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一八五〕 不動産の所有権移転経過の認定について弁論主義違反の違法があるとされた事例 (最高裁昭和五五年二月七日第一小法廷判決)
Sub Title	
Author	伊東, 乾(Ito, Susumu) 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.4 (1981. 4) ,p.119- 123
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=AN00224504-19810415-0119

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.

ずである。

これに反して、この点についての事実認定の補足があつた上で、C、Xは手形保証人Y_2に対し害意取得者であるから、Y_2はC、Xに対し自己の抗弁を主張できるとの判断を下したのであれば、それは妥当であると言える。

黄清溪

〔最高裁民訴事例研究一八五〕

昭五五3（最高民集三四巻二号一二三頁）

不動産の所有権移転経過の認定について弁論主義違反の違法があるとされた事例

遺留分減殺請求事件（昭和五五年二月七日第一小法廷判決）――破棄差戻

原告ら（X・X′・X″）は第一審で請求が棄却されたのち控訴審で訴を交換的に変更したものであつて、事件名は、変更前の請求内容を表示する慣例であるため、当面の請求内容との関係では適切でないことに注意しておきたい。

変更後の訴は、原告らから目的土地の登記簿上の単独所有名義人Yに対し、各持分五分の一の所有権移転登記手続を求めるものであつて、目的土地は訴外Aから、Yの亡夫yが買得したものとしてAからyへの移転登記がせられていたため、yの死亡によつてその妻Y′が相続に基づき更にこれを取得したかのように登記せられ、従つて登記簿上はYの単独所有名義になつているが、実は目的土地をAから買得したのは訴外・亡甲であつて、当時税金対策上かりにy名義に登記しておいたものにすぎないから、甲の死亡によつて目的土地はXらを含む甲の五子が共同で相続したのであり、Yが単独にこれを所有しうる理由はない、というのである。甲には長男Y′（訴の変更前には被告の一人とされていた）・次男y（被告Yはその妻）・三男X・第四子X′・第五子X″の五人の子があつたこと、甲が昭和三四年、yが昭和三九年それぞれ死亡したこと、登記名義の移転経過が形式上は右の通りであること、および、AからyへのA所有権移転登記が昭和二八年のことであることは、当事者間に争がない。被告（被控訴人）Y側では、Ay間の売買は、実質的にも、真実、AからyへのA売却として行われたものであると、主張するのである。

控訴審は、目的土地のAからの売却が、甲の（あるいはその代理人と称する者の）関与のもとに、実際には昭和二三年頃行われたものであつて、昭和二八年までの間には長い登記未了の期間があつたことを認定したうえ、次のように言つた。事案の実相を察するために重要であるから、長くなるのを厭わずに引用を敢てしないわけにいかないであろう。

曰く、云々・云々・等の証拠を綜合すると、亡甲は戦前からカネ辰の商号をもつて死亡に至るまで材木商を営んでいたこと、右営業中営業地上には右材木商に供用される工場と機械器具があつたが、それらは昭和二

