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八〇〕一、宗教法人の代表役員および責任役員の地位にあることの確認を求める訴えの被告適格 二、上告審における不服申立ての範囲の拡張 責任役員等確認請求事件(昭和四四年七月一〇日第一小法廷判決)
Sub Title	
Author	藤原, 淳一郎(Fujiwara, Jun'ichirō) 石川, 明(Ishikawa, Akira) 宗田, 親彦(Sōda, Chikahiko) 民事訴訟法研究会(Minji soshōhō kenkyūkai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1970
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.43, No.12 (1970. 12) ,p.69- 79
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=AN00224504-19701215-0069

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.

〔最高裁民訴事例研究 八〇〕

昭四四8（最高民集二三巻八号一四二三頁）

一、宗教法人の代表役員および責任役員の地位にあることの確認を求める訴えの被告適格

二、上告審における不服申立ての範囲の拡張

責任役員等確認請求事件（昭四四・七・一〇第一小法廷判決、一部破棄自判）

X（原告・控訴人・被上告人）は宗教法人Z寺の住職・代表役員であったが、業務上横領事件の被疑者となったことから、Z寺の包括団体たる宗教法人Y_1（被告・被控訴人・上告人）の管長に対し、住職・代表役員・責任役員の退職願書を提出し受理された。Y_1はY_2（被告・被控訴人・上告人）をZの住職に任命し、登記（代表役員・責任役員）も変更された。さらにY_1は、Xに対して除階処分をなし、住職の地位を剝奪した。

Xは、当該退職願書は真意に基づかぬ等の理由で無効であるとして、Y_1・Y_2を相手どり、Zの代表役員・責任役員・住職たることの確認の訴えを起こしたのが本件である。

一審（京都地判昭三六・五・二〇）は請求棄却（判決理由が判例集に登載されてないので詳細不明）。二審（大阪高判昭四一・四・八高民一九・三・二二六）は、住職たる地位確認につき訴え却下、代表役員・責任役員たる地位確認につき請求認容。Y_1・Y_2が上告したのであるが、訴訟要件（被告適格）の欠缺その他が上告理由であり、途中で、却下判決の部分についても不服を拡張した。

最高裁は、訴訟要件につき、Zを当事者とすることなく「当該法人の理事者たる地位の確認を求める訴を提起する」ことは「関係当事者間の紛争を根本的に解決する手段として有効適切な方法とは認められず」として却下した。なお、法定上告理由書提出期間内の上告理由書において、不服申立ての範囲を拡張した点については「右判決にかかる事件全部について上告審へ移審」しており「上告人は、上告理由書提出期間内においては攻撃防禦方法を提出できる」から許されるとした。

本件控訴審判決につき増田幸次郎氏（民商法雑誌五九巻六号一〇六四頁）、上告審判決につき柳川俊一氏（法曹時報二二巻五号一〇一〇頁）の研究があるので詳細はそれに譲り、私見のみを展開しておく。判旨のY_1の被告適格を否定した点は疑問である。

一、判旨は、Y_1にZの住職についての任免権が存し、且つZの規則

として、その住職がZの代表役員たると規定しても、「代表役員および責任役員たる地位は、」Zにおける「固有の地位」であつて「Y_1における地位ではなく、したがつて、同上告人を相手方として」も、紛争の根本的解決たり得ないので「不適法な訴として却下すべきもの」とする。ここで言われている趣旨が、そもそもY_1は被告たり得ないのか、それとも単独では被告たり得ないのか、必ずしも明かでない（柳川解説は前者とする）が、筆者はY_1のみでも被告たり得ると考え得る余地があると思う。何故なら、Y_1は直接にはZの代表役員の任免権を有しないが、Zの規則によれば、住職イコール代表役員であり、（その点につき当事者に争いはない）、実質的に代表役員の任命権を有する。そうならば、紛争はむしろX-Y_1間でこそ解決されねばならぬのである。これに対し住職の地位というのは代表役員たることの（本件では）前提問題となるに過ぎず、又、代表役員たることは、Y_1の機関としての地位ではないので、高々訴訟参加で足るとの反論と、第二に、たまたまZ規則が住職イコール代表役員とされていたということで当事者適格が左右されるのは不合理との反論と、第三に、Y_1に住職任免権がない時、あるいはZ規則で住職は必ずしも代表役員とならぬ時はどう処理するのかとの反論が予想される（事実、本研究会においても、筆者の見解は異説であり、多くは判旨賛成であつた）。以下でこれらの点につき検討を加えていく。

