

Title	〔最高裁民事訴訟研究八五〕会社更生法一三八条一項後段の規定によって調査することとなった更生債権または更生担保権と届出期間の徒過を事由とする異議の許否 債権存在確認請求事件(昭和四四年一月四日第一小法廷判決)
Sub Title	
Author	豊泉, 貫太郎(Toyoizumi, Kantarō) 加藤, 修(Katō, Osamu) 宗田, 親彦(Sōda, Chikahiko) 坂原, 正夫(Sakahara, Masao) 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	1971
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.44, No.6 (1971. 6) ,p.115- 131
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=AN00224504-19710615-0115">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19710615-0115</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 八五〕

昭和四四二二（民集二三卷  
一一二号二四二八頁以下）

会社更生法一三八条一項後段の規定によつて調査することとなつた更生債権または更生担保権と届出期間の徒過を事由とする異議の許否

債権存在確認請求事件（昭和四四・一二・四・第一小法廷判決）

〔事実〕 X（原告・控訴人・被告）はY<sub>1</sub>（後に更生会社となる）振出の約束手形二通合計金三五〇万円を裏書により譲受け、その各支払期日に呈示したが支払を拒絶された。その後Y<sub>1</sub>は昭和四〇年六月一七日横浜地裁で会社更生法による更生手続開始決定を受け、Y<sub>2</sub>（被告、被控訴人、上告人）が管財人に選任せられた。そしてY<sub>1</sub>に対する更生債権、同担保権の届出期間は昭和四〇年七月二〇日までと定められた。ところがXは昭和四〇年九月一〇日になつてその事実を知つたとして、届出期間経過後、債権調査の一般期日の前日たる同日手形金三五〇万円の更生債権の届出をなした。しかるにY<sub>2</sub>は一般調査期日においてXの更生債権全額について異議を述べた。その理由は、(一)右債権届出が届出期間を経過した後であること、(二)右手形は融通手形として振出され、Xはそれを知つて裏書譲受したものである。ということである。

そこでXより更生債権確定の訴が提起されたのが本件である。第一審

判例研究

たる横浜地裁はXの請求を棄却（理由は不明）したが、控訴審たる東京高裁は左の理由により一審判決を取り消し、全額を確定した。

即ち、本件更生債権が届出期間経過後に届出られたことと当事争いがなく又法一二七条の規定による届出の追完を認められたものでないことは推認されたとした上「右の如く法第一二七条によらないで届出期間経過後に届出のあつた更生債権は更生債権調査の一般期日において管財人等所定の者の異議がない限りその調査をすることができ、これらの者から調査することに異議を唱えられればもはや調査はなしえず（中略）結局、失権するほかはない。しかしいつたんこれを調査することに異議がなく、一般期日において調査の対象とすることとした以上、その調査事項はもつぱら更生手続に参与し得る者や、当該更生債権の内容、原因及び優劣等第一三二条所定の事項に限られるべきである」とした。

Y<sub>2</sub>上告、上告理由は多岐に亘るが要約すれば法一四三条では決して調査対象を法一三二条に掲げる事項に限定したものでなく、法第一二七条の要件も当然調査の対象とされ、且異議の対象となると解釈すべきである。又実際上も債権調査について、手続関係調査と実体関係調査を区分してはいない。そして本件においても一般期日の冒頭、裁判官は期間経過後の届出債権を同日調査するか又は後日にするかを問うたから、同日の調査に同意したのであり、その結果形式的調査につき失権するとした

のは不当であり、法一四三条の解釈を誤っている。

〔判旨〕 上告棄却

「会社更生手続における一般調査期日には、裁判所が定めた届出期間内に届け出られた更生債権および更生担保権について調査が行われる。しかし、(一)期間経過後の届出であっても、法二七条所定の場合、および(二)届出期間を徒過し、しかも、同件所定の要件が認められない届出であるが、調査することにつき、管財人、更生債権者、更生担保権者および株主の何人よりも異議のない場合においては、一般調査期日にこれを調査することができる。ただ、この(二)の場合には、右管財人から調査することは許されず、調査のため特別期日を開くことも認められないから、右更生債権等は失権することとなる。しかし、一旦これを調査することと異議がなく、一般期日において調査することとなつた以上、右更生債権等については法一三五条によつて法一三二条に掲げる事項が調査されるが、この場合、異議の事由となりうるものは、右調査事項に限られるのであつて、当該届出が、期間を徒過し、かつ法二七条所定の要件をも具えなかつたことを事由とする異議は許されないものというべく、法一四七条所定の異議に基づく債権確定の裁判においても、この事由をもつて排斥することはできないものと解するのが相当である。これを本件についてみてみるに、(中略)本件更生債権は、期間経過後に届け出られたもので、しかも、法二七条の規定による届出の追完を認められたものではないが、更生債権等調査の一般期日が開かれた際、これを調査することに上告人管財人ら出席者全員において異議がなかつたため、同期日に調査されたのであるから、(中略)以後上告人管財人は、右届出が期間を懈怠してなされたこと、右届出に法二七条所定の要件が具備されていないことを事由とすることは許されず、本訴更生債権確定の裁

判においても、右の点をもつて請求を排斥し去ることはできない」

判旨は一応正当である。

一、会社更生法は昭和二十七年八月一日より施行された「窮境にはあるが再建の見込のある株式会社について、債権者、株主その他の利害関係人の利害を調整しつつ、その事業の維持、更生を図ることを目的とした」(法第一條)法律であり、右はアメリカのコーポレイト・リオガニゼーションを理念的に継受し、これに既に日本に存在していたドイツ法的破産法上の法技術を巧に用いた法律であり(兼子#三ヶ月#条解会社更生法二頁、松田・会)それは立法当時、破産法の改正問題として、アメリカの会社更生を如何にドイツ的法技術で継受するかということであつた。(立法当時の説明について、三ヶ月「アメリカにおける会社更生手続」同書一六七頁以下、会社更生法研究二頁以下、同「破産法改正の諸問題」同書一八三頁以下等参照)

それ故、その規定条項の内には破産法の文言をそのまま用いたものも少なくない、というよりも更生計画についての規定を除けば、その前提となる会社に対する多数権利者の取扱ひ、権利内容、及びその確定方法は(その名称の同一性を含めて)破産法と殆んど同一といつても過言ではない。(兼子#三ヶ月#条解)本件も亦、その一つの例といえるであろう。尚本条に関しての判決例は同法施行以来、下級審判決を含めて他に言及するものは見当らない。本件が始めての最高裁判決であることは実務の取扱上、大きな意義を有するものである。

二、法は更生債権調査期日について、次の如く規定した。即ち先ず債権(及び担保権)届出期間を定め(法四六条)右届出期間内に債権を

届出なければならず(法二二五条)、その債権については、一般債権調査期日に調査することとし、(法二三五条)例外的に法一二七条に定めた事項により届出期間後に追完された届出債権については管財人らに異議のない限り一般期日に調査することとし(法二三八条一項前段)、異議があれば特別期日を定めて(同条二項)調査をする。そして法一二七条に定める事由にあたらなくても、管財人らに異議がなければ一般期日に調査できる(同条一項後段)と規定しているのである。

