

Title	〔最高裁判事例研究一三〕執行行為に基づく弁済の否認と破産法第七二条第一号の適用、破産法第七二条第一号による否認権行使における受益者の悪意の立証責任 弁済金返還請求事件 (昭和三七年一月二日第一小法廷判決)
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	1964
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.37, No.5 (1964. 5) ,p.78- 89
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=AN00224504-19640515-0078

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.

条一号の故意否認が認められるか否かについては、見解が対立している。

判例は一貫して肯定説をとる。たとえば、大審昭和八年一月二日八日民一判民集二二卷二四号三〇四三頁は、「受益者カ行為ノ当時支払停止アリタルコトヲ知りタルトキハ破産管財人ハ破産財團ノ為メ破産法第七十二条第二号ニ依リ破産者ノ支払停止後ニ為シタル債務ノ弁済ヲ否認シ得ヘキハ素ヨリ其所ナリト雖モ行為ニシテ同時ニ同条第一号ノ要件ヲ備フルニ於テハ同号ニ依リテモ亦之ヲ否認スルコトヲ妨ケサルモノナルコトハ法文上疑ヲ容レサル所ナリ尤モ第二号ニ該ル場合ニ於テハ受益者ニ対スル弁済ハ当然他ノ債権者ノ利益トナルコト多カルヘク又当事者ハ此ノ如キ認識ヲ有シタルコトノ推定ヲ受クルヲ以テ第二号ニ当ル弁済ノ大多数ハ第一号ニ該當シ債務ノ弁済ニ関シテハ或ハ第二号ノ規定ハ第一号ノ特則ニシテ第二号ニ当ル場合ハ第一号ノ適用ヨリ除外スヘキモノノ如キ外觀ヲ呈スルモ第一号ハ債務ノ弁済ノ如キ行為ニ付キテハ破産者カ単ニ自己ノ負担スル既存ノ債務ヲ履行スルカ為ニ誠意ヲ以テ為シタル行為ヲ包含スルモノニアラスシテ支払停止ノ前後ヲ問ハス他ノ債権者ヲ犠牲ニ供シ特ニ一債権者ノミニ利益ヲ与フルノ意思ヲ以テ弁済ヲ為シ受益者モ亦此事実ヲ知ルカ如キ場合ヲ指示スルモノニ過キサルコト民法第四百二十四条ヲ適用スヘキ場合ト同様ニ解釈スヘキモノナルヲ以テ（大正六年六月七日言渡大審院同年（オ）第五百五十三号事件判決並ニ大正八年七月十一日言渡大審院同年（オ）第九百九十三号事件判決参照）特ニ此ノ如キ意思ヲ有セサル弁済ハ同条第一号ニハ触ル

ルトコロナク其ノ支払停止後ナルトキニ於テ始メテ第二号ニ当ルトアルニ過キサルモノニシテ其ノ第二号ニ該ル場合ト雖モ弁済者ニ如上ノ悪意ナキニ於テハ第一号ニ依リテモ之ヲ否認スルコトヲ得サルノ場合アリテ兩号ハ其ノ適用上共通ナルコトアラサルモ亦各自広汎ナル別個ノ分野ヲ有スルモノト謂ハサルヲ得ス」とする。大審昭和七年一月二日民四判民集一一卷二二二二二六六頁も、「破産手続ニ於テ否認スルコトヲ得ヘキ行為ヲ定メタル破産法第七十二条第一号ニハ破産者カ破産債権者ヲ害スルコトヲ知りテ為シタル行為云々トアリテ破産者ノ為シタル債務ノ消滅ニ関スル行為ヲ除外セサルノミナラス右第一号ト第二号トヲ対照スルニ前者ハ破産債権者ヲ害スルノ悪意ニ出テタルコトヲ理由トシテ破産者ノ行為ヲ否認スルモノナルニ反シ後者ハ悪意ノ有無ヲ詮議スル迄モナク支払停止後又ハ破産申立後ノ行為ナルコトヲ理由トシテ破産者ノ行為ヲ否認スルモノニ係リ其ノ否認ノ条件自ラ異ナルヲ以テ第二号ニ所謂債務ノ消滅ニ関スル行為ト雖破産者カ其ノ行為ニ名ヲ藉リ特ニ他ノ債権者ヲ被害スルノ目的ヲ以テ之ヲ為シタルカ如キ場合ニ於テハ当該行為ヲ右第一号ニモ該當スルモノト解スルニ何等ノ妨ケナキモノト云ハサルヘカラス加之仮ニ右第二号ニ該當スル行為ハ右第一号ニ依リテ之ヲ否認スルコトヲ得サルモノト解セハ破産者ノ為シタル債務ノ消滅ニ関スル行為カ特ニ他ノ債権者ヲ被害スルノ目的ニ出テタル場合ニ於テモ破産宣告ノ日ヨリ一年前ニ為シタルモノナルトキハ支払停止後ノ行為ナルコトヲ理由トシテ之ヲ否認スルヲ得サルコト同法第八十四条ノ規定ニ依リ明白ニシテ斯ノ如キ行為ハ民法第四百二十四条ニ依リ