(1) Xの請求はY_1の機関としての地位でないので、訴訟参加にとどめるべしとの反論について。㋑たまたまXは、住職たることを前提問題としてしか主張していないし、住職の地位は「宗教的な活動における主宰者たる地位であつて、同寺の管理機関としての法律上の地位ではない」と判示された。確かに、住職たる地位確認は、「報酬請求権や寺院建物の使用権」などを包括した意味での権利関係の確認とみなければ、訴えとしては不適法である。筆者はかかる意味で原告が請求していると考えて良かろうと思う（それは代表役員たる地位確認を併合していることから、そう善解できると思う）。ただ次の問題は、その場合、Y_1を被告とし、且つ代表役員とは別箇に確認する利益が存するかどうかである。住職たる地位は、Y_1の被用者たる地位であり、たまたまZに派遣任命されているというものでないかというのが筆者の考えである。もし右の考えが成立すれば、Y_1を被告とし、且つ住職たる地位確認請求をなすことは可能となる。ただその場合でも、仮にY_1が敗訴しても、訴外Zには判決の効力は及ばないと考えられる（つまりY_1の下でのどこかの寺の住職たり得るだけの話）。右の様に、住職たる地位を、雇用者を実質的には包括宗教団体と考える根拠は宗教法人法に存しないことは勿論であつて（宗教法人法では、包括団体と被包括宗教法人とを独立のものと扱っている。井上恵行「宗教法人法の基礎的研究」四五九頁以下に沿革を含めて述べてある。）、現実の宗教団体を念頭においての議論であるため、団体によつては適合しない論であることを留保しておく（筆者がキリスト教プロテスタント系について知る範囲では右の考えで適合する。）。㋺次に、Y_1を相手どり、Zの代表役員・責任役員たることの確認を求めることは確かに問題である。Zの代表役員たることが、ひいてはY_1における役員その他の機関たる地位を占める前提条件である場合には、その限度でY_1に被告適格を認めることが考えられなくはない。しかし一般的には肯定し難く、筆者とても、住職たる地位確認については肯定する

(㋑で述べた)ものの、代表役員については消極的に解したい。判旨は、その限度では正当である。㋩仮に判旨の如くXZ間で争う際に、Y_1が補助参加(民訴六四)することは考え得るし、認めてよいと思われる。ひるがえつて、XZ間の判決に判旨の如く対世効を認めれば格別、そうでないとすれば、Xにとり、Y_1との関係においても、一挙に紛争を解決する手段は、一つはZの補助参加人とせしめることと、他は被告たらしめることとが考えられる。所が、仮に補助参加人たりえても(XのY_1に対する訴訟告知により、当然にZY_1間に参加的効力が生じるという構成しか考え難い。なお行政事件では、裁判所の職権による訴訟参加という規定が行訴法二二条・二三条・四五条に規定されている。これは、同法三二条・三三条の、取消判決の対世効の規定とも関連したものである。)、参加的効力はY_1Z間で生じるものでしかない(民訴の一般的理解である。新堂幸司「参加的効力の拡張と補助参加人の従属性」『裁判法の諸問題』中巻所収一〇頁参照)。従つて補助参加人ではXにとり不十分ということで、何とか被告適格を認められぬかというのが筆者の主張である(筆者は、第一次的には、住職たる地位確認請求部分につき、住職はY_1に対する関係では一種の雇用上の地位であるということで、Y_1に被告適格を認めた。このことは、Y_1がXに対し除階処分をなし、住職たりうる地位を剝奪したという事実関係からみても是認されねばならぬだろう。問題は、Z寺の代表役員たる地位確認請求にとつては、Y_1の右の処分なりXの辞職の効力が、その先決問題にとどまる点から、Y_1の被告適格をストレートには承認し難い点にある。)。「本件において、Y_1に宗教法人Zとその代表役員との間の法律関係に支配干渉をなしうべき実体上の権能があるとすることはできず」(柳川解説一〇一八)との反論がある。しかしZの規則上、住職イコール代表役員となつていて、且つY_1がXを住職として認めていないという事実関係を念頭に入れると、むしろ実質的な紛争当事者はXY_1と考える余地があるのではなかろうか。

(2)被告適格の成否を、Z規則(住職イコール代表役員)、Y_1宗制(末寺住職任免権)に基づく実体関係から導き出すことは不当との反論について。かかる論者とても、当事者適格・訴えの利益が実体法に左右される実体的訴訟要件たることを認めるであろう。とすると、ここでの批判は、具体的—余りに具体的過ぎる実体関係の審理が、訴訟要件審理に事実上は先行してしまわざるを得ないことに向けられていると思われる。しかし筆者の考えでは論理的順序と事実上の審理順序とは必ずしも合致することを要しないし、事実そうなつていない場合があり得るということから、この批判は当を得ていないと思う。要は、訴訟要件にどの範囲の実体審理でとどめるかの政策論でしかないと思う(本件に即して言えば、仮に代表役員たることからY_1の機関たる地位に影響がある場合も考えられるのであつて、そうしたことを考慮外にして、訴えを却下するのは問題である。)。とすると、余りに訴訟要件を固定的画一的に捕えると、具体的妥当性を欠く場合が生じることを指摘しておく。

