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九五〕株式会社の取締役に対する職務執行停止代行者選任の仮処分後右取締役が辞任し後任の取締役が選任された場合における代表取締役の選任および右代表取締役の権限の行使土地所有権確認等請求事件 (昭和四五年一一月六日第二小法廷判決)
Sub Title	
Author	栂, 善夫(Toga, Yoshio) 石渡, 哲(Ishiwata, Satoshi) 石川, 明(Ishikawa, Akira) 三上, 雅通(Mikami, Masamichi) 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.6 (1972. 6) ,p.92- 106
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=AN00224504-19720615-0092

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　九五〕

昭四五30（最高民集二四巻一二号一七四四頁）

株式会社の取締役に対する職務執行停止代行者選任の仮処分後右取締役が辞任し後任の取締役が選任された場合における代表取締役の選任および右代表取締役の権限の行使

土地所有権確認等請求事件（昭四五・一一・六第二小法廷判決）

宅地一二筆、山林七筆計一九筆の本件係争土地は補助参加人Z会社の所有であつたところ、Y等（被告・被控訴人・被上告人）は、Z会社代表取締役Kから(1)昭和三一年二月九日または一〇日買受けた。X（原告・控訴人・上告人）は、Z会社代表取締役Nから(2)昭和三二年一月一二日買受けた。Y等の関与する(1)の売買については、Y等の一部の者および訴外人に対し所有権移転登記が経由され、さらにその後、係争土地の一部については、Y等の一部の者および訴外人に対し所有権移転登記、所有権移転請求保全仮登記、根抵当権設定登記、賃借権設定登記が経由されている。

ところでZ会社についてみてみると、Z会社は代表者の変転がはなはだしい（判例集一七九一頁以下参照）。代表取締役Nは前任取締役の辞任により昭和三一年一二月二四日開催の株主総会で取締役（N外三名）に選任され、さらに同年同月二七日開催の取締役会で代表取締役に選任された。ところが、当時Z会社の前任取締役は仮処分により全員がその職務執行を停止され、代行者としてU外三名が選任されていた。

Xは(1)の売買につき、KはZ会社の適法な代表取締役でないことを理由に無効を主張し、また(2)の売買につき、仮りに当時Nに代表権限がないとしても、Z会社の取締役全員に対する職務執行停止、取締役職務代行者選任の仮処分決定は昭和三一年一月一四日取消されており、Nは(2)の売買を同年同月一七日追認しているとして、土地所有権の確認、所有権移転登記手続をはじめとして、根抵当権設定登記・賃借権設定登記・所有権移転請求権保全仮登記の抹消登記手続を訴求した。一審二審とも、仮処分は取消その他一定の事由がなければ効力を失うものではなく、仮処分の存続する限り取締役の職務は代行者において専らこれを執行すべきであるとしてX敗訴。

これに対しXは、(イ)代行者の職務権限の消滅の時期、(ロ)後任取締役の職務執行の権限の始期、(ハ)商業登記規則第六一条の解釈、(ニ)後任取締役の代表取締役選任権、(ホ)後任取締役により選任された代表取締役の職務執行の権限の五点につき法律の解釈違背、理由不備を理由に上告。最高裁の判決理由は以下のとおりである。

「商法二七〇条の規定により取締役の職務の執行を停止しその代行者を選任する仮処分は、民訴法七六〇条のいわゆる仮の地位を定める仮処分

の性質を有するものであつて、商法二五八条二項の規定により裁判所が一時取締役の職務を行なう者を選任する裁判とはその性質を異にするものである。そして前示職務執行停止代行者選任の仮処分決定は、その本案判決が確定したときは当然その効力を失うものと解すべきであるが、右仮処分により職務の執行を停止された取締役が辞任し、株主総会の決議によりあらたに後任の取締役が選任された場合、このことのみによつて、直ちに右仮処分決定が失効したり、右代行者の権限が消滅したりするものと解すべきではなく、右後任取締役の選任等により事情の変更があるとして仮処分決定を取り消す判決があつてはじめて右のごとき効果が生ずるものというべきである。けだし、仮処分の後、職務の執行を停止された取締役が辞任し後任の取締役が選任されたときは、右仮処分による職務執行停止はその対象を失い、代行者選任はその必要がなくなつたものというべきであるが、法は、かように事情が変更した場合でも、これを訴訟手続により認定したうえ判決により仮処分決定を取り消すべきものとしており(民訴法七五六条、七四七条)、右取消のない以上、仮処分によつて与えられた代行者の権限が消滅するいわれはないのであつて、本件のような仮処分につきその例外を認めなければならない理由を見出しえないからである。」

「取締役の職務執行停止代行者選任の仮処分により取締役の職務代行者が選任されている場合には、右職務の執行を停止された取締役が辞任し、その後任の取締役が選任されたとしても、会社の取締役の職務は、原則として職務代行者が行なうべきものであつて、その限度において右後任取締役は職務の執行を制限されるものと解するのが相当である。けだし、前記仮処分が、後任取締役の選任により当然失効するものでないことは前述のとおりであるところ、右仮処分は、職務の執行を停止した当該取締役の職務に関するかぎり、これを職務代行者に行なわせることとしているのであり、後任の取締役は直接右仮処分の名宛人とされた者ではないが、右仮処分の性質上、その効力が及び、したがつて職務代行者の権限を承認せざるをえないものであるからである。そして、もし後任取締役は、仮処分により職務の執行を停止された者でなく、取締役である以上取締役としての権限を行使できるのは当然であるとの見解のもとに、無制限の職務執行を認めるならば、職務代行者の職務執行と競合して、取締役会の決議等につき困難を生ずることを免れないであろう。しかし、仮処分の後、職務の執行を停止された取締役が辞任し後任の取締役が選任された場合に、もし代表取締役が欠けているときは、これら取締役が構成する取締役会の決議をもつて代表取締役を定めることができると解すべきである。けだし、会社を代表すべき取締役を後任取締役らが定めることは、何ら前記仮処分の趣旨、内容に抵触するものでないばかりでなく、実際上の見地から考えても、かような場合は、職務代行者が代表取締役を定めるよりも後任取締役がその意思によつて定めるべきものとするのが、商法が代表取締役の制度を設けた趣旨に合致することは明白であるからである。」――破棄差戻

