

Title	〔最高裁民事訴訟研究九一〕 有限会社社員の提起した会社解散の訴、社員総会決議取消の訴および同無効確認の訴と右社員の死亡による訴訟承継の成否 会社解散、社員総会決議取消等請求事件(昭和四四年七月一五日大法廷判決)
Sub Title	
Author	伊東, 乾(Ito, Susumu) 石渡, 哲(Ishiwata, Satoshi) 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.12 (1971. 12) ,p.77- 96
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=AN00224504-19711215-0077

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.

素の理論の見地に立つて構成要件該当性が阻却されるとする中説は体系上とりえないし、また、同じく構成要件該当性阻却説である団藤説は、「真実をのべる権利」を前提とするものであるが、刑法二三〇条は「其事実ノ有無ヲ問ハス」と規定し、名誉毀損行為が、公共の利害に関する事実に係り、その目的がもつばら公益を図るに出席たる事が認定された場合にのみ事実の証明を許すが国の刑法の下では妥当とはいえない(小野・「名譽に対する罪」)ものと思う。

以上により、私は刑法二三〇条ノ二は、名誉の保護と正当な言論の保障との調和と均衡とを考慮した優越的利益の保護の原則にもとづく特別の違法性阻却事由と解し、事実の真实性について誤信した

〔最高裁判事例研究 九一〕

昭四五 16 (最高民集二四卷
七号八〇四頁)

有限会社社員の提起した会社解散の訴、社員総会決議取消の訴および同無効確認の訴と右社員の死亡による訴訟承継の成否

会社解散、社員総会決議取消等請求事件(昭四四・七・一五・大法廷判決)

亡AはY有限会社(被告・被控訴人・被上告人)の資本の十分の一以上に当る出資口数を有する社員であった。Aは死亡前、有限会社法七一条の二にもとづいて、Y会社の解散を裁判所に請求した。又、Aは、別訴

場合、その誤信が、事実の真实性を確信したものであるときは、刑法二三〇条ノ二による事実の証明が成就しなかつた場合においても、単に(違法であるが)故意が阻却されるからではなく、なお、正当行為(権利の行使)として三五条によつて行為の違法性が阻却されるとする藤木説(藤木・前掲書)をもつとも妥当と解するので、その意味で、かつその限度で判旨の結論に賛成する。

最後に、本件において副次的な伝聞証拠に関する問題については、本判決が正当であると思う。

(筑間 正泰)

において、同会社の昭和三三年八月四日開催の臨時社員総会においてなされた決議の取消を請求し、予備的に同決議の無効確認を請求した。

これらの訴が第一審に係属中にAは死亡し、同人の相続人間で遺産分割の協議が行われた結果、X(原告・控訴人・上告人)がAの出資持分の全部を相続した。

そこで、Xは、AがY会社の社員として有した同会社に対する会社解散請求権・社員総会決議取消請求権・同無効確認請求権を相続により承継取得した旨主張して、Aの原告たる地位を承継したとして本訴を進行した。

第一審は、有限会社における社員の解散請求権等は、会社の利益を擁護するために与えられたいわゆる公益権であり、財産的内容をもつ権利ではなく、社員の一身に専属する権利であることを理由に、このような権利にもとづく訴訟において、その係属中に原告が死亡した時には、相続人は訴訟承継をなしえず、訴訟は当然終了するとして、本件訴訟はAの死亡により終了した旨宣告した。(第一審の判決理由は、宇野調査官による後掲本件解説によつた。)

第一審判決を不服としてX控訴。控訴審は、原判決はAを当事者として表示してはいるが、これは本件訴訟が原告の死亡により終了したとする原審判断の帰結からすれば、訴訟承継を生ずる余地がないために、そのような表示がなされたのであつて、原判決の認識する実質上の原告はXにはかならないから、本件控訴は適法である、としたうえで、本案については第一審とほぼ同様な見解にもとづいて控訴を棄却した。

X上告。最高裁(大法廷)の多数意見は以下のごとく論じて、原判決を破棄し、事件を第一審に差戻した。

「有限会社における社員の持分は株式会社における株式と同様、社員が社員たる資格において会社に対して有する法律上の地位(いわゆる社員権)を意味し、社員はかかる社員たる地位に基づいて、会社に対し利益配当請求権(有限会社法四四条)、残余財産分配請求権(同法七三条)など、いわゆる公益権と本件におけるよな会社解散請求権(同法七一条の二)社員総会決議取消請求権(同法四一条、商法二四七条)、同無効確認請求権(有限会社法四一条、商法二二一条)などのいわゆる公益権とを有するのであるが、会社の営利法人たる性質にかんがみれば、これらの権利は、公益権たる公益権たるを問はず、いずれも直接間接社員自身の経済的利益のために与えられ、その利益のために行使しうべきものと解さなければならぬ。このことは、社員が直接会社から財産的利益を受けることを内容とする公益権については疑いが無いが、社員が

会社の経営に関与し、不当な経営を防止またはこれにつき救済を求めることを内容とする公益権についても、異なることはない。ただし、公益権も帰するところ、公益権の価値の実現を保障するために認められたものにはかならないのであつて、その権利の性質上権利行使の結果が直接会社および社員の利益に影響を及ぼすためその行使につき一定の制約が存することは看過しがたいにしても、本来それが社員自身の利益のために与えられたものであることは否定することができないからである。そして、このような公益権の性質に照らせば、それは公益権と密接不可分の関係において全体として社員の法律上の地位としての持分に包含され、したがつて、持分の移転が認められる以上(有限会社法一九条、公益権もまたこれによつて移転するものと解するのが相当であり、公益権をもつて社員の一身専属的な権利であるとし、譲渡または相続の対象とならえないと解するいわれはないのである。

以上説示したところによれば、本件における会社解散請求権、社員総会決議取消請求権、同無効確認請求権のごときも、持分の譲渡または相続により譲受人または相続人に移転するものと認められる。その理は、本件におけるように、社員が社員たる資格に基づいて会社解散の訴、社員総会決議の取消または無効確認の訴を提起したのち持分の譲渡または相続が行なわれた場合においても異なることはない。

ところで、社員が右のような訴を提起したのちその持分を譲渡した場合には、譲受人は会社解散請求権、社員総会決議取消請求権および同無効確認請求権のごときは取得するけれども、譲渡人の訴訟上における原告たる地位までも承継するものとはいえない。これに反して、相続の場合においては、相続人は被相続人の法律上の地位を包括的に承継するのであるから、持分の取得により社員たる地位ともなり前記のごとき諸権利はもとより、被相続人の提起した訴訟の原告たる地位をも承継し、その訴訟手続を受け継ぐことになるのである。もし、原告たる被相続人

の死亡により同人の提起した訴訟が当然に終了するものとするならば、本件の社員総会決議取消の訴におけるように提訴期限の定め（有限会社法四一条、商法四二八条一項）がある場合において被相続人の死亡当時すでにその提訴期間を経過しているときは、相続人は新たに訴を提起することができず、原告たる被相続人の死亡なる偶然の事情により、社員がすでに着手していた社員総会決議の取消の是正の途が閉ざされるといふ不合理な結果となるのを免れないのである。

してみれば、本件訴訟については、原告たるAの死亡により、同人の有した被告会社の持分の全部を相続により取得した上告人において原告たる地位をも当然に承継したものであるというべきであり、右Aの死亡により本件訴訟が終了したものとすることはできない。

この多数意見に対して、松田・岩田両裁判官の反対意見がある。それを要約すると以下のごとくである。

多数意見は、株主は共益権を自己の利益のために行使しようということから、その譲渡性を肯定する。しかし、共益権の行使は有限会社なる団体自体の利益により制約を受ける。又判例も株式会社株主の有する会社設立無効請求につき、提起後原告が株主の地位を失つた場合、無効を主張する権利もまた失うとしている（大判昭和八年一〇月二六日・民集一二巻三三三号二六二六頁）。したがって共益権の譲渡性は否定すべきである。もしこれを肯定するとすれば、次のような不都合が生ずる。すなわち、①有限会社社員の債権者による、共益権の代位行使を認めざるを得なくなる。②有限会社の社員の持分の上に質権を有する者による共益権の行使を認めざるを得なくなる。③有限会社においては、定款をもつて、出資口数に関係なく、例えば、社員一人が一個の議決権を有する旨定めることができる（有限会社法三九条但書）が、かような場合、社員一人が、自己の持分の一部を社員でない者に譲渡すると、譲渡人も譲受人も共に一個の議決権を有することになる。このような事態は、共

