

Title	〔最高裁民訴事例研究 四七〕 訴の交換的変更による新訴に異議なく 応訴した場合と旧訴の取下についての同意
Sub Title	
Author	伊東, 乾(Itō, Susumu) 坂原, 正夫(Sakahara, Masao) 石川, 明(Ishikawa, Akira) 加藤, 修(Katō, Osamu) 清水, 暁(Toga, Yoshio) 梶, 善夫(Minji soshōhō kenkyūkai) 民事訴訟法研究会
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1967
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.40, No.10 (1967. 10) ,p.97- 109
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=AN00224504-19671015-0097">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19671015-0097</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.

れるならばこの臨時組合費は、各組合員に支払義務を生ぜしめる。

また「政治昂揚資金」についてこれをみると、この資金を使用する行為が、明確に述べられていない。ただ述べられている点は、特定の政治意識を昂揚せしめる活動とのみ認定されているに過ぎないが、かりに右活動が労働組合の団結権を強化し、組合活動を強化するものであるならば、信条の自由はさておき、各組合員に支払義務を生ぜしめると考えられる。かりに右特定の政治意識を昂揚することに反対であるならば、反対と決定した時点において被告四九名は即刻脱退すべきであり、右臨時組合費の支払義務から解除されなくてはである。

三 以上検討してみると臨時組合費中被告四九名の者に支払義務を生ぜしめなかつたものは、「無給職員」に対する資金カンパのみということになるが、右資金カンパは、その決定の経緯からして臨

## 〔最高裁判事例研究 四七〕

昭四一(一) (最高民集二〇  
卷一号九四頁)

訴の交換的変更による新訴に異議なく応訴した場合と旧訴の取下  
についての同意

家屋明渡請求事件(昭四一・一・二二第二小法廷判決)

時組合費と判断すること自身無理というべき性質のものではあるまいか。以上のような資金は、各組合員の自由意思にもとづき支払わ  
れるべき性質のもので組合の統制に親しまない。

つぎに公共企業体のストライキ資金であるから資金の支払を拒否  
するといふ被告四九名の主張は、公共企業体のストライキを違法と  
する前提を明確にしている点で納得できず、主張としては形式論理  
に過ぎ、これに対する裁判所の判断は正当である。しかし本件につ  
いての印象を述べれば、少額の金額をたてにとつて請求をしたり支  
払わなかつたりしているその労働者間の憎悪と連帯性の欠如とがき  
わめて如実に表面化した事実といえよう。しかし組合費を通して労  
働組合活動の正当性、団結権行使の限界などをうかがうる興味あ  
る事件ともいえる。

(阿久沢亀夫)

X(原告・控訴人・被上告人)はY(会社) Z(取締役)(被告・  
被控訴人・上告人)に対して、賃貸借契約の解除を理由に本件家屋  
の二階部分の明渡と賃料・損害金の支払を訴求した。第一審裁判  
所は、「原告主張の賃貸借契約の成立の事実を認めることができ」

ない、「よつて、右賃貸借の成立を前提とする原告の本訴請求はその余の点について判断するまでもなく理由がない」として、Xの請求を棄却した。そこでXは控訴したが、控訴審において訴を変更して、追加的に本件家屋に対する所有権の確認と従来からの請求と交換的に所有権に基づく本件家屋の二階部分明渡と損害金の支払を求めらるに至つた。さらに予備的に、本件家屋の収去土地明渡と損害金の支払の請求を追加併合した。これに対して、被控訴人たるYZは、「追加の変更には異議を述べたが交換的変更には異議なく応訴した」のである。この訴の変更について原告たる控訴審裁判所は次のように判断した。「ところで右交換的変更について請求の基礎に変更があるか否かは別として(ちなみに右請求からみて請求の基礎に異なるのであるから、それを許すべきであり、それが許される以上その新請求とその基礎を全く同一にし、かつ変更申立のなされた次回口頭弁論期日に終結されて訴訟手続を遅滞せしめるとも考えられない)控訴人の右追加的変更はこれを許すべきである」と。そして一審判決については、「原判決は訴の交換的変更により失効したものであるから、その当否は当審において判断されない」とした。さらに原審はかかる訴の変更後の新請求についても、ほぼ全面的にXの請求を認容した。そこでYZは上告。上告理由の第一点は、「原審は訴の交換的変更に関する解釈を誤り且つ従来からの最高裁判所の判例と相反する判断をなしたものであつてこの点に於て破壊を免れない」というのである。そして次のように説く。YZは「本件建物の所有権確認という追加的変更には異議を述べている、訴の変更としては被告側から必ず新請求の追加が伴うものであり、これに対して異議を述べた上告人らが後述の通り現行法上旧訴の係属消滅という意味

