

**2013年度・民事訴訟法3
第3回・共同訴訟
の参考判例**

1. 最高裁判所 昭和43年3月15日 第2小法廷 判決（昭和41年（オ）第162号）
土地の所有者がその所有権に基づいて地上の建物の所有者である共同相続人を相手方とし、建物収去土地明渡を請求する訴訟は、いわゆる固有必要的共同訴訟ではない。
2. 最高裁判所 昭和62年7月17日 第3小法廷 判決（昭和59年（オ）第1382号）
訴えの主観的追加的変更は許されない。
3. 最高裁判所 平成1年3月28日 第3小法廷 判決（昭和60年（オ）第727号）
遺産確認の訴えは、当該財産が現に共同相続人による遺産分割前の共有関係にあることの確認を求める訴えであり、共同相続人全員が当事者として関与し、その間で合一にのみ確定することを要するいわゆる固有必要的共同訴訟と解するのが相当である。
4. 最高裁判所 平成9年3月14日 第2小法廷 判決（平成5年（オ）第920号）
遺産確認の訴えは、特定の財産が被相続人の遺産に属することを共同相続人全員の間で合一に確定するための訴えである。
5. 最高裁判所 平成10年3月27日 第2小法廷 判決（平成8年（オ）第1681号）
商法257条3項（現会社法854条）所定の取締役解任の訴えは、会社と取締役との間の会社法上の法律関係の解消を目的とする形成の訴えであるから、当該法律関係の当事者である会社と取締役の双方を被告とすべき固有必要的共同訴訟である。
6. 最高裁判所 平成11年11月9日 第3小法廷 判決（平成9年（オ）第873号）
境界の確定を求める訴えは、隣接する土地の一方又は双方が数名の共有に属する場合には、共有者全員が共同してのみ訴え、又は訴えられることを要する固有必要的共同訴訟である。
7. 最高裁判所 平成12年7月7日 第2小法廷 判決（平成8年（オ）第270号）
複数の株主の追行する株主代表訴訟は、いわゆる類似必要的共同訴訟である。
8. 最高裁判所 平成14年2月22日 第2小法廷 判決（平成13年（行ヒ）第142号）
共有に係る商標登録の無効審決に対して各共有者が共同して又は各別に取消訴訟を提起した場合には、これらの訴訟は、類似必要的共同訴訟に当たる。

最高裁判所 昭和43年3月15日 第2小法廷 判決（昭和41年（才）第162号）

要旨：

1. 土地の所有者がその所有権に基づいて地上の建物の所有者である共同相続人を相手方とし、建物取去土地明渡を請求する訴訟は、いわゆる固有必要的共同訴訟ではない。

/当事者適格/通常共同訴訟/共有/

/民訴.38条/民訴.40条/民.430条/民.251条/

内容：

件名 建物取去土地明渡請求上告事件（棄却）

主 文

本件上告を棄却する。
上告費用は上告人らの負担とする。

理 由

上告代理人金綱正己、同根本孔衛、同鶴見祐策の上告理由第一、二点について。
所論の準備書面には所論のような記載があるが、右準備書面が原審口頭弁論期日に陳述された形跡は認められない。したがって、原判決に所論の違法はなく、論旨は理由がない。

同第三点について。
所論は、ひつきよう、原審の専権に属する証拠の取捨判断を非難するにすぎず、所論引用の原判示に所論の違法はなく、論旨は理由がない。

同第四点について。
所論違憲の主張は前提を欠くことが明らかであるから、採用できない。

同第五点について。
被上告人の被告姜吉煥に対する本訴請求が本件土地の所有権に基づいてその地上にある建物の所有者である同被告に対し建物取去土地明渡を求めるものであることは記録上明らかであるから、同被告が死亡した場合には、かりに姜喜美子が同被告の相続人の一人であるとすれば、喜美子は当然に同被告の地位を承継し、右請求について当事者の地位を取得することは当然である。しかし、土地の所有者がその所有権に基づいて地上の建物の所有者である共同相続人を相手方とし、建物取去土地明渡を請求する訴訟は、いわゆる固有必要的共同訴訟ではないと解すべきである。けだし、右の場合、共同相続人らの義務はいわゆる不可分債務であるから、その請求において理由があるときは、同人らは土地所有者に対する関係では、各自係争物件の全部についてその侵害行為の全部を除去すべき義務を負うのであつて、土地所有者は共同相続人ら各自に対し、順次その義務の履行を請求するこ

とができ、必ずしも全員に対して同時に訴を提起し、同時に判決を得ることを要しないからである。もし論旨のいうごとくこれを固有必要的共同訴訟であると解するならば、共同相続人の全部を共同の被告としなければ被告たる当事者適格を有しないことになるのであるが、そうだとすると、原告は、建物取去土地明渡の義務あることについて争う意思を全く有しない共同相続人をも被告としなければならないわけであり、また被告たる共同相続人のうちで訴訟進行中に原告の主張を認めるにいたつた者がある場合でも、当該被告がこれを認諾し、または原告がこれに対する訴を取り下げる等の手段に出ることができず、いたずらに無用の手続を重ねなければならないことになるのである。のみならず、相続登記のない家屋を数人の共同相続人が所有してその敷地を不法に占拠しているような場合には、その所有者が果して何びとであるかを明らかにしえないこと[が]稀ではない。そのような場合は、その一部の者を手続に加えなかつたために、既になされた訴訟手続ないし判決が無効に帰するおそれもあるのである。以上のように、これを必要的共同訴訟と解するならば、手続上の不経済と不安定を招来するおそれなしとしないのであつて、これらの障害を避けるためにも、これを必要的共同訴訟と解しないのが相当である。また、他面、これを通常共同訴訟であると解したとしても、一般に、土地所有者は、共同相続人各自に対して債務名義を取得するか、あるいはその同意をえたうえでなければ、その強制執行をすることが許されないのであるから、かく解することが、直ちに、被告の権利保護に欠けるものとはいえないのである。そうであれば、本件において、所論の如く、他に同被告の承継人が存在する場合であつても、受継手続を了した者のみについて手続を進行し、その者との関係においてのみ審理判決することを妨げる理由はないから、原審の手続には、ひつきよう所論の違法はないことに帰する。したがつて、論旨は採用できない。

上告人齋藤健三、同笠原隆吉、同高倉丑三、同高倉昭一、同永岡清、同金寅述、同川野啓太郎、同楠家常太郎、同藤井寿夫、同有限会社館野箔押所、同館野勇、同岩間生昌、同姜栄一の各上告理由について。

所論は、いずれも、原判決に憲法の解釈の誤り、その他憲法の違背あること、または判決に影響を及ぼすこと明らかな法令の違背のあることを主張するものではないから、論旨はすべて採用に値しない。

よつて、民訴法四〇一条、九五条、八九条、九三条に従い、裁判官全員の一致で、主文のとおり判決する。

(裁判長裁判官 奥野健一 裁判官 草鹿浅之介 裁判官 城戸芳彦 裁判官 石田和外 裁判官 色川幸太郎)

上告代理人金綱正己、同根本孔衛、同鶴見祐策の上告理由

第五点 必要的共同訴訟手続の看過の違法

第一審の被告姜吉煥が昭和三五年十一月二日に死亡し、同人の長男控訴人姜栄一、同二男控訴人姜貞康同じく四男控訴人姜忠弘が、訴の対象になつている物件を共同相続したのであるが、その後、姜吉煥の二女姜喜美子がこの訴訟の存在を知り自分も右物件の共同相続者である旨を原裁判所に昭和四〇年十一月一〇日に届出た。本件は必要的共同訴訟にあたるものと思われるので原裁判所はただちに弁論を再開し、調査の上、同人を訴訟に関与せしめる措置をとるべきであり、そうでなければ訴訟要件の欠缺として少くともこの部分について訴の却下をすべきであつたにもかかわらず、この挙に出なかつたのであるから、原審の訴訟手続違背は重大であり、破棄をまぬがれない。

(その他の上告理由は省略する)

上告人等の上告理由は省略する。

[\[栗田隆のホーム\]](#)

