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一〇八〕一、上告審と無権代理人の訴訟行為の追認 二、家庭裁判所が選任した不在者財産管理人の上訴権限 建物収去土地明渡請求事件 (昭和四七年九月一日第二小法廷判決)
Sub Title	
Author	栂, 善夫(Toga, Yoshio) 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	1973
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.46, No.10 (1973. 10) ,p.93- 102
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=AN00224504-19731015-0093

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.

〔最高民訴事例研究　一〇八〕

昭四七9（最高民集二六巻七号一二八九頁）

一、上告審と無権代理人の訴訟行為の追認

二、家庭裁判所が選任した不在者財産管理人の上訴権限

建物収去土地明渡請求事件（昭四七・九・一第二小法廷判決）

X（原告・被控訴人・被上告人）は、Y（被告・控訴人・上告人）に対し、昭和三二年一月二一日本件土地を賃貸し、Yは、右土地上に本件建物を所有した。XY間の賃貸借契約には「賃借人が一か月以上の賃料の支払を怠ったときは契約を解除することができる」旨の特約があった。ところが、Yは、昭和四三年五月一日以降賃料の支払をしないので、XはYに対し賃料不払による契約解除を理由にして、建物収去土地明渡の訴を提起した。Xの主張は以下の通りである。(1)XはYに対し右特約に基き昭和四三年一一月一五日付内容証明郵便をもつて本件賃貸借契約を解除する旨の意思表示をなし、右内容証明郵便は同月一六日到達し、本件賃貸借契約は同日終了した。(2)仮りに(1)の主張に理由がないとしても、XはYに対し、昭和四四年同人所在不明のため東京簡易裁判所に対し公示による意思表示を申立て、同方法により、右特約に基き契約解除の意思表示をなし、同意思表示の効力は昭和四四年一二月一〇日の経過によりその効力を生じたから、右賃貸借契約も昭和四四年一二月一〇日の経過によつて解除された。第一審は、右(2)の主張を容れXの全面勝訴。

Yは、昭和四三年六月頃から家出をし、所在不明のため、Yの妻Aが弁護士BをYの訴訟代理人に選任し、Bが控訴した。控訴審は、BにYからの訴訟代理権の授与があつたとは認められないこと、また、Yが訴訟代理人の選任行為を妻Aに委任したかは明らかでないし、訴訟代理人の選任行為まで当然妻Aのなしうる保存行為として適法有効とは解しえないとして控訴却下。

Y名義の上告提起後、東京家庭裁判所は、Yの妻AをYの不在者財産管理人に選任した。Aは改めてBを訴訟代理人に選任した。Bは、最高裁での口頭弁論で、上告に関しAがしたY名義の訴訟行為および原審でのBの訴訟行為のすべてを追認した。なお、上告理由は、要するに夫が家出をしその夫に対し建物収去土地明渡の訴がなされた場合、残された妻は家出した夫から暗に訴訟代理人選任の権限が付与されたと解すべきであるというにある。最高裁の判決は以下の通りである。「権限を有しない代理人によつてなされた訴訟行為であつても、その後これが権限ある代理人によつて追認されたときは、右追認により当該訴訟行為の時に遡つてその効力を生ずることは民訴法五四条、八七条の規定するところであり、また、その追認の時期につき制限を定めた規定のないこと、および同法三九五条二項の規定の趣旨に鑑みれば、権限のある代理人は、上告審において、上告審および原審における無権代理人の訴訟行為を追認することができるものと解するのを相当とする（大審院昭和一五年(オ)