そして右のいずれにも該当しないものは失権するのである(法二四二条)。(又この様に通説)そして最後の「失権」を別とすれば(この点は後)以上の手続、条文の規定方法は破産法一四二条(届出期間の決定)、同

法二二八条(債権届出方法)、同二三四条一項(管財人らの異議がなければ一般期日に届出期間後の債権の調査ができる)、同条二項(異議がある場合には特別期日を定める)等殆んど条文の規定方法は同一なのである(この点立法に参画された三ヶ月教授の前掲条解二二頁以下、同様に位野木氏の会(社)更生法要説一四七頁以下も破産法と同題旨の条文であることを明言されている)そして失権規定及び不服申立を著しく制限するのは(更生法一条と破産法三九条を)更生法が窮状にある会社の更生のために、更生計画案に同意を得且つ裁判所の認可を出来るだけ早くえるために、短期間内に(迅速に)権利関係の画一的確定を要するからである。(位野木前掲)この様に破産法と、その性質を異にする範囲内での(最少限度の)規定の言い直しである更生法の条項及び破産法の条項よりみれば、破産法二三四条の「異議」と更生法一三八条の「異議」とは同じものであり、又破産法二四〇条の「異議」と更生法一四三条の「異議」は同じ意味、性質のものであり、前二条の「異議」と後二条の「異議」

は別のものと理解するのが素直な条文の読み方であろう(宮脇編「改正説」一六一頁以下の青山、藤林氏の)。  
各発言も同旨のようである。

三、そして法一三八条(破産法三三四条の異議が「一般調査期日」にその期間経過後に届出られた債権を調査するか否かの形式的な事由に基く、「異議」であるのに対し、法一四三条(破産法二四〇条の異議は「一般か特別かに拘らず」調査期日に調査することとなつた債権につき、その債権の内容、議決権の額、優先、劣後の有無等実体的な権利内容に関する、「異議」であることにならう。それ故一般調査期日において、調査することに「異議」がなかつた以上、その調査される債権について述べられる異議は内容に関するもののみであり、形式的事由は最早主張しえないと解するのが会社更生法、破産法の

条文を解釈した当然の結論であろう(同旨兼子三ヶ月・条解三〇二頁、松田(全集)一九頁、宮脇・前掲一六三頁の藤林氏の発言内容、青山「裁判に現われた会社更生法の諸問題」民訴雑誌一六号二九五頁、中田・破産法、和議法(全集)二二三頁)その意味で本件判旨は賛成である(勿論立法当初その結果更生法では失権する結果)。  
とたることを予期したは別問題である。

そして同様の理よりすれば「裁判所が一旦特別調査期日を指定した以上、右調査期日においては管財人らは最早その債権が法一二七条一項の要件を具備しないとの主張はなし得ない」とした判決例(東高判四三三七・一八・一〇)も極めて妥当なものといえよう(尚この判決に下民集一九七・八一・四二〇)も極めて妥当なものといえよう(以後東高判決)。

四、以上本件及び東高判決はいずれも忠実に条文を解したものと見えよう。(ただし、この二つの判決はともに第一審は横浜地裁であり、且つ同じ更生会社管財人が当業者となつている事件である)ただ法一二七条一項の要件の有無については裁判所の判断に専ら委ねられている。

そしてこの要件ありとして特別調査期日を開くことも、又逆に特別調査期日を開かないことも、それにつき当事者は何らの不服申立の方法もない。(法二二条)(これと同様の規定が破産法二二九条、但し、これにより破らえるが、更生法上は債権者は自己の負担で特別調査期日を指定しても構うこととなるのである)

会社更生法がその目的とするところから迅速性を要求することは充分理解しようところである。だがしかし、その為、その要件の有無を誤つた結果権利者より永久にその権利主張方法を奪つてしまふことは余りにも苛酷なことになりはしないだろうか。法二二七条一項の要件は決して簡易に判断できる要件ではない(更生債権者がその責に帰することのできない事由により、その事由がやんだ後一月内に)より考えて、何らかの不服申立方法を考えるべきではなかつたであらうか。特に東高判決には「その調査のため、特別調査期日が開かれた以上は裁判所が右届出について同条項の要件を具備しているものと取扱つたことになるといふべく」(傍点)というように甚だ心もとない判断をしており、又本件の上告理由中にも「一般期日の冒頭においても、裁判官は期間経過後届出の債権を同日調査するか後日あらためて調査するかを関係人に問うた」と記載されている(もしこれが裁判官は破産法との誤解があつた)。そしてこの二件とも横浜地裁に申立てた同一更生会社の一般期日と特別期日である事より、おそらく同一の裁判官によつてなされたものと考えるが、これに問題があつたかもしれない。しかも本件及び東高判決の第一審たる横浜地裁の判決はいずれも上級審で取り消されている事より考えれば、本件及び東高判決がただ理論的のみに(又は第一審裁判官を信用して)解決したこと

には疑問がなくはない。

(註) 宮脇編・前掲一六一頁に藤林氏は次の如く発言されている。

「債権届出期間後に届のあつた債権に対しては、管財人が調査期日に関する発言をするのが普通です。債権届出期間経過後に届出のあつた債権がありませんが、本日皆さんに御異議がなければ認否をしたい。いかがでしょうか。こう言うと「異議あり」という人は通常一人もいないのですよ。だから、債権調査期日が続行されておる間は、その債権調査期日までには届け出た分まで、異議がなければ認否してもらおうというようなことが行われます。本件の調査期日がこの様に行われたか甚だ疑問であるが、大いに参考になるであらう。

以上により、更生裁判所の判断に個人の権利が専ら委ねられており、これに何らの救済手段のない点に疑問を有しながらも、本件判旨に賛成する次第である。

(昭和四十六年四月一〇日稿)

(豊泉 實太郎)

#### 昭四五一 (最高民集二四卷一 一號一頁)

- 一、独立当事者参加の相手方と請求の提出
- 二、取消差戻の控訴審判決を得た控訴人と上告の利益の有無
- 三、議決権行使の代理資格を株主に制限した定款の定めと議決権行使許容の仮処分の効力

株主総会決議不存在確認請求事件(昭四五・一・二二第一小法廷判決)

Y株式会社(被告・被控訴人・被上诉人)は解散し、X(原告・控訴人・上诉人)が清算人となった。Y会社の登記簿には、Y会社の本件臨時株主総会において、(1)清算人Xを解任し、Z(参加人・被控訴人・被上诉人)を清算人に選任する旨の決議および(2)訴外Aを監査役に選任する旨の決議がなされたと登記されている。

Zは、訴外B名義の株式一五〇〇株について、議決権行使を許容する次のような仮処分を得て本件臨時株主総会にのぞんだ。その仮処分とは、「被申請人BはB名義の(Y会社)株式(一五〇〇株)について(本件臨時)株主総会において株主としての権利を行使してはならない。申請人Zは(B名義)の株式について、右株主総会に出席して株主としての権利を行使することができる。被申請人Y会社は、右株主総会において(B名義)の株式についてZが株主としての権利を行使することを許さなければならぬ」というものである。

