

Title	〔最高裁民訴事例研究五九〕 支払停止以前における本旨弁済と否認権の行使 否認権行使による弁済金返還請求事件 (昭和四二年五月二日第三小法廷判決)
Sub Title	
Author	伊東, 乾 (Itō, Susumu) 渡辺, 惺之 (Watanabe, Satoshi) 桐, 善夫 (Toga, Yoshio) 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	1968
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.41, No.11 (1968. 11) ,p.79- 94
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=AN00224504-19681115-0079

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.

は妥当な結論といえよう。

(阿久沢龜夫)

〔最高裁民訴事例研究 五九〕

昭四二二一 (最高民集二一巻
四号八五九頁)

支払停止以前における本旨弁済と否認権の行使

否認権行使による弁済金返還請求事件(昭四二・五・二第三小法廷判決)

訴外A(木材の加工・仲買業者)は、昭和二十九年一月一六日支払を停止し、昭和三〇年三月二日破産の宣告を受けた。X(原告被控訴人・被上告人)は、その破産管財人である。昭和二十八年八月頃、Aは訴外B貿易会社から木材を買い受けるにつき、その代金支払のため、以前から取引関係のあつたY(被告、控訴人・上告人)よりY振出の約束手形を以つて五〇四万円を借り受けた。右債務は、当該約束手形の支払期日たる昭和二十八年一月八日迄に、Aが右買入木材の売却代金を以つて逐次内入弁済する事により全額の弁済を終り、Yは右手形を自ら決済する約定であつたと認定されている。Aは、右借金債務の弁済として昭和二十八年九月四日から同年一月二四日までの間に一四回にわたり合計四八一万余円の支払を為し、Xは右支払のうち、四六九万円につき否認権を行使し、その返還を請求したものである。Xの主張は、Aは倒産不可避となつた昭和二十八年九月頃から、永年恩顧を受けたYに対する旧来の債務を優先的に弁済し、

判例研究

倒産後にYから幾許かの経済的援助を受けようとの意図を以つて、従来取引のなかつたC・D・E等から木材を仕入れ、これを仕入れ価格より著しく安く投売し、その代金を以つて、Yに対する借金債務の弁済としたものであり、故意にC・D・E等新規取引先の売掛代金債権の取立を不可能にした計画的な作為であるとして、破産法七二条一号により否認をする、と云うものであつた。第一審判決は、昭和二十八年一月二日以後の支払、合計二六〇万余円につき、破産法七二条一号による否認を認め、Yにその返還を命じた。即ち、Aが、昭和二十八年一〇月二〇日に従来にない多量多額の木材の買受を一時にした事実、同日頃の破産者の信用状態及び積極財産と消極財産との比重、右買入木材の一部を明らかに買入価格より遙かに安く販売して居る事実等から、Aは同日頃、早晚支払停止に至ることを予見し、代金を支払う能力も意思もなく、右二〇日に、多量多額の木材の買入を為し、これを販売して得た代金を以つて、Yに支払を為したものであり、Yもこの事情を知りながら受領したものであると認め、同日以後に仕入れた木材の販売代金を以つて為された前記同年一月二日以後の支払につき、破産債権者を害する意思の下に為されたものとして、破産法七二条一号による否認を認めたのである。

七九 (一七〇五)

る。Yは控訴したが、第二審判決は第一審の判断を支持し控訴を棄却した。Yは上告。その上告理由の第一点として、本旨弁済の否認は破産法第二号以下によつてのみ可能であり、同第一号に依る否認の余地は無い、と主張した。これに対し最高裁は、「右のような本旨弁済でも、その弁済が他の債権者を害する事を知つてされたものであり、これを受領した債権者が他の債権者を害する事実を知つていたときは、同条号の規定により、否認することが出来るものと解するのが相当である（大判昭和七年二月二日民集一巻三〇四三頁参照）」。ただし、同条号にいう「行為」が本旨弁済を除外する趣旨とは解されないのみならず、右のような場合に本旨弁済を否認することができないとする実質的理由はなく、右のように解しても、当該弁済を受領した特定の債権者の利益を不当に害するとはいえない」として、上告を棄却した。

一、支払停止以前になした本旨弁済を破産法七二条一号に依り否認することが出来るか否かについては、学説は積極・消極両説に分かれ、争いのあるところであるが、判例は大審院以来終始積極に解している。判例の見解は、破産法七二条一号は、破産者が詐害の悪意に出たる事を理由として、破産者の行為を否認するものであるが、その詐害の悪意とは、「害スルコトヲ知りテ」という字句から考えられるような単なる認識ではなく、より積極的な詐害の意欲又は意図といったものであるとし、この様な主観的要件を具備する行為であれば、債務の消滅に関するものと、責任財産の減少をきたすものとを問わず、その「詐害の悪意」が備わることのみを以つて、否認す

る事を得る、とするものである。この判例の見解に対し、かつては賛成説が通説のようであつた（加藤・要論一五六頁、研究九巻二二六頁）。しかし、近時の学説の大勢は消極説が占めている（菊井・判民昭和八年度二一八八事件、同昭和八年度一〇六事件、坂木・否認権に）。消極説の反対理由は、本旨弁済が何ら責任財産の減少をきたすものでない事、もし判例の如き立場に立つならば、いまだ危機状態にもないのに平等弁済を強制する結果となる事等に要約されるが、両者の見解の違いは、より根本的には破産法七二条一号の否認権の性格の捉え方にあると考えられる。消極説は、七二条一号の否認権を民法四二四条と同じ趣旨のものとして捉え、破産債権者全体の為の責任財産の保全増殖を目的とするもので、既存の債務者相互の関係ではなく、新なる原因に基づく債務者の財産減少行為に対するものであるとし、七二条二号は危機状態に於て、債権者間の公平を期したものであるとする（前掲兼子事件）。即ち、七二条一号の詐害行為の本質を、民法四二四条に於けると同様、客観的観点から責任財産を減少せしめる行為であるとしている。

これに対し、判例は、七二条一号は一般的な詐害行為の否認であるとし、その意味でこそ民法四二四条と同じ趣旨なのだとする（三月六日判決）。つまり、詐害行為を、消極説とは異り、主観主義的な立場から構成するのが特徴的である（民法四二四条の場合にも、一部の債権者もつてした弁済は詐害行為とすること等から、判例は、廢罷既権一般を主観主義的立場から捉えているのではないかと感じる。ちなみに、積極説を主張される加藤博士は、その理由として、廢罷既権は主観主義の立場から解すべきことを主張される。加藤・前掲研究九巻二〇頁以下）。

