

Title	〔最高裁民訴事例研究三一五〕 株式会社の代表者が自己又は第三者の利益を図る意思で訴訟行為をした場合と民訴法四二〇条一項三号の再審事由 (最高裁平成五年九月九日第一小法廷判決) 給付訴訟において不執行の合意が認定された場合の判決主文 (最高裁平成五年一一月一一日第一小法廷判決) 不動産の売渡人と買受人とに対し所有権取得登記の抹消を求める訴えは必要的共同訴訟か (最高裁昭和二九年九月一七日第二小法廷判決)
Sub Title	
Author	河村, 好彦(Kawamura, Yoshihiko) 高崎, 英雄(Takasaki, Hideo) 芳賀, 雅顯(Haga, Masaaki) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学会
Publication year	1994
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.67, No.11 (1994. 11) ,p.137- 166
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=AN00224504-19941128-0137

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.

〔最高裁判事例研究 三一五〕

平五6 (最高裁民集四七
巻七号二二三頁)

株式会社の代表者が自己又は第三者の利益を図る意思で訴
行為をした場合と民訴法四二〇条一項三号の再審事由

立替金等請求再審事件 (平成五年九月九日第一小法廷判決)

本件事案の概要は、以下の通りである。

Y株式会社 (再審被告、被控訴人、上诉人) は、昭和六二年四月三日、X株式会社 (再審原告、控訴人、被上诉人) に対して、準消費貸借契約にもとづく元本などの支払いを求める訴えを提起した (これを原事件とする)。

五月二二日、X株式会社代表取締役Aが、第一回口頭弁論期日に出頭して請求棄却の判決を求めたが、その際Aは請求原因事実自体は認めた。六月一六日、Yの請求を認容する判決が言い渡され、七月四日に原事件判決は確定した。

Xの代表者は昭和六二年一〇月九日までAであったが、その後Xに内紛があり、裁判所によって同日、Xの仮代表取締役として弁護士が選任された。また昭和六三年一月二九日には、Aの次男であるBが、Xの代表取締役に就任した。

そのX株式会社代表取締役Bが、Yを被告として平成二年二月二

〇日、原事件について再審の訴えを提起したのが本件である。

Xはまず、原事件は、Aが自己の利益をはかるために、Yと通謀して提起したものであるとして、次のように主張した。すなわちAは、Yに対するXの架空の債務をでっちあげてYにその返還を求める訴えを提起させ、その訴訟にわざと敗訴して、YがXから得た金員の返還を受けることを計画したのであり、実際、Aが原事件において自ら出頭して請求原因事実を自白した結果、請求認容判決が下された。このように原事件は、Aが自己の利益をはかるため、Yと通謀のうえYに提起させたものである以上、その事情を知っているYとの関係では、AにはXを代表する権限がなかった。したがって、原事件において、Xは権限のある代表者によって訴訟を進行されておらず、民事訴訟法四二〇条一項三号規定の再審事由が存在する、と。

(一)

第一審は、次のような理由から、Xの訴えを却下した。すなわち、Yおよびその関係者についてはとかくの風評が報道されるが、第一に、Yの提起した原事件について、Xの利益とその当時の代表者であるAの利益とが相反するなどのAの代表権限を疑うべき客観的事実は全く存しないこと、第二に、たとえYが主張するように、債権が実は存在しないものであるにもかかわらず、Xの代表者であったAが債権の成立について真実に反する自白をしたという事実が存在するとしても、処分権主義を原則とする民事訴訟法の下にあっては、

自白が成立する以上、裁判所において債権の発生を否定すべくもなく、また、自白するに至る内心の動機が不法なものであったとしても、その当否について裁判所が干渉することは許されてはいない。

そのような制度の下では、内心の違法の故に代表者が代表権限を有しなくなると解する余地はないし、違法な動機にもとづく代表者の訴訟行為が後に再審の手続きによって是正されることが予定されていると解することもできないこと、がこれである。

Xは控訴して、以下のように主張した。すなわち株式会社Aの代表取締役が、自己の利益をはかるために会社Aの代表者として実体法上の法律行為を行なった場合に、相手方がその代表取締役の真意を知り、または知り得べきであったときには、当該法律行為は効力を生じると解すべきでない（民法九三条類推）ことは、最判昭和三十八年九月五日も認めるところである。とすれば、代理人が自己または第三者の利益をはかるために権限内の訴訟行為を行ない、確定判決を得た場合においても、相手方がそれを知りまたは知り得べきであったときには、無権代理またはそれに準じる場合として、その判決には四二〇条一項三号の再審事由が存在し、本人は再審訴訟を提起することができると解すべきである、と。

これに対して原審は、このXの主張を認め、第一審判決を取り消して、本件を第一審に差し戻した。その理由として原審は、第一に、株式会社Aの代表取締役が法律行為を行なう際に、自己または第三者の利益をはかる意図があった場合において、相手方がその代表取締役の真意を知り、または知り得べきであったときには、例外的に相手方の保護よりも会社Aの保護が重視される結果、代表取締役に会社を代表する権限がなかった場合と同様にその法律行為の効力は生じないとしたうえで、この法理は、法律行為だけでなく、訴訟行為に

も及ぼすことができることを挙げる。第二に、本件は、代表取締役には会社を代表する権限がなかった、すなわち、必要な授權が欠けていた場合と同視できるのであり、したがってこのような事情のもとに成立した確定判決については、四二〇条一項三号の再審事由があるとする。

これに対してYは、次のような理由を挙げて上告した。第一に、再審は確定した終局判決に対する非常の不服申立方法である以上、法的安定性を維持すべきであり、四二〇条は不当に拡大解釈されるべきではない。第二に、原事件の際のXの代表取締役がAであったことについては争いが無い以上、Aには完全に有効な授權があったといえる。第三に、原判決は最判昭和三十八年九月五日を引用して、Aが自己の利益をはかるために訴訟行為をした場合であって、それをYが知りまたは知り得る場合には、Aには訴訟行為をなすに必要な授權がないとするが、訴訟行為は私法上の意思表示と性質が異なり、一定の法律効果がただちにこれに結びつくものである、裁判所の裁判を求め、またはこれを基礎づけるにとどまるものである以上、訴訟行為について私法上の論理をあてはめることは、手続きの円滑な進行を損なわせ、相手方の地位を極端に不安定にする。第四に、法人の代表者として訴訟行為をする者が法人を代表する権限を有するかどうかは訴訟要件であり、しかも強度の公益性を有するたため、職権探知事項とされているところ、原判決の結論を推し進めると、裁判所は代表権の有無を判断するにあたって当事者双方の主観的事情までも職権で探知しなければならなくなってしまう、不当である。第五に、代表権の濫用があった場合でも、法人は代表者を相手に損害賠償請求をすればよいから、再審を認めなくてもなら法人には損害は生じない、などがこれである。

最高裁はこれに対して、「訴訟の当事者である株式会社の代表者として訴訟行為をした者に代表権があった場合には、右代表者が自己又は第三者の利益を図る意思で訴訟行為をしたときであっても、民法四二〇条一項三号の事由があるものと解することはできず、この理は、相手方において右代表者の意思を知り又は知り得べきであつたとしても同様である。けだし、株式会社の代表者は、法に特別の規定がある場合を除き、当該会社の営業に関する一切の裁判上又は裁判外の行為をする権限を有する（商法二六一条三項、七八条一項）のであり、その代表権限は、右代表者の裁判上の行為をする際の意思又は当該行為の相手方における右代表者の意思の不知によつて消長を来すものではないからである。」としてYの上告を理由ありと認め、原判決を破棄し、Xの控訴を棄却した（裁判官全員一致）。

判旨の結論に反対である。

一 本判決の意義および問題点

本判決は、株式会社の代表者が自己または第三者の利益をはかる意思で訴訟行為をし、かつ、相手方においてその代表者の意思を知りまたは知り得べきであつたという事情のもとになされた判決が確定した場合に、民事訴訟法四二〇条一項三号の再審事由があると解すべきかどうかについて、最高裁が初めて判断したものとして、意義を有する。

本判決については、以下の二点が問題となる。第一は、法人の代表者が自己の利益をはかるためになした訴訟追行は、利益相反行為（商法二六五条、民法五七条など）にあたるかどうか、

第二に、法人の代表者が自己の利益をはかるために、相手方と通謀して訴訟を追行して確定判決を得た場合、その判決には再審事由が存するかどうかということである。以下、それぞれについて検討を加える。

二 法人の代表者が自己の利益をはかるためになした訴訟追行は、利益相反行為に該当するか。仮にあたるとした場合、それは再審事由となるか。

1 検討の意義

民法は、代理人・代表機関と本人との間で利益が相反する事項について、代理人・代表機関に代理権を認めない（民法八二六条、八四七条二項、五七条など）。また商法も、取締役が会社と利益の相反する行為をなす場合には、取締役会の承認を要するとする（商法二六五条）。

本件においても、Aは自己または第三者の利益をはかる目的で会社を代表して訴訟追行をしたとすると、Aの行為が商法二六五条の利益相反行為にあたるかどうか、仮にあたるとすると、その確定判決は再審の対象となるかどうかがまず問題となる。

2 判例の傾向

本件におけるAの訴訟行為は、会社を被告とするものではないため、仮にAの行為が利益相反行為にあたるとしても、これはいわゆる間接取引に該当する。ただし間接取引にも商法二六五条が適用されることについては、昭和五十六年改正がこれを立法的に明らかにしたため、会社と第三者の間の取引につ

いても二六五条が適用されることについては今日では争いが無い。

株式会社の代表者が自己または第三者の利益をはかる意図で訴訟行為をした場合、その代表者の行為が利益相反行為にあたるかどうか、あたるとした場合、再審が認められるかどうかに関しては、先例は見あたらなかった。しかし宗教法人についてであるが、以下のような判決が、再審を肯定する見解から挙げられている。

まず、大判昭和九年一〇月五日がある。⁽³⁾ただしこれは再審事件ではなく、貸金請求事件の上告審判決であった。事実関係は明らかではないが、寺の住職の越権行為とみられる契約にもとづいて法人に対して提起された契約履行の訴えについて、その住職が法人を代表して応訴した事例と思われる。これについて大審院は「民法五七条ハ、法人ト理事ト利益相反スル事項ニツキ、該理事ヲシテ法人ヲ代理セシムルトキハ法人カ損害ヲ被ル場合アルヲ以テ、斯ル損害ノ発生ヲ未然ニ防止セムトスルコトヲ目的トスル規定ナレバ、法人ト理事ト利益相反スル一切ノ場合ニ適用アルヤ勿論ニシテ法人ヲ当事者トスル訴訟ニ於テ法人ノ利益ト代表者個人ノ利益トガ相反スル場合ニモマタ右法条ニヨリ該代表者ハ法人ヲ代表スルコトヲ得サルハ民事訴訟法第五八条第四五條ニ徴シ明白ナリ」として、訴訟においても民法五七条が適用される場合があることを認めた。

