

# 形成訴訟における請求の認諾

豊田博昭

## 〈目次〉

- 一 はじめに
- 二 実体法上の形成訴訟
- 三 訴訟法上の形成訴訟
- 四 形式的形成訴訟
- 五 行政事件訴訟
- 六 おわりに

## 一 はじめに

請求の認諾は、請求の放棄や訴訟上の和解とともに、処分権主義の理念をその基礎におくものである。では、形成訴訟において請求の認諾ができるであろうか。形成訴訟は、いうまでもなく、一定の形成要件の存在を訴えをもつて主張させ、裁判所に法律関係の変動を判決で宣言させて、その確定によって初めて変動の効果を発生させるという訴訟類型であり、

その変動の効果を当事者間だけでなく、対第三者の関係でも明確かつ画一的に生じさせる特別の必要性がある場合に認められる。そこで形成訴訟の具体例の多くは身分関係や会社関係に関する事件である。<sup>(1)</sup>しかしそうした事件の性格ゆえに、形成訴訟の領域では処分権主義はおのずから排除ないし制限されるといわれる。<sup>(2)</sup>この問題は先学によってすでに詳細な研究が行われているが、<sup>(3)</sup>筆者の関心はこうである。

請求の認諾があれば認諾調書が作成され(民訴規六七条一項一号)、その記載は確定判決と同一の効力を有するものとされている(民訴二六七条)。ところで、和解調書に形成力が生ずることを明言する学説は多くないが、<sup>(4)</sup>他方、認諾調書に形成力が生ずることを肯定する見解は現時のほぼ通説(定説)といつてよいかと思われる。<sup>(5)</sup>しかし、いずれも同じ処分権主義に基づく制度であるにもかかわらず、両者は形成訴訟でなぜこのように区別されているのであろうか。しかも不思議なこと、認諾調書に形成力の発生を認めながら、ほとんどの学説は請求の認諾ができる形成訴訟の具体例をあげていない。かえつて、認諾ができない場合の例として形成訴訟の具体例が指摘されている。しかし形成力を肯定する以上は、それがいかなる形成訴訟における認諾であるのかを明確にする必要があるうし、仮に認諾ができないと解するならば、形成力の発生を認める考え方を改めて検討しなければならぬはずである。以下においては、代表的な形成訴訟ごとに請求の認諾の可否に関する従来の論議を整理し、若干の検討を試みることにする。

- (1) 兼子一『民事訴訟法体系〔増訂版〕』一四五頁(酒井書店、昭和四〇年)、三ヶ月章『民事訴訟法』四三頁、一一三頁(有斐閣、昭和三四年)(以下、全集と略す)、同『民事訴訟法』五六頁(弘文堂、昭和五四年)(以下、双書と略す)、小山昇『民事訴訟法〔五訂版〕』一四九頁、一九六頁(青林書院新社、平成元年)、兼子一・松浦馨・新堂幸司・竹下守夫『条解民事訴訟法』七六六頁(竹下守夫)(弘文堂、昭和六一年)(以下、兼子ほか・条解と略す)、上田徹一郎『民事訴訟法〔第二版〕』一一

八頁（法学書院、平成九年）、石川明・小島武司編『新民事訴訟法（補訂版）』八九頁（中島弘雅）（青林書院、平成九年）、伊藤眞『民事訴訟法』一二七頁（有斐閣、平成一〇年）、新堂幸司『新民事訴訟法』一七七頁（弘文堂、平成一〇年）など。

(2) 三ヶ月・全集一五六頁、同・双書一九三頁、小山・民訴法二六七頁、斎藤秀夫『民事訴訟法概論（新版）』二二四頁（有斐閣、昭和五七年）、上田・民訴法二七四頁、石川・小島編『新民事訴訟法一四八頁（本間靖規）、伊藤・民訴法一七二頁など。

(3) 河野正憲「請求認諾について」『当事者行為の法的構造』二二五頁（弘文堂、昭和六三年）（同論文の九大法学二四号への初出は昭和四七年。以下、法的構造と略す）、小室直人「形成訴訟における処分権主義・弁論主義の制限」小室直人・本間輝雄編集代表『西原寛一先生追悼論文集 企業と法上』三四五頁（有斐閣、昭和五二年）、岡垣学「人事訴訟における弁論主義の制限」『人事訴訟の研究』一七五頁（第一法規出版、昭和五五年）。

(4) 斎藤・概論三三六頁、小山・民訴法四四四頁、鈴木正裕・青山善充編『注釈民事訴訟法(4)』四八九頁（山本和彦）（有斐閣、平成九年）（以下、注釈民訴法(4)と略す）。ただし、具体的にいかなる形成訴訟でそれが可能とされているかはそれほど明確ではない。

(5) 加藤正治『民事訴訟法要論（新訂）』三二一頁（有斐閣、昭和二八年）（以下、要論と略す）、兼子・体系三〇三頁、斎藤・概論三三一頁、木川統一郎「請求の放棄・認諾」民事訴訟法学会編『民事訴訟法講座 第三卷』八一八頁（有斐閣、昭和三〇年）、河野・法的構造二四四頁、岩松三郎・兼子一編『法律実務講座 民事訴訟第一審手続(2)（復刻版）』一八二頁（鈴木忠一）（有斐閣、昭和五九年）（以下、法律実務講座(2)と略す）、小山・民訴法四三九頁、鈴木正裕・鈴木重勝・福永有利・井上治典『注釈民事訴訟法』二九八頁（鈴木重勝）（有斐閣、昭和六〇年）、斎藤秀夫・小室直人・西村宏一・林屋礼二編著『注解民事訴訟法(5)と(5)（第二版）』二〇七頁（斎藤秀夫・渡部吉隆・小室直人）（第一法規出版、平成三年）（以下、斎藤ほか編著・注解民訴法(5)と略す）、染野義信『新版民事訴訟法』三二〇頁（勁草書房、昭和六一年）、谷口安平・井上治典編『新・判例コンメンタール民事訴訟法3』三五四頁（紺谷浩司）（三省堂、平成六年）、鈴木・青山編『注釈民訴法(4)』五〇三頁（山本）、上田・民訴法四一〇頁、石川・小島編『新民事訴訟法二九〇頁（佐々木平伍郎）、新堂・新民事訴訟法三二二頁、木川統一郎・中村英郎編『民事訴訟法（新版）』三三四頁（永井博史）（青林書院、平成一〇年）、松本博之・上野泰男『民事訴訟法』三二七頁（松本博之）（弘文堂、平成一〇年）、中野貞一郎・松浦馨・鈴木正裕編『新民事訴訟法講義』三三〇頁（河野正憲）（有斐閣、平成一〇年）、渡邊綱吉

形成訴訟における請求の認諾（豊田）

『民事訴訟法学』二二五頁(成文堂、平成一〇年)、遠藤功・文字浩編『講説民事訴訟法』一九二頁〔角森正雄〕(不磨書房、平成一〇年)など。

## 二 実体法上の形成訴訟

1 請求の認諾は、被告が請求の全部または一部を肯定する旨の訴訟上の陳述である。通説によると、その法的性質は訴訟行為と解されている。<sup>(1)</sup>

(1) 形成訴訟において請求の認諾が可能かという問題は、とりわけ旧民法の改正当時、若干の学説が請求の認諾の要件を説く際に、自覚的に検討している。すなわち、①請求の認諾は、主張された権利の行使を自らできる場合でなければならぬが、形成の訴えでは当事者は形成権を有していても自ら行使しその効果を実現できず、裁判所に対してその付与を請求できるに過ぎない。したがって、請求の認諾により直ちに形成判決と同一の効果を付与できないことは理論の命ずるところである。<sup>(2)</sup> また、②元来形成の訴えは形成権の存在を主張しかつ形成の判決を求める訴えであり、原告が訴えを放棄するのは妨げないが、被告が請求を認諾しても、単に形成権の存在を確定しうるにとどまり、形成の効果を生ずる理由はない。したがって、形成訴訟においては請求の認諾は無効の疑いがある。<sup>(3)</sup> と。

それにもかかわらず、これらの学説は認諾が可能であるとの結論を導いている。その根拠としては、①まず、旧民法二〇三条(民法二六七条に相應)があげられている。この規定は、大正一五年の法改正によって、原告による請求の放棄または被告による請求の認諾があった場合に、「裁判所ハ申立ニ因リ其放棄又ハ認諾ニ基キ判決ヲ以テ却下又ハ敗訴ノ言

渡ヲ為ス」という制度（旧々民訴二二九条）を改めて認諾調書の制度とするとともに、その認諾調書の記載に確定判決と同一の効力を新しく認めたものであるが、<sup>(4)</sup>この説によれば、その場合に認諾に確定の形成判決と同様の効力を付すべきものと解するのが、認諾をもって判決に代えた立法者の趣旨に適合する、と述べている。<sup>(5)</sup>この説は条文にある「効力」概念中に形成力を含めて、そこから認諾の可能性を演繹するのであるが、しかし、その「効力」中に既判力を認めうるか否かは議論があるように、<sup>(6)</sup>形成力を当然に含めてよいか、その前提としていかなる形成訴訟で請求の認諾ができるのかをまず問うべきではなからうか。②また、弁論主義の適用をその根拠にする説がある。すなわち、形成訴訟で形成権は形成権者が任意に行使できないが、弁論主義が行われる範囲では形成権の存否について被告が認諾できない理由はない（人事訴訟手続では、その効力（旧民訴二〇三条）を生じない）。法律が形成訴訟を要求する趣旨は、裁判外での主張によって該私法上の形成権の行使を許さないというにとどまり、該形成権の裁判上の主張が訴訟上確定的に認められる場合には、認諾に基づき形成の効果を生ずる、と説く。<sup>(7)</sup>しかし最近の一般的な理解によれば、弁論主義は訴訟資料の提出を当事者の権限とする建前であり、訴訟物である請求を対象にする請求の認諾とはその対象を異にする事項である。<sup>(8)</sup>またこの説も、弁論主義が適用されるいかなる形成訴訟で認諾を認めるのかを明確にしていない。

(2) 認諾肯定説をとれば、認諾調書の「確定判決ト同一ノ効力」（旧民訴二〇三条、現行民訴二六七条に相当）の解釈でも、形成力の発生を承認することになる。<sup>(9)</sup>これに対して、その効力としては既判力（形式的確定力を含む）と執行力をあげるが、形成力については言及しない学説も多くみられる。<sup>(10)</sup>しかし、それが形成訴訟において請求の認諾を認めない考え方によるものか、あるいは形成訴訟は考慮外にあったことによるものであるかは明らかでない。

2 冒頭に述べたように、最近のほとんどの学説は認諾の効果を論ずる際には認諾調書に形成力が発生することを承認

しており、これが定説と思われる。<sup>(11)</sup>しかし、それが具体的にどのような形成訴訟であるかについては、言及する学説は少ない。

(1) 人事訴訟事件は典型的な形成訴訟と解されるが、請求の認諾に関する規定の適用は、すでに法律上、排除されている（人訴一〇条一項、二六条、三二条一項<sup>(13)</sup>）。①人訴法に関する立法審議過程における立法担当者によると、(ア)まず、「人事訴訟手続法」という特別の手続を設ける理由としては、人事訴訟事件は財産上の訴訟とは違って、「単純ノ一人ノ關係ニ止マラナイ即チ公益ニ関シマスル訴訟」であり、民訴法の規定によることはできない、(イ)「人事訴訟ハ公益上ノ關係カラシテ当事者ノ意思ニ任シテ置クト云フコトハ出来ナイ即チ職權主義ヲ採ツテ職權上十分ノ調査ヲシテ裁判ヲスルト云フ必要ガア」るので、特別の規定を定めるのである、<sup>(14)</sup>(ウ)そうした人訴法の原則から、裁判所の専屬管轄、検事の立会い、裁判所の職權による事実調査または証拠調べに関する規定を定めるとともに、民訴法によれば自白した者については証拠を必要とせず、また「認諾ヲシタ場合ニハ直チニ判決スル」ことになるが、そうした規定は「適用ヲシナイデ総テ飽クマデモ事実ヲ調べ事実ヲ調査シテ其上デ判決ヲスルト云フ主義ヲ採」った、(エ)そして、同法案九条（現行人訴一〇条に相当）については、「職權ヲ以テ事実ヲ調査スル証拠ガナクテモ或ル事実ニ拠ツテ推定」しないという精神からできており、(オ)擬制自白の規定（旧々民訴一一一条二項）は職權証拠調べ主義に反するし、また、文書提出命令の規定（旧々民訴三三五条ないし三四一条）も夫婦間で通謀して証拠物を拵えて出すようなことを避けるため、その適用を排除する、(カ)したがって、「認諾ニ関スル規定モ同様デ職權主義ニ反スル規定デア」る、(キ)また、自白も同様である、<sup>(15)</sup>と述べられている。

②旧時の学説をみると、「婚姻事件デハ当事者間ノ利害相反スル關係ガ多イ」、<sup>(16)</sup>あるいは、「公益ニ至大ノ關係ヲ有スルタメ眞実ノ発見ヲ期スベキデアル」、<sup>(17)</sup>という事件の特殊性が指摘され、そこから請求の認諾を認めた場合の問題として、

「不当認定判決を生ずる虞稀なりとしない」<sup>(18)</sup>、また、「真実ノ発見ヲ期ス可キ」べきであるのに、「認諾ハ動モスレハ第三者ヲ詐害スル当事者ノ通謀手段ニ供セラルル事アリテ實際上ノ弊害極テ少ナシトセズ」<sup>(19)</sup>、という論拠があげられている。ではそこでのいう公益とは、どのようなことが考えられていたのか。例えば、「身分権ニ関スルモノハ単ニ当事者ダケノ私関係ニ止マラズ一家ノ組織整理ニ関シ、サラニハ社会ノ基盤ニ影響ヲ及ボス」<sup>(20)</sup>とする説や、一個の婚姻が社会生活上必要なる制度であり、国家はそれに関する各訴訟の結果につき公益上少なからざる関係を有し、いったん有効に成立した婚姻が当事者の自由処分によって容易に解消されないようにすることが公益であるとする説<sup>(21)</sup>などがみられる。そうすると、社会的または国家的な意味での公益が当時考えられていたと解することができようか。<sup>(22)</sup>

(2) 最近の学説も、請求の認諾の要件論のなかで人訴法一〇条の規定に言及している。請求の認諾の基本的な要件は、当事者が訴訟物についての係争利益を自由に処分できるものでなければならぬ。しかし、人訴事件の係争利益はその要件を欠いており、人訴法一〇条がそのことを明文で定めたものであると、学説の多くは考えている。<sup>(23)</sup>しかしそれと並んで、婚姻事件や養子縁組事件では婚姻・養子縁組を維持するために職権探知（片面的職権探知）主義が採用されている（人訴一四條、二六條）ことを理由にあげて、請求の認諾はできないとする学説も有力である。<sup>(24)</sup>しかし、立法担当者の説明からすれば、これは考え方が逆ではないかと思う。片面的職権探知主義も、認諾規定の排除と同じ理由、つまり公益に係わる事件であるので理由なく離婚させないという考え方によって、採用されたものである。<sup>(25)</sup>

(3) 他方、人訴法一〇条の明文の規定にもかかわらず、離婚事件や離縁事件については請求の認諾を認める説も相当に有力である。<sup>(26)</sup>山木戸教授は、その論拠として、①民法は協議上の離婚や離縁を認めていること（民七六三条、八一一条一項）、②また家事審判法が調停離婚と調停離縁を認め、調停が成立すると調停調書の記載は確定判決と同一の効力を有し、

直ちに法律上離婚または離縁の効果を生ずるものとしたこと、③現行民法では裁判上の離婚や離縁についても離婚原因や離縁原因は相対化され、破綻主義・目的主義に移行したことで、離婚原因や離縁原因の確定はその機能を減少している、と指摘される。また肯定説の論者は、④請求の認諾規定を排除する人訴法一〇条一項は、婚姻関係を終生のものとするキリスト教の影響を受けて、もともと離婚事件では裁判離婚(現行ドイツ民法(BGB)一五六四條)だけを認め、協議による離婚を一切許容しないドイツ民法においては意味のある規定であるにしても、協議離婚(民七六三條)を認めるわが国の法制にこれをそのまま継受した立法措置は正当ではなかったと説く<sup>(27)</sup>。ただし、この点は認諾否定説もつとに指摘するところである<sup>(28)</sup>。

ところで、請求の認諾、より一般的には当事者の処分権限を制限するのに用いられる公益という概念は、人訴法一〇條の範となつた一八七七年のドイツ民訴法(CPO)五七七條一項(同法案では五五四條、現行ドイツ民訴法(ZPO)六一七條に相当<sup>(29)</sup>)に関する理由書に登場している。理由書によると、①事実の主張が真実であるか否かについて、自由な心証によつて裁判する裁判所の権限を制限する規定のうち、認諾や裁判上の自白の効果等の規定は適用しないことにする。その理由は、これらの規定が婚姻の存在や存続を当事者の恣意(Wilkur)に委ねるものになるからである。②また、当事者間の通謀を危惧することが当事者の処分権限の制限を要請しているのであるが、それは、婚姻の解消を基礎づけるような事実が問題になる限りでのみであり、したがつて、それ以外の事実については一般的な規範を適用しても公益を損なうことにはならない、と述べている<sup>(30)</sup>。こうした考え方は、普通法学説によつたものといわれる<sup>(31)</sup>。

当時の公益概念がどのように考えられていたのか、いま筆者には検討する能力もないが、さしあたり右ドイツ法の理由書でみると、旧時のわが国学説が説く(前掲①②参照)のと同様に、社会全体ないしは国家の利益という意味での公益が



考えられているのではないかと思われる（理由書②の部分）。また請求の認諾規定の排除理由としては、裁判所の真実の探知と当事者の処分権限を認めた場合の弊害が考えられている（理由書①の部分<sup>33</sup>）。しかし、少なくとも現在のわが国の婚姻制度を前提にして考えると、婚姻関係は男女の合意のみに基づき成立し（憲二四一条一項）、それゆえにその解消も双方の協議に委ねられているものと解される（民七六三条）。このように実体法上当事者に認めた婚姻についての意思決定の自由は、訴訟上でも尊重すべきであろう。いったん訴訟になれば社会全体や国家の利益または手続の統一の要請<sup>34</sup>という観点を強調してそれを制限しようとする人訴法一〇一条一項は、婚姻の解消を当事者の自由意思に委ねている離婚法の基本的な考え方と一致しない<sup>35</sup>。ドイツ法の理由書があげる当事者の処分権限がもたらす問題は、その前提として協議離婚を認めず裁判離婚制度の建前を堅持しなければならないとの要請と結び付いているものと思われるが、そうした要請はわが国には妥当しない。離婚したい当事者にとっては訴訟外でその方法があるのに、訴訟上、通謀を企てる必要はないからである。認諾肯定説に対しては、現行法制のもとでは離婚問題の最終的解決は家庭裁判所のみ専属的機能であるという批判がある<sup>36</sup>。しかし、家事審判法は調停前置主義を導入して（家審一八一条一項）当事者の合意を訴訟に優先させるとともに、<sup>37</sup>家庭裁判所による調停に代わる審判（家審二四一条一項）も、「調停が成立しない場合において相当と認めるとき」に行われ、その効力の失効も当事者の異義申立てに係らせている（家審二五一条二項）。ここでも当事者の意思を尊重しようとする趣旨をうかがうことができるのであり、<sup>38</sup>それは、むしろ、家庭裁判所による解決にいたる前の当事者間の自主的解決をできる限り重視しようとする姿勢を示すものと解することができる。さらに認諾肯定説に対する批判として、第三者に対する効力（対世効）（人訴一八一条）が問題になる。しかし、人訴法一八一条は、その文言からも明らかのように、裁判所が離婚等の「判決」を言い渡した場合について定めたものであり、認諾調書には適用されないと解することができる<sup>39</sup>。民