以上のような事情のもとで、X(株主名簿上五〇〇株の株主)がY会社に対して、本件臨時株主総会決議、(1)、(2)につき、主位的に右各決議の不存在確認を求め、予備的に右各決議の取消を求めたのが本件である。清算人職務執行停止の仮処分をうけているZ(株主名簿上の株主でない)は、民訴法七一条前段を根拠に参加。しかし、ZはXのみを相手方として、XのY会社に対する訴につき請求棄却および訴却下の判決を求めただけであつて、XおよびY会社に対し何らの請求もしなかつた。そして、かりに右参加が認められなくても民訴法六四条による参加の効力はあると主張。

第一審は、Xの株主総会決議不存在確認の請求を棄却。右決議取消請求を却下。

第二審は、決議(1)についてZは民訴法七一条前段の規定に基づき参加できるが、決議(3)について、Zは民訴法六四条の補助参加人たる地位を有するにすぎないとした。総会決議不存在確認の主位的請求について

は、「議決権行使の代理人を株主に限定する旨の(Y会社の)定款の規定は株主の議決権の代理行使を株主名簿上の株主に限定し、本件のような議決権行使許容の仮処分決定を得たものまでも排除した趣旨ではない」、「本件株主総会に出席した株主は、前記仮処分決定に基づき自ら株式一五〇〇株(株主名簿上B名義)の議決権を行使し、かつ、訴外C(株主名簿上四五〇〇株)の代理人としてその株式の議決権を行使するため出席したZ(をふくめて)五名であつて、その結果Zの行使した議決権の総数が合計六〇〇〇株(Y会社の発行済株式の総数は一万株)であつて、各議案に対しそれぞれ可決数に達したとして、請求棄却。総会決議取消の予備的請求に関しては、(1)決議に関する部分については商法二四八条一項所定の訴提起期間経過後に訴提起がなされているから、(2)決議に関して取消請求を却下した第一審判決は、その部分につき取消をまぬがれず、それに関する主位的請求ともども差戻されなければならないが、(2)決議に関して取消請求を却下した第一審判決は相当であるとした。X上告。

上告理由は、(1)Zの民訴法七一条による参加を認めただけは法の解釈適用を誤つている。(2)執行不能・違法・無効の仮処分に基づいてZの議決権行使を認めている原判決は不当、(3)原判決は、議決権行使の代理人を株主に限定する定款の規定を無視し、商法二二九条三項の趣旨を誤解していると主張。

最高裁は次のように判断した。すなわち、

一、「民訴法七一条に基づく独立当事者参加の申出は、常に原被告双方を相手方としなければならず、当事者の一方のみを相手方とする参加の申出は、不合法であることは、当裁判所の判例とするところである(最高裁昭和 一四二年九月二七日大法廷判決民集二一卷七号一九二五頁参照)。また、独立当事者参加の申出は、参加人が当該訴訟において裁判

を受けるべき請求を提出しなければならず、単に当事者一方の請求に対して訴却下または請求棄却の判決を求めるのみの参加の申出は許されないものと解するを相当とする。けれど、この種の参加の申出は、訴の提起たるの実質を有し、または参加人が訴却下または請求棄却の判決を求めるのみであるとすれば、当事者と参加人との間に審理裁判の対象となるべき請求が在しないこととなるから、「Zの右参加の申出を適法とした原審および第一審の判断は違法であり、破棄・取消されなければならず、Zの右参加の申出は却下。しかし、Zの補助参加の申出は、いわゆる共同訴訟的補助参加であると評価。

二、「控訴審において、第一審判決を取り消し、事件を第一審に差し戻す旨の判決があつた場合に、差戻を受けた第一審は、裁判所法四条の定めるところにより、右判決の取消の理由となつた法律上および事実上の判断に拘束されるのであるから（最高裁昭和三〇年九月二日第二小法廷判決民集九卷一〇号一一九七頁参照）、同条所定の拘束力が生ずる取消の理由となつた控訴審判決の判断に不服のある控訴人は、右判決に対して上告する利益を有し右判断の違法をいうことができるのであるが、控訴人において右判決の理由に不服があつても、これが取消の理由に対するものでない場合には、右控訴人は右判決に対し上告の利益を有しないものと解するのを相当とする。論旨は、原判決の違法をいうが、いずれも、原審が第一審判決を取り消す理由とした同条所定の拘束力ある判断の違法をいうものではないから、XのY会社に対する請求中清算人Xを解任し、Zを清算人に選任する旨の決議に関する部分については、上告適法の理由とすることができない。

三、「社員として有する権利の行使の停止またはかかる権利行使許容の仮処分決定においては、裁判所が右仮処分によりみだりに会社の経営権争奪に介入することがないよう厳に戒しむべきものであることはいうま

でもなく、右仮処分の申請はその必要最少限度においてのみ認容せらるべきものといわなければならない。そして、この種の仮処分決定は、右の趣旨に照らし、その決定中に明示された部分に限りその効力を生ずるものといふべきである。したがつて、原審の認定した本件仮処分決定中いわゆる社員権行使許容を命じた部分は、右仮処分申請人であるZに対し、B名義の同決定判示の株式一五〇〇株についてのみ、株主としての権利行使を許しただけであつて、定款により株主総会における議決権行使の代理資格を株主に制限しているY会社において、Zに株主Cの本件株主総会における議決権を代理行使する資格をも与えたものと解することはできないものといわなければならない。してみれば、右仮処分決定が右の効力をも有するものとし、ZのしたCの議決権の代理行使を有効とした原審の判断は違法である。また、株式を相続により準共有するに至つた共同相続人は、商法二〇三条二項の定めるところに従い、当該株式につき株主の権利を行使すべき者一人を定めて会社に通知すべきところ、原審は、亡訴外D名義の株式二〇〇株につき、その共同相続人から会社に対し、右の通知をしたかどうか、また何人が株主の権利を行使すべき者として定められたかについて、何ら判示するところがない。そして、ZのしたCの議決権の代理行使を無効とする以上は、右通知の存否、内容のいかんによつては、本件株主総会においてAを監査役に選任する旨の決議は、成立しなかつたことになる」として、右決議に関し、原判決は破棄され、それと同旨の第一審判決も取消されて、主位的請求にあわせて予備的請求も第一審へ差戻。裁判官全員一致の判決。

一、判旨第一点引用の最高裁昭和四二年九月二七日大法廷判決は、次のように判示している。すなわち

「民訴法七一条の参加の制度は、同一の権利関係について、原被告

および参加人の三者が互に相争う紛争を一の訴訟手続によつて、一挙に矛盾なく解決しようとする訴訟形態であつて、右三者を互に、立、牽制しあう關係に置き、一の判決により訴訟の目的を全員につき合一にのみ確定することを目的とするものと解するを相当とする。したがつて、同条に基づく参加の申出は、常に原告双方を相手方としなければならず、当事者の一方のみを相手方とするは許されないと解すべきである」と。

