

Title	〔最高裁判事例研究九九〕 一、共有者全員が提起した共有権確認訴訟と固有必要的共同訴訟 二、共有者全員が提起した共有権に基づく所有権移転登記手続請求訴訟と固有必要的共同訴訟 土地所有権確認等請求事件 (昭和四六年一〇月七日第一小法廷)
Sub Title	
Author	石渡, 哲(Ishiwata, Satoshi) 桐, 善夫(Toga, Yoshio) 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.10 (1972. 10) ,p.137- 146
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=AN00224504-19721015-0137

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

〔最高裁判事例研究 九九〕

昭四六六（最高民集二五卷
七号八八五頁）

- 一、共有者全員が提起した共有権確認訴訟と固有必要的共同訴訟
- 二、共有者全員が提起した共有権に基づく所有権移転登記手続請求訴訟と固有必要的共同訴訟

土地所有権確認等請求事件（昭和四六年一〇月七日第一小法廷）

X₁・X₂（原告・被控訴人・被上告人）の本訴請求はX₁・X₂が共同して本件土地を訴外Aから買い受けてその所有権を取得したが、都合によりY（被告・控訴人・上告人）名義に所有権移転登記をしたもので、その登記は実体関係に合致しないものであるとの理由で、Yに対し本件土地の共有権の確認、および右登記の抹消手続に代えて所有権移転手続を求めらるものである。本件が第一審に係属中X₂は本訴を取下げ旨の書面を提出し、Yはその取下げに同意する旨の書面を提出した。なおX₁・X₂は夫婦であり、Yは両名の子である。

判例研究

第一審はX₁・X₂の請求を認容した。X₂の訴の取下げについては、判決本文においても判決理由においても言及されていない。

Y控訴。控訴理由においてYは本案そのものに関する第一審の判断に対して不服を述べるとともに、本案前の主張としてX₂の訴の取下げを主張した。控訴審は第一審の本案の判断を維持し、又X₂の訴の取下げについては、共有者が提起した所有権確認並びにその所有権に基づく所有権移転登記手続請求訴訟においては、各共有者は単独で訴の取下げをなさないとして、Yの本案前の主張を退けた。

Y上告。上告理由中判示事項と関係のあるのは、本件訴訟は通常共同訴訟であつて、X₂の訴の取下げにより同人とYとの間の訴訟は終了しているし、仮に本件訴訟に合一確定の必要があつたとしてもX₂は単独で訴を取下げらるはずである（大判・大正一〇年二月二十五日民録二七輯二八九頁。大判・昭和一一年四月九日・新聞三九七九号一一頁）から、前記訴訟は終了したといふべく、原判決には民法六二条の解釈を誤つた違法

がある、という点である。

最高裁(一少)は、共有者全員が提起した所有権確認の訴・所有権移転登記手続請求の訴は共に固有の共同訴訟であり、したがつて、共同原告中の一人が訴の取下げをしても、その取下げは効力を生じないとして、原判決を支持し、その他の上告理由もことごとく退けた。裁判官全員的一致で上告棄却。

判旨に疑問。

一 本件を評釈するに際しては、まず X_1 ・ X_2 の本件土地に対する共同所有の形態について検討の必要がある。ある財産が夫婦の共有に属しているという場合の共同所有の形態については、一般には合有ではなく通常の共有であり、持分の譲渡も可能であると解されている⁽¹⁾。しかし当該財産が夫婦としての共同生活にとつて不可欠なものである場合には、夫婦の一方にその持分の譲渡を許すと、その財産は夫婦の他方と譲受人の共同所有に帰することになるわけだが、それでは夫婦の経済生活に支障をきたすことになる。そこでこの様な場合には、夫婦の一方による持分の譲渡を許すべきではない。すなわち、この場合の共同所有の形態は、講学上の合有であると解すべきであろう。ただし、夫婦の共有形態が常にかようなものであるとは限らず、通常の共有であると解すべき場合も多々ある。

