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一七〕証拠調の一部施行と時機に遅れた主張の却下 所有権移転登記抹消請求事件 (昭和三八年三月一五日第二小法廷判決)
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.10 (1964. 10) ,p.99- 105
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=AN00224504-19641015-0099

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　一七〕

昭三八10（最高民集一七巻一号三六〇頁）

証拠調の一部施行と時機に遅れた主張の却下

所有権移転登記抹消請求事件（昭三八・三・一五第二小法廷判決）

自己の関知しない間に土地所有権の移転登記がされてしまつたと称してX（原告）がY会社（被告）を相手にその登記の抹消を訴求したに対し、Yは、右登記は、Xの代理人（義兄）AとY会社の代表者（代表取締役）Bとによつて締結せられたXY間の停止条件附代物弁済契約に基づくもので、適法であり、仮にAには契約当時Xを代理する権限がなかつたとしてもXはその後これを追認した、と抗弁した。代理権も追認も認められず第一審でYが敗訴したので、Yから控訴したが、この間に、Y側の訴訟代理人は、V_1の死亡によつて$V_1 \rightarrow V_2 \rightarrow V_3 \rightarrow V_4$と交替しており、事件が訴の提起から第一審の判決に辿りつくまでには、二年半の日子と、一六回の口頭弁論とを要したのであつた。Y側の最後の訴訟代理人V_4はその第一五回および第一六回の口頭弁論にのみ関与したが、無権代理追認の主張は既に最初の訴訟代理人V_1によつて第二回口頭弁論期日に提出されたものであつたし、最終口頭弁論期日のためにV_4の提出した準備書面には表見代理の主張が包含せられていたが、この準備書面の記載が一括して陳述されなかつたため、表見代理の主張が第一審では登場しなかつたものである。V_4は控訴審の第二回口頭弁論で、改めて表見代

理の主張を提出、この主張について証拠調も一部行われたけれども、結局、控訴は棄却せられ、控訴審裁判所はV_4によるYの右表見代理の主張を時機に遅れた防禦の方法として却下する旨、判決の理由中に宣言した。それは、右のような訴訟の経過を援用したうえ、Y側表見代理の主張は第一審第二回の口頭弁論期日にV_1が追認を主張したとき既に提出しえた筈のものであること、および、V_4が準備書面中に表見代理の主張を掲げながら自らこの準備書面を陳述しない旨述べたものであることに依拠するもので、あわせて一部証拠調を実施したに拘らず主張を却下するについての弁明を掲げている。曰く、「もつとも当裁判所は、当審口頭弁論の終結に至るまでこの点の判断を留保したために、この点について一部証拠調べが実施せられ、若干訴訟完結の遅延を招いたきらいはあるけれども、民訴法一三九条に基いて、時機に遅れて提出された攻撃防禦方法の却下を求め得る相手方の権利は、これによつて妨げられるものではないから、結局右表見代理の主張は、その実体について判断するまでもなく、訴訟法上許容することのできぬものとしてこれを却下しなければならぬ」、と。これに対しY側から上告に及んだのが本件であつて、YのためV_4の展開した上告理由は、第一審の口頭弁論では終始消費貸借の主体や代物弁済契約の存否が争点となつていたから表見代理の主張を提出する遑がなかつたし、提出した準備書面を陳述しなかつたのは基本的な法律関係について自ら誤解していたことを知つたためで表見代理が成立たないと考えたからではなく、かかる誤解は結審近く遽かに前代理人と交替したV_4としては無理のないことで、Y側に時機に遅れたについての過失はなく、主張立証が終了し他の点についてもなお証拠調の必要があつた本件では、表見代理の主張を顧慮することが訴訟を遅滞せしめることもないから、Y側のこの主張を却下した原審判決は違法である、というにあるが、最高裁は上告理由を認めなかつた。曰く、「原判決挙示の本件一審以来の訴訟の経過に照し、上告人の原審においてなした所論の主張は、上告人が故意または重大な過失により時機に遅れて提出したものであつて、そのため訴訟の完結を遅延せしめるものとしてこれを却下した原判決の判断は相当である。右主張を立証するため、上告人提出の証拠につき既に一部証拠調がなされたことは所論のとおりであるが、原判決は、右主張に対する判断のためにはなお証拠調（を）必要とし、これがため訴訟の完結を遅延せしめると認めたものであること判文上明らかであつて、右主張を立証するための証拠調が一部施行されたからといつて民訴一三九条によりこれを却下することができないわけではない」、と。――棄却。

