

Title	〔最高裁判事例研究一八〕不動産に対する仮差押債権者と競売法による競売 不当利得金返還請求事件 (昭和三八年三月二八日第一小法廷判決)
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	1964
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.37, No.11 (1964. 11) ,p.105- 120
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=AN00224504-19641115-0105

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 一八〕

昭三八13(最高民集一七卷
二四四—一頁)

不動産に対する仮差押債権者と競売法による競売

判例研究

不当利得金返還請求事件(昭三八・三・二八・第一小法廷判決)
Y(被告・被控訴人・被上告人)は、訴外A所有の家屋につき、昭

一〇五 (二二八七)

和二七年七月一〇日Aに対する五万円の債権担保のため第一順位の抵当権を設定し、登記した。さらにAに対する別の債権二九九、二二五円保全のため右家屋に対するF地裁の仮差押命令を得て同二八年一月二七日その旨登記があつた。その後右抵当権実行の結果訴外Bが競落、Yは同年一月一八日競落代金より抵当権の被担保債権・競売費用計六一、八一六円の交付をうけた。その剰余金二〇八、一八四円は裁判所事務官Cが保管した。X(原告・控訴人・上告人)は、Aに対する六五、〇六八円の債権につき同三〇年五月一〇日を期限とする裁判上の和解を同月六日締結。Aは右条項を履行しないため、右地裁に対しAを債務者、Cを第三債務者とし、右剰余金中六五、四〇〇円(右債権・利息・執行費用)につき債権差押・転付命令の申立をなし、同月二〇日命令を得、右命令は同月二三日A・Cに送達された。Cは右命令の効力を否定し支払をなさなかつた。Yは前記仮差押の本案につき同三〇年一月四日仮執行宣言付勝訴判決を得て配当要求をし、同二月二八日頃Cの保管せる剰余金全部を配当として交付をうけた。Xは、競売法による競売手続は担保権者が優先債権の満足を得るための担保責任実現の手続であるから、優先弁済を受けうる担保権者以外の一般債権者に対する考慮を必要とせず且つ競争手続の迅速をはかる趣旨からも、一般債権者は債務名義によると否とを問わず配当加入を認めないのが相当であるから右支払は無効である。Yは、前記剰余金全額の支払を受けたことにより、法律上原因なくして同額の財産的利益をうけ、反対にXは差押並びに転付命令に基づいて支払を受くべき金六五、四〇〇円の支払をうけられなくなり、同額の財産上の損害を蒙つたことになつたことを理由に、不当利得の返還請求をしたのが本訴である。

一・二審ともXの請求棄却。第二審判決はその理由を次のように述べている。

「おもうに、仮差押は執行保全の作用を有する制度であるが、仮差

押の執行後においても他の債権者は仮差押による本執行の開始しない限りその目的物に対し強制執行をなし得るし、また仮差押の執行前に設定並びに登記のなされた抵当権の実行により競売法による競売もなしうる。しかしながら仮差押の執行保全という本質からみて右の如き強制執行または競売法による競売によつて仮差押がその効力を失ういわれはなく、且つ強制執行と競売法による競売によつて差別をもうける理由も必要もない。そして仮差押後その目的物件について他の債権者により強制執行が開始された場合、仮差押につき優先主義を採用しない現行制度のもとにおいてはこれに優先的効力を認め得ないことは当然であるが、右強制執行手続進行中仮差押債権者のため本執行が開始されるときは他日仮差押債権者に配当せらるべき金額はそのまま供託されるのである。仮差押のこのような効力は民訴法六三〇条三項の解釈として承認されるのであるが、むしろ仮差押の執行保全という本質からみてけだし当然のことである。そして仮差押債権者が配当要求者と同じの地位に立つことの必要性は強制執行(強制競売)たると競売法による競売たることによつてこれを区別する理由がないものといわなければならない。従つて本件の如く抵当権実行による競売がなされた場合においても仮差押債権者は担保権者に優先する力こそないがこれらの者に配当せられた残額についてはあたかも強制執行(強制競売)におけると同様配当要求者と同じの地位に立つものと解する。次いで、転付命令について考ふるに転付命令は差押えた金銭債権を券面額で執行債権(及び執行費用請求権)の弁済に代えて差押債権者に移転することを命ずるものであり、これを得れば直ちに弁済の効力を生ずるものである。すなわち転付命令が第三債務者及び債務者に送達されればこれによつて債務者に属する債権が差押債権者に移転し、債務者はその債務の弁済をなしたものとみなされるのである。しかも転付命令については現行法上優先的効力は認められていない。従つて債務者

の有する債権について他の債権者が仮差押をなしている場合には、たとえ債務者の有する債権について転付命令がなされたとしてもその転付命令はかかる仮差押債権者の有する権利を侵害することになりその転付命令は実質上無効のものといわなければならない。そして他の債権者が既に債務者の有する債権について配当要求をしている場合においても右と同様の理由により平等主義のもとにおいては一人の債権者に独占的満足を与えることができないからやはり債権移転の障碍となり転付命令は実質上無効となるものと解する。これらはいずれも転付命令が金銭債権であつて現在その金額の不確定なものや、無条件に該金額の支払を請求し得ない債権に対しては認められないことから生ずる当然の結果である」としている。

これに対し上告理由は、原判決が競売法三三条二項の解釈適用を誤る違法のものであるとし、その理由として以下の諸点を主張している。

(一) 原判決の判決理由中「おもうに、仮差押は：」より「配当要求者と同じ地位に立つもの」と解する」までの判示は、昭和一〇年四月二三日大審院判決（民集一四卷七号六〇一頁）の見解を踏襲しているものと思われる。しかし、仮差押債権者の地位について、右判示のように、強制競売と任意競売とを差別する理由乃至必要はないとして、強制競売上認められている仮差押の効力をそのまま競売法による競売手続にも認めるべきであるとする見解には賛成できない。以下その理由を詳述する。

(二) 元来、仮差押は他日強制執行をするための保全措置に過ぎず、しかも任意競売との間には何ら制度的関連はないのであるから、一般債権者に過ぎない仮差押債権者が任意競売手続において配当に与ることができるとするためには、任意競売手続において一般債権者に配当要求を認める制度があつて始めて可能なことである。しかるに後記の如く単に任意競売手続のみが進行している場合においては

一般債権者の配当加入は認められていないので、ひとり仮差押債権者のためにのみ配当手続が認められるとする事理があるわけはなく、従つてこれを前提とする配当金供託制度も認めらるべきものではない。しかも、仮差押債権者は強制執行手続のもとにおいてすら、他の債権者と同順位において按分的配当しか受けられないのにも拘らず、原判決並に昭和一〇年四月二三日の大審院判決の見解に従うと、偶々仮差押の目的不動産が任意競売に付せられたという自己の全然関係しない偶然的事実のために、他の一般債権者が何等配当に与れないのに、ひとり仮差押債権者のみが優先的に弁済を受け得られるという甚だ不公平な結果になり、一般債権者を平等に扱わんとするわが民法乃至民事訴訟法の趣旨に反することになるから、一般債権者のうち仮差押債権者のみにつき特殊な法的地位を認むべきではない。このように解すると、仮差押は任意競売手続に対しその意義を失うように見えるが、このことは本来任意競売が仮差押ある一般債権者に優先する抵当権実行の手続であることから当然のことであるのみならず、仮差押債権者は仮差押の登記がある限り、任意競売手続において利害関係人として競売期日等の通知を受け、任意競売手続の進行状況を知り得る地位にあり、競売売得金に余剰があるときは直ちにこれに対し仮差押をすることもできるのであるから、仮差押債権者にとつて酷になるものとは考えられない。要するに、任意競売において一般債権者の配当加入制度が認められていない以上、これを前提とする配当金供託制度のあり得ないことは当然であり、また任意競売における仮差押債権者の配当加入が認められる強制競売の場合のそれと同一視し得るものではない（昭和一〇年四月二三日の判例並に原判決も仮差押債権者のために供託した後の交付手続については説明するところがない。供託の実務においても、かかる供託の行われた実例はほとんどなく、供託後の還付手続についてもその取扱は明確ではない。本件において供託かなされなかつたのも配

