

Title	〔最高裁判事例研究三〇九〕 家庭裁判所において請求異議の訴えが適法に損害賠償請求の訴えに交換的に変更された場合と新訴の取扱い (最高裁平成五年二月一八日第一小法廷)
Sub Title	
Author	石渡, 哲(Ishiwata, Satoshi) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学会
Publication year	1994
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.67, No.3 (1994. 3), p.103- 108
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19940328-0103

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.

からは不明であるが、しかし、本件一の決議が不存在であったにもかかわらず、それに基づき、定款に累積投票によらない旨の記載がなされていたとしても、それは昭和六一年の時点からすれば、一一年も以前の昭和五〇年のことであり、その間に原告らが何らの主張をすることもなく経過していたのにもかかわらず、本件二の株主総会において、突如として本件一の総会決議の不存在をもち出したのであれば、その主張は、禁反言の法

〔最高裁判事例研究 三〇九〕

平五二（最高民事四七巻）
（二号六三三頁）

家庭裁判所において請求異議の訴えが適法に損害賠償請求の訴えに交換的に変更された場合と新訴の取扱ひ

請求異議事件（平五・二・一八第一小法廷）

X（原告・控訴人・上诉人）は当初、神戸家庭裁判所のした婚姻費用分担および扶養料請求申立事件の家事審判の執行力ある正本に基づいてY（被告・被控訴人・被上诉人）が執行する具体的な債権差押命令の執行の不許を求めて、右支部に請求異議の訴えを提起したが、第一審の第一回口頭弁論期日前に債権執行手続が終了した。そこでXは、請求異議の訴えを右取立てに係る一二万余円の支払を求める不法行為損害賠償請求に変更する訴えの交換的変更を申し立てた。Yは訴えの変更同意し、損害賠償請求の訴えに異議なく

理ないし権利の濫用の法理により、排斥されるべきものと考えられる。立法論としては、決議不存在は、決議の成立過程における著しい瑕疵が問題となるのであり、決議不存在確認の訴えについても、決議取消の訴え（商二四八条一項）に準じて、出訴期間の制限がなされるべきである（拙稿・「株主総会の決議不存在確認の訴えについて」法研六六巻一号二二二頁）。

近藤 龍司

応訴した。第一審は、訴えの変更は不適法であるとして、許さない旨の決定をしたうえ、請求異議の訴えは、家庭裁判所の管轄に属さぬ不適法な訴えであるとして（ただし、これらの点は、民集に収録されている第一審判決書には記載されておらず、第二審判決および上告審判決の理由中の記載による）、これを却下した。そのさい、判決主文は「原告の請求を却下する」というものであった。Xが控訴、控訴審は第一審判決を取り消し、訴えを却下した。その理由は以下のように述べられている。まず、本件請求異議の訴えは神戸家庭裁判所の管轄に属する適法な訴えであるから、これを不適法な訴えとした第一審の判断は相当でない。不法行為損害賠償請求は神戸家庭裁判所の専属管轄（ここでは土地管轄についての専属管轄ではなく、職分管轄としての専属管轄が考えられている）に属し、家庭裁判所での審理中に地方裁判所の専属管轄に属する訴えに変更

することは、相手方の同意の有無にかかわらず、許されないから、本件訴えの変更は不適法である。その結果、本件訴え(請求異議の訴え)がそのまま係属している。しかし、すでに債権執行手続が終了しているので、本件請求異議の訴えには訴えの利益がない、と。

Xが上告。上告理由は、要するに、本件請求の変更は請求変更の要件(民訴三三二条)を具備しているから、これを許したうえで、民訴法三〇条一項により、地裁に移送すべきであった、ということである。最高裁は、上告を容れ、原判決を破棄し、第一審判決を取り消し、事件を神戸地方裁判所に移送した。その理由は以下のとおりである。

「家庭裁判所における請求異議の訴えの審理は民事訴訟法によってされるのであるから、右請求異議の訴えの審理中に民訴法三三二条により訴えの交換的変更の申立てがされた場合には、家庭裁判所は受訴裁判所としてその許否を決める権限を有し、訴えの変更の要件に欠けるところがなければ、これを許した上、新訴が家庭裁判所の管轄に属さない訴えであるときは、同法三〇条一項により、新訴を管轄裁判所に移送すべきものと解するのが相当である。

これを本件についてみるに、前示事実関係によれば、上告人の本件訴えの変更の申立ては、その要件に欠けるところはないから、これを許すべきであり、原審としては、第一審判決を取り消した上、本件損害賠償請求の訴えを記録上管轄を有することが明らかな神戸地方裁判所に移送すべきであったのである。

