

Title	〔最高裁民訴事例研究一四九〕 前訴と訴訟物を異にする後訴の提起が信義則上許されないとされた事例 (最高裁昭和五一年九月三〇日第一小法廷判決)
Sub Title	
Author	坂原, 正夫(Sakahara, Masao) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1977
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.50, No.10 (1977. 10) ,p.96- 101
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=AN00224504-19771015-0096

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.

何故であろうか。弁護人の控訴趣意に応えたということ、あるいは説得のための論理とも考えられようが、ほかに理由はないのであろうか。そこで、注(2)で掲げた中止犯の成立を認められた裁判例と本件とを比較してみると、一般に積極的行為に出た場合に中止犯が認められやすいと言え、さらにそれら裁判例のうち、着手未遂とみられるもので、しかも未遂の結果しか生じないことが明らかな場合には、本来単なる不作為で足りるはずなのに、積極的行為があれば、それを評価した上で中止犯の成立を認めたものが多い。本件も、まさにそのような事例であつて、軽傷

安富 潔・橋本 雄太郎

〔最高裁判事例研究 一四九〕

昭和五一三 (最高民集三〇卷)
(八号七九九頁)

前訴と訴訟物を異にする後訴の提起が信義則上許されないとされ
た事例

所有権移転登記等請求事件(昭五一・九・三〇第一小法廷判決)

訴外Aの相続人X、(原告・控訴人・上诉人)は訴外Bの相続人Y、及び相続人等から本件係争の土地の一部を買受けたZ(被告・被控訴人・被上诉人)に対して所有権移転登記抹消に代る所有権移転登記請求を訴求したのが本件訴訟である。その理由は本件土地は元來はAのものであつたところ、昭和二三年六月頃大阪府知事が買収し、二四年七月頃Bに売却処分がおこなわれたのであるが、買収処分が無効であるから所有権はXにあるというのである。

なお本訴に先立つてXはBの相続人Y、C(Bの妻)に対して農地法所定の許可申請手続及び許可を条件とする所有権移転登記手続等を、求め

を負わせた場合であるので、真摯な態度に出たかどうかも綜合判断の対象に入れて、中止犯を認めたのではあるまいか。何故なら中止犯の場合、その法的性格から綜合的な判断を下すという点に特徴があるように思えるので、着手未遂の場合には単なる不作為で論理的には足りるのであるが、特に本件のように軽傷を負わせたような場合には、真摯な態度に出たかどうかも綜合判断の対象に入つてくるだろうと考えられるからである。

る訴(以下、前訴という)を提起し、請求棄却の確定判決を得ている(Cは訴訟中死亡)。もつとも予備的請求である交付した代金の返還請求は認容の確定判決を得た。

第一審は、前訴は昭和三〇年にXがBとの間に締結した売買契約に基づく訴訟であつて、そこでXが問題の処分の有効性を認めたとはいいがたいとして、被告の主張の本訴の提起は訴権の濫用である旨の主張を排した。しかし、昭和三四年七月二日に取得時効が完成しているとして請求棄却の判決を下した。

Xは控訴し、新しく昭和二三年六月頃のBの返還約束理由による請求を予備的に追加した。大阪高等裁判所は次の理由で原判決を取消し訴を却下した。「控訴人は、前訴においても本訴と同様にBの相続人らに対し本件と同一の土地の返還請求をしたのであるから、前訴の確定判決の既判力が本訴に及ぶか否かは別として、相続人側としては二重の訴を避けることを求めるのは無理からぬ節がある。一方控訴人の側において、

