慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔最高裁民訴事例研究七〕処分禁止の仮処分の効力 登記無効確認等請求事件 (昭和三七年六月八日第二小法廷判決)
Sub Title	
Author	石川, 明(Ishikawa, Akira) 伊東, 乾(Itō, Susumu) 民事訴訟法研究会(Minji soshōhō kenkyūkai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1963
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.36, No.10 (1963. 10) ,p.96- 105
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19631015-0096

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

係とされ、借家法の類推適用があると考える。したがつて、借家法をめぐつては、どのようにみても実質的な相違はでてこないと思う。とすれば、判旨が社宅料の額によつて、賃貸借関係の存在を認定し、それによつて借家法の適用を肯定したことは、それ自体としては正しい。しかし、かりに賃貸借でないとされた場合であつても、賃貸借に類似する関係として借家法の類推適用があるとすべきである（ここに前記日本セメント事件および東北電力事件についての裁判所の見方には批判の余地がある）。

なお、本件は福利施設としての社宅であるため、この観点から考察したが、企業組織の必要的構成部分としての社宅については、別途に考慮されなければならないであろう。

（宮本　安美）

〔最高裁民訴事例研究　七〕

昭三七13（最高民集一六巻七号一二一八頁）

処分禁止の仮処分の効力

登記無効確認等請求事件（昭三七・六・八第二小法廷判決）

被上告人X（原告・控訴人）は被上告人Y_1・Y_2（被告・被控訴人）Y_3（参加引受人・被控訴人）に対し、Y_1については甲地の分筆登記抹消請求、Y_2・Y_3については右土地の移転登記がいずれもXを申請人とする右土地の処分禁止の仮処分の結果無効であることを理由に登記抹消請求の訴を提起した。第一審原告敗訴。第一審判決は、仮処分の効力についていわゆる相対説をとり、仮処分は将来本案請求権が認められた場合にその権利を保全するためにされる暫定的処分で、仮処分債権者は必ずしも本案訴訟で勝訴するとは限らないから、仮処分に違反する処分行為も一応有効で登記ができるが、仮処分債権者に対して売買の効力を対抗しえないにすぎない。したがつて、仮処分債権者は本案訴訟で勝訴し実体的権利が確定しない限り、単に原告は仮処分債権者たる地位に基づいてはかかる登記抹消請求権をもたないとしている。控訴も同じ理由から棄却。

X上告。上告理由は以下のごとし。

処分禁止の仮処分は債務者の一般的処分行為を禁止するもので、これに違反してなされた債務者の処分行為は無効である。この種の仮処分の目的は、本案訴訟の判決確定以前に目的不動産の登記が転々と移動する場合後日勝訴の際にその回復が困難であるために債務者の処分行為を停止させるためのものである。処分禁止に違反する処分行為が認められ、該不動産の処分が次々とおこなわれ、登記が転々と移動した場合保全処分としての仮処分命令の存在価値は認められない。これは丁度立入禁止・妨害禁止等の仮処分に反して仮処分債務者が立入つたり妨害行為をなした場合仮処分債権者が民訴七三三条以下の執行命令によりその侵害等の行為を排除できたり、又仮処分命令中に「この命令に違反し債務者が妨害をなした場合には執

行吏はこれが除却のため適当な処分をなしうる」と附記し、執行吏が侵害等の排除のための処分をなしうるのと同じである。処分禁止の仮処分につき相対無効説をとる者も、立入禁止・妨害禁止の仮処分等において仮処分債権者として侵害行為の排除を求めうるとする。これは理論的に一貫しない。後者を肯定する以上処分禁止の仮処分についても絶対的無効説をとり、これに違反する処分行為に対しては登記抹消請求も仮処分債権者に認めらるべきものである、と。

これに対し上告審は次の判断をなした。処分禁止の仮処分により不動産の所有者は絶対に該物権の処分権を失うものではなく、仮処分債権者に対する関係で処分ができなくなるにすぎない。したがつて所有者から仮処分物件を買つて第三者はその所有権取得につき登記その他の公示方法を施した場合でも、仮処分債権者に所有権取得の効力を対抗しえないが、右仮処分登記が適法に抹消されたときは爾後その効力を対抗しうることは既に大審院判例の示すところで、これを変更する必要を認めない。したがつて、仮処分債権者である上告人は本案訴訟で勝訴し実体法上の権利が確定しない限り、単なる仮処分債権者である地位にもとづいては該登記抹消請求権をもたない、と。上告棄却。

