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九四〕家賃金等本訴並びに反訴請求事件 (第一小法廷昭和四五年一〇月二二日判決)
Sub Title	
Author	坂原, 正夫(Sakahara, Masao) 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	1972
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.45, No.5 (1972. 5) ,p.76- 86
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=AN00224504-19720515-0076

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 九四〕

昭四五27（最高民集二四巻一一号一五八三頁）

民訴法七〇条所定の判決の補助参加人に対する効力の性質およびその客観的範囲

家賃金等本訴並びに反訴請求事件（昭和四五・一〇・二二第一小法廷判決）

X（原告・反訴被告・控訴人・上告人）はY_1（被告・反訴原告・被控訴人・被上告人）と、Y_1の連帯保証人Y_2（被告・被控訴人・被上告人）に対して、未払賃料と損害金の支払を訴求し、Y_1はXに対して反訴として、賃貸借契約の際の保証金の返還を、契約無効を理由に訴求したのが本件訴訟である。この訴訟に先立つて（以下前訴という）、Y_1は賃借している部屋のあるビルディングの建設をした訴外Aから、賃借している部屋の明渡しと、不法占有に基づく損害賠償の支払を訴求され、敗訴が確定している。このAY_1間の訴訟にXは、Y_1に補助参加し、終始ビルの所有権を主張したのである。そこで、Y_1は本件訴訟で、Xが所有者でなかったXY_1間の賃貸借契約は要素の錯誤で無効であり、Xは前訴の参加的効力により右ビルの所有者である主張は許されない等の主張をしたのである。

第一審は、Y_1等の参加的効力の主張を排斥したが、貸室の所有権はAにある旨、判断し、かかる点は契約の重要部分を構成すると論じ、賃貸借契約の無効と、保証金についての契約の無効を判断し、Xの全面的敗訴判決を下した。第二審では、Xは建物の所有者たることを主張し、Y_1等は参加的効力をXが受ける旨、主張したが、第二審は、理由は一審と異なり、参加的効力のXに及ぶことを理由に、結論において一審の判断を支持した。

Xは、前訴の本件訴訟に対する拘束力は、大判・昭和一五年七月二六日民集一九巻一四〇一頁により、Y_1の明渡義務の存否についての判断だけであり、また、他人の物についても賃貸借契約は成立する旨、等を理由に上告。最高裁は、次の理由で、上告を棄却した。

「まず、民訴法七〇条の定める判決の補助参加人に対する効力の性質およびその効力の及ぶ客観的範囲について考えるに、この効力は、いわゆる既判力ではなく、それとは異なる特殊な効力、すなわち、判決の確定後補助参加人が被参加人に対してその判決が不当であると主張することを禁ずる効力であつて、判決の主文に包含された訴訟物たる権利関係の存否についての判断だけではなく、その前提として判決の理由中でなされた事実の認定や先決的権利関係の存否についての判断などにも及ぶものと解するのが相当である。ただし、補助参加の制度は、他人間に係属する訴訟の結果について利害関係を有する第三者、すなわち、補助参加人がその訴訟の当事者の一方、すなわち、被参加人を勝訴させることにより自

己の利益を守るため、被参加人に協力して訴訟を追行することを認めた制度であるから、補助参加人が被参加人の訴訟の追行に現実に協力し、または、これに協力しえたにもかかわらず、被参加人が敗訴の確定判決を受けるに至つたときには、その敗訴の責任はあらゆる点で補助参加人にも分担させるのが衡平にかなうというべきであるし、また、民訴法七〇条が判決の補助参加人に対する効力につき種々の制約を付しており、同法七八条が単に訴訟告知を受けたにすぎない者についても右と同一の効力の発生を認めていることからすれば、民訴法七〇条は補助参加人につき既判力とは異なる特殊な効力の生じることを定めたものと解するのが合理的であるからである。

