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二五〕地方裁判所に提起された準禁治産宣告取消訴訟と家庭裁判所に対する移送の適否 損害賠償等請求事件(昭和三八年一一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	1965
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.38, No.9 (1965. 9) ,p.102- 108
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=AN00224504-19650915-0102

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.

ないから、たとえ一〇六条を取締規定（訓示規定）（ないしは）と解したとしても、なお何らかの方法で実質的に周知せしめて始めて、就業規則は効力を発生すると解すべきである。

ところで本件では、第八九条、九〇条、一〇六条をすべて取締規定と解している。ただ、周知義務については、明確ではないが、一〇六条とは別に有効要件（効力発生要件）と解しているようである。したがつて、本件が、意見聴取、行政官庁への届出のない就業規則を有効と解しているのは、前に述べたところから、妥当ではないと考える。

なお本件では、労働者全員の意見を聴いたことが認定されているが、九〇条で求められている意見聴取の対象は、労働組合又は労働者を代表する者である。したがつて「就業規則の作成や周知方法に関する労働基準法第八九条、第九〇条、第一〇六条の規定は就業規則の有効要件を定めたものでなく、行政上の取締規定にすぎないものと解するのが相当であるから、同法第九〇条所定の届出をしていないからといつて、直ちに上記規則を無効ということはできない」と述べて、九〇条一項の意見聴取をしているかのように判示しているが、もしそうだとしたら誤りである（申請人は就業規則作成の際、意見聴取がないことも本件就業規則無効の理由として主張している）。

二　判旨第二点は就業規則が有効であることを前提として、使用者側主張の解雇事由が実際には存在しなかつたと判示している。妥当な判断である。

三　判旨第三点で述べている懲戒解雇と普通解雇の関係については賛成である。

以上、就業規則が有効であることを前提として、本件解雇には会社側主張の解雇事由に該当する事実が存在しないから、本件解雇は解雇権の乱用であつて無効であるとの判旨に、結論は賛成であるが、その理論構成に反対である。

（金子　晃）

〔最高裁民訴事例研究　二二五〕

昭三八27（最高民集一七巻一号一三六四頁）

地方裁判所に提起された準禁治産宣告取消訴訟と家庭裁判所に対する移送の適否

損害賠償等請求事件（昭三八・一一・一五第二小法廷判決）

Xは昭和二年準禁治産の宣告をうけた者であるが、その後（昭和三二年）右宣告の取消の申立を奈良家裁にしたところ、訴訟能力がないとの理由で却下され、二審でも抗告期間経過後であるとの理由で却下され、更に最高裁でも抗告権なしとの理由で却下された。X

