530
24

0014411002

0014411-002

５３０－２４

判例民事法

民事法判例研究会・編

有斐閣

第１４，１９－２１巻（昭和９，１４－１６年度）

昭和１６－１９

ACE

530-24

納本

判例民事法

昭和十四年度

民事法判例研究會

加穗末田小勝我田菊鈴吾兼戒石福川山有内齋來豐野折四林磯二

上田　宮茂　崎田栖藤田　泉田　島井　井能子　妻木井中妻本　町谷　中弘耕　積藤嚴

英　千和　光良三秀力　武二　照通　光竹維誠　正操　太太　重正

治進衛夫豐衛之郎夫藏亨晟宜郎久孝一俊雄大二榮晃三郎郎遠治

帝國大學圖書

530
24

序

わが判例研究會も創立後既に滿十九年を經過した。本年中に早くも第二十卷を公刊しようとしてゐる。大正十年本會が、穗積、末弘、東、我妻、平野、中川、田中(誠)の會員を以て創立せられわが法律學に一つの劃期的な精神を注入した當時と、わが法學界において判例研究熱が漲つてゐる現在とを比較するとき、我々は本會が法學界において果した役割の少からざるを知ると共に、甚だ欣快に堪へないものがある。だが、わが國の現時の判例研究の狀態について我々は何等反省すべきものをもたぬと言ひ得るであらうか。判例研究の目的と方法については既に本會創立以來、本會が特に留意して自ら反省し又學界に對し反省を促すところがあつた。しかし、我々は今依然としてその趣旨をこゝに繰返し自他共に反省の機緣とする必要が必しもない譯ではないと考へるのである。

判決は、單なる三段論法により法規から演繹された結論でないことはもはやこゝに言ふをまたない自明の理である。それは、法規の下において具體的事件につき與へられる具體的解決である。實質においては判決は具體的事件に對する具體的規範の創造である。我々にとつて問題となるのはまづこの具體的規範としての判決である。卽ち、具體的にその事件に與へられた實質的解決である。

裁判規範としての、法の生ける現實の一つは、この具體的な解決の中にあるのであり、この意味における判例の全體が我國において現に妥當してゐる法の一つに外ならぬのであり、又法生活の發展變遷もその如實の姿をこゝにうつすのである。判例研究の第一の目的は、判決の實質的解決がどの點にあるかを明かにし、判決の表明する抽象的理論の中から所謂傍論を區別し排除することにあるのであることは、くりかへし本會が今まで述べてきた所であつた。だが我々が一たびたとへば不法行爲の判例法に眼をむけるとき、民法典の不法行爲法の下における具體的內容はなほ未だ十分に明かにされてゐないことを認めないわけにはゆかない。所謂「權利侵害」や「過失」の內容について、慰藉料や、財產損害額の算定について、我々は判決の示す抽象的な formula を明かにしてはゐても、その具體的な法の現實については未だ研究さるべきものを少からず殘してゐるのであることは末弘博士がさきに烱眼にも警告された所であつた。經濟生活の、文化の、そして法意識の發展は、かやうな判決の具體的な（時には計數的な）內容の中に反映し又そこでのみよく把握せられ得るのである。判決の中に示される所謂「法律構成」「理論構成」は、かやうな實質的解決に奉仕する技術にすぎない。それは本來、「手段」にすぎないのであり、法の本體はそれが目ざすところの目的たる實質的解決そのものにあるのであることは、具體的規範たる判決についてのみでなく、抽象的規範たる法規そのものについても何等異るところはない。だが、それはやはりこの實質的解決を

實現する合理的な「手段」としての重要性を有する。それは技術的な現行法の體系の中に矛盾なく當該の具體的規範を編入するためだけではない。判決における構成は本來「手段」であるにもかゝはらずその「言葉」その「概念」はそれ自身獨立に作用する契機をその中に包藏して居り、それが本來奉仕した目的とはなれて獨自の解決に導く可能性をもつからである。その故にこそ、我々は判決の中において傍論を指摘し又その實體をなす部分の「構成」についても批判分析を怠ることはできない。かくして我々の分析批判の第一の目的はその論理的操作そのものではなくして、その奉仕する目的たる「實質的解決」と、これを容れる器としての「技術」とに存するのであることを看過してはならないと考へる。

わが學界近時の判例研究の旺盛さは就中わが學界の學者の數、その業績との比例からいつて、恐らく外國にもその比を見ぬであらう。學界のこの努力を少しでも無益に終らせないために、我々は判例研究の正しい方向を目ざして互に勵みあはねばならない。正しい判例研究のみが、日本法の生ける現實を把握することを得るのであり、更にかゝる基礎の上にたつてはじめて『將來發生すべき具體的事件が裁判上如何に裁斷せらるべきかに付き「豫言」を爲すに必要なる智識を與ふる』ことを得るのである（末弘博士・民法雜記帳（五三）「判例の法源性と判例の研究」時報一三卷三號二七八頁）。我々は、この既に自明の理である所のことをこゝに再言して自ら反省し、我々の研究を更に進めることを期待する次第である。

終りに大審院判例集編纂者に一言我々の希望を申上げたい。判例集が編纂者の御盡力により數多くの重要判例を選擇掲載し我々の研究に多大の援助を與へられてゐることに對し、我々は感謝の意を表する。だが、こゝに一つ特に遺憾なことは、最近「要旨」として各判決の冒頭に掲げらるゝものが判決の實質に卽しなかつたり、甚しきは判決中の全くの傍論に屬するもの、判決文中になきものを掲載したりする例が決して少くないことである。それが「要旨」として特に掲記されてゐる丈けに、讀者をあやまるおそれがあることは言ふをまたない。我々はその都度、評釋中にこれを指摘し注意することを怠らぬやうに努めてきた。判例集編纂者は、判例集の重大なる使命と權威とにかんがみ判例集のかくの如き不名譽を回復せられんことを切に希望する。

昭和十六年三月

凡例

一　本書は東京帝國大學民商法竝に民事訴訟法研究室の諸員を中心として成立つた民事法判例研究會が、昭和一四年度大審院判例集（第一八卷）に登載された一切の民商事竝に民事訴訟關係の判決を檢討批判したものを集錄したものである。初め法學協會雜誌第五七卷第七號以下第五八卷第五號迄に掲載された。本書はそれに若干の修正を加へて纒めたものである。

二　事件番號は大審院判例集中その順序を逐ひ、民商法及び民事訴訟法に關係あるものとして、本會が逐次的に研究して行つた順序を示す。內容みだしは、判例集作成者の謂ゆる「判示事項」によつたものでなく、事案の具體的事實について、判決が直接に言明した「具體的判斷」をアブリビエートしたものである。此の點に於て、本書は第一に、判決の「具體性」を特に顧慮し、その不當な抽象化を警めてゐる。

三　第二に、本書は判決の「箇別性」を重視する。箇別的一回的生起の具體的事案に解決を與へんとするのが判決の任務であるから、「具體的事實」をよく探求し、それの解決を「判旨」として掲げた。であるから、事實はなるべく詳細にしるし、「判旨」も判例集作成者の「判決要旨」と稱する

ものとは必ずしも同一ではない。

四　第三に、本書は判決の評釋を試みてゐる。その評釋といふのは、從來の「判例批評」が判決の結論に至る形式論理的推度の誤れるもののみを指摘するに止まつた方法を排斥して、判決が實際上の問題を解決する作用を考慮に入れ、しかも、その結論を演繹して來るべき論理的方法竝に概念構成の方法を批判し釋明しようといふのである。

五　第四に、本書は判決の組織的研究を試みてゐる。當該判決と他の判決とを比照し、その一致と差異とを明かにし、散亂したる多數の判決の間に、該判決の適當な地位を定め、しかも、そこに規範に關して、一の理論を創造し、少くとも、事實として判例の趨勢を指摘することに努めてゐる。かくして、本書は判例の彙類とその進歩とを綜合しようとし、この努力が判例法に自覺の焦點を與へんことを期待する。

六　第五に、本書は諸學者の學說を引用してゐる。當該の問題につき既に爲された學者の精確な論究、學說としての通說が、いかになつてゐるかを考へることによつて、判例に內在する合理性を純化せんとするのである。かくして本書は、成立する判例が學說の上から批判されつつ合理的にその發達を進めると共に、また適當に改廢されてゆかねばならぬこと、いひかへると、學說の判例に對する價値批評をも參照してゐる。

七　目次は判決の內容に從つて、民商法民事訴訟法及び關係諸法の編・節・款順に組織し、各關係法條の中に按配した。蓋し、判決も亦法規の適用である以上は、論理的には各法條の解釋になるからである。けれども法の欠缺が判例法の活躍を促してゐる場合には、特別のサブジェクトの中に包括してゐる。判決、決定の月日竝に判例集の追ひ頁と本書の番號竝に擔當者との對照表及び事件番號順による同樣の對照表は卷末に出してある。

八　なほ、本書に於て研究されてある昭和一四年度判決以後に諸學者のなした批評乃至論文も適宜に引用して置いた。

判例民事法目次

民法

第一編　總則

第一章　人

第二節　能力

一四條

○(1)訴訟中に妻となつた當事者の訴訟能力……八四（兼子）……三一六

(2)妻の訴訟能力と財産管理權との關係……八四（兼子）……三一八

第四節　失踪

二八條

○裁判所の許可なき行爲は代理權超越の行爲（判旨）―贊……八二（四宮）……三〇八

五七條

○株式會社には本條の適用なく、商一七六條又は一八五條に依るべきである（判旨）―贊……四四（鈴木）……一六二

第二章　法人

第二節　法人の管理

七八條

○(1)法人の清算と辨濟期未到來の債務――解散と同時に辨濟期到來す（判旨）……三〇（戒能）……一〇〇

(2)商法九一條ノ二は民法上の法人にも準用せられるか――その根據――同條の合理性……三〇（戒能）……一〇一

第三節　法人の解散

第三章　物

八五條

○火葬後の遺灰中に殘存する金齒屑の所有權……番外（穗積）……四〇七

第四章　法律行爲

第一節　總　則

九〇條
○更に高價の競買申出を爲さゞることの對價として談合の示談金の支拂を約する契約は本條に反して無效(判旨)—贊……七九(吾妻)……二九九
○(1)第三者に對し或訴を取下げない旨を約するもかかる契約は常に無效である(判旨)—反……八一(兼子)……三〇五
(2)かかる契約は當然に公序良俗に反すると認める根據なし……八一(兼子)……三〇八

九二條
○協議費の名を以て膨大なる費用を賦課徵收する慣習は公の秩序に反して無效(判旨)……六二(吾妻)……二三六

第二節　意思表示

九三條
○(1)相手方代理人と通謀して相手方を欺罔せんとする假裝行爲は心裡留保となる(判旨)……九三(磯田)……三五〇
(2)本條但書の活用……九三(磯田)……三五四

九四條
○(1)消費貸借の要物性と假裝行爲……九三(磯田)……三五二
(2)相手方代理人と通謀してなした虛僞表示——心裡留保との關係……九三(磯田)……三五〇
○借地權移轉の假裝行爲と本條第二項——所有者は善意でも民第六一二條の解除權なし(判旨)……九七(戒能)……三六七

九五條
○(1)處分權なきにかゝはらずこれ有りと信じて爲したる處分行爲は本條によつて無效となり得る……五五(川島)……二〇三
(2)表意者に重大過失あるときは、その相手方と表意者の特定承繼人との間においても法律行爲は有效となる……五五(川島)……二〇三

第三節　代　理

九九條
○管理權なき者の代理權授與の意味……八二(四宮)……三〇八
○相手方と通謀して本人を欺罔(通謀虛僞表示)せんとした代理人の地位——代理人といふを得ず、意思表示の傳達機關にすぎず(判旨)……九三(磯田)……三五〇

一〇一條一項
○(1)本條の立法趣旨……九三(磯田)……三五三
(2)代理人が相手方と通謀して虛僞表示をなした場合に相手方は本項を援用し得るか……九三(磯田)……三五〇

一〇一條二項
○(1)商法三九九條ノ二、二項に所謂「保險者が解除原因を知りたる時」と保險契約を締結した生命保險會社の支店長の地位……一三(石井)……四四
(2)支店長の知了を以て保險會社の知了とみるべし(判旨)—贊……一三(石井)……四五

一〇八條
○本條と民法八八八條との關係……一四(來栖)……四八
○當事者の一方の代理人たる辯護士が相手方の代理人を選任して爲した裁判上の和解の效力……六一(兼子)……二三四

一一一條
○代理權消滅の效果の特別の場合(不當利得との關係)……四(磯田)……一一

一一一條二項
○判旨は簡單に本項の適用を認めるが、無造作に斯く解することは問題……四(磯田)……九

一一三條
○無權代理の追認と追完……八二(四宮)……三〇八

第四節　無效及び取消

一二一條
○但書の「現ニ利益ヲ受クル」ことの舉證責任
(1)浪費者たる準禁治產者の場合には償還請求者が舉證責任を負ふ(判旨)……七三(磯田)……二八〇
(2)不當利得の一般の場合(七〇三條の「利益現存」)との關係……七三(磯田)……二八一

第六章　時　效

第一節　總　則

一四五條
○本條に所謂「援用」の意義……二五(兼子)……八五
○時效の援用には時效期間を明示するを要せず、裁判所は當事者の援用する時效期間に拘束されない(判旨)—贊……九四(川島)……三五六

一四六條
○消滅時效完成後債務減額の申出を爲すは時效利益の拋棄となるか……一〇(四宮)……三四

一四七條
○債權者が債務者の提起する債權不存在確認訴訟に應訴して勝訴することは時效中斷の事由となる(判旨)—贊……一六(我妻)……五五

第二節　取得時效

一六三條
○地役權の時效取得と登記との關係……五九(我妻)……二二二

第二編　物　權

第一章　總　則

一七七條

○未登記建物讓渡人に對する强制競賣において建物を競落せる者は本條の「第三者」として登記を有せざる建物讓受人に對抗し得る(判旨)……四三(磯田)……一五九

○不動產賣買契約解除に因る物權復歸につき本條の適用あり(判旨)—贊……五二(內田)……一九一

○地役權の時效取得者は時效完成後取得登記以前に承役地所有權の取得登記を爲した者に對して地役權を主張し得るか……五九(我妻)……二二二

○建物新築の場合の對抗要件……九九(內田)……三七六

○被相續人の設定した抵當權に基き限定相續後登記を取得するも、相續債權者、受遺者に對抗しえず(判旨)—贊……一〇一(四宮)……三八五

第二章　占有權

第二節　占有權の效力

一九二條

○(1)本條による所有權取得と不當利得(「法律上ノ原因」)……四(磯田)……一四

(2)占有を有せざる相手方を占有者と信じて動產を讓受けた者が保護されるか否かは本條の問題ではない……四(磯田)……一五

第四章　地上權

二六六條

○法定地上權の地代指定の判決に依る地代額確定の前後を通じ二年以上繼續して地代を支拂はざるときは地上權の消滅を請求することを得(判旨)—贊……六五(來栖)……二五〇

第五章　永小作權

二七六條

○法定地上權の地代指定の判決に依る地代額確定の前後を通じ二年以上繼續して地代を支拂はざるときは地上權の消滅を請求することを得(判旨)—贊……六五(來栖)……二五〇

第六章　地役權

二八三條

○引水地役權の時效取得と登記との關係……五九(我妻)……二二二

第十章　抵當權

○假登記抵當權者と目的物の競賣又は公賣處分……七五(戒能)……二八七

(イ)假登記權利者は競落人に對して本登記に協力せしめ得ない……七五(戒能)……二八七

(ロ)但し先順位者の債務を辨濟した殘額は假登記抵當債務の限度に於て供託すべし……七五(戒能)……二八八

(ハ)假登記抵當權者は本登記に必要なる要件の整つたとき供託金から辨濟を受ける……七五(戒能)……二八九

(ニ)前記諸理論に反し供託がなされざりしときは假登記抵當權者は本登記の要件整ひしとき辨濟を受けたる後順位抵當權者若くは債務者から其の返還を受ける……七五(戒能)……二八九

(ホ)右に對する反對說——假登記抵當權者は競賣又は公賣開始の通知を受くるに止るとする見解……七五(戒能)……二八九

第一節　總　則

三七一條

○(1)本條により抵當權が果實に及ぶ爲には果實が抵當不動產と一體を爲す事を要するか……一〇三(野田)……三九九

(2)本條により抵當權が果實に及びたる以後に於いて其の管理權は何人に屬するか……一〇三(野田)……三九八

第二節　抵當權の效力

○抵當權の效力として其の設定後は債務者は抵當不動產の賃料前拂を抵當權者に對抗し得ぬ……六六(野田)……二五六

三七八條

○(1)第三取得者が提供金額の拂渡乃至供託を遲滯せる時は滌除の申出は效力を失ふ(判旨)—贊……一〇〇(福井)……三七八

(2)抵當權者は第三取得者に對し提供金額の拂渡乃至供託を强要することを得ず(判旨)—反……一〇〇(福井)……三七八

三八一條

○抵當權實行の通知と增加競賣——本條の通知は增加競賣請求の要件にあらず(判旨)—贊……一(山田)……一

三八四條

○民法三八一條の通知は增加競賣請求の要件にあらず(判旨)—贊……一(山田)……一

三八八條

○土地と建物と所有者を同じうする際設定せられた建物抵當權の存在する場合、異にする際設定せられた建物抵當權に基いて競賣の行はれた場合にも、法定地上權が發生する(判旨)—贊……五四(四宮)……一九九

○法定地上權者たる建物所有者が單に假登記を有するにすぎざる間に本登記を有する建物所有者を生じたる時は、後に假登記が本登記となりたる場合、何人が中間期間の地代支拂義務者なるか……九一(野田)……三四三

○土地所有者が土地に對する抵當權設定後に地上建物の保存登記をなした場合にも、法定地上權を認むべし(判旨)—贊

……九九（内田）……三七四

三八八條但書

○法定地上權の地代未定期間と民法二六六條を以て地上權に準用される二七六條に所謂「引續き二年以上」支拂を怠ることに依る地上權消滅請求權との關係…六五（來栖）……二五〇

三九五條

○(1)本條と建物保護法及び借家法——建物保護法又は借家法第一條によつて第三者に對抗し得る賃借權は本條の保護を受けるか……七一（戒能）……二七二

(2)本條と第六〇二條の期間を越ゆる長期賃借權

(イ)無效說（判旨）……七一（戒能）……二七一

(ロ)第六〇二條の期間内に減縮せられると解する說……七一（戒能）……二七二

(ハ)殘期について本條を適用すべしとする學說……七一（戒能）……二七三

(ニ)期間の定なき賃貸借と解する說（私見）……七一（戒能）……二七三

(3)本條の性格——抵當權の本體との關係……七一（戒能）……二七三

第三編　債　權

第一章　總　則

第一節　債權の目的

四一一條

○(1)選擇の遡及效の意義——本條は四一〇條二項の場合に選擇權を行使しうることを明確にしたものにすぎぬ

(2)四一一條但書の適用せられる場合は皆無である……六七（四宮）……二五七

第二節　債權の效力

四二二條

○發起人が株式引受人に全部の賠償を爲したとき株式引受人の殘餘財産分配請求權に付き代位す（判旨）—贊……一〇二（田中誠）……三九二

四二三條

○(1)債權者が代位權に基き債務者の權利の行使に着手した以上債務者は自ら其の權利を處分し得ぬに至る（判旨）—贊……三八（兼子）……一三四

(2)債權者が代位權に基き債務者の權利に付て訴を提起した後は債務者は自ら其の權利に付て訴訟を爲し得ない（判旨）—贊……三八（兼子）……一三四

(3)代位權に基き債權者の爲す訴訟は實質上債務者の爲にするもので、隨つて判決の效力は勝敗に拘らず債務者に及ぶ……三八（兼子）……一三四

第三節　多數當事者の債權

第三款　連帶債務

四四二條二項

○「避クルコトヲ得ザリシ費用其他ノ損害」

(イ)「避クルコトヲ得」ずの標準

(ロ)督促費用、差押費用を含むか

(ハ)辨濟のため抵當權を設定した場合、その登記費用を含むか

(ニ)「費用其他ノ損害」には何時から利息を附すべきか……三九（四宮）……一三九

第四款　保證債務

四四六條

○賃借人の爲保證をなしたる者は、保證契約締結後相當期間が經過し、且賃借人の繼續せる賃料延滯或はその著しき財産惡化等の事情があるに拘らず猶賃貸借が繼續せられる場合には、一方的に保證契約を解除しうるものとす（判旨）—贊……二三（折茂）……七八

四五六條

○數人の身元保證人の債務と商二七三條二項との關係……一〇五（鈴木）……四〇六

四六四條

○本條の類推適用——利害關係なき第三者が連帶債務者の一人の意思に反せざるも他の連帶債務者の意思に反して辨濟を爲したる場合、辨濟者は本條の類推適用により他の連帶債務者に對して直接求償しうるか……七四（四宮）……二八三

第五節　債權の消滅

第一款　辨　濟

四七四條二項

○(1)利害關係なき第三者が連帶債務者の一人の意思に反せざるも他の連帶債務者の意思に反して爲したる辨濟の效力……七四（四宮）……二八三

(2)本條項の意義……七四（四宮）……二八三

(3)民法四六四條の類推適用と本條項…七四（四宮）……二八三

四八四條

○履行場所以外に於ける少額の金員の辨濟提供は債權者の不利益とならざる限り有效（判旨）—贊…一七（勝本）……五八

第二款　相　殺

五〇五條

○同一不動産上に他の抵當債權者存せざる時は滌除權者は抵當權者に對する債權を以て提供金額支拂債務と相殺を爲すことを得（判旨）—贊……一〇〇（福井）……三七八

五一一條

○(1)本條により差押中に相殺しうるには差押前の相殺適狀を必要とするか
(2)物又は金錢を目的物とする選擇債權の債務者が該債權に對する差押命令により支拂の差止を受けた場合、選擇權を行使してこれを金錢債務とし、差押以前より有する、債權者に對する金錢債權を以てする相殺は差押債權者にこれを對抗しうるか……六七（四宮）……二五七

第二章　契　約

第一節　總　則

第三款　契約の解除

五四一條
○組合の性質を有する無盡講の解除には本條以下の規定は適用なし（判旨）……四六（吾妻）……一七三
五四五條
○解除權は一回の行使によつて消滅するものであるか……五二（内田）……一九二

第三節　賣　買

第二款　賣買の效力

五六五條
○競賣に於いて不動產の坪數が公示せられたとしても其丈けでは本條に所謂數量指示の賣買ではない（判旨）—反……五七（野田）……二一四
五六八條
○競賣に於いて公示された不動產の坪數が實測坪數に不足する時は競落人は本條により瑕疵擔保の責任を問ひ得る……五七（野田）……二一五
○債務者以外の者の動產の强制競賣の場合には、本條の適用なき場合が多い……六八（川島）……二六二
五七六條
○賣主が民法五七八條によつて代金供託の請求をなしたるに不拘買主が供託をなさゞる時は買主は代金支拂拒絕權を行使し得ない（判旨）—贊……二九（野田）……九六

第七節　賃貸借

第二款　賃貸借の效力

六〇八條一項
○賃借物につき必要費を支出した賃借人は新取得者にその償還を請求し得、之に基き留置權を主張し得る（判旨）—結果贊……三三（林）……一一三
六一二條
○(1)借地權移轉の假裝行爲と本條の適用——賃貸人に解除權ありや……九七（戒能）……三六七
(2)本條の解釋と其の歸結點——實質上賃借權の讓渡轉貸によつて賃貸人に不利なき場合と解除權……九七（戒能）……三六八
六一二條二項
○本規定による土地賃貸借の解除あるも、それ以前に建物を取得した第三者の借地法一〇條による買取請求權は消滅しない（判旨）—贊……六〇（林）……二二六

第八節　雇　傭

六二三條
○委任と雇傭との限界——私立學校の校主と校長との間の法律關係……九〇
六二八條
○本條を特約によりて排除し得るか……二七（川島）……九〇

第十節　委　任

六四三條
○委任と雇傭との限界——私立學校の校主と校長との間の法律關係……二七（川島）……九〇
六五一條
○委任解除事由を限定する特約ある場合にも「已ムコトヲ得ザル事由」があれば告知し得る……二七（川島）……九〇
六五三條
○委任事務の結了（或は消滅）による委任の終了……四（磯田）……九
六五五條
○第三者から委任終了を主張された場合にはその終了を知らない當事者も本條による保護を受けえない——ドイツ法との比較……四（磯田）……一二

第十二節　組　合

○無盡講の掛返債務——講世話人の取立權限……三〇（戒能）……一〇二
○(1)無盡講——組合の性質を有する無盡講には民五四一條以下の規定は適用なし（判旨）……四六（吾妻）……一七三
(2)無盡講の解除と民六七八條二項に所謂「已ムコトヲ得ザル事由」による脫退……四六（吾妻）……一七四
六七八條
○無盡講の解除と本條二項に所謂「已ムコトヲ得ザル事由」による脫退……四六（吾妻）……一七四

第四章　不當利得

七〇三條
○(1)卽時取得は「法律上ノ原因」であるか……四（磯田）……一四
(2)代理權の存續・消滅と不當利得……四（磯田）……一一
○債務者以外の者の所有する不動產を强制競賣したる場合に、その所有者は配當をうけた債權者に對し配當の返還を請求

し得ず(判旨)……六八(川島)……二六二
○本條の「利益現存」の舉證責任は返還義務者にありとすること、判例であるが、一二一條但書の「現ニ利益ヲ受クル」ことの舉證責任については、返還義務者が浪費者たる準禁治産者の場合、反對に解する(判旨)……七三(磯田)……二八一
○緣組の豫約によつて幼年の子を養育した事實上の養父は緣組成立せざる場合にも實父に對して不當利得返還請求權なし(判旨)—贊……一〇四(我妻)……四〇〇

第五章　不法行爲

七一五條
○(1)本條の「被用者ガ其事業ノ執行ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害」の意義……九〇(末弘)……三三七
(2)有價證券の保護預事務を擔當する銀行員が其保管する記名株式を私用に流用した場合に於ける銀行の責任……九〇(末弘)……三三七

第四編　親　族

第二章　戸主及び家族

第一節　總　則

七四四條
○法定推定家督相續人を他家の家督相續人に選定する親族會の決議は有效なり(判旨)—贊……七七(我妻)……二九二

第四章　親　子

第一節　實　子

第二款　庶子及び私生子

八三二條
○養子の地位は本條但書に依り保護せられる(判旨)—贊……六(二上)……一九

八三五條
○民訴法二三七條二項は認知の訴にも適用がある(判旨)—疑問……三七(來栖)……一三一

第二節　養　子

第一款　緣組の要件

八三九條
○養子緣組後養親が私生子男を認知するも、該緣組は本條違反とならぬ(判旨)—贊……六(二上)……一九

八四一條
○(1)第三者が夫婦養子緣組の無效の訴を提起するには養親及び養子たる夫婦を共同被告と爲すことを要する(判旨)—反……五六(兼子)……二〇九
(2)夫婦養子の場合でも其の緣組の無效原因は各別に判定すべきである……五六(兼子)……二一〇
(3)夫婦の一方に付緣組無效の判決が確定すれば、他の一方は民法第八五六條に依り緣組の取消を請求し得る……五六(兼子)……二一〇

八四三條
○父母の代諾に依る緣組の豫約は養子たるべき者が十五歳以上になりたる後その者を拘束することなし(判旨)—反……一〇四(我妻)……四〇〇

第二款　緣組の無效及び取消

八五四條
○養子緣組後養子が私生子男を認知するも該緣組は民八三九條違反として取消され得ぬ(判旨)—贊……六(二上)……一九

第三款　緣組の效力

八六〇條
○養子の「嫡出子タル身分」は緣組後爲された養親の私生子認知に因り害され得ぬ(判旨)—贊……六(二上)……一九

第五章　親　權

第二節　親權の效力

八八八條
○(1)親權者が其の未成年の子女に單純贈與を爲すには其の子女の爲特別代理人を選任することを要せず(判旨)—贊……一四(來栖)……四八
(2)本條と民法一〇八條との關係……一四(來栖)……四八

第七章　親族會

九四九條
○(1)未成年者の爲めの親族會は、その者が養父たる親權者を有するに至れば當然解散する(判旨)……七八(穗積)……二九五
(2)本條は無能力者が同一の家に在る間を限つて適用せらるべきものである……七八(穗積)……二九八

九五一條
○(1)本條の訴の被告適格——決議當時の親族會員を被告とすべし……三一(兼子)……一〇七
(2)本訴訟中被告たる親族會員の一人が死亡しても殘餘の者で訴訟を追行し得る……三一(兼子)……一〇六

第五編　相　續

第一章　家督相續

第二節　家督相續人

九八五條
○本條一、二項の順位を變更し他人を家督相續人に選定する

ことの許可の申請を却下した裁判に對して申請者は非訟法二〇條二項に依り抗告を爲し得る(判旨)—贊……四七(來栖)……一七六
○他家の法定推定家督相續人を選定せる親族會の決議は有效(判旨)—贊……七七(我妻)……二九二

第三節　家督相續の效力

九八七條
○本條により選任せられたる遺産管理人の處分行爲の效力—裁判所の許可を得ざるも確定前の相續人の同意を得たる場合……八二(四宮)……三〇八
九八八條
○財産留保契約
(イ)財産留保契約は有效……四〇(有泉)……一四八
(ロ)但し第三者に對する關係では確定日附を要す……四〇(有泉)……一四九
(ハ)財産留保と一七七條(その他の對抗要件)との關係……四〇(有泉)……一四九

第三章　相續の承認及び抛棄

第二節　承　認

第二款　限定承認

一〇二五條
○(1)被相續人の設定した抵當權に基き限定相續人に登記を請求しうるか……一〇一(四宮)……三八五
(2)限定相續人の地位……一〇一(四宮)……三八五
一〇三一條
○被相續人の設定した抵當權に基く登記の請求に限定相續人が應ずるのは、本條に該當するか…一〇一(四宮)……三八五

第六章　遺　言

第一節　總　則

一〇六四條
○受遺者の選定及遺贈額の割當を第三者に一任したる遺贈は無效なり(判旨)—疑問……七二(來栖)……二七五

商　法

第一編　總　則

第三章　商業登記

一二條(改商一二條)
○合名會社の退社員の責任には本條の適用なく相手方の善意惡意を問はない(判旨)—反……五(豐崎)……一五

第二編　會　社

第二章　合名會社

第三節　會社の外部の關係

六三條(改商八〇條)
○破産終結の登記後に發生した會社の手形利得償還義務と社員の責任……九(鈴木)……三〇
——(改商八一條)
○無盡會社取締役の責任についての本條の準用……六九(有泉)……二六五

第四節　社員の退社

七三條一項(改商九三條一項)
○合名會社の退社員の責任には商法一二條の適用なく、相手方の善意惡意を問はない(判旨)—反……五(豐崎)……一五

第六節　清　算

九一條ノ二(改商一二五條)
○本條に對する評價——本條は「甚だ無理な政策的規定」か—法人一般の理論としての妥當性……三〇(戒能)……一〇二
一〇三條(改商一四五條)
○破産終結の登記後に發生した會社の手形利得償還義務と社員の責任……九(鈴木)……三〇

第四章　株式會社

第一節　設　立

一二六條(改商一七五條)
○(1)發起人の署名なく從つて定款作成前の株式引受は無效(判旨)……五八(石井)……二一八
(2)この瑕疵は株主が株主權を行使したことのみによつては補完し得ぬ(判旨)……五八(石井)……二一九
一四二條ノ二(改商一九三條)
○(1)株式引受人の發起人に對する賠償請求權と清算(準清算を含む)未終了……一〇二(田中誠)……三九二
(2)第二項の第三者中に株主又は株式引受人を含むか……一〇二(田中誠)……三九二
(3)設立無效に基く株式引受人の損害額の算定……一〇二(田中誠)……三九二
一四二條ノ三(改商一九四條)
○株式會社の發起人が會社設立に要する費用を支辨する爲他より金圓の借入を爲す行爲は本條第一項に該當せず(判旨)—反……三二(豐崎)……一〇八

第三節　會社の機關

第一款　株主總會

—(改商二四五條一項一號)
○營業全部讓渡の決議の效力……六四(鈴木)……二四九

第二款　取締役

一七〇條(改商二六一條)
○破產手續中の株式會社に對する組織變更無效の訴は取締役により代表せられる會社を相手方とすべきである(判旨)—贊……三四(石井)……一二一

一七六條(改商二六五條)
○株式會社には民五七條の適用なく、本條又は商一八五條に依るべきである(判旨)—贊……四四(鈴木)……一六二

第三款　監査役

一八五條(改商二七七條)
○(1)株式會社には民五七條の適用なく、本條又は商一七六條に依るべきである(判旨)—贊……四四(鈴木)……一六二
(2)本條の適用範圍……四四(鈴木)……一六五

第六節　定款の變更

二二〇條ノ二(改商三七七條一項)
○(1)差押中の株券に付て本條に依る提供の催告のあつた場合の執達吏の採るべき處置……八(兼子)……二六
(2)執達吏が本條に依り株券を提供して新株券の交付を受ければ、差押の效力は新株券に付て持續する(判旨)—贊……八(兼子)……二八

第七節　解　散

二二一條二號(改商四〇四條三號參照)
○營業全部の讓渡と解散との關係……六四(鈴木)……二四九

第八節　清　算

二三二條(改商四二八條)
○(1)破產手續は設立無效の訴により影響を受けず(判旨)—贊……三四(石井)……一二一
(2)破產手續中の株式會社に更に設立無效の訴を提起し得る(判旨)—反……三四(石井)……一二一

第三編　商行爲

第一章　總　則

二六五條(改商五〇三條)
○準備的商行爲の例……九四(川島)……三五八

二七三條(改商五一一條)
○(1)第二項後段の「保證ガ商行爲」とは保證が保證人にとり商行爲なる場合のみならず、債權者にとり商行爲性を有する場合をも包含する(判旨)—反…一〇五(鈴木)……四〇四

(2)身元保證契約も右に所謂商行爲と目すべきである(判旨)—反……一〇五(鈴木)……四〇四

第八章　運送營業

三三一條(改商五六九條)
○乘合自動車會社の任意解散と回數乘車券所持人の地位……七(石井)……二二

第九章　寄　託

第二節　倉庫營業

三六二條(改商六〇二條)
○倉荷證券に表示せる受寄物の相違と免責文句の記載の效力……五〇(小町谷)……一八三

三八三條ノ二第二項(改商六二七條二項)
○(1)倉荷證券の受寄物の記載に對する免責文句は受寄物の點檢容易なるときは其效力なし(判旨)—贊……五〇(小町谷)……一八三
(2)免責約款の效力を認める根據……五〇(小町谷)……一八五
(3)內味不擔保約款の效力の範圍……五〇(小町谷)……一八六
(4)判旨は船荷證券條約の規定と合致す……五〇(小町谷)……一八七
(5)倉庫營業者には原則として受寄物の點檢義務なし……五〇(小町谷)……一八七

第十章　保　險

第一節　損害保險

第一款　總　則

三九九條ノ二(改商六四四條)
○(1)商法三九九條ノ二、二項に所謂「保險者ガ解除ノ原因ヲ知リタル時」と保險契約を締結した生命保險會社の支店長の地位……一三(石井)……四四
(2)支店長の知了を以て保險者の知了とみるべし(判旨)—贊……一三(石井)……四五

第四編　手　形

第一章　總　則

四四四條
○破產終結の登記後に發生した合資會社の手形利得償還義務と社員の責任……九(鈴木)……三〇

商法施行法

四一條
○(1)舊商法による合資會社を株式會社に組織變更する場合に

公告手續違法なるときは組織變更は無效(判旨)—贊……三四(石井)……一一八
(2)破產手續は設立無效の訴により影響を受けず(判旨)—贊……三四(石井)……一二〇

手形法

附　則

八五條
○破產終結の登記後に發生した合資會社の手形利得償還義務と社員の責任……九(鈴木)……三〇

民事訴訟法

第一編　總　則

第二章　當事者

第一節　當事者能力及訴訟能力

五〇條
○(1)妻たる身分取得前に提起したる訴又は上訴に付ては、訴訟中に妻となつた場合も、當該審級に關する限り、夫の許可を要せずに本條第二項に定める行爲以外の一切の訴訟行爲を爲し得る(判旨)—贊……八四(兼子)……三一六
(2)妻の訴訟能力と財產管理權との關係……八四(兼子)……三一八

第二節　共同訴訟

六二條
○(1)固有必要的共同訴訟に於ては、共同被告の一人が本案の辯論を爲した以上全員の同意がなければ原告は訴を取下げ得ない(判旨)—贊……三一(兼子)……一〇四
(2)共同被告の一人が期日に闕席して居れば出頭した他の被告が訴の取下に同意しても、全員の同意があつたことにはならない(判旨)—贊……三一(兼子)……一〇四
(3)固有必要的共同訴訟に於ては共同訴訟人の一人に付ての訴の一部取下は認められない……三一(兼子)……一〇四

第四節　訴訟代理人及輔佐人

○訴訟代理人が再審事由の存在を知つて居れば當事者が知つて居たこととなる(判旨)—贊……七〇(兼子)……二六九

第三章　訴訟費用

第一節　訴訟費用の負擔

一〇四條
○訴訟が第二審裁判所に於て取下によりて完結したときは同裁判所が訴訟費用の額を定め且つ負擔を命ずる裁判をなす……三六(菊井)……一二五

第四章　訴訟手續

第一節　口頭辯論

一四一條
○訴訟手續中斷中に爲された訴訟行爲と責問權の喪失……七〇(兼子)……二六八
○呼出の違法と責問權の喪失……七六(兼子)……二九〇

第三節　送　達

一七〇條
○(1)受託裁判所の訴訟手續に關しては當事者は送達受取人を屆出ることを要しない(判旨)—贊……七六(兼子)……二九一
(2)故に送達受取人の屆出なきことを理由として郵便に付する送達を爲すことは違法である(判旨)—贊……七六(兼子)……二九一

第四節　裁　判

一八五條
○(1)起訴後に係爭事實に關し第三者の作成した文書と雖も書證としての證據能力を有する(判旨)—贊……九六(兼子)……三六四
(2)文書の證據能力に關する最近の判例の態度……九六(兼子)……三六五
一九九條
○前訴の口頭辯論終結前に完成した時效の援用は敗訴の確定判決に因り遮斷される(判旨)—贊……二五(兼子)……八四
二〇一條
○債權者代位權に基き債權者の爲した訴訟の判決の效力は本條二項に依り常に債務者に及ぶと解すべし……三八(兼子)……一三七
○當事者適格を有しない者の間に爲された第三者に效力を及ぼすべき確定判決の效力……五六(兼子)……二一一
二〇三條
○控訴審に於て請求の拋棄があると請求を認容した第一審判決は其の限度で當然に失效する(判旨)—贊……二一(兼子)……七三
○(1)當事者の一方の代理人たる辯護士が相手方の代理人を選任して爲した裁判上の和解は常に絕對に無效である(判旨)—反……六一(兼子)……二三〇
(2)裁判上の和解調書は其の內容たる和解契約が無效である以上既判力を生ぜぬから、其の無效を理由として請求異議の訴を提起し得る(判旨)—反……六一(兼子)……二三〇

第五節　訴訟手續の中斷及中止

二〇八條

○親族會議取消の訴訟中被告たる親族會員の一人が死亡しても殘存する會員のみで訴訟を追行し得る……三一（兼子）……一〇六

二一八條

○(1)裁判所が僭稱承繼人の又は之に對する受繼申立を許容して手續を續行した後眞正の承繼人でないと認めるに至つた時は、終局判決を以て其の者を排斥すべし（判旨）—贊……九五（兼子）……三六〇

(2)但し第一審判決言渡に中斷が生じ僭稱承繼人より受繼申立を爲し之に對し控訴の提起された場合は、控訴審は控訴を不適法として却下する判決を爲して之を訴訟より排斥すべし……九五（兼子）……三六二

二一九條

○(1)判決言渡後中斷した訴訟に於て僭稱承繼人の受繼申立があり、相手方が之に對して控訴を提起した場合に控訴審が被控訴人を眞の承繼人に非ずと認めるときは、眞の承繼人に對して續行命令を發して訴訟を續行すべし（判旨）—反……九五（兼子）……三六〇

(2)僭稱承繼人に對する控訴は當然に眞の承繼人に對する控訴に向け變へられない……九五（兼子）……三六二

二二二條

○(1)訴訟手續の中斷中に爲した當事者の行爲と雖も相手方が責問權を拋棄し若は之を喪失すれば有效である（判旨）—贊……七〇（兼子）……二六九

(2)訴訟手續中斷中の行爲に基き爲された確定判決に對しては代理欠缺を理由として再審の訴を提起し得る……七〇（兼子）……二七〇

(3)但し其の當事者側で追認すれば再審事由はなくなる……七〇（兼子）……二七〇

第二編　第一審の訴訟手續

第一章　地方裁判所の訴訟手續

第一節　訴

二二八條

○訴狀送達後は最早裁判長に於て訴狀を却下することを得ず、必ず裁判所の判決を以て訴を却下すべきである……二四（兼子）……八一

○債權者代位權に基き債權者が債務者の權利に付て起訴した後は債務者は自ら同一の訴を提起し得ない（判旨）—贊……三八（兼子）……一三四

二三二條

○(1)有體動產の請求に對する强制執行に於て請求の目的たる動產を自己に引渡すべしとの請求を執達吏に引渡すべしと變更するも請求の基礎に變更なし（判旨）—結果贊……八七（齋藤）……三二九

(2)右の場合引渡命令に基き債權者が差押債權の目的物を執達吏に引渡すべきことを訴求したる後取立命令を得てこの事實を主張するも請求の基礎に變更なし（判旨）—結果贊……八七（齋藤）……三二九

○(1)控訴審に於て請求の減縮を爲したときは減縮された部分に對する第一審判決は當然に失效する（判旨）—贊……八九（兼子）……三三六

(2)請求の減縮が訴の一部取下となるか請求の一部拋棄となるかを區別すべし……八九（兼子）……三三六

二三六條

○固有必要的共同訴訟に於て共同被告の一人に對する訴の取下が許されるか……三一（兼子）……一〇五

○(1)第三者に對し或訴を取下げない旨を約するもかかる契約は當然に無效である（判旨）—反……八一（兼子）……三〇五

(2)かかる契約は民法上の不作爲契約として、原則として有效と認むべし……八一（兼子）……三〇七

二三七條二項

○本條本項は認知の訴にも適用がある（判旨）—疑問……三七（來栖）……一三一

第三節　證　據

第一款　總　則

二五九條

○自ら本人訊問を申出た當事者が正當な事由をも疏明せずに訊問期日に出頭せぬときは裁判所は其の訊問を爲さざることを得る（判旨）—贊……五一（兼子）……一八九

第四款　書　證

○起訴後に係爭事實に關し第三者の作成した文書と雖も書證としての證據能力を有する（判旨）—贊……九六（兼子）……三六四

第六款　當事者訊問

三三八條

○自ら本人訊問の申出を爲した當事者が訊問期日に呼出を受けたに拘らず、正當の事由を疏明せずに之に出頭せぬときは裁判所は其の訊問を爲さざることを得る（判旨）—贊……五一（兼子）……一八九

第二章　區裁判所の訴訟手續

三五七條

○區裁判所事件の控訴審手續に於ては口頭辯論は書面を以て

準備するを要しない(判旨)—反……四九(兼子)……一八一

第三編　上　訴

第一章　控　訴

三六七條
○判決に表示された當事者の眞の承繼人に非ざる者に對する控訴の提起と控訴審の採るべき處置……九五(兼子)……三五九
三七〇條
○(1)口頭辯論開始後は裁判長は控訴狀の貼用印紙額の不足を理由として控訴狀を却下し得ない(判旨)……二四(兼子)……八一
(2)寧ろ控訴狀送達後は裁判長の却下權は消滅すると解すべし……二四(兼子)……八二
(3)控訴狀に貼用すべき印紙額は控訴に依る不服申立の限度に拘らず、控訴の效力の及ぶ訴訟物の全部に依り定むべきである……二四(兼子)……八三
三七八條
○區裁判所の事件の控訴審手續に於ては口頭辯論は書面を以て準備するを要しない(判旨)—反……四九(兼子)……一八一
三八四條
○控訴審に於て請求の減縮があれば、請求を認容した第一審判決は減縮された範圍に於て當然失效する(判旨)—贊……八九(兼子)……三三六
三八五條
○控訴審に於て請求の拋棄があると請求を認容した第一審判決は其の限度で當然效力を失ふから、控訴審は之を變更する必要はない(判旨)—贊……二一(兼子)……七三

第四編　再　審

四二〇條
○(1)訴訟手續中斷中の行爲に基き爲された確定判決に對しては本條第三號に依り再審の訴を提起し得る……七〇(兼子)……二七〇
(2)本條一項俱書に所謂「當事者ガ之ヲ知リテ主張セザリシトキ」とは、本人のみならず其の訴訟代理人が知つて居た場合をも含む(判旨)—贊……七〇(兼子)……二六九
○判決の抵觸を「知リテ主張セザリシトキ」(一項俱書)……九二(菊井)……三四六

第六編　强制執行

第一章　總　則

五三二條
○差押中の株券に付株式併合の爲會社より提供の催告ありしに拘らず之を提供せずに失權せしめた執達吏の責任……八(兼子)……二八
五四四條
○抵當權實行の爲め競賣開始決定ありたる場合に抵當權者が競賣申立を取下ぐべき旨所有者に約したるときは所有者は右開始決定に對し本條の準用により異議申立を爲し得る(判旨)—反……四二(齋藤)……一五五
五四五條
○裁判上の和解調書は其の內容たる和解契約が無效である以上既判力を生じないから、之を理由として請求異議の訴を提起し得る(判旨)—反……六一(兼子)……二三〇
五五四條
○執行準備に要したる費用は執行費用として當該債務名義に基き取立て得る(判旨)—贊……六三(齋藤)……二四一
五六〇條
○裁判上の和解調書に對する請求異議の原因と民訴法五四五條二項との關係……六一(兼子)……二三五
○小作調停調書が債務名義なるときは請求異議の訴はその小作調停の申立ありたる裁判所に提起すべきである……八三(菊井)……三一三

第二章　金錢の債權に付ての强制執行

第一節　動產に對する强制執行

第二款　有體動產に對する强制執行
五七一條
○假差押中の株券に付會社より株式併合の爲提供すべき旨の催告のあつたときは執達吏は失權を防止するに適當な處置を採るべし(判旨)—贊……八(兼子)……二八

第三款　債權及び他の財產權に對する强制執行

六一五條
○(1)有體動產の請求に對する强制執行に於て請求の目的たる動產を自己に引渡すべしとの請求を執達吏に引渡すべしと變更するも請求の基礎に變更なし(判旨)—結果贊……八七(齋藤)……三二九
(2)右の場合引渡命令に基き債權者が差押債權の目的物を執達吏に引渡すべきことを訴求したる後取立命令を得てこの事實を主張するも請求の基礎に變更なし(判旨)—結果贊……八七(齋藤)……三二九

第二節　不動產に對する强制執行

第二款　强制競賣

六四四條
○(1)通常の强制競賣に於いては差押ありたる後は本條二項の

效果として賃料の前拂は差押債權者又は競落人に對抗し得ない……六六（野田）……二五五
(2)但し抵當權實行の場合は抵當權の效力として右の結果が認められるのであり、本條二項によるのではない……六六（野田）……二五六

六四八條
○登記簿上競賣不動產の所有名義人とはなつてゐないが自らその所有者であると主張する第三者は利害關係人であるか……三（菊井）……七

六四九條
○一番抵當權と二番抵當權との間に質權の存する場合に於ける二番抵當權の實行の效果……八六（我妻）……三二三

六五〇條一項
○(1)滯納處分による公賣にも本條一項の規定を類推し得る
(2)市稅滯納處分による差押を受けた建物の第三取得者は差押を知つて取得したる場合は其の差押登記の適式なると否とを問はず差押の效力を否認し得ない（判旨）—贊……二（齋藤）……四

六八一條二項
○(1)競賣不動產が登記簿上その所有名義人である債務者の所有に屬せず、自己が所有者なることを主張して、第三者は、競落不許の決定に對し抗告を申立うるか……三（菊井）……七
(2)競落許可決定を取消す決定と同時に競賣開始決定を取消すことは無用ではあるが、前者を違法ならしめるものではない……三（菊井）……七

第四章　假差押及び假處分

七三七條二項
○賃貸人が賃貸借契約の解約を申入れたときは期限に至らざる賃貸物返還請求權につき假處分をなし得る（判旨）—贊……二六（林）……八八

七四三條
○假處分の執行は、本條所定の金額の供託に因り一旦取消されても、後日、假處分判決中右金額の記載に關する部分を取消した控訴審の判決を、執行機關に提出すれば、續行せられる（判旨）……二二（菊井）……七五

七四四條
○本條は、假登記（假登錄）假處分については適用なし（判旨）……四五（川島）……一六八

七四七條
○債權の假處分に對する七五六條及び本條に因る取消申立權者は債務者のみに限る（判旨）—贊……九八（齋藤）……三六九

七四九條二項
○執行期間の遵守の必要なき場合……二二（菊井）……七七

七五五條

○賃貸借契約の告知による賃貸物返還請求權につきいかなる場合に假處分の理由ありや……二六（林）……八九
○電話が加入名義變更の申請を受けたる電話官廳は處分禁止の假處分が爲されてゐるからといつて其の移轉登錄手續を拒否し得ない（判旨）—贊……五三（來栖）……一九四

七五六條
○債權の假處分に對する本條及び七四七條に因る取消申立權者は債務者のみに限る（判旨）—贊……九八（齋藤）……三六九

第八編　仲裁手續

七八九條
○本條の規定に從ひ管轄裁判所の選定したる仲裁人が職務引受を拒みたるときは仲裁契約の當事者は七九一條の規定する催告を爲さずして直に仲裁人選定の訴を提起し得る（判旨）—贊……一五（齋藤）……五〇
○本條に依る仲裁人選定手續は判決手續に依るべく決定手續に依るを得ない（判旨）—贊……二八（齋藤）……九五

七九一條
○七八九條の規定に從ひ管轄裁判所の選定したる仲裁人が職務引受を拒みたるときは仲裁契約の當事者は本條の規定する催告を爲さずして直に仲裁人選定の訴を提起し得る（判旨）—贊……一五（齋藤）……五〇

八〇五條
○七八九條に依る仲裁人選定手續は判決手續に依るべく決定手續に依るを得ざることは同條及び本條の規定に照し明かである（判旨）—贊……二八（齋藤）……九五

諸　法

競賣法

第一章　通　則

二條
○一番抵當權と二番抵當權との間に質權の存する場合に二番抵當權の實行あるも質權と一番抵當權とは消滅せず（判旨）—贊……八六（我妻）……三二三

第五章　增價競賣

四〇條
○民法三八一條の通知は增加競賣請求の要件にあらず（判旨）—贊……一（山田）……一

鑛業登錄令

第四章　假登錄及豫告登錄

六三條
○假登錄假處分の效力を爭ふ方法——民訴法の假處分に對する異議手續を以て爭ひ得ない(判旨)…四五(川島)……一六八

耕地整理法

第一章　總　則

三〇條
○假換地處分の效力……八八(有泉)……三三二

國稅徵收法

第三章　滯納處分

二三條ノ三
○市稅滯納處分による差押を受けた建物の第三取得者は差押を知りて取得したる場合は其の差押登記の適式なると否とを問はず差押の效力を否認し得ない(判旨)—贊
……二(齋藤)……四

産業組合法

第五章　加入及脫退

五二條
○商業組合員の除名決議はその效力發生を一定期限迄に於ける被除名者の或る擧措に繫らしめるも有效である(判旨)—贊……八〇(田中耕)……三〇二

第八章　清　算

七五條
○(1)産業組合の解散と辨濟期未到來の債務——解散と同時に辨濟期到來す(判旨)……三〇(戒能)……一〇〇
(2)産業組合と商法九一條ノ二——産組法五條の結果としてではなく、法人一般の理論として準用される——同條の合理性……三〇(戒能)……一〇一

自働車交通事業法

第一章　自動車運輸事業

一三條・一五條

○事業を讓渡した會社が其の結果事業を廢止し又は解散するのは單純な事業廢止又は解散と異るから、事業經營の免許はこれに因り失效しない(判旨)—贊…六四(鈴木)……二四五