判旨に賛成。

一　処分禁止の仮処分に違反してなされた処分の効力については判例が対立している。判例はかつては絶対無効説をとつていた（例えば大審明治三七年二月一〇日民二判民録一〇輯一七九頁、大審明治三七年四月一三日民二決民録一〇輯四五八頁、明治四二年一一月二九日大阪控民一判最近判五巻三〇四頁、一定の権利の譲渡を禁止する仮処分がある場合これを無視してなされた譲渡行為は善意の譲受人に対して効力を生じないとする大審大正六年八月二一日民一判民録二三輯一二二八頁も絶対無効説をとるものとみてよいであろう）が、最近ではその殆んどが相対的無効説をとつている（仮処分命令で抵当権者に対し抵当権の実行その他の処分が禁止されている場合、第三取得者が濫用して被保全債権者に対し、提供金額を供託してその他の処分債権者を害する行為は右抵当権の消滅を主張して仮処分の取消を求めることができないとするものとして、古いが、明治四四年（マ）一二号判新聞七三四号二二頁がある。当時の院例としては異色である。相対説をとるものとしてこのほか、大正一一年三月一三日朝高院命朝高録一〇巻六〇頁、大正一一年七月一〇日長崎控民判新聞二〇二九号一五頁、仮処分命令に違反してなされた処分行為は仮処分債権者に無効で後日本案訴訟で仮処分債権者が敗訴しても右行為の効力に消長をきたさないとするものとして、大正一一年一〇月一六日長崎控民二判新聞二〇六六号二〇頁がある。この判例は、本案訴訟で仮処分債権者が敗訴しても右行為の効力に消長をきたさないとする点で、相対的無効説をとるものの中でも異色である。このほか大審昭和一二年五月二一日民二判民集二巻三〇五頁、昭和二年八月五日朝高院民判評論一六巻民訴四一九一頁、昭和一九年一二月二七日朝高院民判評論二五巻民訴八八一頁、昭和一四年四月一一日東控民五判新聞四二四七号一二頁、大審昭和一九年一月一九日民二判民集一九巻五〇一頁、昭和三〇年七月二一日高松高判下級民集六巻七号一五五一号。仮処分物件に対する強制執行又は競売の相対的効力を認めるものとして、大正一五年八月五日東地民決評論一六巻民訴三六二頁、昭和三年五月三〇日宇都宮地民決新聞二八四四号六頁、大正一五年九月二〇日東地民一判評論一六巻民訴三二五頁、昭和二年一一月五日大阪区決新聞二七八三号一一頁、昭和三年七月三一日大阪地民六判新聞二九二二頁、大審昭和四年四月二〇号一〇頁、大審昭和四年四月二八日新聞三〇四〇頁、大審昭和六年二月二五日民二判民集八巻四二一頁、大審昭和八年四月二八日民二決民集一二巻八八頁、昭和一〇年二月一七日朝高院民判評論二八巻民訴三七頁、昭和一四年三月一七日朝高院民判評論二八巻民訴二四三頁、大審昭和一六年三月二六日民四判民集二〇巻五一四頁。これに反して、仮処分の目的財産に対する執行につき仮処分債権者が五四・五五八条の異議の申立をせずに執行が終了した場合には、右執行による処分は有効で、競落人はその権利を仮処分債権者に対抗しうるものとして、電話加入権に関し大審昭和二年四月一二日民二判民集六巻一五一頁、昭和三年九月二一日大阪控民二判新聞二九〇五号六頁、不動産に関し昭和四年四月四日東控民五判評論一九巻民訴一六五頁がある。この点については吉川研究二〇七頁以下、菊井民訴㈠三八六頁以下参照）。処分禁止の仮処分は権利保全の暫定的処置で、債権者との関係で処分を禁止しておけばその目的を充分に達しうるから、それ以上に債務者の処分権を否定する必要はない（相対無効説をとる学説としては、兼子増補強制執行法三三五頁があるが、相対無効を債務者の任意処分に限り、他の債権者の執行・保全執行を禁ずる効力なしとするが、同じく相対的効力説をとりながら、執行・保全執行についてもこれを及ぼすものとして菊井前掲がある。相対無効説をとるものとしてはその他吉川研究二〇三頁以下、末弘判民大正一二年二三三頁、菅原論叢一一巻二号一〇〇）。　この点でまず判旨に賛成である。

二　絶対無効説によると、処分禁止の仮処分登記後になされた処分行為につき移転登記はなすべきではないし、なしたとしても無効である（処分禁止の仮処分登記のあるものにつき売買による所有権取得の登記の申請を却下すべきであるとするものとして大正二年六月二三日東地民決新聞八八〇号二五頁、なおなされた登記を無効とするものとして大審明治三七年二月一〇日決民録一〇輯一七九頁、大審明治三七年四月三日決民録一〇輯四五八頁）。もつとも絶対無効説による場合であつても、仮処分登記前に目的物の処分が行われており、その登記が仮処分登記後におこなわれた場合については問題が生じる。登記それ自体を一種の処分行為とみれば、法律行為が仮処分登記前になされていても、これを否定しなければならないが（昭和六年二月六日朝高院民判評論二〇巻民訴九四頁）、登記を処分行為とみなければ肯定される余地もある。