そこで、本件についてみるに、…訴外Aが、本件建物の同会社の所有であると主張して、被上告人Y_1に対し、その建物の一部である本件貸室の明渡などを請求した別件訴訟において、上告人は、その訴訟が第一審に係属中に、被上告会社側に補助参加し、以来終始、本件建物の所有権は、上告人が被上告会社に本件貸室を賃貸した当時から訴外Aにではなく、上告人に属していたと主張して、右請求を争う被上告会社の訴訟の追行に協力したが、それにもかかわらず、被上告会社は、その訴訟の結果、本件建物の所有権は、右賃貸当時から、訴外Aに属し、上告人には属していなかつたとの理由のもとに、全部敗訴の確定判決を受けるに至つたというのである。してみれば、右別件訴訟の確定判決の効力は、その訴訟の被参加人たる被上告会社と補助参加人たる上告人との間においては、その判決の理由中でなされた判断である本件建物の所有権が右賃貸当時上告人には属していなかつたとの判断にも及ぶものというべきであり、したがつて、上告人は、右判決の効力により、本訴においても、被上告会社に対し、本件建物の所有権が右賃貸当時上告人に属していたと主張することは許されないものと解すべきである。

所論引用の大審院判例は、前記判示の限度において、変更すべきものである。」

一、参加的効力の本質、参加的効力の客観的範囲、主観的範囲といつた参加的効力についての諸問題に関しては、従来から既判力説と参加的効力の大きな対立がある。現在のその対立状況について大略を述べれば、学説では参加的効力説が圧倒的優位的地位を占め、判例では、上告理由引用の大審院判例をもつて既判力説が有力であるとされてきたのである。(1)(2) 従つて、本判決は、最高裁が、従前の大審院判例の既判力説の立場を棄て、学説の立場に従つた点に、判例上、意味のある判決ということができよう。しかしながら、学説に従つたといつても、この判決は、学界から、双手をもつて賛意を表されている訳ではない点、注意しなければならない。学説において圧倒的優位的地位を占める参加的効力説に対して、昨今、鋭い批判が、少数説ではあるが、有力に主張されてきたからである。例えば、紛争解決の一回性を民事訴訟制度の志向目標と解する立場からは、参加的効力説のもつその作用領域の限界が指摘されているのであり、紛争解決の一回性の原則を貫ぬくならば、参加人、被参加人間の紛争だけでなく、相手方、参加人、被参加人の三者間のそれぞれの将来、生じうるであろう紛争を参加的効力は遮断すべきであるという主張がなされているのである。(3) あるいはまた、かような、いわば既判力説の再生と思われる主張とまでいかなくとも参加的効力は、衡平に基づくとされるなら、相手方と参加人との間にも、一定の関係がある場合には、働くべきだという主張も有力になされてい

るのである。[4] ここでは、まさしく、補助参加制度のもつ存在意義が根本的に問われているのであり、民訴法七〇条についての文理解釈や立法沿革解釈が強調された、かつての既判力説と参加的効力説の論争とは、異なった様相をもつているのである。[5] そこで、このような状況において、この判決についてどのように考えるか、次に述べてみよう。

二、参加的効力説も、既判力説も民訴法七〇条の文理解釈立法沿革解釈では、それぞれ自説の根拠を説明しうることからして、両者の対立は、それぞれがもつ機能の優劣が争われ、[6] その結果、参加的効力説が優位的地位を占めたのは、学説史上、周知のことといつてよいであろう。従つて、既述の、参加的効力説批判の手法は、この機能、即ち、紛争解決能力、にその基礎をおいて、その主張を展開したのは、当然のことと思われる。しかし機能は目的との関連で決まる。補助参加制度の目的を、相手方、参加人、被参加人のそれぞれの関係において発生した、あるいは発生するであろう紛争を一挙抜本的に解決するものであると解するならば、参加的効力説の相手方と参加人の間に七〇条の効力を認めない見解は不徹底であるし、理由中の判断に拘束力を認めない旧来の既判力説は不十分ということになろう。かくして、ここに既判力それ自体についての考え方に反省を迫る新既判力説が主張される訳である。即ち、ここでの目的観は既判力についての考えと全く異質が感じられないことからして、それぞれの理論構成はともかくとして、七〇条の裁判効の内容は、既判力に親近性をもたざるをえないであろう。[7] しかし、かかる目的観とは異なり、補助参加の制度を、参加人が被参加人と共同して相手方との訴訟において、相手方と争い、相手に勝訴することによつて、自己の利益を守るためのものと考え、七〇条の効力や訴訟告知の制度は、かかる目的との関連で理解すべきであるとするならば、そもそも、三者間での紛争解決能力という点で既判力とは比較はできないし、七〇条の裁判効の内容は既判力とは異なつて、その内容が説かれるであろう。[8] 七〇条は、被参加人敗訴の責任を参加人にとつてもらうための規定であり、裁判効はそのために必要にして十分であればよいと考えるからである。

