

キモノト云フヘシ假リニ右結納金ヲ返還スヘキモノトスルモ昭和八年三月十一日被告ハ結納金等ノ交付ヲ受ケ近日擧式スル運ヒト爲リ居リシニ因リ被告方ニ於テ親戚知友ヲ招待シ惜別ノ宴ヲ催スヘク準備中其ノ招宴ノ一兩日前ニ至リ突然原告ヨリ前記豫約解消ノ通知アリシカ爲急遽該宴ヲ中止シタリシカ既ニ其ノ準備トシテ招待客五十人分ノ料理材料等ヲ被告ニ於テ購入シ調理ヲ了ヘ居リシニ依リ被告ノ之ヲ要シタル出費百圓ハ全ク徒費スルノ結果ト爲リタルカ這ハ全ク原告カ喜代子トノ前記豫約ヲ故ナク解消シ之ヲ履行セザリシ爲被告ノ被リタル損害ナレハ原告ハ被告ニ對シ之ヲ補償スヘキ義務アルヤ勿論ニシテ加之原告カ喜代子トノ右婚姻豫約ヲ解消シ故ナク之ヲ履行セサルニ因リ母タル被告ハ精神上甚大ノ苦痛ヲ被リタルヲ以テ原告ニ之カ慰藉ノ責アルヘク其ノ慰藉料ハ被告カ質屋ヲ經營シ數萬圓ノ資産アルト原告ハ特段ノ資産ナキモ精米所ニ雇ハレ日常ノ生計ニ不自由ナキ状態トヲ考量ノ上金三百圓ヲ以テ相當トスヘク以上合計四百圓ハ原告ヨリ被告ニ支拂フヘキモノナルニ因リ之ヲ以テ前顯結納金二百圓ト對等額ニ於テ相殺ス敍上ノ理由ニヨリ被告ハ原告ノ本訴請求ニ應スルト能ハスト謂フニ在リ

第二審裁判所ハ本來結納ナルモノハ通例豫約當事者間ニ直接授受セラルルコトナク其ノ父又ハ之ニ代ルヘキ長上間ニ授受セラルルモノニシテ特ニ豫約當事者カ未成年者ナル場合又ハ獨立生計ヲ營ムニ至ラス其ノ父又ハ之ニ代ル長上ノ扶養ヲ受ケ居ルカ如キ場合ニ於テ特ニ然リトスルコトハ我國一般ノ慣習トシテ顯著ナル事例ニ鑑ミ被告主張ノ代理關係ヲ確認スル資料ナキノミナラス被告家ハ被告ト其ノ女喜代子トノ二人暮シニシテ喜代子ノ父ハ已ニ死亡シ喜代子ハ釜山高等女學校卒業後母タル被告ノ膝下ニアリ専ラ家事ノ手傳作法見習等ニ從事シ居リタルモノナルコトノ被告自陳ニ徵スレハ前示金員ハ原告ヨリ被告ニ授與セラレタルモノト認ムルヲ相當トストシ證據ニ依リ右婚姻豫約ハ其ノ後幾何ナラスシテ合意解除セラレタルコトヲ認メ得ヘキト

コト結納ハ他日婚姻ノ成立スヘキコトヲ豫想シテ授受スル一種ノ贈與ニシテ婚姻カ後日ニ至リ當事者ノ合意ニ因リ解除セラルル場合ニ於テハ當然ニ其ノ效力ヲ失ヒ給付ヲ受ケタルモノハ其ノ目的物ヲ相手方ニ返還スヘキ義務ヲ帶有スルモノナルカ故ニ特約ノ認ムヘキモノナキ限り被告ハ其ノ受ケタル結納金ヲ原告ニ返還スヘキ義務アルコト明カナリ從テ被告ノ豫約ハ合意解除セラレタルコトナク豫約不履行ノ責原告ニアリトノ抗辯ハ之ヲ容ルルニ由ナシ被告ハ更ニ事實摘示ノ如ク相手方ノ豫約不履行ニ因リ有形無形ノ損害ヲ蒙リタルカ故ニ其ノ賠償請求權ヲ以テ相殺ニ供スル旨抗爭スルモ豫約ハ合意上解除セラレタルモノナルコト前敍ノ如ク婚姻豫約不履行ニ因ル損害賠償ハ其ノ豫約當事者ノ有形無形ノ損害ヲ賠償スヘキモノナレハ其ノ當事者ニ非サル被告ノ出捐ヲ目シテ豫約不履行ニ因ル有形損害ト見又ハ其ノ精神上蒙リタリト主張スル苦痛ヲ同シク無形ノ損害ト見ルコト能ハサルハ當然ナルヲ以テ被告ハ原告ニ對シ右請求權ナキコト明ナリト判示シ原告ノ請求ヲ認容シタリ

### ○ 上告理由

上告理由第一點ハ原判決ハ「本來結納ナルモノハ通例豫約當事者間ニ直接授受セラルルコトナク其ノ父又ハ之ニ代ルヘキ長上間ニ授受セラルルモノニシテ特ニ豫約當事者カ未成年者ナル場合又ハ獨立生計ヲ營ムニ至ラス其ノ父又ハ之ニ代ル長上ノ扶養ヲ受ケ居ルカ如キ場合ニ於テ特ニ然リトスルコトハ我國一般ノ慣習トシテ顯著ナル事例ニ鑑ミ然カモ被告主張ノ代理關係ヲ確認スル資料ナキノミナラス被告家ハ被告ト其ノ女喜代

子トノ二人暮ニシテ喜代子ノ父ハ已ニ死亡シ喜代子ハ釜山高等女學校卒業後母タル被告ノ膝下ニアリテ専ラ家事ノ手傳、作法見習等ニ從事シ居リタルモノナルコトノ被告自陳ニ徴スレハ前示金員ハ原告ヨリ被告ニ授與セラレタルモノト認ムルヲ相當トス」ト判示セラレタリ然レトモ結納ナルモノハ婚姻豫約ノ當事者間ニ於テ結婚ヲ永久ニ記念スヘキ記念品ノ交換ナリ例ヘハ指環ヲ交換スル者モアリ又ハ衣類ヲ交換スル場合モアル可シ夫タル者ヨリ妻タル可キモノニ帶ヲ贈ル事モアリ之ニ對シ妻タル可キ者ヨリ夫タル者ニ對シ袴ヲ贈ル事モ往々アリ又現品ヲ贈ル代リニ帶料又ハ袴料ノ意味ニ於テ結納金トシテ現金ヲ以テ贈ル場合モアル可シ是等ハ孰レモ當事者間ニ互ニ記念品ノ交換ノ意味ニ於テ贈與スルモノナリ尤モ之カ交換ヲ爲スニ當リ當事者直接ニ交換スル場合モアル可シ又ハ媒酌人ヲ介シテ父母又ハ長上ノ手ヲ經テ當事者間ニ交換スル場合モアル可シ後者ノ場合ト雖父母又ハ長上カ授與セラレタルモノニアラスシテ是等ノ者ハ本人ノ代理又ハ單ニ取次ノ意味ニ於テ交付ヲ受クルニ過キス之我國ニ於ケル一般ノ慣習ナリ若シ夫レ原院判示ノ如ク父又ハ長上ニ授與セラレタリトセハ授與セラレタル父又ハ之ニ代ハル可キ長上ニ於テ一旦結納品又ハ結納金ノ所有權ヲ取得シ更ニ是等ノ者ヨリ本人ニ贈與スル事ト爲リ不條理ナルノミナラス實際ニ則セサル結果ヲ來スヘシ想フニ原判決ハ(第一審モ)大審院ニ於ケル結納ニ關スル判例ヲ墨守セラレタルモノナル可キモ斯ノ如キハ結婚ハ親權者間ノ契約ニ依リ成立スヘシトノ舊思想ノ時代ニ於テハ兎モ角民法ノ規定ニ基キ結婚ハ當事者ノ意思ニ依リ成立スル現代ニ於テハ到底首肯スル事ヲ得サル次第ニシテ要之原判決ハ結納ニ關スル法理ヲ誤解シテ前敍ノ如ク

判示セラレタルハ不法ノ裁判ナリト謂フニ在リ

### ○ 判決理由

然レトモ結納ハ婚姻豫約ノ成立ヲ確證スルニ在リテ其ノ授受ノ目的トスルトコロハ他日婚姻ニ因テ結合セラレル兩家ノ親睦情誼ヲ顯彰セントスルニ存ス從テ結納ハ通例豫約當事者間ニ直接授受セララルコトナク其ノ父又ハ之ニ代ルヘキ長上間ニ授受セララルヲ一般ノ慣習トサレハ本件ノ結納亦豫約ノ當事者タル喜代子ニ對シテ授與セラレタルニアラスシテ其ノ母被告ニ授與セラレタルモノト認定セル原判決ハ正當ナリト謂フヘク之ニ反スル論旨ハ採用シ難シ

### ○ 上告理由

同第二點ハ原判決ハ「原審證人窪茂八、三原知利、松岡新八ノ供述ニ依レハ右婚姻豫約ハ其ノ後幾何ナラスシテ合意解除セラレタルコトヲ認メ得ヘキトコロ結納ハ他日婚姻ノ成立スヘキコトヲ豫想シテ授受スル一種ノ贈與ニシテ婚姻カ後日ニ至リ當事者ノ合意ニ因リ解除セララル場合ニ於テハ當然ニ其ノ效力ヲ失ヒ給付ヲ受ケタル者ハ其ノ目的物ヲ相手方ニ返還スヘキ義務ヲ帶有スルモノナルカ故ニ特約ノ認ムヘキモノナキ限り被告ハ其ノ受ケタル結納金ヲ原告ニ返還スヘキ責務アルコト明カナリ」ト判示セラレタリ然レトモ原審ニ於ケル被告ノ主張(原審辯論調書及第一審判決摘示)及原審ノ採用セラレタル證人窪茂八、三原知利、松岡新八ノ證言ニ依レハ原告ト被告ト娘喜代子ト婚姻ノ豫約ヲ爲シ近日中ニ擧式スル運トナリ親戚、知友ヲ招待シ

惜別ノ宴ヲ催スヘク準備中其ノ招宴ノ一兩日前ニ突然原告ヨリ故ナク豫約解消ノ通知ヲ受ケタル爲急遽該宴會ヲ中止シタルモノナレハ解約ノ責原告ニアリテ喜代子ニ存セサルヲ以テ斯ル場合ニ於テハ結納金返還ノ義務ナキ旨主張セリ然ルニ原院ハ合意上解除セラレタルヲ以テ結納金返還スヘキ義務アリト判示セラレタルモ結婚ノ豫約ヲ爲シ結納金ヲ交付シタル以上ハ故ナク之ヲ解除スルカ如キハ結婚道德上許スヘカラサル事ニ屬ス即チ結納ハ一面ニ於テ豫約履行ノ擔保タルノ性質ヲ帶有セルヲ以テ正當ノ理由ナク之カ解除ヲ申込ミ相手方ヲシテ承諾セシムルノ止ムナキニ至ラシメタル時ハ相手方ニ對シ已ニ交付シタル結納ノ取戻ヲ爲スコトヲ得サルヤ我國一般ノ慣習ナリ然ルニ原院ハ本件婚姻ノ豫約ハ當事者合意上解除シタリト判示シ解除ノ申込ハ正當ノ理由アリシヤ否ヤヲ判斷セスシテ結納返還ヲ命セラレタルハ理由不備ノ不法アルニアラスンハ審理不盡ノ失當アリト謂ヒ

同第四點ハ本件婚姻ノ豫約ノ解消ハ原告ノ計畫的詐術ニ基ツクモノナルコトハ第一審以來原告主張ノ事實ニヨリ明瞭ナリ乃チ原告ハ「原告ニ何等疾病存セサルモ恰モ痲疾存スルカ如ク藉口シ喜代子ニ對シ右豫約ノ破棄ヲ申込ミテ事實上之ヲ解消セシメタリ（第一審判決原告主張ノ事實ノ摘示参照）」トノ供述之ナリ即チ原告ハ正當ノ理由ナクシテ婚姻ノ豫約ヲ破棄セントスルニ當リ自ラ子女ノ尤モ嫌忌スヘキ疾病ヲ有スルカ如ク詐稱シ以テ喜代子ヲシテ結婚ヲ斷念セシメント計畫シ恰モ己カ身上ニ傳染性花柳病タル痲疾ノ存スルカ如ク詐稱シ以テ虛構ノ事實ヲ喜代子ニ告ケ同人ヲシテ之ヲ眞實ナリト誤信セシメ以テ原告トノ婚姻豫約ヲ解消スル

外ナシト決意セシメタルモノナリ而シテ斯ノ如キ事實ナレハ本件婚姻豫約ノ解消ハ原告ノ一方的意思ニテ之ヲ行ヒタルヤ又ハ當事者ノ合意ニ出ツル解除ナルヤハ暫ク措キ其ノ何レタルヤヲ問ハス最モ憎ムヘキ原告ノ計畫的詐術ニ基キ本件婚姻豫約ヲ解消スルニ至リシ事洵ニ明瞭ナリシ若シ原告ニシテ正當ノ理由アルカ又ハ輕卒ナル婚約ヲ悔ヒ之カ解消ヲ爲サントスルニ於テハ媒酌人ヲシテ事理ヲ盡シ輕舉ヲ訖ヒ以テ解消ヲ求ムルニ於テハ訴外喜代子ニアリテモ其ノ豫約ノ履行ヲ強要スル筈ナキニモ不拘斯ル詐術ヲ行使シテ解消ヲ計リ且喜代子ハ年齢ヲ僞リ疾病ヲ隱匿シタリト詐稱シ之ヲ理由トシ之ヲ以テ結納金返還ヲ求メントスルハ公序良俗ニ反スル事甚シク決シテ法律ニ依リ保護セラルヘキ限りノモノニアラス依テ假ニ訴外喜代子カ豫約ノ解消ニ合意シタルコトアレハトテ之原告ノ計畫的詐術ノ結果ニシテ之カ爲原告ノ行爲ヲ合法ナラシムルモノニアラス寧ロ益々原告ノ解消行爲ヲ不法ナラシムルモノナリ又結納ハ豫約ノ解消ニヨリ常ニ必ス返還ヲ要求シ得ヘキモノニアラス又斯ル慣習モ存在セス寧ロ慣習ハ正當ノ理由ニ基カスシテ解消シタルトキハ解消者ヨリ被解消者ニ對シ其ノ返還ヲ求ムル能ハス反テ被解消者ヨリ不當ノ解消者ニ對シ之カ返還ヲ求メ得ヘキヲ例トス原院ノ引用セル證人窪茂八、三原知利、松岡新八ノ各證言モ亦此ノ慣習ヲ是認セルニヨリ明カナリ然ルニ原院カ本件豫約ノ解消原因如何又解消責任ハ何人ニ歸スヘキモノナルヤヲ審究セス單ニ合意解除ノ一事ニ因リ直ニ結納金還付ノ責務アルモノト判決セラレタルハ公序良俗ヲ無視セル不法ノ行爲ヲ保護セルニ等シク不法ノ判決ナリト謂フニアリ

## ○ 判決理由

然レトモ原判決ハ當事者ノ合意ニ依リ本件豫約ヲ解除シタルモノナル旨認定シ豫約不履行ノ責原告ニ在リトノ被告ノ抗辯ヲ排斥セルコト判文上明白ニシテ援用セル證據ニ依テ之ヲ認メ得ヘシ解除ノ合意ハ平和ニ豫約前ノ状態ニ復歸スヘキコトヲ内容トスルカ故ニ解除ノ申出カ孰レヨリ爲サレタルヤ若ハ其ノ申出ノ事由カ孰レニ在リタルヤハ其ノ效力ニ影響ナキトコロナレハ所論ノ如ク申出ノ事由等ニ付判断ヲ爲ササルヘカラスト云フコトナシ而モ原告主張ノ如クンハ原告ノ申出ハ寧ロ豫約ノ相手方本人若ハ被告家ノ名譽ノ爲ニ自己ノ不徳ヲ口辭ト爲シタリト謂フニ在リテ所論ノ如ク公序良俗ニ反スルモノト謂フヲ得ス論旨凡テ理由ナシ

## ○ 上告理由

同第三點ハ被告ハ原院ニ於テ惜別ノ宴會ヲ準備シ招待客五十人分ノ料理材料ヲ被告ニ於テ購入シテ調理ヲ終ヘタルニ原告ヨリ婚姻解除ノ通知ヲ受ケテ右宴會ヲ中止シタル爲金百圓ノ損害ヲ被リタルニ付之カ對當額ニ於テ相殺ヲ請求スル旨申立ヲ爲シタルニ原審ハ「婚姻豫約不履行ニ因ル損害賠償ハ其ノ豫約當事者ノ有形無形ノ損害ヲ賠償スヘキモノナレハ其ノ當事者ニ非サル被告ノ出捐ヲ目シテ豫約不履行ニ因ル有形損害ト見又ソノ精神上蒙リタリト主張スル苦痛ヲ同シク無形ノ損害ト見ルコト能ハサルハ當然ナルヲ以テ被告ハ原告ニ對シ右請求權ナキコト明カナレハ右抗辯ハ採用スルヲ得ス」ト判示セラレタリ然レトモ結婚ノ爲親族知己ノ惜別ノ宴會及結婚披露ノ爲ノ宴會等ハ普通父又ハ之ニ代ハル可キ長上ニ於テ其ノ費用ヲ負擔シテ爲スハ我國

一般ニ認メラルル慣習ナリ殊ニ本件被告ノ娘喜代子ノ結婚ニ付テハ被告カ一切其ノ費用ヲ出スヘキ關係ニアル事ハ勿論ナリ然ルニ原審ハ被告ノ出捐ハ結婚ノ當事者ニアラサル者ノ出捐ナレハ相殺ニ適セスト判示セラレタルハ不當ナルノミナラス原審ハ結納ハ喜代子ノ母ナル被告カ授與シタリト判示シ宴會ノ出捐ハ喜代子本人ノ出捐ナリト判示セラレタルハ全然反對ノ見解ヲ採リタルモノナリ即チ結納ハ本人カ授與セラレタルモノニシテ結婚ノ爲ノ惜別ノ宴會等ノ費用ハ本人ノ母タル被告カ出捐スルハ慣習上認メラレタル事例ニ屬スルニ拘ラス前示ノ如ク反對ニ判示セラレタルハ不法ノ裁判ナリト謂フニ在リ

## ○ 判決理由

然レトモ所論ノ相殺抗辯ニ供スル反對債權ハ原告ノ不法行爲ニ基ク損害賠償債權ニシテ原告ノ責ニ歸スヘキ不履行ニ依リ解除セラレタル爲被告ニ於テ所論ノ損害ヲ蒙リタリト謂フニ在ルトコロ原判決ハ豫約ハ合意解除ノ結果消滅シ原告ニ不履行ノ責ナキコトヲ認定セルコト前點ニ於テ述ヘタルカ如クナルカ故ニ假ニ被告ニ所論ノ出捐アリトスルモ之ヲ損害トシテ原告ノ責ニ歸スルヲ得サル次第ニシテ此ノ點ニ於テ所論ノ相殺抗辯ハ排斥ヲ免レス論旨引用ノ原判示ハ其ノ趣旨ニ於テ明確ナラサルモノアリトスルモ之ヲ排斥シタル結論ニ於テ正鵠ヲ失ハス論旨ハ理由ナシ

## ○ 上告理由

同五點ハ原院ハ「結納ハ他日婚姻ノ成立スルコトヲ豫想シテ授受スル一種ノ贈與ニシテ婚姻カ後日ニ至リ當

事者ノ合意ニ因リ解除セラルル場合ニ於テハ當然ニ其ノ效力ヲ失ヒ給付ヲ受ケタル者ハ目的物ヲ相手方ニ返還スヘキ義務ヲ帶有スルモノナルカ故ニ被告ハ其ノ受ケタル結納金ヲ原告ニ返還スヘキ責務アルコト明カナリト判示セラレタルモ婚姻豫約ノ當事者ト結納贈與ノ當事者カ全ク同一人ナルトキハ或ハ原院認定ノ如キ場合モ之アルヘシト雖本件ニ於ケル原院ノ認定ニ依レハ「本件婚姻ノ豫約及其ノ合意解除ハ原告ト訴外喜代子トノ間ニ成立シ」、「結納金ノ贈與ハ原告ト被告トノ間ニ成立シタルモノ」ト爲シアリテ婚姻豫約ノ當事者ト贈與契約ノ當事者トハ全ク相異セルモノト認定セラレタルコト原判文上明瞭ナル處ナレハ訴外喜代子ト原告間ノ婚姻豫約カ解除セラレタレハトテ其ノ結果婚姻ニ對シテハ第三者タル地位ニアル原告ト被告間ノ贈與カ當然其ノ效力ヲ失フヘキモノニアラス殊ニ本件被告ハ必ス婚姻成立ニ至ルモノト確信シ贈與金ノ一部ハ已ニ消費シ併カモ原告ノ不法策動ノ結果原告ト訴外喜代子間ノ婚姻豫約ハ解消セラレ之カ爲已ニ消費セラレタルモノハ全ク無益有害ニ歸シタルモノナレハ原告ト訴外喜代子間ノ婚姻ノ豫約解除ニヨリ原告ト被告間ノ贈與カ當然失效ニ依リ贈與金ノ返還ヲ要スルニ於テハ被告ハ之カ爲大ナル損失ヲ蒙ラサルヘカラス然ルニ原院カ右ノ如ク判示シタルハ當事者間ノ契約解除ノ契約效力ト第三者間ノ契約ノ效力トヲ混同セルモノニシテ契約解除ノ效力ヲ誤解セル不法ノ判決ナリト謂フニ在リ

○ 判決理由

然レトモ結納ハ一種ノ贈與ナルモ他日婚姻ノ成立スヘキコトヲ豫想シテ爲サルモノハナレハ擧式又ハ同棲ニ

先チ合意解除セラレ婚姻ノ終ニ成立セサルニ至リタリトキハ受贈者ニ於テ返還スヘキコト當然ナリト謂フク受贈者カ豫約當事者ト一致スルト否トニ因テ聊モ右ノ法理ニ消長アルコトナシ論旨ハ理由ナシトス

○ 貸金殘請求事件

昭和十年民上第二二四號 棄却  
昭和十年九月十七日民事部判決

【原告】	第二二四號	被控訴人	安瓊洙コト安敬	訴訟代理人辯護士	沈 相 直
【被告】	第二三〇號	上告人	金 昌 圭	訴訟代理人辯護士	水野正之亟
	第二三〇號	被上告人			
	【第一審】	京城地方法院	【第二審】	京城覆審法院	

○ 判示事項

抵當權ノ不當ナル實行ト不法行爲

○ 判例要旨

債權及抵當權ノ存スル場合ト雖債權者カ未タ抵當權ノ實行ヲ爲シ得ザル時期ニ於テ其ノ實行ヲ爲シ因テ債務者ヲシテ抵當物件ノ所有權ヲ喪

抵當權ノ不當ナル實行ト不法行爲  
抵當權ノ實行ヲ爲シ得ル時期  
妻ノ訴訟行爲ニ對スル夫ノ包括的許可ノ效力及許可ヲ證スル書面ノ解釋

ハシメタルトキハ債務者ニ對シ不法行爲ノ責ニ任スヘキモノトス

○判示事項

抵當權ノ實行ヲ爲シ得ル時期

○判例要旨

債權者ハ特約ナキ限り債務者カ履行遲滯ニ在ルトキニ於テノミ抵當權ノ實行ヲ爲シ得ルモノトス

○判示事項

妻ノ訴訟行爲ニ對スル夫ノ包括的許可ノ效力及許可ヲ證スル書面ノ解釋

○判例要旨

一、特定ノ訴訟ニ關スル限り妻ハ各審級ヲ通シ包括的ニ夫ノ許可ヲ受ケルコトヲ得ルモノトス

二、夫ノ許可書ニ反對ニ解スヘキ記載存セサルトキハ夫ハ各審級ヲ通シ包括的ニ許可ヲ與ヘタルモノト解スヘキモノトス

〔參照〕 民法第七百九條 故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス

同法第三百六十九條 抵當權者ハ債務者又ハ第三者カ占有ヲ移サスシテ債務ノ擔保ニ供シタル不動産ニ付他ノ債權ニ先チテ自己ノ辨濟ヲ受ケル權利ヲ有ス

地上權及ヒ永小作權モ亦之ヲ抵當權ノ目的ト爲スコトヲ得此場合ニ於テハ本章ノ規定ヲ準用ス

民事訴訟法第四十五條 當事者能力、訴訟能力及訴訟無能力者ノ法定代理ハ本法ニ別段ノ定アル場合ヲ除クノ外民法其ノ他ノ法令ニ從フ訴訟行爲ヲ爲スニ必要ナル授權亦同シ

同法第五十二條 法定代理權又ハ訴訟行爲ヲ爲スニ必要ナル授權ハ書面ヲ以テ之ヲ證スルコトヲ要ス第四十七條ノ規定ニ依ル當事者ノ選定及變更亦同シ

前項ノ書面ハ訴訟記録ニ之ヲ添附スルコトヲ要ス

○事實

原告ノ原審ニ於ケル請求原因ノ要旨ハ原告ハ昭和四年九月十三日被告ニ對シ金二千六百圓ヲ辨濟期ヲ昭和五年九月末日ト定メ貸與シ同時ニ擔保トシテ被告所有ニ係ル京城府太平通一丁目十六番地ノ三、土地建物ニ付抵當權ノ設定ヲ受ケタリ然ルニ過限辨濟ナキヲ以テ抵當權ヲ實行シ擔保物件ヲ競賣ノ結果元金中ニ金一千一百六十八圓五十二錢ノ支拂ヲ受ケタルモ被告ハ尙殘金ノ支拂ヲ爲ササルニヨリ本訴請求ニ及ヒタリ尙本件貸借金二千六百圓ハ被告主張ノ如キ傳貫契約ニ因リ成立シタル傳貫金ナルコトハ相違ナキモ其ノ消費貸借債權ノ辨濟期カ昭和五年九月末日ナルカ故ニ同期限ニ到リ債務辨濟ナキ限り直ニ原告ハ抵當權ヲ實行シ得ヘキコト勿論ニシテ被告ハ再三、再四債務辨濟方督促ヲ受ケタルニ拘ラス該期限ヲ徒過シタルニ依リ債權者タル原告ニ於テハ止ムヲ得ス昭和七年八月二十三日カ抵當權ノ實行ヲ爲シタルモノナリ而シテ原告カ競落シテ爾來引キ續キ之ニ居住占據セルコト相違ナシ、原告ハ右競落後家屋ノ腐朽破損甚シカリシ故多額ノ費用ヲ投シテ之カ修繕ヲ爲シタリ假ニ傳貫關係カ被告主張ノ如キモノナリトスルモ當事者間ニ於テハ特ニ甲第一號證ノ如ク單純ナル抵當權設定登記ニ依ル金錢消費貸借ト爲シ之ヲ遵守スルコトニ雙方同意シタルト共ニ京城附近ニ於テ慣習上行ハルル近世ノ傳貫契約ナルモノハ

抵當權ノ不當ナル實行ト不法行爲  
抵當權ノ實行ヲ爲シ得ル時期  
妻ノ訴訟行爲ニ對スル夫ノ包括的許可ノ效力及許可ヲ證スル書面ノ解釋

被告主張ノ如キモノニアラスシテ完全ナル質權又ハ抵當權設定ニ依ル金錢貸借契約ニ依ルモノナリト謂フニ在リ  
 被告答辯ノ要旨ハ原告主張ノ本件二千六百圓ノ貸借ハ所謂傳貫契約ニ因リ成立シタルモノナリ即其ノ内容タルヤ本件家堡  
 ヲ原告ニ貸與シ其ノ代リニ原告ヨリ右金二千六百圓ヲ傳貫金トシテ借受ケタルモノニシテ其ノ貸借金ノ利息ハ貸借家堡ノ賃  
 料ト相殺シ貸借金ノ辨濟ハ家堡明渡ト同時ニ爲スコト換言スレハ原告カ家堡ヲ占據スル間ハ被告ハ傳貫金ヲ返還スルヲ要セ  
 サル趣旨ノ約定ニシテ之カ金錢貸借債權擔保ノ爲本件抵當權ヲ設定シタルモノナリ斯クテ當時原告ハ右傳貫契約ニヨリテ被  
 告ヨリ家堡ノ引渡ヲ受ケ之ト引換ニ被告ハ原告ヨリ傳貫金ノ交付ヲ受ケ以テ原告ハ引キ續キ該家堡ヲ占據使用シ居レリ而シ  
 テ右金錢貸借債權ノ辨濟期ヲ昭和五年九月末日ト定メタルハ一應形式的ニ傳貫契約清算ノ基準ヲ決シタルモノニ過キスシテ  
 素ヨリ嚴格ナル意義ニ於ケルモノニアラス詳言スレハ一應此ノ時期ニ於テ傳貫契約ヲ清算シ家堡ノ返還ヲ受ケ傳貫金ノ返還  
 ヲ爲スコトヲ約セルニ止マル即被告ノ債務辨濟ト原告ノ家堡明渡トハ同時履行ノ關係ニ立タシムル約旨ナルカ故ニ右辨濟期  
 ハ爾ク重要性ノモノニアラス之レ當事者居住地方ニ於ケル慣習ニシテ亦本件傳貫契約ノ内容ヲ爲スモノナリ本件家堡ノ競落  
 當時ノ價格ハ三千六百圓ナル所原告ノ不法行爲ニ因リ廉價ヲ以テ競賣セラレ所有權ヲ失ヒタルニ依リ其ノ差額金二千四百三  
 十一圓四十八錢ノ損害ヲ蒙リタリ仍テ原告ニ對シ同額ノ賠償債權ヲ取得シタルニ付之ヲ以テ本訴債權ニ對シ相殺ニ供スト謂  
 フニ在リ

第二審裁判所ハ證據ニ依リ本件家堡ノ傳貫關係カ被告主張ノ如キモノナルコトヲ說示スルニ原告ハ昭和四年  
 九月十三日被告ヨリ其ノ所有ノ本件家堡ヲ借受ケ居住スルニ際リ之カ傳貫金トシテ二千六百圓ヲ被告ニ貸與  
 シ其ノ辨濟期ヲ昭和五年九月末日ト定メ擔保トシテ右家堡ニ抵當權ヲ設定セシメタリ而シテ傳貫金ノ利息ハ

之ヲ借受家堡ノ賃料ト相殺スヘク定メタルヲ以テ無利息無賃料貸借ノ約旨ニシテ之カ貸借金ノ返濟ハ右家堡  
 ノ明渡ト同時ニ爲スヘク從テ貸借金ニ付辨濟期ヲ約シタルハ他方家堡明渡ノ時期ヲ暗黙ニ定メタル趣旨ニ當  
 ルカ故ニ貸借金ハ之ヲ辨濟期ニ於テ返濟ヲ受ケ而モ同家堡ヲ返還セシテ依然占據使用スルカ如キハ固ヨ  
 リ其ノ約旨トスル所ニアラサルハ言ヲ俟タサル所ナルト共ニ該貸借金ノ履行期ハ家堡明渡ト金錢辨濟トノ同  
 時ニ爲スヘキ一應ノ清算期ヲ豫定シタルニ過キサルモノニシテ該家堡ノ返還ナキ限りハ貸借金ノ返濟方ハ之  
 ヲ請求シ得サル約旨ナリシコトヲ認定スルニ足ル 原告居住地方ニ於ケル傳貫ニ關スル一般慣習亦敍上ノ  
 如キ内容ノモノニシテ本件傳貫關係亦其ノ一般慣習ニ依據セルコト前敍引用ノ資料ニ徴シ認定スルコトヲ得  
 ルカ故ニ之ニ反スル原告ノ主張ハ其ノ理由ナキモノトストシテ之ヲ排斥シ然ラハ被告カ傳貫金二千六百圓ノ  
 一應ノ期限タル昭和五年五月末日ヲ徒過セリト爲シ原告自身ハ依然傳貫家堡ヲ占據使用シテ明渡ヲ爲サスシ  
 テ昭和七年八月中本件抵當權實行ノ舉ニ出テ同家堡ヲ競落シタル原告ノ所爲ハ明ニ前敍認定ノ契約ニ違背ス  
 ル不法行爲ナリト謂フヘク因テ被告ニ加ヘタル損害ハ原告ニ於テ之ヲ賠償セサルヘカラサルハ當然トス當審  
 鑑定人李興洙ノ鑑定ノ結果ニ據レハ其ノ當時(競落當時)ノ右家堡ノ價格ハ金千九百五十五圓相當ナルコト  
 ヲ認メ得ヘク其ノ中金千六百六十八圓五十二錢ハ既ニ原告ニ於テ債務中ヨリ控除セルカ故ニ殘金七百八十六圓  
 四十八錢ニ付被告ノ相殺ノ主張成立スルモノトス仍テ之ヲ傳貫金中ヨリ控除スルトキハ其ノ殘金六百四十五  
 圓ハ依然殘債務トシテ存在スルカ故ニ被告ハ之ヲ原告ニ支拂ハサルヘカラス仍テ本訴請求中右金六百四十五

抵當權ノ不當ナル實行ト不法行爲  
 抵當權ノ實行ヲ爲シ得ル時期  
 妻ノ訴訟行爲ニ對スル夫ノ包括的許可ノ效力及許可ヲ證スル書面ノ解釋

圓及之ニ對スル昭和九年十月二十一日(訴狀送達ノ翌日)ヨリ其ノ完済日迄年五分ノ遲延損害金ノ支拂ヲ求ムル部分ヲ採用シ爾餘ノ請求部分ハ排斥スヘキモノトスト判示シタリ

○ 上告理由

原告上告理由第一點ハ被告カ原告ヨリ本件金錢ヲ借用スルニ際リ被告所有ノ家堡ニ付抵當權設定登記ヲ爲シ且原告ヲシテ家堡ノ占有收益ヲ爲サシメタルコト當事者間爭ナキトコロニシテ形式ニ於テ抵當登記ノ方法ヲ取リタルモ實質ニ於テ質權設定ナルコト明瞭ナリ然ルニ原判決ハ本件貸借ニ對スル擔保トシテハ家堡ノ抵當權ヲ設定シタルニ止マリ別ニ同家堡ヲ原告ニ貸シタルモノト認メ恰カモノノ法律行爲ニ一個獨立ノ契約存スルモノノ如ク認定シタルカ如シ若然ラハ貸金ト家堡ノ占有トハ全然別個ノ關係ニ立テ貸金ノ辨濟ナキニ不拘家堡ノミヲ明渡ササルヘカラサル奇現狀ヲ生スルニ至ルヘク原判決カ一方ニ於テ債務辨濟ト家堡明渡トハ同時ニ履行スヘキモノト認メタルトコロニ依ルモ家堡ノ占有ヲ以テ債務ノ擔保ト爲シタルコト愈自明ナリ而シテ原判決ハ本件貸借ハ傳貫ニ胚胎セリトノ理由ノ下ニ貸金ナルト同時ニ傳貫ナルカ如ク判定シタレトモ抑モ傳貫ナルモノハ假令家屋ノ必要カ一方的動機ヲ爲シタルニセヨ他方ニ於テ借金行爲タルヤ勿論、家堡ノ占有收益ヲ以テ貸借金ノ擔保ト爲スコトハ全ク傳貫ノ生命トスルトコロニシテ誠ニ質權設定ニ依ル貸借ト認ムルヲ相當トスヘク然ラサレハ今日ノ法制ニ於テ依據スルトコロナク到底取引ノ安全ニ期スヘカラサルヲ奈何セン要スルニ原告ノ家堡ノ占有ハ本件貸金ノ擔保ニシテ貸金ノ辨濟ナキ限り之ヲ明渡スヘキニ非サルニ不拘

原判決ニ於テ原告カ家堡ヲ明渡サスシテ抵當權實行ヲ爲シタルヲ以テ不法行爲ナリト認定シタルハ傳貫契約ノ性質ヲ誤解シ當事者間ノ契約ノ解釋認定ヲ誤リ且理由ニ齟齬アル違法ノ裁判ナリ況ンヤ原告ノ抵當權實行ノ後半即チ貸金ノ一部辨濟ノ充當ニ付正當ナルコトヲ認メナカラ其ノ前半ヲ目シテ契約ニ違背スル不法行爲ナリト判示シタルハ甚シキ矛盾ナルニ於テオヤト謂フニ在リ

○ 判決理由

然レトモ本件傳貫契約ノ内容ハ原審證據ニ依リテ之ヲ認定シ明確ニ判示セルトコロニシテ夫レニ依レハ傳貫契約ニ於ケル目的不動産ノ占有カ當然質ノ性質ヲ有シ又ハ本件傳貫契約ニ於テ當事者カ特ニ質權ノ設定ヲ約シタリト云フカ如キハ原審之ヲ否定シタル趣旨ナルコト自ラ明カナリ本件家堡ノ占有移轉アリタルカ故ニ原告ハ其ノ上ニ質權ヲ有スト云フハ獨斷ニ過キス故ニ質權存在ヲ前提トシ本件契約ノ效力ヲ云爲スル論旨ハ到底採用ノ餘地ナシ若シ夫レ債權及抵當權ノ存スル場合ト雖債權者カ未タ抵當權ノ實行ヲ爲シ得サル時期ニ於テ其ノ實行ヲ爲シ因テ債務者ヲシテ抵當物件ノ所有權ヲ喪ハシメタルトキハ債務者ニ對シ不法行爲ノ責ニ任スヘキコト勿論ニシテ開ハ競賣手續自體ノ有效ナルコトニ因リ妨ケラルヘキモノニアラス左レハ論旨末段モ亦理由ナシ

○ 上告理由

同第二點ハ被告ハ被告ノ債務辨濟ト原告ノ家堡明渡トハ同時履行ノ關係ニ立タシムル約旨ナリト主張シナカ

抵當權ノ不當ナル實行ト不法行爲  
抵當權ノ實行ヲ爲シ得ル時期  
妻ノ訴訟行爲ニ對スル夫ノ包括的許可ノ效力及許可ヲ證スル書面ノ解釋



ラ原告ニ於テ家堡ヲ明渡ササレハ被告ニ對シ貸金ノ辨濟ヲ請求スルコトヲ得サルモノトナシ原告カ家堡ヲ占有セル儘抵當權實行ヲ爲シタルハ不法行爲ナレハ之ニ因テ原告ニ對シ損害賠償請求ノ債權發生シタルヲ以テ本件債務ト相殺スル旨抗辯シタリ然レトモ債務辨濟ト家堡明渡ト同時ニ履行スヘキ場合ニ於テ家堡ヲ先ニ明渡ササレハ債務辨濟ヲ請求シ得サルモノトセハ開ハ家堡明渡ヲ以テ先行條件ト爲スモノニシテ同時履行ノ法則ニ反スルヤ論ナク家堡ヲ占有シツツ債務辨濟ヲ請求スルコト同時履行ノ約旨ニ適合スルモノナリ即チ家堡ノ明渡ヲ條件トシテ債務ノ辨濟ヲ請求スルコトハ正ニ同時履行ノ請求ナレハナリ然ラハ原告ノ抵當權實行ニ依ル競賣申請（競賣終了迄ヲ含ム）ハ即チ債務辨濟請求ノ一ノ方法ニ外ナラサルモノナレハ家堡ヲ占有シツツ之ヲ爲シタレハトテ何等當事者間ノ同時履行ノ約旨ニ反スルコトナク且何等不法行爲ヲ組成スヘキニ非サルヤ明カナリ然ルニ原判決亦被告ノ債務辨濟ト原告ノ家堡ノ明渡ト同時履行ノ關係ニ在ルコトヲ認メナカラ原告ニ於テ先ニ家堡ヲ明渡ササレハ被告ニ對シ債務辨濟ヲ請求スルコトヲ得サル約旨ナリトシ原告カ家堡ヲ占有シツツ抵當權實行ノ競賣ヲ爲シタルハ同時履行ノ約旨ニ反スルモノト認メ進ンテ之カ不法行爲ナリトシテ損害賠償ノ責任アリト判定シタルハ同時履行ニ關スル法則ノ適用ヲ誤リ被告ノ主張スル契約ノ内容ニ矛盾ノ存スルコトヲ看過シ因テ矛盾相容レサル被告ノ抗辯ヲ採用シ且理由ニ齟齬アル違法ノ裁判ナリト謂フニ在リ

○ 判決理由

然レトモ原判決カ「家堡ノ返濟ナキ限りハ貸借金ノ返濟方ハ之ヲ請求シ得サル約旨ナリ」ト云ヒ又「原告自身ハ依然傳貫家堡ヲ占據使用シテ明渡ヲ爲サスシテ」抵當權實行ノ舉ニ出テタルハ不法ナリト云ヒタルハ原告自ラ家堡ノ返還義務ニ付辨濟ノ提供ヲ爲スニ非レハ適法ニ抵當權ノ實行ヲ爲シ得ストノ趣旨ニ歸スルコト本件家堡ノ明渡ト金員ノ返濟トカ同時ニ履行セラルヘキ約旨ナル旨ノ原判示ニ徴シ容易ニ推知シ得ルトコロトス蓋シ當事者雙方ノ債務カ互ニ交換的ニ履行セラルヘキ場合ニ於テハ各當事者ハ自ラ其ノ履行ノ提供ヲ爲スニ非レハ相手方ヲ遲滞ニ附スルヲ得サルト共ニ債權者ハ特約ナキ限り債務者カ履行遲滞ニ在ルトキニ限り抵當權ノ實行ヲ爲シ得ルモノト解スヘキヲ以テナリ斯ル場合抵當權ノ實行ヲ以テ請求ナリトシ請求ハ何時ニテモ爲シ得ルカ故ニ債務者カ遲滞ニ在ルト否トニ拘ラス其ノ實行ヲ爲シ得ルモノト論スルヲ得サルハ勿論ナリトス左レハ本件ニ於テ原告カ抵當權實行當時尙本件家堡ニ占據シ居リタルコトハ問題ニ非スト雖右實行ノ適法ナルカ爲ニハ約定契約存續期間經過後原告自ラ其ノ義務ノ履行ヲ提供シテ被告ニ金員ノ支拂ヲ求メ被告ヲ遲滞ニ附シタル事實ナカルヘカラス然ルニ被告ヲ遲滞ニ附シタリトノ事實ハ原告曾テ之ヲ主張シタル形迹存セサルカ故ニ原告ハ被告ニ對スル關係ニ於テ本件競賣ヲ爲シ得サルニ拘ラス敢テ之ヲ爲シタルモノト謂フノ外ナク原判決ハ其ノ行文盡ササルトコロアリト雖畢竟以上ト同様ノ趣旨ニ出テタルコト之ヲ通讀スルニ於テ了解スルニ難カラサルトコロトス論旨ハ獨自ノ見解ニ基キ原判決ニ副ハサル批難ヲ試ムルモノト謂フヘキニヨリ採用スルヲ得ス

抵當權ノ不當ナル實行ト不法行爲  
 抵當權ノ實行ヲ爲シ得ル時期  
 妻ノ訴訟行爲ニ對スル夫ノ包括的許可ノ效力及許可ヲ證スル書面ノ解釋

○ 上告理由

同第三點ハ被告ハ傳貫契約ノ主張トシテ「之當事者居住地方ニ於ケル慣習ニシテ亦本件傳貫契約ノ内容ヲ爲スモノナリ」ト即チ慣習ノ存在ヲ前提トシ之ヲ内容トスル契約アリト主張シタリ而シテ原判決亦「原告居住地方ニ於ケル傳貫ニ關スル一般慣習亦敍上ノ如キモノニシテ本件傳貫關係亦其ノ一般慣習ニ依據セルコト前敍引用ノ資料ニ徴シ認定スルコトヲ得」ト說示シ本件傳貫契約即チ一般慣習ナルモノハ(一)貸借金ノ辨濟ハ家堡ノ明渡ト同時ニ爲スヘキコト(二)貸借金辨濟期ハ暗黙ニ家堡明渡ノ時期ヲ定メタルモノナルコト(三)貸借金ノ履行期ハ家堡明渡ト金錢辨濟トヲ同時ニ爲スヘキ一應ノ清算期ヲ豫定シタルニ過キササルコト(四)家堡ノ返還ナキ限リ貸借金ノ返濟方ヲ請求シ得サルモノナルコトヲ認定シタリ然レトモ從前ノ傳貫ニ關スル一般慣習ハ(一)當事者間ニ於テ特ニ傳貫ノ期間ヲ定メサル場合ハ之ヲ百日間トシ(二)傳貫家屋ノ明渡ハ傳貫金ノ授與アリタル日ヨリ十日迄ニ之ヲ爲スモノ(傳貫契約締結ノ時及解除ノ時共ニ同一ナリ)ニシテ原審ニ於テ原告之ヲ主張シタルニ不拘原判決ハ敍上被告主張ノ如キ矛盾不條理ナル慣習アルカ如ク認メタル結果之ヲ内容ト爲ストコロノ傳貫契約ノ存在ヲ認メタルモノニシテ慣習ノ認定ヲ誤リタル違法アリト謂フニ在リ

○ 判決理由

然レトモ原審ハ證據シテ當事者カ判示ノ如キ約旨ヲ以テ傳貫契約ヲ締結シタルコトヲ認定スルト共ニ這ハ當事者居住地方ニ於ケル傳貫ニ關スル一般慣習ノ内容トモ一致スル旨附說シタルニ過キササルコト判文上明カナリ而シテ傳貫ノ如キ契約ニ在リテハ之ニ關スル一般慣習存スル場合ト雖當事者ニ於テ之ト異ル内容ヲ約定シ得ルコト勿論ナルカ故ニ假ニ原審カ慣習ノ認定ニ於テ誤リタル點アリトスルモ开ハ判決ノ結果ニ影響ナキモノトス

○ 上告理由

同第四點ハ原判決ハ甲第一號證ノ期限ニ辨濟セサルトキハ直ニ抵當物件ヲ競賣セラルルモ異議ナキ旨ノ特約ヲ以テ形式的例文ナリト認メタレトモ同號證ハ印刷用紙ヲ用ヒタリトハ云ヘ被告ニ於テ之ヲ作成スルニ當リ或ハ填書シ或ハ不必要ナル不動文字ヲ一々削除シ必要ナル部分ノミヲ存置シタルモノナルコトハ同號證自體ニ徴シ明白ナルニ不拘原判決カ漫然之ヲ例文ナリト認メタルハ當事者間ノ契約ノ解釋認定ヲ誤リタル違法アリト謂フニ在リ

○ 判決理由

然レトモ原審ハ原審證人金景圭ノ證言ニ依リ甲第一號證中所論ノ記載ヲ以テ拘束力ナキ例文ナリト認メタルモノニシテ右證據ニ依リ爾ク認メラレサルモノニアラス論旨ハ原審ノ適法ニ爲シタル證據判斷及事實認定ヲ非トスルモノナルヲ以テ採用ノ限ニアラス

○ 上告理由

同第五點ハ原判決ハ原告ノ抵當權實行ヲ以テ契約ニ違背スル不法行為ナリト認メ因テ被告ニ損害ヲ加ヘタル

抵當權ノ不當ナル實行ト不法行為  
抵當權ノ實行ヲ爲シ得ル時期  
妻ノ訴訟行為ニ對スル夫ノ包括的許可ノ效力及許可ヲ證スル書面ノ解釋

ヲ以テ之ヲ賠償セサルヘカラスト判斷シタリ蓋シ損害賠償ノ原因トナル不法行爲ト契約不履行トハ自ラ截然タル區別アルモノニシテ之ヲ混同スヘキニ非ス苟モ損害賠償ノ責任ヲ認ムルニハ必ス其ノ一ヲ擇ハサルヘカラサルニ原判決ノ如上説明ハ二個ノ原因競合ノ意ナリヤ將又契約不履行ニ因ル不法行爲ナルモノヲ認メタルモノナリヤ孰レニスルモ共ニ違法タルハ勿論而モ判文甚タ明瞭ヲ缺クモノニシテ理由不備ノ裁判ナリト謂フニ在リ

○ 判決理由

然レトモ原審ハ契約上抵當權ヲ實行シ得サル場合ナルニ拘ラス原告カ之ヲ實行シ因テ被告ヲシテ家堡ノ所有權ヲ喪ハシメタル事實ヲ以テ不法行爲ヲ構成スルモノト斷シタルモノナルコト原判文上明白ナリ論旨ハ原判決ヲ正解セサルニ出テタルモノニシテ理由ナシ

○ 上告理由

同第六點ハ原判決ハ傳貫契約アルヲ理由トシテ原告ノ抵當權實行ノ不法行爲ナルコトヲ認メタレトモ當事者間ノ貸借關係ハ甲第一號證ニ依ツテノミ存在スルモノナレハ少クトモ本件貸借關係ニ付テハ單純ナル抵當權設定ニ依ル金錢貸借ト爲シ之ヲ遵守スルコトニ付當事者間ニ於テ暗黙ニ意思ノ合致アリタルモノト認ムルヲ相當トスヘキニ不拘原判決カ漫然原告ノ同趣旨ニ出テタル主張ヲ排斥シタルハ失當ナリト謂フニ在リ

○ 判決理由

然レトモ原審ハ傳貫契約アルカ故ニ抵當權實行ヲ以テ不法ト認メタルニ非サルコト第二點ニ於テ説示シタルトコロノ如シ又本件抵當權ノ效力ヲ以テ反對給付ニ係ラサル消費貸借上ノ債務ニ對スル夫ト同視スヘキ特約アリタル旨ノ原告主張事實ハ甲第一號證中其ノ旨ノ記載(第四點參照)ト共ニ原審ノ否定シタルトコロニシテ他ニ之ヲ認ムヘキ證據ナキヲ以テ論旨ハ失當ト謂フノ外ナシ

○ 上告理由

被告上告理由第一點ハ原審ハ原告カ被告ヨリ傳貫金二千六百圓ニテ被告所有ニ係ル家堡ヲ借受ケ占據使用シ居リナカラ明渡ヲモ爲サス(傳貫トハ借用金ノ利子ト賃借家堡ノ家賃ト相殺シ貸借金ノ辨濟ハ家堡明渡ト同時ニ爲スモノナリ)傳貫契約當時ノ約旨竝ニ京城一般ニ行ハル慣習ヲ無視シテ被告ニ秘シ被告ノ知ラサル内ニ昭和七年八月中所謂抵當權實行ノ名目ノ下ニ同家堡ヲ競賣ニ付シタルハ明ニ契約ニ違背シタル行爲ナレハ被告カ被リタル損害ハ原告ニ於テ之ヲ賠償スヘキモノト認メ鑑定人李興洙ノ鑑定ノ結果ニ依リ昭和七年八月中競落當時ノ同傳貫家堡ノ價格金千九百五十五圓ヲ標準トシテ被告ニ六百四十五圓ノ辨濟義務ヲ認メタリ然レトモ被告カ本件家堡ノ競賣ニナレルヲ知リタルハ本件訴狀ノ送達アリタル日即チ昭和九年十月二十日ニシテ(送達證書及乙第一號證御參照)其ノ以前ハ全ク之ヲ知ラサリシモノナリ(證人金景圭及被告本人訊問調書御參照)然レハ原審カ原告ノ不法行爲(判決中ノ不法行爲モ債務不履行ノ意味ナルヘシ)ヲ認ムル以上被告ノ蒙リタル損害額算定ノ標準期日ヲ昭和九年十月二十日ニスルカ又ハ口頭辯論終結當時ニ爲スヘク競落

抵當權ノ不當ナル實行ト不法行爲  
 抵當權ノ實行ヲ爲シ得ル時期  
 妻ノ訴訟行爲ニ對スル夫ノ包括的許可ノ效力及許可ヲ證スル書面ノ解釋

當時ノ時價ヲ標準トスヘキニアラスト思料ス況ンヤ原告ハ被告ノ所在ヲ十分ニ知り得ルニ拘ラス（口頭辯論再開申請書御参照）被告ニ秘シ密ニ傳貫家堡ヲ競賣ニ附シ公示送達ヲ以テ從テ被告ニ對スル送達手續ヲ爲シ競落ニナリタル後モ滿二ケ年以上ヲ被告ニ隱秘シ置キ被告ニ對シ一言半辭モナカリシニ昭和九年十月二十日ニ至リ突然本訴ヲ提起シタル次第ニシテ原告否原告ノ夫タル金瓚泳（辯護士）モ良心ニ於テ躊躇シタルニ由ルモノナルヘシ要スル所原告カ被告ニ對シ賠償スヘキ損害額算定期ハ原審口頭辯論終結日タル昭和十年三月二十日ヲ標準トシテ鑑定人李興洙ノ鑑定ノ結果タル三千二百七十九圓（昭和十年三月一日現在）ニ依據シ算定スルニアラサレハ少クトモ被告カ其ノ損害ヲ受ケタルヲ知りタル日ヲ標準トシテ相殺スルヲ妥當トス（被告ハ當該競賣ヲ無効ニシ傳貫金二千六百圓及競落日以後ノ利子ヲ原告ニ返還シ家堡ヲ其ノ儘返還ヲ受クルコトヲ希望ス）鑑定人李興洙ノ鑑定ニ依レハ昭和九年ノ初頃ヨリ漸次物價騰貴シ云々トアルヨリ本件損害額算定ノ標準期ヲ昭和九年十月二十日ト爲スモ（被告ノ損害受ケタルヲ知りタル日）口頭辯論終結當時タル昭和十年三月二十日トナスモ其ノ價格ノ上ニ於テハ何等差異ナシ然レトモ原審口頭辯論終結當時迄被告ノ受ケタル損害額全部ヲ標準トシテ相殺計算スルヲ正當ナリト信スト謂フニ在リ

○ 判決理由

然レトモ被告ハ原審ニ於テ本件競賣カ不法行爲ニシテ之ニ因リ家堡ノ所有權ヲ喪ヒ其ノ競賣當時ニ於ケル價額ニ相當スル損害ヲ蒙リタリト爲シ相殺ノ主張ヲ爲シタルモノニシテ本件訴狀送達當時又ハ口頭辯論終結當時ニ於ケル其ノ價額ノ如キハ損害トシテ之ヲ主張シタル形迹ナシ左レハ原審カ此ノ點ニ付斟酌スルトコロナカリシハ當然ニシテ論旨ハ理由ナシ

○ 上告理由

同第二點ハ原告安敬ハ辯護士金瓚泳ノ妻ナレハ有夫ノ婦タル身分ヲ有スルモノナリ（記錄ニ編綴シアル戶籍謄本御参照）然ルニ原告カ本件訴ヲ提起スルニ當リ李漢吉辯護士ニ委任スル際モ御院ニ上告ヲ申立ツル際モ共ニ夫ノ許可ヲ受ケタル形蹟ナシ故ニ原告ノ訴訟行爲ハ全部無効ナルモノト思料スト謂フニ在リ

○ 判決理由

然レトモ原告ハ原審ニ於テ其ノ夫金瓚泳ノ許可書ヲ提出（記錄四一丁編綴）シタリ而シテ原審ハ被告ノ控訴ニ出テタルモノナルヲ以テ原審ニ關スル限り原告ハ訴訟行爲ヲ爲スニ付夫ノ許可ヲ要セス之ニ反シ當審及第一審ノ訴訟行爲ニ付テハ之ヲ要シ又ハ要シタルモノト謂フヘキモ特定ノ訴訟ニ關スル限り妻ハ各審級ヲ通シ包括的ニ夫ノ許可ヲ受ケタルヲ得ヘク其ノ授權ヲ證スル書面ニ反對ノ記載ナキ以上各審級ヲ通シ許可アリタルモノト推認スヘキモノトス右原告提出ノ許可書ニハ反對ニ解スヘキ記載ナキヲ以テ當審ニ於ケル原告ノ訴訟行爲カ適法ナルハ勿論第一審ニ於ケル其ノ訴訟行爲モ亦有效ニ追認セラレタルモノト謂フヘキニヨリ論旨理由ナシトス

抵當權ノ不當ナル實行ト不法行爲  
 妻ノ訴訟行爲ニ對スル夫ノ包括的許可ノ效力及許可ヲ證スル書面ノ解釋

### ○損害賠償請求事件

(昭和十年民上第二四二號 破毀差戻)  
昭和十年九月二十日民事部判決

【原告】	被控訴人	被上告人	西鮮米穀株式會社	右代表者取締役	趙定鏞
【被告】	控訴人	上告人	尹起弘	訴訟代理人辯護士	朴重鉉
				複訴訟代理人辯護士	韓澤重次郎
			【第一審】	平壤地方法院	【第二審】
					平壤覆審法院

#### ○判示事項

仲立業者又ハ代理商ト代理權

#### ○判例要旨

仲立業者又ハ所謂媒介代理商ハ當事者一方ノ爲ニ契約ノ締結ニ關シテ當然代理權ヲ有スルモノト謂フヲ得ス

【參照】 商法第三百五條 仲介人トハ他人間ノ商行爲ノ媒介ヲ爲スヲ業トスル者ヲ謂フ  
同法第三十六條 代理商トハ使用人ニ非スシテ一定ノ商人ノ爲メニ平常其營業ノ部類ニ屬スル商行爲ノ代理又ハ媒介ヲ爲ス者ヲ謂フ

#### ○事實

原告ノ原審ニ於ケル請求原因ノ要旨ハ原告ハ穀物貿易商ヲ營ミ被告等ハ其ノ肩書住所ニ於テ穀物商ヲ經營シ居ルモノナル處原告ハ昭和七年十一月十六日被告等ヨリ龜尾四等玄米二車(四百石)ヲ鎮南浦驛着値一石ニ付代金二十圓七十錢現品ハ同年十

二月二十日以内ニ受渡地ナル鎮南浦驛ニ積送ルヘク代金ノ支拂ハ荷爲替取組ノ方法ニテ爲スヘキ約定ニテ買受ケタリ然ルニ被告等ハ右賣買契約後玄米ノ價格騰貴シタル爲メ履行期ニ到ルモ之カ履行ヲ爲ササル爲メ原告ハ同年十二月二十二日頃被告等ニ對シ同月三十日迄ニ現品引渡期限ヲ猶豫シ履行ノ催告ヲ爲シタルモ之亦履行ヲ爲サスシテ猶豫期間ヲ徒過シタルニ付本訴ノ提起ヲ以テ被告等ニ對シ右賣買契約ヲ解除ス而シテ原告ハ被告等ノ契約不履行ニ因リ履行期ナル昭和七年十二月二十日ニ於ケル履行地鎮南浦ノ同種玄米ノ價格一石ニ付金二十三圓ト約定價格一石ニ付金二十圓七十錢ノ差額一石ニ付金二圓三十錢四百石ニ付金九百二十圓ノ得ヘカリシ利益ヲ喪失シタルニ付被告等ニ對シ之カ賠償ヲ求ム尙原告カ本件賣買契約ニ付被告等ニ對シ直接電報又ハ電話ヲ以テ承諾ノ通知ヲ爲シタルコトハナキモ仲介人金昌玉ニ對シテハ其ノ旨通知ヲ爲シタリ金昌玉ハ原告會社ノ專屬仲介業者ニシテ被告等モ其ノ事情ヲ承知ノ上最初玄米一石ニ付二十圓六十錢ヲ以テ賣却仲介方ヲ依頼シ相續セル用紙ニテ甲第一號證及乙第一號證ノ契約書ヲ作成シ之ヲ分離シテ被告ハ乙第一號證、金昌玉ハ甲第一號證ヲ各所持シタルモ其ノ後改メテ玄米一石ニ付二十圓七十錢ニテ賣却方ノ依頼アリタルニ付金昌玉ハ電話ヲ以テ原告ニ交渉シ一石ニ付二十圓七十錢ニテ買受ケテ承諾ヲ得タルヨリ甲第一號證ノ賣買契約書ノ賣買金額ヲ二十圓七十錢ト訂正シタル爲前記乙第一號證記載ノ金額ト相違ヲ生スルニ至リタルモノナルカ金昌玉ハ原告會社ノ專屬仲介業者ニシテ原告ノ代理權アルニ付原告ハ同人ニ對シ賣買ノ承諾ヲ爲セハ直チニ賣買契約成立スヘク別ニ被告等ニ對シ其ノ承諾ヲ爲ス必要ナシト謂フニ在リ被告等答辯ノ要旨ハ原告ハ穀物貿易商ニシテ被告ハ米穀賣買營業商ナルコト、玄米一車カ二百石ニ當ルコト及昭和七年十二月二十六日原告ヨリ被告等ニ對シ契約履行ノ催告アリシコトハ孰レモ之ヲ認ムルモ昭和七年十二月二十日頃ノ玄米一石ノ價格ハ不知ナリ被告兩名ハ昭和七年十一月十六日龜尾四等玄米各一車(一車二百石)ヲ代金一石ニ付金二十圓六十錢履行期同年十二月二十日、手附金一車ニ付金百圓ヲ賣買後五日間ニ支拂フコトト定メテ米穀仲介人タル訴外金昌玉ヲ介シテ原告會社ニ對シ賣却ノ申込ヲ爲シ其ノ際右金昌玉ノ要求ニ依リテ買受人ヨリ賣渡人宛及賣渡人ヨリ買受人宛ノ連續シタル各賣買契約書