判旨に賛成する。

一、本件における論点は、前任取締役につき商法二七〇条に基づいて職務執行停止の仮処分がなされ職務代行者が選任されていたところ、前任取締役が辞任し後任取締役が選任された場合、仮処分の取消しなしに職務代行者は権限を失い後任取締役は直ちに取締役としての職務を執行しうるか否かにある。この点につき上告理由は、前任取締役の辞任は仮処分の効力の消滅事由であり、本案判決の確定と別異に扱ういわれがないと主張し、後任取締役は直ちに職務執行

をなしうると解している。これに対し本件判旨は通説[1]の立場に立ち仮処分につき本件の如き事情の変更があつた場合でも、このことのみによつて直ちに仮処分が失効したり職務代行者の権限が消滅するものではなく、その事情の変更を訴訟手続により認定したうえ判決により仮処分決定を取り消すべきものとした。

すでに発表せられている本件判旨に対する批評は、調査官の解説[2]はその性質上別として、いずれも判旨に反対ないしは批判的である[3]。もつとも、いずれも判旨の破棄差戻なる帰結自体に異論はない。私は、判旨に全面的に賛成することには、実はいささか躊躇せざるをえないのではあるが、なお、反対説にもにわかに賛成できない。

（1）後掲・注(2)(3)参照。

（2）杉田・法曹時報二三巻八号二九二頁。

（3）山崎・判例評論一五三号一四二頁、山口・民商六五巻五号七五七頁、井上・早稲田法学四七巻三号八一頁。なお本件第一審判決に対する判批（判旨反対）として、大塚・ジュリスト三〇二号八三頁がある。

二、従来より商法二七〇条の仮処分の性質いかんについては争いのあるところである。それは、商法で特別に規定された特殊の仮処分であるのか（特殊仮処分説）、民訴法七六〇条と全く同じもので単に注意的に商法に規定をおいたものであるのか（通常仮処分説）、という問題がこれである。もつとも、特殊仮処分説でも商法二七〇条の仮処分の性質が、民訴法七六〇条の仮の地位を定める仮処分であることは否定しない。しかし、仮処分の取消・変更についての手続に関しては差異を生じる。

通常仮処分説は、商法二七〇条による仮処分の取消・変更を、異議や上訴、事情変更や起訴期間徒過による取消申立に基づき常に必要的口頭弁論をへて判決によりなすとするが、特殊仮処分説は、株式会社の特殊性よりして仮処分の取消・変更の簡易迅速を確保することに重点をおき、仮処分の取消・変更に関する民訴法上の諸規定の適用を否定し、商法二七〇条の仮処分が「性質上行政事件における執行停止命令や請求異議訴訟における執行停止の仮処分に類したものとして、その規定の不備はこれからの類推によつて解決すべき」[4]とする。

最高裁は昭和四一年二月一日の判決[5]によつて、商法二七〇条による「取締役の職務執行停止、職務代行者選任の仮処分は民訴法の仮処分とは別異のものであつて本来民訴法の規定の適用の余地がないとする解釈は、当裁判所のとらないところである」と通常仮処分説に立つ見解を示した。私も、商法二七〇条の仮処分については通説たる通常仮処分説を採用する。ただし、本件については、通常仮処分説か特殊仮処分説かのいずれを採用するかによつて結論を必ずしも左右しないと考える。たしかに、特殊仮処分説の最大の利点は、仮処分の取消・変更の簡易迅速を確保しうる点にあるので、あるから、特殊仮処分説をとれば、上告理由の主張する見解と結びつきやすいが、通常仮処分説を採用したからといつて仮処分の取消をしなければ職務代行者の権限は絶対に消滅しないとはいえない。吉川大二郎博士のように通常仮処分説をとりながら、総会において新たな取

締役が適法に選任せられると仮処分はその目的の到達によつて当然失効し、代行者の権限もこれにより当然解消するとの見解もある。(6) 商法二七〇条の仮処分の性質いかんは問題ではあるが、この点のみが本件解決の鍵とは必ずしもなりえない。そこでここでは紙面の都合もあり、通常仮処分説を採るその理由とするところは、中野貞一郎教授の指摘されるところに従うことを明らかにするにとどめ、深くは立ち入らないことにする。(7) ここでは論点をしぼつて、職務代行者の権限の終了時いかんという点について考察してみたい。

(4) 兼子・民訴雑誌一巻三四頁。

(5) 判タ一九一号七一頁、判時四四七号八五頁、判例集には不登載。

(6) 保全処分の研究一八七頁、増補仮処分の諸問題四八六頁。

(7) 「通常仮処分か特殊仮処分か」会社と訴訟・上四一九頁、とくに四四〇頁以下参照。

三、職務代行者の権限の終了原因としては、(1)代行者の死亡・辞任等代行者自身につき生じた事由による場合、(2)職務執行停止を命ぜられた取締役の任期満了・死亡・辞任・解任等被代行者について生じた事由による場合、(3)仮処分債権者の任意の取下げ、異議または上訴による仮処分の取消等の仮処分の失効による場合が考えられる。右(1)(3)は問題ないと思うが、(2)の場合はまさに本件で問題となつているところである。

大審院は昭和八年六月三〇日の判決(8)で、職務執行停止中の取締役を解任し新取締役が選任せられた事案につき、右選任が直ちに代行者の権限を消滅するとは解さず、消滅のためには事情変更による取消を必要とする見解を明らかにした。商法二七〇条は昭和一三年の商法改正において新設されたものであり、取締役の権限も現在とは大分異なり、それに伴つて代行者の権限等も若干変更があるが、昭和八年の判決はなお注目すべきものであり、本件判旨もこの立場に立つているといえる。すなわち、本判旨で新たに選任された取締役が代表取締役を選任してもよいとする点がつけ加わつたわけであるが、これは昭和八年の判決の当然の帰結である。