破産手続以外ニ於テモ之ヲ取消スコトヲ得ルト対照シ其ノ結果ノ不当ナルハ勿論破産法カ否認ノ制度ヲ認メ之ニ依リ破産債権者ノ損害ヲ救済セシメタル精神ニモ反スヘシ由是觀之破産者ノ為シタル債務ノ消滅ニ関スル行為ニシテ破産者カ特ニ他ノ債権者ヲ詐害スルノ目的ヲ以テ之ヲ為シタルモノナルニ於テハ破産法第七十二条第一号及第二号ノ何レノ理由ニ因リテモ之ヲ否認スルヲ得ヘキコト明白ナリトス」としている。(大審昭和八年三月三十一日民二判大審裁判例七卷五九頁、昭和九年九月二十五日官報城控民二判新聞三七五九号一五頁、同旨大審昭和一年九月二八日民四判民集一九卷二頁一八九七頁)

かつて通説は、破産法七二条一号及び二号乃至四号の規定を以下の如く説明し肯定説をとつた(井上綱要二四二頁以下、斎藤日本破産法二四二頁研究九卷以下)。第一号は否認の原因を破産者の詐害意思に求める故意否認に關する規定で、民法四二四条と略々その趣旨を同じくするが、強制的平等弁済を本質とする破産手続内の否認であるから、単に共同債務者間の平等弁済を破壊するにすぎない、一部債権者に対する担保の供与・弁済その他の既存債務の消滅に關する行為——偏頗行為——も破産債権者を害するものとして本号により否認しうる。これに反して第二号乃至四号は、いわゆる危機否認に關し、もつぱら、その対象は担保供与・債務消滅等共同債権者間の平等弁済を害する行為——偏頗行為——に限る。危機否認は破産宣告に近接せる財産状態の極めて悪化する時期になされるから、破産者の詐害意思の存在を推定すべき理由が十二分に存し、従つて破産者の詐害意思を問題とすることなく、直ちにこれを否認しうるとしてしているのである。詐害意思ある弁済がたまたま支払停止後になされた場合危機否

認と故意否認のいづれによつてもこれを排除しうる、と。

これに反して最近では、否定説が殆んど通説といつてよいである(菊井判例民事手続法四六三頁以下、兼子判民昭和九年度八事件、同昭和十一年度一〇六事件、同新法強制執行法・破産法二一六頁、坂木「否認權の實証的研究」二六八頁以下、中野破産法和議法〔法律学全集〕一五六頁以下、中野判批民商四九卷三三〇頁以下)。即ちこの見解は以下のごとく説く。破産法七二条二号乃至四号の弁済否認の規定は、平常時における各債権者の当然の弁済受領の権能と破産に際しての債権者相互間の公平との限界を、破産債権者への公平な配当という目的から、劃するものに外ならない。同条一号の故意否認は、破産債権者全体の為の責任財産の保全増殖を目的とし、民法四二四条の詐害行為の取消權と同様に、既存の債権者相互の關係ではなく、新なる原因に基く債務者の財産減少行為に対するものであるのに対し、弁済否認は一定の限度で本来ならば当然の権利である、既存債務の消滅に關する行為を特に否認しうることにしたのである。したがつて、同じく「破産債権者ヲ害スル」といつても、第一号と第二号乃至第四号とでは全く其の觀念を異にするので、前者が一般的な詐害行為の否認で後者が特別の場合に其の要件を軽減した特別規定ではなく、却つて弁済其他債務の消滅に關する行為の否認は第二号以下によつてのみ始めて可能であり之に對しては全然第一号に依る否認の余地はない、と。

第一説によれば危機以前の本旨弁済についても、破産者・受益者に詐害意思の存する限り故意否認が認められることになるが、第二説によれば、この点消極的に解されることになる。以下いづれの見解が正当であるかを検討してみよう。

二、危機以前の債務の本旨弁済が故意否認の対象とならないとする見解は以下の理由を主張する。

(1) 破産法七二条一号は民法四二四条と同様の要件のもとに破産債権者全体の利益のため責任財産を減少させる行為の否認を規定するのに対し、二号乃至四号の危機否認は破産債権者相互間の公平・平等な配当の確保のための否認である。しかして、危機前の債務の本旨弁済は破産者の総財産額に増減を来さないから、第一号の否認は認められないとする理由がまずあげられる。

この主張の前提には、破産法七二条一号と二乃至四号の機能・対象に差異があるという考え方が存する。かかる見解の根拠として以下のものが主張されている。(1) 仮りに判例の主張するように、一号の否認と二号乃至四号の否認とが同一性質を有する行為であるとすれば、危機に為されたものはそれ以前になされたものより、否認の条件を軽減し、否認を容易ならしめるというのが条理である。弁済その他の偏頗行為につき第七二条第一号に依る否認も可能であるとする、一号により偏頗行為を否認せんとする場合単に破産者の悪意を証明すれば足りるのに(この立証は通常行為時に債務者が負債超過の悪意を証明すれば足りるのに(又は支払不能の状態にあつたことの証明による)、第二号以下により否認する場合は否認すべき偏頗行為が支払停止又は破産申立後になされたことを立証するほか(この立証は第一号立証と実質的、受益者の悪意(第二号)、相手方が破産者の親族であること(第三号)、偏頗行為が破産者の義務に属せず又は其の方法若は時期が破産者の義務に属せざるものであること(第四号))をも立証せねばならぬため、危機否認は故意否認に比し要件が加重されている。これ