での訴の交換的変更は認められないし、それに同意することはあり得ない、またかりに、同意したとしても訴の取下、請求の放棄をしたならば格別その儘の姿では訴訟法上無意義である」、元來民法二二三二条は旧訴の係属消滅を認めるか否かの考慮をしていない規定である、旧訴につき相手方(YZ)の確定の利益を考慮しない交換的変更は許さるべきでない、旧訴は消滅したとする原判決は、この点について「訴の変更による新訴の提起があつても旧訴につき適法な訴の取下または請求の放棄がない限り旧訴の係属は消滅しない」(昭和三二・二八第一小法廷)とする最高裁判決に反する、本件旧訴の訴訟係属は消滅してないのである。この上告理由に対して、最高裁は「いわゆる訴の交換的変更とは、新訴の提起と旧訴の取下であるところ、上告人は、所有権確認を求める新訴の追加については異議を述べたが、所論訴の交換的変更には異議なく応訴しており、かかる場合においては、旧訴の取下については暗黙の同意をしたものと解するを相当とする(洪民集二〇卷二六二頁参照)から、旧訴について判断しなかつた原判決は正当である。」と判示し、さらに他の上告理由についても「論旨は、いずれも採用できない」として、上告を棄却した。

一 本判決は、旧訴につき適法な訴の取下または請求の放棄がない限り、旧訴の係属は消滅しないと上告理由の引用する従来判例の立場を是認した上で、即ち、この点において上告理由と同じ立場をとりながら、訴の取下がなかつたとする上告理由を斥けて、新訴に異議なく応訴した被告は旧訴の取下について暗黙の同意をしたものとして、旧訴の訴訟係属の消滅を認めたものである。旧訴の訴

訴訟係属の消滅を認めた結論には賛成であるが、判決が理解する「訴の交換的変更とは、新訴の提起と旧訴の取下——との偶然的併存（筆者）——である」とすることに反対である。

二 従来の判例によれば、訴の変更の許否の問題と旧訴係属の消長の問題を峻別する建前から、訴の変更としては、訴の追加的変更のみを認めて、訴の交換的変更の独自性を否定することになる。<sup>(注1)</sup>

(注1) 昭和三一・一二・二〇第一小法廷判決（民集一〇卷一頁）、昭和三一・二・二八第一小法廷判決（号三七四頁）、学説としては、三月・民訴法一四〇頁。

それ故に旧訴の係属の消長に関しては、適法の訴の取下があつたかどうかによることになる。訴の交換的変更は新訴の提起と旧訴の取下に分解しうる。しかし、それだからといって両者の単なる結合と解するのは疑問である。<sup>(注2)</sup>

(注2) 中村英郎教授は本件判例批評において、「いわゆる交換的訴変更の場合には、旧請求は当然訴訟係属を離脱し、新請求につき訴訟係属が開始する。それは旧訴が新訴に変更されたと表現することでもできよう（同趣旨、中島弘道頁）（卷二三四〇頁）として、新訴の提起と旧訴の取下に分解すること自体に反対される。しかし、かかる態度は、現行法上、訴の取下の要件との権衡を失して問題があるといえる。訴の変更の要件は新請求を追加するのが適当か否かの考慮からのみ定められているのであつて、旧訴の撤回を認めるべきか否かの考慮はそこに入っていないからである（三ヶ月民訴法一四〇頁を。代表に多数説といえる）。

両者の有機的結合が訴の交換的変更であると解すべきである。こ

の考えによつて、実は旧訴の訴訟係属の消滅は合理的に説明しうるのである。新訴に異議なく応訴したと、旧訴の取下に同意したことを結びつけることは訴の交換的変更の独自性（新訴の提起と旧訴の取下の有機的構成）を認めずしてはできないことである。なぜなら、前掲昭和三一・二・二八判決の判決理由は次のように説くからである。「上告人は本件訴の変更に対し異議を述べているけれど、この異議は新訴の提起の許すべきでないことを主張するものであつて必ずしも旧訴の取下に対する不同意の意思を表明するものということはできない」、控訴審での訴の取下であること（再訴できない）、訴訟費用の負担の問題等を考えると、「上告人において旧訴の取下に対してまで異議をとどめる必要はないものともい得るのである」と。本件事例とは反対に、訴の変更は異議を述べた場合、それは旧訴の取下の異議を表明したものではないとしつつ、異議なく新訴に応訴した場合は、旧訴の取下について同意したものと解するのは一貫性を欠くといえる。また単なる結合説では、上告理由が言うような、追加的変更は異議を述べたことと、旧訴の取下についての不同意が結びつくこともありうることになる。訴の取下につき、条件を付すことは一般に消極的に解せられているが、訴の交換的変更における旧訴の取下は訴の変更の適法たることを条件としている点で、単なる訴の取下ではないのである。<sup>(注3)</sup>

(注3) 訴の取下と条件については、宮崎「訴の取下」民訴法講座三卷七八七頁参照。

このようにして、訴の交換的変更とは、新訴の提起と旧訴の取下と

に實質的に分解しうるが、単に、新訴の提起、旧訴の取下、そのものではなく、訴の交換的変更というそれらを包含する統一体によつて変容(規定)されたものと解すべきである。この点に關し、学説は従来、「旧訴の取下とみられるから」(小室「訴の変更」民)とか、「實質上訴の取下と同じ結果になるから」(菊井、村松民訴)とか、「訴の取下と同様であるから」(兼子民訴法大)とかいふ、あいまいな表現をしてきた。結論には差異を生じるわけでないし、またはつきりと理解する実益が乏しいから、はつきりと理解する必要がなかつたと言えるであらう。しかし、民事訴訟制度目的が再認識され、新たな訴訟理論の再構成が叫ばれる昨今、あいまいにしてよいものではない。(注4)

