

アル本人ノ利益保護ノ爲ニ代理權ヲ制限シタルモノナルガ故ニ、本人ノ許諾シタル場合ニ代理人ニ於テ自ら相手方ト爲リ又ハ相手方ノ代理人ト爲リテ爲シタル行爲ガ有權代理行爲トシテ有效ナルハ勿論ナリ。

〔評釋〕 一 法人と理事者との利害が對立する場合の處理として、公益法人には民法第五七條が、又株式會社には商法第一七六條(新二六)及び第一八五條(新二七)が存在するに對し、人的會社には何等の規定も存在しない(新七條參)。そこで上告理由は民法第五七條が法人に關する一般規定として人的會社にも適用さるべき旨を主張したのであるが、寧ろ一般規定と認めらるべきものは民法第一〇八條であつて、上掲の諸規定は該規定を公益法人又は物的會社に其の儘適用する場合の不當乃至困難に鑑みて設けた特別に外ならないと思ふ。蓋し此の種の法人に於て、本人たる法人の承認として總會の決議を要求することは實際上不便を免れず、さればとて他の理事者の同意で足りると爲すことは理事者の結托の虞れがあり——従つて又民法第一〇八條が形式的な自己代理を抑へて居るに過ぎないのに對し、實質的にこれを擴張する必要が出て来る——、殊に公益法人に於ては裁判所の干與を必要とする程度の公益の存在が認められるからである。然らば人的會社が單なる營利的な會社に過ぎない以上、株式會社に於けると同様、民法第五七條の如き裁判所の干與を要求する理由は毫もなく(なほ株式會社に對し民法五七條の適用を排斥した判例として昭一四年判民四四事件參照)、且つ、社員の数が少くしかも其の相互間に信賴關係が存する以上、單純に他の社員の干與に解決を委ねて一應支障を生じない(但し新五七條は進んで此の點に配慮するに至つて居る)。これ法が人的會社に付ては民法第一〇八條の原則に委ね、別段の規定を置かなかつた理由と思はれる。此の意味に於て上告理由を排斥した判旨は勿論正當と云はねばならない。但し此の場合の他の社員の干與が全社員の一致を要するか、業務執行社員の一一致で足るか、或は更に其の何れかの過半数で可なるか

は解釋上問題であらうが、何等の規定なき限りは(新七五條參照)、全社員の一致を要するものと思はれる。併し本件では有限責任社員同意が得られて居り、他に無限責任社員がないのであるから、何れにしても問題は存しない。

二 次に民法第一〇八條に關する判旨(2)も勿論正當である。上告理由は同條を本人たる會社の利益保護の爲めのみならず、第三者をも含めて廣く弊害を除去すべき公益規定と解し、其の違反行爲は會社の承認があつても常に無効だと主張するが、かかる第三者の利益の顧慮は民法第一〇八條に包含される問題ではない。本件の合資會社の設立乃至本件の取引が、或はAの資産を會社中に入れて其の債權者の追求を逃れんが爲めのものであつたかも知れず、而してそれが上告理由をして「同意又ハ追認ノ結果本人又ハ相手方ニ對スル債權者ヲ害スル場合アリテ……」と主張せしめるに至つたのかも知れないが、かかる場合にも、詐害行爲の取消、社員持分差押、社員破産申立等の方法に依つて救済を求むべきものであつて、民法第一〇八條に求めることは筋違ひである。

本件に付ては後藤清氏(民商法一卷四八五頁)及び小町谷操三氏(商事判例同願一卷二四八頁)も判旨に對し贊成である。

(鈴木竹雄)

一〇七 建物競賣と疊建具——特約によつて疊建具を抵當權の目的物より除外したるときは、建物競賣手續は疊建具に效力を及ぼさず

民法八七條二項

昭和九年七月二日民一部判決(昭九(オ)八五七號、競賣手續無効確認請求事件)民集一三卷一八號一四八九頁

〔事實〕 AがBに金を貸しB所有建物上に抵當權を設定せしめた。Bがその債務の辨濟をしなないので、Aは抵當權實行のため



建物競賣を申立て自らその競落人となつた。所が一方Bに對する債權者C銀行が右のAの競落後この建物備附の疊建具に對し強制執行をなし、Dがその競落人となつて代金を納入し所有權取得を主張する。そこで、AはCDを相手どつて、C銀行の競賣無効、Dの疊建具の所有權取得無効の確證を求めたのが本件である。原審は、抵當權設定當時には本件疊建具等は未だ備附けてあつたのではなくしてAは將來備附けらるべき疊建具に抵當權の效力の及ばざるべき旨の特約をしたものと認定し、從つてAの競賣手續は疊建具に及ばなかつた故建物競落人たるAは疊建具の所有權を取得せず、としてAの敗訴とした。Aは上告して、Bの借用證書には抵當建物の表示と共に「其ノ附屬ノ疊建具造作付ノ儘」なる文言がありこれに基くAの建物差押は疊建具等の從物に及んでゐるものであり、又本件の競賣開始決定にも疊建具を除外する旨の記載もない故、當然疊建具は差押への目的物となつてゐたものである、假に實證法上疊建具が抵當權の客體となつてゐなかつたとしても、右の如く手續法上差押の客體たりしや否やの判斷が更に問題となり得るのに原判決はこの點の判斷を遺脱する、と主張した。

〔判旨〕 棄却。

「按ズルニ民法第八十七條第二項ガ從物ハ主物ノ處分ニ隨フト規定シタル所以ハ、處分ガ主物ノミニ關スルモノナリシコト不明ナリシガ爲メ事後ニ於テ當事者間ニ生ズルコトアルベキ爭ヲ避ケントスルニアルヲ以テ、主タル建物ニ抵當權ヲ設定スルニ當リ右抵當權ハ將來之ニ附屬セシムベキ疊建具ニ及バザル旨ノ合意當事者間ニ成立セルガ如キ場合ニ於テハ、建物ニ對スル抵當權ハ其ノ後ニ於テ建物所有者ガ建物ニ附屬セシメタル疊建具ニ及バザルコトハ勿論ノ次第ニシテ、又抵當權實行ノ爲メニスル競賣手續ハ反對ノ事情ナキ限り抵當權ノ目的タリシ物權ニ付キ開始セラレタリト認ムベキガ故ニ如上ノ特約アル抵當權ノ實行トシテ爲サレタル競賣手續ニ於テハ差押ノ效力ハ從物タル疊建具ニ及バザリシモノト解スルヲ相當トス。加之原判決認定事實ニ依ルモ本件ニ於テハ右建物ハ上告人自身ニ於テ競落シタルモノナリト云ヘバ、上告人ハ既ニ抵當權設定ノ當事者トシテ本訴物權ガ競賣ノ目的物中ニ包含セラレザルベキモノナルコトヲ知悉シ居リタルモノト云フ可ク、民法第八十七條第二項ハ從物ガ主物ノ處分ニ隨フ可キモノニアラザル場合ニ其ノ事實ヲ了知スル者ヲ保護セントスル主旨ニアラザルコトハ既ニ冒頭説示ニ

依リテモ之ヲ知り得ベキガ故ニ、上告人ハ右法條ノ適用ヲ受クルヲ得ズ。本訴物件ヲ建物ノ競落ニ因リテ取得シ得ザルモノナルコトハ明白ナルヲ以テ原判決ノ判斷ハ結局相當ナルニ歸シ論旨ハ採用ニ値セザルモノトス。」

〔評釋〕 一 判旨の中心點は、實體法上抵當權の效力が從物に及ばざるものなるときはかゝる抵當權に基く競賣手續も當然從物を除外する、となすにある。先づ第一に注意することを要するのは、本判旨と全く正反對の立場に立つ判例が半年前になされてゐるにかかはらず(昭和八・一・二二民五部判決、本判決が聯合部判決を以てなされず又判旨中にも何等この先例に言及されてゐないことである。かゝることは從來も屢、見られたことであるか、法律審たる最高裁判所の態度として遺憾とせざるを得ない。現に本件上告理由は前掲昭和八年の判旨と同内容を主張してゐるのであり、斯く短時日の中に全く相反する判決がなされるのでは何れが先例としての價値をもつものであるか全く不安だと言はねばならない。右の昭和八年の判決では、實體法上抵當權の效力が從物に及ばぬ場合でもそれとは別に競賣といふ公法上の行爲に付き獨立に民法八七條二項の適用を認め、原則として從物も競賣目的物中に包含されるといふ立場をとり、競賣手續における目的物表示に付き特に從物が除外されてゐるか否かを調べよ、と原審に差戻したのであつた。私は右の判決の評釋中において右の解釋論に反對したのであつたが今本判旨がこの先例に反して前記の如く判決したことは贊意を表したい(詳細は前掲評釋にゆづる)。なほ判旨は、附隨的理由として、Aが競賣に際し從物除外を知れるが故に競賣に付て民法八七條二項適用の餘地なしといふことを附加してゐる。これ一見前掲昭和八年の趣旨が再現せるかの如くであるが、本件判旨では既に右の點でAの主張は敗れてゐるのであるから、この附加された論點はたゞ八十七條二項論でいつても駄目だといふことを念のため強調した單なる傍論と見るべきで



ある。

二 所で上告審において問題とされてゐない點で本件の事實關係の下において問題となり得る（且なるべかりし）二つの問題がある。(1)その一つは、本件で決定的意味をもつてゐる所の、從物除外特約の實體法的效力の問題である。從來大審院は、抵當權設定當時存在する從物のみが民法八七條二項によつて抵當權の客體となるも、設定時以後に附加された從物には抵當權の效力は及ばぬと解してゐる。斯くの如き解釋には我妻教授が正當に指摘せらるる如く根本的に疑があり、後者の場合にも抵當權の效力が及ぶものと解するを正當と考へるのであるが（この點も前釋中に）、本件の事實關係の下に於て從物除外特約が認定されたことに付て特にこの點が注意に値する様に思はれる。といふのは、本件では積極的に除外特約があつたのではないやうで、抵當權設定の時には未だ建物は完成し居らず従つて疊建具等も備附けられてゐなかつたのであり、又證書中の『疊建具等備附の儘』なる文句は後に何人が勝手に加筆したものらしい。しかもAは、疊建具等について後でBとの間に賣買及貸借の公正證書を作成してゐる。右の判例の立場から言へば本件では、從物除外特約と言はんよりは寧ろ特別の契約なき限り設定後の從物には抵當權が及ばぬと解せらるべきであり、又その故にこそそれを慮つてAは別に右の如き賣買及貸借をしたのではないか。しかも原審はこの後者の公正證書をも假裝行爲として無効とする（民集一五〇）。これ等の解決が事實關係に相應しきものであらうかが疑はるゝと共に抵當權と從物との關係について大審院の再考を希望したいと思ふ。

(2)次に、本件の如き事案で當然問題とされるべきであるに拘らず、從物除外特約につき登記がなされてゐるか否かに付いて一審以來全然考慮されてゐないやうである。この點はさきの昭和八年の判決においても同様であり、

同判例に付いて詳論したから、こゝには再説を避ける。

尙本件に付ては大谷教授（民商法一卷三號四九〇頁）及び岡村氏（新報四五卷三號五二四頁）の批評がある。

（川島武宜）

### 一〇八 辨済に関する和議條件は和議債務者の和議財團の管理及び處分を制限しない

和議法五七條、破産法三二五條

昭和九年七月一〇日民二部判決（昭九（オ）三九八號、契）民集一三卷一八號一五〇三頁

〔事實〕 Y銀行（被告・被控訴人・被上告人）は昭和七年七月二五日和議開始決定を受け、其の和議認可決定は同年一〇月二九日確定した。其の和議條件は(1)和議債權に對しては昭和五年一二月二四日以降和議開始決定の前日迄の利息及損害金は其の百分の一を支拂ひ殘額は免除を受けること、(2)同債權は和議可決確定後の翌年を第一回とし十箇年間毎年一二月二五日限第一、二回は各七分、第三、四回は各八分、第五、六回は各一割、第七、八回は各一割二分、第九、十回は各一割三分宛支拂ふことを内容としたものであつた。所がY銀行は和議認可決定の確定後株主に對して株金の拂込を催告したが、Z（被告・被控訴人・被上告人）はY銀行の取締役で其の株式四百餘株を所有し、内新株二三六株に付金六九〇圓の拂込を爲すべき義務を負ふこととなつたが、恰もY銀行に對し和議債權として預金債權を有して居たので、Y銀行と協議の上其の債權債務を相殺する契約を爲した。そこでY銀行の株主又は和議債權者であるX等（原告・控訴人・上告人）は右相殺契約は和議條件に牴觸し且X等の權利を害するから無効であると主張して、Y及びZに對し契約無効確認を請求した。Y等は抗辯としてZのY銀行に對する預金債權は金一〇六一圓餘で、之とZのY銀行に對する株金拂込債務金六九〇圓とを對當額で相殺し殘餘の金三七一圓餘の預金債權は之を拋棄したのみならず、Y銀行が和議條件に基き、支拂ふべき金額は十箇年賦であつたので之を現在支拂ふものと假定して、中間利息を割引いた金額で相殺したものであるから、何等和議條件に牴觸するものではないと陳述した。第一、二審共にX等の敗訴に終り之に對して上告した。



〔判旨〕 棄却。「所論和議條件ハ……畢竟和議債務者タル被告銀行ノ負擔セル債務ノ履行若ハ支拂方法ニ關スル條件ヲ協定セルニ止マリ、和議債務者タル被告銀行ノ財産即和議財産ノ管理及處分ニ付テノ制限ヲ定メタルモノト認ムルコト能ハザルガ故ニ、縱令被告銀行ガ其ノ和議債務者タル被告人トノ間ニ……相殺契約ヲ爲シタリトスルモ、之ヲ以テ所論ノ如ク和議財産ノ管理及處分ニ付和議ニ定メタル制限ニ違背シ、和議法第五七條ノ準用スル破産法第三二五條・第三二六條第一項ノ規定ニ牴觸スルモノト謂フベキニアラザルハ言ヲ竣タザル所ナリ。」

〔評釋〕 判旨に賛成。本件和議條件を見るに、判旨の云へる如く毫も和議財團の管理及び處分の方法を定めたものではないから、和議認可決定確定し、和議手續終結した後には、和議債務者は自由に和議財團の管理及び處分を爲し得るの勿論である。而して株主は株金の拂込に付き相殺を以て會社に對抗し得ぬが（舊商一四）、會社の方から相殺を爲すことを妨げないし、又本件和議債務の辨濟は十箇年の年賦償還に依るものであるが、和議債務者が「ホフマン」式により割引を爲した上自ら期限前に辨濟することを妨げないから、其の期に於て相殺を爲しても差支へないのである。尙本件和議條件を見ると利息及び損害金に對する辨濟歩合と元本に對するこれとを區別して居るが、余輩が之を違法とする理由に關しては本書九八事件の評釋を参照され度い。

尙本件に付ては別に破産法研究第九卷四五〇頁に詳論して置いた。

(加藤 正治)

一〇九 債權讓渡と異議を留めない承諾——惡意の第三者は保護せられない

民法四六八條一項

昭和九年七月一日民三部判決（昭八（オ）二八五八號、抵當權）民集一三卷一八號一五一六頁

〔事實〕 XはY<sub>1</sub>の勸誘によりY<sub>1</sub>と取引所外に於て短期取引と類似の方法に依る株式の賣買取引を爲すため其の證據金代用として本件不動産につき合計一萬七千餘圓の擔保の爲めにする本件抵當權を設定し數度の取引を爲した。Y<sub>1</sub>は右の債權及び抵當權を訴外A（當時八歳）に讓渡し、A死亡後Y<sub>2</sub>はその遺産相続によつて右抵當權者となつた。後Xは右取引が取引所法に違反する無効の行爲であることを理由にY<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>を相手どり抵當權設定及び移轉登記の抹消を求めた。第二審名古屋控訴院は、右の抵當權の設定登記が七〇八條の給付に該當するとの理由でXの請求を却けたが大審院は給付に該當しないと破毀差戻した。（本書昭和八年度四〇事件（有泉））。そこでY等は今度は右Y<sub>1</sub>A間の讓渡についてXが異議を留めずしてこれを承諾したからXの請求には應じ得ないと主張し、名古屋控訴院はこのY等の主張を認めて再びXを敗訴せしめた。Xは(1)九〇條に違反する絕對に無効な債權については四六八條の適用はないこと、及び(2)抵當權の讓渡に四六八條を擴張してはならないと上告する。

〔判旨〕 上告理由とは別の見地から再び破毀差戻。先づ四六八條一項の讓受人保護の立法趣旨を説明した上「而シテ同條ニ依レバ債務者ヨリ讓渡人ニ對抗スルコトヲ得ベカリシ事由ニ付何等ノ制限ヲ設ケザルノミナラズ、之ヲ上掲立法ノ趣旨ニ鑑ミルトキハ所謂對抗事由中ニハ同條但書ノ豫想セル辨濟、更改、和解等ニ因ル債務消滅ノ抗辯事由ノ外不法ノ目的ニ因ル債權不發生ノ抗辯事由ノ如キモ亦治ク之ヲ包含スベキコト多ク疑ハザルベカラズ。」故に讓受人の取得する債權は新しい債權である。但しこの爲めに特別な債務承認の承諾を必要とするわけではなく「前條ノ承諾ヲ爲」ただけで充分である。「果シテ然ラバ同條ハ債權讓渡ニ際シ債務者ニ於テ讓受人ニ對シ新ニ債務ヲ承認スルノ意思ヲ表示シタルト否トハズ苟クモ何等異議ヲ留メザル承諾アリタル以上法律ハ該讓渡承諾ナル觀念表示ニ恰モ有效ニ存在セル瑕疵ナキ債權ノ讓渡ト均シキ效力ヲ附與シタルモノニシテ換言スレバ法律ガ特ニ認メタル一ノ擬制ニ他ナラザルモノト解スルヲ妥當トス。然レドモ右規定タルヤ素ヨリ讓受人ヲ保護セントスルノ法意ニ外ナラザルコト已ニ上段説示ノ如クナルヲ以テ同條ニ依リ保護ヲ受クベキ讓受人ハ其ノ讓渡ノ目的タル債權ニ瑕疵アル事實ヲ認識セザル所謂善意者ニ限ルベキモノタルコト蓋シ當然ノ歸結タラズンバアラズ。」本件では原



審はXの異議なき承諾を認定した上直に四六八條を適用してゐるが、XはAの善意を争つてゐること辯論の全趣旨からわかる。原審がこの點につき審理しなかつたのは審理不盡である。

〔評釋〕 一 民法第四六八條一項は債權讓受人の信賴を保護する規定である。(1)従つてその讓渡の目的たる債權自體の内容が違法でない限り、假令その成立の原因に違法が存してもなほ同條の適用ありと解すべきこと判旨の云ふ通りである。本件について云ふならば讓渡の目的は通常の債權(とこれを擔保する抵當權と)であつて右の債權の善意取得の結果を認めても何等その原因たる場外取引を助長すると云ふやうな意味もないから(この點については三五事件(有)參照)讓受人を保護して差支へない。(2)しかしそれは元來善意の信賴を保護する制度であるから、何等保護に値しない悪意の讓受人に同條を適用すべきでないことも多言を要しない。右の二點は判例としては最初のものであると思はれる。

二 なほ本件判旨は右の二點を述べるに際して四六八條一項の承諾が債務承認と云ふやうな意思表示でなく「前條ノ承諾」で充分である點に言及する。素より「異議ヲ留メ」ない「前條ノ承諾」が觀念の表示であつて效果意思を必要としない點には異議がない。しかし判旨はその口調から推して鳩山説をそのまま採用したやうに見えるが(鳩山・民法研究、三卷四八六頁)、果して然らば債務者が讓渡人及び讓受人のいづれに對して承諾した場合にも全然同一に取扱はれると云ふのであらうか。そうだとすれば私はこれに無條件には賛成し得ない。鳩山博士は「固より債務者が讓受人自身に對して異議を留めざる承諾を爲したる場合と讓渡人に對して此の如き承諾を爲したる場合とは多少其承諾に對する讓受人の信賴に厚薄の差異あることを得べしと雖も讓渡人に對する承諾なるが故に讓受人は之を知らず又は

之を信ぜざるものと斷ずるは誤なり」と云はれる。しかし承諾は債務者から積極的に爲されるものではなく必ずや讓渡人又は讓受人の通知又は要求に應じて爲されるのが通常であらう(これを意思表示と見ようと云ふのではない)。しかして右の交渉に際して本來の債權者たる讓渡人と債務者との間には債權の性格、債權に附着する諸種の抗辯等について既に相互的な諒解が存在する。従つて特別の留保を爲さなくともそれらの抗辯等を身につけたままの債權の移轉が考へられてゐると見るべきである。之に反し讓受人と債務者との間には右に述べたやうな諒解が存在しない。故に債務者は債權の特別の性格については必ず留保を爲す筈であるから若し留保がなければ外形上に見えた通りの單純の債權と見るのが妥當であらう。そこで外形上は同じく留保のない承諾であつても讓渡人に對する場合と讓受人に對する場合とはその價值が大いに違ふ。而してこの價值の差異はこれに對する讓受人の信賴の價值にも當然影響を及ぼす。即ち右に述べた考慮を眼中において考へるときは債務者の讓渡人に對する承諾を早計に異議を留めないものと信じた讓受人を常に保護すると云ふ行き方にはそのまま賛成するわけには行かない。讓渡人に對する承諾については、少くとも、積極的に異議のないことが明にされてゐる事を要すると私は考へる。

三 なほ本件を差戻された名古屋控訴院は結局Aの善意を認定して再びYを勝訴せしめたが、Xは三度上告して、不法の原因があつて成立しない債權につき四六八條一項の適用があつても、元來有効に成立しない抵當權は有効になることはないと争ふ。大審院はこれを認めてゐる(大判昭和一一・三・一三民集四)。その判斷自體すでに問題であるが、Xは本件に於ても抵當權の讓渡には四六八條一項の適用はないと争つてゐるのだから大審院がこの點についても判斷を下してゐたら斯かる訴訟の重複はさけ得られたであらう。事件の見通しがつく限りにおいて判斷を



遺脱しないやうに要望したい。

本件については舟橋教授の評釋がある（民商一卷三號五〇〇頁）

（有泉亭）

### 一一〇 賣渡擔保——買戻約款附賣買の形式に依る賣渡擔保

昭和九年八月三日民二部判決（昭九（オ）九六八號）民集一三卷一八號一五三六頁

〔事實〕 判旨に關係ある事實のみを摘記す。Y<sub>1</sub>の先代AがXより借金を當りY<sub>2</sub>とBとが連帶保證をなした。其後BよりXに對し金若干圓を入金したるも、XはBに對し別口の貸金を爲したるに依り、其方に充當したと稱してゐる。

本件はXよりY<sub>1</sub>に對する貸金請求事件であるが、被告側は右Bの入金はAの借金に充當されてゐると抗辯し、其理由として「Bの別口借金は買戻約款附賣買の形式に依る賣渡擔保附にて行はれたものであり、而してBが期限内に買戻權を行使せざりし爲め、擔保物は完全にXの所有に歸し同時にBの債務も消滅した、従つてBの入金がこれに充當される筈はない云々」と主張してゐる。

要するに、Bの賣渡擔保が被告主張の如き性質を有するや否やが中心の争點であつて、原審（金澤地方裁判所）が此主張を認めて原告の請求を棄却したのに對し、Xより上告したが、大審院は次の理由によつて棄却の判決を與へてゐる。

〔判旨〕 「廣く賣渡擔保ト云フトキハ或ル財産權ヲ擔保トスル場合ニ擔保權ノ設定ヲ爲サズ該財産權ヲ擔保ノ目的ヲ以テ信託的ニ讓渡スルコトヲ總稱スルモノナルモ、其ノ法律的形式必ズシモ一様ナラズ、或ハ主タル債權ハ依然之ヲ存續セシメツ、當該財産權ヲ讓渡スル場合アリ、或ハ當該財産權ヲ眞實ノ賣買ニ因リ移轉シ代金ハ既存債務ト相殺シ爾後何等ノ債務關係

ヲ殘存セシメザル場合アリ。」而して後者の中にも、「或ハ一定ノ金員（多クハ元利ニ相當スル）ノ支拂ヲ解除條件トスルモノアリ、或ハ再賣買ヲ豫約シ、或ハ買戻權ヲ留保スルモノアリ、又定メラレタル一定ノ期間内ニ右一定ノ金員ヲ支拂ハザル場合再賣買完結ノ意思表示ヲ爲サル場合買戻權ノ行使ヲ爲サザル場合ノ效果ニ付テモ亦種々ナル態容ヲ豫想スルコトヲ得」るから、賣渡擔保なる用語のみより其いづれの場合なりやを即斷し得ない。原審が證據に依り本件賣渡擔保を以て買戻約款附賣買によるものなりと認定し、「買戻權者ガ所定期間内ニ買戻權ヲ行使セザリシ場合ニ於テハ、別段ノ特約ナキ限り、買戻權者ハ買戻權ヲ喪失シ其ノ所有權ヲ回復スルノ機會ヲ失ヒ買主ハ爾後何等ノ負擔ヲ負フコトナク一切ノ關係ガ終局的ニ決濟セラレタルモノト認」め、従つてBの債務は既に決濟せられたと判定してゐるのは相當である。

〔評釋〕 賣渡擔保に判旨所説の如き各種の態様あることはつとに判例學説の均しく認むる所である。而して其中買戻特約附賣買の形式に依る賣渡擔保にあつては、賣買代金として賣主即ち債務者が收受した金額が實質的には債權額に相當する譯であるが、法律上形式的には初めより債權債務存在せず、賣主が後に買戻權を行使して擔保物を取戻すのも、實質的には債務を辨濟して擔保物を取戻すことに相當するが、法律上形式的には唯買戻權の行使に依つて賣買の目的が賣主に返還されるだけのことであつて債務の辨濟がある譯ではない。従つて、賣主が約定の買戻期間内に買戻權を行使せざるときは買戻權消滅して最早擔保物を取戻し得ざるに至るけれども、質抵當に於けるが如く此時に至つて初めて擔保物の換價代金が充當されて債權の消滅を來たすのではない。債權は初めから存在しないのである。

判旨が其後段に於て、買戻期間満了に因つて債務關係が終局的に決濟されると言つてゐるのは、嚴格に言ふと正確を缺いてゐる。買戻特約附賣買の形式に依る賣渡擔保にあつては、債務關係は法律上形式的には初めより存在し



ない、買戻期間の徒過は単に買戻権の消滅を来たすだけのことである。

しかし、判旨は實質的には正當であつて、買戻特約附賣買に依つてBの別口借金が決済されて仕舞つてゐる以上、Bの入金は寧ろ連帯保證債務の辨済に充當されたものと解すべきが當然である。

本件に就いては西村氏(民商一卷五〇五頁)の評釋がある。

(末弘 殿太郎)

### 一一一 隠居無効の訴に於ける民訴法第七一條の參加 隠居有效確認の訴の性質

民訴法七一條・七五條・二二七條、人訴法一八條・三六條・三九條

昭和九年八月七日民五部判決(昭九(オ)七三六號、隱居無効確認請求事件)民集一三卷一八號一五五九頁

〔事實〕 X(原告・控訴人・上告人)は大正一五年三月三十一日附で隠居したと届出られて居るが、右は全然自己の關知せぬものであると主張して、其の相續人たるY(被告・被控訴人・被上告人)に對し、右隠居の無効請求を爲した。所がYは此の主張を認めて、隠居無効の判決を求めたので、Yが隠居に因り取得した不動産に對してYより抵當權の設定を受けたるZ等四名は、訴訟の結果其の權利を害せられる者として、民訴法第七一條に従ひ被告として訴訟に參加して、隠居の有効を主張し、原告の請求棄却並にXの爲した隠居の有効確認の判決を申立てた。

第一審はZ等の主張を認容し之を被告として其の申立通りの判決を爲した。Xは之に對して控訴したが、控訴裁判所は控訴を棄却した。Xは更に上告して(1)隠居の有効確認の訴は人事訴訟法に規定がないから通常訴訟と目すべく、然りとすれば人訴法第九條・第七條に依り人事訴訟たる隠居無効の訴とは併合審理を許されぬからZ等の參加は不適法であり、(2)且届出られた隠居無効の判決確定せぬ限り一應有效視すべきであるから有効確認の如きは其の利益を缺くものであり、(3)更に民訴法第七一條に依る

當事者參加は獨立の訴であるから、之を爲し得るものは獨立して訴訟を爲し得る資格を有する者でなければならぬ理であるが、隠居無効の訴を爲し得る第三者は隠居取消の訴を爲し得る隠居者の親族及び檢事に限るべく(民法七五八條、七五九條)、單なる相續人の債權者の如きは其の適格を有せぬと解すべきであるから、Z等の參加は不適法であると主張した。

〔判旨〕 棄却。Y以外ノ他ノ被上告人Z等ガ本件訴訟ニ參加シタルハ、上告人Xガ被上告人Yニ對シテ提起シタル隠居無効確認ヲ求ムル訴訟ニシテ、同人ノ敗訴ト爲ルニ於テハZ等ガYヨリ取得シタル抵當權ノ無効ヲ惹起スルニ至ル利害關係ヲ有スルヲ以テ、其ノ上告人ノ請求ヲ排撃スル爲ナルコトハ本件辯論ノ全趣旨ニ徴シ明ナリ。即チ上告人ノ隠居ヲ無効トスル確認ノ請求ヲ棄却スルコトヲ求ムル爲參加シタルモノニ外ナラズ。故ニ其ノ隠居ノ有效ナルコトノ確認ヲ求メタルハ、結局上告人ノ請求ノ棄却ヲ求メタルコトニ歸スベキモノトス。蓋シ上告人ノ隠居ヲ無効トスル確認ノ請求ヲ棄却スルコトハ、其ノ隠居ヲ有效ナルモノト宣言スルニ外ナラザルヲ以テナリ。左レバZ等ノ本件隠居有效ナルコトノ確認ヲ求ムル旨ノ申立ハ、上告人ノ請求棄却ノ申立ト解スベク、從テ其有效ナルコトノ確認ノ請求ハ本件ニ至リテハ全然無用ノモノニ歸スルヲ以テ、之ガ爲ニZ等ノ參加ヲ不適法ト爲スニ由ナキモノトス。所論ハZ等ノ參加ヲ以テ隠居ノ有效ナルコトノ確認ヲ求ムル獨立ノ訴トスル前提ノ下ニ爲ス論議ナルヲ以テ、之ヲ採用スルニ由ナシ。

〔評釋〕 一 先づ判旨は本件に於て參加人は唯原告の隠居無効の請求の棄却を申立れば足り、被告に對しては何等の請求を爲すを要せず、隠居有效確認の如きは蛇足であると論ずるが、之では民訴法第七五條に依る共同訴訟人としての參加と擇ぶ所がなくなる。尤も本件の場合判決の既判力が第三者隨つて又參加人と原告との間にも及ぶ關係上(人訴一八條三九條)、「訴訟ノ目的ガ當事者ノ一方及第三者ニ付合一ニノミ確定スベキ場合」に該當し、元來第七五條に依り參加すべきものの如く考へられる(私判民昭二二年度三三事件の評釋に於てはかかる見解)を採つたが、後に之を改めた。民訴法概論四四七頁參照) 第七五條の參加にあ



つては當該請求に付て参加人が共同原告又は共同被告として訴へ又は訴へられる適格を有する場合に限られると見るべく、且共同訴訟人の一方と第三者との間のみ合一確定の要求が存する場合であるのに對し、本件では参加人は自ら隠居無効の請求の被告たる適格を有せず（人訴三六）（條參照）、又判決の既判力が第三者と當事者たる隠居者及び相續人雙方との間で生ずる爲、参加に因り寧ろ雙方と對立する地位に就くと見なければならぬ場合である點から、同日に論じ得ぬものがある。之に反し第七一條の前段に依る参加は、他人間の訴訟の結果即ち判決の内容如何に因り權利を害せられる虞ある第三者が當事者雙方を相手として其の訴訟に干渉し、自己に有利な結果を展開せしめんとするが爲の参加である。茲に判決に因り權利を害せられる場合は民訴法第六四條に所謂「訴訟ノ結果ニ付利害關係ヲ有スル」場合よりは狭く、主として判決の反射的效果、即ち當事者間の確定判決の存在を承認せざるを得ぬ地位にある爲に間接に判決に因り權利に影響を受ける場合を指すが、第三者が當事者雙方との間で當該訴訟の判決の既判力を受ける場合にはより強い理由で權利を害せられると云ひ得るであらう。随つてかかる詐害訴訟の阻止の爲には當事者雙方を相手とすることに依り始めて其の間の訴訟に干渉し得るのであるから、其の雙方に對して自己の請求を爲すべきである。其の請求は或は結果に於て、被告の原告に對する請求棄却の申立と同一に歸する内容のものであつて差支へないが、此の場合でも被告に對しても對立して訴訟を爲す必要があり又本訴の請求は被告に向けられたものであるから、参加人が原告に對し其の棄却を求めるとは奇であり、矢張り積極的に原告の請求と相反する請求を爲し之に付き當事者雙方との間で確定を求むべきである。随つて本訴で参加人が第七一條に依り参加を爲し、且當事者雙方に對し隠居有效確認の請求を爲したのは正當で、之を無意義と認むべきではない。例へば婚姻事件に於

て檢事が公益擁護の爲に當事者として参加する場合は、原告の請求する婚姻の取消の事由のなきこと或は自ら婚姻の取消を請求することとなるが、之は從來の當事者の何れかの共同訴訟人となるのではなく、寧ろ其の雙方と更に對立する地位に就くのである（人訴二二條）（二三條參照）。民訴法第七一條の参加は廣く自己の權利を害せられる第三者に此の種の参加を許したもので、其の参加人の地位も從前の當事者雙方と對立して之と訴訟を爲すものと解すべきである（拙著概論四）（四五頁參照）。

二 次に本件で参加人の爲す隠居有效確認の請求とは如何なるものであらうか。茲に隠居の有効とは隠居の結果現在相續人が戸主である状態の確認を目的とするものではなく、隠居行爲に付て主張され乃至は主張される虞のある無効原因が存在しないこと、即ち所謂形成權たる隠居無効請求權の不在の確認を求め、隠居無効の請求と正に對照し、之と反對の結果を得て之を阻止することを目的とする。即ち此の訴は隠居者相續人間に於ける隠居無効請求の棄却の判決と同一の效力を生ぜしめることを目的とするのであるから、隠居無効の訴と同様必ず此の兩者を訴訟に關與せしめねばならず、随つて隠居者又は相續人の提起する場合は其の一方を、第三者の提起する場合は其の雙方を被告と爲すべきであり、又此の訴訟の判決は當事者間のみならず第三者にも其の效力を及ぼさしめる必要があるから、獨立の訴としても人事訴訟手續に依るべきものとして、人訴第一八條の適用を認むべきである。故に本件に於て本訴の請求と参加人の請求とは何れも人事訴訟手續に依るべく、而も同一隠居を目的とするものにして併合を許すべきである（民訴二七條）（人訴七條參照）。此の點で判旨が單に獨立の訴ではないことを理由として、併合の禁止を主張する上告理由を一蹴して居るのは不正確である（人訴法は民訴七一條等の適用を排除しないが、人事訴訟手續の性質上假令參加に依るも通常手續に依る請求を併合せしむる趣旨ではないから）。



尙上告理由が隠居無効の訴を提起し得る第三者を隠居取消の訴を爲し得る者に限定せんとして居るのは獨斷で、寧ろ其の適格を制限せぬ點に取消の訴との差異があり、而も此の訴は隠居者・相續人間に隠居の有効又は無効の確定を目的とする訴訟を誘起せしめることを目的とするから（即ち共同訴訟の場合でも、共同被告間に判決の効力の生ずる場合は、其の間に對立關係を生じ、三面的訴訟となる。拙著概論四四五頁參照）、苟も隠居の無効に付て法律上の利益を有するものは此の訴を提起し得ると云ふべきであり、之と對蹠する隠居有効の訴に付ても同様に論すべきである。

（兼 子 一）

一一二 債權讓渡——取立の爲めの債權讓受人の爲せる免除の效力

民法四六六條・五一九條

昭和九年八月七日民五部判決（昭九（オ）一〇三一號、債）民集一三卷一八號一五八八頁

〔事實〕原告（控訴人・被告）は被告（被控訴人・原告）Yの先代Aから千圓を借りたが、Aはこの貸金債權を訴外Bに讓渡し、Bの請求によりXは二十數回に亘り二百八十圓を辨濟し、その殘餘はBX間の和解によつて免除を受けた。Aの相續人YはBから右債權殘高を讓渡したと稱してXに對して差押をしたので、Xは本訴を提起して債務不存在確認を求め、Yの抗辯は、(1)AB間の債權讓渡は取立の爲めに爲されたものであるから、讓受人Bは取立の權限あるも免除の權限なく、從つてその爲せる免除は無効であるといふこと、及び、(2)YがAB間の取立委任を解約し債權の取戻手續を爲したる後に於てXは債務の存在を承認したから、假令讓渡債權が免除によつて一旦消滅したとしてもこの承認によつてYは債權を取得したといふことの二點である。——この他、BX間の免除が虚偽表示であるといふ主張をしたがこれは原審の認める所とならなかつた。原審に於てY敗訴。

〔判旨〕 上告を認めず。

(1)「取立ノ目的ヲ以テ債權ガ讓渡セラレタルトキハ受託者ハ委託者ニ對シ其ノ目的ノ範圍ヲ超越シテ債權ヲ行使スルコトヲ得ザル義務ヲ負擔スベキモ、讓渡セラレタル債權自體ハ委託者ヨリ受託者ニ移轉スルモノトス。然レバ受託者ニシテ債務者ニ對シ債務免除ノ意思ヲ表示シタリトセバ、其ノ行爲ハ固ヨリ取立ノ目的ノ範圍ヲ超越セルモノト謂フベキガ故ニ、委託者ニ對シテハ損害賠償ノ責ニ任ズベシト雖、其ノ免除ノ意思表示ハ即チ債權者ニ依リテ爲サレタル有効ノ行爲ニシテ、債務者ガ右ノ意思表示ヲ受クル當時債權讓渡ノ目的ガ取立ノ爲ナルコトノ情ヲ知レルト否ニ拘ラズ之ニ因リテ其ノ債務ヲ免レ得ルモノト謂ハザルベカラズ。唯若シ委託者ニ損害ヲ加フル目的ヲ以テ債務者ガ受託者ト相謀リテ當該債權ヲ消滅セシメタル如キ場合ハ善良ノ風俗ニ反スル行爲トナルベキハ免モ角、本件ニ於テハ斯ルハ固ヨリ問題トナラザル所ナリ」

(2)「上告人Yノ先代(A)ヨリ取立ノ目的ヲ以テ本件ノ債權ヲ讓受ケタル訴外Bガ債務者タル被告Xニ對シ債務免除ノ意思表示ヲ爲シタル以上、縱令其ノ後ニ至リ上告人Yガ右ノ委託ヲ解キ債權讓渡ノ手續ヲ爲スモ、被告Xハ其ノ免除ヲ以テ上告人Yニ對抗スルコトヲ得ルヤ勿論ニシテ、從テ上告人Yハ最早被告Xニ對シ何等ノ債權ヲ有セザルモノト謂ハザルベカラズ。尤モ上告人Yト被告Xトノ間ニ於テ當事者雙方ノ合意ニ因リ斯ル債務免除ノ意思表示ナカリシ場合ニ於ケルト同様ノ債權債務ノ關係ヲ成立セシムルコトハ契約自由ノ原則ニ因リ必ズシモ爲シ得ザルコトニ非ルベキモ、上告人Y一方ノ意思表示ノミニ因リ斯ル法律關係ヲ成立セシムルコトヲ得ルモノニ非ズ。然レバ原審ガ所論ノ承認ヲ以テ何等效力ヲ生ズルモノニ非ズト判定シタルハ正當ニシテ論旨ハ理由ナシ」

〔評釋〕 一 判旨の結論には賛成するも、從來の判例理論との關聯については疑がある。判例は從來、取立の爲めの債權讓渡につき次の如く判示して來た。第一に、これには二つの場合がある。一は讓受人に債權取立の權能のみを授與し債權自體は依然として從前の債權者に歸屬する場合であり、二は債權を移轉し讓受人をして取立の目的の爲めにのみこれを行使すべき債務を負擔せしむる場合である（大判大正六・一二・八民錄二〇六六頁、大判大正一五・七・二〇民集六三三六頁（判民八四事件平井）、大判昭和二・



四・五民集一九三頁）。而して、第二に、この二つの場合中、特別の意思表示なき限り、原則として前者即ち債権取立権能のみの授與が行はれたと見るべきである（前掲三判決中大正一五年判決にこの趣旨が最も明瞭に現はれ、昭和二年判決はこれを援用する）。第三に、債権取立権能のみの授與せられた場合には、従前の債権者は債権の取立、免除等の権限を失はず（前掲大正六年判決）、債務者は債権譲渡（即ち取立権能授與）の通知を受けた後に於て従前の債権者に對して取得した反對債権をもつて相殺を爲すことを得べく（四六八條二項の適用がなく）、又譲受人はその債権乃至取立権能を更に第三者に譲渡することを得ない（前掲昭和二年判決）。

二 本判決は、その結論を下すに當り、本件に所謂債権譲渡が右二つの場合の何れに屬するかを判断することなく、取立の爲めの債権譲渡一般について立論して居る。然らば右二箇の何れの場合にも判示の結論を維持し得るといふ趣旨であらうか。然りとすれば、私は反對せざるを得ない。蓋し、判例の所謂債権取立権能の授與なるものは、所謂債権の譲受人が債権取立の権能を有するに過ぎないといふことが債務者その他の第三者に對しても效力を持つものである。然らば、本件に於ても、若しそのA B間の所謂債権譲渡が取立権能の授與に止まるものならば、譲受人Bの債務免除行爲は常に譲渡人A (Y) に對して債務不履行となるのではなく、Xに對して效力を生じないものと謂ふべきであらう。従つて、本判決は、その事案に所謂債権譲渡は取立権能の授與に非ずして取立つべき債務を伴ふ債権の移轉だといふ前提を確立しない以上、その結論を維持し得ないものであると斷じねばならない。

三 私は、所謂取立の爲めの債権譲渡には、判例の謂ふやうに二箇の場合ありといふことを肯認する。然し、具體の場合にその何れをもつて原則とすべきかといふ點については、判例と反對に、取立権限の授與にあらずして、

債権の移轉と見るべきものと考へる（前掲昭和二年の判決の評釋参照）。従つて、本件に於ても、特別の事情がないのだから、Bは債権者となり、従つて、その免除行爲は有効となり、ただBはA (Y) に對して債務不履行の責任を負ふことあるに止まるといふ判旨の結論を維持し得べきことになる。本判決は債権の取立の爲めにする譲渡に於ては常に債権の移轉を生ずるやうに説いて居る。従來の態度を改めたのであらうか。何れにしても、説く所は甚しく粗雑であると評されても止むを得ない。——なほ判旨にB X間の免除行爲が相通謀してAに損害を加ふる目的をもつて爲された場合には公序良俗に反する行爲として無効だといふことは、固より正當であらう。然し、A (Y) から免除行爲の無効を主張する爲めには、單にB X間の免除契約（免除が契約によつて爲され得ることは疑り（九四條））、敢へてAに損害を加ふる意思をも必要とするものではあるまい。

四 判旨第二點は正當である。債権譲渡に對する債務者の承認が公信力を持つが爲めには（四六八條一項）譲受人が譲渡を受くる際にその承認がその意思決定の基礎となることを要するのだが、本件の如き場合にこれを認め得ないのは當然であらう。

五 序に、判例に所謂債権取立権能のみの譲渡といふ觀念に對してはこれを否定する學説がある（中島論叢一八卷昭和二年判）。私はこれに従はない（前掲昭和二年判決の私の評釋参照）。然し、かかる權能のみの譲渡の效力を無條件に認むることは債務者に不測の災を蒙らしむる虞あることは否定し得ない。例へばAからBがこの權能のみを譲受けて、更にこれをCに譲渡し、Cの請求に應じて債務者が辨済した場合を考へて見る。B C間の右の譲渡は無効とすることが判例なのだから（前掲昭和二年判決）、債務者の辨済も亦無効とならざるを得ない。前掲昭和二年の判決は、債務者がそのB C間の



譲渡の無効を主張したのだから問題はなかつたが、この理論は債務者がCに支拂つて後にAがBC間の譲渡の無効を主張することをも認めねばならぬことになるであらう(準占有者への辨済(四七八)條)による救済は暫く措く)。これ等の點を考慮すると、債権取立の権能の授與は、單に債権譲渡の通知のみではこれをもつて債務者に對抗し得ず、ただその取立権能のみの授與なる旨の通知を爲した場合にのみこれをもつて債務者に對抗し得るものと解すべきものではあるまいか。若し然りとすれば、本件に於ては、AB間の所謂債権譲渡が取立権能のみの授與であると解しても、債務者Xに對してその旨の通知をしたのではないと見えるから、Xは普通の譲渡なる旨の主張を爲し得ることになり、本判決の結論は、この點から維持し得ることになる。私はいまかかる疑問を持つて居るのだが、その詳細は他日に譲ることにする。

(我 妻 榮)

一一三 民訴法第六五六條第二項の競賣手續取消決定に對しては即時抗告を申立うる

民訴法五四四條・五五八條・六五六條二項

昭和九年八月一〇日民二部決定(昭八(ク)一五〇一號、不動産強制競賣事)民集一三卷一八號一六一〇頁

〔事實〕 抗告人Xは花巻區裁判所の民訴六五六條二項による競賣手續取消の決定に對し即時抗告をなしたところ、原裁判所はかかる決定に對しては民訴五四四條に基く異議を申立つべきものと解し、Yの即時抗告の申立を却下した。この却下決定に對し再抗告したのが本件である。Xは民訴五四四條の適用なきことを主張し、その理由として、第一には、花巻區裁判所が民訴六五六條によりてなした手續には手續法規上何等違法がなく、唯「實體法規上差押債權者ノ債權ニ先立ツ不動産上ノ債權タラザルモノヲ實體法規ヲ誤解シタル爲差押債權者ノ債權ニ先立ツモノナリト認定シタル違法アルノミ」であつて、即ち實體法規上の違法であ

るから、手續法規の違背を前提とする民訴五四四條の適用はないといひ、第二には、民訴六五六條二項の決定に因り競賣手續は終了するから民訴五四四條の異議の申立を許す餘地がなく、従つて民訴五五八條の即時抗告以外に不服申立の途がない、と述べたのであつた。大審院はこれを容れて原決定を取消し事件を原裁判所に差戻した。

〔判旨〕 「民事訴訟法六五六條二項ノ規定ニ依ル競賣手續取消ノ決定ハ執行手續ヲ終了セシムル裁判ニシテ執行ノ方法ニ關スル裁判ニ非ズ。從テ該決定ニ對シテハ執行方法ニ關スル異議申立ヲ許スベキニ非ズシテ直チニ民事訴訟法五五八條ニ基キ即時抗告ヲ爲シウベキモノト解スルヲ相當トス。」

〔評釋〕 判旨の結論に賛成である。それは第一には、民訴五四四條は執行裁判所が裁判の形式を以てなす一切の行爲には適用がないといふ見解(判例民事法昭和六年度一二事件(菊井)に賛成する立場を採る關係にもとづく。しかし、從來の判例理論の示す如く、執行裁判所の執行行爲と雖も、不服申立人の審訊を経ずしてなされたるときは、これに對し先づ民訴五四四條により異議を申立つべきものと解するならば、判旨の如く、民訴六五六條の競賣手續取消決定に對し即時抗告を申立うると解するには、先づそれが民訴五四四條の適用を受けざる所以を明かにせねばならぬことは言ふまでもない。これがため、抗告論旨の如く、この競賣手續取消決定により手續が即時に終了するから、手續の存続中に限り申立うる民訴五四四條の異議を認める餘地はないと、論ずることは、元來手續が即時に終了するか否かが、競賣手續取消決定に不服申立を許さざるか否かに繋る以上、かかる決定に對し不服申立の餘地なき特殊の事情の存することを論證して、はじめて是認せられるであらう。同時に斯る手續の即時且つ確定的終了を認め論法は、兩刃の劍の如く、即時抗告可能論をも、殺す虞があるのではないか。



判旨は、嘗て、任意競賣に關してではあるが、同種の案件に關し、競賣裁判所のなした競賣手續取消決定に對しては先づ異議を申立すべきものとした決定(大審昭六・一一・三〇決)とは反對に、競賣手續取消決定は執行の方法に關する裁判でないことを理由とし民訴五四四條の適用を排し、民訴五五八條により即時抗告をなすべきものと認められたのであつた。そして競賣手續取消決定が執行の方法に關する裁判に屬しないことを説明して、それが「執行手續ヲ終了セシムル裁判」である點を指摘した。このことは競賣手續取消決定が手續の終了を内容とする裁判である點で、手續の開始續行を前提とする執行行為と性質上區別せらるるといふ意味をもつもので、この裁判により即時に手續の終了を來すと見たのではあるまい事は、判旨が即時抗告を認める事によりても推測せられるのである。

しかし、かかる區別(賛成吉川・民商一卷三號一五五頁、尙同氏は民訴五五八條が執行の迅速の要請に即應した原則的規定正當だと)が正しいか否かについては若干の疑問なきを得ない。手續の適正なる進行を圖るために民訴五四四條の是正手段が與へられてゐる以上、手續の不當なる終了の如き、手續の適正なる進行を妨ぐる最大の事由の存する場合には一層強き事由を以て民訴五四四條の適用を認むべきであらう。これを拒否するときとは、民訴五四四條をかかる情況に於ては是正力の不適正なる手段であると認めざる以上、理由がない。しかも是正力自體には何等變化の認むべきものがないと見るべきものであるから、かかる區別は意味がない。故に從來の判例理論の結果を推し進めれば競賣取消決定にも民訴五四四條の異議を申立つべきものと解すべきであらう。しかし競賣手續取消決定に民訴五四四條の適用を認めることは、強制執行の迅速なる終了が不能となる外、その終了期の明確を期することが出來ないといふ致命的な缺陷を包藏する。ここにも即時抗告説を認めることを可とする實際的事由が見出される。判

旨が競賣手續取消決定に對しては即時抗告を認める立場を採つたといふこともこの邊の事情に影響せられたためではなからうか。もとより最初に述べた如くこの結論には異議はないが、この立場は更に一般的に執行裁判所の執行行為たる裁判と通常稱せらるるものにも及ぼさるべきものではないかと思ふのである。(菊井維大)

#### 一一四 經界確定の訴と取得時効

裁構法一四條

昭和九年八月一〇日民五部判決(昭九(オ)七一號、)民集一三卷一九號一六一七頁

〔事實〕 X(原告・控訴人・附帶被控訴人・被上告人・附帶上告人)は、其の所有地がY(被告・被控訴人・附帶控訴人・上告人・附帶被上告人)の所有地と隣接し、其の間の經界に争ありとして、本訴に依り經界の確定を求めた。XとYとは互に自己に有利な經界線を主張したが、Yは假令當初の經界線はXの主張通りのものであつたとしても、自己の主張通りの經界線迄は既に滿二十年以上の占有に因り時効で取得して居るから、現在では自己の主張する經界線が正當であると争つた。控訴裁判所は、X、Yの主張する經界線の間、經界線を定める旨の判決を爲し、且Yの取得時効の主張に對しては本件は經界のみの確定を求める訴訟であるから、取得時効の主張を斟酌する餘地なきものと判示した。Yは取得時効の主張の排斥したのを違法として上告し、Xも亦經界線の認定に理由の不備ありとして附帶上告をした。

〔判旨〕 破毀差戻。「他人ノ所有ニ屬スル一筆ノ土地ノ一部ト雖、取得時効ニヨリ之ガ所有權ヲ取得シ得ルガ故ニ、若シ上告人ノ取得時効ニ關スル主張事實ニシテ眞ニ存在セルモノトセンカ、從來被上告人ノ所有ニ屬シタル……番地ノ一部ハ取得時効ニ因リ上告人ノ所有ニ歸シタル結果、兩所有權ノ接觸部分即チ境界線ハ從前ノ線ト異ル場所ニ移動シタルモノト云ハザル可カラズ。從ヒテ原判決主文表示ノ經界線ハ恰モ上告人所有地内ニ存スルガ如キ奇觀ヲ呈スルニ至リ、所謂不動産ノ經界ノミニ關



スル訴訟判決トシテ違法ノモノタルコト洵ニ明白ナリトス。何トナレバ、裁判所構成法第一四條第二號ニ所謂不動産ノ經界ノミニ關スル訴訟トハ、所有者ヲ異ニスル土地ガ相隣接セル場合ニ、其ノ一方ノ所有者ヨリ他方ヲ被告トシテ兩所有地ノ接觸部分即チ經界ヲ確定ヲ求ムル訴訟ヲ云ヘルモノナレバ、該訴訟ヲ受ケタル裁判所モ亦專ラ原告ノ所有地ト被告ノ所有地ト相接觸セル地點ヲ闡明シ、以テ之ガ經界ヲ確定スベキヤ殆ド論ヲ俟タザル所ナレバナリ。」

〔評釋〕 判旨に異見を有する。經界確定の訴は相隣の土地間の經界が事實上不明な結果争ある場合に、裁判を以て之を劃定せんことを求めるものである。其の際裁判所は通常の訴訟の如く法規を適用して原告の請求の當否を法律的に判斷確定するのではなく、必ずしも原告の主張に拘束されず専ら具體的事情を斟酌し、衡平の見地からの裁量で經界線を設定するのである。之此の訴が性質上非訟事件に屬する形成訴訟であると云はれる所以である。勿論兩地の所有者が最も密接な利害關係人として當事者となるが、本訴は雙方の土地所有權の範圍の確認を目的とするのではない。故に當事者適格の關係以外は所有權の歸屬範圍の如きは斟酌する必要なく、本件で問題となつた取得時效の抗辯の當否も兩地の經界確定には無關係と云はねばならない。蓋しAが隣地の一部を時効に因り取得しても、其の所有地たる何番地何號の甲地がこれだけ膨み、反面隣地たる何番地何號の乙地が凹むこととなる譯ではないのは當然で、判旨が時効取得に因り經界線が動く論するのこそ經界確定の本質と相容れぬこととなる。又時効取得は一定地域を時効期間繼續して占有したことに基く法律效果で、之を肯定するか否かは、最早裁量に基き經界を設定する問題ではない。随つて本件で取得時効の抗辯を無視して經界を定めた原審判決の方が正當であり、Yに於て時効取得に基き經界を越えて所有權を主張せんとすれば、別に（或は反訴に依り）之に付て所有權の確認を求むべ

きである。尤も裁判所は他に經界を定むる基礎となるべき充分の資料が見當らない場合に、從來の相當長日月に亘つた雙方の占有状態に基き、經界そのものを定めるのが適當と認めれば、之を爲し得るが、之は時効取得に因る經界線の變更を認めることは別問題である。尙本件では當事者の一方の控訴上告に對し相手方が附帶上訴を爲して居るが、本訴の性質上不利益變更禁止も認められぬから（當事者の法律的主張の當否の確定を目的としなから、控訴審が不利益に變更し）、附帶上訴は本來無意義といふべきである。

（兼 子 一）

### 一一五 子の爲の親族會招集の決定と實母の抗告

民法九四四條、非訟法九六條・二〇條

昭和九年八月三日民一部決定（昭九（ク）一〇〇一號）民集一三卷一九號一六三一頁

〔事實〕 Aは昭和八年六月四日父甲の死亡により家督相續をなした所、同年六月二日死亡したので、その指定家督相續人たる妹Bが家督を相續した。A・B兩名は父甲の前妻X（本件抗告人）の實子であり、Xは昭和四年一〇月に甲と協議上の離婚をなし、その際にBと共に甲家を去り、爾來愛知縣丹羽郡犬山町に居を移して居た。一方甲はその後Cを後妻としてめとり、從つてCはBの繼母となり、Bが未成年者である爲に親權監督人を選定するの要を生じたので、管轄區裁判所たる名古屋區裁判所に親族會員の選任を申請し、同裁判所は三名の親族會員を選定した。そこでXよりBは未だ名古屋市に居住した事なく、現に犬山町にあるのだから、Bの住所は犬山町にあり、從つて此の者の爲にする親族會選定の申請を爲すべき裁判所は犬山町を管轄する一宮區裁判所でなければならず、名古屋區裁判所の爲した招集決定は不適法なりとして、名古屋地方裁判所に抗告を提起した。之に對して名古屋地方裁判所はXは非訟法二〇條一項に謂ふ「權利ヲ害セラレタル者」に該當しないと認めて抗告を棄却したので、大審院に再抗告した事件である。



