハ更ニ大審院ニ再抗告ヲ爲シタルモノナリ

【關係法文】 民訴第二〇一條・第二〇三條

判旨は正當なり。

裁判上の和解は確定判決と同一の効力を有し(第二〇三條)從て又其の執行力も亦當事者、口頭辯論終結後(即ち和解の成立後)の承繼人又は其の者の爲め目的物を所持するものに及ぶべきこと確定判決に於けると異ならず(第二〇一條)。而して其の効力を第三者たる當事者の承繼人に及ぼすは第三者が判決又は和解に依り確定せられたる權利義務を繼承し其の權利義務は主體を異にするに至りたるも前後同一なりと考ふるを得る場合なるが爲めなり。之れ我現行訴訟法が判決又は和解の効力の承繼人(特定又は一般承繼人)に及ぶべき爲めには該權利義務を確定したる判決又は和解の成立(判決に付ては事實審の最後の口頭辯論終結の時)以後に承繼の生じたることを要すこと

なす所以にして(我訴訟法は訴訟繫屬に當事者恒定の効力を認めず)訴訟繫屬中承繼を生じたるときは承繼人をして訴訟當事者たらしめざる限り(受繼又は參加)判決又は和解は承繼人に對し其の効力を及ぼすことを得ず(從て形成判決に在りては當事者間に於ても無効なり)。

案件に於けるが如く地上建設の家屋を收去し該土地を明渡す旨の裁判上の和解の成立前第三者が既に家屋を賃借占據せる者なる場合に於て該和解が賃借人たる第三者に其の執行力を及ぼさざるは固より論なきものと謂はざるべからず(前出研究)。(二九参照)。

五八 第三者異議の訴と代位權

昭和七年七月二十二日大審院第二民事部判決(大審院民事判例集第一卷第一六號一六二九頁以下昭和六年(オ)第三五三二號假差押異議請求事件)

【判決要旨】 強制執行並假差押ニ關スル第三者異議ノ訴ハ債權者ニ於テ代位權ノ行使ニ依リ之ヲ

起スコトヲ得ルモノトス

【事實】 原告(控訴人、上告人)西迫卯一ハ請求原因トシテ原告ハ訴外奥名高吉ニ對シ確定判決ヲ得タル金千圓ノ債權ヲ有シ同訴外人ノ所有スル本訴數十點ノ動産ニ對シ強制執行ヲ爲サントスルモノナル處同訴外人ハ被告(被控訴人、被上告人)村田四郎ト通謀シテ右債權ノ執行ヲ免カレンカ爲右物件ヲ同訴外人ノ妻ナル訴外奥名ユクノ所有ニ屬スト爲シ昭和四年四月十七日被告ヲシテユクニ對スル假差押命令ニ基キ該物件ニ付假差押ヲ爲サシメタリ被告ハ右假差押命令ニ對スル本案ノ訴

訟ヲ提起セス奥名高吉モ異議ノ訴ヲ提起セサルヲ以テ原告ハ奥名高吉ノ債權者トシテ前掲債權保全ノ爲同訴外人ニ代位シ
テ本訴異議ニ及フ旨陳述シ

被告ハ答辯トシテ原告主張事實中原告カ訴外奥名高吉ニ對シ債權ヲ有スル事實ハ之ヲ知ラス本訴物件カ訴外奥名高吉ノ
所有ニシテ訴外奥名高吉ノ所有ニ屬セストノ點ハ否認ス右物件ハユクノ所有ニ屬シ被告ハ同訴外人ニ對スル金百五十圓ノ
債權ノ執行保全トシテ本件執行ヲ爲シタルモノナリ仍テ本訴請求ニ應スル能ハサル旨陳述シタリ

第一審尾道區裁判所ハ右數十點ノ動産中凡ソ十點ニ付原告ノ請求ヲ認メ其餘ノ請求ハ之レヲ棄却シ、控訴審廣島地方
裁判所ハ強制執行ニ對スル第三者ノ異議權ノ行使ハ差押目的物ニ付所有權其ノ他讓渡若クハ引渡ヲ妨クル自己ノ權利ヲ主
張スル第三者ニ限定セラレ他人ノ代行ヲ許ササルモノト解スルヲ相當トシ假差押ノ執行ニ關シテモ之ト異ナル理由ナキカ
故ニ原告ノ本訴異議ハ其ノ主張自體ニ於テ失當ナリト爲シ尙ホ假ニ然ラストスルモ第一審ニ於テ認容シタル以外ノ本訴差
押物件カ訴外奥名高吉ノ所有ニ屬セサルコトハ證據ニ依リ明白ナルヲ以テ該差押物件ニ關スル本訴異議ハ其ノ理由ナキモ
ノトシ原告ノ控訴ヲ棄却シタリ

判旨ハ右控訴審判決ニ對スル原告ノ上告ヲ棄却スルモノニシテ其理由ノ要旨ハ左ノ如シ

【判決理由要旨】 抑強制執行ニ關スル第三者ノ異議ノ訴ハ訴訟法上ノ訴ナリト雖モ其ノ訴提起ノ適格者ハ強制執行ノ目的物
ニ付所有權ヲ主張シ其ノ他目的物ノ讓渡若クハ引渡ヲ妨クル權利ヲ主張スル第三者ナルコト民事訴訟法第五百四十九條第
一項ニ規定スル所ニシテ此ノ訴ニ於テ原告タルヘキ者ハ強制執行手續ニ於ケル第三者ニシテ而モ實體法上ノ權利ヲ主張ス
ルモノナリ故ニ苟モ同條所定ノ實體法上ノ權利ヲ主張スル者ハ何人タルヲ問ハス他人間ノ強制執行ニ參加シテ右異議ノ訴
ヲ提起シ得ヘク民事訴訟法上其ノ他ニ何等ノ資格ヲ必要トセス果シテ然ラハ強制執行ノ目的物ニ付前記ノ實體法上ノ權利
ヲ有スル第三者カ該權利ヲ主張シテ異議ノ訴ヲ爲ササルニ於テ其ノ者ニ對スル債權者ハ民法第四百二十三條ニ依リ自己ノ

債權ヲ保全スル爲其ノ債務者ニ屬スル該實體法上ノ權利ヲ主張シテ右異議ノ訴ヲ提起スルノ權利ヲ有スルモノト謂ハサル
ヘカラス而シテ此ノ理ハ假差押ニ關スル第三者ノ異議ニ付テモ異ナルコトナシ、然ルニ原審ハ強制執行ニ對スル第三者異
議權ノ行使ハ差押ノ目的物ニ付所有權其ノ他讓渡若クハ引渡ヲ妨クル自己ノ權利ヲ主張スル第三者ニ限定セラレ他人ノ代
行ヲ許ササルモノト解スルヲ相當トシ假差押ノ執行ニ關シテモ之ト異ナル理由ナキカ故ニ原告ノ本訴異議ハ其ノ主張自體
ニ於テ失當ナル旨判旨シタルモノナルヲ以テ其ノ違法ナルコト所論ノ如シ、然レトモ原審ハ尙ホ假リニ原告ニ於テ訴外奥
名高吉ノ右異議權ヲ代行シ得ヘキモノトスルモ差押物ノ所有權カ右高吉ニ屬スルコトヲ其ノ前提トスルモノナル所第一審
證人奥名高吉ノ證言ニ依レハ第一審ニ於テ認容シタル以外ノ差押物ハ同人ノ所有物ニ非ルコト明白ニシテ該差押物ニ關ス
ル本訴異議ハ理由ナキ旨判旨示シ而シテ該認定ノ違法ニ非サルコト他ノ論旨ニ付次ニ説明スルカ如クナルヲ以テ假令本論
旨ハ其ノ理由アリト雖モ之ヲ以テ原判決破毀ノ理由トナスニ足ラサルモノトス