(8) 民集一二巻一七号一七一一頁。

四、判旨反対論者は、職務執行停止仮処分の対象たる前任取締役の辞任と本案判決の確定とを別個に扱う理由がないと主張する。すなわち、判旨反対論者は、判旨が仮処分の必要がなくなつたのに、なお仮処分の取消を必要とするとすることに疑問をもつ。本案判決の確定と辞任とがその性質上同視すべきものでないことはいうまでもないが、前任取締役の辞任により仮処分はその目的を達したのだから、仮処分はその必要がなくなることは認めねばならない。しかし、私は、右(2)のような辞任等の場合に、本案判決の確定と同様に扱い、仮処分は目的を失い当然に職務代行者の権限は消滅するという考えには従いがたい。

本案判決確定の場合は、仮処分自体に「本案判決確定まで」との条件が付されているから仮処分は直ちに失効するのである。それ以外にあつては、仮処分申請を取り下げるか、事情変更による取消手続を採らない限り、職務代行者の地位には影響しない。(9) 職務執行停

止をうけた取締役が辞任し、新取締役が選任されることによつて代行者の必要が実質的に失われることと、仮処分それ自体の効力とは本来別個の問題と解すべきであろう。また、職務代行者の性質から考えてみても、新取締役が選任されたことにより当然に職務代行者の権限が消滅するとはいえない。すなわち、「職務代行者の地位・権限が被代行者のそれに由来するとはいえ、その代理人ではなく、直接的には裁判所の選任命令による形成的効果にもとづくものであつて、会社と職務代行者の間には任意代理や委任などの関係がないことを考えると、新取締役の就任によつて代行者の地位・権限が当然に消滅するとみることは疑問である。」[10]もし、新取締役の選任によつて職務代行者の権限は当然に消滅するとの見解に従うと、登記簿上からも第三者に不測の損害を生じさせるおそれもでてこようし、第一、商法二七〇条の仮処分につき、特に仮処分を取り消さなくても当然に失効すると解することの理由が明確でない。株式会社の特殊性から簡易迅速を要するとの主張も、手続の簡易迅速は民訴法上の手続においても同様に要請されるべきであり、特に商法上でのみ認められるものではない。

(9) 宮川「仮処分による代行取締役の地位」会社と訴訟・上四一〇頁は、職務執行停止をうけた取締役の任期満了の場合は、仮処分に特別の定めがなくても当然に代行者は権限を喪失すると解する。

(10) 岡垣「仮処分による取締役職務代行者の権限」実務民訴講座5一三七頁。

五、たしかに、仮処分の目的が達成され、仮処分の必要がなくなれば仮処分は失効することになろう。ただ、その場合においても、仮処分の取消をしなくてもなんら不都合の生じない場合と、第三者に不測の損害を生じさせないよう及び本件の如き職務代行者選任のような仮処分の性質上裁判所による仮処分の取消を必要とする場合があることに留意しなければならない。この点から私は、商法二七〇条の仮処分につき、職務執行停止と職務代行者選任とを一緒のものとして同様に扱うことには疑問をもつ。職務執行停止と職務代行者選任とは、性質を異にする仮処分である。職務執行停止がなされたからといつて必ずしも職務代行者が選任されるとは限らないし、両者は分けて考えるべきではなかろうか。

職務執行停止をうけた取締役の辞任により、職務執行停止の仮処分はその目的を達成し、仮処分の必要性を欠くに至る。この場合は、仮処分の取消をしなくても不都合は生じないし、仮処分の取消の必要はなく当然に失効すると解して差支えない。しかし、このことから、直ちに、職務代行者選任の仮処分もまたその必要がなくなるとはいえない。職務代行者選任の仮処分は、後任取締役の選任によりその必要がなくなるが、この場合においても、直ちに職務代行者の権限もなくなると解することには、既述のとおり第三者との関係上問題である。したがつて、職務代行者選任の仮処分にあつては、裁判所の選任命令であるというその性質上、また会社の職務執行者が、第三者からみて、職務代行者か新取締役かはつきりせず、第三者に不測の損害を与えるおそれがあることから、新取締役の選任は、仮処分の事情変更による取消原因となるにすぎないと解する

ことが妥当である。しかし、新取締役が代表取締役を選任することは差支えないと解すべきである。なぜなら、職務代行者の権限は仮処分命令に別段の定めある場合のほか会社の常務のみにとどまる（商法二七一条）。したがって、代表取締役選任のような常務に属さない行為については、職務代行者の選任の仮処分の趣旨・内容に抵触するものではないから、新取締役が代表取締役を選任することは判旨の説く如く認められてしかるべきである。

（梅　善夫）

昭四五31（最高民集二四巻一二号一八五四頁）

民法上の組合の業務執行組合員に対する組合員の任意的訴訟信託の許容

立替金請求事件（昭四五・一一・一一大法廷判決）

A企業体は、Y県（被告・被控訴人・被上告人）の知事が発注する工事を共同で請負うために結成された民法上の組合である。X（原告・控訴人・上告人）はその業務執行組合員であり、自己の名をもってA企業体の請負った請負代金の請求及び受領の権限を有していた。

Y県は、工事の途中で、A企業体に対し工事の打切を命じた。そこでXは、A企業体の代表として、自己の名をもって、Y県を被告として損害賠償請求の訴を提起した。

第一審では、原告の当事者適格は問題とならず、もっぱら請求そのものの許否が争われたが、結局請求は棄却された。

控訴審は、本件においてA企業体とXは、任意的訴訟信託の関係にあるが、任意的訴訟信託は種々の弊害をともなうおそれがあるから、民訴法四七条の選定当事者の要件と形式を具備していれば格別、しからざる限りこれを許すことはできないと解し（最判・昭和三七年七月一三日・民集・一六巻八号一五一六頁。組合員の清算人に対する任意的訴訟信託を否定した事例。）、ひいてXの当事者適格を否定した。そこで控訴審は、請求を棄却した第一審判決を取消し、本件訴を却下した。

X上告。最高裁は以下のように判断した。

民訴法四七条は、任意的訴訟信託が許される原則的な場合を示すにとどまり、弁護士代理の原則の潜脱、および訴訟行為を為さしめることを主たる目的とする信託行為を禁じた信託法一一条の脱法行為に該当せず、かつこれを認める合理的理由があれば、同条によらない任意的訴訟信託も許容するに妨げない。