(注4) 三ヶ月・民訴法七頁、伊東・「紛争の解決と具体法」民訴法研究三七頁参照。

民事訴訟制度目的↓訴の変更の制度目的↓訴の交換的変更についての理解、という図式から見ても、訴の交換的変更における旧訴の係属の消滅を単に訴の取下と考えるのは、問題があるといえよう。訴の変更の制度の趣旨、さらには民事訴訟制度の目的を認識した上で、旧訴の係属の消滅の問題は考えられるべきである。具体的には、訴の取下の要件が實質的に緩和されることになる。旧訴の取下について黙示の陳述が許され、黙示の同意が許されるのも、かような立場に立つて、はじめて理解されるものである。(注5)

(注5) 中村教授は本件判例について、「形式的には、昭和三年の判例の態度を認めながら、解釈論を駆使して、實質的には、交換的訴の変更の場合には、旧訴は当然消滅する見解に同意したものであ

る。その限りにおいて、従来の最高裁判所の判例の見解が實質的に修正されたともいふことができる」としておられる(前掲三)。

さて、このような立場で本件事案をみると、新訴に異議なく応訴した被告は旧訴の係属消滅について同意したと解することは、大審院先例の存在や前述理論的要素請から、「社会的期待」(川島民法総)に添うものと言える。かくして旧訴の係属は消滅しているのである。

結局、この立場では、単なる訴の交換的変更と称して、原告が新訴を提起すれば、それは旧訴について訴の取下を陳述したものと同じであり、単に異議なくそれに応訴した被告は、旧訴の取下について同意したことと同じになる。勿論、かかる訴の変更は異議を述べれば、旧訴の係属は消滅せずして、結果的には訴の追加的変更になる。(注6)

(注6) 同趣旨、中田・民商法雜誌三六卷二号二六四頁。

また、訴の交換的変更と称さなくとも、實質的にみて、訴の交換的変更ならば、新訴の提起と旧訴の取下とに、単に分解して考えるのではなく、訴の交換的変更としての見地から考えることになる。(注7)

(注7) 例えば、「従来の請求を変更して」とか、「従来の主張を撤回して」とかいう表現の場合、判例集記載の事実欄だけでは、実際、いかなる表現で、訴の交換的変更がなされるのか不明である。純粹に單純結合説をとるなら、常に訴の交換的変更は二つに分解し、それぞれの観点から考えねばならない。有機的結合説は形式的分解ではなく、實質的な観点から表示行為を評価することになる。

三次に原審の態度であるが、原審は訴の変更は被告の同意があればよいと解し、その同意の中には旧訴の係属消滅についての同意も

含まれると解したらしい。本件では、新訴に異議なく応訴したことは被告が訴の変更で同意したものと解している。<sup>(注8)</sup>

(注8) この点に関し、三ヶ月教授は「訴の変更につき被告の同意を要するという法制の下では結局被告の同意という形で、被告の利益は守られるから、旧訴の係属の当然消滅を伴う訴の変更を認める余地がある」(民訴法一)とされる。原審判決について瀬戸調査官は「その判文をみるかぎり、旧民訴法的な考え方に立つて訴訟係属の消滅を認めているように思える」(四号六二二頁)とされる。また新堂教授は「いわゆる訴えの交換の変更は二つの面ないし行為に分けて考えることが必要である」から、「原判決が『原判決〔第一審判決〕は訴えの交換の変更により失効した』といっているのは、若干不足らずの表現である」(法学協会雑誌八三卷一頁)とされる。

請求の基礎に変更があつても、被告の同意があれば、訴の変更は許されるとする学説や判例の立場にたてば、このような原審の態度は是認されよう。<sup>(注9)</sup>

(注9) 学説判例については、鈴木重勝・「請求の変更と相手方の異議」民訴法判例百選六八頁参照。

この点、最高裁判決は何も述べていないが、そのことからしても、従来の積極説の立場を暗にとつていと思われる。本件では、請求の基礎に変更がないから問題はないが、前述のように民事訴訟制度目的からの考察や、立法の経過からみて消極説が妥当であると考へる。<sup>(注10)</sup>

(注10) 伊東・判例研究昭和三九八事件(法学研究三九卷九、号一〇七四頁参照)。

## 判例研究

四 仮りに本件の場合、上告人が主張するように旧訴が消滅してないとしても、そのことは一般的には適當ではないが、あえて違法とまでいえないから、判決そのものの違法をきたさないと言うべきである。<sup>(注11)</sup>

(注11) 兼子・実例法学全集民訴法上巻三五二頁参照。それ故に上告人は原審に旧訴についての判決を求めることにならぬ。<sup>(注12)</sup>

(注12) 法律実務講座民訴編第二巻二五四頁参照。

さらに本件の場合、新訴と旧訴とは選択的併合の関係にあるから、旧訴について判断しなくても、裁判の脱漏や補充判決の問題は生じないのである。<sup>(注13)</sup>

(注13) 中田・民商法雑誌三六卷二二六四頁参照。

以上、一、二、三、四の考察から明らかなように、本件上告の棄却は免れぬところであり、また原審においても、旧訴についての期日指定の申立は却下されるであろう。

五 原審、上告理由、本件判例は、共に訴訟物論においては旧説の立場をとつているので、旧説の立場で一応考察した訳であるが、新説の立場によると本件事例では訴の変更ではないとされる。<sup>(注14)</sup>