訴法二六七条が認諾調書に確定判決と同一の効力を認めていることから、当然に認諾調書にも人訴法一八条が適用されることにはならないと考える。離婚訴訟で作成された認諾調書には、対世効は生じない。仮に譲ってそのように解せない場合にも、当事者間限りで成立した認諾調書には第三者を拘束する効力までも認めるべきではなからう。近時、身分判決の対世効の不利益的拡張に対して第三者の手續関与権を拡充する考え方が有力になっているが、<sup>(40)</sup>仮に人訴法一八条の適用を考えるのであれば、右有力説が説く第三者の救済手段は認諾調書にも適用する必要がある。このほか認諾肯定説は、人訴法一四条の職権探知(片面的職権探知)主義の考え方も抵触する。しかし、離婚事件の被告が家庭内の秘事(プライバシー)を考慮して請求の認諾を申し立て、<sup>(41)</sup>原告も特にそれを争っていないようなケースで、裁判所の職権探知が婚姻関係を維持しなければならぬとの公益的要請によつて基礎づけられてよいかは疑問である。たしかに古くから強調されているように、身分関係の事件で真実の探知の公益的要請が特に強くあることはその通りであろうが、しかし、真実の探知は私益的な要請でもあろうし、また逆に、真実(離婚事由か)を含めた家庭内の事実を一切開示したくないという離婚訴訟の当事者の私益的要請(憲一三条)も尊重されるべきではないかと考える。否定説はその場合に訴えの取下げ(民訴二六一条)をしたうえで協議離婚を薦めるが、<sup>(42)</sup>当事者には迂遠な方法であつて、認諾調書に基づき離婚の効果(民訴二六七条)を直ちに生じさせる点では、請求の認諾を肯定した方が当事者にも親切ではなからうか。

以上の検討から、筆者は解釈論として離婚事件で請求の認諾を肯定する説に従いたい。離婚事件についても、実体法はその成立(民七九二条・八〇二条一号)および解消(民八一一条一項)を当事者の自由意思に委ねており、離婚事件で右に述べたのと同様に解してよいと思われる。立法論としては、人訴法一〇条一項の少なくとも認諾規定の部分は、実体法上協議離婚および協議離縁を定める法制のもとでは、その改正を検討する必要があると考える。

(4) 判例をみると、人訴事件で請求の認諾が問題になったケースは、①山形地判昭和四五年三月二五日判時五九五号八頁がある。夫婦間が不和になり妻子を遺棄して家出した夫が、その後窃盗により刑務所に服役しているという事案で、妻からの離婚請求（民七七〇条一項一号・二号）に対して、夫が請求通りの判決を求め、請求原因事実を全部認めているケースにおいて、山形地判昭和四五年は、(ア)夫のそうした態度は「原告主張の各法条に該当する」と認定したうえで、(イ)さらに被告が請求自体を認容している点について、「離婚について民法は原因の如何を問わず当事者の自由な合意のみによる協議離婚を認めており、又家事審判法は調停離婚なる当事者の合意に基づく離婚を認めていることに鑑みると離婚については夫婦の自由意思による処分が可能な私的關係と解すべきである。そうすれば裁判上においても各当事者の自由な活動によって婚姻関係を処分することができるものと解すべきである。」として、認諾肯定説をとることを明らかにしている。ただし、この判例は判決主文では離婚判決を下し、認諾調書を作成しなかったという点で右判示部分は傍論と解される<sup>(43)</sup>。しかし、このようなケースで、それでも公益を理由にして裁判所がさらに職権探知をするという考え方については、上述したように筆者は反対する。

人訴法に明文の規定のない事件で、いずれも形成訴訟ではないと思われるが、請求の認諾が問題になったものとしてつぎの判例がある。まず、②大判昭和九年一月一七日民集一三卷二二九一頁は、家督相続回復請求（旧民九六六条）のケースである。これは、両親の婚姻締結後に認知された兄弟中、その認知が遅かった兄（上告人）が家督相続回復請求訴訟（旧民九六六条）を提起し、弟（被上告人）が原審で請求を認諾し請求原因たる全主張事実を認めたとする事案で、原審は請求を棄却する判決をした。飛躍上告の合意に基づく上告理由は、人事訴訟に属さない本件訴訟について被上告人が本訴請求を認諾し、その旨の記載のある口頭弁論調書は旧民訴法二〇三条（現行民訴二六七条に相当）により確定判決

と同一の効力を生じており、本件訴訟はその認諾により終了しさらに判決をなすべき筋合いがなく、原審は判決をなすべきでなかつたなどと主張している。これに対して大判昭和九年は、(ア)旧民法二〇三条(現行民訴二六七条に相当)の規定によれば、「請求ノ認諾ハ原告ノ請求ヲ正当トスル被告敗訴ノ終局判決ニ代ル効力ヲ有スル」が、上告人の「開示スル事実關係ニシテ其ノ主張ノ如キ法律上ノ効果ヲ生セス其ノ請求ヲ正当トナスニ足ラ」ないときは、たとえ「同事実ニ付被告之ヲ争ワズ又ハ十分ニ証明」があつた場合でも、その「請求ハ竟ニ排斥」されなければならない、(イ)それと同様に、たとえ被告が「原告ノ理由ナキ事実ニ基ク請求ヲ認諾シタ」ときも、「認諾ノ効果ハ発生」しないものと解さなければならぬ、(ウ)本件でこれを見ると、当事者間で争いのない事実關係のもとでは「当事者ノ主張スル如キ法律上ノ効果ハ発生」しない、原裁判所は、旧民法九七〇条二項<sup>(44)</sup>により上告人は家督相続人の地位を取得していないと判断したものであり、「原裁判所が被告上告人ノ認諾アリタルニ拘ラズ上告人ノ請求ヲ理由ナキモノトシテ排斥シタルハ毫モ違法」ではない、と判示している。

家督相続回復訴訟の法的性質については、形成訴訟である相続人廃除訴訟(家督相続人廃除訴訟、遺産相続人廃除訴訟、廃除の取消しの訴え。旧人訴三条<sup>(45)</sup>)とは異なり、相続開始後における相続権を訴訟物とする確認訴訟と解されている<sup>(46)</sup>。また下級審判例であるが、家督相続回復訴訟について、「一面において人事訴訟的性格を有する訴えである」が、「家督相続回復の効果は当然相続財産の回復に及ぶべきものであることからして、この訴えはこれをいわゆる人事訴訟(人事訴訟法所定の訴訟およびこれに準ずべき訴訟)と解すべきでなく、通常民事訴訟と解するのを相当とする。(民訴第一九条(現行民訴五条一四号に相應)にいわゆる「相続権に関する訴え……」である。)」と判示する判例がある<sup>(47)</sup>。そうすると、通常訴訟にもかかわらず請求の認諾が許されなかつた理由が問われるが、それは、本件認諾が法律(旧民法九七〇条二項)に違

反する内容ものであった(ウ)の判示部分)からであると考え<sup>(48)</sup>。認諾不許の理由として、この事件を非嫡出子の認知訴訟と解する捉え方<sup>(49)</sup>には、賛成できない。

つぎに、③大判昭和一六年五月二九日評論三〇卷下(1)民訴二八八頁は、家督相続人の指定届出の偽造を理由に、指定届出の無効確認および家督相続回復請求訴訟が提起され、第一審の口頭弁論期日に被上告人(被告)が請求の認諾を行いその効力が問題になった事案で、(ア)「家督相続回復ノ訴ノ如キハ広義ニ於テハ人事ニ関スル訴訟ニ外ナラ」ず、「他ノ一般ノ訴訟ト同一ニ取扱フコトハ立法上固ヨリ多大ノ考慮ヲ要ス」るが、(イ)しかし、「現在ノ成法上此ノ訴カ人事訴訟手続法ニ依ラス通常訴訟トシテ民事訴訟法ニ從ヒテ審理判断セラルヘキコトハ」、「現行法ノ解釈上已ムヲ得サルトコロ」であり、「在来取扱ノ慣行モ亦之ヲ踏襲シ」ている、(ウ)「家督相続回復ノ訴カ通常訴訟トシテ審理判断」されるものである以上、「認諾ニ関スル民事訴訟法ノ規定ノ適用アル」はいうまでもない、と判示している。ここでは家督相続回復訴訟が通常訴訟と解され(判示(イ)の部分)、請求の認諾も肯定されている(判示(ウ)の部分)。

また、④大判昭和一七年三月二六日民集二二卷二八四頁は、土地所有権取得登記抹消請求事件であるが、原告に対する別訴・家督相続回復請求訴訟での請求の認諾の効力が問題になった事案で、原審が、家督相続回復請求事件は民事訴訟手続に属するものであることは、非訟事件手続法にその規定がないことから明らかであり、認諾は何等妨げなしと判示し、大判昭和一七年も、「相続回復ノ訴訟ハ其ノ性質上民事訴訟ニ属スルモノト解ス」べきであり、「原審カ同訴訟ニ於ケル認諾ヲ有効ト做シタルハ正当」であると判示している。③および④判例の判旨はいずれも正当と考える。

さらに、⑤高知地判昭和一〇年六月一〇日評論二四卷下諸法五三七頁Ⅱ新聞三八五四号四頁は、名義冒用による分家届出を理由とする分家無効確認請求事件において、被告が原告の請求通りの判決を求め、その主張事実を認めているケース

で、(ア)本件「訴ハ其ノ性質人事訴訟ニ属」し、その「訴訟手続ニ付テハ人事訴訟手続法ニ則ルヘキモノト解ス」る、(イ)また「其ノ判決ノ既判力カ単ニ当該訴訟当事者ノミヲ羈束シ一般第三者ニ及ハスト為スコトハ事件ノ性質上許サルヘカラサル所ニシテ当事者ノ処分権ヲ或程度制限スル必要アルコト人事訴訟手続法列挙ノ各事件ト何等ノ径庭ナキヲ以テナリ自白及認諾ニ関スル民事訴訟法ノ規定カ人事訴訟ニ適用」がないことは、人訴法一〇条、二六条、三二条、五九条等により明らかであり、「被告ノ為シタル本件請求ノ認諾及自白ハ其ノ効力ナキニヨリ、裁判所ハ之ニ拘束サルルコトナク自ラ眞実発見ニ努力スヘキ責アル」と判示している。(ウ)そして同地裁は、原告は自己の意思に基づき分家届出をしたものであるとして、請求を棄却した。ここでは、処分権限の制限が判決の対世効から導かれているが(判示(イ)部分)、上述したように、それは請求の認諾を否定する論拠にはならないと考える。

(5) ドイツ民法(ZPO)三〇七条一項によると、当事者が口頭弁論において主張された請求権の全部または一部を認諾した場合、申立てに基づき被告には認諾に従って判決が下される。現在の学説・判例によると、形成訴訟でも請求の認諾は可能である。<sup>(50)</sup>これが通説といわれる。<sup>(51)</sup>他方で、婚姻事件では認諾の効果に関する右規定の適用はなく(ZPO六一七条)、これは親子関係事件(ZPO六四〇条)や禁治産宣告事件(ZPO六七〇条一項)などにも準用される。最近の学説によると、ZPO六一七条の根拠としては、①客観的な眞実の探知<sup>(52)</sup>、または、②国家による婚姻の保護のためであり、訴訟領域での当事者の処分権限を通じてその効果を失わせないようにすることにある、<sup>(53)</sup>と指摘される。<sup>(54)</sup>また請求の認諾が問題になった事案で、判例は当事者が当該法律関係を処分できるか否かという観点を、その許否の基準としてあげている。<sup>(55)</sup>連邦裁判所(BGH, Urt. v. 2.3. 1994, NJW 1994, 2697)も、嫡出否認訴訟で認諾判決はできない旨判示している。

最近の判例・学説で議論があるのは、相続欠格に基づく相続財産取得の取消訴訟(ドイツ民法(BGB)一三四二条)

において相続欠格者（BGB二三三九条）が請求を認諾できるかという問題である<sup>(56)</sup>。これについては認諾肯定説と否定説が対立しているが、両説の基本的な対立点は、①肯定説がこの問題に公益性はなく、相続人相互のないし相続欠格者との純然たる私法上の関係に係わるにすぎないと解するのに対して<sup>(57)</sup>、②否定説は裁判所の取消判決が必要であり、また認容判決に対世効が認められる以上、関係者は法的審尋を受けないまま当事者間で馴合いが行われかねないと指摘する<sup>(58)</sup>。最近、カンマーゲリヒト（KG, Urt. v. 18.1.1989, FamRZ 1989, 675）は、両親をピストルで射殺した息子の相続欠格が問題になったケースで、①職権探知主義適用説（＝認諾否定説）が実体法上の処分権限から訴訟上の処分権限の制限を導く点は正当であるが、②しかし訴訟法上の処分権限が実体法上の権限の枠内にあり、第三者の利益を侵害しない場合には請求の認諾を認めてよい、③そこで、被告がすでに相続放棄している以上は、遺産債権者の利益を侵害するものではないとして、認諾判決を下した。この判例が第三者の利益侵害の有無を確認している点は、当該認諾判決の効果が第三者に及ぶと考えられている法制のもとでの解決策として注目されるが、<sup>(59)</sup>上述したようにこの問題はわが国では生じないと思われる。

3 形成訴訟のもうひとつの典型事件として、会社関係訴訟がある<sup>(60)</sup>。会社法上の形成訴訟は団体法律関係に係わり、その認容判決には第三者に対する対世効が認められる（商一〇九条一項・一三六条三項・二四七条二項・二八〇条ノ一六・四一五条三項・四二八条三項）。しかし、人訴法一〇条一項のように請求の認諾を許さない旨の規定はない<sup>(61)</sup>。

(1) 通説は、会社法上の形成訴訟全般において請求の認諾を認めない<sup>(62)</sup>。その論拠としては、①これらの訴訟が、訴えの目的の重要性、広範囲に及ぶ利害関係を考慮して、法律効果の発生を株主と会社との協定や会社の一方的行為によることを許さず、必ず訴えにより主張し、裁判所の判決によってその当否を決すべしと、法律上、規定されている場合であること<sup>(63)</sup>と、②仮に認諾を許すと、裁判所の介入できないところで原告の勝訴判決と同じ効力を生じ、訴えの方法によるとした立

法趣旨が崩壊し、対世的効力によって拘束される第三者に不測の損害を与えるおそれがある、<sup>(64)</sup> ということなどが指摘される。

これに対し、請求の認諾を可能とする少数説がある。<sup>(65)</sup> 伊藤教授は、その論拠として、①被告会社が正当な理由なく請求を認諾すれば取締役の責任が問題になる、②訴えの目的につき法律上の利益を持つ第三者は共同訴訟的補助参加などの方法でその利益を守る手段がある、③人事法律関係と異なり団体法律関係については私的自治の原則を排除する理由に乏しいという点を指摘される。<sup>(66)</sup> またその法的性質については議論があるが、株主総会決議不存在確認訴訟(商二五二条)で認諾を肯定する説がある。<sup>(67)</sup> 肯定説は、その論拠として、①決議不存在の主張は訴えによらず別訴の前提問題としてまたは抗弁により主張できるし、会社法上の訴訟の目的は公益性ではなく法律関係の画一的処理にある、<sup>(68)</sup> ②また、認容判決に対世効が認められても、請求の認諾の許否は、被告が訴訟物たる事項を裁判外でも自由に処分できるか否かによって決まることであるし、馴合訴訟のケースでは利害関係を有する第三者は独立参加によって訴訟に介入し、旧民訴法六二条(現行民訴四〇条に相当)の準用により会社に一方的に請求の認諾をさせないことができる、<sup>(69)</sup> と説く。

(2) 判例をみると、株式会社解散請求訴訟(商四〇六条ノ二)と有限会社の社員総会決議無効確認訴訟(有四一条)における請求の認諾事案であるが、下級審判例はいずれも認諾否定説に立つ。まず、①大阪地判昭和三五年一月二二日下民集一一卷一号八五頁判タ一〇一号九一頁は、二名の株主から被告会社および被告会社代表者(一方原告の妻)に対する株式会社解散請求訴訟(商四〇六条ノ二)において、被告会社が原告等の「主張事実をすべて認め」、「請求どおりの判決を求め」た事案で、学説の多数説と同旨の判示を詳細に展開している。すなわち、(ア)株式会社解散の訴えについては、人訴法一〇条のような規定はないが、「明文が存しないから請求の認諾は許されると速断することはでき」ず、「請求の認諾



が許されるかどうかは、当該訴訟の性質や使命を実質的に検討し、当該紛争について判決によらないで当事者に自主的な解決機能が認められているかどうかによって決すべき問題である」、(イ)「法律は、権利ないし法律関係の重要性にかんがみて、あるいは法律関係の広範囲にわたることを予想して、法律関係がいたずらに紛糾することを防ぐために、紛争解決のためには必ず訴えの方法によって主張しなければならぬとして、一方原告勝訴の当該判決の効力は当事者以外の第三者にも及ぶとしている(判決の対世的効力)場合があるが、それは、「当事者間の紛争の解決自体はもとより重要な課題であるが、その解決に衡平、妥当性が要求され、ことに現在の表見的法律関係、現象的法律状態を覆滅するような解決においてその要求は一そう切実なものがあるところから、裁判所の審理判断を経る、すなわち判決によることによつて紛争解決の衡平と妥当性を担保し、またそれゆえに原告勝訴の判決に対世的効力を与えて一挙に全面的に解決しようとする趣旨」である、(ウ)「したがつて、この種の訴訟については自主的な解決権能が当事者に認められていないのであり、請求の認諾は許されない」、「請求の認諾を許すとすれば、裁判所の一指も触れえないところで当事者の恣意によつて判決と同じ効力が生じてしまい、訴えの方法によらなければならないとした法の趣旨は根本から覆され、対世的効力によつて拘束される第三者にも不測の損害を与えるおそれもあることを考えるとその不当なことは明らかである」、(エ)そこで、「請求の認諾が許されるのは、当事者が判決によらなくても判決と同じような内容と実体的効果をもつて紛争を自主的に解決することが法律上可能な場合に限る」べきであり、少数株主の利益保護のための株式会社解散請求は、「株式会社の多数決団体たる性格と矛盾し、また関係者におよぼす影響の大なることにかんがみて、訴によつてのみ可能であるとされているし、またその判決は形成判決であつて、その効力は第三者にまで画一的な拘束力を持ち、この解散判決が確定したときは登記所は裁判所の嘱託によつてその登記をしなければならない(非訟事件手続法第一九三条ノ二第三項)」、と判示する。

また、②同様に株式会社解散請求訴訟(商四〇六条ノ二)が少数株主から提起され、被告会社代表者が請求の認諾をした事実で、鳥取地判昭和四二年四月二五日判タ二一八号二一九頁は、(ア)右請求権は「いわゆる株主の共益権に属」し、「本来会社の利益に反して行使しえないものであり」、それについては「いわゆる職権調査主義によって判断すべき事柄であ」り、本件訴訟で「被告代表者の請求の認諾はなしえ」ない、(イ)また「こう解するとき少数株主と会社代表者との合意のみによつて他の株主等当該訴訟外の第三者にも効果を及ぼすべき会社の解散という事態を招来しうべき弊を防止しう」と判示する。