証拠調が既に一部施行された後になつて、今更のように要証事実を顕出した攻撃防禦方法たる主張を却下することは、どう考えても、決して好ましいことではない。証拠が主張を前提とするものである以上、証拠調を施行するという裁判所の態度は、主張についてこれを許容する〃暗黙の〃裁判があつたものと解する余地があり、主張者も相手方も裁判所のこの態度に信頼して当該主張が訴訟資料になるものと考え、従つてこれを却下することは、いずれの当事者の期待をも裏切ることがあろうからである。にも拘らず、これを許せば、一おう証拠調をやつてみたうえで、実体的な見込（なお心証＝証明に至らぬ見込）に従い手早く事を処理する手段として、あるいは、獲得した心証に基づいてさえその説示もしくは法律的構成の困難を避ける便法として、裁判所が却下に逃げこむ危険もあろう。控訴審でこれをやられると、上訴の手段が上告しかない結果として、不意を打たれた当事者に充分な救済を保障できない弊も考えられる。兎

もあれ、ルーズな取扱が好ましくないことは言うまでもないところで、あるいは、民訴一三九条の却下を独立の決定によらず判決の理由中に包含させてもよいとする定説の態度を更めて、必ず独立の決定によるべしと説くことも、ルーズな取扱を避止する役に立つかも知れない。それは、主張と証拠との間に心理的な段落を劃し、適切な釈明権の行使をも促すであろうからである。本件においても、第一審の第二回口頭弁論期日に既にV_1から無権代理追認の主張が提出されており、従つて、その機会にY側は表見代理の主張もできた筈であるというなら、本来その機会に裁判所はその点について釈明権を行使すべきであつたし（そうであつたとすれば事実上以後却下の問題は先ず生じなかつた）、そうでなくても、控訴審で、証拠調に入る前に独立の決定をして表見代理の主張を却下するのが相当であつた。

だが、以上は、当否の問題であつて、適法・不適法の問題ではない。攻撃防禦の方法の却下は裁判所の訴訟指揮権の内容をなすから、〃暗黙の〃裁判も取消すことができる筈で、当事者の信頼も裁判所の逃避も事実上の問題たるに止まるからである。終局裁判に対する不服申立の機会に併せて不服を申立てるほかない現行法のもとでは、却下の決定を必ず独立にすべしと説く法律上の決め手もないであろうし、追認の主張あらば釈明権を行使する義務も、上告理由になりえないことは勿論、四囲の状況によることで絶対的な劃一の義務ではない。むしろ、証拠調を始めてその後に却下すべき事情の判明することもありうるのみならず、先ず出来ることからやつておいて後で整理するのが早手回しということもあるから、法的には、却下の時期や形式を、余り厳格に固定すべきではない。

問題は、果して、具体的に、本件における却下がY側に苛酷か否かに帰着するが、訴訟代理人交替のため前後の統一がよくとれなかつたという特殊事情を別にすれば、上告理由の主張するところはすべて裁判所の過失の心証を動かすに足りない。特殊事情たる訴訟代理人の交替も、こうまで前後の統一を欠くのが通常とは言えないから、原審裁判所が表見代理の成否につき判断するためにはなお証拠調を必要とすると認めていたかぎり、すなわち、なお、成立の心証も不成立の心証もえていなかつたかぎり、訴訟の遅延をきたすものとして表見代理の主張を却下することは許されたと言わなければならない。判旨が、「原判決は、右主張に対する判断のためにはなお証拠調（を）必要とし、これがため訴訟の完結を遅延せしめると認めたものであること判文上明らか」であることを説示の中心にすえていることは、洵に正当で、上告理由のいうように主張立証が〃終了〃した事件なのではない。他の点についてもなお証拠調の必要があつたか否かも、却下のときを基準として考えれば足り、必ずしも主張提出のときを基準とすべきものではないから、原審が結審した事実が他には証拠調の必要がなかつたことを示すといえる。