かくして、問題は、参加的効力説の目的観が正しいのか、あるいは、旧来の既判力説の延長たる新既判力説の目的観のいずれが正しいのかといつたことである。[9] 立法の沿革、条文の体裁、[10] 他の制度（例えば、独立当事者参加の制度、参加・引受の承継制度、共同訴訟参加の制度、共同訴訟的補助参加の制度等）との関連等によつて、七〇条の目的を率直に考えるならば、参加的効力説が正しいといわざるをえない。新既判力説のいう紛争解決の一回性という目的自体、必ずしも、三者間に紛争が存在するとは限らない補助参加の場合、妥当するか否かは問題となると思うし、相対的、限定的であるべき裁判効の拡張を意図する態度にも賛成できない。かくして、本件判決のいう参加的効力説を支持するしだいである。

もつとも、既判力説の名の下に、既判力の内容とは異なり、参加的効力説の説く参加的効力の内容を説く見解がありうるであろう。七〇条の効力の本質の問題と範囲の問題は別であるとする点に力点

をおくと思われる。[11] しかしながら、既にみたように本質の問題と範囲の問題は密接不可分の関係にあるものであつて、両者を別個に論ずるならば、その別個に論ずる意味こそがまさに、論証されねばならないであろう。かかる見解は、本質と現象についての混同に由来するものであつて、既判力かあるいは参加的効力かの単なる名称についての見解にすぎないと評することができよう。[12]

三、さて、このように、参加的効力説をとると、その客観的範囲が問題となる。従前の既判力説の如く、既判力の客観的範囲が七〇条の効力の範囲であると説かない限り、多かれすくなかれ問題となる問題である。明確な基準の設定が、衡平の原則だけでは、困難であるからである。本件判決の「判決理由中での事実の認定や先決的法律関係についての判断にも及ぶ」とする考えは、参加的効力説の立場からは当然導かれうるのであつて、参加的効力の範囲の基準としては適当ではない。判決理由中のすべての判断に拘束力が及ぶというのも意味のないことだと思うから、一応、主要事実該当事項についての判断に、七〇条の効力は生ずるというのが、範囲設定の基準としては適当と思われる。[13] これによつて、効力範囲も明確であるし、また、これによつて、七〇条が十分、働かないということにはならないと思うからである。

四、なお、本件の場合、最高裁がY_1の連帯保証人たるY_2に対しての請求の棄却まで認めたことは、Y_2はY_1の抗弁である参加的効力の抗弁を援用できるということを認めたことになろう。[14] この点についての説明を欠いているのは残念であり、かかる点の理論構成は今後の問題となるであろう。

(1) 学説、判例の状況については、奥村長生「本件判例解説」法曹時報二三巻四号一七七頁以下、および、そこに引用されている文献参照。

(2) もつとも、この既判力説にたつ大審院判例は、参加的効力説にたつ原審判決を批判しつつも、結論において支持できるとして上告を棄却した、いわば傍論的判例である。

(3) 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四〇七頁以下。

(4) 鈴木重勝「参加的効力の主観的範囲限定の根拠」民事訴訟の法理四〇九頁以下。

(5) 鈴木教授（前注4）によつて主張された、参加人と相手方との間にも七〇条の効力は及ぶとする見解は、新堂教授によつて争点効理論とともに、さらに発展せしめられ、井上治典助教授にいたつては、本件判例評釈（甲南法学一一巻四号一三五頁以下）で、明確に、既判力でもつて根拠づけられている。ここに、新既判力説の誕生をみる新しい状況が出現したのである。なお、小島武司「本件判例評釈」判例タイムズ二六〇号一〇五頁参照。

(6) 兼子一・判例民事訴訟法三八六頁、同「既判力と参加的効力」民事法研究第二巻五九頁等、参照。

(7) 鈴木正裕「本件判例評釈」民商法雑誌六五巻三号七三頁は、鈴木重勝教授（前注4）、新堂幸司教授（前注3）の所説は、通説と同じ基盤にたつているが、むしろ往時の既判力説に接近する面を有していると指摘する。なお、前注5も参照。