注 民集を底本としたが、判例時報を参照して下記の補正を施した。

- しえないことで稀ではない → しえないこと[が]稀ではない

判例掲載誌 最高裁判所民事判例集22巻3号607頁* 判例時報513号5頁

最高裁判所 昭和62年7月17日 第3小法廷 判決（昭和59年（才）第1382号）

要旨：

1. 訴えの主観的追加的変更は許されない。 甲が乙を被告として提起した訴訟（旧訴訟）の係属後に丙を被告とする請求を追加して一個の判決を得ようとする場合は、丙に対する別訴（新訴）を提起したうえで、民訴法132条（現152条）の規定による口頭弁論の併合を裁判所に促すべきであり、新旧両訴訟の目的たる権利又は義務につき共同訴訟の要件が具備する場合であつても、新訴が当然に旧訴訟に併合されるとの効果を認めることはできない。

/民訴.152条/民訴.143条/民訴.38条/

内容：

件 名 損害賠償請求上告事件（上告棄却）

原 審 東京高等裁判所昭和59年8月16日判決（昭和59年（ネ）第1703号）

上告人 控訴人 原告 上月一男

被上告人 被控訴人 被告 安田信託銀行株式会社 右代表者代表取締役 山口吉雄

主 文

本件上告を棄却する。

上告費用は上告人の負担とする。

理 由

上告人の上告状及び上告理由書記載の上告理由について

所論は、要するに、上告人が井上利行を被告として提起している東京地方裁判所昭和五五年（ワ）第八八一号事件の請求（以下「旧請求」という。）と上告人が被上告人を被告として提起している本件訴えにかかる請求とは民訴法（以下「法」という。）五九条所定の共同訴訟の要件を具備しているから、本件訴えを旧請求の訴訟に追加的に併合提起することが許されるべきであるところ、右の両請求の経済的利益が共通しているから、上告人は本件訴えにつき手数料を納付する必要はない、というのである。

しかし、甲が、乙を被告として提起した訴訟（以下「旧訴訟」という。）の係属後に丙を被告とする請求を旧訴訟に追加して一個の判決を得ようとする場合は、甲は、丙に対する別訴（以下「新訴」という。）を提起したうえで、法一三二条の規定による口頭弁論の併合を裁判所に促し、併合につき裁判所の判断を受けるべきであり、仮に新旧両訴訟の目的たる権利又は義務につき法五九条所定の共同訴訟の要件が具備する場合であつても、新訴が法一三二条の適用をまたずに当然に旧訴訟に併合されるとの効果を認めることはできないというべきである。けだし、かかる併合を認める明文の規定がないのみでなく、これを認めた場合でも、新訴につき旧訴訟の訴訟状態を当然に利用することができるかどうか

については問題があり、必ずしも訴訟経済に適うものでもなく、かえつて訴訟を複雑化させるといふ弊害も予想され、また、軽率な提訴ないし濫訴が増えるおそれもあり、新訴の提起の時期いかんによつては訴訟の遅延を招きやすいことなどを勘案すれば、所論のいう追加的併合を認めるのは相当ではないからである。

右と同旨の見解に立ち、上告人の被上告人に対する本件訴えは新訴たる別事件として提起されたものとみるべきであるから、新訴の訴訟の目的の価額に相応する手数料の納付が必要であるとして、上告人が手数料納付命令に応じなかつたことを理由に本件訴えは不適法として却下を免れないとした原審の判断は、正当として是認することができ、原判決に所論の違法はない。所論引用の判例は、事案を異にし本件に適切でない。右違法のあることを前提とする所論違憲の主張は、失当である。論旨は、ひつきよう、独自の見解に基づいて原判決を論難するものにすぎず、採用することができない。

よつて、法四〇一条、九五条、八九条に従い、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

(裁判長裁判官 坂上壽夫 裁判官 伊藤正己 安岡満彦 長島敦)

[\[栗田隆のホーム\]](#)

注

判例掲載誌 最高裁判所民事判例集41巻5号1402頁* 判例時報1249号57頁

最高裁判所 平成1年3月28日 第3小法廷 判決（昭和60年（オ）第727号）

要旨：

遺産確認の訴えは、当該財産が現に共同相続人による遺産分割前の共有関係にあることの確認を求める訴えであり、共同相続人全員が当事者として関与し、その間で合一にのみ確定することを要するいわゆる固有必要的共同訴訟と解するのが相当である。

/民訴.40条/民.898条/

/旧規定/t15民訴.62条/

内容：

件名 建物取去土地明渡、遺産確認並持分所有権移転登記手続請求上告事件（棄却）

原審 広島高等裁判所昭和60年3月19日判決

主 文

本件上告を棄却する。
上告費用は上告人らの負担とする。

理 由

上告代理人丸茂忍の上告理由第二点について

遺産確認の訴えは、当該財産が現に共同相続人による遺産分割前の共有関係にあることの確認を求める訴えであり、その原告勝訴の確定判決は、当該財産が遺産分割の対象である財産であることを既判力をもつて確定し、これに続く遺産分割審判の手續及び右審判の確定後において、当該財産の遺産帰属性を争うことを許さないとするによつて共同相続人間の紛争の解決に資することができるのであつて、この点に右訴えの適法性を肯定する実質的根拠があるのであるから（最高裁昭和五七年（オ）第一八四号同六一年三月一三日第一小法廷判決・民集四〇巻二号三八九頁参照）、右訴えは、共同相続人全員が当事者として関与し、その間で合一にのみ確定することを要するいわゆる固有必要的共同訴訟と解するのが相当である。これと同旨の原審の判断は正当として是認することができ、原判決に所論の違法はない。論旨は、独自の见解に基づいて原判決を論難するものにすぎず、採用することができない。

その余の上告理由について

所論の点に関する原審の認定判断は、原判決挙示の証拠関係に照らし、正当として是認することができ、その過程に所論の違法はない。論旨は、ひつきよう、原審の専権に属する証拠の取舍判断、事実の認定を非難するか、又は独自の见解に基づいて原判決の違法をいうものにすぎず、採用することができない。

よつて、民訴法四〇一条、九五条、八九条、九三条に従い、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官	安	岡	満	彦
裁判官	伊	藤	正	己
裁判官	坂	上	壽	夫
裁判官	貞	家	克	己

[\[栗田隆のホーム\]](#)

注 本件は、最高裁判所のWebサーバーの「最高裁判例集」に掲載されていたものである。「主文」以下の内容は、若干のレイアウト変更を除き、サーバーからダウンロードした時の状態のままである。

判例掲載誌 民集第43巻3号167頁

本判決を引用する裁判例

- [最高裁判所 平成9年3月14日 第2小法廷 判決](#) (平成5年(オ)第920号) 援用
-

最高裁判所 平成9年3月14日 第2小法廷 判決（平成5年（オ）第920号）

要旨：

1. 遺産確認の訴えは、特定の財産が被相続人の遺産に属することを共同相続人全員の間で合一に確定するための訴えである。

1 a. 共同相続人甲、乙、丙のうち甲と乙との間において、ある土地につき甲の所有権確認請求を棄却する旨の判決が確定しても、この判決は、甲乙間において右土地につき甲の所有権の不存在を既判力をもって確定するにとどまり、甲が相続人の地位を有することや右土地が被相続人の遺産に属することを否定するものではないから、甲は、遺産確認の訴えの原告適格を失わず、共同相続人全員の間で右土地の遺産帰属性につき合一確定を求める利益を有する。

/既判力の客観的範囲/当事者適格/

/民訴.114条1項/民訴.115条/民訴.40条/

内容：

件名 遺産確認等請求本訴、共有持分権不存在中間確認請求反訴・上告事件（棄却）

原審 東京高等裁判所 平成4年12月17日判決（平成3年（ネ）第3483号）

第一審 東京地方裁判所 平成3年9月27日判決（平成2年（ワ）第1235号）

主 文

本件上告を棄却する。
上告費用は上告人の負担とする。

理 由

上告代理人宮崎富哉の上告理由について

共同相続人甲、乙、丙のうち甲と乙との間において、ある土地につき甲の所有権確認請求を棄却する旨の判決が確定し、右確定判決の既判力により、甲が乙に対して相続による右土地の共有持分の取得を主張し得なくなった場合であっても、甲は右土地につき遺産確認の訴えを提起することができるのと解するのが相当である。けだし、遺産確認の訴えは、特定の財産が被相続人の遺産に属することを共同相続人全員の間で合一に確定するための訴えであるところ（最高裁昭和五七年（オ）第一八四号同六一年三月一三日第一小法廷判決・民集四〇巻二号三八九頁、[最高裁昭和六〇年（オ）第七二七号平成元年三月二八日第三小法廷判決](#)・民集四三巻三号一六七頁参照）、右確定判決は、甲乙間において右土地につき甲の所有権の不存在を既判力をもって確定するにとどまり、甲が相続人の地位を有することや右土地が被相続人の遺産に属することを否定するものではないから、甲は、遺産確認の訴えの原告適格を失わず、共同相続人全員の間で右土地の遺産帰属性につき合一確

