



0012213-000

CZ-2114-G2



高等法院判決録

司法協会

第23卷 (昭和11年)

1937. 7

ACA



高等法院藏版

高等法院判決錄

昭和十一年
第二十三卷

司法協會發行

13

CZ
Z114
G2



高等法院判決錄

昭和十一年
第二十三卷

民事判決

法令別目次索引

一 民 法.....	三
一 朝鮮民事令.....	三
一 信 託 法.....	四
一 不動產登記法.....	四
一 朝鮮土地改良令.....	五
一 商 法.....	五
一 手 形 法.....	六
一 民事訴訟法.....	七

一 競賣法……………三三

一 民事訴訟費用法……………三六



高等法院判決集

第二十三卷
昭和十一年

法令別目次

民法

第一編 總則

第四章 法律行為

第一節 總則

○賣渡證書ノ解釋ト賣渡擔保……………一八七

○賣渡擔保ト登記義務……………二五七

第九十條

第二節 意思表示

○妾契約ノ破棄ト損害賠償……………四九

○賣渡證書ノ解釋ト賣渡擔保……………一八七

第九十五條

○民法第九十五條但書ト立證責任……………二二

第三節 代理

第一百十條

○越權行爲ト代理權トノ關係……………三三二

第六章 時效

第一節 總則

第一百四十七條

○連帶債務者ノ一人ニ對スル差押ト時效中斷ノ效力……………三六九

第二節 取得時效

第一百六十二條

○取得時效ノ要件タル占有ノ起算點……………三七五

第三節 消滅時效

第一百六十六條

目次

○寄託物返還請求權ノ消滅時效……………五九

第二編 物權

第一章 總則

第一百七十七條

○賣渡擔保ト登記義務……………二五七

○取得時效ノ要件タル占有ノ起算點……………三七五

第二章 占有權

第一節 占有權ノ取得

第一百八十七條

○取得時效ノ要件タル占有ノ起算點……………三七五

第三章 所有權

第二節 所有權ノ取得

第二百四十二條

民法第九十五條但書ト立證責任……………二二

○家屋ニ設置シタル上水道給水用具タル所謂管末設備ト抵當權ノ目的ノ範圍……………二二二

第十章 抵當權

第一節 總 則

第三百七十條

○家屋ニ設置シタル上水道給水用具タル所謂管末設備ト抵當權ノ目的ノ範圍……………二二三

第二節 抵當權ノ效力

第三百八十一條

○民法第三百八十一條ノ通知ト根抵當ニ依ル擔保債權ノ確定……………二六七

第三百八十三條

○抵當權ノ滌除ト第三取得者ノ特ニ指定スル金額……………二二四

第三編 債 權

第一章 總 則

第二節 債權ノ效力

第四百十五條

○解除權ノ留保ト違約金ノ特約……………二二一

第四百二十條

○契約金ニ關スル約旨ト契約ノ解除……………二一五

○解除權ノ行使ト違約金ノ特約……………二二一

第四百二十三條

○代位訴訟ト保全スヘキ債權ニ付テノ確定判決……………二一九

第四百二十四條

○抵當土地ノ賣却ト詐害行爲……………二四九

○辨濟期未到來ノ債權ト詐害行爲……………二〇二

第三節 多數當事者ノ債權

第四百二十七條

○共同買受人ト必要的共同訴訟……………一六一

第四百三十四條 ○連帶債務者ノ一人ニ對スル差押ト時效中斷ノ效力……………三六八

第四百四十條 ○連帶債務者ノ一人ニ對スル差押ト時效中斷ノ效力……………三六八

第五節 債權ノ消滅

第四百八十三條

○電話加入權ノ讓渡ト代物辨濟……………三六

第四百九十四條

○履行準備ノ通知ト供託ノ效力……………一八七

第二章 契約

第一節 總則

第五百三十三條

○辨濟期ヲ異ニスル債務ト同時履行……………三八三

第五百四十條

○契約金ニ關スル約旨ト契約ノ解除……………一〇五

○解除權ノ留保ト違約金ノ特約……………一一一

第五百四十二條

○所謂定期行爲ナリヤ否ノ判斷……………四五

第三節 賣買

○賣渡證書ノ解釋ト賣渡擔保……………一八七

○賣渡擔保ト登記義務……………二五七

第五百五十七條

○解除權ノ留保ト違約金ノ特約……………一一一

第五百六十六條

○民法第五百六十六條ニ所謂契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサル事情……………二四七

第五百七十條

○建物ノ賣買ト隠レタル瑕疵……………二四七

第五百七十七條

○民法第五百七十七條ニ所謂抵當權ノ登記……………九七

第七節 賃貸借

第六百一條

○自動車ノ賃借人ト民法第七百十五條ノ責任……………一二

○賃貸借ノ目的物ノ使用收益ト賃料支拂ノ義務……………三五七

第六百九條

○民法第六百九條ノ收益ノ意義……………四二〇

第十一節 寄託

第六百六十二條

○寄託物返還請求權ノ消滅時效……………五九

第六百六十六條

○寄託物返還請求權ノ消滅時效……………五九

第四章 不當利得

第七百三條

○水利組合ノ滯納處分ト不當利得……………三〇

第五章 不法行爲

第七百九條

○妾契約ノ破棄ト損害賠償……………四二九

第七百十條

○妾契約ノ破棄ト損害賠償……………四二九

第七百十五條

○自動車ノ賃借人ト民法第七百十五條ノ責任……………一二

第七百二十二條

○不法行爲ニ因ル損害賠償ノ額ト被害者ノ過失……………一

第四編 親 族

第五章 親 權

第一節 總 則

第八百七十八條

○民法第八百七十八條ト後見規定準用ノ範圍……………八六

第二節 親權ノ效力

第八百八十六條

○不動産ニ關スル裁判上ノ和解ト親權ヲ行フ母ノ代理權……………三〇六

第六章 後 見

第二節 後見ノ機關

第九百八條

○民法第八百七十八條ト後見規定準用ノ範圍……………八六

第七章 親族會

第九百五十一條

○代理人若ハ使者ヲ以テスル親族會ノ決議ト不服ノ訴……………一九五

第五編 相 續

第一章 家督相續

第一節 總 則

第九百六十六條

○戶主相續請求ニ關スル訴訟行爲ト親權者ノ代理權……………三九七

朝鮮民事令

第十一條

○離籍ニ關スル慣習……………二二八

○分財請求權ノ拋棄ト慣習……………三二

○戸主相續回復請求ニ關スル訴訟行爲ト親權者ノ代理權……………三九七

○離縁ノ訴ノ提起期間ニ關スル慣習……………四〇一

信託法

第十一條

○訴訟行爲ヲ爲サシムルコトヲ主タル目的トスル信託行爲ト當事者ノ主張……………三九

不動産登記法

第四章 登記手續

第一節 通則

第二十七條

○反對給付ト引換ニ所有權移轉登記ヲ爲スヘク命セラレタル判決ニ基ク登記申請……………二七九

第三十五條

○反對給付ト引換ニ所有權移轉登記ヲ爲スヘク命セラレタル判決ニ基ク登記申請……………二七九

朝鮮土地改良令

第四十七條

○水利組合ノ滯納處分ト不當利得……………三〇

商法

第二編 會社

第四章 株式會社

第二節 株式

第四百四十四條

○商法第四百四十四條第二項ノ適用……………七三

第三節 會社ノ機關

第一百七十六條

○監査役數人アル場合ト其ノ承認……………三〇九

第三編 商行爲

第一章 總 則

第二百六十五條

○米穀兼貸金業者ノ貸借契約ト商行爲……………四二二

手形法

第一編 爲替手形

第二章 裏 書

第十六條

○手形裏書ノ成立ニ關スル所持人ノ立證責任……………一五七

第十七條

○償還義務ノ履行ト振出人ノ支拂ノ抗辯……………三三九

第二編 約束手形

第七十七條

○手形裏書ノ成立ニ關スル所持人ノ立證責任……………一五七

○償還義務ノ履行ト振出人ノ支拂ノ抗辯……………三三九

民事訴訟法

第一編 總 則

第二章 當事者

第一節 當事者能力及訴訟能力

第四十五條

○不動産ニ關スル裁判上ノ和解ト親權ヲ行フ母ノ代理權……………三〇六

第五十條

○不動産ニ關スル裁判上ノ和解ト親權ヲ行フ母ノ代理權……………三〇六

第二節 共同訴訟

第六十二條

○共同買受人ト必要的共同訴訟……………一六一

第四章 訴訟手續

第一節 口頭辯論

第三百三十九條

○請求ノ變更ト民事訴訟法第三百三十九條ノ適用……………一七二

第四百十三條

○書記ノ捺印ヲ缺ク判決言渡調書ト判決言渡ノ效力……………二七四

第四百四十七條

○書記ノ捺印ヲ缺ク判決言渡調書ト判決言渡ノ效力……………二七四

第四節 裁 判

第八十六條

○訴訟行為ヲ爲サシムルコトヲ主タル目的トスル信託行為ト當事者ノ主張……………二二九

第二百一條

○代位訴訟ト保金スヘキ債權ニ付テノ確定判決……………二二九

○民事訴訟法第二百一條第一項ニ所謂承繼人……………三五二

第二編 第一審ノ訴訟手續

第一章 地方裁判所ノ訴訟手續

第一節 訴

第二百三十二條

○請求ノ變更ト民事訴訟法第三百三十九條ノ適用……………一七二

第三編 上 訴

第一章 控 訴

第三百七十七條

○口頭辯論ノ結果ノ陳述ト當事者一方ノ不出頭……………二〇

第四編 再 審

第四百二十條

○民事訴訟法第四百二十條第二項後段ト起訴猶豫處分……………一八一

○偽造文書カ再審事由ヲ爲ス場合……………二九一

○特別授權ノ欠缺ト再審期間……………三〇六

第四百二十四條

○特別授權ノ欠缺ト再審期間……………三〇六

第四百二十五條

○特別授權ノ欠缺ト再審期間……………三〇六

第六編 強制執行

第一章 總 則

第五百十八條

○反對給付ト引換ニ所有權移轉登記ヲ爲スヘク命セラレタル判決ニ基ク登記申請……………二七九

第二章 金錢ノ債權ニ付テノ強制執行

第一節 動産ニ對スル強制執行

第五百七十二條

○株券引渡請求權ニ對スル強制執行……………六五

第六百條

○株券引渡請求權ニ對スル強制執行……………六五

第六百十條

○株券引渡請求權ニ對スル強制執行……………六五

第六百十四條

○株券引渡請求權ニ對スル強制執行……………六五

第六百十五條

○株券引渡請求權ニ對スル強制執行……………六五

第六百十七條

○株券引請求權ニ對スル強制執行……………六五

第二節 不動産ニ對スル強制執行

第六百五十條

○競賣申立ノ取下ト假差押登記ノ抹消……………六

第六百七十九條

○手續上ノ瑕疵ト競落ノ效果……………五二

第三章 金錢ノ支拂ヲ目的トセサル債權ニ付テノ強制執行

第七百三十條

○株券ノ引渡請求權ニ對スル強制執行……………六五

第七百三十六條

○反對給付ト引換ニ所有權移轉登記手續ヲ爲スヘク命セラレタル判決ニ基ク登記申請……………二七九

競賣法

第三章 不動産ノ競賣

第三十二條

○手續上ノ瑕疵ト競落ノ效果……………五二

民事訴訟費用法

第一條

○訴訟代理人ノ要シタル旅費止宿料ト訴訟費用……………一四三

宣告日別目次

一月分

二月分

事件名	判示事項	參照條文	事件當號	宣告月日	頁數
○損害賠償及慰藉料請求	不法行為ニ因ル損害賠償ノ額ト被害者ノ過失	民法第七百二十二條	昭和十一年 民上第四五四號	昭和十一年 一月十四日	一
○假差押登記抹消請求	競賣申立ノ取下ト假差押登記ノ抹消	民事訴訟法第六百五十條	同 民上第四四七號	同 一月二十一日	六
○墓基撤去請求	民法第九十五條但書ト立證責任	民法第九十五條	同 民上第四五八號	同 一月二十一日	二
○不當利得請求	水利組合ノ滯納處分ト不當利得	朝鮮土地改良令第四十七條 民法第七百三條	同 民上第四九一號	同 一月二十一日	三〇
○損害賠償請求	所謂定期行為ナリヤ否ノ判斷	民法第五百四十二條	昭和十年 民上第五〇九號	昭和十一年 二月四日	四五
○土地所有權移轉登記抹消請求	手續上ノ瑕疵ト競落ノ效果	競賣法第三十二條 民事訴訟法第六百七十九條	同 民上第五五四號	同 二月四日	五二
○保管金請求	寄託物返還請求權ノ消滅時效	民法第六百六十二條 同第六十六條 同第六十六條	同 民上第五二一號	同 二月十四日	五九

事件名 判示事項

參照條文

事件番號

宣告月日

頁數

二六

○競賣無效確認等請求	株券引渡請求權ニ對スル強制執行	同第十四條 同第六十五條 同第六十七條 同第六十七條 同第七十條 同第七十二條	昭和十年 民上第五三四號	昭和十一年 二月十四日	六五
○損害賠償請求	商法第四百四十四條第二項ノ適用	商法第四百四十四條	昭和十年 民上第五二三號	昭和十一年 三月六日	七三
○假處分申請	民法第八百七十八條ト後見規定準用ノ範圍	民法第八百七十八條	同 民上第四二六號	同 三月十三日	八八
○損害賠償請求	民法第五百七十七條ニ所謂抵當權ノ登記	民法第五百七十七條	同 民上第五八一號	同 三月十七日	九七
○損害賠償請求事件	契約金ニ關スル約旨ト契約ノ解除	民法第四百二十條	同 民上第六一六號	同 三月十七日	一〇五
○林野分割及所有權移轉登記手續請求	解除權ノ留保ト違約金ノ特約	民法第五百五十七條 同第四百二十五條	同 民上第六四四號	同 三月十七日	一一一
○慰藉料請求	自動車ノ賃借人ト民法第七百十五條ノ責任	民法第六百一五條	同 第六三九號	同 三月二十日	一二一
○土地所有權移轉登記抹消	代位訴訟ト保全スヘキ債權ニ付テノ確定判決 訴訟行為ヲ爲サシムルコトヲ主タル目的トスル信託行為ト當事者ノ主張	民法第四百二十三條 民法第四百二十五條 民法第四百二十五條 民法第四百二十五條 民法第四百二十五條 民法第四百二十五條 民法第四百二十五條 民法第四百二十五條 民法第四百二十五條 民法第四百二十五條	同 第六四三號	同 三月二十七日	一二九

四月分

○訴訟費用額確定申立事件 ニ對スル抗告	訴訟代理人ノ要シタル旅費止宿料ト訴訟費用	民事訴訟費用法第一條	昭和十一年 民抗第一號	昭和十一年 四月七日	一四三
○土地所有權移轉登記抹消請求	抵當土地ノ賣却ト詐害行為	民法第四百二十四條	同 民上第三九號	同 四月二十八日	一四九
○約束手形金請求	手形裏書ノ成立ニ關スル所持人ノ立證責任	手形法第七十七條 同第十六條	同 民上第六四號	同 日	一五七

五月分

○土地所有權移轉登記請求	共同買受人ト必要ノ共同訴訟	民事訴訟法第六十二條	昭和十一年 民上第一八號	昭和十一年 五月十九日	一六一
○土地所有權確認及保存登記抹消登記手續請求	請求ノ變更ト民事訴訟法第三百二十九條ノ適用	民事訴訟法第二十二條 同第三十九條	同 民上第四八、四九號	同 五月十九日	一七二
○約束手形金請求	民事訴訟法第四百二十條第二項後段ト起訴猶豫處分	民事訴訟法第四百二十條	同 民上第一五〇號	同 五月十九日	一八二
○土地所有權移轉登記手續請求	賣渡證書ノ解釋ト賣渡擔保履行準備ノ通知ト供託ノ效力	民法第四百九十四條	同 民上第一四三號	同 五月二十六日	一八七

六月分

○親族會決議取消請求	代理人若ハ使者ヲ以テスル親族會ノ決議ト不服ノ訴	民法第九百五十一條	昭和十一年 民上第七〇號	昭和十一年 六月二日	一九五
○詐害行為取消請求	辨濟期未到來ノ債權ト詐害行為	民法第四百二十四條	昭和十一年 民上第一六五號	同 六月五日	二〇二

二七

事件名

判示事項

參照條文

事件番號

宣告月日

頁數

○違約金請求

口頭辯論ノ結果ノ陳述ト當事者一方ノ不出頭

民事訴訟法第三百七十七條

昭和十一年
民上第二〇七號

同
六月二十六日

二一〇

七月分

○離婚請求

離婚ニ關スル慣習

民事令第十一條

昭和十一年
民上第二四三號

昭和十一年
七月三日

二一八

○根抵當權設定登記抹消請求

抵當權ノ除去ト第三取得者ノ特ニ指定スル金額

民法第三百八十三條

同
民上第二三五號

同
七月七日

二二四

○給水用具名義變更請求

家屋ニ設置シタル水道給水用具タル所謂管末設備ト抵當權ノ目的物ノ範圍

民法第二百四十二條
同第三百七十條

同
民上第二五五號

同
七月十七日

二三三

○約束手形金請求

償還義務ノ履行ト振出人ノ支拂ノ抗辯

手形法第七十七條
同第十七條

同
民上第二七九號

同
七月二十八日

二三九

九月分

○土地建物賣買代金返還請求

建物ノ賣買ト隠レタル瑕疵民法第五百六十六條ニ所謂契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサル事情

民法第五百七十條
同第五百六十六條

昭和十一年
民上第三五〇號

昭和十一年
九月四日

二四七

○林野所有權移轉登記抹消請求

賣渡擔保ト登記義務

民法第七十七條

同
民上第三四二號

同
九月八日

二五七

○競賣手續不許及抵當權設定登記抹消請求

民法第三百八十一條ノ通知ト根抵當ニ依ル擔保債權ノ確定

民法第三百八十一條

同
民上第三六三號

同
九月二十二日

二六七

○賣掛代金請求再審事件

書記ノ捺印ヲ缺ク判決言渡調書ト判決言渡ノ效力

民事訴訟法第四百十七條
同第四百十三條

同
民上第三三二號

同
九月二十九日

二七六

十月分

○土地所有權移轉登記抹消登記手續履行請求

反對給付ト引換ニ所有權移轉登記手續ヲ爲スヘク命セラレタル判決ニ基ク登記申請

民事訴訟法第七百三十六條
同第五百十八條
同第三百五十五條

昭和十一年
民上第三八六號

昭和十一年
十月六日

二七九

○抵當權設定登記抹消請求再審事件

偽造文書カ再審事由ヲ爲ス場合

民事訴訟法第四百二十條

同
民上第三三〇號

同
十月九日

二九一

○所有權移轉登記手續請求再審事件

不動産ニ關スル裁判上ノ和解ト親權ヲ行フ母ノ代理權特別授權ノ欠缺ト再審期間

民事訴訟法第四十五條
同第五十條
同第四十條
同第四百二十五條
同第四百二十五條
朝鮮民事令第七條

同
民上第三九九號

同
十月十三日

三〇六

○土地所有權移轉登記手續履行請求

分財請求權ノ拋棄ト慣習

同
民上第三二、三三號

同
十月十三日

三一二

○爲替手形金請求

電話加入權ノ讓渡ト代物辨濟

民法第四百八十三條

同
民上第三八八號

同
十月十六日

三二八

○貸貸料及損害賠償請求

賃貸借ノ目的物ノ使用收益ト賃料支拂ノ義務

民法第六百一條

同
民上第三八五號

同
十月二十日

三五七

○請求ニ關スル異議

連帶債務者ノ一人ニ對スル差押ト時效中斷ノ效力

民法第四百十七條
同第四百三十四條
同第四百四十四條

同
民上第三九一號

同
十月二十日

三六八

事件名 判 示 事 項

參照條文

事件番號

宣告月日

頁數

○土地登記抹消登記手續履行請求	越權行為ト代理權トノ關係	民法第一百條	昭和十一年 民上第三四五號	昭和十一年 十一月十六日	三三二
○土地登記抹消手續履行請求	民事訴訟法第二百一條第一項ニ所謂承繼人	民事訴訟法第二百一條	同 民上第四〇四號	同年 十一月十七日	三五二
○土地引渡請求	取得時効ノ要件タル占有ノ起算點	民法第六十二條 同第八十七條 同第七十七條	同 民上第四八七號	同年 十一月二十七日	三七五
○賣買代金返還請求	辨濟期ヲ異ニスル債務ト同時履行	民法第五百三十三條	同 民上第四四〇號	同年 十一月二十七日	三八三
○賣掛代金請求	監查役數人アル場合ト其ノ承認	商法第七十六條	同 民上第五〇三號	同年 十一月二十七日	三九〇
十二月分					
○戶主相續權回復	戶主相續回復請求ニ關スル訴訟行為ト親權者ノ代理權	民法第九百六十六條 朝鮮民事令第十一條	昭和十一年 民再第一號	昭和十一年 十二月一日	三九七
○養子離縁請求	離縁ノ訴ノ提起期間ニ關スル慣習	朝鮮民事令第十一條	同 民上第四六五號	同 十二月八日	四〇一
○貸金請求	米穀兼貸金業者ノ貸借契約ト商行爲	商法第二百六十五條	同 民上第六〇、六三號	同 十二月十八日	四一二
○小作料請求	民法第六百九條ノ收益ノ意義	民法第六百九條	同 民上第五八二號	同 十二月二十六日	四二〇
○慰藉料請求	妾契約ノ破棄ト損害賠償	民法第九十條 同第七百九條 同第七百十條	同 民上第五八六號	同 十二月二十六日	四二九

刑事判決

法令別目次索引

一 刑法	三
一 刑事訴訟法	三八
一 藥品及藥品營業取締令	三五
一 法人ニ於テ租稅ニ關シ事犯アリタルトキノ處罰ニ關スル件(明治三十三年法律第五十二號)	三六
一 朝鮮總督府所屬官署委任事項規定改正ニ關スル件	三六
一 會計法	三七
一 會計規則	三七
一 朝鮮總督府及所屬官署會計事務章程	三七
一 工事請負入札人心得書	三六

法令別目次

刑法

第一編 總則

第二章 刑

第二十一條

○刑法第二十一條ノ解釋……………

四四五

第二編 罪

第十一章 往來ヲ妨害スル罪

第二百二十九條

○列車機關士ノ注意義務……………

六八五

第十七章 文書偽造ノ罪

第一百五十五條

○裁判所雇員ト公文書偽造罪……………六三

第二十章 偽證ノ罪

第一百六十九條

○虚偽ノ證言ノ裁判ニ對スル影響ノ有無ト偽證罪ノ成立……………六九

第二十一章 誣告ノ罪

第一百七十二條

○懲戒處分權ヲ有セサル者ニ對スル虚偽ノ申告ト誣告罪ノ成立……………七〇九

第二十三章 賭博及ヒ富籤ニ關スル罪

第一百八十五條

○飲食物ノ對價ノ決メ方ト刑法第一百八十五條但書ノ適用……………六八九

○娛樂的賭戲……………六八一

第二十八章 過失傷害ノ罪

第二百一十一條

○列車機關士ノ注意義務……………六八五

○自動車運轉手ノ業務ト注意義務……………四三九

第三十七章 詐欺及ヒ恐喝ノ罪

第二百四十六條

○競争入札ニ於ケル談合協定ノ違法……………四四九

○一般請負契約ニ於ケル談合協定ト詐欺罪ノ成否……………四四九

第三十九章 贓物ニ關スル罪

第一百五十六條

○二重賣買ト贓物罪……………六三二

藥品及藥品營業取締令

第二十四條

○藥品及藥品營業取締令違反ニ對スル法人ノ刑事責任……………六七

法人ニ於テ租稅ニ關シ事犯アリタルトキノ處罰ニ

關スル件(明治三十三年法律第五十二號)

第一條

○藥品及藥品營業取締令違反ニ對スル法人ノ刑事責任……………六七

朝鮮總督府所屬官署委任事項規定改正ニ關スル件

○金融組合聯合會支部長ノ懲戒處分ヲ促ス職權……………七〇九

會計法

第七章 契約

第三十一條

○競争入札ニ於ケル談合協定ノ違法……………四四九

○一般請負契約ニ於ケル談合協定ト詐欺罪ノ成否……………四四九

會計規則

第七章 契約

第二節 一般競争契約

第九十七條

○競争入札ニ於ケル談合協定ノ違法……………四四九

第四節 隨意契約

○朝鮮總督府鐵道工事ノ請負ニ於ケル隨意契約ノ意義……………四四九

○一般請負契約ニ於ケル談合協定ト詐欺罪ノ成否…………… 四四九

朝鮮總督府及所屬官署會計事務章程

第五章 契約

第一百十九條

○朝鮮總督府鐵道工事ノ請負ニ於ケル隨意契約ノ意義…………… 四四九

工事請負入札心得書

第二條

○競争入札ニ於ケル談合協定ノ違法…………… 四四九

○朝鮮總督府鐵道工事ノ請負ニ於ケル隨意契約ノ意義…………… 四四九

○一般請負契約ニ於ケル談合協定ト詐欺罪ノ成否…………… 四四九

刑事訴訟法

第一編 總 則

第六章 書類

第五十六條

○數名ノ被告人中一部ニ對スル關係ニ付宣誓ナキ證人訊問調査ノ效力…………… 四四九

第七十一條

○公判調査及豫審請求書ニ於ケル契印ノ缺如ト其ノ效力…………… 四四九

第十三章 證人訊問

第一百九十六條

○數名ノ被告人中一部ニ對ス關係ニ付宣誓ナキ證人訊問調査ノ效力…………… 四四九

第十五章 通 譯

第二百三十二條

○國語ニ通セサル被告人ニ對スル判決ノ言渡ト通事ノ要否……………六六

第十六章 訴訟費用

第二百四十二條

○訴訟費用ノ裁判ノ附隨性……………六三

第二編 第一審

第四章 公判

第一節 公判準備

第三百二十條

○公判期日ニ於ケル續行期日ノ告知ト不出頭辯護人ニ對スル召喚手續……………四九

第二節 公判手續

第三百四十一條

○公判廷ニ提出シタル證據物ト刑事訴訟法第三百四十一條ノ證據調……………四五

宣告日別目次

二月 分

事件名	判示事項	參照條文	事得當號	宣告月日	頁數
○詐欺及横領被告	公判廷ニ於テ提出シタル證據物ト刑事訴訟法第三百四十一條ノ證據調	刑事訴訟法第三百四十一條	昭和十年刑上一五八號	昭和十一年二月十日	四三五
○業務上過失致傷被告	自動車運轉手ノ業務ト注意義務 競争入札ニ於ケル談合協定ノ違法 朝鮮總督府鑛道工事ノ請負ニ於ケル 隨意契約ノ意義 一般請負契約ニ於ケル談合協定ト詐欺罪ノ成否	刑法第二百一十一條 會計規則第九十七條 工部省請負入札人心 得書第二條 會計法第三十一條 會計規則第七章第 四節 朝鮮總督府及所屬 官署會計事務章程 第百九條 刑法第二百四十六 條 刑事訴訟法第三百 二十條 同第七十一條 同第七十六條 同第九十六條	同 刑上一九〇號	同 二月十七日	四三九
○詐欺被告	公判期日ニ於ケル續行期日告知ト不出頭辯護人ニ對スル召喚手續 公判調書及豫審請求書ニ於ケル契印 ノ缺如ト其ノ效力 數名ノ被告人中一部ニ對スル關係ニ 付宣言ナキ證人訊問調書ノ效力	刑法第二十一條 同第七十一條 同第七十六條 同第九十六條	昭和十一年刑抗第二號	昭和十一年三月二日	四四五
○刑ノ執行ニ對スル異議	刑法第二十一條ノ解釋	刑法第二十一條	昭和十一年刑抗第二號	昭和十一年三月二日	四四五

三月 分

五月分

○公文書變造行使業務橫領
被告

裁判所雇員ト公文書偽造罪

參照條文
刑法第一百五十五條

事件番號
昭和十一年
刑上第二〇號

宣告月日
昭和十一年
五月四日

頁數
六一三

六月分

○傷害被告

訴訟費用ノ裁判ノ附隨性

刑事訴訟法第二百
四十二條

昭和十一年
刑上第六五號

昭和十一年
六月十八日

六二三

七月分

○藥品及藥品營業取締令違
反被告

藥品及藥品營業取締令違反ニ對スル
法人ノ責任

藥品及藥品營業取
締令第二十四條
法人ニ於テ租稅ニ
關シ事犯アリタル
トキノ處罰ニ關ス
ル件(明治三十三年
法律第五十二
號)第一條

昭和十一年
刑上第五六號

昭和十一年
七月十六日

六二七

○贓物故買被告

二重賣買ト贓物罪

刑法第二百五十六
條

昭和十一年
刑上第八四號

同
七月二十日

六三二

○賭博被告

飲食物ノ對價ノ決メ方ト刑法第八十
五條但書ノ適用

刑法第八十五條

昭和十一年
刑上第七〇號

同
七月二十日

六三九

八月分

○偽證被告

虛偽ノ證言ノ裁判ニ對スル影響ノ有
無ト偽證罪ノ成立

刑法第六十九條

昭和十一年
刑上第一〇一號

昭和十一年
八月二十四日

六六九

九月分

○放火被告

國語ニ通セサル被告人ニ對スル判決
ノ言渡ト通事ノ要否

刑事訴訟法第二百
三十二條

昭和十一年
刑上第一三二號

昭和十一年
九月十七日

六七六

十月分

○賭博被告

娛樂的賭戲

刑法第八十五條

昭和十一年
刑上第八九號

昭和十一年
十月十六日

六八一

十一月分

○業務上過失汽車顛覆損壞
告

列車機關士ノ注意義務

刑法第二百二十九
條

昭和十一年
刑上第一〇四號

昭和十一年
十一月三十日

六八五

十二月分

○誣告私文書毀棄被告

懲戒處分權ヲ有セサル者ニ對スル虛
偽ノ申告ト誣告罪ノ成立
金庫組合聯合會支部長ノ懲戒處分ヲ
促ス職權

刑法第七十二條
朝鮮總督府所屬官
署委任事項規程改
正ニ關スル件

昭和十一年
刑上第一五三號

昭和十一年
十二月二十
八日

七〇九

朝鮮高等法院判決錄

昭和十一年第二十三卷

民事判決

○損害賠償及慰藉料請求事件

(昭和十一年民上第四五四號 棄却)
(昭和十一年一月十四日民事部判決)

【原告】 被控訴人 被上告人 韓 順 福

【被告】 控訴人 上告人 安 鍾 錄

【第一審】 全州地方法院群山支廳 【第二審】 大邱覆審法院

○判示事項

不法行爲ニ因ル損害賠償ノ額ト被害者ノ過失

○判例要旨

裁判所カ訴訟ニ現ハレタル資料ニ基キ被害者ニ過失アリト認ムヘキ場合ハ不法行爲ニ因ル損害賠償ノ額ヲ判定スルニ付賠償義務者ノ主張ヲ俟ツコトナク職權ヲ以テ之ヲ斟酌シ得ルハ勿論ナリト雖然カモ尙之ヲ斟酌スルト否トハ裁判所ノ自由ニ決シ得ヘキトコロニシテ必ス斟酌セ