(3)次に、Y_1に住職任免権を欠く時、Z規則で住職必ずしも代表役員たらずとする時は、どうなるのかとの反論について。㋑Y_1に住職任免権がなければ、筆者の論拠は崩れざるを得ない。その場合には、Y_1に被告適格はない。㋺住職と代表役員とが必ずしも一致しない時は、住職たる地位を争う限度ではY_1に被告適格はあるが、代表役員たる地位を争う場合には、一般的に被告はZでなければならぬ。㋩かくして筆者の論は、実体関係からみて逆論したものであり、本件事実関係が前提となつたものである(従つて、伝統的な民訴法学からは、(2)に掲げた視点からの批判があびせられている。)。即ち、訴訟要件に関する一般原則から導き出したものでなくして、具体的事件から出発して、かかる場合に何故その一般論を妥当せしめねばならぬかとの異議を唱えたつもりである。

二、判旨がXZ間で争えば「その請求を認容する確定判決により、その者が当該法人との間においてその執行機関としての組織法上の地位にあることが確定されるのであるから、事柄の性質上、何人も右権利関係の存在を認めるべきものであり、したがつて、右判決は、対世的効力を有するもの」とした論拠は示されていない。右の論が成立するなら、Y_1に被告適格を単独では認めないのも、ある程度うなずける（仮にXZ間の判決に対世効があつても、Y_1にそもそも被告適格がないということに結びつくとは限らない。たとえば共同被告人たりうることは考えられよう）。しかし何故対世効が認められるのか。㈠必要的共同訴訟であると、仮に考えても、既判力の主観的範囲から、他の関係人にまでは効力は及ばない（これは柳川解説一〇一六も承認）。㈡判決の効力を関係人に拡張せしめる説は、(i)商法二五二条類推か、(ii)判決の反射効をその根拠とする（同上一〇一六一〇一七頁）が、(i)については、法論理的に全く成立し得ないわけではないが、対世効を実定法で明記したことにより、それに異を唱える者に対して、その口を封じ、予め訴訟係属中にしかるべき措置を講じておくべしと言い切ることができるのであつて、そのための規定のなき場合にも、類推をするということは、厳に慎まねばなるまい。(ii)の、判決の第三者効については、民訴法学上問題の多い所である（白川和雄「判決の第三者に及ぼす影響」『実務民事訴訟講座』二巻一〇五頁以下参照）。しかも反射効説によつても既判力拡張説によつても、実体法上の依存関係にある場合であり、本件の様なY_1やY_2がその例に該当するとの判断が示されることが前提となる。補助参加人となつた時の参加的効力は（民訴七〇）問題ないが、そうでない場合にもY_1・Y_2に構成要件的効果を及ぼしめるためには、その論拠と、弊害除去法とが考えられねばならぬ。後者につき、馴合訴訟である場合の悪意抗弁が許されること（白川前掲一一二頁）は不可決の要件であろう。有利・不利共に受けるか、有利だけにとどまるかも不明である（同上一一四）。これらの点につき論及を欠く判旨は説得力を欠く。筆者は、当然には対世効は生ぜず、訴訟参加人なり、訴訟当事者が主観的範囲の限度と考える（参加的効力は、参加人と被参加人との間でのみ生じ、相手方とは生じないとされているが、この事実に関する限り、被参加人Zを媒介として、Xと参加人Yとの間で構成要件的効果を認めてもよいと考えられる。なお、参加的効力につき、新堂前掲論文参照）。

三、筆者は、一において、住職たる地位は、宗教法人Y_1における法階にとどまらず、Y_1所属のいずれかの末寺の所謂住職たり得る地位であり、従つて強いて言えば雇用上の地位類似のものであると主張した（このことは筆者の調査した、宗教法人日本福音ルーテル教会における教職者が、所属教会の牧師として任命されるということにもあらわれている。）。かかる主張の下に、たまたま代表役員を兼ねていようがいまいが、従つて代表役員たる地位確認と併合していようがいまいが、独自に確認の利益が存すると主張した。次の問題は、右の論が成立するとして、又は判旨の想定する、住職たる地位から派生する権利関係全てを包括した意味として、住職たる地位確認が提起された時に、これを裁判所で審理すべき事柄と言えるか。いずれの立論の場合も、既に市民法上の権利と構成してしまつているので肯定されるのであるが、これに対する反対論も当然に予想されよう（たとえば部分社会における自主紀律権をもち出したり、あるいは政教分離の憲法原則を、この分野においても持ち出したりする。）。筆者は部分社会の自主紀律は極力これを尊重すべきであると考えるものであるが、しかし内部規則に基づきあるいは基づかないで団体構成員の利益を侵害した場合には、ある段階に達すれば、これを法的紛争として裁判所による救済

