

Title	〔最高裁判事例研究 二八〇〕 一、控訴審における訴えの変更の許否 二、控訴審における訴えの変更と憲法第三二条 三、請求の基礎に変更のない請求原因変更の一事例 (最高裁昭和二八年九月一日第二小法廷判決)
Sub Title	
Author	中村, 壽宏(Nakamura, Toshihiro) 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	1990
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.63, No.5 (1990. 5) ,p.94- 106
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19900528-0094">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19900528-0094</a>

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.

ら株式保有要件は選任の確定裁判があるまで存続を要するとし（大正大正一〇・五・二〇民録二七輯九四七頁、同趣旨長崎控決昭和五・二・二三法律新聞三二二七号一頁）、学説も賛成している（田中誠二・再全訂会社法詳論上六九七頁、森本・前掲二九頁、中馬・前掲四〇〇頁、菅原・前掲一四三頁、蓮井・前掲一〇〇頁、松岡誠之助・会社判例百選〔新版〕別冊ジュリスト第二九号五七頁、中村一彦・会社判例百選〔第四版〕別冊ジュリスト八〇号一四五頁、山田弘之助・上智法學論集第一巻第一号三三一頁）。ただこのように解すると、三審までいって確定した時、時間的に酷だから、第一審の口頭弁論の時まで、あるいは訴提起の時に要件を充たせばよいと考える余地があるのではないかとの問題提起がある（服部栄三・株式会社法講座第二巻三八六頁）。この少数株主の株式保有要件は、分散され

## 〔最高裁判事例研究 二八〇〕

昭二八<sup>17</sup>（<sup>九</sup>最高民集七巻<sup>九</sup>）

一、控訴審における訴えの変更の許否

二、控訴審における訴えの変更と憲法第三二条

三、請求の基礎に變更のない請求原因變更の一事例

家屋明渡請求事件（昭和二八年九月一日第二小法廷判決）

X（原告・控訴人・被告）は、その所有する家屋及び付屬物件

た企業支配の可能性として一〇%の割合のいわば株式権として認められているものであり（石井照久・商法（二）二六五頁）、選任請求権は単に「請求力」につきるものだけでなく、一〇%の株式に、会社「機関」の「創設力」を与えているのであるから、それが確定的に発効する時点でも、即ち、選任の裁判が確定するまで保有を要件とするのもやむを得ないであろう。従って、本決定の申請適格に対する判断は正しい。

六 以上のように考えると、本決定に示された権利濫用の論理には疑問が多い。

岩瀬 正通

以上

につき、昭和十三年一月一日に訴外A、B、C三組合を連帯債務者として賃貸借契約を締結した。契約において使用目的は物品陳列並びに監視のための居住であること、賃貸借期間は昭和二二年六月二十四日までであること、賃借人が無断で賃借物の全部または一部を他に転貸しまたは譲渡しないこと、これに違背したときは賃借人は無催告で賃貸借契約を解除し得ること等が定められた。ところで、上記訴外三組合のうちB、C二組合は昭和一六年中に契約から脱退し、

さらにA組合も昭和一九年に法律改正によって解散した。しかしながら、その後当該家屋はY組合及びY'(被告・被控訴人・上告人)が占有し、その使用を継続していた。そこでXは、上記Y組合とY'を相手方として家屋明渡し及び損害金等の支払いを求めて本訴を提起した。

第一審におけるXの主張は、おおむね以下の通りである。第一に上記訴外A、B、C三組合と全く無関係であるY組合及びY'は、右家屋等の占有につきXに対抗し得る正当の権限を有しないにも関わらず、共同してこれを不法に占有している。第二に仮にXとA組合との賃貸借契約が終了せず、Y組合がA組合の権利義務一切を当然に承継しあるいはXがY組合との賃貸借関係を承認したとしても、Y組合は昭和二年三月一日に解散し、右家屋の使用目的が消滅したので賃貸借契約は終了した。第三に仮に右が理由なしとしても、XとY組合間には昭和二年六月中に賃貸借期間内の賃料のみを授受して、その賃貸借を解除して右家屋を明け渡す旨の合意が成立した。第四に右合意の成立が認められないとしても、Xは昭和二十一年一月六日Y組合に対し賃貸借の期間の更新をしない旨を通告し、当時Xは居住の場所に困っており更新拒絶につき正当の理由があり、さらに期間満了当時その使用継続につき異議を申述した。

それに対してY組合は以下のように反論した。元来A組合はXから右家屋を昭和二年六月二五日に賃借し、ついでB、C両組合を加えて連帯して賃借していたが、その後A組合は商号をY組合に変更したものでY組合は人格その他一切全くA組合と同一であった。Xは賃貸借契約期間満了後もY組合らの右家屋の継続使用に異議を述べなかつたので賃貸借関係は同一条件で更新され、Y'はY組合の使用人として右家屋を占有している。仮にA組合とY組合の法人人格が別であるとしても、Y組合はA組合の権利義務一切を当然承継した