不法行爲ニ因ル損害賠償ノ額ト被害者ノ過失

サルヘカラサルモノニアラス從テ此ノ點ニ關シ賠償義務者ヨリ何等ノ主張モナク且裁判所ニ於テ其ノ裁量ニヨリ之ヲ斟酌セサル場合ニ於テハ其ノ之ヲ斟酌セサル事由ヲ判示スルヲ要セス

【參照】 民法第七百二十二條(第一項略)

被害者ニ過失アリタルトキハ裁判所ハ損害賠償ノ額ヲ定ムルニ付キ之ヲ斟酌スルコトヲ得

○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中居里金甲照ノ長女金玉姬ヲ娶リ内縁ノ夫婦トシテ一時同棲シタルモ其ノ關係圓滿ナラス昭和九年陰六月中協議ノ上離別シタルカ是ヨリ先金玉姬ハ原告ト同棲中同年陰二月頃ヨリ被告ノ長男安鶴洙ト密通シ居リ被告ハ之ヲ知りテ却テ之ヲ庇護スル意味ニ於テ居里區長トシテ原告ヨリ右金玉姬トノ間ニ於ケル婚姻届書ノ作成及提出方ノ依頼ヲ受ケ何等ノ手續ヲ爲ササルニ不拘原告ニ對シテハ之カ手續ヲ爲シタル旨虚偽ノ答ヲ爲シ原告ヲ欺キタルコトヲ知り爾來原告ハ被告親子及金玉姬ニ對シ不懌不快ノ感想ヲ抱キ居リタル折柄金玉姬カ被告方ニ潜伏シ居ルコトヲ探知シタルヲ以テ原告ハ昭和九年十二月二十四日頃被告方ニ到リ金玉姬ヲ捕ヘ其ノ不都合ヲ叱責シ居面警察官駐在所ニ同行セムトシタル所被告親子ハ其ノ場ニ來リ共ニ原告ヲ毆打シタルニ依リ原告ハ尺骨ヲ折傷シ其ノ他身體各部ニ打撲傷ヲ受ケ今日ニ至ルモ全癒セス休業ヲ爲シ居ル次第ナリ而シテ原告ハ右負傷ノ爲メ群山府内東華醫院及群山道立醫院ニ於テ診察治療ヲ受ケ右東華醫院ニ藥代金四圓八十錢處置料金八圓「レントゲン」料金四圓診斷書料金二十五圓ヲ群山道立醫院ニ對シ「レントゲン」寫真料其ノ他藥代等ヲ合セ計金十圓二十五錢ヲ各支拂ヒタルヲ以テ以上合計金五十二圓五錢ノ損害ヲ蒙リ尙原告ハ農業ノ傍勞動ニ從事シ居ルモノナル所前記ノ如ク昭和九年十二月二十四日以後今日ニ至ル迄ノ間ニ於テ百十九日ノ久シキニ互リ休業ヲ爲シ一日金六十錢ノ得ヘカリシ利益合計金七十一圓四十錢ヲ要求シ尙原告ハ右傷害ノ爲メ精神的ニ受ケタル苦痛甚

大ナルヲ以テ慰藉料トシテ金百圓ヲ請求スヘク以上合計金二百二十三圓四十五錢ハ畢竟被告ノ不法行爲ニ因リ生シタル損害ナルニ依リ之カ賠償ヲ求ムル爲メ本訴ニ及ヒタル旨主張シ尙傷害罪ニテ原告被告雙方ヨリ告訴ヲ爲シタル結果被告ハ昭和十年四月群山支廳ニ於テ略式命令ニ依リ罰金二十圓ニ處セラレ原告モ亦昭和九年十二月二十一日同廳ニ於テ略式命令ニ依リ科料金十圓ニ處セラレタリ原告ハ財產ナク他人ノ土地ヲ小作シ其ノ傍勞動ヲ爲シ辛クシテ生活ヲ爲シ居ルモノニシテ被告ハ動不動產ヲ併セ三百八十圓ノ資産ヲ有シ年収入三百圓アルモノナリ尙被告主張ノ婚姻無効ノ訴ヲ提起シ戶籍訂正ヲ爲シタル事實ハ之ヲ認ムト謂フニ在リ

被告答辯ノ要旨ハ被告ハ原告ヨリ金玉姬トノ婚姻届出方ノ依頼ニ基キ届書ヲ作成シ届出ヲ爲シタルトコロ昭和九年ニ至リ原告ト同居同名ノ異人ニシテ而モ同一番地ニ居住スル韓順福(女)ナル者ト婚姻シタルカ如ク誤テ戶籍ニ登録セラレ居ルコトヲ發見シ大ニ驚キ直ニ此ノ旨ヲ原告ニ告ケ婚姻無効ノ訴ヲ提起セシメテ戶籍訂正ヲ爲シタル次第ニシテ決シテ何等ノ手續ヲモ爲サザリシニアラス然ルニ原告ハ被告カ婚姻届ニ關シ故意ニ何等ノ手續ヲモ爲サザリシカ如ク誤解シ又金玉姬カ被告ノ長男ト情ヲ通シ且ツ被告方ニ潜伏セルモノト邪推シ昭和九年十二月二十四日夜陰ニ乘シ被告方ニ侵入シ携帶シタル棍棒ヲ以テ被告ヲ毆打創傷シタルモノニシテ當時被告ハ原告ノ右不法行爲ニ對シ防衛上已ムテ得ス原告ニ輕微ナル傷害ヲ加ヘタルコトアルモ之ハ所謂自己ノ權利ヲ防衛スル爲メ已ムコトヲ得サルニ出テタルモノニシテ損害賠償ノ義務アルコトナシ原告ハ農業ノ傍勞動ニ從事シ居リテ其ノ勞動賃金カ一日金六十錢ナルコトハ之ヲ認ムルモ其ノ他原告主張ノ數額ハ之ヲ否認ス而シテ原告主張ノ如ク原告被告互ニ傷害罪ニ付告訴ヲ爲シタル末原告ハ科料金十圓ニ被告ハ昭和十年三月二十七日罰金二十圓ニ各處セラレ該裁判カ確定シタルコトハ之ヲ認ムト謂フニ在リ

第二審裁判所ハ證據ニ依リ被告ハ昭和九年十二月二十四日原告ノ内縁ノ妻タリシ金玉姬カ其ノ離別前被告ノ長男安鶴洙ト密通シタルニ拘ラス被告ハ之ヲ庇護スル爲メ居里區長トシテ故意ニ原告ノ婚姻届出ノ手續ヲ妨害シタリトノコトニ關シ原告ト口論ノ末原告ヲ毆打シ右側上眼瞼部打撲傷、左側前膊上三分ノ一部尺骨ノ皮

不法行爲ニ因ル損害賠償ノ額ト被害者ノ過失

下完全骨折ノ傷害ヲ與ヘ全治七週間ヲ要セシメタルニ因リ原告ハ其ノ間業務ニ從事スル能ハサリシモノナル事實ヲ認メ被告ノ抗辯ヲ排斥シ乃チ被告ハ原告ニ對シ前記傷害ニ因ル原告ノ損害ヲ賠償スヘキ義務アルモノトス仍テ其ノ數額ヲ案スルニ原審證人李道俊ノ供述及同供述ニヨリ成立ヲ確ムヘキ甲第一、二、三號各證及成立ニ爭ナキ甲第四號證ノ記載内容ヲ綜合スレハ原告ハ前記認定ノ傷害診療ノ爲東華醫院ニ對シ金四十一圓八十錢、群山道立醫院ニ對シ金十圓二十五錢合計金五十二圓五錢ヲ支拂ヒタル事實及原告ハ前記傷害ニ因リ四十九日間休業シタルモノナル事實ヲ認メ得ヘク右認定ニ抵觸スル被告代理人依用ノ證據ハ當院ノ措信セサルトコロナリ而シテ原告カ勞働ニヨリ一日金六十錢ノ賃金ヲ取得シ得ヘキ事實ハ被告代理人ノ認ムルトコロナレハ原告ハ右四十九日ノ休業ニヨリ二十九圓四十錢ノ取得シ得ヘカリシ利益ヲ喪失シタルモノト謂フヘク又原告ハ前記傷害ニヨリ肉體上精神上苦痛ヲ受ケタルコト人情上當然ナレハ被告ハ原告ノ財產以外ノ損害ニ對シテモ賠償ヲ爲シ之レカ慰藉ノ方法ヲ講スヘキモノト謂フヘキトコロ當事者辯論ノ全趣旨ニヨリ認ムヘキ被告ハ年收三百圓アリ動不動產ヲ併セテ金三百八十圓ノ資産ヲ有シ原告ハ農業ノ傍勞働ニ從事シ一日六十錢ノ賃金ヲ取得スルニ過キササルモノナル事實ヲ參酌スレハ被告ハ原告ニ對シ財產以外ノ損害ノ賠償トシテ金三十圓ヲ支拂フヘキモノト認ム故ニ被告ハ原告ニ對シ敍上合計百一十一圓四十五錢及之ニ對スル本件第一審訴狀送達ノ翌日ナル昭和十年四月二十六日以降年五分ノ割合ニヨル損害利息ヲ支拂フ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

上告理由ハ本件傷害ハ原告(被上告人)カ自己ノ内縁ノ妻金玉姬(但昭和九年陰六月中協議離別)ト被告(上告人)ノ長男安鶴洙トカ密通セリト邪推シ又被告ハ此ノ事實ヲ知り却ツテ之ヲ庇護スル意味ニ於テ同里區長トシテ原告ヨリ右金玉姬トノ間ニ於ケル婚姻届書ノ作成及提出ノ依頼ヲ受ケ乍ラ故意ニ之ヲ提出セサリシモノト誤解シ又昭和九年十二月二十四日右金玉姬カ被告方ニ潜伏シ居ルモノト妄想シテ同夜夜陰ニ乘シテ被告方ニ不法ニ侵入セルニ起因スルコトハ全記録ヲ通シテ明カナリ而シテ原告ノ右ノ如キ想像カ全クノ誤解ニ基キ(殊ニ甚シキハ被告カ原告ヨリ區長トシテ頼マレタル婚姻届ヲ故意ニ提出セサリシト云フ點ナリ原告ノ主張ニ依レハ原告ノ妻ト被告ノ長男トカ密通セリト稱スルハ昭和九年陰二月以後ナルニ其ノ以前タル昭和八年中ニ頼マレタル婚姻届ヲ同人等ヲ庇護スル爲メニ故意ニ提出セサル筈ナシ)而モ夜陰ニ乘シテ他人ノ住居ニ侵入セルモノナルカ故ニ原告ニモ重大ナル過失アリト謂フヘク果シテ然ラハ假令賠償義務者ヨリ特ニ此ノ點ニ關スル主張ナシトスルモ裁判所ハ之カ賠償額ニ影響スルヤ否ヤヲ判示スル事ヲ要ス(大審院昭和二年(オ)第八○二號判決御參照)ルニ拘ラス原裁判所カ之ヲ判示セラレサリシハ審理不盡ノ違法アルモノト信スト謂フニ在リ

○ 判決理由

然レトモ裁判所カ訴訟ニ現ハレタル資料ニ基キ被害者ニ過失アリト認ムヘキ場合ハ不法行爲ニ因ル損害賠償ノ額ヲ判定スルニ付賠償義務者ノ主張ヲ俟ツコトナク職權ヲ以テ之ヲ斟酌シ得ルハ勿論ナリト雖然カモ尙之

不法行爲ニ因ル損害賠償ノ額ト被害者ノ過失

ヲ斟酌スルト否トハ裁判所ノ自由ニ決シ得ヘキトコロニシテ必ス斟酌セサルヘカラサルモノニアラス從テ此點ニ關シ賠償義務者ヨリ何等ノ主張モナク且裁判所ニ於テ其ノ裁量ニヨリ之ヲ斟酌セサル場合ニ於テハ其ノ之ヲ斟酌セサル事由ヲ判示スルヲ要スルモノニアラス然ルニ本件ニ於テ被害者タル原告ニ過失アリト認ムヘキ事情ノ存スルコトハ原判文上未タ必スシモ明カナリト謂フヲ得サルノミナラス賠償義務者タル被告ヨリ過失ニヨル損害賠償額ノ斟酌ヲ主張シタル形跡ナキカ故ニ假ニ記録上所論事實ヲ看取シ得トスルモ原判決カ所論ノ點ニ付何等判示スルトコロナカリシハ正當ニシテ違法ナリト謂フヲ得ス論旨ハ採用ノ餘地ナシ

○假差押登記抹消請求事件

(昭和十一年一月二十一日民事部判決 破毀差戻)

〔原告〕 被控訴人 上告人 禹 壽 萬 訴訟代理人 辯護士 岡 忠 孝
 〔被告〕 控訴人 被上告人 高橋式三郎 訴訟代理人 辯護士 水野正之丞
 〔第一審〕 公州地方法院江景支廳 〔第二審〕 京城覆審法院

○判示事項

競賣申立ノ取下ト假差押登記ノ抹消

○判例要旨

- 一 不動産ニ對スル假差押カ競賣申立ニ因リ本差押ニ移轉シタル場合ニ於テ競賣申立ノ取下アルトキハ假差押ノ登記モ抹消セラルヘキ關係ニ在ルモノトス
- 二 如上ノ場合ニ競賣申立記入登記ノミ抹消セラレ假差押登記カ殘存セラル場合ハ不動産ノ所有者ハ債權者ノ協力ニ因リ申請ヲ以テ直接登記官吏ニ之カ抹消ヲ求メ得ヘク債權者之ニ協力セサルトキハ判決ヲ以テ之ニ代フルコトヲ得ルモノトス

〔參照〕 民事訴訟法第六百五十條(第一、二項略)
 競賣申立ノ取下ニ因リテ差押ハ消滅ス

○事實

原告代理人ノ原審ニ於ケル請求原因ノ要旨ハ被告ハ訴外李啓春ニ對シ債權アリテ其ノ債權ニ付強制執行ヲ保全スル爲メ昭和八年當廳民申第二九一號假差押決定ニ依リ扶餘出張所受附同年六月十二日第五九七〇號ヲ以テ當時李啓春所有ノ扶餘郡扶餘面舊衙里三七番地番千五百八十九坪外四十三筆ニ對シ假差押登記ヲ爲シ次テ支拂命令ニ假執行ノ宣言ヲ得之ニ基キテ右土地ノ強制競賣(當廳昭和八年民執第一三二號)ヲ申請セシカ該土地ニハ訴外金良玄ノ債權金六千圓ノ第一番抵當權、原告ノ債權金三千圓ノ第二番抵當權設定アリ尙他ニモ李啓春ハ多クノ負債アリテ強制執行ニ依リテハ幾許ノ辨濟ヲモ受クル能ハサル狀

競賣申立ノ取下ト假差押登記ノ抹消

態ナリシヲ以テ被告ハ李啓春ニ對シ内金一千圓ヲ辨濟スルニ於テハ爾餘ノ債權ハ李啓春ニ於テ身代持直シ迄猶豫シ遣ハスヘキ旨申向ケ李啓春モ亦競賣ニテハ其ノ代金低廉ナルコト明カニシテ不利益ナレハ被告ノ申出ヲ承諾シタリ而シテ李啓春ハ原告ニ對シ和解成立ノ願末ヲ告ケ前記土地ノ買受方ヲ懇請シタル結果同年九月二十八日李啓春トノ間ニ代金壹萬圓ヲ以テ賣買契約ヲ締結シ翌二十九日李啓春ニ代り金一千圓ヲ被告ニ支拂ヒタル結果被告ハ同日右強制競賣ノ取下ヲ爲シ同年十月二日強制競賣申立登記ハ抹消セラレタルカ被告ハ前示ノ如ク強制競賣ノ取下ヲ爲シタルニ拘ラス其ノ前提トシテ爲シタル假差押登記ハ其ノ儘ニ放置シ抹消ヲ爲ササル爲メ原告ハ土地ノ利用ヲ妨ケラレ居ル次第ニ付既ニ存在理由ヲ失ヒタル右假差押登記抹消ノ登記手續ヲ求ム尙本訴ハ物權ニ基ク妨害排除ヲ求ムルモノニシテ民事訴訟法所定ノ異議ノ訴ニアラス又民法第四百二十三條ニ基ク代位權行使ニ依ルモノニモアラスト謂フニ在リ

被告答辯ノ要旨ハ本件ノ競賣ノ取下ハ被告ノ意思ニ出テタルモノニ非ス且ツ訴外李啓春ニ對シ猶ホ債權ヲ有スルヲ以テ全部ノ辨濟ヲ受ケサル限り本件請求ニ應スル能ハスト謂フニ在リ

第二審裁判所ハ執行名義乃至之ニ基ク執行處分ノ不當ヲ攻撃スルコトナクシテ單ニ既ニ適法ニ爲サレタル囑託ニ依ル登記名義ヲ漫然所有權ノ效果ニ對抗セシメテ之カ記載ノ抹消ヲ求メシムルハ法ノ認容セサル所ナリ、而モ執行保全處分ノ法律效果ハ本執行ノ着手アルニヨリ當然失效セシメラル理由ナク依然其ノ效力ヲ持續延長スヘキモノナルト共ニ被告ニ於テ乙第一號證ノ一、二(公文書ノ點及李啓春名下ノ印影等ニ付當事者間爭ナキ事實ヨリシテ文書全部ノ成立ヲ認定ス)記載ノ李啓春ニ對スル債權ノ殘元利債權四千六百十八圓餘ヲ取立ツヘク執行力アル債務名義ニ基キテ之カ強制的満足ヲ得ムカ爲ニ爲サレタル本件強制競賣手續ハ依然進行中ニシテ曾テ有效ニ之カ競賣取下ヲ爲シタルコトナク他方被告上元利殘債權カ現存シテ未タ辨濟其ノ他

ノ消滅原因ナキ限り被告上假差押處分ハ依然有效ニ存續ノ必要アルヘク從テ假差押ノ執行トシテ爲サレタル登記簿ノ記載ハ之ヲ第三者タル原告ヨリ求メテ抹消セシメラルヘキモノニアラサルハ言ヲ俟タス當審證人高橋きくゑ及姜熙烈ノ證言ヲ綜合考覈スルトキハ、執行債務者李啓春ハ昭和八年九月二十八、九日頃使用人盧榮勳等ヲシテ被告方ニ赴カシメ其ノ留守中ヲ奇貨トシ被告ノ妻ニ對シ執行債權者タル被告トノ間ニ昭和八年九月二十日以後ハ金千圓ノ一部辨濟ヲ受領シテ競賣ノ取下ヲ爲スヘキ旨ノ合意ナキニ拘ラス尙ホ之レアリト詐言ヲ構ヘシメテ被告ノ妻ヲ欺罔シ錯誤ニ陥ラシメ爾ク誤信セシメテ金千圓ヲ受領セシメタル上所持ノ競賣ノ取下申立書ニ擅ニ被告本人ノ印章ヲ押捺セシメテ之ヲ同人ヨリ受取り當時執行裁判所ニ提出シタルカ被告ニ於テハ固ヨリ毫末モ之ニ關與セス該競賣取下ノ意思ナキコト推認スルニ餘リアルカ故ニ被告ノ申立テタル本件強制競賣ハ現時依然トシテ有效ニ存續スヘク被告上取下行爲ハ何等法律上ノ效力ヲ發生スルニ由ナキコト當然ナリ而モ當審證人林教洙ノ供述ニ據レハ債務者李啓春ハ該競賣土地ヲ除キテハ他ニ資力ナキコトヲ認メ得ヘク而モ他ニモ多額ノ負債アルコトハ原告ノ自供スル所ナルト共ニ右土地ノ價格カ當時一萬千圓以上ニ値スルコトハ被告上證人姜熙烈ノ供述ニ據リ認メ得ヘキヲ以テ被告ハ競賣ヲ實行スルコトニ依リ優ニ千圓以上ノ辨濟ヲ受ケ得ヘキコト極メテ見易キ所ニシテ當時被告自身ニ於テモ一萬千圓位ニテ右土地ヲ競落セムトノ心組ニテ土地ノ實地調査ニ出掛ケ居タル留守中ニ李啓春ノ被告上策動的欺罔行爲ノ行ハレタルコト被告上證人高橋きくゑ及姜熙烈ノ供述ニ據リ認メ得ラルルカ故ニ之等ノ事情ノ下ニ於テハ被告カ競賣期日ノ前日タル昭和八年

九月二十九日ニ債務者李啓春ヨリ金千圓ノ一部辨濟ヲ受取リテ競賣ノ取下ヲ申立ツルカ如キハ到底通常ノ状態ニ在リテハ首肯シ得サル所ナリ甲第六號證(金千圓ノ受領證)モ被告ノ妻カ擅ニ被告ノ留守中ニ冒捺作成シタルモノニシテ其ノ宛名ノ禹壽萬名義ハ盧榮勳等ノ命令ニ從ヒ其ノ言フカ儘ニ書シタルモノニカカリ禹壽萬ナルモノカ如何ナル人物ナリヤ固ヨリ被告ノ妻ノ關知セザリシコト亦右證人高橋さくゑノ供述スル所ナリ左レハ甲第一、二、三號證中競賣取下ノ趣旨ノ記載ハ事實ニ反セル無効ノモノト謂フヘク甲第四號證ニハ昭和八年九月二十日迄ニ現金千圓也ヲ支拂フ時ハ競賣ヲ取下クル旨ノ記載アルモ其ノ期限ハ當事者間嚴守スヘキ旨確約シタルコトハ同書中ニ「必ス」ナル文言ヲ特ニ記載セシコトニヨリ明瞭ニシテ從テ同號證ヲ以テ昭和八年九月下旬(二十日以後)尙競賣取下ノ合意アリト爲ス證左ト爲スヲ得ス其ノ他原告ノ立證ハ敍上認定ヲ妨クルモノナシ然ラハ本訴ハ不當ナリト判示シ原告ノ請求ヲ排斥シタリ

○ 上告理由

上告理由第一點ハ本訴ノ事實及法律關係ハ被告ハ訴外李啓春ニ對スル債權ノ執行ヲ保全スル爲同人所有ノ土地ニ對シ假差押命令ヲ得其ノ執行トシテ昭和八年六月十二日假差押登記ヲ爲シ次イテ債務名義ヲ得テ強制執行(強制競賣)ニ移轉セシカ右訴外人ト和解ノ結果同年九月二十九日強制競賣ノ申立ヲ取下ケ且其ノ登記ヲ抹消シタリ原告ハ同年九月二十八日該土地ヲ右訴外人ヨリ買受ケ同年十月二日所有權移轉登記ヲ受ケタルカ被告ハ既ニ其ノ存在理由ヲ失ヒタル右假差押登記ヲ其ノ儘放置シ原告ノ所有權ノ内容ノ完全ナル實現ヲ妨ケ居

ルヲ以テ其ノ妨害ノ除去(假差押登記ノ抹消)ヲ訴求シタモノテアル然ルニ原判決ハ訴訟ノ形式ニ付「執行名義乃至之ニ基ク執行處分ノ不當ヲ攻撃スルコトナクシテ單ニ既ニ適法ニ爲サレタル囑託ニ依ル登記名義ヲ漫然所有權ノ效果ニ對抗セシメテ之カ記載ノ抹消ヲ求メシムルハ法ノ認容セサル所ナリ」ト云ヒ又執行保全處分ノ效果ニ付「執行保全處分ノ法律效果ハ本執行ノ着手アルニヨリ當然失效セシメラル理由ナク依然其ノ效力ヲ持續延長スヘキモノナリ」ト論斷セラレタカ首肯シ難イ見解テアル案スルニ假差押ハ金錢債權又ハ金錢債權ニ換ハリ得ヘキ債權ノ爲ニ其ノ執行保全ヲ目的トシ強制執行ハ債權ノ内容ヲ實現シ其ノ結果ヲ享有スルコトヲ目的トスルモノテアル法典ハ假差押ニ付強制執行ノ手續ニ關スル規定ノ準用ヲ必要トスルコトカ多イカラ強制執行ノ編下ニ總括シテ居レトモソレハ立法上ノ便宜ニ出テタルモノニ他ナラスシテ兩者ハ全ク其ノ本領使命ヲ異ニスルモノテアル蓋シ強制執行ヲ爲スニハ債務名義アルコトヲ必要トスル然ルニ債務名義ヲ得ル爲ニハ多クノ時間ヲ要シ其ノ間ニ債務者ノ財產状態ニ變更ヲ生シ強制執行ノ目的ヲ達シ能ハサルコトカアルカラ其ノ危険ヲ豫防シ債務者ノ財產状態ヲ維持セネハナラヌ必要カアル假差押ハ即チソレヲ目的トスル執行保全處分テアツテ強制執行ノ一部トシテ先行的ニ行ハルルモノテハナイ此處ニ假差押ト強制執行トハ截然タル相違カアリ兩者常ニ運命ヲ共ニスヘキモノテハナイテアル從ツテ假差押ノ基本タル債權カ債務名義確定シテ強制執行ニ轉移シ競賣開始決定ニ依ツテ差押ヲ宣言セラレ其ノ決定カ送達セラレ且競賣申立登記カ爲サレタル以上之ニ依リテ強制執行ノ爲ニスル差押ハ完全ニ確立スルヲ以テ假差押ハ本執行ノ差押ニ變リ

(動産ノ場合モ同様ナル) 執行保全處分ノ使命ハ茲ニ終了シ假差押ノ効力ノ消滅スヘキハ執行保全ノ性質上當然ノ理ニシテ執行保全ノ差押ノ効力ト強制執行ノ差押ノ効力トカ併存兩立スヘキモノテハナイノテアル管ニ理論上然ルソミナラス爾後債務者カ假差押ノ執行ヲ停止シ又ハ取消スコトヲ得ル爲ニ假差押命令ニ掲ケラレタル金額ヲ供託シテ假差押ノ執行ヲ免ルル權利ノ消滅スルコトモ亦右効力ノ消滅ヲ例證スルモノト信スル原判決カ説ク所ノ假差押ノ效果ノ持續延長ナルモノカ假差押命令若クハ假差押ノ取消カ決定又ハ判決ニ依テ宣言セラレサル間ハ何時マテモ永久無限ニ持續延長ストノ意ナルヤ將又強制執行ノ終了ニ至ルマテ持續延長ストノ意ナルヤハ何等説示スル所ナキヲ以テ之ヲ知ルヲ得サルモ若シ前者ノ意ナランニハ本執行ニ依ツテ既ニ目的ヲ達スルモ猶且執行保全ノ效果アリトスルモノニシテ其ノ不合理ナルヤ言フマテモナク若シ又後者ノ意ナランニハソレハ取消ノ宣言カナクトモ實質上假差押ノ効力ノ消滅ヲ肯定スルモノテハアルケレトモ執行保全處分ト強制執行トヲ同一視スルモノニシテ失當ノ見解ト云ハサルヲ得ナイ何トナレハ強制執行ノ實現ニ依ツテ其ノ保全處分テアツタ假差押ハ強制執行ノ差押ニ變リ其ノ使命ヲ果シタ譯テアルカラ最早假差押ノ効力ヲ認メナケレハナラヌ必要モ根據モナイ譯テアルカラテアル左レハ假差押ノ生命ハ死滅シ假差押登記ノミカ單ニ空虛ナル殘骸ヲ留ムルニ過キナイノテアツテ實質上執行力ナルモノハ存在セサル筋合テアルカラ執行異議ノ訴ヲ以テ攻撃スヘキ目標ハナイ譯テアル蓋シ執行異議ノ訴ノ目的トスル所ハ執行力ノ排除ヲ求ムルモノテアツテ執行力ノ消滅シタコトヲ確認セシムルモノテナイカラ現ニ執行力ヲ有スルモノヲ目標トスヘキ

モノナルハ自明ノ理テアリ消滅シタル執行力ノ排除ヲ求ムルカ如キハ意義ヲ爲サナイモノテアル勿論假差押登記ハ假差押命令ノ執行トシテ裁判所カ囑託シテ爲シタルモノテアルケレトモ然シソレハ元々被告ノ行爲ニ基因セルモノテアリ而シテ假差押ノ執行力ハ前述ノ如ク實質上消滅シ登記簿上單ニ殘骸ヲ留ムルニ過キナイノテアルカラ通常訴訟ニ依リ之カ抹消ヲ求ムルコトハ毫モ違法テナイト信スル次第テアル從テ此ノ點ニ關スル前示判決ノ論難ハ本訴ニ關スル限り當ラナイ非難ニシテ失當テアルト謂フニ在リ

○判決理由

按スルニ假差押ノ効力ハ強制執行保全ノ爲ニ存スルモノナルカ故ニ他日強制執行ノ要件カ完備セル場合ニハ當然本差押ニ轉移シ差押ノ効力ハ假差押ノ執行ノ當初ヨリ生シタルニ歸ス從テ爾後假差押命令若クハ之カ執行ニ對スル異議ハ獨立シテ主張スルノ餘地ナシト謂フヘキナリ然リ而シテ不動産ニ對スル強制競賣ニ因ル差押ノ効力ハ取下ニ因テ消滅スヘキコト民事訴訟法第六百五十條第三項ノ明定スルトコロニシテ右競賣申立カ曩ニ爲シタル假差押ノ執行ニ連接シタルモノナルトキハ取下ノ効力ハ本差押ニ轉移シタル効力ノ全部ニ及フヘキコト當然ナレハ假差押ノ執行トシテ爲サレタル登記ハ無原因ト爲リ抹消セラレヘキ關係ニ在ルコト殆ント疑フ容レヌ唯其ノ抹消ノ方法ニ關シテハ現行法規ノ解釋上必スシモ明瞭ナリトセス競賣申立ノ取下アルトキ執行裁判所ニ於テ競賣申立ニ基ク曩ノ記入登記ノ抹消ヲ囑託シテ爲ス今日實際上ノ取扱ハ差押ノ効力消滅シタル結果執行裁判所トシテ競賣手續ヲ續行スヘカラサルコト明白ニシテ即チ競賣申立記入登記ノ抹消原因

極メテ明確ナルト共ニ斯ル方法ニ依據スルノ結果ハ事ヲ迅速ニ運セ手續ノ完結ヲ圓滑ナラシムル便宜ニ出テタルニ他ナラスシテ其ノ抹消ニ付執行手續上ノ利害關係人カ登記ヲ求メ若クハ登記ニ協力スヘキ權限ヲ有セサルカ爲ニアラス本差押ニ轉移セラレタル假差押登記ノ抹消モ亦之ト同一關係ニ在ルモノト謂フヘク抹消セラレヘキ當初ノ假差押登記カ當初執行裁判所ノ囑託ニ係ルカ故ニ抹消モ亦囑託ニ因ラサルヘカラスト做ス理論上ノ根據アルコトナシ從テ競賣申立ノ取下アルトキ假差押記入登記ヲモ囑託抹消セシムルハ手續上妥當ナル運用ナリト謂フヘキモ執行裁判所カ競賣申立ノ記入登記ノ抹消登記ノ囑託ヲ爲シ假差押登記ニ及ハスシテ事件ヲ完結セシメタルトキハ債務者ハ債權者ノ協力ニ因リ申請ヲ以テ直接登記官吏ニ對シ之カ抹消登記ヲ求メ得ヘク債權者之ニ協力セサルトキハ判決ヲ以テ之ニ代ユルコトヲ得ヘシ此ノ關係ハ土地所有者ノ立場ヨリ見レハ常ニ土地所有權ニ對スル侵害排除權ノ一態様ニ他ナラサルカ故ニ債務者ヨリ土地所有權ヲ承繼セル第三者ハ取下ニ因ル差押ノ效力ノ消滅ヲ主張シ所有權ノ侵害排除ヲ理由トシテ假差押登記ノ抹消ヲ訴求シ得サルヘカラスト此ノ場合ニ假差押ニ對スル攻撃方法ヲ採ラサルヘカラストスル問題ノ凡ソ生スル餘地ナシト謂フヘシ本件ニ於テ訴外李啓春所有土地ニ付昭和八年六月十二日被告カ同訴外人ニ對スル假差押ノ執行トシテ爲シタル假差押登記記入アリ次テ假執行ノ宣言アル支拂命令ニ基キ同年八月十日競賣申立登記カ執行裁判所ノ囑託ニ因九月二十九日付被告名義ノ競賣申立取下書ノ提出アリテ同年十月二日競賣申立登記カ執行裁判所ノ囑託ニ因リ抹消セラレタルコト原告ハ李啓春ヨリ本件土地ヲ買受ケ所有權取得登記ヲ了セルコトハ當事者間爭ナク原