仲立業者又ハ代理商ト代理權

用紙ノ買受人宛ノ分ニ賣渡人トシテ被告等ノ署名捺印及仲介人金昌玉ノ署名捺印ヲ爲シ又賣渡人宛ノ分ニ仲介人金昌玉ノ署名捺印シ右用紙ノ中央ニ被告等及金昌玉ノ契印ヲ爲シタル上右中央ヨリ之ヲ分離シ買受人宛ノ分(甲第一號證)ヲ金昌玉ニ交付シ賣渡人宛ノ分(乙第一號證)ヲ被告等ニ於テ保管シ履行場所、代金支拂方法等ハ原告カ賣買ノ承諾ヲ爲ス際ニ定ムルコトト爲シタルトコロ原告ハ其ノ後右賣買ノ承諾ヲ爲サス從テ手附金ノ支拂ヲモ爲サス且前記金昌玉ハ同月下旬頃被告等ニ對シ右賣買契約ハ締結シ難キ旨ヲ告ケタルヲ以テ被告等ハ直チニ右金昌玉ニ對シ前記賣買ノ申込ヲ撤回スヘキ旨ヲ告ケ金昌玉モ之ニ同意シタリ而シテ本件ノ如キ穀物賣買ハ買受人ニ於テ賣渡人ニ對シ買受ヲ爲スヘキ旨ノ書面及手附金(先約金ト稱ス)ヲ交付シテ成立スルモノニシテ該賣買契約成立セサルトキハ賣渡人ノ署名捺印シタル穀物賣買契約書ハ無効ニ歸スヘキコトハ穀物賣買上一般ノ商慣習ニシテ金昌玉ハ前記被告等ノ賣買仲介依頼ノ際被告等ニ對シ右事實ヲ明言シタルモノナリ然ルニ其ノ後昭和七年十二月二十六日原告ヨリ被告等ニ對シ前記ノ如ク契約履行ノ催告アリシヲ以テ被告等ハ之ヲ拒絕シ其ノ後原被告間何等ノ交渉ナカリシトコロ其ノ後穀價騰貴シタル爲金昌玉ハ其ノ所持ニ係ルモ無効ニ歸シタル前記賣買契約書(甲第一號證)記載中ノ代金二十圓六十錢トアルヲ二十圓七十錢ト擅ニ改竄シテ之ヲ原告ニ送付シ原告ハ當時破産状態ニ陥リタル爲之ヲ奇貨トシテ本訴ヲ提起シタルモノナリ以上陳述ノ點以外ノ原告主張事實ハ全部之ヲ否認ス仍テ本訴請求ニ應シ難シト謂フニ在リ

第二審裁判所ハ原告主張ノ如キ玄米賣買契約ノ成立セシヤ否ヤニ付案スルニ原審及當審證人金昌玉當審證人新井新藏ノ各證言ヲ綜合スレハ訴外金昌玉ハ原告會社ノ穀物取引ニ付同社ノ專屬仲介人ナルトコロ原告ノ代理人トシテ昭和七年十一月十六日被告等ト被告等ハ連帶シテ原告ニ對シ龜尾四等玄米二車ヲ代金ハ一石ニ付二十圓六十錢ニテ賣渡スヘク現品ハ同年十二月二十日迄ニ履行地タル鎮南浦驛ニ送付シ代金ハ荷爲替取組方

法ニヨリ其ノ支拂ヲ爲スヘク契約ヲ締結シタルトコロ其ノ數日後被告等ハ原告代理人タル前記金昌玉ニ對シ右賣買代金ノミヲ金二十圓七十錢ニ變更スヘキコトヲ申込ミ金昌玉ハ原告ノ承諾ヲ得タル上其ノ頃被告等ニ對シ其ノ承諾ノ意思表示ヲ爲シタルコトヲ認ムト説示シ被告等ノ各抗辯ヲ排斥シ仍テ進ンテ原告主張ノ如キ契約不履行ノ事實アリヤ否ヤニ付案スルニ原審證人金昌玉ノ證言ニ依レハ被告等ハ前記認定ノ本件賣買契約履行期迄ニ其ノ義務ヲ履行セサリシ爲原告ハ更ニ昭和七年十二月三十日迄ニ其ノ期限ヲ猶豫シタルニ拘ラス被告等ハ尙其ノ義務ヲ履行セサリシ爲原告ハ昭和八年一月十日頃被告等ニ於テ右契約ヲ履行スヘク若シ履行セサレハ契約ヲ解除スヘキ旨ヲ催告シタルコトヲ認メ得ヘク原告カ昭和九年九月十七日日本訴提記ヲ以テ右契約ノ解除ヲ爲シタルコトハ記録上明瞭ニシテ其ノ間相當ノ期間經過セルモノト謂フヘキヲ以テ右契約解除ハ有效ナルコト勿論ナリ然レハ被告等ニ右契約不履行ノ責任アルコト勿論ニシテ被告等ハ原告ニ對シ右不履行ニ因リ原告ノ蒙リタル損害ヲ賠償スヘキ義務アルヲ以テ其ノ數額ニ付審究スルニ原審證人金昌玉ノ證言ニ依レハ昭和七年十二月二十日日本件賣買履行地タル鎮南浦府ニ於ケル本件賣買ノ目的物タル玄米ノ價格ハ一石ニ付金二十三圓五十錢ナリシコトヲ認メ得ヘク從ツテ他ニ反證ナキ本件ニ於テハ前記認定ノ如ク其ノ後猶豫シタル期限タル同月三十日ニ於テモ右玄米ノ價格ハ一石ニ付金二十三圓以上ノ價格アリシモノト推定スヘキトコロ前記ノ如ク原告ハ其ノ主張ノ如ク穀物賣買ヲ營業トスルヲ以テ他ニ特別ノ事情ノ認ムヘキモノナキ本件ニ於テハ前記認定ノ賣買代金一石ニ付金二十圓七十錢ト右一石ニ付二十三圓トノ差額一石ニ付金二圓三十錢

賣買總石數四百石ニ付金九百二十圓ハ之ヲ原告ニ於テ當時得ヘカリシ利益ナリト謂フヲ得ヘク從テ原告ハ被告等ノ契約不履行ニ因リ該利益ヲ喪失シタルモノナルコト明瞭ナルヲ以テ被告等ハ連帶シテ原告ニ對シ右金九百二十圓ニ付損害賠償ヲ爲スヘキ義務アルモノトスト判示シ原告ノ請求ヲ認容シタリ

○ 上告理由

上告理由第一點ハ原審判決ハ金昌玉ノ代理權認定ニ付審理不盡理由不備採證法則ノ違背アリ原審判決ハソノ理由ニ於テ「、、、先ツ原告主張ノ如キ玄米賣買契約ノ成立セシヤ否ヤニ付案スルニ原審及當審證人金昌玉、當審證人新井新藏ノ各證言ヲ綜合スレハ訴外金昌玉ハ原告會社ノ穀物取引ニ付同社ノ專屬仲介人ナルトコロ原告ノ代理人トシテ昭和七年十一月十六日被告等ト被告等ハ連帶シテ、、、中略、、、契約ヲ締結シ、、、ト判示シタリ抑モ仲介(仲立)行爲ナルモノハ他人間ノ法律行爲ノ成立ヲ媒介スルニ止マルモノニシテ自己ノ名ヲ以テ當事者ノ爲ニ契約ヲ締結シ又ハ代理人トシテ契約ヲ締結スルカ如キハ媒介ト相容レサル行爲ニ屬シ仲介行爲ニ非サルモノナリ(大審院民事判決錄二一輯一六二四頁御參照)原審ハ所謂「專屬仲介人」ナル文字ヲ使用シ仲介人タル金昌玉ニ原告ノ代理權アルカ如ク判示シタレ共單ナル仲介人(仲立人)ニハ固ヨリ代理權アル筈ナク(前掲判決)假リニ「專屬仲介人」ナル文字ヲ「代理商」ノ意ニ解スルモ進ンテ媒介代理商ニ止マルヤ又ハ締約代理商ナリヤニ付判斷セサルヘカラサルモノナリ然ルニ原審ハ事茲ニ出テ漫然仲介人タル金昌玉ニ原告ノ代理權アルカ如ク認定シタルハ審理不盡ノ違法アリ假リニ仲介人カ代理人ヲ兼スルハ妨ナキ

所ナリトスルモ本件金昌玉カ原告ノ代理人タルニハ更ニ進ンテ其ノ代理權授與ノ行爲アリタルヤ否ヤヲ判斷セサルヘカラルニ原審證人新井新藏ノ證言ニ依レハ「、、、買主ニ於テ專屬仲介人ヲ使フトキハ買主ヨリ其ノ買受ケ度キ數量ヲ示シテ仲介ヲ依頼スルモノナルニ付仲介人ハ其ノ依頼ノ趣旨ニ從ヒ、、、云々」トアルニ依ルモ金昌玉カ原告ノ代理權ヲ有スル爲ニハ原告ニ於テ代理權授與ノ行爲少クトモ「買受ケ度キ數量ヲ示シテ依頼シタル事實」ノアリタルコトヲ要スルモノナリ況ヤ斯ル事務ノ委任アルモ必スシモ代理ヲ伴フモノニアラサルニ(問屋、仲買人等)於テオヤ茲ニ於テ先ツ授權行爲ノ有無ヲ判斷セサルヘカラサルニモ不拘漫然代理人ノ如ク判示シタルハ失當ナリト云フヘシ尙進ンテ原審證人金昌玉ノ訊問調書中「、、、證人ハ原告會社ノ專屬仲介業者ニシテ主ニ原告ノ爲ニ穀物賣買仲介ヲ爲シ居ルモノナルモ或ル穀物ヲ一先ツ原告ニ仲介シ其ノ買受ヲ交渉シ若シ原告カ之ヲ買ハサル場合ニハ齋藤又ハ加藤等他ノ精米業者ニ賣買ノ仲介ヲ爲ス、、、下略」旨供述シアル點及原告代理人ノ事實上ノ陳述中「、、、最初玄米一石ニ付二十圓六十錢ヲ以テ賣却仲介方ヲ依頼シ相接續セル用紙ニテ甲第一號證及乙第一號證ノ契約書ヲ作成シ之ヲ分離シテ被告ノ乙第一號證、金昌玉ハ甲第一號證ヲ各所持シタルモ其ノ後改メテ玄米一石ニ付二十圓七十錢ニテ賣却方ノ依頼アリタルニ付金昌玉ハ電話ヲ以テ原告ニ交渉シ一石ニ付二十圓七十錢ニテ買受クヘキ承諾ヲ得タルヨリ甲第一號證ノ賣買契約書ノ賣買金額ヲ二十圓七十錢ト訂正シタル爲、、、」トアル點等ヲ綜合スレハ金昌玉ハ原告ノ代理商ニモ非ス代理人ニモ非スシテ却テ單ナル仲介人ノ地位ニアルモノナルコトヲ推知スルニ足ル

モノナリ原審ハコノ明白ナル點ヲ看過シ代理權ナキ金昌玉ヲ原告ノ代理人ト認定シ契約不成立ヲ主張スル被告ノ抗辯ヲ排斥シタルハ採證ノ法則ニ違背シタル不法アリト謂フニ在リ

○判決理由

按スルニ仲立業者ハ當事者一方ノ爲ニ契約ノ締結ニ關シテ當然代理權ヲ有スルモノト謂フヘカラス代理商ニ在リテモ所謂媒介代理商ノ如キニ至リテハ亦同斷ナリトス原判決ハ訴外金昌玉ハ原告會社ノ穀物取引ニ付同社ノ專屬仲介人ナルトコロ原告ノ代理人トシテ云々ト判示シ係争買賣契約ハ原告代理人タル金昌玉ト被告トノ間ニ締結セラレタルモノト認定セルモ其ノ援用セル金昌玉ノ證言ニ依レハ其ノ第一審ニ於ケル訊問調書ニハ本件買賣ハ仲介業者タル證人カ仲介シタル旨及證人カ原告ノ代理トシテ被告ト契約ヲ締結シタル旨記載アリ更ニ第二審ニ於ケル訊問調書ニハ證人ハ原告ノ專屬仲介業者ニシテ本件買賣ヲ仲介シタルコトアル旨記載アリテ其ノ代理トシテナル供述ハ直ニ原告ノ適法ナル代理權ヲ得テ爲シタルモノト認ムルニ難キノミナラス仲立業者若ハ所謂媒介代理商カ當然代理權ヲ有スルモノト爲シ難キ以上其ノ全部ヲ綜合スルモ之ヲ認ムルニ足ラサルモノトス尤モ右第二審ノ訊問調書ニハ證人ニ於テ仲介シタリト供述セルニ引續キ被告ヨリ證人ニ對シ買賣價格ノ更正ノ申入レアリタルニヨリ證人ニ於テ原告ニ取次キタルトコロ原告ノ承諾アリタル旨ノ記載アルモ其ノ行爲自體ハ契約ノ締結ニ際シテ原告ノ代理權アリタルモノト認定スルニ難ク少ク共當初契約ノ締結カ原告ノ代理權ニ基キ爲シタル原判示認定ト相副ハス尙原判決ハ金昌玉ノ證言ノ外新井新藏ノ證言ヲ援用

セルモ同證言中本件係争買賣ニ關シ金昌玉ニ代理權アリトノ點ニ關スル限りニ於テハ同證人一個ノ意見ニ過キササルモノト見ルノ外ナシ果シテ然ラハ原判決カ金昌玉ノ如上ノ供述部分及新井ノ證言ヲ援用シテ同人ニ原告ノ代理權アリトスル趣旨ナルニ於テハ採證法則ニ反セルモノト謂フヘク論旨ハ理由アリ原判例ハ破毀ヲ免

○債權存在確認請求事件

(昭和十年民上第二八一號棄却)

【原告】 被控訴人 被上告人 西村 清七  
【被告】 控訴人 上告人 金 成 根 訴訟代理人辯護士 金 連 洙  
【第一審】 大邱地方法院 【第二審】 大邱覆審法院

○判示事項

民法第二十條ニ所謂詐術ノ意義

○判例要旨

民法第二十條ニ所謂詐術ノ意義



準禁治産者カ其ノ無能力ナルコトヲ隠蔽スル目的ヲ以テ相手方ニ對シ  
 自分ハ相當ノ資産及信用ヲ有シ債務ノ支拂容易ナル旨陳述シ仍テ相手  
 方ヲシテ貸借契約ヲ締結セシメタルトキハ民法第二十條ニ所謂詐術ヲ  
 用ヒタルトキニ該當ス

【參照】民法第二十條 無能力者カ能力者タルコトヲ信セシムル爲メ詐術ヲ用キタルトキハ其行爲ヲ取消スコトヲ得ス

### ○事 實

原告ノ原審ニ於ケル請求原因ノ要旨ハ原告ハ慶尙北道廳山林課ニ勤務スル官吏ニシテ被告トハ會テ一面識モナキ間柄ナルト  
 コロ昭和八年七月二十二日訴外林鳳圭及同李萬榮ノ紹介ニヨリ被告ニ對シ金千二百圓ヲ利息八月一分五厘、辨濟期ハ昭和九  
 年七月二十一日ト定メ且被告所有ニ係ル別紙目錄記載ノ不動産ヲ擔保トシテ貸與シタルトコロ意外ニモ昭和九年五月十一日  
 ニ至リ被告ヨリ同人カ準禁治産者ニシテ右貸借當時保佐人ノ同意ナク且其ノ後モ同意ヲ得ルコト能ハサルニヨリ被告ノ爲シ  
 タル前記金錢貸借行爲ヲ取消ス旨ノ通知ヲ受ケタリ然レトモ被告ハ原告ニ對シ右貸借申込ヲ爲スニ當リ既ニ昭和七年十一月  
 二十一日準禁治産ノ宣告ノ效力發生シ當時準禁治産者ナルニモ拘ラス故ラニ之ヲ默秘シ且準禁治産者ナルコトヲ隠蔽スル目的  
 ヲ以テ原告ニ對シ準禁治産宣告ニヨル保佐人開始届出ノ記載ナキ戸籍謄本ヲ示シテ能力者タルコトヲ信セシムル等ノ詐術ヲ  
 用キ原告ニ對シ其ノ借用スル金員ハ被告カ昭和八年五月二十九日訴外金洪範ナル者ヨリ被告所有ニ係ル前記土地家屋ヲ根抵  
 當トシ極度金額金千二百圓トシ借用シタル金員ノ辨濟並ニ海産物ノ買入資金ニ使用スルモノニシテ右根抵當權設定契約モ有  
 效ニ爲サレタルノミナラス被告ハ相當ノ資産信用ヲ有スルヲ以テ心配ハ無用ナル旨申向ケ以テ原告ヲシテ安心セシメタル上  
 右金千二百圓ヲ被告ニ交付セシメ其ノ二日後タル同月二十四日前記根抵當權設定契約書並ニ同解約證書ヲモ持參ノト原告ニ

提示シタルモノナレハ被告ヨリ右金員ヲ借用スルニ當リ詐術ヲ用ヒタルモノト謂フヘク從テ民法第二十條ニ則リ被告ハ準禁  
 治産者タルコトヲ原因トスル取消權ヲ有セサルモノナルヲ以テ前記取消ノ通知ハ無効ナリ仍テ前記貸借契約ハ存續スルモノ  
 ナレハ被告ハ原告ニ對シ金千二百圓及之ニ對スル貸借日タル昭和八年七月二十二日ヨリ完済ニ至ル迄特約ニ基ク年一割八分  
 ノ割合ニ依ル約定利息金並ニ遅延損害金ノ債務ヲ有スルヲ以テ之カ確認ヲ求ムル爲メ本訴請求ニ及ヒタリト謂フニ在リ  
 被告ハ左記以外ノ事實ヲ認メ而シテ其ノ答辯ノ要旨トシテ原告主張ノ根抵當權設定契約書並ニ同解約證書ヲ原告ニ示シタル  
 ハ原告ヲシテ被告カ能力者ナルコトヲ信セシムルカ爲メニ非スシテ前記貸借ニハ訴外金洪範ニ對スル一番抵當權設定登記カ  
 抹消セラレ原告カ一番抵當權者トナルコトヲ前提トシタルヲ以テ訴外金洪範ニ對スル一番抵當權設定登記カ抹消セラレタル  
 コトヲ示ス爲ニシテ詐術ヲ用ヒタルニ非ス從テ右取消ノ通知ハ有效ナリ仍テ原告ノ本訴請求ニ應ジ難シト謂フニ在リ

第二審裁判所ハ原被告間ノ貸借契約成立當時被告ハ眞實保佐人ノ同意ヲ得サリシコト原告ノ主張自體ニ徴シ  
 明カナル所ナレハ前記貸借ハ取消ノ通告ニヨリ有效ニ取消サレタルモノト謂フヘキカ如キモ原被告ハ從來一  
 面識無ク貸借成立ノ一兩日前始メテ面接シタル事情ニシテ而モ其ノ當時被告ハ準禁治産者ナルコトヲ默秘シ  
 借入金ハ訴外金洪範ニ對スル債務ノ辨濟並ニ海産物購入資金ニ充用スルモノナル旨原告ニ告知シタルコト當  
 事者間ニ爭無キ所ナルノミナラス原審證人林鳳圭ノ證言ニ據レハ前記ノ如ク準禁治産者ナルコトヲ默秘シ仲  
 介人タル林鳳圭及原告ニ對シテハ抵當不動産以外尙ホ資産ヲ有シ相當信用アリテ債務ノ支拂容易ナル如ク申  
 聞ケ原告ヲシテ冒頭説示ノ金員ヲ貸與セシメタル事實ヲ認メ得ヘキヲ以テ敍上各事實ヲ通觀スレハ被告ハ前  
 記貸借契約成立ニ付能力者タルコトヲ信セシムル爲メ詐術ヲ用キタルモノト認ムルヲ妥當トス然ラハ被告ハ民

法ノ規定ニ則リ前顯貸借契約ヲ取消シ得サルモノナレハ之カ取消ノ通知ハ其ノ效果ヲ生スルニ由ナク從テ原告被告間ノ貸借ハ尙存續スルモノニシテ被告ハ原告ニ對シ元金千二百圓及之ニ對スル貸付日以降完済ニ至ル迄年一割八分ノ割合ニ依ル利息並損害金支拂ノ義務アルヤ當然ナリ而シテ右債務ハ既ニ辨濟期到來シ居リ且ツ被告カ前述ノ如キ取消ノ通知ヲ爲シタル事實アルニ鑑ルモ原告カ本訴ニ於テ本件債權ノ確認ヲ求ムルニ付法律上利益アルコト論ヲ竣タサルトコロナレハ之カ確認ヲ求ムル原告ノ請求ハ正當トシテ認ムヘキモノトスト判示シ原告ノ請求ヲ認容シタリ

### ○ 上告理由

上告理由ハ原判決判示理由ニ依レハ(イ)原被告ハ從來一面談ナク貸借成立ノ一兩日前始メテ面接シタル事情ニシテ而モ其ノ當時被告ハ準禁治產者ナルコトヲ默秘シテ借入金ハ訴外金洪範ニ對スル債務辨濟並海產物購入資金ニ充用スルモノナル旨原告ニ告知シタルコト並ニ(ロ)仲介人タル林鳳圭及原告ニ對シテハ抵當不動産以外尙資産ヲ有シ相當信用アリテ債務ノ支拂容易ナルカ如ク申聞カセ原告ヲシテ本件貸借ヲ爲サシメタル事實ヲ認定シ之等ノ事實カ即チ民法第二十條ニ云フ處ノ所謂詐術ヲ用ヒタル場合ニ該當スルカ故ニ本件消費貸借契約ハ無能力者タル被告ニ於テ取消スコトヲ得サル旨判示セリ然レトモ民法第二十條ニ所謂「詐術ヲ用ヒタルトキ」トハ例ヘハ戶籍謄本ヲ偽造スルカ如ク相手方ヲシテ其ノ能力者タルコトヲ信セシムル爲積極的ニ詐欺ノ手段ヲ用ヒタル場合ヲ云フモノニシテ單ニ相手方カ能力者ナリヤ否ヤニ付無關心ナル場合ニ自己ノ無能力者ナルコトヲ告知セシテ默秘シ且自己ノ辨濟資力充分ナルコトヲ告知スルトカ又ハ營業資金ニ充當スルカ爲借用スルコトヲ明言スルカ如キ行爲ハ未タ之ヲ以テ詐術ト稱スヘキモノニ非サルコト學說判例ノ一致シテ疑ハサル處ナリ然ルニ原判決判示理由前段ニ依レハ結局本件被告ハ貸借當時原告ニ對シ自己ノ無能力者ナルコトヲ默秘シ且借入金ノ用途ヲ明言シタルニ過キサレハ之カ能力者タルコトヲ信セシメル爲ノ詐欺手段ナリトハ稱シ難ク判示理由後段ニ依レハ結局本件被告カ貸借當時自己ノ辨濟資力充分ナルコトヲ告知シタルニ過キサレハ之カ能力者タルコトヲ信セシメル爲詐術ヲ用ヒタルモノト云ヒ難キヤ明瞭ナリ何トナレハ世間何人ナリトモ他人ト貸借契約ヲ爲スニ當リ借入金ノ用途ヲ告知シ若クハ自己ノ辨濟資力カ充分ナルコトヲ明言スルカ如キハ社會取引ノ普通狀態ナルノミナラス殊ニ無能力者ニ於テハ自己ノ無能力者タルコトヲ積極的ニ告知セサルハ普通ナルニ不拘斯ル行爲アリタルヲ理由トシテ取消權ヲ消滅セシムルカ如キコトアラシカ無能力者ヲ保護スルカ爲ニ取消權ヲ與ヘタル法ノ精神ハ全ク滅却スルニ至ルヘケレハナリ然ルニ原判決ノ本件被告カ貸借當時無能力者タルコトヲ默秘シタル事實並ニ借入金ノ用途及辨濟資力充分ナルコトヲ明言シタルカ如キ事實ヲ理由ニシテ被告ノ取消權ヲ認メサルカ如キハ明カニ民法第二十條ノ解釋ヲ誤リタルモノニシテ違法タルヲ免レサルモノトスト謂フニ在リ

### ○ 判決理由

然レトモ民法第二十條ニ所謂詐術トハ無能力者カ取引ノ相手方ヲシテ自己カ能力者タルコトヲ誤信セシムル

爲ニ爲ス行爲ヲ指稱シ其ノ如何ナル行爲ヲ以テ之ニ該當スルモノト爲スヘキヤハ具體の場合ノ情況ニ因テ決セラルヘキトコロナリト雖準禁治產者カ其ノ無能力ナルコトヲ隱蔽スル目的ヲ以テ相手方ニ對シ自分ハ相當ハ資産信用ヲ有シ債務ノ支拂容易ナル旨陳述シ仍テ相手方ヲシテ貸借契約ヲ締結セシメタルトキハ同條ニ所謂詐術ヲ用ヒタルトキニ該當スルモノト解スルヲ相當トス蓋斯ル陳述ハ相手方ヲシテ債務ノ完済ヲ受クルニ聊モ危惧ナシトスルモノニシテ換言スレハ法律行爲ノ當事者トシテ完全ナル資格ヲ有スト謂フノ趣旨ニ他ナラス其ノ間自己ヲ以テ能力者ナリト確言シタルト異ルコトナケレハナリ原判決ノ確定シタルトコロニ依レハ被告ハ準禁治產者タルコトヲ默秘シ從來一面識モナキ原告ニ對シ金員借入方申入レ原告及仲介人タル林鳳圭ニ對シ自分ハ抵當不動産以外尙ホ資産ヲ有シ且相當信用アリテ債務ノ支拂容易ナル旨申聞ケ仍テ貸借契約及抵當權設定契約ヲ締結セシメタリト謂フニ在リテ右ハ被告カ準禁治產者タルコトヲ隱蔽スル目的ヲ以テ爲シタルモノト謂フヘク即チ右ニ所謂詐術ヲ用ヒタルトキニ該當スルモノナルコト明ナレハ同趣旨ニ出テタル原判決ハ正當ニシテ論旨ハ理由ナシ

### ○建物撤去土地明渡請求事件

(昭和十年民上第一五〇號一部破毀  
昭和十年九月二十七日民事部判決自 判)

【原告】 (附帶控訴人) 上告人 張 義 世

【被告】 (附帶被控訴人) 被上告人 倉 掛 喜 犬 訴訟代理人辯護士 平 井 澄 夫

【第一審】 咸興地方法院 【第二審】 京城覆審法院

#### ○判示事項

當事者雙方ノ不出頭ト判決言渡期日ノ變更

#### ○判例要旨

適法ニ指定セラレタル判決言渡期日ニ當事者雙方出頭セサル場合ニ於テ法廷ニテ右判決言渡期日ヲ延期スル旨宣言告知シタルトキハ之ニ依リ期日ノ變更ハ有效ニ告知セラレタルモノトス

【參照】 民事訴訟法第二百七條 決定及命令ニハ其ノ性質ニ反セサル限り判決ニ關スル規定ヲ準用ス  
同法第九十條(第一項略)

判決ノ言渡ハ當事者カ在廷セサル場合ニ於テモ之ヲ爲スコトヲ得

#### ○事實

當事者雙方ノ不出頭ト判決言渡期日ノ變更

原告ノ原審ニ於テ請求原因ノ要旨ハ原告ハ其ノ請求原因トシテ 咸鏡南道咸興府東陽里七十四番地ノ三垓六十五坪八合ハ原告ノ先代張弘述ニ於テ大正五年八月二十五日他ヨリ之ヲ買受ケ原告ハ大正十一年一月十九日右張弘述ノ死亡ニ依リ右土地ヲ相續シ爾來之ヲ所有シ來リタルカ被告ハ大正十一年中其ノ所有ニ係ル同里七十二番地同七十三番地同七十四番地ノ一及同七十五番地ノ一各垓地上ニ建物ヲ建設スルニ當リ不法ニモ右七十二番地及同七十四番地ノ一垓ト前記七十四番地ノ三垓トノ各境界線別紙圖面(イ)の線及同(ロ)の線ヲ夫夫踰越シ原告ノ所有ニ係ル右七十四番地ノ三垓中同圖面(イ)の各點ヲ連結セル個所此ノ面積二坪及同(ロ)の各點ヲ連結セル個所此ノ面積三合上ニ跨ラシメ之カ建物ヲ建築シ爾來擅ニ之ヲ占有スルニ依リ該各部分ニ對スル建物ヲ收去シ各之カ引渡ヲ求ム尙本件土地ハ原告先代張弘述ニ於テ大正五年八月二十五日訴外李用俠ヨリ(代金不詳)買受ケタルモノナリ被告提起ノ咸興地方法院昭和四年民第四九七號土地分割及所有權移轉登記手續履行請求事件ニ於テ本件ノ原告所有ノ二坪ヲ現在侵害シアル事實及原告カ被告ニ該土地ニ付所有權移轉登記ヲ爲スヘキ何等ノ特約ナカリシコトニ付確定判決ニ依リ既判力ヲ生シタルモノニシテ又信託又ハ所有權移轉登記ノ特約云々ハ荒唐無稽ノ論ナリ被告代理人ハ本件請求ヲ以テ權利濫用ナル觀念ニ擬依シ抗辯スルモ其ノ理由ナキコト左ノ如シ即被告ハ原告所有地カ被告所有地ノ殆ト前面ヲ領有シ大通リニ面シ在ルカ故ニ被告ノ店舗建築ニ大支障アリ被告ハ百方其ノ全部讓渡方ヲ交渉シタリ原告ノ記憶ニ殘ル仲介人モ十數人ナリキ他方被告ハ原告ノ勢力ノ微力ナルニ乘シ時ニハ脅威ニ近キ方法ヲ以テシ原告ノ現在ノ建物築造ノ時ハ原告カ却テ被告ノ土地ヲ侵害スルモノナリト強談ヲ持出シ建築用足場ヲ切斷シ又ハ隣地少許ノ立入又ハ足場ノ突出迄モ許サス告訴迄爲シ原告ハ無恙ニシテ咸興警察署ニ數日ノ拘留處分ヲ受ケタルコトサヘアリ(原告ハ法律ニ暗キ爲隣地使用權ヲ知ラサリシナリ)二階建物故ニ足場ナクシテハ建築スルヲ得ス已ムヲ得ス建築中途骨ノ組立ノ儘一年間雨洒ニ爲シ材木等大半ハ朽敗セシムル等原告當時ノ苦痛ハ多大ナリキ被告ハ其ノ再築ノ時原告ノ強固ナル異議アリシニモ拘ラス現在ノ建物ヲ建造シナカラ今日ニ至リテ權利濫用ヲ以テ其ノ防禦線ヲ布張セントスルハ餘リニ法律術語

ノ濫用ナリト謂ハサルヘカラス權利ノ行使ハ原則トシテ自由ナリ唯單ニ其ノ行使カ公序良俗ニ反スルトキニ於テノミ此ノ行使ヲ制限スヘキノミナリ權利ノ適當ナル行使ニヨリ他人ニ損害ヲ生スルモノヲ以テ權利濫用ト爲スヘカラス被告代理人カ本件明渡ニハ金千五百圓ヲ要スヘシト主張スルモ該二坪竝三合ハ現在醬油ノ置場ニシテ明渡ヲ爲スモ被告ニハ毫毛痛痒ナク且其ノ撤去費用モ金二三十圓以上ハ要セスト思料ス之ヲ濫用ト謂フニ於テハ過去及現在各裁判所ニ繫屬セル數多ノ土地明渡ノ訴訟等ハ皆權利濫用ト謂ハサルヘカラス之ヲ權利濫用ト爲スハ現在迄ノ判例竝ニ社會ノ一般通念的確信ニ背反セル主張ナリト信スト謂フニ在リ

被告代理人ノ答辯ノ要旨ハ被告ハ本件係爭土地ト隣接セル咸興府軍營通二丁目七十一番地(舊東陽里七十二番地)垓ヲ大正六年中訴外山田久吉ヨリ買受ケ其ノ後大正十一年四月中訴外任春植ヨリ(當時同人ハ李用俠ナル者ヨリ買受所有シ居リタルモ名義ハ李用俠ノ儘ナリシ)同府軍營通二丁目六十八番地(舊東陽里七十四番地ノ一)垓七十一坪ノ内八坪(但以前ニ張義世ニ賣渡濟ノ六十三坪ヲ控除セシ殘地全部)ヲ代金五百三十六圓ニテ買受ケタルカ關係者合意ノ上所有權移轉登記ハ李用俠ヨリ直接被告ニ爲スヘキ旨約定シ前記七十一坪ノ内八坪ノ分割申請ヲ爲シタル所如何ナル間違ニヤ六坪ノミヲ分割シタルヲ以テ更ニ殘餘二坪ニ付分割申請(此ノ二坪ハ本件係爭ノ二坪ニ該當ス)ヲ爲シタルモ當時府制施行前ニシテ地籍圖ハ千二百分ノ一ナリシ爲幅一、二尺位ニテ二坪位ノ分割ハ線ト線トカ重ナリ技術上分割不可能ノ爲許サレサリシニヨリ右二坪ハ一時之ヲ保留シ爾餘ノ六坪ノミニ付被告名義ニ所有權移轉登記ヲ了シタリ然ルニ原告ハ當時恰モ之ニ隣接セル垓六十三坪(即前記軍營通二丁目六十八番地(舊東陽里七十四番地ノ一)垓七十一坪ノ内六十三坪)ヲ自己名義ニ所有權移轉登記ヲ必要トスルニ至レルカ右二筆ハ前記ノ如キ事情ニヨリ分割不能ノ爲追テ府制施行後分割ノ上之ヲ被告名義ニ所有權移轉登記ヲ爲スヘキ旨原告間ニ特約ヲ爲シ一應之ヲ原告名義ニ信託(名義ノミノ信託)シ後日地籍圖カ六百分ノ一ニ變更セラレタル際分割スルコトト定メ右二筆ハ原告ノ所有ナリシ同府軍營通二丁目六十九番地(舊東陽里七十四番地ノ三)垓六十三坪ニ合

シ六十五坪トシテ土地臺帳記載ノ儘ノ坪數通り原告名義ニ所有權移轉登記ヲ爲シ置キ後日分割ノ上原告ヨリ被告名義ニ所有權移轉登記ヲ受クヘキ旨契約成立セシモノニシテ之ヲ要スルニ本件土地二坪ハ現在原告所有名義ノ同府軍營通二丁目六十九番地(舊東陽里七十四番地ノ二)堡六十五坪中ニ包含シ居ルコトハ認ムルモ前叙ノ如ク實質上被告所有ニ係ルモノナリ假ニ被告ノ答辯理由ナシトスルモ大正十一年五月下旬頃原被告間ニ原判決添付圖面中(イ)(ハ)ノ部分二坪ハ之ヲ現狀ノ儘存置スル旨合意アリタルモノナリ而シテ原告ノ請求ハ權利ノ濫用ニ出ツルモノナルニ付許サルヘキモノニ非ス即原告ハ隣地ニ住居シ住宅ヲ建築シ居ルモノニシテ今日二坪ノ土地カ欠缺シ居リタリトテ何等痛痒ヲ感セス是非二坪ヲ必要トスル理由一モナシ然ルニ被告カ此ノ二坪ヲ撤去スル爲ニハ莫大ノ損害ヲ生スルヲ願ミス(撤去ニハ概算少クトモ金千五百圓ヲ要ス)是非ニモ之カ撤去ヲ迫ルハ權利ノ濫用ニ外ナラス被告ニ於テハ原告ニシテ相當ナル償金又ハ地代ヲ要求スレハ自己ノ主張ヲ捨テ快ク此ノ要求ニ應スルニ吝ナラスト謂フニ在リ

第二審裁判所ハ咸興府軍營通二丁目六十九番地(舊東陽里七十四番地ノ三)堡ハ原告ノ所有、同府軍營通二丁目六十八番地(舊東陽里七十四番地ノ一)堡ハ被告ノ所有ナルコトハ當事者辯論ノ全趣旨ニ徴シ認メ得ヘク當審鑑定人朴鎔德ノ鑑定ノ結果ニ據レハ右兩地ノ疆界線ハ別紙圖面ニ示セル實地ノA B線ニシテ六十九番地堡ハ六十五坪八合、六十八番地堡ハ七坪五合ナルコト及被告ノ所有建物ハ右疆界線ヲ踰越シテ六十九番地堡中同上圖面A B C A各點ヲ連結セル個所此ノ面積一坪八合E F C D E各點ヲ連結セル個所此ノ面積二合二勺計二坪二勺上ニ跨リ建設シタルモノナルコトヲ認ムルニ十分ナリトシ右ニ反スル原告ノ主張及被告ノ抗辯ヲ排斥シ而シテ被告代理人ハ原告ノ請求ハ權利濫用ニ出ツルモノナルニ付許サルヘキモノニ非スト謂フニ付案

スルニ當審ニ於ケル檢證(二回)鑑定ノ結果及被告カ原告ヲ相手取りテ爲シタル別件訴訟ニ於ケル請求二坪ノ土地ハ本件係争土地即當審ニ於ケル昭和九年六月二十三日付檢證調書添付圖面ノA B Cニ該當スルコトノ争ナキ事實ヲ綜合考覈スルトキハ原告家屋ノ裏庭ニハ約五、六坪ノ空地アリ之ニ原告カ必要トスル便所ヲ施設シ得ルノ餘地ナシトセス又本件係争土地ヲ以テ便所ヲ設置セサルヘカラサルモノニモアラス而モ原告ニ於テハ從來ヨリ今日迄現狀ノ儘生活シ得タルモノニシテ將來亦現狀ノ儘依然生活シ得サル事情毫末モ存セス本件係争家屋ヲ撤去スルニハ勢ヒ前示A B C間ニ所在スル厚サ一尺高サ十數尺幅五、六間ニ及フ頑丈ニ作ラレアル煉瓦壁ヲ取除カサルヲ得サル關係ニ在ルカ故ニ其ノ取除工事ニ相當ノ費用ヲ要シ又之カ撤去ノ爲ニハ工場足場ノ設置及人夫等ノ出入ノ爲多大ノ費用ヲ要スルコト明瞭ナリ被告ハ之カ爲ニ本來ノ醬油、味噌等ノ販賣場所モ他ノ適當ノ場所ニ移轉セサルヲ得ス其ノ居室ノ如キモ使用不能ノモノヲ生スルニ至ルヘク營業上竝ニ生活上ニ幾多ノ脅威支障ヲ感スルコト推認スルニ餘リアリ而モ本件家屋撤去土地明渡ニヨリ保全サルヘキ原告ノ利益ト之ニヨリ蒙ルコトアルヘキ被告ノ損失(二千圓ヲ超ユ)トヲ對比考量スルトキハ殆ント其ノ間同日ノ論ニ非サルコト右引用ノ資料ニヨリ認定スルコトヲ得原告ノ提出援用ニ係ル總テノ證據ヲ以テスルモ右認定ヲ覆スヘキ心證ヲ得難シ而シテ當審證人倉掛スエノ供述ノ一部ニ據レハ原被告ハ相隣接シテ居住シ平和ナリシモ曾テ些細ノコトヨリ紛争ヲ生シ被告カ原告ヲ相手取り法廷ニ争ヒタル結果原告勝訴トナリシヨリ原告ハ却テ之ヲ奇貨トシ又他面被告ニ對スル報復的手段トシテ殊更ニ本訴提起ニ出テタル關係ナルコトヲ窺知シ

得ヘシ左レハ上來説示ニ徴シ本訴ハ原告カ被告ヲ徒ニ苦シメムカ爲ニ殊更訴訟ヲ遂行スルモノニシテ信義ニ反スルモノト謂ハサルヘカラス（原審證人任春植及倉掛スエノ各供述ノ一部ニ據レハ被告ノ本件家屋落成竣工後原告ハ事ニ託シテ被告ト争端ヲ開キタルモノニシテ雙方法廷ニ相争フニ到リタル結果感情益々紛争シタルモノナルコトヲ認定スルニ足ル）本來私權ノ行使ニ付テハ法令ニ依リ種々ノ制限ヲ附セラルルモ此ノ制限ナキ場合猶ホ亦權利者ハ無制限ニ其ノ權利ヲ行使スルコトヲ許サレサル制限ヲ受ク即チ之カ行使ハ須ク社會正義ニ立脚セル信義誠實ノ法則ニ依據セサルヘカラス我民法ニハ此點ニ關シ獨乙民法第二百二十六條ノ如キ明文ナシト雖權利ノ行使ニ關シ同様ノ實質的法則ノ適用セラレヘキハ社會生活ニ於ケル合理性ノ然ラシムル所ナリ然レハ本訴ニ於ケル原告ノ權利行使ハ明カニ濫用ニ墮セルモノト謂フヘク自己ニ痛痒ナキニ反シ被告ヲ被害スルコト多大ニシテ而モ殊更之ヲ目的トシ徒ニ訴訟ヲ遂行スルモノナルコト上來説示ノ如クナル以上法律ハ斯ノ如キ不正行爲ヲ保護スルヲ得サルハ言ヲ俟タス所謂公序良俗ニ反スル權利行使ノ保護ヲ求ムル原告ノ請求ハ之ヲ排斥スルノ外ナキモノトス（原告ノ正當ナル利益保全ノ道ハ他ニ在リテ存ス）仍テ原告ノ本訴請求ヲ排斥シ附帶控訴ハ失當ナリト判示シタリ

### ○ 上告理由

上告理由第一點ハ原判決ハ原告ノ爲シタル京城覆審法院昭和八年民控第六〇〇號附帶控訴ニ付其裁判書ニ付其記載要件ノ一部ヲ缺如シ當該裁判トシテノ效力ヲ發生スルニ由ナキモノニシテ違法ナル裁判タルヲ免レヌ

（昭和二年東京地方裁判所判決參照）即チ事實及争點ヲ摘示セス其判決主文ノ依ツテ生スル理由ヲ示ササルモノニシテ民事訴訟法第九十一條ノ規定ニ違背セルモノナリ（1）原判決ハ附帶控訴ノ目的物タル原判決附屬ノ別紙圖面E F C D各點ヲ連結セル個所三合ニ付其實關係ヲ摘示スルニ於テ事實及争點ノ摘示ヲ缺漏ス（原告ノ附帶控訴狀第二審ニ於ケル第一、二、三回準備書面參照）其缺漏部分ハ判決ニ重大ナル影響ヲ爲スヘキモノニシテ違法ナリ（大正六年大審院判例參照）（2）附帶控訴ニ對スル原判決附屬圖面E F C D各點ヲ連結セル個所三合ニ付キ被告ハ其建物撤去及土地明渡ニ付權利濫用トシテ明カニ争ヒタル事實ナキニ拘ハラス之ヲ原判決カ諸共ニ權利濫用トシテ請求ヲ棄却シタルハ被告ノ主張セサル事實ニ基キ被告ノ主張ハ凡テ二坪ニ關スルモノニシテ附帶控訴ノ部分ニ付テハ請求ノ棄却ヲ求ムル以外ノ判決ヲ爲セルモノニシテ違法ナリ（3）主文ニハ原告ノ附帶控訴ハ之ヲ棄却スト云フモ之ニ對シ二合二勺ヲ認メ原告主張ノ三合ハ認メサル外ハ棄却判決ノ依ツテ生スル理由ヲモ何等説示スルコトナク原判決ノ理由ハ單ニ本件請求タル二坪ニ對スル部分ノ請求棄却ノ理由タル權利濫用ニ對シ理由ヲ示スノミ附帶控訴ノ三合ノ部分ニ付同理由アリヤ否ヤ全然言及ナシ故ニ理由ヲ欠缺シタル判決ニシテ違法ナリト謂フニ在リ

### ○ 判決理由

然レトモ所論ノ三合ノ部分ニ付原判決ニ事實關係ノ摘示アルコトハ判文上明カニシテ被告ハ右三合ノ部分ニ付テモ權利濫用ノ主張ヲ爲スモノナルコトハ被告辯論ノ全趣旨ニ徴シ之ヲ認メ得ヘク原審ハ原告主張土地ノ

内二合八勺ニ付テハ原告ノ所有權ヲ否定シ其ノ餘ハ權利濫用ヲ理由トシテ其ノ請求ヲ棄却シタルモノナルコト判文上自ラ明瞭ナルカ故ニ原判決カ民事訴訟法第九十一條ノ規定ニ違背セリトノ論旨ハ理由ナシ

### ○上告理由

上告理由第三點ハ本件係争ノ二坪ハ咸興地方法院昭和四年民第四九七號土地分割及所有權移轉登記請求事件ニ依リ被告ノ土地ニ非サルコト確定判決ニ於テ確定シ依テ反面ニ於テ原告ノ所有ナルコト確定シタル該二坪ハ即チ本件係争土地昭和九年六月二十三日付檢證調書添附圖面ノABCニ該當スルモノト認定シ乍ラ本件請求ノ二坪ヲ以テ一坪八合ニ跨リ踰越セルモノト認定ヲ爲シタルハ被告其成立ヲ認メタル甲第一號判決ニ依リ争ハサル事實ニ誤リテ認定シタルノミナラス之ニ牴觸スル抗辯又ハ證據ハ其牴觸スル限度ニ於テ無効タルヘキナリ又本件二坪ハ前述ノ如ク確定判決ニ依リ被告ノ侵害ノ部分カ二坪ナルモノ反面的ニ確定セルモノニシテ之ニ反スル認定ハ判決ノ確定ノ既判力ニ違背セル認定ニシテ之ニ基キ爲シタル判決モ違法ナリト謂フニ在リ

### ○判決理由

然レトモ所論ノ甲第一號證據判決ハ被告カ原告ニ對シ所論ノ土地ニ付所有權移轉登記手續請求權ナキコトヲ確定シタルニ止マリ原告ノ所有權ノ存否ヲ確定シタルモノニ非サルコトハ判文自體ニ徴シ明カナルカ故ニ所論ノ如キ既判力アルコトナク又本件記録ニ徴スルモ被告ハ曩ニ確定判決ヲ經タル二坪ハ本件係争土地ノ一部ニ

該當スルコトヲ認メタルニ止マリ被告ニ於テ所論ノ二坪ヲ侵略占據セルコトヲ認メタル形跡ナキカ故ニ原審カ所論ノ坪數ト異ナル坪數ヲ認定セル點ニ付所論ノ如キ違法アルコトナシ

### ○上告理由

上告理由第六點ハ本件裁判ハ判決言渡期日ヲ昭和十年三月四日午前十時ト指定シタルニ不拘三月四日終日其判決ノ結果ヲ知ルヘク訴外實弟張禮世ヲ出頭セシメ其言渡ヲ待チタレ共何等言渡及決定ノ宣言ナキニ不拘三月七日午前十時ニ延期決定ヲ爲シタルモノトシ之ヲ當事者ニハ期日變更ノ通知ヲ爲サス三月七日判決ノ言渡ヲ爲シタルハ裁判公開及口頭辯論主義ノ法則ニ違背セル判決ナリト謂フニ在リ

### ○判決理由

然レトモ本件記録ニ徴スレハ原院ハ本來ノ判決言渡期日ナリシ昭和十年三月四日午前十時ニ開廷ノ上判決言渡期日ヲ同年三月七日午前十時ニ延期スル旨宣言告知シタルコトヲ認メ得ヘキヲ以テ之ニ依リ期日ノ變更ハ有效ニ告知セラレタルモノト謂フヘク變更セラレタル新期日ニ判決ヲ言渡シタルハ固ヨリ正當ニシテ假令曩ノ期日ニ當事者雙方カ出頭セサリシトスルモ之ニ對シ必スシモ呼出又ハ期日變更ノ通知ヲ爲ササルヘカラサルモノニアラサルカ故ニ論旨ハ理由ナシ

### ○上告理由

上告理由第二點ハ原判決ハ本件請求ヲ以テ之ヲ權利濫用ナリトスルモ其違法ナルコト左ノ如シ(1)權利行使ノ

逸脱ト其標準ハ蓋權利行使ノ意圖ニ出テタル爲ト雖權利者ノ故意又ハ過失ニ因リ法律ノ認メタル範圍ヲ逸脱スル方法ヲ以テ之ヲ行ヒタル爲他人ノ權利ヲ害シタル時ニ於テ權利ノ濫用ト爲ス(大正六年一月二十二日大審院判例、大正八年三月三日同上、昭和九年(レ)第六二二號大審院刑事部判例等參照)而テ其法ノ認ムル範圍ヲ逸脱スルヤ否ヤハ社會觀念上被害者ニ於テ認容スルモノト一般ニ認メラルル程度ヲ超過シタリヤ否ヤニ依リ決定スヘキモノトス(昭和九年(レ)第六二二號昭和十年三月大審院刑事部判例參照)本件請求ハ法律ノ認ムル範圍ヲ逸脱スル方法ヲ以テ之ヲ請求セルモノニ非ス蓋斯ル請求ハ全國到ル所ニ於テ惹起シ且經界踰越侵害者ニ對シ其建物撤去及土地明渡ヲ請求シ得ルモノニシテ之ヲ不法行爲トシテ違法性ヲ帶有スルコトナシ故ニ原判決ハ違法ナリ尙ホ權利濫用ナリヤノ標準ハ如何ナル損害ヲ生スルモ社會觀念上被害者ニ於テ認容スルモノト一般ニ認メラルル程度ヲ超越シタリヤ否ヤニ依リ決定スヘキモノナレハ原告請求ハ社會通念上被告ニ於テ認容スルモノト一般ニ認メラルモノニシテ其事例ハ原告ノ住居スル威興タケテモ數多アリ原告カ第一、二審ニ於テ提出セル過去ニ於テ訴外他人間及本件ノ被告及訴外他人間(金基天)ニ繫屬シタル各判決ニ依リ之ヲ窺知スルニ難カラス原告ノ請求ヲ以テ權利濫用ト爲ス法律評價ハ誤レリ(2)原判決ノ理由ニ依レハ被告ノ被害ヲ目的トシ徒ニ訴訟ヲ遂行スルモノトシ之ヲ以テ原告請求ハ權利濫用ナリトスルモ被告ノ被害ノ多大ヲ目的トシテノミ本件請求ヲ爲スモノトノ認定ハ事實ニ基カサル認定ト云ハサルヘカラス即第一審證人趙宗林、李熙根ノ證言ニ依ルモ本件二坪三合ニ對スル係争ハ被告ノ本件家屋落成竣工後原告ハ事ニ託シテ

被告ト争端ヲ開キタルモノニシテ雙方方法廷ニ相争フニ到リタル結果益々感情紛糾シ本訴ヲ感情的ニ提起セルモノニ非ラサルコト明カナルハカリテナク争ハ被告ノ本件家屋建築後ナリトノ原裁判ノ認定ノ基礎トナリタル證人任春植ノ昭和八年十月二十日京城覆審法院第一回檢證ノ際ニ於ケル證言及昭和九年六月二十三日第二回檢證時證言ニ依ルモ其争ハ被告ノ本件家屋落成後ニ非スシテ其以前起工當時ヨリ係争アリタルモノニシテ事實ニ基カスシテ爲シタル認定ニシテ違法ナルコト論ナシ依ツテ此ノ認定ニ基キ爲シタル權利濫用ノ判決ハ違法ナリ(3)却テ原判決其ノモノカ忌避申請事件ノ意見書ノ如ク第一審第二審共ニ原告カ徒ニ判事ノ忌避ヲ爲シ和解ノ勸告ニ從ハサルタメ或程度裁判所ト原告トノ間ニ益々感情紛糾シタルモノニシテ所有權ハ物權ノ基本權ニシテ其不可侵及保障ニ付憲法ハ特ニ規定シ自由主義的絕對的權利ナルヲ宣言スルニ依リ觀ルモノ之ヲ他ノ權利ヨリ重視スルハ勿論些細ナル被告ノ被害ノタメ其權利ヲ虛有ノモノタラシムル原裁判ハ憲法輕視乃至無視トモ稱シ得ヘシ、尙又原判決ノ結果竝其社會的影響ニ付考察シテモ其妥當性ヲ缺キ社會認識及通念ニ反シ公序良俗ヲ破壞シ積極的ニハ所有權侵害ヲ以テ當然權利視スヘキ危險ヲ誘導シ得ヘキ恐サヘアリ蓋シ例ヘハ安價ナル土地上ニ無斷ニ多額(土地價數百倍)ノ建造物ヲ爲シ置キ後日土地所有者カ爲ス撤去要求ヲ權利濫用ト爲スモノトセハ其惡影響ハ甚大ナルヘシ又境界踰越ニ關スル訴訟ノ殆ント全部ハ權利濫用ナルヘク引テハ法律制度乃至ハ認識ノ破壞ニシテ原判決ハ違法モ甚タシキモノナリ右本件ヲ以テ權利濫用トシテ排斥スルニ於テハ判決ニ於テ認定セル二坪二勺ハ法律上如何ナル權限ニ基キテ被告ハ建物ヲ建造シ占有シ得ルヤ其理



由ヲ示ササルヘカラス又原判決ノ如ク「原告ノ正當ナル利益保全ノ道ハ他ニ在リテ存ス」ト云フモ本件請求ニ付別途ノ救濟方法アルヲ以テ權利保護要件ヲ缺如シ權利濫用トナスハ違法ナリ(4)原告ハ被告カ第二審鑑定人池化龍ノ爲シタル取拂ニ付キ生スヘキ損害ヲ自辨スレハ其以上ノ費用若モアラハ原告ニ於テ負擔スト主張シタルモノニシテ原判決認定ノ如ク被告ノ被害カ過大ナルヘキモノニ非ラス依テ斯ル多大ノ損害ヲ被告ニ於テ生スヘキカ爲メニ權利濫用ナリトスル認定ハ違法ナリト謂フニ在リ

○判決理由

按スルニ權利ノ濫用アリヤ否ヤハ法律カ其ノ權利ヲ認メタル趣旨ヲ考察シ社會一般ノ正義觀念ト公序良俗ニ鑑ミ之ヲ認定スヘキモノナルトコロ原判決ノ認定セル事實ニ依リテハ未タ以テ原告ニ權利ノ濫用アリト斷スルニ難シ原審カ判示事實ヲ目シテ恰モ權利ノ濫用ナルカ如ク解シ原告請求ヲ排斥シタルハ敍上ノ法理ニ反スルモノニシテ破毀ヲ免レス

仍テ本件上告ハ權利濫用ノ故ヲ以テ原告請求ヲ排斥セル部分ニ付原判決ヲ攻撃スル點ニ於テハ他ノ論旨ヲ說明スル迄モ無ク之ヲ理由アリトスヘク其餘ハ理由ナシトスヘキトコロ本件ハ本院ニ於テ直ニ判決ヲ爲スニ熟スルモノト認ム即チ本件堡六十五坪八合カ原告ノ所有ナルコト、被告ノ所有建物カ右堡中別紙圖面A B C Aノ個所一坪八合及E F C D Eノ個所二合二勺上ニ侵入建設セラレアルコトハ原審ノ確定シタルトコロナルカ故ニ被告カ建物所有ノ爲本件土地ヲ占據シ得ヘキ正當事由アルコトノ主張ナキ本件ニ於テハ被告ハ該部分ヲ

收去シ土地ヲ原告ニ引渡スヘキ義務アルコト明カナリ故ニ原告請求ハ右範圍ニ於テ之ヲ正當トシテ認容スヘキモノトス然ラハ被告ノ控訴ハ理由ナク原告ノ附帶控訴ハ敍上二坪二勺ニ包含セラルル部分ニ付テ理由アルトコロ右ハ第一審判決ノ表示ト一致セサルヲ以テ之ヲ主文ノ如ク變更スヘキモノトス

○不當利得金請求事件

(昭和十年民上第二三九號一部破毀) 昭和十年九月二十七日民事部判決自(判)

【原告】 被控訴人 被上告人 陳 玉 文 訴訟代理人辯護士 盧 興 鉉外一人  
【被告】 控訴人 上告人 致榮コト 文 基 玉 訴訟代理人辯護士 孫 致 殷外一人

【第一審】 釜山地方法院 【第二審】 大邱覆審法院

○判示事項

商人ノ爲シタル過拂ト商行爲

○判例要旨

取引ノ相手方ニ對スル商人ノ債務履行ハ其ノ營業ノ爲ニスルモノト推定スヘク債務額ヲ超過シテ拂渡シタル金員ノ返還請求權ハ商行爲ニ因

商人ノ爲シタル過拂ト商行爲 民法第四百六十八條第一項但書ノ解釋

リテ生シタル債權ニシテ商事時効ニ關スル規定ノ適用ヲ受クルモノトス

○判示事項

民法第四百六十八條第一項但書ノ解釋

○判例要旨

民法第四百六十八條第一項但書ノ規定ハ異議ヲ留メスシテ債權讓渡ヲ承諾シタルコトヲ以テ返還請求權ノ發生原因トシ返還請求ノ物體ハ之ヲ讓渡人ニ拂渡シタルモノニ限り其ノ利息ヲ含マシメサル趣旨ニ解スヘキモノトス

【參照】 商法第二百六十五條 商人カ其營業ノ爲メニスル行爲ハ之ヲ商行爲トス

商人ノ行爲ハ其營業ノ爲メニスルモノト推定ス

同法第二百八十五條 商行爲ニ因リテ生シタル債權ハ本法ニ別段ノ定アル場合ヲ除ク外五年間之ヲ行ハサルトキハ時効ニ因リテ消滅ス但他ノ法令ニ之ヨリ短キ時効期間ノ定アルトキハ其規定ニ從フ

民法第四百六十八條 債務者カ異議ヲ留メスシテ前條ノ承諾ヲ爲シタルトキハ讓渡人ニ對抗スルコトヲ得ヘカリシ事由アルモノ之ヲ以テ讓受人ニ對抗スルコトヲ得ス但債務者カ其債務ヲ消滅セシムル爲メ讓渡人ニ拂渡シタルモノアルトキハ之ヲ取返シ又讓渡人ニ對シテ負擔シタル債務アルトキハ之ヲ成立セサルモノト看做スコトヲ妨ケス

(以下略)

○事實

原告ノ原審ニ於ケル請求原因ノ要旨ハ原告ハ大正十三年十二月二十二日鹽商賣資金ノ融通ヲ受クルタメ被告ニ對シ原告所有ニ係ル河東郡德陽面邑内洞一二七九番地坐三四坪及同所一二八一番地坐九十六坪及各地上建物ニ付抵當權ヲ設定シ登記ヲ經タル上金一千圓ヲ利息月二分五厘返濟期大正十五年二月末日ノ約ニテ之ヲ借受ケ其ノ後資金不足ノタメ更ニ被告ヨリ金百三十三圓八十八錢ヲ借用シタリ而シテ原告ハ右仕入商品ヲ河東方面ニ於テ賣却セルカ其ノ賣得金ハ前記債務ノ辨濟ノタメ其ノ都度被告ニ交附シ被告ハ其ノ所持ノ帳簿(甲第一號證)ニ其ノ旨記入シ來リ大正十五年四月二日(舊二月二十日)被告ト立會ノ上計算ヲナシタル處大正十四年舊四月十九日迄ニ前後二十八回ニ互リ合計一千四百二圓九十九錢ヲ支拂ヒ居リ之ヨリ前記借入金ノ元利金ヲ控除セハ、原告ヨリ被告ニ對スル過拂金二百二十九圓十錢アルコト判明シタルヲ以テ其ノ旨右帳簿ニ記入シ原告ハ其ノ後數回ニ互リ被告ニ之カ返濟ヲ求メタルモ被告ハ原告ニ對シ煙草賣却代金債權アリト稱シ之カ返還ニ應セサルノミナラス先之原告ハ文盲ニテ登記手續等不案内且又被告ヲ信用シ居タル關係上如上原告ノ債務辨濟ニヨリ曩ニ被告ニ差入レタル金一千圓ノ借用證書ノ返還竝ニ前記抵當登記ノ各抹消ヲ求ムヘキニ之ヲ等閑ニ附シ居タル處被告ハ之ヲ奇貨トシ右一千圓ノ外原告ニ猶一千百三十三圓九十九錢ノ貸金アリ原告ノ如上辨濟ハ之ニ充當セルヲ以テ前記一千圓ノ抵當債務ハ依然存續セルモノトシ昭和四年二月二十六日被告ノ妹塔タル訴外金在一ニ右一千圓ノ抵當債權ト共ニ該抵當權ヲ讓渡シ其ノ旨ノ登記ヲナシタルヨリ之カ讓受人タル同訴外人ハ再三之カ辨濟ヲ請求シ來リタルモ原告ハ該抵當債務ハ敍上ノ如ク既ニ被告ニ完済シタル旨續々辯明セルモ同訴外人ノ容ルル處トナラス該抵當權ノ實行ノミニ止ラス果テハ詐欺ノ告訴ヲモ辭セスト威嚇スルヨリ原告ハ如上辨濟ノ唯一ノ證據タル帳簿竝ニ借用證書カ被告ノ手ニアリテ他ニ之ヲ立證スルノ資料ナキタメ昭和五年八月二十日同訴外人ノ要求ニ應シ前記抵當土地ヲ以テ之カ代物辨濟ヲナスコトトシ之ニ必要ナル書類ニ捺印シ同訴外人ニ更ニ二重ニ辨濟スルノ己ムナキニ至レリ因テ原告ハ被告ニ對シ如上原告ノ過拂金二百二

