慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔最高裁民訴事例研究一六〕請求の予備的併合と一部判決 貸金請求事件 (昭和三八年三月八日第二小法廷判決)
Sub Title	
Author	伊東, 乾(Itō, Susumu) 石川, 明(Ishikawa, Akira) 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	1964
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.37, No.9 (1964. 9) ,p.89- 95
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=AN00224504-19640915-0089

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.

〔最高裁民訴事例研究 一六〕

昭三八8（最高民集一七巻二号三〇四頁）

請求の予備的併合と一部判決

貸金請求事件（昭三八・三・八第二小法廷判決）

X男とX′女、W男とW′女とは、それぞれ夫婦であり、X′女はW男の姉である。Wの情婦Y女は、Wに秘してW′女から六八万円の借財をしたが、その返済ができなくなつて事実をWに打ちあけ、Wから同額の金額を受取つてこれをW′女に返済した。WがY女に与えた右の金円は、Wを代理人としてY女が（X′女を通じて）Xから借財したものであるとし、X（原告）はY女（被告）を相手方として貸金返還請求の訴をおこした。WにY女を代理する権限があつたとは認められない（寧ろWがY女に与えた金円は他から調達せられたものと認められる）として、第一審がXを敗訴させたので、Xは控訴をおこし、控訴審では、かりにXY間に消費貸借が成立しなかつたとしても、右金円の費消はY女の不当利得になる旨の主張を追加した。控訴審裁判所が、「当事者双方の主張事実は原判決事実摘示のとおり」、「当裁判所の事実の認定法律上の判断」も「原判決理由のとおり」として、Xの新主張を全く考慮せず、いとも簡単に控訴を棄却したのに対し、Xが新主張の無視を攻撃して上告に及んだのが本件であつて、最高裁は、右新主張を新請求の予備的な併合提起と認めて、曰く、「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」、と。――破棄差戻。

控訴審裁判所が単純且つ簡単に第一審の判決を維持したのは、恐らく、新主張によつても請求自体には変更なく、且つ新主張が理由のないことは余りにも明かであると認めたことによるであろう。なるほど、第一審のように、問題の金円がそもそもXから出たものではないと考えるかぎり、不当利得の主張の理由がないことは明かであろうし、その趣旨の窺われるかぎりは特に別に理由を掲げ直さないとしても必ずしもこれを判断の遺脱とみるには及ばない。問題は、新主張によつても請求自体には変更がない（請求の併合を生じない）とする認識の方にあるわけだが、既判力をもつて確定することの求められる法律効果自体の同一性を請求識別の基準とする考え方をとれば、本件の場合、新主張によつても請求の併合は生じないことになるであろうし、上告理由も、主張の追加とのみ言つて、請求の追加があつたとは一言も言つていない。恰も、最高裁は、原審も当事者も考えていなかつた請求の複数化ということを、突如として持出したような関係になるが、請求が、最終的には、性格づけられた一定具体的な実体権の単複によつて識別せらるべきことは、か

ねてから評者の主張してきているところであり、また、それが、最終的には、当事者の意思の奈何にかかわらぬ客観的な事態の問題であることは、言うまでもない。この場合、追加主張の理由のないことが（本件の場合について個別的にではなく）類型的一般的に明かなわけではないし（類型的一般的に明かに過ぎれば請求の追加なしと考える余地がある）、そうであるかぎり、請求の理由のないことは棄却判決に通じるだけのことで、請求の存否（追加の成否）を左右しうることではないから、消費貸借不成立なりしとすれば不当利得として金円の返還を求めるというXの主張は、貸金返還の請求に、不当利得返還の請求を「追加」したものと認められ、最高裁のこの点の取扱は正当であつたとしなければならない。