告ハ競賣申立ノ取下ニ因リ假差押登記ハ無原因ナリト主張シ所有權ニ基キ之カ抹消ヲ求ムルトコロナルカ故ニ果シテ右取下カ有效ニ爲サレタリトセハ殘存セル假差押登記ハ原告所有權ノ侵害トシテ土地所有者タル原告ニヨリ之カ抹消ヲ求メ得ヘキ關係ニ在ルコト敍上說示セルトコロニヨリ明瞭ナリトス然ルニ原判決ハ「執行名義乃至之ニ基ク執行處分ノ不當ヲ攻撃スルコトナクシテ單ニ既ニ適法ニ爲サレタル囑託ニ依ル登記名義ヲ漫然所有權ノ效果ニ對抗セシメテ之カ記載ノ抹消ヲ求メシムルハ法ノ認容セサルトコロナリ」ト判示シ原告カ假差押登記ヲ目シテ所有權行使ノ妨害ヲ爲スモノナリトノ主張ヲ理由ナシトセルハ法則ヲ誤解セルモノニシテ論旨理由アリ

○ 上告理由

同第四點ハ原判決ハ強制執行取下ノ效果ヲ否定スル理由トシテ「當審證人高橋さくゑ、姜熙烈ノ證言ヲ綜合考覈スルトキハ執行債務者李啓春ハ昭和八年九月二十八、九日頃使用人盧榮勳等ヲシテ被告方ニ赴カシメ其ノ留守中ヲ奇貨トシ被告ノ妻ニ對シ執行債權者タル被告トノ間ニ昭和八年九月二十日以後ハ金千圓ノ一部辨濟ヲ受領シ競賣ノ取下ヲ爲スヘキ旨ノ合意ナキニ拘ラス尙之アリト詐言ヲ構ヘシメテ被告ノ妻ヲ欺罔シ錯誤ニ陥ラシメ爾ク誤信セシメテ金千圓ヲ受領セシメタル上所持ノ競賣ノ取下申立書ニ擅ニ被告本人ノ印章ヲ押捺セシメ之ヲ同人ヨリ受取り當時執行裁判所ニ提出シタルカ被告ニ於テハ固ヨリ毫末モ之ニ關與セズ該競賣取下ノ意思ナキコト推認スルニ餘リアルカ故ニ被告ノ申立テタル本件強制競賣ハ現時依然トシテ有效ニ存續

スヘク敍上取下行爲ハ何等法律上ノ效力ヲ發生スルニ由ナキコト當然ナリ而モ當審證人林教洙ノ供述ニ據レハ債務者李啓春ハ該競賣土地ヲ除キテハ他ニ資力ナキコトヲ認メ得ヘク而モ他ニモ多數ノ負債アルコトハ原告ノ自供スル所ナルト共ニ右土地ノ價格カ當時一萬千圓以上ニ値スルコトハ敍上證人姜熙烈ノ供述ニ據リ認メ得ヘキヲ以テ被告ハ競賣ヲ實行スルコトニ依リ優ニ千圓以上ノ辨濟ヲ受ケ得ヘキコト極メテ見易キ所ニシテ當時被告自身ニ於テモ一萬千圓位ニテ右土地ヲ競落セントノ心組ニテ土地ノ實地調査ニ出掛ケ居タル留守中ニ李啓春ノ敍上策動的欺罔行爲ノ行ハレタルコト敍上證人高橋さくゑ及姜熙烈ノ供述ニ據リ認メ得ラルルカ故ニ之等ノ事情ノ下ニ於テハ被告カ競賣期日ノ前日タル昭和八年九月二十九日ニ債務者李啓春ヨリ金千圓ノ一部辨濟ヲ受取リテ競賣ノ取下ヲ申立ツルカ如キハ到底通常ノ状態ニ在リテハ首肯シ得サル所ナリト説カレテ居ル此ノ認定ノ當否ヲ究明スルニハ勢ヒ事實ニ觸レサルヲ得サルヲ以テ之ヲ平敍シ延イテ誤判竝ニ證據法則ノ違反ニ論及スル必要アリ論點許多ナルヲ以テ左ニ之ヲ分説シテ清鑑ヲ仰カント欲ス(イ)成立ニ爭ナキ甲第四號證ニ依レハ被告ハ昭和八年九月十一日李啓春ニ對シ同年九月二十日迄ニ金一千圓ヲ支拂フトキハ強制競賣申立ハ之ヲ取下クヘキコト其ノ一千圓ハ先テ假差押支拂命令竝ニ強制競賣申立等ニ要シタル實費ニ充當シ殘金ハ元利債權ノ辨濟ニ充當スヘキコトヲ約シタルコトハ洵ニ明カテアル此ノ和解ノ原因ハ金六千圓及金三千圓ノ第一、二番抵當權以外ニ訴外人三名ヨリ合計金一萬二百八十八圓四十九錢ノ配當要求アリ(第一審ニ於テハ多額ノ負債トノミ云ヒ金額ヲ現ハササリシカト第二審ニ提出セル六月二十五日附準備書面ニハ

各金額ヲ詳記セリ)競賣土地ノ價格ニ照シ被告ニ於テ執行費用以外ニ幾許ノ辨濟モ受ケ得サル狀況ナリシ爲此ノ地方有名ノ貸金業者ニシテ辣腕ト打算ニ敏ナル被告ハ右ノ如キ狀勢ノ下ニ於テ一千圓ノ任意辨濟ヲ受クルコトハ最モ成功ト信シタカラノ事テアル而シテ其ノ一千圓ノ支拂期日ハ九月二十日ト定メタルモ李啓春ニ於テハ當該土地ヲ處分シテ之ヲ支拂フヘキ目算テアリコトハ被告ノ固ヨリ諒解セル所ナレハ翌々日(九月十三日)ニ差迫レル競賣期日ヲ延期シ遅クトモ其ノ期日マテノ間ニ決濟落着セシムヘキコトニ談合シ和解ノ翌日(九月十二日)兩人連署シテ同月末マテ競賣ノ延期ヲ申請シ九月三十日ニ期日ヲ變更サレタ次第テアル其ノ結果李啓春ハ原告ニ對シ土地賣渡ノ申込ヲ爲シ來リタルヲ以テ原告ハ被告ニ確ムル必要アルヲ認メ訴外金熙昌ヲ被告方ニ遣シタル處被告ノ妻之ニ應接シ右和解ノ眞實ニシテ金一千圓ヲ持來ラハ何時ニテモ執行ヲ取消スヘキニ付安心シテ買受ケヨト云フコトテアツタカラ原告ハ李啓春ト數次交渉ノ末同月二十八日賣買ヲ取極メ原告自ラ金熙昌等ト共ニ被告方ニ赴キ金一千圓ヲ支拂ヒ領收證(甲第六號證)ヲ被告ノ妻ヨリ交付ヲ受ケ後事ハ金熙昌ニ託シテ歸宅シ取下書ハ被告側ニ於テ平素頼附ケノ論山ノ代書人ニ代書セシメテ金熙昌ニ交付シタルモノテアル被告ノ妻ハ鮮語ニ堪能、俗ニ口モ八丁手モ八丁ノ婦人ニシテ寧ロ被告以上ト稱セラレ常ニ夫婦一體トナツテ貸金業ニ従事シツツアル者ニシテ右和解契約ニモ關與シ十二分ニ之ヲ熟知シ居レルヲ以テ夫ノ爲ニ和解金員ヲ受領シタルモノテアル通常ノ家庭ニ於テモ苟モ一家ノ主婦カ何モカモ知ラナイテ金一千圓ヲ受領シ旨目的ニ競賣取下書ヲ交付スルカ如キハ到底想像シ得ラレサル有リ得ヘカラサルコトテアル原告訴訟

代理人ハ此等虚偽ノ證言ニ對シ反證トシテ證人訊問及競賣記録ノ取寄ヲ申請シタルニ許サレサリシハ洵ニ遺憾トスル所テアル併シナカラ證據ノ取捨ハ事實裁判所ノ自由ナリトハ云ヘ其ノ自由ノ中ニモ自ラ侵スヘカラサル規矩準繩アリ右ノ如キ常識ヲ以テ想像セラレサル經驗則ニ照ラシテモ首肯シ得ナイ怪奇ノ證言ヲ採リ而モ反證ヲモ許サナイテ片言ニ依ツテ事ヲ斷シタルハ失當ニシテ證據法則ニ違反スルモノト信スル(ロ)原判決ハ證人林教洙ノ供述ニ依リ「本件競賣土地カ當時一萬千圓以上ノ値アリシモノナルコト」ヲ認定セラレタノテアル併シナカラ李啓春ハ同年(昭和八年)四、五月頃本件競賣土地ヲ含ム所有土地全部ヲ競賣ニ付セラレ競買人ナカリシ爲再三競賣ヲ遣リ直シ其ノ内本件競賣土地ハ七千二百圓マテ最低價格ヲ低下セラレタルモ尙競買人ナク遂ニ競賣セラレスシテ止ミタルカ如キ經歷ノ土地ニシテソレカラ僅々四、五月後ニ於テ一躍一萬一千圓以上ニ競賣セラルルト云フ様ナコトハ當時ノ一般景氣竝ニ土地相場ニ照ラシテ出來得ヘキコトヲハナイノテアル左様ノ狀況テアツタレハコソ一千圓ノ辨濟ヲ受ケテ執行ヲ取下クヘキコトヲ和解シタルモノテアツテ其ノ和解ノ成立シタ事カラ考ヘテモ原判決認定ノ如キ價格ノアル土地テナイコトカ自ラ推知シ得ラレルト信スル次第テアル原告訴訟代理人ハ右ノ如キ經歷ノ土地柄ナルコトヲ反證スル爲ニ證據申出ヲ爲シタルモ而モ此ノ點ハ唯一ノ重要ナル證據ナルニ不拘許サレサリシハ遺憾トスル所テアル然ルニ原判決ハ鑑定人ニモアラサル一證人ノ證言ノミニ依リ而モ反證ヲモ許サス特別技能ヲ要スル土地ノ價格ヲ輕々シク金一千圓以上ト斷定セラレタルハ是亦證據法則ノ違背ナリト信スル(ハ)原判決ハ右ノ如ク土地價格ヲ一萬一千圓以上ト速斷シ「被

告ハ競賣ヲ實行スルコトニ依リ優ニ千圓以上ノ辨濟ヲ受ケ得ヘキコト極メテ見易キ所ナリ」ト斷々乎トシテ斷定セラレタルカ抑々其ノ一萬一千圓以上ト云フハ幾許迄ヲ意味スルノテアラウカ漠然タル不定數ニ依ツテ右ノ如キ斷定ヲ下スハ失當ナルノミナラス恐ラク原判決ハ第一、二番抵當債權ノ元利金ノミヲ計上シタモノテアラウト思フ當時抵當債權ノ元利金ノミニテモ九千三百圓程アリ(甲第一、二、三號甲七號ノ一、二、三、四參照)執行費用ハ明カナラサルモ多數ノ土地ナリシヲ以テ評價人ノ評價料其ノ他相當多額ノ費用ヲ要シタルハ想像ニ難カラス加フルニ上記ノ如キ一萬二千八百八十八圓四十九錢ト云フ巨額ノ配當加入アリ而シテ被告ハ優先權ヲ有シナイカラ假ニ原判決認定ノ如ク一萬一千圓以上ニ競賣セラルヘカリシトスルモノ一千圓以上ノ辨濟ヲ受クル可能性ノナカリシコトハ洵ニ明カテアル原判決ハ斯ノ如ク事實ニ基カサル架空ノ計算ヲ基礎トシテ謬レル結論ニ達セルモノニシテ不法ノ甚シキモノテアル(ニ)原判決ハ前記(ロ)ノ如キ不當ノ土地價格ト(ハ)ノ如キ架空ノ計算ト被告カ競賣期日ノ前日土地調査ニ赴キタル事實トヲ前提トシテ「之等ノ事情ノ下ニ於テハ被告カ競賣期日ノ前日李啓春ヨリ金千圓ノ一部辨濟ヲ受取リテ競賣ノ取下ヲ申立ツルカ如キハ首肯シ得サル所ナリ」ト斷シ和解契約ニ因ル取下ノ事實ヲ否定セラレタノテアル然レトモ被告カ金一千圓ヲ受領スレハ執行ヲ取下クヘキコトヲ契約シタルハ成立ニ爭ナキ甲第四號證ノ證明スル所ニシテ又被告ノ爭ハサル所テアル尤モ其ノ金ノ支拂期限ハ九月二十日ニシテ實際之ヲ支拂ヒタルハ同月二十九日ナレトモ其ノ期限ト給付トノ間ハ僅々十日ニ過キス其ノ間ニ於テ土地價格ノ騰貴其ノ他和解成立ノ事情及目的ト相反スル事情ノ發生シ

タル事實ナクソレハ被告ニ於テモ右ノ如キ事情ノ變更ヲ生シタルコトヲ主張セサルコトニ依ツテモ明カテアルカラ被告ノ妻カ被告ニ代リテ金一千圓ヲ受取リ競賣取下書ヲ與ヘタルハ被告カ右契約ヲ爲シタル意思ニ副ヒタルモノニシテ毫モ被告ニ不利益ヲ及ホス所ハナイ譯テアル被告カ競賣期日ノ前日ニ土地調査ニ赴キタル事實アリトスルモソレハ競賣期日切迫セルモ和解ノ金ヲ持來ラサル故愈々債務者ニ於テ契約ヲ履行セサルトキハ時宜ニ依リテハ自ラ競落セサルヘカラサルコトアルヘキヲ思ヒ其ノ準備ヲ爲シタルモノト見ルヘク之ヲ以テ和解契約ノ存續ヲ否定スル事情ノ一ニ算フルハ社會常念ニ反スル見方ト云ハサルヲ得ナイ之ヲ要スルニ原判決ハ右ニ論シタル謬レル想定ノ下ニ甲第四號和解契約ノ趣旨及效力ヲ誤解シタルモノニシテ違法タルヲ免レナイト謂フニ在リ

○ 判決理由

按スルニ 原判決ハ「債務者李啓春ハ該競賣土地ヲ除キテハ他ニ資力ナキコトヲ認メ得ヘク而モ他ニモ多額ノ負債アルコトハ原告ノ自供スル所ナルト共ニ右土地ノ價格カ當時一萬千圓以上ニ値スルコトハ敍上證人姜熙烈ノ供述ニ據リ認メ得ヘキヲ以テ被告ハ競賣ヲ實行スルコトニ依リ優ニ千圓以上ノ辨濟ヲ受ケ得ヘキコト極メテ見易キ所」ナリト判示シ之ヲ以テ被告カ李啓春ヨリ千圓ヲ受取リテハ競賣申立ノ取下ヲ爲ササル事情ノ存スルモノトシ被告名義ノ競賣申立取下ハ被告ノ關知セサルコトノ一事由ト爲シタルモノトス然レトモ原告ニ於テ李啓春ニ多額ノ債務アルコトヲ主張セルハ然ルカ故ニ優先權ナキ被告ノ債權ハ當該執行ニ因リ幾何

ノ辨濟ヲモ受ケ能ハサル狀況ニ在リテ寧ロ千圓ヲ受取リテ取下ヲ爲スコト該執行ヲ進行セシムルヨリ遙ニ有利ナルコトノ事情トシテ謂ヘルニ在リテ其ノ金額ノ如何ニ因リテハ原告ノ右主張ハ首肯シ得サルニアラサル場合ナシトセス從テ李啓春ノ右負債額ニ付確定スルトコロナクシハ直チニ原判決ノ謂ヘル如ク其ノ執行手續ニ於テ千圓以上ノ辨濟ヲ受ケ得ヘシトスル結論ヲ抽出スルニ由ナシ原判決カ之ヲ確定スルコトナク前敍ノ如ク判示セルハ審理不盡ニ非スンハ理由不備ノ違法アリ論旨結局理由アリトス而シテ其ノ違法ハ延テ本件事案ノ歸趨ニ影響セサルモノト爲ヌヲ得サルニ於テ原判決ハ到底破毀ヲ免レス

○ 墓基撤去請求事件

(昭和十年民上第四五八號棄却)
(昭和十一年一月二十一日民事部判決)

〔原告〕 控訴人 上告人 韓 南 伊 訴訟代理人辯護士 清水 幸 吉
〔被告〕 被控訴人 被上告人 金 翹 性
〔第一審〕 京城地方法院 〔第二審〕 京城覆審法院

○ 判示事項

民法第九十五條但書ト立證責任

○ 判例要旨

民法第九十五條但書ニ所謂表意者ニ重大ナル過失アリトノコトハ同條

本文ニ依リ法律行爲ノ無効ヲ主張スル者ノ相手方ニ於テ主張シ且立證
スヘキモノトス

【參照】 民法第九十五條 意思表示ハ法律行爲ノ要素ニ錯誤アリタルトキハ無効トス但表意者ニ重大ナル過失アリタルトキハ表意者自ラ其無効ヲ主張スルコトヲ得ス

○事 實

原告訴訟代理人ノ原審ニ於ケル請求原因ノ要旨ハ本件林野ハ元ト訴外安時均ノ所有ナリシカ之ヲ原告韓桂天ニ於テ昭和七年九月十日代金八十圓ニテ買受ケ同月二十七日其ノ登記手續ヲ完了シタルトコロ同桂天ハ同年十二月中死亡シ原告ニ於テ其ノ家督相續ヲ爲シ同月二十七日京畿道知事ヨリ墓地設置ノ許可ヲ受ケ其ノ頃原告ノ亡父韓桂天ノ遺骸ヲ埋葬セリ元來朝鮮ニ於テハ他姓ノ墳墓カ接近シアルハ相互不吉ナリトテ之ヲ接近セシメサル慣例アル故原告ハ昭和八年四月三日被告ト會合ノ上原告亡父ノ墳墓ニ接近シ原告所有地内ニ設ケアル被告亡祖父ノ墳墓ノ掘移方ヲ求メタル處被告ハ境界等ニ付テ爭フコトナク直チニ之ヲ快諾シ單ニ二三箇月程ノ猶豫ヲ乞ヒ居リタリ然ルニ被告ハ其ノ後契約ノ履行ヲ爲ササルヲ以テ同年六月十三日原告ニ於テ催告ヲ爲シタル處被告ハ同月二十日改葬ニ付テノ當該官廳ノ許可ヲ得ル爲遲延シタルコトヲ訛ヒ即時他ニ移葬スル旨返信ヲ爲シ來リタルニ拘ラス該期間ヲ經過シ今尙撤去セサルニ付本訴ニ及ヒタルモノニシテ被告ノ抗辯事實ハ之ヲ否認スト謂フニ在リ

被告答辯ノ要旨ハ本件林野ノ西南部ニ隣接セル同里山一番地ノ一ノ林野ハ被告所有ナル處被告亡祖父ノ墳墓カ原告所有林野(本件林野)内ニアルモノト誤信シ他ハ掘移スヘク承諾シタルモ其ノ後測量ノ結果右墳墓地ハ被告所有タル同里山一番地ノ一ノ林野ニシテ本件林野ニアラサルコトカ判明セラレタリ然ラストスルモ被告ハ該墳墓設置ノ際右林野ノ當時ノ所有者タリシ訴外安時均ノ父ヨリ承諾ヲ得テ三十年前ヨリ之カ設置ヲ爲シ本件墓地ニ付地上權ニ類スル一種ノ他物權ヲ取得シタル次第ニ

シテ斯ル權利ハ朝鮮ノ慣習上證明又ハ登記ヲ受クルコトナクシテ第三者ニ對抗シ得ルモノナリ假ニ本件墳墓ノ設置カ暗葬ナリトスルモ被告ハ二十年以上平穩且公然ニ其ノ墓地ヲ占有シ來リタルヲ以テ時効ニ因リ前掲ノ物權ヲ取得シタルモノナリ尙被告ハ原告ニ對シ本件墳墓ヲ掘移スヘク契約シタルコトナシ假ニ右ノ如キ契約アリタリトスルモ被告ハ他人ノ所有地内ニ墳墓ヲ設ケタルモノハ當然之ヲ掘移セサルヘカラサルモノト誤信シ錯誤ニ基キテ爲サレタルモノナレハ茲ニ之カ取消ノ意思表示ヲ爲スモノナリト謂フニ在リ

第二審裁判所ハ證據ニヨリ右被告亡祖父ノ墳墓設置當時本件林野ハ同證人ノ所有ナリシカ被告ハ同人ノ父ヨリ右墳墓ノ基地ヲ讓受ケテ之カ設置ヲ爲シタルモノニシテ所有者タル右證人モ之ヲ認容シタルコトヲ肯認シ得ルヲ以テ(右認定ニ牴觸スル當審證人金德有ノ供述ハ措信セス)被告ハ慣習ニ依リ該墳墓ノ基地ニ付地上權ニ類スル一種ノ他物權ヲ取得シ該他物權ハ證明若クハ登記ヲ受クルコトナクシテ本件林野ノ現所有者タル原告ニモ對抗シ得ルモノト認ムヘク假ニ右ノ如キ事實ナク被告ニ於テ林野所有者安時均ノ承諾ヲ得スシテ本件墳墓ヲ設置シタリトスルモ、原告先代韓桂天カ本件林野ヲ買受ケタル當時被告ハ該墳墓ノ基地ヲ既ニ二十年以上占有シ居レルコト前説示ニ照シ明ニシテ被告ノ右占有ハ平穩且公然ニ爲サレタルモノト推認スヘキモノナルヲ以テ被告ハ本件墳墓ノ設置ヨリ二十年ヲ經過スルト同時ニ慣習ニ基キ時効完成ニ因リテ其ノ基地ニ付前掲ノ他物權ヲ取得セルモノト謂フヘク之亦證明若クハ登記ナクシテ本件林野ノ現所有者タル原告ニ對抗シ得ルモノトス、尤モ原告カ昭和八年四月中本件林野ニ付所有權ヲ有スルコトヲ主張シ之ニ基キ被告ニ本件墳墓ノ掘移ヲ要求シタルニ依リ被告ハ林野所有者タル原告ノ要求ヲ拒否シ得ス其ノ筋ヨリ移掘許可ノアリ次

第之ヲ他ニ堀移スヘキ旨承諾シタルコトハ當審證人金奎完、金徳有ノ各供述ニ徴シ之ヲ認め得ヘク又其ノ後ニ於ケル原告ノ數回ノ催告ニ對シ被告カ同年六月二十日及同年十月六日ノ二回ニ亘リ右同様ノ堀移ノ承諾ヲ爲シタルコトハ成立ニ爭ナキ甲第二號證ノ一、二、第三、第四及第六號證ノ各記載ニ照シ明ニシテ原告ハ被告ノ右四月中ノ承諾ニ依リテ本件墳墓ノ堀移契約成立シ右契約及右各承諾ニ依リ被告ハ前示認定ノ時効完成ノ利益ヲ拋棄シタルモノノ如ク主張シ右契約ノ履行ヲ請求スレトモ當審證人金奎完、劉汗相ノ各供述ニ依レハ右堀移契約ハ被告ニ於テ本件墳墓基地ニ付前示ノ如キ他物權ヲ有スルコトヲ知ラス林野所有者タル原告ノ堀移要求アル以上被告ハ本件墳墓ヲ他ニ堀移セサルヘカラサル義務アルモノト誤信シテ爲シタルモノナルコトヲ明認シ得ヘク右認定ニ牴觸スル當審證人金徳有ノ供述部分ハ措信セス而シテ本件堀移契約ハ本件墳墓基地ニ付テテ錯誤アルヘカリシモノナルコトニシテ之ナカリセハ被告ニ於テ該契約ヲ締結セサルヘカリシモノナルコト結セサルヘカリシモノナルコト右説示ノ如クナルヲ以テ同契約ハ其ノ要素ニ錯誤アル無効ノモノナリト認めヘク從テ原告ハ被告ニ該契約ノ履行ヲ強制シ得ヘキ權利ナキモノト謂フヘク又凡ソ時効完成ノ利益ノ拋棄ハ時効完成事實ヲ知り其ノ完成ノ利益ヲ享受セサル意思ヲ以テ爲シタルトキニ限り有效ナルモノト解スヘク被告ノ爲シタル前示墳墓ノ堀移契約及其ノ後ノ各承諾ハ右ノ如キ有效ナル利益ノ拋棄ニ非サルコト明ナルヲ以テ被告ハ之アルカ爲本件墳墓ニ付テノ前示權利ヲ喪失シタルモノト謂フヲ得サルモノトス左レハ原告ハ本件林野ノ所有者ナル故ヲ以テ被告ニ對シ本件墳墓ノ堀移ヲ請求シ得サルヤ論ヲ俟マスト判示シテ原告ノ請求ヲ

排斥シタリ

○ 上告理由

上告理由ハ原判決ハ法律ノ解釋ヲ誤リタル違法アルモノト思料ス即チ原判決ハ其ノ理由中ニ於テ「尤モ原告カ昭和八年四月中本件林野ニ付所有權ヲ有スルコトヲ主張シ之ニ基キ被告ニ本件墳墓ノ堀移ヲ要求シタルニ依リ被告ハ林野所有者タル原告ノ要求ヲ拒否シ得ス其ノ筋ヨリ移堀許可ノ有リ次第之ヲ他ニ堀移スヘキ旨承諾シタルコトハ當審證人金奎完、金徳有ノ各供述ニ徴シ之ヲ認め得ヘク又其ノ後ニ於ケル原告ノ數回ノ催告ニ對シ被告カ同年六月二十日及同年十月六日ノ二回ニ亘リ右同様ノ堀移ノ承諾ヲ爲シタルコトハ成立ニ爭ナキ甲第二號證ノ一、二、第三、第四及第六號證ノ各記載ニ照シ明ニシテ原告ハ被告ノ右四月中ノ承諾ニ依リテ本件墳墓ノ堀移契約成立シ右契約及右各承諾ニ依リ被告ハ前示認定ノ時効完成ノ利益ヲ拋棄シタルモノノ如ク主張シ右契約ノ履行ヲ請求スレトモ當審證人金奎完、劉汗相ノ各供述ニ依レハ右堀移契約ハ被告ニ於テ本件墳墓基地ニ付前示ノ如キ他物權ヲ有スルコトヲ知ラス林野所有者タル原告ノ堀移要求アル以上被告ハ本件墳墓ヲ他ニ堀移セサルヘカラサル義務アルモノト誤信シテ爲シタルモノナルコトヲ明認シ得ヘク右認定ニ牴觸スル當審證人金徳有ノ供述部分ハ措信セス而シテ本件堀移契約ハ本件墳墓基地ニ付テテ權利ノ存否ニ付テ錯誤アルニ依リテ成立シタルモノニシテ之ナカリセハ被告ニ於テ該契約ヲ締結セサルヘカリシモノナルコト右説示ノ如クナルヲ以テ同契約ハ其ノ要素ニ錯誤アル無効ノモノナリト認めヘク從テ原告ハ被告ニ該契約

ノ履行ヲ強制シ得ヘキ權利ナキモノ」云々ト説示シ原告ノ主張ニ係ル昭和八年四月三日本件墳墓ノ掘移契約ノ成立ヲ否認シタリ而シテ右判決ヲ要約スレハ被告ハ右契約ヲ締結スルニ當リ本件墳墓ニ付判決説示ノ如キ地上權類似ノ他物權ノ成立スヘキコトヲ知ラスシテ締結セシモノニシテ此ノ權利ノ成立又ハ存否ニ付テノ錯誤ハ所謂民法第九十五條ノ要素ノ錯誤トシテ該契約ヲ無効ナラシムルモノナリトノ意ナルヘシ然レトモ右ノ如キ錯誤カ果シテ法律行為ノ無効ヲ來スヘキ要素ノ錯誤トナルヤ否ヤニ付テハ疑問アリ且又右被告ノ主張ニ依ル他人ノ所有地内ニ墳墓ヲ設ケタルモノハ當然之ヲ掘移セサルヘカラサルモノト誤信シ錯誤ニ基キテ右契約ヲ爲シタリトノコトハ之ヲ墳墓ニ付一般的ニ本件説示ノ如キ他物權ノ成立スルコトヲ知ラサリシヤ又ハ本件問題ノ墳墓ニ付契約又ハ其ノ他ノ事情ニ因リ地上權ニ類シタル他物權ヲ取得セル事實ヲ知ラサリシコトヲ指稱シテ錯誤有リタリト稱シタルヤ明瞭ナラサレトモ「此ノ點ニ付テハ判決理由ニ於テモ明瞭ナラサルカ如シ」要素ノ錯誤ヲ事實ノ錯誤ト法律ノ錯誤トニ分類ストセハ本件被告ノ所謂錯誤ハ法律ノ錯誤ナルヘシ然レトモ斯ノ如キ錯誤カ果シテ法律行為ノ無効ヲ惹起スヘキ契約内容中ノ要素ニ關スル錯誤ナリトハ一言ニテ之ヲ斷スルコトヲ得サルヘシ原判決ハ之ノ點ニ付前摘示ノ如ク「本件墳墓掘移契約ハ本件墳墓基地ニ付テノ權利ノ存否ニ付テノ錯誤アルニ依リテ成立シタルモノニシテ之ナカリセハ被告ニ於テ該契約ヲ締結セサルヘカリシモノナルコト右説示ノ如クナルヲ以テ」云々ト説示シ右錯誤ハ法律行為ノ要素ニカカリ延テ法律行為ノ無効ヲ來スヘキ錯誤ナル事實ヲ被告ノ主觀ノミニ依リテ認定セラレタルコト明ナリ凡ソ法律行為ノ要素ニ關