商人ノ爲シタル過拂ト商行爲  
民法第四百六十八條第一項但書ノ解釋

十九圓十錢ニ付テハ被告ノ不當利得ヲ原因トシ如上抵當債務ノ二重辨濟ニ付テハ民法第四百六十八條第一項但書ニ基キ曩ニ該債務辨濟ノタメ原告カ被告ニ辨濟シタル金額中金一千圓合計一千二百二十九圓十一錢ノ返還竝ニ大正十五年四月二日計算ノ日ノ翌日ヨリ年五分ノ遅延損害金ノ支拂ヲ求ムルタメ本訴ニ及ヒタリ尙百三十三圓八十八錢ノ貸借ハ無利息ニシテ其ノ辨濟期ハ千圓口ノ辨濟期ト同一ニシ大正十四年一月十六日ヨリ同年五月十一日迄數回ニ之カ辨濟ヲ爲シタルモノナリ原被告雙方ハ農業者ニテ商人ニ非ス被告ノ債權讓渡ニ付原告ハ結局承諾シ代物辨濟シタル次第ナレハ民法第四百六十八條但書ニ依リ本件千圓ノ請求ヲ爲スモノナリト謂フニ在リ

被告答辯ノ要旨ハ原告ハ被告ヨリ借受ケタル一千圓ノ資金ヲ以テ釜山方面ニテ鹽ノ仕入レヲ爲シタルモ原告ハ仕入先ニ代金全額ヲ支拂ハス一部ハ引換證付ニテ被告ニ送荷シ其ノ立替ヲ求メタルヨリ被告ハ鹽賣却時期ノ關係ヲモ考慮シ旁々自己ノ融資ヲ以テナス原告ノ營業ヲ補助スル趣旨ヲ以テ其ノ依頼ニ應シ前後數回ニ互リ右引換證ノ金額竝ニ釜山河東間ノ運賃諸掛等ヲ原告ノタメ被告所持金ヨリ七百三十三圓河東南一物產株式會社ヨリ借用金四百圓ヲ以テ之ヲ立替支拂ヒ其ノ總額實ニ一千百三十三圓八十八錢ニ達シタリ而シテ被告カ右立替拂フナス場合ニハ其ノ都度被告所持ノ立替金受入帳(甲第一號證)支出ノ部ニ之ヲ記入シ原告ノ領收印ヲ受クルト共ニ之カ辨濟確保ノタメ立替金相當ノ現品ヲ被告倉庫ニ入レ之ヲ他ニ賣却ノ上之カ辨濟ニ充ツルコトトシ其ノ賣却代金ヲ被告ニ於テ受領セル場合ハ同帳簿收入ノ部ニ原告又ハ被告使用人鄭洪基ニ於テ其ノ旨記入シ原告記入ノ際ハ被告ニ於テ之ニ捺印シ其ノ計算ヲ明確ニシ來リタルカ大正十五年舊二月二十日原被告立會ノ上該帳簿記載ニ基キ清算ヲナシタル處收入ノ部一千四百四圓九十九錢アリ之ヨリ支拂ノ部即立替金一千百三十三圓八十八錢此ノ外被告ノ原告ヨリ受取ルヘキ庶代二圓立替金ノ利息トシテ當事者協定ノ上定メタル四十圓ヲ控除シタル殘額二百二十九圓十一錢ハ被告ニ於原告ニ支テ拂フヘキ計算トナリタルモ右ノ外被告ニハ原告ニ對シ如上擔保貸一千圓ノ債權ヲ有スルヲ以テノ其元利金ノ内金ニ充當スルコトトシ之ヲ原告ニ返還セサリシモノニシテ被告ハ右全額ヲ不當ニ利得セ

ルモノニ非ス而シテ原告ハ如上擔保貸一千圓ノ元利ノ辨濟ヲナササルノミナラス原告ニ何等誠意ノ認ムヘキモノナキ以テ被告ハ被告ノ妹婿タル訴外金在一ニ原告主張ノ頃右擔保貸一千圓ノ元利債權及之カ抵當權ヲ執レモ讓渡シ原告ハ同訴外人ニ對シ右債務ノ存在ヲ認メ當事者協議ノ上該抵當土地及同地上建物三棟ヲ一千五百圓ト評價シ同訴外人ニ於テ之ヲ買受ケ其ノ代金中一千圓ヲ以テ該抵當債務ノ元利金ヲ全部皆済スルコトトシ殘五百圓ハ同訴外人ヨリ原告ニ支拂ヒタル處原告ハ昭和七年十二月中名ヲ閱覽ニ藉リ如上立替金受入記入帳ヲ被告ヨリ借受ケ持歸リタルマ、之ヲ返還セス剩ヘ被告ノ立替金一千百三十三圓八十八錢ノ記入頁竝ニ全帳簿ニ貼付シアリタル右立替證據書類タル貨物引換證數葉ヲ擅ニ破棄シタル上原告ノ辨濟金記入頁ノミヲ殘シ該帳簿ヲ利用シ被告ノ如上立替金一千百三十三圓八十八錢ヲ僅百三十三圓八十八錢ナリトシ原告ノ被告ニ對シ負擔セル債務金ハ前記擔保貸一千圓及立替金百三十三圓八十八錢ナル旨虛構シ前記四月二日ノ計算ニ於テ之カ元利金ヲ皆済シタル旨主張スルモ原告ノ被告ニ對スル擔保貸一千圓ハ右計算ニ於テ辨濟ヲ受ケタルモノニ非ルコト敍上ノ如ク該債權ノ讓受人タル訴外金在一ニ對スル原告ノ辨濟ハ其ノ主張ノ如ク二重辨濟ヲナシタルモノニ非サレハ原告ノ請求ハ以上孰レモ理由ナキヲ以テ之ニ應スル能ハス尙本件千圓ノ請求ハ鹽商人タル原告及貸金營業者タル被告間ノ商行爲ニ關スルモノナル故既ニ五年ノ時効ニヨリ消滅セルモノナリ又千圓ノ債權讓渡ハ原告ノ承諾セス支拂ヲ拒絕シ得ヘク又現ニ拒絕シタル以後ニ爲シタルモノナレハ民法第四百六十八條但書ノ適用サルヘキ限リニ非スト謂フニ在リ

第二審裁判所ハ證據ニ依リ被告代理人主張ノ立替金債權ノ成立事實ハ認ムルニ足ラサルカ故ニ原告ノ自認スル右二口債權以外ニハ被告ノ原告ニ對スル右千圓ノ立替金債權ノ主張ハ採用セストシ然ル處成立ニ爭ナキ甲第一號證ノ一ノ記載原審證人李圭詰、林順佐ノ供述ヲ綜合スレハ原被告間ニハ大正十四年一月十六日ヨリ大正十五年四月二日(同年陰二月二十日)迄ノ間右二口債權ニ關シテ取引關係アリ被告ノ受入金數回金千四百四

商人ノ爲シタル過拂ト商行爲  
民法第四百六十八條第一項但書ノ解釋

圓九十九錢ニ上リ同日雙方間之カ計算ヲ遂ケテ之ヲ右貸借金千圓別口債權百三十三圓八十八錢並之等ノ利息等ニ充當シ同日現在被告ノ過拂金二百二十九圓十一錢ニ達シタルモノナルコトヲ認メ得ヘシ乙第二乃至五號證記載原審證人金在一ノ供述中此認定ニ反スル部分ハ信用セス然ルニ被告カ昭和四年二月二十六日訴外金在一ニ右千圓ノ貸借債權及其抵當權ヲ讓渡シタル爲昭和五年八月二十日原告カ其主張ノ如ク同人ニ同抵當土地建物ヲ以テ代物辨濟ヲ爲シタルコトハ爭ナシ而カモ右代物辨濟ノ時原告カ右債權讓渡ニ付異議ヲ留保シタルコトノ立證ナキノミナラス原審證人金平吉ノ證言ニヨレハ原告ハ異議ヲ留メス右讓渡ヲ默示的ニ承諾シタル上右代物辨濟ヲ爲シタルモノト推認スルヲ相當トスヘク成立ニ爭ナキ乙第四號證ハ其作成カ右代物辨濟ノ時ヨリ遙カ以前ノモノナレハ之ヲ以テ直チニ右認定ヲ覆ヘスニ足ラス然ラハ被告ハ原告ノ右過拂金二百二十九圓十一錢ヲ不當ニ利得シ原告ニ損害ヲ加ヘタルヲ以テ之ヲ返還スヘク右千圓ニツイテハ辨濟ヲ受ケタル後之ヲ讓渡シ同讓渡ニ付原告カ異議ナク承諾シタル場合ナレハ原告ノ此過拂金ハ之ヲ原告ニ返還スヘク之等ニ付惡意取得者ト推認スヘキ被告ハ右返還金ニ之カ利得ノ日タル右計算ノ日ノ翌日ナル大正十五年四月一日ヨリ完済迄年五分相當ノ利息ヲ附加支拂フヘキモノトス又之等債務ノ發生原因ハ右認定ノ如クニシテ縱令當事者カ商人ナリシトスルモ直接商行爲ニ起因セサルモノト認ムヘキヲ以テ被告代理人ノ商事時効ノ主張ハ採用セスト判示シ原告ノ請求ヲ認容シタリ

## ○ 上告理由

上告理由第一點ハ民法第七百五條ニ依リ所謂非債辨濟ハ其ノ當時債務ノ存在セサル事ヲ知リタルトキハ不當利得トシテ返還請求ヲ爲シ得サルモノニシテ債務者カ讓渡人ニ對シテ對抗スヘキ債務辨濟ノ事實ヲ以テ異議ヲ申立テ讓受人ニ對抗シタル後ニ改メテ其ノ讓受人ニ對シテ二重ニ債務ヲ辨濟シタル時ハ是レモ所謂非債辨濟ニシテ其ノ當時債務ノ存在セサル事ヲ知リテ爲シタル辨濟ナレハ不當利得トシテ其ノ返還請求ヲ爲シ得ス且民法第四百六十八條第一項但書ノ規定ヲ適用シ得サルモノナルヘシ而シテ本件ニ於テハ原告ノ主張自體ニ依ルトキハ原審援用ノ第一審判決摘示事實中前略「其ノ請求原因トシテ原告ハ大正十三年十二月二十二日云々金一千圓ヲ云々借受ケ云々更ニ被告ヨリ金百三十三圓八十八錢ヲ借用シタリ而シテ原告ハ右仕入商品ヲ河東方面ニ於テ賣却セルカ其ノ賣得金ハ前記債務ノ辨濟ノ爲其ノ都度被告ニ交付シ云々合計一千四百二圓九十九錢ヲ支拂ヒ居リ之ヨリ前記借入金ノ元利金ヲ控除セハ原告ヨリ被告ニ對スル過拂金二百二十九圓アル事判明シ中略前記千圓ノ抵當債務ハ依然存續セルモノトシ昭和四年二月二十六日被告ノ妹婿タル訴外金在一ニ右一千圓ノ抵當債權ト共ニ該抵當權ヲ讓渡シ其ノ旨ノ登記ヲ爲シタルニ之カ讓受人タル同訴外人ハ再三之カ辨濟ヲ請求シ來リタルモ原告ハ該抵當債務ハ敍上ノ如ク既ニ被告ニ完済シタル旨縷々辯明セルカ同訴外人ノ容ルル所トナラス中略昭和五年八月二十日同訴外人ノ要求ニ應シ前記抵當土地ヲ以テ之カ代物辨濟スルノ已ムナキニ至レリ」ノ個所及乙第三第四號證(原告カ讓受人ニ發シタル拒絶書)ニ依ツテ明カナル如ク原告ハ被告ヨリノ讓受人金在一ニ對シテ元金千圓口ノ債權讓渡通知後(其ノ代物辨濟前)ニ「本件債權讓渡以前讓渡人タ

ル被告ニ債務ヲ辨済シタル事由」ヲ以テ異議ヲ申立テテ對抗シテカラ其ノ債務存在セサル事ヲ知リツツ二重ニ原告カ代物辨済シタル事ニ歸着シ原告ノ請求失當ナラム然ルニ原判決理由中前略「然ルニ被告カ昭和四年二月二十六日訴外金在一ニ右千圓ノ貸借債權及其ノ抵當權ヲ讓渡シタル爲昭和五年八月二十日原告カ其ノ主張ノ如ク同人ニ同抵當土地建物ヲ以テ代物辨済シタルコトハ爭ナシ而モ右代物辨済ノ時原告カ右債權讓渡ニ付異議ヲ留保シタルコトノ立證ナキノミナラス原審證人金平吉ノ證言ニヨレハ原告ハ異議ヲ留メス右讓渡ヲ默示的ニ承諾シタル上右代物辨済ヲ爲シタルモノト推認スルヲ相當トスヘク成立ニ爭ナキ乙第四號證ハ其ノ作成カ右代物辨済ノ時ヨリ遙カ以前ノモノナレハ之ヲ以テ直チニ右認定ヲ覆スニ足ラス」ト認定セラレ以テ原告ノ請求ヲ容レタルハ違法ナルヘシ殊ニ乙第四號證カ代物辨済前ニシテ其ノ債權讓渡通知ヲ原告カ受ケタル後ニ屬スル場合ニハ其ノ債權讓渡通知ヲ原告カ受ケテカラ債務辨済ノ事由ヲ以テ異議ヲ留メタル事ニ歸着スヘキモノナレハ右判示ハ理由不備ニ非サレハ採證法上ノ違法アルヘシト謂フニ在リ

### ○ 判決理由

然レトモ民法第四百六十八條ニ異議ヲ留メシテ前條ノ承諾ヲ爲シタルトキト云ヘルハ讓渡人ニ對シテ生シタル事由ヲ以テ讓受人ニ對抗スヘキコトヲ留保セシテ前條ノ承諾ヲ爲シタルトキノ意ニシテ固ヨリ讓受人ニ對スル債務ノ履行ヲ拒絶スル旨ノ通知ヲ指スモノニ非ス原判決ノ認定セル所論事實ハ證人金平吉ノ供述ニ依リ之ヲ認メ得ヘク本件債權讓渡ノ承諾ヲ爲スニ際テ原告カ異議ヲ留保セルコトハ乙第四號證ニ依ルモノ之ヲ

認メ難キヲ以テ原判決カ同證ニ依リテハ右ノ認定ヲ妨クルモノニ非サル旨判示セルハ正當ニシテ論旨ハ理由ナシ

### ○ 上告理由

同第二點ハ「債務者カ任意ニ債務ノ本旨ニ從ヒ辨済ヲナシタル場合ハ吾人ノ實驗法則上債務ノ現存スルコトヲ前提トシテ辨済ヲナスヲ通例トスルモノニシテ一旦辨済シタルニ拘ラス二重ニ之カ辨済ヲ任意ニナスカ如キハ異例ニ屬ス從テ本件ノ如ク原告カ讓受人タル金在一ニ對シ其ノ請求ヲ拒絶シタルニ拘ラス自ラ進ンテ原告ノ唯一ノ財産タル擔保物ヲ以テ代物辨済ヲナシタル場合ハ他ニ特段ナル事由ナキ限り原告カ現存シタル債務ヲ誠實ニ辨済シタルモノト推定」スヘキモノナルニモ不拘原判決ニ於テ此ノ推定ヲ考慮セサリシハ違法ナルヘシト謂フニ在リ

### ○ 判決理由

然レトモ債務カ辨済ニ因リ消滅セル後ト雖其ノ債權讓渡ニ付債務者カ異議ヲ留メシテ承諾ヲ爲シタルトキハ該債權カ讓渡前ノ辨済ニ因リ既ニ消滅セルコトヲ以テ讓受人ニ對抗スルコトヲ得サルヲ以テ債務者ハ讓受人ニ對シ讓渡債務ヲ履行スヘキ義務ヲ負擔スルモノトス故ニ斯ノ如キ場合ニ於テハ讓受人ニ對スル債務者ノ辨済ハ其ノ當然ノ義務履行ニシテ所謂非債辨済ヲ以テ目スヘキ餘地ナキカ故ニ論旨ハ理由ナシ

### ○ 上告理由

商人ノ爲シタル過拂ト商行爲  
民法第四百六十八條第一項但書ノ解釋

同第三點ハ原審昭和十年四月五日口頭辯論ニ被告代理人ノ陳述ニ係ル準備書面第五項ノ如ク「假リニ被告ノ抗辯ニシテ何レモ理由無之トスルモ甲第一號證ノ原告ノ鹽代金ヲ被告カ受取リタル金錢ノ關係ハ原告カ鹽ノ商人トシテ其ノ商行爲ニ依ツテ發生シタル債權債務ニシテ是レカ最後ノ清算ヲ爲シタル大正十五年四月二日ヨリ滿五ケ年ノ消滅時効完成シタルヲ以テ其ノ時効ヲ援用ス遅クトモ本訴提起迄ニハ其ノ時効完成シタリ」トノ時効ノ抗辯アリテ此レニ對シ原判決理由ニ於テ前略「之等債務ノ發生原因ハ右認定ノ如クニシテ縱令當事者カ商人ナリシトスルモ直接商行爲ニ起因セサルモノト認ムヘキヲ以テ被告代理人ノ商事時効ノ主張ハ採用セス」ト認定セラレタルハ違法ナルヘシ殊ニ原告主張自體ニ依ルモ鹽商賣ノ資本金トシテ被告ヨリ原告カ金千圓ヲ借入レタリトアリ又其ノ交互計算ヲ爲シタル金錢ノ授受ハ商賣ノ鹽ヲ賣リ上ケタル代金ヲ或ハ被告カ領收シ或ハ原告カ右代金ヲ他ヨリ領收シテ被告ニ交付シタルモノニシテ是レ明カニ商行爲ヨリ發シタルモノト云フヘク又商人ノ行爲ハ商行爲ト推定サルルモノナレハ何レノ點ヨリ見ルモ右認定ハ違法ナルヘシト謂フニ在リ

### ○判決理由

然レトモ原告ノ請求中千圓ノ支拂ヲ求ムル部分ハ第四點ノ論旨ニ付説示スル如ク昭和五年八月二十日被告カ異議ヲ留メスシテ債權讓渡ヲ承諾セルニ因リ生シタル返還請求權ヲ原因トスルモノニシテ該請求權ハ其ノ成立ノ時ヨリ起算スルモ昭和九年八月六日本訴ノ提起セラレル迄五年ノ期間ヲ經過セサルコト明ナルカ故ニ右

千圓ノ返還請求權ニ付テハ所論時効ノ效果ヲ認ムルニ由ナク原判決カ此ノ點ノ被告抗辯ヲ容認セサリシハ結局正當ナリ唯原判決ノ趣旨ニ依レハ原告ハ大正十五年四月二日被告トノ取引關係ニ付計算ヲ爲シタル際被告ニ對シ二百二十九圓十一錢ノ過拂ヲ爲シタルモノニシテ本件訴訟ノ經過ニ於テ原告カ鹽商人ナル旨ノ被告主張ニ付テハ原告ニ於テ之ヲ爭ヒタル形迹ナキコト記録ニ依リ明白ナルカ故ニ原告ノ右過拂ハ其ノ營業ノ爲ニセルモノト推定スヘク商人カ其ノ營業ノ爲ニ爲ス行爲ハ商行爲ナルカ故ニ右ノ過拂ニ因リテ生シタル過拂金ハ返還請求權ハ所謂商事時効ニ關スル規定ノ適用ヲ受クヘキコト明ナリ故ニ其ノ返還期ヲ定メサリシコト當事者辯論ノ趣旨上疑ナク中斷其ノ他時効ノ效果ヲ妨クヘキ事由ニ付原告ノ主張ナキ本件ニ於テハ右ノ返還請求權ハ時効ニ因リ其ノ請求前既ニ消滅セルモノト謂フヘク原告ノ請求中過拂金及其ノ利息ノ支拂ヲ求ムル部分ハ之ヲ棄却セサルヘカラス原判決カ此ノ點ノ原告請求ヲモ認容セルハ不法ニシテ破毀スヘク論旨ノ之ヲ攻撃スル部分ハ理由アルモノトス

### ○上告理由

同第四點ハ原告ノ主張ニ從フトキハ被告カ原告ニ對シテ大正十三年十二月二十二日付元金一千圓利息月二分五厘辨濟期日大正十五年二月末日ト定メテ擔保付ニテ貸金シタル債權ノ元利金全額ヲ辨濟シテ尙二百二十九圓十一錢ノ過拂ヲ爲シテ此ノ二百二十九圓十一錢ノ取前ヲ被告ニ對シテ原告カ有シタル趣旨ナルモ被告カ右元金一千圓口ノ貸金債權ヲ金在一ニ讓渡シテ同人カ昭和四年十一月二十九日頃原告ニ對シテ是レカ辨濟方催

告ヲ爲シタルトコロ(乙第三號證ノ通り)原告カ右金在一ニ對シテ原告ヨリ被告ニ支拂フヘキ債務アル事實ヲ是認スルモ金額カ相違スル云々ノ口實ニテ是レヲ拒絶スル旨ヲ通知シタル事實(乙第四號證ノ通り)ヲ以テスルモ原告ノ主張カ虚偽ナリ」然ルニ原判決ニ於テ此ノ點ヲ看過シタル違法アリト謂フニ在リ

### ○判決理由

然レトモ原判決ハ所論趣旨ノ事實認定ニ付テハ乙第四號證ヲ信用セサリシコト判文上明白ナリ同證ヲ援イテ原審ノ認定ヲ非難スルハ當ヲ得ス

### ○上告論旨

同第五點ハ甲第一號證中「丙寅舊二月二十日會計即チ大正十五年四月二日勘定」ニ係ル所ノ元金ハ「五千六百六十九兩四錢即チ一千一百三十三圓八十八錢」ニシテ其ノ利息ハ「二百兩元金兩朔利子除即チ四十圓ヲ二ヶ月ノ利子トシテ控除シタリ」然ルニ右被告カ原告ニ對シテ有シタル擔保付貸金元金一千圓口ハ前示ノ通り利息ハ月二分五厘即チ二十五圓ニシテ且貸付日タル大正十三年十二月二十二日ヨリ右勘定ヲ爲シタル大正十五年四月二日迄ハ滿一ケ年三ヶ月餘リナレハ其ノ利息額ハ三百二十五圓餘リニ達スヘク亦此ノ金錢ノ取引ヲ爲シタル年月日ヲ如何ニ計算スルモ右一千圓口ノ二ヶ月分丈ケノ利息ヲ計上スヘキ筈無之且其ノ二ヶ月分ノ利息額ハ月二分五厘ノ割合タル五十圓カ眞實ナレハ何レノ點ヨリ見ルモ右擔保付元金一千圓口ノ元利金清算ニ當ラサルモノニシテ被告抗辯ノ如ク別口ノ被告カ原告ニ對シテ有シタル元金一千一百三十三圓八十八錢口ノ清

算ニ當ル事確實ナルニモ不拘原判決ニ於テ此ノ點ヲ看過シタル違法アリト謂フニ在リ

### ○判決理由

然レトモ數多ノ證據ヲ綜合シテ判斷ノ資料ニ供スルハ援用證據ノ各ニ付信用スヘキ部分ヲ採リ他ヲ捨テ矛盾ナキ事實關係ヲ認定スルノ必要ニ出ツルモノニシテ其ノ認定事實ニ反スル書證ノ記載部分人證ノ供述部分ノ如キハ當然裁判所ノ信用セサリシモノト解スヘキナリ原判決カ甲第一號證ノ一證人李圭喆林順佐ノ各供述ヲ綜合シテ認定セル判示ノ事實ハ右綜合資料ニ依リ認メ得ヘキ所ニ屬スルヲ以テ其ノ認定ヲ以テ違法ト爲シ得サルハ勿論該認定ト牴觸スル甲第一號證ノ一ノ記載部分ハ原審ノ信用セサリシモノ故之ニ依リテ右認定ヲ非議スルハ當ヲ得ス論旨ノ甲第一號證ト謂ヘルハ同證ノ二、三ヲ含ムモノトスルモ之等ノ書證ハ原審ノ認定ヲ左右シ得ル資料ニ非サルカ故ニ論旨ハ理由ナシ

### ○上告理由

同第六點ハ假ニ原告ノ請求理由アリトセハ原告主張ノ千圓口ノ不當利得金返還請求ハ原告カ二重ニ辨濟シタル日ニ初メテ被告ヨリ其ノ返還請求ヲ爲スヘキ權利カ發生スルモノニシテ昭和五年八月二十日原告カ金在一ニ對シテ二重ニ代物辨濟シタルモノト云ヒ本訴ニ於テ其ノ請求ヲ爲スモノナレハ此ノ千圓口ニ對スル利息ノ起算日ハ本訴狀送達ノ日ヲ以テ定ムヘキモノニシテ原判決認定ノ如ク大正十五年四月二日(返還請求權發生前)ヲ以テ定ムヘキモノニ非サレハ原判決ハ此ノ點ニ於テモ違法アリト謂フニ在リ

○判決理由

案スルニ原判決ニ依レハ原告ハ被告ニ對シテ負擔セル所謂千圓口ノ債務ニ付大正十五年四月二日被告ノ受入金中千圓餘ヲ以テ辨濟ヲ爲シ之ヲ消滅セシメタルニ拘ラス其ノ後被告カ該債權ヲ訴外金在一ニ讓渡セル爲昭和五年八月二十日異議ヲ留メスシテ讓渡ヲ承諾シ同人ニ對シテ其ノ代物辨濟ヲ爲シタルモノナリ故ニ原告ハ民法第四百六十八條第一項但書ノ規定ニ依リ被告ニ對シ債務ヲ消滅セシムル爲拂渡シタルモノノ返還ヲ求メ得ヘキハ論ナシ唯右ノ規定ハ異議ヲ留保セサル承諾ヲ以テ返還請求權ノ發生原因トシ且返還ノ物體ハ之ヲ讓渡人ニ拂渡シタルモノニ限リ其ノ利息ヲ含マシメサル趣旨ニ解スヘキモノナルカ故ニ如上事實關係ニ因リ原告ハ被告ニ對シ辨濟トシテ拂渡シタル十圓餘ニ付返還ヲ求メ得ルニ止リ該金員ニ對スル利息ノ返還ヲ求ムルヲ得サルモノトス然ルニ原判決ハ原告カ拂渡シタル金員中千圓ノ外之ニ對スル大正十五年四月三日以降完済迄ノ利息ノ支拂ヲ被告ニ命シタルモノニシテ此ノ利息ノ支拂ヲ命シタル部分ハ違法ナリ尤モ此ノ點ノ原告請求趣旨ハ右千圓及其ノ履行遲延ニ因ル損害利息ノ支拂ヲ求ムルモノニシテ被告カ遲滯ニ附セラレタル以後ノ損害利息ノ支拂ヲ求ムルハ正當ナルカ故ニ之ヲ認容スヘク右千圓ノ返還ニ付テハ履行期ノ定メナク本件ノ提起ニ依ル外原告ヨリ被告ニ對シ右千圓ノ返還ヲ求メタルコトナキコトハ其ノ辯論趣旨ニ依リ明瞭ナルカ故ニ此ノ點ノ原告請求ハ千圓ノ外之ニ對スル記録上明ナル訴提起ノ翌日タル昭和九年八月六日以降完済ニ至ル迄ノ年五分相當ノ金員ノ支拂ヲ求ムル部分ノミヲ認容シ其ノ他ハ之ヲ棄却スヘキモノトス從テ原判決カ爾餘ノ金額ノ支拂ヲ命シタル部分ハ失當ニシテ破毀スヘク論旨ノ之ニ觸ルル部分ハ理由アルモノトス

○約束手形金請求事件

(昭和十年民上第二六七號棄却)

【原告】 被控訴人 被告 金 奎 煥

【被告】 控訴人 原告 金 炳 宜 訴訟代理人辯護士 李 圭 正

【第一審】 光州地方法院 【第二審】 大邱覆審法院

○判示事項

手形法第七十五條ノ證券ノ文言ノ意義

○判例要旨

手形法第七十五條第一號ニ所謂證券ノ文言中ナル語ハ約束手形ノ本文中ト極限シテ解スヘキモノニアラス手形ノ冒頭ニ標題式ニ約束手形ナル文字ヲ記載シタルトキハ手形ノ本文中ニ約束手形ナル文字ヲ記載セスト雖手形法ニ所謂證券ノ文言中ニ約束手形ナルコトヲ示スヘキ文字



## ノ記載アリタル場合ニ該當スルモノトス

〔參照〕手形法第七十五條 約束手形ニハ左ノ事項ヲ記載スヘシ

- 一 證券ノ文言中ニ其ノ證券ノ作成ニ用フル語ヲ以テ記載スル約束手形ナルコトヲ示ス文字  
(以下略)

## ○事 實

原告ノ原審ニ於ケル請求原因ノ要旨ハ訴外金東圭ハ昭和九年十一月二十一日附被告宛額面金六百五十圓振出地光州邑支拂地同所、支拂期日昭和九年十一月三十日ナル約束手形ヲ振出シ被告ハ右振出當日拒絶證書作成義務ヲ免除ノ上訴外趙權秀ニ白地式ニテ裏書讓渡シ更ニ原告ハ前同様白地式ニテ同人ヨリ之ヲ裏書讓渡ヲ受ケ所持スルヲ以テ被告ニ對シ右手形ヲ呈示シ其ノ支拂ヲ求ムルモ之カ支拂ヲ爲ササルヲ以テ右額面金額六百五十圓及之ニ對スル支拂期日ノ翌日タル昭和九年十二月一日ヨリ完済ニ至ル迄商事法定利息ニ相當スル遅延損害金ノ支拂ヲ求ムル爲メ本訴請求ニ及ヒタリ尙被告ノ答辯事實ニ對シ被告ト金東圭ト父子關係ナルコトハ認ムルモ其ノ餘ノ事實ヲ否認ス尙本件手形ハ冒頭ニ於テ約束手形タルコトヲ示スヘキ文字アルヲ以テ有效ナル手形ニシテ原告ハ善意ノ取得者ナリト謂フニ在リ

被告答辯ノ要旨ハ原告カ其ノ主張ノ如キ約束手形ノ所持人ナルコトハ認ムルモ被告ハ右約束手形上ノ債務ヲ負擔セス即チ被告ハ右約束手形ニ裏書ヲ爲シタルカ本件約束手形ハ證券ノ文言中其ノ證券ノ作成ニ用フル語ヲ以テ記載スル約束手形ナルコトヲ示ス文字ヲ缺キタルヲ以テ新手法上約束手形ノ記載要件ヲ欠缺シ無効ノ手形ナリ假リニ右手形ハ有效ナリトスルモ該手形ハ元來被告ノ息タル訴外金東圭ニ於テ訴外趙權秀ヨリ貨物自動車一臺ヲ六百五十圓ニテ買受ケ同代金ノ支拂保證ノ爲メ振出シタルモノナルカ該自動車ハ廢物ニ近キ無價値ノモノニテ詐欺ニ依リ買受ケタルモノナレハ金東圭ハ趙權秀ニ對シ既ニ昭和九年十一月中取消ノ意思表示ヲ爲シタルモノニシテ被告モ亦取消ス而シテ本件手形ノ所持人タル原告ハ右ノ如キ經緯ヲ

知悉セル惡意ノ取得者ナレハ被告ハ右手形抗辯ヲ以テ對抗スルコトヲ得ヘキヲ以テ原告ノ本訴請求ニ應スル能ハスト謂フニ在リ

第二審裁判所ハ證人金東圭ノ證言ニ據レハ甲第一號證券約束手形ハ同證人カ訴外趙權秀ニ對スル自動車代金支拂確保ノ爲メ被告ノ同意ヲ得テ被告ヲ宛名人トシテ振出シタル上之ヲ趙權秀ニ交付シタル事實ヲ認メ得ルカ故ニ甲第一號證券表面ハ全部真正ニ成立シタルモノト認ムヘク右成立ヲ認ムヘキ表面ノ記載ニ依レハ訴外金東圭ハ昭和九年十一月二十一日被告宛ニ原告主張ノ如キ約束手形ヲ振出シタルコト明カニシテ同日被告ハ訴外趙權秀ニ趙權秀ハ更ニ原告ニ白地裏書ニ依リ順次之ヲ讓渡シタルコト被告カ裏書部分ヲ認ムルト證人趙權秀ノ證言トヲ綜合シテ之ヲ肯認スヘク而シテ原告カ現ニ右手形ノ所持人ナルコト被告ノ認ムル所ナレハ被告ハ原告ニ對シ右手形金六百五十圓ノ支拂義務アルコト勿論ナリ被告代理人ハ右手形ハ證券ノ文言中ニ證券作成ニ用フル語ヲ以テ記載スル約束手形ナルコトヲ示ス文字ヲ缺クヲ以テ無効ノ手形ナリト抗辯スルヲ以テ按スルニ手形法第七十五條第一號ニハ「證券ノ文言中ニ」ト規定シ「證券ノ文言中ニ」ナル意味ハ證券ノ表題トシテニ非スシテ手形ノ本文中ニ約束手形ナルコトヲ示ス文字ヲ挿入スルヲ要ストノ意味ニシテ單ニ表題トシテ約束手形ナル文字ヲ記載スルモ約束手形タル要件ニ適合セサルモノト解セサルヘカラス左レトモ同條第一號ハ「約束手形ナルコトヲ示ス文字」トアルヲ以テ必スシモ約束手形ナル文字ヲ使用スルヲ要セス振出人カ自ら支拂ノ責ヲ負フヘキ約束手形本來ノ趣旨ヲ明ニシ手形授受者ヲシテ一見シテ約束手形タルコトヲ知ルヲ得シ

メ他ノ手形ト區別セシムルモノタレハ可ナリト解スルヲ妥當トスヘク彼上ノ見解ニ基キ本件手形ヲ閱スルニ冒頭表題ニ「約束手形」ト明記シ本文中ニ「右金額貴殿又ハ貴殿指圖人へ此手形引換ニ支拂可申候也」ト記載シアリテ右兩個ノ各記載アルニ徴シ約束手形タルコト一見明瞭ニシテ他ノ爲替手形、小切手等ト全然異ルモノナルコト明ナレハ此點ニ關スル被告ノ抗辯ハ毫モ理由ナク到底之ヲ容ルルニ由ナシトシ爾餘ノ抗辯ヲ排斥シ果シテ然ラハ手形金六百五十圓ト之ニ對スル原告カ本件手形ヲ甲第一號證トシテ提出シタルコト本件記録ニ徴シ明カナル昭和十年一月三十日(第二回口頭辯論期日)以降完済迄年六分ノ割合ニ依ル損害金ノ支拂ヲ求ムル原告ノ請求ハ正當トシテ認容シタリ

### ○ 上告理由

上告理由ハ原判決ハ其ノ理由ニ「按スルニ手形法第七十五條第一號ニハ證券ノ文言中ニト規定シ證券ノ文言中ニナル意味ハ證券ノ表題トシテニ非ラスシテ手形ノ本文中ニ約束手形ナルコトヲ示ス文字ヲ挿入スルヲ要ストノ意味ニシテ單ニ表題トシテ約束手形ナル文字ヲ記載スルモ約束手形タル要件ニ適合セサルモノト解セサルヘカラス」ト判示シ乍ラ其ノ後段ニハ「必スシモ約束手形ナル文字ヲ使用スルヲ要セス中略手形授受者ヲシテ一見シテ約束手形タルコトヲ知ルヲ得セシメ他ノ手形ト區別セシムルモノタレハ可ナリ」トシ「尙ホ本件手形ヲ閱スルニ中略表題ニ約束手形ト明記シアリテ中略他ノ爲替手形小切手等ト全然異ルモノナルコト明カナレハ此點ニ關スル被告ノ抗辯モ理由ナシ」ト説示セリ然レトモ新手形法ニ證券ノ文言中ニ約束手形ナ

ルコトヲ示ス文字ヲ記載スルコトヲ強要スルモノハ是レ畢竟手形文句ノ追加又ハ削除ニ因ル變造ヲ防止センカ爲メニ外ナラスシテ且ツ歐洲諸國ノ慣例ニ從ヒ之レト手形體裁ヲ同一ニスル爲メ舊法ニハ斯ノ如キ文字ナカリシニ新法ニハ特ニ「證券ノ文言中ニ約束手形」ナルコトヲ示ス文字ヲ記載スルコトヲ要件トシタルモノナリ故ニ約束手形ナル文字ヲ表題ニ記載スルト否トヲ問ハズ本文中ニ此記載ナケレハ此要件ヲ滿タシタルモノト稱スルヲ得ス(同説法學博士烏賀氏、大橋氏、大審院部長菰淵清雄氏)然ルニ原判決ニハ其ノ理由ノ前段ニ於テ單ニ表題トシテ約束手形ナル文字ヲ記載スルモ約束手形タル要件ニ適合セサルモノナルコトヲ認メ乍ラ後段ニ於テハ更ニ表題ニ約束手形ナル文字ノ記載アリテ他ノ手形ト區別シ得ルニ付約束手形トシテ有效ナル旨説示シタルハ其ノ理論ニ矛盾アルノミナラス形式要件ヲ嚴守スル手形法ノ解釋ヲ誤リタル違法アリト信スト謂フニ在リ

### ○ 判決理由

然レトモ手形法第七十五條第一號ニ所謂證券ノ文言中ナル語ノ意味ハ文字自體ノ解釋ヨリスルモ必スシモ之ヲ約束手形ノ本文中ト解スルノ必要ナキノミナラス其ノ實益上ヨリ見ルモ之ヲ手形ノ本文中ト解セサルヘカラサルノ要毫モナシ而シテ手形ノ冒頭ニ標題式ニ約束手形ナル文字ヲ記載スルコトハ法ノ禁スルトコロニアラサルノミナラス此ノ場合ニ於テハ手形ノ本文中ニ約束手形ナル文字ヲ記載セスト雖彼上ノ手形要件ニ缺クル所ナキモノトス換言スレハ斯カル手形ハ手形法ニ所謂證券ノ文言中ニ約束手形ナルコトヲ示スヘキ文字ノ

記載アリタル場合ニ該當スルモノトス本件甲第一號證約束手形ノ本文中ニ約束手形ナル文字ノ記載ナキコト所論ノ如シト雖モ手形證券ノ冒頭ニ標題式ニ約束手形ナル文字ヲ記載シ且其ノ本文ニ右金額ヲ貴殿又ハ貴殿ノ指圖人ニ此手形引換ニ支拂可申候也ト記載セラレアルコトハ原判文上明瞭ナレハ敍上ノ理由ニヨリ右手形ハ所論ノ如キ手形要件ノ欠缺ナキモノト謂フヘシ從テ之ト反對ノ見解ニ立ツ論旨ハ理由ナシ

### ○控訴却下決定ニ對スル抗告事件

(昭和十年民抗第一一號棄却)  
昭和十年九月三十日民事部決定

【抗告人】 金 振 壽 代理人辯護士 平田泰次郎

【原裁判所】 大邱覆審法院

#### ○決定事項

朝鮮民事令第四十四條ニ所謂控訴ニ因リテ受クヘキ利益ノ價格

#### ○決定要旨

一、朝鮮民事令第四十四條ニ所謂控訴ニ因リテ受クヘキ利益ノ價格ト

ハ控訴審ニ於ケル審判ノ對象タル訴訟物ノ取引價格ニ他ナラス  
二、右訴訟物カ水流地ヲ畚ニ回復シ其ノ基地ヲ原告ニ引渡スヘシト謂フニ在ルトキハ控訴ニ因リテ受クヘキ利益ノ價格ハ係爭土地所有權ノ取引價格以上ヲ出ツルコトナキモノトス

【參照】朝鮮民事令第四十四條 財產權上ノ請求ニ關スル判決ニ對シテハ控訴ニ因リテ受クヘキ利益ノ價格カ五十圓ヲ超過セザル場合ニ於テハ再審ノ事由アルニ非サレハ控訴ヲ爲スコトヲ得ス

前項ノ規定ハ訴訟ノ目的ノ價額カ五十圓ヲ超過スル事件ニ付裁判所カ訴訟ノ一部ニ付爲シタル判決ニハ之ヲ適用セス

第一項ノ價格ハ控訴提起ノ時ヲ標準トシテ之ヲ定ム

控訴審ニ於テ擴張シタル請求ノ價額ハ第一項ノ價額ニ之ヲ算入セス

第一項ノ價額ヲ算定スルコト能ハサルトキハ其ノ價額ハ五十圓ヲ超過スルモノト看做ス

民事訴訟法第二十三條第一項ノ規定ハ第一項ノ價額ノ算定ニ之ヲ準用ス

果實、損害賠償、違約金又ハ費用ノ請求カ訴訟ノ附帶ノ目的ナルトキハ控訴提起ノ時迄ニ生シタルモノニ限リ其ノ價額ヲ第一

項及第二項ノ價額ニ算入ス

民事訴訟法第二十三條 一ノ訴ヲ以テ數個ノ請求ヲ爲ストキハ其ノ價額ヲ合算ス

果實、損害賠償、違約金又ハ費用ノ請求カ訴訟ノ附帶ノ目的ナルトキハ其ノ價額ハ之ヲ訴訟ノ目的ノ價額ニ算入セス

#### ○事實

抗告人ハ釜山地方法院馬山支廳昭和九年民第二七四號原告抗告人被告相手方間水流地原狀回復及該基地引渡請求事件ニ付昭和十年三月十八日言渡サレ同月二十日其ノ正本ノ送達アリタル原告敗訴ノ判決ニ對シ同年四月四日控訴狀ヲ同廳ニ提出シテ

朝鮮民事令第四十四條ニ所謂控訴ニ因リテ受クヘキ利益ノ價格

控訴ヲ提起シタル處同廳ハ同日原告ノ控訴ハ之ニ因リ受クヘキ利益ノ價格カ五十圓ヲ超過セサルモノト認メ控訴ハ不合法ナリトシ朝鮮民事令第四十七條第三項ニ基キ却下シタリ抗告人ハ該決定ニ對シ更ニ原院ニ對シ抗告ヲ爲シタルトコロ原審ハ抗告理由所載ノ理由ヲ以テ抗告ヲ却下セルニ對シ更ニ再抗告ヲ爲シタルモノナリ

### ○ 抗告理由

抗告理由第一點ハ(一)原審ノ決定ニ依レハ「本件ノ如キ土地現狀回復及其ノ引渡請求訴訟ニ付テハ訴提起當時ニ於ケル訴訟ノ目的物タル土地ノ價格ヲ訴訟價額即訴訟物タル請求權ノ價額ト爲スヘク且訴訟價額及控訴利益ノ價格ニ付テハ第一審裁判所ハ職權ヲ以テ調査シ其ノ金額ノ幾何ナリヤヲ定ムヘキ職責アルモノニシテ之ニ付當事者ノ主張ニ拘泥セラルヘキ理由毫モナク云々」トアリ同判示ノ如ク訴訟物タル請求權ノ價格ヲ定ムルコトハ第一審裁判所ノ權限ニ屬スト假定スルモ訴訟物ノ範圍ヲ定ムルコトハ原告ノ獨占ニ屬シ裁判所之ヲ定ムルモノニアラス故ニ原告ノ本訴ニ於ケル請求趣旨カ單ニ水流基地ノ引渡ノミナリトセンカ該基地ノ地價ノミヲ以テ訴訟物ノ價格ト爲スコト敢テ不當ニアラサルヘシ然レトモ抗告人(原告)カ本案訴訟ニ於ケル請求趣旨ハ水流地ヲ畜ニ回復シ且ツ其ノ基地ヲ原告ニ引渡スヘシト謂フニ在リテ基地引渡ノ外水流地ノ撤去ト云フ行爲ヲ包含シ水流地ノ撤去行爲ハ原告カ該水流ノ存在ニ因リテ永年失フ所ノ損失ヲ避免スルコトニ在リテ存ス故ニ抗告人カ該行爲ヲ要求スル直接ノ目的ハ水流地ノ撤去ニ因リ生スル利益ニ在リ之ヲ以テ間接ノ利益ト爲スコトヲ得ス抗告人カ第一審以來訴訟物ノ價格ヲ六十圓ト主張シタルハ大ニ考慮ヲ用ヒタル所以ニシテ

其主旨一ニ爰ニ存ス加之民事令第四十四條第七項ハ民事訴訟法第二十三條第二項ト異リ控訴利益ノ價格ヲ擴張シ損害賠償ノ價格ヲモ之ニ算入スヘキ旨ノ規定アレトモ抗告人ハ前述ノ如キ被害地ノ將來ニ於ケル損害ヲ訴訟ニ依リテ請求スルノ途ナキヲ以テ其損害ヲ免レント欲セハ水流地ノ撤去ヲ求ムルヨリ外ニ適切ノ方法ナク又之ヲ以テ足ルモノト思料ス今若原審決定ノ主旨ヲ貫クトキハ原告カ若シ水流基地ノ引渡ヲ求メスシテ只水流ノ撤去行爲ノミヲ請求ノ目的ト爲シタリトセンカ此場合ニ於ケル訴訟價格ハ零トナルノ理ナリ天下豈此ノ如キノ理アラシヤ民事訴訟法第二十二條ニ於テ「裁判所構成法ニ依リ管轄カ訴訟ノ目的ノ價格ニ依リテ定マルトキハ其ノ價格ハ訴ヲ以テ主張スル利益ニ依リテ之ヲ算定ス」トアルハ即チ以上ノ意義ニ該當スルモノト思料ス(二)抗告人カ第一審以來提供シタル訴訟物ノ範圍ハ實ニ上記二箇ノ請求ヲ包含ス然ルニ原審カ基地ノ地價ノミヲ以テ訴訟物ト爲シ水流地撤去行爲ノ目的ヲ無視シタルハ即チ職權ヲ超越シテ訴訟物ノ範圍ヲ縮少シタルモノト信スト謂フニ在リ

### ○ 決定理由

然レトモ朝鮮民事令第四十四條ニ所謂控訴ニ因リテ受クヘキ利益ノ價格トハ控訴人カ控訴審ニ於ケル審判ノ對象タル訴訟物ニ付勝訴ノ判決ヲ求ムルコトニヨリテ直接ニ有スル利益ヲ客觀的ニ測定シタルモノニシテ換言スレハ如上訴訟物ノ取引價格ニ他ナラサルモノトス本件ニ於テ抗告人ノ控訴ノ趣旨ハ原判決ヲ取消シ被告ハ原告ノ所有ニ係ル慶尙南道咸安郡康命里九百三番地ノ二番二百七十七坪中其ノ北端ノ咸安鎮東間ノ道路ニ

接續シタル部分ニシテ幅四尺五寸長サ十間ノ水流地ヲ畚ニ回復シ其ノ基地ヲ原告ニ引渡スヘシト謂フニ在リテ控訴審ニ於テ審判ヲ求ムル訴訟物ハ其ノ主張スル土地ノ原狀回復請求權ト之カ引渡請求權ノ兩個ナリト雖期スル所ハ係争土地ニ對スル完全ナル地盤ノ占有移轉ニ外ナラス之ニ因テ抗告人ノ直接ニ有スル利益ハ係争土地所有權ノ取引價格以上ヲ出ツルコトナキモノト謂フヘシ朝鮮民事令第四十四條第六項ニ於テ右控訴利益ノ價格ノ算定ニ關シ民事訴訟法第二十三條第一項ノ規定ヲ準用シ同條ニ依レハ數個ノ請求ハ其ノ價格ヲ合算スヘキモノト規定スト雖其ハ各個ノ訴訟物カ經濟上獨立セルモノヲ併合セル場合ニ適用アリト解スヘキカ故ニ本件ノ如ク二個ノ訴訟物カ經濟上獨立セルモノト認ムヘカラサルモノニ付テハ自ラ準用ノ餘地ナシト謂フヘシ原決定カ係争土地所有權ノ時價ヲ以テ控訴利益ト爲セルハ上來說示スルトコロニヨレハ聊モ抗告人ノ不利益ニ判定セリト謂フコトナク所論ノ如ク訴訟物ノ範圍ヲ遺脱セル違法ノ存スルコトナキハ勿論所論ノ利益ト稱スルモノハ該土地ヲ回復スルニヨリテ得ラルヘキ間接ノ利益トモ謂フヘク控訴利益ノ算定ニ當テ顧慮ヲ要スヘキ事項ニアラサルコトハ冒頭說示ノ理由ニヨリ自ラ了解シ得ヘシ論旨ハ採用ニ値セサルモノトス

#### ○ 抗告理由

同第二點ハ「原決定ハ「訴訟價格及控訴利益ノ價格ニ付テハ第一審裁判所ハ職權ヲ以テ調査シ其金額ノ幾何ナリヤヲ定ムヘキ職責アリ云々」ト判定セリ然レトモ朝鮮民事令第四十七條第三項ニハ「不適法ナル控訴ニシテ其欠缺カ補正スルコト能ハサルモノナル場合ニ於テハ原裁判所ハ決定ヲ以テ之ヲ却下スルコトヲ得」ト

アリテ本條ハ舊民事令第四十七條舊民事訴訟法第四百二條ヲ承繼シ只欠缺ノ補正ヲ爲シ得ヘキ場合ト然ラサル場合ノ處分ヲ分別シタル外其精神ニ於テ何等異ナルヘキ理由ナシト信ス而シテ前記二個ノ法條ニハ何レモ判然許スヘカラサル控訴判然法律上ノ方式ニ適セス若ハ期間ノ經過後ニ起シタル控訴ハ原裁判所又ハ控訴裁判長ニ於テ之ヲ却下スルコトヲ得トアリテ何レモ控訴申立トシテ欠缺ノ判然タル場合ニ限り原裁判所又ハ控訴裁判長ニ却下ノ權限ヲ與ヘタルニ過キス要スルニ民事令第四十七條第三項ハ單ニ形式上ノ審査ヲ原裁判所ニ委ネタルモノト認メサルヲ得ス此點ハ同條ト民事訴訟法第二〇二條及同第三八三條トヲ對照スルモ亦之ヲ推知スルコトヲ得ヘシ故ニ原告カ訴訟價格ノ五十圓以内ナルコトヲ控訴狀ニ表示シナカラ控訴ヲ爲シタル場合ニ於テ原裁判所カ之ヲ不適法ト認ムルハ敢テ不當ニアラサルヘシ而レトモ本件控訴ノ如ク訴訟物ノ價格ヲ六十圓ト主張シ且之ニ相當スル印紙ヲ貼用シテ提出シタルトキハ方式ニ於テ少シモ缺クル所ナシ原裁判所カ之ヲ六十圓ニ非スト認定スルニハ其内容ニ入りテ審査セサルヘカラス原審決定ノ如ク若シ原裁判所ニ此ノ如キ内容審査ノ職責アリトセハ同裁判所ハ民事訴訟法第二十八條ニ依リテ訴訟物ノ價格ヲ定ムルニ付場合ニ依リテハ職權ヲ以テ證據調ヲモ爲スヘキ義務アルコトトナル之第一審カ第二審ニ屬スル行爲ヲ遂行スルモノニシテ審級ノ制度ヲ紊ルノミナラス全ク法ノ精神ニ反スルモノト思料ス(二)又第一審カ訴訟物ノ價格ヲ定ムル請求ニ付五十圓以下ノ價格ヲ以テ判決ヲ爲シタル場合ニ於テ原審ノ趣旨ニ依レハ若該判決ニ對シ控訴ヲ爲シタルトキハ第一審ハ補正スルコトヲ得サル欠缺アリトシテ直ニ該控訴ヲ却下スルコトヲ得ヘシ而シテ原審決定

ニ曰ク「控訴利益ノ價格カ金五十圓ヲ超過スル場合ニ第一審裁判所カ誤リテ之ヲ超過セサルモノト認定シ控訴却下ノ決定ヲ爲シタルトキハ控訴人ハ該決定ニ對シ即時抗告ヲ爲シ取消ヲ求メ得タル上控訴審ニ於テ訴訟行為ヲ爲シ得ル途アルモノナルヲ以テ抗告人ノ憂慮スル如キ控訴杜絶ノ虞ナシ云々」ト然シ原審決定ノ趣旨ヲ貫クトキハ左ノ如キ二個ノ奇怪ナル結果ヲ生ス(1)上記ノ如キ訴訟物價格確定ノ第一審判決ニ對スル控訴ハ常ニ直ニ之ヲ控訴審ニ繫屬セシムルコトヲ得ス(第一審カ職責ヲ忘リタル場合ハ格別)必ス一旦控訴申立却下ノ決定ヲ受ケ此ノ決定ニ對シ即時抗告ノ手續ヲ經タル後該抗告カ理由アル場合ニ於テ始メテ控訴審ニ繫屬スト云フカ如キ特殊ノ控訴トナル(2)右ハ即時抗告ノ審理モ控訴ノ審理モ等シク訴訟價格ノ審査ニ止マルヲ以テ控訴成立スレハ全然同一内容ノ審理ヲ二回繰返ササルヘカラス是豈法律ノ精神ナランヤ此ノ如キ奇怪ノ結果ヲ生スルハ解釋ノ歪曲ナルヨリ招致セラルルモノト認メサルヲ得スト謂フニ在リ

○ 決定理由

然レトモ財産權上ノ請求ニ關スル判決ニシテ控訴ニ因リテ受クヘキ利益ノ價格カ五十圓ヲ超過セサル場合ニハ再審事由アルニ非サレハ控訴ヲ許ササルカ故ニ控訴利益カ五十圓ヲ超過スルヤ否ハ控訴ノ適否ニ關スル問題ニシテ再審事由ナク而モ控訴利益カ五十圓ヲ超過セサルモノナルニ於テハ不適法ナル控訴ニシテ補正ノ不能ナルモノニ屬ス朝鮮民事令第四十七條第三項ハ斯ル場合ニモ適用アリト解スヘク所論ハ右ト反對ノ見地ニ立脚スルモノニシテ理由ナシ

○ 損害賠償請求事件

(昭和十年民上第一二六號 破毀自判)  
昭和十年十月四日民事部判決

〔原告〕 控訴人 被上告人 築田 富吉 訴訟代理人辯護士 中 島 潔  
〔被告〕 被控訴人 上告人 岡 賢 基 訴訟代理人辯護士 柳 福 永

〔第一審〕 公州地方法院 〔第二審〕 京城覆審法院

○ 判示事項

民法第二十條ニ所謂詐術ト其ノ效果

○ 判例要旨

無能力者カ同意權者ノ同意アリト相手方ヲ誤信セシムル爲詐術ヲ用ヒタル場合亦民法第二十條ニ所謂無能力者カ能力者タルコトヲ信セシムル爲詐術ヲ用ヒタル場合ニ包含セラルト解スヘク此ノ場合ニ於テハ其ノ所爲ハ有效ト看做サレ取消スヲ得サルヲ以テ未成年者ノ詐欺力其ノ能力ニ關シテノミ存スルトキハ行爲ノ效果ニ關シテハ相手方ニ錯誤ナク又何等ノ損害ヲ生スルコトナシト謂ハサルヘカラス換言スレハ民法第二十條ノ適用アル限り其ノ詐術ニ因リテハ相手方ニ損害賠償請求權

# ノ發生スル餘地ナキモノトス

〔參照〕 民法第二十條 無能力者カ能力者タルコトヲ信セシムル爲メ詐術ヲ用キタルトキハ其行爲ヲ取消スコトヲ得ス

## ○事 實

原告ノ原審ニ於ケル請求原因ノ要旨ハ原告ハ昭和六年四月七日當時未成年者ニシテ其ノ母鄭仁太ノ親權ニ服シ居タル被告ニ對シ訴外韓一錫閔在基ヲ連帶保證人訴外閔丙壹ヲ共同債務者トシテ韓一錫、閔丙壹及被告ノ所有土地ヲ共同擔保ニ提供セシメテ金二千九百圓ヲ辨濟期昭和七年四月七日利息百圓ニ付日歩金五錢ノ定メニテ貸與シ同日夫等ノ土地ニ付公州地方法院大田支廳受附第二八〇〇號ヲ以テ抵當權ヲ設定シ登記ヲ經由シタリ然ルニ被告ハ同年九月十九日原告ニ對シ右ノ消費貸借及抵當權設定契約ハ親權者タル母鄭仁太カ適法ナル親族會ノ同意ヲ得スシテ爲シタル無効行爲ナレハ總テ之ヲ取消ス旨ノ通知ヲ發シタル上當時原告カ右ノ貸借債權ニ基キ該擔保物ニ付テ公州地方法院ニ申立中ナリシ競賣ノ不許及抵當權抹消手續履行ノ訴ヲ提起シ爾來昭和八年民第一二九號ヲ以テ同院ニ於テ審理セラレタル結果同年五月二十四日被告(該事件ノ原告)ノ主張ヲ認容セラレテ原告(該事件ノ被告)敗訴ノ判決アリテ確定シタリ然レ共其ノ後右貸借關係ノ件ニ付テ被告及訴外閔丙壹ノ兩名ハ大田檢事分局及大田支廳豫審ニ於テ刑事犯人トシテ取調ヘラレタル所ニ依リ右兩名ハ共謀ノ上被告ノ親權者タル母鄭仁太ノ印章ヲ盜用シ且ツ有效ナル親族會ノ同意アリタルカ如クニ親族會同意書ヲ偽造シ之ニ依リテ原告ヲ欺罔ノ上前記ノ金員ヲ借受ケタル事實判明シ被告亦取調ヲ受ケタル際明カニ其ノ事實ヲ認メタリ然ラハ原告ハ被告ノ親權者母鄭仁太ノ同意アリ且ツ有效ナル親族會ノ同意アリタルモノト信シテ二千九百圓ヲ被告等ニ對シテ貸與シタルモノナレハ此ノ貸借ニ付テ被告ハ民法上「無能力者ナルニ拘ラス能力者タルコトヲ信セシムル爲メ詐術ヲ用ヒタルモノ」ナルコト甚タ明白ナリト去レハ素ヨリ被告ハ其ノ後ニ於テ該貸借ヲ取消シ得ヘキ權利ナク且ツ被告ノ該行爲ハ一面ニ於テ不法行爲タル責ヲ免レサルヲ以テ之カ爲ニ原告カ被リタリシ損害ヲ賠償スヘキ義務アルモノトズ仍テ原告ハ昭和八年二月三日連帶保證人タリシ訴外韓一錫ヨリ元金

ノ内金一千五百六十圓六拾五錢ノ辨濟ヲ受ケタル故殘元金一千三百三十九圓三十五錢ノ支拂ヲ求ムル爲本訴請求ニ及ヒタリト謂フニ在リ

被告答辯ノ要旨ハ被告ハ普通學校ヲタニ卒業セサル全ク無學ノ農業者ナル上昭和六年中ハ未成年ニシテ素ヨリ智慮淺薄ナル者ナリシトコロ親族ノ間柄ナル訴外閔丙壹ヨリ被告所有土地若干ヲ擔保ニ同訴外人名義ニテ他ヨリ借金シ度キ旨ヲ申越シ來リタルニ依リ被告ハ親權者母鄭仁太ノ印章ヲ同人ニ交付シタリ然ルニ同人ハ原告ト相謀リ右鄭仁太及被告ノ智慮淺薄ニ乘シ被告ヲ主債務者トシテ被告ノ土地全部ヲ擔保ニ入レ擅ニ本件貸借所要ノ書類ヲ作成シタルモノニシテ被告ハ事實上全然之ニ關與セサリシ次第ナリ假ニ被告カ之ニ關係シタリトスルモ事情斯ノ如クナルヲ以テ畢竟被告ハ刑法第二百四十八條ノ被害者タルヘキ者ニシテ不法行爲ヲ原因トスル原告ノ本訴請求ニ應スヘキ理由ナシ加之原被告間ノ本件消費貸借ハ既ニ取消サレ且ツ之ヲ基本トセル原告主張ニ係ル別件ノ民事訴訟ニ於テ本件被告ハ勝訴シ既ニ其ノ判決確定セル故其ノ既判力ハ絕對ニ原告ヲ羈束スヘク此ノ點ヲ以テスルモ本訴ノ請求ハ失當ナリト謂フニ在リ

第二審裁判所ハ證據ニ因リ被告ハ閔丙壹ノ依頼ニ依リ閔翼鎬ノ子訴外閔泳完ニ交渉シテ閔翼鎬ノ印章ヲ押捺セシメ以テ右親族會同意書ヲ偽造シテ之ヲ原告ニ示シ被告ノ金借ニ對シ親權者ニ於テモ異議ナク且親族會ノ完全ナル同意アル旨原告ヲ欺キタル上昭和六年四月七日被告及閔丙壹カ連帶債務者トナリ遠戚ニ當ル訴外韓一錫外一名ヲ連帶保證人トシ原告ヨリ金二千九百圓ヲ借受ケ以テ同日原告ヲシテ閔丙壹ニ對シ該金員ヲ交付セシメタル事實ヲ認メ且被告ハ敍上ノ如ク原告ヲ欺キ金二千九百圓ヲ出金セシメタル當時滿十九才五ヶ月餘ノ年齢ニ在リタルモノナレハ特ニ反證ナキ限り其ノ行爲ノ責任ヲ辨識スルニ足ルヘキ知能ヲ具備シ居リタルモノト謂フヘシト説示シ被告ノ抗辯ヲ排斥シ左レハ被告ハ訴外閔丙壹ト共同シテ原告ヲ欺罔シ原告ヲシテ貸

