

Title	〔最高裁民訴事例研究三五〕 相手方の陳述した事実に基づく訴の変更 家屋明渡請求事件 (昭和三九年七月一〇日第二小法廷判決)
Sub Title	
Author	伊東, 乾(Itō, Susumu) 石川, 明 # 民事訴訟法研究会( Ishikawa, Akira)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1966
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.39, No.9 (1966. 9) ,p.76- 81
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=AN00224504-19660915-0076">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19660915-0076</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 三五〕

昭三九一八(最高民集一八卷  
六号一〇九三頁)

相手方の陳述した事実に基づく訴の変更

家屋明渡請求事件(昭三九・七・一〇第二小法廷判決)

X(原告)が自己の所有地上の家屋居住者 $Y_1$ 、 $Y_2$ を共同の被告として、 $Y_1$ に対しては賃貸借契約の解除に基づく家屋の明渡と損害金の支払を訴求、 $Y_2$ に対しては不法占拠に基づく同一家屋の明渡を訴求したところ、被告らは目的家屋が当初から $Y_1$ の所有に属し家屋賃貸借契約など存在しなかつたものである旨を主張したので、Xは土地所

有権に基づく対 $Y_1$ 家屋収去土地明渡、対 $Y_2$ 家屋退去土地明渡の請求を予備的請求として追加併合した。 $Y_1$ 、 $Y_2$ はこの追加を不合法であると主張したが、第一審・大阪地裁は追加を適法としたうえ、Xの主請求を棄却し、予備的請求を認容した。 $Y_1$ 、 $Y_2$ からの控訴も大阪高裁が棄却。 $Y_1$ 、 $Y_2$ から更に上告に及んだのが本件であつて、上告理由は右訴の変更の違法論を展開した。最高裁曰く、(一)「相手方の提出した防禦方法を是認したうえその相手方の主張事実に立脚して新たに請求をする場合、すなわち相手方の陳述した事実をとつてもつて

新請求の原因とする場合においては、かりにその新請求が請求の基礎を変更する訴の変更であつても、相手方はこれに対し異議をとなくその訴の変更の許されないことを主張することはできず、相手方が右の訴の変更に対し現実に同意したかどうかにかかわらず、右の訴の変更は許されると解するの相当である。(一)「右の場合において、相手方の陳述した事實は、かならずしも、狭義の抗弁、再々抗弁などの防禦方法にかぎられず、相手方において請求の原因を否認して附加陳述するところのいわゆる積極否認の内容となる重要な間接事実も含まれると解すべきである」と。——上告棄却。

新訴請求原因の一部をみずから提供した相手方は、たとえ請求の基礎に変更がある場合でも、訴の変更に応じなければならぬという理窟が、いま仮に成立つとすれば、この前提のもとで、相手方陳述事實の内容を、抗弁か間接事実かに区分して考えることは余り意味がない。恐らく右の理窟は、もしこれを認めようとすれば、「一ノ訴ニ於ケル被告ナル者、予ハ斯ク斯クノ主張ヲ防禦方法トシテ之ヲ提出スルモ、恰カモ此ノ主張ヲ原告ガナシ来ルニ於イテハ予ハ之ニ応訴セズト云イテ憚ラザル」は洵に不都合(和九年三月三日昭)というような、そういう論法でこれを認めるほかあるまいが、そうであるとするれば、たとえそれがテクニカルには、信義則の顕現を構成できないにもせよ、できないにもせよ、基準は常に応訴を不都合ならしめる具体的状況のみであつて、主張の抽象的な種類のごときは関連がない筈だからであるが、不幸、上告理由は、さような主張の種類を行うべきことのみを詳論したものであつて

(本件新訴はY<sub>1</sub>の積極否認の内容たる間接事実のみ依

存するもので、Y<sub>1</sub>の抗弁に依存するのではないから既存の先例、苦心も最高裁に輕とは異なるしY<sub>1</sub>は新訴に應じる必要がないのだと主張した)一蹴されてしまつたのであつた。もしそれが、「例えば、原告が売掛代金の請求をしたのに対し、被告が右代金とは別個の借入金債務の未払いは認めるが、右売掛代金については既に弁済済みであると抗弁したとしよう。原告は右事情として陳述されたに止まる消費貸借上の債権の請求に訴変更することが無条件に許されるか」との上告人設例の場合に、「結論の不当なことは火を見るより明らか」となるがごときは、抗弁と間接事実とを区分しないことに基づく帰結ではなくして、前提たる理窟そのものの限界を示す帰結たるにすぎぬ。