第八三四号同一六年五月三日判決、判決全集八輯六一七頁参照）。」（以上判示事項第一）「そして、家庭裁判所の選任した不在者財産管理人が民法一〇三条所定の権限内の行為をするには、その行為が訴または上訴の提起という訴訟行為であつても、同法二八条所定の家庭裁判所の許可を要しないものと解すべきところ、Xの提起した本訴建物収去土地明渡等の請求を認容する第一審判決に対し控訴を提起し、その控訴を不適法として却下した第二審判決に対し上告を提起することおよび右訴訟行為をさせるため訴訟代理人を選任することは、いずれもYの財産の現状を維持する行為として同法一〇三条一号にいう保存行為に該当するものであるから、本件不在者財産管理人および同人の選任した訴訟代理人は、同法二八条所定の家庭裁判所の許可を得ることなしに、本件第一、二審判決に対する上訴を提起する権限を有するものというべきである。したがつて、前示の本件訴訟の経緯によるときは、Yの不在者財産管理人Aが選任した訴訟代理人Bが、右Aの権限なくしてした上告の提起を追認したことにより、本件上告は適法になり、また、原審における右Bの控訴の提起が権限なくしてされたとしても、右訴訟代理人が当審においてこれを追認したことにより、右控訴も適法になつたのであるから、右Bに訴訟代理権のないことを理由として本件控訴を却下した原判決は、論旨の当否を判断するまでもなく、違法に帰したものというべきである。」（以上判示事項第二）――破棄差戻。

判示一、二とも判旨に賛成する。

一、本件での問題点は、控訴審における無権代理人の訴訟行為を上告審において権限ある代理人が追認できるか否か（判示事項一）、家庭裁判所が選任した不在者の財産管理人が民法二八条による家庭裁判所の許可を要せずに訴や上訴の提起ができるか否か（判示事項二）にある。右論点につき、本判決はいずれも肯定した。おそらく本件判旨の立場は支配的見解といえるであろう[1]が、なお、判示事項一については「控訴審の口頭弁論後は追認しても、その事実を上告審で主張できないため実益がない」との見解[2]および判示事項二については、その理由づけが従来の判例を変更したものか否か問題があるので、以下に判示事項一、二の順に述べていこう。

二、判示事項一について。無権代理人の訴訟行為が追認によつて行為の時にさかのぼつて効力を生ずることに問題はない（民訴法五四条）。追認は明示的でも黙示的でもよいし[3]、追認の時期にも制限はない[4]。ただし、前記のごとく、上告審において追認できるか否かについては異論がある。たしかに、上告審は法律審であり、事件の事実関係については、原審の事実認定を前提とする。新らしい攻撃防禦方法の提出は原則として許されない。この点から、控訴審の口頭弁論終結後は追認してもその事実を上告審で主張できないとの見解も十分理由がある。しかし、私は肯定説に賛成したい。

肯定説に立つ判例として、本判決の引用する昭和一六年五月三日の大審院判決（判決全集八輯六一七頁）は、「凡ソ法定代理人タル資格ナキ者ノ代理人トシテ為シタル訴訟行為ト雖其ノ後権限アル法定代理人ノ追認ニ因リ行為ノ時ニ遡リテ其ノ効力ヲ生スルコトハ民事訴訟法第五十四条ノ規定スルトコロニシテ其ノ追認ノ時期ニ付テハ何等制限スルトコロナキカ故ニ上告審ニ於テ原審ノ訴訟行為ヲ追認スルコトモ敢テ妨ケナキモノトス」とした。この昭和一六年判決では、上告審において追認できることにつき、追認の時期については何

ら制限していないことをその理由とする。しかし、これだけでは、否定説に対し十分な答えとならないであろう。本判決では、さらに民訴法三九五条二項の趣旨の点をつけ加えている。この点はすでに学説で、「第三九五条第二項は上告審での追認を認めたうえでの規定であるし、上告審でも疑があれば口頭弁論を開くことができるから、追認の主張は上告審でもできる」との見解[5]があり、本判決は、この見解を採用したわけである。

民訴法三九五条二項は、絶対的上告理由である同条一項各号のうち四号の「法定代理権、訴訟代理権又ハ代理人カ訴訟行為ヲ為スニ必要ナル授権ノ欠缺アリタルトキ」との規定につき、五四条、八七条の規定による追認があつた場合には右四号の規定は適用されない旨規定する。原判決を破棄するまでに適法な追認がなされれば上告理由ではなくなることを規定するのであるから、右規定は、肯定説の説くように上告審での追認を認めたうえでの規定と解すべきであろう。