(注14) 新堂前掲一五八三頁参照。

しかし、既に多く論じられているように、控訴審で所有権に基づく家屋明渡と損害金支払の要求が主張されたからよいものの、主張されなかつた場合、もはや主張できないとすることは問題が残ろう。本件においては控訴審においての訴の変更であるため、結果的

には旧説と同じになるが、典型的な家屋明渡訴訟の場合、当該家屋の明渡要求と賃料・損害金の支払要求、さらに予備的な建物取去土地明渡要求等を一個の訴訟物とみて、既判力で確定されるのは、主張され、審理せられた具体的な性格をもつ権利であると考えるとするならば（動態的訴訟物論）、訴の変更という形式的な手続を経ることなしに、より高い実質的に正しい紛争の解決が得られるであろう。<sup>(注15)</sup>

(注15) 伊東・「異説訴訟物論」民商法雜誌五五卷六号八五五頁以下。  
(伊東 乾・坂原 正夫)

#### 昭四一(二) (最高民集二〇卷) (二号一七九頁)

第三者異議の訴の異議事由として所有権を主張することが信義則に照して許されないとされた事例

第三者異議事件(昭四一・二・一第三小法廷判決)

Y(被告)は、訴外Aを債務者とする仮差押決定に基づき、訴外Aの住所地において、A所有の新炭、氷等につき執行吏に仮差押をさせようとした。そこへ、第三者であるX会社(原告)の代表者Bがやつて来て、Yの代理人や執行吏に対し、「Aの炭や氷を押えられたら、明日から商売ができない。本件仮差押の被保全債権である手形債権の実質上の債務者はX会社であり、X会社はAから机や椅子などを預つて保管している。自分がそこへ案内するから、それを押えてくれ。」との趣旨を申し向けた。執行債務者であるAも「そのとおり預けてあるからそうしてくれ。」と符節を合わせた。Yの代

理人らはこれを信じ、他にAの財産があるのならそれを差押えた方がよいと考えるに至つた。前記X会社の代表Bは、Aの住所における執行を中止させたうえ、Yの代理人らにX会社の本店に案内し、本件物件を指示し、右はAより預つている同人所有の物件であると主張して提供した。Yの代理人は右提供物件がA所有に属するものと信じ、執行吏にこれに対する執行をさせた。その後二年余を経過した後、Xは右仮差押物件が自己の所有に属することを主張して、Yに対し第三者異議の訴を提起した。第一審、控訴審ともXの請求を棄却。

控訴審の判決理由の要旨は次のとおりである。「強制執行は迅速執行の要請上執行の対象物について外觀徴表主義を採るほかはないのであるが、これに伴い実体法上根拠のない不当執行から第三者を救済するため、第三者異議の訴の制度を設ける必要がある。」「しかしながら、もしその第三者みずからの言動が、本件におけるがごとき「執行を招来する誤断の因をなしたとすれば、事はおのずから別としなければならぬ。なんとすれば、他人の真実にあらざる表示を信じた被表示者の保護をはかる必要がある場合に、表示者がのちに至つて表示に反する主張をなすことを認めず、もつてその者に表示した不利益の責を帰せしめるのは、公法私法の別なくあらゆる法の領域における法理たる信義則の当然の要請であるからである。」「ゆえに本件のごとき事実関係のもとで、XとYとの利害の較量すれば、Xは、たとえ本件物件につき所有権を有するとしても、「これに対する執行を排除するための異議理由として、自己の所有権を主張することは信義則上許されないものというべきである。」「X上告。

判示事項とされた上告理由の第四点は、①原審は民訴法五四九条の

解釈及び信義則の適用を誤り、憲法二八条、三二条に違反する、②表示者の真実にあらざる表示を信じた被表示者の保護は表示者に対する不法行為に基づく損害賠償請求で足りる、③原審のように所有権の主張を否認すると、表示者と被表示者の間の信義誠実の原則では解釈できない幾多の複雑な法律関係が第三者との関係で生ずると、原審を攻撃する。上告棄却。

最高裁の判決理由は次のとおりである。すなわち、「原審がその挙示の証拠により確定した事実関係に照らせば、X会社がYに対する関係において本件物件につき自己の所有権を主張してこれを第三者異議の訴の異議事由とすることが信義則上許されない旨の原審の判断は、正当として是認するに足りる。従つて、原判決には右民訴法条の解釈または信義則の適用を誤つた違法は認められず、所論違憲の主張も、右違法の主張を出づるものではない。そして、原審は、X会社がY以外の者との間においても本件物件の所有権を主張し得ない旨判断しているわけではなく、右の関係においてX会社が右物件の所有権を主張しうるかどうかは、別個に判断すべき問題であるから、この点に関する論旨は、原判決を正解しない結果か、もしくは独自の見解にすぎないものであつて、採用するに足りない。」

判旨に賛成する。

一 判旨は信義則の適用があると述べるのみで、なんら表示行為による禁反言の原則の適用について明言していないが、その実質を考察すれば、本件は信義則の一態様たる表示行為による禁反言の原則の適用が認められた一事例であると解することができる(同旨、青山・協八四巻一七三頁、森・本件解説・法曹時報一八巻四号一一頁、ただし福永・本件評釈・民商法五五巻三号一二二頁は信義則の適用を前面にもちだし、その信義則の違反の