このように二重に訴を提起するについての実益の有無を考察すると、控訴人は前訴においては農地の買収および売渡の効力という根本の問題に触れることなく、これを有効なものとの前提の下に単に右売渡を受けた被控訴人先代が控訴人先代に対し売戻しの契約をしたとしてその履行を求めるとともに、仮りに右売戻しの契約が農地法に反して無効であるとすれば、その交付した代金の返還を請求すると主張して、右予備的請求についてのみ勝訴したのであるが、本訴においては、あらためて買収および売渡が根本的に無効であるとして、右農地の返還を請求するとともに、仮りに右が有効であるとすれば、昭和二十三年六月頃右農地を控訴人先代に返還する約定が成立したとして、その履行を請求している。以上の二つの訴の主張を比較すると、本訴においては買収売渡の効力について前訴と全く正反対の主張をしているのであつて、二つの訴における控訴人のすべての主張を検討してみると、結局本訴は前訴と殆んど同一の紛争のむし返しであるかのごとき感さえもある。もとより訴訟において如何なる主張をなし、如何なる主張をしないかの取捨選択は、いずれの当事者にとつても重要な訴訟技術に属するものであるが若し控訴人が本訴において主張するような無効の事由があつたとすれば、前訴の係属中に気付かぬ筈はなく、また当時この主張をするについて何らかの支障があつたと認めることはできない。この点を被控訴人の立場から見れば、控訴人が前訴において買収売渡の無効を主張しなかつた理由の如何に拘わらず、兎も角二重に訴を提起されることによつて迷惑を受けることには何ら相違はないのである。かくして、当裁判所は、当事者双方の利害関係を公平に比較調整すべき民事訴訟法の理想に照らして考察した場合は、当事者の訴訟技術の選択についても、信義則に基づく制約がなければならぬとの見地に立つて、本件のような農地買収と売渡、およびその買主より旧地主に対する売戻しという一連の事実関係の下において、売渡の相手方に対し右農地の返還を求めるとしては、特段の事情がな

いかぎり、訴訟経済の理念に則り、いやしくも主張し得べき事由はなるべく同一の訴において主張することによつて、相手方に対し二重心訴という不当な迷惑がからないように配慮することこそ信義則の要請するところであると解し、右の配慮を欠く本訴請求はこの原則に抵触するものとして、許すべきでないと判断する。本訴請求については訴権の要件としての正当な利益を欠くものと解する（高裁判集二六卷五号四八七頁）。
X等は前訴で正反対の主張したことはないし、信義則は悪質なケースに限るべきであるとして上告。最高裁判所は「原審が適法に確定した事実及び本件記録によれば」として前訴から本訴までの経緯を(一)と(二)に分けて明らかにし（なおここにおいて前訴が昭和四一年二月二日に確定し、本訴の提起が翌年四月であることを知る事ができる）、続けて
(一)ところで、上告人Xは、前訴においても前買収処分が無効であることを主張し、買収処分が無効であるため本件各土地は当然その返還を求めうべきものであるが、これを実現する方法として、土地返還約束を内容とする、実質は和解契約の性質をもつ前記売買契約を締結し、これに基づき前訴を提起したものである旨を一貫して陳述していたこと、(四)右上告人は、本訴における主張を前訴で請求原因として主張するにつきながら支障はなかつたことが、明らかである。右事実関係のもとにおいては、前訴と、本訴は訴訟物を異にするとはいへ、ひつきやう、右Aの相続人が、右Bの相続人及び右相続人から譲渡をうけた者に対し、本件各土地の買収処分の無効を前提としてその取戻を目的として提起したものであり、本訴は、実質的には、前訴のむし返しといふべきものであり、前訴において本訴の請求をすることに支障もなかつたのかかわらず、さらに上告人らが本訴を提起することは本訴提起時にすでに、右買収処分後約二〇年も経過しており、右買収処分に基づき本件各土地の売渡をうけた右B及びその承継人の地位を不当に長く不安定な状態におくことにならざることを考慮するときは、信義則に照らして許されぬものと解するの

が相当である。」として上告を棄却。

一 本判決は、訴訟物を異にする場合であつても後訴の提起が場合によつては信義則に反して許されないと判示したもので、事案が特殊なものとはいへ現在の理論的狀況からみて非常に重要な意味をもつていると思う。そこで第一に、本判決の結論である実体的審理を許さないということを一応是認した上で、はたしてその理由が正当なものか否かを考えてみようと思う。そして次に果してそもそも本判決の結論は正しいか否かを考えてみようと思う。