(8) 奥村・前掲書一七七頁以下に、参加的効力の内容が、要領よくまとめられている。

(8) 染野義信「本件判例評釈」判例評論一四七号一二頁以下参照。

(10) 前注6参照。
(11) 宮崎澄夫「民事訴訟法第七十条に所謂裁判の効力の本質を論ず」法学研究十一巻四号一〇四頁等参照。
(12) 伊東乾・民訴法一六四頁参照。
(13) 兼子一編・判例民訴法上巻三〇六頁参照。なお、本件原審の基準についての考えは鈴木・前掲書七一頁が要約している。
(14) 奥村・前掲書一七九頁、新堂幸司「本件判例解説」ジュリスト四八二号（昭和四五年度重要判例解説）一一一頁等参照。

（昭和四七年三月三日稿）

（坂原　正夫）

昭四五28（最高民集二四巻一号一六五六頁）

更生会社の管財人を当事者とする訴訟の係属中に管財人が追加選任された場合と訴訟手続の中断

建物明渡請求事件（昭和四五・一〇・二七第三小法廷判決）

M株式会社所有の建物は、Mの姉妹会社たるN会社の代表取締役Y（被告、控訴人・上告人）に対し、社宅として使用貸借契約を締結して引渡したが、YがN会社の仕事を熱心にせず、又昭和四〇年二月の株主総会でN会社の代表取締役に選任されなかったので、昭和四〇年三月三一日に右契約を解除したが、それ以後もYは本件建物を使用、占有していた。

しかるに昭和四一年三月八日M株式会社は更生手続開始の決定を受け、同時にX_1、X_2（原告、被控訴人・被上告人）がその管財人に選任された。

そこでX_1X_2はYに対し、本件建物の明渡並びに賃料相当額の損害金の請求の訴を提起した。右は昭和四三年三月一三日大阪地裁において建物明渡については認容する判決を与えた。しかるに、それ以前たる昭和四二年一一月四日金沢地裁においてX_3（被控訴人・被上告人）を新たに管財人として追加選任した。これに対し、Yより控訴があり、$X_1X_2X_3$三名より訴訟手続受継の申立並びに敗訴部分（賃料額の損害金）に対する付帯控訴がなされ、第二審は控訴棄却、付帯控訴につき一部認容の判決をなしたのである。

これに対しY上告、上告理由は

「原判決は判決理由一において「更生会社の管財人は当初はX_1、X_2の両名であったが、昭和四二年一一月四日金沢地方裁判所の決定によりX_3が新たに管財人として追加選任されたことは記録に編綴のM会社の登記簿の抄本によって明らかである。」と説示しながら、第一審が原告たるX_1X_2の両名のみでは当事者適格を欠くことになる点を看過して右両名を原告とする本案判決をなした点について何ら言及していない。本件訴訟は当事者の一方が更生会社の管財人でありその管財人が三名存在する場合であるから講学上いわゆる固有必要的共同訴訟に該当するものであるが、固有必要的共同訴訟とは数人が共同しなければ当事者適格を有しない共同訴訟形態である。」当事者適格は職権調査事項であるから、原審は職権により調査すべき当事者適格を看過したものである第一審判決を取消すべきであるところこれをしなかったものであるから破棄すべきである。

最高裁は左の理由により上告を棄却「ところで、更生会社の管財人が数人あるときは、その数人は、原則として、共同して職務を行うことを要し、数人の管財人を当事者とする訴訟がいわゆる固有必要的共同訴訟に属することは所論のとおりである。したがって、本件のように数人の管財人によって適法に追行されて来た訴訟の係属中に、さらに新たな管

財人が追加選任されたときは、選任の時以後は、従来の管財人だけでは訴訟を追行する権限を失い、従来の管財人と新たに追加選任された管財人とが共同してのみ訴訟を追行する権限を有することになるが、かような場合においても、当事者適格を欠く者の追行する訴訟として直ちに右訴が不適法になるものではなく、新管財人を含む全管財人が一体として従来の管財人により追行されてきた訴訟上の地位を承継するとともに、民訴法二一二条一項の類推適用により、その訴訟手続が中断し、全管財人においてその訴訟手続を受け継ぐことを要することになるものと解するのが相当である。