事實、冒頭掲記のような前提理窟そのものが、決して成立たないものであらう。強いられて被告の地位に立つて応訴し、防禦方法で身を守るといふ容態が、どうして新訴の挑発と看做されなければならないのであるか。守備と挑発とは全く別のことで、守備のためには不可欠なものであればあるほど一そう挑発と同視される(間接事実の主の抗弁事実の主張なら必ず右の約束に服すると言われる)に至つては、まさに事理の顛倒である。挑発のないところで異議権の喪失を生ぜしめるのは乱暴な話で、判旨の定立するテーゼに賛成することはできない。

ここで異議権の喪失を、必要な「被告の同意」の擬制という形で、人に承認させようと試みることも無益である(前段までの被告の応訴義務の存否の問題と、被告の同意あるとき請求基礎に変更ある訴の変更が許され、何故なら、「原告が被告の陳述した抗弁事実を採つて以て新請求の理由とするような場合……、当該事實は新請求については原告の援用により裁判上の自由として

証拠を要しないこととはなつても、他の点で被告の防禦を困難ならしめないとも限らないから、直ちに変更後の新請求に対する応訴と同視することは疑問である」からであるが(兼子・判例民事、訴変更の許否を客観的な形で規定している現行法は、被告の防禦の困難よりは寧ろ、手続の制度的意味(合、訴訟経済等)を託して請求基礎の概念を樹てたものと解すべきであるから(著シク手続ヲ遲滞セシメサルの要件あるの遲滞を吸)、請求の基礎に変更を来すときは、たとえ被告の積極明示の同意があつても訴の変更を許すべきものでなく(菊井・講座二七頁)、「被告の同意」があれば請求の基礎が同一か否かを問うことなく訴の変更を許すべしとする前提そのものに、それが判例の大勢のようだし、新しい学説にもその大勢を支持するものが多いようだが、そもそも賛成することができないのである。

本件を扱つた判例批評で、小山教授は、本件訴の変更が実は請求の基礎を変更するものではないことを指摘された(民商五二巻三)。主請求と予備請求との間に主要且つ多くの攻撃方法、従つて被告について主要且つ多くの防禦方法の共通があるという趣旨のようであるが(共通点の見事な分)、法技術的構成以前の原態に還元してみた紛争そのものが前後同一であるという趣旨で、教授の見解に賛成したいと考へる。

但し、本件では、更に一步を遡つて、請求自体に変更なく、従つて始から訴の変更は存しないと見るべきものではあるまいか。主請求は家屋の明渡請求であり、予備請求は土地の明渡請求であるから、実体権ごとに請求を細分する訴訟物旧理論がこの取扱を承認しえな

いことは勿論、判決の主文内容を識別の基準とする訴訟物新理論もこの結果を是認することはできない。しかし、紛争は終始一貫、 $Y_1$ と $Y_2$ とをこの土地から排除しようとするのみ行われているのであつて、すべての主張は土地の不法占拠という法理念で一つに括ることができるのである(家屋はこの場合人と土地との關係を媒介しているだけである)。勿論、判決の既判力は、たとえば主請求のみが認容せられたとした場合、家屋明渡請求権についてののみ生じて、土地明渡請求権について生じることはない(動態的訴訟物理論、仮に新説が本件のよを生ぜしめるであろう)。

尤も、主張の変更以前に、たとえば原告が特に家屋明渡請求権の有無について判断を求めざる趣旨であることを明言し、あるいは第一審裁判所が一人家屋明渡請求権の存否について判断するなどの事情によつて、右全一の請求が家屋明渡問題とその他の問題とに細分せられてしまい、その後更に改めて土地明渡問題がおこされたような場合は、請求の追加、従つて訴の変更を認めなければならないが(訴の変更の有無は主張変更の段階で考えられるべき問題で常に一)、律に当初の主張だけが基準になるのではない。動態的訴訟物理論、本件ではかかる事情も認められない(訴の変更となる場合も前述の上)。

かくては、しかし、請求自体の最大限の枠と請求の基礎とが、すなわち同一に帰するのであつて、あるいはこの点が請求とその基礎との両概念を混同せしめるものとして非難せられることになるかも知れない。だが、右の両概念はいずれも等しく紛争の法的解決で同一訴訟目的から出て同じ訴訟対象の規定に任じるのであるから、それらが窮極には同一に帰すること当然で、寧ろ、たとえば選