【關係法文】 民訴第五四九條・民第四二三條

判旨は大體に於て正當なり。判旨が第三者異議の訴は債權者代位に依り提起し得べきものとな
すは、大審院從前の判例(昭和五年七月十九日大審院第四民事部決定)と其の趣旨を異にするものにして固
より正當なりと雖も、其の理由説明として債權者は異議訴訟に於て債務者の所有權を主張するも
のなりとなすは、前判例の誤謬(訴訟上の權利なる故に債權者代位を許さざとす)を改めむとして又新なる誤(異議訴訟に於ける代
位の權利)に陥りたるものと謂はざるべからず(後述一)。又判旨が原審假定的判決を是認し上告
を棄却したるは案件の裁判として吾人は其の當否を疑はざるを得ざるなり(後述二)。

判旨は大體に於て正當なり。

民法第四百二十三條の規定に従へば債権者は自己の債権を保全する爲め（従て債務者無資力なる場合に於て）其の債務者に屬する權利（又従て債務者の一身に專屬する權利を除外す（民第四二三條第一項但書））を行ふことを得。即ち債権者が代位権を有し従て債務者に屬する權利に付訴訟を爲す權能を有するが爲めには、債務者が無資力なるに拘らず其の行ふことを得べき權利を行はざることを前提とし、其の代位に依り行はるべき權利は債務者の一身に專屬せざるものにして且つ特定の人に對し（例へば請求權）又は對する關係に於て（例へば訴訟上の形成權）行はるべき權利なることを要件とす。

之れを債務者の有する債権に付見るに、債権者が代位に依り債務者の債権を行ひ得る爲めには、該債権が履行期に在り然も債務者が現に債権に付權利を行はざることを要す。債務者の有する債権が未だ履行期に在らざるべきとき、又は履行期に在るも債務者が現に催告を爲し訴を提起し又は強制執行を爲し、又は第三債務者より消極的確認の訴を受け之れに應訴し訴訟の繫屬中なるときは、債務者は該債権に付き管理處分權を行はざるものにあらざるが故に債権者は之れに代位し

債務者に屬する權利を行ふことを得ず、債務者をして勝訴の判決を得せしめむとせば訴訟に参加（從參加）して當事者たる債務者を補助し得るに止まる。故に例へば債務者が其の有する債権に付き差押命令を受けたる場合に於て他の債権者は債務者に代位し請求異議の訴を提起し得べしと雖も、執行の方法に關する異議又は抗告は債務名義の存せざることを理由となす場合の外代位に依り之れを行ふことを得ざるなり（拙文判例研究、競賣事件に於ける異議と債権者の代位權、前掲大審院第四民事部決定の批評（前出研究三二））。

又之れを債務者の有する所有權に付見るに、所有權は特定の人に對する權利にあらざるが故に債権者代位權の物體たるを得ず。債権者が代位權を有し得る爲めには、第三者が債務者の所有權を侵害するに拘はらず、債務者が物の返還又は損害の賠償を求めず、又は第三者異議の訴を提起せざることを要件とし、債務者が單に所有權を有するに止まり侵害を受けざるべきとき、又は所有權の侵害あるも債務者が物の返還又は損害の賠償を求め又は第三者異議の訴を提起して執行の排除を求むる場合に於ては債権者は代位權を有するを得ず單に訴訟に参加し債務者を補助し得るに止まる。蓋し、所有權は物上の權利にして物が債務者の占有に在る以上債務者は所有權を行はざるものにはあらず、又、物の返還請求權、損害賠償請求權又は第三者の異議權等は執れも法律が所有權を保護せむが爲め其の侵害に依り發生すべきを認むる權利にして所有權者たる債務者が侵害

者に對し行ふことを得べき権利なればなり。

要之、所有權侵害の存する場合に於て債權者が代位に依り行ひ得る所は債務者の行ふことを得べき物の返還請求權、損害賠償請求權又は第三者異議權なり。所有權の侵害が執行行為に依り爲されたる場合に於ても所有權自體にはあらざるなり。

原審裁判所が第三者異議權の行使は差押目的物に付所有權其の他讓渡若くは引渡を妨ぐる自己の權利を主張する第三者に限られ他人の代行を許さずとなすは、第三者異議の訴の訴訟物たる異議權を以て一身に專屬する權利なりとなすものなりと雖も、其の訴訟上の權利にして、物の返還請求權・損害賠償請求權等と共に所有權の侵害(執行行為に依る)に依り發生するもの即ち所有權の一效果に外ならざることを看過するの誤に出づるものと謂はざるべからず。又大審院が第三者異議の訴の債權者代位を認め、曩に競賣事件に於ける異議申立に付き債權者代位を否認したる判例(前掲大審院第四民事部決定)を改めたるは寔に正當なりと雖も、代位に依り債權者の行ふ所が債務者の所有權其の他の權利自體なりとし之れを以て其の理由となすも亦誤れり。判旨が民事訴訟法第五百四十九條第一項の訴に於て原告たるべきものは強制執行手續に於ける第三者にして而も實體法上の權利を主張するものなるが故に苟も同條所定の實體法上の權利を主張する者は何人たるを問はず他

人間の強制執行に参加し右異議の訴を提起し得べしとなすは、異議權を以て代位の物體たるを得ずとなす大審院従前の判例(前掲大審院民事部第四部決定)を理論に於て維持し、結果に於ては請求異議權の代位を認めむとするものなるべしと雖も、第三者異議の訴の訴訟物たる異議權と其の異議の理由あることを示すべき事實(異議權の發生事實)に關する主張とを混同するものにして不當なりと謂はざるべからず。

二

大審院が原審假定的判決を是認し上告を棄却したるは結果に於ても亦不當なり。

原審裁判は強制執行に對する第三者異議權の行使は差押目的物に付所有權其の他讓渡若くは引渡を妨ぐる自己の權利を主張する第三者に限定せられ他人の代行を許さざることを理由とし控訴を棄却したるものなるが故に、其の後段に於て假定的理由に基き異議を理由なしとするも其の假定的裁判は何等の意義を有するを得ず當然無効なりと謂はざるべからず。蓋し、代位權(從て訴訟を爲す權能)を有せざることを理由として控訴を棄却する判決は訴訟物たる第三者異議權の存在に付き既判力を生ずべき判決を爲すべからずとなすものにして、假定的に異議權の不存在を認定する其の後段は自體矛盾たらざるを得ざればなり。裁判所は判決を爲すに當り訴訟物たる異議

