

# 民事裁判におけるいくつかの論点について

## 西 理

私は、平成22年4月に本法科大学院に着任して以来、主として民事手続法や同演習を担当するようになったが、授業を通じて民事訴訟法上の重要な論点について考察したところを、「民事訴訟法上のいくつかの論点について」と題して判例時報誌（2122号、2124号、2126号）に発表した<sup>(注1)</sup>。

本稿で取り上げるテーマは下記<目次>のとおりであり、前稿のそれに比べれば概して地味で実務的なものが多いが、私としてはあくまで前稿の続編のつもりである<sup>(注2)</sup>。

### <目次>

- 第1 法人格のない社団・財団の当事者能力をめぐる諸問題……2頁
- 第2 送達の瑕疵について……16頁
- 第3 移送について……28頁
- 第4 詐害行為取消訴訟について—主として抵当権者が抵当目的物の不法占有者等を排除するための方策と関連させて……42頁
- 第5 「権利抗弁」について……58頁
- 第6 「所有権喪失の抗弁」、「対抗要件の抗弁」、「対抗要件具備による所有権喪失の抗弁」について—要件事実論雑感……69頁
- 第7 一部請求における相殺の抗弁と不利益変更禁止の原則—最判H6・11・22民集48-7-1355の検討……82頁
- 第8 登記請求訴訟において当事者から登記を得た第三者の地位……103頁

(注1) 前稿で取り上げた論点は、以下のとおりである。

第1 必要的共同訴訟について

- 1 類似必要的共同訴訟                      2 固有必要的共同訴訟

第2 既判力論について—最判H9・3・14判時1600-89の検討を中心に—

第3 重複訴訟の諸問題について

第4 債権者代位訴訟について

第5 補助参加における参加の利益と参加的効力

第6 形成の訴えにおける訴えの利益—役員選任の株主総会決議取消の訴えを中心に—

第7 独立当事者参加について

第8 既判力論について (2) —民訴法114条1項の「主文に包含するもの」の意義—

(注2) 前稿も主として新堂教授の『新民事訴訟法(第4版)』と高橋教授の『重点講義・民事訴訟法(上)、(下)』を参照させていただきとどまったが、本稿では、前稿以上に専らと言ってよいほど両教授の著書に負っている。両教授には心から感謝申し上げるとともに、他の多くの文献の著者・筆者には非礼をお詫びしなければならない。このように、本稿は、長く裁判官の職にあった私が、その実務上の体験と感覚に基づいて思考したところをまとめたものにすぎず、「論文」というには気恥ずかしい体のもではあるが、そのようなものであっても世に問う価値が全くないわけではないまいと考えて、敢えて発表する次第である。

なお、本稿では、各論点の冒頭に概説と題してごく基礎的な事項について解説を試みたりしているが、これはできれば学生諸君の参考にも供したいという思いから出たものである。ご容赦いただきたい。

## 第1 法人格のない社団・財団の当事者能力をめぐる諸問題

### 1 当事者能力(概説)

ア 当事者能力とは、民事訴訟において当事者となることのできる一般的な能力であり、訴訟要件の一つである。訴訟能力、弁論能力、当事者適格と区別される。(注1)

当事者能力の有無については、原則として民法その他の法令に従うこととされているところ(民訴法28条。以下、同法については本稿を通じて単に条文のみを掲げる。)、民法上、権利能力を有する者は当事者能力があるから、自然人(注2)・法人は当然当事者能力を有する。

イ 他方、法人格のない社団・財団(以下「A」と表記する)に当事者能力が認められる場合がある(29条)。(注3)

ア 最判S39・10・15民集18-8-1671は「引揚者更生生活協同組合杉並支部」という法人格のない団体につき、最判S42・10・19民集21-8-2078

＜民訴判例百選（第4版）8事件＞は町内会に類する住民の組織につき、いずれも当事者能力を肯定した。また、最判S37・12・18民集16-12-2422＜前掲判例百選10事件＞は民法上の組合についても当事者能力を認めている。

イ Aが当事者能力を認められるための要件として、学説は、①構成員の脱退・加入に関係なく団体の同一性が保持されていること（対内的独立性）、②代表者が定められ、現実に代表者として行動しており、他の法主体から独立していること（対外的独立性）、③組織運営について規約が定められており、総会などの手段によって構成員の意思が団体の意思形成に反映されていること（内部組織性）を要すると指摘している。問題は、このほかに、財産的独立性が必要であるかどうかである。上記最判S39・10・15や最判S42・10・19においては「財産の管理」などについても言及されていたが、最判H14・6・7民集56-5-899は、従来の判例の規準を維持しながらも、固有の財産を保有することまで要求されないことを明らかにした。財産の保有は独立性認定の補助的資料という位置付けにとどめているものと解される。

（注1）訴訟能力とは、自ら訴訟行為をし、それを受けるために必要な能力をいう。民法上の行為能力に対応するが、訴訟能力のない者（未成年者、成年被後見人等）の訴訟行為は取り消し得ることになるのではなく、無効となる。ただし、追認により初めから有効となる（34条）。

弁論能力については155条に規定されている。

当事者適格は、訴訟物たる特定の権利又は法律関係について、当事者として訴訟を追行し、本案判決を求めることのできる資格をいう。「訴えの利益」と密接な関係がある。

（注2）胎児のように、限られた場面で「既に生まれたものとみなす」（人として扱われる）場合があることに留意しておかなければならない（民法721条、886条）。

（注3）29条の制度趣旨は何か。法人格がないものの、団体として実在するという例が少なくないところ、法人格がない以上、権利能力がなく、当事者能力も与えられないとなると、当該団体の構成員全員を権利義務の主体として捉えるしかないことになるが、それでは訴訟上極めて不便である。選定当事者制度を活用することにより実際の負担は相当程度軽減することが可能であるにしても、もっと根本的な方策があって然るべきではないか。それならば、一定の要件のもとに社会に実在する団体に当事者能力を付与してもよいのではないかということであろう。ただし、後記5で見るとおり、最大判S45・11・11民集24-12-1854が、組合の業務執行組合員に任意的訴訟担当を認めたので、原告側については29条を利用する必要性は大幅に減少した。したがって、同条の意義も少なからず小さくなったといえよう（高橋『重点講義・民事訴訟法

(上) 第2版補訂版』(以下「高橋・重点講義(上)」と略記する。) p 180参照)。

また、「一般社団法人及び一般財団法人に関する法律」の制定により、法人格の取得が格段に容易になったので、この問題に関する環境が大きく変化するものと思われる。しかし、それにしても、各種の同好会、町内会、同窓会などが法人格を取得するとは考えられないから、なお本条が完全に意義を失ったわけではない。

## 2 団体に属する不動産の登記名義とその関係の登記手続訴訟について

ア 登記実務はA名義の登記を認めず、Aの代表者である旨の肩書を付した代表者名の登記も認めない。そのため、代表者個人名で登記するほかないのが実情である。(注4)

したがって、Aに帰属する不動産甲について代表者Bの個人名義で登記していたところ、代表者がBからCに交替したのに、Bが登記名義の変更に応じないという場合には、Bに対し所有権移転登記手続請求訴訟を提起するほかないが、この場合に、登記名義人となるべきCが原告となり、Bを被告として訴えを提起すべきであるというのが判例(最判S47・6・2民集26-5-957<前掲判例百選9事件>)である。

イ もっとも、本件最判の事例は、Aが自ら原告となって、Bに対し、A名義又はA代表者名義への所有権移転登記手続を求める訴訟(前訴)を提起したが、Aには当事者適格がないとして訴えを却下されたので、改めて、Cが原告となり、Bに対してC名義への所有権移転登記手続を求める本件訴訟を提起したという経緯がある。本件最判はこれを肯定したにとどまるから、最高裁がこの場合の原告は必ずCでなければならないと解しているかどうかは必ずしも定かでないとする余地もないではない。

しかし、Bは、本件訴訟において、Aが原告としてC名義への所有権移転登記手続を求めるべきであると主張したが、1審及び控訴審はいずれもCの請求を認容し、本件最判もこれを支持したというものである。そして、「本件訴訟においてAが自ら原告となるのが相当であるか、その代表者の地位にある者(C)が個人として原告となるのが相当であるかは、権利能力なき団体の資産たる不動産につき公示方法たる登記をする場合に何びとに登記請求権が帰属するかという登記手続請求訴訟における本案の問題」

であって、訴訟追行の資格の問題にとどまるものではないとした上で、進んで、「権利能力なき社団の資産はその社団の構成員全員に総有的に帰属しているのであって、社団自身が私法上の権利義務の主体となることはないから、社団の資産たる不動産についても社団はその権利主体となり得るものではなく、したがって、登記請求権を有するものではない」と判示しているところからすると、上記Bの主張を明らかに排斥しているものと解すべきであろう。

ウ しかしながら、このように決めつけてしまったのでは、29条の意義は著しく減殺されることになりはしないだろうか。また、AがYに対する100万円の金銭債権を回収するという場合には、本条に基づいて、Aが原告となってYに対する100万円の給付請求訴訟を提起することができることについて異論はないものと思われるところ、金銭債権の給付請求訴訟と不動産の登記請求訴訟とで何故かくも異なる扱いがなされなければならないのか、このことを説得的に説明するのは至難であるように私には思われる。要するに、本件最判は、上記アの登記実務の在り方を尊重する余り、権利能力がない団体への私法上の権利帰属を否定することにより団体自身の登記請求権を否定したばかりか、登記手続請求訴訟における当事者能力まで否定してしまったために、同訴訟における本条の存在意義そのものが否定され、ひいては金銭債権の給付請求訴訟との整合性まで失われる結果になったのではないかと推測される。なお、本件最判は、新代表者Cが登記請求権を有することについて、「社団構成員の総有に属する不動産は、右構成員全員のために信託的に社団代表者個人の所有とされるものである」などとするが、これなども登記実務の在り方からくるやむを得ない制約を法的に根拠づけるために、いかにも技巧的な法律構成を考え出したという感が強く、「代表者個人の所有」としているなどということが構成員全員の合理的な意思に副うものとはとても思えない。登記実務が上記アのようなものであり、そして、それには相応の根拠がある以上、これを受け入れざるを得ないということを率直に認めれば足りることではなかったかと考える。

エ そうだとすれば、登記請求訴訟における当事者能力もAにあるとした上で、ただ、登記実務上、登記名義だけは代表者個人名義にせざるを得ないということからくる制約が加わることはやむを得ないと考えるべきだったのではないだろうか。このように考えるなら、ここでもAが原告になって、登記名義を保持するBに対して所有権移転登記手続請求訴訟を提起することを認めてよく、ただ、上記Aのような登記実務の実際を無視するわけにはいかないから、この場合においても、請求の趣旨は「Bは、Cに対し、甲不動産につき、真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続をせよ」となるものと思われる。

これは、一見して明らかなように、本件訴訟におけるBの主張と近似する立論である。ただし、Bの主張は「Aが原告となってC名義への所有権移転登記手続を求めるべきである」というものであるところ、このように一律にAが原告でなければならぬとするのは疑問である。本件訴訟のように、Cが原告となってBに所有権移転登記手続を求めることを否定するまでもないからである。

なお、付言するに、前訴では、Aは、A名義又はA代表者名義への所有権移転登記手続を求めていたのであるから、この点は登記実務の実際に照らして難点があると考えられても仕方がなかったであろう。Aが勝訴したとしても、登記実務上はA名義の登記ができないからである。もっとも、この場合においても、A名義の登記はできないが、これにより代表者C個人名義の登記をすることはできると考える余地はあるのではないか。むしろ、本条の趣旨からすると、このような考え方こそが最も理論的に筋が通っているのではないかとさえ思われる。また、このような立場から、本件訴訟のように、Cが原告として登記手続請求訴訟の原告として訴訟を進行することを理論的に根拠づけるとすれば、Aが原告になるべきところ、CがAから任意的訴訟担当の授権を受けて原告となっていると解することになろうか。(注5)

(注4) 登記官の審査権限が限られたものであることに思いを致せば、このような登記実務の在り方にも相応の根拠(正当性)があることを認めないわけにはいかない。

## 民事裁判におけるいくつかの論点について

(注5) さらに、このような考え方を徹底すれば、Aが代表者Cの個人名で登記をしている甲不動産についてXに売却したという場合において、Xから所有権移転登記手続請求を受けるのもAであり、したがって、その登記手続請求訴訟において被告となるのもAであるということになる道理である。もっとも、このような立論に対しては、それはAを権利義務の主体として扱うことに通じるものであるとか、登記実務が上記Aのとおりである以上、この場合の勝訴判決に基づいてBからXへの所有権移転登記を実現するためには承継執行文の付与が不可欠になるなど、かえって複雑な手続を要することになるとの批判が予想される。また、あくまで登記実務の在り方を重視する立場からは、Aの上記請求はそもそも実現不可能な内容であって、それ自体失当であるとか、Aには被告適格がないなどとされるおそれなしとしない。

### 3 29条で当事者能力が認められた法人格のない社団・財団の権利義務の帰属

ア Aが原告となって金銭債権についての給付請求をし、勝訴した場合、その債権は誰に帰属するのかについては、固有適格構成と訴訟担当構成があるとされる。前者の説はA自身に帰属することを肯定するものであるが、判例はそのような立場をとらない。Aに属する権利義務は、あくまでAの構成員全員に総有的に帰属するものとされる（上記最判S39・10・15参照）。Aに訴訟法上の当事者能力が認められたからといって、実体法上の権利能力が認められるわけではない以上、Aが私法上の権利義務の帰属主体になることはできない。そうであれば、判例の立場を支持するほかない。

イ 以上は、Aが被告である場合、すなわちAが債務を負担する場合にもそのまま当てはまる。この点について、最判S48・10・9民集27-9-1129は、「権利能力なき社団の代表者が社団の名でした取引上の債務はその社団の構成員全員に一個の義務として総有的に帰属する」としつつ、「社団の財産だけがその責任財産となり、構成員各自は取引の相手方（債権者）に対し直接には個人的債務ないし責任を負うことはない」とする。

(注6)

(注6) しかし、これは、Aには権利能力が認められないために、Aに属すべき財産や権利義務についてもその実体法上の帰属主体としては「構成員全員」を持ち出すほかなかったというだけのことであり、Aの財産とその構成員の財産とは明確に一線を画されているのであるから、専ら理論上の対立にすぎない。

#### 4 強制執行上の問題

ア Aが当事者能力を認められた訴訟において債務名義を獲得し、反対に債務を負担するとして相手方が債務名義を得た場合において、その執行はどうなるのであろうか。29条が民事執行法20条により準用されるから、当該債務名義上の当事者がそのまま執行法上の当事者になるものと考えて差支えない。Aが債権者である場合にはもとより、Aが債務者である場合においても、執行対象財産がAの金銭債権や所有動産であれば格別の問題を生じないものと思われる。問題は、それが不動産である場合である。上記2で見たとおり、登記実務上、不動産についてはA名義の登記をすることは認められていないから、Aとしてはその代表者Bの個人名義の登記をするほかない。<sup>(注7)</sup>

そうすると、当該不動産については、実質的にはAの所有であるにもかかわらず、登記名義上はあくまでB個人所有であるかのような外観を呈しているのであって、そうである以上、そのままでは債権者XがAに対する債務名義に基づき当該不動産に対して強制執行をすることはできないことになる。

イ しかし、当該不動産が実はAの所有であるというのであれば、これに対する強制執行ができないというのはいかにも不合理である。そこで、その解決策として従来有力に提唱されていたのが「承継執行文付与説」(新堂『新民事訴訟法(第4版)』p142ほか)である。これは、民事執行法23条3項(115条1項4号)を準用するなどして、Aに対する債務名義を目的不動産の所有名義人Bに及ぼすことができるとした上で、ただ、債務名義上の債務者と目的不動産の所有名義人との実質的な一体性・連続性を示すために、承継執行文の付与を受けることが必要であるとするものである(『基礎演習・民事訴訟法』p7以下、特にp11参照)。

ウ これに対し、最判H22・6・29民集64-4-1235、判時2082-65(以下「本件最判」という)は別の解決策を示した。

ア 本件は、Aに対する巨額の債務名義を有しているX(整理回収

機構)が、本件不動産はAの構成員全員に総有的に帰属している(Aの資産である)が、その登記名義はY会社になっているから、Yは民事執行法23条3項の「請求の目的物を所持する者」に準ずる者であると主張して、上記債務名義につきYを債務者として本件不動産を執行対象財産とする同法27条2項の承継執行文の付与を求めた執行文付与の訴えである。Xの主張は上記有力説の見解を踏まえたものということができる。

1 審及び控訴審は、登記名義人がAの代表者であるときは、民事執行法23条3項を拡張解釈して承継執行文の付与を求めることができるとして、上記有力説の考え方を支持した。しかし、本件の場合、YはAの代表者ではない(構成員でもない)から、この方法によることはできないとしてXの請求を棄却(控訴も棄却)した。

イ これに対し、本件最判もXの上告を棄却したが、上記有力説の主張するところを斥け、「Aの構成員全員に総有的に帰属する不動産に対して強制執行をする場合において、当該不動産につきAのために第三者が登記名義人とされているときは、債権者は、強制執行の申立書にAを債務者とする執行文の付された債務名義の正本のほか、当該不動産がAの構成員全員の総有に属することを確認する旨の債権者とA及び登記名義人との間の確定判決その他これに準ずる文書を添付して、Aを債務者とする強制執行の申立てをすべきである」とした。これは、民事執行規則23条1号の「登記記録の表題部に債務者以外の者が所有者として記録されている場合」に準じた取扱いをすべきことを明らかにしたものである。

ウ ところで、本件事件に関連して、別に仮差押命令申立事件が係属していたが、最高裁は、「債権者は、仮差押命令の申立書に、目的不動産がAの構成員全員の総有に属する事実を証する書面を添付して、Aを債務者とする仮差押命令の申立てをすることができる」として、基本的には本件最判の判旨を踏襲しつつ、「上記書面は、強制執行の場合とは異なり、上記事実を証明するものであれば足り、必ずしも(本件最判が求めるような)確定判決等であることを要しない」とした(最決H23・2・9判時2107-112)。

エ 検討一本件最判に対する若干の疑問と私見

ア 本来、この問題の出発点は、A名義の登記も「A代表者B」という肩書付きのB名義の登記も認められないために、結局はB個人名義の登記をするほかなく、実質的にはAの資産であるにもかかわらず登記名義が異なるために当該不動産に対して強制執行をすることができないというジレンマを解決するための方策を模索するところにあった筈である。

ところが、本件最判の事案は、Aの代表者ではないばかりか、その構成員ですらないY社の所有名義である不動産に対する強制執行が問題になったものである。然るに、その点はいつの間にか等閑視され、Y名義の不動産に対する強制執行の方法が論じられ、かつ、それが簡単に肯定されるに至っている。ここに本件最判に対する最大の疑問がある。また、これと密接に関連する点であるが、本件最判が、純然たる第三者であるYに対しても、民事執行規則23条1号を準用することにより、「債務者の所有に属することを証する文書」を添付することで強制執行を可能としたことについても、そこに規定されているのは、あくまで「登記記録の表題部に債務者以外の者が所有者として記録されている場合」であるから、余りに規定の文言を逸脱するものではないかとの疑問もある。

イ 本件最判が、A名義の登記も「A代表者B」という肩書付きのB名義の登記も認められない事態に対処しなければならないとして、このような場合における強制執行の方法を提示しようとしたことはもとより正当である。

その場合に、上記有力説が提唱する承継執行文の付与という方策に対して、「民事執行法23条3項は特定物の引渡請求権等についての強制執行の場合を予定しているものである」とか、「同法27条2項に規定する執行文付与の手續及び執行文付与の訴えにおいて、強制執行の対象となる財産が債務名義上の債務者に帰属するか否かを審理することも予定されていない」などと指摘したことも十分根拠がある批判である。しかし、それはこのような事態に対する立法上の手当てがないことからくる「無理」であって、それ自体を批判してみても余り生産的なことではない。本件最判の提示する

方法にも条文の文言との明らかな乖離という弱点があることは、上記アで指摘したとおりである。

ウ そうすると、要は、いずれの方法が理論的により整合性があり、実務的にも無理のない方法であるかという次元の問題にすぎず、必ずしもどの方法でなければならないということでもないのではないだろうか。もっとも、いずれの方法でもよいとしたのでは、実務の混乱は避けられず、それが却って当事者の迅速・簡明な権利の実現を妨げることにもなりかねないから、この際は本件最判が示した方法に従うのが無難であろう（注8）。ただし、その場合においても、上記アで指摘した疑問は解消される必要がある。そうであれば、本件最判が提示する方法によるべき場合としては、実質的にはAの資産であるにもかかわらず、A名義の登記が認められないために、Aの代表者であるB名義の登記がなされている場合（Aの構成員全員の総意により代表者B以外の構成員C名義の登記がなされている場合を含む。後記5のイのウ参照）に限られるべきである。それ以外の場合、すなわち、Aの構成員でもない第三者については、「登記記録の表題部」に当該第三者が所有者として記録されている場合にのみ同様の方法によることができるとするにとどめるべきものとする。

これを民事執行規則23条によってみるに、登記がされていない不動産については「（当該不動産が）債務者の所有に属することを証する文書」その他の図面等（同条2号）が提出されなければならないが、登記されているものについては専ら登記事項証明書の提出によるのであり、ただ、登記記録の表題部に債務者以外の者が所有者として記録されている場合には「債務者の所有に属することを証する文書」の提出が義務付けられているのである（同条1号）。すなわち、当該不動産が債務者の所有に帰属するということの証明については、登記されている不動産については専ら登記事項証明書の記載によるが、所有権保存登記がなされておらず、しかも記録の表題部に債務者以外の者が所有者として記録されている場合には、当該不動産が債務者の所有に帰することを別途証明しなければならないとして、この点においては未登記不動産と同様の扱いがなされることとされているの

である。しかるに、本件最判の事例にあっては、当該不動産は登記されている不動産であり、しかも、Y社名義の所有権登記がなされている不動産についてAに対する債務名義をもって強制執行しようというのであるから、上記いずれの場合にも当たらないことは明白である。したがって、本件最判が提示するような方法が妥当する場合ではないものと言わなければならない。

エ もっとも、このような考え方に対しては、これでは、㊦登記名義人が代表者B以外の構成員Cである場合とそれ以外の第三者名義の登記がなされている場合との区別ができないとか、さらには、㊧A名義の登記ができないということに便乗して、構成員でもない第三者名義にしておくというような本件最判が直面した事例には何ら対処することができないことになり、執行妨害をみすみす許すことにもなりかねないなどの批判が予想される。

しかし、㊦については、登記名義人CがAの構成員であるか否かは比較的容易に把握することができるものと思われるし、C名義の登記がなされるに至った経緯やその間の事情についても同様である。

これに対し、㊧はより根本的な批判であるが、実はそのような執行妨害を意図した事態は、何もAの場合だけに懸念されることではなく一般的にあり得ることである。したがって、それにはそれに相応しい対応がなされるべきであって、Aの場合についてだけ特別な扱いが認められなければならないいわれはない。すなわち、このような場合には、一般には、Xは、債務者に代位して、当該不動産につき真正な登記名義の回復を原因とする登記名義人から債務者への所有権移転登記を経た上で、当該登記がなされた登記事項証明書を添付して債務者に対する強制執行として当該不動産を差し押さえるべき成行きになる筈である。これを本件最判の事例に当てはめると、Xとしては、Y社名義からAの代表者B個人名義への所有権移転登記を経ることが必要であり、その上で、当該登記がなされた登記事項証明書を添付するとともに、当該不動産がAの所有であることを証明する文書<sup>(注9)</sup>をも添付してAに対する強制執行を申し立てるべきであって、単に、

Y社及びAを相手方としてAの構成員全員の総有に属することの確認訴訟を提起し、その確定判決を提出すれば足りるというものではない。この点については、例えば法人格否認の法理の適用が肯定されるような事例であっても、甲社に対する債務名義に基づいて乙社に対する強制執行はできないとされていることが想起されるべきである。(注10)

オ 補足：最決H23・2・9について

上記ウのウで紹介した本最決の説示は、これが保全命令の申立てであるということからすれば当然の説示であるように思われる。(注11)

しかるに、原々決定（東京地裁H22・9・3決定）は、仮差押えの場合であっても本件最判と全く同様の方法によるべきであるとして、本件申立書に添付された書面（A及びYを被告とする当該不動産がAの構成員全員の総有に属することの確認を求めた訴訟の勝訴判決（ただし、確定前のもの）の判決書及び同訴訟において提出された主な書証）は、本件最判の求める「確定判決等」には当たらないとして本件仮差押えの申立てを却下し、原決定（東京高裁H22・11・5決定）も原々決定と同様の判断を示している。これは、民事保全規則20条1号イに民事執行規則23条1号と全く同じ規程が置かれていることに引きずられて、強制執行と仮差押えとの本質的な差異に思いを致さなかった結果であり、到底与することができない。

(注7) 最判H6・5・31民集48-4-1065は、代表者以外の構成員であっても、規約等に定められた手続により登記名義人になることができ、その者は同登記関係訴訟において当事者適格があるとされたから、代表者以外にもAの資産である不動産の登記名義人があり得ることになる。

(注8) 私自身は、有力説に魅かれる。ただし、民事執行法23条3項（115条1項4号）ではなく、同法23条1項2号（115条1項2号）を類推することはできないかと考えるものである。当該不動産との関係においてはあくまで登記名義人であるBを「本人」としなければならぬところ、Aが、Bのために、Bになり代わって当事者となったものと解することも許されて然るべきではないかと考えるからである。しかし、これについても、本件最判が有力説に加えたのと全く同じ批判を免れないことは同じである。

(注9) そのような証明文書としては当該登記手続請求訴訟の確定判決をもって足り、これとは別に本件最判が言うような総有権確認の確定判決まで必要ではないであろう。しかし、安全を期するという観点からすれば、当該登記手続請求訴訟に総有権確認訴訟を併合提起しておくことが賢明かもしれない。

(注10) 最判S44・2・27民集23-2-511、最判S53・9・14判時906-88参照。もっとも、

強制執行の対象財産が動産であれば、債権者が当該動産を債務者の所有であるとして強制執行（差押え）するということはその占有状態などによっては十分あり得ることである。その場合には、それが自己の所有物であると主張する者は第三者異議訴訟を提起して争うことになるが、そこでは、差押動産の所有権の帰属に関して、債権者が債務者と第三者との間に法人格否認の法理が適用されるべきことを主張することは許されるとするのが判例である（最判H17・7・15民集59-6-1742）。

(注11) なお、本最決は、「債務者の所有に属することを証する書面」ということに関して「上記事実を証明するものであれば足り」と説示して、これが「疎明」ではなく「証明」でなければならないことを当然の前提にしている。保全の目的不動産が債務者の所有に属することは、「被保全権利」や「保全の必要性」の疎明以前の前提問題であるということであろうが（東京高決H3・11・18判時1443-63参照）、果たしてそこまで断じてよいものか、いささか疑問が残る。因みに、本最決についての判例時報誌の解説では「証明の程度は、事案に応じ、事実上軽減するということも考えられよう。」と述べられている。

## 5 補論—任意的訴訟担当についての若干の検討

ア 本来の権利義務の帰属主体からの授權に基づく第三者の訴訟担当である。担当者が受けた判決の効力は被担当者（権利義務の帰属主体）に及ぶ（115条1項2号）。（注11）

### イ 判例の動向と検討

#### ア 最判S35・6・25民集14-8-1558

頼母子講自体に当事者能力が認められるとしても、頼母子講管理人に自己の名で原告となることが妨げられることにはならないとして、これを認めた。本件事案の場合、講の管理人Xが講金の取立て、支払い等について一切の権限を有し、Yとの間においても講の掛戻金返還債務についてXの名で準消費貸借契約を締結しているといった事情が認められるので、そのような事情が結論に影響した可能性があるかもしれない。

イ ①最判S37・7・13民集16-8-1516と②最大判S45・11・11民集24-12-1854

これらは、いずれも弁護士代理の原則（54条）や信託法10条違反が問題になるような事案ではない。そうであれば、既に上記アのS35年最判がある以上、それと同様に、各組合の代表者であるXの当事者適格を認めてもよかったのではないかと思われる。もっとも、選定当事者制度（30条）が

ある以上、それ以外に無原則に任意的訴訟担当を認めるべきではないとして、選定の事実が認められるかどうかという観点から検討する①のような立場もあり得るが、その場合においても、他の組合員らはあらかじめXを選定当事者とする意思を表明していたと認定し、それに沿った扱いをすることができたのではないだろうか。確かに、「選定当事者の選定については、それを書面で証明しなければならない」（民訴規則15条）とあるから、厳密にはこの要請を満たしていないといえるかもしれないが、そのような形式的な理由で訴えを不合法とすることが相当であろうか。仮にそのような要式性を充足することを重視するといえるのであれば、原審としては、その旨補正するようXに促すべきであり、上告審としても、いきなり破棄自判（訴え却下）するのではなく、破棄・差戻しをして補正する機会を与えるべきだったのではないだろうか。また、その上でどうせXの当事者適格を認めるのであれば、その点を指摘した上で、本件では当事者適格を認めるということもできたのではないかと思われる。

これに比して、上記②はさすが最高裁と思わせるに足る見識が示されている。もっとも、この場合にも、上記の私見のような処理をすることは可能だったのであり、そうすれば敢えて判例変更の必要もなかったものと思われる。しかし、最高裁としては、①をそのまま放置しておくべきではないと考えたのであろう。また、それ以上に、格別の弊害がない場合には任意的訴訟担当を許容してよいとの判断を示しておくべきだと考えたのかもしれない。

ウ 最判H6・5・31民集48-4-1065

権利能力なき社団である入会団体の規約により代表者以外の特定の構成員が構成員全員の総有に属する入会地の登記名義人となることとされた場合に、同人が自己の名で登記請求訴訟を進行することを認めた。（注12）

（注11） 法定訴訟担当である債権者代位訴訟の場合とは異なり、被担当者（同号の「他人」）に判決の効力が及ぶことに疑問の余地はない。

（注12） 本判例は、入会団体に総有権確認訴訟の原告適格を認め、かつ、その代表者に原告代表者として訴訟を進行することを認めたものとして知られている。

## 第2 送達の瑕疵について

### 1 送達 (概説)

ア 送達とは、特定の名宛人に対して訴訟上の書類の内容を知らせるための法定の方式に従った通知行為である。無方式の「通知」、不特定人に対する「公告」、書類の簡易な伝達方式として民訴規則上認められている「送付」と区別される。

イ 送達は、公示送達が原則として当事者の申立てによるものとされているほかは(110条)、職権とする(98条1項)。

送達事務は原則として裁判所書記官が取り扱うものとされる(98条2項)。送達実施機関は執行官及び郵便の業務に従事する者であるが(99条)、裁判所書記官は裁判所に出頭した送達を受けるべき者(当事者等)に自ら送達をすることができる(100条)。