この判例については、すでに当民事訴訟法研究会の榎原氏が、法学研究四一巻二二九九頁以下で次のような観点から判旨反対の評釈をされている。すなわち

「参加人が当事者双方を相手どらずに独立参加の申立をしたとしても、参加人と争わない当事者とが訴訟の経過に照らしてみても、者に争わない了解があると認められるような状況があれば、独立当事者参加の成立を認めてよいのではあるまいか」と(同書二〇二頁)。もつとも、同氏は後に中京法学四巻二二頁以下掲載の「独立当事者参加の訴訟構造」と題する論文において、次のように述べられている。すなわち

「二当事者対立訴訟という枠組みでは、一挙に矛盾なく紛争の解決が出来ないため、二当事者対立訴訟という枠組みを外して、各訴訟間の訴訟資料を総合的に判断して紛争を解決出来る……訴訟上の機能をもつた独立当事者参加の制度利用の必要性という点に訴の利益を基礎づけることが出来る」(同書一五五頁) という角度から、「XY間の訴訟に七一条によつて参加するとの趣旨が訴状全体か

らみて窺えさえすれば、ZがX、Y両者を相手どつていのかどうかに關係なく同条の適用を認めてよい」と(同書二二頁)。

さらに、当民事訴訟法研究会の石川・斎藤の両氏が、法学研究四二巻一一号一〇八頁以下で、前出大法廷昭和「四二年判決を論理的前提として判示せられたと理解される」(同書一一頁) 昭和四三年四月二日第二小法廷判決・民集二二巻四号一四五頁以下の評釈において、次に引用するような留保をつけながらも前記昭和四二年の大法廷判決に賛成されている。その留保とは、すなわち

「七一条参加の申出を本訴当事者の一方のみを相手方としてなしている場合、裁判所はこれを新訴の提起としてひきなおすばかりでなく、釈明権行使によつて補正(当事者双方を相手方とする申出に変更させる)。し、七一条参加訴訟とすることも適切可能な処置であつたと考える。否、四二年判決では裁判所は参加人の意思を考慮して積極的に釈明権を行使すべき場合であつたと考える」と(同書一二二頁、なお、小室・前記昭和四二年大法廷判決批判、判例評論一〇九号二九頁および山木戸・同判決批判、民商法五八巻四号一四六頁も補正を命ずべき旨を指摘)。

私は、釈明権による補正という方法をさらに一歩先へ進めて問題の解決をはかりたい。本件のようにZが七一条による参加を申立て、XのY会社に対する訴につき、請求棄却および訴却下の判決を求め訴訟進行しているような場合には、ZがXの請求とはいわば正反対の請求をXに対してしているのであり、Yに対してもしかるべき請求をしていると裁判所は「善解」し、ZがX、Y双方を相手方として独立当事者参加したものととして、事をはごぶべきものと考える



(但し、民訴法一八六条)。本件のような場合、Zが何を求めているかを知ることは、裁判所にとつてさほど困難とは思われない。もつとも、そのようにたやすいことなら、Zのほうでしかるべく構成をし、その上で参加すべきであるということになるかもしれない。しかし、もつとも大切なものは、制度が予定している「目的」をいかにすればうまく達成できるかということであり、「目的」達成のため「手段」についてのさほど重大でもない瑕疵は大局にみられてもよいのではなからうか。それゆえ、私は、判旨第一点に反対する(柳川・本件解説・法曹時報二二巻七号一八三頁以下、小室・上野)。なお「善解」という観点からZの独立当事者参加を認めると、XYZ間の本件訴訟関係で、YとZは同一人を訴訟代理人に選んでいることになるので、弁護士法二五条一号違反か否かの問題が生ずることになる(この点に最高裁昭和三七(四)月二〇日第二小法廷判決。民集一六巻四号三三五頁以下参照)。

二、本件Xは、控訴審判決のうち取消差戻の部分について、いわゆる形式的不服を有していない。つまり、いわゆる形式的不服という観点からすれば、Xは、その部分に関して上告の利益がないことになる(柳川・前掲書一八五頁、小室)。しかし、控訴審の取消差戻判決の拘束力は、第二次第一審・第二次控訴審のみならず上告審手続にもおよび(石川・差戻判決の拘束力・実務民。そして、その拘束力は、破棄理由となつた法律上および事実上の判断に認められる(石川・前掲書)。それゆえ、右拘束力の発生に不服のある者は、その発生を妨げるために、取消の理由となつた判断の違法を主張して、上告する利益が認められることになる(柳川・前掲書一八七頁、小室・上野・前掲書九五頁)。本件上告理由は、取

消差戻判決の取消理由に対し不服をいうものではないので、上告の利益なしとした判旨に賛成できる(柳川・前掲書一八七頁、小室)。三、最高裁昭和四三年一月一日第二小法廷判決・民集二二巻一 二二二頁以下は、議決権を行使する株主の代理人の資格を当該会社の株主に制限する旨の定款の規定の効力につき、次のように判示している。すなわち、

「商法二九九条三項は、議決権を行使する代理人の資格を制限すべき合理的な理由がある場合に、定款の規定により、相当と認められる程度の制限を加えることまでも禁止したものとは解されず、右代理人は株主にかぎる旨の所論上告会社の定款の規定は、株主総会が、株主以外の第三者によつて攪乱されることを防止し、会社の利益を保護する趣旨にでたものと認められ、合理的な理由による相当程度の制限といふことができるから、右商法二九九条三項に反することなく、有効であると解するのが相当である」と。ちなみに、右判決の被告・控訴人・上告人は、本件Y会社である。

このように最高裁は有効説であるが、周知のように、この点については、有効説、無効説が対立している(この点については、杉田・前記最高裁判例所判例解説・民事篇昭和四三年度(下)一四〇八頁以下、龍田・同判例批評・民商法六一巻二二六八頁以下参照)。無効説によれば、本件仮処分の有無に関係なく、本件Zの議決権代理行使が認められることになる。有効説をとつた場合、Zが代理行使を出来るか否かは、議決権行使の代理人資格を「株主」に限るとする定款の規定の「株主」の意味のとりかたいかんによつて説がわかれよう。そ

の「株主」の意味を株主名簿上の株主と解すれば、株主名簿上の株主ではないZの代理行使はもちろん認められない。また、その「株主」の意味を株主名簿上の株主またはそれと実質的に同視できる者の意味に解すれば、本件仮処分を得て総会にのぞんだZに議決権の代理行使を認めてもさしつかえないように思える。しかし、本件の場合には、右に述べた「株主」の意味のとりかたいかんの問題に加えて、本件仮処分の効力をなるべく制限的に解するのこそ、それも擴張的に解してもさしつかえないかの問題がある。本件仮処分の効力を制限的に解する方向をとれば、どちらかといえば判旨のようになり

(柳川・前掲書一八八頁、小室、) 擴張的に解すれば、Zの議決権代理行使が認められることになる(八頁お赤堀・本件解説・会社判例百選(新版)一〇一頁、発言できるのだから、議決権行使の代理資格を株主に制限する定款が総会荒らしの防止という趣旨をもつことを考えあわせると、Zが本件Cの議決権を代理行使するのを否定する法的利益がなかつたと解することが可能である)と、さらに判旨のよう解すると結局Cの議決権行使を妨げることになり、このことは、商法二二九条三項の趣旨に反すると考えられる。

