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八七〕一、役員選任の株主総会決議取消の訴の係属中に当該役員が退任した場合と訴の利益の有無 二、前項の場合において決議取消の訴がその利益を失わないとされる特別事情 株主総会決議取消、株主総会決議無効確認請求事件(昭和四五年四月二日第一小法廷判決)
Sub Title	
Author	渡辺, 惺之(Watanabe, Satoshi) 栂, 善夫(Toga, Yoshio) 伊東, 乾(Itō, Susumu) 石渡, 哲(Ishiwata, Satoshi) 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.8 (1971. 8) ,p.111- 126
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=AN00224504-19710815-0111

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.

から債権者には、労働義務違反または誠実義務違反の行為などがあり、さらに、それに加えて本件非行が行なわれた事情のもとで、債務者は債権者との雇傭関係を続けてゆく意思を失つて解雇の意思表示をしたものであると認めたことは、債務者が雇傭関係の消滅を意欲しなかつたというような特別事情の不存在のみならず、そのような認定を可能ならしめる一連の労働義務または誠実義務に違反する諸行為の存在にもとづくものである。そのかぎりにおいて、本件には転換解釈の余地があるから、判旨は結論において妥当である。

（峯村光郎）

〔最高裁民訴事例研究八七〕

昭四五5（最高民集二四巻四号二二三頁）

一、役員選任の株主総会決議取消の訴の係属中に当該役員が退任した場合と訴の利益の有無

二、前項の場合において決議取消の訴がその利益を失わないとされる特別事情

株主総会決議取消、株主総会決議無効確認請求事件（昭四五・四・二第一小法廷判決）

X（原告、被控訴人、上告人）は、Y株式会社（被告、控訴人、被上告人）の株主であり、創立以来昭和四〇年五月二八日の定時株主総会までその取締役であつたところ、同日開かれたY会社の定時株主総会に於いて、訴外A等七名、同B等二名が各々取締役、監査役に選任された。Xはこの選任決議に対し、以下の点を理由として、右決議取消請求の訴を提起した。即ち、㈠、本件定時株主総会は取締役会の決議なくして行われたものであり、商法第二三一条及びY株式会社定款の規定に違背する。㈡、本件定時株主総会の招集通知は会日のわずか四日前に発せられて居り、商法第二三二条一項に違背しており、又これによりXは累積投票に依ることを求める権利を行使する機会を奪われた。（ちなみに、当時Y会社の発行済株式総数は二〇〇〇株であり、Xは四一二株の株式を有していた。）㈢、本件選任決議に際して、議長が一人一票とする旨宣して、無記名連記投票により一人一票の投票が行われたが、これは一株一議決権の原則（商法第二四一条）に違背する。第一審は、Xの主張を全面的に認め、いずれも選任決議の取消原因に該当するとしてXを勝訴させた。Yは控訴し、控訴理由として、本件決議の後、任期満了による役員改選の為の株主総会において、新らたに適法な役員改選が行われたものであり、本件昭和四〇年五月二八日の定時総会に於ける役員選任決議の取消を求めることは訴の利益がないと

主張した。第二審は、Yの主張事実を認め、「本件役員選任決議取消の訴のごとき形成の訴は、法律が必要に応じ要件を定めて個別的に認めたものであるから、その出訴要件が具備しているかぎり一応訴の利益が認められるが、形成権発生後の事情の変動により、判決しても何ら具体的実益のない場合には訴の利益を欠くに至るものと解するを相当とするところ、控訴人が取消を求める決議にもとづき選任された役員は全て任期満了により退任しており、新たな別個の選任決議によつて役員が就任したものであつて、控訴人が取消を求める選任決議にもとづく役員は現存していないのであるから、本件決議取消の訴は利益を欠くに至つたものと認めるべきである。控訴人が本件決議により選任された役員に対し就任期間中の責任を追求する（商法第二六六条、第二六六条の二、第二六七条）ためには、本件決議取消の判決を得ることを要するものではない」い、としてXの請求を却下した。Xは上告、上告理由として、(一)、違法な決議で選任された取締役の行為に対する責任追求の手段として原判決は、商法第二六六条以下三ケ条の規定をあげるが、それに限定されるものではなく、取締役選任決議が違法である事が確定すれば、その者は当初より取締役ではなくなり、右三ケ条に抵触する行為をしなかつた場合でも、非取締役がなした行為として、当該行為毎に或いは不当利得として、或いは、不法行為としての会社に対する責任は追求されることになる。そして、その前提として選任決議が取消される事が必要なのであつて、その責任追求には決議取消の判決を要しないとした原判決は不当である。(二)、取締役選任決議の取消を求める利益は、取締役たる地位を失わせる事、及び非取締役がなした行為について会社が受けた損害を会社に回復させる前提をつくりだす事、の二点にある。任期満了は、前者の利益を失わせるものではない。選任決議の瑕疵は、決議取消訴訟による以外は確定の方法がなく、損害賠償或いは不当利得金返還訴訟の前提として別訴で主張することは許されていないのであり、この点についてみても後者の訴の利益は失われていない、と主張した。これに対し最高裁は次の理由を以つて上告を棄却した。即ち「形成の訴は、法律の規定する要件を充たすかぎり、訴の利益の存するのが通常であるけれども、その後の事情の変化により、その利益を欠くに至る場合がある（当裁判所昭和三三年(オ)第一〇九七号同三七年一月一九日第二小法廷判決、民集一六巻一号七六頁参照）。しかして、株主総会決議取消の訴は形成の訴であるが、役員選任の総会決議取消の訴が係属中、その決議に基づいて選任された取締役ら役員がすべて任期満了により退任し、その後の株主総会の決議によつて取締役ら役員が新たに選任され、その結果、取消を求める選任決議に基づく取締役ら役員がもはや現存しなくなつたときは、右の場合に該当するものとして、特別の事情のないかぎり、決議取消の訴は実益なきに帰し、訴の利益を欠くに至るものと解するを相当とする。

叙上の見地に立つて、本件につきかかる特別事情が存するか否かを見るに、原審の認定したところによれば、上告人らの取消を求める株主総会の決議によつて選任された取締役らは、いずれもすべて任期終了して退任しているというのであるところ、所論は、取消し得べき決議に基づいて選任された取締役の在任中の行為について会社の受けた損害を回復するためには、今なお当該決議取消の利益があるものと主張し、そのいうところは、本件取消の訴は、会社の利益のためにすると主張するものと解されるところがある。しかして、株主総会決議取消の訴は、単にその訴を提起した者の個人的利益のためのみのものでなく会社企業自体の利益のためにするものであるが、上告人は、右のごとき主張をするにかかわらず本件取消の訴が会社のためにすることについて何等の立証をしない以上、本件について特別事情を認めるに由なく、結局本件の訴は、訴の利益を欠くに至つたものと認める外はない。」