然らば、請求の予備的併合ある場合、主たる請求を棄却する一部判決は許されるか。判旨はこれを不適法とするものであるが、学説は必ずしも一致していない。野間教授の本件判批（民商四九巻五号七一七頁以下）は、主請求と予備的請求とが上訴の関係で別々となることを主たる理由として、一部判決を不適法と解しておられるが、これは、一部判決を「適策」としない理由にはなつても、「不適法」とする理由にはならないのではあるまいか。ここで一部判決を不適法にはあらず（許される）と解する学説も、挙示のような理由から一部判決を敢てすることが適策でないことは、当然にこれを認めているのであつて（例えば兼子条解一八三条二1ロ）、問題は、寧ろ、主請求のみにかかわる判決が当然に予備請求をも包摂する「全部判決」になることが、果して適切なりや否やにあろう。もし、請求の併合が「予備的」なものかどうかということが、現時の我国の定説のように、請求の「内容」が相互に矛盾し排斥するかどうかということによつて決まるものであるとすれば、この点、両請求の上訴上の運命を一つにするため、強いて主請求のみにかかわる判決を全部判決として扱わなければならぬ程の、そんな必要は認められない、とするのが本当である。私人は、現行法上、矛盾・排斥する二権利の同時主張を強制されているわけではなく、貸金請求棄却判決の確定後に、別に不当利得返還請求の訴もおこしうるし、一権利の存在が先に既判力で確定されれば、当然他権利の主張は理由なきに帰して、別段の不都合も存しないからである（選択的併合の多くは正にこの意味で一部判決適法）。だが、請求の「予備性」を矛盾排斥というその「請求内容」の関係から決定するのは、甚だ疑問である。それは、訴訟制度の訴訟的性格を見落しているものであつて、請求の「予備性」は、請求内容から決まるのではなくして、原告の「意思」から決まるものである（この点別稿で説くことを予定している）。原告が予備的に請求を結合している場合、これを裁判所がその措置をもつて「解き離す」ことは許されないのであつて（請求の単複は客観的に定まるが予備的併合か否かは原告の意思によつて決まる。また、選択的併合の場合は絶対に切離すべからずという程の原告の意思は認められない）、この理由から、予備的併合における一部判決は不適法と目さるべきもの、と考える（結論だけだが伊東民事訴訟法一六八頁でも不適法説を採つておいた）。判旨は、およそいかなる理由をも掲げていないが、一部判決を不適法とする、その結論は妥当である。

判旨に賛成する。

（伊東　乾）

昭三八9（最高民集一七巻二号三一〇頁）

所有権移転登記の共有名義人を被告として当該登記の抹消登記手続を求める訴訟は、固有必要的共同訴訟である

所有権取得登記抹消請求事件（昭三八・三・一二第三小法廷判決）

訴外B会社は訴外Aを債務者としてAとの間に作成せる債務弁済契約公正証書の執行力ある正本にもとづき、昭三〇年八月九日A所有の本件建物の強制競売を甲地裁に申立て、同日右公正証書の謄本はAに送達された。同一三日強制競売開始決定の登記があり同二〇日本件被告YY_1（控訴人・被上告人）は共同して右建物を競落、同五月一八日両名共有名義で所有権移転登記がなされた。原告X（被控訴人・上告人）は、同八月一〇日、Aに対する七〇万円の債権の担保として本件建物につき抵当権を設定、停止条件附代物弁済契約を締結、抵当権設定登記および所有権移転請求権保全の仮登記をなした。Xは同年一〇月二七日所有権移転の本登記をなした。XはYY_1に対しその所有権移転登記の抹消請求をなし、その理由として、YY_1の所有権移転登記は右仮登記後になされたため、Xに対しその所有権を対抗しえないと主張した。第一審X勝訴。YY_1控訴。原審はYの控訴申立は控訴期間徒過後のものであるからとして却下したが、Y_1の控訴申立にもとづく判決で、本訴はYY_1両名につき必要的共同訴訟であり、Yはその控訴申立を控訴期間徒過後の故をもつて却下されても、Y_1が適法に控訴しているから控訴人たる地位を有するとした。そのうえXの仮・本登記は執行を免れるための仮装の契約に原因するから無効であるとして、第一審判決取消、Xの請求棄却の判決をした。X上告。