〔判旨〕 抗告を認めて破毀差戻。「案ズルニ抗告人ノ主張ニ依レバ抗告人ハ未成年者戸主Bノ實母トシテ同人ト同棲シ致養ノ任ニ當リ居リシ者ナルトコロ、CハBノ繼母トシテ親權監督人選任ノ爲親族會選任招集方ヲ名古屋區裁判所ニ申請シ、同裁判所ハD外二名ヲ其ノ親族會員ニ選定招集ノ決定ヲ爲シタルモ、Bノ住所ハ愛知縣丹羽郡犬山町……ニ在ルヲ以テ、名古屋區裁判所ハ事件ニ付管轄權ヲ有セズ。從テCガ同裁判所ニ爲シタル右申請ハ勿論該申請ニ基キ爲サレシ決定モ亦違法ナルニヨリ之ガ取消ヲ求ムル爲メ抗告ニ及ビタリト云フニ在リ。果シテ然ラバXハBノ實母トシテ民法九四四條ノ規定ニ基キ同人ノ爲親族會員ノ選定招集ヲ管轄權アル裁判所ニ申請シ、之ガ裁判ヲ受クル權利ヲ有スルモノナルヲ以テ、若シ他人ヨリ其ノ選定招集ニ付テノ申請ガ管轄權ナキ裁判所ニ爲サレ、夫レニ由リテ裁判ガ爲サレタリトセバ抗告人ハ敍上權利ヲ害サレタリト云ヒ得ザルニ非ザルノミナラズ、若シ管轄權アル裁判所ニ依リテ正式ニ裁判ガ爲サルルニ於テハ當該裁判所ハ更ニ適切ナル資料ニ基キテ別異ノ内容ノ裁判ヲ爲スニ至ルヤモ計リ難ク、斯ル場合ニハXガBノ爲ニ計リテ萬全ヲ期セントスル權利利益ハ實質的ニモ阻害セラルル虞ナシトセザルニヨリ、結局Xハ非訟事件手續法第二〇條ニ依リ敍上名古屋區裁判所ノ決定ニ對シテ抗告ノ申立テヲ爲シ得ベキモノナリト云ハザルベカラズ。」

〔評釋〕 本件に就いては長沼氏の詳細な批評(民商一卷)があるから、此處では簡單に述べる。問題は二つある。第一は果して名古屋區裁判所が管轄權を有せざるか否か。第二は若し有せずとすれば、Xは之に對して抗告をなし得るや。

一 第一の點は前提的問題であるが、之が肯定に解せられれば第二は問題とならぬのであるから、少くも管轄權を有せざる事の可能性が無ければ判旨は無意味となる。故に判旨が其の可能性を認めて居る事は疑の餘地が無い。然らば此の可能性の根據は如何。非訟法九六條によると無能力者の爲に設くべき親族會に關する事件は其の者の住所

地の區裁判所が管轄權を有するとの規定がある。そこで本件ではBの住所は名古屋市に非ずして犬山町にあると謂ふ可能性がなければ判旨の結論は導かれぬ事となる。所で從來の大審院の見解では住所意思説に據つて居るのであるから(昭二・五・四・民二一九頁)、其を本件に適用すれば結局Bの住所は親權者たる繼母Cの意思によつて定まる筈であり、從つてCが名古屋區裁判所に申請を爲した以上は、名古屋市を以て住所となすべき意思ありと認むべきである。然るに判旨は此と反對の結果を認める前提を肯定して居る。其は理論的には住所の所謂客觀説を肯定する傾向を表すものと謂ふべきであらう。長沼氏の評される如く(長沼前掲)此の決定が直ちに意思説より客觀説への轉回だと云ふのは、行過ぎであるにしても、少くも其の可能性を肯認したものととして、客觀説への接近を一步進めた判決だと云ふ事は言へるであらう。住所が何によつて定まるかは意思のみを基準とすべきものではなく、具體的事情により決定すべきものである事は當然であり(從つて特に客觀説と稱するものも狭きに失しよう)、判旨が其への接近の態度を示して居る事は喜ばしい。

二 第二にBの實母Xが抗告權者たるか否かに就いて考察しよう。判旨は之を肯定したが、其の理由は判旨と結論は逆である原決定と等しく實質的なものである。即ちXは實母として自己の實子の爲に親族會員選定の申請權を有するのであるが(民法九四四條)、他人が管轄權なき裁判所に申請を爲した事により、「敍上權利ヲ害サレタリト云ヒ得ザルニ非」ざる上、自己が適法なる申請をすれば實子の爲より有利な措置を講じ得たかも知れず、其の點でも實質的權利利益が阻害せられて居る可能性があると云ふのである。固より窮極に於いて本件に關する限り判旨の理由が正しい事は之を否定するわけではないが、理論的には本件の專案として此の理由によるの必要ありやが疑はれて良い



(長沼前掲六)一體裁判といふものは一定の法律上の形式を具へた實體的處分である事疑が無い。かゝる場合その形式の本質的要素に法律違背ある場合に於いて、其の裁判としての存立が否定される事は當然でなければならぬ。而してかかる形式を確保する目的は窮極的には實體的正義の實現にある事固より疑を容れない。しかし訴訟法に於いてはかゝる本質的手續違背は常に實體的正義を破る可能性あるものとして(固より他方では裁判の威厳を保つと云ふ)、内容の當否に立入る事なくして之を争ふ事を許して居るのであつて、專屬管轄違背が常に上訴の理由となるのは之に基く(兼子・民訴概)然らば本件に於いてもXの抗告は唯管轄違背を理由としてのみ之を許すべきものであつて、其以上實質的な理由を附する事は蛇足でなければならぬ。否若し判旨にして管轄違背だけでは之を許さず外に實質的に權利侵害を要求するものであるとするならば之は不當だと云はねばならぬ。

尤も民訴の場合と異つて非訟事件では對立する當事者なるものが存在しない爲に、右の手續違背を争ふ權利は何人によりやが問題として残る。此の場合非訟法二〇條が此の決定の基準となるべきものか就いては私は根本的に疑を持ち、むしろ此の條文は實質的不當の裁判に對する場合の規定だと解し度いのであるが、判旨の如く之を根據とするにしても、解釋上自ら手續違背については異なる取扱を爲すべきものと考へる。即ち第二〇條は非訟事件の裁判に關して抗告を爲し得べきもの、範圍を限つた規定である(中島非訟事件手)が、之は民訴と異り當事者なるものが限定されて居ない爲に、抗告を爲し得る者を一定範圍に限る必要を生じ、其の基準として「權利ヲ害セラレタリトスル者」なる語を用ひたのである。しかし既述の如く抗告の理由には形式上のものと實體上のものと二があるのであるから、右の表現も此に照し合はせて決定する必要がある。實體の場合には文字通り裁判によつて權利を

侵害された者と解して良いが、形式的の場合には其の抗告を許す目的から云へば之と同一には解し難い。むしろ正當な裁判の爲される事に利害關係を有する凡ての者に一率に之を許すべきものである。而して本件の場合正當な裁判の爲される事に直接利害關係を有するものは民法九四四條所定の申請權者の全部である事は、法律が此等の者に限つて裁判申請のインシアティブを與へた事からも明白であると思ふ。従つて私は形式的理由に基く非訟事件の裁判に對する抗告は法定の利害關係人の凡てが之を爲し得るのであり、其の意味に於いて此の場合等は凡てが「權利ヲ害セラレタリトスル者」と解釋してよいと考へるのである。

以上により結論として判旨と同一に歸するけれども、其の理由はかなり異なるのであつて、判旨の如き行方では原決定の如く全然逆な結論にも到達し得るが故に、ある場合には全く結論を異にする可能性ある事を注意しなければならぬ。

(野田良之)

### 一一六 抵當債權の讓渡と相殺要件

民法四六七條・一七七條

昭和九年九月一〇日民一部判決(昭九(オ)三五二號、抵當債)民集一三卷一九號一六三六頁

〔事實〕(1)訴外A銀行はX(原告・被控訴人・被告)に對し、抵當權を有してゐたが、同銀行は昭和八年四月一日これを債權とともにY(被告・控訴人・原告)に讓渡し、同年五月三日その旨の移轉登記を完了した。

(2)Xは同年四月二八日(は證據上四月一八日又はその以前だといふ)は證據上四月一八日又はその以前だといふ)訴外BからBのA銀行に對して有する特別當座預金千八百餘圓の返還請求權を讓受け、即日BはA銀行に對して債權讓渡の通知を發した。



(3)そこで、Xは本訴において、Aに對する債權とAに對して負擔せし債務とを對當額において相殺し、且相殺によつて抵當權は消滅したことを理由として抵當權の抹消を求めたのである。

(4)一、二審ともにXが勝訴したので、Yは相殺の日時及び相手方が判然としてゐないといふ理由で上告した。  
〔判旨〕 上告理由とは異なる理由で破毀差戻。

〔縱令抵當權ノ移轉登記ハ同年五月三日ニ至リ爲サルモ該抵當權ニ依リ擔保セラルル債權自體ハ既ニ其ノ前讓渡セラレ且對抗要件モ具備セラレテA銀行ハ最早債權者タル地位ヲ有セザルニ至リシモノナレバ其ノ後ニ於テXガ同銀行ニ請求シ得ベキ訴外者ノ債權ヲ取得スルモ其ノ債權ヲ以テシテハYノ有スル債權ト相殺スルニ由ナキヤ明ナリトス。何トナレバ右ノ場合ニハ相殺ノ要件タル債權者ノ對立ヲ缺如スルヲ以テナリ。〕

〔評釋〕 判旨正當。抵當權は債權に從屬し債權と共に移轉するが、わが民法上對抗要件は債權については通知、抵當權については登記であつて兩者それぞれ異つてゐる。従つて、債務者は債權讓渡の通知をうけた後讓渡人に對する債權をもつて相殺をなしえざること當然である。かくのごとく、債權の對抗要件と抵當權の對抗要件とを別々にする時は、抵當債權者甲が債權を乙に讓渡して債務者にこれを通知したる後、丙が抵當權の登記を信じて甲より抵當權の移轉登記を受くるも丙は抵當權者となりえざるがごとき結果を生ずる。しかし、かかる結果は登記簿に公信力をみとめない以上已むをえない。

本件については民商法雜誌昭和九年六三六頁に安田氏の詳細な評釋(判旨に賛成)がある。

(山田 晟)

### 一一七 招集權無き者が招集した親族會の決議は有效なりや

民法九四四條・九四九條

昭和九年九月一〇日民一部判決(昭九(オ)四〇二號、親族會決議無効確認請求事件)民集一三卷一九號一六四三頁

〔事實〕 被告X(原告・被控訴人)は未成年者訴外A・B兩名の後見人であり、原告等Y<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>・Y<sub>3</sub>(被告)は其の親族會員であつたが、後見監督人が死亡したに不拘Xは後見監督人の選任の爲の親族會招集を怠つて居たので、之を免黜する爲、前記A・Bの實兄にして、A等の家の戸主Cの後見人たる訴外Dの招集によつて親族會員中Y<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>の兩名のみD家に參集の上Xの免黜を決議すると共に、右DをA・B兩名の後見人に選任する旨の決議をなした。而して親族會員中Y<sub>3</sub>には招集の通知すらなかつた。そこでXより右Y<sub>1</sub>等三名を相手どつて右親族會決議の無効確認を請求する爲本訴を提起した。第一案第二審共にXの請求を容れY<sub>1</sub>等のなした決議を無効と認めたのであるが、原審の理由とする所はDは民法九四九條所定の招集權者ではなく、従つてかかる招集權なき者の招集によつて參集した親族會員の會合は未だ以て親族會と云ふを得ないと云ふにある。之に對する上告は次の二點を理由とする。

(1) 原審はDが民法九四九條の招集權者中に入らずとするも、同條は例示的に招集權者を掲擧せるものにすぎず、民法九四四條の招集請求權者たる戸主も亦之に入ると解すべきである。何者Dは戸主Cの戸主權を代行するものであり、戸主が招集權を有しないとすれば家族に對して監督權を行使し得ぬ。

(2) 假にDは招集權者に非ずとするも、親族會員の過半数が集つて決議をなした以上は、手續に瑕疵あるも當然無効には非ずして、單に民法九五一條によつて不服を申立て得るにすぎない。

〔判旨〕 上告を認めず棄却。

一 「按ズルニ未成年者ノ爲メニ設ケラレタル親族會ハ時々招集ノ必要ヲ生ズルコトアルヲ以テ、其ノ都度裁判所ガ親族會員ヲ選定招集スルハ其ノ煩ニ堪ヘザルガ故ニ民法第九百四十九條ハ其ノ便宜ヲ圖ルガ爲メ未成年者ガ成年ニ達スル迄繼續シテ親族會員タル資格ヲ保有セシメ、之ガ招集ノ如キモ裁判所ガ之ニ關與スルコトナク同條所定ノ者ノミヲシテ其ノ必要ニ應ジ招



集ヲ爲サシメタルモノニシテ、同條所定以外ノ者ハ之ガ招集ノ權利ヲ有セザルモノト解スルヲ妥當トス。蓋親族會ハ原則トシテ民法第九百四十四條所定ノ者ノ申請ニ依リ裁判所ガ之ヲ招集スル權限ヲ有シ、唯無能力者ノ爲メニ設ケラレタル親族會ノミニ付テハ例外トシテ同第九百四十九條列舉ノ者ニ招集權ヲ附與シタルニ過ギザルヲ以テ、若シ右以外ノ者ニ招集權アリトセバ、同條ガ特ニ之ヲ列舉シタル法意ヲ没却スルニ至ルベケレバナリ。」

二 「然ラバ民法第九百四十九條ニ所謂無能力者ノ爲メニ設ケタル親族會ハ同條ニ列舉セラレタル者ガ招集シタル場合ニ於テ初メテ其ノ招集アリト云ヒ得ベク、然ラザル者ガ之ヲ招集スルモ同條ニ規定シタル招集アリト謂フヲ得ズ。故ニ偶々會員ノ全部ガ出席シテ異議ナク親族會ヲ開キ決議ヲ爲シタル場合ハ格別、然ラザル限り縱令過半数ノ親族會員ガ參集シ決議ヲ爲シタリトスルモ斯ノ如キ會合ハ親族會トシテ成立セズ、其ノ決議ハ親族會ノ決議ナリト云フヲ得ズ、當然無効ノモノニシテ之ガ無効ヲ主張スルニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者ハ何時ニテモ無効ノ確認ヲ訴求シ得ルモノト謂ハザル可カラズ。」故に原審ガ之を無効と判示したのは相當。

〔評釋〕 本件に關しては既に中川氏（親族相續判例總評二卷四〇頁）及び福島氏（民商一卷四號九五頁）の贊成評釋がある。

一 判旨一については理論的根據に多少不十分な點があると思ふが、結論として贊成である。判旨は九四九條が例外的規定である事から之を制限的列舉と解して居るが、其文けでは未だ解釋論として不十分である。原則として裁判所のみ招集の權限があり、九四九條は無能力者の爲にする親族會に限つて、一定の者に例外的に招集權を附與したと云ふ點は正に判旨の説く如くであるが、問題はその一定の者と云ふ中に戸主が入るかどうかと云ふ事であるのであつて、其を定める爲には實質的な是非の根據を擧げる事が必要である。若し戸主をして無能力者の爲の親族會を招集せしむべき合理的根據があり、招集權を附與すべき資格に於て九四九條所定の者に比し優劣なしと云ふ

事になれば、解釋論として戸主も亦同條所定の招集權者に入ると謂ひ得べき餘地は尙殘るからである。しかし元來民法の親族會と云ふものは個人本位の立前を取つて居り、家族制度的な考方に立脚して居るのではない（長沼氏・民八五頁）。民法九四九條も亦此の立前の下に、單に無能力者の保護に直接干與する者のみに招集權を附與するを以て充分なりと考へたのであつて、直接無能力者保護を任とせざる戸主が之に加へられて居ない事は立法の不備とは云得ないのである。事實上も無能力者自身が戸主たる場合に多く親族會の必要を見るのであり、戸主に招集權なき事は無能力者保護の目的に背馳するとは謂難い。かくの如く戸主に招集權を附與すべき積極的理由の存せざる以上は、判旨の説く如く同條に列舉せられた者の中には戸主は含まれないと見る外はあるまい。

二 然らば判旨二については如何。此の點に關しても論理上は判旨を以て正當と評すべきである。親族會は招集なき限り成立しないのであり（此の點の詳細に關しては前掲福島氏評釋參照）、招集權なき者の招集が法律上招集としての效力なきは固より當然であるから、結局親族會は不成立と云ふ事になり、その決議の如きに至つては法律上親族會決議としての效力を具有し得ざるや勿論だからである。但し此處で二つの判例が想起せられねばならない（中川氏前掲は此二つの判例より見て本件の解決に實質的な疑問を投）。一つは本件判旨も留保として掲げて居る點を説いた昭和七年十一月二十九日の大判（判民昭和七年度一六九事件福井氏評釋）であり、他は明治四一年四月三〇日の大判（民錄一四輯五〇六頁）である。前者は適法の招集なかりしに不拘全會員残りなく出席して手續に異議なく開會決議した親族會決議を招集ありし場合と同一視して之を有效と認めたもの、後者は一部會員に招集の通知がなかつた場合、決議を當然無効とせず、不服を訴へ得るにすぎずとしたものである。此の前者から何等かの實質的根據ある限り必ずしも招集なくも結果に於て之と同一視し得べしとの結論を得るので



あり、後者からは會員全部に出席の可能性の與へられて居ない場合でも、此は單に手續上の瑕疵として取消し得べきにすぎずとの結論を得る。然らば會員の過半数が出席した場合之に招集ありしと同一の効果を認め得べき實質的根據は無いであらうか。固より過半数にしか開會の事實が知られて居なかつた以上取消され得るものなる事は前掲後者の結論より當然である。於是何故昭和七年の判例が招集なきに不拘之を招集ありしと同一に取扱つたかが問題となる。私は招集を親族會の成立要件となした目的から此を理論附けるべきだと思ふ。招集が親族會の成立要件とせられた實質的理由は會員各自に決議參加の機會を均等に確保せんとした事に存する。従つて各會員につき決議參加の機會が客觀的に確保せられて居た以上は、形式的には招集が無かつた場合も結果に於て之ありし場合と同一視して妨げない。會員全部が出席して異議なく開會した如き場合は正に此に該當する。反之會員の一部について出席の機會が與へられなかつた場合には、假令形式的には招集權者の招集あるも未だ如上の目的を充足したものは謂難い。そこでかくの如き實質的に不完全な招集は單なる手續の瑕疵に留るものであらうか。私は親族會の如き小規模の會議體については各員の議論が其結論に重大な影響を及ぼす事にかんがみ各員の決議參加の機會は嚴格に確保せられねばならず、之を缺く事は單なる手續の瑕疵として一ヶ月の期間にて治愈せられるとなす事は適當ではないと考へる。従つてかかる招集は目的論的に考へれば招集としての效力無く、親族會を成立せしめ得ないとするのが正當ではあるまいか。況んや招集權者の招集なかりし場合には完全な招集ありしと同一の効果を認むるを得ざるは勿論である。尤も瑕疵ある招集ありしものと實質的に異なる所なきが故に之を同一視するとする議論も立得るが、敘上の理由より親族會としては結局不成立と認むるのが至當に思はれる。私は明治四一年の判例には首肯し難い點が

あるのであつて、假令一應此の判例の結論を是認するとしても、本件の場合には全然招集權者の招集なき以上、前者の類推を許さずと考へるのが穩當だと思ふ。此の意味で判旨に賛成する。

(野田良之)

**一一八 擔保目的でなされた恩給受領委任の效力——委任自體は有効で債務完済まで解除せざる旨の特約のみ無効——委任解除によつて受任者の恩給證書返還債務を生ずる**

恩給法一一條、民法六四六條

昭和九年九月一二日民三部判決(昭九(オ)一〇一九號、恩給證書竝(金鷄勳章年金證書返還請求事件)民集一三卷一九號一六五九頁)

〔事實〕 Xは海軍恩給證書と海軍金鷄勳章年金證書とを「恩給受領委任」の形で擔保に入れてYから金を借りたが、後に至つて右の委任を解除し恩給證書の返還を請求するのが本訴である。上告審で問題となつたのは、Yが本訴當時には右證書を所有せず既にXに對する債權を訴外人Aに譲渡すると共にこれをAに引渡してゐる、而して本件「委任」は事實上は擔保に供せられたものなる故に當該委任ハ形式ニシテ眞實ニアラザルガ故ニ無効であり、その解除に基く返還請求權は存在せず、又物權的請求權については現在の占有者たるYに被告適格なし、といふYの抗辯的主張についてである。原審は、恩給擔保は不可なるも受領委任自體は無効ではない、Xはこれを解除して「原狀回復即ち」證書の返還を請求するものなる故、Yが證書を現在占有してゐないといふことはXの請求を拒否する理由にならぬ、としてYを敗かした。Yは上告して、(1)右の主張に加へて更に、擔保のために恩給受領委任は脱法行爲として委任全部無効であると主張して、三箇の判例(昭和六(オ)一八九八號昭和七・五・二、昭和六(オ)三四・二)を援用し、又(2)民五六二條・六二〇條により委任解除は遡及效を生じないものとされてゐるのに、原審が本件の請求を解除に基く原狀回復なりといふのは不當である、と主張した。

〔判旨〕 棄却。



(1) 「然レドモ被告上告人(X)ハ原審ニ於テ、恩給金ヲ被告上告人ニ代リテ受領スベキコトヲ被告上告人(Y)ニ委任シ其ノ受領ニ必要ナル本件恩給證書ヲ同人ニ交付シタル事實ヲ、主張シタルモノニシテ、右ノ委任ガ形式ニ止マリ眞實ノ委任ニ非ザル旨主張シタルモノニ非ザルコト記録上明白ナリ。而シテ斯ル委任ヲ解除セザル旨ノ特約ハ無効ナルモ之ガ爲メ委任ハ無効トナルコトナキモノト解スルヲ相當トシ、論旨採用ノ第一、第二ノ判例ハ明カニ右ト同趣旨ニ出デタルモノナリ。只第三ノ判例ハ此ノ點ノ説明簡略ニシテ一見右ト反對ナルガ如キモ、能ク之ヲ熟讀吟味スレバ其ノ本旨ハ結局右ト同一ニ歸スルモノト解スルヲ相當トスルガ故ニ、原審ガ所論ノ如ク判示シテ被告上告人ノ抗辯ヲ排斥シタルハ違法ニ非ズ。」

(2) 「然レドモ被告上告人(X)ガ眞實委任ノ事實ヲ主張シタルコト既ニ前點ニ對シテ説明シタルガ如クニシテ、本件恩給證書ガ其ノ委任ノ爲メニ授受セラレタルモノナルコトハ原審ノ確定セル所ナリ。而シテ凡ソ委任契約ノ解除ハ將來ニ向テノミ效力ヲ生ズルモノナルコト洵ニ所論ノ如クナリト雖、恩給金受領ノ委任事務履行ノ必要上委任者ヨリ受任者ニ交付シタル恩給證書ノ如キハ、委任解除ノ場合ニ於テモ受任者ヨリ殘務ノ履行トシテモ之ヲ返還スベキモノニシテ其ノ返還義務ハ畢竟契約上ノ義務タルヲ失ハズ。乃チ當事者ハ委任契約終了ノ上ハ之ヲ返還スベキコトヲモ契約ノ内容トセルモノト解スルヲ相當トス。サレバ原審ガ委任契約解除ノ結果被告上告人ハ原狀回復義務ノ履行トシテ本件恩給證書ヲ返還スベキ義務アルモノト爲シタルハ用語妥當ナラズト雖、原審ハ畢竟右契約上ノ返還義務ヲ捉ヘテ原狀回復ノ義務ト稱シタルモノニ外ナラザルコト原判文ヲ通讀シテ之ヲ諒スルニ難カラザルガ故ニ、右返還義務ヲ認メタルハ正當ニシテ所論ノ如キ違法アルモノニ非ズ。」

〔評釋〕 判旨に賛成したい。

一 本件は繰返し裁判所に現はれる所の、擔保に供した恩給證書の返還請求訴訟である。本件では、恩給擔保のための形式たる恩給受領委任が全然無効か、それとも恩給受領委任をして恩給擔保の實をあげしむる鍵となつてゐる不解除特約のみが無効か、といふ點が原告勝敗の岐れ目となつてゐるのである。この問題に關する判例を見てみ

ると、上告人の引用する通り大正四・一二・二の大判(民錄一九)は金鷄勳章年金擔保のための「委任ハ無効ニシテ……」といふ用語を用ゐて居り委任全部の無効を認むるかの如くであるが、兩餘の數多くの大審院判決は盡く不解除特約のみの無効を認めて今日に至つてゐるのであり(大正四・五・一二民錄六八七頁、大正六・一二・一二民錄二八八〇新聞三一九八號、昭和七・三・二五民集四六四頁、昭和七・三・二九民集五一三頁、昭和七・五・一一新開三三九八號、昭和七・六・一七新開三四四八號、この事件の後にも昭和一〇・一〇・一〇新開三八九八號)、右の大正四年の判決は先例としての價値をもつてゐないものと謂はねばならない。判旨が不解除特約のみの無効を判示したのは、大審院としては當然の成行であつた。所がこの判例理論に對しては學者間には反對論が少くない。我が研究会の席上においても反對論が少くなかつたが(判民昭和七年三、九事件評釋參照)、本判決の批評としても末川博士(民商法一卷四、號六五〇頁)は反對を表明して居られるのである。「擔保としての效力が認められないなら金を貸さなかつたであらう」といふ意思解釋と、脱法行爲に全然法律上の存在性を認めないといふ強行法規性の強調、といふ二つの出發點——さうしてそれは從來民法解釋論において基礎的意義を有するものである——に立脚するならば、全部無効といふ結論が引き出されるのは當然である。しかし、判例が一見奇妙且つ技巧的に見えるこの理論構成をとつてゐることに何らかの意義が発見されないであらうか。本件では正にこの判例理論によつてXが救はれてゐるのである。成程かやうな恩給受領委任は脱法行爲として、裁判所がその強行を命ずべからざる性質のものであるとはいへ、この場合の當事者の經濟的強弱を考へると多くの場合には借主たる恩給受領權者を貸主に對して保護する必要が存在するであらう。その間になされた契約は強行法規に違反するが、借主の地位はあたかも七〇八條における「不法ノ原因ガ受益者ニ付テノミ存シタルトキ」に類似する。今、この恩給受領委任を全部的に無効にすると、借主は何等契約法上の特別の保護をう



けず——しかも事實上は借主貸主間は特別契約關係が存するのである——不當利得、不法行為等の一般法上の救済の可能性（常に救済ありとはいひ得ぬであらう）が存するにすぎぬこととなる。判例理論はかゝる借主の地位を當事者の約定による委任關係（それは委任者の受任者に對する信賴を保護する）を以て保護するといふ作用を營むことになる。本件の如きは正にその一事例である。一般法律行為理論からみれば技巧的に見らるる判例理論も、七〇八條但書（八條但書）の精神からみて（恩給擔保は強行法規違反であるがその實質は民法九〇條的のものであることに留意すべきである）合理性を有するものと謂はれ得るものと考へる。本件と全く同一の事實關係について既に大審院は、「其請求が債權的請求ナルコト勿論」であり原判決が既に恩給證書を所持せざる被告に返還義務なしとしたるは「債權關係ニ基ク本訴請求ヲ以テ所有權ニ基キ物ノ占有ヲ回復スル物權的請求ト混同シタルモノ」だとしてゐるのである（大正九・一〇・一）。なほ、金鵝勳章年金については恩給法一條の如き趣旨の規定はないが、判例は、年金の性質上一身專屬的にして讓渡・擔保の客體たる適格なきものとしてゐる（大正六・一二・一）。

二 判旨の第二の點は極めて當然である。偶々原判決が返還請求義務を委任の解除によつて生じた「原狀回復義務」であるといふ不用意な語を用いたので、上告人にあげ足をとられたまでである。勿論告知によつては單に將來に對し契約關係が終止せしめらるるにすぎないが、だからとて契約關係の跡始末としての一種の（廣義の）原狀回復がなされることに不思議はない（貸借物においては貸借物を返還する如き）。たゞ民法が原狀回復の語を契約の適及的消滅について用ひてゐるといふだけである。さうして民法は委任契約終止の場合の跡始末について六四六條以下に規定をおいて居り、殊に六四六條は委任事務を處理するに當つて受任者が受取つた金錢その他の物の返還を規

定して居る。學説はこの「委任事務ヲ處理スルニ當リテ受取リタル」といふのは、委任事務處理のために受任者が委任者より受取つた物を包含すると解して居り（鳩山博士・債權各論六一八頁、末弘博士・債權各論、判例も正面からではないが既に同一結果を認めてゐる（大正三・六・四民錄五五一頁は取引所仲買人に渡した證據金の返還請求に關し、條文を掲げ託して前渡した買入代金の殘額返還請求に）ずして委任終了の効果として請求を認め、又大正七・二・一三民錄二五四頁は農地買入を委託し六四六條を間接的根據として援用する）。恩給證書についても同様に解せられて何の妨げもないはずである。判旨は極めて當然といふべきであるが、六四六條を援用せず、漠然と「殘務ノ履行」と稱するは判決として物足りない。この點は、後に本件と全然同一の問題について、昭和十一年五月二十七日民三部判決（民集九二二）が民法六四六條を理由として恩給證書の返還義務を是認したので、判例法としても實定法上の根據づけは明かとなつてゐる。

本件については末川博士・民商法一卷四號二五八頁、後藤教授・法と經濟三卷四號六八八頁の批評あり。

（川島武宜）

一一九 身元保證——信用保險を附せられたる被用者の爲めに身元保證を爲したる者の責任範圍

民法四四六條・四四七條、昭和八年法律四二號五條

昭和九年九月一三日民一部判決（昭八（オ）一一四一號）民集一三卷一九號一六七五頁

〔事實〕 X會社はAを物品販賣員及集金員として雇入るるに當りY<sub>1</sub>と身元保證契約を締結し、AがXに被らしむべき損害に付き兩名連帯して賠償すべき旨を約せしめた。尙Xは同時にAの被らしむることあるべき損害を填補せしむる目的を以てB保險會社と金額一千圓の信用保險契約を締結しAをして保險料を支拂はしめた。

其後A執務上不正を行ひXに金一千七百五圓五十七錢五厘の損害を被らしめたるにより、Y等に對して其賠償を請求してゐるの



が本件である。

原審(東京控)は、(イ)X A間にAがXに損害を加へたときはXが先づ保険金を受領して損害の填補に充つべき特約成立したることは之を認め難い。(ロ)しかし被用者をして保険料を支拂はしめてゐる以上「使用者ト被用者トノ間ニハ使用者ニ於テ遅滞ナク保険金ヲ受領シテ損害ノ填補ニ充ツベキ旨ノ暗黙ノ合意アリタルモノト推定スベク」、而して損害發生後三年を経たる今日では既に保険金一千圓を受領したるものと推認し得るから、之を控除したる残額七百五圓五十七錢五厘に付いてのみ賠償責任を認めると判示した。

〔判旨〕 一 「使用者ガ被用者ノ信用ニ關シ保險契約ヲ締結シ自ラ其ノ保險料ヲ支拂ハズシテ被用者ヲシテ之ヲ支拂ハシムル場合ニ於テハ、使用者ハ該保險契約ニ因リ損害ヲ填補セラルベキ保險金ヲ被用者ノ出捐ニ因リテ收得スルモノナルヲ以テ、他日保險事故發生シタル場合(中)使用者ト被用者トノ間ニハ先ヅ其ノ保險金ヲ以テ之ガ填補ニ充ツベキ明示若クハ默示ノ契約成立シタルモノト推認スルヲ正當トスベク、從テ被用者ノ身元保證人モ亦保險金ヲ以テ填補セラレタル損害ノ殘額即チ結局ノ責任ニ付キ保證ノ責ニ任ズル趣旨ヲ以テ身元保證ヲ爲シタルモノト推認スベキモノトス」。勿論反對の特約を爲すことは妨げざるも、かゝる特約ありたることの立證責任は使用者之を負擔すべきである。

二 「身元保證人ガ保險金ヲ以テ填補セラルベキ金額ヲ控除シタル殘額ニ付キ責任ヲ負フベキ趣旨即チ第二次的責任ヲ負擔スル趣旨ヲ以テ保證契約ヲ爲セル結果トシテ、(イ)保險者ハ保險事故發生後使用者ニ對シ損害ノ填補ヲ爲スモ其ノ金額ニ付身元保證人ニ求償ヲ爲スコトヲ得ザルベク、(ロ)又縱令保險者ト使用者トハ被用者トノ間ニ於テ保險者ガ第二次的責任ヲ負フベキ旨ヲ約スルモノヲ以テ身元保證人ニ對抗スルコトヲ得ザルモノトス」。

從つて、原審が如上の理と反對に「第二次的責任ヲ負擔スベキ特約アルコトヲ立證スベキ責任」をY等の負擔なりとして、結局かゝる特約の成立を否認し、彼等の責任を第二次的にあらずと解してゐるのは不法である。しかし、結局上記の如き別個の理由に依つて彼等の責任額を金一千圓を控除した殘額に限定して居るから、右不法の故を以て原判決を破毀すべきではない。

い。

〔評釋〕 一 判旨第一點は正當である。使用者が被用者をして信用保險の保險料を支拂はしめてゐる以上、別段の特約なき限り、損害は先づ保險金に依つて填補せられ、使用者は單に其殘額についてのみ賠償を請求し得るものと解するを妥當とする。而して被用者の賠償債務額がかくの如く殘額に局限せらるゝ以上、身元保證人の賠償責任亦其額に局限せらるべきは理の當然であつて、判旨が身元保證人の賠償責任を第二次的と稱してゐるのは蓋しその意に外ならない。

第二審判決に於ては、身元保證人の責任を以て第二次的のものと考ふることなく、彼の責任も保險會社の責任も並立的のものであり、唯既に保險金の支拂あり、從つて其限りに於て損害が事實上填補されてゐるから、身元保證人としては單に殘額に付き責任を負ふに過ぎないと言つてゐるのであるが、本件に於けるが如く被用者をして信用保險の保險料を負擔せしめてゐる以上、別段の特約なき限り、使用者としては初めからかゝる保險付きの人間を雇つたものであり、從つて身元保證人に對しても單に保險金によつて填補せらるべき殘額に付いてのみ請求し得るに過ぎぬと考へるのが妥當である。

二 判旨第二點中(イ)は全くの傍論に過ぎないが、身元保證人の責任を第二次的のものと解する以上、當然の結論と考ふべきである、之に反し(ロ)に付いては理論上尙多少疑問を挟む餘地がある。使用者が一面被用者をして保險料を負擔せしめつゝ、他面保險會社との契約に於て其責任を第二次的のものに過ぎずと約するも、之を以て被用者從つて身元保證人に對抗し得べからざるは判旨の言ふ通りであらう。しかし、若しも被用者と保險者とが特約し



て保険者の責任を第二次的のものとしてゐるならば、彼が保険料を負担したると否とに拘らず、信用保険を理由として損害全額の賠償を拒否することは出来ない譯であり、従つて若しも判旨第一點が言つてゐるやうに被用者本人の責任が残額に限局されるから身元保證人の責任も其結果として残額に局限されると言ふ理論を認めるとすれば、此場合には被用者全額を負担す、従つて身元保證人亦全額を負担せざるべからずと言ふ結論に到達せねばならぬ譯であるが、判旨は此點につき唯漫然と「縦令保険者ト使用者若ハ被用者トノ間ニ於テ保險者ガ第二次的責任ヲ負フベキ旨ヲ約スルモ之ヲ以テ身元保證人ニ對抗スルコトヲ得ザルモノトス」と言つてゐるだけで、自ら其論理の矛盾に氣付いてゐない。たゞしこゝに所謂「對抗スルコトヲ得ザル」云々とは身元保證人が如何なる責任を負ふかとは無關係な事柄であると言ふ意味に過ぎないとすれば別にとがめ立てする程の缺點とも考へられない。何となれば、身元保證人の責任と保險會社の責任とは初めから全く無關係の事柄であり、従つて身元保證人の責任が意思解釋上第二次的即ち保險金額を控除したる残額に限られると言ふことは、使用者乃至被用者と保險者との間に如何なる特約を爲されたかに依つて何等影響を受くべきではないと考へられるからである。

本件に就いては西村氏（民商一卷六五七頁）の評釋がある。

（末弘 殿 太郎）

110 破産管財人を被告として提起する配當金支拂請求の訴は適法——破産管財人は、破産債權者が配當率の通知に基き破産財團より支拂を受くべき債權と同債權者が破産財團に對し

て負擔する債務との相殺をなしうる

破産法二六五條・二六九條、民法五〇五條

昭和九年九月一七日民一部判決（昭九（オ）一二號、破産配當金請求事件）民集一三卷一九號一七〇五頁

〔事實〕 Yは破産者神田銀行の破産管財人、Xは破産債權者である。Yは（イ）六千四百一十九圓九十九錢（ロ）二萬五百圓（ハ）三千五百五十圓といふXの三つの破産債權に對し、それぞれ第一回には三分八厘、第二回には一分の配當率の通知を發した。Xは（ロ）（ハ）の債權については第一回の配當を受けたが、殘餘の配當金合計五百三十圓四十錢の支拂を受けなかつた。Xはその支拂を求め、ため訴を提起した。Yはこれに對し、破産銀行はXの先代に對し千二百九圓七十五錢の貸付があるから、相殺の意思表示をなし、従つてXの債權は消滅した、と主張した。第一審はXの請求を排斥したが、第二審は、「破産管財人が破産財團所屬債權を以て相殺することは原則として許されないが、債權者が無資力で、強制執行をしようと思つても他に財産がないときは、配當額と相殺が出来る。しかし本件ではXが無資力で取立不能又は困難であるといふ事實を認め得ないから、Yの相殺は無効である。而して、破産管財人が配當額の支拂を怠つたときには、破産債權者は訴によつて破産管財人に對しその支拂を求めることが出来る」と解し、Xの請求を認容した。これに對しYが上告したのが本件である。その理由としてYが擧げたのは、（イ）配當金の支拂を求め、るためには破産管財人に對し訴を提起し得ざること、（ロ）破産管財人は破産財團所屬債權と配當金との相殺をなしうることを、二點であつた。先づ（イ）の點についてYは次の如く述べた。曰く、破産管財人は、獨立の國家機關として、破産裁判所の監督の下に、破産財團の管理並配當及び届出債權に對し異議を主張する職責を有するものである。若し破産管財人に職責違反あるときは破産裁判所は直ちに其の監督權を行使するもので、これにより破産管財人の行爲はその合法性を維持し且つその職責に順應しうる。而して、配當手續について述べれば、配當の準備はもとより、配當の實施も破産管財人の專權に屬し、その職責たることは破産法二五六條以下に照し明白である。故に、Xが正當の理由なくして配當額の支拂を受けないときは、明かに、破産管財人が



其の職務の執行に關し法定の義務を履行しない場合に該當するものとして、Xはその旨を破産裁判所に具申し、破一六一條の監督權の發動を促し配當額の拂渡を命ずる裁判を求むべきである。而して破産管財人の配當率の通知は、「コノ通知ヲ受ケタル破産債權者ヲシテ破産管財人ニ對シ配當率ニ依ル金額ノ辨濟又ハ寄託ヲ目的トスルハ請求權ヲ取得セシムルモノニ非ズシテ」單に「通知ヲ受ケタル破産債權者ガ相互ニ配當財團ヨリ配當率ニ依ル金額ノ辨濟又ハ寄託ヲ受ケ得ル關係ヲ表示スルニ過ギズ。」而して配當率に依る金額の辨濟又は寄託は破産管財人の職責に基く法定義務履行行為によりてのみ満足を受け得る（破二六九）ことになつてゐるから、右の辨濟又は寄託なきときは破産管財人の法定義務違反として破産裁判所の監督權の發動を期待する一途があるのみ。破産管財人の職責に基く義務履行を破産管財人を相手方とし訴により之を強要することは出来ない。

次に、Yは前記(ロ)の點については下の如く三點に分ちて論述した。曰く(a)Yが主張した「破産財團所屬債權と破産債權を配當額の限度に於て相殺した」との抗辯の意味は、「破産財團所屬債權を以て配當金を引當とし破産債權と相殺する」、換言すれば、配當額の限度に於て破産債權の一部を請求することを得べき支拂請求權と相殺する、の謂である。單に配當額を離れて唯配當金額と同一金額の破産債權との相殺ではない。Yが殊更反對債權の一部にして自働債權より僅少なる配當金額に局限して相殺するが如きことは、普通の相殺に於ては考へられないから、如上の特別の意味を有するものと解することが正當である。然るに原審が破産管財人が單純に破産財團所屬債權を以て破産債權と相殺したる如く解したのは審理不盡である。(b)Yの主張する如き相殺は、平等辨濟の原則に反しない。破産管財人の配當率の通知により現に配當すべき額は破産管財人が職責として辨濟すべきものである。故に辨濟に代へ配當すべき額との對當額に於て破産財團所屬債權を以て相殺し、配當額を破産財團に繰入れ、破産債權者には拂渡さないことは正當である。(c)又Yの主張する相殺は實際の見地からも破産債權者の利益を害せず極めて便宜の方法である。即ち財團所屬債權の取立のための訴の提起執行等をなして時間と費用を徒費することを避けた上に、支拂を要せざるに至つた配當金は次回の配當に繰越されるといふ、轉付命令により配當金請求權の移轉を受けると同一の効果、乃至は一方配當は配當として支拂ひ、他方取立たる金額は次回の配當のため用ひると異なる効果をあげると、と。

大審院は、(イ)の點については上告論旨を排斥したが、(ロ)の點については大體これを認容し次の如く判示した。

〔判旨〕 一 「破産管財人ハ裁判所ノ監督ニ屬スルモノナルガ故ニ、破産管財人其ノ職務ノ執行ニ關シ法定ノ義務ヲ履行セザル場合ニハ、裁判所ハ監督權ニ基キ之ガ履行ヲ命ズルコトヲ得ルヤ勿論ナリト雖、又一面破産管財人ハ破産財團ニ關スル訴ニ付其ノ當事者タルベキ適格ヲ有スルモノニシテ、而モ破産債權者ハ其ノ有スル債權ニ付破産管財人ヨリ通知アリタル配當率ニ相應シテ之ガ配當金ノ支拂ヲ管財人ニ請求シ得ベク、此ノ請求ハ破産財團ニ關スル訴ニヨリ強制シ得ベキ性質ノモノタルコトヲ失ハザルガ故ニ、破産管財人ハ該訴訟ニ付被告ノ地位ニ立ツコトアルヲ免レザルモノトス。」

二 「破産債權者ガ其ノ有スル債權ニ付破産管財人ヨリ配當率ノ通知ヲ受ケタルトキハ、同債權者ハ其ノ配當率ニ相應シタル配當金ノ支拂ヲ破産管財人ニ請求シ得ベク、從テ別段ノ事由生ゼザル限り、破産財團ニ付其ノ配當額ニ相當スル丈ケノ實質的分前ヲ有スルニ至ルモノナレバ、若シ該配當金ト同債權者ガ破産財團ニ對シテ負擔スル債務ト對當額ニ於テ相殺シ得ベキモノトスレバ、債權者ハ現實ノ配當金ハ受ケ得ザルモ、一面ニ於テ之ニ對應セル債務ヲ免ルルモノナルガ故ニ、恰モ現實ノ配當ヲ受ケ得タルト同一ノ利益ヲ享受スベク、尙他面ニハ破産財團ハ其ノ支出スベカリシ配當金ノ支出ヲ免レ之ニ相當スル金額丈ケ他ノ破産債權者ノ配當額ヲ増殖スル結果ヲ齎ラシ其ノ債權者ヲ利スルモノナルガ故ニ、結局尙上相殺ハ相殺セラルル債權者ニ取リテモ將又他ノ一般債權者ニ取リテモ利害ノ均衡ヲ得テ何等ノ不利益ヲ蒙ルコト無ク、却テ之ヲ許容スルコトガ破産財團及當該債權者共ニ其ノ便宜ヲ受クルモノト云ヒ得ベシ。蓋シ若シ然ラズシテ配當金ハ支拂ヒ債權ハ之ヲ取立ツベキモノトセバ、破産財團ハ費用ヲ投ジテ債權ノ取立ヲナスモ、之ニ相當スル金額丈ケハ更ニ配當金トシテ財團ヨリ支出セザルヲ得ザルニ至リ、右ニ得タルモノヲ左ニ與フルト同様全ク無用ノ手續ヲ累スルニ過ギザルヲ以テナリ。故ニ尙上相殺ハ相殺セラルル債權者ノ資力若ハ之ニ對スル執行ノ難易如何ニ拘ラズ破産管財人ヨリ爲シ得ルトコロナリト解スルヲ相當トス。」

〔評釋〕 判旨に賛成する。先づ破産債權者が配當金請求權について破産管財人を被告として訴を提起しうること



について述べよう。判旨に示さるる如く、元來破産管財人は、その地位に於て、訴につき原告被告となりうるものであつて、簡別的執行に於ける執行機關殊に競落代金の支拂をなす執達吏又は配當裁判所と趣を異にする。従つて、破産法の認むる手續と牴觸を來さない限り、民事訴訟の被告となしうる。而して配當金については破産法は破産管財人につき配當を受くることを要す(破二六九)と規定するのみで、特別の規定を設けてゐないから、一般の方法により請求しうると見ねばならない。この意味で判旨に賛成する(竹田・民商一卷四號六七〇頁参照、尙加藤研究九卷三三胎するが、配當金請求権が私法上の請求権で配當金を拂渡す段階に至り、「同時ニ私法上ノ債務關係存在スルニ至ル」こと即ち各破産債権者は配當率の通知により配當請求権を取得すること従つて一般私權保護の方法によりうることを理由としてゐられる。しかし配當金請求権も破産債権以外の別箇の債権ではないから、私法關係は右の時期以前から存在することを理由としてゐられる。しか方法が破産手續により制限せられ、而してこの制限が配當の拂渡に際しなくなくなると考へられるのではなからうか。)

次に、配當金請求権と破産債権者が破産財團に對して負擔する債務との相殺について考へてみよう。破産法中相殺に關する規定は、破産債権者のなす相殺に關する規定であるから、破産管財人のなす相殺には適用又は準用せられない。従つて後者には民法の相殺に關する規定の適用がある。しかし破産法上の諸原則の制限を蒙るものであつて、かかる制限に反した相殺は無効である(拙稿「破産法に於ける相殺の禁止」法協五十周年記念論文集所收、反對竹田民商一卷四號六七三頁)。而して債権者の平等の原則も亦この諸原則の中の一つであるが、本件では、配當請求権との相殺であるからこの原則に違反せず且つ判旨の指摘する如き便益が得られるから、相殺は有効である。この意味で判旨に賛成したい(竹田前掲は凡て破産管財人のなす相殺は民法上有効であれば凡て有効であると解し、加藤研究九卷三三四頁は配當金請求権は知れざりし財團債権よりも優先的地位にある即ち一般の債権とは異なる地位を有し財團債権と同様に取扱はれることを理由として本件の相殺を有効と解してゐられる)。

(菊井維大)

### 1111 破産宣告後に於ける破産申立人の債権の消滅

破産法一三二條一項

昭和九年九月二五日民五部決定(昭九(ク)九六八號、破産宣

告決定ニ對スル抗告事件)民集一三卷一九號一七二五頁

〔事實〕 相手方Yは、抗告人Xに對し債権を有してゐたが、Xに破産原因ありとし平區裁判所に破産の申立をし、同裁判所はXに對し破産の宣告をした。Xは福島地方裁判所に抗告したが棄却せられたので、その後Yに對し債務を完済した上、大審院に再抗告をなした。尙當時破産裁判所に債権届出を爲してゐた債権者らも全部債権届出を取下げたのであつた。

〔判旨〕 「按ズルニ、債権者ニ於テ破産ノ申立ヲ爲ス場合ニ在リテハ、破産決定確定當時迄該債権ノ存在スルコトヲ取リモ直サズ破産申立ヲ爲スノ形式的要件ニシテ、而モ此要件ノ存否ハ性質上職權調査事項ニ屬スルヲ以テ此ノ點ニ付審理ヲ遂グルニ、本件破産申立人Yハ其ノ申立當時ハ勿論原決定當時ニ於テモ破産者Xニ對シ破産債権ヲ有シ居タルコトハ原審認定ノ如クナルモ、其ノ後昭和九年六月一六日ニ至リ前記破産者ニ於テ當該債権殘額千二百五十圓ヲ完済シタル結果申立人ハ今日ニ在リテハ破産者ニ對シ何等ノ債権ヲ有セザルニ至リタルモノニシテ結局本件破産申立ハ不適法トシテ却下ヲ免レズ。」

〔評釋〕 適法なる破産の申立の存在は、破産的執行の原動力たるもので、これなくして破産の宣告の許否の裁判に立到ることをえざるものであるから、宣告決定の前提要件と稱すべく、職權調査の必要があるものである。又少くとも職權調査をなすことは大審院を抗告審とする場合に於てすら違法ではない(破一一〇)。判旨が職權調査をなしうるものとしたことは正當である。

次に、判旨は、破産申立人Yは、破産宣告に對する破産者Xの抗告が原審に於て棄却せられた後、その再抗告前に、Xから債権全部の辨濟を受けたから、Yの破産申立は結局不適法となるものと解し、原決定並第一審の決定を取消



し、破産申立を却下したのである。換言すれば破産宣告後その確定前に破産申立人の債権が消滅すれば、利害關係人の抗告にもとづき抗告裁判所は破産宣告を取消し、破産申立を却下すべきことを示したのである。かかる解決は通常の民事訴訟手続に於ては許されるのである。しかし、破産宣告手続に於ては、破産宣告がその宣告の時から總債権者のために效力を生じ、總債権者は破産手続に参加し、その破産宣告の效力の存続について利害關係を有することが、破産手続に關する裁判に對しては、その申立人に限らず、廣く「其ノ裁判ニ付利害關係ヲ有スル者」が即時抗告をなしうる旨を規定した法律の趣旨から推知しうるのである（破一〇）。それゆゑ、破産申立人たる債権者の債権の消滅の如き、その債権者の個人的事由は、届出により破産手続に参加し破産宣告について利益を有する債権者のために、斟酌せられないことになるのである（加藤要論二七一頁、研究七卷一五二頁）。この關係は假令現實に届出がなくとも届出をなして破産手続に参加する可能性尙極めて顯著なる如き場合にも（例へば債権届出期間の満了前に存する時）同様に解すべきものではあるまいかと推測せられる。ともあれ申立人の債権の消滅を理由として、上述の如き事情（届出取下の有無）を考慮することなく直ちに、破産宣告の取消、破産申立却下の舉に出づべきではない。判旨がこれを敢てしたことは不當である（加藤・研究九卷二五二頁、片山・民商一卷四號一六頁以下）。

しかし、本件に於ては、「事實」の記載が示し、又學者の既に指摘する如く（加藤、片山）、他の債権者の破産債権の届出の全部が取下げられてゐるのである。破産手続は總債権者のために行はる一般的執行の手続であるがら、もし債権者が全くその手続により権利の満足を受くることを欲せずして参加せざる以上、これを續行する必要は消滅したと見るべきであるから（加藤、片山）、この意味では判旨の結論には賛成せらるべきである。「判決理由」と判例集記載の

「事實」と所謂「決定要旨」との間に相違があり、「決定要旨」及び「事實」の中に、「理由」の中に發見し得ない「債権届出の全部取下」なる記載があり且つこれに大きな役割をもたしてゐることは、理解に苦しむところである（加藤・研究九卷二五二頁、片山前掲）。

（菊井維大）

一一二 商業登記——對抗要件たる公告ありと云ふには區裁判所選定の新聞紙の外官報にも掲載されたことを要するか

商法一二條、非訟事件手続法一四四條

昭和九年六月一六日民四部判決（昭八（オ）二一六四號）民集一三卷二〇號一七二九頁

〔事實〕 X（原告・被控訴人・被上告人）はY株式會社（被告・控訴人・上告人）に對して其の代表取締役Aが昭和二年一月十四日に振出した約束手形（金額二）の支拂を求めた處、Y會社は、「前記Aは既に大正十五年九月二十三日代表取締役を辭任して他の者が代り、右代表取締役變更の登記は同年十月一日に完了し、而して又公告も同月六日區裁判所が選定した南信日日新聞に爲されて居た故、かくの如く既に代表権限なき者の振出した手形に付ては支拂義務がない」と抗辯した。處が本件の公告が官報に爲されたのは、手形の振出日より後の昭和二年一月十八日であつた爲め、原審は、「取締役の變更を善意の第三者に對抗し得る爲めには登記及び公告を必要とするが、その公告ありと云ふ爲めには唯新聞紙に掲載したのみでは足らず、官報にも掲載しなければならぬ」として、原告の請求を認めた。そこで被告は之を争ひ、上告したが、其の主なる理由は、(1)非訟法第一四四條第一項は唯登記裁判所が職務上登記事項を官報及び新聞紙上に再度公告すべきことを定めたのみで、商法第一二條の登記事項の第三者對抗要件とする公告の意義を定めたものではない、故に登記事項を所定新聞紙に掲載したのみでは公告に非らずと爲す原判決の解釋は誤りである上、(2)辭任した代表取締役の無権限が、實際上どうしても登記後二三箇月は遅れる處の官報の掲載まで第三者



に對抗し得ないでは、會社は非常な危険にさらされると云ふのであつた。併し大審院は次の如く判示して棄却した。

〔判旨〕 「商法第一一條ノ登記シタル事項ハ裁判所ニ於テ遲滞ナク公告スルコトヲ要スト規定シ、又同第一二條ハ登記スベキ事項ハ登記及公告ノ後ニ非ラザレバ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ズト規定スルニ止リ、公告ノ方法ニ付テハ商法中何等觸ルルトコロナシ。然ルニ非訟法第一四四條ニ依レバ登記シタル事項ノ公告ハ官報及新聞紙上ニ少クモ一回之ヲ爲スコトヲ要ストアリテ、其ノ律意タルヤ單リ官報又ハ新聞紙上ノ公告ヲ了スルコトヲ以テ足レリトセズ、必ズヤ所定ノ新聞紙ト官報トノ公告ヲ爲スコトニ依リ、玆ニ適法ナル公告アリタルモノト做スニ在リト解スベキモノナリ。」

〔評釋〕 判旨は正當で、殆んど附言すべき必要を見ない。商法第一二條に所謂公告は第一一條の定むる「裁判所の爲す公告」を指すこと勿論であると共に、非訟法第一四四條が商法第一一條を承けて同條の公告の方法及び公告が效力を發生すべき時期を具體的に規定したものであることも疑がない。然らば商法第一二條の「公告」も亦、かくの如く具體的に規定された公告を意味すると見るのが、極めて當然な解釋である。非訟法第一四四條第一項の規定が直接には裁判所の職務を規定したものであつても、それが上告理由の如く商法第一二條と無關係であるとは云ひ得ない。既に裁判所の職務を定むる商法第一一條の規定自體が、商法第一二條と關聯せしめられて居るのである。此の如く判旨は解釋上極めて當然であるが、唯官報の掲載が上告理由の云ふ如く一二箇月も遅れるのが現狀とすれば、此の點は確かに考慮を要する問題で、其の掲載の促進方を大いに要望せざるを得ない（西原教授・商法總則、新頁參照）。

本件に對しては既に大橋助教が右と同旨の批評をされた（民商一卷六七八頁）。なほ小町谷博士も判旨に賛成されたが（「商事判例回顧」二四一頁）、唯本件が公告方法の中、官報の掲載の有無を問題として居るに拘らず、同所の敘述は寧ろ新聞紙

の掲載に重點を置いて居るのであつて、判例批評として見るときはわざ／＼附加された非訟法第一四六條に基く條件の如きは蛇足の觀なきを得ない。

（鈴木竹雄）

### 一二三 他人の物の賃貸借において賃貸人が受取りたる賃料はその賃借人に對する關係では不當利得とならない

民法七〇三條・六〇一條

昭和九年六月二七日民四部判決（昭九（オ）二一〇號、不）民集一三卷二〇號一七四五頁

〔事實〕 事實關係を簡單に述べると、原告Xの先代Aは國有地を賃借し、Xがその相續人となつたのであるが、被告Yはこの借地權のAよりの讓受人Bより更に借地權を讓受け同時にBの小作人C等との間の小作關係をも承繼せるものとして小作料を受領してゐる。所が本件以前にこの借地權の歸屬につき争がありYはXを相手どつて、借地權確認の訴を提起したのであつたが、借地權讓渡契約不成立の理由の下にこれはYの敗訴となつてゐる。そこで今度はXの方からYを相手どつて本訴を提起し、Yと小作人D等との間に小作關係なきが故にYの受領せる小作料は小作人に對し不當利得となることを主張し、小作人のYに對する不當利得返還請求權を代位（民四二三條）によつて請求した。原審では、借地權承繼はなかつたとしても、小作關係の存在及びその承繼を認めて、Xの敗訴となつた。Xは上告して借地權なきYは利得すべき法律上の原因を缺くと主張した。

〔判旨〕 棄却。

「然レドモ原判決ハ、上告人先代Aト訴外Bトノ間ニ於テAノ有セル賃貸權ヲ目的トスル讓渡契約ノ成立セザリシコト、從テ被告ハBトノ契約ニ因リテ同賃貸關係ヲ承繼セザリシモ、右Bハ右ノ賃貸借トハ別途ニ訴外C外十四名トノ間ニ本件土地ヲ目的トスル賃貸借契約ヲ締結シ賃貸人トシテ小作料ヲ取立テ居リタルトコロ、昭和二年中同賃貸權ヲ被告ハ人ニ讓渡シ右