一、一般に形成の訴に於ける訴の利益については、法が一定の要件・

効果を規定した上で形成の訴を承認する事の中に、訴の利益を認めているものと説かれている。従つて、当該要件に基づいて訴を提起する原告には、原則として常に訴の利益があるものと解されているのであるが、例外的に訴の利益が欠ける場合があるとされ、その一つとして、当該形成判決により形成せらるべき効果が既に生じて居り、形成判決を下す事に実益がない場合が挙られている（三ケ月「権利保護の資格と利益」民訴法研究三三頁、同、民訴法六七頁、兼子、体系一五八頁）。然しながら、この場合の実益に関しては、現に生じている法律状態乃至法律関係と当該判決で形成されるべき効果との間に何等かの差異があれば、実益は存在するとし訴の利益を肯定するのであつて、その効果の比較は厳格に行われる（前掲三ケ月研究同頁）。例えば、離婚判決があつた後に提起された婚姻無効の訴についても、無効判決に遡及効が認められる以上訴の利益ありとする（前掲、三ケ月、訴の利益なしとするものに中野後掲四七五頁）。又訴の利益が欠ける場合の例として多く挙げられている、会社が解散して清算に入つた後に提起された設立無効の訴についても、設立無効判決による清算手続と総会決議による解散に基づく清算手続とでは、清算人の選任方法が異る事、会社の人格の存続の可能性の有無が異る事から必ずしも訴の利益なしとは云えない場合もあるとする見解もある（石川「権利保護の必要」慶應義塾百年記念論集（法学部）四五六頁註五四）。この様な民訴学説に於ける原則的理解に対し、最高裁は株主総会決議取消の訴に関しては反対的態度を貫いているかに見える。即ち、本判決と本判決の引用する昭和三七年一月一九日最判（民集一六巻一号七六頁）の見解がそれである。

二、昭和三七年最判は、株主以外の者に対し新株引受権を与える旨の株主総会特別決議取消の訴が係属中に、当該決議に基づき新株発行がなされた場合、当該決議取消の判決が確定しても、総会決議は対内的要件に過ぎず、取引の安全を考慮すると、新株発行はそれによつて無効となるものではないから、当該決議取消の請求は訴の利益を欠くとして居るのである。この場合決議取消の判決により新株発行が無効となるか否かについては学説上対立がある。しかし仮に最高裁の如く新株発行が無効にならないと解した場合にも、違法な新株発行についての取締役・引受人の責任追求の為に、決議取消をしておく必要乃至利益の存否が問題となる。取締役等の責任追求の前提として決議を取消して居く事は必要であり、それによつて初めて「違法な」発行となるのであつて、決議が取消されない限り不公正発行による会社の損害を云々することはできないとする判例に反対する見解（西原、判批民商四七巻二号三〇五頁）に対し、判旨に賛成する立場は、責任追求の前提として決議取消は必要ではなく、決議の瑕疵を生ぜしめた事実（新株引受権を第三者に付与する理由の開示が不適法である事）が、同時に他の法律効果（取締役等に対する損害賠償責任）の要件をなす事は妨げられず（石川、本件評釈、民商六三巻六号七四頁は、このような「二重評価」に反対する）、決議の瑕疵治癒の如何に拘らず、取締役に対する責任追求は可能であると主張するのである（中野、商事法務研究一〇四号四頁、谷口、判批民商五）。しかし仮りに賛成説の如く決議取消が取締役等に対する責任追求の必要要件ではないと解したとしても、決議の取消がなされた場合とそれがない場合の責任の法的性格、範囲及び責任追求の方法を比較した場合（例えば、賛成説によると株主総会に於いて理由開示が適法に行われたならば、第三者に対する新株引受権付与が否決され、会社にとつてより有利な発行価格等を定める決議があつたであろう事を主張しなければならないが、決議取消がなされて居れば、直ちに取締役の責任追求が可能であると共に、引受人に対する差額支払の責

任追求もなしうるのである。――これは単なる立証の便宜だけの問題ではなく、責任の性質も追求方法も異るのであつて、この点につき、川添解説、法曹時報一四巻三号八八頁は当を得ないものでは、ないだろうか。）、前述した形成訴訟に於ける訴の利益についての厳格な理解からすれば、実益なしとは云えない筈である。本件についても、役員選任決議取消の訴を以つて、当該役員の排除のみを目的とするものと捉えない限り（石川、前掲本件評釈七〇頁は、この様に解して居るものとも読まれるが、しかし現実の問題として、役員の任期と現在の訴訟の遅延の状態を考えた場合、このように解するとすれば、「選任」決議取消の訴は、その現実的な存在意義はなきに等しいものとなるであろう。）、訴の利益は失われないものと解さざるを得ない。何故ならば、選任決議の取消は、本件原審の如く、取締役としての責任追求の為には必要ではないと解したとしても、非取締役が取締役として為した行為の責任を追求する為には必要であるからである。例えば、役員報酬は決議が取消される事により不当利得として返還の請求をする事が出来るであろうし、又取締役としてなした個別的な行為、受けた利益便宜等が、非取締役の行為としてみれば会社に対する不法行為、不当利得を構成する事になるであろう（石川、前掲本件評釈七二―七三頁同旨）。

昭和三七年最判及び本件の事例の場合には、各々当該決議取消の主目的とされる効果が発生し得ない状況にあり（即ち、新株発行が無効にならないとされ、或は当該役員の排除が問題とならなくなつている。）、従つて、その本来予定されるべき状況と比較した場合、訴訟の実益が僅少であるとは云えるであろう。然しながらこの点についても、権利保護の要求が僅少（Geringfügigkeit）である故に権利保護が拒否されるべきではなく、それが僅少の場合には実体的理由不具備の問題とはなりえても、権利保護の必要の問題ではないとされているのである（石川、前掲論文四四五頁。）。

三、以上述べた所から、これらの判例が問題としているのは、本来の訴の利益の問題、即ち、取消訴訟の実益の存否の問題ではなく、取消の請求をなす事の当否の問題であると解さざるを得ない。特に、本件判旨後段との関連に於いて考えれば、決議取消訴権につき、その共益権的性格からする行使要件を設定したものと捉える事が出来るであろう。即ち、設定された実体法上の権利行使要件の欠缺により権利の濫用の問題として処理せらるべき事例につき、訴の利益の概念を用いて処理せんとしたものと考えられるのである。決議の効力を争う訴について、特別に訴の利益を考えようとする判例の態度の淵源は、会社訴訟に於ける裁判所の裁量棄却を認めていた商法第二五一条の規定の削除にあるものと考えられる。即ち、決議取消の訴の如き所謂会社訴権の濫用の問題につき、裁量棄却の規定が削除された結果、訴の利益の概念を用いて、実際には裁量的機能を果させる事を目的とするものであると云いうるであろう（大隅、会社訴権とその濫用、末川古稀中巻一六九頁以下）。然しながら、訴の利益をこの目的に用いる事は妥当とは思われない（西原前掲判批三〇七頁）。

第一に、訴の利益なる概念は、裁量的要素を含むものではなく（職権調査事項とされるのは、決して裁量的機能を目的とするものではなく、当事者の自白の拘束力を免れる点に主意がある。）、厳密な意味での裁判をなす実益の存否のみを内容とするものである。従つて、判例の態度は訴の利益概念を不当に拡大し、その理論を混乱に落し入れるものである。

第二に、権利行使の当・不当は本来弁論主義の適用範囲内の事項であり、それを訴の利益の問題とする事は、裁判所に実質的に強力な裁量権を与える事となり、私権保護の実を損うものである。この

ことは、訴の利益概念の不当拡大と相俟つて商法第二五一条の規定を削除した趣旨にもとる結果をもたらすであろう。これらの事例は、権利の濫用の問題として解決されることにより、瑕疵の程度と形成される結果との現実的利益較量及び当事者の権利行使の主観的意図を問題とする事が可能となる事により、より適切に処理されるであろう。