次に洲本簡判昭和二年八月二日⁽⁴⁾が挙げられる。事案は以下

の通りである。宗教法人X（再審原告）の代表役員Aは、建築請負業者Y（再審被告）と請負契約を締結し、請負代金支払債務を負担した。その後、YはXに対して請負代金請求の支払命令を申し立てたが、Aは異議を申し立てなかったため、支払命令は確定した。Xがこれに対して再審の訴えを提起したというものである。

判決は、Aの債務負担行為は当時施行中の宗教法人令一条一項二号の「借財」に該当し、檀家総代および所属宗派の管理者の同意を得なければならぬ行為であるところ、Aはこれを得ていないため、本件契約は無効であるとし、Yが善意無過失であるときは、AはYに対してYの選択に従って履行または損害賠償の責に任じなければならない関係にあるとした（同令一条三項）。そしてこのような関係にある場合には、YのXに対する支払命令の申立てが認容されればAは履行または損害賠償の責任を免れ、YのXに対する申立てが排斥されればAはYから責任を追求される関係にあるから、XとAは利益が相反する関係に立つとし、このため、宗教法人令二一条一項前段により、「代表役員は、宗教法人と利益が相反する事項については、代表権を有しない」とされる以上、AにはXを代表する権限がないとして、Aにより追行された訴訟には四二〇条一項三号の再審事由があるとした。

ある取引きが会社にとって利益相反となるかどうかの認定基準に関しては、判例は明言していない。ただし、行為の一般的

性質から判断するか、より実質的に判断するかに関しては、当初、当該行為の一般的・抽象的性質に従って類型化し、それによって判断すべきであるとしていたが、最近では行為を個別・具体的に検討し、実質的な考慮を加える傾向にあるとされている。⁽⁵⁾

3 学説の動向

まず民法五七条に関連して、利益相反事項であるために代表権を有しない理事が、法人の代表者として訴訟を進行してしまった場合の処理として、その訴訟の判決は当然に無効ではないけれども、再審の訴えによって取消しを求めることができるとする見解が主張されている。⁽⁶⁾

また本件評釈においても、自己または第三者の利益をはかる意図でなされた代表者・代表機関の訴訟行為も利益相反行為にあたるとする見解がある。⁽⁷⁾ この見解は、利益相反行為かどうかは、当該行為の一般的、抽象的性質によって決定するべきではなく、より実質的な判断をなすべきであるとして、本件Aの行為は利益相反行為に該当し、さらにそれにもとづく再審も認められるとして、「本件でもXの主張によれば、AはYと通謀して架空の立替金請求権を作出し、AはYが受け取った立替金の返還を受ける意図であった。この事実が認定されるとすれば本件訴訟行為はAがXの損失において自己の利益をはかるために訴訟行為をしていることになるからこれを利益相反行為とすることができ、これによってAの代表権の欠如を根拠づけることができる。」⁽⁸⁾とする。

これに対し通説は、取引安全の見地から、利益相反となる場合は、会社の利益と取締役の個人的な利益とが衝突することが外形的にも明白な場合に限定すべきであり、実質的にみて利益が相反しない場合には、取締役会が当該取引を承認すればよいだけのこととする。⁽⁹⁾ この考え方によれば、株式会社Xの代表者Aが、Yとの間で準消費貸借契約を締結した場合、それがたとえ自己の利益をはかる目的でなされたとしても、それは利益相反行為にあたるとはいえない。また、前訴でAがXの代表者として訴訟を進行し、準消費貸借の請求原因事実を自白したとしても、それは客観的、外形的にみれば利益相反行為に該当しないことになる。

4 検討

肯定説は、前述の大判昭和九年一〇月五日を挙げて、この判例の趣旨を推し進めると、本件のような事例においても利益相反であることが認定できるとする。しかし判例の考え方をこのようなものとしてとらえるのは妥当ではない。

前記判決は、確かに取引の実質をとらえて利益相反の有無を判断しようとするものであるが、そこで考慮の対象となっているのは、あくまで行為の客観的側面である。行為の際における主観的側面については、判例はなんら言及していない。取引の当事者の主観的意図までも判断材料に加えてしまうことは、少なくとも判例の考え方からはずれるものといわざるを得ないと考ええる。

では、否定説によるべきであろうか。しかし、肯定、否定を論ずる前提として、そもそも本件は商法二六五条などの利益相反行為の対象として処理されるべき事件なのかどうかを考えられなければならない。すなわち、利益相反行為が取締役会の承認を要するとされたり、代理権が与えられなかったりするの、本人である法人の利益を保護するためである。とすれば、一般的・抽象的にとらえた場合には利益相反になる可能性がある行為でも、具体的・個別的にみると会社にはなんらの不利益も生じない場合には、これを利益相反とする必要はない。たとえば、取締役の会社に対する無利息・無担保の貸付けは会社にとって利益にこそなれ、不利益になることはない。したがって、行為を具体的・個別的に考察すべきという点には賛成である。

しかしそもそも、ある行為が法人と代表者との間で利益が相反するおそれがある場合といえるためには、その前提として、代表者の受け取るべき利益が正当なものでなければならぬはずである。すなわち、代表者の行為自体は適法なものであって、仮にこの規定がないとすると、代表者はその利益を保持できるというものでなければならぬ。適法になされた行為であるから、法人にはその行為を履行すべき義務が生じ、そこで法人と代表者との間の利益が相反することとなるのである。

ところが本件において、再審原告は、取締役Aと再審被告Yの間の債権はでっち上げられたものであると主張している。すなわち再審原告は、無効とされるべき債権によって利益を受け

ることを前提として本件の主張をしているのであり、これは適法な行為を前提としているとはいえない。再審原告の主張がこのようなものである以上、そもそもこれは商法二六五条などの利益相反行為の対象として処理されるべき事件ではないと考えらるべきである。

三 法人の代表者などが相手方と通謀して行なった法律行為の効力

法人の代表者が相手方と通謀して行なった訴訟行為の効力、およびこれと四二〇条の再審事由との関係を検討するにあたっては、まず法人の代表者などが相手方と通謀して行なった法律行為の効力に関する判例、学説について検討を加えなければならない。

1 判例の傾向

代表取締役の権限濫用について、大審院の先例は民法九三条を類推することによって解決しようとしていた。⁽¹⁰⁾

最判昭和三八年九月五日はこれを踏襲し、代表取締役が、その権限を濫用して法律行為を行なった場合に関して「株式会社代表取締役が、自己の利益のため表面上会社の代表者として法律行為をなした場合において、相手方が右代表取締役の真意を知りまたは知り得べきものであったときは、民法九三条但書の規定を類推し、右の法律行為はその効力を生じないものと解するのが相当である。」とする。

また、最判昭和四二年四月二〇日⁽¹²⁾は、代理人の権限濫用行為

についても同様の見解をとり「代理人が自己または第三者の利益をはかるため権限内の行為をしたときは、相手方が代理人の右意図を知りまたは知ることをうべかりし場合に限り、民法九三条但書の規定を類推して、本人はその行為につき責に任じない」と解するを相当とする」とする。

2 学説の動向

学説においても、心裡留保的構成をとり、代理人の権限濫用の事実を相手方が知りまたは知り得べかりし場合には、内心的効果意思と表示上の効果意思の不一致に関する民法九三条但書の趣旨を類推して、代理行為の効力を否認すべきであるとする見解が通説である⁽¹³⁾。この見解によれば、相手方が権限濫用の事実を知りまたは知り得べかりし場合であったことについての立証責任は本人が負う。この見解は、善意の第三取得者も、このように解する場合には、九四条二項を類推することによって保護することができ、妥当であると主張する。

しかしこれに対しては、代理人・代表者が権限濫用行為をする場合は、むしろ積極的に本人に行為の効果を帰属させる意思をもって行為するのであって、その意思がないことを心裡に留保して行為するわけではないこと、権限濫用行為における自己または第三者の利益追求の意図は、当該行為の動機ではあっても法律上の効果意思ではなく、その外にあること、この見解は権限濫用行為が心裡留保であるとするのではなく、相手方が知りまたは知り得べきときは、その行為は無効であるという一般

法理を取りあげ、それを単に九三条但書きに仮託したにすぎないことなどの批判が加えられている⁽¹⁴⁾。

次に、代理人の権限濫用行為は、正当な代理行為のために与えられた代理権を濫用したものととして、その濫用となる範囲において代理権が存在せず、無権代理行為となるとする無権代理説がある⁽¹⁵⁾。この見解によれば、相手方は、代理人の権限濫用の事実を知らず、かつ知らないことについて過失がないことを証明した場合にのみ、民法一一〇条の表見代理によって保護される(表見代理的構成)。また、善意の第三取得者の保護は、表見代理に関する民法一一〇条の「第三者」に直接の相手方だけでなく、第三取得者も含めることによってはかろうとする。

この見解に対しては、代理権の範囲は取引きの安全を確保するために客観的、形式的に定められるべきものであるところ、権限濫用行為も客観的、形式的には代理権の範囲に属する行為であり、無権代理とはならないこと、相手方保護のためには立証責任について心裡留保的構成をとる方が有利であることなどの点から批判がなされている⁽¹⁶⁾。

第三に、代理人の権限濫用行為は、相手方の善意、悪意という主観的事情に関わらず、代理行為自体としては権限内の行為であるから常に有効であるが、代理権の濫用があったことについて悪意または重過失のある相手方が、その代理行為によって取得した権利を本人に対して主張することは信義則に反し、または権利濫用として許されない結果、相手方は代理行為の有効

性を本人に対して対抗できないとする権利濫用ないし信義則説がある。⁽¹⁷⁾この見解によれば、相手方の行為が信義則違反または権利濫用であること、すなわち相手方に悪意または重過失があることの立証責任は、本人にある。また相手方に軽過失がある場合は、民法九三条類推適用説、無権代理説では代理行為は効力を生じないのに対し、権利濫用ないし信義則説では代理行為は有効となるため、他の説によるよりも相手方の保護に厚くなり、取引きの安全に資すると主張される。また善意の第三者の保護は、権限濫用の事実の善意悪意は個々人について決せられることによって処理されるようである。

この見解に対しては、意思表示そのものに関しての心裡留保においてさえ相手方の無過失が要求されることを考え合わせると、相手方の保護に傾きすぎること、安易に一般条項によるべきではないことなどの批判がある。⁽¹⁸⁾

3 検討

本来、代理行為は私的自治の補充、拡張を目的として行なうものであり、そこで目的とされるのは本来、本人の利益の獲得であるといえる。しかし、ある代理行為がなされた場合に、その行為が本人の利益を目的としてなされたものかどうかは不明確であるため、本人の利益に合致するかどうかを基準として代理行為の効果の本人への帰属を決定したのでは、取引きの安全が害される。そこで法は、本人と代理人の関係において、授權行為と、委任などの内部関係を切斷し、代理行為の独自性を認

め、かつ両者の関係を無因とすることにより取引きの安全をはかったといえる。

このように、授權行為と委任契約の無因性は取引きの安全確保のために認められたものと解すべきであるから、代理人が自己または第三者の利益をはかるために代理行為を行なっていることを相手方が知りまたは知り得べき場合にまで、両者の関係を無因とする必要はない。したがって、代理権が濫用された場合には、その範囲において代理権は消滅し、無権代理となると解すべきである。⁽¹⁹⁾