そうすると、これと異なる原審の前記判断には、民訴法三三二条及び三〇条一項の解釈適用を誤った違法があり、その違法が判決の結論に影響を及ぼすことは明らかである。論旨は理由があるから、原判決を破棄し、第一審判決を取り消した上、当審において本件訴えの変更を許すこととし、本件損害賠償請求の訴えを神戸地方裁判

所に移送することとする。なお、本件請求異議の訴えは、当審における本件訴えの変更の許可により終了した。」

判旨に賛成。

一 本件請求異議の訴えの職分管轄は、民執法三五条三項・三三条二項一号・二二条三号によりそれが提起された神戸家裁(尼崎支部)にある。それゆえ第一審判決は、少なくとも、右請求異議の訴えが同裁判所の管轄に属しないとされた点で、誤っている。一方、変更後の訴えである損害賠償請求の訴えの職分管轄は地方裁判所または簡易裁判所であり、本件では請求額が一二二万余円であるから、事物管轄は地方裁判所にある(裁二四条一号・三三二条一項一号)。そして、職分管轄は専属管轄であるから、訴訟が係属している神戸家裁尼崎支部で損害賠償請求につき審判するとすれば、専属管轄の定めに違背することになる。

本件では、かように変更後の請求が変更前の請求の係属する裁判所以外の裁判所の専属管轄に属する場合には、裁判所が執るべき措置いかんが問題になった。学説のなかには、請求の変更が許されるための要件の一つとして、新請求が他の裁判所の専属管轄に属さないこと、ないし裁判所が新旧両請求につき管轄を有することを挙げているものがあるが、それは結局、上記の場合に請求の変更を許さない趣旨である(したがって、以下ではこの考え方を、「変更不許説」という)。本件でも、第一審および控訴審は変更不許説を採用している。他方、この場合に訴えの変更を認める学説³⁾および下級審判例もある。それらにおい

ては、裁判所は変更後の新請求を管轄のある裁判所に移送することができるし、かつそうすべきであるということが、前提になつてゐる（したがつて、以下ではこの考え方を「変更許容・移送説」という）。逆に、変更不許説は、この場合に移送がでないといふことを、暗黙の前提にしているか、あるいは移送を考慮してないものといえる。すなわち、請求変更の可否と移送の可否とは相互に関連しており、一つの問題を形成しているとみることが出来る。

本件の意義は、最高裁がこの見解が分れている問題について初めて態度を表明し、変更許容・移送説を採用した点にあるといえる。ただし、最高裁は同説採用の理由を明らかにしていない。

変更不許説も明確な理由を示していないが、前述のように、この説においては暗黙のうちに、変更後の新請求の移送を認めず、したがつて、それが他の裁判所の専属管轄に属している場合、変更を許せば、専属管轄違背になる、と考えられているのであろう。しかし、管轄のない裁判所に提起された訴えについては、管轄を有する裁判所があるかぎり、これに移送すべきである（民訴三〇条一項）といふことが、一般に認められている。すなわち、裁判所はこれを直ちに不適法として却下すべきであるとは、考えられていない。このことからすれば、新請求が他の裁判所の専属管轄に属する場合にも、裁判所は新請求の移送によって専属管轄違背を回避することが、考えられるべきであ

る。かつ、かような措置は訴訟経済にかない、原告にとって便宜であるし、被告にとつても、いづれ別訴が提起されることを考えれば、とくに不利益であるとも思われない。また、請求の変更について、母法国ドイツにおいても立法は禁止から禁止の緩和ないし許容への歩みを続けているが、変更許容・移送説は、このような立法の歴史的流れにもなつてゐる。以上の点から私は、変更許容・移送説が正当であると考える。

ただし、変更許容・移送説を前提にしても、実際に請求の変更が許容されるためには、民訴法二三二条一項が規定する請求変更の一般要件が具備していなければならない。とくに、変更前の請求と変更後の請求の間に請求の基礎の同一性があることが必要である。請求の基礎の同一性については、諸説錯綜の状態にあるが、本件の変更においては、いづれの説によつても、請求の基礎の同一性は肯定されるであらう。

要するに、変更許容・移送説に従つて、原判決を破棄し、第一審判決を取り消したうえ、事件を地方裁判所に移送した判旨は正当である。

二 私見によれば、第一審判決および控訴審判決は、変更不許説を採った点で、賛成できないが、仮に同説にしたがい、本件で請求の変更が許されないといふことを前提にしたとしても、なお問題とすべき点がある。

