

Title	〔最高裁民訴事例研究二四〕管轄違による移送決定と民訴二三八による訴取下の効果 約束手形金請求事件 (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.7 (1965. 7) ,p.112- 116
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=AN00224504-19650715-0112">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19650715-0112</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 二四〕

昭三八二五 (最高民集一七卷一  
一三〇一頁)

管轄違による移送決定と民訴二三八による訴取下の効果

約束手形金請求事件(昭三八・一〇・一第三小法廷判決)

訴は、はじめ、札幌地方裁判所におこされたが、昭和三年三月一八日第一回口頭弁論期日が同年四月二十五日午前九時三〇分と指定され、適式の呼出を受けながら当事者双方ともこの期日には出頭しなかつた。その後、当事者のいずれからも期日指定の申立がないまま、札幌地裁は、右期日から三月を経過しない同年七月一七日本件を管轄違として神戸地方裁判所に移送する旨の決定をし、当事者から即時抗告の申立はなかつた。第一審・神戸地裁も、控訴裁判所も、本案について審理判断したので、当事者から期日指定の申立がなかつた以上、たとえ事件が移送せられたとしても、欠席期日から三か月満了の時に訴は取下げられたものと看做さるべきであつたと主張して、被告側から上告に及んだのがこのケースであるが、最高裁、曰く、「かかる場合には、移送裁判所においては、訴訟を進めるために弁論期日を指定するはずはなく、受移送裁判所において、移送決定が確定した後、新期日を指定して訴訟を進めるべきであるから、訴訟を進行しようとする当事者においても、移送決定に不服がなければ、移送裁判所に対しては期日指定の申立をすることなく、受移送裁判所による新期日の指定を待つのが当然である。した

がつて、この場合に、移送裁判所における弁論期日後三月内に双方不出頭であつた当事者が期日指定の申立をしなかつた故をもつて、訴取下があつたものと看做すことは、当事者にとつて意外にして不当な結果をもたらすのであるから、かかる場合には、民訴二三八条の定める訴取下の効果を生じないものと解するのが相当である」と。——棄却。

民訴二三八条にも拘らず裁判所が職権をもつて新期日を指定することができるとは一般に認められているところであるが、職権指定の期日に重ねて当事者双方が欠席するときは、三か月の期間は初めの欠席期日から計算すべきものであらう(伊東・民訴一三八頁)。だが、それは、新期日欠席によつて前後両期間の状況の不変更が擬制せられるからであつて、初めの欠席期日から事実において三か月期日指定の申立がなかつたからではない。人、あるいは、「假令裁判所が職権で期日を指定するとしても、当事者がその期日に出席して弁論しない場合には、職権指定に拘らず期日指定の申立によつて裁判所に訴訟を維持する意思を表示することができ、又それが三か月の期間を更新する上に必要なのである」と説くが(兼子・判民、裁判所の期日指定があるときに更に当事者からの指定申立を要求すること

は、いかにも不自然なことで、また当事者通常の意思に徴してこれに期待すべきことでもない。当事者が自分の方から申立をすべきであつたのにこれをしなかつたということは、前の欠席期日から職権指定を知るまでの間について言えるにとどまり、職権指定を知つた当事者がそれにも拘らず重ねて自分の方から期日指定の申立をすべきであつたというのは可笑しい。従つて、職権指定期日に当事者が出頭すれば、もはや二三八条を問題にする余地はなく、指定が三か月内に行われていれば指定された期日自体は三か月経過後の日時であるとしても、当該期日における出頭によつて二三八条の適用は排除せられ、三か月経過のときに訴取下の効果を生じることはない、と解すべきである。すなわち、職権で期日が三か月内の日時に指定され開かれることによつてではなく、職権で三か月内に指定が行われることによつて、当事者が三か月内に期日指定の申立を行つたのに対応する効果が一おう生じ、職権指定期日に当事者が重ねてこれを懈怠するとき始めて遡つて期日指定から指定期日までの期間が期日指定前の時間と等質化される、とみるべきであつて、この遡及等質化は、当事者の不協力を責め、訴訟を整理しようとする二三八条の趣旨自体によつて根拠づけられる。

同じ趣旨で、本件でも、裁判所が移送の決定をした以上は、裁判所が手続の進行に乗出したものと認むべく、当事者側は以後一おう裁判所側の態度に依存しその出方を待つのが自然であるから、受移送裁判所指定の（新）期日に当事者の出頭あるかぎり、当事者側からの三か月内の期日指定申立もしくは移送申立がなかつたとして

も、二三八条の適用はないと解することができる。

判旨は右と全く同旨とは思われないし（高島本件判批民商五一巻、受移送裁判所指定の（新）期日に重ねて当事者双方の欠席があつたとした場合の取扱いについては実際上も差異を生じそうであるが、これと本件に関するかぎり、結果は同一、発想の類型も近似するから、結論的に判旨に賛成する。