上告理由第一点。共有権者のなす訴訟の性質について学説は区々であるが、判例は大体に於て「持分」を理由としてなしうる訴訟は各員それぞれなしうるが、ただ共有権自体を理由にするときは、全員共同でなければならないという取扱をなしているようである。本件において被上告人両名はその相互の共有関係の主張をしているのではない。被上告人Y_1が控訴審で本件建物につきX主張の所有権取得登記の原因に対し防禦方法を主張しているにすぎない、かかる場合YY_1につき本訴の目的が合一にのみ確定する必要はない、例えば、甲乙丙共有の土地が丁により時効取得されそうだというとき甲乙のみが丁に対し共有関係を主張し丙がその主張をしないときは、結局甲乙丁の共有となる。かかる場合丙との関係で甲乙との共有関係を終了させることが民法の建前である。かかる本件で、Yが適法な控訴をしていない以上XY間の第一審判決は確定、Y_1の控訴によりYは控訴人としての地位を有するようにはならない。原判決は民法二四九条以下特に二五二条及び民訴法六二条の適用を誤つたのみならず、Yを訴訟当事者（控訴人？）となしたことにつき原判決は何等の理由も附していないから破棄さるべきである。

これに対する上告審判決は、「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）Yは自分の申し立てた控訴は控訴期間経過の理由で却下されたのにかかわらず、被上告人Y_1の控訴の効果によつて、控訴人たる地位を有するものと判断したのは正当である。所論は、独自の見解にもとづき原判決を非難するものであつて、採用することができない」とし、上告棄却。

判旨に反対。

結論的にいうと本訴は通常共同訴訟であつて必要的共同訴訟ではない。

共有者に対する共有物の登記抹消請求に応ずる行為は共有者についてみれば保存行為であろうか。共有者がする登記変更請求、共有者が共有物についての登記変更請求に応ずる行為は、登記変更請求が訴によらない場合は処分行為にはならないと解すべきであろう。これに反して、それが訴による或いは訴に応訴する場合は、処分行為に準ずる取扱をなすべきである。もちろん、この点で二つの異論が予想される。一つは、共有者の一人が共有物につき妨害排除請求をする場合、勝訴すれば保存行為であり、敗訴すれば他の共有者が自ら妨害排除請求をなしえなくなるから保存行為の目的を逸脱し、処分行為となるとする見解である（加藤・民訴判批集一巻五三頁以下）。この見解によると、共有者が登記抹消請求をうける場合これに応訴し、原告が勝訴すれば処分行為、原告敗訴ならば保存行為という結論が導かれそうである。しかして、本来実体的に登記請求権が存在しないにもかかわらず登記請求権を訴で主張し、請求が棄却されたとしても、それを以て登記請求権の処分ということはできないし、また実体法上登記変更の義務があつて登記変更請求訴訟で敗訴した場合、登記につき処分があつたということもできない。けだし、客観的実体関係が登記に関して確定されたのであつて、それ以上共有者である原・被告が実体関係を処分した結果になつていないからである。そこでこの見解に対しては、結論としては妥当であるが行為の結果が不利益に終つたときに、権能の誤つた行使としないで、権能がなかつたのだと考えることは是認しえないとか（我妻・判民大正一一年五六事件）、この見解によれば、共有者の一人か訴訟をした結果判決がその敗訴に帰した場合逆に適格がなかつたとして棄却すべきで判決を理由なしとして棄却するのは誤りであるという批判（山田・判批民訴法一巻四一二頁）がなされることになる。二つは、訴訟が訴訟外の客観的な実体的法律関係の反映を目的とするから、勝敗如何に拘らず共有者からする変更登記請求、共有者の応訴は保存行為とはいえても処分行為とはいいえないとする見解が考えられる。しかし、訴訟の誠実な遂行を忘つたり自白をなしたりして敗訴することもありうるし、そうでなくても和解や請求の抛棄・認諾をする場合も考えられる。和解や請求の抛棄・認諾にあつては実体的処分が伴うことがあるし、訴訟の不誠実な遂行による敗訴はまさに実体的処分は意味しないまでもこれに準ずべきである。したがつてすくなくとも訴訟による変更登記請求およびこれに応訴することはかかる準処分の可能性を含む以上純然たる保存行為とみることは妥当性を欠くのではないであろうか。保存行為であれば各共有者の一人が単独でこれをなしうることになるが、共有者の一人が他の共有者の同意なく単独でなしたあるいは応訴した訴訟における右の敗訴・和解・認諾・抛棄の効果は他の共有者にも及ぶとしなければ論理が一貫しないが、これはいかにも不合理ではないであろうか。いかにも他の共有者にとり酷ではなかろうか。処分行為であるとするならば、それは変更に準じるから（我妻・物権法二一五頁）、共有者全員の同意を必要とする（民二五一条）。共有者全員の同意を必要とするということは、対外的には共有物そのものの処分は共有者全員でこれを行うべきであるということを必ずしも意味しない。むしろ民法二五一条の「各共有者ハ」という文言からは各共有者が単独で変更を、従

