慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔最高裁民訴事例研究一八三〕 上告裁判所に対する被上告人からの民訴法一九八条二項の規定による裁判を求める申立の許否 (消極)(最高裁昭和五五年一月二四日第二小法廷判決)
Sub Title	
Author	片山, 克行(Katayama, Katsuyuki) 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	1981
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.54, No.1 (1981. 1) ,p.137- 141
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=AN00224504-19810115-0137

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.

〔最高裁民訴事例研究一八三〕

昭和五五2（三四巻一号一〇二頁）

上告裁判所に対する被上告人からの民訴法一九八条二項の規定による裁判を求める申立の許否（消極）

約束手形金請求事件（昭和五五・一・二四第二小法廷判決）

X（原告・被控訴人・上告人）は、額面一七〇万円の約束手形の所持人であり、振出人であるY（被告・控訴人・被上告人）に対してこの約束手形の支払を求めた。第一審は、Xの請求を認容して、この判決に仮執行宣言を付した。これに対してYは控訴し、原審は本件手形の振出は偽造によるものであるとして、一審判決を取り消し、Xの請求を棄却した。Yは控訴審においては、民訴法一九八条二項による裁判を求める申立をしなかったが、Xの上告にあたり、上告審において同条の申立をした。

最高裁はXの上告を棄却し、被上告人Yの民訴法一九八条二項による裁判を求める申立については、「民訴法一九八条二項の裁判を求める申立は、訴訟中の訴提起の性質を有するから、事実審係属中にその最終口頭弁論期日までにされることを本則とし、上告審において上告人からの右申立が許されるのは、上告審において仮執行宣言付判決が取り消された場合に簡易迅速に救済を受ける機会を上告人に与えるための例外であること、並びに上告審が法律審であることに鑑みれば、第一審において仮執行宣言付給付判決の言渡を受けた者が、控訴審において民訴法一九八条二項の裁判を求める申立をすることなく、第一審の本案判決変更の判決の言渡を受け、これに対して相手方が上告した場合には、被上告人から上告裁判所に対して右申立をすることは許されないと解するのが相当である。したがつて、被上告人の民訴法一九八条二項の裁判を求める当裁判所に対する本件申立は、不適法として却下すべきものである。」と判示した。

判旨に賛成する。

一、終局判決の執行力は、判決の確定を待つて始めて生ずるのが原則である。しかし、敗訴当事者に上訴権が与えられる結果、終局判決の確定までには相当の日数を要する場合がある。その間、勝訴当事者に執行力未発生の不利益を受忍させておくのは、公平の見地あるいは社会的見地から不適当とみられる場合が少なくない。そこで、このような場合には、確定前の終局判決に執行力を与えて当事者双方の利害の調整を図かり、同時に、単なる訴訟引延ばしのための上訴を防止しようとする制度が仮執行宣言である。(1)この仮執行制度は、仮執行宣言による強制執行が後の手続で確定的に維持されるとの予想の下で、未確定判決の執行を許容するものである。このため、この予想に反して判決が維持されずに取り消され、あるいは変更されたならば、結局その執行は為すべきではなかつたことになる。ところが仮執行宣言付判決の取り消し、あるいは変更は、仮執行宣言の効力を将来に向かつてのみ失効させるものであるから、既に執行がなされていた場合には、その執行は依然として有効なものとして残る。そこで、この状態の原状回復を図かり、併せて執行によつて債務者の受けた損害の賠償を、債権者になさしめる必要が生じる。この債務者の救済にあたつては、次の点を十分に配慮すべきである。すなわち、仮執行宣言は、当事者双方の利害の調整・均衡を図かつた制度であるから、債務者の不利益防止は、即時執行による債権者の利益保護に対応するものでなければならないという点である。この観点からすると、まず第一に債権者の損害賠償義務の法的性質については、広義の不法行為であるとし、債権者の故意・過失を要しない無過失責任である(2)とするのが、妥当である。けだし、仮執行宣言は、上訴によつて取り消しあるいは変更されうる未確定の判決に執行力を与え、その執行により暫定的といえども債権者に権利の実現満足を得さしめるものだからであるから、このようにして権利の実現満足を受ける以上、本案から生ずる危険もまた債権者に負担させるのが公平だからである。しかし、このようにして債務者に原状回復請求権あるいは損害賠償請求権を与えたとしても、これだけでは債務者の不利益防止としては、必ずしも債権者の保護利益に対応したものとはいえない。そこで、第二に次の点を考慮しなければならない。