問題の解決は、安易に一般条項によるべきではなく、このように解することにより、この問題は代理の範囲内で解決することができるといえる。この点で、無権代理説に基本的には賛成したい。

ただし、代理権は一般に無因である以上、代理権の濫用があっても有効であることが原則であるから、相手方保護を民法一一〇条による必要はないと考える。すなわち本人が、代理人が自己または第三者の利益をはかるために代理行為を行なったという事実を、相手方が知りまたは知り得べきであったことを立証した場合にはじめて代理行為は本人に対して効力を生じなくなると解すべきである。いいかえれば、立証がなされない以上、代理行為はあくまで完全に有効な行為と解すべきである。

四 代理権、代表権の濫用による訴訟行為と四二〇条一項三号の再審事由

1 代理権、代表権の濫用による訴訟行為は、四二〇条一項三

号に該当するか

民事訴訟法四二〇条一項三号は、その原因のいかんを問わず、当事者が訴訟において適法に代理されなかったすべての場合を含むと解されている。すなわち、法定代理人や訴訟代理人に代理権がなかった場合だけでなく、法人の代表者として訴訟行為をした者に代表権がなかった場合も含まれると解される。

そこで、代理権・代表権の濫用による訴訟行為が三号に該当するかが問題となる。この問題については、代理権が濫用されてなされた法律行為についても、判例は代理権の範囲を客観的に解してこれを代理権の範囲内の行為であるとする。したがって代理行為は濫用の場合でも、原則として本人に効果を生じる。この否定説が本件最判の立場であり、最高裁は一貫して、訴訟行為について私法法規を適用して善意の第三者を保護することを否定する⁽²⁰⁾。

これに対して、この問題を訴訟行為に私法法規を類推することによって善意の第三者を保護し、解決しようとする見解もある。すなわち本件高裁判決は、法律行為については、相手方が悪意または有過失の場合には、本人の利益を保護するために例外的に民法九三条但書きの規定を類推し、代理によってなされた法律行為の効果を否定することを判例も認めることから、これを訴訟行為にも及ぼし、代理権濫用の場合において相手方が悪意または有過失である場合には、代表者は必要な授權を受けていなかったと解して、三号の再審事由に該当するとした。

学説にも「訴訟行為の規律といえども当該の訴訟行為における訴訟関係人の諸利益の衡量、分析を基盤として行われるべきものであり、その利害の調整にあたって私法上の規定を類推することは訴訟行為においても否定されるべきではない。」として、訴訟行為に民法九三条但書きを類推することにより本人の保護をはかろうとする見解なども主張される⁽²¹⁾。

しかしこのように、訴訟行為に私法上の規定の類推を認めることに対しては、訴訟行為は判決に向けての訴訟手続きの一環として裁判所に対してなされるのが通常であるから、訴訟手続きの安定を尊重すべきであること、また裁判所に対する公的な陳述として明確性がなければならないことから、表示主義、外観主義が貫徹されるべきことが批判として挙げられている⁽²²⁾。

なお、本件Xの控訴理由は、最判昭和三八年九月五日を引用しており、この判決は九三条一項但書の類推を認めるものである。しかし、Xは具体的には同項但書きを挙げて主張しているわけではない。むしろ「無権代理またはそれに準じる場合として」四二〇条一項三号による再審の途を開くべきであると主張していることから、Xは具体的にひとつの見解によって再審を主張している訳ではないと考えられる。

2 検討

実体法上の代理行為の有効性について検討する場合、それは二つの側面からの検討が必要である。その第一は、代理行為自体の有効性の問題である。これは、代理人によってなされた代

理行為自体が、法律行為として有効となり得るだけの資格を備えているかどうかということである。たとえば代理人が錯誤によって行為をした場合には、そもそも代理行為自体が法律行為として効力を生じないことになる。第二は、代理行為の効果を帰属の問題である。これは第一の前提が満たされた場合に、その行為の効果が本人に帰属するかどうかという問題である。この、代理の本人への効果帰属要件が欠ける場合が、無権代理である。無権代理とは、代理人による法律行為自体には欠缺はないが、その前提となる代理権が欠けている場合であり、代理人によってなされた法律行為は本人に対して効果不帰属の状態になる。しかし、行為自体としては有効となる可能性を有しているものであるから、たとえば本人の追認があれば、はじめから有効となる余地がある。

法律行為に関する心裡留保的構成および権利濫用的構成は、代理行為の本人への効果帰属は肯定したうえで、その代理行為自体を無効とすることによって相手方の保護をはかろうとするものといえる。たとえば最判昭和四二年四月二〇日が「代理人が自己または第三者の利益をはかるため権限内の行為をしたときは、相手方が代理人の右意図を知りまたは知ることをうべかりし場合に限り、民法九三条但書の規定を類推して、本人はその行為につき責に任じないと解するを相当とする」とするのは、その意味と解すべきである。

ところが、これを訴訟行為と再審にあてはめて考えた場合、

問題が生じる。すなわち再審においては、第一に審理の許否に關して、一般の訴訟要件の有無や訴状の記載事項などの再審の訴えの適法性の調査および再審の訴えの理由具備の調査、すなわち再審事由の存否が調査され、これが認められた場合に、第二に本案の審理に關して、再開された旧訴訟手続きについての新たな弁論がなされるという構造がとられる。そして三号は、あくまで代理権の欠缺に關する規定であり、それは第一の審理の許否に關する問題であるから、たとえ本案について、事実上反するなどの不当な認定があったとしても、それは三号の再審事由には該当しない。再審が許されるのは、前述した代理行為の二つの側面のうちの後者、すなわち効果不帰属の場合のみであり、これに対して代理行為の他の側面である代理行為自体の有効性の問題とは、本案の問題であり、これは本来三号の再審の対象とならないと考えられる。

本件判決のように、代理権の濫用も代理権の範囲内の行為であるという前提にたつ場合には、相手方の悪意または有過失の問題は、法律行為自体の効果に關わるものであるとしても、代理権の存否に影響を与える問題でないこととなる。したがって、相手方が代理権の濫用について悪意または過失があつても、それが授權の欠缺による再審事由とならない。この意味で「相手方の知不知などの事情によって再審事由に該当するか否かを區別する」という態度は、当該相手方との關係で確定判決を維持する必要がない(すなわち、本案の請求が理由がない)という本

案の問題を再審事由の問題にすりかえたものである⁽²³⁾との批判は、代理権の濫用は代理権の範囲内であるということを原則とする立場にたった場合には、当然生じるものと考えられる。

問題は、相手方の知不知は単に本案の問題にとどまるのではないということである。再審事由の有無は、代表者に訴訟上の代理権があるかどうかということによって定まり、訴訟上の代理権の有無は、実体法上の代理権の有無によって定まる（民事訴訟法四五条）ものである以上、前述したように代理権の濫用が実体法上無権代理となるという構成をとる場合には、相手方の知不知が実体法上の代理権の有無に影響し、そしてそれが訴訟法上の代理権の有無に影響することになる。

すなわち相手方が悪意の場合、代表者には実体法上の代理権が欠けるのであり、その結果、訴訟法上の代理権も欠けるから、その者の訴訟行為の結果によって下された判決には再審事由があることとなる。

訴訟行為への第三者保護に関する私法法規の類推の可否を考える必要があるのは、代理権の濫用を、実体法上代理権はあり、また、その結果訴訟法上も代理権があると認められるが、訴訟追行の際に濫用があるものとしてとらえた場合と考えられる。しかしいわゆる代理権の濫用の場合とは、そもそも実体法上の代理権がない場合と考えられるため、少なくともこのような場合には私法法規の類推の可否を考える必要はないと解される。したがって問題は三号の範囲内で処理される。

以上の検討から、代理権・代表権に濫用があり、その事実を相手方が知りまたは知り得べきときは、代理人・代表者には代理権・代表権はない。したがって、その者が訴訟を追行した結果、下された判決は代理権の欠缺する者によってなされた判決であり、四二〇条一項三号に該当して再審事由となると解すべきである。

五 法人の代表者が相手方と通謀して行なった訴訟行為と四二〇条一項五号の再審事由

1 本件のAの行為は、Xに対する信賴関係を破壊したものであり、特別背任罪（商法四八六条）に該当するものと考えられる。また、本件債務が共謀によってでっち上げられたものであるならば、私文書偽造（刑法一五九条）、それについて関係者の虚偽の証言があった場合には、偽証罪（刑法二六九条）が問題となると考えられる。ただし、五号は刑事上罰すべき「他人」の行為とするため、これに代理人が含まれるかどうかが一応問題となる。

2 判例および学説の見解

大判昭和一五年九月二一日は、開墾助成法により設立された組合の法定代理人である組合長が、自己または第三者の利益をはかるために、本人に不利益で真実に反することを知りながら、自由をした場合、その組合長の行為は五号に該当するとし、代理人も五号の「他人」に該当することを認める。

また学説も、現行法が「刑事上罰スヘキ他人ノ行為」とした

のは、行為者の範囲を代理人だけでなく、当事者以外の第三者にまで拡張するためであったという立法の経過からみて、代理人が五号に含まれることを肯定することで異論はない。⁽²⁵⁾

したがって、XがAを告訴して、有罪の確定判決または起訴猶予処分を獲得して二項の要件を具備した上で、五号の事由を主張すれば、Xの再審は認められると考えられる。むしろ、本件の調査官解説は、「Xは、民訴法四二〇条一項三号に該当することのみを主張し、同項五号・同条二項に該当することを主張していないため、本最高裁判決は、Xの主張事実の五号該当性について言及していないが、右のような判例の状況からして、五号の事由に当たるものとして二項の適法要件を具備した上で再審の訴えを提起すべきものとの立場に立つものと考えてよろう。」⁽²⁶⁾として、本件も五号によったならば再審が認められたであらうとする。

私見としても、五号は三号とは要件が異なり、また、再審の訴えを提起できる期間制限の有無も異なるため、五号にもとづく再審の訴えを三号とは別に認めてよいと考える。

本判決については、手塚宣夫助教授(後掲注21)、田中豊調査官(後掲注25)、宮川聡助教授(後掲注27)の解説がある。

- (1) 東京地判平成二年八月三日、判例時報 四一五号二〇五頁、金融・商事判例九三九号二六頁。
- (2) 東京高判平成三年七月一七日、判例時報 一四一五号一〇三頁、金融・商事判例九三九号二五頁。なお、この控訴審判決の評釈とし