また、上告審は法律審ではあるが、上告審でも事実審理をすることはある。「訴訟要件や上訴要件の存否、再審事由（四二〇I但参照）、原審の訴訟手続の違背の有無等を判断する上では、証拠調をすることができる」[6]のである。そして、原判決が適法に確定した事実に上告裁判所は拘束されるが（四〇三条）、裁判所が職権をもつて調査すべき事項には民訴法四〇三条は適用されないから（四〇五条）、職権調査事項の場合、新たな事実の提出が許される。したがつて、権限のある代理人は上告審において無権代理人の訴訟行為を追認しうると解すべきことになろう。すなわち、訴訟代理権の存否は職権調査事項であり、訴訟代理権のない者が上訴すればその上訴は上訴要件を欠くことになるからである。もつとも、訴訟代理権は訴訟行為の要件であつて、訴訟要件ではない。しかし、訴・上訴の提起段階で代理権が欠けていれば、訴・上訴の提起行為もまた適式に行なわれないことになるから、代理権の存否は訴・上訴の提起行為が有効適式であるとの訴訟要件・上訴要件の一内容として間接的に訴訟要件・上訴要件となると解しうる。[7]上訴要件の存否は職権調査事項であるから、上告審でも証拠調べを行なうことになり、新たな事実の提出が許される。そして、前記のごとき性質をもつ訴訟代理権の存否は、上訴要件を調査するにつき重要な地位を占めることになり、これを避けて判断するわけにはいかない。したがつて、上告審においても権限ある代理人は無権代理人の訴訟行為の追認およびその主張をなしうるから、控訴審での口頭弁論終結後の追認は上告審で主張できないから実益がないとはいえない。

ところで、本判決引用の昭和一六年判決は、原審が代理権の欠缺を看過した場合の追認であるが、本件では逆に、原審は代理権の欠缺を看過することなく控訴を却下した場合である。しかし、両者とも、「控訴の適否をめぐり原判決を破棄すべきか否かという点では共通して」おり、新たな事実主張を許す場合である。[8]昭和一六年判決は、本件の場合にも、追認の時期に関して先例となろう。[9]

三、判示事項二について。家庭裁判所が選任した不在者の財産管理人が法定代理人として相手方の提起した訴に応訴する場合、民法二八条による家庭裁判所の許可を必要としないことにつき判例・学

説とも異論はない。問題はその理由づけである。理由づけ如何により不在者の財産管理人の訴・上訴の提起に家庭裁判所の許可を要するか否かで差異をもたらす。

大審院昭和一五年七月一六日判決（民集一九巻一一八五頁）は、「裁判所ヨリ選任セラレタル不在者ノ財産管理人ハ法定代理人ナルカ故ニ相手方ヨリ提起セラレタル訴ニ付応訴ヲ為スコトハ民訴法第五〇条第一項ニ依リ民法第二八条ノ規定ニ拘ハラス裁判所ノ許可ナクシテ之ヲ為シ得ルモノト解スルヲ相当」とした。すなわち、右判例は、不在者の財産管理人の応訴権限の根拠を民訴法五〇条一項に求めた。これに賛成する見解もあるが[10]、この見解では不在者の財産管理人が訴・上訴の提起をする場合の説明に窮する。右昭和一五年判決では、不在者は被告であり被控訴人であり被上告人であつたから財産管理人の応訴権限だけを考えればよかつた。しかし、本件では、不在者が上訴したことになるから民訴法五〇条一項を根拠に財産管理人の控訴・上告提起の権限を理由づけることはできない。

兼子博士は、右昭和一五年判決の評釈において、不在者の財産管理人の応訴権限を民法一〇三条一号の保存行為としてとらえた[11]。すなわち、民訴法五〇条一項は訴訟無能力者に対して訴訟行為をなす相手方にとつて便利なようにとの趣旨であるが、不在者に対して訴を提起する場合は相手方の保護を考える必要はない。なぜなら、不在者は財産管理人が選任されても当然に訴訟無能力者となるわけではなく、相手方は不在者に対して訴訟できるからである。不在者の財産管理人に応訴権限を認めるのは相手方保護ではなく、不在者保護にあると考えなければなるまい。兼子博士は、この不在者保護の見地からして、「一般に財産権上の訴訟については、不在者自身が応訴しなければ敗訴し、ために財産の喪失と同一の結果を招く虞ある場合であるから、これに応訴することは常に民法第一〇三条一号に所謂財産の保存行為として、当然管理人の権限に属すると解すべきではあるまいか」とされる[12]。