は両否認がそれぞれ機能と対象を異にする別個のものであることを示している、と(板本前掲二頁)。(2) 次に、二号乃至四号の否認には破産法八四条が適用され、支払停止後偏頗行為がなされ、相手方がこの

事実を——したがって破産債権者を害することを——知つていても、破産宣告前に一年以上が経過していれば、これを支払停止を理由に否認しえなくなる。これに反して、七二条一号の否認は破産法八五号の適用をうけ、一号により偏頗行為の否認も可能であるとするならば、行為の時から二〇年破産宣告の日から二年を経過しない限り、十数年以前になされたものも否認しうることになる。同一の偏頗行為が一号、二乃至四号のいずれにより否認されるかにより取扱を異にするには、充分な理由がなければならぬが、それは見当らない、と(板本前掲二八二頁以下、債権者の平等配当のために一号による否認はこの主張は理由が)。(3) このほか沿革的理由がある(その詳細については板本前掲二九六頁以下参照)。

(2) 次に危機以前の本旨弁済を一号により否認しうることになるのと、平常時における平等弁済を強制する結果になるが、これは、債務者が破産しない限り債権者に存する任意の弁済受領権を侵害することになる(第百四十九号、中野前掲三三三頁)。

(3) 最後に、債務の本旨弁済に故意否認が認められると、既述のごとく、債権者が当然の権利行使としてうけた弁済が、極端な場合二〇年間も否認の危険にさらされることになるが(破八七条)、これは、債権者間の公平をあまりにも重視しすぎることにより権利行使の結果を不当に不安定ならしめることになる(中野前掲三二二頁、板本前掲二九二―三頁)。

三、現在債務の本旨弁済は破産者の総財産額に増減を生じないか

ら加害行為にならない、したがって総債権者のため破産者の総財産の確保を目的とする第一号はこの場合適用されない、とする見解は、第一号が民法四二四条と全く同一の目的と機能をもつとする見解を前提とする。この前提そのものは問題である。もちろんこの前提は原則論としては正当であろう。しかし、債務者が支払停止以前・破産申立以前に他の債権者への平等弁済を害する意思で特定の債権者に偏頗行為をなす例が非常に多いことより考えると、例外的にかかる行為の否認を認めることは理由があるものといわねばならない。支払停止以前・破産申立以前の本旨弁済であるから、これを広く一般に否認しようとしたのでは平常時における平等弁済を強制することに於けるが、既に支払を停止すべき状態にあるにもかかわらず平等弁済を避けるため特定債務者に対してなされる本旨弁済は、危機時期における本旨弁済に準じるもので、特に平等弁済を避けるという意思が認められる以上一号による否認の対象たりうると解すべきではなからうか。これは、あくまでも準危機状態における本旨弁済の否認を問題にするのであるから、平時一般における平等弁済を強制するわけではないという点で(2)の批判はあたらない。

前記(3)の批判も亦必ずしも妥当ではないと思われる。蓋し、危機否認の場合も本旨弁済は破産手続の終了せざる限り、二〇年間は否認される可能性があるし、準支払停止状態においてなされた本旨弁済の否認が問題であるから、破産法八五条に準じて、破産宣告より一年以前になされたものは否認の対象たりえずと解することができるからである。

かくて、支払停止と同視すべき状態にあるにもかかわらず現実の支払停止乃至破産申立以前になされた偏頗行為は悪意を要件として一号の故意否認の対象たりうると解する。

四、本件についてみよう。YはAに対し昭和三十一年八月二八日より三二年一〇月までの間に五回にわたり執行による弁済をうけた。支払停止は昭和二十九年末、破産申立は昭和三十三年三月、破産宣告は昭和三十三年九月一〇日である。したがって本件弁済は支払停止後のものであるから、もつばら破産法七二条二号によるべきで、一号によるべきではないということになるが、しかし、八四条で七二条二号により支払停止を理由にこれが否認はできないし、また破産申立は弁済後であるからこの点でも七二条二号による否認はできないといわねばならない。そこで本件の場合破産者が本件強制執行をうけるまでの間その害意ある加功の事実が認められるとする裁判所の事実認定を前提とすれば、準危機弁済として七二条一号による否認を認めてしかるべきケースといえよう。この点で判旨に賛成する次第である。

従来判例は、破産法七五条により執行に基づき同法七二条一号にあたる弁済をしたものとして否認する場合を二つにわけ、破産者が一号の悪意をもつて故意に執行を招来した場合と、もし破産者が自らその弁済をなしたものとすれば一号にいわゆる悪意をもつてなしたものと認めらるべき状況のもとなされた場合とを挙げている。