ては、三谷忠之「判批」判例評論四〇四号三六頁、本間靖規「判批」私法判例リマックス一九九三年上一四〇頁、石川恭司「判批」判例タイムズ八二二号二四頁がある。

- (3) 大審院判決全集第一巻、三頁。
- (4) 下民集五巻八号一二五頁。
- (5) 上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫編『注釈会社法(6)』二三四頁(本間輝雄)(有斐閣、新版、昭六〇)。
- (6) 林良平・前田達明編『注釈民法(2)』三九四頁(藤原弘道)(有斐閣、新版、平三)。
- (7) 本間靖規・前掲注(2)一四〇頁。
- (8) 本間靖規・前掲注(2)一四二頁。
- (9) たとえば、本間輝雄・前掲注(5)二四六頁。
- (10) 大判大正四年六月一六日民録二輯九五三頁、大判昭和一六年五月一日新聞四七二二号一四頁など。
- (11) 民集一七巻八号九〇九頁。
- (12) 民集二二巻三三六九七頁。
- (13) 我妻栄『民法総則』一六一頁、三四五頁(岩波書店、新訂版、昭四〇)、松坂佐一『民法提要総則』二五八頁(有斐閣、第三版、昭四九)、於保不二雄『民法総則講義』二一九頁(有心堂、昭二六)、幾代通『民法総則』三二二頁(青林書院、第二版、昭五九)、星野英一「判批」法学協会雑誌八二巻四号一〇〇頁など。
- (14) 奥田ほか編『民法学』二二三頁(稲本洋之助)(有斐閣、昭五一)、於保不二雄「判批」民商法雑誌五〇巻四号五四八頁。
- (15) 船橋諄一『民法総則』一三三頁弘文堂、昭二九、川島武宣『民法総則』三八〇頁(有斐閣、昭四〇)、浜上則雄「判批」ジュリスト増刊民法の判例三二頁(有斐閣、第三版、昭五四)、伊藤進「ドイッ

- における「代理権の濫用」理論」法律論叢四九巻五号一〇三頁など。
- (16) 幾代・前掲注(13)三二頁。
- (17) 竹田省「判批」民商法雑誌七巻二号一六四頁、山中康雄「民法総則講義」二八六頁(青林書院、昭三〇)、柚木馨「判例民法総論上」三四九頁(青林書院、昭二六)、四宮和夫「民法総則」二五二頁(弘文堂、第四版、昭六〇)など。
- (18) 幾代・前掲注(13)三二頁。
- (19) 於保不二雄編「注釈民法」(4)二〇頁(浜上則雄)(有斐閣、昭四二)。
- (20) 最判昭和四一年九月三〇日民集二〇巻七号一五二三頁、最判昭和四三年一月一日民集二二巻二二号二四〇二頁など。
- (21) 本間靖規・前掲注(2)一四二頁。また、手塚宣夫「本件判批」法学教室一六四号一〇九頁。ただし、手塚助教教授は、信義則の適用を認められる。
- (22) この点に関しては、松本博之「当事者の訴訟行為と意思の瑕疵」新堂ほか編『講座民事訴訟』(4)(弘文堂、昭六〇)参照。
- (23) 三谷・前掲注(2)一八五頁。
- (24) 民集一九巻一九号一六四四頁。
- (25) 田中豊「本件解説」ジュリスト一〇四三号七〇頁。
- (26) 田中・前掲注(25)七〇頁。
- (27) 宮川聡「本件判批」ジュリスト一〇四六号平成五年度重要判例解説一四三頁。
- 「付記」なお、校正の段階で加藤新太郎氏の「本件判例研究」に接した。加藤新太郎「本件判批」NBL五五三三五九号。

河村 好彦

平五七 (最高民集四七巻
九号五二五頁)

給付訴訟において不執行の合意が認定された場合の判決主文

貸金等請求事件(平成五年一月一日第一小法廷判決)

本件の事案の概要は、次の通りである。

X(原告、控訴人、被上告人)とY(被告、被控訴人、上告人)との間には、かつて、Xを債権者・Yを債務者とする金銭支払いを定めた公正証書(執行証書)があり、この公正証書に基づいてXがYに対して強制執行(有体動産の差押)をしたところ、Yは本件とは別の請求異議事件(神戸地裁尼崎支部昭和五五年(ワ)第六八九号事件)を提起した。同事件においては、YがXに対して、Xの主張の一部であるところの、貸金債務五五〇万円及び給料債務三三万円の支払義務があることを確認する等の内容の訴訟上の和解が成立したが、和解条項中に「YはXに対し、右合計五八二万円を昭和〇〇年〇〇月〇〇日限りY方に持参または送金して支払う。」というような給付条項は存在しなかった。

そこでXがYに対して改めて五八二万円の給付を求めて提訴したのが本件の訴訟である。(なお、理由は不明であるが、Xは元本のみを求めており、遅延損害金等の付帯請求はしていない。)

これに対してYは、右請求異議事件の和解の際にはXがYの債務を自然債務とし、強制執行の申立をしないことに同意したため、右確認条項の記載のみがなされたのであり、Yの債務は自然債務であるからXの請求は許されない、と主張して争った。

第一審判決(神戸地裁尼崎支部昭和六二年二月一日)は、本件債務は自然債務であるというYの主張を容れたようである(最高裁判例集には第一審判決の理由は登載されていない)。

「一 本件訴えを却下する。

二 訴訟費用は原告(X)の負担とする。」との主文の判決を下した。X控訴。

控訴審判決(大阪高裁平成元年一〇月三二日)は、本件債務は自然債務ではなく、不執行の合意がある「いわゆる責任なき」債務にすぎない、と認定し、その場合には判決に基づく強制執行はできないが判決手続では給付判決をなすべきものとして、

「一 原判決を取り消す。

二 被控訴人(Y)は、控訴人(X)に対し金五八二万円を支払え。三 訴訟費用は、第一、二審を通じて被控訴人(Y)の負担とする。」との主文の判決を下した。Y上告。

上告審判決の主文と理由は次のとおりである。

主 文

一 原判決を次のとおり変更する。

1 第一審判決を取り消す。

2 上告人は、被上告人に対し、金五八二万円を支払え。

3 前項については強制執行をすることができない。

二 訴訟の総費用は上告人の負担とする。

理 由 (不執行の合意に関しないものは省略)

一 被上告人の本訴請求は、上告人に対し、昭和六〇年四月二三日神戸地方裁判所尼崎支部に係属中の別件訴訟において成立した訴訟上の和解で上告人が支払を約した貸金及び給料の合計五八二万円の支払を求めるものであるところ(以下、この上告人の債務を「本件債務」という)、上告人は、右和解の成立は認めたが、右和解に際して被上告人との間において本件債務については強制執行をしない旨の合意が成立したと主張した。原審は、右主張の合意の成立を適

法に確定した上、本件債務はいわゆる責任のない債務であるから、被上告人はこれに基づいて強制執行をすることはできないが、このような場合でも裁判所は給付判決をすべきであるとして、本件債務について強制執行をすることができない旨を判決主文において明示することなく、上告人に対して被上告人に五八二万円の支払を命じる判決をした。

二 しかしながら、原判決中、本件債務について強制執行をすることができない旨を判決主文において明示することなく、本件債務の支払を命じた点は、これを是認することができない。その理由は、次のとおりである。

給付訴訟の訴訟物は、直接的には、給付請求権の存在及びその範囲であるから、右請求権につき強制執行をしない旨の合意(以下「不執行の合意」という。)があつて強制執行をすることができないものであるかどうかの点は、その審判の対象にならないというべきであり、債務者は、強制執行の段階において不執行の合意を主張して強制執行の可否を争うことができたと解される。しかし、給付訴訟において、その給付請求権について不執行の合意があつて強制執行をすることができないものであることが主張された場合には、この点も訴訟物に準ずるものとして審判の対象になるというべきであり、裁判所が右主張を認めて右請求権に基づく強制執行をすることができないと判断したときは、執行段階における当事者間の紛争を未然に防止するため、右請求権については強制執行をすることができないことを判決主文において明らかにするのが相当であると解される(最高裁昭和四十六年(オ)第四二一四号同四十九年四月二六日第二小法廷判決・民集二八巻三三五〇三頁参照)。

これを本件についてみるに、原審は、本件債務について上告人と

被上告人との間に不執行の合意があったことを適法に確定した上で、本件債務は、いわゆる責任のない債務であり、強制執行をすることはできないと判断したのであるから、その旨を判決主文に明示すべきであったであり、右明示を欠いた原判決には、この点において法令解釈を誤った違法があり、この違法は判決に影響を及ぼすことが明らかである。論旨は右の趣旨をいう点において理由があり、原判決は破棄を免れない。そして、前記説示したところによれば、原判決の主文を本判决主文のとおり変更すべきである。

よって、民訴法四〇八条、三九六条、三八四条、九六条、八九条に従い、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。」

判旨に賛成する。

一 本判决における主な問題点は、より直接的には、給付訴訟において原告主張の債権の存在それ自体は認められるが同時にその債権について不執行の合意があることが認定される場合について、裁判所はどのような判決主文を示すべきか、という点である。⁽¹⁾

そしてそれに必然的に関連する問題として、給付訴訟において不執行の合意の有無は訴訟物ないしは審判の対象となるかどうか、不執行の合意の有無についての裁判所の判断は後の裁判や強制執行手続にどのような効力をもつか、という問題などがある。

以下、順次検討する。⁽²⁾

二 責任なき債務とは、当事者が強制執行をしないことを特約した債務である。⁽³⁾ 訴えを提起すれば認容判決を得られる点で、

債権者が訴求することができない自然債務と異なるとされている。⁽⁴⁾

責任なき債務を生じさせる契約は、いわゆる執行契約の中の責任排除契約にあたるものであるが、⁽⁵⁾ かかる契約が有効であることについてはほとんど異論がない。有効であるとして、債権者が合意に反して強制執行をしようとした場合の債務者の救済策が問題となるが、便宜訴訟の禁止などを根拠に、強制執行それ自体は一旦行わせ、後に債務者から債権者に対する損害賠償を認めれば足りるとする考えも理論的には成り立ち得ないではない。⁽⁶⁾ しかし、一旦なされる強制執行により債務者に生ずるものもろの損害や、債権者の資力喪失の危険などを考えると、事後的に損害賠償請求を認めるだけでは債務者の救済として十分であることは明らかであり、判例・学説ともに強制執行それ自体の阻止を認めるべきことではほとんど一致している。

三 ところで、当該訴求債権が強制執行をすることができないものであるかどうか（責任なき債務であるかどうか）ということは、給付訴訟における審判の対象（訴訟物）になるのである。この点については、責任が部分的に消滅するという意味で責任なき債務の場合と類似の類型に属する、相続の限定承認の場合の判例とそれを巡る議論が参考になる。

大判昭和七年六月二日民集一一卷一〇九九頁が、限定承認の主張があつてそれが認められる場合には「相続財産の限度で（支払え。）」との留保文言を判決主文に掲げるべき旨を示して以

来、実務的にはこのような留保付判決が定着している。⁽⁷⁾かかる留保文言が後の裁判にどのような拘束力をもたらすかについて、最判二小昭和四九年四月二六日民集二八巻三号五〇三頁は、次のように述べて、前訴で留保付判決を受けた債権者が、前訴口頭弁論終結時前の事情を基に法定単純承認を主張し、改めて無留保の判決を求めた訴えを退けた。

「被相続人の債務につき債権者より相続人に対し給付の訴が提起され、右訴訟において該債務の存在とともに相続人の限定承認の事実も認められたときは、裁判所は、債務名義上相続人の限定責任を明らかにするため、判決本文において、相続人に対し相続財産の限度で右債務の支払を命ずべきである。

