

2016 年度民訴第2部のレジュメに引用してあった判例を掲載する。

原審引用部分は原則として省略した。

戦前判例については要旨を付した。テキスト化されていないときは、リンクを貼るにとどめた。

気まぐれで下線を引いたり引かなかったりしていますが気にしないでください。

## I 判決手続

### 1-2-2 控訴の利益

#### ・最2S40/3/19

本件において、被上告人らは上告人に対し、本件不動産につき上告人のためになされた所有権移転登記および抵当権設定登記の抹消登記手続を求め、上告人において請求棄却の判決を求めたところ、第一審判決は、「原告らは仮処分後の登記である被告会社の登記の各抹消登記を本訴で求める必要は何等ないわけであるから、原告らの被告会社に対する請求は失当として棄却を免れない。」旨判示して、被上告人らの上告人に対する右請求を棄却したものであることは、記録上明らかである。右第一審判決は、結局訴の利益がないとして被上告人らの請求を棄却したものであるから、形式的には上告人が全部勝訴の判決を得たかの如き観を呈するが、上告人は更に被上告人ら主張の前記登記抹消登記請求権の存在しないことの確定を求めるため、第一審判決に対し控訴の利益を有するものと解するのを相当とする。しかるに、上告人は第一審判決において勝訴しているから控訴の利益がないという理由で上告人の本件控訴を却下した原判決は、違法であつて、破棄を免れない。

#### ・最3S31/4/3

本件において、被上告人は、(イ)、上告人に対する一〇八七円及びその利息を支払うべき債務の担保として、本件(一)の不動産の所有権を上告人に譲渡し、移転登記をしたが、右債務はすでに弁論によつて消滅し、従つて右担保権もまた消滅したものであるとして、被上告人のため、(一)の不動産に対する所有権移転登記手続を請求し、なお、(ロ)、本件(二)及び(三)の不動産につき抵当権設定登記の抹消登記手続を請求し、上告人は、(ハ)、反訴として、被上告人に対し不法行為による損害賠償の請求をなしたものである。そして原審は、(イ)の請求に対し(一)の不動産については譲渡担保が設定せられたことを認めたが、ただ被担保債権は一〇八七円及びその利息ではなく、五、二〇〇円余であると認定し、かつ右被担保債権の全部につき未だ弁済がなされていないから、担保は消滅せざるものと判断して、結局被上告人の請求を排斥し、(ロ)及び(ハ)の請求に対しては、上告人を敗訴せしめた。そこで本件上告理由を見るに、すべて上告人が勝訴した被上告人の(イ)の請求につき、原審がなした判決理由中の判断を攻撃するにとどまり、上告人が敗訴した(ロ)及び(ハ)の請求に対する不服でないことが明らかである。そして所有権に基く登記請求の訴についてなされた判決の既判力は、その事件で訴訟物とされた登記請求権の有無を確定するにとどまり、判決の理由となつた所有権の帰属についての判断をも確定するものではないから(昭和二

八年(オ)第四五七号、昭和三〇年一二月一日第一小法廷判決参照)、上告人は本件において(イ)の請求につき敗訴しても、なお、自ら訴を提起し又は相手方の請求に応訴することによつて、(一)の不動産の所有権が自己に存することを主張して争うことができるのであるから、所論は結局上告の前提たる利益を欠くものと云わなければならない。

・最1S45/1/22

上告人の被上告会社に対する本件主位的請求および予備的請求のうち、清算人 A を解任し、B1 を清算人に選任する旨の決議に関する部分については、原審において第一審判決を取り消し、これを大阪地方裁判所に差し戻す旨の判決をしている。控訴審において、第一審判決を取り消し、事件を第一審に差し戻す旨の判決があつた場合に、差戻を受けた第一審は、裁判所法四条の定めるところにより、右判決の取消の理由となつた法律上および事実上の判断に拘束されるのであるから(最高裁昭和二八年(オ)第八一七号同三〇年九月二日第二小法廷判決民集九卷一〇号一一九七頁参照)、同条所定の拘束力が生ずる取消の理由となつた控訴審判決の判断に不服のある控訴人は、右判決に対して上告をする利益を有し右判断の違法をいうことができるのであるが、控訴人において右判決の理由に不服があつても、これが取消の理由に対するものでない場合には、右控訴人は右判決に対し上告の利益を有しないものと解するのを相当とする。論旨は、原判決の違法をいうが、いずれも、原審が第一審判決を取り消す理由とした同条所定の拘束力のある判断の違法をいうものではないから、上告人の被上告会社に対する請求中清算人 A を解任し、B1 を清算人に選任する旨の決議に関する部分については、上告適法の理由とすることができない。

次に、論旨を、上告人の被上告会社に対する請求のうち、D を監査役に選任する旨の決議に関する部分について審按する。およそ、社員として有する権利の行使の停止またはかかる権利行使許容の仮処分決定においては、裁判所が右仮処分によりみだりに会社の経営権争奪に介入することがないよう厳に戒しむべきものであることはいうまでもなく、右仮処分の申請はその必要最少限度においてのみ認容せらるべきものといわなければならない。そして、この種の仮処分決定は、右の趣旨に照らし、その決定中に明示された部分に限りその効力を生ずるものというべきである。したがつて、原審の認定した本件仮処分決定中いわゆる社員権行使許容を命じた部分は、右仮処分申請人である被上告人 B1 に対し、E 名義の同決定判示の株式一五〇〇株についてのみ、株主としての権利行使を許しただけであつて、定款により株主総会における議決権行使の代理資格を株主に制限している被上告会社において、被上告人 B1 に株主 F の本件株主総会における議決権を代理行使する資格をも与えたものと解することはできないものといわなければならない。してみれば、右仮処分決定が右の効力をも有するものとし、被上告人 B1 のした F の議決権の代理行使を有効とした原審の判断は違法である。また、株式を相続により準共有するに至つた共同相続人は、商法二〇三条二項の定めるところに従い、当該株式につき株主の権利を行使すべき

者一人を定めて会社に通知すべきところ、原審は、亡 G 名義の株式二〇〇〇株につき、その共同相続人から会社に対し、右の通知をしたかどうか、また何人が株主の権利を行使すべき者として定められたかについて、何ら判示するところがない。そして、被上告人 B1 のした F の議決権の代理行使を無効とする以上は、右通知の存否、内容のいかんによつては、本件株主総会において D を監査役に選任する旨の議決は、成立しなかつたことになる。昭和三八年五月六日同人につき監査役選任の登記がされたことは原審の認定するところであり、したがつて、上告人の被上告会社に対する右決議の効力がないことの確定を求める本件主位的請求をたやすく排斥した原判決には、審理不尽、理由不備の違法があるものといわなければならない。論旨は理由があり、原判決はこの点において破棄を免れず、原判決と同旨の第一審判決も取り消すべく、第一審において更に審理を尽くさせるのを相当とし、右主位的請求を破棄差戻すべきものとする以上予備的請求の当否につき判断をする必要をみない場合もありうべきであるから、右決議に関する部分につき主位的請求に併せて予備的請求も大阪地方裁判所に差し戻すべきものとする。

### 1-2-3 控訴裁判所の審判範囲

・最1S61/9/4

本件訴訟の経緯についてみるに、記録によれば、(一) 第一審は、被上告人の本件貸金請求につき本件金銭消費貸借契約は公序良俗に違反しないなどとして貸金債権が有効に成立したことを認めたものの、右貸金債権は、上告人らの主張する反対債権である売買代金返還請求債権と対当額で相殺されたことによりその全額につき消滅したとして、被上告人の本件貸金請求を棄却する旨の判決をした、(二) 第一審判決に対しては、被上告人のみが控訴し、上告人らは控訴も附帯控訴もしなかつた、(三) 原審は、被上告人の貸金債権については、第一審判決と同じく公序良俗違反などの抗弁を排斥してその有効な成立を認めたとえ、上告人らの主張する相殺の抗弁については、反対債権は認められないとしてこれを排斥し、被上告人の本件貸金請求(原審における請求の拡張部分を含む。)を認容する判決をした、(四) 上告人らは、原判決の全部につき上告の申立をした、というものであるところ、本件のように、訴求債権が有効に成立したことを認めながら、被告の主張する相殺の抗弁を採用して原告の請求を棄却した第一審判決に対し、原告のみが控訴し被告が控訴も附帯控訴もしなかつた場合において、控訴審が訴求債権の有効な成立を否定したときに、第一審判決を取り消して改めて請求棄却の判決をすることは、民訴法一九九条二項に徴すると、控訴した原告に不利益であることが明らかであるから、不利益変更禁止の原則に違反して許されないものというべきであり、控訴審としては被告の主張した相殺の抗弁を採用した第一審判決を維持し、原告の控訴を棄却するにとどめなければならないものと解するのが相当である。そうすると、本件では、第一審判決を右の趣旨において維持することとし、被上告人の本件控訴を棄却し、また被上告人の原審における請求の拡張部分を棄却すべきことになる。

・最 3H6/11/22

特定の金銭債権のうちの一部が訴訟上請求されているいわゆる一部請求の事件において、被告から相殺の抗弁が提出されてそれが理由がある場合には、まず、当該債権の総額を確定し、その額から自働債権の額を控除した残存額を算定した上、原告の請求に係る一部請求の額が残存額の範囲内であるときはそのまま認容し、残存額を超えるときはその残存額の限度でこれを認容すべきである。けだし、一部請求は、特定の金銭債権について、その数量的な一部を少なくともその範囲においては請求権が現存するとして請求するものであるので、右債権の総額が何らかの理由で減少している場合に、債権の総額からではなく、一部請求の額から減少額の全額又は債権総額に対する一部請求の額の割合で案分した額を控除して認容額を決することは、一部請求を認める趣旨に反するからである。

そして、一部請求において、確定判決の既判力は、当該債権の訴訟上請求されなかった残部の存否には及ばないとする事判例であり(最高裁昭和三五年(オ)第三五九号同三七年八月一〇日第二小法廷判決・民集一六卷八号一七二〇頁)、相殺の抗弁により自働債権の存否について既判力が生ずるのは、請求の範囲に対して「相殺ヲ以テ対抗シタル額」に限られるから、当該債権の総額から自働債権の額を控除した結果残存額が一部請求の額を超えるときは、一部請求の額を超える範囲の自働債権の存否については既判力を生じない。したがって、一部請求を認容した第一審判決に対し、被告のみが控訴し、控訴審において新たに主張された相殺の抗弁が理由がある場合に、控訴審において、まず当該債権の総額を確定し、その額から自働債権の額を控除した残存額が第一審で認容された一部請求の額を超えるとして控訴を棄却しても、不利益変更禁止の原則に反するものではない。

そうすると、原審の適法に確定した事実関係の下において、被上告人の請求債権の総額を第一審の認定額を超えて確定し、その上で上告人が原審において新たに主張した相殺の自働債権の額を請求債権の総額から控除し、その残存額が第一審判決の認容額を超えるとして上告人の控訴を棄却した原審の判断は、正当として是認することができる。

・最 2S32/12/13

第一審において、全部勝訴の判決を得た当事者(原告)も、相手方が該判決に対し控訴した場合、附帯控訴の方式により、その請求の拡張をなし得るものと解すべきである。本件原審において、被上告人がした所論請求の拡張も、これを実質的に観れば、附帯控訴に外ならないものと解すべきであり、その方式においても、民訴三七四条、三六七条に反するところのないことは、記録上明らかであるから、右請求の拡張すべからざるものとする論旨は、採用することはできない。(なお、貼用印紙の不足額については、当審において被上告人をして追貼せしめたから、この点においても、欠くところはない。)

#### 1-2-4 控訴審の手続

・大 S9/2/26

##### 要旨

当事者の一方のみが控訴をしない旨の合意は無効である。

##### 本文

事実：訴外酒井トヨハ被上告人(被控訴人、原告)ノ無盡講ニ加入シ無盡金四百八十七圓五十錢ニ對スル無盡掛金ハ毎回十九圓五十錢トシ毎月二十五日支拂ノコトト定メ訴外横松勝次郎及上告人(控訴人、被告)兩名ハ同人ト連帶責任ヲ負擔シタリ而シテトヨハ第五回ノ掛金ヲ爲シタル際落札シタルヲ以テ金五百圓ヲ受領シタルニ第六回以降第三十回ニ至ル迄ノ掛金合計三百十二圓ノ支拂ヲ爲ササリシニヨリ上告人ハ右金額支拂ノ請求訴訟ヲ提起セラレ第一審ニ於テ敗訴ノ判決ヲ受ケタリ仍テ上告人ハ原裁判所ニ控訴ヲ提起シタル處原裁判所ハ甲第一號證無盡契約書ニハ債務者ハ本件ニ付第一審裁判ニ敗訴シタルトキハ理由ノ如何ニ拘ラス上訴ヲ爲サストノ特約記載セラレタルヲ以テ上告人ハ右特約ニ依リ控訴ヲ爲スコトヲ得サルモノナリト判示シ控訴ヲ却下シタリ

理由：上告論旨第三點ハ第二審ニ於テハ上告人カ本件ニ付第一審裁判ニ敗訴シタルトキハ理由ノ如何ニ拘ラス上訴ヲ爲ササル旨ヲ特約シ居ルコト明瞭ナルヲ以テ上告人兩名ハ孰レモ本件ニ付上訴權ヲ有セサルモノト謂ハサルヘカラスト判示シタリ然レトモ右特約ハ甲第一、二號證カ真正ニ成立シタルヲ前提トスルモノニシテ本件ノ如ク甲第一、二號證ノ成立ニ争アリ甲第一、二號證ノ契約ノ義務ナキ場合ニ迄適用スヘキモノニアラス依テ前審ノ判示ハ不當タルコト言フ俟タスト云フニ在リ

按スルニ民事訴訟法第三百六條第一項但書ニ於テ當事者雙方共ニ控訴ヲ爲ササル旨ノ合意ヲ爲シタルトキハ控訴ヲ爲スコトヲ得スト規定シタルハ訴訟ノ當事者雙方カ事件ノ迅速ナル完結ヲ欲スル爲或ハ第一審ノ裁判官ニ信頼スル爲等ノ理由ニ依リ第一審限ニ於テ事件ヲ確定セシムルコトヲ希望スルカ又ハ重要ナル争點ハ法律問題ニ在ルカ故ニ當事者雙方カ控訴ヲ爲サシテ上告ノミヲ爲サンコトヲ希望スルカ如キ場合ニ合意ノ効カヲ認メタルモノニシテ合意管轄ヲ認メタル法律ノ趣旨ニ髣髴タルモノナリ故ニ其ノ合意ノ効カヲ生スルニハ當事者雙方ニ於テ孰モ控訴ヲ爲ササル旨ヲ表意スルコトヲ要スルモノニシテ若シ當事者一方ノミヲシテ控訴ヲ爲ササシムルコトヲ約セシムルモ有效ナリト爲ストキハ民事訴訟法ノ認メタル當事者對等ノ原則ニ反スルノミナラス私法上ノ契約ヲ爲スニ當リ當事者ノ一方カ他方ニ對シ特ニ債權者カ債務者ニ對シ契約締結ノ條件トシテ斯カル不利益ナル約款ヲ附スルコト無キニ非ス故ニ斯カル當事者一方ノミカ控訴ヲ爲ササルヘキコトヲ約シタル合意ハ無効ナリト解スルヲ相當トス本件ニ於テ原審ハ上告人(控訴人)ハ甲第一號證ノ契約ヲ締結スルニ當リ第一審裁判ニ敗訴シタルトキハ理由ノ如何ニ拘ラス上訴ヲ爲ササルコトヲ特約シタルヲ以テ本件控訴ハ不適法ナリトシテ之ヲ却下シタリ然レトモ右特約ニシテ獨リ

上告人ノミカ上訴ヲ爲ササルコトヲ約シタル趣旨ナリトセハ此ノ特約ハ前示ノ理由ニ依リ無効ナリト謂ハサルヘカラス若シ夫レ右特約ニシテ當事者雙方共ニ上訴ヲ爲ササルコトヲ約シタルモノナリトセハ原判決ニ於テ其ノ所以ヲ判示セサルヘカラサルモノトス然ルニ斯カル判示ナキヲ以テ原判決ハ民事訴訟法第三百六十條第一項但書ノ解釋ヲ誤リタルカ又ハ理由ニ不備アル不法アリト謂ハサルヲ得ス即チ上告論旨ハ結局理由アリ原判決ハ破毀ヲ免レサルヲ以テ他ノ論旨ニ對スル説明ヲ省略シ民事訴訟法第四百七條第一項ニ依リ主文ノ如ク判決ス

#### 1-3-2 上告理由及び上告受理申立理由

##### ・最 2S32/10/4

職権によつて調査するに、原判決の基本たる口頭弁論に關与している裁判官は、裁判長裁判官岡田建治、裁判官竹島義郎、同黒川四海であることは記録上明らかである。然るに原判決には、判決をなした裁判官として、裁判長裁判官岡田建治、裁判官組原政男、同竹島義郎の署名捺印がなされていることが明らかであるから、原判決は民訴一八七条一項に違反し判決の基本たる口頭弁論に關与しない裁判官によつてなされたものに外ならず、同法三九五条一項一号に該当するものとして、論旨についての判断をするまでもなく破棄を免れないものといわなければならない。

##### ・大 S6/10/16(要旨)

1. 第一審の判決をした裁判官が、第二審判決の言渡のみに立会うのは違法でない。
2. 第一審判決をした判事が第二審判決の言渡のみに立会ったことは、旧民事訴訟法395条1項1号に該当しない。

##### ・最 3H11/6/29

一 本件は、約束手形の所持人である上告人が裏書をした被上告人らに対して手形金の支払を求める訴訟であり、所論は、原判決には、再抗弁についての判断の遺脱があるから、理由不備の違法があるというのである。

二 記録によれば、当事者双方の主張の要点は、次のとおりである。

1 被上告人らは、原因関係の抗弁として、次のように主張した。

(一) 本件手形は、有限会社日ノ出建設が、上告人やその代表者西村武らから本件不動産及び本件出資持分を買受ける本件売買に当たり、手付金の支払のために振り出して上告人に交付したもので、被上告人らは、その支払を保証する目的で本件裏書をしたものである。

(二) 本件売買には、日ノ出建設が代金支払のために環境事業団から融資を得られたときに初めてその効力を生ずるとの停止条件が付されており、これが成就していないから、本件裏書は原因関係を欠く。

(三) 停止条件ではなく、右融資が得られないときに本件売買の効力を失わせる旨の解除条件であるとしても、日ノ出建設は環境事業団から融資を拒絶され、その条件が成就した。

2 これに対し、上告人は、再抗弁として、日ノ出建設は、故意に環境事業団から融資を得られないうようにしたから、(一)故意に停止条件の成就を妨害したか、又は(二)故意に解除条件を成就させたものであると主張した。

三 条件の成就によって利益を受ける当事者が故意に条件を成就させたときは、民法一三〇条の類推適用により、相手方は条件が成就していないものとみなすことができる(最高裁平成二年(オ)第二九五号同六年五月三十一日第三小法廷判決・民集四八巻四号一〇二九頁)。したがって、上告人の右二2(二)の主張(解除条件の成就作出)は、被上告人らの同1(三)の抗弁(解除条件の成就)に対する再抗弁となるべきものである。

四 ところが、原判決は、停止条件の不成就と解除条件の成就をいずれも抗弁として摘示しながら、再抗弁としては、停止条件の成就妨害のみを摘示し、解除条件の成就作出を摘示していない。しかも、原審は、本件売買は解除条件が成就し無効となったから、本件裏書は原因関係を欠くに至ったとして、解除条件成就の抗弁を入れながら、解除条件の成就作出については何らの判断も加えないで、上告人の請求を棄却した。

右によれば、原判決には、判決に影響を及ぼすべき重要な事項について判断を遺脱した違法があるといわなければならない。

五 しかしながら、原判決の右違法は、民訴法三一二条二項六号により上告の理由の一事由とされている「判決に理由を付さないこと」(理由不備)に当たるものではない。すなわち、いわゆる上告理由としての理由不備とは、主文を導き出すための理由の全部又は一部が欠けていることをいうものであるところ、原判決自体はその理由において論理的に完結しており、主文を導き出すための理由の全部又は一部が欠けているとはいえないからである。

したがって、原判決に所論の指摘する判断の遺脱があることは、上告の理由としての理由不備に当たるものではないから、論旨を直ちに採用することはできない。しかし、右判断の遺脱によって、原判決には判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があるものというべきであるから(民訴法三二五条二項参照)、本件については、原判決を職権で破棄し、更に審理を尽くさせるために事件を原裁判所に差し戻すのが相当である。

・最 1S53/12/21

原審は、乙第一号証(五〇〇万円の抵当権設定金円借用証書)及び同第五号証(二〇〇〇万円の抵当権設定金円借用証書)の上告人作成名義部分は一審における上告人本人尋問の結果によつて上告人の署名が上告人の自署によるものであることが認められるから全部真正に成立したものと推定することができるとして、右の各書証を重要な証拠として被上告人主張の連帯保証契約、抵当権設定契約及び代物弁済予約の成立を認め、上告人の請求を棄却したものであることは、原判文に徴して明らかである。

ところで、上告代理人提出の弁護士渡部明作成の告訴状写、笹沼美世作成の申述書、検察官

坂井一郎作成の不起訴処分理由通知書及び同人作成の「不起訴処分理由通知について」と題する書面によれば、東京地方検察庁検察官は、昭和五三年三月二十八日笹沼美世に対する前記乙第一号証及び同第五号証に関する私文書偽造、同行使、公正証書原本不実記載、同行使、詐欺告訴事件について、その事実はあるが起訴猶予にするのが相当であるとして、不起訴処分にしたものであることが認められる。してみれば、右乙号各証が偽造されたものであることについては、民訴法四二〇条二項にいう証拠の欠缺以外の理由によつて有罪の確定判決を得ることができない場合に当たるものといわなければならない。

このように、上告理由として原判決につき同条一項六号所定の事由の存することが主張された場合において、当該事実に関し同条二項所定の要件が具備されていることが認められるときは、原判決につき判決に影響を及ぼすことの明らかな法令の違反があつたものとしてこれを破棄し、更に審理を尽くさせるため事件を原審に差し戻すのが相当である。

・最 2H15/10/31

1 原審の確定した事実関係及び本件訴訟の経緯の概要は、次のとおりである。

(1) 上告人らは、発明の名称を「窒化ガリウム系化合物半導体発光素子」とする特許権(特許番号第2658009号。以下、この特許を「本件特許」という。)の特許権者である。本件特許は、平成4年7月23日に特許出願がされ、願書に添付した明細書(以下「本件明細書」という。)についての同8年2月1日付け手続補正書による補正を経て、同9年6月6日に特許権の設定の登録がされたものである。

(2) 本件特許について特許異議の申立てがされ、特許庁において、平成10年異議第71450号事件として審理された結果、平成11年10月1日、本件特許の請求項1から3までに係る特許を取り消すべき旨の決定(以下「本件取消決定」という。)がされた。

(3) 上告人らは、本件取消決定の取消しを求める本件訴訟を提起した。原審は、平成14年4月3日に口頭弁論を終結し、同月24日に上告人らの請求を棄却する旨の判決を言い渡した。上告人らは、同年5月15日、上告及び上告受理の申立てをした。

2 上告代理人ら提出の特許庁訂正2002-39155号事件審決謄本写し及び本件記録によれば、次の事実が認められる。

(1) 本件明細書の特許請求の範囲の請求項1から3までの記載は、別紙1のとおりであった。上告人らは、平成14年7月11日、特許請求の範囲の減縮及び明りょうでない記載の釈明を目的として、本件明細書の訂正をすることについて審判を請求した。この審判請求につき、特許庁において、訂正2002-39155号事件として審理された結果、同年9月2日、本件明細書の訂正をすべき旨の審決(以下「本件訂正審決」という。)がされ、そのころ確定した。

(2) 本件訂正審決は、本件特許の請求項1及び2を別紙2のとおり訂正し、請求項3を削除するものであって、特許請求の範囲の減縮に当たる。



3 本件のように、特許を取り消すべき旨の決定の取消請求を棄却した原判決に対して上告又は上告受理の申立てがされ、上告審係属中に当該特許について特許出願の願書に添付された明細書を訂正すべき旨の審決が確定し、特許請求の範囲が減縮された場合には、原判決の基礎となった行政処分が後の行政処分により変更されたものとして、原判決には民訴法338条1項8号に規定する再審の事由がある。そして、この場合には、原判決には判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があったものというべきである(最高裁昭和58年(行ツ)第124号同60年5月28日第三小法廷判決・裁判集民事145号73頁参照)。

そうすると、本件については、原判決を破棄し、更に審理を尽くさせるために事件を原審に差し戻すのが相当である。

### 1-3-3 上告審の手続

#### ・最 3H14/12/17

上告人は、被上告人が平成11年9月21日付けでした上告人の平成4年度から同10年度までの特別土地保有税に関する各更正の請求には更正をすべき理由がない旨の各処分の取消しを求める訴えに加えて、原審において、同7年度から同10年度までに係る上記各処分の取消しを求める訴えを予備的に追加提起した。しかし、上記予備的請求に係る訴えは、上記主位的請求に係る訴えと重複するものであるから、不適法であって(民訴法142条)、却下すべきである。これと異なり予備的請求を棄却した原判決には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があり、原判決中予備的請求を棄却した部分は破棄を免れない。

なお、上告人の予備的請求に係る訴えは、上記のとおり不適法でその不備を補正することができないものである。このような訴えについては、民訴法140条が第1審において口頭弁論を経ないで判決で訴えを却下することができるものと規定しており、この規定は上告審にも準用されている(民訴法313条、297条)。したがって、当裁判所は、口頭弁論を経ないで上告人の予備的請求に係る訴えを却下する判決をすることができる。そして、これらの規定の趣旨に照らせば、このような場合には、訴えを却下する前提として原判決を破棄する判決も、口頭弁論を経ないですることができると解するのが相当である。

#### ・最 2H18/9/4

職権により検討する。本件は、地方自治法260条の2による認可を受けた団体である町内会の会員のうち被上告人を含む119名が、同町内会の規約に基づき、同町内会の総代である上告人に対し、総代等の任務満了による後任の総代等の選任の決議を目的とする臨時総会を招集することを求めて提起した訴訟の一部である。

記録によれば、被上告人は、原審口頭弁論終結後、原判決言渡し前である平成17年5月30日に死亡したこと及び上記町内会の規約上、会員の死亡は、会員資格の喪失事由とされていることが明らかであるところ、上記規約によれば、会員たる地位は、当該会員の一身に専属的なもので

あって相続の対象とはなり得ないものと解されるから、本件訴訟は、被上告人の死亡により当然に終了したというべきである。

したがって、原判決中被上告人に関する部分を破棄し、被上告人の死亡により本件訴訟が終了したことを宣言することとする。なお、訴訟の終了の宣言は、既に訴訟が終了していることを裁判の形式を採って手続上明確にするものにすぎないから、民訴法319条及び140条(同法313条及び297条により上告審に準用)の規定の趣旨に照らし、上告審において判決で訴訟の終了を宣言するに当たり、その前提として原判決を破棄するについては、必ずしも口頭弁論を経る必要はないと解するのが相当である。

・最 3H22/3/16

上告人らの代理人北村明美の所論にかんがみ、職権をもって検討する。

1 原審の適法に確定した事実関係の概要は、次のとおりである。

(1) Aは、平成17年12月17日に死亡した。

(2) 上告人Y2、同Y1及び被上告人は、いずれもAの子である。

(3) 上告人Y2は、第1審判決別紙のとおりA名義の遺言書を偽造した。

2 本件は、被上告人が、上告人らに対し、上告人Y2が民法891条5号所定の相続欠格者に当たるとして、同Y2がAの相続財産につき相続人の地位を有しないことの確認等を求める事案である(以下、上記確認請求を「本件請求」という。)

3 第1審は、本件請求を棄却したため、被上告人がこれを不服として控訴したところ、原審は、本件請求を棄却した第1審判決を上告人Y2に対する関係でのみ取り消した上、同Y2に対する本件請求を認容する一方、同Y1に対する被上告人の控訴を、控訴の利益を欠くものとして却下した。

4 しかしながら、原審の上記判断は、以下の(1)及び(2)の各点において、是認することができない。その理由は、次のとおりである。

(1) 被上告人の上告人Y1に対する控訴の適否について

本件請求に係る訴えは、共同相続人全員が当事者として関与し、その間で合一にのみ確定することを要する固有必要的共同訴訟と解するのが相当である(最高裁平成15年(受)第1153号同16年7月6日第三小法廷判決・民集58巻5号1319頁)。したがって、本件請求を棄却した第1審判決主文第2項は、被上告人の上告人Y1に対する請求をも棄却するものであるというべきであって、上記3の訴訟経過に照らせば、被上告人の上告人Y1に対する控訴につき、控訴の利益が認められることは明らかである。

(2) 本件請求に関する判断について

ア 本件請求に係る訴えは、固有必要的共同訴訟と解するのが相当であることは前示のとおりであるところ、原審は、本件請求を棄却した第1審判決を上告人Y2に対する関係でのみ取り消した上、同Y2に対する本件請求を認容する一方、同Y1に対する控訴を却下した結果、同Y1に対す

る関係では、本件請求を棄却した第1審判決を維持したものとわざるを得ない。このような原審の判断は、固有必要的共同訴訟における合一確定の要請に反するものである。

イ そして、原告甲の被告乙及び丙に対する訴えが固有必要的共同訴訟であるにもかかわらず、甲の乙に対する請求を認容し、甲の丙に対する請求を棄却するという趣旨の判決がされた場合には、上訴審は、甲が上訴又は附帯上訴をしていないときであっても、合一確定に必要な限度で、上記判決のうち丙に関する部分を、丙に不利益に変更することができるのと解するのが相当である（最高裁昭和44年(オ)第316号同48年7月20日第二小法廷判決・民集27巻7号863頁参照）。そうすると、当裁判所は、原判決のうち上告人Y2に関する部分のみならず、同Y1に関する部分も破棄することができるというべきである。

5 以上によれば、上記各点に係る原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があり、原判決は、全部破棄を免れない。そして、上記事実関係によれば、上告人Y2は民法891条5号所定の相続欠格者に当たるというべきところ、記録によれば、同Y2及び同Y1は、第1審及び原審を通じて共通の訴訟代理人を選任し、本件請求の当否につき、全く同一の主張立証活動をしてきたことが明らかであって、本件請求については、同Y2のみならず、同Y1の関係においても、既に十分な審理が尽くされているということが出来るから、第1審判決のうち同Y2及び同Y1に対する関係で本件請求を棄却した部分を取消した上、これらの請求を認容すべきである。

なお、上告審は、上記のような理由により原判決を破棄する旨の判決をする場合には、民訴法319条並びに同法313条及び297条により上告審の訴訟手続に準用される同法140条の規定の趣旨に照らし、必ずしも口頭弁論を経ることを要しないものというべきである。

#### 1-6-2 再審事由

##### ・最 1H4/9/10

一 本件は、上告人に被上告人への金員の支払を命ずる確定判決につき、上告人に対する訴状の送達がなかったことが民訴法四二〇条一項三号の事由に該当するとして申し立てられた再審事件である。原審が確定した事実関係の概要は、次のとおりである。

1 右確定判決は、昭和五四年ころ、上告人の妻であった訴外坂東サヨ子（以下「サヨ子」という。）が、上告人の名で被上告人の特約店から買受けた商品の代金の立替払を被上告人に委託し、これに応じて右代金を立て替えて支払った被上告人が上告人に対して立替金及び約定手数料の残額並びにこれに対する遅延損害金の支払を求めた訴え（以下「前訴」という。）に対するものである。

2 上告人の四女（昭和四七年一月三〇日生・当時七歳九月）は、昭和五五年一月四日、上告人方において前訴の訴状及び第一回口頭弁論期日の呼出状の交付を受けたが、上告人に対し、右各書類を交付しなかった。

3 上告人が前訴提起の事実を知らないまま、その第一回口頭弁論期日に欠席したところ、口頭

弁論は終結され、上告人において被上告人の主張する請求原因事実を自白したものと、被上告人の請求を認容する旨の判決が言い渡された。

4 サヨ子は、上告人方においてその同居者として、昭和五五年一月三日に右判決の言渡期日（第二回口頭弁論期日）の呼出状の、同月一七日に判決正本の各交付を受けたが、この事実を上告人に知らせなかったため、上告人が右判決に対して控訴することなく、右判決は確定した。

5 上告人は、被上告人から、平成元年五月、本件立替金を支払うよう請求されて調査した結果、前訴の確定判決の存在を知った。

二 原審は、右事実関係の下において、次の理由で本件訴えを却下した。

1 前訴の訴状及び第一回口頭弁論期日の呼出状の交付を受けた上告人の四女は、当時七歳であり、事理を弁識するに足るべき知能を備える者とは認められないから、右各書類の交付は、送達としての効力を生じない。

2 しかし、前訴の判決正本は上告人の同居者であるサヨ子が交付を受けたのであり、本件においては、右判決正本の送達を無効とすべき特段の事情もないから、民訴法一七一条一項による補充送達として有効である。

3 そうすると、上告人は右判決正本の送達を受けた時に1記載の送達の瑕疵を知ったものとみられるから、右瑕疵の存在を理由とする不服申立ては右判決に対する控訴によってすることができたものというべきである。

4 それにもかかわらず、上告人は控訴することなく、期間を徒過したから、本件再審の訴えは、適法な再審事由の主張のない訴えであって、その欠缺は補正することができないものである。

三 しかしながら、原審の右判断を是認することはできない。その理由は、次のとおりである。

1 民訴法一七一条一項に規定する「事理ヲ弁識スルニ足ルヘキ知能ヲ具フル者」とは、送達の趣旨を理解して交付を受けた書類を受送達者に交付することを期待することができる程度の能力を有する者をいうものと解されるから、原審が、前記二1のとおり、当時七歳九月の女子であった上告人の四女は右能力を備える者とは認められないとしたことは正当というべきである。

2 そして、有効に訴状の送達がされず、その故に被告とされた者が訴訟に参与する機会が与えられないまま判決がされた場合には、当事者の代理人として訴訟行為をした者に代理権の欠缺があった場合と別異に扱う理由はないから、民訴法四二〇条一項三号の事由があるものと解するのが相当である。

3 また、民訴法四二〇条一項ただし書は、再審事由を知って上訴をしなかった場合には再審の訴えを提起することが許されない旨規定するが、再審事由を現実に了知することができなかった場合は同項ただし書に当たらないものと解すべきである。けだし、同項ただし書の趣旨は、再審の訴えが上訴をすることができなくなった後の非常の不服申立方法であることから、上訴が可能であったにもかかわらずそれをしなかった者について再審の訴えによる不服申立てを否定するもの

であるからである。これを本件についてみるのに、前訴の判決は、その正本が有効に送達されて確定したものであるが、上告人は、前訴の訴状が有効に送達されず、その故に前訴に関与する機会を与えられなかったとの前記再審事由を現実に了知することができなかつたのであるから、右判決に対して控訴しなかつたことをもって、同項ただし書に規定する場合に当たるとすることはできないものというべきである。

4 そうすると、上告人に対して前訴の判決正本が有効に送達されたことのみを理由に、上告人が控訴による不服申立てを怠つたものとして、本件再審請求を排斥した原審の判断には、民訴法四二〇条一項ただし書の解釈適用を誤つた違法があり、右違法が判決に影響することは明らかであるから、論旨は理由があり、原判決は破棄を免れない。そして、本件においては、なお前訴の請求の当否について審理する必要があるので、これを原審に差し戻すこととする。

#### ・最 3H19/3/20

1 本件は、抗告人が、相手方の抗告人に対する請求を認容した確定判決につき、民訴法338条1項3号の再審事由があるとして申し立てた再審事件である。

2 記録によれば、本件の経過は次のとおりである。

(1)相手方は、平成15年12月5日、横浜地方裁判所川崎支部に、抗告人及びAを被告とする貸金請求訴訟(以下「前訴」という。)を提起した。

相手方は、前訴において、〔1〕B1及びB2は、平成9年10月31日及び同年11月7日、Aに対し、いずれも抗告人を連帯保証人として、各500万円を貸し付けた、〔2〕相手方は、Bらから、BらがAに対して有する上記貸金債権の譲渡を受けたなどと主張して、抗告人及びAに対し、上記貸金合計1000万円及びこれに対する約定遅延損害金の連帯支払を求めた。

(2)Aは、抗告人の義父であり、抗告人と同居していたところ、平成15年12月26日、自らを受送達者とする前訴の訴状及び第1回口頭弁論期日(平成16年1月28日午後1時10分)の呼出状等の交付を受けるとともに、抗告人を受送達者とする前訴の訴状及び第1回口頭弁論期日の呼出状等(以下「本件訴状等」という。)についても、抗告人の同居者として、その交付を受けた。

(3)抗告人及びAは、前訴の第1回口頭弁論期日に欠席し、答弁書その他の準備書面も提出しなかつたため、口頭弁論は終結され、第2回口頭弁論期日(平成16年2月4日午後1時10分)において、抗告人及びAが相手方の主張する請求原因事実を自白したものとみなして相手方の請求を認容する旨の判決(以下「前訴判決」という。)が言い渡された。

(4)抗告人及びAに対する前訴判決の判決書に代わる調書の送達事務を担当した横浜地方裁判所川崎支部の裁判所書記官は、抗告人及びAの住所における送達が受送達者不在によりできなかったため、平成16年2月26日、抗告人及びAの住所あてに書留郵便に付する送達を実施した。上記送達書類は、いずれも、受送達者不在のため配達できず、郵便局に保管され、留置期間の経過により同支部に返還された。

(5) 抗告人及びAのいずれも前訴判決に対して控訴をせず、前訴判決は平成16年3月12日に確定した。

(6) 抗告人は、平成18年3月10日、本件再審の訴えを提起した。

3 抗告人は、前訴判決の再審事由について、次のとおり主張している。

前訴の請求原因は、抗告人がAの債務を連帯保証したというものであるが、抗告人は、自らの意思で連帯保証人になったことはなく、Aが抗告人に無断で抗告人の印章を持ち出して金銭消費貸借契約書の連帯保証人欄に抗告人の印章を押印したものである。Aは、平成18年2月28日に至るまで、かかる事情を抗告人に一切話していなかったのであって、前訴に関し、抗告人とAは利害が対立していたというべきである。したがって、Aが抗告人あての本件訴状等の交付を受けたとしても、これが遅滞なく抗告人に交付されることを期待できる状況にはなく、現に、Aは交付を受けた本件訴状等を抗告人に交付しなかった。以上によれば、前訴において、抗告人に対する本件訴状等の送達は補充送達(民訴法106条1項)としての効力を生じていないというべきであり、本件訴状等の有効な送達がないため、抗告人に訴訟に関与する機会が与えられないまま前訴判決がされたのであるから、前訴判決には民訴法338条1項3号の再審事由がある(最高裁平成3年(オ)第589号同4年9月10日第一小法廷判決・民集46巻6号553頁参照)。

4 原審は、前訴において、抗告人の同居者であるAが抗告人あての本件訴状等の交付を受けたのであるから、抗告人に対する本件訴状等の送達は補充送達として有効であり、前訴判決に民訴法338条1項3号の再審事由がある旨の抗告人の主張は理由がないとして、抗告人の再審請求を棄却すべきものとした。

5 原審の判断のうち、抗告人に対する本件訴状等の送達は補充送達として有効であるとした点は是認することができるが、前訴判決に民訴法338条1項3号の再審事由がある旨の抗告人の主張は理由がないとした点は是認することができない。その理由は、次のとおりである。

(1) 民訴法106条1項は、就業場所以外の送達をすべき場所において受送達者に出会わないときは、「使用人その他の従業者又は同居者であって、書類の受領について相当のわきまえのあるもの」(以下「同居者等」という。)に書類を交付すれば、受送達者に対する送達の効力が生ずるものとしており、その後、書類が同居者等から受送達者に交付されたか否か、同居者等が上記交付の事実を受送達者に告知したか否かは、送達の効力に影響を及ぼすものではない(最高裁昭和42年(オ)第1017号同45年5月22日第二小法廷判決・裁判集民事99号201頁参照)。

したがって、受送達者あての訴訟関係書類の交付を受けた同居者等が、その訴訟において受送達者の相手方当事者又はこれと同視し得る者に当たる場合は別として(民法108条参照)、その訴訟に関して受送達者との間に事実上の利害関係の対立があるにすぎない場合には、当該同居者等に対して上記書類を交付することによって、受送達者に対する送達の効力が生ずるといえるべきである。

そうすると、仮に、抗告人の主張するような事実関係があったとしても、本件訴状等は抗告人に対して有効に送達されたものということができる。

以上と同旨の原審の判断は是認することができる。

(2)しかし、本件訴状等の送達が補充送達として有効であるからといって、直ちに民訴法338条1項3号の再審事由の存在が否定されることにはならない。同事由の存否は、当事者に保障されるべき手続関与の機会が与えられていたか否かの観点から改めて判断されなければならない。

すなわち、受送達者あての訴訟関係書類の交付を受けた同居者等と受送達者との間に、その訴訟に関して事実上の利害関係の対立があるため、同居者等から受送達者に対して訴訟関係書類が速やかに交付されることを期待することができない場合において、実際にもその交付がされなかったときは、受送達者は、その訴訟手続に関与する機会を与えられたことにならないというべきである。そうすると、上記の場合において、当該同居者等から受送達者に対して訴訟関係書類が実際に交付されず、そのため、受送達者が訴訟が提起されていることを知らないまま判決がされたときには、当事者の代理人として訴訟行為をした者が代理権を欠いた場合と別異に扱う理由はないから、民訴法338条1項3号の再審事由があると解するのが相当である。

抗告人の主張によれば、前訴において抗告人に対して連帯保証債務の履行が請求されることになったのは、抗告人の同居者として抗告人あての本件訴状等の交付を受けたAが、Aを主債務者とする債務について、抗告人の氏名及び印章を冒用してBらとの間で連帯保証契約を締結したためであったというのであるから、抗告人の主張するとおりの事実関係が認められるのであれば、前訴に関し、抗告人とその同居者であるAの間には事実上の利害関係の対立があり、Aが抗告人あての訴訟関係書類を抗告人に交付することを期待することができない場合であったというべきである。したがって、実際に本件訴状等がAから抗告人に交付されず、そのために抗告人が前訴が提起されていることを知らないまま前訴判決がされたのであれば、前訴判決には民訴法338条1項3号の再審事由が認められるというべきである。

抗告人の前記3の主張は、抗告人に前訴の手続に関与する機会が与えられないまま前訴判決がされたことに民訴法338条1項3号の再審事由があるというものであるから、抗告人に対する本件訴状等の補充送達が有効であることのみを理由に、抗告人の主張するその余の事実関係について審理することなく、抗告人の主張には理由がないとして本件再審請求を排斥した原審の判断には、裁判に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。論旨は、以上の趣旨をいうものとして理由があり、原決定は破棄を免れない。そして、上記事由の有無等について更に審理を尽くさせるため、本件を原審に差し戻すこととする。

#### ・最 3S39/3/24

再審原告の申立にかかる当裁判所昭和三七年(オ)第五一一号上告事件について、その上告理由書が原裁判所たる広島高等裁判所に提出されたのは昭和三七年四月二七日一九時五分で

あることが認められるところ、上告受理通知書が上告代理人に送達された日時は、その送達報告書の記載により同年三月七日午前一〇時五分であることが判るから、右上告理由書提出は法定期限を徒過し、その翌日なされたものというのほかなく、民訴法三九八条、三九九条一項二号により上告は却下されねばならないとして、第二小法廷がその旨の判決を昭和三十七年八月三日言い渡したことは、所論のとおりである。

しかして、再審原告提出の竹原郵便局長作成の証明書、広島高等裁判所裁判所書記官作成の郵便送達委任簿の記載に関する証明書及び本件記録編綴の同郵便局長作成当裁判所書記官宛「特別送達郵便物の配達日時時の照会について」と題する書面に徴し、前記上告受理通知書の送達報告書の送達年月日時欄の記載が昭和三十七年三月七日午前一〇時五分とあるのは、当該送達取扱者の不注意による誤記であり、事実上は同年同月八日午前一〇時五分に送達されたものであることが明白である。

してみれば、再審原告の所論上告理由書は、法定の期間内に提出されたものといわねばならず、前示の如き誤記ある送達報告書に依拠し十分な職権調査を尽さずしてなされた右第二小法廷判決は、畢竟、判決に影響を及ぼすべき重要な事項につき判断を遺脱したものというのほかなく、民訴法四二〇条一項九号に該当し、本件再審の申立は理由がある(大審院昭和一七年(ヤ)第五号昭和一八年三月三日判決、最高裁判所事務総局編集裁判例要旨集民訴法6一〇二八頁参照)。

### 1-6-3 再審の訴えの要件

#### ・最 1S29/3/11

本件再審請求は、結局前審における福岡高等裁判所の控訴判決の証拠となつた証人及び前審被控訴人(原告)の陳述が虚偽であるから、茲に民訴四二〇条七号に基き再審の訴を為すというに帰するものである。そして、同四二二条一項によれば、再審は不服の申立ある判決を為した裁判所の専属管轄に帰するものであつて、当裁判所がさきにした上告判決は、被控訴審の事実認定を非難する論旨は上告理由に当たらないものとして上告を棄却したものに過ぎないのであるから、本件再審の訴は民訴四二二条一項により不服の申立ある判決をなした裁判所である福岡高等裁判所の管轄に属するものといわなければならない。

#### ・最 1S46/6/3

本件再審原告は、再審の対象たる最高裁判所昭和三十七年(オ)第一〇一三号、同三十九年七月一六日第一小法廷判決事件の当事者ではないが、右判決の四一番の一(乙丙地域)、二(甲地域)の土地につき昭和三十九年四月一六日売買契約により所有権を取得し、同月一八日その旨の登記を経たから、本件の再審原告たり得ると主張するので、先ずこの点につき職権をもって判断する。

再審原告が昭和三十九年四月一六日付売買をもつて前記当法廷判決所掲の甲地域および乙丙



地域の所有権を取得する契約をしたことは、本件記録に編綴されている登記簿謄本によつて認められる。

ところで、再審の訴は、判決が確定したのちにその判決の効力を是認することができない欠缺がある場合に、具体的正義のため法的安定を犠牲にしても、これが取消を許容しようとする非常手段であるから、右判決の既判力を受ける者に対し、その不利益を免れしめるために、その訴の提起を許すものと解するのが相当であり、したがつて、民訴法二〇一条に規定する承継人は一般承継人たると特定承継人たるとを問わず、再審原告たり得るものといわなければならない。

・最 1H25/11/21

## 第1 事案の概要

1 本件は、株式会社の成立後における株式の発行の無効の訴え（以下「新株発行の無効の訴え」という。）に係る請求を認容する確定判決の効力を受ける原告人が、上記確定判決につき、民訴法338条1項3号の再審事由があるとして申し立てた再審事件である。

2 記録によれば、本件の経過は次のとおりである。

(1)相手方Y1は、原告人が新株予約権を行使したことにより、平成23年2月7日、1500株の普通株式を発行し（以下、この発行を「本件株式発行」という。）、原告人は、上記株式の株主となった。

本件株式発行がされた当時、原告人は、相手方Y1の代表取締役であったが、平成23年3月15日、代表取締役を解任され、その後、相手方Y1は、原告人の保有する相手方Y1の株式について質権の設定を受けたとするAに対し、同月30日付けの内容証明郵便により、本件株式発行は見せ金によって払込みの外形を作出してされた無効なものであることなどを通知した。これに対し、原告人及びAは、相手方Y1に対し、同年4月1日付けの内容証明郵便により、本件株式発行は有効なものであることなどを通知した。

(2)相手方Y1の株主である相手方Y2は、平成23年7月13日、相手方Y1を被告として、東京地方裁判所に、本件株式発行が存在しないことの確認を求める訴えを提起し、その後、予備的に本件株式発行を無効とすることを求める訴えを追加した（以下、上記各訴えに係る訴訟を「前訴」という。）。相手方Y2は、前訴において、本件株式発行は見せ金によって払込みの外形が作出されたものにすぎないことなどを主張した。