スル錯誤カ内容中ノ要素ニ關シ延イテ法律行為ノ無効ヲ招來スヘキ性質ノモノナリヤ否ヤハ表意者ニ付テノ主觀的標準並ニ社會一般ノ客觀的標準ニ依リテ之ヲ決スヘク其ノ客觀的標準ハ具體的妥當ヲ目的トスル民法ノ趣旨ヨリシテ具體的ニ各個ノ事案ニ付諸種ノ事情ヲ參酌シテ當該ノ法律行為ニ付テハ其ノ錯誤アリタル部分カ果シテ客觀的ニ重要ナリト認ムヘキヤ否ヤニ依リテ決セサルヘカラサルモノト然ルニ本件判決ニ於テハ前示ノ如ク要素ノ錯誤ヲ決定スルニ付被告ノ主觀ノミニ因リテ之ヲ決シ右被告ノ錯誤カ客觀的ニモ要素ノ錯誤トシテ契約ノ無効ヲ招來スルモノナリヤ否ヤヲ判斷セス故ニ此ノ點ニ付判斷ヲ遺脱シタルカ又ハ理由不備ノ不法アルモノト稱スルコトヲ得ヘシ次ニ假ニ被告主張ノ如キ錯誤ノ存在ハ法律行為ノ無効ヲ招來スヘキモノナリトスルモ前示ノ如キ事情ヲ知ラサリシ事實ハ表意者即チ被告ノ重大過失ニ基クモノナリ即チ民法第九十五條ニ所謂重大ナル過失トハ表意者ニ於テ錯誤ニ陥ルコト自體カ重大ナル過失アリト認ムヘキ場合ヲ指稱スルモノニシテ而モ其ノ表意者ニ斯ノ如キ重大過失アリヤ否ヤハ表意者ノ主觀ノミニ依リテ決スヘキモノニ非ス各案件ノ事實關係ニ付普通ノ知慮ヲ有スルモノノ施スヘキ注意ノ程度ヲ標準トシテ抽象的ニ之ヲ決スヘキモノナリ依リテ本件ニ於ケル被告カ原告主張ノ契約ヲ爲スニ當リテ陥リタル錯誤即チ他人ノ所有地内ニ墳墓ヲ設ケタルモノハ當然之ヲ掘移セサルヘカラサルモノトノ誤信「墳墓ニ付他物權ノ成立アリトノ事ヲ知ラサリシコト」ハ前示重過失ニ該當スルヤ明瞭ナリ元來朝鮮ニ於テハ祭祀ノ爲祖先ノ墳墓ヲ視ルコト厚ク其ノ爲ニ特ニ慣習ニ因リテ一種ノ他物權ヲ認メ其ノ權利ノ保護ヲ厚クスルモノニシテ墳墓ノ所有者ハ假令其ノ

墳墓カ他人ノ所有地内ニアルモ右ノ如キ權利ハ成立シ得ヘク又其ノ權利ノ存在スヘキコトハ社會一般人ニ於テ之ヲ知ラサル者無キ狀態ナリ而シテ斯ノ如キ慣習モ朝鮮民事令ニ依リテ認メラレ同令ノ内容トナリ居リ國家ノ法律タルコト明瞭ナレハ一般社會人ハ之ヲ諒知セルモノナル事明ナリ若シ此ノコトヲ知ラスシテ錯誤ニ陥リタリトセハ夫ハ表意者ノ重過失トシテ疑フモノナシ民法第九十五條ニ於テ重過失アリタルモノハ法律行為ノ無効ヲ以テ相手方ニ對抗シ得スト規定シタルハ斯ノ如キ重過失アルモノハ法律ノ保護ニ値セスト認メ且相手方ヲ保護スル爲ニシテ本件被告カ右ノ如キ錯誤ニ陥リタルハ被告ノ重過失タルコト被告ノ主張自體ニ依リテ明瞭ナルヘシ果シテ被告ニ於テ重過失アリタル爲右ノ如キ錯誤ニ陥リタルモノトセハ被告ハ本件原告ノ主張スル昭和八年四月三日ノ堀移契約ノ無効ヲ以テ原告ニ對抗スル事ヲ得サルヘシ而シテ民法第九十五條但書ノ規定ハ相手方ニ抗辯權ヲ與ヘタル規定ニシテ表意者ニ重大ナル過失アリヤ否ヤハ表意者ノ相手方ノ主張ヲ俟ツテ論スヘキモノナルカ如キモ然ラス表意者カ法律行為ヲナスニ付一定ノ事實ノ錯誤ニ依リテ之ヲ爲シタリトノ事實ハ事實審裁判所ニ於テ判斷ヲ受クヘキ事項ニ屬スルヲ以テ當事者ノ主張ナクシテ裁判所ノ判斷スヘキモノニ非スト雖右ノ如キ主張アリテ其ノ主張ニカカル錯誤ヲ來シタルハ表意者ノ重過失ニ基クモノニ非サルヤ否ヤハ換言セハ表意者ニ付錯誤ヲ招來シタル事實カ民法第九十五條但書ニ所謂重過失ニ該當スルヤ否ヤハ法律問題ナルヲ以テ裁判所ハ當事者ノ主張無キ場合ニ於テモ尙職權ヲ以テ之ニ付審理ヲナシ法律上ノ判斷ヲナササルヘカラサルモノトス然ルニモ不拘本件ニ於テハ裁判所ハ此ノ點ニ付何等審理ヲ爲サス前述ノ

如ク被告ノ錯誤カ要素ノ錯誤ナル事實ヲ被告自身ノ主觀ノミニ因リテ之ヲ認定シ前述各點ニ付審理判斷ヲ爲ササリシハ法律ノ解釋ニ付誤リ有リシカ又ハ審理不盡ニシテ判決ニ理由ヲ缺クノ不法有リ破毀ヲ免レサルモノト思料スト謂フニ在リ

○ 判決理由

義務ナキニ拘ラス之アリト誤信シテ義務ノ履行ヲ約シタリトセハ法律效果其ノモノヲ内容ト爲シ而モ其ノ内容ニ錯誤アル場合ト謂フヘキカ故ニ之ヲ法律上ノ錯誤ト謂ハンモ其ハ民法第九十五條ニ所謂要素ノ錯誤トシテ無効ナルヤ必セリ而シテ同條但書ノ規定ハ法律行為ノ要素ノ錯誤ニ付表意者ニ重大ナル過失ナキコトヲ以テ意思表示無効ノ要件ト爲シタルモノニ非ザルカ故ニ本條ニ依リ法律行為ノ無効ヲ主張スルニハ表意者ニ於テ意思表示ニ錯誤アルコト及其ノ錯誤カ法律行為ノ要素ニ關スルコトヲ立證スルヲ以テ足り前示但書ニ依リ表意者ニ重大ナル過失アリトハ其ノ相手方ニ於テ主張シ且立證スヘキモノトス然レトモ抑モ本件ニ於テ時効ノ完成ニ因テ墳墓堀移ノ義務カ消滅セルコト原判示認定ノ如クナリトセンカ其ノ後ニ於テ之カ堀移スヘク承諾シタリトスルモ其カ時効拋棄ノ效力ヲ生スル場合ニ非サレハ消滅セル義務ニ消長ヲ及ホササルヘキハ當然ノ事理ナリ然ルニ時効拋棄ノ意思表示ハ時効完成ノ事實ヲ知ルニ非サレハ其ノ效果ヲ生セサルヘキカ故ニ之ヲ知ラサル限り單ニ義務アルモノト信シテ義務ノ存在ヲ認メタリトスルモ固ヨリ以テ時効拋棄ノ意思表示ト謂フヘカラス原判決ハ被告ニ於テ時効ニ因テ取得セル地上權ニ類スル權利ノ存スルコトヲ知ラス林野

所有者タル原告ノ堀移要求アル以上被告ハ本件墳墓ヲ他ニ堀移セサルヘカラサル義務アルモノト誤信シテ堀移ヲ承諾セルモノト認定セリ其ノ趣旨時効完成ノ事實ヲ知ラスシテ爲シタリト謂フニ他ナラス采シテ然ラハ其ノ承諾ハ時効拋棄ノ意思表示ト謂フヘカラサルコト前説示ノ如クナルカ故ニ其ノ意思表示アリトシ更ニ進ンテ民法第九十五條ノ規定ニ依リ法律行爲ノ要素ニ錯誤アリヤ否若ハ表意者ニ重大ナル過失アリヤ否ヲ審査スルノ必要ナシト謂フヘシ論旨ハ民法第九十五條ノ解釋ヲ誤解セルノミナラス同條ノ適用ノ餘地ナキニ歸スル原判決ノ結論ニ向テ聊モ消長ヲ及ホストコロナキモノト謂フヘク採用シ難キ所以ナリ

○不當利得金請求事件

(昭和十年民上第四九一號破毀自判)
昭和十一年一月二十一日民事部判決

〔原告〕 控訴人 上告人 藤本イソ 訴訟代理人 藤本嘉次郎
〔被告〕 被控訴人 被上告人 舒川水利組合 代表者組合長 兼平虎一 訴訟代理人 樹山常治

〔第一審〕 全州地方法院群山支廳
〔第二審〕 大邱覆審法院

○判示事項

水利組合ノ滯納處分ト不當利得

○判例要旨

競賣法ニ依ル競賣ニ因リ蒙利地ノ所有者トナリタル者ハ前主ノ水利組合ニ對スル組合費納入義務ヲ承繼スルコトナク同組合ヨリ其ノ義務アルモノトシテ滯納處分ヲ受ケタル爲止ムコトヲ得スシテ金員ノ支拂ヲ爲シタルトキハ不當利得ニ關スル民法ノ規定ニ依リ其ノ返還請求ヲ爲シ得ルモノトス

〔參照〕 朝鮮土地改良令第四十七條 土地改良施行地ノ所有者ニ屬スル土地改良ニ關スル權利義務ハ土地ノ所有權ト共ニ其ノ承繼人ニ移轉ス
(以下略)
民法第七百三條 法律上ノ原因ナクシテ他人ノ財產又ハ勞務ニ因リ利益ヲ受ケ之カ爲メニ他人ニ損失ヲ及ホシタル者ハ其利益ノ存スル限度ニ於テ之ヲ返還スル義務ヲ負フ

○事實

原告ノ原審ニ於ケル請求原因ノ要旨ハ原告ハ元訴外金永喜及金英泰所有別紙目録記載ノ土地ヲ昭和六年十二月二日全州地方法院群山支廳昭和六年民執第四二五號ヲ以テ競賣セラレタル際代金四千五十五圓ニテ競落シ其ノ所有權ヲ取得シ其ノ所有權移轉登記ヲ經由シタリ然ルニ右訴外兩名ハ右土地ニ對スル昭和六年度水利組合費金二百五十九圓八十九錢及其附帶費七十七圓二十錢合計金三百三十九圓九錢ノ滯納アリシタメ昭和七年三月十七日競落人タル原告ニ對シ之ヲ納付スヘキ旨ノ通知書ヲ

水利組合ノ滯納處分ト不當利得

發行シタルニヨリ原告ハ競賣法ニ依ル競賣事件ニ依リ競落シタルヲ以テ之ヲ負擔スヘキ義務ナキニヨリ同年四月二十四日被
告ニ對シ不服ノ申立ヲ爲シタルカ被告組合ハ原告ノ右申立相立タスト決定シ原告ハ昭和八年一月十五日忠清南道知事ニ對シ
異議ヲ申立テタルモ同知事亦被告同様ノ決定ヲ爲シタルニ依リ原告ハ更ニ同年十二月十六日朝鮮總督ニ對シ異議ノ申立ヲ爲
シタルトコロ昭和九年十一月七日右申立ハ却下セラレ被告ハ右兩訴外人ノ水利組合費及附帶費ヲ原告ヨリ徵收スル爲メ原告
所有忠清南道舒川郡華陽面望月里七八番地ノ三番三二六坪外一筆ノ番ヲ差押ヘ其ノ公賣期日ヲ昭和九年十一月三十日ト指定
シタルニ依リ原告ハ右公賣ヲ避クル爲メ已ムナク同年十一月三十日右兩訴外人ノ負擔スヘキ水利組合費及附帶費合計金三百
三十九圓九錢ヲ完納シタルモ右ハ原告ノ納付スヘキモノニ非スシテ被告力無効ノ賦課處分ニ依リ徵收シ不當ニ利得シタルモ
ノナルヲ以テ其ノ返還ヲ求ム但シ右賦課處分ノ取消ナシト謂フニ在リ

被告答辯ノ要旨ハ原告ハ昭和六年十二月二十三日訴外金永喜及金英泰所有ノ別紙目錄土地ヲ昭和六年度ノ組合費及附帶費付
ノ儘競賣ニヨリ取得シタルヲ以テ被告ハ法ノ命スル處ニヨリ原告ニ其ノ納付方ヲ通知シタルニ原告ハ其ノ主張ノ如ク被告組
合ニ異議申立ヲ爲シタルニ依リ昭和八年一月十二日申立相立タストシテ決定ヲ與ヘタルトコロ同年一月十五日忠清南道知事
ニ對シ右決定ニ對スル不服ノ申立ヲ爲シ同年十二月十二日右不服申立相立タストシテ決定ヲ與ヘラレ原告ハ更ニ朝鮮總督ニ
對シ右道知事ノ決定ヲ取消方ヲ申立テ却下セラレタルヲ以テ被告ハ右決定ニ基キ右組合費及附帶費ノ納付ヲ通知シタルモ之
ニ應セザリシ爲メ昭和九年四月十二日原告主張ノ番二筆ニ付差押ヲ爲シタルニ同年十一月三十日右組合費等ヲ納入シタリ而
シテ被告ノ右手續ハ適法ニ爲サレタルモノニシテ未タ其ノ取消ナク原告ノ請求ニ應セスト謂フニ在リ

第二審裁判所ハ當事者辯論ノ趣旨ニ徴スレハ別紙目錄記載不動産ハ元訴外金永喜及金英泰ノ所有ニ屬シタル
處原告ハ昭和六年十二月中競落ニヨリ其ノ所有權ヲ取得シ其ノ移轉登記手續ヲ經由シタルコト及右土地ハ何

レモ被告水利組合ノ區域内ニ在リタル處前訴外人等ハ其ノ昭和六年度組合費金二百五十九圓八十九錢及附
帶費七十九圓二十錢合計金三百三十九圓九錢ノ滯納ヲ爲シ居タル爲被告組合ハ昭和七年三月十七日該當法規
ニ基キ新所有者タル原告ニ對シ右金員ヲ納付スヘキ旨納入告知書ヲ發行シタルヲ以テ原告ハ被告組合、忠清
南道知事及朝鮮總督ニ對シ順次不服ノ申立ヲ爲シ以テ其ノ救済ヲ求メタル處何レモ原告ノ申立容レラレサリ
シ爲原告ハ昭和九年十一月三十日右金員ヲ被告組合ニ完納シタルコトヲ認ムルニ十分ナリ而シテ競落ニヨリ
不動産ノ所有權ヲ取得シタル場合ニ於テハ競落人ハ競落物ノ完全ナル所有權ヲ取得シ之ニ附屬スル前主ノ義
務ハ之ヲ承繼スルモノニ非サルヲ以テ前主ノ滯納公課金等ニ關シ競落人ニ對シ其ノ支拂ヲ求メ得サルコト勿
論ニシテ此ノ點ニ關スル被告代理人ノ抗辯ハ謂レナシト雖已ニ被告水利組合カ原告ニ對シ納入告知書ヲ發行
シタル以上右ハ公法人カ其ノ權限ニ基キ爲シタル行政處分ナルヲ以テ偶々原告カ眞ノ納稅義務者ニ非サリシ
トスルモ右ハ取消ノ原因タルハ格別此ノ一事ヲ以テ直ニ之ヲ無効トスルハ該ラサルモノト謂ハサルヘカラス
而シテ右賦課處分ノ未タ取消サレサルコト當事者間ニ爭ナキ處ナル以上被告組合ハ右賦課處分ニ基キ前示金
員ノ納入ヲ爲サシメタルモノニシテ右ハ法律上ノ原因ナシト稱シ難ク從テ不當利得ノ觀念ヲ容ルル餘地ナキ
モノト謂ハサルヘカラス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裁判所ハ道知事ノ行政裁決ハ有效ナリト御判決セラレタルモ競賣法ニ依ル競落許可決定

金額ハ當該物件ノ眞ノ賣却金額ナレハ其ノ競落許可決定條件ニ何等ノ明示ナキ限り該金額ハ執行裁判所ノ職權ヲ以テ爲セル判決ナルカ故ニ利害關係人ノ申立或ハ執行裁判所カ自ラ公權ノ御發動ニ基キ前決定金額ヲ取消シ更ニ變更金額ノ決定裁判ヲ爲ササル間ハ絕對ニ有效不變ノモノナレハ何人ト雖之ヲ否認スル權能ヲ有セサルモノナリ此ノ競落人ノ地位ハ御院昭和九年民抗第一三號御判例ヲ始メ幾多ノ判例學說何レモ其ノ軌ヲ一ニスル競賣法上ノ原則ナリトス此ノ原則ニ基調ヲ置キ競賣條件ニ何等附帶條件存在セス又第一審裁判所ノ昭和六年民執第四二五號本件競賣事件カ其ノ儘有效ニ嚴存スル今日ニ於テハ原告ノ買收金額ハ四千五百圓ナルコトハ司法裁判權ノ確認セル一定不動ノ金額ナリサレハ右競落許可決定金額以外ニ尙前所有者ノ昭和六年度滯納水利組合費金二百五十九圓八十九錢也ヲ加算セル四千三百十四圓八十九錢也カ原告ノ買收金額ナリトノ知事ノ御裁決ハ競賣執行裁判所ノ判決ヲ否認スル不當モ甚シキ無効ノモノト謂ハサル可カラス故ニ司法裁判所ニ於テ知事ノ御裁決ヲ是認セムト欲セハ其ノ前提トシテ曩ニ競落許可決定金額ノ變更裁判ヲ行ハサル可カラス然ルニ競賣事件ハ利害關係人ノ正當ナル保護ニ重點ヲ置キ最モ公平ニ且合法的ニ實行セル爲同法典ノ運用ニ關シ何等間然スル所ナク仍テ知事ノ御裁決ハ無効ナルコト論ナク他面原告ハ提訴當初ヨリ民法第七百三條ニ基キ私權上ノ請求ナレハ行政行爲ノ當否ニ對シ審理裁判權ヲ有セラルル司法裁判所ハ斷乎排斥シ正當ナル原告ノ請求ヲ認容スルカ適法ノ措置ナルカ如シ(初回控訴狀第四點、次回控訴狀第二點ニ詳記セルニ付御參照ヲ乞フ)若シ原審ノ御判旨ニ從ハムカ屢々原告カ陳述セシ如ク競賣法ヲ無視シ易々トシテ承繼セシム

ル結果ヲ招來シ御院ノ御判例ト完ク有名無實トナル第二審裁判所カ此ノ點ヲ考慮セサルハ審理不盡ノ違法ナル御判旨ト信ス殊ニ昭和十年民上第一六四號御院御判例ヲ參照スルニ於テハ一層明著ナレハナリト謂ヒ同第二點ハ原審ハ道知事ノ御裁決ハ取消ヲ要スル御判旨ナルモ無効ナルコト顯著ナレハ之ニ拘束セラルルコトナキモノト信ス又昭和六年四月黃海道知事ニ對スル指示問題ハ「汝ノコトハ汝ニ於テ行フヘシ」トノ國民精神涵養ノ根本教義、戊申詔書中ノ「忠實業ニ服シ」「自疆息サルヘシ」ノ大御心ニ副ヒ奉ラサル可ラサル帝國臣民ノ本義ト朝鮮水利組合令第七條、同令施行規則第十一條第三項ノ水利組合固有事務トヲ對照セムカ其ノ論旨甚シク失當ニシテ善良ナル國家統治權ノ運用上到底存在ヲ許ササルモノナルコトハ深ク檢討セスシテ氷釋スヘシ一般國民ニ範ヲ示ス地位ニ在ル官公吏ハ一層切ナル感ナキ能ハス元來行政官廳ノ御裁決取消ヲ要スル場合ハ執行官廳ノ行爲ハ違法ナルヤ否ヤ判明セサル事項ニ對シ審理權ヲ有スル官廳ニ出訴シ其ノ眞否ノ宣言ヲ求ムル制度ニシテ當初ヨリ無効ナルコト之未タニ容疑ノ餘地ナキ事件ニ對シ斯ル蛇足ノ手續ヲ踐マサル可ラサル理由何處ニモ存セサルハ幾多權威アル判例學說ノ示ス所ニシテ本件ノ無効タルハ「競賣法ニ依ル競落人承繼義務ナシ」トノ御院判例民事法ノ一事ヲ以テ十二分ニシテ他ハ多言ヲ要セサル明著ナル事實ナリ況シテ第一審訴狀以來屢々具陳セル如ク生産組織ノ沒却、納稅義務涵養ノ阻止、租稅賦課ノ本義ニ背反、徵稅事務ノ紊亂、帝國臣民ノ根本教義ニ違背等ノ行政ノ目的タル國家及國民ノ公益ト相容レサル事項多々潜在シ因テ公序良俗ニ反スルトノ原告ノ主張ニ對シ國民精神ノ作興ニ關スル詔書中ノ「一己ノ利害ニ偏セスシテ力ヲ

公益世務ニ竭シ以テ國家ノ興隆ト民族ノ安榮社會ノ福祉ヲ圖ルヘシトノ聖旨ヲ奉體セサル可カラサル帝國臣民トシテハ恐ラク反駁ノ辭ナカラム此ノ點ノミニテモ亦無効タルハ顯著ナリトス加之裁決官タル岡崎知事カ效力ヲ否認セラルル偽造ノ裁決書ナレハ何レノ點ヨリ觀ルモ有效ト認ムル點ナシ仍テ最早同裁決ノ取消云々ノ如キハ全然顧慮スヘキ價值ナキ事項ニ屬スレハナリ然ルニ斯クモ顯著ナル無効理由ヲ沒却シテ取消必要ノ御判旨ハ行政行為ノ無効ト取消シ得ヘキ行為トヲ甄別セサル違法ナルノミナラス公序良俗違反、裁決官ノ效力否認等ニ毫モ觸レサル御審理不盡理由不備ノ點在ル裁判ナリト思料セラル(第一審原訴狀第四點、初回控訴狀第五點、次回控訴狀第一點、同第三點御參照ヲ乞フ)ト謂ヒ

同第三點ハ原審裁判所ハ原告カ行政官廳ニ異議申立ヲ爲シタルモ認容セラレサル爲昭和九年十一月三十日納付シタリト御判旨セラレタルモ事實ハ著シク相違ス即チ同日ハ公賣指定日ナレハ第一審原訴狀其ノ他ニモ記セル如ク原告ハ態々被告組合ニ出頭約三時間ニ互リ對談セシモ頑トシテ應セス其ノ内公賣開始時刻ト爲リ買受人モ出頭シタル爲納付セサレハ所有權ノ喪失ヲ怖レ餘儀ナク納付シタルモノナリ而シテ本件ハ素々被告ノ主張不當ナレハ行政、司法ノ最高ノ所迄係争スル意圖ヲ明ニ被告ニ告ケ其ノ解決迄指定金額ヲ供託スル旨申出タルモ之ヲモ却ケ強徴シタルハ第一審及第二審前回ノ御判決ノ如クナリ故ニ斷シテ漫然タル納付ニアラス之ハ本件御審理上ノ重要ナル點ニ拘ラス恰モ民法第七百五條任意納付ノ如ク見做サレ然モ重大要因ト爲サレタル觀アリ又徵收前ニ御院昭和九年民上第六二號御判例カ發表セラレシヲ以テ公賣當日モ之ヲ提示シ被告ノ

反省ヲ促シタレトモ顧ミスシテ徵收シタルコトハ惡意タルハ被フ可ラサル事實ナリ既往ニ於テ御院カ被告ノ主張ヲ容ルル如キ御判示セラレタルコトナク昭和九年民上第六二號ハ原告ノ論旨ヲ正當ナリト裏書セラレタルト同様ナレハ畢竟土地改良令制定ノ當初ヨリ御院ノ御方針ハ斯ク確立セシモ所謂不告不理ノ原則ニ依リ御判例トシテ公表ナキ迄ナリト推斷スルニ十分ニシテ朝鮮行政法ノ著者萩原彦三氏カ土地改良令御制定當時ノ審議室主席事務官ナリシコトニ徵スルモ亦相當ナリト信ス故ニ本件カ被告ニ於テ會計法ニ從ヒ昭和七年七月三十一日以内ニ行政方面ノ結末ヲ告ケタラムニハ原告ハ素志ノ如ク直ニ司法裁判所ニ出訴スル爲前掲御院判例以前ニ本件カ同様ノ御判決ヲ受クヘキハ必然ナレハナリサレハ徵收前ヨリ不當ヲ知リツツ徵收ニ名目ヲ藉リテ爲セル不當利得ナルコト判然タリ右原告ノ主張ハ道知事ノ御裁決ヲ偽造シタルノミナラス官報掲載本府ニ報告等ノ必須手續ヲ爲サス再審ノ願出、本府ニ異議申立等一切ヲ知事ニ祕シテ忌ハシキ手段ヲ敢行セルニ照シ一層明瞭ナリトスサレハ之等ノ點ヲ誤レル原審ノ御判旨ハ不當ナリト謂ハサルヲ得スト思料スト謂ヒ同第四點ハ原裁判所ハ行政行為タル納入告知書ニ依リ徵收云々トノ御判旨ナルモ斯ク稱シ得ルハ該告知書カ有效ナルモノタラサルヘカラストハ權威アル行政法學者ノ説ク所ナリ然ルニ本件告知書ハ前掲ノ如ク公賣處分ヲ以テ原告ヲ畏怖セシメ徵求シタルモノナレハ無効ニ屬シ仍テ御判示失當ト信ス若シ否ラストセムカ被告ハ如何ナル不當ノ告知書ヲ發スルモ全部有效視セラルル不法ノ結果ヲ招來スルニ至ル尤モ本年七月ノ司法協會決議、大審院昭和四年(オ)第一七〇四號ノ如ク取消前提設ナキニ非スト雖是等ハ何レモ左ノ理由ニ依リ不當

ニシテ無効説ヲ覆ス價值ナキカ如シ(一)司法協會決議ハ水利組合費徵收事務取扱手續第八條ヲ恪守スルトキハ直ニ正否判明スヘク從テ民訴上ノ係争ヲ惹起スルコトナシ即チ真正ナル土地臺帳謄本ハ必スヤ組合費賦課臺帳ノ地目、面積ト合致シ絶對ニ相違スルコトナシ若シ相違ノ場合ハ組合臺帳作成事務上ノ誤リニ外ナラス何トナレハ組合臺帳ハ規約ノ定ムル所ニ依リ賦課測定日ニ土地臺帳ト對照シ作成ヲ要シ仍テ原本タル臺帳ト組合臺帳トノ相違ハ當然組合側ニ原本ノ如ク直ニ訂正ノ義務ヲ生シ若シ斯クセサレハ簿記上ノ合計額吻合セズ延テ組合臺帳完成ヲ告クル能ハス右原告ノ主張ハ朝鮮土地調査令ニ依リ調査測量セラレタル土地臺帳ノ固有性質ニ立脚セル定論ナリトス(二)大審院判例ハ行政行為ノ無効ト取消トヲ混同セル誤判ニテ判旨甚タ不當ナレハ破棄變更セラレヘキモノナリトハ發表後間モナク在野ノ民法行政法學者ニ依リ論評セラレ唯一人左袒者アリシモ國有鐵道用地ノ買收ハ鐵道省カ所有權移轉ノ囑託登記ヲ爲スト國家カ國庫收入ヲ禁セル非課稅地化セル關係ヨリ之等ト矛盾スル點多シサレハ贊成論ハ結局失當ニシテ無効ナル告知書ニ依ル徵收金ハ直ニ不當利得ヲ構成スル論旨正當ナリ(之等ノ詳細ニ互ル事項ハ何レモ發表後相當ノ時日ヲ經過シ周知ノ事實ニ屬シ因テ釋迦ニ説法ノ感アル爲論者及著書名等ハ省略ス)現ニ御院ニテ三件共告知書ヲ發シ不當徵收ヲ爲シタル者ニ對シ返還ヲ命シタル實例ハ之ト完ク甲乙ナキ本件ニ對シ第二審裁判所カ反對ノ御判示ヲ爲サレタルハ違法ノ裁判ナリト信ス納付義務ナキ者ニ發シタル告知書ニ依リ徵收セルハ恰モ偽造貨幣ヲ使用シタルト何等擇フ所ナク此處迄論究セムカ一層不當ナルコト明瞭ナリトスト謂ヒ

同第五點ハ御院ノ昭和九年民上第六二號判例ハ民法、競賣法、國稅徵收法各種稅法等ノ法律關係ヲ始メ農業竝ニ純正兩經濟學、現在朝鮮ノ農業組織、朝鮮統治ノ大方針等何レノ方面ヨリ觀察スルモ毫モ缺陷ナキ判例民事法ニテ唯吻合セサルハ土地改良令四十七條ニ對スル一部ノ解釋ナリトス然ラハ何故ニ前敍不吻合ノ所論ヲ生シタルヤト云フニ同條解釋ノ前提トシテ必須不可缺事項タル水利組合公企業ノ性質、從來ノ法條ヲ改正發布セラレタル所謂立法ノ精神、組合費賦課徵收ノ原則、農業經濟機構等ヲ探究セサル可ラサルニ此ノ緊切ナル行政上ノ常道ヲ完ク等閑ニ附シ唯單ニ「土地ノ所有權ト共ニ其ノ承繼人ニ移轉ス」トノ文字ノミニ捉ハレタルコト及斯ク解釋適用スルカ組合當務者ノ業務處理ヲ怠惰裡ニ遂行シ得ル爲ノ便利觀念ニ出發セル外ナシ仍テ一般法理解釋ノ常道ヲ履マムカ決シテ斯ル違法ノ解釋ヲ爲スコトナシト斷言シ得ヘシ何トナレハ岡崎知事ノ正當ナル御裁決ヲ得ル能ハサル爲弄シタル被告ノ手段ノ一事ノミニテ足リ他ハ多言ヲ要セス正當ナル權利ヲ享有シ正々堂々ト之カ保護ヲ受ケ得ル者カ刑法ニ問ハルル如キ行為ヲ爲ス必要何處ニモ存在セス原告カ本府官制ニ基キ審議室主席事務官宛異議ノ申立ヲ爲シ主管課タル土地改良課ニモ陳情シテ被告ト同道本府ニ出頭公明正大ナル御裁定ヲ仰ク方法ヲ講シ更ニ司法裁判所ニ提訴ト天下ノ公道ヲ終始履メルトハ軒輊ノ差ナラスヤ國家ノ租稅賦課徵收事務ヲ管掌スル大藏省主稅局竝ニ朝鮮總督府財務局カ被告ノ論據ヲ認容セラルルヤ否ヤヲ一考スレハ一瞬ニシテ其ノ不當ナルコト判然スヘシト信ス農林省カ耕地整理法第五條ノ解釋ニ當リ完ク御院判例ト同様ノ御見解ナルハ被告主張ノ失當ヲ證明スル一大好例ナリトスサレハ第二審裁判所カ原告

ノ訴ヲ棄却スルニ先チ御院ノ曩ノ判例ヲ聯合裁判ニ依リ破棄變更ヲ爲サルヘキ有力ナル論據ノ探究ヲ要ス否
ラサレハ原告ノ請求理由ヲ採用セサル本旨ニ悖ル順序ナルニ第一審裁判所ト同様御院ノ御判旨ヲ採用シナカ
ラ反對ノ御判決ヲ爲サレタルハ矛盾セル誤レル御判決ト思料セラル殊ニ大正十年五月二十日附御院判例ノ有
效ナル今日ニ於テハ其ノ感一層深シト謂ヒ