益権の譲渡性によつては説明され得ない。

以上のように、共益権の譲渡性は否定されるが、譲渡性のない権利は、別段の事情なき限り相続性も有しないのを原則とする。それゆえ、有限会社社員の有する共益権の相続性も否定されることになる。

かような見解にもとづき、反対意見は、本件訴訟はAの死亡により終了したと解し、上告は棄却されるべきであるとしている。

判旨（多数意見）の結論に賛成。その傍論には若干疑問をいだく。

一 本件における中心問題は、有限会社社員の会社解散請求権・社員総会決議取消請求権、および同無効確認請求権、すなわち、いわゆる共益権の相続性の有無である。

ところで、株式会社株主の共益権の相続性・譲渡性の有無については、周知のごとく、これを肯定する学説と否定する学説が対立している。すなわち、田中耕太郎博士および本件で反対意見を唱えられた松田判事の諸論稿に代表される、社員権否認論は、共益権を会社の機関たる地位（田中博士）もしくは、一身専属的権利（松田判事）と見て、その相続性・譲渡性を否認する。この見解によれば、株式の譲渡とは自益権の譲渡のみを意味し、株式を譲り受けた者は、共益権を原始的に取得すると説明される（代表的論稿として、田中、我が國に於ける社員権否認論、商法研究、一五五頁以下、松田、株式会社の基礎理論、同、株主の自益権と共益権、株式会社法研究、三頁以下、同、社員権否認論に対する新説について、同書、九三頁以下、判例会社法研究、仙台高判、昭和三年四月三〇日、高教民集、九卷四号二四〇頁）、東京地判、昭和三年五月七日、下級民集、五卷五号六三三頁）。

これに対して、社員権論に立つ学説は共益権の一身専属性を認めず、その相続性・譲渡性を肯定する（大隅、いわゆる株主の共益権について、会社法の諸問題増補版、一〇五頁以下、

鈴木・共益権の本質・法協・六二巻三号一頁以下。同・新版会社法・七二頁。松下判批・民商・六一巻四号一八七頁以下。石井・会社法一・一七頁以下等。判例としては名古屋高判・昭和四二年九月二九日・商。そして、この社員権論の中にあつて、指導的地位にあるのが、本件において多数意見を構成された裁判官の一人である、大隅判事である。

本件は、有限会社をめぐる事例であるが、従来の株式会社をめぐる見解の対立がそのまま多数意見と反対意見の対立という形になつて現われている(宇野・本件解説・法曹・二三巻一号一七七頁は、株式会社)。

私自身は、基本的には、共益権の譲渡性・相続性を肯定する社員権論、すなわち多数意見に賛成である。その理由は多数意見が判決理由において述べており、これをすでに引用したので、ここでは繰り返さない。本稿では、ただ、私の社員権否認論に対する疑問を提示し、又、反対意見の反論に対して多数意見は充分な回答を示しているとは思われない点があるので、社員権否認論(反対意見)から社員権論(多数意見)に対して提起された反論に答えたいと思う。(ただ、問題点を網羅的に拾いあげ得なかつたであろうし、文献の引用も不十分であると思う。なお、松田判事の見解としては、「株式会社法研究」に所収された論文から、松田・前掲書として引用する。)

二 社員権否認論は、企業の所有と経営の分離という社会的現象に注目し、株式の性質を、かような現象にもとづいて規定していかうとするのである。すなわち、この見解は、大企業においては、会社構成員間の団結は弛緩し、一般株主は配当率と株式の市場価格のみ関心をもち、経営には関心を払わなくなり、株主は債権者的地位を有するに過ぎなくなるに至つたとし、かような現象をその思考

の出発点とするのである(松田・前掲書・四頁、九頁、九)。

私は、社員権否認論の基礎となつているこの思考方法にまず疑問をいさぐのである。確かに、会社法研究において、企業の経済的事実を凝視することの必要性は誰しも認めるであろう(松田・前掲書・七式会社法における「支配」概念・会社法)。

そして企業、なかんずく大企業のはほとんどすべてにおいて、その所有と経営の分離が生じているといふことも否定しえない(経営学の成果をとり入れた竹内教授の研究である、かかる現象は正確には、所有と支配と経営の分離であるとのことである。竹内・前掲論文・二三頁以下)。

したがつて、「企業の所有と経営の分離」あるいは、松田判事がしばしば引用されるラテナウの「企業における『基礎の交替』」という言葉は、企業をめぐる一般的傾向を指摘する限りにおいては、正しいものといひうる。しかし、かような一般的傾向が存在するからといつて、それが総ての企業において見られる現象であるといふことはできないのではないだろうか。特に小規模な株式会社や本件で問題となつた有有限会社においては、依然として企業における所有と経営の分離は起つておらず、したがつてその「基礎の交替」も生じてはいない、というのが実際ではなからうか(特に有有限会社につき、正亀・本件解説・ジュリ)。

社員権否認論の旗頭である松田判事自身、その研究対象には、いわゆる家族的会社は入らない旨明言しておられる(専断会・株式会社法の基礎理論をめぐつて・ジュリスト、一八五号一八頁の松田判事の発言、その他にも、社員権否認論を採る論稿で、考察の対象を大企業に限定するものがある。中村(一善)・社員権からの支配的権利の分離および社員機関と機関資格の分離、現代商法学の諸問題・田中(憲)先生古稀記念・三)。もとより、研究対象をどの範囲に限定するかは各研究者の自由であるが、その研究から導き出された帰結を、何の理由付けもなしに、範囲外の分野にあてはめようとするには、私は首肯

しえない。

のみならず、大企業においても、常に必ず構成員は経営に無関心であるとは言えないのではないだろうか。大企業においても、一般株主が会社の経営に興味をもち、あるいは取締役の責任を追求するということがとき事例が皆無であるとは言いつても、しかも法はそのことを認めているのである。

思うに、法が会社構成員の企業経営への参加を認めている以上、実際の構成員が経営への参加を行っていないとしても、かような現実から社員権の性質を規定していくことはできないのではなからうか（鈴木教授は、株主の経営への不参加を特期の状態と説明される。鈴木・前掲論文・三〇一―三二頁、松田判事は、かような説明に反対される。松田・前掲書・一七八頁。確かに、株主が遂に経営に参加せず、最後まで特期の状態が続くということがあっても、法が、株主の経営参加の可能性を認めている以上、「待期」という表現を用いることは可能であらう）。

三 次に、社員権否認論は、一般株主は配当率と株式の市場価格のみに関心を払い、会社の経営には無関心である、という前述の現象から、株式を債権と見るのである（松田・前掲書・一〇一―一頁、三八―三三頁、株式会社法論）。

これに対して、社員権論に立つ論者は、株主は会社の経済上の所有者であり、自益権は所有権の収益権能の変形であり、共益権はその支配権能の変形であると説く（大隅・前掲論文・一一二頁。なお、ここでの株主の所有権ではないことにつき、竹内・前掲論文・二二六頁）。

かような見解は、株式を物権視し、これを持つと見る訳であるが、松田判事は以下のごとき理由からかような見方が現状にあわな

排斥される傾向にあるが、株主がこれを有しないと、新株発行の前後で、株主の持分の割合が変化することになる。かような事態は「持分」という観念と相容れない（松田・前掲書・二）。② 残与財産分配請求権は株主から奪いうるというのが通説である。そうであるとする

と、そのことは「持分」という観念と相容れない（松田・前掲書・二七―二八頁）。③ 議決権なき株式の存在は、「持分」の観念とは相容れない（松田・前掲書・二八頁、五五頁、一一二頁参照。鈴木・前掲論文・二〇一―二二頁参照）。④ 法が無額面株式の制度により、平等出資の原則をくずした以上、持分的な考え方を採ることはできない（松田・前掲書・二八―二九頁）。

私は、株式には債権的な性質と物権的な性質の双方が内在しているとも、何ら不都合はないと考える。そしてどちらの要素が大きいかは、それぞれの会社の事情によつて異なるのではないかと考

える。すなわち、株主が会社の経営に関心を持ち、新株引受権や残与財産分配請求権が排斥されておらず、議決権なき株式や無額面株式の制度が採用されていない会社においては、株式はほとんど純粋な物権であると言いが得ようし、その反対の会社においては、ほとんど純粋な債権と言いが得ようが、実際の会社においては、かような極端な例はあまりなく、株式は、いわばベクトルのように、物権性と債権性（そして、あるいはそれ以外の要素も）の双方をかねそなえていると言えるのではないだろうか。松田判事の立場は、株式をもつて、物権が債権かの二者択一を、他説と自らに迫るものであつて、私には採ることができない。