すなわち、仮執行宣言は本案判決を取り消し、あるいは変更する判決の言渡しにより失効するのであるから、債権者のこれらの義務は、早くともその判決の言渡しの時点からでなければ発生しない。従つて、債務者がこれを訴求しようとすれば、この訴は、本案訴訟の訴訟物とは異なる別個の請求権についての給付の訴であるから、債務者は本案判決を取り消しあるいは変更する判決の言渡しを待たねばならない。[3] しかし、仮執行も仮執行による結果の不当も、ともに係属中の訴訟の進行中に発生したものである。この点からすれば、費用と時間を要するこのような訴しか債務者に認めないことは、仮執行宣言が当事者の公平を図かる制度である点からみて妥当ではない。債務者が、仮執行の結果生じた不当な結果の原状回復あるいは損害賠償を求めることが、迅速かつ簡易になしえてこそ、債務者の救済は、債権者に与えられている即時執行という保護利益に対応するものとなる。[4]

一般に、本案判決の取り消しや変更は、その手続の中で予期しうるものである。そこで、その訴訟の進行中に、その訴訟に併合して債務者の救済がなされれば、債務者は無駄な時間と費用を要さずに、債権者から給付したものの返還及び損害の賠償を得られる。これは簡易かつ迅速という点ばかりでなく、訴訟経済の要求にも合う。けだし、債務者からのこの訴を本案判決を取り消しあるいは変更する訴訟手続内に併合すれば、訴訟資料の点でも多くの共通部分があるからである。[5] かくして、民訴法一九八条二項による申立は、右のような点を踏まえた規定であると理解される。この結果、仮執行により生じた不当な結果に対する債務者の救済方法には、民訴法一九八条二項の裁判を求める申立という簡易・迅速な方法と、別訴による方法とが並存的に認められているのであつて、そのいずれを利用するかは、債務者の選択にまかされていると考えるのが妥当である。

二、民訴法一九八条二項のこの申立は、判決の変更を予期し、これを条件としてなされるものである。[6] この条件は本案訴訟に対する審理手続中に明確となる性質のものである。この申立は、債務者が債権者に対して給付したものの返還あるいはそれによる損害の賠償を求めるものであつて、本来は、別訴によつて訴求すべきものであるが、仮執行宣言の制度目的から特に、法が本案の訴訟に併合してなされるようにしたものである。従つて、この申立は一種の訴の提起[7]と考えられている。

この申立の性質を反訴とする見解[8]があるが賛成できない。まず第一に、反訴であれば、本訴の取下げがあつても影響を受けないはずであるが、民訴法一九八条二項による申立は、債権者が訴の取下げをした場合には、原判決がないことになり、この申立の当否の判断もできなくなる。第二に、控訴審でこの申立をする場合、反訴であれば相手方の同意を要するが、この申立については、そのような同意は不要である。これらの点から、民訴法一九八条二項による申立の性質は、反訴と解すべきではない。この申立は、法規によつて認められた一種特別の申立であると考えるのが妥当である。ただ、この申立は反訴に類似しているため、申立の方式を反訴に準じてなす

ことは妨げられない。[9] この点について判例は、この申立を訴訟中の訴の提起とするが、[10] 反訴か否かについては、本判決においても明らかではない。

いずれにせよ、民訴法一九八条二項による申立では、この申立を理由あらしめる事実は陳述されねばならないし、裁判所は係属中の訴訟の口頭弁論に基づいて、変更する判決の主文において、債務者から給付されたものの返還あるいは賠償を命じなければならない。従つて、この申立は、現に事件が係属する事実審の最終口頭弁論終結前になされるのを本則とする。この点について判例及び学説とも異論はみられない。問題は、上告審においてもこの申立が許されるかである。

通説は、[11] 上告審が仮執行宣言付控訴判決を変更する場合に限つて上告人からの民訴法一九八条二項による申立を例外的に肯定する。その理由は、本判決がその判決理由中で述べている所と同じである。確かに、上告審は法律審であつて事実審ではないから、事実審理はしない建前を採つている。この建前を厳格に貫くかぎり、仮りに同条二項による申立を上告審で許すとしても、執行がなされて債務者がどれだけのものを給付したか、あるいは債務者がどの程度の損害を蒙つたかというような審理はできない。[12] このため上告審としては、この申立については控訴審への差戻しを余儀なくされることになる。これでは迅速かつ簡易に債務者の権利の救済を図かろうとした民訴法一九八条二項による申立の制度趣旨が、実質的に没却されてしまう結果となり妥当ではない。