本件では、民法上の組合たるA企業体において、組合規約にもとづき、業務執行組合員Xに、実体上の管理権、対外的業務執行権とともに、訴訟追行権が授与されているのであり、訴訟追行権のみが授与されているのではない。したがって、本件における任意的訴訟信託は、前記各法条を潜脱するものでもなく、合理的必要を欠くものでもないから、これを許容することができる。控訴審判決引用の昭和三七年の最高裁判例は、右と見解を異にする限度において、変更されるべきである。

かように判断して、最高裁大法廷は、裁判官全員の一致をもって、原判決を破棄し、事件を控訴審に差し戻した。

（判例集記載の事実のうち、判決要旨と関係ない部分は省略した。）

判旨に賛成する。

一、複数人が結合して社会で取引活動をおこなう場合、その結合が民法上の組合であるのか、権利能力なき社団であるのかを判断するのが困難なことも多々あろう。(1) しかし、本件においては、A企業体が民法上の組合であることはまったく争われていない。したがつ

て、本評釈では、A企業体が民法上の組合のイデアルティプスであることを前提とする。

民法上の組合をめぐる権利義務関係は、実質的にも形式的にも、総組合員に合有的に帰属するのであるから、組合自体には当事者能力を認めることはできない。(2)(3) しかし、本件では、A企業体が当事者となっているわけではないからこの点は問題がない。問題となるのは、Xの任意的訴訟担当が許されるか否かである（判例集では「任意的訴訟信託」という表現が用いられている。しかし「訴訟信託」とは、信託法一一条が禁じる信託のことであり、これが許容されるということは、自家撞着である。したがって、以後は「任意的訴訟担当」という表現を用いる。また判例集を読む際にも、真意をくんで、かように読みかえるべきであろう）。

(1) 星野「いわゆる『権利能力なき社団』について」民法論集第一巻・二七九―二八〇頁。来栖「民法上の組合の当事者能力」裁判と法（菊井先生献呈論集）上・三三七―三三八頁。上田「組合と訴訟・執行」契約法大系V・一三六頁。鈴木（重）「民法上の組合の当事者能力」続学説展望一二四頁。森泉「組合の手形行為と訴訟行為」団体法の諸問題・一九七頁等参照。

(2) 石川・判批・法学研究・三六巻一〇号一〇一頁。田中・判批・法学研究・三六巻六号一〇四頁。反対説、来栖・前掲論文・三四九―三五〇頁。森泉・前掲論文・一九八頁。鈴木・前掲論文・一二頁。判例は、民法上の組合に当事者能力をみとめるものが多い。例えば、最判・昭和三七年一二月一八日・民集一六巻一二号二四二二頁。判例・学説の詳細については前記各論稿参照。

(3) ただし、訴状の当事者の欄に組合名が記載されていても、実質上組合員全員が当事者となっている場合には、訴を適法なものにするために、裁判所がかような記載の訂正をうながすことは可能である（山木戸・判批・法律時報・三五巻八号九二頁・同・判批・民訴判例百選・二五頁）。しかし、観念的には、組合自体が当事者となる場合も考えられる。このような場合には、訴は不適法として却下をまぬかれえない。

二、民法上の組合の組合員が業務執行組合員を選任して、これに組合の対外的業務の執行を委任する際の選任者および被選任者の意思表示の解釈としては、明示的表示がなくとも、将来組合の取引に起因して、組合員と第三者の間に紛争が生じる場合にそなえて、訴訟追行権があらかじめ業務執行組合員に授与されていると解すべき場合が通常であろう。(1) しかし、選任に際しては、実体上の管理権、業務執行権のみが業務執行組合に授与され、紛争が生じた後に、あらためて訴訟追行権の授与がおこなわれることもありうる。(2)

(1) 我妻「債権各論 中巻二（民法講義V₃）」・七九六―七九七頁。

(2) 森泉・前掲論文・一九八頁は、業務執行組合員には、常に訴訟追行権も授与されているという趣旨であろうか。なお、薄根「民事訴訟における当事者適格(一)」法律論叢・八巻一一号四〇頁以下は、実体上の管理権が第三者に授与された場合には、第三者は当然に訴訟追行権を有するに至るとする。これに対して、福永「任意的訴訟担当」民事訴訟の理論（中田淳一先生還暦記念上）・九一頁は、原則はそうであるが、訴訟追行権をふくまない管理権の授与もありうるとする。

三、右いずれの場合においても、業務執行組合員に対する訴訟追行権の授与、すなわち業務執行組合員の任意的訴訟担当は許されるであろうか。

私人間の生活関係においては法律行為自由の原則が妥当する。しかし訴訟手続は国家の機関たる裁判所の関与のもとにすすめられる。それゆえここでは、私人間の生活関係におけるとは異なる考慮がはらわれなければならない。法が、訴訟行為をなさしむることを主たる目的とした信託を禁じ（信託法一一条）、訴訟代理人の資格を弁護士に限る（民訴法七九条）のも、かかる見地にもとづいてのことである。

そこで通説は、任意的訴訟担当は前記各法上の脱法行為に該当するため無効であるが、訴訟追行が受託者の正当な業務上の必要によるものであれば許されると解している。[1]

この通説の主張は、基本的には正しいものであるが、従来通説は「正当な業務上の必要」ないしはこれに類以した表現をもち出すのみで、「正当な業務上の必要」ということの内容を明らかにしてはいない。これでは結局、問をもつて問に答えることになつてしまう。この点を解明するためには、民訴法七九条や信託法一一条の意図するところを明らかにしなければならない。

そこで、まず弁護士代理の原則を規定する民訴法七九条の意図について考えてみる。

同条の意図するところは二つある。第一に同条は、他人間の紛争に介入して私腹を肥やす人間、すなわちいわゆる「三百（代言）」の暗躍により、実体上の紛争当事者（依頼人および場合によつてはその相手方）の正当な利益が害されることの防止を意図している。第二に同条は三百の活動により、司法制度がその機能を阻害され、ひいて国民の信頼を失うことの防止を意図している。

第二の要請は第一の要請に吸収されると考えるべきである。けだし、国民の司法制度に対する信頼の喪失ということも、もとをただせば、裁判所が私人の正当な利益を保護しないことに由来していると考えられるからである。

