

Title	〔最高裁判事例研究六六〕土地所有権に基づいて建物共有者に対し、建物収去および土地明渡を求める訴は必要的共同訴訟か 建物収去土地明渡請求事件(昭和四三年三月一五日第二小法廷判決)
Sub Title	
Author	豊泉, 貫太郎(Toyoizumi, Kantarō) 宗田, 親彦( Sōda, Chikahiko) 民事訴訟法研究会( Minji soshōhō kenkyūkai)
Publisher	慶應義塾大学法学会
Publication year	1969
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.42, No.7 (1969. 7) ,p.110- 117
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19690715-0110">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19690715-0110</a>

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 六六〕

昭四三14(最高民集三二巻  
三六〇七頁)

土地所有権に基づいて建物共有者に対し、建物収去および土地明渡を求める訴は必要的共同訴訟か

建物収去土地明渡請求事件(昭四三・三・一五第二小法廷判決)

X(原告・被控訴人・被上告人)は戦後X所有地に建物を建て所有していたY(被告)以下一八名に対して、土地所有権に基いて建物収去土地明渡の訴を、又単に該土地上の建物に居住しているにすぎない一五名に対しては同じく土地所有権に基いて建物退去土地明渡の訴を提起した。第一審でXは勝訴したがその判決言渡後になつてYが第一審の口頭弁論終結前に死亡していることが発見された。同被告の訴訟代理人は弁論終結後、判決言渡前に辞任していたのでXからYの子であるY<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>、Y<sub>3</sub>(いずれも控訴人、上告人)の三名を相手に受継の申立がなされた。Y<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>、Y<sub>3</sub>は控訴の申立をし、同人らがYの一切の権利義務を承継した事実を認めたので原審は三名に対してあらためて建物収去土地明渡を命ずる判決をした。そこでY<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>、Y<sub>3</sub>は他の控訴人とともに上告した。

〔上告理由〕 第五点、Yの死亡後Y<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>、Y<sub>3</sub>が訴の対象となつている物件を共同相続したのであるが、その後Yの二女Y<sub>4</sub>がこの訴訟の存在

を知り、自分も右物件の共同相続人である旨を原裁判所に昭和四〇年一月一〇日届出た。

本件は必要的共同訴訟にあたるものと思われるので原裁判所は直ちに弁論を再開し、調査の上、同人を訴訟に関与せしめる措置をとるべきであり、そうでなければ訴訟要件の欠缺として少くともこの部分について訴の却下をすべきであつたにもかかわらず、その挙に出なかつたのであるから、原審の訴訟手続違背は重大であり、破棄をまぬがれない。(他の上告理由は省略)

最高裁は全員一致で上告を棄却。

〔判決理由〕 かりにY<sub>4</sub>がYの相続人の一人であるとすれば、Y<sub>4</sub>は当然にYの地位を承継し、右請求について当事者の地位を取得するのは当然である、しかし、土地の所有者がその所有権に基いて地上の建物の所有者である共同相続人を相手方とし、建物収去土地明渡を請求する訴訟は、いわゆる固有の必要的共同訴訟ではないと解すべきである。ただし、右の場合、共同相続人らの義務はいわゆる不可分債務であるから、その請求において理由があるときは、同人らは土地所有者に対する関係では、各自係争物件の全部についてその侵害行為の全部を除去すべき義務を負うのであつて、土地所有者は共同相続人ら各自に対し、順次その義務の履行を請求することができ、

