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二三五〕 一 控訴審の取消差戻判決に対する上告の許否 二 行政処分と認められない文書送達の一事例 三 請求の変更と出訴期間 (最高裁昭和二六年一〇月一六日第三小法廷判決) 仮処分により保全すべき請求と本案訴訟の請求とがその基礎において同一性のある一事例 (最高裁昭和二六年一〇月一八日第一小法廷判決)
Sub Title	
Author	大内, 義三(Ouchi, Yoshizo) 河村, 好彦(Kawamura, Yoshihiko) 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	1985
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.58, No.9 (1985. 9) ,p.111- 119
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=AN00224504-19850928-0111

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 二三五〕

昭二六12（最高民集五巻一一号五八三頁）

一　控訴審の取消差戻判決に対する上告の許否

二　行政処分と認められない文書送達の一事例

三　請求の変更と出訴期間

行政処分取消請求事件（昭二六・一〇・一六第三小法廷判決）

兵庫県美嚢郡別所村農地委員会が、昭和二三年一〇月一九日本件土地をX所有の農地と認定した上その買収計画を定め、翌二〇日公告したので、Xは同月二五日同委員会に異議の申立てをなした。しかし、同年一一月六日異議申立てが却下された。そこでXは、これを不服として、同月一三日さらにY（兵庫県農地委員会）に訴願したところ、Yは同年一二月二日訴願を棄却し、その裁決書は同二四年一月二九日Xに送達された。

ところでXは、これよりさきの同二三年一二月一七日に、右の訴願棄却の裁決に対してYに再審議の陳情をしたが、Yは再審議陳情の件と題し「昭和二三年一一月二九日附兵庫県農委裁第四八六別裁定書についてXより再審議の陳情ありたるも、その理由認め難く前決定のとおり買収すべきものとするも、Xが昭和二二年二月原野として前所有者Aより収得せる所有権は農地調整法に違反せるものなるを以てその所有権移転登記を抹消し前所有者より買収すべきものとする」と記載した文書を、同二四年二月九日Xに送達した。

そこでXは、同二四年二月二八日に右再審議陳情に対する決定の取消を求めて訴えを提起した。そしてさらに、同二四年七月一四日第一審裁判所に「訴え変更の申立書」を提出して、訴願裁決および買収計画の取消を求めた。

第一審（神戸地方裁判所）は、第一次の訴えについては棄却し、第二次の訴えについては却下した。

第二審（大阪高等裁判所）は、再審議陳情に対してなされた決定は、同決定をなすに至った手続は違法ではあるが、それ自体勧誘、注意、好意的仲裁の如き単純な事実的行為と同視すべきではなく、Yのなした意思表示すなわち行政処分と認むべきであり、同決定の限度において本件買収計画は一部変更されたものであるとした。また本訴が法定期間内に提起されたか否かについては、買収計画に不服ある者は、買収計画の取消を求むると、あるいは訴願棄却の裁決の取消を求むると、あるいは再審議陳情に対する決定の取消を求むると、いずれの方法によってもその権利の保護を求めうべく、しかも右いずれの訴えも買収計画の違法を理由とする限り、結局実質的には国を相手方として買収計画の取消を求めることを目的とする同一の事件であって、単に形式上の相手方の表示および請求の趣旨の表示を異にするだけであって、一の訴えを他の訴えに変更することは形式

的なものに過ぎないから、最初に提起せられた訴えが出訴期間内に提起せられた以上、出訴期間経過後他の訴えに変更せられても依然適法な訴えとして係属するものと解し、第一審判決を取消し、神戸地方裁判所に差戻した。

この控訴審の取消差戻判決に対してYが上告したのが本件である。Yは上告理由として、次の三点をあげた。すなわち、(1)上告審における差戻判決は、その審級を完結し離脱させる点において終局判決と看るべきである。(2)原審判決は、単なる通知書を以て行政処分なりと判断している違法がある。(3)訴えの変更は違法である。