かくて、その主張を立証する目的で申請された証拠調が一部施行された後でも、当事者の主張を、時機に遅れて提出されたものとして却下することができないわけではない、とする本件の判旨には、賛成である（本件について上村教授の判批がある、民商四九巻五号七四五頁）。

（伊東　乾）

昭三八11（最高民集一七巻一号三九三頁）

信託法第四八条にいう「其ノ他必要ナル処分ヲ命ズル」裁判に対する不服申立の許否

信託法第四八条に基づく必要処分の申立事件の決定に対する特別抗告事件（昭三八・三・二七第三小法廷決定）

N裁判所はXの申立により、決定をもつて、被申立人Y（特別抗告人）のA株式会社株式八四〇株を含む信託財産の受託者から解任し、右信託財産の管理のためBを信託財産管理人に選任した。Yは右決定の違法且つ不当を理由に抗告するとともに、右決定の執行停止決定の申請をなした。T高裁で審理中、招集されたA会社の株主総会は、右決定のみでは信託財産管理人Bは信託株式の名義人とはなれないため、定足数を欠き不成立となつた。原裁判所たるN裁判所はXの申立により、信託財産管理人の議決権行使の確保のため、信託株式の管理人への名義書換並に株主総会における議決権行使の権限を付与する旨の決定をなした。

Y及びA会社は以下の理由から、原決定が憲法二九条違反の決定であるとして、民訴法四一九条ノ二により最高裁に特別抗告を提起した。

1.信託財産の受託者は名義と管理権を有する特殊な管理権者であるのに反し、臨時暫定的な管理人である信託財産管理人は信託財産の名義人とはならないから、その権限の範囲は所謂管理行為に限定せらるべく、処分行為に及ばない。2.若し裁判所の命令により信託財産管理人が株式の名義人になり得るとすれば、当該株式に対し当然処分権を与えられることになり、又株式の議決権の行使は株式に化体された企業の所有権そのものの処分権をもつことになり、実質上受託者と何ら選ぶことがなくなる。3.かかる解釈は「新受託者の選任」（信託法第四九条）の外に、特に「信託財産管理人」（同第四八条）なる制度を設けた信託法の精神を無意味ならしめる違法があるのみでなく、新受託者の選任の遡及効を定める規定（同第五〇条）と矛盾し、許されない。4.原決定は以上の明白な法理を無視し、本来所謂管理権のみを有し、処分権を有しない信託財産管理人に対し、本件信託株式の名義書替並に株主総会における議決権の行使の如き重大なる権限を認めたもので、違法であるのみならず、その議決権の行使いかんによつては受託者たるY並びにA会社に回復すべからざる損害を及ぼすことになり、原決定は直ちに憲法二九条に違反する。

これに対し本件特別抗告審の判断は、「抗告状の記載には、原決定を違憲として特別抗告を申し立てる旨の記載があるが、その抗告理由の実質は、原決定に信託法の解釈適用を誤つた違法があるとの主張に帰する。ところで、非訟事件手続法七一条ノ五の二項により不服申立が禁止されるのは信託財産の管理人の選任または改任の裁判のみであつて、信託法四八条にいう「其ノ他必要ナル処分ヲ命ズル」場合はこれにあたらないものと解すべく、本件抗告は前記必要処分に関する決定に対する通常の抗告申立と認められる。よつて、民事訴訟法三〇条を適用し、本件を管轄裁判所に移送すべきものとし、主文のとおり決定する」として、移送の決定をなした。

判旨に賛成。

本件の問題点は、本件原決定が民訴法四一九条ノ二にいわゆる「不服ヲ申立ツルコトヲ得サル決定」であるか否かということである。不服を申立てることのできない決定であれば憲法違反を理由に原決定に対して特別抗告が認められるが、そうでないとすれば本決定の説くごとく抗告は通常抗告である。この点をまず検討しなけれ

