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二五〇〕 一、仮処分取消の特別事情がある場合 二、民訴第七五九条の保証の額 (最高裁昭和二七年一二月二五日第一小法廷判決) 民訴法第一八七条第三項後段の趣旨 (最高裁昭和二七年一二月二五日第一小法廷判決) 一、請求の趣旨の減縮の性質 二、主たる債務者と連帯保証人とを共同被告とする訴訟は必要的共同訴訟か (最高裁昭和二七年一二月二五日第一小法廷判決)
Sub Title	
Author	田中, ひとみ(Tanaka, Hitomi) 花房, 博文(Hanafusa, Hirofumi) 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	1987
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.60, No.4 (1987. 4) ,p.112- 126
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=AN00224504-19870428-0112

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.

五　本件判示も一般論として述べる、およそ取締役には監視義務があるものとする以上「被告らには訴外会社に対する取締役としての任務懈怠があったといわねばならない」ものであり、Y_1とY_2との間に責任の相違はない筈である。それにもかかわらず、結果としては両者の間に責任の相違を認めているのであるが、その理由としてあげられているものをみると、それは要するに会社業務に関与する度合の相違という事実関係上の事柄によってであり、取締役地位という商法の解釈論によるものではない。

問題の背景は商法で予定する株式会社とわが国における株式会社制度利用の実態との齟齬ということであり、前述の裁判所の判例は如実にその間の事情をものがたるものであり、現在この点についての立法論が大小会社区分立法として具体的に論議されているところである。けれども、現行法の枠内でも実際に会社事業に関与する者を個々に責任主体として把握することは必要であり、そして、それは取締役間に組合契約関係を認めることによって可能であり、立法論的に会社の実質的責任主体の問題を解決しようとしてみても「事実上の取締役の問題」があらたに生じていることが示すように、それは困難であるように思われる。

ともあれ、本件判示の結論には賛成であるが、論理的に、商法上で一般的に組織上のことがらとして規定されている取締役地位と、会社の業務執行の実際についての法律関係とを区別しないために、脱落部分があり、適切な説明がなされていないように思われる。

小宮山　宏之

〔最高裁民訴事例研究二五〇〕

昭二七21（最高民集六巻十二号二三一頁）

一、仮処分取消の特別事情がある場合

二、民訴第七五九条の保証の額

仮処分取消申立事件（昭二七・一二・二五第一小法廷判決）

Y（被申立人・本案原告・控訴人・上告人）は本件漁業用物件を訴外Aより譲り受け、一時占有、使用していたところ、X（申立人・本案被告・被控訴人・被上告人）が暴力によって当該物件の占有を開始したので、Yはこれを阻止すべく昭和二一年三月二一日札幌地裁から次のような内容の仮処分を得た。即ち、「別紙目録表示の物

件につきX等の占有を解き本案判決確定に至るまで仮にYの委任した執達吏の保管に付し、執達吏はYの請求があったときは同人に右物件を使用させることができる、X等は右物件につき譲渡等一切の処分をしてはならない。」

その後、昭和二一年六月五日札幌地裁に本案訴訟を提起し、仮処分の目的である漁業用物件は昭和一九年二月、代金一八五〇〇円で前所有者Aから譲り受けたとして所有権を争ったが、昭和二二年十月七日Y敗訴。そして控訴審係属中に同札幌高裁は仮処分取消の申立を昭和二四年二月十一日に為した。その理由は次の如くである。「Yは第一審において所有権を否認されて敗訴したのであり、この判決が控訴審において変更されるが如きことは毫末もないのであるから、前記仮処分決定は昭和二二年十月七日本案決定のあった日に仮処分の理由たる事情の変更があったものである、よってXは右仮処分の取消を求めるため、この申立をしたのである、仮にYが本案訴訟において請求を棄却されたことは仮処分を取消しうべき事情の変更とならないとしても、本件仮処分は、建物、船舶、漁網及び漁具等の物件に対する譲渡その他一切の処分禁止とYに使用を許す仮処分であって、その保全さるべき権利は右物件に対する所有権であるから、金銭的補償をすることによってその終局の目的を達しうべきものである、且つ本件はYに使用を許した関係上その使用による破損が甚だしいのみならず、漁網漁具等は海中に投棄されたり消耗したりしてしまうので、Xの損害は大きなものといわなければならない、事情かくの如くであるゆえ、本件は仮処分を取り消すべき特別の事情が充分存する、よって保証を条件とする仮処分の取消を求める次第である。」「本件仮処分によってYのために保全される権利は、前記のように、その存否がなお未確定の間にあるから、特別の事情の存否はYの利害からのみ観察すべきものでなく、X等の利害からも観察しなければならない。ところでX等が本案訴訟に勝訴になった場合を仮想すると本件仮処分によって受けるX等の損害は前述の次第で普通の場合に比し遙に多大であると推測されなければならないのであって、かようの場合には、同条にいうところの特別の事情があるものと解するのが至当である。よってX等にYに対し、各金十万円の保証を立てさせて本件仮処分を取り消すのを相当と認めるべきものである。」これに対しYの上告理由は次の二点である。まず第一に「恐らく原判決はYの請求権即ち漁業用物件の使用権の価値が相手方をして各金十万円宛総額二十万円の保証を立てしめることによって保全せられるべきものと認めたに違いないこれは貨幣価値の変動に対する認識を欠いた結果である」。さらに第二に「民訴法七五九条の『特別事情ある場合』と為すには単に本案の請求権が金銭的賠償によって満足せしめらるべき状況に在ると云うのみでは右法条の正しい解釈ではなく進んで仮処分の解除に因って法律関係の紛更を来たし又は責任の所在を混乱せしむる様の悪条件を伴随する虞れなきや否や彼此法益の大小、軽重を比較検討して特別事情の存否を決定するのが正しい解釈である」。これに対し最高裁は次のように判示して上告を棄却した。即ち、「仮処分はそれが係争物に関するものであると（民訴七五五条）仮の地位を定めるものであると（同七二六〇条）を問わず、金銭の債権でない権利につきその本来の内容そのものを保全することを目的とするものである。（この点において仮差押が金銭の債権又は金銭の債権に換うることを得べき請求について動産又は不動産に対する強制執行を保全すること、すなわち窮極において権利の金銭的価値を保全することを目的とするのと対照をなす。民訴七三七条参照）しかし特権の場合にあっては、権利本来の内容を保全することが、窮極において金銭的価値を保全することでその目的を遂げ得るような場合がないではない。例えば