四 又、社員権否認論の基礎には、企業構成員が共益権を自らの利

益のために行使することを許すことにより、会社の利益が害されることに對する危機感があるようである(松田・前掲書・一四頁、三七—三三)。

社員権否認論が公益権の倫理性を強調し、参政権と公益権の類似性を主張する由縁もここにあり得るのである(松田・前掲書)。

しかし、法が個人の利益追求を是認している以上、企業の構成員各自がその利益を追及することは当然許されるはずである。そして、会社は、構成員の利益追求のために設立されたものであるから、公益権に關しても、構成員個人の利益を、法規則の出発点とすることが妥当である(大隅・前掲論文・一〇頁以下、鈴木・前掲論文・一三〇頁)。

もとより、個人の利益追求は、他者の利益と衝突した場合に、一定の調整を受ける。又公益権の行使が、公益権の行使に比して、権利濫用に陥りやすいことも確かである。それゆえ、公益権の方が、他の構成員の利益との関係で制限を受ける場合が多いことは事実であらう(大隅・前掲論文・二二四頁、平尾・前掲本件判批六頁、鈴木・前掲論文・三)。

松田判事は、かような事実を承認するならば、素直に社員権否認論を認めるべきである、と論じられる(松田・前掲書)。しかし、ここにいる権利(公益権)行使の制限は、個人の利益同志の衝突を調整するためのものであり、松田判事の論述におけるがごとく、団体(企業)の利益のための制限ではない。したがつて、二つの見解は妥協しえないのである。

五 以上の論述にもとづいて、私は公益権の譲渡性を肯定すべきであると考へるが、松田判事は、これを肯定した場合、以下のごとき不都合が生じるとして、譲渡性を肯定する見解を攻撃される。

①株主総会決議取消請求権は公益権であるが、従来の学説は株主総会決議取消の訴を提起した者は、訴訟終了まで同一株式を少くとも一株有することを必要としている(例えは、竹田・株主総会決議無効の訴の始株主であれば、同一の株式を有する必要はないと)。この訴を提起した者が最後の一株を譲渡すると訴訟は終了する。このことは公益権の譲渡性を否定しなければ説明がつかない(松田・前掲書・四四—四五頁、一三三頁)。

②少数株主権は公益権に属するが、少数株主権にもとづいて検査役選任を請求(商法二九)する者は、選任に関する確定判決があるまで終始発行済株式の十分の一以上の株式を有していなければならない(四七頁)とされている。このことは公益権の譲渡性を否定しなければ説明されえない(松田・前掲書)。

③判例は会社設立無効の訴を提起した株主が、訴提起後株主たる資格を失つたときは、無効を主張する権利も失うとしている(大隅・昭和八年一〇)。このことは公益権の譲渡性を否定する証左である(松田・前掲書・四七頁、本)。

④昭和二五年の改正前の商法は、定款をもつて十一株以上の株式を有する者につき、その議決権を制限できるとしていた(改正前の商法、二四一条一項但)。かような制限がなされている会社の株主で十三株の株式を有していた者が、従来株主でなかつた者二名に一株ずつ株式を譲渡すると、二人の譲受人はそれぞれ一個の議決権を行使しうることになる。かような事態は公益権の原始的取得によらなければ説明されない。同様に、商法七三条は合名会社社員の持分の一部譲渡を認めているが、合名会社社員がその持分の一部を、社員に非ざる者に譲渡

した場合、譲渡人の表決権と並んで譲受人の表決権も発生することになるが、これも共益権の原始的取得によらない限り説明され得ない(松田前掲書)。又、有限会社においても、定款をもつて、出資口数と無関係に、各社員に一個の議決権を付与する旨定めることができ(有限会社法三九条但書)、かかる場合に、社員がその持分の一部を社員に非ざる者に譲渡すると、前述の合名会社社員の持分の一部譲渡の場合と同じく、共益権の原始的取得によらない限り説明できない事態が生じる(本件反対)。

⑤ 共益権を財産視して、その譲渡性を肯定すると、株主や社員の債権者が債権者代位権にもついで共益権を行使することを認めざるを得なくなる。同様に、株主が株式の(あるいは社員が持分の)上に質権を設定すると、質権者が共益権を行使することをも認めざるを得なくなる。かかることは我々の法感覚にいちじぢるしく反する(本件反対)。

⑥ 会社設立無効・決議取消・同無効確認の訴は、実務において、「財産上ノ請求ニ非ル訴訟(民訴印紙法三九条一項)」として扱われている。このことは共益権の非財産性ひいては非譲渡性を証明する(本件反対)。

以下に私は松田判事の批判に回答をなしていく。

① まず、株主総会決議取消の訴の原告は、訴訟終結まで同一株式を少くとも一株有していなければならない、という点である。私は後に述べるように、かような訴の係属中に原告から株式の譲渡を受けた者は、民訴訟七三条により訴訟の承継をなしようと考えうる。そのことは、私見によれば、共益権の譲渡性を認めたことの当然の帰

結である(ただし、後述のごとく、共益権の譲渡性を認める学説の中にも反対の帰結に至るものがある)。一方、松田判事のごとく、共益権の譲渡性を否定すれば、確かに、かような場合、原告が株式の総てを譲渡すれば、訴訟を終結せしめることになるが、かような結論に至るのは、判事が共益権の譲渡性を否定されるからである。したがって、かような場合の訴訟終了から共益権の譲渡性を否定するのは考え方が逆である。

② 少数株主権についても、①の場合と同様に、原告の株式の一部ないし全部を譲り受けた者が、訴訟に参加していくことにより、従前の訴訟を維持していくことは可能ならずである。それゆえ、この点についても、松田判事の反論には納得できない。

③ の大審院判例であるが、これは株主たる地位が消滅してしまつた事例であり、この地位が他者に移転した事例ではない。したがって、この判例を共益権の譲渡性の問題に引用してくることは不適切であると一言ざるを得ない(平尾・前掲本件判)。

④ 次に、十一株以上の株式を有する株主の議決権行使の制限・合名会社社員の持分の一部譲渡・有限会社社員の議決権の定款による変更であるが、これ等はいずれも、きわめて変則的な規定である。すなわち、十一株以上の株式を有する株主に対する議決権行使の制限は、従来においても、おそらくあまりなされなかつたであろうし、現に法はこれを廃止してしまつている。又、合名会社社員の持分の譲渡についても、法は他の社員の同意がある場合に限つて認め(商法七三条)し、合名会社のごとき家族的会社においては、持分

の譲渡は比較的稀なことであろう。又、有限会社においても、社員の議決権行使に、松田判事のいわれるような変更が加えられることは、おそらく稀であろう。かような変則的現象から共益権のごとき会社法上の基本的な権利の性質を決定していくことの妥当性を私は疑わないわけにはいかない。又、鈴木教授は、十一株以上の株式を有する株主に対する議決権行使の制限は、株式に加えられた制限ではなく、株主に加えられた制限であり、株式の譲渡がなされれば、株式はかかる人的制限を脱すると説明されている(鈴木・前掲論)が、この趣旨は有限会社社員の議決権行使に対する制限についても、あてはまるであろう(二〇以上の出資口数を有する社員の議決権の行使に制限が加えられたとみるわけである)(その他、合名会社社員の持分の一部譲渡について松田判事は苦し、説明である。)(ては、鈴木・前掲論文、一九頁参照、これに對する、松田・前掲書、四八頁)。

⑤次に共益権の譲渡性を認めると、株主および有限会社社員の債権者や質権者による共益権の行使を許さざるを得なくなる、という点であるが、共益権の譲渡性の肯定から、即座に株主でない者(債権者や質権者)の共益権の行使の是認を導き出すことには、論理の飛躍がありはしないだろうか。思うに、一身専属的な権利と、譲渡可能であり債権者の代位行使や質権者の行使に親しむ権利の中間にあつて、譲渡は可能であるが、これ等の者の行使には親しまない権利があつても不思議ではなく、共益権はまさにかような権利なのではなからうか。

⑥次に、実務においては会社設立無効等の訴が財産上の訴訟として取扱われないという点である。確かにかような訴訟における判決

の効力は、直接には会社に対して生じるのであり、したがつて、直接には原告たる会社構成員の経済的利益には影響を及さない。それゆえ、かような実務の取扱いは妥当であると思われる。しかし我々の立場からすれば、かような訴も間接的かつ最終的には、会社構成員個人の経済的利益の擁護を意図したものである。したがつて、前述せる実務の取扱いから、直ちに共益権の非譲渡性を帰結することは妥当ではない(宇野・前掲本件解説、一八五頁参照、なお、平尾・前掲本件判批・評価が困難なため非財産権上の請求として取扱)。われると説明する私見とは理論構成が異なる)。