を考えるべきと思う（ここで筆者は公法上の特別権力関係における司法審査権の問題を想起するのである。）。宗教団体に対しては、憲法上からも、極力介入を避けるべき所、反面として、宗教団体に与えられた特権（地方税法三四八条二項三号参照）や宗教団体の自治を濫用する事件もあり、かかる制約も是認されよう（ほぼ同旨の判例として、大阪高判昭三六・六・七下民一二・一・六〇）。なお、宗教団体における地位の確認が許されるか否かにつき、下級審判決は不統一であり、今回の最高裁判決は、この点につき何ら指針たりえないのは残念である（主な判例につき、判例時報四五二号二五頁の解説記事参照。その後、高松高判昭四三・一・二・二二判時五二七・五八）。

更にもう一点、問題を提起するならば、本件で、仮にXZで争う時、Xの辞職ならびにY_1の行なつたX降階処分の効力が、先決問題となるが、これが行政訴訟であるならば、行政庁への取消訴訟あるいは争点訴訟（行訴四五）ということになるのであるが、民訴では、単にY_1が訴訟参加人たり得るか、あるいは証人となれば足ると考えている様に思われる。勿論、Y_1に対して対世効もしくは反射効がかぶらねば問題ないが、そうでない場合は、一考に価すると思われる。ひるがえつて行訴法の独自の取り扱いの再検討という点にも問題がはねかえつてくるであろう。

四、判旨第二点の上告理由書提出期間内における不服申立ての範囲の拡張許容については、却下判決の部分についても当然に移審されると解する限りは、是認されよう（請求併合の場合であるので、一個の判決とみ、請求の一部についてのみ上訴しても、その余の請求についても判決の確定が遮断されると解せられる。菊井＝村松「民事訴訟法」一巻五七七―八頁）（民訴三九九条ノ二参照）。

五、最後に、筆者の調査によると、その後Xは、Y_1・Y_2（但し人事異動により現在はY_1代表者に同じ）・Zを共同被告として、「原告がZの責任役員及び代表役員の地位にあること」の確認の訴えを、京都地裁に提起している模様である（Zを被告に加えたのと、任職たる地位確認を下りした点が異なつている。）（紛争発生以来、十四年間も訴訟を続けていることになるが、一部外者には奇妙な事件である。仮処分申請をした様子もなく。）。

専門外のため過誤・独断もあろうかと思う。大方の御教示を乞う次第である。

（一九七〇・七・八）

（藤原淳一郎）

昭四四9（最高民集二三巻八号一四五〇頁）

訴訟上の和解の解釈

請求異議事件（昭四四・七・一〇第一小法廷判決）

被告Yと訴外K間の神戸地裁昭和三五年(ワ)七三七号事件について、昭和三六年六月一九日原告Xが利害関係人として参加し、本件建物明渡について訴訟上の和解が成立。その和解条項は、① K・Xは昭和三九年六月末日かぎり明渡す。② Yは右期間内原告Xの本件建物の使用占有を認める。③ Xは月金二七〇〇〇円の損害金を支払う。④ Xは右使用に対する保障金として金四〇万円を支払う等である。Yは右和解調書にもとづき、昭和三九年七月三一日本件建物明渡の強制執行に着手した。Xは、右和解により借家法の適用をうける賃貸借契約を締結したのであり、明渡期限は同法により法定更新されて明渡期限は到来していないとして、右執行に対しYを被告として提起した請求異議の訴が本訴である。第一審は原告の請求棄却。第二審は第一審判決を取り消し、原告の請求を認容した。すなわち、とくに保証金四〇万円の支払を約したこと、本件和解の成立に至る経緯を考えると本件和解により賃貸借が成立したと解し、和解条項中の明渡猶予は、右のごとき特別事情があるとき