### ウ 送達場所

ア 第1次的には、送達を受けるべき者の住所、居所、営業所、事務所であり(103条1項)、第2次的に就業場所である(同条2項)。

イ 当事者等は送達を受けるべき場所を裁判所に届け出なければならず(104条1項)、この届出があったときは、同所に送達することになる(同条2項)。

### エ 送達の方法

#### ア 交付送達等(101条~106条)

i 原則：送達すべき書類の謄本又は副本を、送達を受けるべき者に交付してする(101条)。訴訟無能力者に対する送達はその法定代理人にし<sup>(注1)</sup>、刑事施設の被収容者に対する送達は刑事施設の長にする(102条1項・3項)。

この場合の送達場所は上記ウのとおりである。

#### ii 出会送達・補充送達・差置送達

出会送達：送達実施機関が送達を受けるべき者に会ったときは、その出会った場所で送達をすることができる(105条)。

補充送達：就業場所以外の送達すべき場所において送達を受けるべき者

に出合わないときは、使用人等又は同居者で書類の受領について相当のわきまのある者に書類を交付することができ、また、就業場所で送達を受けるべき者に出合わない場合において、同所にいる者で書類の受領について相当のわきまのある者が書類の交付を拒まないときは、その者に書類を交付することができる（106条1項・2項）。

差置送達：送達を受けるべき者又は補充送達（就業場所での送達の場合を除く。）における書類の交付を受けるべき者が正当な理由なく受け取りを拒んだときは、送達をすべき場所に書類を差し置くことができる（同条3項）。

イ 書留郵便等に付する送達（107条）

i 補充送達及び差置送達もすることができない場合には、㊦送達を受けるべき者の住所等（103条1項）、㊧届出のあった送達場所（104条2項）、㊨送達場所の届出がない者に対する送達については前に送達をした場所等（同条3項）にあてて、書類を書留郵便等に付して送達することができる（107条1項）。

上記㊧及び㊨の場合には、その後の送達もその場所にあてて書留郵便等に付して送達することができる（同条2項）。

ii この送達は、その発送の時に送達があったものとみなされる（107条3項）。

ウ 公示送達（110条~112条）

i 以上の方法による送達が不可能な場合に最後の手段として認められる送達方法である。送達すべき書類を裁判所書記官において保管しており、いつでも送達を受けるべき者に交付する旨を裁判所の掲示場に掲示することによりなされる（111条）。

公示送達は、原則として当事者の申立てによりなされる。申立人は、送達を受けるべき者の住所等及び就業場所を知ることができないことなど、公示送達をするための要件を証明しなければならない（110条1項）。

ii 公示送達は、掲示の日から2週間を経過したときに送達の効力を生ずる。ただし、2回目以降の公示送達は掲示の日の翌日に効力を生ずる（112条）。

(注1) 会社その他の法人及び29条の法人でない社団等については、その代表者等に対して送達される(37条、102条1項)が、「本人の営業所又は事務所においてもすることができる」(103条1項ただし書き)。したがって、実際には、例えば会社の場合ならば、会社に宛ててその本店所在地に送達されるのが通例であり、それが効を奏しないような場合などに代表者に宛てて同人の住所地に送達されることになる。なお、その場合には、訴状に記載されている代表者が真実の代表者であることを書面で証明しなければならないものとされている(民訴規則15条)から、会社の場合であれば商業登記簿が提出されることになるが、同登記簿上の記載が真実に反する場合には真の代表者ではない者に送達されるという事態が起こり得る。この場合に、訴訟上の代表権の有無の判断に際して表見法理の適用があるかどうかが問題になるが、最判S45・12・15民集24-13-2072など、判例は一貫して消極である。したがって、送達の効力は否定されることになる。

## 2 送達の効力が問題となる場合

ア 期日の呼出しについて、公示送達による呼出しの場合を除いて、当事者(被告)が口頭弁論期日に出頭しないときは相手方(原告)の主張した事実を争うことを明らかにしないものとして自白したものとみなされる(159条3項・1項)。これは、公示送達以外は、いずれの送達方法の場合にも送達書類が送達を受けるべき者により受領されることが予定されていることを意味する。

イ しかしながら、実際には、送達書類が送達を受けるべき者の手に渡らない場合のあることは容易に想像される。補充送達について送達書類を受領した者が送達を受けるべき者に交付しなかった場合(故意に交付しなかった場合と交付することを失念していた場合が考えられる。)、付郵便送達によって送達したが、送達書類が留置期間経過で戻ってきた場合などである。

これらの場合のうち、特に送達の効力が問題となるのは、補充送達について送達書類を受領した者が送達を受けるべき者に故意に交付しなかった場合、付郵便送達や公示送達の要件がないのに、これがあるものとしてそれらの送達がなされた場合である。以下、順次検討する。

### ア 補充送達の場合

この種の事例としては、①夫が妻に対する離婚訴訟を提起したが、訴

状・期日の呼出状、判決の送達をすべて夫の使用人に受領させ、妻に渡さなかったという事例（大判T13・3・7民集3-98）、②義父Pが同居の娘婿Kの印章を冒用してKを自己の債務の保証人に仕立て上げた場合において、債権者HのKに対する訴状等をPが受け取ってKに渡さなかったという事例（最決H19・3・20民集61-2-586<前掲判例百選40事件>）などがある。

①は原告自身により被告に対する送達が妨げられた場合、②は主債務者である同居の義父PによりKに対する送達が妨げられた場合であるが、いずれも補充送達の枠組みを悪用することによって、送達を受けるべき被告に送達書類が渡されなかったというものである。

このうち、①について送達の効力を否定すべきことはおそらく異論を見ないであろうが、②の場合は、原告である債権者Hには何ら落度もないのであるから、送達の効力の有無については慎重にHとKの利益衡量等がなされる必要があるだろう。因みに、②の最判は、補充送達の効力自体は認めている。（注2）

#### イ 付郵便送達の場合

この事例としては最判H10・9・10判時1661-81<前掲判例百選39事件>がある。

旧法時代のものであるが、事案は、前訴において、信販会社Y<sub>1</sub>が、Xに対し、Xの妻AがX名義のクレジットカードを利用したことによる立替金の請求訴訟を札幌簡裁に提起したが、Xの住所にあてた訴状等の送達ができなかったため、裁判所書記官はXの就業場所等に関する照会書をY<sub>1</sub>に送付した。Y<sub>1</sub>の担当者としてはXの就業場所を知っていたが（ただし、当時、Xは東京方面に長期出張していたところ、その出張先自体は知らなかった。）、特に調査をすることもないまま、就業先は不明であるとした上で「Xは出張で4月20日に帰ってきます。家族は訴状記載の住所にいる。」旨を付記して回答したため、訴状等がXの住所宛に付郵便送達された。これはX不在のため配達できず、裁判所に還付されたが、裁判所はかまわず審理し、Y<sub>1</sub>勝訴の判決が言い渡された。同判決正本はXの住所にあてて送達され、Aがこれを受領したもののXに渡さないまま同判決は確定した。

その後、Xは、Y<sub>1</sub>に対し任意に28万円を支払ったが、Y<sub>1</sub>及びY<sub>2</sub>（国）に対し損害賠償請求訴訟を提起したというものである。

1審はXの請求を全部棄却、2審はY<sub>2</sub>に対する請求についてはXの控訴を棄却したが、Y<sub>1</sub>に対する請求についてはXの控訴を一部容れて、28万円の限度で請求を認容した。X及びY<sub>1</sub>の上告を受けた上告審判決が本件判決である。送達の効力について検討されているのはY<sub>2</sub>に対する請求の関係であるから、この点についての判旨を見ると、「受送達者の就業場所の認定に必要な資料の収集については、担当裁判所書記官の裁量に委ねられている」「その認定資料の収集につき裁量権の範囲を逸脱し、あるいはこれに基づく判断が合理性を欠くなどの事情がない限り、付郵便送達は適法である」とした上で、本件の場合にはそのような事情はないから適法であるとの結論を導いている。

しかしながら、Y<sub>1</sub>の回答書に「Xは出張で4月20日に帰ってきます。」などと記載されていることからすれば、Y<sub>1</sub>はXの就業場所を把握しているのではないかと考えるのが当然であろう。また、「家族は訴状記載の住所にいる。」というのであれば、何故補充送達ができないのかとの疑問を持って然るべきである<sup>(注3)</sup>。そうだとすれば、そのような合理的な判断や疑問を一切捨象して、「その認定資料の収集につき裁量権の範囲を逸脱し、あるいはこれに基づく判断が合理性を欠くなどの事情がない」として、Xの住所にあててなされた付郵便送達が適法であるなどと結論するのは強弁に過ぎるものと言わなければならない。まして、それが配達できずに裁判所に還付されたというのであるから、Xが訴状等を受領していないことは明らかである。そうであれば、送達の効力についてより慎重な判断が求められるものと言うべく、送達の効力はその発送の時に既に発生しているというような処理は、107条3項を余りに形式的に適用しているとの批判を免れないであろう。<sup>(注4)</sup>

ウ なお、書留郵便に付した書類が留置期間経過により裁判所に還付された場合については、この送達方法が認められる趣旨に照らして、また、107条3項が「その発送の時に、送達があったものとみなす」と規定し

ているところからして、この場合にも送達の効力が生ずることについては異論を見ないようである。

しかし、送達に付した書類が還付されたということは、それを被送達者が受け取っていないこと、したがって、その内容を現実に了知していないことを意味するから、それにもかかわらず一律に送達の効力を認めるのは疑問である。書留郵便に付する場合には併せて普通郵便でもその旨を通知することになっているようであるが、これによっても上記疑問が解消されることはない。

確かに、㉗被送達者ないしその家族等が、裁判所からの訴訟関係書類が書留郵便に付され、それが郵便局に留め置かれているという事実を認識したにもかかわらず、それを敢えて受領しないという場合もあるに違いないが、他方で、㉘被送達者が上記のような認識すら持たないでいる場合もある可能性を否定できない。そうである以上、一律に発送の時に送達の効力が生じたものとするのは行き過ぎではないだろうか。107条3項についても、付郵便送達の場合には送達の効力発生時期を明確にする手立てがないために、それを便宜「発送の時」としたものであって、それはあくまで送達の効力が認められる場合におけるその効力発生時を明らかにしたにとどまるものと解すべきではないかと考える。

もっとも、このような見解に対しては、それでは送達書類を受け取ろうとしない被送達者（上記㉗）をいたずらに保護するものであり、ひいては被送達者側のそのような不誠実な態度を助長することにもなりかねないといった批判が予想される。そして、この点に関しては、遺留分減殺の意思表示が記載された内容証明郵便が留置期間の経過により差出人に還付された場合においても意思表示の到達が認められた最判H10・6・11民集52-4-1034の存在を考慮しないわけにはいかない。これは「意思表示の到達」

（民法97条）の問題であって、訴状の送達の問題とは自ずから異なるけれども、訴状の中で意思表示がなされる場合もあることに思いを致せば、可及的に同じ取扱いなし解釈がなされることが望ましいことは言うまでもないからである。ところで、この事例においては、「受取人が、不在配達

通知書の記載その他の事情から、その内容が遺留分減殺の意思表示又は少なくともこれを含む遺産分割協議の申入れであることを十分に推知することができ、また、受取人に受領の意思があれば、郵便物の受け取り方法を指定することによって、さしたる努力、困難を伴うことなく右内容証明郵便を受領することができた」という事情が認められるのであり、このような事情の下においては、「右遺留分減殺の意思表示は、社会通念上、受取人の了知可能な状態に置かれ、遅くとも留置期間が満了した時点で受取人に到達したものと認められる」としたものであって、意思表示が記載された郵便が差出人に還付された場合において当該意思表示の到達があったとされるについては、個別具体的な事情が検討された上で慎重に判断されていることが見て取れるのである。

そうであれば、訴状の送達についても、送達書類が還付された場合には、その間の事情を慎重に吟味した上で送達の可否を決すべきである。特に、訴訟係属の有無に関わる重要な事実についての判断であってみれば、訴訟係属ありとされたものが、後に覆されるというようなことがあってはならない。したがって、送達があったと判断されるような事情が明らかに認められるというような例外的な場合を除いて、一般論としては再度付郵便送達を試みるか、或いは執行官送達など他の送達方法を検討するべきであろう。特に、Y<sub>1</sub>の回答書に「(X)の家族は訴状記載の住所にいる。」と記載されている本件の場合には、再度、通常の送達を試みるなどの余地は十分にあったと思われる。

#### エ 公示送達の場合

これについても、原告が、被告の住所等や就業場所が不明であると偽って、訴状等が公示送達の方法により送達されたために、被告がそれを了知する機会がないまま原告勝訴の判決が言い渡され、それが確定したというような場合にその送達の効力が問題となる。送達は無効であり、したがって判決も無効と解すべきである。(注5)

(注2) そのほかにも、大阪高判H4・2・27判タ793-268が参考になる。これは、夫の無権代理人として保証契約、譲渡担保設定契約、売買契約等を締結した妻が、夫への訴

状副本等を受領しながら、そのことを夫に対して秘匿していたため、夫はいわゆる欠席判決を受けたという事案である。

(注3) 家族(A及び子)がXの住所に現に居住していても、Aも働いているため帰宅は夜になる上、子は未だ幼いということであれば、補充送達もできないということは十分考えられる。

なお、本事例では、「判決正本はXの住所にあてて送達され、Aがこれを受領した」とされているところ、これは、「判決正本もXの住所にあてて付郵便送達に付され、Aが受領した」ということなのか、それとも「判決正本についてはあらかじめ通常の送達がなされ、Aが受領した(補充送達)」ののだろうか。一般には、一旦付郵便送達がなされればその後の送達もこれによることが多いのではないかと推測されるが(107条2項参照)、本件はXの住所地に宛てて付郵便送達がなされた場合(107条1項1号)であるから、同条2項の適用対象外である。したがって、判決正本の送達については通常の送達によったものと思われる。

(注4) ただ、本件の担当書記官とすれば、「Xの住所に家族(Aら)がいる」ということからして、付郵便送達を実施したならば、Aにより送達書類が受領され、ひいてはそれがXに交付されるであろうことを見込んでいたということなのかもしれない。「就業場所を特定させた上で、同所への送達を試みたとしても、X自身は長期出張中で就業場所には不在であるというのであるから、結局は補充送達にならざるを得ないところ、相当のわきまえのある者が受領してくれるという保証はない。そうであれば、付郵便送達を実施した方が余程手っ取り早く、また、Xに訴状等が交付される確実性も高い」と考えた可能性もあり、そうだとすれば、それを一概に誤った判断であるとは決めつけられないようにも思われる。ただ、それにしても、そこには付郵便送達に対する安易な態度が窺えることは否定できない。この点について、裁判所職員総合研修所監修『民事訴訟関係書類の送達実務の研究(新訂)』(H18年8月発行) p156以下では、付郵便送達について慎重な取扱いをすべき旨が説かれていて、共感を覚える。これによれば、本件事例のような取扱いはおそらく肯定されることはないものと思われる。

(注5) 最判S57・5・27判時1052-66は、①3号の文言からするとこれを再審事由として認めるのは無理がある、②上訴の追完ができる以上、無理な解釈をしてまで再審の訴えを認める必要はないとした原決定を是認できるとしたものである。なお、最判S42・2・24民集21-1-209は、類似の事例において上訴の追完を認めている。

### 3 救済方法

#### ア 上訴の追完(97条)

上記2のイのアの②事件(最判H19・3・20)において、Kが、被告とされていた訴訟の1審判決に控訴することなくそれが確定したのは、Kに対する訴状等や1審判決がKに交付されることがなかったために、訴訟の係属自体を知らなかったからにほかならない。すなわち、Kは同居する義

父Pにより当該訴訟に参与する機会を奪われていたものであって、Kが控訴期間を遵守することができなかったことに何ら責められるべき点はない。そうであれば、その後、Kが上記事実を知ってから1週間以内に控訴の追完が許されてよいものと思われる。上記（注5）で紹介した最判S42・2・24は公示送達の要件を具備しないのに公示送達がなされた場合についてこれを認めている。

では、上記2のイのイの事件（最判H10・9・10）におけるXの場合はどうであろうか。同事件のXにおいても訴状等や1審判決を受領していないことは上記アの②事件におけるKと同様である。そして、1審判決を受領したのは妻Aであるところ、X名義のクレジットカードを使用したのはAであり、それはおそらくXに無断で使用したものと思われる。そうであれば、この場合のAとXの関係は無権代理人と本人の関係であり、上記アの②事件におけるP（無権代理人）とK（本人）の關係に類する「利害の対立」があるものと見ることができるとする。そして、1審判決を受領したのはいずれの場合も無権代理人であるA又はPであるところ、AがXに判決を交付しなかったのは、クレジットカードの無断使用の事実をXに知られなくなかったからに違いない。そうすると、この点においてもPがKに判決を交付しなかったのと事情は共通する。このように見てくるならば、両者を同列に論ずるということにも一理ないわけではないが、妻による夫名義のクレジットカードの無断使用と自己の債務の保証人に勝手に娘婿を仕立てるということは、法律的には同じく無権代理行為と評価されるとはいえ、やはり本質的に異なるものがあるように思われる。金額の多寡や使用目的にもよるとはいえ、前者については日常家事債務の範囲内にあるものとしてXも連帯責任を免れない（民法761条）とされることが考えられるのに対し、後者の場合に表見代理が成立し、Kが保証債務を負うというのはかなり例外的な場合であるものと思われるからである。

そうであれば、1審判決をAが受領したのは補充送達として完全に有効であって、これをAがXに交付しなかったとしても、それはAとXの内部における事情にすぎず、そのことをY<sub>1</sub>に対して不利に及ぼすことはできな

いと解すべきであろう。したがって、両事件を同列に論ずることは相当でないものとする。(注6)

#### イ 再審

ア 338条1項3号の再審事由を主張して再審請求をすることも考えられる。有効な確定判決が存在するという外観が備わっていることを重視するならば、上訴の追完よりも再審による方が相当ではないと思われる。また、上訴の追完が可能なのは、それを知ったときから1週間以内という極めて短期間であるのに対し、再審の場合はそのような制限に服さないこととされている(342条3項)から、この点でも再審の方が有利であると言えよう。もっとも、これについては、山本弘教授によれば、「そこまで法的安定の要請を犠牲にすることについては批判的な見解が多い」(青山善充先生古希祝賀論文集p525)とのことである。

#### イ 再審の補充性

しかし、再審事由にあたる事実があるとしても、これを判決確定前に上訴によって主張したが棄却された場合、これを知りながら上訴によって主張しなかった場合は、再審事由として主張することは許されない(338条1項柱書の但し書き)。もっとも、判例による「再審の補充性」の緩和ということが指摘されており(高橋『重点講義・民事訴訟法(下)第2版』(以下「高橋・重点講義(下)」と略記する。)p758以下参照)、ここでは①最判H4・9・10民集46-6-553及び②前掲最決H19・3・20を挙げて説明されている。(注7)

#### ウ 検討—若干の疑問と考察

i そもそも、補充送達においては、それが有効でありさえすれば、訴訟関係書類が実際に受送達者に交付されたかどうかは度外視されていたのである。すなわち、補充送達を受けた者と受送達者との間に認められる密接な人間関係からすれば、補充送達を受けた者は送達書類を受送達者に交付するものと期待してよいし、仮に実際には受送達者に交付されていないとしても、それは補充送達を受けた者と受送達者との間の内部関係の問題にすぎず、そのような事情を訴訟の相手方との間において持ち

出すべきではない（相手方との関係においては、訴訟関係書類の送達を受けていないとの主張をすることを許さない）とするものである。

ii ところで、上記最判①は判決の送達につき、最決②は訴状等の送達及び判決の送達につき、補充送達を受けた者と受送達者との間に「事実上の利害関係の対立」があるとしても、補充送達としては有効であるとしているのであるから、上記の例外を認めたものではない。しかし、他方で、338条1項3号の再審事由との関係においては、実際には受送達者に渡されていないということを重視して再審請求を肯定したものであるから、それが補充送達の効力についての判断と整合性を保ち得るのかという疑問は残る。

iii また、事実認定の次元の問題としても、困難が付きまとうことにならざるを得ない。補充送達を受けた者と受送達者との間に通常の「同居者」という人間関係がある場合には、送達書類が受送達者に交付されるであろうと考えてよいが、反対に、両者の間に「利害関係の対立」が認められれば受送達者に渡されていないものと見てよいということになるのであろうか。一応そのような経験則がはたらくことは肯定するとしても、果たしてそれでよいのかと言えば疑問なしとしない。補充送達を受けた者をひたすら悪者にして、或いは、彼が進んで悪者になって、受送達者に渡されていないという主張・立証がなされることは十分に考えられ、その場合にはそれに対する相手方の反証は著しく困難になるからである。

iv ひるがえって、そもそも、この場合の「利害関係の対立」なるものをどのように理解するかという問題もある。

上記最決②が補充送達を受領者Pと受送達者Kとの間に「事実上の利害関係の対立があるにすぎない」と言ったのは、専ら補充送達の有効性を認めるに当たっての文脈における表現であって、338条1項3号の再審事由との関係における事実認定についてもそれで足りるとしているかの如くに解するのは疑問である。そして、再審事由との関係ではそのほかに具体的にどのようなことが想定されているのかは何ら明らかにされていないのではないだろうか。

さらには、本件の場合に「事実上の利害関係の対立があるにすぎない」と見ることは正しいだろうか。PがKの無権代理人であるのなら、民法117条の無権代理人としての責任追及を免れないし（ただし、Pは主債務者でもあるのだから、それ以上に無権代理人としての責任と言っても現実的な意義は乏しい。）、仮に、表見代理や追認等により債権者HとKとの間の連帯保証契約が有効に成立しているとするなら、PとKとの間には求償関係があることになる。このように、いずれにしてもPとKの間には法律上の利害関係があると言うべきであり、その利害関係の対立は単なる事実上の対立にとどまらない。

v このように見てくると、補充送達の有効性の判断の場面とは違って変わって、Kが訴状等を受領していないという事実こそが重視されていることは否定できないように思われる。ただ、そう言い切ってしまうと、余りにも338条1項3号の適用場面が拡がりすぎるために、「利害関係の対立」という事情の存在による限定をしようとしたのではないだろうか。或いは、そのような事情の存在をもって、Kが訴状等を受領していないという事実認定をする上での重要な経験則としたということであろうか。

後者の考え方によれば、専ら事実認定の問題にとどまることになるが、前者（限定説）によれば、Pが故意にKに交付しなかったという場合だけではなく、PがKに渡さなければならぬと思っていたのであるが、つい失念してしまっただけで渡さずじまいになったという場合においても、Pの主観がどうであったかに関わりなく、P・K間の利害の対立と現にKに訴状等が交付されていないという客観的な事実の存在こそが重要であることになろう。また、Pの無権代理行為について表見代理が認められるためにH・K間の連帯保証契約が有効とされる場合はどうか。問題の本質はKに対する手続保障がなされたかどうかであるから、表見代理の成否などによって結論が左右されるべきではないであろう。

(注6) もっとも、それに先立つ訴状等の送達について付郵便送達をしたことをどう処理するかという問題は残る。私は、上記のとおり、このような付郵便送達には瑕疵があるものと解するが、Aが適法に1審判決を受領していることにより、訴状等の送達の瑕疵は治癒されたものと扱うことができるのではないかと考える。ただ、後記最判

H4・9・10民集46-6-553との整合性を重視するならば、Xの再審請求を肯定する余地もあろう。

(注7) ①は、訴状等が7歳9か月の幼児に、判決が再審原告(原訴訟の被告)の妻に補充送達されたが、妻が再審原告に無断でした信販取引にかかる事件であったため、判決を再審原告に渡さなかったという事案である。最高裁は、訴状等の送達を無効とした上で、「補充性」は再審原告が真に判決送達を知って上訴の機会があった場合に限定されるとした(従来は、妻に対して補充送達が有効になされれば、再審原告について上訴の機会があったとされていた。)。幼児に対する補充送達の無効+上訴の機会についての「補充性」の緩和により、再審原告の救済を肯定したものである。他方、②は、補充送達を受けた者と受送達者との間に事実上の利害関係の対立があるにすぎない場合には送達は有効であると認めた上で、両者の間にそのような対立があるため受送達者に訴訟関係書類が速やかに交付されることが期待できない場合において、実際にも交付されなかったときは338条1項3号の再審事由があると解すべきであるとした。単なる「補充性」の緩和にとどまらず、再審による救済の途が拡大されつつあると見られる。

### 第3 移送について

#### 1 簡裁から地裁への移送

ア 簡裁は、地裁と同じく民事事件の第1審の裁判所であるが、簡裁の事物管轄は140万円以下とされているから(裁判所法33条1項1号)、比較的軽微な事件を取り扱うことが予定されているものといえる。また、地裁では「弁護士でなければ訴訟代理人となることができない」(54条1項本文)として「弁護士代理の原則」が採用されているのに対し、簡裁では弁護士ではなくても裁判所の許可を得れば訴訟代理人になることができるし(同項ただし書き)、さらに、今般の司法制度改革の一環として、法務大臣により認定された司法書士(認定司法書士)は簡裁民事事件の訴訟代理人になることができるとされた(司法書士法3条2項・6項)。したがって、簡裁では「弁護士代理の原則」が妥当しないのである。加えて、簡裁では、訴訟手続についても、口頭による訴えの提起が可能であり、当事者双方が任意に出頭して弁論をすることができ、弁論の準備も準備書面によることを要せず、続行期日にも準備書面の陳述擬制が認められるなど、地裁のそれに比べると極めて柔軟かつ簡便な手続が用意されている。これらは、単に当事者にとって利用しやすい手続であるということにとどまらず、当事者本人が自ら訴訟を進行することに備えたものということ

ができるのではないかとと思われる。さらに、簡裁では、判決書の記載事項（253条）のうち事実及び理由につき簡略化が認められている。裁判官の判決書作成の負担を軽減することにより、迅速な判決を実現しようということであろう（280条）。これらは、簡易迅速な紛争解決という簡裁の最大の眼目（270条）が審理と判決の在り方に反映されたものということができる。

（注1）

このような簡裁における審理と判決の特色を極限まで推し進めたのが少額訴訟の手続（368条~381条）である。そこでは、訴額が60万円以下の事件について、当事者がこの手続によることを選択した場合には、原則として1期日審理・即日判決がなされることとされるが（370条1項、374条1項。なお、この場合には判決の言渡しは判決書の原本によらないことができる（同条2項）。）、その代わりに、当事者は、その期日前又はその期日においてすべての攻撃防御方法を提出しなければならないし（同条2項）、証拠調べも即時に取り調べることができる証拠に限られることになる（371条）。また、少額訴訟判決に対しては異議の申立てをすることができ、その場合には通常の手続による審理及び裁判がなされるが、この異議後の判決（民訴規則231条によれば、「少額異議判決」と表示される。）に対しても控訴することはできない（378条~380条）。このように、少額訴訟では控訴することができないが、その点は別にして、少額訴訟における「1期日審理・即日判決」は簡裁民事事件（通常訴訟）においても追求されるべき訴訟運営のモデルとみなされているのではないかと推測しても、あながち見当外れでもないように思われる。（注2）

イ そうであれば、簡裁と地裁のいずれを1審とするかについては、上記のような簡裁の審理と判決についての特色を踏まえて吟味すべきは当然である。そして、①裁量移送（18条）、②不動産訴訟について、被告の申立てがある場合の必要的移送（19条2項）、③被告が地裁の管轄に属する請求について反訴を提起した場合において、相手方（原告）の申立てがある場合の必要的移送（274条）といった簡裁から地裁への移送については、いずれも上記のような簡裁の特色を踏まえて理解する必要がある。すなわ

ち、いずれの場合も簡裁に管轄はある（②の場合は、地裁にも管轄がある。裁判所法24条1号）が、①及び②は当該事件の性質上、③の場合には地裁の管轄に属する請求を内容とする反訴が提起されたという事情の変化により、それぞれ地裁での審理が相当であるとされるのである（注3）。

（注1）本文中で指摘した1審としての地裁と簡裁及び少額訴訟の訴訟手続等を一覧形式にして対比してみると、下記表のとおりである。なお、起訴前和解の制度（275条）や司法委員の関与（279条）なども簡裁の特色であるが、ここでは触れない。

	地 裁	簡 裁	少額訴訟
事物管轄	訴額140万円超（裁判所法24条1号）	訴額140万円以下（裁判所法33条1項1号）	60万円以下の金銭支払請求（368条1項）
訴えの提起	133条2項の要件を記載した訴状を裁判所に提出する（同条1項）	口頭での提起もでき（271条）、紛争の要点を明らかにすればよい（272条）	少額訴訟による審理・裁判を求める旨を提訴時に申述する（368条2項）
訴状審査等	137条・138条		
期日指定等	裁判長が指定する（139条）	任意に出頭し弁論をすることもできる（273条）	
弁論の準備	書面による（161条1項）	書面は不必要（276条1項）	
陳述擬制	第1回期日のみ（158条）	続行期日にも可（277条）	
反訴の提起	146条の要件を充足すれば可	左に同じ	不可（369条）
証拠調べの制限等	不必要な当事者申出の証拠は取調べ不要（181条） 当事者本人は職権で尋問可（207条1項）	左に同じ	即時取調べ可能な証拠に限られる（371条）←1期日審理の原則（370条）
証人尋問等の順序	原則は証人→本人の順序だが、当事者の意見を聴いて、先に本人を尋問することも可（207条2項）	左に同じ	裁判官が相当と認める順序でする（372条2項）
証人尋問の方法	宣誓義務（201条、例外あり）口頭での尋問が原則だが（203条）、裁判所が相当と認め、かつ、当事者に異議がないときは、尋問に代わる書面の提出（書面尋問）も可（205条、規則124条）	左に同じ 裁判所が相当と認めるときは、書面尋問も可（278条）	証人に宣誓させないで尋問することができる（372条1項） 相当と認めるときは、電話方式による証人尋問もできる（同条3項）
判決書の記載事項	主文・事実及び理由・口頭弁論終結日・当事者等・裁判所（253条）	事実及び理由につき簡略化することができる（280条）	支払猶予や分割払等の定めもできる（375条）

（注2）私は、40年近くもの長い間裁判官として過ごしたが、ついに簡裁民事事件を担当しないままであった。もとより少額訴訟に触れる機会は全くなかった。そのため、簡裁の民事裁判実務の実状は必ずしも詳らかにしない。ただ、控訴審・上告審として記録を通じて垣間見た限りでは、判決の簡略化はかなり実践されているように見受けられるものの、簡裁の審理手続が地裁のそれと著しく異なっているという印象は受けなかった。また、本人訴訟にしても、地裁や高裁でもそれにお目にかかることも少なくないこともあって、この点について特に印象付けられたということもなかった。そうすると、実際には、本文に記載したような簡裁の審理の特色がそれほど際立ってい

## 民事裁判におけるいくつかの論点について

るということでもないのかもしれない。もっとも、控訴される事件、まして上告される事件は、それに相応しい紛争性の高い事件ということになるであろうから、いきおい弁護士に委任することになり、そのため地裁と変わらない手続で審理が進められることになりがちであるということは言えるであろう。

