

Title	〔最高裁判事例研究六〕確定判決に基づく強制執行と権利の濫用 請求異議事件 (昭和三十七年五月二四日第一小法廷判決)
Sub Title	
Author	石川, 明(Ishikawa, Akira) 伊東, 乾(Itō, Susumu) 民事訴訟法研究会(Minji soshōhō kenkyūkai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1963
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.36, No.9 (1963. 9) ,p.85- 94
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19630915-0085

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

〔最高裁判事例研究六〕

昭三七一(最高民集一六卷)
五五(一五七頁)

確定判決に基づく強制執行と権利の濫用

請求異議事件(昭和三七・五・二四第一小法廷判決)

請求異議事件(昭和三七・五・二四第一小法廷判決)
原告X₁X₂(控訴人・上告人) 夫婦の次男訴外Aは、自動車事故をおこし被告Y(被控訴人・被上告人)を負傷させた。X₁等はAに代りYの治療費・見舞金等を支払った。YはAに対し損害賠償請求の訴を提起して、Yが負傷の結果その荷馬車運送業を営みうるように回復しえないことを前提に、右営業をなすにより将来得べかりし利益の損失を Hoffman 式計算で算定し、一二四万八千円を請求。うち五〇万円を認容した第一審判決が確定。

後にAはこれを苦にして自殺。X₁等は相続(単純承認)。Yは負傷が回復して前記営業を自ら堂々と経営していたが、右判決確定後五年にして、右判決に基づきX₁等を債務者として承継執行文をうけて執行の申立をなした。

本件訴は右執行をとめるためX₁等がYを被告として提起した請求異議の訴である。X₁等は、異議事由として、Yの負傷が回復し現に前記営業を営んでいるから、右判決は事情の変更により最早執行に適せざるに至つたもので、かかる判決に基づきなされる強制執行は権利濫用で信義則に反すると主張した。第一審X₁等の請求棄却。X₁等

判例研究

控訴。控訴棄却。理由は、(イ)X₁等の主張は結局Yが前記確定判決で確定された損害賠償請求権の存在を否定するものであつて、かかる主張は前記確定判決の既判力により遮断される、(ロ)前記確定判決後の負傷の回復は、右確定判決を執行に適さないようにする事情の変更ではない、(ハ)確定判決にもとづく執行は権利濫用でもなければ信義則にも反しない、ということである。X₁等は上告。上告理由では、第一・二審における主張を繰返した上にさらに加えて、大判昭一五・二・三民集一九卷一一〇頁を引用し、請求異議の訴は、請求が事實審の口頭弁論終結後に変更・消滅した場合のほか、判決の執行それ自体が不法な場合にも認められ、本件の場合がこれにあたるとしている。これに対し上告審裁判所である最高裁判所は次のごとく判示した。確定判決上の権利と雖も信義に従い誠実に行使すべきであつて、これを濫用してはならないことは、多言を要しない筋合であるところ、前記判決において被上告人がAに対して認められた損害賠償請求権は将来の営業活動不能の前提の下に肯定されたのであるから、もし被上告人の前示負傷がX₁等主張のように快癒し自らの力を以て営業可能な状態に回復するとともに、電話を引きなどして堂々と営業を営んでいる程に事情が変更しているものとすれば、しかも一方においてX₁等主張のようにAは右損害賠償債務の負担を苦にして列車に飛込自殺をするなどの事故があつたに拘らず前記判

八五 (一〇三九)