当金の供託並に交付手続が明確でないことを物語っている。)。(三) 然らば任意競売手続において一般債権者は配当要求が許されるべきものであろうか。この点について、大審院判例(昭八・一一・二一決定、民集一二卷二四号二七四頁、判例民事法同年九〇事件参照)は、一般債権者のうち債務名義を有する者にはこれを認め、その他の者には配当要求を認めていない。そしてその理由とするところは、債務名義を有しない一般債権者の配当要求を認めると、その争を決した後でなければ競売手続の完結を見ることができず、これによる遅延は忍び得ないものだからとされる。この見地から仮差押債権者の場合を考えてみると、たとい仮差押はしているものの、配当要求をなし得る時期、即ち競落期日までに債務名義を取得しないかぎり、これを認めるべきではなく、もしこれに配当要求を認めるとすると当該債権の存否及び範囲について争を決した後でなければ競売手続は完結し得ず、著しくその完結を遅延せしめることとなるわけである。従つて前記昭和一〇年四月二三日の判例並に原判決は右判例の趣旨とするところと明らかに矛盾し、その結果は妥当でない。なお、さらに上告人としては、債務名義を有する債権者でさえも任意競売手続において配当要求を許す解釈には、極めて疑問をもたざるを得ない。その理由は次のとおりである。

(イ) 競売法が民訴法による強制執行のように配当要求手続を規定せず、且つ民訴法を準用する旨の規定をも設けなかつたのは、必ずしも立法の不備によるものではない。担保権実行のためにする競売手続は、本来被担保債権を満足させるための物的責任実現の手続であるから、その手続においては、売得金を担保権者の存在にその権利の順位に従つて交付すれば足り、しかも担保権者の存在しその権利は債権の届出、配当の要求等を持つまでもなく、登記簿上の記載により明瞭なので、担保権者は他人の申立による競売手続においても常に配当(民訴法にいう配当ではないが)に与り得るわけである。

従つてその間に民訴法による強制執行におけるが如き配当に関する規定を必要としないことは当然である。しかも他方任意競売手続が迅速に進行し且つ終了するものとすべきことは担保権制度の趣旨からして絶対的要請であり、手続の複雑化又はその遅延を来す恐れのある一般債権者の配当加入を認めなかつたことも十分理由のあることなのである。かようなわけでは任意競売手続において売得余剰金についての競売法三三三条二項における残金の受取人とは、担保物件の所有者を指すものと解すべきである。

(ロ) 次に一般債権者と任意競売手続との関係は次のとおりに解すべきである。元來、強制競売と任意競売とは、その目的並に開始の要件及び効果を異にする何ら制度的関連のない別個の手続であつて、一般債権者は任意競売を阻止できないし、また担保権の存する不動産に対する強制競売は禁ぜられていないのであるから、任意競売が終了しない段階においては強制競売の申立は当然許さるべきものである。しかし目的物件の換価手続において、任意競売により競売がされれば、強制競売を申立てる余地はなくなると共に、強制競売で競売されると任意競売の基礎である担保権も消滅し(この場合は民訴第六九一条により担保権者は優先配当が受けられる)、もはや競売する意義はなくなる。このように換価競売という点で両手続は目的を共通にする上、手続も近似しているので、競売手続を別個に進めることは必要でないのみならず、徒に手続を複雑にするおそれがある。そこで任意競売手続中に強制競売の申立があつた場合は両手続を併合するのが相当であり、この意味において、昭和六年一月二一日の大審院決定(民集一〇卷一五頁、判例民事法同年三事件)が記録添附の取扱をすべきものとしたのは理由がある。しかし、強制競売と任意競売は、独立無関係の手続であるから、この場合には強制競売開始決定をした上で、その正本を任意競売記録に添附して換価手続を併合すると共にもし任意競売手続が取消、または停止され

た場合は強制競売手続のみの続行ができるようにすべきである。しかしして競売手続併合後はその手続は両者の性質を兼ね備えるべきであるから、両者の規定の異なるときは双方ともこれを充すべきである。例えば競売法によれば、競売期日をその利害関係人に通知することを要するわけであり（競売法二七条二・三項）他方任意競売には配当要求は認められていないが、強制競売申立の添附せられた後は一般債権者も競落期日の終りにいたるまで配当要求が許されることになる（兼子・強制執行法二六一頁参照）。しかしこの場合の配当手続は競売売得金を先ず担保権者に支払つた後、残額について強制執行法上の配当手続が行われることになるのももより担保権者の満足を目的とする競売法の特殊性を害することはない。そしてこのような見解の下では債務名義を有する債権者の強制競売の申立により両手続が併合された後は、無名義債権者も当然強制手続に参加して配当要求ができることになるわけであつて、かような結果を得てこそ一般債権者の平等を趣旨とするのが法制に合致するものである。しかしして有名義債権者でも強制競売の申立をしないで單純に任意競売に配当加入を申立てた場合においては、もとより強制競売の開始がないのであるから、両手続は併合せられず、配当加入は認むべきでない。ところが本件においては、任意競売と強制競売が併合進行していたのではなく、單に任意競売手続のみが進行していた場合であるから、担保権実行のためにする競売により被上告人の仮差押は失効し、仮差押の効力は競売剰余金におよばず、右剰余金は当然担保物件所有者に返還すべきである。これに対して、最高裁は以下の理由から本件上告棄却の判決をしている。「不動産に対し仮差押の執行をなした債権者がある場合、後日該不動産に対し競売法による競売手続が開始せられても、右仮差押はこれのため失効することなく、競売執行手続の進行中右仮差押債権者のため執行の要件が完備するに至らないときは、他日或いは右仮差押債権者に配当

せらるべき金額は、そのままおこれを供託し、右仮差押債権者は配当に与かる債権者となり、従つて競売法三三条二項の場合に、民訴六九七条、六三〇条三項の準用があるとなすことは、仮差押の執行保全の見地から相当といふべく、また判例の示すところであり（昭和九年（オ）第二四八一号、同一〇年四月二三日大審院判決、民集一四卷七号六〇一頁）、右判例を変更すべき必要を認めない。原判決はこれと同趣旨の判断を前提とし、本件転付命令は、かかる仮差押債権者の有する権利を侵害することを得ないものであるから、結局無効であると判示しているのであつて、正当としてこれを是認することができる。所論引用の昭和八年一月二日の大審院判決は、抵当権実行のためにする競売手続において、執行力ある正本を有せざる債権者が民訴六四七条二項に準じ單純に配当要求をなすことはこれを許さない旨判示したものであり、原判決および前記昭和一〇年四月二三日の大審院判例は、仮差押の執行保全といふ面から、仮差押債権者に配当に与かる効果を認めたものであつて、両者の間に所論のような矛盾は認められない」と。

