

Title	〔最高裁民訴事例研究六七〕上告審判決の破棄理由とした法律上の判断の拘束力が及ばないとされた事例 所有権確認等請求事件(昭和四三年三月一九日第三小法廷判決)
Sub Title	
Author	梶, 善夫(Toga, Yoshio) 石川, 明( Ishikawa, Akira) 民事訴訟法研究会( Minji soshōhō kenkyūkai)
Publisher	慶應義塾大学法学会
Publication year	1969
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.42, No.8 (1969. 8) ,p.107- 114
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=AN00224504-19690815-0107">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19690815-0107</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.

しかもそれに該当する事実が存した場合でもその内容が解雇権をもつて臨むに相応しいものであるときにのみ解雇権の発動が正当化されると解するのが相当であつて、単に生産計画に伴う過剰人員排除

## 〔最高裁民訴事例研究 六七〕

昭四三16 (最高民集二巻  
三号六四八頁)

上告審判決の破棄理由とした法律上の判断の拘束力が及ばないとされた事例

所有権確認等請求事件 (昭四三・三・一九第三小法廷判決)

本件は、同一訴訟における第一回上告事件 (最高裁昭和三十一年一〇月三十一卷一〇号一)、第二回上告事件 (最高裁昭和三十一年九月一四日第二小法廷判決、民集一一七九頁)、第三回上告事件 (最高裁昭和三十一年九月一四日第二小法廷判決、民集一一七九頁) に続く三回目の上告事件であり、第二回上告審判決の破棄差戻しの判断に、差戻後の控訴審判決が違反しているか否かが問題となつたものである。

X (原告・控訴人・上告人) は、 $Y_1$ 、 $Y_2$ 、 $Y_3$  (被告・被控訴人・被上告人) に対して、宅地九七坪についての所有権確認を、また、 $Y_1$  に対しては所有権移転登記を、 $Y_2$ 、 $Y_3$  に対しては登記抹消を請求。その原因とするところは以下の通りである。すなわち、本件土地が登記簿上売買によつてCからAに、Aの死亡によりAの家督相続人 $Y_1$ から $Y_2$ に、更に $Y_2$ から $Y_3$ に移転しているが、真実は、XがAをその代理人

の必要性という一般的事由のみで労働者は解雇しえない」と判断しており、正当であるといわなければならない。

以上要するに、判旨に賛成である。

(宮本 安美)

としてCの先代Bから買い受けて所有権を取得していたのである、また、仮りにそうでないとしても、Xはその所有権を時効取得したとの主張である。第一審・第一次控訴審ともにXの請求および控訴を棄却。

第一次上告審では、土地所有権がXに帰属していることが認定せられるかもしれない書証を、何ら首肯するに足る理由を示すこともなく、ただ漫然とこれを採用できないとしたのは審理不尽であつて、理由不備の欠陥を蔵するものと考えざるを得ない、として破棄差戻 (この点は本件において関係ない)。

第二次控訴審は、XがAを代理人としてBから本件土地を買い受ける契約を締結し、その所有権を取得したものと認め、第一審判決を取消、Xの請求を認容 (この時、Y等はXA間に虚偽表示ありとして、 $Y_2$ 、 $Y_3$ は善意の第三者として民法九四条二項の主張があつたが、排斥された)。

第二次上告審は、原審の右認定事実によれば、Xの意思に基づきA

名義に所有権移転登記をなさしめたものであつて、実質的にはあたかもXが、Aと通謀してA名義に虚偽仮装の所有権移転登記をなした場合とえらぶところはなく、民法九四条二項の法意に照し、XはAが本件土地の所有権を取得しなかつたことをもつて善意の第三者に対抗しえないと解するのが相当である。しかるに「Y、およびY、が右にいわゆる善意の第三者に該るか否かを審理判断することなく」Y等の前記抗弁を排斥した原判決には法令の解釈適用の誤り、審理不盡・理由不備の違法があると、以上のように判示してY等の上告を容れ破棄差戻（なお、この判決には、前記確定の事実のもとでは民法一〇〇条本文、一七七条の適用によりXは所有権取得をY等に対抗しえないとする後記三次控訴審の法律判断と同趣旨の二裁判官の意見が付されている）。