決定後五年の後に至つてAの父母であるX₁等に対し前示確定判決たる債務名義に執行文の付与を受け突如として本件執行に及んだものとすれば、それが如何に確定判決に基づく権利の行使であつても、誠実信義の原則に背反し、権利濫用の嫌なしとしない。然るに原判決は叙上の点については、何ら思を運らした形跡がなく、ただ漫然と判決の既判力理論と民訴五四五条二項の解釈にのみ偏して本件を解決せんとしたのは、到底審理不尽理由不備の非りを免れないものと云わざるを得ない。なお、原審は、大審院が昭和一五年二月三日の判決においてなした「…斯ノ如キ債務名義ニ因リ無制限ニ上告人ニ対シ強制執行ヲ敢テスルコトハ不法行為ニ属スルコト論ヲ俟タザルトコロナリ。民訴五四五条ガ異議ノ訴ヲ認メタルハ、不当ナル強制執行ノ行ハレザランコトヲ期スルモノニ外ナラザルヲ以テ、判決ニヨリ確定シタル請求ガ判決ニ接着セル口頭弁論終結後ニ変更消滅シタル場合ノミナラズ、判決ヲ執行スルコト自体ガ不法ナル場合ニアリテモ、亦異議ノ訴ヲ許容スルモノト解スルヲ正当ナリトス」云々との判示に深く思を致すべきである。と。原判決破棄。

確定判決上の権利と雖も信義に従い誠実に行使すべきであつて、これを濫用してはならないとする点でこの判決は正しいと思うが、本件執行が権利濫用であると結論することには問題がある。本判決が本件執行が権利濫用であると断定する根拠は以下の諸点であると考えられる。(1)Yの訴外Aに対する損害賠償請求権は将来の営業不能を前提として認められたが、Yの負傷は快癒し自ら営業しているという事情の変更があること。(2)Aは損害賠償債務の負担を苦し自殺したこと。(3)判決確定後五年にして突然相続人X₁等に対し執行したこと。しかしながら、これら三点はいずれもYの執行の権利濫

用を理由づけるものではない。

まず(1)について。なるほど本件損害賠償請求権はYの将来の営業不能を前提として認められているが、判決により右請求権が確定された以上は右判決は既判力を有し、その前提の判断が後に誤りであったことが判明しても、右請求権自体を争うことは既判力により遮断される。前提が正しい限りにおいて右請求権の存在について既判力が認められるわけではない(権利濫用民商法四八条二号二五八頁)。かかる判決は誤判であるが、誤判であつても確定判決の確定力を排除するために再審を必要とする。再審理由は民訴法四二〇条に制限的に列挙されているが、本件は同条七号の場合にはあたらない。ただし鑑定人が虚偽の陳述をなすにつき故意がないからである(刑二〇条二項照)。

もつともこの点につき以下のごとき見解がある。「将来の労働可能性は到底適確な認定を期し難いところであるから、前判決の訴訟資料に一定の瑕疵の存するときは再審が認められていることにかんがみても、その認定に著しく相違した事態を生じたときは、事実を再審理することができる」と解しても、必ずしも既判力制度の趣旨にそわないものとは断じえないであらう。もつとも確定判決後の事態が判決における認定とどの程度相違すれば、その相違を著しいものと認めるべきかは問題であるが、結局は、正義乃至衡平の観念に照らして具体的に判定するほかないと思われる。ただ、確定判決によつて損害賠償請求権の存否が確定しているという意味において形式的には既判力を生じているのであるから、立法論としては、再審事

由を拡張するか、ドイツ民法の規定する変更判決の制度のようなものを認めるのが適當であると思われるが、わが現行法の下では、本件のように確定判決で認められた損害賠償請求権の不成立を主張する場合には、本判決の説くように、請求異議の訴に関する規定を拡張的に適用すべきである。「このように解するならば、逆の場合、すなわち確定判決において負傷による将来の労働不能に基づく損害賠償請求権が否定せられている場合にも、その後判決における認定に著しく相違して労働不能の状態となつたときは、被害者は更にその損害の賠償を請求しうるものといわなければならぬ。また確定判決に基づいて既に給付がなされている場合に、その後判決の認定に著しく相違する事態が明らかとなつたときは、加害者は不当利得としてその返還を請求することができる」と解すべきである」と(山本戸前掲二)。将来の労働の可能性は予測できることもあるうし、できないこともある。本件の場合実は予測不可能であつたとしても、Aにはそれを主張立証する十分な機会が与えられたうえで、予測可能なものとして労働の不可能性の判断がなされたのであるから、これを以て再審事由又はそれに準ずるものと考えることは適切ではないであろう。一定の訴訟資料に基づく事実認定が著しく真実に相違しているという一事をもつてして、再審が可能であるとしたり、再審事由を拡張する必要を認めるならば、再審が非常に広範囲にわたらうおこなわれることになるであろうし、このことは結果において既判力制度と矛盾することになる。もちろん論者は、正義衡平の理念に照らして相違が著しい場合に限りという限定を附し