つてこれに準じて処分をなしうることを予定していると解せられる。そこで、共有者の一人は他の共有者の同意があれば単独で訴により登記請求をなし、登記変更請求の訴に応訴することができる（単独で被告適格がある）。この場合には不可分債務に関する民法四二八条の規定を類推することはできない。

問題は、共有者の一人があるいは対して他の共有者の同意なしに登記変更請求をなしうるか否かという点にある。かかる場合に、登記変更請求が物権による場合と債権にもとづく場合をわけ、後者につき不可分債務に関する民法四三〇・四三二条を適用する見解がある。たとえば、判例は、所有権にもとづき共有者に抹消登記請求をした場合固有必要的共同訴訟を認めながら（大判昭八・三・三〇、裁判例七民五七一頁）、一方売買にもとづき共有者に移転登記請求をなす場合固有必要的共同訴訟を否定する（最高判昭三六・一二・一、五民集一五・二八六五頁）。後者は債権的登記請求権を主張しそれが不可分債務であるから、各共有者に対し共有物全部の登記移転請求が可能である。これに反して、物権的義務の場合は、債権法四三〇・四三二条は適用できないから、権利者は義務者の一人に対し全部の履行を請求できないし、したがつてまた、この履行を求めようとすれば義務者全員を相手どる固有必要的共同訴訟を必要とする。というのであれば（本件に対する鈴木・判批・民商四九・五・一一一―二頁）、判例はこの立場をとるものとも考えられる。しかして、この見解には全面的に賛成するわけにはいかない。共有にあつては、各共有者の持分権としての同一物を目的とする所有権が競合して併存するにすぎず、各共有者は第三者に対しその共有関係そのものを主張する利益乃至必要はない（兼子・共有関係の訴訟・民事法研究Ⅱ一五一頁）。たしかに、多数人の共有の場合そのうちの若干の共有者が共同行為を欲しない場合またはこれをなしえない場合、各共有者が共同行為を単独でなしうれば便利である。しかしその便利さは、むしろ別の手段でカバーされなければならない。すなわち、(イ)かかる不便性は部落の共有のような場合に主として現われるが、かかる場合むしろ部落に当事者能力を認めることによりカバーさるべきである（我妻・物権法二二〇頁）。(ロ)共存者間に不和の生じて共同の訴訟ができない場合はむしろ共有の終了を望むべきである（我妻・前掲）。(ハ)もし仮りに不可分債権関係として、あるいはこれに準じた取扱いをしようとするならば、共有者の一人からのまたは対する行為の効果は他の共有者に及び、他の共有者はそれを認めなければならないとしなければ、論理は一貫しない。共有関係の訴訟で共有者の一人のうけた判決の効力は他の共有者におよばないことは、通説・判例の立場といつてよい。しかし、一方で共有者の一人から、または対して、登記変更請求を認めておきながら、その判決の効果が全員に及ばないとするならば、その実益は必ずしも多くはない（我妻・前掲）からである。論理を一貫させるならば、それは相手方の便宜を強調するあまり、他の共有者の利益を不当に無視するものといわなければならない。共有者の一人に対し登記変更請求の訴を提起し原告が勝訴した場合、その判決の効力が他の共有者にも及ぶとみることは、不当に他の当事者の利益を無視することになる。逆にかかる主張は認めるが他の共有者にその判決の効力が及ばないというならば（鳩山・研究二・一三〇頁以下）、他の共有者が争う以上、共有物に対する登記を完全に移転

するには別に他の各共有者に対し登記移転の請求の訴を提起しなければならないことになる。結果において共有者の一人に対する訴はその持分に関する訴ということになる。また共有者勝訴の時は他の共有者にも判決の効力が及ぶが敗訴の時には及ばないから、他の共有者にとり酷ではないとする見解もありえよう（加藤・前掲二巻二六頁）。この見解は勝訴の時は保存行為敗訴の時はそうではないとみることを前提とするが、この前提が誤りであることは既に述べた。かくして少くとも債権的登記変更請求の場合に不可分債務に準じて考えることは誤りであると考える。各共有者が第三者に登記の変更請求をしたり、第三者から登記の変更請求をうけるのは、その持分に限るとみるべきである。