例外中の例外として賃貸借を認めるべきであるとした。

上告審は以下の理由から原判決を破棄し、事件を原審に差戻した。

「原判決の判示するように、和解条項の文言の解釈にあたつては、その和解の成立に至つた経緯のみならず、和解成立以後の諸般の状況をも考慮にいれることは違法とはいえないが、本件和解は、訴訟の係属中に訴訟代理人たる弁護士も関与して成立した訴訟上の和解であり（もつとも、被上告人自身は、利害関係人として本人のみが関与しているが、この点については、とくに差異を設けるべきいわれはない）、和解調書は確定判決と同一の効力を有するものとされており（民訴法二〇三条）、その効力はきわめて大きく、このような紛争のなかで成立した本件和解をその表示された文言と異なる意味に解すべきであるとすることは、その文言自体相互にむじゆんし、または文言自体によつてその意味を了解しがたいなど、和解条項それ自体に内包する、かしを含むような特別の事情のないかぎり容易に考えられないのである。

原判決も、この点について、原判示のような解釈は例外中の例外にかぎり許されるべきとする制約を付してはいるが、原判決の確定した事実関係のもとでは、いまだもつて、原判示のように本件和解条項の文言と異なる解釈をすべきものとは認められないのである。

そうだとすれば、原判決はこの点について、理由不備、理由そごの違法をおかしたものというべく、この点の違法をいう論旨は、理由があり、原判決は、破棄を免れない。」

判旨に結論的には賛成するも、若干の疑問を感じる。

和解調書の解釈にあたつては、一般法律行為の解釈と同様に、使用された文字のみに拘泥することなく、文字とともにその解釈に資すべき他の事情をも参酌して当事者の真意を探究し、その真意が表示されたと認められるか否かを判断しなければならないとされる（大判昭八・一一・二四裁判例（七）民二六七頁）。最高裁も（最二判昭三一・三・三一民集一〇・二四二）「裁判上の和解の有効無効は、調書の文言のみに拘泥せず、一般法律行為の解釈の基準に従つてこれを判定すべきである」とする。

本件和解においては、「利害関係人（本件の被上告人）は現在使用占有している本件家屋についてこれを占有する正当な権限のないことを認め、昭和三九年六月末日限り明渡すこと」との条項があり、被上告人は右条項が新な賃貸借契約をした趣旨であると主張した。原審は被上告人の右主張を認めた。すなわち、①保証金四〇万円の支払、②本件和解調書の作成当時の弁護士の領収証、通帳の記載が約一年半にわたり「賃料」と記載されていたこと、③本和解の前になされた二回にわたる即決和解にもとづいては上告人は明渡の執行をしていない、などの事情は特別事情である。かような特別事情のある場合右明渡猶予の条項にもかかわらず、本件和解をもつて新な賃貸借の合意と解すべきであるとするのである。最高裁は原裁判所の右見解を明確に否定した。訴訟上の和解において既に紛争の中心となる法律関係が当事者により明確に認識され、裁判所も通常これにつき当事者がいかに譲歩し紛争の解決をはかるかにつき認識している。とくに弁護士がついているときは、それを職業がら特にきびしく認識しているのであるから、和解調書に使用された法律用語につき簡単にその本来の意味と別異に解すべきではないとする。訴訟上の和解の解釈につき重要な指針を与えたものといえよう。

訴訟上の和解は紛争の自主的解決制度である。したがつて和解に

既判力を認めるべきではない。錯誤による無効・詐欺強迫による取消を認めるべきである。既判力を肯定しそれらの主張を遮断することは訴訟上の和解が紛争の自主的解決制度であることになじまない。

同じように、訴訟上の和解が紛争の自主的解決制度であるところから、和解条項の解釈もまた他の一般の法律行為の解釈と同一の方法によらなければならないものであろうか。私はこの点で否定的見解をもつている。和解は紛争の自主的解決制度であるとしても、調書に記載された和解は既判力をもたないまでも執行力・訴訟終了効などの点では確定判決と同一の効力を有する（民訴法二〇三条）。またそれは裁判所の関与のもと訴訟上なされるものでもある。この意味では訴訟外の純然たる私法上の和解とは異る。当事者はそれらの事情を承知のうえで和解条項を作成するのであるから、その際特に表現等については慎重を期しているはずである。いくら慎重さを要求しても意思の瑕疵を排除することはできないが、本件の場合和解条項を文言通りに理解しても当事者にそれ程酷になることはないはずである。また、和解調書は債務名義になるから、この点からもそれをその他の事情から解釈した結果と和解条項の文言とが異ることはこのましくないであろう。