そして、七二条二号は、危機状態という特別な場合に、その主観

的要件の軽減を図つた特別な規定であるとしてゐる様である(昭和七年二月二日民。第一卷二六六頁)。

然しながら、七二条一号と二―四号の否認権の關係を、判例の如く解すると、実定法の構成との間に矛盾を生ぜざるを得ない。

(一) 七二条一号と二号とでは、否認の対象となる行為が、字句の上で區別されて居る。もし判例の如く一号と二号との違いをその主觀的要件の輕重に求め、対象を異にしないと云うのであれば、その対象をまで區別してゐる法文をいかに説明するのであろうか。

(二) 七二条二―四号の規定によれば、その否認の条件は一号の否認に比し、何ら軽減されては居らず、むしろ加重されてゐる。例えば、一号により否認を為そうとする者は、相手方の悪意を立証する必要はなく、否認を免れようとする相手方に於て、その善意を証明しなければならぬとされているのに対し、二号に依り本旨弁済の否認を為そうとする者は、相手方の悪意を立証しなければならぬこととされている。これは、判例の云う一号と二号との構成とは明らかに矛盾してゐる(板木・前掲。書参照)。

(三) 七二条二―四号の否認は破産法八四条の適用を受け、行為後一年の除斥期間に服さなければならぬのに、同条第一号に依る場合には、その適用がなく行為の時から二〇年もしくは破産宣告後二年間を経過しない限り否認できる。もし判例の如く、一号によつても、本旨弁済の否認をなしうるとするならば、何故に、同一の行為(偏頗行為)の否認につき七二条一号に依る場合と同条二号に依る場合とは、このような異なつた取扱がなされなければならないか、そ

の説明にこまるであろう(以上の(一)(二)については板木「否認権」。

以上の点を考慮すると、判例の見解は実定法の予定してゐる構成とは大きくかけはなれ、実定法の解釈としては好ましくないものと云わざるを得ない。そして、消極説の見解の方が実定法の構成にはより忠実であると思われる。

二、前述の如く充分な実定法的根拠を備えた消極説からする強い反対にも拘らず、判例は終始一貫その態度を変えてゐない。それのみならず、学説の中には、判例に賛成をする有力な立場もある(中田・雑誌五五卷五号八一―四頁、同五七卷六号九〇―八頁本件。評釈、新堂・法檢八五卷五号七五九頁の本件評釈)。

この様な判例の態度を支え、新賛成説(古くからある積極説とは、かなりニュアンスの違う)の根拠となつてゐるものは、實際的・具體的公正を守るに判例の見解は資する所が多いという判断であると思われる。即ち、破産必至の状態にありながらも、いまだ七二条二号に依り否認をなさない場合の本旨弁済は、消極説に依れば、何ら実定法上不正とか詐害性という評価を下すべきものとはされないのであるが、個々具體的な事例にあつては、実は特定の債権者にのみ完全なる弁済を得させようとする、はなはだ好ましくない偏頗的意図を以つてなされるのであり、實際的観点からは不正と云う評価を下さざるを得ない場合があり得る。かような場合の不正を正そうという点に主意があると考えられる(中田・民商法五五。卷五号八一―四頁)。

この場合の實際的観点からする不正という評価を生ぜしめて居るものは、支払停止という破産債務者の主觀的な行為を以つて危険信号となし、平等原則が適用さるべき時期的限界としてゐる実定法

の構成が實際的に考えれば不合理であるという判断に他ならない。即ち、支払停止後と支払停止前の一定期間とは、破産債務者の客観的な財産状態には大きな違いはないのが普通であろうに、一つの徴憑(しかも、それは債務者によつてある程度表示する時期を動かす事が可能である)の前後によつて、同じ性質の行為に対する法的評価が異なる事を不合理とする判断である。

この不合理を解消するために、支払停止に至らない時期であつても、事後的に判断して、この時には既に破産債務者は回復不可能の状況にあり、破産宣告に至る事は必至であつたと云い得る時期(この時期は破産債務者の財産状態等を事後に客観的に調査して確定しえないものではない)まで、平等原則の適用の時期的限界を拡げる事が要請される。

判例賛成説はこの様な要請に応える為、判例の見解を手段として用いるものである。

しかし、判例の見解はこの要請に応えるに有効であろうか。判例は「詐欺の悪意」ある事を以つて支払停止以前の本旨弁済も七二条一号により否認し得るのであつて、その偏頗的な結果の故ではないと云う(例えば本件第一審判決)。しかし、詐欺の悪意をあくまでも心理的な問題として捉えているのではなく、回復の見込なく破産宣告必至となつた客観的状态の下で、一部の債権者に弁済した場合、即ち、破産債務者自身が置かれている客観的状态に照して特定債権者に対する弁済が偏頗の意図を推認させる場合に、詐欺の悪意を認定して居る。これは破産宣告必至となつた事が事後的に客観的に明らかとさ

れる時期の認定を詐欺の悪意の認定の名の下に行なつて居る事と云えよう。そして、その時期に為された弁済を七二条一号に依り否認する事を認める事により、平等原則の適用の時間的限界を拡張したのと同じ結果を得ていると云えよう。かようにして判例理論は、前述した実際の要請に實質的に応えて居り、その限度では有効な解決方法と云い得るであろう。

三、我々は、判例理論を手段として實際的要請に応える説には賛成しがたい。判例賛成説の真意は平等原則の適用時期を、より彈力的具体的たらしめようと云うにありながら、本来平等原則とは無縁の一号否認を利用して居り、従つて偏頗の結果によるのではなく詐欺の悪意によつて否認を認めるのであると云わざるを得ない点で、變則的な解決法たらざるを得ない。