必ずしも全員に対して同時に訴を提起し、同時に判決を得ることを要しないからである。もし論旨のいうごとくこれを固有の必要的共同訴訟であると解するならば、共同相続人の全部を共同の被告としなければ被告たる当事者適格を有しないことになるのであるが、そうだとすると、原告は、建物取去土地明渡の義務あることについて争う意思を全く有しない共同相続人も被告にしなければならぬわけであり、また被告たる共同相続人のうちで訴訟進行中に原告の主張を認めるにいたつた者がある場合でも、当該被告がこれを承諾し、または原告がこれに対する訴を取り下げる等の手段に出ることができず、いたずらに無用の手続を重ねなければならないことになるのである。のみならず、相続登記のない家屋を数人の共同相続人が所有して敷地を不法に占拠しているような場合には、その所有者が果して何びとであるかを明らかにしえないことが稀ではない。そのような場合は、その一部の者を手続に加えなかつたために、既になされた訴訟手続ないし判決が無効に帰するおそれもあるのである。以上のように、これを必要的共同訴訟と解するならば、手続上の不経済と不安定を招来するおそれなしとしないのであつて、これらの障害を避けるためにも、これを必要的共同訴訟と解しないのが相当である。他面、これを通常の共同訴訟であると解したとしても、一般に、土地所有者は、共同相続人各自に対して債務名義を取得するか、あるいはその同意をえたとすでなければ、その強制執行をすることが許されないものであるから、かく解することが直ちに、被告の権利保護に欠けるものとはいえないのである。

判旨は理由において疑問であるが、結論においては正当である。土地の所有者が、その所有権に基き地上建物の共有者に対する建

物取去土地明渡請求の訴が必要的共同訴訟となるかにつき、従来下級審ではこれを積極に解するもの（東高判昭三三・一〇・二三下民集一一・一七下民集二一）と消極に解するもの（広高判昭三九・一・一九高裁民集一一・二五下民集一〇）とが対立しており（小山総合判例研究叢書、また学説においても積極説（五十部）必要的共同訴訟と二つの紛争類型「民」と消極説（兼子体八四、三ヶ月民訴）とが対立しているのが現状である。（尚必要的共同訴訟の概念的変遷について現在の通説に疑問ではあるが中村（英）「必要的共同訴訟」とおける合意確定」ことにその沿革的考察」早大法学四〇（一）一三三以下が詳しく）と）ところで本件においては、Y<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>はYの共同相続人であり、Yの相続財産に対する関係では共有者となる（民法第九〇二条）元来同条に言う「共有」とは固有の意義に於ける「共有」（即ち狭義の「共有」）か又は「合有」たる意味かにつき、判例は一般に「共有」と解している（大判大九・一二・二三民集二六卷二〇六二、最判昭三〇・五・二一民）が、学説の多くは合有と解している様である。（この点については有地学「共同学教室七巻P四八以下）合有とすれば本件に於いて被告適格を有するのは全員か（即ち固有の必要的共同訴訟）となるのであろうか（要的共同訴訟（講座）巻一）又共有と解したら単独で訴えられ得る（即ち通常共同訴訟）のか問題とされる様である。（本件判例原稿の松浦教授はまずこの点か掲P一三五、又本件の評釈をなされた福永教授は後掲P八〇五以下において「共有は総有や合有と異なりきわめて個人的性格の強い共同所有関係であり（傍点筆者として自説の正当性をはかろうとなされているが通常の共有ならいざしらず、相続財産につき共有だと断定なされて論を展開されているのは不当である。もしこれが「合有」が許されたら結論が全く逆になるのか、その様な説明なら、共有」と）

ところで最高裁の類似した事件についての態度はどうであらうか。  
（一）被相続人の売却に基く所有権移転義務を共同相続した場合の相続人に対する登記請求（最判昭三三・六・一〇・六）（民集一五・二八六五）

(二) 共同相続人が農地売却に於いて知事の許可を申請することに協力すべき義務を承継した場合(裁判昭三八・一〇・一民集一七九一―一〇財産は合有であるとの立場から判旨反対の評釈をなされておられる法研三八―四一九四)については消極に解しており、

(三) 共同相続人に対して売買を原因とする所有権移転登記の請求訴訟について(裁判昭三四・三・二)(六民集三二四九三)