八年（本件土地の名義移転の五か月まえ）売買により甲からyが買受けた旨の公正証書が作成されていること、甲の次男たるyは昭和二三年頃から郷里を離れ某地方面に居住して時折帰省するのみで、その間格別資力を蓄えた事情も窺われず、実家に送金していた形跡も認められないから、本件目的土地買受の当時および目的土地の登記名義が同人に移転された当時の同人の年令や、目的土地の売買価格とも考え合わせ、yがその代価の全部もしくは相当部分を支弁したとは考え難いこと、しかしながら、甲の長男Y′は昭和二六年頃上京してそのご東京に住みつき、三男控訴人Xも昭和二九年初めごろ教員となつて実家を離れたのに対し、yは昭和二九年二月頃に至つて某地から父甲のもとに戻り、甲と同居して以後共同して材木商に従事し、その経営は父甲が主として建築材を、yが建具材を扱うなど、主体となつて、甲死亡後は専らyがその名義で材木商を営み、その間昭和三一年Yと結婚して身を固め、甲の死亡数年前からはyが実家のいわゆる跡取りとしての地歩を占めるに至り、不動産の固定資産税や家屋修繕費なども甲あるいはyがその材木商の営業収益から支払い、甲死亡後はyにおいてこれら殆どすべてを支弁していたこと、かくして、亡甲としては本件目的土地の買受け及び登記当時はともかくとして、遅くとも昭和三四年死亡直前の意思としては、本件目的土地を登記上のみならず実体的にもまたyの所有とすることを肯認していたと推量すべきことが、認められる。また、別件家屋にかかる別件訴訟の経過に鑑みれば、嘗てY′が甲からyへの目的土地の贈与を主張したことがあり、Xもまた目的土地がyの所有に属することを前提とするかのような証言をしていた事実もまた、認められる。「叙上の事実によつて考えるに本件土地は亡甲が昭和二三年頃買受けたものであるが、同人は当時はもとより昭和二八年……の登記当時においても登記簿上の買主たる二男yに真実所有権を帰属せしめる意思まで有していたとはにわかに断じがたいところ（この意味でyの登記は名目上のものに過ぎなかつた）その後yが帰り同居して材木商に協力し、家業を承継するようになつた頃から、その意思に変化を生じ前記登記上の名目を実質的にも権利関係の実体に副うものとして承認するようになり、この意思は甲が死亡するまでの間に本件土地の登記簿上の所有名義人をさらに移転させようとしなかつたところから遅くとも甲の死亡によつて確定したものというべく当時Xらも本件土地がyの所有に帰したことを承認して争いがなかつたとみるべきである。これを法律的にみるならば本件土地はその登記簿の表示とは別に、昭和二三年頃亡甲が買得して所有者となつたが、これを亡yが昭和三四年……甲の死因贈与によつて取得し、さらにYがこれを昭和三九年……相続取得したものと評価するとができる」、と（固有名詞は記号に改め日時表示の註一〇字を省略した）。Xらの請求を棄却。

Xらから上告したのが本件であつて、最高裁、曰く。「相続による特定財産の取得を主張する者は、(1)被相続人の右財産所有が争われているときは同人が生前その財産の所有権を取得した事実及び　(2)自己が被相続人の死亡により同人の遺産を相続した事実の二つを主張立証すれば足り、(1)の事実が肯認される以上、その後被相続人の死亡時まで同人につき右財産の所有権喪失の原因となるような事実はなかつたこと、及び被相続人の特段の処分行為により右財産が相続財産の範囲から逸出した事実もなかつたことまで主張立証する責任はなく、これら後者の事実は、いずれも右相続人による財産の承継取得を争う者において抗弁としてこれを主張立証すべきものである。これを本件についてみると、上告人ら〔Xら〕において、甲がAから本件土地を買い受けてその所有権を取得し甲の死亡により上告人ら〔Xら〕が甲の相続人としてこれを共同相続したと主張したのに対し、被上告人〔Y〕は、前記のとおり、右上告人ら〔Xら〕の所有権取得を争う理由としては、単に右土地を買い受けたのは

甲ではなくyであると主張するにとどまつているのであるから（このような主張は、甲の所有権取得の主張事実に対する積極否認にすぎない）、原審が証拠調の結果Aから本件土地を買い受けてその所有権を取得したのは甲であつてyではないと認定する以上、上告人ら〔Xら〕が甲の相続人としてその遺産を共同相続したことに争いのない本件においては、上告人ら〔Xら〕の請求は当然認容されてしかるべき筋合である。しかるに、原審は前記のとおり、被上告人〔Y〕が原審の口頭弁論において抗弁として主張しないyが甲から本件土地の死因贈与を受けたとの事実を認定し、したがつて、上告人ら〔Xら〕は右土地の所有権を相続によつて取得することができないとしてその請求を排斥しているのであつて、右は明らかに弁論主義に違反するものといわなければならない。大審院昭和一一年(オ)第九二三号同年一〇月六日判決・民集一五巻一七七一頁は、原告が家督相続により取得したと主張して不動産の所有権確認を求める訴において、被告が右不動産は自分の買い受けたものであつて未だかつて被相続人の所有に属したことはないと争つた場合に、裁判所が、証拠に基づいて右不動産が相続開始前に被相続人から被告に対して譲渡された事実を認定し、原告敗訴の判決をしたのは違法ではないと判示しているが、右判例は、変更すべきものである」、と（固有名詞は記号に改めた、また〔　〕内は筆者補足）。――全員一致、破棄差戻。