最高裁は次のように判示した。

破棄自判。

「Xは本件上告を不適法であると主張し、上告却下の判決を求めるのでまず本件上告の適否について按ずるに、原判決はXの控訴により第一審判決を取り消し、本件を第一審裁判所に差戻したのである。大審院の判決が、原判決のように第一審判決を取り消し差戻した第二審判決を中間判決と解し、これに対し直ちに上告することはできないものとしていたことはX所論のとおりであるけれども、本件の場合、原判決によって本件は原審級を離脱するのであるから、原判決はこれを終局判決と解するを相当とし、従って、これに対し民事訴訟法第三九三条によって当裁判所に直ちに上告することができるものと解するを相当とする。」（以下省略）。

判旨に賛成する。

一　本件は、X所有の農地をめぐって、Y（県農地委員会）との間に生じた行政処分、およびこれに対する訴訟に関連して生じたものである。上告理由や判示事項で明らかなように、次の三つの点が争われた。すなわち、(1)控訴審の破棄差戻判決に対して上告することができるか否か、(2)YがXに文書を送達した行為は行政処分か否か、(3)Xは七月一四日に訴えを変更しているが、この新たな訴えが出訴期間内（一ヶ月以内、自作農創設特別措置法四七条の二）に提起せられたか否か、また、この出訴期間の遵守の基準は前訴提起のときか、あるいは新訴提起のときか、である。

ところで、問題となった農地に関する法律や行政法がその後改正されており、また本研究が、主に民事訴訟法に関する判例批評を中心にしていることを考えて、第一の問題点について論じることにする。(1)

二　控訴審の差戻判決に対して直ちに上告ができるか否かについて旧法時代以来争われていたが、本判決は大審院の判例を変更し、差戻判決は終局判決であり、これに対して直ちに上告できるとした重要な判例である。(2)

上告ができるのは終局判決に対してである（三九三条一項）。控訴審の差戻判決に対して直ちに上告ができるか否かの問題は、差戻判決をいかなる性質のものととらえるか、すなわち、中間判決か終局判決かということよりも、むしろ終局判決とは、それが確定すれば訴訟が全体として終了するものに限られるのか、あるいは単に事件をその審級から離脱させるものであればよいのかに係っている。

従来判例は、旧法のもとでも、(3)また現行法のもとでも、(4)差戻

判決を以て中間判決と解し、これに対しては独立に上告できないとしていた。(5)

確かに昭和五年の判決（注4参照）が指摘しているように、同一事件について再び控訴審として審判する可能性がないわけではない。しかし、上告を認めることによって、差戻そのものの妥当性を判断する機会が与えられる。また、中間判決説によれば、第一審手続の中間に控訴審の手続および判決が存すると考えるか、あるいは差戻後の手続は第二審手続の続行と解するかの何れかの奇なる結果を承認しなければならなくなる。(6) したがって、差戻判決は第一審判決を破棄し、事件をその審級から離脱させるものではあるが、これを終局判決と解し、これに対して直ちに上告を認めるべきである。(7)

(1) 本件の判例批評として、高根義三郎・法学新報五九巻八号一九頁、保津寛・神戸法学雑誌二巻三号五九七頁、村松俊夫・法学新報六〇巻五号三三頁、高橋貞三・民商法三三巻二号一二六頁、安達三季生・判例民事法昭和二六年度二〇四頁、桜田勝義・民事訴訟法判例百選一九〇頁、大須賀虔・石川明編基本判例双書民事訴訟法三四六頁がある。

(2) 最高裁判所が判例を変更する場合は大法廷で行うことになる（裁判所法一〇条三号）。しかし、本判決は小法廷でなされており、手続上の誤ちを犯している。なお本判決後同旨の判例として、最判昭和二七年九月二六日民集六巻八号七三三頁がある。

(3) 「本件ノ原院判決ハ第一審ニ於テ訴訟手続ニ付テノ規定ニ違背シタル所アリトシ民事訴訟法第四二三条ノ規定ニ依リ第一審判決ヲ廃棄シ更ニ弁論及ヒ判決ヲ為サシムル為メ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スコトヲ言渡シタルモノニ係ル然レハ未タ事件ヲ終局スル判決ニアラス則チ中間判決ナリ凡ソ上告ハ同法第四三二条ノ規定ニ依リ終局判決ニ対シ之ヲ為スヲ本則トス其他例外トシテ中間判決ノ性質ヲ有スル裁判ニテモ終局判決ト看做スヘキコトヲ明定シタル場合ニ於テハ上告ヲ為スコトヲ得ヘキモ右第四二三条ノ規定ニ於ケル判決ニ付テハ斯ル明文ナキヲ以テ若シ之ニ対シ不服ナレハ同法第四三三条ノ規定ニ依リ終局判決ト共ニ上告ヲ為シ上告審ノ判断ヲ受クルハ格別ナレトモ独立ノ上告トシテ之ヲ提起スルコトヲ得サルモノトス」（大判明治二八年一〇月一八日民録一輯七七頁）。