又、判例理論は用いらるべき手段として妥当ではない。(一)に於て述べた如く、実定法の解釈として、七二条一号と二・四号との関係についての判例の見解は、実定法の構成と矛盾する事が明らかである。(二)本旨弁済は何ら責任財産の減少をもたらすものではなく、(平等原則を前提としてのみ、積極財産を減少せしめ、分配さるべきより多くの弁済を与える偏頗行為として詐欺性を持ちうるものである)廃罷訴権についての主観主義的な理解を前提としなければ、七二条一号に依つては否認をなしえないものと考えられる。しかし、廃罷訴権を主観主義的に解する事は、同一の行為が、それをなす人間の詐欺の悪意といった主観的要件の如何によつて、その効果(又は法的評価)を異にする事を認める事であり、近代財産法の要求する客

観性・予見可能性等の性格とは相容れない解釈と云わざるを得ない。(三)判例理論は、いまだ危険信号がなく、危機状態にない時期であつても、弁済をすべきではないと云う、実定法の要求とは矛盾する行為規範を導く事となる。

以上の諸点から、我々は判例及びその賛成説が意図する点は正しい方向にあるものと考えるが、その手段としての解釈論は現行破産法の予定する秩序構成を乱す恐れのあるものと考える。

我々は、本来要請されている点、即ち、平等原則適用の時期的限界を弾力的たらしめ、具体的妥当を図る為、何故、判例及びその賛成説が実定法秩序を無視するかに見える解釈と云う迂路を経る他ないとするのか理解に苦しむ。本来の目的に、最もふさわしい解釈を何故さけるのであろうか。即ち、我々は、七二条二号以下の平等原則の適用を図る規定に於て、その時期的限界をなしている「支払停止」と云う危険信号を弾力的に解釈する事が最も妥当であり、又正道であると信ずる。

危機否認に関する限りに於て、その行使の時間的限界を画するに支払停止と云う外部的表示を以つてする事は、余りに慎重に過ぎると思われ。本来、危機否認のなしうる時期を画する要素に要求されるのは、証明としての容易さではなく、否認権が行使される時に、即ち、事後的に、ここまでは平等原則によつて律するのが妥当であるとする説得力ある時期を示すものである。そして、事後的にであれば、客観的財産状態から見て支払停止に至るは必至となつた時期を認める事は、可能である。従つて、特に平等弁済の強制を早

くから始めるのが妥当とされる事例にあつては、破産宣告必至となつた時期が客観的に認められる程度の証明ある場合には、その時期を以つて、支払停止があつたのと同視し、それと同様に取扱う事が許されてよいであらうし、結果としても妥当である。

この様な解釈は、故意否認という迂路を採る事により生ずるあらゆる矛盾をさける事が出来るし、方法として、実定法の構成からみて正道であると信ずる。

この様な、我々の提案を前提として、変則的な結論とは思ふが、本件に於て否認を認めた結論には賛成するが、七二条一号による否認を認める判旨の部分には反対する。

(伊 東 乾・渡 辺 惺 之)

昭四二二 (最高民集二一巻) (四号九一六頁)

上告理由で指摘された後に口頭弁論調書の作成が許されないとされた事例

協議離婚無効確認本訴離婚反訴請求事件(昭四二・五・二三第三小法廷判決)

妻X(原告・被控訴人・被上告人)と夫Y(被告・控訴人・上告人)との間の訴訟は、XのYに対する協議離婚無効確認の本訴と、YのXのそれに対する離婚の反訴請求であるが、本件で問題となつてゐるのは、原判決の実体上の判断の適否ではなく、その判決の言渡手続が違法であるというにある。すなわち、Y側の上告理由は、昭和三九年六月一日に本件記録を精査したところ、原審第八回口頭弁

論調書(記録二二二丁)上に、同期日に口頭弁論が終結され、次回言渡期日が昭和三十九年三月二日午後一時と指定・告知されたことが記載されているが、右指定日時に期日が開かれた事跡は記録上見当らない。また、第九回口頭弁論期日が昭和三十九年三月三十一日午後一時に開かれ、同期日に原判決の言渡がなされたことが同口頭弁論調書(記録二二八丁)に記載されていたが、右昭和三十九年三月三十一日午後一時を期日として指定し、その告知をした事跡は記録上見当らない。したがって、右期日に言い渡された原判決は、言渡手続の違法により破棄を免れない、というものである。

これらについて、最高裁で記録を調べたところ、昭和三十九年三月二日午後一時に開かれた原審第九回口頭弁論期日の調書が、記録二四六丁に編綴されていて、同調書には、当期日を延期し次回判決言渡期日を昭和三十九年三月二日午後一時と指定、告知する旨の記載があり、かつ、前記原判決言渡調書(記録二二八丁)に「第九回口頭弁論調書」とあるのは、「第一〇回口頭弁論調書」の誤記につき更正する旨の更正調書(記録二四七丁)が作成、編綴されていたが、この調書には、「昭和三十九年三月二日午後一時の第九回口頭弁論調書(判決言渡延期)の作成に脱漏があつたので、本日これを作成した。昭和三十九年七月二日」と付記して裁判所書記官と裁判官の各署名捺印がなされていた。

ところで、右更正調書の作成が昭和三十九年七月二日であるとする、この更正調書は、Y側の原判決言渡手続の違法を指摘した上告理由書提出後に作成されたことが、記録上知れることになる。

判旨は、以下の理由により上告理由を容れ破棄差戻とした。

「口頭弁論調書は、当該期日ごとに、かつ、その期日中に法廷にお

いて作成されるのが原則であるところ、事務の都合上その作成が期日後にわたる場合であつても、権限ある書記官によつて法定の形式を具備して作成されるかぎり、必ずしも調書としての効力を否定すべきではないと解されるが、口頭弁論の方式に関する規定の遵守は調書によつてのみ証明することができるとする民訴法一四七条の法意に鑑みれば、本件のように、原審における口頭弁論の方式に関する手続欠缺の違法が既に上告理由として指摘された後においては、当該手続に上告理由が指摘するような欠缺がない旨を記載する調書を作成することは許されず、したがって、そのような形で作成された当該調書には同法条の効力を認めえないと解するのが相当である。そうすれば、原審において所論判決言渡期日の指定・告知があつた事實は、右昭和三十九年七月二日作成の口頭弁論調書をもつては証明できないものといわなければならないから、他に右期日の指定・告知があつた事實は記録上認められないから、原判決は、言渡期日の指定・告知なくしてなされたものであつて、判決の手続が法律に違背し、民訴法三九六条、三八七条により破棄を免れないものといわなければならない(最高裁判所昭和二十七年(才)第二二一号同年一月一日(八日第三小法廷判決、民集六卷二〇号九九一頁参照)。