しかるところ、本訴の第一審においては、被上告人X_1、X_2の訴訟代理人としてF弁護士が選任されていたことは前記のとおりであるから、X_3が追加選任され、訴訟に承継を生じたことによつては、本件訴訟手続は中断せず、第一審判決が被上告人らの代理人に送達された時にはじめて中断したものというべきであり、承継前の当事者である$X_1$$X_2$のみを原告と表示した第一審判決には何ら違法はなかつたものといわなければならない。のみならず、第一審判決に対する上告人の控訴に伴つて被上告人三名が訴訟手続を受継したことより、前記中断は解消したことが明らかであるから、その訴訟手続に基づいてなされた原判決にもなんら違法はない。

判旨賛成。

一、更生管財人が複数存する場合には法は共同して、その職務を行うことを原則とし（更生法九七条一項）又会社の財産関係の訴については、管財人を原告又は被告とする（同法九六条一項）と明言している。即ち更生会社の管財人は会社財産の管理処分権を専有することの一環として財産関係の当事者適格を有するのであり（兼子＝三ケ月・会社更生法二三五頁以下参照）又数人いる場合「共同して」とは一致しての意味であり共同して行わないときは効力を生じない（松田・会社更生法（全集）五一頁参照）とされている。又同旨の規定たる破産法上の管財人につき、数人いる場合「固有必要的共同訴訟」となるとする判例もあり（大審昭七・一二・一四新聞三五一一一二）、又学説も争いのないところであろう（兼子・体系三八四頁、三ケ月・民訴（全集）二一八頁等）。

このように更生会社の管財人が数人いる場合数人共（合）同して始めて当事者適格を有するのは学説、判例の一致するところであり、本判決も右が固有必要的共同訴訟であることは明言しているのである。それ故もし、本件が当初より三人の管財人がおりその内の二名のみが原告となつたら（後の参加等については別に考察を要すると思われるが）訴は正に不適法却下たるを免れないであろう。

二、しかし本件は初め$X_1$$X_2$の二名の管財人がM会社の財産を管理していたのであり、本件訴は右両名の合有的（信託法二四条参照）管理処分権の適法な行使である。そして管財人が当事者適格を有するのは権利又は法律関係の主体以外の第三者であるが、その紛争を解決するために、当事者として訴訟追行権を法が特に与えたいわゆる法定訴訟信託である。そしてこの訴訟追行権者たる地位（当事者適格）を数人が合有しているのが数人による管財人である。

そして本件において当初二名のこの当事者適格を合有していたものがX_3を裁判所が管財人に選任したことにより$X_1$$X_2$$X_3$の合有という

形になつたのである、その意味でX_1X_2の訴訟追行権は完全に喪失し、X_1、X_2、X_3の全く新しい訴訟追行権の合有か出来たと考えるべきであろう。その意味では右は民訴法二一二条の類推適用ではなく、まさに適用であると考える。これをあえて「類推適用」たる語を用いたのは前段階のX_1X_2が結局後訴においても同様に訴訟追行権者となつている事実に着目したからであろう。(2)

三、そしてX_3が選任されたときX_1X_2は「資格ヲ喪失シ」たのであり、（X_3が参加するのではなく）$X_1X_2X_3$共同という「同一ノ資格ヲ有スル者」が訴訟手続を受け継ぐまで中断するのである。しかし本件の場合には判旨においても明らかな如く訴訟代理人としてF弁護士が選任されているので民訴法二一三条により、その委任による訴訟代理人の受任範囲（原則として審級代理であるので）、即ちその審級の判決が当事者に送達されると同時に訴訟手続は中断するのである（最判昭二三・一二・二四民集二―一四―五〇〇）。(3) そしてYは中断中に控訴をし、これに対し、控訴審たる裁判所にX_1ら三名は受継の申立をしているのである。中断中の上訴については理論的には効力がないと考えられるが、右上訴が無効であるとして却下されない内に受継の申立がなされれば上訴も適法であるとするのが判例の立場であり（大審判昭一三・八・一九大審民集一七―一八―一六二七）。しかもその受継の申立を法二一八条二項の規定に拘らず、判決送達後に中断したときには、上訴裁判所にも出来るとするのが判例である（大審判昭七・一二・二四大審民集一一―二二―二三七六）以上、本件の受継申立も有効な申立であつたとされるであろう。