本件における X_1 ・ X_2 の共有形態が前記いずれの場合に該当するかは、判例集の事実の記載からは判断しえないが、もしこれが合有であるとすれば、本件訴訟は固有の共同訴訟であるということに

なる⁽²⁾。(ただし我々の見解と異なり当事者適格を実体法上の処分権能の反映と解せず、訴訟政策的考慮からその存否を判断しようとする学説もあるが、仮にこの説によつたとしても、合有者が原告となる場合については結論に差異を生じることはない)。

二 しかし X_1 ・ X_2 の共有形態は通常の共有であつた可能性もあるし、判決理由中に「共有権」・「共有者」と記載されていることからすれば、最高裁はこれを通常の共有と解したと推測しうる。(もつとも「共有」と記載しても、真意は「合有」であつたと解する余地もなくはないが)すなわち最高裁は共有者——合有者ではない——が提起した訴を固有の共同訴訟であると判断したのである。この点について、判決理由は以下のように言っている。「一個の物を共有する者全員が、共同原告となり、いわゆる共有権(数人が共同して有する、一個の所有権)に基づき、その共有権を争う第三者を相手方として共有権の確認を求めているときは、その訴訟の形態はいわゆる固有の共同訴訟と解するのが相当である(大審院大正二年(オ)第八二号同一年五月一九日判決・民集三卷二二頁参照)。ただし、この場合には、共有者全員の有する一個の所有権そのものが紛争の対象となつているのであつて、共有者全員が共同して訴訟追行権を有し、その紛争の解決いかんについては共有者全員が法律上利害関係を有するから、その判決による解決は全員に矛盾なくなされるべき要請さるべき合理的解決をはかるべき訴訟制度のためまゝからす。共有者全員につき合一に確定する必要があるといふべきだからである(傍点筆者)」。さらに本件におけるもう一つの請求である所

有権移転登記請求においても事情は同断であるとされている（この点については、大判・大正十一年七月一〇日・民集一卷三八六頁が引用されている）。

右に引用したうち、「その判決による解決は全員に矛盾なく……」以下の部分は、合一確定の必要が訴訟共同の必要を惹起するという趣旨にも説める。そうであるとすれば、この点は疑問である。しかし判旨が強調するのはこの点ではなく、むしろ引用文中の前半である。すなわち、 $X_1 \cdot X_2$ の本件土地に対する共同所有の形態を通常の「共有」であると判断したうえで（少なくとも判例集の記載を素直に読む限りそう解される）、原告兩名は一個の所有権に基づいて訴を提起したのだといっている点である。

共有者が原告となる訴を、共有者各自がその持分に基づいて提起したものと、各人の持分とは別の一個の所有権に基づいて提起したものに分け、前者は通常の共同訴訟であるとしつつも、後者は固有の必要的共同訴訟であると解する態度は、大審院判例や多くの学説の採用するところである。⁽⁴⁾本判決はかような分類を一つの前提とし、かつ共有者全員が訴を提起した場合には、彼等は一個の所有権（各自の持分権ではない）に基づいて訴を提起しているのだとみて、これをもう一つの前提として、三段論法により結論を引き出したものであることが、先の引用から推測される。

しかし共有者が、各自の持分とは別に、一個の所有権を主張するということが疑問である。この点に関して小山教授は本判旨の正当性を根拠付けるべく、以下のごとく論じておられる。「共有とい

う体制が一つの権利として実体法上その存在を許されているのであるから、これは確認の対象となる適格性を有すると考えざるを得ない（傍点原文）」し、「共有という体制そのものの確認を求める必要が起ることはありうる」と（小山・本件判批・判例評論一六〇号二七頁）。

しかしながら、各共有者の連帯の薄弱な通常の共有においては、各人の持分が、互いに他者の持分を制限しつつ併存しているのであるから、各共有者は第三者に対してそれぞれの持分に基づいた請求をすることができるのは当然であるが、同時にそれが各人のなしうる限度である。⁽⁵⁾この理は、全共有者が一致協力して訴を提起したとしても、何ら変更を受けることはない。ただし、持分権を主張しうる者が何人集まつたとしても、その主張しうるところは、持分権に基づいた各人の主張の総和にすぎないからである。或いは各共有者とは別に一つの人格を認めれば、その人格に、一個の所有権の主張を許容することはできよう。しかしそれはもはや通常の共有の概念から導き出しうる帰結ではない。