第三次控訴審は、「Aは、Xとの関係においてはXの代理人としてBから本件土地を買受けたのであるが、本人たるXのためにすることを示さないでみずから買主として売買契約を締結したものと認められるから、民法一〇〇条本文により、Aは正当に本件土地の所有権を取得し、これを委任者たるXに移転すべき義務を負つていたものである。しかるにAおよびその相続人YはXに所有権移転登記をすることもなく、Yに売り渡し所有権移転登記をしたのであるから、あたかも二重売買の売主が第二の買主に所有権移転登記をした場合と同一の法理に基づき、Xは所有権の取得をYらに対抗しえない」と判断し、Y等の虚偽表示の主張には判断を示さないでXの控訴を棄却した。

第三回目である今回の上告におけるXの上告理由は以下の通りである。「差戻を受けた原審裁判所は、再び審理判断するについて、上告裁判所が破棄理由としたところの本件移転登記手続行為につき民

法九四条を適用し、更にY、及びY、が同条第二項のいわゆる善意の第三者に該るか否かを審理判断しなければならぬことを意味するものであるのに、右事項について全く審理することなく、右以外の理由で判断した原判決は違法であると言わねばならない。仮りに、破棄判決の拘束力が、破棄理由として原判決の判断を不可とする消極的な面で生ずるにすぎず、差戻を受けた裁判所が再び審理判断するについて、破棄の理由として示された誤つた見解を避けさえすれば、他の見解で判断してもよいと解するならば、第一に、我が国の破棄判決の制度趣旨に反するといわねばならない。」

これに対し本判決は、「右上告審判決の判断が差戻を受けた原裁判所を拘束する効力は、右の破棄の理由となつた範囲でのみ、すなわち、同一の確定事実を前提とするかぎり、Y、およびY、が善意であることが認められるならば、民法九四条二項の類推適用を否定することは許されないという限度でのみ、生ずるものと解すべきである。したがつて、差戻後の原裁判所は、差戻前の審理に引続いてなお事件全般にわたつて事実の審理をなすことは当然であるが、上告審判決が破棄理由の基礎として用いた確定事実関係についても、その事実の確定自体の当否は上告審の判断を経ているものではなく、また、訴の本案たる事実に関する判断が民訴法四〇七条二項但書にいう「事実上の判断」に含まれるものともいえないため、何ら拘束力は生じていないと解されるのであるから、原審が再度の審理によつて差戻前と異なる事実を認定することを妨げられるものではなく、その場合には、上告審の破棄理由たる判断と異なる法規の適用を行なう結果となつても、違法とされるものではない。さらに、右のとおり、上告審の破棄理由たる判断は、同一確定事実については民法九四条二項の類推適用を否定しえないという限度でのみ

拘束力を有するのであるから、差戻前の原判決と同一の認定事実を前提としても、右法条の適用のほかに、別個の法律の見解が成り立ちうる場合には、差戻後の原審が、右法条の適用を主張する前示被上告人らの抗弁について判断を示すことなく、他の法律上の見解に立つて、上告人の請求を棄却することも許されるものと解するのが相当である。したがつて、右抗弁について判断せず、前記のような判断によつて結局上告人の請求を棄却した原判決の措置が、上告審判決の右拘束力に違反したものとはいえない。」と判示し、Xの上告を棄却。

#### 判旨に賛成する。

一、上級審において原判決の破棄（又は取消）・差戻（又は移送）の裁判がなされた場合、差戻を受けた下級審は破棄の理由となつた法律上および事実上の判断に拘束されるが、この差戻判決の拘束力に関して、その目的・法的性質・範囲などについて争いがある。すなわち、破棄差戻の判決が下級審を拘束する理由は、審級制の本質からか（通説）、あるいは上告の特殊性から説明されるのか、また、差戻判決の拘束力の法的性質は、中間判決の拘束力説・既判力説・特殊効力説・訴訟資料制限説などのいずれが正しいのか（この他にも羈束力説があるが、現在わが国ではこの立場に立つ説はみられない）、また更に、上級審が甲法規の適用を不当として乙法規を適用すべきことを示した場合、下級審は甲法規の適用を避けさえすれば良いのであるか、あるいは必ず乙法規を適用しなければならないのかという問題である。しかし、わが国では裁判所法四条・民訴法四〇七条