これに反して、相対無効説によれば、目的物の処分行為は相対的に有効であり、その登記も債権者が将来本案訴訟で敗訴すれば、これに対する対抗要件となるから、申請し受理する利益はある（明治四一年五月一九日大阪控民三決最近判二巻一四六頁、大正八年四月五日法曹会決議評論八巻諸法二九八頁、昭和二年二月一九日司法協会決議司協六巻二号三一頁）。もちろんこのことは仮処分登記以前に処分行為がなされ且つ登記後に処分登記の申請がなされた場合についても妥当する。かかる場合処分行為は、仮処分登記当時対抗要件を具備していないから、債権者に対してこれを対抗することはできないが（処分の登記を認め且つ仮処分債権者に対抗しうるとするものとして、大審昭和六年七月三日民五判裁判例（五）民一五〇頁、大審昭和一四年一月三一日民二判、新聞四三八二号一五頁、大審昭和一五年一二月一五日民五判新聞四六三九号一三頁）、同じ理由から登記そのものを申請し受理する利益はある（大審大正三年一決民録二〇輯五二二頁、大正六年五月二三日旭川地民決新聞一二七六号二七頁、大審昭和三年六月一一日民二決新聞二九〇二号一三頁、昭和六年七月一四日東地民九決評論二〇巻諸法五五一頁、登記は認めるが、これを以て債権者に対抗しえないとするものとして大正九年二月二日東控民一判新聞一六六九号二〇頁、大正一一年一月一一日朝高院判評論一一巻民訴九〇頁、昭和七年五月一八日法曹会決議評論二一巻民訴三九九頁、昭和二八年一〇月二八日高松高四判高裁民集六巻一二号八四三頁、最高昭和三〇年一〇月二五日三小判民集九巻一一号一六七八頁）。したがつて仮処分債権者は仮処分債権者として目的財産に対する処分登記の抹消を請求することができない。この点でも判旨に賛成する（なお、登記の点については、ジュリスト二二二号六九頁以下「民訴セミナー」三七回参照）。

三　したがつて、また、仮処分登記後の処分に基づく所有権移転登記の抹消は仮処分債権者が本案訴訟で勝訴し実体法上の権利が確定した場合に限るとする点でも判旨に賛成する。

四　なお、上告理由は、立入禁止・妨害禁止の仮処分と処分禁止の仮処分とを比較して、後者の場合も仮処分債権者としての本件所有権移転登記抹消請求を認めんとする。しかしながら、前者にあつては、立入乃至妨害がなされれば該仮処分はその目的を達しえないから、これを排除することが必要であるが、既述のごとく処分禁止の仮処分にあつては、債務者のこれに違反する目的物の処分行為があつても債権者に対しそれが対抗しえない以上目的物の処分により仮処分がその目的を害されることにはならない。この点に両者の本質的相違があるが、これを無視し両者を一律に論じる上告理由は理由がない（吉川・田辺前掲四一四頁参照）。

（石川　明）

昭三七14（最高民集一六巻八号一五〇一頁）

亡父との親子関係不存在確認審判の効力

相続登記抹消等請求事件（昭三七・七・一三第二小法廷判決）

Y_1は、氏名不詳の者を父母として生まれた子であるが、その出産の

時、これを取上げた産婆某の懇請によつて、子のない夫婦であつたM男X_1女夫妻がこれを貰受け、その間に出生した子としてその出生届をした。Mが死亡、Y_1は係争土地について相続登記をするとともに、これを自己の土地として善意のY_2に抵当権を設定せしめてその旨の登記をも経た。そこで、未亡人X_1はY_1を相手方として家庭裁判所に親子関係不存在確認の調停申立をしたところ、家審法二三条に基づき、MおよびX_1とY_1との間には親子関係が存在しないことを確認する旨の審判があり、この審判は確定、X_1の申立に基づき戸籍は訂正された。X_2・X_3はX_1の弟妹であるが、$X_1$$X_2$$X_3$三名（原告）から$Y_1$$Y_2$（被告）を相手方として、本件土地について、相続登記抹消・抵当権設定登記無効確認・抵当権設定登記抹消をそれぞれ訴求したのが本件である。第一審・第二審とも、裁判所は、審判の効力を対世的なものと解し、従つてY_2はY_1が亡Mの子ではないことを認めなければならないことを前提としたが、第一審がそれにも拘らず善意無過失であつたY_2は保護せられるべきだとして相続登記抹消請求のみを認容したのに対し、X_1等のY_2との関係での控訴に基づき、第二審裁判所は、登記に公信力がないことを理由として第一審判決X_1等敗訴の部分を取消し、X_1等の請求を認容した。Y_2から上告、死者と戸籍上の子との間に親子関係が存在しないことを確認する旨の審判のごときは全く許されないところで、前記の審判は無効である、と主張した。最高裁いわく、「身分関係の存否が確認される場合は、その審判の性質上、存否が確認される身分関係の主体となる者が当事者として加り、その当事者間に合意が成立して、始めて……いわゆる対世的効力が附与され得るものと解すべきである。従つて、本件の場合、前記……審判のうち、亡広人（M）と広幸（Y_1）との間に親子関係が存しないことを確認する旨の部分は、存否が確認された親子関係（父子関係）の主体の一方である亡広人（M）がその手続の当事者となつていないことが明らかである以上、これに対世的効力を認めることはできない。しかるに原審が、右審判部分にも対世的効力があるものとし、これを前提として被上告人ら（X_1ら）の本訴請求を認容していること前叙のとおりであるから……」云云、と。