（原告）がこれを不当とし、右不当な裁判によって生じた損害金一三万円と、準禁治産宣告の取消とを求めて、国（被告）を相手におこした訴が本件であるが、第一審・奈良地裁は、訴の提起につき保佐人の同意がないことを理由として、訴を不適法として却下した。Xから控訴、控訴審では損害賠償請求はこれを主張しないと述べ、自分は、法律科文学科など高等の学問をも身につけ「徳に導の栞」の著書もあり、弁護士を依頼せずに独立して訴訟行為を続けうる能力をも有するものであるから、準禁治産者として放置される謂われはないと主張して、準禁治産宣告の取消を求めた。控訴審・大阪高裁が、民訴三〇条の精神に則り本件はこれを管轄奈良家裁に移送すべきものと称し、原裁判所をして移送の手続をとらしめるため原判決を取消して事件を奈良地裁に差戻す判決をしたので、Y（国）側から上告、大阪高裁の見解は民訴三〇条の不当な拡張であると主張した。最高裁、曰く、「思うに、民事訴訟法三〇条一項は、単に「裁判所ハ訴訟ノ全部又ハ一部カ其ノ管轄ニ属セスト認ムルトキハ決定ヲ以テ之ヲ管轄裁判所ニ移送ス」とあり、訴訟事件についての移送に関する規定たるにとどまり、原則として、移送された訴訟事件が移送された裁判所においても訴訟手続によって処理されることを前提としているものといわなくてはならない。それゆえ、非訟事件または審判事件が訴訟事件として裁判所に提起された場合特別の規定のない限り（例えば民事調停法四条家事審判規則一二九条の二等は地方裁判所より家庭裁判所への事件の移送を認めている）みだりに前示民事訴訟法三〇条を適用ないし準用してこれを他の管轄裁判所に移送することは許されないと解するのが相当である。従って、通常訴訟手続にしたしまない家事審判法九条一項甲類二に規定されている準禁治産宣告取消申立事件について移送の許されないことは明らかである」。「しからば、右と異なり、地方裁判所に提起された準禁治産宣告取消の訴訟を管轄家庭裁判所に移送しうることを前提として第一審判決を取り消した原審判決は失当として破棄を免れない。そして、準禁治産宣告取消の申立は、原審判決判示のとおり、家事審判事項として家庭裁判所の専属管轄に属するから、本件訴訟は不適法として却下を免れず、従って、本件訴を却下するとした第一審判決は当審と理由を異にするが結論を同じくするから結局被上告人（X）のした控訴は理由がないことになり、これを棄却すべきものである」、と。――破棄自判（原判決破棄・控訴棄却）。

本件については既に山木戸教授の極めて優れた評釈がある（民商五一巻一号一二四頁）。教授は既存の諸見解を周到に整理せられたうえ、大阪高裁の移送説に与して判旨（移送否定説）に反対せられるのであるが（中村英郎教授の本件判批（判例評論六九号八頁＝判例時報三七一号三四頁）も移送説に与して判旨に反対であり、移送説は嘗て石川男助教授が「非訟事件の定義分類」（法研三一巻四号二六二頁）で提唱されたものであった）、就中、本件が、具体的には、家裁の不当な裁判に対する救済を訴の方法で求めることが許されるかの問題に関し、移送の許否の問題とは本来焦点のやゝ異なる場面に関すること、および、ここで移送を許せば「手続所属の明瞭でない事件について当事者がいずれの裁判所からも事件処理を拒否されるという危険が避けられること」、の二点の指摘は、洵に卓見であるとしなければならない（第一点は前掲一二七頁、第二点は前掲一三〇頁）。

事実、準禁治産宣告の取消が本人単独でも申立てうるものであることは法文上明瞭で（民一三〇・一三七）、訴提起前の経過がX主張のとおりであったと仮定すれば、当時奈良家裁は極めて初歩的な誤をおかしたことになり、機会を失してこの裁判を確定させてしまったXが、家裁の不当裁判に憤り、且つその救済を直接国に対して求めようとす

ることは、自然の情として充分納得できるところであるのみならず、訴や控訴の趣旨をみても、言わば誤をおかした国家に対し一言の挨拶を求めるという気持を看過することはできない。勿論、機会を失して不当な裁判を確定させてしまつたのはX自身の過失といえるであろうし、確定の家裁の裁判を訴の方法で覆すことが許されないのは当然のことであるが、具体的案件の焦点にして此処に存する以上は、訴訟裁判所は、訴を不適法として却下するにもせよ、事件を移送することに思い定めるにもせよ、判決の理由中に右原告の関心に言及すべきものであつたというべきであろう。その意味で、本件判旨が具体的案件を処理する者としての自覚を欠き親切心を忘れたものであることは、指摘しておく必要がある（或はXがみずから法律知識を誇示していたことが裁判所をして説示の要なしと感ぜしめたのかも知れないがその場合にも客観的な案件の焦点は変らない）。