判旨に賛成。

本件における問題点は、第一に、口頭弁論調書は、当該期日終了と共に完成させるべきであつて、期日後に作成してはならないのであるか否か。第二に、もし、何等かの理由で作成が期日後にわたつても良しとするならば、一体何時まで許されるのであろうか、すなわちその時的限界についてである。なお、判決言渡期日の指定・告知は、口頭弁論の方式に関する記載事項であるか、という問題もあ

るが、ここではこれをしばらくおくこととして、右二点について考察する（民訴法一四七条は、口頭弁論の方式に関する規定の遵守は調書によつてのみ証明しえざる旨規定している。従つて判決言渡期日の指定・告知が口頭弁論の方式に関する記載事項であるとする、調書以外では、その指定・告知の有無について争い得ないことになる。最高裁は、判決言渡期日の指定・告知は、口頭弁論の方式に関する記載事項であるという前提で本件判決をしている。この点については論じたものとして、上田・民商五七巻六号・九二七頁は、言渡期日の指定や延期は命令でなされ、それは判決のような方式を要せず二〇四条一項より相当と認むる方法で告知すれば効力を生ずるものであるという点から、判旨のこの前提については反対される。）

本件において、最高裁は、右第一点につき、弾力ある解釈をし、「事務の都合上その作成が期日後にわたる場合であっても、権限ある書記官によつて法定の形式を具備して作成されるかぎり、必ずしも調書としての効力を否定すべきではない」とし、また、第二点については、「本件のように、原審における口頭弁論の方式に関する手続欠缺の違法が既に上告理由として指摘された後においては、当該手続に上告理由が指摘するような欠缺がない旨を記載する調書を作成することは許されない」と判示した。

第一点について。民訴法一四二条によれば、口頭弁論調書は、裁判所書記官が期日ごとに作成しなければならない旨を、また、同法一四六条一項によれば、調書の記載は申立により法廷において関係人に読聞かせまたは閲覧せしめる旨の規定をしている。したがつて、これらの条文に忠実である限り、当該期日後に調書を作成することは許されない道理である。昭和二十六年二月二日の最高裁の判決によると、「口頭弁論における証人尋問調書の適式な作成をその弁論終了と同時に完了することは不可能であるとする論旨は独自の見解でとるをえないものであることは民訴一四六条に徴しても明らかである」（民集五巻三三〇二頁、判例評釈・野間・民商三二巻六号八五七頁、判旨贅言三ヶ月・判民昭和二十六年度一一事件・判旨

贅、但し、三ヶ月・民）として条文どおり厳格に解している。学説も通説訴法・三七八頁参照）として条文どおり厳格に解している。学説も通説は、一四六条が、調書は口頭弁論終了と同時に作成されていることを予定している、との前提から、調書は当該期日終了までに作成することを要するとしている（細野・要義三巻・二五三頁、兼井・条解一三三〇頁、西村・民訴講座三巻・五〇九頁、註九、など）。確かに、記憶が時の流れと共に薄れていくことは否定しえないし、単に薄れるだけではなく、かえつて誤つた考えが入り込んでこないとも限らない。一四七条によれば、口頭弁論の方式に関する規定の遵守は調書によつてのみ証明される旨規定し、調書に絶対的な証拠力を認めているから、調書は正確なものでなければならぬ。事実上忠実な正しい口頭弁論調書作成のためには、期日終了と共に完成することが望まれよう。それ故、理論的には、調書は期日終了までに作成せよというのが正しいことに異論はない。

しかしながら、実務上、期日終了までに調書を作成することは、事実上不可能であり、常に期日後に作成されていることは周知の事実であるという（前野・民事訴訟法論第一編・五一九頁、五二〇頁、菊井・村松・民訴・西村・前掲）。このことが事実である以上、期日後の作成をすべて違法であるとして、調書の効力を無効とすることは妥当でなからう。もちろん、原則は、期日終了までに作成するにある。けれども、それが事実上実現しえない以上、不可能を強いるわけにはいかない。この点から、一四六条は、期日終了までに作成すべき旨の訓示規定を包含すると解するのが相当ではないかとの見解がでてくるのも、もつともなことである（法律実務講座・前掲・三五六頁、条文よりすれば、口頭弁と解すべきこととなる。しかし、この訓示規定を包含するといふ見解によると、遑滞なくその限界は問題であるが）作成せよとの点は効力規定であると解し、期日中に、という点

を訓示規定である(解)。成程、不可能を強いても事実上実現し得ないから、有名無実の規定となるより、むしろ、一四六条は、訓示規定をも包含すると解する方がいともいえよう。しかし、本判旨は、一四六条は訓示規定を包含するとは解さなかつたようである。判旨は、期日後の作成が常に有効であるとしたわけではなく、あくまでも、当該期日ごとに、かつ、その期間中に法廷において作成されるのが原則であるとするのであり、正当である。調書を期日終了までに作成することが不可能である以上、この事実を素直に認めて、作成が期日後にわたる場合であつても、事務の都合上いたしかたのない場合であれば、ここに、遅滞なく作成されることという制限を加えて、これを許す方が妥当であろう(前野・前掲・五二〇頁は、調書はその期日ながら、實際上は困難なることであるから期日後遅滞なく作成せらるるを通常とする、としている。三ヶ月・民訴法・三七八頁も、無理な解釈をするよりも、口頭弁論調書の目的に照して次期期日までに作成されればよいと解すべきであろう、とされている。また、本件評釈・齊藤・判例評論・一〇八号一六頁、上田・前掲・九二二頁、林・法論・八五巻五号七七三頁も判旨)。もちろん、現状としてはやむをえないというものであつて、当然に右の如く解しうるものではなく、実務の要請にこたえた、結果の妥当性を重んじる、単に便宜的な見解にすぎないことはいうまでもなからう。したがつて、実務の方で期日終了までに作成することの可能な事情があれば、それまで眠つていた規定は有効に働き、期日中に作成すべきことになり、そうでなければ調書は効力を生じないと解すべきことになる。

第二点について。期日後に作成しても良いとすると、次に問題となるのは、一体何時まで有効に調書を作成しうるか、ということである。期日後遅滞なく作成すべきであるとはいふものの、果して、