——破棄差戻

事案の焦点が、Y_2という善意者の保護をどうすべきかに存することは、いうまでもない。篠原教授の本件判批は、この角度から事案をとりあげて所感を述べられたものだが（日本法学二九巻一号九九頁）、最高裁の判旨も、審判の対世効を否定し、従つてY_2への審判の拘束力を解除することによつて、Y_2の保護へ道をつけようとする動機によつて支えられているものと解せられ、その意図はまず充分に評価せられなければならない。

問題は、その、つけようとする道が、果して許される道かどうかにあり、これが本件では直接の課題をなすわけであつて、山木戸教授の本件判批は、判旨を不当と断じられるものであるが（民商四八巻四号五八五頁）、あながち不当とは言いきれないように思われる。

「家審法二三条の合意に相当する審判は……人事訴訟手続に代わる簡易手続である」から、「人事訴訟として許されない……確認は家審法二三条の審判によつてもこれをすることができない」という山木戸教授のテーゼには全く賛成だが（同上五八九頁）、「親子の一方または双方が死亡した後もその親子関係の存否確認の訴は」人事訴訟として「許される」という教授の他のテーゼには疑問が持たれる（同上五九〇頁）。何故なら、第一に、判決の既判力は正しさの担保なのであるから、むやみにこれを肯定もしくは拡張すべきものではなく、右のような

場合、身分関係劃一確定の要求から、仮に既判力招来の必要があるとしても、これを認める基礎が欠けている（既判力は紛争解決や蒸返し避止の「必要」だけで生まれるものではなく、これを認めることが正義に適するという「基礎」ないし「導入の可能性」をまつて始めて肯定できるものである）。Justus contradictor の関与しない訴訟に既判力の基礎を発見することは困難で、職権探知もこの構造に代わる保障ではない（本件でも父子関係が本当になかつたのかどうか疑わしい）。そして、第二に、主体の（一方でも）死亡後には、当該身分関係がそのものとして問題になることは、本来、ありえない。死亡とともに、それは、存続・発展をやめるからで、残る問題はすべて間接・派生の個別問題たるにすぎない。便宜または特別の理由から形成の訴を許すなどの形で立法措置がせられないかぎり、もはやそれは手をつけることができない関係と法律上はなるべきもので、これは「過去の法律関係」たるに由るのではない。固より、個別の問題を解決するため、利益の存するかぎり、通常の確認訴訟を認むべきは別論だが、亡父と子との間の身分関係不存在を（場合によつては検察官を立てててまで）「人事訴訟」で確定しうると解すべきではない（兼子「親子関係の確認」研究一巻三六〇頁や加藤令造ジュリスト二七八号四五頁は同旨であろうか）。本件審判は、かくて、M Y_1 間の父子関係の確認に関するかぎり、人事訴訟として許されない事項にかかわり、従つて内容上当然に無効で、対世効はおろか、X_1 Y_1 間での相対的効力をも生じない、と解することができる。

判旨が審判は「対世効」を生じないというのは、母子間かぎりの相対効は生じるという意味であるかもしれない。そうだとすれば賛成できないが、そこまで判示の必要がない上告時の事案の状況を考えると、むしろ、Y_2 との関係で審判の拘束がないということだけを判示したものと解すべきであろう。

そのように解して、判旨に賛成する。

（伊東　乾）

昭三七15（最高民集一六巻八号一五一六頁）

民法上の組合の清算人に対する組合員の任意的訴訟信託の適否

清算残金請求事件（昭三七・七・一三第二小法廷判決）

被上告人X（被控訴人・原告）は上告人Y（控訴人・被告）ほか数名からなる民法上の組合を設立し、その解散にあたりXは清算人に選任された。XはYに対しYの組合に対し支払うべき代金請求訴訟を提起。一・二審ともにX勝訴。Yは右組合が解散しXが清算人に選任されても本件請求権の主体がX個人になるわけではないとして上告。Xの原告適格が問題となつた。