担保物権そのものを保全することは、それらの権利が金銭債権についての優先弁済を受けることを内容とするものであることに徴し、必ずしもその目的物につき仮処分をなすことを要せず、債務者をして金銭的保証を立てさせることによって債権者を満足せしめることができるのである。かかる場合債権者が担保物件そのものの保全を目的とする仮処分の方途を選んだとしても、（この場合債権者は金銭の債権に換うることを得べき請求の主体として仮差押を求めることもできる）債務者をして不必要に不利益を忍ばせてまで、債権者を保護すべきでないこと勿論であるから、かかる仮処分は債務者をして保証を立てさせることによりこれを取消し得るものとすることが妥当であると考えられる。この考え方は、更らにそのほか、債権者が仮処分によって受ける利益に比し債務者がそれによって受ける不利益が著しく多大であるような場合にあっても当事者双方の利害関係を衡量して、債権者をして金銭的保証を以て満足せしむべきものとすることにまで進展する。特別事情による仮処分の取消を規定した民訴七五九条はかくの如き考慮の下に立法せられたものと解せられるのである。本件において、原審はその挙示する証拠により疏明せられたとする判示諸般の事情を考察して、結局Y申請の仮処分は判示目的物件の所有権を保全せんとするにあるから『金銭的補償をうることによってその目的を達し得べきものである』とし、しかも本件仮処分をめぐる当事者双方の利害を衡量すると『本件仮処分によって受けるX等の損害は……普通の場合に比し遙に多大である』から、民訴七五九条にいわゆる特別の事情あるものと判断したのである。この点に関する原判旨は首肯し得るところであり、原判決には所論のような違法はない。また民訴七五九条により債務者をして立てさすべき保証の額は、裁判所の自由なる意見により前示立法趣旨に合すべき金額を定むべきものであること勿論であるが、この点においても原審は疏明せられた判示諸般の事情を斟酌した上、X等をしてYに対し各金一〇万円の保証を立てさせることを以て足ると判示している。そしてこの原審の裁定は必ずしも所論のように経済事情を無視し実験則に反し、その裁量権の範囲を逸脱した違法なものであるとは考えられない。それ故論旨は採用できない。」

判旨賛成

一、仮処分の目的は、それが係争物に関する仮処分たると仮の地位を定むる仮処分たるとを問わず、その金銭的価値の保全にあるのではなく、仮処分の対象をなす特定物や権利関係自体を維持することにある。従って本来は保証供託によってその保全目的を達し得るものではない。しかしながら、仮処分は被保全権利の未確定の間に簡易迅速に与えられる暫定的措置であるから、一旦仮処分が為されると、事情変更のない以上、本案判決に依り結着がつくまでその拘束を受けることとすると、債務者に酷な場合もある。そこで債権者の立場を考慮しつつ保証をたてさせ、仮処分の特殊性に応じて仮処分命令を取り消すに足る特別の事情の存在があるときに初めて仮処分の取消を許容することとした（民訴法七五九条）。そして、この特別事情とは、仮処分に依り保全せられたる給付に代うるに金銭を以てするも債権者を満足せしむることを得る事情の存する場合（金銭的補償可能性）、及び債務者が仮処分に因り普通に受くる損害よりも多大なる損害を蒙るべき場合（異常損害）[1]、あるいはまた、「特別事情とは一般的には、債務者の保証供託があるに拘らず、当該処分を存

続せしめ置くことを公平の観念上不当ならしめる事情であり、また逆に債権者に保証を供与する代りにこれをして被保全権利本来の内容の実現を断念せしめることを合理化する事情」[2]とされている。この理論は、特別事情は、仮処分で保全される権利が金銭的補償を得ることで終局の目的を達し得べきことのみで足りる、という理論を前提とする。[3]

二、ところで、金銭的補償可能性と債務者側の異常損害の二要件の存在については、その一方のみで足るか（独立説）、双方の事情を勘案して特別事情を認めるか（併存説）の争いがあったが前者が通説[4]・判例[5]とみてよい。いずれにしても特別事情は被保全権利の性質は勿論のこと、当該仮処分の種類・内容、債権者の職業、従来の権利行使の状態、賠償債権行使の難易、その他諸般の客観的事情を考慮して合理的価値判断の下に決すべきであるということとなる。

三、特別事情を認める判例・学説については一定の傾向が見られる。

例えば、学説では[6]、債務者側の事由として(1)仮処分の結果債務者の業務継続が現在並に将来において不能又は著しく困難となった場合。(2)仮処分（占有解除、現状不変更、処分禁止等）に基き仮処分の目的物の処分が妨げられる結果、処分の好機を失し、又は目的物の損壊する場合。即ち目的物件の損壊の惧等があり、仮処分義務者において目的物を処分せざれば後日、回復し難い損害を蒙る切迫した危険が認められる場合。(3)単に財産的損害のみならずその信用失墜等の人格的損害等をも顧慮せられる場合。(4)債務者の直接の損害でないいわば仮処分の社会的影響をも考慮すべき場合等が挙げられている。