C外十四名ノ賃借人ノ承諾ヲ得タルガ爲、茲ニ被告AハBヨリ賃借人トシテノ地位ヲ承繼シタル旨判示シタルモノニシテ其ノ前後ノ判断ニ毫モ相齟齬スルモノアルヲ見ズ。惟フニ本件ハ、原告C外十四名ニ對シ債權ヲ有スルコト及C外十四名ヨリ被告Aニ支拂ヒタル本件小作料ニ付不當利得成立スルモノナルコトヲ前提トシ、同人等ニ代位シテ本訴ノ請求ヲ爲スモノナレドモ、右C外十四名ト被告Aトノ間ニハ本件土地ヲ目的トスル賃借關係ノ存在セルコト原判示ノ如クナル以上、C外十四名ハ被告Aニ對スル賃借人トシテノ義務ヲ履行スル爲メ本件ノ小作料ヲ支拂ヒタルモノニ外ナラズシテ、其ノ間不當利得成立ノ餘地ナキコト言フ俟タズ。原告Aハ、被告Aノ爲メ本件土地ノ使用收益ヲ妨ゲラレタル事實アリトセバ、或ハ同人ニ對シ直接損害ノ要償ヲ爲スハ格別、被告Aノ如クニ訴外C外十四名ヲ代位シテ爲ス本訴請求ノ理由ナキヤ上來説示スルコトニ依リ明白ナリト謂フベシ。

〔評釋〕 判旨は當然である。XはYに對する直接の請求權を行使せずニC等の不當利得返還請求權を代位行使してゐるのである以上、問題は専らその不當利得の成否にかゝるわけである。所がこの點については既に判例は、他人の物を無權限で貸した場合にも賃借はその當事者間に於ては一應有效として賃料の請求權を認めてゐるのであるから（例へば大正七・五・一七民錄九七一頁）従つて本件でもYとC等との間の賃借關係の承繼が認めらるる以上Yの小作料受領は法律上の原因を有するものとせられたのは右の判例からの當然の歸結に外ならない。何故XはいきなりYに對し不當利得或は不法行爲に基く請求をしなかつたのであらうか。YとC等との賃借關係はYの無權限なる以上Xに對抗し得ぬのであるから、Xに對する關係ではYの既收小作料は不當利得となり得るが（大正一五・三・三新、大正二五・九・八號一五頁）、たゞYの善意なるときは民一八九條の結果「法律上の原因」（七〇三條）を生ずる（大正一四・一・二〇民集六頁）（但し後に掲ぐる林氏評釋得の成立を一般）に否認せられる。同様にYの不法行爲の成立にもYの故意過失を必要とする。然し恐らくYは借地權の承繼を有效

になされたものと信じてゐたのではないであらうか。この點は何れにしても、C等の請求權の代位を主張する限りXの敗訴は當然である。

本件については末川博士・法と經濟三卷四號六九九頁、林氏・民商法一卷四號六八四頁の批評があり、何れも判旨に賛成せられる。

（川島武宜）

一二四 民法第三九五條但書——土地と地上の建物とが抵當權の目的たる場合に於ても建物の賃借が土地の價額に及ぼす影響は建物に關する賃借の解除を求むる理由と爲し得ない

民法三九五條

昭和九年七月九日民一部判決（昭九（オ）九〇五號、不動産賃借（借契約解除並登記抹消請求事件）民集一三卷二〇號一七五五頁）

〔事實〕 被告Aは原告Y<sub>1</sub>會社に對し(1)宅地千餘坪に付き一番抵當權を設定せしめて五萬圓を貸付け、其の後更に(2)同Y<sub>1</sub>會社に對し其の地上建物に付き一番抵當權を又前記宅地に付き二番抵當權を設定せしめて二萬五千圓を貸付けた處、Y<sub>1</sub>會社は其の一部を辨済したが、殘金を辨済しないので、右抵當權を實行せんとした。然るにY<sub>1</sub>會社は抵當權設定後原告Y<sub>2</sub>に對し右建物に付き存續期間三箇年借賃月五百圓期間中借賃全部前拂濟轉貸又は讓渡を許す旨の賃借借を締結し其の登記をした爲各抵當物の價額は著しく低下してXの有する第一債權の殘存額三萬二千四百四十三圓四十三錢、第二債權の殘存額二萬八千二百八十四圓、合計金六萬五百四十六圓二十七錢の元金債權の辨済を受けることが出来なくなつたので、Xは右賃借はXの抵當權に損害を及ぼすと主張して、Y<sub>1</sub>に對し右賃借の解除を求め、Y<sub>2</sub>に對し賃借登記の抹消を求めた。原審は、本件土地と建物は建物に付き賃借がなければ建物の價一萬八千五百七十五圓八十錢土地の價五萬二百五十五圓十五錢合計六萬八千七百八十四圓九十五錢の價値を



有するのに貸賃借がある結果建物の價は一萬二千八百四十二錢土地の價は四萬五千八百八十四圓六十四錢となり土地建物の擔保價額は合計五萬五千四百四十二圓八十六錢に低下してXの元利金競賣手續費用を償却し得ざるに至つたことを認めXの請求を容れた。之に對しY<sub>1</sub>は上告し民法三九五條に所謂「但其ノ貸賃借ガ抵當權者ニ損害ヲ及ボストキ」と謂ふ場合の抵當權は貸賃借の目的たる不動産に設定された抵當權でなければならぬのに、原審が本件建物の貸賃借解除請求の原因として宅地に對する抵當權を審理の目的とするのは誤つてゐると主張した。大審院は原審が建物貸賃借の土地競賣價額に及ぼす影響を考慮したことを非難しつゝも、本件貸賃借は建物抵當權に損害を及ぼすと爲して、原審の結論を維持し、Xの貸賃借解除請求を許してゐる。

〔判旨〕 棄却。「按ズルニ民法第三百九十五條但書ハ貸賃借ノ法律上ノ效力ヲ抵當物件ノ競賣人ニ對抗シ得ルニ因ル抵當物件ノ競賣價額ヲ低落セシメ之ガ爲メニ抵當權者ニ損害ヲ及ボスコトヲ防止スベキ規定ナルコトハ、其ノ本文ニ於テ貸賃借ヲ抵當權者ニ對抗シ得ベキ場合ヲ擧ゲタルニ依リ明白ナリ。而シテ建物ノ貸賃借ハ建物ノ存在スル土地ノ所有者ニ對抗シ得ベキ權利ニアラザルガ故ニ、假ニ建物ヲ貸賃シタルガ爲メ事實上抵當ニ供シタル土地ノ競賣價額ヲ低下セシムルコトアリトスルモ、之ガ爲メ土地ノ抵當權者ハ建物ニ對スル貸賃借契約ノ解除ヲ請求シ得キモノニアラザルモノトス。然ラバ、本件貸賃借ノ成立ガ抵當權者ニ損害ヲ及ボスヤ否ヤヲ審理スルニ當リテハ、貸賃借ノ目的タル建物ガ抵當權ノ目的タルヤ否ヤ、若然リトセバ抵當權ノ目的タル建物ノ競賣價額ガ貸賃借ノ成立對抗ニ因リ低落シタルヤ否ヤヲ標準トシテ之ヲ判定スベク、其ノ土地ノ競賣價額ニ及ボスベキ影響ヲ考慮スベキモノニアラズ。故ニ原審ガ本件ニ付キ上告會社ガ地上ノ建物ヲ貸賃シタルニ因リ土地ノ競賣價額ニ消長アルモノトシテ土地ノ評價ニ付キ建物ニ貸賃借アル場合ト然ラザル場合ニ分チタル二様ノ鑑定ヲ命ジ、其ノ貸賃借アル場合ニ低下シタリト稱スル地價ヲ標準トシテ該貸賃借ハ被上告人ノ抵當權ヲ害スルモノト認メタルハ其ノ可ナル所以ヲ見ザルモノトス。然レドモ原判決ノ確定シタルトコロニ據レバ、本件土地ニ對スル抵當權ガ第一順位ニ於テ擔保スル第一債權ノ殘存額ハ三萬二千四百四十三圓四十三錢……第二債權ノ殘存額ハ二萬八千八百二十四圓ニシテ、土地ガ建物ニ付キ貸賃借ナキモノトシテ競賣セラレ得ベキ評價額ハ五萬二千五百五十五圓、又建物ガ貸賃借アルモノトシテ競賣セラレ得ベキ評價額ハ一

萬二千八百四十二圓ニシテ同様評價額ハ一萬八千五百七十五圓八十錢ナリト云ヘバ、土地ノ賣價ヨリ第一債權ヲ辨濟シタルモノトシ、其餘ヲ第二債權ノ辨濟ニ充當シタル第二債權ノ殘存額ハ一萬七千八百八十四圓六十二錢トナリ、此ノ額ハ貸賃借アルモノトシテノ建物ノ賣價ヲ超過スルコト百二十二圓九十錢トナリ、建物ニ貸賃借ナキモノトシテノ評價額ニ依ルトキハ優ニ前記殘存額ヲ辨濟シ得テ餘リアルモノナレバ、被上告人ハ第二債權ニ關スル建物ノ抵當權者トシテ上告人等ノ貸賃借契約ニ因リ明ニ損害ヲ受クルモノト云フベキガ故ニ、原審ノ判定ハ理由中當ヲ得ザル部分ナキニアラザルモ、其ノ上告人等ニ對シ貸賃借ノ解除ヲ命ジ之ニ關スル登記ノ抹消ヲ命ジタル結果ニ於テ相當。」

〔評釋〕 不動産の競賣價額評價の實情に味いので、孰れとも決し兼ねるのであるが、一應判旨に賛成して置きたい。判旨は假に建物の貸賃借が事實上土地の競賣價格を低下せしめることがあつても之が爲め土地の抵當權者は建物貸賃借の解除を請求し得ずと説示してゐる。土地と建物のうち土地のみが抵當になつてゐる場合ならば固より言ふを俟たないであらう。だがこれは何も建物の貸賃借が建物の存在する土地の所有者に對抗し得べき權利でないからと言ふべきではなくて、寧ろ無關係だからなのである。従つて問題は本件の如く土地と建物とが共同抵當になつてゐるときにも右と異なるところがないかといふ點にあるが、判旨は全然異なることがないものとして取扱ひ、民法三九五條に所謂「貸賃借ガ抵當權者ニ損害ヲ及ボストキ」なる貸賃借解除請求の要件の認定に當り、抵當權よりも利用權を優遇するかの如き一の標準を示したのである。之に對し建物の貸賃借が原因となつて事實上土地の評價額を減少せしめ其の結果全體としての抵當權者の優先辨濟受領權を害するならば抵當權に貸賃借解除請求權を認むべしとの反對論もあり得よう(田島評釋民商一巻六八九頁)。併し形式論理的な議論をすれば民法三九五條但書は貸賃借が其の目的たる抵當物件そのものの競賣價額を低落せしめる場合あるを豫定するものであり、而して土地と建物の共同抵當と言つて



も法律的には夫々別個の抵當權にして、土地と建物との有機的結合を維持したまゝ一括競賣することさへ必ずしも確保し得ないので、本件でも土地と建物と別々に其の競賣價額が評價されてゐる位だから、判旨の如く土地と建物との共同抵當の場合にも建物の賃貸借が抵當權者に損害を及ぼすか否かは建物の競賣價額の低落の如何によつてのみ決すべく、土地の競賣價額に及ぼす影響を考慮すべきでないと言へないことはない。のみならず右の形式論理的な議論には實質的な理由を缺きはしない。土地と建物とが分割競賣される場合に建物の賃貸借が土地の競賣價額を低落せしめる理由を詳にし得ないのでつくりした意見を述べられないが、兎も角それ自體合理的なことではないのであるまいか。にも拘らず建物の賃貸借が事實上土地の競賣價額を低落せしむるからと言つて賃貸借解除請求の理由と認めることは些か短期賃貸借の保護に薄過ぎる嫌ひがないであらうか。要するに本件は價値權と利用權とを如何なる點で妥協せしむるを適當とみるかによつて解決が異なるであらう。が、現に賃貸借に基いて利用關係が設定されてゐる以上不當に抵當權を壓迫しない限り成可く之が持續を圖りたい。其の意味に於て判旨は支持し得るやうに思ふ(實方評釋法學四卷一二五頁)。尙本判旨は結局本件建物賃貸借は建物抵當權を害するとして其の解除請求を認容してゐるが、期間中借賃全部前拂濟賃貸權の讓渡又は轉貸を許す本件賃貸借の内容からみても其の結果は妥當でないかと想像される。

(來 栖 三 郎)

一二五 再審事由に該當する事由は上告理由となり得る 上告理由書提出期間經過後の新上告論旨の追加

民訴法四二〇條・三九四條・三九八條

昭和九年九月一日民四部判決(昭六(オ)二〇四四號)民集一三卷二〇號一七六八頁

〔事實〕(1) Xの實兄AはYの先代より債務を負擔し、(2) AはXを保證人としてYの先代を代表者とするB合資會社より債務を負擔した。(3) XはAとB合資會社及Yとの間に存せし債權債務關係一切を消滅せしめる約束にてYの先代に對し現金五〇〇圓を交付し別に代物辨濟としてX所有の不動産をYの先代に移轉した。(4) X(原告・控訴人・被上告人)は右の(1)の債務は既に辨濟により消滅したるに拘らず之を知悉せずして二重拂をしたから、Yに對しその過拂せる金員の返還を求むる訴を提起した。(5) 第一審ではX敗訴。Xより控訴。第二審の主要なる争點は右の(1)の債務が既に辨濟せられたか否かの點であつた。第二審はX提出の新甲第一號證同第三號證甲第九號證の二の各文書を證據に採用しX主張の過拂の事實を認定してYに敗訴の判決を爲した(昭和六年六月二五日)。(6) 然るに右の判決に對しYより上告をなすと共に、YはXを文書偽造として告訴した處、右の文書は孰れもXの偽造に係るものなりとの理由の下にXに對し有罪の判決があり(昭和八年五月一日)、遂にXの行爲は偽造私文書行使詐欺未遂として有罪の判決が確定するに至つた(昭和八年一〇月二六日)。(7) 因てY(被告・被控訴人・上告人)は新に之を上告の理由と爲したものである。

〔判旨〕 破毀差戻。「原院ハ被上告人(X)提出ノ新甲第一號證同第三號證甲第九號證ノ二ヲ採用シテ被上告人主張ノ事實ヲ肯定シ以テ上告人(Y)ニ敗訴ノ判決ヲ爲シタリ。然ルニ前示ノ各文書ガ孰レモ偽造ニ係ルコトハ其ノ後言渡サレタル刑事判決ノ宣言スルトコロニシテ且同判決ハ昭和八年一〇月二六日上告棄却ノ裁判ニ依リ確定スルニ至リタルコトハ當該判決謄本ニ徴シ洵ニ明瞭ナリトス。民訴法第四二〇條第一項第六號ニ依レバ文書其ノ他ノ物件ガ偽造又ハ變造セラレタルコトノ有罪判決確定シタルトキハ斯ル文書又ハ物件ヲ證據ト爲シタル民事判決ガ既ニ確定シタル後ト雖當該判決ヲ爲シタル裁判所ニ對シ再審ノ訴ニ依リ新ニ審理ヲ求ムルコトヲ得ルガ故ニ其ノ未ダ確定セザル以前ニ至リテハ一層強キ理由ノ下ニ當該裁判所ヲシテ審理



ヲ新ニセシムベキモノト做スヲ相當トスベク、斯ク解スルコトハ所謂訴訟經濟ノ原則ニ照シ是認セラルルノミナラズ前記有罪ノ刑事判決確定後ノ今日ニ在リテハ原院ハ結局同判決ヲ無視シテ裁判シタル違法アルコトニ歸シ訴訟手續ノ違背アルヲ免レザルニ依リ原判決ヲ破毀シテ更ニ原院ニ辯論及判決ヲ爲サシムベキモノトシ他ノ論旨ニ對シテハ説明ヲ省略シ民法第四〇七條第一項ニ從ヒ主文ノ如ク判決ス。」

〔評釋〕 判旨の結論には賛成であるが、その理論構成としては、實定法上の根據として民訴四二〇條一項但書を援用するを必要とするものと解する。尙本件の事案では上告理由書提出期間後に新に上告理由として追加されたものであるから、之を斟酌するに付ては理由を附する必要があつたものである。

一 再審事由あるときは之を上告理由と爲し得ることを認める判旨の結論は正當である。民訴四二〇條一項但書の規定を正しく理解する爲めには沿革に遡らねばならぬ。舊民法は獨民法に倣ひ、再審を分つて取消の訴と原狀回復の訴とし、舊民訴四六八條の取消の訴のうち同條第一號の「規定ニ從ヒ判決裁判所ヲ構成セザリシトキ」及び同條第三號の「判事ガ忌避セラレ且忌避ノ申請ガ理由アリト認メラレタルニ拘ハラズ裁判ニ參與シタリシトキ」に於てのみ「上訴若クハ故障ヲ以テ取消ヲ主張シ得ベカリシトキハ取消ノ訴ヲ許サズ」(同條第二項)と規定し、同條第二號の「法律ニ依リ職務ノ執行ヨリ除斥セラレタル判事ガ裁判ニ參與シタルトキ」及び同條第四號の「訴訟手續ニ於テ原告若クハ被告ガ法律ノ規定ニ從ヒ代理セラレザリシトキ」にはかかる規定を設けなかつた。之は全く獨法に倣つたもので、獨法の沿革を見るに、我舊民訴四六八條第二項に該當する規定(獨民訴五四二條第二項)は獨逸民訴制定の際帝國議會の司法委員會に於て挿入せられた條項であつて、次の理由が附せられてある。即ち、「第一號(獨舊民訴五四二條第一號、獨民訴五七九條第一號。以下條文は之に同じ)及び第三號所掲の取消の事由の存否は既に判決言渡の時に當事者之を知り得る。故に當事者が判決即ち區裁判所の判決及び第一審として爲したる地方裁判所の判決竝に控訴院の判決に對し上訴を爲し得る限りは上訴期間内に瑕疵を主張し得る。從て取消の訴の長期間をその爲めに付與する理由は存しない。之に反して第二號及び第四號所掲の瑕疵は上訴期間經過後始めて當事者に知られ得るのである」と(Die Protokolle der Kommission, S. 560)。之によつてみれば、立法者の意思は、取消の訴の事由中、事實審の判決言渡の際に了知し得るものと然らざるものとを區別し、前者に付ては、取消の訴を提起する爲めには上訴が許さるべき場合にして且當事者が相當の注意を用ひしならば上訴により瑕疵を主張し得たりし場合に非ざること」を必要としたのである。即ち右の事由に付ては控訴上告により主張せしめ、それが相當の注意を用ふるも不可能なりしときに於てのみ取消の訴を許したのであつて、取消の訴が上訴に對して補充的な地位(subsidiärer Rechtsbehelf)に立つのは右の如く取消の事由全部に互るものではなく一部の事由に限定されてゐたのである。他方に於て原狀回復の訴に付ては舊民訴四七〇條は「原告若クハ被告ガ自己ノ過失ニ非ズシテ前訴訟手續ニ於テ殊ニ故障又ハ控訴若クハ附帶控訴ニ依リ原狀回復ノ理由ヲ主張スルコト能ハザリシトキニ限り之ヲ爲スコトヲ得」と規定したが、之亦獨法の規定(獨舊民訴五四五條)に倣つたもので、控訴に付てのみ立言し、上告に付て立言せざりし理由は、上告審は法律審で法令違背の點に限局せられ、新なる事實は主張し得られざるが故に、事實審理と牽連する原狀回復の訴の事由は上告審には提出し得ないことを考慮したためである(Petersen, ZPO. 3) zu § 582; RG. II, 367, 岩田一郎)。從て、かかる規定の下に於ては原狀回復の訴の事由に該當する事由が上告審に至つて始めて當事者之を知りたる場合は上告審に於ては最早之を主張し得ざるが故に、原狀回

一號。以下條文は之に同じ)及び第三號所掲の取消の事由の存否は既に判決言渡の時に當事者之を知り得る。故に當事者が判決即ち區裁判所の判決及び第一審として爲したる地方裁判所の判決竝に控訴院の判決に對し上訴を爲し得る限りは上訴期間内に瑕疵を主張し得る。從て取消の訴の長期間をその爲めに付與する理由は存しない。之に反して第二號及び第四號所掲の瑕疵は上訴期間經過後始めて當事者に知られ得るのである」と(Die Protokolle der Kommission, S. 560)。之によつてみれば、立法者の意思は、取消の訴の事由中、事實審の判決言渡の際に了知し得るものと然らざるものとを區別し、前者に付ては、取消の訴を提起する爲めには上訴が許さるべき場合にして且當事者が相當の注意を用ひしならば上訴により瑕疵を主張し得たりし場合に非ざること」を必要としたのである。即ち右の事由に付ては控訴上告により主張せしめ、それが相當の注意を用ふるも不可能なりしときに於てのみ取消の訴を許したのであつて、取消の訴が上訴に對して補充的な地位(subsidiärer Rechtsbehelf)に立つのは右の如く取消の事由全部に互るものではなく一部の事由に限定されてゐたのである。他方に於て原狀回復の訴に付ては舊民訴四七〇條は「原告若クハ被告ガ自己ノ過失ニ非ズシテ前訴訟手續ニ於テ殊ニ故障又ハ控訴若クハ附帶控訴ニ依リ原狀回復ノ理由ヲ主張スルコト能ハザリシトキニ限り之ヲ爲スコトヲ得」と規定したが、之亦獨法の規定(獨舊民訴五四五條)に倣つたもので、控訴に付てのみ立言し、上告に付て立言せざりし理由は、上告審は法律審で法令違背の點に限局せられ、新なる事實は主張し得られざるが故に、事實審理と牽連する原狀回復の訴の事由は上告審には提出し得ないことを考慮したためである(Petersen, ZPO. 3) zu § 582; RG. II, 367, 岩田一郎)。從て、かかる規定の下に於ては原狀回復の訴の事由に該當する事由が上告審に至つて始めて當事者之を知りたる場合は上告審に於ては最早之を主張し得ざるが故に、原狀回



復の訴が許されるのである (RG. II, 365; Neukamp).  
(ZPO. 2 a) zu § 582.

然るに我現行民訴法は舊法に於ける取消の訴と原状回復の訴との區別を廢止し、一樣に之を再審の訴としたのみならず、再審事由の總ての場合に付き、四二〇條一項但書に於て、「當事者が上訴ニ依り其ノ事由ヲ主張シタルトキ又ハ之ヲ知リテ主張セザリシトキ」は再審の訴を提起し得ざるものとしたのである (加藤・改正民事訴訟法案概説一二速記録八三)。大綱に於ては、取消の訴の一部のみに關して設けられた舊民訴四六八條二項の趣旨を再審事由のあらゆる場合に擴張せられたものであつて、我改正法の眼目は、再審は總ての場合に於て上訴 (控訴の外上告を含む) に對し完全に補充的な關係に立たしめた點にあるものと解すべきである。從て、我現行法の下に於ては、再審事由に該當する事由たる限りは舊法の原状回復の訴の事由に相當するものと雖も、總て上告理由となり得る (同旨兼子概論四九八頁) ことを當然豫定するものである。實質的にみるも再審事由に該當する事由あることを知りたる時に於て之を上告により主張し得る時間的餘裕ある場合に於ても一旦判決を確定せしめた上で再審による救濟手段を執るが如きは迂遠の措置であり (vgl. RG. 上告審の手續を徒勞に歸せしめるに至り、合理的なる訴訟經濟の觀念に背馳するものなること、再審も實質に於ては不服申立の一であるが確定判決を對象とするが爲め民訴法の建前では術語上上訴より區別せられてゐるに過ぎぬこと、及び確定判決を消滅せしめ得る程の效力を認められたる事由に對し況んやこれ以下の未確定判決を消滅せしめる效力を付與し得るは當然なること等に鑑みるも民訴四二〇條一項但書に關する上述の私見の妥當なることがわかるのである。舊法に所謂原状回復の訴は取消の訴の如く最も重要な訴訟法規違背に基いて認められるものと異なり、判決の實體上の不當 (materiellrechtliche Ungerechtigkeit des Urteils) に基き

(Seuffert-Walmsmann, 1. Vor. § 578). 公平の觀念から認められたもので (Hahn, Materialien, S. 334. 細野要義五卷四〇頁)。この訴の事由は事實審理と牽連するものであるけれども、立法により上告審に於ても事實審理を行はしめることは敢て妨げなきことである (刑訴の上告を考へよ)。然し乍ら民訴四二〇條一項但書の當然豫定することを明確にする爲め現行刑訴四一三條の如く「再審ノ請求ヲ爲シ得ベキ場合ニ該ル事由アルトキハ之ヲ上告ノ理由ト爲スコトヲ得」との規定を設ける方が疑義を避ける爲めには適當な措置であつたと思ふ (この刑訴の條文は現行刑訴の創設せるものである。赤羽・新刑事訴訟法註釋六一三頁参照)。尤も、現行民訴法の下に於ても、再審事由ある場合に於て其の理由を上告理由の一に數へなかつたことを新舊兩法の共に有する缺點なりとし、再審理由中四二〇條の掲ぐる一、二、三は同時に上告理由であるが、四乃至十は事實審理と牽連ある事柄であるけれども之を上告理由とするには必要で他日の改正を要するとの見解がある (山内・民事訴訟法の改訂。正・二卷一七四—一七五頁)。然し乍ら、論者の立法による改正を俟つとする點は私見によれば現行民訴四二〇條一項但書により當然豫定せられてゐるのであつて既に現行法の解釋上同様の結果に達してゐるのであるが、此種の疑義を一掃する爲めには上述の如く刑訴の條文と同一の規定を併せ設くるを適當とするのである。

以上により、判旨が舊法の現状回復の訴の事由に相當するものも上告理由となり得るとした結論は正當に歸するけれども、私見によればその實定法上の根據としては民訴四二〇條一項但書を援用するを要するのであつて、この規定を上述の如く解する實質上の根據として始めて訴訟經濟の觀念を持ち出し得るのである。然るに判旨の理論は先づ訴訟經濟の觀念を援用し副次的に、原院は結局有罪の確定判決を無視して裁判したる違法あることに歸し訴訟手續の違背を免れずとする理由を附加してゐるけれども、現行民訴法は舊法の原状回復の訴の事由に相當する再審



事由の範圍に於ては事實點を上告理由と爲すことを立法により認めたるものと率直に認むべきであり、訴訟手續違背の理由を附加したことは上告審が原則として法律審にして法令違背ありたる場合に限り上告理由たり得る爲めに無理に附加せられたものであらうが、不必要のみならず誤謬である。蓋し、刑事の確定判決に於ても民事の確定判決と同じく、之により個別的具體的規範が生ずると解する立場に於ても（確定判決により具體的規範生ずるとせず見解に四頁、概論三七五頁、北原・法規範としての既判力ある判決——（バツハマ）法令違背ありたるものと解し得ない（反對、中野の紹介）、論叢二九卷二號二六三頁参照、中村・民商一卷四號六九九頁）法令違背ありたるものと解し得ない（村前掲）。蓋し、法令違背とは法規を適用せず又は不當に適用するの義であるが（舊民訴四三五條、小野・上告理由としての）、上告審が法律適用の當否に付て爾後審査をするといふ點に其の特殊の目的と機能とを認めるならば一般的な規範の適用の當否のみが審査せられるものと云ふべく、從てこの場合の法規とは具體的個別的規範は包含せず、一般的抽象的規範のみを指稱するものと解釋せねばならぬからである（小野・前掲法協四九）。尙、本件で問題とせられたる事由は民訴四二〇條第六號（舊民訴四六九條）に該當するのであるが、この場合の再審事由は罰せらるべき行為（Strafbare Handlung）であつて、有罪の確定判決は單に再審の訴の適法要件たるに過ぎないから（RG. 150, 396; RG. 153, 8, 582 I）。この場合に再審事由を上告審に於て主張すること自體には有罪の確定判決の存在の主張を包含せざるべしとなるわけであり、再審事由の主張は罰せらるべき行為の存在の主張であり、事實の主張たること勿論であるが、假に一步を譲り、所謂再審事由には罰せらるべき行為の外、有罪の確定判決（民訴四二〇條二項参照）をも包含するものとしても、上述の如く具體的個別的規範は法令違背に所謂法令に該當せざるが故に、判旨の理論が訴訟手續違背として法令違背あるものと認めたことは誤謬である。

二 判旨は單に再審事由に該當する事由は上告理由となり得ることのみを判示してゐるに過ぎぬけれども、本件の事案では、上告理由書提出期間經過後（民訴三九條八項参照）再審事由に該當する事由を新に上告理由に追加したものであるから、かかる場合でも差支ない旨を判示すべかりしものであつた。殊に判例はこの期間經過後は新なる上告論旨の主張は不可能となるといふ立場に在るのであるから（大判・昭四・一二・一二民集八、益、然るのである。一般に上告理由書提出期間經過後も苟くも上告理由書を受理したる以上は之を無視して上告を却下するを得ないとする見解（山内前掲二）によれば固よりそれを顧慮するを要するのであるが、上告理由書提出期間を設けたことは之で打切りとする爲めで、爾後は顧慮せられざる不利益を受けるものと解すべきであるけれども（前掲判例、兼子前掲評釋、概上一一六頁、長島森田四、二五頁、中島一六九七頁）、その事由が民訴三九五條の絶對的上告理由其の他職權調査事項たる限りはこの期間經過後も主張し得るのである（兼子前掲）。然らば再審事由は如何と云ふに、民訴四二〇條のうち、一、二、三號所掲の事由は民訴三九五條の上告理由と同一であるから固より主張し得るのは明かであり、問題は四乃至十號所掲の事由であり、本件事案はその第六號に該當するものであるから正しく問題となるわけであるが、現行法が上述の如く總ての再審事由に對し民訴四二〇條一項但書に於て一律的に規定を設けたることに鑑みるときは、四乃至十號の所掲の事由も、一、二、三號所掲の事由と同一に取扱ふことを妥當とすべく、從て上告理由書提出後でも主張し得るものと云はねばならぬ。

三 尙大審院は曩に「證人が控訴判決の憑據と爲りたる供述に因り偽證の罪を犯したりとの事實は之を上告の理由と爲すを得ず」と判示して今日の判決と正反對の見解を示し、原狀回復の訴を提起するの途あるのみとしたので



あるが(大判・昭二・二・一)、舊民訴四七〇條が上述の如く控訴に付てのみ立言し上告に付ては立言せざりし建前から止むを得ざる所であつたが(この判決に付ては菊井教授・判民昭和二年庚一五事件は賛成、山田博士論叢一八卷一號一五二の法律違背を示すべき事實として上告の理由となり得るものとするに在る。管轄の認定資料)、現行法は四二〇條一項但書により再審は控訴のみならず上告をも含めたる上訴に對し完全に補充的な地位に在るものと改正したのであるから、昭和二年の右の判例が變更せられたことは當然であると云へるのである。然るに我舊民訴と同様の規定を有する獨民訴法の解釋に於て、合理的訴訟經濟の考慮から再審事由を含む事實を上告審に於て提出することを認める學說が最近提唱せられてゐることは注目すべきである(§ 501. *Jonas-Pohle*, *Bei N. 12 a*)。

四 本件判旨に付ては既に幾多の賛成者がある。が、何れも私見と理論を異にする。中村宗雄教授は、再審事由として列舉せられる各場合は、上告理由たる法令違背の更に特殊なる場合に外ならず、判決は具體的事案に關する國家の個別的なる規範の宣告と看する立場に立ち、「當該文書が偽造なりとの具體的なる規範の存在を主張し、偽造文書を證據に採用したる證據法則違背を上告理由として主張する」ものなりとして理論構成せられる(例民事訴訟研究一卷二五頁以下)。神谷氏も之に倣ひ、四二〇條に再審事由として挙げられるものは上告理由たる法令違背の更に特殊なる場合に外ならずして孰れも實質的には法令違背性を具有するものなりと云ひ得る」との理由により判旨に賛成せられる(原論・上訴以下)。又藥師寺博士も、「國家が確定判決を以て證言又は證書の虚偽なることを確定するときは茲に此の虚偽の證言又は證書は之を訴訟法上證據力なきものとする具體的規範を生ずる」ものなりとする立場から、原判決に「訴訟法規違反」を看取せられるのである(志林三七卷六號)。然し乍ら法令違背に所謂法令とは抽象的一般的規範のみを指稱し、具體的個別的規範は包含せざること前述の如くであるから、この理論には賛成し得ない。加之、再審事由は實質的に法令違背性を具有すると云ふも、それは舊法に所謂原狀回復の訴の事由に付ては妥當せざること前述の如くである。又、細野

博士は「再審事由の主張は判決が不法なりとの主張に外ならざるが故に上告審に於て之れを主張し得るものと解するを正當とす可し」として判旨に賛成せられるが(要義五卷)、率直に事實審理に牽連する事由の主張とみるも民訴四二〇條一項但書により同一結果に到達し得ることは前述した所により明かである。野間氏(民商一卷五頁)、大原氏(新聞四四頁)は、共に、「再審事由存する限りその審級が上告審とはいへ一旦確定せしめた上更に再審の訴を提起せしめてこれを爾後に救済するの愚を見るの要なし」として判旨に賛成して居られるのは、合理的訴訟經濟を理由とするものなるべく、此點に於て理論も判旨のそれと同一なるべしと豫想せられる。果して然らば之に對しては判旨に加へたる批評がそのまま當てはまることとなる。尙藥師寺博士は、再審事由たるべき上告理由は上告理由書提出期間經過後に於ても之を提出し得る理由として「訴訟經濟の原則」を擧げて居られるが(志林前掲)、私見は之と異なり、前述の如く本件事案の再審事由は民訴三九五條の絶對的上告理由と同一に取扱はるべしとする理論に基くもので、云はゞ「事由」の性質より論斷したもので、「事由」の性質を究めずして徒に訴訟經濟の如きものを援用せんとするは妥當ではないと思ふ。

(齋藤秀夫)

一一二六 代理——無權代理人が本人を相續したる場合——破産管財人の地位

民法一一三條、破産法七二條

昭和九年九月一〇日民一部判決(昭九(オ)一三七七號、土地所)民集一三卷二〇號一七七七頁

〔事實〕 Yが甲から不動産を買ひ受け、所有權移轉登記抹消請求事件(有權移轉登記抹消請求事件)民集一三卷二〇號一七七七頁  
 自身で法律行為をする筈はないのであつて、其養子乙が「代理權ナキニ不拘之レアルモノノ如ク裝ヒ」、甲の代理人として賣買をしたものであり、當時Yに交付された賣買證書も乙の偽造に係り、登記も乙が委任狀を偽造し丙を甲の代理人としてさせたのである。甲は右の行為につき追認も追認の拒絶もせず死亡し、乙が家督相續をしたが、其後乙が破産をしてXが破産管財人にな



つた。そこでXは

「Yハ乙ノ行爲ニ因リ本件不動産ノ所有權ヲ取得スベキ筈ナキモノニシテ、假ニ乙ニ於テ其ノ無効ヲ主張シ得ザルモノトスルモ、Xハ破産管財人トシテ右賣買ニ付キ第三者ノ地位ニ在ル者ナレバ、乙ノ地位ニ拘束セラルコトナシ」と主張し、Yに對し「無効ナル賣買ニ基テ登記ノ抹消手續」を請求したが、第一審第二審共Xの勝訴となり、Yの上告も棄却となつた。

〔判旨〕 (一)「無權代理人ガ本人ヲ相續スルトキハ、本人ガ自ラ法律行爲ヲ爲シタルト同一ノ法律上ノ地位ヲ生ズルモノトス。」

(二)「乙ガ甲ヨリ代理人選任ノ委任ヲ受ケタルモノノ如ク裝ヒ甲名義ノ委任狀ヲ偽造シテ丙ヲ代理人ニ選任シ之ヲシテ法律行爲ヲ爲サシメタル場合ニ於テ乙ガ甲ヲ相續シタルトキハ、乙又ハ其ノ破産管財人ハ右ノ行爲ガ無權代理行爲ナル旨ヲ主張スルコトヲ得ザルモノトス。」

〔評釋〕 判旨(一)の點は昭和二年三月二日大審院第二民事部判決(集六卷一〇六頁、同年)に明言された所であつて、評釋者は其事件について既に判旨に賛成して置いたが、其後昭和七年一月一三日大審院第三民事部判決(裁判例法四)の同旨判決あり、又本件以後にも昭和一〇年八月八日大審院第一民事部判決(法律新聞三八)があつた。本件の上告論旨は、乙が賣買證書及び委任狀を偽造したことを捉へて、不法行爲に代理なしと論じたが、乙が無權代理行爲をするについて犯罪行爲があつたにしても、代理された甲Y間の賣買は不法ではないのだから無權代理行爲の成立を妨げない。又本人に意思能力がないから無權代理にならぬといふ上告論旨に至つては、全然理由がない。

判旨(二)は判例集が「判決要旨」として掲げたものであつて、乙が委任狀を偽造し丙を甲の代理人として登記

をさせたといふことに關する。此場合にも判旨(一)から推せば、甲乙合一の本人が適法に丙を登記のための代理人としたといふことになるのであつて、少しも差支ない。ただ本件に於て注目すべきは、登記の抹消を請求する者が、乙ではなくして、乙の破産管財人Xであることである。破産管財人は、形式上は破産者の代理人であるが、實質上は破産債権者の利益を代表する。そこで上告論旨は、破産管財人が否認權を行ひ得ることと結び附けて、破産管財人は此場合登記抹消を請求し得べしと主張する。しかし其實買が破産法第七二條に所謂「破産者ガ破産債権者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル行爲」でない以上、破産管財人と雖も如何とも爲し得ないのである。判決理由はこれらの上告論旨を一々反駁して居るのであるが、議論が餘りキツバリしない憾がある。

追記 本件については於保不二雄氏の評釋(民商法雜誌一卷七〇二頁)がある。氏は「本人ガ自ラ法律行爲ヲ爲シタルト同一」といふ説明を非難して、「本人ガ自ラ追認シタルト同様」と説明すべしとする。

(穂積重遠)

二二七 遺留分——二個の贈與が同日に爲され即日相次ぐ受付番號にて登記されたときは其の贈與は同時に爲されたものと推定すべし

民法一一三〇條・一一三三條・一一三四條・一一三八條

昭和九年九月一五日民三部判決(昭九(オ)一〇七九號、所有權)民集一三卷二〇號一七九二頁

〔事實〕 被上告人Xの先々代Aは大正一一年二月二日死亡し長男Bの長女Cが其の家督相續を爲し、Xは大正一五年三月二日Cとの入夫婚姻に因つて更に其の家督相續を爲した。然るにAはCの母Dに對し悪感情を抱きCをして財産を相續せしむ



ることを欲せず、大正九年二月五日日本件目録第三號の不動産(價額五千五百八十圓)を二男なる上告人 $Y_1$ に、目録第四號の不動産(價額九千七百九十七圓)を三男なる上告人 $Y_2$ に夫々賣買名義にて贈與し、 $Y_1$ に對しては長崎區裁判所同日受付第八一三號、 $Y_2$ に對しては同應同日受付第八一二號を以て各所有權移轉登記を爲してゐたが、目録第三、四號の不動産はA所有の全財産であつて、右の各贈與がCの遺留分を害することは贈與の各當事者が了知してゐた。そこでXは昭和七年二月一六日本訴を提起し、 $Y_1$ に對して目録第三號不動産の一部なる目録第一號の不動産(價額二千八十圓)に付、 $Y_2$ に對しては目録第四號の不動産の一部なる目録第二號の不動産(價額三千九百圓)に付夫々減殺の請求をして其の移轉登記の抹消を求めた。原審は之を認容したので、 $Y_1$ は上告し、民法一一三八條に依れば贈與の減殺は後の贈與より初め順次に前の贈與に及ぶのだから、二個の贈與あるときは其の先後を審査しなければならないが、原審が本件 $Y_1$ への贈與の登記受付番號に先後があるから贈與に前後あるものと推定すべく若し登記受付番號の先後にも拘らず同時なりといふには其の立證と理由とを示すべきに、其の點を無視して $Y_1$ に對し平等に取扱つたのは採證乃至理由不備若し審理不盡の不法があると主張した。

〔判旨〕 棄却。「然レドモ、甲ニ對スル贈與ト乙ニ對スル贈與トガ同時ニ行ハレ、其ノ各贈與ニ因ル所有權移轉登記ガ同一登記所ニ同時ニ申請セラレタル場合ニ於テモ其ノ受付番號ハ即チ同一ナルヲ得ズ、必ズヤ之ヲ異ニセザルベカラザルモノナレバ、其ノ番號順ニ先後ノ別アルノ故ヲ以テ右贈與ニモ亦先後ノ別アルモノト推定セザルベカラザルモノニ非ズ。而シテ二箇ノ贈與ガ日ヲ同ジウシテ爲サレタル場合ニ於テハ反證ナキ限り何レヲ後ト爲スニ由ナク、畢竟同時ニ爲サレタルモノト推定スルノ外ナキモノト云フベク、原審ガ本件各贈與ハ同日ニ爲サレ即日所論ノ如ク相次グ受付番號ニテ登記セラレタルコトヲ認定シテ其ノ贈與ニ先後アルコトヲ説示セザルハ即チ其ノ贈與ガ同時ニ爲サレタルコトヲ認定シタルモノニ外ナラザルコトヲ原文ヲ通讀シテ之ヲ諒スルニ十分ナルガ故ニ原判決ニハ所論ノ如キ違法アルモノニ非ズ(其ノ他ノ上告論旨及判決理由ハ之ヲ省略ス)。」

〔評釋〕 贊成。判旨それ自體は極めて當然である。二箇の贈與が日を同うして爲された場合に其の贈與は同時に爲されたものと推定するのが穩當で、其の贈與に因る所有權移轉登記が即日相次ぐ受付番號にて爲された場合にも登記に先後があるから贈與の先後を推定すべきだと言ふ上告論旨は殆んど顧慮する必要はない。更に二個の贈與が同時であれば、遺贈に關する民法一一三七條が準用されて、其の目的の價額の割合に應じて減殺されることが前提として判決されてゐるが、固より正しい。

尙本件の評釋に關聯して中川教授が興味ある併し困難な問題を指摘されてゐる(民商一卷(七一二頁))。贈與の部分的減殺の場合の効果である。本件でXは受贈不動産中より任意の土地を選定しその土地についての贈與を減殺し其の所有權移轉登記抹消を請求してをり、原審も大審院も無雜作に之を認容してゐるが、これは許されることか。裁判に當つて此の點が何時も疑問となることである(下級審の判決では贈與の一部に付き減殺請求權を有する場合に目的物が數個請求し得るものとしてゐる(東控大一〇・六・二九評論一〇卷民法六二三頁)、又目的物が不可分に於て且其の一部を減殺すべき場合は受贈者は目的物全部を返還し遺留分權利者は超過部分の價格を返却すべきものと取扱つてゐる(明治四五通一九號金澤地新開八一五))。中川教授は部分的減殺は常に一應共有状態を生ぜしめるので、遺留分權利者は第二段として共有分割の請求を爲すべきものと説かれてゐる。併し本件で特に論點となつたわけでないから、此の問題の提出を注意するに留め、他日之を考へてみることにしたい。

(來 栖 三 郎)

一一二八 不動産登記法第八一條所定の承諾書の交付を求め得べき權利と代位

不登法七九條・八一條一項、民法四二三條

昭和九年九月二七日民一部判決(昭九(オ)一三一七號、登記手續承諾請求事件)民集一三卷二〇號一八〇三頁



〔事實〕 訴外Aは本件土地の登記ある所有者であつたが、X等（被上告人・被控訴人・原告）はAに對して債權を有し、其の擔保として同地上に抵當權を有して居た。一方Y（上告人・控訴人・被告）は同地上に登記ある賃借權及び永小作權を有して居た。所が本件土地は無届開墾成功地價修正に依つて地目段別坪數が變更せられた。依つてX等はAに代位して變更登記を申請する爲、不登法八一條によりXの承諾を求めたが、拒絕せられたので、本訴請求に及んだ。原審はXの請求を認めたのでYより上告。

上告理由は(1)不登法七九條の變更登記を申請するのは所有者の義務であつて權利に非る故民法四二三條の代位を爲し得ない。(2)假に之を權利なりとするも之はAの一身專屬權であつて代位の對象たり得ない。(3)尙不登法八一條により變更登記を爲すにはYの承諾書を要するわけであるが、之によつてYに承諾義務ありとは速断し得ない。

〔判旨〕 上告を認めず棄却。「一 按ズルニ土地ノ地目段別坪數ニ變更アリタル爲メ登記上ノ所有者名義人ガ不動産登記法第七九條ニ舉ゲタル變更登記ヲ爲スニ當リ、右土地ニ付永小作權又ハ賃借權ノ如キ所有權以外ノ權利ニ關スル登記アルトキハ所有名義人ハ其ノ申請書ニ如上權利ニ關スル登記名義人ノ承諾書又ハ之ニ對抗スルコトヲ得ベキ裁判ノ添付スルヲ要スルモノナルコトハ不動産登記法第八一條第一項ニ依リテ明ナルヲ以テ、若如上登記名義人ニシテ右承諾書ヲ交付スルコトヲ拒ミタルトキハ所有名義人ガ右變更登記ヲ爲サンガ爲メニハ永小作權者・賃借權者等ニ對シテ其ノ承諾書ニ代ルベキ判決即承諾ノ意思表示ヲ爲スベキ判決ヲ求ムベク、永小作權者ガ實體法上之ニ應ズベキ義務アルトキハ裁判所ハ所有名義人等ノ請求ヲ認容シテ右ノ如キ判決ヲ與フベキモノナルコトハ疑ヲ容レザルトコロナリ。」

「二 而シテ又前記土地所有名義人ニ對シ債權ヲ有スル者アリテ其ノ者ガ土地ニ對シ抵當權ヲ有スルガ如キ場合ニ於テハ若債權者ガ抵當權保全ノ爲メ如上ノ變更登記ヲ欲スルトキハ債權者ハ民法第四二三條、不動産登記法第四六條ノ二ニ依リ所有名義人ニ代位シテ、同法第七九條ノ登記申請ヲ爲シ得ベク、若此ノ場合ニ於テ土地ニ付キ登記セラレタル永小作權賃借權等アリ、此等ノ權利ヲ有スル者ガ所有名義人ニ對シ承諾書ヲ與フベキ義務アルトキハ、債權者ハ尙進ンデ民法第四二三條ニ則リ所有名義人ニ代位シテ永小作權者等ニ對シ承諾ニ代ル判決ヲ求ムルコトヲ得ベク、債權者ハ此ノ勝訴ノ判決ヲ添へ不動産登記法第四六

條ノ二、民法第四二三條ニ則リ所有名義人ニ代位シテ不動産登記法第七九條ニ舉ゲタル變更登記ヲ爲シ得ルニ至ルモノトス。」

〔評釋〕 本件に就いては既に抽木氏の詳細適切な評釋（民商一卷）あり特に蛇足を附加すべき要を見ない。

判旨は不登法第七九條の變更登記申請は權利なりや否やの上告理由には直接答へて居ないが、判旨は之を肯認するものと認むべく、又其は正しい。七九條の文字が「……申請スルコトヲ要ス」とあるからと謂つて、其が同時に權利なる事を否定する根據とはなり得ない事は明かである。又之を以てAの一身專屬權となし難い事も贅言を要しまい。登記によつて眞正の權利狀態を公示するのは權利者の私の利益に専ら係る事ではないからである。

判旨は原審が其文でYの承諾義務を認めたのに對し、「原判決ノ理由トシテ説示セルトコロニ依レバ……X等ハ右權利ヲAニ代位シテ行使シ得クYハ之ニ協力スベキ義務アルモノナリト判定シタルノミニシテ、X等ノ請求ヲ認容シ、本件事案ノ本旨タルAガYニ對シ不動産登記法第八一條一項ニ示ス承諾ヲ求ムベキ權利ヲX等ガAニ代位シテ行使シ得ルヤ否ヤノ點ニ關シ毫モ審判スルトコロナカリシハ判斷ノ肯綮ヲ逸シタル憾アルヲ免レズ。」となして居るのは正しい。而して判旨は進んでYの承諾義務を認めて居るのである。之は抽木氏の論ぜられる如く第八一條の文理解釋としては明かに不當であると云ふべきであらう。しかし第八一條が登記の公示制度たる本質を無視し、變更登記を永小作權者等の承諾にかゝらしめた事が抑々不當なのであるから（舟橋・不動産登記法（新法全）一五五—一六頁）、判旨の如く其等の者の承諾義務を認める事によつて之を修正するのは登記制度の趣旨には叶ふものと言はねばなるまい。判旨が上告理由第三點に答へた個所で

「土地ガ登記ノ記載ト其ノ實狀ヲ變更シタル場合ニ於テハ其ノ土地ニ付キ第三者ニ對シ對抗シ得ベキ物權ヲ有スル者ハ土地ノ



實狀ト登記上ノ記載ト一致セシムルコトニ付キ利益ヲ有シ、他人ニ對シ物權當然ノ效力タル物上請求權ニ依リ、之ガ爲必要ナル協力ヲ求メ得ルモノナルヲ以テ、登記アル土地ノ所有權者ガ土地ノ實狀ニ付キ不動産登記法第七九條ニ舉ゲタル變更登記ヲ爲ス場合ニ於テモ若登記セラレタル永小作權又ハ賃借權ヲ有スル者アルトキハ、所有權者ハ此等ノ者ニ對シ右登記ヲ爲スニ必要ナル同法第八一條第一項所定ノ承諾ヲ求ムベキ權利ヲ有スルモノト云フベク、永小作權者等ガ右土地實狀ノ變更ニ因リ損害ヲ受ケタル場合ニ於テハ、同人等ガ其ノ變更ニ因リ生ジタル損害ノ恢復ニ付キ別個ノ請求權ヲ得ベキハ格別、既ニ土地ノ現狀ニ變更アル以上、之ニ順應シテ登記ヲ變更スルニ付キ協力ヲ爲シ其ノ承諾ヲ爲スベキ所有權者ノ請求ヲ拒ムコトヲ得ザルモノト謂ハザルベカラズ。」

として、一方Yに對して損害賠償の請求の餘地を残しつつも、其の承諾の拒絶を認めなかつたのも、右の理由に基くものと解せられる。

(野田良之)

### 一一九 耕地整理——耕地整理組合の起債と地方長官の認可の效力

耕地整理法八〇條

昭和九年一〇月一〇日民四部判決(昭九(オ)一八〇號、民集一三卷二〇號一八一八頁)

〔事實〕原告Xは被告大津村新開耕地整理組合に對シ金一萬二千餘圓の約束手形債權を訴求して本訴を提起した所、右耕地整理組合側では、假令本件手形の振出人たる責任を負ふべきものなりとするも、右手形は監督官廳たる地方長官の、「大正十五年十一月二十七日以前ハ個人(非法人)ヨリ金員ヲ借入ルルコトヲ得ズ又其ノ前後ヲ間ハズ起債金利率ハ年一割以内ニ限ル」との認可條件に違反し、大正十三年頃よりX個人から累次借入たる金員に年四割二分と云ふ高利を計算して漸次遞増したる金額につき振出されたるものなれば、之ガ支拂の責なき旨を陳述した。第一審・第二審とも原告勝訴、被告組合は前記認可條件に反する起債行為の無効を主張して上告。

爲の無効を主張して上告。

〔判旨〕上告を容れ破毀差戻。「耕地整理法第八〇條第一項ニ、組合ニ於テ負債ヲ起シ、起債ノ方法・利息ノ定率若ハ償還ノ方法ヲ定メ又ハ之ヲ變更セムトスルトキハ地方長官ノ認可ヲ受クベシト規定シタルハ、…組合財産ノ鞏固ヲ期スル爲、監督官廳ニ於テ起債ノ方法・利息ノ定率等ヲ適當ニ制限シ、認可ヲ經ズシテ借入レタル行爲ノ法律上ノ效力ヲ抑壓スルニ在ルヲ以テ、之ニ違反スル行爲ハ法律上當然其ノ効ナキモノト云ハザルベカラズ。然リ而シテ本訴約束手形ニ更改セラレタル基本債務中ニハ、監督官廳ニ於テ大正十五年十二月二十七日以後ハ個人ヨリ金員ヲ借入ルルヲ妨ゲザル旨、上告人組合ニ對シ認可シタル以前ニ於テ、既ニ同組合ノ被上告人個人ヨリ借入レタル金員ヲ包含シ、尙年一割以上ノ利息ヲ以テ借入レタルモノノ存スルニ於テハ、該借入行爲ガ耕地整理法第八〇條ニ所謂負債ニ該當スル以上、該金員借入行爲ノ無効ナル結果、其ノ範圍ニ於テ本件手形上ノ債務モ亦自ラ無効ニ歸スベキモノニ拘ラズ、(原審が此點を無視したるは)…審理不盡・理由不備ノ違法アリ。」

〔評釋〕耕地整理法第八〇條第一項には、「組合ニ於テ負債ヲ起シ、起債ノ方法、利息ノ定率若ハ償還ノ方法ヲ定メ又ハ之ヲ變更セムトスルトキハ地方長官ノ認可ヲ受クベシ」との規定あり、本件は其の解釋に關する問題であるが、判旨は耕地整理組合の性質に照し、恐らく正當な解釋であらう。而して(イ)本件組合が監督官廳の認可條件に反し、大正十五年十一月以前に個人たるXより借入れた金額は不當利得を構成するであらうし、又(ロ)認可條件に違反する高利は——個人より借入を許可せられた後の分について——全然無効ではなく、認可せられたる利率の限度まで減縮せられれば足るものと解すること、本件に對する美濃部博士の評釋(公法判例評釋昭和九年一二頁)に賛成したい。

尙本件に對する批評又は評釋として佐々木(公法雜誌一卷四號)、柚木(民商法一卷四號)、大丸(新報四五卷四號)、關(志林三七卷七號)諸氏のそれ参照。



### 一三〇 定期預金に於ける期限の利益の抛棄

民法一三六條二項

昭和九年九月一五日民四部判決(昭八(オ)四九號、債權轉付金請求事件)民集一三卷二二號一八三九頁

〔事實〕 訴外Aは昭和五年二月二日訴外B銀行に對し利率年五分三厘返還期昭和六年二月三日と定めて金二千圓を預入れ居たが、上告人Y銀行はB銀行よりその營業讓渡を受け、右の債務を引受けた。一方Aの債權者たる被上告人Xは宇和島區裁判所に申請し右預金の元金並に之に對する預入の日から昭和五年五月八日迄の利息及損害金の債權の轉付命令を得、該命令は同月一三日A及びYに送達せられ、Xは其の辨濟を求めた。之に對しY銀行はAに對して貸金二千圓並に之に對する利息及損害金があるので同年三月二五日Aに對しAに對する定期預金債務の期限の利益を抛棄し對當額に於いて相殺する旨の意思表示をなしたので、右轉付命令送達の際にはAの債權は僅かに四圓餘を残すに過ぎなくなつて居たと主張した。原審は右定期預金の返還期は單に債務者たるY銀行の利益の爲に存するのではないから、Yは勝手に之を抛棄し得ないとして、Aの抗辯を却けた。Yより上告し、民法一三六條二項は「相手方の利益を害する事を得ず」と規定するにすぎないから、相手方に損害さへかけなければ期限の利益を抛棄し得るものと争つた。

〔判旨〕 上告を認め破毀差戻。「然レドモ期限が當事者雙方ノ利益ノ爲ニ定メラレタル場合ト雖モ、當事者雙方ノ合意ヲ以テシ、又ハ當事者雙方ニ於テ同時ニ之ヲ爲スニ非レバ其ノ期限ノ利益ヲ抛棄スルヲ得ズト云フモノニ非ズ。一方ノ當事者ノミニ於テ其ノ期限ノ利益ヲ抛棄スルコトヲ妨ゲズ。但ダ之ヲ爲スニハ相手方ガ當該期限ニ付有スル利益詳言スレバ當該期限ノ未到來ニ依リテ享クベキ利益ヲ害スルコトヲ得ザルノミ。民法第一三六條第二項ノ趣旨ハ即チ茲ニ存スルモノト解スルヲ相當トス。故ニ定期預金ノ返還期ガ當事者雙方ノ利益ノ爲ニ定メラレタルモノナル場合ニアリテモ債務者タル預り主ハ其ノ返還期迄

ノ約定利息ヲ支拂フ等債權タル預金ガ返還期未到來ニ依リテ享クベキ利益ノ喪失ヲ填補スルニ於テハ、其ノ返還期ニ付自己ノ有スル利益ヲ一方的ニ抛棄スルコトヲ得ルモノト謂ハザルベカラズ。」