判旨には部分的に賛成。部分的に反対。正文には反対。以下その理由を述べる。

一、競売法による競売に民事訴訟法の配当手続に関する規定が類推適用するべきか否かは、学説・判例上争われている問題である。

問題をつけて考えなければならない。任意競売申立をなした担保権者以外の担保権者が配当要求をした場合、後者も任意競売申立権を有する以上配当手続をなさねばなるまい（この点につき、堀本、競売法に依り、京都市法学会雑誌八、八・一四三九頁。この競売の性質及び競売開始の効力、同、判例批評録二卷三二二頁以下）。この場合民事訴訟法の準用が性質の許す限りにおいてなされるであらう。これに反して一般の債権者が強制競売の申立をなした場合は格別にして、執行力ある正本をもつと

否とにかかわらず単に配当要求をなしたにすぎない場合に、配当手続が民訴法を適用して行われるべきか否かは問題である。以下この点につき検討してみよう(否定説をとるものとして、岩松・競売法(現代法学全集)六八頁はか、以下否定説の論拠の文拠として引用するものとして、小野木・競売法五五頁、同・強制執行法概論三二頁、岡垣・担保権実行のための競売手続と配当要求(司法研修所十周年記念論文集七殊に六八七頁以下)。

否定説の論拠は以下の諸点に要約しうる。

(1) 任意競売は非訟事件であるから民訴法の類推適用はなく、反対の規定なき限り非訟事件手続法を類推すべきである(大判明三三・六一・三五五、同明三九・二・二八民保一・四二八頁、司法省民刑局長明三三・二・一四一四、同答民事裁判資料四号五六四頁、同局長明三三・八・一六同答同資料五六六頁、同局長明三三・一〇・一四四)。

私は任意競売は非訟事件であると考える。しかし、それが非訟事件であるから民訴法中の強制執行法規の類推が許されないと考えることはできない。ただし、強制執行は広い意味では民事訴訟手続の一部であるが、その実質は非訟事件であるから、非訟事件であるという点と民事訴訟手続の一部であるという点は矛盾しない(兼増・強制執行九頁)。したがって、任意競売が非訟事件であるからといって必ずしも民訴の強制競売の規定の類推を否定するという結論はでてこない(任意競売が民事訴訟か非訟事件かを重要な問題として論じるものとして、岡垣・前掲六六七頁、沢・本件判批・民商四九・五・一五八頁)。大正二年六月一三日の大審院決定が(民録一九輯)、「競売法ハ物上担保権者其他ノ者カ法律ニ依リテ付与セラレタル権利又ハ法律上享有スル権能ノ実行ニ関スル手続ヲ規定シタルモノニシテ実体権ノ有無並ニ其範圍ニ関スル当事者間ノ争訟ヲ決スルヲ以テ目的トスルモノニアラス此点ヨリ觀察スルトキハ競売法ハ所謂非訟事件手続法ノ一種ニ屬ス」

としながらも、「然レトモ競売法ハ法律ノ規定ニ從ヒ執達吏又ハ区裁判所ヲシテ当事者ノ委任又ハ申立ニ依リ動産又ハ不動産ノ強制的競売ヲ為サシムルヲ以テ唯一ノ目的トスル特殊ノ法律ニシテ之ニ最モ近似シ最モ多ク共通性ヲ有スル法律ヲ求ムレハ強制執行ニ関スル民事訴訟法ノ規定ヲ措テ他ニ之アルコトナシ何トナレハ後者ハ其運用ノ前提トシテ執行力アル判決其他ノ債務名義ノ存在ヲ必要トスルニ反シ前者ハスル債務名義ノ存在ヲ必要トセサル差異コソアレ二者共ニ權利(又ハ権能)ノ実行ニ関スル手続ヲ規定シタルモノナルノミナラス此二者ヲ接近セシムル共通性ハ二者共ニ当事者ノ委任又ハ申立ニ依リ執行機関タル執達吏又ハ区裁判所ヲシテ動産又ハ不動産ノ強制的競売ヲ為サシムルヲ以テ目的トシ之ニ関スル手続ヲ規定スルモノニ外ナラス——其性質ヨリ論スルトキハ寧ロ之ニ関スル規定ハ之ヲ同一法律中ニ收容シ目的物ノ競売ニ関シテハ共通ノ法則ヲ以テ之ヲ律スルヲ可トスルヲ以テナリ左レハ競売法中之ニ固有ナル特別規定ヲ除キ準用ニ係ル其他ノ規定ハ一トシテ強制執行ニ関スル民事訴訟ノ規定ニアラサルハナク其特別規定モ亦民事訴訟法ノ規定ヲ襲用シタルモノ又ハ之ニ類スルモノ大部分ヲ占ムル所ナリ故ニ此点ヨリ推論スルトキハ競売法中特ニ民事訴訟法ノ規定ヲ準用シタル以外ニ於テ之カ運用上尚ホ他ノ法律規定ヲ準用シテ之ヲ補充スルノ必要アリトセハ立法ノ精神ハ疑モナク強制執行ニ関スル民事訴訟法ノ規定ヲ準用スルニ在リト推斷スルニ難カラス」といつているのは決して一貫性を欠くものではない。

(2) 次に、競売法の文言の文理解釈が否定説の根拠として主張さ

れる。すなわち、任意競売が単に留置権者・先取特権者・抵当権者等物上担保権を有する者の満足を目的とすることは、①同法二二条一項の文言から、②同法二七条の利害関係人の規定に徴し、③同法二条の物上担保権の消滅に関する規定に徴し明らかである。したがって、一般の債権者が任意競売により配当を要求しようとするれば、民訴法所定の規定を無視することになり許されない（若孫子・競売法一外・不動産船舶競売手続五八頁・谷井・抵当権の実行三三頁）、という。なるほど競売法には配当手続に関する規定が存在しないが、これが配当手続に関する民訴法の規定の類推を否定した趣旨なのか否かは必ずしも法文からは明確ではない。前記諸条は、競売法が一般債権者なる文言を用いないという意味で競売法のこの点に関する消極的態度を推測させる一つの手がかりにはなるかもしれない。しかし、この問題はかような文言からのみ解決せらるべきものというよりは、むしろ理論的に決せらるべき問題であろう。その意味でかかる根拠は薄弱である（なおこの点については）。

(3) 競売手続完結の遅延。大審院昭和八年一月二一日判決集一四・二七四頁、同判、大審判昭一六・一五・五民集二〇、一四四・九頁、佐賀地判昭八・五・二三新聞三五七号二頁）は、任意競売開始決定後執行正本を有しない一般債権者が配当要求をなしかうかという点につき、競売法ニヨル競売ハ素優先弁済ヲ受クル権利ヲ有スル者ノ為ニ認メラレタルモノニシテ、一般債権者ノ配当要求ハ原則トシテ之ヲ許サス民訴法第六四七条第二項其ノ他執行力アル正本ニ因ラサル配当要求ニ関スル規定ハ之ニ準用ナキモノト解スルヲ可トス」とし、その根拠として、「蓋汎ク如何ナル債権者ニ対シテモ配当要