次に共有者の一人が第三者に対し、あるいは第三者が共有者の一人に対し登記変更請求をなすに際しては、右登記変更請求権が債権的である場合には、不可分債務に関する民法四三〇・四三二条を適用し、物権的である場合には同条を類推適用せんとする見解がある。すなわち、「なるほど物権的義務であるから、債権法の規定を直接適用することは無理であろう。しかし、ここでは類推適用という法技術を活用して、物権的義務にも債権法の規定を類推適用していくべきではなかろうか。つまり、物権的義務であつても、それが不可分給付を目的としているときは、民法四三〇条、四三二条を類推適用して、権利者に義務者の一人にたいして全部の履行を請求できることをみとめるのである。げんに、判例も、共有者の一人から、所有権にもとづいて第三者に共有物全部の引渡を請求した事件

において、――これが物権的請求権であるにもかかわらず――不可分債権の規定（民四二八）を類推適用して、この請求を認めている。もつとも、この事件と、ここに論じるばあいとでは、物権的請求権か、物権的義務か、というちがいは存するが、両者はいずれも『物権的』であるという点では共通しており、すでにその一方に債権法の類推適用をみとめる以上、他方にも同法の類推適用を認めるべきではなかろうか。なお、ほかにもこの両ばあいには、一方は共有者の一人から第三者に請求するばあいであり、他方は第三者から共有者の一人に請求するばあいというちがいもあるが、このようなちがいによつて右の結論が左右されるとはおもえないし、また、すでに前記昭和三六年最判も第三者から共有者の一人に請求できることを認めているのである。要するに、物権的債務についても、それが不可分給付を目的としているときは、民法四三〇条、四三二条を類推適用すべきであると考える。もつとも、共有者の一人にたいする抹消登記、移転登記、または引渡などの請求が不可分給付を目的とするものか否かは、共有の性質とも関連して若干問題であるが、性質上の不可分給付と解すべきであろう」と（鈴木・前掲一一二―一三頁。性質上の不可分とみるものとして、このほか山木戸・必要的共同訴訟にあたらない事件・法律時報三四・九・九六頁）。私は既述の如く、共存者の一人に対する抹消登記請求を不可分給付を目的とするとは考えない。そこで債権的登記請求権の場合でも民法四三〇・四三二条は適用されることはいし、ましてや物権的登記請求権の場合右の各条が類推されるなこともない、と考える。

本件の如き場合仮りに不可分債権関係に準じて考えることにする

と、本訴がすくなくとも固有必要的共同訴訟ではないことは確かである。けだし、共有者全員が当事者にならなければ当事者適格を欠くわけではないからである。ただ、類似必要的共同訴訟になるか通常の共同訴訟であるかは問題である。合一確定の必要があるか否か、すなわち共有者の一人に対する判決の既判力が他の共有者に及ぶと考えるならば、本訴は類似必要的共同訴訟とみるべきである。しかし、通説・判例のように、共有者の一人に対する判決の効力が他の共有者に及ばないとするならば、本訴は通常共同訴訟である。本訴は給付訴訟であるが、確認訴訟であってもこの理は同じである。

各共有者からの又は対する請求は各共有者の持分権に限定されると考えるならば、本訴は通常共同訴訟であって、類似必要的共同訴訟と解する余地すら全く存在しない。私は既述のごとくこの見解を是としたいから、本件原審判決ならびに上告審判決は誤りであると解する。

なお一言ふれるならば、本件上告審判決理由中では、本訴が必要的共同訴訟であると判示しているにすぎないが、判例集の判決要旨は本訴を固有必要的共同訴訟であるとしている。共同訴訟人の一部が上訴しないか、または上訴できないときでも、他の共同訴訟人さえ適法に上訴していれば、当然に前者も上訴人の地位を有する、という結論を導くには、訴が必要的共同訴訟であればよく、固有必要的共同訴訟であると類似必要的共同訴訟であるとを問わない。したがつて、この判決要旨は判示事項を正確に再現したものとはいい難い（同旨・鈴木・前掲一一〇―一一頁）。

（石川　明）