以上述べた事から判旨に反対である。

紙数の都合上詳言をさけるが、本件に於ける瑕疵が重大なる事を考えれば、権利濫用法理によれば、取消が認めらるべき事案とも考えられ（大隅、前掲一七五頁参照）、判旨の結論にも賛成し難い。又、判旨に表われた共益権に関する見解も問題とされるべきものと考えるが、専門外であるのでここでは触れない事とする。

（渡辺　惺之）

昭四五6（最高民集二四巻四号二四〇頁）

譲渡禁止の特約のある債権に対する転付命令の効力

転付預金債権支払請求事件（昭四五・四・一〇第二小法廷判決）

X（原告・控訴人・上告人）は、債務弁済契約公正証書の執行力ある正本に基づいて、訴外AのY（信用金庫・被告・被控訴人・被上告人）に対して有していた当座・普通・定期預金債権などに対して債権差押命令の申請をし、東京地裁より差押命令を得た。続いてXは、右債権に対する転付命令の申請をし、転付命令を得た。しかし、Yが支払に応じなかつたため、XはYに対し、右転付債権の一部である金三六〇万七三三六円および右転付命令送達の日の翌日以降完済まで、商法所定の年六分の割合による金員の支払を求めて本訴を提起した。

Yは、右差押・転付命令以前にY・A間で、Aの預金債権は、YがAに対して有する手形貸付金債権および手形買戻請求権によつて相殺されたのであつて、これ以後になされた差押・転付命令によつてXがその主張の債権を取得することはできない、と主張した。なお、Xは予備的請求として、Yに対し、損害賠償の請求もしていたが、いずれも第一審では、Xの請求は棄却された。

控訴審で、Xは、第一審における主位的請求を拡張して、金五〇一万四一二四円全額およびこれに対する訴状送達の翌日以降完済まで商事法定利率たる年六分の割合による遅延損害金の支払を求めた。第一審で問題となつたY主張の相殺の点については、控訴審では、本件転付命令の送達を受ける以前に相殺の意思表示をした事実につき、なんらの主張立証もないとしてYの主張を排斥したが、本件各預金債権には譲渡禁止の特約があり、それにつきXは悪意であるから、本件転付命令によつて該債権を取得しえないとしたYの主張を容れ、Xの控訴を棄却した。すなわち、原審は、債権についてその当事者間に譲渡禁止の特約がなされている場合といえども、その債権者に対して債権を有するもののため、これを差押・転付命令を発することはなんらの支障がないが、転付命令による債権の移転についても民法四六六条第二項の規定が準用されるものと解し、転付命令を受けた債権者が当時特約の存在につき悪意である場合には、転付命令によつてその債権を取得しえないとし、本件については、Xは、本件被転付債権について譲渡禁止の特約のあることを知りながら、本件転付命令を申請したものと推定するのを相当とした。

Xは上告。

Xの上告理由は三点よりなるが、最高裁は、その第一点につき上告理由ありと認め、その他の点については判断するまでもなく原判決を破棄し、原審に差し戻した。したがつて、ここでは、Xの上告理由は、第一

点だけを書いておく。すなわちそれは、民法四六六条第二項の解釈の点である。Xは、右条文の法意は、当事者が譲渡禁止の特約をなしたにもかかわらず、それに反して任意に譲渡した場合に、その譲渡は契約違反で信義に反するから無効とするという趣旨のものであつて、本件のように債権者の意思に基づかずに裁判所の命令によつて移転するような場合には、本条は適用をみないと主張した。この点につき最高裁の判決は以下の通りである。

「原判決は、転付命令による債権の移転についても、民法四六六条二項の規定が準用されるものと解し、転付命令を受けた債権者が当時譲渡禁止の特約の存在につき悪意である場合には転付命令によつてその債権を取得できない旨判示する。

しかし、譲渡禁止の特約のある債権であつても、差押債権者の善意・悪意を問わず、これを差し押え、かつ、転付命令によつて移転することができるものであつて、これにつき、同法四六六条二項の適用ないし類推適用をなすべきではないと解するのが相当である。けだし、同法四六六条二項は、その文理上、債権の譲渡を禁止する特約につき、その効力を認めたものであつて、譲渡以外の原因による債権の移転について同条項の規定を準用ないし類推適用すべきものとする見解には、首肯するに足りる合理的根拠を見い出すことができないのみならず、譲渡禁止の特約のある債権に対して発せられた転付命令について、同法四六六条二項の準用があると解すると、民訴法五七〇条、六一八条が明文をもつて差押禁止財産を法定して財産中執行を免れ得るものを制限的に特定し、同法六〇〇条が差し押えた金銭の債権について差押債権者の選択に従い取立命令または転付命令を申請できる旨定めている法意に反し、私人がその意思表示によつて、債権から強制執行の客体たる性質を奪い、あるいはそれを制限できることを認めることになるし、一般債権者は、担保となる債務者の総財産のうち、債務者の債権が、債務者、第三債務者間の譲渡禁止の特約により担保力を失う不利益をも受けなければならないことになるのであつて、法の予想しない不当な結果をうむものといわなければならず、このような結果は、転付命令申請の際に差押債権者が善意であれば保護されるということや、差押債権者には取立命令を得る道が残されているということで補われるものではないからである。

原判決には、民法四六六条二項の解釈適用を誤つた違法があり、論旨は理由がある。この点に関する大審院判例（大正三年㈭第八〇〇号同四年四月一日判決、民録二一輯四二三頁、大正一四年㈭第六五号同一四年四月三〇日判決、民集四巻五号二〇九頁、昭和六年㈭第七八二号同六年八月七日判決、民集一〇巻一〇号七八三頁、昭和八年㈭第六五六号同九年三月二九日判決、民集一三巻四号三二八頁）は変更せらるべきものである。」破棄差戻。

判旨に賛成する。

一、本件における論点は、転付命令による債権の移転につき、民法四六六条二項の規定が準用されるか否かの点であり、これにつきる。本件判旨は、この点につき、従来の判例の立場を変更し、学説の通説にしたがつて、民法四六六条二項の準用はないものとした。

民法四六六条は、債権の譲渡性を原則として認める。しかし、債権の性質上譲渡を許さないものの場合は当然に譲渡性を否定する（四六六条一項但書）と同時に、当事者の合意により譲渡禁止の特約をなすことができることを規定する（四六六条二項）。ただし、譲渡禁止の特約は、善意の第三者に対抗することはできないとしている（四六六条二項但書）。そこで、そもそも、譲渡禁止の特約ある債権を

差押えることができるのか、差押えができるとするなら、それが金銭債権である場合、転付命令は許されるか、またそれは執行債権者の善意・悪意によつて差異が生じるのか、が問題とされてきた。

二、譲渡禁止の特約のある債権であつても、差押可能の点には異論をみない。それは強制執行制度の問題としてとらえられる。すなわち、民訴法五七〇条・六一八条は明文をもつて差押禁止財産を法定しているのにかかわらず、譲渡禁止の特約をした債権は差押えることができないとすると、当事者の意思ということによつて、私人が勝手に差押禁止財産を作りうることになつて妥当ではないからである。

また、取立命令が許されることにも、判例・学説とも異論はない。問題は転付命令である。大審院の判例のごとく、執行債権者の善意・悪意によつて転付命令が有効・無効になるのか、善意・悪意に関係なく、転付命令を有効とすべきか、の点が問題とされてきた。

