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二六〕本登記禁止仮処分と登記簿への記入決定処分取消請求事件 (昭和三八年一二月三日第三小法廷判決)
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.10 (1965. 10) ,p.121- 126
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=AN00224504-19651015-0121

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　二六〕

昭三八29（最高民集一七巻二号一五七七頁）

本登記禁止仮処分と登記簿への記入

決定処分取消請求事件（昭三八・一二・三第三小法廷判決）

Bは A所有の土地につき、Aが自己に対して負担している八〇万円の貸金債務を弁済しないときはその所有権を移転する旨の、停止条件附代物弁済契約を原因とする所有権移転請求権保全の仮登記をしたが、Aの債権者Xは、右代物弁済契約を通謀虚偽表示ないし詐害行為であるとして、Aに対する損害賠償債権保全のため、AB両名を相手方とし、静岡地裁に求めて、「Aは右土地に関し右仮登記についてBに対する所有権移転本登記手続その他一切の処分をしてはならない、Bは右土地に関し右仮登記について所有権移転本登記手続または右仮登記移転付記登記手続その他一切の処分をしてはならない」という趣旨の仮処分決定をえた。然るにこの仮処分に基づく登記の嘱託は静岡地方法務局金谷出張所によつて容れられず、Xの静岡地方法務局長Yに対する異議の申立も理由なしと棄却されたので、XがYを相手に右棄却処分の取消を求めて静岡地裁におこした訴が本件である。第一審ではXの請求は認容されたが、Yからの控訴に基づき、控訴審・東京高裁は原判決を取消してXの請求を棄却したので、Xが上告。上告理由は、詳細な論拠をあげて、上記のような仮処分の登記せらるべきものであることを、主張するものであるが、最高裁は、原審の態度を支持して、上告理由を排斥した。曰く、「論旨は、原判決が、不動産登記法一条に該当しない事項は、法令上の根拠がない限り登記できない旨を判示したのを正当としながら、民訴法七五八条一項、三項は、処分の制限にあたらない場合にも、特に登記を許した法令である旨を主張するのである。しかし、右の三項は、登記簿記入を嘱託できる場合として「不動産ヲ譲渡シ又ハ抵当ト為スコトヲ禁ジタルトキ」と規定しており、実体上の権利の処分禁止に該らない仮登記に基く本登記の禁止、仮登記についての移転登記の禁止までも、登記簿に記入せしめる趣旨と解することはできない。民訴法七五八条一項、三項を所論のように、不動産登記法一条の特則と解すべき理由はない。論旨はまた、登記申請行為は、実質上不動産の処分に含まれ、少くとも処分に準ずべきであるというのであるが、登記の申請が、実体法上の不動産の処分と解されないことは、登記の効力の上からも明らかであり、登記そのものを禁止することをもつて不動産登記法一条の不動産に関する処分の制限と解することは到底できない。かく解したからといつて、上告人（X）がその権利を保全する途がなくはないことは原判示のとおりである。論旨は理由がない。なお、論旨は、本件仮処分決定は「その他一切の処分」を禁止しており、少くも実体的権利変動を禁じた部分は登記事項であるというのであるが、本件仮処分決定の趣旨が登記だ

けについて禁止を命じた趣旨と解すべきことは原判示のとおりであり、論旨は採用することができない」と。――棄却。

一見、判旨は、法文の字句に極端に拘泥した、盲目の形式論と、映るかも知れない。登記の実務は嘗て登記だけの禁止をも登記できるものとして取扱つていた（大正四年二月二〇日司法省法務局長通達）に拘らず、近時その取扱が変更せられ、本登記禁止仮処分の登記の嘱託はこれを受理すべきでないというのが現在の方針になつている（昭和三〇年八月二五日法務省民事局長通達）のであつて（上告理由がこれを明示・指摘している（勿論方針の変更を不当という）、それは、また、処分禁止仮処分の効力が判例上嘗ては絶対的なものと考えられていたに拘らずその後その態度が更められ、仮処分債権者に対する関係においてのみ仮処分債務者の処分権を奪うにすぎない相対的なものと現在では考えられているという、他の沿革に対応すると認められるのであるが（本件について既に存する舟橋判批（民商五一巻三号三七八頁）がこの対応を指摘しておられる）、判旨は、これらの事情に一言半句も触れることなく、ただ民訴七五八条および不登一条の字句のみを援用するにとどまるのだからである。本件仮処分は、「仮登記について……一切の処分をしてはならない」というものであるから、登記だけに関して実体的な処分禁止を包含しないこと判旨最後段の説くとおりであり、どんなに登記の有無が実体権自体の効力に深いかかわりを持つにしても、登記の処分と実体の処分とは、問題として別の事柄であるから、両者はどこまでも明確に区別して取扱われなければならないけれども、登記処分の禁止が実体処分の禁止と「処分禁止」という同じ態容を持つことも他方に否定することはできないのであつて、仮処分は仮処分債権者の権利の保全を達しうれば必要にして充分であるから、実体的な処分禁止の仮処分が相対的な効力を有するにとどまつて絶対的な効力を有しないとする判例通説の見解は相当であり、従つて、登記だけの処分の禁止を謳つた本件仮処分も、ただ相対的な効力のみを有すると解すべきである。然らば、本件のような仮処分があつても、本登記や移転登記は、登記簿上これを許さざるをえないことになるので、許される登記を登記簿上に許さずと記入しておくことを不自然と観じるかぎり、仮処分の記入を許さないとする登記実務上の方針は相当であるとしなければならない。判旨は、恐らく、実質的には、かような登記実務上の方針を支援し、登記の実務に混乱を生ぜしめないことを意図したものであろうと想像せられる。