ものである。仮にそうでなくとも、Y組合は昭和一九年五月一七日以来Xに賃料を支払ったのに対し、Xは何等の異議の申出等をしなかつたから賃貸借関係を承認している。

第一審は請求棄却したので、Xが控訴した。原審においてXは第一審における主張を全部撤回して、以下のように主張を変更した。B、C組合は昭和一六年中に右賃貸借関係から脱退しA組合のみが賃借人となっていたが、A組合も法律の改正により昭和一九年五月一七日にY組合設立とともに解散し、Y組合がA組合の権利義務一切を継承したので、右賃貸借契約の賃借人となった。A組合はこれより先、昭和一八年春頃、右賃借権を無断でY'に譲渡した。よってXは前記特約に基づいて昭和二五年六月二三日の本件口頭弁論期日に、Y組合に対し右賃貸借契約を解除する旨の意思表示をなした。Xは訴えの変更の許否について次のように主張した。訴えの変更をなす以前の第一次の請求原因はY組合及びY'に対し本件建物に対する所有権に基づく明渡請求権であり、第二次の請求原因はY組合に対する右賃貸借契約の終了であり、Y組合に対する関係で本件建物の明渡返還を求めている点では、三つの訴えは全く同一で、請求の基礎にはなんら変更はない。訴えの変更は、控訴審においても請求の基礎に変更なく、また著しく訴訟手続きを遅滞せしめない限り許される。これに対してY組合は控訴審における訴えの変更は許されないものであるとし、ことにXのなした訴えの変更は請求の基礎にも変更があるから不適法であると主張した。原審はXの請求を一部認容し、損害金の額について一部棄却した。

Y組合は、以下のような理由を付して上告した。本件においては、控訴審になって全く新しい訴えを提起したことになり、相手方たる上告人の同意があれば格別、そうでなければ当然の事項としてこのような訴えの変更が許されるものではない。控訴審で訴えの変更が

自由にできるということになれば、相手方は第一審を経ないことの不利益を甘受せねばならぬ結果となり、また憲法七六条裁判所法二条の關係からして司法権の運用とこれにともなう審級制度を乱すもので、憲法三二条に定める裁判を受ける国民の権利をその意思に反して奪う結果となる。しかし、最高裁は次のように判示し上告を棄却した。

「……控訴審には民訴三七八条によって別段の定ある場合を除くの外第一審の手續が準用されており、訴の変更については控訴審において別段の規定がないから民訴三三二条の規定は控訴審にも準用があり従って当事者は控訴審においても右三三二条の要件に合する限り訴の変更をなし得るものと解するを相当とする。本件において被上告人は第一審において第一次の請求原因としては本件建物の所有権に基づいて上告組合の不法占拠を理由とし、第二次の請求原因としては本件建物に関する被上告人と上告組合との賃貸借契約が期間の満了により終了したことを原因としていたところ、原審にいたって従前の請求原因を全部撤回して新に上告組合が本件建物の賃借権を無断で上告人Yに譲渡したことを理由としての契約の解除を原因として主張するものである。そして被上告人が本件建物の賃貸借契約の終了を原因としてその返還を求めるところにおいては第一審と原審との間に何等変りはないのであるから、被上告人の右訴の変更は請求の基礎には変更がないものと認められるのである。又原審は右訴の変更により著しく訴訟手續を遅滞させるものではないと認めただのである。また論旨は控訴審で訴の変更を許すことは憲法三二条に違反するものであると主張する。しかし控訴審で訴の変更を許すことが憲法三二条に違反しないことは、昭和二十三年（九）第一八八号、同年七月八日大法院判決（集二巻八号、八〇一頁）の趣旨に照して

明らかであるから論旨は採用できない。」

#### 判旨に賛成する

一、控訴審における訴えの変更に関して現在の学説、判例理論は、請求の基礎の同一、著しく訴訟手續を遅滞させないこと、事実審の口頭弁論終結前であること、新請求が他の裁判所の専属管轄に属さないこと等の要件を充たす限り是認している。本判例は最高裁において大審院以来の理論を維持することを示した最初の判例であり、今日の判例、学説の基礎を形成したものである。また本判例は、現行日本国憲法発効後はじめて控訴審における訴えの変更に関する憲法判断をした判例である。

本件において考察すべき問題点は、次の四点である。まず判示事項に即していうならば、第一に控訴審において訴えの変更をすることは、民事訴訟法の観点から手續上許容されるか、第二に訴えの変更の場合に新請求が第一審で審理されないことが憲法の観点から裁判を受ける国民の権利を不当に侵害することにならないか、第三に本件の訴えの変更が請求の基礎に変更がないものといえるか、である。さらに判決においては触れられていないが、第四に考察すべきことは相手方が訴えの変更の許否について争った場合の旧請求の処理の問題である。以下の順序に従って考えてみよう。

ところで、この問題の背景には旧民訴法下の訴え変更制度が改正されて現行制度が成立したという事情がある点に注目する

必要がある。すなわち、旧民事訴訟法はもっぱら訴訟手続きの安定と被告の保護を理由として、訴えの変更について厳格な態度をとっていた<sup>1)</sup>。第一審においては原則として訴えの原因の変更を禁じ、被告が変更に同意した場合のみ例外的に許すこととし(旧民事訴訟一九五条二項三号)、さらに控訴審における訴えの変更は被告の同意の有無にかかわらず絶対的に禁止されていた(旧民事訴訟四一三条)。確かに訴えの変更は審級の利益を害する利益を害し、控訴審における訴えの変更は審級の利益を害する危険性もある。しかし、何らかの理由で当初の請求が具体的な紛争の解決に適切ではないことが判明した場合に、原告に常に別訴の提起を要求することは酷であり、それまで行われてきた審理が新請求の審理にもなお利用しうる場合には、訴訟経済の観点から無駄といわねばならない。換言すれば、合理的な方法で被告の利益を保護しかつ従前の審理を継続的に利用しつつ訴えを具体的紛争解決に有効な請求に改めることができれば、それは訴訟制度の実質的要求にかなうものといえる。これが、現行民事訴訟法が訴えの変更に関する制限を大幅に緩和した理由である。具体的には、請求の基礎の同一性と手続きを遅滞させないことを被告の利益の保護ないし訴訟経済の要求の達成のキーワードとしたのである<sup>2)</sup>。