何時までが「遅滞なく」か明確ではない。もつとも、遅滞のない時期については、個々具体的な場合によつて異なるであろうが、期日の終了までに作成されることが原則として要求されているのは、記憶の新しいうちに作成し、調書の正確を期すためであるから、なるべく早いにこしたことはない。旧法関係の判例ではあるが、調書を期日ごとに作成しなくても、判決に影響を及ぼさない限り、判決破棄の理由とはならない、とするものがある(大判・明治三〇年六月一九)。その後、本判例まで、旧法関係のものとして、調書の整理は法廷で即座にしなければならぬものではないとする判例(大判・昭和十四年三月、民訴二九〇)はあるが、有効に調書を作成しうる時期を示した最高裁の判例はない(但し、高裁の判例として、口頭弁論調書に作成された口頭弁論調書の終了するまでの間に法廷において作成するのが原則であるが、事務の都合上その作成が期日後に宣ることがあつても、法廷の形式を備える限り、調書としての効力に欠けるところはない。とするものがある、昭和二十四年(五)第五〇号、昭和二十四年五月)。しかし、学説では、三ヶ月教授が、次期期日までに、あるいは、それも困難であるなら判決言渡までに作成すればよいとの具体例を出されている(民訴法・三七八頁、なお一四六条は、場所的制限はあ)。本判決では、原審における口頭弁論の方式に関する手続欠缺の違法が上告理由中で指摘された後には、上告理由で指摘された欠缺がない旨を記載する調書を作成することは許されないとした。これは、一四七条が、調書に絶対的証拠力を認めている点からも、当然なことであろう。手続欠缺の違法が指摘されてから、書くのを忘れていた、間違つていたということ、今から作成訂正しておくというのでは、あまりにも軽々しく、裁判の威信が保てない。それだけではない。欠点を指摘

された後、これを補充する調書に効力ありとするならば、実際にはなかつたこともあつたことにする危険、書記官の恣意を認める危険が発生することになる。もちろん、書記官の調書作成の任務は、「調書作成者に対する絶対的な信用が基盤となつてゐる制度」(安倍・判例解説・法曹時報一九卷九号一六九頁)であるから、これを裏切るようなことはしないであらうし、また、この期待にこたえるよう努力しているに違ひないから、そのような恐れはないと確信している。しかし、その危険は皆無ではない。裁判への不信任感を招来させないとの点から、最高裁の見解は正当であると思われるが、これで有効に調書を作成しうる時的限界が明らかにされたものであるとはいえない。判旨は、口頭弁論の方式に関する手続欠缺の違法が上告理由として指摘された後には、それがない旨を記載する調書を作成することが許されないとしているのであつて、上告理由で指摘されなかつたものについてはこの限りではないと解されようし、また、逆に、上告理由として指摘される以前においても、調書作成が許されないとする理論構成も考えられるからである。とはいえ、本判決は、消極的ながら一つの時的限界を示した最初の最高裁判例として価値があらう。

(梅 善 夫)

昭四二13 (最高民集二二卷六号一六一五頁)

調停調書の更正決定が許されないとされた事例

家屋明渡請求事件(昭四二・七・二一第二小法廷判決)

原告X(被控訴人・上告人)が被告Y(控訴人・被上告人)に対

判例研究

し、本件建物所有権にもづく妨害排除請求としてその明渡を求め、さらに、不法占拠を理由に損害賠償を請求したが本訴である。要旨に關係ある事實は以下の通りである。Xの右請求に対しYは次の通り抗弁した。訴外A(賃借人)は、昭和二十八年九月一日訴外B(賃借人で当時本件建物所有者)から右建物を賃借し、同二十九年二月五日Bの承諾のもと右建物をYに転貸し同日その引渡をした。しかるに、Xは、右賃貸借の成立後同三二年一月一日Bより右建物所有権を取得し(札幌地裁室蘭支部同三二年一月二〇号調停調書記載の調停条項の合意により所有権を取得)、同年一月一日所有権移転登記を経由した。よつて、Yは、借家法一条一項により、前記転借権をもつてXに対抗しうる、と。Xはこれに対し次の通り主張した。XはBから本件建物所有権を取得したのではなく、「訴外CがBから本件建物に対する売買予約を原因とする所有権移転請求権保全仮登記(右仮登記は同二七年四月二〇日すなわち前記賃貸借の成立以前になされてゐる)の本登記を受けた後、右本登記上の権利を訴外Dを経て取得した。」前記調停調書には、BからXに本件建物につき所有権移転登記をする旨の調停条項(Y主張の条項で旧条項)が記載されていたが、同三三年二月二〇日、右旧条項は更正決定により前記X主張通りの内容の新条項に訂正された。Cは旧条項によりなされたBからXへの移転登記抹消後新条項に基づき、同三三年二月二一日前記仮登記の本登記をうけ、さらに同年三月一日中間省略登記の方法によりCからXに所有権移転登記がなされた。したがつて、Yは前記転借権をXに対抗できない、といふのである。これに対しYは、X主張の更正決定は無効であり新条項は効力を生じない等と争つた。

八七 (一七三三)

第一審においては、本件更正決定は違法であるが、確定した以上無効と解すべきではないと判断し、Yからの抗弁を排斥しXの請求を認容した。これに反して原審である控訴審は以下のごとく判断した。旧条項の成立するにいたつた経緯について、BからXへの移転登記という方法は、登録税節約等のため、関係者が特に意識してなした意思表示の合致により成立したものであると認定し、したがって、合意の内容について真意と表示の間に齟齬があるとはいえない。かかる場合旧条項を新条項に訂正する旨の更生決定は、民訴法一九四条の拡張的解釈運用の許される限界を越えた違法無効のものといふべく、その他の形式的瑕疵についての主張を判断するまでもなく、たとえ確定していたとしても、その更正の内容に即した効力を発生せしめることを得ないとし、新条項は効力を生じえないと判断してYからの転借権に関する抗弁を採用し、Xの請求を棄却したのである。X上告。