だが、判旨の形式的な論法は、決して盲目的な概念論と、実は評し去るべきものではない。何故なら、法秩序の構造は、実体法と登記法とを体系的に異別なものとして組織しているのであつて、秩序の体系を維持することは、その安定のための基本的な重要事であるからである。両者の体系的異別を前提とするということは、不登一条にいわゆる各種物権変動を静岡地方法務局の原決定のように登記を「対抗要件」とする物権変動に限られると解すべきことを意味するのではなく、判旨が「登記の効力の上から……登記そのものを禁止することをもつて不動産登記法一条の不動産に関する処分の制限と解することは到底できない」と説く部分もこれを必ずしも右法務局流の解釈を肯定したものと読まなければならないとは考えられない。しかし、体系の異別を前提とすれば、実体の登記を建前とする

登記法は、別段の規定のないかぎり「登記の登記」はこれを許さないものと解せられるべきであつて、かく解してはじめて、単なる不自然にすぎずして決してなお不可能とは言えない所の「許される登記を許さずと記入する」登記簿上の取扱（記入を許されないのは相対的なものにすぎないからその限度をこえては作用しない禁止文言と解することが可能）を、「許されないもの」と断じることができるであろう（実質論だけでは此処まで行かれない）。判旨の全体は、右に抽出した部分をも含めて、かような体系的異別を説くものと解しえられるのであつて、民訴七五八条がこの体系の垣を破る別段の特則とは認められないことも併せて説示されているのであるから、寧ろ勝れた実質論といつてよい。

そして、そもそも、本件のような仮処分自体も、これを許されるものと見るべきであろう。たとえ、その登記が許されないため第三者に対する関係で効果を完うすることができないとしても（仮処分登記を許してみても仮登記に基づいて本登記がされるとその本登記の順位は仮登記の順位によるためこれが仮処分登記の先順位となつて処分禁止はこれに及ばないことになろう）、常に第三者への移転ばかりを想定しなければならないわけではない（右順位の点では本登記のされるに先立ち仮登記抹消の仮登記をしておく別段の救済があろうし（判旨・原審）本件仮処分自体は本登記まで作用する）からでありつて、結局、判旨は、すべて正当と認められる。

判旨に賛成である。

（伊東　乾）

昭三八30（最高民集一七巻一二号一八三八頁）

附帯控訴は取下後ふたたび申し立てることができるか

貸生糸返還請求事件（昭三八・一二・二七第二小法廷判決）

原告X（被控訴人・被上告人）は被告Y（控訴人・上告人）の父Aに対し、昭和七年七月八日一定数量の生糸を期間の定めなくXの請求次第何時でも直ちに同等同量を返還すること、謝礼として右数量に対し年一割に相当する生糸をXに交付する約定で貸与した。Xはその後Aに右生糸の返還を求めた。Aは履行しないまま死亡、Yが家督を相続した。XはYに対し訴を提起し、右生糸および謝礼分生糸の引渡を求めた。そして右執行が効を奏しないときは、右履行にかわる損害賠償として、本件口頭弁論終結当日の本件品等生糸の価格で換算した二七一、四六八円およびこれに対する年一割の割合による金員の支払を求めた。第一審ではX全面勝訴。Y控訴。

Xは生糸相場の変動を理由に、代償請求の部分について附帯控訴により第一審判決で認容された金員請求を拡張し、三三〇、二二五円の支払を求めた。その後YはXの同意を得て右附帯控訴を取下げるとともに、請求の趣旨訂正申立書に基いて四一五、一〇一円の支払を求める旨陳述し、さらにその後二回請求の趣旨を訂正し、最終的に四三二、五二二円の支払を求めた。控訴審判決はこれをほぼ全面的に認容した。Y上告。判旨に関係のある上告理由は以下のごとくである。「Xの如く第一審において全部勝訴の判決を得た場合相手方であるYが該判決に対し控訴した場合『附帯控訴』の方式によりその拡張をなしうるものであり拡張するためには附帯控訴の方式に限るものと解すべきである（昭和三二年一二月一三日最高裁判所第二小法廷判決、最高裁民集一一巻一三号二一四三頁参照）（昭和二年一二月七日大審院民四判決集六巻六七四頁参照）。而も原審第一一回口頭弁論調書によればYは、昭和三五年九月七日の口頭弁論期日において同三四年九月一〇日付附帯控訴状を取下げた上、同三五年七月九日付請求の趣旨の訂正

