

Title	〔最高裁判事例研究二〇〕 附帶上告提起の期間 売掛代金請求事件 (昭和三八年七月三〇日第三小法廷判決)
Sub Title	
Author	伊東, 乾(Itō, Susumu) 石川, 明(Ishikawa, Akira) 民事訴訟法研究会(Minji soshōhō kenkyūkai)
Publisher	慶應義塾大学法学会
Publication year	1965
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.38, No.3 (1965. 3) ,p.95- 100
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=AN00224504-19650315-0095

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.

〔最高裁判事例研究 二〇〕

昭三八(最高民集一七卷)
六号八一九頁)

附帯上告提起の期間

売掛代金請求事件(昭三八・七・三〇第三小法廷判決)

X(原告)のY等九名(被告)に対する売掛代金請求訴訟で、控訴審までに、X側の連帯債務の主張は排斥せられ、Y等につき各個の債務の存在が認定されたので、Y等から上告、Y等が弁済の抗弁についての原判決の判断の遺脱を攻撃しようとしたのに対し、Xは原判決がY等の連帯責任を認めなかつたのは違法であるとの論旨をもつて附帯上告を提起した。「本件附帯上告状が提出されたのは昭和三七年九月一五日であり、上告代理人 上に告受理通知書が送達されたのは同年六月一九日であること、したがつて、本件附帯上告状は右上告受理通知書が送達された日から五〇日をこえた後に提出されたことは、記録上、明らかである」とされている。Y等の上告の方は、原審で主張判断のない事実を前提とするものとして、簡単に一蹴されたが、Xの附帯上告について、最高裁、曰く、「附帯上告を提起しうる時期については、民法第三九六条により、同法第三七二条が準用されているので、附帯上告は、それが上告理由と同一の理由に基づくと否とを問わず、上告審の判決があるまで(上告審で口頭弁論が開かれたときは、その終結に至るまで)提起することが許されるものと解しうるように見えるが、上告理由書の提出の期間が上告受理通知書の送達を受けた日から五〇日とされている(民

訴規則第五〇条)こととの権衡上、附帯上告が上告理由と独立した別個の理由に基づくものであるときは、当該上告についての上告理由書の提出期限内に原裁判所に附帯上告状を提出し、かつ、それまでに附帯上告理由書を提出することを要するものと解するのが相当である」と。——上告棄却・附帯上告却下。

附帯上告の理由が上告人の上告理由と同一である場合と、これとは独立別箇のものである場合とを区別することは、恐らく、判旨が兼子理論に従つたのであろう(兼子体系^{四六六頁})。そして、附帯上告は、「被上告人が上告に附帯して、原判決を自己に有利に変更を求める申立」であるから、附帯上告を理由に従つて兩種に分ち、上告理由と同一か否かによつてその取扱を異にすることも、上告理由と同一理由に基づくかぎり附帯上告も「上告審の判決のあるまで(口頭弁論が開かれればその終結に至るまで)することができると考えることも、ともに全く正当である」。

だが、上告理由と独立別箇の理由に附帯上告が基づくものである場合、「上告理由書提出期間である上告状受理通知書の送達後五十日内(民訴規則)に原裁判所に附帯上告状を提出し、且それまでに理由書も提出する必要がある(この場合は、上告状及び上告理由書に準じて処理される。民訴規則五七)」と説く兼子説

は、果して上告状受理通知書の上告人への送達を基準とする趣旨か、被上告人への送達を基準とする趣旨か、必ずしも明かではない。判旨はこれを前者と解しているわけであるが、それでは被上告人への上告状受理通知書の送達が遅れた場合はどうなるであろうか。五〇日という期間は不変期間ではあるまい。送達の遅延によつて所定の期間を遵守しえない場合の救済は難しいように思われる。