（1）本明渡請求行為が保存行為に該当するから単独で可能かを問うものもあろうが、民法二五二条を共同管財人につき考えるのは不当であること同条が管理行為を過半数で足るとしていることより明らかであろう。

（2）それ故本件判旨に反対することもないと考えるが、ただX_1X_2が中断する前より連続してX_3を加えた形で訴訟追行したことにより民訴法二一二条の資格を喪失したと言いにくかつたので類推適用としたのであろうが、右は現実に把われた結果正しい判断をなしえなかつたと考える。右は正に「適用」である。

（3）X_3が選任されたとき、X_1X_2は当事者たる地位を失い、$X_1X_2X_3$の共同体が当然承継したものである。上告理由は第一審で原告の表示がX_1X_2のみであるとするが、X_3の選任の後はFは右三名の承継後の当事者の代理人として追行すると解すべきであり、判決が形式上X_1X_2のみ表示された場合でも、実質上は三名のために判決されたと見るのでありこの点も問題ないであろう。

このように本件は法文と従来の判例の立場の積み重ねで当然に出てくる結論であり、右論理構成も亦その結果もともに妥当であると考え、本判決に賛成する。

（昭和四七年三月一五日稿）

（豊泉　貫太郎）

昭四五29（最高民集二四巻一号一六六七頁）

破産管財人の報酬と財団債権である国税その他の公課との優劣

損害賠償請求事件（昭和四五・一〇・三〇第二小法廷判決）

訴外A会社は、昭和三〇年七月四日破産宣告を受け、Y（被告・被控訴人・上告人）が破産管財人に選任された。X＝国（原告・控訴人・被上

告人）は、B税務署長が本件の債権である税金債権につき交付要求をしたにもかかわらず、Yは故意または過失によつて右本債税金債権を除斥して配当手続をなして破産手続を終結に至らしめたため、Xに損害を与えたとして財団債権者であるX＝国が破産法一六四条に基づいて破産管財人Yの善管注意義務違反に基づく損害賠償を訴求した。

第一審においてXは昭和三〇年に租税債権の交付要求をしたと主張するが、Yは交付要求のあつたのは昭和三四年四月のことであり、YがX以外の財団債権者との折衝を終り配当財団につき配当をなし破産手続を終了しうる間際に請求があつたものと主張し、あるいは、租税債権が時効により消滅しており、破産管財人は、調査しても疑しい財団債権の支払は、財団債権の承認には債権者集会の決議又は破産裁判所の許可が必要なことに徴しても、これを拒否する義務がある。また交付要求に対するかかる管財人の拒否に対して、税務署係員は何の説明も証拠も提出しない。また一債権者の承諾の下に財団債権の一部弁済で済ませてもらい、さらに財団は窮乏していた事情を右係員に説明し、昭和三四年四月頃一部を弁済するかその余は不問に付するように申し入れたが同年夏になつても回答が来ないので、同年秋には回答がなければ租税債権を除斥して配当手続を実施すると税務署に赴いて警告しているのに何らの措置がとられなかつたので管財人は配当手続を実施して昭和三五年六月一日破産終結決定があつたと主張した。

第一審は、（この点は判例集からは明らかでない。法曹時報二三巻四号一九二頁による）破産管財人が、財団債権を疑うべくして疑い、存在を否認している時は、財団債権者はその立証を努めるべきであつて、一片の交付要求書の提出では足りないのであり、Yには善管注意義務違反はないとした。