なお問題となつた前訴を提起したのは X_1 のみであり本訴は X_1 の他に X_2 等三名が提起したものである。してみると前訴に全く関与しなかつた X_2 等を X_1 と同じく扱つて問題はないのかという疑問が生じる。この点判決は全く言及していないが、この点の理由づけは必要ではないかと思う。⁽¹⁾確かに信義則という一般条項をもちだすことは、細かい形式的側面よりも紛争の実質的把握に重点を置くことではあるが、信義則はそもそも各人の行動が問題であり、 X_1 と他の原告とを区別せずして一律に論ずることは信義則理論の適用といえども問題があると思う。以下では前訴でも原告であつた X_1 についての問題点を考えてみることにする。

二 本判決の結論である実質的審理をしないということは信義則理論以外も考えられなくはない。そこで本判決の理由の当否を考えるにあつてこの点を先ず考えてみようと思う。一番オーソドック

スな理論は前訴の既判力による本件訴の却下であらう。このためには前訴と本訴とは同一の訴訟物であることが必要である。いわゆる新説的に訴訟物を構成するなら、本件では前訴と本訴とは要するに同一土地に対する所有権移転登記請求であるから同一訴訟物とみることは容易である。⁽²⁾そこで、新説の立場をとれば本件のような問題は簡単に処理できるという批判が信義則理論によつた高裁及び本判決に対してあるかもしれない。しかし本件第一審判決及び本判決の事実認定(ヨ)より前訴の審理状況を推測する限りでは、前訴において本件訴訟の中心である農地買収処分の有効・無効について十分審理がなされたとは思えない。前訴はあくまで買戻契約の有効・無効が争点の中心であつたとみるべきであらう。⁽³⁾そうだとすると、審理を十分していないかつた事項に対しても単に訴訟物の範囲であつたからとしてこの点について主張する後訴を遮断するのは問題である。今後訴訟は新説的に処理すべしといえても、従来の訴訟をその審理内容を離れて新説的には評価はできないと思う。さらに本件のような事例の場合に、果して前訴で紛争解決の一回性から新説的に処理すべきだつたとは必ずしもいえないような気がする。処分の問題と契約の問題とは一つの争点とは考えにくく、結局そのことはいたずらに審理の範囲を拡大し審理をながびかせるか、あるいは当事者の場合によつては不測な失権を与えかねないからである。従つて訴訟物では決定的なことはいえないと思う。以上のようなことからして、本件では訴訟物については問題点とならないということにならう。本件ではまさにどの裁判所もこの点を問題としていないのである。

次に既判力以外の理論ではどうであろうか。前訴の判決で訴訟物以外の判断事項であつても一定の場合そのことについてもはや後訴で矛盾した判断を許さない理論として、兼子博士の参加的効力理論、ツォイナーの意味関連理論、新堂教授の争点効理論が有名である。しかし、既に述べたように前訴判決は十分な審理もしていないし、処分についてその有効性について判断しているとは思えない本件のような場合、これら理論の適用は無理であろう。本判決は既述のように既判力の範囲やこういつた新しい理論については全く考察はしていないが、しかし、すくなくとも前訴判決の効力の範囲、審理の状況について触れるべきではなかつたかと思う。

以上から結論的にいえることは従前の理論では本件訴訟を不適法視することはできないということである。そこで、まさに信義則に頼るしかないということになろう。信義則は補充的に使用すべきか否かという問題があるが、本件では従つてこのことは問題にならない。

三 次に信義則理論として本判決・原判決は妥当であろうか。信義則の内容として禁反言の理論があることも今日一般に認められているところである。⁽⁴⁾ いわゆる先行行為に矛盾する挙動の禁止の理論である。ただ山木戸教授が指摘しているように、後訴における主張か前訴と全く正反対であつて、しかも前訴で主張しうべきものであつたからといって、直ちにこの理論を適用することはできないところである。なぜならば、予備的請求の併合なり予備的主張なりを否定することになるからである。しかもこの理論のより明確な要件化