求ヲ許ストセハ其ノ中ニハ債務者ノ否認ヲ受クル者モ相当多カルヘキハ疑ヲ容レス且民事訴訟法ノ強制競売ト異リ競売申立人ノ權利自身モ亦未タ確定セサルモノナルヲ以テ債権者ヨリ申立人ノ權利ヲ争ヒテ異議ヲ申立ツル場合モアリ尚又實際ハ債権ヲ有セサルニ拘ラス債務者ト共謀シテ競売手続ヲ妨ケンカ為メニ債権アル如ク装ヒテ配当要求ヲ為シテ右ノ異議ヲ申立ツルカ如キ者モ亦之レナキヲ保セス」スル場合ニ於テ尽ク其ノ争ヲ決シタル後ニ非レハ競売手続ノ完結ヲ見ル能ハストセハ其ノ遅延測リ知ルヘカラス實際上ノ不都合忍フヘカサルモノアルヘキヲ以テナリ」としている（このほか、傍論本を有する一般債権者が単なる配当要求をなしかうことを認めるものとして、大審判一〇・四・二三判集一四・六〇一頁、なお大審判六・一・二一判決集一〇・一五頁は、任意競売の開始された後に、同一不動産につき執行正本を有する一般債権者が強制競売を申立てた事案につき、民訴法第六四五条ノ規定ハ競売法ニ依ル競売ニ準用アルモノナルカ故ニ本件強制競売ノ申立ニ因リテハ更ニ競売開始決定ヲ為スベキモノニ非ルト同時ニ其ノ申立ハ之ヲ却下スルコトナク抵当権ノ実行ノタメニスル前示競売手続ノ記録ニ之ヲ添付スベキモノニシテ其ノ添付ニ因リテ配当要求ノ効力ヲ生ズルモノト解スルヲ相当トス」としている、大審判一〇・六・二五新聞三八六〇号九頁もこれにならつてゐる。これは執行力ある正本のある一般債権者が強制競売の申立をなした場合であつて、かかる場合強制競売開始決定をするか否かは問題としても、配当要求ありとされるのは強制競売の申立が正當から当然である。そこで行われたい配当手続は強制競売の配当手続である。問題は執行正本をもつと否とにかかわらず一般の債権者が、又は執行正本をもつ一般の債権者が単に配当要求のみをなしかうる。）

この見解は、その前提として、強制競売の場合配当手続の完結の遅延を認めるが、任意競売の場合それは認められない、とする。任意競売の許される担保物権が優先弁済のほか迅速な満足をも特にその内容とするというならば格別であるが、後者を否定する以上かかる前提それ自体妥当性が問題とされなければならない。もちろん迅速な満足は望ましいが、それは強制・任意両競売を通じてひとしく要求さるべきものであつて、特に後者において前者におけるより

より強度にそれが要求されるというものではないであらう。

論者は、債権者から任意競売申立人の権利を争つて異議を申立てた場合、競売申立人から当該債権者に対し訴を提起してその債権の確定をしない限り競売申立人は満足をうけられないことになるが、

これは競売法を設けた根本精神に反する、という主張がなされている(齊藤・判民昭八・一九〇事件。なお同・判批・民商三五・五・九二頁は、判例が將來(無担保債権者の配当要求を是認する方向へ進むべきことを期待するとされている。しかし同・競売法(法律学全集)二二〇頁では、再び判民昭)。しかし競売法といえども無権利者に権利を与えることを目的とするのではないと考える

以上は、債権確定訴訟の提起により満足が遅れることは止むを得ないと考える余地があるから、かかる批判もなお問題がある。また仮りに、単純な配当要求を認めないにしても、一般債権者は強制競売の申立をなし、別に任意競売申立人の担保権を争うこともできる。

そうであれば、単純な配当要求を否定する根拠として競売手続の遅延を挙げることは筋が通らない(この点については、なお問題。但、前掲六八三・五頁参照。)

因みに、迅速な満足という要求から、任意競売にあつては有名義債権者の配当要求のみを認めようという見解が折衷説として登場する(穂根・判批・民商二・四・一二頁、村松・判批・日本法)。

(4) 一般債権者の配当要求を認めなくとも、競売裁判所の歳入歳出外現金出納官吏を第三債務者として剰余金を差押えるという救済方法が債権者に認められることになる(齊藤・前掲)。

しかし、この点については以下の批判がなされている。すなわち、執行正本を有する一般債権者が競売代金の剰余金を差押えるには、剰余金返還請求権の発生時期と額を知らなければならぬが、

これを適時に知ることは必ずしも容易ではなく、仮りにこれを知り得たとしても、債権者が金銭執行をするには若干の日時を要し、その間に債務者が剰余金の交付をうけ執行回避のためこれを隠匿することもあり、實際上効果をあげることが容易ではない。そこで、むしろ簡便容易に債権満足の目的を達しうる配当要求を認めることが効果的で且つ執行経済の要求にも合致する、と(岡垣・前掲)。かくして否定論者の主張するこの種の救済もしかく絶対的なものとはいえない。

これに反し(5)に述べるところは否定説の根拠としては最も本質的なものといえる。

(5) 任意・強制両競売はそれぞれ開始の要件、効果を異にする。任意競売の目的物につき強制競売の申立があつた場合でも、正確に言えば、強制競売開始決定をした上でその正本を記録に添附すべきであると考えると同時に(兼子・前掲)、強制競売の申立なき以上任意競売に強制競売手続が併合されることもないから、配当手続もありえないと考えるべきである。

否定説によると、同じく執行正本を有する一般債権者がたまたま強制競売の申立をすれば配当要求の効果をうけるにも拘らず、端的にその効果の実現を図る手段として単なる配当要求をすることが認められないというのは、いかにも権衡を失するといふ批判がある。

この批判は、任意競売の対象につき強制競売の申立をすれば強制競売開始決定をするまでもなく記録添附を認める見解に対しては通用するかもしれないが、任意・強制両競売の要件・効果の相違から強

制競売開始決定が記録添附の前提要件とみる見解には妥当しないのではないかと思われる。論者は、「端的にその効果の実現を図る手段として単なる配当要求をする……」というが、その効果は実は強制競売における配当手続の効果であり、任意競売の配当手続の効果ではないのである。その効果は強制競売開始決定があつて始めて生じうるもので、これなくしては存しえない。

二、本件におけるごとく、不動産に対し仮差押の執行をなした債権者がある場合、後日該不動産に対し競売法により競売手続が開始されたとき、仮差押債権者は強制競売の申立をなしえないから、配当手続に関する民訴法の規定の類推適用はないといわねばならない。したがつて、民訴法六三〇条三項、六九七条の類推適用はない。しかして、目的物につき仮差押が存するにしてもそれはもちろん決して担保権に基づく任意競売まで妨げるものではない。そこで仮差押の目的物につき任意競売がなされた場合民訴法七五〇条第四項を類推適用し、当該剰余金返還請求権につき仮差押の効力が及ぶものと考えらるべきである。

民訴法六三〇条三項、六九七条の準用（類推）を認める判旨には賛し得ない。また上告理由によると、仮差押債権者は仮差押の登記のある限り、任意競売手続における利害関係人として競売期日等の通知をうけ、常にその手続の進行状況を知り得る地位にあり、競売所得金に剰余がある場合直ちにこれに対し仮差押をすることもできるといふ点に仮差押債権者の救済を求めることになるが、これは妥当ではなからう。むしろ剰余金返還請求権に当然差押の効力が及ぶと解