てはいるが、この限界は甚だ不明確である。さればこそ四二〇条四号ノ七号の場合にあつては、罰すべき行為につき有罪判決もしくは過料の裁判が確定したとき、または証拠の欠缺以外の理由により有罪の確定判決もしくは過料の確定裁判を得ることができなかった場合に限つて再審事由になりうるに過ぎない(四三三項)としているのである。

本件の場合請求異議の訴を認めるわけにもいかない。請求異議の訴は、債務名義が確定判決である場合は、既判力の標準時以後に生じた実体的請求権に関する異議事由が存する場合に認められる。さらに、債務名義に表示された実体的請求権の消滅とか期限の猶予というような異議事由がなくても、執行が実体的に違法があれば、かかる執行からの救済手段として請求異議の訴が類推的に許されるとする見解がある(たとえば、兼子教授は不執行の合意を実体法上の債権契約とみて、執行は執行法上は適法であるが、かかる執行からの救済として本訴を認めている。民事法研究一卷二九〇頁以下。なお斎藤執行契約民事訴訟法講座四卷一〇五八頁以下。判例としては、大審昭和十五年二月三日民二判民集一九卷一〇頁、大審昭和十五年三月二日民三判新聞四四四九号、大審昭和十五年八月二日民一判民集一九卷一七号、二頁。民事上告理由並びに上告審判決理由に採出された最初に挙げた執行に対しては、請求異議の訴を提起して限定承認を主張したのに対して、第一・二審ではかかる主張は確定判決の既判力により遮断されるとして原告敗訴の判決をなしたのに反して、上告審ではかかる判決の執行は不法行為であり、したがつて判決の執行自体が不法な場合であるとして、原判決を破棄したものである。責任は執行の段階で具体的には問題になるものであるから、執行の段階で主張すべきであろう。無留保の給付判決の確定により既判力でその主張が遮断されないうと解すべきであろう。ただしその主張方法は問題である。兼子強制執行法五二頁)。

ところで本件の場合、損害賠償請求訴訟の既判力の標準時以後に事情の変更があり、損害賠償請求権が消滅したとみたり、右請求権の行使が(確定判決に基)不法乃至権利濫用になるものとみることはできない。何故ならば、将来の労働の不可能性が損害賠償請求権確定

の前提問題として判断されており、その結果後者が既判力をもつて確定されているのであるから、将来の労働の可能性を前提とする右請求権の消滅を主張することが不可能であることは既に述べた通りである。換言すれば、本件の場合損害賠償請求訴訟の既判力の標準

時以後に事情の変更の主張を認めることは、一般の場合に、法律要件の誤認が後に明白になつた場合事情の変更ありとして既判力を以て確定された当該請求権の消滅を主張するがごときものであるといわなければならない。ただ異なる点といへば、本件の場合労働の可能性・不可能性の予見が困難であるということである。しかし、この点は、損害賠償請求訴訟で予見可能なものと判断され、しかもそれが事実の誤認であつたとしても、最早この点にもとづく右請求権の存在を争う余地は既判力によつて遮断されるし、確定判決により認められた請求権が、確定判決の判断の基礎たる事実が不存在であつたことにより、消滅するとは考えられない。

つぎに(2)の理由、すなわち、債務を苦にした債務者の自殺行為は、全く債務者個人の事情で、これをもつて事情の変更あり、したがつてかかる行為によつて債権の消滅又はその行使の権利濫用性は根拠づけられないであろう。