上告審では以下の判断がなされた。「被上告人は、右組合の解散により組合員から清算人に選任され、その名において裁判上裁判外の行為を為す権限を授与されていたと主張し、右の事実は、原判決のみとめるところであるけれども、組合の清算人は組合の代理人として組合の名において組合の債権の取立訴訟を提起し得るは格別として、清算人が自己の名において当然にかかる訴訟を提起する権限を有するものでないことは勿論であり、たとえ組合員によりその主張のような権限を授与された事実ありとしても、それによつて適法ないわゆる任意的訴訟担当の信託があつたものとすることはできな

い。けだし、かくのごとき場合においては民訴四七条によつて訴訟の当事者となるべきものを選定すべきであり、同条によることなく、本件のごとき場合に訴訟担当の任意的信託をみとめることは許されないからである。そして、本訴において被上告人が同条所定の選定当事者たることを証する同法五二条所定の書面の提出された形跡はないのみならず、被上告人が同法四七条にもとづいて選定当事者として選定されたことは本件証拠上これをみとめることはできないのであるから、被上告人をもつて同条による選定当事者としてその当事者適格を肯認することもできないのである。とすれば、被上告人は本件訴訟の当事者適格を欠くものというの外なく、被上告人の当事者適格をみとめた原判決は違法であり、この点において上告は理由あり」として、原判決破棄、自判、訴却下。

判旨に反対。

民法上の組合は法人ではないが、民訴法四六条にいわゆる権利能力なき社団として当事者能力をもつか否かという点について、学説・判例は肯定説と否定説とにわかれて対立している（肯定説をとる判例として代表者のある民法上の組合は当事者能力ありという大審昭和八年九月二二日民五判新報三四〇五号一一頁、及び大審昭和一〇年五月二八日民五判民集一四巻一九一頁、民法上の組合でも稍々永続的で設備機関を有し組合員の財産と区別される自己の財産をもつものは民訴法四六条にいわゆる権利能力なき社団であるとする昭和八年一一月二二日東控民九判新聞三六六二号七頁、民法上の組合であつても継続的存在を有し代表者の定があるものは民訴法四六条で当事者能力を有するとする大審昭和一五年一〇月一一日民五判新聞四六三五号七頁、代表者のある民法上の組合は、当事者能力を有するとする昭和三二年一二月一五日東高民七判東高民時報八巻一二号三一八頁、三銀行による融資先会社の債権者管理委員会を民法上の組合としてこれに当事者能力を肯定する最高昭和三七年一二月一八日法曹一五巻四号八七頁があり、否定説をとる判例として昭和七年六月二七日東区判新聞三四三号一三頁　昭和八年六月二二日宮城控民二判新聞三五七四号五頁がある）。肯定説は二つにわかれ、一つは組合および組合員の双方に当事者能力を認めるのに反し（末川債権各論II三八九頁）他は組合にのみこれを認める（鈴木重「民法上の組合の当事者適格」早法三八巻三・四冊一一三頁）（単に民法上の組合をも含むとするもの岩本・三ケ尻新民事訴訟法要論三七九頁）。肯定説はその論拠として、組合員につき生じた事項が訴訟に影響を及ぼすことなくその円滑な進行をはかるべきであるし（岩本・三ケ尻前掲箇所）、稀薄ではあるが対外的に存するその団体性を訴訟において認めるべきであるという。問題として重要なのは理由の後半である。組合は権利能力はないにしても社団としての実体を備えるものであろうか。

社団であるとすれば、その内部関係につき民法の社団法人の規定を類推適用すべきであるが、この点は問題である。外部関係についても、組合が権利能力なき社団であるとすればその権利関係は形式上は代表機関又は有力社員個人に帰属するが実質的には総社員に総有的に帰属するに反し、組合であれば、実質的にも形式的にも総組合員に合有的に帰属する。また社団の行動はもつぱら代表機関により社団の名においてなされるが（民訴法四六条）、組合の場合であれば各組合員又は業務執行組合員が総組合員の代理人として行動する。

かように組合は権利能力なき社団たる性格を有しないのであるから、組合が当事者能力を有しないのは当然である（山木戸「民法上の組合の清算人に対する組合員の任意的訴訟信託の適否」法律時報三五巻八号九一～二頁は、「組合の名における訴訟の適否は組合の当事者能力の問題ではなく、むしろ当事者たる全組合員を訴訟上表示する方法ないし形式の問題であると理解すべきである」とされる。当事者能力否定説としては、末弘「訴訟当事者としての人格なき社団」民法雑考一〇三頁以下、我妻判民昭和一〇年七一事件、細野民事訴訟法一巻三七五頁、山田改正民事訴訟法二巻三二〇頁、菊井民事訴訟法（全集）八四頁）。