上告理由は以下のごとくである。一、調停調書の記載内容が現実に関係人の間で成立した合意の意図を適切に表現していなければ、その意図を適切に表現するよう更正決定が許される。調書の内容が関係人の合意を最も適切に表現しているか否かは、調停に顕われた資料にもとづいて判断すべきである。本件においては、原審の認定した事実を前提として合理的に推論すれば、関係人間の合意の本旨は、本件建物所有権がB、C、D、Xと移転し、各前者から各後者に對する移転登記手続をする義務を認めながら、便宜上登録税等節約等のため中間を省略してもよいというにあつたが、関係人は便法でもつてAにも対抗でき全てが解決されると誤解し、誤つた内容を陳述したものと認めるのが相当である。本件更正決定はその点を明確

に補充訂正したことになる。これは正しく民訴法一九四条が準用されてもよい場合であり、現在の実務の取扱いに反することもない。原判決は同条の解釈を誤つたものである。二、重要な判断を内容とする裁判は、これに対して不服申立を許すとともに、不服申立の方法が最終的に終了すれば、形式的に確定した裁判として内容にも確定力が生じ、他の裁判でもその判断内容を無視できなくなる。しかるに原判決は、本件更生決定は民訴法一九四条の限界を越えた違法無効のものとして、たとえ確定していたとしても、その更生の内容に即した効力を発生せしめることを得ないと判示した。これは訴訟法の大原則を理解しない暴論である。三、更正決定は職権により又は一方当事者の申立のみによつても可能であるから、当事者双方の申立による場合には誤謬の明白性がより担保されると考えてよいのではないか。

これに対し本件判決理由は以下の通りである。原審の挙示する証拠によれば、本件調停調書・更正決定および原判示の各登記のなされるにいたつた経緯に関する原審の認定は、これを是認することができる。右の事実によれば、本件調停調書（更正決定前の旧条項による甲一号証の一）の「訴外Bから上告人に本件建物所有権を移転する」旨の記載は、原判示の経緯のもとに登録税節約等のため契約当事者によつて特に意識してなされた意思表示を記載したものであるから、かかる意思表示の合致として確定され調停調書に記載されたものと認めるべきである。したがつて、右の旧条項を甲一号証の二の新条項（更正決定）のように、「BはCに仮登記の本登記をなし、CはDを経て上告人に本件建物所有権を移転する、そして登記は中間省略によりCから上告人宛にする」旨訂正することは、民訴法一

九四条の全く予定していないものであつて、右の更正決定は確定しても効力を生じないと解するのが相当である。けだし、更正決定は調停調書の記載内容の同一性を阻害することなく表現上の瑕疵を訂正することを制度上の目的とするものであるところ、本件における旧条項（甲第一号証の一）と新条項（同号証の二）とは、権利移転の経緯および態様において本質的に異なり到底同一性を認めえないものであるから、旧条項を新条項に訂正するとき、旧条項の実質的内容を変更するにはかならないからである。

判旨に部分的に賛成。

一 判決更正の理論が調停調書の更正にも類推される点については問題がなからう（岩松・兼子・実務講座民法訴訟編五巻四六頁、嶋田・綜合法。判決更正の要件として、一、判決に違算・書損その他表現上の明白な誤謬があること、二、誤謬は判決書及びそれに表示された全資料から明白である場合に限られる。さらに、たとえば、当事者の氏名変更・目的不動産の町名地番変更があつた場合、上記以外の新資料による更正を認めてもよいであろう（実務講座一三八頁、石川・判決）。因みに、氏名変更の場合は、本来は判決の更正によるべきであるが、給付判決の場合は当事者の承継はないが承継に準じて承継執行文の付与を通じて同じ効果をあげることができよう。いずれにせよ別訴を要求するのは迂遠であろう（山本戸・本件批評民商（五八巻一七〇頁）（なお、更正の要件について、実務講座前掲一三六頁、石川・前掲一七〇頁参照。和解調書・更正調書の更正の判例にあらわれた具体例については竹下・前掲一五三頁以下に詳しい。）。

右の要件との関係で本件の場合旧条項から新条項への更正は許されるであろうか。「訴外BからXに所有権の移転する」との合意を

「BはCに本登記をし、CはDを経てXに所有権を移転する」との表現に変更することは明らかに合意内容の変更であつて、更正の限度を越える。旧条項作成に關し登録税節約のためBからXへの所有権移転が合意された。BからXへの所有権移転の合意の表現については調書の全体からみて、実は新条項のごとき表現をとるべきであつたという意味での誤謬はない。この意味で原審が登録税節約のため旧条項が合意され、この合意が正確に表現され表現上の誤謬なしとしたのは正当である、と私は考える。仮りに旧条項を合意するにあたり動機の錯誤が存するがゆえに新条項に更正するとのB X間の合意が新資料として提出されるとしても、それは更正に必要な新資料には該当しない。蓋し更正の根拠になる判決書並びにそれに表示された全資料以外の新資料とは、前掲せるごとく氏名変更あるいは町名地番変更の際に要求される新資料のごとく極めて形式的なものに限定されるからである。

ところで、本判決は、その後段において、更正決定が調停調書の「記載内容の同一性を阻害することなく」表現上の瑕疵を訂正することを制度上の目的とするものであるとし、本件における旧条項と新条項とは、権利移転の経緯および態様において本質的に異なり到底同一性を認めえないものであるから、旧条項を新条項に訂正するがごときは、旧条項の実質的内容を変更するにほかならない、と説く。これに対し山本戸教授は反対される。すなわち、表現上の誤謬の訂正補充である以上は、更正の結果記載内容が正反対又は全く別個のものになるような更正も許される。本判決の上記説示は、本

件更正決定が民訴法一九四条の適用を誤つたものであり、この更正が許されないことの理由の説明としては、賛成できない、とされる(山本戸前掲二七三頁)。本判決にいわゆる「記載内容の同一性を阻害することなく」とは、表現上の誤謬の訂正補充による更正の結果本文の表示が正反対になる場合を含む、すなわちかかる場合であつても判決を全体としてみれば記載内容の同一性を阻害することにはならないとみられる、と解するならば、本判決の立場をあえて非難するにあたらないものと考えられる。これに反して、「記載内容の同一性の阻害」を本文更正の結果判決が正反対になる場合を含むとして狭く解するならば、山本戸教授の批判もまた正当であらう。