最後に(3)の理由についてみよう。損害賠償債務の相続は事情の変更にはならない。相続人は限定承認もできるし相続放棄もできる。それにもかかわらず本件の場合単純承認をしているのであるから、債権全額につき執行されても止むを得ない。判決確定後五年にして突然執行をなしても、それだけでは権利濫用というには充分な根拠

を欠くように思う。仮りに右執行が執行濫用であるとしてもその救済は五四五条によるべきではなく、五四四条ないし五五八条によるべきであろうことは以下にのべる通りである。

ドイツ民法七六五条a第一項は、「執行処分が債権者の保護の必要を充分に評価しても特殊な事情のために、公序良俗に反する苛酷さをもつ場合、執行裁判所は債務者の申立に基づき執行処分の全部又は一部を取消し、拒否し、一時停止することができ」と規定する。これは執行の濫用の禁止を内容とする。この理は我法上も当然認められてしかるべきであると考えるが(右田確定判決に基づく強制執行と一八六)、本件執行がこの場合に該当するとは考えられない(「該当」としては、審藤判例評論〇号(判例時報三〇六号一二頁、右田前掲一八九頁は、前提たる基礎事実の判決確定後における変更の場合の執行についても法的評価は執行濫用の場合と変る)。山本戸教授が正当に指摘されるように、本件の場合問題なのは本件執行の基本たる確定判決の当否、したがつて右判決により確定された請求権の存否それ自体であつて、執行方法の良俗違反性ではないからである(山本戸前掲二六二頁。仮りに本件執行が民法五六七〇条の二、六八一条の二にいわゆる差押禁止物に対して執行をなしているならば、五四四条乃至五五八条で救済が与えられるであろうが、少なくとも請求異議の訴は認められないであらう)。仮りに、本件執行が執行の濫用であるとしても、本件執行からの救済は民法五四四条ないし五五八条によるべきであつて、請求異議の訴によるべきではなからう。執行濫用の場合権利の行使が実体法的にみても権利濫用にあたることを理由に五四五条の訴又はこれに準じる訴の提起を認めると、五四五条の訴が債務名義の執行力の排除を目的とするものであると解する立場から、かかる場合に問題なのは債務名義の執行力の排除ではないから、五四五条の訴

又はこれに準ずる訴は認められないという反論が提出されるであろう。

以上述べたように、本訴の異議事由として原告らが、仮りに実体的請求権そのものがそもそも存在しないとか消滅したというのであれば、本訴請求は理由がないし、本件執行の方法が権利濫用であるというならば救済の方法を誤るものであつた訴は却下せらるべきであらう。

ところで、本件にみられるように、交通事故にもとづく損害額の算定には困難を伴うことが多い。したがつて、訴訟において損害額の算定を誤ることも多いであらう。かかる事態を回避するために、立法論としては、たとえば、変更判決の制度(ドイツ民法)^(三三三)を認めるとも考えられる。

しかし現行法の下においても、一部請求を認めることによつて、かかる困難はある程度解決しうるであらう(一部請求を認める根拠については、執行の排除本誌三五巻四号二九頁以下、なお兼子確定)は、石川請求異議の訴と個別的判決後の残額請求民事法研究一卷三九一頁以下参照)。すなわち、原告は損害額算定の不能な場合、さしずめ算定可能な部分について一部請求をなすべきである。本件におけるごとく、仮りに将来の労働の可能性が予測しえない場合、原告は将来の労働が不可能であることを前提として算定した損害額につき給付の訴を提起しても全額について請求は認容されないから、既に発生せる部分について一部請求をなすよう請求を縮限しなければならぬ。請求を縮限しない場合、その全部については認容判決は得られないが全部請求について判断がなされたものであるから、以後判明する損害について賠償請求をしえ