原審は、(イ)税務署長がYに対し昭和三四年三月六日本債租税債権の交付要求をなしている。本債債権は真実存在すること、(ロ)管財人は一部租税債権を支払うからその余は支払を免除してほしいと税務署係員に申し出て、それに対して係員からは財団の財産状況につき報告書の提出を求められ、右申し出に対して回答はなかつた。(ハ)本件債権の交付要求が他の財団債権より三年遅れてなされたとしても、本件債権の存在が疑わしくなるわけではない。又管財人が本件債権は存在しないものと信じていたとしてもそう信じるにつき相当の理由はない。(ホ)Yは税務署長に対して資料の提出を強く呈示を迫り呈示がなければ支払わないとまでいつたのではないこと等を認定しYが善管注意義務を尽したものとはなしがたいとしてXを勝訴させ、損害額に一定の遅延損害金を認めた。右の損害額の算定については原審は、管財人報酬、租税債権その他の財団債権（三〇万円余）が財団の額（約二一万円余）より上まわるためこれらを按分弁済する場合における本件租税債権にあたる金額を右損害額と認定した。

上告理由は、本件判決要旨に関係のあるものは、破産管財人の報酬は、共益費用（四七条一号）と同様に他の財団債権に優先されるべきものであり、これが実際上法的慣習として慣行されていると主張する。

最高裁は、Yの善管注意義務違反の点については原審と同様にYに義務違反を認める。しかし損害額の算定および遅延損害金発生日について原審とは異る判断をして原判決を破棄し該当部分につき控訴棄却の判決。すなわち、「破産手続において破産管財人の受けるべき報酬は、破産法四七条三号にいう「破産財団ノ管理、換価及配当ニ関スル費用」に含まれると解すべきである。そして右費用は、共益費用であるから、それが国税その他の公課に優先して支払を受けられるものであることはいうまでもないことであるが、このことは破産財団をもつてすべての財団債権を弁済することができない場合でも同様であると解するのが相当であ

る。破産法五一条一項本文は、財団財産が財団債権を弁済するに不足した場合には、法令に定める優先権にかかわらず各財団債権の額に応じて按分する旨を規定するが、前述のような共益費用が国税その他の公課に優先すべきことは、元来自明のことであつて、破産法五一条の規定がこの法理までも変更したものと解することはできないのである。かような見地に立つてみると原審が破産管財人の受けるべき報酬も、国税その他の公課とともに、その金額に応じ按分して弁済されるべきものであるとの前提に立つて、被上告人の受けた損害の額を判断したのは違法であり、右違法が原判決の結論に影響を及ぼすことは明らかである。」

「また、職権をもつて按ずるに、被上告人の右損害の賠償請求権は期限の定めのないものであるから、上告人はその履行の請求を受けた時から遅滞の責を負うと解すべきである。しかるに、原判決が単に被上告人の損失の生じた日より後の昭和三五年六月二日より遅延損害金を附すべきである旨判示したのみで、右部分につき被上告人の請求を認容したのは違法であり、他に上告人が履行の請求を受けた事実につき認定のない本件では、上告人は、本件訴状の送達を受けた日であることが記録上明らかな昭和三七年三月二七日の翌日以降遅延損害金を支払うべきものといわなければならない。」と。

判旨に賛成する。

一、本判決は、破産管財人の報酬と、国税徴収法により徴収する請求権（国税）（破産法四七条二号）との優劣関係について、最高裁判例として初のものである点に意義がある。

二、破産管財人の報酬は、破産法四七条三号の「費用」にあたる。この管財人の報酬と国税との優劣について、これを両者は平等であると解すべきであるか、あるいは管財人の報酬が国税に優先すると解するべきであるか。この点について、いま仮に前者を平等説、後者を報酬優先説とする。まず平等説の論拠として予想されるものは、(イ)四七条は財団債権を各号に細分して規定しながら、その間に優劣を認めていない。(ロ)五一条は財団が財団債権を弁済するに不足となるに至つた場合の規定であるが、そこでも優劣は規定していない。かえつてそこでは、「法令ニ定ムル優先権ニ拘ラス」平等＝按分比例弁済を要求している。(ハ)旧商法破産編一〇〇九条は、「管財人ノ勤労に対スル報酬ハ財団ヨリ第一ニ之ヲ支払ヒ其額ハ破産裁判所之ヲ定ム」としていたのに現行法では右規定は削除されている。(ニ)現行破産法（大正一一年法律第七一号）制定の際における当時の国税徴収法には国税は破産手続上の費用に先立つて徴収しない旨の規定（四条ノ二）が存したにもかかわらず、現行破産法が制定されたのであり、現行破産法五一条により平等とみるべきである。(ホ)現行破産法の母法であるドイツ破産法における財団債権に関する規定は一律に平等と規定している。(ヘ)破産法制定当時におけるこの点に関する見解も、この優劣が問題となるのは破産債権者の如きは一文の配当すら受けることができない極端な場合であるから、財団債権者間においても法令に定むる優先権の類を主張させて等差を設けるのは不穏当である（青木・破産法説明参照）としていること等である。