妨訴抗弁を棄却する判決（旧民訴法二〇七条二項）および原因判決（旧民訴法二二八条二項）については、中間判決であっても上訴に関して終局判決とみなす旨の規定があったため、例外的に上告が認められていた。

(4) 「本件上告ノ適法ナルヤ否ヤヲ按スルニ控訴審ニ於テ差戻ノ判決ヲ為シタルトキハ事件ハ其ノ審級ノ係属ヲ離脱スルモ更ニ本案ニ付キ第一審ノ判決ヲ受ケ其ノ判決ニ不服アル場合ニハ再ヒ控訴スルコトヲ得ヘキカ故ニソノ事件ヨリ見レハ未ダ終局セサルモノニシテ中間判決タルヲ失ハス従テ之ニ対シ独立シテ上訴ヲ為スコトヲ得サルモノトス此事タルヤ従来当院ノ判例トスル所ニシテ改正民事訴訟法ノ下ニ於テモ此見解ヲ変更スルノ要ナシ」（大判昭和五年一〇月四日民集九巻九四三頁）。

(5) 小室教授は、大審院の見解は、取消（または破棄）後の手続と原審の初めの手続とが一体であるとするかつてドイツで行われた古い観念を背景とし、同一事件の手続が二途に別れることを避けようとする実践的意図に出たものと解されている。小室直人「上訴要件に関する判例総合」民事訴訟雑誌一〇号一九五頁。

中間判決と解するものとして、中島弘道・日本民事訴訟法一六四三頁。

(6) 兼子一・判例民事訴訟法四三八頁。

(7) 通説である。前掲各判例批評、兼子前掲書のほか、三ケ月章・民事訴訟法（全集）二九四頁、新堂幸司・民事訴訟法（第二版）三八五頁。

大内 義三

昭二六13（最高民集五巻一一号六〇〇頁）

仮処分により保全すべき請求と本案訴訟の請求とがその基礎において同一性のある一事例

仮処分異議事件（昭和二六年一〇月一八日第一小法廷判決）

X（債権者・仮処分申請人・被控訴人・被上告人）は昭和二二年一二月六日、Y_1及びY_2（債務者・異議申立人・控訴人・上告人）に対して本件不動産等の処分禁止の仮処分を申請した。この仮処分の申請理由の概要は以下の通りである。すなわち、Xは昭和二二年一月二〇日、Y_1から同人所有の不動産をその付属物件と共に代金一四万三〇〇〇円で買い受ける旨の契約を締結し、即日内金として七万円を支払った。約束では所有権移転登記手続は同年三月三〇日までに完了し、Xが残代金を支払うと同時にY_1は本件不動産等をXに引き渡すことになっていた。ところがY_1は期日を経過してもこれを履行しなかった。そこでXは同年一〇月二五日、Y_1に対し本件不動産等の所有権移転登記手続並びに引渡請求の訴えを提起した（昭和二二年（ワ）一六五号事件。以下これをI事件と称する）。しかるにY_1はその第一回口頭弁論期日の指定を受けた後の同年一一月一三日、その養子で同人の女婿であるY_2と通謀して、贈与名義を仮装して本件不動産の移転登記をした。そこでXはさらにY_2に対して右所有権移転登記の抹消登記手続請求の訴えを提起する準備中であるが、Y等は今後も本案判決の執行を妨害する目的で本件不動産等を他に処分する虞れがあるので、執行保全のため、本件不動産等の処分禁止の仮処分を得る必要がある、というものであった。