借地法

一〇條
○(1)民法六一二條二項による土地賃貸借の解除あるも、それ以前に建物を取得した第三者の本條による買取請求權は消滅しない(判旨)—贊……六〇(林)……二二六
(2)買取請求權の行使により建物の所有權は土地の賃貸人に移轉するも、第三取得者は同時履行の抗辯權若は留置權に基き代金の支拂ある迄建物の引渡を拒絕し得るから、土地の占有は不法行爲とならず、たゞ不當利得の餘地を殘す(判旨)—贊……六〇(林)……二二六
(3)買取請求權行使前に於ける建物の第三取得者の土地占有は原則として不法行爲となる(判旨)—反
……六〇(林)……二二七

借家法

一條
○賃借家屋につき必要費を支出した賃借人は新取得者にその償還を請求し得、之に基き留置權を主張し得る(判旨)—結果贊……三三(林)——一一三
○借地上の建物の第三取得者からそれを賃借する者は、第三取得者の買取請求權行使後は、本條一項により敷地の不法占據者とならぬ(判旨)—贊……六〇(林)……二二八
○本條と民第三九五條——本條によつて第三者に對抗し得る短期賃借權は民第三九五條の保護を受けるか
……七一(戒能)……二七二

商業組合法

三七條
○商業組合員の除名決議はその效力發生を一定期限迄に於ける被除名者の或る擧措に繫らしめるも有效である(判旨)—贊……八〇(田中耕)……三〇二

商標法

二條一項八號
○周知標章に類似する商標登錄無效審判請求の要件としての商品の類似の審査……二〇(豐崎)……六九
九條
○周知標章使用者の權利……一八(末弘)……六三

一二條
○商標法第一二條第一項の法意……一八(末弘)……六三

人事訴訟手續法

第一章　婚姻事件及び養子緣組事件に關する手續

一八條
○夫婦の一方のみの關與した夫婦養子緣組無效の判決は當事者間に於ても無效である(判旨)……五六(兼子)……二〇九
二六條
○第三者が夫婦養子緣組の無效の訴を提起するには養親と養子たる夫婦を共同被告と爲すことを要する(判旨)—反……五六(兼子)……二〇九

建物保護ニ關スル法律

○本法と民第三九五條——本法によつて第三者に對抗し得る短期賃借權は民第三九五條の保護を受けるか……七一(戒能)……二七二

重要物産同業組合法

○(1)同業組合の現狀——その暴利性の一例……一一(戒能)……四〇
(2)同業組合と其の機能——自益的要素と公共的要素……一一(戒能)……四〇
四條
○組合加入の時期……一一(戒能)……三八
(イ)當然加入說……一一(戒能)……三八
(ロ)組合の意思表示到達の時とする見解……一一(戒能)……三八
(ハ)承諾又は判決確定の時とする見解(判旨)……一一(戒能)……三八
(ニ)組合には加入請求權なしとする見解……一一(戒能)……三八

町村制

第五章　町村の財務

第一款　財産營造物及町村稅

一一一條

○假登記抵當權と目的物の公賣處分——如何にして其の保護を受けるか——競落人に對する其の效力……七五(戒能)……二八七

電話規則

第二章　加入者

七條
○電話加入名義變更の申請を受けたる電話官廳は處分禁止の假處分が爲されてゐるからといつて其の移轉登錄手續を拒否し得ない(判旨)—贊……五三(來栖)……一九四

道路法

第一章　總　則

六條
○道路敷の賃借權は公物としての道路の成立によりいかなる影響を受けるか……一二(林)……四一

特許法施行規則

第一章　總　則

一一條
○特許出願後の訂正——これが認められた場合には、要旨の變更ではなく、從つてこの部分は發明構成の必須要件を爲さない(判旨)……三五(有泉)……一二二

破産法

第一編　實體規定

第六章　否認權

七五條
○辨濟が所謂「執行行爲ニ基クモノナルトキ」は「若シ破産者ガ自ラ其ノ辨濟ヲ爲シタルモノト假定スレバ惡意ヲ以テ之ヲ爲シタルモノト認メラルベキ狀況ニ在ル場合」にも否認しうる……四一(菊井)……一五一
七九條
○否認權の行使により、不動産の一部が返還されたる場合の債權復活の範圍は、返還部分の價額と返還不能部分の價額とにより債權額を按分し、その返還部分に對應する債權額である(判旨)—贊……一九(加藤)……六五

第九章　相殺權

一〇四條

○相殺の合意についても本條三號の準用がある……四八（菊井）……一七七

第二編　手續規定

第二章　破產宣告

一三六條

○破產と限定相續制度との關係……一〇一（四宮）……三八五

第三章　破產管財人

一六二條

○破產手續中の株式會社に對する設立無效の訴は取締役により代表せられる會社を相手方とすべく、破產管財人を相手方とすべきでない（判旨）—贊……三四（石井）……一二一

非訟事件手續法

第一編　總則

二〇條二項

○(1)「家督相續人ノ選定ニ關スル許可」の申請を却下した裁判に對し申請者は抗告を爲し得る（判旨）—贊……四七（來栖）……一七六

(2)本條と九五條との關係……四七（來栖）……一七六

第二編　民事非訟事件

第六章　隱居、廢家、子の懲戒、家督相續人及び親族會に關する事件

九五條

○本條と二〇條との關係……四七（來栖）……一七六

不動產登記法

第一章　總則

二條

○假登記抵當權と目的物の競賣——如何にして其の保護を受け得るか——競落人に對する其の效力七五（戒能）……二八七

第四章　登記手續

第一節　通則

三二條

○假登記假處分の效力を爭ふ方法——民訴法の假處分に對する異議手續を以て爭ひ得るか……四五（川島）……一六八

第四章　抹消に關する登記手續

一四九條

○假登記抵當權と目的物の競賣又は公賣處分——其の保護——競落人に對する其の效力……七五（戒能）……二八七

辯護士法

第三章　辯護士の權利義務

二四條

○(1)當事者の一方の代理人たる辯護士が相手方の代理人を選任して爲したる裁判上の和解は常に絕對に無效である（判旨）—反……六一（兼子）……二三〇

(2)本條一號は辯護士に對する職務上の義務を命じたに止まり、之に反するも其の行爲の效力には無關係と解すべし……六一（兼子）……二三二

二條

○協議費の名を以て膨大なる費用を賦課徵收する慣習は公の秩序に反す（判旨）……六二（吾妻）……二三六

無盡業法

一一條

○無盡會社取締役の責任に民法四五七條一項を準用すべし（判旨）—贊……六九（有泉）……二六五

○(1)本條と第一二條との關係——取締役が無盡契約上の地位を讓受けたときは他の取締役に對して本條の責任を追求し得るか……八五（戒能）……三一九

(2)無盡會社の取締役から無盡契約上の地位を讓受けた者と本條の適用……八五（戒能）……三一九

一二條

○(1)本條の規定に違反して無盡會社の取締役が無盡契約上の地位を讓受けたるときは、當該の讓受行爲は無效である（判旨）……八五（戒能）……三一九

(2)右判旨に對する私見——讓渡行爲が無效であるのでなく、契約關係から脫退が生ずるに過ぎぬ……八五（戒能）……三二一

(3)判旨と私見との間にある結果の相違……八五（戒能）……三二一

法例

日　次―諸法（ム―ワ）―

（イ）譲渡人の對價返還義務……八五（戒能）……三二一
（ロ）譲渡後の掛金支拂義務……八五（戒能）……三二一
（ハ）業法第一一條との關係……八五（戒能）……三二二
（ニ）實際上の效果に於ける私見の妥當性
……八五（戒能）……三二三

和議法

第一章　總　則

五條
○相殺の合意についても本條三號の準用がある
……四八（菊井）……一七七

判例民事法第十九卷

昭和十四年度

民事法判例研究會

抵當權實行の通知と增價競賣――民法第三八一條の通知は增價競賣請求の要件にあらず

民法三八一條・三八四條・三八七條・三八二條、競賣法四〇條

昭和一四年一月一四日民四部決定（昭一三（ク）六四二號、不動產增價競賣事件ノ競落許可決定ニ對スル抗告事件）民集一八卷一號一頁

〔事實〕(1)債權者AはB・C・Dを連帶債務者として債權極度額一萬三千圓、期間を昭和七年三月二日より昭和九年十二月末日までと定めた貸越契約を締結し、Bから本件土地につき根抵當權の設定を受け、右の期間內に合計七千四百五十圓を貸付けた。(2)債權者Aはその辨濟をうくるため抵當權の實行をなさんとしたが、未だ民法第三八一條による抵當權實行の通知をしなかつたところ、本件土地につき永小作權の設定を受けた第三取得者Eが一千三百餘圓を提供して抵當權滌除の申立をなした。(3)そこで、

債權者Aはこれに對抗するため增價競賣の申立をなした。(4)本件抗告人Xは本件土地につきBと賣買契約をなし、所有權取得の假登記をなした者であるが、債權者Aはこれに對して民法第三八一條の通知をしなかつた（但し、競賣期日の通知はした）。(5)しかして、本件土地は一千五百圓で競買を申出たFに競落された。(6)ここにおいて、抗告人Xは競落許可決定に對して抵當權者Aから抵當權實行の通知をうけなかつたから本件增價競賣は不當だとの理由で抗告をした。しかし原裁判所はこれを棄却したので、さらに、再抗告をしたのが本件である。

〔判旨〕 原裁判所と略々同樣の理由で棄却。「然レドモ民法第三百八十七條ニハ抵當權者ガ第三百八十二條ニ定メタル期間內ニ第三取得者ヨリ債務ノ辨濟又ハ滌除ノ通知ヲ受ケザルトキハ抵當不動產ノ競賣ヲ請求シ得ル旨規定スルノミニシテ、增價競賣ノ請求ヲ爲シ得ル場合ノ條件ヲ定メタルモノニ非ザルノミナラズ、競賣法第四十條ニハ民法第三百八十四條ノ規定ニ依リテ抵當不動產ノ增價競賣ヲ請求スル債權者ハ第三取得者ニ競賣ノ請求ヲ送達シタル日ヨリ三日內ニ抵當不動產所在地ノ區裁判所ニ競賣ノ申立ヲ爲シ、且擔保ノ認許ヲ求ムルコトヲ要スル旨規定シ、民法第三百八十四條ニハ債權者ガ第三百八十三條ノ送達ヲ受ケタル後一箇月內ニ增價競賣ヲ請求シ得ベキ旨定ムルニ依リテ之ヲ觀レバ、抵當權者ハ抵當權ノ滌除ヲ爲サントシタル第三取得者ニ對シ民法第三百八十四條ニ從ヒ增價競賣ノ請求ヲ爲スヲ以テ足リ夫レ以外何等ノ條件ヲ履踐スルコトナクシテ直ニ其ノ競賣手續ニ著手シ得ルモノト謂ハザルベカラズ。而シテ所論ノ民法第三百八十一條ニ依ル抵當權實行ノ通知ナルモノハ第三取得者ヲシテ抵當權ノ滌除ヲ爲スヤ否ヲ確定セシムル必要上認メタルモノナルコトハ、同法第三百八十二條ノ規定ニ照シ疑ナキトコロニシテ、是レ卽チ抵當權者ガ其ノ抵當權ノ實行トシテ爲ス抵當不動產ノ競賣請求ノ前提條件タルニハ相違ナキモ、第三取得者ガ抵當權ノ滌除ヲ爲サントシタル場合ニ於テ始メテ請求シ得ベキ增價競賣ノ前提條件ヲ爲スモノニ非ズト解スルヲ相當トス。若シ債權者ニシテ一面增價競賣ノ請求ヲ爲シ他面他ノ第三取得者ニ抵當權實行ノ通知ヲ爲シタル後、一箇月ノ期間經過後ニ至ラザレバ競賣ノ申立ヲ爲スヲ得ザルガ如キハ增價競賣ヲ認メタル前揭規定ノ趣旨ニ反スルモノト謂ハザルベカラズ。而シテ右ハ第三取得者中ノ何レノ者ガ抵當權滌除ノ申出ヲ爲シタルヤニ付、其ノ理ヲ異ニスルモノニ非ズ。」

〔評釋〕 判旨正當。

第三八一條の通知は第三取得者が滌除をなすや否やを確定せしむる趣旨でなされるのであるが、かかる通知のあることは滌除の要件ではない。第三取得者はかかる通知をうけない場合でも滌除を申出ることができ（第三八二條一項）すでに滌除の申出があつた以上は、これに對抗せんとする債權者は增價競賣を申立てなければならぬ（第三八四條一項二項）。いひかへると、滌除の申立があつた時は、第三八一條の通知の有無は問題でなくなるのであつて（通知の有無が問題となるのは、滌除の申立なくして競賣のなされた場合に限る〔第三八七條〕）。この意味において第三八一條にいはゆる『抵當權の實行』とは、競賣を意味し、增價競賣を意味しない）、このことは、債權者が第三取得者全部に對して通知をなさなかつた場合たると、一部の第三取得者に對してはこれをなし、他の第三取得者に對してこれをなさなかつた場合たるとで異るところがない。勿論、一部の第三取得者のみが通知をうけた場合には、通知をうけなかつた者との間に形式的には不公平を生ずるともいへるが、そもそも、第三八一條の通知は始めから滌除乃至增價競賣の前提要件ではないのである。增價競賣に關する競賣法の規定（競四〇條）にもかかる通知を前提要件とする趣旨はあらはれてゐないこと判旨のいふとほりである。

本件については長野氏（民商法雜誌九卷六號一二〇六頁以下）及び岩田氏（法學新報四九卷七號二一五頁）に詳細な評釋がある。何れも判旨の結論には贊成される。

（山田晟）

二　市税滞納處分に因る差押登記の適否と惡意の第三取得者

國税徴收法二三條ノ三、民訴法六五〇條一項

昭和一四年一月三〇日民一部判決（昭一三(オ)一六〇〇號登記抹消手續請求事件）民集一八卷一號一一頁

〔事實〕 (1)本件建物の所有者訴外西山某は東京市に對する市税滞納のため、昭和八年五月一五日東京市より該建物を差押へられ、差押調書謄本の交付を受けたが、公賣が執行せられたのは、昭和一一年一一月五日であり、Y（被告・被控訴人・被上告人）が落札人となり、昭和一一年一一月二〇日所有權取得の登記を了し、更に同日之をZ（被告・被控訴人・被上告人）に賣渡し、その旨の登記をした。

(2)X（原告・控訴人・上告人）のYZに對する所有權取得登記の抹消請求の訴の請求原因次の如し。——Xは昭和九年一〇月一〇日、西山某に對し本件建物に質權を設定せしめ、金三一五圓を貸付け、辨濟期は昭和九年一〇月末日より昭和一〇年六月末日迄、毎月末日に金三五圓宛を月賦辨濟すべきことを定め、月賦金を期日に辨濟せず又は期限の利益を失ひたるときは、其の存在する債權額の限度を以て即時その建物をXに賣渡すべく、その代金は債權額と相殺する旨の停止條件附契約を締結し、質權設定登記及び建物所有權移轉請求權保全の假登記を爲した。然るに、西山は昭和九年一月末日に支拂ふべき月賦金の支拂を忘つた爲め、停止條件成就し、Xとの間に賣買契約成立し、建物の所有權は、昭和九年一一月一日Xに移轉し、次で兩者間に所有權移轉の本登記手續を爲すべき旨の和解が成立した（Xが西山を相手方として東京區裁判所に右建物の所有權移轉の本登記手續を爲すべきことの和解申立を爲し、申立通りの和解が成立した）。而して東京市の西山に對する税金滞納の爲め爲したる建物差押は差押の登記がないからXに對抗し得ず、且つ西山は昭和九年一一月一日以後、所有權を有しないから昭和一一年一一月五日建物に付爲したる公賣處分は無效にして、YZは家屋の所有權を取得し得ない、と主張した。

(3)原審は、本件の差押登記は其の登記原因に於て昭和九年九月八日の差押に基くことを表示してあるけれども、右は登記囑託の便宜に出でたるに止まり、眞實は昭和八年五月一五日の差押に基く差押登記なること明かであるから、右差押登記を以て全然無效なりと爲し得ず、加之、停止條件附賣買契約締結當時本件建物に付既に東京市より市税の滞納處分に因る差押ありたる事實を知つてゐたことは、Xの認むる所であるから、假に前記差押登記が無效なりとのXの主張を是認すべしとするも、Xは東京市又はYZに對し自己の所有權取得を主張し得ずと判示し、Xに敗訴を言渡した。Xは之に對し上告し、(イ)本件の差押登記は、昭和八年五月一五日差押があるのに、昭和九年九月八日差押ありたるものの如くに登記したものであるから、第三者たるXに對しては對抗し得ない。(ロ)停止條件附賣買契約締結當時本件建物に付差押ありたることを知つてゐたといふが、それはそうではなく、此點に關するXの控訴審に於ける自白の取消は有效である、と主張した。

〔判旨〕 棄却。「原判示ニ據ルニ、上告人主張ノ停止條件附賣買契約當時上告人ガ既ニ本件建物ニ付東京市ヨリ市税滞納處分ニ因ル差押アリタル事實ヲ知リタルコトハ第一審ニ於テ上告人ノ自白シタルトコロニ屬シ、而モ原審ハ此ノ自白ガ眞實ニ反シ且錯誤ニ出デタルコトハ之ヲ首肯スルニ足ル證據資料ナキモノトシ以テ上告人ガ原審ニ至リテ爲シタル右自白ノ取消ヲ理由ナキモノト判斷シタルコト明カニシテ、原審ノ口頭辯論ニ顯ハレタル證據資料ニ就テ之ヲ觀レバ斯ル判斷ヲ爲シ得ザルニ非ザレバ、上告人ハ原審ニ於テモ右自白ニ拘束セラレ敍上差押ノ事實ヲ知レル惡意者ヲ以テ遇セラルルコトヲ免ガレ難ク、而シテ權利取得ノ第三者其ノ取得ノ當時差押アリタルコトヲ知リタルトキハ差押ノ效力ヲ否認シ得ザルベキコト民事訴訟法第六五〇條第一項ノ規定ニ徴シ之ヲ領シ得ベキニヨリ、本件ニ於テ上告人ガ其ノ主張ノ停止條件附賣買ニ因リ昭和九年一一月一日條件成就ノ故ヲ以テ本件建物ノ所有權ヲ取得シタルモノトシ且其ノ當時ニ於テハ東京市ガ昭和八年五月一五日市税滞納ヲ理由トシテ該建物ニ對シ爲シタル差押ニ付適式ナル差押登記ナカリシトスルモ、該差押ノ事實ヲ知レル上告人ハ差押ノ效力ヲ否認シ得ザルモノト解スルヲ相當トスベク、從テ東京市ハ仍ホ差押ヲ以テ上告人ニ對抗シ得ベキニヨリ昭和九年九月一一日ニ至リテ爲サレタル差押登記ノ效力如何ハ之ヲ究明スルヲ須キズ右差押ニ基ク公賣處分ハ有效ナリト云ハザルヲ得ズ。」

〔評釋〕 判旨正當。市税滞納處分も國税滞納處分の例に依るのであるが（市制一三一條四項）、滞納處分に基づく不動産差

押の場合に、如何なる手續がありたるときに、差押の效力が發生するかに付ては、國稅徵收法、國稅徵收法施行規則、國稅徵收法施行細則等に何等の規定も存せず、行政裁判所の見解も一致せず、公法學者の所說も相異なるものがある（鈴木義男・滯納處分法の研究・法學志林三九卷六號九頁參照（昭一二））。然し本件に於ては、直接この點が問題になつたのではなく、Xが本件建物の所有權取得當時既に東京市より市稅滯納處分に基づく差押ありたる事實を知り居りたることを自白せりと認定せられてゐるので、事案の筋は全く簡單になつてゐる。權利を取得する第三者其取得の際差押ありたることを知りたるときは、差押の效力を否認し得ざることは、民訴上の强制競賣たると滯納處分に依る公賣たるとにより異にする理由はないのであつて、後者の場合に於ても民訴六五〇條一項の規定を類推し得るのである（一般に民訴の同條に付ては、谷井辰藏・不動產强制執行の諸問題所收「民訴第六五〇條の解釋」參照）。私の調査し得た範圍では、事案としては新らしいから、一種の新判例と云へるだらう。

尙ほ本件で主たる問題となつた差押登記はその登記原因に於て眞實と異なる年月日が表示せられてゐるが、登記は一般に現狀を反映して居れば足りるといふ見地に於ては、猶ほ「差押」の登記として有效であると考へ得る餘地を存するけれども、Xが前記の如く惡意の第三取得者と認定せられたので、大審院も、この點の判斷は究明を須ゐずとしたのである。

本件に付ては、中野峯夫氏（民商法九卷六號一二〇八頁）、前野順一氏（新報四九卷七號一一四五頁）、宮崎澄夫氏（法學研究一八卷二號三三九頁）の贊成批評及び美濃部博士の判旨の結論を是認する批評がある（國家學會雜誌五三卷七號九七四頁）。

（齋藤秀夫）

三　不動產所有者と强制競賣手續の利害關係人

民訴法六四八條・六七二條・六八一條二項

昭和一四年二月一日民四部決定（昭一三（ク）七四七號、不動產强制競賣事件ノ競落許可決定ニ對スル抗告事件）民集一八卷一號二四頁

〔事實〕 Aの先代は宮田簡易水道組合の組合長であつたが、同組合が事業經營のため買收した土地を同人の個人名義で登記した。Aの先代の債權者であるXはこの土地に付强制競賣の申立を爲し、裁判所は競賣の結果Bに對し競落許可決定を言渡した。組合員であるY等は、土地がAの先代の所有に屬せず組合に屬する旨主張し、競落許可決定に對し抗告をした。原審は之を容れ競落不許の決定をなした。之に對しXは大審院に再抗告をなし、先づ、實體上の理由に基いては抗告を爲し得ざること即ち民訴六七二條一號は實體上の理由を包含せざること及びY等は利害關係人に非ざる旨主張し、次に原審が競落不許の決定を爲すに際し同時に强制競賣の申立をも却下したことは違法である、蓋し原審抗告人Y等は競落許可決定の取消を求めたので强制競賣開始決定につき抗告をなしたものでないから、競落許可決定に對する抗告の裁判としては不適法である、とも主張した。

〔判旨〕 一「民事訴訟法第六百八十條第一項ニ規定スル競落ノ許否ノ決定ニ對シ即時抗告ヲ爲シ得ル利害關係人ハ、同法第六百四十八條ニ競賣手續ニ於ケル利害關係人トシテ列記スル者タルコトヲ要スルモノト解スベキモノニシテ、右列記ニハ利害關係人トシテ債務者ヲ揭グルモ競賣物件ノ所有者ハ之ヲ擧示セザルヲ以テ、右所有者ハ右ノ利害關係人ト謂フヲ得ザルノ觀アリト雖、不動產强制競賣ハ常ニ債務者ノ不動產ニ對シ行ハルルモノニシテ、債務者ハ同時ニ當該競賣不動產ノ所有者タルヲ通例トスルガ故ニ、特ニ所有者ヲ利害關係人トシテ擧示セザリシニ止マリ所有者ヲ利害關係人ヨリ除外スル法意ナリト解スベキニアラズ。惟フニ競賣法ニ依ル競賣手續ニ於テハ同法第二十七條ガ債務者ノ外ニ所有者ヲモ其ノ利害關係人トシテ擧示スルハ、該競賣手續ニ於テハ債務者ガ同時ニ所有者ニアラザルコト尠カラザルヲ以テ所有者ヲ利害關係人トシテ明記シタルモ、强制競賣手續ニ於テハ債務者ハ同時ニ所有者タルヲ常トスルヲ以テ特ニ所有者ヲ利害關係人トシテ擧示セザリシモノト解スベキヲ以

テ、強制競賣手續ニ於テ事實上最モ利害關係深キ所有者ヲ利害關係人ヨリ除外セントスル法意ニ非ザルコトヲ窺知スルニ難カラザルヲ以テナリ。サレバ強制競賣手續ニ於テモ競賣法ニ依ル競賣手續ニ於ケルト同樣（昭和十三年(ク)第四七七號同年七月三十日大審院決定參照）競賣物件所有者ヲ利害關係人トシテ之ニ對シ競落許可決定ニ對スル抗告ヲ許容スベキハ事理ノ當然ト謂ハザルベカラズ。只登記簿上競賣物件ノ所有名義人ト爲リ居ラザル所有者ハ競賣裁判所ニ於テ其ノ所有者タルコトヲ知ルニ由ナキヲ以テ之ニ對シ競賣手續上ノ各種ノ通知ヲ必要トセザルノミ。之ヲ以テ所有者ガ利害關係人ニ非ズト即斷スベキニアラズ。又所有者ハ民事訴訟法第五百四十九條ニ依リ強制競賣ノ目的物件ニ付其ノ所有權ヲ主張シテ執行異議ノ訴ヲ提起シ得ルノ途アルノ故ヲ以テ、競落許可決定ニ對スル利害關係人トシテ即時抗告ヲ爲スヲ得ザルモノト解スベキニアラズ。」

二「競賣手續ニ於テ强制執行ヲ許スベカラザルコトヲ理由トシテ爲サレタル競落不許ノ決定ガ確定スルニ於テハ、之ニ依リ當該競賣手續ハ終結シ最早之ヲ續行スルニ由ナキモノナルヲ以テ、原審ガ競賣裁判所ノ爲シタル競落許可決定ヲ取消シ競落不許ノ決定ヲ爲シタル以上、最早本件强制競賣ノ申立ヲ却下スルノ必要ナキモノナルニ拘ラズ、原審ニ於テ此ノ不必要ノ決定ヲ爲シタルハ之レ只無用ノ裁判ヲ爲シタリト謂フベキノミニシテ敢テ違法ヲ以テ論ズベキニアラズ。」

〔評釋〕 判旨一の所說には難がある。債務者の外に所有者が利害關係人なる場合には特に規定がある場合も存する（民訴七二二條）が、規定なき場合にも當然所有者を利害關係人から排除すべきものではないことは判旨の指摘する如くである。但し債務者と同列に取扱ふためには債務者と所有者の地位が分化し第三者が完全に所有者となりたるに不拘競賣を受忍すべき場合（民訴六五〇條二項）に限るのではないかと思ふ。その他の場合には民訴六四八條三號に該當する必要があらう。本件の場合には之のいづれにも當らないから利害關係人として取扱ふべきではなかつたと思ふ。判旨が昭和一三年七月三〇日の決定（民集一七卷一五七九頁）を引用して居ることは學者の指摘する如く競賣法二七條三項四號の如

き規定を缺く强制競賣の場合には妥當しない（兼子・判民昭和一三年度九九事件三七九頁參照）。又かかる第三者が利害關係人であるとしても實體上の理由を主張して民訴六七二條一號に基き抗告することは許されない（民訴六八一條二項）。同條は形式的な事由を主張する場合に限るべきで、實體的事由は訴（本件では民訴五四九條の訴）によらしめることが執行手續の構造から見て正當である。尙實體的にみて本件の如き場合土地が組合のものであると解することも不當ではなからうか。判旨二は正當である。蓋し競落不許の決定を爲し且つ競賣を終了せしむべき場合には、この規定により手續は完結するものであるから、强制競賣の申立の却下を別に必要としないし、又これを爲しても競落不許そのものを違法ならしめるものでないから、競落不許の決定に對する抗告の事由としては適當でないからである。

本件については河本喜與之（民商九卷六號一二一一頁）及び高橋靜一（新報四九卷七號一一二五頁）兩氏の批評がある。

（菊井維大）

四　金鵄勳章年金受給權者が債權者に對し年金受領代理人選任權を與へ年金を以て本債務の辨濟に充當せしめる場合年金受給權の消滅と同時に代理人選任權も消滅するか。誤つて年金を支拂つた國は右債權者に對し不當利得返還を請求し得るか。

民法一一一條・六五三條・七〇三條

昭和一四年二月七日民五部判決（昭一三(オ)二九四號誤拂金返還請求事件）民集一八卷一號三五頁

〔事實〕 訴外Aは金鵄勳章年金年額一五〇圓の受給者であるが、Y（被告・控訴人・被上告人）は昭和六年六月頃Aに對し金

五二五圓を貸與し、同人がX（原告・被控訴人・上告人）即ち國から支給せらるべき右年金よりその元利金の辨濟を受くべきことを約し、Aから年金受領の代理權及びAのために受領の代理人を選任すべき權限を授與せられ、無記名式委任狀附給與金受領證用紙の交付を受けた。然るに年金受給權者Aは昭和七年九月二九日詐欺罪に因り勾留され、同年一二月一五日懲役六月の宣告を受け、その判決が確定したので、勾留の前日たる昭和七年九月二八日かぎり年金受給權を失つた（勳章擬奪令一條一項、四條）。ところが一方Yは昭和七年一二月一二日、昭和八年六月一三日、同年一二月一六日、昭和九年六月一四日の四回にわたり、B_1、B_2、B_3（何れもY方で使用せる女中）を順次に夫々年金受領代理人に選任して郵便局より各回の年金渡分金七五圓づつを受領せしめ、いづれもYが之を受取り、債權の辨濟に充當した。その後右郵便局は昭和九年一〇月二七日附貯金局通牒（勳章年金支給細則一七條によるものであらう）によつて初めてAの年金受給權消滅の事實を知つた。

そこでXはYを訴へ、右四回の支給金合計三〇〇圓の中、Aの勾留前日までの年金三六圓六六錢を控除（勳章年金支給細則一九條）した殘額二六三圓三四錢は誤つて支拂つたものであり、右年金受給權の消滅と同時に年金受領代理權も亦消滅せるものであるから、Yは法律上の原因なくして原告の損害において利得したものであるとして、不當利得に基づき右金額の返還を請求した。第一審ではXが勝訴したが、第二審においては「Xニ對スル關係ニ於テハ右三名ノ女中〔B_1、B_2、B_3〕ハAノ代理人トシテ右年金ヲ受領シタルモノト認メザルヲ得ザルヲ以テYハ法律上Xトノ間ニ何等ノ關係ナキモノト謂ハザルベカラズ。從ツテY……ハ法律上AヨリY辨濟ヲ受ケタルモノニシテXヨリ辨濟ヲ受ケタルモノニ非ザルハ勿論ナルヲ以テ」不當利得に非ずとした。これに對するXの上告理由は曰く。一定の事務のために委任をなした場合に於いては、その事務の結了に因つて委任も亦終了すべきものである。「然ラバAヨリYヘノ委任ハ前記年金受領ナル事務ニシテ該事務ハ昭和七年九月二八日該年金受給權ノ消滅ト同時ニ結了」したから委任は同日かぎり終了し、Yの年金受領代理權、ならびに第三者を代理人に選任する權限も之と同時に消滅したものであり、從つてB_1、B_2、B_3等はAの權限ある代理人として本件金員を受領したものではない。然るにこの點を看過し、本件金員は法律上YがAから辨濟を受けたものであるとした原判決は違法であると。

なほXは第一審ではYに對し民法一一七條に則り無權代理人としての責任を問うて本件金額の損害賠償を求め、また第二審では金鵄勳章年金受給權を借財の擔保に供することを理由に不法行爲に基づく損害賠償を求める請求を併せ主張したが、前者は問題とならなかつた樣であり（第二審におけるX側の論旨はこの主張を自ら否認せるに歸着する。民集四三・四四頁）、後者は簡單に排斥された。

〔判旨〕破毀差戻。「金鵄勳章年金受給權者ガ債務辨濟ノ方法トシテ其ノ債權者ニ對シ年金ヲ受領シ之ヲ以テ直チニ其ノ債務ノ辨濟ニ充當スベキコトヲ委任スル契約ハ、年金受給權ノ存續ヲ前提トシ從テ……年金受給權ヲ失フニ至ルトキハ右委任ハ將來ニ向ツテ消滅スル趣旨ト解スルヲ相當トシ、右年金受領ノタメニ與ヘラレタル代理權及第三者ヲ代理人トシテ選任スルノ權ハ委任消滅ト同時ニ消滅スト解スベキコト事理ノ當然ナリトス。從テ……B_1、B_2、B_3ガ受取リタル金員中本件請求ニカカル部分ニツイテハ、Yニ於テ右B_1等ヲAノ受領代理人ニ選任スル權限ヲ有セザリシモノト認メザルヲ得ザル筋合ナルニ拘ラズ、原審ガ何等特段ノ理由ヲ示スコトナク、右金員ハAノ權限アル代理人B_1等ニ於テXヨリ受取リタルモノナル旨判定シタルハ理由不備ノ違法アルカ、モシクハ實驗則ニ違背シテ法律行爲ヲ解釋シタル違法アルモノニシテ、此ノ點ニ於テ原判決ハ全部破毀ヲ免レズ。」

〔評釋〕判旨の結論は極めて正當であると思ふが、それに至る途中に問題がないわけではない。

一　代理權を伴ふ委任において、委任の目的たる事務の終了は代理權の消滅を來すか、といふことが判旨の中心問題をなしてゐる。ここで注意すべきことは、代理權の消滅を言ひ、又その存續を言ふとしても、ここでは普通とは些か異つた意味で言はれてゐることである。すなはち、假に代理權が存續するとしても、本件において受任者Yがその存續する代理權（および第三者を代理人に選任する權利）にもとづき受領代理人として選任したB_1等が——Aの代理人として——正當に年金を受領する權利を有することにはならない（元來A自身で之を受領する權利さへ

既に消滅してゐるのであるから、何人を代理人としようと、その受領が正當とされる理由はないのである)。この點に關するかぎり、代理權が存續してゐようと、消滅してゐようと、何等の差異を來すものではない。問題は、正當の權利なくして年金を受領したB_1等がAの代理人として之を受領したことになるか否か、といふ點にある(もし代理權が存續してゐるとすれば、本件年金はAがB_1等を以てXから受領したこととなつて第二審判決の結果となるわけであり、またもしそれが消滅してゐるとすれば、B_1等から本件金額を受取つたYが——Aからでなく——直接Xから之を受領したこととなつて不當利得の因果關係を直ちにYに歸屬せしめ得ることとなるのである)。換言すれば、問題の法律行爲(本件でいへば、正當の權利なくして年金を受領したこと)から生ずる一切の法律的效果——從つてその中には、事情によつては不當利得返還責任の發生をも包含する——を、委任者たるAに歸屬せしめるか、あるひは受任者たるYに歸屬せしめるかといふ問題、之が代理權の存續あるひは消滅といふ問題の實質的な內容なのである(後記美濃部博士判例批評(一)はこの點に關し見解を異にされるやうに見える)。

二

さて、委任の目的たる事務の終了は代理權の消滅を來すか。この問題は二段に分つて考へる必要があらう。

(1) 事務の結了と同時に委任は終了するか。この點は肯定さるべきこと疑をいれない。たゞ問題は、委任が終了しても、當事者の一方——本件では受任者Y——がその終了を過失なくして知らなかつた場合には、彼に對する關係においては委任はなほ存續するものと看做されえないか、といふ點にある。しかし民法六五五條は右のやうな場合に委任者(A)が委任の終了を以て相手方Yに對抗することを得ない旨規定するにとゞまるから、本件の如くAでなくXから委任終了を主張する場合にはYは委任存續の效果を主張しえないものと解するほかはないであらう

(獨民六七四條の如きは「受任者ノ利益ノ爲ニハ委任ハ存續スルモノト看做ス」と規定するからXはYに對し委任終了を主張しえない。何故にそれが受任者Yの利益であるかは、前記一後半參照)。

(2) 委任の終了と同時に代理權は消滅するか。一般的にいつて、契約の締結又はその履行に關する法律行爲の代理權を——その委任に伴つて——與へられた者は契約の原始的不能の場合、又は後に至り契約の目的の消滅等のため契約が失效した場合に——前記の如く六五五條によつて保護されない以上——代理權が初めから發生せず又は後に至り消滅するため常に自ら原狀回復、不當利得返還等、これに伴ふ諸般の責任を負はなければならぬ、といふのであれば、代理權を與へられた者(受任者)にとつて酷であり、不當な結果を生ずる場合があるであらう。それ故に、委任終了の事由、當事者間の關係特に代理權を授與した際の事情、當事者の意思等諸般の事情によつては委任の終了にも拘らず代理權の存續を認むべき場合があると思ふ。民法一一一條二項はかかる特殊の事情のない、通常の場合を豫想した規定であると解しえられないであらうか(鳩山・增訂改版日本民法總論四二二頁、四四七頁、我妻・民法講義I三四九頁、三七一頁參照。なほ獨民一六八條は代理權はその基礎たる法律關係と運命を共にすることを規定するが、前記六七四條の適用ある場合には代理權も亦存續するものと看做される。獨民一六九條、Oertmann, I zu § 169 參照。しかもなほ Oertmann 2 b) zu § 168 は右の一六八條を當事者の意思表示によりその適用を排除しうる任意規定と解する)。

さてしかし、本件の場合は右の樣な特殊の場合として委任の終了にも拘らず代理權は存續するものと解すべきであらうか。本件において委任の終了が目的たる事務の——結了といはんよりはむしろ——消滅に基因してゐることは右の解釋を可能ならしめる一つのモメントではあるが、しかし次のやうな事情はこの解釋を排斥する方向にはたらくものと考へられる。(イ) 本件の代理權者Yは普通の單純な受領代理人ではなく、Aを代理して受領した金錢を以て直ちに自己のAに對する債權の辨濟に充つべき立場にある。それは取引の實質において年金受給權の信託的讓渡乃至質入と大差がない(それ故に脫法行爲として無效ではないかの議論はしばらく措く)。だとすればX(國)に對する關係

においては實質的にはYはAと同一乃至はそれに近い地位に立つてゐるのであり、通常の代理人の場合の如く自己のなした法律行爲の效果をAに歸屬せしめると同時に自らは實質上も取引關係の外に脱出するのとは大いに事情を異にしてゐる。かかる實質的な關係からして、その法律行爲の效果をYに歸屬せしめること（前記一後半參照）はあへて不當ではない（YA間の契約が形式的にも信託的讓渡であつた場合を參考されよ）。（ロ）Yが委任を終了せしむべき事由、卽ち年金受給權を消滅せしむべき事由の發生を知らなかつたとしても、上記（イ）の點からして、本件では單純な受領代理人とは異なり、Yに於て斯かる事由は當然知るべかりしものとも解され得べき關係が存在する（獨民六七四條によつても受任者が委任の終了を知り又は知るべかりし場合は除外されてゐる）。（八）もとより當事者が特に委任の終了後も代理權を存續せしむべき旨の意思表示をなした事實は現はれてゐない。以上諸般の事情に基づき、本件の場合は特にかかる解釋をとるべきではないと思はれる。斯く解するときは、前記「云々ノ趣旨ト解スルヲ相當トシ」、「云々ト解スベキコト事理ノ當然ナリトス」といふ判旨は言外に含蓄の多いものといはねばならぬ。判旨の結論正當なりといふ所以である。

三　從つてYの代理權はすでに消滅し、之に基づいて年金受領代理人に選任され、現實に郵便局から本件金員を受領したB_1、B_2、B_3はAの代理人として之を受領すべき權限を有しなかつたものである。その結果Yが不當利得返還義務を負ふか否かの點は差戻後の控訴審の問題である。從つてここに詳論すべき限りではないから、前記一の後半で觸れた所のほか、なほ問題となりうべき一、二の點を概觀するに止める。(1)　本件において、もしAが自ら該年金を受領し、之をもつてYに辨濟したのであれば、Yは一九二條の要件をみたす限り同條の關係で「法律上ノ原因」ありとされ、從つて不當利得の成立なしと云ひうる（詳細は我妻・事務管理・不當利得・不法行爲（新法學全集）六三頁、東・昭和一〇年判民一四事件評釋參照。なほ控訴審判決において

同樣の解釋をとるもの、民集六卷一六九頁、同一四卷四八〇頁以下、同一五卷一一五頁以下に引用される所參照）。(2)　然らば本件においてもYは一九二條の關係において保護されないか、の問題が起りうる。然し一九二條によつて保護されるのは當該目的物を占有する相手方——本件ではA——を所有權その他の處分權ある者と誤信した者であつて、本件ではB_1等はAの代理人ではなく、從つてAはB_1等による代理占有をも有しないのであるから、Yは占有者に非ざる相手方を占有者と誤信した譯であり、この後の點の誤信が保護されるか否かは一九二條の問題ではない（またYは實際に占有するP_1等を所有權者と信じて之から本件金錢を讓受けたものではないから、この點で一九二條の保護を主張しえないことは勿論である）。(3)　いづれにしても、YがことさらにB_1等を代理人として受領せしめたのは債權者たるY側のいはばカラクリにすぎないのであるから、Yが自ら代理人として受領した場合と異る結果となるやうな解決は好ましいものではない。

本件については美濃部博士（國家五三卷七號九七五頁）のほか、平野氏の判例批評（民商九卷六號一六六頁）がある。本評釋で觸れなかつた點につき、參照を望む。なほ、銀行判例二二卷一號二五頁にも評釋あり。

（磯田　進）

五　合名會社の退社員が責任を負ふべき會社債務の範圍

商法七三條・一二條

昭和一四年二月八日民四部判決（昭一三(オ)一五七三號　賣掛代金請求事件）民集一八卷一號五四頁

〔事實〕　上告人Y會社（被控訴人・被告）は上告人Y_1・Y_2及訴外Aに依り昭和一一年六月に設立せられた合名會社であるが、Y_2は同年一二月五日退社した。然しその登記が爲されてなかつた所、昭和一二年一月中にY_1は會社を代表して被上告人X（控訴人・

原告）と鐵板類の賣買契約を締結し、同年三月一日迄の間に代金八一三三圓〇二錢に相當する鐵板類を買受け、內金三〇〇〇圓を支拂ひ殘金五一三三圓〇二錢の支拂未濟となつたが、會社がその債務を完濟する資產を有しないのでXから會社及$Y_1$$Y_2$に右の殘代金の支拂を請求したのが本件。一審でX敗訴し、原審で勝訴した。上告理由は(1)第一審判決が本件の買主はY_1個人なりとしたのに、原審が、殆ど同一の資料に基き會社を買主なりと認定し、而も第一審の推論は論理上當然のものなるに拘らずそれに誤謬あることを明にしなかつたのは必要なる理由を附せざる違法がある（大判・大正七・一二・二六、民錄二四輯二四四一頁）。(2)原判決は、XがY_2の退社の事實を知つてゐてもY_2は辨濟の責を免れぬとしたが、商業登記は不動產登記と異り登記すべき事項に付登記を爲さずとも其の事項の發生を知れる惡意の第三者に對しては其の事項の存在を對抗し得るから（商一二條）、Xが賣買當時Y_2の退社の事實を知悉して居た以上登記の有無に拘らずY_2から會社の負擔した代金支拂義務に付責任なき旨を對抗せらるべきものである。

〔判旨〕棄却。一「然レドモ第二審裁判所ハ第一審裁判所ノ事實上法律上ノ判斷ニ拘束セラルルモノニアラズ。故ニ第二審ガ第一審ト同一ノ訴訟資料ニ基キ相異ナル判斷ヲ爲スモソノ理由ヲ說示スルノ必要ナキモノトス。」

二「然レドモ合名會社ノ社員ガ退社スルモ退社ノ登記ナキ以上取引ノ相手方ガ退社ノ事實ヲ知ルト否トニ關セズ該登記前ニ生ジタル會社ノ債務ニ付責任ヲ負フコト商法第七十三條第一項ノ解釋上明白ニシテ此ノ場合ニハ同法第十二條ノ適用ナキモノトス。」

〔評釋〕判旨第一點は勿論當然であるが、第二點は反對に解し度い。

一　同一の訴訟資料についても裁判所の取捨選擇は自由であり從つて判斷も異り得る。だから上告人がこの點のみを理由として爭つても駄目である。ただ確定された事實から結論への推理の徑路に經驗法則上許すべからざる誤謬があれば理由不備と云ふべく、上告人の引用する判決は正にそのやうな場合に關するが（組合費納付の事實を認定しながら組合の存在を承認したものでないとした原判決を破毀した事件）、判例集にあらはれた上告人の主張はこの點に迄は及んでゐないやうである。

二　合名會社の退社員の責任を負ふべき會社債務の範圍は商法七三條一項に基き登記により一律に決定されるのか、それとも商法一二條の登記の一般原則によつて決せられるのかに就ては爭がある（責任を負ふ期間の起算點は七三條一項により登記なることに異論はない）。通說は前の見解を採り（岡野・會社法講義案五六頁、松本・日本會社法論五四一頁、竹田・民商二卷二號三〇二頁以下、田中（耕）・會社法概論二九七頁、合名會社社員責任論一二〇頁以下、田中（誠）・全訂會社法提要三九二頁、大隅・會社法論七四頁以下、西原・商法總則（新法全）二八四頁）、大審院も今回新判例として此の立場を宣明したのである（東地判・大正一三・一一・一四評論一四卷商九三頁は同旨）。之に對して伊澤教授（表示行爲の公信力一一三頁）は此の責任を不作爲による禁反言則に基くものとされる見地から、又鈴木教授（判民昭和一〇年度二一事件評釋）は立法の趣旨に鑑みた實質的妥當性の理由から、いづれも惡意者を除外すべきものとされる（岡野・會社法一二一頁も同旨であつたが後前記の如く通說に改められた）。私も大體此の說で必要且つ十分なのではないかと思ふ。

そこで先づ通說の理由とする所が十分なものであるかを考察して見たい。(1)法文の體裁からは責任の範圍についても之が特別規定があることは略々明であり、從つてかかる規定のない諸外國例へばドイツ（反對說と同じ、鈴木・前揭參照）と直ちに事を同一に論じ得ぬことは云ふまでない。然しかかる規定がなくとも退社員は登記の一般原則に基き退社の登記及び公告がある迄は善意者に對して社員としての責任を負ふべきだから（田中（耕）・合名會社社員責任論一二〇頁）、少くとも善意の債權者の保護には缺くる所がない。そこで通說としては惡意者をも救濟するやうなこの異例な特別規定（諸外國にはないやうである、田中（耕）・合名會社社員責任論一二六—七頁參照）の合理性を基礎付け得ぬ間は未だこの問題を完全に解決したことになるまい。(2)通說が本條の立法趣旨として說く所は第一に信賴の保護にある。即ち田中（耕）博士は自稱行爲に對する責任と同趣旨のものとされ（會社法概論前揭、尙ほ合名會社社員責任論一二一—二頁では退社員はたとへ自稱社員たる責任を負ふ）、竹田博士は、（要件を具へぬ場合でも退社の當座は第三者より社員と誤信せらるべき客觀的性質を有するとされる）一般的に退社の事實を知らずして會社債權者となつた第三者を保護する趣旨だとされる（前揭三〇三頁）。第二に、善意惡

意を區別しないのは法律關係を劃一ならしめることによりその錯雜を防ぐ爲であるとせられる（竹田・前掲三〇二頁、田中（耕）・合名會社社員責任論一二〇頁、西原・前掲）。

私も通說が社員の責任を負ふ基礎を信賴の保護（大判・昭和一〇・三・九民集一四卷三號二九一頁は殘存登記に對する信賴だといふが、それは不正確なこと竹田・前掲三〇三頁の指摘される通りである）に求める點には贊成であるが、商業登記の一般原則や自稱社員の責任と異り惡意者をも包含せしめる點は此の立場に忠實でないと思ふ。尤も通說はこの修正を法律關係劃一化の要請によつて辯護せんとする。然しこの場合は會社設立の有無・效力或は株主總會の決議の效力等の問題と異り、それを基礎として多種多樣な法律關係の成立が豫想される組織法的色彩がなく、單に登記迄の短い期間內に於ける會社債務の辨濟のみに關するから劃一的なることを必要とせず、寧ろ信賴保護の原理を貫徹して個別的に妥當な解決を得ることが望ましい（尙ほ代表社員の申請すべき退社登記が永らく爲されぬ場合の通說の不都合につき鈴木・前掲參照）。此の意味に於て私は通說の實質的理由に承服し得ず、法文からは離れるが反對說に與したい。具體的に云へば、商業登記の一般原則により一方に於て惡意者を除外すると共に（之で十分）、他方に於て善意者である限り登記前のみならず登記後と雖も公告迄（之は必要）の債權者に對して責に任ずべきものと解する（此の結果が實質的に妥當なことは西原・前掲も認められる。尙ほ大隅・前掲七五頁も登記後公告迄の善意債權者は含むとされる）。尙ほ右の如き見地からは、本條の責任は實は退社員としての特殊な責任ではなく社員としての責任として理解すべきことゝなるべく、又七三條一項前段も別に特殊な規定ではなく後段の責任期間を導き出す爲の注意的な意味しか有たないこととなるであらう。

本件に就ては實方助教授（民商九卷六號一二二五頁）は判旨に贊成されるが、佐々博士（新報四九卷七號一一三六頁）及び小町谷博士（法學九卷八號八七七頁）は反對され惡意者を除外すべしとされる。

六　私生子認知の遡及效と民法第八五四條の取消權

（豐崎光衛）

民法八三二條・八三九條・八五四條・八六〇條

昭和一四年一月二八日民三部判決（昭一三（オ）一七五七號、養子緣組無效確認請求事件）民集一八卷二號六三頁

〔事實〕　X（上告人・控訴人・原告）は、亡戸主Aとその內緣の妻Bとの間に、大正一五年一月二七日出生したが、同年二月一一日出生したものとして、AはXの庶子出生屆（二月二二日附）をなして（三月一日）、Xを認知した。所が、Xの出生月日として屆出でられた日の前日である二月一〇日にAの本籍地役場にはAとその弟Y（被上告人・被控訴人・被告）との養子緣組屆が受理されてあるので、Aの死亡に因りYが家督相續をなした。Xは、Yの戸主たる地位を爭ふ前提としてであらうが、本訴を提起してA・Y間の養子緣組の效力を否認しようとする。尤も、第一審に於ては、民法八三九條違反を理由として右の養子緣組の取消を求めたが、棄却となつたので、第二審に於ては、AY間の養子緣組がAの眞意に出たものでないこと並に緣組屆が僞造なる旨を理由として養子緣組無效確認を求め、豫備的に緣組取消を求めたが、兩請求とも容れられなかつたので上告に及んだ。

上告理由中、問題となつた點は、民法八三九條を根據とするものである。卽ち、Xは大正一五年一月二七日に出生し（Xの出生月日は昭和一三年九月二日濱松區裁判所の許可の裁判により訂正されたといふ）、同年三月一日認知されたから、その出生月日に遡りAの推定家督相續人たる地位を取得した（八三二條）。然るに、A・Y間の養子緣組はXの出生後になされたものであるから、右の緣組は八三九條に違反するものであつて、取消しうべきものである（八五四條）。尤も、認知の遡及效は第三者の權利を害し得ないものであるが（八三二條但書）、それはYが戸主となつた後に認知された場合にのみいひうることであつて、本件の如くYの家督相續前に認知された時は遡及效は制限せられない。何故ならば、法定推定家督相續人の地位は「第三者ノ既ニ取得シタル

權利」に該當するものでないから、といふにある。

〔判旨〕 棄却。「然レドモ一旦適法ナル養子縁組ノ屆出ガ受理セラレタル以上、該屆出ニ因リ有效ナル養親子關係ガ發生シ、養子ハ縁組ノ日ヨリ養親ノ嫡出子タル身分ヲ取得シ、且、其ノ身分ニ伴フ權利ヲ取得スルモノナルガ故ニ、該養子縁組ノ後ニ爲サレタル養親ノ私生子認知ニ因リ養子ガ既ニ取得シタル前記權利ヲ害スルコトヲ得ザルヤ勿論ナルガ故ニ、右認知ノ結果、前示養子縁組ガ民法第八百三十九條ニ反スルニ至リタル爲メ、之ヲ理由トシテ同法第八百五十四條ニ依リ其ノ取消ヲ請求シ得ザルモノト解スベキコト寔ニ原判示ノ如」し。

〔評釋〕 判旨の結果は支持せられねばならない。

上告理由は、原審判決が相續開始前の相續人の地位が民法八三二條但書の所謂「權利」に該當するとしたことは誤りであると攻撃してゐるが、原審もさうはいつてゐないのであつて、上告理由はまとはづれの感がある。推定相續人の地位が八三二條但書の所謂「權利」でないことは、通說・判例の既に認めてゐる所であり、原審がそれに從つたことは當然であらう（先に認知された二男が戸主とならぬ中に長男が認知されれば推定家督相續人の二男の地位は害される。また、推定家督相續人が嫡出女子である場合、庶男子が認知されれば前者の地位は害される（穗積・親族法四七二頁）。なほ、母の家の法定推定家督相續人たることは認知により父の家に入る妨げとならぬとする判決（大判大正九・二・一〇、民錄二六輯一六三頁）がある）。然し、判旨はこの上告論旨に答へる代りに、推定相續人の地位が八三二條但書の所謂「權利」でないことは當然のこととして、更に積極的に理由を附して、「養子ハ縁組ノ日ヨリ養親ノ嫡出子タル身分ヲ取得シ且其ノ身分ニ伴フ權利ヲ取得スルモノナルガ故ニ」養子の地位は害され得ないと答へてゐる。判旨によれば、Xが敗けた理由は、養子縁組をなしたことが八三二條但書に該當するといふことになる。