だからと言つて、却下か移送かの一般論が不要になるわけではないが（山木戸教授の前掲の指摘は案件の焦点が不当救済にのみあつたとすれば必ず訴を不適法として却下すべきものとされるもののようにも読めないではないが救済を求めた「形式」そのものは他にも通じる一般的なものだから一般論回避はできぬ）、大阪高裁流の移送論はいかがなものであろうか。この点で、山木戸教授は、移送を許せば「手続所属の明瞭でない事件について当事者がいずれの裁判所からも事件処理を拒否されるという危険が避けられる」との卓越した洞察を従来の移送論の論拠に付加して移送論に与しておられるが、訴訟事件内部の配分（審級管轄をも含めて）と、訴訟事件・非訟事件間の配分とは、問題の性質を異にするであろう。そして、現行法上は、前者についてのみ移送の規定があつて、後者について移送の規定はない。判旨が「特別の規定」と称する民調四と家審規一二九の二も、山木戸教授のいわれるように、調停手続相互間の移送規定であつて、訴訟事件内部の配分に類似し、訴訟事件・非訟事件間の配分には類似しない。勿論、論理的に「移送」ということそのことにこれを訴訟事件内部の配分やこれに類似する配分にのみ限定すべき根拠があるわけではないが、実定法上Aの問題に関してのみおかれている移送の規定を漫然Bの問題にまで適用しようとするのは、実は立法論であつて、解釈の埒を逸するものと言わなければならない。

だが、しかし、解釈のその領域の範囲内において、なお考察を進めるべき路が、依然ひとつ残されているのではないか。訴訟事件・非訟事件間の配分について、果して、実定法は、その具体的貫徹について、全く処理のルールを欠いているとみるべきか、という問題がそれである。これは、管轄とは異なるいわゆる権限権限の問題であつて、現行法がこれを定める明文の規定を持たないことはいうまでもない。けれども、現実にこの問題が生じることは防止しえない事実であるから、現行法は何らかのルールを必要とし、立法措置のあるまでこれを放置することはできない。そして、他方、明文の規定がないのであるから、あるいは特別の裁定機関を措定し、あるいは細かく場合をわけた詳細な規定を考えることは勿論不可能であるにしても、現行裁判所組織の中で大まかなルールが予定されていることは解釈論としてもこれを考えることができる。すなわち、裁判所による紛争解決の最も典型的な手続を訴訟と考え、同時に逆に、裁判所を紛争解決に主眼をおいて組織し構成していることは、現行法上その構造自体から解釈的に明かなことであるから、別段の規定

がないとしても、解釈上訴訟裁判所と非訟裁判所間において権限権限は訴訟裁判所にあるとみるべきではないか（ドイツ GVG §17 Abs. 1 に相当する）。移送の規定は、その限度では、解釈上も、訴訟事件・非訟事件間の配分に流用さるべきもの、と見るのである。前掲山木戸教授のすぐれた指摘も、実は権限権限の問題を指摘されたに帰するであろうし、問題の所在を匡さずしてその論法を延長するときには、訴訟裁判所に非訟事件が訴の形でおこされる場合のみならず、逆に非訟裁判所に訴訟事件がたとえば審判申立の形でおこされる場合のごときにも移送を許すことになつて、現行法の精神からは全く背馳するに至るであろう。

本件において、地方裁判所は、ひとりただ事件を訴訟事件にあらずとするにとどまらず、権限権限に基づいて家裁に属する審判事件であると判断し、かくて開かれる移送の途を利用して、奈良家裁に事件を移送すべきものであつた（大阪高裁・山木戸教授に結果賛、判旨に反）、と私は考える。