〔評釋〕 本件に關しては舟橋氏の詳細な評釋があるから(民商一卷、七九五頁)此處では極く簡単に述べるに止める。定期預金の期限が債權者の利益の爲にも存する事は言ふ迄もない。其を債務者たる銀行が抛棄し得るや否やは一に民法一三六條二項の解釋に係る。所で此に就いては相手方の損失を賠償すれば抛棄が出来ると云ふのが近時の通説と言つて良からう(我妻・民法講義I・四二、四頁以下、舟橋前掲参照)。従つて判旨の云ふ如く利息其他を支拂つて預金者に損害をかけるのであれば此を許して差支へないであらう。判旨はその意味で通説に従つたものであり正當と考へる。

(野田良之)

### 一三一 株式讓渡の制限——定款變更に依る名義書換請求の制限の效力

商法一四九條(新二〇四條)

昭和九年一〇月一日民一部判決(昭八(オ)二五五六號、株式名義書換請求事件)民集一三卷二二號一八五二頁

〔事實〕 上告人備讀株式會社は、訴外八名から、其所有する被上告人宇野生魚株式會社の株式を讓受け、昭和四年一月二日に、其名義書換を、被上告會社に請求した。然るに、被上告會社は、之より先、昭和四年一月一〇日に、定款變更の株主總會に於て、株式の賣買質入に付ては、會社の承諾を要すべき旨の規定を設けた、に拘らず、訴外等は、本件株式の讓渡に付き、被上告會社の承諾を得なかつたから、右讓渡は無効である、といふ理由で、各義の書換を拒絶した。而して、被上告會社が、右の如き定款變更をなしたのは、被上告會社の社員たる仲買人多數が分離して、上告會社を設立したため、被上告會社が、營業上非常なる



不利益を受けたから、更に上告會社が、被上告會社の株式を譲受けることによつて、事業の遂行に重大なる支障を來たすことを避けるためであつたものの如くである(民集一八六)。原審は、上告會社の請求を棄却した。

〔判旨〕 大審院も、左の理由で上告を棄却した。

「株式ハ、會社ノ承諾ヲ要セズシテ讓渡シ得ルヲ通常トスルモ、定款ニ依リ、其ノ讓渡ヲ制限シ、會社ノ承諾ヲ要スル旨、別段ノ定ヲ爲シ得ルハ、商法第百四十九條本文ノ明定スルトコロナリ。而モ其ノ讓渡ヲ制限シ得ル定款ハ、必ズシモ、會社設立ノ際作成セラルベキ、所謂原始定款ナルコトヲ要セズ。會社ハ、其ノ後、事業ノ遂行若ハ目的達成ノ必要アルトキハ、商法所定ノ定款變更ノ手續ヲ履シテ、敍上ノ如ク、讓渡制限ノ定ヲ爲シ得ベク、之ガ變更ニ付、全株主ノ同意若ハ一致ノ決議ヲ要セザルモノト解スルヲ妥當トス。蓋、前示法條所定ノ定款ヲ、特ニ原始定款ノミト限局シテ解セザルベカラザル理據ナク、會社ガ、後日、事業遂行ノ爲メ、株式讓渡ヲ制限スルノ、必要且正當ナル事由アルトキハ、定款ヲ變更シテ、其ノ目的ヲ達シ得ベク、之ヲ禁止スルノ理由若ハ法規アルナク、又株主モ他日斯カル制限ヲ受クルコトアルヲ豫想シテ、株式ヲ取得スルモノト認ムルヲ妥當トスベキガ故ニ、其ノ制限ニ因リ、何等不測ノ損害ヲ被ルノ慮ナク、從テ、之ヲ甘受セザルベカラザルヲ以テナリ。」

〔評釋〕 株式の讓渡性を、定款變更の方法によつて、奪ひうるや否やについては、學說に争があるにも拘らず(通説は、積極説、文獻については、(西原・民商一卷八〇三頁、參照)、判例としては、積極的見地を採る下級審の判例が、二つあるに過ぎなかつた(浦地・昭和二・八・六、東京控・昭和九・九・二二)。從つて、本判旨は、株式會社法中の一つの重大な問題に對し、新たな斷案を下したものであつて、頗る吾人の注目を惹くものである。

私は大審院が、『後日事業遂行の爲め、株式讓渡を制限するの、必要且正當なる事由』と判示してゐる點、及び佛國が、實際的必要に迫られて、換言すれば、新しき經濟事情に順應し、會社の發展と繁榮とを計るために、國

籍の變更と有限責任に反する場合とを除き、廣範圍に互る定款變更の自由を認むるに至つた事實(一九一三年一月法三一)に徴し、非常に本判旨の結論に惹かれるのであるが(Lyon-Caen et Renard, L. 2, n. 867 Dis. なほ n. 864 に於て)、株主が、株式會社の事業に投資する所以は、何時たりとも、その欲するときに、讓渡によつて、再び之を貨幣資本に轉換しうるからであつて、株式の讓渡性こそ、株主が、投資をなす重要な要素である。殊に商法が、特別決議の方法を以てする定款變更を、廣範圍に互つて認め、株主が投資をなす他の重要な要素であるところの、目的の變更すら、他の事項の變更と同様の手續により、之をなしうることにしてゐる以上(英國會社法は、目的の變更に件としてゐる!!一九二九年法第五條參照)、株主には、飽くまで、株式讓渡の自由を認め、自己の豫想に反する事情が生じた場合には、何時たりとも、その會社事業と絶縁しうる道を與へておく必要がある。蓋し、株式會社にあつては、上告人も云つてゐるやうに、株式の讓渡のみが、株主にとつて、唯一の退社方法だからである。從つて、原始定款に、株式讓渡の制限又は禁止に關する規定がないに拘らず、定款變更の方法によつて、その制限又は禁止をなしうるものと爲すことは、全く、株主の豫想に反するものであつて、かくの如きは、株主全員の一致あるに非ざれば、爲し得ざることである、と云はなければならぬ(田中・再訂増補會社法概論四三五頁、青木・會社法論三九五頁、西原・前掲八〇四頁以ハ〇三)。大審院は、『株主も、他日、斯かる制限を受くることあるを豫想して、株式を取得するものと認むるを、妥當とすべきが故に……』と判示してゐるが、この論法を以てすれば、會社も、その設立に當り、他日斯かる制限をなす必要あることを豫想して、定款に其旨を規定すべきものである、といふ議論が立ちうるから、此判示は妥當でない。

(小町谷操三)



1311 借地法第一〇條の買取請求後に、地上物の前主の賃料不拂によつて賃貸借が解除となつた  
場合の買取請求権の運命

借地上の地上物譲受人は、その前主と地主との間の借地に関する裁判上の和解について、  
民訴法第二〇一條に所謂「承継人」なり

借地法一〇條、民訴法二〇三條・二〇一條

昭和九年一〇月四日民一部決定(昭九(ク)一二三六號、執行文)民集一三卷二一號一八六四頁

〔事實〕 BはAから東京浅草の宅地を賃借してその上に建物を所有してゐたが、AはBに土地明渡訴訟を提起し、昭和七年七月に兩者間に裁判上の和解が成立した。その和解條項中に、Bはそれまでの延滞賃料一萬圓餘を昭和八年一月二五日迄に支拂ふこと、もし該期限内に支拂をなさざるときは右期限満了と同時に土地明渡並右金額につき強制執行をうくるも異議なきこと、が定められた。Cは右和解成立後約四箇月の後一月二六日にBから地上建物所有権と共に土地賃借権を譲受け、昭和八年一月一八日にAに對し、「一月二三日迄に賃借権譲渡に承諾せられ度く、もし同日までに回答なければ時價を以て地上物を買取られ度き」旨を要求した。Aは一月二三日までに承諾の回答をしなかつた。一方前賃借人Bは右和解に定めた期日一月二五日をすぎたが延滞賃料を辨済しない。そこでAは右和解に基きCに對し土地明渡の強制執行をなし、Cはこれに對し執行文附與に對する異議を申立てたのが本件である。Cが理由とするのは、買取請求権が效力發生したる後に和解に基き解除があつたのであり、Cは買取代金の提供あるまで建物を留置するため適法に土地を占有する、裁判上の和解の効力は承継人に非ざるCに及ばず(民訴二〇三條、二〇一條)といふにある。原審は、Cは建物譲受と共に宅地を占有するに至つてゐるから民訴二〇一條の承継人である、而して債務不履行による解除の場合には買取請求権なし、Cは宅地明渡義務の承継人なる故買取請求権なし、Cは借地法一〇條の買

買取請求権を主張するも、Cは義務不履行を條件とする前主の明渡義務を承継する故Cの買取請求はBの義務履行を條件とする、もし然らずと解すると、Cは容易に宅地明渡義務を回避し得ることになつて不當である、といふ理由でCを敗かした。  
Cは再抗告して次の如く争つた。曰く、AはBC間賃借権譲渡を承諾しなかつた故結局BC間の賃借権譲渡占有権譲渡はなかりしことになつたのであり、Cは承継人にあらず、又CはBの延滞賃料支拂義務を承継せざるに土地明渡義務を承継するはずなし、又Cの買取請求は賃借権存続になされたるもの故完全に效力を生じてゐる、その後の解除によつて適つてCの既得権が失はれる謂はれなし、と主張する。

〔判旨〕 棄却。

〔然レドモ原判示ニ據レバ、抗告人ハ村田由太郎(B)ヨリ本件地上ノ建物ヲ讓受ケ所有スルニ至ルヤ、尙其ノ借地權ヲモ讓受ケタリト做シ之ガ承諾ヲ相手方ニ求メタルコト明ナルヲ以テ、抗告人ハ右ノ讓受ニ依リ建物ノ所有權ノ外其ノ敷地ノ占有權ヲモ承継スルニ至リシモノナルコト自明ナリト云フベク、原審モ亦之ト同趣旨ニ於テ其ノ承継ヲ認メタルニ外ナラズ。然ルニ村田由太郎(B)ト相手方トノ間ニ於テハ、既ニ右讓渡前原判示ノ如キ條件附ナル裁判上ノ和解成立シ居レルヲ以テ、此ノ和解ノ拘束力ハ承継人タル抗告人ニ及ブベキ關係自ラ存スル次第ニシテ、從テ若シ其ノ和解ノ條件成就シ村田由太郎(B)ニ執行力アル宅地ノ明渡義務發生スルニ於テハ該義務ニ伴フ不利益モ亦抗告人ニ及ブベキハ當然ノ歸結ナルヲ以テ、假令右義務發生前抗告人ニ於テ相手方ノ借地權讓渡不承諾ヲ理由トシテ同人ニ對シ地上建物ノ買取ヲ請求スルモ、其ノ請求タル既成ノ和解ニ於ケルト同様ニ條件附ケラレ其ノ不利益ナル影響ヲ蒙ルコトヲ免レ得ザルモノニシテ、其ノ條件成就ノ場合ニハ買取請求ノ効ナキニ至ルモ亦已ムヲ得ザル所ナリトス。本件ニ於テハ既成ノ和解ニハ村田由太郎(B)ニ於テ延滞賃料一萬九千九百八十二圓六十錢ヲ昭和八年一月二五日迄ニ全部支拂ハザルトキハ同人及相手方間ノ賃貸借ハ當然解除セラレ該土地ヲ明渡スベキ旨ノ條項定メアリ。而シテ村田由太郎(B)ハ其ノ延滞賃料ヲ支拂ハザリシ爲メ明渡義務ヲ負フニ至リシモノナルヲ以テ、假令抗告人ニ於テ同年一月十八日相手方ニ對シ地上建物買取ノ請求ヲ爲スモ該請求ハ義務不履行者ノ爲シタル夫レト同一ニ歸



シ其ノ效力ヲ是認シ得ザルモノナルコト彼上説示ニ徴シ明瞭ナリト云フベシ。」

〔評釋〕 判旨の結論にも構成にも疑問の餘地があるやうに思ふ。本件の問題の中心は、債務の不履行を理由とする解除の場合には地上物買取請求権なしといふ判例法(大正一五・一〇・一二)の下において、賃借権譲渡人に對する債務不履行解除と賃借権譲受人の借地法一〇條買取請求との關係如何といふことに關する。換言すれば、地上物件取得後買取請求行使前に債務不履行解除ありし場合の賃借権譲受人の地位如何(地上物件取得前に既に債務不履行解除年の)。この點について、本判決の後間もなく關係の判例が現はれてゐるので彼此對照してみよう。昭和九年一月八日の判決(昭和九(オ)七三九)は、昭和五年六月に賃料不拂による賃貸借解除あり昭和七年三月に至り地上物買取請求權を行使したといふ事實に對し『借地法一〇條の買取請求權の要件としては、土地賃借權が建物讓渡の際に存在するを以て足り買取請求權行使の際に存在することを要せず』といふ結論を述べてゐるが、同事件ではこの議論は傍論である。さうして地上建物の讓渡の當時は未だ借家法が施行となつてゐなかつたから結局買取請求權を認め得ず、といふのがその中心點であつた。果せるかな大審院は同じ問題について昭和十一年二月一四日の判決(昭和(オ)二二五二號)で、反對の趣旨を判示した。事實は、Aが解除の前提たる賃料支拂催告を受けてゐる中に建物を讓渡し、解除となつた後に讓受人Bが買取請求をしたといふのであつたが、右判決は賃借權の存在する間に買取請求をなすことを要するとして買取請求を認めなかつたのである。——そこで本判決とその後右の二判決とを對照してみる。二番目の判決の右の判旨は傍論でもあり又後の判決によつてその理論そのものも變更をうけてゐるので、結局本判決と終りの判決とを對照することとする。その結果は、第一に、「既に解除となつて賃借權消滅した後では

借地法一〇條の買取請求權なし」、第二に、「買取請求後賃料不拂で解除となつた場合でも(即ち買取請求當時賃借權が存在した場合でも)、解除による明渡につき裁判上の和解があれば承繼人たる買取請求權者もこれに拘束せられ、結局買取請求權は認められず」といふことになる。さうすると、この二つの命題から、形式論理的には、解除明渡につき裁判上の和解なき限り(即ち單に賃料延滞が存するといふ事情の下においては)買取請求後の解除は買取請求に影響なし、といふことが導かれ得る。しかし、かやうなことを認めることは相當問題ではないか。單純に結果だけを考へてみても、さうだとすると、賃料不拂解除による買取請求權の喪失を簡單に免れ得ることになつて、判例が「債務不履行解除の場合には買取請求權なし」とすることは實際上多くの場合に無意味に歸することとなり(かやうな判例法理そのものの不當はともかくとして)判例法自身の中の内在的矛盾である。もし、判旨から右の如き推論をなすべきでないとするなら、判旨の構成自身に反省が加へられることを要するわけである。

私の考へる所によると、判旨は抗告人の法律上の地位について實體法上の問題と訴訟法上の債務名義の效力の問題とを一括して論ずる所に、問題が存するのである。實體法の平面において問題を考ふるに、地上物讓受人は、いはゞ條件附の(賃貸人の承諾)賃借權譲受人であり、したがつて賃借權譲渡人の地位の承繼者であると解せらるべきである。蓋し、法がこの者に地上物の時價による買取請求を認めるのは、地上物が賃借權附で存在することを前提としてゐるものと解せられねばならぬからである。だから、地上物取得者は前借主の賃貸借契約上の地位を承繼し、したがつて又賃料不拂の場合の効果についても前主と同じ地位に立つものと解するを至當とする。だから實體法上の問題としては、判旨のいふ所は狭すぎると考へる。大審院としては本件においては、右の構成と、「賃料不拂解除の場



合には借地法四條の買取請求権なし」といふ判例法理とに基いて判旨の結論を抜き出すべきであつたと思ふのである。しかし、私としては借地法四條に關する右の判例法理には多くの學者と共に疑問をもつ。賃料不拂の場合にも四條の買取請求を認むべきであり、然りとすれば、賃借権者は延滞賃料と地上物時價とを相殺し得ることとなる。さうして、賃借権者の地位を承継せる所の地上物取得者に對しても、賃借人は前主に對する延滞賃料を以て相殺をなし得べきはづである。要するに私は實體法の問題としては、判旨の構成にも結果にも反對したいと考へるのである。そこで次に訴訟法上の執行名義の問題を考察してみよう。原告人が本件和解について民訴二〇一條に所謂「口頭辯論終結後ノ承繼人」であることは正に判旨の述べる通りである。原告人は單に賃貸借契約の目的物たる「土地所有權の特定承繼人」であるといふだけでなく前述の如く、賃貸借關係の承繼人であると解すべきだからであり、語の最も固有の意味において承繼人であるからである。判旨は裁判上の和解の既判力執行力の範圍に關する限り全く正當であると謂ふべきである。

(附記) 本件については藥師寺博士の批評がある(民商法一卷五號八〇七頁)。博士は判旨に全面的に反對されてゐる。所論を要約すると、(1)借地法一〇條の買取請求權は一種特別の「建物救濟權」で、賃貸借關係そのものとは別物である、故に買取請求によつて賃貸借關係が終止するものでなく(したがつて又買取請求後の解除も可能となる)、又賃貸借解除によつては買取請求が何等の影響を蒙るわけがない、原告人は獨自の「建物救濟權」に基き時價の請求をなし得べきはづである、(2)民法五四一條によらず不履行あれば當然解除となる旨の特約は「借地權者ニ不利ナルモノ」故借地法一一條により無効、したがつて裁判上の和解としても無効、故に原告人に既判力も及ぶわけがない、といふにある。右の(1)の點は、いかなる場合にも買取請求を認めるための構成であらうか。結果的には賛成し得るが、そのために右の如き構成をせねばならぬであらうか。(2)の點は、

私にはよく分らない。右のやうな和解内容が民法五四一條とは異なる特約ではあつても(しかも五四一條は強行法規ではない)借地法一一條の「第二條、第四條乃至第八條及前條ノ規定ニ反スル契約條件」であるといふのはどういふわけであらうか。

(川島武宣)

一三三 騷擾における共同不法行為關係

民法七一九條

昭和九年一〇月一五日民一部判決(昭八(オ)三一二一號)民集一三卷二一號一八七四頁

〔事實〕 本件は河川の灌漑用使用に關する紛議から、甲水利組合の者が乙水利組合の者に對し團體的に暴行を加へた事件である。青森縣北津輕郡を流れてゐる平川といふ川があり、その右岸に「五所川原堰」といふ水門を有する五所川原堰水利組合(以下これを甲水利組合と略稱)及び枝川足水の兩堰等を有する枝川足水兩堰水利組合(以下これを乙水利組合と略稱)がある。昭和三年以來早魃のため水量が不十分なので、甲組合の委員Aは縣廳の許可もなく又乙組合の承諾をも得ないで甲水門の定盤を約七寸掘下げた。果せるかな昭和四年は早魃となり水量激減したので、乙組合の管理者はその委員をして夜陰に乘じ甲水門の水閘に板を差込み且多數の人力をして警戒せしめた。甲組合の管理者はこれを聞知し、常設委員その他の役員を召集しABC等十一名を以て協議をなし、その結果、翌日甲組合事務所内外に二、三百名の關係者が集合し、XY等十數名の決死隊を組織した。この決死隊は、同日兇器を携へて乙組合事務所に押しよせて同所にゐた數名の者を毆打した。その結果本件の原告中のZ<sub>1</sub>Z<sub>2</sub>Z<sub>3</sub>の三名は不具發疾の身となつた。右決死隊は更に勢に乗じて乙水門に向つたがその途中で乙組合側の者と衝突し亂闘の末Z<sub>4</sub>を毆打し、Z<sub>4</sub>は同日死亡するに至つた。そこでZ<sub>1</sub>Z<sub>2</sub>Z<sub>3</sub>等、及びZ<sub>4</sub>の母・妻・子は、この騷擾の協議者たるABC等十一名及び決死隊XY等を相手方として不法行為に基く損害賠償請求の本訴を提起したのである。

主たる争點は、直接に暴行に關與しなかつたABC等がXY等のなした暴行行為の結果につき共同不法行為者として連帶責任



を負ふか否かについてである。第一審では原告の主張が大體みとめられたが、第二審では、A B C等協議をしたにとゞまる者は共同不法行為者にあらずとされた。その理由は次の如くである。共同不法行為あり、といふためには、主觀的共同即ち「通謀若くハ意思ノ共通」あるを要しないが、「客觀的ニ共同ノ原因」あることを要する。そこでA B C等X Y Z等にいかなる場合に共同原因があるか。(1) A B C等は協議をしたが前示犯罪の「教唆」があつたと認められない、(2) 又Z<sub>1</sub> Z<sub>2</sub> Z<sub>3</sub>に對する行為とZ<sub>4</sub>に對する行為とは時間的場所的に離れて居り別の原因に基く、(3) A B C等數名は騷擾行為自體に参加してゐないし、又參加した者についてみても何人が右のZ<sub>1</sub> Z<sub>2</sub> Z<sub>3</sub>に加害したか不明であるから何れも責任なし、たゞXのみは明らかにZ<sub>4</sub>に暴行しそれが原因となつてZ<sub>4</sub>は死亡したのであるから、Xのみが乙の遺族に對し賠償すべし、Z<sub>1</sub>以下の者に對する暴行は突發の出來事として現行行為以外の者にとつては相當因果關係を缺く、といふのである。原告等は上告して原審を次の如く攻撃する。A B C等の決議はX Y等の騷擾行為の原因をなしてゐる、A B C等は決議・多衆糾合したのであり、傷害を豫見し助勢したのであるからである、(2) 多數者の中の何人が加害行為をしたか不明なるときは、その全部が責任を負ふべきであり、不明なる限り責任なしとするは不可である、(3) 騷擾といふものは、これをなす多數者の中の或者は率先助勢し、又他の者は暴行脅迫をなすことによつて成立するを常とし、社會通念上はこの率先助勢と暴行脅迫との間に相當因果關係があるとみるべきである、X以外の者の助勢なかりせばXのZ<sub>4</sub>への暴行はなかつたであらうといふ關係が存することは勿論であり、被告等の行為は互に因果關係を有する一團の不法行為に基くものである。

〔判旨〕 破毀差戻。

「按ズルニ、民法第七百十九條ニ規定シタル共同不法行為ヲ構成スルニハ、必シモ其ノ不法行為ヲ爲シタル加害者間ニ通謀若クハ意思ノ共通ヲ要セザルモ、權利侵害ニ對シ客觀的ニ共同ノ原因ヲ成スコトヲ要シ從テ加害者各自ノ行為ト之ニ因リテ生ジタル損害トノ間ニハ因果關係ヲ有スルコトヲ要スルハ當院判例ノ認ムル所ナレドモ(大正十三年(オ)第二〇〇號同年七月二十四日當院判決參照)、其ノ因果關係アリトスルニハ必シモ加害者各自ラ加害ノ現場ニ在ルコトヲ要セザルモノニシテ、本件ニ於

テ被告上告人ガ上告人主張ノ如ク尋常ノ手段ニテ目的ヲ達セザルトキハ非常手段特ニ鬭争ノ手段ニ訴ヘテモ目的ヲ達センコトヲ議決シ關係者ガ其ノ議決ニ基キ出動シ各兇器ヲ携ヘテ目的地ニ集合シ遂ニ鬭争ニ及ビ相手ヲ殺傷シタルガ如キ事實アリトセバ、右ノ決議ト該殺傷行為トノ間ニハ因果關係アルモノト謂ヒ得ベキヲ以テ、其ノ決議ニ參加シタル者ハ現場ニ於テ手ヲ下シタル加害者ト俱ニ共同不法行為者タルノ責ニ任ゼザルヲ得ザルベク、又現場ニ出動シタル者ハ相互ノ間ニ意思ノ共通ナキモ數人ノ行為相集リテ殺傷ノ結果ヲ發生又ハ助長シタル場合ニ於テハ、行為者ガ其ノ結果ヲ認識シ又ハ認識シ得ベキ狀況ニ在ルトキハ共同不法行為者トシテノ責任ヲ負擔セザルベカラザルモノニシテ、現實ニ殺傷ノ行為ニ手ヲ下サザリシ故ヲ以テ責ヲ辭スルコトヲ得ズ。前示ノ條件ニシテ具備セル以上ハ數人ノ中何人が現ニ手ヲ下シタリヤ不明ナリトノ一事ニ依リテハ共同不法行為者トシテノ責任ヲ免ルルコトヲ得ザルモノトス。」とまつ一般理論を述べ、ひきつゞき本件ノ事實につきその適用を示す。

(決議と殺傷行為との因果關係) 「原判決ノ確定シタル事實ニ依レバ、枝川足水兩堰組合(乙組合)ト五所川原堰組合(甲組合)トノ間ニ水論ヲ生ジ遂ニ鬭争トナリ、其結果トシテ兩堰組合ノ關係者タル石岡慶吉(Z<sub>4</sub>)(上告人石岡慶作の父)ハ五所川原堰關係者タル鶴谷圓吉(X)ノ暴行ヲ受ケ創傷ヲ被リ終ニ死亡シタルモノトス。而シテ上告人ハ原審ニ於テ「控訴人(被上告人)小田桐惣九郎 三浦藤太郎 岩淵忠藏 藤田藤五郎 平山萬之助 荒關金助 外崎彦太郎(前記A B C等に該當する)ハ五所川原堰普通水利組合(甲組合)會議員ニシテ佐々木哲造ノ招集ニ因リ組合事務所ニ會合シ、五所川原堰水門ニ差込ミタル板ヲ尋常手段ヲ以テ撤去スルコトヲ得ザルトキハ鬭争ノ手段ニ訴ヘテモ其ノ目的ヲ貫徹スベキコトヲ議決シ直ニ其ノ旨ヲ常設委員ヨリ組合關係者ニ通知シテ其ノ出動ヲ促シタル處、翌二十二日組合關係者其ノ他合計二、三百名ノ者集合シ小田桐藏助等十數名ヲシテ決死隊ヲ組織シテ同人等ハ各兇器ヲ携ヘテ藤崎町地内ノ兩堰組合事務所ニ押寄せ木石ヲ投ジ内數名ハ同所内ニ闖入シ同所ニ居合セタル須郷謙次郎 奈良重次郎 齋藤善次外數名(前述のZ<sub>1</sub> Z<sub>2</sub> Z<sub>3</sub>に該當)ヲ毆打シ因テ同人等ニ重傷ヲ負ハシメ、更ニ勢ニ乗ジテ前示水門ニ向ヒ途中白子街道附近ニ於テ兩堰側ノ者多數ト衝突シ亂闘ノ末遂ニ石岡慶吉(Z<sub>4</sub>)ヲ毆打シ同人ニ重傷ヲ與ヘ、右傷害ノ爲同人ハ同日午後八時頃死亡シタリ云々」ト主張シタルコト原判決ニ引用シタル第一審判決事實



摘示ニ依リ明ナリ。若シ果シテ上告人主張ノ如キ事實アリトセバ、物九郎以下前記七名(A B C等ニ該當)ノ五所川原堰事務所ニ集合シテ爲シタル決議ト石岡慶吉(Z<sub>4</sub>)及上告人論次郎外二名(Z<sub>1</sub>Z<sub>2</sub>Z<sub>3</sub>)ノ傷害事實トハ因果關係ヲ有スルモノニシテ、右七名ハ現ニ手ヲ下シタル者ト共ニ共同不法行為者タルノ責ニ任ゼザルベカラザルモノトス。然ルニ原院ハ右七名ガ他ノ被上告人等ヲ教唆シテ騒擾罪等ノ罪ヲ犯サシメタルヤ否ヲ審理シタルニ止マリ、前示上告人ノ主張事實ニ關スル審理判斷ヲ爲サズシテ、右七名ハ鶴谷圓吉(Xニ該當)ト共同責任ナシト判斷シタルハ、審理不盡理由不備ノ不法アルモノト謂ハザル得ズ。

(現場に出動せる者の間の共同關係)「又原判決ノ認メタル事實ニ依レバ上告人論次郎 重次郎 善次(Z<sub>1</sub>Z<sub>2</sub>Z<sub>3</sub>)ノ三名ハ昭和四年七月二十二日正午頃兩堰組合事務所ニ於テ傷害ヲ被リタル者ニシテ、被上告人喜太郎 藏助 鐵右衛門 幸助 藤左衛門 金左衛門 市太郎 忠吉 兼太郎 源次郎 繁太郎 圓吉(X Y等ニ該當)ノ十二名ハ右組合事務所ニ於ケル騒擾ニ參加シ或ハ率先助勢ヲ爲シ或ハ助勢ト同時ニ暴行ヲ爲シタルモノトス。果シテ然ラバ、縱令此等ノ者ノ間ニ故意又ハ過失ノ共通ナシトスルモ、反證ナキ限リ此等多數人ノ行為ガ相集リ或ハ因トナリ或ハ果トナリテ殺傷ノ結果ヲ發生若ハ助長シタルモノト推認セラレベキヲ以テ、何人ガ何人ニ對シ如何ナル暴行ヲ爲シタルヤハ判明セズトスルモ、此等ノ者ハ相共ニ殺傷事實ニ付共同不法行為者タルヲ免レザルモノトス。然ルニ、原院ガ此等ノ事實ヲ審理セズシテ、單ニ右十二名ガ前示上告人三名ニ對シテ傷害ヲ加ヘタルヤ否分明ナラズトノ理由ニ依テ孰モ共同不法行為者ニ非ズト判示シタルハ、審理不盡理由不備ノ不法アルモノト謂ハザル得ズ。」

「又原院ハ、石岡慶吉(Z<sub>4</sub>)ノ死亡シタルハ被上告人鶴谷圓吉(Xニ該當)ノ暴行ニ因リタル事實、其ノ日時ハ昭和四年七月二十二日午後一時ニシテ上告人論次郎 重次郎 善次(Z<sub>1</sub>Z<sub>2</sub>Z<sub>3</sub>)ノ傷害ヲ被リタル同日正午頃トハ時ヲ異ニセル事實、又慶吉ノ傷害ヲ被リタル場所ハ論次郎外二名ノ傷害ヲ被リタル兩堰組合事務所ヨリ數町隔リタル平川右岸ノ五所川原堰水門ニ至ル道路ノ途中ナル白子街道附近ナル事實ヲ認定シ、慶吉(Z<sub>4</sub>)ノ被害ト論次郎外二名(Z<sub>1</sub>Z<sub>2</sub>Z<sub>3</sub>)ノ被害トハ別個ノ原因事實ニ基クモノナレバ、右組合事務所ノ騒擾ニ參加シタル被上告人喜太郎 藏助 鐵右衛門 幸助 藤左衛門 金左衛門 市太郎 忠吉

兼太郎 源次郎 繁太郎(Y等ニ該當)ノ十一名ハ慶吉(Z<sub>4</sub>)ノ傷害ニハ何等ノ關係ヲ有セザルモノニシテ之ニ付鶴谷圓吉(X)ト共ニ共同不法行為ノ責ニ任ズベキモノニ非ズト判示シ、尙ホ被上告人久助 百太郎 平助 與作 清隆 征五郎 豐次郎 鐵四郎 春吉 四郎ノ十名ハ上告人論次郎(Z<sub>1</sub>)外二名ノ傷害ヲ受ケタル兩堰組合事務所ニ於ケル騒擾ニ參加セザリシ事實ヲ認定シ、所謂騒擾行為中ニハ暴行脅迫ヲ爲ス者アルベク率先助勢ヲ爲ス者アルベキハ自然ノ勢ナレドモ、此等ノ間ニ相當因果關係ナキ限リ率先助勢ヲ爲シタル者ハ暴行脅迫ヲ爲シタル者ノ行為ニ付責任ナキモノニシテ被上告人中惣九郎(A)等前記七名ヲ除クノ外或者ハ本件騒擾ニ關シ率先助勢ヲ爲シ或者ハ率先助勢ト同時ニ暴行ヲ爲シタルコトハ之ヲ認メ得ベキモ、此ガ率先助勢又ハ暴行ガ原因トナリ鶴谷圓吉(X)ノ爲訴外石岡慶吉(Z<sub>4</sub>)ガ傷害ヲ與ヘラレ茲ニ何人カノ爲メニ論次郎外二名(Z<sub>1</sub>Z<sub>2</sub>Z<sub>3</sub>)ガ傷害ヲ加ヘラレタル結果ヲ生ジタルヤヲ確認スルニ足ラズト判示シタルト雖、元來騒擾行為ハ必シモ當初ヨリ一定ノ目的ノ爲ニ計畫セラルルモノニ非ズシテ、多衆ノ者相集合スルヲ機トシ群衆心理ノ下ニ雷同シ突發的ニ行ハルコト罕ナリトセズ。斯クシテ騒擾ノ行ハレタル場合ニハ或者ガ率先助勢シ或者ガ暴行ヲ爲シ遂ニ殺傷等ノ事故ヲ生ズルハ勢ノ然ラシムル所ニシテ、此等助勢若ハ暴行等ノ行為ハ同一瞬間ニ於テ或ハ時ヲ異ニシテ行ハルコトアルベク、又場所ヲ同ジクシ若ハ場所ヲ異ニシテ行ハルコトアルベシト雖、其ノ時間及場所ハ咸ニ相牽連シ又之ニ參加スル者ハ多クハ其ノ結果ニ付認識ヲ有スルヲ通常トスルヲ以テ、特別ノ事情ナキ限リ此等各行爲ハ互ニ因果關係ヲ有スルモノニシテ、個々ニ分離シテ觀察スベキモノニ非ズ。故ニ原院認定ノ如ク前記被上告人喜太郎以下十二名久助以下十名ガ助勢又ハ暴行等ニ依リ本件騒擾ニ參與シタル以上ハ、特別事情ニ關スル反證ナキ限リ此等ノ者ハ縱令故意又ハ過失ニ付共通ナシトスルモ、本件殺傷行為ノ發生スベキコトヲ認識セルモノト推測スベク、從テ其ノ行為ニ付現ニ手ヲ下シタル者ト共ニ共同不法行為者トシテ責任ニ任ゼザルベカラザルモノトス。然ルニ原院ガ右ノ反證ニ付何等ノ審理判斷スルコトナクシテ被上告人喜太郎以下十二名(Z<sub>1</sub>Z<sub>2</sub>Z<sub>3</sub>)ニ對する加害者)ハ鶴谷圓吉ノ石岡慶吉(Z<sub>4</sub>)ニ對スル殺傷行為ニ付共同不法行為者トシテ責任ナシト判示シ、又被上告人久助以下十名(A B C等)ガ單ニ兩堰組合事務所ニ參集セザリシ一事ニ依リ石岡慶吉(Z<sub>4</sub>)及上告人論次郎外二名(Z<sub>1</sub>Z<sub>2</sub>Z<sub>3</sub>)ニ對スル本件傷害行為



ニ付共同不法行為者タルノ責任ナシト判示シタルハ審理不盡理由不備ノ不法アルモノト謂ハザルヲ得ズ。即チ原判決ハ破毀ヲ免レザルヲ以テ民事訴訟法第四百七條第一項ニ依リ主文ノ如ク判決ス。」

〔評釋〕 本件は、法の豫想する通常の共同不法行為よりも複雑なる團體現象としての「騷擾」に關するものとして法律上困難且興味ある問題を含むと共に、實際上も少からざる重要性を有するものである。

一 大きく分けて判旨は二つの部分に分れる。第一點さうしてその最も重要な部分は、共同不法行為の要件としての「客觀的共同」、即ち「共同の原因」に關する。判旨は從來の判例(後述)に従つて、共同不法行為の成立には「通謀」又は「意思ノ共通」を要せずたゞ客觀的に共同の原因があれば足るものとする。さうして「騷擾」についてはこの「原因共同」は次の如く存在するといふ。(1)決議者と現場の殺傷者との關係。「鬭争ノ手段ニ訴ヘテモ目的ヲ達センコトヲ決議シ、關係者ガ其ノ議決ニ基キ出動シ……遂ニ鬭争ニ及」んだといふ事實がある限り、議決と殺傷行為との間には因果關係がある。(2)現場出動者の關係。甲場所或者が殺傷し、乙場所他の者が別の殺傷をした場合にも、その騷擾参加者が「率先助勢ヲ爲シ或ハ助勢ト同時ニ暴行ヲ爲シ」たるときは「此等多數人ノ行為ガ相集リ或ハ因トナリ或ハ果トナリテ」殺傷の結果を生じたのであるから、「各行爲ハ互ニ因果關係ヲ有スルモノニシテ個々ニ分離シテ觀察スベキモノニ非ズ」、此等の全部が共同不法行為者である。第二に、判旨は一見、共同不法行為の要件として多くの學說の説く所に従つて客觀的共同のみを要求するが如くであるが、その終りの部分において、「客觀的共同」の説明として、騷擾参加者が他の者の行為の結果につき「認識ヲ有スルヲ通常トスルヲ以テ」特別の事情なき限り各行爲は相互に因果關係があると述べてゐる。かゝる構成は、共同不法行為の要件に、何等かの主

觀的要素の存在を認めることになるのであるか。これ私が判旨の第二の論點となす所である。

二 共同不法行為の所謂客觀的要件に關する判旨は、極めて正當なるものと考へる。判旨は前掲の二種の原因共同乃至客觀的共同をたゞ無條件に並列するが、前者即ち決議者とそれに基いて現場に於て行為をした者との關係は一種の教唆(即ち騷擾に特有な一種の教唆の形態)の關係であり、そこに在るのは「縦の因果關係」である。即ち現場行為は決議から相當なる因果關係によつて生じた結果である。縦の因果關係は相當因果關係の經過の中に人の行為が存在するといふ一つの場合にすぎない。之に對し、後者の場合即ち、現場行動者相互の關係は刑法に所謂共同正犯及び幫助の關係であり、そこに在るのは所謂横の因果關係である。判旨はこれをも數箇の行為が「互に因となり果となる」といふ理由の下にやはり相互に縦の因果關係があるかの如き構成をするが、私は疑問を有する。なるほど、騷擾の場合については、その多數の行為者間には判旨の言ふやうな「互に因となり果となる」ことが多いかもしれないが、必しもさうとは言へないのではないか。私はむしろ「横の共犯」、横の因果關係の問題として考察すべきではないかと考へるのである。刑法に所謂「横の共犯」に該當する場合の横の因果關係は、縦の因果關係の如き客觀的自然な因果關係ではない。甲乙が共同して加害をした場合には、乙の行為によつて生じた結果について、その「共同」の故に、あたかも甲の行為から相當因果關係によつて生じた結果なるかの如く甲が責任を負ふのである。だからこの「共同」といふのは本件事實におけるやうに、具體的の加害行為自体についての共同(即ち「共同打撃」)である必要はなく、加害行為の遂行全體の一部における共同でよいのである。要するに「横の共犯」においてはその廣義の共同の故に、各人の行為が法律上は一括して全體として一箇の行為なるかの如く取扱はれ、従つ



て又それに参加した各人の行為の結果も一括して全體として一箇の結果として、右の一括された行為の結果と見られるといふ意味において、「原因の競合」が擴張的乃至擬制的に認めらるるに外ならないのである。だから「横の共犯」における客觀的共同の存否は、かくの如き行為共同關係ありと見らるべきか否かに存する。共同不法行為について常に問題とされる所の、共同行為の要件、即ち主觀的共同或は意思の共同 Willensgemeinschaft を要するかどうかの問題、又客觀的共同とは何をいふかの問題の如きは、この所謂「横の共犯」に該當する場合にのみ問題となるのである。我々は、本件についても「縦の共同」たる決議者と現場行動者との關係は特に問題とする必要はないであらう。この點に關しては判旨の説く所は誠に正當である。問題として残るのは「横の共同」の要件についてである。判旨が、兩者を共に縦の因果關係の形において説明構成してゐるのは、正當でないといふべきである。

三 「横の共同」の因果關係が右の如きものであるとすれば、「行為が共同になされる」といはれ得るためには如何なる要件が存することを必要とするか。判旨が言ふ所は具體的には騷擾に關する限り正當である。即ち、騷擾は、或者が率先助勢をなし又或る者が暴行をなし全體が群衆心理の影響の下に雷同し全體として行動する點にあるのだからである。だから、本件の解決としては、判旨の説く所で一應明かにされてゐると言へるであらう。しかし、前述したやうに判旨は一種の主觀的要件を述べてゐるのであつて、それがこゝに問題となる所の行為共同の概念に如何なる關係を有するかが問題として残つてゐるし、又騷擾についての右の如き判旨の説明が横の共同に關する一般原則と如何に連るかを明かにしなければ、共同不法行為の一場合としての騷擾への民法七一九條の適用が未だ十分に合理的に理由づけられたものとはいへない。したがつて、こゝに判旨の第二の問題をも考慮に入れつゝ、「行為の共同」に關する一般論を研究することが必要となるであらう。

一般に不法行為の共同とは、單に客觀的に原因が競合するを以て足るものと解せられて居り、何等の主觀的意思的共同を要しないとされてゐる。そこで大審院も「共謀」又は「意思の連絡」を要しないと云ふことを繰返し判示してゐるのである（大正二・四・二六民録二九〇頁、大正二・六・二八新聞八八三號、大正七・一・二一（刑判）新聞）。第一に、凡そ何等の主觀的な要素もなくたゞ客觀的に原因の共同さへあれば足ると解して妨げないか。私は疑問であると考へる。例へば大判昭和一〇年一月二〇日（民集二〇）は共同不法行為者間に意思の連絡を要せずといふことの例證として「甲乙各製造所ヨリ流出スル毒物ガ相合シテ始メテ下流ニ於ケル人畜ヲ害スル丈ケノ毒力ヲ出シタル場合、又ハ各製造所ヨリ流出スルモノノミニテモ優ニ被害ノ因ヲ爲シタル場合ニ、各製造者ハ相互ノ事情ニ付キ全然關係セザリシトキト雖モ亦共同不法行為タルヲ失ハズ」と言ふが、右の二つの可能性の中に後者の場合には双方共に獨立に不法行為をなしてゐる故にその故に所謂不真正連帶關係を生ずるのであり、特に共同不法行為を認める必要はないのであり、又前者の場合には自己の行為の結果へ他の原因が競合したといふ通常の因果關係の一つの場合であつて、相當因果關係の考察によつて限界づけられることがあり得るのであり（この點は戒能氏判昭和一〇年一巻六號一六五頁の指）甲乙が全然無關係なる場合にそれを超えて全損害についての連帶責任を認むるのはゆきすぎではないか。しかしもし甲乙間に積極的な共同加害關係がある場合を想像せよ（例へば通謀）。しかるときは右の前者の場合にも甲乙兩者は共に全損害を連帶して賠償すべきものとすることが望ましいであらう。即ち現實的な相當因果關係を超えて他人の行為についても責任を負ふこと、即ち法律上全體を一箇の行為として取扱ふこと、又換言



すれば擬制的乃至擴張的因果關係を認むることが必要であり適當であるのである。要するに、單純に客觀的な原因の競合といふだけでは、共同不法行爲を是認するに足りないものと謂はねばならない。しかして又右の例の前者の場合に甲乙共に自己の行爲につき相當因果關係の範圍で重なつて責任を負ふことを目して共同不法行爲となす（川前博士）のも正當ではないと考へる。蓋し、それは、甲乙が一般不法行爲の原則によりそれ／＼獨立に不法行爲責任を負ふ結果、これ又所謂不真正連帶關係を生ずるにすぎぬのであり、結局單なる一般不法行爲原則の適用にすぎず、特別なる共同不法行爲の觀念の構成、その規定の立法を俟たぬのである。かくして、共同行爲或は横の共同、といふのは、相當因果關係の問題でもないと謂はねばならない。

然らば、共同行爲即ち横の共同といふのは單なる客觀的な原因共同でないとすれば、それは何であるか。第一に、積極的に當該加害行爲につき具體的に共通の意思あることを要せずと解すべきことには疑はない。さうだとすれば、本件の如きをはじめ多くの共同不法行爲は成立せざることになるからである。判例が言ふ所の、「通謀」や「意思連絡」を要しないといふも、かゝる「積極的な意思共同」或は「共通の意思」を要せずといふ意味ならば正當である。

私は、共同不法行爲が認めらるゝ中心の考へは、前述の如き行爲の共同即ち數人の行爲が全體として一箇の行爲として取扱はるゝことを要するが如き共同關係にあると考へる。かゝる共同關係は「偶然の競合」であつてはならず、人の「行爲の共同」でなければならぬ。だから他人の行爲と「共同する意思」「共同行爲の認識」はやはり必要だと考へる。しかし、その「共同」といふのは前述せるが如き具體的な箇々の行爲についての共同即ち「共同打

撃」である必要はなく、社會觀念上全體として一箇の行爲と見られる如き數箇の行爲の全過程の一部に参加することを以て足るのである。本件の騷擾の如きは正にさうであり、かゝる一體的な全過程の各部分の行爲の結果が全體として取扱はれ各人に共同に責任が歸せしめらるゝ所に共同不法行爲の本體が存するものと解すべきものと考へる。判旨中一種の主觀的條件を説くのはいかなる趣旨か不明瞭であるが單に相當因果關係に關するものと見るべきでなく、かゝる「共同の認識」に關するものと解し得ないであらうか。右の如き私の解釋は、「過失による共同不法行爲」を否定することにはならない。共同の意識を以て一連の行爲の過程に参加しつゝ、箇々の行爲について過失によつて他人に損害を加へる場合があり得るからである。又右の「共同行爲の認識」が甲乙中の一人にしか存しない場合には片面的の共同關係が存することになるのではないか。論すべき點は多いが本件に直接の關係なき故割愛することとする。

四 本件について問題を具體的に考へれば、決議者と現場行爲者と、及び  $Z_1$ 、 $Z_2$ 、 $Z_3$  に對する現場行爲者と  $Z_4$  に對する現場行爲者と、が一箇の騷擾の共同者として教唆乃至共同不法行爲者として取扱はるるを適當とすることには異論はあるまい。時には箇々の人にとり酷に失ふことがあるかもしれないが、かゝる共同關係の故に被害者が具體的直接的の加害者にしか請求出來ないこととなつては更に不當である。但し大正一三年七月二四日（民集三）七九頁は騷擾について一見本判旨の理論に反するが如くである。しかし同事件では、「騷擾セル群衆ニ率先シテ合併派議員ニ對シ爾後非合併ニ賛成スル覺書ニ記名調印ヲ強要シ之ヲ徵シテ群衆ニ讀聞ケ騷擾ヲ助勢シ」た者が、騷擾の結果他の者が暴行した結果につき共同不法行爲者として責任を負ふかどうか問題となつたのであり、したがつて被告の右



の行爲は本件の騷擾の決議よりは率先助勢の程度において低きものがあり、大審院は共同不法行爲を否定したのもこの點の認定にあつたものと考へられるが、なほ末弘博士は同事件の評釋において(七事件)事情の如何によつては共同不法行爲が認めらるゝ餘地があるのではないかを疑つて居られるのである。本件判旨は騷擾の民事責任についての數少き判例(刑事責任については判例は多い)に新しきものを加へた點で少からざる意義を有するものである。

本件については、宗宮氏民法一卷五號三六〇頁の批評あり。

(川島武宜)

### 一三四 借地法第二條第一項但書に所謂建物の朽廢したるとき

借地法二條一項但書

昭和九年一〇月一五日民一部判決(昭九(オ)五六二號、建物)民集一三卷二二號一九〇一頁

〔事實〕 X(原告・控訴人)の先代Aは、大正十年四月一日其の所有に係る本件土地を、Y(被告・被控訴人)の先代Bに對し、建物の所有の目的を以て期間の定なく賃貸し、Bは右地上に本件建物を所有して居る。其の後X及Yは夫々A及Bを相續し、本件賃貸借關係の承繼が行はれた。XはYに對し右家屋の收去土地明渡を求め、請求原因として、該建物は明治三十六年四月以後の建築に係り既に昭和五年五月十日朽廢したるを以て本件賃貸借は借地法第二條第一項但書に依り消滅した、假に昭和五年五月十日には未だ朽廢の程度に達して居ないとするも、Yは同年四月中該建物に殆ど改築に近い大修繕を加へて居り、若し斯る大修繕を加へなかつたとしたら爾後三箇年を経過した昭和八年五月中に朽廢した筈であるから何れにせよ本件賃貸借は消滅して居る筈だ、と主張し、Yは、Xの主張の内本件地上建物の朽廢及大修繕並に建物朽廢による賃借權消滅の事實を争つて、之を拒否する。一、二

審共X敗訴。原院は該家屋の昭和五年五月十日頃の狀態は土臺の一部腐蝕し屋根及羽目板等の諸所に相當腐朽を來して居るが其の儘でも爾後三年間の使用に堪へ得る狀態にあるを以て朽廢と謂ひ得ず、且借地法第二條第一項但書に朽廢したるときと謂ふのは現實に建物が其の建物としての效用を完ふし得ざる程度に破損類廢したる場合を指すのであつて、其の建物に何等の修理を加へざりせば右の效用を喪失滅却せられるべき理論上の時期を謂ふものでない。「蓋し借地法ハ借地權ニ基キ建物ヲ所有スル者ヲ保護スルヲ眼目トスルモノニシテ、該建物ガ現實ニ其ノ形體效用ヲ保持シツツ喪ハザル以上、之ニ加ヘタル修理ノ大修繕タルト否トハ問ハズ、之ヲ保護スベキ理由毫モ消滅スルモノニ非ズ。該家屋ヲシテ現實ニ腐朽シテ其ノ效用ニ勝ヘザルニ至リタル場合、乃至ハ改築等ニヨリテ其ノ同一性ヲ失フニ到リテ、甫メテ之ヲ保護スベキ必要ナキモノトシテ、借地權ヲ消滅セシメル法意ナリ、ト解スベキ」と説く。上告理由は原院の右の解釋を不當として、右の「建物朽廢」の意義は若し當該建物に普通の修繕を加へても尙自然の推移により腐朽類廢し其の效用を失却すべきことを指すものである。故に建物の價值效用を不自然に維持する爲に爲される大修繕の如きは勘定に入れないで斯る大修繕の施されなかつた原建物の狀態に付て其の朽廢期を決すべきであると主張し、若し原院の如き解釋を採ると(イ)本件建物に對する程度の大修繕をすれば如何なる老齡朽廢に接近した建物と雖其の後五、六年間使用し得られることは一般通例なのだから、借地權者に大修繕を連續されると建物朽廢の時期は永久に來ない事になり土地所有者保護の爲の借地法二條一項但書は空文になるし、又(ロ)その修理により建物は著しく價值效用を増し借地法十條の買取請求權行使のあつた際には、土地所有者は豫期以上に高い金を拂はせられる様な不都合の結果を生ずる、と説いた。大審院は上告を容れて左の理由で破毀差戻の判決をした。

〔判旨〕 「借地法二條一項但書ニ所謂建物ガ朽廢シタルトキトハ、地上建物ガ既ニ建物トシテノ效用ヲ全フスルコト能ハザルガ如キ程度ニ腐朽類廢シタル場合ハ勿論、現時致上ノ如キ狀態ニ在ラザルモ、若シ當該建物ガ普通ノ修繕ヲ加フルモ尙自然ノ推移ニ因リ腐朽類廢シ其ノ效用ヲ失却スベカリシトキ……モ亦之ヲ包含シ、同條項但書ニ依リ其ノ時ヲ以テ借地權ハ消滅シタルモノト解スルヲ相當トス(大正八年十二月二十五日言渡當院同年(オ)第五五七號事件ノ判決參照)。蓋、同條項ガ建物ノ構造



ニ應ジ權利ノ存續年限ヲ定メタル所以ハ、借地權者ガ當該建物ヲ保有スルガ爲設定セラレタルモノナルコトヲ考察シ、建物ガ其ノ構造ニ從ヒ建物トシテノ效用ヲ保チ得ベキ年數ヲ想定シ、其ノ期間安シテ土地ヲ利用セシメントスルニ外ナラザルヲ以テ、其ノ建物ニシテ規定ノ年數ヲ保チ得ザルモノノ如キニ在リテハ、強テ之ニ達スル迄借地權ヲ存續セシムルコトヲ要セザルモノト云フベク、法文ハ朽廢シタルトキト結果ヨリ規定スルモ、其ノ主旨ハ寧ロ之ヲ自然ノ命數ニ依リ朽廢シ又ハ朽廢スベカリシトキヲ意味スルモノト解スベケレバナリ。從テ、地上建物ガ通常爲サルベキ程度ノ修繕ヲ重ヌルモ其ノ自然ノ推移ニ因リ朽廢スベカリシ時期ニ達シタルトキハ、縱令借地權者ガ其ノ建物ニ大修繕ヲ加ヘタルガ爲メ、現在未ダ朽廢ニ歸セザルガ如キ場合ニ於テモ、右條項ノ適用ヲ免ルベカラザルコト、更ニ疑ヲ容レザルモノト云フベシ。然ルニ、原判決ハ、被告ガ賃借セル本件地上ノ建物二棟ハ、既ニ昭和八年五月十日頃朽廢スベカリシモノナリト事實ヲ肯認シナガラ、現時未ダ朽廢ニ至ラザル以上、被告ノ之ニ加ヘタル修理ノ大修繕タルト否ト問ハズ前示法條ノ適用ナク、被告ノ賃借權ガ存續スルモノト判定シシたのは借地法二條ノ解釋を誤りたる違法あり。

〔評釋〕 判旨に反對。本件では大修繕の程度が判例集上明確を缺くのであるが、若し判旨が大修繕と謂ふ事を、改築と同視せらるべき大修繕のみを指稱する趣旨ならば、其改築に依つて建物の消滅を生じたものと見て（建物の同一性を失ふときは前建物は滅失したと見るべきである）、借地法七條に因る土地所有者の異議の有無を決すべく（戒能・借地法論（新法學全集）八三頁）、異議の有無を問はざるが如き判旨は不當である（異議ありたる以後の効果は判旨の指摘する如くであらう）。然し後藤清氏の本件判例批評（民商法雜誌一卷）の指摘せられる如く右の程度に到らざる程度の大修繕を含ましむる趣旨（それは本件事案では大修繕は後の意味）であるならば、判旨に反對である。以下、後の趣旨にて評釋を進めたい。

一 大審院は、判旨引用の大正八年十二月二十五日の判決（民錄二五輯）に於て、地上權に關する民法施行法四四

條一項に所謂朽廢の解釋で既に本判旨と同一の理論を示した事がある。右の判決では大修繕を加へる事によつて常に朽廢を免れ得ると謂ふ實質的理由が重なる理由となつたのであつたが、本判旨でも同様の考慮が存する事は、右判決を引用して居る事からも窺はれる。然し本判旨は、尙右の考慮に加へて、次の如き理由を説いて居る點が注目される。曰く、借地法二條一項が「建物ノ構造ニ應ジ權利ノ存續年限ヲ定メタル所以ハ、……建物ガ其ノ構造ニ從ヒ建物トシテノ效用ヲ保チ得ベキ年數」、即ち堅固・非堅固の建物の各々に付、自然の命數に因り定まる朽廢すべかりし時期を、想定して居るものであり、從つて同條項但書の朽廢も亦同様、自然の命數により定まる、朽廢すべかりしときの趣旨に解すべきである。

二 然し判旨の展開した右の理論には疑問がある。第一に、借地法二條一項が堅固・非堅固の建物に付存續期間に差異を設けたのはその自然の命數が考慮に加へられた爲である事は確かだとしても、ひいて但書の朽廢に付て迄も大修繕を、自然の命數を不自然に延長されると謂ふ理由で排斥せねばならぬ程の嚴密な意味での自然の命數（此の場合には朽廢すべかりし年限と謂ふ意味が與へられる）と謂ふものがその場合考へられて居るのかと謂へば然らざる事は明白である。何故なら、各建物の朽廢すべかりし年限を借地期間の基礎とする積りならば、第四十議會提出の第一借地法案の規定（二條一項「契約ヲ以テ借地權ヲ設定スルトキハ借地權ノ存續期間又ハ建物ノ種類構造ヲ定ムルコトヲ要ス」三條「契約ヲ以テ借地權ノ存續期間ヲ定メタルトキハ借地權ハ其ノ存續期間ノ満了ニ因リ消滅ス」四條「契約ヲ以テ建物ノ種類構造ヲ定メタルトキハ借地權ハ建物ノ朽廢ニ至ル迄存續ス」五條「契約ヲ以テ借地權ノ存續期間並建物ノ種類及構造ヲ定メタル場合ニ於テ其ノ存續期間ガ建物ノ朽廢前ニ満了スルトキハ借地權ハ契約ト同一ノ條件ヲ以テ建物ノ朽廢ニ至ル迄存續ス」等）を改めて現行借地法の如く改める理由も必要も無かつた筈であるし、二條一項の規定の仕方について見ても、大體堅固、非堅固の建物の區別そのものも、又その存續期間の決めかたも、極めて大雑把のものであ



つて(例へば堅固の建物の中でも煉瓦とか鐵筋コンクリート等堅牢な建物に到つては殆ど永久朽廢の時期は豫定せられないに拘らず借地法は一應六十年と定めてゐる)建物の構造への立法の考慮も、一應の程度に止まると、解すべきだからである。だから、二條一項の立法理由から同條項但書の朽廢の意義を説明しようとした判旨の理由は理由が無いと思ふ。