相手方Y1は、前訴の第1回口頭弁論期日において、請求を認めるとともに、請求原因事実を全て認める旨の答弁をしたが、前訴の受訴裁判所は、当事者双方から提出された書証を取り調べた上、請求原因事実についての追加立証を検討するよう指示して口頭弁論を続行し、第2回口頭弁論期日において、相手方Y1から提出された、本件株式発行が見せ金によるものであることなどが記載された陳述書を更に取り調べた上、口頭弁論を終結して、平成23年9月27日、本件株式発行を無効とする判決（以下「前訴判決」という。）を言い渡した。そして、前訴判決は、同年10月

14日の経過により確定した。

(3) 抗告人は、平成23年10月19日、前訴が提起されて前訴判決がされたことを知り、同年11月11日、前訴について、独立当事者参加の申出をするとともに(以下、上記申出による独立当事者参加を「本件独立当事者参加」という。)、本件再審の訴えを提起した。

3 原審は、〔1〕抗告人は、前訴判決の効力を受ける者であって共同訴訟的補助参加をすることができるものであるから、本件再審の訴えの原告適格を有することができるが、〔2〕相手方が前訴の係属の事実を抗告人に知らせず前訴判決を確定させ、これによって抗告人の権利が害されたとしても、前訴判決に民訴法338条1項3号の再審事由があるということとはできないとして、本件再審の訴えに係る請求を棄却すべきものとした。

## 第2 職権による検討

新株発行の無効の訴えに係る請求を認容する確定判決の効力を受ける第三者は、再審原告として上記確定判決に対する再審の訴えを提起したとしても、上記確定判決に係る訴訟の当事者ではない以上、上記訴訟の本案についての訴訟行為をすることはできず、上記確定判決の判断を左右できる地位にはない。そのため、上記第三者は、上記確定判決に対する再審の訴えを提起してもその目的を達することができず、当然には上記再審の訴えの原告適格を有するということとはできない。

しかし、上記第三者が上記再審の訴えを提起するとともに独立当事者参加の申出をした場合には、上記第三者は、再審開始の決定が確定した後、当該独立当事者参加に係る訴訟行為をすることによって、合一確定の要請を介し、上記確定判決の判断を左右することができるようになる。なお、上記の場合には、再審開始の決定がされれば確定判決に係る訴訟の審理がされることになるから、独立当事者参加の申出をするために必要とされる訴訟係属があるということができる。

そうであれば、新株発行の無効の訴えに係る請求を認容する確定判決の効力を受ける第三者は、上記確定判決に係る訴訟について独立当事者参加の申出をすることによって、上記確定判決に対する再審の訴えの原告適格を有することになるというべきである。最高裁昭和59年(オ)第1122号平成元年11月10日第二小法廷判決・民集43巻10号1085頁は、旧民訴法の下、確定判決の効力を受ける第三者が適法な独立当事者参加の申出をすることができなかった事案において、当該第三者の再審の訴えの原告適格を否定したものであり、本件との抵触が問題になる判例ではない。

記録によれば、原々審が、平成24年3月30日に本件再審の訴えに係る請求を棄却する決定をした後、本件独立当事者参加の申出に係る事件においては、同年4月3日、訴訟係属を欠くことを理由に同申出を却下する判決がされ、現在、同事件は、控訴審に係属している。しかるに、原審は、上記の観点から本件独立当事者参加の適法性について検討することなく、抗告人が前訴判決の効力を受ける者であって共同訴訟的補助参加をすることができるものであるとして直ちに本

件再審の訴えについての抗告人の原告適格を肯定したものであり、原審の上記判断には、裁判に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。

### 第3 抗告代理人榎本峰夫、同松井智、同平田和夫の抗告理由について

新株発行の無効の訴えは、株式の発行をした株式会社のみが被告適格を有するとされているのであるから(会社法834条2号)、上記株式会社によって上記訴えに係る訴訟が進行されている以上、上記訴訟の確定判決の効力を受ける第三者が、上記訴訟の係属を知らず、上記訴訟の審理に関与する機会を与えられなかったとしても、直ちに上記確定判決に民訴法338条1項3号の再審事由があるということとはできない。

しかし、当事者は、信義に従い誠実に民事訴訟を進行しなければならないのであり(民訴法2条)、とりわけ、新株発行の無効の訴えの被告適格が与えられた株式会社は、事実上、上記確定判決の効力を受ける第三者に代わって手続に関与するという立場にもあることから、上記株式会社には、上記第三者の利益に配慮し、より一層、信義に従った訴訟活動を行うことが求められるところである。そうすると、上記株式会社による訴訟活動がおよそいかなるものであったとしても、上記第三者が後に上記確定判決の効力を一切争うことができないと解することは、手続保障の観点からは認することはできないのであって、上記株式会社の訴訟活動が著しく信義に反しており、上記第三者に上記確定判決の効力を及ぼすことが手続保障の観点から看過することができない場合には、上記確定判決には、民訴法338条1項3号の再審事由があるというべきである。

本件において、抗告人は、前訴の係属前から、相手方Y1に対して内容証明郵便により本件株式発行の有効性を主張するなどしており、仮に前訴の係属を知れば、自らの権利を守るために前訴に参加するなどして相手方Y2による本件株式発行の無効を求める請求を争うことが明らかな状況にあり、かつ、相手方Y1はそのような状況にあることを十分に認識していたといえる。

それにもかかわらず、相手方Y1は、前訴において、相手方Y2の請求を全く争わず、かえって、請求原因事実の追加立証を求める受訴裁判所の訴訟指揮に対し、自ら請求原因事実を裏付ける書証を提出したほか、前訴の係属を知らない抗告人に対して前訴の係属を知らせることが容易であったにもかかわらず、これを知らせなかった。その結果、抗告人は、前訴に参加するなどして本件株式発行の無効を求める請求を争う機会を逸したものである。

このような一連の経緯に鑑みると、前訴における相手方Y1の訴訟活動は会社法により被告適格を与えられた者によるものとして著しく信義に反しており、抗告人に前訴判決の効力を及ぼすことは手続保障の観点から看過することができないものとして、前訴判決には民訴法338条1項3号の再審事由が存在するとみる余地があるというべきである。しかるに、原審は、上記の観点からの審理を尽くさず、上記の再審事由の存在を否定したのであるから、原審の上記判断には、裁判に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。論旨は、上記の趣旨をいうものとして理由

がある。

#### 第4 結論

以上によれば、原決定は破棄を免れない。そこで、以上の説示に従って、原告適格の有無について審理を尽くさせ、これが認められる場合には更に民訴法338条1項3号の再審事由の有無について審理を尽くさせるため、本件を原審に差し戻すこととする。

#### 1-6-5 再審の訴えの性質および訴訟物

・最 2S36/9/22

上告人は昭和三〇年五月一四日本件再審の訴を提起したのであるが、再審訴状には所論判断遺脱の再審事由は記載されず、その後昭和三一年四月一日附再審訴状補正書と題する書面を原審に提出し、右書面中に始めて所論判断遺脱の点を本件再審事由として摘示し、同年七月三日午前一〇時の原審口頭弁論期日において上告人代理人が右書面に基いて陳述したものであることは原判決の認定するところである。そして、所論の再審事由の存在は特段の事由のない限り判決正本を一読することによりこれを知ることを得べく、これを知り得なかつたとする特段の事由の主張立証はないのであるから、上告人は前示判決正本の送達により右再審事由の存在を知つたものと認定した原審判断は相当であつて、所論のように再審事由の主張を右日時までなさなかつたからといつて、右日時までこれを知らなかつたものとすることはできない。そして本件におけるごとく、再審の訴提起の後に、民訴四二七条二項によつて不服の理由を変更した場合においても、新たな再審事由についてその出訴期間の遵守は、変更の時を標準とすべきものと解すべきであるから、再審事由を知り、かつ旧訴判決確定の日から三〇日を経過した後には申立てた所論の再審事由は不合法として却下すべきであつて、これと同趣旨に出た原判決は結局相当であるから、論旨は採用することはできない。

#### 2-2-3 併合の態様と審判の規律

・最 3S43/11/19

記録によれば、上告人はみずから原審において、原判決別紙物件目録(二)の土地(以下「本件土地」という。)については、昭和三六年一二月一四日、被上告人を債権者とし、訴外機械商事株式会社(以下「訴外会社」という。)を債務者とする「債務者は本件土地について譲渡、質権、抵当権および賃借権の設定その他一切の処分をしてはならない」旨のいわゆる処分禁止の仮処分決定がなされ、同日その旨の登記がなされていること、上告人が本件土地を買い受けてその所有権移転登記を経由したのは昭和三七年一二月一日であることを主張したことが明らかであり、原審は、被上告人において、右仮処分の執行に関する上告人主張の事実を明らかに争わず、また、本件土地の買受けおよびその登記に関する主張事実を争わないものとして右事実を確定したことがその判文に照らして明らかである。所論は、右仮処分の執行に関する事実の主張は、上告人の右仮処分の執行の不許を求める請求を特定するためになしたものにすぎないというが、数個の

請求が併合審理される場合においては、当事者から陳述された事実は、これと関連をもつ請求についてそれぞれ訴訟資料となるものと解するのが相当である。そして、弁論主義のもとにおいては、権利の発生、その障害、消滅の法律効果の判断に直接必要な主要事実は、当事者の弁論にあらわれないかぎり裁判所が判決の基礎とすることは許されないけれども、当事者の弁論にあらわれた場合には、その事実について主張責任を負う当事者から陳述されたものであるかどうかは問うところではなく、また、主張された事実についての法律効果の判断は裁判所の職権事項に属するから、主張された主要事実を確定した以上、裁判所は、当事者の法律効果に関する主張がなくてもその法律効果を判断して請求の当否を決することができるものと解すべきである。したがって、原審が上告人の本件土地に対する所有権確認請求および右土地の明渡請求につき前記仮処分存在を斟酌してその当否を判断したからといって、原判決に所論の違法はない。論旨は採用するに足りない。

・大 S10/4/30(要旨)

- 1.共同訴訟が併合の要件を具備しないとき当然訴訟の全部または一部が却下されるべきものではない。
- 2.併合要件が欠けていること自体が、全部または一部の却下の事由となる訳ではない。
- 3.共同訴訟における証拠方法は、分離後においても、本来の証拠方法のまま証拠資料となる。
- 4.情況事実の主張につきいちいち判断を明示する必要はない。
- 5.併合の要件を具備しない共同訴訟について訴訟手続の分離があった場合または共同訴訟人の一部(甲)に対する部分は第一審判決によって確定し他の共同訴訟人(乙)に対する部分のみ控訴審に係属する場合に、その分離前または第一審における甲当事者本人尋問は、右分離後の手続または控訴審においても、本人尋問として証拠となる。

全文：[http://lex.lawlibrary.jp/lexbin/WebPdfOut.aspx?Bnbn=27819744&PDF\\_ID=30546](http://lex.lawlibrary.jp/lexbin/WebPdfOut.aspx?Bnbn=27819744&PDF_ID=30546)

・最 2S38/3/8

控訴代理人は、原審において、かりに訴外富山富太郎が被控訴人(被上告人)の代理人もしくは使者として控訴人(上告人)より本件貸金六八万円を受領する権限がなく、従つて、控訴人の本件貸金請求が認容されないとしても、被控訴人は訴外富山より控訴人が富山に交付した前記六八万円を受領し、法律上の原因なくして控訴人の損失において右金額の利得を得たものであるから、右金額の返還を求め旨主張したことは、原審第一回口頭弁論調書により明らかである。しかるに、原判決は、控訴人の右予備的請求の当否に関し判断を示さず、単に控訴人の本件貸金請求のみについて判断しこれを理由がないとして排斥したものであることは判文上明白である。右のような関係にある訴が予備的に併合された場合には、主たる請求を排斥する裁判をするときは、同時に予備的請求についても裁判することを要し、これを各別に判決することは許されないものと解すべきである。原判決は、控訴人の主たる請求についてこれを排斥する裁判をしながら、

予備的請求についての裁判をしなかつたこと前示のとおりであるから違法であり、この点において破棄差戻しを免れない。

・最 1S59/3/29

上告人の本訴請求は、本件土地上に建物を建築することが不可能とされたことにより上告人において右土地の所有権の行使ができなくなつたことを理由として、憲法二九条三項の規定に基づき右損失に対する正当な補償を請求するというにあるところ、右請求は、松田栄夫が本件土地上に建物を建築することについての許可申請に対して静岡県知事がした不許可処分を不服として提起した右処分の取消しの訴えとは、本件地上における建物建築の可能性という問題に関して共通する点を有するにとどまり、右取消請求に対し行政事件訴訟法一三条に掲げる関連請求のいずれにも該当するものとは認められないから、本訴請求を右取消訴訟に追加して併合提起することが許されないことは明らかであり、これを不適法とした原審の判断は、その結論において正当である。しかしながら、原審は、本訴請求の追加的併合が不適法であることから直ちに本訴を不適法として却下すべきものとしているが、取消訴訟と併合提起された別の請求に係る訴えが右併合の要件を満たさないため不適法な併合の訴えとされる場合においては、後者の請求の併合が取消請求と同一の訴訟手続内で審判されることを前提とし、専らかかる併合審判を受けることを目的としてされたものと認められるものでない限り、受訴裁判所としては、直ちに右併合された請求に係る訴えを不適法として却下することなく、これを取消請求と分離したうえ、自ら審判するか、又は事件がその管轄に属さないときはこれを管轄裁判所に移送する措置をとるのが相当というべきである。本件においては右の例外の事情の存在は認められないから(本訴請求は前記取消請求に対する予備的請求にあたるとは解されない。)、原審のとつた本件措置は不当といわざるをえない。したがって、原判決は破棄を免れず、本件は管轄裁判所である東京地方裁判所に移送すべきである。

・最 3H5/7/20

上告人は、原審において、旅館等の営業者として自然景観の眺望を享受する利益や水資源を利用し得る利益等を有するところ、被上告人の本件ダム設置運営等により、右利益等につき損失を被つたと主張して、憲法二九条三項の規定に基づく損失補償請求を予備的、追加的に併合することを申し立てたが、原審は、追加的併合を不適法として、右予備的請求に係る訴えを却下した。

しかし、右損失補償請求は、主位的請求である国家賠償法一条一項等に基づく損害賠償請求と被告を同じくする上、いずれも対等の当事者間で金銭給付を求めるもので、その主張する経済的不利益の内容が同一で請求額もこれに見合うものであり、同一の行為に起因するものとして発生原因が実質的に共通するなど、相互に密接な関連性を有するものであるから、請求の基礎を同一にするものとして民訴法二三二条の規定による訴えの追加的変更に応じて右損害賠償請求に損失補償請求を追加することができるものと解するのが相当である。もっとも、損失補償請求が

公法上の請求として行政訴訟手続によって審理されるべきものであることなどを考慮すれば、相手方の審級の利益に配慮する必要があるから、控訴審における右訴えの変更には相手方の同意を要するものというべきである。ところが、記録によれば、原審において、被上告人は、右予備的請求を追加的に併合することは不適法であるとして訴えの却下を求めており、被上告人による同意があったものと認めることはできない。したがって、上告人の本件予備的請求を追加することは許されないところ、記録によれば、本件損失補償請求の予備的、追加的併合申立ては、主位的請求と同一の訴訟手続内で審判されることを前提とし、専らかかる併合審判を受けることを目的としてされたものと認められるから、右予備的請求に係る訴えは、これを管轄裁判所に移送する措置をとる余地はなく不適法として却下すべきであって、これと結論を同じくする原判決は、正当である。

・福高 H8/10/17

本件は、被控訴人が、(a)控訴人会社に対し、(イ)主位的に貸金返還請求権、(ロ)予備的に寄託金返還請求権に基づき、一〇〇万円及びこれに対する本訴状送達の日(平成六年九月一〇日)から支払済みまで商事法定利率年六分の割合による遅延損害金の支払を求め、(b)控訴人ら全員に対し、(イ)主位的に不法行為に基づく損害賠償、(ロ)予備的に(控訴人会社に対してのみの予備的請求)取締役の報酬として、一五〇万円及びこれに対する本訴状送達の日(控訴人会社につき平成六年九月一〇日、その余の控訴人につき同月一日)から支払済みまで民法所定年五分の割合による遅延損害金を連帯して支払うことを求めた事案である。

(中略)

被控訴人は、予備的に、平成二年七月二日の寄託契約に基づく寄託金返還請求の申立をしている(前記のとおり、被控訴人からは平成二年五月ころ趣旨不明の一〇〇万円が控訴人会社に払い込まれた事実が認められるのであるが、被控訴人主張の本件寄託とは時期を異にするので、右の一〇〇万円とは別個の寄託を主張しているものと解さざるをえない。))。

しかし、(a)の(イ)の請求と(ロ)の請求とは論理上両立しうる請求であって、単純併合による審判申立ができるものである。そして、申立は、原則として確定的になされることを要し、条件や期限を付しえないのを原則とし、例外的に、合理的な理由があって、手続上格別の支障もない場合にのみ、申立に条件や期限を付しうるものと解される。ところが、(a)の(ロ)の請求については、(a)の(イ)の請求の認容を解除条件とする予備的併合をとる合理的な実益ないし必要性に乏しく、訴訟を不安定なものとする弊害もあるから、これを許すべきではないと解する。したがって、(a)の(ロ)の請求にかかる訴えは不適法として却下を免れない。(被控訴人の右申立は、予備的請求と表示されているものの、その趣旨は、第一次請求の認容を解除条件として第二次請求を申し立てる併合ではなく、併合した二つの請求の一つが認容されることを解除条件とする審判の申立すなわち、不真正予備的併合とも呼称される、選択的併合で、ただ審判の対象に順位を付して申し立

てるといふにあると解されないではない。しかし、被控訴人が金員交付の時期を明確に区別して主張していること及び当審における平成八年五月二八日付準備書面で、「もし、控訴人主張の様に貸金については全て返済済みというのであれば、右一〇〇万円の交付は貸金の返済であって、寄託金の返還分ではないから寄託金は未返還となる。」と主張していることなどからすると、被控訴人は、特定の時期ないし限定された期間内における被控訴人から控訴人会社への返還約束を伴った一〇〇万円の交付が一回であることを前提にして、消費貸借契約または寄託契約のいずれかに基づく返還請求、すなわち、目的が同一で論理的に両立できる請求の併合を申し立てているのではなく、請求の原因となる金員授受の事実が複数であることを前提に、貸金債権が弁済によって消滅したと認められる場合を慮って寄託金返還請求を追加する趣旨とみるほかないから、(a)の(イ)と(ロ)の各請求は真正な予備的併合の関係にあるといわざるをえない。)

・最 3S33/10/14

いわゆる請求の予備的併合の場合、第一審裁判所が主たる請求を認容したるのみにて、予備的請求に対する判断をしなかつたときといえども、第二審裁判所において、主たる請求を排斥した上予備的請求につき判断をなし得るものと解すべきことは大審院判例の示す所であつて、(昭和十一年(オ)一五八一号、同年一二月一八日判決、大審院民事判例集一五卷二二六九頁)当裁判所は、この判例を変更する要を認めない。されば論旨は理由がない。

・最 3S58/3/22

主位的請求を棄却し予備的請求を認容した第一審判決に対し、第一審被告のみが控訴し、第一審原告が控訴も附帯控訴もしない場合には、主位的請求に対する第一審の判断の当否は控訴審の審判の対象となるものではないと解するのが相当であるから、これと同旨の見解を前提とする原判決は正当であ[る]。

・最 3H1/9/19

原審の適法に確定したところによれば、原判決添付物件目録1及び12記載の各土地は亡花城可信が所有するものであったが、亡花城可信は昭和四三年五月三十一日に死亡し、その長男亡花城可豊の代襲相続人である上告人、長女である被上告人花城カミ、二女である被上告人外間慶子、三女である花城ウト、四女である被上告人花城喜美子、二男である花城可仁、五女である花城マサ子、四男である被上告人花城可昭及び六女である被上告人伊禮ツル子の九名が共同相続し、花城マサ子は昭和五三年三月二〇日に、花城ウトは昭和五四年一月五日に、いずれも相続人なくして死亡したため、結局、上告人、被上告人ら及び花城可仁の七名がこれを共同相続した、というのである。

そうすると、原判決添付物件目録1及び12記載の各土地につき被上告人らが共有持分各七分の一を有することの確認を求める請求は理由があり、認容されるべきである。なお、右各土地が亡花城可信の遺産に属することの確認を求める遺産確認の訴えは、共同相続人全員が当事者と



して関与し、その間で合一にのみ確定することを要するいわゆる固有必要的共同訴訟と解すべきところ(最高裁昭和六〇年(才)第七二七号平成元年三月二八日第三小法廷判決・民集四三卷三号一六七頁参照)、亡花城可信の相続人の一人である花城可仁を当事者としなくて提起されたものであるから、右訴えは不適法というべきであるが、これと選択的併合の関係にある右共有持分確認請求が認容されることによって、原判決及び第一審判決中右各土地につき被上告人らの遺産確認請求を認容した部分は、当然に失効する。

・最 3S39/4/7

被上告人は、本訴においては貸金返還と手形金支払の両請求を併合して提起しているところ、第一審では両請求を選択的に併合したため貸金請求のみが認容され、原審ではその併合の態様を変更して(記録上これに対して上告人らはなんら異議を述べた形跡がない。)、手形金支払を第一次的請求、貸金返還を予備的請求とすることに改めたため手形金支払請求のみが認容されたものであることは、いずれも、判文上明らかである。されば、第一審と原審とでは、現実になされた審判の対象を異にし、原審では手形金支払請求につき実質上第一審としての裁判をなしているのであるから、所論原判示は正当というべきである。いわゆる請求の予備的併合においては、第一次的請求が認容されることを解除条件として予め予備的請求をも申し立てるものであるから、原審で右のように第一次的請求が認容された以上、予備的請求たる貸金返還請求については裁判を要しないものとなり、その場合には、貸金返還請求についてなされた第一審判決は当然に失効するものと解するを相当とする。されば、原判決において第一審判決の取消をしなかつたからといって、所論違法があるとはできない。論旨は採用できない。

・福高 H8/10/17(前出 2-2-3)

・最 1S58/4/14

本件記録によると、(一)第一審において、上告人は被上告人に対し、(1)不法行為に基づく損害賠償として三九六六万五四〇〇円並びに内金三〇〇〇万円について昭和五四年七月二日から、内金九六六万五四〇〇円について同月一日から各完済まで年一四パーセントの割合による遅延損害金の支払を求める請求(以下「不法行為に基づく請求」という。 )と、(2)債務不履行に基づく損害賠償として二三三一万五一〇〇円及びこれについての同年一〇月一三日から完済まで年六分の遅延損害金の支払を求める請求(以下「債務不履行に基づく請求」という。 )とを選択的併合として申し立てたところ、第一審は、債務不履行に基づく請求を一三九二万〇一〇〇円及びこれについての右同日から完済まで年六分の金員の限度で認容し、上告人のその余の請求を棄却する旨の判決をした、(二)右第一審判決に対し、被上告人が控訴の申立をしたが、上告人は控訴及び附帯控訴の申立をしなかつたところ、原審は、債務不履行に基づく請求のみがその審判対象であるとしたうえ、右請求は理由がなく棄却すべきであることのみを理由として、第一審判決の被上告人敗訴の部分を取り消し、右部分につき債務不履行に基づく請求を棄却していること

が認められる。

しかしながら、原告が甲請求と乙請求とを選択的併合として申し立てている場合、原告の意思は、一つの申立が認容されれば他の申立はこれを撤回するが、一つの申立が棄却されるときには他の申立についても審判を求めるといふものであることは明らかであって、この意思は、原告が併合形態を変更しない限り、全審級を通じて維持されているものというべきであり、選択的併合の申立が訴訟法上適法なものと認められるべきものである以上、原告の意思に右のような内容の効力を認めるべきものであるから、甲請求につきその一部を認容し、原告のその余の請求を棄却した第一審判決に対し、被告が控訴の申立をし、原告が控訴及び附帯控訴の申立をしなかった場合でも、控訴審としては、第一審判決の甲請求の認容部分を取り消すべきであるとするときには、乙請求の当否につき審理判断し、これが理由があると認めるときには第一審判決の甲請求の認容額の限度で乙請求を認容すべきであり、乙請求を全部理由がないと判断すべきときに至ってはじめて原告の請求を全部棄却しうるものと解すべきである。

しかるに、原判決は、前示のように、第一審判決の被上告人敗訴の部分を取り消し、右部分について上告人の債務不履行に基づく請求を棄却すべきものとしながら、不法行為に基づく請求については、これを棄却した第一審判決に対して上告人から控訴及び附帯控訴の申立がないとの理由のみをもって原審の審判対象でないとし、その当否について判断をしていないが、右原審の判断は、選択的併合訴訟における控訴審の審判対象についての法令の解釈適用を誤った違法なものというべきであり、その違法は原判決の結論に影響を及ぼすことが明らかである。したがって、論旨は右の違法をいう趣旨において理由があるから、原判決を破棄し、不法行為に基づく請求について審理を尽くさせる必要があるから、本件を原審に差し戻すこととする。

### 2-3-1 訴えの変更の意義

#### ・最 1S32/2/28

記録によれば、被上告人(原告・被控訴人)は第一審では国税徴収法二三条の一に基き、滞納処分として昭和二十五年十二月十二日差押えた訴外宮地清蔵の上告人(被告・控訴人)に対する貸金債権につき、右宮地清蔵に代位して金七一三、六二六円の支払を請求し、第一審裁判所もこの貸金債権の存在を認め被上告人勝訴の判決を言渡したのであるが、上告人がこの判決に対し原審に控訴の申立をなしたところ、被上告人はその控訴審で訴の変更をなし、新たに前同様滞納処分として昭和二十八年十月二十九日差押えた判示宮地清蔵が上告人に対して有する求償債権(上告人において訴外株式会社大阪銀行尾道支店に対し負担していた借入金債務につき宮地清蔵がその保証人として上告人のため右訴外銀行に弁済したことにより取得した求償債権で、当時の残額七一三、六二六円一九銭の債権)につき宮地清蔵に代位して金七一三、六二六円の支払を求める新訴請求をなし、しかも第一審判決で認容された貸金請求の主張はこれを撤回する旨陳述するに至った。上告人は右訴の変更に対して異議を述べたのであるが、原審はこの訴

の変更を許すべきものとし、新訴につきその求償債権に基く被上告人の請求を認容すべき旨判示しただけで、直ちに控訴を理由なきものとして棄却する旨の判決をしたのである。

然るに第一審判決が訴訟物として判断の対象としたものは前説示のとおり貸金債権であり、原審の認容した求償債権ではない。この両側の債権はその権利関係の当事者と金額とが同一であるというだけでその発生原因を異にし全然別異の存在たることは多言を要しない。そして本件控訴はいうまでもなく第一審判決に対してなされたものであり、原審の認容した求償債権は控訴審ではじめて主張されたものであつて第一審判決には何等の係りもない。原審が本件訴の変更を許すべきものとし、また求償債権に基く新訴請求を認容すべしとの見解に到達したからとて、それは実質上初審としてなす裁判に外ならないのであるから第一審判決の当否、従つて本件控訴の理由の有無を解決するものではない。それ故原審は本件控訴を理由なきものとなすべきいわれはなく、単に新請求たる求償債権の存在を確定し「控訴人は被控訴人に対し金七一三、六二六円を支払わなければならない」旨の判決をなすべかりしものなのである。それは一見第一審判決と同旨の主文を徒らに繰返すが如き感を与えるかも知れないけれども、実は、法律上重大な意義を有する。けだし控訴を棄却する旨の判決は、民訴三八四条一項の法文上明らかなように第一審判決を相当とし維持すべきことを宣告するものであり、この判決が確定することによつて第一審判決も確定し、その裁判の内容に従いそれに相応する既判力、執行力、形成力等を生ずるのである。同条二項にいわゆる「判決力其ノ理由ニ依レハ不当ナル場合ニ於テモ他ノ理由ニ依リテ正当ナルトキ」とは、第一審判決でなされた判断そのものの正当性が判決の理由とするところによつては維持せられないが他の理由によつて肯定される場合をいうのである。例えば第一審判決が原告主張の貸金債権が弁済により消滅したのものとして原告の請求を排斥したものであるとき、控訴審においては弁済の事実が認められないけれど、免除の事実が認められ、結局当該貸金債権の消滅を確定した第一審判決の判断が維持し得るような場合をいうのであつて、本件のように第一審判決と第二審判決とがその判断の対象を異にし偶々その主文の文言が同一に帰するというのが如き場合をも包含するものでないことは同条一項の法意に照らし疑なきところである。それ故原審が求償債権に基く請求(新訴)を認容すべき旨を判示しながら主文で控訴棄却の判示したのは、前掲法条の適用を誤り理由齟齬の違法を来たしたものであり、原判決はこの点において破棄を免れず論旨は結局理由がある。

なお貸金債権に基く請求に関して附言する。原判決は既に説示したとおり主文で控訴を棄却する旨判示しているけれども、それは原審で新たに提起された求償債権に基く新訴に対する裁判であつて貸金債権を認容した第一審判決の当否、換言すれば本件控訴の理由の有無については実質上何等の裁判もしてはいない。

このことは原判文を一読して容易に了解し得るところである。それ故原判決に対する上告申立によつては、該請求は適法に当審に移審せられることはない。然らばこの請求についての訴訟関

係如何というに、これを明確にすべき資料は記録上存在しない。従つて次に述べるが如く起り得べき各場合の事情に従い必ずしも単一ではない。すなわち被上告人は原審において前説示の如く訴の変更をしている。元来、請求の原因を変更するというのは、旧訴の繫属中原告が新たな権利関係を訴訟物とする新訴を追加的に併合提起することを指称するのであり、この場合原告はなお旧訴を維持し、新訴と併存的にその審判を求めることがあり、また旧訴の維持し難きことを自認し新訴のみの審判を求めんとすることがある。

しかし、この後者の場合においても訴の変更そのものが許さるべきものであるというだけではこれによつて当然に旧訴の訴訟繫属が消滅するものではない。けだし訴の変更の許否ということは旧訴の繫属中新訴を追加的に提起することが許されるか否かの問題であり、一旦繫属した旧訴の訴訟繫属が消滅するか否かの問題とは、係りないところだからである。もし原告がその一方的意思に基いて旧訴の訴訟繫属を消滅せしめんとするならば、法律の定めるところに従いその取下をなすか、或はその請求の抛棄をしなければならない。訴は原告の任意提起するところであるが、一旦提起した訴の繫属を消滅せしめんとするには、相手方の訴訟上受くべき利益も尊重さるべきであり、原告の意思のみに放任さるべきではない。それ故法律は原告の一方的意思に基き訴訟繫属の消滅を来たすべき訴の取下、請求の抛棄等に関しては相手方の利益保護を考慮して、これが規定を設けている。すなわち「訴ノ取下ハ相手方カ本案ニ付準備書面ヲ提出シ、準備手續ニ於テ申述ヲ為シ又ハ口頭弁論ヲ為シタル後ニ在リテハ相手方ノ同意ヲ得ルニ非サレハ其ノ効力ヲ生セス」とされ(民訴二三六条二項、なお同条三項以下、並びに二三七条二項等参照)、また請求の抛棄はこれを調書に記載することによりその記載が確定判決と同一の効力を有するものとされているのである(同二〇三条)。されば原告が訴提起の当初から併合されていた請求の一につき既になしたる弁論の結果これを維持し得ないことを自認しこれを撤回せんとするならば、その請求を抛棄するか、または相手方の同意を得て訴の取下をしなければならない。このことは原告が訴の変更をなし、一旦旧訴と新訴につき併存的にその審判を求めた後、旧訴の維持すべからざることを悟つてその訴訟繫属を終了せしめんと欲する場合においても、その趣を異にするものではない。

果して然りとすれば原告が交替的に訴の変更をなし、旧訴に替え新訴のみの審理を求めんとする場合においてもその理を一にするものといわなければならない。何となればただ原告が訴の変更と同時に旧訴の訴訟繫属を消滅せしめんと欲したというだけで、相手方保護の必要を無視して直ちに旧訴の訴訟繫属消滅の効果を認むべきいわれはないからである。

本件についてこれを見るに、被上告人は原審で訴の変更をなすに当り、第一審以来主張して来た貸金債権の請求を撤回し、旧訴に替えて新訴のみの審判を求めんとする意思を有していたことは記録上窺い得るのであるが、旧訴につき果して訴の取下をなしたか、或は請求の抛棄をなしたか、原審はこの点につき何等の釈明もせず、これを明確にすべき証跡はない。もし訴の取下があ

り、相手方がこれに同意したものとすれば、取下はその効力を生じ、これによつて旧訴の訴訟繫属は消滅し、第一審判決も、これに対する控訴も当然にその効力を失っているのであるから(民訴二三七条)、原審が旧訴に関し何等裁判をしなかつたのは当然というべきである。これに反して、相手方たる原告人の同意を得なかつたとすれば、取下はその効力を生ぜず、旧訴の訴訟繫属は消滅しなかつたものとなさざるを得ない。しかも原審は旧訴に関しては何等判断をしていないのであるから、民訴一九五条一項にいわゆる裁判の脱漏ある場合に該当し、旧訴は依然原審に繫属し、原告人は原審に対しこれが補充判決を求むべきものなのである。

原告人は本件訴の変更に対し異議を述べているけれども、この異議は新訴の提起の許すべきでないことを主張するものであつて必ずしも旧訴の取下に対する不同意の意思を表明するものといふことはできない。殊に既に第一審判決を経た後の控訴審における訴の取下であつたとすれば、民訴二三七条二項の規定により被告人は同一の訴を提起し得ないこととなるのみならず、その訴訟費用も被告人の負担に帰せしめられるのであつて、原告人は即時殆んど勝訴の判決を得たと同一の結果を得ることとなるのであるから、原告人において旧訴の取下に対してまで異議をとどめる必要はないものといひ得るのである。原審はこの点についても何等釈明をしていない。

或はまた請求の抛棄があつたかも知れない。しかし、原審でその抛棄が調書に記載された形跡は記録上認められないのであるから、この場合も亦旧訴は依然原審に繫属しているものとなさざるを得ないのであるが、原告人はただ原審に抛棄調書の作成を求め、これによつて確定判決を得たと同一の結果を招来せしめれば、その利益を擁護するに欠くところはない筈である。

これを要するに当審としては旧訴につき裁判をなすべき限りではない。

本件においては、原審の確定したところに従い直ちに判決をなしうること前説示により明らかである。

#### ・最 2S38/1/18

論旨は、旧訴の取下げについて、原告人が明白に同意したとはいつていないのに、原審が釈明権を行使せずに「それとなく同意した」と認定しているのは違法であり、旧訴の取下についての原告人の同意はなかつたと見るべきであると主張する。

しかし、新訴により旧訴の請求の趣旨又は原因を変更した場合に、相手方がこれに対し異議を述べずに新訴につき弁論をしたときは、相手方は旧訴の取下につき暗黙の同意をしたものと解するのを相当とする(昭和一六年三月二六日大審院判決、民集二〇巻三六一頁参照)ところ、本件記録によれば原告人は異議なく新訴につき弁論をしていることが認められるから、この点についての原審の判断は相当である。論旨は理由なく、排斥を免れない。

#### ・最 2S41/1/21

いわゆる訴の交換的変更とは、新訴の提起と旧訴の取下であるところ、原告人は、所有権確認を求める新訴の追加については異議を述べたが、所論訴の交換的変更には異議なく応訴してお

り、かかる場合においては、旧訴の取下について暗黙の同意をしたものと解するのを相当とする（昭和一六年三月二六日大審院判決・民集二〇巻三六一頁参照）から、旧訴について判断しなかつた原判決は正当である。

・最 3H22/10/19

1 本件は、Aの債権者である被上告人が、上告人に対し、詐害行為取消権に基づき、Aと上告人との間の不動産持分の売買契約の取消し及び上告人への上記持分の移転登記の抹消登記手続を求める事案である。

2 原審の適法に確定した事実関係の概要等は、次のとおりである。

(1)被上告人は、平成9年2月24日、B信用組合から事業の全部を譲り受け、同信用組合がAに対して有していた、C株式会社を主債務者とする連帯保証債務履行請求権（以下「甲債権」という。）及び有限会社Dを主債務者とする連帯保証債務履行請求権（以下「乙債権」という。）を取得した。

(2)Aは、平成15年1月10日、債務超過の状態にあるのに、上告人との間で、第1審判決別紙物件目録記載1～7の各不動産についてのAの持分につき売買契約（以下「本件売買契約」という。）を締結し、同年7月15日、上告人に対し、本件売買契約に基づき、上記各持分の移転登記（以下「本件各登記」という。）の手続をした。

(3)被上告人は、平成16年9月14日、Aに対し、甲債権に係る連帯保証債務の履行を求める訴訟（以下「別件訴訟」という。）を提起し、次いで平成18年9月6日、上告人に対し、甲債権を被保全債権として、詐害行為取消権に基づき、本件売買契約の取消し及び本件各登記の抹消登記手続を求める本件訴訟を提起した。

(4)その後、別件訴訟における裁判上の和解に基づき甲債権が消滅したことから、被上告人は、平成19年5月16日、本件訴訟の第1審第1回弁論準備手続期日において、被保全債権に係る主張を甲債権から乙債権に変更した。

(5)上告人は、被上告人が遅くとも別件訴訟を提起した日には取消しの原因を知っていたから、上記(4)の主張の変更より前に、乙債権を被保全債権とする詐害行為取消権については、民法426条前段所定の2年の消滅時効が完成した旨主張し、これを援用した。

3 原審は、上記事実関係等の下で、本件訴訟の提起により、被上告人の上告人に対する詐害行為取消権の消滅時効が中断したと判断して、被上告人の請求を認容すべきものとした。

所論は、被上告人が本件訴訟において被保全債権に係る主張を変更したことは、訴えの交換的変更にあたるから、乙債権を被保全債権とする詐害行為取消権には本件訴訟の提起による消滅時効の中断の効力は及ばないというのである。

4 そこで検討すると、詐害行為取消権の制度は、債務者の一般財産を保全するため、取消債権者において、債務者受益者間の詐害行為を取消した上、債務者の一般財産から逸出した財産を、

総債権者のために、受益者又は転得者から取り戻すことができるとした制度であり、取り戻された財産又はこれに代わる価格賠償は、債務者の一般財産に回復されたものとして、総債権者において平等の割合で弁済を受け得るものとなるのであり、取消債権者の個々の債権の満足を直接予定しているものではない。上記制度の趣旨にかんがみると、詐害行為取消訴訟の訴訟物である詐害行為取消権は、取消債権者が有する個々の被保全債権に対応して複数発生するものではないと解するのが相当である。

したがって、本件訴訟において、取消債権者の被保全債権に係る主張が前記事実関係等のおり交換的に変更されたとしても、攻撃防御方法が変更されたにすぎず、訴えの交換的変更には当たらないから、本件訴訟の提起によって生じた詐害行為取消権の消滅時効の中断の効力に影響がないというべきである。

[田原補足意見]

本件は、詐害行為取消訴訟の提起後に、原告が当初主張していた被保全債権が消滅したところから、主張に係る被保全債権を交換的に変更した事案であるが、以下に例示するように、債権者が債務者に対して複数の債権を有していて、その一部を被保全債権として詐害行為取消訴訟を提起した後に、その被保全債権が第三者に移転した場合を考えれば、法廷意見の述べるところの妥当性がより検証されると考える。

事例として、甲は乙に対して、A(債権額120万円)、B(債権額150万円)、C(債権額170万円)の3口の債権を有しているところ、乙は、その債権発生後に丙に現金200万円を贈与し、乙にはその他にさしたる財産がないとする。

その場合、甲は、任意の2口の債権を被保全債権として丙に対して詐害行為取消訴訟を提起し、200万円の給付を求めることができるが、それは1個の請求と解することに異論はないと思われる。そして、甲が、A、B両債権を被保全債権として訴えを提起した後に、甲が丁に対してB債権を譲渡し、あるいは、B債権につき丁を差押債権者とする差押転付命令を受けた場合、甲が従前の訴訟を維持するためにはC債権を被保全債権として追加主張する必要があるところ、その主張は、攻撃防御方法の追加としか評価し得ないのである。

なお、B債権を取得した丁が、甲の提起した詐害行為取消訴訟に独立当事者参加(民訴法47条)をすることができるか否かについては、その訴訟の目的である権利を譲り受けたといえるか否かとも関連して問題となり得るが、その点については立ち入らない。

・最 1S27/12/25

記録によれば本件訴状には請求の趣旨として「被告等(上告人兩名及び村上好一郎)は連帯して原告(被上告人)に対し金十三万円に昭和二三年五月一日より判決執行済に至る迄年六分の割合による損害金を支払うべし、訴訟費用は被告等の負担とするとの判決並に担保を条件とする仮執行の宣言を求めるとある。然し、第一審における第一回口頭弁論期日(昭和二三年九月二

二日)において、被上告人(原告)代理人は請求の趣旨として「被告清水芳彦は原告に対し金十三万円並に之に対する昭和二三年五月一日以降本件判決執行済に至る迄年六分の割合による損害金を支払うこと、被告青木辰雄は原告に対し金六万五千円並に之に対する昭和二三年五月一日以降本件判決執行済に至る迄年六分の割合による損害金を支払うこと、訴訟費用は被告等の負担とするとの判決及担保を条件とする仮執行の宣言を求めると陳述し且つ訴状に基いて請求原因を陳述しているから、右は単に請求の趣旨を減縮したものであり、即ち上告人青木に対しては訴の一部の取下に過ぎないのであり、所論の如く民訴二三二条第二項に所謂請求の変更に該らない。しかも右取下は上告人より本案について何等の申述も準備書面の提出もない最初の口頭弁論においてなされたものであるから、その取下については相手方たる上告人の同意を必要としないし、書面によりてすることを必要としない(民訴二三六条)。

#### 2-3-2 訴えの変更の効果

・大 S11/10/28(要旨)

訴が変更された場合においては、旧訴における裁判上の自白その他当事者の態度は、新訴においてなお効力を有する。

全文：[http://lex.lawlibrary.jp/lexbin/WebPdfOut.aspx?Bnbn=27823943&PDF\\_ID=32007](http://lex.lawlibrary.jp/lexbin/WebPdfOut.aspx?Bnbn=27823943&PDF_ID=32007)

#### 2-3-3 訴えの変更の要件

・最 3S29/6/8

所論の請求拡張については原審において上告人が異議を述べた形跡がないから原審がこれを許容したのは何等違法ではない。

・大 S11/3/13

被上告人(被控訴人、原告)請求ノ要旨ハ本件宅地ハ被上告人ノ所有ナルトコロ之ヲ上告人(控訴人、被告)佐沼千代松ニ賃貸シタルニ同人ハ昭和六年五月以降ノ賃料支拂ヲ爲ササルヲ以テ更ニ同人ニ對シ昭和十年一月迄ノ延滞賃料千三百五十圓ニ付履行ノ催告ヲ爲シタルモ應セサルニ因リ該賃貸借契約ヲ解除シタリ又上告人佐沼ぶんハ右宅地上ニ建物ヲ所有シ千代松ト共ニ無權原ニテ宅地ヲ占有スルモノナリ仍テ千代松ニ對シ建物ノ收去並土地ノ明渡ヲ求ムルト同時ニ延滞賃料千三百五十圓ヨリ敷金百圓ヲ控除セル殘額千二百五十圓及解除ノ日タル昭和十年二月一日以降ノ損害金ヲ求メぶんニ對シ建物ノ收去ヲ求ムル次第ナリ(以上ハ第一審ニ於ケル主張ヲ原審ニ於テ引用シタルモノニシテ以下ハ原審ニ於テ新ニ主張シタルモノニ係ル)假ニ本件賃貸借契約力所轄官廳ノ許可ヲ受ケサリシ爲無効ナリトセハ上告人等ハ正權原ナクシテ本訴物件ヲ占有シ居ルモノナレハ不當利得又ハ不法行爲ニ該當スルニ依リ賃料相當ノ損害金ヲ求ムルモノナリト云フニ在リテ上告人等ノ抗辯ヲ否認シタリ

上告人等ハ原告主張事實ハ認ムルモ本件賃貸借契約ニ付テハ明治六年太政官布告第二百四十九號明治九年教部省達第三號ニヨリ所轄官廳ノ許可ヲ受クヘキモノナルニ拘ラス其ノ許可ヲ受



ケ居ラサルヲ以テ該契約ハ當然無効ナリト謂フヘク從テ原状回復ノ義務履行ヲ求ムル本訴請求ハ失當ナリ(以上ハ原審ニ於テ新ニ主張シタルモノニ係ル)假ニ右抗辯理由ナシトスルモ上告人千代松ハ本件土地地均シノ爲被上告人ノ負擔ニ歸スヘキ有益費用六百圓ヲ支出シタルニ依リ延滞賃料ト對當額ニ於テ相殺ノ意思表示爲スト答辯シタリ

原審ハ本件賃貸借契約ハ所轄官廳ノ許可ナキヲ以テ當然無効ナリ其ノ結果上告人千代松ハ無權原土地占有者トシテ之カ明渡ノ義務アルト同時ニ不當ニ利得シタル金員ヨリ敷金百圓及地均シ費用四十圓ヲ控除シタル金員ノ支拂義務アリトシ上告人ぶんハ地上ニ建物ヲ占有スル結果無權原ニ該土地ヲ占有シ被上告人ノ土地所有權ノ行使ヲ妨ケツツアリトシテ建物ノ收去ヲ爲スヘキ義務アリト認定シタリ

#### ・最 2S39/7/10

#### 要旨

- 1.請求の基礎に変更があつても、被告が同意すれば、変更は許される。
- 2.請求の基礎に変更がある場合でも相手方の同意があるときは、控訴審においても訴の変更が許される。

#### 本文

事実:被上告人(被控訴人、原告)請求ノ要旨ハ本件宅地ハ被上告人ノ所有ナルトコロ之ヲ上告人(控訴人、被告)佐沼千代松ニ賃貸シタルニ同人ハ昭和六年五月以降ノ賃料支拂ヲ爲ササルヲ以テ更ニ同人ニ對シ昭和十年一月迄ノ延滞賃料千三百五十圓ニ付履行ノ催告ヲ爲シタルモ應セサルニ因リ該賃貸借契約ヲ解除シタリ又上告人佐沼ぶんハ右宅地上ニ建物ヲ所有シ千代松ト共ニ無權原ニテ宅地ヲ占有スルモノナリ仍テ千代松ニ對シ建物ノ收去並土地ノ明渡ヲ求ムルト同時ニ延滞賃料千三百五十圓ヨリ敷金百圓ヲ控除セル殘額千二百五十圓及解除ノ日タル昭和十年二月一日以降ノ損害金ヲ求メぶんニ對シ建物ノ收去ヲ求ムル次第ナリ(以上ハ第一審ニ於ケル主張ヲ原審ニ於テ引用シタルモノニシテ以下ハ原審ニ於テ新ニ主張シタルモノニ係ル)假ニ本件賃貸借契約カ所轄官廳ノ許可ヲ受ケサリシ爲無効ナリトセハ上告人等ハ正權原ナクシテ本訴物件ヲ占有シ居ルモノナレハ不當利得又ハ不法行爲ニ該當スルニ依リ賃料相當ノ損害金ヲ求ムルモノナリト云フニ在リテ上告人等ノ抗辯ヲ否認シタリ

上告人等ハ原告主張事實ハ認ムルモ本件賃貸借契約ニ付テハ明治六年太政官布告第二百四十九號明治九年教部省達第三號ニヨリ所轄官廳ノ許可ヲ受クヘキモノナルニ拘ラス其ノ許可ヲ受ケ居ラサルヲ以テ該契約ハ當然無効ナリト謂フヘク從テ原状回復ノ義務履行ヲ求ムル本訴請求ハ失當ナリ(以上ハ原審ニ於テ新ニ主張シタルモノニ係ル)假ニ右抗辯理由ナシトスルモ上告人千代松ハ本件土地地均シノ爲被上告人ノ負擔ニ歸スヘキ有益費用六百圓ヲ支出シタルニ依リ延滞賃料ト對當額ニ於テ相殺ノ意思表示爲スト答辯シタリ