もつとも、その前に、善意・悪意に関係なく、転付命令は許されないとする立場がある。それは、ドイツでは、譲渡禁止の特約のある債権については取立命令のみを許すということ（ドイツ民訴八五一条二項）、および譲渡禁止特約付債権を一種の担保物としてみるのが通常である第三債務者の利益の尊重ということからである（古くは岡松「譲渡スルコトヲ得ル債権ト譲渡スルコトヲ得サル債権」法学新報一二巻一二号二三頁、松岡・強制執行法要論中一〇五三頁、現在では、兼子・増補強制執行法一九四頁、松浦「転付命令」民訴演習Ⅱ一九三頁）。

しかし、この見解にはしたがい難い。わが国では、ドイツのように明文の規定がないし、取立命令を許し転付命令を許さないとすることについて合理的根拠がない。確かに、取立命令と転付命令とは異なる。「転付命令により債権は執行債権者に移転するので、転付後に生じた第三債務者の執行債務者に対する人的抗弁は執行債権者に対抗しえない。これに対し取立命令では主体の変更を生じない。従つて差押後に生じた第三債務者の執行債務者に対する人的抗弁も、取立命令の場合はこれを執行債権者に対抗できるのが原則である」（中村（英）「譲渡禁止債権と転付命令」続判例百選一二七頁）。しかし、取立命令と転付命令とを第三債務者との関係でみれば、「当事者の意図は債権者（執行債務者）たる地位の承継を防止することにあるのに、差押及び取立命令が出されると、実質的に債権者の地位が承継されたと同じことに」なり、「その意味では取立命令であるか転付命令であるかは、第三債務者にとつては実質的に差異はないのであり」（青山「譲渡禁止の特約と転付命令」銀行取引判例百選一七五頁）、取立命令と転付命令とを区別する合理的根拠は乏しいであろう（なお、取立命令と転付命令とを区別する合理的根拠のないことについて、我妻「譲渡禁止特約ある債権の差押」法学志林三四巻七号三一頁以下、特に五八頁以下参照。）。したがつて、以下では、従来の判例の立場と通説の立場とに焦点をあわせて述べていく。

三、大審院の判例は、(1)大正四年四月一日の判決（民録二一輯九）以来、(2)大正一四年四月三〇日（民集四巻五号二〇九頁）、(3)昭和六年八月七日（民集一〇巻一〇号七八三頁）、(4)昭和九年三月二九日（民集一三巻四号三二八頁）と、一貫して転付命令についても民法四六六条二項を適用してきた。これらの判例は、当初、多数の学説の支持を得ていた（たとえば、横田・債権総論七五八頁、磯谷・債権法総論下三〇七頁など）。しかし、右判例(1)に対し雉本博士がいちはやく反対し（京法一二巻一号一〇六頁）、続いて

(2)の判例に対し杉之原氏が（判民大正一四年度三四事件）、(3)については我妻博士が（判民昭和六年度七九事件）、(4)については川島博士が（判民昭和九年度三二事件）、それぞれ反対の立場で批評され、現在、学説は、譲渡禁止の特約のある債権であつても転付命令が許され、執行債権者の善意・悪意とも関係ないとするのが通説である（通説の根拠については四に述べる）。

判例は、譲渡禁止の特約を、「債権者以外ノ者ヲシテ債権者タル地位ヲ承継セシメサラントスルコトヲ目的トスルモノナルヲ以テ譲渡禁止ト云フモ実ハ広ク債権ノ移転禁止ノ特約ニ外ナラサルモノニシテ民法第四百六十六条第二項ノ規定ハ斯ル特約ノ効力ヲ認メタルモノト解スルヲ相当トス」（前記(3)の判例七八八頁）と解している。なるほど、転付命令は、差押えた金銭債権を券面額で執行債権の弁済にかえて差押債権者へ移転する移付命令である。転付命令が有効であるかぎり、差押債権は債務者から債権者へ移転する。したがつて、四六六条を判例のように債権の移転ということに注目して解すると、転付命令の場合にも同条二項を適用して、善意・悪意が問題となつてくるように思われる。

四、しかし、すでに、雉本博士が指摘されたように、民法四六六条は債権の譲渡に関する規定であり、広く債権の移転に適用すべきものではない。四六六条二項の法意は、当事者が譲渡禁止の特約をなしたにもかかわらず、それに反して任意に譲渡した場合、それは契約違反で信義に反するから、その譲渡性を無効とする趣旨ととらえるべきである。したがつて、本人の意思に基づかない裁判所の転付命令により移転する場合には、四六六条二項の適用がないと解すべきである。その方が、四六六条二項の規定からみても素直な解釈である。また、もし、四六六条二項の適用があるとすると、当事者の意思表示によつて執行不能の財産を認めることになつてしまい問題である。このような結果は、まさに本件判旨が指摘するように「転付命令の申請の際に差押債権者が善意であれば保護されるということや、差押債権者には取立命令を得る道が残されているということで補われるものではない」のである。さらに、債務者の責任財産中に占める金銭債権の重要性（青山・前掲一七五頁）、平等主義をとるわが国での転付命令の役割からみても、通説が妥当であり、通説によつた判旨は正当である。

なお、本件については、林屋助教授の判例批評（民商六三巻六号九〇一頁、判旨賛）、後藤調査官の解説（ジュリスト四五五号一〇三頁）がある。

（栂　善夫）

昭四五7（最高民集二四巻五号四一五頁）

賃貸人の共同相続人に対して賃借権の確認を求める訴訟と必要的共同訴訟の成否

借地権確認妨害排除請求事件（昭四五・五・二二第二小法廷判決）

事件の経過は複雑であるが、事実審において確定された事実を要約すれば以下のとおりである。

A（本件第一審被告）は訴外亡Bから、B所有の宅地を、普通建物の所有を目的として、期間の定めなく賃借し、その上に家屋を所有していた。右宅地に関するBの権利義務は、同人の死亡により、その相続人た

る（Y被告・控訴人・上告人）と訴外Cに承継され、両名がAに対し賃貸人となつた。なお、CがAより土地の管理の委託を受けていたことが第二審において確定されている。その後X（原告・被控訴人・被上告人）は、Aより右家屋の贈与および敷地の賃借権の譲渡を受け、Yの同意を得た。しかるに、Yは、Xが賃借人たることを否定し、Aは賃借権の譲り渡しを否定し、またZ（被告・控訴人・上告人）は自分がAから右賃借権を譲り受けたと称して、それぞれXが賃借人たることを争つた。そこでXはYAZ三名に対して、自己が、AB間で取り決められたと同じ条件の宅地の使用収益権を有することの確認を求めて訴を提起した。ただし、その間、東京都による、右宅地付近一帯の土地区画整理と、それに伴うXAおよび訴外関係者の協議が行われた結果、第一審で争われたのは、右宅地ではなく、その仮換地上の使用収益権であつた。

第一審は、XのYZに対する請求を認容し、Aに対する請求は却下した。

控訴審においては、換地処分の確定に伴い、Xは訴を交換的に変更したため、本換地上の賃借権が争われた。控訴審でも、XのYZに対する請求が認められた。（Aに対する請求が、第一審において却下されたことに関し、Xは控訴しなかつたもようである。）