なくなる。将来の労働の可能性が予測しうることを前提に損害額全額につき賠償を請求し、予測可能を前提として全額につき請求が認容された場合、予測に反して労働が可能になつたとしても、これを争ふことははやできないことはすでに述べた通りである。すなわち、将来の労働の可能性につき予測はできなくても、原告は一部請求をなすことにより、労働が不可能であつた場合の損害賠償を確保しうるし、被告は労働が不可能であるという予測の可能性を前提としてなされた請求に対して、予測の可能性を争ふことによつて、予測が不可能であるにもかかわらず可能であることを前提としてなされた損害賠償請求に応じる必要がなくなるのである。(石川 明)

昭三七12(最高民集一六巻) (五号一三三頁)

独立当事者参加不許の裁判の未確定の間に下された被参加訴訟本案判決に対する上告の適否

家屋明渡請求事件(昭和三七・五・二九第三小法廷判決)

A所有建物の賃借人たるX(原告)が契約の解除に基づき転借人Y(被告)に対して家屋の明渡と賃料・損害金の支払とを請求して概ね勝訴(詳しく言えばYには共同被告があるが簡明のため割愛)。Yから控訴、控訴審で地主Bが民訴七一条により当事者として参加したが、参加の申立は不適法として判決で却下され、Bはこれに対して上告をおこした(参加申立は再度行われ再度却下されてこれについても上告をおこしたものである)。Bの上告はなお審理せら

れていないに拘らず、控訴審はXY間の被参加訴訟につき本案の判決をして(第一審判決をやや変更しつつも)同じくはXを勝訴させた。そこでYから上告に及んだのが本件であつて、上告理由は「被参加訴訟の弁論を終結しても参加の適否に関する上級審の裁判が確定する迄は判決をなし得ない」筈だと主張する。最高裁いわく、「所論は、上告人ら自身(Yとその共同訴訟人)にとつて何ら上訴の利益なき主張であるから上告適法の理由とならない」と。——棄却。

嘗て、大審院は、第三者の独立当事者参加にも拘らずこれを無視して被参加訴訟についてのみ本案判決を下した控訴審の措置を非難し、被参加訴訟敗訴当事者の上告を容れて、原判決を破棄、強く学説の支持をえたことがあつた(大判昭五・二・二二民集九卷二号一八九頁)。(山田判例研究I二六頁兼子判例〇九頁)。これを本件の判旨と対照させるとき、この両者がどう調和するのは、些か疑問なきをえない。あるいは、彼此の間に、嘗ては第三者の参加につき被参加訴訟の当事者間異議がなかつたのに対し、今回は参加申立が却下せられ、却下判決に対しては上告がおこされているばかりでなく、被参加訴訟の原告は恐らく参加を不適法と考えているという点に、相違が認められるとすれば、この場合、却下判決に対して上告があれば、参加人の新たにおこした請求は、上告とともに上告裁判所に移ると考へべきであらうことを願ふると、右のような差別立ても決して一理もないとは言いきれない。しかし、参加の許否は、参加人に対し独立に既判力のある裁判を与へべきか否かの判断であるから、当事者の態度に拘束されるかぎりではなく、且つ、これに一任すべき事柄ではないし、参加申立が却下せられても、それだけでは未だ参加が不適法と決まつたわけではないから、

