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 二四八〕一、留置権の基礎たる事実関係の主張があるにすぎない場合と留置権の抗弁に関する判断の要否 二、右の場合における裁判所の責務
Sub Title	
Author	山田, 恒久(Yamada, Tsunehisa) 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	1986
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.59, No.11 (1986. 11) ,p.129- 133
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=AN00224504-19861128-0129

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二四八〕

昭二七19（最高民集六巻一〇号一〇六二頁）

一、留置権の基礎たる事実関係の主張があるにすぎない場合と留置権の抗弁に関する判断の要否

二、右の場合における裁判所の責務

家屋収去土地明渡請求事件（昭二七・一一・二七・第一小法廷判決）

X（原告・被控訴人・被上告人）は、Y（被告・控訴人・上告人）に対して、X所有の土地上に建物を所有し不法にその敷地を占有しているとして、右建物の収去並びに右土地明渡を求めて、訴を提起した。本件敷地は訴外Aが右敷地上の建物を所有するため賃借していたものであるが、この建物の所有権が訴外Bを経てYに移転した点については、当事者間に争いがなく、一審では、Xが、A—B—Yの本件土地に関する賃借権の譲渡についての承諾を、与えたものとは認められないとして、Xの請求を認める判決が下された。Yは控訴して、「もし借地権の譲渡をXが承諾したとの事実が認められないならば、借地法第十条により、Xに対して借地上の建物の買取を請求する。そうして、現在その土地を占有していないから、Xの家屋明渡の請求は失当である」と主張した。一方Xは、再三にわたり建物の買取を申出ていたのに対してこれに応じなかったにも拘わらず、今に至ってYが買取請求をするのは信義誠実の原則に反するものであって、実体法上その請求は無効であるのみならず、訴訟法上も、時機に遅れた防禦方法として却下されるべきであると主張した。Xはさらに、たとえ買取請求が認められるとしても、Yには係争土地の明渡義務があり、又、建物を占有しているので、買取を請求したからには、その家屋をXに明渡す義務があるとして、予備的に、土地明渡並に家屋明渡の請求をした。原審は、Yの買取請求権の行使を適法なものであるとした上で、建物の所有権はこれによりYからXに移転したから、Yはその敷地を占有していない事になるとして、Xの主位請求である家屋収去土地明渡の請求は認められないという判断から原判決を取消すとともに、予備的請求のうち土地明渡の請求も、同様の理由から棄却した。しかし、Yは、当該家屋を訴外Cにより間接にではあれ占有していると認められるが、この占有は権原のないものであり、従って、YはXに対して家屋明渡の義務があると判示した。これを不服としてY上告。

Yの上告理由は以下の三点である。(イ)、Yの買取請求の意思表示により、売買と同一の効果が生じる結果、Yはその代金支払を受けるまで、本件建物を留置する権原を持つに至った。ところで、YがXの予備的請求を棄却する旨を申立てた場合には、Yは本件建物の時価相当の支払あるまで、建物を留置するという主張をもしているとしなければならない。従って、Yの占有は適法であり代金の支払あるまで、本件家屋を明渡す義務はないから、原判決には違法がある。(ロ)、Yが買取請求の意思表示をしたのであるから、原審はYに対して、Xの代金支払とYの家屋明渡の関係につき、同時履行の抗

弁権又は留置権の存否並びにその行使について、釈明を求めるべきであったのに、これを為さなかったのは違法である。(2)、Yが訴外Cに本件家屋を使用させているから、間接に占有しているという事実認定は、一審の供述に基くものであり、採証の原則に違反した違法がある。」

これに応えて、本判決は、記録によると、原審でYはXに対し所論のように借地法一〇条による建物買取請求の意思表示をしたことは認め得るけれど、その代金の支払あるまで当該建物を留置する旨の抗弁を主張したことを認むべき証跡は存在しない。従って、YがXの代金支払まで右建物の上に留置権を取得するに至ったとしても、Yが該権利を行使した形跡のない以上、原審がこれを斟酌しなかったのは当然であり、原判決には所論第一点のような違法はない。「留置権のような権利抗弁にあっては、弁済免除等の事実抗弁が苟しくもその抗弁を構成する事実関係の主張せられた以上、それが抗弁により利益を受ける者により主張せられたると、その相手方により主張せられたるとを問わず、常に裁判所においてこれを斟酌しなければならないのと異なり、たとい抗弁権取得の事実関係が訴訟上主張せられたとしても権利者において権利を行使する意思を表明しない限り裁判所においてこれを斟酌する事はできないのである（民訴一八六条参照）。そしてまた当事者の一方が或る権利を取得したことを窺わしめるような事実が訴訟上あらわれたに拘わらず、その当事者がこれを行使しない場合にあっても、裁判所はその者に対し、その権利行使の意思の有無をたしかめ、或はその権利行使を促すべき責務あるものではない。されば論旨第二点も理由なきものである。」同第三点に関する所論は、適法になされた原審の事実認定を非難するに帰着し上告適法の理由とはならない。と判示して、上告を棄却した。

