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 五二〕控訴審において提出する反訴状の貼用印紙額
Sub Title	
Author	石川, 明(Ishikawa, Akira) 栂, 善夫(Toga, Yoshio) 清水, 暁(Kurasawa, Yasuichiro) 倉沢, 康一郎(Minji soshoho kenkyukai) 民事訴訟法研究会
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1968
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.41, No.3 (1968. 3) ,p.115- 131
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=AN00224504-19680315-0115

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.

その本質的一要素として、労基法上の直接的義務内容を構成し、それが個別的使用者の負担とされたのは、たんに、従属労働によつて利益をえた者がその犠牲の回復についても責任をおうべきであるとの衡平の観念の表明にすぎないと解されるからである。（中略）年次有給休暇は労働契約にもとづいて発生する権利でもなく、また、これによつて具体化される権利でもない」（水野・前掲論文）という見解は説得力もあり、注目に値いするが、通常の年休についてこのように考えられるとしても資本制社会の枠内で、争議行為との関連でも同様に推論することにはなお躊躇を覚える。

ただ当該事業場単位では業務の正常な運営が阻害されていないことは認定されているから年休の取消しはできないようでもあるが、しかし同じ国鉄の組織の内部での紛争に年休を利用した以上、当該労働者と国鉄との労働契約関係はそのかぎりでは停止しているとみざるをえない。もつとも国鉄のようなマンモス企業において、事業場が分れているときに、他企業における争議行為に年休を利用できて（通説）、他の事業場の争議行為に利用できないのではおかしい、という考え方や、国労や動労はむしろ連合体に近いものであるから、別の組合組織の争議に参加するものとして年休を認めるべきであるという意見も成り立ちうる余地もあるかもしれないが、このことは本件においては特に論議されていないので、焦点がずれるかもしれない。しかし当該労働者と国鉄との労働契約関係という観点から、前述したように年休発生の要件が欠けていると解して、争議目的には年休を利用しえないという立場に賛成したい。

（川口　実）

〔最高裁民訴事例研究　五二〕

昭四一16（最高民集一二巻四号七八三頁）

控訴審において提出する反訴状の貼用印紙額

国家賠償請求事件（昭四一・四・二二第二小法廷判決）

本件は、X（原告・控訴人・上告人）のY（被告・被控訴人・被上告人）に対する民訴法及び民訴用印紙法の無理解という重大な過失があることを理由とする国家賠償請求事件である。

最初に訴外AとXとの間に建物収去土地明渡請求事件があり、控訴審においてXは、訴外Aに対して損害賠償請求の反訴を提起した。その際、反訴状に貼用した印紙の額について、XはAの同意がなければ第一審に移送されるものと考え、四〇〇〇円の印紙を貼用した

が、控訴審での印紙貼用額は第一審の一・五倍であるとの受付係書記官の言葉で、二〇〇〇円を追貼し計六〇〇〇円とした。

ところがこの反訴については、Aが同意しなかつたので、東京高裁は反訴を却下した（XはAの同意がないため却下されるに際し、第一審に移送するよう申立てたが、この申立は却下された。尤も、これらの点については争いがあつて記録によるとXが自ら反訴を取り下げたらしい）。

Xは以下の理由により国に対し損害賠償を請求した。即ち、控訴審における反訴の提起を認めたことは訴訟経済のためであるから、この反訴提起について相手方の同意が得られない場合は、これを独立の訴として取り扱い、これを第一審裁判所に移送すべきであつて、このような場合、反訴状には、印紙法二条により第一審の訴状に貼用すべき印紙の額と同額の印紙を貼用すれば足りる筈である。また、裁判所が相手方の同意がないために控訴審における反訴を却下するのであれば、わざわざ第一審の訴状に貼用すべき印紙の一・五倍の印紙を貼用させたうえでこれを却下する必要はない筈である。しかるに、東京高裁の受付係職員がXに対し、本件反訴状に第一審で貼用すべき印紙額の一・五倍の印紙の貼用を命じ、二〇〇〇円加貼させたのは違法である。従つて、反訴却下の際、右書記官のなした違法処分を是正し、違法に徴収した金二〇〇〇円の印紙額をXに返還すべきである。しかしそれをしなかつた。それ故、Y（国）はXの蒙つた損害を賠償すべき義務があると。これに対して、一・二審とも請求棄却。その理由とするところは次の点である。(1)受付係書記官は受訴裁判所の補佐としての事実上の調査にとどまり、印紙の加貼を命ずることはない。(2)控訴審における反訴の提起は第一審で審判の対象となつていなかつた新請求の提起である。しかし、この新請求（反訴）は、控訴審の判断の内容となるのであるから、控訴状と同じく印紙法五条により反訴状には、その訴額に対する印紙額の一・五倍を貼用すべきである。(3)手数料納付義務は、当事者が裁判所に対して一定の行為を求めることによつて当然に生ずるものであつて、裁判所によつて申請通りの行為がなされるか否か、またなされたか否かに関係しない。従つて、控訴審に於て反訴を提起するときは、反訴状には(2)に述べた印紙額を貼用すべきである。(4)控訴審に於ける反訴の提起には相手方の同意ある場合であることが要求されており、これを欠くときは不適法として判決で却下さるべきものである。

Xは、第一に原審の判断（前記(1)ないし(4)）を争い、右判断は民訴法・民訴用印紙法の解釈適用を誤つた違法なものであることを主張し、第二に憲法二九条違反であるとして上告したが、最高裁は上告理由第二点については単なる法令違反を主張するにすぎないものとして、また、第一点については以下の理由により棄却した。

「控訴審における反訴の提起は、本訴の目的たる請求または防禦方法との牽連が要求されるに止まる新訴請求について、本訴に対する控訴審としての判断の中でこれが判断を受け、これによつてその判断に控訴審の審判としての効力を得んとするものである。従つて、その反訴状には、民事訴訟用印紙法四条にあたる場合のほかは、控訴状に関する同法五条の規定により、第一審で提起する場合の印紙額の一・五倍の印紙を貼用すべきものと解するのが相当である。そして、司法手数料の性質上、右基準による印紙の納付義務は、反訴提起行為自体について当然確定的に生ずるものと解すべきであるから、その反訴提起当時にはこれに対する相手方の同意の有無がきまつていないからといつて、反訴状に貼用すべき右印紙額を減額して

よいというものではない。」

判旨に反対

本判決は、控訴審において提出する反訴状には、民訴用印紙法四条にあたるときのほかは、同法五条の控訴状に関する規定により、第一審において提出する場合に貼用すべき印紙額の一・五倍の印紙を貼用すべきであるとするもので、学説（菊井＝村松・民訴Ⅱ・五八六頁）・実務（川谷「民事訴訟用印紙の研究」裁判所書記官研修所・昭和三七年度・書記官実務研究・一一六頁）のとるところであるが、判例として登載されるものとしては初めてのものである（なお本件判旨に賛成するものとして、増田・民商・五五巻六号・九八五頁以下。清田・法協・八四巻四号・五五一頁以下がある）。