に努められた中野教授が述べるように問題に対して総合的利益判断が要求されるので、理論の形式的適用はまさに信義則理論の矛盾であろう。本件のような場合(注3を参照)に、上告理由が指摘し本判決が既に述べたように(注)で認定していることからすれば、信義に反している状況とは思えず、まさにかかる信義則の適用は、許されないうことができよう。⁽⁷⁾ この点、原判決のこの理論適用についてこれを排斥した本判決は評価できる。

問題は本判決の信義則理論である。本判決の信義則の根拠は(イ)「後訴は実質的には前訴の繰り返しであり、しかも後訴での主張は前訴で主張しえた筈である」ということと、(ロ)「本訴提起時は既に処分後二〇年を経ている」ということであると思う。そしてこれらによつてB及びBの承継人に不当な不安定な状態におくことが信義に反するといふのである。そこで問題は(イ)(ロ)が正しい命題か否かである。(イ)については一般的なにはかような場合であつても後訴を不適法視しない原則が制度の根幹にあるように思う。即ち、制度は後訴を不適法視することは別訴禁止効の拡大であり、あるいは訴の併合強制であり、このことによつて生じる問題の方が大きいと判断しているのだと思う。例えば不適法とした場合、「実質的」とか「主張しえた」とかという一義的でない要件では適用にあたつて混乱を招く恐れが十分ある。争点効理論においては要件についてきめのこまかい配慮がなされている点がいだされる。従つて、正義に著しく反する場合に限つて後訴を不適法するというのが制度の建前であると思う。既に述べたように本件にあつては、前訴で判断されていなかつたか

らこそ後訴で判断を求めたのであり、いわゆる不正義な場合とは思えない。そして仮に(イ)命題が成り立つとすると、それはいずれ訴訟物論の中で解消すべきではないかと思う。訴訟物は異なるが、しかし後訴は許されないとするには相当な慎重な配慮が必要と思う。そこで次に(ロ)命題はどうかという、これに対しても疑問がある。実体法上かかる処分は無効を主張する権利が消滅している、あるいは失効しているというのなら話は別であるが、実体法上主張する権利を認めておいて、それは訴訟法上認められないとするのは問題である。勿論、この点について見解はわかれるであろうが、本件⁽⁸⁾については、訴権の失効を認める立場であつても、これを適用するのは難しいと思う。即ち、本件では X_1 は前訴でも処分の無効を主張し、しかも前訴終了後、直ちに本訴を提起しているからである。このようにしてみると、本判決の理由とするところは説得力を欠くものと評せざるをえない。あるいは、これ以外の理由があつたのであろうか。判決からこの点は明確ではない。

四 既にみたように理由づけに問題がある本判決は、それでは結論は本件具体的紛争の解決として不当かという点に簡単ないかないような気がする。一で述べた第二の問題である。二、三の検討からは本判決は原判決を破棄し差戻すべきであり、そして実体的審理をおこなうべきであるということが導かれるであろう。しかし、一番が時効で訴を排斥していることからしても、またいわゆる農地解放による農地買収処分の有効性という事件の性質からしても、仮に実質的に審理しても X_1 の主張が認められる可能性はほとんどないといつてよ

いではなからうか。⁽⁹⁾従つて、これ以上、理論のためにのみ訴訟を続けることに最高裁はためらいを感じたのではないかと思う。ただこれでは理由にならないから、あえて信義則を使用したのではないだろうか。本判決の真意はあるいはこんなところにあつたのではないかと思われ⁽¹⁰⁾。しかし、それならばそれなりの理論を正面から考えるべきではなかつたかと思う。⁽¹¹⁾本判決のような理論ではこの理論の今後の活動領域を考えるにあつて混乱を招くのではないかと思う。判例集の判決要旨は確かに慎重な表現で本判決の理論となつた信義則理論の発動の要件を表わしているが、それは見方によれば本件限りしか適用できないような法理ということもできる。あるいは広く拡張されるものをもつてみるとみることでもできようが、しかし既に述べたようにいろいろ問題があるからしてかように解するのでなく、非常に限定したもの(極端に言えば本件限り)と解すべきであらう。