私は、無効説を妥当と考えるので判旨には賛成できない。すなわち、その理由は、次の二点である。

(1)株主総会が株主以外の第三者によつて攪乱されることを防止するために、議決権行使の代理人資格を株主に制限する定款の規定が一応有効に機能することを否定するものではない。しかし、そのような総会の秩序維持は、総会屋等につけこまれるような弱みを持たない企業体質を作りだすことおよび社会秩序維持のための通常の諸制度にまかせられるのが本筋であり、現実には議決権を誰が行使するかという観点、つまり総会運営主体という観点から求めようとして

はならないのである。議決権行使を誰にさせるかは、株主の自由な判断にまかせられるのである。

(2)昭和四一年の商法改正により、株式の譲渡制限が認められ、いわゆる閉鎖的会社が出現したのだから、議決権行使の代理人資格を株主に限定する理由があるとの説がある(渡辺、議決権行使の代理資格について、商事法務研究四八四頁以下、龍田・前掲書二七頁は、「株式の譲渡制限をして、会社については、代理人資格を株主に限定することも認めべきである」とする。菱田・株主の議決権行使と会社支配一八二頁以下は、「株式の自由譲渡性が制限せられ、株式会社なる社団の内部からの株主と異つた分子が参加することを制限することが認められる場合には、株主間の人的関係はある程度認められ、議決権行使の代理人たる資格を株主に限ることには理由が存するものと考えられる」とする。なお、菱田・議決権行使の制限(昭四三・一・一・最高第二小法廷判決解説)、会社判例百選(新版)一〇五頁も前著と同旨)。しかし、誰が会社の株主になるかの問題、つまり、誰が会社支配主体になるかの問題(株式の譲渡制限と誰が現実に議決権を行使するかの問題、つまり、誰が総会運営主体になるかの問題(議決権代理行使の制限)とは、およそその属する次元を異にするのである。なるほど、従来の株主と異なつた気ごころの知れない異分子を当該会社からしめだすのだという点で、株式の譲渡制限と議決権代理行使の制限の両者は、共通の機能をはたし得る。しかし、同じ機能をはたし得るからといって、本来は別々の次元で論じられるべきはずの両者を勝手に同一面で同列に結びつけて、有効説の論拠にしてしまふわけにはゆかない。誰が総会運営主体になるかの問題は、最終的には、誰が会社を支配するかの問題に吸収される。といつても、総会運営主体の問題は、会社を支配する者を誰が総会で代弁するかの問題であり、会社を支配する者を誰に限定するかの問題とはやはり次元を異にするのである。総会で自分を代弁する者を株主は、あたかも自分で自分の手足を意のままに

動かし得るかのごとく、自由に決めることができるのであり、そのことこそが商法二二九条三項の趣旨なのである。そして、このことは、商法上、会社支配主体の交替に制限が加えられたこととは何んらの関係も持たないのである。

以上のしだいで、判旨第一点、第三点に反対、判旨第二点には賛成する。

(一九七・三・二〇) (加藤修)

#### 昭四五二 (最高民集二四巻 一七四頁)

仮差押者の債務者が破産宣告を受けた場合と、第三者異議の訴の利益の有無

第三者異議事件 (昭和四五・一・二九・最高裁第一小法廷判決)

一、X (原告・被控訴人・被上告人) は、Y (被告・控訴人・上告人) は、訴外Aに対する仮差押決定正本に基づき、昭和四二年一月二六日洋服ダンス外二点の動産につき仮差押執行をしたが、右物件は、Xが他から買い受けたものでXの所有に属するから、右仮差押執行の排除を求め、として、昭和四三年七月二日、Yを相手方として第三者異議の訴を提起した。

Yは、Xの主張事実中Xが右物件を他から買い受けたとの点を否認し、その余の事実を認めた。

一審は、Xの本件物件の他からの買い受けを認定して、Xの本訴請求を認容した。Yから控訴。

原審で、Yは、「Aは、昭和四三年五月一日午前一〇時名古屋地裁で破産宣告を受けたので、本件物件は破産財団に属する財産となり、本件仮

差押はその効力を失つたから、本訴請求は、その対象を欠き失当である。」と主張し、Xは、AがY主張どおり破産宣告を受けた事実を認め、その余は争うと述べた。

原審は、一審判決理由を引用し、左記の点を付加してYの控訴を棄却した。

「Aが昭和四三年五月一日午前一〇時名古屋地裁で破産宣告を受けたことは当事者間に争いが無いが、そもそも本件物件はXが買い受け所有するのであるからAが破産宣告を受けたからといって、これがため本件物件が破産法七〇条所定の破産財団に属する財産となる筋のものではない。」と、これに対してYから上告。

二、上告理由および上告審判決

上告理由は、「破産財団に属する財産に対してなした本件仮差押は効力を失つていたので (破産法七〇条)、被上告人Xが上告人Yを相手とする本訴請求は失当である。原審は破産法七〇条一項所定の破産財団を法定財団の如く解釈しているが、現有財団と解釈すべきで、原審は七〇条一項の解釈を誤つたものである。」という。

上告審判決は、左のとおり判示して、原判決を破棄し、一審判決を取り消し、Xの本件訴を却下した。

「Yは、本件仮差押決定正本に基づき、昭和四二年一月二六日Aに対し本件物件につき仮差押執行をしたが、昭和四三年五月一日Aが破産宣告を受けるに至つたのであるから、本件物件は、破産法七〇条にいう破産財団に属する財産となつたもので、Yの右仮差押は同条により破産財団に対しては効力を失つたものというべく、その後において右仮差押執行の排除を求めて提起された本件第三者異議の訴は、その利益を欠き、不適法として却下を免れない。Xとしては、本件物件の所有権を主張してその返還を求めるときには、破産管財人を相手方として破産法八七条所定の取戻権を行使すべきものである。」と。

判旨に反対する。

一、本判決は、結果的にはYの仮差押に対するXの第三者異議の訴の適否に関するものであるが、その前提として、破産法七〇条一項本文の解釈——殊に、「破産財団ニ属スル財産」および「破産財団ニ対シテハ其ノ効力ヲ失フ」ことの意義が明らかにされねばならぬ。

二、債務者が破産宣告を受けると、破産債権者は、個別的執行による満足は許されず破産手続によらなければその権利を行うことができず(二六条、)したがって破産債権者は、破産財団に属する財産に対し強制執行や仮差押・仮処分および企業担保権の実手続を新たに開始できないことはもちろん、すでに開始されたこれらのものも、破産宣告によつて破産財団との関係では当然にその効力を失うに至る(七〇条一項本文)。

そこで、本件判決については、まず七〇条一項の「破産財団ニ属スル財産」が、いわゆる法定財団(Sollemasse)に該当するか、それとも現有財団(Erfolgslos)に該当するかについて、しかる後に「財団ニ対シテ効力ヲ失フ」のは絶対的に無効であるのか、それとも相対的な無効であるのか、後者だとすると、いかなる範囲において相対的無効と称しうるのか、について検討される必要がある。