なおそのほかに、本件反対意見は以下のごとく論じている。会社解散請求のごとく、訴提起の期間の定めのないものは、譲受人・相続人において新たに訴を提起することが可能であり、社員総会決議取消の訴など、訴提起の期間の定めのあるものについては、法は数個の訴が同時に係属しうることを予定しているもので、複数の者が訴を提起すれば、たまたまその中の一人が死亡しても、他の者が提起した訴は終了しない。それゆえ共益権の譲渡性・相続性を否定しても不都合はあまり生じない、と。

これに対しては、新たに訴を提起せしめることは訴訟経済に反するし、訴提起の期間の定めのあるものについては、死者ないし譲渡人のみが原告であつた場合には、やはり相続人ないし譲受人が訴訟承継をなしうるとしなければ不都合である、という反論がある(松下掲判批、一八九頁、平尾・前掲本件判批、五十六頁、上田、本件判批、民商、六四卷四号、六五―六六頁、本件多数意見)。

しかし、この点は双方とも便宜論であり、決定的論拠たりえない。六とところで、多数意見は、すでに引用したように、社員が、会

社解散の訴・社員総会決議取消の訴、および同無効確認の訴を提起した後死亡した場合は、相続人が被相続人（訴を提起した社員）の法律上の地位を包括的に承継するから、相続人は、会社解散請求権等を取得すると同時に、被相続人の訴訟上の原告たる地位をも取得すると論じているが、一方、傍論において、社員が訴提起後その持分を譲渡した場合には、譲受人は会社解散請求権等の権利は取得するが、「譲渡人の訴訟上における原告たる地位までも承継するものとはいえない」としている。

この点につき、本件を評釈された上田教授は、多数意見は、譲渡の場合には訴訟承継を否定する趣旨であると解しておられる（上田・件判批・六六頁）。一方、宇野調査官は、本件解説において、「多数意見は、持分が譲渡された場合の、譲渡人の訴訟上における原告たる地位の承継の問題については、譲受人は譲渡人の訴訟上における原告たる地位までも当然に承継するものとはいえないとするのみで、その承継の許否方法などについては論じていない」（宇野・前掲本件解説・一八二頁）と説明しておられる。

多数意見の真意はしばらくおくとして、譲渡の場合の訴訟承継の許否については、いかに考えるべきであろうか。

社員権否認論の立場からすれば、譲受人の訴訟承継が認められないのは当然である。一方、社員権論の陣営にあつても、譲受人は訴訟の承継はしえず、あらたに訴を提起するほかないとする見解がある（石井・前掲書・二〇頁、鈴木）。（前掲論文・一九―二〇頁）。

しかし、私は、持分の譲渡の場合には、譲受人は、民訴法七三条

により従前の訴訟に参加することができる^①と考える。ただし、同条でいう「訴訟ノ目的タル権利ノ……譲受」には、訴訟物自体の移転のみならず、訴訟を進行する権能、すなわち、当事者適格の移転も包含されている、と解するのが、当事者恒定主義を排して紛争の實質的解決を志向した、現行法の解釈として妥当であり（兼子・条解民訴・一九〇―一九一頁、松下・前掲判批・一九〇頁、井上・参加訴訟と引受承継・民訴法演習Ⅰ・二〇一頁、なお、兼子・訴訟承継論・民事法研究・卷一四〇頁）、有限会社持分の譲渡は、会社解散の訴等における当事者適格の移転を惹起するものと考えられるからである（本件を評釈された、上田・平尾同教授も訴・件判批・六八頁）。

したがつて、多数意見の真意が、持分譲渡の場合には、譲受人の民訴法七三条による訴訟参加を拒絶する趣旨であるならば、私はこの点につき、多数意見に反対する。もつとも、多数意見の中にあつて、意見形成に関して指導的役割を果したと憶測される大隅判事は、かつて、譲受人の承継を肯定する旨述べられたことがある（ジュネ・前掲座談会・）から、多数意見も、これと同趣旨であるとも考えられなくはない。しかし、この点、多数意見の表現があいまいなので、私も多数意見に対してはつきりした態度をとることができない^②。

七 本判決は、民訴法三八八条により、事件を第一審に差し戻している。最高裁が、本来は原審の訴訟判決を取消す場合の規定である三八八条を、第一審の終了判決を取消した本件に類推適用した理由は、どちらの場合においても、原審で充分な本案の審理がなされなかつた可能性がある（これらの判決が下された場合でも、常に必ず本

案の審理がなされなかつた、というわけではないが」という点で双方に共通点があると考えたため、と思われる。

かような考え方に對して、原審でなされた終了判決が取り消されれば、原審での本案訴訟は当然復活して進行するから、わざわざ事件を差戻す必要はない、という見解もある(菊井・村松・コンメンタール。六〇九頁)。

しかし、原審で終了判決がなされれば、当該事件は原審を離れる以上、上級審がこれを取消しておきながら、自判も差戻しもないとすれば(自判することは、原審で充分な本案審理がなされなかつた可能性があるから許されない。)事件は結局、係属の場を失うに至らざるを得なくなる。

したがつて、原審の終了判決を、上級審において取消することは、当然に原審での本案訴訟の進行を復活せしめる、という考え方は妥当でない。かかる見解は、「終了判決」という名称にこだわつたため採られたものと思われるが、訴訟判決にしても、さらには本案判決にしても、訴訟の終結を宣言する(もとより明示的ではないが)、という点においては、終了判決と異なるところはないはずであり、終了判決だけを特別扱いする理由はないと思われる。

要するに、事件を第一審に差し戻した最高裁の処置は正しかつた。

八 本件第一審は、判決言い渡し当時すでに死亡していたAを一方の名宛人として、終了判決を下したのであるが、これを不服として控訴したのはXであつた。第二審は、すでに引用したごとく、第一審判決の認識する実質上の原告はXであるから、Xのなした控

訴は適法であるとした。

上訴権者とは、「上訴をもつて不服を申立てられた裁判において当事者として表示されている者」(菊井・上訴制度・民事訴訟法講座(三卷・八五三頁、傍点筆者))とする論稿もあるが、これは、本件のごとき場合を念頭におかずに書かれたものと思われる。控訴権は、判決の言渡によつて「不服の利益を有する当事者に相手方との関係で」生じるものであり(伊東・民事訴訟法(一七六頁)、訴訟における当事者とは、「当該訴訟で解決せられるべき実体法上の紛争の主体として訴訟に登場する者」(伊東・訴訟当事者の概念と中田先生遺稿(七頁)である。したがつて本件においては、Xは控訴権者であつた。よつて第二審のこの点に関する処置は正しかつた。

(注) 本文で述べたように、相続のごとき包括承継の場合においても、持分譲渡のごとき特定承継の場合においても、承継人は訴訟を承継しうることと差異はない。この点について上田教授が、本件評釈において、「たしかに包括承継の場合、訴訟上の地位をも承継することはより自明と考えられるにしろ(特定承継を認めないローマ法でも、相、その理論的根拠は、続による当然承継は認められたという)、その理論的根拠は、当然承継と特定承継とは異ならないと解されているのであつて(前九頁以下)、訴訟承継主義をとるわが訴訟法のもとでは、本件のような場合に於いては、まだ両者異つた取扱いをする根拠はないと思われる」(上田・前掲本件判批)と述べておられるのは正しい。

ただし、特定承継の場合には、当事者が訴訟参加の申立(民訴法)、あるいは訴訟引受の申立(七四條)をなすことにより訴訟承継が生じるのに對して、包括承継の場合には、当事者の死亡等の承継事由の発生により、当然に承継人が訴訟を承継するのである。たしかに当事者の死亡の場合訴訟手続は中断する(民訴法)が、かかる中断は、相続人が訴訟を承継したことを前提として生じるものであり、相続人の受継申立・相手方の受

継申立(民法二六六)あるいは、裁判所による続行命命(民法二一九)も、訴訟の承継に対しては単に確認的なものにすぎない(兼子・前掲訴訟承継)、というのが、通説というよりは、我々の常識となつてゐる。