定を求める利益を有するというべきである。右と同旨の原審の判断は、正当として是認することができる。論旨は、独自の見解に立って原判決を非難するものにすぎず、採用することができない。

よって、民訴法四〇一条、九五条、八九条に従い、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

(裁判長裁判官 根岸重治 裁判官 大西勝也 裁判官 河合伸一 裁判官 福田博)

[\[栗田隆のホーム\]](#)

判例掲載誌 判例タイムズ937号104頁* 金融・商事判例1020号13頁 判例時報1600号89頁

判例研究

- 上田徹一郎・民商法雑誌117巻6号905頁-915頁
- 高見進・私法判例リマークス16号（1998年）135頁-139頁

関連事件

- [最高裁判所平成9年3月14日第2小法廷判決](#)（平成5年（オ）第921号）
-

最高裁判所平成10年3月27日第2小法廷判決（平成8年（オ）第1681号）

要旨：

商法257条3項（現会社法854条）所定の取締役解任の訴えは、会社と取締役との間の会社法上の法律関係の解消を目的とする形成の訴えであるから、当該法律関係の当事者である会社と取締役の双方を被告とすべき固有必要的共同訴訟である。

/当事者適格/訴訟要件/訴えの主観的利益/

/商.257条3項/民訴.40条/民訴.140条/会社.855条/

内容：

件名 取締役解任請求上告事件（棄却）

原審 名古屋高等裁判所

主 文

本件上告を棄却する。
上告費用は上告人の負担とする。

理 由

上告代理人美和勇夫の上告理由について

商法二五七条三項所定の取締役解任の訴えは、会社と取締役との間の会社法上の法律関係の解消を目的とする形成の訴えであるから、当該法律関係の当事者である会社と取締役の双方を被告とすべきものと解される。これを実質的に考えても、この訴えにおいて争われる内容は、『取締役ノ職務遂行ニ関シ不正ノ行為又ハ法令若ハ定款ニ違反スル重大ナル事実』があったか否かであるから、取締役に対する手続保障の観点から、会社とともに、当該取締役にも当事者適格を認めるのが相当である。

したがって、取締役解任の訴えを会社と当該取締役の双方を被告とすべき固有必要的共同訴訟と解し、会社である被上告人のみを被告として提起された本件取締役解任の訴えを不適法として却下すべきものとした原審の判断は、正当として是認することができる。原判決に所論の違法はない。論旨は、独自の見解に立って原判決を論難するものであって、採用することができない。

よって、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

（裁判長裁判官 福田 博 裁判官 大西勝也 裁判官 根岸重治 裁判官 河合伸一）

[\[栗田隆のホーム\]](#)

注 本件は、最高裁判所のWebサーバーに「最近の最高裁判決」として掲載されている。

たものである。「主文」以下の内容は、軽微なレイアウト変更を除き、サーバーからダウンロードした時の状態のままである。

判例掲載誌

メモ 本判決の趣旨は、会社法（平成17年7月26日法律86号）855条において明文化された。

最高裁判所 平成11年11月9日 第3小法廷 判決（平成9年（オ）第873号）

要旨：

1. 境界の確定を求める訴えは、隣接する土地の一方又は双方が数名の共有に属する場合には、共有者全員が共同してのみ訴え、又は訴えられることを要する固有必要的共同訴訟である。

2. 土地の共有者のうちに境界確定の訴えを提起することに同調しない者がいる場合、その余の共有者は、隣接地の所有者と共に訴えの提起に同調しない者を被告にして右訴えを提起することができる。

3. 共有者が原告と被告とに分かれている境界確定訴訟において、隣地の所有者は共有者全員と対立関係にあるから、被告である隣地の所有者が原告側共有者のみを相手方として提起した上訴は、被告側共有者に対しても効力を生じ、この者は被上訴人としての地位に立つ。

/第二次的被告/当事者適格/形式的形成訴訟/

/民訴.246条/民訴.47条4項/民訴.40条2項/

内容：

件 名 土地境界確定請求上告事件（棄却）

原 審 大阪高等裁判所

意 見

- [裁判官千種秀夫の補足意見](#)

主 文

本件上告を棄却する。
上告費用は上告人の負担とする。

理 由

上告代理人森脇勝、同河村吉晃、同今村隆、同植垣勝裕、同小沢満寿男、同岩松浩之、同田中泰彦、同山本了三、同麦谷卓也の上告理由について

一 原審の適法に確定した事実関係は、（1） 甲山ハルオの相続人である被上告人らは、第一審判決別紙物件目録記載（1）の土地（以下「本件土地」という。）を持分各四分の一ずつの割合で相続した、（2） 本件土地は、その北側が上告人所有の道路敷（以下「本件道路敷」という。）に、南側が同人所有の河川敷（以下「本件河川敷」という。）に、それぞれ隣接している（以下、本件道路敷及び本件河川敷を併せて「上告人所有地」という。）、（3） 被上告人らの間においてハルオの遺産の分割について協議が

調わず、被上告人甲山タケシを除く同甲山ツヨシら三名（以下「被上告人甲山ツヨシら」という。）が同甲山タケシを相手方として申し立てた遺産分割の審判が京都家庭裁判所に係属しているところ、本件土地と上告人所有地との境界が確定していないために右手続が進行しないている、（４）被上告人甲山ツヨシらは、本件土地と上告人所有地との境界を確定するために、被上告人甲山タケシと共同して、上告人を被告として境界確定の訴えを提起しようとしたが、被上告人甲山タケシがこれに同調しなかったことから、同人及び上告人を被告として、本件境界確定の訴えを提起した、というものである。

二 第一審は、本件土地と本件道路敷との境界は第一審判決別紙図面記載イ、ロ、ハ、ニの各点を結ぶ直線であり、本件土地と本件河川敷との境界は同図面記載ホ、ヘ、トの各点を結ぶ直線であると確定した。上告人は、被上告人甲山ツヨシらを被控訴人として控訴を提起し、原審において、土地の共有者が隣接する土地との境界の確定を求める訴えは共有者全員が原告となって提起すべきものであると主張し、本件訴えの却下を求めた。原審は、本件訴えを適法なものであるとし、被上告人甲山タケシも被控訴人の地位に立つとした上で、被上告人甲山ツヨシらと上告人との間及び被上告人甲山ツヨシらと同甲山タケシとの間で、それぞれ第一審と同一の境界を確定した。

三 境界の確定を求める訴えは、隣接する土地の一方又は双方が数名の共有に属する場合には、共有者全員が共同してのみ訴え、又は訴えられることを要する固有必要的共同訴訟と解される（[最高裁昭和四四年（オ）第二七九号同四六年一二月九日第一小法廷判決・民集二五卷九号一四五七頁参照](#)）。したがって、共有者が右の訴えを提起するには、本来、その全員が原告となって訴えを提起すべきものであるということが出来る。しかし、共有者のうちに右の訴えを提起することに同調しない者がいるときには、その余の共有者は、隣接する土地の所有者と共に右の訴えを提起することに同調しない者を被告にして訴えを提起することが出来るものと解するのが相当である。

けだし、境界確定の訴えは、所有権の目的となるべき公簿上特定の地番により表示される相隣接する土地の境界に争いがある場合に、裁判によってその境界を定めることを求める訴えであって、所有権の目的となる土地の範囲を確定するものとして共有地については共有者全員につき判決の効力を及ぼすべきものであるから、右共有者は、共通の利益を有する者として共同して訴え、又は訴えられることが必要となる。しかし、共有者のうちに右の訴えを提起することに同調しない者がいる場合であっても、隣接する土地との境界に争いがあるときにはこれを確定する必要があることを否定することはできないところ、右の訴えにおいては、裁判所は、当事者の主張に拘束されなくて、自らその正当と認めるところに従って境界を定めるべきであって、当事者の主張しない境界線を確定しても民法二四六条の規定に違反するものではないのである（[最高裁昭和三七年（オ）第九三八号同三八年一〇月一五日第三小法廷判決・民集一七卷九号一二二〇頁参照](#)）。このような右の訴えの特質に照らせば、共有者全員が必ず共同歩調をとることを要するとまで解する必要はなく、共有者の全員が原告又は被告いずれかの立場で当事者として訴訟に関与していれば足りると解すべきであり、このように解しても訴訟手続に支障を来すこともないからである。