大審昭和一四年六月三日判決民集一八巻九号六〇六頁は、「破産法第七十五条ニ所謂強制執行ニ基キ同法第七十二条第一号ニ当ル弁済

ヲ為シタルモノト認メテ之ヲ否認スルニハ、(一) 破産者カ第七十二条第一号所定ノ悪意ヲ以テ故意ニ第七十五条ノ強制執行ヲ招致シタル場合ノミナラズ、(二) 若シ破産者カ自ら其ノ弁済ヲ為シタルモノト仮定スレハ前記ノ如キ悪意ヲ以テ之ヲ為シタルモノト認メラルヘキ状況ニ在ル場合ニモ均シク否認權ヲ行使シ得ヘキモノト解スルル相当ナリトス」としている(その前編をなす判例は、大審昭和八年一二月二八日判決民集一二卷三〇五三頁である)。

この点について学説は対立している。例えば、反対説をとる板木氏は、「若し破産者が自ら其の弁済を為したものと仮定すれば執行当時における状況より判断して悪意を以てなしたものと認められる場合に故意否認ができるとする理論によれば、『例へば現に数人の債権者から督促を受けつつある財政状態不良な債権者が突如として他の債権者から強制執行を受けたような場合にも、恐らく故意否認を認むることとなるであろうが、これは、行為の無いところに行爲を擬制し、殊に財政逼迫その他の客観的事情に基いて故意否認の決定的要件たる詐害意思そのものさへも擬制するものであつて、主観主義の理論を無視すること甚しいものと云はねばならぬ。故意否認において要求せらるるものは債権者の具体的、現実的詐害意思であつて、けつして仮定に基く擬制的意思であつてはならないのである。本判決の判示(□)の理論——前記理論(筆者註)——を承認することとは、その結果において、客観主義の否認に課せられた嚴重な諸制約(特に弁済が支払停止又は破産申立の後に為されたものであり、しかも破産宣告前)を免がれつつ——これら諸制約は客観主義の否認が破産者の具体的詐害意思を不要としたことに代はるべきものであり、謂はば客観主義

の否認に本質的な制約である——客観主義の否認を認むるものにはかならないのであつて、破産法が主観主義の否認と客観主義の否認とを峻別併存し、それぞれ別個の要件に服せしめてゐる事実を、看過せるか、或は無視せる極めて不当な解釈である」としている(板木二〇卷七三頁)。

他方「若シ破産者カ自ら其ノ弁済ヲ為シタルモノト仮定スレハ前記ノ如キ悪意ヲ以テ之ヲ為シタルモノト認メラルヘキ状況ニ在リタル場合」もなされた執行による弁済は第一号の否認の対象となるとする判例の見解に賛成するものもある。たとえば前野氏は、以下の如く主張する(法学新報四九卷一)。「或る学者は現に破産者が加担した場合でなければ第七十二条第一号の破産者の悪意の行為なるものがないから其の適用の余地がないのみならず、若私のやうに広く解するときには債権者が多数の債権者から支払の督促を受けて居たときに其の一人から差押を受けたならば本条を適用することにもなるのではないかと論ずる(○板木郵部民商法雑誌第一一〇卷四号二六二頁以下)」。然れども其の掲ぐるところの設例は以て必ずしも本判決がいふ「悪意ヲ以テ為シタルモノト認メラルヘキ状況」に当るものとはいへない。……一派の学者は第一号は主観主義に基き、第二号以下は客観主義に従ふものとし、本問に於て主観主義を強調する結果として本判決に反対するもの同様である(参照)。然れども开は第七二号各号を形式的に觀察した議論であつて未だ法の理念に徹底せるものと謂ひ得ないと思ふ。第七二条は衡平の原則を基調とするものであつて各債権者の権利の法律的、客観的平等なる満足を要求するを第一義とし、破産者が悪意で

あるといふことは第二義的の意義を有するものと考へられる。今第七二条第一号が債務者の悪意を前提とするといふことに付考ふるに第二号以下の規定に之を鑑みれば支払停止又は破産申立といった様な客觀的事実がなくても破産者が破産債権を害するといふことを知つてゐる事実と、其の後既に破産宣告があつたといふことから仮令かかる客觀的事実が起らなくても其の財産状況は不良である、或はその当時支払停止の状況ではないとしても、より不良の場合もあり得る。謂はば破産者の悪意と、破産宣告とから当時の破産者の財産状況よりしてその法律行為を否認し得るものとするのが衡平に合するということに重点があり、又法律行為の否認から受くる不利益は破産者側よりも受益者側に大なるものであるが故に法律行為の否認から起る当事者の公平なる保護は破産者に悪意といふ条件の存することを必要とすること極めて軽きものありといはねばならぬ。斯様に考へれば破産者が第七五条の執行行為に通謀加功したといふことを要するものとし而も亦破産者の主觀的狀況に重きをおき狭く解するの要なく衡平の見地から之を広く解してよい」として、判例に賛成する見解もある(このほか加藤破産法。研究一〇卷二三頁)。