三 以上の次第であるから、私は本判決の理論構成に賛成しえないが、私見によつても前述のごとく、本件が固有の必要的共同訴訟であつたと解する余地はある。そこで次に原告側の固有の必要的共同訴訟において一部の原告が単独でなした訴の取下げの効力について検討しなければならぬ。

この点について、故中田淳一教授は、固有の必要的共同訴訟の場合には「原告は他の共同原告の同意を得てのみ自己の訴を一部の取下げ得」と述べておられる（中田・判批・法学論叢一卷三三〇頁）。

しかし固有の必要的共同訴訟においては、教授の述べられた意味での訴の一部的取下げというものはあり得ない。もし一部の原告のなした訴の取下げが有効であるとすれば——それが他の原告の同意を得てなされたものであるにせよ、そうではないにせよ——、当該訴は原告適格を欠くに至り、(訴全体が)却下を免れないことになる(全原告による同意が、全原告による訴の取下げと評価しうれば別論であろう)。そしてこのような理論が三ヶ月教授の主張されるところでである(三ヶ月・民法法・二七頁。他の原告の同意の有無は問題とされない)。

しかし合有関係にある者が共同して提起した訴を——私見によれば固有の必要的共同訴訟となるのは当事者間に合有関係がある場合だけである——、却下のやむなきに至らしめる自由が各原告にあるということは、合有の概念とは相容れないものである。それゆえ私⁽⁵⁾は、判例・多数説に従い、固有の必要的共同訴訟においては、一部の原告のなした訴の取下げは無効であると考へる。もつともかかる見解に対しては、原告側に訴訟共同の必要がある場合には、訴提起の時点で各原告(となるであろう者)に原告適格を具備せしめるか否かの自由——すなわち共同原告となるか否かの自由——があるのだから(一部の者が訴の提起を拒む場合の対策としてその者を被告とすべしという主張があるが賛成できない。小島・注(3)掲示論文・ジュリスト五〇〇号三三三頁。同・続民訴判例百選四一頁)、それとの均衡上、訴訟係属後においても同じ自由を各原告に附与すべきであり、ひいて各原告による訴の取下げを有効と解すべきであるとの反論が予想される。しかし訴訟係属の前と後では事情が異なる。ひとたび訴の提起に協力し

た者は、禁反言ないし信義則からいつても、その訴を却下のやむなきに至らしめるようなことはなしえないはずである(細野・法学新報二七卷二号一二三頁。ただし、この見解によれば、百人が提起した訴が一名の恣意により却下されるのは防止しうるが、同時に九九人が訴の取下げを望んでも一名が訴訟の続行を望む限り、訴は取下げえないということ承認せざるをえない。しかしそれは訴を提起したいじようやむをえないことである)。

なお上告理由中に引用されている二つの判例は、類似の必要的共同訴訟における一部原告の訴の取下げを有効とした事例である。類似の当事者適格が欠けるわけではないから、かような訴の取下げも有効であり、固有の必要的共同訴訟の場合とは事情が異なる(注(6)に掲示した、小山・兼子・齋藤・細野氏の各論稿)。

四 以上を要するに私は、 X_1 ・ X_2 の本件土地に対する共同所有の形態が合有であつたとすれば、判旨の結論に賛成するが(その理論構成には反対)、共同所有の形態が通常の共有であつたとすれば、判旨に反対である。

(1) 中川編・註釈親族法(上)・二二三頁(有泉)。ただし夫婦のいずれに属するか不明の財産について小室・夫婦の財産の区別・家族法大系II二六〇頁。加藤・夫婦の財産関係について・民商四六卷一号一〇頁。ただし同論文二三頁は、夫婦双方の同意なき場合の一方の分割請求は認めない。