そして、共有者が原告と被告とに分かれることになった場合には、この共有者間には公簿上特定の地番により表示されている共有地の範囲に関する対立があるというべきであるとともに、隣地の所有者は、相隣接する土地の境界をめぐる、右共有者全員と対立関係にあるから、隣地の所有者が共有者のうちの原告となっている者のみを相手方として上訴した場合には、民法四七条四項を類推して、同法四〇条二項の準用により、この上訴の提起は、共有者のうちの被告となっている者に対しても効力を生じ、右の者は、被上訴人としての地位に立つものと解するのが相当である。

右に説示したところによれば、本件訴えを適法なものであるとし、被上告人甲山タケシも被控訴人の地位に立つとした原審の判断は、正当として是認することができ、原判決に所論の違法はない。所論引用の各判例のうち、[最高裁昭和三九年（オ）第七九七号同四二年九月二七日大法廷判決](#)・民集二一卷七号一九二五頁は、本件と事案を異にし適切でなく、その余の各判例は、所論の趣旨を判示したものとはいえない。論旨は、右と異なる見解に立つて原判決を非難するものであって、採用することができない。なお、原審は、主文三項の1において被上告人甲山ツヨシらと上告人との間で、同項の2において被上告人甲山ツヨシらと同甲山タケシとの間で、それぞれ本件土地と上告人所有地との境界を前記のとおり確定すると表示したが、共有者が原告と被告とに分かれることになった場合においても、境界は、右の訴えに関与した当事者全員の間で合一に確定されるものであるから、本件においては、本件土地と上告人所有地との境界を確定する旨を一つの主文で表示すれば足りるものであったというべきである。

よって、裁判官千種秀夫の補足意見があるほか、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

裁判官千種秀夫の補足意見は、次のとおりである。

私は、境界確定の訴えにおいて、共有者の一部の者が原告として訴えを提起することに同調しない場合、この者を本来の被告と共に被告として訴えを提起することができるとする法廷意見の結論に賛成するものであるが、これは、飽くまで、境界確定の訴えの特殊性に由来する便法であって、右の者に独立した被告適格を与えるものではなく、他の必要的共同訴訟に直ちに類推適用し得るものでないことを一言付言しておきたい。

すなわち、判示引用の最高裁判例の判示するとおり、土地の境界は、土地の所有権と密接な関係を有するものであり、かつ、隣接する土地の所有者全員について合一に確定すべきものであるから、境界の確定を求める訴えは、隣接する土地の一方又は双方が数名の共有に属する場合には、共有者全員が共同してのみ訴え、又は訴えられるのが原則である。したがって、共有者の一人が原告として訴えを提起することに同調しないからといって、その者が右の意味で被告となるべき者と同じ立場で訴えられるべき理由はない。もし、当事者に加える必要があれば、原告の一員として訴訟に引き込む途を考慮することが筋であり、また、自ら原告となることを肯じない場合、参加人又は訴訟被告告知者として、訴訟に参加し、あるいはその判決の効力を及ぼす途を検討すべきであろう。事実、共有者間に隣地との境界について見解が一致せず、あるいは隣地所有者との争いを好まぬ者が居たからといって、他の共有者らがその者のみを相手に訴えを起こし得るものではなく、その意味では、その者は、他の共有者らの提起する境界確定の訴えについては、当然には被告適格を有しないのである。したがって、仮に判示のとおり便宜その者を被告として訴訟に関与させたとしても、その者が、訴訟の過程で、原告となった他の共有者の死亡等によりその原告たる地位を承継すれば、当初被告であった者が原告の地位も承継することになるであろうし、判決の結果、双方が控訴し、当の被告がいずれにも同調しない場合、双方の被控訴人として取り扱うのかといった問題も生じないわけではない。かように、そのような非同調者は、これを被告とするといっても、隣地所有者とは立場が異なり、原審が「二次被告」と称したように特別な立場にある者として理解せざるを得ない。にもかかわらず、これを被告として取り扱うことを是とするのは、判示もいうとおり、境界確定の訴えが本質的には非訟事件であって、訴訟に関与していれば、その申立てや主張に拘らず、裁判所が判断を下しうるといふ訴えの性格によるものだからである。しかしながら、当事者適格は実体法上の権利関係と密接な関係を有するものであるから、本件の解釈・取扱いを他の必要

的共同訴訟にどこまで類推できるのかには問題もあり、今後、立法的解決を含めて検討を要するところである。

以上、判示の結論は、この種事案に限り便法として許容されるべきものであると考える。

(裁判長裁判官 元原利文 裁判官 千種秀夫 裁判官 金谷利廣 裁判官 奥田昌道)

[[栗田隆のホーム](#)]

注 本件は、最高裁判所のWebサーバーに「最近の最高裁判決」として掲載されていたものである。「主文」以下の内容は、軽微なレイアウト変更を除き、サーバーに掲載されていた時のままである。但し、一部仮名とした。

判例掲載誌 民集53巻8号1421頁

最高裁判所 平成12年7月7日 第2小法廷 判決（平成8年（才）第270号）

要旨：

1. 証券会社の代表取締役が独占禁止法19条に違反して損失補てんを決定し、実施した行為は商法266条にいう法令に違反する行為に当たるが、故意・過失がなかったとして、賠償請求が棄却された事例（株主代表訴訟）。

2. 法令違反行為をした取締役に会社の受けた損害の賠償責任を負わせる商法266条にいう「法令」には、取締役を名宛人とし、取締役の受任者としての義務を一般的に定める商法254条3項（民法644条）、商法254条ノ3の規定及びこれを具体化する形で取締役がその職務遂行に際して遵守すべき義務を個別的に定める規定のみならず、さらに、商法その他の法令中の、会社を名宛人とし、会社がその業務を行うに際して遵守すべきすべての規定もこれに含まれる。（補足意見あり）

2 a. 事業者に対して不公正な取引方法を用いることを禁止する独占禁止法19条の規定は、事業者たる会社がその業務を行うに際して遵守すべき規定であり、商法266条にいう法令に含まれる。（破棄理由）

3. 株式会社の取締役が、法令又は定款に違反する行為をしたとして、商法266条に該当することを理由に損害賠償責任を負うには、右違反行為につき取締役に故意又は過失があることを要する。

3 a. 野村證券の代表取締役が東京放送を委託者とする営業特金について損失補填を決定・実施した平成2年3月の時点においては、その行為が独占禁止法に違反するとの認識を有するに至らなかったことにはやむを得ない事情があったというべきであって、右認識を欠いたことにつき過失があったとすることもできないとされた事例。

4. 複数の株主の追行する株主代表訴訟は、いわゆる類似必要的共同訴訟である。

4 a. 株主代表訴訟において、共同訴訟人の一部の者が上訴すればそれによって原判決の確定が妨げられ、当該訴訟は全体として上訴審に移審し、上訴審の判決の効力は上訴をしなかった共同訴訟人にも及ぶが、自ら上訴をしなかった共同訴訟人を上訴人の地位に就かせる効力までが民訴法40条1項によって生ずると解するのは相当でなく、自ら上訴をしなかった共同訴訟人たる株主は上訴人にはならないものと解すべきである。

/商.266条/独禁.19条/民訴.40条1項/

内容：

件名 取締役損失補填責任追及及び共同訴訟参加上告事件（棄却）

原審 東京高等裁判所（平成5年（ネ）第3788号、第4998号、同6年（ネ）第1809号）

意見

- [裁判官河合伸一の補足意見](#)

主 文

本件上告を棄却する。
上告費用は上告人らの負担とする。

理 由

第一 本件の概要

一 原審の適法に確定した事実関係の概要は、次のとおりである。

1 野村證券株式会社（以下「野村證券」という。）は、有価証券の売買、その媒介、取次ぎ及び代理、有価証券の引受け及び売出し等を目的とする我が国最大手の証券会社であり、被上告人らは、平成二年三月当時野村證券の代表取締役の地位にあった者であり、上告人らは、野村證券の株主である。

2 東京放送株式会社（以下「東京放送」という。）は、野村證券の大口顧客であり、野村證券は、昭和四八年三月から東京放送と有価証券の売買等による資金運用の取引を継続し、また、東京放送の証券発行に際しては主幹事証券会社の地位にあつて、多額の手数料収入を得ていた。

主幹事証券会社になると多額の引受手数料等の収入を得ることができるとともに、主幹事となることにつき証券会社相互間で競争があり、また、いったん主幹事から外れるとこれを取り返すことには困難が伴うため、各証券会社は、証券発行を行う事業法人との取引関係の維持、拡大に努めている。