權の存在せざることを説明すべき數多の理由は之れを假定的に併せ認むるを得べしと雖も、一方當事者たる適格なきことを認め請求を棄却すると同時に、他方異議權の不存在を認定し請求棄却の補充的理由となすが如き、其の後段(補充的判決)は前段の理由なきことを條件となすもの即ち條件附判決にして無効なりと謂はざるべからず。即ち原審裁判所は原告の適格を否認するものなるが故に第一審判決中原告勝訴の部分に付きても亦(被告の控訴の提起あると否かを問はず)第一審判決を破毀し原告の請求全部を棄却(異議權の不存在に付既判力を生ぜず)するを要したるものにして、原告の適格を否認すると同時に異議權の不存在をも認め、原告の控訴を棄却したるは(異議權の不存在に付債務者に對しても既判力を生ず)自體矛盾の甚しきものと謂はざるべからず。然るに大審院が原審假定的裁判を是認し、縦令原審判決は代位權を否認するの不當ありと雖も假定的裁判の存するが故に之れを以て原審判決を破毀するの理由たらずとなすは、無効なる假定的裁判を是認するものにして不當なりと謂はざるべからず。

五九 債務名義と請求異議の訴の訴訟物の價額

昭和七年七月二十七日大審院第三民事部決定(大審院民事判例集第一卷第一七號一六八九頁以下、昭和七年(ク)第八〇三號請求異議事件ノ決定ニ對スル抗告事件)

【決定要旨】 請求ニ關スル異議ノ訴ニ於テ其ノ目的タル債務名義カ元本二萬圓及之ニ對スル利息及損害金一萬六千六百圓ヲ合算シタル債權ナルトキハ右利息及損害金ノ額ハ之ヲ訴訟物ノ價額ニ算入スヘキモノニ非ス

【事實】 抗告人(強制執行ノ債權者)築比地仲助ハ請求異議事件ノ被告トシテ東京地方裁判所カ言渡シタル判決ニ對シ訴訟物ノ價額ヲ債務名義ノ内容タル元本債權額ナル金二萬圓ナリトシ相當印紙ヲ貼用シ東京控訴院ニ控訴ヲ提起シタルトコロ同院民事部裁判長ハ訴訟物ノ價額ヲ以テ債務名義ノ内容タル元本債權並ニ利息及損害金ノ合算額ニヨルヘキモノナリトナシ控訴狀ニ印紙ノ増貼ヲ命ジタリ、然ルニ抗告人ハ之レニ應セザリシヲ以テ同裁判長ハ右控訴狀ヲ却下シタリ、判旨ハ抗告人ノ右控訴狀却下命令ヲ不當トスル抗告ノ理由アリトナスモノニシテ大審院ハ要旨記載ノ理由ヲ以テ原決定ヲ取消シ事件ヲ差戻シタリ

【關係法文】 民訴第二三條

判旨は正當なり。

請求異議の訴の訴訟物は請求異議權なり。債務名義の内容たる權利自體にはあらず。然れども請求異議權は債務名義の内容たる權利に付き其の執行力を消滅せしめ又は制限するを内容となすものなるが故に、前者(執行力を消滅せしむるを内容とする異議權)に在りては其の利益(第二二條第一項參照)の價額は債務名義の内容たる權利の價額に相當し、後者(執行力の制限を内容とする

る異議權)に在りては其の制限せらるゝ期間の長短に應じ執行を受けざることに依り債務者の受くべき利益の價額なりと謂はざるべからず。故に例へば債務名義の内容が案件に於けるが如く、元金二萬圓及之れに對する利息及損害金一萬六千六百圓を合算したる債權なる場合に於ては、執行力の排除を内容とする異議權(債務名義の内容たる權利の既に消滅したることを理由とする場合)の價額は、元本債權の額たる二萬圓にして利息損害金等を算入せず(第二三條第二項參照)。又執行力の制限を内容とする異議權(債務名義の内容たる債權の履行が猶豫せられたることを理由とする場合)に在りては、其の利益は、債務名義の内容たる債權、即ち元本債權金二萬圓に付き其の猶豫せられたる期間の法定利息なりと謂ふべく、一ヶ年猶豫せられたるものなる場合に於て金千圓、二ヶ年猶豫せられたるものなる場合に於て金二千圓なりと謂はざるべからず。

請求異議權が債務名義の執行力の排除を内容とするものなる場合に於て債務名義の内容たる權利の價額を以て其の價額となすべきこと、從て債務名義の内容たる權利が利息損害金等の附帶請求を包含するものなる場合に於ては主たる請求たる元本債權の價額を以て其の價額となすべきこと(第二三條第二項)は、民事訴訟法が訴訟の管轄並に訴狀貼用の印紙額を定むるに當り訴訟物たる權利の價額のみを標準とし其の訴訟が給付訴訟(判決の既判力及執行力に依り保護せらるべき

訴訟)たるに依り保護せらるべき訴訟たるに依り之れを區別せざるの趣旨に一致す。詳言すれば民事訴訟法は、債權が訴訟物を爲す場合に於ては、其の債權額のみを以て事物の管轄を定むべき標準とし、利息其の他の附隨請求の額を合算せざるのみならず、判決の既判力並に執行力に依り保護せらるべきを求むる場合(給付訴訟)たるに依り、判決の既判力のみを以て保護せらるべきを求むる場合(積極的又は消極的確認訴訟)たるに依り、訴訟物の價額に差異を認めずとなすものにして、此事は判決の執行力のみを依り保護せらるべきを求むる場合(執行判決を求むる訴)に於て之れを異にすべき理由なく(即ち執行判決を求むる訴の訴訟物の價額は外國判決又は仲裁判斷に依り認められたる權利に付給付の訴を提起する場合と同じく其の主たる請求の額を以て訴訟物の價額とす)、又從て之れと正反對に債務名義の執行力のみを消滅せしむることに依り保護せらるべきを求むる場合(債權の消滅を理由とする請求異議の訴)に於ても亦之れを異にするを得ざるなり。(即ち債權の消滅を理由とする請求異議の訴の訴訟物の價額は債務名義の内容たる權利に付き消極的確認訴訟を提起する場合と同じく其の主たる請求の額を以て訴訟物の價額とす)。之れ同じく訴訟上の形成權を訴訟物とする場合に在りても執行文附與の訴(第五二一條)、又は執行文附與に對する異議(第五二一條)又は異議の訴(第五四六條)に於

けるが如く、其の形成が執行力の證明に關するに止まるものに在りては、其の價額は債務名義の内容たる権利の價額にはあらず證明力の存否に依り原告の受くべき利益の價額なりと謂はざるべからず。獨逸國の實際に於て其の價額を債務名義の内容たる権利の價額の十分の一に評價するを慣例とする所以なり。

以上見たるが如く請求異議の訴に於ける訴訟物は請求異議權にして其の價額は債務名義の内容たる権利の價額を標準として算定せざるべからず。從て案件請求異議の訴（案件に於ては債務名義の内容たる債權の消滅を理由となすものなるべし）に於けるが如く債務名義の内容たる債權が元本及之れに附隨する利息債權を包含するものなる場合に於ては元本額のみを以て訴訟物の價額となすべく、大審院の判旨は寔に正當なりと謂はざるべからず。

