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三〇七〕 控訴審における請求の基礎の変更と相手方が異議を述べなかった場合の効果 (最高裁昭和二九年六月八日第三小法廷判決)
Sub Title	
Author	芳賀, 雅顯(Haga, Masaaki) 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	1994
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.67, No.1 (1994. 1) ,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=AN00224504-19940128-0129

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.

臨時増刊『民事保全法の運用と展望』第九六九号（平成二年）二一三頁参照。

(6) 最判昭和二六年二月六日民集五巻三号二一頁、同昭和二七年四月四日民集六巻四〇四頁、兼子・前掲書三三二頁、菊井『判例民事手續法』（昭和二六年、弘文堂）四〇三頁以下、吉川『増補保全訴訟の基本問題』（昭和五二年、第三版、有斐閣）六〇二頁、原井・吉川還暦下八九八頁以下、三ケ月『判例民事訴訟法』（昭和四九年、弘文堂）三八六頁以下など。なお、基本的にはこれを支持しながら、債務者側の異常損害を考慮することにつき異議事由との混同が生じるおそれがあるとして危惧を表明するのは、柳川眞佐夫『保全訴訟〔補訂版〕』（昭和五一年、判例タイムズ社）三八七頁以下。原則として両者相俟って初めて特別事情があると認められるとするのは、澤田直也『保全執行法試釋』（昭和四七年、布井書房）四五二頁。

(7) 柳川・前掲書三八七頁以下、丹野達『保全訴訟の実務Ⅰ・普通保全訴訟』（昭和六一年、酒井書店）二一六頁、西山・概論二二七頁以下、菊井＝村松＝西山・前掲書四二四頁、沢田・前掲書四四五頁以下、中川善之助・兼子監修『実務法律大系第八巻・仮差押・仮処分』〔林屋礼二〕（昭和四七年、青林書院新社）一三五頁以下など。なお、吉川・基本問題六〇二頁、原井・吉川還暦下九〇三頁、三ケ月・前掲書三九五頁以下参照。

(8) 山崎潮『新民事保全法の解説〔増補改訂版〕』（平成三年、きんざい）二六一頁。なお、豊澤・前掲二三九頁、中野貞一郎編『民事執行・保全法概説』〔谷口安平〕（平成三年、有斐閣）三〇〇頁、松浦馨・三宅弘人編『基本法コンメンタール民事保全法』〔栗田隆〕（平成五年、日本評論社）二二〇頁、原井＝河合伸一『実務民事保全法』（商事法務研究会、平成三年）四三六頁など参照。

草鹿　晋一

〔最高裁民訴事例研究三〇七〕

昭二九9（最高民集八巻六号一〇三七頁）

控訴審における請求の基礎の変更と相手方が異議を述べなかった場合の効果

家屋明渡請求事件（昭和二九年六月八日最高裁第三小法廷判決）

〔事　実〕

Y_1（被告、被控訴人、上告人）は訴外Aより家屋を期間の定めなく賃借していたところ、X（原告、控訴人、被上告人）はAより該家屋の譲渡を受け賃貸人の地位を承継した。Y_1はAに対して、賃借権の無断転貸、譲渡、同居人を置かないこと等を約したにも拘わらず、Y_1は、Xが該家屋を取得した後に該家屋の一部をY_2およびY_3に転貸した。そこでXはY_1に対しては契約解除を理由（主位的にY_1の無断

転貸、予備的主張として自己使用の正当事由）に、家屋の明渡、未払賃料および損害金の支払いを求め、またY_2およびY_3に対しては不法占拠を理由に、各々が占有している部分の明渡を求める訴えを提起した。第一審は賃料未払の点だけを認容したので、XはY_1～Y_3を相手に控訴した。控訴審では、さらにXはY_1に対して第一審での請求のほか、Xが訴外Bから取得した土地上にY_1が不法に物置および鶏舎を建てたとして、それらの収去と土地の明渡請求を追加した。控訴審はXの請求を全て認容し、それを不服としてY_1～Y_3が上告した。上告理由の一つとしてY_1～Y_3が主張したのは、本件控訴審での追加的変更は、第一審での請求と関連性を有しないので請求の基礎に変更をもたらし、これを認容した原審の判断は民事訴訟法二三二条の解釈を誤った違法があるとのことであった。