借名義ニヨリ金二千九百圓ヲ出金セシメ以テ同額ノ損害ヲ蒙ラシメタルモノナレハ原告ニ對シ之カ賠償トシテ右金員ヲ支拂フヘキ義務アルモノト謂フヘシ從テ原告カ昭和八年二月三日本件貸借元金ニ對シ連帶保證人タリシ訴外韓一錫ヨリ金千五百六十圓六十五錢ノ支拂ヲ受ケタリト爲シ之ヲ金二千九百圓ヨリ控除シ殘額千三百三十九圓三十五錢及之ニ對スル不法行爲以後ニ屬スル昭和八年二月四日以降完済日迄年五分ノ割合ニ依ル損害金ニ付被告ニ支拂ヲ求ムル本訴ハ正當ナリト判示シ原告ノ請求ヲ認容シタリ

### ○上告理由

上告理由ハ原判決ハ甲第一號證ニ據リ被告ニ之レカ損害賠償ノ責任ヲ是認シタリ然レトモ本件親族會ノ同意書ヲ偽造シタルコトハ公州地方法院大田支廳ノ免訴決定ニ依リ既ニ明白ニシテ彼レニ反シ單ニ被告ノ警察ニ於ケル一片ノ自白ヲ捕捉シ本件ノ損害賠償ノ責任ヲ是認シタルハ失當ナリ本件ハ親族會ノ同意ナクシテ未成年者ニ對シ親權ヲ行フ母カ爲シタルモノニシテ之レカ取消ヲ爲シ得ヘキコトハ原被告間ニ於ケル別訴ニ於テ既ニ確定シタル處ニシテ被告ハ其ノ確定效ヨリシテ本件ニ於テ親族會ノ同意書ヲ偽造シタリト主張スルヲ得サルモノト信ス果シテ然リトスレハ原院ハ事實ヲ審査セスシテ單ニ大田支廳ノ豫審終結決定ヲ其ノ儘看過シ事實ヲ不當ニ確定セシメタル不法アルモノト信ス本件ハ未成年者ノ爲シタル行爲トシテ且ツ親族會ノ同意ヲ缺如セルモノトシテ未成年者タル被告ヨリ適法ニ取消シタルコトハ別訴ニ於ケル被告ノ自白ニ依リ既ニ明白ニシテ其ノ判決既ニ確定シタルコト又明白ナリ果シテ然レハ被告ハ本訴ニ於テ其ノ確定シタル事實ニ反シ本

件不法行爲ヲ基本トシテ本訴請求ヲ爲セルハ失當ナリト信ス不啻未成年者ノ爲シタル法律行爲ニ付取消アリタル場合ニ保證人アリタル時ハ其ノ保證人ニ於テ絕對的ノ責任ヲ負フヘキモノナルカ故ニ其ノ保證人ニ於テ全ク無資力ナルカ左モナケレハ絕對ニ辨済スル意思ナキ範圍ニ原審認定ノ如ク不法行爲ヲ爲シタル被告ニ於テ責任ヲ負フヘキコトハ格別彼ノ連帶保證人ニ於テ辨済ヲ爲サザリシ立證ナキ限り被告ニ對スル本件辨済ノ義務ヲ是認シタル原判決ハ失當ナリト信ス被告ハ本件貸借ニ付キ直接ノ義務ヲ負ヒタルコトナク訴外人ノ爲シタル夫レニ基キ原告ヨリ金錢ノ取引アリタルコトハ辨済ノ全趣旨及原審ニ於ケル原告ノ自供ニ依リ寔ニ明白ナリ果シテ然レハ原告ハ右既判力アル判決ヲ基本トシテ其ノ利得ノ償還ヲ請求スヘキハ格別其ノ確定シタル圏域ヲ逸出シ本件不法行爲ニ基ク請求ヲ爲セルハ失當ナリト信ス前陳ノ如ク原告ハ民事事件ニ於テ本件被告ノ行爲ハ取消シ得ヘキ事件トシテ既ニ判決確定シ又被告ニ原告主張ノ如キ罪責ナキモノトシテ豫審終結決定既ニ確定シタルニ拘ラス原告其ノ確定事實ニ反セル本件主張ヲ爲セルハ失當ナリト信スト謂フニ在リ

### ○判決理由

按スルニ豫審終結決定ハ民事裁判所ヲ羈束スルモノニアラサレハ民事裁判所ハ豫審終結決定ニ於テ認定セル事實ニ相反スル事實ヲ認定スルモ違法ニアラス從ツテ豫審判事カ乙第一號證ノ豫審終結決定ニヨリ被告及訴外関丙壹カ共謀ノ上被告ノ親權者母ナル鄭仁太ノ印章ヲ盗用シ且親族會員ノ同意書ヲ偽造行使シテ本件原告ヲ欺罔シ貸借名義ニテ金二千九百圓ヲ騙取シタリトノ犯罪ノ嫌疑ナシト認定シタルニ拘ハラズ民事裁判所タ



ル原審ニ於テ同一事項ニ付反對ナル事實ヲ認定シタルハ違法ナリト謂フヲ得ス又判決ノ確定力ハ其ノ主文ニ包含スルモノニ限り生シ判決主文ヲ維持スル直接ノ理由タラサル場合ニ於テハ其ノ理由ハ確定力ヲ有スルモノニアラス而シテ乙第二號證別訴事件ノ判決ニ於ケル請求ハ本件當事者間ニ爲サレタル消費貸借契約及抵當權設定契約カ取消ニヨリ無効ニ歸シタルコトヲ原因トシ右抵當權ノ實行トシテ爲サレタル競賣手續ノ不許及該抵當權設定登記ノ抹消登記手續請求ヲ目的トスルコト同證ニ徴シ明カナレハ其ノ判決ノ確定力ハ被告カ原告ニ對シ競賣不許並抵當權設定登記ノ抹消登記手續請求權アルコトニ付テノミ生スルニ止マリ其ノ理由タル消費貸借契約ノ存否又ハ被告カ原告トノ間ニ右消費貸借契約及抵當權設定契約ヲ締結スルニ際シ民法第二十條ニ所謂詐術其ノ他ノ詐欺ニヨル不法行爲ヲ爲ササリシヤ否ヤニ及フコトナシ故ニ原審カ本件ニ於テ所論ノ如キ事項ニ關シ乙第二號證ノ判決ト異ナル立場ニ於テ被告ノ詐欺ノ事實ヲ認定シタルハ違法ニアラス然レトモ無能力者カ同意權者ノ同意アリト相手方ヲ誤信セシムル爲詐術ヲ用ヒタル場合亦民法第二十條ニ所謂無能力者カ能力者タルコトヲ信セシムル爲詐術ヲ用ヒタル場合ニ包含セラルト解スヘク此ノ場合ニ於テハ其ノ所爲ハ有效ト看做サレ取消スヲ得サルヲ以テ未成年者ノ詐欺カ其ノ能力ニ關シテハミ存スルトキハ行爲ノ效果ニ關シテハ相手方ニ錯誤ナク又何等ノ損害ヲ生スルコトナシト謂ハサルヘカラス換言スレハ民法第二十條ノ適用アル限リ其ノ詐術ニ因リテハ相手方ニ損害賠償請求權ノ發生スル餘地ヲ殘ササルモノトス然ラハ原判決カ被告ノ能力ニ關スル詐術ヲ認メナカラ之ヲ原因トスル原告ノ損害賠償請求ヲ認容シタルハ失當ニシテ原告ノ請求ハ棄却ヲ免レス論旨ハ結局理由アルニ歸ス仍テ原告ノ控訴ハ理由ナキモノトス

○土地所有權移轉登記手續請求事件

(昭和十年民上第二〇九號 破毀一部自判)  
昭和十年十月四日民事部判決

【原告】	被控訴人 兼控訴人	被告 兼控訴人	被告	被告	被告
	被告	被告	被告	被告	被告
	被告	被告	被告	被告	被告

【第一審】 大邱地方法院  
【第二審】 大邱覆審法院

○判示事項  
不動産賣買契約ノ當事者間ニ於ケル第三者ニ所有權移轉登記ヲ爲スヘキ旨ノ合意ノ效力

○判例要旨  
不動産賣買契約ニ於テ其ノ當事者力第三者ヲ指定シ之ニ所有權移轉登記

記ヲ爲スヘキ旨合意シタルトキト雖特別ノ事情ナキ限り買主ハ登記完了前ニ在リテハ何時ニテモ賣主ニ對シ右ノ合意ヲ取消シ更メテ自己ニ對シ所有權移轉登記ヲ爲スヘキコトヲ求メ得ルモノトス

【參照】 民法第五百五十五條 賣買ハ當事者ノ一方カ或財產權ヲ相手方ニ移轉スルコトヲ約シ相手方カ之ニ其代金ヲ拂フコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ス

同法第七十七條 不動産ニ關スル物權ノ得喪及ヒ變更ハ登記法ノ定ムル所ニ從ヒ其登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

同法第四百九十三條 辨濟ノ提供ハ債務ノ本旨ニ從ヒテ現實ニ之ヲ爲スコトヲ要ス但債權者カ豫メ其受領ヲ拒ミ又ハ債務ノ履行ニ付キ債權者ノ行爲ヲ要スルトキハ辨濟ノ準備ヲ爲シタルコトヲ通知シテ其受領ヲ催告スルヲ以テ足ル

○事 實

原告ノ原審ニ於ケル請求原因ノ要旨ハ被告銀行ハ其ノ所有ニ係ル別紙目錄記載及其ノ外數十筆ノ土地ヲ昭和九年二月八日被告多田ニ賣渡シ原告ハ同月二十三日被告多田ヨリ別紙目錄記載ノ土地ヲ代金二千五百圓ニテ買受ケ即日右代金中金二百五十圓ヲ契約金トシテ交付シ殘代金二千二百五十圓ハ同年三月二十三日迄ニ支拂フト同時ニ該所有權移轉登記手續ヲ履行スヘキ旨約シタル所訴外宋寅轍ハ同月十三日頃被告多田ノ代理人トシテ原告ニ對シ殘代金ノ支拂期日ヲ同年四月八日迄延期シタリ然ルニ被告多田代理人タル同訴外人ハ同年三月三十一日頃更ニ原告ニ對シ殘代金中金一千七百五十圓ノミヲ先ツ同年四月六日迄ニ支拂ヒ吳レ度キ旨懇請シ來リタルニヨリ原告ハ殘代金全部ヲ準備シ右指定ノ四月六日宋寅轍方ニ赴キタルモ同人ハ不在ノ爲代金ノ支拂ヲ爲ス能ハス其ノ翌七日宋寅轍ハ原告ヲ尋ネ來リ代金ノ支拂ヲ求メタルモ移轉登記書類ノ準備ナカリシヲ

以テ原告ハ之ヲ拒ミ同日殘代金二千二百五十圓ヲ被告銀行ニ預金シタル處被告多田ハ右期限ヲ經過スルモ殘代金ヲ受領セサルハ勿論移轉登記手續ヲモ履行セス依テ原告ハ同年四月二十日再ヒ被告多田代理人タル宋寅轍ニ對シ殘代金二千二百五十圓ヲ提供シタルモ同人ハ謂レナク之カ受領ヲ拒ミ同月二十二日更ニ被告多田方ニ右金員ヲ持參シ之カ辨濟提供ヲ爲シタルモ同被告モ亦受領ヲ拒ミタルニヨリ已ムナク同月二十四日殘代金二千二百五十圓ヲ大邱供託局ニ供託シ其ノ旨同被告ニ通知シタリ仍テ原告ハ被告多田ニ對スル殘代金ノ支拂義務ヲ完全ニ履行シタルモノナルヲ以テ被告多田ニ對シテハ本件土地ノ所有權移轉登記申請手續ヲ求ムル爲メ、被告銀行ニ對シテハ被告多田ニ代位シ同人ニ對スル所有權移轉登記申請手續ノ履行ヲ求ムルカ爲メ本訴請求ニ及ヒタリト謂フニ在リテ被告等ノ答辯及參加人ノ陳述ニ對シ一、被告多田カ同年四月十六日附ニテ原告ニ對シ代金全額ヲ爾後五日內ニ支拂ハサレハ賣買契約ヲ解除スヘキ旨催告ヲ爲シ該書面カ同月十八日原告方ニ送達サレタルコトハ認ムルモ原告ハ殘代金二千二百五十圓ヲ同月二十日宋寅轍ニ同月二十二日被告多田ニ對シ前記ノ如ク辨濟提供ヲ爲シタルニ同人等ハ之カ受領ヲ拒ミタルニヨリ同月二十四日右金額ヲ供託シタル次第ナリ二、契約金二百五十圓ハ當然代金ノ一部ニ充當セラルヘキ性質ノモノニシテ假ニ原告ノ履行遲滞アリタリトスルモ被告ニ於テ之ヲ沒收スヘキ特約ナキノミナラス被告多田ニ於テモ同年三月二十三日迄ニ本件土地ノ所有權移轉登記手續ノ履行ヲ爲サザリシヲ以テ單ニ右期日ヲ經過シタルノミノ理由ニヨリテハ被告多田ハ該契約金ヲ取得スルコトヲ得サルモノトス而モ原告ハ何等履行ヲ怠リタルコトナケレハ本件賣買カ解除セラルヘキ理由ナシ三、被告多田ト被告銀行トノ間ニ被告多田ノ指定人ニ被告銀行ヨリ直接移轉登記手續ヲ爲スヘキ旨ノ口約アリタル點ハ不知、四、本件土地中數筆ノ土地ニ付テハ被告銀行ヨリ訴外金甲述等ノ名義ニ所有權移轉登記ヲ爲サレタルコトハ之ヲ認ムルモ這ハ原告ニ於テ本件土地ニ付假處分ヲ爲シタル後ナリ尙原告ハ昭和九年四月二十一日被告大邱商工銀行ニ對シ本件土地ニ付處分禁止ノ假處分決定ヲ受ケ其ノ旨同年四月二十三日之カ登記ヲ完了シタルヲ以テ假令被告等及參加人間ニ本件土地ニ付賣買行爲及所有權移轉ノ中間登記省略ノ合意爲サレタリトスルモ右ハ右假處分登記後ニ爲サ

不動産賣買契約ノ當事者間ニ於ケル第三者ニ所有權移轉登記ヲ爲スヘキ旨ノ合意ノ效力 四二九

レタルモノナルヲ以テ假處分權利者タル原告ニ對抗スルヲ得ス尙又原告ト被告多田義人トノ間ニ本件土地ニ對スル賣買契約ノ解除セラレサル以上被告多田義人ト參加人トノ間ノ賣買契約ハ其ノ效力ヲ生セス從テ中間登記省略ノ合意モ亦其ノ效力ヲ生セサルモノナリ、被告多田義人ニ對スル原告ノ履行提供ハ同被告ノ住所ニ於テ爲シタリト謂フニ在リ

被告多田義人ノ答辯ノ要旨ハ原告ト被告多田間ノ本件土地賣買ハ其ノ代金完済ト登記手續ノ履行トハ同時ニ履行スヘキ約ニアラシテ殘代金支拂期日タル同年三月二十三日迄ニ原告ハ先ツ被告多田方ニ代金ヲ持參シテ支拂フヘク其ノ際被告多田ハ移轉登記申請書類ニ捺印シ與フヘク若シ原告カ違約ノ場合ハ先ニ支拂ハレタル契約金ノ返還ヲ求ムルコトヲ得サル旨ノ特約ヲ附シタル處原告ハ右期日ニ殘代金ノ支拂ヲ爲ササリシヲ以テ被告ハ昭和九年四月十六日登記手續履行ノ準備ヲ整ヘ爾後五日內ニ代金ノ支拂ヲ爲ササレハ本件土地ノ賣買契約ヲ解除スヘキ旨ノ催告ヲ爲シタルニ拘ラス原告ハ期限内ニ支拂ヲ爲ササリシヲ以テ本件賣買ハ解除サレタルモノトス原告カ同年四月二十四日大邱供託局ニ本件賣買代金トシテ金二千二百五十圓ヲ供託シ其ノ旨被告ニ通知シ來リタルコトハ之ヲ認ムルモ前記ノ如ク原告ハ期限ヲ徒過シテ代金ノ支拂ヲ爲ササリシモノナレハ前記特約ニ基キ被告ハ契約金二千二百五十圓ヲ沒收シタルニヨリ原告ハ更ニ代金全額ヲ供託スルニアラスハ其ノ效力ナシ又訴外宋寅轍ハ被告ノ代理トシテ原告ニ對シテ代金支拂ニ付猶豫ヲ與フル權限ナク其ノ事實モ否認ス尙原告カ四月二十二日被告ニ對シ辨濟ノ提供ヲ爲シタル事實ナシ以上ノ次第ナルニヨリ原告ノ本訴請求ニ應スル能ハスト謂ヒ

被告株式會社大邱商工銀行代理人ノ答辯ノ要旨ハ原告ノ主張事實中被告銀行カ昭和九年二月八日相被告多田ニ對シ本件土地ノ外數十筆ヲ賣渡シ同年四月八日迄ニ其ノ代金全部ヲ受取り未タ所有權移轉登記手續ヲ履行シ居ラサルコトハ之ヲ認ムルモ被告銀行ト相被告多田間ニ於テハ其ノ賣買土地ノ移轉登記ハ相被告多田ノ指定人ニ之ヲ爲スヘク約シタル所相被告多田ハ同月十四日參加人又ハ其ノ指圖人ニ其ノ所有權移轉登記手續方ヲ申立テタルヲ以テ被告銀行ハ參加人又ハ其ノ指定人ニ對シ之

カ移轉登記手續ヲ爲スヘキ義務アルモ相被告多田ニ對シテハ該義務ナシ仍テ原告ノ本請求ニ應シ難シト謂ヒ

參加代理人ハ被告兩名ヲ補助スル爲參加ヲ申出テ參加人ハ昭和九年四月十二日被告多田ヨリ本件係争ノ土地外數十筆ヲ代金一萬圓ニテ買受ケ同月十四日其ノ代金全部ヲ支拂ヒ該所有權移轉登記ハ被告多田ノ前所有者タル被告銀行ヨリ直接參加人又ハ其ノ指圖人名義ニ爲スヘク被告兩名及參加人間ニ合意成立シ該合意ニ基キ右土地中三筆ノ土地ニ付テハ被告銀行ヨリ參加人ノ指圖人タル訴外金甲述等名義ニ既ニ直接移轉登記ヲ受ケタリ加之原告ハ同年四月二十五、六日頃參加人ニ對シ本件土地ヲ原告ニ賣渡シ吳レ度キ旨申出テタルコトアリ該事實ニ依ルモ原告ト被告多田間ニ於ケル本件土地賣買カ解除セラレタルコト明カナリト謂ヒ

尙被告等及參加人ノ各代理人ニ於テ原告主張ノ日時ニ其ノ主張ノ如キ假處分決定アリ之カ登記ノ爲サレタルコトハ之ヲ認ムルモ被告等及參加人間ニ爲サレタル所有權移轉ニ關スル中間登記省略ノ合意ハ右假處分決定前タル昭和九年四月十四日ナルヲ以テ右假處分ヲ以テ之ニ對抗スルヲ得ストノ旨參加人代理人ニ於テ原告主張ノ如キ被告多田義人ノ住所ニ於ケル履行ノ提供ノ事實ヲ否認スト謂フニ在リ

第二審裁判所ハ本件土地ハ原告ハ被告多田ヨリ代金二千五百圓ニテ買受ケ即日契約金二千五百圓ノ授受アリ其ノ殘代金二千二百五十圓ハ原告カ昭和九年三月二十三日被告多田方ニ持參支拂フヘクソレト同時ニ被告多田ニ於テ所有權移轉登記申請書類ノ引換ヲ爲スヘキ約旨ナリシコトヲ認メ得右認定ニ反スル證人宋寅轍ノ證言ハ措信セス而シテ右期日迄ニ殘代金ノ支拂ヲ爲ササリシコトハ原告ノ自認スル所ナルモ成立ニ争ナキ甲第二號證記載及證人崔鍾遠、宋寅轍ノ各證言ヲ綜合スレハ訴外宋寅轍ハ同年三月十三日頃被告多田ノ代理人トシテ原告ニ對シ代金支拂期日ヲ同年四月八日迄ニ延期ヲ與ヘ同年四月二日ニ至リ殘代金中金一千七百五十圓

ヲ先ツ同月六日迄ニ支拂ヒ吳レ度キ旨申出テタルコトヲ認ムルニ足ル被告多田ハ右延期許容ノ事實ナク又宋寅轍ハ代金支拂ノ延期又ハ一部支拂ヲ許ス代理權限ナシト抗爭スレトモ前顯甲第一號證記載及證人宋寅轍ノ證言ニ依レハ同人ハ被告多田カ被告銀行ヨリ買受ケタル本件土地ノ外數十筆ヲ他ニ轉賣スルニ付其ノ賣買契約代金、受領、賣買契約ノ解除、代金支拂期日ノ延期ヲ與フル等一切ノ權限ヲ委任セラレタルコトヲ認メ得ヘキヲ以テ右抗辯ハ採用セス次ニ證人崔鍾遠、金魯準ノ各證言ニ依レハ原告ハ同月六日右宋寅轍ニ對シ殘代金二千二百五十圓全部ヲ提供セントシタルモ同人不在ノ爲メ代金ノ支拂ヲ爲ス能ハス其ノ翌七日原告ハ宋寅轍ニ對シ土地殘代金全部ヲ提供シタルモ右訴外人ニ於テ移轉登記申請書類ノ準備無キ爲原告ハ代金ノ支拂ヲ拒ミ同日右金員ヲ被告銀行ニ預金シタル事實ヲ認メ得然ラハ原告ハ被告多田ニ對シ其ノ債務ノ本旨ニ從ヒタル殘代金ノ提供ヲ爲シタルモノト云ヒ得ヘキ處被告多田ハ本件賣買契約ニ違背シタル場合ニハ契約金ノ返還ヲ請求スルコトヲ得サル特約アリテ原告ハ代金支拂期日ヲ徒過シタルヲ以テ契約金二百五十圓ハ被告多田ニ於テ之ヲ沒收シタリ從テ原告ハ代金全額ヲ提供スルニアラサレハ其ノ効ナシト主張シ前顯甲第一號證記載ニ徵スレハ右違約金沒收ノ特約アリシコトハ之ヲ肯認シ得ルモ原告ニ違約ノ責ナキコト前說示ノ如クナルヲ以テ右主張ハ理由ナシ而シテ被告多田カ同年四月十六日原告ニ對シ爾後五日間内ニ代金ノ支拂ナキトキハ本件賣買契約ヲ解除スヘキ旨ノ催告ヲ爲シ該催告書カ同月十八日原告方ニ到達シタルコトハ原告ノ認ムル所ナレトモ證人宋寅轍ノ證言ニ依レハ原告ハ右催告ヲ受ケタル後五日以内タル四月二十二日日本件土地ノ殘代金二千二

百五十圓ヲ被告多田方ニ持參シ之カ提供ヲ爲シタルモ被告多田ニ於テ之カ受領ヲ拒絕シタルコトヲ認メ得ヘキヲ以テ原告ハ其ノ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行提供ヲ爲シタルモノト云フヘク從テ被告ノ右催告ト共ニ爲シタル停止條件附契約解除ノ意思表示ハ其ノ効力ヲ生スルニ至ラス本件賣買契約ハ尙有效ニ存續スルモノトス右認定ニ牴觸スル證人朴淳祚、文周慶ノ證言ハ措信セス而シテ原告ニ於テ被告多田ノ爲メニ殘代金二千二百五十圓ヲ同月二十四日大邱供託局ニ供託ヲ爲シ其ノ旨ヲ被告多田ニ通知シタルコトハ當事者間爭ナキ所ナレハ原告ハ被告多田ニ對シ本件賣買契約上ノ債務ヲ免レタルモノト謂フヘシ果シテ然ラハ被告多田ニ對シ反對給付タル移轉登記手續ノ履行ヲ求ムル原告ノ本訴請求ハ理由アルニヨリ正當トシテ認容スヘキモノト說示シ次ニ被告銀行ニ對スル請求ニ付按スルニ被告銀行カ其ノ所有ニ係ル本件係爭土地ノ外數十筆ヲ昭和九年二月八日被告多田ニ賣渡シ其ノ代金全部ヲ受領シタルモ該移轉登記手續ヲ完了シ居ラサルコトハ原告ト被告銀行間ニ爭ナク成立ニ爭ナキ丙第一號證ノ記載ニ依レハ被告多田ト被告銀行間ニ昭和九年四月十四日被告多田ハ參加人ヲ指示シ參加人又ハ其ノ指圖人名義ニ右賣買土地ノ所有權移轉登記手續ヲ爲スヘキ旨ノ合意アリタルコトヲ認メ得ヘキヲ以テ被告銀行ハ參加人ニ對シテ登記義務アルモ被告多田ニ對シテハ該義務ナキコト明ナリ原告主張ノ假處分決定ノ存否ハ右認定ニ何等影響ヲ及サス然ラハ被告銀行カ被告多田ニ對シ前記義務アルコトヲ前提トシ被告多田ヲ代位シ原告ノ被告銀行ニ對シ爲ス請求ハ失當ナルコト明ナリト判示シタリ

### ○ 上告理由

被告多田義人代理人上告理由第一點ハ本件ニ於テ原告カ昭和九年四月二十四日金二千二百五十圓ヲ被告宛ニ  
 供託シタルコトハ當事者間ニ爭ナキ所ニシテ此供託カ假リニ原告主張ノ如ク同月二十二日同金額ヲ被告方ニ  
 持參提供シタルモ被告ニ於テ之カ受領ヲ拒絶シタルニ因リシモノナリトスルモ原告カ違約スル場合ニハ當初  
 契約金トシテ被告ニ交付シタル金二百五十圓ハ沒收セラレルヘキ特約アリシコトハ甲第一號證ニ徴シ明瞭ナ  
 ルヲ以テ若シ原告カ違約シタリトセハ此辨濟提供及供託ハ二百五十圓ノ不足アル不適法ナルモノニシテ從テ  
 當事者間ニ爭ナキ同月十六日ニ發シタル被告ノ催告趣旨ニヨリ同月二十二日ノ滿了ヲ以テ本件賣買契約カ解  
 除セラレタルコトモ勿論其所ナリトス而シテ甲第一號證ニ依レハ原告ニ於テ同年三月二十三日迄ニ殘代金ヲ  
 被告方ニ持參提供シ尙ホ登記費用ヲ原告ニ於テ負擔スルヲ以テ登記申請ニ必要ナル一切ノ書類ヲ作成準備シ  
 テ被告ノ捺印ヲ求ムヘキ約旨ナルニ拘ラス原告ハ同年三月二十三日ヲ經過シ被告カ右催告ヲ發シタル同年四  
 月十六日迄直接被告方ニ殘代金ヲ持參提供シタルコトノ形跡ナキヲ以テコレニヨリ原告ノ違約シタルコトハ  
 明認シ得ヘキニ拘ラス原審カ甲第一號證ノ約旨ヲ不問ニ付シ甲第二號證ノ記載及崔鍾遠、宋寅轍ノ各證言ヲ  
 綜合シテ宋寅轍カ原告代理トシテ殘代金支拂ニ付延期及受領ノ權限アル如ク認定シテ原告ニ違約ノ責任ナキ  
 旨認定セラレタルハ違法ナリ何ントナレハ證人宋寅轍ハ自分ハ被告多田カ被告銀行ヨリ買受ケタル本件土地  
 外數十筆ヲ散賣スルニ付被告多田ヨリ賣買契約ノ代金受領、賣買契約解除、代金支拂期日ノ延期等一切ノ委  
 任ヲ受ケタル旨證言シタルモ其散賣ニ付テノ賣買契約書タル甲第一號證ニ依レハ本件賣買殘代金ハ昭和九年

三月二十三日被告多田方ニ持參支拂フヘク約シタルモノナレハ賣買殘代金ハ直接被告多田カ支拂ヲ受ケ代理  
 人ヲシテ支拂ヲ受ケシメサル意思アルコトヲ十分窺知シ得ルノミナラス取引事例ニ於テモ會社ノ支配人ノ如  
 ク登記シタル雇人其他特別ノ事情ニ依リ廣汎ナル代理權アリト認ムヘキ代理人ニアラサル限り數千圓ノ賣買  
 取引ニ於テハ代金受領等ハ本人直接之ヲ爲サンコトヲ欲シ代金ヲ支拂フ當事者ニ於テモ直接本人ニ支拂フカ  
 代理人ニ支拂フ場合ニハ權限ヲ證スル書面ヲ徵スルヲ通常トスルニ拘ラス代理人ト稱スル宋寅轍ノ證言及宋  
 寅轍ヨリ轉聞シテ宋寅轍ヲ被告多田ノ代理ナリト供述シタル崔鍾遠ノ證言竝宋寅轍ノ自意ニ出テタル甲第二  
 號證ノ記載等ヲ輕信シテ甲第一號證ノ約旨及取引上ノ常例ニ付毫モ考慮ヲ拂フコトナクシテ宋寅轍ヲ廣汎ナ  
 ル權限ヲ有スル被告多田ノ代理ナル如ク認定シタルノミナラス民法第一百七條第一項ノ法意ヨリ推考スルモ  
 他人ノ代理ナリト稱スル者カ果シテ代理權アリヤ否ヤヲ認定スルニハ必スヤ代理人ナリト稱スルモノ及ソノ  
 モノヨリ轉聞シタルモノ以外ニ他ノ證據ニ依ルヲ妥當トスヘキニ拘ラス此舉ニ出テサルハ探證ノ法則ニ違背  
 シタルモノナレハナリト謂フニ在リ

### ○ 判決理由

然レトモ原審ハ被告多田及原告間ノ本件賣買ニ付多田ノ爲代金ヲ受領シ又ハ其ノ支拂期日ヲ變更スル等ノ代  
 理權限ヲ有シ居リタル訴外宋寅轍カ多田ノ代理人トシテ昭和九年四月八日迄代金支拂期日ヲ延期スル旨原告  
 ニ對シ承諾シタルコトヲ認定シタルモノニシテ其ノ依用ノ證據ニ依レハ斯ル認定ヲ爲シ得ヘク甲第一號證ノ

記載及取引上ノ事例ニ徴スルモ如上認定ヲ以テ不當ナリト謂フヲ得ス左レハ當初ノ約定辨濟期日タル昭和九年三月二十三日迄ニ原告カ被告多田方ニ殘代金ヲ持參提供シタル事實ナカリシモノトスルモ原告ニ違約アリタルモノト爲スヲ得サルハ勿論ニシテ原判決ニハ所論ノ如キ違法アルコトナク論旨ハ理由ナシ

### ○ 上告理由

同第二點ハ本件土地ノ一部カ被告銀行ヨリ直接訴外金甲述等ノ名義ニ所有權移轉登記ヲ爲サレタルコトハ當事者間ニ爭ナク又原審ハ被告多田及被告銀行間ノ本件賣買ニ於テ昭和九年四月十四日被告多田ハ參加人ヲ指示シ參加人又ハ其指圖人名義ニ所有權移轉登記ヲ爲スヘキ旨ノ合意アリタルコトヲ認メ得ヘキヲ以テ被告銀行ハ參加人ニ對シテ登記義務アルモ被告多田ニ對シテハ該義務ナキコト明ナリ原告主張ノ假處分決定ノ存在ハ右認定ニ何等影響ヲ及ホサスト認定セラレタレハ例令原告及被告多田間ノ本件賣買カ解除セラレサリシトスルモ被告多田ノ原告ニ對スル所有權移轉登記義務ハ履行不能ノ状態ニ陥リタルニ拘ラス被告多田ニ對シ所有權移轉登記手續ノ履行ノ命シタルハ法ヲ誤解シタル違法アルモノナリト謂ヒ

參加人代理人上告理由第一點ハ本件土地カ株式会社商工銀行ノ名義ニ存スルコトハ當事者間爭ナキ所ナリ而シテ本件土地ハ被告多田カ右商工銀行ヨリ買受ケ參加人ニ轉賣シ右銀行ハ丙第一號證ニ依リ直接參加人ニ所有權移轉登記ヲ爲スヘク相成リ被告多田ニ對シテハ本件土地ニ付所有權移轉登記義務ナキコトハ原審ノ認ムル處ナリトス然ラハ同一土地ニ付二個人ニ所有權移轉登記ヲ爲シ得サルコトハ事理ノ當然ニシテ原告ニ於

テ特ニ履行可能ナルコトヲ立證セサル限り履行不能トシテ原告ノ請求ヲ棄却スヘキハ事宜ニ適シタル判決ナリト云フヘキナリ然ルニ原判決ハ事茲ニ出スシテ本件土地カ參加人ニ直接移轉サレ被告多田ニハ所有權移轉登記ノナサルヘカラサルコトヲ確知シナカラ何等移轉可能ノ立證モナキニモ不拘被告多田ニ對シ原告ニ本件土地ノ所有權移轉登記ヲ命スルハ不能ヲ強ユルモノトシテ不法ナリト信スト謂フニ在リ

### ○ 判決理由

然レトモ被告多田ノ原告ニ對スル登記義務ノ履行カ不能ナルコトハ同被告ニ於テ曾テ主張シタル形迹存セサルヲ以テ原審カ夫レニ付判斷スルトコトコトナカリシハ當然ナリ

### ○ 上告理由

被告多田義人代理人上告理由第三點ハ甲第三號證ニ依ルモ原告ハ昭和九年四月二十日付ヲ以テ宋寅轍ニ對シ土地代金ヲ同年同月七日付ニテ大邱商工銀行ニ積立テ預金シアリ土地ノ名義人ハ大邱商工銀行ナルヲ以テ移轉登記手續ニ同行ノ調印ヲ受クルト同時ニ引換ニ代金ヲ拂渡ス豫定ナリト記載シタルノミナレハ若シ原審認定ノ如ク同年四月六、七日宋寅轍ニ殘代金ヲ提供シタリトセハ同書面ニ預金シタルコトノミヲ記載シテ斯ル事柄ヲ記載セル筈ナク又原告ハ被告銀行ノ調印ヲ受ケサル限り殘代金ヲ支拂ハサル意思アルコト明瞭ニ推認シ得ヘキヲ以テ例令宋寅轍カ原審認定ノ如ク被告ノ代理人トシテ殘代金領收及延期等ニ權限アリトスルモ同號證ニ依リ原告ハ宋寅轍ニモ殘代金ヲ提供セス又被告ニモ其ノ翌々日タル同年四月二十二日殘代金ヲ提供セ

サリシコトヲ十分推認シ得ヘキニ拘ラス同號證ニ付何等考慮ヲ拂ハサル原審認定ハ亦採證ノ法則ニ違背シタルモノナリト謂ヒ

參加人代理人上告理由第二點ハ原判決ノ援用ニ係ル第一審判決ハ「次ニ證人崔鍾遠、金魯準ノ各證言ニ依レハ原告ハ同月六日右宋寅轍ニ對シ殘代金二千二百五十圓全部ヲ提供セントシタルモ同人不在ノ爲メ代金ノ支拂ヲ爲ス能ハス其ノ翌七日原告ハ宋寅轍ニ對シ土地殘代金全部ヲ提供シタルモ右訴外人ニ於テ移轉登記申請書類ノ準備ナキ爲原告ハ代金ノ支拂ヲ拒ミ同日右金員ヲ被告銀行ニ預金シタル事實ヲ認メ得然ラハ原告ハ被告多田ニ對シ其ノ債務ノ本旨ニ從ヒタル殘代金ノ提供ヲ爲シタルモノト云ヒ得ヘキ處」ト判示シ尙ホ「……原告ハ違約ノ責ナキコト前示ノ如クナルヲ以テ右主張ハ理由ナシ」ト判示シ又「……被告多田カ同年四月十六日原告ニ對シ爾後五日間内ニ代金ノ支拂ナキ時ハ本件買賣契約ヲ解除スヘキ旨ノ催告ヲ爲シ該催告書カ同月十八日原告方ニ到達シタルコトハ原告ノ認ムル處ナレトモ證人宋寅轍ノ證言ニ依レハ原告ハ右催告ヲ受ケタル後五日以内タル四月二十二日本件土地ノ殘代金二千二百五十圓ヲ被告多田方ニ持參シ之カ提供ヲ爲シタルモ被告多田ニ於テ之カ受領ヲ拒絶シタルコトヲ認メ得ヘキヲ以テ原告ハ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ノ提供ヲ爲シタルモノト云フヘク」ト判決シタリ然レトモ「(一)甲第一號證タル賣買契約書ニハ其五ニ右所有權移轉登記ハ乙カ前記代金支拂ト同時ニ甲カ其ノ所有權移轉登記書類ニ捺印スルコトアルニ不拘崔鍾遠ノ供述ニハ原告ハ土地名義者タル商工銀行ノ捺印セル登記申請書類ノ準備ナキヲ理由トシテ其ノ支拂ヲ拒ミタル

旨當該證人訊問調書ニ明記セラレ金魯準ノ供述ニハ單ニ宋寅轍カ登記申請用ノ賣買證書ニ調印シテ吳レナイカラ預金スルトノミアリテ前記崔鍾遠ノ供述ト對照綜合スル時ハ原告ハ最初ノ約旨ニナキ商工銀行ノ捺印セル登記申請書ヲ無法ニ要求シ代金支拂ヲ拒絶シタルコト明瞭ナルニ不拘之ヲ以テ却ツテ原告ノ債務ノ本旨ニ從フ履行ノ提供ヲ爲シタリト認定シタル原判決ハ甲第一號證及證人崔鍾遠、金魯準ノ供述ヲ誤解シタル違法アルニ非ラサレハ證據ニ依ラスシテ判斷ヲ爲シタル理由不備不明ノ違法アルト同時ニ提供ヲ拒ミタルニ不拘提供シタリト判示シタルハ明カニ違法タルコトヲ免レサルモノトス(二)成立ニ爭ナキ乙第三號證ニ依レハ原告ハ五日內ニ代金支拂方ノ催促ヲ受ケ其ノ回答ニモ商工銀行ノ捺印セル登記申請書ヲ交付セサレハ代金支拂ヲ爲ササル意ヲ示セルコト明瞭ニシテ斯ノ如ク甲第一號證ノ契約ニナキ證書ヲ無理ニモ反對給付ニ要求シタル時ハ之カ代金提供ノ受領ヲ拒ムモ敢テ違法ニアラス又求ムヘカラサル反對給付ヲ要求シツツ代金ノ提供ヲ爲スモ完全ナル提供トハナラス然ルニ原判決ハ此乙第三號證ニ付何等判斷ヲ爲ササルハ證據ノ判斷ヲ遺脱シタルモノト云フヘシト謂フニ在リ

### ○ 判決理由

然レトモ被告多田ハ原告ヨリ殘代金二千二百五十圓ノ支拂ヲ受クルト引換ニ本件土地ノ所有權移轉登記申請ニ必要ナル書類ヲ原告ニ交付スヘキ約旨ナリシコトハ原審ノ認定シタルトコロニシテ被告多田カ其ノ前者タル相被告大邱商工銀行ヨリ尙未タ本件土地ノ所有權移轉登記ヲ受ケ居ラサルコトハ爭ナキ事實ナルカ故ニ同

銀行ノ調印ヲ受クルニ非サレハ被告多田ハ原告ヲシテ所要ノ登記ヲ受ケシムルニ由ナク從テ右反對給付ヲ爲シ能ハサルモノト謂フヘキニヨリ原告亦同被告ニ對シ殘代金ノ支拂ヲ爲スコトヲ要セサルモノト謂ハサルヘカラス果シテ然ラハ原告カ甲第三號證(乙第三號證ニ同シ)ニ於テ相被告銀行ノ調印ナキ限リ殘代金ノ支拂ヲ爲サスト云ヒタルハ正ニ然ルヘキトコロニシテ夫レカ故ニ原告ニ於テ約旨ニ背キ其ノ履行ノ提供ヲ爲ササリシモノト斷シ得サルハ勿論ナリト謂フヘク原審カ甲第三號證及乙第三號證ニ付說示スルトコロナカリシハ右ト同様ノ見解ニ出テタルモノニ外ナラス若シ夫レ代金提供ノ事實アリタリトセハ甲第三號證ニ其ノ旨ノ記載ナキ謂レナシト云フカ如キハ論旨ノ憶測ニ止リ何等ノ根據アルコトナシ論旨ハ總テ採用ニ値セス

### ○ 上告理由

參加人代理人上告理由第三點ハ參加人ハ第一審ヨリ原告ハ同年四月二十五、六日頃參加人ニ對シ本件土地ヲ原告ニ賣渡シ吳レ度キ旨申出テタルコトアリ該事實ニ依ルモ原告ト被告多田間ニ於ケル本件土地賣買カ解除セラレタルコト明カナリト陳述シ其ノ立證迄爲シタリ然ルニ原判決ハ之カ事實有無ニ付何等ノ判斷ヲ爲サス然レトモ若シ原告ト被告多田間本件土地ノ賣買契約カ依然存續スルモノトセハ原告ハ參加人ニ對シ之カ賣却方ヲ要求スルノ理ナク若シ之ヲ要求シタル事實アリトセハ特別ノ事情ナキ限リ少クトモ契約ノ解除拋棄等ノ事實アリト認ムヘキハ事理ノ當然ト云フヘシ果シテ然ラハ原判決ハ重要ナル抗辯ニ對シ判斷ヲ爲ササル違法アルモノト信スト謂フニ在リ

### ○ 判決理由

然レトモ賣買契約カ解除セラレサルトキト雖賣主ニ於テ同一物件ヲ更ニ他人ニ賣渡シタル上當初ノ賣買契約ハ解除セラレタル旨不當ニ主張シ當事者間ニ紛争ヲ生スルニ至リタルトキハ當初ノ買主ニ於テ解除ヲ否定シツツ尙且第二ノ買主ニ對シ係争物件ニ付買受ノ申出ヲ爲スカ如キハ社會上稀有ノ事例ニ非ス左レハ原告ヨリ參加人ニ對シ所論ノ如キ買受申出ノ事實アリタリトスルモ夫レニ因リ被告多田ト原告トノ間ノ本件賣買カ解除セラレタルモノト認メサルヘカラサルモノニアラス原審カ此ノ點ニ付特ニ説明ヲ加ヘサリシハ右ト同旨ニ出テタルモノト解スヘキニヨリ原判決ニ違法アルモノト謂フヲ得ス以上ノ如クナルヲ以テ被告多田義人及參加人ノ各上告理由ハ何レモ失當ナリ

### ○ 上告理由

原告代理人上告理由第一點ハ原判決ノ引用セラレタル第一審判決ノ理由ニ依レハ次ニ被告銀行ニ對スル請求ニ付案スルニ云々成立ニ争ナキ丙第一號證ノ記載ニ依レハ被告多田ト被告銀行間ニ昭和九年四月十四日被告多田ハ參加人ヲ指示シ參加人又ハ其ノ指圖人名義ニ右賣買土地ノ所有權移轉登記手續ヲ爲スヘキ旨ノ合意アリタル事ヲ認メ得ヘキヲ以テ被告銀行ハ參加人ニ對シテ登記義務アルモ被告多田ニ對シテハ該義務ナキコト明ナリト說示セラレタリ然レトモ右ニ所謂參加人名義ニ移轉登記ヲ爲スヘキ旨ノ合意ナルモノハ如何ナル理由ニ因ルモノナルヤハ原判決ノ說示ニ依リテハ到底之ヲ看取スルヲ得サルノミナラス被告銀行ノ主張ニ依ル



モ右參加人名義ニ登記ヲ爲スヘキ合意ノ内容ヲ知ルニ由ナシ而シテ不動産ノ賣買ニ於テ買主カ賣主ニ對シ自  
己以外ノ第三者名義ニ所有權移轉登記ヲ爲スヘキコトヲ合意スルカ如キハ數人間ニ順次賣買アリタル場合ニ  
於テ各賣買ノ當事者全員カ合意ノ上中間登記ヲ省略シテ最初ノ賣主ヨリ最後ノ買主ニ對シ直接移轉登記ヲ爲  
スヘキ場合ニ於テ往々見ルヘキ事例ニシテ如上順次ノ賣買ナクシテハ單ナル賣買當事者間ノ合意ヲ以テ買主  
以外ノ他人名義ニ移轉登記ヲ爲スヘキコトヲ約シタルノミニテハ賣主ヲシテ直ニ本來ノ買主ニ對スル登記義  
務ヲ免レシムルノ效果ヲ生セサルヘク從テ買主ニ於テモ右合意アリタルニ拘ラス本來ノ登記請求權ニ基キ賣  
主ニ對シ登記義務ノ履行ヲ請求シ得ルモノト謂ハサルヘカラス然ルニ原判決ハ被告多田義人ト被告銀行トノ  
間ノ如上不徹底ナル合意ニ依リ恰モ被告銀行ハ被告多田義人ニ對シ本件土地ノ登記義務ナキモノノ如ク認定  
セラレタルハ理由不備ノ違法アリトスト謂ヒ

同第二點ハ假ニ本件土地ハ被告多田義人ヨリ參加人崔鍾吉ニ第二次ニ賣渡サレ被告多田義人ハ參加人ニ對シ  
登記義務ヲ負擔シ居リタルヲ以テ被告銀行トノ間ニ直接參加人名義ニ移轉登記ヲ爲スヘキコトヲ合意シタル  
モノトスルモ被告多田義人對參加人間ノ賣買ハ被告銀行ノ主張セサルモノナルヲ以テ若シ原判決ノ認定セラ  
レタル參加人名義ノ登記ニ關スル合意ナルモノハ如上ノ場合ニ於ケル中間登記省略ノ合意ヲ意味シタルモノ  
トセンカ若ハ當事者ノ主張セサル事實ヲ基礎トスルモノニシテ到底違法タルヲ免レサルヘク尙假ニ然ラスト  
スルモ中間登記省略ノ合意ハ順次ノ賣買ニ於ケル各當事者全員カ合意ヲ爲スニアラサレハ最初ノ賣主ト最後

ノ買主間ノ直接登記ハ當然無効タルヘキナリ故ニ中間ノ買主合意ナクシテ單ニ最初ノ賣主及最後ノ買主ノミ  
カ中間ノ買主名義ニ登記ヲ爲スヘキコトヲ合意シタル場合ニ於テハ其ノ當事者ノ一方ハ他ノ一方ニ對シ省略  
登記ヲ強要スルコトヲ得サルモノナルコトハ御院判決ノ示サレタル所ニシテ之ト同一ノ理ニ依リ第一次ノ賣  
買ノ當事者ノミカ第二次ノ買主ノ合意ナクシテ第一次ノ賣主ヨリ直接第二次買主名義ニ移轉登記ヲ爲スヘキ  
コトヲ合意シタレハトテ第一次ノ買主ハ第一次ノ賣主ニ對シ省略登記ヲ強要スルヲ得サルヘク寧ろ本來ノ賣  
買ニ基ク登記義務ノ履行ヲ求メ得ルモノト謂ハサルヘカラス前顯判決ノ說示ニ依レハ本件ニ於テハ第一次ノ  
賣買ノ當事者タルニ被告多田義人ト被告銀行トノ間ニ參加人名義ニ登記ヲ爲スヘキコトヲ合意シタルニ止リ  
第二次ノ買主タル參加人カ之ニ付合意ヲ爲シタル事實ハ認定セサルモノナルコト該說示自體ニ依リ明ナルヲ  
以テ參加人ハ右合意ニ依リ被告銀行ニ對シ省略登記ヲ請求シ得サルト同時ニ被告多田義人ハ依然被告銀行ニ  
對シ登記請求權ヲ有スルモノナルヲ以テ被告銀行ハ右合意ヲ云謂シテ被告多田義人ニ對スル登記義務ノ履行  
ヲ拒否スルヲ得サルモノトス故ニ此點ニ於テモ原判決ハ不法タルヲ免レサルモノト信スト謂フニ在リ

### ○判決理由

按スルニ原判決ハ被告株式會社大邱商工銀行ト相被告多田義人トノ間ニ參加人又ハ其ノ指圖人名義ニ本件土  
地ノ所有權移轉登記ヲ爲スヘキ旨ノ合意成立シタリトノ事實ヲ認定シタル上被告銀行ハ參加人ニ對シ登記義  
務ヲ有スルモ相被告多田ニ對シテハ其ノ義務ナキモノト斷シタルモノトス然レトモ土地賣買契約ニ於テ其ノ

當事者カ第三者ヲ指定シ之ニ所有權移轉登記ヲ爲スヘキ旨合意シタル場合別ノ事情アルニ非ル限リ買主ハ登記完了前ニ在リテハ何時ニテモ賣主ニ對シ右ノ合意ヲ取消シ更メテ自己ニ對シ所有權移轉登記ヲ爲スヘキコトヲ求メ得ルモノト解スルヲ相當トスヘク本件ニ於テ原告カ相被告多田ニ代位シ被告銀行ニ對シ多田名義ニ所有權移轉登記ヲ爲スヘキ旨請求スルハ即チ被告銀行及多田間ニ於ケル前記合意ノ取消ノ意思ヲ表示スルト共ニ更メテ多田名義ニ移轉登記ヲ爲スヘキコトヲ求メタルモノニ外ナラス這ハ別段ノ事情アリタルコトノ主張ナキ本件ニ於テ多田カ被告銀行ニ對シ有效ニ爲シ得ルトコロナルコト敍上ノ如クナルニ拘ラス原審カ被告銀行ト被告多田トノ間ニ於テ參加人名義ニ移轉スヘキ合意アリタリトノ一事ニ因リ被告銀行ハ多田名義ニ移轉登記ヲ爲スヘキ義務ヲ負ハサルモノト爲シタルハ違法ナリト謂ハサルヘカラス而シテ本件ニ在リテハ參加人ハ被告銀行ノ補助者トシテ所有權移轉登記ハ被告多田ノ前所有者タル被告銀行ヨリ直接參加人又ハ其ノ指圖人名義ニ爲スヘク被告兩名及參加人間ニ合意成立シタリト主張（記録中參加申出書及昭和九年十月二十五日ノ口頭辯論調書）シタルモノニシテ此ノ主張ハ被告銀行ノ主張トシテ其ノ效力ヲ有スルモノト謂フヘキトコロ原審ハ斯ル被告銀行ノ主張アリタルニ拘ラス丙第一號證ノ記載ニ依リ如上合意ハ被告銀行ト多田トノ間ニ成立シタル旨認定シタルモノニシテ之ヲ右丙號證ノ記載ト照合スルニ於テ原審ハ自ラ被告兩名及參加人ノ三者間ニ如上合意成立シタリトノ被告銀行ノ主張ヲ否定シタルモノナルコトヲ看取シ得ルモノトス果シテ然ラハ如上原審確定ノ事實關係ノ下ニ於テハ被告銀行ハ被告多田ニ對シ別紙目錄記載ノ本件土地ニ付昭和九年

二月八日ノ賣買ニ因ル所有權移轉登記手續ヲ爲スヘキ義務アルモノニシテ同銀行ニ對スル原告ノ請求ハ之ヲ認容スヘク原告ノ上告ハ此ノ點ニ於テ理由アリ

○身元保證金請求事件

（昭和十年民上第二五五號棄却）  
（昭和十年十月八日民事部判決棄却）

原告	控訴人兼 被告	上告人	韓山金融組合代表者 理事	組合長 理事	李 支 菅 俊 水野正之丞
被告	被告 兼控訴人	被上告人	吳 曠 煥 外三人	右訴訟代理人 辯護士	

【第一審】 全州地方法院蔚山支廳 【第二審】 大邱覆審法院

○判示事項

法人ト其ノ代表機關又ハ執行機關タル者トノ内部關係

○判例要旨

法人ノ代表機關又ハ執行機關タル者ト雖法人ト其ノ者トノ内部關係ニ於テハ尙ホ雇傭關係ニ立ツコトヲ妨クルモノニアラス

法人ト其ノ代表機關又ハ執行機關タル者トノ内部關係

原告代理人ノ原審ニ於ケル請求原因ノ要旨ハ訴外趙南吉ハ原告組合ノ理事トシテ昭和三年中ヨリ金錢出納其ノ他一切ノ原告組合ノ事務ニ從事シ訴外李成珪ハ同年五月中ヨリ原告組合ノ書記トナリ原告組合ノ出納係トシテ金錢ノ保管出納ノ業務ニ從事シタリ而シテ原告組合ノ理事其ノ他ノ事務員ニ採用セララルル者ハ組合令ノ規定ニヨリ身元引受人ヲ立ツルコトヲ要スル爲メ被告吳驥煥、鄭顯謨ハ昭和三年九月二十日被告李容默ハ同年十月八日何レモ訴外趙南吉ノ爲メニ連帶シテ身元引受人ヲ爲シ、被告丁奎弘、李承薰ハ昭和四年二月二十八日被告金應泰ハ昭和六年十二月三十日何レモ訴外李成珪ノ爲メニ連帶シテ身元引受人ヲ爲シタリ而シテ身元引受人ノ責任ハ被引受人カ組合ニ損害ヲ加ヘタル場合ニ其ノ者ノ組合ヨリノ退職當時組合ヨリ受ケタル給料五箇年分ニ相當スル額ヨリ身元被引受人ノ原告組合ニ積立テタル身元保證金ヲ差引キタル殘額ニ付其ノ組合退職後三箇年間其ノ責任ヲ負フモノナリ訴外趙南吉、李成珪等ハ原告組合ニ奉職中共謀シ訴外趙南吉ハ(1)昭和三年六月中ヨリ昭和四年五月迄ノ間ニ數回ニ互リテ原告組合ノ金合計八百六十圓ヲ橫領費消シ(2)原告組合ハ訴外金宗赫ニ對シ金百九十圓ノ求償權ヲ有シ居タルカ昭和六年十二月中其ノ取立ヲ爲シタル金中百三十七圓八十三錢ヲ橫領費消シ(3)昭和五年一月二十日頃ヨリ昭和七年五月中迄ノ間ニ訴外李成珪ト共謀シ組合ノ保管金合計一萬一千九百九十錢ヲ橫領費消シ(4)昭和七年六月三十日其ノ保管中ノ原告組合ノ金千二百圓ヲ橫領費消シ通計金一萬三千二百七圓三錢トナリ訴外李成珪ハ(1)昭和六年十二月五日其ノ保管ニ係ル原告組合ノ金一千圓ヲ橫領費消シ(2)昭和五年一月二十日頃ヨリ昭和七年五月中頃迄ノ間ニ訴外趙南吉ト共謀シ數回ニ合計金一萬一千九百九十錢ヲ橫領費消シ通計金一萬二千九百九十錢トナルトコト訴外趙南吉ハ原告組合ニ對シ身元保證金トシテ金一千四百六十五圓二十一錢ヲ積立テ居レルヲ以テ之ヲ右同人ノ費消金ノ一部ニ充當シタルニヨリ控除セル殘金一萬一千八百四十二圓五十二錢ノ損害ヲ加ヘ、訴外李成珪ハ原告組合ニ對シ身元保證金トシテ金一千二百十四圓四

十六錢ヲ積立テ居タルニヨリ之ヲ同人ノ費消金ノ一部ニ充當シタルヲ以テ控除セル殘金一萬八百九十五圓四十四錢ノ損害ヲ加ヘタルカ訴外趙南吉ノ退職當時同人ノ月俸額ハ金六十五圓ナリシニヨリ其ノ五ヶ年分ハ計金三千六百圓トナルヲ以テ被告等ハ前示各身元引受ノ約旨ノ退職當時同人ノ月俸額ハ六十圓ナリシニヨリ其ノ五ヶ年分ハ計金三千六百圓トナルヲ以テ被告等ハ前示各身元引受ノ約旨ニヨリ請求趣旨記載ノ如キ損害ヲ賠償スヘキ義務アリ尙被告ノ抗辯ニ對シ金融組合ノ監督者タル同組合聯合會及道ハ其ノ監督者トシテ相當ノ監督ヲ爲シタルモ訴外趙南吉李成珪ハ組合ノ帳簿類ニハ正當ナル支出ヲ爲シタル如キ記載ヲ爲シ監督者ノ検査ノ際ニハ他ヨリ現金ヲ準備シテ帳簿尻ト一致セシメ置キタルモノナル故監督官廳トシテハ其ノ監督怠慢ナリト謂フヲ得ス又組合ハ現金六千圓以上ヲ一時ニ保管シ得サル規定アルモ原告組合ハ不便ノ土地ニアル爲メ右金額以上ヲ貸付準備金トシテ保管スルコトアルモ右ハ容認セラレタルモノニシテ監督者カ原告組合ノ出納ヲ放任シタルモノニ非ス、尙ホ被告金應泰カ身元保證契約ヲ爲シタル昭和六年十二月三十日後ノ訴外李成珪趙南吉ノ共謀ニ依ル費消金額ハ六千九百九十錢ナリ、被告鄭顯謨ニ對スル印鑑證明書及財産證明書ヲ原告組合ハ所持セス且ツ原告組合ハ身元保證契約ヲ爲スニ當リテハ之等ノ書面ヲ徵スルカ常ナリト謂フニ在リ

被告吳驥煥外四名代理人答辯ノ要旨ハ訴外趙南吉、李成珪等カ原告主張ノ如キ金員ヲ橫領シタルコトハ之ヲ認メス仍テ同被告等ニハ原告組合ニ對シ損害賠償ヲ爲スヘキ義務ナシ假ニ賠償スヘキ義務アリトスルモ元來金融組合ハ金錢ノ貸付預金ノ受入等ノ取扱ヲ爲スヲ業務トスルモノナルニヨリ理事其ノ他ノ從事員ヲ採用スルニ當リテハ其ノ人物素性等ニ付細心ノ注意ヲ拂フヘキハ勿論採用後ト雖モ日々巨額ノ金錢ヲ取扱フモノナルヲ以テ日常嚴重ナル監督ヲ怠ルヘカラサルモノナルヲ以テ之等身元保證ヲ爲ス者ハ組合ヲ信頼シ相當ノ監督ヲ爲スモノト信スルカ故ニ若シ保證契約ヲ爲ス際原告組合カ監督ヲ怠リ其ノ儘放任スルコトヲ知ラハ何人モ右契約ヲ爲ササルヘク組合ニハ組合長、監事、評議員等アリ更ニ朝鮮總督、道知事、金融組合聯合會等ノ監督機關アルニ拘ラス之カ注意監督ヲ等閑ニ付シ數年ニ互ル右訴外人等ノ巨額ノ橫領行爲アルモ之ヲ放任スル

カ如キハ絶對ニ許スヘカラサルモノニシテ右兩訴外人ニ不正行為アリテ之カ爲メ原告組合ニ損害ヲ蒙ラシメタル事實アリト  
 スルモ其ノ監督當ヲ得サル以上身元保證人ノ責任ハ其ノ程度ニ應ジテ全部又ハ一部ノ減免ヲ受クヘキモノニシテ全額ノ損害  
 金ヲ賠償スル義務ナシ、原告ノ主張ノ如ク假ニ訴外趙南吉、李成珪カ昭和三年六月下旬ヨリ昭和七年六月三十日迄ノ間ニ或  
 ハ單獨ニテ或ハ共謀シテ横領費消シタル金額カ一萬三千三百七十三錢ナリトスルモ右ハ四、五年ニ互リ繼續的ニ行ハレ  
 タルモノニシテ之ヲ一時的ニ行ハレタルモノト同一ニ論スルコトヲ得ス畢竟右ハ其ノ監督ノ放漫ニ因ルモノト云ハサルヘカ  
 ラス然リ而シテ原告ノ如キ組合ハ金錢ノ出納ヲ常務トスルカ故ニ時々嚴重ナル會計検査ヲ爲シ且ツ理事從事員ノ日常ノ行動  
 ニ付テモ之カ監視ヲ爲ス方法ヲ講スヘキニ拘ラス會計検査ノ度數業務ノ性質ニ徴シ甚タ少ク被用者等日常ノ行動ニ付何等注  
 意ノ方法ヲ講セス而ノミナラス原告組合ノ現金保管限度ハ六千圓ナルニ拘ラス之ヲ超過セシメ居リタル事實アリ、訴外趙南  
 吉カ原告組合ノ理事トシテ赴任シタル昭和三三年六月中ハ原告組合ノ借入金僅カニ六千六百圓ニ過キサリシモノカ年々増加シ  
 昭和七年六月頃ハ其ノ六倍ナル一萬六千餘圓ニ達シ居リ業務指導監督及資金供給機關ナル忠清南道金融組合聯合會ニ於テ右  
 ノ如キ不正借入ニ注意セス放漫ナル貸出ヲ爲シタル爲メ多額ノ金錢ヲ費消横領スルニ至ラシメタル事實アリ、原告組合ノ現  
 金保管上必要ナル現金有高帳ニ昭和五年七月以降何等ノ記載ナキニ拘ラス検査員カ之ヲ其ノ儘放任シ置キ且ツ組合ノ書記カ  
 現金ノ出納ヲ掌ル場合ニハ理事ハ出納係トノ間ニ現金授受ヲ明ニスヘキ帳簿ノ設ケ無キ爲メ現金授受不明ト爲リ從テ各人ノ  
 費消額不明ナル事實アリ會計検査ノ如キハ不意ニ之ヲ行ヒ實際ノ狀況ヲ検査スルヲ至當トスヘキモノナルニ拘ラス豫メ検査  
 ヲ知ラシメ費消金額等ヲ他ヨリ臨時ニ借入レ埋合スカ如キ機會ヲ與ヘタルカ如キ事實アリテ之等ハ何レモ監督ノ不充分ナリ  
 シコトヲ窺ヒ知ル材料タリ得ヘシ仍テ本件横領行為ニハ原告組合ニモ重大ナル過失アリト云フヘキヲ以テ右被告等ニ賠償義  
 務アリトスルモノ之ヲ參酌スヘキコト論ナシ更ニ同被告等カ右訴外人等ノ身元保證ヲ爲スニ至リタル事由及賠償能力並ニ同被  
 告等カ何レモ同訴外人等トハ遠隔ノ地ニ居住シ居レル爲同訴外人等ノ日常ノ行動ヲ監視スルニ由ナク且ツ之カ監視ノ機能ナ