右の事情を両者の差別とみることは当らない。申立却下の判決が未確定の間は、確定が上訴によつて遷延せられていた場合と、未確定が上訴期間のまだ経過しおられない場合とで、被参加訴訟のあり方に相違が生じる理由もない。あるいは、また、参加人主張の実体法的内容が、嘗ては被参加訴訟の本案判決に影響を及ぼすこと明かであつたが、今回は影響がないと認められるという実質的な判断の相違が、彼此の両案件の判旨に差異を生ぜしめているのであろうか。さような実質的な判断がそれぞれの場合に當つてどうかどうかは姑く措く。参加人主張の実体権が真実に存在するかどうか(請求理由ありや否)は勿論、当該実体権が独立当事者参加に適するものかどうか(参加理由ありや否)も、参加が「ある」かどうかとは全く別のことで、最後の問題を前二者のいずれかに置換えることは、問題の混同であるか、そうでなければ、便宜にのみ走りすぎた取扱である。勿論、同じ考慮を被参加訴訟敗訴被告からの上告の「利益」の有無の問題として行ふ余地はなお失われぬ。本件Yは、右の旧事件におけるとは異なり、たとえBを加えて審判が行われたところで、現在以上に有利な判決を獲得しうる見込がないから、判決は違法だとしても、この場合Yに不服を申立てる利益はないと考えるわけである。本件判旨の真意は、実は、この趣旨にこそ解せらるべきもののように、こう解して始めて、旧事件との調和も、判旨の言辞も理解できるのみならず、Bの参加によつて判決に影響を及ぼすべき防禦の方法というものはすべて「原審において主張なくその判断を経な」かつた事実ばかりではないかとYをきめつける判旨第二点

の本件論点(判旨第)との関連をも理解することができる。そして、この線で問題を解決し、事態を落着させるに判旨を踏み寄せたものは、反対に勝訴当事者Xの地位が、Bの参加によつて(Bは参加を反響)何時までも確定しない不都合への配慮と察せられ(所謂は上告人にとつて主張である」という口吻は誰)、この配慮は充分に尊重せられる価値が主々にこの配慮を表現している)。しかし、XY間の請求についてのみ判断を下した原審の判決は、たとえBの参加によつてもYの地位が改善される見込はない場合でも、BX間・BY間の請求について全く判断を欠くという意味で「全体の判断も誤つていることになる」のみならず(菊井村松四七頁)Y自身にとつてもBY間が本案につき既判力をもつて確定されることは利益であろう(Xも同じ利益をもつが判旨の理論でいく)。原審の判決がBの参加「ある」にも拘らずその請求について「判断していない」とを認める以上、最高裁は、上告を容れ、原判決を破棄して、事件を原審に差戻すべきであつた。

尤も、かように解することになると、参加申立の濫用によつて、被参加訴訟の勝訴当事者の地位は長く不安定にさらされるという判旨の貴重な配慮は、生かされないことになる。既に本件について判例批評を書かれた小室教授も、本文同様判旨に反対されながら、懇切に濫参加対策を考え、参加申立の適否を即時抗告のみに服する決定で裁判し、早く浮動の状況を終結せしむべきことを提唱されたことであつた(民商四八巻二)。だが、当事者参加は、その実質、ひとつの訴であるから、これに補助参加にかかわる民訴六六条を類推適用することは乱暴であるし(菊井評義)、かくては逆に正当な参加人の利益

が害されることにもなる。むしろ、中間判決または最終の全部判決の中で申立却下を宣言する方が筋が通ると言わなければならないが、それでは、また、却つて、早く確定できるものをアトまで持越すことになつて、訴訟経済に反する。勿論、三面訴訟という構造は、この場合、参加人の申立によつて生じるもので、それが一般の訴訟要件をそなえ、あるいは参加の理由あるを俟つのではない。このことは、単一独立の訴と比照して考えれば明白なことで、既存の訴訟以外にこれらの要件を調査する場所もなく、「適法な参加によつて、三面の訴訟が成立する」というような解説は表現として正確である(兼子全書二八四頁、傍点は筆者)。しかし、だからといつて、参加の許否を一部判決で宣言することが許されないわけではない。三面訴訟の拘束は本案裁判を下すについて存するもので訴訟判決を拘束せず、許否は参加の「行為」について決せられるもので全体としての訴訟にかかわるのではないのみならず、申立の却下は三面訴訟の解消を志す行為でこれを前提とする行為ではない(中断中の中断解)からである。我々は、通説と同様、参加の申立を不適法と考える裁判所は、まず終局の一部判決をもつて申立を却下することができる、と解すべきである(菊井村松前掲四二四頁)。