三、はじめに「破産財団に属スル財産」の意義について考察すると、通常、法定財団とは、法律上あるべき姿における破産財団、或いは破産財団としての管理機構に服すべき総財産、つまり破産者が破産宣告時において有する差押え可能な一切の財産(二六条)であつて、

日本に存在するもの(三三條)であり、また現有財団とは、現にある姿における破産財団、或いは実際に破産財団としての管理機構に服している財産を意味し、破産管財人が破産財団に属すると認めて事実上占有管理しているものである(中田・破産法・和議法(法律学全集七八頁、井兼子編・破産法二〇頁、菊井等)。  
破産法概要・六八頁・七四頁等)。

破産においては、原則として破産者の有する総ての財産が破産的清算手続の対象になるが、法があるべき姿を本来的なものと予定してこれを法典に組み入れることは当然であり、破産法が破産財団として規定する場合の多くは法定財団を意味するが、現有財団について規定する場合も存する(四七条三号・四号、六九条、八七条)。

七〇条一項にいう「破産財団ニ属スル財産」の意義については概ね学説は沈黙を守っている(菊井・前掲書四七頁、竹野・破産法原論上)。結論から述べれば、以下に述べる理由によつて、七〇条一項にいう「破産財団」は、これを現有財団と解すべきである。根拠は以下にみるとおりである。まず(一)執行機関には執行の目的物が債務者の責任財産であるか否か、つまり第三者がこれにつき譲渡もしくは引渡を妨げる権利を有しているか否かを終局的に調査する職責も権限も有しないし、執行機関は、一定の外見的徴表からのみそれを判断すべきであるという技術的要請(有体動産執行にあつては民法五六六条一項により占有を基準とし、不動産執行では登記を基準とする)から、責任財産に属さぬ第三者の財産に対しても執行法上は適法に執行する可能性は充分に存する。つぎに、破産管財人は現実にも法定財団に属する財産しか占有・管理および換価しないものであれば格別、そうではなく、破

産管財人の法律上の地位についての見解の相違に従つて、その説明方法は異なるにせよ、いずれにしても破産管財人の認めるところに従つて占有・管理・換価が行われるのであるから、破産管財人についても債務者の責任財産に属さない第三者の財産につき占有・管理等をする危険はこれまた充分に存する。第三者の財産に執行する危険が右の前者にのみ存するのであれば、七〇条一項にいう「破産財団ニ属スル財産」の意味を法定財団と解しても不都合は存しないが、右の後者においてもその危険が存するのであるからこれを現有財団と解さねばならない。(一七〇条二項には第三者の財産について破産管財人が占有・管理することを予定した規定が存すること、さらに、(三)もし法定財団であると解すると、破産宣告時に第三者の手に存する破産者の財産について強制執行・仮差押・仮処分等がなされた場合にこれらについてまで七〇条一項でその効力がなくなるといふのはナンセンスであること、四)またもし、片面的に破産宣告時に破産者の手元にあつて破産管財人に占有せられた破産者の財産についてのみ七〇条一項の適用を肯定し、その限度でなお法定財団と解するテクニクもないではないが、それではそもそも既に述べた意味における法定財団・現有財団の概念からはずれることになる。それゆえ七〇条一項の「破産財団ニ属スル財産」とは現有財団と解すべきである。

四、「破産財団ニ属スル財産」とは右にみたところによつて現有財団を意味することが明らかになつたが、これを法定財団と解すれば、本判決の結論は当然に原審の示すところに帰する。けだし、本件物

件がXの所有に属する、つまりAの所有ではないことをもつて、本件物件が七〇条一項の破産財団に属する財産とはならない理由としているからである。しかし翻つて、これを現有財団と解すれば直ちに本判決と同一結論に至るものではない。というのは、現有財団と解しても、七〇条一項にいう「破産財団ニ対シテハ其ノ効力ヲ失フ」の規定の意味の解釈いかんによつてその結論は左右されるべきものであるからである。

「破産財団ニ対シテハ其ノ効力ヲ失フ」この意味は、あらゆる場合、あらゆる者との関係で強制執行その他が効力を失うものでないことは規定の字句からも明らかであるが、実質的には、破産手続中破産債権者は、個別的権利執行は許されないことから、この失効は破産債権者の公平な満足、そのための弁済の資料である破産財団の破産管財人による統一的な管理換価との関係で認めればよく、それ以外のすべての関係で認められる必要はないことによる。

では、「破産財団ニ対シテハ」とはいかなる意味であるか、つまりいかなる意味において相対的無効なのであろうか。以下においてこれを検討する。

ドイツ破産法四九条一項二号、ドイツ民法八〇四条、九三〇条では、各破産債権者が債務者の破産宣告前に強制執行に着手するときは、各執行財産に対し差押え(Pfändung)により質権を取得し、その質権は債務者が破産宣告を受けた場合には別除権としてこれを行使することができるのであるから、既に開始した強制執行の効力は債務者に対して破産宣告がなされても当然維持されるのであつて、こ

こからは我が破産法七〇条一項についての解釈のきめ手は見い出せない。

旧商法破産編九八七条は、「各個債権者ハ優先権ノ存スルニ非サレハ破産処分中破産者ノ財産ニ対シテ強制執行ヲ為スコトヲ得ス」と規定しており、また破産法草案旧案七一項は「破産債権者カ破産宣告前ニ破産財団ニ属スル財産ニ付強制執行ニ着手シタルトキハ其手続ヲ中止ス」としていたが、「中止ス」とするのは破産宣告確定前には妥当であつても、宣告確定後には妥当性を欠くためにこれを「破産財団ニ対シテハ効力を失フ」と改め、また仮差押・仮処分も包摂したものと現行七〇条一項は規定された。ここから、破産財団が成立しない場合には強制執行は効力を失わず(加藤・破産法研究、効力を失うとは絶対的失効の意味ではなく、相対的失効のことである(前野・申立より終結に至る破産手続一〇九頁)と説かれており、破産終結決定の公告(二八二条、三四四条、破産廃止決定(二四五条、三四七条、三五三条)、破産取消決定(二五六条)の確定があつた場合には、破産宣告前の強制執行は完全なる効力を回復する(菊井・破産法概説)として、かかる場面においての相対的失効を七〇条一項にいう「効力ヲ失フ」の意味であるとする。下級審判例(東京高裁決定昭和三〇年二月二六日)にも同趣旨のものが存し、「破産法七〇条に『効力ヲ失フ』とあるのは、如何なる関係においても絶対的に無効になるといふのではなく、単に破産管財人の換価行為の障害となることを避けるため、同条に示すとおり破産財団に対する関係においてのみ無効となる相対的のものであつて、……後に破産が解止となり、破産財団