(四) 所有権移転登記の共有名義人を被告として登記の抹消登記手続を求める訴について(裁判昭三八・三・二民集七二一三〇。この判例は一九)については石川教授の評釈(判旨反対)がある法研三七―一九)は積極に解している。

しかし以上の判例と今回の判決とは同様に解して良いであろうか(福永後掲は同様のものとし)疑問である。何故なら前掲の判例はいずれも共有たる目的物、その物が訴訟の目的となつていたのである。即ち共有者の所有していた家の明渡を、又は移転した後の登記を争つたのであるが、本件で正に争われたのは原告所有の土地の明渡である。原告が自己の土地を不法に占拠する者に対し、その土地の完全支配を求める訴である本件訴訟に於いて、建物は不法に占拠する一つの事実を基礎づける事実には過ぎないと解すべきであろう。その不法占拠たる建物の所有が数人に帰属するとしても、それが合有であるのか、共有であるのかは不法占拠者の単なる内部関係にすぎず、外部者たる土地所有者との関係では何等問題ではなく、正当なる土地所有者より見れば数人が正に事実として、共同で不法に占拠しているにすぎないのである。(同前注釈民法(6)物權(1) (好美清光P五七参照) この訴においては共

有物が訴訟物ではなく、原告の土地所有権の不法な者に対する妨害排除が訴訟物だからである。

この様に考えれば共同不法行為者に対するのと同様に不真正連帯債務的な(民法第七一九条参照) 関係に立つと考えれば充分であり、連帯債務者に対し固有の共同訴訟とならないと同様に(通説で前はこのような場合も固有の共同訴訟になると考えらる。本件に於いても通常共同訴訟とすれば足りるのである。)(松浦後掲においても同様の認識がなされておられることにつき中村(英)前掲P二三八以下参照) いる。しかし教授は他の一面として民法二五一条を根拠として両者の性格を有した一つの義務たる觀念を認め結局全員が訴の当事者にならなければならないとされておられる。しかし前者即ち不法とは土地との関係の問題であり又民法二五一条は建物それ自体の問題である。両者を統一する一つの義務を認めんとすることはこの訴における訴訟物を一個と見る場合にどう説明されるのか、建物取去が訴訟物であることとされるのか、本件は正に土地の明渡を訴訟物と見るべきであり、建物取去とはその為の方法を明示したにすぎない、別言すれば執行方法の明確を求める為のものではないだろうか、非常に示唆多い評釈であるが目的物と非目的物との混和により一つの特異な義務を創造された点は疑問であると思う。)

尚執行の点について述べれば共有であれ、合有であれ、その全員に対し債務名義を有するか、さもなければ他の共(合) 有者の同意を得なければならぬであろう。本件判旨はこの点についての説述が簡略である為明らかではないが、おそらく債権者は単独人に対する債務名義を得れば執行を為し得るが、他の債務者以外の共有者は第三者異議の訴(民法五四九条)を起し得るという事を述べているものと思われる。この様に考えると現実執行が困難であり、その為に必要な共同訴訟とすべきだとする批判もあるう。しかし必要的共同訴訟だとしてもその内の一人が「相続人でない」として棄却された後、その者が第三者異議の訴を起し得るのである。(これを否定する為か信義則でももつてこなければならぬが前者については、通説から(には争点効の理論認し得ないし、後者も一般概念である為その適用については疑問である) 本来このような事象が起る原因はもつと根深いものであろう。それは我民法が土

地と建物とに別個に所有権を（即ち、正当に保護される権利を）認めたとよる止むを得ない事なのではないだろうか。この様に考えると本件判例はその理由においては賛成しかねるが、結論においては正当である。