（伊東　乾）

昭三八28（最高民集一七巻一号一五五四頁）

占有権が民訴五四九条第一項にいう「引渡ヲ妨クル権利」にあたらないとされた事例

執行異議請求事件（昭和三八・一一・二八第一小法廷判決）

本件建物の敷地所有者Y（被告・被控訴人・被上告人）は、訴外Nを被申請人として本件建物に占有移転禁止の仮処分命令をえて執行した。その内容は、「債務者の本件建物に対する占有を解いて、債権者の委任した東京地方裁判所執行吏にその保管を命ずる。執行吏はその現状を変更しないこと及び改築工事を施行しないことを条件として債務者にその使用を許さなければならない。但し、この場合においては、執行吏はその保管に係ることを公示するため適当の方法をとるべく、債務者はこの占有を他人に移転しまたは占有名義を変更してはならない」ということである。これに対し、X_1、X_2（原告・控訴人・上告人）が提起した第三者異議の訴が本件訴である。X_1は本件建物の所有者で且つ一部を直接占有し、残部を他人に賃貸して間接占有をしており、敷地の賃借人である。X_2は本件建物の改修工事請負人として共同占有者である。本訴は$X_1$$X_2$の占有権を異議事由とする右仮処分執行に対する第三者異議の訴である。第一審原告敗訴。すなわち、X_1が本件土地について賃借権を有するとしても、それは右仮処分により害されない。また、建物の占有権にしてもXの間接占有は右の仮処分により害されるものではない。「この種仮処分の目的とするところは、目的物に対する現実の占有者を確定し、後日の目的物に対する執行の万全を期するものであるから、その執行の方法として債務者の目的物に対する占有を解いて執行吏の保管に付する場合、その債務者の解かれる占有は目的物に対する事実上の支配のみであつて、借主の貸主に対する私法上の責任に影響が及ばないものと解され、したがつて目的物に対し占有移転禁止の仮処分がなされてもこれによつて貸主である間接占有者の有するその占有権は害されることはないものといわなければならない。また実際上も占有移転禁止の仮処分執行に対し間接占有者でも第三者異議の訴をもつてその執行の排除をなし得るとなれば、債権者は常に現実の占有者のみならず、あらゆる間接占有者も債務者としなければ執行の万全を期し難いことになり、仮処分の迅速性が奪われることになる。これを要するにいわゆる本件のような占有移転禁止の仮

処分に対しては間接占有者はその占有権を以て第三者異議の訴の理由となし得ないものと解するのが相当である」と説いている（本件第一審判決は明三三・一二・一五東京地判下級民集九巻一二号二四四五頁、同控訴審東京地判明三四・八・二五下級民集一〇巻八号一七七四頁）。さらにX_1が直接占有する部分については本件仮処分執行における第三者とはいえないから、第三者異議の事由はないとしている。

他方右仮処分の本案訴訟としてYがNに対し建物収去・土地明渡請求訴訟を提起しX_1もこれに加わったが、X_1の敷地占有には何等の権限なきことが確定され、Y勝訴の判決が確定した。

X_1X_2控訴。控訴棄却。土地賃借権については第一審判決と同じ理由で、建物占有権については、X_1に対する建物収去・土地明渡の判決は建物退却、土地明渡を命ずる趣旨も包含するとして、かかる判決確定の結果X_1は仮処分執行の除却を求めえないとした。

X_1X_2上告。上告理由として重要なのは次の二点である。(1) 仮処分の執行目的物に対する占有を害された第三者は第三者異議の訴で右執行を排除しうる。占有権を原因とする第三者異議の訴は占有の訴である。したがつて、裁判は本権に関係なく占有権の存否のみを問題とすべきである。その占有存否の事実は仮処分当時の事実に基いて判断すべきものであるにもかかわらず、これに反する判断をした原判決は法令に違反し判例に違背する。(2) 建物収去と建物からの退却とは別異の概念であり、本案裁判の建物収去命令による執行着手があるまで、正権限の有無を問わず、X_1X_2らの本件建物に対する占有は保護さるべきであるにかかわらず、原判決はこれと異なる判断をした違法がある、と。