しかしながら、主觀主義をとる第一号の場合に判例の立場に賛成することは、立法論はともかくとして、解釈論としては行き過ぎの觀が強い。危機否認が主觀主義から客觀主義への発展の結果であるのに反し、一号が依然として否認の要件として悪意を必要とする主觀主義の立場にとどまるのは、債務者の悪意という点に、債務者の処分自由と詐害行為の否認による債権者の利益保護との調和点を見

出しているからである。準危機時期における本旨弁済について故意否認を認めるのは、支払停止・破産申立前にあつて本旨弁済は本来自由であるため、詐害意思という主觀的要件の存在を要求することによつて、不当にこれを制限しないためである。したがつて従來の判例のように「悪意をもつてなしたと認めらるべき状況」から悪意を擬制してしまふのは、実は客觀主義への転化であつて、決して正しい態度とはいえない(菊井前掲箇所、板木前掲五六頁)。本判決が原審のこの不当な態度を否定して、結局執行の招來に破産者の害意ある加功の事実を認定したうえで、七二条一号を適用することにより原判決を維持したのは、正当といわなければならぬ。

五、受益者の悪意の举证責任を原告が負わない点については、規定の形式(一号では受益者の善意が否認の消極的要件として規定されている)からみて通説判例にならつた(文献については中野前掲三二三頁参照)本判決の立場は正当である。

(石川 明)

昭三七二八(最高民集一六卷一
二四三三頁)

民法上の組合の訴訟当事者能力

売掛代金等請求事件(昭三七・一一・一八第三小法廷判決)

原告X(三銀行団債権管理委員会)は、「訴外関西燃料株式会社(B)に対して債権を有する東京銀行大阪支店、大和銀行新町支店及び住友(旧称大阪)銀行道頓堀支店の三者が、それぞれの有する右債権を出資し同会社の経営を管理してその營業の再建整備を図ると共に、協力して三者それぞれの有する右債権を保全回収するため、民

法上の任意組合として結成しYを代表者とした三者の協同組織である」が、ZのYに対する売掛代金債権を譲受けたと称して、Y（被告）に対し当該売掛代金の支払を請求したところ、訴が不適法として却下せられたので、大阪高裁に控訴。大阪高裁はX組合をもつて「その組織された三銀行個々の三銀行の目的を超えた客観的目的のために組織された社団の実体を有するもの」と解し、これに当事者能力を認むべきものと認めて、訴を却下した第一審判決を取消し、本案審理のため事件を大阪地裁に差戻した。この差戻判決に対しY側から上告、民訴四六条によつて当事者能力が認められるものは社団たる実体を有するものに限らるべきであるところ、Xはその構成員から独立した目的や活動をもつものではないし、その構成員の異動ということも本来的に予定されていないのであるから、社団たる実体を有するものとはいえない、と主張したのが本件であるが、最高裁は、いとも簡単に、この上告を一蹴した。曰く、原審の認定したような組合は「民訴四六条所定の「権利能力なき社団にして代表者の定あるもの」として訴訟上の当事者能力のあることは、累次の大審院判例の趣旨とする所であつて、現在維持せられて居る」と。――兼却。

判断の可否は兎も角として、原審・大阪高裁が、X組合は社団たる実体を有するものと認定し、これを根拠としてXに当事者能力を認むべき旨を判示したのは、論理の筋を正しく追つたものであつた。かかる原審の認定を前提とし、これを受けて、「原審が所論法条の解釈を誤つたものとはなし得ない」という本件最高裁判決の趣旨も、従つて、見方によつては、「Xは社団と認められ、社団なるが故に当事者能力あり」ということを判示したものと、受取ることができないではない。もしそうであつたとすれば、大審院の判例の

態度は本件によつて改められ、論理は正しい筋に載せられることになつたであらう。だが、事の実際は、そうではないように察せられる。およそ民訴四六条の適用基準に関する従来の判例が、代表者の定があることのみを基準とする大審院型と、社団たる実体を問題とする一群の下級審判例の型とに大別せられることは、嘗て上田教授が明かにせられたことであつたが（上田徹一郎「組合と訴訟」執、本件で、最高裁は、大審院型に属すると認められる判決のみを先例として引照しつつ、「……は、累次の大審院判例の趣旨とする所であつて、現在維持せられて居る」と称するのだからである。すなわち、判旨は、「民法上の組合といえども苟くも代表者の定がある以上は訴訟上の当事者能力ありと解すべし」の趣旨であつて、判旨にとつてXが社団たる実体を具えるかどうかは関心のないことであらう。その意味で、本件は、最高裁が大審院の態度を継承することを示した事例として意義をもつ。と同時に、これとは異なる筋を追うた原審・大阪高裁の努力は、「されば原審は、判例にしたがつた判断を示して居るのであつて」という思いもよらぬ強弁によつて、全くネグレクトされてしまつたことになる。