六〇 二重訴訟の禁止と主參加訴訟、

主參加併合訴訟に於ける判決の效力

昭和七年九月二十二日大審院第一民事部判決（大審院民事判例集第一卷第二〇號一九八九頁以下、昭和七年（裁）第二八七號株主關係存在確認請求事件）

【判決要旨】 一、給付ノ訴カ棄却セラルヘキ理由ハ必スシモ請求權ノ存在ヲ否定スルモノニ限ラ

レサルヲ以テ見レハ給付ノ訴ト確定ノ訴トハ假令同一請求權ニ係ルトキト雖モ訴訟物ヲ異ニシ之ヲ同一事件ナリト云フ可カラサルモノトス

二、國稅徵收法第二十三條ノ一第二項ニ依リ債權者ニ代位シタル國ハ債權者ト債務者トノ間ニ繫屬ス債權不存在確認ノ訴ニ參加シ請求權存在ノ確認ヲ求ムル利益ヲ有スルモノニシテ此ノ利益ハ既ニ國家カ債務者ニ對シ右請求權ニ關シ給付ノ訴ヲ提起シタルコトニ依リ阻却セラルルコトナキモノトス

三、民事訴訟法第七十一條ニ依リ第三者カ參加シタル訴ニ對スル判決ハ當事者各自ノ間ハ勿論此等ノ者ト參加人トノ間ニ於テモ相互ニ確定力ヲ有スルモノトス

【事實】 一、1、本訴訟、西條稅務署長（國ノ代表者）ハ納稅義務者タル賀茂製酒株式會社カ酒造稅金ヲ滯納シタルカ故ニ國稅徵收法ニ基キ同會社カ其ノ株主タル戸田晋次郎ニ對シテ有スル株金拂込請求權並延滯損害金請求權ヲ差押ヘタル處（差押ニ依ル代位）戸田晋次郎ハ大正十四年七月七日廣島地方裁判所尾道支部ニ賀茂製酒株式會社ヲ被告トシテ株主關係不存在確認並同名義削除請求訴訟ヲ提起シタリ（茲ニ此ノ原告戸田晋次郎對被告賀茂製酒株式會社間ノ株主關係不存在確認並同名義削除請求訴訟ヲ「本訴訟」ト名ツケ置クヘシ）

2、別訴、然ルニ西條稅務署長ハ大正十四年八月七日同シク尾道支部ニ戸田晋次郎ヲ被告トシテ差押株金請求ノ給付訴訟ヲ提起シ（茲ニ此ノ給付訴訟ヲ「別訴」ト名ツケ置クヘシ）

六〇 二重訴訟の禁止と主參加訴訟、主參加併合訴訟に於ける判決の效力

3、主参加訴訟、更ニ大正十五年二月九日稅務署長ハ同支部ニ戸田晋次郎（上告審ニ於テハ晋次郎ノ承繼人敬三手續ヲ受繼シタリ）並賀茂製酒株式會社ヲ共同被告トシテ株主關係存在確認（控訴審ニ於テ株主關係存在確認ヲ求ムル目的ハ畢竟差押ニ係ル株金拂込請求權存在確認ヲ求ムル趣旨ニ外ナラズト釋明シタリ）ヲ提起シタリ

二、前記別訴（一、2、）ニ於テハ第一審ハ原告稅務署長ノ勝訴トナリ被告戸田晋次郎ニ於テ控訴シ、主参加訴訟（一、3）ニ於テハ稅務署長ノ敗訴トナリ稅務署長控訴ヲ提起シタリ、而シテ本訴訟（一、1）ハ主参加訴訟ノ提起アリタルニ依リ手續ハ中止セラレ依然第一審ニ繫屬セルモノノ如シ

控訴審廣島控訴院ハ主参加訴訟ニツキ稅務署長勝訴ノ判決ヲ爲シタリ

三、判旨ハ右主参加訴訟ニ於ケル稅務署長勝訴ノ控訴審判決ニ對スル上告ヲ理由ナシトシテ棄却シタルモノナリ

【控訴審判決理由要旨】

一、被控訴人賀茂製酒株式會社法定代理人ハ本件口頭辯論期日ニ出頭セサルモ本件訴訟ノ目的ハ控訴人カ債務者被控訴人賀茂製酒株式會社ノ酒造稅滯納ニ依リ差押ヘタル同會社カ第三債務者被控訴人戸田晋次郎ニ對シテ有スル新株二百株ニ對スル第四回及第五回拂込請求權並其ノ延滞損害金債權ノ存在ヲ確認スルニ在ルコト其ノ請求原因自體ニ依リ明白ナルヲ以テ同會社ト被控訴人戸田晋次郎トノ間ニ所謂訴訟ノ目的カ合一ニノミ確定スヘキ場合ニ該當スト認ムヘキヲ以テ被控訴人晋次郎代理人ノ訴訟行為ハ被控訴會社ノ利益ニ於テ其ノ效力ヲ生スヘキモノトス

二、仍テ先ツ被控訴人ノ本案前ノ抗辯ニ付審究スルニ本訴提起前既ニ控訴人ヨリ被控訴人晋次郎ニ對シテ被控訴人主張ノ如ク本件差押債權ヲ原因トシテカカ給付ノ訴ヲ提起シ第一審ハ控訴人ノ勝訴トナリ被控訴人晋次郎ヨリ控訴ヲ爲シ目下當院昭和六年（子）第七〇號事件トシテ繫屬中ナルコトハ當事者間爭ナシ然リ而シテ該訴ノ請求原因ト本訴ノ夫レトハ二者同一ニシテ本訴ハ前訴給付ノ訴ノ目的物ニ付其ノ確認ヲ求ムルニアルコト明白ナリト雖モ前訴ノ訴訟當事者ハ控訴人對被控訴人晋次郎同賀茂製酒株式會社ナルヲ以テ少クトモ新當事者被控訴會社ト控訴人間ニ於テハ前訴ト其ノ當事者ヲ異ニセル

カ故ニ彼是同一ノ訴訟ナリト謂フヲ得サルノミナラス本訴訟ノ目的物ハ前說示スルカ如ク合一ニノミ確定スヘキ場合ナルカ故ニ控訴人對被控訴會社ニ於テ既ニ同一訴訟ニ非ストスル以上控訴人對被控訴人晋次郎ノ關係ニ於テモ亦之レト同一ノ結果ニ歸着スヘク從テ本訴ハ被控訴人抗辯ノ如ク不適法ノモノナリト謂フヲ得サルカ故ニ該抗辯ハ之レヲ採用セス

【大審院判決理由要旨】

一、上告人等ハ被上告人カ既ニ上告人戸田ニ對シテ本件請求權ニ關シ給付ノ訴ヲ起シナカラ更ニ同人ニ對シ其ノ請求權確定ノ訴ヲ提起スルハ民事訴訟法第二百三十一條ニ違反スルモノナリト云フモ彼ノ給付ノ訴カ棄却セラルヘキ理由ハ必シモ請求權ノ存在ヲ否定スルモノニ限ラレサルヲ以テ見レハ給付ノ訴ト確定ノ訴トハ假令同一請求權ニ係ルトキト雖モ訴訟物ヲ異ニシ之ヲ同一事件ナリト云フ可ラサルモノナルヲ以テ本訴カ前記法條ニ牴觸スルモノナリトノ非難ハ當ラサルモノトス