有無の判断に際して、表示による禁反言についての英米法で展開された適用要件を考慮する方がより説得力があるとする。

元来、禁反言は訴訟法上の原則にすぎなく、実体法上の原則ではないというのが通説であつたが、表示による禁反言の発展と共に禁反言則を以つて単なる一証拠法上の原則とみることに対し異論が生ずるに至り、禁反言は証拠法上の原則たる仮面を有する実体法上の原則であると考えられるようになった(伊沢・表示行為二〇頁。本件においても、原審は、Xが本件物件の所有権を主張しえないことは、第三者異議の訴における異議事由の存否という実体法上の権利の存否の問題であるとしている(同旨、森・前)。

二 禁反言の原則は、自己の過去の行動に矛盾する主張を為すことを禁じ、法律生活に信義衡平の理念を導入し、あわせて動的安全を保護する英米法上の法理であるが(伊沢・判例に現れたる禁反言の、我が国においても、信義誠実原則の一態様として(伊沢・表示行為)、表示主義、外観主義と結びつき、民法・商法等の実定法上の諸規定にもとり入れられている。例えば、代理権授与の表示による表見代理(民一〇九条)(我妻等編著・判例コンメンタル・民法総則一九〇頁)、不実の登記による責任(商一四一条)、名板貸の責任(商二三条)、表見支配人の権限(商四二条)等が挙げられる(大隅・商法総則)。

三 表示行為による禁反言の原則を適用するためには、(I)表示の内容についての要件として、①表示が信頼するに足るものであること(大言壯語を信頼しても禁反言は発生しない)、②表示が現存事実に関するものであること(単なる意向の表示又は予想の発表であつてはならぬ)、③表示が意見、評価又は確信の表示でないこと、④表示が



明確であること、(II)表示者、被表示者の主観的要件として、①現存事実に関する虚偽の表示又は隠蔽があること、②表示は実際上現存事実を知つてなされたものであること、③相手方は現存事実を知らず、また知らないことにつき相手方に宥恕するべき事情があること、④表示が相手方によつて信頼されることを、表示者が實際上欲したること、⑤相手方がその表示に誘われたこと、(III)被表示者が表示を信頼して、これまでの地位を変更したことが必要であると説かれてゐる(示行為の公信力五八頁一六七頁、伊沢、判例に現われたる禁反言の原則八頁)。本件事案のもとにおいては、これら要件のすべてが満たされており、なお且つ、禁反言の阻却事由として挙げられるような事情も存在しない。すなわち、一般に禁反言の阻却事由として、①被表示者が表示の不真実なことを知つてゐること、②表示の撤回、③詐欺又は強迫、④違法性もしくは反公序良俗性、⑤交互禁反言が挙げられるが(伊沢・表示行為の公) 本件はこれらのいずれにも該当しない。

四 信義則と権利濫用の原則は、それぞれ独立して、別個の法律関係を規律するものであると解する立場(我妻・新訂民法、つまり、信義則は、賃貸借、労働契約その他の契約当事者や夫婦、親子などのように、特別の権利義務によつて結ばれている者の間の利害の調節を目的とし、権利濫用の原則は、特殊の権利義務で結ばれていない私人間の利害の調節を目的とすると解する立場(我妻・前掲三)からは、XY間にならぬような特殊な権利義務関係の結びつきのない本件の場合(福永・前掲一二二頁は文会社の代表者による表示行為と提供行為によ) おそらく権利濫用の原則の適用によつてのみXY間の利害の調節が行わ

れ得ることになるであらう。しかし、信義則と権利濫用の原則の間には一応系譜的な相違が考えられるが、両者は機能的には共通した面も多く、民法一条の文言からしても明確な区別はつけにくいから(谷口編・註釈、本件事案のもとでは、判旨とことなり権利濫用の原則を適用してもさしつかえないし、また、判旨のように信義則を適用してもよいと思われる(同頁、森・前掲一一頁。ただし、森調査官のいうように、Xの所有権を確定したうえで、権利濫用の法理を適用するといふことは必ずしも必要でなく、所有権を確定しなくても、権利濫用の法理を適用して、Xの請求をしりぞけることもできると思われる(福永・前掲一二二頁参照))。もつとも、本件においては、信義則を適用しても、権利濫用の原則を適用しても、その結論には変わりがないのだから(同頁、福永・前掲一二三頁)、信義則と権利濫用の原則のいずれを適用してもさしつかえないのか、それとも、権利濫用の原則のみが適用されるのかという議論をする実際上の実益はない。

五 本件においては、Xによる第三者異議の訴が棄却されているが、却下される余地がないわけでもないと考えられる(前掲二、福永・前掲三) すなわち、X会社の代表者BがYの代理人と執行吏に対してなした「本件物件は訴外Aより預つている同人の所有物であるから、それを差押えてほしい」という趣旨の表示は、執行についての異議申立権の放棄を意味すると評価できないこともないからである。かく解すれば、XのYに対する第三者異議の訴は、訴の利益を欠くことになり、却下されるであらう(原審は、本件は不起訴の合意のごとく訴の利益に関するものでないから、訴の不適法を惹起しないと明言す)。なお、却下された場合と棄却された場合の実際上の差異は、本件物件の所有権をめぐるXY間であらためて別の訴訟をすることが許されるか否かにある(却下の場合はもちろん許されるが、棄却の場合、第三者異議の訴の法的性質につき、実体的確認訴訟また