組合が権利能力なき社団であるか否かは組合の法的性格との関連でとらえらるべき問題であり。この問題は、組合に当事者能力を認め組合をめぐる訴訟の円滑な進行をはかるか否かの問題に先行する。

組合に当事者能力を否定する以上、組合財産は総組合員の合有財産であるから組合員は固有必要的共同訴訟の共同訴訟人となる。このことは組合財産・組合債務・組合債権のいずれが訴訟物であるかを問わず妥当する（組合債務については組合員全員を相手どる必要なしとするものとして、山木戸前掲九二頁がある）。

業務執行者が選任されている場合この者は当事者適格をもつであろうか。学説判例はこの点でも対立している（肯定説をとる判例として、民法上の組合長又は清算人が組合契約により組合員から信託的に組合に関する権利義務の主体となれる権限を与えられたときは個人の資格で組合のために訴訟をなしうるとする大審昭和七年七月五日民五判新聞三四四八号一三頁――この点については後出大審昭和五年五月一〇日の判例参照――、組合債権についての大審昭和一〇年一月三〇日民四判法学四巻九二二頁、大審昭和一七年一月二四日民四判判決全集九輯一七号三頁、昭和二七年二月二九日東高民三判高裁民集五巻四号一五〇頁、否定説をとるものとして、組合が民法上の組合の性質を有し頭取が組合員を代理して一切の事務をなす権限を与えられているときは頭取を代理者の資格において被告として訴えることができるとする大正一五年二月八日東地民一六判評論一五巻民法四〇五頁（傍点筆者。「代理者の資格において」と「被告として」とは矛盾するように思われるが、あるいは、実体法上の代理人に任意的訴訟信託を認めたものであろうか。そうであれば代理者の資格と被告であることとは矛盾しないが……。代理人としてという点を強調すれば、この判決は否定説をとったものと考えられる））。無尽講の会主や頼母子講の講元には従来判例は講関係訴訟の当事者適格を認めている（明治三四年三月一三日東地民四判新聞二八号五頁、大審明治四四年六月二七日民一判民録一七輯四三五頁、大審昭和一〇年一〇月一四日民一判法学五巻五〇二頁、大審昭和一一年一月一四日民二判民集一五巻一頁、大審昭和一一年一二月一日民二判民集一五巻二一二六頁、昭和二九年八月九日東高判下級民集五巻八号一二七一頁、昭和二九年八月九日東高民八判東高民時報五巻八号一七七頁、講元を定めず落札者が直接講員から掛金を取立てることができる旨の講規約を定めた講で落札者個人が講金請求訴訟についての当事者適格を有すとした昭和三一年四月六日長崎地判下級民集七巻四号八七二頁、昭和三一年七月一七日甲府地判下級民集七巻七号一九四三頁、頼母子講自体に当事者能力があるとしても講金の取立支払等について一切の権原を有する講管理人は自己の名で掛戻金請求訴訟を追行する当事者適格を有するとした最高昭和三五年六月二八日三小判民集一四巻八号一五五八頁、否定説をとるものとして旧法関係の若干の判例がある。例えば大審明治三四年五月九日民一判民録七輯五巻六二頁、大審明治三四年六月一五日民一判新聞四三号一〇頁など）。大審昭和五年五月一〇日判新聞三一四五号一一頁は、この点について次のように述べている。「所謂頼母子講ニ於テ講ノ掛込金又ハ掛戻金ニ関シ講員各自カ夫々自ラ他ノ講員ニ請求シ又ハ払込ヲ為スヘキモノトスルトキハ徒ニ法律関係ノ複雑ヲ来シ到底其ノ煩ニ堪エサルカ故ニ講員中ノ一人又ハ数人ニ対シ自己ノ名ヲ以テ掛金ヲ請求シ且講金ノ払渡ヲ為スコトヲ委託シ此ノ場合受託者カ世話人又ハ幹事等ノ名称ノ下ニ講員ノ為ニ自己ノ名ニ於テ掛金ヲ請求シ且講金ノ払渡ヲ為スノ義務ヲ負フコト寧ロ実験法則タルモノト解スヘキモノニシテ而モ斯ル受託者ハ必スシモ世話人又ハ幹事等ノ名称ヲ有スルモノトハ限ラス」と。小山教授は、「講と管理人と講員との関係を右のように把握することは、講の実体に即した法的把握である」とされ、さらに、「したがつて、管理人は訴訟進行のみを信託されたのではない。だから、民訴法四七条の適用もない。むしろ、無尽契約関係から生ずる管理人としての利益（権利義務）の帰属主体として（各講員の利益の管理権者としてではなく）、管理人は、訴訟進行権を有するのではあるまいか。したがつて、また、管理人のみが、掛込金や掛戻金の請求や講金の払渡請求の訴について当事者適格を有するのではあるまいか」とされている（小山「講の当事者能力と講管理人の当事者適格」民商法四四巻一号一五一～二頁）。賛成である。ところが、組合の場合は、業務から生じる法律関係の帰属主体は総組合員であつて、業務執行者ではない。業務執行者は組合財産の管理処分権や業務執行権をもつが、総組合員の代理人としてこれを行使しうるにすぎない。この点講の講元の場合とは異る（なお、講と組合の相違については田中実「民法上の組合の清算人に対する組合員の任意的訴訟信託の適否」本誌三六巻六号一〇四頁以下参照）。したがつて、組合の業務執行者は講の講元・会主とは異り組合関係訴訟の当事者適格をもたないものと考える。