二、次ニ被上告人ハ本訴ノ提起ニ付利益ヲ有セストノ上告人等所論ニ付接スルニ被上告人ハ國稅徵收法第二十三條ノ一ニ依リテ認メラレタル代理權ヲ主張シ上告會社ノ上告人戸田ニ對スル請求權ノ取立ヲ代理スル者ナレハ若上告會社ト上告人戸田トノ間ニ存スル右請求權ノ不在カ兩人間ニ確定セラルルニ於テハ被上告人ノ代位權ハ其ノ實行上多少ノ困難ヲ伴フコトアル可キハ之ヲ付度スルニ難カラサルトコロナルカ故ニ被上告人ハ上告人等兩名ニ對シ前記請求權存在確定ノ訴ヲ提起スルニ付利益ナキモノト云フコトヲ得ス

三、尤モ原判決ノ認定スルトコロニ依レハ被上告人ハ上告人戸田ニ對シ既ニ本件請求權ニ付給付ノ訴ヲ提起シ其ノ訴ハ控訴審ニ繫屬中ナリト云フモ本訴ハ民事訴訟法第七十一條ニ依リ參加ノ訴ニシテ其ノ判決ハ從來ノ當事者タル上告人等各自ノ間ニ勿論此等ノ者ト參加人タル被上告人トノ間ニ相互ニ確定セラルヘキモノナルコト同法第七十二條但書ニ徵スルモ明ナレハ其ノ利益ハ被上告人ト上告人戸田トノ間ノ關係ノミヲ解決スヘキ前記給付ノ訴ノ到達シ得ヘキ利益ニ優ルモノナルカ故ニ右給付ノ訴ノ存在ハ本訴ノ利益ヲ阻却セス上告人ノ主張ハ此ノ點ニ於テモ其ノ理由ナキニ歸スルヲ以テ本論旨ハ

採用ニ値セス

【關係法文】 舊民訴第五一條、民訴第六〇條・第七一條・第二三一條

判旨は不當なり。

要旨一は、給付の訴に於ても訴が棄却せらるべき理由は必ずしも請求権の存在を否定するものに限られざるが故に、給付の訴と確認の訴とは假令同一請求権に係るときと雖も訴訟物を異にし民事訴訟法第二百三十一條に該當せざるものにして頗る不當なり(後述一)。要旨二は、債権者は債務者に代位して第三債務者に對し提起したる給付訴訟の繫屬中と雖も、第三債務者より債務者に對する債権不存在確認の訴の存するときは更に訴を以て債権存在を主張するの利益を有するを以て債権者は主参加訴訟を以て同一請求権存在の確認を求むることを得ざるものにして亦不當なり(後述二)。又要旨三は、案件主参加訴訟(舊民訴第五一條、民訴第六〇條)を以て現行民事訴訟法第七十一條の主参加併合訴訟なりと解したる誤あるのみならず(後述三、一、)、主参加併合訴訟に於ける判決の效力が別訴判決の效力より大なるの理由を以て要旨二の理由を補充せむとするものにして亦不當なり(後述三、二)。

一

要旨一は頗る不當なり。

一、給付訴訟の訴訟物は常に給付請求権なり。訴訟の當事者が其の適格 *Sachlegitimation* を有せず又は請求が権利保護の必要に關する要件を缺くものなる場合に於ても異なることなし。此等の要件を缺くことを理由として請求を棄却する判決は固より訴訟物たる給付請求権の存否につき既判力を生ぜずと雖も(即ち其の訴訟としてのみ請求の理由なきを言ふものなり、他の訴訟に及ばず)、訴訟の訴訟物を以て給付請求権にあらずとすものにはあらず(訴訟物なき訴訟に於ける判決と異なる)。蓋し其の、訴訟の當事者が適格を缺き又は請求保護の必要存せずとすは即ち訴訟物たる給付請求権につき之れを云ふものにして寧ろ給付請求権の存在を前提とすものなればなり。従て同一給付請求権につきての給付訴訟と確認訴訟とは、訴訟物を一にする二個の訴にして同時に繫屬するときは第二訴訟は第一訴訟の存在に依り其の訴訟成立要件を缺くものとする(第二三二條)。而も此事は第一訴訟が給付訴訟たることを確認訴訟たるに依り異なることなし。蓋し同一訴訟物につき二個の訴訟の繫屬するときはその存否につき矛盾する二個の判決を生ずる虞の存すべきは第一訴訟が給付訴訟たることを確認訴訟たるに依り異なる所なければなり。即ち二重訴訟の禁止(第二三二條)は同一訴訟物に關し同時に數個訴訟(訴の適法なると否と、請求の理由

あると否かを問はず)の繫屬を許さずとなすものにして第二訴訟の利益の有無を問ふものにはあらず(拙文、準必要的共同訴訟、法學論叢第二)。(八卷第一號一頁以下珠に一二頁(註)参照)。判旨の如く給付の第一訴訟の存するに拘はらず第二の確認訴訟を許すべしとの見解は吾人の未だ嘗て知らざる所にして、判旨に従はむか民事訴訟法第二百三十一條は常に適用せざるを得るの規定たるに至るべし。判旨は給付訴訟に於ても原告敗訴の判決は必ずしも給付請求権の不存在を確定するものに限らざるが故に同一給付請求権に係るときは雖も給付訴訟と確認訴訟とは訴訟物を異にすとなすも、之れ確認訴訟に於ける判決も亦必ずしも給付請求権の存否を確定するものにあらざるを忘れたるの論なり。同一訴訟物に係る以上は二個獨立(併合せらるる場合は別なり)の訴の提起を許さざるは民事訴訟法第二百三十一條の明定する所なり。當事者が第一訴訟の不適法なるを主張し第二の給付又は確認の訴を提起(豫備的)せむとする場合に於ても兩訴は訴訟物を一にするが故に當事者は第一訴訟に併合してのみ第二訴訟を提起し得るに止まる。之れ此の場合に於ては第二訴訟は第一訴訟の不適法なることを條件となすもの即ち豫備的訴にして第一訴訟に併合せらるることに依りてのみ訴(豫備的)提起の效力を生じ得るものなるが故なり。例へば第一訴訟の被告が本訴を不適法なりとし第二訴訟たる反訴を提起する場合に於けるが如し。本訴と反訴とは訴訟物を一にする場合に於ても猶ほ所謂二重訴訟

にはあらず(従て第一訴訟の不適法なることを主張する場合に於ても別訴を以てするときは二重訴訟なり)。判旨は畢竟第一訴訟が正當なる當事者の要件を缺き又は保護の必要に關する要件を缺くものなるときは、其の存在は第二訴訟をして所謂二重訴訟たらしむるものにあらずとなすものなりと雖も第一訴訟が此等の要件を缺くの事情は固より第二訴訟をして適法のものたらしむるを得ざるなり。蓋し同一訴訟につき同一當事者が、一方第一訴訟に於て當事者たる適格を缺き又は保護の必要に關する要件を缺くに拘はらず、他方第二訴訟に於て此等の要件を具備することはあり得べからざる所にして、第一訴訟の當事者が此等の要件を缺くことを主張し第二訴訟を併合提起するが如きことは之れを考ふるを得ざればなり。(尤も必要的共同訴訟の場合に在りては第一の單一訴訟の存するに拘はらず第二の共同訴訟を提起し得る所なりと雖も、此の場合には兩訴は當事者を異にするものと解すべく(後述二参照)二重訴訟禁止の例外にはあらず。案件は準必要的共同訴訟にして必要的共同訴訟の場合にあらず)。