(注3) 訴え提起時の訴額は140万円以下であったが、その後、訴えの変更により訴額の合計額が140万円を超えることとなった場合は、相手方(被告)からの申立てをまつまでもなく、地裁に移送すべきである。そうでなければ、本来なら地裁の管轄に属すべき訴訟物についても、一部請求とすることなどにより訴額を140万円以下にして一旦簡裁に訴えを提起し、しかる後に訴えを全部にまで拡張(変更)すれば、原告の一存で簡裁の管轄を可能にすることになってしまうからである。

### 2 管轄違いの場合の移送と地裁による自庁処理

ア 裁判所は、訴訟の全部又は一部がその管轄に属しないと認めるときは、これを管轄のある裁判所に移送する(16条1項)。しかし、地裁は、訴訟がその管轄区域内の簡裁の管轄に属する場合においても、相当と認めるときは、移送をしないで、自ら審理及び裁判をすることができる(同条2項)。これが「地裁による自庁処理」である。

イ この関係で注目されるのは、最決H20・7・18民集62-7-2013、判時2021-41<前掲判例百選3事件>である。

#### ア 事案の概要等

Xが貸金業者Yに対する不当利得(過払金)返還訴訟をA地裁に提起したところ、YがA地裁管内のB簡裁を専属的管轄とする合意があると主張して、B簡裁への移送を申し立てた(注4)のに対し、A地裁は自庁処理相当として同申立てを却下した。

これに対し、Yが即時抗告をしたところ、高裁(抗告審)は「(自庁処理が認められるのは、上記合意に基づく専属的管轄裁判所への)移送を認めることにより訴訟の著しい遅滞を招いたり、当事者の衡平を害することになると認めるべき事情がある場合に限られる」とした上で、本件の場合にはそのような事情は認められないとして、本件訴訟をB簡裁に移送する旨の決定をした。

この原決定に対しXから許可抗告の申立てがなされ、抗告許可がなされたのを受けて、最高裁は、原決定を破棄し、原々決定に対する抗告を棄却

した。

イ 本件最決の決定要旨等

i 本件最決も本件の場合の専属管轄の合意の効力を認めた。従来、一部で有力に主張されていた「付加的管轄の合意」にとどまるとする説や、合意の効力自体を否定すべきであるとする考え方を採らなかったわけである。加えて、おそらく合意時には想定されていなかったと思われる消費者側から貸金業者に対する過払金返還請求訴訟についてもこの合意が適用されることを認めたことが注目される。(注5)

ii その上で、本件最決は、㊦簡裁が少額軽微な事件について簡易な手続により迅速に紛争を解決することを特色とする裁判所であり、簡裁判事の任命資格も判事・判事補のそれよりも緩やかであることなどを指摘した上で、地裁の自庁処理は、そのような簡裁においてではなく、地裁において審理及び裁判を受けるという当事者の利益を尊重する趣旨に基づくものであるから、自庁処理の相当性の判断は地裁の合理的な裁量に委ねられているものと解されること、㊧そうすると、地裁の管轄区域内の簡裁の管轄に属する訴訟が地裁に提起され、被告から同簡裁への移送が申し立てられた場合においても、当該訴訟を簡裁に移送すべきかどうかは、訴訟の著しい遅滞を避けるためや、当事者間の衡平を図るという17条の観点からのみではなく、16条2項の規程の趣旨に鑑み、広く当該事件の事案の内容に照らして地裁における審理及び裁判が相当であるかどうかという観点から判断されるべきものであり、移送申立てを却下する旨の判断は、自庁処理をする旨の判断と同じく、地裁の合理的な裁量に委ねられており、裁量の逸脱、濫用と認められる特段の事情がある場合のほかは違法ということとはできないこと、㊨このことは、簡裁の管轄が専属的管轄の合意によって生じた場合(16条2項ただし書きの「かっこ書き」)にも異なることはないとした。

なお、本件最決後に出された最決H20・12・16判時2044-37もこれと同旨である。

ウ 検討

i 以上のとおり、本件最決は相当詳細な説示をしている。しかしながら、本件のように、B簡裁を専属的管轄裁判所とする合意があるにもかかわらず、A地裁に訴訟が提起され、被告から同合意の存在を理由にB簡裁への移送の申立てがなされた場合においては、同申立てを却下することは自庁処理を相当とするとの判断の裏返しにすぎない。そうであれば、自庁処理を相当とする旨の決定に対しては不服申立てができないが、移送申立てを却下する決定に対しては即時抗告ができるという相違があることを考慮に入れたとしても、上記㉗と㉘を取って分けて論ずる必要があるとは思えない。また、そもそも本件は㉗の事例なのであるから、それを前提として㉘の説示をすれば足り、わざわざ㉗のような一般論を示す必要があったのかということも疑問なしとしない。しかし、本件最決の調査官解説では、「地裁こそが原則的な1審裁判所である」という考えが本件最決の根底にあるということが強調されているところ、これによれば、上記㉗はまさにそのような考え方を明らかにしたものということになる。

ii それはともかく、最高裁が上記㉘のような説示をするのであれば、自庁処理を相当とした地裁の裁量が合理的なものであるかどうかの具体的な判断基準を示すべきではなかったかと思われる。もっとも、原々決定は、この点について、当該訴訟の訴額が優に簡裁の事物管轄である140万円を超えていること、同訴訟の争点が多岐にわたること、それが法律的にも事実認定上も相当複雑困難であることなどを列挙しているところ、本件最決もこれらの諸点を判断基準とすることを支持したもの、少なくとも、そのような原々決定の判断が合理的な裁量の範囲を逸脱するものではないことを示したものと解することはできるであろう。

iii しかし、私が、それ以上に強く興味をひかれるのは、仮に、地裁が、本件とは反対に、専属的管轄の合意を尊重すべきであるとして移送申立てを容れた場合<sup>(注6)</sup>に最高裁はどういう判断を示したであろうかということである。この場合においても、抗告審たる高裁が、①原々決定を支持した場合と、②それを取り消して移送申立てを却下した場合とが考えられるところ、いずれの場合であれ、原々決定の判断に裁量の逸脱、濫用が

認められないならば、これを支持すべきだとするのではないかというのが私の推測である。(注7)

そうすると、同じ事件が、地裁の判断次第で、自庁処理相当とされる(したがって、被告の移送申立ては却下される)ことがあるかと思えば、反対に、専属的管轄の合意を尊重すべきものとして移送申立てが容れられ移送決定がなされることもあることになる。一見すると奇妙な結果であるが、自庁処理の是非についての地裁の裁量権を認め、それを尊重すべきであるとすれば、当然の帰結であるということになるだろうか。

iv ところで、本件最決の場合のA地裁は大阪地裁、B簡裁が大阪簡裁であるから、1審がA地裁であれB簡裁であれ、それほど大きな違いはない。しかし、Yが広範囲にまたがって事業を展開している場合には、B簡裁がA地裁の管轄区域外にあるということも十分想定されるところ、この種の過払金返還請求訴訟の管轄裁判所を決するについて本件のような管轄合意をどう取り扱うかがより深刻な利害の対立をもたらすのは、実はこのような場合なのである。そして、一般にXが経済的弱者であるのは当然として、近時はそれに加えて、貸金業者も経営状態が軒並み悪化し、弁護士代理人を付すのもままならないといった状況に立ち至っていることからすると、この利害の対立は極めて厳しいものがある。(注8)

とはいえ、地裁による自庁処理が、あくまで当該地裁の管轄区域内の簡裁の管轄に属する場合においても、事情によっては当該地裁が自ら審理及び裁判をすることができるとして、地裁における審理及び裁判を受ける利益を保障しようというものである以上、上記のような場合には専属的管轄合意の効力を認める限りは、B簡裁に移送するというのはやむを得ない結論である。

そうだとすると、Xの管轄の利益を全うするためには、本件管轄の合意は「付加的管轄の合意」であると解するか、或いは、過払金返還請求訴訟は本件管轄の合意の対象外であるとでも解するほかはない。当事者が本件合意をした当時にはこの種の訴訟の提起などはおそらく想定されていなかったであろうことに照らせば、特に、後者は素直な解釈として十分認めら

れる余地があったのではないか。そして、本件最決の事案についてもそのような解釈に基づく解決を図ることもできたのではないかと思われるのである。(注9)

(注4) このような管轄合意は、貸金業者の本店の所在地ないし主要な支店の所在地を管轄する簡裁を専属的合意管轄のある裁判所と定めるなど、貸金業者の都合を優先して決められているのが通例である。例えば、福岡市内に本店を有する貸金業者が福岡簡裁を専属的管轄裁判所とする合意を取り決めさせるという如くである。この場合、貸金業者にすれば、福岡簡裁が1審であれば、控訴審は福岡地裁、上告審は福岡高裁となり、本店所在地の福岡で終始訴訟を進行することができるわけである。

(注5) この点については、原々決定及び原決定がいずれも以上の判断を前提にして、移送申立ての理由の有無(＝自庁処理の相当性)について検討していたために、最高裁も原決定の是非についての判断をする限りで上記判断を踏襲したにすぎず、最高裁自身がこのような管轄合意の有効性を積極的に肯定し、その妥当範囲について判断を示したというわけではないと解することも可能である。

(注6) 本件最決当時は、この種の過払金返還訴訟について最高裁判決が相次いでなされ、主要な法律的な論点はほぼ説明され尽くしていたとも言える段階に達しており、1審裁判所がすべき主たる作業は最高裁判例の示すところに従って過払額を具体的に計算することであると言っても過言ではないような状況ではなかったと思われる。そうだとすれば、A地裁としては、専属的管轄の合意を尊重し、B簡裁で審理及び裁判をすべきであるとして移送決定をするという判断も十分あり得たのではないかと考える。現に、原決定はそのような判断をしている。

(注7) それとも、この場合にも「地裁こそが原則的な第1審裁判所」という考え方を前面に押し出して、移送申立てを却下するという結論を導いたであろうか。その場合にも、上記②の場合に原決定を維持することによりこの考え方を貫くということとはともかくとして、①の場合にまで取って原決定を破棄し、原々決定を取り消して、移送申立てを却下するということまでするであろうか。甚だ疑問である。

(注8) 例えば、X・Y間に福岡簡裁を専属管轄裁判所とする旨の合意があるにもかかわらず、過払金返還請求訴訟がXの住所地である宮崎市を管轄する宮崎地裁に提起されたとなると、控訴審は福岡高裁宮崎支部、上告審は最高裁となって、福岡簡裁に提訴された場合に比べると、Yにとっては、期日に出頭する負担(時間・費用)だけでも大変な違いがある。もちろん、これはXにとっても同じことが言えるのであるが。

(注9) この関係については、上記(注5)参照。

### 3 その他の移送

#### ア 遅滞を避ける等のための移送(17条)

多くの場合、管轄は競合する。そして、当事者は自己に有利な管轄裁判所での審理及び裁判を望んで争うことになる。特に、当事者の一方が遠隔地に居住するような場合は管轄をめぐる深刻な対立が生じがちである。

この場合に利用されるのが17条に基づく移送申立てである。もっとも、現行法下では、弁論準備手続に付した上で電話会議システムを活用することによって、遠隔地に居住する当事者の期日出頭に関する負担は相当軽減されることになったため、管轄をめぐる争いはかつてほどではなくなったと言えるかもしれない。しかし、この移送申立ては今なお少なくないし、それは概して訴訟係属後間もない段階でなされるどころ、その時点においては裁判所としても当該訴訟の進行について確かな見通しを持ち得ていないこともあって、判断は必ずしも容易ではない。そのような場合には、当面は判断を留保したまま、上記電話会議システムを活用するなどして争点及び証拠の整理をし、それがある程度進んで、検証の要否や人証の予定などが見通せることになった時期に判断をするというようなことも検討の余地があるものと思われる。

イ 当事者間に合意がある場合の必要的移送（19条1項）

ア 第1審裁判所は、当事者の申立て及び相手方の同意があるときは、訴訟を申立てに係る地裁又は簡裁に移送しなければならない。

当該訴訟は原告によりその裁判所に提起されたものであるから、ここに当事者というのは被告、相手方とは原告を指す場合が多いものと思われる。要するに、当事者双方の合意により新たな裁判所に移送することが必要になるとするわけであるから、訴訟提起後の管轄の合意（11条）を認めることにほかならない。

イ 管轄の合意は予め書面でしなければならないのに対し、これは事後的な合意により定められた裁判所に移送するものであるから、⑦それにより著しく訴訟手続を遅滞させることとなる時、又は、④当該申立てが、簡裁からその所在地を管轄する地裁への移送の申立て以外のものであり、被告が本案について弁論をするなどした後にはされたものであるときは許されない（19条1項ただし書き）。

ウ 特許権等に関する訴え等に係る訴訟の移送（20条の2）

4 最決H23・5・18判タ1352-152について（注10）

ア 本件は、貸金業者からの借入と返済を繰り返していた消費者Xが、既に過払いの状態にあるとして過払金請求をした事案において、貸金業者（被告）Yからの移送申立ての是非が問題になったものである。その点において上記H20年最決と共通するが、本件の場合、被告貸金業者がYのほかA、Bの2社も共同被告（38条後段の共同訴訟）とされており、被告らに対する各請求額はいずれも140万円を超えないが、合算すると140万円を超えるものであった。

Xは、Xの住所地を管轄するN地裁（I支部）に本件訴訟を提起したが、Yは、X・Y間の訴訟をXの住所地を管轄するI簡裁に移送することを求める申立てをした。同地裁はこれを認め、移送決定をした。Xが即時抗告をしたが、抗告審たる原審（N高裁）は、①38条後段の共同訴訟については7条ただし書きにより同条本文は適用されず、受訴裁判所に併合請求による管轄が生ずることはない、②したがって、併合請求が可能であることを前提とする9条を適用して各請求額を合算して訴訟の目的の価額を決定することはできないから、X・Y間の訴訟は簡裁の事物管轄に属する、という理由でXの抗告を棄却した。

これに対し、最高裁は、「38条後段の要件を満たす共同訴訟であって、いずれの共同訴訟に係る部分も受訴裁判所が土地管轄権を有しているものについて、7条ただし書きにより9条の適用が排除されることはない」として、原決定を破棄し、原々決定を取り消して、本件移送申立てを却下した。

イ X・Y、X・A、X・B間の各訴訟の土地管轄がいずれもN地裁（I支部）に属するというに加えて、各訴訟の訴額がいずれも140万円以下であるという事物管轄の観点と併せ考慮すれば、これら各訴訟はいずれもI簡裁に管轄があることになる。この場合において、Y及びA、Bを共同被告とする訴訟が38条前段の通常共同訴訟であれば、Xとしては、同条に基づきY及びA、Bを共同被告とする一つの訴えをI簡裁に提起することができることは疑問の余地がない。ただし、各被告に対する訴額を合算すると140万円を超えるというときには、事物管轄上もはやI簡裁に管轄はないことになるから、同簡裁の管轄区域を含む管轄権を有するN地裁に

提訴しなければならないことになるのは当然の成行きである。

そして、以上のことは、38条後段の共同訴訟である場合（本件の場合、これに当たることはYの自認するところであるとされている。）にも何ら異なる筈である。

ウ 然るに、原決定のように解するとすれば、38条後段の共同訴訟の場合にはそのような共同訴訟としての提訴自体が許されないということになりかねない。

もっとも、38条後段の共同訴訟については、7条ただし書きにより同条本文の適用が排除され、併合請求による管轄が生ずることはないという原決定の理由①はそれ自体が誤りであると言えない。すなわち、同条ただし書きは、訴えの客観的な併合の場合、必要的共同訴訟の場合及び通常共同訴訟の場合のうちの38条前段の場合には、一の請求について管轄を有する裁判所に訴えを提起することができるが、共同訴訟人間の関係性が希薄な同条後段の場合には、各訴訟の土地管轄が異なっている以上、いずれかの管轄裁判所に一つの訴え（共同訴訟）として提起することはできないということを意味している。つまり、7条は、各訴訟の土地管轄が異なる場合についての規定であって、土地管轄を同じくする場合には問題にならないのである。そうすると、上記①は、この点の理解が必ずしも明確でないという憾みはあるものの、それ以上に7条の趣旨を逸脱した解釈であるとまでは言い切れない。しかし、これが原決定の理由②と相俟つときは明らかに誤っている。これでは、いつの間にか、38条後段の場合には併合請求はできないことが前提にされた上で判断がなされていると言わざるを得ないからである。繰り返すが、38条後段の場合に併合請求（共同訴訟）が許されないのは、各訴訟が土地管轄を異にする場合であって、それが同じである場合には併合請求ができることは当然なのである。もしも、原決定のように一般的に併合請求を否定するとすれば、38条後段の共同訴訟はおよそ存在し得ないことになってしまいかねない。

以上によれば、本最高裁決定の説くとおり、土地管轄を同じくする場合であれば38条後段の共同訴訟も許されるところ、その場合には、9条により、

各訴訟の訴額の合算額をもって当該共同訴訟の訴額とすることになるから、それが140万円以下の場合には管轄権を有する簡裁、140万円を超えるときは当該簡裁を管轄区域内とする地裁にそれぞれ管轄権があることになる。

エ 本最高裁決定の意義など

ア 本最高裁決定は、結局のところ、原告XのY及びA、Bを共同被告とするN地裁（I支部）に対する訴訟の提起を肯定した。過払金返還請求訴訟の管轄裁判所に関する判断において原告の利益ないし決定を尊重したという点では上記H20年最決と共通するものである。

しかし、H20年最決は、専属的合意管轄と地裁の自庁処理（16条2項）の関係について、地裁の裁量を尊重すべきであるとしたものであるのに対し、本最高裁決定は複数の貸金業者を共同被告とした上で、各被告に対する訴額はいずれも140万円以下であっても、それを合算すると140万円を超えるという場合には地裁に対する過払金返還請求訴訟の提起を認めたものであり、しかも、地裁も高裁もYからの移送申立てを認めたのに、これを覆してXの訴訟提起の方法を肯定したというところに特色がある。これにより、過払金返還請求訴訟の提起の在り方に少なからぬ影響がもたらされる可能性があるものと思われる。

イ ところで、本件においては、Xは、Y及びA、Bに対する各140万円以下の訴額の訴訟を提起するについて、被告らに対する各訴額を合算すると140万円を超えとして、これを共同被告とした上で地裁に提訴している。これに対し、Yから16条1項に基づく移送申立てがなされたのであるが、Yは、A及びBと共同被告とされた本件共同訴訟が38条後段の共同訴訟であることを自認している。そこで、本最高裁決定もそれを前提にして判断しているのであるが、そのような判断手法や判断の前提自体に疑問の余地はなかったのだろうか。

i 同条後段の共同訴訟の例として教科書等によく挙げられるのは、複数の貸家を所有する原告が、各借借人が賃料の支払を遅滞しているとして、それらの借借人を共同被告にして賃料請求訴訟を提起する場合である。しかし、本件のような過払金返還請求訴訟では、X・Y、X・A、

X・Bの各訴訟の間にそのような共通性があるとは思えない。XとY、XとA、XとBの間において繰り返された貸付と返済の状況はあくまで各当事者間に固有の事実であって相互に関連性はない（場合によっては、Yに対する返済のために新たにAからの借入れをしたとか、Aからの借入をBに対する返済に当てたというような事情はあり得るにしても、その種の事情は両者の関連性を肯定するまでのものではない。）。

また、各貸付の前提となる消費貸借契約（基本契約）についても、中には共通する条項等があるにしても、基本的には別個独立の契約であって、相互に関連性を認めるまでには至らない。そうすると、本件のような複数の貸金業者に対する過払金返還請求訴訟を併合提起することは、原告にとって何かと便宜なものであることは推測に難くないが、被告側にとっては共同訴訟とされる必然性に欠けるものと言わなければならない。（注11）

そうであれば、本件の場合においても、Yが38条後段の要件さえも欠いていると主張した上で、X・Y間の訴訟を分離してI簡裁への移送を申し立てていれば、あるいは結論が異なっていた可能性もあるのではないだろうか。

ii Yが38条後段の共同訴訟であることを自認している場合においては、それを前提にして判断してよいのであろうか。疑問なしとしない。

（注12）

仮に、Y、A、Bに対する各訴額を80万円、60万円、50万円と仮定すると、被告ら3名のうちの2名が同条後段の要件該当性を自認していたとしても、その余の1名がこれを争い、それが認められる場合には、16条2項の自庁処理を相当とするとの判断がなされる場合を除いて、同条1項による移送申立てが容れられるべき筋合いである。

そうだとすれば、Yが自認しているということで済ませるのではなく、同条後段の要件該当性の有無が判断されるべきであったように思われる。少なくとも、他の共同被告の態度も考慮しなければならないであろう。もっとも、本件の場合、A及びBは移送申立てをしていないことからすれば、同人らもこれが38条後段の共同訴訟であることは認めているものと考えら

れる。このような場合にまで同条後段の要件を具備しているかどうかを厳密に検討しなければならないとは言えないが、理論的には被告らの態度によって決せられるべき事柄ではない筈である。或いは、最高裁も38条後段の要件を具備しているものと判断したのであるが、Yがそのことを自認しているとして済ませただけなのかもしれないが、それならそれでその旨を明らかにすべきであろう。

(注10) 本最高裁決定については、福岡高裁で開催される民訴判例研究会（2012年1月20日開催分）で取り上げられたことがあり、そこでの報告と議論に啓発されるところ大であった。報告担当の渡部みどり裁判官（当時福岡地裁第3民事部所属）と当日の参加者に感謝を申し上げる。ただし、以下に述べるところはあくまでも私個人の意見にとどまるものである。

(注11) これに対し、特定の貸金業者1社と取引を繰り返してきた複数の消費者が共同原告となって、当該業者を被告として提訴する場合には、基本となるべき金銭消費貸借契約の内容が少なくとも大筋で同一である可能性が高いから、38条後段の要件を充足するものと思われる。日本全国各地に居住する原告30名が京都市に本店を有する大手貸金業者である被告に対する過払金返還請求訴訟を東京地裁に提起した事件につき、東京高決H22・1・26判タ1319-270はこれを肯定している。

(注12) 裁判所は、必要なら弁論の分離を命ずることもできるのであるから（152条1項）、訴え提起時にそれが38条の共同訴訟の要件を充足するかどうかを進んで調査しなければならないことはなく、当事者が異議を唱えたときにはじめて判断すれば足りるという見解もある。確かに、仮に同条の要件を具備しないからといっても、それで当該訴訟が不適法であるということになるわけではなく、結局のところ、分離された上で移送等の善後策が講じられるだけのことであり、何よりも当事者主義を尊重する立場からすればこの結論も理由のないことではない。現に、補助参加の申出については、当事者が異議を述べたときに裁判所が補助参加の許否について裁判をする旨、また、当事者がこれを述べないで弁論をした後は異議を述べることができない旨、明文で規定されているところである（44条1項・2項）。

しかし、本来、訴訟は二当事者対立構造を原則としているものであり、当事者が複数となるのは必要的共同訴訟の場合、訴訟参加がなされた場合、弁論の併合がなされた場合、同時審判の申出がなされた場合でなければ、38条の共同訴訟の要件を具備している場合に限られるのである。そして、訴訟当事者が複数となれば、当然のことながら裁判所の訴訟指揮その他訴訟運営全体に影響が及ぶのであるから、裁判所にとっても到底無関心でいることはできない。そうであれば、被告側の意見の如何に関わりなく、裁判所は38条の要件が充足されているか否かを独自に判断すべきものとする。

#### 第4 詐害行為取消訴訟について一主として抵当権者が抵当目的物の不法占有者等を排除するための方策と関連させて一

##### 1 用意した設例と問題意識

###### <設例>

i Xは、かねて親交のあるA（ラーメン店「來來」経営）に対し、店の運転資金800万円を、3か月後には返済するというので無利子で貸し渡した。Aは、大いに感謝するとともに、「いくら友人だからとはいえ、けじめはつけないと。」と言って、自宅の土地・建物（以下「甲土地」「乙建物」という。）に抵当権（第3順位）を設定して、その登記をしてくれたほか、Aの父親Bを連帯保証人に立ててくれた。Xは、Aの義理堅さに感心し、これなら返済は間違いないと信頼していた。

ii ところが、3か月経っても返済がないので、「來來」に行ってみると、定休日でもないのに店は閉まっていた。そこで、Aの自宅を訪ねると、Aの妻Cが応対してくれた。Cの話により、①Aが、既にAの署名押印がなされた離婚届出用紙とC宛ての手紙を残して10日前から所在不明であること、②その手紙には、店の経営に失敗したこと、債権者の追及が厳しいので身を隠さざるを得ないこと、こんな自分とは離婚して出直してほしいことなどがしたためられていたということであった。

iii その後、Xが調査したところによれば、甲土地・乙建物にはXの第3順位の抵当権に優先するG銀行の2000万円の抵当権（第1順位）、Z信用金庫の1000万円の抵当権（第2順位）があること、そのためXにどの程度の配当があるかおぼつかない状況であること、他方、Aはひそかにマンション（以下「丙マンション」という。）を購入していて、それには担保権が設定されていなかったこと、CはAとの離婚届出をし、丙マンションについて財産分与を原因とするCへの所有権移転登記がなされていたことなどの事実が判明した。

iv そこで、Xは、連帯保証人のBに対し、Aに代わって800万円を支払ってくれるよう求めた。ところが、Bは、「Aは私（B）宛ての手紙を残しており、それには、親父（B）には申し訳ないが、実はXから借金を

するに際して、借用証の連帯保証人欄に勝手に親父の名前を書いて、こっそり持ち出した親父の印鑑を押してしまった。自分を信じてくれたXには迷惑をかけられないので、何とか連帯保証人としての責任を果たしてやってくれないだろうかなどと書いてあった。しかし、私（B）も老後の心配があるので、Aの頼みは聞いてやれない。勘弁してほしい。」と言い、支払おうとしない。

v（上記iiの事実の変形設例）

ところが、3か月経っても返済がないので、「來來」に行ってみると、定休日でもないのに店は閉まっていた。そこで、Aの自宅を訪ねると、そこにもAも家族の姿もなく、いかにもチンピラ風のDが出てきた。Dは、Xの質問に対し、「Aは店の経営が行き詰って夜逃げをしてしまったため、かねてAに貸金を有していたE（Dの「親分」筋の人物）が乙建物を管理することとし、Dが留守番として住み込んでいる。」と答えた。Eは、甲土地・乙建物が競売されてもEが占有していることにより売れ難くし、ゆくゆくはE自身が安く買い受けることを狙っているものと思われた。

<問題意識>

以上は、私が本法科大学院で他の2人の教員と共同で担当する「民事法総合演習Ⅱ」（前期）の今年の期末テストで出題した事例問題における設例である。

本事例問題の狙いは、Xの債権回収の手段として、①Aに対する貸金返還請求+Bに対する保証債務履行請求の訴訟を提起し、その旨の債務名義を獲得すること、②Cに対し、AからCへの財産分与を詐害行為であると主張して、これを取り消し、丙マンションをA名義に戻させた上で、上記①で獲得したAに対する債務名義に基づいて強制執行をすること、③甲土地・乙建物に対する競売実行（そのためのEの占有を排除する方策）を総合的に考えさせようというものである。①について、Bに対する訴訟の請求の原因、これに対するBの認否、それを受けて想定されるXの新たな主張（代理構成）、同訴訟で重要な意義を持つ書証（保証契約書）の真正な成立と228条4項のいわゆる「二段の推定」などについて検討させ、③につ

いて、抵当目的物の占有者Eを排除するための方策として、㉗債権者代位権（転用型）構成、㉘抵当権に基づく妨害排除請求権構成のほかに、㉙詐害行為取消権の行使という構成があり得るのではないかということ、さらに、これらXの提起にかかる訴訟にZ信用金庫が参加その他何らかの対応をすることができるかという訴訟法上の論点の考察をも求めたものである。

本稿でも、この設例に基づき、上記㉘、㉙を併せて詐害行為取消権について概観するとともに、特に、㉙について、Eのような不法な占有者ないしは濫用的賃借権者を排除するための方策の一つとして詐害行為取消訴訟が考えられるのではないかという問題意識のもと、さらにXの提起にかかるそれらの訴訟に他の抵当権者が関与することの是非及びその具体的な方法等について検討してみたい。

## 2 詐害行為取消訴訟（概説）

ア 詐害行為取消権については民法424条が規定しているが、そこでは「債権者は、債務者が債権者を害することを知ってした法律行為の取消しを裁判所に請求することができる」（同条1項本文）とされている。

ァ これによれば、詐害行為とは「債務者が債権者を害することを知ってした法律行為」であるということになるが、取消しの対象となる行為には「弁済」なども含まれるから、必ずしも「法律行為」に限定されるわけではない。

なお、今般の民法（債権法）改正作業においては、詐害行為の範囲について破産法との整合性を図ることが強く意識されているように思われる。例えば、相当の対価を得てした行為は、債務者がそれにより隠匿、無償の供与その他の債権者を害する処分をする意思をもって、それをするおそれが現にあること及び受益者において債務者が上記処分をする意思を有していることを知っていた場合に限られる（破産法161条参照）とするほか、過大な代物弁済の特則（同法160条2項）を置くことなどが検討されている。

イ 「財産権を目的としない法律行為」は取消しの対象とならない（民法424条2項）。婚姻、離婚、養子縁組、相続の承認・放棄等の家族法

上の行為により、債務者の財産状態が悪化したとしても、第三者たる債権者がこれを取り消すなどということをも認めるべきではないという考えである。本設例におけるCに対する財産分与（丙マンションの譲渡）がこれに当たるかどうかは問題であるが、判例は、財産分与について「民法768条3項の規定の趣旨に反して不相当に過大であり、財産分与に仮託してされた財産処分であると認めるに足りるような特段の事情」があるときは取消しの対象となるとしている（最判S58・12・19民集37-10-1532。併せて、最判H12・3・9民集54-3-1013も参照）。

ウ 「詐害行為取消権は裁判所に請求してしなければならない」ということの意味は、「詐害行為取消権の行使は訴えによらなければならない」ということであり、抗弁権として行使することはできないものと解されている（最判S39・6・12民集18-5-764。ただし、反訴としてなら認められる（最判S40・3・26民集19-2-508）。）。

これによれば、詐害行為取消権＝詐害行為取消訴訟ということになる。

イ 詐害行為取消訴訟において被告適格を有するのは受益者又は転得者であり、債務者は被告とはならないというのが判例の態度である。

これは、この訴訟の法的性質をどう捉えるかということと密接に関係する。詐害行為取消権は債務者の行った法律行為を絶対的に取り消すことを目的としていると考える形成権説によれば、債務者・受益者・転得者ら全員を相手に取消しのみを請求すべきことになるから、判例が同説を採っていないことは明白である。また、詐害行為取消権は逸出した財産の取戻しを目的としており、取消しはそのための前提にすぎないとする請求権説によれば、訴訟の被告は財産を保有する受益者なり転得者のみということになるから、後段は判例の立場と一致するが、前段は明らかに異なる。

こうして、判例の立場は両説の特色を併せ持った折衷説であると理解されており、このような判例の態度は大方の支持を得ている。（注1）

ウ 債権者が取り消すことができる範囲

判例は、目的物が可分の場合には、取消権者Xの権利が侵害される限度でのみ取り消すことができるとするから、債務者Sが責任財産から3000万

円をAに贈与したため2000万円の債務超過に陥ったという場合において、Sに対し1000万円の債権を有するXとしては、Aに対する3000万円全部の贈与を取り消すことができないのはもとより、2000万円の限度で取り消すことも認められず、Xの債権額1000万円の限度でのみ取り消すことができるにとどまる。