三 次に借地法が大修繕を排斥する建前か如何かに付て考察しよう。條文に於て之を明確にして居るものはない。然し私は之を排斥して居ない事の條文上の根據としては次の三點を指摘し得ると思ふ。その一は借地法七條が「借地權ノ消滅前建物ガ滅失シタル場合ニ於テ残存期間ヲ超ヘテ存續スベキ建物ノ築造ニ對シ」て、土地所有者に異議權を與へて居るに拘らず大修繕(勿論、改築に近い大修繕、或は舊建物を取毀つて改築する如き場合は七條の問題であることに注意)に對し異議權を認めたと見るべき條文が無い事である。前記第一借地法案では、此の點に付ても考慮を拂つて居る(十一條「四條五條及前條ノ規定ニヨリ借地權ガ建物ノ朽廢ニ至ル迄存續スル場合ニ於テ借地權者ガ土地所有者ノ同意ヲ得ズシテ其ノ建物ニ修繕若クハ變更ヲ加ヘ又ハ増築ヲ爲シタルトキハ借地權ハ原建物ノ朽廢スベカリシ時ニ於テ消滅ス」)。七條は改築の場合には土地所有者に異議を認めて居るが、其の程度に達せぬ大修繕の場合には異議權を與へず從てその程度の修繕は借地法は差支ないとしてゐると謂ふ解釋論は無理であらうか。その二は、矢張り借地法七條と關聯があるのであるが、買取請求權行使の場合の價格決定に付、改築に近い大修繕の場合には土地所有者の遲滞なき異議の申出によつて、之を買取請求の範圍から除外せらるべきことが、同條の解釋上認め得るに拘らず、それよりも程度の軽い大修繕に付ては、土地所有者の何等かの手續により大修繕による増價部分を無視し得べき條文上の根據を見出し得ない事である。上告理由が謂ふ様に大修繕を排斥することが土地所有者保護の爲の要請だとすれば右の場合にも之を無視する事とせねば首尾一貫しない(尤も薄根・借地法借家法コンメンタール一四五頁、藥師寺・前掲六九頁は七條に因る土地所有者の異議あるに拘らず、敢へて借地權の殘存期間を越へて存續すべき建物を築造せる場合にも猶借地權者は四條による買取請求權の保護を受け得るとされる。然し、それでは土地所有者の異議權が實質上空虚になるであらう。此の場合買取請求權の範圍に付て迄も新築に基く効果を主張し得ないとされるのは戒能・借地借家法(新法學全集)八四・八五頁。尙後藤・判批民法雜誌一卷一七頁以下は本判旨を全面的に肯定せられつつ尙大修繕を買取請求の範圍に付認むべしとされるのは不當と思ふ。尙前記第一借地法案では買取請求權の規定が無い。蓋し同案では存續期間は原則として建物の現實朽廢迄であるから、買取請求權の規定を設ける必要はないし、殊に借地權者が土地所有者の同意を得ずして修繕の爲、借地期間が(或は判旨は改築に近い大修繕にも七條の適用を拒否する)のだらうか。之は始めに謂つた様に正當でないと思ふ)。それより程度の軽い通常の大修繕にあつては、土地所有者の異議の有無を問はず無視せられると謂ふのは、著しく權衡を失した結果ではないだらうか。

四 借地法は強者である土地所有者に對し弱者たる借地權者の建物所有權を保護すると謂ふ目的を有する(此の點を最も明快に説かれるは茶谷判事「借地借家の現行法規に關する若干の考察」(司法研究一七輯報告集五)一六七頁以下。同判事は借地法によつて土地所有者の負擔せしめられる不利益は、所有權も社會公共の爲に負擔を負はしめられるといふ事の一は、借地法に於て具體的に發展せしめられたとせられる同判事の説は正しい)。一旦建設せられた建物は假令大修繕を加へても之が利用を完ふせしめる事こそ、正に借地法の目的に適ふのであり、反面から謂へば、一旦建物の基礎として提供せられた土地所有權は義務づけられ、上告理由の指摘する如き不利益(尙大修繕をすれば常に朽廢を免れ得ると謂ふ實質的理由に付ての批



評に付ては判民昭和十三年度(一三事件内田氏の評釋に譲る)を甘受すべき負擔を負ふて居るものと解すべきでは無いか。同法二條一項が借地権者の保護規定なるが故に、それを制限する同條項但書は土地所有者の保護規定なりと主張する上告理由(民集十三卷(一九百五頁)は借地法を個人の保護と謂ふ立場に徹して、借地法の建物自體の保護の目的を忘れたものではあるまいか。

五 本判決後も大審院は昭和十三年二月九日の判決に於て借地法一七條一項に所謂「建物ガ此ノ期間満了前朽廢シタルトキ」の意義が問題となつた際尙本判旨と同旨の解釋を固執して居る。内田氏の評釋がある(判民一三事件)。

(山 中 康 雄)

一三五 民法第五百四條に所謂債權者

民法四六五條一項・四四二條・五〇〇條・五〇四條

昭和九年一〇月一六日民二部判決(昭八(オ)二九〇二號)民集一三卷二二號一九一三頁

〔事實〕 訴外Aは訴外B銀行より二回に亙つて借入を爲し、被上告人X(控訴人・原告)は第一の債務については上告人(被控訴人・被告)の一人Y<sub>1</sub>と共に、第二の債務については上告人Y<sub>1</sub>及び訴外Cと共に、それ〴〵連帶保證を爲した。而してその後Xは主債務者AのB銀行に對する第一及び第二の債務の元利金の辨濟を爲し、連帶保證人の共同の免責を得たので、第一の債務についてはY<sub>1</sub>にその半額を、第二の債務についてはY<sub>1</sub>及びY<sub>2</sub>にその四分一宛の求償を求むる爲めに、本訴を提起した。上告人Y<sub>1</sub>は抗辯として、主債務者Aが債權者B銀行に對して設定せる抵當者を被上告人Xが讓受けて故意又は懈怠に因り消滅せしめた事實を擧げ、從つて上告人Y<sub>1</sub>は民法五〇四條に基き該抵當不動産の價格の限度に於て保證人たるの責を免るべき旨を主張して争つたところ、原審は「民法第五百四條ハ、法定代理ヲ爲シ得ベキ者ハ債權者ガ故意又ハ懈怠ニ因リテ擔保ヲ喪失又ハ減少シタルトキハ、其ノ喪失又ハ減少ニ因リ債權者ヨリ償還ヲ受タルコト能ハザルニ至リタル限度ニ於テ、其ノ責ヲ免ルルコトヲ規定

スルニ止マリ、本件ニ於テ債權者タルB銀行ガ故意又ハ懈怠ニヨリテ其ノ擔保ヲ喪失又ハ減少シタルコトハ之ヲ認ムベキ何等ノ證據無キヲ以テ、該抗辯モ亦採用スルコトヲ得ズ」としてこれを斥けた。仍つてY<sub>1</sub>は更に上告して、(一)前審に於ける抗辯として主張したのは、Xが主債務者Aより抵當不動産を讓受けた結果代位抵當權者と爲りたるXの抵當權とその所有權との間に混同を生じ、爲めに抵當權は消滅に歸したる事實を指して、Xが擔保を消滅せしめた旨を主張したのであるが、原審はこれをB銀行が擔保を消滅せしめたりと主張したるが如く曲解し、Y等の主張に對して判斷を與へなかつたのは審理不盡の違法がある。(二)原判決の趣旨が、Xは債權者ではないから民法五〇四條の適用がなく、從つてY<sub>1</sub>等はXに對して擔保喪失による免責を主張し得ざるものと謂ふにありとするならば、法律の適用を誤りたるものといはねばならぬ。蓋し、同條に謂はゆる債權者中には原債權者のみならず、當然代位する者(民法五〇〇條)及び債權者の承諾に因り代位する者(民法四九九條)をも包含するものと解すべきであるからである、と争つた。

〔判旨〕 大審院は上告を容れて、「案ズルニ連帶保證人ノ一人ガ辨濟ニ因リ共同ノ免責ヲ得タルトキハ、民法第四百六十五條第一項第四百四十二條ニ依リ他ノ連帶保證人ニ對シ其ノ負擔部分ニ付求償ヲ爲シ得ベキヲ原則トスルモノナリトハ雖、右辨濟ヲ爲シタル連帶保證人ノ一人ハ民法第五百四條ニ依リ當然債權者ニ代位シ主タル債權者ニ對スル求償權ノ範圍内ニ於テ債權者ト爲リタルモノ、又他ノ連帶保證人ハ同條ノ規定ニ依リテ代位ヲ爲スコトヲ得ベキモノナルヲ以テ、若シ右辨濟ヲ爲シタル連帶保證人ノ一人ガ故意又ハ過失ニ因リテ債權ノ擔保タル抵當權ヲ消滅セシメタルトキハ、民法第五百四條ニ「債權者ガ故意又ハ懈怠ニ因リテ其ノ擔保ヲ喪失シタルトキ」トアルニ該當シ、他ノ連帶保證人ハ其ノ抵當權ノ消滅ニ因リ主タル債權者ヨリ償還ヲ受タルコト能ハザルニ至リタル限度ニ於テ、右辨濟ヲ爲シタル連帶保證人ノ一人ニ對スル償還ノ責ヲ免ガルルモノトス。蓋シ民法第五百四條ハ保證人其ノ他法定代位ヲ爲スベキ者アル場合ニ於テ之ヲ保護シ、主タル債權者ニ對スル求償權ノ確保ヲ得セシムル爲、債權者ニ擔保保存ノ義務ヲ負ハシメタルモノニシテ、其ノ債權者ガ當初ノ債權者タルト將タ代位ニ因リテ債權者ト爲リタル者タルトヲ區別スベキ理由存セズ。而シテ辨濟ニ因リ共同ノ免責ヲ得タル連帶保證人ノ一人ニ對シ自己ノ負擔部分ニ



付償還ヲ爲シタル他ノ連帯保證人ハ、其ノ償還額ヲ更ニ主タル債務者ニ對シ求償スルコトヲ得ベク、此ノ求償權ノ範圍内ニ於テハ、其ノ者ハ辨濟ヲ爲シタル連帯保證人ノ一人ガ當初ノ債權者ニ代位シテ有スル權利ヲ更ニ代位取得スルコトヲ得ベキモノナルガ故ニ、辨濟ニ因リ當初ノ債權者ニ代位シタル連帯保證人ノ一人ト他ノ連帯保證人トノ關係ハ方ニ債權者ト第五百條ノ規定ニ依リテ代位ヲ爲スベキ者トノ關係ナリト目スベキモノナルヲ以テナリ」と判示し、原審判決が前記（「事實」欄参照）の如ク、説明し去つたのは、民法五〇四條の解釋を誤り、延いてはXが故意又は懈怠に因つて本件抵當權を消滅せしめたるや否やを審理せざりし不法ありとして、これを破毀差戻した。

〔評釋〕 判旨に賛成。

Xは連帯保證人たるの資格に於て主債務者Aの債權者B銀行に對する債務を辨濟したのであるから、民法五〇〇條に依り主債務者Aに對する求償權の範圍内に於ては債權者B銀行に代位すべき者であり、またY<sub>1</sub>Y<sub>2</sub>も同じく連帯保證人であるから、民法五〇四條に謂はゆる「第五百條ノ規定ニ依リテ代位ヲ爲スベキ者」に該當する。ところで、本件に於てはXは主債務者Aに代つて債權者B銀行に辨濟を爲した後AがB銀行の爲めに抵當權を設定して置いた不動産をAより讓受けた爲め、圖らずもXがB銀行に代つて行使し得べき當該不動産上の抵當權と所有權との混同を齎したのであつた。Y<sub>1</sub>Y<sub>2</sub>は右の事實を取上げて、「債權者」Xは故意乃至懈怠に因り擔保を消滅せしめたるものとなし、民法五〇四條を根據に、該不動産の價格を限度として、共同の免責を得せしめたるXに對する彼等の分擔額の償還を免るべきであると主張したわけである。然るに原審は、民法五〇四條に謂はゆる「債權者」は原債權者のみを指稱すると解したものの如く、原債權者B銀行が故意又は懈怠によつて其の擔保を喪失又は減少したる事實なしとして右の抗辯を拒けたので、Y<sub>1</sub>Y<sub>2</sub>は再び上告に及んだのが本件である。即ち本件に於ける論議の焦點は、民法

五〇四條に謂はゆる「債權者」は原債權者のみを指稱するものなりや、或は主債務者に代つて辨濟せる保證人其他總て原債權者に代位すべき者をも包含するやに繋つて居るわけである。ところで、民法五〇四條の法旨を案するに、同條は「保證人其ノ他法定代位ヲ爲スベキ者アル場合ニ於テ之ヲ保護シ、主タル債務者ニ對スル求償權ノ確保ヲ得セシメル爲、債權者ニ擔保保存ノ義務ヲ負ハシメタルモノ」なること判旨所論の如くであり、従つて「其ノ債權者ガ當初ノ債權者タルト將タ代位ニ因リテ債權者ト爲リタル者トヲ區別スベキ理由」は全然存しない筈である。また實質的に見ても、判旨所論の如く、Y<sub>1</sub>Y<sub>2</sub>等は共同の免責を得せしめたる連帯保證人の一人Xに對し各自の負擔部分につき償還を爲した曉には、更に右の償還額を主債務者Aに對して求償することを得べく、従つてY<sub>1</sub>Y<sub>2</sub>は此の求償權の範圍内に於ては、辨濟を爲した連帯保證人の一人Xが原債權者B銀行に代位して取得せる抵當權を更に代位取得し得るわけであるから、XとY<sub>1</sub>Y<sub>2</sub>等との關係は、まさに民法五〇四條に謂はゆる「債權者」と「第五百條ノ規定ニ依リテ代位ヲ爲スベキ者」との關係に該當すべきものといはねばならぬ。従つてXが故意乃至懈怠に因つて抵當權を喪失せしめた事實ありとせば、Y<sub>1</sub>Y<sub>2</sub>等は其の喪失に因りAより償還を受くること能はざるに至つた限度に於て、Xに對する償還の責を免がるべきこと上告論旨の主張する通りであり、原審が右の事實を糾明せずY<sub>1</sub>Y<sub>2</sub>の抗辯を拒けたのは、確かに民法五〇四條の解釋を誤まり且つ審理不盡の嫌ひあるものといつてよい。

小池隆一氏も判旨に賛成せられる（民商法一卷五號八五頁以下参照）。

（福井勇二郎）



### 一三六 建物買取請求権の行使と賃借権の消滅

借地法一〇條

昭和九年一〇月一八日民一部判決(昭九(オ)四六二號)民集一三卷二一號一九三二頁

〔事實〕 X(原告・被控訴人・被告・控訴人・上告人)はY(被告・控訴人・上告人)に對し、大正一五年中、自己所有の土地を、賃料一ヶ月二五圓毎月拂の約定で賃貸し、敷金九〇圓を受取つた。Yは昭和八年三月以降賃料の支拂をなさない。一方Yは同年五月二〇日訴外Aに對し、右地上に存する建物と共に借地権を譲渡し、六月二日Xにその旨の通知をなしたところ、Xは借地権譲渡を承諾しなかつた。よつてAは七月二日Xに對し、自己に於て買受けた建物の買取請求をなした。Xは右の建物及び借地権の譲渡契約を否認する、又假りに借地権の譲渡があつたとしても、自分が承諾を與へなかつた以上、之を自分に對抗することは出来ない。従つて、賃貸借契約は依然としてXY間に存続するものとなし、三月一日から六月末日迄の賃料合計百圓を請求した。Yは、之に對して、XY間の賃貸借關係は五月二〇日限り消滅した。従つてその後の賃料支拂義務はなく、又五月二〇日迄の賃料は前掲九〇圓の敷金中から控除されるべきであると争つた。第一、二審共にX勝訴。原審は、Aの買取請求權行使はXY間の賃貸借契約と無關係であるから、XY間に賃貸借契約は依然存続する。従つて、敷金は未だ賃料に充當すべきではないとして、百圓の支拂を命じた。之に對して、Yは、本件土地が既にYからAに移轉し、更に買取請求權行使によりXに移轉した以上、建物と土地の使用収益は全てXに歸する。然るに、XY間の賃貸借關係が存続するといふのは社會取引の實情に適せず、又Yが依然借地権を有するといふならば、賃貸人たるXは建物を所有し、賃借土地を使用するのであるから、賃借人たるYはXに對して賃貸義務の履行として建物の收去、土地明渡を求め得べきこととなる。それでは借地法一〇條の趣旨と背馳する。故にAの買取請求權行使により、XY間の賃貸借關係は消滅するものと解すべきである、と論じて上告した。

〔判旨〕 破毀差戻。「土地賃借人ガ借地上ノ建物ヲ賃借權ト共ニ第三者ニ讓渡シ、賃貸人ニ於テ其ノ讓渡ヲ承諾セザル爲メ、

讓受人ガ借地法第十條ニ依リ地上建物ノ買取ヲ請求シタルトキハ、該建物ノ所有權ハ賃貸人ニ移轉シ(昭和七年一月二六日言渡當院昭和六年(オ)第一四六二號事件判決參照)、賃貸人ハ賃地上ニ自己ノ建物ヲ有スルニ至ルヲ以テ、賃借人ハ土地ヲ賃借シタル目的ヲ失ヒ、従前ノ賃貸借關係ハ之ニ依リ當然消滅スルモノト解スルヲ相當トス。故ニ、若賃貸人ガ従前ノ賃貸借關係ノ消滅又ハ建物ノ讓受人ノ爲シタル建物買取請求權ノ行使ニ因リ、損害ヲ受ケタルトキハ、賃貸人ハ賃借人ニ對シテ之ガ賠償ヲ請求シ得ベキハ格別、事實賃貸借ニ關スル限り、賃借人ハ爾後賃貸人ニ對シ賃料支拂ノ義務ナク、又既ニ差入レタル敷金ハ賃料延滞ナキ限り、之ガ返還ヲ請求シ得ベキモノト認メザル可ラズ。」

〔評釋〕 判旨に賛成。(イ)判旨前半に明示されるやうに、借地法一〇條の買取請求權行使によつて、買取請求權者たる第三者と土地所有者との間に、地上建物につき時價による賣買契約が成立したと同一の法的效果が當然に生じ、従つて之と共に地上建物の所有權が土地所有者に移轉することは判旨援用の昭和七年の大審院判決以來確定して居る所である(判民昭和七年(一七事件)(未弘))。買取請求權行使と同時に地上建物の所有權が土地所有者に移轉すると云ふ結論は、特定物賣買に於ける物權移轉に付き、意思主義を貫く建前を固執する判例理論(例へば、大判大正二・一〇・二五六・九民錄二七輯一・二二頁判)から當然の歸結であり、事實前掲昭和七年の判決にも「……買取請求權行使ノ效果ハ地上物件ノ取得者タル第三者ト土地ノ賃貸人トノ間ニ地上物件ニ付時價ニ依ル賣買契約成立シタルト同一ノ效果ヲ生ズルモノナルヲ以テ、右地上物件ノ所有權ハ買取請求權ノ行使ト同時に賃貸人ニ移轉」と明かに説かれてゐる(民集一・一七八頁)。(ロ)次に、かくの如く、地上建物の所有權が買取請求權の行使と同時に賃貸人たる土地所有者に移轉すると解する場合に、賃貸借關係の消長に關しては如何なる理論を構成すべきであらうか。本判決はこの點に關する最初の大審院判決である。判旨は、賃貸借關係が消滅するといふ結論を採りつつ、その理由として、土地所



有者が地上建物の所有権を取得する結果、賃借人が土地を賃借した目的を失ふことを擧げてゐる。これは實質論である。蓋し、形式的理論を推せば、買取請求権行使の効果は、第三者と土地所有者との間にのみ生ずるもので、賃借関係そのものとは何等直接の關係がないのであるから、買取請求権行使を見た場合にも賃借関係は依然存続し（本件に於て、原審は正に此の）（見解を採つた（事實の項参照））、従つて又賃借人は賃借人から轉借をなすか（しかし、恐らく、賃借人が）又は民法六二條二項に従つて契約の解除をなし得べき筈だといふこと（例へば、戒能氏・新法全「借地借家法」九四頁）が考へられるからである。ところが、この純理論に對しては、本件のやうな場合に賃借人が轉賃を承諾するとは見えないことと、論旨が擧げた形式的理由即ち、賃借關係が存続する以上、賃借人は賃借人に對し、賃貸義務の履行として建物を收去して土地の使用収益をなさしむべきことを請求し得ることとなるといふ本條の趣旨を没却する不合理な結果を生ずるといふ理由（學說としては、薄根氏・借地借家）を提出し得るであらう。このやうに見て來ると、賃貸人の解除權と賃借人の明渡請求權とは相互に如何なる關係に立つかといふことが問題の中心となるやうに思はれる。ところが賃貸人の解除權が行使されれば賃貸關係は消滅するから、賃借人の明渡請求權は當然に消滅することとなり、結局形式論としては、存続説を正しいと見るべきこととなるであらう（加之、賃借人に明渡請求權があるといふ立請權は賃借人の讓渡行為によつて生ずるに至つたものであり、従つて謂はざる）（言自體が問題ではあるまいか。蓋し、この禁反言的に、賃借人は明渡請求權を有しないと見るべきだと考へられるから）。

さて賃貸關係が存続すると解した場合に生ずる主たる法的效果は、賃貸人には賃料請求權と解除權が残り、従つて敷金等の返還を解除の時まで延引し得るといふこととならうが、他方、賃貸人は借地上に建物を所有する賃貸人に對して賃料相當額の不當所得を請求し得ることとならう。これは、むしろ、無用に複雑な關係を生ぜしむるも

のと云ふべきではあるまいか。更に賃借人は殘存期間を抛棄することによつて賃貸關係を終了せしめ得る筈であるが、本件のやうな場合には、借地人に賃貸關係を存続せしめようとする意思はないと考へられるから、讓受人の買取請求權行使がなされた場合、その意思に抛棄がなされたと同様の效果を認めても、さして不當ではないのであるまいか。——このやうな實質的理由によつて、私は判旨の結論を支持したいと思ふ（同趣旨、我妻・廣瀬「賃貸借判例」頁、なほ判例理論と異り、特定物賣買の意思表示と共に所有權が移轉すると解しない理論を採るときは、本件の如き場合目的の滅失がないのであるから、賃貸關係の存続は當然といふこととならう、例へば前掲淺井氏評釋参照。又戒能氏・前掲も、解除又は抛棄なき限り賃貸關係は存続するとされる）。

（内 田 力 藏）

一三七 占有訴權——占有保持の訴と同訴訟に於ける損害賠償の範圍

民法一九八條・七〇九條

昭和九年一〇月一九日民五部判決（昭九（オ）一三一六號、土）民集一三卷二一號一九四〇頁

〔事實〕原告（被控訴人・被告）Xは占有保持の訴を起し、その理由としてXは訴外人より昭和八年二月本件田地を賃借し、小作料を年玄米三石九斗の約にて即日其の引渡を受け、直に耕作に着手したる所、被告（控訴人・原告）Yは、何等の權限なくして右田地に立入り、Xの占有を妨害し、尙將來も妨害を繼續せんとしつつあるにより、昭和八年度中耕作を爲す能はざりしことに基づく損害金八十二圓餘の支拂を求むると同時に、將來に於て爲すべき耕作の妨害となるべき一切の行為の禁止を請求する旨を述べた。原審はXの全主張を認め、Yに對し耕作の妨害たるべき一切の行為の禁止を命ずるとともに、昭和八年中の損害として、耕作によりXの得べかりし純益の外、前記（玄米三石九斗の）小作料額に相當する金額を加算したるものを以て、民第一九八條によりYの支拂ふべき賠償額なりと判示した。依つてYより純益はともかく、小作料までも賠償を命じたるは違法なりとして上告したのが本件である。但し原審がYに對し小作料相當金額の支拂を命じたのは、X及び訴外地主間に賃貸借契約あり



以上は、X 於 小作料支拂義務を免れることを得ず、結局同金額もXの被りたる損害中に加算するを相當とすと云ふのである。  
 [判旨] 棄却。「占有者が其ノ占有ヲ妨害セラレタルトキハ、占有保持ノ訴ニ依リ其ノ妨害ノ停止及損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ルハ民法第一九八條ノ明定スルトコロニシテ、其ノ所謂損害賠償ノ請求ナルモノハ、占有妨害ノ場合ニ限り故意過失ヲ要セズト云フガ如キ特別規定ノ存セザル限り、一般不法行為ノ原則ニ依リ之ヲ爲シ得ベク、又爲サザルベカラザルモノト解スルノ相當ナルハ多言ヲ俟タズ。而シテ原審ノ認定シタル所論ノ損害ノ如キモ占有ニ對スル不法ナル妨害ニ因リ生ジタルモノト解スベキハ論ナキガ故ニ、原審ガ之レヲ認容シタルハ相當ニシテ論旨ハ理由ナシ。」

[評釋] 民法上所謂占有訴權には、物權的請求權たる狹義の占有に關する訴と併せて、損害賠償の問題についての規定があり、而して後者は性質上不法行為に基づく賠償請求權に屬すべきに拘らず、便宜上簡易なる手續に従はしむるために、狹義の占有訴訟手續中に之を行使せしむることとなして居るのであると云ふ事實は、通説の一般に承認する所である(末弘博士物權法二八八頁、我妻教授物權)。故に本件に於て判例が、占有保持の訴に併せて請求する損害賠償の訴にも、當該の賠償請求權を成立せしむるには相手方の故意過失を要する旨を述べて居るのは極めて正當であるけれども、本件の具體的事案について云へば問題は寧ろ斯る點にあるのではなく、却つて損害賠償の額及び範圍に局限せられて居るに過ぎないから、上記判例の理論は云はば傍論に屬し判例集上特に判決要旨として、「占有者が占有保持ノ訴ニ於テ爲ス損害賠償ノ請求ニ付テモ占有妨害行為ハ故意又ハ過失ニ基クコトヲ要スルモノトス」との原則を掲げて居ることは甚だしくミスリーディングな仕方である。但し判示が云はんとする所を考ふるに、それは恐らく、無過失責任を認むる場合には工場法その他の規定の如く、明文上責任限度の制限あるを常とするけれども、斯る特別法による特別責任でなく、一般に故意過失を以て賠償責任の成立要件とする場合には、其の賠償

の範圍は相當因果關係の範圍に一致すべきであるとの原理から、本件小作料相當額も亦——特に免除その他の事實なき以上——被告の占有妨害によつて生じた損害中に加算すべきであると云ふにあるらしく、此點は一般の環境に照し極めて正當であると思はれる。尙本件の批評又は評釋として、**柚木**(民商法一)、**吉田**(新報四五)**兩氏のそれがあ**る。  
 (戒能通考)

### 一三八 株金拂込の催告と株主平等の原則

商法一五二條

昭和九年一〇月二五日民一部判決(昭九(オ)一二〇二號)民集一三卷二一號一九五二頁

[事實] X銀行(原告・控訴人・上告人)は、昭和七年八月一三日取締役會に於て第三回拂込として一株金二十五圓宛を毎年九月十日限り十回に割賦拂込を爲さしめること、但し(1)原因の何たるを問はず株主たる地位を離脱せんとし又は拂込を回避せんとする行為ありと銀行が認めたとき、(2)昭和六年九月一日以降名義變更を爲した株主にして、其の直前の讓渡人が拂込に付き保證を爲さざるとき、(3)當該株主にして假差押、假處分、強制執行又は破産の申立を受け又は受けんとする危険ありと銀行が認めたとき、(4)銀行の不利益な言動を爲し又はこれに雷同したと銀行が認めたとき、(5)諸物價暴騰し本年八月末に於ける物價を基準として三割以上に達し、銀行の運用資金の必要が生じたとき、(6)同銀行が假差押又は強制執行を受け若くは破産を申立てられたとき、(7)一般景氣回復し株主の大多數が一時に徴收されても堪え得ると株主總會が認めたとき、(8)以上の外苟も拂込金徴收上缺陷を生ずべき危険があるときは、全額を一時に拂込せしめる旨を決議し、同年八月十五日一般株主に對して敍上の決議の如き催告を行つた。然るに株主Y(株)(十)(株)(五)(株)が被告・被控訴人・被上告人が右第一回割賦金の拂込を爲さぬので、銀行は本訴を以てこれが支拂を求めた。



そこでYは、本件拂込の決議は右の如き數多の條件が附いて居る故決議自體が無効であるばかりでなく、かかる決議に依る拂込催告は各株主の地位を甚だしく不利不安にし且株主間の待遇に不當な差異を招來し株主平等の原則に反する故無効だと主張し、X銀行はこれに對し、右の條件は株金拂込の方法を定めたに過ぎぬ故差支へないと主張した。併し原審はYの主張を容れて、「右條件はこれ等に該當するに至らざる限り分割拂込を爲し得るが、然らざる場合には分割拂込の利益を失つて一時に全額を拂込まねばならず、殊にこれ等の條件中には銀行の認定なる主觀に基く一方的行爲によつて株主の拂込義務に輕重の差異を生ぜしめる結果を惹起し、なほ(2)の條件の如きは昭和六年九月一日以降の株主を然らざる株主に比して著しく不利益な地位に置くものである。故に右の如き條件を附した拂込催告は株主平等の原則に反し無効である」と判示した。そこでY銀行は上告して、次の如く主張した。「(1)原判決は拂込の催告自體の内容とこれによつて確定される具體的債務の支拂方法に對する條件とを混同して居る。なる程抽象的な株金拂込義務を具體的債務とする爲めには平等待遇を必要とするが、一たん平等に具體化された以上、最早株主たる資格に立つて居ない故、爾後の具體的債務の履行に付き夫々別様の方法を定めても自由で、平等の原則の適用外に屬する。本件は右條件が催告の内容か履行方法の條件かを判定せず、直ちに平等の原則を適用したのは、理由不備である。(2)株主平等の原則の適用は絶對的機械的な原則ではなく、他面企業團體たる會社の利益と比較衡量して適用すべきものである。本件の條件は何れも會社資本充實の爲め株主全般の利益擁護を目的とし、これに背反す株主を製肘することを主眼と爲し、殊に原判決が非難した(2)の條件の如きも、株式を譲渡して爾後の割賦拂込義務を免脱せんとする者に對する處置である。其の他の條件に付ても會社の擅斷によつて任意に認定され得るものではなく、情勢上客觀的に認識さるべき事實によつて定まるもので、會社の認定と雖も一概に主觀的であり得ない。原判決が平等原則の違反が許容され得る餘地あることを看過し、漫然同原則を適用したのは理由不備である。」併し大審院は左の理由によつてこれを棄却した。

〔判旨〕 「株主ハ會社ニ對スル株主トシテノ權利義務ニ付テハ商法所定ノ例外規定ノ存セザル限り各自同等ナル待遇ヲ受クル

權利ヲ有スルヲ以テ、若シ會社ガ株主ニ對スル株金拂込ノ催告ニ付キ株主間ニ不當ナル差異ヲ生ズルガ如キ場合ニ於テハ、該催告ハ所謂株主平等ノ原則ニ反シ無効ノモノト謂ハザルヲ得ズ。而シテ原判決ノ確定スルトコロニ依レバ、上告銀行ノ本件第三回株金拂込ノ催告ハ各株主ニ對シ一株ニ付キ金二十五圓ノ十分ノ一宛ノ金額ヲバ毎年九月十日限り十ヶ年間ニ年賦ヲ以テ拂込ムコト但シ上告人主張ノ如キ(1)乃至(8)列舉ノ各條項ノ一ニ該當スル場合ニ於テハ全額一時ニ拂込マシムル旨ノ附記シアリタリト謂フニ在ルヲ以テ、偶々右列舉事項ニ該當スル株主ハ全額一時ニ拂込ノ義務ヲ生ジ、然ラザル株主ハ依然年賦拂込ノ利益ヲ保有スルモノナルトコロ、右列舉條項(2)即チ昭和六年九月一日以降株式ヲ取得シタル株主ハ其ノ拂込ニ付キ直前ノ株式讓渡人ガ保證ヲ爲サザル限り年賦拂込ノ利益ヲ失ヒ同日以前ノ株主ニ對比シ著シク其ノ所遇ヲ異ニスルモノニシテ拂込義務ニ付保證ヲ強要シ責任ヲ加重スルノ結果ヲ招來スルヲ以テ、斯カル催告ハ前叙ノ理由ニ依リ無効ノモノト謂ハザルヲ得ズ。然ラバ原審ガ本件催告ヲ無効ノモノト判定シタルハ相當ナリ。……」

〔評釋〕 一 判旨は本件の催告に附けられた多數の條項のうち、(2)の條項だけを取上げて、これを無効と斷じて居るが、此の判旨自體は正當だと思ふ。上告理由はこれに對し、第一に催告自體の内容とそれによつて確定された具體的債務の支拂方法とを區別して、株主平等の原則による制約は前者のみに關し、後者には及ばぬとするが、拂込の期日に關する條項は催告自體の内容を爲すものと見るべく、上告理由の如く分離し得べきではない(長場・民商三五六頁、佐々・新報四)。從來拂込を遲滞した株主が失權手續に付て平等の原則を主張し得ぬ旨が説かれ、其の場合具體的義務なることが云々されるが(鈴木・法協四八卷三三三頁參照)、此の理由を此處に援用することは全く筋違ひである。上告理由は第二に又、平等の原則の適用に付ては企業團體たる會社の利益を比較衡量すべきだと主張するが、たとひ此の前提が肯認され得るとしても(鈴木・法協四八卷三五七頁、西原・經濟的需要と商事判例一四二頁二二五頁參照)、少くとも其の議論は本條項には妥當しな



い。何となれば、上告理由は、株主が拂込を回避するのを防止する爲めに附した條項だと云ふけれども、催告が爲されたのは昭和七年八月であるのに、それから一年近くも遡つた昭和六年九月以降株主となつた者を特別扱ひにして居るのであつて、これを是認する理由はたとひ企業の利益を高揚しても見出すことが出来ないと思ふからである。従來の判例の傾向が平等の原則に對して寧ろ企業の利益を優越させて來たに拘らず(判民大一四・一一六事)、本件に於て認めなかつたのは、たしかに當然なことである(佐々・前掲九一四頁、これに反し長場・前掲三九〇頁は本判旨は従來の(判例と寧ろ矛盾するが、他に不當な條件がある爲め判旨の結論が生れたのだと)される)。

二 かやうに判旨自体は正當だと思ふが、私にはなほ次の如き疑問がある。

(a) 先づ判旨は(2)の條項だけを取扱ひ、他の問題には觸れて居ないが、(3)の條項も同様昭和六年九月以降の株式取得者のみに關する故、事は(2)の條項と同じだと云ひ得るのではなからうか。又本件の拂込は十年賦とされて居るが、かかる賦拂は株主の地位に對して不安を與へる處があり(一五二條一項は最短二週間と云ふのみで最長限を明文上の注意を十分に促が)、これが許容は甚だしく疑問だと思ふ。又(1)及び(4)の條件にしても、條件自体の不當色が非常に濃い上に、それが或る株主に付て成就すると株主間に於て拂込額の相違を來たす性質のものであり(2)及び(3)の條項も同)、其の點からも右の效力に對し疑問が抱かれる(小町谷・商事判例回顧二七五頁は本判旨の意味をかやう)。

(b) 次に判旨は本件の被告たる株主を問題なく勝たせて居るが、本件で請求されて居るのは第一回分だけに過ぎないから、(2)其の他の條項にしても又賦拂にしても、將來はともかく、本件に關する限り、實は直接の問題ではない。故に右の第一回分の請求に付ては、無効行爲の轉換の理論を以て會社を勝たせる方が却つて筋ではなかつた

かと思はれる。

(鈴木竹雄)

一三九 時効 割賦拂債務に於て他より強制執行を受くるときは期限の利益を失ふべき旨の約款と消滅時効の起算點

民法一六六條

昭和九年一月一日民一部判決(昭九(オ)五五七號)民集一三卷二一號一九六三頁

〔事實〕 原告(被控訴人・上告人) X銀行の前身たる(A銀行が合併承継した) A銀行が被告Yに大正一一年七月三十一日に三〇〇〇圓を貸し、辨済方法として、同年八月から昭和二年六月まで毎月二十五日に三〇圓づつ、最後の七月二十五日には殘金一六七〇圓を支拂ふこととした。然るに、Yは昭和三年三月二十五日までに合計六三圓四一錢を元金中に支拂つただけで、その他の支拂をしないので、Xは殘金(三三二一六圓五九錢)及び完済までの損害金を請求した。Yは抗辯して曰ふ。本件債務には「他ヨリ假差押其ノ他強制執行ヲ受クルニ至リタル時ハ期限ノ利益ヲ失フ」旨の特約が附加されて居るが、Yは大正一三年五月中訴外Bから強制執行を受け該執行は同月二日に完了したから、同月以降に支拂はるべき金員については同月二日に期限は到來し、従つて、全部につき五年の消滅時効が完成して居るにより、これを援用する、と。原審は、右の如き強制執行の事實を認定してYの抗辯を容れた。Xは上告して曰ふ。右の約款はXの利益の爲めに定められたもので、假令執行を受けても、Xに於て期限の利益を失はしむることを得るに止まり、當然期限の利益を失ふものではない。従つて、XがYをして期限の利益を失はしめる旨——即ち殘金全部の支拂を請求する旨——の意思表示を爲さざる本件に於ては、殘額全部の時効は右強制執行の時から進行したものでない、と。

〔判旨〕 上告を容れて破毀差戻。



「按ズルニ、原判決ハ證據ニ依リ本訴貸金ニハ債務者タル被告人Yニ於テ他ヨリ假差押其ノ他ノ強制執行ヲ受クルニ至ルトキハ期限ノ利益ヲ失フ旨ノ條項アルトコロ、Yハ其ノ所有動産ニ對シ訴外Bヨリ強制執行ヲ受ケ其ノ執行ハ大正一二年五月二日ニ完了シタリトノ事實ヲ認定シ、本訴債權ニハ別ニ履行期ノ定メアルモ右特約ニ定メタル事實ノ到來ニ依リ債權ハ無期限ノモノトナリタルモノナルヲ以テ該債權ハ商事時効ニ依リ其ノ翌日ヨリ五年後ニ於テ消滅シタリト爲シ、上告人Xノ請求ヲ排斥シタルモノナレドモ、凡ソ金錢貸借ニ於テ如上約款ヲ附加スルニ當リテハ、特別ノ事情ナキ限り當事者ハ債務者ガ差押ヲ受ケルガ如キ事實アリテ其ノ辨濟資力ニ信賴シ得ザル狀況發生シタルトキハ債權者ニ於テ任意ニ債務者ノ有スル期限ノ利益ヲ奪ヒ債權ノ辨濟ヲ確保スベキ手段ヲ採リ得ルコトヲ約スルノ意思ヲ有シタルモノト解スベク、從テ此ノ如キ約款アル場合ニハ之ヲ働カシムルト否トハ全ク債權者ノ自由ナル裁量ト處分ニ委ネラレタルモノト爲スベク、債權者ニシテ約款ニ依リ即時ノ辨濟ヲ受ケントセバ債權者ハ此ノ方法ヲ採リ得ベク、又若シ之ヲ欲セズ舊來ノ履行期ニ從テ辨濟ヲ受ケントセバ之ニ依ルモ亦妨ナカルベキ主旨ヲ以テ契約セラレタルモノト認ムベキヲ相當トス。故ニ債權者ガ此ノ約款ヲ働カシメント欲スルトキハ之ガ爲ニハ特ニ其ノ意思ヲ表示スルコトヲ要スベク、其ノ方法ハ之ヲ明示スルモノナリ、或ハ即時ノ辨濟ヲ請求スルモノナリ、或ハ差押又ハ配當要求ノ擧ニ出ヅルモノナリト雖モ、此ノ如キ事實ナク其ノ本來ノ辨濟期ヲ變更スベキ形成權ヲ行使シタルモノト認メ得ベキ事實ナキニ於テハ、他ヨリ強制執行ヲ受ケタル事實アルノ故ヲ以テ直ニ期限ノ定方當然ニ其ノ效力ヲ失ヒ舊來ノ債權者ノ何時ニテモ履行ヲ求メ得ベキ債權トナルモノト即斷スベキモノニアラズ。原審ガ前顯約款ヲ如上說示ト異ナル意味ニ解スベキ特別ノ事情アリヤ否ヤ、又債權者ガ本訴債權ノ履行期ヲ變更スベキ意思ヲ表示シタルコトナキヤ否ヤヲ判定セズシテ債務者ガ他ヨリ強制執行ヲ受ケタル事實ニ因リ直ニ本訴債權ハ即時ニ履行ヲ爲スベキモノニ變リタルモノト爲シ、之ニ基キテ時効ノ起算點ヲ定メ、Xノ請求ヲ棄却シタルハ審理ヲ盡サザルノ憾ナキヲ得ズ。」

〔評釋〕 一 私ハ判旨に賛成し得ない。本件に取扱はれた問題は、彼の、割賦拂債務に於て普通に見る、「一回辨濟を怠るときは殘額全部を直に請求せられても異議なし」といふ趣旨の約款に於ける消滅時効の進行時如何といふ

問題と極めて類似するものである。而してこの點に關する判例は、本判決の前後を通じて大いに動搖し、結局昭和一五年三月一三日の聯合部判決によつて統一せられたものである。その詳細は私が別の機會に述べた所に譲り（我妻「月賦辨濟債務の消滅時効の起算點」法協五六卷九號一七五頁、我妻判民昭和一五年度二八事件（右聯合部判決）評釋参照）、ここにはその大略を述べて本判決の地位を明にするに止める。

二 右聯合部判決の理論によれば、割賦辨濟に於ける右の如き約款の意義は二様に解せられる。第一は、一回の不拂によつて當然に殘額の辨濟期が到來する場合。この場合には、債務者はその全額について當然遲滞の責に任ずると共に、消滅時効もその全額について進行する。第二は、一回の不拂によつて債權者は割賦拂の利益を失はしめる一種の形成權を取得する場合。この場合には、債權者がこの形成權を取得することによつてはじめて、債務者は全額について遲滞の責に任ずることになると共に、消滅時効もその時からその全額について進行する。而して、普通の場合にはその後者と推定すべきである。

割賦拂債務に於ける一回の不拂によつて殘額全部を直ちに請求せられても異議なしといふ約款を右の如く解する聯合部判決による統一的判例理論を基礎として本判決を見ると、本判決は「他より強制執行を受ければ直ちに殘額の全部を請求せられても異議なし」といふ約款をも、右の一回の不拂を理由とする約款と全然同一に解するものであることがわかる。ただ、本件では「強制執行ヲ受クルニ至リタル時ハ期限ノ利益ヲ失フ」といふ法律的な表現をなしたものであり、これを文字通りに解せば、寧ろ右二箇の場合中の第一に屬するものと見るべきが如くであるにも拘らず、なほこれをもつては、「原則として第二のものとするべし」といふ標準を覆へずには足らずとなす點がやや



注目に値するに止まる。

これに對し、私が賛意を表し得ないといふ理由を簡単に摘示すれば次の如くである。

(1) 消滅時効は権利を行使し得る時から進行する(民一六)。従つて、債権者が殘額全部の請求を爲し得る事實を生じたときは、その時から殘額全部の消滅時効が進行して然るべきである。

(2) 判例は右二箇の場合中第二の場合に於ては、殘額全部を請求する爲めに、債権者が「割賦拂の特約を解除し」乃至は「期限の利益を失はしめる」意思を表示することが必要だとなし、この意思表示即ち形成権の行使なき限りは——この形成権についての消滅時効の進行するは兎も角——債権の消滅時効は進行しない、といふつもりらしい。然し、右の形成権の行使といふのは要するに全部を請求するといふことに過ぎない。消滅時効の起算點を問題とする限り、これについて本来の債権と分離した獨立の存在と認むべきではない。要するに、債権者の意思により、全部の請求を爲し得る時期がその請求を爲し得る債権についての消滅時効の起算點だと、寧ろ常識的に解することが第一六六條の趣旨に適する(我妻前掲聯合部)。——判例の區別する二箇の場合は債務者の遲滞についてのみ問題とすべきである(我妻前掲法協論文参照)。

(3) 本判旨は——そして他の判決に於ても屢々さうなのだが——債権者の利益の爲めに定められる約款だから消滅時効に於ても債権者に利益なやうに解せよと謂ふ。然し、(イ)私をして謂はしむれば、権利の行使時期をさうまで容易にしたことは宛も、「行使し得るに拘らず行使しなかつた場合」の効果たる消滅時効制度に於て不利益を蒙るのは當然だといふべきではあるまいか。當然期限の利益を失ふかそれとも債権者の請求を俟つて期限の利益を失ふか

の區別は、債務者にとつてこそ決定的の不利を伴ふ。然し債権者にとつては何れにしても全額の請求を爲し得るのであつて、そこに區別すべき理由を私は發見し得ない。

(ロ)尤も、意思表示を俟つてはじめて期限の利益を失はしめるといふ債務者に利益な約款を定めた場合には、消滅時効では債権者に利益な結果を認めることが權衡を保つと考へる餘地はあらう。然し、時効制度はかくまで權衡論のみによつて決すべき制度ではあるまい。債権者が行使の容易な權利を有する場合にはその不行使による消滅時効の不利も容易に生ずるといふだけで、債権者にとつての制度の公平さが充分であらう。

(ハ)更に、債権者が折角債務者に好意を示して、意思表示なくして全額の辨濟期は到來せずと約定し、且つ一回の不拂又は強制執行があつても全額の請求をしなかつたといふやうに、全く好意に終止するのに對して、若し全額の消滅時効の進行といふ不利益を與へては、債権者は心ならずも常に全額の請求を爲すことによつて債務者を不利ならしむることになる、といふ反對論も考へられる。然し、一回の不拂又は強制執行の後に債権者が全額請求を爲すことを止め、なほ割賦拂の請求をしたときには、全額請求の權利を抛棄したものと見るべく、従つて全額についての消滅時効の進行は阻止せられると解するに妨げはあるまい。蓋し、かかる場合には期限の猶豫がなされたと同じに見るべきだからである。而してかく解する以上、右の權衡論はさまで意とするに足りないであらう。

三 本判旨には現はれて居ないが、この後の判決に於て、本件の如き約款では、債務者に強制執行が爲されたかどうかは債権者にとつては不明だから、そのことから見るも當然消滅時効を進行せしむべきではないと説いたものがある。それは昭和十一年二月四日の民二判決(判決全集三輯)である。



この判決は割賦拂債務に於て一回の不拂あらば全額の請求を受けても異議ないといふ事案につき、右の聯合部判決とは異り残額全部について當然に時効が進行すると判決したものが、その判旨の中で本判決を拉し來つて左の如く説明する。

「……消費貸借ニ付右ノ如キ特約存シ債務者ガ第一回ノ月賦金支拂ヲ怠リタルトキハ債權者ハ其ノ時ヨリ債務全部ノ辨濟ヲ請求シ得ベク、消滅時効ハ此時ヨリ債權全部ニ付進行ヲ始ムベキコトハ當院ノ判例トスル所ナレバ（大正七年（オ）第三四〇號同年八月六日當院判決参照）、本件消費貸借債權ノ消滅時効モ大正一三年一〇月一日ヨリ進行セルモノト爲サザルベカラズ。然ルニ原判決ハ右認定事實ニ基キ、被上告人（債權者）ハ債務者ヲシテ期限ノ利益ヲ喪失セシムベキ意思表示ヲ爲シ得ルニ過ギズシテ、本訴提起前此意思表示ヲ爲サザリシガ故ニ本訴債權ノ消滅時効ハ進行セザリシ旨判示スルトコロアリ。コレ或ハ當院昭和九年（オ）第五五七號同年一月一日判決ニ違ヒシモノナラムモ、此判例ハ本件ノ場合ニ適切ナラズ。何者、債務者ガ第三者ヨリ執行ヲ受ケタルコトハ當該債權者ニ於テ之ヲ知ラザルコト寧ろ居多ナルベク、從ヒテ期限ノ利益ガ當然ニ失ハルルモノトセバ債權ノ消滅時効ハ或ハ債權者不知ノ間ニ進行シ其儘完成スルヤモ又測ラザルニ反シ、月賦辨濟不履行ノ如キハ誰ヨリモ先ヅ債權者ノ最モ早く且最モ善ク知了スル事由ナルコト夫ノ第三者ノ執行ト固ヨリ同日ノ談ナラザレバナリ。」

前掲昭和一五年の聯合部判決によつて統一せられた現時の判例理論から見れば、この昭和一一年の判決が改められるのだから、その判旨の中で本判決と異なる點を力説して居ることも、今日では顧る必要がないかもしれない。然し、それは別として、右の説明中にある債權者の不知の間に時効は進行しては困るといふ理論はそれ自體としては何等の意義なきものであることだけは指摘する必要があるであらう。蓋し、消滅時効の進行點たる「權利を行使し得る時」といふのは純粹に客觀的な觀念であつて、權利者の知不知に關係なきものであることは極めて明瞭なこと

だからである。それは通説の認める所であり、不確定期限附債權につき判例も既に明言して居ることである（大正四・三・二四民録四三九頁、我妻前掲法協論文一七六二頁参照）。

（我妻 榮）

### 一四〇 民訴法第二四七條——準備書面に記載なき證據の申出

民訴法二四七條・二五八條・人訴法一〇條

昭和九年一月五日民一部判決（昭九（オ）一三二二號、民集一三卷二一號一九七四頁）  
賣掛代金殘額請求事件

〔事實〕 X（原告・被控訴人・被上告人）はY（被告・控訴人・上告人）に對し、賣掛代金の支拂を請求して本訴を提起し、Yは之を争つたが第一審に於て敗訴した。そこでYは控訴を提起し、控訴狀中に於て從來の主張を一部訂正し、消滅時効の援用に因る假定抗辯を提出する旨を記載した。Xは控訴審に於ける最初の口頭辯論期日前に答辯書を提出し、其の中にはYの時効の援用に對してYは係争債權を承認して居るから、時効は中斷して居るとの再抗辯事實を記載した。Yは適式に右答辯書並に期日呼出狀の送達を受けたるに拘らず、右口頭辯論期日に出頭しなかつた爲、被控訴人Xに於て第一審の口頭辯論の結果並に答辯書記載の事實を陳述し、本件係争債權の存在を立證する爲右答辯書其他準備書面に記載して置かなかつた證人Aの訊問を申請した。其後の期日にもYは闕席し續けた。

原審は前記證人Aの訊問を爲し、其の證言其他の證據に基き債務の成立並に承認に因る時効の中斷を認めて、Yの時効の抗辯をも排斥し其の控訴を棄却した。之に對しYは上告して、相手方の不在廷に乘じて準備書面に記載せざる證人訊問の申出を爲すは民訴法第二四七條に違反するから、之が訊問を行ひ其の證言を採用した原判決は違法であると攻撃した。

〔判旨〕 棄却。「本件記録ニ依レバ被上告人（X）ハ原審ニ於テ答辯書ヲ提出シ、該答辯書ハ上告人（Y）ニ送達セラレタルコト明白ナルガ故ニ、上告人ハ同書ニ記載セラレタル本件係争債權ノ存否及ビ該債權ニ付キ上告人ノ承認ニ因ル時効中斷ノ有



無方原審ニ於ケル争點ナルコトヲ了知セルモノト謂フベク、然ルニ上告人ハ原審ノ口頭辯論期日ニ出頭セズ被上告人ハ右期日ニ出頭シテ前示答辯書記載ト同趣旨ノ事實ヲ主張シ、且該事實ヲ立證スル爲證人Aノ訊問ヲ申請シ、原審ハ之ヲ採用シテ訊問シタルモノニシテ、右證人ノ申請ハ答辯書其ノ他準備書面ニ記載ナカリシコト所論ノ如シト雖、被上ノ如ク上告人ニ於テ既ニ答辯書ノ送達ヲ受ケタル以上、辯論期日ニ被上告人ガ同書記載ノ事實ヲ主張シ且之ヲ立證スル爲メ證人訊問ヲ申請スルコトアルベキハ、將ニ相手方ノ豫想シ得ベキトコロナルガ故ニ、豫メ其ノ訊問ヲ申請スベキコトヲ準備書面ヲ以テ通知セザリシトキト雖、右申請ヲ以テ違法ノモノト謂フヲ得ザルヤ論ヲ俟タズ。蓋民訴法第二四七條ハ相手方ノ在廷セザル場合ニ、一方ノ當事者ヲシテ相手方ノ豫想セザル事實ニ付辯論ヲ爲サシメ、此ノ如キ辯論ニ基キ裁判ヲ爲スコトヲ禁ジタルニ過ギズシテ、既ニ相手方ノ了知シ又ハ豫想シ得ベカリシ係争事實ニ付辯論ヲ進行シ判決ヲ爲スコトヲ禁ジタルモノニ非ザレバナリ。」

〔評釋〕 判旨に反對。民訴法第二四七條に所謂「事實」中に證據の申出（随つて又之に基く證據調）をも包含するか否かは、學說上争ある所であり、本判旨以前の判例には寧ろ之を肯定するものがあつたが（昭八・四・一八民集一五三（菊井）、昭八・四・二五民集、一二卷八七〇頁、判民六三（兼子））、本判旨は之を否定したのである。併し私は此の事實とは弘く事實資料の意に解して證據申出をも包含せしめる肯定説を正當と信ずる。否定説は本判旨の云ふ如く證明の對象たる事實が準備書面等に記載され、随つて相手方に於て了知する以上證據を申出することは當然其の豫想し得る所と爲すのであるが、事實中徵憑事實の如きは當事者の主張なく證據調の結果判明したものでも判決の基礎と爲し得るから（拙著概論二二八頁、二八〇頁參照）、之を結果すべき證據の申出と相手方に対する作用に於て異なる所はないし、又證據申出に對する證據抗辯や證據調の結果に付ての陳述も亦事實認定に重大な影響があるから、其の機會を奪ふことは許され得ない。例へば人訴第一〇條が職權證據調を命じた場合にも必ず其の證據調の結果に付て當事者に陳述の機會を與ふべきこととして居

るのは、證據資料を重要視し、之を當事者に了知せしめて公平を計り且眞實發見に役立てんが爲に外ならない。證據の申出は期日前に於ても爲し得ることは（民訴二五）、此の解釋と矛盾するものではなく、寧ろ期日迄に相手方に送達された準備書面に記載なき限り、當該期日に於ける相手方不在廷に際し、之に基く證據調を實施し得ぬものと解すべきである。尙かく解することが間接に證據申出をも豫め準備書面に記載することを奨励し、辯論の集中に役立たしめる結果ともならう。

（兼子 一）

一四一 數個の債權を以てする裁判上の相殺 民法第四六八條第二項による相殺の抗辯の效力

民法五〇五條・五一二條・四八八條・四八九條・四六八條二項、民訴法一九九條二項

昭和九年一〇月一二日民二部判決（昭七（オ）五八八號、（約束手形金請求事件）民集一三卷二二號一九八五頁）

〔事實〕 XはYがAに宛て振出した金額三千六百餘圓満期日大正十三年六月七日と三千三百餘圓満期日同年六月十八日の約束手形二通を大正十五年三月五日に各期限後裏書によつて取得し、Yにその支拂を求め、然るにYはAが振出した金額三千八百餘圓満期日大正十三年五月十三日と三千六百餘圓満期日同年六月十日の約束手形二通を裏書人としてその所持人の償還の請求に應じた結果取得して（何年何月かは認定されてゐない）所持してゐる。換言すればAに對して反對債權を有してゐる。さればAの有した權利を取得するに止まる（商法四六二條參照）期限後の讓受人たるXに對しては相殺を以て對抗する旨主張してその所持する手形二通及び償還計算書を呈示する。

原審はYの相殺の抗辯を認めたがその際どの債權とどの反對債權とで相殺するかを明にしなかつたのでXはその點を衝いて上告する。



〔判旨〕 破毀差戻。「按ズルニ裁判上ニ於テ相殺ノ爲主張シタル請求ノ成立又ハ不成立ノ判断ハ相殺ヲ以テ對抗シタル額ニ付既判力ヲ有スルモノナルヲ以テ、裁判上ノ相殺ニ付テハ相殺ヲ以テ對抗シタル額ヲ確定スルコトヲ要ス。而シテ相殺ノ意思表示ハ雙方ノ債務ガ互ニ相殺ヲ爲スニ適シタル始ニ適リテ其ノ效力ヲ生ズルモノナルヲ以テ、右相殺額ヲ確定スル爲ニハ相殺適状ヲ生ジタル時期及其ノ時ニ於ケル雙方ノ債權額ヲ判定シ、若シ雙方ノ債權ガ數個ナル時ハ何レノ自働債權ガ何レノ受働債權ト相殺セラレタルヤヲモ説示セザルベカラズ。而シテ本件ニ於ケルYノ相殺抗辯ニ付テハ自働債權及受働債權ガ孰レモ數個ニシテ自働債權ノ總金額ガ受働債權ノ其レニ超過スルコト原審確定ノ事實ナルヲ以テ、Yニ於テ相殺ヲ爲スニ當リ自働債權中何レヨリ先ヅ相殺ヲ爲シタルヤノ順位ヲ審究スルニ非ザレバ、何レノ自働債權ガ一部殘存シ其ノ餘ニ付テノ請求成立ノ既判力ヲ生ジタルモノナリヤヲ確定スルコト能ハズ。然ルニ原審ハYノ相殺ニ付テノ右順位ニ付釋明スル所ナク、以上説示ノ諸點ニ付之ヲ判定シテ相殺額ヲ確定スルコトヲ爲サズ、論旨掲記ノ如ク漫然Yガ(云々の)各手形及各債還請求書ヲ本訴ニ於テ呈示シ本件手形債權ト對當額ニ付相殺ノ意思表示ヲ爲シタル以上本訴債權ハ之ニ因リ消滅シタル旨説示シタルハ審理不盡理由不備ノ違法アリ」