判旨は正当であり、判例の変更も相当である。既に本件については上杉晴一郎判事の評釈があり、同氏も判旨に賛成しておられる（判時九六九号附録判例評論二五九号一六六頁以下）。そこには筆者の旧稿の一部を批判しておられる註記もみられるが（同一六八頁下段）、当面関連がないのでこれには言及しない。

本件判旨によつて変更さるべきものとして標的に挙げられた先例は、昭和一一年一〇月六日大判だが、判時九六〇号四一頁の匿名氏解説も言うとおり、「現在の学説で右大判の見解に賛成するものはないと思われる」。兼子判批（判例民事訴訟法七一事件）・山木戸解説（続民訴判例百選四九事件）・片山解説（基本判例双書一〇六事件）、参照。その後にも、筆法必ずしも同一でなくその間の調和が問われるべき案件として、昭和一二年一一月六日大判（判決全集四輯二二号二二頁）・昭和二五年一一月一〇日最判（民集四巻一一号五五一頁）・昭和四一年四月一二日最判（民集二〇巻四号五四八頁）その他の諸件があり、榎本元調査官は、右一一年判決以降の「大審院の見解は動揺し」ていたし、「最高裁のそれも必ずしも明確ではなかつた」と解説しておられる（ジュリ七一七号六九頁）。そうであるとすればここでハッキリと先例の変更を謳い、判例と学説とを同軌に乗せることは、充分に意味のあることであろう。

もちろん、判旨が正当なのは、本件で控訴審判決の斟酌したXy間の死因贈与という事実が、実際に「弁論」に顕出されなかつた事実であることを前提とする。Y側でその存在を主張しようがXら側でその不存在を主張しようが、主張のある以上はY側の抗弁事実は抗弁事実として「弁論」に顕出されているのである（判旨が「……を争う者において抗弁としてこれを主張立証すべきものである」と言つているのも、その意味でなければならない）。とすると、控訴審で訴の変更が行われた本件の場合には、変更前の請求との関係で、全く疑がないわけではない。Xらは第一審で甲からyへの贈与を遺留分減殺の意思表示の前提として主張しているし（判例集一三一頁）、

訴の変更の場合に旧請求のための訴訟資料の新請求への流用が許されず、新請求のための訴訟資料はあらためて総てそのために新規蒔直しに蒐集せられなければならないものとすれば、訴の変更の制度は殆どその意味を失うからである。事によると、控訴審の意識のなかには、第一審における贈与の主張がカゲを落していたのではあるまいか。だが、第一審で主張された贈与は甲Y′間の別の土地にかかわる贈与であつて甲y間の本件土地の贈与ではない。甲y間の贈与はY側によつて全く問題とされておらずそのために寧ろXらの減殺請求がその前提を失つてしまつた関係にあるので、Y′（第一審ではこれも被告であつた）に対する関係を外し、請求内容からも減殺請求という色彩を払拭した訴の変更によつて、それと同時に右贈与の主張は事実主張として撤回せられたものと見なければならない。即ち、本件判旨は、訴の変更があつたという経過を勘定に入れても、正しい判旨と言えるのである。

それよりも何よりも、本件にあつて興味をひくのは、その言わゆる死因贈与が、決して一つの具体的な事実として存在した形跡がないという点である。原審はいつ何処で誰がどんな風に合意したかを何処にも言つていない。何時から何時までの間のいずれかの時点において一つの合意がどんな風にしてか行われたとの推定ができると、そんな風に読むことも難しいであろう。一緒に家業にいそしんだ親子の間でことさらに、且つまた他の相続人の目もあるその中で、本当に合意が行われたとは想像しがたい所であるのみならず、原審の判文自体「死因贈与によつて取得し……たものと評価することができる」という言い方をしているのである（傍点筆者）。その趣旨とするところは、しかじか斯く斯くの家庭状況の推移が、結局、その時においていずれの時点においてか一つの合意が行われたかのように扱われることを適当とする性質を具えたものだ、というに他あまい。たとえて言えば、それは、家業の継承者という法律要件に、所有権の取得という法律効果を帰属せしめているのである。しかも、所有権の帰属は、或る一定の時点において突然にではなく、ゼロ、五〇パーセント、八〇パーセント、一〇〇パーセントと、漸々に生じるとされている。そんな法律関係はないと言うこと勿れ。そんな法律関係がないのは、拘泥した技術の平面でのことで、本質的＝実質的な話ではない。家業の継承者であるという主要事実と、ノレンを維持するのに不可欠な不動産だという主要事実とが結合して、その者への単独所有権が帰属するとの効果を生じるという構造は、当否は別として、成立は可能な構造であるし、継承者というに値する継承者かどうかは、漸増漸減して、一瞬には決まらない。いま仮にそうした法律要件を仮定してみれば、贈与や死因贈与の必要な場合と、その必要でない場合とが更に分かれよう。後の場合に死因贈与が認定・依拠せられれば、これは、勿論、通説のいわゆる間接事実にすぎないが、前の場合でも、仮定せられた要件が右のごとくである以上は、死因贈与は、通説のいわゆる主要事実ではないし、主要事実の構成要素でもない。そうして、本件では、仮定の右要件は、たしかに「弁論」において主張されている。