案件主參加訴訟にして係争債權を物體となすもの(差押債權の存在確認訴訟)なりとせば(判旨は斯く解するものなり)主參加原告税務署長と共同被告の一人戸田音次郎(第三債務者)との關係に於ては主參加訴訟は別訴と重複し、二重訴訟の制限を受けざるべからず。若し案件主參加訴訟

にして民事訴訟法第七十一條に據るものなりとせば(大審院は斯く解す)主參加訴訟は之れを不適法として却下すべく、又若し第六十條に據るものなりとせば(控訴院は斯く解す)之れを二個の單一訴訟に分離し第三債務者に對する部分を却下し(第二三一條)債務者に對する部分は場合に依り(分離に依り受訴裁判所の管轄に屬せざるに至ることあるべし)之れを管轄裁判所に移送すべかりしなり(第三〇條)。判旨は案件主參加訴訟を認むるに急にして、訴訟物の何たるかを誤り、二重訴訟禁止の規定(第二二一條)を不當に適用せざるものと謂はざるべからず。

二、控訴裁判所は此の點に關して主參加訴訟を以て訴訟の目的が合一にのみ確定すべき所謂類似必要的共同訴訟なりと解し、案件主參加訴訟と別訴とは訴訟物を一にするも其の被告を異にするが故に所謂二重訴訟にあらずとす(前記控訴審判決理由要旨參照)。

然れども主參加訴訟は準必要的共同訴訟にして必要的共同訴訟にはあらず(前掲拙文、準必要)的共同訴訟參照)。主參加訴訟の判決は共同被告につき理論上矛盾するを得ざるに止まり(各被告につき判決主文の同一なる場合に於ても猶ほ數個存在す)合一に確定するを要する場合にあらず(必要的共同訴訟に在りては請求の併合を伴ふものなる場合に於ても判決主文は一個なり、例へば數人の株主の提起したる株主總會決議無効の訴に於ける無効判決に於けるが如し)。其の共同被告の數人に對し同一

確認を求むるものなる場合(例へば案件の場合)に於ては訴訟物たる権利は一個なりと雖も、其の存否に關する判決は各被告につき爲さるべく相互矛盾するを得ざるに止まり其の内容は實は數個なり(此の意味に於ては猶ほ請求の併合を伴ふ共同訴訟と謂ふことを得)。例へば甲乙間の所有權存在確認訴訟に對し丙が其の甲の所有權の存在を争ひ所有權不存在確認の主參加併合訴訟を提起したる場合に於ては(此の場合に於ては乙も亦甲の所有權を争ふものなるを通常とすと雖も丙は民事訴訟法第七十五條に依り乙の共同當事者として訴訟に参加するを得ず、蓋し權利關係の合一にのみ確定すべき場合にあらざればなり)訴訟物は一なりと雖も訴訟の判決は各當事者間三個存在し、丙甲間、丙乙間(主參加訴訟の判決として)並に甲乙間(本訴訟の判決として)の關係に於て各甲の所有權の存否を確定するものなり(從て此の場合甲に對しては丙勝訴たるに拘はらず乙に對しては即時確定の利益なきを理由として請求棄却の判決の爲さるるを得べし)。之れ法律が此の場合に限り本訴訟の當事者の一方の脱退を認むる所以なり(民訴第七二條)。

權利關係が合一にのみ確定すべき共同訴訟(類似必要的共同訴訟又は固有必要的共同訴訟)に在りては、共同當事者(例へば共同原告甲及乙)は恰も一人(甲乙)として取扱はれ單一訴訟に於ける當事者(甲若くは乙)と其の當事者を異にするが故に、單一訴訟たる第一訴訟(甲丙間の訴訟)の存

することは、必ずしも共同訴訟たる第二訴訟(甲乙と丙間の訴訟)の提起を妨げずとも、主參加併合訴訟(第七一條)を以て第二訴訟(必要的共同訴訟)を提起するを得ざるなり(人事訴訟手續法第二條第一項第二項に依り民事訴訟法第七一條の主參加併合訴訟の形式を生ずるは特例なり。而も此の場合には第一訴訟たる單一訴訟の原告は實は同時に共同被告の一人たる地位を有するものにして、夫婦を共同被告とする第二訴訟(民訴、第七一條)は實質に於ては民事訴訟法第七五條の參加に異ならず、之れ民事訴訟法第七五條の存する所以なり。

控訴審裁判所の見解に従はむか案件主參加訴訟は之れを分離するを得ざるが故に主參加訴訟自體別訴と重複するものとして却下せざるべからず。控訴審裁判所が案件に於て共同被告の一人の行爲は他の一人につきても其の效力を生ずとなしたるは(前記控訴審判決理由要旨參照)寔に正當なりと雖も(前掲、拙文、準必、要的共同訴訟參照)、兩訴を以て當事者を異にする二個の訴なりとし二重訴訟に非らずとなすが如きは自體矛盾せるものと謂はざるべからず。畢竟民事訴訟法第六十條又從て第七十一條と第七十五條とを混同するものに外ならず。

二

要旨二は債權者(債務者に代位したる)及第三債務者間給付訴訟の存するも債權者は猶ほ第三債

務者との間に於ける債權不存在確認訴訟に参加するの利益を有するが故に債權存在確認の主參加訴訟を提起するを得こなすものにして不當なり。

債權者が債務者に代位し債務者に屬する権利を行ひたるときは債務者は該權利につき管理處分權又從て訴訟を爲す權能 *Prozessführungsrecht* (*Sachlegitimation*) を失ふ(非訟第七六條第二項參照)。從つて(1)債權者が第三債務者に對し給付訴訟(案件別訴)を提起したる場合に於ては債務者は該權利につき訴訟を爲す權能を有せざるが故に、(2)第三債務者は債權者が該債權につき管理處分權を有するを否認する前提に於てのみ債務者に對し該債權の存否を争ひ得べく(案件本訴訟)(案件本訴訟も亦債權者の代位權を否認し債務者の正當なる當事者なることを主張するものに外ならざるなり)、又(1)債權者は債權者の代位權を争ふ場合に限り該訴訟(案件別訴)の當事者を共同被告とし債權者に對しては自己が正當なる當事者たることの確認を求め第三債務者に對しては給付を求め得べく(第六〇條又は第七一條)、(2)債權者は又第三債務者を被告とする別訴(給付訴訟)の存するに拘はらず、債務者並第三債務者間の訴訟(例へば前記1、2)に参加し債務者の管理處分權の不存在の確認を求むるを得べし(民訴第六〇條又は第七一條)(案件は此の場合なり)。蓋し債權者第三債務者間に債權を訴訟物とする別訴の存するときは債權者の主參加訴訟に