したがつて、もし訴訟係属中に死亡した当事者の相続人が「自分は相続により、訴訟の目的となつてゐる権利(あるいは当事者適格)を承継した」として民法七三条による訴訟参加を申立てたとしたなら、かような申立は退けられるべきである(裁判官がかかような申立を民法二〇八条の申立であると評価変更することが可能であるとすれば別論であるが、その場合でも、七三条の申立としては認められない)。その理由は、単に、相続人は訴訟手続の受継という別個の手段により訴訟に加わりうるから(菊井・村松・コヤマ)といふことではない(法が一つの目的のために、二つの道を並列的に用意しているならば、国民はそのどちらをも選ぶうはずである)。そうではなくて、このような場合には、相続人はすでに被相続人の訴訟上の地位をも取得している以上、七三条による参加をする余地がないからである。

(伊東 乾・石渡 哲)

昭四五七 (最高民集二四卷七号)

(八六一頁)

父母の両者または子のいずれか一方の死亡後における親子関係存否確認の訴の許否

母子関係存在確認請求事件(昭四五・七・一五 大法院判決)

〔事実〕 Zは戸籍上A・Aの嫡出子となつてゐるが(元々Aの庶子として届出られ、その後A・Aが婚姻したことにより準正して嫡出子となる)、Zは実際にはX(原告、控訴人・上告人)とYとの間の子である

判例研究

とし、Xは戦死したZとの身分関係を明らかにし、同人の冥福を祈るために人事訴訟手続法二条三項により検察官を被告とし、ZがXの子であることを確認を求め訴を提起したのが本件である。これに対し、第一審はZすでに死亡しているのであるから母子関係は過去の法律関係に属するものといふべく、いわゆる確認の利益のない不適法なものとして却下した。又控訴審も同様に訴の利益なしとして控訴を棄却している。X上告。上告理由は、Xが恩給法に基き扶助料を請求した処、ZがXの子であることの戸籍簿を提出せよといふことで人事訴訟手続法により母子関係を確認して戸籍を提出する外恩給受領の方法が無いことになるから訴の利益はあるとして上告。

〔判旨〕 最高裁は大法院で左の理由により従来判例を変更し、原判決を破棄し、第一審判決を取消し、本件を第一審裁判所に差し戻した。

「ところで、親子関係は、父母の両者または子のいずれか一方が死亡した後でも、生存する一方にとつて身分関係の基本となる法律関係であり、それによつて生じた法律効果につき現在法律上の紛争が存在し、その解決のために右の法律関係につき確認を求めめる必要がある場合があることはいふまでもなく、戸籍の記載が真実と異なる場合には戸籍法一一六条により確定判決に基づき右記載を訂正して真実の身分関係を明らかにする利益が認められるのである。人事訴訟手続法で婚姻もしくは養子縁組の無効または子の認知の訴につき、当事者の一方が死亡した後でも生存する一方に対し、死亡した当事者との間の右各身分関係に関する訴を提起し、これを進行することを認め、この場合における訴の相手方は検察官とすべきことを定めてゐる(人訴法条文略)のは、右の趣旨を前提としたものと解すべきである。したがつて父母の両者または子のいずれか一方が死亡した後でも、右人事訴訟手続法の各規定を類推し、生存する一方において死亡した一方との間の親子関係の存否確認の訴を提起し、これを進行することができ、この場合における相手方は検察官とす

べきものと解するのが相当である。この点について、当裁判所がさきに示した見解(最判昭和三四年五月二日第三小法廷判決、民集一三卷五号五七六頁)は変更されるべきものである。

尚本判決には大隅裁判官の補足意見の他、入江、松田、岩田、松本、村上各裁判官の反対意見が付されているが以上は研究と関係ある範囲内で引用する(但し、松田裁判官の反対意見に入江、岩田、松本裁判官は同調し、村上裁判官も一部付加するほかは松田裁判官に同調するので反対意見は松田、村上両氏と)してのみ表示する。

判旨は結論において賛成である。

一 親子関係確認の訴は判例によつて認められた類型の訴である。そしてこれにつき今回の判決は人事訴訟手続法により、その一方が死亡した時には檢察官を相手として起しうることを宣言した。

ここにおいて従来^(一)の学説、判例の積み重ねが更に一歩進められたことになる(従来^(二)の判例態度については林屋「親子関係不存在確認の訴と戸籍訂正^(三)」(判例研究年報4(一九六八)注釈民法④の1、五五頁以下(林屋担当分))。ここでは右訴の性質等を考察して本件判例の評釈とする。

二 親子関係は身分関係の内、夫婦とともに身分関係の根本をなすものであるが、前者及び養親子が当事者の意思により創設されるものであるのに比し、実親子関係は現実の生物学的、自然的結合を前提とするものであり、通常、子は親を、親は子を選ばずに自然的にその地位を取得する点に極めて大きな特徴がある。そこでこの実親子関係の確認を求めらるる必要を生じた以上は右の自然的、生物学的な関係即ち実質的眞実を追求する必要が存する為、手続においては当事者の自由な意思、行為に委ねるよりも、裁判所を中心として職権探知主義によつた方が眞実を追求する為には妥当するところであ

る(一訴訟法)。そして、右の訴の判決の効力も、右が親子及びこれと関係を有する叔父母、祖父父母、兄弟等その者を中心とする全ての身分関係並びに右身分関係より生じる親権、扶養、相続等多くの權利義務関係の前提であるところより、右身分関係は相対的に規定されるものではなく、画一的、対世的に確定される必要が生じるのである。この事は嫡出否認の訴、強制認知の訴等他の親子関係を含めて身分関係を画する訴訟全てを通じていえることであり(一訴訟法)、決して本件の如き親子関係確認の訴のみ除外すべき理由は全くない。

三 そしてこれら身分関係の確定を求める当事者も親族法、人事訴訟手続法の規定によれば、その範囲を極めて制限しているのであり、本件訴もこれらの規定を参照にしようことになる。何故なら右はその判決の効力が第三者に対しても効力を有するものであることより、慎重にその法律関係に最も親密に係り合いを有するものに制限されるべきであり、且つ右が家族内の問題であることより考えればその性質上単に経済的利益を有するものにまで認めるべきでなく、正にその身分関係の直接的当事者間のみ限定すべきという意図に基づくものである。事が単に法律的な事のみでなく、人情、慈愛、孝心等複雑な全人格的、心理的絡み合いたる事を考えるとき、他人が軽々しく口出す筋合いではないからである。(この点従来^(四)の学説もにある。斎藤「身分関係不存在確認の訴」(家族法大系1、八六頁、兼子「親子関係の確認」(民事法研究1三五六頁、山木戸人訴訟(全集)八三頁等)しかしこれらの学説によつても「親族及びその子を自己の子と主張する第二者」(斎藤前掲)とか「その親または子と外見上または眞実に親族関係にあるもの」(山木戸前掲)等広く親族に認めているが問題である。私は仮に親族であつてもこの事柄に關して)。それ故当事者は、親子関係確

認の訴については、他と異なり法律で当事者を明示していない以上「家庭に法は入らず」の法諺に忠実に従つて実子だとする子と、その直接の親とされる者のみに限られ、他の者は全てこれより排除される¹⁾と考へる。仮に兄弟であつてもこの關係につき口を出さ筋合ひではなく、又これとの關係より、兄弟關係の確認の訴、祖母―孫間の確認の訴も認めるべきではない^(同旨、山本戸前掲九三頁、斎藤前掲二〇四第三女かを確定する為には訴を認められんとするが、)何故なら右は問題となら果して、確認の利益が現在あるか疑問である²⁾。親子關係の言い直しにすぎないからである。そして子又は親が外形上親子となつてゐる場合、その子又は親がその外形的事実を不満とし、その相手方との身分關係を打破せんと決意したときに初めて、この訴を認められるべきであらう。それまでは両者がその外形的事実に満足してゐる以上、他よりこれに嘴を挿し挟むべきではない。

(但し、この様に考へたからといつて、これを形成の訴と考へるべきではない。何故ならA―Bの子がC―Dの嫡出子と戸籍上記載されたからといつて実体法上C、Dの嫡出子となるのではなく、C、Dの嫡出子らしい外形を有してゐるにすぎないのであり、A、Bの婚姻中に懐胎した子であるならA、Bの実体法上嫡出子であることには何ら變化ないのであり、A、Bの子としての確認を求めるとしても、右は既存の身分關係の單なる確認にすぎないからである¹⁾。しかし、C、Dの子と外形上なつてゐる場合、C、D及びその子がそれで満足していればその兄弟が自分の相続分が少なからといつて、又はA、Bの子が自己の扶養義務を免れる為にとしてこの訴を提起してはならないといふことである。