確かに、八三二條の解釋として、判旨の所說は尤もである。蓋し、八三二條の精神は認知なき狀態から新たな確

定的な法律關係が發生してゐれば、それを覆へさないことにある。大審院は既に、母がその私生子を他家に養子にやつた後、父がその子を認知しても、その養子縁組の效力は認知により影響を蒙らないと判示したことがあり（大判昭和一一・七・四、新聞四〇六四號五頁）、本件判旨は、八三二條の解釋としてこの先例の當然の發展である。然し、問題は八三二條だけにあるのではなく、八三二條但書が八三九條との關係に於て如何に考へらるべきかにかかつてゐるものと思ふ。この點が本件に於ける一つの新しい問題である。八三九條は法定推定家督相續人たる男子ある者は男子を養子と爲すことを得ないと規定する。所が、本條が實質的意味を有するのは、判例法上、法定推定家督相續人たる庶男子が存在するときに限られる（法定推定家督相續人が私生男子たる場合は男養子を爲し得る。大判昭和四・五・二、民集八卷三二九頁）。さうして、本件ではまさに庶男子と養子との關係が問題となつてゐる。だから、八三九條の精神を貫徹するならば、Yの養子たる地位は八三九條に反することになつて、八三二條但書の所謂「第三者ノ既ニ取得シタル權利」には入らぬと解せねばならぬかも知れぬ。然し、八三二條但書は、前述の如く、過去の確定の法律關係を認知により覆へさぬことを目的としてゐるのであつて、しかも、八三九條は、八三二條のこの精神を破つてまでその趣旨を貫徹しなければならぬ程の重要性あるものではない。といふのは、庶男子の地位なるものは、それほど保護せられねばならぬとは考へられないからである。從つて、結論として、八三二條の精神が八三九條により破られないで、Yの養子の地位が保護せられることになる。判旨からは、結局、兩條の關係について右のやうな結果が生ずることになり、この點に於てそれは一つの新しい先例たるの意味を有することになる。

本件には谷口氏（法と經濟一二卷一號一一五頁）福島氏（民商一〇卷一號一二一頁）鎌原氏（新報四九卷七號一一三九頁）

の評釋がある。なほ、中川氏・法學九卷一一號一二四〇頁參照。

七　乘合自動車會社の任意解散と回數乘車券所持人の地位

商法三三一條

昭和一四年二月一日民三部判決（昭一三(オ)九二號損害金請求事件）民集一八卷二號七七頁

（二　上　英　治）

〔事實〕　X（上告人・被控訴人・原告）は乘合自動車業を營むY會社（被上告人・控訴人・被告）等に於て通用のため發行した無記名乘車券二百回券（發行者の名義、その回數乘車券なること、各停留所區間料金等を記載したもの）各十五册を券面額（二圓八十錢）以下で買受けて所有してゐたところ、Y會社等は孰も經營困難のため昭和十一年二月二五日に解散し、爾來清算中で營業休止の狀態に在る。この事實に基きXはY會社等の發行した回數乘車券の券面額合計各四十二圓宛に相當する損害を蒙つたと主張して同會社に對し各四十二圓の支拂を請求した。原審は上告人と被上告人との間に自動車による旅客運送契約の豫約が成立したが、その豫約上の債務は被上告會社の責に歸すべき事由に因り履行不能となつたから、被上告會社Yは上告人Xに對しその被つた損害を賠償すべきものとしたが、數額の點について審査し上告人の請求の一部を認容した。そこで更にXから上告したのが本件であつて、上告論旨は原審がその損害賠償額を、會社財政上の困難・會社側の整理方針で多數の回數券所持人が券面額の三分の一引下に應じたこと、上告人が本件乘車券を安價に思惑買したこと等を理由として券面額の三分の一に減額したことを不當とする。

〔判旨〕　上告人敗訴の部分を破毀し差戻す。

「……然レドモ本件ノ如キ回數乘車券ハ運送業者ト公衆トノ間ニ他日成立スベキ運送契約ヲ豫想シ其ノ乘車賃ノ前拂アリタルコトヲ證シ卽チ乘車賃ニ代用セラルル一種ノ票券ニシテ、之ガ發行ニヨリ其ノ所持人トノ間ニ旅客運送契約又ハ其ノ豫約成立スルモノニアラズ、右運送契約ハ唯公衆ガ乘車ノ都度乘客ト運送業者トノ間ニ成立スルモノト解スルヲ相當トス、之ト同趣旨ノ見解ハ當院判決ノ曩ニ判示セル所ニシテ（大正五年(オ)第九百八十九號同六年二月三日判決參照）、原審ノ說明竝其ノ證據資料ニ徵スルモ本件ニ付敢テ別異ノ解釋ヲ容ルベキ特殊ノ事情アルヲ見ズ、サレバ被上告會社等ガ本件回數乘車券ヲ發行後任意解散シ營業ヲ繼續セザルコトト爲リタル以上、特殊ノ事情存セザル限リ券面ニ表示セル前拂ノ賃金ハ所持人ニ之ヲ返還スルコトヲ要スベキモ原判示ノ如キ豫約ノ履行不能ニ因ル損害賠償ノ責アリト云フベカラズ、果シテ然ラバ原審ガ斯ル賠償責任ノ存在ヲ前提トシテ上告人ノ請求ノ採否ヲ判斷シタルハ違法ナリ……。」

〔評釋〕　判旨の說くところは不充分と考へるが、その結論には贊成である。

一　本件に於ける問題の中心は、無記名回數乘車券を發行した乘合自動車會社がその意思によつて任意解散して營業を休止した場合、乘車券としては最早や實質的價値を喪失した回數乘車券所持人の救濟の問題である。この點につき判旨は嘗つて大正五年の東京市電の乘車賃値上に關し回數乘車券の性質につき採つた態度卽ちこれを「乘車賃の前拂ありたることを證し乘車賃に代用せられる一種の票券」とする立場のもとに（大判大正六・二・三民錄二三輯三五頁以下）、本件の乘合自動車會社Yはその回數乘車券所持人に對し、「特殊の事情なき限り券面に表示した前拂の賃金を返還すべきもの」とした。惟ふに判旨が回數乘車券を以て「運賃支拂の票券」となすにしても、その趣旨は單にそれを以て運賃支拂の受取證となすものではあるまいと考へられる（單にこの意味とすれば素より不當である）。蓋しこの場合Y會社は運送營業の經營を前提とし、その企業設備の利用卽ち自動車による運送に對し必要な對價卽ち運送賃の前拂を回數乘車券發行の形式のもとに採つたものである。從つて回數乘車券なるものは單に受取證に止まるものではなく、その企業設備の利用

については運送賃に代用せられることを承認し約束したものでなければならぬからである。而して現在何人と雖も自由に乗車してその企業設備の利用即ち運送契約をなし得るものである以上、回數乗車券は當該企業經營の繼續せられる限りその回數乗車券所持人に當該企業設備を利用せしむべきことを前提とし、回數乗車券にその利用の對價即ち運送賃の支拂につき「現金代用方法」としての意義を承認したものといへよう（無記名であれば、凡てその所持人に對して、從つてその讓渡性もあり、その限りで有價證券ともいへる）。從つて回數乗車券の所持人に對しては乗合自動車會社はその企業設備を一般公衆に利用せしむべき義務以上に「強い」又「具體的」意味に於てその義務を負擔するものと解すべきであらう（これを譬ふれば、Y會社は回數乗車券所持人にはその企業設備の利用を前提として、右回數券が運送賃に代用せられるについての「强制通用力」を承認したといへよう）。この意味に於て企業經營を繼續しつつ、而も回數乗車券による當該企業設備の利用を拒否することは、回數乗車券としての意義・作用を否定することとなるから、當然にそれは許されず、若しこれを拒絶したときは回數乗車券としての價値約束に對する義務違反として、その價値の喪失に對し損害賠償義務あるべく、その賠償額は當然に券面額によるべきであらう。これに反しY會社の回數乗車券としての價値の承認は前述のやうに當該企業の經營を前提とするものではあるが、Y會社は必ずしもその故に當該企業を遂行すべき義務——嚴格な意味の義務、即ちその違反が民法の債務不履行を當然に構成する意味の——を負ふものではない。本件に於けるやうに企業遂行上の都合により會社を解散し營業を休止することも當然にこれをなし得るところである。ただこの場合にはY會社に於てその運賃支拂方法としての經濟的價値と法律的意義を承認してゐる回數乗車券につき、その價値を全然喪失せしめるものであるから、この損失に對しては當然に賠償の義務あるべく、その賠償額は判旨の指示するやうに券面額によるべきである。原審が運送契約の豫約義務不履行に基くもの

として、種々の事情を考慮し賠償額を券面額の三分の一に減額したことは明白な誤謬である（本件でXが回數乗車券を思惑で安く購入したことなども從つて問題とさるべきではない。これは一つの投機取引に過ぎない。）。

二　本件に關する限り右の説明を以て足ると考へるのであるが、回數乗車券の性質については、前掲の東京市電の回數乗車券に關し論議を醸したところであり（判旨と同態度、岡松・法律新聞一一六〇號四頁以下。豫約上の請求權を化體する有價證券説、松本・私法論文集九六一頁以下、竹田・新報二〇卷五號二五頁以下等を表彰する有價證券説、美濃部・法律新聞一一六六號六頁。運送契約上の債權がある。但し竹田博士は本件の判批に於ては多少その説明方法を異にされることは後述する。）、本判旨についても既に大隅教授は回數乗車券を運送契約上の運送債權を表彰する有價證券なりとする立場のもとに又この點に中心を置いて論述されて判旨の理論を攻擊される（大隅・論叢四〇卷六號一二九頁以下）。然し判旨の趣旨を前述のやうに補充して考察する限り、この點は回數乗車券を運送契約上の債權を表彰する有價證券と解するか否かにより何等結論を異にすべきところではない。殊にこれを運送契約上の債權を表彰する有價證券とみるにしても、本件の回數乗車券のやうに、その乗車區間・乗車時間等凡て未定であり、その所持人の自由に委されてゐるものに在つては（例へば回數乗車券を所持して乗車し、現金で支拂つてもよく、又乗車券に現金をたして乗つてもよい。この後の場合などどの區間に回數券が使用されたかも問題でない）、運送契約上の權利といふも極めて「抽象的」意味のものであるに過ぎず（例へばある日何等かの都合で午前中運送が休止された）としても直ちに債務不履行による損害賠償は出來まい）、現實に乗車してからその債務關係が具體化するに過ぎない（例へば運送中止・事故等につき各個の旅客との間に損害賠償關係を具體的に考察することあるのみ）。從つてこの限りに於て「運送契約上の運送債權を表彰する」有價證券といふも、前述の如く解するもさしたる實質的差異を生じない。又この立場のもとに本件の如き場合をも「運送義務の履行をなさざることによる債務不履行」と解するにしても（大隅・前掲一三二頁はこの立場である）、その賠償額を「履行に代る利益額として回數乗車券の券面額」とする限り、この點に於ても何等の差異を來すことがないのみならず、この

場合を「直接に」運送債務の不履行による債務不履行とみることには疑問がある。何れにせよ、この限りに於て「運送契約上の運送債權を表彰する」か否かの論議にはさしたる實質的價値を認め得ないやうに思はれる。

本件については美濃部博士（國家五三卷七號）、竹田博士（民商一〇卷一號一二七頁）、大隅教授（論叢四〇卷六號一〇二〇頁）の判批がある。美濃部博士は判旨はそれ自體正當であるが、賠償額の點につき原判決を破毀したことは結果に於て贊成し得ないとされる。回數乘車券の性質については何等言及されず、又判旨を攻擊せられるところも、結局は從來の博士の所說（本文參照）を前提とせられるものといふべく、この前提には私は贊成し得ない。竹田博士は回數乘車券を「金錢代用證券」とされ、私の所說に近く、意を强うする次第である。大隅教授は判旨の理論的立場に反對される。然し教授の立場に對しても疑問あること本文述ぶるところに讓る。

（石井照久）

八　假差押中の株券に付會社より減資による併合の爲に提供の催告ありし場合の執達吏の採るべき處置

民訴法五三二條・五七一條・六〇三條、商法二二〇條ノ二・二二〇條ノ三

昭和一四年二月八日民三部判決（昭一三（オ）一三七二號損害賠償請求事件）民集一八卷二號八九頁

〔事實〕　X（原告・控訴人・上告人）は鹽水港製糖株式會社の舊株新株各六十株を訴外Aより同人名義の白紙委任狀を添附して其の交付を受けて居た所、昭和四年一二月一九日Y銀行（被告・被控訴人・被上告人）はXに對する假差押命令に基き執達吏Z（被告・被控訴人・被上告人）に委任して右株券の假差押を爲さしめ、Zは之を占有した上Y銀行の金庫に保管に付した。所が之

より前同年一〇月に鹽水港製糖株式會社は株主總會に於て資本を半額に減少し、其の方法として從來の新舊株每に各二株を併合して一株と爲す旨の決議があり、會社より各株主に株券を提供すべき旨の失權豫告附の通知を爲した。本件株券の名義人たるAに對しても、昭和五年二月一〇日迄に之を會社に提供すべき旨の通知があつたので、Aは之をXに通知した。そこで、Xは同二月八日書面を以て執達吏たるZに對し、會社よりの通知書を添附し、本件株券を會社に提供せられ度き旨を申出た。Zは右の通知を受けた旨をY銀行にも通知したが、結局提供せずに終つた。其の事情はZの主張に依れば、假差押の目的物の換價は裁判所の命令ある場合に限られ、且差押株券を會社に提供すれば執達吏の占有を離れ差押の效力が消滅するから執達吏として其の職責上爲し得ぬ所と思料し、當時監督官の意見を尋ねた上で、Xの申出に應じなかつたものである。隨つて本件株券は失權し、會社は之に代へて交付すべき株式を商法第二二〇條ノ三に則つて競賣に付したので、Yは昭和五年四月中旬に賣得金二五八圓餘をAを通じて會社より受領した。然るに何故か失權した本件假差押に係る株式は其後の本執行に移つて昭和八年一二月に至つて競賣され、其の賣得金二六一圓はYに於て執行債權の一部として受領して居る。Xは右の事實に基き、資本減少後に於て鹽水港製糖の株價は昂騰し、昭和一一年中の最高價は相當の額に達したので、若しZYに於てXの申出通り會社に株券を提供して、Xをして併合後の株式を取得せしめたとすれば、Xは轉賣に依り利益を受け得べかりしに拘らず、ZYの不提供に依り之を妨げられたものであるから、Zの職務違反及びYの債權者且保管人としての不法行爲に基く損害賠償として、最高株價と嘗て失權に際して會社より受領せし金二百五十八圓との差額の金二千圓餘を請求すると主張して本件を提起した。

第一審、控訴審共にXは敗訴したが、控訴判決は民訴法第五七一條の差押物保存の爲の特別の處分は其の結果が債權者に利益を齎す場合に限り爲すべく、債權者の利害に無關係なる處分を爲すことは委任の範圍を逸脫するものであり、本件に於て若し執達吏が會社に差押株券を提供すればXの失權は防止し得るが、債權者の爲には差押の目的物を喪失する結果となり其の不利益に歸するに止まるから、執達吏たるZは其の申出に應ずべき義務なく、Yも亦保管人若は債權者としてXの爲に失權を防止する責

任を負はぬものであり、Xとして失權を免れんとすれば假差押解放金額を供託して假差押を解き自ら株券を會社に提供すれば宜いのであるから、失權に基き生じた損失をYZに轉嫁し得ぬのが當然であるとした。之に對しXは更に上告して、YZの義務違反を主張した。

〔判旨〕 破毀差戻。「執達吏ガ動産ノ假差押決定ニ基ク債權者ノ委任ニ因リ、債務者所有ノ株券ヲ差押ヘ之ヲ占有中、株式ノ發行會社ニ於テ其ノ併合ノ方法ニ依ル減資手續ヲ實行シ、株主ニ對シ商法第二二〇條ノ二所定ノ通知ヲ爲シ、從テ株主ガ指定期間內ニ株券ヲ會社ニ提供セザルトキハ、株主ノ權利ヲ失フベキ場合ニ於テハ、執達吏ニ於テ此ノ事實ヲ知リタル以上民訴法第五七一條ニ則リ、差押物保存ノ爲ニスル特別ノ處分トシテ、右失權ヲ防止スルニ適當ナル處置（例ヘバ發行會社ト協議ノ上株券ヲ提供スルト同時ニ尙之ヲ差押物トシテ會社ノ保管ニ付シ新株式發行ノ上ハ新株券ヲ舊株券ニ代ヘテ執達吏ニ交付セシムルガ如シ。蓋シ差押ノ效力ハ舊株式ニ代ル新株式ニ及ブベキモノナレバナリ。）ヲ講ズベキハ當然ニシテ、之ヲ怠リタル爲失權ノ結果ヲ招キ債務者ニ損害ヲ被ラシメタルトキハ、民訴法第五三二條所定ノ義務違背ニ因ル賠償ノ責ニ任ズベキモノナルト共ニ、差押債權者ニ於テモ斯ル結果ノ發生ニ付其ノ過失ノ存スル以上一般不法行爲ノ責ヲ免ルベキモノニアラズト解スルヲ相當トス。……去レバ原審ハ須ク諸般ノ事情ニ基キ、Zガ右失權ノ結果發生ヲ防止スル爲相當ナル處置ヲ講ズルヲ得ザリシヤ否ヤ、又斯ル處置ノ存スル以上之ヲ怠リタルコトナカリシヤ否ヤ、Y銀行ニ於テモ差押債權者トシテ右結果ノ發生ニ過失ナカリシヤ否ヤヲ審究シ以テ本訴請求ノ當否ヲ判斷スベキニ拘ラズ、事茲ニ出デズ單ニ原判示ノ理由、卽チ民訴法第五七一條ニヨリテ爲スベキ差押物保管ノ結果ガ毫モ債權者ニ利益ヲ與ヘザル場合ニ於テハ、執達吏ハ特別處分ヲ爲ス義務ナシ、而シテ本件株券ガ發行會社ニ提供セラルルニ於テハ當該株式ハ併合ニ因リ消滅スベキヲ以テ債權者タルY銀行ヲ利スル所ナク却テ損失ヲ與フル次第ナレバ、ZハXノ申出ニ應ジ株券ヲ提供スル義務ナクV銀行ニ於テモ何等失權防止ノ手續ヲ爲ス義務ナキ旨ノ理由ヲ以テ、夙クXノ前記主張ニ基ク賠償請求權ヲ否認シタルハ法律ノ解釋ヲ誤リ延テ審理不盡ニ陷リタル違法アリ。」

〔評釋〕 判旨に贊成する。民訴法第五七一條に依る差押物の保存の爲の特別處分は、有體動產であれば腐敗毀損

の防止、動物の飼養等專ら其物質的狀態を維持して其の經濟的價値を保存することを意味するが、有價證券であれば之に化體されて居る權利の保全方法をも包含するのが當然である。例へば執達吏が手形を差押へた場合に（民訴六〇三條）、未だ差押債權者が取立若は轉付命令を得て其の交付を求めぬ間に滿期日が到來すれば、執達吏は自ら債務者に代つて之を呈示し拒絕證書を作成する等の手形上の權利の保全を講ずべきである（拙著强制執行法（新法學全集）二五頁、Denmer, Die Geldvollstreckung in Wertpapiere S. 67; Jonas ZPO § 831 III）。又差押證券に付ての除權の爲の公示催告あることを知るときは、債權者に代り所持人として屆出て除權判決を妨げる必要がある。本件の如き減資實行の爲に株式の併合手續の採られることを知つた以上は、差押株券の失權の結果を防止する爲に債務者に代り之を會社に提供すべきである。本件原審判決が民訴法第五七一條に依る特別處分は假令差押物保全の爲に必要でも之に因り債權者に全然利益を齎さぬ場合は、執達吏に於て爲すべきでないと云ふのは獨斷である（例へば差押物の價格が差押債權者の債權額を超過する爲、多少毀損して價格が減少しても債權者には不利益を來さぬ場合でも債務者の利益の爲に保存の處分を爲すべきである。）。勿論差押物を喪失する結果に立到るが如き處分は、執行委任の目的と背致するが、判旨も云ふ如く、本件に於て執達吏が會社に株券を提供するも、差押物として會社に保管せしめ且新株券を自己に交付すべきことを求めれば、差押の效力は消滅しないし、又執達吏が新株券の交付を受ければ、法律上從前の株券に代る株券として以前の差押の效力も此の上に當然繼續することとなるから、債權者を利するとしても毫も害することとならぬのである。

尙本件に於て執達吏の株券の不提供が其職務違反と認められ、Yは株券の保管人として故意又は過失に因り之に加功して居れば（例へば執達吏の指圖に從はなかつた場合）、共に賠償の責を免れぬのは當然であるが、一般に差押物の保存は執達吏の職責に屬するから、Yは執行債權者としては特に指圖等を與へて執達吏を動かした場合でなければ、執達吏の行動に

對して一々責を負ふべき理由はない（拙著前掲三五頁）。唯本件は餘り前例のない場合であつた爲、執達吏としても其の進退に窮したものの如く（爲に事實上執行裁判所の判事の意見を徴したが、判事も亦不提出を以て無難としたものの如く見える。）、之に賠償責任を負はせるは些か酷に失するが如く見えるが、若し此の種の職責の正當なる判斷を期待することが、通常の執達吏の知識經驗を以てしては無理と考へられるならば、職務違反に付て過失がなかつたものとも認定し得よう。

本件に關しては、末川博（銀行論叢三二卷六號）、薄根正男（民商法一〇卷一號一三五頁）兩氏及び銀行判例（二二卷一號）の批評がある。

（兼子　一）

九　破産終結の登記後に發生した合資會社の手形利得償還義務と無限責任社員の責任

商法一〇五條（六三條・一〇三條）・四四四條

昭和一四年二月一四日民五部判決、昭一三（オ）一五五四號、貸金請求事件）民集一八卷二號一〇七頁

〔事實〕　訴外A合資會社は昭和七年五月三一日破産宣告を受け、同年六月二日其の登記を經、後昭和九年四月四日に至り破産終結の登記を了した。ところで會社は、昭和六年四月一四日（卽ち破産宣告前）、滿期日を同年五月一五日とする約束手形を振出し、而して右手形上の債務は昭和九年五月一五日（卽ち破産終結登記後）時效に因つて消滅した（商四四三條）。そこで本件に於て右手形の所持人X（原告・控訴人・被上告人）は——A會社が破産宣告を受けたことを知らず、從つて破産手續に於て債權屆出を爲さなかつた——、A會社の破産宣告當時の無限責任社員たりしY等（被告・被控訴人・上告人）を相手取り、A會社が右手形の振出に因り受けた利益の限度に於て利得を償還すべしと請求した（商四四四條）。而して原審は、Y等は解散登記後五年間會社の右手形上の債務に付き連帶支拂の責任を有するものであり、右手形が時效に因り消滅した以上、利得償還の義務あるに至つたこと明瞭であると判示し、Xの請求を認容した。そこでY等は上告して、次の如く主張した。「社員は第一〇三條に依つて會社の解散登記後五年間責任を負擔するが、それは唯會社が解散登記前に負擔せる債務に付てのみ存在し、解散登記後に負擔した債務に付ては存在しない。かく考へざれば不合理且不當である。本件に於て手形が時效に耀り、Xが利得償還請求權を取得したと主張する時期に於ては、會社は破産終結の登記を了し、既に消滅をして居たのである。故にY等も社員たる資格を失つて居たのであるから、社員でなくなつてから生じた會社債務に付てなほ責任を負擔すべしとするは、不合理である。且利得償還請求權は手形上の權利と全然別個のもので、時效期間の滿了に因り始めて發生するに過ぎないから、會社が解散登記前にXに對し手形上の債務を負擔して居た事實を以て、解散登記前に利得償還の義務を負擔して居たと謂ふことは出來ない。原審が商法第一〇三條の期間內に利得償還債權が發生した故Y等に責任ありと爲したのは、違法である。」併し右の上告は棄却された。

〔判旨〕　「會社ノ無限責任社員ハ會社ガ解散登記ヲ爲シタル後ト雖五年間ハ會社ノ債務ニ付其ノ財産ヲ以テ完濟スルコト能ハザル範圍ニ於テ各連帶シテ之ガ責ニ任ズベキモノナルコトハ、商法第百三條第一項ノ規定スルトコロナレバ、右五年ノ期間中ニ於テ會社ガ淸算結了ノ登記又ハ破産終結ノ登記ヲ爲シタル場合ニ於テモ何等其ノ責ニ於テ異ナルトコロナシ。而シテ右會社ノ債務ト云フハ會社ノ解散以前ニ發生シタルモノニ止マラズ、其ノ原因ニシテ會社ノ解散以前ニ生ジタルモノナルニ於テハ淸算結了ノ登記又ハ破産終結ノ登記後ニ發生シタル債務ニ付テモ、亦無限責任社員ニ於テ之ガ責ニ任ズベキモノト解スベク、從テ訴外A合資會社ガ破産開始ノ登記前振出シタル約束手形ニ對スルXノ所持人トシテノ債權ガ同會社ニ對スル破産終結ノ登記後時效ニ因リ消滅シタル場合ニ於テモ、振出人タル右會社ノ無限責任社員タルY等ハ該手形ニ因リ右會社ノ利益ヲ受ケタル限度ニ於テ商法第百三條第一項所定ノ期間之ガ償還ヲ爲スベキ義務アルモノトス。蓋シ右ノ場合ニ於テ上告人ノ償還義務ナルモノハ、Y等ノ無限責任社員タリシ當時A合資會社ガ右手形ノ振出ニ因リ利益ヲ受ケタルニ原因シテ發生シタル債務ニ外ナラザレバナリ。」

〔評釋〕　判旨の結論は正當であるが、理由に付ては次のやうに補正を要すると思ふ。

判旨は、無限責任社員が解散登記後五年間第六三條の責任を負擔するところの會社の債務に付て、其の原因が解散以前に發生したものたることを要求して居る。併し此のやうに發生の時期を制限するのは、全く理由がないことであつて、上告理由の不當な主張に引づられたのではないかと思ふ。第一〇三條が解散登記を標準に掲げて居るのは、唯責任消滅期間の起算點とする趣旨だけのことであつて、社員が責任を負ふべき會社債務の範圍とは何等の關係も存しない。云ふまでもなく會社は清算の段階に於ても新原因に基いて債務を負擔するものであり（上告理由はかることは事實上あり得べからざることと云ふが、全然謬論である）、而してかかる債務に付ても、原因發生時期と關係なく、解散登記後五年間、社員は責に任ぜねばならぬのである（松本・日本會社法論五四三頁參照）。かく考へると、判旨が本件に於て債務原因の發生時期を解散以前に限る考へから出發したのは誤りであつて、本件の問題の中核は、判旨に於て寧ろ當然視されて居るところの、破産終結の登記後に於てもなほ會社の債務の存續することを肯認し得べきや、或は會社の債務としては消滅すべきも、然も社員の責任はこれと獨立に期間の滿了まで存續するものと認め得べきやの點に存するのではないかと思ふ。

合名會社の法人格は、實質的には組合的なるものを一應劃するところの輪廓に過ぎなく、從つて會社の債務は實質的には社員の債務と認められ得る。故に會社の人格が假令破産の終結に因つて消滅し、從つて會社の債務としては最早存在を認め得なくなつても、社員の責任は依然存續することを承認し得るやうに思はれる（蓋つて判例は破産終結に因り株式會社の人格が消滅せることを前提とし乍ら、然も保證債務の存續を是認した。判民大一一年六八事件參照）。蓋し第一次的の責任團體たる會社が消滅しても、なほ其の背後に横はる基礎的團體の存續を認めることは不可能ではないからである（但し破三二七條に依れば强制和議の場合には原則として此の兩團體に通じて減縮が生ずるが、これには本問題と異る考慮が加はつて居る）。併し乍ら抑〻破産の終結に因つて會社の人格は常に絶對に消滅するものと認めねばならぬであ

らうか。清算に關しては、假令清算結了の登記が爲されても、苟も會社の財産が殘存する限り、會社は實質的には消滅せず、從つて清算登記の抹消を請求し得るものと一般に解されて居る（田中・會社法概論二六五頁、松本前掲四六〇頁五九九頁同所引用の判例參照）。而して此の理は破産に付ても同樣に認められるが（加藤・破産法要論四〇二頁、齋藤・破産法新法學全集三三四頁參照）、ここに所謂財産は積極財産のみを意味し、消極財産は一應これを包含せざる趣旨と思はれる。蓋し積極財産ならば再分配の問題を生じ、會社の人格の實質的存續を認める意味があるのに對し、單に債務のみが殘存するに過ぎぬ場合には、最早會社より辨濟を受ける途は存しない故、會社の債務として存在を認めることは無意味に歸し、從つて登記を抹消する必要もないからである。併し觀念的にはやはり會社の債務として存續し、而してこれにつき社員が第六三條及び第一〇三條に依つて責を負ふものと認めるならば、先きの結論への到達が一層容易になりはしないであらうか。

右の如く破産終結の登記後も會社の手形債務に付て社員がなほ責任を負擔せることを肯定するときは、其の手形債務の時效消滅に因り、それに代つて利得償還請求權とを別個のものと見ながら、然も後者は前者の振出に因り利益を受けたるに原因して發生した債務であるとして同じ結論に到達したが、それは前述のやうに會社債務の時期を限つたが爲めに强調を迫られた理由に過ぎなく、私のやうに考へれば本件の場合には特に持ち出す必要はなかつたのではなからうか。

本件に付ては伊澤教授（民商一〇卷一號一四一頁）及び大橋助教授（論叢四一卷一號一六六頁）の批評がある。何れも判旨の結論には贊成であるが、理由に付き異議を挾んで居る。

一〇　消滅時效完成後債務減額の申出を爲すは時效利益の拋棄となるか

（鈴木竹雄）

民法一四六條・一四七條三號

昭和一四年二月二一日民二部判決（昭一三（オ）一六一六號不當利得金返還請求事件）民集一八卷二號一二二頁

〔事實〕　X（原告・控訴人・被上告人）は昭和五年七月四日米穀商たるY（被告・被控訴人・上告人）と玄米二〇俵の賣買契約を締結。同月二十日を履行期とし、Xは代金の一部として二百圓をYに前拂した。ところが履行期前Yが倉庫から玄米を特定しないうちに、Yの倉庫が燒失し、履行期に至つても履行しない。そこでXは八月二十日Yに對し、八月三十一日迄に玄米二〇俵を引渡すべき旨を催告し、かつ、同日迄に引渡を爲さざるときは期日の到來とともに契約を解除するといふ通知をした。Xは解除を理由として、さきにYに支拂つた二百圓と解除後の損害金を請求する。第一審ではYは以上の事實のうち諸點を否認し、たとへかかる事實ありとするも解除のときからすでに五年（商事債務だから）を經過したから消滅時效を援用すると主張して勝訴したが、原審は右のごとき事實を認めてXの解除を適法としたのみならず、「昭和一一年三月頃YはXを訪れXに對し二百圓の返還債務を五十圓に減額方を懇請した」といふ事實を認定し、これによつてYは時效の利益を拋棄したものと解釋した。上告理由は一、原審がXの解除の要件たる催告のあつたことはYも爭はないといふが、Yは第一審以來「原告の主張事實は全部之を否認す」と陳述してゐる。二、二百圓の債務を五十圓に減額すべきことを懇請したのは五十圓で協定がつけば支拂ふ意思を表示したにとどまり、すでに完成した時效の利益を拋棄したものと解すべきでない。けだし、時效の完成前ならばそれは現實に存在する債務に對し承認の意思を表示するものとして中斷の效果を生ずるであらう。これに反し、時效の完成後は確定的に債務は消滅する。ところでひとは、先づ二百圓の債務を復活せしめさらにこれを五十圓に減額してくれといふがごとき、自己に不利益なる意思表示をなすものとは通常考へられぬ。從つて時效完成後の減額請求は特別の事情なきかぎり拋棄とならぬと解すべきである。

〔判旨〕　上告を容れて破毀差戻——上告理由に對しては、原審に證據によらずして事實を認定した違法があるといふ。「然レドモ債務者ガ債權者ニ對シ時效ニ因リ一旦消滅ニ歸シタル既存債務ノ減額請求ヲ爲シタルニ過ギザルガ如キ場合ニ於テハ他ニ特殊ノ事情ナキ限リ既ニ消滅セル債務全額ノ存在ヲ承認シ其ノ時效利益ヲ拋棄シタルモノト云フヲ得ザルハ勿論ナルヲ以テ、原審ニシテYガ本件返還債務ノ減額ヲ請求セル一事ヲ以テ直チニ右債務全額ノ存在ヲ承認シ時效利益ヲ拋棄シタルモノト認定セントセバ須ラク之ヲ首肯スルニ足ル特殊事情ヲ判示セザルベカラザルニ拘ラズ、何等此ノ點ニ付審究判示スル所ナシ。加之若シYノ右減額請求ノ趣旨ニシテYニ於テ一旦消滅ニ歸シタル本件二百圓ノ返還債務ノ存否ニ關スル紛爭ヲ圓滿ニ解決センガ爲Xノ承諾ヲ條件トシテ金五十圓ニ減額支拂ヲ申出デ若シXニ於テ之ヲ承諾セズシテ既存債務二百圓全額ノ支拂ヲ請求スルガ如キ場合ニ於テハ右減額申出額五十圓モ亦之ガ支拂ヲ爲サズト云フニ在リテ恰モ和解協定ノ際ニ於ケル和解條項ノ申出ニ類スルモノナラム乎、Xニ於テ之ガ承諾ヲ爲サザル限リYノ右五十圓ノ減額支拂ノ申出ヲ以テハ其ノ限度內ニ於ケル債務ノ存在ヲ承認シ時效利益ヲ拋棄シタルモノト斷ジ得ザルコト多言ヲ要セズ。」　原審は上述の特殊事情の存否およびYの減額請求の趣旨等につき精査して時效利益の拋棄の有無を審究すべきである。

〔評釋〕　判旨は正當と思ふ。YがXに對し「二百圓の返還債務を五十圓に減額方を懇請した」のは時效利益の拋棄となるか。解答は一方においてはこの事實の解釋と他方においては時效の援用・拋棄に關する見解（ひいては時效制度の本質に關する見解）の相違によつて自ら差異を生ずるであらう。

上の事實は、單にそれのみでは、二百圓の債務の存在を前提した上で、これを五十圓に減額することを條件として辨濟の意思を示したか、または逆に五十圓の辨濟を條件として殘部の免除を求めた（參照、大判、昭和一〇・一・一九裁判例九卷民六頁）と解すべきものであらう。しかしまた、債務の存否につき當事者間に爭（たとへば、解除の要件たる催告の有無に關する爭）があつたとするならば、この爭を解決するためにYから和解を申出たものとも解しうるであらう。後の解釋をとりうるかぎり、時效利益の

援用・抛棄に關するいかなる見解によるも、時效利益の抛棄とならぬといはねばならぬであらう（參照、大判、昭和六・一二・三民集一〇卷二二號二五九頁、判民二二二事件（我妻）。大判、昭和一〇・一・一九、前掲）。けだし、この場合には、Yが支拂を申出た五十圓は存否を爭はれてゐる二百圓の債務とは別箇獨立のものと言はねばならぬからである。

問題となるのは、二百圓の債務の存在を前提した上で減額を申出たと解釋すべき場合である。時效期間完成後の債務の承認を中斷事由としての債務の承認と同視し（時效を證據價値に關するものとする見地からは吾妻・私法に於ける時效制度の意義・法協四八卷二號二一三頁、二一四頁、停止條件說の立場からは穗積・大正十年判民一五事件評釋附記・同書四八頁）、債務の客觀的存在を明らかにする行爲をもつて足ると解する（吾妻・前掲二一六頁）ときは、二百圓全額について時效利益の抛棄と同一の效果を生ずるであらう。この考へ方は消滅時效の本質（消滅時效は本質的には時の經過に債權消滅の强大なる證據力を與へたものと考へられる）に照應し、また、我國の民族感情（消滅時效制度になじまぬ）に適合する。しかし、たとへ消滅時效が本質的には證據價値に關するものであるとしても、民法が一律に一定の時の經過に債權消滅の效果を賦與しつつ當事者の援用を必要とした趣旨に鑑みるときは、完成した時效の效果はもはやいかなる證據によつても覆しえざるものとし、ただその效果を享受するか否かを當事者の意思に委ねたものと解することが實定法の體系に合する解釋といはねばならぬ。而してもし「當事者の意思」を嚴格に解するときは、單なる承認をもつては時效利益の抛棄といふことはできぬといふことになるであらう（けだし一つには從來の判例のやうに抛棄は時效の完成を知つて爲されねばならぬといふことになり、しかも、減額請求はむしろ時效の完成を知らずに爲されたものと推定せられる、また、辨濟かまたは書面による——贈與に準じて——承認あるまでは當事者の辨濟すべき意思は確定したものといひえぬからである）。判旨が「他ニ特殊ノ事情ナキ限リ……時效利益ヲ抛棄シタルモノト云フヲ得」ぬとしたのはこの解釋をとつたものとも考へられよう。しかし、判例は、時效完成後の承認に關して事實上必ずしもかくのごとき嚴格なる態度をとらず、ほぼ學者の所謂「辨濟すべき意思を明かに示した」（我妻・民法講義I［二一七］二（3））場合に時效利益の抛棄を推定する。けだし、時效利益の享受に對する意思を解釋するにあたつては、とくに我國の民族感情を尊重せねばならぬ。而して我々の道德感情はいやしくも一旦辨濟すべき意思を明示したときはもはや時效の利益を受けざることを要請するのである。Yは五十圓の限度において時效利益を抛棄したものと解さねばならぬであらう（五十圓の辨濟を條件として殘部の免除を求めたにせよ、五十圓に減額することを條件として辨濟の意思を示したにせよ、ともかく五十圓の限度においては辨濟すべき意思を明示したものといひうるであらう）。——判旨が「既ニ消滅セル債務全額ノ存在ヲ承認シ其ノ時效利益ヲ抛棄シタルモノト云フヲ得」ぬといふのも、和解の申出と解釋しうる場合について「五十圓ノ減額支拂ノ申出ヲ以テハ其ノ限度内ニ於ケル債務ノ存在ヲ承認シ時效利益ヲ抛棄シタ」とはいへぬといふのに對比して讀むときは、この結論を前提するものといへるのではなからうか。

本件については民商一〇卷一號一四九頁以下に杉之原舜一氏の、法と經濟一一卷六號八六三頁以下に板木郁郎氏の、それぞれ判旨贊成の評釋がある。

（四宮和夫）

一一　同業組合——組合員の資格發生時期

重要物産同業組合法四條

昭和一四年三月八日民四部判決（昭一三（オ）一七〇八／昭一三（ヲ）一七〇八、過怠金請求事件）民集一八卷三號一三七頁

〔事實〕　本件は原告（控訴人・上告人）大阪府賣藥同業組合より、被告が同組合の定款に違反し、協定價格を無視して藥品の販賣を爲したりとして、過怠金十圓に處し、之を訴求した事件である。然るに被告は其の抗辯として被告は原告主張の如き賣藥

販賣を爲せる事實は認めるが、現に原告組合に加入せず、又加入の催告到達せる事實は認めるが、加入の效力は催告によつて生ずるのではなく、加入の意思表示或は之に代る裁判によつて生ずるのであるから、斯る裁判なき現在、過怠金支拂義務あることなしと主張した。第一審以來被告の抗辯が採用されて居る。

〔判旨〕「重要物產同業組合法第四條本文ニハ同業組合設置ノ地區內ニ於テ組合員ト同一ノ業ヲ營ム者ハ其ノ組合ニ加入スベシトアリテ、右規定ノ趣旨ガ右地區內ノ同營業者ハ組合ニ對シ之ニ加入スベキ私法上ノ義務ヲ負擔シ、組合ハ其ノ者ニ對シ組合ニ加入スルコトヲ請求シ得ベキ私法上ノ權利ヲ有スルコトヲ示シタルニアルコトハ、同法ニ依リテ設定セラレタル同業組合ガ私法人ナルコト、同法ノ直接ノ目的ガ該組合ヲシテ組合員ノ利益ヲ圖ラシムルニ在ルコト、及同法條ノ用語自體・同法第一九條ノ前記法條ニ違背シタル場合ノ制裁・其ノ他同法ノ全規定ニ徵シ疑ナキトコロトス。從テ同業組合設置ノ地區內ニ於テ組合員ト同一營業ヲ爲ス者ニシテ、任意ニ組合ニ加入セザル場合ニハ、組合ハ其ノ者ニ對シ組合ニ加入スベキコトヲ訴求シ得ベク、右訴訟ニ於テ爲サレタル組合勝訴ノ判決ノ確定ニ依リ、右ノ者ハ組合加入ノ意思表示ヲ爲シタルモノト看做サルル結果、組合員ト爲ルモノニシテ、所論ノ如ク組合ガ其ノ者ニ對シ訴訟ヲ提起スルコトナク、單ニ裁判外ニ於テ組合加入ノ催告ヲ爲シタルノミニテ直ニ其ノ者ヲシテ組合員タル資格ヲ取得セシムルモノニ非ズト謂ハザルベカラズ。然レバ原審ガ右ト同趣旨ノ理由ノ下ニ上告人ノ本訴請求ヲ認容セザリシハ相當」なり。

〔評釋〕判旨は正當である。從來同業組合の加入義務に關する重要物產同業組合法第四條の解釋につき、各種の異つた見解に立脚する下級審判決の存することは、判民昭和一三年度七四事件內田氏評釋中に明にされて居り、(イ)組合の對象とする營業と同種の營業者は當然組合員となると解するもの(大正一一・九・一四德島地判新聞二〇四二號二八頁)、(ロ)組合の私法上の加入手續請求權の行使をまつて組合員となるとするもの(昭和一〇・三・二〇東地判新聞三八二九號一八頁)、(ハ)組合に加入せざる營業者は第一九條によつて過料を賦課せられることはあつても、組合に加入すべき義務は全然なく、從つて組合もまた

私法上加入を請求し得ないとするもの(昭和九・一二・二二京都地判新聞三八一二號五頁)の三說が存在して居るのであつた。而して內田氏は第三の說により、營業者に私法上の組合加入義務あることを疑つて居られるが、本判旨は理論上前記第二說によつて、組合の私法上の加入請求權を認めた上、更に其の具體的な加入請求の手續を相手方の承諾又は承諾に代るべき判決の確定であると爲すのである。

私も判旨を妥當であると考へる。蓋し第一に重要物產同業組合法に、第四條の「同業組合設置ノ地區內ニ於テ組合員ト同一ノ業ヲ營ム者ハ其ノ組合ニ加入スベシ……」と云ふ規定の置かれて居ることは、一應營業者に私法上の組合加入義務を認めたと解する方が正當であり、また加入義務を認めるのでなければ、組合自體に國家が許容した權能を行使することもできず、更に現在組合の機能は單に組合員の自益的機能だけに止らず、商店法施行に對する各種の協力——例へば店主は果して使用人に每月一回以上の休日を與へて居るか否かの具體的監督の如き(商店法第五條參照)——等、社會法制への參加も斯る團體を通して要望せらるべきであるからである。其の意味で私は營業者に全然私法上の加入義務はないと云ふ見解には贊成し得ないけれども、同業組合に對する現在の法規の規定又は同業組合其自體の持つ現在の社會的意義から云つて、當然加入說或は之と實質的には全く同一の內容を有する所の、(本件上告組合の主張する)加入の催告到達によつて組合加入の效果を生ずとの一種の形成權說を支持すべき根據はないと思はれる。蓋し法規上當然加入を豫定した規定なきは云ふまでもなく、更に同業組合其他各種組合の形式を通して、經濟統制又は商店法の實行が爲されて居ることは否定できないにしても、之等の效用あるため、組合員たる資格の發生が承諾又は承諾に代るべき判決の確定を待てない程、緊急を要するとは考へられぬからである——同業組合の

統制的機能を重視する考へからすれば、組合の催告によつて加入の效力を生ずとの理論も根據を得て來るであらうことは確であるが、それは組合が專ら（或は少くとも大部分）公共的な奉仕機關としての意義を有し、自益的要素を捨象した場合に於て初めて實質的な基礎を得べき思想である。然るに實際は現在組合に向つてこうした社會奉仕的機能を求めること相當困難であり、現在組合の有してゐる本質的な役割は依然同業者の利益の擁護に外ならない。例へば昭和一四・五・一〇東民地判（新聞四一二七號五頁）に現れた事件によれば、本件は東京藥業同業組合が、同業者某に對して組合加入を訴求し、相手方が原告組合の協定價格が不當に暴利を貪ること、シッカロールに於ける八割强、仁丹に於ける六割弱、メンソレータムに於ける八割二分、ノーシンに於ける十八割五分、萬金膏に於ける四十六割八分、オセロ及び痔膏に於ける五十六割六分等々の事實を擧げ、其の加入を拒んで居るのであつて（但し判決は加入義務と斯る暴利協定とを別個のものと觀察し、右協定が果して暴利協定に屬するならば之を維持し得ざるに止り、被告は其れを理由に加入を拒み得ないとする）此等を右の關係に對照すれば、自ら明であるだらう。其の意味で現在同業組合が、同業者だけの團體に過ぎず、且其の監督も相當不充分であることを前提とすれば、實質上の理由から云つても當然加入の效力を認める必要に乏しく、それとともに現在の各種組合の機能には更に全面的に檢討せらるべきものがあるのである。

追記　本件については舟橋教授の評釋がある（民商法一〇卷一號一五四頁）。判旨に贊成。私は嘗ては同評釋中に指摘せられて居るやうに、組合には加入請求權なしと解する見解に從つたことがあるけれども（民商法四卷四號七八〇頁、戒能「判例に現れたる過怠金」）、その後同業組合の有する社會的意義が幾分本文に述べたやうな方向に移動しつつあることを考慮して、此の考へを拋棄した。卽ち現在に於ては同業組合・商業組合の全體を通して、それと商店法、特に其の使用人に對する休日の給與に對する監督を考慮しなければならぬ點が多くなつたからである。

（戒能通孝）

一二　路線の認定と道路敷の賃貸借の效力

道路法六條、道路法施行令一一條

昭和一四年三月一〇日民五部判決（昭一三（オ）一六四四號土地賃料請求事件）民集一八卷三號一四八頁

〔事實〕　Y（被告・控訴人・被上告人）がX神社（原告・被控訴人・上告人）からその所有地を道路敷とするためにY′を連帶保證人として賃借してゐるうち、大正一四年八月大阪市長はこれを市道に認定した。X神社はYが昭和四年四月一日から一一年末までの賃料七百三十五圓を延滯したと主張し、Y・Y′にその支拂を訴求し、第一審では勝訴したが第二審では敗訴したので上告したのが本件である。

上告理由の要點は、本件の土地は道路敷として賃貸したものであるから市道に認定されるも賃貸借契約は履行不能により消滅しないと、いふにある。

〔判旨〕　棄却。「原審ガ本件土地ノ賃貸借ハ被上告人Yガ其ノ所有家屋ノ居住者其ノ他一般人ノ交通ノ用ニ供スル道路敷ト爲ス目的ヲ以テ爲サレタルモノト認定シタルコト原判文上明ニシテ、又該賃借地ガ大阪市長ノ路線認定ニ依リ市道ト爲リタルコトハ原審ノ確定シタル事實ナリ。然ラバ右認定後ニ於テ、被上告人所有家屋ノ居住者其ノ他ノ一般人ガ右道路ヲ通行スルコトハ畢竟市道トシテノ路線認定ノ效果ニ外ナラザルモノニシテ、被上告人Yガ賃借人トシテ之ヲ使用スル權利ヲ有スルガ爲ニ非ザルハ勿論、上告人亦賃貸人トシテ賃借人ヲシテ其ノ目的タル使用ヲ爲サシムルモノト云フベキニ非ザルコト道路ノ性質上之ヲ當然トナスベキモノナレバ、原審ガ……本件賃貸借ガ履行不能ニ歸シタル旨判示シタルハ洵ニ正當」

〔評釋〕判旨の結論を是認する。

一　道路法一條の規定からは必ずしも明かではないが、路線の認定だけで直ちに公物としての道路が成立するものではないから（美濃部博士・行政法撮要下卷四〇〇頁、本件の如く私道を路線に認定した場合も供用開始の告示（道路法施行令一一條）のときはじめて道路が成立すると解すべきであらう、田中好氏・道路行政一〇七—八頁）、認定者は路線の認定にあたり豫め土地所有者の同意を得る必要はない。けだし土地收用に於ける事業の認定と同一段階にあると解し得るからである。しかしその土地を公の道路として現實に公用に供するためには、管理主體が所有權又はこれに準ずる支配權を有することを必要とする（美濃部博士・前掲二三四頁）。從つて管理主體は私有地を路線に認定したときは、土地所有者からこれを買收するか道路敷として提供することの承諾を得なければならない（土地所有者がこれを肯んじなければ土地收用の手續による外はない）。

しからばかかる土地に賃借權（抵當權を除く制限物權も同一に解し得るであらう、道路法六條參照）の設定されてゐる場合、管理主體が土地所有者との協議によつて支配權を取得すると同時に賃借權は當然消滅するであらうか。管理主體が土地を買收したときは私法上の賣買であるから問題はない。しかし土地所有者が道路敷として提供した場合は公法上の公用負擔契約が成立するから（美濃部博士・行政法撮要上卷一六四頁）、これによつてその土地の上の私權がいかなる影響を受けるかゞ問題とならう。公法上の契約は當事者間に於てはその性質上種々の特殊性が認めらるべきであるが（美濃部博士・前掲一六七頁以下參照）、必ずしも私法上の契約と全く異る原理の適用を受けるわけではない（田中助教授「公法上の契約」岩波法律學辭典六二一頁參照）。第三者に對する關係では私法原理の適用を認め得る餘地が多いであらう。從つて私は公用負擔契約が成立したときも、買收の場合と同樣に賃借權は對抗要件を具備しない限り管理主體に對抗し得ず、かかる契約の成立と共に履行不能により消滅すると解する。土

地收用に於ては對抗要件を具備しない賃借權も保護されるから多少權衡を失するが、土地收用法五條二項の如き明文のない以上異る解釋をとり得ないと信ずる（判民昭和一三年度七三事件野田助教授評釋參照）。

二　本件の如く賃貸借の目的が道路敷とするためであれば、賃借權は上告理由の主張するやうにその存續が認められるであらうか。道路が成立すると管理主體はこの上に公法的な支配權を取得すること明かであり（公所有權說に與しない學者も尙ほしかりと解する、丹羽氏・道路法（現法全）一四頁參照）、道路の公物としての性質上その敷地には私權の行使はもはや許されず、公の目的に反しない處分利益のみが存續・設定・移轉を認められるに過ぎない（道路法六條參照）。この趣旨を推せば、道路敷を目的とする土地の賃借權も他の通常の借地權と同じくかかる道路の公法的性質と矛盾すると解さねばならない。しかし道路敷とするため土地を賃借した者は、實際にはその土地が道路として公用に供せられるも何等の損害を受けない。從つて一般の借地權と異り、對抗要件の有無にかかはらず、管理主體が土地所有者との間の公用負擔契約によつて支配權を取得すると共に履行不能によつて消滅すると解し得る。

本件に於て判文上は明かではないが、大阪市長がX神社との間に公用負擔契約を結んだことは恐らく疑がないから、Yの賃借權はこれと同時に當然消滅する。原審も大審院も路線の認定により賃貸借が消滅するものゝやうに判示したのは不正確であらう。しかし、當事者の通常の意思から言つても、私道が公用に供せられるも尙ほ賃貸借契約を繼續する趣旨とは解し難いから、判旨の結論には異論がない。