判例に於ては立木又は伐木引渡請求権[7]、立木所有権又は之に基づく伐採排除請求権[8]、工事差止（禁止）請求権[9]、詐害行為取消権[10]、遺留分減殺請求権[11]、担保物権[12]、代替性のある物の引渡請求権[13]、商人の営業に関する物の引渡請求権[14]等が、その被保全権利自体が金銭的補償により終局の目的を達し得るとして特別事情が認容せられている。

四、仮処分の取消に於ける保証の額は、裁判所が諸般の事情を斟酌した上、その自由な意見を以て定めるものである。そしてその基準となるのは、仮処分命令を取消すことによって債権者が被ると予想される損害額である。[15]本件上告理由は、係争物件が戦後のインフレにより時価二、三百万円に達するものであるのに、原審が相手方に僅か二〇万円の保証を立てさせて仮処分を取消したのは貨幣価値の変動に対する認識を欠いた結果であって、かかる保証金額を以てする取消は違法である、と主張するものであるが、仮処分取消のための保証は仮処分の目的物に代るべきものであり、係争物件の時価のみならず、諸般の事情を斟酌した上これを定むべきことを本判決は説示しており、判例・通説に依った妥当な判示である。ただ、保証の額を裁判所の自由なる意見で定めるとしても、それは無制限なものではなく、当然合理的な制約が存するものであり、経済事情を無視し、

実験則に反し、その裁量権の範囲を逸脱すれば、その取消は違法となる。[16]

五、仮処分が、債権者の意思に依れば特定物や権利関係自体の保全にあるとしても、保証提供で担保され得る場合、財産権上の請求に関する仮処分はほとんど全て取消し得ることとなるから、金銭補償という特別事情は、被保全権利並びに保全の必要を実質的・客観的に把えた合理的価値判断に依るべきものである。他方、債務者側の異常損害とは、公平の観念から導かれたファクターであり、公平、信義則、仮処分の違法性ないし事情変更等の理念の類型化である。従って二要件のうち、どちらか一方が存在すれば、それは特別事情の一内容を指示するものとして仮処分の取消を肯定してよいものであるが、両ファクターが比較的軽微である場合には、保証で代替し得るか否かの程度と、異常損害の程度との比較衡量に依るべきものとなり両者は相互補完的な関係に立つものとも言える。基本的には独立説を妥当と解するが、右に述べたところから具体的衡量として併存説に依る場合をも留保しておきたい。本判決は、漁業物件の破損、減失が著しいものと認定し、異常損害に基づき、取消を認めたものであり、妥当と云える。

(1) 大判・大正六・二・一四・民録二三輯二六三頁。

(2) 吉川・保全処分の研究「特別事情に基く仮処分の取消」四二四—五頁。

(3) 大判・昭和八・一・二・民集一二巻二四号三七三四頁。

(4) 兼子・増補強制執行法三三二頁、菊井・民事訴訟法(二)三七五頁、吉川・増補保全訴訟の基本問題六〇二頁。反対、沢田・保全執行法試釈四五二頁。

(5) 最判・昭和二六・二・五・民集五巻一号二一頁、最判昭和二七・四・四・民集六巻四号四〇四頁。併存説を採るものとして大判昭和一・一・一三・民集一五巻一九六七頁。

(6) 吉川・保全処分の研究四一三頁以下。

(7) 東京控・大正六・九・二六・新聞一三三六号二二頁、大判・大正一〇・五・一・民録二七輯九〇三頁。

(8) 大判・昭和八・一・二・民集一二巻二七三四頁。

(9) 東京控・大正一・三・一五・新聞二〇三九号二四頁、大判・昭和一・五・二・新聞三九八七号九頁。

(10) 東京地・昭和二・二・一〇・評論一六巻民訴六頁、東京地・昭和一・五・二五・新報四三八号二六頁、東京控・昭和一・一・二・二六・新聞四一〇六号一三頁、大判・昭和一二・七・六・新聞四一六六号一二頁。

(11) 東京地・昭和三四・二・四・下民集一〇巻二号二四五頁。

(12) 大判・昭和一二・四・二六・判決全集四輯九号一七頁。

(13) 東京地・昭和九・九・二八・新聞三七七四号一二頁。

(14) 東京控・大正六・九・二六・新聞一三三六号二二頁。

(15) 三ケ月＝鈴木（忠）編・注解民事執行法(6)二九一頁。

(16) 判例民事法昭和二七年度八〇事件本件山本評釈、三六八頁。本件には他に柳川評釈・民商法雑誌三六巻四号一〇七頁、青山評釈・判例タイムズ二七号五四頁がある。

田中　ひとみ

昭二七22（最高民集六巻一二号一二四〇頁）

民訴法第一八七条第三項後段の趣旨

保険金受取人確認請求事件（昭和二七・一二・二五第一小法廷判決）

X（原告・被控訴人・上告人）の実母Aは、訴外B保険会社及び被告Z保険会社との間に生命保険契約を結んでいたが、その保険金受取人をA自身よりY（被告・控訴人・被上告人）に変更した後、死亡してしまった。そこでAの唯一の遺児であるXは、右名義変更はYが何等の権限も無いのに勝手に行なった事で無効であり、自分こそが保険金受取人であるとして争った。

またこの時、Yは既にB保険会社より保険金を受領しており、その為XはYに対し、保険金及び右利得の日以後の利息の支払いと、Y会社との保険契約の受取人はXである、との確認を求めて訴えを提起した。またZ保険会社に対しては、ZがAとの間に締結した保険金の支払いを求めて本訴を提起した。