つぎに信託法一一条であるが、同条立法の意図として信託法編纂者は、一つには健訟の弊の防止を、もう一つには弁護士代理の原則の潜脱の防止を考えていた。[2] しかし、健訟の弊の防止ということを強調しすぎることは、[3] 国民の裁判を受ける権利を阻害する方向にもつながりかねないから、危険である。[4] したがつて、信託法一一条の趣旨はおもに後者にあると考えるべきである。[5] また、審議録等に直接あらわれてはいないが、信託法の基礎には、信託という形式をとりつつ、実質的には、財産の正当な管理という信託法本来の目的（信託法一条参照）を逸脱する財産権の反公序良俗的移転を抑制しようとする態度があり、一一条も一〇条等とならびその一つのあらわれであると評価することができよう。[6]（したがつて、受託者が弁護士であるとか、受託者が訴訟追行に際して、弁護士に委任をしたとしても、一一条の適用はありうるわけである。[7]）

民訴法七九条および、信託法一一条の趣旨が上述のごときものであるとすれば、任意的訴訟担当は以下のごとき場合に許容されることになる。すなわち、受託者の訴訟追行が信託者、その相手方の正当な利益を害することなく、かつ財産の正当な管理の一環であり、したがつてこれをみとめても国民の司法制度に対する信頼を喪失せしゝおそれがない場合である。いかなるケースがかような場合に

該当するかは、結局個々の事例において判断されなければならないが、通説がうちたてた「正当な業務上の必要」という基準よりは、いくらかでもより明確な基準がうちたてられたことと思う。(8)

ところで、本件で問題となつているような民法上の組合の業務執行組合員による任意的訴訟担当は、特段の事情がないかぎり、他の組合員および紛争の相手方の正当な利益を害するおそれはない（業務執行組合員の訴訟追行が拙劣であつたため他の組合員に損失がおよんだとしても、その原因の一端は彼を選任した組合員にあるのだからやむをえない）。なお業務執行組合員は訴訟追行権だけを授権されているわけではなく、実体上の管理権、業務追行権も附与されているのであるから、信託法一一条がストレートに問題となることはない(9)（前述のごとく実体上の管理権、業務追行権と訴訟追行権が時間的には別々に与えられる場合もありうるが、その場合でも、業務執行組合員と組合員の関係を包括的にとらえるならば、訴訟追行権だけが授与されているというわけではない）。

要するに、業務執行組合員に訴訟追行権、すなわち当事者適格があるとした、本件判旨は正しいものである。(10)

(1) 兼子「民事訴訟法体系」一六〇頁。三ヶ月「民事訴訟法」一八六頁。等。

(2) 信託会社協会編「信託法の成立」一四五頁、三七一頁。ただし、桜田「判例にあらわれた信託法(1)」判例評論・九四号五頁からの引用。以下も同じ。

(3) 大阪谷「訴訟信託の抗弁」民商法雑誌・二巻一号六〇頁は、「健訟の弊」の防止を強張している。

(4) 田中「訴訟信託について」法学研究・三二巻四号三頁。

(5) 信託法一一条は、本来旧民訴法一二七条の潜脱防止を意図していた（前掲信託法の成立・一四五頁、三七一頁）。旧法では現行民訴法ほど弁護士代理の原則が徹底しておらず、区裁判所以外の事件でも非弁護士が訴訟代理人となりうる場合があつた（旧民訴法六三条二項、三項）。一二七条はその場合の訴訟代理人の訴訟活動の制限を規定している。したがつて信託法一一条の意図が、弁護士代理の原則の潜脱の防止にあつたということは若干問題であるが、民訴法が改正された現在では、信託法一一条の意図の一つは、弁護士代理の原則を規定する民訴法七九条（旧法一二七条の趣旨を一歩進めたもの）の潜脱防止にあると言つてもさしつかえなかろう。

(6) 田中・前掲論文・一七頁。桜田・前掲論文(1)・判例評論・九四号二頁。

(7) 四宮「信託法」五三―五四頁。田中・前掲論文・一八頁。桜田・前掲論文(1)・判例評論・九四号七頁、同論文(4)・判例評論・一〇八号七頁。青木博士は、受託者が弁護士であつても、訴訟行為をなさしむることを主たる目的とした信託は、信託法一一条により禁止されるが、受託者が、訴訟に際して弁護士に委任をすれば、同条の適用はないとされる（同「信託法論　第二版」七七頁以下）。また、入江「全訂信託法原論」二一九頁は、受託者が弁護士であれば、信託法一一条の適用はないとする。

(8) 田中・前掲論文および桜田・前掲論文は、総合判例研究の手段により、具体的基準をうちたてている注目すべき論稿である。

(9) 上田・判批・法と政治・一四巻二号一四五頁。

(10) 民法上の組合の業務執行組合員や清算人を、支配人（商法三八条一項）、船舶管理人（商法七〇〇条一項）に準じたものと解し、法令上の訴訟代理人に関する規定を類推適用して、その当事者適格を肯定しようとする見解もある（上田・前掲論文・一三九―一四〇頁。同・前掲判批・一四七頁。山木戸・前掲判批・法律時報・三五巻八号九二頁）。私見と

結論を異にするわけではないが、法令による訴訟代理人は、法がそれぞれの場合の必要性を吟味したうえでもうけた制度であるから、かかる規定の類推には慎重であるべきである。一応、このような理論構成には反対しておく（同旨、兼子「民事訴訟法体系」一三〇頁、石川・前掲判批・一〇三頁。森泉・前掲論文・一九九頁）。

四、ところで、当事者適格の存否は通常職権調査事項であるといわれている。[1]これを敷衍すれば、任意的訴訟担当が許されるか否かは職権調査事項であるということになる。[2]しかし、前述のごとくこの判断は信託者および相手方の利害に大きな影響をおよぼし、ひいて公益にもかかわりをもつものである（特に信託者は現実に訴訟にあらわれない点に注意を要する）から、さらに一歩すすめて、職権探知事項であると解すべきである。