が消滅するに至つた場合にも、依然右の財産が売却等によつて他に移転することなく、破産者の所有に残つていたときは、破産宣告によつて相対的に無効となつた強制執行は当然に回復すべき……とする。なお右のうち破産取消決定の確定は、それにより破産開始の効力は溯及的に消滅するのであるから、相対的無効なるがゆえに執行が復活すると説くことには疑問がある(同旨、「破産法における個別執行禁止の原則と保全」)また破産廃止については、廃止は手続経済上認められるところの、将来効を有するもので、廃止後においても債権者の公平を貫徹するという要請があるとして、これを否定する見解(桜井・「破産取消決定が確定した場合、宣告前に開始した強制執行(民事第三一五号民事局長)がある。いま右にみた東京高裁昭和三〇年決定と同趣旨の相対的効力説を時間的隔りの後に効力が回復する」といふ意味で仮にこれを時間的相対無効説とする。

つきに相対的無効の意味を、商法三八三条三項に規定する「整理ノ關係に於テハ」と同様であり、これは注意規定であつて、それは破産財団に不利益となる関係において無効であると理解する立場(民事法学辞典)が存する。これを執行行為が財団にとり利益か、又は不利益な内容を有するかにより區別するという意味において、仮に内容的相対無効説とする。

さらに執行債権者の破産財団に対する関係においてのみ無効として取り扱えば、破産管財人の財産の占有管理・換価・配当は充分保護しうることから、その関係においてのみ無効であつて、他の関係——執行債権者(本件Y)とそれに対する第三者異議訴訟の原告(本件X)

の関係、さらには執行債権者その他の債権者の関係——においては当の執行は効力を有すると解するものである。これをいま仮に關係的相対無効説と呼ぶ。

時間的相対無効説、内容的相対無効説、關係的相対無効説は、それぞれ対象とするところを異にするのであるから、相互に排斥する關係にあるものではない。しかし従来から説かれてきた時間的相対無効説および内容的相対無効説は、いずれも相互に、また關係的相対無効説を排斥していた。

時間的相対無効説は、破産が解止に至れば強制執行等が従前の効力を回復する点で捨象できない場合についての効力であり、この意味での相対効は、これを認める必要がある。しかし、内容的相対無効説は、七〇条一項但書で執行が財団に有利な關係であれば破産管財人は強制執行を続行できることが定められており、その意味からは、その見解も自ら断るとおり、単なる注意規定であつて相対効の問題として議論するまでもない。前二者が以上のとおりであるからといつて、それは少しもつぎの關係的相対無効説が不必要であることにはならない。實際上、本件XがYに対して第三者異議訴訟で勝訴しておけば、破産終結時にX所有の財産が換価・配当されずに残っている場合に、それに対する債権者Yの執行も妨げることができ、つまり執行債権者Yと破産財団の間においては、当該執行は無効として扱うが、それ以外の關係においては有効として扱うべきである。それゆえ「破産財団ニ対シテハ其ノ効力ヲ失フ」とは、広義には、右の時間的相対無効、内容的相対無効、關係的相対無効

の意味において、正しくは、時間的および關係の意味において相対無効であることを規定したものであるといふことができる。

本件判決が結果的にXのYに対する第三者異議訴訟を、その利益を欠き不適法とするのは、結局右の關係的相対無効の理論を採用せず、対破産財団との關係のみならず、他の第三者との關係においても無効として扱うことを認めたことになる。しかし、それが不当であることはすでにみたとおりであつて關係的相対無効理論を承認する限り、結論的には控訴審と同様に解すべきことになる。もつとも控訴審は、この理論によるのではなく七〇条一項の破産財団を法定財団と解したための結論なのであるから、そのプロセスにおいて誤つている。

また第三者Xが破産財団に対して目的物について取戻権（八七条）を行使できるということは本件第三者異議訴訟が不適法であることにならないのはいうまでもない。それゆえ本件判決に賛成することはできない。

なお、本件仮差押が無効となるのは、その仮差押命令と執行の兩者共に失効するか否かにつき争いが存するが、強制執行手続を排すれば破産手続にとつて必要な目的は達せられるのであることから、破産宣告の効果は、執行手続のみを失効させると解するものである（（同旨・小野木・破産法概論八八頁）。  
（反対・竹野・破産法原論上三一―三三頁）。

また、本件は、破産宣告後第三者異議の訴が提起された場合であるが、第三者異議訴訟係属中に破産宣告があつた場合も、右と同様に解して妨げない。これについては松山地裁昭和三六年八月二三日

判決・判例時報二七七号二八頁が存し、本件判決と同様の結論を示す。

(宗田 親彦)

昭和四五三 (最高民集二四卷)  
(二号八一頁)

準備書面の陳述の有無と調書の記載

建物収去土地明渡請求事件(昭四五・二・六第三小法廷判決)

X(原告・控訴人・被上告人)は、本件土地の競売において土地所有権を取得した者であり、Y(被告・被控訴人・上告人)は、従前よりその土地の上に建物を所有して、土地を賃借している者である。Xが、所有権取得により賃貸人たる地位を承継したにもかかわらず、YはXに賃料の支払をしないとして、XはYに対して、未払賃料の支払催告と不払を条件とする賃貸借契約解除の意思表示をした。ところが、Yはこれを履行しなかつたので、XがYに対し賃貸借契約解除による本件建物の収去と本件土地明渡並びに、所有権移転手続をした日から明渡済までの賃料及び賃料相当損害金の支払を、訴求したのが本件である。Yは抗弁として、Xの催告に応じて期限前に代理人訴外Aによつて弁済の提供をなしたが、Xの受領拒絶にあつたために、法務局に弁済供託し、もつて右債務は消滅している旨、述べた。第一審は、Yの抗弁を認め、「訴外AはXの拒絶にあつて持参した賃料金を呈示しなかつたし、賃料を持参していることも告げなかつたが、YがXの催告に応じて期限内にX方に催告にかかると賃料金を代理人に持参させた以上、弁済提供に欠けることはないといふべきである」(引用句は、鈴木重信「本件判例解説」法曹時報二二卷一〇号一三〇頁以下、その一三三頁、但し、人名についてはそのまま

引用せず、X、Y、Aにおきかえた。)として、Xの請求を棄却した。第二審は、Yの抗弁につき、第一審とは逆に、Aの行為をもつて、債務の本旨に従つた現実の提供があつたとみなし難いとして、Yの抗弁をしりぞけ、Xの主張をほぼ認め、第一審判決を取消し、Xの請求を認容した。これに対してYは、「原審(第二審)の口頭弁論期日において、準備書面を提出し、これに基づいて、Xの本件未払催告と不払を条件とする賃貸借契約解除の意思表示は本件賃料の支払方法がY住所に於ける取立債務であり且権利の濫用であるから無効である旨の主張をしたのであるが(このことは同期日附のスタンプが準備書面に押され、本件記録に添付されていたり、準備書面に副本受領のX代理人の印影があることから明らかであるが)、原審は、これについて口頭弁論調書に記載せず、また、これについて審判をしていない」として、上告(他の上告理由は判例集では省略されている)。

