

Title	〔最高裁民訴事例研究二一〕 共同相続人と必要的共同訴訟 土地所有権移転許可申請手続請求事件 (昭和三八年一〇月一日第三小法廷判決)
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	1965
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.38, No.4 (1965. 4) ,p.92- 98
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19650415-0092">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19650415-0092</a>

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 二一〕

昭三八20(最高民集一七卷  
九号二〇六頁)

## 共同相続人と必要的共同訴訟

土地所有権移転許可申請手続請求事件(昭三八・一〇・一第三小法  
廷判決)

X(原告)は、昭和三〇年一月何某から田地を三〇万円で購入せる  
契約をし、即時内金一五万円を支払い、残代金は売主が翌年三月末  
日までに田地所有権の移転について農地法三条一項所定の知事の許  
可を申請し、当該許可に基づきXへの所有権移転登記の完了した後  
に支払う約定をしたところ、昭和三〇年四月二〇日右何某は死亡し、  
Y<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>、Y<sub>3</sub>三名がその遺産相続人として同人の権利義務を承継したが、  
XがY<sub>1</sub>等の懇請に応じその後三回に合計七万余円を追払いしたに拘  
らずY<sub>1</sub>等は約定期限が経過しても知事に対する許可の申請をしな

い、と称し、Y<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>、Y<sub>3</sub>三名(被告)に対し許可申請手続を訴求した。  
第一審原告勝訴、被告(Y<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>、Y<sub>3</sub>)から控訴したが、実はY<sub>3</sub>は第一審  
第一一回口頭弁論期日で原告の請求を認諾していたのであった。Y<sub>1</sub>、  
Y<sub>3</sub>を必要的共同訴訟人と解した第一審裁判所がY<sub>2</sub>のみの認諾を無  
効と認め、三名が共同して手続を行うべきことを宣告したに依じて、  
控訴裁判所も、Y<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>の控訴申立を、一おうY<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>、Y<sub>3</sub>三名からの控訴と  
して審理を開始したものである。だが、結局、控訴裁判所は、その  
判決において、かような許可の申請のごときは、「共同相続財産に関  
する財産処分を前提とする行為としても、その行為自体当然に共同  
相続財産処分の結果を来すような行為ではないから、分割協議前の  
共同相続財産の処分行為でない」ことを理由としてY<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>、Y<sub>3</sub>間に判決  
の合一確定の必要があることを否定し、従つて、X、Y<sub>3</sub>間の訴訟は

「原審の第一一回口頭弁論期日における同控訴人（ $Y_3$ ）の認諾により終了した」旨、宣告した。 $Y_1Y_2$ との関係でも、控訴審判決は、第一審判決と異なり、昭和三〇年一月の売買契約の効力そのものを否定し（売主本人の関知しない $Y_3$ の無権代理行為とする）、 $X$ の請求を棄却したのであつた。かかる控訴審判決に対し、 $Y_1Y_2Y_3$ 三者間には判決の合一確定の必要あり（理由らしいものは何も挙げられていない）と主張して $X$ 側から上告に及んだのが本件であつて（其他の上告理由は判例集に省略され掲げられていない）、最高裁、曰く、前主「につき発生したと主張される許可申請協力義務は給付の目的が性質上不可分のものとして解されるから、その共同相続人たる $Y_1Y_2$ はいわゆる不可分債務者の関係に立つものといふべきである。そしてかかる不可分債務関係の訴訟は、固有の共同訴訟に当たらないのは勿論、類似の共同訴訟にも当たらないと解されるから、本件訴訟を必要の共同訴訟に当たらないとした原審判断は結局正当といふべきである。論旨は理由がない」と。——棄却。

相続財産分割前の相続債務を、その各個について、給付の性質の許すかぎり共同相続人間に相続分に応じて分割された債務として理解し、給付の目的が性質上不可分の場合にこれを共同相続人間の不可分債務と考えることは、従来の判例一般の態度であるから、疑問は、この判例一般の態度に関して、ひとりただ本件だけの問題にとどまるわけではないが、たとえば、仮に、本件のように、許可申請の協力義務のごときを、共同相続人間の不可分債務と取扱うことになる、理解しがたい状況が生じる。事は、恐らく、登記申請の協力義務についても、同様であろう。固より、これらを共同相続人間