美濃部博士は判旨を正當とされる（國家五三卷七號）。末川博士も判旨の結論を正當とされる（民商一〇卷一號一六〇頁）。

（林　千衛）

一三　生命保険會社の支店長が締結した保険契約と商法第三百九十九條ノ二第二項の適用

商法三九九條ノ二

昭和一四年三月一七日民二部判決（昭一三（オ）一三一六號、保険金請求事件）民集一八卷三號一五六頁

〔事實〕　訴外AはY會社（被上告人・被控訴人・被告）に對し、（イ）昭和七年八月二七日に保険金額を二千圓、被保険者をB、保険金受取人を被保険者Bが保険期間内に死亡したときには長男たるX（上告人・控訴人・原告）とする旨の七十五歳滿期の養老生命保険契約を申込み同日會社の診査醫訴外Cの診察を受け同年九月四日同會社との間に右保険契約を締結し、（ロ）昭和七年九月二七日保険金額を五千圓被保険者保険金受取人前同樣の七十歳滿期の養老生命保険契約を申込み、同日右Cの診査を受け同年一〇月六日同會社との間に右保険契約を締結し、同日第一囘保険料を支拂つた。次で被保険者Bは同年一一月一日胃癌手術の結果惹起した心臟麻痺により死亡したが、右保険契約の申込の當時被保険者は前示の診査醫に對し生命の危險を測定するにつき重要な事項を重大な過失によつて告知せず且つ診査醫に於てその事項を知らなかつたことにつき過失がなかつた。そこでY會社はBの死亡通知に接するや直ちに金澤支店長Dに對し被保険者Bの既往症及現在症その他契約解除原因の有無につき調査すべきことを命じ、Dは同支店在勤の社員Eをして事實調査をなさしめ、Eはその調査の結果を昭和七年一二月一三日支店長Dに報告し、Dは翌一四日その報告書をY會社に發送した。Y會社は同月一五日にこの報告書を接受し昭和八年一月一四日に保険契約者Aに對し保険契約解除の通知をなした。原審はこの保険會社の解除を認めたので、Xから更に上告したのが本件である。上告論旨は、本件の支店長Dは支配人でないにしても、支店擔當事務については代理人たるものであるとし、又本店の調査委託なきときでも自ら本件の如き場合にはこれを調査し報告すべきものであるから、假令保険契約についての解除權なしとするも、民法一〇一條の法理により、この支店長が解除原因を知りたるときを以て本人たるY會社が知つたと同一の效果を認むべく、從つてこの時から契約解除の期間を起算すべきであるといふに在る。

〔判旨〕　上告を容れて破毀差戻。

「生命保険契約ハ繼續的性質ヲ有スルモノニシテ」保険契約者は保険期間中保険料の支拂をなしその他保険者に通知をなすべきときがある（商四三三條・五一一條・四二八條ノ四）……「然ル所契約締結ノ權限ヲ有スル保険會社ノ支店ガ締結シタル契約ニ於テハ特別ノ約款ナキ限リ其ノ支店ハ保険料ヲ受領シ其ノ他前記ノ通知ヲ受クル權限アリト爲スベキモノトス。蓋シ生命保険契約ハ一定ノ期間存續スルモノナレバ之ヲ締結シタル支店ハ其ノ存續中發生スル諸般ノ事項處理ノ任ニ當ルベキハ取引ノ常態ナリト爲スベキヲ以テナリ。然ラバ商法第四百二十九條ニ依リ生命保険ニ準用セラルル同法第三百九十九條ノ二第二項ニ所謂保険者ガ解除ノ原因ヲ知リタル時トハ支店ノ締結シタル契約ニ付テハ當該支店ガ其ノ原因ヲ知リタル時ヲモ包含スル趣旨ナリト解スベク、假令解除權ガ保険會社ノ內規ニ依リ本店ニ專屬スル場合ト雖モ此ノ解釋ヲ異ニスルノ必要ナキコトハ以上ノ說示シタル所ニヨリ自ラ明瞭ナルベシ。又斯ク解スルモ不當ニ保険者ノ利益ヲ害スルモノニアラズ、何トナレバ支店ガ解除ノ原因ヲ覺知シタル時ヨリ起算スル一箇月ノ期間ハ本店ヲシテ其ノ解除權ヲ行使スルヤ否ヤヲ考慮セシムルニ十分ナレバナリ。果シテ然ラバ原判決ガ被上告會社ノ金澤支店長（D）ハ被上告會社ニ代リ契約ヲ解除スルノ權限ヲ有セザルコトヲ理由トシテ同支店長ガ解除ノ原因ヲ覺知シタル時ヨリ一箇月ノ經過後ニ爲サレタル解除ノ意思表示ヲ有效ナリト判旨シタルハ」不當である。

〔評釋〕　判旨の結論は素より正當である。

一　本件に於ける理論的な問題の中心は、保険契約者側に告知義務違反ありたる場合に、保険者が契約解除をなすに當り解除權行使につき定められた期間の起算點たる、商法三九九條ノ二、二項に所謂「保険者が解除の原因を知りたる時」に關し、保険者の使用する者のうち、どの程度の者の知了を以て保険者の知了とみるべきかである。この點は他の多くの問題についても國又は會社その他の法人につき一般的に問題となることであつて、私は最近民法七二四條に所謂「被害者が損害又は加害者を知りたる時」に關する判決（大判昭和一三・九・一〇民集一七卷一七三一頁）の批判に當り、

抽象的な理論としては、「國又は會社その他の法人の事業乃至企業の有機體性に著眼し、そこに必然に採用せられる複雑な分掌乃至分業關係のうちに在つてある程度の責任者として當該事業乃至企業の統一的活動を可能ならしめてゐる者の知了を要し且つそれを以て足ると論じたのであるが（判民昭和一三年度二〇）、本件に於てもこの標準のもとにこれを考察すべきであると信ずる。本件の上告論旨は本件の支店長が「代理人」であることを強調して、その者の知了を以て保險會社の知了と同一に取扱はんとしてゐる。然しこの理論は抽象的な標準としては一方に於ては代理人でない者を凡て除外するならば狹きに失すべく（例へば既に判例も保險會社については、保險醫への告知あるときは、會社の現實の知了に關せず告知義務違反なしとする。大判大正一一・二・六民集一卷一三頁、大正一五・一・二五民集五卷一二頁、但し保險會社がその責任を負ふ「意思」を有するものとみる。この意思によることの不當なことは判民同年度二事件（伊澤）が指摘される。但し伊澤教授は衡平の觀念を以て説明される）、他方に於ては凡ての代理人殊に個別的代理人をも包含するものとせば廣きに過ぎる場合を生ずる（例へば保險會社がある個人を偶々代理人として契約を結んだにしても、その後の解除原因の探究等につきこの代理人の知了を以て當然に會社の知了とみ難い）。即ち代理權關係の存在も結局は前述の「企業の有機體性に於ける使用人の企業への責任ある結合關係」（これは代理人でない者の一時的結合關係のときにも認め得る。例へば町醫者が特にある場合に保險會社から依頼されたときの如し）の一つの場合たることがあるに過ぎぬものといふべきであらう。

二　飜つて本件の具體的事案について考察するに、本件の支店長は支配人ではないが、當該支店の事務擔當の責任者として活動しつつある者であり、本件保險契約についても保險會社を代理して契約の締結をなしたものである。果して然らば本件保險契約に關する限り保險會社との關係に於てはその有機的結合關係に於て、即ちその企業の分業關係に於て責任者の地位に在ることは明瞭であり、又被保險者死亡の場合に於ける死因の調査等はその當然の義務としてこれをなすべきものであることは、當該保險企業の有機的機構に於て當然に豫定されてゐるところといはねばならぬ。即ち保險會社が支店を設けて、支店取扱の保險關係事務處理につき支店長を責任者となして、その企業の有機的擴張をなしてゐる以上、保險會社がこの支店長の解除原因の知了を以て自己の知了として取扱はれることは蓋し已むを得ぬところでなければならぬ（而して解除權が知了後一箇月で喪失するも、これ亦一箇月の期間を以て足るか否かの立法上の問題であり、判旨の指摘する如くこのこと自體は解釋を左右するに足りない）。要は支店長に對する信頼とその手腕・責任ある行動にかかる事實上の問題であり、又本件に於てなされた死因調査の委託の知きは問題とせらるべきでない。この意味に於て判旨の結論は正當である。仍ほ私のやうな立場に立つときに於ては企業の有機的結合關係に於てその統一的活動を可能ならしめる「責任者」の地位に立たぬ者、例へば保險外交員等の知了を以ては一般には保險會社の知了と認め難いことは當然となると共に（大判昭和九・一〇・三〇新聞三七七一號一〇頁、昭和七・二・一九刑集一一卷八八頁も同じ）、所謂保險代理店についても、締結代理店か媒介代理店かで當然にその取扱を異にすべきでないといふことになる（ただ具體的には媒介代理店は代理權なきのみならず、一般的に保險會社との有機的結合が稀薄であるため異別に取扱はるべきことがあり得るに過ぎぬと思ふ）。

仍ほ本件に於て判旨は、生命保險契約に「繼續的契約」であることを特に理論的根據とする如き口吻を示してゐるが、このこと自體は素より決定的な標準とはなり得ない。このことは保險會社が偶々一個人に保險契約締結の代理を依頼した場合を當然には同一に取扱ひ得ぬことを考へれば明瞭であらう。要は支店長の當該保險企業への責任ある有機的結合にこれを求めるほかはない（仍ほ本件では胃癌につき被保險者に告知義務違反ありとし、保險醫がこれを發見せざるにつき過失なきことが確定されてゐるから、この點は問題でない）。

本件については竹田博士（民商一〇卷一號一六四頁）、犬丸教授（新報四九卷八號一二九五頁）の判批がある。竹田博士は締約代理人の覺知は本人の覺知と同視すべきこと民一〇一條から當然とされ、判旨に贊成される。ただ代理關係のみを根據とされることには本文述ぶる如き疑問がある。犬丸教授は本件は民一〇一條二項には關係なきも、保險關係の繼續關係から、解除

等の代理權ありと解し得るのではないかとされ、結局判旨を支持される。然し繼續關係のみから解除等の代理權を誘導することが疑問であるのみならず、又結局代理權の問題として本件を考察せられんとすることには、本文に述ぶる如き疑問がある。

（石井照久）

一四　親權——親權者が其の未成年の子女に單純贈與を爲すには其の子女の爲特別代理人を選任することを要せず

民法八八八條・一〇八條

昭和一四年三月一八日民四部判決（昭一三（オ）一五三三號、債權確認竝預金拂渡請求事件）民集一八卷三號一八三頁

〔事實〕昭和八年九月一八日訴外Aが死亡し、上告人Xが家督相續を爲した。然るにAにはXの外、Xと異母兄弟妹の關係にある被上告人$Y_1Y_2Y_3$といふ三子があつたが、AはY_1名義を以て昭和八年四月六日被上告人Y_4銀行に金二千五百十圓、同年四月二〇日被上告人Y_5銀行に金五千圓の各定期預金を爲し、尙從前よりY_1名義を以てY_5銀行に爲した特別當座預金の金額は昭和八年九月に於て一萬二百圓に達してをり、其の外Y_2名義を以て昭和八年五月八日金五千五百七十八圓五十五錢・金三千五百七十圓六十錢・金三千二百六十四圓五十五錢の各定期預金、Y_3名義を以て昭和八年五月一日に金六千圓の定期預金をY_5銀行に爲してをつた。右の如く$Y_1Y_2Y_3$名義の預金の金額が可なりの多額に上るので、Xは之を$Y_1Y_2Y_3$から奪はんとし、先づ、あれやこれやと事實を擧げて、$Y_1Y_2Y_3$名義となつてゐるが、實の處はAは單に子供の名義を借りたまでゞ、なにも$Y_1Y_2Y_3$に贈與したものだとみることは出來ぬ旨を極力立證せんと努めた上、假に$Y_1Y_2Y_3$に贈與したのだとしても$Y_1Y_2Y_3$は當時夫々八歲四歲二歲の意思能力なき未成年者に過ぎぬ故贈與なる雙方行爲を爲すには代理の形式に依らねばならぬが、Aは親權者として自己との間に爲される贈與の受諾を爲し得ないから、特別代理人の選任を必要とする筈だのに、其の選任がなかつたのだから該贈與は無效だ、と主張した。原審はXの主張を排斥し、Aは$Y_1Y_2Y_3$の將來を思つて生前に贈與しておいたのだと認定し、且該贈與は父より其の子女に對する單純贈與だから特別代理人の選任を要しないと判示した。尙原審は餘計なことに、$Y_1Y_2Y_3$の法定代理人たる實母が$Y_1Y_2Y_3$の爲に贈與受諾の意思表示をしたと口を滑らした。そこでXは原審に於ける主張を繰返し、新に右の點をも咎めて上告した。併し大審院は之を容れなかつた。

〔判旨〕「然レドモ本件贈與ハ親權ヲ行フ父ヨリ未成年者タル其ノ子女ニ對シ爲シタルモノニシテ、專ラ受贈者タル子女ノ利益ニ歸シ毫モ不利益ヲ伴ハザルモノナルヲ以テ、民法八百八十八條ニ所謂利益相反スル行爲ニ該當スルモノト解スベキニアラズ。從テ受贈者タル子女ガ意思能力ヲ有スルヤ否ニ關セズ其ノ特別代理人ノ選任ヲ要スルモノニアラズ。斯カル場合ニハ贈與者タル父ガ自ラ受贈者タル子女ノ法定代理人トシテ贈與ノ受諾ヲ爲スモ民法第百八條ノ相手方代理ノ原則ニ抵觸セザルモノト解スベキモノトス。蓋シ同條ハ、同一ノ法律行爲ニ付相手方ノ代理人トナルニ於テハ、通常相手方本人ノ利害得失ヲ公平ニ判斷スルヲ得ズシテ相手方本人ノ利益ヲ保護スル能ハザルガ爲ニ相手方ノ代理人タルコトヲ禁止シタル趣旨ニ外ナラザルヲ以テ、法律行爲ノ性質上專ラ相手方本人ノ利益ニ歸シ何等不利益ヲ伴フモノニアラザルコト明カナル特殊ノ場合ハ、當然同條ノ適用範圍外ニ屬スルモノト解スベキヲ以テナリ。而シテ本件ニ於テ被上告人$Y_1Y_2Y_3$等ガ本件贈與ヲ受ケタル當時其ノ法定代理人ハ同人等ノ父タル贈與者ニシテ、同人等ノ母ハ法定代理人ニアラズ又特別代理人タル資格ヲ有スルモノニモアラザルコト判文上明白ナルニ拘ラズ、原審ガ右母ニ於テ右被上告人等ノ爲ニ右贈與ニ對スル受諾ノ意思表示ヲ爲シタルコトハ辯論ノ趣旨ニ徵シ之ヲ看取シ得ベキ旨說示シテ、該受諾ニ依リ本件贈與ガ成立シタル如ク判示シタルハ其ノ不法ナルコト洵ニ所論ノ如クナリト雖、本件贈與ハ贈與者タル父自ラ受贈者タル右被上告人等ノ法定代理人トシテ受諾シタルニ依リ成立シタルモノト認ムベキモノナルヲ以テ、此ノ點ニ關スル右不法ハ判決主文ニ影響セザル所ナリトス。」

〔評釋〕贊成。八八八條一項は親權者と未成年者と「利益相反スル行爲」についてのみ適用があり、而してその「利益相反スル」と云ふのは、此の條項が未成年者の利益の保護を目的とする規定だから、親權者の爲に利益にして

未成年者の爲に不利益な場合のみを指し、未成年者が親權者より單純贈與を受くるが如き未成年者に何等の不利益を齎さぬ行爲にあつては、親權者が一方に於ては自己の資格他方に於ては未成年者の代理人たる資格で取引して差支へないので、未成年者が意思能力を缺いても其の爲に特別代理人の選任なぞ要しない。これは既に判例の確定してゐる處であり（大判大九・一・二一錄九頁、同昭六・一一・二四集一一〇三頁）、本判旨は單にそれを踏襲したものであるが、固より正當である。唯本判旨が八八八條の外に、之と並べて一〇八條を問題にしてゐることは餘計であるばかりか、少しく不正確でなからうか。一〇八條と八八八條とは其の根本の精神に至つては全然同一にして、一〇八條の趣旨を親權者未成年者間の關係に相應しい形式に變へて規定したまでであるから、八八八條は一〇八條の例外規定である。從つて親權者未成年者間には一〇八條の適用なく、其代りに八八八條が適用されるのである（穗積・親族法五九三頁）。故に今未成年者が親權者より單純贈與を受ける場合は、八八八條一項に所謂「利益相反スル行爲」でないから其の條項の適用がないとする以上、親權者は當然特別代理人を選任せずに未成年者に代つて贈與を受諾し得るので、其の際最早一〇八條の相手方代理禁止の原則に牴觸するか否かを問ふ必要はないのである。

本件に就いては中川氏（民商一〇卷一號一六九頁）、田島氏（論叢四一卷二號三六〇頁）、鎌原氏（新報四九卷一〇號一六二一頁）、小出氏（法律論叢一八卷二號一八三頁）の評釋がある。

（來栖三郎）

一五　仲裁人選定——民訴第七八九條の規定に從ひ管轄裁判所の選定したる仲裁人が職務引受を拒みたるときは仲裁契約の當事者は選定の催告を爲さずして直に仲裁人選定の訴を提起し得るや

民訴法七八九條・七九一條

昭和一四年三月二〇日民一部判決（昭一三（オ）一五八〇號仲裁人選定請求事件）民集一八卷四號二一九頁

〔事實〕(1) X（被上告人・被控訴人・原告）は昭和四年一二月一一日Y（上告人・控訴人・被告）と黑錨重油二千噸の賣買契約を締結し之と同時に該賣買契約の解釋意義效力當事者の權利義務又は之より生じ若は之に關聯する事項に付當事者間に爭を生じたるときは各當事者は夫々横濱市在住の著名なる實業家中より一名宛の仲裁人を選定し之をして爭を判斷せしめ其の決定に服する旨の仲裁契約を締結した。Xは汽船アドナ號を以て函館市に在るY會社の重油タンクに通ずる導管口に黑錨重油九八〇噸四を注入しその引渡を爲したと稱するに對し、Y會社はその際重油の漏洩ありたる爲め、三二六噸一二九の引渡を受けたに過ぎずと抗爭し、當事者間に紛議を生じ右仲裁契約に依る仲裁人の判斷に附すべき事由發生したので、Xは昭和七年八月二四日横濱市に於ける實業家たる水谷長次郎をXの仲裁人に選定し同月二九日Y會社に對し七日の期間内に仲裁人を選定すべきことを催告した。

(2) 然るにY會社は其の手續をしないのでXは昭和七年一〇月一三日Y會社の仲裁人選定の訴を横濱地方裁判所に提起し同裁判所は大田黑靜生をY會社の仲裁人に選定する旨の判決を言渡し其の判決確定したが同人は其の職務の引受を拒絶する旨申出でたので、Xは再び同裁判所に本訴を提起し仲裁人の選定を求めたものであつて、本訴の提起に際し更にY會社に對し仲裁人選定の催告を爲さなかつた。

(3) 原院は裁判上選定せられたる仲裁人が職務の引受を拒絶したる場合に於ては更に相手方に對し仲裁人選定の催告を爲すことを要せずと判斷し第一審裁判所がXの申立を採用し伊藤武男をY會社の仲裁人に選定するの判決を爲したるは相當なりと判示した。之に對しYは上告し、上告理由第一點乃至第六點に於て、原判決が法律に違背して事實を確定し證據を無視して判斷を誤りたる失當あり、或は證據法則に反せる判斷若くは審理を盡さざるものなどと主張したが容れられず、上告理由第七點に於ては、

裁判所を通して選定せられたる仲裁人が職務の引受を拒みたる場合も、民訴七九一條所定の仲裁契約を以て選定したるに非ざる仲裁人が其の職務の引受を拒みたる場合と異りたる取扱を爲すべきものでなく、更に相手方は第七九一條に基き七日の期間を有する選定催告手續を履踐すべく、此の催告手續を經たる後に初めて裁判所に仲裁人選定の申立を爲し得べきものである、と主張した。

〔判旨〕 棄却。「仲裁契約ニ於テ仲裁人ヲ定メズ當事者雙方ガ之ヲ選定スベキ權利ヲ有スル場合ニ先ニ手續ヲ爲ス一方ヨリ書面ヲ以テ相手方ニ其ノ選定シタル仲裁人ヲ指示シ且七日ノ期間內ニ同一手續ヲ爲ス可キ旨ヲ催告シタルニ拘ラズ其ノ相手方ニシテ右期間ヲ徒過シタルトキハ之ニ因リ相手方ハ終局的ニ仲裁人選定權ヲ喪失シ爾後其ノ仲裁人ハ先ニ手續ヲ爲シタル當事者ノ申立ニ因リ管轄裁判所ニ依リテノミ選定セラルベク假令斯クシテ裁判上選定セラレタル仲裁人ニ於テ其ノ職務ノ引受ヲ拒絕シタル場合ニアリテモ既ニ仲裁人選定權ヲ喪失シタル相手方ニ對シテハ民訴法第七九一條所定ノ催告ヲ爲ス迄モナク直ニ管轄裁判所ニ對シ仲裁人選定ノ申立ヲ爲スコトヲ得ベキモノト解スルヲ相當トス。蓋シ既ニ仲裁人ヲ選定シタル當事者ハ云々トアリテ同法第七八九條第二項ニ從ヒ管轄裁判所ニ於テ選定權ヲ喪失セル當事者ノ爲仲裁人ヲ選定シタル場合ニハ其ノ適用ナキコトヲ窺フニ十分ナレバナリ。」

〔評釋〕 判旨正當。當事者雙方が仲裁契約により各仲裁人を選定する權利を有する場合に先に手續を爲す一方が相手方に對し民訴七八九條一項所定の手續を踐み且七日の期間內に仲裁人選定の手續を爲す可き旨を催告したるにも拘はらず相手方が其期間を徒過したるときは、先に手續を爲したる一方は裁判所に對し仲裁人選定の訴訟を提起し得ること固よりであるが、この期間を徒過したる相手方は仲裁契約によつて得たる仲裁人選定の權利を喪失するものと解すべきこと洵に判旨の謂ふ通りである。前例もあり（大判・大九・九・八民錄二六輯一三一九頁。この訴提起後に懈怠當事者の選定したる仲裁人は選定の效力なし）、通說でもあり（仁井田・要論下卷一六二四頁。岩田・原論一三五二頁。中田・新法學全集二七卷一三三頁）、又同樣の規定を有するドイツの判例も（Urt. v. 29. 11. 1989. RG. 45. 382 f. 被告

が指定せられたる口頭辯論期日前に仲裁人を選定し、之により原告の訴は終了せらるべきものなりと被告が答辯した事件）、學說もそうである（Stein-Jonas, II zu § 1029; Seuffert-Walsmann, 3 b) zu § 1029）。

蓋し、民訴七八九條の規定は、仲裁人を設けることに付ての不完全なる仲裁契約を法律によつて補充する目的に出づるもので、仲裁契約を實現する爲めの適切なる手段として推擧せられたものであるから（Motive S. 473）、期間の徒過により、仲裁人選定權は懈怠當事者より、先に手續を爲す一方に移り、而してこの者は裁判所を通して仲裁人選任を求むる權利を取得するといふ確定的法律狀態を認めることがこの目的に添ふのみでなく、この訴の提起後と雖も口頭辯論終結までは、被告による仲裁人選定により追完せられ、原告の訴を無意義ならしめ原告敗訴に導き得ると解するが如きは、本來平等を期すべき仲裁契約當事者のうち、先に手續を爲す一方の立場を懈怠當事者の恣意により不當に蹂躙せしめることとなるからである。本件に於ては、裁判上選定せられたる仲裁人に於て其の職務の引受を拒絕したので、再び、先に手續を爲す一方より仲裁人選定の訴を提起した、といふのが事案としては新規なのであるけれども、この場合と雖も、既に仲裁人選定權を喪失したる相手方に對しては、改めて民訴七九一條所定の選定の催告を要せず直に管轄裁判所に對し仲裁人選定の申立を爲し得るのである。

本件に付ては、中田淳一氏（論叢四一卷二號三六八頁）、高橋靜一氏（新報四九卷八號一三〇九頁）は贊成、中村宗雄氏は、事案の裁判としては妥當なるも、判旨が仲裁人選定の爲めの期間徒過に因り仲裁人選定權を喪失すと敢す見解に其の根據を求めたところに疑義をもつとせられる（民商一〇卷二號二八三頁）。

（齋藤秀夫）

一六　債權不存在確認訴訟は時效中斷の事由となる

——一六

——一六

民法一四七條

昭和一四年三月二二日民聯中判（昭一二(オ)一五五三號、抵當權設定登記抹消登記手續請求事件）民集一八巻四號二三八頁

〔事實〕 債務者から提起した債權不存在確認の訴に債權者が被告として應訴して勝訴の確定判決を得ることはその債權の消滅時效を中斷するか、といふ問題について大審院は從來否定的見解を採り、多くの學者の反對を受けて居つたが、この度聯合部判決をもつてこれを改め、積極說を採ることになつたのである。

事案はかうだ。本件の原告（被控訴人・被上告人）X_1は被告Y銀行と大正一一年八月二九日に貸越限度額を一萬五千圓とする當座貸越契約を締結し、原告X_2その連帶保證人となり、自己所有の不動產に根抵當權を設定した。而して、該貸越契約に基く債務は極度額に達し、その辨濟期は昭和三年二月二日に到來した。從つて、この債務は商事債務として昭和八年二月二日に消滅時效が完成すべきものである。X等はこれを理由として本訴に於て債務の不存在確認と抵當權の登記の抹消を請求する。ところがこれより先、昭和三年中に右連帶保證人たるX_2が單獨でYに對して大阪地方裁判所に抵當權不存在並登記抹消手續請求の訴（昭和三年(ワ)一七九一號事件）を提起し、保證債務並抵當權の不存在を主張し、Yはこれに應訴して債權の存在を爭ひ、第一審では敗訴したが第二審で勝訴し、結局昭和一〇年二月二三日に上告棄却の判決によつてY勝訴に確定した。從つて、この訴が時效中斷の效力を有するものとせば、本件に於ける原告X等の消滅時效の主張は成立しいことになる。原審は從來の判例理論を踏襲して中斷事由とならずと解し、Yを敗訴せしめたので、Yから上告し、消極的確認訴訟に應訴して爭ふことも亦裁判上の請求の一種として中斷事由となる旨を强調する。

Y側の主張は結局二つの問題を含む。第一は、凡そ債務者の提起する消極的確認訴訟に應訴して勝訴することは中斷事由となるか。第二は、右の點を肯定するとして、連帶保證人が右の消極的確認訴訟を提起したる場合に於て主たる債務の時效中斷となるか。原審は第一點を否定したから、第二點を審理しなかつたのだが、大審院は第一點について從來の判例に疑を抱き、第二點を暫く措き、辯論を第一點に制限し、これを肯定する中間判決をしたのである。

〔判旨〕 「右（上告人の）抗辯ハ前示別訴訟ニ於ケル上告人Yノ行爲ガ被上告人X_2ノ連帶保證債務ニ付消滅時效中斷ノ效力ヲ生ズルヤ否ヤ及若シ中斷ヲ生ズルモノトセバ該連帶保證債務ニ付生ジタル中斷ハ前示被上告人X_1ノ主債務ニ付消滅時效中斷ノ效力ヲ生ズルヤ否ヤノ二個ノ法律問題ヲ包含スルモノナルトコロ、原審ハ單ニ第一ノ問題ニ付テノミ判斷ヲ爲シ之ヲ消極的ニ解スベキモノト做シタルモノナルガ故ニ、當院ニ於テモ判斷ノ順序上第二ノ問題ニ對スル解釋如何ハ暫ク之ヲ措キ、先ヅ第一ノ問題ニ付判斷ヲ爲スヲ相當ト認メ、特ニ辯論ヲ此ノ點ニ制限シテ審案スルニ、凡ソ消滅時效ノ中斷原因タルベキ裁判上ノ請求ハ給付訴訟ニノミ限定セラレルコトナク確認訴訟ヲモ包含スルモノナルコトハ當院ノ夙ニ採用スル見解ナルガ故ニ、右見解ニシテ是認スベキモノナル以上、相手方ガ自己ノ權利ノ存在ヲ爭ヒ消極的債務不存在ノ確認訴訟ヲ提起シタル場合ニ於テ之ニ對シ被告トシテ自己ノ權利ノ存在ヲ主張シ原告ノ請求棄却ノ判決ヲ求ムルコトハ、之ヲ裁判上ノ權利行使ノ一態樣ト做スニ何等ノ妨ナク、敢テ自己ヨリ相手方ニ對シ積極的ニ權利存在確認ノ訴訟ヲ提起シタル場合ニ非ザレバ之ヲ裁判上ノ權利行使ニ該當セザルモノト做シテ兩者ノ間ニ區別ヲ設ケ、一ハ以テ中斷事由ト做スベキモ他ハ以テ中斷事由ト做スヲ得ザルモノト論斷スベキ何等ノ根據アルコトナシ。蓋シ消滅時效ノ中斷ハ法律ガ權利ノ上ニ眠レル者ノ保護ヲ拒否シテ社會ノ永續セル狀態ヲ安定ナラシムルコトヲ一事由トスル時效制度ニ對シ、其ノ權利ノ上ニ眠レル者ニ非ザル所以ヲ表明シテ該時效ノ效力ヲ遮斷セントスルモノナレバ、上記ノ如キ場合ニ於テハ之ヲ民法ガ時效中斷ノ事由トシテ規定シタル裁判上ノ請求ニ準ズベキモノト解スルモ毫モ前示時效制度ノ本旨ニ反スルトコロナキノミナラズ、一方ニ於テ權利關係ノ存否ガ訴訟上爭ハレツツアル間ニ他ノ一方ニ於テ該權利ガ時效ニ因リ消滅スルコトアルヲ是認セントスルガ如キ結果ヲ招來スベキ解釋ヲ採用スルコトハ條理ニモ合致セザルモノト謂フベケレバナリ。加之若シ前示消極的確認ノ請求ヲ棄却スル判決ニシテ確定センカ其ノ結果ハ積極的確認請求ノ訴訟ニ於テ原告勝訴ノ判決ガ確定シタルト同一ニ歸スベキヲ以テ、此ノ點ニ於テモ亦兩者ノ間ニ時效中斷事由トシテ觀察スルニ當リ別異ノ取扱ヲ爲スベキ理由ニ乏シキモノト謂ハザルヲ得ズ。如上ノ理由ニ依リ債權不存在確認ノ訴訟ヲ提起セラレタル被告ガ該訴訟ニ於テ債權ノ存在ヲ主張シテ原告ノ請求ヲ爭ヒ、被告勝訴ノ判決ガ確定シタル如キ場合ニ於テハ、少クトモ民事訴

訟法第二三五條ノ趣旨ニ照シ被告ガ請求棄却ノ判決ヲ求ムル答辯書又ハ準備書面ヲ裁判所ニ提出シタル時ヲ以テ、又若シ斯ル書面ヲ提出セザル場合ニハ口頭辯論ニ於テ同樣ノ主張ヲ爲シタル時ヲ以テ、該債權ノ消滅時效ハ中斷スルモノト解スルヲ妥當ト斷ゼザルヲ得ズ。然リ而シテ右判斷ハ當院從來ノ判例（昭和六年(オ)第四七八號同年一二月一九日言渡）ト反スルヲ以テ、裁判所構成法第四九條ニ依リ民事ノ總部ヲ聯合シテ審理ヲ遂ゲ、民事訴訟法第一八四條ノ規定ヲ適用シ主文ノ如ク中間判決ヲ爲ス。」

〔評釋〕 **一** 私は從來の判例理論に最も強く反對した者の一人である（判旨は昭和六年の判決のみを掲げるも、大判大正一一・四・一四民集一八七頁も同旨で、理由を述べることはこの方に詳細である。私の反對論は兩判決に對する評釋（判民大正一一年度三〇事件、昭和六年度一三二事件）の他に「確認訴訟と時效中斷」法協五〇卷六・七號殊に一二六七頁以下。他に有力なる反對論として山田博士（判例批評民事訴訟法一卷三三八頁以下、論叢二七卷九六六頁以下）を擧げねばならぬ）。從つて本聯合部判決には雙手を擧げて贊成すると共に、甚だ欣快とする。

二 判旨は肯定說に左袒するに當り三箇の理由を擧げて居る。第一に、中斷事由の本質から考へるときは、消極的確認訴訟に於て被告として權利の存在を主張することも亦「權利の行使」と見、「裁判上ノ請求ニ準ズベキモノ」だといふこと。第二に、然らざれば消極的確認訴訟に應訴して爭つて居る間にその權利が時效で消滅するといふ「條理ニモ合致セザル」結果を認めねばならぬことになるといふこと（この事件でも問題の消極的確認訴訟は昭和三年から昭和一〇年まで續いたのだが、債權は正にその間卽ち昭和八年中に消滅したことになる。大正一一年の事件に於ても然り）。第三に、消極的確認訴訟で被告たる債權者が勝訴すれば、債權存在の確定力を生ずることに於て、債權者が原告となつて積極的確認訴訟を提起して勝訴した場合と全然同一である。これを時效の中斷力といふ問題に於て別異に取扱ふべきではない、といふこと。

私は右の第一、第二の兩理由から從來の判決を非難した。第三の理由は主として山田博士が主張せられたものである（山田博士前掲參照）。然し、この說はその前提に於て、時效中斷は訴訟の繫屬から既判力に至る民事訴訟法的效力の持つ私法的效果だと見るものであつて、私はこの點に於て別異の見解を採るのである（私の前掲論文參照）。このことは本件の結論には差異を生ぜしめないが、別の問題では差を生ぜしめる。例へば基本的法律關係の積極的確認の訴がそれより生ずる債權について中斷力を持つかといふ問題となると、私の立場ではこれを肯定せんとするに對し、山田博士の立場では當然否定せられることになる。而して、判例はこれを肯定したのであるから（大判昭和五・六・二七民集六一九頁、事案の要點は保險契約存在確認の訴は保險金請求權の時效を中斷するかといふのである）、判例も亦時效中斷の基礎は訴訟の繫屬と既判力といふ點にあるのではなく、權利の主張が裁判上に於て爲されること、といふいはゞ實體法的な點にあると見て居るものと謂はねばならない（右の判決に對する私の評釋判民昭和五年度六二事件、及び前掲論文殊に一二六二頁以下參照）。從つて本判決に於て判旨が肯定說を採るに際しても、その根據は第一、第二の兩點に重きを置くべきである。判旨の趣旨も正にさうだと見てよからうと思ふ。

三 肯定說を採るに當り、右第一、第二の點に重きを置き第三の點に重きを置かないことは本件の解釋についても——結論は同じだがその他では——差異を生ずる。

(1)その一は、消極的確認訴訟の被告として勝訴することも中斷事由となるとすれば、その中斷の時期は如何。中斷事由となる根據が權利の行使の一態樣なることにありとせば、當然「被告ガ請求棄却ノ判決ヲ求ムル答辯書又ハ準備書面ヲ裁判所ニ提出シタル時ヲ以テ、又若シ斯ル書面ヲ提出セザル場合ニハ口頭辯論ニ於テ同樣ノ主張ヲ爲シタル時ヲ以テ」中斷力を生ずる時期となすべきことになる。而して、又被告が右の何れをも爲さざるときは、勝訴の判決を得るも、中斷力を生ぜずといふ結果を是認すべきことになる。これに反し、右第三の點に中斷力の基礎を

求むるときは、原告の訴提起の時に中斷力を生じ、又苟くも被告勝訴の判決を得れば可なり、といふことになるであらう（山田博士はかく主張せられる。私の前掲論文九八三頁以下及び一二七〇頁註三〇參照）。

(2)その二は、本件について判旨が「暫ク之ヲ措キ」と謂つて居る爭點についても稍問題の餘地の存することである。若し、中斷事由たる理由が債權者の權利の行使なることに求められるときは、裁判上の請求と同視すべきものであるから、連帶保證人に對する請求として、主たる債務者に對する請求と同一效力を持ち、これに對する債權の消滅時效も中斷せられるものとなすを當然としよう（四五八條・四三四條、大判昭和一一・三・一七新聞三九六八號一七頁參照）。これに反し、中斷事由たる理由を既判力に求めるときは、消極的確認訴訟の原告敗訴の理由はその認諾にあると見る餘地あり、從つて、時效中斷の事由としてはこれを承認と同視すべきものと考へられるかもしれない。然るときは連帶保證人の承認と雖も主たる債務の時效を中斷する效力はないといふことになる（四五八條・四四〇條、大判昭和七・六・二一民一一八六頁參照）。若しさうだとすると、事件の判斷には重大な影響を及ぼすことになるであらう。

本判決には末川（民商一〇卷二號二九〇頁）、岩田（新報四九卷八號一三一六頁）、薄根（法律論叢一八卷三號二八九頁）等の批評がある。何れも判旨贊成なるも理由に多少の差がある。

（我妻　榮）

一七　履行場所以外に於ける少額の金員の辨濟提供

民法四八四條・四九三條・四九四條

昭和一四年三月二三日民一部判決（昭一三(オ)一八三〇號、年貢米請求事件）民集一八卷四號二五〇頁

〔事實〕東京在住のX（上告人・控訴人・原告）が愛知縣國府町のY（被上告人・被控訴人・被告）に對し、X所有の土地を期間の定なくして貸付け、小作料に付ては一箇年玄米一石又は之に相當する金員を毎年舊曆末に支拂ふべきことゝ定めたが、昭和十一年十月二十九日Xは訴外Aに對し該土地を賣渡すと同時に右三名合意の上賃貸借關係をAに承繼せしめ、且つYの承諾を得て同年度同日迄の小作米債權をAに讓渡した。而して同年度の小作料は玄米ならば五等米一石、金錢ならば金二十九圓と定めたのである。從つてYはAに對し之を支拂ふべきに拘はらず、其支拂を爲さゞりしにより、Xは昭和十二年三月七日Aに對し右小作料二十九圓を支拂つた。仍てXはYに對し同金額の償還を受くべき債權を取得し、之を請求したのであるが、YはXが偶々昭和十二年五月二十四日Yの隣家なるA方に來訪したる際代理人をして同人方に於てXに面接し辨濟の爲め現金二十九圓を提供せしめた。然るにXはYが適時に小作料を支拂はざりしことを憤慨して居たので、之を拒絶した。そこでYは同年九月二十二日右金員を東京供託局に供託し其旨を上告人に通知したのである。原審は右の事實に基き、辨濟の提供はXの現時の住所に於て之を爲すべきものなるも、其目的物が僅に金二十九圓に過ぎざるが如き場合に於ては特別の事情なき限り、Yが本人に出會したる場所に於て其提供を爲すも有效なりとし、Yは其供託に依りて債務を免れたりと判示した。上告論旨は二點あるが、重要なるは其第一點である。其要領に曰く、原審が、辨濟金額の多少に依り支拂の方法場所を何處にても可なりとするは失當である。法律が認むる原則に反する提供をも尙ほ適法なりと謂ふ爲めには、然る所以の特別の事由を判示すべきである。原審の理論は之と逆である。假りに原判決の謂ふが如く、金二十九圓の場合は他に特別の事由なき限り辨濟提供の場所は民法の原則に從ふを要せずとするも、本件に在りては特別の事由が多々存する、と。而して其事由として本債權の成立經過、YがXの取立困難に乘じたること、仲裁に耳を藉さずXを愚弄せること等を揭げた。

〔判旨〕棄却。「金錢債務ヲ負擔スル者ハ別段ノ意思表示ナキ限リ債權者ノ現時ノ住所ニ於テ辨濟ヲ爲スヲ要スルコト民法四八四條ノ規定上明白ナルヲ以テ其他ノ場所ニ於テ爲シタル辨濟ノ提供ハ特別ノ事情ナキ限リ債務ノ本旨ニ從ハザルモノトシテ債權者ニ於テ之ガ受領ヲ拒ムコトヲ得ルハ當然ナリト雖モ、若シ右債權者ノ住所以外ノ場所ニ於ケル辨濟ガ其ノ住所ニ於ケル

辨濟ニ比シ之ヲ受領スル債權者ニ取リ別段ノ不利益トナラザルガ如キ特別ノ場合ニ於テハ債權者ハ濫リニ其ノ受領ヲ拒ムコトヲ得ザルモノト解スルヲ相當トス。蓋シ斯ル場合債權者ニ於テ前記ノ如キ辨濟ノ受領ヲ拒ミ得ベシト爲スハ徒ニ債務者ノ自由ヲ拘束スルニ止マリ債權者ニ對シテ何等ノ利益ヲ與フルモノニ非ズ、前記ノ法規ガ斯クノ如キ不當ナル結果ヲ容認スル法意ナリトハ到底解シ得ザルヲ以テナリ。」

〔**評釋**〕 判旨に贊成。少くとも本件に於ける特殊なる情況の下に於ては判旨は固より正當である。但し判旨は稍〻抽象的、且廣汎なる表現を用ゐたるが故に、其限界並びに條文との關係につき少しく考察を加へる必要がある。

惟ふに履行に就いては、其の目的乃至內容と其方法とを區別することを要する（拙著債權法總論上卷九八頁以下）。履行の內容は當事者が積極的に履行の目的たらしむるものであつて、當事者の意思表示又は給付の性質によつて定まる。之に反し給付の方法は、給付の目的を實現するがために缺くべからざる事實ではあるが、しかも給付の目的に對しては、唯方法たる意義を有するに止まるものであつて、給付の目的ほど嚴格なる固定性を有するものではない。

而して本件は給付の場所につき、方法の觀念を明かにせるものとして重要なる意義を有する。四八四條は我民法が持參債務を以て原則と爲すことを明かにするものであるが（立法例につきては、拙著前揭中卷之二、五二頁）、同條にも云へるが如く、それは『辨濟ヲ爲スヘキ場所ニ付別段ノ意思表示ナキトキ』に限るのである。凡そ債權法の規定は原則として任意規定であるに拘はらず、特に本條に於て『別段ノ意思表示ナキトキハ』と云へるは、履行の方法としての一定の規準を定めたる意味と解すべきである。卽ち、旣に、履行の場所につき當事者が特に定めざる以上、當事者は履行の場所には重きを置いてゐないのである。然し結局履行は何處かで爲さなければならぬのであるから、法律は一の準則を定め持參債務を以て原則としたのである。從つて此原則も履行の方法に關するものに過ぎぬのであるから、本來、

しかく嚴格なる意義を有しないのである。從つて特に當事者が意思表示を以て債權者の住所地を履行地と爲したる場合に於ては、履行地に於ける履行は特に方法として定めざる以上履行の目的中に包含せらるるのであつて、嚴格なる意味を有するものと解すべきである。今回の判例では、判旨が意思表示に依り履行の場所が定まれる場合に於ける履行地外の提供にも該當せしめらるるや否やは明かでない。否、其場合にも同一の結果を認むるが如くであるが、若し、そうだとすると判旨は廣汎に失すると思ふ。

然らば、本來履行の場所が履行の方法に過ぎざる場合に於て、如何なる程度の履行地外提供が、尙ほ債務の本旨に從ひたるものとなるか。此點に就いては、法律が持參債務を原則としたる立法趣旨と相對的に考へる必要がある。私見に依れば、此立法趣旨は、我國の慣習、債權者の保護、債務が債務者の行爲のみを目的とすべきこと等の外、債權者の受取證書交付義務（四八六條）並びに債權證書返還義務（四八七條）履行の便宜を考へたものである。就中、受取證書は辨濟と引換へに之を請求し得るものと解せられてゐるのであるから、債權者が第三地に於て受取證書作成の便宜を有せざるが如き場合に於ては、債務者が受取證書と引換に辨濟を爲すべきことを主張せんとせば、假令少額の債務の履行と雖も必ず、債權者の住所に於て提供することを要するのである。本判旨は少額の金員の支拂は、原則として履行地外の履行も可能であるとの趣旨であるが、一概には斯く云ひ得べきでない。唯、債務者に於て受取證書の交付を要求せざる場合には原則として第三地に於ける提供も有效なりと解すべきである。本件の事案では、前審の審議によつても明白ではないが、恐らく、受取證書の交付を要求したのではないかと思はれる。勿論、債權者が直ちに第三地に於て受取證書を作成し得る情況にあるときは別問題である。尙ほ判例は少額の金員と云へるも本件

に於ける二十九圓は兎に角として、其他の場合に如何なる標準によつて限度を定むるか。各個の場合に應じて定むべきか、又、二三十圓迄はと云ふ程の意味なるか不明である。恐らくは後者の意味ならんも、私見は、額の點は、さまで問題とする必要なきものと思ふ。寧ろ『其住所ニ於ケル辨濟ニ比シ別段ノ不利益トナラザル限リ』と云ふ要件を以て足ると考へる。但し、果して債權者の不利益となるや否やは、債權者の主觀のみによるべきでないことは云ふ迄もない。本件に於てXが非常に憤慨し、Yをして訴訟費用として二百圓位を費消せしめて遣るべしと云ふが如きは（第一審判決事實參照）固より考慮に入れる必要はない。尙ほ、本判決要旨は少額の金員の支拂に關するものと爲すも、必ずしも金錢のみに關しない。財布萬年筆の如きものは、會遇場所にて提供し得べしと解するも、小鳥、果物等は概して債權者の不便多きものとして、第三地に於ける提供を認むべきではなからう。尙ほ最後に本判旨と關聯して注意すべき二三を掲げる。第一に、假令以上の所論に難點ありとするも、本件に於ては、判旨が結論的に妥當性を有する。蓋し、本來Yは、隣人A方に至りて辨濟すべき債務を有せしものであつて、之を遠隔の地に現住するXが、Yに代はつて支拂ひ、Yに對し不當利得の返還を請求せる結果、Yは東京のXに對して債務を負ふに至つたものである。其結果Yは、Xの行爲に依り東京に送金せねばならぬことになつたのである。勿論費用は送金中より差引くを得るとするも（七〇二條參照）、實は有難迷惑の次第である。從つて本件に於て、Yが、Aに對する本來の債務の履行地たるAの住所に提供を爲すことが、今やXに對する債務の履行に關するとは云へ、事實上、妥當性を有するのである。

第二に、これは、本件では問題となつてゐないことであるが、玄米又は相當金錢と云ふ債務の性質である。これが任意債權となるか選擇債權となるかは意思解釋の事實問題であるが、何れにしても、代用給付權乃至選擇權は本件に於て債務者に在りと見られるのであつて、此權利が、第三者の辨濟に依つて、第三者に對する不當利得返還義務の履行上に如何に作用するか。これ亦本件を根本的に解決するに就いて一考を要する點である。

尙ほ又、履行の場所が履行の方法たる場合に於て履行地外に於ける提供により債權者の蒙る損害を賠償するときは、常にかかる提供が有效となるかと云ふことも問題となり得るであらう。

本件については柚木氏（民商一〇卷二號）及び後藤氏（銀行論叢三三卷二號）の批評がある。

（勝本正晃）

一八　營業開始前に於ける商標權の讓渡——商標法第一二條第一項の意義——周知標章使用者の權利

商標法一二條・九條

昭和一四年三月二九日民四部判決（昭一三(オ)一八〇三號假處分取消請求事件）民集一八卷四號二六一頁

〔事實〕(1)Aは昭和三年九月八日第二〇一四七六號ノ二を以て登錄せられたる化學品醫療補助品中水劑を除きたるものを指定商品とする長方形輪廓內に「ケロニン」の文字を橫書したる商標に付き商標權を有する。(2)昭和十年八月二十九日右指定商品中丸藥散藥錠藥の部分に付きAはYに右商標權の分割讓渡を爲し、九月九日其登錄を得た。當時右商品に關する營業は未だ開始されず居らず、單に準備中に過ぎざりしも、Aは其讓渡に際し該藥品の處方箋をYに交付して營業開始に便宜を與へ且爾後自らは右商標を使用して該藥品の營業を爲さゞる旨約束した。(3)Xは昭和二年から「ケロリン」なる標章を附して齒痛頭痛藥を一般に發賣頒布し居りたるものなる所、Yは之を以て上記商標權を侵害するものなりとし、Xに對して商標使用禁止竝損害賠償請求權を保全する爲め假處分申請を爲し、本案判決を爲すに至る迄右標章の使用を禁止する旨の假處分命令を得た。

本件は之に對しXより右假處分の取消を請求してゐる事件であつて、原審は（一）Yは營業と共に商標權を讓受けたるにあらざるが故に、商標法第一二條一項により其讓受は無效なり、（二）加之Xは當該商標の登錄出願前より前記「ケロリン」なる周知標章を善意に使用してゐたものであるから、第九條一項に依つて「其ノ使用ヲ繼續スル」權利を有す、との理由に依つて、假處分を取消すべきものと判示しXを勝訴せしめた。

Yの上告に對し、大審院は右理由中第一點を攻擊する上告論旨を認めて商標權の讓受そのものを有效なりとしたが、結局第二點に付いては原審の見解を支持して上告を棄却した。

〔判旨〕 一「商標法第一二條第一項ニ依レバ、商標權ハ其ノ營業ト共ニスルニ非ザレバ之ヲ移轉スルコトヲ得ザルモノナリト雖、其ノ營業ノ準備ヲ爲シタルモ未ダ之ガ開始ナキ場合ニ在リテハ其ノ開始前ナルノ故ヲ以テ商標權ノ移轉ヲ禁ズベキ理由アルコトナキガ故ニ、右條項ニ所謂營業ハ廣義ニシテ、既ニ準備ヲ爲シタルモ未ダ營業ヲ開始セザル商標權者ガ其ノ商標權ヲ他人ニ讓渡スルニ當リ、將來自ラ其ノ營業ヲ開始スルコトナク只讓受人ヲシテ之ヲ開始セシムベキ趣旨ノ合意ヲ以テ商標權ノ讓渡ヲ爲ストキハ其ノ讓渡モ亦右ノ條項ニ所謂營業ト共ニ商標權ヲ移轉スルモノニ外ナラズ。」

二 Xは本件「ケロニン」商標登錄出願前より「ケロリン」標章を附して「何等不正競爭ヲ爲ス惡意ナク善意ニテ」全國に亙りて賣藥を發賣頒布し來れるものにして、該標章は右商標登錄出願當時既に「取引者又ハ需要者ノ間ニ廣ク認識セラレタル」ものであるから、商標法第九條一項に依りて其標章の「使用ヲ繼續スルコトヲ得」る。

〔評釋〕 判旨正當。商標法第一二條第一項の法意は——上告論旨の說く通り——「商標ハ商品ノ標識タル營業ト不可分ノ關係ニ在ルヲ以テ、信用ヲ博シタル商標ガ其營業ト無關係ニ單獨ニ讓渡セラレ、他ノ信用ナキ營業ニ係ル商品ニ使用セラルルトキハ、商品ノ同一性ヲ害スルコト著シク、世人ハ舊營業ニ係ル商品ナリト欺瞞セラレ意外ノ損害ヲ招クニ至リ、商標ガ商品ノ標識タル本來ノ目的ニ背反スルコトヲ防止セントノ意ニ外ナラ」ない、卽ち商標

に依つて標識せらるべき商品の營業と引き離して全く之と無關係に商標權のみを讓渡することを禁止せんとする趣旨に過ぎないのであるから、本件に於けるが如く當該商標によつて標識せらるべき商品に關する營業の讓渡と共に商標權を讓渡するは毫も差支ない譯である。尤も本件に於ては讓渡の際當該商品は未だ發賣せらるべき狀態に置かれて居らず、從つてそれに關する營業は未だ現實に開始してゐないけれども、當該商標權に依つて保護せらるべき營業は既に觀念的に存在してゐる、而して本件事實に於ては上記の如き合意に依つて此觀念的存在たる營業を商標權と共に讓渡してゐるのであるから、第一二條第一項違反と認むべき缺點は毫も存在しない。

判旨第二點、事實判示の如しとせばXに使用繼續の權利あるは當然にして特に言ふべきことなし。

本件については竹田氏（民商一〇卷二號三〇五頁）、美濃部氏（國家五三卷八號一一二九頁）、坂氏（法と經濟一二卷二號二五九頁）の評釋がある。

（末弘嚴太郎）

一九　不動產に依る代物辨濟の否認——不動產の一部返還ありたる場合に於ける債權復活の範圍

破產法七九條

昭和一四年三月二九日民四部判決（昭一三（オ）一三八八號破產屆出債權確定事件）民集一八卷五號二八七頁

〔事實〕 原告（被控訴人、被上告人）Xは昭和四年十二月二十五日訴外亡Aに元金二千五百圓利息元金一圓に付一箇月金一錢の割合辨濟期昭和五年十二月二十五日と定めて貸金を爲したるが、昭和五年七月十五日金百圓の內入辨濟を受け、昭和六年十二月二十五日代物辨濟としてa不動產とb不動產との二筆を讓受け其の旨の移轉登記を受けた。然るに訴外債務者Aは他の債權者

たる被告（控訴人、上告人）の一人たるY_2の申告に因り昭和八年九月十二日名古屋區裁判所に於て破産の宣告を受け、被告（控訴人、上告人）の一人たるY_1が其の破産管財人に選任せられた。Y_1は右の代物辨濟に付否認權を行使し、所有權移轉登記の抹消手續を求むる訴を提起したる結果、所有權移轉行爲は否認せられ、移轉登記の抹消登記を爲すべき旨の判決を昭和十二年一月三十日名古屋控訴院に於て言渡され上告なく確定した。併し右a不動産は昭和九年三月二十八日原告Xが之を訴外Bに賣却し、其の所有權移轉登記を爲したるを以て原狀に囘復せられざるもb不動産は完全に破産財團に囘復せられた。而してa不動産は其の賣却當時金三百六十圓の價格を有し特別の事情なき限り猶ほ同一の價格あるものと認められた。