は救済訴訟をとする立場(第二頁)異議の訴の法的性質については、石川・強制執行法既論一九頁以下参照、および判決の効力としてのいわゆる争点効をみこめる立場(新學界既判力と訴訟物・法條八〇卷二頁参照)から訴訟物でないことになる。

六 Xがたとえ本件物件の所有者であるとしても、Yに対して信義則上、所有権を主張し得ないとすれば、XとY以外の者との間の本件物件の所有権をめぐる関係が次に問題になる。

(1) Xに所有権が存するとすれば、信義則の適用があるとしても、Xは自己の所有権を絶対的に失うわけではない。ただYとの関係で所有権を主張できないだけである。だからXは第三者に対して自己の所有権を主張できるし(同頁、青山・前掲一七四頁)、訴外Aが本件物件の執行によつて債務を免がれた場合には、Aに対し不当利得の返還請求をすることができると考えられる(同頁、青山・前掲一七四頁)。さらに、本件物件につき、Aの他の債権者が照査手続により、または、単に、配当要求することも許されない(同頁、青山・前掲一七四頁)。なぜなら、信義則の一態様たる禁反言の原則の適用により、本件物件はYとの関係においてのみ、債務者Aの責任財産の中にくみ入れられることになるからである(同頁、青山・前掲一七五頁)。

(2) Xは本件物件の競落人に対しても所有権を主張できないと解される(同頁、青山・前掲一七四頁、森・前掲)。ただし、競落人に対するXの所有権主張を許すということは、実質的には、Xが執行債権者Yに所有権を對抗することを許すのと同じ結果を導きだし、信義則の一態様たる禁反言の原則の適用を認めて、執行債権者Yを救済せんとする趣旨を無視することになるからである。すなわち、競落人がXより所有権を對抗されるということによつて、競売がその効を奏さ

なくなり、執行債権者Yは、結果的に本件物件の換価を妨げられ、執行の満足を得ることができなくなるからである。かくして、本件において、こと禁反言の原則に関するかぎり、競落人と執行債権者とは同一の地位に立つものとみなされ得るから(青山・前掲一七四頁も)、競落人は禁反言の原則を援用し、Xの所有権主張を封じることができると考えられる。

(3) Xの債権者は、Yに対して、債権者代位権に基づく第三者異議の訴を提起し(債権者代位権に基づく第三者異議の訴が許さ、本件物件がXの所有に属することを主張できない。ただし、XがYに対して所有権を主張できない本件のもとにおいては、このような権利の代理行使ということはあり得ないからである(同頁、青山・前掲一七四頁)。また、Xの債権者が本件物件をXの所有物として差押えることも許されないし(同頁、青山・前掲一七四頁、福永・前掲二二三頁)、配当要求することも許されない(同頁、青山・前掲一七四頁)。なぜなら、信義則の一態様たる禁反言の原則の適用がある本件のもとにおいては、本件物件はXの責任財産から離脱して、債務者Aの責任財産にくみ入れられることになるからである(参照、青山・前掲一七四頁)。

七 なお、本件においては、信義則という一般的な適用の結果の常として、Xが本件物件の所有者であるとすれば、Xはいかなる時期にその所有権を喪失するのかという問題が生じるが、第三者異議事件である本件では、あえてここまで触れる必要がないように思われる(同頁、森・前掲一二頁注四、福永・前掲二二三頁は競売が確定したときにXから競落人に所有権が移転するとする)。

(石川 明・加藤 修)

## 昭四一三(最高民事二〇卷)

農業共済組合の農作物共済掛金賦課金およびきよ出金の徴収と民事訴訟法上の手続

農業共済掛金等請求事件(昭四一・二・二三大法廷判決)

X(上告人・控訴人・原告)は、I県を区域とする農業共済組合連合会であり、訴外A市農業共済組合(以下単に訴外Aという)は、A市を区域とする農業共済組合であつて、Xの構成組合員である。また、Y(被告上告人・被控訴人・被告)は、A市に住所を有し、水稻・麦等の業務を営むものであり、訴外Aの組合員である。

Xは訴外Aに対し、農業災害補償法第二二条による保険関係の成立に伴う農業共済保険料及び同法第一三二条、第八九条一項に基づく賦課金の各債権を有し、訴外AはYに対し、同法第一〇五条、定款第一五条、第一六条に基づく水稻、陸稲、麦の共済掛金及び同法第一二〇条の三、定款第六五条に基づく建物共済掛金債権、同法第八七条による事務費の賦課金債権、農業共済基金法第四六条、定款第九五条の三によるきよ出金債権、並びにこれらに対する定款第一六条第四項所定の日歩三銭の割合による遅延損害金債権を有している。ところが、農業災害補償法第一二二条によれば、Yらその他農業業者と訴外Aとの各種共済関係は同時に訴外AとXとの各種保険関係を成立せしめることになつていて、Yらその他農業業者が訴外Aに対して納入すべき各種共済掛金等は、訴外AのXに対して納入すべき各種農業共済保険料にかわるものであるから、共済掛金等の延滞があればそれ以外に余裕財源のない訴外AはXに対し保険料等を支払うことができない実情にあり、現に訴外AはXに対し各種共済保険料の支払ができていない。そこでXは訴外Aに対する右債