あるいは、上告状が既に送達されていれば救済の必要なしと説くか、上告状と受理通知書とが共に遅れる場合(民訴規則四)は不変期間に準じることと説くか。この点を懸念すると、附带上告提起の期間は通知書の被上告人への送達を基準として考へべきことを説くのが相当のようにみえる。だが、本来、「上告に附帯して、原判決を自己に有利に変更を求める」にすぎない附带上告人には、上告状受理通知書のこれに対する送達のみが遅れた場合にも、独立の不服申立の場合と異なり、そもそも救済すべき独立の利益はないものと、解すべきであろう。

附带上告提起の期間は「上告人の」上告理由書提出期間の満了までであるとすると判旨に賛成する。

(伊東 乾)

昭三八一九(最高民集一七卷
六号八二三頁)

株主総会決議の不存在とその無効確認の訴の適否

株主総会決議不存在確認請求事件(昭三八・八・八第一小法廷判決)

被告Y会社(控訴人・上告人)につき、登記簿上二つの株主総会決議がなされた旨の記載があるが、右各決議はいずれも存在しないことが明らかであるから、Y会社の株主である原告X・X₁(被控訴人・被上告人)はその不存在確認の訴を提起した。これが本訴である。Y会社代表者は原告の主張は認めるが原告はY会社の株主ではないから本訴提起の利益がないと主張した。被告の抗弁が容れられず原告等がY会社の株主であるとされて、第一審原告勝訴。

Y会社は法定の控訴期間内に控訴を提起せず、補助参加人Y₁がその期間内に本件控訴を提起した。Xは本案前の答弁として本件控訴却下の判決を求め、その理由として、Y会社が控訴を提起することなく控訴期間を徒過したのは控訴権放棄の意志を表明したものである。補助参加人Y₁がYを補助するため本件訴訟に参加し、控訴期間内に本件控訴を提起したが、補助されるべきYが控訴期間を徒過し控訴ができなくなつて以上、Yに対する訴訟はもはや係属せず、Yを補助する訴訟行為はあり得なくなつたというべきで、同参加人が独立して控訴することは不適法である、と主張した。これに対し、控訴審裁判所は、Yが控訴期間を徒過した一事を以て被控訴人に対し控訴をなす権利を放棄する旨の意志表示をしたとはいいい難く、又控訴人Y₁からなされた本件控訴が当然第一審被告の意に反し、且つその訴訟行為に抵触するものといふこともできない(第一審被告は当審における各口頭弁論に出頭して弁論していることは記録上明らかである。然らば補助参加人Y₁の本件控訴は当然第一審被告会社の利益のために同被告自ら控訴申立をしたのと同じ効力をも招来するものというべく、この点に関する被控訴人の主張は採用しがたい、として控訴は適法であるとしうえで、控訴棄却。

補助参加人Y₁上告。上告理由は以下のごとし。原審判決は民訴法第三九四条に規定する判決に影響を及ぼすこと明らかな法令の違反がある。すなわち被上告人等の本訴請求は過去の事実関係の存否を確定す