同第六點ハ原裁判所カ謝罪公告ノ請求ニ對スル御判決ナキハ原告カ取下ケタル爲ナルモ原告ノ供託提議ヲ却
ケ不當利得ヲ遂行セム爲財産ノ差押、公賣公告等ヲ爲シ仍テ所有權上ニ拭フ能ハサル汚點ヲ刻附シ且原告一
家ニ對シ未タ曾テ無キ汚名ヲ被ラシメタル行爲ニ對シテハ御院昭和八年刑第一六八號御判例ヲ始メ幾多ノ判
例學說ニ照シ原告ハ當然回復請求權ヲ有スルモ素々組合對組合員ハ唇齒輔車ノ間柄ナレハ主要目的タル損害
ノ回復ヲ得ルニ於テハ敢テ固執セサル意味ヲ表明シ舟田裁判長ノ勸告ニ從ヒ取下ケノ意思ヲ明ニ表示シタル
次第ニテ原告カ請求ノ非ヲ悟リ自ラ進テ取下ケタルニ非ス而シテ第一審裁判所ハ次回控訴狀第四點ニ記載ノ
如キ不當ノ方法ニテ裁判セラレシ爲論外ナルモ第二審裁判所ノ次回控訴ニ對スル勝訴ノ御判決及次回ノ舟田
裁判長ノ御審理狀況ヨリ原告勝訴ト推定セルカ其ノ要因ナリトサレハ本上告ニ當リテ請求事項ト爲ササル
モ絶對ニ自發的或ハ悔悟ノ末ノ取下ニ非サルコトヲ重ネテ附記ス右ノ次第ニテ名譽回復問題ハ茲ニ除外セル
モ初回控訴狀末尾要約ニ記シタル如ク土地ノ擔保價格ニ至大ノ關係ヲ有シ會計法或ハ民法ノ時効期間滿了迄
ハ承繼セシメ加之其ノ間日歩四錢ノ高利ヲ附加スル爲土地ノ信用價格低下ハ全面積ニ及ヒ皆無トセサル可ラ

サル箇所モ決シテ鮮少ニ非ス斯クテハ總督施政ノ大方針ト完ク背反シ然モ其ノ影響面積二十餘萬町步全方面
積ノ一割三步強ニ該ル問題ナレハ關係人員ハ五十萬人以上ト推算セラレ因テ民事裁判權竝ニ關係土地ヲ對象
トスル經濟機構上相當重大問題ト信ス而シテ之ニ附隨スル名譽上ノ損害モ決シテ等閑視ス可ラサルコトト信
スト謂フニ在リ

○ 判決理由

案スルニ朝鮮水利組合令ニ依ル水利組合ハ組合費及其ノ附帶費ヲ徵收スル爲國稅徵收法ノ規定ニ從ヒ組合員
タル義務者ノ所有財産ニ付差押公賣等ノ滯納處分ヲ爲シ得ヘク組合員ノ負擔スル組合費及附帶費納付ノ義務
ハ其ノ所有財産ニ依リテ擔保セラルルコト勿論ナルモ其ノ義務ハ畢竟蒙利地改良ニ關スル義務ニシテ之ヲ是
認スヘキ特殊ノ理由アルニヨリ法ハ別ニ朝鮮土地改良令第四十七條ノ規定ヲ設ケテ蒙利地カ所有者ヲ變更シ
タルトキハ新所有者ニ義務ヲ移轉セシメ以テ義務者カ其ノ故意懈怠ニ因リ擔保ノ用ニ供セラルル蒙利地ヲ喪
失セシメテ水利組合ニ不測ノ損害ヲ蒙ラシムルコトナカラシメンコトヲ期シタリ然リト雖右ノ規定ニ蒙利地
カ其ノ擔保トシテノ作用ヲ實現スルコトナクシテ所有者ヲ變更スルニ至レル場合ニ關スルモノニシテ固ヨリ
擔保作用ノ實現即其ノ代價ヲ以テ組合費ノ支拂ニ充ツル爲公賣セラレタルトキニ於テモ尙新所有者ニ前主ノ
義務ヲ移轉セシムル旨規定セルモノニ非ス若シ公賣ニ因ル買受人亦前主ノ義務ヲ承繼スルモノトセムカ公賣
代金額ハ土地價額ヨリ前主ノ負擔額ヲ控除セル額ナラサルヘラサルカ故ニ負擔額過大ナルトキハ買受人ナキ

ニ至リ組合費ノ徵收ハ蒙利地ニ依リテハ全然擔保セラレサル結果ヲ生スルノミナラス蒙利地カ其ノ全價值ヲ以テ擔保セル組合費徵收ノ爲ニ公賣セラレタルトキハ其ノ效用ノ總テヲ盡シタルモノニシテ公賣ニ因ル買受ハヲシテ前主ノ義務ヲ承繼セシメテ同一土地ノ上ニ擔保作用ヲ再現セシムヘキ理論上ノ根據ナキカ故ナリ而シテ右ノ解釋ハ債權者カ其ノ擔保物權ノ實行トシテ蒙利地ヲ競賣シタルトキニ於テモ異ルコトナク競賣ニ因リテ蒙利地ハ擔保能力ノ全部ヲ消盡スルモノ故組合費徵收權ヲ有スル水利組合ト雖單ニ競賣代金ニ付優先辨濟ヲ受ケ得ルニ止リ同土地ニ付擔保作用ヲ再現セシムヘキ謂レナク假ニ競賣債權者カ競賣代金中ヨリ組合費ヲ控除スルコトナク其ノ全部ヲ自己ノ債權ノ辨濟ニ充當取得シタリトスルモ其ノ結論ヲ異ニスルモノニ非ス(昭和九年民上第六二號同年七月六日判決參照)當事者辯論ノ趣旨ニ依レハ本件ノ土地ハ被告水利組合ノ蒙利地ニシテ其ノ組合員タル訴外金永喜及金英泰ノ所有財産トシテ同人等ノ同組合ニ對スル昭和六年度ノ組合費及附帶費合計三百三十九圓九錢ノ納付義務ヲ擔保シタリシカ同土地ヲ目的トセル擔保物權ノ實行トシテ昭和六年十二月中全州地方法院群山支廳ニ於ケル同年民執第四二五號競賣法ニ依ル競賣手續開始セラレタル結果原告ニ於テ之ヲ競落セルモノナリ從テ右競賣ニ因リテ同土地ノ所有者トナリタル原告ハ右訴外人等ノ義務ヲ承繼スルコトナク被告組合ハ競賣代金中ヨリ右納付金ノ支拂ヲ受ケサリシトスルモ原告ニ對シ之カ納入方ヲ請求シ得サルハ勿論昭和七年三月十七日原告ニ對シ原告示ノ如キ納付通知ヲ爲シタルコトノ如キハ原告ノ所有ニ屬スル本件土地ニ付差押ヲ爲シ公賣ヲ爲ス權能ヲ同組合ニ生セシムルモノニ非サルコト言フ俟タス然

レハ被告組合カ原告示ノ如ク其ノ義務者ニ非サル原告ニ對シ滯納處分ヲ爲シ之ニ因リテ金員ヲ取得セル限リ開ハ民法上ノ不當利得ヲ構成スルモノト謂ハサルヘカス原告判決ハ「競落ニ因リ不動産ノ所有權ヲ取得シタル場合ニ於テハ競落人ハ競落物ノ完全ナル所有權ヲ取得シ之ニ附屬スル前主ノ義務ハ之ヲ承繼スルモノニ非サルヲ以テ前主ノ滯納公課金等ニ關シ競落人ニ對シ其ノ支拂ヲ求メ得サルコト勿論ニシテ此ノ點ニ關スル被告代理人ノ抗辯ハ謂レナシ」ト適當ニ判示シタルニ拘ラス其ノ後段ニ於テ被告組合カ原告ニ對シ納入告知書ヲ發行シタル以上右ハ公法人カ其ノ權限ニ基キ爲シタル行政處分ナルヲ以テ之ニ基キ被告カ前示金員ノ納入ヲ爲サシメタルハ法律上ノ原因ナシト稱シ難ク從テ不當利得ノ觀念ヲ容ルル餘地ナキ旨判示シ結局原告請求全部ヲ排斥セルハ當ヲ得ス蓋シ水利組合ノ滯納處分ハ朝鮮水利組合令第十四條ニ依ル異議却下セラレタルトキハ確定力ヲ生シ之ヲ爭フヲ得サルニ至ルコト論ヲ俟タスト雖水利組合ノ受益カ滯納處分ヲ原因トスルコトヲ以テ直チニ不當利得ヲ構成スルコトナシト論斷スルヲ得ス滯納處分ニ因ル金員取得ハ行政法規ニ於テ是認セラルル行爲ナリト雖之ニ因リテ受ケタル利得返還ノ問題ハ尙別個ノ觀點ヨリ之ヲ決スヘク單ニ取得カ法律規定ニ因リテ爲サレタルコトヲ標準トシテ之ヲ定ムルヲ得サルカ故ナリ(例ヘハ主タル動産ノ所有者カ民法第二四三條ノ規定ニ依リ之ニ附合セル動産ノ所有權ヲ取得スル場合ノ如キハ其ノ所有權取得ハ法律規定ニ因ルモノナリト雖仍民法カ第二百四十八條ニ於テ損失者ニ償金請求權ヲ認メタルハ如上所有權取得ノ關係ヲ尙法律上ノ原因ナクシテ不當ニ利得シタルモノト爲シタルニ由ルモノナラスンハ非ス或ル水利組合カ組合費徵收

權アリト稱シテ滯納處分ヲ爲シ金員ヲ取得シタル場合ニ不當利得成立スルヤ否ヤノ判斷ハ常ニ必スシモ金員取得ノ原因カ滯納處分ニ在リヤ否ヤヲ重點トスルモノニ非ス公法關係ニ於テモ組合費納入ノ義務ヲ負擔セサルコトニ確定セル者ニ對シ滯納處分ヲ爲シタル場合ヲ想定セハ思半ヲ過クルモノアルヘク納入義務ノ有無未確定ナル場合ニ想到セハ更ニ深キヲ得ヘシ）被告組合カ原告ヨリ金三百三十九圓九錢ヲ取得セルハ訴外金永喜及金英泰ニ對スル組合費並ニ附帶費徵收ノ爲義務承繼者ニ非サル原告ニ對シテ滯納處分ヲ爲サムトシタルニヨリ原告ハ之ヲ避クル爲止ムコトヲ得スシテ昭和九年十一月三十日右ノ金員ヲ交付シタルニ因ルモノニシテ原告ノ損失ニ於テ被告組合ヲシテ之ヲ保有セシムルハ衡平ノ觀念正義ノ要請ニ反ス其ノ返還義務ヲ認メテ正ヲ持シ平ヲ得セシムルヲ妥當トスヘク被告ノ利得ハ民法第七百三條ノ規定スル不當利得ヲ構成スルモノトス故ニ被告ハ原告ニ對シ前記金額ノ返還並ニ記録ニ徵シ明ナル本件ノ訴提起ニ因リ遲滯ニ付セラレタル昭和十年三月三十一日以降完済ニ至ル迄右金額ニ對スル年五分相當ノ法定損害金ヲ支拂フヘキ義務ヲ負擔スルモノニシテ原告請求ハ右ノ範圍内ニ於テ之ヲ認容シ爾餘ノ部分ハ理由ナキカ故ニ之ヲ棄却セサルヘカラス然レハ原判決カ原告請求全部ヲ排斥セルハ不法ニシテ其ノ一部ハ破毀スヘク此ノ部分ニ對スル論旨ハ理由アリ他ハ理由ナキモノトハ

○損害賠償請求事件

(昭和十年民上第五〇九號棄却)
昭和十一年二月四日民事部判決棄却)

【原告】 被控訴人 上告人 崎村四郎七 訴訟代理人辯護士 水野正之丞 外一人

【被告】 控訴人 被上告人 秋田秀穂

【第一審】 京城地方法院 【第二審】 京城覆審法院

○判示事項

所謂定期行爲ナリヤ否ノ判斷

○判例要旨

所謂定期行爲トシテ特定ノ履行期ヲ當事者ノ一方カ經過セルニヨリ相手方カ直チニ解除權ヲ取得シ得ヘキヤ否ハ當該契約ニ於ケル履行期ノ遵守カ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルニ缺クヘカラサル要素ヲ爲スモノナリヤ否ニヨリ定マリ其ハ具體の場合ニ於ケル契約ヲ解釋シテ判斷スヘキモノニシテ契約ノ性質上然ルヤ若ハ當事者ノ意思表示ニ依リ然ルヤハ之ヲ區別セサルヘカラサルモノニ非ス

〔參照〕 民法第五百四十二條 契約ノ性質又ハ當事者ノ意思表示ニ依リ一定ノ日時又ハ一定ノ期間内ニ履行ヲ爲スニ非サレハ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサル場合ニ於テ當事者ノ一方カ履行ヲ爲サスシテ其時期ヲ經過シタルトキハ相手方ハ前條

所謂定期行爲ナリヤ否ノ判斷

○ 事 實

原告訴訟代理人ハ其ノ請求原因ノ要旨トシテ被告ハ京城府明治町二丁目二十二番地ニ於テ株式ノ現物賣買ヲ業トスルモノナルトコロ原告ハ昭和九年三月二十二日被告ニ對シ原告所有ノ日本エタニストバイブ株式會社ノ株式五十株ヲ時價ニ依リ賣却シ度キ旨申込ミタルニ被告ハ同日一株ニ付金八十九圓ノ割合即チ五十株ニテ合計金四千四百五十圓ニテ他ニ賣付ケタル旨返電シ右買受ヲ承諾シタリ仍テ原告ハ昭和九年三月二十八日妻ヒサヲ代理人トシテ被告ノ店舗ニ遺ハシ現物ヲ被告ニ提供シ代金ノ支拂ヲ求メタルトコロ被告ハ既ニ他ヨリ株式ノ買埋ヲ爲シ右契約ヲ取消シタリト稱シ之カ引取りヲ拒ミ代金ノ支拂ヲ爲ササリシヨリヒサハ被告ニ對シ同月三十一日迄ニ代金ノ支拂ヲ爲ス機催告シ置キ右株式ヲ京城ノ知人ニ預ケタル儘歸宅シタルカ更ニ原告ハ右三十一日自ラ被告ノ店舗ニ至リ被告ニ對シ右株式ヲ提供シ代金ノ支拂方ヲ催告シタルカ被告ハ之ニ應セス其ノ後同年四月六日原告ハ更ニ代理人湊幸四郎ヲ遣ハシ被告ニ對シ口頭ニテ提供ヲ爲サシメ同月七日迄ニ代金ノ支拂ヲ爲スヘキ旨催告シタルニ被告ハ遂ニ之ニ應セス仍テ原告ハ已ムヲ得ス五月七日右株式ヲ訴外山本源作ニ一株ニ付金六十二圓五十五錢五十株代金合計金三千一百二十五圓ニテ賣渡シタルヲ以テ結局原告ハ被告ノ債務不履行ニ因リ金一千三百二十五圓ノ損失ヲ蒙リタリサレハ原告ハ被告ニ對シ右賣買契約解除ノ意思表示ヲ爲シタル上損害賠償トシテ右金額及之ニ對スル訴狀送達ノ翌日以降完済ニ至ル迄商事法定利息年六分ニ相當スル遅延損害金ノ支拂ヲ求ムル爲本訴請求ニ及ヒタリト陳述シ被告ノ答辯ニ對シ原告カ三月二十二日被告ニ對シ翌二十三日株式ヲ持參スヘキ旨電報ヲ發シタルコト竝同月二十六日午前被告ヨリ賣買契約解除ノ通知ヲ受ケタルコトハ認ムルモ右電報ハ之ニ依リテ株式受渡ノ履行期ヲ約定シタルモノニ非ス單ニ原告ニ於テ任意ニ持參スヘキ時期ヲ豫告シタルニ過キス元來本件賣買契約ハ履行期ノ定メナカリシモノニシテ株式現物賣買ニ於テ履行期ノ定メナキ場合ハ慣習ニ依リ賣勝手ト稱シ賣主ハ契約日ヨリ二週間内ニ現物ノ受渡ヲ爲セハ足ルモノナレハ右二十六日ニ

於テ未タ原告ニ契約不履行ナキヲ以テ被告ニ契約解除權ノ生スヘキ筈ナク又假ニ右三月二十三日ヲ以テ履行期ト定メタルモノナリトスルモ本件賣買ハ被告主張ノ如キ定期履行ニ非サルヲ以テ催告ナクシテハ解除ヲ爲スコトヲ得サルモノナレハ被告ノ契約解除ノ意思表示ハ其ノ効ナシ加之原告ハ三月二十四日ニ至リ被告ニ對シ二、三日株式ノ引渡ヲ待タレ度キ旨ノ手紙ヲ出シタルトコロ被告ヨリ二十五日迄ハ待ツ旨ノ返信アリ被告ハ二十五日迄ノ延期ヲ承諾シタルモノナルトコロ同日ハ日曜日ニシテ慣習上取引ヲ休止スルコトトナリ居ルヲ以テ期日ハ當然翌二十六日迄延期セラレタルコトト爲リタルモノナレハ原告ハ同日中ニ履行ヲ爲セハ何等不履行ノ責ニ任スヘキ謂ハレナキヲ以テ同日被告ノ爲シタル契約解除ノ意思表示ハ無効ナリ尙被告主張ノ如ク三月二十二日原告ハ被告ニ對シ翌二十三日迄ニ株式ヲ持參スル旨ノ電報ヲ發シタル後更ニ電報ヲ以テ他ニ高値ニテ賣却シ得ル故被告ノ賣付ハ中止スル旨申送りタルニ對シ被告ヨリ既ニ他ニ轉賣ヲ約シタルニ依リ解除スルヲ得ス株式ヲ送付スヘシトノ返電ノアリタルコトハ之ヲ認ムルモ右賣却ノ中止方ヲ申出テタルハ其ノ當時右株式ハ一株ニ付九十四圓ノ相場ナル旨他ヨリ聞知シタルニ依リ被告カ一株ニ付八十九圓ニテ買取りタルハ不當ナリトシテ之ヲ詰問シタルモノナリト述ヘ本件賣買契約ハ商法第二百六十三條第一號ニ該當スル商行爲ナリト釋明シ尙昭和九年三月二十四日ハ單ニ株式持參ニ付テ原告ノ希望日ニシテ其ノ引渡期日トシテ定メタルモノニ非ス本件株式カ其ノ相場ノ變動激シキモノナルコトハ爭ハスト謂フニ在リ

被告答辯ノ要旨ハ右日本エタニストバイブ株式會社ノ株式ハ其ノ相場ノ變動甚シク投機株トシテ最モ著名ナル株式ニシテ性質上一定ノ期間内ニ履行ヲ爲スニ非サレハ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサルモノナリ然ルニ原告ハ昭和九年三月十八日郵書ヲ以テ被告ニ對シ本件株式五十株ヲ代金一株ニ付金八十九圓ニテ賣却シタキ旨ノ申込ヲ爲シ來リ之ニ對シ被告ハ同月二十二日午後零時四十四分發信電報ニテ右原告ノ賣却申込ニ對スル買受承諾ノ意思ヲ表示シ茲ニ賣買契約成立シタルモノニシテ株式ノ引渡ト代金ノ支拂トハ同時ニ履行スヘキモノナル處其ノ履行期ニ付テハ被告ハ右電報ヲ以テ荷爲替頼ムト申送

リタルニ對シ原告ハ同日午後二時三十七分發信電報ヲ以テ翌二十三日被告店舖ニ持參スヘキ旨申來リ更ニ右二十二日午後四時四十五分發信電報ヲ以テ被告ヘノ賣却ヲ中止シ度キ旨申來リタルモ被告ハ同日午後五時二十五分發信電報ヲ以テ既ニ他ニ轉賣シタル故解除スルヲ得ス株ヲ直ク送レト申送リタルカ原告ハ之ニ對シ翌二十三日附書面ニテ同月二十四日午前十時頃持參スヘキ旨申來リタルモノニシテ之即チ本件株式引渡ノ履行期ヲ昭和九年三月二十四日午前十時頃ト爲スノ合意アリタルモノナリト謂フニ在リ

第二審裁判所ハ證據ヲ綜合スレハ原被告間ニ於テ本件株式ノ引渡ニ付テノ履行期ヲ昭和九年三月二十四日午前十時頃ト爲スノ合意カ同月二十三日成立シタルコトヲ肯認シ得ヘク右認定ニ牴觸スル原審證人崎村ヒサ湊孝四郎ノ各供述部分ハ措信セス成立ニ爭ナキ甲第一號證ノ一、二ハ原告ノ自認スル被告カ同月二十六日成立ニ爭ナキ乙第六號證ノ電報ニテ右履行期迄ニ原告ニ於テ本件株式ヲ持參セサル故ヲ以テ本件買賣契約解除ノ意思表示ヲ爲シタル後ニ發シタル書面ナル事實ニ徵スレハ右甲第一號證ノ二ノ記載ハ單ニ右契約解除ノ言譯トシテ右履行期ヲ經過シタル後ト雖モ同月二十五日迄ニ株式ヲ持參シタランニハ之ヲ受領スヘカリシニトノコトヲ意味セルモノニシテ履行期ヲ延期シタルモノニ非サルモノトスルヲ相當トスヘク從テ右甲號證ハ前示認定ノ妨ト爲ラス他ニ該認定ヲ駁ヘシ原告主張ノ如ク被告ヨリ本件履行期ヲ右二十五日迄延期スルコトニ付テノ承諾アリタル事實ヲ認ムヘキ資料ナシ而シテ本件株式引渡ノ場所カ被告方ニシテ株式ノ引渡ト其ノ代金ノ支拂ヲ同時ニ履行スヘキ約旨ナリシコトハ當事者辯論ノ全趣旨ニ徵シ明ニシテ原告ノ爭ハサル本件株式ハ其ノ相場ノ變動激シキモノナル事實及原審證人北村友一郎ノ證人ハ株式現物賣買業者ナルカ日本エタニスト

パイプ株式會社ノ株式ノ如キ相場ノ變動激シキモノハ證人ノ店ニ於テハ可及的之カ取扱ヲ爲ササル方針ヲ執リ居ル旨ノ供述ニ原審證人立山榮吉ノ供述ヲ綜合スレハ本件株式ハ相場ノ變動激シキ爲履行期ヲ定メテ之カ賣買ヲ爲シタル場合ニ於テハ其ノ性質上之ヲ他ニ轉賣スルヲ通常トスルモノニシテ履行期迄ニ株式引渡ノ履行ヲ爲スニ非サレハ賣買ノ目的ヲ達スルコト能ハサル定期行爲ナリト認ムヘキモノトスト說示シ原告主張ノ本契約カ賣勝手ト稱シ賣主ハ契約日ヨリ二週間内ニ現物ノ受渡ヲ爲セハ足ル旨ノ主張事實ハ措信シ難シトシ然リ而シテ被告カ昭和九年三月二十三日ヨリ前示履行期後ノ同月二十五日ニ至ル迄原告ニ支拂フヘキ本件株式代金四千四百五十圓ヲ準備シテ之ヲ所持シ居リタルコトハ當審證人難波萬次郎ノ供述ニ徵シ明ニシテ原告カ本件履行期ナル同月二十四日午前十時頃迄ニ株式引渡ノ提供ヲ爲ササリシコトハ原告ノ自認スル所ナルヲ以テ被告カ同月二十六日乙第六號證ノ電報ヲ以テ爲シタル本件買賣契約解除ノ意思表示ハ有效ナルモノト謂フヘク從テ假ニ原告カ其ノ主張ノ如ク被告ニ對シ右契約解除ノ後ニ至リ數回ニ互リ本件株式ヲ提供シ其ノ受領ヲ要求シタリトスルモ被告ハ之ニ應スヘキ何等ノ義務ナキコト論ヲ俟タス左レハ假ニ原告カ昭和九年五月七日本件株式ヲ本件賣買代金ヨリ安價ニテ他ニ賣却シ其ノ主張ノ如ク金一千三百二十五圓ノ損失ヲ蒙リタリトスルモ并ハ原告自ラ其ノ義務ヲ盡ササルニ基因セルモノナルヲ以テ被告ニ對シテ之カ賠償ヲ求ムヘキ何等ノ權利ナキモノト謂ハサルヘカラス仍テ原告ノ請求ハ失當ナルモノトシテ之ヲ排斥シタリ

○上告理由

所謂定期行爲ナリヤ否ノ判斷

上告理由ハ履行期カ重要ニシテ定期行爲ナリヤ否ヤハ當事者一方カ主觀的ニ其期日ニ履行サレルコトカ絶對必要ナリト思惟シタル一事ニ依リ決定セラルヘキモノニアラスシテ期日カ當事者雙方ノ合意ニ依リ定マルヘキモノナル以上其定期行爲タルコトモ當事者ノ合意ニ依リ定マルヘキモノト信ス故ニ相場ノ變動激シキ株式ノ賣買ナリト雖當事者カ特ニ其履行期ヲ重要ナルモノトシテ約束セサル以上ハ之ヲ以テ定期行爲ナリト爲スヲ得サルモノニシテ其相場ノ變動激シキ株式ナル故ヲ以テ常ニ其履行期日ハ重要ニシテ當事者ハ定期行爲ヲ約シタルモノト爲スヲ得ス或ハ其賣買ノ當事者カ何レモ株式ノ賣買ヲ營業トスル商人ナル場合ニハ定期行爲トスル慣習アルヘシト雖斯ル場合ハ當事者其慣習ニ依ルノ意思アルモノナレハ結局定期行爲ニ付合意アルコトニ歸スルモ商人ト非商人間又ハ當事者雙方非商人タル場合ニ於テハ斯ル慣習ハ存在セサルヲ以テ其賣買カ定期行爲タリヤ否ヤハ特約アルヲ要スルモノニシテ其特約ナキ限ハ履行期日ハ普通ノ期日ニシテ期日ニ懈怠シタル一事ニ依リ直ニ契約ノ解除ヲ爲スヲ得ス必スヤ相當ノ履行期間ヲ定メテ履行ヲ催告シ然ル後契約ノ解除ヲ爲スヘキモノトス原審ハ本件賣買ノ目的タルエタニストバイ株ハ相場ノ變動激シキモノナルコトヲ認メ履行期ヲ定メテ之カ賣買ヲ爲シタルトキハ其性質上他ニ轉賣スルヲ通常トスルモノニシテ履行期迄ニ株式ノ引渡ヲ爲スニアラサレハ賣買ノ目的ヲ達スルコト能ハサル定期行爲ナリト認ムヘキ旨判示セラレタルモ相場ノ變動激シキ株式ト雖之カ履行ニ付定期行爲ト爲スト否トハ當事者ノ自由ニシテ性質上常ニ定期行爲ナリト斷スルヲ得ス唯賣買ノ當事者カ株式ノ賣買ヲ目的トスル商人タル如キ場合ニハ前敍ノ如ク之ヲ定期行爲ト

スル慣習アラシキモ當事者ハ該慣習ニ依ル意思アルモノトシ定期行爲ヲ爲シタルモノト認メ得ヘキニ過キス現物ノ仲買人カ客タル非商人ニ或ル特定ノ株式ヲ賣却シタル如キ場合ニ自己ニ手持品ナキ場合ハ大阪若クハ東京等ノ仲買人ヨリ之ヲ買求メ之ヲ買主ニ供給スルコトハ今日京城ニ於ケル仲買人ノ常例ニシテ其賣買ニ履行期アリトスルモ其期日ヲ怠リタル一事ニ依リ直ニ契約ヲ解除スルヲ得ス必スヤ相當期間即他ヨリ之ヲ買求ムルニ要スル期間ヲ置キ催告ヲ爲スヘキモノナリ是レ仲買人ト非商人間ノ賣買ニ在リテハ當然定期行爲ナリト爲スヲ得サルカ爲ナリ原告ハ商人ニアラス故ニ本件株式ノ賣買ニ在リテ縱令履行期ノ定メアリシトスルモ其期日ヲ定期行爲トシテ約シタルモノニアラス若シ株式仲買人ト非商人トノ間ニ於テモ相場ノ變動甚シキ株式ノ現株賣買ハ定期行爲ナリトスル慣習アレハ格別ナルモ適々賣買ノ目的タル株式カ相場ノ變動激シキ株式ナルコトノ一事ニ依リ其期日ハ性質上當然定期行爲ナリト斷スルヲ得サルモノト思料スルヲ以テ原判決ノ前示說示ハ不法ナリト信スト謂フニ在リ

○ 判決理由

所謂定期行爲トシテ特定ノ履行期ヲ當事者ノ一方カ經過セルニヨリ相手方カ直ニ解除權ヲ取得シ得ヘキヤ否ハ當該契約ニ於ケル履行期ノ遵守カ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルニ缺クヘカラサル要素ヲ爲スモノナルヤ否ニヨリ定マリ其ハ具體の場合ニ於ケル契約ヲ解釋シテ判斷スヘキモノニシテ契約ノ性質上然ルヤ若ハ當事者ノ意思表示ニ依リ然ルヤノ如キハ之ヲ區別セサルヘカラサルモノニ非ス原判決ハ本件株式ヲ目的トセル賣買

所謂定期行爲ナリヤ否ノ判斷

契約ハ性質上定期行爲ナリト結論セルモ判示ノ趣旨ハ本件契約ニ於テ履行期ノ遵守カ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルニ缺クヘカラサル要素ヲ爲シタルモノナリト謂フニ歸シ所論ノ如ク當事者一方ノ主觀ノミヲ以テ然リトセルニ非ス其ノ援用ニ係ル憑據ニ依テ本件契約ヲ爾ク解釋シ得サルニ非サルナリサレハ論旨ハ採用ニ由ナシトス

○土地所有權移轉登記抹消請求事件

(昭和十年民上第五五四號棄却)
(昭和十一年二月四日民事部判決)

〔原告〕 上告人 大平正一 訴訟代理人辯護士 切山篤太郎外一人
〔被告〕 被上告人 釜山第一金融組合 代表者組長 福島源次郎
理事 井上充亮

〔第一審〕 釜山地方法院 〔第二審〕 大邱覆審法院

○判示事項

手續上ノ瑕疵ト競落ノ效果

○判例要旨

競賣手續ヲ實行シタル權利カ實體上存在セサルモノニ非サル限り縱令其ノ手續ニ於テ瑕疵ノ存スルモノアリトスルモ苟モ競落許可決定ノ確

定シタル以上ハ該競賣ヲ無効トシテ競落ノ效果ヲ否定スヘキモノニ非ス

〔參照〕 競賣法第三十二條 競落期日ハ民事訴訟法第六百六十條ノ規定ニ從ヒ裁判所ニ於テ之ヲ開ク

競落ノ手續、競落ヲ許ササル場合ノ新競賣期日、競賣ノ履行及ヒ競落人ノ義務不履行ノ場合ニ於ケル再競賣ニ關スル民事訴訟法第六百七十一條乃至第六百七十四條、第六百七十六條乃至第六百八十三條、第六百八十七條及ヒ第六百八十八條ノ規定ハ本章ノ競賣ニ之ヲ準用ス

民事訴訟法第六百七十九條 競落ヲ許ス決定ニハ競賣ヲ爲シタル不動産、競落人及ヒ競落ヲ許シタル競買價額ヲ掲ケ又特別ノ賣却條件ヲ以テ競落ヲ爲シタルトキハ其條件ヲモ掲ケ可シ