申立書を陳述し而後その金額を変更しただけで一貫して請求の趣旨訂正の申立書を提出し最後の前記金額も同様請求の趣旨訂正の申立の方式によつて拡張したのであるからこれを以つて附帯控訴と解することもできないのである。これは一旦した附帯控訴を取下げたことからも明かであるが取下げた同日請求の趣旨訂正申立をしているから右訂正申立を附帯控訴と解する余地が全くない。前記請求趣旨訂正の申立書を見るにその方式においても第一審判決の表示もなくその判決に対し控訴をなす旨の記載がないことは記録上明かでありこの点からも民事訴訟法第三七四条第三六七条に違反し附帯控訴とみることはできない」と。これに対し上告審判決は、「被上告人がいつたん附帯控訴を取り下げた後にした前記一連の請求の拡張は、実質的にみて、なお附帯控訴にほかならないと解せられ、その方式においても、民訴三七四条、三六七条に反するところがないことは記録上明らかであり、しかも附帯控訴は、いつたん取り下げても、口頭弁論の終結にいたるまでは、ふたたびこれを申立てることを妨げないと解すべきであるから、右請求の拡張を許さないものとする所論は採用できない」として、上告棄却。

判旨に賛成。

一、第一審判決で全部勝訴した当事者も附帯控訴が許される。したがつて、本件の場合、Xは附帯控訴が許されると解すべきである。

附帯控訴が控訴であるか否かは問題である。附帯控訴が控訴であれば（菊井・講義四二五頁、中村・要論下三）、申立人は第一審判決に対し不服申立の利益を必要とする。したがつて本件の場合、第一審判決で全部勝訴したXは附帯控訴ができないことになる（菊井・村松・民事訴訟法Ⅱ五五七頁）。大審院の判例の多くはこの立場をとり、他方Xのごとき当事者は控訴審において民訴法三七八条による二三二条の準用により請求の拡張ができるとしている（明治大審四二年六月二四日民一判・民録一五輯六一四頁、大審大正一〇年三月一一日民一判・民録二七輯五一七頁、大審昭和一五年五月一日民三判・評論二九巻民訴二三九頁、東京控大正九年九月二七日判・評論九巻民訴一一〇四頁、学説としては、中島・日本民訴一五七一・一五九四頁、神谷・原論五七頁）。あるいは請求の趣旨の訂正申立をなすべきものとしている（大審明治三八年五月二九日民二判・民録一一輯七九二頁、大審大正一〇月三日民一判・民録一八輯七八〇頁、大審大正七年七月四日民二判・民録二一輯一三四七頁、大審大正一一年七月六日民二判・新聞二〇三〇号二一頁、大阪控大正八年六月二七日判・評論八巻民訴三六四頁）。たとえば前記大審院昭和十五年の判例は、以下のごとく説いている。「被上告人ハ原審ニ於ケル昭和一四年六月一五日ノ最後ノ口頭弁論ニ於テ所論ノ利息ノ給付ヲ求ムル旨申立ノ拡張ヲ為シタルコト右口頭弁論調書ニ徴シテ明カナリ而シテ原審ハ請求ノ基礎ニ変更アリ又ハ著シク訴訟手続ヲ遅帯セシムルヘキ場合ノ外右申立ノ許容シウルコトハ民事訴訟法第三百七十八条ヵ請求又ハ請求原因ノ変更ニ関スル同法第二百三十二条以下ノ規定ヲ控訴審ノ訴訟手続ニ準用シタル法意ニ照シ一点ノ疑ナキ所ナリ然リ而シテ控訴ハ不利益ノ判決ヲ受ケタル者ニ於テ為スヘキモノナレハ訴ノ申立ヲ是認セラレタル原告ハ訴ノ申立ヲ拡張スルカ為ニ控訴又ハ附帯控訴ヲ為スコトヲ得サルモノトス」と。

これに反して、附帯控訴の本質を控訴とみることなく、被控訴人か相手方の控訴に附帯してする申立であつて（加藤・要論四六二・四七五頁・同・批評一四二四頁、兼子・体系四四六・四七頁、同・条解八八八頁、小野木・中野・講義三〇三頁、河本・提要三八三頁、山木戸・同・講義二五五頁、小室・上訴制度の研究三〇〇頁）、且つ不利益変更禁止の原則を排除する手段で、訴訟が新たに弁論される限界を自らの申立によつても限定する可能性を被控訴人にも与えるものである、とする見解（小室・前掲一一〇頁、高島・本件批評・民商五一巻四号一二五頁）による場合、全部勝訴の原告もまた附帯控訴をなしうると解すべきことにな