ところで、右のように相続財産の限度で支払を命じた、いわゆる留保付判決が確定した後において、債権者が、右訴訟の第二審口頭弁論終結時以前に存在した限定承認と相容れない事実（たとえば民法九二二条の法定単純承認の事実）を主張して、右債権につき無留保の判決を得るため新たに訴を提起することは許されないものと解すべきである。ただし、前訴の訴訟物は、直接には、給付請求権即ち債権（相続債務）の存在及びその範囲であるが、限定承認の存在及び効力も、これに準ずるものとして審理判断されるのみならず、限定承認が認められたときは前述のように本文においてそのことが明示されるのであるから、限定承認の存在及び効力についての前訴の判断に関しては、既判力に準ずる効力があると考えるべきであるし、また民法五

四五条二項によると、確定判決に対する請求異議の訴は、異議を主張することを要する口頭弁論の終結後に生じた原因に基づいてのみ提起することができるとされているが、その法意は、権利関係の安定、訴訟経済及び訴訟上の信義則等の観点から、判決の基礎となる口頭弁論において主張することのできた事由に基づいて判決の効力をその確定後に左右することは許されないとするにあると解すべきであり、右趣旨に照らすと、債権者が前訴において主張することのできた前述のごとき事実を主張して、前訴の確定判決が認めた限定承認の存在及び効力を争うことも同様に許されないものと考えられるからである。

そして、右のことは、債権者の給付請求に対し相続人から限定承認の主張が提出され、これが認められて留保付判決がされた場合であると、債権者がみずから留保付で請求をし留保付判決がされた場合であることによって異なるところはないと解すべきである。…〔中略〕…そして、上告人が本訴で主張する法定単純承認の事由は、前訴の第二審口頭弁論終結時以前に存在していた事実であるというのであるから、上告人の右主張は前訴の確定判決に抵触し、またこれに遮断されて許されず、本訴請求中前記部分は不適法として却下を免れないといわなければならない。—

この判例の論理のポイントは、

① 前訴の訴訟物は、直接には、給付請求権即ち債権（相続債務）の存在及びその範囲である。

② しかし、限定承認の存在及び効力も、訴訟物に準ずるものとして審理判断されるのみならず、限定承認が認められたときは主文においてそのことが明示される。

③ 従って、限定承認の存在及び効力についての前訴の判断は、既判力に準ずる効力がある。

というものである。限定承認の存在及び効力は訴訟物でないことを前提としつつ、実質的に審理されること及び判断が主文に掲げられることを根拠に、限定承認の存在及び効力に関する判断も既判力に準ずる効力があるとするわけである。

四 本件の最判平成五年一月一日も、右の昭和四十九年最判とほぼ同様の論理で、不執行の合意を肯定する判断を主文に掲げるべき旨を明示した。その論理のポイントは、

① 給付訴訟の訴訟物は、直接的には、給付請求権の存在及びその範囲であるから、不執行の合意があつて強制執行をすることができないものであるかどうかの点は、審判の対象にならない。(債務者は、強制執行の段階において不執行の合意を主張して強制執行の可否を争うことができる。)

② しかし、給付訴訟において、その給付請求権について不執行の合意があつて強制執行をすることができないものであることが主張された場合には、この点も訴訟物に準ずるもの

として審判の対象になるといふべきであり、裁判所が右主張を認めて右請求権に基づく強制執行をすることができないと判断したときは、執行段階における当事者間の紛争を未然に防止するため、右請求権については強制執行をすることができないことを判決主文において明らかにするのが相当である。

①②の基本的な思考をそのまま応用するとともに、これを補足して詳述したものが言えることができる。⁽⁹⁾その意味で本件の平成五年判例は、責任が全くなくなる点で限定承認のケースよりもさらに典型的といえる責任なき債務のケースについて、債権の強制執行可能性としての責任が訴訟物またはそれに準じるものになるかどうかという点につき、従来の判例理論を点検・補充し、主張があれば訴訟物に準じるものになるとして、より明確に実質的な審判の対象になることを明示したものと評価することができる。限定承認の場合も不執行の合意の場合も、問題は責任の有無または範囲についての判断を如何に扱うかという点にあるから、両方の場合に差を設ける理由は乏しく、両者を统一的に把握する判例の態度は適切である。

そこで判例の論理を検討するに、まず、責任の有無または範囲は給付訴訟の訴訟物でないとの判例の立場は妥当であると考ええる。確かに、債権の強制執行可能性としての責任は、実体法上の債権の属性と解するのが一般であるとされている⁽¹⁰⁾。従って、債権の属性であるがゆえに責任の有無または範囲も訴訟物に含

まれるとの考えも成り立ち得ないであろう。しかしながら、債権の属性であればそれらは全て審判の対象になるという論理必然性はないように思われる。給付判決が下された場合、任意の履行の可能性もあり必ず強制執行に至るわけではないから、たとえ債権の属性であるとしても責任の有無または範囲は基本的には強制執行の段階で必要に応じて問題とされれば足りることであり、給付訴訟での判決に論理必然的に必要とされるものではない。従って、給付訴訟の審判の範囲は、給付請求権の存在及び範囲とすれば必要にして充分であるというべきである。⁽¹¹⁾

次に責任の有無または範囲が給付訴訟の訴訟物でないことを前提に、「主張されれば」「訴訟物に準ずる」として審判の対象になるとする判例の考え方である。まず要件を示す「主張されれば」の点であるが、「主張」の態様は現実には千差万別であり、辛うじて準備書面から善解できる程度のケースから、充分な主張の応酬がなされたケースまで非常に幅広いはずである。これら全てのケースを一律に「主張あり」と評することが適切でないことは明らかであり、判例がそのような趣旨であれば賛成することはできない。しかしながら、判例の事案をみると、それぞれ相当程度の主張の応酬があった事案であるから、判例としても一定程度以上の主張があった場合に「主張されれば」の要件を満たすと限定的に解していると考えられる。また、この種の問題点について判例法が形成されるためにはやはり事案

の積み重ねが必要でもあるから、現段階においては限定的に運用されていることをもって一応判例の立場を肯定的に把握するべきではなからうか。⁽¹²⁾ また、「訴訟物に準じる」という点も、右のような主張についての限定を前提とすれば支持することができる。

次に本判例の「裁判所が不執行の合意の主張を認めて当該給付請求権に基づく強制執行をすることができないと判断したときは、執行段階における当事者間の紛争を未然に防止するため、右請求権については強制執行をすることができないことを判決本文において明らかにするのが相当である。」との判断について検討する。本件原判決は、不執行の合意が認められても判決本文にそれを示すべきでないとしたが、本判例は明確にこれを否定し、本文に掲記することを義務付けた。筆者としては、次の三つの理由により本判例の立場を支持したい。まず第一は、訴訟物に準ずるものとして審判の対象に取り込む以上、それに対する判断には、基本的な論理構造が酷似している昭和四九年最判の論理の流れである前記の③と同様に「既判力に準じる効力がある」として後訴への拘束力を認めることにならうが、そうである以上審判の対象となったことを明示するために本文に掲げるのが適切だからである。第二に、類似類型である限定承認の場合に留保判決が下されることは既に実務上確立された取り扱いとなっていて変更すべき特段の理由もないから、不執行の合意についても同様に扱うのが適当だからである。⁽¹⁴⁾ 第三に、本

判例が正当に指摘するように執行段階における当事者間の紛争を未然に防止するためにも、また、執行機関の迅速な事務処理のためにも必要かつ適切だからである。⁽¹⁵⁾確かに原判決のように無留保の給付判決が下されても、判決理由を精読すればその執行力が否定されるべきことは判明するであろう。しかし、強制執行の目的物が何であれ、現実の執行機関にしてみれば、無留保の判決主文があり、その判決の確定証明書と送達証明書が添付されていれば、まずは強制執行に着手して問題はないとの認識に立つのが自然である。また、判決書が大部の場合に、いちいち判決全文部を精読せよとしていたのでは、執行機関の事務処理に多大な停滞をもたらすことは明らかである。従って、原判決のような処理をした場合、一旦は強制執行が開始され、債務者側の主張を待つ⁽¹⁶⁾て強制執行が中止されることになる場合が多数あることが予想される。しかし、そうなると最初から執行が着手されなかった場合に比して、当事者間での、さらには国家賠償など執行機関をも巻き込んだ新たな紛争に発展する可能性が格段に高まることは否定できないであろう。やはり、事後の紛争を未然に防止するという意味では、本判例のように主文に表示するのが適切である。

五 以上のように、本判例の立場は基本的に支持することができるが、ここで本判例の延長として考えられる問題をいくつか検討しておきたい。

1 不執行の合意の存在が主文で示された判決が確定した場

合の、後の手続に対する拘束力

本判例と昭和四十九年最判を組み合わせると、判例の立場は、債権者側が別訴で不執行の合意の存在を再度争うことは、昭和四十九年最判と同様に、「既判力に準ずる効力」によって許されないとするものとみられる。筆者としても、この考え方は基本的に支持しうるものと考ええる。前記のように、昭和四十九年最判が既判力に準ずる効力が生じる根拠としているところは、実質審理と主文への掲記の二つであるが、前述のようにかかる実質審理を——黙示の確認訴訟を見出させるほどの——内容のあるものに限定するのであれば、実質的に既判力が生じているのと同様に扱ってよいであろうし、またそう扱わなければ審理した意味がないからである。⁽¹⁷⁾よって後の訴訟で別異の主張をすることは許されないと解する。⁽¹⁸⁾

このように訴訟物でない事項に既判力に準ずる効力を認めるとなると、判例の否定する争点効理論との関係が問題となる。⁽¹⁹⁾非常に難しい問題であるが、筆者としては、不執行の合意は訴訟物となった当該債権の属性として当該債権自体に内在する問題であるから、一般に先決関係について問題となる争点効とは局面を異にし、より本来の訴訟物に近い問題ゆえに不執行の合意についての判断は既判力に準じる効力が与えられると解して、本判例と争点効を否定する従前からの判例の立場に一貫性を認めたいと思う。

2 不執行の合意が否定された場合の判決主文

不執行の合意が否定された場合にも、この判断を判決主文に明示した方が明確であるには違いない。しかしながら、不執行の合意を否定する判断の場合には、前述の不執行の合意を認める判断を判決主文に掲げるべき場合の第二及び第三の理由が成り立たない。すなわち、限定承認の場合にもこれが否定される場合には単なる給付判決がなされるのが通例であるし、不執行の合意が否定されたことが判決主文に明示されていなくても執行機関は通常どおりに執行をすればよいので後日の紛争を危惧する必要もないからである。また、後訴への拘束力を認めるとしても、後訴の裁判機関は議論になった段階で判決書全文を精査すれば足りるから、第一の理由もそれほど強くは働かない。

以上により不執行の合意が否定された場合には、主文にはそれを明示せずに通常の給付判決をすれば足りると解する。

3 不執行の合意が否定され無留保の判決が確定した場合、債務者側は執行段階で再度不執行の合意を主張して争えるか。

この点については、前訴で実質的な審理がなされた場合には、不執行の合意を否定する方向についても「既判力に準じる効力」が発生し、債務者側は執行段階でこれを争うことはできないと解すべきである。そうでなければ不当に債務者側を利することになるし、前訴での審理が無意味になるからである。⁽²⁰⁾