3 (一) 委託者が受託者である信託銀行と締結した特定金銭信託契約に基づき、信託銀行が、証券会社にそのための口座を開設して、委託者の指図に従い有価証券の売買等を行う取引（以下「特金勘定取引」という。）のうち、委託者が投資顧問業者と投資顧問契約を締結することなく、専ら証券会社が委託者に代わって信託銀行に指図することにより運用されていたものがあり、「営業特金」と呼ばれていた。

(二) 東京放送は、平成元年四月、住友信託銀行株式会社（以下「住友信託銀行」という。）との間で、東京放送を委託者、住友信託銀行を受託者とし、期間を平成二年三月までとする特定金銭信託契約を締結して一〇億円を信託し、これに基づき住友信託銀行が野村證券に取引口座を開設して、有価証券の売買による東京放送のための資金運用が開始された。東京放送は右取引につき投資顧問業者との間で投資顧問契約を締結しておらず、営業特金による取引であった。

(三) 東京放送のための特金勘定取引口座には、平成元年末ころに約二億七〇〇〇万円の損失が生じており、平成二年一月ころからの株式市況の急激な悪化によって、更に損失が拡大し、期間満了を待たずに取引を終了させた同年二月末ころには、損失額は約三億六〇〇〇万円となっていた。

4 (一) 大和証券株式会社が大顧客に対して約一〇〇億円に上る損失補てんをしていたなどと報道される中で、大蔵省は、平成元年一二月二六日、日本証券業協会会長あてに、「証券会社の営業姿勢の適正化及び証券事故の未然防止について」と題する証券局長通達（以下「本件通達」という。）を発し、法令上の禁止行為である損失保証による勧誘や特別の利益提供による勧誘はもとより、事後的な損失の補てんや特別の利益提供も厳にこれを慎むこと、特金勘定取引について、原則として、顧客と投資顧問業者との間に投資顧問契約が締結されたものとする等について、所属証券会社に周知徹底させるべきものとした。その趣旨を徹底するために、同日付けの大蔵省証券局業務課長による各財務

(支) 局理財部長あての事務連絡が発せられ、証券会社に対し、既存の特金勘定取引について本件通達に沿う所要の措置を講ずべき期限は平成二年末までとし、各年三月末及び九月末に特金勘定取引の口座数、そのうち投資顧問契約のないものの口座数等を報告させる

などの指導をすべきものとされた。

(二) 日本証券業協会は、平成元年一二月二六日、本件通達を受けて、同協会の内部規則である公正慣習規則第九号「協会の投資勧誘、顧客管理等に関する規則」（以下「本件規則」という。）を改正し、「協会員は、損失保証による勧誘、特別の利益提供による勧誘を行わないことはもとより、事後的な損失の補填や特別の利益提供も厳にこれを慎む」ものとする旨の規定（同規則八条）を新設した。

(三) 野村證券を始めとする証券会社は、本件通達等の主眼が早急に営業特金の解消を求める点にあると理解し、株式市況が急激に悪化する中で顧客との関係を良好に維持しつつ営業特金の解消を進めていくためには、損失補てんを行うこともやむを得ないという考え方が大勢を占めるようになった。

5 (一) 野村證券の担当者は、本件通達の直後から、東京放送の財務部長らと営業特金の解消について交渉したが解決に至らず、損失補てんをしなければ今後の取引関係に重大な影響が生ずると考えて、管理部門の最高責任者であった被上告人水内に対し、損失補てんの必要がある旨の報告をした。被上告人水内は、東京放送の営業特金については、有価証券市場が好況であった当時から損失が生じており、将来の東京放送の証券発行に際しての主幹事証券会社の地位を失うおそれがあることも考慮して、損失補てんを実施する必要があると判断した。平成二年三月一三日、被上告人らが出席した野村證券の専務会において、被上告人水内から、東京放送ほかの顧客に生じた損失について総額約一六一億円の補てんをすることが提案され、了承された。なお、被上告人らは、右損失補てんの実施を決定するに当たり、その違法性の有無につき法律家等の専門家の意見を徴することをしなかった。

(二) 野村證券の東京放送に対する損失補てん（以下「本件損失補てん」という。）の具体的な方法は、市場や一般投資者に影響が及ばないように外貨建てワラントの相対取引によることとされ、平成二年三月一四日、ルクセンブルク証券取引所に上場の大成建設ワラントを野村證券が東京放送に売却し、即日買い戻すという方法により実施された。この結果、東京放送は三億六〇一九万一一二七円の利益を得て、営業特金による損失が補てんされ、営業特金も解消された。

6 本件損失補てん後、野村證券と東京放送との取引関係は維持され、東京放送が平成四年七月に三〇〇億円、平成五年三月に二〇〇億円の社債を発行した際、野村證券は、その主幹事証券会社として一億二〇〇〇万円余の手数料を得るなど、既に相当額の収入を得ており、かつ今後も得られる見込みである。

二 本件は、野村證券の株主である上告人らにおいて、本件損失補てんにつき、当時野村證券の代表取締役であった被上告人らが取締役としての義務に違反して会社に損害を被らせたものであると主張して、被上告人らに対し、商法二六六条一項五号の規定（以下「本規定」という。）に基づく取締役の責任を追及する株主代表訴訟である。

原審は、(一) 本件損失補てんは、平成三年法律第九六号による改正前の証券取引法（以下「旧証券取引法」という。）五〇条一項三号、四号、五八条一号に違反しない、(二) 本件損失補てんは、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独占禁止法」という。）二条九項三号に基づき公正取引委員会が指定した不公正な取引方法（昭和五七年同委員会告示第一五号。以下「一般指定」という。）の9（不当な利益による顧客誘引）に該当し、同法一九条に違反する、(三) しかし、同条は競争者の利益を保護することを意図した規定であって、同条違反の行為により損害を被るのは当該会社ではないから、同条違反が本規定にいう法令違反に含まれると解するのは相当でないなどとして、上告人らの本訴請求を棄却すべきものと判断した。

本件上告は、原審の右(一)及び(三)の判断が違法であるとして、原判決の破棄を求めるものである。

第二 上告人兼上告人河合恒男の代理人亀田信男、上告代理人吉武伸剛、同飯田秀人の上告理由中、旧証券取引法違反に関する点について

前記事実関係の下において、本件損失補てんが、旧証券取引法五〇条一項三号、四号、五八条一号に違反するものとはいえないとした原審の判断は、正当として是認することができ、その過程に所論の違法はない。論旨は、独自の見解に立って原判決を論難するものにすぎず、採用することができない。

第三 その余の上告理由について

一 株式会社の取締役は、取締役会の構成員として会社の業務執行を決定し、あるいは代表取締役として業務の執行に当たるなどの職務を有するものであって、商法二六六条は、その職責の重要性にかんがみ、取締役が会社に対して負うべき責任の明確化と厳格化を図るものである。本規定は、右の趣旨に基づき、法令に違反する行為をした取締役はそれによって会社の被った損害を賠償する責めに任じる旨を定めるものであるところ、取締役を名あて人とし、取締役の受任者としての義務を一般的に定める商法二五四条三項（民法六四四条）、商法二五四条ノ三の規定（以下、併せて「一般規定」という。）及びこれを具体化する形で取締役がその職務遂行に際して遵守すべき義務を個別的に定める規定が、本規定にいう「法令」に含まれることは明らかであるが、さらに、商法その他の法令中の、会社を名あて人とし、会社がその業務を行うに際して遵守すべきすべての規定もこれに含まれるものと解するのが相当である。けだし、会社が法令を遵守すべきことは当然であるところ、取締役が、会社の業務執行を決定し、その執行に当たる立場にあるものであることからすれば、会社をして法令に違反させることのないようにするため、その職務遂行に際して会社を名あて人とする右の規定を遵守することもまた、取締役の会社に対する職務上の義務に属するというべきだからである。したがって、取締役が右義務に違反し、会社をして右の規定に違反させることとなる行為をしたときには、取締役の右行為が一般規定の定める義務に違反することになるか否かを問うまでもなく、本規定にいう法令に違反する行為をしたときに該当することになるものと解すべきである。