本件における論点は、第一には、いうまでもなく控訴審で提起する場合の反訴状に貼用すべき印紙額についてであるけれども、その前提として判決では触れていないところであるが、重要な問題として、第一審における反訴提起の際の貼用印紙額の算定方法はいかにすべきかという問題がある。すなわち、各別算定説によるのか合算説によるのかという問題である。第二には、控訴審での反訴に相手方の同意がない場合には、独立の訴として第一審に移送すべきか否かという問題であり、第三には、手数料の納付義務についての問題である。

論点第一について。本判決は、第一審において提出する反訴状の貼用印紙の算定方法には触れずに、控訴審における反訴の提起は、その判断に控訴審の審判としての効力を得んとするものであるから、第一審において提出すべき反訴状に貼用すべき印紙額の一・五倍を貼用すべきであると説く。これが通説であるといえようが、これには有力な反対説がある（兼子・条解Ⅲ・二二八頁、中田「控訴審の構造」民訴講座三巻八七〇頁）。反対説によると、旧請求に合算される新請求の訴額に応じて、第一審で貼用すべき印紙額の一・五倍と、既に控訴状に貼用した印紙額との差額の印紙を追貼すべきであるとする。

ところで、第一審で提起する場合の反訴状に貼用すべき印紙の額の算定方法には、既述の如く、各別算定説と合算説の二説がある。各別算定説は、反訴の訴額だけを基礎として印紙法二条により算出するものである。合算説は、本訴の訴額と反訴の訴額とを合算し、その総額について印紙法二条により算出した額と、本訴訴状に貼用された印紙額との差額を反訴状に貼用すべきであるとする。例えば、本訴額六万円、反訴額五万円の場合を考えてみると、印紙法二条により、一万円から一〇万円までは、一万円までにつき一〇〇円の印紙を、一〇万円以上五〇万円までは、一万円までごとに七〇円の印紙を貼用することになつているのであるから、各別算定説によれば、反訴状には五〇〇円の印紙を、合算説によれば、本訴と反訴との訴額を合算すると一一万円であるから印紙額は一〇七〇円で、本訴の訴額が六〇〇円であるから、それとの差額四七〇円を貼用すればよいわけである。それでは、いずれの説が正当であろうか。

確かに、各別算定説は反訴額のみを基礎としているのであつて、明確であり簡単である。実務のとる所以であろう。しかし、印紙法二条が訴額が増えるにしたがつて、一万円までごとの印紙額を、一〇〇円から七〇円、七〇円から五〇円と減らしていくようにしてい

ること、及び、印紙法四条の如く、本訴と反訴とその目的が同一の訴訟物であるときは反訴の訴状に印紙を貼用しなくてもよいという規定などから考えると、各別算定説に疑問なしとしない。

ドイツの裁判費用法（GKG）一三条は、本訴と反訴とが同一の目的物に関しない限り訴価は合算される旨の規定がある（独逸民訴I・現代外国法典叢書三頁(10)・四）。我が国では、このような明文の規定はない。しかし、管轄のための訴額では、「訴ヲ以テ主張スル利益」を見るから本訴反訴の合算は不当だが、手数料の場合は、国家の司法行為に対するものであるから同じ手続に起された以上、原告からでも被告からでも、証拠調の共通という点において違いはない（法律実務講座・民訴編・第一巻・二〇一頁・注三六）。すなわち、反訴は本訴と請求の基礎が同一であり、同じことを調べているのであって、同一訴訟手続を利用することにより手間が省ける点に手数料軽減の理由が存することを考えれば、合算説が各別算定説に勝るであろう。この第一審における反訴状につき合算説を相当なりとした理由からみれば、控訴審における反訴状に貼用すべき印紙額の算定方法としても、兼子・中田説が相当であるといえよう。すなわち、最高裁の判旨は、第一審で貼用すべき額の一・五倍というが、第一審について各別算定説をとつたものであるか合算説をとつたものであるか明らかではなく（おそらく各別算定説と思われるが）、たとえ第一審での反訴状に貼用すべき印紙額の算定方法について合算説をとつたものとしても、それだけでは充分ではない。既述の合算説をとる理由よりみれば単に、第一審で貼用すべき印紙額について合算説によつたとしても、その一・五倍とするだけではなく、既に控訴状に貼用した印紙額との差額の印紙を追貼するという点にまで進んでこそ相当である。

論点第二について。Xは、第一審においても、第二審においても、最高裁においても、一貫して、控訴審における反訴について相手方の同意がない場合は、第一審に移送すべきである旨主張している。この点について、原審は、控訴審における反訴の提起には相手方の同意ある場合であることが要求されているから、これを欠くときは、不適法として判決で却下されるべきものである旨述べている。確かに、相手方の同意は控訴審における反訴提起の要件であり（民訴法三八二条一項）、相手方の同意がない反訴は不適法として却下されるというのは通説のようであるが、分離または移送して別訴として有効に取扱うべきであるとする有力説がある（菊井＝村松・前掲一六二、一六三頁）。私は以下の理由により、独立の訴としての要件を備えているなら移送して有効に取扱うべきであると解する。民訴法三八二条一項が、相手方の同意を要するのは、それが審級の利益を失わせしめることになるからであると解されている。この審級の利益喪失ということから、一審を失う不利益を与えるものとは解されないときは、相手方の同意を要しないとする判例（最判・昭三八・二・二一民集一七巻一号一九八頁）があるし、また学説も、審級の利益を実質的に奪つたことにならない場合には、その反訴の提起についてなにも相手方の同意を要求するまでもないとしている（新堂「控訴審における反訴の提起と相手方の同意の有無」民訴法判例百選・一九四頁）。このことは、単に相手方の同意の有無だけで却下してしまわずに、なるべく反訴を有効に取扱うことを意味する。したがつて、反訴をなるべく有効に取扱うとい

う趣旨から、右のような場合にあたらない場合にも、独立の訴としての要件を備えている限り、反訴を不適法として却下するよりは第一審裁判所に移送して、別訴として有効に取扱うことが、訴訟経済にも合致する。もつとも、本件では、記録によると、この反訴はXが自ら取下げているらしいので、問題にはならない。