上告棄却。理由は以下のごとくである。(1) 上告理由(1)について。「民訴法五四九条の規定による第三者異議の訴は、第三者が異議の理由として執行目的物に対する占有権を主張する場合でも占有の訴ではなく、執行排除を目的とする訴訟法上の訴であり、執行目的物に対する占有権を有する第三者は、つねに同条にいう『引渡を妨ぐる権利』を有するのではなく、その第三者が右権利を有するといいうるためには、執行行為によつて占有権が侵害されることのほか、執行債権者に対しかかる侵害を受忍すべき理由のないことを要し、右権利存否の判断は、通常の訴訟における場合と同様、口頭弁論終結当時の権利状態に基づいて判定すべきものと解するのが相当である。そして原判決の確定した事実によれば、上告人X_1は本件建物に対する占有権を有するとしても、既に本件仮処分の本案訴訟において、何等の権原を有しないものとして、本件被上告人に対し本件建物を収去してその敷地を明渡すべき旨の確定判決を受けているのであるから、もはや被上告人に対し右占有権を原因とする第三者異議を主張する権利を有せざるに至つたものであり、その権利は民訴法五四九条にいわゆる『引渡を妨ぐる権利』に該当しない。」(2) 上告理由(2)について。「本案裁判において建物の収去並びにその敷地の明渡を命ぜられた者は、その前提として当然当該建物の占有をも否定されたものであるから、原判決が、敷地の占有という点においては建物所有による敷地占有も建物占有による敷地占有も同様であり、本件建物の収去並びにその敷地の明渡を命じた本案裁判の判決は、その建物より退去してその敷地を明渡すべき趣旨をも包含するものである旨判示したことは相当である」と。

判旨に賛成。

一、第三者異議の訴が保全執行についても認められるという点については殆んど異論がないとみてよいであろう（兼子・執行法五三頁、石川・第三者異議の訴・競合法学六三号七一頁、判例として、仮差押については、大審明治四二年七月三〇日休暇判・刑録一五輯一〇六七頁、明治四三年(ネ)一四号裁判年月日不明長崎控民二判・新聞六九七号二五頁、大審大正五年一月一四日民二判・新聞一三〇号三〇頁、大審大正五年七月二五日大阪控民二判・新聞一一五二号二一頁、大審大正五年九月一五日民一判・民録二二輯一七八六頁、昭和四年三月一二日朝高院民判・評論一八巻民訴三二二頁、昭和二七年一月二四日東高民四決・高裁民集五巻一号一五頁、仮処分については、大審大正一〇年二月三日民二決・民録二七輯二九三頁、大審昭和六年四月一〇日民五判・評論二〇巻民訴二六二頁、昭和八年五月一〇日宮城控民二決・新聞三五六四頁・評論一二巻民訴二六六頁、昭和一〇

年一月三〇日奈良地民決・新聞三八二九号一〇頁・評論二四巻民訴二一〇頁、大審昭和一〇年三月二六日民五決・民集一四巻四九一頁・昭和二七年一月二四日東高民四決・高裁民集五巻一号一五頁など）。さらに、第三者とは当事者以外のものをいうから、X_1 X_2は本件仮処分についてみれば第三者である。第一審判決はX_1が直接占有者としては第三者ではないとしているが、これは正当ではない。したがってX_1について当事者適格を認めた本件判決は正当である。

二、判旨(1)について。第三者異議の原因たる目的物の譲渡若くは引渡を妨げる権利とは、債権者に対抗しうるものであって且つ執行を受忍する必要がないため執行によって法律上乃至事実上侵害をうける権利をいう（兼子・前掲石川・前掲）。本件についてみると、X_1 X_2が第三者異議の事由として占有権を主張している。しかして本件のX_1等の占有は権原なき占有である。権原なき占有はY以外に対する関係では譲渡若くは引渡を妨げる権利になるが、Yに対する関係では引渡を妨げる権利にならない。Yには権原なき占有に対し本権が帰属する。X_1等の権原なき占有が本権に基く引渡請求執行を受忍しなければならないのは当然である。この点はYのX_1に対する土地明渡請求権が既判力を以て確定されていると否とを問わない（本件にあっては別訴でYのX_1に対する土地明渡請求訴訟でYが勝訴している）。かくして本件判決は正当である（小山・本件判批・民商五巻二号三一四頁）。上告理由本訴を純然たる占有の訴であるとするのに反し、本件判決がこの主張を排斥している点は正当である（本訴の法的性質につき、本判決同様執行排除を目的とする訴訟法上の訴とするのが判例の大勢である。おそらくはこれは訴訟法上の形成訴訟説を意味するものと考えられるが、私は本訴の法的性質につきいわゆる救済訴訟説をとりたいと思う。且つて私は前掲箇所で確認訴訟説をとったが、ここで改説する。なお配当異議訴訟の法的性質について、ではあるが、救済訴訟説を説いたものとして、石川・判批・判例評論八一号参照）。