二 これを本件について見ると、証券会社が、一部の顧客に対し、有価証券の売買等の取引により生じた損失を補てんする行為は、証券業界における正常な商慣習に照らして不当な利益の供与というべきであるから、野村証券が東京放送との取引関係の維持拡大を目的として同社に対し本件損失補てんを実施したことは、一般指定の9（不当な利益による顧客誘引）に該当し、独占禁止法一九条に違反するものと解すべきである。そして、独占禁止法一九条の規定は、同法一条所定の目的達成のため、事業者に対して不公正な取引方法を用いることを禁止するものであって、事業者たる会社がその業務を行うに際して遵守すべき規定にほかならないから、本規定にいう法令に含まれることが明らかである。したがって、被上告人らが本件損失補てんを決定し、実施した行為は、本規定にいう法令に違反する行為に当たると解すべきものである。

しかるに、原審は、独占禁止法一九条に違反する行為が当然に本規定にいう法令に違反する行為に当たると解するのは相当でないと判断しているのであって、この点において、原審は法令の解釈を誤ったものといわなければならない。

三 しかしながら、株式会社の取締役が、法令又は定款に違反する行為をしたとして、本規定に該当することを理由に損害賠償責任を負うには、右違反行為につき取締役に故意又は過失があることを要するものと解される（最高裁昭和四八年（オ）第五〇六号同五年三月二三日第三小法廷判決・裁判集民事一一七号二三一頁参照）。

原審の適法に確定したところによれば、（一）被上告人らは、本件損失補てんが旧証

券取引法あるいは本件通達に違反するものでないかどうかについては重大な関心を有していたが、それが一般の投資家に対して取引を勧誘するような性質のものではなかったことから、独占禁止法一九条に違反するか否かの問題については思い至らなかった、(二) 被上告人らのみならず、関係当局においても、証券取引については所管の大蔵省によって証券取引法及びその関連法令を通じて規制が行われるべきであるとの基本的理解から、証券取引に伴う損失補てんが独占禁止法に違反するかどうかという問題は、本件損失補てんが行われた後一年半余にわたって取り上げられることがなかった、(三) 公正取引委員会は、第一二一回衆議院証券及び金融問題に関する特別委員会が開催された平成三年八月三十一日の時点においても、なお損失補てんが独占禁止法に違反するとの見解を採っておらず、公正取引委員会が、本件損失補てんを含む証券会社の一連の損失補てんが不正な取引方法に該当し独占禁止法一九条に違反するとして、同法四八条二項に基づく勧告を行ったのは、同年十一月二〇日であった、というのである。

右事実関係の下においては、被上告人らが、本件損失補てんを決定し、実施した平成二年三月の時点において、その行為が独占禁止法に違反するとの認識を有するに至らなかったことにはやむを得ない事情があったというべきであって、右認識を欠いたことにつき過失があったとすることもできないから、本件損失補てんが独占禁止法一九条に違反する行為であることをもって、被上告人らにつき本規定に基づく損害賠償責任を肯認することはできない。

四 以上のとおりであるから、被上告人らが本件損失補てんを決定し、実施したことにつき、本規定に基づく損害賠償責任を否定すべきものとした原審の判断は、結論において是認することができる。論旨は、原判決の結論に影響しない事項についての違法をいうものに帰し、採用することができない。

第四 乙川イチロウ及び株式会社H電気設計事務所の上告審における地位について

商法二六七条に規定する株主代表訴訟は、株主が会社に代位して、取締役の会社に対する責任を追及する訴えを提起するものであって、その判決の効力は会社に対しても及び(民訴法一一五条一項二号)、その結果他の株主もその効力を争うことができなくなるという関係にあり、複数の株主の追行する株主代表訴訟は、いわゆる類似必要的共同訴訟と解するのが相当である。

類似必要的共同訴訟において共同訴訟人の一部の者が上訴すれば、それによって原判決の確定が妨げられ、当該訴訟は全体として上訴審に移審し、上訴審の判決の効力は上訴をしなかった共同訴訟人にも及ぶと解される。しかしながら、合一確定のためには右の限度で上訴が効力を生ずれば足りるものである上、取締役の会社に対する責任を追及する株主代表訴訟においては、既に訴訟を追行する意思を失った者に対し、その意思に反してまで上訴人の地位に就くことを求めることは相当でないし、複数の株主によって株主代表訴訟が追行されている場合であっても、株主各人の個別的な利益が直接問題となっているものではないから、提訴後に共同訴訟人たる株主の数が減少しても、その審判の範囲、審理の態様、判決の効力等には影響がない。そうすると、株主代表訴訟については、自ら上訴をしなかった共同訴訟人を上訴人の地位に就かせる効力までが民訴法四〇条一項によって生ずると解するのは相当でなく、自ら上訴をしなかった共同訴訟人たる株主は、上訴人にはならないものと解すべきである(最高裁平成四年(行ツ)第一五六号同九年四月二日大法廷判決・民集五一卷四号一六七三頁参照)。

したがって、本件において自ら上告を申し立てなかった乙川イチロウ及び株式会社H電気設計事務所は上告人ではないものとして、本判決をする。

よって、裁判官河合伸一の補足意見があるほか、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり

り判決する。

裁判官河合伸一の補足意見は、次のとおりである。

法廷意見は、本規定にいう「法令」には、商法その他の法令中の、会社を名あて人とし、会社として遵守すべきすべての規定（以下「対会社規定」という。）が含まれることを明らかにした上、取締役が会社をして対会社規定に違反させることとなる行為をしたときは、一般規定の定める取締役の義務に違反するか否かを問うまでもなく、本規定に該当すると解している。すなわち、本規定に基づく取締役の責任は会社に対する債務不履行責任であるところ、本規定は、取締役が右のような行為をしたときは、当然に、民法四一五條所定の「債務ノ本旨ニ従ヒタル履行ヲ為ササル」との要件（以下「不履行要件」という。）を充足すると定めるものであって、その意味で同条に対する特則を成すと解するものである。

これに対し、対会社規定の全部又は一部について、取締役がそれらの規定に違反しても直ちに不履行要件を充足すると解すべきではなく、取締役の行為が一般規定の定める義務に違反するもの（以下「任務懈怠」という。）と評価されて初めて、これを充足することになると解する説（以下「反対説」という。）が唱えられており、原審もこれによったものと思われる。

私は、反対説には解釈論として相当の難点がある上、具体的事案の処理においても、法廷意見による場合に対比して、少なくとも右難点を無視するに足るほどの利点があるとはいえないと考えるので、以下、その概要を述べておきたい。

一 営利法人たる会社を経営する取締役の任務は、約言すれば、会社の最善の利益を図るため善良な管理者の注意をもってその職務を遂行することにある。反対説が、取締役の行為に対会社規定違反があっても、なお任務懈怠の評価を経るべきものとするのは、取締役の行為を、右違反の点をも含め、全体として観察すれば、任務懈怠とはいえない場合がある、すなわち前記の取締役の任務にかなうものと評価できる場合があるとの理解を前提とするのであろう。それは、結局、取締役が会社をして対会社規定に違反させることになる行為をしても、それが会社の利益を図るものであれば、会社に対する関係では債務不履行とはならない場合のあることを承認するものであり、換言すれば、会社の利益を図るためには、会社をして法令に違反させることになるような行為をすることもなお取締役の任務に属する場合があることを承認するものではなからうか。しかし、私は、そのようなことを承認することには、とうてい賛成できない。

また、反対説は、商法の規定の構成や文理にも整合しないように思われる。本規定にいう「法令」に一般規定が含まれることについては、反対説の論者にも異論はない。対会社規定がこれに含まれるかは必ずしも一致していないが、もし含まれるとするのであれば、対会社規定は一般規定の下部規範でありながら、両者が同一条文中に並列的に置かれることになるし、もし含まれていないとするのであれば、本規定は「取締役が其ノ任務ヲ怠リタルトキ」と定めていた昭和二五年改正前の二六六條一項とほとんど同じものとなり、右改正において、取締役の地位及び権限の強化に伴い、その責任の明確化と厳格化を図るため現行のように改められた趣旨にそぐわないことになる。商法が、監査役について、取締役に関する規定の多くを準用しながら、会社に対する責任については本規定を準用せず、「其ノ任務ヲ怠リタルトキ」と定めている（二七七條）こととも整合しない。商法二五四條ノ三にいう「法令」が対会社規定を含むことは明らかであるところ、同じく取締役の義務に関する本規定中の「法令」を別異に解することも、容易に理解し難いところである。

二 反対説には右のような難点があるが、それにもかかわらず反対説が提唱される理由には、法廷意見のように解すると取締役に対し不当に苛酷な責任を負わせることになるとの憂慮があるように思われる。