判旨に賛成する。

一　民事訴訟法上抗弁とは、挙証責任を負う当事者の事実の主張を言う。一般に実体法上の権利の主張と、その基礎となる事実の主張とは、截然と区別されているので、権利の主張に、事実の主張という意味を持つ「抗弁」という名称を与えるのは、適切な用語例とは言えない。一方、「事実上の抗弁」も、抗弁が事実の主張を意味するところから、一部同義語反覆となる。従って、判旨の権利抗弁と事実抗弁との分類は、抗弁の分類としては適当ではないと、言わざるを得ない。但し、いわゆる権利抗弁は、いわゆる事実上の抗弁と同様に、相手方の主張を阻却するという機能の点では、同じ役割を果すから、機能の点に着目して、「抗弁」を事実上の主張に限定せずに、理解する事も不可能ではない。「権利抗弁」とは、抗弁と同様に、相手方の主張を阻却する、権利の主張を指していると考えてよい。

二　判旨は、権利抗弁の場合には、単にその権利の主張をする事ができるための基礎的な事実の主張が、あるだけでは足らず、裁判所の面前で、当該権利を明らかに主張する必要があるとする。しかし、訴訟外で、例えば取消権の行使などの形成権の行使が為されており、その行使が為されたという事実が、訴訟内で事実として主張された場合も、判旨が事実上の抗弁の典型として挙げる「弁済」の事実が主張された場合も、いずれの場合にも、その主張が明瞭に為されなければ斟酌しないという点で両者に区別はない。(1) 差異が存在するかのように見えるのは、た

だ、訴訟内で右のような権利主張が為される場合のみである。しかし、この場合でも、右のような先行するべき訴訟外での権利主張が、訴訟内において為されるため、当該権利主張があったという事実主張が表面にあらわれないだけの事で、いわば、権利抗弁によって、権利の主張とその権利の行使があったという事実の主張が、同時的に為されているだけの事でしかない。そうして、このように権利抗弁として訴訟内で権利主張が為される場合には、先行する権利主張がないので、いかにその権利主張の基礎となる事実が確固たるものであっても、この権利主張をまって、初めて実体法上の変動を斟酌できると考える他はない。これは、あたかも、弁済のための資金は十分に調達されていた事実が明らかであるという心証を裁判所が得ていても、弁済の事実の主張がない限り、弁済の事実を斟酌できないのと同様の現象である。従って、訴訟内外を問わず、権利の主張を、事実上の主張とことさらに区別する必要はないようにも思われる。

あるいは、同時履行の抗弁ないし留置権の主張のような権利主張は、相手方の履行請求の都度に、新たな権利行使として取扱われるため、先行する訴訟外での権利主張があったとしても、これとは全く別個に訴訟内での主張が許され、この意味では、先に示したような、先行する権利主張が訴訟外で為される事は全くあり得ない点で、他の権利抗弁とは異質であり、取扱いを異にする可能性を、肯定できなくもない。(2) しかし、権利抗弁が、訴訟内での権利行使と、その権利行使のあった事に関する事実の主張とを、同時的に為す意味を持つと解すれば、この二者は、単に、訴訟外における権利行使は訴訟内では意味を持たないという事以外に、他の権利と何ら異る点はなく、区別する必要もないように思われる。従って、同時履行の抗弁、ならびに、留置権の主張を含めた権利抗弁は、事実上の抗弁と同様の取扱いを受けると解するのが正当であろう。その点で、両者を区別して論じる判旨には、若干の疑問が無い訳ではない。とは言え、その権利を主張しうる基礎的な事実の主張では足らず、明らかに権利主張がなされなければ、結局は権利の行使があったという事実の主張も訴訟上あらわれず、斟酌できないという結論には、問題がないので、判旨第一点の結論は支持しうるものであろう。

三　釈明権に関する判例の分析によれば、釈明権の行使が要求される範囲は、大審院時代、昭和二十年代から三十年代初期、それ以後と、大きく三つに分類されると言われる。(3) 広くその範囲を認めようとする第一期、英米法の影響から、かなり制限的に解そうとする第二期、さらに、当事者の実質的平等を確保する意図から、除々にその範囲が拡大されつつある第三期のうちで、本判決は、第二期の代表的な先例として、多くの研究において引用されている。