（伊東 乾）

昭三八26（最高民集一七巻  
一三三頁）

仮処分による立木所有権公示方法と対抗力の有無

損害賠償請求事件（昭三八・一一・七第一小法廷判決）

上告人X（原告・控訴人）は、昭和二八年五月一〇日訴外Aから本件立木を一四五万円で購入、同日内金五〇万円を支払つた。同年七月八日までに残金のうち五七万円を支払つた。Xは立木に横線を墨書し、同年八月一七日Bに転売した。同月一八日Bは伐採のため入山したが被上告人Y（被告・被控訴人）が伐採にかかつていた。B・X間の売買契約は解約された。Xは同月三十一日、執行吏保管・処分禁止・伐採禁止・搬出禁止の仮処分を申請し、その旨の決定を得て執行した。Yは右仮処分取消の申立をなし同年一〇月一四日仮処分決定取消の判決があり、右判決が確定したので、Yは本件立木を全部伐採し搬出した。XがYの右不法行為により本件立木に対する所有権を侵害されたので損害賠償を求めて提起した訴が本訴である。一・二審ともに原告敗訴。

理由は以下のごとくである。すなわち、本件立木はAよりX・Yに二重譲渡されたが、Xが明認方法を講じなかつたし、Yもその点同様である。両者とも明認方法を講じない場合相互に相手方に對し立木の所有権を主張しえない。しかし、立木は伐採により動産になる。Yは本件立木を全部伐採し占有しているから、右伐採と同時に適法にその伐採木につき所有権を取得している。したがつてXは右伐倒木につき所有権を主張しえない。Xは所有権侵害の不法行為に基づく損害賠償請求権をYに對してもたない、というのである。

これに對しXは、本件立木所有権にもとづく引渡請求権の執行保全のため前記仮処分命令をえて執行したのであるから、右仮処分執行は本件立木所有権がXに属することの公示方法として十分であり、Yに對抗できると解すべきであるのに、これを認めなかつた原判決は法解釈を誤り判例に違背する、として上告した。上告棄却。理由は以下のごとくである。

立木の物權變動の對抗要件たる明認方法であるためには、何人がその立木の現在所有者であるかを明らかならしめることを要するのであつて、所有権に基づく引渡請求権ありとして、その執行を保全するため、仮処分命令を得てこれが執行として該立木の占有を執行吏に移し且これが売買、譲渡、伐採、搬出その他一切の処分を禁ずる旨の公示をなさしめても、右が一般世人に公示されるのみであつて、未だ該立木の所有権が右仮処分債權者に属することの公示方法とするには足りないことは、従来の判例(昭和十二年(オ)第一一三四号同年一月三〇日大審院判決民集一五六五頁参照)とするところであり、今ここに右判例を変更するををみない、と。

## 判旨に賛成。

一、本判決は大審院時代の判例を踏襲したものである。大審昭和二年一月三〇日民四判、民集一六卷一五六五頁、新聞四二五、一七頁は、宅地上に生立する樹木の所有権を取得した者が、その所有権に基づいて引渡請求の執行を保全するために得た仮処分命令により、その樹木の占有を執行吏に移し、かつその売買・譲渡・伐採その他一切の処分を禁止する旨の公示をしたとしても、その樹木の所有権取得を第三者に對抗する公示方法といふことはできない、としている(この判決については、我妻・判例民事法昭和十二年度四〇七頁以下、吉川・民四九三頁以下に賛成解釈があり、石田・論、私もこの大審院並びに最高裁の意見に賛成する。本判決指摘のとおり、本件仮処分命令は、立木の占有を執行吏に移し、譲渡禁止、伐採禁止、搬出禁止等の内容を一般人に公示する効力をもつにすぎない。立木に関する所有権の明認方法としては、誰が該立木の所有者であるかを明示するものでなければならぬが、右の仮処分の公示はかかる意味をもたない(我妻・前掲四〇九頁、吉川・前掲七七三頁)。係争物に関する仮処分が訴訟事件であるか非訟事件であるか、訴訟事件であるとすればその訴訟物は何かは問題であるが(この点については、石川・保全訴訟の訴、この点はいまおくとしても、保全訴訟手続で被保全権利(本件の場合立木所有権に基づく確定は基本となる所有権も確定)の存否が疎明され判断される。しかし、その調査判断は保全命令付与の前提としてそれに必要な範囲でなされるにすぎないから、既判力を伴う確定的なものでないし、またそもそも仮処分命令主文中に表示されるものでもない。したがつて仮処分

の公示は申請人の所有権の公示にはならない(立木を動産と考へ、その明  
變動の對抗要件たる引渡は二巻の一型態にすぎぬと解する見解があるが)一本板・明認方法に關  
する一考察・法と經濟二巻一三三頁、この見解によつても、本件仮処分公示が未  
川・前掲七七四頁)は未だ本件立木が上告人に引渡されたとみることはできないから、引渡  
ありというわけにはない(である)。