たしかに、対会社規定には多種多様なものがあり、取締役がそのすべてに通じていることは期し難いから、本件のように、取締役の行為が思いがけず対会社規定に違反する結果となる場合の生じ得ることを否定できない。その場合、取締役が当然に商法二六六条の定める責任を負うことになれば、その責任はきわめて厳格なものである。さらに、近年、本規定に基づいて取締役の責任を追及する代表訴訟が増加し、ことに商法二六七条四項の改正後は、その請求額が巨額に及ぶ例も少なくない。これらのことからすると、右の憂慮を故なきものということはできない。

ところで、取締役は、会社を取り巻く複雑かつ流動的な諸状況の下で、その任務を遂行するため、専門的な知識と経験に基づき、諸種の配慮をめぐらして経営上の判断をしなければならない。このような取締役の経営上の判断については、その性質上おのずから広い裁量が認められるべきであって、取締役のある判断が結果的に会社に損害をもたらしたとしても、それだけで直ちに取締役に任務懈怠があったとすることはできず、具体的事案における諸事情を総合勘案して評価決定すべきものとするのが、一般的理解である。反対説は、取締役が対会社規定に違反して会社に損害が生じた場合においても、右の経営判断に関する一般的理解に従い、具体的諸事情を総合勘案して任務懈怠と評価できるか否かを決することにより、取締役が前記の苛酷な責任から救済される可能性を拡大しようとするものと思われるのである。

しかし、私は、本規定に基づく取締役の責任の諸要件をより具体的に検討すれば、両説のいずれを採るかにより、結論においてそれほど差を生じるものではないと考える。

1 まず、取締役の対会社規定に違反する行為の結果会社に損害が生じた場合において、取締役が、その行為をするに際し、それが対会社規定に違反するものであることを認識していたときには、前記の一般的理解によっても、取締役に任務懈怠なしとすることはできないであろう。取締役の裁量権には、法令に違反し、あるいは会社をして違反させることは含まれないはずであり、会社の利益を図るためには故意に法令を犯してもよいとはいえないからである。現に、反対説の論者も、多くは右の結論を認めているように思われる。

2 右の場合において、取締役が、自己の行為が対会社規定に違反することを認識していないときは、どうであろうか。

法廷意見の立場からは、債務不履行責任における帰責要件としての過失の問題となるころ、これについては一般に、債務者が取引関係上通常要求される程度の注意を欠いたがゆえに債務不履行という結果の発生を認識しなかったか否かが問われるのであって、右の場合に即していえば、当該行為をめぐる諸般の状況の下で、取締役が前記のような経営上の判断をするに際し、同様の状況にある通常取締役に要求される程度の注意、すなわち善管注意を欠いたがゆえに、対会社規定違反となることを認識しなかったか否かが問われるのである。

反対説の立場からは、必ずしも帰責要件の問題とはされず、むしろ、あるいはまず、不履行要件の問題とされる如くであるが、いずれにしても、右の善管注意を欠いたか否かを基準として決せられることになると思われ、そうだとすれば、判断基準において法廷意見と差がないと考えられる。ただ、この立場においては、認識すべきものとされる対象が、法廷意見の立場におけるそれと異なることになるであろうが、そうであっても、その対象の中に当該行為が対会社規定に違反するという事実が含まれなければならない以上、右の差異によって結論が左右される事例は、次に述べるような場合を除き、容易に想定することができない。

3 取締役が善管注意を尽くせば対会社規定違反となることを認識し得たと判断されるけれども、この判断に供せられた事実関係に加えて、当該行為をめぐる状況を更に広く考

察すれば、なお任務懈怠とは評価できないという場合はあり得るかも知れない。しかし、ここで更に考察の対象に加えられる事実関係ないしその評価とは、ほとんどの場合、通常の債務不履行の要件論において違法性阻却又は責任阻却事由として位置付けられるものではないだろうか。法廷意見の立場からも、緊急避難等の違法性阻却事由や、期待可能性等の責任阻却事由の存在が認められるときは、取締役の責任は否定されることになるのである。

4 あるいは、主張立証責任の所在については、両説のいずれを採るかにより、理論上、差異を生じるかも知れない。本規定に基づいて取締役の責任が追及される事案のほとんどはいわゆる不完全履行の類型に属するであろうが、同類型においては、不完全な履行があったこと、すなわち不履行要件の存在の主張立証責任は債権者側にあると解するのが一般である。これを前提とすると、法廷意見の立場からは、取締役が対会社規定に違反する行為をしたことが立証されれば、それだけで不履行要件を充足し、帰責事由の不存在又は違法性・責任阻却事由の存在は、すべて取締役が主張立証責任を負うことになる。これに対し、反対説の立場では、これらの事由は、ほとんどすべてが不履行要件たる任務懈怠の中に溶融され、取締役の責任を追及する側が主張立証責任を負うことになる。

もっとも、右は理論上のものに過ぎず、訴訟の実践の場においてはそれほど差を生じないであろうが、もし右の理論のとおり訴訟が運ばれるとすれば、反対説を採ることにより、取締役の責任が否定される場合が増えるであろう。

しかし、私は、右の理論にも、反対説によるその結果の妥当性にも、疑問を呈さざるを得ない。たとえば一定の品質を有すべき物の給付債務など、債務の内容が客観的、具体的に明確であり、それが完全に履行されたか否かを債権者が普通に知り得るものについては、その不履行要件についての主張立証責任を債権者に課すことは正当であろう。しかし、反対説がいうように、任務懈怠をもって不履行要件とするなら、そこで認定判断されるべき事柄は複雑多岐にわたり、しかもそのほとんどは取締役の関与領域内にあるから、物の給付債務などについてと同断には論じ得ないし、ことに代表訴訟の場合を考えると、原告にその主張立証責任を課すことにより取締役が勝訴するという結果は、公平でなく、妥当でもないと考えるのである。

三 本規定に基づき取締役に命じられる賠償額についても言及しておきたい。

前述のとおり、反対説が提唱される理由に、取締役に對し不当に苛酷な責任を負わせることへの憂慮があるとすれば、私も、それに共感を覚える場合がないわけではない。しかし、そのような結果を回避することは、反対説のように、不履行要件を任務懈怠として、対会社規定に違反した取締役の責任を全面的に否定する方法によってではなく、その責任を肯定した上、要賠償額の量定を妥当なものとする方法によってされる方が望ましく、現行法の下においても、その余地があると考えるからである。

1 たとえば、いわゆる損益相殺である。取締役の本規定該当の行為によって会社が損害を被ったが、同時に利益をも得ている場合、原則として、その差額をもって要賠償額とするものである。商法二六六条が会社の被った損害を取締役に賠償させる制度である以上、右のように損益相殺することは、むしろ当然のことといえる。

もっとも、取締役の行為から会社に利益が生じているにしても、その行為が刑事犯罪に該当するなど、その利益をもって損益相殺することが社会的に正当視できない場合はあろう。しかし、そのような場合は、会社に生じた損害をそのまま取締役に負わせても、不当に苛酷なものとはいえないと考える。

2 過失相殺の規定（民法四一八条）を適用し、あるいはその趣旨を類推適用することも、検討されるべきである。

取締役は会社の機関であり、対外的には一体と見るべきものであるが、会社の取締役に對する損害賠償請求権が訴求されているときには、たとえ取締役が現在もその地位にあるとしても、両者は債権者と債務者の関係にあるから、右規定が適用されることは自然であ

る。

また、たとえば取締役の行為が本規定に該当するものではあるが、それは会社の歴代の経営者がしてきたことを継承するものであるとか、会社の組織や管理体制に牢固たる欠陥があるなど、いわば会社の体質にも起因するところがある場合には、損害賠償制度の根本理念である公平の原則、あるいは債権法を支配する信義則に照らし、右規定を類推適用することが許されてよいと考える（最高裁昭和五九年（オ）第三三号同六三年四月二一日第一小法廷判決・民集四二巻四号二四三頁、最高裁昭和六三年（オ）第一〇九四号平成四年六月二五日第一小法廷判決・民集四六巻四号四〇〇頁参照）。

もつとも、右の例のような場合、取締役は会社の体質を改善すべき義務を負うものであることも、考慮されなければならない。また、本規定に基づく責任が関与した取締役の連帯責任とされていることが、過失相殺規定の適用又は類推適用を困難にする場合もある。しかし、そのようなことも考慮しつつ、なおこれによって妥当な結論を導き得る場合があると考えるのである。