第一審ではXが勝訴。第二審では「Aは相当多額の資産を持ち相当の収入があり、本件各保険契約の保険料の支払いが困難でなかった事は認められるが、右各証拠やその他の証拠によっても前段の認定を動かして被控訴人Xの右主張事実を認めることが出来ない。」とし、「Aは保険料の支払いを好まず右保険契約につき解約の意向であったが、その頃YとのYがAに代わってYの出捐で本件各保険契約の保険料を支払うことを契約するとともに、AはYに本件保険契約に基く各権利を…譲渡し、…保険金受取人の名義変更がなされた事実が推認出来る。」としてYの主張を認めYが勝訴。また、かかる原審の訴訟手続に於いてY申請の証人C、Dのみを訊問しただけで、「この程度で結審する。」と宣告して弁論を終結した経緯があり、X申請のE、F及び第一審証人Gの訊問申請は認容されなかった。そこでXより、「裁判官に更迭を生ずる場合に二つあり、同一審級に於て裁判官の更迭ある場合と、控訴により法律上当然裁判所の構成に変更を生ずる場合である。……現行民事訴訟に於ける控訴審の構造を見るに控訴審は第一審の続審である結果、其口頭弁論は実質に於て第一審の続行たる性質を有し、其構造からすれば口頭弁論再開ありたる場合と何等異なるところがない。しかも同一審級に於てすら直接審理主義の理想を要求する以上、全然裁判官の変更ある控訴審に於て当事者が更に第一審証人の訊問を申出るときは之を取調べることは理の当然である。されば控訴裁判所に於て当事者が第一審証人の再訊問を求める場合は民訴法第百八十七条第三項に基き絶対的に再訊問をなす義務があり即ち裁判所は従前の証人訊問調書によって心証を得られる場合に於ても再訊問の申立を却下することは許されないのである。しかも裁判所が本条に違反して再訊問しなかった場合には従前の証人の証言は無効となり従て之を以て証拠とすることはできないのである。（上告理由第一点）[1]」との理由で上告がなされた。

〔判旨〕上告棄却。

「控訴審が、第一審の続審の性質を有することは、所論のとおりである。しかし、それは第一審判決を再検討するに必要な限度における続審であって、覆審におけるがごとく全部に亘ってことごとく新なる手続をすることを要するものではない。控訴審に於て裁判所の構成が新しくなるのは、控訴の性質上当然の事であって、普通これを裁判官の更迭とはいわないのである。また、民訴一八七条二項が『裁判官の更迭ある場合においては当事者は従前の口頭弁論の結果を陳述することを要す』と定めている外に、特に控訴審の訴訟手続として民訴三七七条二項が『当事者は第一審に於ける口頭弁論の結

果を陳述することを要す』と規定していることに徴しても、控訴申立により事件が控訴裁判所に繫属する場合は、訴訟手続上、民訴一八七条にいわゆる裁判官の更迭ある場合には該当しないものと解すべきである。従って、合議体の裁判官の過半数が更迭した場合に関する同条第三項の規定は、第一審又は第二審の同一審級において裁判官の過半数が変更するに至った場合に証人の再訊問の申出があったときの手続を定めたものであって、第一審裁判所が訊問した証人につき、控訴審において再訊問の申出があった場合に適用すべきものと解すべきではない。原審が第一審において訊問した証人につき上告人から再訊問の申出があったに拘らず、同証人の再訊問をすることなくして結審し第一審における同証人の証言を事実認定の資に供していても、原判決には所論のような違法はない。」と判示した。

判官に賛成する。

本判決は民訴法第一八七条に関し、同条第二項にいう「口頭弁論の結果の陳述」と民訴法第三七七条第二項に於ける「口頭弁論の結果の陳述」との相違を示し、第一八七条にいう裁判官の「更迭」には上訴による裁判官の交替は含まれず専ら同一審級内での裁判官の交替を意味する事を明確に打ち出したところに意義がある。

一　我民事訴訟法は、「直接口頭主義」を採用しているが、この事はより正義に適った事実認定を行なおうとするためであり、とりわけ証人訊問に於けるが如く、その場に居合わせなくては心証形成に大きく影響をもたらす証人の言動、態度などは、正確には判断できず得ないとされるからである。

他方、裁判官の転任、退職、死亡などは避ける事ができないものであり、その度に同一裁判官による一貫した訴訟指揮を行なう為に審理のやり直しをするのでは甚だ訴訟経済上問題がある。そこで、訴訟経済と直接主義の目的との調和を図るため、民訴法第一八七条第二項に於いて「従前の口頭弁論の結果を陳述する」ことにより、新裁判官が従前の弁論に関与していたように擬制する「形式的直接主義」を採用しているのである。

そして更に昭和二三年の改正によって追加された第三項では、当事者の申出がある時には必ず再訊問をなさねばならない（といっても従前の証拠調べの結果が効力を失う訳ではないが）とされる。このことは事実認定の中でも特に主観的要素の強い証人訊問については訴訟経済を犠牲にしても実質的直接主義を貫いているのである。

このような要請に基いた民訴法第一八七条にいう「裁判官の交替」に上訴に基く「裁判官の交替」を含める事ができるのか否かが問題とされる。そこでまず、民訴法第一八七条と上訴の相違について検討してみたい。

二　そもそも三審制の制度趣旨は、「信頼でき得る裁判官といえども人間であるが故、誤審する可能性はある。そこで、先の審理を為した裁判官とは全く別の裁判官によって構成されている裁判所のもとで、誤審の審査をも含めて、再び裁判してもら