の不可分債務と考えるかぎり、共同相続人が必要的共同訴訟の関係に立たないということに誤はない。「債権者ハ其債務者ノ一人ニ対シ又ハ同時若クハ順次ニ総債務者ニ対シテ全部（又ハ一部）ノ履行ヲ請求スルコト」（ $三三$ ）ができるのであつて（ $三四$ ）、訴訟共同の必要も、判決合一の要求も、存在しないからである。けれども、意思表示をする義務の存在を宣言する給付判決は、その確定とともに、直ちに債務者が適式にその意思表示をした効力を生じる筈であつて（ $三五$ ）、また、他方、請求の認諾が調書に記載せられると、その記載は確定判決と同一の効力を生じるであろう（ $三六$ ）。然らば、本件第一審第一一回口頭弁論期日において $Y_3$ が $X$ の請求を認諾し、その認諾が調書に記載せられた以上は、本件において $X$ はもはやこの時に完全にその目的を達し、 $Y_1Y_2$ に対する請求はこの時点以後その必要がなくなり、少くとも既にこの点から理由なきに帰したのではない。にも拘らず、 $Y_1Y_2$ について独立に審理を進め、しかも実は売買契約が無効であつたことを理由としてこれに対する請求を棄却した態度は、右認諾の効力と、どう調和するのであるか。これを矛盾でないとする見方は、 $X$ が $Y_3$ とのみの連名ではなお許可の申請ができず、認諾調書はただか $X$ が $Y_3$ とのみの連名で許可の申請を行う余地を開くにすぎないと解することによつてのみ成立とう。だが、それでは、 $X$ の $Y_3$ に対する請求は債務の「全部」にかかわるのではなかつたことになり、また当該債務の目的は性質上「不可分」のものではなかつたことに帰するわけで、訴訟物を不可分債務と規定したその出発点に悖ることになる。

債務を連帯債務と考えても、この難点を避けることはできない。XはY<sub>1</sub>に対し、債務の一部も請求しえようが、債務の全部をも請求しうる筈で、本件のような訴訟でXはY<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>、Y<sub>3</sub>総債務者に対して同時に全部ずつを請求したと解するのがXの意思に適するからである。論旨を貫くためには、債務を単純な分割債務と解するほかないであろうが、許可申請の協力義務のときが相続分に依りて分割されるというのは、一体どういう意味であろうか。

むしろ、未分割という条件を素直に受取り、分割前の相続財産は、債務をも含め、一体として共同相続人の合有に属し、相続債務は共同相続人の全員に合有的に帰属する、とみるのが優れている。そう観てこそ、実体法学の近時の努力にも応えることになるが、合有的帰属とみれば、Y<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>、Y<sub>3</sub>は固有の必要的共同訴訟の関係に立っていたことになり、Y<sub>3</sub>単独の認諾にはその効力を認むべきではなかつたことになろう。

尤も、近時、合有財産についての訴訟に関し、合有的共同者が原告側に立つ場合と被告側に立つ場合とを区別すべしと説き、合有的共同者が原告側に立つ場合はその全員が当事者となることを要するが、これを被告とする場合には必ずしも全員を揃える必要なしと論じることが、よく行われる。もしそうであるとすれば、相続債務を共同相続人に合有的に帰属するものと考えても、なお且つ本件のような場合は固有の必要的共同訴訟にならないことになるが、所論の挙げる理由は、たとえば、相続財産に対して執行するには僅かに全員に対する債務名義を必要とするであろうが、それは一通の債務名

義でなければならぬわけではない、というような、いわば訴訟法上の事情に尽きる。強調すべきは、固有の必要的共同訴訟の可否は実体法がこれを決定づけるのであつて、合一確定の必要が訴訟共同の必要を生み出すのではなくしてその逆であり、固有の必要的共同訴訟と類似必要的共同訴訟とは全くその基礎を異にするという道理である。もと、前出の原告適格と被告適格とを区別して考える議論は、ドイツの議論の輸入であろうが、そこでは、共同財産もこれに属する債務は概ね連帯債務 (Gesamtschuld) で、そのため共同者も被告としては共に訴えられる必要のないのが原則である、と言われているだけで、債務が合有 (Gesamthandschuld) であれば全員を被告とすることが必要である。とされるのであるから (Stein-Jonas-Schönke-Lff., § 63)。<sup>1)</sup> どうも正確な輸入ではないように感じられる。「合有債務 (Gesamthandschuld) の主張の場合、必要的共同訴訟は存在するか。もし本当にそれが合有債務 (Gesamthandschuld) であつて連帯債務 (Gesamtschuld) でないならば、問題は肯定せらるべきものである」というシュワープの言葉をこの点の参考に援いておこう (Schwab: Die Voraussetzungen der notwendigen Streit.). 輸入し方の当否は、ともかくとして、心すべきは、合有か否かの差異が直ちに訴訟共同の要否を決するという点で、合有だが訴訟の共同は必要でないというようなことは、およそ固有の必要的共同訴訟というものの本質上ありえない。似たような言い方ではあるが、一方に「合有という觀念をここで容れると」しても「これらを被告とする場合にも全員揃つたときでなければ本案判決ができないとする必要はない」