これに対し、不動産のような不可分な財産の処分の場合には、取消しを求める債権者の債権額を超える場合でも、原則として現物返還が認められるが、詐害行為により抵当権者の抵当権が消滅し、抵当権登記が抹消されてしまったような場合には、当該目的不動産の価格から抵当債権額を控除した残額の部分に限って取消が許されるにとどまる（したがって、取消債権者は一部取消の限度において、その価格の賠償を請求するほかはないことになる。以上につき、最大判S36・7・19民集15-7-1875参照）。

エ 取消後の返還の相手方は誰か一債権者は自己に引き渡すことを請求できるか。

ア 取消債権者としては、目的物の債務者への返還を請求できるにとどまる筈である。この制度の趣旨からしてもそれが本則であり、民法425条が「取消しは、すべての債権者の利益のためにその効力を生ずる」と規定していることから裏付けられる。

イ 不動産の場合には、詐害行為によってなされた登記を旧に回復しておかなければならないから、取消債権者は、当該登記の抹消を請求することができる。この場合、受益者を被告とする場合には、債務者から受益者への登記を抹消するだけで債務者名義の登記が回復するが、転得者を被告とする場合にはそうはいかない。この場合には、受益者も共同被告とした上で、債務者の登記名義を回復することが必要であろう。ただし、判例は、転得者のみを被告として、転得者から債務者への所有権移転登記を求めることも認めている（最判S40・9・17訟務月報11-10-1457）。

ウ では、取消債権者名義にすることはどうか。最判S53・10・5民集32-7-1332は、二重譲渡事例についてこれを否定している。重要な意義を有する判例であるので、以下、この判例について見ておくことにする。

<事案>

i Y<sub>1</sub>は甲土地上の乙建物を所有者Aから賃借して髪結業を営んでいたが、Aから甲・乙を買い取るか賃料増額に應ずるよう迫られて苦慮していたところ、美容院用の建物を探し求めていたXと相知り、協議の結果、①Y<sub>1</sub>はXが後記③の賃貸借の敷金名下に提供する金員をもって甲・乙を買い受ける、②Y<sub>1</sub>は終生乙に居住するが、死亡時に甲・乙の所有権をXに移転する、③それまでの間、Y<sub>1</sub>はXに乙の一部を賃貸するとの合意が成立し、そのとおり実行された。

その後、Y<sub>1</sub>は甥夫婦であるY<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>と養子縁組をし、Y<sub>2</sub>に甲・乙を贈与し、所有権移転登記を了した。

ii そこで、Xは、Y<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>を被告として、第1次的に、甲・乙の買主はY<sub>1</sub>ではなくXであると主張して、㊦甲・乙の所有権確認、①Y<sub>2</sub>に対するY<sub>1</sub>からY<sub>2</sub>への所有権移転登記の抹消、㊧Y<sub>1</sub>に対するY<sub>1</sub>からXへの真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記を求め、第2次的には、Y<sub>1</sub>からY<sub>2</sub>への甲・乙の贈与は詐害行為に当たると主張して、㊨同贈与の取消+①を求めた。

<訴訟の経過等>

i 第1審は、Aから甲・乙を買い受けたのはXではなくY<sub>1</sub>であるとして第1次的請求を棄却したが、第2次的請求を認容したので、Y<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>が控訴。控訴審係属中にY<sub>1</sub>が死亡しY<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>が訴訟手続を受継。そこで、Xが付帯控訴し、Y<sub>1</sub>はXに甲・乙を死因贈与したものであるところ（上記②）、Y<sub>1</sub>が死亡したのでその履行を求めると主張して、第2次的請求に追加して、Y<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>に対し死因贈与を原因とするXへの所有権移転登記を請求するとともに、それが履行不能である場合の予備的請求としての填補賠償とそれに対する遅延損害金の支払を請求した。

ii 原審は、Y<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>の控訴を棄却するとともに、Xの追加的請求に対してはXへの所有権移転登記を求める請求を棄却し、予備的請求の一部を認容した。Xが上告。

<本件最判の上記下線部についての判旨（その余は省略）>

最大判S36・7・19民集15-7-1875に従って、特定物引渡請求権（特定物債権）は、究極において損害賠償債権に变じ得るのであるから、債務者の一般財産により担保されなければならないことは金銭債権と同様であり、その目的物を債務者が処分することにより無資力となった場合には、特定物債権者は右処分行為を詐害行為として取り消すことができるとした上で、詐害行為取消権は「究極的には債務者の一般財産による価値的満足を受けるため、総債権者の共同担保の保全を目的とするものであるから、このような制度の趣旨に照らし、特定物債権者は目的物自体を自己の債権の弁済に充てることはできないものというべく、原判決が『特定物の引渡し請求権に基づいて直接自己に所有権移転登記を求めることは許されない』とした部分は結局正当に帰する」とした。

#### <検討>

i 本件のような二重譲渡事例では、本来なら対抗問題となり、Xは登記を具備したY<sub>2</sub>に対抗することができず、Y<sub>1</sub>に対し損害賠償請求をすることができるにとどまる。しかし、Y<sub>2</sub>に譲渡したことによりY<sub>1</sub>が無資力になってしまった場合には、Xは上記損害賠償請求権に基づき、Y<sub>2</sub>への譲渡を詐害行為として取り消し得るものとされている（上記S36年最大判参照）。（注2）

この点については、それでは対抗問題としての解決を否定することに帰するなどとして反対説もないではないが、通説・判例に従いこれを肯定してよいと思われる。

ii では、取消債権者は直接自己への当該目的物の引渡や移転登記を請求することができるか。本件最判はこれを否定したが、相当であろう。その理由としては、本件最判が説示するところに加えて、取消債権者は自己の特定物債権が履行不能になったことによる損害賠償請求権に基づいて詐害行為取消権を行使しておきながら、他方で特定物債権の履行を求めることは余りに身勝手な使い分けであって、これを認めることはできないというべきであろう。（注3）

なお、他に、債権者がいないのであればこれを認めてもよいのではない

かとの意見もあり得るが、賛成できない。そもそも、通常の場合には、取り消された後行の譲渡の当事者が損害賠償請求権を取得したことになるから、他に債権者が一人もいないというようなことは想定することができない。

iii 同様に、取消債権者が、債務者への引渡や抹消登記又はこれに代わる移転登記の請求に加えて、債務者から自己への引渡や移転登記を請求することは許されるだろうか。上記iiで述べたところに照らして、これも否定されるべきものとする。

また、取消債権者があらかじめ目的物の引渡しや移転登記請求について債務名義を得ている場合も考えられるが、これも例外とする必要はないであろう。ただ、詐害行為取消訴訟の勝訴判決に基づいて債務者名義に回復させた上で、上記債務名義に基づいて登記申請がなされた場合に登記官がこれを却下することができるかどうかは甚だ疑問である（民事執行法174条参照）。債務者又は取り消された二重譲渡の譲受人において当該登記の抹消を求めるほかないのではないと思われる。

(注1) このほか、下森定教授や中野貞一郎教授によって紹介・提唱された「責任説」がある。これによれば、受益者又は転得者を被告とする取消判決によって、実体法上の権利関係はそのまま、逸出した財産の「責任」のみが債務者のもとに復帰するという効果が導かれる。併せて、受益者が既に財産を転売しているときは価格賠償を請求し、現に財産を所有する受益者や転得者に対しては、同人らに対する執行を許容する責任判決（執行認容判決）を求め、それらの者の手元にある財産に執行していくことになるというのである。同説については、内田・民法Ⅲ p300以下、p320以下においても好意的に取り上げられている。しかし、現行法のもとではこれを採用するのは無理があるというほかない。現在進行中の民法（債権法）改正作業においても判例の折衷説の立場を前提とした検討がなされているようである（中間試案第15の1参照）。

さらに、佐藤岩昭『詐害行為取消権の理論』や中西俊二『詐害行為取消権の法理』により主唱されている訴権説という考え方が注目される。佐藤教授によれば、424条そのものが「執行認容判決」を定めた規定であると解されるから、責任説のように取消判決とは別に「責任判決（執行認容判決）」を求める必要はないことになる。なお、中西氏の場合は、詐害行為取消権は対抗性否認権と執行認容請求権が複合的に結合した訴権、詐害行為取消訴訟は対抗性否認権という実体法上の形成の訴えと執行認容請求権という訴訟法上の給付の訴えの複合的訴訟と捉えられる（中西・上掲 p243など）。

このような責任説や訴権説は、判例・通説が取消の効果について「相対的無効」説をとっていることからくる執行法上の難点の解決を企図したものと思われる。確かに、「相対的無効」説が詐害行為取消訴訟をめぐる議論を複雑・困難にしていること、加

えて、判例が被告は受益者（又は転得者）のみであり、債務者は被告とならないとしていることもそれに輪をかけることになっているように思われる。この点、債権法改正中間試案によれば、被告に債務者も加えるとする案や、取消債権者に債務者に対する訴訟告知を義務づける案が検討されるなど、判決効を何らかの形で債務者にも及ぼす方向で考えられているようである。また、判決の効果についても絶対的無効（？）を認め、取消の範囲についてもその詐害行為全部の取消を請求することができるということが打ち出されているから、議論は随分整理されるものと期待される。

(注2) 後行の譲渡が適正価格（時価相当額）による通常の売買であれば、特定物（不動産）が金銭（代金）に変わっただけであるから、債務者の一般財産には変動は生じていない。したがって、債務者が当初から売買代金を隠匿・費消する意図がある場合などに限って詐害行為性を認めるべきである（上記アの $\alpha$ 参照）。また、特定の債権者に対する弁済に充てたような場合には、それ自体を詐害行為として捉えるべきである。

そうすると、二重譲渡事例において後行の譲渡自体が詐害性を肯定されるのは、それが代物弁済であるとか、その売却価額が不当に低額であるというような場合ということになろう。

(注3) これを認めたのでは、二重譲渡の譲受人が背信的悪意者である場合と同様に帰してしまうという批判も考えられる。しかし、二重譲渡により債務者が無資力になってしまうというのであり、しかも、譲受人（受益者）が悪意（それにより債権者を害することを知っている）というのであれば、背信的悪意者に該当する場合があっても不思議ではないから、このような批判は筋違いである。ただし、その場合にはその旨の主張立証をすべきは当然である。

### 3 抵当権の実行と不法占有者等の排除—本設例に基づく検討

ア 甲土地及び乙建物については、Xよりも先順位の抵当権（G銀行の2000万円の抵当権とZ信用金庫の1000万円の抵当権）が設定されていることからして、この担保権実行によりXがどの程度債権を回収することができるかおぼつかないというのであるから、ましてEのような占有者がいたのではさらに売却価額が低落し、Xには全く配当が回ってこないことが予想される。さらには、そもそも買受人が現れること自体が期待できずに競売手続が進行しないということさえ考えられる。そして、Eとしては、まさにそのような事態の到来を企図して乙建物を占有しているものと思われるのである。

そうであれば、抵当権者としては（Xのみならず、G及びZも）、Eの乙建物占有を排除し、競売手続の円滑な進行を図るとともに、速やかに、

かつ、できるだけ高額での買受申出がなされることを期待するのは当然である。

イ Eが不法占有者である場合において、Eを排除するための手段としては、判例によれば以下の二つが考えられる。

ア 第1に、Xが、Aの債権者として、AのEに対する乙建物明渡請求権（妨害排除請求権）を代位行使するという考え方（債権者代位権構成）である。これは、最大判H11・11・24民集53-8-1899の認めるところである。

イ 第2に、抵当権者が、自己の抵当権に基づく妨害排除請求権を行使して、Eに対する乙建物明渡を請求するという考え方（抵当権に基づく物権的請求権を認めるというもの）がある。上記最大判によって示唆され、最判H17・3・10民集59-2-356によって認められたものである。

ウ では、EがAから乙建物を賃借したと主張している場合はどうであろうか。この場合においても、Eの主張が全く根拠のないものであれば、Eは不法占有者にほかならないから上記イの場合と同一に帰する。したがって、ここでは、上記Eの主張自体は認められるという前提で検討する。

ア この場合、Aは、Eとの間で乙建物の賃貸借契約を締結しているのであるから、Eに対する妨害排除請求権としての乙建物明渡請求権を有するとは直ちには言い難い。そうであれば、上記第2の抵当権に基づく妨害排除請求権の行使によることになる。ここに第2の法律構成の独自の意義がある。

イ しかし、それとは別に、A・E間の乙建物賃貸借契約が、債権者（抵当権者）を害するものであるとして、詐害行為取消権を行使して同賃貸借契約を取り消した上で、乙建物の明渡を求めることはできないだろうか。この種の賃借権は債務者（所有者）の窮状につけ込んで締結されることが多く、概して濫用的・詐害的なものである（本設例におけるEはまさにその典型である。）から、このような構成も十分可能ではないかと思われる。

エ このように、A・E間に乙建物賃貸借契約が締結されている場合、

これを詐害行為であるとして取り消すことが認められるとすると、①Eが不法占有者である場合には、㉞債権者代位権構成による訴訟と④抵当権に基づく妨害排除請求訴訟、②Eが賃借権を主張する場合には、④のほかに、㉟詐害行為取消訴訟が考えられることになる。そして、一度④が認められるということになれば、それは㉞や㉟に比べて直接的で強力かつ簡明な手段であるだけに、①の場合か②の場合かを問わず、専ら④が重宝されることになることは確実である。すなわち、④が前面に出て、①の場合における㉞や②の場合における㉟はいずれも後景に退くことになるものと思われる。

だが、上記①の場合には㉞、②の場合には㉟といういずれも被担保債権に基づく法的手段が可能であるのならば、それとは別に④を認めるまでの必要性・必然性があつたのだろうか。確かに、Eのような濫用的賃借権者が横行するという社会的・経済的な状況が出現していたことからすれば、それを排除するための適切な法的手段を提供する必要に迫られていたことは間違いない。しかしながら、担保物権は「物権」と称せられてはいても、あくまで被担保債権に付従する「担保権」にすぎないのであって、そのような担保物権としての抵当権に物権的請求権という強力な権能を認めるについてはいささか違和感もないではない。また、④についての問題点が全て解消されたというわけでもない。<sup>(注4)</sup>

とは言え、上記最判により④が認められたということはやはり画期的なことである。例えば、抵当目的不動産に「付加して一体となる物」に対しては抵当権の効力が及ぶが（民法370条）、目的土地に置かれている庭石や石灯籠、目的建物に備え付けられている高価な照明器具や給湯器などが売却されて搬出されるというような場合も想定されるところ、④が認められると、このような事態に対処する上で大変好都合である。搬出前であれば妨害予防請求権、搬出後といえども場合によっては物権的返還請求権を行使して抵当目的物の維持・保全を図ることができるからである。また、実際にこのような事態に対処するためには適時適切な保全処分（占有移転禁止の仮処分など）が不可欠となるが、その場合の被保全権利として④が位

置付けられることになるから、この面でも①が認められたことの意義は大きい。

オ　ところで、Xが以上のような権利行使をするためには、甲土地・乙建物の抵当権実行によってXに何らかの配当がなされる可能性があることが前提（Xの原告適格を根拠づける要素）となるだろうか。これは、無剰余競売、すなわち、配当を受ける可能性のない後順位抵当権者の競売申立ては認められない（民事執行法188条、63条）こととの関係で問題になるものであるから、一応㉗ないし㉘を通じて問題になり得るが、それが特に問題になるのは①の場合であることは明らかであろう。

しかし、無剰余競売が許されないということと、Eのような占有者を排除するための訴訟の原告適格の有無とは一応切り離して考えるべきであろう。そうであれば、この点がXの原告適格の有無を左右することはないことになるから、被告（E）が、競売が実行されてもそもそもXに配当される見込みはないことを主張しても主張自体失当であり、それを立証しようとすることは許されない。

カ　他の債権者の対応—Xが提起している訴訟への参加の是非など<sup>（注5）</sup>

ア　Eが不法占有者である場合において、Xが既に上記㉗を提起している場合

他の抵当権者であるZもまたXと同様の訴訟を提起することができるものとする。ただし、この訴訟は債権者代位権に基づくものであるから、法定訴訟担当として、115条1項2号の「他人」（本設例におけるA）にも判決の効力が及ぶ。そうだとすれば、Xの提起した訴訟とZの提起した訴訟は二重起訴（142条）に当たるものというべく、Zがこれを別訴として提起すれば、両訴が併合されない限り後訴であるZの提起した訴訟が却下されることになる。そうすると、Zとしては、既に係属中のX・E間の訴訟に共同訴訟参加の申立て（52条）をすべきである。

なお、上記訴訟が係属していても、Zは上記①の訴訟を提起することができる。㉗の訴訟と①の訴訟とは訴訟物が異なるため「同一の事件」（142条）とは言えないからである。ただし、訴訟経済の観点からは両訴を併合

して審理・裁判をすべきであることは疑いを容れない。<sup>(注6)</sup>

イ Eが不法占有者であれ、借借人であれ、Xが既に上記④の訴訟を提起している場合

これは、Xの抵当権に基づく妨害排除請求権としての乙建物明渡請求訴訟であり、XがAの抵当権者としての地位ないし資格において提起し追行しているものである。

したがって、Zが同じくAの抵当権者として、同様の訴訟を別訴として提起することを妨げないし、両訴は合一確定の必要性があるという関係にもない。もっとも、X又はZの請求のどちらかが認容され確定すれば、他方の訴えは取り下げられるか、あるいは、訴えの利益を欠くとして却下されるのではないと思われる。これに対し、Xの請求が棄却されたからといって、Zの請求も棄却されなければならないというものではない。とはいうものの、訴訟経済の観点からは、両訴訟を併合して審理・裁判するのが相当であろう。

ウ Eが借借人である場合において、Xが既に上記⑤の訴訟を提起している場合<sup>(注7)</sup>

Xは、あくまでA・E間の賃貸借契約が詐害行為であるとしてAの債権者としての地位ないし資格に基づき取消権を行使しているのであって、この点において、AのEに対する請求権をAに代位して行使する上記⑦の訴訟とは本質的に異なる。むしろ、上記④の訴訟の場合に近似する。そうであれば、Xの提起にかかる⑤の訴訟が既に係属していても、これとは別にZが同様の訴訟を提起することを妨げないとの結論が導かれようである。

ところが、民法425条は「前条（424条）の規定による取消しは、すべての債権者の利益のためにその効力を生ずる」と規定しているので、この点をどう解するかによっては、XとZは類似必要的共同訴訟人とされる可能性もないとは言えない。そうだとすると、Zは、Xの提起にかかる係属中の⑤の訴訟に共同訴訟参加（52条）すべきであり、別訴提起は許されないということになろう。すなわち、あたかも会社の組織に関する訴訟のように片面的な対世効（「請求認容の判決は第三者に対してもその効力を有す

る」(会社法838条)を肯定したものと解した上で、例えば、株主総会決議取消訴訟が複数の株主から提起された場合と同様に類似必要的共同訴訟であると解するというわけである。

しかしながら、会社の組織に関する訴訟については、それが数個同時に係属するときは、その弁論及び裁判は併合してしなければならない(会社法837条)とされるのに対し、詐害行為取消訴訟についてはそのような規定は存在しない。また、詐害行為取消訴訟においては、取消による効果は「相対的無効」と解されている上、少なくとも判例上は、「総債権者の利益のためにする」ということが必ずしも貫徹されていないことからして、上記冒頭の結論を維持するほかないものと思われる。

(注4) いやしくも物権的請求権としての妨害排除請求を認めるというのであれば、それが相応の絶対的な効力ないし性格を有することを承認しないわけにはいかない道理である。そうだとすると、被担保債権の弁済期が到来しているかどうかなどということには関わりなく④が肯定されてよい筈だということにはならないだろうか。ところが、この点は、④を承認した場合において、なお残された重要な論点であるという認識が一般的である。

(注5) いずれの場合においても、乙は補助参加をすることはできるであろう。今般の期末テストでも補助参加ないし共同訴訟的補助参加に力点を置いて論じた答案が少なくなかった。しかし、その点は本件設例に特有のことでもないと考えるので、ここでは検討を省略する。

(注6) この点は、後記イ及びウの場合についても同じことが言える。

(注7) 現在作業が進行中の民法(債権法)改正により、詐害行為取消権をめぐる議論は随分整理されるのではないかという期待を上記(注1)で表明しておいた。しかし、その改正により、複数の取消債権者による詐害行為取消訴訟が類似必要的共同訴訟になるものと解すべきかといえば、必ずしもそうではない。上記イの場合について述べたと同じように、別訴提起は可能であり、いずれかの訴訟で請求認容の判決が得られるなら他の訴訟は取り下げられることになるであろうというだけのことであり、解する余地も十分残されている。もっとも、改正に伴い、会社法837条と同旨の規定が置かれる可能性はあるかもしれない。しかし、そのような規定が置かれたから必ずしも類似必要的共同訴訟になるというわけではないのではないか。因みに、私は、会社法837条の規定がある会社の組織に関する訴訟についても、それがあたかも当然のように類似必要的共同訴訟とされることに対しては疑問を有している。この規定は、訴訟経済の観点から併合可能であるときは併合すべしとただけのことであり、例えば審級を異にする場合(株主総会決議取消訴訟など、提訴期間が極めて短いものについてはともかく、会社成立の日から2年とされている会社設立無効の訴えについては審級を異にするという事態も想定されないではない。)などにまでそれが及ぶものではないのではないかと考えるからである。

#### 4 補足—破産法45条、民事再生法40条の2・140条について

ア 上記2のアのァで言及したとおり、現在進行中の民法（債権法）改正作業においては、詐害行為取消訴訟において取消の対象となる詐害行為について破産法や民事再生法における否認訴訟の否認事由との整合性が意識されていることが明らかに見て取れる。

このことは、詐害行為取消訴訟の係属中に債務者について破産手続開始決定や民事再生手続開始決定がなされた場合における同訴訟の中断・受継を説明する上でも、また、実際の処理の関係でも望ましいことに違いない。

イ しかしながら、同改正により、詐害行為取消訴訟の被告に受益者（又は転得者）のほか債務者も加えるということになった場合、破産手続開始決定や民事再生手続開始決定がなされたことに伴い同訴訟が中断され（破産法45条1項、民事再生法40条の2第1項）、破産管財人や否認権限を有する監督委員又は管財人が同訴訟を受け継ぐとき（破産法45条2項、民事再生法140条1項）、被告である債務者の地位はどうなるのであろうか。破産管財人等によって受け継がれるべきは原告たる取消債権者の地位であることは当然であるが、被告である債務者が破産者ないしは再生債務者になったからといって、その地位まで受け継ぐとは考えられない。民事再生法138条には、否認権限を有する監督委員とは別に再生債務者が当事者として訴訟に関与することのあることが規定されているが、それ以外の場合には破産者ないし再生債務者が否認訴訟の当事者となることは想定されていないものと思われる。<sup>(注8)</sup>

ウ そうだとすると、詐害行為取消訴訟で受益者とともに被告とされていた債務者は、破産手続において破産管財人が同訴訟を受け継いだとき（民事再生手続において管財人が受け継いだときも同じ）は自動的に当事者適格を失うものと解されることになるのだろうか。

しかし、当該否認訴訟が係属中に破産手続が終了したときは、同訴訟手続は中断し、破産債権者又は財団債権者においてこれを受け継ぐものとされ（破産法45条4項・5項）、同様に、民事再生手続の場合には、再生債権者又は破産管財人において受け継ぐ（民事再生法140条3項・4項）ことにな

るところ、これは詐害行為取消訴訟の復活にほかならない（ただし、民事再生手続の終了により破産管財人が受け継ぐ場合を除く。）から、これにより債務者の被告適格が復活するということになるのであろうか。その場合、債務者の被告適格が否定されていた間に否認訴訟においてなされた訴訟手続は債務者に効果が及ぶのだろうか。また、効果を及ぼすためにはどのような理論構成が考えられるのであろうか。（注9）

このような問題点があることに思いを致すなら、詐害行為取消訴訟において債務者も被告とされることとなった場合はもとより、共同訴訟的補助参加人の立場にとどまる場合においても、当該訴訟は中断したままにして、破産管財人や否認権限のある監督委員は、別途、否認訴訟（否認の請求を含む。）を提起すべきものとしてはどうであろうか。このように別訴等を提起すべきこととしても、詐害行為取消訴訟における弁論や証拠調べの結果は十分参考に供することができるし、場合によっては書証としてそれを活用することも可能であるから、特に不都合があるとも思われない。ただし、このような考え方を採用する場合には、破産法や民事再生法にその関係の規定を置くことが望ましいであろう。

（注8） 上記改正の中間試案（第15の1の（注2））によれば、債務者を被告とするのではなく、債務者に対する訴訟告知を取消債権者に義務づけるとする考え方もあることが紹介されている。そうすると、債務者がそれに応じて参加（共同訴訟的補助参加と解すべきか？）してくることを想定しなければならないところ、その場合にも参加人としての債務者をどう扱えばよいかという問題が生ずる。その限りでは、債務者も被告とする場合と変わらない。このように考えてくると、現行法下でも、債務者が補助参加の申出をして、それが認められることも想定されないではないから、同じような問題が生ずる可能性はあることになる。

（注9） 以上のような疑問は債権者代位訴訟についても生ずる。債権者代位訴訟についても債務者の破産手続開始決定や民事再生手続開始決定による中断・受継が規定されているが（破産法45条、民事再生法40条の2）、やはり債務者が同訴訟に当事者等として参加している場合があり得るからである。私は、債権者代位訴訟が提起された場合においても債務者が共同訴訟参加（52条）をすることは妨げられないと考えるものであるから（「民事訴訟法上のいくつかの論点について（中）」（判例時報2124-13以下参照）当然であるが、そうでないとしても、債務者が債権者代位訴訟に独立当事者参加することが許される場合のあることは判例によっても認められているし、少なくとも共同訴訟的補助参加ができることは否定すべくもないから、いずれにしても債務者が債権者代位訴訟に参加している場合があることになる。また、債権者代位訴訟に類

似する訴訟構造である株主代表訴訟においては、会社が原告たる株主側に参加（共同訴訟参加若しくは共同訴訟的補助参加）をすることができることはもとより、被告である役員側に補助参加することも認められている（会社法849条1項・2項）。

そうすると、債権者代位訴訟に参加している債務者や株主代表訴訟に参加している会社について破産手続開始決定や民事再生手続開始決定がなされ、破産管財人や再生債務者が当該訴訟を受け継ぐときに、参加人である債務者や会社をどのように取り扱うべきなのかという疑問が生ずることが避けられないように思われる。上記私見によれば、このような複雑な訴訟法律関係が生じている場合には、当該債権者代位訴訟や株主代表訴訟は中断したままにして、破産管財人等は、別途、給付請求訴訟を提起すべきことになる。

## 第5 「権利抗弁」について

1 留置権や同時履行の抗弁権は「権利抗弁」だと言われる。これは、当該訴訟において、権利者による権利行使の意思表示があってはじめて抗弁として判決の基礎とすることができるとされる（村田渉・山野目章夫編著『要件事実論30講（第2版）』（以下「村田ほか・30講」と略記する。）p7、酒井一「権利抗弁」（前掲民訴判例百選p110）など）。<sup>（注1）</sup>

したがって、訴訟外で、権利者（Y）が同時履行の抗弁権を行使する旨の意思表示をしていたとしても、それだけでは同抗弁を主張し同時履行の抗弁権を行使したことにはならないものと解されている。では、Yが、「訴訟外で、既に同時履行の抗弁権を行使した」という事実を訴訟において主張するとどうなるのか。同時履行の抗弁権をいつ行使したかは効果の発生に関係しない（牽連関係が持続している以上いつでも行使できるし、いつ行使したかによって効果は変わらない）から、そのような事実主張に格別の意味はない。あくまで、当該訴訟でその権利行使をすることが必要であるから、上記主張時にそれが行使されたものと扱うか、その点について釈明権を行使して、改めて権利行使をさせれば足りる。ただ、その事実を反対当事者（X）が主張した場合はどうかという問題はある。しかし、Y自身が当該訴訟で同時履行の抗弁権を行使しない以上、その効果は発生しない。これは、同時履行の抗弁権が権利抗弁だとされることからするいわば当然の帰結である。したがって、Xが上記のような主張をすることの目的は別にある。すなわち、これにより、「Yが訴訟外で、同時履行

の抗弁権を主張した」という事実が弁論に表れることになるどころ、当該訴訟において、Yが、Xの主張する売買契約の成立そのものを争っているような場合においては、Xとしては、Yが訴訟外で同時履行の抗弁権を主張（行使）したということは、Yが当該契約の成立自体は認めていたことにほかならないと主張したいわけである。しかし、仮にXの主張するところの事実が認められるとしても、それにより、当該契約の成立についてYが自白をしたことになるわけではないから、その点についてはあくまでも証拠により認定するほかはない。(注2)

このように、Xがその旨の事実を主張したとしても、そのことが何か当該訴訟の決め手になるというようなことは考え難い。

そうすると、いずれにしてもこのような議論をする実益は余りなさそうである。

(注1) 保証人が債権者に対して主張する催告の抗弁権（民法452条）も権利抗弁の一つである。これに対し、検索の抗弁権（同453条）についてはやや問題もあるが、やはり権利抗弁と解すべきである（この点については後記3参照）。また、第6で検討する不動産物権変動における「對抗要件の抗弁」についても、支配的見解によれば権利抗弁の一種であることになる。

これに対し、取消権・解除権などの私法上の形成権については、権利行使の意思表示が必要であるという面では権利抗弁に通ずるものがある（したがって、それが訴訟で初めて行使される場合には権利抗弁と言ってもよいかもしれない。）が、これらが訴訟外で行使されているときは、その事実が通常の抗弁となるのであるから、真正の権利抗弁とは言い難い（高橋・重点講義（上）p450参照）。

(注2) もっとも、上記事実が当該契約成立の方向での認定に資する間接事実の役割を果たすということは考えられないではないが、それとて、Yとしては、「あくまでも当該契約の成立自体を争っているものであるが、仮にそれが認められた場合には同時履行の抗弁権を主張する意思を明らかにしたにとどまる。」などと反論するものと思われるから、事実認定の上でも決め手とはなり得ない。

## 2 建物買取請求権

ア 建物所有を目的とする甲土地の借地契約が期間満了等により終了したとして(注3)、X（地主）からY（借地人・乙建物所有者）に対する建物収去・土地明渡請求訴訟(注4)が係属している場合において、Yは乙建物の買取請求権を行使することができる（借地借家法13条）。その結果、Y

とXとの間に乙建物についての売買契約が成立し、Xの乙建物取去・甲土地明渡請求は乙建物退去・甲土地明渡請求ないし乙建物明渡請求に変わり、判決主文としては「Yは、Xに対し、Xから〇〇円（乙建物代金）の支払を受けるのと引換えに、乙建物から退去して甲土地を明け渡せ」又は「Yは、Xに対し、Xから〇〇円の支払を受けるのと引換えに、乙建物を明け渡せ」となるものと解されている。<sup>(注5)</sup>