ることを目的とするものであるから、原審裁判所は確認訴訟としては不適法として却下又は請求を棄却せらるべきであつた。もつとも原告人等は原審口頭弁論期日にその旨の主張をしなかつたが確認訴訟における即時確定の利益の存否は当該訴訟成立の要件であるから原告人等の主張の有無に拘らず原審裁判所は職権を以て調査し第一審判決を取消し訴を却下するか乃至第一審判決を取消しその請求を棄却すべきであつたと思う。その理由は本訴請求が第一審被告会社の当該株主総会決議の不存在確認であり、これは単に過去に存在しなかつた事実の確認を求めるところの権利又は法律関係の存否を確定する訴ではないのであるから確認訴訟としての権利保護の要件を欠き、第一審判決を取消し訴を却下し乃至はその請求を棄却すべきであつた。しかるに原判決が控訴を棄却したのは民法二二五条の規定を逸脱して為された違法があり、この違法は判決に影響を及ぼすこと明らかなる法令の違反である。けだし被告原告人等が主張することなく本件係争の決議が真に存在であり被告原告人等が真に株主であるならば既に過去に流れ去つた事実の確認を求めず真正面から不存在決議に基づく不法登記の抹消と所有権其他被告原告人等が保有することあるべき実体的権利に基き給付の訴を提起し一挙に紛争を解決すべきが訴訟経済の上にもはた又被原告人等の権利保護の上にも適切な手段ではなかつたか。然るに被告原告人等が本件請求のように過去に存在しなかつた株主総会決議の不存在確認を求めるが如きは確認訴訟における即時確定の利益がないこと明白である。大審院は此点に判示して曰く「凡そ確認訴訟は現在の権利関係を確定するに於いて起訴者が直ちに利益を有すべき場合に限り之を提起し得べきものにして他日に履行訴権を行使せんとするときの請求権保持のための前提として確認訴訟を提起するが如きは固より之を許されざることとは既に当院法理として認むるところの判例なり」と(最高事務局編裁判例要旨)「これに対して本判決は以下の理由から原告を棄

却している。被告原告人らの第一審における請求趣旨は、論旨にいうように株主総会決議の不存在という単なる過去の事実関係の存否の確認を求めるものではなく、商業登記簿に登録されて外見上会社その他関係人に拘束力を持つかのように見える株主総会決議かその効力を有しないことの確定を求めるものであるから、論旨はその前提を欠くものといわなければならぬ。而して、商法二二五二条は、「総会ノ決議ノ内容ガ法令又ハ定款ニ違反スルコトヲ理由トシテ決議ノ無効ヲ確認スル訴」について規定し、商法一〇九条の准用によりその無効確定判決に對世的効力を与えてゐるが、株主総会決議がその成立要件を欠き不存在を評価される場合においても、本件のようにその決議の内容が商業登記簿に登録されている場合に、その効力のないことの對世的確定を求める訴の必要性は決議の内容の違反の場合と何ら異らず、同条においてとくにこれを除外する趣旨がうかがわれぬから、本訴は商法二二五二条に照し適法であるといわなければならない。所論引用の判例は本件に適切でなく、論旨は採用できない、と。

判旨に賛成。

昭和一三年の商法改正前は、総会決議の瑕疵に基づく救済としては、旧商法一六三条一項が、いわゆる決議無効の訴として「総会招集ノ手續又ハ其決議ノ方法カ法令又ハ定款ニ反スルトキハ株主取締役又ハ監査役ハ訴ヲ以テノミ其決議ノ無効ヲ主張スルコトヲ得」と規定するにすぎなかつた。しかし同条二項、一六三条ノ二以下に出訴期間の制限があり、その実質は現商法二四七条の決議取消の訴に該当するものであつた。そこで、これとは別に決議不存在の場合及び決議が内容上の瑕疵に基いて無効の場合出訴期間の制限に服さない「決議不存在確認の訴」乃至「決議無効の訴」が判例學說上認めら

れていた(この点の詳細については、坂井・法曹時報一五卷一〇八頁及び一六六頁の註四参照。両者を併列的に認める見解と後者は前者を含むとみる見解とがあつた)。現行商法二五二条は、「決議ノ内容が法令又ハ定款ニ違

反スルコトヲ理由トシテ」決議無効確認の訴を認めている。そこで

決議不存在確認の訴をどう取扱うかということが当然に問題になる(この点の見解の対立については、坂井・前掲一〇九頁註五参照。なお不存在確認の訴についての判例については大隅^二今井・株主總會(総合判例研究叢書・商法5)一三二頁以下)。

第一説は、商法二五二条は、決議が成立し且つ内容上の瑕疵のある場合を規定しているから、決議不存在の場合には適用されず、民訴の一般原則によるべしとする見解。第二説は、決議不存在の場合も、商法二五二条の適用により決議無効確認の訴を提起しうるとする見解。第三説は、決議不存在の場合は、決議が存在しないことによつて来る現在の法律関係確定の訴として決議不存在確認の訴を提起することができ、しかもその判決に対世効があるとする見解。