また、同じ理由から、裁判所は任意的訴訟担当を許容するには慎重でなければならない。したがつて、受託者が訴訟を追行している場合、裁判所はこれを許容するための前記の要件が満されているという心証が形成されない限り、当事者適格なしとして訴を却下すべきである。（私見のごとく訴訟追行者の当事者適格の存否を職権探知事項と考えても、この点の客観的挙証責任は問題となりうる）しかし、問題となつている訴訟追行権の授与が、民法上の組合の業務執行組合員と組合員の間でおこなわれたものであることが証明されれば、特段の事情がない限り、裁判所は執行組合員の訴訟追行を許容してしかるべきである。けだし、この場合には前述のごとく、業務執行組合員の訴訟追行を許しても、組合員やその相手方に不当な不利益をおよぼす可能性、および訴訟追行権のみの授与がおこなわれた可能性がまずないからである。ただし、常にそうであるとはいいきれない。例えば、組合契約の締結自体が、民訴法七九条や信託法一一条の潜脱を意図したものであることが証明されれば、訴は却下をまぬかれない。[3]しかし、本件では、かような事実の存在をうかがわせる記載は、判例集にはあらわれていない。したがつて、Xの当事者適格はみとめられてしかるべきである。

(1) 小山「民事訴訟法」八九—九〇頁。新堂「裁判所の調査義務と釈明義務」民事訴訟法演習Ⅰ・一一三頁。宮崎「当事者適格」民事訴訟法講座一巻・一一七頁。

(2) 東京控判・年月日不明・法律新聞・三四五〇号。しかし、この点は、担当者の相手方が主張責任を負うとする判例もある（大判・昭和一七年六月八日・法律新聞・四七八二号・一九頁。）。この点につき、大阪谷・前掲論文・六〇—六一頁。桜田・前掲論文(4)・判例評論・一〇八号八頁参照。

(3) 石川・前掲判批・一〇三頁参照。例えば、組合契約の締結後ただちに訴が提起された場合には、その疑いが濃厚である。もとより、組合契約締結と訴提起の時間的接近が、必然的に民訴法七九条や信託法一一条の潜脱と結び付くわけではない（田中・前掲論文・一一七頁）が、かような事実は裁判官の心証形成に大きな影響をおよぼすことは当然で、反対の証明がないかぎり、訴が却下されてもいたしかたあるまい（桜田・前掲論文(2)・判例評論一〇〇号七—一〇頁参照。福永・前掲論文・九一頁参照。神戸地判・昭和二六年一月二二日・下民・二巻一号六五頁参照。その他、桜田・前掲論文引用の諸判例参照）。

五、いじようを要するに、私は本件判旨に賛成である。

なお評釈の冒頭で述べたとおり、本評釈はA企業体が民法上の組合の典型であることを前提としている。したがつて、本評釈における論述が頼母子講の場合に妥当するか否かは、頼母子講が民法上の組合であるか否かにより決まることであるが、ここではたちいらない。

（昭和四六年一二月一八日稿）

（追記）本件に関する評釈、解説としては、住吉・判例タイムズ・二五九号八四頁。斉藤・判例評論・一四六号一〇頁。叶＝水野・民事研修・一六七号四二頁。宇野・法曹・二三巻九号二九一頁がある（脱稿時現在）。

本評釈執筆に際しては、研究会でなされた議論のほか、田中実教授からの御教示をおおいに参考にさせていただいた。記して感謝申し上げる。

本稿脱稿後に、中野教授の本件評釈が、民商・六五巻四号に掲載された。

（石渡哲）

昭四五32（最高民集二四巻一三号二〇四三頁）

一個の債権に対し数個の差押があつた場合と第三債務者の民訴法六二一条一項による供託による免責

転付金請求事件（昭四五・一二・一五第三小法廷判決）

〔事実〕訴外S会社は商品仲買人であつて、Y商品取引所（被告・被控訴人・被上告人）に対し、(イ)商品取引所法（昭四二・七・二九法律九七号による改正前のもの。以下同じ。）三八条に基づく会員信認金二〇万円、(ロ)同法四七条に基づく仲買保証金二六〇万円を預託していた。これに対しSの債権者Aは、(イ)(ロ)等の返還請求権のうち三〇万円につき仮差押をし、債権者Bは(ロ)の返還請求権のうち二〇万余円について差押をした。

その後X（原告・控訴人・上告人）はSに対して有する二〇〇万円の債権の強制執行として、(イ)の返還請求権全額および(ロ)の返還請求権のうち一八〇万円につき差押および転付命令をえ、右命令は第三債務者Yに送達された。

またXの差押の後、Cほか一二名の債権者から(イ)(ロ)等の返還請求権に対して総額六〇三四万余円に及ぶ仮差押または差押がなされ、なかには転付命令・取立命令をえた者もいた。そしてこれらの者のうち、C等九名はS会社に対する商品取引の委託者であつて、前掲商品取引所法の規定に基づき、それぞれ前記(イ)(ロ)について優先弁済を受ける権利を有していたが（三八条五項、四七条三項）、Xは委託者ではなく、従つて右優先弁済権を有する者ではなかつた。

ところで訴外S会社は、右差押がなされた当時においてはなお商品仲買人としての営業を継続していたため、Yとしては前記(イ)(ロ)を返還しうべき時期にはなく、その後S会社が商品取引所の会員としての地位を脱退するにいたり、Yは民訴法六二一条一項に基づいてXの差押にかかる債権を含め、S会社に対して負担する債務の全額について供託をした。

これに対しXは、自己のえた差押・転付命令が効力を生じた時点では差押の競合は存在せず、従つて転付命令は有効である。それ故転付命令を無視してなされたYの供託はXに対して効力を生じないとして、転付金の請求に及んだ。第一審・第二審ともに請求棄却。X上告。