〔評釋〕 判旨に疑を抱く。

一 原審はXの譲受けた二口の手形債權(受働債權)はYが讓渡人Aに對して有する自働債權より額が少いので、結局Xの請求は成り立たない、却てYのAに對する債權が残るが、それはXの(従つて本訴の)關係したことはないといふ氣持で判決を下したのであらう。しかし右の双方二口の債權が何時どう云ふ順序で相殺適状になつたか、又その結果として、結局XのAに對する債權のみが残ると云ふことは、もしキチンと判示する必要がある。例へばYがAに對する求償債權を何時取得したかも原判決の理由を見ただけではわからない。只この點も訴訟資料を綜合

すれば本訴としては結局Xの取得した債權の方が少額でその請求が成立しないことが窺えるのではあるまいか。原判決は抑へるべき所を抑へてゐない重要な手ぬかりはあつたとしても破毀するほどの理由であつたかは疑はしい。

二 ことに判旨がその理由を裁判上の相殺の既判力に求めてゐるのは本件としては正當ではあるまい。蓋し裁判上の相殺の特異な點は相殺を以て對抗した額即ち自働債權の存否につき既判力を生ずる點にあるのだが、今本件に於ける争はその自働債權と直接には何の關係のないXと、Yとの間にありXの有する受働債權の方が少額なりとされたのだから(この認定に當つて原審が手をぬいた) YのAに對する如何なる債權の一部が残存するかなど云ふことは何等Xにおいて争ふ利益のある事柄ではない。それとも大審院は本判決の既判力がAにまで及ぶと考へてゐるのであらうか、然らば判旨には正面から反對せねばならぬ。蓋し本訴から見てもAは民訴第二〇一條に擧げられてゐる所のどれにも該當せず又債權の讓受人XがAの負擔する債務につき訴訟追行權を有するとは考へられない(兼子・連帶人の受けた判決の効果法) 協五六卷七號一頁参照) からである。従つて若しYがXに對して相殺の抗辯を出して敗れたとしても別訴でAに對して訴求することは何等妨げられない。尤も相殺の抗辯が容認された場合には後にAに對してその債權を主張するわけにはゆかないが、これはYのAに對する債權が相殺によつて——換言すればXに對する相殺の意思表示によつて——實體法上消滅し、すでに存在しないからであつて、決して既判力の効果ではない。このことは右のYの相殺の主張が裁判外で行はれた場合にも同様な問題が起り、同様に取扱はれねばならぬことでも知れよう。判旨が右の點をはつきり認識してゐないやうに見えるのは遺憾である。

戒能氏も本件判旨に多少の疑問を持たれる(民商一卷八五八頁)。

(有泉亨)



### 一四二 請求異議の訴と原因の変更

民訴法三三二條・五四五條

昭和九年一〇月二五日民一部判決(昭九(オ)一七一七號)民集一三卷二二號一九九九頁

〔事實〕 Yは、確定判決の執行力ある正本に基き講金辨濟債權二百十圓につきX所有の有體動産に對して強制執行をした。Xは、前記判決の確定後、Yに對し、二百圓の約束手形債權並に百五十圓の貸金債權を以て、前記講金辨濟債權二百十圓と對當額に於て相殺した、と主張し、民訴五四五條の訴を提起した。Yは、右約束手形債權につき時効を援用したので、Xは、第一審の口頭辯論に於て、約束手形債權を手形に依る利得債還請求權と訂正し、第二審に於て右手形を二百圓の貸金支拂確保のため振出されたものとし、この貸金二百圓及び他の百五十圓の債權につき、改めて相殺の意思表示をなした。原審は、この新相殺の抗辯に基き、Xの請求を認容した。これに對しYが上告したのが本件である。Yはその理由として、Xは前後三回相殺の意思表示をしてゐるが、後の相殺の意思表示はそれぞれ前者の更正追完ではなく、新なる相殺の意思表示としてなされたものであるから、の三回に於て主張した異議は何れも日時と事實關係を異にし三箇三様の相殺原因に基き異議を主張したと同様で、訴提起當時辨濟を原因に確定判決に因る債務の消滅を異議の理由となしたるものが、口頭辯論の中途に到り更改を原因に確定判決に因る債務の消滅を異議の理由とし、更に控訴審に至り三たび免除を原因に確定判決に因る債務の消滅を異議の理由となしたると何等擇ぶ所がないから、民訴五四五條に違背する、と主張した。大審院はこれを容れず上告を棄却した。

〔判旨〕 按ズルニ民訴五四五條三項ハ債務者ガ數個ノ異議ヲ有スルトキハ同時ニ之ヲ主張スルコトヲ要スル旨規定スルモ、之レ單ニ執行ヲ徒ラニ遅延セシムルコトナカランガ爲メ、同條ノ訴ニ於テ提出シウベカリシ異議ハ總テ之ヲ一ノ訴ニ集中スベク、特ニ其ノ訴ニ於テ主張シ得ザリシ止ムヲ得ザル事由アルモノノ外、再ビ之ヲ以テ同條ニ依ル他ノ訴ノ理由ト爲シエザルコトヲ定メタルモノニシテ、一旦訴狀ニ於テ述べタル異議ハ其ノ後一切之ヲ追加變更スルコトヲ禁ズルト云フ主旨ニアラザルモノトスベキヲ相當トス。

解スベキモノトス。蓋此ノ場合ヲ他ノ一般ノ訴ニ比スルモ、原因ノ變更ヲ特ニ困難ナラシムベキ何等ノ理由ヲ見ザルヲ以テナリ。故ニ此ノ種類ノ異議ノ訴ニ於テモ一般ノ原因ノ變更ヲ許スベキ理由アルトキハ之ヲ容認スルヲ至當トスベク、而モ同法三七八條ハ二三二條ヲ準用セルヲ以テ此ノ訴ノ原告ハ控訴審ニ於テモ同條ノ要件ヲ具備スル限り訴ノ原因ヲ變更シ得ルモノト解スベキヲ相當トス。

〔評釋〕 判旨は結論に於て正當である。確定したる請求に關する異議とは、債務名義の内容たる請求の即時實現を妨ぐる事由である。かかる事由が存することにより債務名義の執行力の排除又は制限を必要とするに至るのである。故にかかる事由に屬するものとしては、債務の消滅又は期限の猶豫債權者の變更等を挙げらるのであつて、如何なる事實によりてかかる事由が理由付けられるかを問はないのである。即ち債務の消滅を異議の原因として主張する以上、それが相殺に基因するか辨濟更改免除その他の事由によると否とを問はないのである。もしかく解しうるとすれば、本件に於て何時の相殺を理由として裁判所が原告の請求を認容したか否かは問題とならない、彼の原因の變更の問題となるには至らない。しかし、一步譲つて大審院の如く相殺なり辨濟更改免除なりを異議の原因と解すると、本件の如く三度相殺の意思表示をしてゐる場合には第二回以後の相殺は訴提起後の新なる異議の原因であり、かかる「新原因」は民訴五四五條三項の制限に服さないから、ここに始めて同一手續中に於て、一般の規定に従ひ、その主張の許否が決められるのである。この一般規定が判旨の引用する民訴二三二條三七八條である(判昭和六年度一〇)。この點判旨が恰も民訴五四五條三項の制限は別訴による異議の主張を禁止するのみで、同一訴事件(菊井)参照)。この點判旨が恰も民訴五四五條三項の制限は別訴による異議の主張を禁止するのみで、同一訴手續内に於ては直ちに二三二條三七八條の準用又は適用によりて處理しうる如く解する如き口吻を示してゐるこ



とは判旨自ら示す如き「執行ヲ徒ラニ遲滯セシムルコトナランガ爲メ」といふ前記法條の趣旨からいつても贊成出来ない。最後に相殺のため主張したXの二百圓の債権は終始同一でたゞその法律的表現に變更があつたとも解せらるるかとも思ふが明瞭でない。

本件については田中(和)教授の批評がある(民商一卷五號四〇九頁以下)。

(菊井維大)

### 一四三 株主總會——決議に對する株主の異議

商法一六三條

昭和九年一〇月二六日民二部判決(昭九(オ)一一〇三號、株主總會決議無効宣言請求事件)民集一三卷二二號二〇一二頁

〔事實〕 X(雨田仲左衛門)はY會社(出水製水株式會社)の株式五十株を有する株主であるが、昭和五年九月九日開催の同會社臨時株主總會に出席した。然るに其の總會招集通知は二週間の法定期間を存しなかつたのでXは此の招集手續を不服と爲し第一議案たる取締役及び監査役改選の件に付ての決議には棄權して投票を爲さず單に他の株主に對し其の旨を語りたるに止まりて異議を述べなかつたが、次に新任せられた取締役A(知識誠介)を議長として第二議案たる會社解散の件が附議せられると、Xは解散尙早論を唱へて之に反對したけれども、少數にして敗れ遂に會社解散の決議を見るに至つた。夫でXは其の總會の席上に於て直ちに議長に對し、本件株主總會には其の招集手續其の他に違法があるから本日の決議は無効なる旨の異議を述べ、而してY會社に對し總會決議無効の訴を起したのが本訴である。第一審に於てはXが勝訴したが、第二審に於ては敗訴したので左の理由の下に上告して争つたのである。其の上告理由は株主固有の權利中最も主なる議決權を行使する以上は直ちに自己の有する議決無効主張の訴權を喪失せしむべしとする如き株主固有の權利を制限して解釋すべき法意を窺ふに足る如き規定若くは根據なく、加之會議の目的たる事項に付き反對投票を爲すことは若し之に依り議決事項が否決し去られるに於ては其の株主は後日訴を提起して決議無効の宣言を求むるよりも便宜なることもあり得べきであるとの點に在る。

〔判旨〕 上告を採用し原判決を破毀差戻した。曰く「按ズルニ株主總會招集ノ手續ガ法令ニ反スルトキハ總會ニ於テ決議ニ對シ異議ヲ述べタル株主ハ訴ヲ以テ其ノ決議ノ無効ヲ主張シ得ルコトハ商法第六十三條ノ規定スル所ニシテ、此ノ異議ハ決議ノ前後ヲ問ハズ總會ニ於テ散會前ニ之ヲ述べルヲ以テ足ル。又總會ニ於テ決議ニ對シ異議ヲ述べタル株主ガ假令其ノ決議ニ參加スルモ決議ノ内容ニ贊意ヲ表セザリシトキハ此ノ參加ヲ以テ異議權ノ放棄又ハ既ニ爲シタル異議ノ取消ト目スベカラズ。又之ニ因リテ異議ノ無効異議權喪失等ノ效果ヲ惹起スルコトナシ。……然ルニ原審ハ決議前既ニ總會招集ノ手續ニ瑕疵アルコトヲ知悉シ且之ニ不服アル株主ガ會議ノ目的タル事項ニ付審議投票ヲ爲シ以テ決議ニ參加シタル場合ハ異議權ヲ喪失シ、縱令其ノ後ニ至リ右決議ニ對シ異議ヲ述べルモ其ノ効無キモノト爲シ前掲確定ノ事實ニ基キ解散決議ニ參加シタル上告人(X)ハ右決議ニ對シテ最早異議ヲ述べルコトヲ得ズ本件取締役及監査役ノ改選決議ニ對スル異議權ヲ喪失シ上告人ノ異議ハ右決議ニ對スル關係ニ於テモ亦無効ナリト論斷シ以テ上告人ノ本訴請求ヲ排斥シタルハ前記法條ノ解釋適用ヲ誤リタルノ違法アリ論旨正當ニシテ原判決ハ全部破毀ヲ免レザルモノトス。」

〔評釋〕 本件の判例批評は既に多數に存在し其の殆ど全部が一致して贊成して居る。即ち八木氏(民商法一卷五、赤木氏(志林三七卷一)、大森氏(論叢三二卷)、伊澤氏(法學四卷四)、水口氏(法律論叢一四卷)並に河村氏(株主總會の研)は全般的に判旨に贊成せられ、椎津氏(中大民事判例研)は判旨の大部分に贊成なるもXが招集手續違法なる總會に於て第一決議を以て選任せられた取締役を議長とする第二決議たる解散決議に参加した點は第一決議たる選任決議に對する異議權の拋棄に非るやを問題とし其の拋棄と解すべきものとせられる。株主の決議に對し異議を述べべき時期に關する内外の學說の詳細は上述の諸氏の判例批評就中大森、八木、赤木の諸氏の批評中に説かれて居るから本稿に於ては之等に譲ることとする。判例としては本件以前には其の前審判決以外に全然存せざる如く、本件以後で



は昭和一〇年一月七日の神戸地方裁判所判決(商事判例集追録(一、二、三頁))があるが、事實の認定に止まり参考とならない。即ち本件は判例として珍らしきものに屬する。

私も多數學説と同じく本判旨を一般的に支持するものである。蓋し第一六三條第二項に於ては株主の異議主張の時期に付き特別の制限なく、又同條第二項の立法理由より見ても本件の如き場合に株主異議の無効を認むる必要がないからである。第一六三條第二項で株主の無効訴權主張に付き制限を定めたのは株主の濫訴を防ぎ會社の經營に煩雜と困難とを加へざる爲めである(拙著全訂會社法)。從つて此の理由に抵觸せざる限り株主の議決權並に之をよく達成せん爲めに認められた株主の決議無効判決請求權は尊重せられることを要する。本件の如き場合にXの決議無効判決請求を認めても株主の濫訴を來す恐なく又會社の經營上煩雜と困難とを來す恐れは存しないと思ふ。原審判決はXが解散の決議に参加した以上は假令反對の投票を爲しても之に依り異議權を喪失すと解する如くであるが、之は株主に著しく酷であつて、上告理由の云ふ如くに株主は決議無効の訴を起す不便を避ける爲めに先づ審議に参加して反對意見を述べ、且決議に参加して反對投票を爲し否決し去らんと努力し、其の失敗せる時始めて決議に對し異議を唱へることは合理的のことであつて此の株主の意思は認めねばならぬので、從つて株主が本案の審議に参加し反對意見を述べ又は反對投票を爲したことは異議權拋棄又は喪失の效果を生ぜずと解すべきである。只問題は特定の株主の投票の反對なりしや否やに付き前に反對意見の陳述あらざりし限り舉證に付き困難を生ずる恐れがあり得べきに止まる。次に上述の椎津氏所説はXが第一決議たる取締役選任決議に對し正式に異議を唱へなかつたこと、並に之に依り選任せられた取締役の司會する第二の解散決議に参加したことに因り異議權を喪失すと解して居

るが、私は之に付ても上述した第一六三條第二項の立法理由より同意し得ないものであり、かくの如き場合にXの異議權を認めても株主の濫訴を來し會社經營の困難を生ずることにはならないで、異議は當該株主總會の閉會迄の間に爲されば足るのである。私は寧ろ椎津氏所説は第一六三條第一項に於て株主に總會決議無効判決請求權を認めたる趣旨を盡さぬこととなりはしないかを恐れるので、特に株主が株主總會に於て異議を主張する時期並に方法等に付ては、民事訴訟の如くに通常辯護士の如き法律専門家の附いて居る場合とは異なり株主は通常法律の素人であり之が獨立に行動する點なるに鑑み、なるべく寛大に解すべく是が現在の株主總會法の目的に適すると考へる。抑も株主總會に關する法の目的の中心は各株主が決議の目的に參與し得、調査し得又適當なる準備を爲し得ることに在るので(拙著前掲)此の爲めに與へられた株主の決議無効判決請求權も可及的に保護するを要するのである。又本件に於けるXの意思の問題としてもXが第二決議に原案反對の態度をとる場合には第一決議に對し何等の留保を爲さざる場合にも直ちに第一決議に對する同意ありたるものと解し得ないと思ふ(同説大森氏前掲一〇五六頁)。

尙立法論としては第一六三條第二項の如き制限自體を認めることの當否が問題とせられ、改正商法で此の制限を除去したことは注目すべきであつて(改正商法二四七條)、本件の如き事實の場合に株主の異議主張の時期及び方法に付き嚴格に解することの實質的不當なることは之よりも了解し得るのである。

(田中誠二)

一四四 明認方法と登記

民法一七七條

一四四



昭和九年一〇月三〇日民二部判決(昭九(オ)九一八號、詐)民集一三卷二二號二〇二四頁

〔事實〕 X(原告・控訴人)主張の要旨は、本件山林は床地並立木共元來訴外Aの所有であつたが、Aは大正八年十月死亡し、訴外Bが家督相続に因り該山林の所有權を承継し大正十五年二月一日右山林の立木のみを訴外Cに賣却した。Xは同年十二月五日Cより其の立木を買受け之が引渡を受けて、右の賣買に付第三者の明認し得べき公示方法を講じた上、立木を伐採し製炭製材の事業に着手したところ、Y(被告・被控訴人)は、Bより本件山林の譲渡を受けたと主張し、假處分命令を得て不法にも其の立木の伐採賣買等を禁止し、X等の事業を不能ならしめ損害を被らしめた、依つてXはYに對して其の損害賠償請求權を有する、と謂ふにある。之に對し、Y等は、本件山林は床地並立木共Aの所有であつたのであるが、同人は其の存命中之をYに贈與し其の所有權を移轉したが、之が登記を爲さないうで死亡した爲、Aの家督相続をしたBが右の登記義務を承継し、一應家督相続に因る所有權取得登記を経た後、大正十五年十二月二十日に至り、BよりYに對して賣買名義に依る所有權移轉登記手續が爲されたといふ關係にある、故に該山林につき假にX等主張の如き賣買の事實ありとしても、其の所有權の移轉に付てはCもXも之が移轉を明認し得べき何等の方法を施して居らぬのだから、第三者たるY等に之を對抗し得ぬ、と主張して、之を争ふ。一、二審共X敗訴。原審が本件山林に付てはYの主張して居る如くAよりYに贈與し其の所有權を移轉して居る事實を確定した上、右の贈與によつてAは既に無權利者となつたのだから、假に右立木に付X主張の如き賣買が行はれ、且之が公示方法が施されて居るとしてても、X等は右立木の所有權を取得し得べき理由なし、としたのに對し、Xは上告して、「凡ソ被相続人が不動産ヲ賣渡シテ其ノ登記ヲ爲サザル以前ニ死亡シ相續開始シタル時ハ其ノ相續人ハ此一種ノ關係的所有權ヲ取得シタルモノト謂ハザルベカラズ。從テ、其ノ相續人ヨリ更ニ其ノ不動産ヲ買受ケ直ニ登記ヲ完了シタル者ハ、完全ニ所有權ヲ取得シタルモノニシテ、恰モ同一不動産ヲ二重ニ賣買シタル場合ニ於テ、先ヅ取得登記ヲ爲シタル買主ト同一地位ニアルモノト言ハザルベカラザルヲ以テ、曩ノ被相続人ヨリノ買主ニ對シテハ其ノ取得登記ノ欠缺ヲ主張シ得ル」等であると主張した。大審院は此の主張を採用して原判決を破毀差戻した。

〔判旨〕

一「凡ソ、被相続人が不動産ヲ甲ニ讓渡シ未ダ其ノ登記ヲ爲サザル間ニ、相續開始シ、相續人が同一不動産ヲ更ニ乙ニ讓渡シ其ノ登記ヲ爲シタルトキハ、乙ハ民法第一七七條ニ所謂第三者ニ該當スト解スベキコトハ、當院ノ夙ニ判例トスル所(大正十四年(オ)第三四七號同十五年二月一日判決)ナリ。故ニ被相続人が一定ノ山林ヲ甲ニ讓渡シタルモ其ノ登記手續ヲ爲サズシテ死亡シ、同人ノ相續人が該山林中立木ノミヲ乙ニ讓渡シ第三者ヲシテ其ノ關係ヲ明認セシムル爲公示方法ヲ盡シタル場合ニハ、甲ハ其ノ立木ニ付テハ讓受ノ事實ヲ以テ乙ニ對抗スルコトヲ得ザルモノト云ハザルベカラズ。」故にX主張の如きBよりC、CよりX、への本件山林賣買の事實、並「右ノ賣渡ニ付何レモ第三者ヲシテ明認セシムベキ公示方法ヲ施シタル事實アルトキハ」Xは、AとY間の贈與關係に付ては民法一七七條の第三者に該當し、Yは本件立木讓受の事實を以てXに對抗出來ぬこととなるのであるから、此等の事實の有無に付判斷した上でなければ、本件立木がYの所有に歸したか否かは判らな

い等で、之等の點に付、何等認定するところのない原判決は、謬つて居る。

〔評釋〕

一 明認方法と登記との間の優劣の問題に關し、本判旨は、先に爲された明認方法が、後に爲された登記に優先する、と爲して居る。既に大正十年四月十四日の大審院第二民事部の判決が先例として存する所である。明認方法に對抗力を與へる以上は、右の結論に迄徹底せねばならぬ事は、例へば一旦明認方法を施して置いて、後からの登記に因つて容易に覆へされる事となつては、折角對抗力を認めた趣旨が通らぬ、と謂ふ事からも明白である(末川博士・物權法一九四頁(新法學全集)、尙同書では、末弘博士が、登記がすべての場合に於て明認方法より強い效力を持つた場合のみ認めようと思はれるが、末弘博士・物權法一九〇頁は明認方法は直に伐採の目的にて立木賣買の爲き賃借權を設定し、その權利を登記する方法、の效力を區別せざる、大審院の前掲大正十年四月十四日の判決理論に反對せられてゐるのであつて、即時伐採の目的を以てする立木取得の明認方法に付ては、登記より弱い效力を認むべしとせられるのでは無いと思ふ。尙、明認方法が一時的の便宜方法であつて複雑な内容を示す事ができぬものであるといふ理由で登記の方に強い效力を認むべしとされるは、柚木・本件判批民法商法雜誌一卷(八七四乃至八七六頁尙同氏の判例物權法概論一五六頁)。但し、本判旨が前掲大正十年四月十四日の判決と同様に、本件



明認方法による公示方法の効力は、BよりC、CよりXへの立木の各賣買の目的が、伐採に在るか、又は向後引續き生立せしめ置くことに在つたか、によつて左右せられず、とする趣旨を前提として居るものならば、右大正十年の判決の右趣旨の立論に對する末弘博士の正當なる反對評釋を其の儘採用し度い。

二 次に、「被相続人が不動産ヲ甲ニ讓渡シ、未ダ其ノ登記ヲ爲サザル間ニ相續開始シ、相續人が同一不動産ヲ更ニ乙ニ讓渡シ、其ノ登記ヲ爲シタルトキハ乙ハ民法一七七條ニ所謂第三者ニ該當ス」となす判旨も、既に其の引用する如き大正十五年二月一日大審院民事聯合部判決の存する所であり、穂積博士の贊成評釋(判民(六)事件参照)がある。相續人は被相続人の法律上の地位を承繼する者であるから、實質に於いて、同一人が乙と丙とに二重賣買した場合と異なる所ないのであり、判旨の正當な事は謂ふ迄も無い(我妻・物權法九一頁、抽本・前掲判批)。尙、本判決後、大審院第四民事部が昭和十二年八月二十八日の判決に於て實質的には本判旨とほゞ同様の關係ある事實に付、本判旨に矛盾する如き理論(民集一六卷(一三三三頁))を示し、東博士より反對評釋(判民(九五)事件参照)を受けた事を注意して置く。

(山 中 康 雄)

一四五 借地法第一〇條——賃貸借解除後に買取請求権ありや——借地法施行前に取得せる建物につき買取請求権ありや

借地法一〇條

昭和九年一月八日民一部判決(昭九(オ)七三九號、建物) 民集一三卷二二號二〇四五頁

〔事實〕 Y(被告・控訴人・上告人)は明治四十年以來X(原告・被控訴人・被上告人)から建物所有の目的をもつて本件土

地を賃借し、Y<sub>1</sub>合資會社(被告・控訴人・上告人)はその地上に建物を所有し來つた。ところが、Yは昭和四年一〇月分からその賃料の支拂を怠つたので、Xは昭和五年六月民法第五四一條の手續によつて右賃貸借契約を解除し、Yその他に對して賃料損害金の支拂を求めY<sub>1</sub>(及び建物の部分占有者)に對しては建物の收去土地明渡を請求した。Y<sub>1</sub>はこれに對し、Y<sub>1</sub>の所有にかかる建物は土地の賃借人Yから大正六年中Y<sub>1</sub>に讓渡したものであつて、Y<sub>1</sub>は建物の讓受と同時にYから賃借權の讓渡を受け、その當時及び昭和四年九月(解除前)Xに對して賃借權承繼の容認を求めたところ、Xはこれに應じなかつたので、昭和七年三月(解除後)Xに對して建物の買取を請求したから、その支拂あるまでは土地を明渡す義務がないと主張した。

原審はY<sub>1</sub>の買取請求は賃貸借解除後になされたものであるから、無効であるのみならず賃借權がY<sub>1</sub>に讓渡された時は借地法施行前であるから借地法第一〇條の適用をうけず、従つてY<sub>1</sub>に買取請求権はないとしてY<sub>1</sub>を敗訴せしめた。これに對して上告したのが本件である。

〔判旨〕 棄却。一「按ズルニ借地法第十條ニ依リテ建物ノ買主ガ土地ノ賃借人ニ對シ建物ヲ買取ルベキコトヲ請求シ得ルガ爲ニハ、建物取得ノ當時建物ノ賣主ト土地ノ賃借人トノ間ニ賃貸借關係ガ存在シタルニ賃借人ガ建物ノ買主ニ對シテ右賃借權ノ讓渡又ハ轉貸ヲ承諾セザリシ事實アルヲ以テ足り、建物買取請求ノ當時ニ於テ前記賃貸借關係ガ存續スルコトヲ必要トセザルガ故ニ(昭和六年(オ)第三三三十一號事件ニ付キ當院ガ同年六月二日言渡シタル判決參照)、原判決ガ本件ニ付キ右法條ヲ適用シナガラ、賃借人タル上告人(Y)ト賃借人タル被上告人(X)間ノ賃貸借ガY<sub>1</sub>ノ建物取得後ニ解除セラレタルノ故ヲ以テ、Y<sub>1</sub>ニ建物ノ買取請求權ナキモノト判斷シタルハ其ノ可ナル所以ヲ知ラズト雖モ……」

二「……Y<sub>1</sub>ガ本件建物ヲ取得シタルハ借地法施行前ノコトニ屬シ、而カモ賃借權ノ承繼ヲ峻拒セラレタル結果Y<sub>1</sub>ガ右建物ヲ本件地上ニ所有スルハ不法ニXノ土地ヲ占有スルモノトナリ、Xハ何時ニテモY<sub>1</sub>ニ對シ無條件ニ右建物ノ收去土地ノ明渡ヲ求ムルコトヲ得ルノ權利ヲ有シタルモノト云フベク、此ノ狀態ニ於テ數年ヲ經由シ大正一五(一〇)年五月一五(一〇)日ニ至リ借地法ノ施行ヲ見タルモノトス。而シテ借地法第十條ハ、土地ノ賃借權者ヨリ地上ノ建物其ノ他ノ附屬物ヲ取得シタル者ニ對シ、土地



ノ貸貸人ガ賃借權ノ讓渡又ハ轉貸ヲ承諾セザル場合ニ、右取得者ニ買取請求權ヲ與フルモ、元來借地法ハ同法施行ノ當時ニ於テ適法ナル賃借借ヲ有スル者又ハ其ノ者ガ如上適法ナル賃借權ニ基キ地上ニ有シタル建物等ヲ同法施行ノ後ニ於テ取得シタル者ヲ保護スルコトヲ目的トスルモノニシテ、同法施行ノ當時建物ノ所有ガ地主ニ對スル不法占有ト化スルニ至リタルモノヲ保護スル主旨ニアラズ。

〔評釋〕 判旨一は正當であるが、判旨二については疑問を有する。

一 本件事案に關し借地法の施行期を度外視して考へた場合に同法第一〇條の適用ありやの點に答へたのが判旨一であつて、判旨一はこれを肯定してゐる。その理由は建物の買取請求權が発生するためには(1)建物取得當時(建物の賣主と土地の賃貸人との間に)土地の賃貸借關係の存在する事實及び(2)土地の賃貸人が建物の買主に對して土地の賃借權の讓渡又は轉貸を承諾しなかつた事實あるをもつてたり、土地の賃貸借關係が建物買取請求の當時において存續することは必要でないといふにある。この理論はすでに昭和七年六月二日民一部判決で定められたところであつて(民集一三〇九頁、昭和七年六月二日民一部判決)債地法の目的に照し正當といはなければならない。しかるに、昭和十一年二月一日民二部判決がこれと反對の理論をみとめてゐるのは承服しがたい(民集一五卷三號一九三頁、昭和十一年二月一日民二部判決)もつとも、昭和七年の事件と本件と昭和十一年の事件とは具體的にはかなり異つてゐる。第一、昭和七年の事件及び本件では建物の讓渡後土地の賃借權が解除されたのに反し、昭和十一年の事件では條件附解除の意思表示をなしたる後(しかし解除の効果がいまだ發生せざる間に)建物を讓渡したのである。しかし、建物讓渡の當時賃貸借關係の存在した事實に變りはないのであるから、この後の場合にも買取請求權をみとむべきことはすでにの

べた(前掲昭和十一年事件の評釋参照)。第二に、昭和七年度の事件では建物及び賃借權を讓渡した場合には賃貸借の解除をなしうるといふ特約にもとづいて解除がなされたのに反し、本件(及び昭和十一年度の事件)では賃料の不拂によつて賃貸借が解除されたのである。しかし、この點も買取請求權の發生についてはこれを別異に解すべき理由はない。ただ、多少問題となるのは、土地の賃貸人が建物の讓渡人の賃料不拂にもとづいて解除をした場合には賃貸人は建物の讓受人の買取請求にもとづく代金債權と不拂賃料とを相殺しえないこととなつて不都合ではないかといふことである。この點についてはなほ研究の餘地があるが、賃貸人は辨濟期に至りたる最後の二年分の借賃について建物上に先取特權を有する(借地法三條一項)から、先取特權が建物の讓受人に對抗しうるものなる場合(同上)には建物の時價は先取特權の額だけ安くするわけであり(これあたかも、抵當權附土地の時價が安いと同様である)かく解することによつて通常は不都合をまぬかれうるであらう。

二 買取請求の當時賃借權の消滅したことは借地法第一〇條適用の妨げとならないこと前述のごとくであるが、借地法施行期日は大正一〇年五月十五日であつて、本件建物(及び賃借權)の讓渡されたのは大正六年であるから、この點で同條の適用が問題となりうる。判旨二はその適用を否認してゐるのであつて、その理由は借地法施行前すでに建物が讓渡され且賃借權の讓渡が拒絶された場合には、賃貸人は無條件に何時にても建物の收去、土地明渡を請求する權利を有するから、借地法第一〇條の適用によつてすでに有する無條件の權利を制限して賃貸人に買取義務を負擔させるのは酷であり、又、すでに無條件に建物收去義務を負擔せる建物讓受人を改めて保護する必要なしといふにあるであらう。かくして判旨二は賃借權にもとづいて地上に有したる建物を借地法施行後に讓受けたもの



のみを保護すべしとしてゐる。しかしながら、建物の経済的價値を維持し、建物買受人を保護せんとする借地法の目的からいへば、借地法施行前に建物を譲受けたものをも保護する必要があるといはなければならない。すなはち、借地法第一〇條は、賃借権の譲渡が賃貸人によつて承諾されない結果、借地法施行當時現に建物を収去しなければならぬ法律關係の存する場合に適用あるものと解すべきである（かく解しても特に賃貸人に酷だといひえない。蓋し、賃貸人は賃借権の譲渡を承諾することによつて買戻義務を免れう）。かく解するも、第一〇條の買取請求権について遡及効果を認めよう。蓋し、本件買取請求は借地法施行後になされたのであるから。本法第一八條には「……借地法施行ノ際ニ現存スル……賃借権ニシテ建物ノ所有ヲ目的トスルモノニ付亦本法ヲ適用ス」とあり（なほ本法一七條参照）、賃借権がすでに消滅した場合には、本法の適用をうけないごとくであるが、本法第一〇條の買取請求権は賃借権消滅後においても行使しうること前述のごとくであり、従つて同條の適用については借地法施行の當時賃借権の現存することは必要でなく、單に買取請求をなすべき法律關係（賃貸人が賃借権譲渡の承諾を拒絶し、従つて建物譲受人が土地を使用しえざる關係）が現存すれば足るのである。この意味において判旨二には賛成しがたい。

本件については民商法雜誌一卷八七八頁に田島氏の評釋（判旨贊）がある。

（山田 晟）

一四六 讓業權——讓業權を目的とする抵當權が被擔保債權の消滅によつて消滅するときは登録を俟たずその効力を生ずる 債權讓渡 辨濟によつて消滅せる債權の讓渡につき債

務者の異議なき承諾ある場合の抵當權の復活の有無

讓業法二〇條、民法四六八條

昭和九年一月九日民二部決定（昭九（ク）四〇二號、讓業權競賣事件ノ競賣手續開始）民集一三卷二二號二〇六二頁

〔事實〕 債務者S公司はその所有の讓業權の上に抵當權を設定してAから金を借りて居つた。AはSから大正一一年中に辨濟を受け抵當權は消滅したがその登録の抹消をしない間にこの債權が抵當權と共にA↓B↓C↓D↓Yと讓渡せられ、移轉登録手續も済まされた。のみならず、この債權の讓渡については、A↓B↓C↓Dの各讓渡につきSの異議を留めざる承諾が爲され、D↓Yの讓渡につき通知が爲された。その後、昭和三年中に、Sの債權者Xは右の讓業權に對して強制競賣の申立を爲し、その手續進行中（昭和四年）強制執行停止決定が爲された。次いで、Yはその抵當權に基き競賣を申請し競賣開始決定が爲されたので、Xから異議の申立を爲し、抵當權の消滅を理由として競賣開始決定の違法なることを主張する。原審はこれを容れたので、Y側から上告して次の三點を主張する。（イ）讓業權に關する物權の得喪變更は原則として登録をもつてその効力發生要件となし、相續、期限の到來に因る消滅等の場合を例外とするに止まる（讓二〇條）。従つて、被擔保債權の消滅に因る抵當權の消滅もその抹消登録なくしては効力を生じない。（ロ）假令Aの債權が消滅しても債務者の異議なき承諾を得て爲された讓渡による讓受人たるBCDは完全な債權を取得し、その抵當權は亦復活した筈である。YはそのDからの讓受人である。（ハ）Xは一般債權者たるに止まるから本件競賣手續についての利害關係人ではない。

〔判旨〕 上告を認めず。實はこの事件は一度大審院から差戻された事件であつて、差戻すに當り大審院は右（ロ）（ハ）の兩點について判斷を與へたのであつた。従つて、本判決では右の（イ）のみが詳説せられて居る。

「然レドモ讓業權ヲ目的トシテ抵當權ヲ設定シタルトキト雖、其ノ主タル債權ガ辨濟ニ因リ消滅ニ歸シタルガ爲、之ニ從タル抵當權ノ當然消滅ニ歸スルガ如キ場合ニハ、主タル債權ノ消滅ト共ニ抵當權モ亦當然消滅スベキモノト解スベク、讓業法第二



○條ノ規定ハスル場合ヲ包含セザルモノト認ムベキガ故ニ、原審ニ於テ本件抵當權ガ主タル債權ノ辨濟ニ因ル消滅ト共ニ消滅セル旨ヲ判定シタルハ相當ト認ムベキヲ以テ論旨(一)ノ點ハ其ノ理由ナク、又論旨(二)ノ點ハ本件ニ付當院ガ曩ニ爲シタル差戻決定ノ繩束力ヲ無視セル論議ニシテ正當ト謂フヲ得ザルコトハ抗告(Y)代理人P外一名ノ抗告理由ニ付説明シタル所ニ就テ之ヲ知ルベク、又相手方Xガ差押債權者若ハ配當要求ヲ爲シ得ベキ債權者トシテ本件競賣ニ付利害關係人タル地位ニ在ルモノト認ムベキコトハ、當院ノ前記差戻決定ニ於テ判示シタル所ナルガ故ニ、原審ガ同一判定ニ出デシハ固ヨリ其ノ所ニシテ、之ト見解ヲ異ニスル論旨(三)ノ點ノ採用スルヲ得ザルコトモ勿論ナルヲ以テ、抗告ハ全部排斥ヲ免レザルモノトス。

〔評釋〕 判旨に賛成する。

一 鑛業法は鑛業權を物權とし「不動産ニ關スル規定ヲ準用ス」るを本則としたが(一五)、登記に該當する登録についてはこれをもつて對抗要件とせず効力發生要件とした。即ち同法第二〇條は「前條第一項ニ掲ゲタル事項ハ相續、期限ノ到來ニ因ル鑛業權ノ消滅並第四二條及第四三條ノ競賣(探掘權の取消又は探掘權者の廢業に因る探掘權の競賣)ノ場合ヲ除クノ外登録ヲ爲スニ非ザレバ其ノ効力ヲ生ゼズ」と定める。従つてこの條文を形式的に見れば、被擔保債權の消滅に因る抵當權の消滅もこれを登録するに非ざればその効力を生ぜずと解し得るが如くにも見える。然し、被擔保債權なくして抵當權は存立し得ないといふことは我が民法の抵當權の本質であつて、鑛業權を目的とする抵當權もこれと異なるべきものにあらずといふことは、右第一五條の大原則から當然なりと謂はねばならない。このことは、抵當權自體の消滅、例へば拋棄は抹消登記なくしては對抗し得ない民法の下に於ても、被擔保債權の消滅に基く抵當權の消滅は最早や登記をもつて對抗要件となすものにあらずといふ理論と全然同一である(我妻擔保物權法(六五))。即ち、鑛業權を目的とする抵當權の拋棄は抹消登録なくしてはその効力を生じない。然し、被擔保債權の消滅による抵當

權の消滅は抹消登録なくして効力を生ずる。登記をもつて不動産物權變動に於ける効力發生要件とするドイツ民法に於ても、被擔保債權の消滅が直接抵當權の消滅といふ結果を導かないのは、債權なき抵當權即ち所有者抵當權といふ制度を認めるからである。登記が効力發生要件だからではない。又ドイツ民法の下に於ては本件のYの主張は認められるであらう。然しそれは登記が効力發生要件だからではなく、登記が公信力を持つからである。昭和一五年行はれた鑛業法の改正では登録を俟たずして當然効力を生ずる權利變動中に「死亡ニ因ル共同鑛業權者ノ脱退」を加へた。第二〇條の不備を補つたものとして至當の改正である。然し被擔保債權の消滅に因る抵當權の消滅の如きは改正に際して加ふべきものでもなく、又加へられなかつたのも當然である。

二 債務者の異議を留めざる承諾を伴ふ債權讓渡と抵當權との關係について、判例は債務者自身に對する關係では抵當權の復活を認めるが、その不動産につき利害關係を有する第三者に對する關係ではその復活を認めない(大判昭和六・一・二一民集一〇八一頁(判民一一三事件吾妻)大)。この點については學説は岐れて居る(吾妻右兩評釋の他に判昭和八・八・二八民集二〇五頁(判民一四一事件吾妻)大)。「抵當權の讓渡と債權讓渡の承諾」(新報四四卷九號參照)。私は大體判例の考方と同一の考方をするが、右の復活をもつて對抗し得ない不動産につき利害關係を有する第三者とは債權消滅の後右の承諾あるまでの間にその不動産について利害關係を取得した者に限ると解する(我妻擔保物權法)。然るときは、本件に於ては——事實は必ずしも明瞭でないが——Xは右の第三者に該當せずと爲すべきが如くである。蓋し、Xは異議なき承諾による債權讓渡の爲された後に右不動産に對して差押をした債權者らしく思はれるからである。而して、一般債權者たるXは債權の消滅により抵當權も亦消滅して居る間に差押へたのなら、保護せられて然るべきであるが、既に異議なき承諾による讓受人の生じた後に差押へたものならば



債務者は新たに債務を負担し新たに抵當權を設定することはその自由なのだから——保護せられなくとも、當然であらうと思ふのである(從來の判例理論からすれば本判示は當然であり、又吾妻説によれ)。  
三 第三、は正當であつて、特に述べることはない。(我妻榮)

一四七 代理權ありと信すべき正當の事由

民法二一〇條

昭和九年一月三日民五部判決(昭九(オ)九一六號、抵當權不存在確認並抹消登記手續)民集一三卷二二號二〇七三頁  
〔事實〕 上告人X(控訴人・原告)の先代Bは大正一二年五月中、先代Aの死亡に因り家督相續をなしたが、病弱のため、昭和六年二月中迄、姻戚關係に在る訴外Sをして「家政ノ世話ヲ爲サシメ來」つた。ところがその間にSはBの實印を使用して、被上告人Y等(被控訴人・被告)から、七口總額約二萬二千圓の金圓を借り、B所有不動産等に付、抵當權又は質權を設定したが、それは訴外Gに利益を與ふるためであつた。Bは昭和八年一月二四日死亡し、Xが家督相續をなし、敘上抵當權の抹消等を請求して訴に及んだのが本件である。原審は、「Bハ大正十二年五月中先代Aノ死亡ニ因リ家督相續ヲ爲シタルトコロ、病弱ノ爲メ、爾來昭和六年二月中迄、其ノ親族ナルSヲシテB方ニ於テ家政一切ノ處理ヲ爲サシメ、其ノ間同人ニ對シBヲ代理シ、Bノ氏名印章ヲ使用シテ、小作米ノ收納・貸金ノ取立其ノ他家政ニ關スル行爲ヲ爲ス權限ヲ附與シ居リタルモ、本件各行爲ハ孰レモ主トシテSノ親族タルGニ利益ヲ與フル爲メニ爲サレタルモノニ係リ、B方家政ノ範圍ニ屬セズ。從テSハ本件各行爲ニ付テハ、Bヲ代理スル權限ヲ有セザリシモノナレドモ、當時右ノ如ク他ノ事項ニ付テハBノ代理權ヲ有シ、B方ニ於テ家政處理ヲ爲シ居リタルモノ」なることを認定し、從つて、「本件各行爲ノ相手方タルY等ハ夫々本件各行爲ニ付テモSハBヲ代理スル權限アリト信ジテ取引ヲ爲シタルモノナルコト、及Y等ハ之ヲ信ズルニ付正當ノ理由アリタルモノナルコトヲ認ムルニ十分」であるとして、Y等

を勝訴せしめた。之に對してXは、本件各行爲の性質上、それがSの家政處理權限に屬しないことは、Y等に於て善良なる管理者の注意をなせば容易に知り得た筈である。而もXの家が資産家で借財の必要ないことは地方で一般に信じられてゐた。從つて本件各行爲が代理權の範圍に屬しないことは容易に知り得る筈である。故に代理權ありと信すべき正當の理由が存したとしても、Y等は善意無過失でないから、民法一一〇條適用の餘地はない。Y等に於て、本件各行爲がSの代理權の範圍内に在ることを、善意無過失に信じたとするには、Sに家政處理の權限があつたことだけを説示しても不充分で、進で、Y等が權限内の行爲であると信じたについて、善意無過失であつたことを説示しなければならない、と主張して上告した。

〔判旨〕 破毀差戻。〔イ〕民法第一百條ニ所謂信ズベキ正當ノ理由アリトハ、當該第三者ニ於テ爾ク信ジタルコトハ前後諸般ノ事情ニ照シ普通ノ注意力ヲ有スル者ノ舉措トシテ毫モ咎ムベキトコロナシトノ意ニ外ナラズ。從ヒテ、正當ナル理由ノ有無ハ仔細ニ各場合ニ於ケル具體的事實ヲ審察シテ始メテ判斷スルヲ得ベキ事柄ナラズンバアラズ。原審ハ先ツ「控訴人(上告人)X)先代Bハ云々……(以下事實の項引用の原審判旨を援用)……ナリトノ事實ヲ確定シタル上、斯カル次第ナレバ、Sハ本件取引ニ付キBヲ代理スル權限アリトY等ニ於テ信ジタルハ正當ノ理由ニ出ヅト認定シタルモノ、之ヲ原判決ノ要處ト爲ス。(ロ)夫レ『家計一切ノ處理』ト云ヒ、『家政ノ範圍』ト云ヒ、將タ『家政處理』ト云ヒ、法律上ハ勿論、一般ノ用語トシテモ必ズシモ精確ナル一定ノ意義アルコトナシ。其ノ如何ナル行爲ヲ包含スルヤハ畢竟各場合ノ事實問題以上ニモ以下ニモ非ズ。是故ニ例ヘバ家道ノ衰運ヲ挽回セムトシテ銳意畫策セル場合ト、或事業ノ經營其ノ圖ニ當リ順潮ニ掉セル場合ト、平安ナル家庭ニ靜ニ日ヲ送レル場合ト、家政ノ衝ニ當ル者ノ行動ノ範圍固ヨリ同カラズ。或ハ父祖傳來ノ家産ヲ賣却シ、或ハ金圓ヲ借入レ擔保ヲ設定スルガ如キコトモ、彼ニ在リテハ家政處理トシテ怪シムニ足ラザルト共ニ、此ニ在リテハ頗ル障目ノ一事件ナラズトセズ。小作料ノ收納貸金ノ取立是亦一ノ法律行爲ニシテ而モ純法律の見地ヨリスレバ實ニ處分行爲ノ一ニ外ナラズ、何者辨濟ノ受領ハ取りモ直サズ債權ヲ消滅セシムル行爲ナレバナリ。加之小作料收納貸金取立ノ如キ事務ガ孰レノ場合ニモ家政トシテ甚ダ重要ナル地位ヲ占ムルハ論無シト雖、此等ハ元本ヲ回收シ果實ヲ取得スルノ行爲ナリ。巨額ノ金圓ヲ借受ケ其ノ擔保ヲ



設定スルガ如ク、一朝ニシテ當該財産ヲ失フノ危険アル一ノ負擔ニ服ストハ其ノ事自體ノ緩急輕重素ト同日ノ談ニ非ズ。況ンヤ其ノ平生ノ家政(即チ廣義の專向)如何ニ依リテハ、巨額ノ金圓ヲ借用シ其ノ擔保ヲ設定スルガ如キハ、始ヨリ家政ノ範圍ヲ以テ目スルヲ得ザル場合固ヨリコレアルニ於テヤ。然ラバ即チ本件ニ於テモB時代ノ家政ト云フ具體的事實ガ第一ノ問題ナリ。此ノ問題ヲ解決スルニ付テハ、主人公タルB其ノ人ノ家庭ノ内外ニ於ケル活動ノ如何ナリシヤ、其ノ資産ハ如何ナリシヤ、將タ其ノ隣里郷黨ノ間ニ於ケル地位聲望ハ如何ナリシヤ、ノ如キ孰レモ閑却ス可カラザル事項ト爲ス。斯クテB時代ノ家政ノ如何ナリシヤガ具體的ニ知ラレテ後、茲ニ本件取引ノ類ノ如ク巨額ノ金圓ヲ借用シ其ノ擔保ヲ設定スルコトモ亦當該家政處理ノ範圍ニ屬スルヤ否ヤト云フ具體的問題ガ始メテ合理的ニ解決シ得ラルル順序ト爲ル。而モ民法第百十條ヲ適用スルニ付テハ、B時代ノ家政ガ客觀的ニ如何ナリシヤヲ知ルノミヲ以テ未ダ足レリトセズ、此ノ客觀的事態ハ如何ニ世上ニ傳ヘラレ居リシヤ、例ヘバBノ活計ハ裕福ナリシモ、外人ニハ手許不如意ト思惟セラレシヤ否ヤ、Bノ家風ハ退嬰保守ナリシニ拘ラズ、巷間ニハ何等カ進取的企業ヲ試ムル如キ風評アリシヤ否ヤ、斯カルハ固ヨリ斟酌セザル可カラザル事項ト爲ス。(ハ)夫レ原判決ノ主旨タル他無シ。SハBノ家政處理ニ付代理權ヲ有シ居リシモ、本件取引ハ偶々以テ其ノ家政處理ノ事務ナラザルガ故ニ、Sニ其ノ代理權限無シ。則チ無シト雖Sハ元來Bノ家政處理ニハ其ノ代理權限ヲ有セシコト前示ノ如クナルニ於テ、Y等ガ本件取引ニ付テモ亦Sニ代理權限アリト信ジタルハ正當ノ理由ニ出ヅト云フモノ、之ヲ原判決ノ重點ト爲ス。是家政處理ト云ヘバ抽象的ニ一定セル意義ノ存スルアリテ本件取引ハ性質上之ニ包含セラルトノ前提ニ出デタルカ。然ラバ原判決ハ審理ヲ盡サザルモノナリ。將タ原審ハBノ家政ニ付別ニ具體的ニ視ルトコロアリテ本件取引ノ類ハ恰モ其ノ範疇ニ入ルト爲シタルカ。然ラバ原判決ハ理由ヲ具ヘザルモノナリ。

〔評釋〕 本件判旨には、極めて懇切周到に、民法一一〇條適用についての注意が説示されて居るが、その大切な部分は、上告理由を採容し原判決に對する批判を行つてゐる(ハ)の部分と見らるべきであらう。而して、其處で判

旨が示す結論は、判決要旨には「他人ノ家政處理ニ付キ代理權限ヲ有スル者ガ其ノ權限ヲ超越シテ第三者ヨリ金圓ヲ借入レ、其ノ他人ノ財産ヲ擔保ニ供シタル場合ニ、第三者ガ其ノ代理權アリト信ズベキ正當ノ事由ヲ有シタルヤ否ヤヲ定ムルニ付テハ、先ヅ右家政處理ノ範圍を確定スルコトヲ要スルモノトス」と述べられてゐるが、是は一見尤ものやうであつて、少し省察すると、原審に對して稍無理な注文を出してゐるものであることが判る。蓋し、判旨の云ふやうに「家政處理の範圍を確定すること」は本件のやうな事案を判決するに決定的意味を有しないからである。第一に、原審は「Bノ氏名印章ヲ使用シテ、小作料ノ收納、貸金ノ取立其ノ他」家政の處理をなす權限を有したと論じて居り、必ずしも家政處理の範圍確定の努力をしないでもないことが明かである。第二に所謂「家政處理ノ範圍」は、判旨の説くやうに、之を確定するが必要だとしても、そのことは常に容易な業であらうか。判旨(ロ)の部分は、この點に付いて深切な注意を與へるものであるが、畢竟、それは、判旨の結論に従つても、元來「必ずしも精確ナル一定ノ意義アルコトナ」く、それに如何なる行爲が包含されるかは、「各場合ノ事實問題以上ニモ以下ニモ非」ざるものである。即ち、それは各場合の諸種の事情を彼此綜合して、客觀的に決定するより外ないものであり、本件の場合に付いて判旨が掲げた、「B時代ノ家政ト云フ具體的事實」も、その事實が社會一般に如何に受入れられて居たかの問題も、すべてそれだけでは決定的要素ではあり得ないであらう。——このやうに「家政處理の範圍」は不明確なものである。その確定は容易なものではない。そして、その故にこそ、第三者が代理權ありと信ずべき正當の事由を有するや否やを問題にする必要が起るのではなからうか(さう云へば、一般的に、代理權の範圍なるものは、四圍の事情から信義則によつて決定)は、常に明かに定めてあるものではなく、むしろされる性質のものと思はれるのである)。而も元來、民法一一〇條を適用するためには、代理權の範圍を精確に規定す



ることは必ずしも必要ではないのであるまいか。既に當該行爲について代理権はなくても、他に何等かの範圍の代理権を有すれば足ること即ち、代理権の種類を問はないことは判例である(昭和五年二月二日民集一四九頁)。若しさうだとすれば、本件に於てSがとにかく「小作料ノ收納、貸金ノ取立其ノ他家政ニ關スル行爲ヲ爲ス權限ヲ附與」されて居た以上、その代理権の範圍即ち「家政處理ノ範圍」を確定する必要はないこととならう。そして問題は、唯、Y等にSが本件行爲につき代理権を有したと信すべき正當なる事由があつたか否かに歸する。ところで、正當なる理由があるといふのは、判旨(イ)に説かれるやうに、無權代理行爲の際に存在する全般的事情から、普通人が無權代理人に代理権があると信することが客觀的に相當であると認められることである(我妻教授・謙)。そして、このやうな信頼の相當性を認めるに當つては、判旨(ロ)に説示されるやうな、あらゆる具體的事情が綜合的に考慮されなければならぬ。その意味に於て、若し原審がY等に正當の理由があつたことを認定した際に、判旨の強調するやうな事情を充分斟酌しなかつたとするならば、それは勿論審理不盡理由不備の譏を免れないであらう(原審判に「他ノ事項ニ付テハBノ代理權ヲ有シ、B方ニ於テ家政處理ヲ爲シ居リタルモノナレバ……之ヲ信ズルニ付正當ノ理由アリタルモノナルコトヲ認ムルニ十分ニシテ」とあるのは、確に説明として不十分であらう。判旨の(ハ)の部分の立論は、本人の保護の欲求から、「家政の範圍に屬せず」とす)。従つて、私は結論として、判旨がSの家政處理の範圍即ち代理権の範圍を先づ確定するを必要とする態度には疑を持つものである(同説末川博士本件評)。蓋し、Sの家政處理の範圍が確定され、従つてSの代理権の範圍が確定したとしても、若し本件の行爲がその範圍に入れば始めから問題はなからうし、又その範圍に入らないことが認定される場合にも、その認定は決定的意味を有せず、唯その範圍に入ると信じたことに正當の理由があるか否かが本條適用の中心問題となるのであるからである。なほ、本件の事實關係について一言

するならば、SはBの實印を託されて居り、之を使用したものと見えるが、その點も原審判決の重要な根據をなすもののやうである(民集一三卷二二號)。實印が渡されてゐる場合に本條の適用を肯定することは判例である。

(内 田 力 藏)

一四八 期間——一月一日は民事訴訟法上の「一般ノ休日」なりや

民法一五六條、昭和二年勅令二五號、刑訴法八一條、民法一四二條、手形法八七條

昭和九年一月二七日民五部判決(昭九(オ)一九三六號、所有權確)民集一三卷二二號二〇九〇頁

〔事實〕 本件上告の對象たる東京地方裁判所の第二審判決は左の通りである。

「控訴人ハ……昭和八年十二月八日東京區裁判所ノ言渡シタル判決ニ對シ控訴ヲ提起シタルモノナルトコロ、……同月十八日原判決ノ送達ヲ受ケタルコトヲ認メ得ベキヲ以テ、其ノ翌日ヨリ起算シ、右控訴期間ノ末日ハ昭和九年一月一日ニ當ルコト明ナルガ、當日ハ四方拜トシテ一般ノ休日ニ該當スルコト明白ナルガ故ニ、本件控訴期間ハソノ翌日二日ヲ以テ滿了スルモノト謂ハザルベカラズ。然ルトコロ控訴人ガ本件控訴狀ヲ當裁判所ニ提出シタルハ同月四日……ナルヲ以テ、本件控訴ハ控訴期間經過後ニ提起セラレタル不合法ノモノニシテ、其ノ欠缺ハ補正スルコトヲ得ザルモノト謂フベシ。然ルニ控訴人ハ、昭和九年一月二日モ亦一般ノ祝祭日ニ該當シ、且其ノ翌三日ハ元始祭ナルヲ以テ、右兩日ハ控訴期間ニ算入セラレザルモノナレバ、本件控訴ハ控訴期間經過後ニ提起セラレタルモノニ非ズ、ト謂フ……モ、右一月二日ハ日曜日ニ非ズ、又民事訴訟法第一五六條ニ所謂一般ノ休日ニモ該當セザルコト明白ナルガ故ニ、之ヲ控訴期間ニ算入スベキモノトス。」

而して大審院判決は、結論に於ては原審と一致したが、理由に於て第二審が一月一日は休日なりとしたのを否認した。

〔判旨〕 「一月一日ハ民事訴訟法ノ所謂一般ノ休日ニ非ザルモノトス。」



〔評釋〕 右は判決要旨であるが、判決全文は

「昭和二年勅令第二五號ニ依レバ、一月一日二日ガ休日ナラザルコト明ニシテ、本院昭和五年……四月三十日ノ決定モ亦既ニ年始ノ休暇即チ一月一日二日ガ民事訴訟法第一五六條第二項ノ一般ノ休日ニ該當セザルコトヲ判示スルコロナルヲ以テ、原審ガ一月一日ヲ以テ一般ノ休日ニ當ルト判示シタルハ失當ナルモ、其ノ控訴期間ノ末日ガ昭和九年一月一日ニ該當スル本件控訴ニ付同月四日ニ控訴狀ヲ原審ニ提出シタルコトヲ以テ期間經過後ノ提起ニ係ル不適法ノ控訴トシテ之ヲ却下シタル原判決ハ、結局正當ニ歸ス。所謂一月一日二日ヲ一般ノ休日ナリトスル上告人ノ見解ハ、本院ノ採用セザルモノナルヲ以テ、論旨ハ理由ナキモノトス。」