(2) 兼子・民訴体系・三八四頁。同・共有関係の訴訟・民法研究二卷

一五二頁、小山・必要的共同訴訟・民訴講座一卷二五四頁、伊東・判批・法学研究三八卷四号九四頁、Henckel, Partellehre und Streitgegenstand im Zivilprozess, S. 46; 小室・前掲論文・一〇六・一一〇七頁参照。

(3) 三ヶ月・民訴法・二一八頁、福永・特定物引渡請求訴訟の被告適格・関西大学法学論集一四卷二号四五頁、小島・共同所有をめぐる紛争とその集団の処理・ジュリスト五〇〇号三二八頁以下、前二者は合有者が被告となる場合を通常共同訴訟であると解し、後者は固有を必要の共同訴訟の範囲を広く解そうとするものである。

(4) 判決理由に引用の大判・大正一三年五月一九日、同大正一一年七月一〇日、大判・大正八年五月三一日、民録二五輯九四六頁、大判・昭和三年一月一七日・民集七卷一〇九五頁。なお大正一一年判決と昭和三年判決は、持分権が主張されているのか一個の所有権が主張されているのかは、裁判所が釈明すべきであるとしている。

学説としては、我妻・物権法(民法講義Ⅱ)二九一三〇頁、船橋・物権法・三七九頁、三八六頁、小山・必要的共同訴訟・民訴講座一卷一五六―一五七頁、三ヶ月・民訴法・二一八頁、菊井Ⅱ村松・コンメンタールⅠ・二二〇頁、岩村・共同関係訴訟と当事者適格・判タ一七九号九六頁。その他、林屋・共有不動産に関する訴訟の当事者適格・不動産法大系VI八六頁注(6)に引用の文獻。

(5) 兼子・前掲論文・民事法研究一卷一五二頁、Vgl. Henckel, a. a. O., S. 46.

(6) 札幌高判・昭和二六年六月三日、下民二卷六号七九一頁、大阪高判・昭和三年四月三〇日・高民一〇卷三号一九〇頁。

小山・前掲論文・民訴講座一卷二七〇頁、兼子・民訴体系・三九三頁、齋藤・民訴概論・四六九頁、細野・法学新報二七卷二号二一〇頁。

追 なお、 X_1 、 X_2 の本件土地に対する共同所有の形態が通常の共

有であり、したがって本件訴訟が通常の共同訴訟であつたとした場合の事案の処理の仕方についても検討の必要がある。この場合には、 X_2 の訴の取下げは有効であるし、又 X_1 と X_2 に対する判決が区々になることもありうる(ただし、新堂・共同訴訟人の孤立化に対する反省・法協八八卷一一・二号八八頁以下参照)。

訴訟がこのような結果になつても、確認訴訟については問題なからう。勝訴した原告の持分権が被告との間で既判力を伴つて確認されるのである。

一方、所有権移転登記請求に関しては若干問題が生じる。本件に即して言へば、 X_2 が訴を取下げたか否かは敗訴し、 X_1 のみが勝訴した場合、 X_1 は勝訴判決を債務名義としてその持分に應じて登記を移転しうる。その結果登記簿上は Y と X_1 の共有ということになる。

このような処理の仕方は不都合であるとして私見を非難し判旨の立場を擁護する余地もなくはない(小山・前掲本件判批・判例評論一六〇号二八―二九頁参照)。しかし実際にはかかる処理の仕方こそが個人的色彩の強い共有の場合には正當なものであろうし、少くとも多数説のように持分権に基づいた訴の提起を認めれば(反対説・小島・前掲ジュリスト五〇〇号三三〇頁)、この帰結ははずれ避けられないものである。

(一九七二年七月二五日稿) (石渡 哲)

昭四六七 (最高民事集二五卷)
(七号九五二頁)

株式会社の清算人の員数

上告審が被棄理由とした法律上の判断の再度の上告審に対する拘束力

貸金請求事件(昭四六・一〇・一九第三小法廷判決)