要賠償額を具体的事情に適合する合理的、現実的なものにするため、解釈論として用い得る調整手法は、右以外にもあり得よう。そして、このような調整をすることは、決して、商法二六六条ないし代表訴訟制度の目的に反するものではなく、その機能を減殺するものでもない。ことに、訴額に関する法改正により取締役の職務是正機能が鮮明になってきた代表訴訟制度にとっては、むしろ、これをより活性化することにつながるものである。

現行法の下では、右の合理的調整をするのに相当の困難があることは否定できない。これを適切かつ十分に行い得るようにするには、本来、法改正が必要であって、その早期の実現が待たれるところである。しかし、これが実現するまでの間にあっても、法解釈を工夫することによって不当な結果を回避し得る余地が多分にあると考える次第である。

（裁判長裁判官 河合伸一 裁判官 福田 博 裁判官 北川弘治 裁判官 亀山継夫
裁判官 梶谷 玄）

[\[栗田隆のホーム\]](#)

注 本件は、最高裁判所のWebサーバーに「最近の最高裁判決」として掲載されていたものである。「主文」以下の内容は、軽微なレイアウト変更を除き、サーバーからダウンロードした時の状態のままである。但し、一部仮名にした。

判例掲載誌 民集54巻6号1767頁

最高裁判所 平成14年2月22日 第2小法廷 判決（平成13年（行ヒ）第142号）

要旨：

1. 商標権の共有者の1人は、共有に係る商標登録の無効審決がされたときは、単独で無効審決の取消訴訟を提起することができる。（固有必要的共同訴訟に当たらない）

1 a. 共有に係る商標登録の無効審決に対して各共有者が共同して又は各別に取消訴訟を提起した場合には、これらの訴訟は、類似必要的共同訴訟に当たる。（理由付けの一部／傍論）

/知的財産権/無体財産権/工業所有権/商標権/当事者適格/訴訟要件/

/行訴.32条1項/商標.56条1項/特許.132条3項/商標.63条2項/特許.181条2項/商標.46-2条/民訴.40条/

内容：

件名 審決取消請求上告事件（破棄差戻）

原審 東京高等裁判所（平成12年（行ケ）第476号）

主 文

原判決を破棄し、本件を東京高等裁判所に差し戻す。

理 由

上告代理人松村信夫，同和田宏徳，同塩田千恵子，同岩井泉，同清末康子の上告受理申立て理由について

1 原審の確定した事実関係等の概要は、次のとおりである。

株式会社レバンテ（以下「訴外会社」という。）は、平成4年12月17日、「ETNIES」の欧文字を横書きした商標につき、指定商品を商標法施行令別表第25類洋服等として商標登録出願をし、同商標は、平成8年1月31日、設定登録された（登録第3116038号。以下「本件登録商標」という。）。本件登録商標に係る商標権は、訴外会社から上告人に対し一部移転され、平成11年1月21日、その旨の登録がされ、以後、上告人と訴外会社は、上記商標権を共有している。

被上告人は、平成11年8月20日、上告人及び訴外会社を被請求人として、本件登録商標に係る商標登録を無効にすることについて、審判請求をした。

特許庁は、平成12年10月26日、上記審判事件につき、商標法4条1項19号該当を理由として、本件登録商標に係る商標登録を無効にすべき旨の審決をした。

2 本件訴えは、上告人が単独で上記審決の取消しを請求するものであるところ、原審は、次のとおり判断して、本件訴えを却下した。

共有に係る商標権につき、商標登録を無効にすべき旨の審決（以下「無効審決」とい

う。)の取消しを求める訴えは、共有者の有する1個の権利の存否を決めるものとして、合一に確定する必要があるが、固有必要的共同訴訟である。商標法は、商標登録を受ける権利又は商標権の共有者中に権利の取得又は存続の意欲を失った者がいる場合には、1個の商標権全体について、その取得又は存続ができなくともやむを得ないとしているから(商標法56条1項の準用する特許法132条3項等)、無効審決に対する取消訴訟の場合に同様の扱いをすることが不合理とはいえない。

訴外会社に対しても、上告人に対するのと同時期に審決の謄本の送達がされたものと推認されるところ、訴外会社が訴えを提起しておらず、出訴期間を経過したから、上告人のみの提起に係る本件訴えは、不適法である。

3 しかしながら、原審の上記判断は是認することができない。その理由は、次のとおりである。

(1) 商標登録出願により生じた権利が共有に係る場合において、同権利について審判を請求するときは、共有者の全員が共同してしなければならないとされているが(商標法56条1項の準用する特許法132条3項)、これは、共有者が有することとなる1個の商標権を取得するについては共有者全員の意思の合致を要求したものである。これに対し、いったん商標権の設定登録がされた後は、商標権の共有者は、持分の譲渡や専用使用権の設定等の処分については他の共有者の同意を必要とするものの、他の共有者の同意を得ないで登録商標を使用することができる(商標法35条の準用する特許法73条)。

ところで、いったん登録された商標権について商標登録の無効審決がされた場合に、これに対する取消訴訟を提起することなく出訴期間を経過したときは、商標権が初めから存在しなかったこととなり、登録商標を排他的に使用する権利が遡及的に消滅するものとされている(商標法46条の2)。したがって、上記取消訴訟の提起は、商標権の消滅を防ぐ保存行為に当たるから、商標権の共有者の1人が単独でもすることができるものと解される。そして、商標権の共有者の1人が単独で上記取消訴訟を提起することができるとしても、訴え提起をしなかった共有者の権利を害することはない。

(2) 無効審判は、商標権の消滅後においても請求することができるとされており(商標法46条2項)、商標権の設定登録から長期間経過した後に他の共有者が所在不明等の事態に陥る場合や、また、共有に係る商標権に対する共有者それぞれの利益や関心の状況が異なることからすれば、訴訟提起について他の共有者の協力が得られない場合なども考えられるところ、このような場合に、共有に係る商標登録の無効審決に対する取消訴訟が固有必要的共同訴訟であると解して、共有者の1人が単独で提起した訴えは不適法であるとすると、出訴期間の満了と同時に無効審決が確定し、商標権が初めから存在しなかったこととなり、不当な結果となり兼ねない。

(3) 商標権の共有者の1人が単独で無効審決の取消訴訟を提起することができるも、その訴訟で請求認容の判決が確定した場合には、その取消しの効力は他の共有者にも及び(行政事件訴訟法32条1項)、再度、特許庁で共有者全員との関係で審判手続が行われることになる(商標法63条2項の準用する特許法181条2項)。他方、その訴訟で請求棄却の判決が確定した場合には、他の共有者の出訴期間の満了により、無効審決が確定し、権利は初めから存在しなかったものとみなされることになる(商標法46条の2)。いずれの場合にも、合一確定の要請に反する事態は生じない。さらに、各共有者が共同して又は各別に取消訴訟を提起した場合には、これらの訴訟は、類似必要的共同訴訟に当たると解すべきであるから、併合の上審理判断されることになり、合一確定の要請は充たされる。

(4) 以上説示したところによれば、商標権の共有者の1人は、共有に係る商標登録の無効審決がされたときは、単独で無効審決の取消訴訟を提起することができるも解するのが相当である。

4 そうすると、本件訴えを不適法とした原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。なお、[最高裁昭和35年（オ）第684号同36年8月31日第一小法廷判決](#)・民集15巻7号2040頁、[最高裁昭和52年（行ツ）第28号同55年1月18日第二小法廷判決](#)・裁判集民事129号43頁及び[最高裁平成6年（行ツ）第83号同7年3月7日第三小法廷判決](#)・民集49巻3号944頁は、本件と事案を異にし適切でない。したがって、原判決を破棄し、本案について審理させるため、本件を原審に差し戻すこととする。

よって、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

(裁判長裁判官 亀山継夫 裁判官 河合伸一 裁判官 福田 博 裁判官 北川弘治
裁判官 梶谷 玄)

[[栗田隆のホーム](#)]

注 本件は、最高裁判所のWebサーバーの「最近の最高裁判決」に掲載されていたものである。「主文」以下の内容は、若干のレイアウト変更を除き、サーバーからダウンロードした時の状態のままである。

判例掲載誌

本判決を援用する裁判例

- [最高裁判所平成14年3月25日第2小法廷判決](#)（平成13年（行ヒ）第154号） 援用

注 同趣旨の後行判決として、[最高裁判所平成14年2月28日第1小法廷判決](#)（平成13年（行ヒ）第12号）がある。