権保全のため、訴外Aに代位し、Yに対する訴外Aの右債権を行使した。Yは、右各債務につき支払義務のあることは認められたが、請求額については争つた。

第一審は、先ず職権をもつて本件訴の適否について判断し、(1)農業共済組合はいわゆる公共組合であり、公法人たる性質を有すること、(2)組合員の共済掛金は公法上の金銭給付義務であり、事務費の賦課金も公法上の金銭債権であること、(3)これらについて行政上の強制徴収の方法が認められていること、(4)公法上の金銭債権について行政上の強制徴収の方法が認められている場合には、法が強制徴収の方法を授与した趣旨から、民事訴訟に基づく強制執行によることは許されないと解すべきであること、の故にXの請求中本件においては問題となつている強制徴収の認められている債権については却下した。原審もまたこれを全面的に支持した。

Xは、(1)農業災害補償法は公法、私法の二領域に亘るものであること、(2)農業共済掛金等の滞納処分は行政上の強制徴収の方法が認められているからといつて、民事上の強制執行の方法が排除されるものではないこと、(3)農業共済組合連合会の会員である農業共済組合に対する保険料徴収手続及び債権保護については農業災害補償法に何等の規定がなく民事訴訟に基づく以外方法がないのにこれを許さないとするのは矛盾するものであること、を主張して上告。

最高裁は、何故に農業共済組合に行政上の強制徴収の方法が認められているかについて、「農業災害に関する共済事業の公共性に鑑み、その事業遂行上必要な財源を確保するためには、農業共済組合が強制加入制のもとにこれに加入する多数の組合員から収納するこれらの金円につき、租税に準ずる簡易迅速な行政上の強制徴収の手段によらしめることが、もつとも適切かつ妥当であるとしたからにはか

ならない。」と述べ、上告理由については以下の如く判示し、棄却した。

「農業共済組合が、法律上特にかような独自の強制徴収の手段を与えられながら、この手段によることなく、一般私法上の債権と同様、訴えを提起し、民訴法上の強制執行の手段によつてこれら債権の実現を図ることは、前示立法の趣旨に反し、公共性の強い農業共済組合の権能行使の適正を欠くものとして、許されないと認むべきであらう。」

論旨は、また、農業共済組合連合会がその会員たる各農業共済組合に対して有する保険料債権に関しては、法は何ら特別の徴収方法を認めておらず、したがつてその徴収は、民訴法に基づく以外方法がないものとし、第一審判決を引用する原判決が公法上の金銭債権である共済掛金等の実現は民訴法に基づく強制執行によることは許されない旨判示したのは矛盾であるというが、この点につき原判決の引用する第一審判決は、法が特に行政上の強制徴収を認めた債権について、右の判示をしたものであることその判文上明らかであるから、所論の非難は当たらない。

ちなみに、本件は、農業共済組合連合会が、その会員たる農業共済組合に代位して、農業共済組合の組合員に対し、右各債権を訴求したものであるが、元来、農業共済組合自体が有しない権能を農業共済組合連合会が代位行使することは許されないと解すべきである。」

### 判旨賛成

本件の論点の第一は、行政上の強制徴収手続が認められている債権について、民訴法上の強制執行の手段をとることが許されるかどうか

うかについてであり、この点について最高裁がはじめて判示したのとして注目されよう。論点の第二は、判旨からは直接解答が得られないが、本件の如き場合において連合会(X)は、いかにして保険料の徴収をすればよいのであるかということである。即ち、行政上の強制徴収権を持たないXは(農業災害補償法第一三二条は、連合会の行なう保険事業について同法八七条の二のうち第一項、第六項、第七項だけを準用しており、第二)、農業共済組合(訴外A)の行政上の強制徴収権の認められている債権につき、訴外Aに代位して民訴法上の強制執行の手段により債権の実現を図ることができかどうかの問題である。この点について最高裁は、訴外A自体が持たない権能をXが代位行使することは許されないと簡単に否定するだけであるが、今少し考えてみる必要がある。

論点第一について、行政上の強制徴収の手段が認められている債権について、民訴法上の強制執行の手段をとることを否定する理由としては、かつて旧憲法の下において司法裁判所と行政裁判所との別があつたときとは違つて、また、その時からすでに、特に公法的に取扱うべき趣旨の認められない限り私権として民事裁判所の保護を求め得るものと解すべきであると、批判の対象となつていた様に(田中・公法と私(法・二九五頁)、単に公法上の債権であるからというわけではない。そもそも行政上の強制徴収権というのは公法人なら皆持つていない。)

いうものではなく、実定法によつて行政上の強制徴収が認められてはじめてその権能を有するものである。従つて、当該組合が公法人であるとか私法人であるとかいつたところで、また、農業災害補償法が公法・私法の二領域に亘るものであるといつたところで、現行