右のごとき理由から私は以下のごとく提案したい。① 和解条項は原則として文言通り解釈すること。② 和解調書の更正は裁判の更正に準じて認める。更正をしない限りすくなくとも和解調書の内容を更正の結果にしたがつて解釈したり、執行したりすることを認めるべきではない。ただし、更正をしないまでも、更正の結果にしたがつた私法上の和解の成立はこれを認める。③ 一歩ゆずり特別事情による和解条項の解釈を認めるにしても、更正資料以外の解釈に資すべき事情をもつて、和解条項の文理解釈からはずれ当事者の真意を探究することはできない。④ 当事者の真意と和解条項それ自体ないしはその更正の結果とが合致しない場合は、当事者は意思表示の瑕疵を主張する以外に救済を求めえない。⑤ 仮りに一歩譲つて、そもそも和解調書の解釈にあたり一般の法律行為の解釈におけると同様に使用された文字のほか解釈に資すべき他の事情も参酌し当事者の真意を探究すべしと解するとしよう。かような立場を前提としても、本件第二審が本件和解により賃貸借が成立したと判断したことは行き過ぎである。すなわち、本件和解条項から賃貸借の成立が論理上必然的に導かれるわけでもないし、また、社会通念上賃貸借の成立を認定することが必ずしも妥当であるともいえないからである。したがつて本件判決を破棄した点は正しい。

判旨は以下のごとく述べる。「このような紛争のなかで成立した本件和解をその表示された文言と異なる意味に解すべきであるとすることは、その文言相互にむじゆんし、または文言自体によつてその意味を了解しがたいなど、和解条項それ自体に内包する、かしを含むような特別の事情のないかぎり容易に考えられないのである」と。文言自体相互に矛盾しまたはその意味を理解しがたい場合、和解調書全体からみて、あるいは訴訟資料全体からみて和解条項の意味が明確になるならばそれは私法上の和解としては有効であろう。

しかし、文言自体の矛盾や意味が理解しがたい点は、それが更正の対象となり更正がなされない限り、訴訟上の和解については無効原因となる。債務名義にもならないと解すべきであろう。この点で、私は本件判決に疑問を感ぜざるを得ないのである。

なお本判批脱稿後 判旨賛成の山木戸教授の判批に接した（民商六二巻六号一一〇〇二頁）。

（石川　明）

昭四四補遺1（最高民集二三巻七号一一七五頁）

一、法人格のない財団として設立中の財団法人に訴訟上の当事者能力が認められた事例

二、遺言による寄附行為の寄附財産について遺言執行者のした処分が有効とされた事例

株券引渡等請求事件（昭和四四・六・二六第一小法廷判決）

AはY_3株式会社の株式三〇万余株を有していたが、公正証書による遺言を以つてその三〇万余株を出捐して財団法人Yの設立のための寄附行為をした。一方同人はその後生前の寄附行為を以つて、目的及び設立趣旨が同一で、ただ出捐財産が遺言の場合よりも少ない財団法人の設立に着手し、その許可申請書類を主務官庁に提出したところ、運用資金と役員構成の変更を求めて書類を返戻された。その後まもなくAは死亡した。そこで右遺言により遺言執行者に選任されたY_2は遺言の趣旨に従つて前記三〇万余株をY財団設立準備委員長としてY_2名義に書換をし、株主総会で議決権を行使してY財団設立の手続を進めた。以上の事実関係において、本件訴訟はAの相続人$X_1$$X_2$$X_3$が原告となり、設立中の財団法人$Y_1$及び前記$Y_2$$Y_3$を被告として、原告等が前記株式について持分権を有することの確認、株券引渡、株式名義変更、配当金支払を求めるものである。第一審からの共通の争点は本案前の抗弁としてのY_1の当事者能力の有無と、本案についての遺言後に生前なした寄附行為は遺言の取消（撤回）としての効力が認められるかの二点である。

本案前の抗弁について第一審判決は、「民訴法四六条にいわゆる権利能力なき財団とは一定の目的のもとに捧げられた特定の財産であつて、実質的に個人の帰属を離れた独立の存在として、すなわち寄附行為者の個人的財産から明確に分離されて管理運用され、社会生活上一個の団体として取扱われているものをいうと解しなければならない。証拠によると、遺言寄附行為の出捐財産である株式は設立されるべきY財団法人の目的財産として、相続人に渡された他の遺産と分離され、その株主名義もY_2に書換えられ、株主総会において同人名義で行使されて来たのであるから、右出捐株式は実質的に個人の帰属を離れた独立の存在として管理運用されて来たものである。又Y_2は設立中の財団の代表者的地位に立つて行動していたものといえるから、被告財団Y_1はすでに社会生活上において一個の団体として取扱われているものと認めるのが相当であるから、民訴法四六条により当事者能力を有する。」とし、本案については、Aの生前寄附行為は遺言に牴触する生前処分であるから、遺言寄附行為は取り消されたものと解している。第二審は、本案前の抗弁については第一審の判決文を全文引用する。本案については、生前処分による寄附財産は財団法人設立の許可があつた時から法人の財産を組成するものであるから、右許可のない間は寄附行為者の財産であり、主務官庁に許可申請をした後でもこれを撤回し得るから、一度右寄附行為をなしたとしても、法律上の拘束を受けるものでないとし、Aの生前寄附行為をする真意は生前に設立許可があれば、これに財産を出捐するというのであ