本件は、最高裁昭和四二年二月一日第二小法廷判決(最高裁民事判集には不登載、判例時報五〇五号六一頁参照)の再度の上告審判決である。

訴外A株式会社は、昭和三年八月二七日成立、昭和三年六月一七日に設立登記のなされた金融業を営む会社であるが、昭和三年九月一日株主総会決議により解散し、同月二〇日にその旨の登記がなされた。

その解散にあたり清算人に選任されたのは、X(原告・控訴人・被控訴人・上告人)一人であつた。Xは、訴外A解散登記の日より後に右会社を代表してY(被告・被控訴人・控訴人・被上告人)に対する貸金債権をX自身に譲渡した。そしてXはYに対し、金五二三、〇〇〇円および昭和三四年五月三日以降完済に至るまで一〇〇〇円につき一日九銭八厘の割合による金員を支払え、との判決並びに仮執行の宣言を求めた。

第一審判決は、遅延損害金の利率を年六分としたほかは、Xの請求を容れた。X・Y双方から控訴。

差戻前控訴審判決は、Xの行為は商法四三〇条第二項・二六五条違反で無効である等のYの主張を排斥し、またXの遅延損害金の利率についての主張に対しては、日歩九銭八厘の約定は訴外AとYとの契約で、XとYとの関係では年六分が相当として一審判決を維持し、X・Y双方の控訴を棄却した。

Yより上告がなされ、上告審は以下の理由で破棄し差し戻した。すなわち、会社は設立登記によつて成立するのに、訴外Aが昭和三年八月

二七日に成立したとする点、Yへの貸付等につきX個人として為したのか、訴外Aの清算人として為したのか不明確であるとの点、「かりに株式会社の清算手続が清算人ひとりであることを許さず、その清算人は、特段の事情のないかぎり清算会社と取引することは許されず、これに違反してされた取引は無効と解するのが相当であるところ、原判決は、右の特段の事情について判示することなく、本件債権譲渡を有効であると説示しているのは、違法である」との諸点によつてである。

差戻後の控訴審は、清算人は二人以上必要であるとの見解に立つた。本件では清算人はX一人であるから清算人会が存在する余地はなく、Xが「代表清算人に定められたといえない」として、Xに代表権がないから会社債権譲渡を会社を代表して為したXの譲渡は無効であるとした。また、右の点をおくとしても、会社とその清算人との間の会社債権譲渡は、清算人会の承認がなければ無効であるし、X主張の如き商法二六五条の規定の適用を排除すべき特別事情も存しない。さらに、Xの法人格否認の主張も、そのような会社ないしその実質主体の個人は為しえないとして、以上の諸点よりしてX主張の債権譲渡は無効であるとしX敗訴の判決をした。

X上告。上告理由第一点は、株式会社は二人以上であることを要しないと主張。第二点は、商法二六五条は会社の利益保護のための規定であり、同条違反の取引は当然無効ではなく取消しうるものと解するのが判例である。そしてその取消を主張しうる者は会社または少なくともその債権者であるべきところ、原審では、債務者がその無効を主張しそれを裁判所が容れたことに対し、商法二六五条の解釈を誤つているとの主張である。