二、まず民事訴訟法上の手続きについて考える。この点について本件上告理由は、「控訴審になって全く新しき訴を提起したことになり相手方たる上告人の同意あれば格別当然の事項とし

てこのような訴の変更が許されるものではない」と主張している。しかし判例は一貫して控訴審における訴えの変更を許容されるものとしている。古くは請求の基礎に変更のあった事例ではあるが、大審院は昭和十一年三月一三日判決民集一五卷四五三頁において、「控訴審ニ於ケル訴ノ変更ハ第二審ヲ以テ第一審視スルト擇フトコロ無ク審級ヲ紊ルノ觀アリト雖ビニ反訴ニ付テハ相手方ノ同意アル限り控訴審ニ於テモ之ヲ提起スルヲ得ルコトニ省ルトキハ同審ニ於ケル訴ノ変更ノミ獨爾ラサルノ謂レアルヘカラス」と一般的見解を述べ、ついで昭和十五年二月七日判決民集一九卷一七三頁において、「原告ハ請求ノ基礎ヲ変更セズ且ツ訟訴手續ヲ著ク遅滞セシムルオソレナキ限り訴訟ノ控訴審係属中ニオイテモ予備的請求ヲ附加スルコトガデキル」とした<sup>4)</sup>。本件判決はこれら大審院の確立した原則を最高裁判例として踏襲したものであり、以後最高裁及び下級審においても同様の判決が繰り返されることとなった。その理由付けは、いずれの場合もほぼ本件判決と同様の構成をとる。すなわち、民事訴訟法三七八条は控訴審について別段の規定がある場合を除き第一審の手続きを準用する旨規定しているが、訴えの変更に関しては別段の規定が存在しないから民事訴訟法二三二条は控訴審に対して準用されるといふものである。このような理由付けは確かに形式的ではあるが、前述の沿革を考へるならば支持できるものである。すなわち、前述したように旧民事訴訟法が控訴審における訴えの変更を明文をもって禁止していたことを想起するな

らば、現行法がそのような条文を削除したことはとりもなおさず控訴審における訴えの変更を原則的に許容していることを意味すると解釈すべきである。さらに、現行民訴法二三六条は第一審判決後の訴え取下を許容し、同三八二条は控訴審における反訴の提起を認めているが、この点からも右の結論は支持できる。もし控訴審において訴えの変更を認めないとすれば著しくこれらの規定との均衡を失することになるからである。さらにいうならば、具体的紛争解決ないしとりわけ訴訟経済の観点から考えれば、控訴審において訴えの変更を認めることについて積極的要求が大きいといえよう。<sup>(6)</sup>

三、次に憲法上の問題、すなわち審級の利益と裁判を受ける権利の問題について考える。この点について本件上告理由は「控訴審で訴の変更が自由にできるということになれば相手方は第一審を経ないことの不利益を甘受せねばならぬ結果となり……：審級制度を紊るもので憲法第三二条に定める裁判を受ける国民の権利をその意思に反して奪う結果となる」と主張している。ここでは、訴えが変更された場合に控訴審において新たに提起された請求が、形式的に第一審では審理されていないということが被告の審級の利益を不当に奪わないかが問題となる。本件判決はこの点について昭和二三年の最高裁大法廷判決を引用するのみである。しかし、この判決は大審院に上告中であつた刑事事件について、裁判所法施行令にもついで当該事件を最高裁判所ではなく高等裁判所に係属させたことについて、それ

は憲法三二条に違反しないものである。それ故、この最高裁判決は審級の利益についてなした憲法判断という点で一応の参考とはなるものの、全く事件の本質が異なる本件について直接引用しても何等の説得力もないし、そもそも判決理由として機能していないように思える。控訴審における訴えの変更が審級の利益を害しないかという問題は、実は本件判決の直後に出された最高裁昭和二九年二月二六日判決(民集八巻三三号六三〇頁)で検討された。この事件における上告理由は、控訴審が新請求につき理由があると考えたときには第一審を破棄しこれを差し戻すべきであつて、そうでなければ新請求は第一審の審理を受けていないので審級の利益を害するというものであつた。<sup>(7)</sup>

これに対して最高裁は、「控訴審において、請求の基礎に変更のない、請求原因の変更による交替的訴の変更があり、新訴によつて被告敗訴の判決がなされても、請求の基礎に関する部分について、すでに旧訴に関し第一審の審理がなされているのだから、新訴についても事実上第一審があつたのと同様」であり審級の利益を害さないと判示した。これは正論であり、学説も一様にこの見解を支持する。<sup>(8)</sup>そして、本件判決との昭和二九年の最高裁判決が共に全く構成員を同じくする同一小法廷によつて立て続けに出されたことから考えても、この昭和二九年の最高裁判決は本件判決では不明確であつた合憲の理由を、自ら手でもより明確にするものであつたとも考えられ、したがつて控訴審における訴えの変更の判例理論のより完全に近い形成は、

実はこのときまで待たねばならなかったのである（さらに完成されるためには、後述五で述べる交換的変更における旧訴の運命に関する最高裁判決を必要とした）。

いずれにせよ、請求の基礎の同一性の要件によって被告の利益は保護されるのであり、その要件を充たす限り控訴審における訴えの変更は審級の利益を害するとはいえず、それゆえ憲法上の裁判を受ける権利を害することはないといふべきである。