裁判所はこのXの主張を認めて、仮処分決定を下した。

これに対しY等は昭和二三年（モ）第一六号事件（以下これをII事件と称する）において異議を、また、昭和二三年（ワ）一二五号事件（以下これをIII事件と称する）において起訴期間徒過による取消しを申し立てた。すなわち、Y等はまずII事件において、Y_1は昭和二二年一一月一三日本件不動産等をY_2に贈与したことによってその所有権を失い、既に登記名義も有しないから、XはY_1に対して本件不動産等の所有権移転登記請求権及び引渡請求権を有しないこと、また、贈与は真実なされたもので右所有権移転行為は有効であるからXはY_2に対しても所有権移転登記抹消請求権を有しないことを主張して本件仮処分の取消しを求めた。また、Y等はIII事件について、以下のように主張した。すなわち、Xは本件仮処分命令申請書において、Y_1に対しては本件不動産等を買い受けたものとして所有権移転登記を求める請求権があること、またY_2に対しては贈与が虚偽表示であるとし、所有権移転登記の抹消請求権があることを理由として、両者を保全するために右仮処分を申請している。しかしながらXは、Y等の申立てに基づいて裁判所の発した起訴命令に対しては、本案訴訟としてY_2を被告とする詐害行為取消訴訟を提起している（昭和二三年（ワ）二二一号事件。以下これをIV事件と称する）。このIV事件を前提とする限り、XはY_1に対し移転登記請求権を有しないから、I事件はY_1に対する関係で本件仮処分の本案訴訟といえな

くなる。また、Y_2に対する関係でもⅣ事件で主張された請求と仮処分の申請にあたって保全しようとした請求権とは異なることになるから、右訴えは本件仮処分に対する本案訴訟といえない。以上よりXは起訴命令の期間内に、これに対応する本案訴訟を提起したものとはいえない、というものであった。

第一審は両申立てを併合審理したうえ、Ⅱ事件については仮処分決定を認可し、Ⅲ事件については却下した。

これに対してY等が控訴。控訴審においてY等は、Y_1に対する本案であるⅠ事件について、昭和二四年一一月一四日、移転登記請求を棄却し、予備的請求として追加主張されていた三四万余円の損害賠償請求を認めた判決が下されたことを理由として新たに特別事情による取消しの主張を追加した。一方Xは、前記Ⅳ事件に関して、請求原因として通謀虚偽表示及び権利濫用による無効の主張を追加した。原審は、まずY等の異議申立てについて判断し、仮処分当時登記簿上の所有名義がY_2に移転していたからといって、Y_1のY_2に対する譲渡が虚偽表示により無効であること、また、Y_1が移転登記後も依然として本件不動産に居住し、その建物及び敷地を占有している以上、XのY$_1$に対する引渡請求権は本件仮処分によって保全すべきものとして存在しており、Ⅰ事件はY_1に対する本件仮処分の本案訴訟たる適格を備えていることから、本案訴訟は仮処分決定前に既に係属しているとした。

なお事情変更による取消しの主張については、控訴審提起前には、主たる請求を棄却し、予備的請求である損害賠償請求を認めた判決が上訴審で取り消されるおそれがないとは速断できない以上、民事訴訟法七四七条にいう事情変更にはあたらないとしてこれを排斥した。

また、起訴期間徒過による取消しの申立てについては、「仮処分の申請における請求と本案の訴における請求とは必ずしも全面的に同一であることを要するものではなく、両者の間に請求の同一性が失なわれなければ事足りるものと解する」としたうえで、本件起訴命令により提起されたⅣ事件の請求と本件仮処分申請における本件不動産等の引渡請求及び虚偽表示を原因とするY_2に対する抹消登記請求は請求の基礎が同一であるから、Ⅳ事件はY_2関係の本件仮処分に対する本案訴訟と認められるとして、この取消しの申立てを却下した。

これに対しY等は虚偽表示と詐害行為はその本質を異にするとして上告。

最高裁は「原判決の確定したところによれば、XのY_2に対する本件仮処分申請における請求は、所有権に基き本件土地建物の引渡を求めると共に虚偽表示を原因とするY_2のための所有権移転登記の抹消登記手続を求めるものであり、本件起訴命令に基いてY_2に対しXの提起した詐害行為取消の訴における請求は右譲渡行為を詐害行為として取消し同様抹消登記手続を求めるものであるというのである。されば両者の間に請求の基礎において同一性があるとした原判決の判断は是認するに足りるから、本論旨も採用し難い。」とし、Y等の上告を棄却した（全員一致）。