原審ハ本件賃貸借契約ハ所轄官廳ノ許可ナキヲ以テ當然無効ナリ其ノ結果上告人千代松ハ無

権原土地占有者トシテ之カ明渡ノ義務アルト同時ニ不當ニ利得シタル金員ヨリ敷金百圓及地均シ費用四十圓ヲ控除シタル金員ノ支拂義務アリトシ上告人ぶんハ地上ニ建物ヲ占有スル結果無權原ニ該土地ヲ占有シ被上告人ノ土地所有權ノ行使ヲ妨ケツツアリトシテ建物ノ收去ヲ爲スヘキ義務アリト認定シタリ

理由:「但本訴請求中金千二百五十圓ノ支拂ハ正シク延滞賃料ノ請求ナルカ故ニ賃貸借ノ當然ノ無効ヲ前提トシ不當利得若ハ不法行爲ニ基キテ前記金圓ノ支拂ヲ豫備的ニ請求スルハ恰モ請求原因ノ變更ニ依ル訴ノ變更ナルノミナラス實ニ請求ノ基礎ヲスラ變更シタルモノニ外ナラス然レトモ凡ソ事實審ニ於テ濫ニ訴ノ變更ヲ許ササル所以ノモノハ畢竟被告ノ利益ヲ慮ル趣旨ナルニ於テ被告ノ同意アルニ拘ラス尚且訴ノ變更ヲ許サストスル道理ハ之ヲ知ルニ由無シ尤モ控訴審ニ於ケル訴ノ變更ハ第二審ヲ以テ第一審視スルト擇フトコロ無ク審級ヲ紊ルノ觀アリト雖已ニ反訴ニ付テハ相手方ノ同意アル限り控訴審ニ於テモ之ヲ提起スルヲ得ルコトニ省ルトキハ(民事訴訟法第三百八十二條)同審ニ於ケル訴ノ變更ノミ獨爾ラサルノ謂レアルヘカラス」

「而モ姑クコレ有リトスルモ抑又所謂前者ノ請求ナリトスルモ孰ニセヨ上告人ハ原審ニ於テ訴ノ變更ニ對スル何等ノ異議モ之ヲ述ヘサリシニ於テ今ニ至リテ訴ノ變更ヲ云々スルモ憾ムラクハ其ノ業ニ已ニ遲キヲ奈何セム所論ノ如キハ舊法第四百十三條ヲ以テ現行法ヲ律セムトスルモノ殆ント其ノ可ナル所以ヲ知ラス」

#### ・最 2S61/4/11

破産会社は、原審の口頭弁論終結後の昭和五九年二月一七日、札幌地方裁判所において破産宣告を受け(同裁判所昭和五八年(フ)四八〇号破産事件)、被上告人が破産会社の破産管財人に就任した。被上告人は、上告人から右破産事件につき届け出られた本訴請求にかかる前記4の(一)の債権のうち本件債権部分及びこれに対する遅延損害金について異議の申立をした。

上告人は、当審において、前記4の(一)の請求のうち右異議の申立にかかる一、二審での敗訴部分につき、主文第一項同旨の判決を求める旨の訴えの変更をし、被上告人において右訴えの変更につき同意した。

ところで、債務者に対する金銭債権に基づく給付訴訟が上告審に係属中に、当該債務者が破産宣告を受け、破産管財人が、届け出られた当該債権につき異議を申し立てて、前記訴訟手続の受継をした場合には、当該訴訟の原告は、右債権に基づく給付の訴えを破産債権確定の訴えに変更することができるものと解すべきである。したがって、上告人の前記訴えの変更は有効である。

#### 2-3-4 訴えの変更の手續

#### ・最 3S35/5/24

本件訴訟記録によると、被上告人の訴訟代理人は、一審口頭弁論期日において、本訴請求は所有権に基くものであると陳述し、更に原審口頭弁論期日において、右請求は使用貸借の終了を

原因とするものであると陳述していることが明らかであるから、被上告人は原審において請求の原因は右のように変更したものと解すべきであること所論のとおりである。

しかし、控訴審においても訴の変更の許されることは明らかであり、民訴二三二条の明文によれば、請求の原因を変更するにとどまるときは、判決事項の申立である請求の趣旨を変更する場合と異り、書面によつてこれをなすことを要しないと解するのが相当である(大審院昭和十一年九月七日判決、法律新聞四〇三八号一二頁、同昭和十八年三月一九日判決、民集二二卷二二一頁各参照)。それ故に被上告人において請求の原因を変更するにつき書面を提出せず、原審もこれを相手方たる上告人に送達する手続をとるに由なかつたからといって、原判決には所論の違法があるとはいえない。

#### ・最 3S31/6/19

所論の点については、第一審で再開して釈明し、被上告人が請求の趣旨を論旨指摘の如く訂正し、上告人はこれに対して、異議はない、と述べている。訴の変更についての書面の提出または送達の欠缺は、被告の責問権の喪失によつて治癒されると解すべきであるから、所論援用の判例は本件の例とするに足らず、論旨は理由がない。

#### 2-4-1 反訴の意義

#### ・最 2H18/4/14

①被上告人は、平成5年12月3日、Aに対し、本件建物に瑕疵があり、瑕疵修補に代わる損害賠償又は不当利得の額は5304万0440円であると主張して、同額の金員及びこれに対する完成引渡日の翌日である平成3年4月1日から支払済みまで商事法定利率年6分の割合による遅延損害金の支払を求める本訴を提起した。

②Aは、第1審係属中の平成6年1月21日、被上告人に対し、本件請負契約に基づく請負残代金の額は2418万円であると主張して、同額の金員及びこれに対する平成3年4月1日から支払済みまで商事法定利率年6分の割合による遅延損害金の支払を求める反訴を提起し、反訴状は、平成6年1月25日、被上告人に送達された。

③本件請負契約に基づく請負残代金の額は、1820万5645円である。

④他方、本件建物には瑕疵が存在し、それにより被上告人が被った損害の額は、2474万9798円である。

⑤Aは、平成13年4月13日に死亡し、その相続人である上告人らがAの訴訟上の地位を承継した。上告人らの法定相続分は、それぞれ2分の1である。

⑥上告人らは、平成14年3月8日の第1審口頭弁論期日において、被上告人に対し、上告人らがそれぞれ相続によって取得した反訴請求に係る請負残代金債権を自働債権とし、被上告人の上告人らそれぞれに対する本訴請求に係る瑕疵修補に代わる損害賠償債権を受働債権として、対当額で相殺する旨の意思表示をし(以下「本件相殺」という。),これを本訴請求についての抗弁と

して主張した。

(中略)

本件相殺は、反訴提起後に、反訴請求債権を自働債権とし、本訴請求債権を受働債権として対当額で相殺するというものであるから、まず、本件相殺と本件反訴との関係について判断する。

係属中の別訴において訴訟物となっている債権を自働債権として他の訴訟において相殺の抗弁を主張することは、重複起訴を禁じた民訴法142条の趣旨に反し、許されない(最高裁昭和62年(オ)第1385号平成3年12月17日第三小法廷判決・民集45巻9号1435頁)。

しかし、本訴及び反訴が係属中に、反訴請求債権を自働債権とし、本訴請求債権を受働債権として相殺の抗弁を主張することは禁じられないと解するのが相当である。この場合においては、反訴原告において異なる意思表示をしない限り、反訴は、反訴請求債権につき本訴において相殺の自働債権として既判力ある判断が示された場合にはその部分については反訴請求としない趣旨の予備的反訴に変更されることになるものと解するのが相当であって、このように解すれば、重複起訴の問題は生じないことになるからである。そして、上記の訴えの変更は、本訴、反訴を通じた審判の対象に変更を生ずるものではなく、反訴被告の利益を損なうものでもないから、書面によることを要せず、反訴被告の同意も要しないというべきである。

本件については、前記事実関係及び訴訟の経過に照らしても、上告人らが本件相殺を抗弁として主張したことについて、上記と異なる意思表示をしたことはうかがわれないので、本件反訴は、上記のような内容の予備的反訴に変更されたものと解するのが相当である。

#### 2-4-3 反訴の要件

・最 1S38/2/21

本件記録に徴するに、控訴代理人は原審の昭和三一年四月三〇日の口頭弁論期日において控訴状に基いて控訴の趣旨を陳述し、一審判決事実摘示のとおり一審における口頭弁論の結果を陳述し、なお右控訴状の事実および理由の項を陳述したこと、同じく昭和三二年五月一〇日の口頭弁論期日において被控訴代理人は、同年三月三〇日附反訴状と題する書面に基いて反訴の趣旨を陳述し、これに対し控訴代理人は右反訴に同意しない旨を述べた後、同年五月一〇日附控訴状訂正申立書に基いて控訴の趣旨並びに事実および理由を陳述し、被控訴代理人は右訂正に異議はない旨陳述したことが明らかである。このような訴訟経過を辿っている本件にあつては、たとえ右反訴と右訂正後の本訴とが同一訴訟にあたるとしても、前述のように反訴が右訂正後の本訴より以前に提起されている以上、右反訴は適法に原審に係属しているものであることはいふをまたない。そして右反訴の提起について控訴代理人が同意しなかつたことは前述のとおりであるが、一審において原告(控訴人・上告人)の本件土地明渡しの請求に対し、被告(被控訴人・被上告人)は同土地について賃借権を有する旨主張し、原告はこれを争つたところ、一審はこれを容認して原告の請求を排斥したものであること、被控訴人(被上告人)は原審において反訴と

して右賃借権の存在を主張し、その確認の訴を提起するに至ったものであることは記録上明らかであるから、このような本件における反訴提起については、控訴人(上告人)をして一審を失う不利益を与えるものとは解されず、従つて、右反訴提起については同人の同意を要しないものと解するのが相当である。

・最 1S40/3/4

論旨は、原審が占有の訴に対する本権に基づく反訴を適法としてこれを認容したのは、民法二〇二条または民訴法二三九条の解釈を誤つたものであるという。しかし、民法二〇二条二項は、占有の訴において本権に関する理由に基づいて裁判することを禁ずるものであり、従つて、占有の訴に対し防禦方法として本権の主張をなすことは許されないけれども、これに対し本権に基づく反訴を提起することは、右法条の禁ずるところではない。そして、本件反訴請求を本訴たる占有の訴における請求と対比すれば、牽連性がないとはいえない。それゆえ、本件反訴を適法と認めてこれを審理認容した原審に所論の違法はないから、論旨は採用できない。

2-4-4 反訴の手續

・最 S41/11/10

反訴は訴訟係属中の新訴の提起であり、その併合要件は同時に反訴提起の訴訟要件であるから、この要件を欠く反訴は不適法であり、終局判決をもつて却下すべきものである。これと同趣旨に出た原判決は正当である。

2-5-2 中間確認の訴えの要件

・最 1S57/12/2

上告人は原審において原判示(1)の土地と同(2)の土地の境界の確定を求める旨の中間確認の訴えを提起したが、境界の確定は、係争土地部分の所有権の確認と異なり、土地所有権に基づく土地明渡訴訟の先決関係に立つ法律関係にあたるものと解することはできないから、本件中間確認の訴えは、不適法として却下すべきものである。

・大 S8/6/20

要旨

1. 中間確認の訴えにおいては、過去の権利関係といえども確認判決の対象となしうる。
2. 確認の訴は最後の結論である現在の権利もしくは自己の権利についてのみ提起できる。
3. 中間確認の訴は過去の権利関係もしくは他人の有する権利関係を訴訟物とすることを妨げない。— 中間確認の訴が始めから併合の訴として提起されたときでも、口頭弁論においてその権利関係が争となつた以上、その訴の提起は適法となる。

本文

事実: 被上告人(控訴人、原告)ノ主張ハ上告人(被控訴人、被告)ハ訴外小平三郎ニ対シ三個ノ金銭債権ヲ有シ前記小平ハ各債権ノ担保トシテ其ノ所有ノ本件建物ニ対シ三個ノ抵当権ヲ設定

シ登記ヲ経タリ然ルニ被上告人ハ昭和三年十一月一日前記小平ヨリ右建物ヲ譲受ケ登記ヲ了シタルカ右各債権ハ同月二十日ニ至リ消滅シ抵当権モ亦從ヒテ消滅シタリト云フニアリテ前記債権不存在確認ノ判決及ヒ抵当権設定登記抹消手續ヲ為スヘシトノ判決ヲ求ムル旨ノ併合ノ訴ヲ提起シタリ

上告人ハ債権及ヒ抵当権ハ共ニ現存スト抗争シタリ

原院ハ被上告人ノ主張ヲ是認シ其ノ勝訴ノ判決ヲ為シタリ

理由：過去ニ於ケル或權利ノ存否カ即チ現在ニ於ケル他ノ權利ノ存否ヲ定ムル前提タルコトアリ所有權ノ滅失ニ因リテ或ハ不法行為ノ損害賠償或ハ履行ニ代ハルソレヲ請求スル權利ヲ生スル場合ノ如シ又或人ノ權利ノ存否ヲ前提トシテ他人ノ或權利ノ存否カ定マルコトアリ所有者ニ依リテ有効ニ設定セラレタル地上權ヲ有スル者ニシテ始メテ第三者ニ對スル物上請求權ヲ有スル場合ノ如シ凡ソ此等ノ場合ニ前提タル權利ノ存否カ問題タル為メ延テ現在ノ權利若ハ自己ノ權利ノ存否ニ争ヲ生シタルトキハ先ツ此前提タル過去ノ權利若ハ他人ノ權利ニ付キ確認ノ訴ヲ提起スルハ論理上相当ナルト共ニ民事訴訟ノ上ニハ之ヲ許サス蓋若之ヲ爾ラストセムカ因果ノ連鎖ハ一次ニ止マラス数次ヲ累スル前提ニ付キ漸ヲ逐ヒ序ヲ進メテ夫レ夫レ確認ノ訴ヲ經由スルヲ得ルニ至リテ事端ノ頻起紛生當ニ被告ヲ煩ハスノミナラス一般公益ノ為メニモ亦許ス可カラサルモノアリテ存スレハナリ故ニ確認ノ訴ハ最後ノ結論タル現在ノ權利若ハ自己ノ權利(自己ノ權利ニハ非サルモ其ノ權利ニ付キ当事者タル適格ヲ有スル場合亦同シ以下省略ニ從ヒ此場合ハ之ヲ挙ケス)ニ付キテノミ之ヲ提起スルヲ得ト解スルヲ以テ正説ト為ス前例ヲ以テ之ヲ云ヘハ過去ニ於テ存在セシ當該所有權若ハ他人ノ有スル當該所有權ヲ訴訟物トスルコト無ク現ニ損害賠償請求權ノ存在スルコト若クハ自己ニ於テ地上權若ハ物上請求權ヲ有スルコトノ確認判決ヲ求ムヘキモノトス然ルニ今訴訟進行中斯カル前提ノ問題ニ付キ争ヲ生シタルトキハ如何此争ノ解決ハ之ヲ避クヘクモアラサルト共ニ此解決ハ判決ソノモノニ對シテハ一ノ理由ヲ成スニ過キサルカ故ニ其ノ確定カハ因ヨリ此点ニ及ハス而モ之ヲ及ホシテ以テ紛紜ヲ根絶スルコト或ハ当事者ニ取リテ便宜ナラストセス蓋當該問題ノ争カ他日当事者間ニ再燃セサルヲ保セサレハナリ乃チ右ノ便宜ヲ当事者ニ与フルモノ之ヲ所謂中間確認ノ訴ト為ス是故ニ此訴ニ在リテハ過去ノ權利ト雖他人ノ權利ト雖亦之ヲ確認判決ノ対象ト為スヲ妨ケス之ヲ妨ケサル所以ハ他無シ判決主文ニ數筆ヲ添ユルコトヲ外ニシテ之カ為メ何等特別ノ煩累ヲ何人ニモ及ホササルコト夫ノ確認ノ訴カ独立ニ提起セラレタル場合ト固ヨリ同日ノ談ナラサレハナリ若夫レ中間確認判決ノ申立ハ口頭弁論進行中ニ新訴ヲ追加スルモノニシテ是亦訴ノ變更ニ外ナラス而モ此新訴ト旧訴(即本体ノ訴)トハ結論ト前提ノ關係ニ立タス此却ツテ彼ノ結論ニ過キサルカ故ニ斯カル訴ノ變更ノ許サル可キコトハ之ヲ民事訴訟法第二百三十二條ニ索ムルヲ得ス之ヲ許スモノ實ニ同法第二百三十四條ト為ス之ヲ許ス所以ハ他無シ之カ為メ何等特別ノ煩累ヲ何人ニモ及ホササレハナリ加之此事ハ更ニ他ノ結果ヲ生ス何ソヤ訴訟物ニ對シ前提ノ關係ヲ成ストコロノ或權利ニ付キ訴訟進行中争ヲ生シタル限り中間確認ノ訴ヲ提起

スル利益ハ之ヲ以テ備レリトシソレ以外又何等権利保護ノ利益(一般ノ確認ノ訴ニ於テ所謂即時確定ノ利益)アルコトヲ要セストスルモノ即チ是ナリ夫レ此種確認ノ訴ハ本体タル訴ノ成立シタル後ニ之ヲ提起スルヲ以テ正経ト為スコトハ前叙判旨ニ照シ之ヲ領スルニ余アリ併合ノ訴トシテ始メヨリ之ヲ提起スルノ違法ニ属スルハ固ヨリ論無シ則チ論無ト雖口頭弁論ヲ開キタル上當該權利ニ付キテモ亦争ヲ生シタルトキハ曩日ノ缺点ハ茲ニ追完セラレ違法ノ跡ハ又之ヲ留メサルニ至ルコト必スシモ絮説ヲ俟タサラムナリ被上告人カ本訴ニ於テ當該債權不存在ノ確認ヲ求ムルカ如キハ之ヲ本件訴訟ノ経過ニ徴スルニ恰モ追完セラレタル中間確認ノ訴ニ適中スルニ於テ所論ハ蓋採用ノ由無キニ似タリ

### 3-2-2 通常共同訴訟の要件

#### ・大 T6/12/25(要旨)

共同訴訟の主観的要件の欠缺は、当事者の責問があったときにその有無を審査すべきである。

本文：[http://lex.lawlibrary.jp/lexbin/WebPdfOut.aspx?Bnbn=27822158&PDF\\_ID=31614](http://lex.lawlibrary.jp/lexbin/WebPdfOut.aspx?Bnbn=27822158&PDF_ID=31614)

#### ・大 T8/12/17(要旨)

1.併合した訴が共同訴訟の要件を具備しないときは訴の併合自体が不適法であるに止まり各個の訴は適法である。

2.併合訴訟中併合の要件を具備せず、かつ事物管轄を異にする訴があるときは、その訴につき弁論の分離を命じ不適法として却下すべきである。

本文：[http://lex.lawlibrary.jp/lexbin/WebPdfOut.aspx?Bnbn=27822279&PDF\\_ID=31691](http://lex.lawlibrary.jp/lexbin/WebPdfOut.aspx?Bnbn=27822279&PDF_ID=31691)

#### ・大 S10/4/30(要旨)

1.共同訴訟が併合の要件を具備しないとき当然訴訟の全部または一部が却下されるべきものではない。

2.併合要件が欠けていること自体が、全部または一部の訴却下の事由となる訳ではない。

3.共同訴訟における証拠方法は、分離後においても、本来の証拠方法のまま証拠資料となる。

4.情況事実の主張につきいちいち判断を明示する必要はない。

5.併合の要件を具備しない共同訴訟について訴訟手続の分離があった場合または共同訴訟人の一部(甲)に対する部分は第一審判決によって確定し他の共同訴訟人(乙)に対する部分のみ控訴審に係属する場合に、その分離前または第一審における甲当事者本人尋問は、右分離後の手続または控訴審においても、本人尋問として証拠となる。

本文：[http://lex.lawlibrary.jp/lexbin/WebPdfOut.aspx?Bnbn=27819744&PDF\\_ID=30546](http://lex.lawlibrary.jp/lexbin/WebPdfOut.aspx?Bnbn=27819744&PDF_ID=30546)

### 3-2-3 共同訴訟の審判の規律

#### ・最 1S43/9/12

通常の共同訴訟においては、共同訴訟人の一人のする訴訟行為は他の共同訴訟人のため効力を生じないのであつて、たとえ共同訴訟人間に共通の利害関係が存するときでも同様である。

したがって、共同訴訟人が相互に補助しようとするときは、補助参加の申出をすることを要するのである。もしなんらかの申出をしないのかかわらず、共同訴訟人とその相手方との関係から見て、その共同訴訟人の訴訟行為が、他の共同訴訟人のため当然に補助参加がされたと同一の効果を認めるものとするときは、果していかなる関係があるときこのような効果を認めるかに関して明確な基準を欠き、徒らに訴訟を混乱せしめることなきを保しえない。

されば、本件記録上、なんら被上告人元四郎、同稔から補助参加の申出がされた事実がないのかかわらず、被上告人元四郎、同稔の主張をもつて被上告人や糸のための補助参加人の主張としてその効力を認めた原判決の判断は失当であり、右の誤りは判決の結論に影響を及ぼすことが明らかであるから、この点に関し同旨をいう論旨は理由があり、原判決は右請求に関する部分についても破棄を免れない。

#### ・最 2S45/1/23

本訴請求中、原判示乙事件に関する請求は、上告人岡野マスエ、同横山正義、同岡野博道、同岡野英治(以下「上告人マスエほか三名」という。)において、被上告人師岡舛太郎に対し売買を原因として本件建物の所有権移転登記手続を求め、被上告人岡部為三に対し右登記請求権をもつて被上告人師岡に代位して同被上告人に対する本件建物の所有権(持分)移転登記手続を求めるものであるが、原審は右各請求について、同被上告人らは上告人マスエほか三名の請求原因事実を自白したものとし、右上告人ら主張の各所有権移転登記手続をなすべき義務があるとしたうえ、「前段原審甲事件において判示のとおり本件建物については第三者川島喜晴が、昭和二十六年十月、当時の本件建物の所有者被控訴人岡部および山本茂策よりその所有権を取得し、且つ同人において、昭和四十一年一月十八日、被控訴人岡部および山本茂策の相続人山本大和らより所有権移転登記をうけており、しかも同人は、本件原審甲事件において、控訴人岡野マスエ外二名を相手に本件建物の所有権を主張していること、ならびに控訴人マスエ外三名の本件建物についての所有権取得が、同人に対して対抗し得ないものであること、前段判示のとおりである。そうだとすると、控訴人マスエ外三名が、本件建物の所有権に基づく登記請求権をもつと解することはできない。而して同人らの被控訴人岡部および被控訴人師岡に対する本訴請求を上記売買契約に基づくものと解することができるとしても、上記のごとき事情のもとにおいては客観的に不能な給付を求めるものといわざるを得ない」と説示して、上告人マスエほか三名の請求を排斥している。しかし、論旨の指摘するように、乙事件のみの当事者である被上告人岡部、同師岡が、原審において、被上告人川島が被上告人岡部ならびに訴外山本茂策から本件建物の所有権を取得し、すでに右岡部および茂策の相続人である被上告人山本大和らから所有権移転登記を受けた等の事実を主張したことは本件記録上窺うことができず、右の事実は甲事件についてのみ当事者となっている被上告人川島から主張されたものにすぎない。そして、甲事件と乙事件とは、たんに第一審以来弁論が併合されて審理されたにとどまり、被上告人川島と同岡部、同



師岡との間に必要的共同訴訟人としての関係は存在しないから、被上告人川島の主張が乙事件の訴訟資料となる余地はないというべきである。

してみれば、乙事件について当事者の主張しない前記事実を採用してこれに基づき上告人マスエほか三名の被上告人岡部、同師岡に対する請求を排斥した原判決は違法であり、その違法は原判決の結論に影響を及ぼすことが明らかであるから、原判決中右請求に関する部分は破棄を免れない。

つぎに、論旨は、原判示乙事件に関する請求中、上告人マスエほか三名の被上告人山本大和、同山本雅、同山本陸奥子、同山本惟新、同山本進、同渋谷まゆみ、同渋谷いづみ、同渋谷ひとみ、同松田恵、同松田真理(以下「被上告人大和ほか九名」という。)に対する本件建物の所有権移転登記手続請求について、原審が、甲事件について提出された証拠を右請求についての主張の当否の認定資料に供したのは採証法則に違背するという。

しかし、甲事件と乙事件とは前記のように第一審以来弁論を併合のうえ審理されて来たものであり、したがって、被上告人川島と被上告人大和ほか九名とはたがいに共同訴訟人の関係にあるが、共同訴訟人の一人が提出した証拠は、その相手方に対するばかりでなく、他の共同訴訟人とその相手方に対する関係においても証拠として認定資料に供することができるものであるから、原審が被上告人川島の提出した証拠を乙事件に関する主張の認定資料に供したからといって、原判決に所論の違法を生ずる余地はない。

### 3-3-3 固有必要的共同訴訟になる場合(判例)

#### ・最 3S45/10/27

記録に徴すると、本件訴訟は、訴外更生会社の管財人に選任された被上告人松田良治、同酒井泰平の両名が右会社の管財人として共同原告となり、弁護士福村武雄に第一審手続の訴訟代理を委任し、同弁護士が訴訟代理人となつてその訴訟手続を追行し、昭和四三年一月二四日終結した口頭弁論に基づいて第一審判決が言い渡されたものであるが、右第一審判決に対し上告人から控訴申立がなされたのに応じて、被上告人三名から、原裁判所に対し、本件訴訟が第一審に係属中の昭和四二年一月四日金沢地方裁判所の決定により、新たに被上告人柴田利雄が訴外更生会社の管財人に追加選任されたため、被上告人松田、同酒井は訴訟追行権を失い、訴訟手続の中断事由を生じたから、あらためて被上告人三名において本件訴訟手続を受け継ぐ旨の訴訟手続受継の申立および第一審判決の敗訴部分に対する附帯控訴の申立をしたので、原裁判所は、右受継申立に基づいて被上告人三名を被控訴人兼附帯控訴人として訴訟手続を進行させ、原判決を言い渡したことが明らかである。

ところで、更生会社の管財人が数人あるときは、その数人は、原則として、共同して職務を行なうことを要し、数人の管財人を当事者とする訴訟がいわゆる固有必要的共同訴訟に属することは所論のとおりである。したがって、本件のように数人の管財人によつて適法に追行されて来た訴

訟の係属中に、さらに新たな管財人が追加選任されたときは、その選任の時以後は、従来の管財人だけでは訴訟を進行する権限を失い、従来の管財人と新たに追加選任された管財人とが共同してのみ訴訟を進行する権限を有することになるが、かような場合においても、当事者適格を欠く者の進行する訴訟として直ちに右訴が不適法になるものではなく、新管財人を含む全管財人が一体として従来の管財人により進行されて来た訴訟上の地位を承継するとともに、民訴法二二条一項の類推適用により、その訴訟手続が中断し、全管財人においてその訴訟手続を受け継ぐことを要することになるものと解するのが相当である。

しかるところ、本訴の第一審においては、被上告人松田、同酒井の訴訟代理人として福村弁護士が選任されていたことは前記のとおりであるから、被上告人柴田が管財人に追加選任され、訴訟に承継を生じたことによつては、本件訴訟手続は中断せず、第一審判決が被上告人らの代理人に送達された時にはじめて中断したものというべきであり、承継前の当事者である被上告人松田、同酒井のみを原告と表示した第一審判決にはなんら違法はなかつたものといわなければならない。のみならず、右第一審判決に対する上告人の控訴に伴つて被上告人三名が訴訟手続を受継したことにより、前記中断は解消したことが明らかであるから、その訴訟手続に基づいてなされた原判決にもなんら違法はない。

#### ・最 2H10/3/27

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

したがって、取締役解任の訴えを会社と当該取締役の双方を被告とすべき固有必要的共同訴訟と解し、会社である被上告人のみを被告として提起された本件取締役解任の訴えを不適法として却下すべきものとした原審の判断は、正当として是認することができる。

#### ・大連 M44/3/24

##### 要旨

1. 民法四二四条の訴は債務者を相手方とする必要はない。
2. 受益者に対して取消権を行使して賠償を求めるか、転得者に対して取消権を行使して直接返還を求めるかは、債権者の自由である。
3. 詐害行為の取消のみを求めても差支えない。
4. 民法四二四条の取消の効果は相対的である。
5. 詐害行為取消の訴は、債務者および受益者に対する関係で必要的共同訴訟ではない。

6. 詐害行為取消の訴において、債務者は相手方となる適格を有しない。

本文

上告理由ハ原院判決ハ被上告人辻梅次郎塚口三之助間ノ売買行為ハ詐害行為トシテ取消サルヘキモノナル事実ヲ認メナカラ「詐害行為ノ取消訴権ハ其訴権ノ行使ニ依リテ債務者ノ給付能力ヲ回復スルコトヲ目的トスルモノナレハ其財産力受益者ノ手裡ニ存スルトキハ債務者及受益者間ノ法律行為ヲ取消スノミニ因リテ其目的ヲ達スルコトヲ得ヘシト雖モ判決ハ第三者ヲ羈束セサルカ故ニ財産力転得者ニ歸シタル場合に於テハ其転得者ニ対シ其訴権ヲ行使スルニアラサレハ其目的ヲ達スルコト能ハサルヘク若シ転得者ニ対シテ取消権ヲ行使スルコトナク唯受益者ニ対シテ訴権ヲ行使スル場合に於テハ単ニ法律行為ヲ取消スノミニテハ債務者ノ給付能力ヲ回復スルニ足ラサルカ故ニ債権者ハ債務者ノ法律行為ヲ取消スト同時ニ受益者ニ対シテ不当利得若クハ不法行為ノ原則ニ從ヒ賠償ヲ求メサルヘカラス故ニ転得者ニ対シテ取消権ヲ行使スヘキニ之ヲ除外シ単ニ債務者及受益者ニ対シテ行為ノ取消ヲ訴求シ或ハ受益者ニ対シテ賠償ヲ求ムヘキニ唯其間ニ於ケル行為ノ取消ノミヲ求ムルカ如キハ共ニ債務者ノ給付能力ヲ回復スルニ足ラサルモノニシテ他日転得者ニ対シテ取消訴権ヲ行使シ若クハ受益者ニ対シテ賠償ヲ請求スヘキ前提トナルニ過キサレハ恣ル利益ナキ訴ハ法律上許スヘカラサルモノト云ハサルヲ得ス」トノ理由ニ基キ上告人ノ訴ヲ却下セラレタリ然レトモ是レ詐害行為取消権ノ性質ヲ誤解シ利益ナケレハ訴権ナシトノ原則ヲ不当ニ適用シタル違法ノ裁判ナリト云ハサル可カラス抑モ廢罷訴権ハ債務者ノ為シタル法律行為ノ取消ノミヲ目的トスルモノニシテ直接ニ物ノ給付ヲ求ムルモノニ非ス債務者力給付能力ヲ回復シ若クハ受益者又ハ転得者力賠償義務ヲ負担スルニ至ルカ如キ間接ノ結果ニ過キス且廢罷訴権ニ基ク法律行為取消ノ判決ハ認定的ノモノニアラスシテ創設的効力ヲ有スルモノナリ即チ此取消ノ判決ハ恰モ民法上ニ於テ法律行為ノ取消権ヲ有スルモノカ法律行為取消ノ意思表示ヲ為シタルト同シク此判決アリテ始メテ当事者ノ権利關係ヲ原状ニ回復シ若クハ回復セシムヘキ義務ヲ負担セシムルモノナリ之レヲシモ尚利益ナキ訴訟ナリトシテ原院カ上告人ノ訴ヲ却下シタルハ廢罷訴権ノ性質ヲ誤解シ利益ナケレハ訴権ナシトノ原則ヲ不当ニ適用シタル違法ノ裁判ナリト云フニ在リ

依テ按スルニ民法第四百二十四条ニ規定スル詐害行為廢罷訴権ハ債権者ヲ害スルコトヲ知りテ為シタル債務者ノ法律行為ヲ取消シ債務者ノ財産上ノ地位ヲ其法律行為ヲ為シタル以前ノ原状ニ復シ以テ債権者ヲシテ其債権ノ正当ナル弁済ヲ受クルコトヲ得セシメテ其担保ヲ確保スルヲ目的トスルハ此訴権ノ性質上明確一点ノ疑ヲ容レサル所ナリ然レトモ債権者力詐害行為廢罷訴権ヲ行使スルニ当たり何人ヲ相手人トシテ訴訟ヲ提起スヘキヤノ点ニ付テハ我民法並ニ民事訴訟法中ニ何等ノ規定ヲ存セサルヲ以テ解釈上疑ヲ生スルヲ免カレス而シテ債務者ノ財産力詐害行為ノ結果其行為ノ相手人タル受益者ノ有ニ歸シ更ニ轉シテ第三者ノ有ニ歸シタル場合に於テ廢罷ノ目的トナルヘキ行為ハ第四百二十四条ノ明文ニ從ヒ債務者ノ行為ニシテ受益者ハ其行為ノ相手

方トシテ直接之ニ干与シタルモノナレハ其廢罷ヲ請求スル訴訟ニ於テ債務者及ヒ受益者ヲ対手人ト為スコトヲ要スルハ勿論轉得者ハ其法律行為ノ当事者ニアラサルモ廢罷ノ結果一旦其有二歸シタル債務者ノ財産ヲ回復セラルルノ地位ニ立チ直接ノ利害關係ヲ有スルモノナレハ轉得者モ亦其訴訟ニ於テ対手人タルコトヲ要シ結局詐害行為廢罷ノ訴ハ此三者ノ間ニ於テノ必要的共同訴訟ヲ成スモノナリトハ当院従来ノ判例ニ依リ確認セラレタル解釈ナリ然リト雖モ詐害行為ノ廢罷ハ民法カ「法律行為ノ取消」ナル語ヲ用ヒタルニ拘ラス一般法律行為ノ取消ト其性質ヲ異ニシ其効力ハ相對的ニシテ何人ニモ対抗スヘキ絶對的ノモノニアラス詳言スレハ裁判所カ債権者ノ請求ニ基ツキ債務者ノ法律行為ヲ取消シタルトキハ其法律行為ハ訴訟ノ相手方ニ對シテハ全然無効ニ歸スヘシト雖モ其訴訟ニ干与セサル債務者受益者又ハ轉得者ニ對シテハ依然トシテ存立スルコトヲ妨ケサルト同時ニ債権者カ特定ノ対手人トノ關係ニ於テ法律行為ノ効力ヲ消滅セシメ因テ以テ直接又ハ間接ニ債務者ノ財産上ノ地位ヲ原状ニ復スルコトヲ得ルニ於テハ其他ノ關係人トノ關係ニ於テ其法律行為ヲ成立セシムルモ其利害ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナシ是ヲ以テ債権者カ債務者ノ財産ヲ讓受ケタル受益者又ハ轉得者ニ對シテ訴ヲ提起シ之ニ對スル關係ニ於テ法律行為ヲ取消シタル以上ハ其財産ノ回復又ハ之ニ代ルヘキ賠償ヲ得ルコトニ因リテ其担保權ヲ確保スルニ足ルヲ以テ特ニ債務者ニ對シテ訴ヲ提起シ其法律行為ノ取消ヲ求ムルノ必要ナシ故ニ債務者ハ其訴訟ノ対手人タルヘキ適格ヲ有セサルヲ以テ必要的共同被告トシテ之ヲ相手取ルヘキモノトセル当院ノ判例ハ之ヲ變更セサルヘカラス

次キニ債務者ノ財産カ受益者ノ手ヲ經テ轉得者ノ有二歸シタル場合ニ之ヲ共同被告トシテ廢罷訴權ヲ行使スルコトヲ要スルヤ否ヤノ問題ニ付テハ轉得者カ善意ニシテ之ニ對スル關係ニ於テ法律行為ノ廢罷カ不可能トナリタル場合ハ勿論轉得者ノ意思不明ナル場合並ニ轉得者カ惡意ニシテ之ニ對スル法律行為ノ取消及ヒ債務者財産ノ直接回復カ可能ナル場合ニ於テモ債権者ハ尚ホ受益者ノミヲ相手取リテ法律行為ノ取消ヲ請求スルコトヲ妨ケス是レ他ナシ詐害行為廢罷ノ訴權ハ詐害行為ニ干与シタル者ニ對シテ其詐害ノ因テ生スル債務者ノ法律行為ヲ取消シ相手方カ尚債務者ノ財産ヲ所有スルトキハ直接ニ之ヲ回復シ相手方カ之ヲ所有セサルトキハ其財産ヲ回復スルニ代ヘテ之カ賠償ヲ為サシメ以テ其担保權ヲ確保スルコトヲ目的トスルモノニシテ其財産回復ノ義務タルヤ受益者又ハ轉得者カ其財産ヲ所有スルカ為メニ負擔スル依物義務ノ一種ニアラスシテ其行為ニ因リテ債務者ノ財産ヲ脱漏セシメタルカ為メニ生シタル責任ニ胚胎スルモノナレハ其財産ヲ他人ニ讓渡シタルニ因リテ之ヲ免脱スルコトヲ得ス却テ其財産ノ回復ニ代ヘテ之ヲ賠償スルコトヲ要スルハ詐害行為ノ性質上明白ナルヲ以テナリ故ニ債務者ノ財産カ轉得者ノ有二歸シタル場合ニ債権者カ受益者ニ對シテ廢罷訴權ヲ行使シ法律行為ヲ取消シテ賠償ヲ求ムルト轉得者ニ對シテ同一訴權ヲ行使シ直接ニ其財産ヲ回復スルトハ全ク其自由ノ權内ニ在リ要ハ債権者カ其本来享有セル担保權ヲ正當ニ実行スルコトヲ得ルノ点ニ存スルモノナリ故ニ当院従来ノ判例ハ此点ニ於テモ亦變更セラルヘキモノトス

詐害行為廢罷ノ訴権ハ詐害行為ノ廢罷ト共ニ其行為ニ因リテ債務者ノ資産ヲ脱シタル財産ノ回復又ハ之ニ代ルヘキ賠償ヲ求ムルコトヲ目的トスヘキヤ從テ単ニ法律行為ノ取消ノミヲ請求シ財産ノ回復又ハ其賠償ノ請求ノ伴ワサル訴ハ利益ナシトシテ之ヲ却下スヘキヤ蓋シ詐害行為廢罷ノ訴ハ債務者及ヒ第三者ノ詐害行為ニ因リテ債務者ノ資産ヨリ脱出シタル財産ヲ直接ニ回復シ又ハ其代償ヲ得ルヲ目的トスルモノナレハ其前提トシテ単ニ詐害行為ノ取消ノミヲ請求スルハ無益ノ訴トシテ許ス可カラサルニ似タリ然レトモ民法ハ法律行為ノ取消ヲ請求スルト同時ニ原状回復ヲ請求スルコトヲ以テ詐害行為廢罷訴権行使ノ必要条件ト為ササルノミナラス却テ訴権ノ目的トシテ単ニ法律行為ノ取消ノミヲ規定シ取消ノ結果直チニ原状回復ノ請求ヲ為スト否トヲ原告債権者適宜ノ処置ニ委ネタルヲ以テ此二者ハ相共ニ訴権ノ成立要件ヲ形成スルモノニアラス加之原告債権者ノ請求ニ基ツキ法律行為ノ取消ヲ命スル裁判ハ単ニ權利ノ成立不成立ヲ確定スル裁判ニアラスシテ法律行為ノ効力ヲ消滅セシムルヲ以テ目的トシ被告タル受益者転得者ハ其裁判ニ因リ法律行為ノ消滅ヲ認メサルヘカラサルノ羈絆ヲ受クルモノナレハ其訴訟ハ單純ナル確認訴訟ニアラス從テ後ニ提起スル原状回復ノ訴訟ノ前提タルニ拘ラス原告ノ為メニ利益アル訴訟タルヲ妨ケサルヲ以テ不適法ナリトシテ之ヲ却下スルコトヲ得ス果シテ然ラハ原院ハ上告人カ其債務者タル被上告人辻梅次郎ト受益者タル被上告人塚口三之助間ノ山林売買ヲ以テ詐害行為ナリトシ其売買行為ノ取消並ニ所有權移轉ノ登記抹消ヲ請求シタル本件訴訟ノ控訴ニ付審理ヲ為スニ當リ係争山林カ転得者タル岡山県苫田郡東加茂村外八力村ノ有ニ歸シ本訴訟ニ於テ山林回復ノ目的ヲ達スルコトヲ得サルノミナラス上告人ニ於テ損害ノ賠償ヲ請求スルノ手段ヲ執ラサリシニモセヨ上告人ノ訴ハ之カ為メ法律上許スヘカラサル利益ナキ訴トナリタルモノニハアラサルヲ以テ宜ク売買取消ノ請求並ニ登記抹消ノ請求ノ当否ヲ審按シ其請求ノ許否ヲ決セサルヘカラサル筋合ナルニ事茲ニ出テスシテ法律上許スヘカラサル利益ナキ訴トシテ之ヲ却下シタルハ失当ニシテ上告論旨ハ理由アリ原判決ハ破毀ヲ免カレサルモノトス

被上告人辻梅次郎ハ上告人ノ債務者トシテ本件ノ詐害行為ヲ為シタルモノナレハ其廢罷ヲ目的トスル本件ノ訴訟ニ於テ相手取ラルヘキモノニアラサルハ前顯説明ノ如ク売買登記抹消ノ請求ニ関シテモ亦売渡人ヲ對手人ト為スヘキモノニアラサルハ当院判例ノ存スル所ナルヲ以テ同人ニ對スル上告人ノ請求ハ其當ヲ失スルニ依リ却下セラルヘキモノトス

#### ・最 1S46/10/7

本件記録によれば、被上告人らの本訴請求は、被上告人らが共同して本件土地を訴外久下初五郎から買い受けてその所有権を取得したが、都合により上告人名義に所有権移轉登記を経由したもので、その登記は実体関係に合致しないものであるとの理由で、上告人に対し本件土地の共有権の確認および右登記の抹消登記手続に代えて所有権移轉登記手続を求めるものであるところ、被上告人間川知次は、本件第一審係属中に本訴を取り下げる旨の昭和三七年九月一〇日付書面を提出し、上告人がその取下げに同意する旨の同月一日付書面を提出していること

が明らかである。

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

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

それゆえ、このような訴訟の係属中に共同原告の一人が訴の取下げをしても、その取下げは効力を生じないものというべきである。

#### ・最 1S40/5/20

共有持分権の及ぶ範囲は、共有地の全部にわたる(民法二四九条)のであるから、各共有者は、その持分権にもとづき、その土地の一部が自己の所有に属すると主張する第三者に対し、単独で、係争地が自己の共有持分権に属することの確認を訴求することができるのは当然である(昭和三年一二月一七日大審院判決、民集七卷一〇九五頁参照)。

#### ・最 2S41/11/25

職権をもつて調査するに、入会権は権利者である一定の部落民に総有的に帰属するものであるから、入会権の確認を求める訴は、権利者全員が共同してのみ提起しうる固有必要的共同訴訟というべきである(明治三九年二月五日大審院判決・民録一二輯一六五頁参照)。この理は、入会権が共有の性質を有するものであると、共有の性質を有しないものであるとで異なるところがない。したがつて、上告人らが原審において訴の変更により訴求した「本件土地につき共有の性質を有する入会権を有することを確認する。若し右請求が理由がないときは、共有の性質を有しない入会権を有することを確認する」旨の第四、五次請求は、入会権者全員によつてのみ訴求で

きる固有必要的共同訴訟であるというべきところ、本件右請求が入会権者と主張されている部落民全員によつて提起されたものでなく、その一部の者によつて提起されていることは弁論の全趣旨によつて明らかであるから、右請求は当事者適格を欠く不適法なものである。本件土地を上告人らが総有することを請求原因として被上告人に対しその所有権取得登記の抹消を求める第二次請求もまた同断である。

さらに、上告人らの本件第三次請求は、本件土地が又重財産区の所有に属することを請求原因として、被上告人に対しその所有権取得登記の抹消を求めるものである。そうとすれば、本請求の正当な原告は又重財産区であつて、上告人らは当事者適格を有しないものというべきである。本訴もまた不適法である。

#### ・最 1S57/7/1

入会部落の構成員が入会権の対象である山林原野において入会権の内容である使用収益を行う権能は、入会部落の構成員たる資格に基づいて個別的に認められる権能であつて、入会権そのものについての管理処分の権能とは異なり、部落内で定められた規律に従わなければならないという拘束を受けるものであるとはいえ、本来、各自が単独で行使することができるものであるから、右使用収益権を争い又はその行使を妨害する者がある場合には、その者が入会部落の構成員であるかどうかを問わず、各自が単独で、その者を相手方として自己の使用収益権の確認又は妨害の排除を請求することができるものと解するのが相当である。これを本件についてみると、原審が適法に確定したところによれば、当事者参加人らは、本件山林について入会権を有する山中部落の構成員の一部であつて、各自が本件山林において入会権に基づきその内容である立木の小柴刈り、下草刈り及び転石の採取を行う使用収益権を有しているというのであり、右使用収益権の行使について特別の制限のあることは原審のなんら認定しないところであるから、当事者参加人らの上告人及び被上告人神社に対する右使用収益権の確認請求については、当事者参加人らは当然各自が当事者適格を有するものというべく、また、上告人に対する地上権設定仮登記の抹消登記手続請求についても、それが当事者参加人らの右使用収益権に基づく妨害排除の請求として主張されるものである限り、当事者参加人ら各自が当事者適格を有するものと解すべきである。これと同旨の原審の判断は正当であつて、その過程に所論の違法はない。所論引用の判例は、入会部落の構成員の一部の者が入会部落民に総有的に帰属する入会権そのものの確認及びこれに基づく妨害排除としての抹消登記手続を求めた場合に関するものであつて、事案を異にし本件に適切でない。

しかしながら、職権をもつて、当事者参加人らの請求中本件山林について経由された地上権設定仮登記の抹消登記手続請求の当否について検討するに、当事者参加人らが有する使用収益権を根拠にしては右抹消登記手続を請求することはできないものと解するのが相当である。ただし、原審が適法に確定したところによれば、当事者参加人らが入会部落の構成員として入会権の

内容である使用収益を行う権能は、本件山林に立ち入って採枝、採草等の収益行為を行うことのできる権能にとどまることが明らかであるところ、かかる権能の行使自体は、特段の事情のない限り、単に本件山林につき地上権設定に関する登記が存在することのみによつては格別の妨害を受けることはないと考えられるからである。もつとも、かかる地上権設定に関する登記の存在は、入会権自体に対しては侵害的性質をもつといえるから、入会権自体に基づいて右登記の抹消請求をすることは可能であるが、かかる妨害排除請求権の訴訟上の主張、行使は、入会権そのものの管理処分に関する事項であつて、入会部落の個々の構成員は、右の管理処分については入会部落の一員として参与しう資格を有するだけで、共有におけるような持分権又はこれに類する権限を有するものではないから、構成員各自においてかかる入会権自体に対する妨害排除としての抹消登記を請求することはできないのである。しかるに、原審は、なんら前記特段の事情のあることを認定することなしに、当事者参加人らが入会権の内容として有する使用収益権に特別の効力を認め、右使用収益権はその法的効力においてはいわば内容において限定を受けた持分権又は地上権と同様の性質を持つものと解したうえ、当事者参加人らは、右各自の使用収益権に基づく保存行為として本件山林について經由された地上権設定仮登記の抹消登記手続を請求することができるものと判断しているのであつて、右判断には、入会権に関する法律の解釈適用を誤つた違法があるものといわなければならない、右違法が原判決中右抹消登記手続請求に関する部分に影響を及ぼすことは明らかである。

・最 3H6/5/31

入会権は権利者である一定の村落住民の総有に属するものであるが(最高裁昭和三四年(オ)第六五〇号同四一年一月二五日第二小法廷判決・民集二〇巻九号一九二一頁)、村落住民が入会団体を形成し、それが権利能力のない社団に当たる場合には、当該入会団体は、構成員全員の総有に属する不動産につき、これを争う者を被告とする総有権確認請求訴訟を進行する原告適格を有するものと解するのが相当である。けだし、訴訟における当事者適格は、特定の訴訟物について、誰が当事者として訴訟を進行し、また、誰に対して本案判決をするのが紛争の解決のために必要で有意義であるかという観点から決せられるべき事柄であるところ、入会権は、村落住民各自が共有におけるような持分権を有するものではなく、村落において形成されてきた慣習等の規律に服する団体的色彩の濃い共同所有の権利形態であることに鑑み、入会権の帰属する村落住民が権利能力のない社団である入会団体を形成している場合には、当該入会団体が当事者として入会権の帰属に関する訴訟を進行し、本案判決を受けることを認めるのが、このような紛争を複雑化、長期化させることなく解決するために適切であるからである。