なお、憲法三二条は憲法の規定および法律の定めによって設置される機関としての裁判所で裁判を受ける権利を一般的に保障しているにとどまり、裁判の受け方についての不利益つまり審級の利益の問題は法令違反の問題であり違憲問題ではないとする見解がある<sup>(10)</sup>。しかし、確かに裁判所の構成や審級制度は法律によって定められている問題ではあるが、それだけを理由にその制度に関する違反がもはや憲法の守備範囲外であると解することに賛成できない。たとえその具体的構成が法律に委ねられているとしても、裁判制度の維持と公正な運用に関する問題は、なお憲法問題となると解するのが正当である。

四、次に本件では請求の基礎が変更しているか否かについて考える。上述のように控訴審における訴えの変更が認められるための要件の一つは請求の基礎の同一性であるから、この同一性の意味が解明されねばならない<sup>(11)</sup>。まず判例を概観してみる。請求の基礎という概念は日本の現行民訴法独自のものであり、その同一性の判断基準についてはいくつかの判例がその設定を試

みている。大審院においては、新訴に対する被告の防衛が旧訴に対するそれに比して著しく改める必要のない場合には同一性があるとしても<sup>(12)</sup>、被告保護の見地から基準を設定するものと、同一事実関係から直接間接に生ずる私法上の権利または法律関係を訴訟物とする訴は同一性<sup>(14)</sup>として、あるいは各請求原因のよって生じた事実関係ないし法律関係の数の主要な部分のうち、少なくともその一個が共通の場合には同一性<sup>(15)</sup>があるとして、もっぱら客観の見地から基準を設定するものとがみられた。最高裁においては請求の基礎の同一性の判断基準の設定を試みるものはみられないが、下級審においてはその努力は続けられ、裁判所の審理に根本的な変革を生ぜしめず、また相手方の攻防に著しい障害を与える結果を起さない範囲の変更の場合に同一性<sup>(16)</sup>があるとして被告保護と客観的見地の双方から基準を設定するものもあつたが、それ以降はおおむね客観的見地から基準を設定する傾向にはぼ固定された。例えば、請求の地盤となる社会的事実としての紛争関係が同一であつて、そのため二つの訴が同一審理の対象とされるのを正当化する程度に両者の事実資料に一本性・密着性がある場合<sup>(17)</sup>とか、請求を特定の権利主張として法律的に構成する以前のその地盤となつた経済的・社会的紛争関係が同一である場合<sup>(18)</sup>とか、両請求が社会的経済的にみて同一ともいふべき取引関係を基礎とし、かつその審理のための証拠資料がほぼ共通である場合<sup>(19)</sup>と説明される。また、純粹に手続的見地から新訴と旧訴の訴訟資料、証拠資料の

間に審理を継続することが不合理でないといえる強い関連性があることよって請求の基礎の同一性を判断すべきという判例もある。

これに対して、学説も種々の見解が主張されている。すなわち、利益説、紛争解決説、事実（関係）説、事実資料一体説等の対立がみられる。利益説は、四囲の事情を斟酌して決定した結果、<sup>(21)</sup>訴えによって主張される利益が同一であることを判断基準とする。紛争解決説は、前法律的な同一生活関係または同一経済利益についての紛争関係を判断基準とする。事実（関係）説は、訴訟物たる権利の発生事実の全部あるいは一部を請求の基礎ととらえるもの、<sup>(23)</sup>同一性を新旧両請求について主要事実が根幹において共通するあるいは権利主張の根底をなす事実が根幹において共通する場合ととらえるもの、<sup>(25)</sup>権利あるいは法律関係を発生させた根本の社会現象を請求の基礎ととらえるもの等に代表される。さらに事実資料一体説は、手続的側面から請求の基礎をとらえて、新訴と旧訴の事実資料の間に審理の継続的施行を正当化する程度の一体性と密着性があること<sup>(27)</sup>か、主要な争点が共通であって旧訴の訴訟資料や証拠資料を新請求の審理に利用できる期待があり且つ請求の利益主張が<sup>(28)</sup>社会生活上同一または一連の紛争に関するものとみられることなどを主張する。

このように、学説は実に様々な論調で請求の基礎の同一性の判断基準を試みているが、いずれの説をとっても具体的な結論

において大きな差を生じることには比較的少ない。ただ、請求の基礎の同一性の要件が訴訟経済の見地から、そして基本的にそれが被告の防御の利益の保護の機能を持つものと期待されている以上、純粹に客観の見地から利益のみ、社会的あるいは経済的事実のみを基準としてその同一性を判断することは正しくなく、それらの機能が有効に働くためには訴訟資料の一体性ないし密着性は欠くべからざるものではないかと考えられる。<sup>(29)</sup>

このように判例、学説は様々な方法で判断基準を設定しようとしているが、現在においてはどのような場合に請求の基礎に同一性が認められるかあるいは認められないかについて相当数の判例が蓄積されており、具体的事例についての請求の基礎の同一性の有無はこれらに照らしておおよその見当をつけることができ、請求の基礎の同一性の判断基準自体の重要性は薄れているように思える。そこで次に具体例を概観する。蓄積された判例<sup>(30)</sup>によると、新旧両請求が同一目的物の給付あるいは同一内容の形成である場合<sup>(31)</sup>他、同一の請求原因を維持しつつ請求の趣旨のみを変更する場合<sup>(32)</sup>、新請求が旧請求の変形であるかあるいは付帯である場合<sup>(33)</sup>、単に紛争解決の具体的方法が変更されるにすぎない場合<sup>(34)</sup>、特定の権利あるいは法律関係から派生する数種の権利相互間の変更の場合等に、請求の基礎に変更がないとされることが多いようである。一方、目的物の変更、事件自体の別異<sup>(37)</sup>、相反する前提に基づく場合等は、請求の基礎に変更がある<sup>(38)</sup>とされる。