すべきで、改めて右請求権を仮差押しなければならないと解すべきではない。

三、仮差押の効果が剰余金返還請求権につき存する以上Xにつきなされた転付命令は無効である。この点では判旨に賛成。本来ならば、Xが執行委任をしているから、配当手続が行われ、民訴法六三〇条三項・六九七条により仮差押の被保全債権の配当額は供託されなければならぬ。もちろん、Xにつき剰余金返還請求権の差押がなされている以上、転付命令が無効であるとの一事を以て、Xの配当額を無視し、後に仮執行宣言附勝訴判決を得たYに全額を交付したことは、執行法上並びに実体法上不適法である。XはYに対しその配当額の範囲内で本訴請求を認容せらるべきであると考える。Xの請求・控訴・上告を棄却した、第一審・控訴審・上告審の裁判はいずれもこの意味で問題がある。

（石川 明）

昭三八一四（最高民集一七巻）
二四四二六頁）

不動産引渡命令に対する請求異議の訴の可否

請求異議事件（昭三八・三・二九第二小法廷判決）

目的家屋はもとXの所有であつたが、債権者Aの申立により任意競売に付せられ、Y₁Y₂がこれを競落し、Y₁Y₂のため不動産引渡命令が発せられたところ、またY₁Y₂が家屋の引渡を受けない間に所有権はY₁Y₂からBに譲渡された。X（原告）はBから更に家屋を買受けたと称してY₁Y₂（被告）を相手に右不動産引渡命令の執行力の排除を

訴求したが、Bから更に買受けの事実が認められないとして請求が棄却されたので、現在の所有者はBであつてもはやY₁Y₂ではないこと、従つてY₁Y₂は引渡命令に基づく引渡を求める権利を喪失したものであることを主張して、控訴をおこした。不動産引渡命令に対し請求異議の訴は許されないものであること、仮に許されるとしてもY₁Y₂は所有権譲渡後もXに対する引渡請求権を失うものではないから異議は理由がないことを説いて第二審裁判所が控訴を棄却したに對し、この二点のいずれに對しても異論を主張してXから上告をおこしたのが本件である。最高裁、曰く、「競売法三二条二項によつて準用される民訴六八七条によつて発せられた不動産引渡命令は、その性質が執行の方法に外ならないから、右命令の相手方とされた者がその執行の排除を求めるために民訴五五九条一号、第五六〇条、第五四五条により請求異議の訴を提起することは許されない」と。——上告棄却。

上告理由のもう一つの点、すなわち原審がY₁Y₂は所有権譲渡後もなおXに対する引渡請求権を失うものでないからXの異議は理由がないと説示した部分に對する異論については、判旨は、「原判決は、不動産引渡命令に對し請求異議の訴をもつてその執行力の排除を求めることは許されないと理由により控訴人(上告人)の請求を排斥したものであるから、所論は判決の傍論を非難することに帰する」と附説しているが、果して傍論とみるべきか疑問であるのみならず、請求異議を許さずとするかぎりは請求を棄却せずに、従つて上告審でもただ上告を棄却するにとどめずに、訴を不適法として却下すべきであつたと思われる。だが、これは、本件に關するかぎり、大した問題ではないので、姑く不問に付すことにする。任意競

売について民訴六八七条の準用が認められることについても、異論はあるまい。

問題は、民訴六八七条が果して不動産引渡命令を許すものなりや否や、および、該引渡命令は不動産の引渡について独立の債務名義たる性質を有するものなりや否や、に存する。民訴同条一項の反対解釈と二項三項の類推に基づいて実務が数十年の歳月を費して引渡命令の制度を確立したこと、および該引渡命令は実務上は単なる執行の一方法としての職務命令と考えられているに對し、学説上は昨今これに反対して独立の債務名義と説く見解が強く、実務は学説に煽られて混乱を始めていること、従つてここにこれを債務名義にあらずと宣明する本件最高裁判決が登場したことは実務に指針を与え重要な意義を有することは、三谷判事の本案判批(民商四九巻五号)の詳論せられる通りである。

その際、競落人が任意の引渡をえられない場合につき不動産引渡命令を求めべきことは、学説も概ねこれを認めるところで、中には「その根拠づけも……判例の示すところ」すなわち民訴六八七条一項の反対解釈と二項三項の類推「で充分である」とするものさえあるが(中野「不動産引渡命令の性質」、同条の規定する所は全く別の事柄で、一項を反対に解釈しても、二項三項の趣旨を類推しても、不動産引渡命令を認むべき充分な根拠は与えられない。この程度の薄弱な根拠で不動産引渡命令を認めうるのならば、競落許可決定に執行の根拠を求める方が寧ろ解釈上は自然で、それもまた妥当ではないという認識を前提としつつ、不動産引渡命令は、法の欠缺を判例法

が創造的に補充し確立した制度と認むべきである。

ということ、一方において、該引渡命令の性格もまた可成り自由な実践的な必要に照応させて考えることができるということでもあるが、同時に、他方において、問題の眞の解決は立法をまつて始めて達せられるところで、解釈論では充分な解決に至りえないということ（すなわち欲張つた解釈は実は立法論にすぎないということ）でもある。立法論から区別せられた解釈論としては、なるべく権利義務の関係を決定的に左右しない取扱を考へるべきであり、且つ、認めなくても説明できるギリギリまで明文規定の掲げない制度を認めるべきでない。この後段との関係で、不動産引渡命令には独立の執行名義たるの資格を認めるよりは基本たる金銭執行の執行方法たるの資格を認める方が正しく（可能性としてはどちらか）、右の前段との関係では、競落人が必ずしも所有権を取得するものではないという事実（伊東「競売手続と公信的効」（果ては民事訴訟法研究所取参照））に特に注意を払うことが必要であろう。

固より、不動産引渡命令を独立の債務名義とみることができれば、事は直截簡明に処理せられようである。さような取扱が明定せられることを、そのために必要な随伴の措置が講じられることと共に、立法論としては強く希望するとともに（三谷前掲判批によれば立法作業上である）、解釈論としては、債務名義性を否定し、基本たる金銭執行の一環をなす職務命令にすぎず、従つてこれに対する請求異議の訴は許されないと考へる判旨を、とくに実務の態度として、健全なものと考へざるをえない。

三谷判事ともども判旨に賛成する所以である。

（伊東 乾）

昭三八一五（最高民集一七巻）
（三ノ四六八頁）

控訴判決正本送達の際りと上告期間の起算点

書証偽造の有罪判決確定と上告理由

約束手形金請求事件（昭三七・四・一二第二小法廷判決）

原告X（被控訴人・被上告人）のY（被告・控訴人・上告人）に対する約束手形金請求事件で、第一・第二審ともX勝訴。Yは上告したが、本件上告審判決は以下の理由から原判決を破棄し、事件を控訴審裁判所に差戻した。

被上告人は、本件上告は上告期間経過後提起されたものであるから不適法として却下すべきであると主張するので、まずこの点について判断する。記録中の控訴人（上告人）Yに対する控訴判決正本郵便送達報告書、当審における上告代理人申出の証人Y₁・Y₂の各証言、上告人本人の供述によれば、本件控訴判決正本は、昭和三十六年九月二八日郵便局集配員の過誤により訴外Y₃方においてその母Y₁に手交され、さらにY₁よりY₂を経て同年一〇月一五日控訴人方に届けられ控訴人がこれを受領したことが認められる。そうすると、その後二週間以内である同月二三日に控訴人が原審F高裁に本件上告状を提出したものであること記録上明らかなる本件上告は、適法の期間内に提起せられたものといふべきである。