①の大阪地判昭和三五年についての評釈者の評価は分かれており、(ア)右訴訟が株式会社の団体性や多数決原理(商四〇五条)と調和を欠くにもかかわらず認められた制度であり、解散判決(形成判決)の結果として会社の存立を解消させ、多数関係者にきわめて重要な影響を及ぼす効果を生ずる(第三者に対する拘束力)こと、また訴えをもつてのみ主張できるとされている意味は、判決によつてのみ決定されるという趣旨に解すべきであるとして、判旨に賛成する説と、他方で、(イ)対世効があるとしても、人訴法における一般的公益性が問題となるわけではなく、依然として私益の問題であつて人訴法の規定は類推できないし、私的紛争の自主的解決権能が奪われるというのも論理の飛躍がある、またこの種の訴訟で職権探知によるべきであるとする、裁判所は第三者のために証拠を探知しなければならなくなり、職責が不当に拡大する、さらに判決効を受ける第三者は独立当事者参加や共同訴訟的補助参加によつて不利益を防止できるとして、判旨を疑問とする説がある<sup>(71)</sup>。

さらに、③特に株式会社の場合にその法的性質については議論があるが、<sup>(72)</sup>有限会社の代表取締役から被告有限会社および被告を代表すべき者に対する社員総会決議の不存在を理由とする右決議無効確認訴訟(有四一条)で、被告代表者が請

求を認諾したケースで、東京地判昭和四六年二月二二日判時六三三三九一頁は、(ア)右「訴えは、株主総会決議不存在確認の訴えと同じく、商業登記簿等に記載され、会社その他の関係人においてあたかも適法に拘束力を有するかのごとく取り扱われ勝ちの決議について、その拘束力のないことを判決をもって画一的に確定することを目的とする訴であるから、被告を代表すべき者がその請求を認諾し、これを口頭弁論調書に記載しても、民事訴訟法二〇三条にいわゆる確定判決と同一の効力を有する由なきものと解するを相当とする」と判示する。(イ)もつとも同判決は、被告の「請求原因事實は、すべて認める」との答弁を「自白」と解して、原告の請求を認容している。

(3) ドイツ法の議論をみると、株式会社の株主総会決議取消訴訟(ドイツ株式法(AktG)二四三条・二四六条)の法的性質は形成訴訟と解されている。<sup>(73)</sup> 通説はこの訴訟で請求の認諾を可能とする。<sup>(74)</sup> その論拠としては、①この手続には通常の民訴手続で適用される民訴法が適用になり、したがって弁論主義も適用になること、②認諾は実体法上の法律行為ではなく訴訟行為であり、認諾判決の基礎を形成するものであること、③ZPO五四条は訴訟追行の権限が一般的に与えられる場合に、各訴訟行為について特別の授權を要しないと規定しており、株式会社の代表者は、特別な授權がなくても、請求の認諾ができることなどが指摘されている。<sup>(75)</sup>

これに対して、認諾を否定する説が対立する。<sup>(76)</sup> 否定説は特に有限会社法(GmbH-Gesetz)に関して主張されているといわれるが、<sup>(77)</sup> その論拠として、①取消訴訟において被告の株式会社の役割は通常の訴訟の被告とは異なり、請求を認容するか否かはその自由意思に委ねられているものではない、②取消訴訟は決議の合法性に関する争いを解決するために法律が定めた手続であり、訴訟を行う会社機関は、いかなる場合にも訴訟物について処分権限を有さず、むしろ会社決議をできる限り防御するのが会社の利益である、③会社決議を放棄することは、株式会社の本質および最も重要な場合については

総会決議によって会社の存続について規制しようとする株式法の基本的な定めと矛盾すると説く。<sup>(78)</sup>

(4) この問題について、筆者の研究はまだ不十分であり、その結論は別の機会に譲らなければならない。ここでは取消訴訟に関して認諾肯定説に対する批判論について若干に考えてみると、第一に、取消訴訟の係争利益について当事者は処分権限を持たないと指摘される。最近のドイツ学説によると、<sup>(79)</sup>①取消訴訟は実質的には総会決議で敗れた少数派株主と決議を成立させた多数派株主の争いであり、これが訴訟では取消原告と多数派のために訴訟をする被告株式会社 (AktG 二四六条二項一文) の間の争いとなる。②株式会社は自己の権利のためでなく、多数株主のために訴訟を行うという点で、受動的な法定訴訟担当 (passiven gesetzlichen Prozessstandschaft) に類するものと解される。訴訟追行は株式会社に委ねられており、多数派株主は訴訟結果に服する (AktG 二四八条一項)。そこで株式会社は被告たる地位を与えられることをもって、認諾を含めて、訴訟上のあらゆる権利義務も割り当てられていることを承認すべきである。③実体法上の処分権限の欠如は、訴訟追行に関しては、実体法上の処分権限を有する者に代わって訴訟を進行するとの法律規定によって克服できると説く。このボルク説の検討は別の機会に譲る。<sup>(80)</sup>

なお、株式会社が瑕疵ある第一決議の後にさらに第二の決議をすることがあるが、<sup>(81)</sup>ドイツ株式法は株主総会が新決議をもって第一決議を追認できる旨明文で規定する (AktG 二四四条一文)。この追認決議の効果については見解が対立しているが、<sup>(82)</sup>第一決議の瑕疵を遡及的に治癒する効果を認める説によれば、実体法のレヴェルでは処分権限を肯定することなろうか。ただし、わが国には右規定はなく、しかも多数説は第二決議に遡及的效果を認めない。<sup>(83)</sup>また取消訴訟での認諾にそうした効果まで認めることは難しかろう。

第二に、裁判所や利害関係人を抜きにした当事者だけの決着と、その効果が利害関係人に及ぶという批判については、

人訴法一八条について述べたのと同様に、第三者に対する効力は裁判所の請求認容「判決」に生ずる（商一〇九条一項等）のであり、その規定は当然には認諾調書に適用されないと解することでお処できるように思われる。なお、株式会社解散請求訴訟（商四〇六条ノ二）については第三者に対する認容判決の効力を定める規定はないが、大阪地判昭和三五年もその評釈者も、形成判決であることから第三者への対世効が生ずると解している。しかし形成力と対世効の関係は議論があるところであり、むしろ多数説は形成判決に当然に対世効を認めるわけではない。<sup>(84)</sup>

大阪地判昭和三五年も指摘するように、株式会社解散判決（商四〇六条ノ二）の制度は、株主の救済を目的として、少数株主による私益対立を解決するための最終的な手段であり、その点で公益を維持するための解散命令（商五八条）の制度とは区別される。<sup>(85)</sup> 一方では、株式会社でも、規模が大きくなり、人的な色彩の強い閉鎖型の実態を有する会社の二派對立拮抗型の事案では、<sup>(86)</sup> 肯定説に従って解散という法効果を認める方が迅速な紛争解決の要請にも応えることができるケースもあるように思われるが、<sup>(87)</sup> しかし、そうした要請から肯定説をとりうるかはなお考えてみたい。

4 財産法領域で形成訴訟と解されるものは少ないが、通説・判例によると、短期賃貸借の場合に抵当権者からの解除請求訴訟（民三九五条但し書）は形成訴訟と解されている。<sup>(88)</sup> この訴えは、抵当権の登記後に登記された短期賃貸借の条件が不合理である等の事情で抵当権者に損害を及ぼすような場合に、抵当権の効力を維持するため、抵当権者に与えられた手段とされるが、<sup>(89)</sup> 判例・学説の支配的な考え方によると、解除判決の効果としては賃貸借契約が消滅することになり、訴訟の相手方として、賃貸人と賃借人を共同被告にしなければならない（必要的共同訴訟）とする。<sup>(90)</sup> 被告である賃貸人と賃借人は訴訟外でも当該賃貸借契約を処分する権限を有し、この訴訟に社会全体や国家の利益が係わりとも思えない以上は、<sup>(91)</sup> 訴訟上においてその処分権限を制限する理由はないと思われる。したがって、被告による請求の認諾も認めてよいと考える。

《注》

- (1) 加藤・要論三〇八頁、兼子・体系二九九頁、三ヶ月・全集四三六頁、同・双書五〇三頁、岩松・兼子編・法律実務講座(2)一七二頁〔鈴木〕、小山・民訴法四三七頁、斎藤ほか編著・注解民訴法(5)一九九頁〔斎藤・渡部・小室〕、上田・民訴法四〇六頁、松本・上野・民訴法三一五頁、伊藤・民訴法三八八頁など。ただし、訴訟行為と解すると同時に、実体法上の処分行為としての性質も認める説も有力である。河野・法的構造二三三頁、兼子ほか・条解七〇五頁〔竹下〕、鈴木・青山編・注釈民訴法(4)四九八頁〔山本〕、中野・松浦・鈴木編・講義三二七頁〔河野〕など。
- (2) 細野長良『民事訴訟法要義 第二卷』五五六頁(巖松堂書店、昭和六年)。
- (3) 中島弘道『日本民事訴訟法』九六三頁(松華堂書店、昭和九年)。
- (4) 立法審議の過程では、この改正点については特別な議論は行われていない。①当初の法案(三二六条)については、法曹会編輯『民事訴訟法改正調査委員会速記録』七二七頁〔松岡義正発言〕(法曹会、昭和四年)。②またその後の法文の整理により当該規定も「第一編 総則 第四章 訴訟手続 第四節 裁判」に移動してその位置は相当前になったが(二〇三条)、帝国議会の改正法律案委員会においては、立法担当者より、請求の放棄や認諾の場合には「別に判決をする必要もない」と説明されただけである。法曹会編輯『第五一回帝国議会 民事訴訟法改正法律案委員会速記録』三七二頁〔池田寅二郎発言〕(法曹会、昭和四年) 参照。この改正過程については、中野貞一郎「請求認諾と訴訟要件・既判力」『民事訴訟法の論点I』一九一頁以下(判例タイムズ社、平成六年)(以下、論点と略す)に詳しい。
- また当時の学説をみると、①山田正三『改正民事訴訟法第四卷』八二九頁、八三二頁(弘文堂書房、昭和六年)(以下、改正民訴法と略す)は、立法者と同旨を説く。②これに対して、細野・民訴法五四四頁は、原告の勝訴判決をするのが弁論主義を基本とする民訴法上の当然の帰結であるが、これを訴訟経済の理由による措置とみる。同旨、前野順一『民事訴訟法論(第一編総則)』七七〇頁(松華堂書店、昭和二年)。③また、加藤正治『改正民事訴訟法案概説』六三三頁(有斐閣、昭和二年)(以下、概説と略す)は、判決の前提として申立てがない場合の訴訟の帰趨について解釈が分かれていたため、改正はその欠点を補ったものとする。従前の見解としては、(ア)訴訟の休止説、(イ)訴訟の終了説、(ウ)訴訟上の和解の成立説、(エ)各場合に当事者の意思を解釈するという説(原告による認諾に基づく判決の放棄、訴訟上の和解、弁論続行期日の指定)があった。各説につい

ては、江口新「請求の認諾(一)」法曹会雑誌六卷二号七九頁以下、由井健之助「和解、放棄、認諾調書の効力に就いて」法曹会雑誌一〇卷八号四頁を参照。

(5) 細野・民訴法五五六頁。細野説と同様に旧民訴法二〇三条を論拠にするが、中島・民訴法九六三頁は、裁判所は形成権の存在を認めうる限り当然形成判決をなすべきであり、形成訴訟でも被告の認諾があれば判決省略の方針を一貫して形成の効果を付与するのが相当であり、同条はその趣旨を定めたものである、と説く。

(6) この問題についての最近の議論は、中野・論点一八九頁、特に二〇一頁以下参照。

(7) 山田・改正民訴法八二四頁。同旨、前野・民訴法七七六頁。

(8) 山田博士は、当事者追行主義の概念のもとで、弁論主義と当事者処分権主義を区別せずに位置づけられる。山田正三『日本民事訴訟法論第二卷』三二七頁(弘文堂書房、昭和九年)。そこで山田説によると、認諾は弁論主義が極端に認められる場合と解される。山田・改正民訴法八二七頁。

(9) 山田・改正民訴法八三三頁、中島・民訴法九六六頁。

(10) 菰淵清雄『改正民事訴訟法註解』二八四頁(清水書店、昭和四年)、江口・前掲論文(二)法曹会雑誌六卷二号八七頁、河本喜興之「吾現行法に於ける判決に依らざる訴訟の完結(一)」法曹会雑誌九卷一号七頁、由井・前掲論文三頁、二八頁、喜頭兵一「請求の放棄認諾(一)」司法協会雑誌一二卷八号二頁、加藤・概説六四頁、松岡義正『新民事訴訟法註釈 第六卷』一二五九頁(清水書院、昭和一四年)。例えば、竹野竹三郎『新民事訴訟法釈義 中』六一七頁(有斐閣、昭和六年)は、形成訴訟の請求の認諾の対象を、原告の主張する形成さるべき権利関係と定義し、その効果を「恰も敗訴判決と同一」と説明する際には「形成の訴えの場合を除く」。

(11) 中野教授は、それについては争いがないと述べておられる。中野・論点一〇一頁。

(12) 婚姻取消しの訴え(民七四三条)、離婚の訴え(民七七〇条)、縁組取消しの訴え(民八〇三条)、離縁の訴え(民八一四条)、嫡出否認の訴え(民七七五条)、認知の訴え(民七八七条)などが、その具体例である。

(13) なお、最判平成六年二月一〇日民集四八卷二号三八八頁は、離婚訴訟で請求の放棄は許されると判示している。この判例および問題については、飯塚重男「判批」判評四三六号五五頁(判時一五二四号二一七頁)、永井博史「人事訴訟における請求の

放棄の許容性」近大法学四二卷一号二五頁、上北武男「判批」私法判例リマックス一九九五(下)一三四頁、田邊誠「判批」ジュリー〇六八号一二四頁、島田充子「判批」判夕八八二号二四八頁参照。

(14) 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書 23 法典調査会 人事訴訟手続法議事速記録』三頁〔河村謙三郎 発言〕(社団法人商事法務研究会、昭和六一年)。

(15) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲書三頁、一九頁〔河村発言〕。

(16) 山田正三『特別訴訟手続 第二部(一) 人事訴訟手続法』(新法学全集) 六三頁(日本評論社、昭和一三年)(以下、人訴法と略す)。

(17) 柳川勝二『人事訴訟手続法論』六一頁(巖松堂、大正一五年)。

(18) 山田・人訴法六三頁。

(19) 柳川・人訴法論六一頁。

(20) 柳川・人訴法論一頁。

(21) 松岡義正『人事訴訟手続法』二頁(岩波書店、昭和一〇年)(以下、人訴法と略す)。また同『特別民事訴訟論(訂正五版)』一八四頁(巖松堂書店、大正一五年)(以下、特別民訴論と略す)は、婚姻訴訟を「特別訴訟」とすることの説明に際して、①婚姻は親族の最も重要な根源であり、また社会は各親族の凝結したものである、②それゆえに、婚姻に関する制度は国家の利益(公益)に重大な利害関係を有する、③また、婚姻制度の善悪は国家の盛衰に至大な関係を有する、④したがって、婚姻の効力の有無またはその解消に関する事項であっても、当事者の自由に放任することができない、⑤それゆえに、国家は婚姻訴訟では、通常民事訴訟の原則として認められた当事者訴訟主義または不干涉審理主義を制限して、職権訴訟主義および干涉審理主義の範囲を拡張した、と説く。

(22) 団藤重光『法学入門』三〇八頁(筑摩書房、昭和四八年)によれば、公益には国家的利益と社会的利益があり、私益には財産的利益と精神的利益がある。

(23) 木川・前掲論文八一四頁、三ヶ月・全集四三七頁、同・双書五〇四頁、菊井維大・村松俊夫『全訂民事訴訟法I(追補版)』一一六三頁(日本評論社、昭和五九年)(以下、全訂民訴法Iと略す)、小室直人・賀集唱編『基本法コンメンタール民事訴訟



法(1)〔第三版〕二四六頁〔畑郁夫〕(日本評論社、昭和六〇年)、岡垣・研究一八五頁、小山・民訴法四〇四頁、鈴木・青山編・注釈民訴法(4)四九九頁〔山本〕、上田・民訴法四〇七頁。

- (24) 加藤令造『人事訴訟手続法詳解』三三二頁(大同書院、昭和三三年)(以下、詳解と略す)、同『実務人事訴訟手続法』二六頁(判例タイムズ社、昭和三九年)(以下、手続法と略す)、兼子・体系三〇〇頁、齋藤・概論三二九頁、松浦馨「処分権主義と弁論主義」法学教室・第一期四号七六頁(以下、処分権主義と略す)、齋藤ほか編著・注解民訴法(5)二一一頁〔齋藤・渡辺・小室〕、新堂・新民訴法二一六頁。

- (25) 立法担当者によると、①現行人訴法一四條(片面的職権探知主義)に相当する同法案一三條(裁判所ハ婚姻ヲ維持スル為メ職権ヲ以テ証拠調ヘヲ為シ且当事者カ提出セサル事実ヲ斟酌スルコトヲ得)は、同法案五條(検事ハ当事者トナラサルトキト雖モ婚姻ヲ維持スル為メ事実及ヒ証拠方法ヲ提出スルコトヲ得)と「同ジ規定ノ趣旨デア」る、そして、②同法案五條については、「公益上ノ必要カラシテ」検事に事実を主張し、証拠方法を提出させるのであり、「婚姻ヲ維持スル為メ」としたのは、「一旦婚姻ヲシタル者ハ謂ハレナク離婚ヲセヌトイフコトガ公益上必要デア」り、「其ノ方ノ為メニハ是丈ケノ働キヲシナケレバナラ」ない、と述べている。法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲書一五頁、二四頁〔河村発言〕。人訴法一四條の立法趣旨や学説については、永井博史「人事訴訟手続法一四條の「婚姻ヲ維持スル為メ」の意味をめぐって」中野貞一郎・石川明編『リユケ教授退官記念 民事手続法の改革』二四〇頁以下(信山社出版、平成七年)に詳しい。

- (26) 山木戸克巳『人事訴訟手続法』一二五頁(有斐閣、昭和三三年)、三ヶ月・全集一五六頁、中村英郎「人事訴訟における和解」鈴木忠一・三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座 6』一三七頁(日本評論社、昭和四六年)(同『訴訟および司法制度の研究 〔民事訴訟論集第二巻〕』一九頁以下(成文堂、昭和四八年)所収)、河野・法的構造二二二頁、小室・前掲論文三五四頁、兼子ほか・条解七〇九頁〔竹下〕、飯塚・前掲判批五七頁、田邊・前掲判批一二五頁。

- (27) 中村・前掲論文二二二頁、河野・法的構造二二二頁、田邊・前掲判批一二五頁。

- (28) 岩松・兼子編・法律実務講座(2)一七七頁〔鈴木〕、新堂・新民訴法二一六頁。

- (29) 同法案五五四條一項は、事実または文書の真正について陳述しない若しくは否認したときの効果に関する規定、認諾、裁判上の自白および宣誓のそれぞれ効果に関する規定は、適用しないと規定する。また同條二項は、宣誓の強制および相手方に文

書の提出を命ずる旨の申立ては許されないと規定する。現行ZPO六一七条は、条文の体裁は異なるが、これを引き継ぎつつ、適用除外規定として、さらに相手方当事者、証人および鑑定人の宣誓の放棄に関する規定をあげている。