いずれにせよ、本件においては結局同一建物の明渡を求めている点で同一目的物の給付ないし紛争解決の具体的方法の変更にすぎず、請求の基礎に変更がないとして全く問題はないであろう。

五、次に、本件判決で直接触れられているわけではないが、訴えの変更について相手方がその許否を争った場合、旧請求がどのように処理されるかが検討されねばならない問題として残る。

本件においては、控訴審裁判所はこの訴えの変更をいわゆる交換的変更<sup>(39)</sup>とみていたと思われる。控訴審の判決主文は「原判決を左のとおり変更する。控訴人に対し……を返還しなければならぬ。控訴人に対し……による金額を支払わなければならない。控訴人その余の請求を棄却する。……」となっていた。これは新請求について認容する趣旨であることは明かであるけれども、一方旧請求の解決についてはこの主文においては全く触れられていない。旧請求について判断した一審判決の処理については、判決理由中末尾において、「控訴人は当審で訴えの変更をしたから、その範囲では原判決はそれと共に効力を失ったものだがその趣旨を明かにするために、原判決を取消して……」と述べている。原告による旧請求の処理については判決理由中においては「従前の請求原因を全部撤回して……」と述べられているにとどまり、請求の放棄があったのかどうか、あるいは被告に取下の同意があったかどうかについても明確ではない。むしろ、相手方は控訴審における訴えの変更に

ついて異議を唱えていたのだから、取下に同意を与えたとはまず考えられず、結局控訴審は旧請求の取下の同意なしに交換的変更を認めたと考えるのが自然である<sup>(40)</sup>。

いずれにせよ、旧請求について訴訟係属を終了させるためには相手方の同意を必要とする。明らかに旧請求の撤回を意味する訴えの変更について相手方が何等の異議を申し立てなかったときは、旧請求の訴訟係属の消滅についても同意したものとみなしても、訴えの変更についての同意の射程を不自然に拡張したとはいえないであろう<sup>(41)</sup>。一方、相手方がそのような訴えの変更につき当否を争った場合は、当然旧請求の訴訟係属の消滅について同意したことにはならない<sup>(42)</sup>。これを本件についてみると、前述のように相手方は訴えの変更の当否について明らかに争っている。結局旧請求の係属は消滅していないと解するのが正しい。それゆえ本件訴えの変更は追加的変更として処理されるべきであった。もっとも旧請求と新請求の関連を基準として考えると本件においては新旧両請求は選択的併合となるであろうから、前述の理由で判決理由には一部不適当な部分があるが、結論が認容判決であるため主文の表現自体には不適切な点はないことになろう。ただ、訴えの変更が追加的変更でかつ予備的併合となる場合に旧請求がなお主位的請求であるときは、その処理について判決主文で明言する必要があることに注意せねばならない<sup>(43)</sup>。また交換的変更である場合においては、仮に新請求に対する結論が第一審判決と同一であったとしても、控訴審裁

判所は新請求について第一審として裁判すべきであり、<sup>(44)</sup> 原判決の失効を判決主文で明確にするべきであるというのが判例の態度である。以上

- (1) 旧民訴法が訴えの変更に厳格であったのは、訴えの変更に相当制限的であった一八七七年のドイツ民事訴訟法二六四条をそのまま受け継いだことに理由がある。
- (2) 厳密にいうならば、旧民訴法第一九六条は、事実上、法律上の申述の補充あるいは更正、請求の拡張あるいは減縮、物の滅失、変更により賠償を請求することについては、被告の異議申述は許されないとしていた。
- (3) ドイツにおいても数度の法改正によって制限が緩和され、現行ドイツ民訴法二六三条は、被告の同意あるいは裁判所の判断を要件として訴えの変更を認める。なお、制限緩和の過程については、菊井維大「訴えの変更」民事訴訟法学会編『民事訴訟法講座I』一八五頁以下(有斐閣、昭二九)に詳しい。
- (4) 同旨の大審院判例として、さらに大判昭一五・五・一三評論二九卷民訴二三九頁、大判昭一六・八・二〇民集二〇卷一〇九二頁等がある。
- (5) 最判昭二九・四・一裁判集民一三三四六五頁、最判昭三五・五・二四民集一四卷七号一八三頁、判時二二五号一七頁、最判昭三七・一一・一六民集一六卷一〇二二八〇頁、判時三二七号三三三頁、大阪高判昭四〇・一・二八高裁民集一八卷一四頁、判時四二二号六三頁、判タ一七六号一一五頁等。
- (6) このことは学説においても一般に承認されている(菊井・前掲注(3)二〇七頁、岩松兼子『法律実務講座(2)』二一六頁(有斐閣、昭三三)、斎藤秀夫編『注解民事訴訟法(4)』一五七頁(第一法

規、昭五〇)、菊井兼子『全訂民事訴訟法II』一七七頁(日本評論社、平元)。ただし、結論は不当でないとしても、例えば全部勝訴した原告が被告の控訴によってさらに訴えの変更が許されるという構成に疑問を提起する見解がある(村松他編『判例コンメンタール民事訴訟法II増補版』四二二頁(住吉博)(三省堂、昭五九))。判例(最判昭三三・二二・一三民集一一卷一三三二四三頁)は、附帯控訴の形式で全部勝訴の原告が訴えの変更をすることを許容する。これを肯定する見解としては、岩松兼子・前掲注(6)二二七頁がある。

(7) 中務俊昌「本件判批」民商法雑誌三〇卷一四六頁(昭二九)は、本件判決がこの最高裁大法廷判決を引用するのは、現行審級制度に反するか否かの問題は法令違反の問題で違憲問題ではないとの趣旨であると解釈する。