依り更に第三債務者に對し債權の存在確認又は給付を求むるを得ざればなり(前述一参照)。此等の場合(2、イ、ロ)に於ては債務者は債權者の提起したる別訴に對し又債權者は第三債務者の提起したる本訴訟に對し當事者として自己の權利を主張するものなるが故に民事訴訟法第六十條(舊民訴第五十一條)又は第七十一條に依ることを得。裁判所は債務者の提起したる主参加訴訟(2、イ)に於て債務者の主張を正當なりとするときは債務者(主参加原告)と債權者(主参加共同被告の一人)との間の關係に於ては債務者勝訴の確認判決を爲し、債務者(原告)第三債務者(共同被告の他の一人)間の關係に於ては給付判決を爲すべく、民事訴訟法第七十一條の參加なるときは更に本訴訟につき債權者敗訴の判決をも併せ爲すべし。又債權者の提起したる主参加訴訟(2、ロ)に於て裁判所債權者の主張を正當とするときは(案件は此の場合に相當す)債務者並に第三債務者(共同被告)に對し主参加原告(債權者)勝訴の確認判決を爲し、第七十一條の參加なるときは更に本訴訟につき原告敗訴の判決をも併せ爲すべきなり。即ち案件に於けるが如く債權者(稅務署長)第三債務者(戸田音次郎)間既に給付訴訟(別訴)の存するときは債權者は主参加訴訟を以てするも更に債權を訴訟物とする第二訴訟を提起するを得ず單に債務者の管理處分權を争ひ得るに止まるものと謂はざるべからず。

大審院が「債權者第三債務者間既に給付訴訟の存するも債權者は猶ほ第三債務者と債權者との間に於ける債權不存在確認訴訟に参加するの利益を有するが故に債權存在確認の主参加訴訟を提起することを得」となすが如きは、利益の有無に依り二重訴訟の許否を決せむとすものにして不當なるのみならず(前述一参照)、管理處分權を訴訟物とすものと解してのみ是認するを得べき案件主参加訴訟に於て債權の存否を判斷したる控訴審判決を是認したるは結果に於ても亦不當なりと謂はざるべからず。

三

要旨三は案件主参加訴訟を以て主参加併合訴訟なりと速断せるの誤あるのみならず(後述一)、主参加併合訴訟に於ける判決の效力の別訴判決の效力より大なるの理由に依り案件別訴(給付の訴)の存在は主参加訴訟を提起するの利益を阻却せずとすものにして要旨二と同様の誤あり(後述二)。

一、案件主参加訴訟は主参加併合訴訟に非らざるべし。

案件の事實を見るに、主参加訴訟は大正十五年二月九日の提起に係り舊民事訴訟法第五十一條に據りたるものなるべく、現行民事訴訟法實施の當初既に控訴審に繫屬せしもの、如し。而して

本訴訟は中止に依り(舊民訴第五二條第一項)依然第一審に繫屬し兩訴は審級を異にしたるが故に原告は主參加訴訟を變更し本訴訟に併合するを得ざりしもの、如し。之れ控訴審裁判所は主參加訴訟のみにつき原告勝訴の確認判決をなし、本訴訟につき何等の裁判を爲さざりし所以なるべし。

大審院が突如案件を以て民事訴訟法第七十一條に依る參加訴訟なりと解したるの理由は吾人のこれを推測する(判例集記載の事實不十分なり)を得ずと雖も、若し其の解するが如くなりせば原審判決を破毀し事件を原審裁判所に差戻すべかりしなり(昭和五年十二月二十二日大審院第一民事部判決、(大審院民事判例集第九卷第一二號一八九頁以下)拙文判例批評、同判決の批評(前出研究三七)参照)。判旨は此の點に於ても亦矛盾せるものと謂はざるべからず。

二、判旨が主參加併合訴訟の判決の效力が別訴判決の效力に優るものあるを理由とし兩訴を以て二重訴訟にあらずとすは要旨二と共に不當なり。

主參加併合訴訟は主參加訴訟(共同訴訟)と本訴訟(單一訴訟)とを併合するものなるが故に、訴訟の判決も亦主參加訴訟並に本訴訟につき爲さるゝことを要し、必ずや(主參加併合訴訟が請求の併合を伴ふ場合たるを否とを問はず)三個の内容を有せざるべからず(前述二参照)。例へば甲乙間債權不存在確認訴訟(本訴訟)の繫屬中丙が債權存在を主張し主參加併合訴訟を提起したる場

合に於て、裁判所丙の主張を正當なりとするときは、訴訟の判決は丙と甲乙との間の關係(主參加訴訟)に於て丙勝訴の確認判決(債權の存在確認判決)を爲し、甲と乙との間の關係(本訴訟)に於て甲敗訴の判決(債權存在確認判決)を爲すを要す。即ち主參加併合訴訟の判決の主參加訴訟の判決たる内容は丙と甲乙との間に既判力を生ずると共に、甲乙間(共同被告間)に於て參加的效力を生じ、本訴訟の判決たる内容は甲乙間既判力を生ず。但右主參加訴訟の判決の甲乙間に於ける參加的效力は本訴訟の判決の既判力に依り其の存在の意義を有するを得ず潜在するに止まる(從て民事訴訟法第六十條の共同訴訟に依りては被告敗訴の判決は常に共同被告間參加的效力を生ず)。之れ甲又は乙にして訴訟より脱退し訴訟の判決(從て既判力)を受けざる場合に於ても猶ほ訴訟の判決は脱退當事者に對し其の效力(參加的效力)を及ばす所以にして(第七二條)、民事訴訟法第七十二條但書に所謂「其の效力」は即ち判決の參加的效力を云ふものに外ならざるなり。大審院が本件は民事訴訟法第七十一條に依る參加訴訟にして其の判決は從來の當事者たる上告人間(本訴訟の當事者間)各自の間は勿論此等の者と參加人たる被上告人との間(主參加訴訟の當事者間)に相互に確定せらるべきものなること同法第七十二條但書に徴するも明なりと云ふは、主參加訴訟の判決の既判力と參加的效力とを混同する嫌なきに非らずと雖も、其の主參加併合訴訟の

判決が三個の内容を有し單一訴訟たる別訴の判決に比し其の效力の大なるを云ふは寔に正當なり。然れども主參加併合訴訟の判決は三個の内容を有するものなるが故に主參加原告と共同被告の一人との間に別訴のあるときは主參加訴訟は其の範圍に於て別訴と重複す(民訴第二三二條)。大審院が案件主參加併合訴訟の利益は別訴の利益に優るものなるが故に別訴の存在は案件主參加併合訴訟の利益を阻却せずとし所謂二重訴訟にあらずとすが如きは、二重訴訟禁止の理由を利益の有無に求むるものにして不當なりと謂はざるべからず。二重訴訟は第一訴訟が確認訴訟にして第二訴訟が給付訴訟なる場合に於ても猶ほ許すべからざるなり(前掲拙文章必要的共同訴訟、註参照)。

六一 醫師會の議決と司法裁判所の権限

昭和七年九月二十八日大審院第四民事部判決(大審院民事判例集第一卷第一八號一八四九頁以下、昭和七年(オ)第三四〇號過怠金請求事件)

【判決要旨】 郡市醫師會カ其ノ會員ニ對シ總會ノ議決ヲ經テ科シタル過怠金徴收ノ訴訟ニ於テ當

該議決ノ當否ノ判斷ハ司法裁判所ノ審判スヘキ範圍ニ屬セサルモノトス

【事實】 原告(控訴人、上告人)八王寺市南多摩郡醫師會ノ主張ノ要旨ハ原告ハ大正八年勅令第四百二十八號醫師會令ニ依リ設立セラレタル法人ニシテ被告(被控訴人、被上告人)堀野計一外三名等ハ其ノ會員ナル處被告等ハ原告カ會則ニ基キ總會ニ於テ定メタル營業報酬ニ關スル規約ヲ無視シ任意ニ診察料藥價等ヲ定メテ診察治療投藥等ノ醫行為ヲ爲シツツアルニ因