扱の併合ということが攻撃方法についてありうるものならば、故にこそ却つて請求についても選択的併合というものがありうるのと同じく、請求の基礎もまた窮極にはそれ自体一箇の請求たりうべきものであればこそ（且つその限度でのみ）請求変更の限度を劃する合理的な枠でありうるのである。

判旨には賛成することができない。

（伊東 乾）

### 昭三九一九（最高民集一八卷）

（六号一四一頁）

医師の消毒の不完全を理由とする損害賠償の請求を認容する判決において右消毒の不完全部分を確定しないで過失を認定しても違法でないとされた事例

損害賠償請求事件（昭和三九・七・二八第三小法廷判決）

原告X（控訴人・被上告人）は分娩のため被告Y（被控訴人・上告人）の病院に入院した。YはXに対し無痛分娩の方法として脊髄硬膜外麻酔注射をしたが、注射器具の完全消毒を怠るなど慎重な注意を欠いたため、注射部位にブドウ球菌が侵入し、分娩後脊髄硬膜外膿瘍及び圧迫性脊髄炎にかかったとして、財産上の損害五〇万円、精神上的の損害一〇〇万円の賠償請求をした。第一審原告敗訴。X控訴。控訴審では原判決を取消し、Yに五九万余円の損害賠償を命じた。その理由は以下のごとくである。まず第一に、Xの右の病氣はYの注射に基因していると認められること。第二に、ブドウ球菌の伝染経路として考えられるのは、(1)注射器具、施術者の手指、患者の注射部位等の消毒の不完全、(2)注射薬の不良乃至汚染、

(3)空気中のブドウ球菌が注射に際したまたま附着侵入すること、(4)保菌者である患者の抵抗力が弱まった際血行によつて注射部位に病菌が運ばれることなどであるが、本件の場合右のうち(1)の場合であると推認するのが相当である。したがつて注射器具・施術者の手指・患者の注射部位の消毒の不完全が認められるとすれば、Yは医師として当然なすべき注意を怠り、過失ありというのである。Y上告。

上告理由 論旨は三点にわかれていますが重複が認められる。要するに、原判決は消毒が不完全であるにもかかわらず注射をしたことに過失を認めているが、消毒が不完全であつたことにつき故意過失があつたということ、消毒が完全でないのを知りながらあるいは上告人の過失によりこれを知らずに注射をおこなつたという認定はないから、医師としてなすべき注意を怠つたという原審の認定には、明らかに理由不備の違法がある。さらに、具体的にどの点で消毒が不完全であるのかも判示していないのは、前示の点にあわせて、民法七〇九条の適用を誤つた違法があり、この違法は判決に影響を及ぼすことが明らかである、というのである。

これに対し判旨は本件におけるがごとき経路の伝染は、Yが完全に消毒をしていれば防ぎえたもので、Yが消毒を不完全にしたままで注射をすることは医師として当然なすべき注意義務を怠つてゐることは明白である。したがつてこれら消毒の不完全は診療行為である麻酔注射にさいしての過失とするに足るもので、かつ医師の診療行為としての特殊性にかんがみれば、具体的にそのいづれの消毒が不完全であつたかを確定しなくても、過失の認定事実としては不完全とはいえない、として上告棄却。

判旨に賛成。

一 まず本件判旨について検討する。すでに最高裁は昭和三二年五月一日第二小判決(民集一五卷五頁一七五頁)で同旨の判決をしている。すなわち「注射液の不良、注射器の消毒不完全はともに診療行為の過失となすに足るものであるから、そのいずれかの過失であると推断しても、過失の認定事実として、不明又は未確定といふべきではない。又被上告人の主張しない注射液の不良を過失認定の具体的事実として挙げたからといつて、民訴一八六条に違背するといふことはできない。ただし同条は、当事者の主張しない訴訟物以外の事実について、判決することができないことを定めたものであつて、前記注射液不良という事実の如きは、被上告人主張の訴訟物以外の事実と認められないからである」と。

不法行為の損害賠償請求権の特定は、被害利益と加害行為により十分になされる。加害行為が故意によつてなされたか、あるいは過失によつてなされたか、過失が加害行為のどの点にあつたかといふことにより請求は別個にならない。したがつて、本件において原告が過失を特にとの部分にありと限定することなく、「注射器具の完全な消毒を怠るなど慎重な注意を欠いて注射した」としても請求は特定している。さらに、仮りに裁判所が「注射器具の不完全な消毒」以外の点で過失を認定しても、また本件判旨のごとく選択的に過失を認定しても、民訴法一八六条の申立てざる事項について裁判したことにはならない(村松・判此・民商三六卷五号六七頁以下)。