という説明の仕方と(三ヶ月民訴)、他方に「分割前の相続財産に属する権利については、共同相続人全員が当事者とならなければならぬ」が「相続債務については、各自の債務となるから、必ずしも全員を当事者としなくともよい」という説明の仕方とは(兼子体系)、全く別の問題意識に立つもので、後者が正しく、前者は誤である。その後者の視点に立つて、さて、相続債務を「各自の債務」とみるべきか「債務の合有的帰属」とみるべきかは、これは専ら実体法の問題である。技巧を避けて素直に事をみれば、相続債務は共同債務者に合有的に帰属するものとみるべきであろう。それが上に掲げた我々の立場であつた。

この立場に立つかぎり、本件訴訟は固有の必要的共同訴訟でなければならぬ筈である。かかる帰結が実践的に堅苦しいことは勿論であるが、実体法理論もなお漸次精しきを進めるであろう。現段階では一おう、という留保つきで、必要的共同訴訟論に与し、これを斥けた判旨に疑問を提供しておく。

(伊東 乾)

### 昭三八二(最高民集一七巻)

(九号一三二八頁)

#### 差戻後の第一審における訴の取下と再訴禁止

建物取去土地明渡請求事件(昭三八・三・一二第三小法廷判決)

上告人の上告理由は以下のごとくである。原告X(控訴人・被上告人)は、本訴とは別に昭和三〇年二月二日日本訴と同一の請求の趣旨及び原因で本訴外Nを相手方とし京都簡易裁判所に訴を提起し同

裁判所に係属中予備的に本诉被告Y(被控訴人・上告人)を追加した。京都簡易裁判所で右予備的主張に基き原告勝訴の判決言渡がなされ、これに対しYは京都地方裁判所に控訴し、控訴審では原審の訴訟手続違背、原判決の判断脱漏等の理由で原判決を取消し原審へ差戻す旨の判決が言渡され、Xは差戻後の第一審係属中その訴を取下げた。しかるにXは後日右と同一の事件につき京都地裁に再訴を提起した。これが本訴である。上告理由。(1)本訴提起は民訴法二三七条二項の再訴禁止規定と抵触するので不合法である。同法に所謂「本案に付終局判決ありたる後」とは、本件において控訴前の第一審判決言渡日以後を指す。けだし本案の立法趣旨は裁判所が折角終局判決をしても、原告が訴を取下げることによつてこれを失効せしめたくえ再度の判決を求めることは、訴訟法における理念の一つたる訴訟経済に反するばかりか、請求の当否に真面目に取組み努力した裁判所を翻弄することになり、且つまた同一事件が矛盾した判決を受けるとの不当な結果を生ずる虞れがあるので、それが防止のためにかかる原告の再訴権を奪つたものと解せられるからである。(2)成程本訴においては、第一審における本案判決が破棄され事件は同審に差戻されて当初から再審理されるのであるから、訴訟経済・矛盾判決という問題は差戻審それ自体の中にも包含され、一見再訴を禁ずる実益がないと思われるがこの見解は妥当ではない。けだし、差戻審は破棄理由の拘束をうけるが、再訴審はその拘束をうけないから、再訴第一審が前訴第一審と同じ過誤を犯すおそれがあり、而してこれに対する控訴・破棄差戻・訴の取下・再び再訴という一連の繰返しを幾重にも重ねる虞れがある。第一審裁判所と控訴裁判所とが法令の解釈を異にする場合には当然右のごとき現象が予想される。(3)かかる現象は当事者並びに国家にとり耐え難いもので、これ

を防止する為に民訴法二二七条二項は、一度本案判決があつた以上その判決が取消されると否と、又取消事由が本案に関すると否とを問わず、その当否は同一訴訟手続内に於て審判するべく、訴を取下げ同一事件につき別訴(再訴)を以て審判を求めることを禁じた規定と解されざるを得ない。以上の理由から本訴は不適法な訴として却下されるべきところ第一審裁判所は法律の解釈を誤り訴の却下をなさず、控訴裁判所も第一審判決を破棄し却下の判決をなすべきであるにもかかわらず本案につき審理・判決する誤りを重ねた。原判決のかかる法令違背が判決に影響を及ぼすこと明白である。猶訴が右再訴禁止の法律に抵触するか否かは裁判所の職権調査事項であるから、この点に関する当事者の主張は単に裁判所を動機付けるものに外ならない。従つて当事者の主張の有無は訴が不適法であり原裁判所により却下されるべきであつたことに何等の影響も及ぼさない。

