

主 文

本件上告を棄却する。

上告費用は上告人の負担とする。

理 由

上告代理人我妻武雄の上告理由第一点について。

請求の一部について控訴審において請求の減縮がなされたときは、その部分については頭初から訴が係属しなかつたものと看做されるのであるから、この部分に対する一審判決はおのずからその効力を失い、控訴は残余の部分に対するものとなるのであり、従つて、この部分につき一審判決を変更する理由がない場合には、控訴棄却の判決をすべきであることは、当裁判所の判例とするところである（昭和二十四年（オ）第一四一号、同年十一月八日第三小法廷判決、民集三卷一一号四九五頁参照）。所論は当裁判所の判例に反する主張であつて、採用できない。

同第二点について。

解除権者が契約の存続とまったく相容れない請求をしたときは、訴訟行為により暗黙に契約解除の意思表示をしたものと解すべきであつて、訴状が被告に送達された時に解除の効力を生ずるものというべきである。本件訴状第五項には、「已むを得ず原告は契約の相手方たる被告Aに対し、さきに支払つた手附金三〇万円の返還と売買契約書の条項により、手附金と同額の違約金の支払を請求する次第である」との記載があり、買受人である被上告人が売渡人である上告人に対し、本件宅地売買契約の存続と相容れない請求を本訴においてなしたことは明白である。従つて、本件宅地売買契約は本件訴状が上告人に送達されたことにより解除された旨判断した原判決は正当であり、所論は理由がない。

同第三点について。

商法五四四条は、他人間の「商行為」の媒介をなす仲立人につき適用される規定

である。しかるに、本件宅地の売買が商行為であることは、原判決において認定されていない事項であり、しかも、訴外Dが本件宅地の売渡人である上告人から所論手附金の受領につき代理権を授与されていた事実は、原判決において認定されているのであるから、所論は理由がない。

よつて、民訴四〇一条、九五条、八九条に従い、裁判官全員の一致で、主文のとおり判決する。

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官	高	橋		潔
裁判官	島			保
裁判官	河	村	又	介
裁判官	垂	水	克	己
裁判官	石	坂	修	一