しかし、報酬優先説が妥当である。けだし、(イ)五一条一項本文ではたしかに平等としているが、これには例外が認められている。すなわち五一条一項但書、五一条二項では優先権を認めている。(ロ)民法（民法三〇六条一項・三〇七条一項・三二九条）によれば、共益費用は一般

の先取特権として規定されている。一般の先取特権は特別の先取特権には劣る（民法三二九条二項本文）が、共益費用の先取特権は逆にこれらに優先する（同条二項但書）。破産管財人の報酬は、破産手続費用として強行執行費用、競売費用と同様に共益費用に含まれるとみるか、あるいは、管財人の報酬は「破産手続費用」には含まれないが、なお共益費用たるの性質を有し、優先弁済を受けられる。すなわち、破産法は民法の特別法であるが、五一条一項本文に対し、但書で例外的に優先権を認めている。民法の規定によれば共益費用はここで認められた優先権よりもさらに優先するのであるから、共益費用たる管財人の報酬は、一般の財団債権である国税に優先する。特別法たる破産法の五一条一項本文・但書の規定が民法の共益費用優先の原則まで排除したものと解す手がかりは見い出せないのであるから、右にみた様に解するのが妥当である。(ハ)共益費用たる管財人の報酬が国税に優先するのは、公平の見地によるものであって、これは元来自明のことである。(ニ)新国税徴収法九条（昭和三四改正）では、国税は強制換価手続の費用に劣る旨規定し、同法二条一二号では強制換価手続の中に破産手続も含めている。この「破産手続」に「係る費用」の中に破産管財人の報酬も含むと解し、破産法におけるこの問題に関しては、国税徴収法によって解決されたとみる。なおこの点については後述する。(ホ)ドイツ破産法では租税債権はこれを破産債権として扱っていること、および、我が国の会社更生法は更生管財人の報酬を共益債権（会社更生法一〇八条）とし、租税債権は原則として更生債権（同法一一二条）として、租税債権が共益債権であるのは原泉所得税など極めて限定せられていることとの均衡からも管財人の報酬を優先させるべきである。(ヘ)実務においても一般に管財人の報酬を優先させており実際上これを認めなければ管財人になる者がなくなる。(ト)平等説(ハ)に対しては、旧法一〇〇九条の削除をもって直ちに平等にするべきとの結論には至らない。報酬が優先することは自明のことゆえに削除されたともみえる。また平等説(ホ)は優先説(ホ)によってそれぞれ克服されている。

表面的に五一条を解釈すれば、平等説がその帰結のようにみえるが、これを右にみたごとく解釈すれば、理論上も実際上も優先説が妥当であることが明らかである。なお、優先説(ニ)の管財人の報酬が「破産手続」に「係る費用」に含まれるかについては、「破産手続」に「係る費用」とは、破産申立、取消等に要する裁判上の費用を称するのであって管財人の報酬はこれに含まれないとみるべきである。それゆえ(ニ)は優先説の根拠となりえないものである。右の様に解することによって平等説(ニ)に対して管財人の報酬は右の費用に含まれないからこそ、当時の国税徴収法の規定が存するのに現行破産法が矛盾なく制定されたのであるといえる。破産管財人は、破産財団の機関であり、破産財団はこの破産管財人に管理され、破産手続は究極的には財団が換価、配当されることにより本来的機能を果せる。破産管財人の報酬は、要するに財団の管理、換価、配当に対する報酬であるということができ、これはそこに生ずる費用とみることができる。また、これを四七条三号の費用の中に入れずに、特別の費用とみる見解も存するが、右にみたようにこれを三号の費用と

解してよい。

本件判決は、管財人の報酬を四七条三号にあたることを認めたうえで、報酬優先説の(ロ)、(ハ)を引用する。

（昭和四六年一二月五日稿）

（宗田　親彦）