そして、権利能力のない社団である入会団体の代表者が構成員全員の総有に属する不動産について総有権確認請求訴訟を原告の代表者として進行するには、当該入会団体の規約等において当該不動産を処分するのに必要とされる総会の議決等の手続による授權を要するものと解



するのが相当である。けだし、右の総有権確認請求訴訟についてされた確定判決の効力は構成員全員に対して及ぶものであり、入会団体が敗訴した場合には構成員全員の総有権を失わせる処分をしたのと事実上同じ結果をもたらすことになる上、入会団体の代表者の有する代表権の範囲は、団体ごとに異なり、当然に一切の裁判上又は裁判外の行為に及ぶものとは考えられないからである。

以上を本件についてみるのに、記録によると、上告人大畑町部落有財産管理組合は、大畑町の地域に居住する一定の資格を有する者によって構成される入会団体であって、規約により代表の方法、総会の運営、財産の管理等団体としての主要な点が確定しており、組織を備え、多数決の原則が行われ、構成員の変更にかかわらず存続することが認められるから、右上告人は権利能力のない社団に当たるというべきである。したがって、右上告人は、本件各土地が右上告人の構成員全員の総有に属することの確認を求める訴えの原告適格を有することになる。また、右上告人の代表者である組合長加藤正夫は、訴えの提起に先立って、本件訴訟を進行することにつき、財産処分をするのに規約上必要とされる総会における議決による承認を得たことが記録上明らかであるから、前記の授權の要件をも満たしているものといえることができる。前記判例は、村落住民の一部の者のみが全員の総有に属する入会権確認の訴え等を提起した場合に関するものであって、事案を異にし本件に適切でない。

(中略)

権利能力のない社団である入会団体において、規約等に定められた手続により、構成員全員の総有に属する不動産につきある構成員個人を登記名義人とすることとされた場合には、当該構成員は、入会団体の代表者でなくても、自己の名で右不動産についての登記手続請求訴訟を進行する原告適格を有するものと解するのが相当である。けだし、権利能力のない社団である入会団体において右のような措置を採ることが必要になるのは入会団体の名義をもって登記をすることができないためであるが、任期の定めのある代表者を登記名義人として表示し、その交代に伴って所有名義を変更するという手続を採ることなく、別途、当該入会団体において適切であるとされた構成員を所有者として登記簿上表示する場合であっても、そのような登記が公示の機能を果たさないとはいえないのであって、右構成員は構成員全員のために登記名義人になることができるのであり、右のような措置が採られた場合には、右構成員は、入会団体から、登記名義人になることを委ねられるとともに登記手続請求訴訟を進行する権限を授与されたものとみるのが当事者の意思にそうものと解されるからである。このように解したとしても、民訴法が訴訟代理人を原則として弁護士に限り、信託法一条が訴訟行為をさせることを主たる目的とする信託を禁止している趣旨を潜脱するものということとはできない。

2 これを本件についてみるのに、記録によると、上告人加藤正治は、訴えの提起に先立って、上告人大畑町部落有財産管理組合の総会における構成員全員一致の議決によって本件各土地の

登記名義人とすることとされたことが認められるから、本件登記手続請求訴訟の原告適格を有するものというべきである。

・最 1H20/7/17

被上告会社は、本件土地1についてはその登記名義人である被上告人Y3及び同Y4から、本件土地2～4についてはその登記名義人である被上告人Y5及び同Y6から、それぞれ買い受け、その所有権を取得したとして、平成13年5月29日、共有持分移転登記を了した。

(中略)

上告人らは、本件各土地について所有権を取得したと主張する被上告会社に対し、本件各土地が本件入会集団の入会地であることの確認を求めたいと考えたが、本件入会集団の内部においても本件各土地の帰属について争いがあり、被上告人入会権者らは上記確認を求める訴えを提起することについて同調しなかったため、対内的にも対外的にも本件各土地が本件入会集団の入会地であること、すなわち上告人らを含む本件入会集団の構成員全員が本件各土地について共有の性質を有する入会権を有することを合一的に確定するため、被上告会社だけでなく、被上告人入会権者らも被告として本件訴訟を提起したものと解される。

特定の土地が入会地であることの確認を求める訴えは、原審の上記3(1)の説示のとおり、入会集団の構成員全員が当事者として関与し、その間で合一にのみ確定することを要する固有必要的共同訴訟である。そして、入会集団の構成員のうちに入会権の確認を求める訴えを提起することに同調しない者がいる場合であっても、入会権の存否について争いのあるときは、民事訴訟を通じてこれを確定する必要があることは否定することができず、入会権の存在を主張する構成員の訴権は保護されなければならない。そこで、入会集団の構成員のうちに入会権確認の訴えを提起することに同調しない者がいる場合には、入会権の存在を主張する構成員が原告となり、同訴えを提起することに同調しない者を被告に加えて、同訴えを提起することも許されるものと解するのが相当である。このような訴えの提起を認めて、判決の効力を入会集団の構成員全員に及ぼしても、構成員全員が訴訟の当事者として関与するのであるから、構成員の利益が害されることはないというべきである。

最高裁昭和34年(オ)第650号同41年11月25日第二小法廷判決・民集20巻9号1921頁は、入会権の確認を求める訴えは権利者全員が共同してのみ提起し得る固有必要的共同訴訟というべきであると判示しているが、上記判示は、土地の登記名義人である村を被告として、入会集団の一部の構成員が当該土地につき入会権を有することの確認を求めて提起した訴えに関するものであり、入会集団の一部の構成員が、前記のような形式で、当該土地につき入会集団の構成員全員が入会権を有することの確認を求め訴えを提起することを許さないとするものではないと解するのが相当である。

したがって、特定の土地が入会地であるのか第三者の所有地であるのかについて争いがあり、

入会集団の一部の構成員が、当該第三者を被告として、訴訟によって当該土地が入会地であることの確認を求めたいと考えた場合において、訴えの提起に同調しない構成員がいるために構成員全員で訴えを提起することができないときは、上記一部の構成員は、訴えの提起に同調しない構成員も被告に加え、構成員全員が訴訟当事者となる形式で当該土地が入会地であること、すなわち、入会集団の構成員全員が当該土地について入会権を有することの確認を求める訴えを提起することが許され、構成員全員による訴えの提起ではないことを理由に当事者適格を否定されることはないというべきである。

以上によれば、上告人らと被上告人入会権者ら以外に本件入会集団の構成員がいないのであれば、上告人らによる本件訴えの提起は許容されるべきであり、上告人らが本件入会集団の構成員の一部であることを理由に当事者適格を否定されることはない。

・大 T10/3/18

要旨

1. 第三者に対し共有物(動産)の引渡を求めるには、各共有者が単独ですることができる。
2. 所有権に基づく共有物引渡請求権は、数人の債権者のある不可分債権である。

本文

上告論旨第二点ハ本訴ニ於テ被上告人カ請求シタル係争物件ハ第一審ニ共同原告トナリシ被上告人及菊池時次郎ノ四名ナリシニ原審ニ至リ菊池時次郎ハ其債権ヲ訴外菊池喜右衛門ニ譲渡シタル為メ請求権ノ失却ヲ来シタメニ該請求ハ棄却(第一審判決ヲ廃棄シテ)セラレ単ニ被上告人三名ノ請求権ヲ認容シタル控訴棄却ノ判決ヲ与エラレタルモ本件係争物件ハ不可分の物件ニシテ而カモ被上告人等ハ物件全部ニ所有権ナキモノニ不拘独り上告人ノ控訴ヲ棄却スル旨ノ判示ハ執行上引渡不能ノ判決ナレハ裁判ニ効カヲ賦与セラレサリシモノニ帰著シ且ツ物件ノ一部ニ付キ被上告人ノ権利ナキ物件全部ニ引渡ヲ命シタル不法アリト云ウニ在リ

然レトモ所有権ニ基キ第三者ニ対シテ共有物ノ引渡ヲ請求スヘキ場合ニ於テハ数人ノ債権者アル不可分債権ニ在テ各債権者カ単独ニテ債務ノ履行ヲ請求シ得ルカ如ク各共有者ハ総共有者ノ為メニ単独ニテ引渡ヲ請求スルコトヲ得ヘク総共有者共同ニテ之ヲ請求スルヲ要セサレハ本件動産ノ共有者中被告三名ノミカ被告二人ニ対シテ共有物全部ノ引渡ヲ請求スルハ至当ニシテ之ヲ是認シタル原判決ハ間然スル所ナシ

・最 2S34/7/3

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

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

・最 2S45/5/22

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

・最 2S43/3/15

被上告人の被告姜吉煥に対する本訴請求が本件土地の所有権に基づいてその地上にある建物の所有者である同被告に対し建物収去土地明渡を求めるものであることは記録上明らかであるから、同被告が死亡した場合には、かりに姜喜美子が同被告の相続人の一人であるとすれば、喜美子は当然に同被告の地位を承継し、右請求について当事者の地位を取得することは当然である。しかし、土地の所有者がその所有権に基づいて地上の建物の所有者である共同相続人を相手方とし、建物収去土地明渡を請求する訴訟は、いわゆる固有必要的共同訴訟ではないと解すべきである。ただし、右の場合、共同相続人らの義務はいわゆる不可分債務であるから、その請求において理由があるときは、同人らは土地所有者に対する関係では、各自係争物件の全部についてその侵害行為の全部を除去すべき義務を負うのであつて、土地所有者は共同相続人ら各自に対し、順次その義務の履行を訴求することができ、必ずしも全員に対して同時に訴を提起し、同時に判決を得ることを要しないからである。もし論旨のいうごとくこれを固有必要的共同訴訟であると解するならば、共同相続人の全部を共同の被告としなければ被告たる当事者適格を有しないことになるのであるが、そうだとすると、原告は、建物収去土地明渡の義務あることについて争う意思を全く有しない共同相続人をも被告としなければならないわけであり、また被告たる共同相続人のうちで訴訟進行中に原告の主張を認めるにいたつた者がある場合でも、当該被告がこれを認諾し、または原告がこれに対する訴を取り下げる等の手段に出ることができず、いたずらに無用の手続を重ねなければならないことになるのである。のみならず、相続登記のない家屋を数人の共同相続人が所有してその敷地を不法に占拠しているような場合には、その所有者が果して何びとであるかを明らかにしえないことで稀ではない。そのような場合は、その一部の者を手続に加えなかつたために、既になされた訴訟手続ないし判決が無効に帰するおそれもあるのである。

以上のように、これを必要的共同訴訟と解するならば、手続上の不経済と不安定を招来するおそれなしとしないのであつて、これらの障害を避けるためにも、これを必要的共同訴訟と解しないのが相当である。また、他面、これを通常的共同訴訟であると解したとしても、一般に、土地所有者は、共同相続人各自に対して債務名義を取得するか、あるいはその同意をえたうえでなければ、その強制執行をすることが許されないのであるから、かく解することが、直ちに、被告の権利保護に欠けるものとはいえないのである。そうであれば、本件において、所論の如く、他に同被告の承継人が存在する場合であつても、受継手続を了した者のみについて手続を進行し、その者との関係においてのみ審理判決することを妨げる理由はないから、原審の手続には、ひつきよう、所論の違法はないことに帰する。

・最 2S36/12/15

本件は昭和一八年一二月三〇日上告人の二男勝義から本件宅地をその地上建物と共に買受けた被上告人が、同二四年一月一日右勝義の死亡による相続によつて右勝義の売買契約上の債務を承継した上告人に対し、右契約にもとづき本件宅地の所有権移転の登記を請求する訴訟であることは記録上あきらかである。すなわち、被上告人の本訴において請求するところは、上告人が相続によつて承継した前記勝義の所有権移転登記義務の履行である。かくのごとき債務は、いわゆる不可分債務であるから、たとえ上告人主張のごとく、上告人の外に共同相続人が存在するとしても、被上告人は上告人一人に対して右登記義務の履行を請求し得るものであつて、所論のごとく必要的共同訴訟の関係に立つものではないのである。

・最 3S38/3/12

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

・最 3H1/3/28

遺産確認の訴えは、当該財産が現に共同相続人による遺産分割前の共有関係にあることの確認を求める訴えであり、その原告勝訴の確定判決は、当該財産が遺産分割の対象である財産であることを既判力をもって確定し、これに続く遺産分割審判の手続及び右審判の確定後において、当該財産の遺産帰属性を争うことを許さないとすることによつて共同相続人間の紛争の解決に資することができるのであつて、この点に右訴えの適法性を肯定する実質的根拠があるのであるから(最高裁昭和五七年(オ)第一八四号同六一年三月一三日第一小法廷判決・民集四〇巻二号

三八九頁参照)、右訴えは、共同相続人全員が当事者として関与し、その間で合一にのみ確定することを要するいわゆる固有必要的共同訴訟と解するのが相当である。これと同旨の原審の判断は正当として是認することができ、原判決に所論の違法はない。

・最 3H16/7/6

1 記録によれば、本件の概要は、次のとおりである。

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

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

2 被相続人の遺産につき特定の共同相続人が相続人の地位を有するか否かの点は、遺産分割をすべき当事者の範囲、相続分及び遺留分の算定等の相続関係の処理における基本的な事項の前提となる事柄である。そして、共同相続人が、他の共同相続人に対し、その者が被相続人の遺産につき相続人の地位を有しないことの確認を求める訴えは、当該他の共同相続人に相続欠格事由があるか否か等を審理判断し、遺産分割前の共有関係にある当該遺産につきその者が相続人の地位を有するか否かを既判力をもって確定することにより、遺産分割審判の手續等における上記の点に関する紛議の発生を防止し、共同相続人間の紛争解決に資することを目的とするものである。このような上記訴えの趣旨、目的にかんがみると、上記訴えは、共同相続人全員が当事者として関与し、その間で合一にのみ確定することを要するものというべきであり、いわゆる固有必要的共同訴訟と解するのが相当である。

3 以上によれば、共同相続人全員を当事者としていないことを理由に本件訴えを却下した原審の判断は、正当として是認することができる。

・大 T13/5/19

要旨

1.共有は数人が共同して1つの所有権を有する状態であつて、各共有者は物の全部につき所有権を有し、他の共有者の同一権利によつて減縮されるに過ぎない。

2.共有者の有する権利は、単独所有権者の権利と性質・内容を同じくし、ただその分量・範囲に広狭の差があるだけである。

3.共有権の確認の訴には、数人が共同して有する一の所有権確認の訴と各共有者が物の全部につき他の共有者の権利によつて減縮される範囲において有する持分権確認の訴とがあり、前者は共有者全員で提起することを要し、後者は単独で第三者または他の共有者全員もしくはその一部を相手方として提起することができる。

4.共有持分権確認の訴は各共有者単独で提起できる。

5.共有者の1人が他の共有者に対して持分権の確認を求めるには、他の共有者全員を被告とすることを要しない。

本文

事実:上告人(被控訴人、原告)ハ原審ニ於テ岩手県二戸郡田山村字下夕川原三十二番ノ二山林十二町三段三畝十五歩カ上告人被上告人(控訴人、被告)及ヒ訴外人三浦佐助ノ十五名ノ共有ニ属スル旨ヲ主張シ被上告人ニ対シ右ノ山林カ上告人被上告人及訴外人三浦佐助ノ共有ナルコトノ確認ヲ求ムト申立テタルモノニシテ其ノ理由トシテ本件山林ハ嘗テ上告人三浦菊ノ先代勘五郎ノ山守ヲ為シタリシモノニシテ勘五郎林ト称セラレタルモ明治八年官民有区分ノ際被上告人先代久松ニ依頼シ同人ノ所有トシテ書上ケラレ大正元年九月十九日被上告人先代永太ニ於テ保存登記ヲ為シタルモノナルモ右十五名ノ共有ニシテ従来十五名ニテ使用収益シ来レルモノナリト述ヘタリ被上告人ハ上告人主張ノ共有關係ヲ否認シタリ

原院ハ本訴ハ上告人(被控訴人)カ係争山林ニ付上告人十三名及被上告人(控訴人)ノ外訴外人三浦佐助ノ十五名ノ共有ナルコトノ確認ヲ求ムルモノニシテ上告人等各自ノ持分権ノ確認ヲ求ムルモノニ非サルヲ以テ共有者全員ヲ訴訟ノ当事者ト為ササルヘカラス然ルニ上告人ハ其ノ共有者ノ一人ト主張スル訴外三浦佐助ヲ差措キ本訴ヲ提起シタルモノニシテ不適法ノ訴タルヲ免レト判示シ訴却下ノ判決ヲ為シタリ

理由:共有ハ数人カ共同シテノ所有権ヲ有スル状態ニシテ各共有者ハ物ノ全部ニ付所有権ヲ有シ他ノ共有者ノ同一ノ権利ニヨリテ減縮セラルルニ過キス從テ共有者ノ有スル権利ハ単独所有権者ノ権利ト性質内容ヲ同フシ唯其ノ分量及範圍ニ広狭ノ差異アルニ過キサルモノトス(大正八年(オ)第四八五号同年十一月三日言渡第二民事部判決参照)然ラハ共有権ノ確認ノ訴ニハ数人カ共同シテ有スルノ所有権ノ確認ノ訴ト各共有者カ物ノ全部ニ付他ノ共有者ノ権利ニヨリテ減縮セラルル範圍ニ於テ有スル権利即持分権ノ確認ノ訴トアリ前者ハ共有者全員ノ権利關係ノ確認ヲ求ムルモノナルヲ以テ共有者全員ニ於テ之ヲ提起スルコトヲ要シ各共有者単独ニ之ヲ提起スルコトヲ得サレトモ(大正四年(オ)第一〇八三号大正五年六月十三日第一民事部判決及大正八年(オ)第三四五号同年五月三十一日第三民事部判決参照)後者ハ各共有者ノ有スル権利ノ確認ヲ求ムルモノナルヲ以テ各共有者ハ単独ニ第三者又ハ他ノ共有者全員若ハ其ノ一員ヲ相手方トシテ之ヲ提起スルコトヲ得ルモノトス(大正五年(オ)第六七四号大正六年二月二十八日第三民事部判決及大正十年(オ)第八三六号大正十一年二月二十日第二民事部判決)而シテ本訴ハ上告人ニ於テ岩手県二戸郡田山村字下夕川原三十二番ノ二山林十二町三段三畝十一歩カ上告人、被上告人及訴外人三浦佐助ノ共有ニ属スルコトヲ主張シ其ノ共有権ノ確認ヲ求ムルモノニシテ第三者ニ対シ共有者全員ノ権利關係ノ確認ヲ求ムルモノニアラサルヲ以テ本訴ハ上告人カ被上告人及訴外人三浦佐助ト共同シテ所有スル右ノ山林ニ付上告人各自ノ有スル権利即持分権ノ確認ヲ求ムル訴ニ属スルモノナレハ共有者ノ一員タル訴外人三浦佐助カ上告人ニ加ハラヌ又被上告

人ニ加ヘラレサルノ事由ヲ以テ直ニ本訴ヲ不適法又ハ理由ナキモノト為スコトヲ得ス然ルニ原判決カ「本訴ハ被控訴人(上告人、原告)ノ主張自体ニ徴シ明ナルカ如ク係争山林ニ付被控訴人十三名及控訴人(被上告人、被告)ノ外訴外人三浦佐助ノ十五名ノ共有ナルコトノ確認ヲ求ムルモノニシテ被控訴人等各自ノ持分権ノ確認ヲ求ムルモノニ非サルヲ以テ共有者全員ヲ訴訟ノ当事者ト為ササルヘカラス然ルニ本訴ハ被控訴人等ニ於テ共有者ノ一人ト主張スル訴外人三浦佐助ヲ差措キタル失当アリ不適法ノ訴タルヲ免レス」トノ理由ヲ以テ本訴ヲ却下シタルハ不法ニシテ原判決ハ全部破毀ヲ免レサルモノトス

・最 S58/2/8

思うに、入会権の目的である山林につき、入会権を有し入会団体の構成員であると主張する者が、その構成員である入会権者との間において、入会権を有することの確認を求める訴えは、入会団体の構成員に総有的に帰属する入会権そのものの存否を確定するものではなく、右主張者が入会団体の構成員たる地位若しくはこれに基づく入会権の内容である当該山林に対する使用収益権を有するかどうかを確定するにとどまるのであつて、入会権を有すると主張する者全員と入会権者との間において合一に確定する必要のないものであるから、いわゆる固有の必要的共同訴訟と解すべきものではなく、入会権を有すると主張する者が、各自単独で、入会権者に対して提起することが許されるものと解すべきである。記録によれば、本件において、上告人らは、本件山林が、中沢郷会なる団体に帰属し、かつ、共有の性質を有する入会山であり、上告人らが個別的に右中沢郷会に加入を認められたこと(いわゆる新加入)によつて入会権を取得した旨主張し、右団体の構成員であつて入会権者である被上告人らとの間において、上告人らが、本件山林につき、被上告人らの権利と同一内容の「植林、用材及び雑木の伐採、採草等を目的とする共有の性質を有する入会権」を有することの確認を求めていることが明らかであるから、上告人らの右確認の訴えは、上告人らが、各自単独で、提起することが許される通常訴訟というべきである。

しかるに、原判決は、入会権確認の訴えは、入会権者が全員で提起することを要する固有の必要的共同訴訟と解すべきであるとしたうえ、上告人らが確認を求めている右山林についての入会権は、その主張によれば、上告人らがいわゆる新加入によつて取得したものであるが、このような新加入者には上告人らのほかに訴外菅野三吉、同菅野清十郎及び同高井元治郎の三名がいるところ、この三名が本件確認の訴えの当事者となつていないとの理由のみで、右訴えを当事者適格を欠いた者が提起した不適法なものであるとして却下しているが、この判断は当事者適格に関する法令の解釈適用を誤つた違法なものというべきであり、この違法は原判決中入会権の確認を求める訴えに関する部分の結論に影響を及ぼすことが明らかである。したがつて、この点の違法をいう論旨は理由があるから、原判決中右訴えに関する部分を破棄することとし、上告人らが本件山林について入会権を有するかどうか、その内容いかんについて、さらに審理を尽くす必要があるので、右部分につき本件を原審に差し戻すこととする。



### 3-3-4 類似必要的共同訴訟となる場合

・最 2H12/7/7

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

類似必要的共同訴訟において共同訴訟人の一部の者が上訴すれば、それによって原判決の確定が妨げられ、当該訴訟は全体として上訴審に移審し、上訴審の判決の効力は上訴をしなかった共同訴訟人にも及ぶと解される。しかしながら、合一確定のためには右の限度で上訴が効力を生ずれば足りるものである上、取締役の会社に対する責任を追及する株主代表訴訟においては、既に訴訟を追行する意思を失った者に対し、その意思に反してまで上訴人の地位に就くことを求めることは相当でないし、複数の株主によって株主代表訴訟が追行されている場合であっても、株主各人の個別的な利益が直接問題となっているものではないから、提訴後に共同訴訟人たる株主の数が減少しても、その審判の範囲、審理の態様、判決の効力等には影響がない。そうすると、株主代表訴訟については、自ら上訴をしなかった共同訴訟人を上訴人の地位に就かせる効力までが民訴法四〇条一項によって生ずると解するのは相当でなく、自ら上訴をしなかった共同訴訟人たる株主は、上訴人にはならないものと解すべきである(最高裁平成四年(行ツ)第一五六号同九年四月二日大法廷判決・民集五一巻四号一六七三頁参照)。

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

### 3-3-5 必要的共同訴訟の審判

・最 2S58/4/1

職権をもって調査するのに、本件訴訟のように普通地方公共団体の数人の住民が当該地方公共団体に代位して提起する地方自治法二四二条の二第一項四号所定の訴訟は、その一人に対する判決が確定すると、右判決の効力は当該地方公共団体に及び(民訴法二〇一条二項)、他の者もこれに反する主張をすることができなくなるという関係にあるのであるから、民訴法六二条一項にいう「訴訟ノ目的力共同訴訟人ノ全員ニ付合一ニノミ確定スヘキ場合」に当たるものと解するのが相当である。そうすると、本件訴訟を提起した一五名の第一審原告らのうち本件上告人ら五名がした第一審判決に対する控訴は、その余の第一審原告らに対しても効力を生じ(民訴法六二条一項)、原審としては、第一審原告ら全員を判決の名宛人として一個の終局判決をすべきところであつて、第一審判決に対する控訴をした本件上告人らのみを控訴人としてされた原判決は、違法であることが明らかである。

[木下反対意見]

私は、多数意見とは異なり、いわゆる類似必要的共同訴訟に属する訴訟であつても、住民が普通地方公共団体に代位して提起する本件のような訴訟にあつては、共同訴訟人の一部の者が上訴しても、それによつて他の者が上訴人としての地位を取得するものではなく、したがつて、本件において第一審判決に対する控訴をした一部の共同訴訟人のみを控訴人として終局判決をした原審の措置には格別の違法はないと考える。

そもそも、必要的共同訴訟において共同訴訟人の一部の者が上訴すればそれによつて他の者も上訴人としての地位に就くものと一般に解されているのは、要するに、本来合一的にのみ確定されるべき性質を持つ判決が区々になることを避けるための方法としてであるにほかならない。しかしながら、右のような目的のためには、必ずしもあらゆる場合において一部の共同訴訟人が上訴すれば他の者も上訴人としての地位に就くものとする必要はないばかりか、自ら上訴をせず上訴追行の意思を有しない者にも上訴人としての地位を付与し自ら上訴した者と同様の上訴審当事者としての権利、義務を課することはかえつて不当でもあり、訴訟経済に反するところでもある。

多数の住民が普通地方公共団体に代位して提起する本件のような訴訟は、当該公共団体が有する同一の請求権を多数の住民がいわば公益の代表者としての立場において行使するものである。この種の訴訟のこのような性質にかんがみると、私は、いわゆる類似必要的共同訴訟一般についてはともかく、少なくとも右のような訴訟にあつては、共同訴訟人の一部の者が上訴すれば、それによつて判決は全体として確定を遮断され、請求は上訴審に移審して、それが上訴審における審判の対象とはなるが、上訴審における訴訟追行は専ら上訴した共同訴訟人によつてのみ行われるべく、自ら上訴しなかつた共同訴訟人はいわば脱退して、ただ上訴審判決の効力を受ける地位にあるにとどまるものと解するのが相当であると考え。けだし、それによつて判決の合一的確定という要請は充たすことができるし、それがこの種の訴訟における当事者の意思に最も適合するところであると考えられるからである。

・最大 H9/4/2

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

本件は、地方自治法二四二条の二に規定する住民訴訟である。同条は、普通地方公共団体の財務行政の適正な運営を確保して住民全体の利益を守るために、当該普通地方公共団体の構成員である住民に対し、いわば公益の代表者として同条一項各号所定の訴えを提起する権能を与えたものであり、同条四項が、同条一項の規定による訴訟が係属しているときは、当該普通地方公共団体の他の住民は、別訴をもって同一の請求をすることができないと規定しているのは、住民訴訟のこのような性質にかんがみて、複数の住民による同一の請求については、必ず共同訴訟として提訴することを義務付け、これを一体として審判し、一回的に解決しようとする趣旨に

出たものと解される。そうであれば、住民訴訟の判決の効力は、当事者となった住民のみならず、当該地方公共団体の全住民に及ぶものというべきであり、複数の住民の提起した住民訴訟は、民訴法六二条一項にいう「訴訟ノ目的力共同訴訟人ノ全員ニ付合一ニノミ確定スヘキ場合」に該当し、いわゆる類似必要的共同訴訟と解するのが相当である。

ところで、類似必要的共同訴訟については、共同訴訟人の一部の者がした訴訟行為は、全員の利益においてのみ効力を生ずるとされている(民訴法六二条一項)。上訴は、上訴審に対して原判決の敗訴部分の是正を求める行為であるから、類似必要的共同訴訟において共同訴訟人の一部の者が上訴すれば、それによって原判決の確定が妨げられ、当該訴訟は全体として上訴審に移審し、上訴審の判決の効力は上訴をしなかった共同訴訟人にも及ぶものと解される。しかしながら、合一確定のためには右の限度で上訴が効力を生ずれば足りるものである上、住民訴訟の前記のような性質にかんがみると、公益の代表者となる意思を失った者に対し、その意思に反してまで上訴人の地位に就き続けることを求めることは、相当でないだけでなく、住民訴訟においては、複数の住民によって提訴された場合であっても、公益の代表者としての共同訴訟人らにより同一の違法な財務会計上の行為又は怠る事実の予防又は是正を求める公益上の請求がされているのであり、元来提訴者各人が自己の個別的な利益を有しているものではないから、提訴後に共同訴訟人の数が減少しても、その審判の範囲、審理の態様、判決の効力等には何ら影響がない。そうであれば、住民訴訟については、自ら上訴をしなかった共同訴訟人をその意に反して上訴人の地位に就かせる効力までが行政事件訴訟法七条、民訴法六二条一項によって生ずると解するのは相当でなく、自ら上訴をしなかった共同訴訟人は、上訴人にはならないものと解すべきである。この理は、いったん上訴をしたがこれを取り下げた共同訴訟人についても当てはまるから、上訴をした共同訴訟人のうちの一部の者が上訴を取り下げても、その者に対する関係において原判決が確定することにはならないが、その者は上訴人ではなくなるものと解される。最高裁昭和五七年(行ツ)第一一〇号同五八年四月一日第二小法廷判決・民集三七巻三号二〇一頁は、右と抵触する限度において、変更すべきものである。

したがって、真鍋知巳は、上告の取下げにより上告人ではなくなったものとして、本判決をすることとする。

・最 2H12/7/7(前出 3-3-4)

・最 1H23/2/17

数人の提起する養子縁組無効の訴えは、いわゆる類似必要的共同訴訟と解すべきであるところ(最高裁昭和43年(オ)第723号同年12月20日第二小法廷判決・裁判集民事93号747頁)、記録によれば、上告人兼申立人が本件上告を提起するとともに、本件上告受理の申立てをした時には、既に共同訴訟人であるX1が本件養子縁組無効の訴えにつき上告を提起し、上告受理の申立てをしていたことが明らかであるから、上告人の本件上告は、二重上告であり、申立人の

本件上告受理の申立ては、二重上告受理の申立てであって、いずれも不適法である。

・最 1S46/10/7

本件記録によれば、被上告人らの本訴請求は、被上告人らが共同して本件土地を訴外久下初五郎から買い受けてその所有権を取得したが、都合により上告人名義に所有権移転登記を経由したもので、その登記は実体関係に合致しないものであるとの理由で、上告人に対し本件土地の共有権の確認および右登記の抹消登記手続に代えて所有権移転登記手続を求めるところ、被上告人間川知次は、本件第一審係属中に本訴を取り下げる旨の昭和三七年九月一〇日付書面を提出し、上告人がその取下げに同意する旨の同月一日付書面を提出していることが明らかである。

そして、原審は、被上告人間川知次のした右訴の取下げは無効であると判示しているところ、論旨は、要するに、被上告人らの提起した本件訴訟は、通常の共同訴訟であつて、被上告人間川知次の取下げによつて、同人と上告人との間の訴訟は終了したものであるといふべく、原判決には民法六二条の解釈適用を誤つた違法があるといふのである。

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

それゆえ、このような訴訟の係属中に共同原告の一人が訴の取下げをしても、その取下げは効力を生じないものといふべきである。

3-4-2 主体的予備的併合の許容性

・最 2S43/3/8

訴の主観的予備的併合は不適法であつて許されないとする原審の判断は正当であり、原判決に所論の違法は存しない。

#### ・福高 S55/4/24

主観的予備的訴訟が不適法(最高裁昭和四二年(オ)第一〇八八号昭和四三年三月八日第二小法廷判決民集二二卷三号五五一頁)とされる理由は、被告が予備的の立場にあるため不当に不安と不利益とを強いられるからであると解すべきである。それ故、諸般の事情により請求が主観的予備的に併合されても被告が不当に不利益を受けず不安定な立場に置かれてもやむを得ないと認められる場合には右併合は許されると解すべきであり、このように解することは右判例に反しないものとする。これを本件についてみるのに、一審原告は、土地所有権に基づき当初から一審被告有限会社岩田鉄建工業とその余の一審被告福岡県信用保証協会ら三者に対し原判決添付目録記載の各不動産につき被告会社に対しては売買による所有権移転登記(本件登記)の抹消を請求し被告協会らに対しては右抹消登記手続の承諾を請求し、当審において、本件登記の無効を利害関係人である根抵当権者一審被告協会に対し主張できないとされることのある場合を予想して一審被告会社に対し予備的に同目録記載の各不動産につき一審原告のため真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続請求を併合したものである。このようにして主観的予備的請求を追加的に併合された一審被告会社はいずれにしても当初から同一土地につき本件登記の抹消という関連する訴訟の被告とされているので、右予備的併合による訴訟の被告とされることによって別訴を提起されるのと比べて特に不利益を受け不当に不安定な地位に置かれたと認めるべきではない。さすればかような主観的予備的請求は許されると解するのが相当である。

#### 3-5-2 明文規定のない主体的追加的併合の可否

##### ・最 3S62/7/17

所論は、要するに、上告人が井上利行を被告として提起している東京地方裁判所昭和五五年(ワ)第八八一号事件の請求(以下「旧請求」という。)と上告人が被上告人を被告として提起している本件訴えにかかる請求とは民訴法(以下「法」という。)五九条所定の共同訴訟の要件を具備しているから、本件訴えを旧請求の訴訟に追加的に併合提起することが許されるべきであるところ、右の両請求の経済的利益が共通しているから、上告人は本件訴えにつき手数料を納付する必要はない、というのである。

しかし、甲が、乙を被告として提起した訴訟(以下「旧訴訟」という。)の係属後に丙を被告とする請求を旧訴訟に追加して一個の判決を得ようとする場合は、甲は、丙に対する別訴(以下「新訴」という。)を提起したうえで、法一三二条の規定による口頭弁論の併合を裁判所に促し、併合につき裁判所の判断を受けるべきであり、仮に新旧両訴訟の目的たる権利又は義務につき法五九条所定の共同訴訟の要件が具備する場合であつても、新訴が法一三二条の適用をまたずに当然に旧訴訟に併合されるとの効果を認めることはできないというべきである。けだし、かかる併合を認める明文の規定がないのみでなく、これを認めた場合でも、新訴につき旧訴訟の訴訟状態を当

然に利用することができるかどうかについては問題があり、必ずしも訴訟経済に適うものでなく、かえって訴訟を複雑化させるという弊害も予想され、また、軽率な提訴ないし濫訴が増えるおそれもあり、新訴の提起の時期いかによつては訴訟の遅延を招きやすいことなどを勘案すれば、所論のいう追加的併合を認めるのは相当ではないからである。

### 3-6-2 補助参加人の地位

・最 2S37/1/19

補助参加人は、独立して上訴の提起その他一切の訴訟行為をなしうるが、補助参加の性質上、当該訴訟状態に照らし被参加人のなしえないような行為はもはやできないものであるから、被参加人(被告・控訴人・上诉人)のために定められた控訴申立期間内に限つて控訴の申立をなしうるものと解するを相当とする(最高裁昭和二四年(オ)第三二一号同二五年九月八日第二小法廷判決、民集四卷三五九頁参照)。

### 3-6-3 補助参加の利益

・最 1H13/1/30

民訴法42条所定の補助参加が認められるのは、専ら訴訟の結果につき法律上の利害関係を有する場合に限られ、単に事実上の利害関係を有するにとどまる場合は補助参加は許されない(最高裁昭和38年(オ)第722号同39年1月23日第一小法廷判決・裁判集民事71号271頁参照)。そして、法律上の利害関係を有する場合は、当該訴訟の判決が参加人の私法上又は公法上の法的地位又は法的利益に影響を及ぼすおそれがある場合をいうものと解される。

取締役会の意思決定が違法であるとして取締役に対し提起された株主代表訴訟において、株式会社は、特段の事情がない限り、取締役を補助するため訴訟に参加することが許されると解するのが相当である。けだし、取締役の個人的な権限逸脱行為ではなく、取締役会の意思決定の違法を原因とする、株式会社の取締役に対する損害賠償請求が認められれば、その取締役会の意思決定を前提として形成された株式会社の私法上又は公法上の法的地位又は法的利益に影響を及ぼすおそれがあるというべきであり、株式会社は、取締役の敗訴を防ぐことに法律上の利害関係を有するということができるからである。そして、株式会社が株主代表訴訟につき中立的立場を採るか補助参加をするかはそれ自体が取締役の責任にかかわる経営判断の一つであることからすると、補助参加を認めたからといって、株主の利益を害するような補助参加がされ、公正妥当な訴訟運営が損なわれるとまではいえず、それによる著しい訴訟の遅延や複雑化を招くおそれはなく、また、会社側からの訴訟資料、証拠資料の提出が期待され、その結果として審理の充実が図られる利点も認められる。

これを本件についてみると、前記のとおり、本件は、抗告人の第48期及び第49期の各決算において取締役らが忠実義務に違反して粉飾決算を指示し又は粉飾の存在を見逃したことを原因とする抗告人の取締役らに対する損害賠償請求権を訴訟物とするものであるところ、決算に関す

る計算書類は取締役会の承認を受ける必要があるから(商法281条), 本件請求は, 取締役会の意思決定が違法であるとして提起された株主代表訴訟である。そして, 上記損害賠償請求権が認められて取締役らが敗訴した場合には, 原告人の第48期以降の各期の計算関係に影響を及ぼし, 現在又は将来の取引関係にも影響を及ぼすおそれがあることが推認されるのであって, 原告人の補助参加を否定すべき特段の事情はうかがわれない。

以上によれば, 原審の前記判断には, 法令の解釈適用を誤った違法があり, この違法は裁判に影響を及ぼすことが明らかである。論旨は理由があり, 原決定は破棄を免れない。そして, 前記説示によれば, 原告人の補助参加を許可すべきである。

[町田反対意見]

1 本件の本案訴訟は, 原告人の株主である相手方が原告人の取締役らに対し, 同取締役らが原告人に対する忠実義務に違反し, その結果原告人に損害を与えたと主張する株主代表訴訟である。したがって, 相手方は原告人のため(商法267条2項)訴訟を遂行するものであり, 本案訴訟の訴訟物は原告人の取締役らに対する損害賠償請求権であるから, 原告人は, 訴訟の構造上も, 実体法の権利上も取締役らと対立する関係にあるのであって, 原告人が取締役らのため補助参加することが許されないことは, 原決定の述べるとおりである。

2 多数意見は, 本件請求は取締役会の意思決定が違法であるとして提起された株主代表訴訟であるから原告人の取締役らに対する補助参加が許されるとするが, 本件本案訴訟において審判の対象となるのは, 上記のとおり, 取締役らの行動が取締役の負う忠実義務に違反するかどうかであって, その行動が取締役会の意思決定の際のものであっても, その意思決定そのものの適否や効力が審判の対象となるものではない。確かに, 本件請求のように粉飾決算を指示し, 又は粉飾の事実を見逃したことを忠実義務違反の理由とする場合には, 粉飾決算の有無が判断されることとなるが, それは取締役個人の忠実義務違反の存否を確定するために判断されるものであって, 原告人がその判断に利害関係を有するとしても, それは事実上のものにとどまり, 補助参加の要件としての法律上の利害関係に当たるものと解することはできない。したがって, この意味からも本件補助参加は, 許されない。

3 多数意見は, また, 本件補助参加を認めることにより原告人からの訴訟資料等の提出が期待できるともいうが, 本案訴訟の被告である取締役らのうちには, 原告人の代表者も含まれていることよりすれば, 補助参加を認めなければ適切な訴訟資料等の提出が期待できないとも考えられない。

4 よって, これと同旨の原審の判断は正当であるから, 本件抗告は棄却すべきである。

・最 1H13/2/22

労基法84条によると, 労災保険法に基づいて労基法の災害補償に相当する給付が行われるべきものである場合においては, 使用者は補償の責を免れるものとされているから, 本案訴訟に

において本件処分が取り消され、相手方に対して労災保険法に基づく遺族補償給付等を支給する旨の処分がされた場合には、使用者である原告人は、労基法に基づく遺族補償給付等の支払義務を免れることになる。そうすると、本案訴訟において被参加人となる栃木労働基準監督署長が敗訴したとしても、原告人が相手方から労基法に基づく災害補償請求訴訟を提起されて敗訴する可能性はないから、この点に関して原告人の補助参加の利益を肯定することはできない。また、本案訴訟における業務起因性についての判断は、判決理由中の判断であって、労災保険法に基づく保険給付(以下「労災保険給付」という。)の不支給決定取消訴訟と安全配慮義務違反に基づく損害賠償請求訴訟とは、審判の対象及び内容を異にするのであるから、原告人が本案訴訟の結果について法律上の利害関係を有するということができない。原決定中、原告人の上記主張を排斥した部分は、これと同旨をいうものとして、是認することができる。この点に関する論旨は採用することができない。

徴収法12条3項によると、同項各号所定の一定規模以上の事業については、当該事業の基準日以前3年間における「業務災害に係る保険料の額に第1種調整率を乗じて得た額」に対する「業務災害に関する保険給付の額に業務災害に関する特別支給金の額を加えた額から労災保険法16条の6第1項2号に規定する遺族補償一時金及び特定疾病にかかった者に係る給付金等を減じた額」の割合が100分の85を超え又は100分の75以下となる場合には、労災保険率を一定範囲内で引上げ又は引き下げるものとされている。そうすると、徴収法12条3項各号所定の一定規模以上の事業においては、労災保険給付の不支給決定の取消判決が確定すると、行政事件訴訟法33条の定める取消判決の拘束力により労災保険給付の支給決定がされて保険給付が行われ、次々年度以降の保険料が増額される可能性があるから、当該事業の事業主は、労働基準監督署長の敗訴を防ぐことに法律上の利害関係を有し、これを補助するために労災保険給付の不支給決定の取消訴訟に参加をすることが許されると解するのが相当である。したがって、原告人の小山工場(小山工場につき徴収法9条による継続事業の一括の認可がされている場合には、当該認可に係る指定事業)が徴収法12条3項各号所定の一定規模以上の事業に該当する場合には、本件処分が取り消されると、次々年度以降の保険料が増額される可能性があるから、原告人は、栃木労働基準監督署長を補助するために本案訴訟に参加することが許されるというべきである。原決定中、これと異なる見解に立って原告人の補助参加の利益を否定した部分には、裁判に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があるというべきである。論旨はこの趣旨をいう限度で理由がある。

・名高 S43/9/30

原告人の本件参加申出の理由は、相手方が原審原告として原審被告に対し金員の給付を求めている訴を提起し、原審被告が昭和四二年一月暮頃から失踪しており訴訟に出頭できる見込みがなく、夫の扶養を受けている妻が当然夫の財産に関する訴訟について、夫を補助する利害



関係を有するから、原審被告夫を補助するため、参加申出に及ぶというのである。

民法第七五二条は夫婦共同生活の本質的要請として「夫婦は同居し、互に協力し扶助しなければならない」と規定し、夫婦は単に同居して扶養するだけでなく、扶養以上の協力扶助をしなくてはならない。夫婦のこの協力扶助義務は、夫婦の一方が所在不明のときに、直ちになくなる義務ではない。夫婦の一方が金銭給付の訴を受け、所在不明のため公示送達により進行中の訴訟に応訴、防禦方法の提出その他訴訟行為ができない場合、夫婦の他方は協力扶助の義務として特別の事由のない限り、訴訟材料の提出その他の行為によりて、所在不明の配偶者に勝訴の判決を受けさせることは、夫婦の共同生活上当然である。従つて夫婦は所在不明の配偶者の訴えられ公示送達により進行中の訴訟の結果について法律上の利害関係を有する者といふことができるから、その配偶者を補助する為訴訟に参加できると解する。このように解することは、訴訟の当事者を公平に取扱う結果になる。本件記録によると、抗告人は本件保証債務履行請求事件の被告の妻で、被告は所在不明であることが疎明せられて居るから、特別の事由のない本件について、前示説示により抗告人の補助参加の申出は理由があり許すべきである。

・大 S8/9/9

要旨

利害関係とは必ずしも本訴訟の判決が直接参加人に対して効力を及ぼし、その実体権に影響を生ずる場合に限らない。

本文

事実：本案事件ノ要旨ハ控訴人(原告)ハ奈良縣北葛城郡五位堂村大字五位堂ノ出納員ナルトコロ大正十五年三月十日同大字内圓融寺本堂ニ於テ常設委員代理米田佐吉ニ依リ招集開催セラレタル同大字住民大會ノ際同大字住民間ニ成立シタル申合セニ基キ大阪電氣軌道株式会社ノ櫻井線五位堂停留所設置ノ爲メニ爲サレタル同會社ヘノ寄附金ノ負擔部分ヲ同大字住民タル被控訴人(被告)ニ對シ訴求スト云フニ在リテ抗告人(参加人)等ハ何レモ同大字ノ住民ニシテ本案訴訟ノ結果ニ付利害關係ヲ有スル旨ヲ主張シ本訴ニ参加ノ申出ヲ爲シタルモノニシテ控訴人ハ之ニ對シ異議ヲ述ヘタリ

原審ハ抗告人(参加人)ハ本件訴訟ノ結果ニ付法律上ノ利害關係ヲ有セサルモノトシテ右参加ノ申出ヲ許容セサリシモノナリ

理由：按スルニ民事訴訟法第六十四條ニ所謂訴訟参加ノ許サルヘキ爲メニハ参加人カ加入セントスル當該訴訟ノ結果ニ付法律上利害關係ヲ有スルコトヲ必要トスヘク換言スレハ参加人カ其ノ加入セントスル訴訟ニ於ケル判決ノ效力又ハ内容ニ付法律上利害關係ノ影響ヲ被ルヘキ地位ニ在ル場合タルコトヲ要シ且之ヲ以テ足ルモノト解スヘク必シモ右訴訟ノ判決カ直接参加人ニ對シテモ其ノ效力ヲ及ホシ其ノ實體権ニ影響ヲ生スル場合ニ限ルモノト解スヘキニ非ス本件ニ付之ヲ觀ルニ参加人ノ参加理由トシテ主張スルトコロハ畢竟本訴訟ニ於ケル控訴人(原告)ノ請求原因

ハ被控訴人(被告)等ノ居村大字五位堂ノ住民大會ニ於テ各住民ハ本訴賦課金ヲ支拂フヘキ旨協議ヲ遂ケタルヲ以テ該協議費ノ支拂ヲ求ムル旨主張セルモノニシテ参加人等ハ何レモ右居村大字ノ住民ナルヲ以テ若シ被控訴人等ニ於テ敗訴センカ参加人等モ同一理由ニ依リ他日控訴人ヨリ右協議費ノ請求ヲ受クルニ至ルヘキ虞アリト謂フニ在ルカ故ニ参加人等ハ右本訴訟ニ於ケル判決ノ内容ニ付法律上利害關係ノ影響ヲ受クヘキ地位ニ在ルモノト解スヘク從テ縱令右判決ノ效力カ直接参加人等ノ權利ニ影響ヲ及ホスコトナシスルモ参加人等カ被控訴人ヲ補助スヘキ参加理由タルニ充分ナルモノト解セサルヲ得ス然ルニ原審ハ事茲ニ出テス参加人等ノ本件参加事由ヲ目シテ結局本訴訟ノ結果ニ付法律上ノ利害關係ヲ主張スルモノニ非スト做シ輒ク本件参加申請ヲ却下シタルハ失當ニシテ本件抗告ハ其ノ理由アルモノトス

・東高 H20/4/30

一 基本事件は、原告人ら(一審原告ら)が、相手方(一審被告)株式会社損害保険ジャパン(以下「一審被告」という。)に対し、一審被告を保険者、海銀リース株式会社を保険契約者、原告人らの被相続人であるAR太郎(以下「太郎」という。)を被保険者とする搭乗者傷害保険契約(以下「基本事件保険契約」という。)に基づき、太郎に生じた死亡事故(以下「本件事故」という。)について保険金の支払を求めるものである。基本事件においては、被保険者である太郎が急激かつ偶然な外来の事故により死亡したことが保険金請求権の発生要件であるところ、本件事故は、太郎が訴外Bf松子運転のレンタカーに同乗中、同車が沖縄県国頭郡所在の宜野座漁港内海の海中に転落水没し、溺死したものであり、一審被告は、その転落経緯から運転者自らの意思で太郎ともども海中に突っ込んだと考えられるなどと主張し、本件事故が偶然な外来事故であることを争っている。