キ事實モ亦同被告等ノ賠償責任義務參酌ノ材料タルヘク同被告等カ同訴外人等ノ身元保證ヲ爲スニ當リ何等利益ヲ受ケシ事  
 實ナク殊ニ被告李容默ハ訴外趙南吉トハ曾テ面識ナク其ノ保證契約ヲ爲ス當時同訴外人ノ實父カ天安郡守トシテ在職シ同被  
 告ハ天安郡成歡面長トシテ在職シタリシ關係上權力關係ノ爲不本意ニ強要セラレタルモノニシテ同訴外人ノ品格全ク不明ナ  
 リシノミナラス同人ヲ就職セシメサルヘカラサル希望等ナカリシ事實アリ且ツ同被告等ハ多クハ無資力者ニシテ原告主張ノ  
 如キ金額ヲ全部賠償セムトセハ現在ノ全財産ヲ傾倒スルモ尙ホ足ラス將來ノ收入ヲ擧ケテ提供セサルヘカラサルニ至リ之カ  
 爲メニ一家ヲ維持スルコト能ハサル悲運ニ遭遇スヘキニヨリ同被告等ノ資力モ右ト共ニ參酌スヘキモノナリ而シテ原告組合  
 ノ理事及書記ハ身元保證金トシテ其ノ給料ノ五ヶ年分ニ相當スル金額ヲ提供スルコトヲ原則トシ若シ右身元保證金カ定額ニ  
 満たサル場合初メテ身元引受證ヲ差入ルルコトト爲リ居リ從テ原告組合カ同訴外人等ヨリ損害ヲ被リタリトセハ先右身元保  
 證金ヲ以テ其ノ賠償ニ充テ同訴外人等ノ退職當時ノ月俸額ノ各五ヶ年分ヨリ其ノ保證金ヲ差引キタル殘額ニ付テノミ身元保  
 證責任ヲ負フモノニシテ訴外趙南吉ハ金千四百六十五圓二十一錢ヲ訴外李成珪ハ金千二百十四圓四十六錢ヲ夫々原告組合ニ  
 身元保證金トシテ積立テ居レルヲ以テ同被告等ハ其ノ差額ニ付テノミ賠償責任アルニ過キス  
 被告金應泰ハ昭和六年十二月三十日ニ訴外李成珪ノ爲メニ原告組合ニ身元保證契約ヲ爲シタルヲ以テ同日ヨリ昭和七年五月  
 三十日迄ノ間同訴外人ノ爲メニ保證責任ヲ負フニ過キス訴外李成珪カ右期間内ニ消費シタル金額不明ニシテ同被告ニ對シテ  
 奎弘、李承薰ト同様ノ金額ヲ請求スルハ失當ナルノミナラス原告提出ノ甲第十一號證ニ徴スルモ同訴外人ノ右期間内ノ費消  
 金額ハ六百一圓四十一錢ニ過キス然ルニ同訴外人ノ積立テタル身元保證金ハ千二百十四圓四十六錢ナリ元來同被告ハ原告  
 組合ニ對シ本件身元保證ヲ爲スニ當リ同訴外人カ原告組合ニ損害ヲ生セシメタル場合ハ先身元保證金ヨリ填補スヘキ朝鮮總  
 督ノ訓令アルヲ以テ安心シテ保證シタルモノニシテ右ハ内訓ナリトスルモ原告組合ノ遵守スヘキモノニシテ右同訴外人ノ費  
 消額ヲ右同人ノ身元保證金トシテ積立金ト差引計算セハ同被告ニハ何等責任ナシ又被告鄭顯謨ノ答辯ノ要旨ハ原告主張ノ

法人ト其ノ代表機關又ハ執行機關タル者トノ内部關係

如ク訴外趙南吉ノ爲メニ同被告カ原告組合ニ對シ身元保證ヲ爲シタル事實及同訴外人カ原告本訴請求ノ如キ金員ヲ横領費消シタル事實ヲ認ムルモ同被告ハ右保證契約後無資力ナリシ爲メ原告組合ヨリ右保證契約ノ解除ヲ受ケタルニヨリ原告ノ請求ニ應セス若シ同被告カ解除セラレザリシトセハ同被告ノ印鑑證明書及財産證明書カ右契約當時原告組合ニ差入レアル可キニ之レナキノミナラス毎年同被告ノ財産證明書ヲ徴スルコトトナリ居レルニ原告ハ之等ヲ所持セサルハ其ノ契約ノ存セサル爲メナリ

尙被告吳驥煥、李容默代理人ニ於テ被告李容默ハ現在無資産ニシテ被告吳驥煥ハ僅カ五百圓位ノ資産ヲ有スルニ過キス訴外趙南吉ハ年齡僅カニ二十八歳ニシテ金融組合ノ理事タル要職ニ就キタルモノナレハ若年ノ理事ノ行爲ニ付テハ組合ノ監督機關タル組合長及監事ニ於テ普通以上ノ監督ノ責務ヲ盡スヘキニ不拘之ヲ怠リタル本件ノ場合ニ在リテハ原告組合ニ重大ナル過失アル旨被告丁奎弘代理人ニ於テ假ニ同被告ニ於テ本件身元保證金ノ支拂義務アリトスルモ訴外李成珪ノ費消シタル金額ハ千六百八十一圓四十一錢ナレハ之ヨリ同人ノ積立金千二百四十四圓四十六錢ヲ差引キタル殘額金四百六十六圓九十五錢ニ付過失相殺セラレタル殘額ニ付テノミ支拂責任ヲ負フヘキモノナリト謂フニ在リ

原裁判所ハ被告等ノ身元保證契約ハ孰レモ夫々連帶シテ其ノ責ニ任スヘキ趣旨ノ下ニ爲サレタルモノナルコトハ被告等代理人ノ明カニ爭ハサルトコロナルヲ以テ之ヲ自白シタルモノト看做スヘク成立ニ爭ナキ甲第一、二號證ノ記載及原審證人岡田豊次郎ノ供述ヲ綜合スレハ右趙南吉ハ原告主張ノ如ク右組合ノ理事奉職中其ノ業務上保管ニ係ル同組合所有金ヲ昭和三年六月下旬頃ヨリ昭和七年五月中旬頃迄ノ間ニ數回ニ互リ金一萬三千三百七圓七十三錢ヲ又右李成珪ハ其ノ業務ニ從事中昭和五年一月二十日頃以降昭和七年五月中旬頃迄ノ間ニ數回ニ互リ同組合所有金合計一萬一千百九圓九十錢ヲ各横領費消シ夫々原告組合ニ其ノ損害ヲ蒙ラシ

メタル事實ヲ肯認シ得ヘク右認定ニ抵觸スル乙第十三號證及甲第十一號證ノ記載竝原審證人趙南吉、李成珪ノ供述ハ輒ク措信シ難ク其ノ餘ノ被告等代理人依用ノ立證ニ據リテハ如上認定ヲ左右スルニ足ラス然レトモ被告等ノ如上保證責任限度ハ右各被身元引受人等ノ各退職當時ニ於ケル俸給額ノ五個年分ニ相當スル金額ヨリ同人等ニ於テ原告組合ニ積立テ置キタル身元保證金額ヲ差引キタル殘額ニ付テノミ其ノ責任ヲ負フヘキ約定ナリシコト及右趙南吉ハ原告組合ニ對シ身元保證金トシテ金一千四百六十五圓二十一錢ヲ又李成珪ハ同シク金一千二百四十四圓四十六錢ヲ夫々積立テタルコト竝右趙南吉ノ原告組合ノ退職當時ニ於ケル月俸額ハ金六十圓、又李成珪ノ退職當時ノ月俸額ハ金六十圓ナリシコトハ原告代理人ノ是認スルトコロナルヲ以テ結局被告吳驥煥、李容默兩名カ原告組合ニ對シ負フヘキ保證責任限度ハ右趙南吉ノ原告組合退職當時ニ於ケル月俸額ノ割合ニヨル五箇年分ノ總額三千九百圓中前記同人ノ積立金一千四百六十五圓二十一錢ヲ控除シタル殘額二千四百三十四圓七十九錢ニシテ又被告丁奎弘、李承薰兩名ニ對スル其レハ右李成珪ノ原告組合退職當時ニ於ケル月俸額ノ割合ニヨル五箇年分ノ總額三千六百圓中如上同人ノ積立金一千二百四十四圓四十六錢ヲ控除シタル殘額金二千三百八十五圓五十四錢ニ過キサリシヲ以テ他ニ特段ノ事由ナキ限り被告等ハ夫々原告組合ニ對シ連帶シテ如上金額ヲ賠償スヘキ義務アリト謂フヘキトコロ原審證人李政植、具秉定ノ供述ヲ綜合スレハ原告組合ニハ業務執行ニ關シ理事ト全ク同一ナル權限ヲ有シ互ニ其ノ業務執行 付監視シ得ヘキ權限ヲ有シ居ル組合長アリ又特ニ組合ノ財産及業務執行ノ狀況等ニ付監査ヲ爲シ得ヘキ權限ヲ有スル監事アルニ拘ラス

該組合長及監事等ハ右趙南吉及李成珪兩名カ夫々理事又ハ書記トシテ就任シタル以降全ク理事ニ其ノ業務一切ヲ一任シテ毫モ其ノ監視ヲ爲シタルコトナキノミナラス書記ニ對スル業務執行上ノ監督若クハ監査ヲ爲シタル事跡ナク其ノ果シタル監査等ニ付テモ疎漏怠慢ナリシコトヲ看取シ得ヘシ然ラハ原告組合ハ敍上ノ如ク組合長及監事等ニ於テ組合令ニ規定シタル職務ヲ全ウセサルノミナラス右趙南吉及李成珪兩名カ前敍ノ如ク長年月ニ互リ巨額ノ金員ヲ橫領費消シタル非行ヲ發見スルコト能ハサリシカ如キハ明ニ原告組合ノ重大ナル過失ナリト謂ハサルヘカラス然レハ被告等ノ原告組合ニ支拂フヘキ如上損害ノ賠償額ハ原告組合ノ右過失ヲ斟酌シテ之ヲ算定スヘキモノナレハ被告吳驥煥、李容默兩名ハ連帶シテ原告組合ニ對シ前掲賠償責任額ノ半額タル金一千二百七十四圓三十九錢五厘及之ニ對スル記錄上明カナル本件訴狀送達後ナル昭和八年十月二日ヨリ又被告丁奎弘、李承薰兩名ハ原告組合ニ對シ連帶シテ如上賠償責任額ノ半額タル一千九百九十二圓七十七錢及之ニ對スル前同様日ヨリ各完済迄各年五分ノ損害利息ヲ支拂フヘキ義務アルモノトスト説示シ被告等ノ各抗辯ヲ排斥シ然ラハ原告ノ請求ハ如上認定ノ範圍内ニ於テノミ正當ナルヲ以テ認容スヘク其ノ餘ノ請求ハ理由ナシト判示シ原告ノ請求ヲ一部認容シタリ

### ○ 上告理由

上告理由ハ原審ハ證據ニ依リ原告組合理事趙南吉カ昭和三年六月下旬ヨリ昭和七年五月中旬頃迄ノ間ニ數回ニ互リ其ノ業務上保管ニ係ル原告組合所有金一萬三千三百七圓七十三錢ヲ又原告組合書記李成珪ハ昭和

五年一月二十日頃以降昭和七年五月中旬頃迄ノ間ニ數回ニ互リ同組合所有金一萬一千百九圓九十錢ヲ各橫領費消シタル事實及被告等カ右趙南吉李成珪ノ身元保證人トシテ保證ノ義務アル金額ハ被告吳驥煥、李容默ハ二千四百三十四圓七十九錢被告丁奎弘、李承薰ハ金二千三百八十五圓五十四錢ヲ連帶シテ賠償スヘキモノト認メラレタルニ拘ラス更ニ證人李政植、具秉定ノ供述ヲ綜合シ「原告組合ニハ業務執行ニ關シ理事ト全ク同一ナル權限ヲ有シ互ニ其ノ業務執行ニ付監視シ得ヘキ權限ヲ有シ居ル組合長アリ又特ニ組合ノ財産及業務執行ノ狀況ニ付監査ヲ爲シ得ヘキ權限ヲ有スル監事アルニ拘ラス該組合長及監事ハ右趙南吉及李成珪兩名カ夫々理事又ハ書記トシテ就任シタル以降全ク理事ニ其ノ業務一切ヲ一任シテ毫モ其ノ監視ヲ爲シタルコトナキノミナラス書記ニ對スル業務執行上ノ監督若クハ監査ヲ爲シタル事跡ナク其ノ果シタル監査等ニ付テモ疎漏怠慢ナリシコトヲ看取シ得ヘシ然ラハ原告組合ハ敍上ノ如ク組合長及監事等ニ於テ組合令ニ規定シタル職務ヲ全フセサルノミナラス右趙南吉及李成珪兩名カ前敍ノ如ク長年月ニ互リ巨額ノ金員ヲ橫領費消シタル非行ヲ發見スルコト能ハサリシカ如キハ明ニ原告組合ノ重大ナル過失ナリト謂ハサルヘカラストシ其ノ過失ヲ斟酌セラレ被告等ノ保證責任ヲ半減セラレタルモノトス然レトモ(一)金融組合令第三十五條ニハ組合長ハ理事ト共同シテ金融組合ヲ代表ス但組合ノ常務ニ付テハ理事單獨ニ之ヲ代表スルコトヲ得、組合長ハ定款ニ別段ノ定メアル場合ヲ除クノ外總會及評議員會ノ議長ト爲ル組合長事故アルトキハ理事之ヲ代理シ缺員ノ場合ハ其ノ職務ヲ行フ理事ハ總會及評議員會ニ出席シ意見ヲ述フルコトヲ得ト規定シ第三十六條ニハ組合長及理事ハ

定款ノ定ムル所ニ依リ金融組合ノ業務ヲ執行スト規定シアリテ組合長及理事ハ社團法人タル金融組合ノ代表機關タルト同時ニ執行機關ニシテ法人タル金融組合ノ使用人ニアラサルコト彼ノ株式會社ニ於ケル取締役ニ異ナラス組合長ハ理事ヲ指揮監督スルノ權限ナク理事モ亦組合長ノ指揮監督ヲ受ケ業務ヲ執行スルモノニアラス互ニ平等ノ地位ニ在ルコト取締役相互ノ關係ト異ナラス組合ノ使用人ハ理事ノ指揮命令ニ從ヒ職務ニ從事シ其ノ監督ヲ受クヘキモノナレハ使用人ノ不法行爲ヲ理事ニ於テ不注意ニ依リ知ラサルトキハ組合ニ過失アリト謂フコトヲ得ヘケンモ理事自ラ其ノ保管ニ係ル組合所有ノ金員ヲ横領費消セル如キ場合ニ組合長ノ不知ヲ理由トシテ組合ニ過失アルコトヲ主張スルヲ得ス理事ハ組合ノ最高機關ニシテ何人ノ指揮監督ヲ受クルモノニアラス理事カ知ルヘクシテ知ラサリシ場合組合ニ過失アリト云フヘク然ルニ其ノ理事自身不正行爲アル場合ハ組合ニ過失アリト云フヲ得サレハナリ原審カ組合長ニ於テ業務上監督ヲ爲サス理事趙南吉ノ不正行爲ヲ長年月ニ互リ發見シ得サリシコトヲ以テ原告組合ノ過失ト認メラレタルハ不法ナリ(一)原審ハ前述ノ如ク該組合長及監事ハ右趙南吉李成珪兩名カ夫々理事又ハ書記トシテ就任シタル以降全ク理事ニ其ノ業務一切ヲ一任シテ毫モ其ノ監視ヲ爲シタルコトナキノミナラス書記ニ對スル業務執行上ノ監督若クハ監查ヲ爲シタル事蹟ナキ旨認定セラレタルモ金融組合令第三十七條ニハ監事ハ金融組合ノ財産及業務ノ狀況ヲ監查ス監事ハ組合ノ財産ノ狀況又ハ業務ノ執行ニ付不正ノ廉アルコトヲ發見シタルトキハ之ヲ道知事ニ具申スヘシト規定シアリテ監事ハ組合ノ財産及業務ノ狀況ヲ監查スル權限アルニ過キス理事ノ業務ノ執行ニ干涉シ又其ノ執行

ヲ監視スルノ權限ナシ唯理事ノ業務執行ニ付不正ノ廉アルコトヲ發見シタルトキ之ヲ道知事ニ具申スヘキ權限アルノミ其ノ他書記ニ對スル業務執行上ノ監督若クハ監查ノ如キハ全然監事ノ權限ニ屬セス是レ寧ロ理事ノ當然ノ任務ナリ然ルニ原審カ監事ノ權限ニ付法律ヲ誤解シ監事ニ原審認定ノ如キ事由アリタルヲ理由トシ原告組合ノ過失ヲ斷定セラレタル不法アリ次ニ組合長ハ理事ト共同シ金融組合ヲ代表シ又組合長及理事ハ定款ノ定ムルトコロニ依リ金融組合ノ業務ヲ執行スヘキモノナリト雖組合ノ常務ニ付テ理事單獨ニ之ヲ代表スルコトヲ得ルモノナレハ組合内部ノ關係ニ付テハ組合長ハ必スシモ權限ナク寧ロ理事ニ其ノ權限アリ原審ハ全ク理事ニ其ノ業務一切ヲ一任シテ毫モ其ノ監視ヲ爲サスト謂ヘルモ理事ニ其ノ業務一切ヲ一任スル如キ事ハアリ得ヘカラサルコトナリ事苟モ外部關係ニ屬スル業務ニ關シテハ組合長及理事ノ共同代表ニアラサレハ組合ハ何事ヲモ爲シ得ス内部關係ニ屬スル業務タルニ於テハ理事カ常務トシテ單獨ニ之ヲ處理シ得ヘキコト法律ノ明定スル所ナレハ組合長カ理事ニ業務一切ヲ一任スルト云フ如キ問題ヲ生セサルモノナリ而シテ組合所有金錢ヲ組合内ニ於テ保管シ(聯合會又ハ殖産銀行ニ預金スル如キ場合ハ對外關係ニテ別ナリ)又組合使用人ノ監督ヲ爲スカ如キハ當然理事ノ爲スヘキ組合内部關係ノ常務ニシテ組合長ノ關與スヘキ事項ニアラス組合長ニ前示ノ如キ事由アリトシテ原告組合ノ過失ヲ斷定セラレタルハ是亦法律ヲ誤解セル不法アリ(三)原審ハ又一其ノ果シタル監查等ニ付テモ疎漏怠慢ナリシコトヲ看取シ得ヘシ然ラハ原告組合ハ敍上ノ如ク組合長及監事等ニ於テ組合令ニ規定シタル職務ヲ全フセサルノミナラス右趙南吉及李成珪兩名カ前敍ノ如ク長年月ニ

互リ巨額ノ金員ヲ横領費消シタル非行ヲ發見スルコト能ハサリシカ如キハ明ニ原告組合ノ重大ナル過失ナリト謂ヘルモ其ノ前段ニハ監査ヲ爲シタル事蹟ナクト云ヒ其ノ後段ニハ其ノ果シタル監査ハ疎漏怠慢ナリト云ヒ前段ハ監査ヲ爲ササリシ如ク後段ハ監査ヲ爲セシ如ク認定セラレ前後矛盾アリ監査ヲ爲ササリシコトカ事實ナリトセハ監査ヲ爲シ疎漏怠慢ナリシトハ謂ヒ得サルコトナリ又疎漏怠慢ナル監査ト雖監査ヲ爲シタル以上ハ監査ヲ爲ササリシモノト云フヲ得ス原審ハ監査ヲ爲ササリシコトヲ過失トスル趣旨ナリヤ監査ハ爲シタルモ其ノ監査ハ疎漏怠慢ニシテ過失アリトスル趣旨ナリヤ明ナラス假リニ原審認定ノ趣旨ハ監査ハ爲シタルモ其ノ監査タルヤ疎漏怠慢ニシテ過失アルヲ免レストスルモノトセハ原審ノ認定ハ抽象的ニシテ果シテ原告組合ニ過失アリヤ否ヤヲ判斷スルニ足ラサルモノナリ趙南吉及李成珪カ(右兩人ノ横領費消セル金額一萬一千九圓九十錢ハ共謀ニ係ルモノニシテ趙南吉ノ横領金額一萬三千三百七圓七十三錢中ニハ右金額ヲ包含セルモノニテ各別ニ右金額ノ横領費消アリタルニアラサルコトハ原審援用ノ證據ニ依リ明ナリ)如何ナル方法ニテ其ノ保管セル原告組合ノ金員ヲ横領シ如何ナル方法ニテ其ノ發覺ヲ豫防シタリヤヲ具體的ニ説明シ若シ其ノ發覺豫防ノ方法カ巧妙ニシテ如何ナル注意ヲ拂フモ何人モ發見シ得サリシモノナルニ於テハ原告組合ニ過失ナク其ノ年月ノ久シキニ互ル事實ノミヲ以テハ直ニ原告組合ニ過失アリト謂フヲ得サルナリ即原告組合ノ過失ヲ認メントスルニハ趙南吉及李成珪等カ横領ノ事實ヲ隱蔽セルモ原告組合カ如何ナル方法ニ依リ調査セハ其ノ横領ノ事實ヲ發見スルヲ得ヘカリシニ其ノ調査ノ方法ヲ誤リタル爲メ遂ニ發見スルヲ得サリシモノナリトシ具體的ニ如何ナル點ニ過失アリヤヲ説明スルヲ要シ單ニ監査カ疎漏怠慢ナリト云フノミヲ以テハ原告ノ過失ヲ認ムルニ足ラス趙南吉及李成珪等ハ其ノ保管ニ係ル原告組合所有ノ現金ヲ横領費消セルコトハ原審認定ノ如クニシテ貸付又ハ預金等ヲ横領セルモノニアラス若シ此等ノ金員ノ横領ナルニ於テハ帳簿ノ監査及借主預金者ノ調査ニ依リ之ヲ發見スルヲ得ヘケンモ本件横領ハ然ラス組合所有金ノ横領ニシテ帳簿ノ監査ニ依リ發見スルヲ得ス帳簿尻ノ現金在高ト監査當時ノ金庫内ノ現金トカ符合スレハ何人ト雖モ横領ノ事實ヲ發見スルヲ得サルモノニテ右兩人ハ此ヲ熟知シ數年間監事及道聯合會ノ監査アル毎ニ他ヨリ自己ノ横領金額ヲ融通シ來リ之ヲ金庫内ニ入レ置キ監事及聯合會ノ監査ヲ受ケ其ノ發見ヲ妨ケ來リシモノナルヲ以テ數年ノ久シキ遂ニ其ノ發見ヲ爲スヲ得サリシモノナリ帳簿尻ノ現金在高ト金庫内ノ現金在高カ符合スルニ尙横領ノ事實ヲ發見スルヲ得サルハ過失ナリト爲スハ人ニ難キヲ責ムルモノト謂ハサルヘカラスシテ斯ル事實ナルニ於テハ原告組合ノ過失ハ之ヲ認ムルヲ得サルモノト信ス要之原審ノ認定ニ依リテハ如何ナル點ニ原告組合ノ過失アリヤ具體的ノ説明ナキヲ以テ理由不備ノ不法アルカ審理不盡ノ不法アルモノナリト謂フニ在リ

### ○判決理由

然レトモ法人ノ代表機關又ハ執行機關タル者ト雖法人ト其ノ者トノ内部關係ニ於テハ尙ホ雇傭關係ニ立ツコトヲ妨クルモノニアラス原判決ノ認定セルトコロニ依レハ原告組合ハ趙南吉ヲ理事トシテ採用スルニ付身元保證人ヲ徵シ原告組合ニ奉職中一定ノ俸給ヲ支給シ且身元保證金ヲ積立テシメタルコト原告組合ノ他ノ使用



人ト何等異ナルトコロナカリシモノナレハ原告組合ト趙南吉トノ内部關係ノ實質ハ雇傭關係ナリ換言スレハ内部關係ニ於テハ趙南吉ハ原告組合ノ指揮監督ノ意思ニ基キ執務スル關係ニアリタルモノト解スルヲ相當トス而シテ原判決ノ認定ニ依レハ原告組合ニハ組合ノ業務執行機關タル理事ノ外ニ業務執行ニ關シ理事ト同一ノ權限ヲ有スル組合長及組合ノ財產並業務執行狀況監査ノ權限アル監事等ノ諸機關存在セルカ故ニ之等ノ各機關ハ互ニ其ノ任務ヲ忠實ニ遂行シ他ノ機關其ノ他組合職員ノ執務狀況ヲ監督スヘキ義務アルハ當然ニシテ若シ之等ノ機關ニシテ其ノ監督上過失アルトキハ即チ原告組合其ノモノニ過失アリト謂ハサルヘカラス而シテ原判決ハ趙南吉カ原告組合ノ理事李成珪カ書記トシテ就任以來實質上組合ノ業務一切ヲ趙南吉ニ一任シ組合長及監事ハ各自己ノ任務ヲ怠リ趙南吉カ李成珪ト共謀シ數年ニ互リ巨額ノ橫領行爲ヲ敢テシタルニ拘ラス之ヲ知ラス其ノ爲ス儘ニ放任シタルコトヲ認メタルカ故ニ該判示事實ニヨレハ原告組合ニ監督上ノ過失アリタルコトヲ認ムルニ十分ニシテ所論ノ如ク過失ノ内容ニ付更ニ具體的ニ説示スルノ要ナキモノトス又原判決ハ措辭妥當ナラサルモ組合長及監事等ハ理事趙南吉ノ業務ヲ監視セス書記李成珪ニ對スル業務上ノ監督若シクハ監査ヲ爲サス其ノ他ノ點(例ヘハ組合財産ニ關スル監査報告)ニ付爲シタル監査ハ不完全ナリシ趣旨ヲ判示セルモノト解シ得ヘキヲ以テ所論ノ如キ矛盾アルコトナシ然ラハ原判決ハ正當ニシテ反對ノ見地ニ立チテ原判決ヲ非難スル論旨ハ理由ナシ

○物品代立替金請求事件

(昭和十年民上第二六二號棄却)  
昭和十年十月八日民事部判決

〔原告〕 被控訴人 被上告人 株式会社 大池回漕店 代表者取締役 大池 源 二  
〔被告〕 控訴人 上告人 山口 守 一 訴訟代理人 辯護士 岸本 銳 次 郎  
〔第一審〕 大邱地方法院 〔第二審〕 大邱覆審法院

○判示事項

運送人ノ荷送人ニ對スル損害賠償ト代金債權ノ代位

○判例要旨

貨物引換證カ荷送人ト荷受人間ニ於ケル其ノ貨物ノ賣買代金ノ擔保ヲ爲ス場合ニ於テ運送人カ荷送人ニ對シ貨物ノ價格ノ全部ヲ賠償シタルトキハ荷送人ニ代位シテ荷受人ニ賣買代金ノ支拂ヲ求メ得ヘキモノトス

〔參 照〕 民法第四百二十二條 債權者カ損害賠償トシテ其債權ノ目的タル物又ハ權利ノ價額ノ全部ヲ受ケタルトキハ債務者ハ其物又ハ權利ニ付當然債權者ニ代位ス

○判示事項

荷爲替ニ因ル手形債務ノ負擔ト更改ノ成否

運送人ノ荷送人ニ對スル損害賠償ト代金債權ノ代位  
荷爲替ニ因ル手形債務ノ負擔ト更改ノ成否

○判例要旨

荷爲替ニ因ル手形債務ノ負擔ハ賣買代金支拂ノ爲メニ爲サルルヲ通常ト爲スヲ以テ當然更改ト爲ルコトナキモノトス

〔參照〕 民法第五百十三條 當事者カ債務ノ要素ヲ變更スル契約ヲ爲シタルトキハ其債務ハ更改ニ因リテ消滅ス

條件附債務ヲ無條件債務トシ、無條件債務ニ條件ヲ附シ又ハ條件ヲ變更スルハ債務ノ要素ヲ變更スルモノト看做ス債務ノ履行ニ代ヘテ爲替手形ヲ發行スル亦同シ

○事實

原告代理人ノ原審ニ於ケル請求原因ノ要旨ハ原告ハ其ノ肩書住所所地ヲ本店トシ大邱府錦町一丁目二十八番地ニ出張所ヲ置キ貨物運送業ヲ營ミ被告先代山口稻右衛門ハ被告ノ肩書住所所地ヲ本店トシ大邱府新町百八十二番地ニ支店ヲ設ケ水飴、砂糖、麥粉、陶器類ノ販賣業ヲ爲シ居タル中昭和四年二月七日死亡シ被告其ノ家督相續ヲ爲シタルモノナルトコロ右山口支店ニ於テハ一、三重縣富田町日本製飴合名會社ニ對シ昭和三年六月十五日水飴三百三十箱(此ノ代金三千五百五十圓)同年八月三日四百箱(此ノ代金四千圓)ヲ注文シタル結果右日本製飴合名會社ハ原告會社ニ其ノ運送ヲ委託シ原告會社ハ貨物引換證ヲ發行交付シ現品ハ大邱出張所ヲ到着地取扱店トシテ運送シ何レモ受託ノ翌日大邱ニ到着シ二、昭和三年七月十四日釜山府辨天町寺田安太郎ニ對シ麥粉百五十袋(此代金五百七十六圓)ヲ注文シ右寺田安太郎ハ同日之ヲ釜山府大倉町日出運送部コト健谷茂介ニ運送ヲ委託シ同運送店ハ貨物引換證ヲ發行交付シ原告會社大邱出張所ヲ到着地取扱店トシテ直ニ現品ヲ運送シ其ノ翌日大邱ニ到着シタリ右各貨物引換證ハ荷送人ヨリ代金取立爲替手形(荷爲替)ト共ニ朝鮮殖産銀行大邱支店ニ回付セラレ右山口支店ハ爲替手形金ヲ支拂ヒ貨物引換證ヲ受取り之ヲ原告大邱出張所ニ提供シテ現品ノ交付ヲ受クヘキ順序ナルモ當時右山口支店ハ代金支拂資金ノ都合上原告出張所ニ對シ代金ハ後日直接荷送人ニ支拂フ條件ニテ貨物引換證ヲ持參セズ現品ノ引渡ヲ求

メタルニヨリ原告出張所ハ右山口商會ハ大邱一流ノ商人ナルヲ以テ之ヲ信用シ現品ヲ引渡(通稱假渡)シタリシカ右山口支店ハ該商品全部ヲ他ニ處分シナカラ各荷送人ニ代金ノ支拂ヲ爲サス荷送人ハ貨物引換證ニ依ラスシテ荷渡ヲ爲シタルコトヲ理由トシテ原告會社ニ對シ右代金ノ支拂ヲ請求シタル爲昭和四年五月三十日寺田安太郎ニ金五百七十六圓同年八月一日日本製飴合名會社ニ金七千五百五十圓ヲ立替支拂ヲ爲シタリ而シテ荷受人ニシテ且貨物ノ買主タル被告先代カ荷送人ニシテ且賣主タル訴外日本製飴合名會社及寺田安太郎ニ於テ物品代金取立ノ方法トシテ取組ミタル荷爲替金ノ支拂ヲ爲ササルマ貨物ヲ引取り處分シ荷爲替手形ハ貨物引換證ト共ニ荷送人ニ送還セラレ荷送人タル右訴外人等ハ貨物引換證ヲ所持シナカラ代金ノ擔保タル運送貨物上ニ權利ヲ行使スルコト能ハサルニ至リタル爲原告會社ハ右訴外人等ノ請求ニ應ジ運送人トシテ貨物ノ滅失ニ因ル責ニ任シ其ノ價格ニ相當スル金員全部ヲ右訴外人等ニ賠償シタルヲ以テ同訴外人等ニ代位シ買主ノ承繼人タル被告ニ對シ右代金及之ニ對スル損害利息ノ支拂ヲ求ム峰松喜一ハ山口支店ノ事務擔當者ニシテ被告先代ノ代理人トシテ右取引ノ衝ニ當リタリ假ニ山口支店カ訴外峰松喜一ノ獨立經營ニシテ被告先代ノ經營ニ非ルモノトスルモ(イ)被告先代ハ其ノ權利ニ屬スル電話二一二番ノ使用者ヲ電話簿ニ表示スルニ際リ自ラ大邱郵便局ニ對シ山口支店ト表示スヘキ旨請求シ以テ右表示ヲ爲サシメタル上長年月ニ互リ前示山口支店ニ於テ之ヲ使用セシメ一般取引界ニ對シ右商店ヲシテ山口支店ノ商號ヲ使用セシムル旨通告シタリ(ロ)大邱府内ニ於テ被告先代居住ノ店舗ヲ山口本店ト稱シ峰松喜一居住ノ本件店舗ニ山口支店ナル看板ヲ掲ケ營業セシメタリ假ニ右看板ハ峰松カ擅ニ作製掲示シタルモノトスルモ被告先代ニ於テ之ヲ知りテ差止メス(ハ)被告先代ノ本店及釜山、大邱府元町同府新町各支店ヲ通シテ全ナルマークヲ使用シタリ(ニ)被告先代ハ右山口支店ニ於ケル取引ニ付(ウ)ナル印章ヲ使用セシメタリ假ニ峰松カ擅ニ之ヲ使用シタリトスルモ被告先代ハ之ヲ知りテ其ノ使用ヲ差止メス(ニ)山口支店ノ敷地建物ハ被告先代ノ所有ナリ(イ)山口支店ハ大正十二年中開業シタルモノニシテ被告先代ハ開業ニ際シ態々其ノ店舗ヲ築造シタリ(ロ)山口支店開業ニ際シ峰松ハ何等固有資本ヲ有セス被告先代ニ於テ右支店ニ要スル資本金一切ヲ出シ其ノ額合計金二萬千餘圓

運送人ノ荷送人ニ對スル損害賠償ト代金債權ノ代位  
荷爲替ニ因ル手形債務ノ負擔ト更改ノ成否

ニ達シタリ(イ)山口支店ニ於テ使用シ來リタル封筒ニ山口支店ト表示スルト共ニ本店大邱府本町一丁目卸部釜山榮町ト印刷シ居タルノミナラス釜山支店ニ付テハ被告ニ於テ其ノ支店タルコトヲ認ムル處ナリ(ロ)被告先代經營ニ係ル山口本店ヨリ訴外根本商店ニ宛テタル計算書中同訴外商店カ山口支店ヨリ受取りタル上更ニ同支店ニ戻シタル物品代ヲ本店ノ賣掛金中ヨリ差引キ計算セル記入アリ(ニ)山口本店使用ノ商業帳簿中ニ右山口支店ヲ新町支店ト表示シ兩者間ニ多額ノ金錢取引アリタル旨ノ記入アリ(ハ)峰松喜一ハ被告先代ノ代理人トシテ支店營業ニ關スル各種ノ行為ヲ擔當シ來レリ仍テ以上ノ理由ニ徴シ被告先代ハ峰松喜一ニ對シ山口支店ナル商號ノ使用ヲ許容シ世間一般ニ對シ峰松ニ其ノ代理權ヲ授與シタルコトヲ通告シタルモノニシテ假ニ然ラストスルモ峰松ハ被告先代ヨリ其ノ所有土地ノ地料取立ニ付代理權ヲ授受セラレ居タルノミナラス以上ノ事實ニ徴シ日本製飴合名會社並寺田安太郎ハ元ヨリ原告ニ於テ亦山口支店ト本件取引ヲ爲スニ際シ峰松ニ被告先代ノ代理權アリト信シ且之ヲ信スルニ付正當ノ事由アルモノト謂ハサルヘカラスト謂フニ在リ

被告答辯ノ要旨ハ被告先代カ該支店ヲ經營シタルコトハ之ヲ否認ス被告並被告先代ノ營業ハ陶器及石油販賣業ニシテ水飴、砂糖、麥粉等ハ絶對ニ販賣シタルコトナシ原告主張ノ大邱府新町百八十二番地ニ於テハ峰松喜一ナル被告ノ從弟ニ當リ嘗テ被告先代ノ店員トシテ大邱本町ノ店ニ數年間勤メ居リシモノカ大正十二年頃獨立シテ山口支店峰松喜一ナル商號ヲ以テ原告主張ノ如ク水飴、砂糖、麥粉、陶器類ヲ販賣シ居リ被告家ノ商取引トハ何等關係ナク同人カ原告主張ノ如キ取引ヲ爲シタルヤ否ヤハ不知ニシテ被告先代ハ斯クノ如キ取引ヲ爲シタルコトナシ原告主張ノ山口支店ナルモノハ右峰松ノ獨立經營ニ係ルモノニシテ被告トハ何等關係ナキノミナラス原告ハ之ヲ熟知シテ其ノ主張ノ如キ取扱ヲ爲シタルモノナリ峰松カ山口支店名義ヲ以テ營業ヲ爲シ其ノ看板又ハ電話簿上ニ同支店名義ノ商號ヲ掲ケ(四)ナル印章又ハ被告店ノマークヲ其ノ營業ニ使用シタル事實アルモ右ハ同人カ被告ニ無斷ニテ之ヲ冒用セルニ過キス被告先代以來之ヲ制止シタルニ拘ラス同人ハ肯セザリシモノナリ又被告先代ハ峰松ヲ使ヒ地料ノ取立事務ニ從事セシメタル事實アルモ代理權ヲ授與シタルモノニアラス尙其ノ間取引ヲ

繼續シタルモ被告先代ハ同人ノ爲ニ營業資金ヲ提供シタルコトナシ尙被告店ノ帳簿ニ新町支店ナル記載部分アルモ右ハ係員ニ於テ峰松ノ看板ニ從ヒ漫然記載シタルモノニシテ被告ノ支店タルコトヲ認メテ爲シタルモノニアラス又峰松ノ經營スル店舖ノ敷地並建物ハ訴外山口猛ノ所有ニシテ被告先代ノ所有ニアラス被告ノ原審ニ於テ被告先代ノ所有ナルコトヲ認ムル旨ノ陳述ハ事實ニ反シ且ツ被告ノ錯誤ニ出テタルモノナルニ依リ之ヲ取消ス而シテ大邱又ハ釜山府内ニ於テ本店支店ノ名稱ヲ用ヒナカラ内實ニ於テ全然相獨立シ其ノ經營ヲ異ニスルモノ多數存在スルヲ以テ原告ハ斯ル事例ヲ知悉スルモノト推認セラルヘク殊ニ荷爲替付ノ貨物ニ付假渡ヲ爲ス如キ脫法行為ヲ敢行スル本件ノ如キ場合ニ於テ相手方ノ營業狀態責任ノ如何ヲモ調査セス之ヲ知ラスシテ爲シ得ヘキモノニアラサレハ原告ハ當然峰松ノ獨立營業ノ事實ヲ知りタルモノト推定ヲ受クヘキモノナリ而ノミナラス原告主張ノ表見代理ニ關スル各事由ハ原告カ本訴提起ニ當リ調査ノ結果知り得タルモノニシテ本件取引當時ニ於テ認知シ居タルモノニアラサルヲ以テ之ヲ以テ峰松ノ行為ニ付被告ノ代理權アルモノト信スヘキ正當ノ理由ト爲シ得ヘキモノニアラス故ニ被告ハ原告主張ノ如キ表見代理ノ關係ニ基ク責任ナシ次ニ峰松カ原告主張ノ各荷爲替ニ付引受ヲ爲シ又原告カ其ノ主張ノ如ク各荷送人ニ對シ損害賠償ヲ爲シタリトスルモ原告ハ單ニ自己ノ運送取扱人トシテノ義務ヲ履行シタルニ過キサルモノトス又荷爲替ノ取組ト雖モ之ニ因リテ物品代金債務ハ當然手形債務ニ更改セラルヘキモノナルヲ以テ峰松ハ現在モ依然トシテ右手形上ノ債務ヲ負擔シ居ルモノナリ原告ハ訴外峰松喜一ニ對シ本件運送貨物ノ交付ヲ爲シタル後峰松カ商業ニ失敗シ整理セサルヘカラサル事情ニ立至リタルコトヲ知ルヤ運送業者トシテ出荷主ニ對スル責任上狼狽シ昭和三年八月末頃其ノ常務取締役西垣利正ヲ大邱ニ出張セシメ峰松ヲシテ義ニ受取りタル商品代金ノ支拂ヲ擔保セシムル爲其ノ所有ニ屬スル清道郡角北面南山洞四九番地番四八二坪外田畝計十八筆ニ付抵當權ヲ設定セシメ同年九月十一日大邱地方法院清道出張所受附第五八一〇號ヲ以テ債權者西垣利正債務者兼不動產所有者峰松喜一債權金額六千圓契約年月日昭和三年九月一日辨濟期限昭和四年三月三十一日ナル抵當權設定登記ヲ爲サシメタルカ右ハ固ヨリ西垣個人ノ債權ヲ擔保セシメタルモ

運送人ノ荷送人ニ對スル損害賠償ト代金債權ノ地位  
荷爲替ニ因ル手形債務ノ負擔ト更改ノ成否

ノニ非スシテ本件商品代金ヲ擔保セシメタルモノニシテ當時西垣ニ於テ偶々原告會社ノ印章ヲ所持セス一面擔保物件ノ喪失ヲ恐レ權利設定ヲ急キタル爲當事者間合意ノ上債權者ヲ西垣トシタルモノナルヲ以テ西垣ハ昭和三年十二月十八日附ヲ以テ右抵當權ヲ債權ト共ニ原告會社ニ讓渡シ同年十二月二十八日右出張所受附第七五五七號ヲ以テ其ノ讓渡登記ヲ了シタリ尙原告會社ハ其ノ後更ニ峰松ヲシテ其ノ所有ニ屬スル高靈郡茶山面月城洞五五九番地林野五三四坪外林野一筆ニ付同様抵當權ヲ設定セシメ昭和四年二月四日大邱地方法院高靈出張所受付第七〇八號ヲ以テ債權者釜山大倉町二丁目九番地大池源二、債務者兼不動産所有者峰松喜一債權金額千圓利息月二分辨濟期昭和四年二月十二日契約年月日昭和三年十一月十三日トセル抵當權設定登記ヲ爲サシメタルカ其ノ頃被告先代ハ資産數十萬圓ヲ有シ尙生存中ナリシニ拘ラス右何レニ際シテモ被告先代ニ商品代金ノ請求ヲ爲シタルコト嘗テ無ク之等ノ事實ヲ以テスレハ山口支店ハ峰松喜一ノ單獨經營ニ係リ被告先代ニ何等ノ關係ナク原告ハ當時右事實ヲ熟知シ居タルモノナリト謂フニ在リ

第二審裁判所ハ證據ニ依リ山口支店ハ(一)昭和三年六月中三重縣富田町日本製飴合名會社ニ對シ水飴三百三十箱(代金三千百五十圓)同年八月中水飴四百四十箱(代金四千圓)ノ各注文ヲ爲シタルヲ以テ日本製飴合名會社ハ其ノ都度原告ニ其ノ運送ヲ委託シ原告會社ハ貨物引換證ヲ發行シテ託送貨物ヲ受取り之ヲ其ノ大邱出張所宛發送シ(二)昭和三年七月中釜山府辨天町寺田安太郎ニ對シ麥粉百五十袋(代金五百七十六圓)ヲ注文シタルヲ以テ寺田ハ釜山府大倉町日出運送部コト健谷茂介ニ其ノ運送ヲ委託シ同運送部ハ貨物引換證ヲ發行シテ託送貨物ヲ受取り原告會社大邱出張所ヲ到着地取扱店トシテ之ヲ發送シタルカ右荷送人等ハ貨物引換證ノ交付ヲ受クルト共ニ何レモ之ヲ擔保トシテ朝鮮殖産銀行ト荷爲替ヲ取組ミタル處原告會社大邱出張所ハ運送貨物到

着ト共ニ山口支店ノ懇請ニ基キ貨物引換證ヲ回收スルコトナク所謂假渡ノ方法ヲ以テ運送貨物ヲ同支店ニ引渡シタルカ同支店ハ其ノ後右商品代金ノ支拂ヲ肯セサリシ爲原告會社ハ荷送人等ノ要求ニ從ヒ昭和四年五月三十日寺田安太郎ニ對シ託送貨物代金五百七十六圓同年八月一日日本製飴合名會社ニ對シ同金七千百五十圓合計金七千七百二十六圓ノ支拂ヲ了シタルモノナレハ原告ハ荷送人ニ代位シ荷受人タル山口支店ニ對シ右金員ノ支拂ヲ求メ得ヘキモノト謂ハサルヘカラス被告代理人ハ荷爲替ヲ取組ミタル場合ニ於テハ物品代金債務ハ當然手形債務ニ更改セラルヘキモノナルヲ以テ山口支店ハ手形債務以外ニ商品代金債務ヲ負擔スル謂レナキ旨抗爭スレトモ債權者債務者間ニ於テ債務ノ要素ヲ變更スヘキ旨特別ノ意思表示アリタル場合ハ格別然ラサル場合ニ於テハ手形ハ通常債務辨濟ノ一方法トシテ發行セラルルモノナルノミナラス荷爲替ハ遠隔ノ土地ニ在ル荷送人ノ一方的意思ニヨリテ取組マルルヲ通常トスヘキモノナルヲ以テ格別ノ主張立證ナキ本件ニ於テ更改トスルハ該ラサルモノト謂フヘク右抗辯ハ謂ハレナシトシ更ニ其ノ頃被告先代山口稻右衛門ハ大邱府本町ニ於テ陶器石油類販賣業ヲ經營シ居タルコト峰松喜一使用ニ係ル電話ハ山口稻右衛門ノ所有ニシテ同人ハ自ラ大邱郵便局ニ對シ之ヲ山口支店ト變更掲載スヘキ旨申請シ爾來引續キ峰松喜一ヲシテ之ヲ使用セシメ來リタルコト峰松喜一ハ山口稻右衛門ノ甥ニシテ明治四十三年五月中ヨリ大正十二年五月頃迄十數年間ニ互リテ山口稻右衛門ニ雇レ其ノ營業ニ盡瘁シ來リ大正十二年五月中獨立シテ前示山口支店ヲ經營スルコトナ

運送人ノ荷送人ニ對スル損害賠償ト代金債權ノ代位  
荷爲替ニ因ル手形債務ノ負擔ト更改ノ成否

リタルカ山口稻右衛門ハ峰松獨立當時ヨリ引續キ多額ノ資金ヲ融通シテ之ヲ援助シ昭和四年四月中山口支店閉鎖當時ニ於テ其ノ額二萬圓以上ニ達シ居リ尙峰松ハ開店當初ヨリ山口支店ノ商號ヲ使用シ店頭看板ハ固ヨリ營業用ノ封筒名刺其ノ他ノ書類ニ至ル迄右商號ヲ用ヒ剩ヘ<sup>④</sup>ナル印章及山口稻右衛門ノ商用マーク全ヲモ使用シ來リタルノミナラス山口稻右衛門商店ニ於テハ其ノ商業帳簿中ニ屢々山口支店又ハ新町支店ト記載シ以テ峰松ヲ指稱シ居タルコトニヨリ峰松喜一カ大正十二年中山口稻右衛門ノ店ヲ去リテ獨立營業ヲ開始スルニ際シ山口ハ資金供給等ノ物質的援助ハ固ヨリ進ンテ自ラノ信用ヲ以テ峰松ノ營業ヲ援助スル趣旨ニ於テ峰松ニ對シ山口支店ナル商號ノ使用ヲ許容シタルコトヲ推認スルニ難カラストシ已ニ然ラハ山口稻右衛門ハ一般社會ニ對シ峰松喜一ノ商店ヲ以テ山口ノ支店ナリト公表シ其ノ營業ニ關シ峰松ヲ其ノ代理人ト爲シタル旨取引界ニ通告シタルモノト謂フヘク從テ峰松ノ營業上ノ行爲ニ對シ山口ニ於テ自ラ其ノ責ニ任セサルヘカラスルモノト謂ハサルヘカラストシ日本製飴會社及寺田商店カ取引ニ際シ山口支店カ峰松個人ノ經營ナルコトヲ熟知セリト爲ス被告ノ抗辯ヲ否定シ然ラハ被告先代ハ原告ニ對シ前掲金七千七百二十六圓及其ノ遅延損害金ノ支拂義務アルコト固ヨリ當然ナル處山口稻右衛門カ昭和四年二月七日死亡シ被告其ノ家督相續ヲ爲シタルコト亦原被告間ニ爭ナキ處ナルヲ以テ被告ハ原告ニ對シ右金員ノ支拂義務ヲ負擔スヘキモノトシ右元本額及遅延損害金ノ一部ヲ認容シタリ

## ○ 上告理由

上告理由第一點ハ訴外峰松喜一ハ食糧品等ノ雜貨ヲ商ヒ被告ハ先代ヨリ陶器商ヲ營ミ食糧品ヲ商ヒシコトナク又商ヒツツアルモノニ非ス峰松ト被告家トハ各別々ニ營業稅ヲ納メ被告店ノ元町支店ノ營業稅ハ被告カ納メ峰松ハ新町ニ店舗ヲ構ヘ居リ(乙第二十六號ノ一、二、三)各獨立ニ經營シ來リシコトハ被告ノ主張セル所ニシテ特ニ峰松カ商業ニ失敗シ株式會社慶一銀行ヨリ強制執行ヲ受ケ之ニ對シ多數ノ商人ヨリ配當ノ要求ヲ爲シ(乙第十七號證)タル事實ノ存在竝ニ釜山ニモ大邱ニモ存在セル幾多ノ事例ニ依レハ同種類ノ商品ヲ商ヒテ且本支店ノ看板ヲ掲ケ居リテモ其ノ内實各獨立ノ經營ヲ爲シアルモノ多數ニ存スルコトハ坂本俊資ノ第二審ノ證言其ノ他ニヨリテモ窺知シ得ヘク從テ原審ニ於テモ新町ニ店舗ヲ構ヘシ峰松喜一ハ山口支店ノ名稱ヲ用ヒシモ被告或ハ被告ノ先代トハ各々獨立ノ經營ニ係ル別個ノ商店タルコトハ之ヲ窺知スルニ難カラサル旨ヲ認定セラレタリ右根本事實ニ深ク留意シテ更ニ本件ハ貨物引換證ヲ發行シ荷爲替ニヨリ荷物ヲ送りソレヲ原告回漕店カ取扱ヒタルモノニシテ荷送人タル日本製飴合名會社ニシテ又寺田安太郎ニシテ飴又ハ麥粉ヲ現金ト引換ニ荷受人ニ渡スヘク仕組ミタルモノナリ此ノ場合ハ寧ろ荷受人トノ間現金取引ヲ目的トシ信用取引ヲ爲スモノニアラス從テ相手ノ信用狀態、或ハ資産狀態ハ至ク必要ヲ感セサルモノナリ現金ヲ支拂ハサレハ荷物ヲ引渡ササル筋合ノモノ故被告カ責任ヲ負フカ故ニ送ルコトナリシモ峰松カ責任ヲ負フモノナラハ送ラサルモノナリト云フ如キコトヲ考慮スヘキ必要カ存セサルナリ現金ト引換ナルカ故ニ相手ノ誰ナルヤ信用ノアリヤ否ヤ等ヲ考慮ニ入レスシテ取引セラルヘキ方法ヲ撰ヒテ荷物ヲ原告回漕店ニ托シタルモノナリ此

運送人ノ荷送人ニ對スル損害賠償ト代金債權ノ代位  
荷爲替ニ因ル手形債務ノ負擔ト更改ノ成否

ノ際原告ハ運送店トシテハ現金ト引換ノ方法即チ貨物引換證ト引換ノ方法ナルコトヲ知り居リ乍ラ此ノ方法ニ依ラス犯罪ヲ敢行シテ擅ニ荷物ヲ處分シタルモノニシテ其ノ處分ノ方法ト云フハ峰松ト共謀シテ同人ニ荷物ヲ交付シ販賣セシメタリシナリ斯ル横領的犯罪ヲ敢行シタル爲メ原告同漕店ハ荷主タル日本製鉛合名會社及ヒ釜山ノ寺田商店ニ對シ賠償ノ責任ヲ負ヒ其ノ責任ヲ果タス爲メ右兩商店ニ對シテ荷物横領行爲ノ損害賠償ヲ爲シタリシコトハ原告ノ辯論ノ趣旨ニ徴シ明ラカナル所ナリ斯ル犯罪ノ方法ニ對スル原告同漕店ノ責任ヲ原告カ盡シタレハトテ其ハ原告ノ當然ノ責務ニシテ之レカ爲メ被告ノ依頼ニ基ク立替拂債權ヲ取得スル謂ハレナシ然ルニ拘ラス恰モ被告ノ依頼ニ因ル立替拂ヲ爲シタルカ如キ立場ニ在ルモノノ如ク請求ヲ爲スモノナルヲ以テ之レカ請求ヲ容認スルニハ少クトモ被告カ何時何處ニテ原告ニ對シ立替拂ヲ懇請セシヤ此點ヲ主張シ且立證セサル可ラス然ルニ此點ニ付テ主張事實モナク立證モナク又原審ニテモ何等審理ヲ盡サレシテ支拂義務ナキコトヲ以テ支拂ヲ拒絕セル被告ニ其ノ支拂ヲ命シタル原判決ハ審理ヲ盡サレヌ又ハ理由ノ具備セサル裁判ヲ爲シタルモノニシテ破毀セラル可キモノナリ或ハ被告ノ依頼ニ基カスシテ當然ニ立替拂債權ヲ取得スヘキモノナリト云フニ在リシモノトセハ是亦失當ナリ法律上他人ノ爲メニ支拂義務ヲ盡シタルモノ即チ保證人カ主債務者ノ爲メニ辨濟シタル如キ場合ニハ特ニ主債務者ヨリ辨濟ノ依頼ヲ受ケサル時ニテモ立替拂債權ヲ取得スヘキモノナルコトハ疑ナキ所ナルモ原告ノ場合ハ保證人ニアラス峰松ト共謀シタル上敢行セシ犯罪ノ責任ヲ賠償セシ迄ニシテ民法、商法上ノ代位又ハ立替拂ノ問題ヲ生スルトシテモ其ハ原告ト峰松間

ノ問題ニシテ犯行ニ關與セス又前提ニ於テ原審ニテモ認メラレタル通りノ各獨立ノ商人タル立場ニ在ル被告(又ハ其ノ先代)ニ責任ヲ負ハシムヘキ何等ノ根據ナシ此點ヨリ見ルモ原審判決ハ審理不盡或ハ理由不備ノ失當アリ假リニ峰松カ被告ノ支店ヲ爲シタリトシ或ハ一步進メテ被告ノ店員タリシモノト見テモ其ノ者カ窃盜或ハ横領ヲ原告ト共謀敢行シタリトテ何故ニ被告ニ責任ヲ負ハシムヘキモノナリヤノ理由ヲ說示スルコトナクシテ店員ナルカ故ニ被告ニ賠償責任アリトノ結論ヲ生セサル可シ同様ニ支店ナルカ故ニ其ノ主任ノ犯行ニ對シ直ニ本店ノ主人ニ賠償責任アリトノ結論ハ生セサルヘシ原審ハ普通ノ商行爲債權ノ如キ場合ノ立替債權ノ如ク速斷セラレタルモノノ如シ犯罪ナルト共ニ其ノ一面ニ賠償ノ責任アリトスルナラハ共犯人ニアラサル被告ニ其ノ犯行ノ結果ヲ始末セシムヘキ所以ヲ說示セスシテ本支店ノ法理ヨリ直チニ責任ヲ課シタルハ結局審理不盡又ハ理由不備ノ裁判タルヲ免レスト謂フニ在リ

### ○ 判決理由

然レトモ原判決ハ峰松喜一カ日本製鉛合名會社及寺田安太郎商店ト爲シタル本件賣買取引ハ右喜一ニ被告先代稻右衛門ノ代理權アリト信スヘキ正當ノ事由存スル爲メ稻右衛門ニ於テ右會社及商店ニ對シ賣買代金支拂ノ義務アルモノト認定セルモノナルコト判文上明白ニシテ喜一カ稻右衛門ト獨立ノ計算ニ於テ支店ヲ經營セリトスルモ右認定ヲ妨クルモノニアラス此ノ趣旨モ亦原判決ノ闡明セルトコロナリ而シテ原告ノ本訴ニ於ケル請求原因ハ原告會社ニ於テ山口支店ニ對シ貨物引換證ト引換ニアラスシテ運送貨物ヲ引渡シタルニヨリ右

運送人ノ荷送人ニ對スル損害賠償ト代金債權ノ代位  
荷爲替ニ因ル手形債權ノ負擔ト更改ノ成否

賣主等ニ對シ損害ヲ賠償シタルヲ以テ同人等ノ稻右衛門ニ對スル前示賣買代金債權ヲ代位ニ因テ取得シ其ノ權利ヲ稻右衛門ノ相續人タル被告ニ行使スト謂フニ在ルコトハ原判決摘示事實及原審口頭辯論調書（記錄第一二〇四丁第一一九一丁）ニ明ニシテ原院ハ此ノ主張ニ基キ判示ノ如ク認定セルモノトス貨物引換證カ荷送人ト荷受人間ニ於ケル其ノ貨物ノ賣買代金ノ擔保ヲ爲ストキハ運送人ニ於テ荷送人ニ對シ貨物ノ價格ノ全部ヲ賠償シタルトキ荷送人ニ代位シテ荷受人ニ代金ヲ支拂ヲ求メ得ヘキコトハ當院カ本件ニ付テ曩ニ差戻ヲ爲シタル判決ニ於テ判示セルトコロニシテ原判決ハ此ノ法理ヲ適用セルモノトス原告ノ荷送人ニ對スル賠償義務カ運送契約ノ不履行ニ基クト又不法行爲ニ基クトハ代位ニ因ル權利行使ニ消長ナシ若夫レ所論ノ意味ニ於テ原告會社カ峰松喜一ト共謀シテ貨物ヲ處分セリトノコトハ原判決ノ否定セル趣旨ナリ論旨ハ理由ナシ

## ○ 上告理由

同第二點ハ昭和五年四月原告ハ被告ニ對シ突然本件訴訟ヲ提起セシカ其ノ前被告ニ對シ一回ノ交渉モナカリシモノナリ而シテ原審ニ於テ原告カ認メテ爭ハサル被告主張ノ事實ニ依レハ原告ハ峰松喜一ヨリ昭和三年九月一日附六千圓也ノ借用證書ヲ徵シ辨濟期限ヲ昭和四年三月三十一日トシ之ニ對シ清道郡所在ノ峰松所有ニ係ル田番十九筆ニ對シ抵當權設定登記ヲ爲サシメ居レリ尤モ初メハ原告會社ノ常務取締役西垣利正名義ニ執リ後ニ原告會社名義ニ改メタリ此ノ際モ峰松カ失敗シテ整理スルコトヲ知り原告ハ驚キ常務取締役西垣ヲ大邱ニ派シタリシカ峰松カ清道郡ニ土地ヲ所有セルコトヲ知り急キ之レヲ抵當ニ執ルコトトシ直チニ清道郡ニ