右の事實に基き原告は昭和十二年三月八日破産者に對する前示の債權を破産債權として屆出を爲したるに、昭和十二年三月十九日の調査期日に於て被告兩名より異議の申立ありたるを以て、本訴を提起し、原告の債權として金二千五百圓及之に對する昭和四年十二月二十五日より昭和八年九月十一日に至る迄の年一割の割合に依る利息竝損害金より一部辨濟を受けたる金百圓及破産財團に復歸すること能はざる土地の價格三百六十圓を控除したる殘額に付確定を求めた。第一審及原審は其の請求の全部を認容した。

然るに大審院は左記判旨により原院の判斷に不法ありとし原判決を破毀し事件を名古屋控訴院へ差戻した。

〔判旨〕「破産者ノ行爲ガ否認セラレタル場合ニ於テ、相手方ガ其ノ受ケタル給付ノ全部ヲ返還スルカ、之ガ返還不能ノ爲其ノ價額ノ全部ヲ償還スルカ、又ハ相手方ガ其ノ受ケタル給付ノ一部ヲ返還シ他ノ一部ガ返還不能ト爲リタル爲其ノ價額ヲ償還シタルトキハ孰レノ場合ニ於テモ相手方ノ債權ハ全部原狀ニ囘復スルコトハ破産法第七十九條ノ解釋上寸疑ヲ容レザルトコロナルト共ニ、本件ニ於ケルガ如ク相手方ガ其ノ受ケタル給付ノ一部ヲ返還シ、殘部返還不能ニシテ其ノ價額ヲ償還スルニ至ラザル場合ヲ考フルニ、斯ル場合ニ於テモ亦相手方ノ債權ハ一定ノ限度ニ於テ原狀ニ囘復スベキモノニシテ、所論ノ如ク相手方ガ其ノ受ケタル給付ノ全部ヲ返還セザル限リ相手方ノ債權ガ毫モ原狀ニ囘復セズト解スベキモノニ非ザルコトハ破産法ノ右法條中ニ「又ハ其ノ價額ヲ償還シ」ナル文詞アリテ、相手方ノ受ケタル給付中一部返還不能ノモノアルベキヲ豫想シタルト同時

ニ、一部返還ノ範圍ニ於テハ相手方ノ債權ノ復活ヲ否定スルモノニ非ザルコトヲ窺知シ得ルノミナラズ、一部返還不能ノモノアル爲、一部返還ノ事實ヲ看過シ相手方ノ債權ガ全然囘復セズト爲スガ如キハ著シク正義公平ノ觀念ニ悖戻スルニ鑑ミ疑ヲ容レザル所ナリトス。而シテ此ノ場合ニ相手方債權ノ復活スル範圍ハ相手方ノ受ケタル給付中返還部分ノ價額ト返還不能部分ノ價額トニ依リテ相手方ノ債權ヲ按分シ其ノ返還部分ニ對應スル債權額ナリト解スルヲ妥當トスベク、其ノ價額ヲ定ムル時期ハ相手方ノ受ケタル給付ガ破産財團ニ返還セラレタル時ナリトス。凡ソ破産者ノ行爲ニシテ否認セラルル以上相手方ノ受ケタル特定物ノ給付ハ相手方ニ現存スル限リ物權的ニ當然破産財團ニ復歸スルモノナルガ故ニ（昭和二年(オ)第四七八號同三年三月九日言渡本院判決參照）右ノ時期ハ本件ニ於テハ否認權行使ノ判決確定ノ時ナリト謂ハザルベカラズ。」

〔評釋〕一　判旨に贊成。債權額二千五百圓に對しab二筆の不動産を代物辨濟として給付し、一旦債權全額を消滅せしめたるが、其の代物辨濟が否認せられた。此の場合にab二筆の不動産を全部破産財團に返還すれば債權全額の復活することは第七十九條の法文上明白である。又b不動産を返還し、a不動産返還の爲め其の價額を償還したる場合も同樣である。

然るに本件にてはb不動産を返還したるが、a不動産返還不能なりしが其の價額（時價三百六十圓）の償還をも爲さざりし爲め何程の債權額を復活せしむべきやが問題となつたのである。

右の場合に第一說は積極的に返還ありたるb不動産の價額だけ債權額を復活せしむべしと爲すのである。此の說は上告理由にも謂へる如く不動産を以て消滅せしめたる債權の對當額がb不動産の價額以上たりし場合に於ては債權者に對し酷なる結果を生じ不當である。

第二說は消極的に返還無かりしa不動産の價額だけを控除し、殘額を復活せしむべしと爲すのである。本件に於

てa不動産の時價三百六十圓であるから、此の額と内入金百圓とを合せて四百六十圓を二千五百圓より控除し殘額を以て破産債權額として復活せしむべしと爲すのである。第一審及第二審共に此說を採つて居るが、這は第七十九條の法文より見るも不當である。

第三說は判旨の採る所であつてa不動産とb不動産との價額に依り相手方の債權額を按分して復活すべき債權額を定むべしと爲す說である。卽ち此の按分に依りa不動産に依り消滅せしめたる債權額何程、b不動産に依り消滅せしめたる債權額何程といふことが判かりb不動産だけ返還あれば其の返還部分に對應して消滅ありたる債權額だけ復活することゝなる。予輩は此の第三說に贊成する。

二　判旨に引用したる昭和三年三月九日の判例に於て否認權行使の效力を物權的なりする點に付ては予輩の贊成する所なるも（拙著破産法研究第八卷一七五頁參照）、本件判旨が返還不動産の價額を定むる時期に付き否認權行使の判決確定の時なりと爲す點は未だ以て正確なりと云ひ得ない。卽ち正確に云へば當該確定判決に基き所有權移轉登記の抹消登記手續を爲したる時なりといふを正當とする。蓋し抹消登記を爲して始めて該不動産が破産財團に返還されたと謂ひ得るからである。元來從來の大審院判例に於ては否認權の訴にては形成判決を必要とし形成判決確定の時に否認の物權的效果を發生するものと說いて居つたのである。併し予輩は否認權は單に裁判上に於て行使すれば足り必ずしも形成判決を必要としない、否認の效果は裁判上に於て否認權行使の主張を爲したる時に發生し、之を請求原因として裁判所は給付判決又は確認判決を爲すべきものであると說いて居るのである（拙著研究第八卷破産法判例批評〔九二〕〔九七〕、第九卷同批評〔一七七〕參照）。然れども、該確定給付判決に基き所有權移轉登記の抹消手續を爲したる時に該不動産が破産財團に返還せられたることゝなるのである。此の點は大審院判例に依るも予輩の見解に依るも同一なのである。要するに返還不動産の價額算定の時期は精密に云へば抹消登記の時なりといふを可とす。

本件については齋藤氏（民商一〇卷二號三一一頁）及び前野氏（新報四九卷九號一四七一頁）の評釋がある。

（加藤正治）

二〇　周知標章に類似する商標登錄の無效審判請求の要件としての商品の類似

商標法二條一項八號、商標法施行規則一五條、清涼飲料水營業取締規則一條

昭和一四年四月六日民一部判決（昭一三（オ）一八六〇號　商標登錄無效審判事件）民集一八卷五號三〇二頁

〔事實〕上告人X（控告審判請求人・審判請求人）の請求の要旨は被上告人Y（控告審判被請求人・審判被請求人）の有する本件登錄商標は「カルソ」の文字より成り昭和八年五月八日第四十類氷及清涼飲料類を指定商品として登錄出願を爲し昭和九年二月六日登錄せられたものだが、Xは昭和三年三月頃より飲料類の製造販賣業を營み其の商品たる乳酸菌飲料に「カルソ」の文字を要部とする標章を使用し、その賣上も漸次增加して該標章は取引者間に周知のものとなつたので、Xと以前共同經營をして居た訴外Aの實兄YはXの製造販賣せる右乳酸菌飲料の類似品を製造しX使用のものと殆んど同一の標章を使用して販賣し遂に本件商標の登錄を受けたのだから商標法二條一項八號に依り無效である、と云ふに在る。原審はYの指定商品たる氷及清涼飲料とXの乳酸菌飲料とは其の品質及外觀等を異にするから到底類似商品と認むるを得ぬ、又Yが實際に登錄商標を使用してゐる商品が上告人の取扱商品と同一だとの主張も本件無效審判事件に何等關係はない、とした。上告理由の要旨次の如し。(1)原審に於て證人が兩商品の品質、外觀、用途、取引の狀態等が一致する旨證言して居るに不拘之を採用せず、且つ現物を提出したのに檢査せず、又官署に依囑して例へば清涼飲料水營業取締規則による兩商品の屆出（之によると兩者の材料製法は酷似してゐる。）を檢査する等の方法もとらない。そ

してXがたま〳〵一般に用ひられる乳製飲料なる文字を使用したのと、Yの商品が四十類の清涼飲料につき登録されたことのみを見て類似せずとし、この點については爭となれる現實の商品を比較すべく商品の類別に囚はるべきものでないこと（判例）を無視してゐる。尙ほ右規則一條によれば牛乳又は乳製品を原料とする酸性飲料も清涼飲料水に該當する。(2)本件は利害關係人として本件商標の無效審判を求めたので權利範圍の確認の審判を求めたのでないのに、原審決は利害關係あることを認めながらあだかも後者の如き理由を附して居り、爭點を遺脫し肯綮に中らぬ。又審判は職權主義で商品の類否を決するのは審判官の專權に屬するが、之は積極的に眞實發見主義に從ひ當事者提出の判定資料の限度の審理に限定せられず審判官の職權を以て申出なき事項でも審理し事案の眞實發見に努めるべきで、消極的に當事者提出の資料さへも調査することなく之を審判官の專權とする意味ではない。

〔判旨〕棄却「清涼飲料水營業取締規則第一條第四號ニ依レバ牛乳又ハ乳製品ヲ原料トスル酸性飲料ヲ以テ清涼飲料水ト爲シタルコト明ナルガ故ニ所論上告人ノ取扱商品モ亦同規則ノ適用上ハ所謂清涼飲料水ニ該當スベキモノノ如クナリト雖モ、該規則ハ衞生上ノ見地ヨリ之ガ營業取締ヲ目的トシテ制定セラレタル警察法規ニ過ギザルヲ以テ之ト全然別個ノ律意ヲ有スル商標法ノ適用ニ於テ清涼飲料類を觀念スルニ當リ必ズシモ前示取締規則ト一途ニ出デザルベカラザルモノト爲スコトヲ得ズ。而モ商標法施行規則第十五條ニハ商標ヲ使用スベキ指定商品トシテ第四十類ニ氷及清涼飲料類（曹達水寨柑水「ラムネ」「サイダー」果實「シラップ」果實液等）ヲ又第四十六類ニ獸乳其ノ製品及其ノ模造品（牛乳羊乳「コンデンスミルク」乳粉「バタ」人造「バタ」「チーズ」等）を掲記類別シアルヲ以テ其ノ後者ニ屬スベキコト容疑ノ餘地ナキ前示上告人ノ取扱商品ヲ第四十類所定ノ清涼飲料類ナリト目スルヲ得ザルヤ多言ヲ要セザレバ前示原判決ノ正當ナルコト勿論ナリト謂フベク、又現ニ被上告人ガ本件登錄商標ヲ使用セル商品ト上告人ノ取扱商品トノ同一ナルコトヲ前提トスル縷述ノ論旨ハ原審決ニ副ハザル批難ヲ試ミルモノニ外ナラズ……。」

〔評釋〕判旨には結果にも理由にも疑問を抱く。

先づ判旨前段の議論自體は所謂概念の相對性を主張する正當なものであるが、それは上告理由の附隨的な部分に對するもので要旨とする程でないのみならず、本件について之が妥當するかは大いに疑はしい。私は上告人が主張するやうに乳酸を主として果物エッセンスと砂糖水を加へた本件飲料はむしろ商標法上でも四十類の清涼飲料に屬するやうに思ふ。四十六類の牛乳等はともかくバターやチーズ等とはかなり異るのではなからうか（平田・後揭が類別の決定を原料關係でなく取引關係によるべしとされ、清涼飲料に屬すと解されるのは適切な見方である）。

次に判旨後段はXの商品がYの指定商品たる四十類に屬しないとすることを以て問題を解決したと思ひ、上告人の主張にもかゝはらずYの現實の商品が四十類に屬するか否かを不問に附してゐる。然し私は本件に於ては以下に述べる如く此の點の審査が必要だと思ふ。元來周知標章は登錄されてゐない結果指定商品がないのだから、その現物についてそれと同一又は類似の指定商品に就て登錄された登錄の無效を請求する外はない。そこで原審も大審院も勿論此點は審査した。そして若しXの商品が明に四十類の商品に屬するものであつたならば問題は當然判旨と反對に解決された筈であるが（大判・昭和三・一〇・三〇、民集七卷一二號九五一頁、判民九〇事件（兼子）は正にその例）、判旨はそれを否定した。然し此の場合は之で問題が片附いたのではない。何となれば類似の問題はまだ殘されて居り（周知標章でも勿論同一商品のみならず類似商品に付登錄無效を請求し得る、三宅・日本商標法三九六頁）、此の點については上告人の云ふ如く商品の品質は千差萬別で類別の境界線は決して明でなく、大審院も夙に類別を以て標準とすべきでないとしてゐるので、Xの商品が四十六類に屬すると云つた所で、四十類の商品に類似する場合がないと輕々には斷定し得られないからである。だから原審の試みた如くXの商品とYの指定商品とは比較して見るべきである。原審はその結果類似に非ずとの結論に達したのであるが、判旨は此の點に言及しない。

尙ほ一般の場合についてはこゝまでの審査で足るであらうが、本件の如くYの現實の商品が指示され且提出迄されてゐる場合には前記の如き現實の商品の多樣性から見て、原審は更に之を審査すべきだつたのではあるまいか。卽ち先づ之が指定商品たる四十類に屬するか否かを審査しそれが四十類に屬してゐれば、更にXの商品との類否を判斷して類似してゐれば少くもその商品については無效審判を爲すべく（本件の兩商品はたしかに類似してゐると思ふ。一部の無效審判も出來る、三宅・前揭三九五頁）、類似してゐなければ勿論之を拒否すべきである。又若しYの商品が四十類に屬しないとすればその商品については無效審判があり得よう筈がないから之を棄却すべきは當然であり（上告人も之は認める、判例集三一一頁）、その場合商標法上はXの主張してゐるYの不使用による取消が問題となるのみである（一四條一號、この事件ではその要件を具へてゐるやうである、判例集三一七頁參照）。尙ほ若し取消の要件を具へてゐない場合はどうであらうか。Yは自己の商品につき登錄商標を使用する權利はないが、Xも自己の周知標章は登錄されてゐないのだから、Yの指定商品以外の商品については商標法上の排他的效力なかるべく、隨つて問題は不正競爭防止法により解決されることにならう（同法一條。尙ほ蕚・工業所有權法四六〇頁は周知標章も民法七〇九條による保護を受け得るとされる）。

要するに私の臆測では本件の商品は前述の如く四十類に屬すると思ふが、判旨の如く見ても四十類の中には之と類似するものがあるから（例へば果實シラップ果實液。判斷の標準につき判民昭和一二年度三一事件の揭評及び平田・後揭參照）、少くも一部無效の請求は成立するやうに思はれる。尤も判旨から推せばYの現實の商品も四十六類に屬することゝなりそうだが、そうとすればその結論も一應成立つわけである（指定商品との類似の點は原審通りと考へてゐるとして）。然しいづれにせよ、原審決も本判決もその判斷にやゝ粗雜の感があるのみならず、原審決は審理不盡の非難を免れ難いやうに思はれる。

本判決には美濃部博士（國家五三卷八號一一三一頁）平田博士（民商一〇卷二號三二〇頁）が共に反對されてゐる。

二一　控訴審に於ける請求の一部抛棄と控訴審の判決

民訴法二〇三條

昭和一四年四月七日民五部判決（昭一三（オ）二〇一四號、保險料請求事件）民集一八卷五號三一九頁

（豐崎光衞）

〔事實〕 X徵兵保險會社（原告・被控訴人・被上告人）はY（被告）を外務社員として雇入れ保險契約者の募集及保險料徵收事務に從事せしめたが、其の際Z（被告・控訴人・上告人）はYの身許保證人となり、同人がX會社に被らしめた損害其他之に對し負擔したる債務に付連帶して賠償の責に任ずべきことを約した。所がYは數人の保險契約者より、金一二九圓五錢、金二〇二圓五錢、金二〇二圓五錢、金二二二圓九五錢、の四口合計金七五六圓一〇錢の保險料を受取り乍ら之をX會社に納入しないで解雇されたとの理由で、XはY及びZに對して右金額の支拂を求めて本訴を提起した。第一審はXの請求全部を認容し之に對しYのみ控訴したが、控訴審の最終の口頭辯論に於てXは其の請求中保險料金二二二圓九五錢の分に關する請求を抛棄し、其の旨が同期日の口頭辯論調書に記載された。結局控訴審では殘餘の金五三三圓一五錢に付てYの請求を理由ありと認めたので、之を理由として控訴を棄却し、控訴費用に付ては之を五分し、其の一をXの負擔とし其の餘をZの負擔とする旨を判決した。

Yは上告して、控訴判決は其の理由中ではXの請求の一部を認容したに止まるのに拘らず、其の主文はYの控訴の全部を棄却して居る點で互に齟齬して居る違法があると攻擊した。

〔判旨〕 棄却。「第一審判決ノ認容シタル被上告人（X）ノ本訴請求以外ノ分ハ、原審ノ口頭辯論ニ於テ被上告人之ヲ抛棄シタルコト調書ノ記載ニ照シ明白ニシテ、該抛棄ノ限度ニ於テ第一審判決ハ當然ニ其ノ效力ヲ失ヒタルモノト解スベク、從テ原審ノ爲スベキ判決ハ第一審判決ノ失效セザル部分ト合致スルニ歸スルガ故ニ、原審ガ第一審判決ヲ相當トシテ上告人（Y）ノ

控訴ヲ棄却スル旨ノ判決ヲ爲シタルハ洵ニ正當ニシテ何等所論ノ如キ違法アルモノニアラズ。」

〔評釋〕 判旨に贊成。上告審の口頭辯論に於ける請求の一部抛棄に關し既に同趣旨の判例があり、私が之に付て評釋してゐるので詳細は之に讓ることとする（大判昭一二・一二・二四民集一六卷二〇四五頁、判民一四二（兼子）參照）。唯本件で控訴判決は控訴審の訴訟費用のみに付て裁判して居るが、かかる場合第一審の訴訟費用に關して裁判する必要がないかが問題とならう。原告が請求の抛棄若は訴の取下をなせば請求棄却の場合と同樣其の訴訟費用を負擔するのが原則であるが、一部の抛棄若は取下の場合に殘部との割合で第一審の訴訟費用の裁判が失效するとは云へないが、其の基礎たる本案の裁判が一部失效すれば之を變更すべきであるから、控訴審が上訴の一部に付て先づ上訴を認容する一部判決を爲し此の部分の訴訟費用の裁判は之を殘部判決に留保し（民訴九五條參照）、後に殘部に付て控訴棄却を爲す場合に準じ、抛棄若は取下に因り本案の裁判の一部の失效に因り第一審の訴訟費用の裁判全部の失效を來たし、控訴裁判所は殘部に付て の控訴棄却の本案の裁判と共に職權を以て訴訟の總費用に付き改めて裁判し直すべきであつた（民訴九六條）。尤も本件としては訴訟費用の裁判に對しては何等不服申立をして居らないから判旨が之に觸れなかつたのは當然である。

本件に付ては河本喜與之氏の批評がある（民商法一〇卷二號三二七頁）。

（兼子 一）

二二 假處分命令の執行期間遵守の必要なき場合

民訴法七五六條・七四三條・七四九條二項

昭和一四年四月一一日民二部判決（昭一三（オ）二〇九六號、土地立入石材採掘搬出禁止假處分事件）民集一八卷五號三三一頁

〔事實〕 Y_1はA地の所有者、Y_2はその賃借人と稱し、A地内より大理石を發掘し他に搬出賣却せんとしつつあり、之に因り土地の境界形狀等が不明になる虞があるので、X村はA地の所有權確認及び明渡の請求權を保全するため、A地及び地上の石材につ 假處分を求めた。第一審裁判所は、之を容れて假處分判決を爲したが、同時に、民訴七五九條の特別の事情ありと認定し、同判決の中でY_1 Y_2が各自二〇〇圓の保證を立てるときは假處分の執行停止又は其の取消を求めることを得るものとし、この部分につき假執行の宣言を附した。X村は直ちに假處分を執行したがY等が保證金を供託したため取消された。一方X村は執行の取消停止を許したることを不服とし控訴を提起し勝訴の判決を得た。之に對してY等が上告したのが本件であり、その上告理由は次の如くである。曰く「本件ではX村の爲した假處分の執行はY等の保證金の供託に因り取消されたから、X村が、執行の停止又は取消を認めた假執行宣言付判決が取消された後更に執行をなさんとするときは新たに執行に着手せねばならぬ。しかるに執行さるべき假處分命令は第一審の判決であるから、控訴審の判決後執行に着手せんとするときには既に民訴七五六條七四九條二項の執行期間の經過せることは明かである。故に執行に着手し得ない。既に執行に着手し得ないとすれば、執行を爲すために、控訴を提起し判決中執行の停止又は取消を認めた部分の取消を求める利益がない。X村は、控訴の提起と同時に、第一審判決の假執行宣言ある執行取消に關する部分の執行停止を求めるべきであつた」と。大審院は之を容れず上告を棄却した。

〔判旨〕 「裁判所ガ假處分ヲ命ズルト共ニ、假處分債務者ノ申立ニ基キ、保證ヲ立ツルトキハ之ヲ取消スベキ特別ノ事情アルモノト認メ、假處分判決中ニ保證ヲ條件トシテ假處分ノ執行ノ停止又ハ取消ヲ許容シ之ニ假執行ノ宣言ヲ附シタル場合ニ於テハ、假處分債權者ハ此ノ判決中右假處分ノ停止又ハ取消ノ部分ニ對シ、右假處分ノ執行ガ一旦實施後假執行ノ宣言ニ基キ既ニ取消トナリ而モ右判決ノ言渡後既ニ民訴法七五六條七四九條二項所定ノ十四日ノ期間ヲ經過セリトスルモ、仍ホ控訴ヲ申立テ若クハ控訴ヲ維持スルコトヲ得ベク、之ガ爲メニハ必ズシモ所論ノ如ク右假執行ノ宣言ニ對シ停止命令ヲ得タルコトヲ必要トセザルモノトス。蓋シ前示七五六條ニ依リ假處分手續ニ準用セラルベキ七四九條二項ハ迅速的確ヲ要スル假差押手續ニ於テ假差押債權者ガ假差押命令ノ言渡又ハ送達後十四日ノ期間ヲ徒過シタル場合ニ於テハ、其ノ後事情ノ變更等ヲ生ジ從前ノ假差押

命令ニ基キ初メテ執行ヲ爲スコトヲ認許セバ、假差押債務者ニ不測ノ損害ヲ及ボス虞アルヲ以テ之ヲ禁止シタルモノトス。然ルニ前敍ノ如ク假處分債權者ガ既ニ一旦假處分命令ノ執行ヲ了シタル後、假處分債務者ニ於テ該命令記載ノ假執行宣言ニ基キ保證金供託ノ上其ノ執行ノ停止又ハ取消ヲ爲シタルヲ以テ、假處分債權者ガ右停止又ハ取消ノ不法不當ヲ主張シ、假處分判決中其ノ停止又ハ取消ヲ許ス部分及其ノ假執行宣言ノ廢棄ヲ求ムルガ如キ場合ニ於テハ、若シ假處分債權者ノ右主張ニシテ認容セラレ其ノ申立ノ如キ判決アリ假處分債權者ニ於テ之ヲ執行機關ニ提出センカ、結局從前ノ執行ヲ續行スルモノニ外ナラズシテ新ニ執行ニ着手スルモノニ非ザルガ故ニ、斯ル場合ニハ同條準用ノ餘地ナキヲ以テ、右法定期間ヲ遵守スルノ要ナク、又假處分債權者ガ控訴ノ上前示假執行ノ停止ヲ求ムル以前既ニ假處分債務者ニ於テ右假執行ノ宣言ニ基キ執行ヲ了シタルトキハ之ガ停止ヲ求ムルニ由ナキヲ以テ斯ル場合ニハ右控訴ニ其ノ停止手續ヲ條件トセザルコト自明ナリ。」

〔評釋〕判旨の結論には贊成であるが、その理由に關しては了承の出來ない點が若干ある。判旨が民訴七四九條二項の趣旨について述べて居る處には異論がない。判旨は、しかし、一旦假處分命令が執行せられた以上、それが取消されたとしても、その取消の原因となつた判決自體が控訴の結果取消され、その取消判決を執行機關に提出すれば「從前ノ執行ヲ續行」することとなり新に執行に着手するものではない、との立場を採つて居る。この立場からすれば最初執行期間が遵守せられた以上執行期間は爾後問題とならないことは自明である。しかしこの立場には再考の餘地があるし、又結果的にも考慮の餘地がある。判旨が從前の執行の續行と云ふためには、取消された執行が復活するものと見ねばならぬが果してそうであらうか。取消された執行はその取消の原因となつた裁判の廢棄によつて再生しないと見ることが取引の要求にも合致し學說によりても認められて居るのである。或は前の執行が停止されて居ると見るのであらうか。しかも執行が取消された以上、停止すべき執行處分は存在しないのではないの

でなからうか。而して取消の外に停止が問題となるのは、取消に先行し又はこれと別個に假處分命令に基く執行を一時的又は終局的に爾後開始續行し得ないとする必要があるために外ならぬ。しかも判旨の所謂執行の「續行」は、實際には、假處分判決中その停止又は取消を許す部分及びその假執行の宣言の廢棄を求めて之を得たる假處分債權者の申立を俟つて行はれるものとすれば、恰も隨時執行を認むると同一の結果を呈し、七四九條二項の精神に反するであらう。判旨の立場に據ることが出來ないとすれば如何に解すべきか。本件の如き場合に於て、假處分債權者が執行期間を遵守し得ざるは、法律上その執行を禁止せらるるためであるから、その禁止が絶對的終局的のものでなく暫定的一時的である限り、その禁止の事由消滅と共に再び執行を爲す機會を與ふべきは當然である。しかし長期間後の執行は假處分命令の基礎を爲す事情に變更を生じて居るため債務者に不測の損害を及ぼす虞があると云ふことは、この場合にも肯定出來るのであるが、上級審の裁判の存在がかゝる虞なきことを示して居るものと考へられるから、再度の執行は最初に遵守すべきものとせられた執行期間に無關係になしうるものとしても、七四九條二項の精神に反することはないのである。しかし、前述の如く、全く時間的に制限の存しないことは、七四九條二項の精神を沒却する虞があるから、再度の執行は執行を爲しうるに至りたるときから七四九條二項の類推により十四日內と解すべきであらう。かくの如く解すれば、執行期間を遵守し得ない假處分債權者も再度執行を爲し得ない譯ではないから本件に於て控訴の利益なしとは言ひ得ないのである。

本件については吉川大二郎氏（民商一〇卷二號三三四頁）の批評がある。

（菊井維大）

二三　賃借人の賃料不拂と保證契約

民法四四六條

昭和一四年四月一二日民四部判決（昭一三（オ）一六三八號延滯家賃等請求事件）民集一八卷五號三五〇頁

〔事實〕　Xは Yに對し昭和六年九月十五日本件の建物を賃料一ヶ月二十二圓で期間の定めなく賃貸し、水道使用料等はYの負擔に定めた。ZはXに對しYのために連帶保證をなしたが、Yは昭和八年七月以降全然家賃の支拂をなさないので、Xは昭和九年一月延滯賃料をZに對して請求した。Zはそこで同年八月八日にXに對し保證契約を解除する意思表示をなした。而しXは爾後猶家屋をYに賃貸し、結局昭和十年九月二十日にYが右家屋を明渡す迄にその延滯賃料は水道使用料等と合せて五百十五圓六十九錢に達した。XがYZに對してこれを訴求したのが本件である。Zはこれに對し、Yが、延滯賃料はもとより將來の賃料をも支拂ふ資力に缺けてゐるため、ZはXに對し、Yへの賃貸借を解除し、建物の明渡をなすべき事を勸告したのにXはこれに應ぜず、猶引續き家屋をYに賃貸してゐたため、Zは昭和九年八月八日一方的に保證契約を解除する旨の意思表示をなしたものである。故にZはそれ以後は保證人としての責任は負はないと主張した。原審では、XがZの懇請に拘らず、賃貸借の解除その他Zの責任を輕減するやうな措置を講じなかつたといふ事實は認めえないとし、又XはZの保證契約解除の意思表示に對し同意を與へた事實はないから右の保證契約の解除はその效力を發生しないとしてZの主張をしりぞけた。Zの上告理由は、將來發生すべき他人の金錢債務について期限の定めない保證をなした後、例へば主たる債務者が無資力狀態に陷つた時の如く保證人が保證債務を繼續するに堪へない事情を生じた時は、保證人は直ちに一方的解除をなしうる。從つて本件の賃借人の如く二ヶ年に涉つて賃料その他を支拂はない場合の如く、その無資力が極めて明瞭な時には、保證人に於て保證契約を一方的に解除しうる事は當然であるとする。

〔判旨〕　上告を容れて破毀差戻。「賃借人ノ爲保證ヲナシタル者ハ、ソノ賃借人ノ支拂ヲ怠リタル賃料損害金等ガ日時ノ經過ニ

因リ增額スルモ賃貸借契約ノ存續スル限リ之ヲ支拂フベキ責任ヲ辭スルコトヲ得ザルモノナルコト勿論ナリト雖期間ノ定ナキ賃貸借ニツキ賃貸人ノ爲ニソノ債務ノ履行ヲ保證セル場合ニ爾後相當ノ期間ヲ經過シ且賃借人ガ繼續シテ賃料ノ支拂ヲ遲滯シ將來ニ於テモ誠實ニソノ債務ヲ履行スル見込ナキガ如キ事態ヲ生ジタルカ或ハ保證後ニ至リ賃借人ノ資產狀態著シク惡化シ夫レ以上保證ヲ繼續スルトキハ爾後ノ分ニ對シ將來求償權ノ實現到底覺束ナキ虞アルカ若ハ賃借人ガ繼續シテソノ債務履行ヲ怠リ居レルニ拘ラズ賃貸人ニ於テ保證人ニ對シソノ事實ヲ告知シ又ハソノ遲滯ノ生ズル每ニ之ガ保證債務ノ履行ヲ求ムル等ノ擧措ニ出デズ突如トシテ一時ニ多額ノ延滯賃料支拂ヲ求メ保證人ヲシテ豫期セザル困惑ニ陷ラシムルガ如キ事態ヲ生ジタルニ拘ラズ賃貸人ニ於テ依然賃借人ヲシテ賃借物ノ使用收益ヲ爲サシメ延滯賃料ノ異常ナル增加從テ保證人ノ責任ノ過當ナル加重ヲ來サシムルニ至ルガ如キ事情存スル場合ニ於テハ、保證人ハ引續キ保證責任ノ存續スルコトヲ欲セザルモノナルコト通常ノ事態ナルヲ以テ斯ル場合ニ於テモ尙且賃貸借契約ノ存續スル限リ賃借人ノ債務不履行ニツキ保證人ノ責任ヲ免ルヽコトヲ得ズト爲スハ信義ノ原則ニ反スルモノト謂フベク斯ノ如キ場合ニハ保證人ハ其ノ一方的意思表示ニヨリテ保證契約ヲ解除シ爾後ソノ責任ノ異常ナル加重ヲ避クルコトヲ得ベキモノト解スルヲ相當ナリトス。」

〔評釋〕　判旨に贊成。期間の定めのない賃貸借に就き、借家人の賃料支拂の保證をなしたものが、一方的解除權を有するか、この點に就いての從來の大審院の判例は必ずしも統一を保つてはゐないやうである。本件の判旨は、保證契約後相當の期間を經過し且つ賃借人が繼續して賃料の支拂を遲滯し將來に於てもその債務を履行する見込がないか、又は保證後の賃借人の財產狀態の惡化した等の事情があるのに拘らず、猶右の賃貸借を繼續してゐるやうな場合には、保證人は一方的に保證契約を解除しうるとしてゐる。これと同じ趣旨の判決は既に昭八・四・六（民集一二卷九號七九一頁判民昭八・六〇事件山田評釋參照）においてなされてゐる。本件の判旨はこの先例を踏襲したものと曰へよう。然し他方に於て、昭七・一〇・一一（新聞三四八七號七頁）の大審院判決は、賃貸借契約の保證人は、假令右の賃貸借契約に期間の定めが

ないとするも、右の保證契約を一方的に解除する事を得ないとする。蓋し、賃貸借保證契約にあつては身元保證契約に於けると異り、その契約上の責任限度が毎月生ずべき賃料たる一定の金額を出でず、又保證契約の繼續を不當とする如き特別の事情の變更を生ずる事を豫想しえないからであると。而し昭和八年の判例併びに本件判旨が保證契約締結後の相當期間の經過と賃借人の繼續せる賃料延滯或はその著しき財產惡化等の事情があるに拘らず猶賃貸借を繼續する場合には、保證人はその保證契約を一方的に解除しうるとする事に一致してゐる所をみると、大審院は一方賃貸借契約に於ける保證人の責任限度を必ずしも問題として居ないし、他方保證契約の解除を必要とするやうな事情の變更をも考慮に入れ、右のやうな場合には保證人に一方的解除權を與へる事となつたと見なければならないと思ふ。賃貸借の保證契約に於ては身元保證契約等に於けると異り、その契約上の責任限度が毎月生ずべき賃料たる一定の金額を出でないことはいふまでもないが、保證契約の締結後相當の期間を經過し、保證契約がすでに充分その實蹟をあげてゐるにも拘はらず、なほその責任の繼續をみとめるといふのは、結局に於て右の保證人をして殆んど無制限の責任を負擔せしめることとなる丈でなく、賃貸借の保證に於ても、その保證契約の繼續を不當とするやうな事情變更を豫想しえないとすることには、何等の根據もないものと思はれる。本件の判旨が、保證契約締結後一定の期間を經過し、且つ一定の事情の變更をみてゐるときになほ賃貸借契約が繼續せられる場合に於ては、保證人が一方的に解除權を有するとしてゐるのは、極めて正當であると思はれる。唯昭和八年併びに本件の判旨がいつてゐる「相當の期間」の具體的な標準がいかに定められるかといふことは今後の判例法の發展に殘された問題といふべきであらう。

本件に就いては法と經濟（一二卷二號）に後藤教授　法學新報（四九卷九號）に岩田教授の評釋がある。

（折　茂　豐）

二四　裁判長に於て控訴狀の却下命令を爲し得る時期　控訴狀に貼用すべき印紙額

民訴法二〇二條・二二八條・二二九條・二三〇條・三六七條・三七〇條・三七一條・三八三條、民訴用印紙法二條・五條

昭和一四年三月二九日民三部決定（昭一一（ク）一一九三號、裁判長ノ與ヘタル控訴狀却下命令ニ對スル抗告事件）民集一八卷六號三六五頁

〔事實〕　X（抗告相手方・原告・被控訴人）はY（抗告人・被告・控訴人）に對し不法占據を理由とする家屋收去土地明渡並に損害賠償の訴を提起し第一審に於て勝訴したので、Yより控訴したが其の控訴狀には原判決中五九〇〇圓の損害賠償請求を認容した部分に對し不服である旨を記載し、之を標準として控訴狀に貼用すべき額の印紙を貼用した。控訴審では數回の口頭辯論期日を經て口頭辯論を終結した後、控訴裁判長は突如控訴狀に貼用すべき印紙に金二六六圓の不足ありとして期間を定めてYに追貼を命じ、Yが之に應ぜぬことを理由として民訴法第三七〇條・第二二八條二項に則り控訴狀の却下命令を發した。Yは之に對して抗告して貼用印紙に不足ありとする裁判長の認定を爭つた。

〔判旨〕　取消差戻。「控訴裁判所ノ裁判長ハ控訴事件ノ口頭辯論開始前ニ控訴狀ニ民事訴訟用印紙法所定ノ印紙ノ貼用ナキトキハ控訴人ニ對シ相當ノ期間ヲ定メ追貼シテ其ノ欠缺ヲ補正ス可キコトヲ命ジ、之レニ從ハザルトキハ控訴狀ヲ却下シ得可シト雖モ一旦口頭辯論開始セラレタル以上ハ、爾後此ノ點ノ欠缺ヲ發見スルモ控訴裁判所ニ於テ事件ヲ處理ス可ク、若シ控訴人ニ於テ之レガ欠缺ヲ補正セザルトキハ判決ヲ以テ控訴ヲ不適法トシテ却下ス可キモノナルコト民訴法第三七〇條第二二八條ノ規定ノ解釋上疑ナキ所ナリ。然ルニ本件控訴事件ニ付テハ、原審ニ於テ口頭辯論開始セラレ本案ニ付キ口頭辯論ヲ經タル上、口頭辯論ヲ閉テ判決言渡ノ期日迄モ指定セラレタル後、原審ノ裁判長ニ於テ控訴狀ニ貼用ス可キ印紙額ハ控訴ヲ以テ不服ヲ申立テラレタル限度ニ依リ之レヲ定ム可キモノナルニ拘ラズ、何等此ノ點ニモ留意セズ、漫然所論摘錄ノ如ク印紙ヲ追貼シテ欠

缺ヲ補正ス可キコトヲ控訴人タル抗告人ニ命ジ、更ニ其ノ欠缺ノ補正セラレザリシ理由ヲ以テ控訴狀却下ノ命令ヲ爲シタルハ、違法ニシテ該命令ハ取消ヲ免レズ。」

〔評釋〕 一　合議裁判所に訴狀や上訴狀が提出されると先づ裁判長に於て、必要的記載事項の記載並に法定額の印紙の貼用の有無を調査し、之を具備すると認めた後事件を合議體の審判に附議するが爲、之を相手方に送達せしめ口頭辯論期日を指定することとなる（民訴二二九條・二〇三〇條・三七一條）。若し裁判長が此等の點に欠缺があると認めれば一應期間を定めて補正を命じた上で、之に應じなければ命令を以て訴狀等を却下し、原告・上訴人に之を突返すのであるが、此の處置は專ら原告・上訴人との關係で訴狀等の不受理を決し、訴若は上訴の提起に因る訴訟の繫屬若は移審の效果の發生を妨げるものである（被告・被上訴人は却下命令に對して抗告を爲し得ない）。然るに訴狀等が相手方に送達されると此等の效果が完成し（拙著民訴法概論一九三頁、二〇一頁參照）、當事者雙方對立關與の訴訟手續が始まるから、爾後は假令訴狀・上訴狀の不適式を發見しても最早單に原告・上訴人との關係で裁判長一個の判斷で訴狀を却下して之を中絕せしめ得ず、合議體の終局判決を以て當事者雙方との關係に於て訴若は上訴を却下して、訴訟手續を完結せしめ得ることのみが可能となる（此の却下判決に對しては、被告・被上訴人も亦上訴を爲し得る）。本判旨も同樣の見解を持するものの如く思はれるが、唯裁判長の審査權限の消滅時期を合議體に依る口頭辯論の開始に求めて居るのは根據に乏しい。寧ろ既述の如く訴狀等を送達して訴又は上訴の效果の完成せしめる迄の段階に於て認められる權限として相手方に對する送達に繫らしむべきであり、かく解すことは口頭辯論を經ずして判決を以て訴若は上訴を却下することが認められるのとも（民訴二〇二條・三八三條）辻褄が合ふであらう（此の點に關し既に同趣旨の先例がある大決昭一二（ク）五二號、昭一二・一・三〇大審院裁判例一一卷一三頁）。

二　次に判旨は民訴用印紙法第五條に依り控訴狀に貼用すべき印紙額は、第一審判決中控訴を以て不服を申立てた部分に相當する額を以て足りるとの抗告理由を暗に肯定して居る如く見えるが、此の點に付ては異見を有する。民訴用印紙法第二條は訴訟物の價額に應じて訴狀の貼用印紙額を定め、第五條は之に準據して控訴狀には其の五割增と定めて居るのであり、他方現行民訴法上は所謂控訴不可分の原則より第一審判決中控訴人の勝訴の部分や不服を申立てざる部分と雖も尙獨立に確定せず、控訴に因り控訴審に移審するもので、隨つて控訴審に於ける訴訟物たることを失はないのであるから（拙著概論四八六頁參照）之を標準として算定すべきが當然であるのみならず（民訴第三七七條一項第三八五條は單に不服申立なき部分に付て第一審判決を維持すべく、之を變更すべからざる趣旨に止まり、此の部分が控訴審判の物體を爲さずとの趣旨ではない。）、更に控訴人の不服申立の限度は口頭辯論に於ては陳述すれば足り、控訴狀の必要的記載事項を成さず（民訴三六八條參照）、又後に之を變更し得るから、控訴提起に際し之を標準として貼用印紙額を定めることは不可能でもある。故に控訴狀には第一審判決中控訴の效力の及ぶ訴訟物全部を標準として印紙額を定むべきと同時に、之に對する被控訴人の附帶控訴は之に依り訴の變更又は反訴としての新請求の提起を包含せざる限り印紙の貼用を要せぬと解すべきである（民訴印紙第四條の類推。尙本件抗告理由の如く不服の限度を標準とすれば、更に第一審の訴訟物に貼用すべき印紙額と不服の限度との割合で定めるのか或は不服の限度のみの訴訟物として民訴印紙第三條に依り貼用すべき印紙額の十五割とすべきかが問題とならう）。

本件に付ては中野峯夫氏の批評がある（民商一〇卷三號一四九頁）。

（兼子一）

二五　口頭辯論終結前に完成した時效の援用は敗訴の確定判決に因り遮斷される

民法一四五條、民訴法一九九條・五四五條

昭和一四年三月二九日民三部判決（昭一一（オ）一五八九號、抵當權移轉登記抹消手續請求事件）民集一八卷六號三七〇頁

〔事實〕　X（原告・控訴人・被上告人）はY（被告・被控訴人・上告人）がX所有の土地に付てAより抵當權の移轉登記を受けて居るが、右抵當債權並に抵當權は存在せぬものであると稱して本訴に依りYに對し右移轉登記の抹消を請求した。然るにXは以前に前主たるAに對し本件抵當權設定が無權代理人により爲されたことを理由として其登記の抹消を訴求したが、追認のあつたものと認定されて敗訴の確定判決を受けて居り、YがAより移轉登記を受けたのは其の訴訟の控訴審の口頭辯論終結（昭和四年一二月三日）後の昭和六年五月のことである。又其の後Xは更にYに對して同じく無權代理行爲に因る貸借なることを理由として抵當債權不存在確認の請求を爲したが、請求棄却の確定判決を受け、而も昭和六年七月二四日には逆にYより右債權に基く支拂命令の申請があり、其の事件も亦Yの勝訴に終つて居る。

本件では、Xは矢張り貸借並に抵當權設定が無權代理人に依り爲されたことを主張したが、更に假にXに於て大正一〇年一月に追認を爲したとしても、其の抵當債權の消滅時效は進行し昭和六年一月（前記支拂命令申請前）に時效完成して居るから、之を援用すると陳述した。第一審ではXは一部勝訴し、雙方より控訴したが、控訴審ではXの控訴を認容して其の請求全部を認容しYの控訴を棄却した。即ち控訴判決はXの無權代理に關する主張は既にXA間の前記訴訟の確定判決で否定されて居り且Yは其の口頭辯論終結後の承繼人であるからYに對する本訴に於ても提出し得ぬが、消滅時效の點に關しては前記XA間及びXY間の數次の訴訟に於ては單に債務の成立を否認したのみで、時效の援用は之を爲さずに敗訴したに止まるから、此等の敗訴判決に因り其の提出を遮斷されず、而も理由あるものと認め、之を理由にXの請求を認容したのである。

Yは上告して、原判決が前訴訟の口頭辯論終結前に完成したる時效をば其の訴訟に於て援用せずして敗訴しても爾後の訴訟で之を援用するを妨げぬと爲すは、既判力を無視するものであると主張した。

〔判旨〕　破毀差戻。「本件ノ如ク第一、第二債權ニ基ク給付ノ訴ガ第一、二審ニ於テ本案ノ口頭辯論ヲ經由シ判決セラレ給付判決ノ確定シタルトキハ第二審ノ判決ニ接著スル口頭辯論終結當時ニ於テ給付請求權卽債權ノ存在スルコトヲ確定シ其ノ判定ニ既判力ヲ生ズルモノナレバ、將來同一事件ノ訴ニ於ケルトヲ問ハズ右判定セラレタル給付請求權存否ノ問題ニ付テハ、裁判所ハ前記判定ニ羈束セラレ、之レニ反スル判定ヲ爲シ得ザルモノナレバ、當事者ニ於テ右判定ニ反スル主張ヲ爲シ得ザルハ當然ノ筋合ナリト云ハザル可カラズ。而シテ債權ハ消滅時效ノ完成ト共ニ當然ニ消滅シ當事者ガ時效ヲ援用スルヲ待テ始メテ消滅スルモノニアラズ。時效ノ援用ハ債權ガ既ニ時效ノ完成ト共ニ消滅シタル事實ヲ主張スル訴訟上ノ防禦方法ニ過ギザルコト當院判例ノ示ス所ノ如クナルヲ以テ（昭和九（オ）一〇〇九號、昭和九・一〇・三判決）、前記第二審ノ判決ニ接著セル口頭辯論終結以前ニ既ニ完成シタリトスル時效ノ援用ハ本件ノ訴ニ於テ最早有效ニ爲シ得ザルモノナリ。蓋シ若シ斯ノ如キ時效ノ援用ヲ許ストキハ、結局前記第二審ノ判決ニ接著スル口頭辯論終結當時ニ本件債權ガ存在セザルコトノ主張ヲ許容スルニ該當シ判決ノ既判力ヲ無視スルノ結果ヲ招致スルヲ以テナリ。左レバ原審ガ前記ノ如ク判定シタルハ時效援用ニ關スル法理ヲ誤解シタル失當アルカ又ハ既判力ノ本質ヲ誤解シタル違法アルモノニ該當ス。」

〔評釋〕　判旨の結論は固より正當である。原審判決が以前の確定判決が本件貸借並に抵當權の設定が無權代理に基かざりしことを理由として債權並に抵當權の存在を肯定したものであるから、無權代理の點は本件で重ねて主張することは許されぬが、債權の消滅時效の點は全然判斷して居ないから、之を理由として抵當權を爭ふことは既判力と牴觸せぬと爲すは、判決理由中の判斷に既判力を認め而も之のみに限定せんとする誤謬を犯して居る。之に對して判旨が消滅時效の完成と共に債權は當然消滅し其の援用とは訴訟上の防禦方法として時效完成したる事實を主張することに過ぎないとの判例の援用理論を持出して居る所以は、恐らく援用を取消等と同樣に所謂形成權の行使

と考へると援用に因り始めて債務消滅の效果が發生することとなる爲、取消の抗辯に關する從來の判例に從へば既に完成した時效を確定判決の標準時たる口頭辯論終結後に援用し之に基き再び債權を爭ふことは爾後に生じたる事由として既判力に依り遮斷されぬと云はねばならぬこと（民訴五四五條二項參照）を慮つたものであらう。併し時效の援用が單なる時效完成なる事實の主張であるとすれば辨濟等と同樣、何れの當事者が訴訟上陳述しても判決の基礎と爲り得るし、又如何なる者の間の訴訟でも之を主張し得る筈で、援用者を限定すべき理由はないこととなり、民法第一四五條は無意義な規定に歸するであらう。同條が時效の效果に基き裁判するが爲には時效利益を享ける者の援用を要すると爲す所以は、時效の效果を確定的ならしめることを援用權者の意思に任かしたもので、援用は單なる訴訟上の事實の主張ではなく、時效利益を享受せんとする實體上の意思表示に外ならないし、訴訟上の時效の抗辯は援用權者のかかる意思表示のあつた事實及び其の效果の主張と見なければならない。隨つて此の點では時效の抗辯と取消の抗辯とは理論上差別を設け得ぬもので、寧ろ取消の抗辯に付ての從來の判例の態度の變更を要求すべきである。蓋し當事者が口頭辯論終結當時に自ら取消權を行使し得る狀態にあつた以上、訴訟上取消の抗辯を提出し得べかりしものと云はねばならぬからである（拙著民訴法概論三七八頁參照）。尙判例集の判決要旨としては、債權の讓渡人に對し債務者が敗訴の確定判決を受けて居る以上、其の後の讓受人に對しても時效の抗辯を提出し得ぬとの趣旨が揭げられて居るが、本件では更に讓受人自ら其の債權を主張して勝訴判決を得て居るから、之だけで問題は片附いて居るのである。又本件の如く確定判決を受ければ其の以前に完成した時效は之を主張し得なくなるから、恰も時效完成前に確定判決に因り中斷されたのと同樣になるが、若し時效完成前に債務者が債務不存在の確認を求め請求棄却の判決

を受けて居れば、其の訴訟で時效は中斷されて居る筈であるが、此の點は本件と直接關係がないから詳細を避ける（本書一六事件（我妻）參照）。

本件に付ては中村宗雄氏の批評がある（民商一〇卷三號四七〇頁）。

（兼子　一）

二六　賃貸人が賃貸借契約の解約を申入れたときは期限に至らざる賃貸物返還請求權につき假處分をなし得る

民訴法七三七條二項・七五六條・七五五條・七五八條・二二六條・七六〇條

昭和一四年三月三一日民二部決定（昭一四（ク）九二號、假處分申請却下決定ニ對スル抗告事件）民集一八卷六號三八九頁

〔事實〕　A_1・A_2・A_3は名古屋市にある本件の一棟の家屋を敷地とともに共有し、この家屋の中の住宅五つを夫々Y_1・Y_2・Y_3・Y_4・Y_5に賃貸してゐた。XがA_1等からこれを讓受け賃貸借契約も承繼した。もともとXはこの家屋を取拂ひそのあとに新しく建物を建築するつもりであつたので、昭和一四年一月Y_1等五名に對し六ヶ月の猶豫期間を置き同年七月限り賃貸借契約を解約する旨申入れた（この解約の申入が適法なりや否は判文上明かではないが、こゝでは適法と前提する）。XはY_1等が明渡を妨げるため種々方法を考究中であると稱し、家屋明渡の訴を提起する前に、「各相手方ノ占有セル建物ノ占有ヲ解キ、Xノ委任シタル名古屋區裁判所執達吏ヲシテ之ガ保管ヲ爲サシム。執達吏ハ該各建物ニ付キ其ノ現狀ヲ變更セザルコトヲ條件トシテ相手方ニ夫々使用ヲ許スコトヲ得。但此ノ場合ニ於テ執達吏ハ其ノ保管ニ當ルコトヲ公示スル爲メ適當ノ方法ヲ採ルベク、相手方ハ各占有ヲ他人ニ移轉シ同居人ヲ置キ占有名義ノ變更ヲ爲スベカラズ」といふ趣旨の假處分（民訴七五八條參照）を申請したが、第一審・第二審ともにこれを却下したので抗告したのが本件である。

上告理由の要點は、賃貸人Xが解約の申入により建物につき未だ期限に至らざる請求權（民訴七三七條二項・七五六條）或ひは將來の給付請

求權（民訴二二六條）を取得することを否認した原決定は違法である、といふにある。

〔判旨〕抗告を容れ、取消差戻。「期間ノ定ナキ家屋ノ賃貸借ニ付解約申入ヲ爲シタル賃貸人ハ、賃借人ヲシテ告知期間經過ト同時ニ賃貸家屋ノ返還即チ明渡ヲ請求スルコトヲ得ルモノニシテ、此ノ請求權ハ右期間經過前ニ於テハ所謂未ダ期限ニ至ラザル請求ナリト解スルヲ相當トス。故ニ賃借人ガ告知期間經過スルモ明渡ノ義務ヲ履行セザルノ虞アル場合ニ於テハ、賃貸人ハ民事訴訟法第二二六條ニ則リ將來ノ給付ノ訴ヲ提起シ得ベキハ勿論、現狀ノ變更ニ因リ告知期間經過後其ノ權利ノ實行ヲ爲スコト能ハズ又ハ之ヲ爲スニ著シキ困難ヲ生ズル虞アルトキ、竝著シキ損害ヲ避ケ若クハ急迫ナル强暴ヲ防グ等ノ必要アルトキハ、假處分ニ依リ前敍ノ如キ請求權ノ保全ヲ爲スコトヲ得ベキコトハ、民事訴訟法第七五六條・第七三七條第二項・第七五五條・第七六〇條ノ解釋上是認シ得ルトコロナリ。」