リ昭和四年十二月二十八日原告醫師會々長ハ會則ニ依リ役員會ノ議決ヲ經テ被告等ニ戒告ヲ爲シタルモ肯セサルヲ以テ更ニ昭和五年七月三十日總會ノ議決ヲ經テ同年八月二日被告等ニ對シ過怠金百五十圓宛ノ懲戒ヲ爲シ同月八日迄ニ納付スヘキ旨ヲ通知シタリ然ルニ被告等ハ之レニ應セサルヲ以テ其ノ徴收ノ爲本訴ノ請求ヲ爲スト云フニ在リ

被告等ノ答辯ノ要旨ハ被告等カ原告醫師會ノ會員ナルコト原告主張ノ如キ戒告並過怠金百五十圓宛ノ懲戒ニ付スル旨ノ通知アリタルコトハ之ヲ認ムルモ被告等ハ八王子相互診療組合ノ招聘ニ因リ同組合ニ於テ組合員ノ爲ニ醫師行為ヲ擔任シツツアルモノニシテ而モ此ノ組合員ヨリ徴收スル診療費ナルモノハ組合員ガ組合ノ營造物使用ト藥品等ノ給付ヲ受ケル割合ニ應シテ離出スル組合費用ニ該當シ營業報酬ニ非ス故ニ原告ノ定メタル診察料藥價等ト其ノ額ヲ異ニスルモ報酬規約違反ノ問題ヲ生セス假ニ組合費ハ營業報酬ナリトスルモ被告等ハ雇傭契約ニ基キ右組合ヨリ一定ノ俸給ヲ受ケテ組合ノ醫務ヲ擔任スルモノナルカ故ニ被告等ト受診者トノ間ニ於テハ醫行為對報酬ノ問題ヲ生セス故ニ右組合ト原告トノ間ニ於テ報酬規約違反ノ問題ヲ生スルモノト假定スルモ被告等ノ關知スル所ニ非スト云フニ在リ

控訴東京地方裁判所ハ被告等ハ前示組合ニ招聘セラレ一定ノ給料ヲ得テ組合員ノ醫務ニ從事スルモノニシテ治療費藥價等カ直接被告等ノ所得ニ歸スル關係ニ非サルモノト認メ被告等ハ原告醫師會ニ對シ規約違反ノ責任ヲ負フモノニ非ス從テ原告醫師會カ過怠金ノ處分ヲ爲スモ之ヲ納付スヘキ義務ナキ旨判旨シ原告ノ請求ヲ棄却シ

大審院ハ左記理由ニ依リ上告ヲ理由アリトシ控訴審判決ヲ破毀シ事件ヲ差戻シタリ

【大審院判決理由】 按スルニ醫師法第八條第三項ニ依レハ同法ニ基キ設立セラレタル郡市醫師會及道府縣醫師會ハ醫事衛生ノ改良發達ヲ圖ルヲ目的トスルモノニシテ本來公共的性質ヲ有シ私法人ト其ノ趣ヲ異ニスルノミナラス醫師會令第二十四條ニ地方長官ハ醫師會ノ議決カ法令若ハ會則ニ違反シ又ハ公益ヲ害スト認ムルトキハ理由ヲ示シテ其ノ議決ノ取消ヲ命スルコトヲ得ル趣旨ノ規定ノ存スルニ由リテ之ヲ觀レハ右醫師會カ其ノ會員ニ會則違反ノ行為アリト認メ總會ノ議決ヲ經テ

懲戒ヲ行フカ如キ場合ニ於テ其ノ議決ニ不法若ハ不當ノ點アリトセハ專ラ所轄地方長官ノ行政上ノ處分ニ依リ之ヲ匡救スルコトヲ得セシムルノ法意ナリト解スヘク從テ其ノ議決ノ當否ヲ判斷ハ司法裁判所ノ審判スヘキ範圍ニ屬セサルモノト解スルヲ相當トス然ラハ右醫師會カ其ノ會員ニ對シ總會ノ議決ヲ經テ科シタル過怠金ノ徵收ニ關シ醫師法第九條ノ三ノ規定ニ依リテ民事訴訟ヲ提起シタル場合ニ於テハ司法裁判所ハ當該總會ノ議決ニ係ル懲戒カ相當ナリヤ否ヤヲ審理シテ其ノ理由ニ依リ其ノ請求ノ當否ヲ判斷スルヲ得サルコト明白ニシテ是レ當院ノ判例トスル所ナリ（昭和六年（オ）第八八八號同七年一月十三日第三民事部判決參照）本件ニ於テ之ヲ觀ルモ上告人醫師會ハ其ノ會員タル被上告人等ニ對シ會則ノ定ムル所ニ依リ總會ノ議決ヲ經テ科シタル過怠金ノ支拂ヲ請求スルモノナルヲ以テ原審カ被上告人等ニ上告人醫師會ノ會則ニ違反スル行爲ナキモノト認定シ右醫師會カ總會ノ議決ヲ經テ被上告人等ニ對シ過怠金處分ヲ爲スモ被上告人等ハ之ヲ支拂フ義務ナキ旨判旨シタルハ所論ノ如ク不法ニシテ本論旨ハ理由アリ原判決ハ之ヲ破毀スヘキモノトス

【關係法文】 醫師法第九條ノ三・第八條・第二四條

判旨は正當なり。

判旨は（一）醫師會の總會の議決を経て科したる過怠金徵收の訴訟を以て形式的民事訴訟なりとするものにして、正當なるのみならず（後述一）、其の（二）該給付訴訟に於て裁判所は當該議決の當否を審査することなく其の請求の當否を判斷すべきものなりと爲すも亦正當なり（後述二）。

判旨が醫師會の過怠金請求訴訟を以て形式的民事訴訟なりとなすは正當なり。

醫師法に基き設立せられたる郡市區醫師會（醫師法第八條第一項）並道府縣醫師會（同第八條第二項）は醫事衛生の改良發達を圖るを以て目的とする法人（同第八條第三項）即ち公法人なり。從て其經費賦課權・懲戒權は固より、其の經費又は過怠金の徵收權等財産上の收入（給付）を内容とする權（給付請求權）も亦其の性質公權にして私法上の權利にはあらず。之れ醫師法第九條ノ三が「郡市區醫師會又ハ道府縣醫師會ハ勅令ノ定ムル所ニ依リ會員ヨリ徵收スヘキ收入ニ關シテハ民事訴訟ヲ提起スルコトヲ得」と規定し之れを以て特に形式的民事訴訟事項（形式的民事）となす所以なり。尤も同條に會員より徵收すべき收入と云ふは會員より徵收すべき經費等其の一般財政上の收入を指し個々の會員に對する過怠金の請求を包含せざるものと解すべきが如しと雖も、同條等を補充すべき同法第九條ノ四が經費の負擔並に會員の懲戒を併せ規定するに徵するときは、醫師法は過怠金の收入をも形式的民事として同法九條ノ三中に包含せしめたるものと解するを正當とすべし。

二

判旨が醫師會の過怠金請求訴訟に於ては、裁判所は當該議決の當否を判斷することなく（後述一）其の給付請求の當否を裁判すべしとなす（後述二）は正當なり。