4 判決手続で不執行の合意が問題とされずに無留保の判決

が確定した場合、債務者側は執行段階で不執行の合意を主張して争えるか。

本判例も指摘するように、執行力の問題は本来的には執行段階で主張されるべきものであるから、判決手続で不執行の合意が全然問題とならなかった場合には、債務者側は依然として執行段階で争う資格があるものと言わなければならない。

(1) 本判例においては、ほかに、第一審が訴えを却下した場合において控訴審判決が原判決を取り消すときに、第一審に差し戻さずに自判することができかどうか、民訴法三八八条の必要的差し戻しの規定との関係で問題とされている。しかしながら、この点については、最判一小昭和五八年三月三十一日が、第一審で実体的審理が尽くされているときは控訴審が自判をしても違法でないとしており、実務的には決着がついている。学説も、かかる例外的取扱いとしての自判を認めるべき場合があるとの認識では概ね一致しているようである(菊井維大・村松俊夫・全訂民事訴訟法Ⅲ〔全訂版〕昭和六一年、一八四頁以下)。

本判例の判決理由も、この点に関する上告理由については簡単に一蹴している。一般論として掘り下げれば、審級の利益と訴訟経済とが絡む難しい問題があると思うが、少なくとも本件事案の下では控訴審の自判が違法でないとの結論にあまり争いがなくと解されるので、本稿においては、この問題点は割愛する。

(2) なお、本件事案についての各審級の裁判所の判断は、主文の表示においては前述の如くそれぞれ異なっているが、結論として各裁判所ともXがYから五八二万円を強制的に取り立てることは許されないとの判断をしていることは共通である。

もっとも強いて言えば訴訟費用の負担者が一審と上級審とで異なるが、弁護士強制主義ではなく本人訴訟主義をとる我が国では弁護士費用は訴訟費用に含まれないとされ、訴訟費用は貼用印紙を中心とした僅かな金額に限られるのが通例である。そのため我が国では現実には訴訟費用の精算が行われるケースはかなり珍しく、本件でも訴訟費用はせいぜい一〇万円台程度と想像されるので、訴訟費用額確定決定さえ申し立てられていないものと推測する。その意味でも、各審級の判断は実質的に同一であると言って過言でなからう。

このように実質的に同じ判断をしているのに順次各原判決が取り消されているという点でも、本件は興味深い事例である。

(3) 我妻栄・民法講義Ⅳ、新訂債権総論(昭和三九年)七三頁。

(4) 一般に自然債務とされているものには次のようなものがある。
不法原因給付の返還債務(議論あり)、消滅時効援用後の債務、利息制限法の制限超過利息債務、債権者が勝訴の終局判決後に訴を取下げた場合の債務、破産手続において免責された債務、和議において一部免除を受けた部分の債務、無免許の宅建業者への報酬支払債務、などである。自然債務、責任なき債務ともに、1任意の弁済は贈与ではなく債務の弁済であって非債弁済とならない、2相殺の自動債権とすることはできない(例外・民法五〇八条)、との効力を認めるのが一般である。

また、自然債務と責任なき債務の区別を否定する考え方も有力である。本件について、(判例集には第一審判決の「理由」の記載がなく、控訴審判決の理由から伺うほかはないが)第一審判決は、自然債務と責任なき債務を明確に区別しない立場に立ち、かつ請求棄却ではなく訴えの却下とする立場に立っているようである。

但し、筆者の知る限り、自然債務については請求棄却の判決がなされるのが通例である。例えば最近の裁判例でも、無免許の宅建業者が顧客に仲介手数料を請求した事案について、無免許の宅建業者への報酬支払債務は自然債務であるとして、請求棄却の判決が下された例がある(東京地裁平成五年七月二七日、判例時報一四九五号一〇九頁)。従って、本件第一審判決の訴え却下という取り扱いはいわゆる例外的な部類に属するものと言える。

(5) 執行契約については、石渡哲・執行契約の研究(昭和五三年・慶應通信)が詳細に論じている。

(6) 石渡・前掲九五頁。

(7) この昭和七年大判では、併せて、右留保にも拘わらず債権者側一部敗訴の場合に付けられるところの「その余の請求はこれを棄却する。」との文言がなく、爾後の裁判例も一般にこれを踏襲している。また、訴訟費用についても、債務者側に全部を負担させるのが通例となっている。これらのことから、右留保があっても留保付判決は債権者側の全部勝訴の判決と理解するのが判例の立場であると言える。

留保付判決が債権者側の全部勝訴の判決であるということは、論理的に当該債権の責任の範囲如何(限定承認による責任の減縮の有無)は、訴訟物の範囲に属さないことが前提となっていると言える。なぜならば、もし責任の範囲が訴訟物の範囲に属するとすれば、責任範囲を無限定とする債権者側の主張が容れられなかったという意味において、留保付判決は債権者側一部敗訴の判決であると言わざるを得ないからである。

(8) この昭和四九年最判に関する評釈は数多く出されている。田尾桃一・ジュリスト五七〇号七七頁(昭和四九年)、同・法曹時報二八

卷九号三三二頁(昭和五一年)、同・最高裁判例解説一九八頁(昭和五二年)、吉村徳重・民商法雑誌七二巻四号六七五頁(昭和五〇年)、谷口安平・判例評論一九三三三頁(昭和五〇年)、小山昇・判例タイムズ三二四号一一三頁(昭和五〇年)、水谷暢・ジュリスト臨増五九〇号一一三頁(昭和五〇)、柏木邦良・別冊ジュリスト七六号三三八頁(昭和五七年)、東松文雄・別冊ジュリスト一一五号三二六頁(平成四年) など。

なおこの判例は、相続財産管理人の法的地位(訴訟担当者か法定代理人か——判例は後者)も問題とされており、前訴では相続財産管理人のみが被告、後訴では各相続人が被告という事案であることから、判決効の主観的範囲についても興味深い問題を提示している。

(9) ただ、本件の平成五年最判は、②について「主張された場合には」訴訟物に準じるものになるとしているが、昭和四九年最判は、このような限定はない。そこで、この点について両判例に違いがあると解する余地があるかも知れない。しかしながら、昭和四九年最判は限定承認が審理の過程で具体的となったケースであるし、前後の文脈からみても同最判が両当事者から何ら限定承認の主張がない場合にまで訴訟物に準じるとの評価をしているとは考えられない。むしろ、「主張された場合」に限ることは昭和四九年最判も当然の前提としてみるとみるべきであり、両判例は同じ立場に立つものと評価すべきである(平成五年最判自体も、昭和四九年最判を理由中に引用しており、両判例は同じ立場であるとの理解が前提となっている)。

(10) 前掲吉村六八〇頁及びそこで引用の文献。但し、前掲小山三三四頁は、責任の範囲の問題は債権の属性とはいいたいとする。

(11) 民訴法一八六条の趣旨から言っても、当事者が明示的に訴訟物

としての判断を求めている事項を、必要以上に訴訟物に格上げすることは疑問である。なお、具体例は見当たらないが、当事者が積極的に、訴えの変更や反訴で、責任の有無または範囲についての確認を訴訟物に立てて求めている場合には、当然のことながら直接の訴訟物として扱われることになるであろう。

(12) 筆者としては、少なくとも当事者の主張から黙示的な確認訴訟の提起を読み取れるほどの明確な主張と、これに対する相手方の反論の機会の保障があった場合に限って、「主張あり」との要件を満たすとみるべきものと考ええる。むしろより明快に、「黙示的な確認訴訟の提起」を認定し、責任の有無または範囲が訴訟物そのものになることを正面から認める手法も一考に値すると思う。但し、かかる黙示的な確認訴訟の提起を判例が認めるとは考えにくいところである。訴え提起(民訴法二二三条)、訴えの変更(同法二二三条二項)及び反訴(同法二四〇条)はいずれも明文による書面行為であるし、判例は、書面に限らず口頭でもできる補助参加についてさえ、しかも有力説の主張(兼子一・民事訴訟法体系「昭和四〇年」三九九頁、通常共同訴訟人間の当然の補助参加の理論を振り切って、明示的な申し出のない限り補助参加は認められないとしているからである(最判一小昭和四三年九月二日民集三三巻九号一八九六頁))。

なお、昭和四九年最判の評釈である谷口前掲三五頁は、ドイツの責任確定訴訟(執行受忍請求訴訟)の考え方の導入を肯定的に示唆する。この考え方は、給付訴訟を被告に対する給付命令と被告の全財産をもってその責任を負うべき旨の宣言との二つを求めるものであると把握し、通常は後者は当然のことなので表面に顕れないが、限定承認のように責任が問題となる場合には後者も顕在化して、右の給付命令と宣言の双方について判断がなされる、というものである。

る。

(13) 「判決に留保することは、必要ではないが、許容されるべきである。」とする立場もある。石渡前掲一〇六頁。」

(14) 但し、確認訴訟原型観に疑問を呈し、執行力を伴うことが給付判決の特徴であるとして、給付訴訟における執行力の重要性を説く立場——三ヶ月・民事訴訟法（昭和三四年）四〇頁以下——からは、本判例のように給付義務を認めながら執行力を否定する判決本文は無意味であり、むしろ請求棄却の判決をすべきことになるのではなからうか。小室直人・新版注釈民法二七卷（平成元年）五〇七頁は、限定承認のケースで限定承認者が相続財産が皆無であることを立証した場合の処理として、右のように請求棄却の立場がありうることを示唆する。

筆者としても、結局執行できないわけであるから、一般人に分かり易いという意味では請求棄却の判決にかなり魅力を感じる。しかし、責任なき債務に対応する債権であっても、実体法上の請求権としては存在するわけであるから、少なくともかかる請求権の存在を確定するという意味で、たとえ第二文で執行力を否定されるとしても、第一文の認容の記述はなお意味があるのではなからうか。概念法学的な観念論との批判はあるかも知れないが、なお本判例の立場を支持したいと思う。

(15) 後日の紛争回避のために主文に訴訟物以外の事項が掲げられることはときに見受けられることである。例えば東京高裁昭和五八年六月二八日判例時報一〇八五号六一頁は、遺留分権利者からの減殺請求としての目的物返還請求に対し、受遺者が価格弁償の抗弁を出した場合に、現物弁償必要説に立って受遺者に現物の返還を命ずる一方、受遺者の便宜などを考慮して「受遺者が金〇〇〇〇〇〇〇〇円を支払う

ときは右給付義務を免れることができる。」旨を主文に掲げている。石渡哲・判例評論三〇二号五一頁（昭和五九年）は判旨に賛成する。

(16) 原判決方式の場合、議論はあろうが、債務者側は第三者異議の訴え（民事執行法三八条）を提起するべきものとするのが適切であろう。債務者が、執行対象外の目的物の権利者として強制執行に異を唱える場合だからである。この場合、法文の「第三者」という文言との整合性が問題とならうが、「第三者」とは通常の場合を記述したもので債務者自身を除外する趣旨ではないと解すればよいであろう（同旨、石渡・前掲一〇〇頁）。時効取得について民法一六二条の「他人の物」に自己の物を含める考え方があがるが、これも参考になるのではなからうか。