〔評釋〕判旨は抽象論としては正當である。

一　賃貸人が適法に賃貸借契約の解約を申入れると同時に、賃貸物につき期限に至らざる返還請求權を取得することは疑がなく、かゝる請求權も假處分の理由の存する限りこれにより保全し得ることも亦明かである（民訴七五六條七三七條二項參照）。從つて本件に於ても民訴七五五條の要件を具備する限り、假處分の許さるべきこと言ふまでもない。

しかし、判旨が賃借人の明渡義務不履行の虞あるときは民訴二二六條の將來の給付の訴を提起し得るとするのは本件に於て無用の傍論であるのみならず、將來の給付の訴を提起し得る場合でなければ假處分を申請し得ないかの如き誤解を生ずる。けだし、未だ期限に至らざる請求權（民訴七三七條二項參照）は將來の給付請求權の一種であるが、これに基き假處分を申請するには二二六條により訴を提起し得ることを必要とせず、他方、かゝる假處分の理由あるも當然には將來の給付の訴を提起し得るものではないからである（兼子助教授・民事訴訟法概論一七五頁（ロ）、細野博士・民事訴訟法要義二卷三二—三頁）。

判旨は民訴七六〇條に基き所謂假の地位を定める假處分をなし得るとするがこれも檢討を要する。本來の假處分と假の地位を定める假處分とは當然には相排斥しないが（松岡博士・保全訴訟要論三一八頁、Gaupp-Stein-Jonas. z. §940 II; Stern, Arrest u. einstweilige Verfügungen S. 93）、假の地位を定める假處分は法律關係に爭がある場合に現在の地位の攪亂を防ぐためのものである（加藤博士・强制執行法要論三三六頁）。從つて本件の如く期限に至らざる家屋明渡請求權保全のためにかゝる假處分を申請することは出來ない。しかし、本件に於ても、例へばY_1等がXの解約申入後賃貸借契約を否認し、家屋を自己の所有であるとしてこれを取毀しにかゝつたとすれば、Xは賃貸借關係に基き假の地位を定める假處分を申請し得る（谷井辰藏氏・假差押及假處分手續三四〇—四一頁參照）と同時に、未だ期限に至らざる家屋明渡請求權保全のため係爭物に關する假處分を申請し得るであらう。

二　問題は、むしろ、賃貸借契約が告知されたとき賃貸物返還請求權につきいかなる場合に假處分の理由があるかである。

賃貸借の告知期間經過前に假處分の申立てられた例は見當らないが（賃貸借期間の定めがあり期間滿了前に賃貸物返還請求權保全のため假處分をする場合も趣を同じくするが、私の調査した範圍ではかゝる例も見出し得なかつた）、賃貸借解除後の假處分については次の如き下級審判決がある。小作契約の解除につき爭があり多數の小作人が團結して小作地の引渡を拒んだ場合も、小作人がこの小作關係を基礎としてその生計を立てゝ居り假處分により受ける損害が地主の利益に比し著しいときは假處分の理由がない（大阪地判大正一三・六・二七新聞二三五八號四頁、事件の具體的解決としてこの判決が妥當であるかはともかく、その趣旨に於て極めて正當であると考へる）。小作契約解除後小作人が土地を明渡さず依然耕作を繼續するも、これだけでは假處分の理由として不充分である（甲府地判大正一五・四・一九評論一五卷民訴一四二頁）。建物の朽廢により借地權が消滅したのにかゝはらず借地人が借地の上に工事を開始したときは、土地明渡請求權につき假處分をなし得る（東京地判大正一〇・八・六評論

一〇卷民法八一六頁、尙ほ東京控判大正一三・七・一〇評論一三卷民訴三七四頁參照)。

本件に於ては、Y_1等借家人側で家屋の明渡を拒むためいかなる方法を考究中であつたかは全く不明であるから、假處分の理由を具備するか否は斷定の限りではない。しかし、單にY_1等がXの解約申入につき異議を主張し明渡の遲延する虞あるも、これだけではXの明渡請求權の實行につき「著シキ困難ヲ生ズル恐」ありとは言ひ得ず、假處分の理由はないのではあるまいか。

吉川大二郎氏は本判決の結論を正當とされてゐる(民商一〇卷三號四八〇頁)。

(林　千衛)

二七　私立學校の校主と校長との法律關係の性質——委任か雇傭か

委任契約解除事由を限定する特約ある場合においても「已むことを得ざる事由」があれば告知し得る

民法六二三條・六四三條・六二八條・六五一條

昭和一四年四月一二日民四部判決(昭一三(オ)一八一三號、立替金請求事件)民集一八卷六號三九七頁

〔事實〕　XはY外三名と共に(合計五名)私立遠江商業學校設立を企て、文部大臣の認可を得てこれを設立し、Xがその校長となつて年俸二千圓を受くることとなつた。が設立開校後間もなく、學校の設立者をY一人に變更してYの單獨經營とし、XY間に次の如き協定をした。即ち、(1)Xが職務上校長たる品位を失墜する不都合なる行爲を爲すか又は病氣の爲めその職に堪へざるに至るまではその地位の安全を保障すること、(2)學校職員の任免黜陟はXに一任すること、(3)將來學校に關する重大問題を生じたるときは、Yは最初の設立者中の他の四人を相談役としてその意見をきくこと、の三點である。その後他の職員とともにXの俸給の減俸、學校經營不振のためのX解雇等につき紛議を生じ、且俸給も不拂となるに至つた。そこで校長たるXは校主たるYを被告として本訴を提起し、諸立替金の支拂と、昭和六年四月以降の未拂俸給の支拂とを請求した。原審は、立替金及昭和七年三月までの俸給の請求を認容したが同年三月YはXに解雇されたから四月以降の俸給請求權なしと判示した。

上告審で問題となつてゐるのは、昭和七年三月にYがXを解雇したことの效力如何である。原審は、XY間の關係は前掲協定の趣旨により、Xの終身間繼續すべき雇傭契約關係である、しかし「昭和五年中同校生徒ガ講堂新築及校長ノ更迭ヲ求メテ三回ニ亙リ同盟休校ヲ行ヒタル事實竝之ガ爲ニ學校ノ信用ヲ失墜シ前記ノ如キ入學者ノ激減ヲ招致スルニ至リタル事實」は畢竟校長たるXの德望才幹に不足する所があつたからであり、これは前掲協定の身分保障條項に所謂「校長たる品位を失墜する行爲」に外ならず、さうでないとしても右の事實は民法六二八條に所謂已むことを得ざる事由に該當し同條が强行規定なる以上右協定は同條の適用を妨げ得ないと判示した。Xは上告して、XY間の契約は雇傭ではない、前掲協定の條項によつてのみ解除せられ得る所の一種特別の契約であり、したがつて民法六二八條による即時告知の餘地なし、と主張した。

〔判旨〕棄却。

「然レドモ原審ノ確定シタル事實關係ニ依レバ遠江商業學校ノ經營者タル被上告人(Y)ハ上告人(X)ニ對シ其ノ校長タル職務ヲ委託シ且之ニ付一定ノ報酬ヲ支給スルコトヲ合意シタルモノニ外ナラザルコトヲ看取シ得ルガ故ニ、當事者間ノ法律關係ハ畢竟法律行爲ニ非ザル事務ノ委託ニシテ所謂準委任關係ナリト認ムルヲ相當トスベク、上告人主張ノ如キ無名契約ヲ以テ目スベキモノニ非ズ。尤モ原審ガ之ヲ以テ民法所定ノ雇傭契約ニ該當スト爲スハ妥當ナラズト雖、原審ハ已ムコトヲ得ザル事由ニ依ル解除ヲ認メタルモノナルヲ以テ原判決ハ結局相當ニシテ論旨理由ナシ。」

〔評釋〕　XYの契約關係につき、上告理由の「無名契約」說に對し判旨は「委任」(「準委任」であるが便宜上以下「委任」と稱する)なりと答へ、原審が「雇傭」としたのを不可としてゐる。所で本件XYの關係が「委任」なりや否やの問題は後に讓り、

まづこれを「委任」だとしてその上に築かれた判旨の構成が明かでない。判旨は「委任」ではあるが、原審が已むことを得ざる事由に基く解除を認めたのだから結果としては正當、即ちXの解雇は有效だ、と言つてゐる。その意味を少しく具體的に明かにする必要がある。——一體委任には「何時ニテモ」解除し得るといふ六五一條があるに止まる。もし同條が信頼關係を包含する委任の性質上强行的なものだと解釋するならば（獨逸でも爭がある、Oertmann, Bem. 1 a zu § 971）、原審が『已むことを得ざる事由による解除を認めたから』結局相當となるのではなく『凡そ委任に付ては何時でも告知すれば效力を生ずるが故に』即ち六五一條の强行性に基いて結局相當だといはねばならぬ譯である。判旨もだから六五一條の强行性を理由にしてゐるのではないと見るべきであり、又判例も六五一條の告知權を特約によつて制限し得ることを認めてゐると考へられるのである（但し、この點は疑がないわけではない。かゝる制限を認め或はその有效性を前提とする判例は私の知れる限りでは盡く所謂「受任者の利益のためにする委任」に關するのであつて——例へば債權擔保の目的——かやうな委任は正當には民法の委任とは異る類型の契約と見るを至當とするのみならず、却つて「一定期間の告知權拋棄特約」ある場合にその期間內の告知の效力を認めざりし判決すら存するからである。明治三六・一・二三民錄五三頁）。さうだとすれば判旨は原審が六二八條について認めたのと同樣に、委任についても「已むことを得ざる事由に依る告知權」が特約によつて排除し得ざる强行的のものなることをその決定的理由としてゐるものと解する外はあるまい。注意すべきは、雇傭におけると異り委任においては已むことを得ざる事由に基く告知權につき何等の規定がないことである。これは「非常告知」が六五一條の廣き「告知權」の範圍中に包含するからこれを別に明言する必要なしと、いふことに基くのであらう。しかし「特約による排除」に關聯すると、非常告知は特別の意味をもち得る。而して、判旨は結果的には繼續契約特に强き信頼關係を內容とする委任について、已むことを得ざる事由に基く「非常告知」權を强行的に承認せんとするものと言ふべきである。六二八條につ

いてもその制限乃至排除特約の效力につき大審院の判例なき現狀において、委任について同趣旨の法理を認めたものとして、本件判旨は重要なる意義を有するものと考へる。——尤も右の法理自身に對しても全然疑の餘地なしと必しも謂はれ得ぬやうに思はれる。我國の學者は一般に雇傭につき非常告知權「排除特約一般」或はその制限を無效となしてゐるが（後藤教授「解雇退職の法律學的研究」一二八頁以下、鳩山博士「債權各論講義」一九頁）、勞働法に屬する所の關係についてはともあれ、然らざる雇傭一般についてはむしろ、獨逸で非常告知權の全部的排除は無效なるも個々的重大事由の排除の特約は有效と解されてゐる（vgl. Oertmann, Bem. 7 zu § 626）ことを思ひ合す必要がある。本件におけるやうに、特に「重大事由」を具體的に列擧して制限した場合には充分その效力を問題としてよいはづではないか（本件原審はXYの特約する解雇事由が存するとも判示してゐるのである）。繼續契約における非常告知權について屢々「信頼關係の存在」がその理由とされるが、しかしその「信頼關係」がどの程度のものかは結局契約自由の原則の下においては當事者の意思に委ねられてゐるのであり、當事者の欲する程度の信頼關係を認めることが原則として不可なりと解する必要はないのではないか。所謂信頼關係論は繼續契約の典型形態についての「說明」であるはづであり、逆に抽象的一般的な信頼關係そのものがすべての繼續契約について當事者の意思を無視して認められねばならぬ當然の理由は未だ必しも十分に承認され得ぬやうに思ふ。

二　所で判旨の出發點たる契約性質論に立戻らう。XY間の關係が雇傭か委任か一種特別の契約か。問題はまづ民法の雇傭と委任との限界から出發されねばならない。——民法における雇傭と委任との限界は、その內容とする所の廣義の「仕事」の技術的性質に存すると考へる。即ち雇傭においては勞務者はその仕事の遂行につき雇主の指揮監督の下に立つに對し（技術的從屬關係）、委任においてはかゝる從屬關係は存在せず受任者は委任者に對し對等

の地位において自己の獨自の事務處理をなすことが認められるといふ點にある。民法は所謂經濟的從屬性を雇傭の要素とはしてゐないのである。學校の校長と校主との關係が、實際上どのやうなものであるかは現在私は詳かにし得ないが、學校經營中少くともその本體的な重要部分たる教育事業の遂行については全權を「委任」されてゐるのではないか。さうだとすればこれを「委任」だといふ判旨は正當といふべきであらう。尤も校長は恐らく一面において經濟的從屬關係に立ち、濫りに解雇されては困るであらう。だからこそ身分保障條項が協定されてゐるのである。しかし民法上雇傭と委任とは經濟的從屬關係による區別ではないのであるから、そのことはXY間の契約が民法上委任たることを妨げるものではない。

本件については末川教授・民商法一〇卷三號四八六頁、後藤教授・法と經濟一二卷三號四〇八頁の批評あり。

（川島武宜）

二八　民訴法第七八九條に依る仲裁人選定手續は決定手續に依るを得るや

民訴法七八九條・八〇五條

昭和一四年四月一八日民五部決定（昭一四(ク)一〇五號、仲裁人選定ノ申立事件ノ決定ニ對スル抗告事件）民集一八卷六號四二五頁

〔事實〕 (1)オットー・ザイフエルト（抗告人）は、昭和一二年七月一日福原友輔との間に服務契約を締結し、同人經營の經メリヤス織機製造工場の技師長として勤務し右契約に附隨し若し當事者間に將來右服務契約より又は契約の解釋に關し紛爭を生じたるときは各一名宛の仲裁人を選定し其の仲裁判斷を受くべき旨特約した。この服務契約及び仲裁契約は其の後昭和一三年五月二七日福原友輔の個人營業を承繼したる株式會社福原友輔商店に依り承繼せられ、ザイフエルトは引續き同會社に勤務することとなつた。然るに福原友輔及び右會社は昭和一三年初頃よりザイフエルトに對し右契約所定の給料及び歩合金の支拂をせぬので、ザイフエルトは同年一一月一四日附書面を以て同會社に對し會社が自己に對し給料及び歩合金合計七千二百五十圓の支拂を爲さざることを理由として本件服務契約を解除する旨の意思表示及び右給料歩合金並に契約解除に因り自己の蒙むる損害賠償金合計一萬八千圓の請求及び自分の方では仲裁契約に基き仲裁人として野村次夫を選定したから會社の方でも七日間内に仲裁人選定の手續を爲すべき旨の催告を爲した。

(2)然るに同會社は右期間を徒過し仲裁人選定の手續をしないので、ザイフエルトは民訴七八九條に基き裁判所に仲裁人選定の申立を爲したるところ、第一審第二審共に右選定の手續は一般判決手續に依るを要し決定手續に依るを得ざるものとして右申立を排斥する旨の裁判を爲した。之に對してザイフエルトより、民訴七八九條の仲裁人選定手續は申立に依り決定の形式を以てすべきものと解すべきものなりと再抗告したのが本件である。

〔判旨〕 棄却。「民訴法第七八九條所定ノ仲裁人選定手續ハ判決手續ニ依ルベク決定ノ手續ニ依ルヲ得ザルコト同條及同法第八〇五條ノ規定ニ照シ疑ヲ容レズ。」

〔評釋〕 判旨正當。民訴七八九條により、裁判所が仲裁人を選定する手續は民訴八〇五條が「仲裁人ヲ選定スルコトヲ目的トスル訴」に付き管轄裁判所を定めてゐるから、訴を以て爲され、終局判決を以て裁判せられることは、文理上疑ふ餘地なき所である（仁井田・要論下卷一六二五頁、岩田・原論一三五二頁、中田・新法學全集二七卷一三三頁）。尤も本件の抗告人ザイフエルトはドイツ人なりや否やは法の適用上問題とはならぬことであるけれども、ドイツでは我民訴八〇五條の母法たりし規定は（舊法八七一條、現行法一〇四五條）、一八九八年に改正を見、仲裁人の選定に關する裁判は（本件の如き日民訴七八九條・ドイツ民訴一〇二九條の場合の外、日民訴七九一條・ドイツ民訴一〇三二條の場合を含む）、仲裁人の忌避に關する裁判（日民訴七九二條・ド）、仲裁契約の消滅に關する裁判（日民訴七九三條・ド）（イツ民訴一〇三三條）

仲裁人の必要と認める裁判所の行爲を爲すべき旨の命令に關する裁判（日民訴七九六條・ド）（イツ民訴一〇三六條）等と共に從來の訴及び判

決手續によるのを改め、決定手續によるべきものとせられたのである（ドイツ民訴一〇四五條）。その改正理由はこれらの場合に於ては、眞の裁判（eigentliche Rechtsprechung）以外の裁判所の行爲が問題たるのであつて、躊躇なしに決定手續によつて終了せられ得る性質のものである、といふのであつた（Struckmann-Koch, 9）。然し立法論としては兎も角我國の現行法の解釋としては判決手續によるべきものとなす判旨を是認する外はない。

本件に付ては、中田淳一氏（論叢四一卷二號三七一頁）及び薄根正男氏（民商法一〇卷三號四九三頁）の贊成批評がある。

（齋藤秀夫）

二九　代金供託と代金支拂拒絶權——賣主が民法第五七八條により代金供託の請求を爲したるに不拘買主が供託を爲さざる時は自ら代金支拂拒絶權を行使し得ない

民法五七六條・五七八條

昭和一四年四月一五日民四部判決（昭一三（オ）一七五八號爲替手形金請求事件）民集一八卷七號四二九頁

〔事實〕 訴外A合資會社は昭和一〇年九月二九日本件上告人X（原告・控訴人）より鋼板四十八噸を代金四八九二圓二九錢で買受け之が引渡を受け、右會社代表社員たる被上告人Y（被告・被控訴人）は其の代金の一部七七七圓八錢の支拂に充てる爲に昭和一〇年九月三〇日自己を支拂人としXを受取人とする同金額の爲替手形を振出し同年一〇月三一日を滿期と定めた。所が右の鋼板は實は訴外B組合の所有に係るもので其の代表者B′が之を訴外Cに預け置いた處Cは擅に之をXに賣却しXが之をA會社に賣却したものであつた。Xは其の買受の際善意であつたとしても無過失とは必ずしも謂得ないと云ふので原審では善意取得は確定されなかつた。而してB′は右鋼板中四〇噸をAの許より取戻して之を訴外Dなるものに賣却して了つたので、Aは其の買受けた物品の大部分に付權利を失ふ虞を生じた。よつてAは民法五七六條によつて代金支拂拒絶權を生じたのでYは之に基き手形金支拂を拒絶した。其處でXはYに對して本件手形金よりXがYに對して支拂ふべき義務ある事の爭なき金額を控除した殘額六〇八圓二一錢を三日內に供託すべき旨催告したるに不拘、Yは之に應じなかつた。XはYが供託に應ぜざりし事により代金支拂拒絶權を喪失したるものと主張して本訴を提起した。兩當事者間に尙二三の主張があるが本件の問題となるのは右の一點である。第一審・原審共にXの主張を容れず、Yは供託に應ぜざるも代金支拂拒絶權を失ふものに非ず、Xは單に供託請求權を有するのみとした。上告理由は民法五七七條の買主の滌除請求に遲滯なく應じなかつた賣主は支拂拒絶權を喪失すると云ふ通說（上告論旨引用の鳩山各論三六〇頁、横田各論三七三頁、末弘各論四三九頁の外、石田各論三四頁等）を類推し、買主が賣主の供託請求に應じないのに尙代金支拂拒絶權を喪失せずと云ふのは賣主の保護に不充分であると云ふ點である。

〔判旨〕 上告を認め破毀差戻。「按ズルニ原審ニ於ケル所論爭點ニ關スル當事者雙方ノ主張ハ、……ト云フニアリテ且ツ前記手形振出原因ニ付テモXニ於テ之ヲ爭ハザルモノナルコト原判示ニ照シ明瞭ナルヲ以テYノ該主張自體ニヨレバ前記A會社ニ生ジタル代金支拂拒絶ノ理由ヲ以テ直チニYノ本件手形金支拂拒絶ノ理由ト爲シ得ザルモノト解セラルルニ拘ラズ輙ク該抗辯ヲ採用シタル原判決ハ其ノ理由ヲ領スルニ難キノミナラズ假リニ該抗辯ヲ是認スベキモノトスルモYニ於テ被上代金ノ供託ヲ爲サザリシコトハ爭ナキ事實ニシテ民法五七八條ニ依リ賣主ガ買主ニ對シテ代金ノ供託ヲ請求シタルニ拘ラズ買主ニ於テ之ガ供託ヲ爲サザルトキハ自ラ代金ノ支拂拒絶權ヲ行使シ得ザルモノト解スルヲ相當ナリトス。蓋シ買主ニ於テ代金供託ノ請求ニ應ゼザルニ拘ラズ尙且代金ノ支拂ヲ拒絶シ得ベク賣主ニ於テハ此ノ場合單ニ買主ニ對シテ供託請求權ノミヲ有スルモノト爲サンカ、買主ノ利益ハ完全ニ保護セラルルニ反シ、賣主ニ於テ買主ガ代金ノ支拂拒絶權ヲ行使スルノ結果將來不測ノ損害ヲ蒙ルヤモ保スベカラズシテ其ノ利益ノ保護全シト謂フベカラズ。從ツテ斯ル場合ニ於テハ買主ニ於テ代金ノ供託ヲ爲サザル間代金支拂拒絶權ヲ行使シ得ザルモノト爲スコト賣買當事者雙方ノ利益ヲ公平ニ保護スル所以ナレバナリ。」然るに原審がXは單に供託請求權を有するのみでYは支拂拒絶權を喪失せぬとしたのは法律の解釋適用を誤つたものである。

〔評釋〕 本件の事實關係を見ると「追奪の處ある」事件と謂ふよりはむしろ「追奪せられた」事件と云ふ方が適切な位で當事者が何故此の點を確定してその法律的處置に出でなかつたのかを怪しむものであるが、かかる事實を抽象して考へれば判旨の理論を正當なりと思料する。唯判旨は本件の問題に入るに先立ち手形法上の關係から云つても原審の態度はよろしくないと云ふ事を斷つて居るが、此の點は直接問題とせられて居るわけではなく本評釋としても立入つて述べる必要もないと思ふが、私には疑問がある。成程原審がA會社に生じた代金支拂拒絶の事由を不用意にYの手形金支拂の抗辯として採用した點は理論的には愼重を缺くとの非難を免れぬかも知らぬが、Xに於いては右手形がA會社の債務の支拂方法として振出された事を知つて居り、從つてAに於いて之が支拂を拒絶し得る以上Yは手形を振出したるの一事を以て之を主張し得ぬと云ふ理由はない。手形が第三者の手中に歸してこそ實質的諸關係を抽象する必要はあるが、本件の如き場合は實質的關係と切離して考へる必要は毫もないと思ふ（同旨、舟橋・民商一〇・三・五〇〇頁）。尤も私は手形法に關しては全く專門外であり、かくの如きは素人理論であるかも知れぬが、問題に入るに先立ち一寸疑問としてふれて置く。

扨て問題の代金支拂拒絶權であるが、此はたしかに判旨の云ふ通り衡平に見て、賣主が供託請求權に基いて請求したのに不拘、之に應じない買主が尙且つ支拂拒絶權を行使し得るとするのは買主の保護に偏する。元、買主は追奪の事實が確定的であれば之を主張して代金減額を請求するなり解除をするなりして安全をはかれば良いのであつて、未だ追奪されない可能性が存するとすれば賣買は尙正常態に復歸しうる動搖狀態にあるのだから、單に買主のみを保護すべき理由は無い。だから賣主が此の可能性を期待して代金の供託を請求して居る以上は之を保護してやる必要は充分あるのであつて、買主に於いて供託しても無駄だと思ふ位にかかる可能性を否定する氣ならばむしろ此を主張して事態を確定的に解決すべきである。それをせずに供託もしない代金は支拂はないと云ふのでは賣主は不安である事疑無い。尤も供託の請求に一度應じないと確定的に支拂拒絶權を喪失して了ふと云ふのは多少行過ぎであるやうに思ふから、判旨の云ふ如く供託をしない間は之を行使し得ない拘束を受けるものと解すべきであらう（同旨・舟橋・前揭）。但し何時迄買主が供託を爲して支拂を拒絶しうるやの點は疑問であるが、第二審口頭辯論終結迄と解して良いと思ふ。從つて其以後は供託でなくて代金を支拂はねばならぬと云ふ事になる。元來代金支拂拒絶權は買主が賣買の目的物の引渡を受けた事を豫想して居るのであるから、此の位の保護を賣主に與へても敢えて過分とは言難いであらう。

此に附いての判例は今迄未だ存在して居ない。

尙本件に就いては吉田氏（新報四九・九・一四八九頁）の評釋がある。

（野田良之）

三〇 法人——法人（産業組合）の解散と辨濟期未到來の債務——時效の起算點

民法七八條、産業組合法五條・七五條、商法九一條ノ二

昭和一四年四月一五日民三部判決（昭一三（オ）一八〇七號、契約金請求事件）民集一八卷七號四四〇頁

〔事實〕 訴外Aは本件原告（被控訴人・被上告人）Xを世話人とする無盡講會に加入し、講金の落札により負擔したる掛返債

務の辨濟方法として、B産業組合に對する預金債權を讓渡することにより其の代物辨濟をなし、而して講會とB組合との間には、B組合に於て預金中より各講會開催期毎に掛金相當額の給付を爲すべき旨の契約が成立した。然るにB産業組合は業績面白からず、爲にXは本件被告（控訴人・上告人）Y等十二名をして、右組合の掛返債務につき連帶保證を爲さしめ、Y等は斯くしてB組合の不拂金額に對する保證義務を負ふに至つたものである。

以上が本件の前提である所、本件は昭和四年六月B組合が解散し、組合が其後の債務を支拂はざるため、講世話人XよりY等を相手取り、昭和一一年七月になつてから、連帶保證債務の履行を訴求し、原審は起訴前既に五年以上を經過した部分に對する被告の消滅時效の抗辯を認めたが、その後に辨濟期の到來する掛返金に對しては、Y等の責任を肯定したので、Y等より、産業組合の解散により、其當時辨濟期到來せざる債務も亦、期限の利益を主張し得ざることを力說して、上告したのが本件である。

〔判旨〕 破毀差戻。原審は被告の時效抗辯を排斥するに當り、民法・産業組合法の範圍內に、商法第九一條ノ二の如き規定なく、又同條が産業組合法第五條によつて準用せらるべき規定でないことを理由として、組合解散當時辨濟期の到來せざる債務につき、組合側に對して期限の利益を喪失せしむべき理由はないと云ひ、而して此理由は、法文の形式だけに固着して考へれば一見正當の如く見えない譯ではないけれども、「凡ソ法人ニシテ解散シタル以上成ルベク速カニ淸算手續ヲ結了セシメ、以テ債權者ノ利益ヲ保護スルノ要アルヤ當然ナルニ拘ラズ、其ノ辨濟期未到來ノ債務ニ付テハ仍ホ期限ノ利益ヲ主張シ得ルモノトセンカ、爲メニ淸算ノ遲延ヲ招來シ延テ債權者ノ利益ヲ害スルノ虞ナキ能ハザルコト蓋シ言ヲ俟タザルガ故ニ、産業組合法竝ニ民法法人ノ淸算ニ於テモ須ク商法第九一條ノ二ノ規定ヲ類推適用シ、以テ組合ノ債務中解散當時辨濟期未到來ノ債務ニ對シテハ其ノ期限ノ利益ヲ失ハシメ、債權者ヲシテ直チニ其ノ履行ヲ請求シ得ベキモノト做スヲ相當トシ、從テ之等ノ債務ニ付テモ消滅時效ハ解散ト同時ニ其ノ進行ヲ始ムベキモノト斷ゼザルヲ得ズ。」

〔評釋〕 判旨に贊成である。元來産業組合法のみならず、民法にあつてすら、法人解散の當時辨濟期未到來の債務につき解散と同時に辨濟期到來すべき旨の規定を缺くために、之を如何に處理すべきかは一個の問題であるけれ

ども、通說は例へば鳩山博士によつて代表せられて居る通り、「條件附又ハ期限附債務ノ辨濟ニ付テハ如何ナル方法ヲ以テ辨濟ヲ爲スベキカ、民法ハ相續ノ限定承認（一〇三條）、及ビ財産分離（一〇四七條三項）ニ付キ之等ノ債務ノ辨濟方法ヲ規定セルニ拘ラズ、法人淸算ノ場合ニ付キ規定ヲ設ケザルハ法典ノ不備ナリ。會社ニ付テモ嘗テ規定ナキガ爲メ不便ヲ生ジタルヲ以テ商法中改正法律ヲ以テ其ノ不備ヲ補ヘリ（商九一條ノ二）。辨濟期到來・條件成否確定ヲ待チテ初メテ辨濟ヲ爲スベキモノト解スルトキハ著シク淸算手續ノ遲延ヲ生ジ法律目的ニ反スルガ故ニ上述諸種ノ規定ヲ準用シテ辨濟ヲ爲スベキモノトス」（鳩山博士民法總論二二一頁、同旨穗積博士民法總論二四四頁、我妻敎授民法總則二二〇頁等）と云ひ、本件判旨の結論と全く同一の態度を取つて居る。その意味で本判旨は其の淸算の構成に當り、略々民法の規定を準用するに止めて居る産業組合法の解決としてだけでなく、法人一般に共通する判決であり、又之に關する通說の基礎を裏付けたものであると云はねばならぬと思はれる。而して私は更に判旨が商法第九一條ノ二を援用するに當つても、産業組合法第五條の規定に基づく準用法規であるとせず、前記商法の法條が、一應法人一般の共通原理であることを明にして、其後之を類推して居ることも、理論上正當であると考へる。何故ならば産業組合法第五條の準用する商法の規定は、「商人ニ關スル規定」に限られて居り、會社に關する規定の如き、全面的に其の儘では産業組合に準用せらるべき性質を持つて居らないことは明であるからである。從つて其の限り、特に商法に於てのみ斯る規定が置かれて居ることは、商法の特殊性に對應した明確化の要望に答へたのみに止まり、同條の精神は寧ろ全體的に法人一般に共通すべきものであらねばならぬのであり、前に引用した鳩山博士の文中に、限定承認・財産分離の規定をあげてあることは、理論的には同條よりももつと間接的なサポートを與へるに過ぎないと云ふことを指摘する必要もないとは云へない

であらう。要するに本判旨は理論的にも實際的にも妥當である——尙講の世話人が講の代表者として掛返金請求訴訟を提起し得ることについては、昭和五・五・一〇大判（新聞三一四五號一一頁）、同一一・一・一四大判（民集一五卷一頁、判民一事件戒能）の如き判例が存在し、現在確定の判例法と云へる。此點の詳細については私の「無盡法」（新法學全集版二五頁）參照。

追記 本件の評釋として竹田博士民商法一〇卷三號五〇一頁。同博士は「判決の認める結果はともかくとし、その理論については寧ろ疑惑を懷」かれる。卽ち同博士の見解に從へば商法第九一條ノ二の規定は、「實は合理性に乏しいのであつて、ただ我國の會社淸算の實際に於ては、帳簿整理等に名を藉り、不當にこれを遷延する弊害の多かつたことに著目して出來た、甚だ無理な政策的規定である」結果、同條を產業組合は勿論、他の一般法人に準用することを拒否せられてゐるのである。此點判旨及び私の評釋と反對であるが、私としては此見解に服する必要はないと思ふ。何故ならば法人の解散を來し、愈々淸算手續に入つた後は、破產と否とに拘らず、債權者としても早期の辨濟を希望するは當然であり、之をして荏苒辨濟期の到來を待たしむることを以て、「合理的」なりと云ひ得るものとは到底考へ得ないからである。要するに本件の解決は商法第九一條ノ二の評價如何にかかる所であり、それによつて結論を異にするのは當然であらう。

（戒能通孝）

三一　固有必要的共同訴訟に於ける訴の一部取下の效力——口頭辯論期日に闕席せる共同被告の訴の取下に對する同意

親族會決議取消訴訟に於ける親族會員の一人の死亡

民訴法六二條・二三六條、民法九五一條

昭和一四年四月一八日民五部判決（昭一三（オ）一九六九號親族會決議取消請求事件）民集一八卷七號四六〇頁

〔事實〕 戶主A女は未成年者で、其の母B女が親權者であつたが、BはAの財產の安全を期する爲と稱して、昭和九年三月三日Y_1・Y_2・Y_3・Y_4・Y_5・Y_6（被告・控訴人・被上告人）及びZ（第一審被告）の七名より成るA女の爲の親族會を招集し、Aの財產たる價格十萬圓の土地建物に付き訴外C外二名を受託者とし、元本の受益者を未成年者Aとし、收益の受益者を其の親權者Bとする、向ふ五十年間の信託契約を締結することに同意する旨の決議を爲さしめ、且同時に右信託契約を爲すに付てはABの利害相反する所から、此の親族會は右契約の締結に付きDをAの特別代理人に選任する旨の決議をも爲した。X（原告・被控訴人・上告人）はAの亡父の弟であるが、前記信託契約は何等Aの利益とならず、全くBが私利を計らんが爲に爲したもので、親族會が之に同意する旨の決議を爲したのは不當であるとして、決議を爲したるY_1・Z等七名を共同被告として、右決議の取消を請求する訴を起した。

第一審に繫屬中Zは昭和一一年一二月死亡し、Xは其の後の口頭辯論に於てZに對する訴を取下げる旨を陳述し、同期日にはY_1・Y_2・Y_3・Y_4・Y_5及びZの訴訟代理人は出頭して、取下に對して何等異議を述べずに辯論の終結に至つたが、Y_6は同期日には出頭して居なかつた。第一審裁判所は右取下を有效と認め、殘餘のY_1外五名との關係で、右決議を取消す旨のX勝訴の判決を爲した。之に對しY_1外二名は控訴した所、控訴裁判所は其の控訴の效力は他の被告の爲にも及ぶものと取扱つたが、第一審で爲されたZに對する訴の取下は全被告の同意がある以上有效であり、之に因りZに對する訴訟繫屬は終了したけれども、本件は元來親族會員全員を被告とすべき固有必要的共同訴訟であるから、Zの死亡した以上之に代るべき補缺會員に對し更に訴を提起するか、乃至は此の者に於て訴訟參加を爲す等の方法で、之をも共同被告に加へることを要するのに拘らず、之に出でなかつた本訴請求は畢に失當に歸したものとの理由を以て、第一審判決を取消しXの請求を棄却する旨の判決を爲した。

Xは上告して、Zが死亡したのであるから之に對する訴は取下を爲す必要もなかつたのであるが、誤つて取下を爲した以上、Zの補缺員が選任され右訴訟を受繼する迄は訴訟手續は中斷すべき理であるのに、之を顧ずにXの本訴請求を排斥し去つたのは

違法であると主張した。

〔判旨〕 取下の期日闕席したY6の同意が欠缺する以上取下を無效として破毀差戻。

「凡ソ本訴ノ如キ未成年者ノ親族會決議取消ノ訴ヲ提起スルニハ、親族會員ノ全員ヲ被告ト爲スヲ要スルコト勿論ニシテ、斯カル所謂固有ノ必要的共同訴訟ニ在リテハ、被告ノ一人ニ對スル訴ノ取下ト雖モ既ニ本案ニ付口頭辯論ヲ經タル後ニ於テハ、被告全員ノ同意ヲ得ルニアラザレバ其ノ效力ヲ生ゼザルモノト解スベキトコロ、前示期日ニ出頭シタル被上告人等ハ上告人ノ前示取下ニ對シ何等ノ異議ヲ述ベザリシガ故ニ、暗默ニ同意ヲ表シタルモノト做シ得ベシトスルモ、該期日ニ出頭セザリシ被上告人Y6ガ右取下ニ同意シタルコトハ、本件ニ於テ到底之ヲ認ムルヲ得ザルトコロナリ。蓋シ訴ノ取下ニ對スル同意ハ、民訴法第六二條第一項ニ所謂「共同訴訟人全員ノ利益」ニ歸スベキ訴訟行爲ヲ以テ目スベキニアラズ。從テ訴ノ取下ニ對スル他ノ共同訴訟人ノ同意ハ、以テ期日ニ出頭セザルY6ニ其ノ效力ヲ及ボス由ナク、其ノ他同人ガ之ニ同意シタル事迹ハ本訴記錄上何等見ルベキモノナケレバナリ。原審ハ被上告人Y6ハ合式ノ呼出ヲ受ケタルニ拘ラズ、第一審ニ於ケル準備手續竝口頭辯論ノ各期日ニ出頭セズ且答辯書其ノ他ノ準備書面ヲ提出セザルガ故ニ、右訴ノ取下ニハ同人ノ同意ヲ必要トセザル旨判示シタルモ、右取下前既ニ他ノ共同訴訟人ニ於テ本案ニ付キ口頭辯論ヲ爲シタルコトハ明瞭ナルガ故ニ、其ノ效果ハ期日ヲ懈怠シタルY6ニ及ブベク、從テ右訴ノ取下ニ付キテハ同人ノ同意ヲモ必要トスルコト勿論ナリト云フベシ。果シテ然ラバ、Xノ爲シタルZニ對スル訴ノ取下ハ其ノ效力ヲ生ゼザルコトヲ前提トシテ爲シタル原判決ノ失當ナルコト、多言ヲ要セザルトコロトス」。

〔評釋〕 一 判旨が本件に於けるZに對する訴の取下を無效としたのは正當であるが、其の理由は偶々本件に於て判旨の認めるが如き他の共同被告の一人の取下に付ての同意が缺けて居たことに求むべきではないと思ふ。寧ろ固有の必要的共同訴訟に於ては一旦提起された訴の（主觀的）一部取下は抑も不可能と云ふべきである。所謂類似必要的共同訴訟に於ては尙共同訴訟の形態が擇ばれるのは偶然的であるから、個別的に共同訴訟人の一人の又は之

に對する訴の取下を爲し得て妨げないが（拙著民訴法概論四三六頁）、原告多數の固有の必要的共同訴訟に於ては一旦共同に訴を提起した以上各原告は共同してのみ訴の全部を取下げ得るに止まり、單獨に自己の訴のみを取下げるは假令被告の同意を得ても爲し得ぬ所と云ふべきである（Vgl. Rosenberg, Lehrb. S. 318）。蓋し一人の訴の取下は當然全訴訟の不適法を招來し、全員に不利なる結果を生ぜしめるからである。此の理は被告多數の固有必要的共同訴訟の場合に於ても異らない。蓋し數人を共同被告としてのみ訴訟を維持し得る場合に、其の一人に對する所の取下は無意義で、原告にとつては其の全部の取下と等しく本案判決を受け得ぬに至り、唯裁判所をして殘部に付當然に訴を却下せねばならぬ煩を生ぜしめるに止まるからである。例へば夫婦を共同被告として婚姻取消の訴訟を提起した以上其の一方のみに對する訴の取下は認め得ない。隨つて此の種の取下の意思表示のあつた場合は、裁判所は釋明權を行使して原告は訴全部を取下げる意思なりやを確めた上（民訴六二條二項の適用上或は一人に對する取下の意思表示が全部に對する取下としての效力の認められる餘地あり）、若し單に訴の一部取下を爲すものであれば被告の同意あると否とに拘らず之を無效視すべきである。隨つて之に對し各被告の同意を要するや否やは唯訴全部の取下と認むべき場合だけに問題となるに過ぎない、本件ではZが死亡した上之に對し訴訟を爲すのは無用と心得て、取下げて見たのであるから、訴全部の取下でないことは明瞭であり、隨つて取下の效力のないこと勿論である。尙舊法第五〇條（獨民訴六二條も同樣）の如く必要的共同訴訟人の一員が期日に闕席した場合に、出頭せる者に總べての訴訟行爲に付て代理を任じたものと看做す規定のない現行法では、出頭した共同訴訟人は全員に不利益な行爲迄當然闕席者に代つて爲したものとは認められぬから、訴の（全部）取下に對する同意の如きも全員に於て爲すことを要するとの判旨は、一般論としては正當である（拙著概論四三七頁參照）。

二　次にZに對する訴の取下の效力はZの死亡とは無關係に判定されて居るが、本件ではZが既に死亡して居るのであるから、之を如何に處理すべきかが問題と爲り、判旨が原判決を破毀するに急にして此の點に關する見解を明瞭にして居らぬのは遺憾であり、又下級審をして適從する所に迷はしめるであらう。原審若は上告理由の云ふが如くに、Zの地位は其の補缺會員に於て承繼すべきものとすれば、Zの訴訟代理人が上訴の特別授權を有する限り、訴訟手續の中斷は生ぜぬとしても（民訴八六條一項・二一二條一項・二一三條）、本件では第一審裁判所が既にZに對する訴訟を消滅したものとして之を除外して判決して居る違法があるのであるから、大審院は自ら第一審判決をも取消し、本件を第一審裁判所へ差戻すべきであつた（民訴三八八條の類推、乙に對する訴訟を消滅せるものとして之に對し本案判決を爲さなかつたことは、訴却下の判決と同樣、控訴審における必要的差戻の事由となり、此の點が上告審に明確な以上自判すべきである）。併し飜て考へるに、抑も親族會決議取消の訴に於て被告である親族會員の一人が死亡した場合に、其の補缺會員を選任して之をして其の訴訟を承繼せしめる必要と理由とがあるであらうか。或事項例へば家督相續人の選定を決議するが爲に招集された親族會は決議が終れば會員の地位も消滅して仕舞ふ譯であるのに拘らず、其の決議の取消の訴との關係では、尙決議の關與者（闕席者、棄權者をも含めて）として全員が一體として被告としての適格を有するが、若し訴訟前に其の一部の者が死亡すれば殘存者を以て被告とする外はなく（最早補缺會員を選任する餘地がないから）、起訴後に死亡した場合は、訴訟費用の點は暫く措き本案に付ては其の者を脫落せしめた儘殘餘の者に於て訴訟を追行する適格を有すると解しなければならぬ。蓋しかかる場合は一定の資格に基き被告たる適格所謂訴訟追行權を合有して居るのであるから、死亡した一部の者の權能は殘餘の者の權能に吸收されて仕舞ふと認められるからである（數人の選定當事者の中の一部の者の死亡に比し得る（民訴四八條・二一二條二項參照））。若し決議を爲した親族會員全員が死亡して仕舞へば、被告とすべき適格者がなくなることとなるが、此の場合は相手方死亡後の婚姻の無效若は取消の時に準じて（人訴二條參照）、檢事を被告と爲し得ることと解する外はあるまい（唯決議の取消は一ヶ月內に訴求すべきであるから之迄に會員の死亡することは稀である爲に問題が生じないに止まる）。本件の如き未成年者の爲の親族會は通常繼續的であると稱せられて居るが、實は親族會員が常置的であるに止まり、會議體たる親族會其のものは招集權者の招集に因り其の都度臨時に成立するもので、隨つて決議は繼續する親族會の意思決定ではなく、過去に一回的に成立した親族會のそれである點で、或事項の決議の爲の親族會の場合と異らぬと見るべきである。故に決議取消の訴は常に其の當時の會員を被告とすべく、其の後に會員の變更があつても、現在の會員を被告とすべきではない。又實際上も決議に無關係な現在の會員ではなく決議當時の會員を被告とする方が、訴訟に關心を有する點で妥當であらう。かく解すれば、此の場合にも訴訟中に被告たる親族會員の或者が死亡すれば、其の者が訴訟より脫落するだけで、本案に關しては殘餘の被告に於て訴訟を追行し得るから之に對して本案の判決を爲し得ることとなる（訴訟費用の點は死亡會員の財產承繼人たる相續人と原告との間で、全訴訟終了後民訴一〇四條の決定手續で裁判される）。隨つて本件に於てはZを除いて殘餘の被告に對し本案判決を爲した第一審判決には何等形式上の瑕疵はなかつたことに歸し、單に原判決を破毀して原審への差戻に止めた本判旨も結果に於て正當であつたと思ふ。

本件に付ては中田淳一（論叢四一卷三號五四二頁）及び村松俊夫（民商一〇卷三號五〇九頁）兩氏の批評がある。

（兼子一）

三二　株式會社の發起人が會社設立に要する費用を支辨する爲他より金圓の借入を爲す行爲は商

法第一四二條ノ三第一項に該當するか

商法一四二條ノ三

昭和一四年四月一九日民四部判決（昭一三（オ）一四一三號、讓受債權請求事件）民集一八卷七號四七二頁

〔事實〕 上告人Y（被控訴人・被告）は訴外ABCDEFGと共に昭和七年八、九月頃Aの考案にかゝる河野傘閉止器の製造販賣を目的とする株式會社の設立を企て定款、設立趣意書、起業目論見豫算書、株式申込書等を作成し株式の募集に著手した。その會社設立に要する費用ははじめ一半をAが立替へ、餘は株金の拂込を以て之に充てる豫定であつたが、Aの都合がわるく之に不足を生じたのでYはCFと共に發起人團體を代表して昭和七年一〇月二五日訴外Hより金千圓を利息月一分辨濟期昭和八年四月二五日の約で借受け之を事務員の給料、印刷費又は會合費等の費用に充て會社の設立に從事したが、株式申込書に記載された申込を取消し得べき——（設立豫定期間）——昭和八年九月三〇日迄に會社は成立せず、昭和一三年六月一六日に至つても尚成立しなかつた。所がHは右貸金債權を昭和一〇年八月三日被上告人X（控訴人・原告）に讓渡し同月七日其の旨をYに通知した。そこでXがY等發起人は會社設立につき必要な費用を支辨する爲本訴の金員を借受けたのであり、その行爲は商法一四二條ノ三第一項に所謂會社の設立に關して爲したる行爲に該當するから連帶して其の責に任ずべく、假令同條に規定した行爲に該當せずとしても特約によりY等發起人に於て連帶責任を負ふべきことを約したからとて、Xに對し金千圓及び之に對する昭和七年一〇月二五日より完濟に至る迄の月一分の割合による金員の支拂を求めたのが本件。第一審は本條の行爲にあたらずと見たらしく、連帶でなくYのみに百二十五圓及利息の支拂を命じた。原審は、しかし、かかる場合を商法一四二條ノ三の會社が成立せざる場合に該當するものと解し、且つYの行爲も同條一項の要件をそなへるものとして千圓及び利息の支拂を命じた。ちなみに、實質上發起人らしく唯定款に署名なき今一人の者の責任は一・二審共認めなかつた。

Yの上告理由次の如し、(1) 商法一四二條ノ三の會社の設立に關して爲したる行爲とは會社設立自體又は設立行爲を爲すに付直

接必要な行爲自體を指すものと解すべく、本件の如く發起人の數人が會社設立に充てる目的を以て他人より金錢を借入れる行爲の如きものは同條第一項に該當しない。(2) 原判決は同條第一項の會社の設立に關して爲したる行爲とは會社設立其れ自身を目的とする行爲と其の他の會社設立に直接必要なる行爲の兩者を併せ指すもので前者は株式引受人發起人間の契約であり、後者は其の他の第三者と發起人との間の契約だと斷定したが、この樣に廣く解すれば同條第二項の規定は殆んど意味を爲さぬこととならう。元來會社設立に要する費用は發起人等の費用を以て之にあてるのが當然で、此費用を第三者から借入れるが如きことは間接的の行爲で直接必要行爲と云へぬ。蓋し設立費用を發起人自らが出す事が可能なりや又は之を他に求むる必要ありやは會社設立とは別個の問題であるから。本件の行爲の如きは同條第二項に該當し各自分擔して負擔すべきものだ（Yの如きは資產家で設立費用の支出には困らず唯Cが無資產な爲Xから金融を求めたにすぎぬ）。商法一四二條ノ三の趣旨は會社設立に關し爲した直接必要なる行爲を第一項に規定し、其の他の支出した費用を第二項に規定したものだ。然らずして本件の如き貸金を發起人の連帶負擔とすれば、發起人は會社設立の費用に名を借りて種々なる金融を行ひ他の發起人に對し少からぬ被害を蒙らしめることがあるから。大審院は上告を容れて原判決の上告人に關する部分だけを破毀し原審に差戻した。

〔判旨〕 「按ズルニ商法第百四十二條ノ三第一項ニ所謂發起人ガ會社設立ニ關シテ爲シタル行爲トハ株式ノ募集、株金ノ拂込、受領等ノ如キ會社設立行爲自體ニ屬スルモノ及設立ニ必要ナル行爲、例ヘバ設立事務所ノ賃借、事務員ノ雇傭、株式募集廣告委託ノ如キヲ謂フモノニシテ發起人ガ設立ニ關シ必要ナル行爲ニ要スル費用ヲ他ヨリ借受クル行爲ノ如キハ右會社設立ニ關シ爲シタル行爲ト謂フヲ得ザルモノニシテ、右借受行爲ガ發起人團體トシテ爲サレタルヤ將又發起人個人トシテ爲サレタルヤニ依リ毫モソノ性質ヲ異ニスベキ理由存在セザルモノトス。而シテ原審ノ確定スル所ニ依レバ……發起人團體ヲ代表シテ創立委員長C同會計Y（上告人）同會計Fノ名義ヲ以テ本件千圓ヲ訴外Hヨリ借受ケ事務員ノ給料印刷費等ノ設立費用ニ支出シタルモノナルヲ以テ、右千圓ノ借入行爲ノ如キハ前說示ノ理由ニヨリ商法第百四十二條ノ三第一項ニ所謂發起人ガ會社設立ニ關シテ爲シタル行爲ト謂フヲ得ザルモノトス。然ルニ原審ガ之ヲ以テ右ノ設立ニ關シテ爲シタル行爲ナリト判定シタルハ右法條ノ

解釋ヲ誤リ不法ニ同條項ヲ適用シタル違法アルノミナラズ、上告人ガ特約ニヨリ連帶責任ヲ負擔シタルヤ否ヤニ付審理不盡ノ違法アルモノニシテ此ノ點ニ於テ論旨理由アリ原判決ハ破毀ヲ免レザルモノトス。」

〔評釋〕 本件は大審院としては新判例らしく、下級審の先判例としても本判旨と同旨の大阪地方裁判所のもの位らしい(大阪地判・昭和七・二・五、小町谷伊澤・商事判例集一七七頁二〇番。但し後掲東京地判參照)。然し私は原審の態度の方を正當と考へる者である。

若し本條第一項の規定がなければ會社不成立の場合の發起人の責任は組合の規定に從ひ原則として連帶とはならないのだから(民六七五條、但し商二六五條、二七三條、松本・商法改正案評論五五頁)。此の規定は例外的のものであり、之を判旨の如く直接的なものなり多い、商事判例集參照)に限定することも一應は首肯出來る。然し更に此の規定の目的を吟味して見た上でなければ、右の解釋が實質的にその趣旨に合するや否やを斷定することは危險である。此の點について特に說明するものは少いが、松本博士(前掲)は「一般的ニ連帶責任ト爲シ第三者ヲ保護スルト同時ニ無責任ナル發起人ヲ警戒セリ是レ亦時宜ヲ得タル規定ト謂フベシ」と云つて居られる。そうだとすれば之は發起行爲が商人的投機的性質を伴ふのみならず、發起人は株式引受人に對しては、いはゞ受託者的地位にあり、從つて引受人その他取引の相手方たる一般第三者の利益が會社の不成立により發起人のみを追及する外ない場合特に顧慮さるべきことに基くものと云ひ得よう。而もかかる責任の重要性が年と共に益々加はりつつあることは周知の事實である。この意味に於て私は今日に於ては第三者保護といふ此の規定の趣旨はその合理的解釋により一層之を强調する必要があるものと信ずる。以下少しく具體的に考察して見よう。