上告棄却。理由は以下のごとし。すなわち、本訴が所論訴の取下との関係で民訴二二七条二項の再訴禁止規定に触れるとの所論は同条項にいう「本案につき終局判決ありたる後」の意義についての独自の解釈を前提とするものであつて、採用できない。本件のごとく、一旦言い渡された第一審の本案の終局判決が第二審で取り消されその効力を失つた後は、差戻後の第一審において改めて本案の終局判決がなされるまでは、訴の取下により失効されるべき「本案の終局判決」は存しなくなつてゐるのであるから、その間における訴の取下については、右二二七条二項所定の再訴禁止の効果を生じないものと解するとして、本訴の提起が同条項に抵触しないことを判断した本件第一審判決は正当であり、原審もまた右第一審と同じ判断し立ち、本案の審理に進んだものであることが記録ならびに判文上も

窺えるから、原判決に所論違法は存しない。

#### 判旨に賛成。

まず民訴法二二七条二項の本案の終局判決後における再訴の禁止の規定の立法趣旨を検討しなければならない。右の効果は原告による訴の取下にもなう再訴の濫用に対する制裁としての意味をもつものと考えられる。民事訴訟法改正調査委員会速記録四八三頁は「濫訴の弊を防ぐ」といい、細野・要義二卷五一五頁は「取下の濫用」といい、同五一八頁は「訴の取下を為したる原告に対する制裁」といい(中島・日本民訴)。(卷九五三頁も同旨)。また「結局本案判決を受けながら、正当の理由なしに訴を取下げた場合に限る」(兼子・体系)というの、やはり再訴禁止の効果を取下の濫用に対する制裁と考えるものとみてよい。さらに再訴を無制限に認めると「裁判所は当事者の恣意に翻弄されるに至るおそれなしとしない」(三ヶ月・民訴)というの、裁判所を翻弄するがごとき当事者の恣意的訴の取下・再訴が取下制度の濫用以外の何物でもないことを意味しよう。再訴禁止の根拠を制裁として説明したり再訴濫用の防止に求めることは相互に矛盾するものではない。ただし再訴の禁止は濫用される再訴換言すれば正当な理由なき再訴に課せられる制裁にはかならないからである。問題はいかなる場合に再訴が濫用となるか、換言すれば「正当の事由」を欠くという場合の「正当の事由」とは何かという点である(制裁的濫用防止機能とを区別し、後者に再訴禁止の根拠とその範囲の確定基準を求めんとす。見解として、井上・本件判批・立命館法学一九六四年第五号九七頁以下参照)。すなわち、「本案についての終局判決が既に喰はなかつたから、どうか

して訴を取下げて置いて更に訴を提起する、さうして此訴訟關係を覆さう、斯う云ふことになりますと之は宜しくない」(前掲速記録)から禁止されるというならば、原告が全部又は一部敗訴し、この敗訴判決の回避をもつばらの目的とする場合に限つて訴取下に伴い再訴が禁止されることになる。これに反し、本案ニ付キ終局判決アリタル以上ハ其判決カ原告ノ勝訴ノ判決ナルト敗訴ノ判決タルトニ拘ハラス原告ハ訴ノ取下ニ依リ係争ノ權利關係ニ付キ為シタル判決ノ確定ヲ失効セシメタルモノナレハ其訴ヲ取下ケタル以上係争權利關係ニ付キ確定又ハ之ヲ前提トシテ給付又ハ形成ノ請求ヲ再ヒ為サシムル必要ナキノミナラス之ヲ許ストセハ訴ノ取下ノ濫用ヲ生スルニ至ル」(五二五頁)と解すべきであらうか。後説のごとく一度本案につき終局判決のあつた以上訴の取下はいかなる場合にも同一の再訴禁止が伴うと理解するのは、二三七条Ⅱ項の文理には適うが、その妥当性については疑問がないわけではない。訴の取下が訴訟外での自主的紛争解決の結果なされる場合を考えてみよう。この場合訴訟外での自主的紛争解決(例えば私法上の和)に瑕疵があり無効乃至取消されたとするならば、同一の再訴を禁止することは原告にとりあまりにも酷ではないだろうか。一般的にいつて私的紛争の解決は公権的になされるより自主的になされることが望ましい。訴訟外の自主的紛争解決により訴が取下げられれば裁判所の手間は省ける。しかし訴訟外の自主的紛争解決の有効性を訴の取下の要件とすることは、訴の取下が訴訟行為であるから問題である。そうであるなら、一方で無条件で取下を認めつつ他方訴訟外の自主的紛争に瑕疵があ