ここで判例を十分に検討する余裕はないが、特に注目するべきは、釈明権の不行使がいわば、釈明権行使の範囲を内側から

画するのに対して、これを外側から画する事になる、釈明権の行使が許されない場合に関して、この行使を不当とする判例があまり多くはないという点である。換言すれば、釈明権の不行使が違法とされる場合、すなわち釈明義務違反とされる範囲と、釈明権の行使が違法とされる場合、すなわち釈明権の許容範囲とは、一致しておらず、後者は前者よりも広く考えられているという事なのである。学説上も一般にこれを支持する見解が多い。[4] しかし、釈明という行為の許容範囲をいわば内側と外側から画す事になる両者の間に、右のような差異がある事は、本来は許されるべきものではない。

通説的見解によれば、釈明権は弁論主義の修正として理解されている。これに対して、当研究会においては、一貫してこれに反対する立場を明らかにして来た。[5] そもそも、釈明とは、審らかに、明らかにする事を意味し、民事訴訟法一二七条一項においても、「訴訟関係ヲ明瞭ナラシムル為事実上及法律上ノ事項ニ関シ当事者ニ対シテ問ヲ発シ又ハ立証ヲ促スコトヲ得」としており、釈明は、主張された事実、提出された証拠に関して、当事者の意図が奈辺にあるか不明瞭である場合に求められるというのが筋であろう。実際に、およそ何らかの判断を為そうとする者が、判断の材料を十分に理解せず、不明瞭な点を残したまま、結論を導き出そうというのでは、判断者としての責務を全うする事はできまい。従って、判断者は自らの責任に基いて、判断の材料を十分に把握するための権利を持ち、義務を負う筈である。その権利・義務こそが、本来の意味での釈明権であり釈明義務なのである。従って、本来的には、釈明権と釈明義務はその範囲が一致するのが原則であろう。この場合、本来の意味での釈明権は、学説上にいう消極的釈明の場合に該当する。[6] それゆえ、右の理解の下では、積極的釈明は許容されない。

しかし、判断の材料を把握する事が判断者にとって不可決であると同様、判断者がどのように判断材料を把握しているかという事を知らせる事も、判断者の責務として、不可決であろう。これは、ひらたく言えば、「かくかくの主張をしかじかのものと理解しているがよろしいか」というような問いとして現われる、いわゆる心証の開示と言えよう。この心証の開示と本来の意味での釈明権は、ともに、判断材料を当事者の意図に沿うように把握するという目的に奉仕する点で、共通の基盤を持つ。そうして、積極的釈明は、その多くの類型を、心証の開示の態様として考えられる。[7]

こうして、本来の釈明権と心証の開示が分別される事により、両者が別個の運用を許され、従来の釈明権の範囲（本来の釈明権の範囲と心証の開示の範囲の総和）と、釈明義務の範囲（本来の釈明権の範囲）との懸隔も、問題となる事はない。付言すれば、判例の釈明権の拡大化傾向とは、実は、開示義務の拡大化傾向と一致するとも言えよう。

四　本件の場合、判旨のように、同時履行の抗弁又は留置権の主張を無かったものとして扱うと、家屋の引渡が為された後、

右家屋の代金の支払いについて、別訴が提起される可能性が高い。しかし、留置権を主張する以上代価の価額もあわせ主張するべきであろうから、[8]これをせずに釈明権の行使を要求するのは、不当であろう。実際、不明瞭な主張を理解するための釈明を必要とする範囲でも、開示を必要とする範囲の問題でもない。従って、判示第二点についても、概ね賛成できる。

(1) 兼子・民事法研究二一八頁、中田「判例研究（本件評釈）」法学論叢五九巻三号一三二頁。
(2) 中田・前掲一三二頁。
(3) 奈良「釈明権と釈明義務の範囲」実務民訴(1)二〇九頁以下、本井「釈明権」吉川追悼(下)一一二頁。
(4) 兼子・体系二〇四頁、三ヶ月・民事訴訟法一六五頁、奈良・前掲二〇七頁。
(5) 豊泉「判例研究」法研四三巻一一号一九八八頁、坂原「判例研究」法研四四巻一一号二〇六一頁、伊東＝柴「判例研究」法研五〇巻六号八六三頁。
(6) 消極的釈明・積極的釈明につき最近のものとして、奈良「訴訟資料収集に関する裁判所の権限と責任」講座民事訴訟〔4〕一四二頁以下参照。
(7) 心証の開示の意義と位置づけにつき、釈明権の一内容と理解されている所説として、伊東「判決骨子の開示」法研五九巻二号七頁以下参照。
(8) 兼子・本件評釈・判例民事法昭和二七年度三一〇頁。

山田恒久