兼子博士が指摘された不在者の財産管理人の応訴の問題は不在者の利益保護にあること、民訴法五〇条一項の趣旨、応訴は民法一〇三条一号の保存行為にあたるから民法二八条により家庭裁判所の許可を要しない、との点はすべて正当である。私もこの見解にしたがう。応訴だけなら民訴法五〇条一項による見解でも一応片付くが、財産管理人が訴や上訴の提起をする場合には説明しえない。それに、民訴法五〇条一項の趣旨よりすれば、不在者の利益保護は同条同項の趣旨ではない[13]。やはり、民法一〇三条一号に根拠をもとめるのが正当であろう。

そこで問題になるのは財産管理人の訴・上訴の提起である。応訴の場合は常に保存行為となると解しうるが、訴の提起・上訴の提起は常に保存行為と解しうるであろうか。上訴の提起の場合は、上訴の利益がある以上、上訴しないのは不在者にとつて不利益になるから、保存行為として財産管理人は上訴しうるであろう。しかし、財産管理人が積極的に行なう訴の提起の場合はどうであろうか。応訴のように当然に保存行為とは解されまい。この点につき兼子博士は、「その起訴が具体的に財産の保存に必要であるか否かにより、

具体的に代理権の有無を判定すべく、起訴しなければ財産乃至権利を喪失する危険の差迫つている場合、例えば裁判上の請求により時効を中断する必要のあるような場合にはこれを肯定すべきであろう」[14]とされる。

本判決は、Aの上訴の提起、訴訟代理人の選任行為につき、Yの財産の現状を維持する行為として民法一〇三条一号の保存行為に該当するとして、民法二八条による家庭裁判所の許可を得る必要はないとした。本件での問題は財産管理人の上訴の提起であり、訴の提起は直接問題になつていなかつたが、本判決は、財産管理人の行為が民法一〇三条所定の権限内の行為であれば、訴または上訴の提起であつても家庭裁判所の許可を要しないとの見解を明らかにしている。これは注目すべき点であろう。本判決はまさに前記大審院の判例を変更し、右兼子博士の見解によつたものといえよう。もつとも、この点について、柳川調査官は、財産管理人の応訴の場合には民訴法五〇条一項により、訴・上訴の提起の場合は民法二八条一〇三条一号によつて財産管理人の権限の有無を定めることも考えられるから、大審院昭和一五年判決が変更され兼子博士の見解によつたと解するのは早計に失するであろうと解される。[15]

しかし、財産管理人の訴・上訴の提起を保存行為として認める見解を採用する以上、応訴の場合にも民法一〇三条一号で説明するのが理にかなつている。応訴であろうと訴または上訴の提起であろうと民法一〇三条一号で説明しうるのであるから、応訴と訴・上訴の提起とをわざわざ区別して扱うべきではなかろう。また、最高裁判所自身、本判決よりわずか二ヶ月程前に、相続人に対し相続財産に関し提起された訴について、相続財産管理人は保存行為として家庭裁判所の許可なくして応訴できる旨判示した。[16]この判例では管理人の応訴が問題となつたのであるから、従来の判例どおり民訴法五〇条一項を根拠にして応訴しうることを理由づけえたはずであつた。それにもかかわらず民法一〇三条一号をもちだしたということは、従来の判例を変更したものと解されよう。[17]本件の場合は、たしかに民訴法五〇条一項では説明しえないため訴・上訴の提起の場合にのみ民法一〇三条をもちだしたとも解しうるが、最判昭和四七年七月六日と本判決とを並べて考えてみると、最高裁は大審院の判例の立場を変更したと解するのが素直であろう。