最高裁は、これに対して次の理由で上告を棄却した。

「第二審において上告人から提出された準備書面が陳述された旨口頭弁論調書に記載がなく、かつその記載のないことにつき当事者から異議の述べられた形跡のない場合においては、特段の事情のないかぎり、右準備書面は第二審の口頭弁論期日に陳述されなかつたものといわなければならぬところ、本件記録によれば、所論の津備書面が陳述された旨の記載は原審口頭弁論調書にないばかりか、その記載のないことにつき当事者から異議の述べられた形跡も認められず、そして右準備書面が陳述されたことを認めることのできる証拠もない。したがつて、所論準備書面は結局原審口頭弁論期日に陳述されなかつたものといわざるをえない。そうとすれば、右準備書面の陳述されたことを前提とする所論の理由のないことは明らかである。論旨は採用できない」。

一、本件で問題となるのは、Yの代理人Aの行為がXに対してYの



弁済提供をなしたことになるのか否かという実体法上の問題と、Yの原審での準備書面記載の「賃料不払を理由とする契約解除は、本件債務は取立債務であることと、権利濫用とによつて無効である」旨の主張が口頭弁論において陳述されたか否かを何で判断するかという訴訟法上の問題の二つである。以下、後者の訴訟法上の問題について考えてみよう。問題の準備書面記載の主張が実際に口頭弁論において陳述されていたならば、原判決には審理不<sub>レ</sub>尽があつたとい

わなければならぬ。逆に、口頭弁論で陳述されていないならば、問題は無い。準備書面は、あくまでも口頭弁論を補充するものであつて、準備書面に記載されていたとしても、口頭弁論において陳述がなされない以上、原則として、そのままでは訴訟上、効果をもたないとされているからである(例外としては欠席の場合、民訴法一三八条)。もし、そうでないとしたら、口頭弁論の意味がなくなり、裁判は書面審理になつてしまふであろう(準備書面の性格については、兼子三卷一八五)。問題は、そこで、準備書面記載事項が口頭弁論で主張されたか否かという何を何で判断するかということである。

二、この場合、陳述の有無につき口頭弁論調書に推定的意味を与える考え方と、そうでなく一般的に陳述の有無を証拠によつて判断すべきであるとする二つの考え方がありうる。本判決は前者の立場をとつた所に、意義がある。民訴法一四七条の反対解釈によれば、後者の立場になるからである。前者の立場が正しいとする場合には、先ず準備書面記載事項が口頭弁論で陳述された場合は、かかることは調書に記載されなければならないといふことをいなければなら

ない。本来、調書に陳述の有無の記載が要求されているのであれば、民訴法一四六条が関係人に調書の閲覧等の自由を認め、かつまた記載内容の異議につき記載を命じていることからして、調書に、陳述の有無につき推定的な効果を認めても、一応、不都合はないと思われるからである。そこで、問題は、民訴法一四四条にいう「弁論ノ要領」の意味は何かということになる。

ところで調書に記載を要求している「弁論の要領」の内容について、従来、二つの説がある(学説や判例の状況については、前掲実務講座三八〇頁以下、升本<sub>二</sub>金子編法律学説判例総覽<sub>一</sub>民事訴訟法上<sub>二</sub>三三五頁以下等、参照せよ)。第一説は旧民訴法一三〇条、ZPO一六〇条一項のいう「弁論の進行についての要領」と同義であるとするのであり、第二説はそれ以外に「当事者ノ提出シタル攻撃防禦ノ方法、之ニ対スル相手方ノ陳述及釈明ノ結果ヲ整然且明瞭ニ記載セサルヘカラス」と説くのである(引用句は中島弘道「日本民訴法第」。第一説の根拠としては、詳しく調書を作るならば速記の制度、民訴法一四八条があるのではないかと(細野長良「民訴法要義第三卷」)、調書が第二説では煩雑になるのではないかと(松岡義正「新民訴法註釈第四卷」)、いわれているが、これらは結局、程度の問題であつて第二説を排斥して第一説が正しいとする積極的な論拠とはいえない。さらに第一説の論者は「弁論中どの期日で陳述したかはその効力に影響はないし、又弁論の内容は裁判官が直接に聴取したところを自ら判決事実として摘示し(二九一―二)、これを基礎として、裁判すべきであつて、調書に頼るべきものではないからである」と説く(兼子一「兼解民訴法上」)。しかし、この根拠は、裁判官の直接主義を強調するあまり、調書の

もつであらう公文書としての事実上もつ強力な証明力を軽視してないだらうか。ZPO三一四条のように「判決ノ事実ハ、口頭弁論ヲ以テスル当事者ノ供述ニ関シテノ証拠トナル。此ノ証拠ハ、法廷ノ調査ニ依リテノミ其ノ効力ヲ失ハシムルコトヲ得」(現代外国法典叢書第一〇巻四六〇頁)という証拠法則の規定や、旧民訴法二二二条、二二三条のように重要陳述についての書面提出についての規定をもたない、現行法では、重要な主張の陳述の有無は、調査によらないと判断がつかない場合が多く生じるであらう。この場合、調査によつて判断するのが合理的であらう。かようなことからして第二説が正しいといわなければならぬ。(同趣旨を説くものとしては、前掲実務講座三八〇頁、菊井村松民訴法一(昭和三年)四九二頁、西村宏一訴訟記録、民訴講座第二巻(昭和二年)五〇四頁等がある。なお、これらによれば、実務も第二説をとっているとのことである。)

三、さて、第二説が正しいとしても、そこから、直ちに、重要な主張の陳述の有無を調査で判断するということにはならない。民訴法一四七条の調査の証明力についての規定のもつ意味が検討されねばならない。この規定は、反対解釈によれば、口頭弁論の實質的内容については調査は証明力を有しないということであり、このことは、ひとつには調査作成者たる書記官に、誤りなく實質的内容まで記録させることは無理であるとする判断が働いているからだと思われ。従つて、第二説を支持するといつても、調査に証明力を認めるには、周到な配慮が必要とされる。そこで、例外的に、条件を厳しくした上で、証明力を認めるべきだと思ふ。本件の場合、①準備書面の陳述の有無であること、②調査の記載につき、当事者から異議の述べられた形跡のない場合であること、③特段の事情がない場合

であること、の三つの条件があるといつてよい。準備書面の陳述の記録の場合は、書記官に、準備書面のどの部分が陳述されたか否かを記録させることは特定が容易であるから無理なことではあるまい。かかることと、②③の条件を考えれば、本件のような場合、調査に証明力を認めても不都合はないといふべきであらう。問題は特段の事情の内容になるが、それは当該準備書面記載事項が陳述されたことを前提になされた当事者の陳述が調査に記載されているような場合であり(鈴木・前掲、二三七頁)、制限的に解していくものと思ふ。

以上の理由で判旨に賛成するしだいである。

四、本判決は準備書面の陳述の有無に依存する審理不<sub>レ</sub>尽、判断遺脱、理由不備等の上告が多い実務に(鈴木・前掲)、大きな影響を与えるであらうし、調査を記載する書記官にも記載の仕方について一考をうながすであらう。また、当事者にも調査のもつ意義をあらためて教えるものであらう(なお、本件判例について、判例時報五八五号五一頁、判例タイムズ二四六号一九〇頁にそれぞれ簡単な解説がある。)

(昭和四六年二月四日稿)

(坂原 正夫)