る。最高裁は昭和三二年一二月三日第二小法廷判決、最高民集一一巻一三号二一四三頁で、以下のごとく説明している。「第一審において、全部勝訴の判決を得た当事者（原告）も、相手方が該判決に対し控訴した場合、附帯控訴の方式により、その請求の拡張をなし得るものと解すべきである。本件原審において、上告人がした所謂請求の拡張も、これを実質的に観れば、附帯控訴に他ならないものと解すべきであり、その方式においても、民訴三七四条、三六七条に反するところのないことは記録上明らかであるから、右請求の拡張すべからざるものとする論旨は、採用することはできない」と。（この判例批評として小室・前掲書三〇〇頁以下がある）本判決はこの立場を踏襲したものである。

ところで、私は後説に賛成する（後説の正当性を附帯控訴の歴史的展開から論証せんとするものとして小室・前掲論文がある）。けだし、附帯控訴は相手方の控訴を前提とすること、控訴権消滅後も提起できること、控訴審の口頭弁論終結にいたるまで提起できること等の諸点よりみて、それが控訴の既存概念にあわないことはすでに指摘せられた通りである（小室・前掲一〇七頁）。

かくして、第一審で全部勝訴したXにつきその方式はとにかくとして附帯控訴を許したという点で、本件判決は正当であった。

二、Xの請求の拡張は附帯控訴にのみよるべきであって、単なる訴の変更によるべきではない。既述のごとく、大審院の判例の多くは、Xのごとき当事者に附帯控訴を認めないが、他方控訴審で訴の変更による請求の拡張を認める。しかし、Xのごとき当事者に附帯控訴を認めないこと自体問題であると同時に、さらに進んで、かかる場合附帯控訴によることなく請求の拡張を認めることも問題であると思う。Xが附帯控訴により攻撃的地位を獲得することなしには、控訴審における不利益変更禁止の原則が依然として働くのである。第一審で訴の変更による請求の拡張が原告に認められるのは、原告が訴の提起により攻撃的地位を獲得しているからである。控訴審においては、附帯控訴がない限りXのごとき当事者は不利益変更禁止の原則をこえた攻撃的地位を獲得していない。したがって請求の変更は附帯控訴という形式によらなければならないのである（加藤・判民昭和二年度四八五頁、菊井・民訴下四三一頁、高島・前掲一二五頁）。かくして前記大審院の判例の多くの態度には賛成できない。

三、そこでつぎに附帯控訴の形式が問題になる。民訴法三七四条によれば、その方式は控訴に関する規定である三六七条によることになる。したがって、附帯控訴状には第一審判決の表示およびその判決に対し附帯控訴をなす旨を記載する必要があるとも解せられる。控訴の提起にさいしては、第一審判決を表示しないと、どの判決について控訴が提起されるかが明確にならない。これに反して附帯控訴は控訴に附帯してなされるものであり、その基礎たる控訴提起のさいに不服の対象たる第一審判決が明示されている以上、附帯控訴がいかなる第一審判決に対してなされるかは自ら明らかである。したがって、第一審判決の表示は必ずしも必要ではない、と縮少解釈すべきであろう。

本件にあって、Xは附帯控訴を一度取下げて改めて請求の拡張を数回にわたって申立てている。Xの請求の拡張申立は実質的には附帯控訴にほかならないから、拡張申立書に附帯控訴の明記がなくて

も附帯控訴状として扱わるべきであろう。したがつて、Xが附帯控訴を取下げて改めて請求の拡張を申立てた場合、附帯控訴の取下後に改めて附帯控訴が申立てられたことになる（この点を疑問視するものとして高島・前掲一二六頁がある）。したがつて問題は、もつぱら附帯控訴取下後改めて附帯控訴をなしうるか否かという点に存する。

四、そこで最後に、この点を検討してみよう。本案の終局判決後の訴の取下に伴う再訴の禁止という効果は、いわばこの種の訴の取下が終局判決とそれにいたるまでの手数を水泡に帰するという取下権濫用の効果である（石川・本誌三八巻四号九五頁以下）。本件の場合Xの附帯控訴取下についてかかる権利濫用がみられるかというとそうではない。附帯控訴が著しく訴訟手続を遅滞せしむるがごときものであれば格別のことであるが（民訴法二三二条一項但書）、本件の場合再度の附帯控訴についてそのような事情も存しない。したがつて附帯控訴権の濫用はないとみられるから、本件判決が附帯控訴取下後再度の附帯控訴を認めたことは正当であるといえよう。

（石川　明）

〔昭和三八年度完〕