(17) この問題は、昭和四九年最判と同じ問題であり、前掲の同最判に対する多数の評釈で十分に論じられているので、詳しくはそれらを参照されたい。

(18) なお、債権者側が本判例の示すような主文の判決をもって執行を申し立てることは現実には考えにくい、もし執行の申立がなされ、しかも執行機関が執行不許の文言を看過して執行に着手したときは、債務者側としては執行異議（民事執行法一一條）を申し立てて執行を阻止することにならう。

(19) 争点効理論について最高裁は、最判一小昭和三年一月三十一日民集一一卷一七〇頁のころから否定的であり、最判三小昭和四四年六月二四日判例時報五六九号四八頁で明確にこれを否定し、最判二小昭和五六年七月三日判例時報一〇一四号六九頁でもそれを維持している。但し下級審では、今なお争点効理論を実質的に肯定する判断を示すものも少なくない。

(20) この点、主文に明示されていないことが問題となるかも知れない。

いが、不執行の合意が認められる場合にはそれが判決主文に掲げられるわけであるから、無留保の給付判決の主文は、それ自体に債務者側の不執行の合意を退ける判断を内在すると言えるのではなからうか。従って、明示はされていなくても右のような形で判決主文に否定的な判断が示されていると言うことができ、一般の棄却判決と同様、判決理由の記述と対照することにより既判力に準じる効力が生じていること（または生じていないこと——不執行の合意について主張がなく審判の対象になっていない場合）が具体的に明らかにするということで、別段の不都合はないと考える。

その意味でも、裁判所は、不執行の合意の有無が争われたときは、判決理由中で明確にそれについての判断を示しておかなければならないと言える。

(21) 議論はあるが、債務者側が争う方法は第三者異議の訴え（民事執行法三八条）によるのが適切であると思う。前注（16）参照。

高崎 英雄

昭二九12（民集八巻九号一六三三五頁）
（判タ四五号二六頁、判時三七号二頁）

不動産の売渡人と買受人とに対し所有権取得登記の抹消を求める訴えは必要的共同訴訟か

建物所有権取得登記抹消登記手続請求事件（昭和一九年九月一七日最高裁第二小法廷判決）

（事実）

原告X（控訴人、上告人）は、訴外銀行Aと極度額四五〇〇〇円の当座貸越契約を結び、その担保としてX所有の建物に根抵当権を設定した。その後、A銀行を合併した訴外B銀行は、債権二〇〇〇円と共に当該根抵当権を訴外Cに譲渡した。その後Cは競売を申立てたところ、Cの妻Y₁が競落し、さらにY₁はY₂に譲渡した（登記はY₂のもとにある）。これに対してXは、同人がA銀行に負っていた債務四五〇〇〇円の半額は免除されており、また残債務は弁済を完了しているから、競落および譲渡は無効であるとして、Y₁およびY₂を相手取り登記の抹消を求めて訴えを提起した。第一審ではXは敗訴し、控訴した。ところで、第一審訴訟係属中にY₁は死亡したが、同人には第一審限りの訴訟代理人が選任されていたので、訴訟の中断は生じなかった。Xは控訴を提起するにあたり、Y₁の相続人（夫のCおよび養子のY₃）のうちCを加えず、Y₂およびY₃を被控訴人とした。控訴審は、この点を職権で考慮した上で本件訴訟が必要的共同訴訟であるとし、被控訴人にCを加えなかったのは不適法であるとの理由で訴えを却下した。これに対してXは、主として次のような理由により上告した。つまり、参加の告知などによってCに対する控訴の欠缺を補正することができるのであるから、控訴審がこの機会を与えずに直ちに控訴を却下したのは法解釈に誤りがある。また、Y₁

の相続関係については被控訴人側は争っていないにも拘わらず、控訴審は職権で取り上げて補正の機会を与えずXに不利な判定をしたのは、争点だけを判断すべき民事訴訟の原則に反する、と。

〔判決理由〕

まず最高裁は、Xが、Y₁の共同相続人のうちのY₂だけを相手方とし、Cを被控訴人に加えなかったことからY₃に対する控訴が不適法であるとした原審の判断は正当であるとした。つまり、「Xは、右中断につき適法な承継の手続を採ることなく即ち、右訴訟の中断中にY₁の共同相続人の一人たるY₂を相手方として（即ち共同相続人の他の一人たるCを相手方とすることなく）本件控訴の申立をしたことは記録上明らかであるから、原判決が右の理由により、Y₂に対する本件控訴を不適法として却下したことは正当であり、従って、原判決の右の部分に関する本件上告は理由がない」（第一の論点）。

その上で、Y₁とY₂との関係は合一確定の関係に立たないとして、必要的共同訴訟にはあたらないとした。「……本件において、Y₁に対する訴えは前示のごとく競落を無効として、これを原因とする同人の本件家屋に対する所有権取得登記の抹消を求むるものであり、Y₂に対する本訴請求は同人が右Y₁との間にした売買の無効なることを原因として同人の所有権取得登記の抹消を請求するものであって、その原因並びに請求は各独立であって（たゞ右売買の無効は、競落の無効なることから生ずる当然の結果であるという関係があるに過ぎない）、その間に『訴訟ノ目的カ共同訴訟人ノ全員ニ付合一ノミ確定スヘキ』関係に立つものでないことは明らかである。であるから、Xは、XのY₂に対する請求を棄却した第一審判決に対しては、XのY₁に対する請求に関する第一審判決にかかわりなく、各別に控訴の申立をなすことができるのであって、両者の請求を必要的共同

訴訟の關係に立つものとして、XのY₂に対する本件控訴を不適法として却下した原判決には法令の解釈を誤った違法あるものというの外なく、この点に関するXの上告は理由あり、この部分に関する原判決は破棄を免れないものである」（第二の論点）。

判旨に賛成する⁽¹⁾。

一 まず第二の論点について考察する。不動産登記が順次移転したが実体的に物権変動がない場合（数段の無効な登記）に、真正の権利者が提起した登記の抹消を求める訴訟においては、現在の登記名義人と前の名義人を共同被告として訴えなければならぬのか。いかなる場合に必要的共同訴訟になるのかについては、法律は明確な基準を打ち出していない。そこで、解釈によって決めざるを得ない。この論点について、大審院の判例は動搖を示していた。たとえば、大判明治三五年十二月二六日（民録八輯一六六頁）、大判明治三六年七月六日（民録九輯八五六頁）や大判明治三六年一〇月二八日（民録九輯一一七五頁）は、登記簿上の名義人全てを被告として訴えなければならぬとして、必要的共同訴訟と解していた。しかしその後、大判明治四一年四月一日（民録一四輯四三二頁）、大判明治四一年一〇月二七日（民録一四輯一〇五二頁）、大判明治四四年五月一六日（民録一七輯二九九頁⁽³⁾）では、必要的共同訴訟にはあたらないとしていた。

本判決が下される以前の学説においては、必要的共同訴訟となる場合とは、共同訴訟人間に判決が区々になることが法律上

許されない場合（判決効が抵触する場合）をいうのであり、理論上判決が区々になることが許されない場合や、共同訴訟人全員につき勝訴判決を得なければ訴訟の目的を達しない場合は該当しないとする見解が通説であった。⁽⁴⁾ 弁論主義を採る以上、共同訴訟人の各自の訴訟活動により判決は区々になる可能性はあるのだから、このような場合にまで必要的共同訴訟ととらえるのは不当であるとする。これに対して、訴訟の判決が共同訴訟人の全員につき理論上矛盾すべきでない場合を準必要的共同訴訟と称し、六二条を適用すべきであるとする見解も主張された⁽⁵⁾が、論者自身のちに改説された。⁽⁶⁾

このような判例、学説の状況下にあつて、本判決は最高裁としてこの論点について初めての判断を下し、必要的共同訴訟にはあたらないとして通説にしたがう旨判示したものである。

二 本判決の結論は判決当時の通説と同様、現時点での通説的見解とも合致する。⁽⁷⁾ つまり、今日の通説によれば、合一確定の必要とは、共同訴訟人の一人に対する判決の効力が他の共同訴訟人に及ぶため、判決が区々になることが法律上許されない場合を指す。したがって、単に事実上または論理上合一である必要がある場合は必要的共同訴訟として扱われない。この見解によれば、民事訴訟法が弁論主義を採る以上、当事者の態度、攻撃防御方法の提出の有無いかんによって、判決の内容が各共同訴訟人間で区々になるのはやむを得ないとする。したがって、通説によると、本件のようにY₁とY₂の双方に対して勝訴しない

とXはその目的を達しない場合でも、本件Y₁に対する判決の効力がY₂に及ぶことはないことから、必要的共同訴訟ではなく通常共同訴訟に属することになる。

これに対して、まず、本件のような場合に必要的共同訴訟であることを認める見解が主張されている。⁽⁸⁾ それによれば、甲↓乙↓丙と登記が移転した場合に、必要的共同訴訟ではなく個別訴訟が許容され、甲が乙または丙だけを相手に訴訟したとすると次の点につき問題があるとする。つまり、当事者とされなかった者の利益保護の観点（この者は補助参加ないし告知により自己の利益を保護することが可能であるが、法六九条との関係であり実益がない）、共同で訴えられた場合の防御の観点（必要的共同訴訟だとすると、丙勝訴の場合に甲乙間の売買が乙との関係で無効とされることはない。また、乙が争う限りは乙の防御によって自己の権利を守ることができる）、訴訟経済ないし国家制度の利用の仕方という点（最終的には全員を訴えなければならぬのだから、一度で済ませるべきである）などを理由に、この場合、乙および丙を共同で訴えるべきであるとする。⁽⁹⁾ 次に、類似必要的共同訴訟の拡張ないし準必要的共同訴訟概念を提唱する見解も出てきている。この見解によると、訴訟上の請求は各共同訴訟人につき同一ではないが、同一の基礎の上に成立し、論理上合一に確定すべき関係にある場合に、準必要的共同訴訟という概念を設定する。その上でこのタイプの訴訟は、訴訟物が同一ではないという点で必要的共同訴訟とは異なり、

また、論理上合一に確定すべき関係にある点で通常共同訴訟とも異なるもので、両訴訟類型の中間に位置すると考える。そして、この場合には必要的共同訴訟の規定の準用を認める。

しかし、私は本件のような場合に必要的共同訴訟ないしこれに準じて扱うことには反対である。なぜならば、本件では $X \downarrow Y_1$ と、 $X \downarrow Y_2$ の訴訟物は別個であり、各共同訴訟人は係争中の権利関係を独自に処分することが許されているはずだからである。つまり、相対的解決が予定されている。例えば当事者中の一部の者と既に紛争につき合意ができている場合（不動産の譲渡人が権利を有していないことが判明したならば、譲受人としては登記抹消することについては異存はないとしている場合）⁽¹⁰⁾にまで合一確定訴訟として、この者を訴訟に引き込む必要はない⁽¹⁰⁾。したがって、必要的共同訴訟にあたるのは当事者間で判決の衝突が生じる場合に限られ、本件のように、全員に対して勝訴しなければ原告はその目的を達しないような場合には、必要的共同訴訟として訴える法的利益（訴えの利益）を欠くと考える。