尚本判決については千種秀夫調査官の解説（法曹時報二〇巻）の外、

村松俊夫教授（判例タイムズ二、二四号五四頁）、松浦馨教授（判例評論一、五号三六頁）、福永有利助教授（民商法雜誌五九）の各評釈がある。

（豊泉貫太郎）

#### 昭四三15（最高民集二巻）

株式会社が同時破産廃止の決定を受けた場合と清算人

約束手形金本訴並びに売買代金反訴各請求事件（昭四三・三・一五 第二小法廷判決）

本訴はX（原告、反诉被告、被控訴人、被上告人）のY（被告、反訴原告、控訴人、上告人）及びZ（被告、控訴人）に対する手形金請求である。Xの所持する手形は振出人Y、受取人伊東産業株式会社（二〇万円の約束手形（第一裏書人伊東産業株取締役社長Z））である。Xは以下のごとく主張した。「Yは振出人として手形金の支払をなすべき義務があり、Zは（伊東産業は実在せずこれはZの営業上の別名に他ならないから）裏書人として手形の支払をなすべき義務がある」と。これに対してY及びZの主張は、「この手形は、YがXにZをXの代理人又は表見代理として金融をえしめるために振出した融通手形であつてY、ZはXに対しては手形金の支払をな

す義務を負わない。Zはさらに伊東産業は実在する会社であるからZ個人は裏書人としての責任を負わない」とする。

なおこの他にYのXへの売買代金請求及び損害賠償（金）請求についての反訴が存在するが詳細は省略する。

第一審判決は以下のごとくである。

手形はYがZに金融をえしめるために振出したものである。ZがXの代理人又は表見代理であると認められない理由として、（一）受取人はZと表示してあること、（二）ZはYに迷惑をかけない旨の宣誓をしていること、（三）不渡となつた本件手形につき二〇万円をZからYへ渡している、をあげる。次にZは該手形をXから商品を買受けるに關しその代金の支払方法のため、さらにその後の取引の前渡金ないし保証金としてXに裏書譲渡したものと認めXの主張を認容した。

Zについては伊東産業は裏書当時実在しなかつたものと認め、Zは手形法八条の類推適用により裏書人としての責任を負うとする。

控訴審

Yは本案前の主張として、X会社代表者Sの代表権及びその委任をうけた弁護士代理権の存在を争つた。即ちX会社は昭和四〇年四月二三日第一審勝訴判決をうけ、本訴控訴の提起をうけたのち、昭和四〇年五月二七日に大阪地裁において破産の宣告と同時に破産廃止の決定をうけ、昭和四〇年七月に右決定が確定したのであるが、破産宣告当時X会社の代表取締役であつたSがそのまま代表清算人（法定清算人）となつたものとして昭和四〇年一月一日X会社代表清算人の資格で弁護士二名に対し本件控訴事件の訴訟委任をなしている。Yは破産による解散の場合は同時廃止となつたときも解散前の取締役がそのまま清算人となるのではなく、裁判所に清算人選任の申立をなし、その選任をうくべきだから、SはX会社の

代表権はなく、従つてSから訴訟委任をうけた被控訴代理人も正当な訴訟代理権を有しない。

控訴審はSはX会社の代表清算人として適法の資格があり、その者から委任された訴訟代理人も有効な訴訟代理権があるとしてY会社の本案前の主張を退ける。本案については、XのYへの手形金請求は理由があるが、XのZに対する手形請求は理由がない。なんとすれば伊東産業株式会社は実在の会社と認められないからである、としてYの控訴を棄却し、原判決中Zに対する部分を取消す。そしてXのZに対する請求を棄却した。

上告審

Yが上告する。第一点、法定代理権及び訴訟代理権の欠缺、(一)商法第四一七条第一項の破産による解散の場合には解散前の取締役がそのまま清算人となるのではない。被告会社の場合はこの場合に当り、X会社は非訟事件手続法により、別に裁判所に清算人選任申立をなし、その選任をした上で代表者を決めるべきとあるのにこの手続をとつていないからSには代表権がない。(二)法定代理権の欠缺(民訴第三九五条第一項第四号)にあたる。原審は中断すべき訴訟手続を無視した。(三)破産廃止は一旦なした破産を取消するものではない。