論点第三について。本判決は、司法手数料の性質上、判決要旨にいう基準による印紙の納付義務は、反訴提起行為自体について当然確定的に生ずるものと解すべきであるから、その反訴提起当時にはこれに対する相手方の同意の有無がきまつていないからといつて、反訴状に賠用すべき印紙額を減額してよいというものではない旨判示している。司法手数料の性質は、国家の施設、すなわち、裁判所を利用し、その活動を特別に要求することに対する一種の対価とも（厳密な意味では対価ではないが）、報酬ともいうべきものである（神谷「訴訟費用」岩波法律辞典・三巻・一七三九頁、鈴木忠一「訴訟費用の裁判」民訴講座三巻・九二四頁、なお特に田中永司・本件判例解説・最高裁判例解説・民事編・昭四一年度・二二六頁が詳しい）。なるほど司法手数料がこのような性質のものであるならば、本件の場合、単に相手方の同意の有無で反訴却下となることについて、納付した手数料に見合うべき裁判所の行為がないと解して手数料を減額すべきではないか、ともいえよう（尤も、私は相手方の同意がない場合、また同意がない場合で審級の利益を奪うことがないとして認められない場合には、独立の訴としての要件を備えている限り、移送して独立の訴として有効に取扱うべきものとみるから、相手方の同意がないとの理由で却下するときは、手数料を減額せよとの問題は起らないであろう）。しかしながら、納付した手数料に見合う裁判所の行為の有無で手数料の額が左右されるというのは正しくない。手数料の納付義務は、当事者が裁判所に対して一定の行為を求めることに因り且つ此と同時に常に生ずるのであり、裁判所によつて申請通りの行為が為されるか否か、又為されたか否かに関係しない（鈴木忠一・前掲・九二四頁・なお民事訴訟用印紙法一条参照）。そして、この手数料の納付義務は、請求の種類・額によつて、規定による一定の手数料の額について生じるのである。したがつて、手数料の額もまた裁判所によつて申請通りの行為が為されるか否か、又為されたか否かに関係しない。すなわち、訴が請求棄却となろうと、訴訟要件を欠くとの理由で却下となろうと、その他取下や和解により訴が終了したとしても、手数料の納付義務もその額もそれらによつてなんら影響を受けないと解すべきであり、本件において最高裁が、相手方の同意がないことのみで却下された場合、反訴状に貼用すべき印紙額を減額してよいものではないとした点は正しい。

（石川明・梶善夫）

昭四一17（最高民集二〇巻四号八〇三頁）

弁護士の提出した代理委任状が偽造であるかどうかについて調査しなかつたことに裁判官の過失がないとされた事例

損害賠償請求事件（昭四一・四・二二第二小法廷判決）

X（原告・被控訴人・被上告人）は訴外A・B両会社に対し合計二八六万三〇〇円の確定判決に基づく債権を有していた。そこでXは

A・B両会社が第三債務者C・D・Eに対して有していた本件各債権を差押えた所、それと前後してA・B会社に対する他の債権者F等も自ら有する各債権に基づいて右被差押債権に就き競合して差押をなした為、第三債務者C・D・Eは金銭を供託するに至り、その各供託金に就き配当手続が開始された。所がそれより前、Xは甲弁護士を訴訟代理人として右執行手続を進めていた所、A・B会社の代表取締役であるSが同会社の本件訴訟代理人乙にX名義の委任状を偽造交付したので、乙は他の債権者F等の代理人丙等と共に協議をなし、右配当事件に於ける供託金全額を債権者の一人であるFに配当されても異議なき旨の示談が各債権者・債務者間に成立した旨を記した協議書を作成し、之を配当裁判所に提出した。そこで配当裁判所の担当裁判官は配当期日を指定したが、その指定の告知はXに関しては乙弁護士にのみなされた為、甲弁護士は全くその事実を知り得なかつた。

乙は債務者（A・B）と債権者（X）の双方代理人として期日に出頭し、裁判官に対し配当協議書通りの配当表作成を求め、同裁判官は右協議書に基づき法定の優先順位に関係なく各供託金全額をFに配当する旨の配当表を作成し、その実施を命じた。その結果、Fは供託金全額を受領したのに反し、Xは全く配分を受けなかつたので、もし正当な配当手続が行われたならば認容されたであろう配当額九三万三三一七円の損害を受けるに至つた。そこでXは右損害は畢竟、担当裁判官が訴訟代理権の存否・適否を職権で調査しなかつたことによつて生じたものであるとの理由で国に対し損害賠償を求めたのが本件訴訟である。

第一・二審は「配当手続に於いて債権者と債務者は間接的意味に於いては利害の対立する地位にあるものと考えられるから債権者と債務者の双方の代理人を同一人が兼ねるのは異常の現象と云うを妨げない。よつて担当裁判官が被控訴人又はその代理人を直接審問する等、適当な措置をとつていたならば、真実乙に授権のなかつた事がたやすく発見出来た事は推測に難くないから右委任状の存在を看過したのは結局、担当裁判官がその職務を行うに当つて尽すべき注意義務を怠つた事によるものと認めざるを得ない」としてXの請求を認容した。

Y（被告・控訴人・上告人）は「債権者・債務者間には実質的に利害の対立はないか、又は両者の利害・意見が共通な為、当該授権が行われたものと信頼して授権に就き格別の調査をすることなく配当手続を進めたとしてもそれは無理からぬ事で、担当裁判官に右調査をなすべき法律上の義務ありとは云えない。従つて担当裁判官が職務上、尽すべき注意義務を怠つたとした原判決には法令解釈上の違法である」と上告した。

最高裁は「①配当手続に於ては主たる利害の対立はむしろ競合する債権者相互間に於いて存するから双方の本人が双方代理を知悉しながら真実、これに同意しているならば民法一〇八条の規定と同様の法理によつて無効であるとは云えない（尚、本件配当手続では確定された債務の履行に準ずるものとして同条但書にあたる様な解釈の生ずる余地がないではない）。②弁護士法二五条一号、二号違反としてその効力を否定することも出来ない。③訴訟代理権の有無が職権調査事項である事は云う迄もないが、当該弁護士が自己の訴訟代理権を主張して之に添う委任状を提出している場合にはその真偽を疑わせる特段の事情のない限り真正の代理権が存在するものとして取り扱えば足りる」、等を根拠として「債権者・債務者の双方を同一の弁護士が代理する事は稀な事であるとしても、本件委任状が偽造で

あるかどうかを担当裁判官に於いて疑つてみるべき注意義務があると云える程の特段の事情があるとは認め難く、更に本件は特段の事情の有無に就き尚、審理を要するものと認められる」と破棄差戻。

(一) 本件に於いて、国家賠償法一条に基づき国が損害賠償を負担するか否かは「裁判官の職務活動自体が同条に云う公権力の行使の定型性を備えているか」との一般的側面からの考察に加えて「当該裁判官の配当手続に於ける裁判権行使に関し注意義務違反が認定され得るか」の面からの両面から判断されねばならない。