二項但書の明文の規定があるため、目的の問題をはじめとしてドイツにおけるような激しい対立はない。加えて本件で問題となつてゐる拘束力の範囲については、右の法的性質のいずれの説によつても大差はない（小室・後掲）。したがつて、ここでは拘束力の目的・法的性質については省略する（差戻判決の拘束力に関する文献として、兼子「上級審の裁判の拘束力」民事法研究二卷八一頁以下、高島義郎「上級審の裁判の拘束力に関する一考察」法学論集七卷一、号三八頁以下、小室直人「上級審の拘束力の判断の範囲」上訴制度の研究二二頁以下、小島武司「差戻判決の拘束力」別冊ジュリスト・統学説）。展望一三八頁がある）。

二、拘束力の範囲について通説は、「拘束力は、上級裁判所に下級裁判所に対する積極的な指導権限を与える趣旨ではなく、ただ下級審に破棄の原因となつた同一の処置や判断をくり返えさせないためのものであるから、専ら直接の否定的な面だけに限られるのである。したがつて、その否定を裏付ける肯定的・積極的な理由は、破棄に対しては縁由的な関係に立つに過ぎないから、拘束力は認められない。」と説明する（兼子・前掲）。正当である。この点から同一事実関係について別個の法律の見解のある場合、差戻しを受けた下級審は、指示された法律の見解に従うか別個の法律の見解に従うかは自由であると解される。すなわち、上級審が甲法規の適用を不当として乙法規の適用すべきことを示したとしても、この乙法規を適用せよという点には法律上の拘束力は生ぜず、下級審は全く別の丙法規を適用して裁判をしても差し支えないのである。

本件判旨が、「上告審の破棄理由たる判断は、同一確定事実については民法九四条二項の類推適用を否定しえないという限度でのみ拘束力を有するのであるから、差戻前の原判決と同一の認定事実を

前提としても、右法条の適用のほかに、別個の法律的理解が成り立ちうる場合には、差戻後の原審が、右法条の適用を主張する前示被上告人らの抗弁について判断を示すことなく、他の法律上の見解に立つて、上告人の請求を棄却することも許されるものと解するのが相当である。」としているのは、まさに通説の立場に立つたものといえる。この判旨そのものに異論はあるまい。ただA C間に訴訟がありAが所有者であるとの確定判決があつたりして幾分複雑になつた事件であつたが、本来単なる審理不尽の事件であつたのではないかという気がしないでもない(差戻前の控訴審と差戻後の控訴審の認定した事実関係は異なるのではないかの疑問がある)。

三、ところで、差戻判決の拘束力という問題をみるに、その前段階として、原判決破棄ということの意味が問題とならう。すなわち、原判決を破棄するという破棄の意味は、全体をゼロにもどすのであるか、または、破棄の対象となつた部分だけに限定されるのであるかということである。全体をゼロにもどすとは、ともかくも一度その事件全体について審理をしなおせということである。これに対し破棄の対象となつた部分に限定されるということは、本件であるならば、Y<sub>2</sub>Y<sub>3</sub>が善意の第三者であるか否かの判断だけをせよということである。それ以外の判断は禁止される。破棄の意味をその対象となつた部分に限定してしまうから、差戻された下級審は最早それと関係のない事実の調べ直しはできない。この点が、全体をゼロとすると考えた上で積極的な面にも拘束力を認めて、Y<sub>2</sub>Y<sub>3</sub>が善意の第三者であるか否かを審理させる考えと似ていながら異なるとこ