う事により、裁判がより公正かつ正義に適ったものになる事を期待する」ところにあると解する。であるならば、裁判官が「交替する」事にこそ制度の本質があり、当然の前提なのである。しかし、前述のように民訴法第一八七条第三項の規定の趣旨は、担当裁判官が伝聞の手段に依らず、直接見聞した証拠資料に基く心証形成に依って、より確かな事実認定を行なおうとするところにあり、ここでは裁判官の「一貫性」がその重要な意味を持つのである。

また訴訟経済の観点から考察するならば、少々の犠牲を払ってまでも裁判官の直接審理主義を貫こうとする背景には、民訴法第一八七条の前提となっている裁判官の「更迭」が当事者の関与せぬ、専ら裁判所側の事情に起因しているからであろう。それに対し上訴の場合には、裁判所の正当な判決に対してであっても、敗訴当事者には上訴の利益が認められているためそれら全てに対して訴訟のやり直しを行なうことはまさに訴訟経済に反すると考えるからである。

このように明らかに両者に於ける「裁判官の交替」はその前提、及び内容を異にするものであり、両者を同一のレベルで捉える事は妥当ではない。

三　次に過去の判例を検討してみると、「控訴審に於ける裁判官の交替が裁判官の更迭にあたるか否か」を直接問題に掲げた判例はなく、本判決は、初の判例としての意義がある。

そこで、その他の関連判例を以下に掲げると、(一)「本条三項による申出にかかる証人の再訊問が、新たな心証を形成する可能性がなく、かつ訴訟の遅延のみを目的とすると認められる場合は右申出を却下すべきである」。東京地判昭三六・七・一三、(二)「本条の規定は本人訊問の場合には適用されない」最高第二小判昭四二・三・三一（法学研究四一巻一〇号一五六七頁）。(三)「本条は非訟事件及び家事審判手続に準用されない」東京高判昭五二・六・二七。(四)「立証事項が裁判官の更迭前のそれと同一で且つ当事者間に争いが有り、しかも他の証拠と矛盾する場合のみ本条三項の適用あり」東京高判昭五四・二・六（判タ三八七号六九頁）。(五)「申出の当事者に有利な認定判断を導く可能性の無いときに再訊問の必要なし」東京高判昭五七・五・二五（判タ四七六号九七頁）としている。

四　また学説の多くは控訴審における裁判官の交替に関し、第一八七条第三項の適用はないとの立場を採っているが[2]、控訴審における場合であっても例外的に再訊問の請求を認めなければ成らないとする見解[3]もある。

所説は以下の様に説く。「本条（一八七条）二項の『弁論の結果の陳述』と、三七七条二項のそれとは、いずれもすでに訴訟資料となったものの報告であり、実質的には同一の意味をもち、第一審の訴訟資料をそのまま控訴審裁判所で利用するための形式的手続であるから、新裁判官にとって証人尋問した証人の重要性の意義は変らないはずである。……訴訟引延しの意図でなされたものでないか、すでに心証形成されて不要と認められる

ものでない場合には、控訴審は再尋問を許すべきである。証拠保全手続が先行し、そこで尋問した証人について、訴訟の口頭弁論で再度の申出があった場合には、本項の適用がある（三五一条ノ二）。

ここで所説が示される「証拠資料としての必要性が有る場合には再訊問の許可をなすべきである」の意味が、控訴審に於いて再訊問の許可を為さなかった場合にはその事を以って上告理由となる事を意味するのか、或いは為したほうが良いというだけの意味に止どまるのかは明らかでない。もし後者であるならば、何も本来その制度前提の相違する民訴法第一八七条第三項に依らずとも、裁判官の裁量として通常、再訊問は認められているのであり、控訴審に於いて当事者は再訊問の申立を為せば良いのである。また、前者であるとするならば、たとえ所説が掲げられるような条件のもとであったとしても、このような「裁判官の交替」の文言を拡大解釈する事は許されないものと解する。蓋し、前述のとおり、上訴に基く「裁判官の交替」はその上訴の構造上、本質とも言うべき前提であり、他方の第一八七条は「裁判官の交替」から生ずる不利益の救済の為のものであり、両者は公正な裁判を欲するところで一致しているのである。この公正な裁判や当事者の救済保護という点を強調する余り、かかる適用範囲の異なる場合にまで拡大解釈する事は、本来の上訴制度の制度趣旨を逸脱する結果に通じるからである。

よって、いずれの場合にせよ第一八七条第三項にいう「裁判官の更迭」には上訴に基く裁判官の交替は含まれず、たとえ再訊問の必要が有る場合であっても同条に基く再訊問の請求は許されないものと解する。

五　以上の点から本件について検討してみると、上告人の主張は明らかに続審主義と覆審主義との混同をおかしたものといえる。

即ち、続審主義とは、前審と後審が各々独立した一つの「公正な審理」として終了し、その不服申立の範囲で新たな判断が加えられ、その度毎に前段階の資料も含めてチェックされ一つの訴訟手続が終了する制度であり、決して、上告人主張の様な二度の裁判のやり直しを意味するものではないのである。直接主義を強調する余り、続審主義、審級制の意義を正しく理解しないのは第一審判決の正当性自体をも無意味なものにしてしまうであろう。また、控訴審に於いて、新たな証人及び再訊問を申し出る事は構わないのであるから、民訴法第一八七条三項に基く再訊問の請求が認められなくとも、控訴審において裁判官の裁量に依るべきであろう。

よって上告の主張は問題の所在をすりかえたものと言わざるを得ず、その点を指摘した本判決は正当であると解する。

(1)　本件に於いては先の上告理由第一点以外に、上告理由第二点、「Xの証拠申出に対し全く証拠決定をしないで結審した違法がある」、上告理由第三点、「Yが主張せざる事実を裁判所が認定した違法がある」の二点が主張されているが、本稿では先の上告理由第一点に