(二) 国家賠償法一条に云う所謂「公権力の行使」の内容に就いては、「国家統治権に基づく優越的な意思の発動たる作用を指し、立法・行政・司法の三作用を包含する」とする狭義説と、「国家行為中、私経済作用を除く全ての公行政作用を包含する」とする広義説との対立はあるが、いずれにしても多数の学説は裁判官の職務活動自体が同条の構成要件該当性を備えるものと解している（今村成和「国家補償法」一〇〇頁）。

少数説は主に「裁判官の職務行為は高度に裁判官の自主的判断に委ねらるべき事項であるから国家賠償責任を認めると間接的にせよ裁判官の独立性をおびやかす」として反対するが、司法権の独立が確保されている我国では、右の如きは単なる杞憂に過ぎないとも云えようし、裁判官の独立とその違法な職務行為に就いての賠償責任とは本来、別個の観点から論議さるべきもの故、右の理由のみで以て直ちに国家賠償免責を是認するのは不適切である。従つて、裁判官の職務活動自体、同条の定型性を充足するとする多数説の立場に賛成する。

(三) 訴訟代理権の有効なる存在は訴訟要件であり且つ、その存否は職権調査事項であるとするのが多数説である（兼子一「民事訴訟法体系」一二五頁）。従つて本件に於いては、裁判権行使に就いての国家賠償の対象たり得る注意義務違反は職権調査事項たる訴訟代理権の欠缺に対する職権行使の必要性をどの程度まで是認するかにより決定されるものと云えよう。此の点に就き、一、二審は論議の焦点を弁護士の双方代理の異常性に置き、当該手続に於ける代理権欠缺の認知の容易さを強調する事によつて双方代理の異常性即代理権存否の調査義務違反を認定している。之に対し最高裁は原審の斯かる論理構成に疑問を投じ、双方代理の異常性から直ちに訴訟要件の職権調査義務に対する裁判官の過失を帰結するのは非であるとし、右論理が成立する為には他に具体的特段の事情が存在する事を要求しているのである（尤も最高裁は双方代理による当該訴訟手続の無効そのものの論理に就いても否定的である）。

一般に訴訟要件と云われるものの中にも種々の性格のものがある為にそれらの全部が一律に職権調査の対象となるものではなく、裁判所・当事者の主導性に就き種々の態様のものがある事が指摘されている（三ケ月章「民事訴訟法」一六七頁）が裁判官の実務上の負担軽減による司法制度の円滑化の為には一律に全ての訴訟要件に裁判官の職権調査義務を要求する事も無理であると云えよう。然らば仮令一般的に職権調査の必要性が是認される場合であつても尚、例えば訴訟代理権の欠缺と云つた問題は弁護士の資質ならびにその自治能力により事前に防

止され、事後的に是正される事に期待し（五十部豊久「本事例評釈」法学協会雑誌八四巻四号五六三頁）、以て裁判官の負担軽減が企図されるべき事も認容出来るのである。従つて原審のなした裁判官の注意義務違反認定の論拠が抽象的な双方代理の異常性のみに在るとすれば、その論理構成の不備をつく最高裁の論旨には十分な説得力があるのである。然し右の点は、あく迄も一般的論理であり、裁判官の過失が具体的に認定出来る事由が認められれば別論であるから、その点、最高裁の云う「特段の事情」の実体が追及されねばならない。

㈣　最高裁は原審の認定した双方代理による訴訟代理権欠缺を理由とする当該配当手続の無効そのものに就いても否定的である。その論拠は専ら、「金銭債権に就いての強制執行の配当手続に於いては、主たる利害の対立はむしろ競合する債権者相互間に於いて存する事」と「双方の本人が双方代理を知悉し真実之に同意しているならば民法一〇八条と同様の法理により無効とするを得ない事」にあり、又、補充的に本件の場合は民法一〇八条但書に該当するとの解釈の余地を認めている。

民法一〇八条の規定の趣旨は「斯かる場合は理論的に代理が成立しないと云うのではなく本人の利益を考慮した代理権の制限に過ぎず、従つて同条但書で新たに利益の交換を生ずるのでない行為は除外したのである」とされている（我妻栄「新訂民法総則」三四二頁）。右の本人保護の思想は単に実体法上の関係に限らず訴訟手続上に於いても貫徹さるべきものである事は言を俟たない（弁護士法二五条はその趣旨を弁護士に対する拘束の面より規定する）。

所で最高裁は本件に於いて双方代理による無効を否定する論拠の第一に当該配当手続に於ける債権者・債務者間の利益の対立の非本来性を掲げるが、その点の論旨は大いに疑問である。確かに配当手続の段階に於いては利害の対立は主に債権者の配分決定に就いてのものであるから原審の云う如き債権者・債務者間の対立は二次的に過ぎない事も否定出来ない。然し右の最高裁の理論は配当手続の一般的側面であつて、個々具体的な場合に右の関係と並んで債権者・債務者間の利害の対立が重要なものとなる事までも否定する事は出来ない筈である。もしそれを認めなければ、例えば一定の債権者と債務者が共謀して特定の債権者の利益を害する事が可能となつてしまうであろう。最高裁の論旨よりすれば、裁判官の注意義務違反を認容させる特段の事情の存在とは、双方代理、弁護士法二五条違反以外の事由を指しているものとしか考えられないが、仮にその立場が、特段の事由があれば債権者・債務者間に就いての双方代理の効力も無効たり得る事を肯定しているものと解したにしても、抽象論として債権者・債務者間の利益の対立の二次性を強調する事の実益がどれ程あるか疑わしい。結局、双方代理の代理人の行為の効力は最高裁の云う如き一般的な利益対立の論理で云々さるべきものではなく、具体的側面での利害対立によつてのみ判断さるべきものである（本来、民法一〇八条で意味される利害の対立とは具体的側面に於けるそれであり、もし概念上、抽象的利害対立と具体的利害対立を区別し得るとしても両者は不即不離の関係にあるのだから最高裁の云う様に抽象的一般的な利益判断がまずなされ、それが否定されても尚、具体的特段の事

由があれば一〇八条の予想する利害の対立があると云うものではない。尤も最高裁が前述の具体例の場合でも双方代理の成立を否定するのであれば別論である)。

そこで此の問題を具体的事実に即して見ると、「債権者中、供託金配分を主張した者はF一人であつた事」、「委任状を偽造したSは全債務者A・B会社双方の代表取締役であつた事」、「Xは債権者中、第二位の債権額を有しており、他の債権者はXに比し可成り少額であつた事」等からXは当該供託金配分をめぐりFの外、債務者とも利害は対立していたと考えられ、そこに債務者とFの作為を看取出来るのである。斯くの如き具体的事実を通して初めてXと債務者の実質的利害対立が認められ双方代理を否とする論理が構成されるのであつて、最高裁の云う債権者・債務者間の利益対立の二次性の理論は否定さるべき事は勿論なるも原審の抽象的論拠だけからでは論理上の不明確さは免れ得ない。