赴キ登記ヲ爲スニ當リ原告會社ノ印及ヒ會社ノ登記簿ノ抄本等必要ニシテ西垣カ一應釜山ニ引返シテ右印抄本等ヲ整ヘテ來レハ其ノ間ニ他ニ處分セラルヘキヲ惧レ急迫ノ際ノ處置トシテ一先ツ西垣名義ニテ債權者トシテ登記ヲ受ケ後ニ原告名義ニ改メシモノナリ今一口ハ是レモ原告ノ認ムル所ナルカ昭和三年十一月十三日附ニテ金壹千圓ノ峰松ヨリ原告會社宛借用證書ヲ徵シ其ノ辨濟期限ハ昭和四年二月十二日トシ高靈郡ニ在ル峰松所有ノ林野ニ對シ抵當權設定登記ヲ了シ居レリ右ハ爭ナキ事實ナリ（昭和九年二月六日附被告ノ提出セル被告山口守一ノ應訴事實補充及昭和九年三月六日被告ノ事實補充ニ對スル辯駁書參照及辯論調書參照）即チ本件ニ對シ峰松ヨリ原告ハ二通合計七千圓也ノ借用證書ヲ徵シ且之ニ對シ抵當物ヲ執リ抵當權設定ノ登記ヲ了セリ右ハ何レモ昭和三年中ノコトニシテ其ノ二口ノ期限ハ昭和四年二、三月ナリ而シテ本訴ノ提起ハ昭和五年四月ナリ右ノ事實ヲ原審ハ如何ニ解釋セラレタリシヤ原判決ニハ此ノ事實ヲ以テ本件取引當時ニ於ケル原告ノ惡意ヲ推定スルコト能ハストアルノミナリ然ラハ債務者ニアラサルモノヨリ辨濟ヲ約シテ證書ヲ執リシモノナリヤ原告カ峰松ニ對シ債權者トナリシコトハ否定シ得ラレサル斷乎トシテ存スル事實ナリ而シテ原告ハ被告ニ對シテモ亦債權ヲ有スト主張スルモノナリ二重ニ債權ヲ有スルコトヲ原審ハ是認スルモノナリヤ否ヤ既ニ原告カ峰松ニ對シ本件ノ債權ヲ主張シテ證書迄徵シ居ル上ハ最早被告ニ對シ債權ヲ主張セサル可キ筋合ナラスヤ少クトモ具體的ニ之レカ形式ヲ破壞スヘキ主張立證ヲ得スシテ右ノ形式ニ添ハサル判斷ヲ下スコトハ穩當ヲ缺クモノナリ這般ノ事實ニ就テ更ニ審理ヲ盡スカ若シ審理ヲ進メサルナラハ既ニ峰松ト原

運送人ノ荷受人ニ對スル損害賠償ト代金債權ノ代位  
荷爲替ニ因ル手形債務ノ負擔ト更改ノ成否

告間ノ貸借トナリ抵當物ノ提供迄了シアル上ハ最早原告ハ被告ニ請求スルモノニアラサリシモノト見ル外ナシ原審ノ如ク單ニ本件取引當時ニ於ケル原告ノ惡ヲ推定スルコトハ難シトノミアリテハ前掲ノ事實ニ對シ如何ナル判斷ヲ與ヘラレシヤ全ク不明ナリ即チ重要ナル點ニ對スル判斷ヲ遺脱シタルカ或ハ審理ヲ盡ササル所アルカ理由ノ不備ナルカ何レカノ缺點アルニヨリ原判決ハ破毀セラルヘキモノト信スト謂フニ在リ

### ○判決理由

然レトモ本件ハ日本製鉛合名會社及寺田安太郎商店カ被告先代ニ對シ代金債權ヲ取得スルニ付テハ峰松喜一ニ被告先代ノ代理權アリト信スヘキ事由ノ存在ヲ必要トスル關係ニ在ルヲ以テ善意ナルヤ否ヤハ寧ロ右會社及商店ニ付問題ト爲ルヘク所論ノ事實關係ハ右債權者ノ惡意ヲ推定スルノ資ト爲シ難キハ勿論之ヲ以テ論旨ニ所謂原告ノ惡意ヲ斷セサルヘカラサルコトナシ峰松カ被告ニ對スル内部ノ責任上原告ニ對シテ抵當權ノ設定ヲ爲シタルモノト認メ難キニアラサレハナリ原判決亦敍上ト同一ノ趣旨ニ出テタルモノトス而シテ原告カ峰松喜一ニ對シ所論ノ債權及抵當權ヲ取得セルハ原告カ賠償ヲ爲ス以前ナリト雖結局本件債權ノ擔保ノ趣旨ニ過キササルコトハ判文ノ前後ヲ通シテ之ヲ窺ヒ得サルニ非ス若夫レ原告カ峰松ニ對スル債權ノ取得ニヨリ被告ニ對スル權利ヲ行使セサル意思ナリト謂フカ如キハ曾テ被告カ抗辯トシテ主張セル影迹ノ存スルコトナシ論旨ハ理由ナシ

### ○上告理由

同第三點ハ爲替手形ト更改トノ關係ニ關シ述ヘントスルニ爲替手形ハ債務者カ支拂ニ更ヘテ之レヲ發行スル場合アレトモ反對ニ債權者カ發行シ債務者ニ其ノ引受ヲ爲サシムル場合亦多ノ事例ニ見ル所ナリ本件ノ場合亦債權者ノ發行ニ係リ債務者ヲ引受ニ當ラシムル方法ノ仕組ノモノナリ甲第二十三號證ノ一、二、三、甲第二十四號證ノ一、二、三(何レモ本件ノ爲替手形)ニ就テ見レハ甲第二十三號證ノ方ノ分ハ何レモ債務者ノ引受ケアリ(尤モ債務者カ山口ナルカ峰松ナルカノ爭點ハ暫ク置キ)甲第二十四號證ノ方ハ債務者ノ引受ナシスヘテ原告ニ於テモ爲替手形ヲ發行セラレアリシ事ハ爭ハサル所ニシテ本件ハ單ニ其ノ一部分ヲ原告ノ手ニヨリテ證據トシテ提出シタルモノニシテ且他ノ手形ハ不用物トシテ廢棄セラレタルモノナルコトモ原告ノ主張スル所ナリ又甲第二十四號證ノ方ノ手形ハ昭和三年十二月發行ニカカリ此ノ當時ハ既ニ峰松ノ失敗ノ整理發表後ニシテ第二點所論ノ原告カ峰松ヨリ借用證書及抵當物ヲ徵シタルヨリモ後ノコトナリ從テ之レニ引受ナキハ斯ル事情ナリシ故引受ナカリシモノト思ハレ得ルモ其ノ前ノモノ甲第二十三號證ノ方ハ何レモ引受ヲ爲サレ居ルナリ此ノ方法ヨリ推測シテモ其ノ前ノモノハ悉ク引受セラレアリシモノト推認シ得ヘキモノナリ又實際峰松ハ引受ヲ爲シタリシナリ斯ル場合ニハ債務者カ引受ケヲ爲シ爲替手形ノ債權債務カ確立セルヲ以テ恰モ債務者カ支拂ニ代ヘテ爲替手形ヲ發行シタル場合ト實質上何等異ル所ナシ故ニ法文ノ解釋上之ヲ同一視スヘキヲ相當且當然ナリト信スルモノナリ然ルニ爲替手形ノ發行ニ爭ナキ本件ニ於テ原審判決ハ遠隔ノ土地ニ在ル荷送人ノ一方的意思ニヨリテ取組マルルヲ通常トスヘキヲ以テ格別ノ主張立證ナキ本件ニ於テ之ヲ以

運送人ノ荷受人ニ對スル損害賠償ト代金債權ノ代位  
荷爲替ニ因ル手形債務ノ負擔ト更改ノ成否



テ更改トスルハ該ラサルモノト謂フヘクト説キ右ノ引受ノ點ヲ全然無視シテ判決ヲ與ヘタルモノノ如シ本件ハ債權者ノ發行セシ場合ナルカ故ニ初メハ一方的意思ニヨリテ發行セシナランモ引受ヲ債務者カ爲シタル上ハ茲ニ完全ニ爲替手形債權カ成立セルニアラヌヤ原審ハ此ノ點ヲ閑却シ判斷セルモノノ如シ併モ末段ニ至リ利息ノ起算點ヲ説明セル所ニハ甲第二十三號證ノ爲替手形ノ債務者ノ引受ヲ認メテ義務ノ發生ヲ明認シ右手形ノ期日以降ノ遲滞ノ責任ヲ問フ意味ニテ利息ノ計上ヲ認容スル旨ノ説明ヲ施サレタリ債權者一方的ノモノナルカ故ニ更改トハ斷シ難シトスル説明ト引受ケアリテ爲替手形ノ債權關係ヲ是認シ其ノ滿期日後ノ利息ヲ認容シタル説明ト甚タ矛盾セリ故ニ右ニ關シテモ亦審理不盡或ハ理由不備ノ判決タル失當アリト謂フニ在リ

○判決理由

然レトモ荷爲替手形ナルモノハ物品ノ賣主タル振出人カ其ノ買主ヲ支拂人トシテ運送中ノ物品ヲ擔保トシテ振出シタル手形ヲ謂ヒ通常振出人ハ銀行ニ交付シテ割引金ヲ得ト雖固ヨリ代金ノ支拂ヲ得タルニ非ス手形ノ受取人ハ支拂人ヨリ手形金ノ支拂ヲ得テ振出人ニ對スル割引金ノ回收ヲ爲シ茲ニ代金支拂ノ義務ハ辨濟セラルルニ至ル即チ荷爲替手形ノ振出ハ代金取立ノ便宜ニ出ツルヲ通常トシ支拂人カ引受ヲ爲シテ手形債務ヲ負擔セリト雖其ノ支拂ナキ限りハ代金支拂義務ヲ免レ得サルモノトスルコト此ノ種荷爲替ニ依ル取引當事者ノ意思ナリト謂フヘキカ故ニ荷爲替ニ因ル手形債務ノ負擔ハ代金支拂ノ爲メニ爲サルルモノニシテ其ノ支拂ニ代ヘテ爲サルルモノニアラサルモノト謂フヘク之ヲ以テ債務ノ要素ニ變更アル更改ト爲スハ當ラサルモノトス、本件甲第二十五號證及同第二十四號證ハ本件取引ノ荷爲替手形ナルコトハ辯論ノ趣旨ニ明ニシテ其ノ引受ナキモノハ勿論引受アリタルモノト雖之ヲ以テ代金債務ノ更改アリタルモノト謂フヘカラサルハ右ニ説明セル所ノ如シ原判決ノ所論ノ判示ハ代金債務ノ支拂ニ代ヘタルニアラサルノ趣旨ニシテ正當ナリ而シテ所論後段ノ判示ハ代金債務ノ遲滞ヲ認定スルノ資ト爲シタルモノニシテ所論甲號證カ更改ノ效力アルト否ニ關スルコトナク判示ニ所論ノ矛盾アルコトナシ本論旨亦採用ニ由ナシ

○親族會員選定決定ニ對スル再抗告事件

(昭和十年十月十一日民事部決定棄却)

〔抗告人〕 高 慶 熙 代理人辯護士 權 承 烈 外一人

〔原裁判所〕 京城覆審法院

○判示事項

民法第九百八條第六號ニ所謂訴訟ノ意義

○判例要旨

民法第九百四十六條ニ依リ親族會員ニ準用セラルル同法第九百八條第

民法第九百八條第六號ニ所謂訴訟ノ意義

六號ニ所謂訴訟ハ未成年者ヨリ親族會員ヲ相手取り起サレタル免職ノ訴訟及親族會決議無効確認ノ訴訟ヲ包含セサルモノトス

【參照】民法第九百四十六條（第一項、第二項略）

第九百八條ノ規定ハ親族會員ニ之ヲ準用ス

同法第九百八條 左ニ掲ケタル者ハ後見人タルコトヲ得ス

（一乃至三及五、七略）

四 裁判所ニ於テ免職セラレタル法定代理人又ハ保佐人

六 被後見人ニ對シテ訴訟ヲ爲シ又ハ爲シタル者及ヒ其配偶者並ニ直系血族

八 裁判所ニ於テ後見ノ任務ニ堪ヘサル事跡、不正ノ行爲又ハ著シキ不行跡アリト認メタル者

### ○事實

抗告人ハ京城地方法院昭和十年非第六八號、第六九號親族會招集申請事件ノ決定ニ對シ抗告ヲ申立テ昭和十年五月八日京城覆審法院カ爲シタル抗告棄却ノ決定ニ對シ更ニ當院ニ抗告ヲ爲スト謂フニ在リ

### ○抗告理由

抗告理由第一點ハ原裁判ハ「無能力者タル未成年者ノ爲ニ設ケラレタル親族會ハ其ノ存在ノ必要繼續スル限リ存續スヘキモノニシテ（民法第九百四十九條參照）其ノ必要ナキニ到レル場合ハ自ラ消滅ニ歸スルモノトス今本件ニ付前敍未成年者高熙源ノ爲ニ設ケラレタル昭和七年三月十六日京城地方法院ノ決定ニ依ル親族會（昭和七年非第七〇號昭和八年非第一二五號決定昭和八年非第一三九號決定京城地方法院昭和八年五月四日

附李應夏及高悌權ノ親族會員辭任許可決定昭和八年非第二四五號決定昭和八年非第二七〇號決定昭和八年非第二九五號決定京城地方法院昭和八年十月十八日附高恩海ノ親族會員辭任許可決定昭和八年非第三二六號決定昭和八年非第三三六號決定昭和九年非第一七三號決定昭和九年非第一九三號決定參照從テ最後ノ親族會員ハ高羅、金斌、金淑經、金溼植及尹秉柱ノ五名也）ハ昭和九年十一月七日事件本人高熙源ノ實父高重權ノ親權回復（高熙源ノ戶籍謄本參照）ニ因リ其ノ存續ノ必要ナキニ到リタルヲ以テ茲ニ消滅ニ歸シタルモ其ノ後昭和十年二月五日（昭和九年民上第六一九號判決參照）右高重權ノ有シタル未成年者高熙源ニ對スル財産管理權喪失宣告アリシニヨリ再ヒ親族會ノ必要發生シ更ニ新ニ高熙源（大正五年十二月十二日出生）ノ爲ニ親族會ヲ招集セサルヘカラサル事由アルニ到レリ」トシテ抗告ヲ排斥シタルトモ無能力者ノ爲メニ設ケタル親族會ハ其ノ者ノ無能力ノ止ムルマテ繼續スルコトハ民法第九百四十九條ニ規定シタルモノナレハ本件ノ如キ事件本人高熙源ノ爲メニ設ケラレタル親族會ハ高熙源ノ成年ニ達スルマテハ存續スヘキモノニシ其ノ實父高重權ノ親權回復ノミニ依リ親族會ノ消滅ヲ來スモノニアラス故ニ親權ヲ行フ父ノ親權回復セラレタルトキハ該親族會ハ何等職務ヲ行フコトナシト雖モ更ニ未成年者ニ對スル父ノ財産管理權喪失トナリタルトキハ該存續セシ親族會ニ於テ職務ヲ行フヘキモノニシテ新ニ親族會招集決定ヲ爲スヘキニアラサルヲ以テ原裁判ハ此點ニ於テ法條ノ解釋ヲ誤リタルモノト思料スト謂フニ在リ

### ○決定理由

民法第九百八條第六號ニ所謂訴訟ノ意義

然レトモ民法カ無能力者ノ爲ニ設ケラレタル親族會ハ其ノ者ノ無能力ノ止ム迄繼續スル旨規定シタル所以ハ無能力者ノ爲之ヲ常置ノ一般的保護機關トシテ存續セシムル必要アルカ故ナリ故ニ斯ル親族會ト雖未成年者保護ノ爲之ヲ常置スル必要ナキニ至リタルトキハ當然解散スルモノト認ムルヲ相當トス原審認定ノ事實ニ依レハ未成年者高熙源ノ實父高重權ハ昭和九年十一月七日親權ヲ回復シタリト謂フニ在リテ實父カ親權者タル場合ハ法律上未成年者ノ一般的保護ハ實父獨リ其ノ全責任ヲ以テ之ニ當ルヘク親族會ハ民法第八百八十八條ニ規定スル場合ニ於ケルカ如キ特別ノ目的ノ爲ニミ夫レニ協力ヲ要求セラレルコトアルニ過キス左レハ從前ノ親族會ハ右高重權ノ親權回復ト共ニ自ラ存在セサルニ至リタルモノト謂フヘク之ト同旨ニ出テタル原決定ハ正當ナリ論旨理由ナシ

### ○ 抗告理由

同第二點ハ原裁判ハ「抗告人ハ其ノ親族會員ニ選任サレタル高羅、金淑經、金溼植及金斌等四名ハ事件本人ト相訴訟シ利害相反スルモノニシテ親族會員タル資格ナキモノナリト謂フモ其ノ引用サレタル京城地方法院昭和九年民第三九六六號高熙源敗訴ノ判決及同院昭和九年民第三九六七號高熙源敗訴ノ判決ニ據ルトキハ其ノ訴訟タルヤ實質上毫モ事件本人タル高熙源ト利害相反スル關係ノモノニアラス寧ロ右四名ハ高熙源ノ利益ノ爲ニ克ク舊親族會員タルノ職責ヲ盡シタリシニ緣由シテ發生セルモノニカカリ結局高熙源ノ爲ニ其ノ敗訴ノ結果ヲ導カレタル事情ヲ窺知シ得ルニ難カラサルヲ以テ右四名等ヲ以テ所論ノ事由ニ依據シテ親族會員タルノ資格ナキモノト斷スルハ當ラサルモノト謂フヘク原院カ未成年者高熙源ノ爲ソノ後見開始ニ際リ諸般ノ

資料ヲ參酌ノ上高羅、高守眞、金炳殷、禹鳳來、金斌、金溼植及金淑經ノ七名ヲ親族會員ニ選任シ之カ招集決定ヲ宣シタル措置ハ相當ニシテ論旨理由ナシトシテ抗告ヲ排斥シタレトモ民法第九百八條第六號ハ被後見人ニ對シテ訴訟ヲ爲シ又ハ爲シタル者ハ後見人タルコトヲ得サルコトヲ規定シタルモノニシテ其ノ訴訟ノ原因如何ナルヲ問フコトナク又訴訟當事者ノ何レタルヲ問ハサルコト判例學說ノ一致スル所ナリ然ルニ原裁判ハ未成年者高熙源ノ親族會員ニ選任サレタル高羅、金淑經、金溼植及金斌等四名ハ事件本人ト京城地方法院昭和九年民第三九六六號及同院昭和九年民第三九六七號ノ訴訟ヲ爲シタルコトヲ認メナカラ前記ノ如ク抗告ノ理由ナシトシテ排斥シタルハ法條ノ解釋ヲ誤リタルモノト思料スト謂フニ在リ

### ○ 決定理由

然レトモ本件京城地方法院ノ決定ニ依リ親族會員ニ選定セラレタル者ノ内金斌、金淑經及金溼植カ曾テ親族會員トシテ京城地方法院昭和九年民第三九六六號親族會員免黜請求事件ノ、又高羅カ同法院昭和九年民第三九六七號親族會決議無效確認請求事件ノ各被告トシテ未成年者高熙源ト訴訟ヲ爲シタルコトハ記録上明カニシテ民法第九百四十六條ニ依リ親族會員ニ準用セラルル同法第九百八條第六號ニ所謂訴訟ハ親族會員ヲ原告トスル訴訟タルト被告トスル訴訟タルトヲ問ハサル謂ナルコト所論ノ如シト雖未成年者ヨリ免黜ノ訴ヲ受ケタル親族會員ハ免黜ノ裁判ニ因リ始メテ爾後親族會員タル資格ヲ有セサルニ至ルモノナルコト同第九百八條

第四號ノ規定ニ照シ自ラ明カナルカ故ニ之ヨリ推シテ親族會員カ未成年者ヨリ免黜ヲ訴求セラレ其ノ訴訟ヲ爲シタルモ之ニ依リテハ未タ以テ其ノ資格ヲ喪失スルコトナキモノト認ムルヲ相當トス從テ同條第六號ニ所謂訴訟ハ免黜ノ訴訟ヲ含マサル法意ナリト解スヘク夫レト共ニ右法條カ本人ト訴訟ヲ爲シタル者ノ適格ヲ奪ヒタルハ斯ル者ハ本人トノ反目深刻激甚ニシテ本人ノ利益ヲ擁護スルニ適セサルモノト認メタルカ爲ニ外ナラス故ニ親族會員カ未成年者ト訴訟ヲ爲スモ其ノ訴訟ノ内容カ雙方ノ利益相反スルモノニ非ルトキハ敢テ親族會員タル資格ヲ喪ハシムル要ナキモノト謂フヘク（當院昭和十年民上第一二七號昭和十年七月十九日判決參照）未成年者ヨリ親族會員ヲ相手取リテ起サレタル親族會議決議無效確認訴訟ノ如キハ其ノ理由ノ如何ヲ問ハス性質上常ニ右ノ場合ニ屬スルモノト認ムヘキモノトス若シ夫レ任務ニ堪ヘサル事跡又ハ不正ノ行爲アリタルトキハ別ニ失格ヲ來スコトアルヘキハ言フ俟タス果シテ然ラハ所論四名ノ者ハ高熙源ト訴訟ヲ爲シタルニ拘ラス其ノ親族會員タル資格ヲ喪フコトナカリシモノト謂フヘキニヨリ原審カ論旨摘録ノ如ク判示シ抗告人ノ主張ヲ排斥シタルハ正當ニシテ論旨ハ反對ノ見解ニ立チ之ヲ批難スルニ過キサルニヨリ採用スルヲ得サルモノトス

○家賃金請求事件

（昭和十年民上第二七三號  
昭和十年十月十五日民事部判決棄却）

【原告】 被控訴人 被上告人 金 鐘 翊

【被告】 控訴人 上告人 申 聖 奎外一人 訴訟代理人辯護士 康 永 詰

【第一審】 京城地方法院 【第二審】 京城覆審法院

○判示事項

敷金ト充當ノ時期及方法

○判例要旨

賃貸人ハ賃貸借關係存續中ト雖任意敷金ヲ以テ延滯賃料ニ充當スルコトヲ得ルモノトス

【參照】 民法第六百十九條 賃貸借ノ期間満了ノ後賃借人カ賃借物ノ使用又ハ收益ヲ繼續スル場合ニ於テ賃貸人カ之ヲ知リテ異議ヲ述ヘサルトキハ前賃貸借ト同一ノ條件ヲ以テ更ニ賃貸借ヲ爲シタルモノト推定ス但各當事者ハ第六百十七條ノ規定ニ依リテ解約ノ申入ヲ爲スコトヲ得

○事實

原告ノ原審ニ於ケル請求原因ノ要旨ハ原告ハ昭和七年十一月十五日被告兩名ニ對シ原告所有ニ係ル京城府堅志洞五十八番地二號地上木造瓦葺平家建本家一棟建坪二十二坪八合八勺一箇月賃料金四十圓支拂期日ハ每前月十七日迄トシ敷金トシテ金百五十圓及第一箇月即チ昭和七年十一月十五日ヨリ同十二月十四日迄ノ一箇月ノ賃料前金トシテ金四十圓合計金百九十圓ヲ受

敷金ト充當ノ時期及方法

取り賃貸シタルトコロ被告等ハ其ノ後一回ノ支拂ヲモ爲ササルニヨリ右敷金百五十圓ヲ第二月目ノ初日ナル同年十二月十五日ヨリ月四十圓ノ割合ニテ賃料ニ充當控除スレハ昭和八年四月六日ヲ以テ三箇月ト二十三日間ノ家賃トシテ右百五十圓ハ盡キタリ然ルニ被告等ハ同年四月七日ヨリノ家賃金ヲ支拂ハサルヲ以テ原告ハ同年四月十六日京城地方法院昭和八年民申第一三一八號假處分決定ニ基キ本件家屋ノ明渡假處分執行ヲ爲シタルトコロ被告等ハ右假處分命令取消ノ訴ヲ提起シ執行解除ヲ求メタルヲ以テ同年八月八日右假處分ヲ解除シ同家屋ヲ被告等ニ還付シタリ從テ前記假處分中ハ被告等ノ占有ヲ離レ使用セサリシヲ以テ該處分ヲ解除シタル翌日即昭和八年八月八日ヨリ被告等カ同家屋ヲ明渡シタル昭和九年五月八日迄ノ家賃金三百六十圓ノ支拂ヲ請求スルモ被告等ハ之ニ應セサルニヨリ本訴請求ニ及ヒタリ尙被告主張ノ和解ニヨリテ原告ノ抛棄シタルハ假處分前及假處分中ノ滯納家賃金中ヨリ敷金額ヲ控除シタル殘額ナリト謂フニ在リ

被告答辯ノ要旨ハ被告カ昭和九年四月二十三日右家屋ヲ原告ニ明渡シタルヲ以テ家賃ノ未拂分カ計算上金四百九十圓トナルヘキ筋合ナリ然ルニ被告鄭泰順ハ原告ト賃貸借契約當日ヨリ向フ一箇年間ハ明渡ヲ爲ササル約定ノ下ニ賃貸借ヲ爲シタルモ原告ハ昭和八年四月中京城地方法院ニ家屋明渡ノ請求ヲ爲スト共ニ家屋明渡ノ假處分申請ヲ爲シタリ而シテ原告ハ右決定ニ基キ之カ執行ヲ爲シ被告ハ原告承諾ノ下ニ内房一間ノミヲ使用シ他ハ總テ占有ヲ解キ執達吏ヲシテ占有セシメタリシカ右家屋明渡請求事件ハ原告敗訴トナリ右判決確定ト同時ニ右假處分ノ解除方ヲ求メタルモ原告ハ之ニ應セス因テ同院昭和八年民申第二二二一號假處分命令取消ノ申立ヲ爲シ同年八月中取消ノ決定ヲ得テ同月八日右假處分ハ解除セラレテ被告鄭泰順ニ於テ占有ヲ爲シ旅館經營ヲ更ニ開始スルト同時ニ右假處分ニヨリ被告ノ營業シ能ハサリシカ爲メニ蒙リタル損害ノ賠償ヲ求メントシタルモ當時原告ニ於テ假處分供託金取戻ノ必要上被告等ノ捺印ヲ求メタルヲ以テ原告被告間ニ於テ昭和八年十一月末頃ニ至リ同年十二月末日迄被告ヲシテ無償ニテ本件家屋ヲ使用セシメ右損害賠償ハ之ヲ請求セサルコトニ和解成立シタリ而シテ昭和九年二月末日頃カ三月下旬頃被告ハ原告代理人金孝演ニ面接シ被告鄭泰順ニ於テ府内樂園洞ニ家屋ヲ購入スルコトニ

爲リタルヲ以テ明渡日迄ハ無償ニテ同家屋ヲ貸與セラレタシト懇願シタルトコロ同人モ之ヲ諒トシ然ラハ本件家屋ノ第二期家屋稅十一圓八錢ヲ被告ニ於テ負擔セヨサスレハ明渡日迄ノ家賃ハ請求セスト申スニヨリ被告モ之ヲ承諾シ右稅金ヲ代納シ明渡日迄ハ無償ニテ居住スルコトトナリ樂園洞ノ家屋修理ノ關係上四月二十三日漸ク該家屋ヲ明渡シタルヲ以テ原告ノ本訴請求ニ應シ難シ假ニ右和解契約成立セストスルモ叙上ノ如ク被告ハ旅館營業ヲ爲ス者ナルヲ以テ右假處分ニヨリ營業ヲ繼續スルコト能ハサリシニヨリ一日拾圓ノ割合ニヨリ得ヘカリシ利益ヲ喪失シタリ右假處分期間中ノ合計額ハ一千五百五十圓ニ達スルヲ以テ原告ノ請求金ト對當額ニ於テ之ヲ相殺スト謂フニ在リ

第二審裁判所ハ證據ニ依リ被告主張ノ抗辯ヲ排斥シ却テ成立ニ爭ナキ乙第一號證ノ一部記載内容及原審證人金孝演(第一回)趙炳贊(一部)ノ供述ヲ綜合考覈シ當事者雙方代理人辯論ノ全趣旨ヲ參酌スレハ被告等ハ右原告ノ假處分決定執行ニヨリ占有離脱ニヨリ損害ヲ蒙リ他面前示敷金ハ假處分前ノ未拂家賃金一部ノ支拂ニ充當セラレタル爲原告ハ其ノ餘及假處分中ノ家賃ヲ請求セサル代リニ被告等ハ右損害賠償ヲ請求セサル旨ノ和解カ原告等間ニ昭和九年二、三月頃成立シ其ノ後又原告等間ニ被告等カ本件家屋ノ昭和九年度第二期分家屋稅ヲ代納スルニ於テハ同相當額ヲ右以外ノ家賃金中ヨリ控除スル旨ノ契約ヲ爲シタル後被告等ハ昭和九年度秋頃右家屋稅トシテ金十一圓八錢ヲ代納シタルコトアルニ止マルコトヲ肯認シ得ヘシトシ被告等ノ延滞家賃料ハ昭和八年八月八日以降少クトモ被告ノ自認ニ係ル明渡日タル昭和九年四月二十二日迄一個月四十圓ノ割合ニ依ル金員即チ合計金三百四十圓ナルコト算數上明ナルトコロ原告ハ被告カ立替支拂ヒタル昭和九年度第二期分ノ家屋稅十一圓八錢アルコトヲ認メ之ヲ減額シテ請求スルヲ以テ被告等ハ原告ニ對シ右金員中ヨリ

右代納家屋稅相當額ヲ控除シタル殘額三百二十八圓九十二錢ノ支拂義務アルコト明カナルニヨリ此ノ範圍ニ於テ原告ノ請求ヲ正當トシテ許容スヘキモノトスト判示シタリ

○ 上告理由

上告理由ハ原判決ハ成立ニ爭ナキ乙第一號證ノ一部記載内容及原審證人金孝演(第一回)趙炳贊(一部)ノ供述ヲ綜合考覈シ當事者雙方代理人辯論ノ全趣旨ヲ參酌スレハ被告等ハ右原告ノ假處分決定執行ニヨル占有離脫ニヨリ損害ヲ蒙リ他面前示敷金ハ假處分前ノ未拂家賃金カ一部ノ支拂ニ充當セラレタル爲メ原告ハ其ノ餘及假處分中ノ家賃ヲ請求セサル代リニ被告等ハ右損害賠償ヲ請求セサル旨ノ和解カ原被告等間ニ昭和九年二、三月頃成立シ其ノ後又原被告等間ニ被告等カ本件家屋ノ昭和九年度第二期分家屋稅ヲ代納スルニ於テハ同相當額ヲ右以外ノ家賃金中ヨリ控除スル旨ノ契約ヲ爲シタル後被告等ハ昭和九年秋頃右家屋稅トシテ金十一圓八錢ヲ代納シタルコトアルニ止マルコトヲ肯認シ得ヘク云々右被告抗辯ハ排斥スト論示シタレ共一、被告代理人ハ右判示ニ副フカ如キ供述ナシニ、證人趙炳贊モ右判示ニ副フ供述ナシニ、證人金孝演モ假處分中ノ家賃ヲ免除スル旨供述ナク假處分前ノ家賃ト損害ト相殺スル旨ノ供述アリ之ヲ以テ被告代理人ハ乙第二、三號證ヲ提出シ假處分前ノ未拂家賃ナカリシコトヲ立證シタル次第ニシテ左モナケレハ被告ハ乙第二、三號證ヲ提出スル要ナカリシナリ四、假處分中ノ家賃ハ當然原告ニ於テ請求シ得サルモノニシテ和解スル迄モナキコトナリ加之原告ハ第一審ニ於テ最初假處分中ノ家賃ヲモ請求シタリシカハ被告代理人ニ於テ其ノ不當ナル旨ノ

抗辯ヲ(被告答辯書參照)提出スルヤ第一審裁判所ノ注意ニ依リ其ノ請求シ得ヘカラサルコトヲ覺リ減額シタル次第ニシテ原告ハ其ノ假處分中ノ家賃ヲ免除スルコトニ和解シタル旨主張シタル事實ナシ五、昭和九年度第二期分家屋稅代納ノ事實ハ昭和九年二、三月頃ニシテ同年秋ニアラス同年秋ハ被告ハ既ニ家屋ヲ明渡シタル後ナルニ明渡前ノ家屋稅ヲ代納スル旨ナシ以上列擧ノ如ク原判決ハ證據ニ因ラスシテ事實ヲ誤認シタルノミナラス原被告等ノ主張セサル事實ヲ勝手ニ認定シタル不法ノ判決ナリ即昭和九年二月中家屋稅代納ノ事實モ原判決ノ如ク敷金ヲ家賃ニ充當スルトキハ未拂ナク(假ニ日割計算スルトキハ二、三圓ノ不足ニ過キサレヘシ)斯ノ如キ普通ニ於テハ家賃ノ滞リナシト當事者ハ認識スルモノニシテ敢テ問題トセサルモノナリ加之假處分中ハ被告ハ家屋ヲ占有セサリシカハ家賃ノ滞納問題生スルコトナシ然ルニ右ト損害ト相殺スルトハ抑々如何ナルコトナルヤ一般ノ事情ヨリ推理スルモ尙其ノ窺知シ得ヘカラサル事實ナルコト洵ニ明白ナルノミナラス斯ル問題ノアル家屋ナレハ誰レカ只漠然トシテ代納スヘキ旨ナキニアラスヤ殊ニ賃借人カ普通家賃スラ滞納スルトセハ其ノ家屋稅ノ代納ナキコトモ必然ナラサルヤ其ノ家賃ハ滞納シナカラ家屋稅ヲ代納シタリトセハ其ノ一事ノミヲ以テモ當事者間ニ何等カ妥協ノ成立シタル事實ヲ窺知シ得ルニ難カラサル事實ナラサルヘキカ原判決ハ其ノ代納ヲ昭和九年秋ナリト誤信シタルカ爲メニ當然起ルヘキ疑問ヲ生セサルニ至ラサルニアラサルヤ疑ハサルヲ得ス敍上ノ如クシテ原判決ハ證據ニ因ラス尙原被告ノ主張ニ反シ事實ヲ誤認シタル判決ニシテ到底破毀ヲ免レサルヘシ依テ原判決破毀ノ上相當ノ御判決ヲ求ムル次第ナリト謂フニ在リ

○判決理由

然レトモ假處分ニ因テ生シタル損害賠償債權ヲ被告ニ於テ負擔スルコトヲ一内容トスル和解契約ノ成立ハ當事者間爭ナキトコロニ屬シ其ノ對價トシテ原告ノ免除セル債權カ被告ニ於テハ明渡ニ至ル迄ノ賃料債權全額ナリト謂ヒ原告ニ於テハ假處分ノ解除ニ至ル迄ノ賃料中ヨリ敷金ヲ控除セル殘額ナリト謂フニ在リテ原告ノ斯ル主張ハ第一審判決摘示及之ニ基キ演述セルコトノ記載アル原審口頭辯論調書ニ明ナリ原判決ハ右爭點ニ關シ原告ノ主張ヲ認メテ被告ノ主張ヲ排斥セルモノニシテ其ノ援用セル證據ニ徴スレハ爾ク認定シ得サルニアラス趙炳贊ノ證言ハ直接右認定ニ資スルトコロナキカ如クナルモ而モ以上ノ認定ト牴觸スルモノニアラサルヲ以テ之ヲ綜合資料ノ一トナセルコトハ敢テ違法ヲ以テ目スヘカラス原告ノ爲シタル假處分カ違法ナリシトスルモ賃借契約ノ存續スル以上其ノ間ノ賃料請求權ハ當然ニ失ハルルコトナク唯不履行ノ責ハ免レサルヘキカ故ニ相手方ニ賠償債權ノ成立スル餘地アルヘキノミ而モ被告主張ノ損害賠償債權ナルモノハ敍上ノ趣旨ニ基ク債權ナルコト其ノ辯論ノ趣旨ニ明ナリト謂フヘク他方ニ賠償債權ヲ認メテ賃料債務ヲ負擔セリト爲スコトハ聊モ矛盾アルコトナシ而シテ敷金ハ賃料ノ延滞アルトキ之ヲ以テ其ノ辨濟ニ充當セラルヘキモノナハハ賃借存續中ト雖賃借人ハ任意敷金ヲ以テ延滞賃料ニ充當シ得ヘキカ故ニ本件ニ於テ證據ニ依リテ其ノ充當關係ヲ認メ得ヘキ以上假處分前ノ延滞賃料ハ自ラ其ノ殘額タルヘク原判決ハ之ト右述ノ假處分中ニ於ケル賃料債權ヲ被告ノ損害賠償債權ト互ニ免除シテ決濟セリト謂フノ趣旨ニシテ所論ノ違法アルコトナシ若夫

レ賃料滞納中家屋税ノ代納セルコトヲ以テ被告主張ノ如キ和解内容ヲ認メサルヘカラスト做スハ論旨ノ獨斷ニシテ何等カノ協定アリタルコトヲ窺ヒ得ヘシトスルモ被告主張ノ如キ協定ノ存在ヲ推定セサルヘカラサル實驗則ノ存スルコトナシ論旨ハ到底採用ノ餘地ナシトス

○土地所有權移轉登記請求事件

(昭和十年民上第二九七號七號破毀差戻)

〔原告〕	被控訴人	上告人	朴 東 天	訴訟代理人辯護士	李 梁 大	
〔被告〕	控訴人	被上告人	車 龍 觀	複訴訟代理人辯護士	李 明 燮	
				訴訟代理人辯護士	李 宗 聖	
			〔第一審〕	清津地方法院	〔第二審〕	京城覆審法院

○判示事項

履行不能ニ因ル損害賠償ト民法第五百六十一條

○判例要旨

他人ノ權利ヲ以テ賣買ノ目的ト爲シタル場合ト雖賣主ノ義務カ其ノ責

履行不能ニ因ル損害賠償ト民法第五百六十一條

ニ歸スヘキ事由ニ因リテ履行不能トナリタル爲買主ヨリ其ノ損害賠償ノ請求ヲ爲スハ民法第五百六十一條ニ所謂損害賠償ノ請求ニ非ス

〔參照〕 民法第四百十五條 債務者カ其債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲ササルトキハ債權者ハ其損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得

債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ履行ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルトキ亦同シ

同法第五百六十一條 前條ノ場合ニ於テ賣主カ其賣却シタル權利ヲ取得シテ之ヲ買主ニ移轉スルコト能ハサルトキハ買主ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得但契約ノ當時其權利ノ賣主ニ屬セサルコトヲ知リタルトキハ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス

○事 實

原告ノ原審ニ於ケル請求原因ノ要旨ハ原告ハ大正十一年一月二十三日成鏡北道鏡城郡龍城面松郷洞二一五番地番一千六百九十五坪ヲ代金五十圓ニテ被告ヨリ買受ケ代金ヲ完済シ爾來原告ニ於テ耕作シ來リタル處右土地ハ被告ニ於テ訴外朴均植ヨリ流抵當ノ特約ニ依リ處分權ヲ取得シ居タルモノニシテ同訴外人ニ於テ失期辨濟ヲ爲ササリシ爲被告カ原告ニ賣却シタルモノナル關係上被告ハ同訴外人ヨリ移轉登記ニ要スル書類ヲ受取り原告名義ニ移轉登記ヲ爲スヘク約定シタルニ拘ラス被告ニ於テ之カ履行ヲ遲延シ居タルニ依リ同訴外人ニ於テハ右土地ヲ他ニ賣却シ原告告間ノ右移轉登記ハ履行不能ト爲リタリ而シテ右土地ハ時價一坪五十五錢ナルヲ以テ合計金九百三十二圓二十五錢ノ賠償ヲ求ムル爲メ本訴ニ及ヒタリ尙原告告間ニ本件土地所有權移轉登記手續ノ履行期ニ付テハ其ノ定メナシ訴外朴均植ハ昭和八年四月二十三日日本件土地ヲ訴外朴炳駿ニ賣却シ即日其ノ所有權移轉登記手續ヲ完了シタルモノナリト謂フニ在リ

被告答辯ノ要旨ハ被告ハ本件土地ヲ訴外朴龍球ニ賣渡シタルコトアルモ原告ニ賣渡シタルコトナク假ニ原告告間ノ賣買ナリトスルモ本件土地ノ時價ハ坪十錢乃至十五錢ニ過キス尙被告ハ訴外朴均植ニ對シ大正十一年三月中物品代金百一圓九十錢

ノ債權ヲ有セシカ同年十一月廿一日右債務ヲ準消費貸借ニ改メ辨濟期ヲ大正十二年一月二十一日ト定メ同訴外人所有ノ本件土地ヲ同債務ノ擔保ニ取り右辨濟期ヲ徒過スルトキハ債權者タル被告ハ任意ニ右擔保土地ヲ他ニ賣却シ其ノ代金ヲ以テ債務ノ辨濟ニ充當スヘキ特約ヲ爲シタルトコロ同訴外人ハ右辨濟期ヲ徒過シ債務ヲ辨濟セサルニヨリ被告ハ大正十二年一月二十三日前記約旨ニ基キ原告ニ對シ本件土地ヲ代金五十圓ニテ賣却シタルカ當時被告ハ原告ニ對シ本件土地ハ訴外朴均植ノ所有ニシテ被告ハ單ニ前陳ノ如キ特約ニ基キ賣却スルモノナル旨言明シ被告ト同訴外人トノ間ニ成立シタル同趣旨ノ契約書(乙第一號證)ヲ原告ニ交付シ所有權移轉登記ニ付テハ訴外朴均植ヨリ直接原告ニ對シ之ヲ爲スヘク被告ハ單ニ之ニ協力スヘキ旨申出テタルトコロ原告ハ之ヲ承諾シタリ右乙第一號證ハ被告ヨリ原告ニ交付シタルモノナリ原告カ右賣買當時ヨリ昭和八年代理人タル辯護士梁大卿ヨリ被告ニ返還シ來リタルニヨリ現ニ被告ニ於テ所持スルモノナリ原告カ右賣買當時ヨリ昭和八年マテノ間本件土地ヲ占有耕作セル事實ハ認ムルモ昭和八年中訴外人朴均植ハ訴外朴炳駿ニ對シ本件土地ヲ賣却シ同人ニ所有權移轉登記手續ヲ了シタルニヨリ原告ハ本件土地ノ所有權ヲ喪失スルニ至リタルモノナリ然レトモ賣買當時原告ハ直接訴外朴均植ヨリ所有權移轉登記手續ヲ受クヘキ旨原告告間ニ特約アリタルモノナレハ原告ハ同訴外人朴均植ニ對シ本件土地ノ所有權移轉登記手續ヲ請求スヘキモノニシテ同訴外人カ既ニ他ニ之ヲ賣却シ所有權移轉登記手續ヲ了シタル以上最早前顯登記手續ハ履行不能ニ歸シタルモノナルトコロ而モ履行不能ニ付テハ被告ハ何等ノ過失ナク本件賣買ハ他人ノ所有權ヲ目的トシタルモノナレハ民法第五百六十一條ニヨリ賣買契約ヲ解除シ代金ノ返還ヲ求ムルハ格別損害賠償ヲ請求スルハ不當ナリ假リニ然ラストスルモ損害ノ數額ヲ爭フト謂フニ在リ

原裁判所ハ被告カ原告ニ對シ大正十二年一月二十三日日本件土地ヲ賣却シタル事實ハ當事者間爭ナシ然レトモ原告代理人辯論ノ全趣旨ニ成立ニ爭ナキ甲第一號證ノ記載内容ヲ參酌スレハ賣買當時原告ハ本件土地カ公簿

履行不能ニ因ル損害賠償ト民法第五百六十一條



上訴外人朴均植ノ名義ニアル事實ヲ知悉シ居リタルモノナル事實ヲ認メ得ヘク他ニ之ヲ覆スニ足ル證據ナシ  
 乃チ本件賣買ハ登記關係ニ付テハ他人ノモノノ賣買ト同一ニ解スルヲ相當トスヘク而モ其ノ後本件賣買ニ因  
 ル所有權移轉登記カ履行不能ノ状態ニ陥リタル事實ハ當事者辯論ノ全趣旨ニ徴シ明ニシテ其ノ履行不能カ被  
 告ノ責ニ歸スヘキモノナルコトノ徴スヘキモノナキヲ以テ原告ハ被告ニ對シ賣買契約ヲ解除シ代金ノ返還ヲ  
 求ムルハ格別損害ノ賠償ヲ請求シ得サルモノトス然シテ原告ノ本訴請求ハ失當ニシテ排斥スヘキモノト判示  
 シタリ

### ○ 上告理由

上告理由第一點ハ原審ニ於テハ本件賣買ハ他人ノモノノ賣買ト同一ニ解シタリ然レトモ本件原告ノ主張ハ被  
 告カ本件土地ヲ訴外朴均植ヨリ流抵當ニ依リ其ノ所有權ヲ得テ更ニ被告ヨリ原告ニ賣渡シタルコトヲ請求原  
 因ト爲セリ被告モ第一審ニ於ケル辯論ノ全趣旨ハ被告ノ所有トナリテ訴外朴龍球ニ賣渡シタルコトヲ争ヒタ  
 リ然ラハ被告ハ訴外朴均植ヨリ其ノ所有權ヲ取得シテ更ニ原告ニ賣渡シタリトスレハ之他人ノモノヲ賣買シ  
 タルモノニ非スシテ其ノ所有權ハ轉々シテ原告ニ來リタル以上民法第五百六十一條ニ該當スル賣買契約ニ非  
 サルヲ以テ原告ハ其ノ履行不能ニ因ル損害賠償ヲ請求シ得ルモノト云フヘシ然ルニ第二審ニ於テハ事茲ニ出  
 スシテ本件損害賠償ノ請求ヲ不當ト認定シタルハ不法ノ判決タルヲ免レスト謂ヒ

同第二點ハ本件ニ付履行不能カ被告ノ責ニ歸スヘキモノナルコトノ徴スヘキモノナキヲ以テ云々ト判示シタ  
 リ然ラハ被告ノ責ニ歸スヘキモノアリヤ否ヤヲ審査セスシテ判斷シタル審理不盡ノ判決タルヲ免レス抑モ本  
 件賣買契約ハ履行期ノ定ナキ契約ナリ然ラハ甲第一號證タル土地代金領收ト同時ニ其ノ土地所有權移轉登記  
 手續ヲ爲ササルヘカラス即チ大正十二年一月二十三日カ代金ヲ受取リタル日附ナレハ之ト同時ニ移轉登記ノ  
 履行期ハ此ノ日ヲ以テ到來シタルモノト云ハサルヘカラス履行期到來ノ日時以後ハ被告其ノ遲滯ノ責ニ任ス  
 ヘキモノナリ原告ハ第一審以來主張トシテ被告ハ訴外人朴均植ヨリ移轉登記ニ要スル書類ヲ受取リ原告名義  
 ニ移轉登記ヲ爲スヘク約定シタルニ拘ラス被告ニ於テ之カ履行ヲ遲延シ居リタルニ依リ履行不能ト爲リタリ  
 ト強調シ來リタル以上被告ノ履行期カ到來シタルヤ否ヤヲ審理判斷スヘキニ拘ラス第二審ハ漫然被告ノ責ニ  
 歸スヘキモノナルコトノ徴スヘキモノナキヲ以テト判示シタルハ不法ノ判決タルヲ免レサルモノトスト謂フ  
 ニ在リ

### ○ 判決理由

案スルニ本訴請求ハ原被告間ノ土地賣買ニ於テ賣主被告ノ買主原告ニ對スル土地所有權移轉登記義務カ被告  
 ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ履行不能トナリタルコトヲ原因トシ原告ヨリ其ノ損害賠償ヲ求ムルモノニシテ右  
 ノ事實關係ニ付被告ハ原被告間ノ特約ニ依リ被告ハ原告ニ對シテ負擔セル登記義務ヲ免レタリト爲ス外之ヲ  
 争フモノニ非サルコト原審ニ於ケル各當事者ノ辯論ニ依リ明ナリ從テ本件ニ於テ重要ナルハ被告カ其ノ抗辯  
 スルカ如キ特約ニ因リテ原告ニ對スル登記義務ヲ免レタルモノナリヤ否ヤノ點ニ存シ之ヲ闡明スルニ依テ原

告請求ノ當否ヲ判斷スルヲ得ヘシト雖民法第五百六十一條ノ規定ヲ以テ本件ヲ律スルヲ得ス蓋シ本件土地ハ公簿上訴外人ノ所有名義ニ在リタルモ賣買當時被告ニ於テ之カ處分權ヲ有シタルコトハ爭ナキ事實ナルヲ以テ同土地ヲ目的トスル原被告間ノ賣買ヲ以テ第三者ノ權利ヲ目的トスルモノト謂フヲ得サルハ勿論他人ノ權利ヲ以テ賣買ノ目的トセル場合ト雖賣主ノ義務カ其ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ履行不能トナリタル爲買主ヨリ其ノ損害賠償ヲ求ムルハ民法第五百六十一條ニ所謂損害賠償ト其ノ成立原因ヲ異ニスル全然別個ノ權利ニ基クモノナレハナリ原判決カ本件ノ土地賣買ヲ以テ登記關係ニ付テハ他人ノモノノ賣買ト同一視スヘキモノ故云々原告ハ被告ニ對シ賣買契約ヲ解除シ代金ノ返還ヲ求ムルハ格別損害賠償ヲ求ムルハ失當ナル旨判示シ原告ノ本件請求ヲ排斥セルハ法則ノ適用ヲ誤レルモノト謂ハサルヲ得ス原判決ハ本件ノ登記不能ヲ以テ被告ノ責ニ歸スヘキモノナルコトノ徵スヘキモノナキ旨判示セリト雖被告カ代金全部ノ支拂ヲ受ケタルコト竝ニ被告ノ登記義務ニ付履行期ノ定ヲ爲ササリシコト原告主張ノ如シトセハ被告ハ原告ニ對シ賣買土地ノ所有權移轉登記手續ヲ爲スヘキ義務ヲ有スルコト明ナルヲ以テ其ノ履行不能ハ不可抗力其ノ他ノ免責事由ナキ限リ被告ニ其ノ責アルモノト謂フヘク被告抗辯ノ如ク訴外人名義ヨリ直接原告名義ニ移轉登記ヲ爲サシムヘク被告ニ於テ之ニ協力スヘキコトヲ原被告間ニ於テ契約スルモ賣買ニ因ル土地所有權ノ讓渡アリタルコトヲ前提トスル限リ斯ル契約ハ賣主ニ對シ其ノ本來ノ登記義務ヲ免除セル趣旨ニハ解シ難ク單ニ登記手續ヲ爲スヘキ賣主ノ義務履行ニ付他ニ便宜ノ方法ヲ定メ其ノ實現ニ依テ本來ノ義務ヲ免ルルヲ得シムル約旨ト解スルヲ

相當トスルカ故ニ被告ノ所謂特約ハ之ニ因リテ直ニ被告ノ責任ヲ免レシムルコトナク爾後其ノ履行不能ヲ生シタルトキハ責ヲ被告ノ履行遅延ニ歸セサルヘカラス原判決ハ審理不盡理由不備ノ違法アルモノニシテ其ノ全部ヲ破毀スヘク論旨ハ結局理由アルモノトス

○引受債務履行請求事件

(昭和十年民上第二一〇一號棄却)  
昭和十年十月二十九日民事部判決

【原告】 被控訴人 被上告人 內谷 萬平  
 【被告】 控訴人 上告人 丁 奎 泰 訴訟代理人辯護士 柳 福 永外一人  
 【第一審】 光州地方法院木浦支廳 【第二審】 大邱覆審法院

○判示事項

添加的債務ノ引受人ト先訴ノ抗辯權

○判例要旨

添加的債務ノ引受ハ保證ト其ノ性質ヲ異ニスルモノニシテ引受人ハ所謂先訴ノ抗辯權ヲ有セサルモノトス

添加的債務ノ引受人ト先訴ノ抗辯權

【參 照】 民法第四百五十二條 債權者カ保證人ニ債務ノ履行ヲ請求シタルトキハ保證人ハ先ツ主タル債務者ニ催告ヲ爲スヘキ旨

ヲ請求スルコトヲ得但主タル債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケヌハ其行方カ知レサルトキハ此限ニ在ラス

### ○事 實

原告ノ原審ニ於ケル請求原因ノ要旨ハ原告ハ大正十五年十一月以降訴外辛泰煥ニ對シ屢々金錢ヲ貸與シ其ノ債權ニ對シ昭和二年十一月同人所有不動産ニ抵當權ヲ設定シ同人所有動産(床敷外五種)ヲ賣渡擔保ト爲スヘク約定シ昭和三年九月該賣渡擔保ノ動産ヲ追加スルコトヲ約シ其ノ賣渡擔保動産ハ辛泰煥ニ於テ引續キ占有シ營業ニ使用シ居リシカ其ノ後昭和四年十一月十三日ノ現在ニ於ケル原告ノ同訴外人ニ對スル貸金額三萬九千五百二十六圓四十錢ニ達シ同人ノ財産ヲ處分シ右貸金ヲ整理スル必要ニ迫ラレタルヨリ同月十六日原被告及辛泰煥會合ノ上原告ノ該債權ヲ二萬一千圓ニ減縮シ被告ニ於テ附加的引受ヲ爲シ其ノ辨濟方法トシテ元金中五千圓ハ昭和五年二月末日限り支拂ヒ殘金一萬六千圓ハ同年十二月末日迄ニ支拂フヘク同殘金中ノ五千圓ニ對シ同年三月一日ヨリ其ノ辨濟期タル同年十二月末日迄元金百圓ニ付日步二錢五厘ノ利息ヲ附加シ他ノ一萬一千圓ニ付テハ期限内ハ無利息トシ若シ期限ニ辨濟ヲ怠リタルトキハ孰レモ元金百圓ニ付日步五錢ノ利息ヲ支拂フコトヲ約シ同時ニ一面原告ハ右動、不動産ニ付原告ノ有スル擔保權ヲ被告ニ移轉スヘキモ若シ被告ニ於テ其ノ債務ヲ履行セサルトキハ原告ニ於テ其ノ擔保權ヲ實行シ其ノ不足額ヲ被告ニ於テ辨濟スヘキコトヲ約定シタリ然ルニ被告ハ其ノ期限ニ辨濟ヲ爲ササル故原告ハ昭和五年四月九日被告ニ對シ約旨ニ基キ抵當權ヲ實行シ不足額ヲ請求スヘキ旨通知シタル上抵當權ヲ實行シ同年十一月二十六日不動産ノ一部ヲ競賣シテ金一千七百圓ヲ受取り昭和六年一月七日不動産ノ一部ヲ競賣シテ金三千九百圓ヲ受取り昭和七年一月不動産ノ殘全部ヲ競賣シテ金百十圓ヲ受取り昭和八年六月十九日殘存セル賣渡擔保ノ動産全部ヲ公賣シテ金百圓ヲ受領シタルニヨリ之ヲ辨濟ニ充當スレハ昭和五年二月末日辨濟セラルヘキ五千圓ニ對スル同年三月一日ヨリ同年十一月二十六日迄ノ日步五錢ノ利息カ金六百七十七圓五十錢ニシテ之ヲ第一回競賣入金一千七百圓ヨリ控除シ殘額一千二十

二圓五十錢ヲ其ノ元金ニ充當シ殘元金三千九百七十七圓五十錢ニ對スル昭和五年十一月二十七日ヨリ昭和六年一月七日迄ノ日步五錢ノ利息金八十三圓五十二錢八厘ヲ第二回競賣入金三千九百圓ヨリ控除シ殘額三千六圓四十七錢二厘ヲ同元金ニ充當セハ殘元金九百七十一圓二錢八厘ト爲リ其ノ後昭和七年一月第三回競賣入金百十圓ヲ受取りタルモ是ハ右九百七十一圓二錢八厘ニ對スル昭和六年一月八日ヨリ同年十二月末日迄日步五錢ノ利息金百七十三圓八十一錢四厘ノ一部ニ充當シ得ルニ過キサルノミナラス昭和八年六月十九日受領セル公賣金百圓モ同日迄ノ約定利息ニ充當シ得ルニ過キサル故依然右元金九百七十一圓二錢八厘殘存スヘク從テ同殘元金九百七十一圓二錢八厘及之ニ對スル昭和六年一月八日以降完済迄元金百圓ニ付日步五錢ノ利息(但該利息中既ニ一回ニ受領セル金二百十圓ヲ控除ス)一萬六千圓中五千圓ニ對スル昭和五年三月一日ヨリ同年十二月末日迄元金百圓ニ付日步二錢五厘ノ利息元金一萬六千圓ニ對スル昭和六年一月一日ヨリ完済迄元金百圓ニ付日步五錢ノ利息並元金一萬六千圓ハ今尙支拂ハサルヲ以テ本訴提起ニ及ヒタリ尙被告ノ答辯ニ對シ被告ハ本件債務ヲ保證債務ニ準スヘキモノナルカ如ク主張スルモ原告カ辛泰煥ニ對シ履行ヲ請求シタルニ支拂ハサル爲強制履行ヲ求メントシタル際被告ハ同人ト協議ノ上本件債務ヲ引受タルニ至レルモノニシテ被告カ其ノ義務ヲ履行セサルトキハ抵當權ヲ實行シ不足額ヲ請求スヘク若シ被告ニ於テ義務ヲ履行シタルトキハ被告ニ抵當權ヲ移轉スヘキ約束アリテ此ノ點ニ付從屬的引受ノ性質ヲ有スルモ普通ノ保證債務ニ非ラス本件係爭動産ニ付テハ原告ニ於テ引受契約當時被告ニ對シ其ノ擔保權ヲ讓渡スルコトヲ約セルモノニシテ當時動産ノ數量カ不足ナリシヤ否ヤハ原告トシテ不明ナリシ爲豫メ被告ニ其ノ事情ヲ告ケタルニ被告ハ數量不足スルモ問題トスヘキ程ノ金額ニ非ストシテ之ヲ承諾ノ上本件引受契約ヲ爲シタルモノナレハ何等履行不能ニヨル解除ノ事由存セス殊ニ被告ハ引受契約後擔保不動産(工場)及動産ヲ使用シテ租摺業ヲ爲シ擔保動産ヲ持去リタルコトモアリタルニ拘ラス原告ヨリ昭和五年四月九日被告ニ對シ擔保權ヲ實行シ不足額ヲ請求スヘキ旨通知シタルヨリ同六年五月二十八日契約ヲ解除スヘク通知シ來タレルモノニシテ全然理由ナキ意思表示タルニ過キヌ又本件動産ハ賣渡擔保物件ニシテ辛泰煥ニ於テ之ヲ占有シ居タ

ルモノ故抵當權ニ非ラサルハ勿論質權ニモ非ラサルヲ以テ之ヲ競賣法ニ依據シ競賣シ得ヘキモノニ非ラス從テ新聞廣告ノ上  
 公賣シタルモノニシテ何等違法ニ非ラス尙原告カ抵當權ヲ實行セントスルトキハ十五日前被告ニ之ヲ通知スヘキ約束ナリシ  
 コトハ相違ナキモ原告ハ昭和五年四月九日約旨ニ基キ擔保權ヲ實行スヘキコトヲ通告シタル次第ニシテ義務ニ違背セルコト  
 ナキノミナラス本件動産ノ公賣ニ付テモ昭和七年十一月中新聞廣告ト同時ニ被告ニ其ノ旨通知シタリ又訴外辛泰煥ノ原告ニ  
 對スル金三萬九千五百二十六圓四十錢ノ借用金債務中金二萬一千圓ヲ被告カ引受ケ之カ辨濟ヲ了シタルトキハ原告ハ殘餘ノ  
 金一萬八千五百二十六圓四十錢ノ債權ト共ニ不動産ニ對スル抵當權及動産ニ對スル所謂賣渡擔保權即對外的ニノミ有スル所  
 有權ヲ被告ニ移轉シ動産ノ引渡ニ其ノ際始メテ之ヲ爲スヘク被告カ昭和五年二月末日迄ニ支拂フヘキ金五千圓ノ辨濟ヲ怠リ  
 タルトキハ引受債務額全部ニ付即時抵當權及動産ノ賣渡擔保權ヲ實行スヘク約シ被告主張ノ如キ擔保物全部ノ所有權移轉ハ  
 約セス仍テ原告ハ其後被告ニ對シ動産ヲ引渡サス不動産ニ付昭和四年十一月中被告主張ノ所有權移轉登記アリタルコトハ之  
 ヲ認ムルモ开ハ被告及辛泰煥間ニ於ケル別途ノ契約ニ基クモノナリ原告ハ訴外李道承カ辛泰煥ヲ告訴シタルコトハ之ヲ聞知  
 シタルモ兩者間ニ和解又ハ民事訴訟アリタルコトハ全然知ラス李道承ハ原告等ニ對シ擔保不動産及動産ノ權利ヲ主張セル  
 コトナシ擔保動産ハ昭和四年十一月十六日日本訴債務引受當時全部存在シタルモノトシテ金三千圓ノ價格アリタルニ過キス其  
 ノ中床敷ハ昭和四年十一月當時新品ナラハ一枚ニ付金九十錢ノ價格アリシモ本件ノ物件ニ付テハ其ノ價格一枚四十五錢相當  
 ナリ原告カ新聞紙上ニ公賣廣告ヲ爲シ昭和八年六月十九日賣却シタル動産ハ辛泰煥占有中ノ工場内殘存動産全部ナリ辛泰煥  
 ハ親摺業者ナルカ原告ニ對スル債務ノ外ニ被告ニ對シテモ約五六千圓ノ負債アリタルトコト被告ニ對シ右不動産及動産ハ原  
 告ニ對スル債務ノ爲喪失スル虞アリ被告カ本訴債務引受ヲ爲サハ被告ハ擔保權ヲ得何等ノ損失ナカルヘシト頻ニ懇請シタル  
 ニ因リ被告ハ不動産ノミノ價格金三萬五六千圓アリ其ノ順位第一番抵當權者タル訴外株式會社湖南銀行ニ對スル辛泰煥ノ金  
 五六千圓ノ債務ヲ辨濟シ得テ尙金二萬圓ノ餘剩アリ加之動産モ存スルカ故ニ金二萬千圓ヲ引受ケ辨濟スルモ損失ナカルヘク