イ では、これは同時履行の抗弁権が行使された結果であるのか。確かに、この場合の「〇〇円の支払を受けるのと引換えに」というのは、同時履行の抗弁権が行使され、これが認められた場合になされる引換給付判決と類似した表現ではある。という以上に、これもまた引換給付判決には違いない。しかし、それは明らかに同時履行の抗弁権が行使された場合とは異なる。すなわち、それは、建物売買契約が成立したことを踏まえた上で、代金の支払と建物の引渡（明渡）が同時履行の関係にあり、その同時履行の抗弁権が行使されたことの結果ではなく、あくまで建物買取請求権という借地人に認められた借地借家法上の権利が行使された結果、論理必然的に導かれる判決主文であると見るべきものである。実際にも、建物買取請求権の行使とは別に、建物代金の支払と建物明渡について同時履行の抗弁権が行使されることはないものと思われる。

ウ それはそうだとし、建物買取請求権の行使は権利抗弁となるのだろうか。それは、訴訟上、権利行使されなければならないものではなく、訴訟外で行使されてもよいものであるから、権利抗弁ではないことに疑問の余地はない。<sup>(注6)</sup>

ただ、建物買取請求権行使の事実が訴訟において主張される必要があることは弁論主義からくる要請として当然のことである。<sup>(注7)</sup>

(注3) 借地人に債務不履行があって賃貸借契約が解除された場合には建物買取請求権は発生しないというのが判例である（最判S35・2・9民集14-1-108）。債務不履行をした借家人に造作買取請求権がないとされる（最判S31・4・6民集10-4-356）のと対をなすが、両者を同列に扱ってよいかについては疑問もないわけではない。この点について、内田・民法Ⅱ p 205は「学説の多くは反対しているが、判例を支持すべきである。」としている。

(注4) 建物取去・土地明渡請求のほか併せて土地明渡済みまでの地代相当損害金の

請求がなされる場合も多く、むしろ、それが通例であると言ってもよいであろう。この場合に建物買取請求権が行使されると地代相当損害金請求がどうなるかという問題もある。建物売買契約の成立時期をどう捉えるかということと関係して興味深い論点を提供するように思われるが、内田・前掲 p 204は「建物買取請求権は形成権と解されている。したがって、権利行使によって当然に売買契約が成立する。借地人は建物代金の支払を受けるまで土地を留置できるが、借地契約終了後明渡しまで土地を使っていた利益、つまり地代相当損害金が支払われなければならない。」と簡単に結論付けている。建物を取得した第三者が建物買取請求権を行使したという事例ではあるが、これと同旨の最判 S35・9・20民集14-11-2227もあり、おそらく内田説はこの判例を下敷きにしてしているものと思われる（内田・前掲 p 540参照）。

しかし、建物買取請求権が行使されるまでの地代相当損害金についてはともかく、同請求権行使後のそれについては疑問が残る。すなわち、建物買取請求権の行使により当然に建物の売買契約が成立するのであれば、以後、建物の賃料相当損害金の請求がなされることにはなっても、地代相当損害金の請求が認められることにはならない道理ではないだろうか。そして、建物代金の支払と建物の明渡が同時履行の関係に立つ以上、建物代金の支払（の提供）がなされるまでは建物の賃料相当損害金の請求権も発生しない筋合いであるから、結局、建物買取請求権の行使によりこの付帯請求は請求の根拠を失うことになるのではないかというのが私の疑問である。なお、この点については後記（注6）で再論する。

(注5) この場合において、乙建物についての所有権移転登記手続はどうなるのだろうか。寡聞にして、この点について留意された主文例を知らない（塚原朋一編著『事例と解説・民事裁判の主文』 p109以下参照）。Xとしては、建物買取請求権が行使されたのを見極めた上で、登記手続請求の反訴を提起すべきなのであろうか。

しかし、不動産売買契約においては、代金の支払と当該目的不動産の引渡+所有権移転登記手続に必要な関係書類の交付が同時履行の関係にあるものとされることがむしろ通例ではないかと思われるところからすると、所有権移転登記手続請求については反訴を提起しなければならないというのはいかにも不都合である。これもまた引換給付の対象に含めて然るべきではないかと考える。

(注6) 建物取去・土地明渡請求に付加して土地明渡済みまでの地代相当損害金の付帯請求がなされている場合においても、上記（注4）で見た内田説によれば格別の問題は生じないが、私見のように考えるとすれば、少なくとも付帯請求との関係においては、建物買取請求権がいつ行使されたかは相応の意味があることになり、この点において、いわゆる同時履行の抗弁権が行使された場合とは明らかに事情を異にするものと言わなければならない。もっとも、実際には、建物買取請求権は、借地人にとっては最後の手段として主張されるものであるから、予備的ないし仮定的に主張される場合も多いものと思われるところ、この場合には、上記のような付帯請求の根拠を消失せしめるという意味での建物買取請求権の行使とは認められず、それが認められるのはあくまでこれが確定的に行使されたときと解すべきであろう。

しかし、それにしても、私見により導かれる結論はいかにも落ち着きが良くない。それは、一にかかって「建物買取請求権は形成権であるから、その権利行使により当然に売買契約が成立する」としたことに起因するように思われる。売買契約という以

上は売買代金額の確定が不可欠の要素である筈であるのに、建物買取請求権の行使と同時に売買代金額が確定されるわけではない（そもそも、借地人は建物買取請求権を行使するに当たって代金額を特定して主張することさえ必要ないものと解されている。）から、同請求権行使により直ちに売買契約の成立を認めるのは無理がある。もちろん、借地人が特定の代金額を主張し、それについて地主側も異存がないという場合もないとは言えず、そのような場合には、その旨の地主側の意思が確認できた時点で売買契約の成立を認めてもよいであろうが、通常は、裁判所において鑑定その他適切な資料によって当該建物の時価評価額を認定することによって代金額が確定されるのである。そうであれば、「建物買取請求権は形成権である」という一事をもって、その行使により当然に売買契約が成立すると考える必然性はないものというべきである。建物買取請求権が行使されると、地主は承諾しないという自由を奪われることになるが、そのことの故をもって売買契約の成立とする必要はない。契約が成立するのは売買代金額が確定したとき（通常は、判決確定時ないしはせいぜい口頭弁論終結時）と解するのが相当ではないかと考える。

(注7) 建物買取請求権についても、Yが裁判外でこれを行使したことをX側において主張することも考えられる。Yが建物買取請求権を行使したということは当該契約が期間満了等で終了したことを認めているからにほかならないというわけである。しかし、X主張のとおり的事实が認められるとしても、借地契約の終了についてYの自白が成立するということにはならないし、建物買取請求権が仮定的ないし予備的に主張（行使）される場合の方がむしろ多いものと思われることからすれば、X主張に事実認定上の格別の意味を認めることはできない。

これに対し、建物買取請求権の行使を含む訴訟外での和解契約が成立している旨の主張がX側からなされ、その旨の事実が認められたときには、それに副った判決がなされるのは当然である。もっとも、その場合の和解の内容は、通常、「①YはXに甲土地を○年○月○日限り明け渡す。②Yは乙建物の所有権を放棄する（又は、Xに譲渡する）。③Xは、甲土地の明渡しと引換えに、和解金××円をYに支払う。」というようなものになることが想定されるのであり、必ずしも建物買取請求権の行使が前面に出てくるわけではないが、②と③の趣旨には建物買取請求権の行使ということが踏まえられているものと解することができる。

### 3 保証人の催告の抗弁と検索の抗弁

ア 保証人は「主たる債務者とその債務を履行しないときに、その履行をする責任を負う」（民法446条1項）のであるから、主たる債務者に比してその履行の責任は二次的である。また、保証債務の内容は主債務の範囲に限られる（同法448条）。

催告の抗弁（同法452条）及び検索の抗弁（同法453条）は、そのような保証債務の性質から導かれるものである。すなわち、債権者から保証債務の履行を請求された場合、保証人としては、第1に、まずは主債務者

に催告すべき旨を請求（主張）することができる。催告の抗弁がこれである。これは、訴訟においては、「被告（保証人）は、原告（債権者）が主債務者Aに催告をするまで、保証債務の履行に応じない。」との主張となる。第2に、債権者が主債務者に催告をした後であっても、「保証人が、主たる債務者に弁済をする資力があり、かつ、執行が容易であることを証明したとき」は、債権者は、まず主たる債務者の財産について執行をしなければならぬものとされる。これが検索の抗弁である。訴訟では、「主債務者Aには担保権の設定されていない不動産や預金などの資産があるので、それに対する執行をしてからでないと、保証債務の履行に応じられない。」などと主張することになる。

イ　ところで、催告の抗弁が権利抗弁であることは疑問の余地がない。これに対し、検索の抗弁はやや問題である。民法453条は、保証人が、「主債務者に弁済の資力があること」+「その執行が容易であること」を証明したときは、債権者は「主たる債務者の財産から執行しなければならない」と規定するから、これを素直に受け止めるなら、それは執行段階で主張すべきこととされているかのようでもある。

仮にそうだとするなら、保証人に対する保証債務履行請求訴訟において、被告（保証人）が上記第2のような主張をしたとしても、それをもって債権者の請求を妨げることはできず（すなわち、当該主張は「主張自体失当」として斥けられる。）、債権者の請求が認容されることになる道理である。もっとも、保証人は、当該判決を債務名義として強制執行を受ける場合には、上記主張をし、かつ、それを証明することにより執行を免れることができる。具体的には、上記主張を異議事由として請求異議訴訟などの執行関係訴訟を提起することが考えられる。

しかし、これに対しては、保証債務履行請求訴訟において検索の抗弁を主張し得ず、ただ執行関係訴訟を提起するなどして執行を免れることができるだけだというのではいかにも迂遠であって、ひいては保証人の保護に欠けるといふ批判が予想される。もっとも、このような批判に対しては、債権者にすれば、保証人からこのような主張がなされたからといって、保

証人に対する債務名義の獲得自体を断念させられるいわれはなく、むしろ、執行段階で利益調整がなされれば足りることであるという反論も考えられ、それはそれで一理ないわけではない。微妙な問題であるが、冒頭に指摘したとおり、保証人の責任があくまでも主債務者のそれに次ぐ二次的なものであること、したがって、債権者としては、まず主たる債務者に請求をし、それが効を奏しないときにはじめて保証人に請求すべきであることからすれば、保証債務履行請求訴訟において、被告（保証人）が検索の抗弁を主張することができ、それにより原告の請求を阻却することができるものと解するのが相当である。そうであれば、検索の抗弁もまた、同訴訟における権利抗弁としての性格を有するものと解すべきことになる。

ウ これらの抗弁に対して、債権者において保証人の債務が連帯保証債務であること（したがって、上記抗弁権を有しないこと）を主張することが再抗弁となる（村田ほか・30講 p 274、279参照）。

#### 4 時効の援用権

ア 民法145条は「時効は、当事者が援用しなければ、裁判所がこれによって裁判をすることはできない。」と規定するところ、この点については、確定効果説と不確定効果説の対立があるが、後者、なかんずく「時効期間の経過によって時効の効果が確定的に生ずるのではなく、援用権者がそれを援用することによってはじめて確定的に生ずる」とする停止条件説が通説であるとされる（内田・民法 I p 327以下、村田ほか・30講 p 329など）。

この「時効の援用」をどう理解するかがここでの問題である。（注8）

イ 取得時効には時効期間が20年の長期取得時効と、10年の短期取得時効がある（民法162条）が、その実体的要件について簡単に見ておくことにする。

前者の要件は、占有者が、目的物（条文上は「他人の物」とあるが、所有権者も時効取得し得ることとされているから、「他人の物」であることは要件ではないことに帰する。）を、①所有の意思をもって、②平穩、か

つ、③公然と、④20年間にわたり占有を継続することであるのに対し（同条1項）、後者のそれは、④占有期間が10年間と短い代わりに、占有の初めにおいて⑤善意、⑥無過失であることが必要とされる（同条2項）以外は、前者と共通である。

しかし、①ないし③及び⑤は民法186条1項により推定され、また、同条2項により、前後の両時点において占有が認められるときは、その間継続した占有と推定されるから<sup>(注9)</sup>、占有者は、⑦長期時効取得を主張するには、「占有のはじめとそれから20年経過後の占有」の事実を主張すれば足り、①短期時効取得を主張する場合には、「占有のはじめとそれから10年経過後の占有」+「占有のはじめに無過失であったこと」を主張すべきこととなる。

ウ ところが、上記アのとおり、「時効の援用」について通説であるとされる停止条件説によった場合には、時効期間の経過によって時効の効果が確定的に生ずるのではなく、援用権者がそれを援用することによってはじめて確定的に生ずることになるわけであるから、時効期間の経過後、それが援用されるまでの間に発生した物権変動との関係をどのように理解するかが問題となる。

それが特に問題となるのは不動産の時効取得の場合である。Xが登記簿上A所有名義の甲不動産を20年間にわたって占有したが、対抗要件たる登記を具えないでいるうちに、AがYに同不動産を売却し所有権移転登記を経由してしまったという場合、登記制度を重視する我妻説及び判例によれば、あたかも二重譲渡類似の関係となって、Xは登記を備えたYに対抗できないことになる。しかし、Xが、時効期間の経過後、間を置かずにAに対して所有権移転登記手続を求めることは必ずしも期待し難いから、時効の利益を享受して然るべきXがその後の取得者であるYに対抗できないという時効制度の趣旨からすれば不都合ともいべき上記のような事態が往々にして生じ得ることになる。そこで、時効期間を現時点から遡って算定するという川島説の登場を見ることになるわけである。

しかし、上記アのとおり、時効の援用があってはじめて時効の効果が確

定的に生ずるといふ通説によれば、時効期間が経過しても援用しないというちは時効の効果が生じていないわけであるから、川島説の登場を待つまでもなく、我妻説によってもたらされる不都合は容易に回避することができる。これを裏側から見れば、XがYに対抗できないこととなるのは、時効期間経過後、時効を援用したにもかかわらず、所有権移転登記を求めることなく放置していたところ、Yが現れたという場合に限られることになる。そして、そのような場合にまでXを保護しなければならないということにはなるまい。

このように、援用により時効の効果が確定的に生ずるといふ通説の考え方は落ち着いたよい結論を導くことを可能にする。のみならず、客観的に時効期間が経過しただけでは、時効によって利益を受ける者（時効の援用権者）も、反対に時効により権利を喪失することになる者も、時効の効果について明確に意識していないということが往々にして考えられることからしても、実態を踏まえた説得力に富んだものといふことができる。

エ しかし、通説の理解は民法162条や167条の文言からすると明らかに違和感がある。また、不動産の取得時効と登記の関係について論じた我妻説はもちろん、これを疑問とし、時効の起算点を動かすことによってこの問題の合理的な解決を図ろうとする川島説にしても、いずれも時効期間の経過により時効取得の効果が生ずることを前提にした立論ではないかと思われる。

このように考えるなら、時効は、客観的には時効期間の経過により確定的に効果が発生するのであるが、援用がなければその効果は援用権者に帰属することはない（これを裏返せば、時効の援用がなされてはじめて援用権者に時効の利益が確定的に帰属する）と解すべきではないだろうか。これは、民法162条や167条の文言にも則した素直な解釈である上、民法145条の規定とも無理なく調和するものであり、極めて合理的な解釈ではないかと考えるのであるが、どうだろうか。

もっとも、このような理解（私見）に対しては、実体法上の権利の発生と帰属が分離されることになって不都合であるという批判が加えられるか

もしれない。しかし、そのような批判に対しては、そもそも時効の援用の効果は相対的なものとされている（通説）ということをもって答えることが可能ではないかと考える。（注10）

（注8）時効には、取得時効と消滅時効があり、時効の援用はいずれの場合にも問題になり得るが、ここでは、便宜、専ら取得時効について考察を加えることとし、消滅時効については必要に応じて言及するにとどめる。

（注9）民法186条1項と2項では、条文上は同じく「推定」という文言が用いられているものの、2項のそれは「法律上の事実推定」であるのに対し、1項のそれは証明すべき「推定」の前提事実を欠くものであり、「暫定真実」と言われる。

（注10）この時効の援用の相対効については、内田・前掲p332は、「時効の効果を実体法上の権利の得喪と考えると、効果が相対的にのみ生ずるというのは理解しにくいかもしれないが、このような扱いは法律の世界ではよく見られる。援用を良心規定と考える立場からはもっともな扱いである。」と説明している。しかし、援用について規定する民法145条は、その文言からしても明らかに裁判（訴訟）を視野に置いており、援用が訴訟で主張されるべきことが予定されているものということができる。そうだとすると、訴訟における判断結果（判決）が、原則としてその当事者間にしか及ばないという意味で本来的に相対的なものであることは至極当然のことなのである。

私は、援用の相対効について、訴訟を前提にした上でのこのような理解がなされるのではないかと考えるものである。

オ では、この時効の援用（ないし援用権の行使）は、権利抗弁であるのか。

民法145条は「時効は、当事者が援用しなければ、裁判所がこれによって裁判をすることができない。」と規定するが、そのことは、援用権者が必ず訴訟で援用しなければならないことを意味するものではなく、訴訟外で援用することもでき、ただ、当事者が援用しないと裁判所はこれによって裁判をすることができないというにすぎない（確定した判例）。そうであれば、時効の援用は権利抗弁の範疇には入らないということになるろう。

もっとも、時効の効力はその起算日に遡る（民法144条）こととされているから、それが所有権の取得時効であれば、占有の初めに遡って所有権を取得することになり、債権の消滅時効ならば、履行期に遡って当該債権が消滅したことになる（民法166条）ところ、援用により時効の効果が確定的に援用権者に帰属することになるというのであれば、訴訟上の援用とは別に訴訟外での援用を認める実益はないのではないかと考えられる。そ

うだとすれば、同時履行の抗弁権などと同様に、専ら訴訟上での援用のみを認めれば足り、かつ、それが必要ではないかという疑問が提起されることも予想される。しかし、訴訟上であれば、訴訟外であれば、援用がありさえすれば時効の効果が確定的に援用権者に帰属するということと、援用が必ず訴訟においてなされなければならないということとはやはり同じではない。最大の違いは、援用権者が訴訟で援用したのに対し、相手方において援用権者が既に訴訟外で援用していることを主張し、その事実が認定された場合には、訴訟外での援用の効果が裁判所により認められるということである。例えば、Xが、甲土地を時効取得したとして、前所有名義人Aから所有権移転登記を経由しているYを被告として提起した所有権移転登記手続請求訴訟において、Xが訴訟において時効を援用したのに対して、Yが、Xは既に訴訟外においてAに対し時効を援用していたところ、Yは、その後、Aから甲土地を買い受けて所有権移転登記を具備したものである旨主張したとする。X及びYの主張がともに認められたとすれば、XとYの間には二重譲渡類似の対抗関係が生じ、Xは登記を具備したYに対抗できないため、Yが背信的悪意者に該当するというような例外的な場合を除いては、敗訴を免れないことになる。これに対し、Xによる援用があったときにはじめて確定的に時効の効果がXに帰属するのであり、かつ、Xによる援用は訴訟における権利行使（援用）以外には認められないとすれば、Xが訴訟で援用する前には甲土地の所有権は依然としてXに帰属していないのであるから、XとYとは対抗関係に立つとは言えない（少なくとも、そのように解される可能性がある）ことになろう。前者の結論を支持すべきものとする。<sup>(注11)</sup>

(注11) もっとも、消滅時効についてはこれに類する事態の発生は考えられないから、事情を異にする。また、動産の取得時効についても、その前提たる占有と物権変動の対抗要件としての引渡し（民法178条）によりもたらされる占有がぶつかり合うなどという事態は、理論上はともかく、実際には殆ど想定し難い。

そうであれば、これらの場合の時効の援用、特に消滅時効のそれについては、訴訟外での援用に独自の意義を見出し難いものと言うべきであるから、同時履行の抗弁権などと同様に権利抗弁と解しても差し支えないかもしれない。

**第6 「所有権喪失の抗弁」、「対抗要件の抗弁」、「対抗要件具備による所有権喪失の抗弁」について—要件事実論雑感**

1 基本設例：甲土地を所有するXが、甲を使用・占有するYに対し、所有権に基づき甲の明渡しと賃料相当損害金の請求をする訴訟（以下「本件訴訟」という。）を提起したとする。

ア 本件訴訟における明渡し請求の請求原因は、「① Xは甲を所有している。② Yは甲を現に占有している。」であるが、付帯請求との関係では、「③ 付帯請求の起算日時点におけるYの甲占有、④ 甲の賃料相当額」を主張する必要がある。

この場合におけるYの認否としては、②はまず認めることになるであろうし、③以下についても争うことがあるにしても、それが主要な争点になることは考え難い。そうすると、本件訴訟の成行きとして想定されるのは、①をめぐる攻防が中心となるか、それとも、①についても認めるか、或いは強いて争わないとした上で、自己の占有正権原を抗弁として主張し、それが中心的争点になるかのいずれかであろう。

イ ところで、①を認めることはXの所有権を認めるということ（権利自白）である。本来の自白とは性質を異にするが、これもまた「自白」として認められることについては異論のないところである。Yが①を認めた上で主張する抗弁の典型は、「㉞ YはXから甲を借り受けた」というものであろう。また、Yが「④ YはXから甲を買い受けた」という主張をすることも考えられるが、これは、請求原因として、YがXから甲を買い受けたとする時点におけるXの所有が主張され、それをYが認めた上で、抗弁としてXからの買受けの事実が主張されることになるものである。<sup>(注1)</sup>

なお、上記のYの主張の変形として、Yの占有ないし所有に至る過程に第三者であるAが介在している場合も考えられる。例えば、「Yは、Xから甲を買い受けたAから甲を借り受けた」とか、「Yは、Xから甲を買い受けたAからさらに甲を買い受けた」という如くである。<sup>(注2)</sup>

ウ これに対して、Yが①を否認して争う場合には、Xは、Yが甲の所有を認める元所有者の段階にまで遡った上で、その元所有者からXまで

に至る所有権の移転の経緯を主張することになる。ここでは、検討の便宜上、この所有権移転の経路を最大限に単純化して、Yは甲の前所有者Bの元所有は認めているという場合を想定すると、この場合のXの請求原因は「①-1 Bによる甲の元所有（Yが認める最後の時点 $\alpha$ におけるBの所有が主張される。）、①-2 その後の $\beta$ 時点におけるBからXへの所有権移転」となる。つまり、①に代えて①-1及び①-2を主張し、これをもってXの甲所有を理由づけるというわけである。

エ これに対するYの認否は、①-1については認める（前同様、権利自由である）となるのは当然であるが、①-2については「不知」ないし「否認」とされることが多いものと思われる。その上で、Yは、「㊦ Yが、 $\alpha$ 時点でBから甲を買受けた」とか、「㊧ Yは、 $\gamma$ 時点でBから甲を買受けたCから、その後、甲を買受けた」と主張することが想定されるほか、「㊨ Yは、 $\gamma$ 時点でBから甲を買受けたCから、その後甲を借り受けた」、「㊩ Yは、 $\gamma$ 時点で、Bから甲を借り受け、対抗要件を具備した」などの主張をすることも考えられる。㊦はひとまず措くとして、上記㊦ないし㊨の主張に共通するのは、前所有者BからY又はCが甲を買受けたことによりBは甲の所有者ではなくなった（Bの所有権喪失）という主張である。

このようなXの所有権喪失（㊦+その変形）、又は、元所有者Bの所有権喪失（㊦ないし㊨）についてのYの主張が「所有権喪失の抗弁」と言われるものである。なお、ここで留意しなければならないのは、問題とされているのはあくまでX又はBの「所有権喪失」であって、Y自身の「所有権等の取得」ではないということである。

オ とところで、Xの所有権喪失の抗弁（㊦+その変形）はそれ自体で意義があるが、㊦ないし㊨のそれについては、XもBからの買受け（による所有権取得）を主張しているので（①-2）、仮にその事実が認められるとすれば、㊦ではYもまたBからの買受けを主張しており、㊧及び㊨ではCもBから買受けたとの主張をしているのであるから、これはいずれも典型的な二重譲渡の事例にほかならず、㊦のXとY、㊧及び㊨の場合のXと

Cとは二重譲渡における対抗関係にあるものということができる。(注3)

そうとすると、㊸ないし㊹においては、Yは、上記のようなBの所有権喪失を主張しただけでは足りず、㊱-2の事実が認められる場合に備えて、すなわち、XとY又はXとCが上記のような対抗関係にあるということを踏まえて、「Xが甲につき対抗要件としての登記を具えるまではXの請求に応じることはできない(Xを所有者とは認めない)。」との主張をすべきことになる。これが、いわゆる「対抗要件の抗弁」である。

(注1) したがって、㊸はYの占有正権原の主張であるのに対し、㊱はXの所有権喪失の抗弁であることに注意しなければならない。

(注2) 正確には、AがXから甲を買い受けたことこそが重要なのであり、それをさらにYがAから買い受けたとか、借り受けたとかいうことは不要である。つまり、これらの場合には、XからAへの売買によるXの所有権喪失が抗弁事実となるのであり、その点において上記㊹の場合と異なるのである。

(注3) 同じくXがBから甲の所有権を受け継いだということであっても、それが相続などの一般承継による場合はこれとは異なる。BとXとは同視できるため、ここには対抗関係が生じないからである。

## 2 対抗要件具備による所有権喪失の抗弁

ア 上記㊸ないし㊹の場合において、Yとしては、対抗要件の抗弁を主張するにとどまらず、さらに一步進めて、Y又はCが対抗要件たる登記を具備したことを主張することも考えられる。これは「対抗要件具備による所有権喪失の抗弁」と呼ばれる。例えば、村田ほか・30講は、所有権喪失の抗弁について、「原告の過去の所有を認める被告が、承継取得や時効取得という所有権を目的とする物権変動があったことにより原告が所有権を失ったことを主張するものである」と定義した上で(p39)、「原告ではない者の過去の所有について争いがなく、その者から一方では原告が承継取得などをし、この所有権に基づく請求権が訴訟物になる場合において、被告が、原告の前主から所有権を承継取得した者などがいることを理由として、原告の所有権喪失を主張するときにはあわせて対抗要件の具備を主張立証することが考えられる。そのような形態の所有権喪失の抗弁は、とくに対抗要件具備による所有権喪失の抗弁と呼ばれる」(p40)などと説明している。

イ しかしながら、対抗要件を具備したのはY（又はC）であるのに、それにより所有権を喪失したのはB又はXであって、主体が異なるのであるから、その一事からしてもこのような呼び名が適切であるか疑問なしとしない。その点はひとまず措くとしても、このような二重譲渡事例において、「対抗要件の抗弁」にとどまらず、「対抗要件具備による所有権喪失の抗弁」が主張されることの必要性・必然性はどこにあるのだろうか。Y側から「対抗要件の抗弁」が主張されたのを受けて、Xが「対抗要件具備（による所有権取得）の再抗弁」を主張するというのなら分かるのだが、Yが「対抗要件具備による所有権喪失の抗弁」を主張するというのはどうということなのだろうか。村田ほか・30講も、上記のとおり「原告の所有権喪失を主張するときにはあわせて対抗要件の具備を主張立証することが考えられる。」と述べるにとどまり、それ以上の確たる説明はなされていないように見受けられる。

ウ 加えて、この場合の「所有権喪失」をした者とは誰なのか（Bなのか、それともXなのか）も必ずしも明確ではない。村田ほか・30講 p 40・p 350、加藤新太郎・細野敦『要件事実の考え方と実務（第2版）』 p 76などは、「Yが対抗要件たる登記も具備しているときは、これによりYが確定的に所有権を取得し、その結果としてXが所有権を喪失することになる。」と説いているから、Xの所有権喪失が念頭にあるものと思われる。

(注4)

だが、このような対抗問題が生じている場合において、Xが一時的にせよ所有権を取得し、それがY（又はC）の登記の具備により失われると解することができるのであれば、上記のような説明も首肯できないこともないが、二重譲渡の場合には、対抗関係にあるXとY（又はC）の間では所有権の帰属について流動的・不確定的な状態にあったのが、対抗要件の具備によりY（又はC）に所有権が確定的に帰属することになったというだけのことであるから、Xの「所有権喪失」などを観念すること自体に無理があるように思われる。最初に買い受けたXが対抗要件（登記）を具備していないでいるうちに、Y（又はC）に売り渡され移転登記も経由してしまっ

たという場合ならまだしも、売買の順番が逆の場合にはそのような説明はおよそ妥当しないように思われる。しかし、どうしても「所有権喪失の抗弁」を認めたいというのであれば、Xの所有権喪失よりも前所有者であるBの所有権喪失を考える方が素直であろう。もっとも、BはY（又はC）との関係では直接の取引の相手方であるから、Y（又はC）が対抗要件を具備したことを主張するまでもなく、Bの所有権喪失を主張できる筈である。そうすると、この考え方を取るのも無理があると言わざるを得ない。

以上のとおり、所有権喪失者をXと解するとしても、或いはXの前所有者であるBと解するにしても、いずれも疑問を払拭することができない。これは、二重譲渡事例などの対抗問題が生ずる場合にまで「所有権喪失の抗弁」ということにこだわりすぎた結果ではないかと思われる。すなわち、「対抗要件の具備による所有権喪失」は、「対抗要件の具備」と「所有権の喪失」を無理矢理（或いは、漫然と）結び付けたことの産物なのではないかという気がしてならないのである。

エ とは言え、二重譲渡事例において、Y（又はC）が対抗要件たる登記を具備したことを積極的に主張するという自体は認めないわけにはいかない。Y側が既に登記を具備しているのであれば、当該紛争を早期に、かつ抜本的に解決するためにも、その事実を主張すべきは当然であって、登記を具備しているにもかかわらず、「対抗要件の抗弁」を主張するにとどめなければならないなどとするのは本末転倒も甚だしい。

なお、このような登記具備の主張は、Y（又はC）が甲の所有権を対外的にも確定的に取得したことを主張しているにほかならないのであるから、「対抗要件具備による所有権喪失の抗弁」ではなく、「対抗要件具備による所有権取得の抗弁」と呼ぶか、或いは、単に「対抗要件具備の抗弁」とでも呼ぶ方が相応しいのではないかと思われる。もっとも、Yの「対抗要件の抗弁」に対して、Xが「対抗要件を具備した」旨主張するのが「対抗要件具備の再抗弁」となるところ（上記イ参照）、この「対抗要件具備の再抗弁」や、さらには「対抗要件の抗弁」との区別が紛らわしいという難点がないではないが、以下においては、とりあえず「対抗要件具備の抗

弁」と呼ぶことにする。(注5)

オ しかし、問題は、呼び名をどうするかではなく、「対抗要件の抗弁」のほかに「対抗要件具備の抗弁」を認める意義を理論的にどのように説明し、根拠づけるかである。これは、第1に、訴訟上は（要件事実論的には）対抗要件の抗弁を主張すれば足り、「対抗要件具備の抗弁」は過剰主張ではないのかということであり、第2に、仮にそうだとすると、それにもかかわらず、上記エのとおり「対抗要件具備の抗弁」を主張する独自の意義が何故認められるのかという疑問である。