そして、相手方(補助参加申出人)東京海上日動火災保険株式会社(以下「補助参加申出人」という。)は、三菱UFJニコス株式会社を保険契約者、太郎を被保険者とする普通傷害保険契約及び交通傷害保険契約(以下、両契約を併せて「本件保険契約」という。)の保険者であり、死亡保険金受取人に原告人AR花子が指定され、同原告人から本件事故について死亡保険金の支払請求を受ける可能性のある立場にあり、本件保険契約においても、被保険者である太郎が急激かつ偶然な外来の事故に基づき死亡したことが保険金支払義務の発生要件となっている。

一審被告が訴訟告知をする理由及び補助参加申出人が参加の利益があるとする理由は、いずれも基本事件の訴訟において、本件基本保険契約の被保険者である太郎が急激かつ偶然な外来の事故に基づき死亡したことを原因に保険金支払義務が認められると、原告人らから本件保険契約による支払義務の請求がされる可能性があり、基本事件におけるのと同じ争点(偶然な外来事故か否か)につき判断が求められ、基本事件の判断がこの判断に影響を与え、補助参加申出人の本件保険契約上の法的地位又は法的利益に影響するというものである。

二 民事訴訟法四二条の補助参加申出に対し補助参加が許されるのは、申出人が訴訟の結果

につき法律上の利害関係を有する場合に限られ、法律上の利害関係を有する場合とは、当該訴訟の判決が参加申出人の私法上又は公法上の法的地位又は法的利益に影響を及ぼすおそれがある場合をいうものと解される。

補助参加申出人は、本件事故について、抗告人らに対する一審被告及び補助参加申出人の保険金支払義務の有無を判断するに当たっては、いずれも本件事故が急激かつ偶然な外来の事故であるか否かを決する必要がある、基本事件における上記争点に対する判断は補助参加申出人が抗告人らに対して保険金支払義務を負うか否かの判断に対して影響を及ぼすおそれがあり、基本事件の訴訟において、本件事故が急激かつ偶然な外来の事故に当たるとの判断がされれば、抗告人AR花子が補助参加申出人に対して保険金の支払を求めることが予想され、基本事件の訴訟の判決が補助参加申出人の法的地位又は法的利益に影響を及ぼすおそれがある場合に当たり、補助参加申出人は基本事件の訴訟の結果につき法律上の利害関係を有するものと主張する。

三 しかし、一審被告と抗告人らとの間の基本事件保険契約による法律関係と、補助参加申出人と抗告人らとの間の本件保険契約による法律関係とは、同一被保険者につき死亡を原因とする保険金を給付する同種の保険契約関係というにすぎないものであり、相互に損害を補填し合う関係にある旨の主張立証はないから、何ら法的関連や関係がない。基本事件において、争点である被保険者である太郎に生じた本件事故が偶然な外来の事故に当たるか否かが決せられたとしても、補助参加申出人と抗告人AR花子との間で、本件事故による太郎の死亡についての保険金支払義務の存否につき法律上何ら影響するものではなく、補助参加申出人の私法上又は公法上の法的地位又は法的利益に何ら影響することはない。ただ、同一の争点に対する判断として、これが参考にされ、事実上影響することがあるというにすぎないのであり、このような影響を与える関係を法律上の利害関係ということとはできない。

基本事件において、補助参加申出人に一審被告への補助参加を認めても、上記事実上の影響以外には何ら法律的な関係がない以上、両者間に参加的効力を観念する余地はなく、抗告人らとの間でも何らかの法的効果を考える余地はなく、補助参加申出人には補助参加制度が前提とする法律上の利害関係がないことは、このことから明らかというべきである。また、補助参加を認めることによる紛争解決の一回性を考えるとしても、それは事実上のものにすぎず、補助参加申出人に対し何ら法的拘束力が生じない以上、法的な拘束力等によってもたらされる紛争解決効は存しないのであるから、紛争解決の一回性を理由に補助参加の是非を考えることもできない。

四 したがって、補助参加申出人の補助参加を許した原決定は相当ではないから、これを取消し、補助参加申出を許さないこととし、主文のとおり決定する。

・最 3S51/3/30

記録によれば、被上告人は、本訴により、補助参加人の保有し運転する自動車と上告人成田精

吉の保有し同下山正二の運転する自動車が交差点で衝突した反動により傷害を負ったことに基づき、補助参加人及び上告人らを共同被告として損害賠償を請求したが、第一審においては補助参加人に対する請求はほぼ全部認容され、上告人らに対する請求は棄却されたところ、補助参加人が、自己に対する第一審判決については控訴しなかったが、上告人もまた右事故につき損害賠償責任を免れないとして、被上告人のため補助参加を申し立てると同時に、原審に対し被上告人を控訴人とする控訴を提起したことが認められる。右の場合においては、被上告人と上告人らの間の本件訴訟の結果いかんによって補助参加人の被上告人に対する損害賠償責任に消長をきたすものではないが、本件訴訟において上告人らの被上告人に対する損害賠償責任が認められれば、補助参加人は被上告人に対し上告人らと各自損害を賠償すれば足りることとなり、みずから損害を賠償したときは上告人らに対し求償し得ることになるのであるから、補助参加人は、本件訴訟において、被上告人の敗訴を防ぎ、上告人らの被上告人に対する損害賠償責任が認められる結果を得ることに利益を有するということができ、そのために自己に対する第一審判決について控訴しないときは第一審において相手方であった被上告人に補助参加することも許されると解するのが、相当である。

### 3-6-5 参加的効力

#### ・最 1S45/10/22

まず、民訴法七〇条の定める判決の補助参加人に対する効力の性質およびその効力の及ぶ客観的範囲について考えるに、この効力は、いわゆる既判力ではなく、それとは異なる特殊な効力、すなわち、判決の確定後補助参加人が被参加人に対してその判決が不当であると主張することを禁ずる効力であつて、判決の主文に包含された訴訟物たる権利関係の存否についての判断だけではなく、その前提として判決の理由中でなされた事実の認定や先決的権利関係の存否についての判断などにも及ぶものと解するのが相当である。けだし、補助参加の制度は、他人間に係属する訴訟の結果について利害関係を有する第三者、すなわち、補助参加人がその訴訟の当事者の一方、すなわち、被参加人を勝訴させることにより自己の利益を守るため、被参加人に協力して訴訟を進行することを認めた制度であるから、補助参加人が被参加人の訴訟の進行に現実に協力し、または、これに協力しえたにもかかわらず、被参加人が敗訴の確定判決を受けるに至ったときには、その敗訴の責任はあらゆる点で補助参加人にも分担させるのが衡平にかなうというべきであるし、また、民訴法七〇条が判決の補助参加人に対する効力につき種々の制約を付しており、同法七八条が単に訴訟告知を受けたにすぎない者についても右と同一の効力の発生を認めていることからすれば、民訴法七〇条は補助参加人につき既判力とは異なる特殊な効力の生じることを定めたものと解するのが合理的であるからである。

そこで、本件についてみるに、原審が適法に確定したところによれば、訴外兵庫建設株式会社（旧商号兵庫県住宅建設株式会社）が、本件建物の同会社の所有であると主張して、被上告人

株式会社テレビ西日本(以下被上告会社という。)に対し、その建物の一部である本件貸室の明渡などを請求した別件訴訟(大阪地裁昭和三四年(ワ)第五八三号、大阪高裁昭和三八年(ネ)第五三二号、同第六七七号、最高裁昭和三九年(オ)第一二〇九号)において、上告人は、その訴訟が第一審に係属中に、被上告会社側に補助参加し、以来終始、本件建物の所有権は、上告人が被上告会社に本件貸室を賃貸した昭和三三年五月三十一日当時から、訴外兵庫建設株式会社ではなく、上告人に属していたと主張して、右請求を争う被上告会社の訴訟の追行に協力したが、それにもかかわらず、被上告会社は、その訴訟の結果、本件建物の所有権は、右賃貸当時から、訴外兵庫建設株式会社に属し、上告人には属していなかったとの理由のもとに、全部敗訴の確定判決を受けるに至ったというのである。

してみれば、右別件訴訟の確定判決の効力は、その訴訟の被参加人たる被上告会社と補助参加人たる上告人との間においては、その判決の理由中でなされた判断である本件建物の所有権が右賃貸当時上告人には属していなかったとの判断にも及ぶものというべきであり、したがって、上告人は、右判決の効力により、本訴においても、被上告会社に対し、本件建物の所有権が右賃貸当時上告人に属していたと主張することは許されないものと解すべきである。

・最 3H14/1/22

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### 3-6-6 共同訴訟的補助参加

・最 1S40/6/24

論旨は、要するに、被上告人(被補助参加人)によつて本件控訴が適法に取り下げられたにもかかわらず、次回口頭弁論期日においてなされた補助参加人らのそれに対する異議の申立によつて、本訴は依然有効に係属しているとした原審の判断は、民訴法三六三条、六九条、六二条の

解釈を誤つたものである、と主張する。

しかし、本訴は訴願棄却裁決の取消を求める訴訟であり、公権力の行使に関する法律関係を対象とするものであつて、右法律関係は画一的に規制する必要があるものであるから、その取消判決は、第三者に対しても効力を有するものと解すべきである。従つて、かかる訴訟に参加した利害関係人は、民訴法六九条二項の適用を受けることなく、あたかも共同訴訟人のごとく訴訟行為をなし得べき地位を有するものであり、被参加人と参加人との間には同法六二条の規定が準用され、いわゆる共同訴訟的補助参加人と解するのが相当である。それ故、被参加人だけで控訴を取り下げたとしても、これによつて同控訴が当然効力を失うものではない、といわなければならない。そして、記録によれば、被上告人敗訴の第一審判決に対しその補助参加人らから控訴が提起されたところ、控訴審の昭和三〇年八月二九日午前一〇時の口頭弁論期日において被上告人の代理人が口頭をもつて本件控訴を取り下げる旨を陳述し、同年十一月四日午前一〇時の次回口頭弁論期日にいたり補助参加人らの代理人は「控訴人の控訴取下に同意し難い。」と述べたことが明らかであり、右経過に徴すれば、前記控訴の取下は、被参加人だけでなされたもので、その効力を生ずるに由ないもの、といわなければならない。

論旨は、当事者の主張がないのに原判決が本件の補助参加を共同訴訟的補助参加と認めたことは弁論主義に違背する、と主張する。

しかし、当該補助参加を共同訴訟的補助参加と認めるか否かは、法令の解釈に関する事柄であつて、所論のように弁論主義に服するものではない。それ故、所論の違法は認められない。

#### ・最 1S63/2/25

一 原審が適法に確定した事実及び記録に徴すれば、本件訴訟の経過は次のとおりである。

(一) 坂出市の住民である上告人ら外三名は、昭和五二年五月一六日、同市監査委員に対し、同市の市長である被上告人番正辰雄が林田・阿河浜地区工業用地造成事業の施行に伴い関係漁業団体に支出した漁業補償金は違法、不当なものであるとして、同市が被つた損害の返還の措置を求める旨の監査請求したところ、同市監査委員は、これに対し、同年七月一三日付けで右監査請求はいずれも理由がない旨の通知をしたので、上告人ら外二名が、同年八月八日地方自治法(以下「法」という。)二四二条の二第一項四号の規定に基づき、同市に代位して被上告人らに対し前記損害の賠償を求める本件訴訟を提起した。

(二) 坂出市の住民である上告補助参加人は、昭和五二年九月一九日上告人らの右監査請求と同趣旨の監査請求をしたところ、同市監査委員は、上告補助参加人に対し、同年十一月七日付けで右監査請求は理由がない旨の通知をしたので、上告補助参加人は、同年一月六日本件訴訟について、上告人ら外二名を補助するため参加する旨の本件補助参加の申出をした。

(三) 第一審裁判所は、昭和六〇年一月三日本件訴訟につき、上告人らの請求をいずれも棄却する旨の判決をした。これに対し、上告補助参加人は、同年一月一三日原審裁判所に控訴

を申し立てたところ、上告人らは、昭和六一年五月七日控訴取下書を提出した。

(四)原審は、上告人らの控訴取下げにより本件訴訟は終了したとして、前文記載の判決をもって訴訟終了宣言をした。

二 論旨は、要するに本件補助参加につき、いわゆる共同訴訟的補助参加の効力を認めなかつた原審の判断は、法令の解釈適用を誤つたものである、というのである。

三 法二四二条の二第四項は、同条一項の規定による訴訟(以下「住民訴訟」という。)が係属しているときは、当該普通地方公共団体の他の住民は、別訴をもつて同一の請求をすることができないと規定しているが、右規定は、住民訴訟が係属している場合に、当該住民訴訟の対象と同一の財務会計上の行為又は怠る事実を対象とする適法な監査請求手続を経た他の住民が、同条二項所定の出訴期間内に民訴法七五条の規定に基づき共同訴訟人として右住民訴訟の原告側に参加することを禁ずるものではなく、右出訴期間は監査請求をした住民ごとに個別に定められているものと解するのが相当であるから、共同訴訟参加申出についての期間は、参加の申出をした住民がした監査請求及びこれに対する監査結果の通知があつた日等を基準として計算すべきである。そして、右期間内において、前記の適法な監査請求手続を経た住民が住民訴訟の原告側に補助参加の申出をしたときは、当該住民は右住民訴訟に共同訴訟参加をすることが可能であるところ補助参加の途を選択したものというべく、右補助参加をいわゆる共同訴訟的補助参加と解し、民訴法六二条一項の類推適用など、共同訴訟参加をしたのと同様の効力を認めることは相当ではないというべきである。

本件についてこれを見るに、前記の事実関係によれば、上告補助参加人は、本件訴訟の対象と同一の財務会計上の行為を対象とする適法な監査請求手続を経たうえ、法二四二条の二第二項所定の出訴期間内に、本件訴訟につき、原告である上告人ら外二名を補助するため本件補助参加の申出をしたのであり、本件補助参加の申出は、共同訴訟参加をすることが可能である場合に行われたものであることが明らかであるから、本件補助参加をいわゆる共同訴訟的補助参加と解することはできない。

そうすると、上告補助参加人がした本件補助参加は通常の補助参加と解するのが相当であるから、上告補助参加人がした本件控訴は、上告人らの控訴の取下げによつてその効力を失い(民訴法六九条二項)、本件訴訟は右控訴の取下げにより終了したものである。

### 3-6-7 訴訟告知

・仙高 S55/1/28

控訴人らは、被控訴人が留七から代理権を与えられたことがないにもかかわらず同人の代理人として右国分和衛に対し昭和三七年一月二六日本件係争地を売渡し、同人に対し右所有権移転登記手続をした旨及び被控訴人は福島地方裁判所昭和四四年(ワ)第二九八号土地所有権確認等請求事件(前訴)における訴訟告知の効果により本訴において右無権代理行為と異なる事



実を主張しえない旨主張するのに対し、被控訴人は右各主張を争い、本件係争地は被控訴人が留七から買受けて国分和衛に転売し、登記手続は被控訴人を中間省略したものである旨及び仮定的に被控訴人は留七から本件係争地の売却につき代理権を与えられ右代理権に基づき国分和衛に売渡したものである旨主張する。そこで、前訴の訴訟告知の効果につき判断する。

1 先ず、次の諸事実は当事者間に争いが無い。

(一) 前訴の原告は控訴人ら、被告は前記国分勝であつて、控訴人らは、本件係争地は留七の所有であつたが、同人の死亡に因りその共同相続人である控訴人らが法定の相続分に従つて本件係争地を共有するに至つたと主張し、国分勝に対し本件係争地の共有持分権の確認を求めるとともに、真正な登記名義の回復のための共有持分移転登記手続を請求した。

(二) 国分勝は、右に対する抗弁として、本件係争地は留七から国分和衛に売渡されたことにより留七はその所有権を失つた旨及び右売買については留七が被控訴人に代理権を与え、被控訴人が留七の代理人として国分和衛に売渡したのであるが、かりに被控訴人が右代理権を与えられていなかったとしても、民法一一〇条の表見代理が成立する旨を主張した。

(三) 控訴人らは前訴の係属中被控訴人を被告知者とする訴訟告知をなし、その訴訟告知書は昭和四四年一月一五日被控訴人に送達されたところ、被控訴人は同年同月二六日国分勝を被参加人とする補助参加をした。

(四) 前訴裁判所は右表見代理の仮定抗弁を容れ、昭和四六年七月一六日控訴人ら敗訴の判決を言渡し、右判決は確定した。

2 成立に争いのない甲第三号証によれば、前訴判決は、「留七は昭和三五年ころ以降しばしば被控訴人に対し所有土地の売却方を委任したが、本件係争地については、いずれ被控訴人に処分方を委せることと予定されてはいたものの、明確には定められていなかったにもかかわらず、被控訴人は昭和三七年一二月二七ころ留七から売却方を委任されていた他の土地と共に本件係争地をも一括して国分和衛に売渡し、右他の土地の売却等のため控訴人丹治サキから預かつていた留七の実印を売買契約書に押印した。」旨の事実を認定したうえ、「留七において被控訴人に本件係争地の売却についての代理権を授与していたとまで認定することは困難である」が、前訴被告国分勝の表見代理の主張は理由がある旨判示していることを認めることができる。

3 右1、2の諸事実によれば、第一に、前訴係属時において、かりに控訴人らが勝訴すれば、国分勝は国分和衛に対し支払代金額相当の不当利得の返還を、同人は被控訴人に対し民法一一七条による損害賠償又は不当利得の返還を、順次請求する法律関係が生じ、また、かりに国分勝が勝訴すれば、被控訴人は控訴人らから不法行為に因る損害賠償を請求される法律関係が生ずることが当然予想されえたものというべく、したがつて、被控訴人は前訴の当事者双方との間において民事訴訟法六四条所定の「訴訟ノ結果ニ付利害関係ヲ有スル第三者」に該当したものであるといふことができ、第二に、したがつて、控訴人らは前訴係属時において同法七六条所定の訴訟告

知をなしうる当事者に該当したものであることができ、第三に、前訴における控訴人らの訴訟告知に対し、被控訴人は控訴人らのための補助参加をしなかつたのであるから、同法七八条により、被控訴人は前訴の係属中に控訴人らのため補助参加をしたものとみなされ、第四に、その結果同法七〇条により前訴の裁判は被控訴人に対してもその効力を有するものであるところ、同条にいう裁判とは、判決の主文のみならず、判決理由中に示された認定、判断をも含むものと解すべきである。したがって、前記前訴判決主文の効力すなわち控訴人らが本件係争地につき共有持分権を有しないこと及び国分勝に対し共有持分移転登記請求権を有しないことについてはもとより、前記前訴判決理由中に示された「留七の被控訴人に対する本件係争地の売却方委任については、予定されてはいたが明確には定められていながつた」旨及び「留七において被控訴人に本件係争地の売却についての代理権を授与していたとまで認定することは困難である」旨の認定判断は、本訴において被控訴人を拘束し、被控訴人は右と異なる事実を主張することができないものといわなければならない。

4 被控訴人は、訴訟告知の効力の客観的範囲に関する原判決の理論は正当であると主張し、これを援用するので、原判決の理由説示につき検討する。

(一)原判決は、次のとおり説く。

「訴訟告知の効果は、被告知者において告知者に補助参加する利益を有する場合に、民事訴訟法七〇条に規定する参加的効力を受けることにほかならない。ところで、参加的効力は、補助参加人が被参加人を勝訴させることによつて自己自身の利益を守る立場にあることを前提として、被参加人敗訴の場合に、その責任を分担させようとするものであるから、訴訟告知の場合に被告知者が参加的効力を受けるのは、被告知者において告知者と協同して相手方に対し攻撃防禦を尽くすことにつき利害が一致し、そうすることを期待できる立場にあることが前提となるものというべく、そのような場合に、右のように告知者と利害が一致し協同しうる争点に限つて、訴訟告知の効果は被告知者に及ぶものと解すべきである。」

(二)しかし、訴訟告知の制度は、「被告知者において告知者に補助参加する利益を有する場合」のために設けられたものと解すべきではない。訴訟告知の制度は、告知者が被告知者に訴訟参加をする機会を与えることにより、被告知者との間に告知の効果(民事訴訟法七八条)を取得することを目的とする制度であり、告知者に対し、同人が係属中の訴訟において敗訴した場合には、後日被告知者との間に提起される訴訟において同一争点につき別異の認定判断がなされないことを保障するものである。したがって、同法七六条にいう「参加をなしうる第三者」に該当する者であるか否かは、当該第三者の利益を基準として判定されるべきではなく、告知者の主観的利益を基準として判定されるべきである。

(三)次に原判決は、参加的効力を規定する同法七八条は「補助参加人が被参加人を勝訴させることによつて自己自身の利益を守る立場にあることを前提」とすると説く。右の説示は訴訟告知に

基づかず、単純に同法六四条により補助参加をした者と被参加人との間については妥当であろうが、訴訟告知者と被告告知者との間については必ずしも妥当しない。

けだし、前述のとおり、被告告知者が参加をなしうる第三者であることは告知者がその主観において決定するものであり、右の主観が客観的に理由あるものであれば、当該訴訟告知は有効であつて、被告告知者の主観上告知者のために参加すべき場合であることを要しないからである。

(四)したがつて、「被告告知者において告知者と協同して相手方に対し攻撃防禦を尽くすことにつき利害が一致し、そうすることを期待できる立場にある」場合にのみ被告告知者に対して参加的効力が及ぶとする原判決の理論は、採用することができない。旧民事訴訟法五九条一項は「原告若クハ被告若シ敗訴スルトキハ第三者ニ対シ担保又ハ賠償ノ請求ヲナシ得ヘシト信シ又ハ第三者ヨリ請求ヲ受ク可キコトヲ恐ルル場合ニ於テハ」告知をなしうる旨を規定していたが、現行法はその適用範囲を広げるべく改正されたものと解されているところ、右旧規定においてさえ、被告告知者は告知者の主観的利害を基準として定められるべきものとされていることが明らかである。

(五)もとより、係属中の訴訟における争点であつても、被告告知者が当該訴訟に参加してその主張、立証をすることができない法律関係又は事実については、かかる事項についての判決理由中の認定判断の効力を被告告知者に及ぼすことは衡平に反するものといわなければならない。しかし、被告告知者は必ず告知者のために参加すべき法律上の義務を負うものではなく、被告告知者の主観による利害が告知者の主観による利害と反するときは、敢て告知者の相手方たる当事者のために補助参加し、又は民事訴訟法七一条、七三条もしくは七五条による参加をすることによつて、自己に有利な主張、立証を尽くすことができるのである。したがつて、被告告知者は、かような参加が可能であるにもかかわらず参加を怠つた場合には、訴訟告知により参加の機会を与えられながらその権利を行使しないことによる不利益を受けても衡平に反するとは言えないものといわなければならない。

(六)これを本件についてみるに、本件前訴において、控訴人らは本件係争地につき共同相続に因る共有持分権を有すると主張し、前訴被告国分勝に対し右持分権の確認及び真正な登記名義の回復のための共有持分移転登記手続を請求したのに対し、前訴被告は、控訴人らの被相続人である留七が国分和衛に対し本件係争地を売渡して所有権移転登記手続をした旨及び右売買については被控訴人が留七から代理権を与えられその代理人として契約をしたものである旨を主張したので、控訴人らは右各主張事実を否認したうえ、被控訴人を被告告知者として訴訟告知をしたのであつて、右の諸事実によれば、前訴係属中控訴人らの主観においては被控訴人は右代理権を有せず、かつ右代理行為は存しなかつたものというべきである。したがつて、控訴人らは、一方において被控訴人に対し右代理権及び代理行為の各不存在の立証(反証)を求めるために補助参加を求める利益を有し、他方において、仮に被控訴人が右代理権を有し、かつ右代理行為をしたことを理由として敗訴するときは、場合により被控訴人に対しその受領した代金の支払を求め、

或いは受領すべかりし代金額相当の損害賠償を請求することができ、また、仮に右代理権は存在しないが代理行為は存在し、かつ表見代理が成立するとの理由で敗訴するときは、被控訴人に対し不法な無権代理行為に因る損害賠償を請求しうる立場にあつたものといえることができるから、控訴人らは、敗訴のときをおもひばかり、右代理権及び代理行為の各存否につき、被控訴人に対し参加的効力を及ぼすために本件訴訟告知をする利益を有したものであるといえるべく、右の判断は、控訴人らの主観においてのみならず、客観的にも正当である。

更に、被告たる被控訴人は、その主観において前記代理権が存在しないと信ずるときは控訴人らのために補助参加することにより、また、これが存在すると信ずるときは前诉被告のため補助参加することによつて、その主張立証を尽くすことができる地位にあつたものといふべきであり、また、被控訴人がその主観において前記代理行為が存しなかつたと信ずるときは控訴人らのため、これが存したと信ずるときは前诉被告のため、それぞれ補助参加をして主張立証を尽くしうる立場にあつたものといふべきであつて、被控訴人がこれらの補助参加をすることを阻害した事実の存在については、主張も立証もないのみならず、現に、被控訴人はその主観に従い前诉被告のために補助参加をしたのである。

(七)以上説示したとおり、控訴人らは本件訴訟告知により被控訴人の代理権及び代理行為の存否につき被控訴人に参加的効力を及ぼす主観的、客観的な利益を有し、かつ、被控訴人は右の各争点につき前訴において補助参加をすることが可能であつたのであるから、右各争点に関する前訴判決理由中の認定判断は、本件訴訟において被控訴人を拘束するものといわなければならない。したがつて、被控訴人は、本訴において、代理行為の不存在(転売人である旨の主張)及び代理権の存在を主張することは許されないものといふべきであり、これと異なる原判決の見解は左祖することを得ない。

5 被控訴人は、前訴判決は被控訴人の代理行為につき民法一一〇条の適用を肯定したにとどまり、被控訴人が代理権を有しなかつたことを認定したのではないと主張する。しかし、前記認定のとおり、前訴判決は「本件土地については、いずれ被控訴人に処分方をまかせることと予定されてはいたが、その点については明確には定められなかつた。」「以上認定した事実によれば、留七において被控訴人に本件土地の売却についての代理権を授与していたとまで認定することは困難である」と認定判断し、被控訴人が代理権を有したとする前诉被告の主張を排斥したのであるから、民事訴訟法七八条、七〇条により、被控訴人は本訴において控訴人らに対し自己の代理権を主張しえず、したがつて被控訴人の代理行為は無権代理行為であるとの控訴人らの主張を甘受しなければならないものといふべきである。

### 3-7-1 独立当事者参加の意義

・最大 S42/9/27

本件記録によれば、本件は、一審原告(被上告人)の一審被告横山外二名(上告人横山外二

名)に対する本件家屋明渡請求訴訟の係属中、参加人青木(上告人)が、民訴法七一条による参加であるとして一審原告のみを相手どつて、本件建物中係争増築部分が自己の所有であると主張して、増築部分の所有権確認等を請求し、第一審裁判所は、一審原告の本訴請求を認容(ただし、損害金請求の一部は棄却)し、参加請求を棄却した。この第一審判決に対し、一審被告横山外二名のみが控訴し、原審は、一審原告と一審被告横山外二名間の本訴請求に関する部分の当否についてのみ審判し、参加人青木の一審原告に対する請求に関する部分については審判しなかつた。これに対し、一審被告横山外二名および参加人青木の四名が上告したものであることが認められる。

ところで、民訴法七一条の参加の制度は、同一の権利関係について、原被告および参加人の三者が互に相争う紛争を一の訴訟手続によつて、一挙に矛盾なく解決しようとする訴訟形態であつて、右三者を互に立、牽制しあう関係に置き、一の判決により訴訟の目的を全員につき合一にのみ確定することを目的とするものと解するを相当とする。したがつて、同条に基づく参加の申出は、常に原被告双方を相手方としなければならない、当事者の一方のみを相手方とすることは許されないと解すべきである。

そして、上告人青木が本件の第一審でなした参加は、前記のとおり被上告人(原告)のみを相手方としたものであるから、この参加は、右説示に照らし、民訴法七一条の参加ではないといわなければならない。したがつて、上告人青木が第一審において被上告人のみを相手方としてなした参加申出は、その実質は新訴の提起と解すべきである(民訴法七一条の参加である旨の当事者の申立に裁判所は拘束されるものではない)。この新訴につきその口頭弁論を本訴の口頭弁論に併合して審理し、一個の判決で裁判することを妨げるものではない(民訴法一三二条)。したがつて、本件の第一審判決が一審原告(被上告人)の一審被告横山外二名(上告人横山外二名)に対する本訴請求および参加人青木(上告人)の一審原告(被上告人)に対する請求につき審理し、判決したのは、通常的共同訴訟としてなしたものと解するのが相当であり、この第一審判決に対して、一審被告横山外二名(上告人横山外二名)のみが控訴し、参加請求につき敗訴した参加人青木(上告人)が控訴しなかつたことは前記のとおりであるから、参加請求に関する部分については、判決は確定したものであるべきであり、原審が参加請求に関する部分について判決しなかつたのは相当である。そうとすれば、参加人青木(上告人)は、不服の対象たる原審の判決がないのに上告を申し立てたのであるから、参加人青木の上告は不適法として却下を免れない。

### 3-7-2 独立当事者参加の要件

・最 3S44/7/15

職権をもつて調査するに、参加人が当裁判所に提出した書面によれば、参加人は、当裁判所に係属する昭和四二年(オ)第一三九八号家屋退去請求事件について民訴法七一条による参加の申出をしたものと解する外はない。しかし、当裁判所は、上告審であつて、事実審ではないから、

参加人の請求の可否について判断し、右係属中の事件と矛盾のない判決をすることはできない。されば上告審である当裁判所に対し同条による本件参加の申出をすることは許されないから、本件参加の申出は、不適法として却下を免れない。

・最 1H25/11/21

本件は、株式会社の成立後における株式の発行の無効の訴え(以下「新株発行の無効の訴え」という。)に係る請求を認容する確定判決の効力を受ける原告人が、上記確定判決につき、民訴法338条1項3号の再審事由があるとして申し立てた再審事件である。

記録によれば、本件の経過は次のとおりである。

(1)相手方Y1は、原告人が新株予約権を行使したことにより、平成23年2月7日、1500株の普通株式を発行し(以下、この発行を「本件株式発行」という。)、原告人は、上記株式の株主となった。

本件株式発行がされた当時、原告人は、相手方Y1の代表取締役であったが、平成23年3月15日、代表取締役を解任され、その後、相手方Y1は、原告人の保有する相手方Y1の株式について質権の設定を受けたとするAに対し、同月30日付けの内容証明郵便により、本件株式発行は見せ金によって払込みの外形を作出してされた無効なものであることなどを通知した。これに対し、原告人及びAは、相手方Y1に対し、同年4月1日付けの内容証明郵便により、本件株式発行は有効なものであることなどを通知した。

(2)相手方Y1の株主である相手方Y2は、平成23年7月13日、相手方Y1を被告として、東京地方裁判所に、本件株式発行が存在しないことの確認を求める訴えを提起し、その後、予備的に本件株式発行を無効とすることを求める訴えを追加した(以下、上記各訴えに係る訴訟を「前訴」という。)。相手方Y2は、前訴において、本件株式発行は見せ金によって払込みの外形が作出されたものにすぎないことなどを主張した。

相手方Y1は、前訴の第1回口頭弁論期日において、請求を認めるとともに、請求原因事実を全て認める旨の答弁をしたが、前訴の受訴裁判所は、当事者双方から提出された書証を取り調べた上、請求原因事実についての追加立証を検討するよう指示して口頭弁論を続行し、第2回口頭弁論期日において、相手方Y1から提出された、本件株式発行が見せ金によるものであることなどが記載された陳述書を更に取り調べた上、口頭弁論を終結して、平成23年9月27日、本件株式発行を無効とする判決(以下「前訴判決」という。)を言い渡した。そして、前訴判決は、同年10月14日の経過により確定した。

(3)原告人は、平成23年10月19日、前訴が提起されて前訴判決がされたことを知り、同年11月11日、前訴について、独立当事者参加の申出をするとともに(以下、上記申出による独立当事者参加を「本件独立当事者参加」という。)、本件再審の訴えを提起した。

(中略)

新株発行の無効の訴えに係る請求を認容する確定判決の効力を受ける第三者は、再審原告として上記確定判決に対する再審の訴えを提起したとしても、上記確定判決に係る訴訟の当事者ではない以上、上記訴訟の本案についての訴訟行為をすることはできず、上記確定判決の判断を左右できる地位にはない。そのため、上記第三者は、上記確定判決に対する再審の訴えを提起してもその目的を達することができず、当然には上記再審の訴えの原告適格を有するということができない。

しかし、上記第三者が上記再審の訴えを提起するとともに独立当事者参加の申出をした場合には、上記第三者は、再審開始の決定が確定した後、当該独立当事者参加に係る訴訟行為をすることによって、合一確定の要請を介し、上記確定判決の判断を左右することができるようになる。なお、上記の場合には、再審開始の決定がされれば確定判決に係る訴訟の審理がされることになるから、独立当事者参加の申出をするために必要とされる訴訟係属があるということができる。

そうであれば、新株発行の無効の訴えに係る請求を認容する確定判決の効力を受ける第三者は、上記確定判決に係る訴訟について独立当事者参加の申出をすることによって、上記確定判決に対する再審の訴えの原告適格を有することになるというべきである。最高裁昭和59年(オ)第1122号平成元年11月10日第二小法廷判決・民集43巻10号1085頁は、旧民訴法の下、確定判決の効力を受ける第三者が適法な独立当事者参加の申出をすることができなかった事案において、当該第三者の再審の訴えの原告適格を否定したものであり、本件との抵触が問題になる判例ではない。

記録によれば、原々審が、平成24年3月30日に本件再審の訴えに係る請求を棄却する決定をした後、本件独立当事者参加の申出に係る事件においては、同年4月3日、訴訟係属を欠くことを理由に同申出を却下する判決がされ、現在、同事件は、控訴審に係属している。しかるに、原審は、上記の観点から本件独立当事者参加の適法性について検討することなく、抗告人が前訴判決の効力を受ける者であって共同訴訟的補助参加をすることができるものであるとして直ちに本件再審の訴えについての抗告人の原告適格を肯定したものであり、原審の上記判断には、裁判に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。

#### ・最 1H26/7/10

本件は、相手方Y1、同Y2及び同Y3(以下「相手方Y1ら」と総称する。)を原告とし、相手方Y4(以下「相手方会社」という。)を被告として提起された株式会社の解散の訴えに係る請求を認容する確定判決につき、相手方会社の株主である抗告人が、上記訴えに係る訴訟の係属を知られずその審理に関与する機会を奪われたから、上記確定判決につき民訴法338条1項3号の再審事由があるなどと主張して、上記訴訟について独立当事者参加の申出をするとともに、再審の訴えを提起した事案である。

(中略)

新株発行の無効の訴えに係る請求を認容する確定判決の効力を受ける第三者は、上記確定判決に係る訴訟について独立当事者参加の申出をすることによって、上記確定判決に対する再審の訴えの原告適格を有することになる(最高裁平成24年(許)第43号同25年11月21日第一小法廷決定・民集67巻8号1686頁参照)。この理は、新株発行の無効の訴えと同様にその請求を認容する確定判決が第三者に対してもその効力を有する株式会社の解散の訴えの場合においても異ならないというべきである。

そして、独立当事者参加の申出は、参加人が参加を申し出た訴訟において裁判を受けるべき請求を提出しなければならず、単に当事者の一方の請求に対して訴え却下又は請求棄却の判決を求めるのみの参加の申出は許されないと解すべきである(最高裁昭和42年(オ)第867号同45年1月22日第一小法廷判決・民集24巻1号1頁参照)。

これを本件についてみると、抗告人は、相手方Y1らと相手方会社との間の訴訟について独立当事者参加の申出をするとともに本件再審の訴えを提起したが、相手方Y1らの相手方会社に対する請求に対して請求棄却の判決を求めただけであって、相手方Y1ら又は相手方会社に対し何らの請求も提出していないことは記録上明らかである。そうすると、抗告人の上記独立当事者参加の申出は不適法である。なお、記録によれば、再審訴状の「再審の理由」欄には、相手方会社との関係で解散の事由が存在しないことの確認を求める旨の記載があることが認められる。しかし、仮に抗告人が上記独立当事者参加の申出につきこのような確認の請求を提出していたと解したとしても、このような事実の確認を求める訴えは確認の利益を欠くものというべきであって、上記独立当事者参加の申出が不適法であることに変わりはない。

したがって、抗告人が本件再審の訴えの原告適格を有しているということとはできず、本件再審の訴えは不適法であるというべきである。

#### [金築意見]

株式会社の解散の訴えに対して反対の立場に立つ株主は、その訴えの原告と会社がなれ合い訴訟をするおそれがあると考えられる場合、訴えの却下又は請求棄却を求めて被告側にいわゆる共同訴訟的補助参加をすることにより、その立場を守ることができるから、あえて独立当事者参加(いわゆる詐害防止参加)をする必要はない。しかし、株式会社を解散する判決(以下「解散判決」という。)が確定した後に、その事実を知った株主が、株式会社の解散の訴えに係る訴訟(以下「解散訴訟」という。)の係属を知らされなかったためにその審理に参与する機会が不当に奪われたことを理由として(すなわち、多数意見が引用する平成25年11月21日第一小法廷決定が、確定判決の効力を受ける第三者に対し、手続保障の観点から認めた民訴法338条1項3号の再審事由を主張して)、再審の訴えを提起したいと考えた場合は、共同訴訟的補助参加という方法は有効とはいえない。補助参加の申出と共に再審の訴えを提起した場合に主張し得る再審事由は、補助参加の性質上、参加の対象である訴訟の当事者が主張し得る再審事由に限られ、上記のよ



うな自己固有の再審事由を主張することはできないと解されるからである。解散判決の効力を受ける株主が上記のような再審事由を主張して再審の訴えを提起しようと思えば、独立当事者参加の方法を採るほかはない。

そこで、適法に独立当事者参加の申出を行うためには、自らの請求を定立しなければならないかどうかであるが、この点については、請求の定立を不要とし、訴えの却下又は請求棄却を求めただけで足りるとする見解も、学説上有力に主張されている。私も、詐害防止参加に関する限り、常に請求の定立が必要であるとまで解しなければならぬか、若干の疑問を持つ。適切な請求を定立することが困難である一方、訴えの却下又は請求棄却の裁判を得るだけで、詐害訴訟防止の目的を達成し得るという場合は十分想定し得るが、請求を定立しない独立当事者参加を許容することによって、何らかの具体的な弊害が生ずることが一般的に予想されるのかどうか、明らかではないように思われる。また、独自の請求を定立する可能性のない第三者に、補助参加人の地位を超える民訴法40条1項から3項までの規定に基づく牽制権限を与えることの当否も問題にはなるが、請求を定立しない共同訴訟的補助参加に同様の権限を認めていることからすれば、独自の請求があることが、必然的に上記牽制権限付与の当否に結び付くものではないと考えられる。独立当事者参加について、判例上いわゆる三面訴訟説が採られていた時代には、請求の定立を不要とすることは理論上難しかったかもしれないが、現行民訴法が当事者の一方だけを相手方とする独立当事者参加も許容している現在、この点を柔軟に考える余地が生じているのではあるまいか。

ただ、詐害防止参加は補助参加と区別された当事者としての参加であり、訴えの却下又は請求棄却を求めて独立当事者参加をする場合、いわば被告の地位を併存的に引き受けたような形になるのであるから、原告の請求について被告となり得る者であることは必要と考えるべきであろう。この観点から本件を見ると、会社法834条20号は、株式会社の解散の訴えの被告適格を当該株式会社と法定しており、株主は上記訴えの被告適格を有しないから、株主が、単に訴えの却下又は請求棄却を求めて、被告の立場で解散訴訟に独立当事者参加の申出をすることはできないと解さざるを得ない。したがって、独立当事者参加の申出と共に、解散判決に対する再審の訴えを提起する場合も、単に訴えの却下又は請求棄却を求めることでは足りず、再審の訴えの対象である解散訴訟の当事者の少なくとも一方に対する請求を定立しなければならないと解すべきである(ちなみに、多数意見の引用する昭和45年1月22日第一小法廷判決も、本件と同様、株主総会決議の効力等を争ういわゆる会社訴訟で、株主たる独立当事者参加申出人には、被告適格がなかった事案のようである。なお、前掲平成25年11月21日第一小法廷決定は、再審の訴えの対象になったのが新株発行の無効の訴えに係る請求を認容する確定判決であって、上記訴えの被告適格が株式を発行した株式会社と法定されている点は本件と同様であるが、株式の発行により株主となったことを主張する再審原告が、当該株式会社や上記訴えを提起した原告に対し株

主権確認の請求を定立できる場合で、かつ、現にかかる請求を提出して独立当事者参加の申出をするとともに再審の訴えを提起した点で本件と異なる。ここに、上記決定と本件における再審原告の確定判決に対する法的利益状況の違いが、反映されているように思われる。新株発行の無効の訴えの被告たる株式会社は、株式の発行主体として、当該株式の株主に代わって手続に関与する立場にもあるが、株式会社の解散の訴えの被告たる株式会社は、そうした立場にあるわけではないことも指摘できよう。ところが、抗告人は、相手方Y1らの相手方会社に対する請求に対して請求棄却の判決を求めただけで、これら解散訴訟の当事者に対する請求を提出していない(仮に抗告人が独立当事者参加の申出につき解散事由が存在しないことの確認を求める訴えを提起していたとみても、そのような訴えが、確認の利益を欠くことは、多数意見の指摘するとおりである。)から、抗告人の独立当事者参加の申出は不適法であるといわざるを得ない。この結論は、請求を定立しない詐害防止参加を認める余地がないかどうかの議論にかかわらず、会社法が解散の訴えの被告適格を会社に限定したという立法政策の結果として、やむを得ないものように思われる。

[山浦反対意見]

記録によれば、抗告人は、再審訴状において、自身を「参加人兼再審原告」と、相手方Y1ら及び相手方会社をいずれも「被参加人兼再審被告」と表示した上で、「上記訴訟に参加するとともに、再審の訴えを提起する」などと主張しており、本件再審の訴えと共に独立当事者参加の申出をしていることは明らかである。この独立当事者参加の申出が、いわゆる詐害防止参加を求めるものであることもまた明らかである。

多数意見は、引用する昭和45年1月22日第一小法廷判決を踏襲して、詐害防止参加である本件独立当事者参加の申出においても、請求の定立が必要であると解している。

しかし、私は、少なくとも詐害防止参加を求めるに当たり、請求を定立することは必要でないと解するのが相当であると考え。その理由は、次のとおりである。

詐害防止参加は、原告と被告によるなれ合い訴訟により参加申出をしようとする者の権利を害する判決が出ることを阻止することに目的がある。そのため、参加申出をしようとする者は、原告の被告に対する請求を棄却する判決を得れば十分であって、それ以上に自己の請求についての判決を求めているわけではない。このような場合に、原告又は被告に対して請求を定立することを要求するのは、参加申出をしようとする者に不可能を強いることになりかねない。殊に本件においては、抗告人と相手方Y1らとの間に、相手方Y1らが保有する相手方会社の株式の数に争いが無いから、抗告人が相手方Y1らに対して、相手方会社の株式について株主権確認の訴えを提起して相手方Y1らの保有株式数(株式会社解散の訴えにおける原告適格)を争うことは想定できない。また、相手方会社に対しては、再審訴状に解散事由が存在しないことの確認を求める旨の記載があることから、このような確認の請求を定立していたとみることができるが、多数意見が指

摘するように、このような確認を求める訴えに確認の利益を認めることは困難である。相手方会社が解散していないことを前提に特定の取締役の地位存在確認の訴えを提起したり、相手方会社の解散を命ずる判決の確定を前提としてされた清算人の選任手続の無効を主張して清算人の地位不存在確認の訴えを提起したりすることも考えられないではないが、このような技巧的な請求を定立しなければならないのであろうか。

また、大正15年法律第61号による旧民訴法の改正によって独立当事者参加の規定が新設された立法経過を見ると、独立当事者参加において必要的共同訴訟の規定を準用することとされたのは、原告の請求と参加人の請求とについて矛盾のない判決をすることよりも、参加人に独立した訴訟上の地位を充てることに重点が置かれてきたことがうかがわれる(徳田和幸「独立当事者参加における請求の定立について—詐害防止参加の沿革を中心として—」「新堂幸司先生古稀祝賀民事訴訟法理論の新たな構築上巻」705頁以下参照)。

そうすると、詐害防止参加については、当事者となり一定の権限を行使することができることで必要にして十分であり、無理に請求を定立させる必要はないというべきである。

かつて独立当事者参加は、訴えの提起の實質を有するから、参加人は本案訴訟の当事者双方に対して自己の請求を立てて参加するものであると理解されており、前掲昭和45年1月22日第一小法廷判決もそのような考えに依拠したものであるが、現行の民訴法においては、当事者の一方のみを相手方とする独立当事者参加の申出が認められており、その前提が異なっているのであるから、少なくとも詐害防止参加については、上記のような考えを捨てるべきである。

なお、金築裁判官の意見は、詐害防止参加において常に請求の定立を要するとする多数意見に疑問を呈しつつ、本件においては、会社法834条20号が株式会社の解散の訴えの被告適格を当該株式会社に限定するという立法政策を採用している以上、株主が、単に訴えの却下又は請求棄却を求めて被告の立場で解散訴訟に独立当事者参加の申出をすることはできず、独立当事者参加の申出と共に解散判決に対する再審の訴えを提起する場合も、解散訴訟の当事者の少なくとも一方に対する請求を定立しなければならないとする。

しかし、記録上、相手方会社の解散を希望する株主が発行済株式の過半数を保有し、その一部を保有する相手方Y1らが相手方会社の解散を求める訴えを提起したことがうかがわれる本件においては、会社法834条20号を介在させて詐害防止参加に当たり請求の定立を必要とするのは相当でない。すなわち、同号が株式会社の解散の訴えの被告適格を当該株式会社に限定したにもかかわらず、同法838条がその訴えに係る請求を認容する確定判決の効力が株主を含む第三者に対しても及ぶとしたのは、会社をめぐる法律関係の画一的処理を図る必要性がある一方、通常の場合いわゆる少数株主権の行使として提起される株式会社の解散の訴えに係る訴訟においては、訴訟の結果に最も密接な利害関係を有する当該株式会社が最も充実した訴訟活動をすることが期待できる上、当該株式会社の解散に反対する多数派株主が、当該株式会社の意思決定

に関与するなどして、実質的に当該訴訟に関与することができ、株主に対する手続保障も確保されているといえることができるからであると考えられる。しかるに、本件のように、株式会社の解散に賛成する株主が多数を占め(ただし、解散の決議をすることができるほどには至っていない。)、その一部又は全部が当該株式会社に対して株式会社の解散の訴えを提起する場合、当該株式会社の解散に反対する少数派株主に当該訴え提起の事実さえ知らされないままなれ合いで当該訴訟が追行されることにより、少数派株主に対する実質的な手続保障に欠ける事態が生ずるおそれが極めて大きく(本件再審の訴えの対象となっている前訴では、後記3のとおり、実際にそのような事態が生じていることがうかがわれる。)、このような事態は会社法の予定しないところであると考えられる。

以上によれば、抗告人は請求の定立をしなくても適法に独立当事者参加の申出をすることができ、その結果、本件再審の訴えの原告適格を有することとなるから、本件再審の訴えは適法といふべきである。

(中略)

なお、仮に独立当事者参加の申出における請求の定立を厳格に要求する多数意見に立った場合でも、裁判所としては、その請求の定立が不可能でないのにこれをしない当事者に対しては、補正の機会を与えるために、求釈明の上、相当の期間を定めて補正を促し、又は補正を命ずるべきであって(民訴法137条1項)、それにもかかわらず補正に応じず請求を定立しない場合に初めてその申立てが不適法であることを理由に再審の訴えを却下するという取扱いをすべきである。したがって、本件においても、本件再審の訴えを直ちに却下することはせず、補正の機会を与えるために原審に差し戻すのが相当である。