四 そして本件の請求原因で、「ZがXの子であるとして冥福を

祈るため」としても、これに確認の利益がないとすることは出来ない。

何故ならこの訴は全ての權利關係の基礎となるものであり、他の權利關係の仮に前提たる地位にあるとしても(例えば身分關係を前提とする相続權の主張)右とは別にそれ自体に確認の利益を有すると考へる(これは丁度株主總會の決議の訴が、その有効、無効は本来的には他の權利關係の前提としながら、それ自体基本的權利關係の為に訴の利益を認めてゐるのと同様)そして特にこの身分關係を確定したとしても、これにより權利關係が全く意味を持たないという特別事情が存しない限り、その一方が死亡したとしても、確認の利益があると考へる。但し兩者とも死亡した後は何人といへどもこの訴を提起しえない。この様に親子關係の確認の訴は一応訴の利益が存在することを前提としてゐるもの²⁾と考へる。

それ故本件の如く原告が冥福を祈りたいとしても前述の如き特別の事情がない限り、本件訴は当然に訴の利益があると考へる。この点大隅判事の補足意見と内容において同一である^(尚大隅判事はこれを過否かとして論じておられるが、私はこの訴の持つ當然の性質であると考へる。)。

即ちこの訴が一般民事訴訟にいう「確認の利益」の有無を考へるのではなく、親が子を、又は子が親に対し、この訴を提起した時は、一応(特別の事情のない限り)訴の利益があるものとして取り扱われるといふことである^{(注2)(注3)}。

五 そしてこの判決は對世的効力を有する以上^(この点松田判事の反対判決ではあるが、基本的身分關係の確認を)その後第三者はこの判断を前提と

して、初めて各々の権利を主張すべきであり、又この判決前にあつては、右は具体的な権利、義務の前提事実につき、その理由あらしめる事実としてならば通常の民事訴訟において請求すれば足りる(兼判昭三九・三・一七、民集一八三三・四七三、尚前注二参照)。ただ第三者はこの親子関係の確認の訴を提起しえないと考える。

六 尚本件及び親子関係確認の訴が多くの場合戸籍訂正の爲になされるが、戸籍訂正がこの訴の場合のみ許されるかは戸籍法の問題(同法一三三條)であるが、戸籍は単に身分関係を公証する制度にすぎず、これに記載されたからといつて、身分関係を創設するものではない(実親子関係についていえば)。ただその様な外形を有しているにすぎない。

この「外形」を判決によつて覆すことは出来るが、右は判決がより真実を担保する公権の効力を有することにより、右の判決内容により、真実に近づけることを使命とする戸籍を一致させる為のものであり、右は結果であつてこれを目的とするのは逆立ちの議論である(注4)。

(注1) 民法七七二条の推定を受けない婚姻中の出生子は嫡出否認の訴によるのではなく、親子関係不存在の訴を提起すること通説、判例の認めるところである。そして前者については嫡出子たる推定を受け、これを覆す否認の訴(民法七七七条)は形成の訴であるという考え方が有力である(兼子、親子関係の確認「民事法研究」三四六頁、斎藤、身分関係不存在「確認の訴」家族法大系一・一九一頁、注釈民法の1、一三二頁等)しかし推定をくつがえすにすぎないのに形成の訴とするのは乱暴な議論である。論者は判決が確定するまで嫡出子たる取扱を受けることを看過した議論というが、取扱いをうけるか否かと、実体法上嫡出子であるか否

かは別問題であり、嫡出否認の訴は後者を決して変更するものではない、同旨松岡特別民訴 三三三頁。

(注2) 従来この訴を提起するについては、通常民事訴訟という確認の利益があれば足りるとし、兄弟、祖父となつている者より訴を提起できるかの様な論述が通説である。しかし再三に亘つて言わせて貰えば、事が家庭内の事であり、それが仮に真実と異つていたとしても、それで両者が満足して生活している以上、他人がこの間に波風を立たせる事は許されないと考える。但しその者がこの訴が許されないからといつて、全く自己の権利が制限されるのではなく、これとは別に各々の権利関係の前提事実として争えは足りるのである(兼子前掲三五六頁、山本戸前掲、問題は、この様な真実を対世的に明らかにする権利は極めて限られた範圍即ちその直接の当事者があえて追求し、それにより従来家庭生活を破壊することも辞さなくなつた時に初めて認められるべきと考える。

この点兼子前掲は嫡出否認より類推して、「親の三親等内の血族」を含むとされるが、右は夫が死亡した時の問題であり、本件訴に親の生否を考えずに論ずるのは疑問であり、しかもこの場合に親子とされている者が共同被告となるが(前掲三六〇頁)、何故第三者が親子を法廷に立たせようのか(特に両者が満足しているとき)、私には疑問でならない。

(注3) 「特別の場合」とは何を指すか極めて困難な問題であるが、親子関係を前提とする権利関係が全く考えられない場合例えばは実親に全く財産がなく、他に親族が全く存在せずして死亡した後は考えられるかもしれない。尚松田判事の反対意見の中に数代前の身分関係の確認さえ利益ありということになりかねないという主張があるが、私は両者死亡した後は何人といえどもこの事柄につき口を挟むべきではないと考えるので、その危惧は全くない。

(注4) 戸籍訂正に同法一一六条により判決を必要とするかについては学

説、判例に争いがあるが、法一六条につき、従前の判例の如く「重大なる影響を与える場合」については確定判決によらなければならないとする考え方（大審決大五・四・一九民録三）には疑問がある。戸籍法一六条は判決によつて戸籍を訂正する時の規定であり、戸籍訂正につき判決でなければならぬか否かは全く触れていない。この点村上裁判官の反対意見も同旨である。ただそれ故に本件訴は利益がないとするのは前述の理由より反対である。「林屋」身分関係存否確認の訴（実務民訴法講座六卷二〇三頁以下）には戸籍訂正の為の親子関係確認の訴を考へるべきではなく一般理論で考へるべきであるとする点は私と同旨であるが、氏が訴の利益につき、一般民事訴訟によると考へていることは（前掲注釈民法②のⅠ五九頁〔林屋担当〕）この訴の特殊性を無視した議論であり、筆者は賛成できない。

以上論述したところによれば、この訴は人訴法の適用を受けると考へるべきであり、又一方の当事者が死亡した場合も訴の利益があり、この場合の相手方は人訴法二条三項により檢察官とした本件判旨に賛成する。

全ての法的結合が婚姻を含め、両当事者間の利害対立より生じている内てただ一つの自然のみを源とし、最も人間が美しくある親子関係に法が土足で踏み込むことに對する些やかな反論である。

（昭和四六年八月一〇日稿）（豊泉 貴太郎）

昭四五八

（最高民集二四卷）
（七号八七九頁）

破産宣告後破産財団に属する財産に對してする国税徴収法に基つ

新たな滞納処分（差押）の可否

債権差押処分取消請求事件（昭和四五・七・一六第一小法廷判決）

昭和二八年一月一六日午前一時福島地裁に於て訴外Aは破産宣告を受け、X（原告、被控訴人、被上告人）が破産管財人に選任された。Aは破産宣告前に国税（法人税・源泉所得税・延滞加算税などを含む）金四〇万余円を滞納しており、所管の福島税務署長Y（被告・控訴人・上告人）は破産宣告後に右国税金につき交付要求をしたが、Xは昭和三四年九月二日に金三万二〇〇〇円を支払つたのみで、その余の額の納付をせず、Yが昭和三六年一月三日付でXに對し配当を催告するも、これに對しXから応じられない旨の回答があり、同年二月二日付官報で破産債権者に對し金三〇〇万円を配当する旨の公告がなされたので、Yは、破産裁判所に對しXに對する監督権の発動を促したが、その実効が得られず、昭和三七年一月三日、訴外Aの滞納する国税債権五九万八九四〇円の徴収を目的として、Xが破産管財事務として訴外B労働金庫に寄託していた満期日を昭和三七年六月二日とする定期預金六〇万円の返還請求権の差押処分をした。これに對し、Xより右差押処分の取消を求め訴を提起した。これが本件である。Xは、一般に財団債権者は破産財団所屬財産につき個別的強制執行をなすことは許されず、破産宣告後においては財団債権たる国税債権の滞納処分もなしえない、と主張したが、Yは、これを争ひ、むしろ、国税徴収法四七条、国税通則法三七条一項一號・三八条一項一號は国税滞納者につき破産手続が開始されたときは差押をなすべき旨を明文をもつて定めたもので本件差押処分は適法である、と主張した。第一、二審ともに、X勝訴。Yから上告。Yの上告理由、原判決には、破産法四七条・七一条・国税徴収法四七条の解釈を誤つた違法がある。すなわち、（一）財団債権により破産財団所屬財産に對し強制執行をなしうるのは、破産法四九条・五〇条に定める財団債