そうすると、原審の死因贈与の認定は、証拠調の結果から間接事

実としてこれを採つたにすぎず、弁論主義に違反しないのではないか。少くとも弁論主義の適用を主要事実に限るかぎり、こうした解決も可能にならなければならない。解決のこの可能性を追うことは相当であるか。否。たとえ一定具体的な事実としての死因贈与があつたとしたところで、仮定せられた新たな法規範のもとでは、甲からyへの所有権の移転が認められてよいかどうかは、それだけでは決まることがない。瞬間的平板な死因贈与による所有権の移転と、死因贈与が強化する漸増的な所有権の移転と、死因贈与があつてさえも、あるいは却つて死因贈与があつたればこそ、瞬間的平板な移転をも含めたすべての移転が否定されなければならない漸減的な所有権の消滅とは、それぞれに全く異なる事実である。案件が後二者のいずれであるかはまさに紛争の核心であり、そのいずれであるかについて言わゆる間接事実にすぎないことになる筈の死因贈与が決定的な役割を果たすのである。核心を決定する事実が「弁論」における事実主張を要しないならば（それが不意打になるからではない、それが「紛争」の核心そのものに他ならないからであるが）、弁論主義はそもそも一切の意味を失うであろう。判旨がついに一言も「主要事実」という表現に触れなかつたことに、筆者は望外の幸せを感じる。弁論主義は、決して、言わゆる主要事実に限つて適用のある原則ではないのである（伊東「弁論主義」九六頁以下参照）。繰り返して言えば、判旨が正しくも死因贈与の斟酌を弁論主義違反としたのは、その死因贈与がたまたま本件で通説の言わゆる主要事実に該当するがためではない。

と言うような如上の道理は、話を法律的構成という形に作りかえてみても、変わるところがない。原審の判文が「これを法律的にみるならば……死因贈与……と評価することができる」（傍点筆者）と記述する部分は、事実からは区別されたその法的評価を指すもののように読めないではない。そうして、通説上は、事実の法的評価は裁判所に専属し、弁論主義とは関わりのない問題とされている。そうすると、本件でも、yが甲からカネを借りてAから土地を買つた事実が主張されている以上は、この「事実」を「死因贈与」と「法的に評価」することは、決して弁論主義に違反しない、と論じることも、また可能でなければならない。この途をいくことは相当であるか。否。そのように評価できるカネの貸与であつたのかなかつたのかこそがたとえ〝法的〟な問題であつたにもせよ、前段に仮定せられた法規範のもとではまさに紛争の核心をなす〝生活〟問題なのである。事実だ、法だ、という機械的な区分を楯にとつて、当事者から重要な〝生活〟利益の主張の機会が奪われるようであれば、弁論主義は多くの意味を失うことであろう。判旨が、原審を助けようとするあまり〝単なる法的評価〟の問題だと言つて逃げなかつたことにも、筆者は大きな幸せを感じる。弁論主義は、決して、法的評価以前のナマの具体的生活事実についてのみ成立する建前ではないのである（伊東「弁論主義」七一頁以下参照）。繰り返して言えば、判旨が正しくも死因贈与という評価の加味を弁論主義違反としたのは、それが評価という名の（主張せらるべかりし）具体的生活事実に該当するがためではない。

昭和五六年一月　**伊東　乾**