(8) ただし、この上告は「法令違背」を理由としており、憲法違反は主張されなかった。

(9) 増田幸次郎「判批」民商法雑誌三二卷一三四頁(昭三〇)、田中英夫「判批」法学協会雑誌七三卷四号五二二頁(昭三二)、岩松兼子・前掲注(6)二一六頁、新堂幸司「民事訴訟法第二版」四六〇頁(筑摩書房、昭五六)等。

(10) 中務・前掲注(7)四五頁。

(11) ところで、一般にいわれる新訴訟物理論に立脚したときは請求の基礎の同一は請求自体の同一を導き、旧訴訟物理論によれば訴えの変更となる場合の多くは単に攻撃方法の変更にすぎなくなる。すなわち、同一目的物の給付を目的とする複数の請求権間における変更は請求自体が同一であるとされ、また形成訴訟においては請求の基礎の同一性が保たれている限りおおよそ訴えの変更は生じ得ない。本件においては、第一審では所有権に基づく目的物返還請求及び質

貸借契約の終了に基づく明渡請求が主張され、さらに第二審では特約違反による賃貸借契約解除に基づく明渡請求が主張された。つまり、新訴訟物理論に立脚するならばこれらは同一建物の明渡を要求している点でいずれの請求権によっても訴訟物に変更はなく、従って本件では訴えの変更を生じないことに注意する必要がある。

なお、旧訴訟物理論は訴えの変更を広く許すことによって原告の實質的目的の達成を期待でき、新訴訟物理論と同様の結果を期し得るとするが(兼子一『新修民事訴訟法体系増訂版』一六八頁(酒井書店、昭四〇))、新訴訟物理論はこのような方法論自体の誤りを指摘し(三ヶ月章『民事訴訟法』(全集)一三七頁(有斐閣、昭三四))、紛争解決の実効性の低さを指摘している(新堂・前掲注(9)四五六頁)。つまり、訴えの変更の理論は新訴訟物理論から旧訴訟物理論に対する攻撃の対象となっている。

(12) なお被告の同意について述べれば、請求の基礎に変更のない訴えの変更について被告の同意が必要であるとの見解(大判昭八・二・七民集二卷一三六頁)と並んで、請求の基礎に変更がある場合にも、被告が訴えの変更に同意しまたは異議なく応訴したときには訴えの変更が許されるというのが判例の態度である(大判昭一・三・一三民集一五卷四五三頁)。これに反対する見解(菊井・前掲注(3)二〇八頁)も存するが、学説の大勢は肯定的である(兼子・前掲注(11)三七三頁、三ヶ月・前掲注(11)全集一三九頁、斉藤秀夫『民事訴訟法概論新版』四三三頁(有斐閣、昭五七)、同・前掲注(3)一五三頁、新堂・前掲注(9)四五九頁、等多数)。上述のように請求の基礎の同一性の要件が被告の保護を目的の一つとしている以上、著しく訴訟手続きを遅延させるときは別論であるが、肯定的に解すべきである。ただ、判例はさらに、請求の基礎に変更のある訴えの変更が相手方の陳述した事由に基づいてなされると

きは、もはやさらに相手方の同意を得る必要はないと解し(大判昭九・三・一三民集一三卷二八七頁、東京高判昭三三・一二・二五高裁民集九卷一七号七一四頁、大阪高判昭四〇・一・二八高裁民集一八卷一四頁、四頁判時四二二号六三頁判タ一七六号一五頁、最判昭三九・七・一〇民集一八卷六号一〇九三頁判時三七八号一八頁判タ一六五号七二頁。反対、兼子・前掲注(11)三七三頁)、また請求の基礎を異にするため不適法な請求の追加的併合がある場合に、被告の同意のもとに当初の請求がさらに別の請求に交換的に変更され、先の不適法に追加された請求がよって新請求と請求の基礎の同一性を得ることとなった場合にその瑕疵は治愈されるとする判例(大阪高判昭四四・八・五判時五九五号六四頁判タ二三八頁一三五頁)もあるが、これらは被告の同意の射程範囲を不自然に拡張する嫌いがあり、疑問なしとしない。