- (30) C. Hahn/ B. Muggan, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. 2, Abteil. 1, 2. Aufl., 1881 [Neudruck: 1983], S. 403. 同理由書 (Hahn/ Muggan, Materialien, S. 399) はさらに、検察官の手續関与に関する規定 (法案五四五条、CPO五六九条) についても、それが公益の要請であることを指摘している。

- ゾイフェルトのコンメンタールは、①裁判上の認諾は法律行為ではなく訴訟行為であるが、被告が判決によって判示されるべき法律状態を法律行為による処分でもって招来できないときは、認諾はその効果を生じない、②したがって、認諾の効果の規定は、すべての婚姻事件 (ZPO六一七条一項)、身分訴訟 (ZPO六四〇条、六四一条)、禁治産宣告事件 (ZPO六七〇条) 等では適用できない、③そしてZPO六一七条 (CPO五七七条に相当) は弁論主義の原則を制限した規定であり、それは、夫婦が婚姻関係を自由に処分できないからである」と述べている。L. Seuffert, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 8. Aufl., 1902, § 307 Anm. 3, S. 475f., § 617, Anm. 1, S. 200. ハンでは弁論主義と処分権主義が同義で用いられているが (③の部分)、婚姻事件の認諾の不許 (②の部分) は、当事者が婚姻関係を自由に処分できないことに求められている (①、③の部分)。

- (31) Birkmeyer, Das Offizialverfahren im Civilprozess, ZJP Bd. 7 (1884), S. 165 は、公益との係わりが当事者の処分権限の排除と客観的真實の確立を要請するという考え方は、すでに普通法学説が説いていたと指摘する。そこに引用されているヴェツェルによれば、①婚姻事件や身分権事件においては、真實の発見にとって有利か否かはつきりしない事実が多く、また高い道徳的見地からみると不都合に思われる事実が誤って真實と認められることもあり、その結果、婚姻の取消しや解消といった不道徳な目的が得られることになりかねない。②訴訟においてそうした疑念が生ずるところでは、裁判官には公益のために慎重な調査義務が課されている。③その種の訴訟では、当事者の意図に係わりなく、客観的な真實の認定が重要であり、程度に差はあるが恣意的な訴訟形成によって利益または不利益が評価されてはならない」と説く。G. W. Wetzel, System des ordentlichen Zivilprozesses, 1878, S. 200. ハンでは、婚姻事件での真實の発見が強調され (①、③の部分)、それは公益のためである (②の部分) と解されているようである。

- (32) 例えば、Birkmeyer, a.O., S. 165ff. は、民事訴訟において公益が係わる事件として、①婚姻事件、②禁治産宣告事件、③上訴

要件の認定、④CPO二四七条の一定の訴訟要件（裁判所の管轄、出訴の適法性、当事者能力とそれを欠く当事者の法定代理権）の認定、⑤訴訟代理権の調査をあげている。

また時代は少し下がるが、キツシユが婚姻訴訟の特色について述べているところをみると、①婚姻訴訟の特性は、争っている夫婦が特別な人的関係にあり、訴訟の目的物たる婚姻の命運には、きわめて近い関係にある私人の利害が係わるだけでなく、家庭の上によって立つ公的生活全体の利害が係わる点にあるとする。②また、婚姻事件の検察官の関与権限（期日の立会い、事件についての鑑定的意見の陳述）も公益によるものである。そして離婚訴訟や婚姻取消訴訟では、検察官は婚姻維持に役立つ限りでのみ、事実と証拠方法を申し立ててよいが、他方、離婚事由やそれに係わるものを証明してはならない。③婚姻事件の最も重要な特色は、公益が真実の探知に係わっていることである。それゆえに、ここでは財産権訴訟のように、当事者だけに事実と証拠の発見・提出を委ねるのではなく、裁判所は申立てのない事実を斟酌し、申出のない証拠方法を斟酌できるし、認諾や自白も裁判所を拘束するものではない。争いのない事実を真実とみなしたり、真正が不明な文書を真正とみるのは必然でなく、当事者は宣誓の強要、証人・鑑定人の宣誓の放棄などはできない。これらすべての関係で裁判官の自由裁量は影響を受けず、その限りで職権探知主義が適用になる、と。W. Kisch, Deutsches Zivilprozessrecht, 3. Bd., 4. Aufl., 1929-1934. S. 100ff. ここでは、婚姻関係の命運が公的生活全体の利害にも係わるという特性（①の部分）から、検察官の関与（②の部分）や職権探知主義による真実探知（③の部分）が導かれている。

- (33) なお、当時の離婚の訴えとは、婚姻の絆を解消する訴え、または食卓と寝室 (Tisch und Bett) を一時的に分離する訴えと定義されていた (CPO 五九二条)。法文の表現は若干に異なるが同法案五六九条も同旨。旧時のドイツ離婚法については、ヘルムート・コロサー/ウルスラ・シュバイツァー [田村五郎訳] 「ドイツにおける離婚法の発展」 W・ミュラー・フライエンフェルス他・田村五郎編訳 『ドイツ現代家統法』 一八五頁以下 (中央大学出版部、平成五年) 参照。vgl. D. Schwab, Familienrecht, 7. Aufl., 1993, Rn. 256ff., S. 133ff. 同書第三版の翻訳として、D・シュバール著・鈴木祿弥訳 『ドイツ家族法』 一五一頁以下 (創文社、昭和六一年) 参照。

- (34) 岡垣学・吉村徳重編 『注解人事訴訟手続法』 一四四頁 [住吉博] (青林書院、昭和六二年)。

- (35) この点は、人訴法の立法審議の過程ですでに指摘がある。同法案九条 (現行人訴一〇条) に関する立法担当者の説明 (本文形成訴訟における請求の認諾 (豊田))

六頁参照) に対して、「職権主義ヲ主張シテ通謀ヲ許サヌト云フト協議離婚ヲ許シタ主意ト抵触」しないかという質問がなされた〔長谷川喬発言〕。これに対する立法担当者の説明は、①「協議離婚ハ格別デア」る、②「法律ニ定メテアル事実、事由ガ定ツテ」おり、「其事由ガアルトキデナケレバ許サ」ないという場合に、「其事実ガナイノニ通謀シテアルガ如クニ拵へ、サウシテ裁判ヲ受ケルト」いうのは、「協議離婚トハ……」となつてゐる〔河村発言〕。最後の破線部分の発言は原文でも不明であり、発言がなかつたのか、それとも協議離婚とは異なるといった趣旨の説明があつたのであろうか。③この回答を受けて、質問者は「認諾ヲ許サナイ」と述べるにとどまり、それ以上の追求はしていない〔長谷川発言〕。しかし、立法担当者が同条の射程から「協議離婚」を格別のものとしなければならなかつた点(①の部分)に、実体法上協議離婚も認めていたわが国離婚法(旧々民事編七八条、旧民八〇八条)と同規定との矛盾点がすでに露呈してたと考える。裁判離婚しか許容しないドイツ法においては、当事者間の通謀を危惧して当事者の処分権限を抑制し、検察官も関与した職権探知主義による訴訟審理を行うという考え方は分かり易い。④そこで立法担当者は、同条の対象は「取消等ノ場合」もあり、「取消ハ協議ガ出来ナイ」という説明を追加している〔河村発言〕。婚姻取消訴訟は、詐欺・脅迫の事由(旧民七八五条)を除けば、主として法律違反の取消事由(旧民七九条以下)を主張して、公益の擁護者である検察官が公益を擁護するために提起する訴訟であり、そうした性格の訴訟こそが、ドイツ法流の立法担当者の構想(前注(32)のキツシュ説参照)にもふさわしかつたはずである。以上については、法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲書一九頁以下、松岡・特別民訴訟一九三頁参照。

(36) 岡垣・研究一九五頁。

(37) 河野・法的構造二二二頁。

(38) 家審法二四・二五條については、斎藤秀夫・菊池信男編『注解家事審判法』七五五頁以下、七七八頁以下〔島田充子〕(青林書院、昭和六二年)参照。

(39) この規定の立法過程については、法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲書一九頁以下、岡垣・研究三八〇頁以下参照。また同条の検討については、岡垣・吉村編・注解人訴法二五七頁以下〔吉村徳重〕参照。

(40) 吉村徳重「判決効の拡張と手続権保障」山木戸克己教授還暦記念論文集刊行発起人会編集代表『山木戸克己教授還暦記念実体法と手続法の交錯下』一一八頁(有斐閣、昭和五三年)、岡垣・吉村編・注解人訴法二六二頁以下〔吉村〕など参照。

(41) 被告が請求の認諾をする場合の動機として、ムメンホフは、①判決の理由中でプライバシーや企業秘密に触れられないこと、②健康上の理由、③経済的な理由、④理由具備の問題では防御の見込みがないことを指摘している。W. Mummendorf, *Prozessuales Anerkennnis neben Klageabweisungsantrag*, ZfP Bd. 86 (1973), S. 294.

(42) 齋藤ほか編著・注解民訴法(5)二二二頁〔齋藤・渡部・小室〕。

(43) この判決に対する批判は、岡垣・吉村編・注解人訴法一四四頁〔住吉〕参照。

(44) 旧民法九七〇条二項は、同法八三六条の規定（庶子は父母の婚姻により嫡出子の身分を取得する）により、または養子縁組により嫡出子の身分を取得した者は、家督相続については、その嫡出子の身分を取得した時に、生まれたものとみなすと規定していた。

(45) 松岡・特別民訴論三〇五頁、大森洪太『人事訴訟手続法』一五九頁（日本評論社、昭和五年）。

(46) 山田正三「特別訴訟手続第二部(2)完 人事訴訟手続法」末広巖太郎編『民事訴訟法Ⅲ』一五〇頁（日本評論社、昭和一三年）（以下、人訴法と略す）。

(47) 広島高裁岡山支判昭和三三年一〇月一七日下午民集九卷一〇号二二二五頁。東京地判昭和一三年九月九日評論二七卷民法八六六頁も、人訴法中に家督相続回復訴訟の規定がないとの理由で、民訴法の規定により処理すべき旨判示している。

(48) 請求の認諾の要件として、請求が法律上許される内容のものでなければならぬことは、通説が認めるところである。兼子・体系三〇〇頁、三ヶ月・全集四三七頁、同・双書五〇四頁、小山・民訴法四三八頁、齋藤・概論三二九頁、兼子ほか・条解七〇七頁〔竹下〕、齋藤ほか編著・注解民訴法(5)二〇〇頁〔齋藤・渡部・小室〕、上田・民訴法四〇七頁、新堂・新民訴法三一六頁など。

(49) 菊井・村松・全訂民訴法Ⅰ一六三頁、岡垣・研究一八四頁。

(50) L. Rosenberg/K. H. Schwab/P. Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 15. Aufl., 1993, S. 792; Stein/Jonas/R. Bork, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Bd. 2., §§ 91-252, 21. Aufl., 1994 § 93 Rn. 22, S. 129; Zöller/K. Herget, *Zivilprozessordnung*, 20. Aufl., 1997, § 93 Rn. 1, S. 342; B. Wiczorek/R. A. Schütze/A. F. Steiner, *Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, 3. Aufl., 1. Bd. 2. Teilbd. §§ 50-127a, 1994, § 93 Rn. 2, S. 1919; Baumbach/Lauterbach/P. Hartmann, *Zivilprozessordnung*, 54. Aufl., 1996, § 93 Rn. 15, S. 302, §

形成訴訟における請求の認諾（豊田）

- 307 Rn. 13, S. 1050; H. Thomas/H. Putzo, Zivilprozessordnung, 21. Aufl., 1998, § 93 Rn. 1, S. 211, § 307 Rn. 2, S. 592; G. Luke/A. Walchshöfer/A. Belz, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 1., §§ 1-354, 1992, § 93, Rn. 2, S. 640.
- (15) LG Köln, Beschl. v. 11.10.1976, NJW 1977, 1783; LG Aachen, Urt. v. 8.10.1987, NJW-RR 1988, 263 = MDR 1988, 240 が指摘す  
る。
- (22) W. Baumeister/A. Kayser, Familiengerichtbarkeit, 1992, § 617 ZPO, Rn. 1, S. 1501.
- (23) G. Luke/A. Walchshöfer/G. Walter, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 2., §§ 355-802, § 617, Rn. 1, S. 966, § 616, Rn. 1, S. 963. ただしヴァルターも指摘するように、現行ドイツ民法は、夫婦が最低一年以上別居した後に、双方が離婚申立てをする、または相手方が離婚申立てに同意したときは、離婚申立ては理由があるものとする、いわゆる了解離婚 (Einverständliche Scheidung) の制度を規定している (BGB 一五六六条)。その手続規定は ZPO 六二〇条)。その限りでは、当事者は婚姻関係を処分できないというわけではない。Schwab, aaO., Rn. 284ff., S. 146ff.
- (54) リンケによると、婚姻事件を手続法上特別に扱うについての正当化の根拠は、一方で、家庭内の核または国家共同体における秩序要因としての婚姻の社会的機能、他方では、身分訴訟としての婚姻手続の性質に求めるべきであると説く。前者からはそうした機能を果たす婚姻関係の維持に公益が係わることが導かれ、後者により身分法上重要な裁判は客観的な実体的法律状態との一致をできるだけ確保するということが要請されると説く。H. Linke, Parteifreiheit und Richterinitiative im Scheidungsverfahren, herg. von O. Sandrock, in: Festschrift für Gunther Beitzke zum 70. Geburtstag am 26 April, 1979, S. 270f.
- (55) ②に掲げるハム高裁の判例だけが形成訴訟の事案であるが、①別居生活を求める訴訟 (別居権確認訴訟) (OLG Frankfurt/M, Beschl. v. 10.9.1984, FamRZ 1984, 1123)、②父子関係の認知訴訟 (OLG Hamm, Urt. v. 3.7.1987, FamRZ 1988, 101 = Rpfleger 1987, 414)、③父子関係確認および扶養料請求訴訟 (OLG Hamm, Urt. v. 3.4.1988, FamRZ 1998, 854) によつて、いずれも請求の認諾は認められていない。
- (56) ドイツ民法によると、相続欠格は相続財産取得の取消しによって初めてその効力を生ずる (BGB 二三四〇条)。取消しは相続人が欠格者であることを宣言する取消しの訴えによって行われ (BGB 二三四二条一項)、その場合の取消権者とは相続欠格者の離脱によって利益を受ける者である (BGB 二三四一条)。この取消訴訟の法的性質を確認訴訟とみる説もあるが、通説は

形成訴訟とみる。M. Skibbe/R. Frank, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 6., Erbrecht (§§1922-2358), 2. Aufl., 1989, § 2342, Rn. 7, S. 1805; G. Otte/W. Olshausen, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 5. Buch, Erbrecht, §§ 2339-2385, 1997, § 2342, Rn. 7, S. 30; Jauernig/P. Stürmer, Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Aufl., 1994, §2342, S. 1939.

(57) 認諾肯定説に立つ最近の判例としては、ケルン地裁の決定がある (LG Köln, Beschl. v. 11.10.1976, NJW 1977, 1783)。それによると、①本件訴訟は、婚姻法上の紛争のような当事者の処分には法律関係を対象にする形成判決とは比較できないし、ZPO六一七条に相当する規定がなく (父子関係事件ではZPO六四〇条一項)、婚姻の公法的性格を考慮して定められている同規定の類推適用もできない。②ある人が相続人であるか、相続欠格を宣言されるかという問題に公益性はなく、それは相続人相互のないし相続欠格者との純然たる私法上の関係にもつばら係わることである。したがって、当事者の支配権を制限する必要はなく、法律で要請することでもない、と判示する。

学説も、基本的に同旨を述べる。Otte/Olshausen, Staudingers Kommentar BGB, §2342, Rn. 6. S. 30; Hs. Th. Soergel/W. Siebert/J. Danrau, Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 7, Erbrecht (§§1922-2385), 1982, §2342, Rn. 1, S. 1198; Stein/Jonas/D. Leibold, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 20. Aufl., 2. Bd. Teilbd. §§ 300-510b, 1989, § 307 III 3, Rn. 24, S. 69; Jauernig/Stürmer, BGB, §2342, S. 1939.

(58) 認諾否定説の判例として、アーヘン地裁の判決 (LG Aachen, Urt. v. 8.10.1987, NJW-RR 1988, 263 = MDR 1988, 240) がある。それによると、①当事者が訴訟物について処分できない場合に認諾はできず、立法者は婚姻事件、家庭事件、後見事件でそれを明文で規定している。その原則は一般的にも妥当し、相続欠格の問題も当事者の支配に服さない。訴訟上の認諾は実体的な意思表示ではなく純然たる訴訟行為である (通説) としても、債権に対する効果は実体的な認諾と同じものであり、訴訟上の認諾は、当事者が訴訟外でも訴訟対象を処分できる、つまり実体的な認諾ができる場合にのみ可能である。②しかし、相続欠格の問題は当事者の処分権に服さず、その宣言は相続欠格に基づく取消訴訟 (BGB二三四〇条以下) と不可分に結びついており、いかなる場合にも確定判決が必要である。肯定説は職権主義が適用になるかそれとも弁論主義かをその立論の基礎にしているが、職権主義が適用されなるときも、手続が完全に当事者の支配に服するという結論になるものではなく、それと並ん

で、当事者が法的財貨を自由に処分できるか否かをさらに調査しなければならない、と判示する。

学説では、プロマイヤーが否定説に立つ。①相続人の地位は不可避免的に遺産債務と結び付き、相続放棄の期間経過または相続後にそれを処分できず、相続人はその責任を免れることはできない。その限りで当事者の処分権限はなく、合意でその地位を交換できない点への公益は明らかである。②また判決は当事者だけでなく、遺産の取得者、遺産債務者、遺産債権者など訴訟に係わる第三者にも効力を生じ、彼らに法的審尋を保障しないで、当事者だけで相続欠格の操作が可能になる。③判決の形成効果を当事者に限り、その権利の存続が問題になる遺産債権者には別訴を認める考え方もあるが、そうした債権者が多数になると訴訟も多くなって、判決の統一的な効果が失われると説く。A. Blomeyer, Anmerkung zu LG Köln, Beschl. v. 11.10.1976, MDR 1977, S. 675. 結論において同旨 Lütke/Musielak, MünchKommZPO, §307, Rn. 16, S. 1908. なおプロマイヤー説を支持したうえで、訴訟物の性格からしてこの手続に職権探知主義の適用を説くのは Skibbe/Frank, MünchKommBGB, § 2342, Rn. 8, S. 1805f.

- (59) Jaernig/Stümer, BGB, §2342, Anm. 1a, S. 1939. この問題についてドイツ法の議論は、vgl. H. Brox, Der Schutz der Rechte Dritter bei zivilgerichtlichen Gestaltungsurteilen, FamRZ 1963, S. 396ff.