ばならない。信託法四八条は受託者が其の任を辞し又は解任せられたときは裁判所に信託財産管理人の選任とその他必要な処分を命ずる権限を認めている。一方非訟事件手続法七一条ノ五第二項は、文言上は、信託財産管理人の選任又は改任の裁判に対して不服の申立を禁止し、必要な処分の裁判に対する不服の申立の禁止を明記していない。同条を文理解釈すれば、必要な処分の裁判に対し不服の申立は許されるということになる（大阪谷・本件判批・民商四九・五・一四二頁）。

これに反して、まず第一に、管理人の選任・改任は裁判所の自由裁量事項であるから、不服申立を許すことは裁量的処分の性質上不適当である。第二に、不適当な人物を選任した場合受益者又は信託債権者の利益は侵害されるが、その不利益は裁判所の有する改任権（非訟法七一条ノ四Ⅰ項）の発動を促すことにより救済を求めれば足りるから、選・改任の裁判に対し不服申立を認める必要がない。第三に、信託法四八条の「必要ナル処分」も信託事務遂行に必要な処分で、選・改任と異ることなく、むしろこれと一体をなした相関関係にあるといえる。したがつて、勿論解釈により「必要ナル処分」の裁判に対しても不服の申立は許されないとする見解がある（大阪谷・前掲七五九―六〇頁）。

非訟事件手続法七一条の五第二項は信託財産管理人の選・改任に対する不服申立を禁止している。その禁止が、選・改任が裁量事項であること、裁判所が信託財産管理人の改任権（同法七一条の四）をもつことに基づく絶対的なものであるというならば、それは妥当ではない。裁判所が裁量権の範囲をこえて、例えば無能力者を選任したような場合、改任権を行使して改任するにしても、選任から改任までの間管理人として有効な行為をなしうるがために、受益者や信託債権者に不測の損害を及ぼすことがありうる。かかる場合にはむしろ選任の裁判につき不服申立をなし原決定が取消されれば選任は当初より存しなかつたことになるから、そう解する方が適切である。しからば、同法七一条の五第二項はかかる場合にまで選・改任の裁判に対する不服申立を禁止したのであろうか。既述の見解によれば同項の前提として選・改任が自由裁量事項であることを認めるのであるが、もしそうであるならば自由裁量の範囲を超える裁判に対する不服の申立については同条の適用はないとみることができる。

信託法四八条の「必要ナル処分」についても明文の規定はないが同じことがいえよう。裁量権の範囲を超える場合とそうでない場合とを区別して考えるべきであろう。前の場合は「必要ナル処分」の裁判に対して不服の申立ができると解すべきである。問題は本件のように、信託株式の管理人への名義書換並びに株主総会における議決権行使の権限を付与することが、「必要ナル処分」の裁量の範囲内の判断であるか否かという点である。元来信託財産管理人は受託者が辞任又は解任せられた場合新受託者が選任されるまで信託事務が中断されないようそのつなぎとして選任されるものである。新旧受託者の交替に際して信託財産管理人が選任せられる場合でも、信託財産は前受託者の任務終了の時に於て新受託者に譲渡されたものと看做される（信託法五〇条Ⅱ）。信託財産管理人が中間に信託財産の主体としては介在しない。また管理人としては株式名義の書換をうけなくても、議決権行使権限を与えられれば議決権は行使しうるのであるか

ら、少なくとも、原決定は「必要ナル処分」として株式名義を書換えたという点では裁量権の範囲を越えた違法な裁判といわねばならない。また議決権行使の権限は、裁判所の決定による別段の制限なき限り管理人の管理権の範囲内の問題である（但し、資本減少の決議などに参加することは、管理権の範囲をこえる例外的場合である）。したがつて、「必要ナル処分」として議決権行使の権限を付与する必要は原則として存しない。そこで本件原決定は裁量権の範囲をこえた違法な決定であるから、不服の申立が可能な決定である。

かくして原決定に対し利害関係人は抗告により不服を申立てることができる（非訟法二〇条）。

唯抗告権の認められるのは利害関係人である。Y及びA会社は利害関係たりうるであろうか。Yは裁判所により受託者たる地位から解任されているから、右解任の決定については利害関係を有するが、本件原決定については利害関係を有しない（大阪谷・前掲七五九頁）。しかし、A会社は当該株式の名義書換および議決権行使をめぐり利害関係を有するから、抗告権者たりうると解せられる。