ところで損害賠償請求における主要事実は何か。問題を本件と関

連して特に過失に絞つてみるとどうであらうか。すなわち、それは、民法七〇九条の過失という法律要件は、それ自身が主要事実なのか、あるいは過失の具体的内容をなす事実が主要事実なのかという問題である。前説によると過失の内容をなす事実はいわゆる間接事実であるから、当事者の主張しない事実を認定してもよいことになる(間接事実については当事者の主張しないものを認定してもよいとするが、判例として、最高昭和二十五年一月一日判民集四卷五二頁、同昭和二十七年二月二五頁)。これに反し、後説によると、当事者の主張しない過失の認定は当事者の主張しない主要事実の認定を意味し違法であることになる。過失の具体的内容をなす事実例えは注射器の消毒の不完全は、過失という事実すなわち通常なすべき注意を欠いて損害発生行為をなしたという事実を推認させる事由であつて、間接事実とみるべきである。私は過失が主要事実であるとみる前説を是としたい。したがつて選択的認定の形式であつても過失そのものが認定されればよく、過失の内容たる具体的事実まで確定する必要はない。過失の内容たる事実を確定しなくても主要事実たる過失の認定はなしうる。本件では鑑定の結果発病の原因を四つのルートにわけて考察し、それ以外のルートがないことを前提として四つのうち三つの可能性を否定し、残りの一つのルートにつき選択的認定をしている。残りの一つのルートの内容たる三つの間接事実(注射器・患者の注射部位の消毒の不完全)は、いずれも特別の事情がなければ主要事実である過失の存在を推認させるものであるから、右の三つの原因以外に発病原因が考えられない以上特にいずれの事実が存在したかを確認することなく、選択的認定により過失を認定することは適法である。右

の三つの間接事実から特別の事情がなければ過失を推認しうるとい  
うのは医師の治療行為の特殊性すなわちその専門性・技術性に由来  
する。しかし医師の治療行為の特殊性から無過失の举证責任を医師  
に負わせるのは行過ぎで、やはり過失の举证責任を原告である被害  
者に負わすのが正当であろう。

既述のごとく、損害賠償請求を特定するためには被害法益と加害  
行為とを挙げれば十分であり、また過失そのものが主要事実であれ  
ば、過失の内容たる具体的事実は主張する必要がない。しかし逆に  
被告の側からみれば過失の内容たる具体的事実が主張されていれば  
防禦がしやすいことも事実である。原告も明示的には主張していな  
いし、被告も重要とは考えなかつたような具体的事実に基いて過失  
を認定されて敗訴したというような場合も考えられないではない  
が、間接事実から主要事実を推認する場合に生じるかかる不利益は  
一般的に認められることである。仮りに過失の内容をなす具体的事  
実が主要事実であるとしても、選択的認定によりうける被告の不利  
益は、選択的認定の範囲を制限することにより減殺しえよう。この  
点につき奈良調査官は、「このような選択的認定にも、やはり一定  
のわくがある筈と解されるが、このわくも社会通念に従つてこのよ  
うな認定が是認しうるかどうかによつてきまり、結局判例の蒐積に  
まつてきまる」とされる(法曹時報一六卷一〇号一八六頁)。

むしろ右の危険を強調するあまり選択的認定を否定することは、  
したがつて過失の内容たる具体的事実の認定をしいることは、逆に  
かえつて、救済さるべき被害者まで救済しえなくし、また本来不要

である証拠調を必要とする意味では訴訟経済上からも問題があると  
いえよう(村松、前掲七二頁)。  
(奈良、前掲一八五頁)。

以上の理由から、本件判旨として指摘されるところ、すなわち医  
師の消毒の不完全を理由にする損害賠償の請求を認容する判決にお  
いて、右消毒の不完全部分を確定しないで過失を認定しても違法で  
はないとする点には賛成。

二 原審判決において、消毒が不完全であるにもかかわらず注射を  
したことに過失があるとされているが、消毒の不完全につき過失が  
あつたこと、消毒の不完全を知らながらあるいは知りうるにもか  
かわらず、過失によりこれを知らずに注射したという認定がないか  
ら、理由不備であるといえるであろうか。もし過失の内容である事  
実につき全くなんの認定もなく被告に過失ありとすれば、上告人の  
主張するように原判決に理由不備の違法があるというるであろ  
う。しかし、本件原判決は、注射と発病の間に因果関係を認め、特  
別の事情のないため加害行為たる注射に医師の過失を認定している  
のであるから、理由不備の違法があるとはいえない。

(石川 明)