最高裁は以下の理由により再度の上告を棄却した。すなわち、清算人の員数については「株式会社の清算人の員数は、法律上必ずしも一人以上

であることを要せず、一人しか選任されなかつたときは、同人が当然にその会社を代表する権限を有するものと解すべきである。ただし、株式会社の清算人の員数は法定されていないからであり、商法四三〇条二項は、清算人について取締役会の規定を準用し、清算業務の執行は清算人がこれを決し、代表清算人は清算人会においてこれを定めるものとしているのであるが、これは清算人が二人以上選任された場合に適用される規定と解されるのであつて、清算人会の制度が認められているからといつて、必ず清算人が二人以上でなければならぬと解すべきではないとした。しかし、前の上告審が、かりに清算人を一人でよしとするも、その清算人は特段の事情のないかぎり清算会社を取引することは許されないのであつて、特段の事情があるか否か判断せよとの判示をしていたので、差戻後の控訴審はその点も判断して特段の事情がないとして又の請求を排斥しているから、右本件上告審判断は原判決の結論に影響はない、とした。そして、さらに、上告審が破棄理由とした法律上の判断の再度の上告審に対する拘束力につき、「上告審裁判所は、下級審裁判所が上告審裁判所の破棄理由とした法律上の判断に従つてした判決に対する再度の上告事件につき審判する場合には、その差戻判決に示された右判断に拘束され、その下級審裁判所の判決を違法視することは許されない（最高裁昭和二年（レ）第二〇二九号同二年一月二五日大法廷判決、刑集四卷一〇号二三四頁、同三年（オ）第九〇号同二年八月七日第一小法廷判決、民集七卷五号四八九頁参照）から、当裁判所は、第二小法廷の右見解に従つてした原判決の右判断を違法視することはできな^いといわなければならない。そして、上告理由第二点は、第二小法廷が破棄理由とした右法律上の判断の違法をいうに帰するから、その論旨は、採用することができない。また、原審をいうに取^り調べた証拠関係に照らすと、商法二六五条の規定の適用を排除すべき特別事情にあたる^と解すべき事実は認められない旨の原判決の判断は是認することができ

るところ、同第三点は、原審の認定しない事実の存在することを前提として原判決の右判断の違法をいうにすぎないから、その論旨も、採用することができない。」

判旨に賛成する。

一 上告審が破棄理由とした法律上の判断の再度の上告審に対する拘束力の点は、本判旨も引用しているように従来の判例を踏襲したものであつて、本判旨は、株式会社の清算人の員数についての判示に大きな意義がある。

二 株式会社の清算人の員数については学説上争いのあるところであり、最高裁の判例も皆無であつた。下級審の判例も知り得た限りでは、差戻後の控訴審が二人以上必要と解している位でみあたらない。学説は二人以上を要すると解するのが通説であるが、本判旨は、二人以上たることを要せずとの判断を示した。

商法は昭和五年の改正で清算人会の制度を新設したが、清算人の員数については別段の規定をおいていない。改正前においては、合名会社の清算に関する商法二八条「清算人人数アルトキハ清算ニ関スル行為ハ其ノ過半数ヲ以テ之ヲ決ス」との規定を準用しており、清算人が単独の場合のあることを前提としていた（旧商法四三〇条。しかし、改正法では、二二八条は準用されていないし（商法四三〇条一項参照）、また、取締役の員数は三人以上たることを要するとする二五五条も準用されていないため問題がある（商法四三〇条一項参照。通説は清算人会の制度を新設したことから二人以上たること

を要すと解している。たしかに、清算人会が必要機関であるならば、合議体である以上、複数人の存在を必要とすることにならうし、また、公正な清算というのを考えてみると、単独で清算事務にあたるよりも、複数人で構成する清算人会が行なう方が公正な清算を期待しえるといえよう。

しかし、私は、法律上必ずしも二人以上たることを要しないとする本件判旨に賛成したい。本判旨は、清算人が一人でも差支えないとする理由を、株式会社法の清算人の員数は法定されていないという点に求めており、清算人会制度は二人以上選任された場合に適用される規定と解している。私も清算人会は必要機関ではなく、清算人が数人ある場合に適用される規定と解するので、以下にその理由を述べてみたい。

商法四一七条一項によると、法は通常の場合、解散前の全取締役が清算人なることを予定している法定清算人。そして取締役は昭和二五年の改正で単独制の機関ではなく合議制になつたから、それに対応して清算人会の制度が必要になつたのである。このことからすれば、商法はおそらく原則的には、清算人が三人以上いることを前提としていると思われる。しかし、清算人の行なう清算事務の性質から考えて、複数人でなければならぬと解する必要性はないであらう。すなわち、清算事務は、会社の業務執行とは異なり格別な経営者としての能力は必要としない。清算事務は全く技術的事務であり、裁判所の監督に服するのであつて（非訟事件手続法二三六条ノ二・二三五条ノ二五）、取締役と違い権限の範囲も狭いし、単独で清算