といふのである。引用の昭和五年四月三十日大審院第四民事部決定(民集九卷四二三頁、判例民)は一月二日を休日にあらずとする判例であり、同趣旨の先判例は「判例民事法」の評釋中に引用されて居るが、評釋者戒能氏は「正月三ヶ日と云ふものの吾國に於て持つ意義を考へるならば」一日二日は「一般ノ休日」中に含ましむべきではないかと評し、本評釋者と同意であつた(「判例百話」三二四頁)。なほ大正五年六月六日大審院第一民事部判決(民錄二二輯一三九頁)は大正四年十一月十日御即位禮當日を「一般ノ祝祭日」なりとし、又昭和十年十二月十四日大審院第三刑事部決定(法律新聞一頁)は

「昭和十年十一月一日ハ内閣告示第五號ニヨリ官幣大社熱田神宮本殿鎮座祭ニ付諸官員ニ休暇ヲ賜ハリタル日ナルモ、同日ハ刑事訴訟法第八一條第三項ニ所謂一般ノ休日トシテ指定セラレタル日ニ當ルモノト解スルヲ得ザルガ故ニ、同日ヲ前示控訴期間ニ算入スベキコト固ヨリ當然ナリトス。尙裁判所ハ彼上ノ如ク諸官員ニ休暇ヲ賜ハリタル日ト雖、苟モ郵便物其ノ他書類ノ送達ヲ受ケタル以上ハ平常ノ通り之ガ受付ヲ爲スコト勿論ナルガ故ニ、所論ノ如ク第一審裁判所ガ同日本件控訴申立書ノ郵送

ヲ受ケナガラ休暇ナルノ故ヲ以テ之ヲ受理セザリシモノト爲スヲ得ズ。」

と判示した。

斯くして本件判決は從來の判例に従つたものであるが、本件の上告論旨は頗る有力に判例を論駁して居るのであつて、全文引用の價値がある。尤も口語體であるのに片假名濁音符句讀點抜きで甚だ讀みにくい故、平假名に改めニゴリと句點を附けた。上告論旨は第一點として、

「一月一日の四方拜が祭日及祝日でない事は、昭和二年三月四日勅令第二五號「休日ニ關スル件」に依つて明かである。祭日及祝日でない云ふ點では、一月一日も二日も何等區別すべき所はない。然るに一月一日は「一般ノ休日」であるとし、二日はそうでないとするからには、其の間に之を區別すべき標準を示さなければならぬ。然るにこの事なくして、漠然と一方は「一般ノ休日」であるし他方はそうでないとしたのは、不法である。……法律上の休日として官廳が執務しないと云ふ點では兩日共同様であるし、國民一般が業務を休止する日と云ふ點でも又同様である。この兩日を一方は一般休日であるとし他方はそうでないと云ふ根據はどこにも求めることは出来ない。然るに一方は「一般ノ休日」であるが他方はそうでないとした原判決は、この點に於て理由不備又は理由齟齬の不法がある。」

と論じた。これは原審が一月一日を休日なりとし二日を然らずとしたことに對する抗議である。大審院は此批難を逆用して、一月一日も二日と同じく休日にあらずと結論したのであるが、一月一日が休日にあらずといふのは如何にも非常識に聞える。次に上告論旨第二點は

「舊民事訴訟法第一五六條第二項と現行民事訴訟法(大正十五年改正)第一五六條第二項とを比較するに、前者には「日曜日又ハ一般ノ祝祭日」とあり、後者には「日曜日其ノ他ノ一般ノ休日」とある。即ち舊法に於ては日曜日以外は、法律上の休暇



だらうが、國民一般の休日だらうが、又それが豫め規定されたものだらうが、臨時に指定されたものだらうが、祝祭日でない限りは期間に算入されるのである。然るに現行法では、「其ノ他一般ノ休日」とあるので、これと同様に解することは出来ない。その範圍はモット廣いのであつて、日曜日以外に、祝祭日は勿論、法律上の休暇として當該官廳の職務しない日（十二月二十九日から翌年一月四日迄）及び國民一般が業務を休止する一月一日一月二日の如き日も總て期間に算入されないものと解すべきである。この點民事訴訟法には刑事訴訟法第八一條第三項のやうな明確な文言はなく、又新形式法第八七條の様な文言はないが、三者同一に解釋すべきものである。民事訴訟法第一五六條第二項の「其ノ他ノ一般ノ休日」は、前述の様に解釋することによつて初めて全法律の統一的解釋がなし得らるるものと思ふ。この「其ノ他ノ一般ノ休日」の中、臨時に指定されるものは暫く措き、豫め指定されたものの中祝祭日を除いては何が残るか。法律上の休暇と國民一般の休日よりではないか。この二者共包含せしめたなら、現行民事訴訟法は何等舊民事訴訟法と異なる所なく、「一般ノ祝祭日」を「其ノ他ノ一般ノ休日」と改めた眞意を理解するに苦しむばかりである。官廳が法律上の休暇として職務しない場合當事者にばかり手續上の義務を強いるのほどかと思はれる。一步譲つてこれはこれでよいとしても、國民一般の休日は同時に官廳も職務しない日である。而して一月一日一月二日が國民一般が業務を休止する日であることは證據を要しない顯著な事實である。然るに一月二日を以て民事訴訟法第一五六條第二項に所謂「一般ノ休日」に該當しないものとした原判決は、法律の解釋適用を誤つた不法があるものである。』

といふ法文の比較解釋論であつて、相當の理由ある議論であるのに、何等理由を示さず「上告人ノ見解ハ本院ノ採用セザルモノ」と一蹴し去つた大審院の態度は、不親切至極と言はざるを得ない。上告論旨も指摘する如く、諸法中の休日に關する類句を立法順に並べれば、

- (1) 「日曜日又ハ一般ノ祝祭日」(明治二十三年民事訴訟法)

- (2) 「大祭日、日曜日其他ノ休日」(明治二十九年民法)

- (3) 「日曜日、一月一日二月四日、十二月二十九日三十日三十一日又ハ一般ノ休日トシテ指定セラレタル日」(大正十一年刑事訴訟法)

- (4) 「日曜日其ノ他ノ一般ノ休日」(大正十五年民事訴訟法)

- (5) 「祭日、祝日、日曜日其ノ他ノ一般ノ休日」(昭和七年手形法)

といふことになるが、彼此對照して見ると、「一般ノ休日」といふのは「祝祭日」又は「一般ノ休日トシテ指定セラレタル日」といふのより廣義義であり、祝祭日でなく又は休日として昭和二年の勅令に指定されて居らずとも「一般ノ休日」たることあり得るのであつて、十二月二十九日三十日三十一日及び一月四日は暫く措き、少くも一月一日及び二日だけは解釋上も「一般ノ休日」に含ましめ得べく、それが常識上適切なることは言ふまでもない。ともかくも斯様に有力な議論が提出されたのに對し、「上告人ノ見解ハ本院ノ採用セザルモノナルヲ以テ」だけでは、大審院自身審理不盡理由不備の譏を免かれ得まい。

(穂積重遠)

一四九 無限責任産業組合に於ける組合員の損失分擔に關する定款の規定——「損失分割の割合は

その出資額に應ず」の意義

産業組合法二條・九條

昭和九年二月八日民三部判決(昭九(オ)一一二九號)民集一三卷二二號二〇九七頁



〔事實〕 X(被告)・被控訴人・原告)組合は産業組合法により設立せられた無限責任組合であつて、口數百三十一口、一口の出資金二十圓を以て組織せられ、Y等(原告)・控訴人・被告)は夫々同組合の一口又は二口の出資組合員であつた。X組合はその定款を以て「組合の財産を以てその債務を完済すること能はざる場合に於て各組合員間に於ける損失分擔の割合はその出資額に應ずるものとす」と規定してゐた。然るにX組合は昭和二年十一月二十六日に解散し同年十二月二十一日その登記を了へたが、同組合は金一萬一千九百六十二圓九十九錢の損失を生じたので、同七年十月二十五日その總會で前記定款の規定に基づき、組合員に於て出資一口に付金九十一圓三十二錢宛の損失を分擔し、出資額を超えてすべき旨の損失分擔方法を決議し、これによりY等はこの損失分擔金の支拂を請求した。原審はX組合の請求を否認したので、Y等から更に上告したので本件である。上告論旨は、産業組合法二條の無限責任組合の組合員につき、組合財産を以て組合の債務を完済し得ぬ場合に全組合員が連帶無限の責任を負担するところのは、組合に對する債權者對組合員の責任を明かにした規定であつて、組合と組合員間の權利義務を定めたものではない。従つて右定款の規定は一組合員がその債務を辨済した場合の組合員間の求償關係を定めたに止まり、これを以て組合が組合員に損失額を分擔額を取立て得ることとは誤りである。又産業組合法六九條により民法七〇條が準用せられ、組合がその債務を完済し得ぬときは理事は破産宣告の申請をなすことを要するが、若しこの場合組合が組合員に損失分擔額を請求し得るとせば、右破産申請をなすの必要なこととなり、民法七〇條を排除することとなる。即ち産業組合法六九條・民法七〇條により組合財産を以て債務を完済し得ぬときは即ち破産の場合に外ならず、以て破産手續により組合債權者に債務を辨済した債務につき組合員をして連帶債務を負担せしめるものと解すべきであるといふに在る。

〔判旨〕 上告を容れて破毀差展し。

「按ズルニ無限責任組合ニ在リテハ産業組合法第二條ニ依リ組合財産ヲ以テ組合ノ債務ヲ完済スルコト能ハザルトキ組合員ハ全員連帶無限ノ責任ヲ負擔スベキモノナリト雖モ、此ノ規定タルヤ組合債權者ニ對スル組合員ノ責任ヲ定メタルモノニ外ナラズシテ、之ガ爲メ組合ガ債務完済ニ必要ナル金額ヲ調達スル目的ヲ以テ自ら直接ニ組合員ニ對シ取立ヲ爲シ得ベキモノニ非ズ、組合員ハ組合債權者ニ對シテ組合ノ債務ヲ辨済スル責任ニ任ズルノ故ヲ以テ組合ニ對シ直接拂込ヲ爲スベキ義務アルコトナシ、從テ産業組合法第九條ニ依リ組合ノ定款ニハ損失分擔ニ關スル規定ヲ定メザルベカラズシテ、本件被告組合定款(甲第二號證)第六十七條ニ「組合ノ財産ヲ以テ其ノ債務ヲ完済スルコト能ハザル場合ニ於テ各組合員間ニ於ケル損失分擔ノ割合ハ其ノ出資額ニ應ズルモノトス脱退シタル組合員ノ損失分擔亦同ジ」トアレドモ、此ノ定メタルヤ固ヨリ一定ノ出資額以外ニ組合員ニ財產出捐義務ヲ負ハシメタルモノニ非ザルコトハ論ナク、亦之ヲ以テ直ニ組合ガ其ノ債務完済ニ必要ナル金額ヲ各組合員ニ對シ其ノ出資額ニ應ジ取立ヲ得ルコトヲ定メタルモノニモ非ズ、唯單ニ組合員相互間ニ於テ組合ノ損失ヲ如何ニ分擔スベキカラ定メタルモノニ過ギズト解スベキナリ、蓋シ法人タル組合ニ於テ其ノ構成員タル組合員ガ損失ヲ分擔スルト云フコトハ組合員ガ出捐シテ組合ノ損失ヲ填補シ以テ債權者ニ對スル辨済ニ充ツルト云フ觀念ニハ非ズシテ組合ニ損失ノ生ジタル場合ニ於テ組合員各自ガ如何ナル割合ニ於テ其ノ損失ノ自己ニ歸スルコトヲ甘受スベキカラ定ムル趣旨ニ過ギザレバナリ。……」

〔評釋〕 判旨に賛成する。

一 本件に於ける問題の中心は、産業組合法九條七號に所謂「剩餘金處分及損失分擔に關する規定」に基き定められた、無限責任産業組合の定款第六七條「組合の財産を以て其債務を完済すること能はざる場合に於て各組合員間に於ける損失分擔の割合は其の出資額に應ずるものとす、脱退したる組合員の損失分擔の割合亦同じ」の意義に關する。原審はこれを以て、債務完済不能の場合に於て組合自體が組合員に對し、この損失分擔の割合に應じて請求——出資額を超えて——し得るものとなしたのに對し、上告論旨は右定款の規定を以て組合債務を完済した場合に於ける一組合員の他の組合員に對する求償關係を定めたものとし、判旨は多少その所説を異にするも、それは「單に組合員相互に於て組合の損失を如何に分擔すべきかを定めたものに過ぎず」となし、何れも原審と異り、



組合自體が組合員に對し損失分擔額を請求し得るものではないとなしてゐる。惟ふに右の定款六七條自體は形式的には、組合の債務完済不能の場合に於ける組合員の損失分擔の割合を定めたものに過ぎないことは、判旨の正當に指摘する如くであるが、ここに問題とすべきことは、先づ(1)抑々組合員の債權者に對する直接責任が定められてゐるやうな場合——本件の如き無限責任の産業組合或は合名會社——に於て、組合又は會社自體が組合員又は社員に對し、その債務完済不能の場合に損失分擔の割合に應じて請求をなし得るかが吟味せられねばならぬ。即ちこの點にして肯定せられるならば、右の定款六七條はこの場合に於ける「損失分擔の割合」を定めたものと解し得るからである。然しながら、この點は合名會社については一般に否定せられるところであり(田中・改正會社法、組合員の責任につき同じ機構をとる無限責任産業組合についても先づ同様に解するほかはない。蓋し社員又は組合員の責任は會社債務につき、會社債權者保護のため特に法の規定によりその直接責任を認められたものであるに止まり、その會社又は組合に對する關係に於て、當然に出資義務以外に損失分擔義務(追出資的の)を認めたものとは解し難いからである。然らば次に(2)定款の特別規定を以て社員又は組合員にこのやうな會社に對する損失分擔義務を認めるとは可能であらうか。この點については、この損失分擔義務を以て内部出資義務の一種に過ぎぬとする立場のもとに定款の自治を認め、定款を以てかくの如き定めをなし得るものとし、從つて本件の定款六七條をその趣旨のものとして解さんとする注目すべき立場もある(竹田民商一卷五號一六二頁)。然しながら、我が産業組合法は獨逸に於けると異り(獨逸の無限追拂責任組合は、社員の責任を間接即ち會社に對するものとし、債權者の満足に必要な限りその全財産を以てする(無限の)追拂義務を認めてゐる)、社員が直接に債權者に對し無限責任を負ふもの(無限責任産業組合)、保證額を限度として直接責任を負ふもの(保證責任産業組合)及び出資額を限度とし、

而も會社に對してのみ責任を負ふもの(有限責任産業組合)の三つの型のみを認め、而も對債權者關係(責任關係)及び對會社關係(出資の關係)を通じての社員の責任關係の差異に著眼して産業組合の型を法定してゐることに鑑みれば、右の如く定款規定を以て無限責任産業組合の社員に更に會社に對する無限又は有限の損失分擔義務を認め(これを認めれば、債權者が組合の債務完済不能のため、組合員に請求した場合、組合員はその間)或は法律の定める社員の直接責任を變更して會社に對する間接責任となすことは、一應これを認め得ぬものと解すべきではないかと考へる(この後の場合につき、大橋論叢三二)。即ちこの意味に於て判旨が、本件の産業組合が右の定款の規定に基き組合員に對し損失分擔を請求したことを排斥したことは正當であるといはねばならぬ。

二 然しながら、ここに注目すべきことは、本件の産業組合は既に解散しをり、而もその財産がその債務を完済するに不足なること分明となつた場合であるから、清算人に於て直ちに破産宣告の請求をなすべきであつたわけである(産業組合法七五)。而して破産宣告あるときは破産管財人は損失分擔の割合に應じ會社の債務を辨済するに必要な金額を社員に賦課することを要するのであつて(破産二二四條)、この場合には無限責任社員の直接責任はいはば間接責任と同一となり、組合員はその損失分擔の割合に應じて「組合に對し」その履行をなすべきこと(全財産を以て、即ち無限に)となるのである(加藤・破産法要論三)。即ちかくの如く考察するとき、本件の定款六七條も特に「組合の財産を以て其債務を完済すること能はざる場合に於て」として、「各組合員間に於ける損失分擔の割合はその出資額に應ずるものとす」と定めてゐるのであつて、正に破産宣告があつた場合を豫定し、その場合に於ける組合の組合員に對する請求の關係を定めたものとみるべきではないかと考へる(勿論この損失分擔の割合は組合員が組合債務を辨済した場合に於ける、他の組合



員に對する求償についても標準となること當然であるがただこの定款規定を以て上告論旨の如く、ただかく解するも、本件に於ける如く未だ破産の宣告なき限り、組合の債務完済不能を以て組合員の直接責任は當然に變更せられるものではないから、本件に於ける如く組合から直ちにこの定款規定に基き組合員に對し損失分擔の請求をなしたことの失當であることは、前述のところから、當然であるといはねばならぬ。竹田博士は本件の定款規定を以て單に計算上に於ける損失分擔の割合を定めたものとする判旨を攻撃し、同定款六七條が特に組合の債務完済不能の場合について規定してゐることから（計算上の損失分擔ならば、債務完済不能の場合に限らないとの理由のもとに）、直ちにそれは特に組合員に損失填補義務を定めたものと解すべきであるとされるが（竹田前掲、一六三頁）、かく論結することには多少論理の飛躍があるやうに思はれる。即ちそれは前述のやうに組合債務完済不能の場合は、當然に破産宣告がなされるべきことを豫定し（定款六七條が「破産宣告ありして、この點にも疑問の餘地あるに於ける」とも）、その場合に於ける組合對組合員の關係の一標準を定めたものと解する餘地が存するからである。

(石井照久)

### 一五〇 破産法第三〇五條の特別利益供與の性質

破産法三〇五條、和議法四九條

昭和九年八月一〇日民二部判決（昭八（オ）三一九七號、）民集一三卷二三號二二一一頁

〔事實〕 X會社（原告・上告人）は建物の賃貸を業とする者で、其の所有建物を訴外の者に賃貸し、Y電燈會社（被告・被上告人）より繼續的に電力の供給を受くべき契約を爲し、昭和七年七月始より同年一〇月末迄の間に合計二千二百餘圓の電力代金支拂の債務を負擔するに至つた。所がX會社は昭和七年一月七日以後一般の支拂を停止し、同日和議開始の申立を爲し、右Yに

對する電力代金に付ても支拂を爲さなかつたが、Yより送電を中止すべき旨の通告を受けたので、之を恐れ送電の中止を防ぐ爲めに他方には當事者雙方共に右債權を以て一般の先取特權を有し和議債權に屬せぬものと誤信した爲、和議開始決定後である昭和八年一月九日に至る迄に右電力代金金額を支拂つた。所が昭和八年一月二六日の債權者集會に於て「和議債權は八割を免除し、殘額は和議認可決定確定の日より起算して滿一箇年据置き、右期間經過の翌月末日に一時に支拂ふこと」との和議條件が可決され、同年四月二八日右和議の認可決定が確定した。

そこでX會社は、Y會社に對する前記電力代金の支拂は和議提供者が和議條件に依らずに和議債權者に特別の利益を與へたこととなり、無効であるから、其の返還を求めると主張して本訴を提起した。之に對しYは當時當事者間に於て之を和議に利用する意思はなかつたのであるから、右支拂は有効であると抗辯した。第一審はYの抗辯を容れてXの請求を棄却したが、當事者間に跳躍的上告の合意が爲されて居たので、Xは之に對して直ちに上告した。其の理由は、和議法第四九條、破産法第三〇五條の立法趣旨は和議債權者に對する辨濟に付て和議條件を平等ならしめるにあるから、辨濟當時に當事者に主觀的に之を和議に利用する意思があつたか否かは問ふを要しないと云ふにあつた。

〔判旨〕 棄却。「破産法第三〇五條が、強制和議ノ提供者又ハ第三者ガ強制和議ノ條件ニ依ラズシテ或破産債權者ニ特別ノ利益ヲ與フル行爲ヲ無効ト爲ス法意ハ、此ノ特別利益ノ供與ヲ強制和議ニ利用スルコトヲ禁遏スルニ在ルヲ以テ、同條ニ所謂特別ノ利益ヲ與フル行爲ノ成立スル爲ニハ、特別ノ利益タル事實ノ存在シ且強制和議ノ提供者又ハ特別利益ノ享受者タル破産債權者ニ於テ、此ノ供與ヲ強制和議ニ利用スルノ意識アルコトヲ要スルモノト解スルヲ相當トス。」

〔評釋〕 判旨に賛成。上告理由の云ふ如く破産法第三〇五條の立法精神が單に破産債權者に對する債務者の辨濟率を平等ならしめる趣旨に出たものとすれば、和議提供者の供與する特別利益を無効とする理由とはなり得ても、第三者の供與する特別利益を無効とする理由と爲すに足らぬ。蓋し第三者は債務者の意思に反しない限り辨濟を爲



すを何等妨げぬからである(民法四)。同條の立法の趣旨は和議の決議の公正に行はれることを期したもので、當事者に其の特別利益を以て和議の成立に利用するの意識のあつたことを必要とするものと謂ふべきである。

尙本件判旨に付ては別に破産法研究第九卷三三五頁に批評して置いた。

(加藤正治)

### 一五一 轉貸借ある場合において貸貸人が轉貸物を取返す方法

民法六一二條・六一三條

昭和九年一月六日民五部判決(昭九(オ)九三一號)民集一三卷二三號二二二頁

〔事實〕 甲は元來本件建物の所有者である。はじめこれを訴外Aに買戻約款附で賣り、然る後これを更に乙に賣りその代金をAに渡したのでその建物は乙のものとなつた。所がこの甲乙間の賣買も亦買戻約款附であり(買戻期間五箇年)且甲は引きつゞきその建物の居住し乙から賃借するといふ契約が附隨してゐる。恐らく甲は金融のためにかやうなからくりをしてゐるのであらう。但し、原審で甲は、「本件物件ハ被控訴人(乙)ニ對シ賣渡擔保ニ供シタルモノニ過ギズシテ内部關係ニ於テハ未ダ其ノ所有權ハ被控訴人(乙)ニ移轉セザル旨主張」したけれども、認められてゐないのである。所で右の甲乙間の賃借契約には、賃料一箇月三〇圓毎月二十五日拂、もし支拂を怠るときは何時でも明渡すべき旨の約定が例によつてなされてゐたのであるが、甲が賃料の支拂を怠つたので(解除當時の延滞約二年分)乙は支拂の催告それから解除といふ手續を履んで、明渡の本訴に及んだ。甲は、前述の如く本件建物は實は被告自身の所有に屬する旨、又その賃借は單に形式にすぎない旨を主張したが、一、二審とも敗訴した。被告甲は上告して次の如くいふ。甲はすでに該建物を第三者丙に轉貸して居り、甲は現在占有使用してゐないといふことを、甲は下級審で主張したのであつたが、この抗辯は占有者に對する訴たる明渡訴訟においては直接關係ある重要な抗辯であ

るにかゝはらず原判決はこれにつき判斷をなさぬのは違法である。

〔判旨〕 棄却。

「賃貸人が賃貸物ノ所有者ナルトキハ、賃貸借終了シタル場合ニ賃貸人ニ於テ其ノ所有權ニ基キ、今ヤ已ニ無權限占有者ト爲リ了リタル賃借人ニ對シ目的物ノ返還ヲ請求スルヲ得ルハ論ナシ。其ノ或ハ目的物ニ適法ニ轉貸セラレ轉借人現ニ之ヲ占有セル場合ハ縱令轉貸借ソノモノハ未ダ終了セザルトキト雖、賃貸人トシテ其ノ所有權ヲ主張シ轉借人ニ對シ返還ヲ請求スルコト固ヨリ其ノ權利ニ屬ス。何者、轉貸借ノ承諾ハ賃貸人ノ解除權ヲ除却スルニ止マリ(民法第六一二條第二項)賃貸人ト轉借人間ニ何等ノ賃借關係ヲ生ズルコト無ク、而シテ賃貸借ノ終了ハ當然轉貸借ヲ終了セシメザルト共ニ賃貸借ニシテ一旦終了スル以上轉借人ノ占有ハ又以賃貸人ノ所有權ニ對抗スルヲ得ザルニ至ルベケレバナリ。然ラバ則チ賃貸人トシテハ必ズヤ常ニ轉借人ニ就カザル可カラザルヤト云フニ爾ラズ。賃借人(轉貸人)ガ轉借人ニ對シテ有スル返還請求權(民法第六一六條、第五九七條第一項)ヲ自己ニ讓渡スベキ旨ヲ賃借人(轉貸人)ニ請求スルコト是亦賃貸人ノ有スル一ノ權利ト爲ス。這ハ畢竟目的物ヲ轉借人ヨリ轉貸人(賃借人)ニ、更ニ賃借人ヨリ賃貸人ニ、逐次傳遞スルノ煩ヲ省クモノニ外ナラズ。今夫レ賃貸人が賃借人ニ對シ右ノ如キ返還請求權讓渡ノ訴ヲ提起シ幸ニ勝訴判決ヲ得タリトセムカ、其ノ確定ト共ニ此返還請求權ノ賃貸人ニ移轉スルヤ固ヨリ論ナシ(民事訴訟法第七三六條)。而モ此返還請求權ナルモノハソノ目的物ニシテ一旦賃借人ノ手ニ歸スルトキハ即チ其ノ消滅ヲ見ルハ是亦論無キガ故ニ斯カル場合ハ縱令判決確定スルモ賃貸人トシテハ又何等ノ返還請求權モ之ヲ取得スルニ由無ク、恰モ有體物引渡ノ判決確定前目的物ノ滅失シタル場合ト其ノ歸ヲ一ニシ原告ハ徒ラニ勝訴判決ノ虛器ヲ據スルニ過ギザラムナリ。但原告トシテ此ノ間ニ處スルハ其ノ策無キヲ憂ヒズ。何ソゾヤ。被告ハ轉借人ニ對シテ有スル返還請求權ヲ原告ニ讓渡スベシト云フ判決ヲ求ムル(第一ノ申立)ノ外、尙豫備的ニ若シ目的物ニシテ被告ノ手ニ歸スルトキハ被告ハ直接ニ之ヲ原告ニ引渡スコシト云フ判決ヲ求メ置クコト(第二ノ申立)則是ナリ。今斯カル二個ノ申立アル場合訴訟ノ結果ハ如何ニ推移展開スルヤト云フニ他無シ、若シ訴訟進行中目的物ニシテ被告ノ手ニ歸シ(而モ此ノ事實ガ裁判所ニ依リ肯定セラレ)



タルトキハ原告ハ第一ノ申立ニ於テハ敗訴ヲ免レザルト共ニ、第二ノ申立ニ於テハ則チ勝ヲ收ムルヲ得ベシ。又若シ口頭辯論終結當時目的物ハ尙轉借人ノ許ニ現在セリトセムカ、二個ノ申立共ニ原告ノ勝訴タルベキモ、若シ判決確定マデノ間ニ目的物ガ被告ノ手ニ歸シタルトキハ返還請求權コソ原告ハ之ヲ取得スルニ由無ケレ、被告ニ對スル直接ノ引渡請求權ハ茲ニ其ノ實效ヲ發揮スルニ至リテ(民事訴訟法第七三〇條第七三二條)、原告タルモノ又厘毛ノ違算アルコト無シ。夫レ爾リ本件家屋ノ所有者タル被告ハ貸借借終了後尙當該家屋ヲ占有セル上告人ニ對シ其ノ「明渡」ヲ求ムルモノ之ヲ本訴ト爲スニ於テ、其ノ所謂明渡ナルモノハ則チ直接ノ引渡ヲ指スニ在ルヤ殆ンド論無ク、從ヒテ若シ所論ノ如ク當該家屋ニシテ第三者ニ轉貸セラレ現實家屋ヲ使用占有セル者ハ則チ上告人ニ非ズトセバ上告人ニ對シ直接ノ引渡ヲ請求スル本訴ノ失當ナルヤ多言ヲ俟タズ。而モ原審ニ於テ上告人ノ主張ニ係ル轉貸借ノ事實ハ被告上告人ノ否認ニ遭ヒナガラ上告人ニ於テ何等其ノ立證ヲ爲サザル儘口頭辯論ノ終結ヲ見タル次第ナルガ故ニ此主張ノ摘示ト之ニ對スル判斷ト兩ナガラ之ヲ缺如セル原判決ノ違法ハ結局原判決ソノモノヲ累スニ足ラズ。所論ハ採用スルニ由ナシ。」

〔評釋〕 判旨は種々の疑點を含んでゐるものと考へる。

一 既に諸家の本件評釋も指摘して居られるやうに(坂嘉矩氏・民商法一卷六號一〇〇六頁以下及び片山謙二氏・法と經濟三卷五號八三六頁以下)、判旨はその終りの小部分を除いては全部本上告に關係なき傍論である。下級審で、上告人は貸轉借の事實を主張したに對し、被告上告人(原告)はこれを否認したまゝで、上告人の方でその立證をしてゐない。だから、かゝる抗辯の摘示と之に對する判斷を缺如してゐるといふ點で原判決に違法はあるが、結局右の如くその立證がないのであるから判決そのものをくつがへすに足りない、といふ判旨の終りの部分は、勿論正當である。しかし、乙の上告に對する答へとしては、既にこれだけで充分である。判旨の前の大部分は不必要であるのみならず、讀者をして判旨の決定的な意義

が何處に在るかについて誤解を生ぜしめる虞なしとしない。

二 だから、判旨の説く所の、轉貸借の場合の賃借物返還の關係論は、先例としての實質的價值もなく、本件にも直接關係がない。しかし、かゝる傍論といへども後に現れる判決にとつて全然影響なしとも斷じ得られぬのであるから、こゝにその内容を考察することも必しも無益ではあるまい。

判旨の理論を要約すると次の如くなるであらう。甲を賃借人、乙を賃借人、丙を轉借人とする。(a)甲は丙に對しては、所有權に基き返還請求權を有する。(b)甲は、乙の丙に對して有する轉貸物返還請求權の讓渡を、乙に對し請求し得る(賃借人ノ有スル一ノ權利)。逆に甲が乙に對する返還請求の訴は、若し目的物が丙の許にあるときは、敗訴となる。

(a)については問題はない。しかし(b)については私は種々の疑問をもつ。まづ甲の乙に對する明渡請求についてである。判旨は目的物が轉借人の許にあるときは、甲は敗訴になるといふが、乙は賃借借契約上の返還義務の内容として、丙から取上げて甲に返す義務を負はないのか。轉貸借について甲の承諾がなかつた場合に限らず甲の承諾があつた場合にも賃借人として返還義務を負ふと解すべきではないか。甲の承諾があつたとしても、乙は自己の責任を以て丙に貸してゐるものと見るべきではないであらうか。だから甲の返還請求の訴はそれ自身としては敗訴となるべきではなく、たゞその判決に基いては明渡の強制執行をなし得ないといふだけであると考へる。蓋し、丙は民訴二〇一條に所謂口頭辯論終結後の承繼人でも又當事者乙のために所持する者でもないからである(賃借人がこの後とについては昭和七・四・一九民集六八一頁)。だから甲は、この判決に基いて乙の丙に對する明渡請求權を差押へ取立命令を得る(民訴七



三二條)。丙が甲の取立即ち明渡請求に應ぜぬときは、こゝではじめてその取立権能に基き丙を訴へ確定判決を得て丙に對し執行するといふ段取りとなる。

判旨は前提として甲の乙に對する明渡請求を不可となし、たゞ乙の丙に對し有する返還請求權の讓渡のみを乙に請求し得るものと解してゐる、私は判旨のこの結論は正當と思ふが、それは甲の乙に對する明渡請求の不可なることから生ずるのではなくして、その可なることと兩立するのである、即ち乙は、自ら丙から目的物を取かへして甲に返還する義務あること前述の如くであるが、甲が、丙に對する乙の返還請求權移轉の請求を以て満足するならばこれを否認すべき理由はなく、(物權的請求權について同様の解釋論が認められてゐる。我妻教授・物權法(法學全集)二七頁註八)。しかし、甲が丙を訴へるためにはかやうに、必ずまづ乙を訴へて確定判決を得なければならぬ、とするのは甚だ不便である。私は次の如く、甲はかゝる迂路を通らないで直接に丙を訴へ得ると解し得るのではないかと考へる。

(1) 民法六一三條一項は、適法なる轉貸借の場合に轉借人が直接に貸借人に對し義務を負ふ旨を規定する。同條の謂ふ所の、轉借人が貸借人に對して直接に負ふ所の義務といふのは主として借賃を指すものであることは同條第一項後段からも推知せられるが、必しもこれに限らるゝ意ではなく、立法者は廣く「轉借人カ貸借人ニ對シ貸借契約ニ因リテ負擔セル義務」を意味したのであり(その例として轉借人が修繕義務を負擔したる場合のその義務があげられてゐる。梅博士・要義卷之三、六五六頁)、目的物返還義務をも含ましめて何等差支なきものである(鳩山博士・日本債權法各論四八二頁)。(2) 尙判例法によれば、かゝる場合には甲は四二三條の債權者代位權によつて丙に對し明渡を請求し得る。要するに、判旨の前大部分は結論に關係なき傍論であり、しかもその傍論たるや本件をはなれての一般論としても疑問の餘地を有するのである。

三 なる、判例集の最初にかかげらるる「判決要旨」は、右の判旨の傍論中の一部分たる「所有權に基き貸借人の轉借人に對する返還請求の可能」を述べてゐるが、これは、判旨の傍論以上に本件の中心を離れ讀者を誤るものである。「所有權に基き」請求は既に傍論の一小部分にすぎぬのみならず、本件は貸借人の貸借人に對する訴であるのにこれに對して轉借人に對する返還請求の可能を特に要旨として掲ぐるが如きは意味をなさぬのである。かゝる「判決要旨」の摘記の例は從來とても少くなかつたのであるが、判例集の權威のために將來かかることのないことを希望する次第である。

本件については坂嘉矩氏・民商法一卷六號一〇〇六頁及び片山謙二氏・法と經濟三卷五號八三六頁の批評あり。

(川島武宜)

### 一五二 和解に因る辨濟方法變更と假差押の取消事由

民訴法七四七條

昭和九年一月一五日民一部判決(昭九(オ)二〇三七號、假差押決定取消申立事件)民集一三卷二三號二二三〇頁

〔事實〕 X(假差押債權者・取消被申立人・控訴人・上告人)は、Y(債務者・取消申立人・被控訴人・被上告人)に對する金九百圓及び其の利息の支拂債權に付て、假差押命令を得てYの電話加入權に對し假差押の執行を爲した所、XY間の右債權に關する本案訴訟に於て當事者間に、毎月十五圓宛其の月分の利息と共に分割的に支拂ふべき旨の裁判上の和解が成立し、Yは爾來其の約旨を履行して居た。そこでYは假差押を爲したる事情に變更が生じ假差押を維持すべき必要がなくなつたものとして、



假差押命令の取消を申立てた所、第一審並に控訴審は共に之を認容した。

Xは上告して、Yは假差押を受け居り且月賦辨済を二回滞納するときは全額一時に執行される處がある爲、僅かに履行して來たもので、若し本件假差押を取消せば、Yは唯一の財産である電話加入権を處分し、執行を困難ならしめ而も和解條項を履行せぬであらうことは推測し得るのであるから、本案訴訟の前記和解の成立並に其の一部履行は假差押の事情の變更と看做すべきではないと主張した。

〔判旨〕 棄却。「本案ノ訴ガ裁判上ノ和解ニ依リ終結シ、和解ノ内容ガ舊來ノ債權ト異リタル債權ヲ創設シタモノニ非ザルトキハ、舊來ノ債權ノ執行ヲ保全スベキ目的ヲ以テ爲サレタル假差押ハ、和解ニ依ル債權ノ執行ノ爲依然其ノ效力ヲ保有セシムベキコトヲ原則トスルモ、和解ノ條項トシテ債權者ガ假差押ヲ取消スベキ義務ヲ負ヒ、或ハ和解ノ内容ガ舊來ノ債務ノ態様ヲ變更シタル結果其ノ現狀ガ當初裁判所ニ於テ假差押ヲ許シタル時ノ情況ト異ルモノト認ムベキ場合ニ於テハ、之ヲ民法第七四七條第一項ニ所謂事情ノ變更アリタルモノト認ムルヲ妨ゲザルモノトス。今本件ニ付キ之ヲ見ルニ假差押ノ保全スベキ債權ハ即時ニ九百餘圓ノ支拂ヲ爲スコトヲ目的トスルモノナリシトコロ、裁判上ノ和解ニ依リ毎月十五圓宛ノ月賦ヲ支拂フコトナリタリト云フニ在リテ、債務ノ辨済方法ハ著シク容易ナルモノニ變更セラレ、且債務者ハ右月賦辨済ヲ怠リタルコトナシト云ヘバ、債權ノ内容並ニ假差押ヲ必要ト認メラレタル狀況ハ、事後ニ於テ多大ナル變更ヲ見タルモノト云フヲ得ベシ。」

〔評釋〕 請求權に付ての裁判上の和解の成立が、民法第七四七條の事情の變更となり得ることは勿論である（Vgl. Jonas ZPO）。唯本件に於て原審も判旨も、月賦辨済の約旨に依り履行が容易となり且今迄其の履行を怠つたことがない點だけを擧げて假差押の取消を許して居るが、將來の請求や又現在争なき請求に關しても債務者の資力、財産狀態如何によつては假差押の必要が存するのであるから、期限の猶豫を得ても結局全額の支拂を爲すべき以上、寧ろ其の執行を要するに至つた場合に、執行の困難なきやを考慮すべきで、資力の回復其他執行の困難の處れ

が消滅したことを認定せぬ以上多少理由不備の譏を免れない。上告理由も云ふが如く、問題の裁判上の和解で假差押の解除を約束しなかつたことから、債權者は寧ろ假差押の執行あるが故に月賦辨済に應じたものと見えるので、此の點假差押を取消すべき事情の變更ありや否やを判断するのに斟酌すべきであつた。（兼 子 一）

### 一五三 更正登記と利害の關係を有する第三者の承諾

不登法二一九條一項・六三條・六三條ノ二・六四條・五六條

昭和九年一月一七日民四部判決（昭八（オ）二五九四號、更正登記承諾請求事件）民集一三卷二三號二一三八頁

〔事實〕 被告Aは訴外A合名會社と金一萬圓を限度とする當座貸越契約を締結したが、右債務に付きAは自己所有の不動産三筆を提供しXの爲に第一順位の根抵當權を設定し、管轄登記所に於て其の登記を完了した。然るに其の根抵當權設定登記をみると、登記官吏の過誤により該不動産三筆に孰れも登記事項中主たる債務者A合名會社の記載を脱漏した爲其の登記事項にてはXと不動産所有者たるAとの當座貸越契約となる。そこでXは更正登記をせんと、右抵當土地に對しAを債務者及抵當權設定者として次順位に於て金額一萬圓の抵當權取得登記をしてゐる上告人Yに對し右更正登記に付承諾を求めた。原審は本件更正登記を許すもYに不測の損害を生じないと之を認容したので、Yは上告し、債務者に於て任意辨済をすれば抵當物件の價値は其の儘留保されるから一番抵當債權の債務者の誰であるかは二番抵當權者にとつて重大であり従つて本件更正登記がYに利害關係なしと言ふのは不當である、加之登記は形式主義で不動産に於ける權利關係は登記の表示に依つてのみ其の效力を決すべきであるのに原審が債務者の氏名の變更はYに對し事實上利害關係がないからと本件更正登記承諾義務を認めたのは誤つてゐる、と主張した。

〔判旨〕 棄却。「然レドモ原審ノ確定シタル事實ニ依レバ上告人YハAヲ債務者兼抵當權設定者トシテ本件不動産ニ付キ次順



位ノ抵當權ヲ有スルモノナルガ故ニ該不動産ニ於ケル先順位抵當權ニ於ケル債務者ノ表示ガ登記簿上Aト記載シアルヲ債務者合名會社A商店ト更正スルコトハ債務者タルAノ負擔ヲ輕減スルコトニ歸シYノ利益ニ向フコトアリトスルモ其ノ損害ニ終ルノ恐ナキコト明ナルヲ以テ原審ガ……右ノ如キ更正ヲ求ムル被上告人Xノ本訴請求ヲ認容シタルハ結局正當ニシテ論旨後段ノ理由ナキコトハ論旨第一點ニ對スル説明ニ照シ諒解シ得ベク本論旨ハ總テ其ノ理由ナシ(其ノ他ノ上告論旨及判決理由省略)

〔評釋〕 判旨は先づ物上保證人が債務者の爲に其の所有不動産上に抵當權設定の登記をした處登記官吏の錯誤により物上保證人自らが債務者として登記されたときは更正登記を爲し得ることを前提としてゐる。此の點は後にも判例が出た(昭和一一・七・二三法)。(學五卷一一號一一五頁)。更に其の更正登記に付後順位抵當權者は「登記上利益ノ關係ヲ有スル第三者」として其の承諾が必要であることも當然のこととしてゐる(不登法六四)。(五六條)。そして以上二つの前提の上に立つてYは後順位抵當權者として本件更正登記に付「登記上利害ノ關係ヲ有スル第三者」だから本件更正登記には其の承諾が要求されるのだが、其の承諾を與へる義務があるかを問題とし、之を肯定してゐる。この結論は固より是認し得よう。「登記上利害ノ關係ヲ有スル第三者」とは登記の形式上更正によつて一般的に損害を被る可能性があれば足りると解すべきに反し、かゝる「登記上利害ノ關係ヲ有スル第三者」はいかなる場合に更正登記に承諾を與ふべき義務があるかの問題はもつぱら實質的に解決せらるべきもので、かゝる第三者は更正登記により顧慮に値する程の不測の損害を被らざる限り承諾を與ふべき義務があると解されてゐる(舟橋評釋民商一巻一〇一六頁。尙本評釋は舟橋教)。判例上、抵當權設定登記において債權額二萬八千四百七圓を八千四百七圓と誤記して二萬圓を脱漏した場合においても利息に關する記載等より登記面上二萬八千四百七圓なることが知り得るときは第三者は承諾義務を負ふとされた

ことがあるが(大判大一一・二・二一集七)(二三頁判民一一七事件(平野))。本件に就いてみると、後順位抵當權者は先順位抵當權の債務者の何人であるかを顧慮して抵當權を取得するものでないから、債務者がAからA合名會社に更正されたからと言って不測の損害を被るとは言へないだらう。上告論旨の言ふやうに先順位抵當債務が任意辨濟されず抵當權が實行されると否とは後順位抵當權者に重大な利害はあるが、併し抵當權の如き物的擔保制度にあつては先順位抵當權が實行されぬことから生ずる後順位抵當權者の利益はいはゞ反射的利益で、それを餘り強調することは許されないし、又債權者がAからA合名會社に更正されたからと言って先順位抵當權が實行される蓋然性が増すと限らずAの負擔する債務が減少する點は判旨の様にYの利益になつても損害にはならぬとも言へば言へよう。従つて本件更正登記によりYは顧慮に價する程の不測の損害を被るといへないのだから、承諾を與へる義務があるものと解して差支へないと思ふ。

(來 栖 三 郎)

**一五四 代位辨濟——連帶保證人と物上保證人とを兼ねる者の代位辨濟、物上保證人の代位辨濟と擔保の喪失**

民法五〇〇條・五〇一條・五〇四條

昭和九年一月二四日民四部判決(昭八(オ)三〇六四號)民集一三卷二三號二一五三頁

〔事實〕 X(原告、被控訴人、被上告人)及びY(被告、控訴人、上告人)はAがBに對し負擔せる年賦償還金七千二百圓及び其利息に付き連帶保證を爲し且Xは自己所有の不動産を右債務の爲め擔保に供した。其後XはBに對しAの未拂金四千七百四十二圓十七錢を拂ひてAの殘債務全額を辨濟した。XはAに對する求償額四千七百四十二圓十七錢の内金百四十六圓八錢をAの



財産中より配當を受けたので之を控除したる金四千五百九十六圓九錢の半額金二千二百九十八圓四錢五厘につきYに對し償還を求むる訴を提起した。第一審第二審共にXの請求を認めたのでYは(一)本訴代位辨済の場合には二人の連帯保證人と一人の物上保證人とあるのだから本件債務をXが辨済したるに依り其償還を求むるには當然之を三分し其の一をYに對し請求すべきであつて半額を請求し得べきでないのに原審は物上保證人には求償關係に於て何等の負擔部分なき旨判示し半額請求のXの主張を認めたるは求償權に關する法則に違背したる不法がある、(二)YはXに對し償還を爲したる場合はAに對し更に償還を請求し得べきが故に其求償權の範圍内に於てはYはXの現に享有する抵當權を代位に因て取得すべきであるからXは代位に依り取得したる本件抵當權は之をYの爲めに存置すべく若し之を消滅せしめたときはYは抵當物の價格の限度に於てXに對し償還の責を免かるべきである。然るに原審はXに抵當權を存置すべき何等の義務なき旨判示してYの抗辯を排斥したのは民法第五百條第五百四條に違背したる不法がある、といふ理由其他一二の理由を主張して上告した。

〔判旨〕 棄却。一「他人ノ爲メニ連帯保證人トナリタル者ガ自己ノ不動産ヲ以テ其ノ他人ノ債務ノ抵當ニ供シタル場合ハ連帯保證人ト物上保證人トノ二資格ヲ兼ヌベキコト勿論ナルモ其ノ擔保スル處ハ唯一ノ主タル債務者ノ債務ニシテ全ク同一ノ目的ノ爲ニ連帯保證債務ヲ負擔シ且物上擔保ヲ供シタルモノニ外ナラザルガ故ニ代位辨済ノ場合ニ於ケル他ノ連帯保證人トノ關係ニ於テハ單一資格ノ下ニ其間ニ頭數ニ應ジテ債權者ニ代位スルモノト爲サザルベカラズ此點ニ關スル原判示曖昧タルヲ免レズト雖モ主タル債務者Aノ爲ニ辨済ヲ爲シタルハ連帯保證人ニシテ且物上保證人ナリトスルモ其ノ求償權ノ半額ニ付キ他ノ連帯保證人タルYニ對シ當然債權者ニ代位スルモノト爲シタル究極ノ判斷ニ於テハ前示ノ理由ニ依リ正當タルヲ失ハズ。」  
 二「保證人ト自己ノ財産ヲ以テ他人ノ擔保ニ供シタル者ト間ニ於テハ其頭數ニ應ズルニ非ザレバ債權者ニ代位セザルモノナルコト民法第五百一條第五號ニ依リ明瞭ナルガ故ニ假ニ連帯保證人タルYガ主タル債務者ノ爲ニ辨済ヲ爲シタルモノトスルモ其ノ求償權ノ半額ニ付キ物上保證人タルXニ對シ債權者ニ代位シ其ノ抵當權ヲ實行シ得ルニ止マルモノトス從テ本件ノ場合ノ如ク物上保證人タルXガ債務者ノ爲ニ辨済ヲ爲シ其ノ求償額中自己ノ負擔スベキ額ヲ除キ他ノ半額ニ付キ債權者ニ代位シ連

帯保證人タルYニ對シ求償ヲ爲ス場合ニ於テYガ民法第五百四條ニ依リ擔保ノ喪失ヲ云爲シテ其ノ責ヲ免ル能ハザルハ固トヨリ其處ナリトス論旨理由ナシ。」

〔評釋〕 判旨第一點には賛成し得ない點がある。同一の債務に付き連帯保證人が數人ある場合に各保證人は分別の利益を有せず債務全額を辨済しなければならぬけれども保證人相互間に於ては特約のない限り平等の負擔部分を有するものである(大正八年一月一三日民二錄二五輯二〇〇五頁)。右の場合に連帯保證人の一人が其債務の全額を辨済したるときは他の保證人に對して求償を爲すことを得るのであり(同上)、而して其求償權を有する範圍内に於ては當然債權者に代位することをを得るのである(民五〇)。從つて數人の連帯保證人ある場合に於ける相互間の代位關係は頭數に應ずるものといふべきである。又同一の債務に付き保證人と物上保證人と併存する場合に於ても代位辨済の場合に於ては頭數に應じて代位することをを得るのである(民五〇一)。右の原則に依ると茲に連帯保證人二人と物上保證人一人とある場合に於て連帯保證人の一人又は物上保證人が主たる債務を辨済したとすれば代位關係は頭數に應ずべきを以て辨済者は辨済額の三分の一の求償額に於て他の者に對し債權者に代位を爲すことを得る譯である。ところが右の場合と少しく異りXY二人の連帯保證人があり而もXは同時に物上保證人たる場合にXが主たる債務の辨済を爲しYに對し求償權を行ふ本件の場合に於ても代位の割合は同様であらうか。上告理由は之を同一なりとしてXは辨済額の三分の一の割合を以てYに對し債權者に代位するを得るに過ぎずと主張し、判旨はXは連帯保證人と物上保證人との二資格を兼ねるけれども元來Xの擔保するものは唯一の債務であつて同一目的の爲に連帯保證と物上保證とを爲したものに外ならないから代位關係に於ては單一資格を有するに過ぎないとし從つてXは頭數に應じ其の辨済



額の半額に於てYに對し債權者に代位することを得と爲したので結論に於て恰かもXの主張するところに合致した譯である。上告理由と判旨と何れを至當と爲すべきやについては民法第五〇一條は保證人と物上保證人とが各自本來單一資格なる場合に關する規定であつて本件の如き二重資格の場合を豫想して居ないものと云はねばならぬから色々の方面より検討して見て其結論を得るの外はない。本件の場合を上告理由の様に解するとXは連帶保證人といふ資格でYと共同にAの債務を擔保したとすれば辨濟額の半額につき代位することを得るのに偶々自己の不動産まで擔保に供して債務の履行をいやが上にも確保して置くに却つて辨濟額の三分の一だけしか代位出来ぬことになつてXに取つて不公平な結果になる。さればとて判旨の様に解するとYはXがYと共同の連帶保證人で別に他の或者が物上保證人であるとすればXが債務を辨濟したとするも辨濟額の三分の一の額に付てしか代位されないのにXが偶々同時に物上保證人の資格をも有するが爲めに半額に於て代位することとなり偶然のことがYの豫期せざる意外の不利を齎らすこととなるのである。或は場合によつては始めはX及びYと他の物上保證人がありYはX又は其物上保證人が辨濟したとしても三分の一の額に於てしか代位されないものと豫期して居たのにXが何時の間にか擔保物の所有者になり物上保證人の資格をも兼ねることになつてYはXから辨濟額の半額につき代位される様な意外な結果に遭遇することも考へられる。されば判旨の如く解することはYに取つて甚だ不公平である。加之判旨の所謂「單一資格」といふのは連帶保證人としてであるか物上保證人としてであるかが明確でなく其の何れであるかによつては必ずしも頭數に應ずる代位の原則は適用されない。何となれば假にYも亦同時に物上保證人といふ資格を兼ねて居る場合を考へて見るとX及びYの各有する兩資格が何れも連帶保證人としての單一資格に歸する

と視るのであれば問題はないが若し之を物上保證人としての單一資格に歸すると視るのであればX及びYは擔保物の價格に應じて相互に代位することになるからである(五〇一條四號)。

右の如く兩見解を比較して見れば何れにも缺點があるが上告理由の見解の方が缺點が輕微であるのみならず其缺點らしく見ゆる點も必ずしも缺點とまで云へない。何となればXが二重に擔保を供し乍らYに對し三分の一しか求償出来ない位の不利は寧ろ之を豫期すべきもので、二重の資格を兼ねる以上場合によつては保證人としての債務を履行すると同時に他方に物上擔保をも實行することすら覺悟すべきであるともいへるからである。要するに判旨は原審判示の曖昧を明瞭ならしめようとして依然として疑問を残すものと謂へよう。

判旨第二點は之に賛成する。數人の連帶保證人ある場合に其一人が主たる債務を辨濟したるに依り他の連帶保證人に對し求償權を有する範圍内に於て債權者に代位し主たる債務につき存したる抵當權を取得したる後に於て故意又は過失により其擔保を喪失減少し右の保證人より求償せらるべき他の連帶保證人をして後日其擔保によつて償還を受け得べしとの期待を害したる場合にも第五〇四條の適用あることについては前に大審院の判例がある(昭和九・一〇・一六判決、集一三卷二一號一九一三頁)。しかし同條の「故意又ハ懈怠ニ因リテ其擔保ヲ喪失又ハ減少シタルトキ」といふのは本件の場合の如く物上保證人が其本來の義務即ち主たる債務を履行すべき義務を遂行し其當然の結果として抵當權の消滅したる如き場合をもさすものとはいひ難く従つてかゝる物上保證人が他の連帶保證人に對し其者の當然負擔すべき金額の償還を求むるに對し其連帶保證人が本條を理由として其償還を拒み得べきものとは謂へない。

なほ本件に關しては西村信雄氏(民商一卷六號一一〇頁)及び(銀行判例第一三卷六號)の評釋がある。



### 一五五 和解調書による登記

不動産登記法二七條、民訴法二〇三條・七三六條

昭和九年一月二六日民一部判決(昭九(ク)一〇一三號、登記官吏ノ)民集一三卷二三號二一七一頁

〔事實〕 X(抗告人)は裁判上の和解契約によりYに對して本件建物の所有權移轉登記手續をなすべき義務を負担したが、その義務を履行しなかつたので、Yは執行力ある右和解調書の正本にもとづき登記所に對して登記を申請し、登記官吏は右申請にもとづいて登記をなした。Xは民訴第七三六條は債務者に意思の陳述を命じた判決による強制執行のみ適用せられ、和解調書による執行にはその適用乃至準用がないから、登記官吏の處分は違法だとして抗告した。原裁判所は和解調書の記載は民訴第二〇三條により確定判決と同一の效力を有するから、意思の陳述を命じた本件和解調書には民訴第七三六條の準用ありと解し、登記官吏の爲した處分は正當なりとして抗告を棄却した。そこで、Xから再抗告したのが本件である。

〔判旨〕 棄却「不動産登記法二七條ハ判決又ハ相續ニ因ル登記ハ登記義務者ノ協力ヲ俟タズ登記權利者ノミニテ之ヲ申請シ得ベキ旨規定シ、和解調書ノ記載ハ確定判決ト同一ノ效力ヲ有スルコトハ民訴法二〇三條ノ明定スルコトナラバ以テ、若シ和解調書ノ記載ガ債務者ニ對シ登記手續ヲ命ジタル場合ニ於テハ、債權者ハ之ニ基キ申請書ニ和解調書ノ正本ヲ添附シ單獨ニテ調書記載ノ如キ登記手續ノ申請ヲ爲シ得ベク、此場合債務者ニ登記手續ヲ命ジタル和解調書ノ強制執行トシテ之ヲ爲スコトヲ要セザルモノトス。從テ債務者ニ意思ノ表示ヲ爲スベキコトヲ命ジタル和解調書ハ債權者ニ於テ民訴法七三六條ニ依リ強制執行ヲ爲シ得ルヤ否ヤノ問題ハ、其ノ意思表示ガ登記手續ニ關スル限リ論議ノ要ナキモノト謂フベシ。然ラバ之ニ反スル見解ニ立脚スル所論及原決定ハ孰レモ是認シ難キモ、原決定ガ登記手續ヲ命ジタル本件和解調書ニ基クYノ登記申請ヲ受理シ其ノ登記ヲ爲シタル登記官吏ノ處分ヲ正當ナリトシ」たのは結局相當である。

〔評釋〕 登記は確定判決にもとづいて登記權利者が單獨にこれを申請することができ(登記法二七條)、しかも裁判上の和解調書は確定判決と同様の效力を有する(民訴二〇三條)から、和解調書による單獨の登記も亦可能なることはいふまでもない。しかし、判決乃至和解調書による登記は判決乃至和解調書の強制執行としてなされるべきものなりや否や? 大審院は本件事案につき原裁判所とは反對に『和解調書ノ強制執行トシテ之ヲ爲スコトヲ要セザルモノ』と判示してゐるのであつて、和解調書についてかかる見解をとることは、判決による登記もその強制執行として行はれる必要はないとの見解を前提とするものであらう。思ふに、判決が登記手續を命ずる給付判決なる場合には、その確定とともに強制執行手續も完了したことになり(民訴七三六條)、從つて、強制執行を必要と解すると否とを問はず、等しく確定判決の正本を登記所に提出して登記を申請すれば足るのであるから、實際上の手續に差異を生じない。但し、同じく給付判決であつても、反對給付のありたる後登記手續をなすべき旨を命ずる給付判決については執行力ある正本を必要とするから(民訴七三三條後段)、この點で手續上の差異を生ずるであらう。登記所にとつては反對給付の有無は判決のみでは不明であるから、債務者を保護する必要上、登記は給付判決の強制執行手續として執行力ある正本(執行力ある正本は反對給付を證)にもとづいてなされるものと解すべきではあるまいか? (かく解する時は通説(舟橋不動産登記法一三三頁(新法學全集)中)、杉之原不動産登記法一六〇頁、乾判例民事法大正一五年度三五六頁)と異り確認判決乃至形成判決をそのまま呈示して登記を申請しえないことになるであらう)。しかし、判決について以上のごとく解しうるならば、これと同様な效力を有する和解調書についても強制執行が必要であり、しかもその強制執行は判決のそれと同じく、民事訴訟法第七三六條の準用によつてなされると解して差支あるまい(從つて間接執行(民訴七三四條)の規)。但し、和解の内容たる意思の陳述