り、もし許可のないうちに死んだら遺言による財団設立を意図したわけであるから、遺言の取消はないとして原判決を取り消した。上告理由は、本件株式についての原告らの持分権確認請求を排斥した原判決には、民法四二条、一〇一二条、一〇一三条の解釈を誤つた違法がある。相続により本件株式は原告等相続人に帰属しており、Y_2は財団の設立許可に必要もなくまた財団設立の許可もないのに遺言執行の範囲、限度をこえて財団法人Y財団設立準備委員長Y_2名義にかきかえて原告等の本件株式に対する四分の一の持分権を否定しているものであるから、持分権の確認を求めることはAの相続人として当然のことである。しかるに原判決はたやすく原告等の持分権確認請求を排斥しているのは違法であるという。上告審は本案前の抗弁について、「原判決の適法に判示するところによれば」として原判決同様に事実関係等を説明し、「してみれば、設立中の被上告財団Y_1が民訴法四六条にいわゆる権利能力のない財団として当事者能力を有するものとした原審の判断は、正当として是認することができる。」とし、本案については、「設立中の被上告財団が権利能力なき財団としてその存立を認められるのは、民法三四条による主務官庁の許可を得たうえで、財団法人Yの設立されることを目的とする限度において、その社会的活動が認められるからであつて、この両者の間係は株式会社成立前における権利能力なき社団たる設立中の会社と成立後の会社との間係に類似しており、たとい設立中の被上告財団が主務官庁の許可を得ておらず、いまだ法人として成立していないとしても、権利能力なき財団たる被上告財団に本件株式の権利を帰属させ、その代表機関名義に本件株式の名義を書き換えることは、遺言執行者としては、本件遺言の目的の達成のために必要な行為をしたというべきであり、この行為をもつてその任務に背くということはできない。したがつて、遺言執行者たるY_2の右名義書換により、本件株式の権利は権利能力なき財団たる設立中の被上告財団に完全に帰属し、相続人たる上告人らは本件株式についての権利を喪失したものと解するのが相当である。」として上告棄却。

判旨に賛成する。

一、判旨第一について。

本件はAの遺言に基きY財団設立の過程をとらえて、いわゆる権利能力なき財団を肯定したものであり、併せて民訴法第四六条の当事者能力を認めたものである。権利能力なき財団に関する判例は極めて数が少ない。大審院の判例には二例存するだけである（大判昭和八・七・一一・民集一二巻下二三一三頁、大判昭和一一・一一・一八・大審院判決全集第四輯二二号一九頁）。前者は相続人の明らかでない相続財産について当事者能力を認めたものであり、後者は鉄道公傷退職者の授産、遺族の救済のため募集された財産である「鉄道青年会」なるものは権利能力なき財団であるとするものである。

最高裁判所には権利能力なき財団についての判例は存在しなかつたところ、本件判決が公にされた。最高裁としては初の判決である点に本判決は意義を有する。本判決の後昭和四四年一一月四日に最高裁第三小法廷は権利能力なき財団を認めた判決（民集二三巻一一号一九五一頁）を公にしており、最高裁の判断をあいついで二例見るに至つた。

最高裁はさきに権利能力なき社団のメルクマールとして、㈠団体としての組織、㈡多数決原理の支配、㈢構成員の変更にかかわらず団体が存続すること、㈣代表の方法、総会運営、財産の管理等が確定していることを挙げている（最判昭和三九・一〇・一五、第一小法廷民集一八巻八号一六七一頁、最判昭和四二・一〇・一九第一小法廷民集二一巻八号二〇七八頁）。では判例は、権利能力なき財団のメルクマールは