同時廃止と異時廃止は廃止の時期のみの相異であつてその効果は全く同一である。四実質的には本件請求権は破産財因を構成する。(四)財産なしとして破産廃止するのだから通常債権者は本件請求権のごとき財産の存することは知らない。代表取締役が代表清算人となるのだとすればその取締役が請求権の支払を受けた金額を着服するおそれがある。(五)正当なる清算を期待すれば裁判所の選任による清算人をして清算させるべきである。

上告理由第二点及びその他の上告理由は省略する。

上告審はこれに対して、「株式会社破産宣告と共に同時破産廃止の決定を受けた場合において、なお残余財産があるときは、従前の取締役が当然に清算人となるものではなく、商法第四一七条第一項但書の場合を除き、同条第二項に則り、利害関係人の請求によつて、裁判所が清算人を選任すべきものと解するのが相当である。」と判示して、原判決を破棄し原審に差戻した。そしてその理由を以下の点に求める。即ち、(一)商法第四一七条第一項が破産の場合を除外した趣旨は、会社の破産は会社の解散事由だが通常は破産宣告と同時に破産管財人が選任され、別個に清算人を選任する必要をみないためである。(二)商法第二五四条第三項により、会社は取締役委任するが、民法第六五三条で、委任は会社又は取締役の破産で終了するので取締役は会社の破産により当然に取締役の地位を失う。(三)この(二)の理屈は同時廃止でも変わらない。即ち、商法第四一七条第一項では取締役が清算人にはならない。四従つて商法第四一七条第二項但書の場合を除き、同条第二項に則り決すべきである。(五)本件では記録に徴すれば商法第四一七条第一項但書のような事情のある時は格別、商法第四一七条第二項で清算人選任の手続をすべしとする。

判旨に賛成する。

一、株式会社破産宣告及び同時廃止の決定をうけ、引続いて清算を行う場合には、何人が清算人となると解すべきかにつき、上告審は判旨の如く判示した。これは大審院、最高裁判所のいずれにも判例が存在せず、今回これに関する初の判決として意義がある。なお本判決は理由中において、会社の破産と取締役の地位の消長に関して、会社の破産が取締役の終任事由になるとの見解を示している。

本判決におけると同様の問題は、高裁判例間において従来相反するものが対立していた。

(一) 大阪高裁昭和三七・三・二七・決定(高裁民集一五巻四号二四九頁)は理由を示さずに、「……商法第四一七条第一項により取締役が当然清算人となるのは相当でなく同条第二項により選任すべきである。」とする(その理由を推測すると、同時破産廃止の決定があつても破産である以上その効果にvarietyはなく、商法第四一七条第一項本文の「破産」にあたりと解するようである。なお今回の最高裁判決とこの大阪高裁のものとはほぼ同一であるが今回の最高裁判決は「商法第四一七条第一項但書の場合を除き同条第二項で……」とする点に差異が存する)。

(二) 大阪高裁昭和四一・一一・九・判決(本判決の原審にあたるものである)は(イ)商法第四一七条第一項が、合併、破産の場合を除く外する趣旨とは、両者とも清算の必要がないためである。それゆえに同じく破産であつても即時に清算の必要が生ずべき例外の場合には含まないと解される。破産宣告と同時に破産廃止決定がせられた場合には破産手続は進行せず即時清算の必要があり、清算人設置の必要が生じるから同条同項のいう「破産」の場合にあたらぬ。(ロ)実質的にはかような場合に裁判所に清算人を選任せしめるのは迂遠な手続であるとし、商法第四一七条第一項によるものとする。

(三) 神戸地裁伊丹支部昭和三六・一一・一七・決定(高裁民集一五巻四号二五三頁)は同時廃止の場合には、破産による清算手続を費用不足のために打切つたのであり、清算人が裁判所の選任監督の下に清算事務をすることは破産廃止の規定に悖り許されないとする。