右決定ハ之ヲ言渡ス外尙ホ裁判所ノ掲示板ニ掲示シテ公告ス可シ

○事實

原告ノ原審ニ於ケル請求原因ノ要旨ハ原告先代大平鹿之助ハ大正十五年十二月三日被告ニ對シ其ノ所有ニ係ル前記三筆ノ土地ニ付釜山地方法院東萊出張所受附第七七二八號ヲ以テ擔保極度金額ヲ金二千圓トスル根抵當權ノ設定登記ヲ爲シ昭和四年十二月一日被告ヨリ金一千七百五十圓ヲ利息日歩三錢四厘返済期昭和五年五月三十一日ト定メ之ヲ借受ケ其ノ後右元利金ノ一部ノミ辨濟シタル儘昭和七年三月十六日死亡シタルニヨリ同日原告其ノ家督ヲ相續シ原告先代ノ被告ニ對スル該債務ヲ承繼シタリ而シテ該債務ハ昭和八年五月二十五日現在ニ於テ元金一千六百九十六圓六十九錢及之ニ對スル同七年四月一日以降ノ利息ヲ殘スコトトナリタルヲ以テ被告ニ於テ之カ辨濟ヲ受クル爲メ前記根抵當權ノ實行ヲ爲スニハ原告ヲ其ノ債務者及抵當土地所有者トシテ競賣ノ申立ヲ爲スヘキモノナル所被告ハ原告ノ右相續事實ヲ知り乍ラ抵當土地ノ所有名義カ原告先代ニアルヲ幸ニ不法ニモ原告先代ヲ恰モ生存セル如ク裝ヒ原告先代ヲ被申立人トシ昭和八年五月二十四日釜山地方法院ニ前記抵

手續上ノ瑕疵ト競落ノ效果

當土地ノ競賣申立ヲ爲シ翌二十五日競賣開始ノ決定ヲ受ケ同年六月二十九日ノ競賣期日ニ於テ被告ハ金一千二百七十圓ヲ以テ之ヲ競落シ同年七月十二日釜山地方法院東萊出張所受附第七一四九號ヲ以テ其ノ旨ノ所有權移轉登記ヲ完了シタリサレト被告ノ右競賣申立ハ當時既ニ死亡セル原告先代ヲ被申立人トシ之ヲ爲シタルモノナルコト紋上ノ如クナレハ該申立ハ元來之ヲ許スヘカラサルモノニシテ之ニ基キ爲サレタル競落許可決定ハ法律上無効ナルヲ以テ之カ競落ニヨル所有權移轉登記ノ抹消ヲ求ムル爲メ本訴ニ及フト謂フニ在リ

被告答辯ノ要旨ハ被告ハ右競賣申立當時原告先代死亡ノ事實ヲ知ラサリシタメ斯ル申立ヲ爲シタルニ過キサルノミナラス該申立ノ如キ一ニ右競賣ニ對スル執行方法ノ瑕疵ニ外ナラサルヲ以テ原告ニ於テ該競賣手續ノ進行中異議又ハ抗告ノ方法ヲ以テ之ヲ攻撃セサル限り既ニ右競落許可決定確定シ該手續ノ完結セル今日ニ於テハ斯ル事由ヲ以テ競落物タル本件土地ニ付被告ノ取得セル權利ヲ否認シ得ヘキモノニ非ルヲ以テ原告ノ請求ニ應スル能ハスト謂フニ在リ

原裁判所ハ按スルニ訴訟手續ニ於テ死亡者ヲ當事者トシテ訴ヲ提起セル場合斯ル訴ハ不適法トシテ却下スヘク假ニ斯ル事實ヲ看過シ本案判決アリタリトスルモ其ノ相續人ニ對シ何等效力ヲ及ホスヘキモノニ非ルコト多言ヲ俟タサルトコロニシテ抵當權實行ノ爲ニスル任意競賣ノ手續ニ於テモ死者ヲ抵當土地ノ所有者又ハ債務者ト爲シ競賣申立ヲ爲シタル場合一見右ト同様ニ解セラルヘキカ如キ觀ナキニ非スト雖元來任意競賣ハ其ノ全體ニ於テ非訟事件ニ屬シ競賣法ハ二當事者ノ對立關係ヲ對象トシテ構成セラレ居ルモノニ非ルコト規定全體ヲ通シ容易ニ看取シ得ヘキトコロナルヲ以テ競賣手續ニ訴訟手續ノ當事者ニ關スル規定ヲ準用シ直ニ以テ抵當物件ノ所有者又ハ抵當債務者ヲ目シ競賣申立人ト對立スル手續上ノ主體トナスヘキニ非スシテ此等ノ

者ハ單ニ競賣ノ利害關係人タル地位ヲ有スルニ過キサルモノトスサレハ本件ノ如ク競賣申立當時抵當物件ノ所有者ニシテ債務者タル原告先代ノ死亡シ居タル場合競賣申立人タル被告ニ於テ本件抵當土地ニ付相續人タル原告名義ニ代位ニヨル相續登記ヲ爲シ抵當物件ノ所有者竝ニ債務者ヲ原告トナシ競賣ノ申立ヲ爲スハ寔ニ其ノトコロナリト雖抵當物件ノ所有者又ハ該申立ニ付競賣ニ於ケル單ナル利害關係人タルニ過キスシテ其ノ相手方ヲ以テ目スヘキモノニ非ルノミナラス本件抵當物件ニ付之カ相續登記ヲ經由シ居ラサリシ原告ハ第三者タル被告ニ對シ其ノ善意惡意ヲ問ハス之カ所有權ノ取得ヲ對抗シ得サルヲ以テ本件抵當權及抵當債務カ執モ有效ニ存在セルモノナル限り被告カ當時既ニ死亡セル原告先代ヲ登記簿ノ記載ニ從ヒ本件抵當物件ノ所有者及債務者トナシ之カ競賣ノ申立ヲ爲スハ元ヨリ何等妨ナク斯ル場合原告ハ相續ニヨル權利ヲ證明シ利害關係人トシテ該競賣手續ニ關與シ競落ニ付法定事由ヲ原因トシ異議ヲ申立テ得ヘキニ止リ該競賣申立ニ基キ爲サレタル競賣手續ハ其ノ效力ニ何等消長ナク之カ競落人タル被告ハ本件土地ノ所有權ヲ有效ニ取得シ得ヘキモノトス然リ而シテ抵當物件ノ所有者又ハ債務者ハ訴訟手續ニ於ケル當事者ト同一視スヘキモノニ非スト雖假リニ一步ヲ讓リ強制執行ノ相手方ト同視シ得ヘク從ヒテ如上被告ノ競賣申立カ違法タハラ免レストスルモ斯ル事由ハ競賣手續其ノモノニ關スル異議又ハ抗告ノ原因タルニ止リ本件抵當權及抵當債務カ有效ニ存在セルモノナル場合ハ原告ハ該競賣手續ノ進行中ニ於テノミ執行方法ニ關スル異議又ハ競賣ニ關與シテ利害關係人トシテ競落異議ヲ申立テ得ルニ止リ該競賣手續既ニ完結セル今日ニ於テ之ヲ主張シ得ヘキニ非ス然レハ該

競賣ノ基本タル本件抵當權及抵當債務カ孰レモ有效ニ成立存續シ居タルコト當事者間ニ爭ナキ本件ニ於テハ以上孰レノ理由ヨリスルモ該競賣手續完結ニヨリ被告ハ完全ニ競落ニヨリ本件土地ノ所有權ヲ取得シタルモノト謂フヘク原告ノ請求ハ其ノ主張自體理由ナキヲ以テ之ヲ排斥スヘキモノトスト判示シタリ

○ 上告理由

上告理由第一點ハ競賣法ニ依ル競賣ハ其手續ニ於テ民事訴訟法ノ強制執行ト異レル所アリト雖是レ亦私權實行ノ效果ヲ發現セシムル執行手續ニ外ナラサルヲ以テ競賣法中特ニ反對ノ規定ナク又其ノ性質ノ許ス限リ民事訴訟法ノ規定ヲ準用スヘキモノニシテ非訟事件手續法ノ規定ニ據ルヘキモノニアラス畢竟其ノ性質ハ民事訴訟ニ屬スルモノト謂ハサルヘカラス從テ競賣ノ申立ヲ爲シ競賣ノ手續ヲ進行スルニ付テハ普通訴訟手續ノ如ク特ニ相手方トシテ之ヲ明示セスト雖其ノ性質上相手方ノ存在ヲ要件トスルモノニシテ通常ノ場合ハ債務者又ハ擔保物件ノ所有者ヲ以テ其ノ相手方トナスヘキモノナリ(破産ノ場合ハ破産管財人ヲ相手方トス)(大審院昭和八年(ク)二二六號同年三月三十一日決定參照)然レハ其ノ相手方タル者ニ於テ當事者能力及行爲能力ヲ有スルコトヲ要スルハ論ヲ俟タス從テ競賣申立人カ死者ナル債務者又ハ不動産所有者ヲ相手方トシテ競賣申立ヲ爲シ其ノ儘競賣開始決定トナリ總テ死者ニ對スル形式上ノ送達通知等ニ依リ手續ヲ進行セシメタル結果競落トナリタル場合ニ於テハ競賣申立人カ競賣申立當時債務者又ハ不動産所有者ノ死亡セル事實ヲ知り居タルト否トニ拘ラス該競賣ハ單ニ形式上競賣法規上ノ手續ヲ履踐シタリト云フニ過キスシテ死者ニ對シテ

爲サレタル手續ハ根本的ニ無効ニシテ何等其ノ效果ヲ發生セサルモノト謂ハサルヘカラス而シテ斯ル事由ハ單ナル手續上ノ瑕疵トシテ競賣手續進行中異議又ハ抗告ノ方法ニ依リテノミ主張シ得ルニ止ルモノニアラスシテ競賣手續ノ完結後ト雖斯ル事由ヲ以テ該競賣ノ無効ヲ主張シ得ルモノナルコト論ヲ俟タサルトコロナリ然ルニ原判決ハ競賣法ニ於ケル競賣ニ於テハ全然相手方ナルモノ存在セサルモノノ如ク解シ債務者又ハ抵當不動産ノ所有者ハ單ナル利害關係人タルニ過キスシテ其ノ相手方ヲ以テ目スヘキモノニ非ストナシ死者ニ對シテ爲シタル競賣ヲ有效ナリト判定シタルハ之レ明カニ法律解釋ヲ誤リタル違法アルモノト信スト謂ヒ同第二點ハ假リニ原判決判示ノ如ク競賣法ニ因ル競賣ニ於テハ相手方ナルモノ無シト解シ得ヘキモノトシ死者ニ對シテ爲シタル競賣ヲ有效ナリトスルモ元來競賣法ニ因ル競落モ亦權利ノ承繼取得ノ一方法ニシテ之ニ因リ當該物件ノ所有權カ從來ノ所有者ヨリ競落人ニ移轉スルモノナルコト論ヲ俟タサルトコロナリ從テ競落人カ競落ニ因リテ所有權ヲ取得スルニハ其ノ前者ニ於テ其ノ所有權ヲ有シ之ヲ移轉シ得ヘキ場合ナラサルヘカラス然ルニ死者ヲ以テ權利ノ主體ト爲シ死者ノ名義ヲ以テ權利ヲ移轉スルコトヲ得サルハ自明ナルヲ以テ死者ヲ抵當不動産ノ所有者ナリトシテ競賣ヲ爲スモ其ノ競落人ハ競賣ノ目的物ノ上ニ權利ヲ取得スルニ由ナキモノトス然レハ死者タル原告先代ニ對シテ爲サレタル競賣ニ因リ競落人タル被告ハ本件不動産ノ所有權ヲ有效ニ取得シ得サルヲ以テ之カ相續ニ因リ所有權ヲ取得シタル原告ハ被告ニ對シ本件競落ニ因ル所有權移轉登記ノ抹消手續ヲ請求シ得ヘキモノナルコト明カナリ論者或ハ曰ハン本件不動産ニ付之カ相續登記ヲ經由シ

居ラサリシ原告ハ第三者タル被告ニ對シ其ノ所有權ノ取得ヲ對抗シ得スト然レトモ敍上ノ如ク被告ハ本件不動產ニ付キ全然權利ヲ取得シ得サルモノナル以上被告ハ登記欠缺ヲ主張スルニ付キ正當ノ利益ヲ有スル第三者ニアラサルヲ以テ原告ニ於ケル登記欠缺ハ原告ノ權利ノ主張ニ付キ何等影響ヲ及スヘキモノニアラス要スルニ原判決カ死者ニ對シテ爲サレタル競賣ニ因リ競落人タル被告カ本件不動產ノ所有權ヲ有效ニ取得シタルモノト判定シタルハ法理ヲ誤解シタル違法アルヲ免レスト信スト謂フニ在リ

○判決理由

按スルニ競賣手續ヲ實行シタル權利カ實體上存在セサルモノニアラサル限り縱令其ノ手續ニ於テ瑕疵ノ存スルモノアリトスルモ苟モ競落許可決定ノ確定シタル以上ハ該競賣ヲ無効トシテ競落ノ效果ヲ否定スヘキモノニ非ス本件ニ於テ原告ハ先代鹿之助ノ被告ニ對スル債務ヲ承繼シ被告ノ本件競賣ノ手續ヲ實行シタル抵當權ハ實體上存在セルモノナルコトハ當事者間爭ナク債務者タル原告ニ於テ抵當土地ニ付相續ニ因ル移轉登記ヲ爲シタルヤ否ヤハ固ヨリ右權利ニ消長アルコトナシ而シテ競賣申立ニ際シ當時死亡セル原告先代鹿之助ヲ債務者兼所有者トシテ申立書ニ表掲シ爾來之ヲ利害關係人トシテ手續ヲ進行セシメタルコトハ之亦當事者間爭ナク右ハ手續上ノ瑕疵ヲ藏スルモノタルハ免レサルトコトナリト雖既ニ被告ヲ競落人トスル競落許可決定ノ確定セル今日ニ於テハ該競賣ヲ無効ノモノトシテ競落ノ效果ヲ否定スヘキモノニ非サルハ冒頭説明セルトコロニ依リ明白ナリトス原判決ノ歸結ハ當ニ右説示ノ趣旨ニ吻合スルモノニシテ獨自ノ見地ニ立脚シテ原判決

ノ非難スル論旨ハ採用シ難シ

○保管金請求事件

(昭和十一年民上第五二一號 破毀差戻)

〔原告〕 被控訴人 被上告人 金 漢 益 訴訟代理人 辯護士 沈 相 翊
〔被告〕 控訴人 上告人 李 百 洙 訴訟代理人 辯護士 楊 潤 植
〔第一審〕 公州地方法院 〔第二審〕 京城覆審法院

○判示事項

寄託物返還請求權ノ消滅時效

○判例要旨

寄託物返還請求權ノ消滅時效ハ寄託契約成立ノ時ヨリ進行スルモノトス

〔參照〕 民法第六百六十二條 當事者カ寄託物返還ノ時期ヲ定メタルトキト雖モ寄託者ハ何時ニテモ其返還ヲ請求スルコトヲ得 同法第六百六十六條 受寄者カ契約ニ依リ受寄物ヲ消費スルコトヲ得ル場合ニ於テハ消費貸借ニ關スル規定ヲ準用ス但契約寄託物返還請求權ノ消滅時效

約ニ返還ノ時期ヲ定メサリシトキハ寄託者ハ何時ニテモ返還ヲ請求スルコトヲ得

同法第六十六條 消滅時効ハ權利ヲ行使スルコトヲ得ル時ヨリ進行ス

(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十五年三月二十八日被告ニ對シ租ノ買入資金トシテ金六百五十一圓九十八錢ヲ原告ノ請求次第返還スヘキ約ノ下ニ交付保管セシメタルトコロ被告ハ今日ニ至ルマテ其ノ支拂ヲ爲ササルヲ以テ本訴ニ及ヒタリ尙被告ノ答辯ニ對シ原告ハ其ノ後被告ニ對スル他ノ債權ト共ニ本件債權ヲ訴外京城府西大門町一丁目八四番地金基元ニ讓渡シタルコトアリタルモ間モナク之ヲ解除シタルカ被告モ之ヲ知り承諾ノ上他ノ債權ノ内入トシテ金百圓ヲ支拂ヒタリ又原告ノ長男タル訴外金顯甲カ被告ニ對シ其ノ抗辯ノ如キ債務免除ニ關スル契約ヲ爲シタルコトハ之レアリタルモ元ヨリ右ハ原告ノ承諾ニ基カサル金顯甲ノ專斷行爲ナリシヲ以テ直チニ取消ノ通知ヲ爲サシメタル次第ニシテ被告抗辯ノ家屋ヲ原告カ賣却處分シタリトノ點及原告ノ主張ニ反スル其ノ餘ノ答辯事實ハ之ヲ否認スト謂フニ在リ

被告ハ其ノ答辯ノ要旨トシテ被告ハ原告ヨリ本件金員ノ保管ヲ委託セラレタルコトナシ尤モ被告ハ從來原告ト本件以外ノ貸借關係アリタルモ昭和九年十一月十三日被告ハ原告ノ代理人タル訴外金顯甲(原告ノ長男)ト被告ヨリ金百圓ヲ支拂ヒ尙被告所有ノ牙山郡湯井面新里三二五番地家屋一棟ヲ原告ニ代物辨濟トシテ讓渡シ原告ハ從來被告間ニ於ケル總債務ヲ免除スヘキ旨契約ヲ爲シ原告ハ右約旨ニ基キ被告ヨリ金百圓ヲ受取り尙前記家屋ヲ他ニ代金百六十圓ニテ賣却處分シタルヲ以テ假ニ本件關係存在セリトスルモ被告ハ右契約ノ效果トシテ本件債務ヲ免除セラレタリ假ニ前記金顯甲カ被告主張ノ債務免除ニ關スル契約ヲ爲スニ權限ノ授與ナカリシトスルモ同人ハ原告ノ長男ニシテ原告ト同居シ且ツ原告ニ代ハリ原告ノ營業ニ關スル諸般ノ事務ヲ掌リ居リタルモノナレハ被告ハ同人ニ其ノ權限アリト信スヘキ正當ノ事由アリシモノナレハ原告ノ爲其ノ效ヲ

生スヘキモノナルヲ以テ本訴ニ應シ難シ尙被告ハ原告カ天安郡天安邑内ニ於テ穀物商ヲ經營スル際大正十一年頃ヨリ昭和三年頃迄ノ間穀物賣買ノ仲介ヲ爲シタルコトアリタル所本件金六百五十一圓九十八錢ハ被告カ大正十五年二月下旬頃ヨリ同年三月二十八日迄數十回ニ互リテ原告ヨリ任置ヲ受ケタル金員ノ總額ト原告カ被告ニ支拂フヘキ右期間中ニ互リテ賣渡シタル穀物代金ノ合算額トノ差額ニ該當シ甲第一號證ハ大正十五年三月二十八日決算ノ際右債權關係ヲ明確ニスル爲原告ニ差入レタルモノナリ其ノ後原告被告間ニ於テハ金員ノ任置從前ト變リナク行ハレ昭和三年迄ノ間ニ毎月前述任置金ト穀物代金ト差額決算方法ニヨリ之カ決済ヲ爲シ來リタル結果本件金六百五十一圓九十八錢ノ債權ハ既ニ大正十五年四月決算ニ於テ更改消滅ニ歸シ昭和三年ノ最終決算ノ際被告カ原告ニ支拂フヘキ債務若干殘存シタル所昭和九年十一月十三日原告代理人トノ間ニ右殘存債務ニ付被告ハ原告ニ對シ被告所有ノ家屋一棟及田一筆ヲ以テ代物辨濟ニ充テ且金百圓ヲ後日支拂フヘキコトト約定シ其ノ餘ノ殘債務ハ之ヲ免除スヘキ旨合意決済協定ヲ遂ケタルコトアルモ該金百圓ハ未タ之カ支拂ヲ爲ササルモノナリ然ルニ原告ハ甲第一號證ノ手中ニアルヲ奇貨トシ本訴請求ヲ爲スモ穀物業者ト仲買人トノ間ニ前陳ノ如キ決算行ハルル限リ任置證ヲ取戻ササルヲ以テ慣例トナスカ故ニ任置證カ債權者ノ手中ニ存スル一事ヲ以テ直ニ債務存在ノ證ト斷シ難シ、原告ハ訴外金基元ニ對シ本件債權ヲ讓渡シタル後之ヲ解除シテ同債權ヲ取戻シタリト主張シ之ニ付テ當時被告ニ對シ口頭ヲ以テ通告シ且被告ノ承諾ヲ得タルモノナリト謂フモ被告ハ原告主張ノ如キ通告ヲ受ケタルコトナキハ勿論又之カ承諾ヲ與ヘタルコトナシ假ニ被告ニ本訴債務支拂ノ義務アリトスルモ本件債權ハ商事債權ナルカ故ニ大正十五年三月二十八日ヨリ起算シテ五個年ノ時効期間ニ服スヘク即同債權ハ時効ニ因リテ消滅ニ歸シタルモノナリト謂フニ在リ

第二審裁判所ハ原審證人權泰缺ノ證言及成立ニ爭ナキ甲第一號證ヲ綜合スレハ、被告ハ將來原告ヨリ租買入資金ノ交付ヲ受ケ原告ニ租ヲ買與ヘ來リタル所大正十五年三月二十八日現在ニ於テ被告カ原告ニ租ヲ買與ヘ

ナル殘額金六百五十一圓九十八錢ヲ生シ之ヲ返還セサルヘカラサルニ至リタルヲ以テ合意ノ上原告ハ之ヲ被告ニ寄託スルト共ニ被告ハ原告ニ對シ原告ニ於テ請求アリ次第返還スヘキ旨ノ保管證(甲第一號證)ヲ差入タルモノナルコトヲ認ムルニ足ルト説示シ右ニ反スル被告主張ノ抗辯ヲ排斥シ次ニ時効ノ抗辯ニ付案スルニ原告審證人姜學洙及郭鍾珪ノ證言ニ徴スレハ原告ハ大正十五年頃天安邑内ニ於テ穀物商ヲ經營シタルコトヲ認メ得ヘキヲ以テ原告カ被告ニ本件金六百五十一圓九十八錢ヲ預ケタルハ反證ナキ限り原告カ其ノ營業ノ爲ニ爲シタルモノト推定スヘク從テ本件債權ハ商法所定ノ短期時効ニ服スヘク本件寄託金債權カ本件支拂命令ノ申請日タル昭和十年五月二十八日迄ニハ寄託ノ日タル大正十五年三月二十八日ヨリ起算シ五年以上ヲ經過シ居レルコト曆日計算上明ナリト雖寄託物ノ返還義務ハ契約成立ノ當初ヨリ時効期間進行スルモノニ非スシテ寄託關係解止ノ時ヨリ始メテ時効期間ノ進行ヲ始ムルモノナルカ故ニ本訴提起前ニ於テ本件寄託者タル原告ヨリ受託者タル被告ニ對シ本件金員ノ返還請求即本件寄託契約消滅ノ告知ヲ爲シタルコトノ認メ難キ本件ニ在リテハ本訴支拂命令ノ被告宛送達ニヨリ始メテ寄託關係解止ノ運命ニ導カレタルモノト爲スヘク從テ此ノ時ヨリ時効期間ノ進行ヲ見ルヘキモノト謂フヘシ從テ時効抗辯ノ理由ナキコト疑ヲ容レズ而シテ原告ハ昭和六年十月十三日訴外金某元ニ本訴債權ヲ讓渡シ其ノ旨被告ニ通知シタルモ其ノ後間モナク之ヲ取消シ被告ニ於テ之ヲ了知承諾シタルコトハ原告審證人金顯甲ノ證言ニ徴シ之ヲ窺知シ得ヘキヲ以テ被告ハ原告ノ本訴請求ニ應スヘキ義務アルモノト謂ハサルヘカラ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一六六條ハ消滅時効ハ權利ヲ行使シ得ルトキヨリ起算スル旨規律スルヲ以テ辨濟期ノ定メアルモノハ辨濟期到來ノ時期限ノ定メナキモノハ債權成立ノ時ヨリ消滅時効ハ進行スルコトハ學說判例ノ一致スルトコロナリ蓋時効制定ノ存在理由カ權利ノ行使可能ノ状態ニアルモノカ權利ノ行使ヲ爲サル事實状態カ永續セル場合コノ永續セル事實ヲ尊重シテ權利ヲ消滅セシムルニアルサレハ期限ノ定メナキ債權ハ成立ノ後何時ニテモ權利行使可能ノ状態ニアルヲ以テナリ債務ノ履行遲滯トハ嚴格ニ區別セサルヘカラス原判決ハ「本件金六百五十一圓九十八錢ヲ預ケタルハ反證ナキ限り原告カ其營業ノ爲ニ爲シタルモノト推定スヘク從テ本件債權ハ商法所定ノ短時時効ニ服スヘク本件寄託金債權カ本件支拂命令申請ノ日タル昭和十年五月二十八日迄ニハ寄託ノ日タル大正十五年三月二十八日ヨリ起算シ五年以上ヲ經過シ居ルコト曆日計算上明ナリト雖寄託物ノ返還義務ハ契約成立ノ當初ヨリ時効期間進行スルモノニアラスシテ寄託關係解止ノ日ヨリ始メテ時効期間ノ進行ヲ始ムルモノナルカ故ニ本訴提起前ニ於テ本件寄託者タル原告ヨリ受託者タル被告ニ對シ本件金員ノ返還請求即本件寄託契約消滅ノ告知ヲ爲シタルコトノ認メ難キ本件ニ在リテハ本訴支拂命令ノ被告宛送達ニヨリ始メテ寄託關係解止ノ運命ニ導カレタルモノト爲スヘク從テ此ノ時ヨリ時効期間ノ進行ヲ見ルヘキモノト謂フヘシ」ト判示シ被告ノ時効抗辯ヲ排斥シタリ然レトモ本件寄託契約ニ返還時期ノ定メナカリシコトハ原告審證人且寄託契約ハ民法第六六二條ニ明示セル如クタトヘ返還時期ノ定メアリトスル

モ原告ハ被告ニ對シ返還請求權ヲ何時ニテモ行使シ得ル状態ニアルヲ以テ（大正五年六月二日大正九年十一月二十九日昭和五年七月二日各大審院ノ判例竝ニ學說トシテ我妻教授法學全集第四卷一二五頁）寄託ノ日タル大正十五年三月二十八日ヨリ時効ハ進行シ本訴提起以前ニ五年ヲ經過セルニ付本件債權ハ時効ニヨリ消滅セルコト明ナリ原審判決ハ此ノ法理ヲ誤解シ即チ債務者ノ履行遲滯ノ時期ト之レトハ別箇ノ立場ヨリ解釋スヘキ時効ノ起算點トヲ混淆シ未タ本件債權カ時効ニヨリ消滅セスト判示セルハ法ノ適用ヲ誤リタルモノト信スト謂フニ在リ

○判決理由

案スルニ寄託者ニ對スル受託物ノ返還請求權ハ寄託契約ニ因リ生シ其ノ成立後何時ニテモ之ヲ行使シ得ルモノナルカ故ニ其ノ消滅時効ハ寄託契約成立ノ時ヨリ進行ヲ始ムルモノトス故ニ原判決カ寄託物ノ返還義務ハ寄託關係解止ノ時ヨリ時効ノ進行ヲ始ムルモノナルカ故ニ本件ノ訴提起前ニ於テ寄託者タル原告ヨリ受寄者タル被告ニ對シ返還請求即本件寄託契約消滅ノ告知ヲ爲シタルコトノ認メ難キ本件ニ在リテハ本件ノ支拂命令カ被告ニ送達セラレタル時ヨリ時効進行スル旨判示シ被告ノ時効抗辯ヲ排斥シタルハ法規ノ解釋ヲ誤リ之ヲ適用セルニ歸ス論旨ハ理由アリ原判決ハ全部破毀セサルヘカラス

○競賣無効確認等請求事件

（昭和十年民上第五三四號 棄却）
（昭和十一年二月十四日民事部判決）

【原告】 控訴人 上告人 油 倫 實

【被告】 被控訴人 被上告人 倉掛 喜 犬

【第一審】 成興地方法院 【第二審】 京城覆審法院

○判示事項

株券引渡請求權ニ對スル強制執行

○判例要旨

金錢債權ノ満足ヲ得ル爲債務者カ第三債務者ニ對シテ有スル株券引渡請求權ニ對シテ爲ス強制執行ニ於テ第三債務者カ債權者ノ委任シタル執達吏ニ對シ株券ノ引渡ヲ爲ササルトキハ債權者ハ民事訴訟法第六百十四條、第六百條、第六百十五條第一項、第六百十七條ノ規定ニ準據シ代位ノ手續ニ依ラスシテ直接其ノ取立ヲ爲ス爲執行裁判所ノ取立命令ヲ得テ第三債務者ヨリ株券ノ取立ヲ爲スヘク第三債務者ニ於テ應セサルトキハ同法第六百十條ニ從ヒ第三債務者ヲ相手取り取立ノ訴ヲ起シ勝訴

ノ判決ヲ得タルトキハ同法第七百三十條ニ依リ其ノ執行ヲ爲シ第三價
務者ヨリ株券ヲ取上ケタル上同法第六百十五條第二項ニ從ヒ執達吏ヲ
シテ其ノ換價手續ヲ爲サシムヘク執達吏力之ヲ換價スルニ付テハ更ニ
債務者ヨリ特別委任ヲ受クルノ要ナキモノトス

【參照】民事訴訟法第六百十四條 有體物ノ引渡又ハ給付ノ請求ニ對スル強制執行ハ以下數條ノ規定ヲ斟酌シテ第五百九十八條乃

至第六百十二條ノ規定ニ從ヒテ之ヲ爲ス

同法第六百十五條 有體動産ノ請求ノ差押ニ付テハ其動産ヲ債權者ノ委任シタル執達吏ニ引渡ス可キコトヲ命ス可シ

右動産ノ換價ニ付テハ差押物ノ換價ニ關スル規定ヲ適用ス

同法第六百條 差押ヘタル金銭ノ債權ニ付テハ差押債權者ノ選擇ニ從ヒ代位ノ手續ヲ要セスシテ之ヲ取立ツル爲メ又ハ支拂

ニ換ヘ券面額ニテ差押債權者ニ之ヲ轉付スル爲メ命令アラントコトヲ申請スルコトヲ得

右命令ノ送達ニ付テハ第五百九十八條第二項ノ規定ヲ準用ス

同法第六百十七條 有體物ノ引渡又ハ給付ノ請求ニ付テハ支拂ニ換ヘ轉付スル命令ヲ爲スコトヲ得ス

同法第六百十條 債權者カ命令ノ旨趣ニ基キ第三債務者ニ對シ訴ヲ起スニ至リタルトキハ一般ノ規定ニ從ヒテ管轄ヲ有スル

裁判所ニ其訴ヲ起シ且債務者内國ニ在リテ住所ノ知レタルトキハ其訴訟ヲ之ニ告知ス可シ

同法第七百三十條 債務者カ特定ノ動産又ハ代替物ノ一定ノ數量ヲ引渡ス可キトキハ執達吏ハ之ヲ債務者ヨリ取上ケテ債權

者ニ引渡ス可シ

同法第五百七十二條 執達吏ハ差押ヲ實施シタル後債權者又ハ裁判所ノ特別委任ヲ要セスシテ以下數條ノ規定ニ從ヒテ公ノ

競賣方法ヲ以テ其差押物ヲ賣却ス可シ

○事 實

原告ノ原審ニ於ケル請求原因ノ要旨ハ原告ハ訴外都順浩ニ對スル債權ノ強制執行ノ爲同訴外人カ西湖水産株式會社ニ對シテ
有シタル同社新株券引渡請求權ヲ昭和四年咸興地方法院民執第一二〇號債權差押命令ニテ之ヲ差押ヘ昭和七年同法院民執第
五〇號株券引渡命令及同法院昭和七年民合第一三號株式引渡請求訴訟ニ依リ西湖水産株式會社株式七十株ノ株券ノ引渡ヲ
受ケ之カ換價方法トシテ昭和八年二月二十八日咸鏡地方法院所屬執達吏職務取扱徳永保清ニ之カ競賣ヲ委任シ昭和八年非執
第三號株式競賣ヲ以テ競賣法ニ依ル競賣ニ附セラレ被告ニ之カ競賣ヲ爲シ其ノ代金三百五十七圓ハ原告ニ於テ之ヲ受領シタリ
然レトモ競賣法ニ依ル競賣ハ法律ニ規定アルトキニ限ルモノニシテ單ニ申立人ノ委任ニ依リ任意ニ該競賣法ニ依ル競賣ヲ爲
スヘキニ非ルヲ以テ何等法律ノ規定ニ基カサル前記昭和八年非執第三號株券競賣ニ依ル株券競賣ハ無効タラサルヘカラス仍
テ被告ハ右無効ノ手續ニ依リ前掲株券ヲ取得セルモノナレハ該株券ハ之ヲ原告ニ返還スヘク若シ之カ返還ヲ爲シ能ハサルト
キハ一株ニ付二十八圓四十六錢ノ割合ニテ七十株ニ對スル計金千九百九十二圓二十錢ノ支拂ヲ求ムル爲本訴請求ニ及ヒタリ
ト謂フニ在リ