問題点を絞って検討する。

(2) 兼子一（体系二一五頁以下）小山昇（民訴法二五七頁以下）新堂幸司（民訴法三一三頁以下）三ヶ月章（民訴法三八五頁以下）

(3) 小室直人（注解3一九五頁）

（付記）尚、本判決評釈として他に三ヶ月章（判例民事法三六九頁）増田幸次郎（民商法三六巻四号一一四頁）がある。

花房博文

昭二七23（最高民集六巻一二号一二五頁）

一、請求の趣旨の減縮の性質

二、主たる債務者と連帯保証人とを共同被告とする訴訟は必要的共同訴訟か

亜炭コーライト代金請求事件（昭二七・一二・二五第一小法廷判決）X（原告・被控訴人・被上告人）はY_1（被告・控訴人・上告人）に亜炭半成コーライト一七七八俵を代金一七万七八〇〇円で昭和二二年に売り渡したが、Y_1は金四万円を支払った後残金を支払わなかった。そこでXが請求したところ、Y_1はY_2（被告・控訴人・上告人）Y_3（本件一審被告）を保証人とする旨を表明し、昭和二三年四月九日に、Y_1が同月末日に残金を支払うこと並びに$Y_2$$Y_3$がその連帯保証人になるとの契約が成立した。しかしこれらのいずれもが履行をしなかったため、XはY等を相手に「被告等は連帯してXに対し金一三万円及び昭和二三年五月一日より判決執行済みに至る迄年六分の割合による損害金を支払うべし」との判決を求めて訴を提起した。ところが、第一回口頭弁論期日にXの代理人は、「Y_1はXに対して金一三万円並びに之に対する昭和二三年五月一日以降本判決執行済みに至る迄年六分の割合による損害金を支払うこと、Y_2はXに対して金六万五千円並びに之に対する昭和二三年五月一日以降本判決執行済みに至る迄年六分の割合による損害金を支払うこと……を求める」と陳述した。Y_3については、右請求の主旨の訂正は無く別事件に分離された上、X勝訴の一審判決が確定した。$Y_1$$Y_2$いずれも準備書面を提出せず、口頭弁論期日にも欠席したため、$Y_1$$Y_2$は連帯して金六万五千円を、又$Y_1$はさらに金六万五千円及びそれぞれの利息の支払を命ずる判決がなされた。$Y_1$$Y_2$に対する右判決は送達受取人なきため郵便に付する送達が為されたが、（Yらの上告理由によれば）昭和二四年二月二五日に受領した。$Y_1$$Y_2$は控訴したが、「原判決を取消す。被控訴人の請求を棄却する」判決を求めるとする旨の記載があるのみの控訴状を提出しただけで、口頭弁論期日にも欠席したため、控訴棄却の原審判決が下された。$Y_1$$Y_2$はこれを不服として上告した。上告理由は以下の五点で、「(イ) 訴状の請求の趣旨と判決主文が一致していないが、請求の変更が為されたということが記録上明らかでない。仮に請求の変更があったとすれば、民事訴訟法二三二条によって書面によりこの旨を通知する必要があった筈だが、この手続は踏まれていない。(ロ) Y_1（主債務者）とY_2（連帯保証人）においては、判決が合一に確定しなければならないから弁論を分離したのは違法である。(ハ) 口頭弁論期日には出頭しなかったが、控訴状は提出しているのだから、争う意思はあったと評価するべきであり、擬制自白の規定を適用することは許されない。(ニ) 控訴期間の起算日が不明瞭であるから、控訴について判断することはできない。(ホ) Y_3には一三万円の全額の支払を命

じ、Y_1Y_2には連帯して金六万五千円、Y_1は残額金六万五千円を支払うべしとするが、同一事実、同一理由によってこのような異なる結果になることは不明であり理由不備である。」というものであった。本判決は、これに応えて、上告理由（イ）に対して、「記録によれば本件訴状には請求の趣旨として『被告等は連帯して原告に対し金一三万円及び昭和二三年五月一日より判決執行済みに至る迄年六分の割合による損害金を支払うべし……との判決を求める』とある。然し、第一審における第一回口頭弁論期日（昭和二三年九月二二日）において、被上告人代理人は請求の趣旨として『被告Y_1は原告に対し金一三万円並に之に対する昭和二三年五月一日以降本件判決執行済に至る迄年六分の割合による損害金を支払うこと、Y_2は原告に対し金六万五千円並に之に対する昭和二三年五月一日以降本件判決執行済に至る迄年六分の割合による損害金を支払うこと……との判決を求める』と陳述し且つ訴状に基いて請求原因を陳述しているから、右は単に請求の趣旨を減縮したものであり、即ち上告人Y_2に対しては訴の一部取下に過ぎないのであり、所論の如く民訴二三二条第二項に所謂請求の変更に該たらない。しかも右取下は上告人より本案について何等の申述も準備書面も提出のない最初の口頭弁論においてなされたものであるから、その取下については相手方たる上告人の同意を必要としないし、書面によりてすることも必要としない（民訴二三六条）。論旨は理由がない。」（ロ）に対して、「主たる債務者と連帯保証人とを共同被告として訴が提起された場合でも、主債務者と保証人との間に権利関係が合一にのみ確定しなければ訴の目的が達せられないものでもないから、所謂必要的共同訴訟には当らない。従って、第一審において共同被告の一人であるY_2について弁論を分離して同被告に対してのみ判決を言渡したことは何等違法ではなく、原審がこの分離を問題としないで裁判したことは正当であり、論旨は理由がない。」（ハ）に対して、「控訴状の『……全部不服であるからここに控訴する』という記載だけでは明らかに争っているとは評価しがたい。」（ニ）に対しては、「控訴を適法とした原審の措置を攻撃し控訴を不適法として却下すべしということに等しく、上告理由とはならない。」（ホ）に対しては、「Y_3に対して為した判決はY_1Y_2に対して為された判決の妨げとはならない。」として、Yらの上告を棄却した。