・最 3H6/9/27

一 記録によれば、本件訴訟の経過は次のとおりである。

1 上告人は、被上告人河原林孟夫に対し、昭和五〇年五月二二日、売買契約に基づく本件土地(一)、(二)の所有権移転登記手続及び不法行為に基づく損害賠償を求める本訴を提起した。その主張の骨子は、(1)上告人は、被上告人河原林から、昭和四二年一二月九日、本件土地(一)、(二)及び本件土地(一)の上に存する本件建物を代金合計一七〇万円で買い受けた(以下、この売買を「本件売買契約」という。)、(2)上告人は、昭和四五年ころ、本件土地(二)の上に建物を建築する目的で三〇〇万円相当の木材を購入したが、被上告人河原林が建築を妨害したため、建築に着手することができず、右木材が朽廃し、三〇〇万円の損害を被った、というものである。

2 第一審裁判所は、本件売買契約の成否などの争点につき審理を遂げた上、昭和六〇年一二月一三日、本件売買契約の成立が認められるとして、本件土地(一)、(二)につき上告人の所有権移転登記手続請求を認容したが、被上告人河原林の建築妨害の事実は認めるに足りない

して、上告人の損害賠償請求を棄却する旨の判決をした。

3 被上告人河原林が控訴の申立てをして、原審係属中の平成二年三月一日、被上告人橋本治郎衛は、被上告人河原林に対し本件土地(一)、(二)につき所有権移転請求権保全の仮登記に基づく本登記手続を、上告人に対し右本登記手続の承諾をそれぞれ求めて、民訴法七一条による参加の申出(以下「本件参加の申出」という。)をした。その主張の骨子は、次のとおりである。(1)社寺信用組合は、被上告人河原林に対し、昭和四一年四月五日、五〇〇万円を貸し付け、その担保として本件土地(一)につき代物弁済予約をして、同月一三日、所有権移転請求権保全の仮登記を経由した。(2)被上告人橋本は、社寺信用組合に対し、昭和五〇年六月二五日、被上告人河原林の残債務相当額を支払って、社寺信用組合から貸金債権及び仮登記担保権の譲渡を受け、同年八月一四日、右仮登記の移転付記登記を経由した。(3)被上告人橋本は、被上告人河原林との間で、昭和四二年一〇月二六日、本件土地(一)、(二)を代金一六〇万円で買受けることとする旨の売買の一方の予約をし、同四九年一月一三日、本件土地(二)につき所有権移転請求権保全の仮登記を経由した。(4)被上告人橋本は、被上告人河原林に対し、昭和五六年六月二四日、本件土地(一)につき代物弁済の予約完結の意思表示をし、本件土地(二)につき売買の予約完結の意思表示をした。(5)被上告人橋本は、上告人及び被上告人河原林に対し、平成二年三月二日、本件参加の申出書によって本件土地(一)につき清算金がない旨の通知をした。(6)上告人は、昭和五一年三月二三日、本件土地、(一)、(二)につき処分禁止の仮処分登記を経由した。

4 上告人は、本件参加の申出につき民訴法七一条の要件を欠くものであるとして争い、また、右3の(3)の売買の一方の予約は通謀虚偽表示であるなどとして被上告人橋本の主張事実を争った。

二 原審は、まず、本件参加の申出は民訴法七一条後段の要件を満たすものであるとし、さらに、右一の3の被上告人橋本の主張事實は認めることができ、同4の上告人の通謀虚偽表示の主張事實は認めるに足りないから、被上告人橋本の請求をいずれも認容すべきであるとした上、本件参加の申出は、本件土地(一)、(二)の所有権をめぐる紛争を上告人と被上告人河原林との間及び被上告人橋本と上告人、被上告人河原林との間で同時に矛盾なく解決するためのものであるところ、上告人の被上告人河原林に対する所有権移転登記手続請求は民訴法七一条に基づく参加訴訟の形態及び目的からの制約を受け、被上告人橋本に対して所有権を主張できない立場にある上告人は、被上告人河原林に対しても所有権を前提とする請求をすることができなくなるものと解すべきであるとして、上告人の主張事實について判断するまでもなく、上告人の請求を棄却すべきものであるとした。

三 しかしながら、上告人の被上告人河原林に対する売買契約に基づく所有権移転登記手続を求める本訴につき、被上告人橋本が、被上告人河原林に対し代物弁済の予約又は売買の一方

の予約による各予約完結の意思表示をしたことを理由とする所有権移転請求権保全の仮登記に基づく本登記手続を求め、かつ、右仮登記後にされた処分禁止の仮処分登記の名義人である上告人に対し右本登記手続の承諾を求めてした本件参加の申出は、民訴法七一条の要件を満たすものと解することはできない。けだし、同条の参加の制度は、同一の権利関係について、原告、被告及び参加人の三者が互いに相争う紛争を一の訴訟手続によって、一挙に矛盾なく解決しようとする訴訟形態であって、一の判決により訴訟の目的となった権利関係を全員につき合一に確定することを目的とするものであるところ（最高裁昭和三九年（オ）第七九七号同四二年九月二七日大法廷判決・民集二一巻七号一九二五頁）、被上告人橋本の本件参加の申出は、本件土地（一）、（二）の所有権の所在の確定を求める申立てを含むものではないので、上告人、被上告人河原林及び被上告人橋本の間において右各所有権の帰属が一の判決によって合一に確定されることはなく、また、他に合一に確定されるべき権利関係が訴訟の目的とはなっていないからである。

四 以上の次第で、本件参加の申出は、民訴法七一条の参加の申出ではなく、その実質は新訴の提起と解すべきである

・最 3S48/4/24

所論は、参加人（被上告人）の被告（上告人）に対する訴の訴訟物は、原告（被上告人）の被告に対する訴の訴訟物と同一であつて重複起訴になり不適法である、というのである。

所論に関する本件の訴訟関係は、つぎのとおりである。すなわち、原告は参加人からその所有の第一審判決添付別紙目録（一）の土地（以下「本件土地」という。）を含む土地を賃借しているとして、その一部である本件土地につき賃貸人たる参加人に代位しその所有権にもとづき本件土地上に同目録（二）の建物部分（以下「本件建物」という。）を所有して本件土地を占有している被告に対し、本件建物収去本件土地明渡を求めたのが本訴であるところ、参加人は、原告が本件土地を被告に無断転貸したから本件土地についての賃貸借契約を解除したとして、原告に対し原告が本件土地について賃借権を有しないことの確認を求めるとともに、被告に対し所有権にもとづき本件建物収去本件土地明渡を求めて民訴法七一条により本訴に参加したものである。

思うに、債権者が民法四二三条一項の規定により代位権を行使して第三債務者に対し訴を提起した場合であつても、債務者が民訴法七一条により右代位訴訟に参加し第三債務者に対し右代位訴訟と訴訟物を同じくする訴を提起することは、民訴法二三条の重複起訴禁止にふれるものではないと解するのが相当である。けだし、この場合は、同一訴訟物を目的とする訴訟の係属にかかわらず債務者の利益擁護のため訴を提起する特別の必要を認めることができるのであり、また、債務者の提起した訴と右代位訴訟とは併合審理が強制され、訴訟の目的は合一に確定されるのであるから、重複起訴禁止の理由である審判の重複による不経済、既判力抵触の可能性および被告の応訴の煩という弊害がないからである。したがつて、債務者の右訴は、債権者の代位訴訟が係属しているというだけでただちに不適法として排斥されるべきものと解すべきではない。

もつとも、債権者が適法に代位権行使に着手した場合において、債務者に対しその事実を通知するかまたは債務者がこれを了知したときは、債務者は代位の目的となつた権利につき債権者の代位権行使を妨げるような処分をする権能を失い、したがつて、右処分行為と目される訴を提起することができなくなる(大審院昭和一三年(オ)第一九〇一号同一四年五月一六日判決・民集一八巻九号五五七頁参照)のであつて、この理は、債務者の訴提起が前記参加による場合であつても異なるものではない。したがつて、審理の結果債権者の代位権行使が適法であること、すなわち、債権者が代位の目的となつた権利につき訴訟追行権を有していることが判明したときは、債務者は右権利につき訴訟追行権を有せず、当事者適格を欠くものとして、その訴は不適法といわざるをえない反面、債権者が右訴訟追行権を有しないことが判明したときは、債務者はその訴訟追行権を失つていないものとして、その訴は適法といふことができる。

本件についてみるに、原判決(その引用する第一審判決を含む。以下同じ。)が適法に確定した事実関係によれば、原告の代位原因たる本件土地の賃借権は、その発生原因である賃貸借契約が原告において被告に対してした無断転貸を理由として参加人により解除されたため消滅したものといふことができるから、原告の代位訴訟はその代位原因を欠くものとして却下を免れず、したがつて、参加人が本訴に参加し被告に対して所有権にもとづいて本件建物収去本件土地明渡を求めた訴は適法といふべきである。

・大 S9/8/7

#### 要旨

1. 隠居による家督相続開始後、相続財産に対し抵当権の設定を受けた者は、隠居が戸主に対して提起した隠居無効確認の訴に、その請求の棄却を求めて参加することができる。
2. ① 隠居者より取得した抵当権が隠居無効確認訴訟において隠居者が敗訴すると無効となる場合には、右抵当権者は、隠居無効確認の請求を棄却することを求めるため、参加をすることができる。② 右参加人が隠居無効確認の請求棄却を求めるとともに、隠居の有効なることの確認を求め、無用の請求をしたにすぎず、そのため参加が不適法となるものではない。
3. 隠居無効確認の請求棄却の判決は、その隠居を有効であると宣言するにほかならない。

#### 本文

事実：隠居者タル上告人(控訴人、原告)ヨリ戸主タル被上告人(被控訴人、被告)ニ對スル隠居無効確認ノ訴ニ於ケル上告人ノ主張ハ大正十五年三月三十一日附隠居届出ハ全然自己ノ關知セサルコロナリト云フニアリテ被上告人ハ此主張ヲ認メ上告人申立ノ如キ判決アルヘキモノナリト答辯シタリ

參加被上告人等ハ被上告人カ其ノ家督相續ニ因リ取得シタル不動産ニ對シテ設定シタル抵當權ヲ有スル者ナリトノ理由ニ依リ民事訴訟法第七十一條ニ從ヒ被告トシテ訴訟ニ參加シ隠居ハ有效ナリト主張シ左記ノ如キ本案判決ヲ求ムト申立テタリ

原告ノ請求ハ之ヲ棄却ス

大正十五年三月三十一日原告ノ爲シタル隱居ハ有效ナルコトヲ認定ス

第一審裁判所ハ隱居ハ有效ナリト判定シ前記ノ判決ヲ爲シタリ

上告人ハ控訴ヲ爲シタルニ原審ハ「本件控訴ハ之ヲ棄却ス」トノ判決ヲ爲シタリ

理由:被上告人荒川豊藏以外ノ他ノ被上告人等カ本件訴訟ニ参加シタルハ上告人カ被上告人荒川豊藏ニ對シ提起シタル隱居無効確認ヲ求ムル訴訟ニシテ同被上告人ノ敗訴ト爲ルニ於テハ被上告人等カ同被上告人ヨリ取得シタル抵當權ノ無効ヲ惹起スルニ至ル利害關係ヲ有スルヲ以テ其ノ上告人ノ請求ヲ排撃スル爲ナルコトハ本件辯論ノ全趣旨ニ徴シ明ナリ即チ被上告人等ハ上告人ノ隱居ヲ無効トスル確認ノ請求ヲ棄却スルコトヲ求ムル爲ニ参加ヲ爲シタルモノニ外ナラス故ニ其ノ隱居ノ有效ナルコトノ確認ヲ求メタルハ結局上告人ノ請求ノ棄却ヲ求メタルコトニ歸スヘキモノトス蓋シ上告人ノ隱居ヲ無効トスル確認ノ請求ヲ棄却スルコトハ其ノ隱居ヲ有效ナルモノト宣言スルニ外ナラサルヲ以テナリ左レハ被上告人等ノ本件隱居ノ有效ナルコトノ確認ヲ求ムル旨ノ申立ハ上告人ノ請求棄却ノ申立ト解スヘク從テ其ノ有效ナルコトノ確認ノ請求ハ本件ニ在リテハ全然無用ノモノニ歸スルヲ以テ之カ爲ニ被上告人等ノ参加ヲ不適法ト爲スニ由ナキモノトス所論ハ被上告人等ノ参加ヲ以テ隱居ノ有效ナルコトノ確認ヲ求ムル獨立ノ訴トスル前提ノ下ニ爲ス論議ナルヲ以テ之ヲ採用スルニ由ナキモノトス

・大 S12/4/16

要旨

民事訴訟法71条前段にいう第三者とは、他人間の訴訟の結果により自己の権利を侵害される虞のある者をも含むと解すべきである。抵當權者は其の設定者の所有權が争はれる訴訟に参加し得るか(積極)

本文

事実:上告人兩名(控訴人、當事者参加人)ハ第一審被告森本順一ニ對スル金八千圓ノ債權擔保ノ爲昭和八年二月二日當時同人所有ノ本件土地ニ付抵當權ノ設定ヲ受ケ其ノ登記ヲ完了シタルトコロ被上告人(被控訴人、原告)ハ其ノ二男タル前示順一ニ對シ該土地ハ終始自己ノ所有ニ屬シ嘗テ同人ニ讓渡シタルコトナキニ拘ラス同人ハ被上告人名義ノ偽造ニ係ル右土地賣買證書ニ基キ昭和六年九月二十八日其ノ所有權移轉登記手續ヲ爲シタルモノナル旨主張シ右登記抹消ノ訴ヲ提起シ右順一ハ所在不明ナル爲同人ニ對スル訴訟ハ同人不出頭ノ儘進行セラレ居ル次第ナルヲ以テ若シ同人ニシテ敗訴ノ判決ヲ受ケタリトセハ右土地ニ抵當權ヲ有スル上告人ハ該訴訟ノ結果ニ因リ抵當權ヲ侵害セラルルニ至ルヘキノ故ヲ以テ民事訴訟法第七十一條前段ニ依リ右訴訟ニ當事者トシテ参加ノ申出ヲ爲シタリ

原審ハ上告人等ノ抵當權ハ被上告人及右順一間ノ判決ノ結果ニ因リ何等ノ消長ヲ蒙ラサルヲ以テ上告人等ハ同條前段所定ノ第三者ニ該當セサルモノト做シ同人等ノ右参加申出ヲ不適法トシ



テ却下シタルモノトス

理由：民事訴訟法第七十一條前段ハ他人間ニ繫屬セル訴訟ノ結果殊ニ判決ニ因リ自己ノ權利ヲ侵害セラレ若クハ侵害セラルル虞アル第三者ヲシテ其ノ權利ヲ保全セシムル爲當該訴訟ニ當事者トシテ參加セシメ被參加當事者及參加人間ノ紛争ヲ迅速且劃一ニ解決シ以テ訴訟經濟及判決ノ牴觸ヲ防止センコトヲ企圖シタルモノニ外ナラサルカ故ニ上叙ノ第三者トハ必シモ他人間ノ判決力直接其ノ効カラ及ホシ之ニ服從セサルヘカラサル者ノミニ限局セラルヘキモノニ非スシテ汎ク該訴訟ノ結果間接ニ自己ノ權利ヲ侵害セラルル虞アル者ヲモ亦包含スルモノト解スルヲ妥當トス蓋同條ノ前叙立法ノ主旨ニ鑑ミレハ斯ル第三者ヲ特ニ除外セラルヘキモノト解スヘキ何等ノ理據ナキノミナラス若シ然ラストセンカスル第三者ト參加セラルヘキ當事者間ニ他日更ニ新ナル訴訟ノ繫屬ヲ見ルノ止ムルヲ得サルニ至リ其ノ間或ハ參加セラルヘキ當事者間ニ於ケル既存判決ノ爲延テ第三者ニ不利ヲ招來シ若クハ判決ノ牴觸ヲ來ス危懼ナキニ非サルヲ以テ却テ前示法條ノ精神ニ背反スルニ至ルヘケレハナリ然リ而シテ本件記録ニ依レハ上告人ノ本件參加申出ノ要旨ハ上告人ハ被參加訴訟ニ於ケル第一審被告森本順一ニ對スル金八千圓ノ債權擔保ノ爲昭和八年二月二日同人ヨリ當時同人所有ノ本件不動産ニ抵當權ノ設定ヲ受ケ其ノ登記ヲ了シタルトコロ被上告人ハ其ノニ男タル右順一ニ對シ右抵當不動産ハ自己ノ所有ニ屬シ嘗テ同人ニ其ノ所有權ヲ讓渡シタルコトナキニ拘ラス同人ハ昭和六年九月二十八日偽造ノ賣買證書ニ基キ賣買ニ因ル所有權移轉登記ヲ爲シタルモノナル旨主張シ右登記ノ抹消ヲ訴求シ右順一ハ所在不明ナル爲口頭辯論期日ニ出頭セサルヲ以テ若シ被上告人勝訴判決ノ結果右所有權移轉登記力抹消セラレタリトセハ上告人ノ前示抵當權ヲ害セラルルニ至ルヲ以テ茲ニ當事者トシテ參加ノ申出ヲ爲スニ至リタリト云フニアルコト明白ナリ然ルニ原審ハ被上告人及右順一間ノ本訴訟ノ結果假リニ右順一カ敗訴シ本件所有權移轉登記力抹消セラレタリトスルモ上告人ノ抵當權ノ效果ニ何等ノ消長ヲ及ホササルヲ以テ上告人ハ右抵當權ヲ以テ他人ニ對抗シ他日被上告人ヨリ其ノ抹消ノ請求ヲ受クルモ被上告人及順一間ノ判決ノ結果如何ニ拘ラス之ヲ拒否シ得ヘキカ故ニ本訴訟ノ結果ニ因リ何等自己ノ抵當權ヲ害セラルル虞アルモノニ非スト做シ上告人ノ本件參加申出ヲ不適法トシテ却下シタルモノトス然レトモ被上告人及順一間ノ本訴訟ノ判決ハ直接上告人ニ其ノ効カラ及ホササルヲ以テ該判決ノ結果ハ當然上告人ノ抵當權ニ消長ヲ及ホササルモノトスルモ若シ被上告人ニ於テ勝訴判決ノ結果右順一ノ本件不動産所有權取得登記力抹消セラレタリトセハ上告人カ右順一所有ノ不動産トシテ設定ヲ受ケタル抵當權ハ其ノ根基ヲ失ヒ他日被上告人ヨリ右抵當權ノ設定ハ無權利者ノ處分行爲ナリトシテ右抵當權設定登記抹消ノ請求ヲ受ケ其ノ間或ハ被上告人ノ本訴訟ニ於ケル勝訴判決ノ爲上告人ニ不利ヲ招來スルヲ保セサルヲ以テ冒頭説示ノ理由ニ依リ上告人ハ被上告人及右順一間ノ本訴訟ノ結果權利ヲ害セラルル虞アル者ニシテ前示法條前段ノ所謂第三者ニ該當スルモノトシテ本件參加申出ヲ許容スヘキモノトス

・最 1S42/2/23

本件において、上告人が被上告人榊原幸男に対し請求の原因として主張するところは、要するに、上告人所有の不動産につき昭和二五年一月六日名古屋法務局受付第二〇九〇七号をもつて、同被上告人に対し所有権移転登記がされているが、右登記は訴外榊原喜一(被上告人榊原幸男の父)の作成した偽造文書に基づくものであつて無効であるから、その抹消登記手続を求めるといふのであり、被上告人大杉勉が参加の理由として主張するところは、要するに、同被上告人は被上告人榊原幸男に対する債権者として右不動産につき強制競売の申出をし、強制競売開始決定を得たのであるが、もし上告人と被上告人榊原幸男間の右訴訟において上告人請求どおりの判決があるときは、参加人の権利は害されるといふのである。そして、右に述べたような上告人の本訴請求の原因、被上告人大杉勉の参加の理由に関し原審の確定した事実および本件訴訟の経過に照らせば、被上告人大杉勉をもつて民法七一条にいう「訴訟ノ結果ニ因リテ権利ヲ害セラルヘキコトヲ主張スル第三者」にあたるとして、その参加を是認した原審の判断は正当であるといふべきである。

### 3-7-3 独立当事者参加の審理

・仙高 S55/5/30

前記訴訟の目的は、本訴においては原告佐藤の被告青山、同菊池に対する本件土地所有権移転登記抹消登記手続請求権の存否および被告青山に対する原告佐藤の本件土地所有権に基づく妨害排除請求権の存否であるが、その前提たる権利関係として原告の本件土地に対する所有権の存否が争いとなつてゐることが明らかである。原告佐藤は右前提たる権利関係の存否につき中間確認の訴を提起しなかつたが、前記訴訟上の和解において本件土地の所有権が原告佐藤に属することが確認されたのであるから、右中間確認の訴が提起された場合と同等である。

右の前提たる権利関係の如何によつて本訴の勝敗の帰すうが決められるのであるから、本件土地の所有権の帰属も前記訴訟の目的たるものといわなければならない。しかして参加人(控訴人)は、本件土地の所有権が参加人に属することの確認を求めて前記訴訟たる当事者参加したのであるから、右の権利関係は原告、被告、参加人の間において合一にのみ確定されなければならないことが明らかである(民事訴訟法七一条、第六二条)。

すなわち当事者参加がなされたのちは、既存訴訟の二当事者間で訴訟の目的を処分する訴訟行為(請求の認諾、放棄もしくは訴訟上の和解)をしても、当事者参加人に対して効力を生じないものである。もとより、当該請求の放棄、認諾もしくは訴訟上の和解の内容が、必ずしも当事者参加人にとつて不利益とはいえない場合もありえようが、請求の放棄、認諾もしくは訴訟上の和解が調書に記載されれば、その限度で当該訴訟は終了するとともに、その記載は確定判決と同一の効力を有することになり、三当事者間の紛争を矛盾なく解決すべき当事者参加訴訟の構造を無に帰せしめるからである。ただ、当事者参加の申立があつたのちでも、本訴被告および当事者

参加人の同意あるときは本訴の取下をすることは許されるものというべく、この場合には参加訴訟は参加人と本訴原告および参加人と本訴被告間の通常共同訴訟として残存することになる。

参加人(控訴人)は前記既存訴訟の二当事者間での訴訟上の和解成立に同意していないのであるから、右訴訟上の和解は訴訟の目的に関する部分について効力を生ぜず、これについて訴訟終了の効力も生じえないものといわなければならない。したがって原審が参加人の既存訴訟の原告および被告に対する参加請求についてのみ判決したことは、判決の手續が法律に違背したことになる。

#### ・最 2S48/7/20

所論は、要するに、上告人(参加人)岡山宮地弘商事株式会社(以下「参加人」という。)と被告(被告)広島駅弁当株式会社(以下「被告」という。)との間の訴訟は一審判決どおり確定しているのであつて、該請求が被告(原告)阪西直晴(以下「原告」という。)の控訴にもとづく控訴審における審判の対象にはならない、というのである。

しかし、本件は、訴訟の目的が原告、被告および参加人の三者間において合一にのみ確定すべき場合(民訴法七一条、六二条)に当たることが明らかであるから、一審判決中参加人の被告に対する請求を認容した部分は、原告のみの控訴によつても確定を遮断され、かつ、控訴審においては、被告の控訴または附帯控訴の有無にかかわらず、合一確定のため必要な限度で一審判決中前記部分を参加人に不利に変更することができるのと解するのが相当である(最高裁昭和三十九年(オ)第七九七号同四二年九月二七日大法廷判決・民集二一卷七号一九二五頁、最高裁昭和三十四年(オ)第二一二号同三六年三月一六日第一小法廷判決・民集一五巻三号五二四頁、最高裁昭和四一年(オ)第二八八号同四三年四月一二日第二小法廷判決・民集二二巻四号八七七頁参照)。原判決に所論の違法はなく、所論は、これと異なる独自の見解にたつものであつて採用するをえない。

#### 3-8-1 共同訴訟参加の意義

##### ・大 S9/7/31(要旨)

- 1.親族会決議の効力を争う訴は、親族会員全員を共同被告とすべきである。
- 2.民事訴訟法75条の参加によつて固有必要的共同訴訟における当事者適格が追完されたときには、訴は提起の当時に遡つて適法となる。
- 3.民事訴訟法75条の参加によつて固有必要的共同訴訟における当事者適格が追完されたときには、訴は提起の当時に遡つて適法となる。

本文：

<http://lex.lawlibrary.jp/lexbin/ShowSyoshi.aspx?sk=636042019029105063&pv=1&bb=27823387>

### 3-8-2 共同訴訟参加の要件及び手続

・最 2S36/11/24

本件は、被上告人会社の臨時株主総会の招集手続が法令に違背することを理由として、商法二四七条の規定にもとずき、本件株主総会の決議の取消を求める訴訟であること、上告人は、第一審で、民訴七五条の規定により、被告(被上告人)会社の共同訴訟人として本件訴訟に参加する旨の申出をしたものであることは、記録上、明らかである。そして、第三者が同条の規定により訴訟に参加することが許されるためには、当該訴訟の目的が当事者の一方および第三者について合一にのみ確定すべき場合であることのほか、当該訴訟の当事者となりうる適格を有することが要件となつていことは、同条の法意に徴し、明らかである。すなわち、上告人の本件参加の申出が許されるためには、上告人は本件訴訟の被告となりうる適格を有しなければならないのである。ところが、本件訴訟の被告となりうる者は、その性質上、被上告人会社に限られると解するのが相当であるから、上告人が本件訴訟の被告となる適格を有しないことは自明の理である。したがって、上告人の本件参加の申出は許されないものというべく、これと同趣旨に出でた原判決は正当である。

### 3-9-1 訴訟承継の意義及び種類

・最 3S41/3/22

賃貸人が、土地賃貸借契約の終了を理由に、賃借人に対して地上建物の収去、土地の明渡を求め訴訟が係属中に、土地賃借人からその所有の前記建物の一部を賃借し、これに基づき、当該建物部分および建物敷地の占有を承継した者は、民訴法七四条にいう「其ノ訴訟ノ目的タル債務ヲ承継シタル」者に該当すると解するのが相当である。けだし、土地賃借人が契約の終了に基づいて土地賃貸人に対して負担する地上建物の収去義務は、右建物から立ち退く義務を包含するものであり、当該建物収去義務の存否に関する紛争のうち建物からの退去にかかる部分は、第三者が土地賃借人から係争建物の一部および建物敷地の占有を承継することによつて、第三者の土地賃貸人に対する退去義務の存否に関する紛争という型態をとつて、右両者間に移行し、第三者は当該紛争の主体たる地位を土地賃借人から承継したものと解されるからである。これを実質的に考察しても、第三者の占有の適否ないし土地賃貸人に対する退去義務の存否は、帰するところ、土地賃貸借契約が終了していないとする土地賃借人の主張とこれを支える証拠関係(訴訟資料)に依存するとともに、他面において、土地賃貸人側の反対の訴訟資料によつて否定されうる関係にあるのが通常であるから、かかる場合、土地賃貸人が、第三者を相手どつて新たに訴訟を提起する代わりに、土地賃借人との間の既存の訴訟を第三者に承継させて、従前の訴訟資料を利用し、争いの実効的な解決を計ろうとする要請は、民訴法七四条の法意に鑑み、正当なものとしてこれを是認すべきであるし、これにより第三者の利益を損うものとは考えられないのである。そして、たとえ、土地賃貸人の第三者に対する請求が土地所有権に基づく物上請求であ

り、土地賃借人に対する請求が債権的請求であつて、前者と後者とが権利としての性質を異にするからといつて、叙上の理は左右されないというべきである。されば、本件土地賃貸借契約の終了を理由とする建物収去土地明渡請求訴訟の係属中、土地賃借人であつた第一審被告亡小能見唯次からその所有の地上建物中の判示部分を賃借使用するにいたつた上告人富永キクエに対して被上告人がした訴訟引受の申立を許容すべきものとした原審の判断は正当であり、所論は採用できない。

## Ⅱ 民事執行

### 2-2-2 各種の債務名義

・最 2S33/5/23

上告代理人近藤与一の上告理由第一点の論旨は、公正証書の作成につき消費貸借の実体上の効力と執行受諾の意思表示の効力に関し民法一一〇条の適用の有無を区別した原判決の判断は違法であると主張する。

しかし、公正証書に記載される「直ちに強制執行ヲ受ク可キ旨」の意思表示は、公証人に対してなされる訴訟行為であるから、私人間の取引の相手方を保護することを目的とする民法一一〇条の適用又は準用のないものと解すべきことは当裁判所の判例とするところであつて、今これを変更する要を認めない(昭和三二、六、六日第一小法廷判決、集一一巻七号一一七七頁、なお大審院昭和一一、一〇、三日判決、集一五巻二〇三五頁、昭和一九、九、二九日判決、集二三巻五六三頁参照)。

・最 1S42/7/13

強制執行受諾条項付きの公正証書作成嘱託について、民法一〇九条の適用がないとした原審の判断は正当であり、原判決には何等所論の違法はない。

### 2-2-3 請求異議の訴え

・最 2H18/9/11

1 債務弁済契約公正証書の債権者である相手方の申立てにより、債務者の承継人である抗告人らに対し、同公正証書に基づく債権差押命令及び転付命令が発せられたところ、抗告人らは、請求債権について強制執行を行う権利の放棄又は不執行の合意(以下「不執行の合意等」という。)があったことを主張して執行抗告をした。

2 抗告人らの主張する不執行の合意等は、債権の効力のうち請求権の内容を強制執行手続で実現できる効力(いわゆる強制執行力)を排除又は制限する法律行為と解されるので、これが存在すれば、その債権を請求債権とする強制執行は実体法上不当なものとなるというべきである。しかし、不執行の合意等は、実体法上、債権者に強制執行の申立てをしないという不作為義務を負わせるにとどまり、執行機関を直接拘束するものではないから、不執行の合意等のされた債権を請求債権として実施された強制執行が民事執行法規に照らして直ちに違法になるということとはできない。そして、民事執行法には、実体上の事由に基づいて強制執行を阻止する手続として、請求異議の訴えの制度が設けられており、不執行の合意等は、上記のとおり、債権の効力の一部である強制執行力を排除又は制限するものであつて、請求債権の効力を停止又は限定するような請求異議の事由と実質を同じくするものということができるから、その存否は、執行抗告の手続ではなく、請求異議の訴えの訴訟手続によって判断されるべきものというべきである。

抗告人らは、執行抗告によって不執行の合意等の存在を主張することができるというが、執行

抗告は、強制執行手続においては、その執行手続が違法であることを理由とする民事執行の手続内における不服申立ての制度であるから、実体上の事由は執行抗告の理由とはならないといふべきである。なお、不執行の合意等の存否が執行異議の手続で判断されるべきでないことは、上記検討によって明らかである。

以上によれば、強制執行を受けた債務者が、その請求債権につき強制執行を行う権利の放棄又は不執行の合意があったことを主張して裁判所に強制執行の排除を求める場合には、執行抗告又は執行異議の方法によることはできず、請求異議の訴えによるべきものと解するのが相当である。

#### ・最 1H5/11/11

一 被上告人の本訴請求は、上告人に対し、昭和六〇年四月二二日神戸地方裁判所尼崎支部に係属中の別件訴訟において成立した訴訟上の和解で上告人が支払を約した貸金及び給料の合計五八二万円の支払を求めるものであるところ(以下、この上告人の債務を「本件債務」という。)、上告人は、右和解の成立は認めたが、右和解に際して被上告人との間において本件債務については強制執行をしない旨の合意が成立したと主張した。原審は、右主張の合意の成立を適法に確定した上、本件債務はいわゆる責任のない債務であるから、被上告人はこれに基づいて強制執行をすることはできないが、このような場合でも裁判所は給付判決をすべきであるとして、本件債務について強制執行をすることができない旨を判決主文において明示することなく、上告人に対して被上告人に五八二万円の支払を命じる判決をした。

二 しかしながら、原判決中、本件債務について強制執行をすることができない旨を判決主文において明示することなく、本件債務の支払を命じた点は、これを是認することができない。その理由は、次のとおりである。

給付訴訟の訴訟物は、直接的には、給付請求権の存在及びその範囲であるから、右請求権につき強制執行をしない旨の合意(以下「不執行の合意」という。)があつて強制執行をすることができないものであるかどうかの点は、その審判の対象にならないといふべきであり、債務者は、強制執行の段階において不執行の合意を主張して強制執行の可否を争うことができると解される。しかし、給付訴訟において、その給付請求権について不執行の合意があつて強制執行をすることができないものであることが主張された場合には、この点も訴訟物に準ずるものとして審判の対象になるといふべきであり、裁判所が右主張を認めて右請求権に基づく強制執行をすることができないと判断したときは、執行段階における当事者間の紛争を未然に防止するため、右請求権については強制執行をすることができないことを判決主文において明らかにするのが相当であると解される(最高裁昭和四六年(オ)第四一一号同四九年四月二六日第二小法廷判決・民集二八巻三号五〇三頁参照)。

これを本件についてみるに、原審は、本件債務について上告人と被上告人との間に不執行の合

意があったことを適法に確定した上で、本件債務は、いわゆる責任のない債務であり、強制執行をすることはできないと判断したのであるから、その旨を判決主文に明示すべきであったのであり、右明示を欠いた原判決には、この点において法令解釈を誤った違法があり、この違法は判決に影響を及ぼすことが明らかである。

#### 2-2-4 債務名義の無効

##### ・最 1S42/11/30

本件和解条項における収去すべき建物の表示は抽象的であり、また、買取請求の条項もあるから、右和解は建物収去のための債務名義としてその内容は必ずしも明確でなく、疑義あるを免れない。そして、債務名義の内容について疑義がある場合においては、さらに訴を提起する利益があるものと解すべきであるから、本件は訴の利益があるものというべきである。

##### ・大 S5/9/30

#### 要旨

- 1.夫婦間における同居義務の履行は性質上強制履行を許さないものであつて、当然に間接強制もまた許されない。
- 2.同居義務は強制履行を許さない。

#### 本文

事実：原告人ハ其ノ妻空野サヨニ対スル同居請求事件ニ付昭和五年四月十五日広島地方裁判所呉支部ニ於テ原告人勝訴ノ確定判決ヲ受ケタルモサヨハ夫タル原告人ニ対シテ同居義務ヲ履行セサルヲ以テ民事訴訟法第七百三十四条ノ規定ニ依リ決定ノ日ヨリ十五日内ニ原告人宅ニ復帰シテ同居シ若シ該期間内ニ履行セサルトキハ其ノ翌日ヨリ遅延日数ニ応シテ一日ニ付金五円宛ノ賠償金ヲ支払フヘキ旨ノ決定アランコトヲ申立テタルモノナリ

第一審裁判所ハ本件ノ申立ヲ却下シ原院ハ原告人ノ抗告ヲ棄却シタルモノナリ

理由：原告人ハ其ノ妻空野サヨニ対スル同居請求事件ニ付昭和五年四月十五日広島地方裁判所呉支部ニ於テ原告人勝訴ノ確定判決ヲ受ケタルモサヨハ夫タル原告人ニ対シテ同居義務ヲ履行セサルヲ以テ民事訴訟法第七百三十四条ノ規定ニ依リ決定ノ日ヨリ十五日内ニ原告人宅ニ復帰シテ同居シ若シ該期間内ニ履行セサルトキハ其ノ翌日ヨリ遅延日数ニ応シテ一日ニ付金五円宛ノ賠償金ヲ支払フヘキ旨ノ決定アランコトヲ申立テタルモノナリ

第一審裁判所ハ本件ノ申立ヲ却下シ原院ハ原告人ノ抗告ヲ棄却シタルモノナリ

##### ・最 3S43/2/27

訴外石井光雄は、訴外石井与一郎と通謀して、振出人重商株式会社、金額八万五〇〇〇円等の記入のある約束手形について、白地の受取人欄に榛葉信夫と記入し、かつ、裏書人欄に桐生市東町八一七の一石井方榛葉信夫と記入して「榛葉」と刻した有合印を冒捺したうえ、右手形金について、右訴外榛葉信夫を相手方(債務者)として桐生簡易裁判所に対し支払命令およびこれに



もとづく仮執行宣言付支払命令の各申立をしたこと、石井光雄は前記各申立において、榛葉信夫の住所を桐生市東町八一七番地の一石井(与一郎)方と虚偽の記載をし、その結果、右各申立にもとづいて発せられた支払命令および仮執行宣言付支払命令の各正本は前記石井与一郎方榛葉信夫あてに送達され、右石井与一郎があたかも榛葉信夫であるように装つて、右各正本を受領したこと、そして、石井光雄は、昭和三二年六月一日右仮執行宣言付支払命令にもとづいて前橋地方裁判所桐生支部に対し榛葉信夫所有の本件土地を含む宅地三〇〇坪について強制競売の申立をし、同支部は、強制競売手続の開始決定をしてその正本を前記債務名義に表示されている前記石井方榛葉信夫あてに送達したこと(その後その競売手続関係で右信夫および上告人らからなんらの異議の申立もなかつた。)、同年九月一四日同支部は被上告人に対し競落許可決定をし、同年一〇月一七日被上告人あてに本件土地の所有権取得登記がされたこと、上告人はこれよりさき同二五年九月四日本件土地を含む前記宅地三〇〇坪(一反歩)を榛葉信夫から買い受けたこと、なお石井光雄の榛葉信夫に対する前記手形債権が実体のない仮装の債権との確認はえられないことなどの各事実を確定していることが認められ[る]。

(中略)

甲が乙と通謀のうえ、第三者丙に対して金銭債権を有すると称して丙に対する債務名義を騙取しようとして、甲は、その主張する債権に関し丙あてにその住所を真実に反し乙方丙として、支払命令ないし仮執行宣言付支払命令の申立等の訴訟行為をし、裁判所がこれに応じた訴訟行為等をし、乙があたかも丙本人のように装つて、その支払命令ないし仮執行宣言付支払命令の正本等の訴訟書類を受領して、なんらの不服申立をすることなく、その裁判を確定させた場合においては、たとえ甲が丙あての金銭債権についての債務名義を取得したような形式をとつたとしても、その債務名義の効力は、丙に対しては及ばず、同人に対する関係では無効であると解するのが相当である。けだし、右のような場合には、当事者たる甲および同人と意思を通じている乙は、故意に、債務名義の相手方当事者と表示されている丙に対し、その支払命令ないし仮執行宣言付支払命令等の存在を知らせないように工作することにより、丙をしてこれに対する訴訟行為をし、その防禦をする手段方法等を講ずる機会を奪っているのであるから、訴訟行為における信義誠実の原則に照らし、甲は、丙に対し相手方当事者たる地位にもとづきその裁判の効力を及ぼすべきものではないと解するのが相当だからである。なるほど、このような場合には、乙方丙の記載により、一応丙名義の表示がされ、一見丙あての債務名義は成立しているようであるが、前記のように、丙自身は、右の事実を全く知りえない事情にあるのであつて、甲および乙の行為に対し、防禦の訴訟行為をする機会を完全に奪われているのであるから、このような訴訟の実態にかんがみれば、単に丙がたまたまなんらかの事由により事実上訴訟行為等に関与しえなかつたときとは異なるのであつて、丙に対し、到底その裁判の効力が及ぶと解することは許されないのである。

これを本件についてみれば、前記のように、石井光雄は、石井与一郎と通謀して榛葉信夫の住

所をいつわり、石井与一郎方榛葉信夫として支払命令および仮執行宣言付支払命令の申立をし、裁判所がその各申立に応じた裁判をなし、石井与一郎が榛葉信夫本人のように装ってその各正本を受領したというのであるから、本件債務名義の効力が榛葉信夫に及ぶいわれのないことは、前段に説示したところから明らかである。そして、本件債務名義が榛葉信夫に対する関係で効力が及ばない以上、本件債務名義にもとづいて同人所有の本件土地についてされた本件強制競売手続は、同人に対する関係では債務名義がなくしてされたものというべきであるから、その強制競売手続は同人に対する関係では効力を生ぜず、競落人は同人に対してその所有権の取得を主張しえない、と解するのが相当である。

・最 3S50/7/25

本件記録によれば、本訴において上告人らは、(一)本件債務名義は、債権者訴外株式会社兵庫相互銀行(以下「訴外銀行」という。)と債務者訴外吉村矯一との間の、訴外銀行が訴外有限会社教育出版堂雪社(以下「訴外会社」という。)に対して二五〇万円を貸与し、吉村矯一において訴外会社の右消費貸借債務を連帯保証し、かつ、不履行のときは直ちに強制執行を受けても異議のない旨を記載した公正証書であり、吉村矯一の死亡後、訴外銀行は、右公正証書につき承継執行文を得たうえ、共同相続人である上告人ら五名及び訴外吉村正を債務者として、岡山地方裁判所に対しその共有にかかる第一審判決添付物件目録記載の建物(以下「本件建物」という。)につき不動産強制競売の申立をしたところ、競売開始決定があり、上告人らによる執行文付与に対する異議の申立又は請求異議の訴の提起のないまま、被上告人を競落人とする競落許可決定が確定し、本件建物につき右競落を原因とする被上告人のための所有権移転登記が経由された、(二)しかし、吉村矯一は、訴外会社の本件消費貸借債務につき連帯保証したことはなく、本件公正証書は、訴外会社の代表取締役である吉村正が父の吉村矯一の印鑑を盗用したうえ作成した偽造の委任状により、吉村矯一を代理する権限のない者が同人の代理人として公証人にその作成を囑託し、かつ、執行受諾の意思表示をして作成されたものであつて、その債務名義としての効力は吉村矯一の相続人である上告人らに及ばないから、右公正証書に基づいてなされた本件強制競売手続は無効であり、被上告人は、競落により本件建物の所有権を取得しえない、と主張して、本件建物の共有持分に基づき、各持分につき競落を原因とする所有権移転登記の抹消登記手続を求めていることが、明らかである。

債務者を代理する権限のない者がその代理人として公証人に公正証書の作成を囑託し、かつ、執行受諾の意思表示をした場合には、公正証書は債務者に対する関係で債務名義としての効力がなく、このような公正証書に基づき債務者所有の不動産についてされた強制競売手続は債務者に対する関係においては債務名義なくしてされたものというべきであるから無効であり、右不動産の競落人は債務者に対して競落によるその所有権の取得を主張しえないと解するのが、相当である(最高裁昭和三九年(オ)第一三七一号同四三年二月二七日第三小法廷判決・民集二二

卷二号三一六頁、同四六年(才)第二九五号同四八年四月三日同小法廷判決・裁判集民事一〇九号一頁参照)。そして、この理は、債権者が右公正証書につき債務者の相続人に対する承継執行文を得てその所有不動産に対し強制競売手続に及んだ場合についても、同様であり、競落人は相続人に対し競落による右不動産の所有権の取得を主張しえないものといわなければならない。

これを本件についてみると、上告人らの主張するとおり本件公正証書が吉村矯一を代理する権限のない第三者により吉村矯一の意思に基づかないで作成囑託されたものであれば、本件強制競売手続は吉村矯一の相続人である上告人らに対する関係において効力を生ずることなく、被上告人は、上告人らに対し、その各共有持分につき競落による本件建物所有権の取得を主張しえないものといわなければならない。

### 2-3-2 執行文付与の要件

・最 1S41/12/15

和解調書において賃料を延滞したときは賃貸借契約を解除することができる旨の条項が定められた場合に、賃料不払による解除の事実が民訴法五一八条二項にいわゆる「他ノ条件」に当たらないと解するを相当とし、従つて、右賃料不払による解除の事実を争つて和解調書に基づく執行力の排除を求めるには、民訴法五四五条の請求異議の訴によるべきであつて、同法五四六条の執行文付与に対する異議の訴によるべきでないとして解するを相当とする。蓋し、民訴法五一八条二項にいう「条件」は、債権者において立証すべき事項であつて、債務者の立証すべき事項を含まないと解すべきところ、前記和解調書に記載の賃料の不払の事実が債権者の立証すべき事項ではなく、却て債務者において賃料支払の事実を立証し、債務名義たる和解調書に記載された請求権の不発生を理由として右債務名義に基づく執行力の排除を求めるべきものと解するのが、公平の観念に合致するからである。

### 2-3-3 執行文付与の手続

・最 1S52/11/24

民訴法五二一条所定の執行文付与の訴は、債務名義に表示された給付義務の履行が条件にかかるものとされてその条件が成就した場合及び債務名義に表示された当事者に承継があつた場合に、執行債権者において右条件の成就又は承継の事実を同法五一八条二項又は五一九条所定の証明書をもつて証明することができないとき、右訴を提起し、その認容判決をもつて同法五二〇条所定の裁判長の命令に代えようとするものであるから、右訴における審理の対象は条件の成就又は承継の事実の存否のみに限られるものと解するのが相当であり、他方また、同法五四五条は、請求に関する異議の事由を主張するには訴の方法によるべく、数箇の異議の事由はこれを同時に主張すべきものと定めているのである。してみれば、執行文付与の訴において執行債務者が請求に関する異議の事由を反訴としてではなく単に抗弁として主張することは、民訴

法が右両訴をそれぞれ認めた趣旨に反するものであつて、許されないと解するのが相当である。

・最 1S55/5/1

民訴法五四六条所定の執行文付与に対する異議の訴における審理の対象は、債務名義に表示された条件が成就したのものとして執行文が付与された場合における条件成就の有無、又は承継執行文を付与された場合における債務名義に表示された当事者についての承継の存否のみに限られ、その請求の原因として同法五四五条所定の請求に関する異議事由を主張することが許されないことは、当裁判所の判例の趣旨に徴して明らかであり(昭和五一年(オ)第一二〇二号同五二年一月二四日第一小法廷判決・民集三一巻六号九四三頁参照)、これと同趣旨の原審の判断は正当として是認することができる。

2-4-1 執行機関が判断すべき強制執行の実体的要件

・東高 S54/12/25

本件債務名義における金五〇万円の支払義務が移転登記手続をなす義務のみならず建物明渡し義務とも同時履行の関係にあることは、疑いを容れないところである。しかし、移転登記手続をなす義務は、意思の陳述をなす義務であるから、それについては現実の執行開始がないところから、民訴五一八条、五二〇条の規定に従い、前記引換給付義務を履行したことを証明する書面に基づき、裁判長の命令により、裁判所書記官が執行文を付与したときに、執行が完了することとなる(民訴七三六条参照)。これに対し、建物明渡し義務の執行は、一般の強制執行に属するので、前記引換給付義務の履行の提供の有無は、執行開始要件の存否として、執行手続開始の際、執行官においてこれが調査、判断をなすべきである。このように、両者は、ひとしく前記引換給付義務の履行ないしは履行の提供が執行開始の要件となっているとはいえ、執行の方法及び機関を異にするのであるから、前者の執行について前記引換義務の履行ないし履行の提供が証明されたからといって、後者の執行手続開始の際、執行官は、所論のごとく執行開始要件としての前記引換給付義務の履行ないし履行の提供があったものとして取り扱うべきではなく、自らの責任において、この点の調査、判断をなすべきものといわなければならない。

ところで、所論摘示のごとく、前記引換給付義務の履行の証明があったことは、前者の移転登記手続をなす義務の執行に関してであること、当該執行文の付与が裁判長の命令によるものであるという原告人の主張自体に徴して明らかである。それ故、後者の建物明渡し義務の執行については、改めて、原告人において前記引換給付義務の履行ないしは履行の提供があったことを証明しなければならない。ところで、執行開始の要件たる引換給付義務の履行ないし履行の提供の有無は、執行官において判断するものである以上、その証明ありとなすには、民訴法五二九条二項の規定に準じて、履行ないしは履行の提供が容易かつ確実に認定できる事由によってなされた場合に限られるものというべく、相殺は、その要件、意思表示の存否及び効力等についての実体的な判断を要するものであるから、執行債務者のこれを認める旨の書面が提出される等特段の事

情のない限り、執行開始要件としての引渡換付義務の履行ないし履行の提供を証明し得る事由とはなり得ないものと解するのが相当である。しかして、右特段の事情についての主張、立証のない本件において、執行官森猛が建物明渡しの強制執行を中止したことは相当であって、原告人の本件抗告は理由がなく、これを棄却すべきものとする。