YZが上告。その上告理由は以下のとおりである。本件土地は、YC二名の共有するところであり、両名は共に本件土地の全部に持分を有している。したがつて、本訴においては、両名に対して訴が提起されない限り、訴は不適法である。仮にCが本件土地に関し、Yに管理行為を任せていたとしても、右両名を被告としなければ、訴はやはり適法とはいえない。

この上告理由に対して、最高裁は次のように答えた。「不動産賃貸人が死亡し、数名の者が共同してこれを相続した場合には、賃貸物を使用収益させるべき賃貸借契約上の債務を相続人ら各自が不可分に負担し、賃借人は、相続人の一人に対しても右債務の全部の履行を請求することができるものと解すべきである。したがつて、訴をもつて賃借権の確認を求める場合においても、共同相続人のうち争いのある者のみを相手方とすれば足り、争いのない者を相手方とする必要はなく、賃借人から賃貸人の共同相続人に対する賃借権確認の訴は必要的共同訴訟ではないと解するのが相当である。」

上告棄却

判旨が、共同相続人を被告とする訴訟を固有必要的共同訴訟ではないとして、上告を棄却したことには賛成である。ただし、その理論構成には若干の疑念を禁じえない。

一、分割前の相続財産に関する訴訟のように、多数当者事が関与する訴訟における訴訟共同の必要を、できるだけ否定しようとするのが、昨今の判例の傾向である。その際、不可分債権・債務の理論が採用される場合が多い（以下には、本件と同じく、共同相続人を被告とする最近の判例のみを掲げる。最判・昭和三六年一二月一五日・民集一五巻一一号二八六五頁。最判・昭和三九年七月一日・裁判集七四号六五九頁（最高裁民事裁判書写・昭和三九年七月・二六一頁）。最判・昭和三九年七月二八日・裁判集七四号七五五頁（最高裁民事裁判書写・昭和三九年七月・三四七頁）。最判・昭和四四年四月一七日・民集二三巻四号七八五頁。以上は不動産の買主ないし受贈者が、売主ないし贈与者の共同相続人に所有権移転登記を請求した事例である。最判・昭和三八年一〇月一日・民集一七巻九号一一〇六頁。農地の買主が、売主の共同相続人に、知事に対する所有権移転許可申請協力義務の履行を請求した事例。また、契約上の義務履行以外の場合に、不可分債務の理論を類推した事例としては、鳥取地判・昭和二四年一二月二五日・下民集一〇巻一二号二七六九頁。最判・昭和四三年三月一五日・民集二二巻三号六〇七頁。最判・昭和四三年五月二八日・判タ二二四号一三六頁。以上は、いずれも、土地の不法占拠者の共同相続人に家屋収去・土地明渡が請求された事例である。このように物権に基づく義務についても、不可分債務の理論を用いることについては、鈴木(正)・判批・民商・四九巻五号・一一三頁参照。ただし判例中には、かような趨勢とは逆行するものも、ある。例えば、昭和三八年三月一二日・民集・一七巻二号三一〇頁。）。本件判旨も、この勢趨にしたがつたわけである。

訴訟法学者の多くも、この趨勢に賛成している（松浦・判批・民商四六巻六号一四六頁。福永・判批・民商五〇巻五号一一七頁。吉村・判批・民商六二巻三号七四、七五頁。山木戸・判批・法律時報三四巻九号九六頁。ただし、福永助教授は、不可分債務の理論の採用に若干の疑問も示されている。小山・判批・民商四一巻三号一二〇頁と鈴木・前掲判批一一三頁も不可分債務の理論を採る。岩村・共同関係訴訟と当事者適格・判タ・一七九号九三頁。ただし同論文においては、共有関係訴訟のあらゆる場合に不可分債務の理論が適用されている訳ではない。また、中村（英）・本件判批・民商六四巻一号一一五頁、一一六頁は、必ずしも、判例の趨勢に首肯しているとはいい切れないが、不可分債務の理論の援用に賛成している。なお福永・特定物引渡請求訴訟の被告適格・門西大学法学論集一四巻二号一五七頁以下参照。）。ただし、後に引用するように、反対の論稿もある。

実体法の学説においても、共有者が原告となり、共有物の引渡を求める場合について、不可分債権の理論により、訴訟共同の必要を否定する見解がある（末川・物権法・三一二頁。柚木・判例物権法総論・二七〇、二七一頁。林・物権法一三六頁、舟橋・物権法・三一八頁。我妻編・物権法（判例コンメンタール）三五一頁。）。なお、実体法学者のあいだでは、「性質上の『不可分給付』は、その内容が、常識的に考えるよりも拡大されており」、給付の物理的・自然的性状は、ある給付が、可分か不可分かの判断の基準にならない、とされている（西村編・注釈民法(11)・三七頁、三八頁。二九頁参照。椿執筆）。

ドイツにおいては、この点に関して学説が対立している。

シュヴァープは、共同相続人や民法上の組合員が当事者となる訴訟を（広義）の合有（合手的）訴訟（Gesamthandsklage）と名付けている。そして、彼は、これ等の者が被告となる場合には、この（広義の）合有訴訟を二つの種類に分類する。すなわち、合有（合手的）債務（Gesamthandschuld）の履行が請求されている場合と、連帯債務（Gesamtschuld）の履行が請求されている場合である。シュヴァープは、前者を（狭義の）合有（合手的）訴訟（Gesamthandsklage）、後者を連帯債務訴訟（Gesamtschuldklage）と称している。彼によれば、前者は固有必要的共同訴訟になり、後者は通常共同訴訟になる。そして彼は、相続財産に対する執行の受認を求める訴訟や、相続人に対し登記移転を請求する訴訟は、（狭義の）合有訴訟、すなわち、固有必要共同訴訟であると論じている。その理由は、執行の受認や登記の移転は総ての相続人によつてのみ履行されうる（Vgl. BGB §2059 II）からである、と彼は説明している（Schwab, Die Voraussetzungen der Notwendigen Streitgenossenschaft, Festschrift fur Lent, SS. 285, 286, 295; Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, 10. Aufl., §50III 1b, S. 229; 同旨 Stein-Jonas-Schonke-Pohle, ZPO, 19. Aufl., §62 III 2b, S. 370; Tohmas-Putzo, ZPO, 4. Aufl., §62 2c, S. 94. かような場合は訴訟物が同一である、ということから同じ結論に致るもの Schonke-Schroder-Niese, Zivilprozeßrecht, 8. Aufl., §26 V 1a3, S. 132. ただし、クヒンケが版を改めた際にこの点は改説された。九版によると、共同相続人を被告とする訴訟は、固有必要的共同訴訟になる場合と通常共同訴訟になる場合とがあるとされているが、シュヴァープの見解と同旨のように思われる。Schonke-Kuchinke, Zivilprozeßrecht, 9. Aufl., §24 IV a, S 112. Vgl. Henckel, Parteilehre und Streitgegenstand, SS. 52ff., 56, 203ff.）

一方、共同相続人や民法上の組合員が当事者となる訴訟であつても、これ等の者が被告となる場合には、履行を請求されている債務が合有（合手的）債務である旨の特段の規定があれば格別、しからざる限り、各人は、連帯債務者として責任を負う（Vgl. BGB §2058）。それ故、各人のあいだには、訴訟共同の必要も合一確定の必要も存在しない、という見解もある（Lent-Jauernig, Zivilprozeßrecht, 14. Aufl., §82 III, S. 239; Nikisch, Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., §110 I 2a, S. 438; Baumbach-Lauterbach, ZPO, 30. Aufl., §62 3c, S. 131.）。