- (60) 会社合併無効の訴え(商一〇四条・四一五条、有限六三条一項)、会社設立無効の訴え(商一三六条一項・四二八条一項)、株主総会決議取消しの訴え(商二四七条一項)、新株発行無効の訴え(商二八〇条ノ一五第一項)などが、その具体例である。なお、株主総会決議無効確認訴訟(商二五二条)や株主総会決議不存在確認訴訟(商二五二条)については、確認訴訟説と形成訴訟説が対立している。株主総会決議無効確認訴訟(商二五二条)について、通説、判例は確認訴訟説をとる。北沢正啓『会社法〔第四版〕』三四五頁(青林書院、平成六年)、鈴木竹雄・竹内昭夫『会社法〔第三版〕』二六二頁(有斐閣、平成六年)、兼子ほか・条解七六七頁(竹下)、河本一郎『現代会社法〔新訂第五版〕』三四四頁(商事法律研究会、平成三年)、新堂・新民訴法一八〇頁、東京地裁昭和三〇年一月一日下民集六卷一〇号二二六五頁など。他方、形成訴訟説をとるのは、松田二郎「いわゆる株主総会決議無効確認の訴について」『岩松裁判官還暦記念訴訟と裁判〔復刻版〕』一八七頁以下、二〇〇頁(有斐閣、昭和五九年)(初出は昭和三二年)、兼子・体系一四六頁、三ヶ月・双書六二頁、東京高判昭和二八年一〇月二〇日下民集四卷一〇号一四九九頁など。また株主総会決議不存在確認訴訟(商二五二条)についても、確認訴訟説が通説であるが、形成



訴訟と解する少数説もある。以上の性質論については、上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫編集代表『新版注釈会社法(5)』三八五頁、四〇一頁〔小島孝〕(有斐閣、昭和六一年)(以下、上柳ほか編集代表・注釈会社法と略す)に詳しい。

(61) 小室・前掲論文三六一頁参照。

(62) 加藤・要論三〇九頁、岩松・兼子編・法律実務講座(2)一七七頁〔鈴木〕、鮫島真男『会社訴訟の理論と実務』八七頁(財政経済弘報社、昭和四四年)、松浦・処分権主義七六頁、小室・前掲論文三六三頁、小山・民訴法二六八頁、齊藤・概論四一三頁、菊井・村松・全訂民訴法Ⅰ一六三頁、兼子ほか・条解七〇九頁〔竹下〕、鈴木・青山編・注釈民訴法(4)四九九頁〔山本〕、上田・民訴法四〇七頁、新堂・新民訴法三一六頁など。

(63) 岩松・兼子編・法律実務講座(2)一七七頁〔鈴木〕、喜頭・前掲論文(一)二四頁。

(64) 齊藤・概論四一三頁、岩松・兼子編・法律実務講座(2)一七七頁〔鈴木〕、喜頭・前掲論文(一)二四頁、新堂・新民訴法三一六頁、中野ほか編・講義三一頁〔徳田和幸〕。

(65) 中田淳一『民事訴訟法講義上巻』一五五頁(有信堂、昭和三九年)、同「確認訴訟の二つの類型」『訴と判決の法理』四六頁(有斐閣、昭和四七年)、伊藤・民訴法二九〇頁。

(66) 伊藤・民訴法二九〇頁。

(67) 鈴木重勝「請求の認諾」小山昇・松浦馨・中野貞一郎・竹下守夫編『演習民事訴訟法(下)』二〇頁(青林書院、昭和四一年)、斎藤清實「株主総会決議不存在確認訴訟と請求の認諾」『司法研修所創立一〇周年記念論文集 第二巻』二二三頁(司法研修所、昭和四三年)。

(68) 齊藤・前掲論文二四三頁。

(69) 鈴木(重)・前掲論文二〇頁。

(70) 大森忠夫「判批」商事法務二四三号二七頁、上柳ほか編集代表・注釈会社法(13)二七頁〔谷川久〕(有斐閣、平成二年)。

(71) 五十部豊久「判批」ジュリ二六七号七二頁。

(72) 注(60)を参照。

(73) P. Schlosser, Gestaltungsakten und Gestaltungsurteile, 1966, S. 59; Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR, S. 528; O. Jaernig,

形成訴訟における請求の認諾(豊田)

- Zivilprozessrecht, 25. Aufl., 1998, S. 130.
- (74) Godin/Wilhelm, Aktiengesetz, 1967, 3. Aufl., § 246, Anm. 5, S. 1306; Baumbach/Hueck, Aktiengesetz, 13. Aufl., 1968, § 246 IV 2. Rn. 8, S. 743; W. Zöllner/W. Zöllner, Köhner Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 2., 4. Lief., 1976, § 246 V 1, Rn. 73, S. 871. 最近の文献は、vgl. R. Bork, Das Anerkenntnis im aktienrechtlichen Beschlussanfechtungsverfahren, ZIP 1992, S. 1205; H. Günter, Handbuch des Aktienrechts, 6. Aufl., 1998, § 27, Rn. 935, S. 478.
- (75) 同上の通り、vgl. Godin/Wilhelm, Aktiengesetz, § 246, Anm. 5, S. 1306; Baumbach/Hueck, Aktiengesetz, § 246 IV 2, Rn. 8, S. 743; Günter, Aktienrecht, § 27, Rn. 935, S. 478.
- (76) W. Gadow/E. Heinrich/W. Schilling, Großkommentar-Aktiengesetz, 3. Bd., §§ 179-290, 1973, § 246 Anm. 7, S. 385; S. Franz/K. Schmidt, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 1978, § 45, Rn. 114, S. 69; Günter, Aktienrecht, § 27, Rn. 935, S. 478.
- (77) Bork, aO., S. 1205.
- (78) 同上の通り、vgl. Gadow/Heinrich/Schilling, Großkomme-Aktiengesetz, § 246 Anm. 7, S. 385.
- (79) 以上のように、vgl. Bork, aO., S. 1206ff.
- (80) ボルク説を批判的に検討し、否定説をとる最近の見解については、vgl. W. Gadow/E. Heinrich/K. Schmidt, Großkommentar-AktG, 4. Aufl., 6. Lief.: §§ 241-255, 1996, § 246 IV 4b, Rn. 78, S. 167f. 以下のほか、vgl. Gadow/Heinrich/Schilling, Großkomme-Aktiengesetz, § 246 Anm. 8, S. 386ff.; Günter, Aktienrecht, § 27, Rn. 949, S. 485f. またわが国の決議取消訴訟の被告側についての議論は、上柳ほか編集代表・注釈会社法(5)三三九頁以下〔岩原紳作〕参照。
- (81) 今井宏「株主総会決議の取消と追認」『株主総会の理論』二二五頁(有斐閣、昭和六二年)。
- (82) ツェルナーによると、①第一決議に付着した瑕疵のためにその結論部分で影響を受けた部分は、廃棄されるとする説、②瑕疵を適及的に治癒する効果を有するとみる説、③第一決議の瑕疵を治癒するが、将来に向けた効果のみを認める説の三説が対立しているとする。W. Zöllner/W. Zöllner, Köhner Komme, § 244 IV 2, Rn. 6f., S. 825f.; Günter, Aktienrecht, § 27, Rn. 932, Fn. 549, S. 477.
- (83) わが国の判例・学説の多数説(条件付決議説)によると、第二決議は追認の決議ではなく、第一決議の取消しを条件にした

決議であり、その効果も将来に向けたものしか認められないとする。これに対して追認説は第二決議により第一決議を最初から有効なものと追認する効果を認めるが、それを第二決議に追認の趣旨が明示されている場合に限る説（今井・前掲論文二四二頁）と、明示の有無を問わない説（別府三郎「取消しうべき株主総会決議の追認に関する若干の考察」小樽商科大学商学討究一八卷三号一七四頁、米津昭子「取消しうべき株主総会決議の追認について」法学研究五六卷一五頁、同「株主総会再決議の意義」商事法務一一四八号二頁）に分かれる。判例・学説の分析は、西尾幸夫「株主総会の再決議と訴えの利益」西尾幸夫編『会社訴訟』一頁以下（法律文化社、平成六年）に詳しい。なお西尾教授は、第二決議の有効な成立により、第一決議の効力を争うことは無用、無益になったと判示する下級審判例（東京高判昭和六三年一月一日判時一二九七号一二六頁、つぎの最判平成四年の原審判決）を、さらに遡及説と分類される。

最近の議論の焦点となっている最判平成四年一〇月二九日判時一四四一号一三七頁は、役員退職慰労金贈呈の株主総会決議取消しの訴えが係属中に、第一決議と同一内容を持つ第二決議がされた事案（ブリジストン事件）で、仮に第一決議に取消事由があるとしてこれを取り消しても、その判決の確定により、第二決議が第一決議に代わってその効力を生ずることになるのであるから、第一決議の取消しを求める実益はないとして、訴えの利益はない旨判示している。西尾・前掲論文一四頁は、これを追認説と解される。同判決については、藤井俊雄「判批」私法判例リマークス一九九四（上）一二四頁も参照。

(84) 伊藤・民訴法四九一頁の指摘を参照。多数説の見解として、兼子・体系三五二頁、三ヶ月・全集四六頁など参照。形成力の問題全般については、鈴木正裕「形成判決の効力」法律論叢六七卷六号二七頁、本間靖規「形成訴訟の判決効」新堂幸司編集代表『講座民事訴訟⑥ 裁判』二八一頁（弘文堂、昭和五九年）など参照。

(85) 酒巻俊雄「会社解散請求権の法理」早稲田法学四〇巻一号二五頁、上柳ほか編集代表・注釈会社法(13)二四頁〔谷川〕など参照。

(86) 判例を分析したものとして、塚原朋一「解散判決を求める訴え」山口和男編『裁判実務大系第二二巻 会社訴訟・会社非訟・会社整理・特別清算』一七四頁以下（青林書院、平成四年）参照。例えば、大阪地判昭和三五年は同族会社内での紛争である。また、五割ずつの株式を保有する株主同士の対立がある株式会社の解散請求事件（東京地裁平成元年七月一八日判時一三四九号一四八頁）なども、そうした期待ができる事件であろう。

形成訴訟における請求の認諾（豊田）

(87) 岩原教授は、株主代表訴訟に関するアメリカ法の議論を参考に、被告の請求の認諾にあたり裁判所の承認を要するという方法を説かれる。上柳ほか編集代表・注釈会社法(5)二七頁〔岩原〕。

(88) 兼子・体系一四六頁、三ヶ月・双書六三頁、我妻栄『新訂担保物権法(民法講義Ⅲ)』三四五頁(岩波書店、昭和四九年)、柚木馨・高木多喜男『担保物権法〔第三版〕』四一七頁(有斐閣、昭和五七年)、川井健『担保物権法』一〇七頁(青林書院、平成元年)、兼子ほか・条解七六七頁〔竹下〕、最判平成六年三月二五日判時一五〇一〇一七頁。

(89) 柚木馨編『注釈民法(9)物権(4)〔増補再訂版〕』二二七頁(柚木馨・高木多喜男)(有斐閣、昭和五七年)。

(90) 大判大正四年一〇月六日民録二二輯一五九六頁、前掲最判平成六年三月二五日、我妻・前掲書三四五頁、柚木・高木・前掲書四一七頁、川井・前掲書一〇七頁など。判例・学説の詳細については、栗田隆「短期貸借解除の判決の効果」関西大学法学論叢三二卷三一五合併号三三五頁、一宮なほみ「抵当権の短期貸借の解除請求と明渡請求(上)」判夕六九一―二〇頁参照。

(91) 三ヶ月博士は、この訴訟を判決に対世効を伴わない形成訴訟(疑似形成訴訟)と分類される。三ヶ月・双書六三頁。

### 三 訴訟法上の形成訴訟

1 認諾調書に形成力が発生する例として、訴訟訴訟が指摘されている<sup>(1)</sup>。訴訟訴訟の典型としては、再審の訴え(民訴三三八条)、仲裁判断取消の訴え(公催仲裁八〇一条)、執行関係訴訟(請求異議の訴え(民執三五五条)、第三者異議の訴え(民執三八条)など)であろう。三ヶ月博士によれば、これらの訴訟は、訴訟法上一定の効果が存続しているのをもとに戻すという訴訟上の効果が結び付くという一事で形成訴訟とされたものであり、多くの場合は当事者におのみ判決の効力を及ぼせば足りる(相対的効果)とされる<sup>(2)</sup>。

(1) まず再審の訴え(民訴三三八条)は、確定判決の取消しと、確定判決によってすでに終了した本案事件の再審判と

を求める訴訟である。通説は、再審事由をかかげて確定判決の取消しを請求するという点で、これを訴訟法上の形成訴訟と解している。<sup>(3)</sup> もつともこの点は再審訴訟の訴訟物の問題とも関連して議論があるが、<sup>(4)</sup> 新民訴訟法が再審事由の審理手続を決定手続としたうえで（民訴三四五一条一項、三四六一条一項）、本案の再審理においては確定判決を取り消し、新たに裁判するとの明文を定めたこと（民訴三四八条三項）、新法のもとでも従前からの通説が支持されている。<sup>(5)</sup> そうした通説によると、確定判決の取消しは公益に係わるので裁判所は職権で再審事由を採知すべきであり、したがって当事者は請求の認諾はできないと解されている。<sup>(6)</sup> その公益の意味について、新堂教授は、確定判決の取消しは紛争解決の実効性と正義の調和をはかる問題であり、当事者に結論を左右されるべきでないし、再審事由の存否は訴訟制度に対する信頼を保持するために運営者としてもその真実を明らかにすべき要求があると説かれる。<sup>(7)</sup> この説に従う。

(2) 判例においては、朝高院判昭和一四年八月一五日評論二九卷民訴七六頁は、再審原告に金員の支払いを命じた確定欠席判決に対して、再審被告の刑事上罰すべき行為により判決に影響を及ぼすべき攻撃防御方法の提出を妨げられ、再審被告は右行為につき有罪の確定判決を受けたとして再審の訴えが提起され、その第一回口頭弁論期日に再審被告が請求の認諾をした事案であるが、(ア)再審の訴えの後段である本案の弁論の段階では、「当事者が新ナル攻撃防御方法ヲ提出シ又ハ請求ノ放棄認諾」をすることができ、他方、その前段である訴えの適否の調査段階においては、「当事者ハ処分権ヲ有」さず、「請求ノ放棄又ハ認諾ヲ為スモ其ノ効力」は生じない、(イ)「再審ノ訴ノ理由アリヤ否ヤノ調査ハ職権事項ニ属シ当事者ガ認諾ヲ為スモ効力」が生じない以上は、「本件訴訟ハ右認諾ヲ調査ニ記載スルニヨリ終了」しないと判示して、原判決を破棄している。

以上みた通説・判例によれば、新法のもとでも請求の認諾は許されないと解される。<sup>(8)</sup> なおドイツ法でも、再審事由の存

否は裁判所が職権で調査すべ事項であると解されている。<sup>(9)</sup> その理由として、国家の行為の有効性の問題を当事者の恣意に委ねるのは官庁の権威に合わないと言く学説がある。<sup>(10)</sup> したがって、公益に係わる再審事由について、仮に請求の認諾があつても徴表としての意義しか有しない。<sup>(11)</sup>

2 つぎに仲裁判断取消の訴え(公催仲裁八〇一条)は、通説によれば、仲裁判断の効力を遡及的に失わせることを目的とする訴訟上の形成の訴えと解されている。<sup>(12)</sup> ただし、その取消事由(公催仲裁八〇一条)は仲裁判断による執行判決の訴えに対する抗弁事由としても主張できる(公催仲裁八〇二条二項)点で、形成の訴えとしての性質は後退すると解される。<sup>(13)</sup>

(1) 通説によると、この訴えの手続には通常訴訟の第一審手続に関する法原則と同じものが適用になり、<sup>(14)</sup> したがって、処分権主義および弁論主義が適用になると解されている。<sup>(15)</sup> もっとも取消訴訟制度の趣旨をどのように解するかは議論があり、通説は、私的裁判である仲裁判断に対して国家の裁判所が監督と統制をする必要性がある点にそれを求める。<sup>(16)</sup> このような考え方によると、おそらくは当事者の処分権限の問題についても限定的ないし否定的に解する方向につながりやすく、したがって請求の認諾も一般的に否定する結論になるであろう。これに対して有力説は、仲裁判断の拘束力を正当化する根拠を、当事者が私的処分に委ねられた係争物について仲裁契約を締結し、その授權に基づき仲裁人が当事者の手続関与のうえで仲裁判断を下したという事実にあるとして、そうした仲裁手続の基礎的要件を欠く場合、当事者は仲裁判断に拘束される根拠はなく、取消事由はまさにそれを列挙したものであると説く。<sup>(17)</sup> この説を首唱された吉村教授は、さらに公序良俗違反のような公益に関する取消事由でない限り、仲裁判断後にも当事者の合意による取消事由の放棄を肯定される。<sup>(18)</sup> ここには、各取消事由の公益性を検討してこの制度で当事者の自治的権能を認めようとする考え方がうかがえる。筆者も

基本的にはこの方向に賛成する。<sup>(19)</sup>しかし、取消事由の放棄（の合意）は当該仲裁判断を維持する結果となるのに対して、請求の認諾を認めると、仲裁判断の取消しという法効果を生じさせることになるという大きな違いがある。すでに確定判決と同一の効力を生じた仲裁判断が存在している（公催仲裁八〇〇条）という事実は、重要である。

この点のドイツ法の議論をみると、九七年改正前のZPO旧一〇四一条が規定していた取消訴訟には弁論主義が適用になると解され、<sup>(22)</sup>この訴訟においては、原則として、認諾とともに、和解や取下げという当事者の処分権限は適法と解する学説がみられた。<sup>(23)</sup>ただしこの学説は、実体法上の公序違反の取消事由（ZPO旧一〇四一条一項二号）<sup>(24)</sup>が問題となる場合には、その処分行為によって、明らかに中心的で重要な個人的利益を超える法的価値（*überindividuelle Rechtswerte*）を否認する仲裁判断が維持される結果となる場合には、それを無効と解する。このシュロツサー説（スタイン・ヨーナスのZPOコンメンタール）によれば、仲裁判断が直接の国家利益を侵害するために公序違反が生ずる場合には、裁判所は職権探知をする必要があるが、他方で、個人的な権利保護に係わる規範違反が問題になる場合には（しかも手続違反は通常それである）、その違反の生じた後に当事者はその責問権を放棄できるとする。<sup>(25)</sup>以下では、このシュロツサー説を手掛かりに考えることにする。

(2) そこで、まず仲裁判断の取消事由を確定判決に対する再審事由（民訴三三八条）と比較した場合に、最も大きな相違は、第四号（当事者の審尋の欠缺）と第五号（理由の欠如）の取消事由については、当事者間で別段の合意が許される（公催仲裁八〇一条二項）という点に認められる。そこには、取消事由について当事者の合意の自由が法律上許されている。そのうち第五号の仲裁判断に理由を付すことの根拠は、当事者の利益保護にあると解することができる。<sup>(26)</sup>仲裁判断の正当性確保の要請もあろうが、<sup>(27)</sup>それはやはり当事者の利益保護に資するものと解せよう。そうすると、仲裁判断の理由の

省略も当事者の自由処分に委ねてよいと考えることができよう。そこで、同事由に基づく取消訴訟でも、被告の請求の認諾を許して、仲裁判断の取消しの法効果を生じさせてよいと考えられる。

これに対して、第四号の当事者の審尋の省略については最近の学説から批判がある。仲裁判断の根拠は、当事者間の仲裁契約だけでなく当事者が手続過程に実質的に関与した点にあるとする前述の有力説によれば、当事者の審尋は仲裁手続の基礎的要件であつて、それを省略する合意は無効と解すべきである。<sup>(28)</sup> 筆者もこの批判を正当と考える。そうすると、同事由については当事者の処分権限を認めるべきでない。また第三号の取消事由（代理権の欠缺）についても、当事者の手続関与権の保障という意義をそこに認める学説に従えば、<sup>(29)</sup> 同様に当事者の処分権限は否定しなければならぬ。