ア 村田ほか・30講 p 112以下では、「所有権喪失の抗弁」と「所有権取得の抗弁」が対比して検討されている。

そこで挙げられている設例は、本件土地の所有者Xが占有者Yに対して明渡しを求めたところ、Yは、Xが $\alpha$ 時点において本件土地を所有していたことは認めた上で、①Xは、 $\alpha$ 時点で、Aに対し、本件土地を1000万円で売却した、②さらに、Aは $\beta$ 時点で本件土地をYに1300万円で転売し、これにより本件土地はYの所有になったと主張したというものである。

この場合において、①が「所有権喪失の抗弁」、①と②が相俟って「所有権取得の抗弁」となるところ、①の要件事実をa、②の要件事実をbと表示するとすれば、所有権取得の抗弁の要件事実は $a+b$ となる。そうであれば、所有権喪失の抗弁も所有権取得の抗弁も、aが認められるかどうかにかかっている。すなわち、aが認められれば所有権喪失の抗弁が認められるから、所有権取得の抗弁について判断する必要はないし、反対にaが認められないのであれば、所有権取得の抗弁も成り立たないことは明らかであるから、進んでbについて認定するまでもない。要するに、いずれにしても所有権喪失の抗弁だけを判断すれば足り、所有権取得の抗弁について判断する必要はないとして、 $a+b$ は過剰主張の一類型であると説明されている。これは上記1のエで強調した点についての大変巧みな説明と評することができる。

イ この説明を前提にして、「対抗要件の抗弁」と「対抗要件具備の抗弁」について検討するに、対抗要件の抗弁が意義を有するのは対抗関

係にある場合であるから、基本設例において、X・Y（又はC）ともに、Bから甲を買い受けたと主張しているときに、Yが抗弁として主張するのが「対抗要件の抗弁」である。これは、「i Yは、甲の元所有者Bから甲を買い受けた」（これは、Yが民法177条の第三者に当たることの具体的な主張にほかならない。）と、「ii Xが対抗要件としての登記を具備するまではその所有権取得を認めない」という主張からなる。

これに対し、「対抗要件具備の抗弁」は、進んでY（又はC）が対抗要件を具備したことを主張するものであって、あたかも所有権喪失の抗弁と所有権取得の抗弁の関係に類した関係にあると考えられないだろうか。つまり、Xの請求を阻却するには、対抗要件の抗弁を主張すれば必要にして十分であり、それ以上に、Y（又はC）が対抗要件を具備したことを主張するまでの必要はないという意味においてである。すなわち、「対抗要件の抗弁」においては、iが要件事実a、iiはそれを踏まえた法的主張（権利抗弁）にすぎない。これに対し、「対抗要件具備の抗弁」においては、要件事実aのほか、Y（又はC）が対抗要件を具備したという要件事実bを主張しなければならないのであり、a+bの関係になると考えられるのではないだろうか。

ウ しかし、他方で、上記エのとおり、対抗関係が問題になる二重譲渡事例にあっては「対抗要件具備の抗弁」を認めないわけにはいかない。Yとしても、Y（又はC）において登記を具備しているのであれば、「対抗要件の抗弁」にとどめずに、進んで「対抗要件具備の抗弁」をこそ主張したい、それが何故過剰主張などと言われなければならないのかというのは極めて自然な思いであろう。そうだとすると、上記イで検討したようなa+bの理論が二重譲渡事例にあっては必ずしも妥当しないのではないかと考えないわけにはいかない。

そこで、これに関連して、所有権移転登記抹消登記手続訴訟について検討するに、同訴訟においては、Yが登記を具備していることを前提にした上で訴訟が進行されるのは、事柄の性質上当然である。すなわち、同訴訟では、原告Xが「①Xは甲土地を所有している。②Yは甲土地の登記を経

由している。」と主張することになるが、これは、甲土地を占有するYに対しその明渡を請求するのと基本的に同じ図式である。したがって、Yが①及び②を認めた場合には、抗弁として登記保持権原を主張することになるが、①が争われる場合には、Xにおいて、「①-1 Aの元所有、①-2 A・X間の売買」を主張することになる。Yは①-1を認め、抗弁としてA・Y間の売買を主張する。これは、Yが民法177条の第三者に当たるという具体的な主張であるとともに、登記原因（＝登記保持権原）を主張するものでもある。すなわち、Yとしては、登記を具備していること（そのことは既にXが請求原因②で主張している。）を踏まえた上で、それが正当な権原に基づくものであることを主張するのであるが、これは「対抗要件具備の抗弁」を主張しているものと見ることができ、これに対しては、Xは、再抗弁として、A・Y間の売買契約について、無効、解除又は取消などを主張するほか、「対抗要件具備の抗弁」に対しては、Yが背信的悪意者に当たるからXは登記なくしてYに対抗できるなどと主張し、背信的悪意者に当たるとする具体的な事情を主張することになる。このように、抹消登記請求訴訟では「対抗要件具備の抗弁」のみが主張され、そもそもa+bなどということは問題になる余地さえないのである。

エ 以上によれば、a+bという考え方の妥当する範囲は相当に限定されることにならざるを得ない。村田ほか・30講 p 113以下においても、「訴訟物についてa+bの関係や過剰主張が生ずることはない」とされているところである。さらに、抗弁1（要件事実a）に対して再抗弁（要件事実c）が主張され、これ（再抗弁）が認められる場合に備えて予備的に抗弁2（要件事実a+b）が主張されているという場合には、抗弁1が認められなければ抗弁2を認める余地はないが、抗弁1は認められるものの再抗弁も認められるという場合には、進んで抗弁2について判断しなければならないから、前者の場合にはa+bの関係にあるが、後者の場合にはそうとは言えない。これを「許されたa+b」と呼ぶなどと説明されている。要件事実論もここまでくると、そのような分析が本当に必要なのか、果たして実務にとって益するものがあるのだろうかという疑問が生じるのであり、a+bの理論に

ついてもその有用性と限界を見極めておかなければならないとの思いを新たにするのである。(注6)

(注4) これに対し、徳岡由美子「不動産明渡請求」(『民事要件事実講座4・民法II』) p9は、どちらかと言えば前所有者であるBを指すと解しているように読めないこともない。

(注5) 村田ほか・30講P40以下に「対抗要件具備による所有権喪失の抗弁」に関して掲げられている事例は所有権の二重譲渡ではなく、土地の譲渡人と借地権者の間の対抗要件が問題になった場合である。このような場合には、借地権者(Y)としては、対抗要件を具備している旨の抗弁を主張すべきであるから、まさに「対抗要件具備の抗弁」と呼ぶのが相応しいと言ってよい。

(注6) このようなところから、私は、要件事実論をいたずらに理論的に精緻なものとしたり、それを体系化したりすることに対して、少なからず懐疑的である。もとより、私自身、長く民事訴訟に携わってきた実務家の1人として要件事実論の効用を認めるにやぶさかではないし、法科大学院においてこの関係の教育をすることについても大いに賛成するものではあるが、その効用としては、あくまで具体的な事件類型毎の的確な主張整理をするための道具として捉えておけば足りるのではないかと思っている。因みに、日弁連主催で本年3月2日に開催された「第5回法科大学院実務家教員研究交流集会<第3分科会：民事実務>」においては「法科大学院における民事実務教育の現状と課題」と題して報告と意見交換がなされているところ、要件事実論とそれに関する法科大学院での教育の在り方が主要なテーマの一つになっている。そして、ここでは、要件事実論教育の重要性が強調される一方で、「2回試験でも、要件事実が真正面から問われるような問題は出題されなくなっている」「(司法研修所としては)主張整理とか事案分析の限度で要件事実を使うんだというメッセージを出したかったようだ」などという報告がなされている(同報告集p16参照)。そのとおりだとすると、その方向性には概ね共感できる。

### 3 応用例：最判S42・10・31民集21-8-2232

#### ア 事案の概要

ア S30・11・17、Bは、甲土地+乙建物(以下、一括して「本件不動産」という。)を所有するAからこれを買受けたが、税金対策上、C(Bの弟)と共謀の上、これをC名義とした。

イ S34・10ころ、BはXに本件不動産を代物弁済に供した。

ウ CはS38・12・24死亡し、Y<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>が相続。本件不動産についても相続を原因とするY<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>への所有権移転登記を經由。Xは、Y<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>を相手方として、本件不動産につき処分禁止の仮処分を申請し、S39・8・14にその旨の登記がなされた。

エ Y<sub>3</sub>は、S39・7・29、Y<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>から本件不動産を買い受け（善意）、同年8・18に所有権移転登記を経由し、現にこれを占有している。

イ 訴訟の経過等

ア Xは、Y<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>に対しては本件不動産につきXへの所有権移転登記を求め、Y<sub>3</sub>に対しては本件不動産の明渡しと損害金の支払を求めた。

(注7)

イ 1審は、「㊦本件不動産のAからの真実の買受人（所有者）はBであり、Cは無権利者であるから、Y<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>は相続により所有権を取得することはないし、Y<sub>3</sub>も同じく無権利者である。㊧Y<sub>3</sub>の所有権移転登記は処分禁止仮処分登記の後になされており、権利関係に何らかの瑕疵があることを知り得た筈だから善意の第三者とはいえないばかりか、同仮処分決定の効果により、Xに対抗できない。」として、Xの請求を全部認容。

ウ これに対し、控訴審は、「㊨本件不動産の登記名義をCとしたのは、B・Cの通謀虚偽表示によるものであるから、無効であるが、Y<sub>3</sub>は善意の第三者であるから、Bは、B・C間の所有権移転が通謀虚偽表示により無効であることをY<sub>3</sub>に対抗できない。㊩しかし、XもBから代物弁済により本件不動産の所有権を得たと主張する者であり、本件は通謀虚偽表示の当事者ではない者同士の間で当該通謀虚偽表示の効力が争われている場合であるからその優劣が問題になるが、Xが権利取得をY<sub>3</sub>に対抗するためには、その前提として通謀虚偽表示の無効を主張しなければならないけれども、そのような主張をすることは民法94条2項によって許されないのであるから、結局、Y<sub>3</sub>の優位を認めるほかない。㊪ところで、Xは、Y<sub>3</sub>の所有権移転登記は処分禁止仮処分登記後になされているから、Y<sub>3</sub>は所有権取得をXに対抗できない旨主張するが、Y<sub>3</sub>が本件不動産の所有権取得をXに対抗するためには登記を経由することを要しないから、X主張事実はY<sub>3</sub>の所有権取得を妨げるものではない。㊫そうすると、XのY<sub>3</sub>に対する請求は理由がない。また、Y<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>に対する所有権移転登記手続請求も、既に名義がY<sub>3</sub>に移転されていて、Y<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>が所有名義を有しない以上、やはり理由がない。」として、1審判決を取り消し、Xの請求を全部

棄却。

ウ 本件最判の判旨

甲が乙に不動産を仮装譲渡し、丙が善意で乙からこれを譲り受けた場合であっても、丙が所有権移転登記をする前に、甲からの譲受人丁が乙を債務者として当該不動産について処分禁止の仮処分登記を経ていたときは、丙はその所有権取得を丁に対抗することができない。(注8)

エ 検討

ア 本件訴訟は、Xの本件不動産の所有権に基づく妨害排除請求としての登記抹消請求に代わる所有権移転登記手続請求と本件不動産の返還請求訴訟であり、Xの請求原因事実は、仮処分の関係をひとまず措くとすれば、「i S30・11・17ころ、Aは本件不動産を所有していた」「ii Bは、S30・11・17、本件不動産をAから買い受けた」「iii S34・10ころ、XはBから本件不動産の所有権を取得した(代物弁済)」「iv しかるに、本件不動産については、A—売買→C—相続→Y<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>—売買→Y<sub>3</sub>という各所有権移転登記がなされており、かつ、Y<sub>3</sub>が本件不動産を現に占有している」となるものと思われる。

上記iないしiiiがXの所有権の由来(iがAの元所有、iiがBの元所有)を明らかにすることによる「Xの所有」、ivが抹消の対象となるべき登記の存在とY<sub>3</sub>による本件不動産の「現占有」である。もっとも、実際には、登記があることによりCの所有やYらの所有が事実上推定されることを慮って、Xから、Cの登記がB・Cの通謀によりなされた虚偽の登記であるとの主張が併せてなされることが考えられる。

イ これに対するYらの認否は、通常、「i及びivは認めるが、ii及びiiiは否認する」となり、iiにつき、Aから本件不動産を買い受けたのはBではなくCであること、したがって、A→Cへの所有権移転登記は真正の有効な登記である旨の主張(積極否認)がなされるものと思われる。もっとも、Yらが進んでiiを認めた上で、或いは、假定抗弁として、B→Cの売買が主張されることも考えられる(注9)。その場合、これは「所有権喪失の抗弁」として性格づけられる。そして、これに対しては、Xから、B→

Cの売買が通謀虚偽表示により無効であるとの主張（再抗弁）がなされることになる。

ウ こうして、A→Cへの所有権移転登記が真正なものであるか否か、B→Cの売買が通謀虚偽表示により無効であるか否かが、本件の第1の争点となるが、原審の認定したところによれば、上記登記が虚偽の登記であり無効であること、Y<sub>3</sub>が善意の第三者であることは確定した事実であるといえることができる。

そうすると、BはC及びその相続人であるY<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>に対してはA→Cへの所有権移転登記及びY<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>への相続登記が無効であることを主張できるものの、Y<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>からの買受人であるY<sub>3</sub>（善意の第三者）に対しては無効であることを対抗できない（民法94条2項）。そして、Y<sub>3</sub>は、自己が善意の第三者であることを主張立証すれば足り、登記を具備する必要はないものと解されている。<sup>（注10）</sup>

では、Bからの譲受人Xとの関係ではどうか。Xも、C及びその相続人であるY<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>に対しては登記の具備の有無とは関わりなくBと同様の主張をすることができるが、Y<sub>3</sub>に対してはあたかも二重譲渡の場合と同様に對抗関係となり、登記の具備により優劣が決せられることになる。このことは、Y<sub>3</sub>の側からXに対する場合も同様であるが、ここでは「対抗要件の抗弁」が重要な意義を有することになる。Y<sub>3</sub>はこれを再々抗弁として主張することが考えられる。

エ ところが、本件では、Y<sub>3</sub>は既に所有権移転登記を具備しているのであるから、上記「対抗要件の抗弁」とどめるのではなく、進んで「対抗要件具備の抗弁」をこそ主張すべきである（これも「再々抗弁」として位置付けられる。）。これに対して、Xは、Y<sub>3</sub>の上記所有権移転登記に先立ってY<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>を相手方として本件不動産につき処分禁止の仮処分を申請し、S39・8・14に仮処分登記がなされていることを再々再抗弁として主張することになる。すなわち、Y<sub>3</sub>はそれより前のS39・7・29にY<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>から本件不動産を買い受けているものの、それに基づく所有権移転登記を経由したのは仮処分登記より後のS39・8・18であったため、Y<sub>3</sub>は本件不動産の

所有権取得をXに対抗することができないということを主張するのである。そして、最高裁はXのこの主張を認めており、それが本件最判の判旨とされているのである。

オ このように見てくると、第1審の説示は是認できない。C名義の登記はB・C間の通謀虚偽表示に基づくものであり無効であるが、Y<sub>3</sub>は民法94条2項の「善意の第三者」であるから、その点を踏まえた検討が必要である。しかるに、第1審は、そもそもY<sub>3</sub>が「善意の第三者」に当たるところを否定したためにその検討を欠いてしまっている。(注11)

これに対し、真実の権利者であるBから本件不動産につき代物弁済を受けたXと通謀虚偽表示につき善意の第三者であるY<sub>3</sub>との優劣を検討しなければならないとした控訴審の態度は正当である。しかし、控訴審が、この点について、民法94条2項がある以上、結局、Xは無効であることを主張できない道理であるとして、Y<sub>3</sub>の優位を認めているのは問題である。XとY<sub>3</sub>との間では、対抗問題(類似の関係)として捉えた上で、登記の具備により優劣を決するほかないからである。

また、本件不動産の現在の登記名義がY<sub>3</sub>であることをもってY<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>に対する請求を棄却すべき理由となるかのようにいう控訴審の上記④の後段の判断も疑問である。C名義の登記をなすについてのB・C間の合意が通謀虚偽表示により無効である以上、Cの相続人であるY<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>としては、Bないしはその特定承継人であるXに対して、X名義への所有権移転登記をする義務まであるか否かはともかくとして、少なくともB名義の登記をする義務は免れない筈だからである。

(注7) 本来なら、Xは、Y<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>に対してAからCへの所有権移転登記とY<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>の相続登記の各抹消を求め、Y<sub>3</sub>に対しては、それについての承諾を請求するか、或いはY<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>からY<sub>3</sub>への所有権移転登記の抹消を請求すべきところ、上記仮処分登記があることから、このような請求をしたものと推測される。

(注8) 本件最判は原判決を破棄し原审に差し戻しているが、これは、原判決が「本件処分禁止の仮処分登記もその後取り消されていることが記録上明らかである」としたのに対し、「その旨の一審判決がなされ仮執行宣言が付されたが、これに対してはXが控訴し、仮執行停止決定を受け、目下控訴審で審理中である」とのXの上告理由を受けて、同判決が確定したことの証拠は見当たらないから、この点をさらに審理させる必要があるとして差し戻したものである。

(注9) 一般論としては、A→Bの売買が認められるとしても、これとは別にA→Cの売買もなされたという主張がなされることも考えられないではない。その場合には二重譲渡事例ということになり、「対抗要件の抗弁」が主張されることになるが、本件事例ではそのようなことまで想定する必要はあるまい。

(注10) CはBに登記名義を戻さなければならず、他方、買主であるY<sub>3</sub>に対しても所有権移転登記をする義務を負っている。この場合に、Cを起点にしてBとY<sub>3</sub>の関係を二重譲渡類似の関係と捉えることができるならば、対抗問題として対抗要件たる登記の具備により優劣を決するということが可能かもしれないが、通謀虚偽表示は無効なのであるから、これは前提において正当性を欠くというべきである。また、Y<sub>3</sub>がBに対して善意の第三者であることを主張するためには「権利保護資格要件」としての登記を具備することが必要であるということにもならない。

(注11) 1審判決が、Y<sub>3</sub>への所有権移転登記に先立ってXのした処分禁止仮処分の登記がなされていたのであるから、Y<sub>3</sub>は善意の第三者とは言えないとしているのは疑問である。Y<sub>3</sub>が善意であるかどうかは本件不動産を買い受けた時を基準として判断すべきであるところ、その時点では同仮処分登記はなされていないからである。

## 第7 一部請求における相殺の抗弁と不利益変更禁止の原則—最判H6・11・22民集48-7-1355の検討

1 本件最判は、その判旨から、一部請求における相殺についても外側説を採用することを明らかにしたものと解されている。基本的には過失相殺の場合と同様の処理をすべきだという理解でよいのであろうが、相殺の場合にはそれについての既判力が問題になり得るので、さらに複雑な様相を呈することが考えられる<sup>(注1)</sup>。加えて、本件では控訴審における不利益変更禁止の原則の問題も議論されており、前掲判例百選<113>ではむしろこの視点からの検討素材とされている。

このようにいくつもの問題が複雑に絡み合っているので、大変理解に困難を覚える判例の一つである。頼みの最高裁判例解説も校正にも手が回らなかったのではないと思われるほど誤記などが多く、内容的にも今一つ腑に落ちない。高橋・重点講義(下) p 628は、本件最判について「問題の多い判決」と評しているほどであるが(なお、高橋・重点講義(上) p 119も参照)、ここでは、そのような本件最判の解明に取り組んでみたい。

(注1) 相殺の抗弁の既判力については、「訴求債権と対抗した範囲で反対債権(自働債権)の不存在について既判力が生じる」とするのが通説である。これに対し、「相殺の抗弁が排斥された場合には、反対債権の不存在についてのみ既判力が生じるが、同抗

弁が認められた場合には、訴求債権と反対債権がともに存在し、かつ、相殺によってともに消滅したことについて既判力を生じさせる必要がある」とする少数説がある。しかし、少数説を唱えておられた新堂教授が改説されたことにより、ほぼ通説にまとまると見てよいであろう。

2 まず、本件最判について概観しておくことにする。

<事案の概要>

i Xは、S55・1・23、Yとの間で、X所有の既存建物の増改築工事と新築工事の請負契約を締結したが、いずれも未完成であり、新築建物は基礎工事に重大な欠陥があるなど、安全性についての最低の要件をも満たさない危険な構造物であり、補修も不可能であった。

ii そこで、Xは、同年6・19、Yの債務不履行を理由に本件請負契約を解除するとともに、損害賠償として、①新築建物の解体費用109万0100円、②これが完成していれば得られたであろう賃料598万5000円（57か月分）、③Yに対し支払済みの請負代金の内金250万円、以上合計957万5100円のうち376万3000円を請求した。(注2)

iii これに対し、Yは、増改築工事の既施行部分（出来形）に相当する代金は194万6850円であると主張し、これとXの損害賠償債権との相殺を主張した。

<訴訟の経過等>

i 1審は、本件請負契約の履行不能を理由とするXの解除を認め、X主張に係る損害賠償請求権（以下「 $\alpha$ 債権」という。）については401万0100円（①及び③はXの主張のとおり認め、②については42万円の限度で認めた。）、Y主張の自働債権（以下「 $\beta$ 債権」という。）は96万5000円とそれぞれ認定した。

その上で、 $\alpha$ 債権と $\beta$ 債権を相殺処理すると、 $\alpha$ 債権は401万0100円－96万5000円＝304万5100円の限度で認められることになるとして、Xの請求を304万5100円の範囲で認容し、その余の請求を棄却した（一部認容判決）。

ii この1審判決に対し、Yのみが控訴した。そして、Yは、控訴審

で、新たに別の請負契約の債務不履行に基づく損害賠償請求権486万円（以下「 $\gamma$ 債権」という。）との相殺を主張した。

控訴審は、 $\alpha$ 債権は合計485万0100円（①及び③については、1審判決と同様にXの主張のとおり認めたが、②については1審判決よりも84万円多い126万円と認定した。）、 $\beta$ 債権については1審と同じく96万5000円、 $\gamma$ 債権については61万円と認定した。その上で、Y主張の各相殺処理をすると、XはYに対し327万5100円を請求することができることになるが、不利益変更禁止の原則を理由に控訴棄却の判決をするにとどめるとした。

iii Yが上告。Xが控訴も付帯控訴もしていないのに、原審判決は、Xの $\alpha$ 債権額を増額して認定したため、Yの主張する $\gamma$ 債権との相殺を一部認めながら控訴を棄却しており、その結果は、Y主張の $\gamma$ 債権の不存在が既判力で確定されるという点で1審判決よりもYに不利なものであるから、不利益変更禁止の原則に違反するというのが上告理由である。

<本件最判の判旨>

i 特定の金銭債権のうちの一部が訴訟上請求されているいわゆる一部請求の事件において、被告から相殺の抗弁が提出されてそれが理由がある場合には、まず、当該債権の総額を確定し、その額から自働債権の額を控除した残存額を算定した上、原告の請求に係る一部請求の額が残存額の範囲内であるときはそのまま認容し、残存額を超えるときはその残存額の限度でこれを認容すべきである。（注3）

ii 一部請求において、確定判決の既判力は、当該債権の訴訟上請求されなかった残部の存否には及ばないとする事判例であり（最判S37・8・10民集16-8-1720）、相殺の抗弁により自働債権の存否について既判力が生ずるのは、請求の範囲に対して「相殺をもって対抗した額」（114条2項）に限られるから、当該債権の総額から自働債権の額を控除した結果残存額が一部請求の額を超えるときは一部請求の額を超える範囲の自働債権の存否については既判力を生じない。

iii したがって、一部請求を認容した第1審判決（注4）に対し、被告のみが控訴し、控訴審において新たに主張された相殺の抗弁が理由がある場

合に、控訴審において、まず当該債権の総額を確定し、その額から自働債権の額を控除した残存額が第1審で認容された一部請求の額を超えるとして控訴を棄却しても、不利益変更禁止の原則に反するものではない。

(注2) Xの一部請求の内訳は定かでない。しかし、③についてはおそらくYもその金額も含めて争わないと思われる。また、①も相応の客観的な根拠(解体業者の見積書等)があるものと想定される。これに対し、②が認められるかどうかは不確かであり、仮に認められるとしてその金額が幾らになるかは見定め難い。そうだとすると、Xは、①及び③についてはその全部(合計359万0100円)を請求し、②についてそのうちの一部である17万円余を請求したものではないかと思われる。1審や控訴審の認定もこのような推測に副うものであるが、端数との関係や②の一部請求額があまりに少額であることからすると、その旨断定することもできない。

いずれにしても、Xの請求が一部請求である場合において、その請求債権が幾つかの債権の集合であるようなときには、各債権毎に一部請求なのかどうかを明らかにすべきであり、裁判所としても釈明権を行使するなどしてその点に意を用いるべきである。本件最判の事例においても、適切に釈明権を行使していれば上記のような内容が明らかになったのではないかと考える。

(注3) これに続けて、「けだし、一部請求は、特定の金銭債権について、その数量的な一部を少なくともその範囲においては請求権が現存するとして請求するものであるので、右債権の総額が何らかの理由で減少している場合に、債権の総額からではなく、一部請求の額から減少額の全額又は債権総額に対する一部請求の額の割合で案分した額を控除して認容額を決することは、一部請求を認める趣旨に反するからである。」と説示している。この点については後記3で検討する。

(注4) これは、厳密には「一部請求を一部認容した第1審判決」というのが正確であろう。一部請求であってもそれを全部認容した判決に対しては原告は控訴の利益がないため控訴できない。したがって、わざわざ「被告のみが控訴し(た)」と断る以上、原告にも控訴の利益があるのに控訴しなかったこと、すなわち、1審判決が一部認容判決であることを物語っているからである。

### 3 一部請求における過失相殺

ア 最判S48・4・5民集27-3-419は、一部請求における過失相殺の処理につき外側説を採用すべきことを明らかにした。そのことが本件最判の前提をなしていることは間違いないと思われるので、以下この関係について検討しておくこととする。

そこで、Xが、損害賠償請求全額は3000万円であると主張しながら、うち1000万円のみを一部請求し、Yから過失相殺の主張がなされた場合において、裁判所の認定にかかる全損害額が2000万円であり、過失割合が、X

3、Y7と判断された場合と、X6、Y4と判断された場合の、それぞれ外側説、内側説、案分説による各認容額を算定してみる。

ア 過失割合がX3、Y7の場合

Xは、裁判所の認定に係る全損害額2000万円から過失相殺分2000万円×0.3=600万円を控除した残額1400万円の損害賠償請求権を有することになる。

内側説によれば、過失相殺による600万円の控除は一部請求にかかる1000万円から控除することになるから残額400万円の限度で認容されることになるが、外側説によった場合には、認定にかかる損害額2000万円について一部請求に遠い方（外側）から過失相殺による控除がなされるから、一部請求額1000万円が全部認容される。これに対し、案分説によれば、一部請求分についても残額についても上記過失割合に基づく控除がなされるから1000万円×(1-0.3)=700万円の限度で認容されることになる。

このように、内側説及び案分説によった場合には、いずれも一部請求額の一部認容にとどまるが、これは過失相殺がなされた結果であって、請求額の認定そのものが一部請求額を下回ったわけではないから、最判H10・6・12民集52-4-1147<前掲判例百選81-2事件>の法理<sup>(注5)</sup>は当てはまらず、残部請求が可能である。他方、外側説によった場合にも残部請求が可能であることは当然であり、また、それが不可避であろう。

イ 過失割合がX6、Y4の場合

Xは、裁判所の認定にかかる全損害額2000万円から過失相殺分2000万円×0.6=1200万円を控除した残額800万円の損害賠償請求権を有することとどまることになる。

その場合において、外側説によると、一部請求にかかる1000万円のうち800万円について一部認容されるが、内側説によると1000万円-2000万円×0.6=-200万円となるから全部請求棄却、案分説によれば1000万円×(1-0.6)=400万円となるから、この限度で一部認容の判決がなされることになる。この場合、内側説及び案分説によった場合については再訴が不可避であるが、外側説によった場合はどうであろうか。上記H10年最判との関

係が問題になる。過失相殺をする前の裁判所の認定にかかるXの全損害額自体が一部請求額を下回るという場合には同最判の趣旨がそのまま妥当することは確実であるが、認定にかかる全損害額は一部請求額を上回っているのに、過失相殺がなされたために認容額が一部請求額を下回ることになったという場合にまで直ちに同最判の趣旨が及ぶだろうか。微妙なところではあるが、紛争の一回的解決ということを強調する立場からすれば、この場合も実質的には前訴の蒸し返しにすぎないとして、やはり再訴は許されないということになる。再訴がなされた場合の困難（後記イ参照）を考へ併せると、そのような理解でよいのではないと思われる。

イ 以上によれば、紛争の一回的解決のためには外側説がより優れているし、当事者（特に原告）の意思に適っているとひとまず言うことができよう。

もっとも、上記アのア及びイのいずれの場合であれ、内側説又は案分説によった場合には、Xは控訴し（Xに控訴の利益があることは言うまでもない。）、控訴審で請求を全額に拡張した上で審判を求めるであろう。そして、このような請求の拡張（訴えの変更）が許されることは確実であるから、実際にはそれ程不都合があるわけではない。かえって、上記アのアのケースにおいて外側説に基づいて判断がされた場合には、Xの請求が全部認容されているからXには控訴の利益がなく、したがって、1審判決を踏まえた上で、Xが控訴し請求を拡張するという術はないことになる。Yが控訴をすれば、それに乗じて付帯控訴をして請求を拡張することはできるが、Yが控訴しない以上それもできないし、Yが控訴を取り下げれば付帯控訴は失効するから、結局のところ、1審判決の確定を待って<sup>(注6)</sup>、残部請求についての別訴を提起するほかはないことになる。これは、紛争の一回的解決という見地からすると、むしろ大変不都合な帰結である。

そうすると、紛争の一回的解決ということを控訴審も含めて考えるときは、実のところ、一部請求における過失相殺の方法は外側説によらなければならないとか、それが当事者（特に、原告）の合理的な意思に合致するものであるなどと断ずる理由も必要もないものと言うべく、いずれの説に

よって処理しようとも、その処理の過程が明確にされているならば特に問題は無いのではないかとも思われる。そればかりか、むしろ、上記アのケのケースにおいて外側説によった場合には、残部請求をするためには別訴の提起を余儀無くされるという問題点があることを認識した上で、そのような事態を回避するための手段が模索されなければならない。(注7)