#### 2-5-2 強制執行停止・取消しの手続

・大高 S60/2/18

民事執行法第三十九条一項の法意に照らせば、控訴の提起に伴う執行停止決定は、この決定がなされたことにより当然に勝訴判決の実体的執行力を消滅させ、又は強制執行を停止させるものではなく、あくまでも執行手続に関して、その決定正本の提出を受けた執行機関が以後執行を開始し、又は続行することができないという拘束を受けるにとどまるものと解すべきである。これを本件についてみると、前記認定の事実によれば、本件執行停止決定正本は、差押命令が発せられた後に執行機関である原裁判所に提出されたのであるから、同差押命令が民事執行法第三十九条第一項第七号に抵触して違法となるものではない。なお、本件債権差押命令に対する執行抗告期間内に執行停止決定正本が原裁判所に提出されたからといって、債権差押命令がすでに発せられ、執行裁判所の執行行為が終了している以上、その差押命令につきもはや執行停止をする余地はないから、右結論を左右するものではない。

また、執行停止決定は、右に説示したように判決の実体的執行力に係わるものではないから、本件債権差押えの申立てが執行停止決定後になされたからといって、当該申立てそのものが違法となるものではなく、更に、判決につき執行停止決定がなされていることを差押債権者において知っていたにもかかわらず債権差押えの申立てをしたからといって、当該申立てが直ちに権利の濫用に当たり違法となるものでもない。

#### 3-1-3 第三者異議の訴え

・東高 S57/11/30

不動産につき所有権に関する仮登記を受けている者が実体上当該不動産の所有権を取得している場合において、その不動産に対する強制競売又は担保権の実行としての競売（以下この両者の競売を単に「競売」という。）手続の排除を求めるために、第三者異議の訴えを提起することができるかどうかについて、次に判断する。

仮登記担保契約に関する法律第一五条第二項の規定によれば、同法にいう担保仮登記がされている不動産に対し競売の開始の決定があつた場合において、その決定が、同法第三条第一項に規定する清算金の債務の弁済後又は清算金がないときは同法第二条第一項に規定する清算期間の経過後にされたものであるときは、担保仮登記の権利者は、その不動産の所有権の取得を差押債権者に対抗することができるものとしている。したがつて、かかる場合には、担保仮登記の権利者は、差押債権者に対し第三者異議の訴えを提起して、競売手続の排除を求めることが

できるわけである。担保仮登記についてのかかる法律取扱いの趣旨は、清算金の弁済又は清算金がないときの清算期間の経過によつて、担保仮登記の権利者は、実体上完全に当該不動産の所有権を取得し、他方、担保仮登記によつて実質上担保していた債権も消滅に帰する結果、競売の手続における優先弁済権の行使があり得なくなると同時に、競売の手続が競落(買受)により完結した後において、担保仮登記の権利者がその仮登記に基づく本登記をすることにより競売をくつがえすことの不都合ないし不経済を少なくする意味において、仮登記のまま差押債権者に所有権の取得を対抗せしめ、第三者異議の訴えにより事前に競売手続の排除を求める機会を与えているものと解される。

ところで、昭和八年四月二八日大審院判決(民集一二巻九号八八八頁)は、「強制競売手続ニ依ル譲渡ハ之ヲ以テ仮処分権利者ニ対抗スルコトヲ得ザルモノナルヲ以テ仮処分権利者ハ右強制執行ノ目的物ノ譲渡ヲ妨グル権利ヲ有スルモノニシテ民事訴訟法第五四九条ノ規定ニ依リ該強制執行ニ対シ異議ヲ主張スル権利ヲ有スルモノト解スルヲ相当トスル」ものとしている。処分禁止の仮処分のうち、少なくとも競売の目的たる不動産の所有権が仮処分権利者に帰属しており、その所有権を被保全権利とするものにあつては、競売に基づく換価処分と矛盾し、両立し得ないものであるから、かかる仮処分の債権者は、第三者異議の訴えにより競売手続の排除を求め得るとすることは、それなりに合理的意義を有するものと解される。けだし、処分禁止の仮処分における処分を債務者の任意処分のみならず、強制的換価処分をも含むものとする以上(少なくとも被保全権利が所有権である場合には、かかる解釈を採らざるを得ないであろう。)、登記された仮処分の効力として競落人(買受人)所有権取得は仮処分権利者に対抗することができず、結局、競落(買受)の失効ひいては競売手続自体の覆滅に帰着するものであるから、かかる仮処分権利者の第三者異議の訴えによつてその手続を中途において排除せしめるのがより合理的、経済的であることは否定し得ない。この場合も、仮処分権利者すなわち所有権者は、仮処分の登記を受けてはいるが、所有権そのものの取得の登記は受けていないのであるから、所有権の取得を差押債権者に対抗できる筋合ではなく、さればこそ前掲判旨も「強制執行ノ目的物ノ譲渡ヲ妨グル権利」を有するものとしているのであろうが、所有権に関する仮登記権利者にあつても、仮登記の順位保全の効力によつて、強制執行の目的不動産の競落(買受)による所有権の取得を結局否定することができるのであるから、彼此の間にさしたる逕庭はなく、第三者異議の訴の許否に関しては、実質的には同視してさしつかえないわけである。既に昭和四九年一〇月二三日最高裁判所(大法廷)判決(民集二八巻七号一四七三頁)は、仮登記担保契約に関する法律の制定される前のものであるが、仮登記担保権者が競売手続の開始に先立つて、所有権の取得を原因として仮登記に基づく本登記又はその承諾の請求訴訟を提起している場合、これと抵触する競売手続の排除を求めることができるものとし、さらに、仮登記担保権者が換価後の清算を必要としない場合、競売手続が長期にわたつて停止し、迅速な債権満足を得る見込みがない場合等、特に自己

固有の権利の実行について正当な法的利益を有する場合には、先行の競売手続の排除を求めることが許されるものとしているのであるが、もともと仮登記担保権者に競売手続に参加して優先弁済権の行使を許すのは、これを許さないとした場合、「折角開始された競売手続が仮登記担保権の実行によつて覆滅され、更には、競落が確定したのちにおいても競落人の取得した所有権が追奪されることとなる等、競売手続の安定を著しく阻害する結果を生じること免かれない」からであるところ、かかる競売手続と仮登記担保権の実行との関係の合理的調整を超えて仮登記担保権者の法的利益を保護すべき場合には、競売手続の排除（それは第三者異議の訴によるものである。）を求めることを許すことも止むを得ないとしているのである。すなわち、仮登記担保としての所有権移転に関する仮登記についてはあるが、仮登記のまま（従つて所有権取得を第三者に対抗できないけれども）、競売手続の排除を求める第三者異議の訴えを肯認しているのである。

そこで、これを仮登記担保でない純然たる所有権移転に関する仮登記、例えば売買により目的不動産の所有権を取得した者が所有権移転の仮登記を受けている場合について考えるに、かかる仮登記権利者は、目的不動産の競売手続に参加して優先弁済を受けるといふようなことはあり得ないのであつて、仮登記担保契約に関する法律第一五条第二項の清算金の債務の弁済後又は清算金がないときの清算期間経過後の担保仮登記、すなわち所有権が担保仮登記権利者に移転し、優先弁済権の行使があり得なくなつた仮登記と軌を一にし、同視し得るものである。そして、このような仮登記について、競売手続の排除を求める第三者異議の訴えを許さない場合には、先順位の担保仮登記の場合と同じく、競売手続が競落（買受）により完結した後においても、競落人（買受人）の取得した所有権が追奪されることとなり、競売手続の安定を著しく阻害する結果を生ずることには変わりないわけである。従つて、担保仮登記でない純然たる所有権移転に関する仮登記についても、仮登記担保契約に関する法律第一五条第二項の規定に準じ、少なくともその仮登記権利者が実体上所有権を取得している場合にあつては、第三者異議の訴えを許すのが合理的であると解する。

しかして、前記のとおり、伊沢と被控訴人らとの間で、真実、本件不動産を売買する意思で本件契約の予約がなされて有効に所有権移転請求権の仮登記がなされ、被控訴人らにおいて、昭和五五年二月八日、適法に予約完結権を行使し、同年四月二日、残代金を完済したのであるから、被控訴人らは、本件不動産につき実体上所有権を取得したものであることが明らかであり、他方、控訴人の強制競売の申立ては被控訴人らの前記仮登記後になされたものであるから、したがつて、仮登記権利者である被控訴人らは、右所有権の取得をもつて差押債権者である控訴人に対抗することができ、被控訴人らの本件不動産に対する競売手続の排除を求める本訴第三者異議の訴えは、理由があり、これを認容すべきである。

・最 2H18/10/20

1 不動産を目的とする譲渡担保において、被担保債権の弁済期後に譲渡担保権者の債権者が目的不動産を差し押さえ、その旨の登記がされたときは、設定者は、差押登記後に債務の全額を弁済しても、第三者異議の訴えにより強制執行の不許を求めることはできないと解するのが相当である。なぜなら、設定者が債務の履行を遅滞したときは、譲渡担保権者は目的不動産を処分する権能を取得するから(最高裁昭和55年(オ)第153号同57年1月22日第二小法廷判決・民集36巻1号92頁参照)、被担保債権の弁済期後は、設定者としては、目的不動産が換価処分されることを受忍すべき立場にあるというべきところ、譲渡担保権者の債権者による目的不動産の強制競売による換価も、譲渡担保権者による換価処分と同様に受忍すべきものといえるのであって、目的不動産を差し押さえた譲渡担保権者の債権者との関係では、差押え後の受戻権行使による目的不動産の所有権の回復を主張することができなくともやむを得ないというべきだからである。

上記と異なり、被担保債権の弁済期前に譲渡担保権者の債権者が目的不動産を差し押さえた場合は、少なくとも、設定者が弁済期までに債務の全額を弁済して目的不動産を受け戻したときは、設定者は、第三者異議の訴えにより強制執行の不許を求めることができると解するのが相当である。なぜなら、弁済期前においては、譲渡担保権者は、債権担保の目的を達するのに必要な範囲内で目的不動産の所有権を有するにすぎず、目的不動産を処分する権能を有しないから、このような差押えによって設定者による受戻権の行使が制限されると解すべき理由はないからである。

2 これを本件についてみるに、原審が適法に確定した事実関係によれば、被担保債権の弁済期後に譲渡担保権者の債権者である被上告人が目的不動産を差し押さえ、その差押登記後に設定者である上告人が受戻権を行使したというのであるから、上告人は、受戻権の行使による目的不動産の所有権の回復を差押債権者である被上告人に主張することができず、第三者異議の訴えによって強制執行の不許を求めることはできないというべきである。

・最 1S38/11/28

論旨は、仮処分の執行目的物に対する占有を侵害された第三者は常に第三者異議の訴えによりその執行を排除し得るものであり、占有権を原因とする第三者異議の訴は占有の訴であるから、裁判所は本権にはかかわりなく占有の存否のみを審判の対象とすべきものであり、その占有存否の事実は仮処分当時の事実に基づいて判断すべきものであるにかかわらず、これに反する判断をした原判決は法令に違反し、判例に違背すると主張する。

しかしながら、民訴法五四九条の規定による第三者異議の訴は、第三者が異議の理由として執行目的物に対する占有権を主張する場合でも、占有の訴ではなく、執行排除を目的とする訴訟法上の訴であり、執行目的物に対する占有権を有する第三者は、つねに、同条にいう「引渡を妨ぐ



る権利」を有するのではなく、その第三者が右権利を有するといいうるためには、執行行為によつて占有権が侵害されることのほか、執行債権者に対しかかる侵害を受忍すべき理由のないことを要し、右権利存否の判断は、通常の訴訟における場合と同様、口頭弁論終結当時の権利状態に基づいて判定すべきものと解するのが相当である。

そして、原判決の確定した事実によれば、上告人星野五三郎は、本件建物に対する占有権を有するとしても、既に本件仮処分の本案訴訟において、何等の権原を有しないものとして、本件被上告人に対し本件建物を収去してその敷地を明渡すべき旨の確定判決を受けているのであるから、もはや被上告人に対し右占有権を原因とする第三者異議を主張する権利を有せざるに至つたものであり、その権利は民訴法五四九条にいわゆる「引渡を妨ぐる権利」に該当しないものといわなければならない。しからば、これと同趣旨の判断を下した原判決には所論の違法はなく、所論引用の判例は、本件には適切ではない。

論旨は、また、建物の収去と建物からの退去は別異の観念であるから、本案裁判の建物収去命令による執行の着手のあるまでは、正権原の有無を問わず、上告人らの本件建物に対する占有は保護さるべきであるにかかわらず、原判決はこれと異なる判断をした違法があると主張する。しかしながら、本案裁判において建物の収去並びにその敷地の明渡を命ぜられた者は、その前提として当然、当該建物の占有をも否定されたものであるから、原判決が、敷地の占有という点においては、建物所有による敷地占有も、建物占有による敷地占有も同様であり、本件建物の収去並びにその敷地の明渡を命じた本案裁判の判決は、その建物より退去してその敷地を明渡すべき趣旨をも包含するものである旨判示したことは相当である。

#### ・最 2S47/3/24

論旨は、被上告人らは実質において本件各建物所有者らの個人企業にすぎずその法人格はまったくの形骸であり、また強制執行の回避等の目的をもって設立されたものであってその法人格を濫用するものであると主張し、その事実を前提として原判決の違法をいうが、原判決は、所論のような事実は認められない旨を判示しているのであって、この点の原判決の認定・判断は、挙示の証拠に照らして肯認することができる。また、建物を占有する者は、他人に対する債務名義に基づく建物収去土地明渡の強制執行に対しては、占有の侵害を受忍すべき理由のないかぎり、対抗しうる本権の有無を問わず、占有権に基づき第三者異議の訴を提起し執行の不許を求めることができるものと解すべきところ、原判決が、その確定した事実関係のもとにおいて、被上告人らの占有権に基づく本件訴を認容すべきものとした判断は、正当として是認することができる。

#### ・最 2S44/3/28

本件石灯籠および取り外しのできる庭石等は本件根抵当権の目的たる宅地の従物であり、本件植木および取り外しの困難な庭石等は右宅地の構成部分であるが、右従物は本件根抵当権設定当時右宅地の常用のためこれに付属せしめられていたものであることは、原判決の適法に

認定、判断したところである。そして、本件宅地の根抵当権の効力は、右構成部分に及ぶことはもちろん、右従物にも及び(大判大正八年三月一五日、民録二五輯四七三頁参照)、この場合右根抵当権は本件宅地に対する根抵当権設定登記をもつて、その構成部分たる右物件についてはもちろん、抵当権の効力から除外する等特段の事情のないかぎり、民法三七〇条により従物たる右物件についても対抗力を有するものと解するのが相当である。そうとすれば、被上告人は、根抵当権により、右物件等を独立の動産として抵当権の効力外に逸出するのを防止するため、右物件の譲渡または引渡を妨げる権利を有するから、執行債権者たる上告人に対し、右物件等についての強制執行の排除を求めることができるとした原判決(その引用する第一審判決を含む。)の判断は正当である。

・最 1S58/2/24

譲渡担保権者は、特段の事情がないかぎり、譲渡担保権者たる地位に基づいて目的物件に対し譲渡担保権設定者の一般債権者がした民事執行法一二二条の規定による強制執行の排除を求めることができるものと解すべきである(最高裁昭和五三年(オ)第一四六三号同五六年一月一七日第一小法廷判決・民集三五卷九号一三二八頁参照)。

・最 3S62/11/10

原審の適法に確定した事実関係は、(一)被上告会社は、昭和五〇年二月一日、丸喜産業株式会社(以下「訴外会社」という。)との間で、大要次のような根譲渡担保権設定契約(以下「本件契約」という。)を締結した、(1)訴外会社は、被上告会社に対して負担する現在及び将来の商品代金、手形金、損害金、前受金その他一切の債務を極度額二〇億円の限度で担保するため、原判示の訴外会社の第一ないし第四倉庫内及び同敷地・ヤード内を保管場所とし、現にこの保管場所内に存在する普通棒鋼、異形棒鋼等一切の在庫商品の所有権を内外ともに被上告会社に移転し、占有改定の方法によって被上告会社はその引渡を完了したものとする、(2)訴外会社は、将来右物件と同種又は類似の物件を製造又は取得したときには、原則としてそのすべてを前記保管場所に搬入するものとし、右物件も当然に譲渡担保の目的となることを予め承諾する、(二)被上告会社は訴外会社に対し、普通棒鋼、異形棒鋼、普通鋼々材等を継続して売り渡し、昭和五四年一月三〇日現在で三〇億一七八七万〇三一一円の売掛代金債権を取得するに至った、(三)訴外会社は、上告会社から第一審判決別紙物件目録記載の異形棒鋼(以下「本件物件」という。)を買受け、これを前記保管場所に搬入した、(四)本件物件の価額は五八五万四五九〇円である、(五)上告会社は、本件物件につき動産売買の先取特権を有していると主張して、昭和五四年一二月、福岡地方裁判所所属の執行官に対し、右先取特権に基づき、競売法三条による本件物件の競売の申立(福岡地裁昭和五四年(執イ)第三二六五号)をした、というのである。

ところで、構成部分の変動する集合動産であっても、その種類、所在場所及び量的範囲を指定する方法によって目的物の範囲が特定される場合には、一個の集合物として譲渡担保の

目的とすることができるものと解すべきであることは、当裁判所の判例とするところである(昭和五三年(オ)第九二五号同五四年二月一五日第一小法廷判決・民集三三卷一号五一頁参照)。そして、債権者と債務者との間に、右のような集合物を目的とする譲渡担保権設定契約が締結され、債務者がその構成部分である動産の占有を取得したときは債権者が占有改定の方法によってその占有権を取得する旨の合意に基づき、債務者が右集合物の構成部分として現に存在する動産の占有を取得した場合には、債権者は、当該集合物を目的とする譲渡担保権につき対抗要件を具備するに至り、この対抗要件具備の効力は、その後構成部分の変動したとしても、集合物としての同一性が損なわれない限り、新たにその構成部分となった動産を包含する集合物について及ぶものと解すべきである。したがって、動産売買の先取特権の存在する動産が右譲渡担保権の目的である集合物の構成部分となった場合においては、債権者は、右動産についても引渡を受けたものとして譲渡担保権を主張することができ、当該先取特権者が右先取特権に基づいて動産競売の申立をしたときは、特段の事情のない限り、民法三三三条所定の第三取得者に該当するものとして、訴えをもって、右動産競売の不許を求めることができるものというべきである。

これを本件についてみるに、前記の事実関係のもとにおいては、本件契約は、構成部分の変動する集合動産を目的とするものであるが、目的動産の種類及び量的範囲を普通棒鋼、異形棒鋼等一切の在庫商品と、また、その所在場所を原判示の訴外会社の第一ないし第四倉庫内及び同敷地・ヤード内と明確に特定しているのであるから、このように特定された一個の集合物を目的とする譲渡担保権設定契約として効力を有するものというべきであり、また、訴外会社がその構成部分である動産の占有を取得したときは被上告会社が占有改定の方法によってその占有権を取得する旨の合意に基づき、現に訴外会社が右動産の占有を取得したというを妨げないから、被上告会社は、右集合物について対抗要件の具備した譲渡担保権を取得したものと解することができることは、前記の説示の理に照らして明らかである。そして、右集合物とその後構成部分の一部となった本件物件を包含する集合物とは同一性に欠けるところはないから、被上告会社は、この集合物についての譲渡担保権をもって第三者に対抗することができるものというべきであり、したがって、本件物件についても引渡を受けたものとして譲渡担保権を主張することができるものというべきであるところ、被担保債権の金額及び本件物件の価額は前記のとおりであって、他に特段の事情があることについての主張立証のない本件においては、被上告会社は、本件物件につき民法三三三条所定の第三取得者に該当するものとして、上告会社が前記先取特権に基づいてした動産競売の不許を求めることができるものというべきである。

・最 1S49/7/18

原審が適法に確定したところによれば、(一) 訴外湯浅金物株式会社は、昭和四二年一月二二日その所有にかかる本件土運船を含む二隻の土運船を代金二七〇三万円で訴外中村海工株式会社に売り渡したが、代金支払方法として、契約と同時に二〇〇万円を支払い、残代金は昭

和四四年九月二五日までにこれを二五回に分割して支払い、右代金完済に至るまで土運船の所有権は湯浅金物株式会社に留保し、代金完済のとき中村海工株式会社に移転することとし、その間湯浅金物株式会社は右土運船を中村海工株式会社は無償で使用させる旨の特約が締結されたこと、(二)ところが、中村海工株式会社は、残代金三一八万五〇〇〇円の未払を残したまま昭和四四年七月一九日大阪地方裁判所に和議開始の申立をしたので、湯浅金物株式会社は、中村海工株式会社がみずから破産、和議開始あるいは会社更生手続の開始等の申立をしたときは契約を解除して土運船の返還を求めることができる旨の特約に基づき、同月二三日契約を解除して、同会社から土運船二隻の返還を受けたうえ、同月三日これを訴外丸嘉機械株式会社に代金三三〇万円で売り渡し、さらに被上告人が同年九月一三日同会社からこれを買受けたこと、(三)昭和四五年三月二日上告人は中村海工株式会社に対する債務名義に基づき本件土運船を差し押えたこと、以上の事実が認められる、というのである。

おもうに、動産の割賦払約款付売買契約において、代金完済に至るまで目的物の所有権が売主に留保され、買主に対する所有権の移転は右代金完済を停止条件とする旨の合意がなされているときは、代金完済に至るまでの間に買主の債権者が目的物に対して強制執行に及んだとしても、売主あるいは右売主から目的物を買受けた第三者は、所有権に基づいて第三者異議の訴を提起し、その執行の排除を求めることができると解するのが相当である。いまこれを本件についてみるに、前記原審の確定した事実関係のもとにおいて、被上告人が湯浅金物株式会社から丸嘉機械株式会社を経て取得した本件土運船の所有権に基づき上告人の強制執行の排除を求めることができることは、右説示に照らして明らかであり、これと結論を同じくする原審の判断は、正当として是認することができる。

・最 2H17/7/15

1 原審の適法に確定した事実関係等の概要は、次のとおりである。

(1)A社(以下「A社」という。)は、昭和42年11月8日に設立された会社であり、ゴルフ場の建設、管理及び経営等を目的としている。

平成4年5月29日に栃木県矢板市で開場したBという名称のゴルフ場(以下「本件ゴルフ場」という。)に設けられた同名の預託金会員制ゴルフクラブ(以下「本件クラブ」という。)の会則には、[1]本件ゴルフ場のゴルフコース及びこれに付帯するクラブハウスその他の施設は、A社が所有し、かつ、管理、経営する、[2]本件クラブに入会しようとする者は、A社及び本件クラブの理事会の承認を得て、所定の期間内に入会金及び預託金をA社に払い込むものとする旨の記載がある。

(2)A社の関連会社として、C社(平成元年8月1日設立)とD社(平成4年5月22日設立)があり、いずれもゴルフ場の建設、管理及び経営等を目的としている。D社の旧商号は「C社」であり、C社の旧商号は「D社」であったが、両社は、平成4年8月21日、互いの商号を交換した。A社、D社及びC社の役員構成は、ほぼ同じである。

そして、平成4年5月8日、A社を委託者、設立予定のD社を受託者、C社を受益者とし、信託の目的を「管理並びに処分」とする信託契約が締結され、また、同月27日、本件ゴルフ場の敷地について、信託を原因として、A社の持分38分の36をD社に移転する旨の持分移転登記が了された。さらに、平成8年12月31日、D社がC社に対し本件ゴルフ場の付属建物を期間3年の約形で賃貸する旨の短期賃貸借契約が締結された。

本件クラブの上記(1)の会則[1][2]は、上記各契約が締結された後も、変更されていない。

(3) 上告人は、平成12年2月2日に設立された会社であり、ゴルフ場の管理及び運営等を目的としている。上告人の旧商号は、E社であり、平成14年10月10日に現在の商号に変更された。

平成12年3月21日、C社が上告人に本件ゴルフ場の運營業務を委託する旨の契約が締結された。

(4) ア 被上告人Y1は、宇都宮地方裁判所大田原支部執行官に対し、A社に対して金員の支払を命ずる判決を債務名義として、A社を債務者とする動産執行の申立てをした。同支部執行官は、平成15年5月3日、同申立てに基づき、本件ゴルフ場において、第1審判決別紙第1物件目録記載の物件を差し押さえた。

イ 被上告人Y2は、同支部執行官に対し、A社に対して金員の支払を命ずる判決を債務名義として、A社を債務者とする動産執行の申立てをした。同支部執行官は、同月27日、同申立てに基づき、本件ゴルフ場において、同判決別紙第2物件目録記載の物件を差し押さえた。

(5) 上告人は、上記各差押えに係る物件は上記(3)の契約に基づく運營業務の一環として上告人が本件ゴルフ場において所有又は占有しているものである旨主張して、被上告人らに対し、上記各強制執行の不許を求める本件第三者異議の訴えを提起した。

(6) 上記(2)の各契約は、A社が債権者による強制執行を妨害する目的で締結されたものであり、また、A社は、上告人をその意のままに道具として利用し得る支配的地位にあり、本件クラブの多数の会員がA社に対して預託金の返還を求める訴えを提起し、その勝訴判決に基づいて強制執行に及ぶことを予想して、これを妨害するという違法不当な目的で上告人の法人格を濫用している。

2 甲会社がその債務を免れるために乙会社の法人格を濫用している場合には、法人格否認の法理により、両会社は、その取引の相手方に対し、両会社が別個の法人格であることを主張することができず、相手方は、両会社のいずれに対してもその債務について履行を求めることができるが、判決の既判力及び執行力の範囲については、法人格否認の法理を適用して判決に当事者として表示されていない会社にまでこれを拡張することは許されない(最高裁昭和43年(オ)第877号同44年2月27日第一小法廷判決・民集23巻2号511頁、最高裁昭和45年(オ)第658号同48年10月26日第二小法廷判決・民集27巻9号1240頁、最高裁昭和50年(オ)第745号同53年9月14日第一小法廷判決・裁判集民事125号57頁参照)。

ところで、第三者異議の訴えは、債務名義の執行力が原告に及ばないことを異議事由として強制執行の排除を求めるものではなく、執行債務者に対して適法に開始された強制執行の目的物について原告が所有権その他目的物の譲渡又は引渡しを妨げる権利を有するなど強制執行による侵害を受忍すべき地位にないことを異議事由として強制執行の排除を求めるものである。そうすると、第三者異議の訴えについて、法人格否認の法理の適用を排除すべき理由はなく、原告の法人格が執行債務者に対する強制執行を回避するために濫用されている場合には、原告は、執行債務者と別個の法人格であることを主張して強制執行の不許を求めることは許されないというべきである。

これを本件についてみるに、前記事実関係等によれば、A社は自己に対する強制執行を回避するために上告人の法人格を濫用しているというのであるから、法人格否認の法理が適用され、本件第三者異議訴訟において、上告人はA社と別個の法人格であることを主張して上記1(4)の各強制執行の不許を求めることは許されないというべきである。

・最 2S40/3/26

詐害行為取消の効果は取消を命ずる判決の確定により生ずるのであるから、上告人の本件動産所有権取得原因たる贈与契約が詐害行為に該当するとして右契約の取消を命ずる判決がなされても、右判決が確定しないかぎり、上告人が右動産所有権を喪失するいわれのないことは明らかである。しかしながら、本件におけるごとく、贈与契約により右動産所有権を取得したことを前提とする上告人からの本訴第三者異議訴訟の繫属中に、右契約が詐害行為に該当することを理由として右契約の取消を求める反訴が被上告人から提起され、右本訴および反訴が同一の裁判所において同時に審理された結果、口頭弁論終結当時の状態において、被上告人に詐害行為取消権が存すると判断され、上告人の本件動産所有権取得が否定されるべきことが裁判所に明らかの場合においては、上告人主張の前記所有権は民訴法五四九条の異議理由に該当しないものと解するのが相当である。

・最 2S43/11/15

本件第三者異議の訴えは、上告人は昭和二八年一二月一〇日丹下周市よりその所有にかかると本件土地の譲渡(原判決にいう売買)を受け、翌二九年二月四日これによる所有権移転登記の仮登記、同年九月一五日右仮登記に基づく本登記を経由したが、被上告人が右仮登記後本登記前の同年三月一五日抵当権設定登記を経由して、その実行を申し立て、同年七月二七日本件土地に対する競売開始決定を受けたので、上告人は該所有権に基づいてその競売の不許を求める、というのであり、被上告人は上告人主張の所有権の取得原因たる本件土地の譲渡の効力を争い、これが詐害行為にあたるとして、その取消しを求める別訴(原裁判所昭和三六年(ネ)第六六号、第六七号、当裁判所昭和四二年(オ)第六六二号)を提起したものであるから、別訴における詐害行為の成否の判断が本件の異議事由たる所有権の存否に関する判断の先決問題をなすことが

明らかである。

このように、詐害行為の成否が第三者異議の異議事由の存否に関する判断の先決問題となる場合であつても、両者が本訴および反訴の関係にあつて、同一の裁判所において併合審理され、その結果、詐害行為取消権が存すると判断され、異議事由たる所有権の取得が否定されるべきことが裁判所に明らかなきときは、本訴である第三者異議訴訟は排斥を免れないとすることは、当裁判所の判例とするところである(当裁判所昭和三四年(オ)第九九号、同四〇年三月二六日第二小法廷判決、民集一九卷二号五〇八頁)。

しかしながら、第三者異議の訴えと詐害行為取消しの訴えとが別訴として提起され、その弁論も併合されず、それぞれ別個の判決がなされる場合は、これと同列に論ずることはできない。しかも、本件において、原審が詐害行為取消しの別訴につきその原告たる被上告人勝訴の判決をした判断に違法があつて、これが破棄されたことは、当裁判所に顕著なところであるから、論旨は理由があり、原判決は破棄を免れない。

そして、原審の確定するところによれば、本件の事実関係は前記上告人の主張のとおりであつて、被上告人が実行を申し立てた本件抵当権は、これをもつて上告人に対抗しえないことが明らかであるから、上告人の所有権に基づく本件第三者異議の訴えは正当として認容すべ[きである]。

### 3-2-4 不動産執行の法定売却条件

・最 1H6/4/7

土地及びその上にある建物がいずれも甲、乙両名の共有に属する場合において、土地の甲の持分の差押えがあり、その売却によって第三者が右持分を取得するに至ったとしても、民事執行法八一条の規定に基づく地上権が成立することはないと解するのが相当である。けだし、この場合に、甲のために同条の規定に基づく地上権が成立するとすれば、乙は、その意思に基づかず、甲のみの事情によって土地に対する持分に基づく使用収益権を害されることになるし、他方、右の地上権が成立することを認めなくても、直ちに建物の収去を余儀なくされるという関係にはないので、建物所有者が建物の収去を余儀なくされることによる社会経済上の損失を防止しようとする同条の趣旨に反することもないからである。

原審の適法に確定した事実関係によると、原判決別紙物件目録一記載の土地及びその上にある同目録二記載の建物はいずれも上告人及び神谷頼子の共有であったところ、右土地の上告人の持分について強制競売が行われ、被上告人が右持分を買受けたというのであるから、右の強制競売による売却によって民事執行法八一条の規定に基づく地上権が成立するものではないといふべきであり、同旨の原審の判断は、正当として是認することができる。

### 3-2-6 不動産執行の執行債権の満足

・最 1H15/7/3

①上告人は、訴外ナノマイザー株式会社に対する債権を担保するために、物上保証人A外2名所

有の本件各不動産につき、被担保債権の極度額を8000万円とする本件根抵当権の設定を受け、既に登記されていた株式会社群馬銀行の抵当権、根抵当権の外、大和銀企業投資株式会社の根抵当権に次いで、その旨の登記を経由した。

②上告人は、横浜地方裁判所小田原支部に対し、本件各不動産を目的とする本件根抵当権の実行としての競売を申し立て、平成13年6月19日、競売開始決定を得た。その際に提出された申立書には、「担保権」として極度額を8000万円とする本件根抵当権の表示に加えて、「被担保債権及び請求債権」として「元金 6000万円 但し、債権者が債務者に対し、平成6年11月15日付(金銭消費貸借契約)に基づいて貸付けた元金」と記載され、利息、損害金の記載はなかった。

③本件各不動産につき代金を2億5222万2229円とする売却許可決定がされ、代金が納付された。上記裁判所は、民事執行規則60条に従い、債権元本、利息その他の附帯債権等の額を記載した計算書を提出するよう催告し、上告人は、平成14年1月18日、執行費用の額のほか「元金現在額 60,000,000円、利息現在額 3,470,795円、損害金現在額 50,123,835円」と記載した債権計算書を提出した。

④平成14年2月14日の配当期日において、上記裁判所は、上告人に優先する債権者に配当した後の金銭から申立書に記載された6000万円を上告人に配当し、その残金6724万2654円を上告人の後順位者である被上告人に配当する旨の配当表を作成した。

⑤上告人は、極度額の範囲内で利息、損害金の内金2000万円への配当を求めて配当異議を申し立てた。

(中略)

民事執行規則170条2号、4号の規定の趣旨が競売手続の安定した遂行にあることは、原審の判断の指摘するとおりである。また、被担保債権の一部のみの実行を申し立てた者は、当該手続において申立てに係る債権の拡張を制限されてもやむを得ないといえることができる。しかし、この結論は、当該申立債権者の選択を信頼した競売手続の関係者に対する禁反言の要請から生ずるものであって、上記各号の規定が被担保債権の一部実行の場合における残部の優先弁済請求権の喪失という実体法上の効果を定めるものではない。

不動産を目的とする担保権の実行としての競売の手続は、所定の文書(民事執行法181条1項)が提出されたときに開始し、当事者の申立てに係る事実を前提として進められるものであるから、執行裁判所においては、民事執行規則170条2号、4号の規定に従った記載がされるとの信頼の下に、申立書の記載に従って手続を進行させることが円滑な売却手続の実現に資するものといえることができる。

しかし、抵当権の被担保債権の一部のみのためにする担保権の実行としての競売においては、売却により抵当権は消滅し、当該抵当権者は残部の被担保債権に対する優先弁済請求権を喪



失することとなり、その効果は当該手続における配当にとどまらないから、被担保債権の一部実行を申し立てる意思はなく、錯誤、誤記等に基づき競売申立書に被担保債権の一部の記載をしなかった場合にまで、一律に真実の権利主張を禁ずることが、前記の禁反言からの当然の帰結ということとはできず、民事執行規則170条2号、4号の規定が予定するところということもできない。

したがって、訴訟手続である配当異議の訴えにおいて、競売申立書における被担保債権の記載が錯誤、誤記等に基づくものであること及び真実の被担保債権の額が立証されたときは、真実の権利関係に即した配当表への変更を求めることができるものと解すべきである。

本件においては、上告人が提出した競売申立書には本件根抵当権の元本債権の全額が記載されながら附帯債権が存する旨の記載がなかったというのであるが、この記載から、直ちに、上告人が附帯債権についての優先弁済請求権を放棄し、元本についてのみの実行の意思を表示したものと認めるには足りない。

以上によれば、本件事実関係の下において、上記3(4)に説示した真実の権利関係に即した配当表への変更を求めることができる事情の有無を審理することなく、申立書の記載のみから直ちに上告人の請求を排斥した原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があり、この趣旨をいう論旨は理由がある。

#### ・最 1H6/7/14

①熊本地方裁判所は、同庁昭和六二年(ケ)第二一〇号不動産競売事件につき、配当期日の平成元年一月一日に配当表(以下「本件配当表」という。)を作成した。②上告人は、右競売の開始後、株式会社住宅総合センターが競売の目的物件について有する抵当権及びその被担保債権の一部を法定代位により取得した者であるが、抵当権移転の附記登記を経由しておらず、本件配当表に債権者として記載されなかった。③上告人は、前記配当期日において被上告人に対する配当につき異議の申出をした上で、本件訴えを提起して、本件配当表のうち、被上告人に対する配当の額の一部を減額し、これを上告人に対する配当の額とする旨の変更を求めた。

(中略)

不動産競売事件の配当手続において、執行裁判所は、民事執行法八七条一項所定の配当を受けるべき債権者に該当すると認められた者を配当期日に呼び出し、配当期日において必要な審尋等を行い、配当表を作成するものとされ、配当表には、各債権者について債権の額、配当の順位及び額等を記載するが、配当の順位及び額は、全債権者間に合意が成立した場合にはその合意により、その他の場合には実体法の定めるところにより記載することとされている(同法一八八条、八五条)。配当異議の申出及び配当異議の訴えは、このようにして作成された配当表中の債権又は配当の額に対する実体上の不服につき、争いのある当事者間で個別的、相対的に解決するための手続であると解される。したがって、配当表に記載された債権又は配当の額について配当異議の申出をし、配当異議の訴えを提起することができるのは、配当表に記載された債権者に限ら

れ、配当表に記載されなかった者は、自己が配当を受けるべき債権者であることを主張して配当異議の訴えを提起する原告適格を有しないと解するのが相当である(配当を受けるべき債権者であるにもかかわらず配当表に記載されなかった者は、配当表の作成手続の違法を理由として、執行異議の申立てによりその是正を求めるべきである。)

これを本件についてみるに、上告人は、本件配当表に債権者として記載されなかったのであるから、本件配当表について配当異議の訴えを提起する原告適格を有しないものというほかはなく、本件訴えは不適法として却下すべきものであったといわなければならない。

#### ・最 1H10/3/26

配当期日において配当異議の申出をしなかった一般債権者は、配当を受けた他の債権者に対して、その者が配当を受けたことによって自己が配当を受けることができなかった額に相当する金員について不当利得返還請求をすることができないものと解するのが相当である。けだし、ある者が不当利得返還請求権を有するというためにはその者に民法七〇三条にいう損失が生じたことが必要であるが、一般債権者は、債務者の一般財産から債権の満足を受けることができる地位を有するにとどまり、特定の執行の目的物について優先弁済を受けるべき実体的権利を有するものではなく、他の債権者が配当を受けたために自己が配当を受けることができなかったというだけでは右の損失が生じたということができないからである。

#### ・最 2H3/3/22

抵当権者は、不動産競売事件の配当期日において配当異議の申出をしなかった場合であっても、債権又は優先権を有しないにもかかわらず配当を受けた債権者に対して、その者が配当を受けたことによって自己が配当を受けることができなかった金銭相当額の金員の返還を請求することができるものと解するのが相当である。けだし、抵当権者は抵当権の効力として抵当不動産の代金から優先弁済を受ける権利を有するのであるから、他の債権者が債権又は優先権を有しないにもかかわらず配当を受けたために、右優先弁済を受ける権利が害されたときは、右債権者は右抵当権者の取得すべき財産によって利益を受け、右抵当権者に損失を及ぼしたものであり、配当期日において配当異議の申出がされることなく配当表が作成され、この配当表に従って配当が実施された場合において、右配当の実施は係争配当金の帰属を確定するものではなく、したがって、右利得に法律上の原因があるとするにはできないからである。

### 3-4-2 動産執行の差押え手続

#### ・最 2H11/11/29

本件は、上告人において、被上告人が貸金庫契約に基づき重松武から「現金、株券など有価証券、貴金属」(以下「本件動産」という。)を預かり保管中であると主張し、重松に対する仮執行宣言付支払命令に基づく強制執行として、重松の被上告人に対する所有権又は貸金庫契約に基づく本件動産の引渡請求権を差し押さえた上、被上告人に対し、民事執行法(以下「法」という。)

六三条一項、一五七条に基づき、本件動産を上告人の申立てを受けた大阪地方裁判所執行官に引き渡すよう求めている取立訴訟である。

1 上告人は、重松に対し、第一審判決別紙請求債権目録に記載の請負代金債権等について仮執行宣言付支払命令を得ている。

2 被上告人心齋橋支店の貸金庫室内には、鍵のかかる保護函(キャビネット。以下、これを「貸金庫」という。)が設置されている。重松は、被上告人との間で、別紙記載一の貸金庫(以下「本件貸金庫」という。)について貸金庫契約を締結し、これを利用している。ただし、上告人と被上告人は、いずれも本件貸金庫に何が格納されているかを知らない。

3 上告人は、平成六年六月一八日、大阪地方裁判所に対し、右仮執行宣言付支払命令に基づく強制執行として、本件動産の引渡請求権の差押えを申し立てた。大阪地方裁判所は、同年七月二〇日、本件動産の引渡請求権についての差押命令を発付し、右差押命令は、同月二二日に被上告人に、同月二九日に重松にそれぞれ送達され、重松に送達された日から一週間が経過した。

4 そこで、上告人は、同年九月二八日、被上告人に対し、法一六三条一項、一五七条に基づき、本件動産を上告人の申立てを受けた大阪地方裁判所執行官に引き渡すよう求める本件取立訴訟を提起した。

5 重松と被上告人との間の貸金庫契約によれば、本件貸金庫の利用方法は次のとおりである。

(一) 貸金庫には鍵穴が二つあり、一方には被上告人が保管専用するマスターキーを用いる。もう一方の鍵穴に用いる鍵には正副二個があり、正鍵は利用者が保管し、副鍵は、利用者が封印した上、被上告人が保管する。

(二) 貸金庫を利用しようとするときは、利用者は、被上告人店舗に備付けの「貸金庫利用票」に所定の事項を記載し、記名の上、届出の印章により押印して、被上告人に提出する。被上告人は、「貸金庫利用票」の記名及びこれに押なつされた印影が届出の氏名及び印鑑と相違ないことを確認した上、貸金庫室に利用者を入室させる。

(三) 貸金庫の開扉は、被上告人がマスターキーを一方の鍵穴に差し込み、利用者が自己保管の鍵を他の鍵穴に差し込むことによつて行う。マスターキーは、貸金庫を二重に施錠するためのものであり、利用者保管の鍵と併せて使用しないと貸金庫を開扉することができない。利用者は、貸金庫から物品を格納した専用容器(収納箱)を取り出し、貸金庫室内の所定の場所に運んで内容物の出し入れをする。被上告人は、内容物の出し入れには立ち会わない。

(四) 貸金庫の開扉は利用者保管の鍵のみによつて行い、被上告人はこれに関与しない。

(五) 法令の定めるところにより貸金庫の開扉を求められたとき、又は店舗の火災、格納品の異変等、緊急を要するときは、被上告人は、副鍵を使用して貸金庫を開扉し、臨機の処置をすることができる。

(中略)

原審の判断のうち、本件動産が本件貸金庫内に存在するかどうか不明であることをもって重松の被上告人に対する本件動産の引渡請求権を否定した部分は是認することができない。その理由は、次のとおりである。

1 銀行と利用者との間の貸金庫取引は、銀行の付随業務である保護預り(銀行法一〇条二項一〇号)の一形態であって、銀行が、貸金庫室内に備え付けられた貸金庫ないし貸金庫内の空間を利用者に貸与し、有価証券、貴金属等の物品を格納するために利用させるものである。そして、前記一2、5の事実によれば、本件のような貸金庫取引においては、貸金庫は銀行の管理する施設内に設置され、銀行がその保管専用するマスターキーによる施錠を解かなければ、利用者は貸金庫を開扉することができず、また、銀行は、所定の手続を履践しない利用者に対して、貸金庫室への立入りや貸金庫の開扉を拒むことができるものと解され、利用者としては、銀行の協力なくして貸金庫に格納された内容物を取り出すことができない。これらの点にかんがみると、銀行は、貸金庫の内容物に事実上の支配を及ぼしており、その「所持」(民法一八〇条)を有することが明らかである。また、銀行は、業務として貸金庫取引を行うものであり、貸金庫の安全保持を通じてその内容物を安全に保管する責任を負っているから、「自己ノ為メニスル意思」(同条)を持って貸金庫の内容物を所持していることも肯定することができる。したがって、銀行は、貸金庫の内容物について、利用者とともに民法上の占有を有するものというべきである。

もっとも、銀行は、貸金庫契約上、緊急を要する場合等を除き、貸金庫の開扉に際してマスターキーによる施錠を解いた後は、貸金庫の開閉や内容物の出し入れには関与せず、したがって、利用者が何を貸金庫に格納し又は取り出したかを知らず、貸金庫に実際に物品が格納されているか否かも知り得る立場にはない。このような貸金庫取引の特質から考えると、貸金庫の内容物に対する銀行の前記占有は、貸金庫に格納された有価証券、貴金属等の各物品について個別的に成立するものではなく、貸金庫の内容物全体につき一個の包括的な占有として成立するものと解するのが相当である。

2 そして、利用者は、貸金庫契約に基づいて、銀行に対し、貸金庫室への立入り及び貸金庫の開扉に協力すべきことを請求することができ、銀行がこれに応じて利用者が貸金庫を開扉できる状態にすることにより、銀行は内容物に対する事実上の支配を失い、それが全面的に利用者に移転する。そうすると、銀行に対し、貸金庫契約の定めるところにより、利用者が内容物を取り出すことのできる状態にするよう請求する利用者の権利は、内容物の引渡しを求める権利にほかならない。また、1に述べたところからすれば、この引渡請求権は、貸金庫の内容物全体を一括して引き渡すことを請求する権利という性質を有するものというべきである。

3 以上によれば、貸金庫の内容物については、法一四三条に基づいて利用者の銀行に対する貸金庫契約上の内容物引渡請求権を差し押さえる方法により、強制執行をすることができるものと解される。

4 ところで、貸金庫の内容物引渡請求権が差し押さえられると、法一六三条により、債権者の申立てを受けた執行官において、貸金庫の内容物の引渡しを受け、これを売却し、その売得金を執行裁判所に提出することになる。もっとも、貸金庫の内容物についての貸金庫契約上の引渡請求権は、前記のとおり、貸金庫の内容物全体を対象とする一括引渡請求権であるため、これが差し押さえられると、差押禁止物や換価価値のない物を含めて貸金庫内に在る動産全体の引渡請求権に差押えの効力が及ぶ。この場合には、執行官をして、貸金庫の内容物全体の一括引渡しを受けさせた上、売却可能性を有する動産の選別をさせるのが相当であり、このように解することは、引渡請求権の対象である動産の受領及び売却について執行官を執行補助機関として関与させた法一六三条の趣旨にもかなうものである。なお、債権者において特定の種類の動産に限定して引渡請求権の差押命令を申し立てた場合、その趣旨は、執行裁判所に対して売得金の配当を求め動産の範囲を限定するものと解するのが相当である。そして、差押命令においてこのような限定が付された場合には、執行官が売却可能な動産を選別するに当たってこの制限に服すべきものであるが、このことにより、既に説示した貸金庫の内容物全体についての一括引渡請求権という性質が変わるものではない。

そうすると、貸金庫契約に基づく引渡請求権の差押えにおいては、貸金庫を特定することによって引渡請求権を特定することができる。さらに、差押命令に基づく動産の引渡しが任意にされない場合の取立訴訟においても、差押債権者は、貸金庫を特定し、それについて貸金庫契約が締結されていることを立証すれば足り、貸金庫内の個々の動産を特定してその存在を立証する必要はないものというべきである。

5 これを本件について見るに、前記一2の事実によれば、重松は、被上告人との間で本件貸金庫について貸金庫契約を締結しているから、被上告人に対し、別紙記載二の方法により本件貸金庫の内容物全体を引き渡すよう求める一括引渡請求権を有していることが明らかである。したがって、上告人は、重松に対する仮執行宣言付支払命令に基づく強制執行として、右引渡請求権を差し押さえることができ、引渡請求権の特定にも欠けるところがない。そして、上告人は、重松に対して右引渡請求権の差押命令が送達された日から一週間を経過したことにより、本件貸金庫の内容物を執行官に引き渡すよう求める権利を取得したものである(法一六三条一項)。なお、本件の差押命令においては、対象動産が「現金、株券など有価証券、貴金属」(本件動産)に限定されているから、執行官が売却可能な動産を選別するに当たってこの制限に服すべきことは、前記のとおりである。

右に説示したところによれば、上告人の本件請求のうち、重松と被上告人との間の貸金庫契約に基づき、別紙記載一の貸金庫(本件貸金庫)内に存在する動産を別紙記載二の方法により執行官に引き渡すよう求める請求は、理由がある。

[北川補足意見]

私は、法廷意見の法律構成について若干説明を付加するほか、銀行に対する貸金庫契約上の引渡請求権が差し押さえられた後における銀行及び執行官の実務上の対応等について、補足して意見を述べておくこととしたい。