(1) すでに、石川明教授の賛成評釈（民商法雑誌六八巻三号四八九頁）がある。また、柳川調査官の本件判例解説が法曹時報二五巻四号一六五頁以下にある。
(2) 兼子・条解民訴(上)一三四頁。
(3) 兼子・条解民訴(上)一三四頁、菊井＝村松・民訴Ⅰ一七九頁、斉藤・注解民訴(1)二九七頁、三ヶ月・民訴法一九四頁、小室＝賀集・民訴法七六頁。
(4) 菊井＝村松・前掲一七八頁、斉藤・前掲二九七頁、花村・演習民訴法(上)二七〇頁。
(5) 菊井＝村松・前掲一七九頁、なお肯定説としては、斉藤・前掲二九七・二九八頁、小室＝賀集・前掲七六頁、石川・前掲四九二頁以下。
(6) 兼子・体系四五九頁。
(7) 三ヶ月・民訴法二九九頁、なお一九四・二〇〇頁参照。
(8) 石川・前掲四九六頁。

(9) 柳川・前掲一六七頁。
(10) 菊井＝村松・前掲一六九頁、村松・民商法雑誌一三巻一号一三二頁。
(11) 兼子・判例民訴法三七頁。
(12) 兼子・判例民訴法三七頁。
(13) 民法一〇三条一号を根拠とする兼子博士の立場に立つものとして、柚木・判例民法総論上二五八頁、石川・前掲四九八頁、鈴木重勝「相続財産管理人の応訴権」昭和四七年度重要判例解説九九頁(別冊ジュリスト)。
(14) 兼子・判例民訴法三七・三八頁。
(15) 柳川・前掲一六八頁。
(16) 最判(一小)昭和四七年七月六日民集二六巻六号一一三三頁。この判決に対し、前掲鈴木教授の解説の他に、本誌四六巻八号一〇九頁に栗田氏の判批があるが、脱稿時までには参照しえなかつた。
(17) 鈴木・前掲九九頁も判例変更と解される。

梶　善夫

昭四七10(最高民集二六巻七号一三〇一頁)

更生管財人を被告とすべきであるのに更生会社を被告として訴が提起されたのちに更生会社の取締役に会社更生法二一一条三項または同法二四八条の二第一項所定の授権がなされた場合と訴の適否

土地賃借権不存在確認等請求事件(昭和四七・九・七第一小法廷判決)

第一審、第二審においての主張、実体関係およびこれに対する判断は、上告審判決の「判旨」部分と大部分は関係をもたないので省略し、上告審判決の「判旨」に関係のある部分のみを摘出すると左のとおりである。

Y_4会社(被告・被控訴人・被上告人)は、X(原告・控訴人・上告人)

がY_4会社に対して、本件建物からの退去および本件土地の明渡を求める本件訴を提起した昭和四〇年九月二四日より前である同年八月一六日午後零時、会社更生手続開始決定を受け、訴外Aが管財人に選任され、同月一七日その旨の登記手続がなされ、ついで、本訴が原審に係属中の昭和四三年五月一一日更生手続廃止決定が確定し、Y_4会社は同月二五日午前一〇時破産宣告を受け、同月二九日その旨の登記手続がなされている。

第一審は、昭和四二年一二月二五日に弁論を終結し、Y_4会社を当事者としてXのY_4会社に対する請求を棄却する旨の判決をなし、原審も、昭和四五年六月一日口頭弁論を終結し、Y_4会社を当事者としてXの控訴を棄却する旨の判決をしている。

第一審においてXは、被告$Y_1Y_2Y_3$につき土地賃借権不存在の確認を求め、同被告三名に対し昭和四〇年三月一日以降同年四月一五日まで一ケ月金五〇〇〇円の割合による金員の支払を求め、被告Y_1に対して本件土地上の建物を撤去して本件土地の明渡し、および昭和四〇年四月一六日以降本件土地明渡済みに至るまで一ケ月金一万五〇〇〇円の割合による金員の支払を求め、被告Y_4会社に対しては本件建物を退去して本件土地の明渡を求めた。これに対して被告$Y_1Y_2Y_3$は訴外Aから昭和四二年二月九日Bの死去による相続により承継して本件土地上に賃借権を有している等主張し、被告Y_4会社は、その設立の翌日である昭和二四年一〇月二二日訴外亡Bから本件建物の一階を賃借し、被告Y_1が本件建物の贈与を受けてからは、同被告から引き続きこれを賃借しているものであると主張した。