〔判旨〕最高裁は以下の理由で上告を棄却した。「債権に対し、差押が競合する場合には、その各差押は配当要求と同一の効力を生ずるものと解されるから、第三債務者は民訴法六二一条一項に基づいて債務額を供託する権利を有するものであるが、一個の債権に対し数個の差押があつたときでも、その差押債権の総額が被差押債権額を超過しない場合において、各債権者が各自の債権額の範囲において差押をしたにとどまるときは、数個の債権差押は相競合するものとは解しえないから、第三債務者も前記条項に基づく供託により免責されうべきものではない。しかしながら、民訴法六二一条一項が第三債務者に対してこのように供託の権利を認めたゆえんは、債権に対する強制執行の手続において、被差押債権について権利を主張する者が多数あり、右債権額がそのすべての者に満足をあたえるに足りない場合に、第三債務者に配当要求または重複差押の有無および各差押の適否を審査させ、真の権利者あるいは優先権者に適正な配当をさせることは、第三債務者に極めて重い負担をしい、ときに二重払いの危険を負わせることにもなりかねず、ひいては執行手続の適正をも害するおそれがあるために、この弊害を除去しようとするにあると解せられるから、この趣旨を推及すれば、本来前記の意味において差押の競合がない場合においても、一個の債権について多数の差押があり、かつ、第三債務者の立場からみて、その優先順位について問題がある等差押の競合があるか否かの判断が困難とみられる客観的事情が存在する場合には、右規定を類推適用して、第三債務者に供託による免責を認めるのが相当である。」そして認定事実によれば、Xの本件差押ならびに転付命令がYに送達された当時、S会社がYに預託していた前記(イ)(ロ)に対しては、二個の先行差押があつたが、それらは、その差押債権の総額において(イ)(ロ)の総額を超えるものではないから、この段階においては厳格な意味において差押の競合はなかつた。「しかしながら、右信認金等の弁済期が未到来の間に、優先弁済権者を含む多数の債権者から、同一債権について、その総額をはるかにこえる債権のために、多数の仮差押および差押が相次いでされたのであつて、その法律関係については、原判決説示の如く種々の見解もなりたちうるところであるから、被上告人に対して、差押の重複の有無またはその優先関係について適確な判断を期待することは困難というほかはなく、したがつて、同人が右の事情をもつて、民訴法六二一条一項の要件をみたすものと判断したことはまことに無理からぬものというべきであり、かかる事情のもとにおいては、同条を類推適用のうえ、同条に基づく供託によつて、被上告人に本件信認金等の返還請求権について免責を認めるのが相当である。」

判旨賛成。但し理由づけに疑問がある。

判旨が導かれるにあたつてはいくつかの重要な解釈を前提としているので、最初にその前提につき考察を進め、その後に本件判旨が民訴法六二一条一項を類推適用した点に言及してみたい。

民訴法六二一条一項は、金銭債権につき配当要求の送達を受けた第三債務者に供託の権利を認めているが、金銭債権が二重差押を受けた場合については何ら規定がない。しかし金銭債権については有体動産や不動産のような二重差押禁止の規定はなく(民訴法五八六条・六四五条)。却つて競合した差押は配当要求と同一の効力を有するというのが判例である。[1] 従つて民訴法六二一条一項は、金銭債権の差押についても適用があるというのが判旨の第一の前提である。この点についてはほとんど異論がないものと思われる。

次に第二の前提として、Xの差押と先行するABの差押は競合しない、ということが掲げられる。これも従来の判例を踏襲したもの

である。それによると、「数人ノ差押債権者カ各債権ノ全額ヲ差押ヘタルトキハ数箇ノ債権差押カ相競合スルモノナリ然レトモ数人ノ差押債権者ノ債権総額カ差押債権額ヲ超過セサル場合ニ於テ各自己ノ債権額ノ範囲内ニ於テ差押ヲ為シタルトキハ数箇ノ債権差押カ相競合スルモノニ非サル」ものとしている。(2) この考えを更に押し進めて、実務の取扱いは差押の範囲を常に執行債権額に限定しようとしている。(3) このような判例・実務の考え方に対しては有力な反対説がある。(4) それによれば、債権の差押はたとえ一部を特定したとしても常に債権全額に及ぶとする。金銭債権は不可分であるから、債権の一部特定の方法が不可能であるというのが主たる根拠である。また条文上、六〇二条一項は債権全額に差押の効力が及ぶことを前提にしなければ考えられない規定であるという理由もあげられている。従ってこの説に立つ限り、本件はXの差押前に既に被差押債権全額についてABの差押の競合が存在していたことになり（それ故Xの転付命令は無効）、民訴法六二一条一項が直接適用されることになる。しかし私は判例のように考えるべきだと思う。反対説は金銭債権の不可分性を理由とするが、有体動産や不動産がその物自体の性質や、一物一権主義の建前から不可分であるのとは異なり、何らかの特定方法さえ講じれば、金銭債権は十分特定可能と思われる。その特定方法こそが正に債権者の意思表示であるといえよう。反対説も転付命令の場合には、特定が可能だとするのであるから、差押命令の場合にこれを認めないのは理論的に一貫しないように思われる。要するに、債権者が特に執行債権額の範囲に目的債権を限定して差押を求めてきた場合には、その債権者の意思を尊重しなければならない。従って六〇二条一項但書は、債権者が何ら目的債権を限定してこない場合の債務者側の措置を規定したものと考えればよく、何らこの説に抵触する規定ではない（それ故差押の範囲を常に執行債権額に限定しようとする実務の取扱いには反対である）。また執行債権総額が差押債権額を超過しない場合、後行する差押は未だ差押えられていない部分を差押えるものとするのが当事者の通常の意思と考えられるから、そのように解釈すべきである。従って本件の場合、ABX間には差押の競合は生じていないことになる。

本件判旨の第三の前提は、Xの差押およびそれに基づく転付命令は有効であって、後行するCほか一二名の差押（または仮差押）とは競合しない、ということである。即ち、Xが転付命令をえた債権はC等九名が商品取引所法の規定に基づき優先弁済権を有する債権であるが、かような債権に対しても転付命令を発することができる旨が、判旨の隠れた前提となっている訳である。この点もまた、従来の判例を踏襲している。(5) しかし多数の学説は、他人の優先権の目的たる債権は券面額を欠き、これについて発せられた転付命令は実体上無効であるとして判例に反対している。その理由として、このような場合は二重の差押がある場合と同じであって転付命令をうけても無条件にその金額の支払を請求しえないからとか、(6)「すでに他の債権者の優先弁済の対象になっているものは、優先弁済権者の満足のために予約済みのものであるから、いわば別わくというべきものであり、一般債権者がこれに割り込みができないとしても当然であ