上告理由は、執行吏は國家機關で申請人の委任により仮処分執行  
をするもので、その占有は申請人の代理占有と解し得べく、之によ  
り申請人は所有権につき被申請人に優先するから被上告人に対抗し  
うる、という。石田教授も、前掲判例評釈において、立木を不動産  
の一部とみれば判旨は正当であるが、むしろ立木は伐採を目的とす  
る動産とみるべきであるとの前提に立ち、上告人は仮処分で執行吏  
を代理人として代理占有しているから、完全な所有者となることされ  
る。しかしながら立木の買取の目的いかん(伐採か)によつて、立木  
が動産になつたり、不動産になつたりすると考へることには問題が  
あるし(立木は伐採の目的で買取つても伐採しない間は不動産であるとする判例が多  
三三年二月一六日民二判、民録二卷四六頁、大審明治三八年二月一三日民二判、民録一  
輯一〇二頁、大審大正八年一〇月九日民二判、民録二卷五九一頁、大審大正八年五月  
二六日民二判、民録二卷五九二頁等)か、この立木法の適用なき立木が獨立  
の不動産か否か、獨立の不動産でないにしても、土地と分離して譲渡の対象となるか否  
かについては判例もわかれてゐる。土地に地上権・賃借権を設定せずして立木を取得する  
きは伐採の目的で買取つた動産とみる判例として大審明治三十七年四月一日民録一〇輯三八三  
頁が、したがつてまた買取の目的いかんにより公示方法を異にする  
という点も問題があると思われる(大審大正一〇年四月一四日民二判、民録二  
新聞一八四五号一九頁は、買取の目的いかんにより公示方法を異にするべきではないとして  
四四〇三三頁、大審大正五年三月一日民三判、民録二卷七三九頁、民抄録六卷一四  
四三三頁)立木としてその地上に生立せる目的をもつて譲渡したときは譲受人は地  
上権もしくは土地の賃借権を設定しその登記を経由すべきであり、また伐採の目的で立  
木を譲渡した場合には譲受人は少なくとも他人にその所有権の移転を明認させるに足る行  
為を要する、とし、後二者も、伐採の目的で買取つた場合でもこれを動産と  
みて引渡を必要とするのではなく、不動産とみて明認方法が必要であるとし

## 判例研究

る)買取の目的いかんを問はず伐採前の立木は不動産で、その物権  
變動の對抗要件は引渡に非ずして明認方法を施すことであるとする  
のが通説の見解であろう。そこで、そもそも仮処分執行における執  
行吏の占有は申請人の代理占有ではないが、仮りにそうであるにし  
ても、執行吏の占有が立木に關する申請人Xの所有権の對抗要件で  
あるとはいえない以上右の上告理由もまた正当ではない。

また上告理由は以下のようにも主張している。「大審院昭和一二  
年一月三〇日判決は仮処分命令により立木の占有を執達吏に移して  
その処分を禁止する旨の公示を為しても未だ立木の所有権が仮処分  
債権者に属することの公示方法とするに足りないものと判示せられ  
たが、之は立木に対する得喪が民法上公示方法を規定されていな  
いので立木について明認方法を施したことを以て公示方法とする補充  
的な学説判例が生ずるに至つたことを閑却したるものであるから、  
該判例は変更されるべきものと信ずる。然し、右判例は処分禁止の仮  
処分後にその土地につき所有権移転登記がなされたのでその土地の  
樹木についても土地と共に移転の對抗力を生じたものであることを  
説示したものであるが、本件に於ては、上告人が処分禁止の仮処分  
を為した後も被上告人が何等の對抗力を生ずる行為をしないもの  
なれば、その仮処分の効力については右判例に該当するものでな  
く、新たな見地に於て仮処分の効力につき判断せられなければならない  
い」としている。しかしながら既述のごとく本件仮処分の公示は申  
請人の所有権の公示を對抗要件とする一般の立場からみても明認方  
法にはならないから、該判例は上告理由のいうように変更される必

要はない。また昭和一二年の大審院判決は、この種仮処分が明認方法にはならないことをいつているのであつて、このことは仮処分後の申請人の所有権移転登記の有無とは全く関係がないのであるから、右の上告理由引用部分の後半もまた理由がないといわなければならない。

二、以上の理由からXのYに対する本件損害賠償請求は、Xが立木所有権をYに対抗しえない関係にあるから認められないとする、一、二審の判決及び上告棄却の判決は正当である。

三、本件判旨に直接関係はないが、本件で問題となつた仮処分の許容性については疑問がある。本件立木はAよりX・Yに二重譲渡され、双方ともに明認方法による対抗要件を具備していない。しかるにXはYに対しその所有権に基づく引渡請求権を被保全権利として仮処分の申立をしている。しかし、YはXの明認方法の欠缺を主張するにつき正当な利益を有する第三者であるから、XはYに対し明認方法なき限りその所有権を主張しえない。つまりXはYとの関係では対抗要件を具備した所有権に基づく引渡請求権という被保全権利をもたない。右の疑問はこの点に基づいている。

(石川 明)