そこで次に業務執行者を法令による訴訟代理人とみることができ

るであろうか。肯定説もあるが（我妻、債権各論七九一頁、七九六頁は業務執行者は訴訟代理権をもつとする。その他上田契約法体系V一三九頁、山木戸前掲九二頁）、法令による訴訟代理の範囲を広く認めると弁護士代理の原則との関係でも問題があるので、法が明文をもつて制限的にこれを認めたものと理解すべきであろうか（兼子体系一三〇頁は、業務執行者は法令による訴訟代理人に非ずとしているが、大審判大正八年九月二七日判民録二五輯一六六九頁のように反対の判例もある）。そうであるとすれば業務執行者は法令による訴訟代理人ではないといわねばならない（業務執行者のいない場合の各組合員についてもこの理は妥当する。業務執行組合員を法令による訴訟代理人とみ、それが選任されていない場合の一般の組合員を法令による訴訟代理人ではないとするのは一貫しないように思われる。この点について上田前掲箇所参照）。

最後に組合員は業務執行者に任意的訴訟信託をなしうるや否やが問題となる。任意的訴訟信託は、手取の取立委任裏書（手形法一八条）や選定当事者（民訴法四七条）など法律上認められている場合は格別として、一般には弁護士代理の原則（民訴法七九条）や訴訟信託禁止の原則（信託法一一条）との関係で無効であるとされている。ただ委任者・受任者の関係からみて社会通念上受任者の正当な業務とみることのできる場合にまで無効と考える必要はない（兼子前掲一六一頁、三ヶ月民事訴訟法一八六頁。なお前掲講関係の判例の多くは講元につき任意的訴訟信託をこの理由から認めたものであると解される）。

学説・判例が右の正当業務に該当するがゆえに任意的訴訟信託を認める場合として、講の場合と労働組合員の労働組合に対する訴訟信託とを挙げる。講については既に述べた。労働組合の場合は、信託をうける者は労働組合にきまつているから、任意的訴訟信託を認めても弁護士代理・訴訟信託禁止の原則をみだりに潜脱するような害はない。むしろ組合は労働組合員の利益を確保することを目的とするから、これを肯定しえよう（山木戸前掲九三頁、兼子「労働組合の訴訟当事者適格」民事法研究二〇七頁、三ヶ月前掲一八六頁、反対の判例として最高昭和二七年四月二日決民集六巻四号三八七頁）。民法上の組合の場合も、業務執行者の業務執行は総組合員のためになされるものである点から、任意的訴訟信託により業務執行者に当事者適格を認めてもよいであろう。しかし、業務執行者には誰でも選任せられうるから、労働組合の場合と比較して、業務執行者の任意的訴訟信託が、弁護士代理・訴訟信託禁止の原則潜脱の目的をもつて濫用される可能性がある。かかる場合に限つて業務執行者の任意的訴訟信託による当事者適格は否定されねばならない（田中前掲一〇五～六頁、同「訴訟信託」本誌三二巻四号一頁以下参照）。