此の規定の「設立ニ關シテ爲シタル行爲」については學者も一般に判旨のやうな例をあげるに止り、設立の爲の

金員の借入のやうな間接的・手段的行爲には言及してゐない。然し此種の行爲と雖も形式的には直接設立に關する行爲と區別し得るが、原審判決の云ふやうに設立費用は設立に必要不可缺であると共にそれが不足な場合は之を他に求める外はなく、從つてその借入行爲は實質的に見て何等前記の諸行爲と異なるものではない(設立に關する行爲に因る債務の引受契約に近いであらう。上告論旨は本件の如き間接の行爲による費用負擔は第二項に屬するといふが、根據のない獨斷論であり、第二項は一般に商法一二二條五號の費用を引受人ではなく發起人のみが負擔すると云ふ注意的規定にすぎぬとされてゐる)。成程金融行爲は無色な抽象的のもので、設立との關連性もそれ自體としては全然有してゐないから結局個々の場合について之を決する外はないが、通常の行爲でも設立行爲自體に關する行爲以外のものゝ例へば事務員の傭入、事務所の賃借等は設立の爲以外にも爲され得るのでやはり個別的に決する外はないであらう。而して此點につきその金員の借入が眞に設立に必要であるか否か及びそれが現實に設立の費用に充てられたか(結果)、と云ふことを標準としては本規定の趣旨は達せられないであらう。蓋し前者は發起人等の側の裁量の問題であり、後者は借入後の發起人等の行動の問題であり、共に通常相手方の關知し得ない事柄であるから。從つて私は發起人或は相手方の表示(或は之と同樣に考へられる客觀的事實)を標準として決すべきものと思ふ。即ち設立の費用の爲なることが表示された場合には、その借入の必要の有無、その使途の如何にかゝはらず相手方は此規定を援用し得べく、反之これが表示せられざりし場合にはたとへたまゝ〳〵それが設立費用にあてられた場合に於ても相手方は本規定を援用し得ないと考へる(動機の錯誤を表示により決するのと同樣の考へ方)。かくして始めて相手方の保護を全うし得且又發起人側に對しても衡平を保ち得よう(然し更に進んで取締役の場合のやうに一般的に歸責關係を認めることは、事が設立のみに關し又金額も多くはなからうから適當ではないであらう)。尙ほ本規定が適用される爲には發起人全員の場合の外は、その行爲が代理權ある發起人によりその名に於て或は發起人組合を代表して爲されることを要する

（東京地判・大正一・一一・五商事判例集追錄七〇頁一六番は數人が會社の設立費用に供する目的を以て爲した借入行爲も發起人として爲したものと認められぬ場合はその債務關係は連帶でないとする。之は發起人として爲した場合借入行爲につき連帶を認める趣旨と見える）。上告人は金員の借入行爲を第一項に入れれば發起人は會社設立の費用に名を借りて種々の金融行爲を行ひ他の發起人に對し損害を蒙らしめる虞があると主張してゐるが（本件借入金の利子は月一分の高率である）、之は着服の場合と共に前記の如く原則として相手方に負擔せしむべからざる危險であり、唯、相手方の惡意、通謀の如き場合に於てのみ權限濫用の理論により救濟すべきものであらう（此の點につき判民昭和一三年度七八事件に對する田中（誠）教授の評釋（法協五六卷一二號二四八七頁）及び A. Egger, Missbrauch der Vertretungsmacht, Beiträge zum HR., Festgabe f. Wieland, 1934. S. 47 f. 參照）。敍上の所述に基き本件を見るに大體前記の要件を具備して居り、唯表示の點が明でないが、それが實際に設立費用にあてられたことから見て恐らく存在してゐたものと思はれるので、原審の解決を正當とすべきやうである。いづれにせよ大審院が金融行爲を全然本規定から排除し去つたことは遺憾である。

本件については西原教授（民商一〇卷三號五一六頁）、及び佐々博士（新報四九卷一〇號一六二六頁）が贊成され、小町谷博士（法學九卷八號八八〇頁）は反對される。本件の問題は、通說・判例によれば不成立の場合發起人が連帶責任を負ふのは成立の際會社に結果を歸屬せしめ得べき行爲に限る點に於て、成立後の會社が發起人の行爲によりどの範圍の權利義務を取得又は負擔するかの問題と牽連する（西原・前揭參照）。然しそうとしても、およそ會社の名に於て爲される總ての行爲に發起人の權限を擴張せんとするドイツの有力な學說（Vgl. Wieland, HR., II, S. 75—6 und dort Zitierte）及び之と同じ方向にある小町谷博士（志林三〇卷八號九六二頁）並に解良氏（判民昭和二年度六六事件評釋）の見解からは、本文の如き結論を導き得る（小町谷・前揭法學參照）。尙ほ最近長岡助教授（「會社の負擔に歸すべき設立費用」民商一二卷五號六號）は設立費用は元來發起人の負擔すべきものとの立場に於て、發起人の行爲中會社に當然歸屬するのは成立要件的行爲に止るとされ、不成立の場合に發起人が連帶責任を負ふべき行爲の範圍も同樣に解される。私は前の點については貴重な教示を感じた者であるが、後

の點を之とパラレルに考へること——前述のやうに通說・判例も同樣——の論理性については疑問を抱く。前者は會社、後者は發起人組合に關し、別個に考察し得るのではあるまいか。なほ氏の說では株式引受人以外の者に對しては成立・不成立をとわず常に分割責任となるが、私はむしろ、逆に成立の場合にも本規定を類推し、本文のやうな見解により廣く連帶責任を認め得るのではないかと憶測してゐる。

（豊崎光衞）

三三　賃借物につき必要費を支出した賃借人は新取得者に對し留置權を主張し得る——賃借人は取得者にその償還を請求し得るか

民法六〇八條・二九五條・一九六條、借家法一條・三條一項

昭和一四年四月二八日民五部判決（昭一三（オ）一七三九號、家屋明渡請求事件）民集一八卷七號四八四頁

〔事實〕　Y（被告・被控訴人・上告人）は訴外Aから名古屋市所在の本件建物を賃借し、その一部をX（原告・控訴人・被上告人）に轉貸してゐた。昭和一一年六月一一日XはAからこの建物を買受け卽日登記を移轉した。Xは建物の所有權を取得したからもはや轉借する必要のない旨をYに通知し、自己が承繼すべきAY間の賃貸借については同月一五日解約を申入れた（恐らくAY間に賃貸借期間の定がなかつたのであらう）。從つてYの賃借權は同年一二月一五日限り消滅したわけである（借家法三條一項）。しかるにYが依然建物の一部を占有してゐるので、Xはその明渡を訴求する（XがAに建物を買受けるとともにXY間に種々紛爭を生じ再三訴訟が行はれたらしい。本件もその中の一つである）。Yはこれに對し第一審以來、造作・必要費・有益費の償還請求權及びこれに基く留置權を主張する。第一審（名古屋區）は造作については建物の留置を認めなかつたが、必要費及び有益費を合計九百二十圓と評價しこれにつきYに留置權を認めた。第二審（名古屋地）はYのXに對する必要費償還請求權を否定し、二百圓の有益費償還請求權のみを是認し、これに基く留置權ありとした。Yがこれに不服で

上告したのが本件である。

上告理由の要點は一つ。賃借人は民法六〇八條一項により必要費については直ちに賃貸人にその償還を請求し得るから、一九六條の一般規定はこの限度に於て適用を排除され、賃借人は當時の賃貸人以外の第三者にその償還を請求し得ず、從つて留置權を主張し得ない、とする原判決は違法である、と主張し、本件と殆んど同一の事案にこれを肯定した大判昭和九・一〇・二三を援用する。

〔判旨〕 破毀差戻。「賃借人ガ賃借家屋ニ付必要費又ハ有益費ヲ支出シタルトキハ、右家屋ヲ賃貸人ニ非ザル現時ノ所有者ニ返還スル場合ニ於テモ、其ノ回復者ヲシテ之ガ費用ヲ償還セシメ得ベク、之ガ償還ヲ受クル迄ハ其ノ返還（明渡）ヲ拒ムコトヲ得ベキ留置權ヲ有スルコトハ當院ノ判例トスルトコロナリ（昭和九年（オ）第一〇四三號同年一〇月二三日當院判決・昭和一一年（オ）第二二五一號昭和一三年四月一九日當院判決參照）。惟フニ有益費ヲ支出シタル家屋ノ賃借人ガ前示ノ如キ留置權ヲ有スルコトハ、民法第六〇八條第二項・第一九六條第二項・第二九五條ニ依リ容易ニ之ヲ首肯シ得ベシ。而シテ有益費ニ付占有者ノ爲ニ斯ル留置權ヲ認ムル以上ハ、必要費ニ付テハ之ヲ認ムルノ必要更ニ大ナルモノアルハ多言ヲ要セズ。原審ハ民法第六〇八條第一項ニ『賃借人ガ賃借物ニ付賃貸人ノ負擔ニ屬スル必要費ヲ出シタルトキハ賃貸人ニ對シテ直チニ其ノ償還ヲ請求スルコトヲ得』ト規定シタルヲ捉ヘテ、必要費ヲ支出シタル賃借人ハ支出當時ノ賃貸人ニ對シテノミ其ノ償還ヲ請求シ得ベキモノノ如ク解シタリト雖、同條項ニ『直チニ』ト云フハ必要費支出者ノ利益ヲ慮リ、賃貸借終了ノ時ヲ待タズシテ賃貸人ニ對シ償還ヲ請求シ得ベキコトヲ定メタルニ過ギズシテ、其ノ後ニ到リ所有權ヲ取得シタル者ガ占有ノ回復ヲ求ムル場合ニ於テハ、其ノ回復者ニ對シ償還ヲ求ムベキ權利ナキコトヲ定メタルニ非ズ。尤モ斯ク解スルトキハ、賃借人アル家屋ヲ賃貸人ヨリ買受ケ之ヲ所有スルニ到リタル者ハ賃借人ニ對シ其ノ明渡ヲ求ムル場合ニ於テ、往々ニシテ自己ノ所有以前ニ支出セラレタル必要費ニ付償還ノ請求ヲ受ケ、之ヲ償還スル迄ハ明渡請求ノ目的ヲ達スルコトヲ得ザルベシト雖、夫ハ必要費ニ於テノミ然ルニ非ズ、有益費ニ於テモ亦異ナルトコロナク、斯ル事實ハ家屋買受ノ當時ニ於テ買受人ノ既ニ豫期セザルベカラザルトコロナリ。」

〔評釋〕 判旨の結論は是認し得るも、その理由には異論がある。

一 判旨は必ずしも明瞭ではないが、その主張は次の如きものであらう。——賃借人は賃借物につき有益費を支出したときは民法一九六條二項の規定に從ひその償還を請求し得る（民六〇八條二項）。一九六條二項によれば有益費を支出した占有者は現時の回復者に對し償還請求權を有する。從つて、賃借人も賃貸人に非ざる現時の所有者に賃借物を返還する場合有益費の償還を請求し得る。民法六〇八條一項は賃借人が必要費を支出したときは直ちに賃貸人に對しその償還を求め得るものとするが、必要費と有益費とを實質上區別する理由なく、必要費についても賃借人は賃貸人に非ざる現時の所有者に對し償還請求權を有し、これに基き留置權を主張し得る（民二九五條）。——しかし、一九六條は占有者が占有すべき權利を有しない場合の規定である（通說である、鳩山博士・債權各論下卷四五九頁、我妻教授・物權法〔一四七〕、末川博士・物權法（新法學全集）二四五頁、Staudinger z. § 994 A. d.）から賃借人が賃借物の返還を求める現時の所有者に賃借權を以て對抗し得るときはこの適用なしと解すべきである。六〇八條二項が一九六條二項を援用するのは賃貸人の償還義務の內容を定める意義を有するに過ぎない。

本件に於ては借家法の適用があるから（建物は名古屋市所在）、Xは賃貸人たるAの地位を承繼し（我妻教授・債權法講義案〔六二〕一・二3（ロ））、賃貸借關係に基くAの權利・義務は一切Xに移轉すると解すべきである（戒能氏・借地借家法（新法學全集）一一〇—一一一頁）。從つて、Aの賃貸人であつた時にYが支出した必要費はこの時直ちにAに償還を請求し得たのであるが（六〇八條一項）、Aの負擔するこの償還義務も敷金返還義務等と同じくXによつて承繼せられると解すべきものと信ずる。YがXの解約申入によつて賃貸借が終了する際Xに對して有益費の償還請求權を有することは六〇八條二項の適用上當然である。從つてYがXに對する必要費有益費償還請求權につき留置權を有することは、言ふまでもない（二九五條）。この結果は、賃借人

が賃借物の取得者に對抗し得ない場合は直接一九六條の適用があり、賃借人は取得者に對し費用償還請求權を有する（末川博士「占有者の費用償還請求權」民商八卷二號一八八頁參照、vgl. Enneccerus-Kipp-Wolff. § 86. IV. 判旨の引用する大判昭和九・一〇・二三はこの場合であつて賃借人が取得者に對抗し得る本件に援用するのは當を得ない。賃借人が取得者に對して費用償還請求權を有する外賃貸人に對しても六〇八條に基き償還を請求し得るかは多少疑問であるが、元來かかる請求權は不當利得の返還の性質を有するものであるから（末川博士・前掲一八七頁）取得者に不當利得ありとして償還義務を認める以上賃貸人にはこれを否定すべきものであらう）から、この場合との權衡上も當然ではなからうか。實際にも建物を買受ける者はこれを檢分するのが通常であり（我妻敎授・借地借家法（岩波法律學辭典）一二〇七頁二）、賣買代金は必要費・有益費の償還を考慮して定められるであらうから、不都合はないのではあるまいか。しかも賃借人をして必要費償還請求權を以て現時の賃貸人の賃料債權等を相殺せしめる必要を無視し得ない（山田助敎授は償還義務の移轉なきも相殺を認める餘地ありとされる（判民昭和一三年度五〇事件評釋）。競賣の場合にも尙ほしかりと解すべきか（民訴六四九條三項・競賣法二條三項に於て留置權によつて擔保される債務が競買人に移轉するかは爭はれてゐるが（判旨の引用する大判昭和一三・四・一九民集一七卷七五八頁に對する山田助敎授の前掲判民昭和一三年度五〇事件評釋及び同所引用の諸家の同事件に對する批評參照）、費用償還義務に關する限り通常の讓渡の場合と構成を異にしないのではないかと憶測される。昭和一三・四・一九の事案に於ては有益費を支出した占有者が競買人に本權を主張し得ない場合であるから、判旨は民訴六四九條三項を援用し任意競賣に於ける競買人に償還義務ありとしたのであるが、むしろ民一九六條二項を適用すべきではあるまいか。從つて賃借人が賃借物の讓受人に對抗し得る本件に於て判旨がこれを引用するのは本稿の立場からは適切ではない）。

もし本件に於てXがAの必要費償還義務を承繼しないとしても（大判大正七・一〇・二九（新聞一四九八號二一頁）は賃貸物の讓受人が任意に賃貸借契約を承繼するも必要費償還義務は移轉しないとする）、YはAに對する請求權に基きXに留置權を主張し得る（留置權が債務者以外の第三者の所有物につき成立するか（我妻敎授・擔保物權法〔八〕二5）は本件では勿論問題とならず、留置權が總ての第三者に對し行使し得ることは通說の認めるところであるからである（我妻敎授・前掲〔九〕一3、三潴博士・擔保物權法八二頁以下、債務者以外の第三者の所有物につき留置權の成立を否定する論者も尙ほこれを認める、藥師寺博士・留置權論二一頁）。前掲大正七年の判決は明かにこれを認める。横田博士が留置權の第三者に對する效力を制限されるのも債務者以外の他人の所有物について生じた留置權に限るから（物權法五七四頁）この說によるも本件に於て）。Yの抗辯の核心はXに對し留置權を主張することにあるのであるから、原審が「右抗辯ハ訴外者（A）ニ對シテ有スル必要費償還請求權ニ付有スル留置權ヲ行使スル趣旨ニ非ザルコト明白ナリ」（集四九二頁）とし

これを排斥したのは釋明權行使の過怠と言ふべきであらう。

二　上告審では問題となつてゐないが、第一審、第二審ともに造作買取請求權に基くYの留置權を認めない。しかし、造作代金債權は造作に關して生じたもので家屋に關して生じた債權ではない、といふ形式的な理由で賃借人の家屋留置權を否定する從來の判例（大判昭和六・一・一七（民集一〇卷六頁判民昭和六年度二事件我妻敎授評釋）・昭和七・九・一五（新聞三四六一號九頁）・昭和八・一二・一三（新聞三六六五號九頁）・昭和一〇・三・二八（新聞三八三〇號一八頁）は有力な學說の反對を受けて居り（我妻敎授・判民昭和一〇年度五三事件評釋、藥師寺博士・前掲八七頁註三九、戒能氏・前掲一二〇頁5）、將來變更を免れないであらう。

本件については、原告の訴訟代理人・辯護士田中一男氏から研究會宛に訴訟記錄の送付があつたのでこれを參考とした。尙本件の評釋として民商一〇卷三號五二三頁（後藤淸氏）及び法學論叢四一卷三號五三一頁（田島順氏）參照。

（林　千衞）

三四　會社不成立確認の訴と破産管財人

破産法七條・一六二條、商法一七〇條

昭和一四年四月二〇日民一部判決（昭一二（オ）一七三一號、株式）民集一八卷八號四九五頁

〔事實〕合資會社Y銀行（上告人・被控訴人・被告）は舊商法により設立せられ、大正一三年一一月二三日社員總會に於て株式會社に組織を變更することを決議し、株式會社Y銀行の定款を作成し大正一四年二月一二日鯵ヶ澤區裁判所木造出張所で、同年同月一日合資會社Y銀行の組織を變更して資本金三十萬圓・一株の金額五十圓・株式總數六千株なるY銀行を設立した旨の登記

をなした。その後Y銀行は資本金二百六十萬圓・株式總數四萬四千株を増加したが、昭和二年六月一八日破産の宣告を受け、Y、(被控訴人・被告)は破産管財人に選任せられた。然るに合資會社Y銀行がその組織變更に當り、なすべき公告(新聞紙にはその旨の公告をなしてゐた。これも大正一三年一一月三〇日及同年一二月一日になされ、異議申出期間を大正一四年一月三〇日としてゐたから、右の期間は二箇月を存せずと主張されてゐる、非訟一四四條二項參照)を官報に掲載しなかつたから、その組織變更は無效である、從つて株式會社たるY銀行は成立しないものとして、Xから組織變更無效による會社不成立の確認をY銀行に對し取締役をその代表者として提起した。原審はXの請求を認容したので、Y銀行から上告したのが本件である。上告論旨は(1)組織變更に關する公告手續の瑕疵は組織變更を無效とせず、たゞこれを債權者に對抗し得ないに過ぎない。然るにX等の債權者は組織變更を肯定し、その否認權を拋棄してゐるから、その瑕疵を主張し得ない。(2)X等はY銀行の債權者たる資格でその債權の屆出をなし破産債權者として確定され且つ配當を受けてから、今更らY銀行の成立を否認しY銀行の不成立確認を求めることは許されない。又この請求はY銀行に對する債權なりとして確定したX等の債權をも否定するもので結局自己の不利益を主張するものであるから、この點からも許されない。(3)本訴は結局Y銀行の破産財團をも否認しそれと直接必須の關係に於てX等自身の破産債權をも否定するものであるから、Y銀行の破産財團に直接影響すべく、從つて破産管財人を相手方とすべきである、といふに在る。

〔判旨〕 上告棄却。

一 「然レドモ明治二十三年法律第三十二號商法ノ規定ニ基キ設立セラレタル合資會社ガ其ノ組織ヲ變更シテ之ヲ現行商法ニ定メタル株式會社ト爲スニ當リ、商法施行法第四十一條商法第七十八條第二項ニ基キ爲スベキ公告ヲ適法ニ行ハズ其ノ手續上ニ欠缺存シタルトキハ之ニ對シ異議ヲ述ベタル者アルト否ニ拘ラズ該組織變更ハ全然之ヲ無效トスベキモノニシテ、單ニ會社債權者ニ組織變更ヲ以テ對抗スルコトヲ得ズ若クハ之ニ組織變更ノ否認權ヲ付與スルニ過ギズト爲スモノニハアラザルナリ、是レ既ニ當院ノ判例スルトコロトス(昭和十二年(オ)第千七百六十七號同十三年十二月二十六日判決)。」

二 「然レドモ……被上告人等ガ上告會社ニ對スル破産手續ニ於テ債權ノ屆出ヲ爲シ破産債權者トシテ確定セラレ且配當ヲ受ケタリトスルモ上告會社ノ組織變更ニ因ル成立ヲ否定シ得ザルモノニアラズ、蓋組織變更違法ニシテ株式會社タル上告會社ノ成立ヲ無效トスル判決確定シタリトスルモ、同上告會社ガ株式會社トシテ既ニ事業ニ著手シ增資ヲモ爲シタルコト原判示ノ如クナル以上ハ解散ノ場合ニ準ジ清算手續ヲ爲スベキモノト解スルヲ相當トスベク、右清算ノ目的ノ範圍内ニ於テハ上告會社ハ有效ニ存立シタルト選ブトコロナシ、而シテ破産手續ハ實質上清算ト其ノ目的及性質ヲ同ウスルヲ以テ既ニ上告會社ニ對シ破産手續ハ之ヲ續行スベキ筋合ニシテ該破産手續ニ於テハ被上告人X等ハ依然トシテ從前ノ狀態ニ於テ上告會社ニ對シ債權ノ行使ヲ爲スニ妨ゲナク換言スレバ上告會社ガ其ノ成立ヲ否定サルルト否ト同破産手續ノ遂行ニ毫モ影響ヲ及ボサザルモノトス。然ラバX其ノ他ノ被上告人ハ上告會社ノ破産事件ニ於テ冒頭說明ノ如ク破産債權者トシテ確定セラレ配當ヲ受ケタル事實アルモ上告會社ノ成立ヲ否定スルニ妨ナク又之ニ因リ何等不利益ヲ被ルモノニアラズ。……」

三 「然レドモ破産管財人ハ唯破産財團ノ管理處分ニ付權限ヲ有スルニ過ギザルヲ以テ破産者ニ對スル訴訟ト雖モ破産財團ニ關セザルモノハ之ヲ管掌スベキ限リニ在ラズ、而シテ上告會社ノ組織變更ニ因ル成立ヲ否定シ其ノ不成立ノ確認ヲ求ムル本訴ノ如キ會社ノ人格ニ關スル訴ハ固ヨリ破産財團ニ關スル訴訟ニ非ザルコト明白ナルヲ以テ、破産管財人ヲ相手方トシ提起スベキモノニアラズ法定代理人タル取締役ニ依リ代表セラレタル上告會社ヲ相手方トスベキモノ……」なり。

〔評釋〕 本件の被告たるY銀行の組織變更手續違反に關しては、既に再三ならず訴訟事件となつてをり(大判昭和八・一一・二九新聞三六七四號九頁、昭和一〇・三・一二法學四卷一〇號一二六頁、昭和一一・九・九法學五卷一二號一三一頁、昭和一一・九・二八新聞四〇四六號一七頁、昭和一一・一二・二二新聞四〇八一號一六頁、昭和一二・三・二七法學六卷七號一二〇頁參照)、殊にその手續違反の實體關係上の效果に關しては昭和一三年一二月二六日民事聯合部判決(民集一七卷二四號二七四四頁)の確定するところであるが(これについては判民昭和一三年度一六七事件(石井)評釋參照)、本件は手續法(破産法)關係の爭點を中心とするものである。

一 判旨第一點卽ち組織變更に於ける公告手續の缺陷と組織變更の效果に關する部分は前掲の民事聯合部判決の立場を踏襲しこれを確認するものであり、これについては前掲の拙評釋に讓り、ここにこれを繰返さない。

二　判旨第二點は株式會社Y銀行の破産手續に於てX等が債權の屈出をなし破産債權者として確定せられ且つ配當を受けたとしても、仍ほY銀行の組織變更による成立を否定する本訴を提起し得るものとし、破産手續中の株式會社に對し、組織變更無效の訴を提起し得ることを認めたものである。而して本件のやうに株式會社に組織を變更した後既に事業に著手し增資等をなした場合には、その組織變更の無效はこれを設立無效に準じて取扱はるべきものとする判旨の立場に於ては、本件は結局(1)「破産手續進行中の株式會社に對し設立無效の訴が提起された場合の破産手續に及ぼす效果如何」、(2)「破産手續中の株式會社に更に設立無效の訴を提起し得るか」の一般的問題に還元し得る。而して(1)については破産手續が實質上清算手續（設立無效の判決あれば、解散に準じて清算手續に入るから）と目的及性質を同じうし而もより徹底した清算方法として、設立無效の訴の提起にも拘らず破産手續を續行し得るとすることは既に判例（大判大正四・五・二五民錄八〇八頁、大正一二・三・二六民集二卷一七一頁、昭和五・六・一二民集九卷五四三頁）學說（加藤「株式會社の破産」商法論文選第一輯六頁以下、破産法研究三卷四〇三頁、五卷六五頁、三三九頁以下、三四八頁以下、七卷四二頁乃至四六頁、五三頁以下、判民大正一二年度三二事件（菊井）、昭和五年度五五事件（田中耕）參照）の等しく承認するところである。從つて上告論旨が設立無效の訴により破産手續が覆されるかの如くに考へ、配當受領後は設立無效の訴は提起し得ぬと爭つてゐることは正當でない（仍ほ本件の破産手續は株式會社に組織を變更し且つ株式會社として活動中に開始したものであるから、組織變更の無效に遡及效を認めぬ判旨の立場では、破産原因（舊商法上の合名會社は一の實質は株式會社に近く破産原因も共通であらうが、若し異る場合に於ても）ついても問題はなく、破産手續は有效である）。ただ判旨は設立無效の訴提起により破産手續の遂行には毫も影響するところなしとするのみで、蠲つて破産手續中に設立無效の訴を提起し得るかの(2)の問題については特に言及せず寧ろこれを當然としてゐる。而してこの(2)の問題については、これを肯定することは從來の判例に於ても暗に確定してゐるところであるから（前掲諸判例及び加藤・前掲、菊井・前掲。但し田中・前掲、竹田（判批）民商九卷五號一八二頁は反對）——私はこの立場に疑問をもつものであるが（前掲判民昭和一三年度一六七事件（石井）評釋六三七頁參照）——、本判旨の結論は假りにこれを肯定するにしても、本判旨のやうに破産手續が實質上清算と目的及び性質を同じうし且つより徹底した清算方法として設立無效の訴——結局清算に導くところの——により何等影響を受けぬものであるといふのみでは、逆に然らば何故にかかる「無意味な」設立無效の訴の提起を許容するかの疑問を惹起するに過ぎない。更に積極的に設立無效を許容するについての實質的利益あることを示すべきではないかと考へる（この點は上告論旨の攻擊しなかつたことであるため言及しなかつたのであらうが）。

三　判旨第三點は、破産手續進行中の株式會社Y銀行に對する設立無效の訴につき、何人を相手方とすべきかにつき、破産管財人ではなく株式會社の取締役により代表せられるY銀行を相手方とすべき旨を明らかにする。この結論は素より正當である（破産手續中に設立無效の提起を認める限り）。蓋し組織變更の有效無效は株式會社としての成否從つて會社の實質的組織に關するものであつて、所謂破産財團の管理・處分の如き財産關係上のものではないからである（設立無效となつても會社財産は增減することなし）。ただ判旨がその理由として「本訴の如き會社の人格に關する訴は」として說示するところは、組織變更の無效により株式會社が解散し企業自體が消滅するといふ理論的立場に在ることを示すものと考へられるがこの點には遽かに贊成し得ない（組織變更は會社人格の變更でなく、從つて組織變更無效とするも會社人格には影響はなく、組織變更前の會社に還元せらるべきに過ぎない。この點については前掲判民昭和一三年度一六七事件（石井）評釋參照）。

本件については、齋藤博士（論叢四一卷三號五三八頁）、藤江氏（民商一〇卷四號六七七頁）の判批がある。齋藤博士は簡單に判旨を是認される。藤江氏も本文所掲の聯合部判決を肯定する限り、反對の餘地なしとされ、ただこの場合の組織變更を全然無效とする立場自體には疑問があり寧ろ債權者に對抗し得ぬとするのみで足るのではないかとされる。この組織變更の效力

ついての考察は本文に述べる如く昭和一三年度判例民事法一六七事件の私の評釋に讓る。

三五　特許出願後の要旨の變更と之を看過して爲された登錄の效力——特許の權利範圍の解釋

（石井照久）

特許法二條・七條・八條・九條、特許法施行規則一一條・一二條

昭和一四年四月二六日民四部判決（昭一三（オ）一二七八號特許權利範圍確認事件）民集一八卷八號五二六頁

〔事實〕 Xは女帶改良結型盤を製造販賣してゐた所、YからYの特許を侵害するものとして民刑兩事件に訴へられたので積極的に自己の製造するものがYの特許の權利範圍に屬しないことの確認を求めて本訴を提起した。そこでYの特許の範圍が具體的に問題となる。Yの主張によるとその特許請求範圍としては(1)身體と帶との間の通氣裝置、(2)帶の保持裝置及び(3)身體と帶との間隔保持兼補強裝置（セルロイド盤に凹陷部を作る）の三裝置が指定せられてゐて、Xの現に製造するものはこの(3)の裝置を有するから權利侵害であると云ふ。所が原審はこの(3)の裝置は右特許出願當初の明細書及圖面中には何等記載がなかつたから之を其の發明構成の必須要件とは認め難い。從つてXが右(3)の裝置を持つ品を作つてもYの特許權利範圍に屬しないとてXの主張を認めた。そこでYは出願人が出願以後に於て圖面及び說明を補充し、之に基きて特許請求範圍を訂正し、審査官に於て此の補充に依りて明に範圍を指定した發明を要旨の變更と認めずに却つて特許の客體として査定した場合には斯く査定された發明を權利の客體として保護すべきものであると上告する。

〔判旨〕 棄却。「然レドモ原審ハ本件特許出願當初ノ明細書及圖面中ニハ所論ノ間隔保持兼補強裝置ニ關シテハ何等ノ記載ナキヲ以テ該裝置ハ本件特許ノ要旨ニ屬セザル旨判斷シタルモノニシテ、特許出願後要旨ヲ追加シ得ザルハ特許法第七條乃至第九條等ノ規定ニ徵シ當然ノコトヲ以テ右ノ判斷ハ正當ナリ。」

〔評釋〕 判旨の結論は恐らく正當であらう。その理論には贊成し得ない。

一　特許局に書類雜形又は見本を差出した者は出願公告の決定前で且つ審査、審判、抗告審判又は再審の繫屬中に限り任意に之を訂正し又補充することが出來るが其の要旨を變更するものは此の限でない（特許法施行規則一一條）。而して明細書に記載した事項の範圍內で特許請求の範圍を增減變更するのは要旨を變更しないものと看做される（同上二條）が本件に於ける前示(3)の裝置については特許出願當初の明細書及圖面中に何の記載もなかつたのだからYの爲した補充は許さるべきものでなかつたことは殆んど疑を容れない（この點に關しては何等詳細の規定の存しない獨特許法の解釋に於ても大體同樣な結果が認められてゐる。Isay, Patentgesetz, Anm. 88 f. zu § 20 Kent, Das Patentgesetz. II. 143 ff.）。卽ち本件の(3)の裝置がYの特許の權利範圍として査定されてゐるのは特許法施行規則一一條に違反したものであることは爭ふ餘地がない。判例集に要旨として揭げられた點はあまりにも明白なことなのである。

二　そこで次にYの特許權は右(3)の部分については何等の效力を持たないものであらうかが問題となる。原審はこれを出願當初書類に記載がないから「右ノ裝置ハ之ヲ其ノ發明構成ノ必須要件ナリト爲スヲ得ズ」（集五四〇頁）と云ふ。この部分に關する査定の有效無效の問題にふれることなくYの特許請求の趣旨範圍を巧に修正して論點をそらせてゐる。而して大審院はこれを「特許出願後要旨ヲ追加シ得ザルハ特許法第七條乃至第九條ノ規定ニ徵シ當然ノコト」だから正當であると云ふ。然し出願當初の明細書及圖面中に記載がなかつたと云ふことと、それが發明構成の必須要件であるか否かの問題とは何等必然的な關係は存しない。本件では偶々問題となつた(3)の裝置が公知とも云ふべきものであつたと思はれるからそれが發明構成の必須要件でないと見たそのことは正當であると思ふ。然し

若し審査官が誤つて認容した補充が元來發明の本體であつたやうな場合——かかる補充は明に要旨の變更であるから許されない筈であるが審査官が之を看過して結局登録されるに至つた場合——に原審の如くそれが發明構成の必須要件でないと云つて了ふことは出來ない。この場合その部分を除いては發明が成立しない筈だからである。原審が裝置(3)をYの發明の本體に屬しないと考へ、しかしその部分の無效審判は除斥期間がすぎてゐて不能なので行き方にはやはり贊成し得ない。思ふに公知の考案が他の考案の一部として特許請求の範圍に入れられた場合に審査官がこれを指摘せずして登録が爲され——一般利害關係人もそれが他の部分の蔭にかくれてゐる爲めに無效審判請求を爲す機會を失し——たやうな場合には右の公知考案が特許權の範圍に屬さないと解釋し得るかの問題は、本件の如き「要旨變更」の問題と離れても起り得るのであつて、若し原審の結論を支持すべきものとすれば思を玆に至すべきだつたのではあるまいか。從つて大審院が特に施行規則一一條を引用することなく特許法七條乃至九條を以て原審を支持するのも物足りなく思ふのである。(Yの登録は昭和三年)「要旨變更」に手がかりを求めて(3)をYの特許の權利範圍に屬さないと認定した苦衷は察するが、その

三　元來特許法施行規則第一一條の規定が存在するのは、要旨の變更を許すと名を訂正、補充に藉りて全く他のことを爲し、其の行爲の效力を遡及する不都合が生ずることとこれが又特許法が出願の時を以て權利の優劣、新規性の有無を決した趣旨にも背くと云ふ理由による(清瀨・特許法二七二頁、三二五頁。大審院も同意見であらう)。しかし實質的な修正が許されるのは出願公告の決定以前に限られるのであるから、その爲めに第三者が不測の損害を蒙ることは例外的事例に屬する。勿論出願から修正までに他人がその修正の部分を含む發明につき出願をしてゐるやうな場合には修正に遡及性

を認めるとその者の利益を害する虞はある。しかしこの點の救濟方法さへあるならば(後述參照)施行規則一一條の規定は若し之に違反して修正が許されても、それだけでその修正された部分の査定をも當然無效とするほど强力なものではないと考へる。蓋し特許法が更に强力な規定に違反する特許登録についてさへも五年と云ふ短期の除斥期間を以てその無效を爭ひ得ないとしてゐる趣旨(特許法八四條・八五條)に鑑みるときは登録に至る手續中の比較的輕微の瑕疵の如きは登録の運命を左右するものではないと考へられるからである。若し反對の說による時は補充を許されて安心してゐる者の權利は何年たつても效力を認められることなく、後に出願した者の權利範圍確認の訴に敗れることとなり(特許法八四條八五條參照)不都合である。私見の如く解して危くされる補充前の出願者の地位はその者との關係に於ては補充部分に關する限り優先權がないと解すればその保護に缺くる所はないであらう(vgl. Kent, aaO.)。

之を要するに本件に關する原審の判決は裝置(3)が發明構成の必須要件でないとした點正に具體的妥當を得たものであつたと思はれるが、これを出願當初の書類に記載なきことと必然的關係においた瑕瑾が惜しまれる。大審院の判示はこの瑕瑾を擴大したやうなものである。

平田氏(民商一〇卷四號六八一頁)は判旨を全面的に支持される。

(有泉亨)

三六　訴訟が第二審裁判所に於て取下に因り完結したときは同裁判所が訴訟費用の額を定め且つ負擔を命ずる裁判をなす

——三六

民訴法一〇〇條・一〇三條・一〇四條

昭和一四年五月三日民三部決定（昭一四(ク)一五三號、訴訟費用額確定決定ニ對スル抗告事件）民集一八卷八號五四二頁

〔事實〕 本件の抗告人X女（原告・控訴人）と戸主Aは、事實上の婚姻後、明治四二年一〇月二一日婚姻の屆出をしたのであつた。明治四四年四月四日右の二人は、本件の相手方Y（被告・被控訴人）と養子緣組をしたが、大正一四年七月二八日になつてAは隱居の屆出Yは家督相續の屆出をした。しかし、XとAとの間には、その婚姻屆出の翌日に生れたBといふ男子があつた。Xは、このBが法定の推定家督相續人であるから、Aが隱居をするには、Bが相續の單純承認をし、ABの連署で隱居の屆出をさねばならぬところ、Yが家督相續人として相續の單純承認をなし、AYの連署で隱居の屆出をしたから、その隱居は無效である、と主張し、Aが死亡した後Yを相手として隱居無效確認の訴を提起した。

第一審裁判所は、BはAXの間に出生したものであるが、戸籍上はCの五男として屆出られ、大正一一年六月一日にAXと養子緣組を爲したから、Bはその屆出に因り嫡出子たる身分を取得したと解すべきものではない、との理由でXの請求を棄却した。Xは之に對し控訴したが數回の辯論後相手方の同意を得て訴を取下げた。依つて、Yは第一審裁判所に訴訟費用確定決定の申請をし、同裁判所はXの負擔すべき訴訟費用額を二八圓二二錢と確定する旨の判決をした。Xは、第二審裁判所に於ける訴の取下に因り本案訴訟の完結を見るに至りたるときは、その第二審裁判所が訴訟費用の裁判を爲すべきものであるとして、これに對し抗告した。原審は理由なしとして抗告を棄却したので大審院に再抗告した。本案の訴訟記錄が第一審の受訴裁判所に保存せられ、訴訟費用額を定めるのに便宜であること、及び民訴一〇四條が第二項に於て民訴八九條乃至九四條、一〇〇條二項三項を準用して居る律意から推論するのが原審の論據であり、民訴一〇四條が一〇〇條一項を除外したこと及び民訴一〇四條一項の文理から、訴訟費用額を定めその負擔を命ずる裁判は、訴訟完結の當時その訴訟の繫屬した裁判所がなすべきものであり、本案訴訟記錄の所在が第一審であるといふやうな一片の事務的理由でこの問題を決すべきではない、といふのが再抗告の理由であつた。大審院はこれを容れ原決定を取消し事件を原審に差戻した。

〔判旨〕 取消差戻「案ズルニ、當事者ガ裁判所ニ於テ和解ヲ爲シタル場合ヲ除クノ外、訴訟ガ裁判ニ因ラズシテ完結シタルトキハ、裁判所ハ申立ニ因リ決定ヲ以テ訴訟費用ノ額ヲ定メ且其ノ負擔ヲ命ズルコトヲ要スルモノナルコト民事訴訟法第一〇四條ノ明定スルトコロナリ。而シテ該決定ヲ爲ス裁判所ハ當該訴訟完結當時訴訟ガ繫屬シタル裁判所ナルコト同條第二項ニ於テ特ニ同法第一〇〇條第一項ノ準用ヲ除外シタル點ニ徵スルモ明瞭ニシテ、此ノ場合ニ右第一〇〇條第一項ノ規定ヲ準用シ常ニ第一審ノ受訴裁判所ニ於テ決定ヲ爲スベキモノト解スルハ適當ナラズ。蓋シ、右第一〇〇條第一項ハ裁判所ガ訴訟費用ノ負擔ヲ定ムル裁判ヲ爲シ其ノ裁判ガ執行力ヲ生ジタル後ニ於テ單ニ訴訟費用ノ額ノミヲ定ムルモノナルニ反シ、前記第一〇四條第一項ハ單ニ訴訟費用ノ額ノミナラズ其ノ負擔ヲモ定ムルモノナルコト同條第二項ニ於テ訴訟費用ノ負擔ニ關シ同法第八九條以下ノ規定ヲ準用シタル趣旨ニ照ラシ明カナルガ故ニ、訴訟ガ上級審ニ於テ取下ニ因リ完結シタル場合ニ於テ下級審タル第一審ノ受訴裁判所ガ上級審ニ於ケル訴訟費用ノ負擔ヲモ定ムルモノト做スガ如キハ、特段ノ規定ナキ限リ妥當ナル解釋ト做スヲ得ザレバナリ。」

〔評釋〕 判旨の結論には贊意を表するが、その理由には若干疑がある。

上級審に於て、訴訟が取下により完結したとき、その訴訟費用額を確定し且その負擔を命ずる裁判を爲す裁判所は常に第一審の受訴裁判所である、との解釋をとるものは相當に多い（松岡・新民訴註釋三卷五二一頁、細野・要義五卷一六〇頁、新潟地司法事務協議會決議・法曹八卷一二號二二七頁「新民事訴訟法に關する協議要旨類纂」。原審の見解も亦然り。尤も細野・上掲は記錄が上級審に存する中は上級審にもかかる裁判を求めうるとなすものの如くである。）。その理由は、(イ)訴訟費用の裁判は訴訟記錄が存在しなければ實際上なし得ないから、本案訴訟の訴訟記錄が訴訟の完結後は第一審の受訴裁判所に保存せらるる以上、同裁判所がこの種の裁判を爲すに「適し」「最も便利なる地位」にあるものといひうること（松岡・前掲、細野・前掲、原審）を主とし、(ロ)民訴一〇四條二項が民訴八九條乃至九四條、一〇〇條二項三項を準用する律意

からの推論もこれに加へられて居る(原審前掲)。このうち、後者卽ち(ロ)の理由は全く不當であると思ふ。民訴八九條乃至九四條は凡そ裁判所が訴訟費用の負擔を定むるに當り常に據るべき準則であつて、その裁判所が第一審の受訴裁判所であるか上級裁判所であるかは全く問はないから、その準用を以て直ちに訴訟費用の裁判を爲すべき裁判所の審級まで決する根據となすに足りない。又民訴一〇〇條二項は訴訟完結後に於ける訴訟費用額算定の方法に關するもので、それが特に第一審の受訴裁判所にのみ適する性格の手續で、上級審にて親しまないといふ事情は觀取できないし、且民訴一〇〇條三項は不服の申立の方法として卽時抗告を許した趣旨にすぎず、第二審の裁判に對する不服申立の方法としては許すべからざるものでもないから、これらの諸規定の準用からも民訴一〇四條の裁判所が第一審の受訴裁判所であるとはなし得ない。原審の判決の趣意は、第一審の受訴裁判所の手續に關する規定が準用せらるる手續を行ふ裁判所は同種の裁判所でなければならぬといふ點にあらうと思はれるが、第一審の訴訟手續の規定も第二審の訴訟手續に準用せられるのであるから(民訴三七八條)、この考へ方には贊成し兼ねる。之に反し、前者卽ち(イ)の理由は實質的なもので、上告理由の如く、一片の事務的理由とのみ云ひ切ることは困難である。蓋し、訴訟費用額の確定を第一審の受訴裁判所の管轄に屬するものとした立法の趣旨の一半は實に、訴訟記錄所在の裁判所が訴訟費用額の確定に最も便宜の地位にあるためである。故に、民訴一〇四條の訴訟費用の額を確定し且その負擔を命ずる裁判所を定める場合にも決して無視すべきではない。しかし、訴訟完結後訴訟記錄は第一審の受訴裁判所に保存せられ、而して訴訟費用額の確定は訴訟記錄に基くに非ざれば實際上困難であり、從つて民訴一〇〇條一項が訴訟費用額確定の裁判について第一審の受訴裁判所をして之に當らしめる如く、民訴一〇四條一項所定の、訴訟

完結後訴訟費用額を確定しその負擔を命ずる裁判も、亦第一審の受訴裁判所のなすべきものである、と論斷することは早計である。寧ろ、これを肯定するためには、民訴一〇〇條の裁判と民訴一〇四條の裁判の相似性、所謂「便宜」の程度、乃至は所論の肯定により不當なる結果を生ぜざるや等を檢討すべきである。

先づ、民訴一〇〇條の裁判は、訴訟費用額のみの確定を目的とするに反し、民訴一〇四條の裁判は訴訟費用の額を定め且その負擔を命ずるのである。前者は負擔の定まりたる後金額を技術的に計算を爲すことを主眼とするから、必ずしも事件の完結に直接關係がない裁判所に於てもこれを爲しうべく、從つて專ら便宜の要求に叶ふ樣管轄裁判所を定めるのである。しかし、後者は訴訟費用額の確定の外、その負擔を命ずる裁判をなすのであるから、管轄裁判所を定めるにあたつては、負擔の裁判をなすに適當であるか否かといふ觀點からも考慮せねばならぬのである。これについては、事件の完結の直前までその審理にあたつた裁判所をして處理せしめることが、最も適切な裁判を爲しうる所以であることは明かである。蓋しかかる裁判所こそ訴訟費用の負擔を決するについて必要な訴訟の狀況や所謂「事情」に通曉して居ると見るべきであるからである(例・民訴九〇條)。又訴訟費用の裁判は事件を完結する裁判に於てなすべく(民訴九五條・九六條參照)之を脫漏するときはその裁判所(第一審裁判所に限らぬことは疑がなからう)が申立により又は職權を以て裁判をすること(民訴一九五條)を想起すれば、法が訴訟費用の負擔の裁判は事件を完結する裁判を爲す裁判所になさしめんとせることを了解しうるであらう。殊に、民訴一九五條二項の訴訟費用の裁判を脫漏せる裁判所が第二審裁判所であり且判決が確定せる場合を假想するときは、訴訟記錄は第一審の受訴裁判所に保存せらるるに拘らず、第二審裁判所が訴訟費用の額と負擔を定めねばならぬ場合の存することを知りうるのであつて、訴訟費用の「負擔」に

ついて決する必要がある以上、記錄の所在といふ便宜の問題に左右せられないと考へることが出來る。更にこれを推しすゝめると、訴訟費用脫漏の裁判に民訴一〇四條が準用せられることも、附隨的爾後的決定手續により訴訟費用の裁判が行はれる場合の管轄裁判所が必ずしも第一審の受訴裁判所であることを要しない證據ともならう。次に、第二審裁判所（又は一般に上級裁判所）が民訴一〇四條の裁判を爲すときは、訴訟記錄を保存せざる同裁判所が便宜の點に於てこれを保存する第一審裁判所に劣ることは勿論であるが、訴訟記錄はこれを取寄せて利用しうるし（民訴一九五條二項の場合も同樣）、又取寄に伴ふ費用と手續の停滯は、執行文の付與を求むる場合等と異なり、民訴一〇四條は特に迅速を要求するものでもないから、忍びうるのである。從つて裁判の妥當を排してまでも論者の所謂審理の便宜に執着すべき理由はない。又民訴一〇四條一項の裁判所を常に第一審の受訴裁判所と解するときは、訴訟が第二審に繫屬中參加又はこれについての異議の取下ありたるときは、訴訟が完結して訴訟記錄が第一審の受訴裁判所に保存せられるに至らねば、參加等の取下を爲したる者は、民訴一〇四條の裁判を求め得ないであらう（尤も民訴一〇四條の申立前に訴訟が上告審に繫屬するときは第二審裁判所も裁判出來ないが第一審の受訴裁判所が裁判すべきものとするよりは早く裁判せられる機會がある（第二審繫屬中））。又判旨の指摘する如き、下級審が上級審の訴訟費用について裁判するといふ異常な結果を生ずるのである。以上述ぶる所を綜合して考へると、沿革的には（舊民訴八四條二項參照）原審の考へ方に傾きつつも、判旨の結論は正當なりとなさざるを得ない。

ただ判旨は、民訴一〇四條二項が民訴一〇〇條一項を準用して居ないことを擧げ、第一審の受訴裁判所を以て常に民訴一〇四條の裁判所であるとなすことは適當でないとして居る（同旨中島日民訴一一篇九九八頁）。しかし、同じく民訴一〇〇條一項の準用を除外した民訴一〇三條の裁判所は寧ろ「常に」第一審の受訴裁判所であると解するのが正當であるし

（同條は訴訟費用額のみの確定を爲すものであるから訴訟完結までその訴訟が繫屬した裁判所に裁判せしめる實質的理由を缺く）、民訴一〇〇條一項の準用除外はこれに相當する條項即民訴一〇三條前段、一〇四條一項の具はつて居るためと解しうるから、判旨が如上の理由を論據の一として居ることは、その當否を疑はざるを得ない。

本件については吉川大二郎氏（民商一〇卷四號六八七頁）黑川眞前氏（新報四九卷一〇號一六二九頁）の批評がある。

（菊井維大）

三七　民訴法第二三七條第二項は認知の訴にも適用があるか

民訴法二三七條二項、人訴法六條・一〇條・一四條・三七條・三九條

昭和一四年五月二〇日民三部判決（昭一三(オ)二二三七號私生子認知請求事件）民集一八卷八號五四七頁

〔事實〕上告人Xは曩に被上告人Yを相手方として認知の訴を提起し、本案に付X勝訴の終局判決を受けたが、Yより控訴して事件が控訴審に繫屬中何故にかXはYの同意を得て訴を取下げた。然るにXは前訴と同一の請求原因に基き本訴を提起し、Yに對して認知してくれと再び迫つた。第一、二審共に、取下に關する民訴法二三七條二項の規定は人事訴訟手續にも適用があるといつて、Xの主張を排斥した。そこでXは上告し、民訴法二三七條二項は當該訴訟の目的たる權利の拋棄が實體法上許される場合にのみ適用があるので、私生子認知請求權の如く實體法上拋棄の許されない身分上の權利を目的とする認知訴訟には適用はないと主張した。

〔判旨〕棄却。「然レドモ、實體上拋棄スルコトヲ得ザル權利ヲ有スル者ト雖該權利ヲ行使スル爲ニハ必ズシモ訴ニ依ラザルベカラザルモノニ非ザルヲ以テ、斯ル權利者ガ一旦訴ヲ提起シタル限リ其ノ取下ヲ許サザルモノト做スヲ得ザルヤ固ヨリ論ナキトコロナリ。蓋シ訴ノ提起アリタル後ニ於テハ常ニ其ノ取下ヲ排斥シ當事者ノ意思ニ反シ當該事件ニ付判決ヲ强フルノ必要

毫モ存セザレバナリ。而シテ訴ノ取下ニ關スル民事訴訟法ノ規定ハ人事訴訟手續ニ於テモ其ノ準用アルモノト解スベキガ故ニ、民事訴訟法二百三十七條ノ規定モ亦當然準用アルモノト解スルヲ相當トスベク、該訴ノ目的タル權利ガ實體上拋棄ヲ許サザルモノナルノ故ヲ以テ特ニ同條第二項ノ適用ノミヲ除外セントスルコトノ何等根據ナキコトハ右第二項ヲ設ケタル立法ノ趣旨ガ裁判所ノ爲シタル判決ガ當事者ニ依リ弄バルルニ至ルコトヲ防止セントスルニ在ルコトニ徴スルモ寔ニ明カナリト謂ハザルヲ得ズ。果シテ然ラバ本件私生子認知請求權ガ實體上拋棄スベカラザル權利ナルコトハ蓋シ疑ナキトコロニ屬スト雖」原審ガ本件ニ前示民事訴訟法二三七條二項の適用を認めたのは相當で、所論の如き違法はない。

〔評釋〕 判旨の當否を疑問に思ふ。判旨は先づ認知の訴の如く其の訴訟の目的が實體上拋棄し得ざる權利であつても（私生子認知請求權は拋棄し得ないと考へなくてはならぬか、又さう考へるのが果して私生子の保護を厚くする所以であるか、一層吟味さるべき問題とされるが、ここでは從來の判例通說の如く解して論を進めよう）、訴の取下は許され訴の取下に關する民訴法の規定はかかる人事訴訟手續にも準(適)用がある、と前提する。それには贊成していいだらう。判旨はそこから進んで、民訴法二三七條二項の規定の如きも其の趣旨は裁判所の判決が當事者に依り弄ばれるに至ることを防止せんとするもので、かかる必要は獨り一般民事訴訟のみならず認知の訴の如き人事訴訟に於ても異ならないと爲して、あつさり同條項を認知の訴に適用する。そして事實又人訴法三九條が認知の訴に準用する同法一〇條の規定が民訴法二三七條二項の適用を排斥してないことは右の解釋を支持するものの如くにさへ思はれる。併し民訴法二三七條二項の趣旨は人事訴訟手續に於ても等しく認めらるべきだといふことは一應理解し得ないことはないとしても、元來「終局判決の確定迄訴の取下を認容し乍ら、他方かかる制裁的規定を設けるのは矛盾した態度であり」（兼子・概論三三〇頁）從つて其の適用が不都合を生ぜしめる場合には之を制限することは決して許されぬものではあるまい。而して認知の訴に準用されてゐる人訴法一〇條が婚姻事件に付、請求の認諾のみ爲し得ぬ