第四は、確認の利益が現在の法律関係の確認についてのみしか存しないとするのは誤りで確認の利益の存する限り過去の法律関係の確認も許されるとする立場から、決議不存在確認の訴を總會決議無効確認の訴とは別個に認める、商法二五二条の類推を認める見解、とが対立している。

以下決議不存在確認の訴に関する私見を述べてみよう。

第一に、決議不存在確認の訴の訴訟物は決議の不存在という過去の事実であるとする見解には賛成できない(西原・民商五〇巻三三四三八頁参照)。ただし、決議の成立・不成立乃至存否は法的評価の対象であり、法的に評価された決議の存否が争いの対象となつては以上法律的紛争が存在するのであつて、決議の存否が事実問題として争わ

れているわけではない。この意味では、本判決が現在か過去かは別として決議不存在確認の訴が事実の存否確認を求める訴に非ずとしたのは正当である。

第二に、決議不存在確認の訴は決議の不存在に基因する現在の法律関係の確認を求める訴ではなく(現在の法律関係の確認を求める訴と解する第三)、決議の不成立・不存在という過去の法律関係の確認を求める訴である。本判決が、決議不存在確認の訴が商法二五二条に照らして許されるとした点につき、西原教授は、決議不存在確認の訴に類推されるのはひとり商法二五二条のみならず二四七条もそうであるとされ、その理由として、決議より発生せる個々の法律関係の確定をするより、複数の法律関係発展の基礎たる決議自体の存否、効力を画一的に確定することが、紛争の解決としては抜本的であり、この点では二五二条・二四七条の場合も決議不存在確認の訴の場合も全く事情は同一であるとされる(西原・前掲四〇四頁。なお)。この見解は正当であると思う。ただその場合決議の現在における存否・効力の有無を確定するより、決議が成立したとされる時又は決議が成立したときにおいて、決議の成立・不成立、有効・無効を画一的に確定することが紛争の解決としてはより抜本的である。現在の法律関係の確認を求める訴とする見解の前提には、確認の利益は現在の法律関係についてのみ存し、過去の法律関係については存在しないとする原則がある。しかしながら、過去の法律関係の確認について常に確認の利益を欠くと解すること自体問題である。過去の法律関係についても確認の利益のある場合を認めざるを得ない(この点については、石

確認訴訟（本誌三一巻一・二頁以下、石川「山木戸・人事」）
訴訟手続法・家事審判法の紹介（本誌三二巻一・八八頁参照）
存在確認の訴の既判力の標準時において確定したとしても、決議が当初より右の標準時までの間不成立であつたことを確定しない。決議が当初より不存であることを確定するためには、当初に決議が不存であつたことを確定しなければならぬ。そうすれば以後も反射的に当該決議は存在しないことが確定される。この意味で決議の不成立という過去の法律関係を確認する利益はある。本判決は、本訴が過去の事実関係の存否の確定を求めるものとはしていないが、本訴確定の対象たる法律関係が過去のものか現在のものか明確にしていない点は問題である（確認訴訟の対象は現在の法律関係の存否に限るとする立場から、本判決のこの点の不明確性を批判するものとして、西原、前掲四三九頁がある）。

第三に、決議不存確認の訴は商法第二五二条の総会決議無効確認の訴に当然に含まれることには疑問がある。たとえば、坂井氏はこの点につき以下の如く主張される。すなわち、「確認訴訟である限り、確認の対象たる訴訟物を限定することがあるのみであつて、訴訟物たる法律関係の存否を判断するに至るべき理由を限定するということは無意味である。そうであれば、商法二五二条の無効原因の列挙は、決議の当然無効原因の例示にすぎないと解するのほかにない。商法二五二条は何故このような例示をしたかという商法二四七条の取消原因たるか、しと区別する意味で、決議の内容が法令定款に違反するとき、それは取消原因ではなく、無効原因である旨を明らかにした趣旨であると解すべきではなからうか。決議不存の如き、決議の効力を認めえないことにつき疑問の余地のな