〔判　旨〕

控訴審における請求の拡張は、たとえ請求の基礎に変更があっても、相手方が異議なく応訴した場合は、これを許すべきである。

判旨に賛成する。(1)

一　控訴審での訴えの変更に際して請求の基礎に変更が生じても、相手方が異議を述べなかった場合にはこれを許容するとの判決は、大審院時代にすでに下されており（大判昭和一一年三月一三日大審院民集一五巻四五三頁）、本判決はそれをそのまま踏襲するものである。法は二三二条において、請求の基礎に変更がないこと、著しい訴訟遅延を招来するものでないことを要件として、訴えの変更を認めている。だが請求の基礎に変更があったものの、被告が同意し、または異議を述べずに訴訟が進行した場合については規定がなく、解釈上疑義があった。(2) 前記大審院の判例はこの点を肯定的に解したものであるが、その後もこの大審院判決に反対する見解が有力に主張されていた。(3) このような状況下にあって、本件最高裁判決は再び前記大審院判決と同じ判断を下し、最上級審としての見解に変更はないことを示した。

二　訴えの変更をなすための要件の一つとして法二三二条は、「請求の基礎に変更がないこと」を要求している。訴え変更後の請求と変更前の請求との間に関連性を有する必要がある、との趣旨をこのように表現したものであるが、ここで用いられている請求の基礎という概念は、比較法的にも例をみないものであり、(4) その内容については当初から争いがあった。本判決はこの請求の基礎がいかなるものかについて言及していないが、前提問題として避けて通ることはできないと思われるので、この点から検討する。この点については主として、実体的側面からアプローチを試みる見解、(5) 手続的側面からアプローチをなす見解、(6) 更に両者の折衷的見解(7)とに分かれる。

これらのいずれの見解によっても、具体的な結論に相違を生じることはまずないとされるが、(8) わたくしは請求の基礎の解釈としては実体的アプローチをとるのが妥当と考える。訴えの変更の制度は、最初に起こした訴えでは原被告間の紛争が実質的に解決されず、別訴を提起するのでは不合理な場合に、より適切な主張に改めることを許容し、従前の訴訟の継続的利用によ

りその目的を達成する制度であるが、[9] 最初の訴えの提起と同様に受動的（防御的）立場にある被告の利害を主として考慮し、〃請求〃（換言すれば訴訟物たる権利関係）の基礎に変更がないという要件が課せられたものと解すべきである。このような立場を前提とすると、〃請求〃とは関係のない事実資料の一体性を判断材料とする見解には賛成できない。[10] しかし、このように解したからといって、全く訴訟手続との関連を無視するものではない。事実資料の一体性がないような場合は、新請求の審判のために従前の資料が利用できないのであるから、請求の基礎に変更があるというよりは、むしろ「著しく訴訟手続を遅滞せしむべき場合」（二三二条但書）として処理すべきではなかろうか。要するに〃請求の基礎〃とは〃請求〃という文言を用いていることから実体的観点から捉えれば十分であり、手続的考慮は同条但書の守備範囲と解する。私見は同条全体の解釈としては併用説に近いが、本文と但書で機能分担を図るものである。このように解するのが条文の立てかたと適合し、また手続的要請をも参酌しうる点で妥当と考える。請求の基礎について実体法アプローチをとる場合に、注（5）で掲げたように種々の定義が立てられているが、その本質において異なるところはない。本件ではいずれの立場によっても、請求の基礎に変更があったものとみなしうると考える。