判旨に賛成する。

一、請求原因の変更をともなわない、請求額のみの縮小すなわち、本件のようないわゆる請求の減縮の取扱については、本判決に先立つ先例として、最判昭二四・一一・八（民集三巻一一号四九五頁）がある。[1] しかしこの判決は請求の減縮につき、それが訴の一部取下とみるべきか、あるいは請求の一部放棄とみるべきかについて判断することなく、いずれの場合であっても、その部分は初めから係属しなかったと看做されると判示していたから、このいずれとみるべきかを明示した本判決には大きな意味があるといえよう。ただ、右先例は確かに「いずれであっても」という表現をしているのではあるが、実際には、請求の一部放棄ならば、その放棄部分には既判力が生じるので、初めから係属しなかったという取扱にはなりえない。一方、訴の一部取下ならば、確かに初めから係属しなかったという取扱になるから、そのいわんとするところは、むしろ、本判決と同様に、請求額の減縮については一部取下と扱うという意図に出たもの

であるようにも思われる。又、本判決以後に、請求の減縮を訴の一部取下と判示する最高裁判決もあり、[2] 本判決は先例としても意味を持つ。

二、学説上は、本件の様な請求の減縮の取扱について、争いがある。

第一説は、訴の取下としてではなく、訴の変更と同様に慎重に扱う必要があるとする。[3] 訴の取下ならば、口頭弁論において、書面によらず口頭で為すこともできるが（民事訴訟法一三六条三号）、訴の変更は、書面によってのみこれを為すことができるので、訴の変更と同様に扱うということは、請求の減縮においても、書面によらねばならないということを意味する。所説は、まず、請求の減縮とパラレルな現象である請求の拡張が、訴の変更と解されていることとの均衡を問題にする。両者はいずれも請求の趣旨の数量的増減である点では同一であるから、両者を統一的に処理できる理論をたてるべきであると主張する。さらに、通常の訴の取下は、もともと数個あった訴訟物のうちの一個（ないしは数個）を審判対象からはずすというものであり、訴状によって既に訴訟物は書面化されていて、一部が取下られたとしても、他の訴訟物の群は、依然として書面に表示されているが、請求の拡張・請求の減縮はそれまで書面化されていた訴訟物とは別個なものについて以後審判する事になることは免れぬので、もう一度新たな訴訟物を書面化するという意味で訴状の記載を修復するほうが自然であるとする。所説はさらに、金銭請求が強制執行制度に直結し、債務名義の限度額はそのまま差押の限度額を画する基準となるため、可能な限り明瞭にその限度を明示しておくことが要求されていると、説明する。とはいえ、書面による必要があるとはいっても、請求の拡張・減縮の前後で「請求の基礎の同一」を考えることはあり得ないが、それは拡張・減縮によって異別な訴訟物が構成されるものではないからであり、従って、もともと別個な訴訟物になることを前提とする訴の変更とも実際は異なり、いわば訴の変更に準じて取扱われる面があると、結論するのである。

所説の特色は、その判断基準と結論との逆転にあるといえよう。換言すれば、通常の考え方では、書面によることが必要か否かの判断以前に、訴の変更か訴の取下かの判断が先行するのに対して、所説によれば、書面によるべきか否かの判断が、訴の変更か訴の取下かの判断に先行している点が特徴的なのである。しかし所説の議論にはいくつかの疑問がある。まず第一に請求額の明示が強制執行制度と直結する金銭支払請求訴訟では重要な意味をもつので、減縮の際にも再度の書面化が要求されるとする点である。[4] 成程所説の指摘するとおり請求額の明示が重要なものであることは疑いがない。しかし、強制執行との関係で、特に額が問題とされるのは、債務名義となる判決書であって、訴状ないしはそれに準ずるものではない。訴状は判決書を先取りして書かれるから、ある意味では訴状が強制執行に関わることを否定する事はできないが、あくまでも間接的な影響

に過ぎまい。従って、強制執行との関係で、書面化を要求する事はあまり説得的ではないように思われる。第二に、書面化の要求の度合いに疑問があるように思われる。所説は、先に挙げた理由から請求の減縮を訴の変更に類似のものと把握し特にその減縮された額の書面化を要求する。従って本来ならば本件の様に、第一回の口頭弁論において、請求が減縮されたときにも、訴の変更同様、陳述されるだけではなく、書面をもって相手方にこれを通知するべきであったと考える事になる。ところが、所説の説明によれば、本件では、確かに書面化の要求が満たされてはいないが、上告人が責問権を喪失したと考えれば足りるという理由を挙げて、取扱いとしては本判決の結論を支持するのである。とすると、書面化の要求は、責問権の喪失の対象になる程度の要求であって、いわば訴訟制度（判決手続と強制執行手続）の本質に根ざし、当事者の自由な処分に委ねられない価値の高い要求とは言えないので、果たして保護に値する価値とは言えなくなる。そうだとすれば、所説の議論は、その程度の書面化の要求を前提とする事になるから、その立論において不安定なものとならざるを得まい。そうして第三に、所説の方法論にも疑問がある。所説の議論は、基本的には、訴の取下と訴の変更との差異を、書面化が要求されるか否かという点にかからしめている。しかし訴の取下に於ても、書面化が原則であって、書面によらない場合は例外であろう。その例外ですら、口頭弁論又は準備手続をなす裁判官の面前で為されねば意味を持たず、その場合で、相手方欠席の時には、その調書が送達されるから、一種の書面化が為されているといえよう。従って、例外は、唯一、相手方出席の場合の口頭弁論又は準備手続における取扱だけである。この点を捉えて訴の取下と訴の変更の決定的な差異とする事には、疑問を持たざるを得ないのである。