そうでないと、現に再訴が提起された場合には理論的にも実際的にも難しい問題が発生することが避けられない。第1に、損害額全額の認定についても過失相殺の判断についても、これに前訴の既判力が及ぶことはないから、後訴でのXの請求額が前訴において認定された損害額全額に拘束されるいわれはないし、過失の有無・程度(過失割合)についても同様である。そうであれば、少なくとも理論的には、前訴の審理・判断とは全く無関係に後訴の請求がなされ、それについての審理判断が新たになされるということになり、訴訟経済に反すること甚だしい。第2に、前訴の認定判断と後訴のそれとが実質的に矛盾抵触する事態も予想される。極端な場合、前訴では、Yの過失が認定され、ただ、Xにも過失があることから過失相殺がなされるべきだとされたにもかかわらず、後訴では、Yの過失そのものが否定されたとか、過失割合の判断が顕著に異なるということも考えられるし、前訴と後訴の損害額の認定が大きく異なるなどということもあり得ることになる。特に、後訴の判決の方が損害の認定額が小さかったりすると、これに依拠して前訴に基づく強制執行の結果を修正しようとする動き(不当利得返還請求)なども考えられないではなく、無用な紛争や收拾困難な事態を招きかねない。

ウ この問題点を解決するためには、明示の一部請求をしている場合であっても、過失相殺が主張された場合にはもはや一部請求にとどめることはできず、すべからく全部請求になるものとして、過失相殺の処理をするということにすべきではないかと思われる。

すぐに思い付くのは、第1に、Yから過失相殺の主張がなされたときは、Xとしては全部請求に訴えを変更(請求の拡張)しなければならず、裁判所もまたそのような訴訟指揮をすべきこととすることである。(注8)

第2に、一部請求の場合に限って、Xの請求が全部認容された場合においても、請求の拡張をするためにXにも控訴の利益を認めるということが考えられる。

第3に、Xが、第1審判決確定前にも残部請求の別訴の提起をすることを認め、かつ、Yが控訴したときにおいても、付帯控訴ではなく、この別訴の維持を肯定した上で、これを前訴に併合することが考えられる。

第4に、信義則により前訴判決の判断に事実上の拘束力を持たせるということも考えられないではない。

以上のうち、第4の方策は強力ではあるが、これでは一部請求を認めた意義が根本から否定されることになりかねない<sup>(注9)</sup>。また、第2の方策も明快ではあるが、一部請求に限ってとは言え「控訴の利益」についての理解を大きく変容させることになるのが難点である。第3の方策に対しては、Xは付帯控訴して請求を拡張することができるのであるから、敢えて別訴を維持することを認める必要はないとの反論が予想されるほか、別訴の当事者の審級の利益が害されることになりはしないかという指摘がなされることも考えられる。しかし、Yが控訴を取り下げればXの付帯控訴も失効することになるのであるから、別訴を維持することを認める必要はあるし、審級の利益ということについても、前訴と別訴は同一の金銭債権の一部請求と残部請求という関係にあるのであるから、実質的には審級の利益が害されているとは言えないと解することも可能ではないと思われる。ただ、それにしても、このような疑問を提起されること自体、理論的に弱点があることの証左であり、また、それを克服するためとは言え、やや技巧をこらしすぎているきらいがある。

これに対し、第1の方策は大変簡明で分かり易く、しかも抜本的な解決策であると言うことができる。ただ、㊦Xの請求の拡張が1審の口頭弁論終結時までに関合わなかった場合や、㊧そもそもXが請求の拡張等をせず、裁判所の訴訟指揮にも従わないという場合にどう対処するかという問題が残る。㊧の場合には再訴が許されないとする、すなわち、第4の方策を併用するということが考えられる。強引にすぎるとの批判がなされるの

は必定であるが、請求の拡張等を拒むXの態度に合理的な理由があるなど特別の事情がある場合を除けば、このような措置も認められてもよいのではないかと考える。そして、そのような例外的な場合はまず想定することができない。他方、㉗に対しては、第2の方策か又は第3の方策によって対処するほかない。このように見てくると、いずれにしても第1の方策だけで足りるというわけでもないことになるが、そもそも㉗や㉘のような事態が実際にどの程度発生するだろうかということを考えると、以上はいささか観念的な議論に過ぎないのではないとも思われる。そうだとすれば、第1の方策はこの問題の実務的な解決策として推奨するに値しよう。

(注5) 一部請求における残部請求の可否について、最判S32・6・7民集11-6-948<前掲判例百選A27事件>、最判S37・8・10民集16-8-1720<前掲判例百選81-1事件>は、一部請求であることを明示しているか否かを基準にしていたが、H10年最判は、一部請求に係る請求が全部又は一部棄却された場合には、残部請求は特段の事情がない限り許されないとした。

(注6) 1審判決の確定を待たずに残部請求の別訴を提起すると、実質的には二重起訴と同じ問題があることになるから142条により別訴が却下されるおそれが強い。したがって、1審判決後に別訴を提起したところ、Yが前訴の1審判決に対して控訴したという場合にも、別訴はやはり却下されるのではないと思われる。もっとも、却下される前に前訴判決が確定すれば、遡って適法な訴えになるとみなしてよいであろう。

(注7) とはいえ、外側説によって過失相殺の処理をするためには、必ず一部請求の背後にある債権額全額を認定(確定)した上で、それを前提にして外側から過失相殺をしなければならないのに対し、案分説によるときはもちろん、内側説においても、一部請求の背後にある債権全額の確定という作業が論理必然的に求められるということにはならない。したがって、仮に、これらの説によりつつ全債権額の認定ということに視野を及ぼしたとしても、それについての審理がそれ程厳密を期してなされるという保証はないと言わざるを得ない。

このように、過失相殺の処理をするためには、その前提として一部請求の背後にある債権全額を確定しなければならないという点に、紛争の一回的解決という観点からする外側説の功績(長所)があるものと言わなければならない。また、過失相殺がなされるであろうことを予期してする一部請求においては、原告の請求額はまさに外側説と同様の考え方によって算定されているものということができるから、その意味において外側説が原告の意思に合致していることは間違いない。

そうすると、外側説にも本文で指摘したような問題点はあるにしても、やはり外側説の優位性を承認すべきである。

(注8) もっとも、このように解した場合においても、請求の趣旨に掲げるべき金額が必ずX主張にかかる債権額全額でなければならないということにはならない。Y側の資力を考慮して一部請求にとどめることや、Yから過失相殺の主張がなされることを

予期して、或いは現に同主張がなされていることを考慮して、請求額を限定することなどは当然許されてよいであろう。要は、それがXの主張にかかる債権全額を基礎にした請求であり、再訴はしないことが明確にされていれば足りるものとする。

(注9) そこまで言うのなら、むしろ、数量的に可分な債権については一部請求そのものを否定すべきである。新堂教授や高橋教授は、通説判例とは異なり、明示であれ一部請求を認めない（厳密には、「残部請求を認めない」）から、原告の請求は常に全部請求であることになる（新堂『新民事訴訟法（第4版）』p323、高橋・重点講義（上）p107）。その代わりに、原告が請求の拡張のための控訴をすることを肯定される。確かに、数量的に可分な債権について残部請求の可能性を残した一部請求をする自由を原告に保障するかどうかは処分権主義から理論的に当然に導かれる帰結というわけではなく、民事訴訟の在り方についての一種の政策判断に属する事柄であるから、そのような観点からよくよく検討してみるべきである。そして、「紛争の一回的解決」を控訴審の存在を含めて考えるときは、残部請求の可能性を否定したからといって特に原告の利益を損なうということでもないように思われる。新堂教授らのいわゆる「全面否定説」に魅かれる所以である。

#### 4 一部請求における相殺

ア 以上の検討は、相殺処理が問題になる場合についても妥当するだろうか。相殺の抗弁については既判力が生ずるから（114条2項）、過失相殺の場合以上に一回限りの解決ということが求められるのではないかと考える。では、そのような紛争の一回的解決の観点からするとき、いずれの説が相当であろうか。この点について、本件最判は、一部請求における過失相殺の処理と同様に、外側説によるべきことを明らかにした。以下、「XがA債権（X主張によれば1000万円）について300万円の限度で明示の一部請求をしたのに対し、Yが自働債権B債権をもって相殺に供する旨の訴訟上の相殺を主張した」という設例において、①A債権の全額はXの主張どおり1000万円であると認定され、B債権の額がYの主張も認定額も300万円である場合、②A債権額がX主張のとおり1000万円であることが認められ、B債権についてYの主張額は800万円であったが裁判所の認定額は300万円であった場合、③A債権額がX主張とは異なり500万円と認定され、B債権についてYの主張額は800万円であったが裁判所の認定額は300万円であった場合に分けて検討してみたい。ただし、案分説によった場合にはいたずらに計算が複雑になることが考えられるところ、過失相殺の場合な

らともかく、相殺の場合にはそのような作業をしなければならない格別の理由も必要も見出し難いから、内側説と外側説について検討すれば足りるものとする。<sup>(注10)</sup>

ア 上記①の場合

内側説によれば、A債権の一部請求部分とB債権が対当額で相殺されることになるから、Xの請求は全部棄却される。そして、この確定判決はA債権のうちの300万円とB債権の各不存在について既判力を生ずるとどまるから、XはA債権の残部について再訴を提起してこれを請求することができる。

これに対し、外側説によれば、B債権はA債権のうちXの請求に関りの少ない外側から相殺に当てられることになるから、結局、Yの相殺の抗弁はXの一部請求に何らの影響を及ぼすことはなく、Xの請求は全部認容される。そして、この確定判決の既判力はA債権の残部について及ぶことはないから、Xは残部の請求をすることが可能であるが、相殺に供されたB債権についても既判力は及ばないから、Xの残部請求の訴えにおいてYがB債権を相殺に供することは何ら妨げられないことになる。そうすると、少なくとも結果的には、Yの相殺の抗弁は訴訟上何らの意味を持ち得なかったということにならざるを得ない。<sup>(注11)</sup>

イ 上記②の場合

この場合も、内側説によれば上記アの場合と同じである。すなわち、A債権の一部請求部分とB債権が対当額で相殺されるから、Xの請求は全部棄却される。そして、この確定判決は、A債権のうちの300万円、B債権のうちの300万円の各不存在について既判力を生ずるとどまるから、XはA債権の残部について再訴を提起してこれを請求することができるのは当然である。他方、YもB債権の残部について請求し、或いは、これを相殺に供することも理論的には妨げられない。

外側説によった場合にも、上記アの場合のそれと異ならない。すなわち、Yの相殺の抗弁はXの一部請求に何らの影響を及ぼすことはなく、Xの請求(300万円)は全部認容されることになる。したがって、YがB債権を相

殺に供しようとした意図は達成されない。しかも、B債権の一部については既判力が生ずる。すなわち、その存在が認められなかった500万円のうち一部請求と対抗した範囲（100万円）についてはそれが存在しないことについて既判力が生ずるが、それ以外には既判力は生じない。

ウ 上記③の場合

この場合も、内側説によれば上記イと基本的に同じである。すなわち、A債権の一部請求部分とB債権が対当額で相殺されるから、Xの請求は全部棄却される。そして、この確定判決はA債権のうちの300万円、B債権のうちの300万円の各不存在について既判力を生ずるにとどまるから、XはA債権の残部について再訴を提起してこれを請求することができるのは当然である。他方、YもB債権の残部について請求し、或いは、相殺に供することを理論的には妨げられない。

これに対し、外側説によった場合には、Yの相殺の抗弁により、B債権300万円がA債権の認定額500万円の外側から相殺されることになるから、Xの一部請求300万円の範囲内に100万円分だけ食い込むことになる。したがって、Xの一部請求は200万円の限度で認容され、その余は棄却されることになる（一部認容の判決）。そして、この確定判決の既判力は、A債権につき、㉗認容された200万円の限度での存在、㉘B債権と相殺されることにより消滅した100万円の不存在、B債権につき、㉙A債権の一部請求部分と現実に相殺された100万円（㉘と対抗する部分）の不存在、㉚そもそも存在が認められなかった500万円のうちA債権の存在が認められたその余部分200万円（㉗）と対抗した限度での不存在について生ずるにとどまるから、Xが残部（200万円）について請求し、YがB債権のうちその余（存在が認められた300万円から㉙を除いた残り、すなわち、A債権の外側部分と対抗した部分200万円のほか、そもそも存在が認められなかった500万円のうち㉚を除いた残り300万円）を請求し、或いは、これを相殺に供することも、理論的には妨げられないことになる。

イ 以上のとおり、内側説によった場合の相殺処理は比較的簡単であるが、外側説による場合には相当複雑である。しかも、外側説によるとき

は、上記ア及びイの場合には相殺の抗弁についての審理は徒労の感を免れず、また、そのような結果は少なくともYの意思に沿うものではないことは明らかだと思われる。

そうであれば、一部請求における相殺について、同請求における過失相殺の場合と同様に外側説により処理すべきこととした本件最判の判旨が本当に正当なものなのかという疑問が生ずるのを如何ともし難いのである。

(注12)

しかも、内側説・外側説によらず、いずれの場合にも再訴の可能性を承認しないわけにはいかないところ、再訴ということになれば、過失相殺の場合について見たと同様の困難な問題が生ずることは避けられない。これは、ひとえにXの請求を一部請求にとどめたことによる結果であり、到底そのまま容認することはできない。紛争の一回的解決の観点から、上記3のウで提唱した過失相殺の主張がなされた場合と同様の方策を講ずるべきものと考ええる。

ウところで、本件最判の事例では、1審で相殺に供されたのは $\beta$ 債権のみであったが、控訴審ではこれに追加して $\gamma$ 債権も自働債権とされているために、問題が一層複雑になっている。

以下においては、まず1審の認定判断を前提に検討し、その後に控訴審の認定判断について検討を加える。なお、本件最判においては、原審判決とそれに対する上告理由を受けて、控訴審における不利益変更禁止についても論じられているが、その点は項を改めて後記5で検討することとする。

ア 1審の認定によれば、 $\alpha$ 債権の全額は401万0100円（X主張では957万5100円）、 $\beta$ 債権は96万5000円（Y主張では194万6850円）であるから、これを外側説によって相殺処理すれば、 $\alpha$ 債権は304万5100円（401万0100円－96万5000円）が残るところ、Xの一部請求額は376万3000円であるから、Xの請求は304万5100円の範囲で一部認容され、その余は棄却されることになる。この1審判決が確定した場合、 $\beta$ 債権については、 $\alpha$ 債権の一部請求と対抗した部分、すなわち、その存在が認められ現に相殺の効果が生じた71万7900円（376万3000円－304万5100円）及びそもそも存在

が認められなかった98万1850円（194万6850円－96万5000円）については、いずれも存在しないことに既判力を生ずるが、 $\beta$ 債権のうち存在が認められ $\alpha$ 債権の外側部分と対抗した24万7100円（96万5000円－71万7900円）については既判力が及ばないことになる。<sup>（注13）</sup>

イ 上記1審判決に対して、Yのみが控訴し（Xは控訴も付帯控訴もしていない。）、新たに $\gamma$ 債権（Yの主張によれば、その額は486万円）をも相殺に供すると主張した。これについて、控訴審は、 $\alpha$ 債権額を1審の認定額よりも多い485万0100円、 $\beta$ 債権については1審の認定どおり96万5000円、 $\gamma$ 債権については61万円と認定し、これを外側説により相殺処理すると、 $485万0100円 - (96万5000円 + 61万円) = 327万5100円$ となり、1審の認容額を上回るから、不利益変更の原則に従い、控訴棄却をするにとどめるとしたのである。

ウ しかし、上記控訴審判決（ひいては、それを支持した本件最判）の考え方にはいくつかの疑問がある。

第1に、控訴審判決では、 $\beta$ 債権96万5000円と $\gamma$ 債権61万円が $\alpha$ 債権485万0100円と相殺されたというにとどまっていて、相殺の順番について考慮された形跡が全くない。だが、このような場合には、相殺に供する順番がまず明らかにされる必要があるのではないか。それにより、 $\beta$ 債権、 $\gamma$ 債権に対する既判力の及ぶ範囲が異なってくる可能性があるからである。もっとも、本件の場合には、不利益変更禁止の原則により、「控訴棄却」の判決をすべきものとの結論であったから、控訴審としては、相殺に供する順番を強いて明らかにする必要がないと考えたのかもしれないが、一般的には問題があるものと言わなければならない。

そこで、不利益変更禁止の点はひとまず措き、この関係について検討するに、Yは、1審では $\beta$ 債権のみを自働債権として主張し、控訴審で $\gamma$ 債権をも追加して相殺するとの意思表示をしたことからすれば、 $\beta$ 債権、 $\gamma$ 債権の順番で相殺に供する意思であるものと解するべきかとも考えられるが、他方、Y主張にかかる $\gamma$ 債権の金額は486万円であり、そのみで1審における $\alpha$ 債権の認定額の全部を優に上回る額であることからすれば、Y

としては $\gamma$ 債権、 $\beta$ 債権の順番で相殺に供するつもりであった可能性も否定できない。そうであれば、控訴審としては、この点を明確にするよう釈明をすべきであったものと考ええる。その上で、仮に、 $\beta$ 債権、 $\gamma$ 債権の順番だったとすると、 $\beta$ 債権との相殺により $485万0100円 - 96万5000円 = 388万5100円$ となり、Xの一部請求額を上回るから、これだけでは同請求に何らの影響を及ぼさず、Xの請求は全部認容されることになる。この場合、 $\beta$ 債権については、その存在が認められ、 $\alpha$ 債権の外側部分と相殺に供された部分（ $96万5000円$ ）には既判力が及ぶ余地はないが、その存在が認められなかった部分（ $98万1850円$ ）のうち、Xの一部請求と対抗した $85万9750円$ （ $=98万1850円 - (388万5100円 - 376万3000円)$ ）の範囲ではそれが存在しないことについて既判力が及び、それ以外には及ばないことになる。他方、 $\gamma$ 債権については、その存在が認められた $61万円$ のうち、 $\alpha$ 債権の外側部分のうち $\beta$ 債権と相殺に供された残りの $12万2100円$ （ $=388万5100円 - 376万3000円$ ）と対抗した部分には既判力が生じないが、Xの一部請求と相殺に供された残りの $48万7900円$ （ $=61万円 - 12万2100円$ ）についてはそれが存在しないことについて既判力が生ずる。また、 $\gamma$ 債権のうち、その存在が認められなかった部分（ $486万円 - 61万円 = 425万円$ ）のうち、やはり一部請求と対抗した $327万5100円$ （ $=376万3000円 - 48万7900円$ ）の範囲ではそれが存在しないことについて既判力が生ずる。

以上とは反対に、相殺に供する順番が $\gamma$ 債権、 $\beta$ 債権の順番だった場合には、それに従った上記と同様の作業をすることになる。

第2に、他方で、そのような面倒な作業と既判力が及ぶ範囲についての検討をすることにそもそもどのような意義と実益があるのかという疑問も拭い難い。また、一部請求における相殺について外側説を採る限り相殺主張が実質的な意味を持たない場合が生じる可能性を否定できないように思われる。そのような結果がYの意図に反することは明らかであるところ、その点についてどのような検討がなされたのか定かでない。

第3に、控訴審判決は、控訴審で追加主張された $\gamma$ 債権を自働債権とする相殺主張についても判断した上で、不利益変更禁止の原則を理由に控訴

棄却にとどめたわけであるが、そのことにより確定するのは1審判決であるところ、控訴審の相殺についての判断（特に、 $\gamma$ 債権を自働債権とする相殺についての判断）にどのような訴訟法上の効果が生ずるのか、それとも、この判決によっても $\gamma$ 債権の不存在についてはいかなる範囲においても既判力は生じておらず、したがって、Yは、訴訟外で、改めて $\gamma$ 債権を自働債権として相殺を主張することができるのかという点に関して何ら明らかにされていない。そのため、Yとしては、 $\gamma$ 債権についても何らかの範囲で既判力が及ぶのではないかとの懸念を抱いて、上告することになったのである。そもそも、Yにすれば、少しでも本件訴訟によるXの債務名義額を減じようとの思いから、1審での $\beta$ 債権に加えて控訴審で $\gamma$ 債権をも相殺に供したのに、結局は控訴棄却で終わったということ自体大いに不満であろうが、加えて、何らかの範囲で $\gamma$ 債権の不存在について既判力が及ぶというのでは憤懣やる方ないに違いない。このままでは、1審判決はYの不利益に変更されたということになるというYの上告理由には一理あることになりかねない。

エともあれ、これらはいずれも $\alpha$ 債権の一部請求をそのまま維持したことから生ずる問題点であるから、上記イのとおり、相殺が主張された場合にはもはや一部請求にとどめることはできず、全部請求に訴えを変更する必要があると考えるものである。これにより、一部請求における相殺をめぐる困難な問題は抜本的に解消されるか、少なくとも多に簡明になるものと期待される。相殺の抗弁による既判力の範囲も判断し易くなり、明確になる（ただし、複数の債権が自働債権として相殺に供される場合にはその順番を明らかにすることを要するという点は変わらないものと思われる。）。何よりも、再訴の可能性を考える必要がなくなるということの意義は大きい。

（注10） 一部請求における弁済の抗弁の処理についても、実は同じような問題がある。むしろ、ある意味では、過失相殺よりも弁済の抗弁の方が相殺の抗弁に近似する面があるとさえ言えよう（民法512条により、同法488条から491条までの弁済の充当に関する規定が相殺について準用されていることを参照）。そうすると、一部請求における過失相殺の処理に続いて同請求における弁済の抗弁の処理について検討し、次いで相

殺の抗弁の処理を検討することとすべきなのかもしれない。ただ、過失相殺と弁済はあくまで訴求債権（訴訟物）の範囲内で発生する事象であるという意味で共通点があるのに対して、相殺は訴求債権とは別の債権（自働債権）を持ち出すものであるという点で、実は弁済等とは似て非なるものであるということは弁えておかなければならない。そして、そうであれば、一部請求における弁済の抗弁の処理については、過失相殺の処理について検討したところ（上記3）が基本的にそのまま妥当するものと解して差支えないのではないと思われる。実際にも、原告が、被告から弁済の抗弁が主張されるであろうことを予期して一部請求にとどめるような場合も想定されるところ、この場合には外側説によって処理されることがまさに原告の合理的な意思に合致するものということができる。これは、被告から過失相殺の主張がなされることを予期して当初から一部請求にとどめる場合について、上記（注7）で指摘したところと同様である。

(注11) そうだとすると、上記設例におけるYの相殺の抗弁は主張自体失当だったということになるのだろうか。しかし、このような判決は、A債権の全額が1000万円であると認定されたからこそ導かれたのであって、仮に、A債権が500万円しかないという認定であれば、Yの相殺の抗弁は100万円の限度では意義があり、その範囲で既判力も生ずることになる（A債権500万円のうちの外側からB債権300万円を相殺すると、200万円が残ることになる。これはXの一部請求300万円について100万円の範囲では対当額で相殺されたことを意味する。）。したがって、Yの相殺の抗弁を主張自体失当とすることはできない。

だが、それにしても、結果的には実に空しい作業をしたことになる場合もあることは間違いない。そうであれば、このような場合、A債権の額がX主張のとおりである場合においてもなお相殺の抗弁が意義を有すること、すなわち、B債権の額（Y主張額）が700万円を超えるものでなければならぬということはやむを得ず要求してもよいのではないかとも思われる。

(注12) 私は、内側説の方が余程簡明であり、相殺の抗弁を主張したYの意思にも合致するのではないかと考える。同じく一部請求における問題であるからといって、過失相殺の場合と相殺の場合を同列に扱い、いずれも外側説により処理すべきであるとしなければならなかったわけでもないのではないか。また、上記3のイで指摘したとおり、そもそも一部請求における過失相殺の場合においても何が何でも外側説によらなければならないということでもないものであって、もっと柔軟に対処することが許されて然るべきだったように思われる。

(注13) この判決が確定した場合、Xは $\alpha$ 債権の残部請求をすることができるだろうか。 $\alpha$ 債権についてはその認定額が一部請求額を上回っているから、上記H10年最判がそのまま当てはまる場合ではないが、Yから相殺の抗弁が主張された結果、Xの一部請求額を下回る額しか認容されず、かつ、この点については既判力が生ずるのであるから、これを総合すると残部請求のための再訴は許されないものと考えられる。

では、Yが $\beta$ 債権のうち既判力が及ばない24万7100円について請求することが許されるだろうか。 $\alpha$ 債権の残部請求が許されないのと同様、これもまた許されないものというべきである。

## 5 不利益変更禁止の原則

ア 控訴審における不利益変更禁止ということはどう考えるべきかについて、本件最判及びその原審判決は恰好の素材を提供している（上記4のウのウで指摘した疑問の第3参照）。

ア 例えば、XのYに対する貸金請求訴訟において、その債権額につきAの限度で一部認容する判決がなされた場合において、Yのみが控訴したところ、控訴審がAより大きいA'を認容すると判決をすることは許されないが、その旨の認定をすること自体が許されないわけではない。それはあくまで自由心証主義の問題であって、証拠に基づいてそのような認定をすることは差支えない。ただ、原判決の認容額Aを超えて認容することは不利益変更の原則に照らして許されないというだけのことである。

この点は、上記訴訟において、Y主張の弁済の抗弁がBの範囲で認められて、 $A - B = C$ の限度で認容すると1審判決がなされたのに対して、Yのみが控訴したところ、控訴審で、Aより大きいA'を認定するか、Bより小さいB'を認定するなどした結果、Cよりも大きいC'を認定するという場合についても同様である。そのような認定判断をすること自体は何ら妨げないが、ただ、原判決を取消・変更してC'を認容することは不利益変更の原則により許されないことになるのである。

イ では、上記訴訟において、Yから売買代金債権による予備的相殺の抗弁が主張された場合はどうか。

i 訴求債権（受働債権）Aの額がa、反対債権（自働債権）Bの額がbとそれぞれ認定され（ $A \geq a$ 、 $B \geq b$ ）、相殺の結果、①Xの請求棄却の判決がなされた場合（ $a \leq b$ の場合）、或いは、②残額c（ $a - b = c$ ）の限度で一部認容の判決がなされた場合（ $a > b$ の場合）には、いずれの場合にもX・Y双方に控訴の利益があり、ともに控訴することができる。

まず、②の判決に対して、㉞Yのみが控訴し、Xは控訴も付帯控訴もしていない場合について見るに、控訴審が、Aにつきaより大きいa'と認定したため、両債権が相殺された結果cより大きいc'を認容することは不利

益変更禁止の原則からして許されない。そのことは疑問の余地がない。同様に、④Xのみが控訴した場合において、控訴審が、Aにつきaより小さいa'を認定して相殺した結果、cより小さいc'の限度で認容したり、Xの請求を棄却したりすることも許されない。(注14)

ii そうすると、いずれの場合も不利益変更禁止の原則に照らして控訴棄却の判決がなされることになり、これにより1審判決が確定するから、既判力についても1審判決に基づいて見るべきことになる。

②の場合を例にとって、⑦について見ると、請求債権につき、 $A > a$ ならば、「cの限度での存在」、「 $A - a$ の範囲での不存在」、「bに対応する額の不存在」について既判力が生じ、自働債権については、「bの不存在」に既判力が生ずるほか、「 $B - b$ 」又は「 $a - b (= c)$ 」のいずれか少ない額の限度での不存在について既判力が生ずる。したがって、自働債権についてはB又はaのいずれか小さい方の額の不存在について既判力が生ずることになる。なお、これと異なり、Xもまた控訴ないし付帯控訴をしていた場合において、⑦のような事実認定がなされた場合についても見ておくと、この場合には、1審判決を変更してc'が認容されるから、既判力の及ぶ範囲も当然変わってくる。すなわち、請求債権については、「c'の限度での存在」、「 $A - a'$ の範囲での不存在(仮に、 $A = a'$ なら、これはゼロになる。）」、「bに対応する額の不存在」、自働債権については、「bの不存在」のほか、「 $B - b$ 」又は「 $a' - b (= c')$ 」のいずれか少ない額の限度での不存在について既判力が生ずる。したがって、自働債権についてはB又はa'のいずれか小さい額の限度での不存在について既判力が生ずることになる。

iii ところで、⑦の場合において、aより大きいa'と認定すること(本件最判の事例に則して言えば、Yだけしか控訴していない場合にa債権の額を1審の認定よりも多く認定すること)は不利益変更禁止の原則に反するから許されないとする見解がある。Xは1審判決に対し控訴をしていないのであるから、そこでの認定判断に不服がないということになるという考えであろうか。これは、確かに耳に入り易い主張ではあるが、事

件が控訴審に移審している以上、Xの訴求する $\alpha$ 債権の全額がいくらであるかについて控訴審が1審の認定に縛られることなく独自に（ただし、もちろんXの申立ての範囲内において）認定できるのは当然のことだと言わなければならない。既判力の範囲という観点からしても、上記iiのとおり、控訴棄却の判決が確定することになると、1審判決に基づいてそれが決せられることになるから、予備的相殺の抗弁が主張された場合について上記アで見た一般的な場合と異なる取扱いをしなければならないとする合理的な理由も必要も見出せない。<sup>(注15)</sup>

イ 最後に、本件最判の事例で、控訴審において $\gamma$ 債権を自働債権とする相殺の抗弁が追加主張されたことに関する問題点について触れておきたい。

ア 本件最判及びその原審判決のこの点に関する説示には疑問があるが（上記4のウのウ参照）、それにしてもこれを解明するのは容易なことではない。

例えば、高橋教授は、「控訴審で訴えの変更等の既判力範囲を動かす申立てがなされた場合は、控訴審で初めて生じた既判力対象が問題となるのであるから、第1審判決との比較は無用であってそもそも不利益変更禁止を論じ得ない」筈であるとした上で、「相殺も訴えの変更等と同様に既判力範囲を拡張する主張である」から、 $\gamma$ 債権を自働債権とする相殺の抗弁は不利益変更禁止の原則とは無関係であると論じておられる（高橋・重点講義（下）p628）。大変明快な説明であり、敬服させられるが、この見解に対しても、「自働債権の外側部分に既判力が生じるとすれば、控訴審判決のほうが第1審判決よりも訴求債権（ $\alpha$ 債権）の認定額が多い分だけ、相殺に供された自働債権不存在の既判力が生じる範囲も控訴審判決のほうが広がる。それが自働債権(2)（ $\gamma$ 債権）を侵食することが問題とされているのであり、自働債権(1)（ $\beta$ 債権）不存在の既判力の範囲に相違が生じていないからといって不利益変更がないということはできないであろう。」（前記判例百選の本件最判の解説（八田卓也氏担当））という反論が加えられているところである。

イ 思うに、1審では $\beta$ 債権のみが自働債権として相殺に供されていたのに、控訴審ではそれに加えて $\gamma$ 債権も自働債権として相殺に供されたというのであるから、単に、訴求債権（受働債権）としての $\alpha$ 債権や自働債権としての $\beta$ 債権についての1審の認定額が控訴審で変更（増額又は減額）されたという場合は、本質的に事情を異にするものと言わなければならないのではないだろうか。Yのみが控訴し、Xは控訴も付帯控訴もしていないという場合において、 $\alpha$ 債権の認定額が増額され、或いは $\beta$ 債権の認定額が減額されるなどしたために、相殺の差し引き計算をした結果、認容額が1審のそれよりも大きくなってしまおうという場合にはまさに不利益変更禁止の問題であるが、新たに $\gamma$ 債権が自働債権として加えられたという場合には、相殺に関する事情（前提事実）が1審とは全く異なるのであるから、不利益変更禁止の問題にはならない、その原則を当てはめて結論を導くことはできないという高橋説に与すべきであろう。