権の随時かつ優先的弁済の原則の当然の帰結であつて、破産法七一条一項の反面解釈の成立の余地はないこと。また、国税徴収法四七条は単に差押義務発生時期を規定するにとどまらず、国税につきその差押適状の要件を定めるとともにその要件を満たすにいたつたときは差押がなされるべきことを明らかにしたものである。従つて、(一)国税徴収法四七条一項の規定は、滞納処分が破産手続を含む他の強制換価手続と競合する場合は別個の規定に委ねる趣旨ではなく、この場合をも含めて、国税債権の行使につき差押をなすべき旨を定めた特別規定と解すべきである。さらに、(二)原判決は、破産管財人の違法配当に対しては破産裁判所に監督権の行使を求め、あるいは、破産管財人に対する損害賠償請求によるべきだとするが、しかし、明らかに違法配当が見られるのに、その実施をまつて裁判所の監督権が発動されたとしても効果がなない、また損害の発生をまつて管財人に対する損害賠償請求をするという不確実な迂路によらなければならぬというのは、国税債権をとくに財団債権として優先させようとする法の趣旨を全く理解しないものである。

上告審判決理由。破産法四七条一号の規定によれば、国税徴収法または国税徴収の例により徴収することを得べき請求権(ただし、破産宣告後の原因に基づく請求権は破産財団に関して生じたものに限る)は財団債権とされており、したがつて破産宣告前原因に基づく右のごとき請求権も、破産宣告後はすべて財団債権となるところ、破産法七一条一項は、破産財団に属する財産に対し、国税徴収法または国税徴収の例による滞納処分をした場合においては破産の宣告はその処分の続行を妨げない旨定めており、右規定は、破産宣告前の滞納処分は破産宣告後も続行することができる旨をとくに定める趣旨に出たものであり、したがつて破産宣告後に新たに滞納処分をすることは許されないことを意味するものと解するのが相当である。また、破産法、国税徴収法等の関係法令において、財団債権たる国税債権をもつて、破産財団に属する財産に

対し、滞納処分をすることができ旨を定めた明文の規定も存しない。それゆゑ、前記四七条一号に定める請求権にあたる国税債権をもつて破産宣告後新たに滞納処分をすることは許されないというべきである。所論は、破産法四九条、国税徴収法四七条は右のような滞納処分を許す根拠規定といふことができることを主張する。元來、破産法による破産手続は、債務者の総財産を資料とし、積極財産の不足を前提に消滅財産の充足を主眼とし、かつ総債権者の公平な満足を実現する清算のための包括的強制執行手続であり、そのため、破産者が破産宣告時において有する一切の財産は破産財団となり、破産宣告前原因に基づく財産上の請求権たる破産債権は、破産手続によらなければ行なうことができず、破産宣告後はこれらの債権による個別的強制執行を許さないことを建前としている。そして、破産法の関係規定によれば、このような破産手続のために、裁判所は破産管財人を選任し、破産管財人は、破産財団の管理、処分の権利を専有し、裁判所の監督を受け、債権者集会等の意見を尊重しつつも、独自の判断と責任のもとに、破産財団の構成、財産の換価、破産債権の調査、配当計画の立案、実施、その他、財団に関する訴訟、否認権行使による財団の増加等の諸事務を遂行するのであつて、このことに徴すれば、破産法は破産管財人をもつて破産手続遂行のための中心的な機関とし、その広い裁量と責任の下に手段の円滑な進行を期し、もつて、その目的の達成をはかつていくことができる。ところで、所論の指摘する破産法四九条は、財団債権は破産手続によらずして随時弁済する旨を定め、また、同法五〇条は、財団債権は破産財団によりまづこれを弁済する旨を定めている。これによれば、財団債権は、一般的には、破産手続の遂行上破産財団の負担に帰すべき共同の利益のために生じた債務であるところから、破産債権の行使につき要求される諸手続を経ることを要せず、直接、破産管財人に対しその弁済を要求することができ、破産管財人は、破産手続とは別に、これを破産財団に属する財

産から支払うこととして、財団債権を保護しているものと解せられるが、前述した破産財団の性質および破産管財人の地位、権限にかんがみれば、破産法は、破産管財人に対し、財団債権について、破産手続の進行に感し、その合理的判断に基づき適正迅速な弁済をすることを期待しているということが出来る。したがつて、同法四七条二号に定める請求権は、その公益的性質からしてとくに財団債権とされたものではあるが、これらの請求権に対する弁済は破産管財人の判断に基づいて行なわなければならない。同法四九条、五〇条の規定がこれら請求権について滞納処分を許したものと解するのは相当ではない。さらに、所論の指摘する国税徴収法四七条は、所定の場合には徴収職員は滞納者の国税につきその財産を差押えなければならない旨規定しているが、これと関連する同法および国税通則法の諸規定をも併せ考えれば、右四七条は、徴収職員が差押をしなければならない場合を一般的に定めたものによらず、とくに、破産手続において財団債権たる国税債権をもつて破産宣告後に新らたに滞納処分を許したものと解することはできない。このような債権については、国税徴収法の定めるところにより、交付要求をすることができるとどまり、仮りに、破産管財人の措置を不服とするときは裁判所の監督権の発動を促すべく、また、場合により破産管財人に対し損害賠償責任を問う方法を講ずべきものである。

処分として差押が許されるか。この問題に対して解答を与えたのが本件判決である。すなわち、租税その他の公課は、破産法四七条第二号によつて財団債権とされているから、破産管財人に対して交付要求(国税徴収法)をして破産財団から破産手続によらずに弁済を受けられる(破四九条)。破産宣告前から破産財団に対してこれら滞納処分が着手されていれば、これを解放せずに手続を続行させることができる(破七一一条)。しかし、破産宣告後新たに滞納処分が許されるか否かについては、破産法は明文の規定を欠くため、ここに困難な問題が生じる。判例は、戦前に下級審のものが一件存し(東控判昭和二九卷諸法、戦後には四件存し(東地判昭和三四・三・二四判例時報一八七号一〇三三頁一頁)戦後には四件存し(真東地判昭和三五・一二・二八行集一巻一三三三三六頁、福島地判昭和三七・一二・二四行集一三巻二二二二二頁、仙台高判昭和三九・二・二六行集一五巻二二四六頁、なお、福島地判昭和三七・七、および仙台高判昭和三九・九のものは、それぞれ本件の一審および二審である)、これらはすべて下級審のものであるが、ひとしく破産宣告後新たに滞納処分は許されないとしていた(余田・民事訴訟雑誌一七号「最近一〇年間」)。最高裁の判断はなされていなかったところ、本件において最高裁は、破産宣告後新たに滞納処分をすることは許されないとしてこれを消極に解することを明らかにした。本件判決はこの点に関する初の最高裁判決として意義がある。

判旨に反対する。

一 破産宣告後に新たに国税徴収法または国税徴収の例による滞納

判例研究

二 財団債権に基づき破産宣告後破産財団に対し新たに強制執行をすることが出来るか否かについては、従来学説において対立が存し、なかでも、財団債権たる租税債権(破四七条)に基づいて宣告後新たに滞納処分を開始することができるかにつき、積極説(菊井・「財団法学新報五九巻二二二頁以下、同・破産法綱要一〇七頁、強制執行法破産法一八九頁、小野木・破産法概論八八頁、中田・破産法和議法・法律学全集一四三頁、余田・

「最近一〇年間の破産判例の動向」と消極説(加藤・破産法要論一一五頁、同・破産法研究一七号二八三頁以下、下九卷三三頁、齋藤・日本破産法三〇一頁、前野・破産法コンメンタール一〇四頁以下、岡村・破産法要義五二頁、石原・破産法和議法実務総論二六頁以上は財団債権に基く強制執行を一般に許されないとし、滞納処分も同断とするが、宮脇・時岡・改正会社更生法の解説三五六頁以下は、財団債権に基く強制執行は一般に許されるが、滞納処分は許されないとする。判例は前者に属するものとして、前掲)が存する。