三　では、請求の基礎に変更があったが、被告が同意しまたは異議を述べなかった場合、どのように解すべきか。先に二で述べたように、請求の基礎という概念は主として被告保護の立場から定められた要件である。より正確に言えば、受動的な立場に立たされる被告を保護し、突如として全く別個の本案について対処を迫られることのないようにしたものである。他方において、原告が実体法上の請求権を変更して別の訴訟物を持ち出す必要が最も強いのは、請求の基礎が同一の場合である。裁判所の立場からすれば、訴訟資料の継続使用が可能な範囲で訴え変更を許容することにより裁判の効率化を確保しうるが、この裁判の効率化の要請は主として但書で守られるのであるから、請求の基礎は原告と被告の利害調整に重点があるといってよい。したがって、原告が訴えの変更を求め、それに被告が同意した場合はもちろん、異議なき応訴の場合にも黙示の同意または責問権の放棄・喪失として処理し、原則としてこの訴えの変更を適法として扱い、裁判所は但書のみを遵守すれば足りると解する。[11] 注（2）および（3）で掲げた反対説は、請求の基礎という概念の中に、訴訟遅延を回避する公益的な要素を組み込もうとする。しかし、訴訟遅延の回避という要請はむしろ二三二条本文ではなく、同条但書が果すべき役割であることは先に述べたとうりである。この訴訟遅延回避の要請は、国家による円滑な司法運営を実現するための公益的なものであると考えられるので、被告の同意いかんにより影響を受けることはないと解する。[12] なお、請求の基礎が実体法的性質を有することと、被告の同意等によりこの要件を不要とする訴訟法的処理とは矛盾しな

いと考える。

他方で、特に控訴審において、請求の基礎に変更がある訴えの変更を認めると、当事者の意思により全く第一審を失わしめることになり、審級制度をみだすものであるとの主張がある。[13] しかし、三審制の利用は絶対的なものではない。なぜならば、不控訴の合意、飛躍上告（三六〇条一項但書）、控訴審における反訴（三八二条一項）が可能であることから、三審制の利用は当事者の任意に委ねられていると考えられるからである。したがって、控訴審においても、被告の同意または異議なき応訴により、請求の基礎に変更がある場合にも訴えの変更は可能であると解する。

以上に述べたことから本件判旨に賛成する。

（1）本件解説としては土井王明・最高裁判所判例解説民事篇昭和二九年度八三頁、本件評釈としては、藤永幸治・民商法雑誌三一巻五号二五頁（昭三〇）、抜山勇・法学二二巻一号一一三頁（昭三三）、早川登・名城法学五巻一号六五頁（昭四七）がある。

（2）被告の同意があっても許すべきでないものとして、細野長良・民事訴訟法要義第二巻（昭五）二四六頁（訴えの変更を新訴の提起と旧訴の取下の複合行為と把握し、新訴の提起が当事者の意思に基づく簡易な方法でなされる結果、当事者が訴訟手続を創設することになるので許すべきではない）、中島弘道・日本民事訴訟法（昭九）一二三二頁（訴え変更の制限に関する規定は、被告の利益のためだけではなく、訴訟遅延防止の目的を有する公益規定である）。

（3）大審院判決に賛成するものとして、兼子一・条解民事訴訟法Ⅱ（昭二六）二五八頁。反対するものとして、中村宗雄・民商法雑誌四巻四号（昭一一）一三五頁（相手方の異議がなければ請求の基礎に変更があっても訴えの変更を許すとすると、二三二条の規定が空文化してしまう）、前野順一・民事訴訟法論（昭一二）一〇九三頁（二三二条の二つの要件とも公益に関わる）、山田正三・日本民事訴訟法概論（上）（昭一五）一六五頁（請求の基礎に変更がないとの要件は、主として訴訟手続の遅延を回避する訴訟公益上の理由から認められたものである）、加藤正治・民事訴訟法要論（昭二三）三七二頁（控訴審で無関係な請求の併合を認めると、審級制度をみだすことになる）、菊井維大「訴の変更」民事訴訟法講座Ⅰ（昭二九）二〇八頁（当事者の意思により第一審を失わしめることになり不当である）。

（4）母法国ドイツにおいては、被告が同意するか、裁判所が相当であると（sachdienlich）認める場合は訴えの変更は許容される（ZPO二六三条）。また、被告が異議を述べずに、変更された訴えに応訴すると同意があったものとされる（ZPO二六七条）。

（5）実体的アプローチに属するものとしては、「訴えの目的物たる私法上の権利または法律関係の発生を来したる根本の社会現象たる事実」を指すとする見解（細野長良・民事訴訟法要義（第二巻）（昭五）二四〇頁）、「訴訟物なる法律関係の基礎たる事実関係をいう」とする見解（中島弘道・日本民事訴訟法（昭九）一二二八頁）、「訴えは権利主張であり、権利主張は法律により保護された利益主張である。そこで、訴えをもって主張する利益がその同一性を保つ限りは請求の基礎に変更がないものということができる」とする見解（利益説）（中村宗雄「訴の変更と請求の基礎（三・完）」民商法雑誌三巻三号（昭一一）二三頁、同『判例民事訴訟研究（第一巻）』（昭一四）五二頁）、「訴訟物たる権利の発生事実またはその一部をい