二、会社は破産によつて解散する(商法第四〇四条)。通常の解散においては清算手続が開始せられ、従来の取締役が原則として清算人となる(商法四一七条)。しかし破産の場合には通常破産管財人が選任せられて会社財産の管理、換価、配当等の手続をするために、別個に清算人による清算を必要とはしない。これが商法第四一七条第一項本文が破産の場合を除外した趣旨である。

破産の場合であつても、同時破産廃止の場合(破一四)には会社は解散となりながら、破産管財人は選任せられない(破産法四条では破産によつて解散した法人は破産の目的の範囲内においてはなお存続するものとみなされる。この規定からは破産宣告、同時廃止の決定をうけた時は破産の目的のために会社の存続を認める必要はもはや存しないから会社はこれにより消滅すると解される。(結果同旨加藤、破)。この場合において、会社になお積極財産が存在するときの取扱については法律に規定が存しない。解釈によつて決することになる。同時廃止(破一四)も破産宣告がせられ、それに密接して破産廃止がせられるものであるから、商法第四一七条第一項本文にいう破産の中に含まれ、商法の清算の規定(商法四一七条以下)は、同時廃止に伴う事後処理に当然に適用せられるとはいえないが、破産手続による清算の場合のみ破産法の規定は使われる点と、他に規定は存しない点さらに実際上の必要性、妥当性から清算の規定を類推するのが合理的であると解される。つまり、この場合には破産手続は行われないが他の方法によつて債権の取立、財産換価、債務弁済等がせられ、その終結に至るまでは会社は消滅しないのである。(これに關し千種、法曹時報二〇巻七号一九四頁は、清算手続の必要があ

るから」とする。なお昭和三四・四二五法律省民事局回答によれば「破産廃止決定の登記取扱」の中で……当該法人に積極財産がある限りなお清算法人として存続するものと解すべき……)。

三、つぎに会社の破産は取締役の終任事由となるものであろうか。

この点に関して学説は分れる。(一)第一説(岡本、日本会社法論二八八頁、大二三頁、三〇三頁、真野、法学志林二七巻八一・八頁、野津、改正会社法(増補版)三概論七〇頁、判例は、大判大正一四・一・二六民集四巻一八八頁)は、委任事務を破産財団に属する財産の管理処分とそれ以外の事務とに分け、前者は終了するが後者は終了せずと説く(その見解は、以下の理由を以つてその主たる根拠とする。(イ)商法二五四条三項で民法の規定が準用せられるが、民法が委任者の破産を以つて委任の終了原因とするのは、破産者が破産財団に属する財産に関する行為を受任者の介在によつて逆行することをえざらしむる趣旨である。そして、取締役—会社間の委任は財産関係のものと然らざるものと分けることが可能である。(ロ)実際上も取締役は会社の事情に精通しているからこれをして善後措置を講ぜしめるのが妥当であること、(ハ)取締役—会社間の委任は通常の委任と異り、伸縮性があるから主たる委任関係は消滅するが従たるものに限縮された限度においてなお消滅せず、(ニ)時期を失せず強制和議の提供(破産九条)をなさしめるためにも存続せしめるのが妥当である。なお前掲大審院判例は会社が破産するも取締役の資格が消滅しないことは現商法四一七条旧二二六条一項からも明らかとする。)(二)第二説(加藤正治、破産法研究三二頁以下、田中誠二、会社法評論上巻四四三頁、石井、会社法上三六九頁、浜口、注釈会社法四二五七条注三なおこ)では第二説を以て通説とする。鈴木、新会社法三三三頁大隅、山口、総合判例叢書(四)は、委任事務の主たる委任事項が消滅すれば附随的なものは共に当然に終了すると説く(その見解の主たる根拠は以下の通りである。(イ)委任者破産による委任終了は財産関係に限