(3) 第一号の取消事由（仲裁手続を許すべきでなかつたとき）に該当する仲裁適格の問題は、公益に係わると解されている。<sup>(30)</sup> また、第二号の取消事由（法律上禁止された行為を命じた仲裁判断）で問題になる公序良俗違反の事実については、裁判所の職権探知を認める説がある。<sup>(31)</sup> 仲裁付託できない紛争は本来国家の裁判所が判断すべき事項であるし、公序良俗違反の有無の問題についてもまた同様に解すべきであり、いずれの問題も当事者の処分権限の余地はないと考えられる。両説に賛成する。ところで、第一号の仲裁手続を許すべきでなかつたという文言の意義については議論があり、通説は仲裁手続を全体として許すべきでない場合に限定し、公催仲裁法七九七条に規定する場合と同義に扱ふという立場をとる。<sup>(32)</sup> これに対して大審院の判例（大判大正七年四月一五日民録二四輯八六五頁）は、ホテル建築費等の残額請求紛争についての仲裁判断の執行判決請求事件において、「仲裁手続カ全体トシテ許スヘカラサル場合ノミナラス当事者ノ合意上必ス之ヲ履践セシムヘク定メラレタル或個々ノ手続ニ違背シテ仲裁判断ヲ為シタル場合ヲモ包含スルモノト解スル」と判示している。最近の有力な学説は、右判例と同様に、個別的手続違背のうちで重大なものについては、取消事由に当ると解する。<sup>(33)</sup>



筆者は後説に賛成する。<sup>(34)</sup> 後説によると、仲裁契約の合意では仲裁人の全員一致により仲裁判断をすべきであるのに、過半数により仲裁判断がなされた場合、また口頭による審理を必要とする旨の合意に違反して書面審理によって仲裁判断がなされた場合は、取消事由に該当すると解される。<sup>(35)</sup>

この場合に、前掲シュロツサー説だけでなく、他のドイツ学説も、手続違背を公益に係わるものとそうでないものとに區別して、これを取消事由の放棄の基準としている。<sup>(36)</sup> ヴイクツォーレクのZPOコンメンタール(シューツエ)によると、公益に係わる手続違背の場合(放棄不可)として、法治国家の手続、仲裁人の独立を指摘する。<sup>(37)</sup> これらは、ZPO旧一〇四一条一項二号の手続公序の取消事由、つまり法治国家の手続の最低限の要請が満たされているか否かが問われる場合と解される。<sup>(38)</sup> では、右の手続瑕疵はどうか。法律は、仲裁判断の合議の方法(公催仲裁七九八条)や当事者の審尋の手続方(公催仲裁七九四条)。ただし、公催仲裁八〇一条二項と異なるが、当事者の審尋自体は省略できないと解する)について、当事者に複数の選択肢からの選択を許容しており、この点でこれらが必ずしも制度の基本的な原則に係わるものとはいえないと解される。その合意は、主として当事者自身の利益保護を狙ったものといえよう。そうすると、少なくとも右にかかげた手続瑕疵が問題になる場合には、原告の取消請求に応じて被告が請求の認諾をしたときは、裁判所の判断によらずに仲裁判断の取消しを認めてもよいと考えることができるのではなからうか。再審訴訟と同様に、すでに確定した仲裁判断(公催仲裁八〇〇条)を維持すべしとの要請から、当事者の自由処分を認めないという考え方がおそらくは一般的であろう。しかし、仲裁判断が当事者の自治的紛争解決権能によるものであり、<sup>(39)</sup> その拘束力の根拠も前掲有力説が説くように仲裁契約と当事者の手続関与にあることを考えると、当事者の利益保護に係わる取消事由に基づく取消訴訟で、再び国家の裁判所の保護を受けずに仲裁判断の取消しを双方当事者が求めているときは、それを尊重してよいと考える。<sup>(40)</sup> ただ

し、仲裁手続中にすでに手続違背を知らながらそれを主張しなかったケースでは、当該取消事由の主張は失権するため、<sup>(41)</sup> 認諾の余地はない。

(4) 第六号の取消事由は再審事由(民訴三三八条一項四号ないし八号)と同じものであり、しかも第四号ないし第七号の再審事由に該当する事由が問題になる場合には、刑事有罪判決等の要件(民訴三三八条二項)も必要とされる。<sup>(42)</sup> そうすると、再審訴訟の場合と同様にここでは裁判所の職権探知によるべきであろう。

3 執行関係訴訟としては請求異議の訴え(民執三五条)、第三者異議の訴え(民執三八条)、などがある。その法的性質については議論があるが、通説は形成訴訟と解しており、<sup>(43)</sup> 実務もこの説によっているといわれる。<sup>(44)</sup> その審判手続は一般の判決手続と同様に解されている。<sup>(45)</sup> そして学説においては、請求異議訴訟において、<sup>(46)</sup> また第三者異議訴訟においても、<sup>(47)</sup> それぞれ請求の認諾を肯定する説がある。実務においても、肯定説に従った扱いが行われているようである。<sup>(48)</sup> 形成訴訟によれば、請求異議訴訟では、請求異議事由を主張して債務名義の執行力を排除しようとする債務者と当該債務名義に債権者と表示された者との利害が対立し、また第三者異議訴訟では、強制執行の目的物について自己の実体法上の権利に基づ<sup>(49)</sup> く異議権を主張して、執行不許の宣言を求める第三者と強制執行を迫りたい執行債権者の利害が対立するというのが、その基本的な構造である。この場合に、被告側の債権者がその異議事由を認めて請求の認諾をすることは請求異議訴訟、第三者異議訴訟のどちらにおいても許されると解してよい。裁判所の判決による形成宣言の原則を貫いて認諾を否定する考え方もありうるが、認諾は原告にとっても迅速な解決手段となり、認諾調書に確定判決と同一の効力が認められる(民訴二六七条)以上は、判決より不利益な選択肢ともいえない。ドイツ法でも、強制執行から生ずるこれらの訴訟において<sup>(50)</sup> 請求の認諾を認める学説がある。

《注》

- (1) 木川・前掲論文同頁。
- (2) 三ヶ月・双書五九頁。三ヶ月博士は、形成訴訟を実体法上の形成訴訟に限定して、訴訟法上の形成訴訟や行政訴訟については「救済訴訟」という新しい類型を提唱される。同・双書二三五頁以下。
- (3) 加藤・要論五四二頁、兼子・体系四八二頁、菊井維大・村松俊夫『全訂民事訴訟法Ⅲ』三六五頁（日本評論社、昭和六一年）など。
- (4) この問題については、三谷忠之「再審訴訟の訴訟物論」『民事再審の法理』五九頁以下（法律文化社、昭和六三年）、加波眞一「再審原理と再審訴訟の手續構造」『再審原理の研究』一五五頁、二五八頁以下（信山社出版、平成九年）、石川明・高橋宏志編『注釈民事訴訟法(9)』六頁〔高橋宏志〕（有斐閣、平成八年）など参照。
- (5) 伊藤・民訴法六五〇頁注二参照。新法のもとでも再審の訴えを形成訴訟と解するのは、上田・民訴法五八三頁、新堂・新民訴法八〇六頁、松本・上野・民訴法一一五頁、木川・中村編・民訴法三八四頁（中山幸二）、石川・小島編・新民訴法三九九頁〔豊田博昭〕。こうした考え方に対する批判として、加波眞一「新民訴訴訟法における再審訴訟の手續構造」北九州大学法政論集二五卷一号一頁、特に三一頁以下参照。
- (6) 兼子・体系四八八頁、斎藤・概論六一八頁、斎藤秀夫編『注解民事訴訟法(7)』四八頁〔斎藤秀夫〕（第一法規出版、昭和五六年）、三ヶ月・双書五四八頁、小山・民訴法六一八頁、兼子ほか・条解一二五九頁〔松浦馨〕、斎藤ほか編著・注解民訴法(10)二七九頁〔斎藤秀夫・加藤新太郎〕（第一法規出版、平成八年）石川・高橋編・注釈民訴法(9)六九頁〔上村明広〕など。これに對して菊井・村松・全訂民訴法Ⅲ三九四頁は、六号や七号の証拠の問題の事由については、当事者に立証させればよいとする。旧時の学説は、評論二八卷民訴二五五頁以下に詳しい。
- (7) 新堂・新民訴法八一四頁。
- (8) 上田・民訴法五八九頁、新堂・新民訴法八一四頁。
- (9) Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR, S. 976; Jaernig, ZPR, S. 297; Stein/Jonas/W. Grunsky, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 21. Aufl., Bd. 5, Teilband 1, §§ 511-591, 1994, § 579 IV, Rn. 13, S. 549, § 581 IV, Rn. 7, S. 568.

形成訴訟における請求の認諾（豊田）

- (10) Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO Grundz § 578, Rn. 16, S. 463.
- (11) Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR, S. 976; Stein/Jonas/Grunsky, ZPO, § 581 IV, Rn. 7, S. 568. 学説が引用するライヒスゲリヒトの判例 (Urt. v. 4.2.1932, RGZ 135,123) は、新たに発見された証書に基づく原状回復訴訟 (ZPO 五八〇条七号b) で被告の自白がある文書の同事由該当性が問題になったケースである。この判例については、豊田博昭「新たに発見された文書による再審の訴え (二・完)」修道法学七卷二四一頁以下参照。なお、当事者の行為能力欠如を理由にする欠席判決 (給付判決) に対して無効の訴え (わが国民訴訟法三三八条一項三号に相当) が提起され、被告が請求の認諾をしたケースで、ミュンヘン高裁は、①当事者の処分権限がない法律関係 (離婚判決・婚姻無効判決・身分判決) を除き、形成訴訟でも ZPO 九三条 (被告が訴訟を誘発したものではない場合に、即座に請求の認諾をしたときは、原告が費用を負担する旨の規定) の適用はありうるが、②本件の支払いを命ずる判決について当事者間の合意でそれを廃棄できない。③ただし、債権者が実体法上の請求権を放棄して、判決に基づく執行はしないと約束し、それに反して強制執行がなされたときは、債務者は請求異議の訴えを提起してそれに対抗できる旨の当事者間の合意は可能である、と判示する。OLG München Beschl. v. 30.6.1958, NJW 1958, 2070.
- (12) 中田淳一『新法学全集特別訴訟手続第一部 (1)・(2) 完—督促手続・公示催告手続・仲裁手続—』一五七頁 (日本評論社、昭和一三年) (以下、手続と略す)、小山昇『調停法・仲裁法』九七頁 (有斐閣、昭和三三年) (以下、仲裁法〔旧版〕と略す)、同『仲裁法〔新版〕』二〇四頁 (有斐閣、昭和五八年) (以下、仲裁法〔新版〕と略す)、小島武司・高桑昭編『注解仲裁法』一七八頁 (吉村徳重) (青林書院、昭和六三年) (以下、注解仲裁法と略す)、谷口安平・井上治典編『新・判例コンメンタール民事訴訟法6』七二三頁 (青山善充) (三省堂、平成七年) (以下、新判例コメと略す)、斎藤ほか編著・注解民法法(1)』五四二頁 (河野正憲) (第一法規出版、平成八年)、松浦馨・青山善充編『現代仲裁法の論点』三六一頁 (谷口安平) (有斐閣、平成一〇年) (以下、現代仲裁法と略す) など。
- ドイツ法でも同様に解されている。Stein/Jonas/P. Schlosser, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 21. Aufl., 1994, Bd. 7, Teilband 2, § 1041 I, Rn. 2, S. 280; K. H. Schwab/G. Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 5. Aufl., 1995, Kap. 25, Rn. 2, S. 231; Baumbach/Lauterbach/Albers, ZPO, § 1041 I A, S. 2185; R. Zoller/R. Geimer, Zivilprozessrecht, 20. Aufl., 1997, § 1041, Rn. 1, S. 2298; R. A. Schütze/D. Tschering/W. Was, Handbuch des Schiedsverfahrens, 1985, Rn. 547, S. 283; Wiczorek/Schütze, ZPO, §

- (13) 小島・高桑編・注解仲裁法一七九頁〔吉村〕。
- (14) 中田・手続一五八頁、小山・仲裁法〔新版〕二二七頁、同・仲裁法〔旧版〕九七頁、小島・高桑編・注解仲裁法一八二頁〔吉村〕。
- (15) 小山・仲裁法〔新版〕二二七頁、松浦・青山編・現代仲裁法三四六頁、三五七頁〔谷口〕。
- (16) 中田・手続一五三頁。同旨、小山・仲裁法〔旧版〕九五頁。
- (17) 小島・高桑編・注解仲裁法一七六頁〔吉村〕、小島・猪股・前掲論文一二頁、斎藤ほか編著・注解民訴法(1)五四二頁〔河野〕。
- (18) 小島・高桑編・注解仲裁法一七六頁〔吉村〕。
- (19) 取消訴訟制度の趣旨については、通説と有力説が、あがるいずれの面もあるのではないかと考えるが、青山教授は、両説の説くところを総合したところにその趣旨はあるとされる(谷口・井上編・新判例コメ七一〇頁以下〔青山])。
- (20) ドイツ法の仲裁手続に関するZPO一〇二五条ないし一〇四八条の規定は、一九九七年一月二二日の新仲裁手続法「Schiedsverfahren-Neuregelungsgesetz」(BGB I. I S. 3224)により改正され、九八年一月一日より施行されている。新仲裁法に「*die* vgl. Thomas/Putzo, ZPO, Vorbem § 1029ff., S. 1586ff.; W. J. Habscheid, Das neue Recht der Schiedsgerichtsbarkeit, JZ 1998, S. 1445ff., usw.
- (21) ZPO新一〇五九条は、従前の取消しの訴え(ZPO旧一〇四一条)を「取消しの申立て」(条文見出し)と改めている。この法文はUNCITRALモデル法に合わせて改正されたものであり、取消事由は同条二項に規定されている。その取消事由をみると、(1)一号では、①仲裁の合意をした当事者の一方が、属人的に基準となる法律によるとその能力を有しなかった、または、仲裁合意が当事者の服する法律、もしくは別段の定めがないときにドイツ法によると有効ではないこと(一a号)、②当事者の一方が仲裁人の選任もしくは仲裁手続について然るべく知らされていなかった、または、それ以外の理由で攻撃防御方法を主張できなかったこと(一b号)、③仲裁判断が仲裁の合意中にない紛争もしくは仲裁条項の定めに従わない紛争に係わっていること、または、仲裁の合意の限度を超えていること(一c号)、④仲裁判断所の設立または仲裁手続がZPO第一〇編の規定もしくは当事者の適法な合意と合致せず、かつ、それが仲裁判断に影響を及ぼしたと思われること(一d号)を、申立人が理由

をもって主張した場合に、仲裁判断は取り消される。(2)つぎに二号は裁判所が職権で斟酌すべき取消事由を規定しており、①訴訟の目的物がドイツ法によると仲裁適格を欠いていること(二a号)、②仲裁判断の承認または執行が、公的な秩序(公序)に違反する結果になること(二b号)を、裁判所が認定した場合に、仲裁判断は取り消される。ボルゲスは、新规定の条文の文言は相当に異なっているが、これらの取消事由は旧法(一〇四一条)の取消事由をほぼ引き継いだものと解している。G. Borges, Die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen nach dem neuen Schiedsverfahrensrecht, ZZP Bd. 111 (1998), S. 487ff, insbes. 496.

- (22) Zöller/Geimer, ZPO, § 1041, Rn. 34, S. 2302; BGH, NJW 1974, 2180, 2181.
- (23) Stein/Jonas/Schlösser, ZPO, § 1041 I 1, Rn. 2, S. 281.
- (24) ZPO旧一〇四一条一項二号は、仲裁判断の承認が、ドイツ法の重要な原則と明らかに合わない場合、特にその承認が基本的な権利(Grundrechten)と一致しない場合を、取消事由として規定していた。この規定は、ZPO新一〇五九条二項二b号に相当するものと解される。
- (25) Stein/Jonas/Schlösser, ZPO, § 1041 III 5, Rn. 33f, S. 303.
- (26) Stein/Jonas/Schlösser, ZPO, § 1041, Rn. 37, S. 305; R. Geimer, Anmerkung zu OLG Frankfurt, Urt. v. 21.12.1983, NJW 1984, S. 2769. わが国で同旨を述べるのは、松浦・青山編・現代仲裁法三六〇頁〔谷口〕。理由記載の必要性が法系により異なることについては、小島武司「国際仲裁と法文化的中立性」中野貞一郎ほか編集『三ヶ月章先生古稀祝賀 民事手続法学の革新上巻』六〇二頁参照(有斐閣、平成三年)。
- (27) 松浦・青山編・現代仲裁法二四七頁〔谷口安平〕。
- (28) 谷口・井上編・新判例コメ七一六頁〔青山〕。現行公催仲裁法八〇一条二項は、一八七七年のドイツ民法(CPO)八六七条二項を継受したものである。ZPO旧一〇四一条二項は仲裁判断の理由省略(同条一項五号)の合意のみを認めていたが、この規定は取消し申立てに関するZPO新一〇五九条ではなく、仲裁判断の様式と内容について定めたZPO新一〇五四条二一項に引き継がれている。わが国でも第四号の改正を提案するのは、小島・高桑編・注解仲裁法一九二頁〔吉村〕。
- (29) 小島・高桑編・注解仲裁法一九一頁〔吉村〕、小島・猪股・前掲論文一八頁。

(30) 谷口・井上編・新判例コメ七一四頁〔青山〕。谷口教授によると、仲裁適格の問題は第二号の取消事由（法律上禁止の行為を命じた仲裁判断）に該当し、その審理については当事者の処分権限を否定して、裁判所の職権探知を説かれる。松浦・青山編・現代仲裁法三五八頁〔谷口〕。

(31) 松浦・青山編・現代仲裁法三五八頁〔谷口〕。

(32) 中田・手続一五三頁、小山・仲裁法〔旧版〕九五頁、小山・仲裁法〔新版〕二〇五頁。

(33) 小島・高桑編・注解仲裁法一八七頁〔吉村〕、小島・猪股・前掲論文一六頁、斎藤ほか編・注解民訴法②五四七頁〔河野〕、谷口・井上編・新判例コメ七一五頁〔青山〕。

(34) ドイツ法では、この見解が通説・判例と解されていた。Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR, S. 1109ff.; Schütze/Tscherning/Wais, Schiedsverfahren, S. 279; Zöllner/Geimer, ZPO, § 1041 Rn. 46, S. 2304; Wieczorek/Schütze, ZPO, § 1401 Rn. 10, S. 512. これに対して、仲裁人がその権限を逸脱した手続を実施したのか否か (Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, § 1041 Rn. 15, S. 289) / また仲裁判断への手続瑕疵の影響 (因果関係) の有無 (G. Lüke/A. Walschshöfer/H. J. Maier, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 3, §§ 803-1048, 1992, § 1041 Rn. 10, S. 1011ff.) を重視する説がみられた。

(35) 小島・猪股・前掲論文一六頁。なお、ZPO旧一〇四一条一項一号の「不適法な手続」違背に該当する「個別的な手続」違背の例として、①仲裁裁判所が証人や当事者に宣誓させて、仲裁判断した場合、②明示的に合意のある手続原則の看過、例えば口頭弁論を必要とする旨の合意に違反して、書面手続でもって仲裁判断が下された場合、③仲裁裁判所自身が認定したのではなく、第三者が認定したものを仲裁判断に取り込んでいる場合、④当事者を呼び出さずに、証拠調べが実施された場合、⑤当事者の申し立てた範囲を超えて、仲裁判断がなされた場合、⑥第三者が違法に法発見に係わった場合、⑦仲裁契約では実定法に従って仲裁判断をすべきとの合意があるのに、公平性に従った仲裁判断がなされた場合、⑧仲裁契約で合意された法秩序と異なった法秩序により、仲裁判断がなされた場合などがあげられている。vgl. Schütze/Tscherning/Wais, Schiedsverfahren, S. 279; Wieczorek/Schütze, ZPO, § 1041 Rn. 19, S. 512. この他に、vgl. Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, § 1041 Rn. 15ff, S. 289ff.; Lüke/Walchshöfer/Maier, MünchKommZPO, § 1041 Rn. 12, 13, S. 1012f.