判旨反対

一　保全処分命令が発せられたが、本案が未係属の場合には、保全処分命令を発した裁判所は債務者の申立てによって、債権者に対し相当期間内に本案訴訟を提起すべきことを命じる（七

四六条一項、七五六条）。この期間内に本案の訴訟が提起されない場合には、裁判所は債務者の申立てにより終局判決で保全命令を取消すことになる（七四六条二項、七五六条）。ところが、適格ある本案訴訟の提起といいうるために、提起すべき本案訴訟の訴訟物と保全処分における被保全権利とが厳密に一致しなければならないのかどうかということは条文上必ずしも明らかであるとはいえない。本判決は、上告人の、本案訴訟の訴訟物と仮処分の被保全権利が請求の基礎を異にするとの主張に対して、同一性ありと判断している。これは、従来の判例が本案訴訟の訴訟物と仮処分の被保全権利とは、その請求の基礎が同一であればよいとしていたのを踏襲したものと考えられる。(1)

二　起訴命令に対する本案訴訟の適格性に関する従来の判例のうちのほとんどは、被保全権利と訴訟物たる権利または法律関係とは厳密に同一である必要はなく、両者は請求の基礎を同一にすれば足りるとしている。(2) 最近でも最判昭和五九年九月二〇日は、(3) この趣旨を前提とするものと解されている。但し、それらのうちの多くのものは結論のみを示すにとどまっており、その根拠を示しているものは少ない。根拠を示している判決例としては、例えば東京地判大正二年六月二十七日は、(4) 所有権に基づく隣地の便所用建物の工事禁止の仮処分申請後、同一所有権に基づき厠坑取毀の訴えが提起された場合において、「既ニ申立人ノ厠坑ヲ穿チタルコトカ被申立人ノ所有権ヲ侵害シタルモノトシ被申立人ニ於テ之カ取毀ヲ訴求セル以上之ト同一ノ原因ニ基ク該厠坑ト同一視スヘキ便所用建物ノ取毀ノ請求モ訴ノ拡張ノ方法ニヨリ之ヲ為シ得ヘキ」としたうえで、それらは「其所有権侵害排除ノ方法トシテ右取毀ヲ求ムルモノナルヲ以テ其申請シタル仮処分ニ依リテ保全セントシタル請求ニ関スル本案ノ訴訟ナルコト言ヲ俟タス」とする。

また、東京地判昭和二十五年八月二五日は、(5)「仮処分には必ず本案の存在が予定されると共に、当該仮処分の対象たる被保全権利と本案訴訟の訴訟物たる権利と同一性が要請されることはいうまでもないが、右仮処分申請における請求（被保全権利）と本案訴訟における請求（訴訟物たる権利）とは必ずしも全然同一である必要はなく、その請求原因は多少異っていても、いやしくも請求の基礎にして同一性を失わず、従ってまた本案訴訟が、或いは仮処分（申請又は異議）訴訟の口頭弁論終結までに、その請求原因を変更して、本案訴訟における請求と仮処分申請における請求とを、結局一致せしめる余地の存する限り、右本案訴訟を当該仮処分の本案と目するに敢て支障はないものと解する。」とする。

さらに東高地判昭和四六年三月一九日は、(6)「保全命令の申請自体がそもそも緊急を要する性質のものであり、しかも本案訴訟の提起に先立って保全処分を申請する場合には、紛争の実体がいまだ不明確で混沌とした状態にあって、その中から適確に請求原因を拾い出し、正しく被保全権利を構成することは期待すべくあまりに困難であることが少なくない。……（中略）……

手形債権を被保全権利とする仮差押命令について、その原因関係債権の履行を請求する訴を提起し、あるいは占有回収請求権を被保全権利とする仮処分命令について、所有物返還請求権を訴訟物とする訴を提起する例などに関するかぎり」本案訴訟としての適格を認めてよいとする。

三　これに対して、学説は分かれている。

まず、このような判例の傾向に賛成して、当該本案訴訟が、仮処分申請における請求と請求の基礎を同一にする限り、その本案訴訟に適格を認めてよいとする見解がある（以下この見解を請求基礎説と称する）。