なお、BGH の判例には、共同相続人に対し、登記移転を請求する訴訟のうち、Herbeiführung der Auflassung が請求された場合は連帯債務訴訟であり、したがつて通常の共同訴訟であるが、unmittelbare Vollzug der Auflassungserklarung が求められた場合は、（狭義の）合有訴訟であり、したがつて固有必要的共同訴訟である、とするものがある（JZ 1964 S. 722ff. mit Amm. Böttcher（賛成））。

いずれにせよ、多数当事者の関与する訴訟を、できる限り通常の共同訴訟と解さんとする姿勢が、我国の判例の支配的傾向を形成し、学説の多くもこれに与している、といえる。また、ドイツにおいては、我国における以上に反対説が有力ではあるが、かような考え方も、やはり有力にとなえられ、それに傾く判例も見い出しうるのが現状である、といえる。

二、多数当事者間に訴訟共同の必要が存在するか否かは、実体法がこれ等の者の結合を、どの程度強いものと規定しているかにより決る（伊東・判批・法学研究・三八巻四号九四頁。反対・福永・前掲論文・四五頁。中村・前掲本件判批・一一五頁。）

したがつて、本件のごとく、相続財産をめぐる訴訟においては、分割前の相続財産関係をいかに把握するかにより、提起された訴訟を固有必要的共同訴訟と解するか、通常共同訴訟と解するかの帰結が異ることになる。

分割前の相続財産関係をいかに把握するかについては、実体法学者および判例のあいだに対立がある。もし、相続人間の結合をきわめて強固なものと解するなら、彼等が当事者となる訴訟は、固有必要的共同訴訟であると考えざるを得ない。しかし、戦後の親族法・相続法の改正が個人主義的政策のもとで行われたこと、少くとも条文の上では、子供の均分相続が原則となつたこと、そしてそれにはそれなりの合理性があること、などを考慮すると、各相続人間には、訴訟共同の必要を要求する程の、強固な結合は存在しないと、我々は考える（もつとも、この問題を解明するには、より詳細な実体法理論の考察が必要であるから、断定は避ける）。このような前提に立つならば、一部の相続人のみを被告として提起せられた、本件訴も適法であり、上告を棄却した判旨は正当である、ということになる。

なお、附言するに、前述のごとく、多数当事者間に訴訟共同の必要が存在するか否かは、実体法の規定により決るが、実体法もこの点を明文をもつて規定しているわけではない。例えば、民法八九八条は、相続人が当事者となる訴訟が固有必要的共同訴訟であるか否かを明示してはいない。したがつてこの点は我々の解釈に任せられるが、その解釈をする際には、訴訟法からの要請が考慮に入り込んでくることを、我々は避け得ないであろう。すなわち現代の訴訟法は、個人主義的考え方を基礎として成りたつている（もつとも、それは実体法においても同じであろうが）。このような訴訟法のあり方には、反対の見解もあるし（中村（英）・特別共同訴訟理論の再構成・民事訴訟法の法理・中村先生古稀記念・一八七頁）、例外を認めるべき場合もあろうが、原則としては、これにも一応の合理性が認められると我々は考える。そうであるとすると、実体法が、多数当事者間に訴訟共同の必要を認めなければならない程に、各人の間の結合を強固なものと規定していると解すべき場合は、かなり制限されてくることになる。むしろ、それ程に強固な結合の存在が関係者間に認められるならば、そこに一個の社団の存在を認める（民訴法四六条参照。）べき場合が多いのではなかろうか。もとより、形成訴訟においては、このような考え方は採れない。また入会権をめぐる訴訟にこの考え方を妥当せしめることも無理であろう。しかし、我々は、その他の多くの場合には、かように解することができると考える。その意味で、我々は、相続人が当事者となつた場合に限らず、

一般に、固有必要的共同訴訟に該当する場合を狭く解していく、昨今の判例の趨勢に賛成である（判例の詳細は、小山・総合判例研究叢書・民訴・五十部・必要的共同訴訟と二つの紛争(7)・三頁以下。類型・民事訴訟法雑誌・一二号一六五頁以下、林屋・共同不動産に関する訴訟の当事者適格・不動産法大系Ⅳ六四頁以下）。

三、本件判旨は、共同相続人を被告とする訴訟は固有必要的共同訴訟ではないと解している。前述のごとく、このことには我々も一応賛成である。ただ、本件判旨は、多くの先例と同様、共同相続人の負担する義務を不可分債務であると構成したのであるが、かような理論構成には従来から、以下に述べるような反論が提起されている。

すなわち、不可分債務（ないしは連帯債務）の理論によれば、原告が、共同相続人ないしその他の多数関係者のうちの一部の者のみに対する勝訴判決を債務名義として、債務の全部にわたる履行を強制しうることを、認めざるを得ないことになる。また、登記移転手続（知事に対する土地所有権移転許可申請手続も同じ）が、共同相続人に請求された事例においては、同様な債務名義に基いた所有権移転登記がなされうるはずである（民訴法七三条参照）。しかし、かような事態を認めることは、当事者とならなかつた相続人等の関係者に、判決の効力をおよぼすことを認めることになる。また、後の場合には、不動産登記法のたてまえにもとるし（同法四二条・四九条三項参照）、登記官吏も一部の相続人に対する債務名義のみに基く登記移転申請は却下するであろう。このような反論が不可分債務の理論を採用することに対して、となえられている（五十部・前掲論文・一八八頁。伊東・前掲判批・九三頁。石川＝石渡・判批・法学研究・四三巻九号・一四〇頁。東京高決・昭和四一年三月三一日・下民集一七巻三・四号二〇九頁。村松・判批・判タ・一七九号五六頁参照。小島・本件判批・判例評論・一四二号一六頁・判時・六〇九号一二二頁、参照。山木戸教授は、この点に関する懸念を表明されつつも、不可分債務理論の採用は、よもやかような趣旨ではあるまい、と論じておられる。山木戸・前掲判批・九六頁。）。

この点について、不可分債務の理論を採用する学説および判例の中には、以下のごとく説明するものがある。すなわち、共同相続人その他の多数関係者は、たしかに、その訴訟において請求されている履行の総てにわたつて責任を負つている。しかし、執行ないし登記移転をなすには、共同相続人ないしその他の共有者の同意、またはそれに代る債務名義が必要であると（判例としては、三年三月一五日。前掲・最判・昭和四広島高判・昭和三九年一一月一九日・高民一七巻七号五二一頁。学説としては、岩村・前掲論文・九四頁。福永・前掲判批・一二〇頁。千種・判例解説・法曹二〇巻八号一九二頁。石川・判例解説・ジュリスト昭和四三年重要判例解説・一二〇頁。）。不可分債務の理論を採用する判例・学説のうちで、この旨を明示していないものも、このことを当然の前提としているものと推察される。

ドイツでも、共同相続人ないし民法上の組合員の負担する債務が連帯債務であると構成される場合（前述のごとく、かような債務は常に連帯債務であるとする学説としからざる学説とが対立しているが）にも、全相続人あるいは全組合員に対する債務名義は必要である、ただ、それは一通の債務名義である必要はない、と説明されている（Vgl. ZPO §§736, 747.）（Nikisch, a. a. O., §110 I 2a. S.439; Stein-Jonas-Schonke-Pohle, a. a. O. §62 IV 2b, S. 370; Baumbach-Lauterbach, a. a. O., §62 3c, S. 131; Schönke-Kuchinke, a. a.O., §24 IV a, S. 112;）。Vgl. Schwab, a. a. O., S. 287.