いずれにせよ、本件原審決定が抗告による不服申立の許されるものである以上、特別抗告は許されず、通常抗告の対象となりうる裁判であるから、本件判決が管轄裁判所に移送の決定をなしたことは正当である、と考える。

（石川　明）

昭三八12（最高民集一七巻二号三九七頁）

代位による所有権移転登記のうえ行われた仮差押と右登記前の所有権の譲受人の地位

建物所有権移転登記請求事件（昭三八・三・二八第一小法廷判決）

目的建物についてはY_3の名義で所有権保存登記がなされていたが、実質上は当初からY_4の所有であつた。Xはその貸金債権に対する代物弁済として昭和二九年六月一日この建物の所有権を取得したが、まだその旨の登記をしない間に、Y_4の債権者Y_1がY_4に代位してY_3名義からY_4名義に所有権移転登記を経由し、Y_2とともに同年六月二八日東京地方裁判所の仮差押決定をえてその旨の登記をしたので（Xの所有権取得登記は昭和三二年七月）、Y_1 Y_2 Y_3 Y_4を共同被告として、各人に対し自己の所有権確認、およびY_4に対しては登記、Y_1 Y_2に対しては仮差押執行の無効確認と取消とを、それぞれ訴求した。Y_4に対する請求だけが認められ、その余の請求が棄却されたので、Y_1とY_2（被告の一部）に対する関係でX（原告）から控訴、更にXから上告に及んだのが本件であつて、問題の中心をなしたものは、Y_1 Y_2の目的建物に対する仮差押と、Y_4からXへの右仮差押前に行われた所有権の移転との優劣であつた。仮差押前の所有権取得を優先させようとする上告理由を斥けて、最高裁、曰く、「このような事実関係のもとにおいては、たとえ被上告人ら（Y_1 Y_2）の申請にかかる前記各登記のなされた当時既に本件建物の実質上の所有権が上告人（X）に移転していたとしても、その旨の登記がなされていなかつた以上、上告人（X）は右所有権取得の事実をもつて被上告人ら（Y_1 Y_2）に対抗できないものであり、また、特段の事情のない本件においては（中間省略登記の合意が有効に成立した事実がないことの原判示判断が正当なことは、後記論旨第三点前段についての理由参照）、前記代位されたY_4のY_3に対する移転登記請求権は当時消滅し

ていなかつたと解すべきであるから、被上告人ら（Y_1Y_2）のした前記代位登記ならびに仮差押登記は、いずれも有効と解すべきである。したがつて、その後に至つて上告人（X）が本件建物につきY_1よりの代物弁済による所有権取得登記をしたとしても、仮差押権者である被上告人ら（Y_1Y_2）に対抗できないこともまた明らかである」、と。――棄却。

嘗て吉川博士が論じられたように、「不動産物権の得喪変更は、その登記なきかぎり、第三者に対抗しえないことは、民法第一七七条の明定するところであるから、不動産の処分行為が、たとい仮差押登記前になされた場合においても、該行為にもとづく不動産物権の変動につき、その対抗要件たる登記が具備していない以上、第三者たる仮差押債権者において、これを否認し得るのは同条の適用上、もとより当然である」（判例保全処分二一四頁）。判旨は、仮処分との関係でこの理を認めた昭三〇・一〇・二五の判決（吉川博士の判批はこの判決に関するもの）につづき、仮差押との関係で同理を闡明するもので、正当としなければならない。

多少問題を複雑にしているものは、Y_1による代位の当時すでに実質的に所有権はXに移転してしまつていたという事実であるが、谷口教授の本件判批が言われるように、移転登記請求権は所有権の存するところにのみ存在すると頑なに考えるのは、根拠のないドグマであろう（民商四九巻五号七六五頁）。判旨が「特段の事情のない本件においては」といつて中間省略登記の合意に言及しているのは、さような合意があれば代位登記も仮差押も無効となる趣旨のように推察され、そうであるとすると些か疑問も無きをえないが、この点は傍論になるから、今は割愛しておく。

判旨に賛成する所以である。

（伊東　乾）