一 銀行に対する貸金庫契約上の引渡請求権の性質について

1 上告人は、差押えの対象として所有権に基づく引渡請求権と貸金庫契約に基づく引渡請求権とを選択的に主張しているところ、法廷意見は、後者の貸金庫契約に基づく内容物引渡請求権を差し押さえる方法により強制執行をすることができるかと判断したものである。この契約上の引渡請求権は、以下に述べるとおり、(1)銀行に対し、利用者自らが貸金庫契約所定の利用方法に従って内容物を取り出し得る状態にするよう求める権利であること、(2)貸金庫の内容物全体を一括して引き渡すように求める一つの権利であること、の二点において貸金庫取引の特質を反映したものである。

2 貸金庫契約上、利用者は、銀行に対し、貸金庫室への立入り及び貸金庫の開扉に協力すべきことを求めることができ、貸金庫を開扉した後、貸金庫室内の所定の場所で自ら内容物の出し入れをするものとされている。そして、銀行は、貸金庫に格納されている内容物に対して事実上の支配を及ぼしているが、利用者の請求に応じて、利用者が貸金庫を開扉できる状態にすることにより、内容物に対する支配を失い、利用者のみが内容物を支配する状態になる。そうすると、貸金庫契約所定の利用方法により利用者が内容物を取り出し得るようにする銀行の一連の行為は、その実質において、内容物に対する銀行の支配を全面的に利用者に移転するものであり、これをもって法的には「内容物の引渡し」と評価することができる。したがって、例えば、銀行が正当な理由がないのに貸金庫の開扉に協力しないため内容物を取り出すことができない場合には、利用者は、銀行に対し、貸金庫の開扉への協力等の作為を求めることができるにとどまらず、端的に、右の約定の利用方法による「内容物の引渡し」を請求することができる。

このように、利用者の銀行に対する貸金庫契約上の内容物引渡請求権は、利用者自らが貸金庫を開扉して内容物を取り出すという約定の利用方法による引渡しを求める権利であって、利用者は、それ以上に、銀行に対して貸金庫から内容物を取り出して交付すべきことを請求し得るものではない。なお、この趣旨を明らかにするために、差押命令申立書及び差押命令の差し押さえるべき債権(被差押債権)の表示並びに取立訴訟の判決の主文においては、右引渡しの方法を明らかにしておくことが相当である。

3 また、銀行は、貸金庫契約及びその取引の実態において、マスターキーによる施錠を解くほかは貸金庫の開閉等に直接関与しておらず、その内容物を知り得る立場にはない(いわゆる貸金庫取引の秘匿性)。それにもかかわらず、銀行が特定の内容物の引渡義務を負うとなると、銀行としては、貸金庫を開扉して、動産の存否の確認、選別をする必要が生じ、貸金庫契約上の義務を超える責任を負担することになりかねない。したがって、利用者は、銀行に対し、貸金庫契約上、

貸金庫に格納されている個々の内容物について引渡請求権を有するものではなく、特定の内容物を対象として引渡しを請求することはできないものと解される。右のような貸金庫契約及びその取引の実態からすれば、利用者の銀行に対する引渡請求権は、貸金庫の内容物全体についての一括引渡請求権と見るのが相当である。

したがって、債権者としては、本来、差し押さえるべき債権を特定するについては、引渡請求権の差押命令を申し立てる段階においてはもとより、取立訴訟を提起する段階においても、内容物の種類、数量等を表示する必要はなく、貸金庫を特定すれば足りる。貸金庫には、実印、遺言書等、動産執行の対象とならない差押禁止物や換価価値のない物が格納されていることが少なくないであろうが、このような差押禁止物等の選別は、動産の引渡しを受けるべき執行官(法一六三条一項)において行うこととなる。この点に関し、引渡請求権の対象が差押禁止動産(法一三一条)に当たるときは、そもそも当該動産の引渡請求権を差し押さえることができないと解されているが、貸金庫の内容物引渡請求権が内容物全体についての一括引渡請求権という性質を有するものであることに加えて、動産引渡請求権の差押えが動産自体を換価するための準備手続という実質を有することを考慮すると、執行官が動産の引渡しを受ける段階で動産執行の規制を及ぼすことも許されるというべきである。

また、本件のように、債権者が「現金、株券など有価証券、貴金属」というように対象動産を特定表示して引渡請求権の差押命令を申し立て、同命令が発付された場合であっても、差押えの対象となるのは、飽くまで貸金庫の内容物全体についての一括引渡請求権である。この「現金、株券など有価証券、貴金属」という特定は、債権者が自主的に売得金の配当を求める対象を限定したものであり、差押命令に付された同旨の限定は、法一六三条に基づき動産引渡請求権の執行を補助する執行官に向けられたものである。したがって、債権者は、自ら特定表示した個々の内容物の存在を立証する必要はなく、銀行も、これらの存否を確認する義務を負担するものではない。

## 二 引渡請求権の差押えがされた後の銀行及び執行官の対応について

1 銀行(第三債務者)は、差押命令の送達を受けると、利用者(債務者)に対して貸金庫の内容物を引き渡すことが禁止される(法一四五条一項)。差押命令において「現金、株券など有価証券、貴金属」というように対象動産が特定表示されている場合であっても、

同様に、差押えの効力は貸金庫の内容物全体についての引渡請求権に及んでいるから、銀行が独自の判断でそれ以外の動産を利用者が取り出し得る状態にすることはできない。

2 差押債権者は、利用者に対して差押命令が送達された日から一週間を経過したときは、銀行に対し、貸金庫の内容物を任意に差押債権者の申立てを受けた執行官に引き渡すよう請求することができる(法一六三条一項)。銀行は、貸金庫室を開けて執行官が貸金庫室内に立ち入ることを受忍するとともに、貸金庫の副鍵(利用者が封印したままの状態のもの)を交付し、マスターキーによる施錠を解いて、執行官が右貸金庫内に在る動産を取り出すことができる状態にすること

をもって、内容物の引渡義務を履行したことになる。貸金庫からの内容物の取り出し自体は、執行官が行うのであり、銀行は、これに関与する必要はない。執行官は、調書を作成する等の方法により、引渡しを受けた動産の種類、数量等を明確にすべきである。

3 銀行が任意に引渡しをしない場合において、これを強制するには、銀行に対する取立訴訟(法一五七条)を提起して、貸金庫の内容物を執行官に引き渡すよう命ずる債務名義を得なければならない。右債務名義を得た差押債権者は、法一六九条による動産の引渡しの強制執行を申し立て、銀行に対して右引渡義務の履行を強制することができる。動産の引渡しの強制執行の申立てを受けた執行官は、必要な場合には、技術者を同行して貸金庫室等を開錠する(法一六九条二項、一二三条二項)。右執行官は、動産の引渡しを受けるべき執行官が貸金庫の内容物を取り出すことができる状態にする。動産の引渡しの強制執行を行う執行官と動産の引渡しを受けるべき執行官とは、理論上は区別されるものであるが、両者を兼ねることができ、実際上は同一人であることが多いであろう。

4 そして、銀行から任意に又は法一六九条による強制執行に基づき、貸金庫の内容物一切の引渡しを受けた執行官は、前記のとおり、貸金庫室内において売却可能な動産を選別して受領し(差押命令において対象動産が限定されているときは、当該動産のみを選別して受領する。)、これ以外の動産を貸金庫内に返戻することにより、当該動産については引渡請求権の差押えによる拘束を解かれる。その後、動産を受領した執行官は、動産執行の売却の手続によりこれを売却し、その売得金が執行裁判所に提出されることになる(法一六三条二項)。

5 ところで、銀行は、従来、動産の差押え(法一二四条)、あるいは、引渡請求権の差押えに基づく動産の引渡請求(法一六三条一項)に任意に協力しなかったことが多かった。その根拠として、通常、銀行は利用者に対していわゆる善管注意義務を負っているから、その同意なくして強制執行に協力した場合には、利用者に対する債務不履行になるという説明がされる。しかし、引渡請求権が差し押さえられた場合に任意に貸金庫を開扉する行為が債務不履行にならないことはもとより、そもそも、任意に動産執行に応じて貸金庫の内容物を提出したとしても、社会的に許容される行為として違法性を欠き、利用者に対する債務不履行となる余地はないものというべきである。本件貸金庫規定の一二条には、「法令の定めるところにより貸金庫の開庫を求められたとき」には銀行が副鍵を使用して貸金庫を開扉すると約定があるが、これには、国税徴収法や刑事訴訟法による場合のみならず、動産執行を含む民事執行法に基づく強制執行も含まれるものと解するのが相当である。

貸金庫の内容物については、その引渡請求権を差し押さえる方法により強制執行のできることは法廷意見のとおりであるが、本来は、動産執行(法一二四条)の方法によるべきものであろう。銀行が貸金庫の内容物について占有を有するといっても、それは利用者のために内容物を安全に保管する手段であって、占有自体に銀行独自の利益があるわけではない。したがって、銀行と



しては、動産執行に際しては、その占有を放棄し、利用者に内容物を引き渡すのと同じ方法(約定の利用方法)でこれを執行官に提出すればよいのである。本件のように内容物の引渡請求権に対する強制執行の方法による場合には、関係者にとって時間と費用が掛かるのみならず、銀行実務の上でも、一括引渡請求権の差押えに伴う種々の困難な問題が生ずるものと推察される。現在は、銀行が任意の提出に応じないために、この動産執行の方法によることが妨げられているが、右のとおり、この銀行の対応は、法律上の根拠を欠くものであって、是正されるべきものであろう。

### 三 他の種類の貸金庫について

本件に関連し、他の種類の貸金庫における同種の問題について付言をしておくこととしたい。貸金庫には、その開閉手順の違い、銀行の関与の程度等によって幾つかの種類がある。主要なものとしては、(1)本件のようないわゆる従来型貸金庫のほか、(2)マスターキーを使用せず、利用者が、その都度銀行から貸金庫室利用カードの交付を受け、右カードを使用して貸金庫室を開けた上、正鍵のみを使用して貸金庫を開扉するもの、(3)利用者が、あらかじめ銀行に暗証番号を届け出て、貸金庫カードと正鍵の交付を受け、貸金庫室に入室して貸金庫を開扉するもの、があるとされている。このうち、(2)の種類 of 貸金庫については、もとより法廷意見が従来型貸金庫について述べたことが妥当するであろう。また、(3)のいわゆる全自動型貸金庫についても、銀行の関与の程度は減るものの、貸金庫が銀行の管理する施設内に存在している以上、なお銀行の事実上の支配が及んでいるとして、銀行の所持、さらには、民法上の占有を肯定して差し支えないものと考えられる。銀行の引渡しの方法は、個々の貸金庫契約の内容に応じて定まる。

#### 3-5-2 債権執行の差押え

・最 3H23/9/20

本件は、原告人が、原告人の相手方に対する金銭債権を表示した債務名義による強制執行として、相手方の第三債務者Z1銀行、同Z2銀行及び同Z3銀行に対する預金債権並びに第三債務者Z4銀行に対する貯金債権の差押えを求める申立て(以下「本件申立て」という。)をした事案である。原告人は、その申立書において、差し押さえるべき債権(以下「差押債権」という。)を表示するに当たり、各第三債務者の全ての店舗又は貯金事務センター(以下、単に「店舗」という。)を対象として順位付けをした上、同一の店舗の預貯金債権については、先行の差押え又は仮差押えの有無、預貯金の種類等による順位付けをしている。

(中略)

民事執行規則133条2項は、債権差押命令の申立書に強制執行の目的とする財産を表示するときは、差押債権の種類及び額その他の債権を特定するに足りる事項を明らかにしなければならないと規定している。そして、債権差押命令は、債務者に対し差押債権の取立てその他の処分を禁止するとともに、第三債務者に対し差押債権の債務者への弁済を禁止することを内容とし(民

事執行法145条1項)、その効力は差押命令が第三債務者に送達された時点で直ちに生じ(同条4項)、差押えの競合の有無についてもその時点が基準となる(同法156条2項参照)。

これらの民事執行法の定めに鑑みると、民事執行規則133条2項の求める差押債権の特定とは、債権差押命令の送達を受けた第三債務者において、直ちにはいえないまでも、差押えの効力が上記送達の時点で生ずることにそぐわない事態とならない程度に速やかに、かつ、確実に、差し押さえられた債権を識別することができるものでなければならないと解するのが相当であり、この要請を満たさない債権差押命令の申立ては、差押債権の特定を欠き不適法というべきである。債権差押命令の送達を受けた第三債務者において一定の時間と手順を経ることによって差し押さえられた債権を識別することが物理的に可能であるとしても、その識別を上記の程度に速やかに確実にに行い得ないような方式により差押債権を表示した債権差押命令が発せられると、差押命令の第三債務者に対する送達後その識別作業が完了するまでの間、差押えの効力が生じた債権の範囲を的確に把握することができないこととなり、第三債務者はもとより、競合する差押債権者等の利害関係人の地位が不安定なものとなりかねないから、そのような方式による差押債権の表示を許容することはできない。

本件申立ては、大規模な金融機関である第三債務者らの全ての店舗を対象として順位付けをし、先順位の店舗の預貯金債権の額が差押債権額に満たないときは、順次予備的に後順位の店舗の預貯金債権を差押債権とする旨の差押えを求めるものであり、各第三債務者において、先順位の店舗の預貯金債権の全てについて、その存否及び先行の差押え又は仮差押えの有無、定期預金、普通預金等の種別、差押命令送達時点での残高等を調査して、差押えの効力が生ずる預貯金債権の総額を把握する作業が完了しない限り、後順位の店舗の預貯金債権に差押えの効力が生ずるか否かが判明しないのであるから、本件申立てにおける差押債権の表示は、送達を受けた第三債務者において上記の程度に速やかに確実に差し押さえられた債権を識別することができるものであるということとはできない。そうすると、本件申立ては、差押債権の特定を欠き不適法というべきである。

[田原補足意見]

私は法廷意見に与するものであるが、本件申立ての如く、差押債権を表示するに当たり、各第三債務者の全ての店舗を対象として順位付けをした(以下、かかる方式を「全店一括順位付け方式」という。)上、同一の店舗の預貯金債権については、先行の差押え又は仮差押えの有無、預貯金の種類等による順位付けをした申立てにつき、法廷意見とは異なり、差押債権の特定性(民事執行規則133条2項)を認める高等裁判所の決定例も存するところから、法廷意見を若干敷衍する。

1 これまでに全店一括順位付け方式による申立ての可否が問われた裁判例は、差押債権がいずれも債務者の第三債務者たる金融機関に対する預貯金債権であり、また従来の学説も専らか

かる場合を念頭に置いて検討されてきた。

しかし、全店一括順位付け方式による申立ての可否は、第三債務者が金融機関の場合に限らず、第三債務者が全国あるいは一定の地域に多数の店舗展開をし、当該店舗毎あるいは一定数の店舗を束ねたブロック毎に仕入代金の管理がなされている百貨店、流通業者、外食産業等の場合や、支店単位あるいはブロック単位毎に下請業者の管理を行っている全国規模のゼネコン、広い地域で事業を展開する土木建設業者等の場合にも問題となるのであって、それらの場合も視野に入れた上で、かかる方式による申立ての可否を検討する必要がある。

2 差押命令(仮差押命令の場合も同様であり、以下双方の場合を含めて検討する。)の第三債務者に対する送達により、差押債権につき弁済禁止や処分禁止の効力が及ぶのであるから、差押債権の特定は、第三債務者において差押えの効力が上記送達の時点で生ずることにそぐわない事態とならない程度に速やかにかつ確実に差し押さえられた債権の種類及び金額を具体的に識別できるものである必要がある。

債権者が差押命令の申立てに当たって債務者の第三債務者に対する債権の内容を具体的に把握することは一般に困難であるから、差押債権につき特定基準を具体的に措定することによって間接的に特定すること(間接的特定)も許容されるが、裁判所は、差押命令の発令に際し、申立てにおいて措定された特定基準が上記の要件を満たしているか否かを判断するに当たって、第三債務者の状況を直接認識することはできないから、当該第三債務者の置かれている社会経済的状况の下で、一般に当該第三債務者が速やかにかつ確実に差押債権の種類及び金額を識別するに足りるだけの基準たり得るか否かとの観点から判断するべきである。

かかる観点から特定基準を考える場合、特段の事情がない限り、第三債務者の債務管理の単位を基準として差押債権の種類及び金額が特定されるべきであり、それを超えて、複数の債務管理の単位に係る債務者の第三債務者に対する債権につき、差押えの順位を付けてなされる債権差押命令の申立ては、かかる申立てに基づく債権差押命令が発令されても、第三債務者が差押債権の種類及び金額を速やかにかつ確実に識別することが困難であるというべく、したがって差押債権の特定を欠くものといわざるを得ない。

なお、金融機関に対する預金債権の差押えにつき全店一括順位付け方式による差押債権の特定を認める見解は、金融機関がそれに対応できるコンピュータシステム(CIFシステム)を設置しているとか、金融機関は預金保険制度の適用に対応する名寄せシステムを設けているから対応が可能なはずである等としているが、現時点においてCIFシステムが全店一括順位付け方式による差押えに直ちに対応できる機能を有していることを示す資料は公表されておらず、また、預金保険制度の適用に対応する名寄せシステムは、その目的を異にするものであり、同システムをもって上記の方式による差押えに直ちに対応できるものではない。

3 ところで、全店一括順位付け方式を肯定する見解は、第三債務者が差押債権を識別するに至

るまでに若干の時間を要することを認めながら、差押命令の送達から第三債務者が差し押さえられた債権を識別するに至るまでの間に、第三債務者から債務者に対してなされた弁済は民法478条により保護され、第三債務者の民法481条による責任は同条を柔軟に解釈することにより対応が可能であり、また、第三債務者が差し押さえられた債権を識別するまでの間、差押えの対象外の債権の支払を遅延しても債務不履行責任を問われることはないので、同方式による差押命令を認めても支障はない旨主張している。

しかし、上記の民法478条、481条に関する議論は論者によって十分に詰められていないし、債権の流動化を含む経済取引の迅速化が求められている今日、債務者の第三債務者に対する債権につき、第三債務者が差し押さえられた債権を識別するまでの間、債務者への支払に応じてよいか否かが判然としない浮動的な状態が生ずることは、取引上重大な支障をもたらすことになりかねない。なお、論者によっては、かかる浮動的な状態が生じたとしても、債務不履行の問題は生じないとする者もあるが、そのような浮動的な状態が生ずることによる取引上の支障は、債務不履行責任の追及という事後的な手続では到底救済され得ないような不利益を債務者にもたらしかねないのである。

殊に預金債権の差押えに関して言えば、普通預金口座(総合口座)におけるATMが普及している今日、第三債務者が差し押さえられた債権を識別するまでの間、第三債務者である金融機関が債務者の預金につきATMの利用を停止し、結果的にその対象預金が差押えの対象外であった場合には、債務者の不利益の問題が生じ、他方、結果的に差押えの対象であった預金がその間にATMにより払い出された場合には、民法481条による責任の有無の問題が生ずる。また、差押債権に当座預金が含まれている場合には、差押債権の識別作業中、当該当座預金を支払口座とする手形、小切手の決済を如何にするかという信用秩序に影響を及ぼしかねない問題をも生じかねないのである。

4 さらに、全店一括順位付け方式による債権差押えを認める場合には、法廷意見にて指摘するとおり競合する債権差押えとの間で問題を生ずる。すなわち、全店一括順位付け方式による差押命令が発せられた後に、他の債権差押命令が発せられた場合、その差押えの効力如何(先行する差押えに係る転付命令により後の差押えが空振りとなるか、差押えの競合により後の差押えに係る転付命令が無効となるか、差押えの競合がなく直接の取立てが可能となるか等)は、先行する全店一括順位付け方式の差押えによる差押債権の識別作業が完了するまで不明の状態に置かれることになり、先行して複数件の全店一括順位付け方式の差押命令が発せられている場合には、それら複数件の差押えの対象債権の識別作業が完了するまで、その後の差押えの効力如何が判明しないこととなり、債務者及び第三債務者のみならず、後れて差し押さえた差押債権者の地位を非常に不安定なものとすることになる。

また、全店一括順位付け方式を認めると、請求債権額が相当額に及ぶ場合には、債権者は一

件の債権差押えの申立てをもって、債務者の第三債務者に対して有する債権を包括的に差し押さえる効果を得ることとなるが、かかる状態が生ずることは債権者間の公平の観点からは望ましい事柄ではないと考える。

5 以上述べた諸点からすれば、全店一括順位付け方式による債権差押命令の申立ては、差押債権の特定を欠くものといわざるを得ない。

・最 1H25/1/17(135 ページ別表も参照)

所論の点に関する原審の判断は、正当として是認することができる。論旨は採用することができる。

〈参考：原審(東高 H24/10/24)〉

1 民事執行規則133条2項の求める差押債権の特定とは、債権差押命令の送達を受けた第三債務者において、直ちにはいえなくても、差押えの効力が差押命令送達の時点で生ずることにそぐわない事態とならない程度に速やかに、かつ、確実に、差し押さえられた債権を識別することができるものでなければならないと解するのが相当であり、この要請を満たさない債権差押命令の申立ては、差押債権の特定を欠き不適法というべきである。債権差押命令の送達を受けた第三債務者において一定の時間と手順を経ることによって差し押さえられた債権を識別することが物理的に可能であるとしても、その識別を上記の程度に速やかに確実に行い得ないような方式により差押債権を表示した債権差押命令が発せられると、差押命令の第三債務者に対する送達後その識別作業が完了するまでの間、差押えの効力が生じた債権の範囲を的確に把握することができないこととなり、第三債務者はもとより、競合する差押債権者等の利害関係人の地位が不安定なものとなりかねないから、そのような方式による差押債権の表示を許容することはできないというべきである(最高裁平成23年9月20日第三小法廷決定・民集65巻6号2710号)。

2(1)本件申立てによる差押えを認めた場合、大規模な金融機関である第三債務者は、全ての店舗の中から預金額最大店舗を抽出する作業が必要となるが、その際、第三債務者において、全ての店舗の全ての預金口座について、まず該当顧客の有無を検索した上、該当顧客を有する店舗における差押命令送達時点での口座ごとの預金残高及びその合計額等を調査して、当該店舗が最大店舗に該当するかを判定する作業が完了しない限り、差押えの効力が生ずる預金債権の範囲が判明しないことになる。したがって、本件申立てにおける差押債権の表示は、送達を受けた第三債務者において前記1の程度に速やかに確実に差し押さえられた債権を識別することができるものであるということとはできない。

(2)ア なるほど、預金額最大店舗指定方式は、債権差押命令の送達を受けた第三債務者において一定の時間と手順を経ることによって差し押さえられた債権を識別することが物理的に可能とはいいい得るが、店舗ごとに債権管理等を行っている金融機関においては、抗告人(債権者)の主張を前提としても、支店名個別特定方式とは異なり、本店が行う作業(前記第2の1(1)、(2))

ア)、及び本店が行った作業を前提とする支店が行う作業(前記第2の1(2)イ)により預金額最大店舗を判定する必要がある。そして、本店においてオンラインシステムにより上記作業を行うことが可能であるとしても、他の業務も行っている中で直ちにその作業を開始し終了させることができるとは必ずしもいえず、また、支店における作業の結果、本店から連絡があった預金が債務者の預金でなかったことが明らかになった場合等には、更に、本店及び次に預金額最大店舗と目される支店が同様の作業を行う必要がある。そして、これらの作業には相当な時間を要するものと認められる一方、各口座の預金額は、時間の経過により刻々と変化する可能性がある。

以上の諸点に、預金債権差押えの債務者となる者の中には、全国的に多数の金融機関の店舗に口座を設けている者も少なくないと考えられることも併せ考慮すると、預金額最大店舗指定方式によっては、差押えの効力が上記送達の時点で生ずることにそぐわない事態とならない程度に速やかに、かつ、確実に、差し押さえられた債権を識別することができないといわざるを得ない。

イ また、民事執行規則133条2項の求める差押債権の特定がされているか否かは、差押債権目録の記載自体によって判断すべきであり、抗告人(債権者)が本件申立てに先立ち弁護士会照会により相手方(債務者)名義の預金口座の取扱い支店を照会したのに対し、第三債務者が回答を拒否したという第三債務者の対応から、預金額最大店舗指定方式が許容されるということにはならない。

3 したがって、預金額最大店舗指定方式による本件差押債権の表示は、差押債権が特定されていないから、本件申立ては、不適法であり却下すべきである。

#### 3-5-4 債権の換価

・最 1H11/9/9

一 生命保険契約の解約返戻金請求権を差し押さえた債権者は、これを取り立てるため、債務者の有する解約権を行使することができるのと解するのが相当である。その理由は、次のとおりである。

1 金銭債権を差し押さえた債権者は、民事執行法一五五条一項により、その債権を取立てることができるとされているところ、その取立権の内容として、差押債権者は、自己の名で被差押債権の取立てに必要な範囲で債務者の一身専属的権利に属するものを除く一切の権利を行使することができるものと解される。

2 生命保険契約の解約権は、身分法上の権利と性質を異にし、その行使を保険契約者のみ意思に委ねるべき事情はないから、一身専属的権利ではない。

また、生命保険契約の解約返戻金請求権は、保険契約者が解約権を行使することを条件として効力を生ずる権利であって、解約権を行使することは差し押さえた解約返戻金請求権を現実化させるために必要不可欠な行為である。したがって、差押命令を得た債権者が解約権を行使することができないとすれば、解約返戻金請求権の差押えを認めた実質的意味が失われる結果となるから、解約権の行使は解約返戻金請求権の取立てを目的とする行為というべきである。他方、生

命保険契約は債務者の生活保障手段としての機能を有しており、その解約により債務者が高度障害保険金請求権又は入院給付金請求権等を失うなどの不利益を被ることがあるとしても、そのゆえに民事執行法一五三条により差押命令が取り消され、あるいは解約権の行使が権利の濫用となる場合は格別、差押禁止財産として法定されていない生命保険契約の解約返戻金請求権につき預貯金債権等と異なる取扱いをして取立ての対象から除外すべき理由は認められないから、解約権の行使が取立ての目的の範囲を超えるということとはできない。

二 これを本件について見ると、原審が適法に確定したところによれば、(一)本件保険契約は、保険契約者がいつでも保険契約を解約することができ、その場合、保険者が保険契約者に対し、所定の解約返戻金を支払う旨の特約付きであった、(二)被上告人は、本件保険契約の解約返戻金請求権を差し押さえ、保険者である上告人に対し、本件保険契約を解約する旨の意思表示をした、というのであるから、被上告人のした本件保険契約の解約は有効というべきである。

[遠藤反対意見]

私は、生命保険契約の解約返戻金請求権を差し押さえた債権者がその取立権自体に基づき解約権を行使することは許されないと考える。

一 多数意見も説示するとおり、生命保険契約の解約返戻金請求権は、保険契約者が解約権を行使することを条件として効力を生ずる一種の条件付権利である。また、右請求権は、生命保険契約の核心をなす本来の保険金請求権とは異なり、解約に基づいて発生する付随的権利にすぎない。

二 生命保険金請求権が差押禁止財産とされていない以上、解約返戻金請求権を差し押さえた債権者がその取立権自体に基づき解約権を行使することが許されるか否かは、別個の観点から検討されなければならないと考える。

私は、次に述べる理由により右解約権の行使は許されないと考える。

1 条件付権利を差し押さえた差押債権者が解約権を行使することにより無条件の権利を差し押さえたのと同じ効果を認めることは相当ではない。

2 付随的権利を差し押さえた差押債権者が解約権を行使することにより保険契約者又は保険金受取人が有する基本的な権利、すなわち生命保険契約本来の目的である保険金請求権を消滅させることを認めることは相当ではない。

3 差押債権者による解約権の行使を認めるとすると、債務者が生命保険契約上有する期待権を著しく侵害する可能性がある。

4 取立権に基づく解約権の行使を認めないとしても、解約返戻金請求権を差し押さえたことの意義自体は何ら損なわれるものではない。

三 前記3及び4につき、付言して私の意見を述べることにする。

1 生命保険契約の類型は、さまざまであり、資産運用型の保険から生活保障型の保険に至るまで、種々雑多の保険が存在する。近時、前者の保険類型が多数を占めつつあることは否定できないところであるとしても、保険目的からみて、その基本に据えられるべきものが後者の保険類型であることはいうまでもない。後者の保険類型においては、保険契約者の意思にかかわらず保険契約の解約が認められるとすると、保険契約者又は保険金受取人が取り返しのつかない不利益を被るおそれがある。例えば、被保険者が末期的症状にある病に冒されているため、近々保険事故の発生により多額の保険金請求権が発生することが予測される場合や、被保険者が現実的に特約に基づく入院給付金の給付を受けている場合などに、突如第三者の手によって保険契約が解約されてしまった事態を想定してみると、利益衡量的観点からみても、差押債権者による解約権の行使は、著しくその目的を逸脱したものといわざるを得ない。

2 多数意見は、このような場合には、権利濫用の法理により解約権の行使を制約することが可能である旨示唆するが、いかに債務者側が致命的打撃を被ったとしても、債権者側に主観的害意性が認められない場合が十分予測されることを考えると、権利濫用の法理によりこれを救済しようとするのは容易でない。また、権利濫用の法理は、対立当事者間つまり差押債権者と債務者間における紛争関係の合理的調整にはそれなりに役立つものであるとしても、保険会社という第三者が介在した場合には、この法理を適用して債務者を救済することは、事実上困難なように思われてならない。けだし、差押債権者からの解約権行使が許されるとした場合、保険会社としては、差押債権者からの解約返戻金請求に応じざるを得ないことになるが、保険会社が一たび解約返戻金の支払に応じてしまった以上、保険契約の存続を前提とした保険契約者等からの保険金請求権の行使は、事実上途絶されることになってしまうと考えるからである。

3 預貯金債権等の差押えと対比して考えてみた場合、資産運用型の保険については預貯金債権等に準ずるものとして解約権の行使を認め、生活保障型の保険類型についてはその行使を認めないとする考え方が成り立ち得るかもしれないが、両者を画然と識別区分することが容易でないこと、預貯金債権等の差押えの場合には、解約返戻金請求権の差押えの場合とは異なり、前記二の1及び2記載のような特殊事情が存在しないことなどを考えると、本来の目的類型に属する生活保障型保険を念頭に置いた上、一律にその解約権行使を否定することは、必ずしも権衡を失したものとはいえないと考える。

4 多数意見は、差押債権者が解約権を行使することができないとすれば、解約返戻金請求権の差押えを認めた実質的意味が失われる結果となると指摘するが、そのようになるとは思えない。

私は、債権者が、債権者代位の方法により債務者の無資力を要件として解約権を行使し、解約返戻金を受け取ることは許されると解する。けだし、形成権もまた、債権者代位の対象となり得るものであり、かつ解約権を一身専属的権利とみることはできないから、債務者が無資力である場合には、そのことを要件として債権者代位権による解約権の行使が否定されるべきいわれは存し



ないと考えるからである。もとより、債権者代位権に基づく解約権の行使は裁判外の行使も可能であるため、第三債務者である保険会社に対し、調査のため過大な負担を課するものではないかとの懸念が指摘されているが、保険会社としては、債権者及び債務者双方に対し資料の提供を求めるなどして右要件の存否を調査することはさほど困難なことではなかろう。また、右要件の存否につき多少なりとも疑問が持たれる場合には、その支払を留保した上、債権者が提起した解約返戻金請求訴訟事件において、裁判上の立証を求めれば足りることである。

債権者としては、債権者代位権に基づく解約権行使の前提条件が整うまでの間に、債務者が自ら解約権を行使して解約返戻金の支払を受け、又は、右権利を他に処分することが予測される場合には、取りあえず右請求権を差し押さえておくことが望ましい。その上で、債権者は債務者の無資力を明らかにして解約権を代位行使することも考えられるのであるから、差押えの実効性が存しないとは限らない。

四 以上要するに、私は、差押債権者である被上告人の取立権自体による解約権の行使を認めた上、上告人に対し解約返戻金の支払を命じた原判決には法令の解釈を誤った違法があり、右違法は原判決の結論に影響を及ぼすことが明らかであるから、原判決を破棄した上、被上告人の本件請求を棄却すべきであると考えている。

#### ・最 1H18/12/14

1 原審の確定した事実関係の概要等は、次のとおりである。

(1) A(以下「A」という。)は、平成12年1月19日、被上告人から、証券投資信託及び証券投資法人に関する法律(平成12年法律第97号による改正前のもの)2条1項にいう証券投資信託である「B社のMMF(マネー・マネージメント・ファンド)」(以下「本件投資信託」という。)に係る受益証券(以下「本件受益証券」という。)を購入した。

(2) ア 本件投資信託は、投資信託委託業者であるB株式会社(以下「B社」という。)を委託者、信託会社であるC信託銀行株式会社を受託者として、両者の間で締結された信託契約(以下「本件信託契約」という。)に基づき設定されたものである。B社は、C信託銀行に対して信託財産の運用を指図するとともに、本件投資信託から生じた受益権を均等に分割して証券化した本件受益証券を発行している。本件受益証券の販売は、B社又はB社が指定する証券会社及び登録金融機関(証券取引法65条の2第3項。これらの証券会社と登録金融機関を併せて、以下「販売会社」といい、この中には、被上告人も含まれている。)が行い、販売会社が販売した本件受益証券は、当該販売会社に保護預りされ、受益者(本件受益証券の購入者)による本件受益証券の換金は、当該受益証券について、B社に本件信託契約の解約の実行を請求する方法によることとされている。

イ そして、本件信託契約に係る投資信託約款(本件投資信託の目論見書に添付されているもの。以下「本件約款」という。)は、本件受益証券の換金に関して、〔1〕受益者は、当該受益証券につ

いて、B社に対して本件信託契約の解約の実行の請求(以下「解約実行請求」という。)をすることができ、解約実行請求は、B社又は販売会社に対して、受益証券をもって行う、〔2〕B社は、受益者から解約実行請求があったときは、本件信託契約の一部(当該解約実行請求に係る受益証券に相当する部分)を解約する(以下「一部解約」という。)、〔3〕一部解約の価額は、当該解約実行請求を受け付けた日の翌営業日の前日の基準価額とする、〔4〕一部解約に係る解約金(以下「一部解約金」という。)は、原則として解約実行請求を受け付けた日の翌営業日に、販売会社の営業所等において受益者に支払う、〔5〕C信託銀行は、上記〔4〕において受益者に支払を行う日にB社に一部解約金を交付するなど定めている。

ウ また、B社は、被上告人との間で、「証券投資信託受益証券の募集・販売に関する契約書」をもって委託契約(以下「本件委託契約」という。)を締結して、被上告人に対し、受益証券の募集の取扱い及び販売、受益者との間の一部解約事務並びに受益者に対する一部解約金の支払等の業務を委託している。本件委託契約において、〔1〕被上告人は、受益証券の購入を申し込んだ者から受領した申込金をB社に払い込むこと、〔2〕被上告人は、受益者からの解約実行請求を受け付け、当該一部解約に係る受益証券をB社に引渡し、一部解約金をB社より受け入れて、これを受益者に支払うことなどが合意されている。

エ 他方、被上告人からの募集に応じて投資信託に係る受益証券の購入を申し込んだ者は、被上告人との間で、「投資信託総合取引規定」(以下「本件取引規定」という。)等に従って取引を行う旨を合意する。本件取引規定は、投資信託に係る受益証券等の購入、解約等の取引について、受益者と被上告人との間の権利義務関係を明確にすることを目的とするものであり、投資信託に係る受益証券等の購入及び解約の申込みは、取扱店(受益者が開設した投資信託口座及び指定預金口座のある被上告人の店舗)等において受け付けること、解約を申し込む場合には、被上告人所定の解約申込書に必要事項を記入し、押印の上、預り証又は受益証券等の本券と共に取扱店に提出すること、解約金は、取扱商品ごとに定められた日に、受益者の指定預金口座に入金することなどを定めている。

オ 上記ア～エにより、被上告人から本件受益証券を購入した受益者が被上告人に対して当該受益証券についての解約実行請求を行ったときは、被上告人は、解約実行請求があったことをB社に通知し、B社は、C信託銀行に対して一部解約を実行して、C信託銀行から支払われた一部解約金を被上告人に交付し、被上告人は、B社から交付を受けた一部解約金を受益者に交付することになる。

(3)D(以下「D」という。)は、Aを債務者、被上告人を第三債務者として、東京地方裁判所に対し、東京法務局所属公証人E作成平成12年第380号債務弁済等契約公正証書の執行力ある正本に基づき、下記アの債権の弁済に充てるため、下記イの債権(以下「本件被差押債権」という。)を含む債権について差押命令及び転付命令を申し立て(同裁判所平成13年(ル)第5453号、同

年(ヲ)第3563号), 同裁判所は, 平成13年7月4日, 差押命令及び転付命令(以下「本件差押命令等」という。)を発し, 本件差押命令等に係る決定正本は, Aに対しては同月29日に, 被上告人に対しては同月5日に, それぞれ送達された。

ア 1500万円

ただし, 上記公正証書の執行力ある正本に表示された平成12年12月27日付け債務弁済承認金7000万円のうち, 同公正証書第2条記載の6000万円の内金

イ 750万円

ただし, 債務者(A)と第三債務者(被上告人)との間で締結されたB社のMMFの自動継続投資契約に基づいて, 第三債務者(被上告人)が保管する債務者(A)所有の上記MMFの受益証券について, 上記契約に基づき第三債務者(被上告人)において債務者(A)に対して支払われる解約金(償還金)にして頭書金額に満つるまで。

(4)Dは, 平成15年7月28日に被上告人に送達された本件訴状をもって, 被上告人に対し, 差押債権者の取立権に基づくものとして, Aの購入に係る本件受益証券についての解約実行請求(以下「本件解約実行請求」という。)を行った。

(5)Dは, 平成16年2月4日に死亡し, その子である上告人らがDを相続し, 本件訴訟におけるDの地位を承継した。

2 本件は, 本件被差押債権を差し押さえたDを相続した上告人らが, 第三債務者である被上告人に対し, 本件解約実行請求に係る一部解約金として各351万0490円及びこれに対する遅延損害金の支払を求める取立訴訟である。

(中略)

4 (1)以下のとおり, 本件受益証券に係る販売会社である被上告人は, 受益者に対し, B社から一部解約金の交付を受けることを条件として, 一部解約金の支払義務を負い, 受益者は, 被上告人に対し, 上記条件の付いた一部解約金支払請求権を有するものと解するのが相当であり, そして, 受益者の債権者は, 受益者の被上告人に対する上記条件付きの一部解約金支払請求権を差し押えた上, 民事執行法155条1項に定める取立権の行使として, 被上告人に対して解約実行請求の意思表示をすることができ, この解約実行請求に基づくB社の一部解約の実行により, B社から一部解約金が被上告人に交付されたときに, 被上告人から上記一部解約金支払請求権を取り立てることができるものと解するのが相当である。

ア 本件約款の定めによると, 本件信託契約に基づき, 受益者は, B社に対し, 解約実行請求をすることができ, B社は, 解約実行請求があった場合には, 受益者に対し一部解約を実行した上, 原則として解約実行請求を受け付けた日の翌営業日に販売会社の営業所等において一部解約金を支払う義務を負うものと解される。この義務は, 本件信託契約の委託者であり, 本件受益証券の発行者であるB社が負うものであって, 本件信託契約の当事者ではない被上告人ら販売会

社の義務ではない。そして、一部解約の効力は、B社が一部解約を実行することによって初めて生ずるものであり、受益者による解約実行請求の意思表示によって当然に生ずるものではないと解される。

なお、本件委託契約は、被上告人が、本件受益証券に係る解約実行請求の受付や一部解約金の支払等に関する業務を引き受けることを、B社との間で合意した業務委託契約にすぎないから、これによって被上告人と受益者との間に一部解約金の支払についての権利義務関係が生ずるものではない。

イ しかしながら、本件取引規定は、被上告人と受益者との間の権利義務関係を定めるものとして、受益証券等の解約の申込みは被上告人の店舗で受け付けること、解約金は取扱商品ごとに定められた日に被上告人の店舗にある受益者の指定預金口座に入金することを定めており、本件受益証券の内容について定める本件約款においても、受益者による解約実行請求はB社又は販売会社に対して行うものとされているから、本件取引規定に基づき、被上告人は、受益者に対する関係で、受益者から本件受益証券について解約実行請求を受けたときは、これを受け付けてB社に通知する義務及びこの通知に従って一部解約を実行したB社から一部解約金の交付を受けたときに受益者に一部解約金を支払う義務を負うもの、換言すれば、被上告人は、受益者に対し、B社から一部解約金の交付を受けることを条件として一部解約金の支払義務を負い、受益者は、被上告人に対し、上記条件の付いた一部解約金支払請求権を有するものと解するのが相当である。

なお、本件約款によれば、解約実行請求は本件受益証券をもって行うものとされているところ、販売会社の販売に係る本件受益証券は、当該販売会社が保護預りしており、記録によれば、保護預りに係る本件受益証券は、受託者であるC信託銀行に大券をもって混蔵保管されていて、受益者に本件受益証券が交付されることは予定されていないことがうかがわれるから、本件約款上は、直接B社に対して解約実行請求を行う方法も認められているが、事実上、解約実行請求は販売会社を通じて行う方法に限定されているのであって、このような取扱いの実態に照らしても、販売会社である被上告人と受益者との間には上記のような権利義務関係があるものと認めるのが相当である。

そして、上記のとおり、本件受益証券は受益者に交付されることが予定されていないことからすれば、上記のような条件付きの一部解約金支払請求権は、債権差押えの対象となるものと解すべきであり、本件被差押債権は、AがB社から購入した本件受益証券に係るAの被上告人に対するこのような条件付きの一部解約金支払請求権であるといえることができる。

ウ 金銭債権を差し押さえた債権者は、民事執行法155条1項に基づき、自己の名で被差押債権の取立てに必要な範囲で債務者の一身専属的権利に属するものを除く一切の権利を行使することができる(最高裁平成10年(受)第456号同11年9月9日第一小法廷判決・民集53巻7号1

173頁)。前記のとおり、本件受益証券に係る受益者の被上告人に対する一部解約金支払請求権は、B社から被上告人に対する一部解約金の交付を条件として効力を生ずる権利であるから、解約実行請求をすることは、一部解約金支払請求権の取立てのために必要不可欠な行為であり、取立ての範囲を超えるものでもない。したがって、受益者の被上告人に対する一部解約金支払請求権を差し押さえた債権者は、取立権の行使として、被上告人に対して解約実行請求の意思表示をすることができ、B社によって一部解約が実行されて被上告人が一部解約金の交付を受けたときは、被上告人から上記一部解約金支払請求権を取り立てることができるものと解するのが相当である。

(2)Dは、本件訴状の送達をもって被上告人に対して本件解約実行請求の意思表示を行ったものであり、これは、差押債権者の取立権に基づくものとして、被上告人に対してB社に対する本件解約実行請求の通知義務を生じさせるものといえることができる。

ところが、前記事実関係によれば、被上告人は本件解約実行請求があったことをB社に通知しておらず、そのためB社も本件解約実行請求に基づく一部解約の実行をしていないことがうかがわれる。前記のとおり、B社は、解約実行請求があった場合には、受益者に対し、一部解約を実行して一部解約金を支払う義務を負っているが、被上告人が上記通知をしなければ、B社による一部解約の実行及び一部解約金の被上告人への交付によって前記条件が成就することはなく、被上告人は上告人らに対して一部解約金の支払義務を負わないことになるというべきであるから、被上告人が上記通知をしないことについて民法130条所定の要件が充足されるのであれば、同条により前記条件が成就したものとみなされ、被上告人は、上告人らに対して本件解約実行請求に基づく一部解約金の支払義務を負う余地がある。

(3)以上によれば、Aが被上告人に対して前記のような条件の付いた一部解約金支払請求権を有することを認めず、上告人らが同請求権を差し押さえ、取立権の行使として被上告人に対して解約実行請求の意思表示をすることも認められないかのように判示し、これを前提に上告人らの民法130条に基づく主張を排斥した原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。

#### ・最 2H12/4/7

本件債権は、相手方が、抗告人に対する大阪高等裁判所平成八年(ウ)第三八五号強制執行停止決定申立事件につき、保証として、平成八年四月八日、株式会社さくら銀行との間に支払保証委託契約を締結するに際し、同銀行に預け入れた定期預金六五〇万円の払戻請求権であるが、本件債権については、相手方が右支払保証委託契約に基づき同銀行に対して負担する債務を担保するため、同銀行が質権を有している。

(略)

質権が設定されている金銭債権であっても、債権として現に存在していることはいうまでもなく、

また、弁済に充てられる金額を確定することもできるのであるから、右債権は、法一五九条にいう券面額を有するものというべきである。したがって、質権が設定されている金銭債権であっても、転付命令の対象となる適格がある。もっとも、転付命令が発せられ、執行債権等が券面額で弁済されたものとみなされた(法一六〇条)後に、質権が実行された結果、執行債権者が転付された金銭債権の支払を受けられないという事態が生ずることがある。その場合には、転付命令により執行債権者が取得した債権によって質権の被担保債権が弁済されたことになるから、執行債権者は、支払を受けられなかった金額について執行債務者に対する不当利得返還請求などを行うことができるものと解すべきである(大審院大正一三年(オ)第九二三号同一四年七月三日判決・民集四卷六一三頁参照)。

・最 2H18/4/14

弁護士である原告人は、Aから、債務整理事務の委任を受け、同事務を処理するための費用として、同社が所有していた工場の売却等により得た金員合計1493万4614円の交付を受け、同社の債権者らのうち相手方ほか1社を除く債権者らに対して合計411万8266円を支払い、残額1081万6348円を管理している。

相手方は、Aに対して相手方への金員の支払を命ずる旨の確定判決を債務名義として、同社が原告人に対して有する上記(1)の1081万6348円相当額の返還請求権(以下「本件債権」という。)について差押命令及び転付命令を申し立てた。

(中略)

前記事実関係によれば、原告人は、Aから、債務整理事務の委任を受け、同事務を処理するための費用として1081万6348円を管理しているところ、これは、民法649条の規定する前払費用に当たるものと解される。前払費用は、委任事務の処理のための費用に充てるものとして交付されたものであるから、受任者が委任事務を処理するために費用を支出するたびに当該費用に充当されることが予定されており、受任者は、当該委任事務が終了した時に、前払費用から支出した費用を差し引いた残金相当額を委任者に返還すべきこととなる。したがって、委任者の受任者に対する上記前払費用についての返還請求権は、当該委任事務の終了時に初めてその債権額が確定するものというべきである。そして、同請求権が委任者の債権者によって差し押さえられた場合であっても、受任者は、当該委任事務が終了しない限り、委任事務の遂行を何ら妨げられるものではなく、委任事務の処理のために費用を支出したときは、委任者から交付を受けた前払費用をこれに充当することができるものと解される。

以上によれば、委任者の受任者に対する前払費用についての返還請求権は、当該委任事務の終了前においては、その債権額を確定することができないのであるから、民事執行法159条1項にいう券面額を有するものとはいえず、転付命令の対象となる適格を有しないものと解すべきである。

本件債権は、上記前払費用についての返還請求権に当たるものであり、抗告人がAから委任を受けた債務整理事務が終了していない以上、転付命令の対象となる適格を有しないというべきである。

・別表(最 1H25/1/17 について)

差押債権目録

金649万7284円

債務者が第三債務者株式会社Z銀行について有する下記預金債権のうち、下記に記載する順序に従い、頭書金額に満つるまで。

記

1 複数の店舗に預金債権があるときは、預金債権額合計の最も大きな店舗の預金債権を対象とする。なお、預金債権額合計の最も大きな店舗が複数あるときは、そのうち支店番号の最も若い店舗の預金債権を対象とする。

2 差押えのない預金と差押えのある預金があるときは、次の順序による。

(1) 先行の差押え、仮差押えのないもの

(2) 先行の差押え、仮差押えのあるもの

3 円貨建預金と外貨建預金があるときは、次の順序による。

(1) 円貨建預金

(2) 外貨建預金(差押命令が第三債務者に送達された時点における第三債務者の電信買相場により換算した金額(外貨)。ただし、先物為替予約があるときは、原則として予約された相場により換算する。)

4 数種の預金があるときは、次の順序による。

(1) 定期預金

(2) 定期積金

(3) 通知預金

(4) 貯蓄預金

(5) 納税準備預金

(6) 普通預金

(7) 別段預金

(8) 当座預金

5 同種の預金が数口あるときは、口座番号の若い順序による。

なお、口座番号が同一の預金があるときは、預金に付せられた番号の若い順序による。