ろである。すなわち、全体をゼロとする見解では、同一の事実関係の場合に、甲法規の適用が不当であるとされ、乙法規を適用すべしとされるのであるから、前提となる事実関係が変わつてくれれば上級審の判断に拘束されない。

本判旨において、最高裁は、原判決破棄の意味を全体をゼロとするものと解することを前提としていふこと明らかである。したがつて、新事実がでてくれば、これを採用することができ、下級審の事実審たる任務を充分果しうるのであり、この原判決破棄の意味についても最高裁の見解に賛意を表する。そしてこれを前提として、事実関係が異なれば勿論のこと、たとえ同一事実関係の下でも上級審の拘束力の範囲は、否定的・消極的な面においてのみ限られるのであつて、積極的であるY<sub>2</sub>Y<sub>3</sub>が善意の第三者であるか否かを審理せよとの点には、拘束力が及ばないとする本判判旨は、同一の処置や判断につき上級審・下級審間の往復というくり返しをさせないために拘束力が認められているのであるという理由から、一般論として完全に正しい。

なお本件については、内田教授の評釈(判例評論一六号)・高島教授の批評(三〇七頁以下)と野田調査官の解説(号一七八頁以下)がある。

(梅 善 夫)

昭四三17(最高民集二二卷三三六頁以下)

裁判上の和解による賃貸借と借地法一条

請求異議損害金等請求事件（昭四三・三・二八第一小法廷判決）

本件土地所有者Y（被告・被控訴人・被上告人）は、X（原告・控訴人・上告人）に対し、Xの不法占拠を理由に建物取去・土地明渡の訴を提起した。昭和三十一年四月二〇日X・Y間に左記の訴訟上の和解が成立した。(1)YはXに対し、本件土地を昭和三十一年四月一日以降昭和四十一年四月三〇日まで、右土地上に存する建物所有の目的のもとに、賃料一ヶ月六千円として賃貸する。(2)XはYに対し、前項の賃貸借期間満了と同時に建物を取去し土地を明渡すること。(3)以下略。Xは右賃貸借契約期間満了前の昭和四十一年四月三〇日契約更新を請求し、右和解条項(2)の建物取去・土地明渡の記載は、(a)単に賃貸借期限の定めについての例文にすぎない。(b)仮にそうでないとしても、借地法第一条に違反するから定めなきものとみなすべきである、として、右和解調書の執行力排除を求めて請求異議の訴を提起した。これが本件訴である。

一・二審とも以下の理由からXの請求を排斥した。「私人が一時使用のためでない宅地の賃貸借契約を結ぶ場合に、その存続期間を借地法第二条の規定よりも短く定めて、右期間経過と同時に宅地を直ちに明渡す旨を特約すれば、その特約は、借地権者に不利益なものであるとして、同法第一条により、無効となることはもちろんであるが、右と同旨の特約が、裁判上の和解の一条項として成立した場合には、これを右私人の場合と同様に解することはできない。ただし、裁判上の和解は、当事者の和解条項の合意に、当事者双方の事情を十分に斟酌考慮した裁判所が関与して、その成立をみるので、その内容は、単に当事者だけの間で約束されたものとは、同一に論じえないものがあるからである。すなわち、宅地賃貸借契約が当事者だけの間で成立する場合には、同法第一条が借地権者を保護す

るために作用するのであるが、右契約が裁判上の和解として成立する場合には、その和解成立に關与する裁判所が、これと同じ作用をなすものであつて、借地法の指向する借地権者の保護は、裁判所により十分考慮され且保障される……。したがつて、本件和解条項第二項の特約は有効であつて、本件につき、宅地賃貸借契約の更新に關する借地法の規定は、排除されるものと解すべきである。」と。これに対してXの上告理由要旨は以下のごとくである。裁判上の和解は、私法上の和解契約と、その有効なことを前提とする訴訟終了の合意であるが、事件の審理を十分果さない訴訟の段階においても、当事者が希望すれば、裁判上の和解が成立するのであるから、裁判上の和解につき、裁判所が常に内容に立入り、法の規定するとおりの借地権者保護を果しているものとは断定しえない。しかも借地法第一条は、借地権者のため、借地権の存続ないし建物の存続を保護する規定であるのに対し、裁判上の和解について、裁判所が関与した事実をもつて、「同一の保護作用を果す」と認めることは、裁判所の和解関与をもつて、右強行法規に反する定めをなしうるとするものであつて、判決に影響を及ぼすべき法令違反がある、とする。