(36) Wieczorek/Schütze, ZPO, § 1041 Rn. 21, S. 513; Lüke/Walchshöfer/Maier, MünchKommZPO, § 1041 Rn. 5, S. 1009;

Baumbach/Lauterbach/Albers, ZPO, § 1041, Anm. 1 C, Rn. 3, S. 2186; Zöller/Geimer, ZPO, § 1041, Rn. 24, S. 2300f. 他方、放棄が可能な取消事由は当事者の保護に資するものであり、その例として、ヴェックツォーレクのZPOコンメンタールは、申立ての範囲を超える仲裁判断やそれを下回る仲裁判断、証人や鑑定人に宣誓が求められた場合などを指摘している。

(37) Wiczorek/Schütze, ZPO, § 1041 Rn. 21, S. 513.

(38) ZPO新一〇五九条二項においても、手続違背は、①仲裁判断との因果関係を問われる場合(一d号)と、②手続公序違反が問題になる場合(二b号)に分かれ、前者が当事者の申立てを要するのに対して、後者は裁判所が職権で顧慮すべき事由とされている。当事者の放棄可能性の基準も、おそらくはこれによって前者のみ可能と解されることにはないかと思われる。トーマス・プツォーのZPOコンメンタールによると、前者の取消事由(同条二項一d号)の例として、①合意の法律が適用されなかったり、外国法が適用された場合、②仲裁人が行為能力を欠いた場合、③忌避した仲裁人が関与した場合、④代理が有効でなかった場合、⑤必要な証拠調べを欠いた場合をあげている(さらに仲裁判断との因果関係が必要になる)。他方、後者の手続公序違反が問題になる場合(二b号)の例として、①当事者の法定代理権の欠如、②原状回復事由(再審事由)がある場合、③仲裁適格を欠いた場合、④当事者が仲裁人の名前を知らなかった場合、⑤仲裁人が自己の事件に関与した場合、⑥第三者(法的助言者)が審理に関与した場合をあげている。Thomas/Putzo, ZPO, § 1059, Rn. 13. u. 16, S. 1605f.

(39) 建築工事請負代金請求事件での仲裁判断に基づく執行判決請求事件において、東京地判昭和四二年一〇月二〇日下民集一八卷九・一〇号一〇三三頁が、そのように判示する。同旨、小島・高桑・注解仲裁法一五九頁〔吉村〕。

(40) このように解した場合に、他にどのような「重大な個別的手続違背」について請求の認諾が可能かが問題となる。今後の検討に委ねざるをえないが、方向としては、当該手続規定(法律か合意かを問わず)の狙いが公益に係わるか、当事者の利益保護のためのものかを考慮して、その可否を決定していくことになろう。その際には、ドイツ法の議論も参考になるであろう(前注(35)、(38)参照)。

(41) 小島・猪股・前掲論文一四頁。

(42) 小山・仲裁法二二二頁。ドイツ法でも、ZPO旧一〇四一条一項六号の事由について、同様に再審訴訟(原状回復訴訟)の刑事有罪判決等の要件を必要とするのが通説・判例であった。BGH NJW 1952, 1018; BGH NJW 1990, 2199.



Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, § 1041 Rn. 38, S. 305; Baumbach/Lauterbach/Albers, ZPO, § 1041 Rn. 22, S. 2189. NZO新1059  
条二項には原状回復事由は規定されていないが、119号の公序に含まれると解されている。Thomas/Putzo, ZPO, § 1059, Rn.  
17, S. 1605; Baumbach/Lauterbach/Albers, Nachtrag zu Baumbach, ZPO, 56. Aufl., 1998, § 1059, Rn. 9, S. 26; Borger, aaO., S.  
496.

- (43) 請求異議の訴えについて、菊井維大『強制執行法(総論)』二一八頁(有斐閣、昭和五一年)(以下、執行法と略す)、また第  
三者異議の訴えについて、菊井・執行法二五七頁。このほか確認訴訟説、給付訴訟説、救済訴訟説、命令訴訟説、新形成訴訟  
説が対立している。各説の詳細については、鈴木忠一・三ヶ月編集『註解民事執行法(1)』五七六頁(吉井直昭)、六五八頁  
〔鈴木忠一〕(第一法規出版、昭和五九年)(以下、註解(1)と略す)、香川保一監修・吉野衛・三宅弘人執筆代表『注釈民事執行  
法〈第2巻〉』二七四頁、四九八頁以下〔宇佐見隆男〕(社団法人金融財政事情研究会、昭和六〇年)(以下、注釈〈2〉と略  
す)、中野貞一郎『民事執行法〔新訂三版〕』二〇五頁、二六八頁以下(青林書院、平成一〇年)(以下、民執法と略す)など参  
照。

(44) 佐藤歳二「執行関係事件と和解」後藤勇・藤田耕三編『訴訟上の和解の理論と実務』三八八頁(西神田編集室、昭和六二年)。

(45) 菊井・執行法二三九頁、二八九頁、鈴木・三ヶ月編集・註解(1)五七二頁、六二四頁〔吉井〕、香川監修・吉野・三宅編集・注  
釈〈2〉三六六頁、四三六頁、五四九頁〔宇佐見〕、中野・民執法二九頁、二八八頁。

(46) 香川監修・吉野・三宅執筆代表・注釈〈2〉四三六頁〔宇佐見〕、深沢利一『民事執行の実務(下)』六八二頁(新日本法規、  
昭和六二年)。

(47) 鈴木・三ヶ月編集・註解(1)六八八頁〔鈴木〕。ドイツの学説で同旨を説くのは、Rosenberg/Gaul/Schilken, Zwangsvollstreck-  
ungsrecht, 10. Aufl., 1987, S. 522.

(48) 最高裁事務総局編集の『司法統計年報』によって平成元年以降の地裁第一審通常訴訟既済事件中で、①請求異議訴訟におけ  
る請求の認諾件数をみると、平成元年六件、平成二年三件、平成三年〇件、平成四年二件、平成五年一件、平成六年七件、平  
成七年七件、平成八年七件、平成九年二件である。②また同様にして第三者異議訴訟におけるその件数をみると、平成元年五  
件、平成二年七件、平成三年〇件、平成四年一件、平成五年二件、平成六年三件、平成七年一件、平成八年四件、平成九年三

件である。以上については、最高裁判所事務総局編集『司法統計年報 1 民事・行政編 平成元年』九九頁（財団法人法曹会、平成二年）、同編集『同平成二年』九九頁（財団法人法曹会、平成三年）、同編集『同平成三年』一一七頁（財団法人法曹会、平成四年）、同編集『同平成四年』一一七頁（財団法人法曹会、平成五年）、同編集『同平成五年』一一七頁（財団法人法曹会、平成六年）、同編集『同平成六年』一一七頁（財団法人法曹会、平成七年）、同編集『同平成七年』一一七頁（財団法人法曹会、平成八年）、同編集『同平成八年』一一七頁（財団法人法曹会、平成九年）、同編集『同平成九年』一一七頁（財団法人法曹会、平成一〇年）参照。

(49) 菊井・執行法二一八頁、二五六頁、中野・民執法一九九頁以下、二六二頁以下参照。

(50) Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, § 93, Rn. 27, S. 303; Thomas/Putzo, ZPO, § 93, Anm. 2, S. 230.

#### 四 形式的形成訴訟

1 形成の基準となる具体的な形成要件が法定されず、形成の基準および方法を裁判所の裁量に委ねている特別な訴訟類型として、形式的形成訴訟が承認されている。その典型は、境界確定訴訟、父を定める訴え（民七七三条）、共有物分割の訴え（民二五八条）であり、これらはその実質は非訟事件であるが、訴訟手続の厳格性を利用するのが適当であるという考慮に基づき、訴訟事件として扱われていると解される。<sup>(1)</sup>

通説・判例によると、境界確定訴訟は形式的形成訴訟に属し、<sup>(2)</sup> 訴訟の対象である境界とは公法上の地番と地番との境界を指し、判決によってその境界線を合理的に定めることがこの訴訟の目的である。この説によると、その境界の公法上の性格からして訴訟上当事者に処分権限を認めることはできず、したがって被告の請求の認諾もできないという結論になる。<sup>(3)</sup> これに対して森松判事は、この訴えの性質については通説に従いながら、所有権が個人の利益である以上は、広範囲

で処分権を認めるべきであるとの考え方から、請求の認諾も可能であると主張される<sup>(4)</sup>。訴訟上の和解に関してであるが、和解を認めない通説理論がかえってこの訴訟を難しいものにしてきているとの指摘がある<sup>(6)</sup>。これを所有権の範囲の確認訴訟とする説によれば当事者の処分権限も肯定できるのかもしれないが、認諾の可否についてはその性質論を含めて今後の検討課題としたい。

2 待婚禁止期間の規定（民七三三条）に違反した婚姻関係から生まれた子の父を定める訴え（民七七三条、人訴三〇条）について、その法的性質も議論はあるが、訴訟法学説の多くは形式的形成訴訟と解している<sup>(8)</sup>。この説によると、この訴えの判決によって初めて父が定まるのであり、裁判所は前夫と後夫のいずれか一方を父と定める必要があり、請求棄却の判決はありえないことになる<sup>(9)</sup>。この訴訟では人訴法三二条が同法一〇条を準用しているため、請求の認諾は法律上許されない。離婚事件や離縁事件で請求の認諾を可能とする学説も、ここでは当事者の処分権限を認めていない<sup>(10)</sup>。親子関係の問題は、夫婦間の合意に基づいて成立した身分関係の解消を問題にする場合とは基本的に異なるという考慮があるものと推測する。その場合に、子の身分上の地位を明確にすることに公益性があるという考え方が<sup>(11)</sup>ある。確かに、戸籍法上の問題<sup>(12)</sup>や、この訴えの当事者となりうる者の範囲（人訴三〇条）を考えると、これは一私人の利害問題を超える性質の事件ではある。しかし、この訴訟の目的は適宜に父を定めるのではなく、やはりできる限り真実に則して父を定めることにあるべきであろうし、それは、この訴訟で正当な当事者となりうる者（人訴三〇条）の身分上の地位の安定をはかるためである。これらの者の利益に比べると、社会全体の関心という意味での公益性などはそれほど高いとはいえないように思われる。

なお、親子関係事件にも調停前置主義が適用になる（家審一八条）が、<sup>(14)</sup>調停手続で当事者間に合意が成立しても、さら

に家庭裁判所が必要な事実を調査し、調停委員の意見を聴取したうえで、相当と認めるときに、合意に相当する審判をしなければならぬ（家審二三条）。当事者間の合意だけで調停を成立させない理由は、人の身分に関する重要事項については本人の任意処分を許さないことにあると説かれる<sup>(15)</sup>。もともとその合意の法的性質については見解が対立しており、これを請求の認諾に比する説もみられる<sup>(17)</sup>。しかし、それは合意によって家裁の調査・審判をすべて終了させるという趣旨ではない。

以上の検討から、父子関係事件ではその事件の特殊性ゆえに、当事者の処分権限を認める余地はないと考える。

3 これに対して、同様に形式的形成訴訟と解される共有物分割の訴え（民二五八条<sup>(18)</sup>）は、共有者の協議が調わない場合に、共有者から他の共有者に対して提起される。最近、共有物分割訴訟で訴訟上の和解を肯定した二件の下級審判例（東京高判昭和六二年七月二七日判時二一八四号六八頁、大阪高決平成二年八月一七日判時一三六四号四二頁）を契機に議論があるが、この訴訟で問題になる共有物の分割はもともと当事者間の協議に委ねられていた事項であり、それはまさに私人間の利益対立によるものであり、この訴訟に公益性は認められない<sup>(19)</sup>。なお、今次の民法改正で法務省民事局参事官室「民事訴訟手続に関する検討事項」（平成三年一二月）は、共有物分割訴訟で裁判所が必要があると認めるときは、職権証拠調べができる旨の規定の新設を検討項目にあげていたが（第三 訴え三 共有物分割訴訟について）、これに対する反対論の論拠は同訴訟が公益に係わるものではないとの考え方によるものであった<sup>(20)</sup>。

奈良教授は右のように公益性を否定したうえで請求の認諾を肯定されるが、その論拠として、①請求の認諾があったのに裁判所がさらに職権で審理を進めるべき公益的要素がないこと、②またその場合に分割協議の成立により訴えの利益の喪失として訴えを却下するより、認諾調査を作成した方が当事者の保護にもなる、と説かれる<sup>(22)</sup>。筆者もこの説に賛成したい。

《注》

- (1) 形式的形成訴訟については、奈良次郎「形式的形成訴訟」の特色についての考察」判タ九〇八号四頁以下（以下、形式的形成訴訟と略す）参照。
- (2) 形式的形成訴訟説をとるのは、兼子・体系一四六頁、三ヶ月・全集五三頁、中田・講義上六五頁、小山・民訴法一九七頁、上田・民訴法一三二頁、伊藤・民訴法二二八頁、最判昭和三十一年二月二八日民集一〇卷一二号一六三九頁、最判昭和四二年二月二六日民集二二卷一〇号二六二七頁など。判例・学説の詳細については、最近の文献として吉野衛「境界紛争の法的解決(三)―筆界の確定を中心として―」登研五一八号一三頁、田中恒朗「土地所有権確認訴訟の性質」『遺産分割の理論と実務』一四六頁以下（判例タイムズ社、昭和五九年）など参照。
- (3) 村松俊夫「境界確定の訴（増補版）」九三頁（有斐閣、昭和五二年）、奥村正策「土地境界確定訴訟の諸問題」鈴木忠一・三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座 4』一九四頁（日本評論社、昭和四四年）。
- (4) 森松萬英「司法研究報告書第一三輯第四号 境界確定事件に関する研究」一九八頁、二二〇頁（司法研修所、昭和四〇年）。
- (5) 森松・前掲書二一九頁。同旨、加藤・要論三〇八頁。
- (6) 吉野・前掲論文(五)登研五二〇号二八頁、青山正明「境界紛争の予防とその解決のための諸方策について」登研五一七号三三頁。なお、実務では訴えの変更により所有権の範囲の確認の趣旨で和解が認められている。倉田卓次「境界確定の訴について」最高裁判所事務総局編『境界確定訴訟に関する執務資料』六一六頁（財団法人法曹会、昭和五五年）、伊藤瑩子「境界確定事件と和解」後藤・藤田編・前掲書二五一頁、二五四頁、二六三頁参照。
- (7) 新堂・新民訴法一八三頁。
- (8) 山田・人訴法二二八頁、兼子一「親子関係の確認」『民事法研究Ⅰ』三四七頁（酒井書店、昭和四九年）、同・体系一四六頁、山木戸・人訴法六四頁、加藤（令）・詳解一九九頁、同・手続法一八五頁、三ヶ月・双書六四頁、小山・民訴法一九五頁、岡垣・吉村編・人訴法三二七頁（徳田和幸）、上田・民訴法一三二頁、新堂・新民訴法一八一頁、伊藤・民訴法二二八頁など。これに対して確認訴訟説は、松岡・特別民訴論二七八頁、大森・人訴法二二三頁、中川善之助『註解親族法』一六七頁（法文社、昭和二四年）、中川善之助編『注釈民法(2)のⅠ』一一三頁（日野原昌）（有斐閣、昭和四六年）、また形成訴訟説は、我妻栄・立

形成訴訟における請求の認諾（豊田）

石芳江『親族法・相続法』一六一頁(日本評論新社、昭和二七年)(一種の形成訴訟という)である。

- (9) 山木戸・人訴法六四頁以下。
- (10) 山木戸・人訴法六四頁、一二三頁以下参照。
- (11) 奈良・形式的形成訴訟一五頁。
- (12) 戸籍法によると、父の氏名は戸籍や出生届の記載事項であり(戸一三条一項四号、四九条二項三号)、父を定める訴えの場合には、第一順位として母が出生届を行い(戸五四条一項)、判決確定後に戸籍の訂正手続がとられる(戸一一六条)。
- (13) 親子法の領域で、父子鑑定(DNA鑑定)技術の進展を積極的に評価して真実探知を強調する学説として、松倉耕作『血統訴訟論』二頁以下(一粒社、平成七年)、同『血統訴訟と真実志向』一頁以下(成文堂、平成九年)参照。
- (14) 家事調停の申立てがなされたケースとして、大阪高決昭和三十一年三月三日高民集九卷二号一〇二頁判時七九号九四頁。
- (15) 山木戸克己『家事審判法』一〇四頁(有斐閣、昭和三十三年)。同条の詳細については、斎藤秀夫・菊池信男編『注解家事審判法』七二七頁以下(窪田もとむ)(青林書院、昭和六二年)参照。
- (16) 各説の詳細については、斎藤・菊池編『注解家事審判法』七三九頁以下(窪田)参照。
- (17) 岡垣学『家事審判法第二三条の対象となる事件と同法第二四条第一項の審判』ジュリ二八八号一四一頁、村崎満『家事審判法第二三条審判の当面の問題点』ジュリ二九六号六三頁。
- (18) 形式的形成訴訟説をとるのは、兼子・体系四一頁、三ヶ月・全集五三頁、同・双書六四頁、小山・民訴法一九七頁、上田・民訴法一三一頁、新堂・新民法一八一頁、伊藤・民訴法二二八頁、宮崎簡判昭和三五年六月二九日下民集一一卷六号一三八五頁、東京高決昭和四二年一月二二日判時四八一号一一〇頁、大阪高判昭和五一年一〇月二八日判夕三四六号二〇六頁など。判例・学説の詳細については、奈良次郎『共有物分割の訴えについて』藤原弘道・山口和男編『民事判例実務研究 第5巻』二九四頁以下(判例タイムズ社、平成元年)(以下、共有物と略す)参照。
- (19) 菅原郁夫『判批』判評三九一号三七頁(判時二三八八号一九九頁)、奈良次郎『共有物分割の訴えについての若干の考察』判夕八一五号二九頁(以下、考察と略す)。
- (20) 柳田幸三・始関正光・小川秀樹『民事訴訟手続に関する検討事項』に対する各界意見の概要(3) NBL五一四号二七頁。日

本弁護士連合会「民事訴訟手続に関する検討事項」に対する意見書」四一頁（日本弁護士連合会、平成四年）も、公益性がないとして規定の新設に反対していた。

(21) 奈良・共有物二九八頁以下によると、共有物分割の申立てには、共有関係の廃止（共有関係からの離脱）と、それに伴う分割実施の二つの側面があり、前者には処分権主義が妥当すると説かれる。