問題は次の二点に残ろう。第一は、却下の判決に対して上訴がおこされた場合、何が上級審に移審するかということ。参加人提起の新請求が上級審に移ることは認めなければならぬまい。そうでなければ「訴ヲ不適法トシテ却下シタル第一審判決ヲ取消ス場合ニ」控訴裁判所がただ原判決を取消すだけでは足りず「事件ヲ第一審裁判

所ニ差戻スコトヲ要ス」る旨規定した民訴三八八条の趣旨を理解することができない。だが、そうなると、今度は、原審に残留するのは被参加訴訟の請求だけなのであるから、何故、原審裁判所が被参加訴訟の請求だけについて審判してはいけないのか疑問になるし、被参加訴訟の請求だけが残留することを嫌う立場からは、参加人の上訴によつて全部の請求が上級審に移ると論じなければならぬことにもなろう(兼子前出判民四〇一頁は参加人の上訴が参加申立の却下に対する上訴の場合にも全部の請求の移審を認めるものか判然しない)。そして、第二は、参加人の上訴ある場合、原判決の確定まで、被参加訴訟は中止せられるか否か、ということ。「第六八条を類推適用して参加の適否が上級審で確定するまで一応参加人に訴訟行為を許す(註略)とすることが、訴訟経済上妥当であるが、それにしても判決をしてしまうことはできない。従つて、たとえ弁論を終結しても、参加の適否に関する上級審の裁判が確定するまでは判決を差し控えるべきだ、というのが差当り手許の解説書の中では最も立入つた説明だが(松井村、原審に残留する請求が被参加訴訟の請求だけであるとき、参加人は一おう訴訟行為を許されて、何ができることになるか。また、そもそも参加人の請求の係属しない原審裁判所でどうして参加人はなお参加人たるの資格をもつか。あるいは参加人の請求ばかりでなく総ての請求が移審すると考えた場合、なお原審で参加人が訴訟行為を認められ、原審裁判所が審理を進めうるのは一体何によつて可能となるのか。更に、もし、原審裁判所が敢て被参加訴訟について本案の判決をした場合、その判決の効力および上訴権者奈何。そして、かく、上級審の判決を待たなければならない所

にこそ、被参加訴訟の勝訴(すべき)当事者の多大な迷惑がひそむのである。

思うに、三面訴訟という訴訟の構造は、前にも言つたように、参加の申立それ自体の効果として生じる(該密には参加申出の書面または調書(註略)の添本が当事者双方に送達されたとき)。申立が参加の理由をそなえているときでもなければ、それが一般の訴訟要件をそなえているときでもない(要するに適法でなければ三面)。参加が理由をそなえていることは、特別訴訟要件たるに他ならず、訴訟上これを一般の訴訟要件から区別することはできない(必要的共同する原告(註略)の申立それ自体の効果であるから、三面訴訟という構造は、申立の有効な取下または却下判決の確定によつて決定的にこれが解消せられるまで、失われることはない。申立が却下せられてもなお上訴をなしうるかぎり依然訴訟は三面構造を失うものではないが、この道理は申立却下の判決に対して上訴がおこされたことによつて判決の確定が遅延せしめられている場合にも異なる筈はない。上訴は、なるほど、参加人の新請求を上級審に移審はせしめるが、原審にはなお被参加訴訟の請求が「三面訴訟という構造の中で」残留するのである。言葉をかえていえば、三面訴訟という構造に基づく「制約の附著した形」で被参加訴訟の請求が残留するのである。独立単一の訴の場合かかることがないのは、残留すべき請求がないからであるし、逆に、固有必要的共同訴訟のような連命の下や同時移審までを考ふる必要はない。