清算人は清算事務の範囲内ですべての組合員を代理する権限を有する（我妻前掲八四九頁）から、清算人についても業務執行者についてと同じことが妥当しよう。

かくして判決の主張とは異り、Xが選定当事者として選任されていなくても、任意的訴訟信託の結果当事者適格をもつとみるべきである。

（石川　明）

昭三七16（最高民集一六巻八号一五五六頁）

弁済供託の供託金取戻請求権に対する転付命令の効力

供託無効不動産所有権確認請求事件（昭三七・七・一三第二小法廷判決）

X（原告）はY（被告）から貸金の担保として本件不動産を買受け、Yは債務の弁済として元利金を供託したが、Xがこれに対して

受諾の意思表示をしないうちに、Yの供託物取戻請求権はA等に転付されてしまった。XからYを相手に右土地の所有権が自己に属することの確認を求めたのが本件であるが、第一審でX勝訴。Yからの控訴に基づき、第二審裁判所も「前記の供託が仮りに弁済の効力を生じ得る有効なものであつたとしても、右転付の結果右供託はこれをしなかつたものとみなされ弁済の効力を失つたものといわなければならない」として控訴を棄却したので、Yは更に上告。上告理由は、売渡担保権ある場合は弁済者に供託物取戻請求権は生ぜず、従つてこれに対する転付命令は不適法で、転付命令が供託を無効にするという関係はこの場合認められないというにあつたが、最高裁いわく、「供託金取戻請求権が供託者の他の債権者に転付されたとしても、そのことだけでは被供託者の供託金還付請求権にはなんら消長を来すものでなく、したがつてまた供託の効力が失われるものではない」と。――破棄差戻

供託者の供託物取戻請求権と被供託者の供託物還付請求権とは別物であるから、前者の主体が交替したからといつて後者の存否に消長を来たす謂われはなく、従つて、たとえ供託物取戻請求権に対する転付命令が適法且つ有効であるとしたところで、これによつて被供託者の還付請求権が消滅し、供託が遡つてその効力を失うということは考えられない。その意味で、原審の判断を非難した判旨は正当だが、その限りでは事理むしろ当然で特に考うべき筋途ではない。

他方、売渡担保権ある場合には供託あるも供託者に供託物返還請求権を生ぜずとする上告理由の理論も疑問である。質権や抵当権の場合と異なり第三者不測の損害ということを考える必要のないこの場合に、これを立法理由とする民法四九六条二項を明文の指定なきに類推適用することはできないからであるが、正しくも上告理由に同調しなかつた判旨は、Yの供託物返還請求権が生じたことはこれを認めるものであろう。

問題は、さような弁済供託者の供託物返還請求権なるものが、転付せられうるや否やに存する。学説は一般にこれを否定するもののように解せられるが（中務「取立命令と転付命令」民訴講座四巻一一八九頁、吉川『判例転付命令法』六一頁）、大審院は嘗て肯定の判示をしたことがあり（大判昭和一二年六月一六日吉川同所引用）、本件判旨は最高裁判所が従前の大審院のこの肯定的態度を承継することを明かにしている点で意味があるといえる。

そして、成るべく執行の機会を減らしたくないという裁判所の気持はよく分かるし、現実には供託物取戻請求権に対する転付命令で執行の目的を達しうる債権者もあること、転付命令を禁じれば債務者に執行免脱の方便を与える結果になること現実の財貨移転と同断以上のものがあること（現実の財貨移転より相対的に危険が少い）などを考えると、いよいよ裁判所の躊躇は尤もなものがあることを知りうるし、禁止の明文がないところで差押や転付の禁止を考えることはできないという態度は、実務の安固を保障するものでもあろう。

だが、弁済のための供託は、いわば、債務を免れるためにする目的物の一種の放棄であり、供託物取戻権は放棄物を回収する放棄者の自由であるにすぎない（山中康雄「供託」民事法学辞典所述の沿革参照）。従つて、供託物件もしくは供託価額は、本質的には、決定的に供託者の非財産とはいえ

ないと同時に、決定的に供託者の財産ともいえない浮動状態にあるとすべく、このことは浮動状態解消の後に目的物の所有権が〝何時から被供託者に属したと考うべきか〟とは関係なく、供託者の供託物返還請求権を請求権そのものと考えるか請求権を生ずべき一種の形成権（供託取消権）と考えるかとも無関係である。そして、かかる浮動状態を執行の引当てとすることは、必ずしも執行の目的を逸脱するとは言うことができないから、執行方法のいかんによつては許されて一向に差支はないけれども、「債権者債務者間の法律関係を一挙に清算する」という「転付命令の性格」（鈴木次註六〇頁の言葉）と、かかる浮動状態とは、全く相容れないものである。従つて、弁済供託の供託者が有する供託物返還請求権に対し、転付命令を発することは許されず、本件転付命令はその効がないものと解すべきである。

本件については既に転付の不適法を説いた鈴木（正）助教授の極めて周到懇切な判批があるが（民商四八巻四号六一一頁）、私は、学説の確立するまでは明文のないところで転付の禁止を説くことをしない判旨の態度を、実務として称賛したいと考えるとともに、学説は転付禁止の方向へ向かうべきものとして、理論的には、判旨を退け、鈴木（正）助教授の右の提言を支持する。

（伊東　乾）