い場合は、あえて法文による例示をまたなかつたから、これを二五二条中に明示しなかつたものにすぎない。換言すれば、商法二五二条は、旧商法当時判例上『決議無効確認の訴』として認められていたものを、そのまま立法化したものであるが、決議不存の場合には、その効力を認めえないことは当然の事理であるから、これを明示せず決議の内容上のか、しについては取消原因との区別の必要上これを法文中に明示したもの、と解するのが妥当である」（前掲一）とされる。二五二条の訴を確認訴訟とみ、且つ訴訟物につき新説の立場をとると、かかる見解の成立つ余地もあると考えられる。しかし、二五二条の訴が決議不存確認の訴を当然に包含するか否かは、前者を確認訴訟と解し且つ既述のごとく後者が前者に準じて許されると解する以上あまり実益のない議論であるといえよう。ただ訴訟物につき新旧いずれの見解をとるにしても、二五二条の訴を解釈論として形成訴訟と解する場合、これを確認訴訟たる決議不存確認の訴とは全く区別する必要がある。また現行商法二五二条の訴が確認訴訟であるか形成訴訟であるかは問題であるが、仮りに確認訴訟であるとしても、法律政策上の必要があればこれを形成訴訟として構成することもできる。決議無効の訴を解釈上も立法政策上も形成訴訟として構成する余地を残している以上は、不存確認の訴が無効確認の訴に当然に包含されていると断定することには賛し難い。もつとも、この点について坂井氏は以下のごとく主張される。すなわち、「かしの程度が甚しく、画一化の要請を一步譲歩すべき場合には、決議訴訟による判決をまつまでもなくその無効主張を許さざ

るを得ないであろう。——中略——對世的効力をもつ特殊訴訟を設ける以上は、それは形成訴訟でなければならぬ、ということ、少しいすぎではなからうか。さらに推論すれば、判決の効果が形成的であるか確認的であるかは、その判決が決めるのではなく、決議に存するかしの程度に応じて実体的に既に定まっていることである。決議訴訟の判決は、決議に存するかしを認定し、それを理由として決議の効力のないことを宣言すればよいのである。その判決前において決議の効力を否定できるか否かは、かしの程度に応じ、前述の諸要請を参酌した上で、実体法の解釈問題として判断すればよいのであつてまず商法二五二条の訴が形成訴訟であるか否かをきめ、そして当該のかしが二五二条の訴に服するものであるか否かをきめる、という思惟過程によるべきものではない。このように見ると、特定の決議の効力否定のために商法二五二条の訴を提起し、その請求原因として、第一に決議の不存在を主張し、第二に決議の内容上のかしではあるが、実体法上は判決確定までは有効として取扱うべきかしを主張することも可能であり、この場合、これらの主張は、請求を理由あらしめる事実の主張に止まり、これを訴の併合であると考えたり、第一の主張から第二の主張に変更することゝ訴の変更と考へたりする必要がないのではないかと考へる。」とされる。しかし、決議の内容上の瑕疵のうち決議の当然無効を招来するがごときものが存すると解するならば格別であるが、決議の内容上の瑕疵が常に形成要件をなすと考へるならば、二五二条の訴は常に形成訴訟であつて、不存在確認を二五二条の訴で主張するこ

とはできない。形成請求と確認請求とは明らかに請求としては別個であると考へるべきであるから、この見解には賛し難い。

本判決は、本訴が商法二五二条に照らして適法であるといひ、おそらくその前提には本訴と二五二条の訴とを別個の訴とする考へ方があるものと思はれる。

本判決は既述のごとく第二点でその論旨に明確性を欠いたとはいへ、本訴を認容したことは、以上の理由から正当であると考へる。

(石川 明)