(22) 奈良・考察二九頁。なお、加藤・要論三〇八頁は、これを形成訴訟と解したうえで、全共有者による請求の認諾を認める。

## 五 行政事件訴訟

1 (1) 行政事件訴訟のうち、取消訴訟（行訴三条二項）の法的性質については議論があるが、通説は形成訴訟と解している。<sup>(1)</sup> 行政事件訴訟では職権証拠調べが規定され（行訴二四條）、取消判決は第三者に対しても効力を有する（行訴三二條一項）。行政事件訴訟全般における請求の認諾については、否定説<sup>(2)</sup>が通説的見解とみられる。否定説は、その論拠として、①行政事件訴訟は基本的には職権審理主義の手続ではないから認諾も当然に否定されるものではないが、しかし、ここでは実体法上当事者、殊に被告の国や公共団体の機関には係争物に関する処分権がないこと、②殊に抗告訴訟の場合には認諾によって処分取消の確定判決と同じ効果を生ずるが、被告行政庁の訴訟行為によってこのような効果を認めることは許されず、被告行政庁が当該処分を違法と認めて取り消しうるとしても、取消請求の認諾とは法律上の効果を異にし、仮に認諾が許されるにしても行政庁が取消処分をするのと同様の手続（合議体はその議決）が必要である、③また取消判決の対世効（行訴三二條一項）は、法律がその事件を公益的な性質のもので、当事者の自由な処分を許さないと公認したことを意味する、と説く。

(2) これに対して、最近は認諾を肯定する説も有力である<sup>(3)</sup>。肯定説は、その論拠として、①学説・判例上、瑕疵ある行政行為について一定の制約のもとに行為行政庁に取消権限が認められており、取消訴訟において被告行政庁が実体法上処分取消権限を持っている場合には、請求の認諾は許される、②被告行政庁が認諾をすべきでない場合に認諾をすることもありうるが、これは法務大臣の行政庁に対する指揮権で防止すべきことで、行政機構の内部問題である、③さらに対世効による不利益については、訴訟参加（行訴二二条）または再審請求（行訴三四条）によって救済できる、と説く。肯定説を主唱された田中（真）教授は、取消訴訟以外にも、行訴法四条前段の当事者訴訟と解される土地収用法一三三条の損失補償訴訟や、民衆訴訟のうちで地方自治法二四二条の二第一項四号の住民訴訟を認諾可能な例としてあげられる<sup>(4)</sup>。

(3) 判例においては、農地委員会の農地買収計画不服の訴願についての裁定取消訴訟で被告（東京都農地委員会）の請求の認諾を認めた、東京地裁昭和二三年一月一〇日行裁月報九号三三頁がある。実務では請求の認諾はないという指摘もみられるが<sup>(5)</sup>、平成元年から平成九年まで九年間の『司法統計年報』によると、行政第一審訴訟既済事件中、地方自治関係訴訟で平成五年と平成八年に各一件、平成九年には六件、また平成六年には租税訴訟で一件の認諾事件が報告されている<sup>(6)</sup>。そうすると、行政事件訴訟全般の実務では肯定説も採用されていることがうかがえる。

(4) 本稿の関心から損失補償訴訟（土収一三三条）に注目すると、その法的性質については判例・学説上争いがあり、多数説は給付・確認訴訟に立つが、形成訴訟説も有力である<sup>(7)</sup>。裁定手続でも当事者主義・処分権主義が採用されている（土収四八条三項）ことからもうかがえるが、損失補償の問題は私益的事項であり、それについて直接に利害関係を有する起業者と被収用者の間で解決させようというのが右規定の立法趣旨といわれる<sup>(8)</sup>。その訴訟の核心は当該物件の財産的評価にある<sup>(9)</sup>。そうすると、ここでも行政主体に実体法上処分権限が認められる場合には、請求の認諾を肯定してよいと思わ



れる。<sup>(10)</sup> なお第三者への対世効の問題は、行訴法三二条一項は、その文言通り、取消「判決」だけを規定したものであり、認諾調書には適用されないと解せば、認諾肯定説の妨げにはならないと考える。

2 ドイツ法の議論をみると、取消訴訟（ドイツ行政裁判所法（VwGO）四二条一項）の法的性質は形成訴訟<sup>(11)</sup>ないし特殊な形成訴訟<sup>(12)</sup>と解されている。そして請求の認諾については見解の対立があるが、<sup>(13)</sup>連邦行政裁判所の一九九三年一月一八日判決（WM 1993, 327）は、認諾肯定説が通説であると判示している。認諾肯定説は、その論拠として、①行政裁判所における権利保護は、行政の合法性の客観的原理の遵守ではなく主體的な個人の権利保護に仕えるものであること、②行政裁判所法一〇六条は、関係人が訴えの目的物を処分できるといふ要件のもとで、和解ができる旨を明文で規定しており、そうすると当事者が訴訟物について処分できる場合には、一般的に請求の認諾も許容できると説く。<sup>(14)</sup>前掲連邦行政裁判所の九三年判決（WM 1993, 327）も、処分権主義が妥当する限り（それが原則である）で、認諾判決が可能であると判示する。<sup>(15)</sup>これに対して、連邦行政裁判所の一九八一年二月二六日判決（BVerwG 62, 18）は、特に理由を示さずに取消訴訟で請求の認諾に関するドイツ民法三〇七条の準用を否定する。

### 《注》

- (1) 雄川一郎『行政争訟法』六一頁（有斐閣、昭和三三年）、田中二郎『行政法上巻（全訂第二版）』三五一頁（弘文堂、昭和五〇年）、南博方編『注釈行政事件訴訟法』一二三頁〔南博方〕（有斐閣、昭和四七年）、園部逸夫編『注解行政事件訴訟法』二五頁〔山田洋〕（有斐閣、平成元年）など。
- (2) 雄川・前掲書二一六頁、松浦・処分権主義七六頁、同「裁判上の和解」契約法大系刊行委員会編『契約法大系V（特殊の契約1）』一三〇頁（有斐閣、昭和三八年）、南編・注釈三六二頁〔園部逸夫・藤原淳一郎〕など。

形成訴訟における請求の認諾（豊田）

- (3) 田中真次「行政訴訟における和解」別冊ジュリ・続学説展望四九頁、南編・注釈七九頁〔高林克巳〕、鈴木(重)・前掲論文二二頁、小室・前掲論文三五七頁、園部編・注釈一二七頁〔春日偉知郎〕、鈴木・青山編・注釈民法(4)四九九頁〔山本〕。
- (4) 田中(真)・前掲論文四九頁。
- (5) 南博方編『条解行政事件訴訟法』一三五頁〔大島崇司〕(弘文堂、昭和六二年)(以下、条解と略す)。これに対して、執筆の時期は相当に異なるが、田中(真)・前掲論文四九頁はしばしば行われていると指摘される。
- (6) 以上については、最高裁判所事務総局編集『司法統計年報 1 民事・行政編 平成元年』一九九頁(財団法人法曹会、平成二年)、同編集『同平成二年』一九九頁(財団法人法曹会、平成三年)、同編集『同平成三年』一九五頁(財団法人法曹会、平成三年)、同編集『同平成四年』一九五頁(財団法人法曹会、平成五年)、同編集『同平成五年』一九五頁(財団法人法曹会、平成六年)、同編集『同平成六年』一九五頁(財団法人法曹会、平成七年)、同編集『同平成七年』一九五頁(財団法人法曹会、平成八年)、同編集『同平成八年』一九五頁(財団法人法曹会、平成九年)、同編集『同平成九年』一九五頁(財団法人法曹会、平成一〇年) 参照。
- (7) この法的性質論については、下出義明「損失補償に関する訴における訴訟上の諸問題」鈴木忠一・三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座9』二五頁(日本評論社、昭和四五年)、村上敬一「損失補償関係訴訟の諸問題」鈴木忠一・三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座10』一三五頁(日本評論社、昭和五七年)、六戸達徳「公用負担関係事件の審理における二、三の問題」鈴木・三ヶ月監修・新・実務民事講座10八五頁、特に一〇四頁以下、小澤道一「損失補償の手續と救済手續(四・完)」自研六四卷九号三〇頁など参照。最近の判例で形成訴訟説をとるのは、松江地判昭和四五年三月二五日行裁集二二卷三号六〇三頁、東京地判平成二年三月七日四一巻三号三七九頁など。
- (8) 小澤道一『逐条解説 土地収用法(下)』五八五頁(ぎょうせい、昭和六二年)。土地の収用または使用はもとも当事者間の合意に委ねられており(土収一五条の二第一項参照)、収用委員会の手続でも和解が可能である(土収五〇条)。
- (9) 南編・条解〔碓井〕一五五頁。
- (10) 園部・注解〔加藤幸嗣〕五〇〇頁以下参照。
- (11) Schlosser, Gestaltungsakten, S. 46.

- (12) F. O. Kopp, Verwaltungsgerichtsordnung, 1994, § 42, Rn. 2, S. 285.
- (13) ドイツ法の議論の状況については、vgl. M. Wolf, Das Anerkenntnis im Prozeßrecht, 1969, S. 103ff.; H. Berbert/S. Deterbeck, Der praktische Fall - Öffentliches Recht: Der ungetreue Öko - Bauer, Jus 1993, S. 404.
- (14) ヴォルフによると、①被告行政官庁は、義務付け訴訟では行政行為を行うにつき、また取消訴訟ではその撤回について、行政官庁に裁量権がある限り、請求の認諾はできるとする。②行政官庁には行為の合法性について、処分権限があるからである。行政官庁は合法性の基準について自ら確定できるのであり、実体法上そうした権限を有する限り、裁判上の認諾も可能である。③ただし、行政事件訴訟では利害関係を有する第三者や他の行政官庁について、審尋の権限または参加の権限が認められ、認諾によりその利益を害するような場合には、認諾はできないとする。例えば、同意権限を有する行政官庁が同意しない場合、認諾はできないと説く。Wolf, Anerkenntnis, S. 104ff. 同書について、坂原正夫「紹介と批評マンフレット・ヴォルフ著『訴訟法における認諾』」法研四三巻一一号九〇頁以下参照。
- (15) またハンブルグ高等行政裁判所判決 (OVG Hamburg, Urt. v. 26.8.1976, NJW 1977, 214) は、即時の認諾があった場合の費用について規定するドイツ行政裁判所法一五六条から、請求の認諾の可能性を導いている。

## 六 おわりに

三ヶ月博士は、処分権主義の制限の問題を考える場合に、形成訴訟のそれぞれの公益性の度合いを考慮すべきであると説かれる<sup>(1)</sup>。また奈良教授も、共有物分割訴訟で和解の可否の問題を検討する際に、当該訴訟の実態に即した考察方法の必要を説いておられる<sup>(2)</sup>。こうした先学の教示に導かれて、本稿では、①離婚訴訟および離縁訴訟、②抵当不動産上の短期賃貸借の解除請求訴訟、③仲裁判断取消訴訟、④請求異議訴訟と第三者異議訴訟、⑤共有物分割訴訟、⑥行政事件訴訟において、それぞれ上述した場合に、請求の認諾は可能であるとの結論に達した。認諾の性質論や公益概念などの基本的な問

題にも触れず、留保も多く残しているが、これらの点も含めて別の機会にさらに検討したいと考えている。識者の御教示を賜れば幸いである。

通説によれば、成立した認諾調書には形成力が生ずる(定説)。それは、原告の主張する形成権の存在を認めるとの被告の陳述が調書に記載されると、その効力として形成の効果が引き起こされるという意味である。<sup>(3)</sup>しかし、形成力は形成訴訟において国家の裁判所の確定形成判決によって生ずる効力であるという通常の理解からすると、認諾調書の記載に形成力を認めるということは理論的には首尾一貫していないはずである。<sup>(4)</sup>他方で、認諾調書の効力として既判力の有無については、近時は、否定説<sup>(5)</sup>や制限的既判力説<sup>(6)</sup>が有力であるが、その前提には、請求の認諾は当事者の訴訟行為であり、裁判所の公権的な判決とは異なるという認識がある。しかしそれと同じ疑問は、認諾調書の形成力に向けられたことはあまりなかったようである。その原因は、認諾調書に確定判決と「同一の効力」を認める民訴法二六七条(旧民訴二〇三条)の存在にあるが、このほかにも、形成訴訟の事案で請求の認諾が認められたことは公刊の判例上少なく(東京地裁昭和二三年。山形地判昭和四五年は傍論)、真剣に検討される機会もなかったという事情や、裁判外で形成権の行使が許される場合もあり、仮に形成力を否定すると当該形成訴訟の意義が失われ、当事者の意思に反する結果になるであろうという考慮などがあったのではないかと憶測する。筆者も形成力の発生に反対するものではなく、上述した形成訴訟における請求の認諾によって当事者間に新しい法律関係が発生すると解する。ただし、それは確定形成判決と同じ意味での「典型的な形成力」<sup>(7)</sup>ではない。竹下教授は、認諾の性質論に関連して、請求の認諾により請求どおりの内容の和解類似の合意が成立し、その効果として私法上の処分的効果が生ずると説明される。<sup>(8)</sup>認諾の法的性質論についてはいま検討できないし、認諾を和解と統一的に考えていくべきかもさらに考えたいが、<sup>(9)</sup>その指摘は注目すべきであろう。なお竹下教授は認諾調書の既

判力を否定されるが、筆者自身は既判力、正確には「典型的な既判力」に類する効力であろうが、それを肯定する説（制限的既判力説）に従うべきではないかと考えている。

大正一五年の認諾判決制度から認諾調書制度への転換は学説からの批判も強く、立法論として認諾判決制度の復活も有力に説かれてきた。<sup>(10)</sup> 問題点のひとつに、当事者に上訴の途が閉ざされたことがある。<sup>(11)</sup> 現行法のもとでは、制限的既判力説の考え方に従って当事者の救済をはかる必要があると考える。

#### 《注》

- (1) 三ヶ月・双書一九四頁。対世効を伴う「真正の形成訴訟」と、対世効のない「擬似形成訴訟」という形成訴訟の分類も、それに基づくものである。三ヶ月・双書六二頁以下、同・全集四四頁も参照。
- (2) 奈良・考察二九頁。
- (3) 兼子ほか・条解七一二頁〔竹下〕。
- (4) なお、一八七七年のドイツ民法（CPO）の立法審議過程で放棄・認諾判決の規定を設けるべきか否かが議論されているが、立法担当者は判決の必要性についての当事者の利益として、訴訟の蒸し返しの防止と執行名義の付与をあげている。vgl. Hahn/Mugdan, Materialien, S. 601f. そこでは、既判力と執行力だけが議論になり、形成力はまったく触れられていないが、しかし、これは形成訴訟という訴訟類型がその当時はまだ生成途中であったという沿革史によるものと思われる。形成訴訟の沿革史については、鈴木（正）・前掲論文二二二頁以下に詳しい。
- (5) 岩松三郎「民事裁判における判断の限界」『民事裁判の研究』九九頁以下（弘文堂、昭和三六年）、岩松・兼子編・実務法律講座（2）一八三頁〔鈴木〕、鈴木忠一「非訟事件の裁判及び訴訟上の和解の既判力」法曹時報一一卷二号一九九頁以下、特に二〇五頁以下、河野・法的構造二四四頁、兼子ほか・条解七二二頁〔竹下〕、新堂・新民訴訟法三三二頁など。
- (6) 木川・前掲論文八一八頁、松本博之「請求の放棄・認諾と意思の瑕疵」法雑三一卷一号一七五頁、鈴木・青山編・注釈民訴

形成訴訟における請求の認諾（豊田）

(4)五〇三頁〔山本〕、中野・論点二〇二頁など。

判例はこの説をとる。①大判大正四年二月二八日民集二二輯三三三頁は、土地買戻請求事件の第一審でなされた請求の認諾に錯誤があったとして、その取消しを認容した原審判決に対する上告事件であるが、(ア)「裁判上ノ認諾ト雖モ錯誤ニ基クモノナルトキハ其錯誤ニ基キタルコトヲ証明シテ之ヲ取消スコト」ができるとする。(イ)大判昭和四年は、その理由として、「錯誤ニ基ク認諾ハ真意ノ認諾」ではなく、錯誤がなければ「存在スヘキモノ」でない、錯誤が明瞭なのに取消しを許さないのは「其理由ナキノミナラス認諾者ニ対シ頗ル苛酷ニ失ス」る、と判示する。

また下級審判例であるが、②東京高判昭和四一年一月一三日下民集一七卷九・一〇号九六二頁は、建物収去土地明渡訴訟の請求認諾調書に基づく強制執行に対する請求異議訴訟の控訴事件であるが、(ア)「請求の認諾及び放棄は」、「当事者の意思により紛争の解決がもたらされる点」で裁判上の和解と同様であり、和解について私法上の無効・取消原因による無効・取消の主張を独立の訴えによらずに許容する。「判例の趣旨は請求の認諾及び放棄についても類推適用される」、(イ)しかし本件認諾については、通謀による虚偽の意思表示、権利濫用や公序良俗の事実はない、と判示する。

③また、東京高決昭和四二年四月二一日下民集一八卷三・四号四〇七頁は、原審が請求の放棄認諾により訴訟は既判力をもって終了し、再審の訴えに準ずる訴えによる以外に救済方法はないとして、期日指定の申立てを不適法却下した決定に対する抗告事件で、(ア)「請求の放棄、認諾が無効な場合には、訴訟終了の効力を生じない」、「当事者は期日の指定を申し立てて、手続の続行を求めることができ、裁判長は右申立てがあるときは必ず期日を指定して請求の放棄・認諾は無効であるか(したがって訴訟は終了していないか)を調べなければならない」、(ウ)「請求の放棄、認諾の既判力は、請求の放棄、認諾が有効な場合にはじめて、生ずるものであり」、「請求の放棄、認諾が無限定に既判力を有するという前提に立つて」右申立てを不適法とすることは許されない、と判示する。

④さらに、大阪高判平成六年二月一六日判タ九〇九号二六五頁は、建物明渡請求控訴事件であるが、「請求の認諾は当事者の認諾という行為により成立するものであるが、右行為に私法上の無効原因がなく、又は取消原因があつてその取消がなされない限り、認諾調書は確定判決と同一の効力、即ち、既判力を有すると解するのが相当である」、と判示する。この判例については、佐野裕志「判批」私法判例リマックス一九九七(下)一四四頁以下参照。

(7) 「典型的な形成力」という概念は、青山教授が仲裁判断に生ずる形成力を確定形成判決の形成力に対比して用いられる概念である。谷口・井上編・新判例コメ七〇六頁〔青山〕。

(8) 兼子ほか・条解七〇六頁〔竹下〕。

(9) 竹下説については、中野・論点二〇七頁の評価を参照。

(10) 三ヶ月・双書五〇六頁以下。同旨、戸根・前掲論文二七三頁。他方、認諾判決制度に対する批判として、石川明「請求認諾の法的性質」『訴訟行為の研究』一七〇頁（酒井書店、昭和四六年）、新堂・新民訴訟法三三〇頁。

(11) 河野・法的構造二四三頁、中野・論点一九三頁。斎藤ほか編著・注解民訴訟法(5)二二二頁（斎藤・渡部・小室）は、調書を決定に準じて即時抗告の途を開く立法措置をすべきであると説かれる。

（一九九九年二月二〇日脱稿）

〔付記〕

本稿は、もともと清野惇先生と大塚喬重先生のご退職記念号（修道法学二〇巻二号）に寄稿する予定で執筆を進めていたが、考えがなかなかまとまらず、当初の予定を断念せざるをえなくなつた。両先生にはご海容をお願いするとともに、大幅に時期遅れであるが、本稿を提出し今後の精進をお約束してその責めを補填させて頂きたく思っています。そして両先生のご健勝とご活躍を祈念致します。