例えば吉川博士は、「当該保全処分の対象たる被保全権利と本案訴訟の訴訟物との同一性が要請せられねばならぬ」とされながらも、この同一性をあまりにも厳格に解するときは訴訟経済に反し、債権者に酷であるし、また、これをあまりにも緩和するときには債務者の保護に欠けるとされ、両者の調和をはかる必要から二三二条の法理を基準とし、本案によって追求せんとする利益と当該保全処分により保全せられるべき利益との間に同一性が認められれば、当該保全処分に対する適法な本案訴訟といってよいとされる。なぜなら、「元来同条は訴訟経済と被告の保護との調和を計るが為に、訴訟技術上、前訴と後訴との同一性の限界を『請求ノ基礎』に変更ありや否やによって決定せんとしたのであって、この趣旨は保全処分における被保全権利と本案訴訟の訴訟物との同一性の限界を定める上においても十分参酌せられて然るべきである」からであり、(7)「請求の基礎さえ同一ならば、本案訴訟においては固よりのこと、仮処分申請手続（異議訴訟手続又は控訴手続）においても相互に訴訟物たる権利又は被保全権利を一致さすことは可能」である以上、このように解しても仮処分の附随性には反しないとされる。(8) また、柳川判事も、「何分保全命令の申請は緊急を要するし、また起訴命令に基く訴の提起も、期間上の制約を受け、十分に請求原因の構成……（中略）……を練る暇がない場合が多いので、本案と保全処分との関係についてあまり厳格性を要求されると、仮定的に債権者を保護せんとする保全制度の趣旨が滅却されるおそれがあるので（かような取扱いにしても、それによって特に債務者が直接不利の立場におかれることはないであろう）、私は判例の見解に従いたいと思うのである。」とされる。(9)

これに対して、判例の傾向に反対して、当該本案訴訟の訴訟物は、仮処分申請における請求と厳密に一致しなければ適格を有しないとする見解がある（以下この見解を請求同一説と称する）。

例えば兼子博士は、「起訴命令によって仮処分債権者に本案訴訟の提起を強要するのは、仮処分の審理に際して疎明によって認定されるに過ぎない請求（被保全権利）をば、正式に確定する手続を債権者に採らせる趣旨であるから、前と同一請求についてでなければ意味を成さないはずである。請求の基礎や権利者の所期する実質的な目的が同一でありさえすれば構わないとすれば、仮処分の際には何等認定を経ていない請求のために、

仮処分命令を流用し維持することを認めることに帰して不当である。」とされる。[10] また、菊井教授は「かかる場合、債権者は果たして勝訴の確定判決に基いて本執行に移り仮処分の効果を享受しうるか……（中略）……同一性の判断を執行機関に任せてよいか、又債権者敗訴の確定判決により債務者は果たして第七四七条による仮処分の取消を求めうるかについて疑問を残すし……（中略）……さらに如上の異なる請求が数個各訴訟に係属するとき、いずれを本案と見るかについても明確な標準を欠くなどの諸点を併せて考慮すると、消極説に与みせざるを得ない。」とされる。[11] また、三ケ月博士も、請求の基礎という概念は訴え変更の基準にすぎず、「請求の基礎が同一であるということから、何等かの実体的意義を導き出すことは許されない。」とされる。[12]

四　起訴命令に対する適法な訴えとはどのようなものであるかということを確定するためには、まず、法が起訴命令という制度を設けている趣旨を明らかにしなければならない。そこでまずこの点について検討すると、保全処分が発せられた場合でも、債権者は本案訴訟を提起する義務を負わないため、債権者によって本案訴訟が提起されない場合が生じる。これを放置しておくときには、疎明によって認められたにすぎない被保全権利を前提とした暫定的・仮定的な状態に債務者が不当に長期間拘束されることになってしまい、経済的にも精神的にも非常な不利益を蒙ることになる。また、本案訴訟が提起されないと、債権者が、本案の終局判決で否定されるかもしれない権利を被保全権利とした仮処分によって債務者を拘束する結果となるため、債権者によって保全処分制度が濫用されることにもなりかねない。このため、債務者の申立てによって債権者に本案訴訟の提起を命じる必要が生じる。他方、債権者は終局判決によって自己の主張する権利または法律関係を認められるのが本筋であるから、裁判所がこのような命令を発したとしても債権者に何ら不利益は生じない。そこで法は七四六条で債務者の申立てによる本案の起訴命令という制度を設けたのである。七四六条の趣旨をこのようにとらえると、そこで提起を命じられる本案訴訟の訴訟物は、仮処分における被保全権利を確定するものでなければならず、したがって仮処分における被保全権利と厳密に同一であってはじめて適格を有すると解すべきである。本案訴訟の訴訟物が仮処分における被保全権利と請求の基礎を同じくする場合であっても、両者が厳密に同一でない場合には、仮処分における被保全権利そのものは本案訴訟の終局判決によっては確定しないから、これを起訴命令に対応する適法な訴えとみることはできないと解する。請求基礎説の論者は、これでは訴訟経済に反するし、債権者に酷であるとするが、疑問である。けだし、仮処分の請求についても請求の併合は可能であるから、債権者としては、将来このような状態が生じるおそれがあると考える場合には、当初から請求を併合しておけばよい。また、債務者が仮処分決定に対して異議を申し立てた場合には、債権者は民事訴訟法二三二条の類推によって仮処分の請求を変更し