第一審は右の事実認定を経てXの請求を棄却し、Xから控訴して第二審は、第一審と同様に認定して控訴を棄却した。

Y_4会社については、第一審、第二審ともにY_4会社を当事者として取り扱つている。これに対して上告審は、職権をもつてY_4会社の被告適格に

ついて左のとおりの判断をした。すなわち、

「職権をもつて考えるに、一件記録に徴すれば、右事実によれば、昭和四二年九月二〇日施行の会社更生法等の一部を改正する法律（同年法律第八八号）（以下単に改正法という。）による改正前の会社更生法九六条により、XはY4会社の管財人を被告として本訴を提起すべきであつたのである。もつとも、第一審の口頭弁論の終結前である昭和四二年九月二〇日右のとおり改正法が施行され、同法によつて従前の九六条は同条一項となり、その二項は、新たに「前項の規定は、第二百十一条第三項又は同二百四十八条の二第一項の規定により会社の事業の経営並びに財産の管理及び処分をする権利が取締役に付与された場合において、その後に提起された訴えについては、適用しない。」と規定し、そして、この九六条二項の規定は、改正法附則二、三項により、改正法施行前に更生手続開始の申立てがあつた事件についても適用されることとなつているが、かかる改正法施行前の更生事件について改正法施行ののち更生会社の取締役に右の授権があつても、本件のように訴が改正法施行前に提起された場合には、その訴は右九六条二項にいう「その後に提起された訴え」とはいえないから、管財人を被告としなければならないのである。ただこの場合、誤つて更生会社を被告にしたとしても、後に取締役に前記の授権がなされたときは、右条項を類推適用して、その訴は正当な当事者を相手方とした適法な訴となるものと解するのが相当であるところ、これを本件についてみてみるに、一件記録によれば、Y4会社の取締役に右授権のなされたことは認められないのであつて、結局、本件においては、XのY4会社に対する訴は、その相手方を誤つたものとして却下を免れないものといわなければならない。」と。

判旨に賛成する。しかし疑問がある。

一、本件は、「会社更生法等の一部を改正する法律」（昭和四二年法律第八八号）による改正前の会社更生法九六条が会社の財産関係の訴については更生管財人を原告または被告とするとしていたが、右の法改正以前に、すでに更生手続開始決定がなされて更生管財人も選任され、かつその登記もなされていたところ、原告は、被告を更生管財人とせずに会社を被告としていたものである。

改正法九六条二項は、改正により新たに規定されたものであり、同条一項の管財人に当事者適格が存するという規定の例外として、一定の場合に「会社の事業の経営並びに財産の管理及び処分をする権利が取締役に付与された場合において、その後に提起された訴えについては、（右一項の規定は）適用しない。」とするが、本判決は、右九六条二項の規定の類推適用を認めた一事例として意義がある。

二、本件は、第一審においても、また第二審においても被告を管財人とせずに会社としており、第一審、第二審とも当事者適格の問題には触れずに本案判決がなされている。

本件は、昭和四〇年八月一六日に被告会社は会社更生開始決定を受け（1）、本件訴訟が同年九月二四日提起され（2）、「会社更生法等の一部を改正する法律」が施行されたのが昭和四二年九月二〇日であり（3）、改正法九六条二項の取締役への授権はなされていない。改正法九六条二項の適用にあたつては、改正法附則二項が、改正法の施行前に更生開始の申立てがあつた事件（旧更生事件）について、この附則に別段の定めがある場合には改正法の適用がある旨規定し、右の別段の定めにあたる規定が同附則三項であり、二一一条三項、二四八条の二の規定に係るものは、旧更生事件について

も適用すると規定する。二一一条三項は、更生計画において、会社の事業の経営並びに財産の管理及び処分する権利を取締役に付与する旨を定めることができる旨規定し、二四八条の二は、一項において、更生計画に右二一一条三項の規定による定めがない場合においても、裁判所は、相当と認めるときは、管財人の申立てによりまたは職権で右の権利を取締役に付与することができる旨規定する。これを受けて九六条二項は、かかる場合、すなわち、取締役が授権を受けた場合において、その後に提起された訴については管財人に当事者適格がない旨規定する。要するに、改正法九六条二項の規定は、改正法の施行以前に更生開始の申立てがあった事件（旧更生事件）についても適用があることになり、本件については、右(1)は(3)より以前であって、すなわち、本件は旧更生事件であるが、附則二項、三項により、改正法九六条二項の適用があることになる。