つきに本案について判断する。上告代理人Oの上告理由第一点は、原判決の証拠となつた文書が偽造せられたものであつて、偽造者につき有罪の判決が確定したから、原判決は破棄せらるべきであると

いう。原判決の引用する一審判決は、原告(被告)提出の本件約束手形が真正に成立したものとし、これを証拠として被告(原告)が訴外Kをして振出人の記名押印を代行せしめて本件約束手形を振出したと認定し、よつて原告の被告に対する本訴手形金請求を認容したものであること判文上明らかである。しかるに、当審における原告人の主張事実中、訴外Kが本件約束手形を偽造したとして昭和三六年五月一日S地裁において有罪判決を受けたことは、被告原告人の認めるところで、右判決が同月二六日確定したことは原告人提出の当該判決の確定証明書により認められる。民訴四二〇条一項六号二項によれば、文書その他の物件が偽造・変造せられたこととの有罪判決が確定したときは、その文書または物件を証拠とした民事判決が既に確定した後でも、当該判決を為した裁判所に対し再審の訴により新に審理を求めることができる。ただし、当事者が上訴によりその事由を主張したときまたはこれをいつて主張しなかつたときはこの限りでない旨を規定するが、右規定の趣旨に徴すれば、当該判決が控訴判決であつて、これに対し上告がなされたときは、原告人は前記の理由によつて控訴判決を破棄し、控訴裁判所において新に審理すべきことを求めるものと解すべきである(大審院昭和六年(オ)第二〇四四号昭和九年九月一日判決民集一三卷一七六八頁参照)。

本判決の結論には賛成であるが、判旨一、二の理論構成については疑問がある。

判旨第一点について。問題は二つある。第一は、送達方法に瑕疵がある場合送達は無効であるか、それとも送達方法に瑕疵があつても送達は書類の受領者に書類の内容を確実に了知させることを目的とするから受領者が現実に送達書類を受領すれば送達は完全に適法・有効になると考へるべきかという点(小室・判批民商四九卷六号八〇頁参照、現実に送達を受けるべき者が受領したときは、受領のときに有効な送達があつたと認めべきである、とする判例として、昭和五年三月四日東高刑一三判、昭和四年(ニ)新二一三一号・高裁刑集三卷一七六頁は、凡そ送達といふことは、書類を特定の手に手交する手段に過ぎないのであるから、手段に何等かの過誤があつても宛に角書類か法定の期間内に送達を受くべき者の手裡に受領せられるならば、送達は完全にその目的を達し手続の違法は救済せられ右現実に受取つた時に於いて送達は有効になされたものと認むべきである)と。第二は、仮りに送達の方法に瑕疵があれば送達は無効であると解した場合、責問権の放棄により無効な送達を有効になしう

るや否やという点である。第二点は、責問権の放棄が認められる訴訟法規違反は当事者の利益に関する事項に限られ、例えば本件における不変期間の開始時点のように公益に関する職権調査事項を内容とする訴訟法規違反には認められない、という点で問題がある(不変期間の規定は強行法規であるから、その起算点となる送達の瑕疵については、責問権の放棄が許されないとするものとして、兼子・条解II四一頁加藤・要論三四頁三月月・民訴法三三八頁、小室・前掲八二頁、これに反し責問権の放棄を認める学説としては、細野・要義三卷二四二頁、は「不変期間」進行に於て「責問権」の放棄又は「喪失」因り有効トナル否ヤニ付テハ學說上争ナレバ、ズト雖モ、責任ノ有効無効ハ其送達ヲ受クル当事者ノ為メノ利益ヲ顧慮シタル所ナリ、之ニ因スル責任ノ放棄ヲ許サザルナシ、從テ不変期間ノ場合ニ於テモ之ヲ別異ニ取扱フベキモノ、ニアラズト為スヲ要当ナリトス」としている。また、菊井・村松、民訴法I五三八頁も、「不変期間の規定は強行法

規であるから、その起算点となる送達の際紙については、責問権の放棄は許されないとする説(兼子、条解四一頁)もあるが、送達を本来書類の受領者たる書類の内容を確実に了知させることを目的とするから、当事者と異議があれば、誤つた送達は改めて送達しなばならぬべきであるが、当事者と異議がなければ、送達によつて仲介される訴訟行為が当事者の処分のできる利益に開しないものであるも、責問権の放棄を認めれば支弁をなす、と考へるとされる。また、不変期間の起算となる送達違法があつても責問権の放棄、喪失により、是正されるべき判決として、大審昭和二年(一)八七九号同法七月四日民五決民衆二巻一七四頁は以下の如く述べている。「書類送達ノ手續ニ違法ノ瑕疵アルモ送達ハ有効トシテ於此ハ但シ對スル責問権ノ放棄ニ限リ曷ノ違法ハ是正セラルコトナリ責問権ハ有効ナルテ之ヲ題旨ノ旧民事訴訟法第四十條ノ規定ニ依リテ裁判ノ判決ニシテ責任ノ責問権ノ放棄ニ付テ明文第四百一十一條ニテ設ケラレタル新法下ニ於テ事ノ同一概ニ出ツヘキハ論議モノナラズ夫レ不変期間ノ進行ヲ始ル送達ニ於テモ亦爾コト殆ト疑ハザル可カラズ蓋シ當事者ノ意思(一方若クハ双方)ヲ以テ不変期間ノ進行ヲ仲介シ若クハ其ノ進行ヲ始ムル事由ソレノ變易スルコト許サレテ却テ送達手續ナルモノニシテ手續上ノ違法ヲ究忍スルノ人ノ對スル書類ノ交付ヲ確定ニスルニ在ルカ故ニ苟モ其人モシテ手續上ノ違法ヲ究忍スル以上コレヲ尚許ス可カラズストル等ノ道理モ之ヲ發見スルニ民事訴訟法第四百一十一條所定要件ヲ限リ(文同者モ依テテ放棄ト稱ス)若クハ民事訴訟法第四百一十一條所定要件ヲ限リ(文同者モ依テテ放棄ト稱ス)違法ノ點ニ是正セラルレ不変期間モ亦当該送達時ヨリ其ノ進行ヲ始ムルコト言フ依テ之として、さうして問題旨の昭和十八年六月四日朝高院判、昭和十八年民(上)一〇七号、司協二巻六号一三二頁は充分な理由を示さなく以下に如く説いている。「送達ニ背ハ所謂責問権ノ放棄又ハ喪失ニヨリテ補正セラルヘキモ不変期間ヲ遵守セシメ不変期間ハ開始スル送達ニ付テモ之ヲ例外トシテ該事項ノ責任ヲ責問権ノ放棄又ハ喪失ニヨリテ補正セラルコトト矛盾スル概念ニアラザリナリ」としている。

まず第一点についてであるが、送達の方法が違法である場合送達は無効であると解する点について殆んど異論がない。したがつて、送達が名宛人を誤り又は受領権限なき者に對して行われた場合は無効である(兼井・村松、前掲五三三頁、Stein-Jonas、* 不変期間の進行に関する送達に関して責問権の放棄を認める見解ももちろん当該送達が無効であることを前提としている。