寧ろ、大阪高裁は、Xの社団性を否定すべきであつたらう。固より、必要な事実関係が判例集の記載だけでは充分には分からないが、特段の事情のないかぎり、本件Xは三銀行が相互の連絡を図るために設けた単なる申合せの機関にすぎず、XによるZの管理は「巷間にいわゆる銀行管理の一形式に外ならないのであつて」、Xにその構成員から独立したそれ自体としての目的や活動は認められな

いとする上告理由が理由あるように察せられる。もしそうであるとすれば、小山教授の本件判批(三九卷三三三頁以下)が言われるように、本件は、また、社団でない組合に代表者の定があることを理由として最高裁が民訴四六条の適用を認めた先例、という意味をも持つことになる。

だが、Xが社団でないにも拘らず、あるいは、Xが社団であるか否かを問うことなく、これに民訴四六条を適用し、当事者能力を認めることは不当である。さような取扱は、団体および法人格に関する実定法理を恣に攪乱するものであつて、組合の構成員の地位にも不当な利害を及ぼす。詳細は、この趣旨に近い判民昭和一〇年七十一事件我妻判批に譲り、我妻判批の立場を支持したい。すなわち、組合が社団の実体を具えるかぎりこれに民訴四六条を適用して当事者能力を認めることはできるが(右我妻判批事件は社団たる実、民法上の組合といえども苟くも代表者の定がある以上は訴訟上の当事者能力ありと解すべし)との趣旨の本件最高裁の判旨には、反対である。

(伊東 乾)

昭三七二九(最高民集一六卷一
二四六五頁)

確認の利益を欠くという理由で訴を却下した判決は民訴第三八八条にいう「訴ヲ不適法トシテ却下シタル」判決にあたるか

農地強制譲渡無効確認等請求事件(昭三七・二一・二五第三小法廷判決)

「自作農創設特別措置法及び農地調整法の適用を受けるべき土地の譲渡に関する政令」により、第一審判決添付第一ないし第三目録記載合計七筆農地の所有者Aの強制譲渡計画作成申請に基づき、県知事Yがなした譲渡命令の無効を主張し、Aの長男原告X(控訴人・上告人)が被告知事Y(被控訴人・被上告人)に対し右命令の無効確認を、右命令により農地の所有権を取得した被告Y(被控訴人・被上告人)・Y。(被控訴人)及びY。にそれぞれ所有権移転登記の抹消を求めたのが、本件訴である。第一審では訴却下。理由は、原告XがAの推定相続人であるというだけでは本訴請求の当事者適格がなく、仮りに第一目録記載(一)および(二)の土地につき、Xが真実使用貸借による権利を有し、これに基づき自ら耕作に従事しているとしても、被告知事の前記各処分が無効とされる結果は、単に、右(一)、(二)の農地の所有権がAに復帰するまでのものであつて、原告の耕作者としての地位には全く影響なく、法律上何等それ以上の利益を有しないものといわねばならない」としている。これに対し原審は、第一目録記載(一)の農地以外の土地については一審と同じ判断をしたが、第一目録記載(一)の土地については、XがAから無償で借り受けて耕作していることが認められ、「使用貸借の貸主が何人であるか」ということは、使用貸借が貸主と借主との信頼関係を基礎とするものである以上、借主にとつて重要な事柄であるし、本件の場合XはAに対しては耕作権を以て対抗することができるけれども、Aから土地を譲受けた者に対しては耕作権を以て対抗できない関係上、土地所有者がAであるかYであるかは重要な事柄であるといわねばならぬ。従つて、右(一)の土地に関する限り、控訴人Xは本件譲渡命令の無効確認を求めた利益がある」として、Xの原告適格を認め、本案につき証拠調査をなし、右譲渡命令を無効ならしめる取極は存しないから、右(一)の土地に関する本訴請求は棄却されるとしたのちに、第一審判決は「その主文においてXの訴を却下する」とい、

その理由において訴は不適法であるといっているが、これをその判決理由について審査すると、それは控訴人Xの本訴請求は権利保護の要件を欠くといふことであり、結局本案について判示したものと認めるのが正当である」として、一審判決を維持し、必要の差戻の規定である民法三三八条の適用なしとし、控訴棄却の判決をなし、本判旨に対応する上告人の上告理由は、原判決の右の措置は民法三三八条に違反する、という点にある。

これに対し本件判決は、「原判決のごとく、訴の利益なしとする判断を本案判断の一種であると解するにしても、訴の利益がないことを理由とする第一審判決が本案そのものの当否について何等の審理判断をも加わえていないことは否定できないところである。されば、原判決は、右の点において民法三三八条に違反するものといふのほかに、論旨は理由があり、原判決中別紙第一目録記載(一)の土地に関する控訴を棄却した部分を破棄し、且つ、第一審判決中同土地に関する訴を却下した部分を取り消すべきものとする」と判示し、右部分を第一審裁判所に差し戻した。