是ニ依リテ辛泰煥ヲシテ親摺業者ヲ繼續セシムル可能性アリ同人ニ對スル被告ノ債權ノ回收容易ナルヘシト思惟シ遂ニ本訴債  
 務引受ヲ爲シタルモノニシテ當時被告ハ動産中ノ若干ノ不足ハ之ヲ介意セザリシモノナリ而シテ其ノ際被告ハ親摺營業中ノ  
 辛泰煥ニ對シ資金ヲ融通スヘク約シ乍ラ之ヲ履踐セザリシ爲其ノ後辛泰煥ハ自暴自棄ト爲リ營業ヲ放置シタル儘井邑郡ニ轉  
 居シ其ノ間動産ノ喪失シタルモノ若干アリタリ擔保動産ハ全部辛泰煥ノ親摺營業ニ使用セルモノナルカ本訴債務引受契約當  
 時現存セシヤ否原告ハ知ラス馬二頭カ當時既ニ死亡シタルコトノミ判明セリ原告ハ辛泰煥ノ言ヲ信シ其ノ存否ヲ調査セスシ  
 テ之ヲ擔保トセルモノナリ該馬二頭荷馬車二臺ノ價格ハ金三百圓位ニシテ電話機二臺ノ價格ハ金百二十圓位ノモノナリト謂  
 フニ在リ

被告答辯ノ要旨ハ債務ノ從屬的引受即附加的引受ハ保證債務ニ準スヘキモノナレハ原告ハ先ツ本來ノ債務者辛泰煥ニ訴求ス  
 ヘク先訴ノ抗辯ヲ提出ス本件引受契約當時原告ヨリ被告ニ對シ辛泰煥所有ノ石油發動機八馬力一個瓦斯發動機七馬力一個五  
 號金庫一個立杆五個電話器(十番十二番二個)、床敷五千枚及馬車(馬二頭共)二臺ノ引渡ト交換的ニ債務ノ引受ヲ爲スヘキ  
 旨約束シタルモノ其ノ動産ノ數量大半不足シ居リシ爲其ノ引渡ヲ拒否シタル次第ニシテ本件引受契約當初ヨリ既ニ履行不能ノ  
 状態ニアリシヲ以テ被告ハ昭和六年五月二十八日原告ニ對シ民法第五百四十三條ニ依ル契約解除ノ通知ヲ爲シタリ本件契約  
 直後訴外李道承カ辛泰煥及被告ニ對シ右擔保不動産及動産ハ自己ノ所有ニシテ辛泰煥ノ所有ニ非スト言明シ辛泰煥ヲ相手取  
 リ潭陽警察署ニ告訴ヲ爲シタル結果同人ハ其ノ非行ヲ自認シ李道承ニ不動産登記ヲ抹消ス可ク和解契約書ヲ差入レタルヨリ  
 被告ハ本件動産ノ李道承ニ追奪セラルヘキ地位ニ在リシ爲第一回ノ支拂金ノ支拂ヲ拒絶シタル次第ナレハ右解除通知ハ  
 適法ナリ又原告ハ被告ニ對シ本件同一内容ノ訴訟ヲ當廳ニ提出シ一審ニ於テ原告勝訴シタルモ被告ニ於テ控訴シタル結果  
 第二、三審共原告敗訴ノ判決ヲ受ケ昭和七年九月十六日其ノ判決確定シタル故其ノ既判力ヲ主張ス可ク既ニ同判決ニテ原告  
 カ本件動産全部ヲ競賣セサレハ被告ニ對スル請求權ヲ行使シ能ハサルコト確定シタルヲ以テ本件動産全部ニ付競賣法ニヨル  
 競賣ヲ爲ササル限り本訴請求ハ失當ナリ原告ハ右動産ヲ公賣シタリト主張スレトモ競賣法ニヨラサル公賣ハ被告之ヲ否認ス

且本件動產擔保ハ原告主張ノ如ク抵當權若クハ債權ニ非シテ競賣法ニ因ル競賣ヲ爲シ得ヘキモノニ非ストセハ現行法上擔保權ト目シ得サルヲ以テ畢竟原告ハ本件引受契約當時其ノ動產ニ付所有權若クハ擔保權ヲ有セサルモノナレハ其ノ擔保權ヲ被告ニ承繼セシムヘク契約シタルハ不能ノ事項ヲ目的ト爲シタル無効ノ契約ナリ本件引受契約當時原告力抵當權ヲ實行セントスルトキハ其ノ十五日前被告ニ其ノ旨通知スヘク若シ之ヲ爲ササルトキハ被告ニ於テ不足額ノ支拂義務ナキ旨特約シタルニ拘ラス原告ハ其ノ公賣ニ付之カ通知ヲ爲ササル故本件債務擔保ノ義務ナシ原告ハ右公賣ニ付昭和七年十一月新聞廣告ト同時ニ通知シタリト主張スレトモ開ハ株式會社內谷商店名義ニテ爲セルモノニシテ其ノ目的物カ本件動產ナリヤ否ヤハ被告ノ關知セサル所ニシテ甲第一號證添付目錄記載動產ハ同證所載契約成立後直ニ原告ヨリ被告ニ引渡スヘキ約旨ナリシ處該動產ハ被告ニ引渡サレシテ辛泰煥ノ占有中昭和八年六月十九日處分セラレタルコトハ原告ノ自認スル所ニシテ前訴判決ハ悉ク原告ノ虛構ナル主張並證人ノ虛偽ノ供述等ニ依リ事實ヲ誤認セシメタル結果ニ過キス本件引受契約ハ原告ニ於テ直ニ同證記載ノ動產ヲ被告ニ引渡シ被告ハ之ヲ條件ニ其ノ債務ヲ引受ケ約定ノ期限ニ之カ支拂ヲ爲スヘク約束シタルモ其ノ動產ハ電話機二臺ノ外動產大半不足ナリシ爲原告ニ數回交渉中原告ハ不動產ヲ競賣ニ付スヘキ旨通知シ來リタルヲ以テ被告ハ乙第一號證ノ通知ヲ爲シタルノミナラス先ツ原告ニ於テ動產ノ引渡義務ヲ履行シタル上被告ハ引受債務ヲ負フヘキ約旨ニシテ動產引渡ニ付原告ニ不履行ノ責アルニ拘ラス原告ハ動產引渡濟ナリト主張シ不當ノ口實ヲ設ケ擅ニ目的物ヲ競賣スルカ如キハ結局原告ノ被告ニ對スル義務ハ履行不能ニ歸シ被告ハ前叙ノ如ク本件引受契約ヲ解除シタルモノナルヲ以テ原告ノ本訴請求ニ應スル能ハス尙昭和四年十一月十六日附原被告及訴外辛泰煥間ノ契約ヲ以テ辛泰煥ノ原告ニ對スル借用金債務ヲ金二萬一千圓ニ減額シ擔保物タル不動產(當時ノ價格金一萬五千圓位)及動產ノ所有權ヲ被告カ讓受ケ其ノ對價トシテ被告ニ於テ右債務ヲ引受ケ辨濟スルコトト爲シ不動產ニ付テハ登記ニ關スル何等ノ約定ナカリシモ同月中辛泰煥ヨリ所有權移轉登記ヲ受ケ且契約即時引受ヲ完了シ動產モ亦契約即後直ニ之ヲ引渡スヘキ約(以上ハ有價契約タルト共ニ雙務契約ナリ)ナリシモ床敷三

千枚(此ノ當時ニ於ケル價格一枚金九十錢替合計金二千七百圓)馬二頭荷馬車二臺(此等ノ當時ニ於ケル價格合計金五百七十圓)及電話機二個(此ノ當時ニ於ケル價格合計金百二十圓)カ契約當時既ニ存在セス仍テ被告ハ現存スル他ノ動產ノ受領ヲモ拒絕シタリ右動產ハ辛泰煥カ營業ニ使用中ノモノニシテ其ノ完全ナル引渡アルニ於テハ辛泰煥ハ營業ヲ爲ス能ハス被告亦該動產ヲ自ラ占有シ辛泰煥ヲシテ營業ヲ爲サシメサル意思ナリキ甲第一號證ノ末項ハ被告ニ於テハ契約ノ意思ナカリシモノナリ訴外李道承ハ擔保不動產全部及電話機二個ハ孰レモ辛泰煥カ其ノ印章ヲ盜用シ文書ヲ偽造行使シテ所有權移轉登記ノ手續ヲ了シタリト主張シ昭和五年二月中潭陽警察署ニ告訴シタルニ因リ辛泰煥ハ同署ニ拘禁セラレ右ノ事實ヲ自白シタル上裁判外ノ和解ヲ以テ土地ノ一部ヲ李道承ニ返還スヘク約シタルヲ以テ被告ハ訴外林洛驥ヲ原告方ニ派遣シ民法第五百七十六條ノ趣旨ニ則リ右事實ノ真相判明スルニ至ル迄引受債務ノ辨濟不可能ナル旨ヲ口頭ヲ以テ告ケ同年三月二十一日書面ヲ以テ同様ノ通知ヲ爲シタルニ不拘原告ハ之ヲ無視シ同年四月五日迄ニ辨濟スヘキコトヲ催告シタル上最終ノ辨濟期ノ到來ニ先チ(甲第一號證第三項ハ引受債務全部ノ辨濟期ヲ徒過シタルトキ始メテ擔保權ヲ實行スヘキ趣旨ナリ)擔保不動產ノ大部分ヲ競賣ニ付シ自ラ其ノ義務履行ヲ不能ナラシメタルヲ以テ被告ハ同年五月二十八日契約解除ノ通知ヲ爲シタリ動產ノ賣渡擔保ハ流質契約ト同様法律上無効ナルノミナラス假ニ然ラストスルモ其ノ賣却處分ノ如キハ前確定判決ニ所謂擔保權ノ實行ニ該當セズ原告ニ於テ公賣シタリト稱スル動產ハ金二千八百餘圓ノ價格アルモノナレハ之ヲ金百圓ニテ處分シタリトノ原告主張ハ不當ニシテ若シ之カ事實ナリトセハ競賣法ニ依ラスシテ擅ニ賣却シタルニ基因スルモノト謂ハサルヲ得ス從前ノ被告抗辯事實總テ理由ナシト假定スルモ被告ハ擔保動產全部カ存在スルモノト信シ本訴債務引受ヲ爲シタルトコロ前叙ノ如ク不足分アリタルカ故ニ法律行爲ノ要素ニ錯誤アリ右引受ハ無効ナリ假ニ被告ニ於テ本件債務支拂義務アリトスルモ契約當時既ニ存在セザリシ如上物件ノ價格合計金三千三百九十圓ハ當然本訴請求額ヨリ減額スヘキモノナリ乙第一號證ヲ以テ詐欺ヲ原因トスルモノニ非ラスシテ民法第五百六十三條ニ因ル目的物不足ノ場合ニ於ケル契約解除ナリ原告力抵當權全部ノ實行ヲ爲シタルコ

トハ之ヲ認ム李道承、辛泰煥間ニハ其ノ後右和解履行ノ民事訴訟アリ李道承敗訴ト爲リタルカ如シ本訴債務引受ニ付辛泰煥ヨリ懇請アリタルハ事實ナルモ寧ロ原告ニ於テ本訴債務引受ヲ爲サハ多大ナル利益アルヘシト極力勸誘セシニ因ルモノナリ被告ハ數量不足ヲ理由トスル解除原因ヲ主張スルモノナリト謂フニ在リ

第二審裁判所ハ原本ノ存在竝成立ニ爭ナキ甲第十四號證ノ記載及原審證人辛泰煥ノ供述ヲ綜合スレハ原告ハ大正十五年十一月以降訴外辛泰煥ト貸借取引ヲ爲シ其ノ債權擔保トシテ同人所有ノ不動産上ニハ抵當權ヲ有シ動産ニ付テハ信託讓渡(賣渡擔保)ヲ受ケ之カ占有使用ハ依然トシテ右辛泰煥ヲシテ爲サシメ來リタリシカ昭和四年十一月十三日現在ニ於ケル右元利金債權ハ合計三萬九千五百二十六圓四十錢ニ達シタルコトヲ認メ得ヘク右認定ニ反スル甲第十一、十二、十四號證ノ記載ハ措信セス而シテ被告カ同月十六日ニ至リ原告ニ對シ辛泰煥ニ對スル如上債權ヲ二萬一千圓ニ減額シ成立ニ爭ナキ甲第一號證契約ノ如ク之カ引受ヲ約シタルコトハ當事者間爭ナキトコロニシテ原告代理人ハ右契約ハ被告ニ於テ引受債務ヲ完済シタルトキハ全債權額ヨリ引受金額ヲ控除シタル殘餘ノ金一萬八千五百二十六圓四十錢ノ債權ト共ニ右不動産及動産ニ付原告ノ有スルトコロノ擔保權ヲ讓渡スヘキ單純ナル債務引受契約ナリト主張シ被告代理人ハ右引受契約ハ原被告及辛泰煥三者合意ノ上辛泰煥ノ原告ニ對スル右債務ヲ敍上ノ如ク二萬一千圓ニ減額シ前掲不動産及動産ノ所有權ヲ原告カ被告ニ讓渡シ其ノ對價トシテ被告ハ右二萬一千圓ノ債務ヲ引受ケ辨済スヘキ有償且雙務的ノ混合契約ナル旨抗爭スルヲ以テ審按スルニ成立ニ爭ナキ甲第一號證甲第三號證ノ一、二、原本ノ存在竝成立ニ爭ナキ甲

第十三、十四號證竝原審證人林並孝一、辛泰煥ノ供述ヲ綜合スレハ被告カ右引受契約ヲ爲スニ至リタルハ原告ニ於テ前敍ノ如ク辛泰煥ニ對シ昭和四年十一月十三日現在ニ於テ元利合計三萬九千五百二十六圓四十錢ノ債權ヲ有シタルヨリ其ノ整理ノ必要上該擔保物件ヲ處分セントシタル故辛泰煥ハ被告ニ對シ其ノ救濟方ヲ懇願シタルヲ以テ被告ハ同人ヲ窮地ニ陥レルニ於テハ自己ノ同人ニ對スル債權ノ取立モ亦不可能トナルノミナラス當時該擔保物件ハ時價三萬圓相當ノ價格ヲ有シ居ルモノナレハ右甲第一號證ノ引受契約ヲ爲スモ大損ナカルヘキモノト信シ同人ヲ救済スル一方自己ノ債權回收ノ方便トシテ右債權ヲ二萬一千圓ニ減額シ貫ヒ之カ引受ヲ約シタルモノナルコトヲ肯認シ得ヘクト説示シ被告ノ抗辯ノ當否ニ付(一)乃至(四略)(五)本件引受契約ハ保證債務ニ準スヘキモノナル故原告ハ先債務者辛泰煥ニ對シ訴求スヘキモノナル旨抗爭スレトモ債務ノ從屬的引受ニ關シ保證債務ニ關スル規定ヲ準用スヘキ法規ノ存セサル限り其ノ兩者間ニ多少類似ノ點アル故ヲ以テ直ニ附加的債務引受ニ保證債務ニ關スル規定ノ準用アルモノト即斷シ得ヘキモノニ非ス(六)本件動産ニ付テハ競賣法ニ依ル競賣ヲ爲スヘキモノニシテ公賣ニ付スヘキモノニアラサル旨抗爭スレトモ右動産ハ前敍ノ如ク賣渡擔保ニ供セラレタルモノナレハ競賣法ニ依據シ之ヲ競賣ニ付スヘキモノニ非ラサルコト論ナシ其ノ處分ヲ爲スニ際リテハ須ラク新聞紙上公賣廣告ヲ爲シ之カ公賣ヲ爲スヲ以テ足ルモノト解スルヲ妥當トス(七)本件引受契約當時原告カ本件抵當權ヲ實行セントスルトキハ其ノ十五日前被告ニ其ノ旨通知スヘク若シ之ヲ爲ササルトキハ被告ニ於テ不足額ノ支拂義務ナキ旨特約シタルニ拘ラス原告ハ其ノ公賣ニ付之カ通知ヲ爲ササ

リシ故被告ハ本件債務辨濟ノ義務ナキ旨抗爭スルヲ以テ審究スルニ本件引受契約當時原被告間ニ右ノ如キ特約ヲ爲シタルコトハ原告代理人ノ是認スルトコロナルモ成立ニ爭ナキ甲第二號證、甲第三號證ノ二及原本ノ存在竝其ノ成立ニ爭ナキ甲第八號證ノ記載ヲ綜合スレハ被告ハ本件引受債務ヲ其ノ所定期限迄ニ辨濟セザリシ爲原告ハ昭和五年四月九日被告ニ對シ約旨ニ基キ抵當權ヲ實行シ其ノ不足額ヲ請求スヘク通知シタル上本件不動産ニ付抵當權ヲ實行シ同年十一月二十六日其ノ不動産ノ一部ヲ競賣シ金一千七百圓ヲ昭和六年一月七日他ノ一部ヲ競賣シ金三千九百圓ヲ昭和七年一月月中殘餘ノ不動産全部ヲ競賣シテ金百十圓ヲ孰レモ本件債務ノ辨濟トシテ受領シタルコトヲ肯認シ得ヘキノミナラス成立ニ爭ナキ甲第七號證及原本ノ存在竝ニ其ノ成立ニ爭ナキ乙第八號證ノ記載ニ原審證人土生榮次郎、柿並孝一ノ各證言ヲ彼此綜合スレハ原告ハ昭和七年十一月月中被告ニ對シ現實殘存セル本件動產全部ヲ公賣スヘキ旨通知シ昭和八年六月十二日其ノ公賣ヲ爲スヘキ旨新聞(光州日報)廣告ヲ爲シ同月十九日之ヲ競入札ニヨリ金百圓ニテ公賣シ同代金モ亦右債務ノ辨濟トシテ受領シ結局其ノ擔保動產ハ全部處分濟ニ歸シタルモノニシテ右乙第八號證ノ廣告ニハ不備ノ點アリシ爲更ニ右甲第七號證ノ廣告ヲ爲シタル事實ヲ看取シ得ヘク之ニ反スル原審證人丁瑛夏ノ供述ハ措信シ難ク他ニ右認定ヲ動スヘキモノナシ仍テ被告カ特ニ辨濟ノ充當ヲ爲セルモノト認メ難キ本件ニ在リテハ法定ノ辨濟充當ヲ爲スノ外ナク之ニ依據シ右受領金ヲ本件債務ノ辨濟ニ充當セハ第一回入金一千七百圓ヨリ先ツ昭和五年二月末日辨濟セラルヘキ金五千圓ニ對スル同年三月一日ヨリ同年十一月二十六日迄ノ日歩五錢ノ利息金六百七十

七圓五十錢ヲ控除シ殘額一千二十二圓五十錢ヲ同元金ニ充當シ殘元金三千九百七十七圓五十錢ニ對スル同年十一月二十七日ヨリ昭和八年一月七日迄ノ日歩五錢ノ利息金八十三圓五十二錢八厘(四捨五入)ヲ第二回入金三千九百圓ヨリ控除シ殘額三千六圓四十七錢二厘ヲ右殘元金ニ充當セハ其ノ殘元金九百七十一圓二錢八厘トナリ昭和七年一月ノ第三回入金百十圓ハ同殘元金九百七十一圓二錢八厘ニ對スル昭和六年一月八日ヨリ同年十二月末日迄日歩五錢ノ利息百七十三圓八十一錢四厘ノ一部辨濟ニ充當シ得ルニ過キササルノミナラス昭和八年六月十九日ノ第四回入金百圓モ該殘元金ニ對スル同日迄ノ日歩五錢ノ利息ニ充當シ得ルニ過キササルヲ以テ依然トシテ右殘金九百七十一圓二錢八厘殘存スルコトハ算數上明白ナレハ被告ハ前說示ノ約旨ニ從ヒ原告ニ對シ同殘元金九百七十一圓二錢八厘及之ニ對スル昭和六年一月八日以降完済迄元金百圓ニ付日歩五錢ノ利息中ヨリ前掲第三、四回入金二百十圓ヲ控除セル利息、金一萬六千圓中金五千圓ニ對スル昭和五年三月一日ヨリ同年十二月末日迄元金百圓ニ付日歩二錢五厘ノ利息竝元金一萬六千圓及之ニ對スル昭和六年一月一日ヨリ完済迄元金百圓ニ付日歩五錢ノ利息ヲ支拂フヘキ義務アルコト論ナキトコロナルヲ以テ原告ノ本訴請求ヲ正當トシテ認容スヘキモノトスト判示シタリ

### ○ 上告理由

被告代理人柳福永ノ上告理由第一點ハ原判決ハ云々(一)原告ハ本件引受契約當時如上動產ニ付キ所有權若クハ擔保權ヲ有セサルモノナル故其ノ擔保權ヲ被告ニ讓渡セシムヘク契約シタルハ不能ノ事項ヲ目的トスル無効

ノ契約ナリト抗爭スレトモ訴外辛泰煥カ原告ニ對スル前記債務ニ付キ本件動産ヲ賣渡擔保ニ供シタルモノナルコト冒頭認定ノ如クナレハ其ノ擔保權ヲ被告ニ讓渡スヘク約シタルハ固ヨリ有效ノ契約ニシテ毫モ不能ノ事項ヲ目的トシタルモノニアラスト判示シ以テ本訴動産ニ付テノ原告ノ擔保權ノ存在ヲ是認シタリ然レトモ一審ニ於ケル昭和八年七月二十一日附原告ノ準備書面記載及口頭辯論ノ全趣旨竝原院ニ於ケル同全趣旨ニ據ルトキハ右動産ハ本件公賣ニ至ル迄訴外辛泰煥之ヲ占有シ原告ハ其ノ動産ニ對シ所有權若クハ質權ヲ有セス從テ競賣法ニ依ル競賣ヲ爲シ得キモノニ在ラス依テ新聞廣告ノ上公賣シタルコト原告之ヲ是認シタルコト寔ニ明白ナリ而シテ現行民法ノ下ニ於テハ動産ニ付テノ質權以外ノ擔保權ハ到底其ノ存在ヲ認ムヘキニアラス何トナレハ斯ル存在ヲ是認スルニ於テハ民法動産質權ニ關スル嚴格ナル規定ハ畢竟無用ニ歸スヘキモノナレハナリ然ルニ原院カ前記判旨ニ出テタルハ之ニ關スル法理ヲ誤解シ質權ニ於ケル公益規定ヲ之ニ適用セサリシ失當アルモノナリト信スト謂フニ在リ

### ○判決理由

然レトモ所謂動産ノ賣渡擔保ハ債務ノ履行確保ノ爲ニ爲サルモノニシテ其ノ種類内容一ナラスト雖執レモ動産ノ讓渡辨濟時ニ於ケル其ノ返還、賣却、賣得金ノ辨濟充當等ニ關スル行爲ヲ包含シ之ニ因リテ債權者ハ辨濟アル迄ハ少クトモ所謂外部關係ニ於ケル動産物權ヲ取得保有シ得ヘク債務者カ動産ノ占有ヲ爲スト否トニ拘ラサルモノトス原判決ハ辛泰煥及原告間ニ於ケル動産ノ賣渡擔保ニ因リ原告ノ取得セル權利ヲ動産ニ對

スル賣渡擔保權ト稱シタルモノニシテ民法典中斯ノ如ク名稱セララルル權利ナキコトヲ以テ之ヲ權利ニ非スト謂フヲ得ス若シ夫レ論旨ニシテ原判決ハ原告カ民法ノ規定セサル物權ヲ取得セルモノト認メタルモノト爲スモノトセムカ開ハ原判決ノ所謂擔保權ノ性質ヲ理解セサルニ出ツルモノニシテ採用ノ價值ナク原告ハ賣渡擔保ノ目的物ヲ競賣法ノ規定ニ依テ競賣スルヲ得サルニヨリ擔保權者ニ非スト謂フハ其ノ擔保物權ヲ有スル者ニ非ストノ意味ニ於テ正當ナルニ止リ原告ヲ以テ動産ニ對スル所有權者ニシテ其ノ處分權ヲ有スト爲スニ妨ナク更ニ動産ニ付テハ債權以外ノ擔保權ヲ認ムルヲ得スト謂フカ如キハ民法第三百四十九條ノ如キ所謂流質禁止ノ規定カ賣渡擔保ニ適用ナキモノナルニ於テ竟ニ之ニ與ミスルヲ得ス論旨ハ理由ナキモノトス

### ○上告理由

同第二點ハ原審ハ(二)云々被告ハ本件引受契約締結當時右動産ノ不足シ居ルヲ承認シ乍ラ當時現存スル儘ノ狀態ニ於テ其ノ引受契約ヲ爲シタルモノニシテ爾後被告ハ辛泰煥ノ手ヲ經テ原告ヨリ何等異議ナク其ノ殘存セラル動産全部ノ引渡ヲ受ケ以テ之ヲ使用シ租摺業ヲ爲シタル事實ヲ肯定シ得ヘク云々事實ヲ認定シタリ然レトモ一審以來ノ口頭辯論全趣旨及原審判決事實摘示ニ依テ之ヲ觀レハ原告ハ此點ニ係ル原院認定ノ如キ事實ヲ主張シタルコト更ニナク反テ一審ニ於ケル昭和八年七月二十一日附原告準備書面第二項ニハ本件動産ノ占有ハ債務者タル辛泰煥ニ於テ之ヲ爲シ居タルモノナルカ故ニ抵當權ニ非ラス質權ニモ非ラサルヲ以テ之ヲ競賣法ニ依リ競賣シ得キモノニ非ラス依テ新聞廣告ノ上公賣シタルモノニシテ何等違法ニ非ルナリト記載シ在



リテ尙ホ同審ニ於ケル同年九月十九日ノ口頭辯論ニ於テハ原告ハ公賣當時本件物件ハ訴外辛泰煥ニ於テ占有シ居タル旨自認シ原審ニ於テモ差戻前後共(昭和九年九月十九日原審口頭辯論調書御參照)ニ終始一貫シテ本件動産ハ未タ被告ニ引渡ササル旨主張シ結局其ノ動産ノ引渡シ未タ済マサルコトハ雙方ノ主張一致シ其ノ争ナキ事實ハ如何ナル證據ヲ以テスルモ之ヲ動かカス可カラサルコトハ民事裁判ニ於ケル採證法則上寔ニ明白ニシテ原判決亦其ノ事實摘示ノ冒頭ニ云々被告主張ノ如キ擔保物全部ノ所有權移轉ハ約セス仍テ原告ハ其ノ後被告ニ對シ動産ノ引渡ヲ爲サス云々ノ事實ヲ原告ノ主張事實トシテ之ヲ摘示シタルコト尙ホ原告カ原院ニ於テ此點ニ於ケル原院認定ノ如キ事實ヲ主張セシ事ナキトコハ原院判文自體ニ據リテ亦タ明白ナリ尤モ原告ハ先是光州地方法院木浦支廳へ同應昭和六年民第四七五號本件同一内容ノ訴ヲ提起シ該訴ニ於テ此點ニ付キ原院ノ之ニ係ル右認定全部同様ノ事實ヲ彼此虛構シ當時原告ノ店員タル證人柿並孝一ハ甲第九號證、同第十三號證記載ノ都合次第ノ供述ヲ爲シタルモノナルモ本件ニ於テハ原告ハ前示ノ如ク動産ノ引渡ハ未タ済マサル旨主張シタル爲メ被告ハ一審ニ於ケル同年九月二十六日附準備書面ヲ以テ前訴ニ於テ原告ハ不實ノ供述ヲ爲シ又原告ノ利益トスル證人等ノ供述亦タ悉ク虛偽ニ出テタルコトヲ明白ニシタル次第ナリ而シテ原院カ前陳判決ノ事實ノ摘示ニハ原告ハ動産ハ被告ニ引渡サスト主張シタル事實ヲ明確ニ摘示シ乍ラ其ノ理由ニ於テハ前示ノ如キ認定ヲ爲シタルハ之レ明カニ判決ノ理由ニ齟齬アルノミナラス尙ホ争ナキ事實ニ付キ措信スヘカラサル證據ヲ容レ以テ其ノ争ナキ事實ニ全ク背馳セル被告不利益ノ事實ヲ認定シタルハ採證法則ニ違背シ

テ事實ヲ不當ニ確定セシメタルモノニシテ右何レモ判決ノ全部ニ影響スヘキモノナルヲ以テ原判決ハ此點ニ於テ破毀ヲ免レサルモノト信スト謂ヒ

被告代理人岩元三志ノ同第一點ハ本件動産ニ付原告ハ被告カ訴外辛泰煥ノ債務二萬一千圓ヲ引受支拂ヒタル後之レヲ被告ニ引渡ス可キ約旨ナリト主張シ被告ハ一種ノ有償契約ニシテ雙務契約ナリ從テ本件動産ノ引渡ト交換的ニ本件債務ノ引受ヲ爲ス約旨ナリト抗爭シ來リシ事ハ原判決摘示事實ニ據リテ觀ルモ明カナルトコロナリ然ルニ原審判決理由ノ(二)ニハ「被告ハ原告ヨリ其ノ主張スル動産ノ引渡ト交換的ニ被告ニ於テ本件債務ノ引受ヲ爲スヘク約シタルモ該動産ハ大半不足シ居リ本件引受契約ハ當初ヨリ既ニ履行不能ノ状態ニアリテ原告ハ該動産ノ引渡義務ヲ履行セサル旨抗爭スレトモ原本ノ存在竝成立ニ争ナキ甲第九號證ノ證人訊問調書中本件引受契約ヲ爲スニ際シ辛泰煥ヨリ原告ニ對シ賣渡擔保トシテ差入レタル動産全部ヲ被告ニ讓渡スルコトト爲シタルモ其ノ全部カ現存スルヤ否ヤ不明ニシナ云々及原審證人辛泰煥ノ證言ヲ彼此綜合スレハ被告ハ本件引受契約締結當時右動産ノ不足シ居ルコトヲ承認シ乍ラ當時現存スル儘ノ状態ニ於テ其ノ引受契約ヲ爲セルモノニシテ爾後被告ハ辛泰煥ノ手ヲ經テ原告ヨリ何等異議ナク其ノ殘存セル動産全部ノ引渡ヲ受ケテ之ヲ使用シ取扱業ヲ爲シタル事實ヲ肯認シ得ヘク右認定ニ牴觸スル甲第十一、十四號證及乙第一、四、七號證ノ記載内容及差戻前當審證人林洛驥ノ供述ハ輒ク措信シ難ク爾餘ノ被告代理人依用ノ立證ハ右認定ヲ動スニ足ラサルヲ以テ右抗辯モ理由ナシ」ト判示シタリ然レトモ本件動産ニ付原告ヨリ被告ニ對シ未タ引渡ナキ

ハ原審ニ於テ原告代理人ノ自ラ主張スルトコロニシテ原審判決事實摘示ノ冒頭ニモ（仍テ原告ハ其ノ後被告ニ對シ動産ヲ引渡サス）ト摘示サレ右ハ當事者間ニ争ヒナキ事實ナルニ拘ラス原審ハ前示ノ如ク契約當初ヨリ不存在ノ動産ヲ除キ爾餘ノ動産ハ全部原告ヨリ被告ニ引渡サレタルニヨリ被告ノ抗辯ハ理由ナシト判示シタリ斯クノ如キ當事者間ニ争ヒナキ事實ニ對シ原審カ全然當事者ノ主張ト相反スル事實ヲ認定スルカ如キハ全ク不法ノ事實認定ニシテ原審ハ更ニ進テ原告主張ノ如ク被告カ引受金二萬一千圓ヲ支拂ヒタル後本件動産ノ引渡ヲ原告ヨリ被告ニ爲スヘキ約旨ナルヤ被告抗辯ノ如ク本件動産ノ引渡ト交換的ニ本件債務ノ引受ヲ約シタルヤ其ノ何レノ主張カ正當ナルヤノ點ヲ判示スルノ必要アリト信ス果シテ然ラハ原審ハ不法ニ事實認定ヲ爲シタルノ違法アルト共ニ審理不盡ノ違法アリト云ハサルヘカラスト謂ヒ

同第二點ハ原判決理由ノ（三）ニ於テ「被告ハ當時既ニ本件動産中不足部分アルコトヲ熟知シ乍ラ其ノ殘存部分ノミニテモ可ナル意嚮ヲ以テ本件引受契約ヲ爲シタルコト敍上認定ノ如クナレハ毫モ其ノ法律行爲ノ要素ニ錯誤アルコトナク且原告ニ對シ其ノ不足部分ニ對スル價格ノ減額ヲ請求シ得ヘキ筋合ノモノニアラサルコト勿論其ノ所ナレハ該抗辯亦謂ハレナシ」ト判示シテ被告ノ引受金減額ノ抗辯ヲ排斥シタリ然レトモ本件動産中不足部分アルコトヲ熟知シ乍ラ其ノ殘存部分ノミニテモ可ナル意嚮ヲ以テ本件引受契約ヲ爲シタリト云フカ如キハ事實ヲ誣フルノ甚タシキモノト謂ハサルヘカラス成立ニ争ヒナキ乙第二號證ノ案文及差戻前ノ第二審ニ於ケル證人林洛驥ノ證言等ニ依レハ本件引受契約後直ニ原告ノ代理人タル柿並孝一ト被告ノ代理人タ

ル林洛驥間ニ本件動産ノ引渡ヲ爲サントシタルニ際シ右林洛驥ハ動産中大部分ノ不足アルコトヲ發見シテ其ノ受領ヲ拒絕シタル事明カナリ本件動産中床敷五千枚ノ内三千枚馬二頭荷車二臺電話機二個カ存在セサルコトハ當事者間ニ争ヒナク且乙第六號證ノ檢證調書ノ記載ニ依リテ明確ナリ而シテ右ノ動産類ハ訴外辛泰煥カ叔摺業者トシテ一括シテ營業用ノモノナル事モ當事者間ニ争ヒナキ事實ニシテ床敷五千枚中三千枚ノ不足即チ不足過半數ニ該當スルカ如キ場合ニ原審引用ノ證言中動産中多少ノ不足ハ之レヲ問ハサル趣旨ナリシトノ各證言ノ趣旨カ假リニ眞實ナリトスルモ果シテ右ノ如キ場合ニ該當スルヤ吾人ノ實驗法則上到底之レヲ是認スルコトヲ得ス特ニ馬二頭荷車二臺ハ叔摺業者トシテ叔及精米ノ運搬用トシテ唯一ノモノナリ電話機二個モ營業用トシテ缺クヘカラサルモノニシテ過不足ノ問題ヲ生スルノ餘地ナシ唯床敷ノミハ五千枚ニ對シ數十枚若クハ數百枚ノ程度ナラハ當事者ノ特約ニテ多少ノ過不足ヲ問ハサル趣旨ナレハ固ヨリ問題ヲ生スルノ餘地ナキ事案ナルモ前示ノ如ク床敷五千枚中ノ三千枚ヲ缺クト云フカ如キ本件ノ如キ事案ニ於テ原審引用ノ證據ヲ以テ被告ハ豫メ其ノ不足部分即チ數千圓ノ價格アル動産ニ對シ異議ヲ述ヘサル趣旨ナリシト解スルハ頗ル失當ノ見解ニシテ吾人ノ實驗法則上之レヲ違法ノ事實認定ト云フヲ得可シ然ラハ原判決ハ此點ニ於テ理由不備ノ違法アリト謂フニ在リ

### ○ 判決理由

然レトモ所論債務ノ引受ニ關スル原審認定ノ趣旨ハ被告カ辛泰煥ノ原告ニ對スル債務中二萬一千圓ニ付添加

的引受ヲ爲シ其ノ履行アリタルトキ原告ノ有スル擔保權ヲ被告ニ讓渡スヘキ旨約シタリト爲スモノナリ故ニ右ノ契約趣旨ヨリセハ原告ハ被告ノ引受債務履行前ニ於テハ擔保動産ヲ被告ニ引渡スヲ要セサルモノニシテ引渡ナキコトヲ以テ原告ノ義務不履行其ノ責ニ歸スヘキ履行不能アリト爲シ難ク之ヲ原因トスル解除、減額請求ノ問題ヲ生スル餘地ナキカ故ニ動産ノ引渡ニ關スル原判示ハ畢竟本件ノ判斷ニ關係ナキ無用ノ敍說タルコト明白ニシテ其ノ當否ノ如キハ原判決ノ歸趨ニ消長ヲ來タスモノニ非ス又本件債務ノ引受ハ擔保物讓渡ノ對價トシテ爲シタル旨ノ被告主張ハ原判決ノ採用セサリシモノナルコト敍上原審認定ニ照シ容易ニ看取シ得ル所ナルカ故ニ論旨ハ凡テ理由ナキモノトス

### ○ 上告理由

柳代理人ノ同第三點ハ尙ホ原院ハ前示誤レル事實認定ノ下ニ(二)云々從テ被告カ其ノ履行不能ヲ原因トシテ昭和六年五月二十八日原告ニ對シ本件引受契約解除ノ意思表示ヲ爲シタリトスルモ毫モ其ノ效果ヲ發生スルモノニアラスト判示セリ而シテ現行民法ニハ債務引受ニ關スル明文ヲ缺クモ債務ノ引受契約ハ時ニ片務タルコトアリ時ニハ雙務タルコトアル可キハ言ヲ俟タスシテ自ラ明カニシテ本件ノ如ク擔保物件タル動産全部ヲ引受ケ(甲一號證第一項)云々ノ擔保物件ノ引受ヲ條件トシテ他人間既存ノ債務關係ニ立入り其ノ引受契約ヲ爲スカ如キハ有價的雙務契約ナルコトハ異論ノ存スル餘地ナキモノナリ昭和九年一月二十一日附原審ニ於ケル被告ノ準備書面中ニハ其ノ一項ニ於テ擔保物ノ引受ヲ條件トスル債務ノ引受契約ハ有價且ツ雙務契約ニ

シテ其ノ物件ニ付キ權利ヲ主張スル者アリテ其ノ權利ノ全部又ハ一部ヲ失フ慮アルトキハ其ノ物件ノ引受ヲ目的トスル債務引受人ハ其ノ引受債務ノ辨濟ヲ拒ミ得可キコト蓋シ事理ノ當然ニシテ民法第五百七十六條之ニ律セラルヘキモノナリ而シテ本件引受契約後其ノ不動産ハ直ニ被告名義ニ移轉シタル處訴外李道承ハ本件電話機二臺及不動産全部何レモ辛泰煥カ自己名義ノ文書ヲ偽造シテ夫々所有權移轉ノ手續ヲ了シタルモノナリト主張シ被告ニ對シ其ノ旨通知ヲ爲スト同時ニ昭和五年二月中(本件引受債務ノ第一回支拂期日ナル二月末日以前)辛泰煥ヲ相手取り潭陽警察署へ告訴ヲ爲シタル結果辛泰煥ハ文書偽造等ノ罪名ニ依リ同所へ拘禁サレ其ノ文書偽造等ノ事實ヲ自白シタル上和解契約ヲ以テ土地ノ一部ヲ李道承ニ返還スルコトト爲リタリ如斯次第ナルヲ以テ被告ハ其ノ代理人ナル訴外林洛驥ヲ遣ハシ原告ニ對シ右引受債務ハ右問題ノ判明スルニ至ル迄支拂フ能ハサル旨數回通告シタルニモ拘ハラス原告ハ再三再四書面ヲ以テ其ノ辨濟ヲ催促シ來タリタルヲ以テ被告ハ右事情ヲ明記シタル書面ヲ原告ニ與ヘタル處原告ハ之ヲ聽容レスシテ勝手千萬ニモ最後ノ滿期日トシテ同年四月五日限ト期日ヲ指定シ來リタルモ被告ハ李道承ト辛泰煥トノ和解ノ内容ハ之ヲ知ラス從テ其ノ危險ノ程度亦タ知り得可カラサルモノナルヲ以テ之カ辨濟ヲ拒ミタル處原告ハ不法ニモ此ノ機ヲ逆ニ利用シ契約上ノ最後ノ辨濟期(昭和五年十二月末日)前ニ於テ不動産ノ大部分ヲ競賣シ之ニ依リテ假ニ被告ヨリ期限内ニ全部ノ辨濟ヲ爲シタリトスルモ原告ノ被告ニ對スル擔保權承繼ノ義務ハ履行不能ノ狀態ニ至リタルヲ以テ被告ハ之ヲ理由トシテ本件契約ヲ有效ニ解除シタルモノナレハ原告ノ本訴請求ハ失當ナリト云フニ

在リテ畢竟其ノ抗辯ノ趣旨ハ債務ノ引受人ハ民法第五百條辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者ニシテ同第五百四條所謂前五條ニ依リ代位ヲ爲スヘキ者ニ該當シ債權者ノ故意又ハ懈怠ニ因リテ其ノ擔保ヲ喪失又ハ減少シタルトキハ代位ヲ爲スヘキ者ハ其ノ喪失又ハ減少ニ因リ償還ヲ受クルコト能ハサルニ至リタル限度ニ於テ其ノ責ヲ免ルルコト勿論本件ノ如ク擔保權ヲ債權者ヨリ讓受クルコトヲ引受契約ノ内容ト爲シタル場合ニハ擔保物件ニ不足アルヲ發見シタルトキ又ハ其ノ物件ニ付キ權利ヲ主張スル第三者アリテ權利ノ一部又ハ全部ヲ喪失セラル可キ恐アルトキハ引受債務者ハ債務ノ支拂ヲ猶豫スル權アル蓋シ事理ノ當然ニテ本件ニ於テ被告カ前陳ノ事情ノ下ニ本件第一回ノ支拂ヲ拒ミタレハトテ其ノ期限經過ノ一時ハ直ニ被告ヲ遲滯ノ責ニ任セシムルニ在ラス債權者タル原告ハ宜敷ク右數量不足ノ程度判明スル迄尙ホ權利ヲ喪失セラルル危懼ノ除去セラルル迄權利ノ實行ヲ猶豫スヘキ法律上ノ義務アルノミナラス社會的妥當性ヨリシテ猶然ルヘキモノナリ然ルニモ不拘原告ハ第一回ノ辨濟期以後ナル昭和五年四月五日ト猶豫ヲ與ヘ乍ラ第一回ノ辨濟期經過ノ一事ヲ以テ不當ニモ不動産ノ大部分ヲ契約上ノ最後辨濟期前ニ競賣シ終ヘタルヲ以テ之レ全ク民法五百四條所謂債權者ノ故意ニ因ル擔保ヲ喪失セラレタル場合ニ該當スルト同時ニ一面引受契約ノ内容有償且ツ雙務性ヨリシテ原告ハ前示民法第五百七十六條ノ被告ノ支拂拒絶權ヲ無視シテ擅ニ抵當權ノ實行ニ依リテ原告ノ被告ニ對スル擔保權承繼義務履行ヲ不能ナラシメタル場合ニ該當スルヲ以テ本訴請求ハ失當ナリト云フニ外ナラス果シテ然ラハ事實認定ニ付キ自由權能ヲ有セル原審ハ本訴ヲ斷スルニ宜敷ク右事實ヲ精査シ本件債務ノ

引受ハ有償且ツ雙務的ノモノナリヤ否動産ノ一部不足アリシヤ否第一回ノ支拂期前ニ擔保物件ニ付キ權利ヲ主張スル第三者アリシヤ否動産ノ一部不足ト權利喪失ノ危懼アル場合ニハ有償的債務引受人ハ民法第五百七十六條ノ支拂拒絶權ヲ有セルヤ否斯ル場合ニ抵當權ヲ實行セラレタル債務引受人ハ同第五百四十三條ノ解除權アリヤ否尙ホ債務引受人ハ同第五百四條ノ抗辯權ヲ有セルヤ否逐一之ヲ判斷スヘキ責務アルモノト確信ス而シテ原告ハ前示ノ如ク本件動産ハ未タ被告ニ引渡サレス辛泰煥占有中公賣處分ニ附セラレタル旨一審ニ於テ之ヲ自認シ被告ハ之ヲ一自認トシテ援用シタル處ヲ其ノ儘原院ハ之ヲ看過シ其ノ原告ノ自認ニ副ハサル證據ヲ被告ノ不利益ニ供用シ以テ當事者間爭ナキ事實ノ圍域ヲ脱出シテ被告ハ辛泰煥ノ手ヲ經テ原告ヨリ何等異議ナク其ノ殘存セル動産全部ノ引渡ヲ受ケ以テ云々ト說示シ尙ホ漫然從テ原告カ其ノ履行不能ヲ原因トシテ昭和六年五月二十八日原告ニ對シ本件引受契約解除ノ意思表示ヲ爲シタリトスルモ其ノ效果ヲ生スルモノニアラスト判示シタルハ被告ノ抗辯ノ全趣旨ヲ誤解シ單ナル動産ノ數量不足ヲ意味スルモノニシテ尙ホ前示各法條ノ法理ヲ忘却シテ判斷ヲ遺脱シタル違法アルモノト信スト謂ヒ

岩元代理人ノ同第三點ハ原判決事實ノ摘示ニ依ルモ被告ハ「訴外李道承ハ擔保不動産全部及電話機二個ハ執レモ辛泰煥カ其ノ印章ヲ盜用シ文書ヲ偽造行使シテ所有權移轉登記ノ手續ヲ了シタリト主張シ昭和五年二月中潭陽警察署ニ告訴シタルニ因リ辛泰煥ハ同署ニ拘禁セラレ右ノ事實ヲ自白シタル上裁判外ノ和解ヲ以テ土地ノ一部ヲ李道承ニ返還スヘク約シタルヲ以テ被告ハ訴外林洛驥ヲ原告方ニ派遣シ民法第五百七十六條ノ趣

旨ニ則リ右事實ノ真相判明スルニ至ル迄引受債務ノ辨濟不可能ナル旨ヲ口頭ヲ以テ告ケ同年三月二十一日書面ヲ以テ同様ノ通知ヲ爲シタルニ不拘原告ハ之ヲ無視シ同年四月五日迄ニ辨濟スヘキコトヲ催告シタル上最終ノ辨濟期ノ到來ニ先ツテ(甲第一號證第三項ハ引受債務全部ノ辨濟期ヲ徒過シタルトキ始メテ擔保權ヲ實行スヘキ趣旨ナリ)擔保不動産ノ大部分ヲ競賣ニ附シ自ラ其ノ義務履行ヲ不能ナラシメタルヲ以テ被告ハ同年五月二十八日契約解除ノ通知ヲ爲シタリト主張シテ甲第一號證ノ引受債務履行期日ハ民法第五百七十六條ノ規定ノ趣旨ニ依リ適法ニ延期セラレタルモノニシテ右履行期前ニ原告カ不法ニ抵當權ノ實行ヲナシ本件契約ヲ履行不能ニ歸セシメタリトノ理由ニテ昭和五年五月二十八日本件契約カ解除シタリトノ抗辯ヲ原審ニ提出シ且乙號證並人證ヲ以テ其ノ旨ノ立證ヲナシタルニ拘ラス原審ハ判決理由中ニ右ノ爭點ニ付何等ノ判示スルトコロナシ右ハ重要ナル爭點ニ對シ判斷ヲ遺脱シタルノ不法アルモノナリト謂フニ在リ

○ 判決理由

然レトモ原審認定ニ依レハ原告ハ被告カ引受債務ヲ履行セルトキ擔保權ヲ被告ニ讓渡スル旨約シタルニ止リ被告ノ債務引受ヲ對價若クハ條件トシテ擔保物ノ所有權讓渡ヲ受ケタルニ非ス斯ノ如キ契約ニモ尙民法第五百七十六條ノ適用アリトスルモ李道承、辛泰煥間ノ所論和解ニ付テハ其ノ履行ヲ求ムル訴訟アリタル結果李道承敗訴セルコトハ原審ニ於ケル被告代理人ノ供述ニ依リ明ナルカ故ニ被告ハ既ニ右ノ和解ニ因リ擔保權ノ全部又ハ一部ノ讓受ヲ妨ケラレル虞ナク其ノ虞アルコトヲ前提トスル解除權ノ取得其ノ行使ニ關スル被告抗辯ハ理由ナク原判決カ其ノ旨判示セサリシコトハ其ノ結果ニ影響ナキヲ以テ論旨ハ凡テ理由ナキモノトス

○ 上告理由

柳代理人ノ同第四點ハ原院ハ(四)云々之ニ付案スルニ原告カ被告主張ノ如ク先是原告ヲ相手取り本件ト同一内容ノ訴訟ヲ提起シタル結果原告敗訴ノ判決確定シタルコトハ原告ノ明ニ爭ハサル所ナレトモ該判決ハ原告カ實質上本件請求權ヲ有セサルコトヲ確定シタルモノニアラス唯原告ニ於テ本訴動産全部ヲモ處分セサルニ於テハ被告ニ對スル其ノ請求權ヲ行使シ能ハサルコトヲ確定シタルニ過キサルモノナルコト成立ニ爭ナキ甲第三號證ノ二、三ニ徴シ至極明瞭ナレハ本件カ原告ノ主張自體ニ依リ明カナルカ如ク原告ニ於テ既ニ該動産ヲモ全部處分シ其ノ不足額ヲ被告ニ訴求スルモノナル以上被告ハ今ヤ該確定判決ノ既判力ヲ云爲シ得可キ限リニアラスト判示セリ然レトモ判示動産ノ處分ナルモノナレハ競賣法ニ依ル競賣ニ在ラサル限り之ヲ以テ擔保物件ニ對スル適法處分ト云爲スルヲ得サルモノナレハ原告カ競賣法ニ依ラスシテ新聞廣告ノ上公賣シタリトスルモ直ニ以テ適法處分ナリト云フヲ得ス從テ其ノ動産ハ今日尙ホ處分未濟ノ状態ニナリ居ルモノナレハ被告ノ既判力主張ニ何等ノ消長ヲ來スモノニアラス動産擔保ニ關スル法理ヲ誤解シタル原判決ハ違法アルモノト信スト謂フニ在リ

○ 判決理由

然レトモ所論確定判決ノ所謂動産ノ處分トハ其ノ賣得金ヲ以テ債權ノ滿足ヲ得ムカ爲ニ爲ス動産ノ賣却處分

添加的債務ノ引受人ト先訴ノ抗辯權

ヲ指スモノニシテ競賣法ノ規定スル手續ニ依リテ爲ス競賣ニ限定セルモノニ非ス原判決ノ認定セル公賣ノ如キハ右ノ動産ノ處分ニ該當スルコト言フ俟タサルカ故ニ論旨ハ理由ナシ

### ○ 上告理由

同第五點ハ(五)云々債務從屬的引受ニ關シ保證債務ニ關スル規定ヲ準用スヘキ法條ノ存セサル限リ其ノ兩者間ニ多少類似ノ點アル故ヲ以テ直ニ附加的債務引受ニ保證債務ニ關スル規定ノ準用アルモノト即斷シ得可キモノニアラスト原院ハ妄斷セリ現行民法ハ債務ノ引受ニ關シ佛法ニ於ケル夫レノ如キ規定ヲ缺如セルモ契約自由ナル法理ヨリシテ之ヲ否定スヘキ理亦タ毫モ存セサル故ヲ以テ一般ニ之ヲ認メ來タリタルモノニシテ性質ノ許ス限リ民法ノ法理ニ遵フ可ク固ヨリ保證債務ニ關スル規定ヲ準用スル法條ノ存セサル餘地ナキモノナレハ原院カ保證債務ニ準據スヘキ法條ナキヲ理由トシテ漫然之ヲ排斥シタルハ理由不備ノ失當ノモノナリト信スト謂フニ在リ

### ○ 判決理由

然レトモ所謂添加的債務ノ引受ハ之ニ因リテ他人間ニ成立セル債權關係ニ於ケルト同一給付ヲ目的トスル債權關係ヲ成立セシムルモノナリト雖他人ノ債務ト引受債務トノ間ニ從屬關係ヲ生セシムルコトナク主債務ノ履行ナキ場合ニ於テ其ノ履行ノ責ヲ負擔スル保證債務ト其ノ性質ヲ異ニスルカ故ニ保證債務ニ關スル規定ノ凡テヲ引受債務ニ適用スルヲ得ス所謂先訴ノ抗辯ニ關スル規定ノ如キハ其ノ性質上引受債務ニ適用スヘキニ

非サルカ故ニ此ノ見解ニ依リテ被告ノ先訴抗辯ヲ排斥セル原判決ハ理由ノ如何ヲ問ハス正當ナルモノト謂ハサルヘカラス

### ○ 上告理由

同第六點ハ原告ハ契約當時本件擔保物件ニ付キ處分權ヲ有セルモノト誤信セシ爲メ訴外辛泰煥立會ノ上甲第一號證ノ契約ヲ爲シタルモノナリ而シテ被告ハ其ノ契約ノ際原告ヲ甲トシ被告乙ト爲リ訴外辛泰煥ヲ丙トシテ原告ヲ直接ノ當事者トシ右訴外人ヲ立會人トシテ本件擔保物件ヲ對價的ニ引取(甲一號證契約上ノ用語)ル目的ニテ係爭前訴外人ノ原告ニ對スル金二萬一千圓ノ債務ヲ引受ケタルコトハ同號證ノ記載ニ依リテ明白ナリ然ルニ原告ハ不動産ノ上ニ抵當權ヲ有スルニ過キス所有權ハ辛泰煥ニ屬スルカ故ニ原告ハ之ヲ有效ニ讓渡シ能ハス從テ被告ハ對價的ニ引受クルヲ得ス動産亦タ同一結論ニ歸スルヲ(貴院昭和九年民上第一五八號判決參照)以テ當事者ハ其ノ契約ニ依リテ直チニ有效且ツ對價的ニ物件ノ所有權ヲ讓渡セララルモノト誤信シテ前示契約ヲ爲シタリト雖モ斯ル契約ノ存立ハ客觀的ニ考察シテ對價的讓渡ノ效果ヲ生セス畢竟當事者ノ表示意思ト效果意思トカ不意ニモ一致セサル結果ヲ來シタモノニシテ斯ノ如キハ單ナル法律行爲ノ緣由ニ在ラスシテ意思表示ノ重要部分即チ契約ノ要素ニ錯誤アリタルモノナレハ甲第一號證本件契約ハ無効ナルコトヲ主張センカ爲メ被告ハ昭和九年十二月八日附ノ準備書面ヲ原院ヘ提出シタル處原院同年同月十日ノ口頭辯論ニ於テ職權ヲ以テ辯論ヲ續行シ乍ラ同年一月十四日時機ニ遅レタルモノトシテ之ヲ却下シタリ右ノ如キ

ハ單ナル法律上ノ問題ニシテ證據ノ取調ヘヲモ要セス且ツ訴訟ノ完結ニ遲延セシム可キ夫レニモ在ラサルニ拘ハラズ漫然之ヲ却下シタルハ失當ニシテ原院ノ訴訟手續ニ亦タ違背アルモノト信スト謂フニ在リ

○判決理由

然レトモ所論準備書面ニ基ク被告ノ陳述ハ特ニ之ヲ妨クヘキ事由存シタル形迹ナキニ拘ラス昭和十年一月十日ノ原審口頭辯論ニ於テ提出セラレス同月十日ノ同口頭辯論ニ於テ始メテ提出セラレタルモノニシテ立證方法タル證人三名ノ訊問申出ト共ニ爲サレタルコトハ記錄ニ依リ明白ナリ而シテ右證據ノ申出ハ所論效果意思ト表示トノ一致セサリシ事實ヲ證スル必要ニ出テタルモノニシテ其ノ取調ハ訴訟ノ完結ヲ遲延セシムルコト明ナルニヨリ原審ハ右防禦方法ノ全部ヲ時機ニ遅レタルモノト認メテ却下セルハ事實審ノ專權範圍ヲ超脱セルモノニ非ス從テ論旨ハ理由ナキモノトス

○抵當權設定登記請求事件

(昭和十年民上第二二五〇號破毀請求棄却)  
昭和十年十月二十九日民事部判決自判請求棄却)

〔原告〕 被控訴人 被上告人 李 種 基 訴訟代理人辯護士 金 秉 愚  
〔被告〕 控訴人 上告人 趙 漢 翊 訴訟代理人辯護士 卞 志 寧  
〔第一審〕 京城地方法院 〔第二審〕 京城覆審法院

○判示事項

利息制限令所定限度ノ利息額ヲ超ユル辨濟ト推定

○判例要旨

金錢貸借ニ關スル契約上ノ利息ニシテ利息制限令所定限度ヲ超ユル部分ハ當然無効ナルヲ以テ別段ノ證據ナキ限り其ノ支拂ヲ認定スヘキモノニ非ス

○判示事項

辨濟ニ因リ消滅シタル抵當權設定登記ノ抹消義務者

○判例要旨

抵當權カ被擔保債權ノ辨濟ニ因リ消滅シタルトキハ其ノ設定登記ノ抹消ハ該抵當權ノ登記簿上ニ於ケル現名義人ニ對シ訴求スヘキモノトス

〔參照〕 利息制限令第二條 契約上ノ利息ニシテ前條ニ定メタル制限ヲ超過シタルトキハ其ノ超過部分ヲ無効トス

不動産登記法第二百五條 先取特權、質權又ハ抵當權ノ移轉ノ登記ハ附記ニ依リテ之ヲ爲ス

同法第二十六條 登記ハ登記權利者及ヒ登記義務者又ハ其代理人登記所ニ出頭シテ之ヲ申請スルコトヲ要ス

○事實

原告ノ原審ニ於ケル請求原因ノ要旨ハ訴外孫東錫其ノ子孫宗祐兩名ハ連帶シテ昭和三年十二月二十七日被告ヨリ金一千圓ヲ利息制限令所定限度ノ利息額ヲ超ユル辨濟ト推定  
辨濟ニ因リ消滅シタル抵當權設定登記ノ抹消義務者

辨濟期昭和四年六月末日利息八月二分ヲ毎月末ニ支拂フヘキ定ニテ借入レ之カ支拂確保ノ爲孫宗祐ニ於テ其ノ所有ニ係ル第一目録記載土地ニ付第一順位ノ抵當權ヲ設定シ當日海州地方法院金川出張所受附第四四五號ヲ以テ其ノ旨設定登記ヲ經由シ更ニ兩名ハ連帶シテ昭和四年一月十一日被告ヨリ金二千二百圓ヲ辨濟期昭和四年六月末日利息八月二分ヲ毎月末ニ支拂フヘキ定ニテ借入レ之カ支拂確保ノ爲孫宗祐ニ於テ其ノ所有ニ係ル前示土地ニ付第二順位ノ抵當權ヲ第二目録記載ノ土地ニ付第一順位ノ抵當權ヲ設定シ又孫東錫ニ於テ其ノ所有ニ係ル第三目録記載ノ土地ニ付第一順位ノ抵當權ヲ設定シ同年一月十二日前示金川出張所受附第一二六號ヲ以テ其ノ旨ノ設定登記ヲ經由シタリ然ルニ孫東錫、孫宗祐兩名ハ第一計算書記載ノ如ク元利金一部ノ支拂又ハ代物辨濟ヲ爲シタル結果昭和九年四月十九日當時ニ於ケル殘元利金ハ合計金四千二百八圓七十六錢トナレリ尤モ約定利率八月二分即年二割四分ナルモ右計算ハ利息制限令ノ規定ニ則リ年二割ノ利率ヲ標準トシテ算出シタルモノニシテ右兩名ハ右金額ヨリ以上ノ金四千四百廿一圓六十一錢ヲ被告方ニ持參シテ之ヲ被告ニ提供シ債務ノ辨濟ヲ爲サントシタル處被告ハ言ヲ左右ニシテ之ヲ受領セス仍テ右兩名ハ已ムヲ得ス同日金四千四百二十一圓六十一錢ヲ京城供託局ニ供託シ被告ニ其ノ旨通知シタリ然ルトコロ原告ハ昭和九年四月十七日孫宗祐ヨリ前示第一、二目録記載土地ヲ、孫東錫ヨリ前示第三目録記載土地ヲ合計金七千圓ニテ買受ケ昭和九年四月二十四日前記出張所ニ於テ之カ所有權移轉登記ヲ經由シタリ叙上ノ如ク本件債務ハ一部辨濟並供託ニヨリ消滅ニ歸シタルヲ以テ右土地ノ讓受人タル原告ヨリ被告ニ對シ前顯抵當權設定登記ノ抹消登記手續ノ履行ヲ求ムル爲本訴ニ及ヒタリ尙孫東錫被告間ノ契約ニヨリ本件土地(但シ第二目録記載高山里所在土地ヲ除ク)ノ昭和八年度ノ秋收ハ被告ニ於テ之ヲ爲シ其ノ秋收額ノ賣得金ヲ以テ利息ニ充當スルコトトシタル結果被告ハ其ノ秋收額ノ賣得金四百六十五圓十一錢ヲ利息ニ充當シ被告ハ昭和九年二月末頃孫東錫、孫宗祐等ヨリ地稅納付ノ爲ト稱シ雜穀六斗(時價八圓八錢)ヲ持歸リタルコトアリ原告ハ本件土地ノ地稅トシテ金四十七圓ヲ納付シタリト附陳シ被告ノ答辯ニ對シ昭和九年四月十九日當時ニ於ケル殘元利金ハ被告主張ノ如ク合計金五千三百六十三圓五十二錢ナリトスルモ原告ハ其ノ