次に最高裁は「双方代理であつても双方の本人がその事を知悉し真実これに同意しているならば無効と云えない」と云うが、本件ではXも、その代理人甲も全く右事実に就き不知なのであるから単なる一般論として肯定出来るに過ぎない。更に補充的に「本件配当手続では債務履行に準ずるものとして一〇八条但書に該当するとなす余地さえない訳ではない」と云うが此の点も疑問である。即ち前述の様に具体的側面に於いては債権者・債務者間には利害の対立が成立し得るし、特に本件の如くXを配当より排除せんとする債務者ないしFの作為が推測される以上、同但書の予想する「既に成立した債務の機械的決済」の如き場合と同視する事は出来ない。結局、双方代理に関する最高裁の論旨は支持し得ない。

(五) 弁護士法二五条一、二号違反による訴訟行為の効力に就いては当初、絶対的無効が主張されたが(大判昭七・六・一八民集一一巻一一八一頁。大判昭九・一二・二二民集一三巻二二三一頁。大判昭一三・一二・一六民集一七巻二四五七頁。大判昭一四・八・一二民集一八巻九〇三頁。)、次第に追認により有効となるとする判例(大判昭一三・一二・一九民集一七巻二四八二頁。大判昭一五・二・二四民集一九巻二四〇二頁。)や相手方が異議を述べなかつた時は訴訟法上、完全に効力を生ずるとする判例(最高昭三〇・一二・一六民集九巻二〇一三頁。最高昭三八・一〇・三〇民集一七巻九号一二六六頁。)が出てくるに至り、漸時、有効説の方へと傾斜して来つつある様である。

本件に於て最高裁は右昭和三八年の判例の立場を論拠として当該配当手続は弁護士法二五条一、二号違反として無効を主張し得ないとするのであるが、右判例は本件と情況を異にし、その論拠たり得ないのである。事例を簡単に説明すると、Xの貸金支払請求事件に於いて弁護士AはX・Y双方を代理して訴訟手続を進行せしめたのであるが、Yは一、二審を通じて全く異議を述べぬまま控訴審で敗訴したが、そこで初めて当該訴訟行為の無効を主張したのである。最高裁は多数意見で以て「弁護士法二五条一号違反の訴訟行為であつても相手方がこれを知り又は知り得たにもかかわらず異議を述ぶることなく訴訟を進行させ、第二審の口頭弁論が終結したときは、相手方は後日に至りその無効を主張することは許されない」とした。此の判例の結論には「双方代理の事実を相手方が知り又は知り得たにも拘らず」等の制限が付されている点に注意しなければならない。本件の当該配当手続中に於いては、双方代理の事実、期日の

告知等、手続の進行をX側は全く知らず又、知り得なかつた如き情況にあつたのである。

然らば一般に弁護士法二五条一、二号違反の訴訟行為の効力をどの様に考えるべきであろうか。同条の立法趣旨として㈠当事者の信頼利益の保護、㈡弁護士の品位の保持、㈢司法公正の保持、が考えられようが、そのいずれに重点を置くかによつてその結論を異にするであろう（同判例で多くの少数意見と反対意見が出た事はその事を示している）。恐らく多数説は責問権の放棄に類する考えによつてYの上告を棄却したのであろうが、その点に就いてさえも「弁護士法二五条の名宛人が当事者ではなく弁護士である以上、何故、当事者が異議を述べなければ保護されないのか」との批判（佐々木吉男「民事訴訟法判例百選」五〇頁）や、「同条一号違反の違法性は三号の場合と異なり当事者の許容によつて補正されるべきものではないのでないか」との疑問が残るのである。

弁護士法二五条の立法趣旨として前述した三要素は悉く包含されている事は疑えないがその主眼は「司法の公正の保持」にあるのではないだろうか。原則として司法の公正の保持が計られずして保護に値する当事者の信頼利益を認める余地は無く、又、弁護士の品位の保持は司法の公正の保持の為の手段ないしは反射的効果に過ぎない。即ち、訴訟に於ける紛争の解決は可能な限り正義に貫かれたものでなければならず、唯、手続の安定と訴訟経済の一事で以て一方当事者の犠牲の下に他方当事者が不当に利益を受ける事は（仮令その者が善意であるにしても）許さるべきではない。斯く考うる限り同条違反の訴訟行為は無効と云う外ない。唯、その場合でも例えば三八年判例の如く、不利を受くべき当事者が同条違反を知り又は容易に知り得たにも拘らず異議を述べず、逆にそれを判決の結果が不利な場合にのみ利用すると云つた如き場合には当然、後日に至つてその無効を主張することは許さるべきではない（そこに至れば、むしろ当事者の信頼利益の保護の要素が当面の課題となる）。その論拠としては第一に前述の責問権の放棄からする立場が考えられるが疑問が多く、結局、信義則ないし禁反言の法理により右主張を排斥する外ないものと考えられる。

以上の点から本件を見ると、Xは全く双方代理による同条違反の事実を知り得なかつたものと考えられるから（尤も詳細な事実認定を行えば不知につき過失が認められるかも知れない。）、同条一、二号違反として当該配当手続は無効と解する外ない。

㈥ 結局、前記配当手続に於いて債権者F、債務者A・Bの代表取締役Sの一方又は双方にXの利益侵害の作為及びXの善意が看取出来ようから乙の双方代理ないし弁護士法二五条違反に基づき当該配当手続は無効と云えよう。従つて裁判官自ら代理権欠缺を覚知し、その存否、適否を調査すべき事は必要にして容易なるものと考えられるから右適切なる措置を取らなかつた担当裁判官には注意義務違反があつたと云う外ない。そして右違反によりXは供託金の配当を受けられなくなつたのであるからXの請求は認容さるべきものだつたのである。然し既に見た様に原審の判断は双方代理の異常性＝調査義務違反との抽象的論議に終始し、裁判官の注意義務違反を結論

づける為の具体的事実の認定の不足、並びにその理論構成の不明確のそしりは免れないので、再度、右の点を審理するのが適当と考えられる。

以上により判旨の結論に賛成であるが、その理由づけに反対である。

（清水　暁）

昭四一18（最高民集二〇巻四号九〇〇頁）

会社更生手続の開始と会社に対する譲渡担保権

動産引渡請求事件（昭四一・四・二八第一小法廷判決）

X相互銀行（原告・控訴人・上告人）は、訴外中小企業金融公庫より、同公庫の訴外更生会社に対する元利金合計金七一四万四、三四八円の債権を、不動産に対する抵当権（順位第一番）と、工場備附の機械器具等に対する譲渡担保権とともに譲り受け、裁判所に対し前記抵当権および譲渡担保権を目的とする更生担保権届出書を提出した。更生管財人Y_1（被告・被控訴人・被上告人）は、更生計画案で、Xの右更生担保権全額を、本件更生計画認可決定のあつた日の翌年の応当日を初回として六年均等分割弁済することとし、その全額の弁済があるまで本件抵当権は存続することとし、裁判所で認可決定された。本件譲渡担保物件については、Y_2会社の根抵当権が設定されていたが、本件更生計画で、Y_2のため右根抵当権は存続するものとされ、本件譲渡担保権の存続は認められなかつた。