次に第二点についてみよう。独逸民法二九五条は、第一項で、「手続の違背及特に訴訟行為の方式に関する規定の違背は、当事者がその規定の遵守を放棄したるとき、又は当該の手續に基きて行われたる最近の口頭弁論若は其の手續の引用せられたる最近の口

頭弁論に於て、当事者が出頭して其の欠缺を知り若は知ることを得べかりしに拘らず、其の欠缺を責問せざりしときは、最早之を責問することを得ず」と規定し、第二項では、「前項の規定は、当事者が有効に遵守を放棄することを得ざる規定に違反したるときは、之を適用せず」(外国法典兼書独逸民法)と規定する。送達が職権で調査するべき不変期間の開始時点である場合は同条第二項の適用されるべき場合で、当事者は同項により責問権を放棄し間接的に不変期間の開始時点を左右することができないとするのが通説である(Stein-Jonas, a. O.)。我國においても放棄否定説が多数説であるが、肯定説は、責問権の放棄により送達を繰返す必要をなくすべきであるという訴訟經濟の要求と、不変期間の開始時点を当事者の責問権の放棄・不放棄により左右できるということが不変期間を設けた趣旨に反しないか否かという疑問とを、どう理論的に調和させるかという点の説明に欠けるので、にわかには賛成しがたい。

本件の場合、放棄肯定説によれば本件上告は上告期間になされたものであるから適法であることは明白であるが、放棄否定説によつても本件上告は適法である。蓋し、既になされた無効な送達が責問権の放棄により有効になりえないのであるから送達が再度なされなければならぬ。そして有効な送達以前であつても判決の云渡後であれば上告を提起しうるからである(民訴法三六六条一項但書・三)。したがつて本件の場合いづれの見解をとろうとも上告は上告期間徒過前のそれであつて不適法ではない。本件判旨第一点には結論的に賛成であるが、以上の諸点の分析において不十分であるから、その理

論構成には問題がある、と私は考える。

要旨第二点について。再審事由が上告理由たりうるることについて異論はないが、その根拠については見解がわかれる。大別して四つある。第一は、再審事由は確定判決の既判力すら排除しうるのに、それが事実に関する主張であるからといって（この点問題）上告を認めず控訴審判決を確定させたうえで再審の訴を認めることは訴訟経済に反するから上告理由になる、とする見解である（野間・民商一巻五号四四二―四四頁、判例としては、大審昭和九年九月一日民四判・民集一三巻二〇号一七六八頁は、「然ルニ前示ノ各文書ガ孰レモ偽造ニ係ルコト其ノ後云サレタル刑事判決ノ宣言スルコトコトニテ且同判決ハ昭和八年一月二十六日上告棄却ノ裁判ニ依リ確定スルニ依リタルコトハ当該判決本ニ徴シ洵ニ明瞭ナリトス。民法第四二〇条第一項第六号ニ依リバ文書其ノ他ノ物件ガ偽造又ハ変造セラレタルコトノ有罪判決確定シタルトキハ斯ル文書又ハ物件ヲ証拠トシテシタル民事判決ガ既ニ確定シタル後ト雖当該判決ヲ為シタル裁判所ニ對シ再審ノ訴ニ依リ新ニ審理ヲ求ムルコトヲ得ルガ故ニ其ノ未ダ確定セザル以前ニ至リテハ一層強キ理由ノ下ニ当該裁判所ヲシテ審理ヲ新ニセシムベキモノト故スラ相当トスベク斯ク解決スルコトハ所謂訴訟経済ノ原則ニ照シテ然ラズルモノナラズ前記有罪ノ刑事訴訟確定後ノ今日ニ在リテハ原因ハ結局同判決ヲ無視シテ裁判シタル違法アルコトニ帰シ訴訟手續ノ違背アルヲ免ル）。第二は、再審事由として列挙せられる各場合は上告理由たる法令違背の特殊な場合で、判決は具体的事案に関する国家の個別的な規範の宣言とみる立場から、「当該文書が偽造なりとの具体的な規範の存在を主張し、偽造文書を証拠に採用したる証拠法則違背を上告理由として主張する」ものとする見解である（中村宗・民商一巻四号六九五頁、同・判例民事訴訟法研究一巻二五頁以下、神谷原論・上訴以下、上一〇八頁も、四二〇条に再審事由として挙げられるは上告理由たる法令違背の更に特殊な場合に外ならずして孰れも実質的には法令違背性を具有するものなりと云ひ得べし」とし、兼師書・志林三七巻六号七六五頁以下も、国家が確定判決を以て証言又は証書の虚偽たることを確定するときは、故にこの虚偽の証言又は証書は之を訴訟法上証拠力なきものとする具体的規範を生ずる」が故に、かかる規範を採用すれば判決に訴訟法規違反の瑕疵がある）。第三に、沿革解釈からおおよび訴訟経済の要求から（その実定法上の根拠としては民訴四二〇条一項但書を援用するものであつて、この規定を上述の如く解するは実質上の根拠として始めて訴訟経済の観念を持ち出し得るものである」とされる、齊藤・判例民事訴訟法四二〇条一項但書は再審事由が上告理由と九一年二二五事件四〇九頁）民訴法四二〇条一項但書は再審事由が上告

理由となりうることを当然認めていると解する見解がある（齊藤・判例民事訴訟法四二〇条一項但書参照）。以下の如く説く。まず、「我現行民訴法は旧法に於ける取消の訴と原状回復の訴との區別を廃止し、一樣に之を再審の訴としたのみならず、再審事由の總ての場合に付き、四二〇条一項但書に於て、「当事者が上訴ニ依リ其ノ事由ヲ主張シタルトキ又ハ之ヲ知リテ主張セザリシトキ」は再審の訴を提起し得ざるものとしたのである。大綱に於ては、取消の訴の一部のみに關して設けられた旧民訴四六八条二項の趣旨を再審事由のあらゆる場合に拡張せられたものであつて、我改正法の眼目は、再審は總ての場合に於て上訴（控訴の外上告を含む）に對し完全に補充的な關係に立たしめた点にあるものと解すべきである。従て、我現行法の下に於ては、再審事由に該當する事由たる限りは旧法の原状回復の訴の事由に相當するものと雖も、總て上告理由となり得ることを当然予定するものである。」とする沿革的理由を最も本質的なものとし、附加的に、「実質的にみるも再審事由に該當する事由あることを知りたる時に於て之を上告により主張し得る時間的余裕ある場合に於ても一旦判決を確定せしめた上で再審による救済手段を執るが如きは迂遠の措置であり上告審の手續を徒勞に帰せしめるに至り、合理的なる訴訟経済の觀念に背馳するものなること、再審も実質に於ては不服申立の一であるが確定判決を対象とするが為め民訴法の建前では述語上上訴より区別せられてゐるに過ぎぬこと、及び確定判決を消滅せしめる効力を付与し得るは当然なること等に鑑みるも民訴四二〇条一項但書に關する上述の私見の妥當なることがわかる」とされる。第三説