事務を行なつたからといつて公正さに欠けるという心配もあるまい。むしろ「株主その他の利害関係人の保護という面では、清算の促進こそ最も望ましい⁽²⁾」といえよう。したがつて、本判旨の説く如く、清算人の員数は法定されていないし、商法二五五条の規定も準用されていないから、法定清算人の場合は別にして、清算人を定款で定める場合、株主総会で定める場合（商法四一七条一項）、あるいは裁判所の選任による場合（商法四一七条二項）には、単独でも差支えないと解すべきであらう。特に、小規模な会社の清算にあつては、一人で十分であらうし、清算人への報酬のことなどを考慮に容れると清算人は二人以上いなければならないと解することは余計な費用を支払うだけであつて、なんのメリットもないといわなければならない。

また、昭和二六年八月六日付民事甲一六一九号法務省民事局長通達では、「改正商法による株式会社法の清算人は、必ずしも二人以上であることを要しない」との見解が示されており、実務上はこれに従つていたのであつて、本判旨はかかる実情にも合致する判決である⁽³⁾。もつともこの点については、むしろ最高裁は、この実情に大きく動かされたのであつて、「それはやや安易な妥協とのせしりを免れないものであつて、改正法の主旨をゆがめた解釈といわねばならない⁽⁴⁾」との見解もあるが、賛同しがたい。私は既述の如く複数人でなければならぬとする必要性はないと解する。そう解すれば、実情にあわせて解釈したからといつて安易な妥協とはいえないであらう。そして、清算人が一人で足りると解する以上、一人しか選任さ

れなかつたときは、その者が当然にその会社を代表すると解すべきことにならう。

ただ、清算人を一人でもよいとすると、商法四三〇条二項による二六五条の準用が問題となる。清算人一人の場合は清算人会が存在しないから、清算人と会社との間の取引につき清算人会の承認を受けることができなない。かかる場合、第一次上告審が前提として、ように商法二六五条の適用を排除するような特段の事情があれば清算人会の承認がなくてもよいとするか、あるいは、算清人がない以上、清算人会社間の取引はできないと解するかは問題であらう。しかし、清算人が一人の場合でも、清算人と会社との間で取引の行なう必要はでてこようから、清算人会の承認を必要としない特段の事情のある場合には清算人と会社との取引を認めて、民法一〇八条の適用を除外する商法二六五条の効力を肯定してもよいであらう。ただし、清算人が一人の場合は復数人の場合に比べて、清算人と会社との間の取引は困難であることを認めねばならない。

三 次に、上告審が破棄理由とした法律上の判断の再度の上告審に対する拘束力の点について触れておこう。

裁判所法四条、民訴法四〇七条二項但書によると、上級審において原判決の破棄（又は取消）・差戻（又は移送）の裁判がなされた場合、差戻を受けた下級審は破棄の理由となつた法律上および事実上の判断に拘束される。本件での問題は、上告審差戻判決の拘束力は再度の上告審を拘束するか否かであるが、この点については規定がない。しかし、再度の上告審を拘束すると解すべきである。

裁判所法四条、民訴法四〇七条二項但書に規定するところの拘束力を認める根拠は、審級制の本質から説明される（通説）。すなわち、同一事件の判断につき、各審級の裁判所の判断が一致しない場合に、上級審・下級審間の往復というくり返しをさせないため、拘束力を認めているのである。したがつて、この拘束力の由来を審級制の本質に求めるとすれば、再度の上告審は、差戻をした上告審が破棄理由とした法律上の判断に拘束されると解さなければならぬ。そうでなければ、上告審が再度の上告審で最初の見解を変更できるとすると、また破棄し差戻す可能性があるわけで、何度でも往復をくり返すことになってしまうからである。