竹下教授もまた、山本戸教授とは反対に、「判旨は、およそ更正決定が許されるのは、判決または調書の記載が誤りであるか否かとは無関係に、更正の前後で新旧記載内容が同一性を有する場合に限られるとする趣旨ではないと解される。もし、そうでないとするならば、判旨は、判決あるいは調書の記載自体からではなく訴訟の全資料から誤謬が明らかに認められる場合にも更正が許される」として来たこれまでの判例、多数説の立場を変更する結果にならう。(前掲一五五頁)とされる。賛成である。

本件とは無関係ではあるが因みに附言すれば、たとえば計算違いで本文に本来は百万円と書くべきところ九〇万円と書いた場合、当然のことながら、右計算違いが明白なものである限り本文を更正すべきであつて、裁判の脱漏とみるべきではなく、したがつて追加判決を以て一〇万円の給付を命ずべきではない。判決は全体としてみ

れば百万円の請求全部についてなされているからである。

二次に本判決は調停調書の条項の実質的内容を変更する更正決定は確定してもそれは民訴法一九四条の全く予定していないものであり無効であるとしている。決定は裁判であり裁判に当然無効がないにもかかわらず、本件判決は、例外的にこれを無効とする原因として、民訴法一九四条がこのような更正を全く予定していないことを挙げる。山本戸教授はその理由をさらに推測され、「おそらく、判決は必要的口頭弁論にもとづいてなされる裁判であり、成立した調停も確定判決と同一の効力を有するから、決定手続によつて簡易になされる更正決定にその実質を変更する効力を認めることはできない、という見解ではあるまいか(栗山・本件判決解説・法曹時報(一九卷・〇号一四五頁も同説か)とされる(山本戸前掲二七四頁)。山本戸教授は有効説をとられるようであるが(前掲二七五頁)、私もまたこの種の更正決定の効力についても有効説をとりたいと思う。換言すれば決定という裁判に当然無効はないという理論を貫ぬべきであると考え。本来違法乃至不適法な裁判は許されないものであるが、それでも右裁判が確定する以上当然無効にはならない。それと同様にたとえこの種の更正決定が民訴法一九四条の全く予定していないものであるにしても、つまり訴訟法上不適法なものであるとしても、確定すれば当然無効であるとはいえない。内容が支離滅裂で意味をなさないとか、離婚後の離婚判決のようにその内容の効力発生の余地がないという意味で無効な場合でもない。もつともかように解し更正を有効と認めると、Yは反射的に不利益をうける。この不利益はいかにして救済するべきであるか。更正決定の効

力はX B間におよびXY間に及ばない。そこで、Yは昭和三三年二月二日のCの本登記、同年三月一日のCからXに対する中間省略の移転登記の効力を否定し、Xに対しその転借権を主張すればよいと考えられよう。この意味では判旨に反対する（一般に違法な更正決定が下の不利益の救済については、竹）。

三 本件更正決定は調停調書につき民訴法一九四条が類推された結果なされたものと思われる。民訴法一九四条が決定・命令について準用されることには問題がないとしても(二七〇)、和解調書・調停調書等確定判決と同一の効力をもつ調書(二〇三条)についても、同条の類推を認めるべきか否かについては見解がわかれる。通説・判例は同条の類推を認めるが(片山・判例を中心とした民訴法の諸問題II九三頁例としては、和解調書につき、昭和五年一月二日六日奈良地民判、新聞三二四一九頁、判例と昭和六年二月二〇日民五決、民集一〇卷七七頁、調停につき、昭和六年二月三日大東地民一〇決定、新聞三五五九号二月二八日高松高民決、家庭裁判月報二卷一〇号四〇頁)、裁判所書記官が更正調書を作成し、それに裁判長が署名捺印すべしとする否定説もある(菊井・村松・民訴I五〇〇頁、六三三頁、前掲実務講座III三二四頁東区決、新聞)すなわち、民訴法一九四条の類推を認めることは、和解調書等のもつ効力という点を重視しすぎ、調書の作成権者である書記官の権限を無視するきらいがあるから、その更正は書記官の作成する更正調書によるべきである、という。ただ否定説のなかでも具体的手続については見解がさらにわかれる。すなわち、調停委員会により成立した調停調書の更正は調停委員会でなされなければならぬ(菊井・村松・前掲六三三頁)、更正調書作成の申立を書記官が却下した場合は、裁判所に対し異議の申立が許され(二〇六条、反対昭和二年六月二日大阪高民二決、家庭裁判月報六卷六

号四)、裁判所が右異議を正当と認めれば書記官に更正調書の作成を命ずればよい(前掲実務講座)とする点では共通であつても(菊井・村松・前掲五〇〇頁)、異議申立棄却決定に対し抗告が許されるか否かについては見解がわかれる(菊井・村松・前掲六三三頁)。

私は和解や請求の放棄・認諾調書については類推肯定説に賛成したい。調書作成権限は書記官がもち(二四)、和解調書等が確定判決と同一の効力をもつことだけを理由にその更正を判決の更正手続に準じることが、書記官の権限を無視するとのせしりをまぬがられぬことの批判もあるが(輪田・前、明白な誤謬の限界の判断を書記官に委ねることが不当であることは、明白な誤謬を何から判定するかにつき困難な問題を生ずる場合が多いし、またいかなる誤謬が明白といえるかが問題である(前掲実務講座V)点よりみて、肯定できるのではなからうか。また、なるほど調書の作成権者は書記官であつても、和解についてはいざ自主的解決案が裁判所によつて是認されたという面は否定されえない、換言すれば裁判所の一種の判断行為の存在は否定しえない(上る確認とかなるとみるのが、私見であるがこの点については、石川・訴訟上の和解)かかるとみる観点よりみれば、すくなくとも和解・請求の放棄・認諾調書については裁判所に更正決定をさせることは理由があるといえよう。これに反して本件におけるごとく調停調書の更正権は調停案の作成にあたる調停委員会に存在すると解すべきであり、その意味で民訴法一九四条類推否定説をとりたい。けだし、調停にあつては和解の成立における裁判所の役割を調停委員会が果たからである。かような見解に対しては、調停委員会が事件毎に成立

するものであつて(小山・調停法・仲)、調停成立後はそれが解散すると考えられる点から、批判もある。現に傍論ではあるが、調停委員会による更正に反対する判例もある(東京高決昭和三年八月一七日)。しかし、調停委員会は調停成立後も更正の限度において解散していないとみるべきではなからうか。そうであるとするれば、右の批判は必ずしも妥当ではないと解される。