一、本件控訴審判決は多くの問題点を含む。第一に、当事者適格の欠缺の場合請求を棄却すべきか訴を却下すべきか、という問題がある。第二に、Xは当事者適格を欠くか否かという問題がある。第三に、訴訟要件に関する第一審判決の判断が誤りであることを認めながら、実体法上の理由で第一審判決を維持し控訴棄却の判決をするという、実務上広くなされている便宜的取扱は妥当か否かという問題がある(渡部・法曹時報一五卷三三九二頁、たとえば、大審昭和一〇年一七一七民二判民集一四卷三三三頁以下は以下の如くである。原告は訴外Aに対する分配金請求権の帰属を争う原告に対し石権利の積極的確認の訴を提起して第一審で勝訴した被告控訴。その間Aは原告に債権を履行したため、控訴裁判所は原告に本訴を維持する利益なしとして、原告の請求を棄却したので、原告が、上告した事件につき、上告裁判所は、原告A認定ニ依レバ訴訟物タル債権ハ已ニ消滅セルヲ以テ、本件ハ須ク原告

告タル上告人本案敗訴ノ判決ヲ為サザルベカラズ、原判決主文ハ恰モ之ニ合ハレ、其理由由中本訴ハ、権利保護ノ利益ヲ有セザルニ至リタルモノト云フベシトアルに照レリ判示ハ結局ニ於テ原判決ヲ果ハス足ラズ」としている。また大審昭和十五年八月三日四判民集一九卷一六号一八八号は、訴訟要件に関する原告Aの判断は是らざらざら、実体法上の理由から一審判決を維持し上訴棄却の判決をなしたものである。すなわち、これレ部分ニ因テ不通過法トシテ訴ノ一部ヲ却下シタルノ判決ニ對シテ上訴アリテ、上訴審ニ於テ其ノ部分ニ因テ本訴請求ヲ理由ニシテ棄却スル場合ニ、訴却下ノ判決ハ請求棄却ノ判決ニ比シテ上訴ノ結果、上訴審ニ於テハ原判決ヲ取消シテ請求棄却ノ判決ヲ為スコト得ス。單ニ上告棄却ノ判決ヲ為セバ足ルヲ以テ、本件ニ於テモ、不当利得返還請求ニ付テハ單ニ上告棄却ノ判決ヲ為セバ足ルモノトス」としている。ちなみにこの種の便宜的取扱との関連で、訴訟要件存否の判断に先んじて本案に理由なきことが判明した場合は右要件についての判断を省略して直ちに敗訴の本案判決をするという便宜の取扱ひも実務上行われているようである。たとへば前掲大審院昭和一〇年の判決は「本案ノ理由ハ元キコトカ先ツ判明シタル以上、権利保護ノ必要ノ有無如何ニ関セズ原告敗訴ノ本案判決ヲ為スヘキコト即チ是ナリ。蓋シ爾等ノ訴訟要件ハ、ソレヲ自ノ理由ニ基キテ之ヲ要件トセルカ故ニ、其ノ具備セザルニ拘ラス本案判決ヲ敗訴スルハ違法ニ先テ免レズ」独リテ之ヲ要件トシテ一審判決ヲハ、蓋シニ訴ヲ提起シテテ被告ノ煩ハ好ニ好テ事端ヲ繁クシタルコトヲ防クニハ足ルヲ以テ、今若シ本案ノ理由無キコトカ先ツ判明シタル場合ニ於テ、直チニ其ノ旨ノ判決ヲ為ステキハ、這ハ却ツテ再訴ノ門戸ヲ長ヘニ杜絶シ以テ徒ラニ被告ノ煩ハ好ニ好テ事端ヲ繁クスルノ患ヲ未ダニ防クニ於テ、最根本上ノ手段ニ外ナラザレハナリ」としている。

二、(1)の問題について。当事者適格を欠く場合、他の訴訟要件の欠缺する場合と同様訴が不適法として却下せらるべきであつて、理由なしとして本案判決がなされるべきではないとするのがドイツの最近の通説であり、我國の近時の有力説である。訴権要件として当事者適格を理解し、訴権が訴訟物であるとみる立場(請求権説の立場)に立てば、訴権要件を欠けば請求棄却の本案判決がなされるべきであるといふことになるが、私権と訴権を区別する以上訴権を訴訟物とみることはできないから、この立場は妥当性を欠くとみるべきで近時の有力説が妥当である(その詳細並びに文献については、三月、権利保護)。当事者適格の欠缺を理由に訴を却下した第一審判決はこの意味で正しい。これに反して、第一審判決は、Xの本訴請求が権利保護の要件を欠くが故に不適法却下しているが、これは結局本案について判示

したものと認めるのが正当である、と解する原審判決は妥当ではないと解する。第一審判決は本案判決の一種とは考えるべきではない。

(2) について。原審判決が第一審判決にならつて推定相続人は将来相続が開始した場合に被相続人の権利義務を包括的に承継すべき地位を有するのみで、現在被相続人の個々の財産に対し具体的権利を有しないから、当事者適格を欠くとしたのは正当である。しかし、貸主が誰であるかは使用貸借が貸主と借主との信頼関係を基礎とする以上借主にとり重要であること、XはAに対しては耕作権を対抗できるがAより土地を譲受けた者に対してはこれを対抗できない関係上所有権者がAであるかYであるかは重要であることから、Xは本件譲渡命令の無効確認を求める利益がある、としている点は問題がある。ただし、本件譲渡命令の無効が確認されてもAの当該土地に対する所有権が確定されたことにならないし、さらにはXの耕作権が確認されたことにはならないからである。Xには当事者適格がないとみるべきであろう。原審は本案審理をなすまでもなく、第一審判決を維持し控訴を棄却すべきであつた。それにもかかわらず原審判決は実体審理をし原告の請求に理由がないことを認め、さらに第一審判決が消極的本案判決であることを認めたと、第一審判決を維持している。