上告棄却。その理由は以下のごとくである。「原審は、本件賃貸借は裁判上の和解によつて成立したものであるから、それによつて定められた一〇年の賃借期間は、借地法第一条の規定に違反するものでない」と判断している。しかしながら、賃貸借契約が裁判上の和解により成立した一事をもつて、右契約に同条の適用がないとするのは相当ではなく、裁判上の和解により成立した賃貸借についても、その目的とされた土地の利用目的、地上建物の種類、設備、構造、賃貸期間等、諸般の事情を考慮し、賃貸借当事者間に短期間にかぎり

賃貸借に該当するものと解すべく、かかる賃貸借については、同法一条の適用はないと解するのが相当である。ただし、裁判上の和解による賃貸借の場合には、それが裁判所の面前で成立するところから、単なる私法上の契約の場合に比し、双方の利害が尊重され当事者の真意にそう合意の成立をみる場合が多いであろうが、この場合同条の適用がないと解するならば、契約当事者、特に一般に経済上優位にある賃貸人が、形式上、裁判上の和解の手続をふむことによつて、前記のような客観的条件の存否にかわりなく、借地法の規定する制約から解放されることになり、借地人の保護を主たる目的とする同法の趣旨にそわない結果を招来するにいたるからである。したがつて、右の見地に立つて考察するときは、原審が、前記理由のもとに、本件賃貸借に借地法一条の適用がないとしたことは、違法たるを免れない。しかしながら、原審の認定するところによれば、本件賃貸借はYのXに対する建物収去土地明渡請求事件についての裁判上の和解において成立したというのであり、また、右賃貸借において期間が一〇年と定められたのは、Yが右期間内に限り右土地を賃貸し、Xがその期間内に限り、右土地を賃借し、その期間経過とともに地上建物を収去して土地を明渡することを約したに基づくとすることを認めるに難くなく、右の事実、および本件賃貸借成立にいたる経緯に照らせば、本件和解当事者であるXとYは、期間の点につき借地法の規定の適用を受くべき契約を締結する意思がなかつたものと認め得るのである。しかば、本件賃貸借は一時使用のものであつたというべく、したがつて、原審が裁判上の和解を理由として、本件賃貸借に借地法一条の適用がないとしたのは違法であるが、その違法は判決の結果に影響を及ぼすものでない。

上告棄却の結論には賛成するが、判旨の理由に疑問を感じる。一、判旨は、裁判上の和解により成立した土地賃貸借についても、土地の利用目的、地上建物の種類、設備、構造、賃貸期間等諸般の事情から、賃貸借当事者間に短期間にかぎり賃貸借を存続させる合意が成立したと認められる場合には、右賃貸借は、借地法九条にいう一時使用の賃貸借に該当し、同法第一条の適用をうけない、とする。

私は、裁判上の和解・調停による借地契約についても原則的に借地法二条・一条の適用を肯定するという点に関しては問題があるように考える。なるほど借地法二条・第一条等は強行規定である。しかし、借地法第二条・第一条が強行法規としてその適用があるのは、当該土地の利用権について法的紛争を前提としない通常の状態において借地契約が締結乃至更新された場合についてである。紛争を前提としてその解決のために調停乃至和解において借地契約が新たに締結乃至更新される場合には、第二条並びに第一条の適用はない。和解や調停は互譲によつて成立する。互譲の内容が著しく一方の当事者にとり不利益である場合裁判上の和解や調停の成立は認められないであろう。裁判所や調停委員会が和解や調停の成立を認めたということは、互譲の内容が一方当事者にとつて著しく不利益なものではないことを認めたことである。借地法第二条は結局は借地人保護の考え方にその根拠を有することを考えれば、二条の期間の譲歩をも含めて全体としての互譲が両当事者のいずれにとつてもさほど著しく不利益でない限り、期間の譲歩を否定する必