三 本件判決は、これを消極に解するにあつてその根拠を以下の点に求める。がしかしそれらは疑問である。すなわち、本件判決は、(1)破産法七一条一項の規定は、破産宣告前の滞納処分は宣告後も続行することができる旨をとくに定める趣旨に出たものであり、したがつて、宣告後に新たに滞納処分をすることは許されないことも意味するものと解するのが相当であるとする。本件判決の背後には、宣告後滞納処分が許されるとするのであれば、七一条一項の規定は当然の事理を規定したにとどまり、規定の存在意義は認められないという考慮が存するであらうし、たしかにそういへなくもないが、しかし、七一条一項は、破産宣告前に開始された個別執行の失効の規定(七〇条)の例外規定として存在意義があり、滞納処分も性質上は強制執行であり、本来、宣告によつて失効すべき執行を続行することが可能であることを明確にしたものである。また、なぜ七一条一項が財団債権に基く強制執行一般について言及せず、滞納処分のみにつて規定したのかといへば、他の財団債権は、破産宣告後に生ずる債権が一般であり、宣告前に生じたもの(六九条二項)でも宣告前においては執行されることがないのを通常とするためである。要するに、七一条一項は積極説に立つてもなお説明が可能であつて、七一条一項の規定から直ちに消極説を採るべきであるとの結論は下

せない。つきに本件判決は、(2)財団債権たる国税債権をもつて、破産財団に属する財産に対し滞納処分をすることができ旨を定めた明文の規定も存しないとす。上告理由は、国税徴収法四七条のみを引用するが、同法は本判決も説くように、税務署長に滞納者の財産につき差押をなすべき旨を定めたにとどまるのである。滞納処分と破産手続が競合する場合について、適用が考えられるのは、「滞納処分と他の強制執行等との手続の調整に関する法律、同政令、同規則」であるが、これらの規定の適用を肯定するためには、破産手続を包括執行として把握するか、そうでなくても破産手続を清算手続と包括執行の両性質を具備するものと解すれば、前掲法律等の適用の可能性が生じるが、破産手続は破産管財人を中心とする多数の破産利害関係人間の財産関係の調整であり、それはとりもなおさず清算手続であると解する筆者の立場からは前掲法律等の適用を肯定することはできない。この立場からは本件判決は正当であるようにみえる。だがしかし、破産法四九条をもつてこれを積極に解する根拠条文とみるができるのである。すなわち、四九条の規定は財団債権は、別除権に関する九五条、相殺権に関する九八条と同様に、破産手続——配当手続に依らずに権利の実現を図ることができると解されるのであつて、これは、財団債権に関して我が破産法四九条に該当する規定のないドイツ破産法における財団債権の扱いについて理解されているところと同様である(Jaeger-Lent, KO, § 8 Anm. 10)。つきに本件判決は、(3)破産手続は清算のための包括的強制執行手続であり、破産管財人をもつて、破産手続遂行のための中

心的な機関とし、その広い裁量と責任の下に手続の円滑な遂行を期し、もつて、その目的の達成をはかつているとし、ここから、破産法は、破産管財人に対し、財団債権について、破産手続の進行に応じ、その合理的判断に基づき適正迅速な弁済を期待しているということとができるとし、結論として滞納処分は許されないとす。しかしこの立論は疑問である。筆者は、破産手続は清算手続であつて、執行手続の側面は存しないと考えるが、この点につき最高裁は、清算のための包括執行と解するのであるが、この見解の相違はまずここでは結論に差異を来たささない。つぎに、清算のための包括執行と解しても、また単なる清算手続であると解すればより一層強力で破産管財人の地位、権限を重視し、管財人による破産手続の遂行が考えられなければならない。また、四九条の規定は、「随時之ヲ弁済ス」としてあり、直接的には破産管財人に向けた規範であるようにもみえるし、破産管財人に対して財団債権の弁済を請求することができることも疑いなく、請求に対して管財人が随時弁済すべきであることも当然である。しかし、このことから財団債権者は破産管財人から弁済を受けることができるだけで、強制執行をすることはできないとまでは結論づけられまい。本件判決が立論する破産管財人の地位、権限については、そのとおりだとしても、問われるべきはその先にあるのである。つまり、破産管財人が財団債権の弁済をしない場合に果して財団債権者は強制執行が許されるかが問題なのである。この点について、本件判決のように、破産管財人の地位、権限を論ずることから直ちに財団債権者による強制執行を否定することは飛

躍がある。財団債権に基き請求し、弁済が得られない場合には破産債権者と異り、財団債権者は一般の強制執行により自己の債権の満足をはかれると解することが妥当である。なお、破産手続を清算手続と解する立場からは管財人の地位、権限を強力にし、財団債権の弁済は管財人の裁量にのみよるのであり、強制執行は許されないとすることも採りやすい理論であるが、強制執行を否定することは別除権者、相殺権者等との均衡を失し、無理である。また租税債権のみは強制執行を否定することは、結論は妥当なものとなるが、四七条二号、四九条の存在からして現行法の解釈論としては無理であろう。また、本件判決の結論を採る場合における財団債権者の救済は、裁判所の監督権の発動によることになり、また管財人に対する損害賠償請求（二項）によることになるが、これは迂遠かつ不確実な方法である。

さらに、会社更生法上は、租税債権は一般に共益債権であるが（会社更生法六七条二項）、源泉徴収による国税等の債権は一定の範囲で共益債権とされ（同法一九条）、共益債権に基づく強制執行については会社更生法の改正（昭和四二年法律第八号）により会社更生法二一〇条の二が新設され、共益債権に基づき強制執行が許されることを前提として、その中止・取消の規定が存するに至つたので、会社更生法上は共益債権に基づく強制執行が許されるようになった。このこととの均衡上も破産法上の財団債権により強制執行が許されると解するのが妥当である。

四 かくして、宣告後にする財団債権に基づく強制執行の可否につ

いてこれを積極的に解することになるが、判例が一貫して消極説に立ち、本件でも論理の飛躍は存するにせよ、これを消極に解するのは、破産申立人および破産債権者は、自己への配当を目してそれぞれ申立し、あるいは手続参加をし、また管財人も破産財団を折角確保しても、膨大な租税債権が滞納されているときには、財団は租税のために支払われ、破産債権者への配当は皆無になるため、これを防止するためである。

また、財団債権は、一般的には破産宣告後において破産債権者に共益的なものであるが、四七条二号の租税債権は、破産宣告前のも

〔最高裁判事例研究 五四〕

昭四四三 (最高刑集三卷
三号二二頁)

いわゆる事件回付の措置と訴訟法に準拠する不服申立

事件を回付する決定に対する抗告棄却決定に対する特別抗告事件(昭四四

四・三・二五第三小法廷決定)

被告人Bに対する公職選挙法違反被告事件は、長野地裁伊那支部(乙号)に係属していたが、担当裁判官は、右事件が合議体で審判されるべきものと考えたためか、同支部は、昭和四三年八月二二日付で右事件を長野地裁飯田支部(甲号)へ回付する措置(以下事件の回付という)をとり、同地裁飯田支部は同月二〇日付で合議体で右事件を審判する旨の決定をした。

そこで、弁護人が伊那支部の回付の措置に対して抗告を申し立てたところ、抗告裁判所たる東京高裁は、「地裁の支部は裁判所法三一条並びに

ので、かつ国家の徴収権の満足をはかるために認められたものであり、これが財団債権として認められることは、破産関係人間の財産関係の調整を目的とする清算手続である破産手続の本来の姿からみれば疑問であるのだから、これを消極に解する判例の立場も充分に理解できるのである。しかし、現行法の解釈論としては、右にみたところ、これを積極的に解さざるを得ない。そして、今日租税債権の財団債権性および滞納処分可否について問題はもはや立法論的に解決せられるべきである。

(泉田 親彦)

地方裁判所及び家庭裁判所支部設置規則により設置されて、地裁の事務の一部を取り扱うものであるから、訴訟法上は本庁と支部とは一体をなして一個の管轄単位となり、同規則の定めは地方裁判所の内部的な事務分配に関する基準と解すべく、したがって本件のごとき事件回付は地方裁判所内部の事務分配に関することであるから、前記支部設置規則並びに裁判官会議の定めに従つてなすべきものである。それゆえ、本件回付は司法行政上のことであつて、訴訟法上の管轄に関するものではなく又これに準じて処理すべきものでもないから、訴訟法上の抗告の対象となし得ない。」として、抗告を棄却した。

弁護人は、右抗告棄却決定は、「裁判所の各部(支部を含む)が係属した事件を同一裁判所内の他の部に回付することは、訴訟法上の受訴裁判所の変更として、裁判(決定)をもつてなすべきであり、右回付の決定に