Xは、本件譲渡担保物件である動産につき、その所有権にもとづく引渡請求の訴を提起した。第一審判決（京都地裁舞鶴支部判昭三七・五・一一下級民集一三巻五号一〇〇一頁）は、完全に所有権を取得し第三者に対する対抗要件を具えた譲渡担保権者は原則として、更生手続によらず、その目的物件を更生会社から取戻す権利を有すると解しながらも、本件の場合は「特別事情」として、Xの譲受債権は本来抵当権と譲渡担保権とにより共同的に担保されているものであるが、本件更生計画の確定によりその内容の変更をうけるにいたり、更生担保権たる本件抵当権で担保されると同一債権を担保する本件譲渡担保権の行使は抑制されるとして、Xを敗訴せしめた。

Xは、更生担保権の認可確定によつて、本件譲渡担保権者としての地位は何ら変更をうけるいわれはないとして控訴、第二審判決（大阪高判昭三八・一二・五高裁民集一六巻九号七八四頁）は、譲渡担保権は本来は取戻権であるが、譲渡担保権者が積極的に届出をしたときは更生担保権として処理すべく、その場合には譲渡担保権者の組を設けて特別の利益保護がされるべきであり、その点本件更生計画は瑕疵があるけれども、認可決定が確定したかぎりそれは有効であり、従つて、譲渡担保権者は、更生手続に参加するかぎり、その譲渡担保権が更生計画によつて存続する権利と認められないときは、会社更生法二四一条によつて失権するとして、控訴を棄却した。

そこで、Xは、会社更生法六二条は破産法八七条と同様に、譲渡担保権者として一旦所有権を取得した者の取戻権を認めるものであり、また更生法一二三条の規定ならびに立法の沿革的事情からしても、譲渡担保権で担保される債権は更生担保権に属しないことがあきらかであるとして、上告した。これに対し最高裁は「本件更生手続開始当時、本件物件の所有権は、更生会社とX間の譲渡担保契約にもとづき、Xに移転していたが、右所有権の移転は確定的なもの

ではなく、両会社間に債権債務関係が存続していたものである。かかる場合、譲渡担保権者は、更生担保権者に準じてその権利の届出をなし、更生手続によつてのみ権利行使をなすべきものであり、目的物に対する所有権を主張して、その引渡を求めることはできないものというべく、すなわち取戻権を有しないと解するのが相当である」として、上告を棄却した。

会社更生法上の譲渡担保権者の地位については、立法当初から問題があつた。同法が、更生会社に対する譲渡担保権者の地位につき何らの明文規定を置かないのは、立法の時点で、この問題につき適切な規定を設けることが不可能だつたことによるものとされており（三ヶ月・銀行判例百選一九六頁）、その後、この問題の実際上の重要性がますます増しているにもかかわらず、今回の改正においても、「調査審議の時間的余裕が十分に与えられなかつたので、今後引き続いて行なわれる民法又は強制執行法の改正の際に併せて検討を加えるという留保付で」立法的解決は見送られた（宮脇・判例タイムズ二〇八号二五六頁）。このような立法状況のもとにおいて、本件判決の占める指導的地位はきわめて大きいものといわなければならないであろう。

ところで、立法過程における内部的事情がどのようなものであれ、現行法上の会社更生手続において、譲渡担保権者の取戻権の有無は、その目的物が会社更生法六二条にいう「会社に属しない財産」に該当するか否かによつて決着されるべきであるから、したがつて、問題は譲渡担保における所有権の帰趨として一般化されざるをえない。

譲渡担保が設定された場合に、所有権の帰趨如何の問題は、譲渡担保権設定契約が有効であるとする以上、設定契約の実体的効果の問題であり、したがつて当事者の意思の解釈から演繹さるべきことがらに属する。譲渡担保の経済的目的はもとより担保であるが、その目的が、単に当事者の動機に過ぎず、効果意思の内容は所有権移転にあるとすれば、所有権移転の効果が生ずるのは当然である。しかし、学説上、いわゆる狭義の譲渡担保という行為類型にあつては、当事者の効果意思の内容が、抵当的・清算的・留保的であると解されている。そこでそのような当事者の効果意思がいかなる法律効果と結びつけられるべきかが問題となる。

判例は、譲渡担保契約の当事者間の関係と第三者に対する関係とにおいて、同一物に対する所有権が異なつて帰属することがあることを認める立場（いわゆる関係的所有権）に立つ。すなわち、明治四四年から五年にかけての東京控訴院民事第一部における六件の判決（明四四・月日不詳新聞七一八号二五頁、同九・二六新聞七五四号二一頁、明四五・三・一四新聞七八五号二一頁、等）において関係的所有権の存在が認められ、それが、明治四五年七月八日の大審院第二民事部の判決（民録一八輯六九一頁）により採用されて以来、当事者の意思に従い、対内的には設定者のもとに所有権は留保されるが、対外的には所有権が移転する効果も可能であるとする（ただし、大正一三年一二月二四日の連合部判決――民集三巻五五五頁――は、そのような権利の分属は異例のことであり、「当事者ガ法律行為ヲ為スニ当リ異例ノ事態ハ通常其ノ生ゼシメザル所ナルガ故ニ……其ノ何レナルヤ当事者ノ意思明カナラザル場合ニ於テハ、其ノ意思ハ内外共ニ財産権ヲ移転スルニ

在リト推定スルヲ相当トス」として、挙証責任を転換した）。この見解に立つかぎり、更生会社（設定者）と譲渡担保権者との関係においては、所有権は更生会社のもとに留保されており、担保権者の取戻権は否定されるべきすじあいである。

これに対し、学説は、関係的所有権はわが民法上認められず（松本・商法解釈の諸問題五五四頁、柚木・担保物権法三九五頁、我妻・担保物権法二二八頁）、判例のいう対内的所有権留保とは、所有権移転における信託的拘束の「たとえ」にすぎないものとする（柚木前掲）。この見解に立てば、原則として譲渡担保権者に取戻権を認めざるをえない、破産の場合に破産法八八条の反対解釈として、債権者に取戻権を認める見解がこれまで有力であつたし、破産法八八条と同趣旨の規定である会社更生法六三条もこの立場の有力な論拠とされる。