(13) 大判昭八・二・七民集二卷一三六頁。

(14) 大判昭八・一・一八新聞三六九八号一三頁判時二二三卷民訴一六〇頁。

(15) 大判昭一八・三・一九民集二卷二三〇頁。

(16) 東京地判昭二六・三・二下級民集二卷三三三頁。

(17) 東京地判昭四三・一・一八判タ二三〇号二七七頁。

(18) 東京地判昭四八・五・一六判時七〇八号二二頁。

(19) 東京高判昭和五九・六・二七判タ五三五号二〇八頁。

(20) 札幌地判昭五五・一〇・一四判時九八八号三六頁判タ四二八号一四五頁。

(21) 中村宗雄『民事訴訟法要論修補版』三二頁(敬文堂、昭四八)、同『訴の変更と請求の基礎』民商法雜誌三卷三三頁(昭一一)。

(22) 兼子・前掲(11)三七二頁。

(23) 山田正三『訴の変更』法学論叢四九卷四号四二〇頁(昭一八)。

- (24) 小山昇『民事訴訟法五訂版』五二六頁(青林書院、平成)。  
 (25) 斉藤・前掲注(11)四三二頁、同・前掲注(3)一四九頁。  
 (26) 細野良『民事訴訟法要義(2)』二四〇頁(巖松堂、昭五)、中島弘道『日本民事訴訟法』一二二八頁(松華堂、昭九)。  
 (27) 菊井・前掲注(3)二〇四頁、菊井・村松・前掲注(6)一七〇頁、三ヶ月・前掲(11)全集一三八頁。同『民事訴訟法第二版』[双書]一七〇頁(弘文堂、昭六)。  
 (28) 新堂・前掲注(9)四五八頁、兼子一ほか『条解民事訴訟法新版』八五四頁(弘文堂、昭六一)。  
 (29) 反対、斉藤・前掲注(3)一四九頁。  
 (30) ここでは『判例体系民事訴訟法第二期版』(第一法想)から主として上告審判決を選んで集めた。分類もとりあえずこの判例集に従った。  
 (31) 同一目的物の給付あるいは同一内容の形成である場合としては、訴訟物を「連帯債務」から「連帯保証債務」へ変更したものととして大判昭五・八・二新聞三一六一号一〇頁、「自己」に対する土地明渡請求を「所有者に代位する請求」からさらに「土地所有者への明渡請求」へ変更したものととして大判昭六・四・一七評論二〇卷民訴三一九頁、賃借人が賃借人に「代位しての明渡請求」から所有権取得後「自己の所有権に基づいて明渡請求」へ変更したものととして大判昭九・二・二七民集一三卷四五頁、売り掛け代金請求について「被告が買主」との主張から「被告は債務引受人」へ変更したものととして大判昭一〇・四・一三民集一四卷五二三頁、「消費貸借」に「不法行為による同額の損害賠償」を附加したものととして大判昭一一・四・一五新聞三九九九号一六頁、「消費貸借」から「準消費貸借」さらに再び「消費貸借」へ変更したものととして大判昭一六・一・一四判決全集九輯二号八頁、「貸借契約解除による引渡請求」か

ら「讓渡担保に基づく引渡請求」へ変更したものととして最判昭二八・四・二四裁判集民八号八三一頁、「占有回収の訴」から「本権の訴」へ変更したものととして東京高判昭三三・七・二一東高民時報一二卷七号一五四頁(但し水戸地判昭二五・六・二二下級民集一卷六号九六九頁は結論反対)、詐欺行為による「債務引受契約の取消」の主張から不法行為ないし不当利得による「配当金相当額の給付請求」へ変更したものととして東京地判昭五七・八・二七金融商事六八五号四二頁、が代表的である。

(32) 同一の請求原因を維持しつつ請求の趣旨のみを変更する場合としては、所有権に基づく「仮処分執行に対する異議」を強制執行開始後「強制執行に対する異議」へ変更したものととして大判昭一一・一一・二法学(東北大学)六卷二四〇頁、「給付の申立」から「確認の申立」へ変更したものととして仙台地判昭一三・三・一四新聞四二五二号一四頁、「将来の給付の訴」から履行期到来によって「現在の給付の訴」へ変更したものととして東京高判昭二六・四・三〇下級民集二卷四号五七〇頁、控訴の趣旨を「請求棄却」から「原審差戻し」へ変更したものととして仙台高秋田支部判昭三二・一一・二三高裁民集一〇卷追録一頁、が代表的である。

(33) 新請求が旧請求の変形であるかあるいは付帯である場合としては、「手形金請求」から「貸金請求」へ変更したものととして大判昭八・四・一二民集一二卷五八四頁、札幌函館支部判昭二八・一〇・五高裁民集六卷九号五四三頁、大阪地判昭三三・三・一六金融法務一三八号八頁、東京地判昭三四・七・二五新聞一四四号一二頁、買戻しによる「所有権移転登記手続請求」から、訴訟係属中被告が他人に目的物を売却したためその所有権登記を経由したことによる「損害賠償請求」へ変更したものととして最判昭三七・一一・一六民集一六卷一一号二二八〇頁、「占有回収の訴」に、占有侵奪時の暴行による傷

害に起因する「損害賠償請求」を附加したのとして東京高判昭五三・一二・一三判時九二二二五八頁、東高民時報二九卷一・二二二六頁、が代表的である。

(34) 単に紛争解決の具体的方法が変更されたにすぎない場合としては、「手形金請求」に手形振出担当者の不法行為による「使用者に対する損害賠償請求」を附加したのとして東京高判昭二九・一二・二七下級民集五卷一・二二二五頁、最判昭三三・七・一六民集一・一七七号一・二五四頁、「経界確認の訴」から係争地上の「立木所有権確認の訴」へ変更したのとして秋田地判昭三〇・八・九下級民集六卷八号一五九〇頁、「立替金請求」から「貸金請求」へ変更したものとして東京高判昭三六・八・一五東高民時報二二卷八号一六八頁、使用者たる会社から強制されて会社業務として軽自動車を運転中惹起した交通事故を原因とする「不法行為に基づく損害賠償請求」から「労働者災害補償請求」へ変更したものとして最判昭四一・一二・一民集二〇卷一〇号二〇一七頁、が代表的である。

(35) 特定の権利あるいは法律関係から派生する数種の権利相互間の変更の場合としては、「地上権に基づく境界確定の訴」から「地上権の範囲の確認の訴」へ変更したものとして富山地判昭四一・五・三二下級民集一七卷五・六号四五九頁、「地代額確認請求」に「建物取去土地明渡請求」を附加したものとして東京高判昭五六・一・二四東高民時報三三卷一・二七〇頁、が代表的である。

(36) 目的物変更の例としては、「甲試掘権の売却代金支払請求」から「右代金の代物弁済としての乙試掘出願権を同人へ売り渡した売却代金支払請求」へ変更したものとして大判昭一八・三・一九民集二二卷三三〇頁、が代表的である。