かくして調停調書の更正権が調停委員会に帰属するとしても、裁判所が更正決定をし、それが確定した以上は、右更正決定は完全に有効であるとみるべきであらう。この点でも本件判旨には賛成できない。

因みに、一部の学説は、確定判決と同一の効力をもつ調書の更正については、その調書の完成・公示後は明白な誤謬は関係人の同意なしに、明白でない誤謬は関係人全員の同意があるときに限つて更正調書の作成により更正すべきである、とされる(鳩田・前)。私はこの立場の後半には若干の疑問を感じる。というのは、明白でない誤謬は関係人全員の同意があつてもこれを訂正することは更正ではない。したがつて関係人全員の同意があつても更正調書の作成をなすべきではない。それはもはや更正の概念をこえるものであらう。

さらに、「和解調停に関与した裁判官自身は、和解内容を記憶している筈であり、従つて後に和解調書の記載が問題となつた際、記憶に照らしてその誤謬の有無を判定できるであらう。しかし裁判官が替れば、不明に帰することになる。かような誤謬も、判定できる裁判官に限つて更正できると解すべきかは問題であるが、上訴の許

されない和解調停においてはできる限り真実に合致させる道を残す意味で、誤謬につき相対的な明白性(主任裁判官及び調停委員にとり明白であれば足りるという意味で)をもつて足りると解してもよいのではなからうか(「四七頁註五」)との見解がある。和解調書や調停調書は判決同様に紛争解決の実体的内容を表示するもので、その内容がみだりに変更されることは、それら調書に対する信用を失われ、且つ法的安定性の要求にも反するから、その更正は判決の場合と同じ明白な誤謬に限定すべきで、相対的明白性を根拠にする更正を認めることは適當ではない(竹下・前掲)。

(石川 明)

昭四二一四(最高民集二一巻)

(六号一六六三頁)

控訴審たる地裁の再審判決に対する上訴

家屋明渡再審請求事件(昭四二・七・二一第二小法廷判決)

家屋明渡請求の訴をおこし第一審神戸簡裁で敗訴したXが、神戸地裁への控訴も棄却され、大阪高裁への上告も却下され、判決が確定したので、法定代理人Sによつて控訴審神戸地裁に再審の訴をおこしたところ、Sに代理権なしとして再審の訴は却下され、再審事由の審理は行われなかつた。そこでSが更に大阪高裁に「上訴」したところ、同裁判所は神戸地裁の判断を正当として「控訴を棄却する」旨の判決をした。そのためXから最高裁に上告したのが本件であるが、最高裁、曰く、「職権をもつて調査するに、地方裁判所が控訴審としてなした判決に対する再審事件について、同地方裁判所が言

い渡す判決は控訴審たる資格でなすものである(民法四二三条)から、右再審事件の終局判決に対して高等裁判所になす上訴は上告と解すべきである。したがつて神戸地方裁判所の昭和二十九年(レ)第九号家屋明渡等控訴事件の判決に対する本件再審事件につき、同地方裁判所がなした再審の訴を却下する判決に対して大阪高等裁判所になされる不服申立は上告であり、再審原告たる上告人は大阪高等裁判所に対して上告状と明記した書面を提出して不服申立をしたにもかかわらず、原審は誤つてこの上告状を控訴状と解し、控訴審としての訴訟手続をなして控訴判決をしたものであることは、本件記録および原判文上明らかである。これは民法四二三条の解釈適用を誤まつたもので、違法というほかない、と。——破棄、差戻。

事案は中華民國民法とも絡む興味ある内容をもつし、行違ひの生じた一因は最初の原告が途中で死亡して当時Xは未成年であつたものが再審の訴は成年後におこされたことにあるようであるが、これは、すべて、差当つての問題に直接の関係がない。

問題は極めて単純で、控訴審裁判所におこされた再審の訴は、第一審の手続を開始させることになるのか、控訴審としての訴訟手続を開始させることになるのか、というだけのこと過ぎぬ。再審の訴が「訴」であるからといつて、第一審の訴訟手続を開始させるにすぎぬと考えるものは、先ずありえまい。それでは審級の構造が紊れてしまふし、民訴四二三条の字句をも説明しえないであらう。

引つかかる点があるとすれば、再審の訴による旧訴訟の復活続行は、再審の訴が適法で、再審事由の存在が認められ、確定判決が取

消されることの確実になつた時なのではないか、ということ、本件大阪高裁が神戸地裁の再審の訴却下の判決を第一審判決と認めたのも、未だ神戸地裁での旧訴訟の復活なしと考へたもの、従つて、再審の訴に基づく本来の審判がなかつた場合の措置という趣旨なのであらう。だが、慥かに、再審の訴は、確定判決の取消と事件についてこれに代わる判決とを申立てる複合的な目的を有するし、且つ、確定判決が取消されれば旧訴訟の復活の方は寧ろ自働的に生ずべき理窟であるから、複合的な二目的のうちでは確定判決の取消の方が主たる目的であるといえないこともないが、法は、再審許否の審判と本来の審判とを別の段階として区別はしていいない。そうであるとすれば、再審の許否を審理するのも、旧訴訟が本案について復活続行せられると仮定した場合のその同一審級手続である筈で、実は再審の訴の提起だけで、既に一おう当該審級が復活続行されるのである。許否要件審理の結果再審の訴が不適法として却下されれば、一おうの当該審級復活が本案の審理まで進まず目的を達しないが、これは、再審の訴を適法とし、再審事由ありとして、本案の審理にまで進んだ下級審の判決が、上級審によつて取消され、再審の訴が不適法として却下された場合に、審級の復活続行ということが意味を失ふのと同断である。

X提出の上告状を、上告状と「明記した書面」なのに控訴状と扱つた点で、大阪高裁は誤をおかしたのではない。上告状と記載ある書面を控訴状と扱う余地は十二分に認められるところで、これを責めるような部分では、判旨も相当でない。しかし、控訴審判決の取

消を求めて控訴裁判所におこされた再審の訴は、控訴審手続を開始せしめるものであり、その結果再審の訴が却下されても、その却下判決は控訴審判決に相当し、従つてこれに対する上訴は、たとえ本

件の場合とは逆に控訴状をもつて起こされても、その性質、上告で、判旨の誑く大筋は、正当である、としなければならぬ。

(伊東 乾)