七年三月二十四日下級民集三卷三三九六頁、東京地判昭和七年七月一日評論二二、  
巻諸法一八〇頁、大阪地判昭和二年六月二十六日下級民集五卷六九三頁、など、  
地上建物の取払または移転の猶予に伴う借地関係(二)大判昭和六年十一月一  
八日下級民集二卷二九三頁、賃貸人の土地使用計画実施に至るまで  
の借地関係(和)三〇年六月七日判時五八号七頁、大判地判昭和五年九月十九日下  
級民集三卷九号一五三頁、名古屋高判昭和二年三月三十一日判時二、區画整理実  
施時までの借地関係(大判昭和六年九月八日法學一卷二四六頁、神戸地判昭和二  
三年二月二七日民集(五年一月三日下級民集一卷二二四六頁、最判昭和二  
三年二月二四日四頁)などを考へていたことは、借地法第九条が「臨時  
設備」をその例として挙げている点から十分推察しうるところであ  
る。たしかに、それらが一時使用の借地契約の典型であることはこ  
れを認めるにしても、一時使用の賃貸借を広く一般に借地法二条・  
一条の適用除外例と考えることができる。そこで既述の通り、借  
地法二条・一条が強行法規として適用されるのは、紛争を予定す  
ることなく、ノーマルな状態で新たに借地契約を締結する場合に限  
定されると考えるならば、裁判上の和解・調停による借地関係も一  
時賃貸借と解することができる。一時賃貸借の概念をどう概念規  
定するか問題であるが、逆に典型の場合に限定してこれを狭く考  
えるならば、裁判上の和解や調停による借地関係は一時賃貸借とし  
て借地法二条・一条の適用除外例になるのではなく、むしろ既述  
の通り両条が強行規定として適用さるべきノーマルな場合ではない  
ことを理由に適用除外例としてみとめなければならないことになる  
のであろう。たとえば前掲岐阜地判昭和四〇年三月八日判時四〇六  
号六五頁は、借地法一条の適用否定を導くについて、「かような  
結論を導くために、従来の裁判例の一部には、一時使用の賃貸借ま

たは期限付合意解約と構成する努力が試みられているが、当裁判所  
は前述の通り判断する」として一時使用の賃貸借として構成する必  
要を否定している。いずれの見解をとろうと、裁判上の和解・調停に  
よる賃貸借が両条の適用除外例であることには変りがなく、したが  
つて、一時賃貸借をどう概念規定するかは結局言葉の問題である。

三、裁判上の和解・調停に既判力があるか否か一つの問題である  
ことは周知の通りである。私は既判力否定説をとる(石川・訴訟上の和  
解の研究二六頁)。  
仮りに既判力肯定説をとると、裁判上の和解・調停の既判力の効果  
として、借地法二・一条に違反して約定された期間を両当事者は  
争い得なくなる。裁判上の和解・調停による借地契約に借地法二・  
一条の適用ありとしても、ひとたび裁判上の和解・調停が有効に  
成立した以上右の帰結に到達せざるを得ない。

裁判上の和解・調停による借地契約にも借地法二条・一条の適  
用ありとの前提をとつた場合、二条より短い期間の借地契約を創設  
する裁判上の和解・調停は、法の認めない権利関係を設定したとい  
う意味で無効と解する余地はないであらうか。仮りに右の前提を肯  
定するとしても、一時賃貸借が認められるという点からも、また、  
二条・一条の適用をうける借地契約が一旦有効に成立後時の経過  
により借地期間が短縮する点から考へても、右の意味で当該和解・  
調停が無効であると解することはできないであらう。

なお本件については、栗山忍・法曹時報二〇巻六号一八五頁以下  
に解説が、高島良一・民商五九巻五号一三〇頁以下に批評がある。