てその維持をはかることができるし、債務者が異議を申し立てない場合にも、債権者は仮処分の決定後でも追加申請をして請求を変更して、仮処分決定の事実及び理由の更正決定を求め、これによって新請求のために仮処分の維持をはかることもできると考えられるからである。[13] このように解することが仮に債権者に多少の負担を負わせることになるとしても、債権者は仮処分を一応得て債務者よりも優利な立場に立っているのであるから、この優利な状態を維持するための当然の負担であるということができるであろう。

以上の理由から、私見としては請求同一説を支持したい。

なお、基本的には請求同一説によりつつ、訴訟物を動態的に把握する立場から、本案訴訟の訴訟物は保全処分における被保全権利と法理念的に等質であれば足りるとされる見解がある。[14] 訴訟物の動態的把握の是非及び「法理念的」等質性ということの意味についての検討は留保したいが、基本的には請求同一説によられる点で正当な見解といえようか。

本件については、吉川大二郎氏（後掲注1）、大場茂行氏（判例タイムズ一六号四〇頁）、菊井維大氏＝佐藤庸氏（後掲注11）の評釈がある。

(1) 同旨、吉川大二郎『判例保全処分』五二〇―五二一頁（「本件判批」民商法雑誌三三巻二号初出）。

(2) 主なものとしては、大判昭和一〇年三月六日法学新報四巻一一九一頁、東京高判昭和二四年一〇月二〇日高民集二巻二号二一六頁、大阪地判昭和三〇年二月二八日下級民集六巻二号三八〇頁、前橋地判昭和三三年五月一七日下級民集九巻五号八四〇頁、大阪地判昭和三九年四月四日労働民例集一五巻二号二二五頁、大阪高判昭和四〇年五月二四日労働民例集一六巻三号三八七頁等が挙げられる。

(3) 判例時報一一三四号八一頁。

(4) 法律新聞八八四号二二頁。

(5) 下級民集一巻八号一三三八頁。

(6) 判例時報六三八号八六頁。

(7) 吉川大二郎「保全処分の取消と起訴命令」（『保全処分の研究』所収）三一二―三一四頁。

(8) 吉川・前掲（注1）五二二頁。

(9) 柳川真佐夫『補訂版保全訴訟』四一六頁。同旨、西山俊彦『新版保全処分概論』二〇六頁、奈良次郎「仮差押の被保全権利と請求の基礎」実例法学全集『民事訴訟法』下巻二三七―二三八頁。

(10) 兼子一「判批」判例研究三巻四号二一一六頁。

(11) 菊井維大「仮処分と本案訴訟」民事訴訟法講座第四巻二二四一頁。菊井維大＝佐藤庸「本件判批」判例民事法昭和二六年度二一一頁以下も同旨。

(12) 三ヶ月章「戦後の仮処分判例の研究」（『民事訴訟法研究』第二巻所収）四二頁（民事訴訟雑誌一号初出）。太田豊「保全訴訟における被保全権利の同一性（三）」判例評論一八〇号一三頁も同旨か。

(13) 兼子・前掲（注10）二一七頁。

(14) 伊東乾「起訴命令と本案訴訟」（吉川大二郎博士還暦記念『保全処分の体系（上）』所収）四〇六頁以下。

河村好彦