三 このように本件を通常共同訴訟と解する場合には、共同訴訟人独立の原則（法六一条）が妥当する結果、法律上は裁判の統一は保障されないことになる。このような結果は、必要的共同訴訟を判決効の矛盾衝突を回避する制度ととらえ、実体法上合一確定を要求する場合を含めない以上、やむを得ない。しかし、通常共同訴訟によっても、ある程度は統一的解決がなされ

ることもまた確かである。まず、弁論および証拠調べが共通の期日に行われるので、裁判の統一が事実上もたらされることが期待される⁽¹¹⁾。また、共同訴訟人間の証拠共通の原則（提出された証拠については、とくに援用がなくとも、裁判所は、他の共同訴訟人と共通または関連する事実認定資料に用いることができる）が通説・判例により認められているので、この原則によってもある程度は裁判の統一に資すると考えられる。さらに、当事者の過誤により、ある主張が欠けている場合には、裁判官は釈明権（法一二七条）を行使することで対応することができると思われる。しかし、さらに共同訴訟人間で主張共通を認めるべきかについては（一人の共同訴訟人がある主張をし、他の共同訴訟人がこれと抵触する行為を積極的に行っていない場合には、その主張が他の共同訴訟人に利益なものである限り、この者にも効果が及ぶとする見解）⁽¹³⁾消極に解する。当事者としては、争点によっては、それに関与することなく沈黙を守った方が利益になると考える場合もあると思われる。また、訴訟の進行に応じて当事者の利益状況が変化することに鑑みて、裁判所から見て共同訴訟人に利益になるかならないかを判断するのは、必ずしも容易ではない場合もあると思われる。むしろ、共同訴訟人が自らの判断と責任において、利益・不利益を判断し、その者に主張させる方がより適切ではないかと考える。

四 次に第一の論点について検討する。裁判所は、Xが控訴を提起するにあたり、死亡した Y_1 の共同相続人のうち Y_2 だけを相

手方とし、Cを加えていないのは不適法であるとしている。この立場は、共同遺産相続人に対する所有権取得登記の抹消手続請求訴訟について必要的共同訴訟にあたるとした、大審昭和八年三月三〇日（大審院裁判例七巻民五七頁）を踏襲するものである。しかし、本判決以後の判例は、売買契約に基づき買主が売主の共同相続人に所有権移転登記を求めた訴訟ではあるが、不可分債務であることを理由に必要な共同訴訟にはあたらないとしている（最判昭三六年二月一日民集一五巻一〇号二八六五頁）。不可分債務は、各債務者が目的たる給付の全部についてこれを給付すべき債務を負担する関係であるので、債権者は債務者の一人に対して全部の義務の履行について請求することが可能であるから、債務者全員を相手どり訴訟を提起する必要性はないというのである。学説においては、このような場合には共同相続人全員が共同して受継しなければならぬとする立場が有力である。思うに、この場面では原告は両共同相続人を相手に受継の申立をしなければならない（固有必要的共同訴訟）と解すべきである。なぜならば、この場合、登記の抹消は共同相続人全員が揃って始めて法的に履行が可能だからである。共同相続人の一人に対して登記の抹消を求めても、他の共同相続人がこれに同意しなければ法的には履行することができない。いわば、共同相続人に合有的に管理処分権が帰属していると考えられ、全員が揃って始めて当事者適格を有すると考えられる。X↓Y₁↓Y₂と登記が順次に移転した場合、X↓Y₁とX↓Y₂の訴

訟物は異なるが、共同相続の場合には、原告と共同相続人との関係では単一の訴訟物が成立するに過ぎない。したがって順次移転の場合と共同相続に対する抹消請求の場合とは扱いを異にすべきである。この場合、訴訟要件である当事者適格は口頭弁論終結時にあればよいのであるから、たとえ当初全員が揃っていないくとも事後的に、訴えの主観的追加的併合などにより当事者として関与することができれば、この瑕疵は治癒され適法になる⁽¹⁷⁾。本件で裁判所は、原告が中断について適法な受継をしていないと述べており、このような処置をすることを原告に促していたと思われ、妥当と考える。

五 以上に述べたことから、本件最高裁判決に賛成する。

なお、登記の抹消ではなく、所有権移転登記の形式でXが所有権の登記名義を回復することが判例上認められている⁽¹⁹⁾。また、登記実務の取扱いにおいては、この場合の登記原因を「真正な登記名義の回復」として所有権移転登記の申請を認めている⁽²⁰⁾。登記の抹消の場合、XはY₁との関係でもY₂との関係でも勝訴しなければ実効が挙がらないのに対して、移転登記によれば現在の登記名義人だけを相手にすればよいことになる。この点だけをとりえらると、移転登記請求訴訟の方がより簡便であるということが出来る。ただし、登録料については、移転登記と抹消登記の間では相違がある。つまり、真正な登記名義の回復による所有権移転登記については、固定評価額の二五／一〇〇〇であるのに対して（登録免許税法別表第一一ノ（二）ノロ）、抹消

登記については一筆につき一〇〇〇円（登録免許税法別表一ノ一ノ（二））とされている。

- (1) 本件解説として、最高裁調査官室編・最高裁判例解説民事篇昭和九年度一四〇頁（大場）、本件評釈として、野間繁「不動産の売渡人と買受人とに対する登記抹消請求の訴と必要の共同訴訟」民商法雑誌三三卷二五五頁以下（昭三〇）、高橋宏志「最高裁判所民事判例研究」法学協会雑誌九卷五号七九〇頁以下（昭五七）がある。
 - (2) 判例の推移を概観するものとして、幾代通「登記請求権における実体法と手続法」民商法雑誌四九卷四号四六〇頁以下（昭三九）、五十部豊久「必要の共同訴訟と二つの紛争類型」民事訴訟雑誌二二号一九三頁以下（昭四一）を参照。
 - (3) 本件については、椿壽夫「数次にわたる移転登記抹消の相手方」不動産取引判例百選（旧版）七六頁（昭四一）を参照。
 - (4) 松岡義正・新民事訴訟法注釈第二卷（昭五）三六二頁、河本喜與之・民事訴訟法提要（昭九）二六二頁、中島弘道・日本民事訴訟法第二編乃至第五編（昭九）一一〇一頁、前野順一・民事訴訟法論（第二編乃至第五編）（昭一一）九一五頁、山田正三・日本民事訴訟法（上）（昭一五）二〇五頁、兼子一・条解民事訴訟法Ⅰ（昭二六）一五七頁。
 - (5) 山田正三「準必要の共同訴訟」法学論叢二八卷一頁（昭七）。
 - (6) 山田正三「民事訴訟法に所謂請求の意義」法学論叢四一巻一、二八頁（昭一四）。
 - (7) 兼子一・新修民事訴訟法体系（増補）（昭四〇）三八六頁、新堂幸司・民事訴訟法（第二版）（昭五六）四七七頁、斎藤秀夫・民事訴訟法概論（新版）（昭五七）四四七頁、菊井維大・村松俊夫・全訂民
- 事訴訟法（全訂版追補版）（昭五九）三三一頁、三四五頁、兼子一ほか・条解民事訴訟法（昭六二）一六一頁（新堂幸司）、徳田和幸・通常共同訴訟と必要の共同訴訟の境界」民事訴訟法の争点（昭六三）二二四頁、斎藤秀夫ほか編・注解民事訴訟法（二）（第二版）（平三）一六〇頁（小室直人）東孝行、上田徹一郎井上治典編・注解民事訴訟法（二）（平四）七四頁（徳田和幸）、兼子一・竹下守夫・民事訴訟法（新版）（平五）二一九頁。結論同旨、幾代・前掲注（二）四六六頁。
- (8) 五十部豊久・前掲注（二）一九四頁以下。
 - (9) 中村英郎・民事訴訟理論の諸問題（昭五〇）三七頁以下、同・民事訴訟におけるローマ法理とケルマン法理（昭五二）二〇九頁以下、同「必要の共同訴訟」鈴木忠一「三ヶ月章編・新・実務民事訴訟講座（二）（昭五七）二五頁。
 - (10) なお、谷口安平・口述民事訴訟法（昭六二）二七三頁を参照。
 - (11) 中野ほか編・民事訴訟法講義（補訂第二版）（昭六二）五二二頁（井上治典）。
 - (12) 最判昭和四五年一月三日判時五八九号五〇頁。林屋礼二・民事訴訟法概要（平三）一三七頁など。
 - (13) 新堂幸司・前掲注（七）四八〇頁。なお、この立場はドイツにおける通説的見解である。Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR, 15, Aufl., S. 247 (1993); Thomas/Putzo, ZPO, 18. Aufl., Ann. 11 zu § 61 (1993). この見解に対する批判としては、木川統一郎・民事訴訟法重要問題講義（上）（平四）九四頁以下参照。
 - (14) 菊井維大・村松俊夫・前掲注（七）一一七九頁、兼子一ほか・前掲注（七）条解七三三頁（竹下守夫）、斎藤秀夫ほか編・注解民事訴訟法（五）（平三）二六四頁（斎藤秀夫）奈良次郎・林屋礼二、木川統一郎・民事訴訟法重要問題講義（下）（平五）五九五頁。

- (15) 星野英一・民法概論Ⅲ(債権総論)(昭五三)一五三頁、一七三頁。
 なお、前田達明・債権総論(第二版)(平二)三二六頁も不可分債務論を持ち出すことに疑問を呈する。
 (16) 通説である。中野ほか編・前掲注(11)四二六頁(鈴木正裕)。
 (17) 三ヶ月章・民事訴訟法(昭三四)二二七頁、兼子ほか・前掲注(7)条解一六九頁(新堂幸司)。大判昭和九年七月三十一日民集一三卷一四三八頁。

- (18) 高橋・本件評釈前掲注(1)七九四頁。
 (19) 大判昭和一六年三月四日民集二〇卷七号三八五頁、最判昭和三年七月五日民集九卷九号一〇〇二頁など。
 (20) 浦野雄幸「登記名義回復請求訴訟」鈴木忠一Ⅱ三ヶ月章編・実務民事訴訟講座(四)(昭四四)一六二頁、幾代通Ⅱ徳本伸一・不動産登記法(第四版)(平六)二四二頁。

芳賀 雅顯

〔下級審民事訴訟例研究三四〕

34 一 連合王国イングランド及びウェールズ高等法院女王座部が言い渡した判決について、民訴法

二〇〇条各号の条件をすべて具備するとして執行判決請求が認容された事例

二 連合王国イングランド及びウェールズ高等法院女王座部が言い渡した判決について、義務履行地が同国内にあることのみをもって国際裁判管轄権を基礎付けることはできないとして執行判決請求が棄却された事例

東京地裁平成六年一月三十一日判決(平成五年(ワ)第六三三一号執行判決請求事件、判例タイムズ八三七号三〇〇頁)

〔事実〕

X₁銀行(英国法人・本店ロンドン)は、ロンドンで、X₂会社(英国法人・本店ロンドン)に対し金銭の貸付けをした。その後、X₁銀行の東京支店において、このX₁・X₂貸付金債務について、Y(日本法人・本店東京)はX₁との間で債務保証契約を締結した。尚、その債務保証契約書(英文)には、「この債務保証契約