まず、第一審判決が、本件請求異議の訴えの管轄が家庭裁判所にないとした点は、前述のように、誤りである。

また、「請求却下」という第一審判決の主文も、実務上異例であり、かつ、訴えを不適法として却下する訴訟判決であるのか、請求棄却の本審判決であるのか、紛らわしい。管轄違背がその理由とされていることからして、私は、訴え却下が第一審裁判所の真意であったと推測する。しかし、後述のように、控訴裁判所はこれと異なる解釈をしているようにも思われる。

つぎに、控訴審判決が本件請求異議の訴えを訴えの利益を欠くものとしたうえで、第一審判決を取り消し、訴えを却下した点も、問題となりうる。もとより、執行の終了により執行の不許を求める余地はなくなる。また、給付訴訟においては、執行の不能により訴えの利益がなくなるといふ見解⁽¹²⁾が有力である。しかし、給付の目的物の滅失のように、給付が完全に不能になった場合、給付請求権の存在が否定され、それゆえ、この場合には請求棄却の本審判決がなされるべきである、との考え方も成り立ちうる⁽¹³⁾。とくに、債権法理論としては、債権の原始的不能は債権を無効とし、後発的不能は債権の消滅を来す、との見解が支配的である⁽¹⁴⁾。このような考え方からすれば、執行の終了は請求異議の訴えを理由のないものにし、請求棄却の判決がなされるべきである、と解する余地もある。ただし、この点は請求異議訴訟の性質とかわるものであり、給付訴訟に関する右の考え方が、執行終了後の請求異議の訴えに当てはまるか否かは、ここでただちに判断できるものではない。また、変更許容・移送説を支持する私の立場からすれば、本件に関する限り

この点を考える必要はないので、ここでは、問題の指摘に止め、これ以上立ち入らないことにする。

しかし、控訴裁判所が考えているように、本件請求異議の訴えが訴えの利益を欠くものであるならば、控訴審判決が第一審判決を取り消して、訴え却下の判決を下したことが問題になる。なぜなら、前述のように、第一審判決の「原告の請求を却下する」という主文は、訴え却下の趣旨に解釈されるものであり、もしそうであるならば、控訴裁判所は、第一審判決と同じ結論に達しているのであるから、控訴を棄却すべきであった(民訴三八四条二項)。もっとも、控訴裁判所は、第一審判決を請求棄却の本審判決と解したからこそ、これを取り消し、あらためて訴えを却下したのである、と解する余地もある。この点との関連で、控訴審判決理由中には、「原判決の正当性」という項目がわざわざ設けられており、そこには、訴えの変更を許さなかった点で原判決は正当であるとしたうえで、「したがって、原審は、本件訴について判断すべきであるのに、本件訴が家庭裁判所に属さないことを理由に、原告の『本件請求を却下する』旨の判決をした。そうすると、この措置は手続的に誤ったものであることは、多言を要しない」と述べられている。しかし、この論述からも控訴裁判所の真意を明確に読みとることはできない。