る」[7]などが掲げられる。また本件の場合結論は多数説と同じだが、竹下教授は次のようにいう。即ち多数説のように、およそ他人の優先権の目的となつている債権につき転付命令を認めないというのではなく、民法上の質権の目的となつている債権などについては転付命令を認めるが（理論上も可能だし、債権者があえて危険を冒して転付命令を申請する以上それを認めても構わない故）、本件の金銭返還請求権は一種の先取特権とみられるから[8]、転付命令によつて差押債権者に債権が移転すれば本来の優先権者はもはやその権利を主張しなくなり（民法三三三条）、法が優先権を与えた趣旨が没却される。それ故、結局本件のような債権については転付命令は発しえないとするのである[9]。私も竹下教授と同様、一律に優先権の目的となつている債権について転付命令を発しえないとするのではなく、優先権者の権利を害するような形での転付命令は発しえないものと解する。従つて本件でXのえた転付命令は実体上無効であり、差押の競合が実質的に生じたとみるべきである。

だが一歩譲つて、この点も判例に従つて転付命令は有効と仮定してみよう。そうすると前提の一乃至三を通じて、結局本件では実質的な差押の競合はなく、六二一条一項は適用されないことになる。しかし判旨は、差押の競合があるか否かの判断が困難とみられる客観的事情が存在する場合には六二一条一項を類推適用すべきであつて、本件は正にそのような場合であると結論づけるのである。これと同様の見解に立つと思われる判例に、下級審ではあるが、大阪高判昭和四〇・七・八がある[10]。その事案はこうであつた。XはA会社に対する強制執行として、A会社がYに対して有する金銭債権について差押及び転付命令をうけた。ところがこれに先だち、債権者をB、債務者の表示を「A会社ことC」、第三債務者をYとする同一金銭債権に対する仮差押決定が発せられていた。「A会社ことC」という表示にしたのは、BがA会社の実在に疑念を懐いたからである。しかしA会社の実在が確認されたので、XBはそれぞれ債務者を別とする債権を差押えたことになり、少くともAのYに対する債権については差押の競合はなかつたのであつた。しかしYは供託した。このような事案に対し、判旨は「右規定（民訴法六二一条一項――筆者注）により主たる利益を受ける第三債務者の立場よりして、明白に差押の競合と見られ、又は差押の外観的競合と認めるにつき無理のない状況が備つている場合においても、右規定の類推適用を認めるのが相当と解される。」と述べている。この判旨の一般的な言い回しは本判決と同旨である。しかし具体的な事実関係の違いに注意しなければならない。つまり大阪高判昭和四〇・七・八の事実関係は、実質的にはそれぞれ別個であるのに外観上あたかも同一とみられる債権上に、XB二個の差押があつたので、第三債務者Yとしては、差押の競合があつたと思うに無理のない状況に遭遇したというものであつた。即ち差押の競合があるか否かの事実の認識が困難な状況にあつたが故に、六二一条一項が類推適用されたのであつた。ところが本判決では、第三債務者YがXの転付命令の有効性につき、法律の素人として判断しかねるという事情から六二一条一項の類推適用を許容したのである。言い換えれば、学説の対立という

状況が「差押の競合があるか否かの判断が困難とみられる客観的事情」だとされているのである。これは類推という方法を駆使した一見弾力的な判断のように見えるが、それではどの程度の判例学説の対立があれば類推は可能なのだろうか。また供託をする第三債務者はどの程度に法律の素人であればよいのであろうか。要するに、差押の競合という事実を認識するに困難な状況と、法判断が困難な状況とは一応区別されるべきであり、後者を類推で補うよりは、一層明確な供託要件をうち建てたほうが法律要件としてもすっきりし、また第三債務者の保護にもつながると思う。

その点原審は、六二一条一項の供託の要件としては「複数の債権者による同一債権の差押の事実あるをもつて足り、各差押に執行法上瑕疵がなく、実質的に有効な差押競合関係にあるか否かは供託の効力に影響がない」として、形式的な差押の競合さえあれば（同時に転付命令が発せられたとしても）端的に六二一条一項の適用を認めている。(11) 私はこの考えに賛成したい。供託の要件が第三債務者にとって明確であり、法的安定性の面からもすぐれていると思われるからである。但し原審のように考えれば、供託の要件が広がりすぎて、最初に転付命令があり次に差押が一つあったという場合や、差押債権の総額が債権額に満たない二つの差押または転付命令のあった場合など、あまり競合の有無について判断に迷わない場合でも供託を許すことになり、事後の裁判所の手続が煩雑になるという批判がなされている。(12) しかし少くとも後者の批判点は原審への誤解であって、原審はあくまでも、差押の「形式的競合」即ち差押債権総額が被差押債権額を超えることを供託の要件としているのであるから、後者のような場合には供託はできないのである。また前者の批判についても、六二一条一項が二重払いの危険や、適正な配当のための審査の負担を第三債務者から取り除く等、あくまでも第三債務者保護の規定である以上、手続の煩雑さを理由とすることはそれほどの説得力を持たないと思われる。むしろ本件判旨のように類推が可能かという点の吟味の煩雑さを回避するだけでも原審の示す要件のほうが正当であると思う。

なお、本判決については、注で引用したもののほかに林屋・批評（判例評論一四九号三三頁）がある。

(1) 大判明治四四・五・四民録一七輯二五三頁。
(2) 大判大正三・一二・二五民録二〇輯一一八七頁。
(3) 債権の差押・強制執行セミナー(3)二一四頁・岩野発言。
(4) 前掲書二〇六頁以下兼子・我妻発言。
(5) 大判大正一四・七・三民集四輯六一三頁。大判昭和五・二・二七民集九輯二一九頁。
(6) 兼子・増補強制執行法二〇四頁。
(7) 斎藤評釈・判例タイムス二六三号八〇頁。
(8) 西原・注釈民法(8)一八一頁。
(9) 竹下研究・週刊金融商事判例二六三号二頁以下。
(10) 判例時報四二四号三八頁以下。
(11) 広島高判昭和四一・三・六高裁民集一九巻二号一一三頁。
(12) 千種解説・法曹時報二三巻六号一七七頁。福永批評・民商法雑誌六五巻五号七八七頁。

昭和四七年四月三日　（石川明・三上雅通）