理由となりうることを当然認めていると解する見解がある（齊藤・判例民事訴訟法四二〇条一項但書参照）。以下の如く説く。まず、「我現行民訴法は旧法に於ける取消の訴と原状回復の訴との區別を廃止し、一樣に之を再審の訴としたのみならず、再審事由の總ての場合に付き、四二〇条一項但書に於て、「当事者が上訴ニ依リ其ノ事由ヲ主張シタルトキ又ハ之ヲ知リテ主張セザリシトキ」は再審の訴を提起し得ざるものとしたのである。大綱に於ては、取消の訴の一部のみに關して設けられた旧民訴四六八条二項の趣旨を再審事由のあらゆる場合に拡張せられたものであつて、我改正法の眼目は、再審は總ての場合に於て上訴（控訴の外上告を含む）に對し完全に補充的な關係に立たしめた点にあるものと解すべきである。従て、我現行法の下に於ては、再審事由に該當する事由たる限りは旧法の原状回復の訴の事由に相當するものと雖も、總て上告理由となり得ることを当然予定するものである。」とする沿革的理由を最も本質的なものとし、附加的に、「実質的にみるも再審事由に該當する事由あることを知りたる時に於て之を上告により主張し得る時間的余裕ある場合に於ても一旦判決を確定せしめた上で再審による救済手段を執るが如きは迂遠の措置であり上告審の手續を徒勞に帰せしめるに至り、合理的なる訴訟経済の觀念に背馳するものなること、再審も実質に於ては不服申立の一であるが確定判決を対象とするが為め民訴法の建前では述語上上訴より区別せられてゐるに過ぎぬこと、及び確定判決を消滅せしめる効力を付与し得るは当然なること等に鑑みるも民訴四二〇条一項但書に關する上述の私見の妥當なることがわかる」とされる。第三説

は第一説の訴訟経済の要求に沿革的理由を附加し、むしろ沿革的理由に重点をおくが、その実質的根拠として訴訟経済の要求を主張する点では第一説と共通している（斎藤・前掲四〇九頁は、「その実定法上の根拠念をもち出し得る」としている―傍点筆者―。これは沿革的理由が先行することを意味すると解し）。第四に、再審事由を上告理由となしうるることについては第二説同様現行法上の根拠として三九四条を挙げるが、その理由として事実認定の経験法則違反を指摘する点で第二説と異なる見解がある（小室・前掲八五頁以下は、「自由心証主義も経験法則から解放されるのでない問題であるが、少なくとも明白な経験法則違反が上告理由となりうるかは、すでに刑事判決が偽造を確定している以上、民事判決の基礎となつた事実認定において、合理的な判断がなされたか否かの疑が十分に存しうる」とされる。意）。

私は以下のごとく理解したい。すなわち、民訴法四二〇条一項但書および三九四条はいずれも再審理由が法律審たる上告審における上告理由たりうることを認めたものである。そしてその根拠は、たとえば本件におけるごとく、判決の証拠となつた文書が偽造せられたものである場合についてみるとどうであろうか。証拠能力・証明力を法により規整することなく自由心証主義を採用した現行民訴法の下でも、自由心証主義に自ら制限があることは認めなければならぬ。明らかに証明力のない証拠の採用は自由心証主義の範囲外の問題である。私はかかる採証は自由心証主義の範囲を超える訴訟法上違法なものであると考へる（小室・前掲八五頁以下参照）。第二説が、有罪の刑事判決が國家の宣言する具体的規範であり、この具体的規範に違背した採証は証拠法則違反であり、民訴法三九四条の法令違背ありとするのに対し、民訴法三九四条の法令違背という場合の法令とは、抽

象的一般的意味における法令であり、判決のごとき具体的法規範を意味しないという批判がある（真・小室・前掲八四一―八四二頁）。私は第二説にいわゆる法令違背を、この批判が理解するように判決という具体的法規範に違背したという点に求めるよりは、むしろ、自由心証主義によつて認められた証明力の判断の限界を超えた点で訴訟法規違背があるものと理解するほうがより適切であると考え。かくして再審事由は三九四条で上告理由にもなるから、四二〇条一項但書では控訴並びに上告審で審理せられ、又は審理の機会があつた場合は再審を認めないことにしたのである。従つて両者ともに再審事由が上告理由になりうることを認めた規定であるといえる。

従つて、事実審の口頭弁論終結の時までに有罪の確定判決の存在の主張がなされたがそれが容れられなかつた場合は、これを理由に民訴法三九四条により上告ができる。これは訴訟経済の要求を考へるまでもないことである。右の主張が知りてなされなかつた場合有罪の確定判決の存在を無視して判決すべきことは弁論主義の原則上当然であるから、この点について訴訟法規違背はないといわねばならない。確定の有罪判決の主張が知らずしてなされなかつた場合あるいは事実審の口頭弁論終結後に有罪判決が確定した場合、民訴法三九四条や四二〇条一項但書の反対解釈を類推して上訴を認めるべきである。この場合上告審で文書の偽造・変造の審理ができるのは、既述のごとく訴訟法規違反に通じるからである。またこの場合必ずしも訴訟経済の要求をもちだす必要はない、と考へる。たとへば、控訴審判決後上告期間中に実体法が改正され新法が適及するが

ごとき場合、控訴審判決の法令違反を主張して当事者は上告をなしている。控訴審の口頭弁論終結後に有罪判決が確定した場合あるいは弁論終結前に確定していたが当事者が知らずに之を主張しえなかつた場合は、有罪判決確定後乃至確定を知つた時から、当事者がそれを主張しさえすればこれを顧慮しない判決が証拠法則に違反しているという点で訴訟法規違反の判決になりうるわけであるから、事情は遡及効ある実体法規の改正の場合に類似している。また仮りにかかる類似性を認めないにしても、訴訟経済の要求をもちだす必要があるのは、控訴審の口頭弁論終結後に有罪判決が確定した場合と終結前に確定したが知らずに主張できなかった場合に限られ、事実審口頭弁論終結前に有罪の確定の主張がなされたが容れられなかつた場合にはその必要がないこと既述の如くである。

かくして、私は第二説に賛成するが、かかる立場からは、第一説が訴訟経済の要求を専らその論拠として主張することは正当ではない、と考へる。第一説は、民訴四二〇条一項六号の再審事由が事実問題にのみ関し法令違背の問題ではないという認識を前提とするからにはかならないからである。また、なるほど第三説が説くように、民訴法四二〇条一項但書は再審事由が当然上告理由になることを示しているが、その実質的理由はむしろ第二説の説く処に存すると解せられる。さらに、第四説の主張するように、経験法則の認定や適用の誤りを、法令違背と同視して上告理由とする見解は有力であるが、経験法則は「法規と異り通常事実判断の過程で用いられる資料であるから、その取捨も事実審の裁判官の専権に任せられているも

のと解すべきである」し、「従来上告審が往々経験則違反を理由として、原判を破棄している事例も、一定内容の経験法則の存否の認定を誤つたというのでなしに、判決理由における判断過程の著しい非常識或は論理の飛躍を問題にした場合が多いといえる(兼子・体秀) (二四四頁)」から、むしろ本件の場合も経験法則違反とするより、自由心証の範囲を越えた判断があつたとみるほうがより適当ではないであらうか。

本件に帰つて考察しよう。訴外Kの有価証券偽造の有罪判決確定は三六年五月二六日、控訴審口頭弁論終結が同年九月二日である。仮りに上告人が知つて主張しなかつたというなら、四二〇条六号の事由は上告理由にも再審理由にもならないが、本件判決の認定によると本件は知らずして主張しなかつた場合であるから、再審事由が同時に上告理由となるとするいづれの見解によるもその理由を問うことなく、判旨第二点の結論は正当である、ということになる。

(石川 明)