被告答辯ノ要旨ハ本件ノ如ク競賣ノ目的物ニ付處分權ヲ有スル者ノ申立ニ依ル競賣ニ於テハ該競賣手續カ違法ノモノナリト
スルモ其ノ競賣ハ當然無効ナルニアラスシテ唯利害關係人ハ競賣ノ完結前ニ所轄地方法院ニ異議ノ申立ヲ爲シ得ルニ止リ一
旦競賣ニシテ完結シタル後ハ斯ル異議ノ申立ヲ爲シ得サルハ勿論他ノ訴訟ニ於テモ該處分ノ違法ヲ理由トシテ競賣ノ效力
ヲ争ヒ得サルノミナラス競賣依頼人ニ於テ自ラ其ノ競賣ノ無効ヲ主張シ得サルモノナレハ本訴請求ハ失當ナリト謂フニ在
リ

第二審裁判所ハ原告カ訴外西湖水産株式會社ニ對スル咸興地方法院昭和七年民合第一三號株券引渡請求訴訟
ニ依リ同會社ヨリ同社株式七十株ノ株券ノ引渡ヲ受ケ之カ換價方法トシテ昭和八年咸興地方法院非執第三號

株券引渡請求ニ對スル強制執行

株券競賣ヲ以テ競賣法ニ依ル競賣ニ附シ被告ノ競落ヲ爲シ其ノ代金三百五十七圓ヲ原告ニ於テ受領シテ以テ該競賣手續ノ完結シタルコトハ當事者間ニ爭ナシ而シテ右競賣ニ於テ競賣申立人タル原告カ其ノ競賣ノ目的物ニ付處分權ヲ有シタルモノナルコトハ原告ノ主張自體ニ依リ明ナルヲ以テ斯クノ如キ場合ニ於テハ該競賣手續カ違法ノモノナリトスルモ其ノ競賣ハ當然無効ナルニ非スシテ唯利害關係人ハ競賣ノ完結前ニ所轄地方法院ニ異議ノ申立ヲ爲シ得ルニ止マリ一旦該競賣ニシテ完結シタル後ハ斯ル異議ノ申立ヲ爲シ得サルハ勿論他ノ訴訟ニ於テモ該處分ノ違法ヲ理由トシテ競賣ノ效力ヲ爭ヒ得サルモノトス仍テ一旦競賣ノ完結シタル後ニ該處分ノ違法ヲ理由トシテ該競賣ノ效力ヲ爭フ本訴請求ハ爾餘ノ點ニ付判斷ヲ爲ス迄モナク失當トシテ原告ノ請求ヲ排斥シタリ

○ 上告理由

上告理由第一點ハ原判決ハ被告ノ主張事實ニ付「本件ノ如ク競賣ノ目的物ニ付處分權ヲ有スル者ノ申立ニ因ル競賣ニ於テハ該競賣手續カ違法ノモノナリトスルモ其競賣ハ當然無効ナルニアラスシテ唯利害關係人ハ競賣ノ完結前ニ所轄地方法院ニ異議ノ申立ヲ爲シ得ルニ止マリ一旦競賣ニシテ完結シタル後ハ斯ル異議ノ申立ヲ爲シ得サルハ勿論他ノ訴訟ニ於テモ該處分ノ違法ヲ理由トシテ競賣ノ效力ヲ爭ヒ得サルノミナラス競賣依頼人ニ於テ自ラ其競賣ノ無効ヲ主張シ得サルモノナリ」ト摘示スルモ原告ハ未タ被告ニ於テ準備書面又ハ口頭辯論期日等ニ如斯事實ノ主張ヲ爲シタルコトヲ聞キタルコトナキモノニシテ結局原判決ハ被告ノ主張セサ

ル事實ニ基キ判決ヲ爲シタルモノニ外ナラサルモノニシテ民事訴訟法ニ違背セル判決ナリト謂ヒ同第二點ハ原告ハ訴外都順浩ニ對スル貸金債權アリ依テ原告ハ同訴外人カ訴外西湖水產株式會社ニ對シテ有スル株式百五十株ノ新株券ヲ發行シ引渡請求權アルヲ探知シ昭和四年咸興地方法院民執第一二〇號債權差押命令ニテ之カ差押ヲ爲シ昭和七年同院民執第五〇號株券引渡命令ヲ爲シタルモ第三債務者タル訴外西湖水產株式會社ハ之ニ應セサル爲メ昭和七年同院民合第一三號株券引渡請求訴訟ヲ提起シ原告ノ勝訴スル所トナリ依テ西湖水產株式會社株式七拾株券ヲ同會社ヨリ引渡サレタル事實ハ被告ノ答辯ニ自白シタルヲ以テ明瞭ナリ然ルニ前掲差押命令及引渡命令ハ共ニ民事訴訟法第六一四條以下ニ基キ發セラレタル金錢以外ノ有體物ノ引渡シヲ目的トスル債權ニ對スル強制執行方法ニシテ其引渡命令ニ對シ第三債務者タル訴外西湖水產株式會社カ之ニ應セサル爲メ（性質上ハ民事訴訟法第六〇〇條ノ取立命令）同會社ニ對シ民事訴訟法第六一四條及同法第六一〇條ノ準用ニ依リ之カ引渡請求ヲ提起シテ其引渡ヲ受ケタルコトモ原告ノ主張及被告ノ自白ニヨルモ明瞭ナリ而シテ該株券ハ原告カ勝訴シテモ尙前記會社ハ引渡ササルタメ強制執行ニヨリ訴外執達吏ニ引渡サレ（實ハ引渡シタル株ハ法律上無効株ニシテ又他訴訟ニヨリ更ニ完全ナル株券ヲ引渡サレタリ）當然換價方法トシテ強制競賣ヲ豫期セルニ不拘之ヲ直接原告ニ引渡シタルヲ以テ原告ハ其違法ナルヲ以テ訴外吳仁煥（實弟）ニ依頼シ強制執行法ニヨル競賣ヲ爲スヘク前後ノ事情及法律關係ヲ闡明シテ促シタルモ執達吏ハ之ヲ以テ單ニ訴訟ニヨリ原告ニ引渡サルヘキモノナリト云々シ強制競賣ハ出來スト頑強ニ拒絕シ竟ニハ任意競

賣ナラ競賣ヲ引受ケテモ構ハスト主張シ原告ノ代理人吳仁煥ハ任意競賣ハ法律上不可能ニシテ強制競賣ニアラサレハ本件競賣ハ無効ナリト主張シ數日論争シテモ執達吏ハ其主張ヲ讓ラス終ニハ執達吏ハ監督判事ニ相談ノ結果モ同意見ナリト主張スルヲ以テ原告代理人吳仁煥モ其言ヲ信シ競賣法ニ因ル競賣トシテ委任シタルモノナリ而テ本件競賣ハ決シテ任意競賣ヲ爲シ得ヘキ筋合ニ非サルコトハ右陳事實ニ觀照シテモ明瞭ナリ然ルニ執達吏ハ株券引渡請求訴訟カ株券引渡命令ニ應セサル爲メ第三債務者タル西湖水産株式會社ニ對スル民事訴訟法第六一〇條ニ從ヒ提起セル中間的訴訟タルコトヲ理解セス只訴訟ニヨリ引渡サレタルコトノミヲ考ヘ且又競賣法ニ因ル競賣ヲ以テ「任意競賣」トスル實際家ノ慣用的術語ノ意義ニ眩惑サレ何等法律上ノ規定ナクトモ任意的申立(委任)ニヨル競賣ナリト誤解シタルモノナリ本件任意競賣ハ強制執行法ニ違背セル競賣ニシテ其無効ナルコト一點疑ヲ入ルル餘地ナキカ如シ原判決ハ此點ニ於テ失當ナリト云フヘシ蓋シ本件ノ株券ハ債權差押命令及株券引渡命令ニヨリ引渡サレタルコト前陳ノ如キモノニシテ他ノ換價方法トシテ之ニ換フルコト能ハサルモノトス蓋シ有體物ノ引渡ヲ目的トスル強制執行法ハ凡テ強行法ニシテ其差押手續後之ヲ債權者ニ於テ他ノ手續ニヨル換價方法ヲ以テ之ニ代フルコトハ法律上斷然許容セサルモノニシテ債權者ニ於テモ其無効ヲ主張シ得サルコトアルナシト信スト謂ヒ

同第三點ハ原判決「右競賣ニ於テ競賣申立人タル原告カ其競賣ノ目的物ニ付處分權ヲ有シタルモノナルコトハ原告ノ主張自體ニヨリ明ナルヲ以テ斯ノ如キ場合ニハ該手續ハ違法ノモノナリトスルモ其競賣ハ當然無

効ナルモノニ非ス一トスルモ原告ノ主張及辯論ノ全趣旨ニヨリ推論スルモ斯ル事實ナキモノニシテ原告ノ斯ク主張セルモノト認定シ其前提ニ基キ判決ヲ爲シタル原判決ハ證據ニ基カサル違法ナル判決ナリト謂ヒ

同第四點ハ原判決ハ原告カ爲シタル昭和八年咸興地方法院非執第三號株券競賣ヲ競賣法ニ因ル競賣ナルコトニ付當事者ニ争ナシトスルモ右認定ハ事實ニ反スルモノニシテ被告ノ答辯事實ニヨリ察知スルニ被告ハ本件競賣ヲ以テ執達吏規則第二條第二號ニヨル競賣ナリト主張セルモノニシテ原判決ハ此點ニ於テモ違法アリ尙執達吏規則ハ決シテ執達吏ニ普通ノ競賣場經營權ヲ認ムルカ如キ任意競賣ヲ認ムルコトナキナレハ被告主張ノ如キ競賣モ無効タルコト亦論ヲ俟タサル所ナリト謂フニ在リ

○判決理由

本件ノ如ク金錢債權ノ満足ヲ得ル爲メ債務者カ第三債務者ニ對シテ有スル株券引渡請求權ニ對シテ爲ス強制執行ニ於テ第三債務者カ債權者ノ委任シタル執達吏ニ對シ株券ノ引渡ヲ爲ササルトキハ債權者ハ民事訴訟法第六百十四條、第六百條、第六百十五條第一項、第六百十七條ノ規定ニ準據シ代位ノ手續ニ依ラスシテ直接其ノ取立ヲ爲ス爲メ執行裁判所ノ取立命令ヲ得テ第三債務者ヨリ株券ノ取立ヲ爲スヘク第三債務者ニ於テ之ニ應セサルトキハ同法第六百十條ニ從ヒ第三債務者ヲ相手取り取立ノ訴ヲ起シ勝訴ノ判決ヲ得タルトキハ同法第七百三十條ニ依リ其ノ執行ヲ爲シ第三債務者ヨリ株券ヲ取上ケタル上同法第六百十五條第二項ニ從ヒ執達吏ヲシテ其ノ換價手續ヲ爲サシムヘキモノトス唯執達吏カ之ヲ換價スルニ付テハ更ニ債權者ヨリ特別委任ヲ受

クルハ要アルコトナク、同法第五百七十二條ニ依リ第五百七十三條以下ノ規定ニ從ヒ競賣スヘキモノニシテ該競賣ニ付債權者ヨリ強制執行法ニ依ル競賣ノ委任アリタルヤ否又ハ執達吏カ強制競賣トシテ受任シタリヤ將タ競賣法ニ依ル競賣トシテ受任シタリヤト謂フカ如キハ爾後ノ手續ノ效力ヲ消長スルモノニアラス又該株券ニ付爾後執達吏カ換價手續ヲ行ヒタルトキハ夫レカ實質上如上民事訴訟法所定ノ動産競賣ニ該當スルモノト認メ得ル限リ執行行爲ノ追行アリタルモノト解スルヲ相當トシ縱令爾後執達吏カ形式上競賣法ニ依ル競賣トシテ該株券ノ賣却手續ヲ實施シタリトスルモ如上ノ解釋ヲ妨クルコトナク之ヲ執行手續ニ於テ許スヘカラサル任意競賣ト解シ去ルハ專口妥當ニアラス本件ニ於テ原告ノ主張ニ從ヘハ實質上民事訴訟法第五百七十三條以下ノ競賣手續アリタルモノト認ムルニ毫モ支障ナキカ故ニ本件強制執行ハ原告主張ノ競賣ニ依リ完結シタルモノト認ムヘキモノトス尤モ有體動産ノ強制競賣ト競賣法ニ依ル動産ノ競賣トノ間ニハ個々ノ賣却手續ニ於テ些少ノ相違アリ本件ニ於テ假ニ強制競賣ニ於テノミ要求セラルル事項(例ヘハ差押ノ日ト競賣ノ日トノ間ニ存スヘキ期間、有價證券ニ付賣却日ノ相場ニ依ルヘキコト等)ノ不遵守アリタルモノトスルモ斯カル賣却手續上ノ瑕疵ハ競賣完結後ニ於テハ之ヲ主張シテ競落ノ效力ヲ攻撃スルヲ得サルモノト謂フヘキニヨリ被告ハ本件競賣ニ因リ有效ニ本件株券ノ所有權ヲ取得シタルモノト謂ハサルヘカラス唯本件ノ如キ強制執行ニ於テハ原告カ取立判決ヲ執行シ株券ニ付差押ノ效力ヲ生シタル後ト雖該株券ハ金錢債務ノ爲ニスル執行ノ目的物タルニ止リ原告ニ於テ之ニ付任意處分權ヲ取得スルモノニアラサルコト勿論ナルノミナラス動産ノ競賣

ハ競賣法第三條ニ依リ所謂競賣請求權アル場合ニ於テノミ其ノ請求ヲ爲シ得ルモノト解スヘキトコロ本件ノ如キ株券ニ付原告カ競賣法ニ依ル競賣請求權ヲ有スルモノト解スヘキ根據ナキカ故ニ同法ニ因ル競賣トシテハ固ヨリ無効ニシテ這ハ手續ノ完結シタルト否トニ論ナク利害關係人ニ於テ主張シ得ルモノト謂フヘク之ト異ナル原審認定ハ正當ニアラスト雖本件競賣ハ敍上ノ如ク原告主張自體ニ依ルモ有效ナルヲ失ハサルモノナルヲ以テ右ノ不當竝其ノ他所論ノ當否如何ハ結果ニ影響スルトコロナク原判決ハ結局ニ於テ正當ナルニ歸スルモノトス

○損害賠償請求事件

(昭和十年民上第五二三號 棄却)
(昭和十一年三月六日民事部判決)

【原告】 被控訴人 被上告人 濱崎喜三郎
 【被告】 控訴人 上告人 小田半太郎 訴訟代理人辯護士 李 愚 益
 【第一審】 大邱地方法院 【第二審】 大邱覆審法院

○判示事項

商法第四百四十四條第二項ノ適用

○判例要旨

商法第四百四十四條第二項ハ會社ヨリ株主ニ對シテ爲ス相殺又ハ會社ト

商法第四百四十四條第二項ノ適用

株主トノ相殺契約ヲ無効トスル趣旨ニアラス

【參照】 商法第百四十四條 株主ノ責任ハ其引受ケ又ハ讓受ケタル株式ノ金額ノ限度トス

株主ハ株金ノ拂込ニ付キ相殺ヲ以テ會社ニ對抗スルコトヲ得ス

○事 實

原告ノ原審ニ於ケル請求原因ノ要旨ハ訴外良浦製氷冷蔵株式會社ハ昭和三年一月十六日被告ヨリ其ノ所有ニ係ル(一)迎日郡長響面良浦里二百四十七番地坐六百八十三坪ヲ代金八千五百三十七圓五十錢(每坪ニ金十二圓五十錢ノ割合)トシ(二)同里二百四十七番地ノ一坐三百七十七坪ヲ代金三千九百六十二圓五十錢(此亦每坪ニ付金十二圓五十錢ノ割合)ト定メ(三)右坐上ニ建設セル木造亞鉛葺平家建倉庫一棟建坪六十坪ヲ代金三千五百圓トシ又(四)他ノ物件ヲ代金五百圓ト定メテ買受ケ即日合計代金二萬圓ヲ支拂ヒタル上前示坐及建物ニ付昭和五年九月九日同會社名義ニ所有權移轉登記ヲ受ケタリ然ルニ右(一)坐及建物ニ付大正十二年十二月十二日附ヲ以テ訴外株式會社朝鮮殖産銀行ニ對スル被告ノ元金五千圓及其ノ利息金債務ヲ擔保スル順位第一番ノ抵當權設定登記爲サレ尙同坐ニ付大正十三年三月十九日附ヲ以テ同銀行ノ爲擔保極度額五千圓ノ根抵當權設定登記爲サレタルニ因リ前示賣買ノ際被告ハ良浦製氷冷蔵株式會社ニ對シ右二口ノ債務ヲ被告ニ於テ辨濟シ前示抵當權設定登記ヲ總テ抹消セシムヘク約シタルニ拘ラス被告ハ之ヲ履踐セサリシ爲右(一)坐及建物ハ前示順位第一番抵當權ノ實行ニヨリ競賣セラレ良浦製氷冷蔵株式會社ハ其ノ所有權ヲ喪ヒタリ由リテ同會社ハ昭和八年四月十八日被告ニ對シ右(一)坐及建物ニ付爲サレタル前示賣買ヲ解除スル旨通知シ既ニ支拂ヒタル代金一萬二千三十七圓五十錢ノ返還請求權ヲ有スルニ至レルトコロ同月二十二日原告ニ之ヲ讓渡シ即日被告ニ對シ其ノ旨ノ通知ヲ發シ同月二十四日到達セシメタリ仍テ原告ハ被告ヨリ右讓受金及之ニ對スル本件控訴狀訂正書送達ノ翌日ヨリ完済ニ至ルマテ年五分ノ遲延損害金ノ支拂ヲ得ヘク本訴請求ニ及ヒタリト主張シ被告ノ答辯ニ對シ良浦製氷冷蔵株式會社カ其ノ取締役タル被告ヨリ前後十六回ニ互リ被告主張ノ約定ニテ金員ヲ借用シ同會社ノ利益ニ於テ之ヲ費消シタルコトハ之ヲ認ム然レトモ右取引ニ付監査役ノ承認存セサルカ故ニ無効ナリ假ニ然ラストスルモ被告ハ

昭和四年中良浦製氷冷蔵株式會社ノ株式九百十株ヲ所有シ其ノ第二回株金トシテ每株ニ付金十圓ツツ合計金九千百圓ヲ拂込ムヘキ義務ヲ負擔シ居リタルトコロ同會社ハ同年十二月二十六日被告ニ對シ右借用金元本及其ノ同日迄ノ利息金中ノ八千三百三十圓ト右株金中ノ同額トヲ相殺セル旨表明シタルヲ以テ被告ノ有スル貸金殘額ハ數百圓ニ過キス被告其ノ餘ノ答辯事實ハ之ヲ否認スト謂フニ在リ

被告答辯ノ要旨ハ第一被告ハ同會社ニ對シ(一)昭和三年十一月三十日金七百圓ヲ辨濟期昭和四年二月二十八日利息日歩金七錢ノ定ニテ(二)昭和三年十二月二十一日金五百三十六圓九十六錢ヲ辨濟期昭和四年二月二十日利息前同様ノ定ニテ(三)昭和三年十二月二十二日金千三百五十四圓ヲ辨濟期昭和四年二月八日利息前同様ノ定ニテ(四)昭和四年一月十日金五十圓ヲ辨濟期同年四月三十日利息前同様ノ定ニテ(五)同年二月九日金六百四十四圓八十五錢ヲ辨濟期及利息前同様ノ定ニテ(六)同年二月二十一日金千五百圓ヲ辨濟期及利息前同様ノ定ニテ(七)同年三月十日金四百三十二圓三十五錢ヲ辨濟期及利息前同様ノ定ニテ(八)同年三月二十五日金七百圓ヲ辨濟期同年五月三十日利息前同様ノ定ニテ(九)同年四月十五日金百一圓ヲ辨濟期ハ定メス利息前同様ノ定ニテ(十)同年四月二十七日金四百六十一圓四十錢ヲ辨濟期同年五月三十一日利息前同様ノ定ニテ(十一)同年五月十八日金百三十圓ヲ辨濟期同年七月三十一日利息前同様ノ定ニテ(十二)同年五月三十一日金百十五圓ヲ辨濟期同年六月十五日利息前同様ノ定ニテ(十三)同年六月十日金百七十圓ヲ辨濟期同年七月三十一日利息前同様ノ定ニテ(十四)同年七月十七日金二百五十四圓四十三錢ヲ辨濟期同年九月三十日利息前同様ノ定ニテ(十五)同年五月三十日ヨリ附スヘキ約)ノ定ニテ又(十六)同年十二月三日金百六十四圓五十七錢ヲ辨濟期昭和五年二月二十八日利息前同様ノ定ニテ貸與シタルトコロ今尙其ノ辨濟ナク第二訴外國本嘉市郎ハ良浦製氷冷蔵株式會社ニ對シ昭和二年十月十九日ヨリ昭和四年四月十七日ニ至ルマテノ間合計金五百八十九圓四十八錢ノ物品賣掛代金及貸金債權ヲ有シ居リタルトコロ被告ハ昭和六年三月十九日附大邱地方院慶州支廳昭和六年民執第一八五、一八六號債權差押及轉付命令ニ因リ之カ轉付ヲ受ケタルヲ以テ茲ニ第一ノ各元本及之ニ對スル昭和八年四月二十四日マテノ利息制限令所定範圍ノ利息金並第二ノ轉付債權合計額ト原告主張ノ木件讓受金トハ對當額ニ於テ相殺スヘキモノナルコトヲ主張ス被告カ良浦製氷冷蔵株式會社ニ對シ前示ノ如ク金員ヲ貸與シタル

際其ノ取締役ナリシコトハ原告主張ノ通りナレトモ各取引ニ付テハ監査役ノ承認アリタリ假ニ右承認ナシトスルモ同會社ハ借入金ヲ其ノ用途ニ費消シ不當ニ利得シタルカ故ニ所謂惡意ノ受益者トシテ被告ニ對シ貸金元本額及之ニ對スル各貸與ノ日ヨリ昭和八年四月二十四日ニ至ルマテ年五分ノ利息金ヲ返還スヘキ義務アリ被告ノ前示相殺ノ主張ハ少クトモ此ノ範圍ニ於テ理由アルモノト謂ハサルヘカラス被告カ昭和四年中原告主張ノ株式九百十株ヲ有セシコト其ノ第二回株金トシテ毎株ニ付金十圓ツツヲ同年三月六日マテニ拂込ムヘク定メラレタルコトハ何レモ認ム然レトモ同年十二月二十六日原告主張ノ如キ相殺アリシコトハ之ヲ否認ス被告ハ同年七月マテ第二回株金合計九千百圓ヲ現金ヲ以テ拂込ミタリ以上ノ次第ナルヲ以テ原告ノ本訴請求ニ應セスト陳述シタリ

第二審裁判所ハ良浦製氷冷蔵株式會社ハ昭和八年四月十八日ヲ以テ被告ニ對シ(一)塋及建物ノ代金一萬二千三百十七圓五十錢ノ返還請求權ヲ取得シタルモノト謂フヘク同會社カ同月二十二日被告ニ對シ右請求權ヲ原告ニ讓渡シタル旨ノ通知書ヲ發シ同月二十四日到達セシメタルコト亦當事者間ニ爭ナキヲ以テ原告主張ノ債權讓受ノ事實モ之ヲ是認スルニ難カラストシ仍テ被告ノ相殺抗辯ノ當否ニ付按スルニ第一被告カ良浦製氷冷蔵株式會社ニ對シ(一)昭和三年十一月三十日金七百圓ヲ辨濟期昭和四年二月二十八日利息日歩七錢ノ定ニテ(二)昭和三年十二月二十一日金五百三十六圓九十六錢ヲ辨濟期昭和四年二月二十日利息前同様ノ定ニテ(三)昭和三年十二月二十二日金千三百五十圓ヲ辨濟期昭和四年二月八日利息前同様ノ定ニテ(四)昭和四年一月十日金五十圓ヲ辨濟期同年四月三十日利息前同様ノ定ニテ(五)同年二月九日金六百四十四圓八十五錢ヲ辨濟期及利息前同様ノ定ニテ(六)同年二月二十一日金千五百圓ヲ辨濟期及利息前同様ノ定ニテ(七)同年三月十日金四百三十二圓三十五

錢ヲ辨濟期及利息前同様ノ定ニテ(八)同年三月二十五日金七百圓ヲ辨濟期同年五月三十日利息前同様ノ定ニテ(九)同年四月十五日金百一圓ヲ辨濟期ハ定メス利息前同様ノ定ニテ(十)同年四月二十七日金四百六十一圓四十錢ヲ辨濟期同年五月三十一日利息前同様ノ定ニテ(十一)同年五月十八日金百三十一圓ヲ辨濟期同年七月三十一日利息前同様ノ定ニテ(十二)同年五月三十一日金百十五圓ヲ辨濟期同年六月十五日利息前同様ノ定ニテ(十三)同年六月七日金四十五圓ヲ辨濟期同年九月三十日利息前同様ノ定ニテ(十四)同年六月十日金百七十圓ヲ辨濟期同年七月三十一日利息前同様ノ定ニテ(十五)同年七月十七日金二百五十四圓四十三錢ヲ辨濟期同年九月三十日利息前同様(但シ同年五月三十日ヨリ利息ヲ附スヘキ約)ノ定ニテ又(十六)同年十二月三日金百六十四圓五十七錢ヲ辨濟期昭和五年二月二十八日利息前同様ノ定ニテ貸與シタルコト當時被告カ良浦製氷冷蔵株式會社ノ取締役ナリシコトハ當事者間ニ爭ナク當審證人高槻晤一及岩見久光ノ證言ニ據レハ被告及右會社間ノ前示貸借ニ付テハ全部監査役ノ承認ヲ得タルコト明瞭ナルトコト被告カ昭和四年中同會社ノ株式九百十株ヲ有セシコト其ノ第二回株金トシテ毎株ニ金十圓ツツ合計九千百圓ヲ同年三月六日迄ニ拂込ムヘク定メラレタルコトハ被告ノ自認スル點ニシテ是ニ當審證人高槻晤一、岩見久光、洲脇樂造、吉橋武夫、嘉本貞吉ノ各證言及原審證人中村順次ノ證言中被告ノ良浦製氷冷蔵株式會社ニ對スル九千圓ノ立替金債權ハ同會社ノ株式第二回拂込前ニ存シタル右債權ハ被告所有株式拂込金七千圓位ト相殺シタリトノ部分ヲ綜合シ熟考スレハ良浦製氷冷蔵株式會社ハ昭和四年十二月二十六日被告ニ對シ前示借用元本及其ノ同日迄ノ利息金中ノ八千三百三十圓ト右被告ノ拂込ムヘキ株

金中ノ同額ト相殺スル旨表明シ被告亦是ニ對シ何等ノ異議ヲ述ヘサリシコトヲ察知シ得ヘシ原告ハ被告及良浦製氷冷蔵株式會社間ノ前示 借ニ付テハ監査役ノ承認ナカリシ旨主張スト雖原審證人岩見久光ノ證言中此ノ點ニ關スル部分ハ措信セス他ニ右認定ヲ覆スヘキ證據ナシ被告ハ乙第二號證中「從來ノ帳簿ハ複雑ナルヲ以テ自己ノ不明モアルカ調査上困難ニ付更新スルノ要ナキヤ第二回株金拂込ハ終了シアルモ之カ整理モ同斷」ノ記載及乙第七號證中「敷地代トシテ持株(被告ノ)八百株中(第二回拂込金八千圓ノ代償トシテ二百三十株ヲ分割提供)五百七十株ハ之ヲ買収シテ」トノ記載ヲ援用シ被告ノ拂込ムヘキ第二回株金九千百圓ハ昭和四年七月マテニ現金ヲ以テ之カ支拂ヲ了シタル旨極力爭フト雖前示各證言ニ當審證人山手謙一郎ノ受託判事ニ對スル證言中被告ノ所持セル八百株中五百七十株ハ會社ニ於テ之ヲ買収シ敷地ニ對スル抵當債務ハ會社ニ於テ支拂フコトトシ殘二百三十株ハ被告カ既ニ右八百株ニ付第二回拂込金一株ニ付金十圓ノ割合ニ依ル八千圓ノ拂込ヲ爲シタルヲ以テ其ノ代償トシテ被告ニ與フヘク協定シタルコトアリト思フ旨ノ部分ヲ斟酌スレハ右乙第二號證中ノ第二回株金拂込云々ノ記載ハ第二回拂込ニ關スル手續ハ終了シタルモ未拂込金ノ整理行届カス云々ノ意ニ又右乙第七號證中ノ第二回拂込金云々ノ記載ハ第二回拂込金八千圓ノ代償トシテ被告ニ二百三十株ヲ分割提供シ之ヲ回收セス云々ノ意ニ解シ得ラレサルニ非サルヲ以テ右各記載ハ何レモ採用セス原審證人山手謙一郎、中村順次、當審證人山手謙一郎(二回)及中村順次ノ各證言中右被告ノ主張ト一致スルカ如キ部分モ信用セス他前示認定ヲ動スヘキ資料ナシ然レハ認容ス、キ特別ノ事情存セサル限り前示貸金元本(一)

ニ對スル一年二十七日分ノ年二割五分ニ依ル利息金百八十七圓九十四錢(二)ニ對スル一年六日分ノ前同率ノ利息金百三十六圓四十四錢(三)ニ對スル一年五日分ノ年二割ニ依ル利息金二百七十二圓六十九錢(四)ニ對スル三百五十一日分ノ日歩金七錢ノ割合ニ依ル利息金十二圓二十八錢(五)ニ對スル三百二十一日分ノ年二割五分ニ依ル利息金百四十一圓七十七錢(六)ニ對スル三百九日分ノ年二割ニ依ル利息金二百五十三圓九十七錢(七)ニ對スル二百九十二日分ノ年二割五分ニ依ル利息金八十六圓四十七錢(八)ニ對スル二百七十七日分ノ前同率ノ利息金百三十二圓八十錢(九)ニ對スル二百五十六日分ノ前同率ノ利息金十七圓七十錢(十)ニ對スル二百四十四日分ノ前同率ノ利息金七十七圓十一錢(十一)ニ對スル二百二十三日分ノ前同率ノ利息金十九圓八十五錢(十二)ニ對スル二百十日分ノ前同率ノ利息金十六圓五十四錢(十三)ニ對スル二百三日分ノ日歩金七錢ノ割合ニ依ル利息金六圓三十九錢(十四)ニ對スル二百日分ノ年二割五分ニ依ル利息金二十三圓二十八錢(十五)ニ對スル二百一十一日分ノ前同率ノ利息金三十六圓七十七錢合計金千四百二十三圓及右(四)、(五)、(六)、(七)、(八)、(九)、(十)、(十一)、(十二)、(十三)、(十四)ノ貸金元本合計金五千六百九十圓九十九錢並右(六)貸金元本中ノ金千二百十六圓一錢總計金八千三百三十圓ハ昭和四年十二月二十六日附ヲ以テ消滅ニ歸シ隨テ被告ノ前示第一ノ相殺抗辯ハ右(六)貸金殘元本金二百八十三圓九十九錢此ニ對スル昭和四年十二月二十七日ヨリ昭和八年四月十八日ニ至ルマテ三年八十二日分ノ年二割ニ依ル利息金百八十三圓十五錢及右(六)貸金元本金百六十四圓五十七錢此ニ對スル昭和四年十二月三日ヨリ昭和八年四月十八日ニ至ルマテ三年百三十七日分ノ年二割五分ニ依ル利息金百三十八圓八十六錢合計金七百七十圓五