三、では、旧更生事件について改正法九六条二項の適用があるのはいかなる場合であろうか。

まず改正法施行よりも更生申立てが時期的に先行する必要がある。なによりこれが旧更生事件たる要件であるからである。つぎに改正前に九六条二項の取締役への授権がなされることは、二一一条三項における更生計画における授権、二四八条の二における更生計画認可後の裁判所のする授権のいずれも改正法により規定されたものであるために、これは、ありえない。また改正法九六条二項は「授権の後に提起された訴え」について規定するのであるから、形式的にはそれ以前に提起された訴については適用されない。すなわち、これらから得られる結論としては、まず更生手続の申立て(イ)、つぎに改正法の施行(ロ)、続いて取締役への授権(ハ)、そうして訴の提起(ニ)という(イ)、(ロ)、(ハ)、(ニ)の順序の場合に九六条二項の適用があることになる。本件は、この順序が前記(1)、(2)、(3)の順序すなわち、(イ)、(ニ)、(ロ)の順序であり、本件は、結果的に取締役への授権がなかったので、九六条二項の適用も、類推適用もなされなかったのであるが、前述のような理由から取締役への授権は、改正法施行(ロ)以前はありえないのだから、仮りに本件において右の四個の順序を想定するならば、(イ)、(ニ)、(ロ)、(ハ)の順序となる。これは、右にみた九六条二項の適用のなされるパターンとは異る。すなわち本件は、仮りに取締役への授権がなされたとしても、それの前であり、しかも改正前に訴の提起がなされているのであるから九六条二項の適用はありえない。よって会社には当事者適格がなく不適法として訴の却下がなされるべきこととなる。これが一応の結論のようにみえる。

四、しかし、改正法九六条二項の趣旨および実質的な根拠から一定の場合に九六条二項を類推適用できると考えられる。本件事案は、会社更生の申立があり、更生管財人が選任され、ついで訴の提起があって、この訴は、本来管財人を被告とするべきである（会社更生法九六条一項）のに誤って会社を被告としており、その後改正があって、取締役への授権を想定することができるというものであり、本件判決は、かかる場合に九六条二項の規定を類推適用できるというのである。これは前記の記号によれば(イ)、(ニ)、(ロ)、(ハ)の順序であり、九六条二項適用のパターンに対してずれているのは、(ニ)訴の提

起の位置である。ここに解明の手がかりがある。すなわち、訴提起の時点において更生管財人が選任されており、本来管財人を被告とするべきであるのに会社を被告とした。つまり第一審、第二審共に被告は会社であつて管財人は被告ではなかつたのであり訴訟遂行の任に管財人はあたつていなかつたのである。

これについては、九六条二項の立法にあたつて、以下のように考えられていたことが参考になる。すなわち、

管財人は、更生会社の財産関係の訴について当事者適格を有する（九六条一項）が、更生会社の事業経営等が委譲された場合には、その後に提起される訴の当事者適格を管財人に与えないこと（同条二項）のほか、その前に提起ずみの会社の財産関係の訴訟手続を中断させ、取締役または相手方において受継させることも一つの解決方法であり、理論的にはより明快だといえないことはない。しかし、更生計画認可当時またはその後の権限委譲当時に管財人を当事者として係属中の訴訟事件としては、否認の訴（七八条以下、八二条）や更生債権・更生担保権確定の訴（一四七条、一五二条）のように管財人の職務とされているものを除くと、各種共益債権または取戻権に関するもの（五四条五号、八号）や取締役の責任追及に関するもの（七二条以下）が多いが、管財人をしてこれらの訴訟を最後まで追行させるほうが妥当な解決を期待できるし、また、更生手続開始時において中断・受継した訴訟（六八条、六九条）について再び中断・受継が行なわれることを認めるのは適当でないと考えられたので、権限委譲後に提起される訴についてのみ新取締役に訴訟追行権限をも認めることとし、他方管財人に対しては、事業経営権等を失いながらも、権限委譲前すでに係属中の訴についてのみ、なお当事者適格を認めることとしたものである（宮脇幸彦・時岡泰・改正会社更生法の解説三三八頁参照）。