(注14) ㊦の場合において、両債権が相殺されることによって、1審判決の一部認容額  $c$  よりも大きい  $c'$  が算定されるケースとしては、本文に記載したもののほかに、(あ) 訴求債権については1審と同じく  $a$  と認定されたが、自働債権につき  $b$  よりも小さい  $b'$  と認定された場合、(い) 両債権とも1審の認定額より増額されたが、訴求債権についての増加額が自働債権についてのそれを上回った場合、(う) 両債権とも1審の認定額より減額されたが、自働債権についての減額幅が訴求債権についてのそれを上回った場合なども想定される。同様に、㊧の場合についても、本文記載のケースのほかに、上記(あ)ないし(う)に対応するケースが考えられる。

しかし、これらのケース全部について検討するのは煩瑣に耐えないし、その必要もないものと思われるので、以下では、専ら訴求債権についての認定額に増額又は減額があったという本文記載の場合に限って検討することとする。

(注15) もっとも、この点に関する松本博之教授の見解は見ておく必要がある。同教授は、一部請求における相殺については内側説によるべきことを強調されるとともに、不利益変更禁止の原則との関係においても、最判S61・9・4判時1215-47<前掲判例百選112事件>の検討を踏まえた上で傾聴すべき見解を述べておられるからである（松本『訴訟における相殺』p248以下）。

上記最判は、Yが、Xの訴求債権 $\alpha$ について争いつつ、反対債権 $\beta$ をもって相殺するとの予備的相殺の抗弁を主張した事案である。1審が、 $\alpha$ 債権の存在を認める一方、Yの相殺の抗弁も採用して、請求棄却の判決をしたのに対し、Xのみが控訴した（Yは控訴も付帯控訴もしていない。）。控訴審は、 $\beta$ 債権の存在が認められないとしたために、原判決を取り消してXの請求を認容したが、最高裁は、 $\alpha$ 債権自体が公序良俗違反により認められるべきでないから、控訴審としては、原判決を取り消してXの

請求を棄却すべきであるところ、Yが控訴も付帯控訴もしていない以上、不利益変更禁止の原則により、Xの控訴を棄却するとどめるほかないとして、原判決を破棄してXの控訴を棄却（自判）した。松本教授は、これについて、Xしか控訴していないのであるから、296条1項により控訴審における審理は専らYの相殺の抗弁の当否に限られ、 $\alpha$ 債権の存否は審理の対象とはならない。したがって、相殺の抗弁が容れられるのであれば控訴棄却、そうでなければ「原判決取消+Xの請求認容」となるのであって、いずれにしても不利益変更禁止の原則がはたらく余地はないとして、上記最判及びこれと同調する多数説を批判される。このように、296条1項に着目した控訴審の審理の範囲についての考え方を、Yのみが控訴し、Xは控訴も付帯控訴もしていない本件最判の事例にも及ぼすとすれば、Yが、 $\alpha$ 債権についての認定判断を不問に付し、相殺の抗弁についての1審の判断のみを不服としているときは、控訴審での審理の対象はYの相殺の抗弁を巡るものに限られるということになるのであろう。そうだとすれば、Yの上告理由にあるとおり、控訴審が $\alpha$ 債権について1審の認定額よりも大きい485万0100円と認定したのは不利益変更禁止の原則に反するというにもなる。

しかし、S61年最判の場合には、Xの不服は、1審がYの相殺の抗弁を採用したことにあることは確実であるが、それとて、結局のところは相殺の抗弁を採用したことによりXの請求を棄却したことを不服とし、その変更を求めているにほかならない。そうであれば、この場合の「第1審判決の変更を求める限度」の解釈において、 $\alpha$ 債権の存否等についての判断をことさら除外しなければならないことはないように思われる。まして、本件最判の事例においては、① $\alpha$ 債権の存否やその総額について、② $\beta$ 債権の存否等について、③相殺適状の有無や相殺の方法として外側説が採用されたことについてなど、Yの不服（控訴理由）は多岐にわたることが想定される。それ故、仮に、Yが控訴理由中で①についての認定判断に対する不服を取り上げていない場合であっても、後にこれが追加されることもないとは言えない。そうであれば、Xが控訴も付帯控訴もしていない場合においても、Yの控訴理由のみによって控訴審の審理の範囲を画するのは問題なしとしない。①についても、Xが主張している範囲で独自に審理判断（認定）することは、自由心証主義に照らして当然許されて然るべきであり、ただ、その結果、Yにとって1審の認定よりも不利になるときは、不利益変更禁止の原則によりそのまま認容することは許されないというだけのことである。また、相殺の抗弁には既判力が及ぶということについても、それは $\alpha$ 債権と対当額で生ずるにすぎない以上、①について審理判断（認定）することは相殺の抗弁の既判力の範囲を確定するためにもむしろ不可欠の前提となるのである。

## 第8 登記請求訴訟において当事者から登記を得た第三者の地位

1 訴訟承継（49条ないし51条）における「承継」と口頭弁論終結後の承継人（115条1項3号）というときの「承継」は、基本的に同義に解してよいと思われるところ、当該訴訟の目的たる実体上の権利義務（＝訴訟物）の移転があった場合に限られない。（注1）

<ケース1>：Xが、甲土地所有権に基づき、同土地上に乙建物を所有するYに対し、乙建物収去・甲土地明渡訴訟を提起した場合において、YがZに乙建物を譲渡した場合。このような訴訟としては、例えば、X・Y間に甲土地についての建物所有を目的とする土地賃貸借契約が締結され、それに基づきYが乙建物を建築し所有していたが、同契約が終了したとされるような事例が考えられる。

同訴訟の訴訟物は、甲土地明渡請求権であるところ、ZはYから甲土地上の乙建物を譲り受けたにすぎず、甲土地明渡義務を承継したわけではない。しかし、この場合にも、「承継」があったとされ、それが訴訟係属中なら訴訟承継の問題とされる（多くの場合、XがZに対し訴訟引受の申立てをするものと思われる。）。この場合に、YがZに乙建物の所有権移転登記や引渡しを了していれば、請求の趣旨は「Zは、Xに対し、乙建物を収去して甲土地を明け渡せ。」となり、Yは脱退することになるが（法50条、48条）、Yが依然として乙建物を占有しているという場合には、Yに対する請求として「Yは、Xに対し、乙建物から退去して甲土地を明け渡せ。」が付加されることになろう。<sup>(注2)</sup>

また、X勝訴の判決が確定した場合において、口頭弁論終結後にZに譲渡されたのであれば、Zは115条1項3号、民事執行法23条1項3号の「承継人」に該当するものとして、強制執行の対象となる（ただし、Zに対する承継執行文の付与を受けることが必要である。）。<sup>(注3)</sup>

<ケース2>：Xが、甲土地の所有権を有すると主張して、甲土地を占有し、登記名義を有するYに対し、甲土地明渡及び所有権移転登記抹消登記手続請求訴訟を提起した場合において、Yもまた、甲土地の所有権を有すると主張して争っていたところ、Yが甲土地をZに譲渡したという場合。このような訴訟としては、X・Y間に甲土地についての売買契約が締結され、同契約に基づいてYへの甲土地所有権移転登記及び引渡しがなされたが、Xが、同契約は錯誤により無効であると主張して、Yに対して、①甲土地の返還と②所有権移転登記の抹消登記手続を求めているのに対し、Yが同契約は有効であり、甲土地の所有権はYに移転していると主張して争

っているような事例がこれに当たる。(注4)

ア この場合には、X・Yとも甲土地の所有者であると主張して争っているのであるから、甲土地の所有権がX・Yのいずれに帰属するのか、さらには、X・Y間の売買契約は錯誤により無効というXの主張が認められるのか否かが主要な争点であることは疑問の余地がないが、同訴訟の訴訟物はあくまでXのYに対する甲土地明渡請求権及び所有権移転登記抹消登記手続請求権であって、甲土地についてのXの所有権そのものではない。まして、上記売買契約の有効・無効などではない。また、YはZに対し、Yが甲土地所有権を有するという前提のもと、それを譲渡した(それに伴い、甲土地をZに引き渡し、Zへの所有権移転登記を了した)のであって、Zは甲土地明渡義務や所有権移転登記抹消登記手続義務を承継したものであることともより当然である。

イ では、それにもかかわらず、この場合にも、〈ケース1〉の場合と同様に「承継」があったとされるのであろうか。

これを肯定するならば、YからZへの譲渡がX・Y間の訴訟係属中にあったときは、訴訟承継の問題として扱われることになるから、Zを訴訟に引き込んだ上で、①については請求の趣旨が「Zは、Xに対し、甲土地を明け渡せ。」となる。これに対し、②はいささか問題である。⑦「Zは、甲土地につき、XからYへの所有権移転登記及びYからZへの所有権移転登記の各抹消登記手続をせよ。」となるか、又は、④「Zは、Xに対し、甲土地につき、ZからXへの真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続をせよ。」とでもせざるを得ないことになろう。

また、X勝訴の判決が確定した場合において、YからZへの譲渡が同訴訟の口頭弁論終結後になされたときは、X・Y間の債務名義をもって、Zに対する上記①の強制執行のみならず、②についても上記⑦又は④の登記を実現することができることになる筋合である。

〈ケース3〉：X・Y間に甲土地についての売買契約が締結され、同契約に基づいてYへの甲土地所有権移転登記及び引渡しが行なわれたが、Xが、同契約は通謀虚偽表示により無効であると主張して、Yに対して、①甲土

地の返還と②所有権移転登記の抹消登記手続を求めているのに対し、Yが同契約は有効であり、甲土地の所有権はYに移転していると主張して争っている場合において、YがZに甲土地を譲渡したというような事例が考えられる。(注5)

この場合の訴訟物も<ケース2>の場合のそれと基本的に同じであるが、YからZへの甲土地譲渡が「承継」に当たるとするならば、それが訴訟係属中のことであれば、Zを同訴訟に引き込み、請求の趣旨を<ケース2>の場合と同じように変更することになる。ただ、この場合には、民法94条2項により、Z(第三者)が善意であるならば、XはZに対しては無効を対抗することができないことになるという違いがある。

また、X勝訴の判決が確定した場合において、YからZへの甲土地譲渡が同訴訟の口頭弁論終結後になされたときも、Zは、固有の抗弁権として、X・Y間の甲土地売買契約が通謀虚偽表示によるものであることにつき自己が善意であることを主張することができる。(注6)

そうとすると、この場合には、YからZへの甲土地譲渡の時期の如何にかかわらず、いずれにしても、Zが善意であるか否かにかかっていることになる。

<ケース4>：Xが、Yから甲土地を買い受けて、Yに対し、①甲土地の引渡し+②所有権移転登記手続を求める訴訟を提起したが、Yが甲土地をZに二重譲渡した場合。(注7)

ア Zは、Yから売主の地位を譲り受けたわけではないから、甲土地の引渡し及び所有権移転登記手続義務という訴訟物そのものの承継があったわけではないが、この場合にも「承継」があったとされるならば、それが訴訟係属中になされた場合には、Zを訴訟に引き込んだ上で、請求の趣旨を、①については「Zは、Xに対し、甲土地を引き渡せ。」、②については、YからZへの所有権移転登記が経由されている場合にのみ、「Zは、Xに対し、甲土地につき、YからZへの所有権移転登記の抹消登記手続をするとともに、YからXへの〇〇売買を原因とする所有権移転登記手続をせよ。」、又は、「Zは、Xに対し、甲土地につき、真正な登記名義の回

復を原因とするZからXへの所有権移転登記手続をせよ。」となることが考えられる。

イ しかし、これは二重譲渡事例であるから、Zから対抗要件の抗弁ないしは対抗要件具備による所有権喪失の抗弁<sup>(注8)</sup>が主張されるのは必定であり、背信的悪意者の再抗弁が認められるという例外的な場合を除いてはXの敗訴は免れない。

また、X勝訴の判決が確定した場合において、YからZへの譲渡が同訴訟の口頭弁論終結後になされたときは、X・Y間の債務名義をもって、Zに対する上記①の強制執行のみならず、②についても上記㉞又は①の登記を実現することができるようになる筋合である。しかし、この場合にも、Zは固有の抗弁権として上記と同様の抗弁を主張することが考えられるから、XがZに対し強制執行をすることができる可能性は極めて低いものと言わなければならない。

[ケース4の関連事例1]：Xは、Yに甲土地を代金3000万円で売り渡し、Yに所有権移転登記をしたが、Yが代金を支払わないので売買契約を解除したとして、Yに対し同登記の抹消登記手続請求訴訟（以下「本件訴訟」という）を提起した。ところが、Yが、㉞解除前に、甲土地をZに売却し、Zに対し所有権移転登記をしてしまっていたという場合と、①解除後（＝本件訴訟の係属後）に、甲土地をZに売却し、Zに対し所有権移転登記をしてしまった場合か考えられる。そして、①は、①売却も登記もともに本件訴訟の口頭弁論終結前になされた場合、②売却は本件訴訟の口頭弁論終結までになされたが、登記は口頭弁論終結後になされた場合、③ともに本件訴訟の口頭弁論終結後になされた場合に区分される。

上記㉞の場合は、Zが民法545条1項の「第三者」として保護されるかどうかの問題である。Zが「第三者」に当たることは間違いないが、解除の遡及効にもかかわらず保護されるためには「権利保護資格要件」としての登記を具備していることを要するものと解されているところ、Zはそのような要件としての登記を具備しているから、XはYには勝訴できても、Zの権利を害することはできないことになる。

これに対し、上記④の場合は、二重譲渡類似の法律関係が生ずるものと解されるから、既に<ケース4>について検討したところと同一に帰する。

[ケース4の関連事例2]: 上記[関連事例1]のX・Y間の売買契約が締結された場合において、Xが同契約をYの詐欺を理由に取り消し、本件訴訟を提起した場合はどうであろうか。

この場合においても、Yが、⑦取消前に、甲土地をZに売却し、Zに対し所有権移転登記をしてしまっていたという場合と、④取消後(=本件訴訟係属後)に、甲土地をZに売却し、Zに対し所有権移転登記をしてしまった場合が考えられる。そして、④は、①売却も登記もともに本件訴訟の口頭弁論終結前になされた場合、②売却は本件訴訟の口頭弁論終結までになされたが、登記は口頭弁論終結後になされた場合、③ともに本件訴訟の口頭弁論終結後になされた場合に区分される。

⑦であれば、Zが保護されるかどうか(XがZに取消しを対抗できないことになるかどうか)については、Zが民法96条3項の「善意の第三者」に当たるか否かにかかっているところ、第三者に該当することは明らかであるから、問題は「善意」と言えるかどうかである。

これに対し、④の場合には二重譲渡に類する法律関係が生ずるという点で解除の場合(関連事例1)と異なるところはないから、ここでも<ケース4>で検討したところと同一に帰する。

(注1) この点のみならず、本項全体について、新堂「訴訟当事者から登記を得た者の地位」(『訴訟物と争点効(上)』p297以下)に負うところが大きい。

(注2) Yが乙建物の全部又は一部をZに賃貸したという場合にも、基本的に同じである。ただ、この場合には、Yに対する請求はそのまま、Zについて「Zは、Xに対し、乙建物から退去して甲土地を明け渡せ。」という請求の趣旨が付け加わることになる。

(注3) この場合においても、Yが乙建物を依然として占有しているということも考えられる。その場合には、Yに対する乙建物取去・甲土地明渡を命じた判決を債務名義として、Yに対する退去明渡しと、Zに対する取去明渡しの強制執行ができるものと解してよいであろう。当該債務名義は甲土地の明渡しを命ずるものであり、退去明渡しも取去明渡しも土地明渡しの執行方法の違いにすぎないからである。

(注4) このケースにおいても、YがZに甲土地を賃貸したという場合も考えられる。その場合においてZを訴訟に引き込むときは、Yに対する④の請求に加えて、「Zは、Xに対し、甲土地を明け渡せ。」という請求の趣旨が付加されることになるなど、一

定の修正が必要になる。しかし、以下の検討をいたずらに複雑にするだけであるので、このような場合は取り上げないことにする。

(注5) Xは、Yに対し、甲土地につきXからYへの所有権移転登記があるが、それはXが債権者からの追及を逃れるためにYと相謀ってY名義にしたものであるから通謀虚偽表示による無効の登記であるとして、同登記の抹消登記手続請求訴訟を提起した。ところが、Yが甲土地をZに売却し、Zに対し所有権移転登記をできてしまったというような場合である。そして、この場合にも、⑦それが訴訟提起より前になされた場合、④同訴訟係属後に、甲土地をZに売却し、Zに対し所有権移転登記をできてしまった場合が考えられ、④は、さらに、①それがともに同訴訟の口頭弁論終結までになされた場合、②売却は同訴訟の口頭弁論終結までになされたが、所有権移転登記は口頭弁論終結後になされた場合、③ともに同訴訟の口頭弁論終結後になされた場合が考えられる。なお、③の事例として最判S48・6・21民集27-6-712 [前掲判例百選87]参照。

(注6) 第三者がこのような固有の抗弁を主張することができることは異論がない。この関係をどう説明するかについては、形式説（「承継人」として既判力が及ぶが、固有の法的地位の主張が遮断されるいわれはない）と実質説（固有の法的地位の主張が認められる者は「承継人」ではない）とがある。判例は実質説であるとされるが、形式説が判断基準としては明確であり、相当であろう。なお、この関係については、新堂・前掲p 327以下において大変説得力に富む周到な検討がなされており、高橋教授も「是非読むべきである」と推奨しておられる（高橋・重点講義（上）p 694以下参照）。

(注7) 最判S41・6・2判時464-24の事案参照。なお、一口に二重譲渡ケースと言っても、①Zへの譲渡とそれに基づく所有権移転登記がともにX・Y間の訴訟の口頭弁論終結前になされた場合、②Zへの譲渡は口頭弁論終結までになされ、間もなく引渡もなされたが、所有権移転登記は口頭弁論終結後になされた場合、③ともに口頭弁論終結後になされた場合があり得る。

上記①及び③の場合については、そのいずれであるかを問わず、Xは、Zが背信的悪意者であるというような場合のほかはZに対して対抗することができない。したがって、上記①の場合に、ZがYの被告としての地位を承継したものであるとして、引受承継の申立てをしても、XはZに勝訴することができる見込みはまずない。また、③の場合には、形式説によれば、Zは「口頭弁論終結後の承継人」（民訴法115条1項3号）に該当しそうであるが、Zは「対抗要件の抗弁」ないし「対抗要件具備による所有権喪失の抗弁」という権利抗弁を固有の抗弁権として主張することができるから、XはやはりZに対抗できないことになる。

これに対し、上記②の場合、すなわち、ZがYから甲土地を譲り受けたと主張しているも、未だ登記を具備していないのであれば、Xとしては、Yに所有権移転登記を求めれば足りるから、Zの承継を問題にする必要がない、したがって、Zへの所有権移転登記がなされた場合だけを検討すれば足りるものと考えられなくもない。しかし、Zが甲土地の引渡しを受けて既に占有しているという場合もないわけではないので、あえてそのような限定はしないでおくこととする。

(注8) この抗弁については、第6の「2」参照。

## 2 問題意識

ア このように、訴訟物そのものの移転ではないにもかかわらず、「承継」が認められるのは何故なのか。問題はその理論的な説明であるが、これを口頭弁論終結後の承継人について見れば、①口頭弁論終結後に当事者適格を承継した者とする説、②前訴で解決された紛争及びそこから派生した紛争の主体たる地位の承継と解する説、③訴訟法上の地位の基礎にある実体法上の権利関係を承継の対象として把握し、承継人の実体法上の地位が訴訟当事者（前主）に依存する関係にあることを根拠にする説など、諸説があるとされる。<sup>(注9)</sup>

イ 登記請求権についてまで「承継」が認められるべきなのか。ケース2の②についての疑問である。

判例・学説ともにこれを認めているが、これに対しては異論も表明されている。曰く、「債権者が処分禁止の仮処分を行わずに、債務者に対する抹消の登記或いは所有権移転の登記を求める訴訟を提起し、その訴訟の間に、第三者に所有権移転の登記がされてしまったときは、訴訟引受により当該第三者を参加させることができるか、また、口頭弁論終結後に第三者に所有権移転登記がされてしまったときは、勝訴判決に承継執行文の付与を受けて第三者の登記を抹消させることができるかという問題がある。この点については、従来から、学説・判例は積極的に考えているようであるが、はなはだ疑問である」というのである（山崎潮「不動産の処分禁止の仮処分の執行と効力」（『民事保全法の基本構造』p384以下）。以下において、論者の主張を概観するとともに、これに対する私見を簡単に述べておくこととする。

第1に、Yに対する登記請求権とZに対する所有権移転登記の抹消とは全く別個の請求権であり、Zが訴訟を引き受けても、Yに対する請求権はそのまま残り、何ら影響を受けるものではないので、まさに別訴の併合というべきであると主張する。しかしながら、訴訟承継における「承継」については、上記1で見たとおり、訴訟物の移転と不可分のものとして理解されているわけではない。したがって、〈ケース2〉の①についても、YがZに甲土地を賃貸して引き渡したような場合には、論者が指摘するよう

なYに対する請求とZに対する請求の併存という状況が出現するのであって、ひとり登記請求権についてのみ問題にされるいわれはない。そうでなければ、例えば<ケース2>において、Xが、Yに対して、①甲土地の返還と②所有権移転登記の抹消登記手続を求めている場合に、①については承継が認められるのに②についてはそれが否定されるという明らかに不合理な結果が生ずることになってしまう。

第2に、第1の点についてはZが司法審査を受ける機会があるので、それほど問題にする必要はないかもしれないが、口頭弁論終結後にZへの所有権移転登記がなされた場合に、Yに対する債務名義に承継執行文を付与することにより、Zへの登記を抹消することができると解することについては、㊦訴訟物が全く別個であるのにどうして既判力が及ぶのか、④Zについていかなる意味で司法審査の機会が保障されていると言えるのかという疑問があり、どう考えても納得できないというのである。しかし、㊦の訴訟物との関係の疑問は必ずしも決め手にはならないことは既に第1で見たとおりである。また、論者の問題意識からしても、④の点こそが重要であるということになるだろうが、これも口頭弁論終結後の承継人に判決効（既判力・執行力）を及ぼす場合の一般的な問題点であって、登記請求権の場合にのみ問題になるわけではない。そして、この点については、代替的手続保障という観点から苦しいながらもそれなりの説明がなされているところである。<sup>(注10)</sup>

しかも、論者が最も問題だとする<ケース3>や<ケース4>の場合のZにおいては、それが口頭弁論終結後の承継人に該当するとされる場合であっても、<ケース3>の場合については自己が善意であるとの抗弁、<ケース4>にあっては対抗要件の抗弁ないしは対抗要件具備による所有権喪失の抗弁をいわゆる固有の抗弁権として主張することができるのであるから、実質的にも手続保障が全うされることになる。なお、論者は、承継執行文の付与は裁判所書記官によってなされるところ、それが完全な意味の司法審査の実質を有しないことは明らかであるとも主張するが、そもそも上記のような固有の抗弁権が主張される可能性のある場合において書記

官限りで承継執行文が付与されるということ自体が問題であって、このような場合にはすべからず執行文の付与を拒絶した上で、執行文付与の訴え（民事執行法33条）の提起を待つべきである（注11）。そして、同訴訟の中で、上記のような固有の抗弁権の成否が吟味されることになれば、何ら手続保障にもとめることもない道理である。また、論者は、執行文の記載の仕方についても疑問を提起するが、上記のとおり、執行文付与の訴えによることで、判決という形をとって、登記官にとってまぎれの無い執行文が付与されることが期待されるものとする。

最後に、論者は、「以上のような不都合な事態を避けるために処分禁止の仮処分が考案されたのであり、これを利用せず、自らの権利の保全をしなかった者をそれほど手厚く保護する必要は全くないと思われる」と主張する。山崎氏（注12）は民事保全法の立法に携わった法務省の責任者という立場にあった方であるから、同法に対する格別の思い入れから上記のような主張をされることも理解できないわけではないが、いささか乱暴にすぎる議論ではないかと思われる。そのような制度の創設やその利用の有無とは別に、可能な限り合理的な結論を考案するような訴訟法上の理論が求められるのではないかと考える。

（注9）高橋・重点講義 p 690以下参照。

（注10）高橋教授は、「口頭弁論終結後の承継人に既判力が拡張されるのは、紛争解決の実効性の維持のため（権利関係安定のため）だと考えられる。（中略）他方、既判力を拡張される、特に不利に拡張される承継人側の手続保障が十分かと言えば、前訴当時には存在していなかった承継人のためにも前主は訴訟をしたと事後的に評価することもできるし、前訴のときには紛争の主体たる地位を持っていた者が争った結果として出された判決なのであるからその内容的正当性は高いということもでき、辛うじて手続保障はあったと言えるであろう。少なくとも、判決された権利関係の安定のためには、この程度の手続保障で我慢しなければならない。そのような意味では、立法者の決断と言ってもよいであろう。」とされる（高橋・前掲 p 691）。

（注11）特に、登記手続を命ずる判決は民事執行法174条の「意思表示をすべきことを命ずる判決」として、その確定の時に意思表示をしたものとみなされる（最判S41・3・18民集20-3-464）。もっとも、口頭弁論終結後の承継人が現れた場合にはその者に対する承継執行文が付与されることが必要になるが、それだけに承継執行文の付与が決定的に重要な意義を持つことになるのであるから、なおさらである。

（注12）ここで、山崎氏について述べることをお許しいただきたい。山崎氏は、私と同期（司法研修所22期）・同クラスで、ともに裁判官に任官した友人である。彼は、任

官後暫くしてから法務省に転じ、立法作業などに関与するようになった。民事保全法もその一つである。また、彼は、司法制度改革推進本部の事務局長として枢要な役割を担った。その重責を果たして裁判所に戻り、千葉地裁の所長に任ぜられたが、その在任中、まさに突然急逝された。私は、司法制度改革の激務が彼の命を奪ったのではないかと受け止めた。逸材だっただけに本当に惜まれる。生きてくれていれば、今頃は最高裁判官として活躍していたのではないかと思ったりするのである。また、昔に戻って、このような法律論を闘わせてみたかったと、残念でならない。

### 3 最判S54・1・30判時918-67について

#### ア 事案の概要等

ア Xは甲建物の所有者であるが、Aと通謀してA名義の保存登記を経由していた。そこで、Xは、Aを被告とする前訴において、甲建物の所有権確認+A名義の保存登記抹消登記手続請求をし、X勝訴の判決が確定した。

イ ところが、Aは、前訴の口頭弁論終結後に甲建物をYに譲渡し、その旨の所有権移転登記を経由した。そこで、XはYを被告として、甲建物の所有権確認+真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続請求を内容とする後訴（本件訴訟）を提起したところ、Yは、Xに対し、甲建物の明渡し+賃料相当損害金の支払を求める反訴を提起した。

ウ 原審は、Yは、A名義の保存登記がX・A間の通謀虚偽表示に基づくものであることについて善意ではなかったと認定した上で、Xの本訴請求を認容し、Yの反訴請求を棄却した。

#### イ 本件最判：Yの上告棄却

ア Yは115条1項3号、民事執行法23条1項3号の「口頭弁論終結後の承継人」に当たり、前訴判決の効力が及ぶ。

イ Xにおいて前訴判決につきYに対する承継執行文の付与を受けて登記申請手続をしたとしても、甲建物につきYの経由した所有権移転登記及びAのした所有権保存登記が抹消されるにとどまり、登記簿上直接Xの所有名義が実現されるものではないのであるから、Yに対して真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続を請求するXの本訴は前訴判決の存在によって当然に訴えの利益を欠くこととなるものではない。

## ウ 検討

ア 上記認定事実によれば、Yが前訴の「口頭弁論終結後の承継人」であることは疑いを入れない。また、Yは民法94条2項の「善意」者ではないというのであるから、固有の抗弁権を有しないことになる。したがって、実質説であれ、形式説であれ、Yに前訴判決の効力が及ぶことは明らかである。本件最判の上記イのAは正当である。

イ それでは同イはどうか。判例・学説とも登記申請の意思表示を命ずる判決についても承継執行文の付与が認められるべきものとしているところ、これを支持してよいことは上記2のイで見たとおりである。

そうすると、本件最判の事案においても、XはAに対する勝訴判決につきYに対する関係で承継執行文の付与を受けて登記申請手続をすることも可能であったものであり、そのことは本件最判の説示の中でも当然の前提とされていることが見て取れる。問題は、そのような場合においてもYに対する別訴としての登記請求訴訟を提起することが可能かどうかである。これは、一般論としては、承継人から又は承継人に対し、執行文付与の訴えではなく、新たに給付訴訟を提起することも許されるかという形で論じられており、古い判例（大判S8・6・15民集12-1498）は、確定の給付判決がある債権の譲受人が債務者に対して改めて給付訴訟を提起した事案について、訴えの利益を肯定している。しかし、通説はこれについて反対である。複数の債務名義が作出されるのは、その必要がある場合に限られるべきであること、当該承継人が「口頭弁論終結後の承継人」に当たるかどうかだけが問題とされるにとどまる筈なのであるから、その点に絞った判断を求めれば足りるし、それこそが執行文付与の訴えの果たすべき役割である。そうだとすれば、執行文付与の訴えのみを認めれば足り、承継人から、或いは、承継人に対する、新たな給付訴訟は訴えの利益を欠くと解すべきである。通説を支持すべきであろう。本件最判も、むしろ通説の考え方を踏まえた上で、本件の事案にあっては、YからXへの真正な登記名義の回復を原因とする直接の所有権移転登記手続を求めることを認めるべきであるとして本件訴訟の訴えの利益を肯定したのである。

しかし、この点についてはいくつかの疑問がある。その第1は、前訴判決によってはXの所有権保存登記をすることはできないのかという点である。本件最判は、Xにおいて、前訴判決につきYに対する承継執行文の付与を受けて登記申請手続きをしたとしても、「甲建物につきYの経由した所有権移転登記及びAのした所有権保存登記がそれぞれ抹消されるにとどまる」と説示するところ、そのこと自体は前訴判決の主文に照らして余りに当然のことであるが、Xは、その上で保存登記の申請をすることができる筈ではないのか、そして、それこそが「所有権保存登記」の本来の姿なのではないのだろうかということである。そもそも、それが不可能であるというのであれば、前訴判決の主文自体が相当ではなかった（Aからの所有権移転登記を求めるべきであった）ということになるが、そうは言えないであろう。第2に、それにもかかわらず、XがYに対し、真正な登記名義の回復を原因とするYからXへの所有権移転登記を求めることが許されるのだろうか。抹消登記について利害関係を有する第三者が存在するため、その者の承諾を得なければ抹消登記を実現することができないという場合であれば格別、そのような事情もないのであれば、前訴判決に承継執行文の付与を受けて、Yの所有権移転登記及びAの所有権保存登記の各抹消登記をした上でXの所有権保存登記をするという本則とされる手順を踏むべきではないだろうか。それができる条件が整っているにもかかわらず、真正な登記名義の回復を原因とするYからXへの直接の所有権移転登記を求める利益があるとするのはいささか安易にすぎるのではないかという気がしてならない。