これに対して、かような説明は不可分債務の理論とは相い容れないものである、と主張する論稿がある（五十部・前掲論文・一八八頁。石渡もかつてこの見解をとつた。石川＝石渡・前掲判批・一四〇頁。）。

しかし、複数の債務者の各自が債務の履行の全部につき責任を負つているということは、必ずしも、各人の履行が彼一人かぎりで

「可能」であるということを意味しているのではない。可能なこともあれば、不可能なこともあろう。例えば、債務者の手許にある金銭を彼は彼一人かぎりで給付することが可能であるが、他人の居住する家屋を彼が彼一人かぎりで給付することは不能であろう。登記はどうかということは、登記法の建前から決まることで、債務が不可分かどうかだけで可能か不能かが決まるわけではない。

このように考えるならば、相続人の負う債務を不可分債務と解したからといつて、そのことから、一部の相続人に対する債務名義による執行や移転登記の成就という帰結は導かれ得ないはずである（石渡は、前述の見解を改める。石川＝石渡・前掲判批・一四〇頁。石）。

ただ、このように考えて、共同相続人を被告とする訴訟を、通常共同訴訟であると解することができるのは、実体法が、彼等の間の結合をそれ程強固なものとは規定していないということを前提としているからである（山木戸・前掲判批・九六頁参照。福永・前掲判批・一一七頁参照。吉村・前掲判批・七四頁参照。）。もし反対の立場を採るならば、かような考えができないことになるに過ぎない。それ故、「訴訟において履行を請求されている債務が不可分である」ということと「当該訴訟は固有必要的共同訴訟ではない」ということとは、必ずしも関係がない。問題は、前述のごとく、実体法が関係者間の結合を強固なものと規定しているか否かである。この意味では、最高裁が不可分債務の理論を判決理由において採用していることには疑念を感じる。

四、共同相続人その他の多数者が関与する訴訟を、通常の共同訴訟と解し、一部の関係者のみに対する訴（ないしは、一部の関係者のみから提起された訴）を適法なものとする（個別訴訟の是認）昨今の判例・学説の趨勢に対しては、以下に略述するような各種の反論が提起されている。

第一に、個別訴訟を是認した場合、一部の債務者に対する債務名義に基く執行が行われる危険性が生じるといわれている（五十部・前掲論文・一八九頁。村松・前掲判批・五六頁。小島・前掲本件判批・一六頁。）。たしかに、前述のごとく、不可分債務ということから、一部の者に対する債務名義による執行の是認ということが、理論上は帰結しえないとしても、実際上かような執行が行われる危険は考えられなくはない。しかし、判決の執行が条件にかかる場合（民訴法・八条二項・五一）に準じた扱いをすることにより、この危険はある程度避けられうる（福永・前掲論文・六〇頁。）。また、被告とならなかつた相続人ないしその他の共有関係者は、第三者異議の訴により救済されうる（前掲・広島高判・昭和三九年一一月一九日の判決理由。石川・前掲解説・一二〇頁。千種・判例解説・法曹二〇巻八号一九三頁。石川＝石渡・前掲判批・一三八頁。）。

第二に、個別化された訴訟は、紛争の一挙抜本的解決をもたらさず、訴訟経済にも反する、といわれている（五十部・前掲論文・一九〇頁。）。しかし、一挙抜本的解決は、たしかに望ましいことではあろうが、総てに優先する要請ではない。また、訴訟経済も決定的論拠たりえない。場合によつては、むしろ、個別訴訟を認めた方が経済的であるということもあろう（前掲・最判・昭和四三年三月一五日、および、前掲・広島高判・昭和三九年一一月一九日の判決理由。石川・前掲解説・一二〇頁。千種・前掲解説・一九三頁。以上は、個別訴訟を認めた方が経済的であるという。これに対し、石川＝石渡・前掲判批・一三九頁、福永・前掲論文・五七頁・五九頁は、どちらが経済的かは場合により異るとする。）。この点でも反論は失当である。

第三に、個別訴訟の是認は、判決の牴触を惹起する可能性があ

る、という反論が提起されている（五十部・前掲論文・一九一頁。斎藤編註・解民訴(1)・三四四頁。）。反論の趣旨は、共同相続人その他の共有関係者を被告とする訴訟においては、各被告に対する判決が区区であつてはならない、換言すれば、かような訴訟においては、合一確定の必要が存在する、ということであろう。しかし、合一確定の必要が存在するのは、区々たる判決を下すことが、法律上できない場合（例えば、会社合併無効の訴・商法一〇四条、一〇九条一項・等）に限るべきであり、それ以外の場合には判決の牴触もやむを得ない（前掲取地判・昭和三四年一二月二五日の判決理由。三ヶ月・民訴法・二一六頁。小山・前掲判批・一二〇頁。同・必要的共同訴訟・民訴講座一巻二六一頁。鈴木・前掲判批・一一四頁。福永・前掲判批・一二〇頁、一二一頁・これに対して、中村（英）教授は、前記の場合以外にも、民訴法六二条が準用される場合があると論じておられるが賛成できない。中村・前掲論文・一八九頁以下。同・前掲本件判批・一一四頁。なお、椿・判批・民商五三巻二号一五〇頁参照。）。したがつて、この点についても反論には首肯できない（石川・前掲解説・一二〇頁。千種・前掲解説・一九三頁。石川＝石渡・前掲判批・一三九頁。）。

第四に、ヘンケルは、以下のごとく主張している。個別訴訟において獲得された債務名義による執行の成否は、他の者に対する債務名義の取得にかかつている。かかる訴は、判決手続の段階で、すでに権利保護の必要（訴の利益）を欠いている（Henckel, Parteilehre und Streitgegenstand, S. 53ff. ebd. S. 57）。

しかし、債権者には、現実にある債務者に敗訴するまでは、全債務者に対して債務名義を取得することにより、ないしは、他の債務者が自発的に債務を履行することにより、債権の満足を得る可能性が残されているのであるから、かような場合に、訴の利益の存在を否定することは妥当でない（福永・前掲論文・四九頁以下。同・前掲判批・一二〇頁、一二一頁。吉村・前掲判批・七七頁。石川＝石渡・前掲判批・一四〇頁。）。

そればかりではなく、一部の相続人ないしは共有関係者に敗訴した後の、その他の相続人等に対する訴すら、訴の利益を欠いているとはいい難い。たしかに、一部の相続人等に敗訴してしまえば、執行はなし得ない。また、移転登記手続協力義務の履行が請求された事例においては、敗訴した相続人ないしその他の共有者の持分に応じた移転がなされる、ということもない（この点、石渡は、石川＝石渡・前掲判批・一四〇頁の見解を改める）。しかし、原告にとつて、相続人等の一部に対する勝訴判決は、他の者に対する敗訴により執行がなし得なかつた場合においては、賠償請求の前提となりうる。この意味では、一部の相続人等に敗訴した後に提起された訴にも、訴の利益はあるといえる。