ちなみに本件第一審判決が本件仮処分はX_1の間接占有を害さないとしているが、この主張は正当ではないと思う（この点について本件判決は何らの判断を示していない）。以下その理由を述べよう。そもそも本件仮処分による執行吏の建物保管の法的性質は問題である。これをもって申請人の代理占有とすることはできない（大審大正四年一〇月一六日民三判民録二一輯一七〇九頁）。しかして、執行吏の建物保管が公法上の占有であって債務者の私法上の占有権を左右するものでもないと解すべきであろう（昭和二五年一月三一日京都地判・下級民集一巻一号九八頁は、執行吏は国家の機関として統治権にもとづき執行手続を行うものであるから、仮処分のための執行吏保管の場合にも、執行吏の占有は公法上のものであり、仮処分債務者の私法上の占有はこれによって左右されないといわなければならない、としている。なお昭和二九年六月一二日東地判・下級民集五巻六号八六五頁も、債権者に対する占有移転禁止、現状不変更を条件に債務者に使用を許す旨の仮処分決定の執行として債権者に使用が許された後、現状を変更したものとして執行吏よりその使用が禁止され、執行吏の保管するところとなった場合、その執行吏の占有は公法上の占有であって、私法上の占有は依然として債務者に存するという）。同じことが第三者の間接占有権についても妥当しよう。すなわち、執行吏の保管は公法上の占有であって、これによって第三者の占有権が消滅するわけではない。しかしながら、右の執行吏保管の仮処分を執行吏が公示して目的物を占有した場合、右仮処分命令又はその執行行為が取消されない限り、右目的物を第三者が自ら使用したり、N以外の者に賃貸したりすることができなくなる（大審昭和七年二月一八日刑二判・評論二一巻刑法五五頁は、土地を耕作する権利がある者であっても、土地所有者のした仮処分により執行吏が右土地に公示札を立てて占有した場合には、右仮処分命令又はその執行行為が取消されない限り、右土地内で耕作することができない、としている。さらに、昭和二九年五月二九日福岡高民三決・高裁民集七巻六号四八九頁は、建物収去土地明渡請求を本訴とする目的家屋に対する債務者の占有を解き、執行吏に保管を命ずる仮処分が執行された後、本執行をなすにあたり、右家屋に第三者が居住占有を始めた場合には、執行吏はこの者に対する債務名義を要しないで、その明渡ないし退去をさせうえで、その占有を債権者に得させるべきである、としている）。X_1の占有権が消滅するわけではないにしても、その行使は事実上害されるから、X_1としては右の占有権がYに対し引渡を妨げる権利であるとするならば、第三者異議の訴によりこれを主張する必要があろう。したがって、第一審判決がX_1の占

有権は害されないから第三者異議の訴の原因はないとすることはできない。

三、判旨(2)について。判旨(2)は建物収去・土地明渡は建物退去をも当然に含むという。建物収去・土地明渡判決が建物の占有を否定するというのは、NX_1等の建物の占有権や土地の占有権を否定するものではなく、本権をもつYに対する関係で建物の占有を通して土地を占有することが違法であることを意味する。建物不退去は建物の占有による土地の占有であつて違法である。したがつて建物収去・土地明渡は建物退去をも当然に含むとする本件判決は正当である。

判旨(3)についての評釈は省略する。

（石川　明）