後更ニ京城供託局ニ金七百四十圓ヲ供託シ直ニ被告ニ其ノ旨通知シタル次第ナレハ本件債務ハ既ニ消滅シタルモノナリ利息ノ計算ハ金員カ債權者ニ到達シタル日ヲ支拂日トシ起算スヘキモノナルニ付第一計算書ノ數額ハ別紙(略)ノ如ク之ヲ改ム又訴外孫東錫及孫宗祐ハ被告ヨリ其ノ讓渡ニ付通知ヲ受ケタルコトナキ旨及昭和五年三月四日ニ於ケル如ク利息トシテノ支拂金額ヲ以テ當日迄ノ利息ニ充當シ餘リタル金員(利息過拂金)ハ勿論元本ニ組入ルヘキ當事者間ノ同意アリシモノナリト謂フニ在リ

被告答辯ノ要旨ハ孫東錫、孫宗祐等ハ本件金錢貸借後數回ニ互リ第二計算書記載ノ如ク元利金一部ノ支拂ヲ爲シタル結果昭和九年四月十九日當時ニ於ケル殘元利金ハ合計金五千三百六十三圓五十二錢トナルヲ以テ之ヨリ少額ナル金四千四百二十一圓六十一錢ヲ孫東錫等カ供託シタレハトテ本件債務カ完全ニ消滅スヘキ謂ハレナシ尙被告カ原告主張ノ土地ニ付昭和八年度ノ秋收ヲ爲シタルハ昭和八年八月二十九日訴外孫東錫、孫宗祐及被告間ニ於テ被告ノ有スル當日迄ノ元利金五千六百圓ノ債權ニ對シ右土地及其ノ他ノ土地ヲ以テ代物辨濟スル旨ノ契約ニヨリ被告ハ右土地ノ所有權ヲ得タルニ基クモノニシテ右秋收額ノ賣得金ハ四百六十五圓四十錢ナリ叙上ノ次第ナルヲ以テ被告ハ原告ノ本訴請求ニ應スル能ハス尙本件抵當權ハ昭和九年九月一日一千圓口ハ訴外趙寅相ニ同二千二百圓口ハ金振琦外一人ニ夫々債權ト共ニ讓渡シ同月十八日其ノ旨登記ヲ爲シタルニ付被告ニ抵當權アルコトヲ前提トスル本訴請求ハ不當ナリ原告ノ昭和五年三月四日ニ於ケルカ如ク利息過拂金元組入ノコトカ當事者ノ合意ナリシ旨ノ主張事實ハ認ムルモ右同日ノ四百圓ハ其ノ當日迄ノ未拂約定利息ニ充當シタル殘金五十四圓二十一錢ノミニ付元本ノ辨濟ニ充當スヘキモノナリト謂フニ在リ

第二審裁判所ハ被告ハ原告主張ノ如ク(イ)乃至(ロ)ノ金額ニ付訴外孫東錫、孫宗祐及利害關係ヲ有スル原告ヨリ合計金七千三百二十一圓八十錢ノ元利金ニ付辨濟ヲ受ケタル事實ヲ認メ被告主張ノ代物辨濟アリタル抗辯ヲ排斥シ(ニ)次ニ被告ハ右各辨濟金中(イ)(ロ)(ハ)ハ孰レモ約定利率ニ依ル利息トシテ(但シ(ホ)ノ支拂金ノ如ク

利息制限令所定限度ノ利息額ヲ超ユル辨濟ト推定  
辨濟ニ因リ消滅シタル抵當權設定登記ノ抹消義務者



一部カ利息ノ支拂トシテ超過スルモノ即チ利息過拂金ハ當日元金ニ辨濟充當セラルヘキ當事者ノ合意ナリシコトハ當事者間爭ナキトコロナリ支拂ハレタル旨抗辯スレトモ甲第三號證中金二百五十圓、三百圓及四百圓並甲第四號證中金百五十圓及三百圓(金三百三圓中)ノ記載部分ハ成立ニ爭ナキトコロナリト雖モ該部分ヲ以テハ利息トシテ支拂ハレタルコトハ之ヲ首肯シ得ルモ未タ約定利率ニ依ル利息トシテ支拂ハレタルコトヲ首肯シ得ス其ノ他之ヲ首肯スルニ足ル資料ナシ(但乙第二十一、二十二號證ハ原告ノ不知ヲ以テ爭フ處ナルニ之カ成立ヲ認ムヘキ資料ナキニヨリ右兩證ハ實質的證據力ナシ)其ノ他ノ支拂金ニ付テモ右同様之カ約定利率ニ依ル利息トシテ支拂ハレタルコトヲ首肯シ得ル資料ナク特ニ(ハ)トノ供託金ニ付テハ元利金何レニ對シ爲サレタルモ之ヲ認ムルノ資料ナキヲ以テ右被告抗辯ヲ排斥スヘク左レハ以上(イ)乃至(ト)又(ヌ)乃至(ヨ)ノ金額ヲ辨濟充當スルニ付テハ約定利率ヲ利息制限令所定ノ範圍ニ減縮シタル年二割ノ利率ニ依ルヘキモノト謂ハサル可ラス仍テ敍上說示ノ事實及當事者間爭ナキ本件利息ニ付テノ利息ノ計算ハ應當日ノ前日計算ヲ以テ之ヲ爲シ其ノナキ場合ハ日割計算ニテ爲スヘキ當事者ノ意思ナリシ事實ニ基キ(イ)乃至(ヨ)ノ金額ニ付計算ヲ遂クルニ別紙(略)第二計算書ノ通り(ハ)ノ供託當日既ニ過拂トナリタルコト算數上明カニシテ從テ右同日本件債務ハ全部消滅シ本件抵當權ハ無効ニ歸シ其ノ設定登記亦無原因無効ノモノトナリ抹消セラルヘキモノナルコト言フ俟タス尙假ニ本件支拂額カ孰レモ約定利率ニ依リタルモノトスルモ前敍(一)ノ各事實並前示利息計算方法及利息過拂金ニ關スル當事者ノ意思ヲ綜合シ之ニ基キ前敍(イ)乃至(ヨ)ノ支拂額ニ付計算ヲ遂クルニ別紙第二計算

書ノ通り(ト)ノ供託當日過拂トナルコト算數上明カニシテ從テ右同日前敍年二割ノ利率ニ依リタル場合ニ說示セルトコロト同様本件抵當權設定登記ハ抹消セラルヘキモノナルコト言フ俟タス然リ而シテ原告カ本件抵當權設定土地ノ所有權ヲ取得シ登記ヲ經由セシコト前敍ノ如クナルヲ以テ原告ハ被告ニ對シ該抵當權設定登記抹消登記手續ノ權利者タルモノト謂ハサル可ラサルトコロ被告ハ本件抵當權ハ債權ト共ニ昭和九年九月一日夫々被告ヨリ第三者ニ讓渡シ同月十八日登記ヲ經由シタルニヨリ被告ニ抵當權アルコトヲ前提トスル原告ノ本件請求ハ失當ナル旨抗辯スレトモ原告カ本件抵當權設定登記ノ抹消ヲ求ムルニハ該設定登記ノ登記權利者タル被告ニ對シ訴求スルヲ要シ且ツ之ヲ以テ足ルモノニシテ开ハ所有權ヲ害スル以上現ニ其ノ效力ヲ有スト否トヲ問ハサルモノト解スルヲ相當トスルニヨリ訴外孫東錫及孫宗祐又ハ原告カ右讓渡ニ付異議ヲ止メスシテ承諾シタル等ノ特別ノ事由ノ主張立證ナキ本件ニ於テハ右被告ノ抗辯ハ理由ナシ左レハ被告ニ對シ前顯各抵當權設定登記ノ抹消登記手續ノ履行ヲ求ムル原告ノ本件請求ハ正當ナルヲ以テ之ヲ許容スヘキモノトスト判示シタリ

### ○ 上告理由

上告理由第一點ハ原判決ハ其ノ理由ニ於テ(前略)右訴外人兩名カ右債務ノ爲メ(中略)昭和九年四月十九日(ハ)金四千四百廿一圓六十一錢ヲ京城供託局ニ供託シ即日被告ニ通知シ原告カ昭和九年八月八日(ト)金七百四十圓ヲ右債務ノ支拂ノ爲メ右同供託局ニ供託シ即日被告ニ通知シタルコトハ孰レモ當事者間爭ナク右供託事實及

利息制限令所定限度ノ利息額ヲ超ユル辨濟ト推定  
辨濟ニ因リ消滅シタル抵當權設定登記ノ抹消義務者

當事者辯論ノ全趣旨ヨリ推シ被告カ右供託金員ノ辨濟提供ヲ受ケ乍ラ之カ受領ヲ拒ミタル事實ヲ認ムルニ難カラスト判示セリ然レトモ右供託事實ノミヲ以テハ必スシモ被告カ現實ニ辨濟提供ヲ受ケ乍ラ受領ヲ拒ミタル事實ヲ認ムル資料ト爲スニ足ラサルヘク(何トナレハ債務者ハ現實ニ辨濟提供ヲ爲サシテ突然供託スル場合モアルヘキヲ以テナリ)被告ニ於テ右供託金員ノ辨濟提供ヲ受ケ乍ラ之カ受領ヲ拒ミタリト原告ノ主張事實ハ被告ノ一審以來爭フ處ナルヲ以テ當事者辯論ノ全趣旨ヨリ推シ該事實ヲ認ムルヲ得サル場合ナルニ不拘原審ハ漫然右供託事實及當事者辯論ノ全趣旨ヨリ推シ被告カ右供託金員ノ辨濟提供ヲ受ケ乍ラ之カ受領ヲ拒ミタル事實ヲ認ムルニ難カラストシ本件供託ヲ有效適法ノモノナリト解シタルハ畢竟證據ニ基カスシテ不當ニ事實ヲ認定シタルモノニシテ不法タルヲ免レスト謂フニ在リ

### ○ 判決理由

然レトモ被告カ「供託シタルコトハ認ム」(昭和九年五月二十一日口頭辯論調書及答辯書)ト云ヒタルハ則チ適法ナル供託アリタル事實ヲ認メタルモノト解セラレサルニアラス原審ハ斯ク解シタル被告辯論ノ趣旨ニ依據シテ辨濟提供アリタル事實ヲ認定シタルモノト謂フヘキニヨリ其ノ措置ハ違法ナリト爲スヲ得ス若シ夫レ原審カ供託事實ヲ以テ綜合資料ト爲シタルハ蛇足ヲ加ヘタルニ止リ夫カ爲ニ右認定ヲ不當ト爲スニ足ラサルモノトス論旨理由ナシ

### ○ 上告理由

同第二點ハ原判決ハ其ノ理由ニ於テ被告ハ右辨濟金中(イ)(ロ)(ハ)ハ孰レモ約定利率ニ依ル利息トシテ(中略)支拂ハレタル旨抗辯スレトモ甲第三號證中金二百五十圓及四百圓並甲第四號證中金百五十圓及金三百圓(金三百三圓中)ノ記載部分ハ成立ニ爭ナキ處ナリト雖該部分ヲ以テハ利息トシテ支拂ハレタルコトハ之ヲ首肯シ得ルモ未ダ約定利率ニ依ル利息トシテ支拂ハレタルコトヲ首肯シ得ス其ノ他之ヲ首肯スルニ足ル資料ナシ(中略)其ノ他ノ支拂金ニ付テモ右同様之カ約定利率ニ依ル利息トシテ支拂ハレタルコトヲ首肯シ得ル資料ナク特ニ(イ)(ロ)ノ供託金ニ付テハ元利金及何レニ對シ爲サレタルヤモ之ヲ認ムルノ資料ナキヲ以テ右被告抗辯ヲ排斥スヘク左レハ以上(イ)乃至(ロ)及(ヌ)乃至(ヨ)ノ金額ヲ辨濟充當スルニ付テハ約定利率ヲ利息制限令所定ノ範圍ニ減縮シタル年二割ノ利率ニ依ルヘキモノト謂ハサル可ラスト判示セリ然レトモ債務者カ債權者ニ對シ約定利息アル債務ニ付キ何等ノ異議ナク單純ニ利息トシテ現金ヲ支拂ヒタル場合ハ反證ナキ限り債務者ニ於テ約定利率ニ依ル利息ヲ支拂フ意思ニテ支拂ヲ爲シ債權者モ其ノ意思ニテ受取り債務者債權者間ニ已ニ約定利率ニ依ル利息ノ授受ヲ了シタルモノト謂ハサル可ラス然ルニ原判決カ前示ノ如ク債務者カ利息トシテ支拂ハレタルコトヲ認メ乍ラ約定利率ニ依ル利息トシテ支拂ハレタルコトヲ首肯スルニ足ル資料ナシトテ約定利率ヲ利息制限令所定ノ範圍ニ減縮シタル年二割ノ利率ニ依ルヘキモノト斷シタルハ畢竟利息支拂當時ノ債務者及債權者ノ意思ニ反シ已ニ債務者債權者間ニ約定利率ニ依ル利息トシテ現金ノ授受ヲ了シタルモノヲ更ニ利息制限令所定ノ利率ニ引直シタル不法アルモノト思料スト謂フニ在リ

利息制限令所定限度ノ利息額ヲ超ユル辨濟ト推定  
辨濟ニ因リ消滅シタル抵當權設定登記ノ抹消義務者

○ 判決理由

然レトモ金、錢、貸、借、ニ、關、ス、ル、契、約、上、ノ、利、息、ニ、シ、テ、利、息、制、限、令、所、定、限、度、ヲ、超、ユ、ル、部、分、ハ、當、然、無、効、ニ、シ、テ、無、効、ノ、債、務、ノ、支、拂、ヲ、爲、ス、カ、如、キ、ハ、事、異、例、ニ、屬、ス、ル、モ、ノ、ト、謂、フ、ヘ、キ、ニ、ヨ、リ、原、審、カ、立、證、責、任、ヲ、被、告、ニ、在、リ、ト、シ、立、證、ナ、キ、故、ヲ、以、テ、本、件、各、辨、濟、カ、約、定、利、率、ニ、依、ル、利、息、ト、シ、テ、授、受、セ、ラ、レ、タ、ル、ニ、ア、ラ、ス、ト、認、定、シ、タ、ル、ハ、正、當、ナ、リ、論、旨、ハ、反、對、ノ、見、解、ニ、基、キ、原、判、決、ヲ、非、難、ス、ル、モ、ノ、ナ、ル、ヲ、以、テ、採、容、ノ、限、ニ、ア、ラ、ス

○ 上告理由

同第三點ハ原判決ハ其ノ理由ニ於テ被告ハ本件抵當權ハ債權ト共ニ昭和九年九月一日夫々被告ヨリ第三者ニ讓渡シ同月十八日登記ヲ經由シタルニヨリ被告ニ抵當權アルコトヲ前提トスル原告ノ本訴請求ハ失當ナル旨抗辯スレトモ原告カ本件抵當權設定登記ノ抹消ヲ求ムルニハ該設定登記ノ登記權利者タル被告ニ對シ訴求スルヲ要シ且ツ之ヲ以テ足ルモノニシテ開ハ所有權ヲ害スル以上現ニ其ノ效力ヲ有スルト否トヲ問ハサルモノト解スルヲ相當トスルニヨリ訴外孫東錫及孫宗祐又ハ原告カ右讓渡ニ付キ異議ヲ止メスシテ承諾シタル等ノ特別ノ事由ノ主張立證ナキ本件ニ於テハ右被告ノ抗辯ハ理由ナシト判示セリ然レトモ抑々抵當權設定登記ノ抹消ヲ求ムルニハ抵當權ノ移轉ナキ場合ニ於テハ該設定登記ノ登記權利者タル被告ニ對シ訴求スルヲ要シ且ツ之ヲ以テ足ルヘキモ抵當權カ債權ト共ニ第三者ニ讓渡シ登記ヲ經由シタル場合ニアリテハ新ニ抵當權ヲ取得シタル第三者ニ對シ訴求スルニアラサルハ其ノ抹消ノ目的ヲ達シ得サルヤ論ヲ俟タス然ルニ被告ハ本件抵

當權ヲ昭和九年九月一日一千圓口ハ訴外趙寅相ニ二千圓口ハ金振琦外一人ニ夫々債權ト共ニ讓渡シ同月十八日其ノ旨登記ヲ爲シタルヲ以テ(之ハ原告ノ認メテ爭ハサル處ナリ)原告ノ本訴ハ無益無用ナル訴訟ニ歸シタルニヨリ須ラク不適法トシテ却下スヘキモノナルニ不拘原審ハ事玆ニ出テスシテ抵當權ノ移轉アル場合ニ於テモ抵當權設定登記ノ抹消ヲ求ムルニハ該設定登記ノ登記權利者タル被告ニ對シ訴求スルヲ要シ且ツ之ヲ以テ足ルモノノ如ク解シ原告ノ本訴ヲ正當ト認メ被告ニ登記抹消ヲ命シタルハ法理ヲ誤解シタル不當ノ判決ナリト思料スト謂フニ在リ

○ 判決理由

按スルニ抵當權移轉ノ登記ハ附記ニ依リ爲スモノニシテ抵當權設定登記アリタル後其ノ移轉ノ附記登記カ爲サレタルトキハ設定登記ハ附記登記ト相俟チ全部トシテ讓受人ニ屬スル抵當權ヲ公示スルモノナルカ故ニ爾後抵當權ノ登記名義人ハ獨リ讓受人ニ止リ讓渡人ハ最早登記簿上ニ存スル(現ニ效力ヲ有スルト否トヲ問ハス)登記ノ名義人タラサルニ至リタルモノトス然ルニ本件ニ於テ原告ノ訴旨トスルコトコトハ訴外孫東錫及孫宗祐ハ其ノ所有ニ係ル本件土地ニ抵當權ヲ設定シテ被告ヨリ金員ヲ借用シタルカ右抵當權ハ其ノ後債務ノ辨濟ニ因リ消滅シ抵當權設定登記ハ無効ニ歸シタリ而シテ原告ハ右訴外人兩名ヨリ本件土地ヲ買受ケ之カ所有者ト爲リタルヲ以テ所有權ヲ妨クル抵當權設定登記ノ抹消ヲ求ムト謂フニ在リテ斯ル場合所有權ヲ妨害スル者トシテ登記抹消ノ義務ヲ負フ者ハ登記面ニ存スル登記ノ名義人ニ限ルモノト謂フヘク這ハ抵當權ノ消滅カ

利息制限令所定限度ノ利息額ヲ超ユル辨濟ト推定  
辨濟ニ因リ消滅シタル抵當權設定登記ノ抹消義務者

其ノ移轉登記前ニ生シタルト其ノ後ニ生シタルト將又抵當權ノ移轉ト共ニ債權讓渡アリタルト否トニ拘ルコトナキモノトス然リ而シテ本件抵當權カ辨濟ニ因リ消滅シタルコト原告カ抵當土地ヲ孫東錫及孫宗祐ヨリ買受ケ其ノ所有權ヲ取得シタルコト竝被告カ本件抵當權ヲ訴外趙寅相及金振琦外一名ニ讓渡シ其ノ登記ヲ經由シタルコトハ何レモ原審ノ認定シタルトコロナルカ故ニ右抵當權ノ讓渡ト共ニ債權讓渡契約アリタルト否ト又ハ債權讓渡カ第三者ニ對抗スル要件ヲ具備シタルト否トニ論ナク原告ニ對シ抵當登記ノ抹消義務ヲ負フ者ハ其ノ名義人タル右訴外人等ニシテ被告ニアラサルモノト謂ハサルヘカラス即チ此ノ點ニ於テ被告ニ對スル本訴請求ハ竟ニ失當ナリト謂フノ外ナク上告理由アルニ歸ス然レトモ被告ハ本訴繫屬中本件抵當權ヲ讓渡シ原審ノ口頭辯論ニ於テ初メテ其ノ事實ヲ主張シタルニ對シ(被告未タ立證セス)昭和十年二月十二日ノ口頭辯論ニ於テ原告右讓渡事實ヲ認メタルモノナルカ故ニ其ノ以前ニ生シタル訴訟費用ハ總テ訴訟ノ程度ニ於テ原告ノ權利ノ伸張又ハ防禦ニ必要ナリシ行爲ニ因リ生シタルモノトシテ勝訴ノ被告ヲシテ負擔セシムヘキモノトス

○假差押異議事件

(昭和十年民上第二九六號棄却)  
(昭和十年十月三十一日民事部判決棄却)

【原告】 被控訴人 被上告人 國 右代表者 朝鮮總督 指定代表者 川 澤 章 明  
 【被告】 控訴人 上告人 金 榮 洙 訴訟代理人辯護士 李 弘 鍾

【第一審】 京城地方法院 【第二審】 京城覆審法院

○判示事項

第三者ノ物權變動ノ承認ト民法第七十七條(朝鮮民事令第十三條)

○判例要旨

民法第七十七條ニ所謂第三者ニ該當スル者ト雖一旦登記ナキ他人ノ所有權ヲ承認シタル者ハ其ノ他人ノ所有權取得ニ付登記欠缺ヲ以テ對抗スル權利ヲ拋棄シタルモノトス

【參照】 民法第七十七條 不動産ニ關スル物權ノ得喪及ヒ變更ハ登記法ノ定ムル所ニ從ヒ其登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

朝鮮民事令第十三條 不動産ニ關スル物權ノ得喪及變更ニ付朝鮮不動産登記令ニ於テ登記ノ規定ヲ設ケタルモノハ其ノ登記ヲ受クルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

○事實

第三者ノ物權變動ノ承認ト民法第七十七條(朝鮮民事令第十三條)

原告ノ原審ニ於ケル請求原因ノ要旨ハ被告ハ訴外申根實ニ對シ貸金債權ヲ有スル旨ヲ主張シ其ノ強制執行保全ノ爲嘗テ右訴外人ノ所有タリシ不動産ニ對シ京城地方法院ニ假差押命令ノ申請ヲ爲シ同院昭和九年民申第二〇一〇號不動産假差押ノ決定ヲ受ケ之ニ基キ京城府岩根町八十六番地坐二十六坪ニ付假差押ヲ爲シタリ然レトモ該坐地ハ原告カ麻浦防水用地トシテ昭和九年六月十日訴外申根實ヨリ買受ケ其ノ所有權ヲ取得シタルトコロ未登記ナリシヲ以テ京城稅務署長ニ國有地成通知ヲ爲シ假差押當時ハ既ニ國有ト爲リタルモノニシテ被告ノ右訴外人ニ對スル債權ノ爲ニ假差押ヲ受クヘキ理由ナシ尙原告ハ漢江改修工費用トシテ訴外申根實所有ノ(一)右岩根町八五番地坐三十三坪(二)同町八六番地坐二十六坪ノ買收及同地上物件移轉ノ必要ヲ生シタリ依テ昭和九年六月十日同訴外人ヨリ之ヲ買受クル契約ヲ爲シ(一)ノ坐上ニ存スル抵當權ハ賣渡人ニ於テ抹消スルコトトシ同月十二日原告ハ訴外申根實ニ對シ移轉料金六百三十五圓九十錢(二)各坐上ノ兩家屋移轉料ノ合計ヲ支拂ヒタルモ右(一)ノ坐及同坐上建物ニ付存スル抵當權(債權者被告債務者申根實債權額千圓)ノ抹消ニ付將來支障ノ生センコトヲ慮リ原告ハ申根實ニ懇懇シテ右(一)ノ坐上建物ノ移轉料相當額三百五十七圓五十錢ヲ銀行ニ預入保管セシメ置キ同月十五日頃原告ハ被告ニ出頭ヲ求メ土地買收ヲ要スル事情並申根實カ該坐上建物ノ移轉料ヲ前述銀行ニ預入保管セル旨ヲ傳ヘ至急協議ノ上抵當權抹消ノ處置ヲ採ラレタキ旨懇談シタル處被告ハ之ヲ了承シ同年六月二十一日被告ハ申根實ノ代理人鄭明煥(申根實ノ女塔)ト同道シテ京城土木出張所ニ出頭シ被告ハ申根實ノ代理人鄭明煥ニ對シ京城土木出張所員丁奎賢、李殷祥、金洪根、崔達淳立會ノ下ニ右(一)ノ坐上建物ノ移轉料三百五十七圓五十錢及右(一)ノ坐ノ代金二百三十一圓ヲ受領スルニ於テハ申根實ニ對スル從來ノ債權一切ヲ拋棄スル旨意思表示ヲ爲シ同時ニ申根實代理人鄭明煥ヨリ原告ニ對スル土地代金二百三十一圓ノ受領委任狀ヲ受取り被告ハ鄭明煥ト共ニ漢城銀行ニ至リ移轉料金三百五十七圓五十錢ヲ受領シ辨濟證書(甲第四號證)ヲ作成シテ右鄭明煥ニ交付シタリ然ルニ被告ハ同月二十五日ニ至リ突然本件假差押ヲ爲シタルニヨリ前記出張所員丁奎賢ハ大ニ驚キ同年七月二日被告ニ對シ其ノ不法ヲ詰リタル處被告ハ之ヲ陳謝シ原告ノ所有權ヲ認メ土地代金ヲ受領次第假差押ヲ解除スヘキ旨約シ次テ被告ハ同年九月十四日本件債權ノ權利證書(甲第五號證)ヲ持參シ來リ抵當權抹消手續ヲ爲シ土地代金ヲ交付セラレタキ旨ヲ述ヘタルヲ以テ原告ハ同月二十二日土地代金二百三十一圓ヲ被告ニ支拂ヒ原告告問ニ本件假差押ヲ解除スヘキ旨約シタルニ拘ラス被告ハ今尙假差押ノ解除ヲ爲ササルニ依リ原告ノ右所有權及被告カ原告ノ所有權ヲ認メテ爲シタル右約旨ヲ原因トシテ本訴ニ及ヒタリト謂フニ在リ

キ旨約シ次テ被告ハ同年九月十四日本件債權ノ權利證書(甲第五號證)ヲ持參シ來リ抵當權抹消手續ヲ爲シ土地代金ヲ交付セラレタキ旨ヲ述ヘタルヲ以テ原告ハ同月二十二日土地代金二百三十一圓ヲ被告ニ支拂ヒ原告告問ニ本件假差押ヲ解除スヘキ旨約シタルニ拘ラス被告ハ今尙假差押ノ解除ヲ爲ササルニ依リ原告ノ右所有權及被告カ原告ノ所有權ヲ認メテ爲シタル右約旨ヲ原因トシテ本訴ニ及ヒタリト謂フニ在リ

被告答辯ノ要旨ハ原告カ訴外申根實ヨリ本件土地ヲ買受ケタル事實其ノ他原告主張事實ハ之ヲ否認ス假ニ原告カ右土地ヲ買受ケタリトスルモ之レカ所有權移轉登記ナキヲ以テ原告ハ被告ニ對シ本件土地所有權ノ取得ヲ以テ對抗シ得サルモノナリ抑被告ハ豫テ訴外申根實ニ對シ金千圓ヲ貸與シ之カ支拂擔保ノ爲メ同人所有ニ係ル京城府岩根町八十五番地(本件土地ニ非ス)及地上建物ニ順位第一番ノ抵當權ヲ設定シ居タルトコロ原告カ被告ニ對シ其ノ訴外申根實ニ支拂フヘキ右八十五番地不動産ノ賣買代金五百八十八圓五十錢ハ之ヲ被告ニ支拂フヘキニ付前記抵當權ヲ抹消セラレ度シト申込ミ來リタル爲被告ハ之ヲ承諾シ同額金員ノ支拂ヲ受ケ形式上右貸金全部ノ支拂ヲ受ケタルカ如クシテ右抵當權ノ抹消登記手續ヲ了シ曩ニ訴外申根實ニ對スル貸金債權ノ(假執行宣言アル)支拂命令正本ヲ有シ居タル爲無用ナリト信シテ原告主張ノ權利書類ヲ訴外申根實ニ返還シタルニ過キス訴外申根實ニ對スル殘餘債權ノ拋棄ヲ爲シタル事實ナク原告ニ對シ本件假差押登記ヲ抹消スヘキ旨約シタル事實更ニナキヲ以テ原告ノ本訴請求ニ應シ難シト謂フニ在リ

第二審裁判所ハ證據及當事者辯論ノ全趣旨ニ依リ後記抵當權ノ權利證ナルコト明カナル甲第五號證ノ原告手中ニ在ル事實ヲ(當事者辯論ノ全趣旨ニヨリ)同事實ヲ認ム)綜合スレハ右坐地ハ原告カ昭和九年六月十日同町八五番地坐三十三坪ト共ニ代金合計金四百十三圓(兩坐上家屋ノ移轉料外六百三十五圓九十錢)ニテ訴外申根實ヨリ買受ケ其ノ所有權ヲ取得シタルカ當時右八五番地坐及同坐上建物ニ付原告主張ノ如キ抵當權設定アリ

シ爲原告主張ノ如キ經緯ノ下ニ本件假差押後昭和九年九月十四日原被告間ニ原告カ其ノ謂フカ如キ金二百三十一圓ヲ被告ニ支拂フニ於テハ被告ハ訴外申根實ニ對スル債權全部ヲ拋棄シ本件貸地カ原告ノ所有ナルコトヲ認メテ本件假差押ヲ解除スヘキ旨約シタル上同月二十二日原告ハ右金員ヲ完済シタルモノナルコトヲ肯認シ得ヘク甲第六號證ハ其ノ記載内容ト前顯證據ヲ綜合シ同號證ヲ差入レタル後種々交渉ノ結果前示昭和九年九月十四日ノ契約成立シタルコトヲ肯認シ得ルニヨリ右認定ノ支障タラサルコト明カナリトシ次ニ被告ハ原告ニ本件土地所有權アリトスルモ其ノ移轉登記ナキノ故ヲ以テ登記欠缺ノ抗辯ヲ爲セトモ被告ニ於テ原告ノ所有權ヲ認メ前示契約ヲ爲シタルコト前敍ノ如クナルヲ以テ登記欠缺ノ主張ハ之ヲ拋棄シタルモノト解スルヲ相當トスルニヨリ該抗辯ハ採ラス然レハ右所有權及右約旨ニ基キ本件假差押解除ヲ求ムル原告ノ本件請求ハ正當ナルヲ以テ之ヲ許容スヘキモノトスト判示シタリ

### ○上告理由

上告理由第一點ハ原判決ハ「昭和九年九月十四日原被告間ニ原告カ其ノ謂フカ如キ金二百三十一圓ヲ被告ニ支拂フニ於テハ被告ハ訴外申根實ニ對スル債權全部ヲ拋棄シ本件貸地カ原告ノ所有ナルコトヲ認メテ本件假差押ヲ解除スヘキ旨約シタル上同月二十二日原告ハ右金員ヲ完済シタルモノナルコトヲ肯認シ得ヘク」ト判示セラレタレトモ被告ハ乙第一號證ヲ以テ被告カ同號證カ被告ノ手裡ニ存在セル事實ニ依リ訴外申根實ニ對スル債權ヲ拋棄シタルコトナク債權存在ノ事實ヲ立證シタルニ不拘同號證ニ對シテハ毫モ判斷セサリシハ理

由不備ノ判決ナルノミナラス原告ノ請求原因カ原被告間ノ契約ニ基キ本件假差押ノ解除ヲ求ムルモノナリトセハ被告ノ訴外申根實ニ對スル債權拋棄ノ事實ニ付テハ敢ヘテ判斷ヲ爲スノ必要ヲ認メサルニ不拘債權拋棄ノ事實ヲ判定シタルハ此亦違法ノ判決タルヲ免レスト謂ヒ

同第二點ハ原判決ハ原被告間ニ於テ被告ノ訴外申根實ニ對スル債權全部ヲ拋棄シタリト判定シタレトモ凡ソ權利ノ拋棄ハ債權者ヨリ債務者ニ對シテ拋棄ノ意思表示ヲ爲スヲ要スルモノナルカ故ニ債務者以外ノ者ニ對スル拋棄ノ意思表示ハ其ノ效力ナキモノト謂ハサルヘカラサルヲ以テ縱令原被告間ニ於テ被告ノ訴外申根實ニ對スル債權拋棄ノ事實アリタリトスルモ法律上其ノ效力ヲ發生スヘキモノニアラサルヲ以テ該判決ハ違法タルヲ免レスト謂ヒ

同第三點ハ原判決ハ甲第五號證(本件債權ノ權利證書)カ原告手中ニ在ル事實ヲ判斷ノ資料ニ供シタレトモ同號證ニ付テハ被告ハ訴外申根實ノ所有ニ係ル京城府岩根町八十五番地及同地上建物ニ付第一番抵當權ヲ有シ居リタル處原告カ被告ニ對シ同訴外人ニ支拂フヘキ右八十五番地ノ不動產買賣代金ヲ被告ニ支拂フヘキニ付抵當權設定登記ヲ抹消セラレ度旨申來リタル爲メ其ノ抹消登記ノ方便トシテ形式上貸金全部ノ支拂ヲ受ケタルカ如ク辨濟證書及甲第五號證ヲ原告ニ交付シタリト辯解シタルニ不拘該抗辯ニ對シテハ一言ノ判斷ヲ爲サス漫然甲第五號證カ原告ノ手中ニ在ル事實ノミヲ採リ被告敗訴ノ判定ヲ爲シタルハ爭點ニ對スル判斷ヲ遺脱シタル違法ノ判決ナリト信スト謂フニ在リ

○判決理由

然レトモ原判決ハ「昭和九年九月十四日原被告間ニ原告カ其ノ謂フカ如キ金二百三十一圓ヲ被告ニ支拂フニ於テハ被告ハ訴外申根實ニ對スル債權全部ヲ拋棄シ本件空地カ原告ノ所有ナルコトヲ認メテ本件假差押ヲ解除スヘキ旨約シタル上同月二十二日原告ハ右金員ヲ完済シ」タル事實ヲ認定シ然ルカ故ニ被告ハ本件空地ニ關スル原告ノ所有權取得「登記欠缺ノ主張ハ之ヲ拋棄シタルモノ」ト斷シタルモノニシテ民法第七十七條ニ所謂第三者ニ該當スル者ト雖一旦登記ナキ他人ノ所有權ヲ承認シタル者ハ登記欠缺ヲ以テ對抗スル權利ヲ拋棄シタルモノト謂フヘク爾後登記欠缺ヲ理由トシテ其ノ他人ノ所有權ヲ否認シ得サルモノト解スルヲ相當トスルニヨリ右原審ノ判斷ハ正當ニシテ原告ノ本訴異議ハ此ノ點ニ於テ認容セラルヘキモノトス申根實ニ對スル被告ノ債權カ拋棄ニ因リ消滅シタリト謂フカ如キハ原審ノ認定シタルトコロニアラス從テ乙第一號證ハ毫モ原審ノ判斷ニ影響スルトコロナク原判決カ同證ニ付特ニ明言スルコトナカリシハ之ト同旨ニ出テタルモノニ外ナラス甲第五號證ニ關スル所論被告ノ主張ニ至テハ原審之ヲ採用セサリシコト判文上明カナルニヨリ原審カ此ノ點ノ判斷ヲ遺脱シタリト謂フハ當ラサルモノトス論旨ハ畢竟原判決ヲ正解セサルニ職由スルニ非レハ原審ノ專權ニ屬スル證據判斷ヲ非難スルニ歸スルヲ以テ採用セス

○林野所有權移轉登記請求事件

(昭和十年民上第三二五號棄却)  
(昭和十年十月三十一日民事部判決)

【原告】 控訴人 上告人 趙 琬 均 訴訟代理人辯護士 韓 國 鐘  
 【被告】 被控訴人 被上告人 李 楨 性外十六人

【第一審】 咸興地方法院北青支廳 【第二審】 京城覆審法院

○判示事項

民事訴訟法第五十二條第四項ニ所謂顯著ナル事由

○判例要旨

訴訟代理人タル辯護士カ他ニ依頼ヲ受ケタル事件ノ爲口頭辯論期日ニ出頭シ得サルコトアルモノ之ヲ以テ當該期日ヲ變更セサルヘカラサル顯著ナル事由アルモノト謂フヲ得ス

【參照】 民事訴訟法第五十二條 期日ハ裁判長之ヲ定ム  
 受命判事又ハ受託判事ノ審問ノ期日ハ其ノ判事之ヲ定ム  
 期日ノ指定ハ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ之ヲ爲ス  
 口頭辯論ニ於ケル最初ノ期日ノ變更ハ顯著ナル事由ノ存セサルトキト雖當事者ノ合意アル場合ニ於テハ之ヲ許ス準備手續ニ於ケル最初ノ期日ノ變更亦同シ

民事訴訟法第五十二條第四項ニ所謂顯著ナル事由

原告ノ原審ニ於ケル請求原因ノ要旨ハ本訴ノ林野ハ距今百九十年前原告外十餘名ノ白川趙氏ノ共同祖先タル趙益陸ノ墳墓ヲ始メ爾來趙氏ノ墳墓六個ヲ設置シ子孫相傳ヘ永年守護禁養シタル結果朝鮮從來ノ慣習ニ依リ所有權ヲ取得シ且舊森林法ニ依リ地籍届ヲ爲シ以テ其ノ權利ヲ確保シ來リタルモノナル處距今七十年前被告等居村ノ要求ニ基キ同村漢文私塾惠安齋ニ山直方ヲ依頼シ其ノ報酬トシテ該林野ノ立木ノ枝葉ヲ伐採シ同私塾ノ燃料ニ供スヘキコトヲ承諾シタリ然ルニ距今二十年前被告等居村ハ突然惡意ヲ起シ該林野ヲ惠安齋ノ柴場トシテ定メタル被告等居村ノ共有ナリト主張シ原告側趙氏門中ノ所有ナルコトヲ否認スルヲ以テ爾來爭ヲ續ケタルカ昭和七年七月二十日原告ノ亡父趙弘信ノ門族ニシテ先ニ林野調査ニ對シ不服ヲ申立テ居タル趙基均外二名ノ者被告等及亡李求鐸會合ノ上右不服申立人ハ被告等ニ對シ本件林野ニ對スル大正五、六年度ノ訴訟費用及不服申立ヲ爲シタル費用其ノ他一切ノ損害ヲ合算シ計金四百圓ヲ支拂ヒ其ノ代リニ被告等及右亡李求鐸ハ本件林野ニ對スル査定名義ヲ不服申立人名義ニ變更スヘク若シ之カ不能ニシテ其ノ儘裁決セラレタルトキハ被告等ヨリ直接原告ノ亡父趙弘信名義ニ其ノ所有權移轉登記手續ヲ爲スヘク和解契約ヲ爲シ右金四百圓ヲ被告等ニ支拂ヒタリ從テ本件林野ハ昭和八年四月二十六日被告等及亡李求鐸名義ニ裁決セラレタルニ依リ被告等ハ當然前記契約ニ基キ趙弘信名義ニ所有權移轉登記手續ヲ爲スヘキ義務アルニ拘ラス未タ之ヲ履行セス而シテ趙弘信ハ同年六月二十二日死亡シ原告ニ於テ家督相續ヲ爲シタルニヨリ原告之カ履行ヲ求ムル爲本訴ニ及ヒタリ尙前記契約ハ訴外趙基玉方ニ於テ被告等本人トノ間ニ締結シタル上同契約金四百圓モ其ノ後被告等部落ニ持參シ被告等本人ニ支拂ヒタル次第ナリト謂フニ在リ

被告等答辯ノ要旨ハ距今七十年前右惠安齋ハ原告ノ先代若ハ原告ノ親族等ヨリ本件林野ノ山直方ヲ依頼セラレタルコトナク又本件林野ニ付原告主張ノ如キ金員ヲ受取リテ和解契約ヲ爲シタルコト更ニナシ本件林野ハ被告等ノ祖先カ距今百五十年前子孫教育ノ目的ニテ被告等居村ニ設立シタル漢文私塾惠安齋ノ柴場トシテ所有シ爾來相傳ヘ其ノ子孫タル被告等ニ至ル迄守護禁養シ其ノ枝葉ヲ以テ右惠安齋ノ燃料ニ供シ來リタルモノナル處大正四年原告ノ亡祖父趙昌玉外原告ノ親族十數名ハ被告等ヲ相手取り當支廳大正四年民第二九八號ヲ以テ本件林野ニ對スル所有權確認ノ訴ヲ提起シタルヨリ第三審ニ至ル迄爭訟シ又大正五年原告ノ親族タル訴外趙春均外二名ハ本件林野中一〇七番地ニ付訴外朱俊燮ハ一〇六番地ニ付訴外金基誠ハ一〇四番地ニ付訴外韓洪項外二名ハ一〇二番地ニ付被告等ヲ相手取り當支廳大正五年民第二四九號ヲ以テ所有權確認ノ訴ヲ提起シタルヨリ第三審ニ至ル迄爭訟シタル結果第一審ハ被告敗訴シタルモ第二、三審ハ孰レモ被告等勝訴ト爲リ該判決確定セラレ尙前年林野調査ノ際本件林野ニ付被告等名義ニ査定セラレタルニ對シ原告ノ門族タル趙基均趙燦均趙熙均三名及右朱、金、韓氏ハ夫々不服申立ヲ爲シタルカ結局被告等所有名義ニ裁決セラレタリ以上ノ如ク本件林野ニ付從來原告ノ門中外朱、金、韓氏モ夫々所有權ヲ主張シ來リ甲第二號證作成ノ日時頃ハ右者等ノ不服申立ニ對スル裁決前ニシテ何人ノ名義ニ裁決セラレタルヤ未知ノ時ナリシヲ以テ被告等ハ右朱、金、韓等ニ對スル分ニ付考慮セスシテ全部ノ林野ヲ原告側趙氏ニ讓渡スルカ如キ契約ヲ爲スノ理由ナク又前記各訴訟ニ於テ被告等ハ訴訟費用及不服申立ノ爲費消シタル費用以外ニ訴訟代理人ニ對スル報酬數多ノ當事者ノ往復費用等ヲ合算スレバ千數百圓ニ達シ且本件林野四筆ハ同號證作成ノ當時頃金二千圓ノ價格ヲ有シタルノミナラス從來ノ訴訟査定ノ結果ヨリ被告等ニ不利ナル裁決ト爲ルヘキ憂慮ナキ當時ニ於テ金四百圓ノミノ給付ヲ受ケテ原告ニ本件林野ヲ讓渡スルカ如キ契約ヲ爲スノ理由ナシ假リニ原告主張ノ如キ和解契約アリタリトスルモ開ハ當時訴訟費用其ノ他ノ損害竝ニ山坂ノ價格カ四百圓ノミナリト誤信シタルニ基クモノナレハ契約ノ要素ニ錯誤アル無効ノ契約ナリトス尙本件契約ノ内容ニ依レハ訴外趙弘信ニ信託シ同人名義ニ本件林野ノ移轉登記手續ヲ爲スヘク約シタルモノナルコト明瞭ナル處趙弘信ハ其ノ後昭和八年六月二十二日死亡シタルヲ以テ同信託ハ受信人タル趙弘信ノ死亡ニ依リ當然消滅スヘキモノナレハ原告ノ本訴請求ハ失當ナリト謂フニ在リ

第二審裁判所ハ刑事記録中ノ公文書タル乙第十五乃至第二十四號證及乙第三十三號證等ニ徴スルトキハ甲第



二號證(契約書)ニ記名捺印アル趙熙均、趙燐均、李求馥、李求翊、李求植、李在環、李求崇、李在禧、李壽性、李唐鎬等ニ於テハ之カ印影押捺ノ事實ナク全ク甲第二號證ハ事實上不知ノ文書ナルコトヲ認メ得ヘク此ノ事情ニ乙第三號證ノ李求鍾ノ戶籍抄本ニ據レハ李求鍾ノ弟李求鐸ハ昭和六年十一月二十九日午後六時平安南道鎮南浦府碑石里二百十二番地ニ於テ死亡シタルコト極メテ明瞭ナルニ拘ラス昭和七年七月二十日ノ作成ニカカルモノト原告ノ主張スル甲第二號證ニハ死亡セル李求鐸カ恰モ生存セルモノノ如ク記名捺印アルコトノ事情ヲ綜合シ更ニ乙第十一號證李治性ニ對スル司法警察官ノ訊問調書ノ記載鈹上乙第二十三號證竝原審證人李學鎬及李求玉ノ供述ヲ參酌シ考覈スルトキハ甲第二號證ノ被告等ノ印影ハ本人以外ノ何人カノ不正押捺ニカカルモノニシテ同證ハ所謂偽造文書ニ該リ被告等ハ曾テ(昭和七年七月二十日ハ勿論)原告ト其ノ主張ノ如キ四百圓ヲ授受シテ原告主張ノ内容ノ和解契約ヲ締結シタルコトナキ事情ヲ認定スルニ足ル原審證人趙基玉ノ證言ハ措信セス然ラハ鈹上契約ノ成立シタルコトヲ前提トスル原告ノ本訴請求ハ其ノ餘ノ説明ヲ加フル迄モナク失當ナルカ故ニ之ヲ棄却スルノ外ナシト判示シ原告ノ請求ヲ排斥シタリ

### ○ 上告理由

上告理由第一點ハ原審第一回ノ口頭辯論期日ハ昭和十年五月九日ト指定セラレタルヲ以テ原告訴訟代理人ハ同日咸興地方法院北青支廳ヨリ既ニ出頭ヲ命セラレタル他ノ民事受任事件アリトノ理由ニテ其ノ證明書ヲ添へ前記期日變更申請書ヲ提出シタル處原審ハ當然右申請ニ對シ許可又ハ却下何レカノ決定ヲ爲シ得ヘキ筋合

ナルニ拘ハラス何等ノ處分ナク其ノ儘結審シ同月二十日控訴棄却ノ判決ヲ爲シタリ而シテ民事訴訟法第五百十二條第二項ノ規定ニ依レハ最初ノ期日ノ變更ハ顯著ナル理由アル場合ニ許ス事ト爲リ居ルモノニシテ前記原告代理人ノ期日變更申請ハ公文書ヲ以テ其ノ事由ヲ證明シタルカ故ニ當然許可スヘキニ拘ハラス之ヲ看過シタルハ民事訴訟法ノ立法精神ヲ没却シテ訴訟手續ヲ誤リ且原判決中事實摘示ノ第一項末段ニ依レハ當事者カ事實關係トシテ陳述セル所ト原判決摘示事實同旨ナルヲ以テ茲ニ之ヲ引用スト記載シアリテ恰モ原告代理人カ實際出頭シ事實關係ヲ陳述シタルカ如ク誤解シ尙又進ンテ第一審判決ヲ調査スルニ事實摘示中昭和七年七月二十日原告ノ亡父趙弘信右不服申立人三名被告等及亡李求鐸會合ノ上云々ト記載シアルモ右亡李求鐸會合ノ點ハ全ク原告代理人ノ陳述セサル誤記ナリ詳言スレハ甲第二號證ノ契約書中ニ李求鐸ノ名義アルカ爲メ最初同人ヲモ被告トシテ起訴シタル處第一審ニ於テ訴訟進行中右李求鐸ハ該契約書作成前タル昭和六年十一月二十九日死亡シタルコト判明シ從テ同人名下ノ印影ハ他ノ被告等カ便宜押捺シタルコトヲ覺知シ李求鐸ニ對スル部分ヲ取下ケ請求ノ趣旨ヲ訂正シタル結果同人ハ甲第二號證ノ契約ニ何等ノ關係ナキモノト爲リタリ然ルニ原審ハ前鈹ノ如ク第一審判決ノ誤記シタル事實關係ヲ出頭セサル原告代理人カ第二審ニ於テ同一ニ陳述シタルカ如ク誤解シ之ニ基キ原判決ノ理由中ニ乙第三號證ノ李求鍾ノ戶籍抄本ニ據レハ李求鍾ノ弟李求鐸ハ昭和六年十一月二十九日午後六時平安南道鎮南浦府碑石里二百十二番地ニ於テ死亡シタルコト極メテ明瞭ナルニ拘ハラス昭和七年七月二十日ノ作成ニカカルモノト原告ノ主張スル甲第二號證ニハ死亡セル李求鐸カ

恰モ生存セルモノノ如ク記名捺印アルコトノ事情ヲ綜合云々ト判斷シタルハ原告代理人ヲシテ事實訂正補充及新證據提出ノ機會ヲ失ハシメ當事者ノ主張セサル事實ヲ根據トシテ裁判ヲ爲シタル違法アリト謂フニ在リ

### ○判決理由

然レトモ訴訟代理人タル辯護士カ他ニ依頼ヲ受ケタル事件ハ爲口頭辯論期日ニ出頭シ得サルコトアルモ之ヲ以テ當該期日ヲ變更セサルヘカラサル顯著ナル事由アルモハト謂フヲ得ス本件ニ於テ原告代理人カ他ニ依頼ヲ受ケタル事件ノ口頭辯論期日ニ出頭セサルヘカラサル故ヲ以テ原院ニ對シ其ノ最初ノ口頭辯論期日ノ變更ヲ申立テタルモノナルトコロ原院ハ相手方ニ於テ同意セサルコトヲ確メ原告代理人不出頭ノ儘審理ヲ爲ス旨告知シタルコト原審口頭辯論調書ニ明ニシテ之レ原院カ原告代理人ノ期日變更申立ハ顯著ナル事由ノ存スルモノニ非スト認メ之ヲ却下セルモノト謂フヘク其ノ措置ニ所論ノ違法存スルコトナシ而シテ控訴審ニ於ケル最初ノ口頭辯論期日ニ於テ當事者ノ一方カ出頭セサルトキハ出頭セル當事者ヲシテ第一審辯論ノ結果ヲ陳述セシメ之ヲ判決ノ資料ト爲シ得ヘク斯ル場合ニ於ケル判決事實ノ摘示トシテハ出頭セル當事者ニ因テ陳述セラレタル口頭辯論ノ内容ヲ記載スヘキモノトス原審口頭辯論調書ニ依レハ出頭セル被告等代理人ニ於テ第一審ニ於ケル當事者双方ノ口頭辯論ノ結果ヲ陳述セルモノナルコト明ナレハ原判決ノ所論ノ記載ハ右陳述ノ内容ヲ摘示セルニ他ナラスシテ所論ノ誤解アルモノニアラス次ニ第一審第一回口頭辯論ニ於テ陳述セラレタル訴狀ニハ被告等會合ノ上原告主張ノ和解契約ヲ爲シタル旨記載アリテ其ノ被告等ト云ヘル中ニハ李求鐸ヲ包

含セルモノナルコト明ニシテ更ニ原告ハ其ノ第三回口頭辯論ニ於テ契約ハ趙基玉方ニテ被告等本人ト爲シタル旨釋明シ(記録第八二丁)第四回口頭辯論ニ於テ李求鐸ヲ除ク被告等代理人ヨリ李求鐸ハ昭和六年中(甲第二號證ノ日附以前)死亡シ之ヲ以テモ甲第二號證カ真正ニ成立セルモノニアラサルコトヲ主張シテ乙第三號證(戶籍謄本)ヲ提出スルヤ原告代理人ハ李求鐸ニ對スル訴ハ即時取下ケタリト雖其ノ主張スルカ如キ事實ハ甲第二號證ノ成立ヲ疑ハシムル事情ニアラスト謂フヲ得サルニ拘ラス之ニ對シテ反駁スルトコロナク(記録第一〇六丁第一〇七丁參照)第七回口頭辯論調書ニハ依然被告等十八名ハ訴外人趙熙均外二名トノ契約ナル旨主張シテ被告ノ新ニ提出セル抗辯ニ應ヘタル旨ノ記載アルニ由テ見レハ(記録第二五〇丁)原告ノ主張ハ第一審ニ於テハ李求鐸モ契約當事者ノ一員タルコトヲ以テ終始セルモノト謂フヘク原告カ原審最初ノ口頭辯論ニ備ヘテ所論ノ事實關係ヲ書面ニテ準備セルコトノ形迹アルコトナケレハ原判決カ論旨摘示ノ第一審判決摘示事實ヲ以テ原審ニ於ケル訴訟資料トシテ取扱ヘル其ノ措置ニ違法アルコトナク所論ノ如キ補充更正ノ機會ヲ失ヘリト爲スモ開ハ畢竟其ノ期日ニ出頭セス若ハ豫メ書面ヲ以テ最初ノ口頭辯論ヲ準備セサリシ原告ノ自ラ招キタル結果ニシテ之ヲ以テ原審ノ措置不當ナリトスルハ該ラス乃チ論旨ハ理由ナシトス

### ○上告理由

同第二點ハ原判決ハ其ノ理由トシテ上略甲第二號證ハ事實上不知ノ文書ナルコトヲ認メ得ヘク中略甲第二號證ノ被告等ノ印影ハ本人以外ノ何人カノ不正押捺ニ係ルモノニシテ同證ハ所謂偽造文書ニ該リ云々ト認定ス

レトモ元來私文書ハ民事訴訟法第三百二十六條ニ依リ本人ノ署名又ハ捺印アルトキハ之ヲ真正ナルモノト推定スヘキモノナルカ故ニ本件甲第二號證モ亦被告等ニ於テ其ノ名下ノ印影ヲ認ムル以上ハ確實ナル反證ナキ限リ當然真正ナルモノト推定セサルヘカラス然ルニ原判決ハ前記ノ如ク甲第二號證ヲ事實上不知ノ文書トカ又ハ被告等ノ印影ハ本人以外ノ何人カノ不正捺捺ニ係ルモノニシテ所謂偽造文書トカ曖昧ナル認定ヲ爲シタルハ結局確實ナル反證ニ依リ眞實何人カ偽造シタルモノト確信ノ上爲シタル認定ニアラスシテ被告ノ提出シタル各證據ヲ綜合シ一應ノ憶測ヲ爲シタルニ過キス果シテ憶測スル程度ナラハ未タ確實ナル反證ナキ被告等ノ抗辯ヲ排斥シ法律上ノ推定ヲ爲スヘキニ拘ハラズ事茲ニ出テサリシハ證據取捨ノ法則ヲ誤リ審理不盡ノ違法アリ加之一體他人ノ印章ヲ不正ニ使用スル事ハ實際困難ニシテ殊ニ甲第二號證ノ如ク被告等十七名ナル多數人ノ印章ヲ不正ニ捺捺スルコトハ事實上到底有リ得ヘキコトニアラス此點ヨリ觀察スルモ原判決ノ認定ハ實驗法則ニ違反シタルモノナリ茲ニ一言スヘキ點ハ第一審證人趙基玉ノ民事法廷ニ於ケル陳述ト刑事法廷ニ於ケル供述ヲ對照スルニ甲第二號證作成ノ際立會人員數ノ差アルモ同號證カ偽造ニアラスシテ正當ニ成立セラレタル點ニ付テハ何等ノ變更ナク假リニ甲第二號證作成ノ際事實上被告等全部カ立會セサリシトスルモ今日一般社會觀念トシテ他人ニ自己ノ印章ヲ交付シ代理行爲ヲ爲ス場合往々アルカ故ニ被告等全部カ立會セサル一事ヲ以テハ直ニ偽造シタルモノト速斷スヘキモノニアラスト謂フニ在リ

○ 判決理由

然レトモ原判決カ其ノ前段ニ事實上不知ノ文書ト謂ヘルハ同所ニ判示セル訴外人及被告等ノ關與セサル證書ナリトノ趣旨ニシテ結局同人等ニ對スル關係ニ於テ偽造ナリトセルニ他ナラス其ノ後段ノ判示ハ右ノ者等ヲ包含スル被告等全部ニ對シテ偽造ナリトセルモノニシテ要スルニ原判決認定ノ趣旨ハ甲第二號證ヲ以テ偽造文書ナリト謂フニ在レハ判示ニ矛盾アルコトナク其ノ援用ニ係ル證據ニ徵スレハ之ヲ認定シ得サルニ非ス而モ其ノ認定ハ所論ノ如ク實驗則ニ反スルモノト謂ハサルヘカラサルコトナシ若夫レ趙基玉ノ證言ハ原院カ措信セサルコト判文上明白ナルニ於テ論旨末段ハ畢竟原審ノ職權ニ屬スル證據ノ取捨判斷ヲ非議スルモノニシテ理由ナシ乃チ論旨ハ凡テ採容シ難シトス

○ 土地賃貸借登記抹消請求事件

(昭和十年十一月十二日民事部判決棄却)

【原告】 被控訴人 被告上告人 權 吳 法外十五人  
 【被告】 控訴人 上告人 安 章 法 訴訟代理人辯護士 李 愚 益

【第一審】 釜山地方法院馬山支廳 【第二審】 大邱覆審法院

○ 判示事項

既存登記ノ流用

既存登記ノ流用

○判例要旨

抵當權登記後登記セラレタル民法第六百二條所定期間ヲ超ユル貸借ノ登記ハ其ノ後競落人ト同一貸借權者トノ間ニ締結セラレタル新ナル貸借ノ公示方法タルニ適セサルモノトス

〔參照〕民法第七十七條 不動産ニ關スル物權ノ得喪及ヒ變更ハ登記法ノ定ムル所ニ從ヒ其登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

同法第六百五條 不動産ノ貸借ハ之ヲ登記シタルトキハ爾後其不動産ニ付キ物權ヲ取得シタル者ニ對シテモ其效力ヲ生ス

民事訴訟法第七百條 配當表ヲ實施シタル後裁判所ハ配當調書及ヒ競落決定ノ正本ヲ登記判事ニ送付シテ左ノ諸件ヲ囑託ス

可シ

第一 競落人ノ所有權ノ登記

第二 競落人ノ引受ケサル不動産上負擔記入ノ抹消

第三 第六百五十一條ノ規定ニ從ヒ爲シタル記入ノ抹消

右登記及ヒ抹消ニ關スル總テノ費用ハ競落人之ヲ負擔ス可シ

○事實

原告ノ原審ニ於ケル請求原因ノ要旨ハ本件土地ハ元訴外辛東植ノ所有ナリシトコロ同人カ昭和四年五月二十五日之ニ他ノ所有地ヲ併セ訴外朝鮮殖産銀行ニ對シ限度金額五千圓ノ根抵當權ヲ設定シ同銀行ハ昭和七年九月九日債權ト共ニ該抵當權ヲ訴

外河相權ニ讓渡シ同人ハ更ニ之ヲ昭和八年一月二十日訴外加藤平太郎ニ讓渡シ同訴外人カ同年十一月十三日抵當權實行ノ結果其ノ土地全部ヲ競賣手續ニヨリ買得シタル後昭和九年三月其中ノ土地ノ内本件ノ土地六十筆ヲ別紙目錄記載ノ通原告等ニ散賣シタルモノナルカ先是昭和八年九月十四日釜山地方法院昌寧出張所受附第七二八〇號ヲ以テ本件土地及其ノ他ノ土地ニ付被告ハ義兄タル訴外辛東植トノ間ニ存續期間ヲ同月六日以降向フ滿一ケ年間トスル貸借契約ヲ締結シタル旨ノ登記ヲ爲シ更ニ同年十月二十日附同所受附第七八二一號ヲ以テ右貸借契約ノ存續期間ヲ右同六日ヨリ昭和十八年九月五日迄ノ滿十年間ト變更スル旨ノ變更登記ヲ爲シタルモ該貸借ハ前記抵當權設定後ニ係リ且民法第六百二條所定期間ヲ超過シタル契約ナルカ故ニ同法第三百九十五條ニ依リ當然無効ニシテ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得ス隨テ本件ノ土地ニ付其ノ抵當權者及競落人ノ地位ヲ承繼シ完全ナル所有權ヲ取得シタル原告等ニ對抗スルコトヲ得サルヤ言フ俟タサルヲ以テ被告ニ對シ其ノ貸借登記ノ抹消登記手續ヲ求ムルモ應セサルニ依リ本訴ニ及ヒタリ尙被告ノ抗辯ニ對シ訴外加藤平太郎カ被告主張ノ如ク本件貸借ヲ承認シタルコトナシト謂フニ在リ

被告答辯ノ要旨ハ民法第六百二條所定期間ヲ超ヘタル貸借契約ト雖モ抵當權者ニ對抗シ得サルノミニシテ貸借契約當事者間ニハ有效ナルコト民法第三百九十五條ノ反面解釋ニヨリ明ニシテ尙抵當權者ニ損害ヲ及ホス貸借契約ナリシモ當然無効ナルニ非スシテ裁判所ニ請求シテ其ノ解除ヲ命セシムルコトヲ得ヘキノミ且同請求ハ抵當權者カ競賣前ニ之ヲ爲スヘキモノナリ若シ抵當權者カ競賣前ニ之ヲ爲サスシテ其ノ儘不動産ヲ競賣ニ付シタルトキハ其ノ貸借ハ第六百二條ノ期限ヲ受ケスシテ完全ニ不動産ノ負擔トシテ存續シ競落人ニ於テ之ヲ引受クヘク最早其ノ解除並登記抹消請求ヲ爲シ得サルモノニシテ換言スレハ民法第三百九十五條ハ專ラ抵當權者ト貸借人トノ關係ヲ規定シタルモノニシテ抵當權者カ其ノ權利ヲ實行シテ競賣不動産ノ競落人トナリタル場合ニハ同條ヲ適用スヘキモノニ非ス從テ原告等カ本件貸借カ民法第六百二條所定期間ヲ超過シタリトノ故ヲ以テ當然無効ナリト主張スルハ不法ニシテ尙本件土地ノ前所有者タル訴外加藤平太郎ハ其ノ抵當權實