いかなるところに存すると考えているのであろうか。

大審院の昭和一二年の判決は、㈠鉄道青年会は事業経営の目的を有し、㈡官公署から一つの社会事業団体として認められ、㈢宮内省等から奨励金、補助金等を受けていることから権利能力なき財団を認定している。最高裁の昭和四四年の判決は、「未だ財団法人の設立許可を受けていなかったとはいえ、個人財産から分離独立した基本財産を有していたものといえるのであるから、いわゆる権利能力なき財団として、社会生活において独立した実体を有していたというべきである。」としている。そうして本件にあつては、Aの遺言による寄附行為の出捐財産であるY_3会社の株式三〇万余株は、設立されるべき財団法人Yの目的財産としてAの死亡後遺産として相続人に渡されたY_3の株式八万五〇〇〇株およびその他の財産と分離されてきたもので、その株主名義も右財団法人設立準備委員長Y_2名義に書き換えられ、しかもY_3の株主総会において同人名義で議決権が行使され、本件株式は寄附行為者Aの個人財産から明確に分離され、実質的には個人の帰属をはなれた独立の存在として管理運用されてきている。またY_2は財団法人設立準備委員長として文部省に対しその設立許可申請手続をし、同人は設立中の財団の代表者地位に立つて行動していたというのである。

また名古屋高裁昭和三五・三・三判決、高民集一三巻三号二六二頁は、設立中の財団に当事者能力を認めなかつたものである。曰く、「寄附行為者の個人的財産より明確に分別せられず、現に独立の存在として管理運用せられているのでないときは、設立中の財団法人をいわゆる権利能力なき財団として当事者能力は認めえない。」と判示する。

右にみた判例から抽出される要件は以下のようである。つまり、判例の前二者は、㈠目的財産が個人の財産から分離されていること、㈡社会活動において独立した実体を有していることの二つをその要件とし、本判決はそれらに㈢財産の管理人への帰属等の体制のできていることを加えて三個の要件を看取することができる。

財団は目的財産（Zweckvermögen）であると解することから、その成立には独立の管理機構が必要である。ここから右の㈢を要件に組み入れることは妥当であると解する。目的財産が個人の財産から分離され、社会的実体を有することは、可及的広範囲に法人格を有する財団と同様に取り扱れるべき権利能力なき財団としてはその成立要件としては不可欠なものである。それゆえ本件判決が㈠㈡を要件にすることは妥当であつて、これは大審院の見解にも合致するものである。

二、判旨二について。

管理人のした許可申請行為および株主名義書換手続さらには議決権行使については、右にみたとおり、㈠㈡㈢の要件を具備する本件財団は権利能力なき財団ということができ、その機関である管理人は株式会社設立の課程において考えられる「設立中の会社」における発起人と同様に、設立を目的とし或は設立に必要な行為はこれをなすことができるものと考えられる。右の管理人のした行為はこれに該当するものであつて判旨は正当である。

三、なお遺言と生前処分の牴触の問題については、すでに別件の上告審（最判昭和四三年一二月二四日民集二二巻一三号三二八〇頁）において否定的に解決されていて他に評釈も存する（加藤永一・判例評論一二六号一二五頁、佐藤義彦・民商法雑誌六一巻六号九九三頁）のでここでは触れない。

（宗田親彦）

〔最高裁刑訴事例研究　四五〕

昭四三12（最高刑集第二二巻第四号二九〇頁）

利害の相反する被告人らが選任した同一弁護人の出頭のもとでなされた審判の適法性

有印公文書偽造被告事件（昭和四二年（あ）第二一〇九号同四三年四月一八日・第一小法廷判決）

被告人は、甲町吏員として、外国人登録事務を取り扱っていた者であるが、外国人である乙から、その知人で密入国者である丙の外国人登録証明書の偽造を依頼されて、これを承諾し、両名共謀の上、丁市長の署名および職印のある丙の外国人登録証明書一通を偽造したとして、乙とともに公訴を提起された。

被告人及び乙は、いずれも公訴を提起される以前に、それぞれ弁護士戊を弁護人として私選し、異議なくその弁護を受け、第一審の手続を終えた。被告人の第一審での判決は懲役一年五月、乙は同一年三月及び罰金一万円であった。

これに対し被告人は控訴して、「被告人は、原審相被告人乙と利害相反するのにかかわらず原審において同人と同一の弁護人戊を選任し、同弁護人から自由な発言を禁じられ、また乙の仕返しを恐れて公判廷において自由な発言ができなかったから、このような状態における原審の公判手続は、憲法三一条、三七条三項に違反する訴訟手続の法令違反がある。」旨主張した。原判決はこれについて、「しかしながら、被告人においてもし所論のごとき事情があるとすれば、戊弁護人を解任して新たに他の弁護人を選任し、また原審相被告人乙と弁論の分離を請求すればよいのであって、被告人が原審においてかかる措置を採ることなく、所論のごとき主張をすることは許されないところであるのみならず、記録を精査するも、原審の訴訟手続が、憲法三一条、三七条三項に違反していないのはもとより、他に法令違反があることを疑うべき事由を発見することができない。」旨判示し、この主張をしりぞけ、控訴を棄却した。

被告人は上告し、次のように主張した。「本件起訴事実は起訴状の形式