う」とする見解（山田正三「訴の変更」法学論叢四九巻四号（昭一八）四一九頁）、「請求を特定の権利主張として構成するために、請求原因を拾出した地盤となる状態に還元し拡大して眺めた、前法律的な利益紛争関係を指す」とする見解（紛争関係説）（兼子一・体系民事訴訟法〔増補〕（昭四〇）三七二頁）、「権利主張の根底をなす事実が、根幹において共通性があることをいう」とする見解（斎藤秀夫・民事訴訟法概論〔新版〕（昭五七）四三二頁、同編・注解民事訴訟法（四）（昭五〇）一四九頁（斎藤））、「請求の根拠事実を核とした一塊りの事実関係」とする見解（木川統一郎・民事訴訟法重要問題講義（中）（平四）二六六頁）などがある。

(6) 手続的アプローチに属するものとして、「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・同一性が肯定できるときに請求の基礎の同一性がある」とする見解（三ケ月章・民事訴訟法（昭三四）一三八頁、同・民事訴訟法〔第三版〕（平四）一六四頁）がある。

(7) 実体的要素と手続的要素の両者の加味するもの（併用説）として、「両請求の主要な争点が共通であって、旧請求についての訴訟資料や証拠資料を新請求の審理に利用できる関係にあり、かつ各請求の利益主張が社会生活上、同一または一連の紛争に関するものとみられること」とする見解（兼子ほか・条解民事訴訟法（昭六一）八五四頁（竹下）、新堂幸司・民事訴訟法〔第二版補正版〕（平二）四五八頁、菊井＝村松・全訂民事訴訟法Ⅱ（平一）一七〇頁、小林秀之・プロブレム・メソッド民事訴訟法（平五）三九〇頁、「新旧両請求の利益関係が社会生活上共通であり、旧請求をめぐる裁判資料の継続利用が可能である」とする見解（上田徹一郎・民事訴訟法（昭六三）四五五頁）がある（谷口安平・民事訴訟法（昭六二）一八三頁も併用説に与するものと思われる）。

(8) 菊井＝村松・全訂民事訴訟法Ⅱ（平一）一六九頁。

(9) 兼子ほか・条解民事訴訟法（昭六一）八五四頁（竹下）。

(10) 同旨、斎藤編・注解民事訴訟法（四）（昭五〇）一四九頁（斎藤）。

(11) 今日では請求の基礎に変更があっても、被告の同意もしくは異議なき応訴のある場合は、訴えの変更を認めるのが通説である。小室直人「訴の変更」民事訴訟法演習Ⅰ（昭三八）二六五頁、兼子一・体系民事訴訟法〔増補〕（昭四〇）三七三頁、斎藤編・注解民事訴訟法（四）（昭五〇）一五三頁（斎藤）、斎藤秀夫・民事訴訟法概論〔新版〕（昭五七）四三三頁、佐々木吉男「訴えの変更と反訴」新版・民事訴訟法演習Ⅰ（昭五八）三一六頁、兼子ほか・条解民事訴訟法（昭六三）四五五頁、菊井＝村松・全訂民事訴訟法Ⅱ（平一）一七四頁、小山昇・民事訴訟法〔五訂版〕（平一）五二九頁、林屋礼二・民事訴訟法概要（平三）二六九頁、新堂幸司・民事訴訟法〔第二版補正版〕（平二）四五九頁、木川統一郎・民事訴訟法重要問題講義（中）（平四）二五七頁、三ケ月章・民事訴訟法〔第三版〕（平四）一六五頁。反対、菊井維大「訴の変更」民事訴訟法講座Ⅰ（昭二九）二六八頁、中村英郎・民事訴訟法（昭六二）二〇〇頁。

(12) 斎藤編・注解民事訴訟法（四）（昭五〇）一五六頁（斎藤）、菊井＝村松・全訂民事訴訟法Ⅱ（平一）一八〇頁。

(13) 加藤正治・民事訴訟法要論（昭二三）三七二頁、菊井維大「訴の変更」民事訴訟法講座Ⅰ（昭二九）二〇八頁。

芳賀　雅顯