られるとしても財産関係の委任が主要部分をなしているから全体としての委任関係も終了する。(ロ)会社が破産した場合には、現在の取締役は自己の信任を問うてみるべき経済上、道徳上の要請がある。(ハ)現在の取締役の行為によつて会社が破産するに至つたのであるからそれは不信任の地位にある。(ニ)大審院の前掲判例からは当然には結論の差異は導けない。(イ)委任が終了したとしても民法六五四条によるか、又は商法二五八条二項での仮取締役の選任の道があり不都合はない等々の理由で附随的業務についても終了するとする)。

右のいずれの見解においても主たる委任事務が会社の破産によつて終了することは肯定し、その前提として、破産は破産管財人が選任せられて破産者が財産の管理処分権を失うことによつて、受任者も委任者が法律上禁ぜられたかかると行為をすることは許されず、委任はその目的を達することができない結果終了するものと解される(なお上告審判決が理由中で引く民法六五三条は会社の破産により委任関係が終了することに関するばかりであり、つづけて引用する商法四一七条は次の段階のものであると理解する)。

四、では、破産宣告、それに伴う同時廃止の場合で、積極財産が残存するために清算手続が必要な場合はいかに解すべきであらうか。

同時廃止の場合には、破産管財人は選任せられない。取締役の終任の根拠が管財人への管理処分権の専権的帰属にあることから、逆に管財人の選任せられない場合には従前の取締役が商法第四一七条第一項により法定清算人となると解する余地がある。

しかし、思うに(一)商法第四一七条第一項には「破産」の文字が存し、

根拠は以下の通りである。(イ)委任者破産による委任終了は財産関係に限



同時廃止も破産宣告はせられるのであり、基本的型態において異時廃止と変らないこと、(一)なるほど委任者の破産は委任者の管理処分権能が失われる結果受任者も委任者のなしえない行為はなしえないとの理論に支えられて委任の終了事由となるのであるが、個人間の委任にあつてはこの理論は少しも変容せしめる必要はないが、団体の委任の關係においては変容の必要がある。つまり、会社―取締役間の委任は一面において破産者たる会社がその機関たる取締役会及び代表取締役によつて自己の事業を執行するという団体的關係と、他面において会社たる法主体と取締役との關係という個人法上の側面が存在する。原則的には後者の側面において両者間を把握してよいと考えるが、本質的に前者と後者は不可分であると解される。そして会社を多くは自己の行為によつて破産に陥入れた取締役は自己が受任者として存在しうる基礎たる信頼が破壊せられている。このことは会社が破産したにもかかわらず、丁度自己が破産した場合と同一の効果の生ずることが認められる。(二)実際上も責任ある取締役は会社の破産と同時に退任せしめるのが妥当である。(四)同時廃止は費用不足による廃止なのであつて、通常の破産の場合よりも財産状態を悪化せしめていること、さらにそれにより債権者間の利害の対立が生じ易いこと(この点に関して同旨石井、会社法下巻三七六頁、権原、ジュリスト三二〇号九二頁、大阪高決昭和三七・三二七の判批、後者は信頼の点もあけ) (なお債権者間の利害の対立は特別清算でも生じ、特別清算においては清算人の決定は商四一七条の原則によると解されている(田中誠二、論下巻八九九頁、石井、こととの権衡上同時廃止の場合も商四一七条一項本会社法下三八六頁等))、こととの権衡上同時廃止の場合も商四一七条一項本文でもよいとすることは妥当でない。けだし(イ)同時廃止の方が特別清算

よりも財産状態の悪い場合が通常であり、(ロ)特別清算においては商四三六条、四三七条等において、裁判所の監督が嚴重であり、同時廃止はむしろそれより嚴重であることも許されると解されるためである。から、同時廃止の場合には会社―取締役間の委任關係は終了し原則として商法第四一七条第二項により裁判所により清算人は選任せられるべきである。もつとも定款に別段の規定が存する場合及び株主総会で他の者を選任した場合にはそれに従うのが妥当である。けだしこの両者の場合はともに会社からの信頼は充足せられていると考えられるからである。

(宗田 親彦)