被参加訴訟の請求は、制約の附著した形でのみ、原審に残留する。

従つて、常に且つ自由に、裁判所が、この制約を無視して、当該請求の審理を進め判決をすることができないことは勿論である。だからといつて、参加人の上訴の提起により、手続の中止を生じると考へることは、いかがであらうか。中止が生じると考へては、被参加訴訟の請求について、訴訟判決さえできないことになるわけで、これは三面訴訟構造の目的を逸脱する。むしろ、制約の附著した請求は、制約の附著したものとしてみれば、審理し判決せられることができる筈だ、という道理を思いおこすべきではあるまいか。なるほど、三面訴訟は申立によつて作られる。今や却下の判決に対して上訴がおこされていることによつて、却下の判決さえも取消される可能性がある。ということは、しかし、同時に、却下の判決が確定すれば、参加は遡つて無かつたことに帰著し、現状は実は対立構造訴訟として審理し判決しうる状況であつたことになる可能性もまた存在するというのである。この状態を素直に受取るならば、原審裁判所に対し、我々は、この浮動状態をこえた確定的な行為をしてはならぬとは言ふことができても、この浮動状態に相応しい行為までを禁ずることはできないであらう。

原審裁判所は、かくて、みずから参加申立を却下したうへは、被参加訴訟の請求について、参加人を関与させずに審理を進め、仮に参加があつてもこの請求に関するかぎり殆ど異なつた判断に達することがあるまいと自ら予測するかぎり、参加申立の却下判決が確定することを条件として、本案の判決を下すことができる、と解することができる。みずから参加申立を却下した裁判所が、仮に参加が

あつてもこの請求に関するかぎり殆ど異なつた判断に達することが先ずあるまいと自ら予測するかぎりで行うかような本案裁判は、一箇の裁判所の統一的な意思としても矛盾しないし、三面訴訟構造に基づく浮動的状态をこえるものでもない。対立訴訟に還元されるという見込からみて適法なこの判決も、三面構造からみて違法なことは勿論であるから、この判決に対しては、勝訴・敗訴の当事者も参加人も不服の申立ができる。勝訴・敗訴の当事者が参加人の請求を判断していない点を攻撃すべきは前述の通りであるが、参加人もまた同じ点を攻撃すべきで申立却下の点を攻撃すべきではない(却下の上訴で攻撃しており上級裁判所)。いくら参加申立却下判決が確定することを条件とはしていても、立法措置のない現行法上、既判力に停止条件や解除条件をつけることはできないから、判決は一般の規定に従つて確定し且つ(無条件に)既判力を生じると解すべきであるが、それは、実際に判断せられたXY間の請求についてのみで、判決が

参加人(B)に既判力を及ぼすことはない。

あるいは、右は、あまりにも大胆にすぎる解決かも知れず、事実、被参加訴訟の判決に対してもまた上訴のおこされるような場合は、きわめて錯雑した関係をも生じることになるのではあるが、同様の錯雑した関係は既にXY間の判決が訴訟判決にすぎない場合にもこれに対し同じく上訴のあるかぎり等しく生じる所であり、たとえば独法上、数額の確定から切離して予め行われる原因判決が上訴との関係で終局判決とみなされる結果(§301I.)、一つの訴訟が同時に二つの審級に係属することがあることは一般に認められる所であ

るに徴しても (Schubert-Jones, *Scholarke*), § 301 IV, § 301 II.) 荒唐無稽な理論構成とはいえないであろう。寧ろ、三面訴訟たる現況からは違法だが、対立訴訟に還元される可能性からは適法という、事態の「そのまま」を写すという意味で、歪みが避けられると考えられ、とくに、右のように考えれば、参加人の上訴にも拘らず、被参加訴訟の当事者は、訴訟を進め、判決を下さしめ、必要に応じては仮執行の宣言をも求めることができるから、訴訟費用による制裁・濫上訴の制裁とあわせて第三者の参加申立の濫用を控制するに充分であろうし、参加人の方からは、被参加訴訟の判決に対してもみずから上訴することによつて自己の地位を防衛することができるから、参加申立の適否を判決で判断して貰えることと相俟つて、必要な保護が奪われることはないといえる。

い。 いずれにせよ、判旨がYの上告を棄却したことには賛成できない。

(伊東 乾)