(3) について。問題はさらに二つにわかれると思う。その一つは、民訴法第三八八条の例外が認められるか否かという問題であり、他は仮りにこれを肯定するならば本件の如き場合原判決維持という形

式の判決でたりののが、あるいは原判決を取消して自判すべきなかと、という問題である。第一点について、例えば、田中和夫教授は前掲昭和十五年の判決の批評中以下の如く主張される。「第三八八条を設けた理由は、かかる場合に若し控訴裁判所が直ちに実体審理を為せば、実体審理については第一審を失はしめ審級を紊る結果となるからであつて、かかる虞のない場合、即ち本件と同じやうに極めて特殊な場合として、第一審裁判所が既に実体判決を為すに必要な実体審理を為してある場合に於ては、同条の適用のないものと考へる。換言すれば、第三八八条も次の第三八九条と同様に、『尚弁論ヲ為す必要アルトキ』に限つて適用あるものと解する(かかる制限文言のは、最早弁論を為す必要のないといふのは極めて特殊の)」。かくして判旨が広く上訴と云つてゐるのも正しい。ただ実際にかかる適用の生じるのは、上告審に於ても控訴審に於ても、極めて稀であらう」と(田中・一三卷二号八二―三頁。審級の利益を失はしめる点の理由の一つとして同一判決に反対するものとして、成能・判民昭和十五年二九三頁がある。このほか審級の利益を強調するものとして齊藤・民商法四九卷三号三六八頁がある)。かかる立場を肯定するにしても、本件の場合には「尚弁論ヲ為す必要アルトキ」にあたるがゆゑに必要な差戻をしなければならぬ。第一審に差戻すことなく自判した控訴審判決は、したがつて違法である(齊藤・前掲三六七頁は、本判決について、「判旨は民取扱いを是認する態度をとつていたことと比して新たに厳正な姿勢をとるものである。審級の利益の確保に努力を示すものとして注目し得るものである」としている。三八八条の適用例外を本案につき弁論をなす必要なき場合に限つて認めんとする趣旨であるならば、少なくともこの点について、本判決は従来なき場合につがえしたとは断言できない。蓋し、本件にあつて本件の請求に理由なきことが明白であつたといふ点については、この点の問題であるが、なお本案につき弁論の余地を残している。あり、それがために本件判決が原判決並びに第一審判決を破棄して事件を第三審に差戻したと考へられるからである。この点を指摘するものに渡部・前掲九三―四頁)。

第二点について、兼子教授は、前掲昭和一〇年の判決の批評中で判

例に反対の立場にたち、「原審判決は請求をば確認の利益の欠缺に基いて棄却したのであり、かかる理由に基く棄却は本文の文字は同一であらうとも請求の実体的当否に關しては何等既判力を有しない

もので、したがつて確認の利益の欠缺と請求の理由のないことの兩者に基いて請求を棄却するのは、既判力の範圍を不明瞭ならしめる点で許されず、かかる判決は後の理由に基く既判力を生じないと認めなければならぬ。故に判旨が確認の利益の欠缺に基き請求を棄却した原判決をば、自ら実体的理由なしと判断してそのままこれを維持し確定せしめた処置は、偶々前述の如く訴訟物を見誤つたため結果の相違は来たさなかつたとしても、一般論としては不当であつて、確認の利益を肯定するならば須く原審に差戻して更に実体的理由に基いて審理さすべきであつたとしてゐる(兼子判例民事訴訟法五八一九頁)。控訴審で実体的審理をなし請求を理由なしと判断し、訴却下の第一審判決を請求棄却の本案判決と解してこれを維持する場合、判断の理由よりみれば控訴審判決により訴訟物の消極的確定がなされたと解されるし、訴訟物につき審理をなしていない第一審判決を維持するという形式よりみれば訴訟物の消極的確定はなされていないとみられる。即ち確定した場合既判力の客観的範圍が不明確となるという難点が生じてくるのである(既判力の範圍が不明確になることを主張するものとして香藤、前掲三六八頁がある)。

三、かくして、原審判決は破棄されるべきものであつた。だがしかし、Xに当事者適格を認めたくて、本件判決が原判決のみならず第一審判決をも取消し、事件全部を第一審裁判所に差戻すことは正当ではなく、既述のごとくXは当事者適格を欠くがゆえに、原判

決を取消し第一審判決を維持すべきであつたと考へる。この点で本判決には賛成できない。

(石川 明)
昭和三十七年度分 完