本判旨は、昭和二五年一〇月二五日大法廷判決および同二八年五月七日第一小法廷判決を引用して、上告審の差戻判決の拘束力は再度の上告審を拘束するとした。この結論に異論はあるまい。本判旨の引用する右最判昭和二八年五月七日は以下のように判示しており、これに対しても異論はみられない。「最高裁判所といえども、上告審として一つの事件に関し、一定の事項につき、終局的確定の目的をもつて判示した自らの裁判の内容には拘束される関係にあるのであつて、当該事件を破棄差戻後の判決に対する上告として、さらに再び審判する場合においても、特別の規定のない限り（民訴一九三条ノ二参照、これを變更することは許されないものと言わねばならぬ。なぜならば、元来訴訟は当事者間に存する争訟を裁判により終局的に解決することを目的とするものであるからである。」）

ただ、本件は、第一次上告審が破棄差戻とした数個の理由中、

「かりに株式会社の清算手続が清算人ひとりであることをできるとして」という仮定を前提とした判断に拘束力を認めているのであり、この点は注目してよからう。すなわち、第一次上告審は、かりに清算人が一人でよいとしても、清算人会社間の取引は特段の事情がないかぎりできないとしているわけである。したがって、再度の上告審が一人でもよいと解した以上、特段の事情があれば清算人会社間の取引を認めなければならぬ。「かりに一人で清算事務をすることができるとして」との点は仮定的判断で、この点には拘束力は及ばないから、一人でよいと解することも二人以上でなければならぬと解することも自由であるが、一人で清算事務ができるとした以上は、特段の事情があれば清算人会社間の取引を認めなければならぬ。一人でよいとしたうえで、しかしながら、清算人と会社との間の取引は商法二六五条の解釈からいつてできない、とすることは拘束力に触れ許されないというわけである。仮定を前提とした判断であっても拘束力を認めないと「訴訟の終局的解決がおくれ、審級制度の合理的運用を不可能にする」ことにおいてはかわりがないから、判旨の見解は支持すべきである。

- (1) 石井照久・会社法下三七七頁、大隅健一郎・新版会社法概論三三〇頁、大森忠夫・新版会社法講義(改訂版)三二六・三二七頁、鈴木竹雄・会社法(補正版)二二七頁、松田二郎・新版会社法概論三二五頁、松田二郎・鈴木忠一・条解株式会社法下六七頁、中西正明・注釈会社法(8)のII一九二頁、村田治美・注釈会社法(8)のII二五七頁など。なお、二名以上ではなく三名以上でなければならぬと解する説として、服部栄三・三訂会社法原理一六三頁がある。

これに対し、一人で足りるとするものとしては、田中耕太郎・改訂会社法概論下五六三頁、大住達雄・株式会社社会計の法的考察(改訂版)三七六頁、西本寛一・新会社法要論下二七七頁、大橋光雄「清算人は一人で足りるか」経済法律時報一卷三号三五頁などがある。また津田利治・会社法の大意下六〇〇頁は、清算人の員数は、必ずしも三人以上たることを要求されないから、その際にはその唯一の清算人が清算人會を構成するものとみるほかない、とされる。この見解は、清算人は一人でもよいという前提に立つと解されると同時に、清算人會のとらえ方について注目すべきものであろう。

- (2) 津田・前掲書六〇〇頁。
 (3) 小倉調査官の解説によると、裁判所の清算人選任手続においても一人しか選任しない場合の方がはるかに多いとのことである。本件解説・法曹時報二四卷四号一〇八頁参照。
 (4) 松岡正美・本件評釈・判例評論一六一号三八頁。
 (5) 西本・前掲書二八七頁は、清算人会社間の取引はできないとされる。
 (6) 差戻判決の拘束力に関する文献については石川明・実務民訴講座2三一九頁参照。
 (7) 刑集四卷一〇号二二三四頁。
 (8) 民集七卷五号四八九頁。
 (9) 吉川大二郎・民商二九卷四号一八頁、三月月号・法協七三卷三号三五七頁、兼子一・民事法研究二卷九九頁、菊井維大・村松俊夫・民訴II七〇一頁など。
 (10) 石川・前掲書三三八頁。