こととし、民訴法の請求の拋棄に關する規定の適用を排斥してゐないのは、婚姻維持の理想から請求棄却に關してのみ片面的職權探知主義を採つてゐるからで（人訴法六條一四條）、從つて又請求棄却と同樣の結果を來たす訴の取下に因る再訴禁止に關する民訴法二三七條二項の規定も其の適用があるものと言つていゝと思はれるのだが、其の人訴法一〇條が認知の訴に準用されてゐるからと言つて、直ちに此の場合も婚姻事件と同一に論ずることは出來ない。人訴法一〇條は畢竟「準用」されてゐるに過ぎぬ。必要な變更は許される（第一、人訴法一〇條の法文がすべてを盡してゐるものでないことに注意。例へば裁判上の和解。山田・新法全特別訴訟手續第二部六七—八頁）。勿論上告論旨の如く、認知の訴に民訴法二三七條二項の適用を否認する理由として認知の訴は其の訴訟の目的たる認知請求權が實體上拋棄し得ざるものだからとのみ言ふのでは不正確でもあり不充分でもあらう。何となれば、婚姻事件に於ては片面的にせよ訴訟物が實體法上の處分に服さぬときにも請求の拋棄が許され、又訴の取下によつて再訴禁止の不利益を甘受することが認められてゐること、今述べた如く、そこから延いては認知請求權は拋棄を許さぬけれど、それは實體法上拋棄を許さぬと言ふに止り、それに基き提起した訴訟手續に於ける訴の取下の如き訴訟行爲の效力を左右するものでないと反駁される餘地を殘すからである。併し認知の訴の場合には、認知請求權が實體上拋棄し得ないといふのみでなく、進んで婚姻事件と異り認知請求の理由の有無孰れの方向にも眞實を追求すべきものとして、兩面的に職權探知主義を採つてゐるのだから（人訴法三七條・四七條）、請求の認諾のみならず、請求の拋棄も許されぬと解さぬばならぬ。既に請求の拋棄が許されぬとすれば、訴の取下に關する二三七條二項の適用も排斥すべきであらう。蓋し同條項の適用を認めたのでは請求の拋棄を許したと同樣の結果を來たすからである（兼子・概論三三二頁、三三七頁。朝鮮高等法院昭九・一一・二〇判決評論二四卷九號民訴三二三頁。尙高橋「訴の取下による再訴の禁止」新報四四卷一二號六八頁以下參照）。實際的にみても

人事訴訟手續に於ては一般に訴の取下げられる率が多く認知の訴も固より其の例に漏れないと言はれるのだから（長沼「人事訴訟論」民商七卷一號二七—九頁）、訴の取下に因る再訴禁止を認めると、強制認知制をくぐることを容易にし、私生子の保護が薄くなる危險もあるのでなからうか。

本件に就いては中村氏（民商一〇卷四號六九二號）の評釋がある。

（來栖三郎）

三八　債權者の代位權に基く訴訟中に於ける債務者の訴提起

民法四二三條、非訟法七六條、民訴法二〇一條・二三一條

昭和一四年五月一六日民二部判決（昭一三(オ)一九〇一號妨害排除請求事件）民集一八卷九號五五七頁

〔事實〕　X（原告・控訴人・上告人）は、訴外A村との間の契約に基き村有地内に埋沒してある大理石を採取する債權を得て、該地所の引渡を受け石材の採取に著手した所、Y_1・Y_2（被告・被控訴人・被上告人）は不法にも人夫を使役して該地所内一部を發掘して大理石を採取し之を他に搬出せんとし、Xは右石材採取權を保全する爲、所有者A村の妨害排除請求權を代位してY_1等に對し右區域の明渡竝びに石材採取行爲の禁止を求める訴を、昭和一三年四月六日一關區裁判所に提起し、昭和一三年（ハ）第四一號事件として繫屬した。所が其の口頭辯論開始後A村はY_1及び他の妨害者Zに對し、別に土地所有權確認竝に土地明渡の訴を同裁判所に提起し（Y_2に對しては提起せず）、昭和一三年（ハ）第六二號事件として繫屬するに至つた。そこでY_1・Y_2は債務者にして所有者であるA村が、後の訴訟に依り自ら其の權利を行使した以上、最早Xに於て之が代位行使は不可能となつたものであるから、Xの本訴は不適法であると抗辯した。

第一審及び控訴審は共にY_1等の抗辯を容れて、訴を不適法として却下した。控訴判決の理由は「債務者ニシテ既ニ其ノ權利ヲ行使シタルトキハ債權者ハ最早重ネテ之ヲ行フノ必要ナク、又其ノ權利ヲ失フニ至ルモノト解スルヲ相當トスベク、此ノ理ハ債務者ノ權利行使ガ債權者ノ所謂代位權行使ノ前タルト後タルトニ依リテ結論ヲ異ニスベキモノニアラズ」と云ふにある。之に對しXは上告して、債權者が未だ代位權の行使に取掛る前に、債務者が權利行使を始め又は之を完了した場合なら兎も角、本件の如く債權者に於て代位權行使中なる場合に於ても債務者の權利行使に因りて代位權が消滅すると爲すのは甚だ失當で、寧ろ適法に代位權の行使に著手した以上は債務者は其の權利を處分し得ぬと解すべく、訴提起も亦此の意味の處分行爲と認むべく、原判決の見解に從へば種々不合理な結果を生ずると主張した。

〔判旨〕　破毀差戻。「債權者ガ民法第四二三條第一項ニ依リ、適法ニ代位權ノ行使ニ着手シタルトキハ、債務者ハ其ノ權利ヲ處分スルコトヲ得ザルモノニシテ、從テ債權者ノ代位後ハ債務者ニ於テ其ノ代位セラレタル權利ヲ消滅セシムベキ一切ノ行爲ヲ爲スヲ得ザルハ勿論、自ラ其ノ權利ヲ行使スルコトヲ得ザルモノト解スルヲ相當トス。蓋裁判上ノ代位ニ關スル非訟事件手續法第七六條第二項ニ依レバ、債權ノ履行期到來前ニ於テ債權者ガ代位ヲ爲ス場合ニ於テモ、債務者ハ其ノ權利ノ處分權ヲ失フモノナルヲ以テ、履行期到來後ナルニ拘ラズ其ノ到來前ノ場合ニ比シ代位ノ效力薄弱ナルヲ得ザルハ當然ノコトナリト謂フベク、若シ然ラズトセバ債權者ハ代位ノ目的ヲ達スルコト能ハザルニ至ルベキノミナラズ、一旦代位權ヲ行使シタル債權者ノ行爲ヲ徒勞ニ歸セシムル虞アレバナリ。故ニ債權者ガ訴ヲ以テ代位權ヲ行使シタル後ニ在リテハ、債務者ハ第三債務者ニ對シ處分行爲ト目スベキ訴ヲ提起スルコトヲ得ザルト同時ニ、之ガ爲曩ニ債權者ノ提起シタル訴ガ理由ナキニ歸スルモノニ非ズ。尤モ債權者ガ代位權ヲ行使シタル後如何ナル時期ヨリ債務者ニ於テ其ノ權利ヲ處分スルコトヲ得ザルニ至ルヤニ付テハ法文上之ヲ明定スルトコロナキモ、前示非訟事件手續法第七六條第一項ノ法意ニ準據シ、債權者ハ債務者ヲシテ其ノ權利ニ付處分權ヲ失ハシメントセバ、其ノ者ニ對シ代位權ノ行使ニ著手シタルコトヲ通知スルカ又ハ債務者ニ於テ既ニ債權者ガ代位權ノ行使ニ著手シタルコトヲ了知シ居レルガ如キ事實ノ存在セザルベカラザルモノト謂フベク、債務者ハ右通知ヲ受ケタル時ヨリ又ハ右了知ノ時ヨリ其ノ權利ヲ處分スルコトヲ得ザルニ至ルモノト解セザルベカラズ。是債務者不知ノ間ニ其ノ權利ノ處分權ヲ制

限スルハ不當ナルヲ以テナリ。

然ラバ、A村ニ於テXヨリ代位權行使ニ著手シタル事實ニ付通知ヲ受ケタル後又ハ受ケザルモ該事實ヲ了知シタル上、殊更ニ右訴ヲ提起シタルモノトセバ、其ノ訴ハ理由ナキモノトナルト共ニ、本訴ノ運命ハ此ノ訴ノ爲何等ノ影響ヲ受クベキモノニ非ザルニ拘ラズ、原審ガ此ノ點ニ付毫モ釋明權ヲ行使スルコトナク……直チニ本訴ヲ不適法トシテ却下シ第一審判決ヲ是認シタルハ審理不盡ノ失當アルヲ免レズ。加之A村ハ……Y_2ニ對シテハ何等其ノ權利ヲ行使シタル形跡ノ見ルベキモノナキニ拘ラズ何故ニY_2ニ對スル本訴請求ガ不當ニ歸シタルヤ何等ノ說明ヲ爲サザル原判決ハ此ノ點ニ於テモ理由不備ノ違法アリ。」

〔評釋〕 判旨の結論は固より正當である。

一 判旨が裁判上の代位に關する非訟事件手續法第七六條二項より推して、履行期到來した債權に基き代位權を行使する場合にも、債務者が其の權利を處分して債權者の代位行使を妨げ得ぬとし、且此の場合の處分制限は債務者に於て債權者の代位行使に着手したことを知つた時から發生すると爲す處何れも贊成し得る（尙此の點の學說に關しては、勝本正晃・債權總論中卷(3)二六三頁參照）。蓋し我民法では保全すべき請求權に付ての强制執行との直接の關聯なしに代位權の行使を認めて居るが（例へば債務者に對する債務名義の所持をも要せず）、結局は其の請求權の實現資料を債務者の支配圈に獲得する爲に、債務者の意思に拘らず其の權利に付き債權者に管理權を取得せしめる一種の私的差押であり、隨つて其の反面差押に準じて債務者に其の目的たる權利の處分制限を認むべきだからである。尤も其の處分制限とは代位行使の目的である權利自體に關して、債權者の行使の結果を妨げ得ぬ效果を有するに止まり、保全さるべき請求權の實現と背馳する一切の行爲が禁止される譯ではなく、かかる行爲は別に民法第四二四條に依り詐害行爲として取消される場合があるに過ぎない（例へば本件の如く賃借權に基き債務者の所有權に基く妨害排除請求權を行使しても、所有權其のものの讓渡等は妨げられない）。又此の處分の制限は既に債權者に於て代位行使の

效果が發生した後には問題とならず債務者が更に同一の權利行使を爲すのは債務者の知ると否とを問はず無意義乃至は不能となるのである（例へば債權者が債務者の取消權、解除權等を代位行使した後は其の效果は債務者に付て發生するから、債務者に於て重ねて行使する餘地はない）。

二 次に本件の如く訴の提起が權利の代位行使と認められるのは、之に對する判決の效力と一體として考へられるからである。蓋し單なる權利の裁判外の主張は未だ權利の行使とは云へぬが、訴に依り裁判上主張し之に付て判決を得ることが權利實現の一過程だからである（時效中斷の效力の如きも結局判決に依り權利の存在が確定されることを前提として認められる）。所が此の代位權に基く訴が債務者の權利の行使としての意義を有する爲には、之に對する判決の效力も債務者に及ぶことを前提としなければならない。實體上代位權に基く權利行使の效果が當然債權者に歸屬するからこそ債務者の權利を行使すると云へるのであるのに、若し債權者の爲した訴訟の判決が債務者に無影響であるならば、債務者としては其の權利を行使されたこととならず、隨つて彼自身も別に自己の爲に訴を提起し得べきであり、此の訴に因る判決も亦既に訴訟を爲して居り又は爲し終つた債權者に無關係だからである。併し私は債權者の適法な代位權の行使として爲した訴訟の判決の效力は債務者に及ぶものと解する。勿論債權者は債務者の代理人としてではなく、自己の名を以て當事者として訴訟を爲すのであるが、代位權の要件具はる限り、債務者の權利に付て管理處分の權能を取得し、之に基き訴訟を追行するのは、恰も破產管財人が破產財團に關する訴訟を爲し（破產一六二條）、或は取立命令を得た債權者が債務者の債權の取立訴訟を爲す場合と同樣、他人の權利利益に關し其の爲に當事者となる所謂訴訟信託の場合として、其の判決の效力は常に權利の歸屬主體である債務者に及ぶと見なければならぬ（民訴二〇一條二項）。從來の判例（大判大一一・八・三〇民集一卷五〇七頁、判民七六（鳩山））及び通說は、此の場合債權者自身が當事者であり、判決の效力は當事者間に限られるのは民事

訴訟法の原則であるから、訴外の債務者に及ばぬのが當然であると片附けて居るが、之は第三者が利益の歸屬主體に代つて訴訟追行權能を有する場合のあることを無視し、民訴法第二〇一條二項の訴訟信託の場合のあるのを知らない見解と評しなければならない（但し最近に至つて反對の判例が現はれた。大判昭一五・三・一五新聞四五五八號一五頁）。或は債權者が敗訴した場合に迄債務者に判決の效力を及ぼすのは酷であるとの考慮があらうが、裁判外の權利行使でも其の結果が債務者に不利なことがあつても、債務者に效果が歸屬することは認めねばならず（例へば取消や解除をした結果が却つて客觀的には、債務者に不利であつた場合の如し）、唯債權者は善良な管理者の注意を以て代位行使を爲すべきであるから、之を怠つて債務者に損害を加へれば之に對して賠償の責に任じなければならぬに過ぎない。蓋し代位行使は債權者債務者間の關係に基くものであるから、相手方は其の結果に信頼し得ねばならず、之が爲其の地位が不安な狀態に置かれることは甚だ迷惑な次第であるから、寧ろ代位行使の結果の損失は債權者・債務者間の問題として處理するのが當然だからである。之と同樣債權者が代位して訴訟を追行する場合にも、相方手としては之に對して應訴して、一度訴訟をすれば足りる筈で、之に對して勝訴しても後日更に債務者を相手に訴訟せねばならぬ樣では甚だ煩に堪えないし、其の地位も不安定となる。隨つて債權者の爲した訴訟は債務者自ら爲したと同樣、判決の效力は債務者と相手方との間に及び、若し債權者が拙劣な訴訟追行に因り敗訴し、債務者に其の權利を喪失せしめたと同樣な結果を生ぜしめた場合でも、債務者は相手方に對して更に其の權利を主張し得ず、寧ろ債權者に對して其の責を問ふべきであり、債權者として豫め此の責任を回避せんと欲するならば、債務者に訴訟告知を爲し（民訴七六條以下）、其の補助參加を促し且之に訴訟追行の責任の一半を轉嫁して置けば宜い（若し債務者が債權者に參加を爲せば所謂共同訴訟的補助參加となる。拙著民訴法概論一三一頁參照）。

即ち債權者の爲した訴訟は債務者自身が爲したと同樣の結果を齎すものであるから、訴訟後に於て債務者は相手方に對し其の確定判決に反する主張をなし得ぬのみならず（之債權者の權利行使後重ねて同一の權利行使を爲すは無意義であるのと一つである）、其の過程である訴訟繫屬中に於ても既に同一の目的の訴を提起し、相手方に二重に應訴を强要し得ない。此の既判力の先驅としての訴訟繫屬の效果は、民訴法第二三一條の二重訴訟の禁止の原則に現はれて居る。二重訴訟の禁止は單に同一當事者間の訴訟に限らず、實質上同一事件と目すべき場合、即ち前訴の當事者が後訴の當事者の訴訟物たる權利に付て管理權隨つて又訴訟追行權能を有し、爲に前訴の判決が後訴の當事者間にも及ぶ場合をも包含すべきだからである（拙著概論一九五頁參照）。

此の效果は債務者が訴の提起を知ると否とに拘らず生じ、債務者の後訴は不適法となるのであつて、訴の提起に付ては債務者に對する處分禁止の效力が何時より生ずるかを問題とする必要はないであらう。

本件に付ては、平野義太郎（民商一〇卷四號六九八頁）、中田淳一（論叢四一卷四號七二一頁）、高橋靜一（新報四九卷一一號一七九一頁）三氏の批評がある。

（兼子一）

三九　民法第四四二條第二項に所謂「避クルコトヲ得ザリシ費用其他ノ損害」

民法四四二條・四五九條・四六五條・六四五條・六五〇條

昭和一四年五月一八日民一部判決（昭一三（オ）二二一〇號、立替金請求事件）民集一八卷九號五六九頁

〔事實〕耕地整理地區參加土地所有者八七名——後耕地整理組合Aとなる——が耕地整理費用等に充てるためB銀行から一萬

圓を連帯で借受け、C銀行が保證人となつた。それと同時に、上記八七名のうちX（原告・附帯控訴人・被控訴人・被上告人）・Y等（被告・附帯被控訴人・控訴人・上告人）・訴外Z等一〇名は、「C銀行が主たる債務者の不履行のために代位辨濟し、よつてこれに對して取得すべき求償權につき、個人として同銀行との間に連帯保證契約を締結し、同銀行に對し右代位辨濟金額は勿論さらに右金額に對する百圓に付一日四錢の割合の損害金を支拂ふべく、その他同銀行が保證人として受けたる損害は其の事由の如何を問はず連帯して賠償すべき旨を約した」（原審の認定——五八八頁參照）。而してAはB銀行に對して支拂を怠つたので、C銀行が保證人として約四五〇〇圓を代位辨濟し、Aに求償して得られなかつた一七七四圓一六錢および損害金の支拂をX・Y・Zに請求したが、辨濟を受けえなかつたのでX・Y・Zに對して強制執行した。そこで、XはY・Zの懇請によりC銀行に對してこれを支拂ふことを承認した。しかしXは現金を所持しなかつたのでD銀行から二七〇〇圓を借受け、C銀行の代位辨濟額・損害金・督促及差押費用（五〇圓五六錢）、合計二七二三圓一八錢をC銀行に支拂つて差押を解除してもらつた。而してXはD銀行から金を借りる際その擔保として自己所有の不動產につき抵當權を設定するのに登記費用一五圓三七錢を要してゐる。XはC銀行に支拂つた金額および抵當權設定費用につき、無資力なるZを除く他の連帯保證人Yに對して求償權を行使する。第一審・第二審ともにXの勝訴なるも、第一審は抵當權設定費用の部分についてはXの求償を認めず。Xの上告理由は、一、XがC銀行に支拂つた金額中、督促及差押費用はC銀行が各連帯保證人に對し各別に要した費用であつて、其の債權發生原因を異にし且全連帯保證人の損益に共同であるとはいへぬから民法四四二條一項の適用がない。また原審はXYZはC銀行に對しC銀行が保證人として受けたる一切の損害を連帯して賠償すべき旨を約したのであるから、同條項の適用があるといふが、「保證人として受けたる損害」とはAのB銀行に對する不履行によりC銀行が保證人としてB銀行に對して支拂つた金額を指すものである。二、Xの支出した抵當權設定費用に民法四四二條一項の適用ありとするには、當時Xにおいてその支拂に充當すべき現金を有せざりしこと、および抵當權を設定して他より借りることにつき他の連帯保證人たるYの承認をうるか、またはYがその事情を知悉せる場合でなければならぬ、といふのである。原審はこの抵當權設定費用は民法四四二條二項の「避クルコトヲ得ザリシ費用其他ノ損

害」に該當するとしたのであつた。

〔判旨〕 棄却。「(1)然レドモ原審ハ擧示ノ證據ニ依リX及Y等外四名ハ訴外C銀行ニ對シ同銀行ガ貸金債權者タル訴外B銀行ニ對シ保證人トシテ主債務者タルAニ代位シテ辨濟シタルトキハ其ノ辨濟金ハ勿論之ト共ニ支拂フベキ遲滯損害金ヲ賠償スル外尙右出捐金ノ償還ヲ求ムルニ要スル費用其ノ他保證人ト爲リタルガ爲ニ同銀行ノ損失ニ歸シタルモノハ其ノ事由ノ如何ヲ問ハズ一切十名ニ於テ連帯シテ賠償ノ責ニ任ズベキ旨約定シタルモノト認定シ、該認定ニ基キ十名ノ連帯賠償責任ハ所論ノ督促費用並差押費用ニ迄及ブモノナリト爲シ、從テ其ノ連帯債務者ノ一人タルXガ之ヲ支拂ヒタルコトニ因リ他ノ九名ノ連帯債務者ニ對シ求償權ヲ取得シタルコト明ナル旨判示シタルハ洵ニ正當ニシテ何等所論ノ如キ理由不備其ノ他ノ違法アルコトナシ。……(2)又原判決ニハXガY等外四名ノ懇請ニ依リ訴外C銀行ニ對シ自己ノ出捐ヲ以テ前記賠償金ノ支拂ヲ爲サントシタル當時現金ヲ所持セザリシ爲餘儀ナク自己所有ノ不動產ヲ擔保トシテ訴外D銀行ヨリ金圓ヲ借入レタルコトヲ認定判示シアリ。而シテ右不動產ニ付抵當權ヲ設定スル際Xノ支出シタル登記費用ハ民法第四四二條第二項ニ所謂『避クルコトヲ得ザリシ費用』ト云フニ該當スルコト明ニシテ斯ル費用ヲ連帯債務者ノ一人タルXガ支出シタル以上他ノ連帯債務者タルY等トシテハ之ニ付承諾ヲ爲シタルト否ト又其ノ事實ヲ知ルト否トヲ論ゼズ當然Xニ對シ之ガ償還ヲ爲スベキモノト云ハザルベカラズ。之ト同一趣旨ニ出デタル原判決ハ正當ニシテ論旨ハ其ノ理由ナシ。」

〔評釋〕 贊成。一 本件では、やや複雜なA・C・XYZ間の關係を法律的に構成することが評釋の前提として要求せられるであらう。まづ、XYZはCがAに對して有すべき求償權につき連帯保證人たる地位にあるのであるが、その求償額の外一定の割合による損害金およびCが保證人として蒙りたる一切の損害を賠償すべき特約は損害擔保契約たる性質を有するものといはねばならぬ（けだしそれについては主たる債務者Aは何等の債務を負擔してゐないから）。而して第一の連帯保證においても第二の損害擔保契約においても、——あるひは、少くとも損害擔保契約においては——XYZ等は互に連帯

の關係にあるものといへる（從つて連帶保證はまた保證連帶である）。

二　問題はXが連帶保證債務履行のために支出した抵當權設定費用はXと連帶する他の連帶保證人に對してこれを求償しうるか（判旨(2)の點）。　かかる費用が民法四四二條一項の「共同ノ免責ヲ得タル」ことに該當しない以上、上の問題は同條二項の「避クルコトヲ得ザリシ費用其他ノ損害」といへるか否かの點に歸着せざるをえない（保證連帶に關しては民四六五條一項により或はこれなくとも當然に四四二條が適用せられる。尤も保證連帶でなく單に連帶保證たることからも學說判例によればこの結論は生ずる）。　おもふに、連帶債務における辨濟者の求償權の範圍が主たる債務者の委任を受けて保證をなしたる場合のそれ（民四五九條）と同一であるのは、もとより、連帶債務者間に委任關係自體が常に存在するからではなく、共同の免責行爲に伴ふすべての損失を總債務者に分擔せしめることが、各自に全部の給付義務を負はせる連帶債務の特質に鑑み、公平に適するといふのであらう（この問題に關しては學說多岐するも、富井博士・債權總論東大講義一五二頁は「求償權ノ基礎ハ公平ヲ保ツニアリ」とする。そのいはんとするところはかくのごとき點に存するのではなからうか。立法としては異色ある民四四二條二項もこの見地からよく理解せられうると思ふ）。さうだとすれば、「避クルコトヲ得ザル」の標準も、直ちに、委任に關する民法六五〇條が「委任事務ヲ處理スルニ必要ト認ムベキ」といふのと同一であるとはいひえぬであらう。しかし、求償權の抽象的範圍を委任の場合に準ぜしめることが公平であるとするならば、この範圍を具體的に決する標準もまたこれに準ぜしめることが公平であるといはねばならぬ。從つて、委任に關する六五〇條は善良なる管理者の注意を要求せられる（民六四五條）受任者が支出の當時必要と認むきべものなるを以て足ると解すべきである（鳩山博士・債權各論六二三頁）がごとく、「避クルコトヲ得ザ」りしか否かも「善良ナル管理者ノ注意」を標準として決すべきであるといはねばならぬ（結果同旨、近藤柚木・註釋日本民法債權編總則中卷一〇八頁―從つて行爲者の純粹なる主觀的判斷によるのでもなければ、純粹に抽象的なる客觀的標準によるのでもないといはねばならぬ）。すなはち、本件の場合についていへば、辨濟のために抵當

權を設定して借財することが「避クルコトヲ得ザ」りしか否かは、當時「善良なる家父」がさう考へねばならなかつたか否かによつて決せられるべきものである。古い判例が、連帶債務者に對して辨濟を命ずる判決確定したるにかかはらず何人も任意に辨濟しなかつた結果連帶債務者の或者が强制執行をうけて支拂つた執行費用は當然に本條項に該當するといつて、債務者が支拂ふべき金錢の缺乏其他强制執行を受くるのやむをえざる事情ありたることは不要であるとしたのは（大判大正五・九・一六民錄二二輯一七一六頁）、實際上辯護の餘地はあらうが（誰も好んで强制執行を受ける者はないから）、理論的には不當といはれねばならぬものであらう。その點、Xが當時現金を所持せざりし事情をともかく一應の根據として判旨が掲げたことは理論的明確さに向つて一步を進めたものといへよう。判例の發展をかやうに理解するに於ては、比較的新しい判例（大判昭和九・七・五民集一三卷一六號一二六四頁（判民九四事件山田））が、連帶保證人の一人が敗訴の判決の結果執行を受けた事案につき訴訟費用・執行費用等を本條項に該當するとしつつ民法四五九條一項を援用してゐるのも、過失なきことを標準とするものと解しうるであらう。

三　つぎに、XがCに支拂つた金額中督促及差押費用の部分について上告理由の主張するやうにYZに對して求償しえぬであらうか（判旨(1)の點）。　本件においてはCとXYZ間には保證契約の外損害擔保契約が存在し、しかもそれはXYZ等間に連帶であるから、その損害擔保の連帶債務の效力としてXがYZに對してかかる費用についても求償しうるのはきはめて明白である。判旨は正當といはねばならぬ。しかし、もしCとXYZ間にこの損害擔保契約が存在しないときは如何（判旨(2)の問題と關聯をもつ）。上告理由もいふやうに、督促及差押費用は債權者が各連帶保證人に對して各別に要した費用であるから、たとへその連帶保證は同時に保證連帶であるにもせよ、債權者は各連帶保證人にそ

れぞれの費用を請求しうるにとどまり、各連帶保證人は他の連帶保證人の負擔する債務を履行すべき何等の義務を負ふものではない。從つて、たとへ他の連帶保證人の支拂ふべきそれらの費用を支拂つたとしても、「共同ノ免責ヲ得タ」のでないのは勿論、「避クルコトヲ得ザリシ費用其他ノ損害」といふこともできぬ。それは、支拂つた者と支拂ふべかりし者との間に各別に事務管理の關係を生ぜしめるにとどまる。ただ、支拂つた者が連帶債務を辨濟して共同の免責を得た者なる場合において（民四四二條一項參照）、しかも自己の支拂ふべき自己に關する費用についてのみ、他のすべての連帶保證人に對して民法四四二條二項に基き求償權を行使しうる、と解すべきであらう。この場合にもその費用が「避クルコトヲ得ザリシ」や否やは前述の標準によつて決すべきものなることはいふをまたぬ（執行費用を直ちに「避クルコトヲ得ザリシ費用」とした前掲大正五・九・一六の判決を對照せよ）。

四　なほ、判旨とは無關係であるが、四四二條二項の「費用其他ノ損害」には何時から利息を附すべきであらうか。原審は抵當權設定費用の部分については被告への訴狀送達の翌日から利息を附してゐる。四四二條二項の文字と四一二條三項とを根據とするものであらうが、甚だしく疑問である。けだし、四四二條二項の「費用」に委任に關する六五〇條を直ちに適用することはできぬにしても、この同じ四四二條が實質的には委任關係たる場合の保證に準用せられてゐること（四五九條二項）を思へば、六五〇條と同樣の結果を認むることが民法の體系に合する解釋といはねばならぬ。而してこれが公平にも適ふであらうことはまたいふをまたぬであらう（その他の損害に關しても公平の見地より同一に論じえよう。不法行爲に基く損害の賠償に關しても判例は損害發生の時を標準とする）。

この事件に對し、安田氏（民商一〇卷四號七二頁）は、民法四一九條の存在する以上借財のために要した費用は常に法定利

率の範圍にとどまるべきであるとされ、岩田氏（新報四九卷一一號一八〇一頁）は、抵當權設定費用については特別の事情なきかぎり四四二條二項の費用とはならず、これに對し、督促及差押費用は特別の事情なきかぎり四四二條一項の共同の免責を得たる出捐と認むべきであるとされる。

（四宮和夫）

四〇　財産留保契約と確定日附ある證書の要否

民法九八八條

昭和一四年五月二四日民三部判決（昭一三(オ)二二五七號、土地所有權移轉登記手續請求事件）民集一八卷九號五九七頁

〔事實〕　Y所有の土地は明治三三年に河川法に依り河川敷地と認定されたがYは明治四四年にこの土地の所有權を他日河川敷地の公用が廢止せられ從前の所有者に下付せられることを停止條件としてYに賣渡した上其の移轉登記手續を爲すべき旨を約した。その後新潟縣より右土地の河川敷地たる公用を廢止する旨告示あり、結局從前の土地の五分五厘に相當する土地が昭和七年二月一五日にYに下付された。そこでXから停止條件の成就を理由に移轉登記手續を請求する。第一審、第二審ともXを勝たせた。第二審ではXが大正一五年九月七日に隱居しその際Xは相續人との契約に依り本件廢川敷地に關する權利を確定日附ある證書に依らずして留保した點が問題となつたが裁判所は昭和八年一〇月一四日の大審院の判決を引用して

「隱居者ハ相續人トノ間ノ契約ヲ以テ有效ニ財産留保ヲ爲シ得ベク斯ル財産留保契約ハ民法第九八八條ノ規定ニヨル隱居者ノ一方的ノ意思表示ヲ以テスル財産留保ニハ非ザルヲ以テ確定日附アル證書ニ依ラザルモ第三者ニ對シテモ其ノ效力ヲ主張シ得ルモノト解スルヲ相當トスルガ故に本件廢川敷地ニ關スル權利ハ有效ニ留保セラレタルモノト謂フ」べし。

と判示した。Yはこの點を爭つて民法第九八八條は留保の一方的なると否とに拘らず確定日附ある證書を要求したものでありこれは對抗要件ではなく有效要件であると上告する。

〔判旨〕 破毀差戻。「原判決ハXガ大正一五年九月七日隱居シAガ其ノ家督相續ヲ爲シタル事實、及Xハ該隱居ニ際シ確定日附アル證書ニ依ラズ前示相續人Aトノ間ノ契約ヲ以テ本件廢川敷地ニ關スル權利ヲ自己ニ留保シタル事實ヲ確定シタル後、論旨摘錄ノ如ク隱居者ハ家督相續人トノ間ノ契約ヲ以テ有效ニ財產ヲ留保シ得ベキノミナラズ該留保ハ第三者ニ對シテモ其ノ效力ヲ主張シ得ルモノト斷ジ、當院昭和八年(オ)第六九四號同年一〇月一四日言渡ノ判決ヲ引用シ、以テXハ本件廢川敷地ニ關スル權利ヲ保有スルモノト做シYニ對スル本件請求ヲ認容シタルモノナルコト原判決理由ニ照シ寔ニ明白ナリ。然レドモ隱居者ハ確定日附アル證書ニ依リテノミ其ノ財產ヲ留保スルコトヲ得ベク、縱令相續人トノ契約ヲ以テ留保ヲ爲スモ該留保ガ相續人ニ對シテ效力ヲ有スルヤ否ヤハ暫ク之ヲ措クトスルモ、少クトモ第三者ニ對スル關係ニ於テ無效ナルコトハ當院判決ノ夙ニ把持セル見解ニシテ(大正一五年(オ)第三一七號同年七月一六日言渡判決及大正一一年(オ)第一四一號同年六月二三日言渡判決參照)、今猶變更セラレタルモノニアラズ。原判決引用ノ前示當院判決ハ本件ニ恰當セズ。サレバ原審ハ此ノ點ニ於テ法律ノ解釋適用ヲ誤リタルノ違法アリ。」

〔評釋〕 判旨には問題とすべきものが多い。

一 第一に判旨は昭和八年の判例は本件に恰當せず、留保契約ある場合にも少くとも第三者に對する關係に於て無效なることは當院の判例とする所だとて二つの判例を引く。所が判旨引用の大正一五年の判決は隱居に際し財產留保の方法として一旦相續人に相續登記を爲した不動產を被相續人に賣買の移轉登記を爲した事件に關するものであり、この相續人から被相續人卽ち隱居者に對して所有權確認移轉登記抹消を求めた事案であつて決して第三者が出て來た事案ではない(判例彙報三七卷下民五一八頁參照)。大審院諸公は果してこの判決に當つて見たのであらうか。次にも一つの大正一一年の判決も隱居者が留保財產を持つて他家に入夫婚姻し、その戶主となりそこの家督を相續した者、換言すれば隱居者の包括承繼人と、はじめの相續人との爭であつて純粹の意味の第三者との爭ではない。のみならず昭和八年の判決も結局の爭は隱居者が分家しその家督相續人が當事者になつてゐるのだからこの大正一一年の判決と昭和八年のそれとでは實質的には差異がない(昭和八年の方では「親族一同之ヲ承諾シ異議」がなかつたと云つてるがこれに意味を持たせるわけにはゆくまい(中川・親族相續判例總評一卷二三四頁參照)。若し强いて差異を求めるならば後者が隱居者の損害賠償請求を受繼したと云ふ形をとつてゐる點位のものである(中川・前揭二二七頁以下參照)。尤も大審院は昭和八年の判決を、中川教授の滿腔の支持にも拘らず極めて例外的のものと見ようとする意圖かも知れない(この判決は法學三卷三三九頁に採錄されてゐるだけである。なほ中川教授は本件を留保契約は當事者間では有效であるが第三者關係では確定日附を必要とする趣旨なりと解して贊成される、民商一〇卷四號七一八頁)。それにしても「少クトモ第三者ニ對スル關係ニ於テ無效」と稱して上述の如き二つの判決を引用するの不當は、その理論はともかくとして、蔽ふべくもない。判例の取扱ひを愼重にせられんことを希望して已まない。

二 莫庶、我々は財產留保契約の實質に入つて考へて見よう。第一の問題は財產留保契約なるものが存在し得るであらうかである。我が民法本來の考へ方としてはこれは否定すべきものであらう。生前相續によつても被相續人の權利義務は全部相續人に移轉する(九八五條)が被相續人はその財產を一方的意思表示によつて留保することを認められる(九八八條)。だから假に相續人が留保に同意したとしてもそれは何等意味のない行爲であつて、契約による財產留保と云ふことは法律的な構成としてはあり得ないやうに見える(一度相續した後これを贈與する形をとつた場合には既に留保ではない)。所が近時留保契約を認めようと云ふ說が有力に主張されるのは(中川・前揭、近藤相續法論上三六頁)民法が財產留保に確定日附ある證書を要求してゐるので、特にこの要件を履まないでもなほ留保を有效としたい場合に應ずる實際上の要求があるからである(中川教授

は隱居によつて隱居者が無一物になつて了ふ點を强調して隱居者が相續人の同意を得て(默示でも可)留保し得る(確定日附不要)と解すべしと主張される。しかしこの點は相續の一般法理で救濟されないわけではない)。私は相續人が關與する財產留保を留保契約として一種特別のものと見ること自體には贊成してよいと思ふ。蓋しこれと一方的な留保とは異ふものがあるし、又これを一度相續したものを更に贈與したと見るのも事實を枉げるものだからである。しかしその效果を如何に解するかは別問題であり、これについては二三の留保を爲さねばならぬ。

三 そこで問題は當然所謂財產留保契約には確定日附ある證書が不要であるかと云ふ點に集中される。而してその解答は民法第九八八條が確定日附を要求する理由を如何に解するかに繫るわけである。專ら相續人の保護のためであらうか(被相續人が後になつてこれも留保した、あれも留保したと云ふことのないやうに)、或はそれに加へて相續人と取引を爲した第三者の安全をも計つたものであらうか(奧田・相續法論一四一頁牧野・日本相續法論一五四頁穗積・相續法(法全)八六頁なほ審議會速記錄一九九回四八丁以下參照)。

(1)第一に注意すべきは右のいづれに解するも當事者の契約に基いて、一度相續登記がなされ更に被相續人に贈與の登記が爲されたやうな場合に、なほ當事者の眞意が留保に在るからとてこれを九八八條の脫法行爲であると解する必要の全然ないことである(從つて前揭大正一五年の判決は不當である。これは動產の讓渡擔保が民法第三四五條に抵觸しないとされることよりも更に容易に理解され得るであらう)。本件でもYに對してXからAへの相續の通知とAからXへの讓渡の通知(Yは債務者だから確定日附なくとも可)が爲されてゐれば何の問題もない筈。しかしこの點は本件と直接の關係がないから詳論をさける。

(2)次に確定日附は專ら相續人を保護するものであると解するならば、相續人が關與する留保契約にあつては留保の範圍も明確な筈だから確定日附も不要と云ふ事になる。然しその結果第三者は不測の損害を蒙ることはないであらうか。例へば甲乙間で有效な不動產の留保があつたとする。それにも拘はらず相續人乙が單獨で相續登記をして

(不登法二七條四一條)第三者丙に之を賣却した場合に丙は甲に對抗し得ない(東控大正六・五・一〇新聞一二七九號二五頁、大判大正四・一二・二刑錄・二〇四三頁)。蓋し財產留保そのものは何等の對抗要件を必要としない(確定日附は有效要件)と解せられてゐるからである(近藤・前揭九九頁)。尤もこの不都合は特に留保契約にのみ生ずるものではなく確定日附ある證書によつて留保された場合にも同樣に生ずるのであるが、問題は留保契約を認めると爭が起つた後から甲乙間の通謀によつて留保契約を僞造する虞のあることである(債權讓渡と確定日附の關係を想起せよ)。甲乙が通常親子であることに想到すれば思半にすぎるものがあらう。卽ち留保に何等對抗要件を必要としないと云ふ說をとりつつ確定日附の不要な留保契約を認めること(近藤・前揭三六九頁は右に揭げたやうな場合ことに相續登記は相續人が單獨で出來ることを考へてゐない如くである)ではとても出來ない。この場合に隱居者は登記を取得した第三者に對抗し得ないと解して一七七條の理論を以て第三者を保護することは一般の見解に從へば困難である。蓋し留保が有效に爲された場合には相續人はかつてその權利を取得したことがない全くの無權利者だからである(この意味で相續によつて權利は移轉したがなほ登記が隱居者名義である場合に第三者がこれを取得したのとは趣を異にする(大判大正五・一二・二五民錄二五〇四頁參照))。そこで右の如く留保が有效になされた以上は相續人の登記(これは單獨で爲し得ること上述の通り)を信賴した第三者も保護されないと云ふ理論をとるならば、假令當事者間では不要式の留保契約の效力を認めるとしても第三者に對する關係ではやはり確定日附ある證書を要求せねばならないことになる。本件判旨の云はんとする所は正にこの點にあつたのであらう。

四 私は右の一七七條の適用に關する一般の見解が修正され得るのではないかとの臆測を有する。蓋し、留保財產について相續人の爲した相續登記と、留保がなく相續人に移轉した財產の登記が隱居者に殘つてゐる場合とは、觀念的に先に述べたやうな差異があるとしても、實際上パラレルに考へられ相續人が相續登記をしておかないと第

三者に對抗し得ないやうに隱居者も登記を留保しておかないと第三者に對抗し得ないと解して差支へないからである。留保財産につき相續人が不當に相續登記をして處分した損害を隱居者と、第三者のいづれに負はせるかと云へば勿論前者に負はせると解して不都合ないであらう（かく解すると有效に留保をした隱居者の地位は著しく弱くなる。しかし隱居者は登記濟證を押へておけばある程度安全である（不登法三五條））。ことに相續と云ふ事實の公示力は相續登記がなくてもなほ財産を一般に相續人の所有と考へさせるほど强力であることを考へると相續人を經由した登記の移轉を無效とせしめない何物かがあると云ひ得るのである。さて右の考へによれば（尤も別に隱居の場合の相續登記には隱居者の同意を要するとして同樣の結論に到達し得るがこれは我が民法の考へ方ではないと思はれる（民法七六一條が家督相續人自身の通知を認めてゐる點參照））財産留保の對第三者關係はすべて個々の財産の對抗要件で決せられ、留保は只當事者間の內部關係と見ることとなる。從つて判旨とは逆に第三者關係では確定日附は問題とせられず（尤も相續人の債權者と相續登記のない隱居者名義の財産との關係では確定日附が問題とされる餘地はある）、當事者間においても一方的の留保の場合にのみ必要と云ふことになる。これ問題を簡潔に解決する所以ではなからうか。

五　以上不動産に例をとつて議論したが本件について云へば、Xはなほ對抗要件をも備へてゐるのだから（民法七六一條）Yが留保契約の無效を主張してXの地位を爭ふべき理由は存しない筈である。之を要するに一七七條が代表する對抗要件に對する一般の見解を是認する限り判旨の如く留保契約にも確定日附を要すと云ふ結論にならざるを得ないが（尤も本件のYが之を主張し得る第三者かはなほ問題となり得る）私はその前提の修正によつて判旨の全面的變更を主張したいのである。なほこの點について考究すべきものが多いが他日に讓るほかはない。

本件については上記中川教授の贊成批評の外鎌原氏の研究がある（新報四九卷一一號一八一一頁）。

四一　破産法第七五條に所謂執行行爲に基くものなるときの意義——破産者が自らその辨濟を爲したるものと假定すれば惡意を以てこれを爲したるものと認められる場合を包含する

（有泉亨）

破産法七五條・七二條一號

昭和一四年六月三日民四部判決（昭一三（オ）二〇七八號、否認權行使金員請求事件）民集一八卷九號六〇六頁

〔事實〕　Y（被告・控訴人・被上告人）は訴外Aの債權者として、Aが訴外B株式取引所に寄託した身元保證金の內四千九十四圓九錢について、昭和八年一二月一一日債權差押並轉付命令を申請した。而してこれらの命令は同日直ちに發せられ、翌日債務者及び第三債務者に送達せられたが、Yはこれに基いて昭和一一年一〇月一六日第三債務者B株式取引所から、前記金額の辨濟を受けた。この日は、恰も曩に昭和一一年九月二三日死亡するに至つたAの相續財産に對し破産宣告がなされた日に當るのであつた。Xはこの破産宣告と同時に選任せられた破産管財人である。而してYは、豫てからAの資産狀態を知悉して居り、當時前記の債權差押並に轉付命令が發せられたならば一般債權者を害するであらうことを知りながら、公正證書に基いてその命令を申請し、遂に破産宣告當日轉付金を受領したものであるから、破七二條一號及び七五條により、訴に因りこれを否認し該金員の返還を求める、と主張して、Xが提起したのがこの訴である。原審は、Aは、他の債權者を害し故らに被上告人Yのみに利益を與へる意思を以て、Yの强制執行を招致した事實はこれを認め難いから、否認は出來ないと判示し、第一審判決を取消しXの請求を棄却した。これに對し上告したのが本件である。上告理由は、Aが他の債權者を害する意思でもつて故意にYの强制執行を招致したことを明かにすることに、その全力を注いだのであつた。先づ(イ)AはB株式取引所の取引員として營業中、漸次負債を生じ債權者より屢々破産の申立を受け その他追求が急であつたので、その結果大正一五年昭和九年の兩度に亙り支拂を停止し

財産整理を發表し整理の末大部分は支拂猶豫となつた處、負債總額は常に百四、五十萬圓乃至百二、三十萬圓を上下したるに引換へ資産は僅々其の五分の一にも足らざる二、三十萬圓の程度であつたから、破産者は常に手許逼迫の狀態に經過し居たる有樣であつたことを述べ、更に(ロ)Aと金貸業を營むYは金錢貸借又は株式清算取引上の關係があり且つAが前記の如く度々整理を爲した關係から、YはAの營業乃至經濟逼迫の狀態を諒知して居たこと、本件强制執行の基本である債務名義は二通とも公正證書で、株式取引上の債務を消費貸借に改めたるものにつき、Yが當時直ちに法律上斷乎たる手續に及ばんとするを避止せんがため破産者が懇願して漸く類例のないことであるが、作成したものであること、かかる場合にAが不履行を取てして省みないことは强制執行を誘致したものと云ふべきであること、(八)Yの如き比較的强硬なる債權者に對しては「事前ニ破産者ニ於テ宜シク萬全ノ對策ヲ講ズベキハ實生活上當然ノ情理」であるのに拘らずYが「度々八ケマシク請求」したること、遠からず破産の申立を爲さんとする如き極めて險惡なる狀態でありながら善處せず、Yの支拂請求に會ふや其都度言を左右に託し支拂を拒絶したのみならず在再時日を徒過した以上は、Yが進んで强制執行を實施するに至ることは當然であるから、Aが他の債權者を害することを知つてYの强制執行を誘致したものであること、(ニ)大審院判例（昭和八年一二月二八日民集三〇四三頁）の如く、破七五條の執行行爲を破七二條により否認する場合には、故意に其の執行を招致する關係に在るを要すべきも、その所謂執行を招致するとは、全然破産者に於て受動的默認の態度に出でたる場合は暫く措き、如上の如き狀態は之を含ましめるを相當とする、若し然らずとせんか執行行爲に對する否認は極めて寥々たるものがあること、等を擧げたのであつた。大審院は原判決を破毀し事件を原審に差戻した。

〔判旨〕「按ズルニ破産法第七五條ニ所謂强制執行ニ基キ同法第七二條第一號ニ當ル辨濟ヲ爲シタルモノト認メテ之ヲ否認スルニハ、(一)破産者ガ第七二條第一號所定ノ如キ惡意ヲ以テ故意ニ第七五條ノ强制執行ヲ招致シタル場合ノミニ止マラズ(二)若シ破産者ガ自ラ其ノ辨濟ヲ爲シタルモノト假定スレバ前記ノ如キ惡意ヲ以テ之ヲ爲シタルモノト認メラルベキ狀況ニ在ル場合ニモ均シク否認權ヲ行使シ得ベキモノト解スルヲ相當ナリトス（昭和八年（オ）第一五五一號同年一二月二八日當院判決參照）。今本件ニ付之ヲ觀ルニ(中略)破産者ノ行爲ガ前示(一)(二)ノ何レカニ該當スルヤ否ヤヲ審究シタル上本件請求ノ當否ニ付判斷ヲ爲スベキモノナリトス。然ルニ原審ハ想ヲ玆ニ致サズ、單ニ破産者ガ他ノ債權者ヲ害シ控訴人(被上告人)ノミニ利益ヲ與フル意思ヲ以テ故意ニ本件强制執行ヲ招致シタル事實ヲ確認スルニ足ラズト爲シ、輒ク上告人ノ請求ヲ排斥シ去リタルハ未ダ以テ審理ヲ盡シタリト謂フベカラズ。且法律ノ適用ヲ誤リタルノ失當アリ。」

〔評釋〕判旨には疑を容るべき餘地が極めて多い。この判旨は昭和八年一二月二八日の判例（民集三〇四三頁判民二一二事件）を全面的に繼承したものであるといへよう。卽ち、先づ、判旨は破産者が所謂危殆時機以前になした辨濟を破七二條一號により否認しうることを前提として居る。これに對しては、判旨がこれをその中核的問題として取上げてゐないことでもあるから、昭和八年の判例に對する評釋に於て示した私の判旨に反對の見解は未だこれを改める必要を認めないことを指摘するに止めたいと思ふ。

次に、又判旨は破七五條に所謂執行行爲に基き破七二條一號に當る辨濟を爲したりと認め否認しうるには、(イ)その執行を破産者が破七二條一號所定の如き惡意を以て故意に招致した場合のみに止まらず、(ロ)若し破産者が自らその辨濟を爲したるものと假定すれば前記の如き惡意を以て之を爲したるものと認めうべき狀況に在るを以て足ると解したのであつた。これを判例の傾向に徵するに、破産者が危殆時期以前に破七二條一號所定の惡意を以て故意に强制執行を招致した場合、換言すれば破産者が破産債權者を害する惡意の行爲（作爲たると不作爲たるとを問はず）に因りて通謀加工し、執行行爲を誘起し又は之を開始し追行せしめ或は執行を容易にし便宜を與へたる場合にはこの執行に基く行爲を否認しうることは異論の存せざる所であるが（前揭大審昭和八・一二・二八判決(民集三〇四三頁判民二一二事件)の外、大審昭和八・二二判決法律新報三五九號六四六頁、大控昭和六・六・二五判決評論二〇卷諸法五二五頁(新聞三二九八號九頁加藤研究九卷一二五頁參照)東地昭和一〇・四・二六判決評論二四卷諸法三八三頁)、若し破産者が自らその辨濟を

爲したるものと假定すれば前記の如き惡意を以て爲したるものと認めらるる場合には、執行行爲に基く行爲を否認しうるとの點に至つては、下級審の判決にして大審院のそれに合致せざるものがあるのが（前掲昭和八年の大審院の二判例はいづれも前者と併存的に肯定するが、前述の大控及び東地の判決は通謀加工の場合のみに否認しうるとなす。尙名古屋地昭和九・一〇・一六判決評論二四卷諸法六一頁は一層果敢に「差押債權者ニ於テ當時既ニ破產者ノ支拂ノ停止又ハ破產ノ申立ノ必要ナルベキコトヲ知リ從テ破產債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル轉付命令ハ破產者ノ之ヲ招致シタル場合ト區別スル理由毫モ無カルベク之ヲ同條第一號ニ該當セザルモノトシ否認權行使ノ圈外ニ置クコトハ破產財團ノ庇護ノ爲認メラレタル否認權ノ原則ニ背戾スルモノト謂ハザルベカラズ」ト論じ破產者の惡意を全然度外視して居るのは大審院の立場から一歩進めたものであらう）現狀である。惟ふに破七二條に所謂破產者の爲したる行爲とは、破七五條と關聯せしめて考察するときは、破產者の現實的行爲に限定すべきものではなく、これと同一視し得べき事情の存在を以て足ると解せざるを得ないであらう。しかし、如何なる事情の存在を以て破產者の爲したる行爲として考ふべきかは、破七二條各號によりそれぞれ異なるものと云はねばならぬ。卽ち破七二條各號の趣旨を斟酌して決すべきである。これを例へば破七二條二號について見ると、同號は破產者の行爲が客觀的に總債權者の平等辨濟を害する場合に破產者の意思に關せず一律に否認することを得しめることを目的とするから、この破產者の行爲と同一視せらるべき事情にして同號の適用を受くべきものの範圍も自ら之に照應して決すべきであり、從つてそれが執行行爲に基く場合に於ても、その執行行爲については破產者の通謀加工その他の事由を必要とせず、同號により否認しうると見るべきであらう（大審大正一四・一一・一二判決評論一五卷諸法一五頁、大審昭和一〇・一〇・三〇判決法學五卷五〇七頁參照）。これに反し、破七二條一號の場合には、破產者の行爲のみならず、破產者の惡意が要求せられ且この惡意と行爲との有機的關聯を否定無視し得ないから、破產者の行爲と同視すべき事情が存在しても、それはなほ破產者の意思との關聯を保持せねばならぬ。しかもこの關聯を擬制することは主觀主義に立つ破七二條一號の趣旨に反することにならうから贊成出來ない。而

して執行行爲は債務者の意思を無視强壓して行はれるものであるから、破產者が何等かの意味でこれに關與せざる限り、「惡意」と「行爲と同視せらるべき事情」との關聯は全く缺如して居るものである。かかる關與は破產者の何等かの意味での通謀加工（作爲不作爲を問はぬ）が認めらるる場合にのみ存すると解せられるのである。故に原審の態度に優れたるものありと思ふのである。ただ本件に於ては公正證書を作成した點に通謀加工を認める餘地は存しないだらうかと考へられた。

本件については板木郁郎氏（民商一〇卷四號七二六頁）前野順一氏（新報四九卷一一號一八一六頁）の批評がある。

（菊井維大）

四二　競賣申立取下の契約違背の競賣に對する債務者の不服申立の方法

民訴法五四四條・五四五條

昭和一四年六月一〇日民四部決定（昭一四（ク）二四四號、不動產競賣事件ノ競賣手續開始決定ニ對スル異議申立却下決定ニ對スル抗告事件）民集一八卷九號六一七頁

〔事實〕 仙臺區裁判所は昭和一三年一一月一七日債權者Y（競賣申立人・本件抗告の相手方）の申立により、債務者X（異議申立人・抗告人）に對する元金二千圓の債權に基く抵當權實行の爲めX所有の抵當不動產に付き競賣開始決定を爲した。Xは之に對し異議の申立を爲し、其の理由として本件競賣事件進行中訴外Aの斡旋により債務者Xが債權者Yに對し延滯利息一五〇圓及び競賣手續費用二五圓を支拂ふときはYに於て競賣申立を取下ぐべき旨の契約成立し、Xは其の約旨に從ひ昭和一四年二月二八日金一五〇圓及び金二五圓を支拂つたのであるから、Yは遲くも同年三月二二日競賣期日迄に競賣申立の取下書を競賣裁判所に提出しなければならぬのに、其の手續を爲さずに遂に競賣を爲さしめたるものなるが故に其の競賣は不當なりと主張した。仙