具体的結論については確かに問題はあるが、しかし、本件の場合理論を通してやはり、問題を実体法上で結着をつけるべきであると思う。従つて私見はこの限度で具体的妥当性に欠けるかもしれないが、しかし、これが法的安定性を重視する訴訟理論の建前であると思う。以上により本判決の結論及び理由づけに反対するしだいである。

(1) 本件判例評釈をした水谷氏(判例タイムズ三四五号八六頁以下)、山本戸教授(ジュリスト六四二号一二九頁)が指摘する点でもある。特に水谷・前掲書八七頁以下はこの理由づけについて深く考察したもので

ある。氏は民訴の通常の理論では苦しい説明になることを指摘している。

(2) 新説とはいわないまでも、所有権登記請求訴訟ではその所有権にも既判力が生ずるとする見解もある(兼子・判例民訴法二九二頁、同・体系三四三頁)。しかし最高裁の判例はこれを認めない(昭和三〇年一月一日民集九卷一三三頁一九〇三頁)。

(3) 前訴の記録を水谷氏が報告している(前掲書九八頁)。それによると前訴の一審は無条件返還契約とみるべきで売買契約ではないとし、二審では売買契約は農地法上履行できない契約であると判断している。即ち、いづれにしても農地買収の有効性についてはふれていないし、水谷氏は「このような判示があつたからこそX₁らは本訴でA B間の無条件返還契約や売渡処分は無効を主張したともいえるのである」と述べている。なお本件一審、原審、本判決、上告理由は前訴の契約について締結者及び締結された日、締結された内容についてそれぞれ若干の違いをみせている。

(4) 山本卓「民事訴訟における信義誠実の原則」司法研究報告書一四輯一号一六五頁以下、中野貞一郎「民事訴訟における信義誠実の原則」訴訟関係と訴訟行為八一頁以下、竹下守夫「訴訟行為と信義則」判例演習講座民訴法一四八頁以下、中野貞一郎「民事訴訟における禁反言」司法研修所論集五七号一頁以下等に詳しい。

(5) 山本戸・前掲書一三〇頁。

(6) 中野・前掲論集五七号一〇頁以下。

(7) 坂口裕英「信義則が民事訴訟法で果たす機能」(法学教室第二版一四九頁)は本件原審判決を評して「信義則を適用したことが具体的正義

であり、法的公平であると納得させるものはない。むしろ原告が、あらためて買収無効を主張することには、背信性も、許害性もないというべきではなからうかとさえ思われる」と述べている。

(8) 訴権の失効を認める下級審の判例については林屋礼二「民事訴訟における権利濫用と信義則」(民商法雑誌七一巻一号六六頁以下)に詳しい。学説において訴権失効を否定する近時有力説については山本戸・前掲書一三一頁に掲げられている。

(9) 水谷氏によれば既にX₁X₂は大阪府知事及び国を相手どつて、買収処分無効確認と買収処分による登記の抹消を、求める訴を提起し敗訴しているとのことである(前掲書九六頁)。

(10) 判例時報八二九号四七頁の本判決のコメントは「おそらく、本判決は、これ以上紛争を長びかせることの不当を考慮して右のような結論を導いたものである」といい、水谷氏は「結局、本訴一審が取得時効を認めて請求を棄却したのに、原判決で訴が却下されたため、差し戻すのを手控えて……『結果の妥当性を重じた』(判タ三四一号一六一頁……)というのがあるいは本音かもしれない。本件限りの法理なのか」(前掲書九六頁)と述べている。

(11) 山本戸教授は無効の主張についても長い期間経過すればその主張ができなくなるとする実体関係における信義則の発現としての失効の原則が、本件のような行政処分の無効についても妥当すると思われると述べている(前掲書一三一頁)。

昭和五二年七月一日稿

坂原 正夫