いずれにせよ、第一審判決、控訴審判決のいずれにも問題になる点および不明瞭な点があるといえる。

- (1) 兼子一『民事訴訟法体系』七三頁(酒井書店、新修増補、一九六五年)、三ヶ月章『民事訴訟法』(法律学全集)二四八頁(有斐閣、一九五九年)(以下、「法律学全集」と表示する)、同『民事訴訟法』(法律学講座双書)二九七頁(弘文堂、第二版、一九八五年)(以下、「講座双書」と表示する)、斉藤秀夫『民事訴訟法概論』六三頁(有斐閣、新版、一九八二年)、中野貞一郎ほか編『民事訴訟法講義』七二頁(高島義郎)(有斐閣、増補第二版、一九八六年)、兼子一ほか『条解民事訴訟法』三四頁(弘文堂、新版、一九八六年)、新堂幸司『民事訴訟法』六一頁(弘文堂、第二版補正版、一九九〇年)、石川明編『民事訴訟法講義』四〇頁(西澤宗英)(法学書院、一九九二年)など。
- (2) 菊井維大「訴の変更」、『民事訴訟法講座第一巻』二〇七頁(有斐閣、一九五四年)、岩松三郎「兼子編『法律実務講座民事訴訟編第二巻』二二五頁(有斐閣、一九五八年)、兼子・前掲書注(一)三七三頁、三ヶ月・前掲注(一)法律学全集一三九頁、同・前掲注(一)講座双書一七二頁、中野ほか編・前掲書注(一)五〇三頁(佐々木吉男)。
- 私もこれと同旨の見解を表明した。石川編・前掲書注(一)二八八―二八九頁(石渡哲)。
- (3) 斉藤秀夫編『注解民事訴訟法(4)』一五九頁(斉藤秀夫)(第一法規、第一版、一九七五年)、菊井維大・村松俊夫『全訂民事訴訟法I』一四七頁(日本評論社、追補版、一九八四年)、斎藤ほか編『注解民事訴訟法(1)』三七七頁(小室直人・井上繁規)(第一法規、第二版、一九九一年)、新堂幸司・小島武司編『注釈民事訴訟法(1)』二八一頁(花村治郎)(有斐閣、一九九一年)。
- (4) 東京高決昭和三三年二月五日判時一四五号二〇頁。
- (5) 念のために指摘しておくが、ここでの移送は家裁、地裁間の移送ではあるが、通常これらの裁判所間の移送として問題になる訴訟裁判所から非訟裁判所への移送(これについては、佐藤蔵二「判批」民事訴訟法判例百選I(別冊ジュリ114号)六八頁以下(一九九二年)など参照。そのほか、石川明「離婚の訴えの消滅と財産分与の附帯請求―人訴法一五条の解釈」判タ八十七号七頁以下(一九九三年)も関連する問題を論じている)ではない。変更前の請求異議訴訟も変更後の損害賠償請求訴訟ともに訴訟事件である。
- (6) 兼子・前掲書注(一)九五頁、三ヶ月・前掲注(一)法律学全集二五九頁、斉藤・前掲書注(一)七四頁、中野ほか編・前掲書注(一)八一頁(高島)、兼子ほか・前掲書注(一)三二頁、新堂・前掲書注(一)六〇頁、石川編・前掲書注(一)四八頁(西澤)。
- (7) 注(3)に引用した斉藤秀夫教授の学説および注(4)に引用した東京高裁の決定の理由。ただし、いずれも、交換的変更の場合にのみこのことが成り立つと考えているようにも解される。しかし、追加的変更の場合にも、追加された新請求が従前の裁判所の専属管轄に属さないときに、新請求のみを管轄裁判所に移送する措置は考えられるし、私見によればそうすべきである。
- (8) 詳細は、菊井・前掲論文注(2)一八八頁以下、中村英郎「訴の変更理論の再検討」『民事訴訟におけるローマ法理とゲルマン法理』一八八頁以下(成文堂、一九七七年)参照。
- (9) 注(2)で引用した私の見解を、ここで改める。
- (10) 体系書およびコンメンタールの関連箇所のほか、最も詳細な研究として、中村・前掲論文注(8)一三九頁以下参照。
- (11) 請求の基礎の同一性についてここで詳細に論じることができない。私はさしあたり、両請求の主要な争点が共通であり、旧請求についての審理の成果の多くを新請求の審理に利用でき、かつそうしても、相手方である被告が防禦の機会を侵害されない場合、言い換

えれば、手続保障の観点から問題がない場合に、請求の基礎の同一性があると考えている。請求の基礎をこのように理解するならば、本件においては請求の変更の前後で請求の基礎の同一性があるといえる。

なお、参考になる判例として、大判昭和二十一年七月二日民集一五卷一五一四頁がある。事案は、木材に対する強制執行において第三者異議訴訟が提起され、仮執行宣言付き請求認容判決があったのち、被告が別途債権のため取得した抵当権の効力が当該木材に及ばないことを知りながら、抵当権を実行し、ついに木材の所有権を失ったと主張する原告が、請求を損害賠償に変更したというものである。大審院は、かかる請求の変更は、旧民法一九六条三号が請求の変更を許容すべき場合として掲げる、請求の目的物の減尽による損害賠償請求への変更であるとして、「所謂請求ノ基礎ニ変更無キ典型的場合ニ外ナラズ」と判示した。斎藤秀夫「判批」判例民事法昭和二十一年度三八二頁以下は、判旨に賛成。

- (12) 三ヶ月章「権利保護の資格と利益」『民事訴訟法講座第一巻』一四一頁(有斐閣、一九五四年)、同・前掲注(一)『法律学全集六二頁(ただし、三ヶ月・前掲注(一)講座双書七〇頁における論述は、これとニュアンスを若干異にしている)、大阪地判昭和三十一年二月九日下民集八卷一〇二二九六頁、東京地判昭和三十八年九月一七日判タ一五六号九二頁。

- (13) この点につき、石渡哲「判批」民事訴訟法判例百選I(別冊ジュリ14号)一三六一―一三七参照(一九九二年)。

- (14) 星野英一『民法概論III』一二頁参照(良書普及会、補訂版、一九八一年)。