上告審は、控訴裁判所の確定した事実にもとづいて、法適用の面から控訴裁判所の判断の当否を審理する。従つて上告審は仮執行宣言が付されていることの当否も、当然判断しているはずである。また、この申立の内容が、債務者の給付したものの返還請求であれば、それまでの訴訟の審理は共通であるから、特に詳細な証拠調べの必要のない場合も多いと思われる。これに対し、申立が損害賠償請求であれば、全く別個の権利保護請求であるから、審理の共通部分も少なく、従つて証拠調べの必要もかなり生じてくるであろう。このようにみてくると、上告審自ら事実を確定し、申立の許否を決しうる場合もわりあい存在するのではないかと思われる。そうであれば、上告審において民訴法一九八条二項による申立を許すかぎり、この申立についての上告審による自判の可能性を全く否定してしまうのは、妥当ではない。この点に関し最高裁も同様の立場を採つていると思われる。すなわち、最判第二小法廷判決昭和三四年二月二〇日民集一三巻二号二〇九頁は、本案部分を破棄差戻ししながらも、民訴法一九八条二項の申立については自判し、事実関係については当事者間に争いがないとして、仮執行宣言に基づいて給付された金員及び給付の翌日以降の法定利率による損害金の支払いを命じている。

結局、上告審において民訴法一九八条二項による申立が、その本来の機能を果たす場面は、上告審が事実調べを要さずに自判できる場合にしかすぎない。従つて、上告審においてこの申立を提出できることの意義は、この申立が軽率な仮執行を抑制する機能を営む[13]

という点を除けば、あまり大きいとはいえない。

三、本件は、上告審で本案が取り消しあるいは変更される場合ではない点で、被上告人のした民訴法一九八条二項による申立は、同条の文理に反するものである。本来ならば、被上告人は、仮執行宣言付の第一審判決を取り消した控訴審の口頭弁論において、この申立をなすべきであつた。そして、この控訴審判決の言渡しの時点から、上告人（債権者）の返還義務及び賠償義務は発生している。従つて、被上告人がその権利の救済を得ようと思えば、その時点以降いつでも、別訴でこれを請求し得た。仮りに被上告人に民訴法一九八条二項による申立を許したとしても、上告審がこの申立に関する事実調べの必要がないとして、この申立につき自判できる可能性は少なく、むしろ控訴審へ差戻す可能性の方が大きい。そうであれば、これは、もはや簡易・迅速な救済方法とはいえず、民訴法一九八条の趣旨にも合わない。むしろ、被上告人に別訴を提起させる方が、救済方法としては確実であつて優れている。民訴法一九八条二項による申立は、仮執行宣言付判決を変更する判決の言渡しと同時に、債務者の権利救済がなされる点に、最大のメリットがある。従つて本件の場合には、既にそのメリットは存在しないのであるから、被上告人からの申立を許すべきではない。以上の点から、本判決は支持されるものである。

（1）実務民事訴訟法講座三巻金子「仮執行」七六三頁。
（2）通説・判例、注解民事訴訟法（3）二八頁。
（3）細野・要義四巻一六四頁、金子・前掲七七七頁。
（4）金子・前掲七七六頁。
（5）平田・民商三一巻二号五六頁。
（6）細野・前掲一六一頁、注解民事訴訟法（3）二九〇頁、金子・前掲七七六頁。
（7）山田・改正民事訴訟法五三五頁、細野・前掲一六〇頁、平田・前掲五六頁。
（8）三ヶ月・民事訴訟法四九〇頁、平田・前掲、山田・改正民訴五三五頁。反対＝金子・前掲、中島・民事訴訟法八四八頁、注解民事訴訟法（3）二九〇頁、細野・前掲。
（9）細野・前掲一六二頁、注解民事訴訟法二九一頁。
（10）旧法のもとでは、最高裁民事局長回答昭和二七・四・三〇は、旧民事訴訟用印紙法二条により、印紙を貼付させていたが、現在は、「民事訴訟費用等に関する法律」三条一項、別表第一の六項但書により貼用されていないようである。この点に関し、細野・前掲一六三頁参照。
（11）松岡・新民事訴訟法注釈五巻二七五頁、兼子・条解民事訴訟法上五〇三頁、菊井＝村松・全訂民事訴訟法Ⅰ一〇九七頁、注解民事訴訟法二九〇頁。反対＝前野・民事訴訟法論六六六頁、細野・前掲一五四頁。
（12）平田・前掲五六頁、菊井＝村松・前掲一〇九七頁、注解民事訴訟法（3）二九〇頁。
（13）中島・民訴八四九頁。

片山克行