第二説は、請求の減縮には訴の取下と解すべき場合と、請求の放棄と解すべき場合の二様があるが、一般には請求の放棄とみるべき場合が多いとする見解で、本件に於ても、訴の取下と見るべきではなく、請求の放棄であったと解している。(5) 所説は、請求の減縮が訴の変更にあたらない理由を、減縮によって被告の防御が困難になるおそれもなく、従来の訴訟手続の結果も充分利用でき、訴訟を複雑にしたり遅延させるおそれもないから、これらの被告の防御の困難及び訴訟経済上の見地がまさしく問題になるために規定されているところの民事訴訟法二三二条にいわゆる請求の変更からこれを除外し、これに該当しないという根拠が充分に存在すると説明する。(6) そうして、訴の変更でない事を前提として、訴の取下とみるか、請求の放棄とみるかが考慮される事になる。所説は、訴の取下が判決要求の撤回である事から、一個の請求につき、訴の取下が可能であるためには、本来その部分が一部判決の対象となる程度に特定性を具備していなければならないとして、可分性を基準と考える。特に本件の様な場合には、減縮された部分について一部判決をなし得る程度の特定性は存在しないから、訴の取下は認められないと考

えて、請求の放棄であると理解するべきであったとする。

所説の説明にもいくつかの疑問を感じざるを得ない。まず第一に、訴の変更と見られないという理由として、請求の減縮には、被告の防御の困難及び訴訟経済上の不都合を惹起するおそれがないので、この不都合を問題として規定されている請求の変更に該たらないといえるとするが、これは、請求の減縮が訴の変更を禁止される場合に該当しないという事に過ぎず、訴の変更の規定の適用範囲内か否かは右のような考慮では知り得ない様に思われる。第二に、訴の取下が許される為には、その取下部分が、一部判決を許されるほどに特定されていなければならないとするが、この点も疑問である。この特定性がある場合として、例えば昭和二一年三月以降の損害金請求を昭和二二年五月以降のそれに、減縮した場合を挙げるが、その様な基準は、相対的なものであって、基準としての意味を持たないように思われる。[7] 第三に、請求の減縮は訴の取下又は請求の放棄いずれとも言える場合があるが、原則としては請求の放棄とみるべきであるとする結論にも、首肯し難い点がある。先に触れたとおり、訴の取下は初めから訴訟係属がなかった事になるのに対して（民事訴訟法二三七条一号）、請求の放棄の場合には放棄調書が確定判決と同様の効力を有するため、放棄部分に着いて既判力が生じることになる（民事訴訟法二〇三条）。この場合、請求の放棄を原則とする事は、既判力という強い遮断効を生じさせる事を原則とすることにほかならず、好ましい結果とも思えない。一方、訴の取下の場合にあっては、原則として、相手方の同意を要件とするから（民事訴訟法二三六条二号）、両当事者の保護としても、すぐれている様に思われる。従って、所説の様に、原則を請求の放棄に求めることには、承服しがたい。

第三説は、第二説と同様に、請求の減縮には、訴の取下と請求の放棄の場合の可能性があるとするが、結論としては、本判決を支持するもので、普通は訴の取下と見る方が、当事者にとって不利益が少ないので、妥当であるとする見解である。[8] 先に述べた疑問に答えるという点から、所説を正当と考える。

三、主たる債務者と連帯保証人とを共同被告とする訴訟は、必要的共同訴訟にあたらないとする判旨第二点は、本判決が下された当時としては、画期的であったろうが、現在では殆ど定説として受け入れられている考え方である[9]（しかし、反射効を認める通説が、本件のように反射効の抵触の可能性がある事例で、当初併合されていた弁論を、あえて、分離した場合にも問題が無いとする事には、若干の疑問を覚えざるをえない）[10]。

四、以上のような検討から、判旨には第一点、第二点とも、賛成できると思われる。

(1) この判決の評釈として、兼子・判民昭和二四年度三八事件。
(2) 最判三〇・七・五民集九巻九号一〇一二頁。
(3) 三ヶ月「本件評釈」判民昭和二七年度八二事件三七二頁、同・民事訴訟法一三四頁。
(4) 三ヶ月・前掲評釈三七七頁。

(5) 斎藤「本件評釈」民商法雑誌三六巻四号一二二頁、兼子・民事訴訟法体系二九四頁。

(6) 斎藤・前掲評釈一二六頁。

(7) 実際に、一部請求が許されるか否かを決定する基準である特定性の概念がここに於ても問題となるのは、取下られる部分が一個の訴訟物を構成しなければならないと考えられているからである。一部請求を否定する立場と本判決の取扱について、染野「本件評釈」民事訴訟法判例一〇〇選七〇頁以下参照。

(8) 中田「本件評釈」法学論叢五九巻一一三頁、菊井＝村松・民事訴訟法コンメンタール。

(9) 斎藤・前掲評釈一二七頁。

(10) 反射効を判決効の一種として認めるのであれば、その効力の矛盾、抵触を回避する方が、妥当なようにも、おもわれる。この点につき、拙稿「判決効と手続保障に関する基本視点」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集二一号三頁以下参照。

山田　恒久