つた場合再訴を認めることが望ましい。かかる場合同一の再訴をして再訴の濫用ということはできない(井上・前掲判批も、本案の終局判決後に禁止を伴う場合と区別しようとする。正しい立場といえよ。本件につき最高裁判事判例集には事実關係及び旧訴並びに本訴の第一審・第二審判決が掲載されていないので、本件の詳しい事実關係は不明であるが、安部・本件解説・法曹時報一五卷一・二号一三三頁によると、旧訴第一審で、XはY組合の代表者N個人に対する訴に予備的にY組合代表者としてのNに対する請求を併合。これに対し旧訴第一審はN個人に対する請求を認容し、Nが控訴。控訴審では原判決を取消し事件を第一審に差戻した。そこでさらに井上氏は旧訴のごとく、主観的予備併合というようなその適否につき争いのある場合のように旧訴が不適法——しかも当該手続内で治癒不能なそれら否かという疑いのある場合、訴訟無能力者たる被告本人に訴状が送達され、当該訴訟で本案判決があつた後の取下、訴の利益を欠く訴訟で本案判決のあつた後の取下等の場合は訴訟制度の濫用となる(三七五—六頁)。これに反して、本案の終局判決が原告敗訴の判決でこれに不服のため訴を取下げ別訴を提起するというのであれば、当該判決に対し不服のある以上当該訴訟手続でこれを主張すべきで、訴取下・同一再訴提起を通して第一審からやりなおすことは濫用以外の何物でもない。かくして私は後説を是とする通説的見解に反して前説をとりたいと思う。

しかしながら以上の議論は本案につき終局判決が存在することを前提とする。本件の場合第一審で原告勝訴の終局判決がなされたが、結局控訴審で第一審判決が取消され事件は第一審に差戻されている。終局判決が取消されているのであるから、差戻後の第一審で本案につき終局判決のあるまで本案につき終局判決ありということにはならない。したがつて、本件の場合再訴禁止の範囲につきいかなる見解をとるにせよ、それとは無關係に本案の終局判決が存在しないという理由だけで再訴の禁止されない場合であるとする判断は正当であると考える。この点で判旨に賛成である(斎藤・桜田・民商五下判批も同じ)。

これに反して、本件の場合取消差戻判決に着目して理論構成を行うべきではなく、旧訴が不適法——しかも当該手続内で治癒不能なそれ——だという疑いがあつたことに求めらるべきであるとする主張がある(井上・前掲三七五頁)。ここで旧訴が不適法の疑ありとは、既述のごとく本件(旧訴の主観的予備的に併合された請求の適法性に対する疑問を意味している。そこで、この適法性の疑わし、前訴を取下げ諸々の疑問を私試して新に訴えなおそうとする原告の行動はまことに無理からぬものがある。つまり前訴の取下に正当事由が認められるべきであることとされる。前掲三七三頁)として、もつぱら取消差戻判決に再訴の根拠を求めるなら、原告はたとえ本件前訴の如き不適法な訴でも再訴禁止をおそれ控訴審で速やかにこれを取下げることができず、ただ漫然と取消判決を待つことになる。それにより生ずる訴訟経済上の無駄・原告のうける不利益は決して小さくない、と主張される(井上・前掲)。(三七五頁)。しかし第一審の本案の終局判決後控訴審係属中の訴取下げに基づく再訴禁止の例外は、取消差戻後の取下に伴う再訴禁止の解除とはその根拠の点で区別されるべきであろう。既述のごとく訴取下に伴う再訴禁止の効果は本案の終局判決後に始めて問題となるもので、それ以前にはそもそも問題となる余地がない。本件はまさに取消差戻後の第一審の本案の終局判決以前に訴取下がなされた場合であるから、もつぱら取消差戻判決の存在に注目した理論構成をすればたりる。これに反して、旧訴の控訴審での訴取下が再訴禁止の効果を伴うか否かという問題については、その解決基準として考えられるのは再訴提起についての正当事由の有無ということにならう。

(石川 明)