かように、立法にあたつては、取締役に権限委譲後は管財人に権限委譲前から係属中の訴訟についても当事者適格を与えないということも考えられていたのであるが、しかし従前管財人が当事者として追行していた訴訟の妥当な解決を図るためには適当ではないとして、結局現行法九六条二項の規定（権限委譲後の訴についてのみ管財人に当事者適格がなくなる）となつたのである。このことは、権限委譲前からの訴訟に管財人が当事者として関与していれば当の訴訟経過・内容等について熟知しており、これに継続して追行させる方が能率的であるし、適正さを期しうるから妥当であると考えられる。本件においては、原告が訴の相手方を誤り管財人は当事者として訴訟追行をしていなかつたのであるから管財人に継続して訴訟追行させる右の根拠が与えられないことになる。それゆえ取締役に授権があれば、取締役に本件訴訟を追行させてよいと考えられる。このとき被告適格は会社にあると考えられる。

つぎに、管財人の更生計画認可後における権限に関して問題がある。すなわち、更生手続の開始によつて、管財人は会社の事業経営権および財産の管理処分権を専有するに至る（五三条）が、更生計画認可決定後も同様の権限を有するか否かについて改正前に解釈上疑義があつた。或いは、更生認可決定後も事業経営権・財産の管理処

分権が従前どおり管財人に専属し、更生計画で選任されまたは留任と定められた取締役には、この権限は全く与えられないとし（松田二郎・会社更生法（法律学全集）一八一頁参照）、他は、更生認可決定後は事業経営権・財産の管理処分権が取締役に移ると解していた（兼子一・三ヶ月章・条解会社更生法四八二頁）。実務上の処理も統一されていなかつたようである。前説に対しては、更生計画認可後も取締役に会社の事業経営権・財産管理処分権がないとすれば、更生計画で取締役の選任・留任を定めうるという規定（二二一条二項、二三〇条、二五二条）が無意味になるという批判があり、後説に対しては、更生計画認可後は管財人が取締役の監督者的地位に後退するとすれば、会社の事業経営の一貫性が更生計画認可によつて破られること、さらに管財人による更生計画の遂行（二四七条一項）およびこれに関する裁判所の命令（二四八条）等においてこれが守られないという問題があるという批判がある（松田・前掲書追補三一頁参照）。

更生計画認可決定後も管財人の事業経営権・財産の管理処分権の専有には変わりがなく、取締役には右の権限は与えられないと解し、前述の批判に対しては、更生計画による取締役・代表取締役の選任は、第二会社または新設合併による新会社設立の場合は別として、更生手続終了後のための準備であると解される（同旨・松田・前掲書一八二頁）。

改正法は前説を採つたうえで、更生計画または裁判所の独立の決定により取締役に権限を委譲しうるものとした（五三条但書、二二一条三項、二四八条の二）。前説においても改正法によつて取締役に権限を委譲した場合には、管財人は監督者的地位になるものと解されるから、本件においても取締役に授権がなされていれば会社を被告とした本件訴訟は適法なものとみられてよいと解される。

以上の理由によつて本件において取締役に授権がなされていれば本件訴訟は九六条二項を類推して正当な当事者を相手方とした適法な訴と解される。これが判旨に賛成する所以である。また本判決が結論として会社を被告とする本件は相手方を誤つたものとして却下したことについては、取締役に授権をした事実が認められないのであるから正当であつて賛成する。

ただ本件は、更生手続が廃止され破産宣告がなされているのであるから、訴訟手続は中断して、破産管財人において受継することになるのであり、最高裁は訴却下の自判をするのではなく、原審に差戻して破産管財人に受継をさせるべきではなかつただろうか。この点につき疑問が残る。

（昭四八・八・一一稿）

宗田親彦