憲法の下、何等それが民訴法上の強制執行の手段をとることを肯定するものとも、否定するものともなりえない。民訴法上の手段をとることを否定する理由というこの問題解決の極め手は、如何なる理由により実定法によつて行政上の強制徴収権が認められているかにある。確に、民訴法上の手段により債権の実現を図ることは、他により簡易な債権実現の方法があつたとしても、さらに丁寧な民訴法上の手段によつたからといつてこれを拒否すべき理由はないとも解されよう。しかしこれとて、何故に強制徴収の方法が認められたかといふことから、あるいは、訴の利益の理論により解決されよう。

農業共済組合や農業共済組合連合会等の農業共済団体を設立し農業災害の際に補償するのは、農業者が不慮の事故に因つて受けることのある損失を補填して農業経営の安定を図り、農業生産力の発展に資するためであり(農業災害補償法第一條參照)。農業共済組合に行政上の強制徴収の手段を認めたことは本件判旨の説く如く、農業災害に関する共済事業の公共性に鑑み、その事業遂行上必要な財源を確保するために簡易迅速な行政上の強制徴収の手段によらしめることが、もつとも適切かつ妥当であるとした制度上の要請によるものと解するのが相当である。従つて、このような行政上の強制徴収の権能を与えられた債権の実現を図るについて、民訴法上の手段によることは制度の趣旨に反するものであり許されないと解すべきであらう。論点第一については、本件判旨の説く様に制度上の要請から、公共性の強い農業共済組合の権能行使の適正ということで、民訴法上の手段によることは許されないとすることに賛成する。またこの他にも前述

の如く、訴の利益がないことを理由として民訴法上の手段によることは許されないとすることもできよう(訴の利益の不存在を理由とするものとして、東地判・昭三九・三・二六六・三九頁がある)。即ち、法が特殊な訴又は簡易な方法を別途許容する場合、その特殊な目的を達するために便宜且つ合目的であるとしてそれを設けたのであり、そのようなより抜本的な紛争解決の方法があるのであれば、その方法によらないで通常の訴によることは権利保護の利益を欠くとして排斥されるべきであるからである(三ヶ月訴訟法・六、一頁參照)。ただ訴の利益がないから許されないといふのであれば、訴の利益がある特殊な場合には民訴法上の手段によることも許されることにならう。しかし、本件においては、いづれにしても上告理由(1)(2)は採用され得ないものといわざるを得ない。

論点第二について。行政上の強制徴収権を与えられている債権といふものは、その認められた理由の如何を問わず、代位者の如何を問わず、代位の方法の如何を問わずに代位することは許されないであろうか。もしそうだとしたら、共済組合が強制徴収の権能を行使しないときは連合会はどうすればよいのであろうか。行政上の強制徴収権の代位はできないといふのはともかく、共済掛金等の権利につき三年間の消滅時効もあることであるし(農業災害補償法第八八條)、連合会に何等かの債権実現の方法はないものであろうか。たとえ行政上の強制徴収権の与えられた債権は代位されえないものであるとしても、本件はいささか特殊な場合であるのではなからうか。蓋し、連合会も同じ制度下にあるものであり、公共性、公益性も共済組合に劣るものではなく、それに第三債権者が一般人で、それが公法人の

行政上の強制徴収権の与えられている債権を代位する場合とは異なるし、また、農業共済団体の解散事由には破産による場合もあるのである（農業災害補償法第四、六条第一項第三号）。

本件の如き場合におけるXの債権実現の方法について、最高裁は答えていない。しかし、判旨の最後に訴外A自身が有しない権能をXが代位行使することは許されない、と解すべき旨述べているから、Xは自己の債権実現のため行政上の強制徴収権の認められている債権を、訴外Aに代位してYから直接徴収することはできないと解されよう。上告理由(3)に対するこの判旨は、形式的な法律論としては正しい。それに農業共済組合が保険料を払わない場合、連合会は保険金不払いで對抗できるから不都合はないのであろう。けれどもこのようなことは、農業災害補償制度の崩壊ともいえるものではなからうか。しかし、だからといって連合会に代位することを許すという問題である。即ち、ここで連合会は代位することが許されないというのは、単に訴外Aが持たない権能であるからというばかりでなく、農業災害補償の制度目的の実現のためには、農業共済組合の、組合員との間の共済事業、農業共済組合連合会の、農業共済組合との間の保険事業、そして政府の、農業共済組合連合会との間の再保険事業と、これらが一体となつて運営されていかねばならないからであると解すべきである。それ故、単に連合会が、農業共済組合に代位して保険料をとるか、代位して保険料がとれないから保険金不払いで對抗するなどということでは、農業災害に際した損失を補填し農業経営の安定を図り、農業生産力の発展に資するた

めにつくられた農業災害補償制度の趣旨に反することになるといわざるをえない。かくて連合会に行政上の強制徴収権を認めず、また、本件のような場合に代位も認めなかつたのは、双方公法人で公共性・公益性のあるものであることからこのような紛争の起こるであろうことを予想しなかつたためであることもさりながら、やはりこれは前述の如き農業災害補償の制度の趣旨によるものと解すべきであらう。

なお本件については矢野調査官の解説（法曹時報一八巻、四号一、二八頁）、森教授の判批（三商法五五巻、阿部氏の判批（法協八四巻一）、及びS・H・E氏の紹介（七時法令一頁））がある。

（清水 暁・梶 善夫）