しかしながら、譲渡担保権設定契約における当事者の効果意思が抵当的・清算的・留保的な内容である以上、その効果として所有権の移転が生じる余地も必要もないのではないか。意思表示における表現手段としての用語は通常の用法に従つて客観的意味をもつべきであるとするいわゆる表示主義の要請は、その表示内容を用語の客観的意味に従つて信じた第三者との間の争の問題の解決における合理性としてのみ意義を有するものであつて、当事者双方が或る用語により共通の理解に達している場合に、契約内容を当事者の共通の理解以外のところに定める合理性はあるまい。譲渡担保は、慣習法的にその行為類型が確定しているとされるものなのである。ただ、のこる問題は取引の安全であるが、それは、誤解性ある表現をした者が、それを信じるにつき正当な理由のある第三者に対し、一種の表見責任として、客観的な用語の意味に従つた責任を負わされるということで足りる（倉沢・法研三八巻九号八七頁）。判例のいう関係的所有権とは、対外的には表示どおりの効果あるものとして扱われるということであろうし、さらに、破産法八八条・会社更生法六三条等の規定も他の債権者に対する関係における右のような責任を定めるものと解すべきである。

なお、本件では、本件設定契約が「強い譲渡担保」であるか「弱い譲渡担保」であるかが争点となつていた。すなわち、原審判決では、「強き譲渡担保が特約せられ、弁済期日の経過により、債権者がその目的物の所有権を完全に取得し、更生会社の債務も消滅しているときは、会社更生法上問題となる余地はない」とするのに対し、上告審では、譲渡担保一般につき、「債権債務関係の存続」という条件で取戻権を否定している。もし、譲渡担保という行為類型において、設定契約の時点で所有権移転の効果が生じうる余地があるとすれば、それは取戻権の対象とならざるをえないが、慣習法的に認められている譲渡担保の類型において、所有権が移転していないものであるとすれば、債権債務関係の存続するかぎり、更生手続の開始の時に所有権を取得していない以上、後に取戻権を取得しえないと解すべきであり（そうでないと、五六条一項、五七条一項とのバランスが崩れよう）、上告審判決を妥当とすべきである。

次に、譲渡担保権附債権を更生担保権として、あるいはそれに準じて扱いうるかどうかは、かなり問題がある。更生担保権を定める

会社更生法一二三条の規定からして、それが更生担保権そのものたりえないことは明らかであるとせざるをえないが、立法のいきさつからすれば、更生担保権に準じた扱をなすことを積極的に否定することが立法趣旨に叶うものともいえない。結局、この問題は譲渡担保の法的性質如何ということであり、物権法定主義の立前からして、それが単なる債権的拘束の効果のみしか認められないものとすれば更生担保権として扱われる途はとざされることになろう。

最近、譲渡担保を担保物権として構成する見解が有力に主張されるようになつて来ている。そして、その根拠は、あるいは慣習法にもとめられ（柚木＝福地・注釈民法(9)三三一頁）、あるいは昭和三四年改正の国税徴収法二四条の規定にもとめられる（三ケ月・民事訴訟法研究第二巻二四三頁、柚木・法曹時報一二巻五号一頁）。事柄の実質からして、更生担保権に準じた扱がなされることが妥当であり、さらに更生担保権としての効力（譲渡担保権附のものを特別の組にして優先的取扱をなすべきか否か）も問題であつて、立法的解決が望まれるが、その場合、譲渡担保権の担保物権法上の位置づけが先行しなければならない。

（倉沢康一郎）

昭四一19（最高民集二〇巻六号一一七三頁）

信義則上訴訟行為の無効を主張しえないとされた事例

家屋明渡請求事件（昭四一・七・一四第一小法廷判決）

家屋の所有者であり賃貸人であるX（原告・被控訴人・被上告人）は、賃借人（Y）と転借人（Y_4・Y_5・Y_6・Y_7・Y_8・Y_9）とを相手に、Yに対しては賃貸借契約終了に基づく家屋の明渡と賃料相当額の遅延損害金の支払を、Y_4以下六名に対しては所有権に基づいてその占有する各部屋の明渡を求めて、訴を提起した。

右訴につきXが第一審裁判所に訴状を提出したのは昭和三七年三月一三日であり、第一審裁判長の第一回口頭弁論期日の指定は同年同月一四日であつた。そして、本件訴状と同年四月四日の第一回口頭弁論期日呼出状がYに送達されたのは同年三月二三日であつた。しかし、Yは、同年三月一六日に死亡していたので、第一審裁判所は右第一回口頭弁論期日をYとの関係で開かず、口頭弁論期日をおつて指定する旨の措置をとつた。その後、同年九月一三日、Yの相続人Y_1・Y_2・Y_3（控訴人・上告人）は、弁護士Aを訴訟代理人に選任してYの訴訟を承継する旨申立たので、第一審裁判所は受継を許可し、同年一〇月三日口頭弁論を開いた。第一審裁判所は、その後一〇回の口頭弁論を開き、昭和三八年一二月三日第一審X勝訴。そこでY_1以下九名の共同訴訟人が控訴の申立をしたが、昭和三九年九月九日控訴棄却の判決。Y_1以下九名は更に上告。上告理由中本件に関係のあるのは、訴状送達の時Yは死亡しており訴訟当事者ではないから、Y_1・Y_2・Y_3は受継の申立をなし得ず、従つて本件訴訟は訴状送達という訴訟要件を欠くから却下されるべきである、というものである。

ところで、右一・二審においては、Yの訴訟をY_1・Y_2・Y_3において受継したことについて、Y_1・Y_2・Y_3からは勿論、Xからもなんらの異議がでず、ただXの請求の当否のみが争われてきた。

最高裁は以下の理由により上告を棄却した、「以上の訴訟の経過にもとづいて、本件を検討するに上告人Y_1・Y_2・Y_3の三名は、前記の

とおり、みずから被告たるYの訴訟を承継する手続をとりこれを承継したものとして、本件訴訟の当初からなんらの異議を述べずにすべての訴訟手続を遂行し、その結果として、被上告人の本訴請求の適否について、第一・二審の判断を受けたものである。このように、第一・二審を通じてみずから進んで訴訟行為をした前記上告人三名が、いまさら本件訴訟の当事者（被告）が死者であるYであったとしてみずからの訴訟行為の無効を主張することは、信義則のうえから許されないものと解するのが相当である。（昭和二六年（オ）第五一八号、同三四年三月二六日最高裁判所第一小法廷判決、民集一三巻四号四九三頁参照）。」