が條件附なる場合(たとへば金一萬圓を支拂ふべし、これを支拂はざる時は)においては、和解調書の記載により直ちに意思の陳述がなされたと解することは不當然結果を生ずる。蓋し、登記所は單なる和解調書の正本にもとづき登記をなしうるることとなつて債務者は損害を蒙る(一萬圓支拂つたにも拘らず、土地所有權移轉の登記がなされる)虞があるからである。しかし、かかる場合には民事訴訟法第七三六條後段を類推し執行力ある正本を必要と解することができるのではなからうか? しかし、執行力ある正本は條件の成就(不支拂)の明かなる場合にのみ付與されるから(民訴五一八條二項同)、執行力ある正本を必要とすることによつて債務者は保護されるであらう。かりに、判旨のごとく強制執行を不要と解しても債務者の保護を全うせんとすれば條件の成就はなんらかの方法で登記所に對して證明されなければならぬまい。しかし、單なる登記官吏をして證明の當否を審査し、條件の成否について判斷を下さしめるのは不當である。かかる見地から本件判旨に對しては疑問を有するが、この點をいづれに解するにせよ、本件の結論の正當なことには變りはない。

本件については中村宗雄氏(民商法雜誌一卷一〇三〇頁)の評釋がある。

(山田 晟)

一五六 判決書に法定代理人の表示を缺くも之を以て上告の理由と爲し得ない

民訴法一九一條・一九四條一項

昭和九年一月二七日民五部判決(昭九(オ)一一九一號)民集一三卷二三號二二八三頁

〔事實〕 エムシシユランエーコンパニー合資會社(原告・被控訴人・被告)は佛國法律に因り設定せられたる合資會社で

自動車タイヤチユープ其の他自動車附屬品の製造販賣を業とするものであるが、高橋菊五郎(被告・控訴人・上告人)及び第一審被告山崎福壽郎に自動車用タイヤチユープ其の他を賣渡し、和田芳(上告人)は高橋の爲め、第一審被告杉本伊之助は山崎の爲め保證人となつた。よつて右の會社は之等四名を被告として代金支拂の本訴を提起した。被告等は孰も會社の主張を否認したが、第一、二審共會社の勝訴となつた。然るに判決書には會社の法定代理人を表示しなかつた。そこで高橋外一名は此點を攻撃して上告し、原判決は日本に於て同會社を代表すべき委任代理人「ジャンプチ」のみの記載を爲したるのみで、會社の法定代理人「アソンドレーデユビボン」の表示の記載なきもので民訴一九一條第二項第四號の法定代理人の記載を缺く違法の判決であると主張した。尚山崎、杉本は第一審で敗訴したが控訴及び上告をしなかつた。

〔判旨〕 棄却。「被告會社ノ法定代理人「アソンドレーデユビボン」ノ氏名ガ原判決ニ表示セラレザルコトハ洵ニ所論ノ如シト雖其ノ瑕瑾ハ更正決定ニ依リ之ヲ補正シ得ルガ故ニ上告ノ理由トナシ難シ」。

〔評釋〕 判旨の結論は正當に歸するが、その理論構成には賛成し得ない。

一 本件の控訴審の判決には本件合資會社の法定代理人(機關)の表示を缺くが、それは遺脱と目せらるべきものである。民訴一九一條により當事者のみならず法定代理人の表示が判決の記載事項として要求されてゐるのであるから、若し之が記載を缺いてゐる場合には裁判所が誤つて其の記載を遺脱したものと見るのが妥當だからである。而して記載の遺脱も違算書損に類する誤謬である。蓋し民訴一九四條に所謂判決に存する誤謬は裁判所が意欲せざりしものが判決中に記載せられたる場合のみならず、意欲したるものが誤つて遺脱せられた場合をも包含するのであつて、此種の遺脱も亦更正決定の對象たり得るのである(Komm. I zu § 319)。従て判旨が判決書に法定代理人の表示を缺く瑕瑾は更正決定に依り之を補正し得ると爲すのは正當である。此點に付ては判例集に登載されはしな



かつたが先例が存し、裁判所が判決に誤りて法定代理人の記載を遺脱したるときは違算書損に類する明白なる誤謬に外ならずと判示してゐる(大判・昭五・四・一裁判例四卷民一七)。

然し乍ら斯かる瑕瑾は更正決定に依り之を補正し得るが故に上告の理由となし難しといふ理論構成は賛成し得ない。これを論證するには判決の更正と上訴との關係を述べねばならぬ。一體、更正決定の制度を設けたのは、判決に違算書損其の他に類する表示上の誤謬あるときに、簡易にして迅速なる方法により之を是正することを可能ならしめる爲めであつて(Hahn, Materialien, S. 223; Schultze, ZfP. Bd. 15 S. 80.) 其の判決を爲したる裁判所をして自ら判決を更正し得る途を開くのは上訴手續に依らしむるよりは訴訟經濟上勝るものがあるからである(兼子・概論三六七頁、松岡・註釋五卷一〇八頁)。然し乍ら判決に誤謬ある場合に於て當事者は判決の更正を求むる申立を爲す代りに(或は之と併んで)上訴の要件存する限り判決に對する控訴又は上告に依りて救済を求め得るのである(Forster-Kann, 5 a) zu § 319; Wilnowski-Levy, Jonas-Pohle, II zu § 319; RG. 5. V. 25 Bd. 110 S. 429; RG. 13. I. 92 SA. 47, 348. 細野・要)。蓋し判決の更正を求むる手續と上訴手續とは、その目的に於ても訴訟上の形成(processualische Gestaltung)に於ても別異のものであつて兩者は排他的のものではないからである(RG. 13. I. 92 SA. 47, 348. 但し此判決は上訴のうち控訴のみに付て)。唯然し判決の表示上の誤謬に付ては法は特に簡易にして迅速なる救済として判決更正の途を認めたる關係上、この判決更正の申立によつて救済を仰ぐことなく判決の斯る誤謬の是正の目的のみを以て上訴を提起したる者は勝訴の場合と雖も訴訟費用に付て不利益を受ける危険は當然甘受すべきであつて、上訴審の費用が判決更正手續の費用を超過する限り其の上訴審手續の費用は彼の負擔に歸せしめられるのである(OLG. Marienwerder 29. X. 01 SA. 57 Nr. 44; Seuffert-Walsmann, a. a. O.; Förster-Kann, a. a. O.) 以上の如く判決更正の手續と上訴手續とは相排斥するものでないから一の肯定は直に他の否定とはならぬのであつて(但し控訴審判決に表示上の誤謬があり、之を理由として上告提起後、控訴裁判所が職權により判決)を更正したるときは、上告は理由なきものとして棄却せられる。前掲の RG. Ed. 110 S. 429)。判旨の如く更正決定に依り補正し得るが故に上告の理由となし難しといふ理論(かかる論法は判例の屢々用ふる所である。例へば金額の誤記に付き大判・昭八・五・一六民集二〇卷諸法二二四頁、大判・昭八・六・一五評論二二卷民訴二四四頁、大判・昭一〇・二・二六新聞三九四〇號一六頁、評論二五卷商一四頁、大判・昭一四・四・二〇法學九卷一號一〇四頁)は正當に非ざることが明かとなつた。

右の如く判旨の論據は誤りであるが、判決に法定代理人の表示を遺脱するも之を以て上告理由と爲し得ないとする結論は正當たるを失はぬのであつて之を支持すべく、其の理論構成としては、右の瑕瑾は法令違背ではあるが原判決の内容との間に因果關係存在せずとの點に求めたいと思ふ。

判決書に法定代理人の記載を要することは民訴一九一條により明かであつて該條は法定記載事項を列擧せるもので、訓示的乃至は裁判所の自由裁量的規定ではない。従て判決書に法定代理人の記載を缺くときは、法令を適用せず又は不當に適用したるものとして法令違反たるのである。然し乍ら民訴三九五條の所謂絕對的上告理由を除けば、上告理由たるには法令違背の外、尙それが原判決の内容との間に因果關係あることを要するのである。抑、判決に法定代理人の表示を要する旨を規定したのは、獨逸民事訴訟法制定の際、帝國議會の司法委員會に於て追加せられたもの(Protokolle der Kommission, 543, 544.) 當事者が法律の規定に従ひ代理せられざる時は取消の訴により再審を求め得ることになつてゐる關係上、訴訟能力なき當事者が代理せられたりや否やを判決自體より認識せしめんとする趣旨に出づるものであつた(Wilnowski-Levy, 2) zu § 284; Marwitz, Das Urteil, 1902, S. 106) 即ち判決自體より取消の訴(四二



○條第三號、舊民訴四六八條第( )の適用の有無を判然と認識せしめんとするものであつた。故に本件の事案の如く判決四號、獨民訴五七九條第四號)に法定代理人の記載を缺くときは(法定代理人に關する規定は法人の代表者に準用がある。民訴五八條)判決自體が再審の訴の適用の有無に付ての認識資料とならぬだけのことであつて、この法定代理人記載の欠缺といふ法令違背無かりせば原判決はその有する内容と異なる内容を有したるなるべしとの蓋然性即ち原判決との間の因果關係は存しないのである。此理由により上告理由とならぬと云ふべきである(Petersen, J. zu § 313 の見解は)。又原審に於て提出せられたる甲第十一號證に依りて被告會社の法定代理人は「アンドレーデュピボン」なること判明し、更に本件訴訟に於ては被告會社の代理人たる「ジャンプチ」は委任によりて本件訴訟を爲す爲め更に辯護士を選任したといふ事實だけであつて、本件は民訴三九五條第四號の法定代理權の欠缺(法人の代表權限の欠缺)といふ絶對的上告理由に該當する事案でもないのである。附言するに、判決書の當事者の表示の誤謬あるも、その同一性を示すに足る限り更正し得るが、判決に當事者の表示を缺くか又は何人が當事者であるか認識し得ざる程度にしか表示されてゐないときは、かかる判決は判決の重大なる瑕疵であるから之に對しては控訴又は上告を爲し得る(Scherer-Walshmann, 2 zu § 313. 之に反は獲られぬことすはJonas)。古く判例に、「判決に當事者の氏名を遺脱したるは著しき誤謬なるを以て其更正を求め得べく以て上告の理由と爲すを得ず」との趣旨のものがあるが(七民錄五輯三卷四二頁)、其代理人は原審法廷に出頭して辯論を爲してゐる事案であつて、何人が當事者なりやは認識し得る場合に關するものである。

二 本件の先例を見るに、判決書に法定代理人の表示を缺くも之を以て上告理由と爲し得ずとする結論は舊法(二三)以來一貫する所であり、現行法(一九)に入つても變る所はないが、その論據は夫々異つて居る。即ち舊法時(六條)以來一貫する所であり、現行法(一九)に入つても變る所はないが、その論據は夫々異つて居る。即ち舊法時

代のものとしては、常に法律に違背したるものとすべき要件に非ずとするもの(三民錄九輯八三五頁)、判決理由の如く絶對的上告理由ではないとするもの(四民錄一〇輯二一三頁)、當事者の身分又は職業と均しく必ずしも判決に掲載するを要せずとするもの(八民錄一輯五二二頁)があり、現行法の下に於ける判例としては、裁判其のものの效力には何等の影響を及ぼさぬと説き(二頁、因に中島氏七八〇頁は此趣旨なり)、或は又、「民訴一九一條第一項第四號の法意は畢竟當事者の何人なるやを截然判明ならしむる趣旨に外ならざるを以て判決の記載上當事者の表示が已に明確なる限り當事者の法定代理人の氏名は當事者の身分若し職業と均しく必ずしも判決に掲載することを要するものにあらず」と判示してゐる(大判・昭七・二・一九、新開三三三九號一頁)。然し乍ら前述の如く判決の法定記載事項の欠缺として民訴一九一條第一項第四號に抵觸し法令違背たるを免れぬのであるが判決との間に因果關係存在せざるものとして上告理由たり得ないと云ふ理論を正當とするのである。

野間繁氏も判決の結論には賛成なるも、其の結論の據るべき理由に對しては敬服し難いとし、實質上判決に毫も影響を及ぼすものではないとの理由によるべきものとせられる(民商一卷六號一〇三七頁)。

(齋藤秀夫)

### 一五七 詐害行為の取消の場合に於ける返還の目的物

民法四二四條

昭和九年一月三〇日民五部判決(昭九(オ)一一七六號)民集一三卷二三號二一九一頁

〔事實〕X(原告・被控訴人)は訴外Aに對し債權を有する。Aは他人と共にY會社(被告・控訴人)を設立し、出資額一千圓の有限



責任社員と爲り、出資の爲に營業用什器並原料及營業權をY會社に移轉した。そこで、Xは民法四二四條に依り、右會社設立行爲の取消及右出資財産の評價額七百四十一圓五十錢の返還を請求したのが本件である。一、二審共X勝訴。原審はYに對しXへの金七百四十一圓五十錢の支拂を命じたが、その理由は、Aは「Y會社ノ有限責任社員ト爲り、金一千圓ノ出資トシテ内金二十圓ハAガY會社ヨリ受ケタル手當中二十圓ヲ之ニ充當シテ現金出資ヲ爲シ、其ノ餘ハ營業用什器並諸材料ヲ合計金五百二十一圓五十錢ト評價シ其ノ出資アリタルコトト爲サレ居ルコトハ、Yノ自認スル處ナルニ依リ、Yハ以上合計金七百四十一圓五十錢ノ出資ヲAヨリ受ケ居ルコト明白ニシテ、斯ノ如ク現金出資ニ代ヘ物品及營業權等ヲ提供シタルトキハ、之ヲ以テ評價額相當ノ現金出資アリタルモノト謂フヲ得ベキコト勿論ナリ」と判斷した。Yは上告して、本件出資は現物出資であるに拘らず、原判決が其の評價額に該る金員の返還を命じて居るのは、承服し難いと主張し、大審院の容るる所となつた。

〔判旨〕 「按ズルニ、債權者ガ民法四二四條ニ依リ其ノ債權者ノ爲シタル法律行爲ノ取消ヲ裁判所ニ請求シ得ルハ、其ノ法律行爲ニ因リ債權者ノ一般擔保タル財産ヲ減少シ債權者ヲ害スルコトニ因ルモノナルヲ以テ、同條ニ依リ債權者ノ爲シタル財産移轉ノ法律行爲ヲ取消シ其ノ目的タル財産ノ返還ヲ命ズルニ當リテハ、特別ノ場合ヲ除キ、其ノ財産ノ評價額ニ相當スル金圓ノ返還ヲ命ズベキニ非ズシテ、其ノ目的物自身ノ返還ヲ命ズベキモノトス。本件ニ付原審ノ確定シタル事實ニ依レバ、被告告人(X)ノ債務者Aハ上告會社(Y)ノ出資額一千圓ノ有限責任社員ト爲り、此出資ノ爲ニ其ノ所有ノ營業用什器並諸材料及營業權ヲ金七二一圓五十錢ト評價シテ上告會社(Y)ニ移轉シタルモノナルヲ以テ、右出資行爲ガ民法四二四條ニ該當スルモノトシテ取消サレタル以上、特別ノ事由ナキ限り上告會社(Y)ハ現ニ其ノ移轉ヲ受ケタル此等財産其ノモノヲ返還スルコトヲ要シ、又返還スルヲ以テ足ルモノト爲サザルベカラズ。然ルニ、原審ハ、其ノ特別事情ノ存在ヲ明ニスルコトナク、且出資當時營業用什器並諸材料ヲ五二一圓五十錢營業權ヲ二〇〇圓ト見積リ出資シタルモノナルニ因リ、右金額ヲ返還スル義務アルモノト、判示シタルハ、詐害行爲取消ノ法理ヲ誤解シタルカ、然ラズンバ、審理不盡又ハ理由不備ノ不法アルモノニシテ、原判決ハ破毀ヲ免レザルモノトス。」

〔評釋〕 判旨は正當で疑問の餘地がない。之は、債權者取消權の本体を、詐害行爲の效力を否認して逸出した財産を取戻すにありと謂ふ點に置く、判例の傳統的態度(明治四四・三・二の大審院判決(一七頁)以來の)から謂つても、明白な所である。右出資の目的が既に消費し盡し、或は他に讓渡せられ、或は盗失して返還不能と謂ふ様な特別の事情が無い限り、現物の金銭評價額を返還せしめる理由はなく、此の點に付何等明確な理由を示さぬ原判決は不當である(安田幹太氏は「に於て、原判決は「Aは先づ什器、諸材料及營業權を七百餘圓にて賣却し其の代金を受取り、其の上で改めて此代金をY會社に出資したので、只其場合に現金の現實の授受が省略せられたに過ぎず、而してXは其の中の最後の現金出資のみを取消したものである」と認定した、と謂はれるのであるが(民法一〇四八頁)、原判決の文辭だけでは、その様に、本件は、岡村判事の指摘せらるる如く(民事判例研究録一巻)、AのY會社に對する一千圓の出資拂込義務に付、内金七百二十一圓五十錢に付代物辨濟を爲したものと見るべき事案と思ふが(物を相當に評價して、金銭債務の代物辨濟を爲した場合には、詐害行爲件の如く、其の原因たる會社設立行爲並出資行爲の取消と見るべき事案に付ては妥當しない)、此の場合にも、返還の目的物は飽く迄代物辨濟の目的物でなければならぬのであつて、原判決が如何にして、斯る判斷をなしたか、理解し難い。

(山中 康 雄)

### 一五八 漁業組合總會招集通知の時期

漁業組合令二七條、民法六二條、商法三三三條

昭和九年二月三日民一部判決(昭九(オ)二一七七號、組合總代)民集一三卷二三號二一九七頁

〔事實〕 原告XはY漁業組合の總會の決議の無効を主張して本訴を提起し、その理由として、當該總會の招集には、漁業組合令二七條一項の規定する所の「少クとも三日前……通知ヲ爲スベシ」といふ要件が缺けてゐたと主張する。即ち、總會を昭和八年一月二七日正午と定め、一月二三日書面を以てその旨の通知を發し、該通知は一月二四日午前九時過ぎに各組合員に到達した。







昭和九年二月一日民一部判決(昭九(オ)一八九二號、貸借契約解除等請求事件)民集一三卷二三號二二二頁

〔事實〕 農工銀行法一七條には、「農工銀行ハ年賦金ノ拂込ヲ遅延スル債務者ニ對シ償還期限前ト雖貸付金全部ノ償還ヲ要求スルコトヲ得」との規定がある。斯様に法律の規定ある場合、當事者間に年賦償還の特約ある債務の年賦金償還を一部たりとも延滞するときは、年賦償還の利益を失ふとの約款なしとするも、債権者は直に債權全額の辨濟期到來せりとして、抵當物件の競賣を爲し得るや否が本件の問題である。

原告(被控訴人・被告) 廣島農工銀行は被告(控訴人・原告)に對し一萬七千餘圓を貸付け、二十ヶ年賦による其の償還を約するとともに、本件土地に對して抵當權を設定したる所、Yは年賦金償還を延滞したるにより、抵當物件の競賣を爲すこととなし、その前提としてY及びその相被告Y間に締結された——民三九五條によつて原告に對抗し得る——土地貸借契約を、民三九五條但書によつて解除せんとしたのが本件である。而してY及びYは、本件消費貸借契約には年賦金の延滞により全額一時辨濟を爲すべき旨の特約なく、従つて抵當權設定登記には年賦償還の約旨のみ登記せられあるに過ぎざるを以て、假令法文に特別の規定あるも、一時辨濟義務を以て賃借人に對抗することを得ず、従つて登記簿上の償還期限滿了前に賃借權設定に基づく損害を主張して解除の請求をなし得ないと抗論した。

〔判旨〕 上告棄却。「不動産登記法第一一七條ニ、『辨濟期ノ定アルトキ』トハ當事者ノ合意ニ依ルソレヲ意味スルモノト解スベキガ故ニ、法律ノ規定ニ基キ辨濟期ヲ招來セシメ得ル場合ノ如キハ、之ガ登記ノ有無ニ關セズ、當事者ハ其ノ招來ヲ以テ第三者ニ主張シ得ルモノナリト云ハザルベカラズ。然ラバ農工銀行法第一七條ガ、『農工銀行ハ年賦金ノ拂込ヲ遅延セル債務者ニ對シ償還期限前ト雖貸付金全部ノ償還ヲ要求スルコトヲ得』ト規定シ、年賦金ノ拂込ヲ遅延セル債務者ヲシテ年賦ノ利益ヲ失ハシムルト同時ニ、債權者タル農工銀行ヲシテ其ノ遅延債務者ニ對シ、爾後何時ニテモ貸付金全部ニ付辨濟ヲ請求スルコトヲ得セシメタル以上、農工銀行ハ之ガ登記ノ有無ニ拘ラズ、貸付金全部ガ辨濟期ニ在ルコトヲ第三者ニ主張シ得ベキモノトス。本件ニ於テモ被告農工銀行ガ原告Yニ對シテ有スル年賦償還ニ付其ノ年賦金ノ遅延アリタル以上、其ノ債權全額ニ付上告

人ニ對シ辨濟ヲ請求シ得ベク、尙之ガ主張ハ登記ノ有無ニ關セズ第三者タル原告Yニ對シテモ亦之ヲ爲シ得ベキモノナレバ……原判決ハ結局相當ナルコトヲ失ハズ。

〔評釋〕 判旨は正當である。蓋し法律の明文を以て特に規定ある事項については、改めて登記しなくても充分に公示の目的を達して居ると云ひ得るであらうからである。同説、末川博士本件評釋(民商法一)卷六號、杉之原氏「不動産登記法」二七五頁等。

(戒能通孝)

一六〇 裁判所書記の捺印なき口頭辯論調書も之一體を爲す證人調書に其の署名捺印あれば有效である

民訴法一四三條・一四四條・三四〇條

昭和九年二月二日民五部判決(昭九(オ)二〇五一號、出資金)民集一三卷二三號二二二頁

〔事實〕 加藤熊雄(原告・被控訴人・原告)は久保仗幡(被告・控訴人・被告)に對し出資金配當金慰籍料功勞金請求訴訟を提起した。之等の金員を支拂ふことを契約した旨の主張を立證する爲めに原告加藤が提出せる甲第一號證に對し被告側では抗辯を提出した處、第二審裁判所は抗辯事實を容れ同號證は加藤の主張事實を認定するの資料と爲すに足らざるものとし加藤を敗訴せしめた。而して此の判決は第一審證人佐々木不愠第一審被告本人の供述を綜合して甲第一號證に對する久保の抗辯事實を肯定したものである。加藤は此の判決に對し上告し、右の第一審證人並に第一審被告本人の供述を録取したる口頭辯論調書に次の如き遺漏あることを摘發し從て該調書は違法であるから、第二審判決が右證人の證言並に第一審被告本人の供述を採用して事實を確定し原告に敗訴を言渡したのは不法である、と主張した。即ち、第一審昭和八年四月一四日の口頭辯論に付き作成せ



られたる「口頭辯論調書」と題する書面中に「裁判長ハ別紙調書ノ通り證人佐々木不愾原告加藤熊雄被告久保仗幡ヲ訊問シタリ」とあり、而して此の三通の訊問調書の末尾には裁判長及び裁判所書記の署名捺印あるも唯前記口頭辯論調書の末尾には書記の署名あるも其の名下に捺印なく、從て口頭辯論調書の形式を具備せず、と云ふのである。

〔判旨〕 棄却。「證人又ハ當事者本人ノ陳述ハ口頭辯論調書ト別紙ニ之ヲ記載スベシト云フ何等ノ法規モ存セザルノミナラズ此記載タル本來口頭辯論調書ノ一部分ヲ成スモノニ外ナラザルコトハ民法第一四四條之ヲ證シテ餘有リ。故ニ證人又ハ當事者ニ對スルト鑑定人ニ對スルト將々檢證ノ場合タルト問ハズ證據ヲ錄取スル部分ハ總テ口頭辯論調書中ニ併記連載以テ一通ノ書類ヲ作成シタル上其ノ末尾ニ裁判長及び裁判所書記ノ署名捺印ヲ爲ストキハ是亦不可ナシ。否嚴格ニ云ヘバ之ニ非ザレバ以テ正則ト爲スニ足ラズ。現行ノ實例上書證ノ申出及び之ニ對スル認否ハ恰モ此正則ニ遵ヘルモノナリ。獨爾餘ノ證據ニ付キテハ口頭辯論調書ト云フ題號ニ對シ特ニ調書ト題スル別紙ヲ起シ之ニ證據調ノ顛末ヲ錄取スルヲ慣行トスルガ如キ畢竟職務若ハ閱覽ノ便宜ニ出ヅル一ノ取扱ニ外ナラズ。此ノ種調書ナルモノモ亦口頭辯論調書ノ一部ヲ成ステフコトガ書類ノ體裁上認メ得ラルル限リ斯カル取扱モ亦違法ニ非ズト云フ程ノコトニ過ギズ。是故ニ所謂口頭辯論調書ノ末尾ニ當該裁判所吏員ノ署名捺印ヲ具フルトキハ此ト一通ノ書類ヲ成セル所謂調書ニハ則チ斯カル署名捺印ヲ缺如スルモ違法ニ非ザルト共ニ如上調書ノ末尾ニ所要ノ署名捺印アルトキハ口頭辯論調書ニ之ヲ遺脱セルモ亦違法ニ非ズ。但斯カルハ總ニ違法ヲ免レ得タルニ止マリ手續上ノ措置トシテ推察ヲ値セザルハ固ヨリ論無シ。蓋手續ナルモノハ劃一的ニ定式ヲ遵守スル處ニ其ノ意義アリ實質ニシテ誤無ケレバ定式ノ隨時變更ハ問フトコロニ非ズトスルニ至リテ手續ハ寧ろ之ヲ全廢スルノ勝レルニ如カザレバナリ。」

〔評釋〕 判旨は從來の判例を正當に發展せしめたもので賛成である。

一 口頭辯論調書に裁判所書記の署名捺印を要すとせる所以は書記が調書の作成者である關係上、作成者が何人であるかを明かにする爲めであり(同旨、岩澤彰二郎・法律學、研究二八卷一二號五七頁)、此外に尙裁判長の署名捺印を要すとせる所以は、調

書の記事が事實に違はざることを裁判長に認證せしめんが爲めである(大判・昭七・二・九)。故に之等の署名捺印は口頭辯論調書の形式的證據力の本質的要件である(Vgl. Seuffert-Walshmann, I zu § 163; Peter a. P. 1) zu § 163. 法と經濟三卷)。從て裁判長又は裁判所書記の何れかの署名捺印又は署名捺印の何れか一を欠缺するときは、調書の證明の効力は無いのである。之は通説判例の均しく認める所である(菊井・判民昭和三年度二四事件、兼子・判民昭和六島六六五頁、片山・判例を中心としたる民事訴訟法の諸問題一卷五頁、大判・明四・五・二八民錄一八輯五三七頁、大判・大五・五・二九民錄二二輯一〇四六頁、大判・大六・一・二七民錄二二輯一八七九頁、大判・大九・三・二三新聞一六八八號一四頁、大判・昭六・五・二八新聞三三三二號一〇頁、大判・昭七・二・九民集一〇卷二六八頁)。故に、全體として一口頭辯論調書に裁判長及び裁判所書記の署名捺印が夫々一個宛あれば調書の形式的證據力の本質的要件を充足するわけである。本件に於ても此の要件が充足せられてゐるのであるから判旨は正當である。

二 證人又は當事者本人の陳述の記載は本來口頭辯論調書の一部を成すものであるが(民訴一四四條)、判旨の云ふが如く、實際の慣行は口頭辯論調書と云ふ題號に對し特に調書と題する別紙を起し之に證據調の顛末を錄取し、而して兩書面の末尾に裁判長及び裁判所書記の署名捺印が爲されるのであるが(中島一卷六七四頁註一參照。尙教材のれてゐる。細野井野兩氏編民事訴訟記録、之は「畢竟執務若ハ閱覽」の便宜に出づる一の取扱であり、理論上から云へば、兩書類が一體を爲す限りは(本件では所謂別紙調書は三通あるが一通の場合と理論は同一であるから、以)、其の何れか一方の書類に裁判長及び裁判所書記の署名捺印があれば調書の形式的證據力の本質的要件は充足せられるのである。「別紙證據調書ノ如ク證人ヲ訊問シタリ」と云ふが如く別紙を以て爲したる證人訊問調書は口頭辯論調書と相俟つて其の一部を爲すものであるが(大判・昭五・九・一六評、論一九卷民訴四六八頁)、右の如く一通の口頭辯論調書が存在すると認定する



には、形式上證人訊問調書が口頭辯論調書に之と分つべからざる程度に連続せられて居り（大判・大一〇・一〇・二頁、大判・昭五・六・四評論）、當該口頭辯論期日に於て爲されたる訊問の結果を記載したることが明かなることを要するものと解する。右の場合に契印を以て兩書類の一體を爲してゐることを示すのが通例であり、契印を以て兩書類の一體となる要件となすものの如く解せられる判例も存するが（大判・大五・八・一八）契印は民法上要求されてゐるものではないから（多數の判例あり、大判・明四四・六・二九民錄一七輯四六一頁、大判・大六・五・一七民錄二三輯八頁、大判・昭七・五・一九評論二一巻民訴三四二頁、大判・大八・八・五民錄二五輯一四八三頁、大判・昭二・六・二評論一六巻民訴四八九頁、大判・昭九・一・一二民集一三巻一四頁）、契印自體は兩書類の一體を爲す爲めの要件ではないと云はねばならぬ。契印は單に兩書類の一體性を認識せしめる補助手段の役を果すに過ぎぬ。本件に於ては別紙を以て爲したる證人訊問調書及び本人訊問調書（原告・被告）併せて所謂別紙調書三通の調書は口頭辯論調書と一體を爲してゐること明白であつて、各葉間に存する契印に徴するまでも無しと判旨が言明してゐるのは右と同趣旨なりと解すべきであらう。

以上の如く訊問調書と口頭辯論調書が一體を爲し一書類を爲す限りその何れか一方の書類に裁判長、裁判所書記の署名捺印が完備せずとも、他の一方の書類に完備してゐる限り調書の形式的證據力は害せられぬわけである。從て本件に於ても口頭辯論調書の末尾に書記署名下に捺印を缺くも右と一體を爲す訊問調書には署名捺印が完備してゐるから一調書としては違法なりと謂ふを得ないのである。既に同様の基調に立つ先例があるが（大判・大一〇・一輯一八一〇頁、囑託審問調）、この先例以前にありては口頭辯論調書に方式上の瑕疵存する限り別紙證人訊問調書の方式完備せりや否やを調査することなく直に右の證言を基本とせる判決を違法なりと判示せる賛成し得ない判例があ

つた（大判・大五・五・二九）（民錄二二輯一〇四六頁）。反之、一體を爲す兩書類のうち、訊問調書は裁判長、裁判所書記の署名捺印に欠缺あるも口頭辯論調書が右の點に付き完備する以上違法ならずとするは判例の終始一貫變らざる見解であつた（大判・大五・八・一八評論五巻民訴三四二頁、大判・昭五・六・四評論一九巻民法一三〇七頁、大判・昭五・九・一六評論一九巻民訴四六八頁、大判・昭九・一・一二民集一三巻一四頁、大判・昭九・一〇・一五法學四卷三號三五四頁、大判・昭九・一二・二四・法學四卷六號七四六頁、大判・昭九・一・一二・二七法學四卷六號七四九頁）。斯くして今回の判決により一體を爲す兩書類のうち何れの書類に署名捺印に付き欠缺あるも他方の書類に於て右の點に付き完備し結局一調書に裁判長、裁判所書記の署名捺印が夫々一個宛存する以上、調書の形式的證據力は害せられぬことが判例法上確立せられたのである。

本件に付ては、岩本勇次郎氏（民商一卷六號五二二頁）、吉川大二郎氏（法と經濟三卷六號九七五頁）の贊成批評がある。

（齋藤秀夫）

一六一 辯護士法第一四條 既に成立せる和解を裁判上のものとする爲めに一辯護士が兩當事者の代理人となつた場合

辯護士法一四條

昭和九年一月二日民四部判決（昭九（オ）一〇一）民集一三卷二三號二二三頁

〔事實〕 Xは賃借人、Yは賃貸人。辯護士AはYの委任を受けてXから延滞賃料を取立て又Xに對して假差押の申請等を爲して來たものであるが、その後Xは右の延滞賃料の支拂方法及今後の賃貸借條件等につきAと折衝した結果協定が成立したので和解項書を作成した。Xはこれに基く裁判上の和解を爲す爲めにその手續を一切Aに一任し復代理人選任の件を附記した白紙委任狀に署名捺印し受任者Aの氏名を記入し添附の和解項書との間に契印を施してAに交付し、Aは辯護士Bを復代理人に選任



して和解調書の作成に關與せしめた。Yがこれを債務名義として強制執行を爲すのに對しXは請求異議の訴を提起した。原審は既に調つた和解條項を裁判上の調書に記載する手續に關するだけであるからAがXの委任を受けて爲した右の行爲は辯護士法の禁止事項に該當しないとしたが

〔判旨〕 破毀差戻。「惟フニ辯護士法第一四條ハ訴訟當事者ノ利益保護ノ目的ヲ有スルト同時ニ又辯護士ヲシテ誠實ニソノ職務ヲ執行セシメテ其ノ風紀ヲ維持シ品位ヲ演スコトナカラシムルノ律意ニ出デタルコト勿論ナルガ故ニ、相手方タルベキ者ヨリ協議ヲ受ケテ之ヲ贊助シ、又ハ委任ヲ受ケタル事件ニ付テハ縦シヤ委任者ニ損害ヲ及ボス虞ナシトスルモ絶對ニ之ガ委任ヲ受ケテ其ノ職務ヲ行フコトヲ得ザルモノト謂ハザルヲ得ズ。…辯護士Aハ既ニYヨリ委任ヲ受ケタル事件ニ付更ニ其ノ相手方タルXヨリ委嘱セラレ辯護士Bヲ自己ノ復代理人ニ任ジ該事件ノ裁判上ノ和解ニ關與セシメタルモノナルガ故ニAノ職務行爲タルヤ前示法條ニ抵觸スルモノニシテBニ對スル授權ハ其ノ效力ナキモノト斷ゼザルヲ得ズ。」

〔評釋〕 判旨に賛成し得ない。辯護士法一四條は辯護士に對する職務上の訓示規定たるに止り、これに違反する行爲を當然に無効と解すべきではない。然して本件では和解の條件はすでに協定されてゐ、且Xは何等不當の強制を受くることなく(大判・昭和七・六・六民集一)、この協定を爲してゐるわけだから實質的にもこれを無効とすべき何物もない。判旨は辯護士法の規定を正解しないものである。なほこの點に關する詳論は判例民事法昭和七年度九四事件(兼子)昭和十三年度一四九事件(有泉)一五一事件(有泉)を参照せられたい。

岩本氏(民商一卷六號一〇六四頁)も判旨に反對される。

(有泉 亨)

### 一六二 婚姻解消と妻の爲したる行爲の取消

民法一四條

昭和九年一月二二日民事聯合部判決(昭九(オ)一三二六號、)民集一三卷二三號二二四二頁

〔事實〕 上告人Y信用組合(被控訴人・被告)は、岡山區裁判所昭和八年(ハ)第三一號、約束手形金請求事件の判決に基き、被告X(控訴人・原告)がYに對して負擔する右の手形上の債務(三一圓)につき、X所有動産に對し強制執行をなした。ところが問題の約束手形はXが夫Aと別居中、その許可を得ずに、訴外Mと共同して賣業を営む中に、Mと共同に振出したものである。Xは、前記判決言渡後、手形振出行爲を取消したが、當時Aは既に死亡し、婚姻は解消してゐた。第一審Y勝訴。原審は、妻又は夫の取消權は夫婦間の圓滿を期するためだけでなく、又「妻又ハ夫ノ財産權ノ保護ノ爲メニ與ヘラレタルモノ」であるとして、Xの控訴を容れた。Yは、之に對し、妻の取消權は妻たる身分關係と終始すべきものであること、民法一二四條一項や一二六條を理由とする積極説は、前者が取消權の存續に關するものであること及び後者が取消權の存續を前提とすることから逆に取消權が存續するとは解し得ないことによつて不當である、と論じて上告したのが本件である。大審院は聯合部判決を以て原判決を破毀自判した。

〔判旨〕 破毀自判。「民法ニ於テ妻ノ能力ヲ限定シタル所以ヲ稽フルニ、妻ガ未成年者・禁治産者又ハ準禁治産者ナル場合ハ同法第七九一條・第九〇二條第一項・第九〇九條第一項ニソレゾレ規定ノ存スルアリ。從ヒテ同法第一四條ハ妻ガ成年者ナル場合ヲ前提トセルコト自ラ明白ナルガ故ニ、同條ハ妻ヲ以テ其ノ精神智能獨立シテ當該法律行爲ヲ爲スニ堪エズトスル意味ナラザルヤ疑ヲ容ル可カラズ。ソレト共ニ同條所定ノ取消權ハ獨妻ノミナラズ、夫モ亦之ヲ有スルコトニ徴スルトキハ、立法ノ趣旨、夫權ソノモノノ保護ヲ以テ其ノ唯一ノ目的トスルニ非ザルハ之ヲ知ルニ難カラズ。何者若シ斯ル目的ナリトセバ取消權ハ宜ク夫ノミ之ヲ與フ可ク、妻ニ於テ恣ニ當該法律行爲ヲ取消スガ如キハ、寧ろ夫權ノ蹂躪ニ外ナラザレバナリ。是故ニ前記法條ハ夫婦ノ孰ヲ偏重セルニモ非ズ。所謂琴瑟和合其ノ共同生活ノ圓滿ニ遂ゲ行ハルルコトヲ圖ルニ在リテ、即チ保護ノ對象ハ實ニ婚姻關係ソノモノニ外ナラザルハ之ヲ了解スルニ餘有リ。尙此事ハ夫ノ許可ヲ要スト定メラレタル各法律行爲並ニ同法



第一七條ニ於テ其ノ許可ヲ要セズト定メラレタル各場合ヲ仔細ニ觀察スルコトニ依リテモ亦別方面ヨリ之ヲ窺フニ足ルモノアリ。左レバ此立法ノ趣旨ニ鑑ルトキハ、夫ノ許可ヲ得ズシテ爲シタル行爲ニ對スル取消權ハ婚姻關係ノ繼續スル間ノミ存在シ、婚姻解消ト共ニ之ヲ失フト解スルヲ以テ正當トセザル可カラズ。蓋シ法律ガ依テ以テ保護セントシタル婚姻關係ハ既ニ止ミタルニモ拘ラズ、取消權ノミハ舊ノ如ク尙存續スト云フコトノ極メテ不合理ナルハ多言ヲ俟タザレバナリ。本院從來ノ判例（大正十三年（オ）第六十七號、同年七月十五日第一民事部判決）ニ於テ、夫ノ許可ヲ受ケズシテ爲シタル行爲ニ對スル妻ノ取消權ハ婚姻ノ解消ニ因リテ消滅スルモノニ非ズト做シ、其ノ論據トシテ同法第一二四條第一項及第一二六條ヲ援用スト雖、此等法條ハ妻ガ夫ノ許可ヲ受ケズシテ法律行爲ヲ爲シタル場合ノミヲ觀タルニアラズシテ、廣ク取消シ得ベキ法律行爲全般ニ通ズル規定ニ外ナラザルノミナラズ、其ノ規定スルトコロハ則チ追認ノ時期ト取消權ノ消滅時効トニ過ギザルガ故ニ、妻ノ取消權ガ婚姻解消後尙存續スルヤ否ヤノ問題ハ、此等一、二ノ法條ニ依リ直チニ論斷スルヲ得ル限ニアラズ。」

〔評釋〕 判旨に賛成。(一)妻の行爲の取消權が夫婦間の圓滿を確保するに出でるものであり、従つて夫婦關係の解消と共に消滅すべきことは、夙に學者の主張するところである(例へば、鳩山博士・總論七九頁、穂積博士)。判例は從來、一、二の餘り有力でない例外はある(大正二年一〇月二五日民錄一九輯八六四頁は夫の取消權は「婚姻ノ解消ニ因リ消滅スベシ」と一應明言し、又昭和五年六月一〇日民錄九卷八二五頁判民同年度七九事件(戒能)は妻の死亡によつてその取消權が消滅することを肯定して妻の取消權が「妻ノ身分ニ專屬スル權利」なることを理由とする。これは、妻が死亡せざる本件の如き場合を猶ほ殘すものだが、理論的に本件判旨の先驅をなすものと解される)が、大體に於て此の問題について積極説を採つてゐる(大判大正一三年七月一五日民錄三卷三一頁判民同年度六六。六事件(鳩山)、昭和二年五月九日新聞二七一四號一四頁)。判例理論の根據は、實質的には、妻の行爲の取消權の制度が夫權の尊重(前掲昭和五年六月一〇日の判決には「専ラ夫權ヲ尊重シ、共同生活ノ圓滿ヲ期スル」と明言する)、夫の財産の保護(前掲大正二年一〇月二五日の判決には「尙ホ夫ノ」といふこと(これは民法修正案理由書一三頁の「有夫」と同一の立場に出)、法理論的には、民法一二四條一項及び一二六條である。(二)惟ふに、純法律的理論として即

ち一二四條及一二六條の解釋として、從來の判例と本件判旨と何れが正しいかは決定的に解決されないであらう。結局、妻の無能力制度の眼目を何處に置かが決定的なのである(中川教授本件評釋民商。妻の無能力が、少くとも今日に於て、妻の智能が、未成年者などと同様の保護に値する程低劣なことを前提とし得ないことは云ふ迄もない。既に民法自身、一般的に女性を女性なるが故に無能力者として特に保護してゐない。然るに、婚姻關係に入るや、女性に忽ちにして「無能力者」となるのであるから、この制度が婚姻關係に特殊な理由から發するものであることが推定される譯である。その理由が即ち夫婦間の圓滿といふことに外ならない。かう見れば、本件のやうな妻の取消權は妻たるの身分に專屬するものであるから、夫又は妻の死亡、離婚等苟くも婚姻關係の解消が起れば、之と共に消滅し、妻の取消權の相續(前掲昭和五年)の事件の場合)や、夫の死亡後に於ける妻の取消權の存續といふこと(本件)は有り得ないこととなる。その意味で、本判旨は妻の取消權の一身專屬性を認めた昭和五年の判決から、理論的に當然導出される筈のものであつた。(三)なほ、實質的に考へて見ると、世間的にも明白な別居の場合にも、たゞ戸籍の上で夫婦だと云ふ丈で取消權があると云ふのは、少し變だといふことになるのではあるまいか。さう云へば、所謂内縁關係に在る多くの人々は、實質的には夫婦であり乍ら、この取消權がないのである。而も、それで別にさしたる差支もないのであらう。本件に於ても、當事者は長く別居して居り、唯夫が時偶歸宅したとか、毎年幾分の仕送りをやつてゐた等の事實があるだけであつた。更に、本件ではXは他人と共同して、夫の許可を得ずして賣藥業を営み、その商賣のために本件手形を振出してゐるのである。原審はこの營業については夫の許がないから、と論斷してゐるが、むしろ、夫が數回歸宅しても黙認してゐたことによつて、Xは營業をなすことを許されたものと見ることを得ないで



あらうか。——このやうなことを考へると、要するに今日では妻の無能力制度そのものの合理性が餘りなくなつたのであらうと結論されるのである（因に英國に於ては、コンモン・ロー上妻の無能力は「妻の保護」のためだとされたが、次別財産」を限度とするものとした。勿論「妻の保護」の立場はその他所謂「期限前處分禁止」(Restraint on anticipation)を認めることなどによつて存続されたが、一九三五年の法律は是等「妻の保護」の制度を廢し、殆ど完全に、妻の能力を認めた。此の點については、拙稿「英國不法行為法に於ける最近の」改正について」法協五四卷七二九頁以下九一頁以下参照）。

(内 田 力 藏)

一六三 和解調書正本の送達申立に貼用すべき印紙額を定むるには如何なる法條によるべきか

民事訴訟用印紙法六條ノ三・一〇條

昭和九年一月二七日民一部決定(昭九(ク)一六五六號、裁判所書)民集一三卷二三號二二五三頁

〔事實〕 抗告人は山口地方裁判所下關支部に對し同應昭和七年(ワ)第一九一號貸金請求事件の和解調書正本(請求價格二〇圓を超過す)を當事者雙方へ送達方申立を爲すに當り其の申立書に収入印紙二五錢を貼用した。同裁判所書記は収入印紙一圓を貼用すべきものなりとの理由を以て其の申立を却下したので、抗告人は該書記の處分に對し山口地方裁判所下關支部に異議の申立を爲した。然るに同裁判所は和解調書正本送達の申立は民事訴訟用印紙法第六條ノ三五號(判決送達の申立)を類推適用すべきものなる故一圓の印紙を貼用すべきものなりとして右の異議を却下した。因つて抗告人は廣島控訴院に抗告した所、同院も亦和解調書の効力が確定判決と同一なる効力を有する點及び民事訴訟法施行法第八條の規定より原決定と同じく民事訴訟用印紙法第六條ノ三五號を類推適用すべきものとして抗告を棄却した。之に對し更に大審院へ再抗告した。抗告理由の要點は、(1)判決正本の送達は之により判決を確定せしめるものであるに反し、和解調書は其の調書作成と同時に確定し和解調書の送達とは關係なきが故に兩者の送達は夫々其の意義目的を異にする。再抗告人の提出せし和解調書正本送達の申立の趣旨は民訴一五一條一項の規定に基きその正本を當事者雙方へ交付を求めたもので、この規定に基き申立に貼用すべき収入印紙の額に付ては民事訴訟用印紙法

第九條迄に規定がないから同法第一〇條に基き収入印紙二五錢を貼用すれば可なり。(2)原審は民事訴訟法施行法第八條が新法施行後に於ける和解調書正本送達の申立に貼用すべき印紙額に關係あるかの如く論ずるも、新法施行後は判決正本の送達は總て職權送達となりたる爲め、舊法時代に裁判所書記が判決原本の交付を受けたものに付ては當事者の申立あるに非ざれば送達を要せざることを明かにしたものであり、右の規定あるが故に民事訴訟用印紙法第六條ノ三五號が存置せられたので、之を新法施行後に於ける判決及び和解調書の送達に適用し得ないのは固よりである。(3)若し原審の如く和解調書正本送達の申立に付て判決送達申立に對する規定を類推適用するを要するものとせば、新法施行後に於ては判決正本と同様に和解調書正本送達も職權で爲されねばならぬこととなる。(4)實例に於ても、和解調書正本送達の申立に對し一圓の印紙を貼用せしめるのは本件の第一審たる山口地方裁判所下關支部及び下關區裁判所のみで山口地方裁判所同區裁判所、廣島地方裁判所同區裁判所、東京地方裁判所同區裁判所等は皆二五錢の印紙を貼用せしめる由である。故に再抗告人は事小なりと雖も全國的に一定するの必要を痛感する。以上の次第で原決定は民事訴訟法同法施行法及び民事訴訟用印紙法の規定に付き不當の解釋をした、と云ふに在る。

〔判旨〕 原審並に第一審裁判所の爲したる決定を取消し自判した。

「原審ハ主トシテ和解調書ノ効力ガ確定判決ト同一ノ効力ヲ有スル點ヨリ觀テ和解調書正本ノ送達申立ニ付テハ、民事訴訟用印紙法第六條ノ三五號ヲ類推適用スベキモノナル旨判示シタルモ、同號ニハ判決送達ノ申立ト明規シアリテ、其ノ規定ノ性質上當事者ノ不利益ニ之ヲ判決ニ非ザル和解調書ニ類推適用スルハ相當ナラズ。而シテ民事訴訟用印紙法ニハ和解調書正本ノ送達申立ニ付テハ規定スルトコロナキニ依リ結局該申立ニ付テハ同法第一〇條ヲ適用スルノ外ナキモノトス。然ラバ本件ニ付抗告人ガ山口地方裁判所下關支部昭和七年(ワ)第一九一號貸金請求事件ニ付昭和九年一月八日成立ノ和解調書ノ正本ヲ當事者雙方ヘ送達方申立ヲ爲スニ當リ申立書ニ収入印紙二五錢ヲ貼用シテ提出シタル以上裁判所書記ハ該申立ヲ受理シテ適當ノ處分ヲ爲スベキニ拘ラズ右申立書ニハ収入印紙一圓ヲ貼用スベキモノトシ不適法トシテ之ヲ却下シタルハ違法ニシテ從テ此ノ處分ヲ是認シタル同支部並ニ原審ノ決定ハ取消ヲ免レザルモノトス。」



〔評釋〕 和解調書正本の送達申立の貼用印紙を定むるについて大審院は民事訴訟用印紙法第一〇條に據るべきものとし、原審は同法第六條ノ三第五號を類推適用すべしとする。私は大審院の此の新判例に反對で寧ろ原審の見解を支持する。

抑、右のような問題を生じたる原因は、舊民法を改正し現行民法を制定するに際し、民訴二〇三條に於て裁判上の和解を調書に記載したるときは其の記載は確定判決と同一の效力を有すとの規定を創設し乍ら、和解調書正本の送達申立に貼用すべき印紙額について據るべき規定を民事訴訟用印紙法に挿入せざりしことに胚胎する。私は立法者の一つの遺漏たるを免れないと思ふ。然らば右の如き印紙法中の欠陥を解釋によつて補充するには何を基準とすべきであらうか。私は、(1)民事訴訟用印紙法に於て各種の申立を爲す當事者に印紙貼用を要求してゐるのは、當事者が國家機關の行爲を要求するについての報償として徴收する手数料であるといふこと (菊井・判民昭和八年度細野・要義一巻一七三頁、渡邊宗太郎・日本行政法下五二五頁、河本)、(2)民事訴訟用印紙法の建前として、先づ始めに民事訴訟法上の各種の申立について夫々個別の規定を設け、最後に其の第一〇條に於て「前數條ニ掲ゲザル申立、申出又ハ申請」について總てのものを残さず網羅する總括の規定を設けてゐるといふこと、從て同法第一〇條の適用は順序としては最後に位するもので之を適用する前に豫め當該申立が「前數條」の個別の規定に該當するや否やを審査するを要するといふこと、及び、(3)一般に法規の解釋として合理的な規範内容の發見に努めるといふこと、の三點が右の法欠缺補充の基準であると信ずる。

さて舊民法當時に於て、裁判上の和解について執行力あることは規定上明かであつたが (舊民訴五五九條第三號第四號、加藤・判批集

二卷一四頁、雅本・京)、既判力については規定存せざりし爲め、疑義を免れなかつた。有力なる學説は既判力を肯定せるに拘らず (雅本・京法六卷四號五九七頁、六卷八號一二二〇頁、山田・判例、大審院は之を否定し「裁判上ノ和解ナルモノハ夫ノ判決ニ於ケルガ如キ確定力ヲ有スルモノニモ非ズ又其ノ成立ト效力トハ調書ノ作成ヲ要件トスルモノニモ非ズ」(大決・大一三・八・二民集三卷四六六頁、加藤・判民大正一三年度九三事件、判批集二卷一〇八頁參照。その外、大判・明四三・三・三〇民集一六輯二六一頁、大六・九・一八民集二三輯一三四二頁、大一・七・八民集一巻三七六頁參照。因に判例は現行法の下に於ても既判力を否定してゐる。大)としてゐたのであつた。故に舊民法を改正し現行民法が第二〇三條を創設し和解調書に確定判決と同一の效力を認めたる以上、之が正本送達の申立についても民事訴訟用印紙法中に規定を設くるのが適當なる處置であつた。尤も立法者の意思は和解調書は判決の效力と同一の效力を有するから、その正本送達の申立は印紙法第六條ノ三第五號「判決送達ノ申立」を類推適用する考であつたと推測せられる節がないではない (長島森田五)。(一〇頁參照)。立法者意思が明確に表示された點は、單に「判決送達ノ申立」に關する右の印紙法第六條ノ三第五號は、「新民事訴訟法施行前裁判所書記が判決原本の交付を受けた場合」についてのみ適用せられるといふ過渡的意味を持つに過ぎなくなつた (民訴法施行法八條)といふことである。舊法に於ては判決の送達は當事者の申立を俟つこととしてゐた爲め訴訟の遅延を免れなかつたので、現行民法は訴訟の迅速なる終結をはかる爲め職權送達に改めたのであるが、現行民法の下に於て和解調書正本の送達は訴訟手續終了後の手續であつて、訴訟の終結を迅速ならしめるといふ公益に關するものでなく、之によつて強制執行を開始せしめるか否かは全く個人に任せられたる問題であるから、判決の送達と異なり、和解調書の正本送達は必ず當事者の申立によるべきものである (梶田・新民法の解釋運用に關する管見・法曹會雜誌七卷一二號三〇頁、長島)。(森田二三二頁、片山・判例を中心とした民事訴訟法の諸問題一巻一八八頁)。和解調書は既判力、執行力共に確定







シ、此ノ權能ニ基キ清算ノ結果初メテ殘餘財産トシテ特定額ノ分配ヲ受クベキ債權ヲ取得スルニ至ルモノトス。故ニ此ノ特定額ノ分配ヲ受クル債權ハ社員權タル持分ヲ基礎トシテ生ズルモ持分トハ別個ノ獨立セル權利ニシテ會社解散後ト雖此ノ兩者ヲ同一ナリト爲スヲ得ズ。從テ會社解散前社員ガ持分ヲ讓渡セズシテ將來清算ノ結果取得スベキ殘餘財産分配請求權全部ヲ將來ノ債權トシテ讓渡スルヲ妨ゲザルヤ論ヲ俟タズ。」

二「然レドモ將來ノ債權ニ付テモ讓渡契約ハ有效ニ之ヲ爲シ得ベク此ノ場合ニハ後日債權ガ讓渡人ニ付成立シタルトキ何等ノ行爲ヲ要セズシテ讓受人ニ移轉スルモノトス。而シテ債權讓渡ノ通知ハ讓渡行爲アリタル事實ノ通知ニシテ債權移轉ノ法律上ノ效果ヲ通知スルモノニ非ズ。從テ將來ノ債權ニ付讓渡契約アリタル場合ニハ債權成立前ト雖讓渡人ハ有效ニ讓渡ノ通知ヲ爲シ得ベク、此ノ通知ガ確定日附アル證書ヲ以テ爲サレタルトキハ之ニ依リテ讓受人ハ後日債權成立セバ其ノ債權ヲ取得シタルコトヲ債務者其ノ他ノ第三者ニ對抗シ得ベキ法律上ノ地位ヲ有スルニ至ルモノトス。」

〔評釋〕 一 判旨一の正當なことは言を俟たない。社員所持分権は謂はば一種の地位を表象するものであつて、これから派生する個々の債權とは全くその構造を異にする。その個々の債權がその根幹たる地位の持つ意義の大部分を占めてゐる場合にも、この理は異ならない。例へば今日株主權の主たる内容は利益配當請求權を以て外にないが、個々の配當請求權と株主權とは全くその性質を異にするのである。本件所持分と殘餘財産分配請求權との關係においても同様である。而して後者が債權としてその讓渡につき民法第四六七條の適用を受けるに反し、地位たる前者の讓渡については只會社の内部關係において商法第五九條(新商法第七三條)の制限をうけるに止まり何等對第三者の對抗要件を必要としないのである(判民昭和十二年度九六事件(有泉))。上告理由はこの區別を否定するもので到底採用し得ない。二 判旨二も正當。將來の債權もそれが同一性を認識し得る程度に具體的になれば、その讓渡も固より可能であ

つて、その際將來債權が発生したら讓渡すると云ふ風に構成すべきではなく、將來の債權そのものの讓渡と認むべきものである(大判昭和五・二・五、新聞三〇九三號九頁)。而してそれが個々の具體的な債權である限りその讓渡の對抗要件も民法第四六七條の適用を受くべきである。只それは現實の債權ではないから第四六八條ことにその第二項の適用に當つては債務者は「通知ヲ受クルマデ」ではなく「債權が現實に發生するまで」に讓渡人に對して生じた事由を以て讓受人に對抗し得ると解さなければならぬ。そうでないと債務者は極めて不利の地位におかれるであらう。延いては債權が讓渡されることによつて債務者がより不利な地位に立たないことを企圖する同條の趣旨が没却されることになる。上告理由の後半はその意味がよくわからないが或は右の點を主張したのかも知れない。判旨がこれまで言及してくれないのはやゝ深切が足りない感がある。

本件については近藤教授の贊成評釋がある(民商一卷六號一〇八一頁)。

(有泉亨)

一六五 手形當事者間の直接對抗事由——償還義務者相互の内部關係

商法四四〇條

昭和九年一〇月二三日民五部判決(昭九(オ)一三三六號)民集一三卷二四號二二七九頁

〔事實〕 X(原告、控訴人、被上告人)はY(被告、被控訴人、上告人)の振出した約束手形を訴外Aに裏書讓渡した。所が振出人Yは満期日に手形の支拂を拒絶したのでXは償還の請求を受け其れに應じて償還を爲し、仍てXは振出人Yに對して償還請求を爲したのが本件である。之れに對してYは本件手形の振出はXと共にBの金融の便を計る目的——選舉運動費調達之目的