(37) 事件自体の別異の例としては、別異の不法行為に基づく別個の損害について賠償を求める二個の訴の場合として甲府地判昭二八・

四・二二下級民集四卷四号五九八頁、東京地判昭五八・九・三〇判時一一〇六号一〇二頁、判タ五一二二号一三九頁、事実上または法律上の争点が大体同一の場合でも、目的物に対する契約が全然別になされ、目的物の所有権移転の時期を異にするような場合に、別の契約の目的物に仮処分を拡張することについて東京高判昭二八・九・一一高裁民集六卷一・一七七〇二頁、手形に記載された振出日及び満期を前提とする約束手形金請求と約一年後の真実の振出日及び満期を前提とする同請求について名古屋地判昭三六・八・二三下級民集一二卷八号一四四頁、週刊誌に掲載された記事による名誉毀損を理由とする損害賠償請求において、記事の作成者、内容、目的、発表時期を全く異にする二個の記事について福岡地判昭五九・三・三〇判タ五二七号一五二頁、が代表的である。

(38) 相反する前提に基づく場合としては、自己の買い受けた目的物の所有権侵害による「損害賠償請求」に、その目的物を被告が買い受けたとした場合の「立替金償還請求」を予備的に附加したのとして大判昭一七・一二・一五民集二二卷一八五頁、不法占有者に対する「借地権に基づく土地明渡請求」から借地権の譲渡契約の解除による「原状回復義務の不履行による損害賠償請求」へ変更したものとして東京高判昭三一・一二・二七東高民時報七卷一・二二八頁、賃貸借契約の更新拒絶による期間満了、解約申入または解除による終了を理由とする「建物明渡請求」に、賃貸借契約存続を前提とする「更新料支払及び賃料額確定請求」を附加したものとして東京地判昭五五・八・二八判タ四三三三三三号一〇八頁、が代表的である。

(39) 現在では、訴えの交換の変更は新訴の提起と旧訴の取下の結合であるというのが判例理論として定着している（大判昭一六・三・二六民集二〇卷三六一頁、最判昭三一・一二・二〇民集一〇卷一二号一五七三頁、最判昭三三・二・二八民集一〇卷二二号三三四頁）判

時一〇七号七頁、最判昭四一・一・二一民集二〇卷一〇九四頁判時四四〇号三五頁、判タ一八八号一三一頁、富山地判昭四一・五・三二下級民集一七卷五・六号四五九頁、東京地判昭四六・四・一四判時六四一七二頁）。学説には、訴えの変更には交換的変更という形態は存せずただ追加の変更のみが認められ、旧訴の係属の消滅は請求の放棄あるいは訴えの取下によってのみ生じうるという交換的変更否定説（三ヶ月・前掲注（11）全集一四〇頁、同・前掲注（27）双書一七三頁、齊藤・前掲注（3）一四四頁、菊井・村松・前掲注（6）一六七頁）と、交換的変更という特別の概念を認めることがなす有効であるとする交換的変更肯定説（中村英郎「訴の変更理論の再検討」中田遷曆『民事訴訟の理論』一九二頁（昭四四）、新堂・前掲注（9）四六三頁）とに分かれる。否定説の論拠は、旧民訴法のもとにおいては被告の同意を要する点で訴えの変更と訴えの取下に要件に違いがなかったから交換的変更には何等の支障も生じなかったのに対して、現行民訴法は訴えの変更自体については被告の同意を要件としていないため交換的変更は制度として維持できないから、あるいは訴えの変更の要件は新請求を追加できるか否かのみを考慮しているから、という点にある。一方肯定説の論拠は、交換的変更を追加的変更と訴えの取下の結合と構成したときには、旧請求の提起による時効中断がなお存続したり（最判昭三八・一・一八民集一七卷一〇九四頁判時三三〇号三五頁）、旧請求の訴訟資料が新請求に流用されるということを理論的に説明できないという点に求められる。ただ、肯定説においても旧請求の係属の消滅には取下の場合と同様に相手方の同意を必要としているから、結局具体的な解決において両者に決定的な差異はなく、否定説に立って訴えの取下に対する相手方の同意が訴訟資料の継続性あるいは時効の効果の維持に対する同意をも広く含むと解することも論理展開は

不可能ではないが、それは相手方の同意の射程を不自然に広げるものとして到底容認できず、結局肯定説の方が優れていると思われる。（40）菊井・村松・前掲注（6）一六六頁によれば、かつては交換的変更が適法である限り、旧訴は当然に係属を終えるものと解されていたとされる。細野・前掲注（26）二四四頁は、交換的変更について民訴二二六条の適用を否定する。中島・前掲注（26）一二二頁は訴え変更の要件の具備によって旧訴の訴訟係属は直ちに消滅するとする。

（41）最判昭三八・一・一八民集一七卷一〇九四頁判時三三〇号三五頁、最判昭四一・一・二一民集二〇卷一〇九四頁、東京高判昭四八・五・一六判時七〇八号二二頁。

（42）東京高判昭三九・四・一七下級民集一五卷四号八三八頁。

（43）最判昭四三・三・七民集三二卷三号五二九頁。

（44）いずれも棄却の事例では、最判昭三一・一・二〇民集一〇卷一五七三頁、最判昭三二・二・二八民集一一卷二二七四頁判時一〇七号七頁、東京高判昭三八・二・二〇下級民集一四卷二二七三頁。いずれも認容の事例では、最判昭三三・二・二五訟務月報四卷四号五一八頁。

（45）東京高判昭三九・九・二二判タ一六六号一〇二八頁、東京高判昭五八・八・三二判時一〇九一八五頁判タ五一三三〇一七三頁。

中村 壽宏