なお、小島助教授は、前掲本件判批において、ヘンケルのように、執行の可能を訴の利益の要素とみることは行過ぎであるが、他の共同相続人等が争つているため、原告がその訴訟において目的を達しうる可能性が低い場合には、訴の利益を欠くとする結論は正当であると述べておられる（小島・前掲本件評釈・一八頁。）。そして小島助教授は、多数の者が関与する訴訟を固有必要的共同訴訟であるとするか否かは、第一審の裁判官の判断に任され、その判断の基準は、当該訴訟が紛争の根本的解決たりうるか否かという点に置くべきであると主張される（小島・前掲本件判批・一七頁。）。しかし、繰り返し述べるように、訴訟共同の必要の存否を決める基準は、あくまで実体法の解釈に求めるべきである。

五、これまでは、共同相続人ないしその他の共有関係者を被告とする訴訟一般につき考察してきた。かような訴訟としては、通常、

まず給付訴訟が念頭に浮ぶであろうし、実際にもそのような判例が多かつた。本件のように共同賃貸人の負担する債務の確認が請求された先例はないようである。そこで、確認訴訟においては、給付訴訟におけるとは異なる考え方を採る余地があるのではないかという疑問も生じうるのではないかと思われるし、実際に、その点を指摘する学説もある。

第一に、確認訴訟においては、多数関係者のうち、原告の権利の存在を争わない者に対してまで訴を提起する必要はなく、かような者に対しては訴の利益がないという見解がある（三ヶ月・民訴法・二一八頁。斎藤・民訴法概論・四六六頁。岩村・前掲論文・九六頁。野田・本件解説・法曹・二二巻一〇号一五六頁。山木戸・前掲判批・九七頁。小島・前掲本件判批・一七頁。本件・判決理由。最判・昭和四〇年五月二七日・判時・四一三号五八頁参照。前掲・最判・昭和四三年三月一五日参照。）。特に、共同相続人ないしその他の共有関係者を被告とする訴訟を固有必要的共同訴訟と解しながら、この考え方により、確認訴訟においては争っている者のあいだにのみ訴訟共同の必要が存する、と主張する学説がある（Schwab, a. a. O., S. 29 6. 五十部・前掲論文・一九一頁。後者は給付訴訟にもこの考え方を妥当せしめようとする。）。

しかし、争いがないというのは、関係者のいかなる時点における、そしていかなる言動をいうのであろうか。ある人がある時点において他人の権利の存在を争わず、ないしはこれを認めていたとしても、後の時点においてはこれを争う可能性は常にありうる。この点は確認の利益に関する問題であり、軽々に断定することは控えるが、相続人等を被告とする訴訟を固有必要的共同訴訟であるとしておきながら、争わざる者は除外してよいとすることには疑問を感じる。（我々のように、初めから、個別的な訴訟を是認していれば、この点問題はないのだが。（福永・前掲論文・五九頁参照。石川・判批・法学研究・三四巻八号七五頁、七六頁参照。）。

次に、確認訴訟においては、確認の利益と一般的当事者能力があれば、誰からでもまた誰に対しても訴を提起しうる、という見解がある（松浦・前掲判批・一五〇頁。Rosenberg, Lehrbuch, 9. Aufl., §82 II 1b, S. 406; Stein-Jonas-Schonke-Pohle, a. a. O., §62 III 3, SS. 370, 371, §256 II 3, S. 1013; Nikisch, a. a. O., §39 II 2, S. 152.）。共同相続人等を被告とする給付訴訟を、固有必要的共同訴訟であると解する立場に立ちつつ、かような見解を採るならば、相続人等を被告とする訴訟の取扱いが、給付訴訟と確認訴訟で異なり、後者においては、個別的訴訟が是認されることになる。

一方、確認訴訟における正当な当事者とは、おのおのの確認の利益ある者ではなく、ただ権利保護の客体（Rechtschutzobjekt）に関し訴訟追行権を有している者のみである、とする見解もある。この見解によれば、確認訴訟における正当な当事者は、給付訴訟の場合とパラレルに決められる（Henckel, a. a. O., S. 89; Schwab, a. a. O., S. 29 6; Rosenberg-Schwab, a. a. O., §501 III bß, SS. 229, 230.）。

この二つの見解の対立は、たしかに興味深いものではある。しかし、我々のように給付訴訟において、すでに個別訴訟を是認したならば、いずれの見解をとるにせよ、確認訴訟においても個別的な訴訟を適法とすることになり、結論に差異を生じない。そこで、この点に関しては、これ以上たちいらないことにする。

六、本件を解説された野田調査官は、本件においては、Cのためのyの任意的訴訟担当を認める余地があつたことを示唆されている（野田・前掲本件解説・一五九頁。）。しかし、民訴法七九条や信託法一一条との関係で、

任意的訴訟担当を簡単に認めることはさし控えるべきである。少くとも、判例集の記載だけからは、これを認める根拠を見い出すことはできない。ただ事実関係から、任意的訴訟担当を認めうることが明きらかで（そのためには釈明権を行使してもよい場合もあろう）、前記各法条の脱法行為に該当せざる場合においては、裁判所がこれを認めて、多数人の関与する訴訟の迅速な処理を図ることは許されるし、望ましいことでもあろう。

（伊東乾・石渡哲）

〔最高裁刑訴事例研究五〇〕

昭四三15（最高刑集二二巻一三号一四七六頁）

外国為替及び外国貿易管理法第七三条のいわゆる両罰規定における事業主としての法人または人に対する事件の事物管轄

外国為替及び外国貿易管理法違反被告事件（昭四三・一二・一七第三小法廷決定）

被告会社は東京都中央区に本店を置き、各種商品の輸出入業、外国商社の代理店業務及びこれらに附帯し、又は関連する一切の業務を営み、米国サンフランシスコ所在、各種商品の輸出入業などを営むP・V・O会社及び同P・V・O・D会社と代理店契約を結んでいた。被告会社の代表取締役W、経理担当取締役Kは共謀の上、同被告会社の前記業務に関し、法定の除外事由がないにもかかわらず、昭和三三年一〇月二五日頃から昭和三四年六月二二日頃までの間前後一一回にわたり、東京都中央区日本橋通二丁目住友銀行日本橋支店などで、居住者である大阪市東区安土町二丁目一五番地所在のOコーポレーション大阪支店から、非居住者である前記P・V・O及びP・V・O・Dのためにする支払として、それぞれの指示依頼のもとに、合計四二、四五五、〇一二円の支払を受け、以て非居住者のためにする居住者に対する支払の受領をなした。このWらの行為はいずれも外国為替及び外国貿易管理法第二七条第一項第三号、第七〇条第七号に該当するところ、Wらは被告会社の業務に関し判示行為をなしたものであるから、右管理法第七三条により、被告会社に右法条の罰金刑を科するべく、被告会社が起訴された。Wら行為者は起訴されなかつた。Oコーポレーション及び被告会社と同種の行為のあつた東京に本店のあるK会社を共同被告人として、検察官は神戸地裁に本件起訴状を提出した。いずれも行為者は起訴されていない。

神戸地裁は、被告会社及び右K会社のみ分離して刑訴法一九条により東京地裁に移送した。被告会社は、本件の土地管轄は、東京と大阪にしかなかつたから、神戸地裁は管轄違の判決をなすべきであつて、右一九条による裁量移送をなすべきではなかつた、と主張したが、東京地裁は、最初神戸地裁に被告会社と共に起訴された相被告人Oコーポレーションに対する公訴事実中のいくつかの行為のうちに神戸地裁が土地管轄権を