判旨の結論には賛成、理論構成には疑問がある。

一、二審を通じて自ら進んで訴訟行為をしたY_1・Y_2・Y_3の三名が、最高裁にまで争ってきていながら、いまさら本件訴訟の当事者が死者であるYであったとして自らの訴訟行為の無効を主張することは、許されないものであることについては異論がない（伊東・本件判批・民商五六巻二号二八八頁以下、青山・本件判批・法協八四巻六号八二二頁以下、石川・本件判批・判例評論九八号一〇二頁以下）。問題はその理論構成である。信義則の適用によりY_1以下三名の上告をしりぞけることはできる（信義則上許されないとするものとして、青山・前掲）。しかし、信義則を適用するまでもなく上告を排斥しうるのではなかろうか。信義則が訴訟法の領域においても認められることについて異論はないが（民事訴訟における信義則については、中野・訴訟関係と訴訟行為三八頁以下、山木戸・末川古稀記念・中・二六五頁以下、福永・有利・別冊ジュリスト続学説展望一三〇頁、なお本件における信義則適用の可否について、石川・前掲・一〇四頁参照）、信義則などという一般条項はなるべく使わずに解決するのが望ましい（上告をしりぞけるため考えられるいくつかの理論構成については、奈良・本件解説・最高裁判例解説・民事篇・昭四一年度・三三二頁、石川・前掲・一〇三頁参照）。それでは、本件において上告を排斥するには如何なる理論によるのが正当であろうか。

本件における問題点は、第一に、当事者は誰であるのか（当事者確定の時期及び方法の問題）、第二に、本件において相続人Y_1・Y_2・Y_3の受継の申立は許されるのであろうか（訴訟係属の時期の問題）、という問題である。

第一について。当事者の確定については、意思説・行動説・表示説がある（当事者の確定については、中務「当事者の確定」民訴講座一巻七三頁以下・同・民訴演習三四頁以下参照）。なお以上の説の他に適格説がある。始めから当事者を適格者に合わせて確定しようというものである。ただ、ここでは、適格説を一応除外し、意思説・行動説・表示説について検討してみることにする（なお適格説については、伊東・前掲・二九一―二九三頁、石川・前掲・一〇三頁参照）。

意思説は、原告の内心的な意思を標準とし、行動説は、現実に当事者としての行動をしている者を当事者とする。通説たる表示説は、訴状に当事者として表示せられた者が当事者であるとする（意思説・行動説の批判については、中務・前掲書参照）。この三説のうちでは表示説が、客観的・画一的であるという点において、意思説・行動説に勝る。

ところで、当事者の確定の時期については訴提起時説と訴状送達時説とがある。行動説においては、訴提起以後口頭弁論終結までを通じて確定しうることになるであろうが、表示説においては、いずれの説によるべきか問題となるところである。多数説は訴提起時説である。すなわち、訴提起時説は、当事者は訴訟の出発点において確定せらるべきであるという理由から、訴提起行為にその基準を求めるものであり、正当である。

右各説のうち、もし、当事者の確定について、(イ)意思説をとつたとするならば、原告の意思いかんによるが、本件においてY1以下三名は初めから訴訟当事者であつたと解しうるし、(ロ)行動説をとるならば、やはりY1以下三名が訴訟当事者となり、上告を排斥しうる。また、(ハ)表示説をとつて、任意的当事者変更を認めることによりY1以下三名を訴訟当事者であると解することもできる。しかしながら、当事者の確定及び時期については、表示説・訴提起時説によるのが正当であることは既述の通りであるから、右(イ)(ロ)についてはその理由より(ハ)については後述する)、採用しがたい。尤も、判例のなかには、最近表示説を採るものが多くなつてきたとはいえ、従来は意思説ないし行動説をとつてきた。したがつて、本件においても、行動説をとつてY1以下三名を訴訟当事者であるとして、上告を排斥しえたはずである(その適否については既に述べた)。あえてそうしなかつたのは、最高裁は、当事者の確定につき表示説を前提にしたものであると解すべきであろうか。

第二点について。本件受継の適否は訴訟係属の時期如何で異なる。訴訟手続の中断及び受継は、訴訟係属の発生を前提とするからである。訴訟係属の時期に関して、訴状提出時説（訴提起時説）・期日指定説・訴状送達時説（以上の学説の文献については、奈良・前掲・三三二頁）・折衷説（細野・要義二巻二一頁以下、なおこの説の批判については、石川・前掲・一〇二頁）の四説がある。本件の場合、訴状提出時説・期日指定時説によると、Yが当事者でY1以下三名の受継が適法ということになる。しかし、訴が提起された段階では、まだ原告と裁判所との間にのみ審判の権利義務が生じているにすぎないものであり、訴状もしくはこれに準じあるいは代わる書面の送達その他によつて相手方が訴の提起を了知しうる状態におかれたときから、相手方と裁判所との間にも審判の権利義務が成立することになる（伊東・民訴法・一四四頁、四三）、と解すべきであるから、訴訟係属の時期は訴状送達時説が正当である（詳しくは、石川・前掲・一〇二頁・一〇三頁参照）。それでは、Y1以下三名の受継は許されないのであろうか。当事者の確定及びその時期について通説をとり、訴訟係属の時期について多数説をとるならば（表示説をとり、確定の時期につき訴提起時説をとり、訴訟係属の発生につき訴状送達時説をとる）、本件においては、Yが被告として確定したことになるが訴訟係属は生じないわけで、本来、訴状却下をすることができたはずである。しかし、このような場合においても、本件のように受継を申立てきた場合、受継を認めるのが多数説である（中務・前掲民訴演習・四一頁・青山・前掲・八二五頁・石川・前掲・一〇三頁）。すなわち、本件の如く被告Yが訴提起時には生存していたが、訴状がYに送達される以前にYが死亡してしまつた場合、本来訴訟係属の効果が発生する前ではあるが、訴訟係属後の当事者死亡の場合の民訴法二〇八条の規定を類推して受継を認めようとするのである。この民訴法二〇八条を類推する考えは、確かに訴状送達時説をとる限り訴訟係属はないけれども、訴状送達により訴訟係属に転化する潜在的訴訟係属はある（石川・前掲・一〇三頁）といえるし、訴訟経済の点からも正当であると解する。

かくて本件は、Y1以下三名の受継を適法なものとして上告を排斥しえた。任意的当事者変更（前記(ハ)）は問題とするまでもない（任意的当事者変更については、中務・前掲民訴演習四二頁以下、なお他の文献については石川・前掲・一〇二頁）。ただ、受継を適法なもの

としえない場合にも、この任意的当事者変更により解決しえたということはできる。

以上全ての理論が排斥されるならば、信義則を適用して解決することとなる。果して、最高裁が、これら全ての理論を排斥して信義則によるしかないとしたのであるか否かはわからないが、信義則をもちだすまでもなく解決しうる事例であつたと思われる（判旨引用の先例・昭和三四年三月二六日第一小法廷判決・民集一三巻四号四九三頁も、信義則で解決すべき事例ではないと解することにつき、伊東・前掲・本件判批・一一九頁）。したがつて、Y_1以下三名の受継を認めこの理由よりして解決しえたと解する。

（石川　明・栂　善夫）

〔最高裁刑訴事例研究　一八〕