十七錢ニ關スル部分ニ付テノミ理由アルモノト云ハサルヘカラス尙被告ハ事實摘示第二ノ如キ債權存在ニ係ル相殺主張ヲ爲スト雖訴外岡本嘉市郎カ良浦製氷冷蔵株式會社ニ對シ被告抗爭ノ如キ債權ヲ有セシコトヲ是認スヘキ確證存セサルカ故ニ採用スルニ由ナシ而シテ本件訴狀訂正書送達ノ翌日カ昭和八年五月六日ナルコトハ記録中ノ郵便送達報告書(第十二丁)ニ據リ顯著ナルヲ以テ原告ノ本訴(但シ被告カ取消ヲ要求セル第一審判決中ノ原告勝訴部分ニ限ル)ハ金八千二百二十九圓四十三錢及之ニ對スル昭和八年五月六日ヨリ完済ニ至ルマテ年五分ノ率ニ依ル遲延損害金ノ支拂ヲ求ムル部分ニ限り之ヲ許容シ他ヲ排斥スト判示シ原告ノ請求ヲ一部認容シタリ

○ 上告理由

上告理由第一點ハ原判決ハ其ノ理由ニ於テ被告カ訴外良浦製氷冷蔵株式會社ニ對シ原告主張ノ如キ債權ヲ有セシコト及原告カ其主張ノ日ニ同會社ヨリ該債權ノ讓渡ヲ受ケタリトノ事實ハ當事者ニ爭ナキモノノ如ク說示セラレタリ然レトモ被告ハ本件ニ於テ第一審乃至差戻前ノ第二審ノ口頭辯論ニ於テ前記訴外會社ノ被告ニ對スル債權ノ存在及該債權讓渡ノ事實ニ付極力之ヲ抗爭シ來リタル事實ハ一件記録ニ徵シ洵ニ明瞭ニシテ單ニ差戻後ノ原審第一回ノ口頭辯論及其後ノ準備手續ニ際シ「被告ハ現在ニ於テハ相殺ノ抗辯ノミヲ維持シ他ハ之ヲ主張セスト陳述シタルニ止リ右債權其ノモノノ存在及讓渡ニ關スル原告ノ主張事實ヲ自白シタルモノニアラサルコトハ其ノ陳述自體ニ徵シ一點ノ疑ナキナリ果シテ然ラハ原判決ハ須ク右原告ノ主張ヲ認ムヘキ

證據アリヤ否ヤヲ調査シ若シ其ノ主張ニ一致セル證據存セサルトキハ本訴原告ノ請求ハ當然之ヲ排斥セサルヘカラサルナリ然ルニ原判決ハ漫然其ノ事實摘示ニ於テ被告ハ答辯トシテ昭和三年一月十六日云々原告主張ノ如キ賣買契約アリ代金ハ同日決済セラレ云々賣買ノ際買主ニ對シ右債權ハ被告ニ於テ辨濟シ抵當權設定登記ヲ抹消セシムヘク約シタルコト其後抵當債務ノ辨濟ナカリシ爲云々良浦製氷冷蔵株式會社ハ右(一)ノ貸及建物ノ所有權ヲ喪ヒタルコト被告カ昭和八年四月十八日同會社ヨリ原告主張ノ如キ賣買解除ノ通知ヲ受ケ云々ノ事實ハ之ヲ認ムト表示シ其理由ニ於テモ如上ノ事實ヲ被告ニ於テ自白シタルモノナルカ如ク看做シ因テ訴外會社ハ被告ニ對シ貸及建物ノ代金一萬二千三十七圓五十錢ノ返還請求權ヲ取得シタルモノト謂フヘクト判示セラレタルハ結局證據ニ依ラスシテ事實ヲ確定シタル違法アルヲ免レサルモノニスト謂フニ在リ

○ 判決理由

然レトモ原審準備手續ニ於ケル所論被告代理人ノ陳述自體ニ依リ原判示ノ如キ自白アリタルモノト認メ得ヘク其ノ然ラサルコトヲ前提トスル論旨ハ採用ノ限ニアラス

○ 上告理由

同第二點ハ訴外會社カ被告ヨリ乙第五號證ノ一乃至十六ノ各日付ノ日ニ於テ被告主張ノ如キ金額ヲ被告主張ノ如キ利息ノ定ヲ以テ借入レタルコトハ被告ノ自認セル所ニシテ原判決ハ證據ニ依リ該貸借ニ付テハ監查役ノ承認アリタルコトヲ認定セラレタルモノナル處原判決ハ證人高槻晤一、岩見久光、洲脇樂造、吉橋武夫、嘉本貞吉ノ各證言ニヨリ右被告ノ訴外會社ニ對スル前記債權中八千三百三十圓ニ付テハ昭和四年十二月二十

六日被告ノ同會社ニ拂込ムヘキ株金中ノ同額ト相殺ヲ爲シタル事實ヲ認定セラレタリ然レトモ株金ノ拂込ハ現實ニ之ヲ爲スコトヲ要スルモノニシテ會社ニ對スル債權ヲ以テ相殺ヲ爲スカ如キハ商法第四百十四條第二項ノ規定ニ違反シ當然無効トナルヘキナリ而シテ前顯證人吉橋武夫ノ證言ニ依レハ訴外會社ニ對スル株金約八千圓ニ付自己ノ債權ト差引計算ヲ爲シタリト謂フニ在ルヲ以テ同證言ヲ以テ却テ前記乙第五號證ノ債權ト原告主張ノ株金トノ相殺ハ前記商法ノ規定ニ違反セル無効ノモノト爲シ得ヘキノミナラス其餘ノ前顯各證人等ノ證言ニ依ルモ右株金ノ相殺ハ訴外會社ニ於テ適法ニ之ヲ爲シタルモノナルコトヲ認ムルニ足ラサルカ故ニ何レニスルモ原判決ノ右相殺ニ關スル認定ハ違法ナリト信スト謂フニ在リ

○判決理由

然レトモ商法第四百十四條第二項ハ會社ヨリ株主ニ對シテ爲ス相殺又ハ相殺契約ヲ無効トスル趣旨ニ非ス原審ハ昭和四年十二月二十六日訴外良浦製氷冷蔵株式會社ト被告トノ間ニ會社ノ負擔スル借用元利金(利息ハ同日迄計算)中金八千三百三十圓ト被告ノ拂込ムヘキ株金債務トヲ對等額ニ於テ相殺スル旨ノ合意成立シタル事實ヲ認定シタルモノニシテ原判決舉示ノ證據ニ依レハ右ノ如キ認定ヲ爲シ得ヘク而シテ斯ル相殺ノ合意ハ右商法ノ規定ニ抵觸スルコトナキモノト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難スルト共ニ右ト異ル見解ノ下ニ本件相殺ノ效力ヲ否定セントスルモノニシテ何レモ採用ニ値セス

○上告理由

同第三點ハ假ニ前記株金ノ相殺カ適法ナリトスルモ乙第五號證ノ一乃至十六ノ十六口ノ貸金ハ昭和四年十二月二十六日迄ニ於テ利息ヲ加ヘテ合計金八千七百七十八圓五十六錢ニ達シ居リタルモノナルヲ以テ訴外會社カ相殺ニ供シタル自己ノ株金請求權八千三百三十圓ニ比シ四百四十八圓五十六錢ノ過剩ヲ生スルコトハ算數上明ナリ斯ノ如ク相殺セララル債權カ數口ニ分レ其ノ合計額カ相殺スヘキ債權ノ額ヨリ多額ナル場合ニ於テハ其ノ相殺セララル債權ノ口數及金額ヲ明示スルヲ要スルモノニシテ若シ之カ明示ヲ爲ササルニ於テハ何レノ口幾何ノ金額ニ付相殺ノ意思表示アリタルモノナルヤヲ知ルニ由ナク從テ適法ナル相殺アリタルモノト爲スヲ得サルナリ本件ニ於テ原告ハ單ニ訴外會社ハ株金八千三百三十圓ニ付乙第五號證ノ一乃至十六ニ於ケル被告ノ同會社ニ對スル債權ノ元利金中對當額ニ付相殺ヲ爲シタリト主張スルノミニテ其ノ對當額カ乙第五號證ノ一乃至十六ノ何レノ口及幾何ノ金額ニ相當スルモノナリトノ點ニ付何等主張及立證ナキヲ以テ結局右乙號證ノ各債權中何レノ部分カ相殺ニ依リ消滅シタルモノナルヤヲ知ルヲ得サルナリ然ルニ原判決ハ如上原告ノ不明確ナル主張ニ付何等釋明ヲ爲サシメスシテ漫然乙第五號證ノ二ノ貸金百六十四圓五十七錢ノ元利金及同證ノ十ノ元金一千五百圓ニ對スル昭和四年十二月二十六日迄ノ利息及元金中千二百十六圓一錢ヲ控除シタル其ノ餘ノ右乙第五號證ノ各貸金ノ元利金八千三百三十圓ニ付相殺ノ意思表示アリタルモノト爲シ乙第五號證ノ被告ノ債權中八千三百三十圓ハ相殺ニ依リ消滅シタルモノナルコトヲ認定セラレタルハ審理不盡ノ違法アルニアラサレハ證據ニ基カシテ事實ヲ確定セラレタル違法アリト信スト謂フニ在リ

○判決理由

然レトモ原審ハ本件相殺ニ因リ被告ノ貸金債權十六口中判示(一)乃至(五)ニ對スル各貸付當日以降昭和四年十二

月二十六日迄ノ利息並(一)乃至(五)、(七)乃至(五)ノ各元本及(六)ノ元本中金千二百十六圓一錢ノ債權カ消滅シ(六)ノ殘元本及之ニ對スル昭和四年十二月二十七日以降昭和八年四月十八日迄ノ利息並(六)ノ元利金二口合計金七百七十圓五十七錢ノ債權カ殘存シタル事實ヲ確定シ此ノ金額ニ付被告ノ相殺ノ主張ヲ認容シタルモノナルヲ以テ本件相殺ニ因リ何レノ債權カ如何ナル範圍ニ於テ消滅シタルヤ不明ナリト謂フハ當ラス而シテ合意相殺ノ場合ニ於テモ民法第四百八十九條乃至第四百九十一條ノ類推適用アルモノト做スヲ相當トスルニヨリ右原審ノ認定ハ正當ナリト謂ハサルヘカラス論旨理由ナシ

○上告理由

同第四點ハ乙第二號證ハ昭和四年七月二十七日ニ爲サレタル訴外會社ノ第一回定期株主總會議事録ニシテ同證ノ各所ニ押捺セラレタル同會社ノ社長名義ノ印影ハ原告ノ認ムル所ナルヲ以テ反證ナキ限り同證ハ真正ニ成立シタルモノト認メサルヘカラサルナリ而シテ同議事録ノ第二項ニ於テ松浦監查役、監查ニ付テ云々(2)從末ノ帳簿ハ複雑ナルヲ以テ云々調査上困難ニ付更新スルノ要ナキヤ第二回株金拂込ハ終了シアルモ之カ整理モ同斷ナル明記事アリ之ニ依レハ右訴外會社ノ第二回株金ハ遅クトモ昭和四年七月二十七日ノ第一回株主總會以前ニ於テ既ニ拂込ヲ完了セラレタル事實ヲ各株主ニ報告シ同時ニ其拂込完了後ニ於ケル帳簿ノ整理ハ從來ノ如キ複雑ノ方法ニ依ラスシテ簡易ノ方法ニ依リ整理スヘキ旨ノ意見ヲ株主ニ提出シタルモノナルコト一點ノ疑ヲ容レサルノミナラス同議事録第二項第三號ノ末項ニ記載セラレタル「以上ノ外更ニ個人トシテ帳簿

ノ組立ヲ記簿上ニ付精通者ヲ臨時雇入等將來ノ希望ヲ述フル所アリタリ」トノ記事ヲ參酌スレハ右第二項第二號ニ所謂第二回株金拂込ハ終了シアルモ之カ整理モ同斷トアルハ既ニ拂込ヲ了シタル株金ニ關スル帳簿ノ整理ニ關シ記簿上ノ精通者ヲ雇入レ新ナル記帳方法ヲ用ユヘキコトヲ建議シタルモノニシテ未拂込ノ株金ノ整理ヲ意味シタルモノニアラサルコト明ナリ果シテ然ラハ右乙第二號證タル議事録ノ記事ハ原告カ主張スル昭和四年十二月二十六日ニ至リ漸ク訴外會社ノ被告ニ對スル乙第五號證ノ各債權ト相殺ヲ爲シタリトノ事實ヲ否定スルニ足ルモノト謂ハサルヘカラス然ルニ原判決ハ右乙第五號證ノ議事録中「第二回株金拂込終了」云々ノ記事ハ第二回拂込ニ關スル手續ハ終了シアルモ未拂金ノ整理行届カストノ意ニ解シ得ヘキ旨說示セラレタルハ全ク證據解釋ニ關スル職權ノ嗜範ヲ踰越シテ不當ニ證據ノ價值ヲ滅却シタルモノト謂ハサルヲ得ス何トナレハ原判決ノ所謂拂込ニ關スル手續ナルモノ及未拂金ノ整理ナルモノハ如何ナルモノヲ指稱シタルモノナルヤニ付テハ何等説明ヲ加ヘラレタルモノナキノミナラス原判決カ如上ノ解釋ヲ爲スノ根據ニ供セラレタル證人高槻晤一、岩見久光、洲脇樂造、吉橋武夫及嘉本貞吉ノ各證言及證人山手謙一郎ノ供述一部ヲ如何ニ斟酌スルモ到底原判決カ說示セラレタルカ如キ趣旨ニ解シ得サルヲ以テナリ却テ右山手謙一郎ノ供述ニ依レハ少クトモ被告ハ其所持ノ株式八百株ニ付テハ第二回拂込金十圓ツツ現實ニ拂込ミタル事實ヲ認メ得ヘク該供述ト乙第七號證ノ議事録中「敷地代トシテ持株八百株中」第二回拂込金八千圓ノ代價トシテ云々ノ記事トヲ綜合スルトキハ被告カ主張スルカ如キ相殺ヲ爲シタルモノニアラサルコトヲ明認シ得ヘキニ於テオヤ然ラ

ハ原判決ハ結局證據解釋方法ヲ誤リタル違法アルモノニシテ到底破毀ヲ免レサルモノト信スト謂フニ在リ

○判決理由

然レトモ乙第二號證及乙第七號證中ノ各判示文言ハ原判決舉示ノ證據ニ依リ之ヲ判示ノ如キ趣旨ニ解シ得サルコトナク所論乙第二號證中第二項第三號ノ記載ハ必スシモ此ノ解釋ト牴觸スルモノニアラス而シテ之ヲ原審ノ如ク解スルニ於テ右乙號證ハ何レモ判示ノ如キ相殺認定ノ妨ト爲ラサルモノトス證人山手謙一郎ノ供述中此ノ認定ト相容レサル部分ハ原判決ノ明カニ排斥シタルトコロナリ論旨ハ要スルニ原審カ其ノ職權ニ基キ適法ニ爲シタル證據ノ判斷及事實ノ認定ヲ非難スルニ過キサルモノト謂フヘキニヨリ採用セス

○上告理由

同第五點ハ乙第五號證ノ一乃至十六ハ被告ニ於テ同號證ノ記載ノ被告ノ債權ノ未タ存在スルコトノ立證ニ供シタルモノニシテ同號證カ原告主張ノ如キ相殺アリタルニ依リ訴外會社ニ返還セラレタリトノ事實ヲ認ムヘキモノナキノミナラス原告ノ主張ニ依ルモ同證ノ貸金元利金中八千三百三十圓ノミニ付相殺ヲ爲シタリト謂フニ在ルモ同證全部カ右訴外會社ニ返還セラレタルモノトハ認ムヘカラサルカ故ニ結局右乙第五號證ハ其貸借成立ノ日ヨリ今日ニ至ルマテ被告之ヲ所持シ居リタルモノト認ムルノ外ナシ而シテ右乙第五號證カ依然被告ノ手裡ニ現存セル事實ヲ以テ同證記載ノ債權ハ今尙存續スルモノナルヲ認ムルニ足ルヘク之一件記録ニ依リ明ナルカ如ク原告ハ本件差戻前ノ第二審ニ至ルマテ乙第五號證ノ債權ノ存在ヲ否認シ且同號證ニ不知ノ陳

述ヲ爲シタルモノナル處原審第一回ノ口頭辯論ニ於テ始メテ如上借金ヲ爲シタル事實及乙第五號證ノ成立ヲ認メナカラ同貸金債務ハ既ニ辨濟ヲ了シタル旨主張シ更ニ原審準備手續ニ於テ始メテ株金トノ相殺ヲ主張シ從テ其主張一定セサリシ點、乙第十五號證ニ依リ明カナル如ク訴外會社ノ第二回株金拂込期日ハ昭和四年三月月中ニシテ該事實ハ原告ニモ爭ナキ事實及原審證人中村順次ノ證言セルカ如ク訴外會社ハ當時運轉資金缺乏シタル爲メ被告ニ於テ之ヲ立替支拂ヒ居タル事實ヲ綜合スレハ被告ハ右會社ノ株主ニシテ且專務取締役トシテ會社ノ運轉資金ヲ立替支拂ヲ爲シタル事實コソアリ其當然ノ義務ニ屬スル株金ヲ其拂込期日ヨリ一年ニ近キ期間ヲ經過シナカラ之ヲ支拂ハサリシモノト到底認ムヘカラサル事實ヲ彼此綜合スレハ被告ハ右訴外會社ノ第二回株金ヲ遅クトモ昭和四年七月以前ニ於テ既ニ拂込ミタルモノナルコトヲ認ムヘキナリ然ルニ原判決ハ前記乙第五號證ノ未タ被告ノ手裡ニ殘存セル事實及乙第十五號證ノ記事竝證人中村順次ノ供述等ニ付何等ノ判斷ヲ爲サシテ漫然被告ノ此點ニ關スル主張ヲ排斥セラレタルハ重要ナル證據ヲ看過シ之ト反對ナル株金ト乙第五號證ノ債權トヲ是認セラレタルハ到底違法タルヲ免レサルモノトスト謂フニ在リ

○判決理由

然レトモ原審ハ證據ニ依リ昭和四年十二月二十六日本件相殺アリタル事實ヲ認定シタルモノニシテ乙五號各證ノ被告手裡ニ存スル事實及乙第十五號證ハ必スシモ此ノ認定ヲ妨クルモノニアラス證人中村順次ノ證言ハ原審ノ措信セサリシトコロナリ而シテ之等ノ證據判斷ハ原判文上自ラ之ヲ看取シ得ヘク原判決カ如上ノ證據ヲ看過シ其ノ判斷ヲ遺脱シタリト謂フハ非ナリ論旨亦理由ナシトス

○假處分申請事件

(昭和十年民上第四二六號 昭和十一年三月十三日民事部判決 破毀差戻)

〔申請人〕 控訴人 被上告人 吳 晴
 〔被申請人〕 被控訴人 上告人 李興南コト 李 淳
 代理人辯護士 金 炳 魯 外一人
 〔第一審〕 京城地方法院 (第二審) 京城覆審法院

○判示事項

民法第八百七十八條ト後見規定準用ノ範圍

○判例要旨

民法第八百七十八條ニ依リ嫡母等カ親權ヲ行フ場合ニ付準用セラルル後見ノ規定ハ唯後見人ノ權利行使ノ制限監督ニ關スルモノニ限り後見人タル資格ニ關スル同法第九百八條ノ如キハ其ノ準用ナキモノトス

〔參照〕 民法第八百七十八條 繼父、繼母又ハ嫡母カ親權ヲ行フ場合ニ於テハ次章ノ規定ヲ準用ス

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 未成年者
- 二 禁治產者及ヒ準禁治產者
- 三 剝奪公權者及ヒ停止公權者

- 四 裁判所ニ於テ免職セラレタル法定代理人又ハ保佐人
- 五 破產者
- 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
- 七 行方ノ知レサル者
- 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

申請人ノ原審ニ於ケル申請理由ノ要旨ハ(一)申請人ハ未成年者高熙源ノ姉ノ夫ニシテ被申請人ハ元高熙源ノ實父高重權ノ妾ナリシカ昭和十年四月七日高重權ト婚姻ヲ爲シタルヲ以テ高熙源ノ嫡母ト爲リタルモノナリ而シテ高熙源ハ高氏門中ノ宗家ノ戶主タル高啓河ノ死亡後昭和二年四月十二日高啓河ノ亡長男允權ノ死後養子ト爲リテ亡高啓河ノ相続人ト爲リタリシカ其ノ實父タル高重權ト同一家籍内ニ在リタル關係上依然高重權ノ親權ニ服シ來リタリ(二)然ルニ高重權ハ昭和六年九月二十一日京城地方法院昭和六年民申第四〇二號ヲ以テ財産管理權行使停止ノ假處分命令ヲ受ケ更ニ同年十二月二十八日準禁治產ノ宣告ヲ受ケタルニ因リ親權ヲ行フコト能ハサルニ至リタル爲高重權ノ後妻タル韓保任カ嫡母トシテ高熙源ノ親權ヲ行フコトニナリシカ同人亦昭和七年五月八日親族會ノ決議ニ依リ親權ヲ免職セラレ同日後見開始ト爲リテ申請人カ後見人ニ選定セラレタリ、然ルニ其ノ後昭和九年四月十五日親族會ノ決議ニ依リ申請人ノ後見人タルコトヲ免職セラレ韓保任カ後見人ニ選任セラレタリシカ該決議ハ不當ナルヲ以テ申請人ヨリ韓保任ヲ相手取り同人カ高熙源ノ後見人ニアラサルコトヲ確認スル旨ノ訴ヲ提起スルト同時ニ假處分申請ヲ爲シ韓保任ノ高熙源ニ對スル後見人職務執行ヲ禁止セシメタル上本案訴訟ニ於テ係争ノ結果昭和九年九月二十一日高等法院ノ判決ニ依リ申請人勝訴ト爲リ申請人カ依然後見人タルコト確定セラレタリ(三)昭和九年五月四日高重權ハ準禁治產ノ宣告取消サルルヤ京城地方法院昭和六年民申第四〇二號管理權行使停止假處分申請人タル崔暘ヲ金

民法第八百七十八條ト後見規定準用ノ範圍

三千圓ニテ買收シ昭和九年六月九日同人ヲシテ其ノ本案訴訟ヲ取下ケシメタリシヲ以テ申請人ヨリ更ニ高重權ヲ相手取り同人ノ高重權ニ對スル財産管理權喪失ノ訴ヲ提起シタリシカ同年七月十八日第一審ニ於ケル判決ニ依リ高重權ノ右管理權ノ喪失宣告セラレ昭和十年二月八日高等法院ニ於テ該判決確定シタリ然ルニ高重權ハ復々術策ヲ弄シ其ノ妾タル被申請人ヲ本妻トシテ入籍セシメ高重權ノ嫡母トシテ財産管理權ヲ行使セシメ居レリ因テ上ノ次第ニシテ高重權ハ昭和九年五月四日準禁治產宣告取消サレ又同年六月九日京城地方法院昭和六年民申第四〇二號管理權行使禁止假處分命令ノ本案訴訟取下ケラレタルニ因リ親權ノミハ回復セラレタリシモ右假處分命令ハ取消サレサルノミナラス同年五月十四日吳晴ヲ假後見人ニ定メタル假處分命令存續中ナルヲ以テ高重權ハ結局管理權ヲ回復スルニ至ラサル儘昭和九年六月十三日管理權行使ヲ禁止セラレ其ノ禁止中ニ於テ管理權喪失ノ判決確定シタルモノナルヲ以テ高重權ニ對スル後見ハ未タ終了セスシテ申請人ノ後見人タル地位ハ依然トシテ尙繼續セルモノナリ然リ而シテ被申請人ハ高重權ニ對シ嫡母トシテ財産管理權ヲ行使スルニ於テハ民法第八百七十八條ニ依リ後見人ニ關スル規定ニ從フヘキモノナルヲ以テ同人ハ不動産上ノ争ニ付昭和九年中ニ未成年者タル高重權ト訴訟(當院昭和九年民第一三八五號)ヲ爲シタルモノニシテ民法第九〇八條第六號ニ該當スル失格者ナルヲ以テ高重權ニ對シ財産管理權即チ法定代理權ヲ有セサルハ明カナリ假ニ然ラストスルモ既ニ選定後見人タル申請人アルヲ以テ被申請人ハ法定代理人即チ財産管理權行使者タルコトヲ得サルモノナリ尙被申請人ハ從來高重權ヲシテ準禁治產者又ハ破產者タラシメタルノミナラス韓保任ノ死亡ヲ奇貨トシテ高重權ノ法定代理人ト爲リ其ノ財産ヲ擅ニ處分スル目的ヲ以テ高重權ノ本妻ノ地位ヲ獲得センカ爲ニ有ラユル策動ヲ陰謀シタルモノナルヲ以テ若シ一時刻ナリトモ從來狡猾極マル術策ヲ以テ高重權ヲ誘惑セシメタル被申請人ニ高重權ノ財産ヲ管理セシムルニ於テハ高家ハ忽チ不測ノ大破綻ヲ來スヘク後日如何ナル方法ニ依ルモ恢復スルコト能ハサル状態ニ陥ルヘキヲ以テ至急本申請ニ及ヒタル次第ナリ尙申請人ニ於テ原審判決ハ京城府清進洞百七十五番地李仁ヲ未成年者高重權ニ對スル財産假管理人ト定メタルモ李仁ハ相手方ノ夫タル高重權ノ庶子女高慶熙ノ夫ニシ

テ從來相手方及高重權ノ總參謀格トナリテ高重權家ノ種々ノ訴訟問題ニ付紛糾ヲ重ネシメタルモノナルノミナラス李仁ハ昭和九年六月十三日ヨリ昭和十年二月八日迄ノ間ニ高重權ニ對スル財産管理權ヲ假處分命令ニ依リ行使シタリシカ其ノ在任中ニ於ケル管理計算ヲ爲サス且其ノ取立タル昭和九年度ノ小作租ノ引渡ヲモ爲ササリシ爲昭和十年五月上旬頃高重權ヨリ管理計算竝保管引渡請求ノ訴訟(京城地方法院昭和十年民第一五六三號)ヲ提起セラレ目下京城地方法院ニ繫屬進行中ナルヲ以テ李仁ハ民法第九百八條第六號ニ該當スル失格者ナリ仍テ李仁ハ高重權ニ對スル財産假管理人タルコトヲ得サルモノナリ、甲第四號證ノ民事々件ハ韓保任カ高重權ノ法定代理人タル資格ニ於テ昭和九年四月二十五日訴全部ヲ取下ケタルニヨリ同事件ハ形式上一旦完結セリト雖其ノ後右取下行爲カ高重權ヲ代理シ得ヘキ資格ナキ韓保任ニ於テ爲サレタルモノナレハ無効ナリトノ理由ノ下ニ高重權ノ後見人閔泳銜ヨリ期日ノ指定申請アリタル爲此ノ點ニ付目下事件ハ審理續行中ナリト謂フニ在リ

被申請人代理人ノ答辯ノ要旨ハ申請人代理人主張事實中(一)ノ事實ハ全部認ム(二)ノ事實ハ認ムルモ法律上ノ效力ヲ争フ即チ高重權カ準禁治產ノ宣告ヲ受ケタリトスルモ當然後見開始スヘキ謂ハレナキヲ以テ申請人カ假ニ後見人トシテ選定セラレタリトスルモ其ノ選定ハ無効ナルニ依リ申請人ハ後見人ト爲リタルモノニアラス(三)ノ事實ハ高重權カ崔暘ヲ買收シタリトノ點ヲ否認スル外全部認ム而シテ管理權喪失ノ訴ニ對スル昭和十年二月八日付高等法院判決ニ於テ後見人タルコトヲ確定セラレタルニアラス單ニ高重權ノ管理權喪失カ確定シタルニ過キス(四)ノ事實ハ認ムルモ敢テ高重權カ術策ヲ弄シタルニアラス(五)ノ事實中昭和九年五月四日準禁治產ノ宣告取消サレ同年六月九日京城地方法院昭和六年民第四〇二號管理權行使禁止假處分命令ノ本案訴訟取下ケラレタルニ因リ親權回復サレタリトノ事實ハ認ム其ノ他申請人代理人ノ主張事實中被申請人代理人主張ニ反スル部分ハ否認ス被申請人ハ昭和十年四月七日未成年者本人高重權ノ實父タル高重權ト婚姻シ高重權ノ嫡母トシテ財産管理權ノ行使ヲ始メタルモノナルモ被申請人ハ右財産管理權ノ行使ヲ始ムルヤ昭和十年四月十三日高重權ノ親族會ニ對シ後見

監督人選任方ヲ要求シ同親族會ニ於テ申請人ノ妻タル高恩海ヲ高熙源ノ後見監督人ニ選任シタルヲ以テ被申請人ハ未成年者高熙源ノ財産調査ニ着手スヘク右後見監督人タル高恩海ニ立會方ヲ要求シタルモ同人ハ今ニ立會ヲ爲サス被申請人ハ昭和十年四月二十日右後見監督人高恩海ニ對シ未成年者高熙源ニ對スル債務(受託土地返還義務)ニ關シ民法第九十九條ノ申告ヲ爲シ財産目録ノ調製ヲ完成シタルモノニシテ被申請人カ未成年者高熙源ノ嫡母トシテ財産管理權ノ行使ヲ始メタル後何等民法ノ規定ニ違背シタルコトナキノミナラス將來未成年者ノ爲誠實ニ財産管理權ノ行使ニ盡クス決心ナルヲ以テ申請人ノ本件申請ハ何等理由ナシ被申請人ハ大正十四年中高重權ノ妾ト爲リテ爾來夫妾同棲シ居レルカ高重權カ破産宣告ヲ受ケタル當時ニ於ケル高重權ノ債務ハ妾ト爲ル前即チ大正十一年及大正十二年中負擔シタルモノニシテ被申請人ハ毫モ之ニ關係シタルコトナシ而モ被申請人ハ既往ニ於テ京城屈指ノ財産家タル朴基淳ノ次男ニ嫁シタルトコロ同人死亡シ約五萬圓ノ遺産ヲ相続シタルカ該遺産ヲ持參セル儘高重權ノ妾ト爲リテ爾來特有財産トシテ所有シ居ル次第ナリ若シ他ノ者ヲシテ高熙源ニ對スル財産管理權ヲ假ニ行使セシムル必要生シタル場合ハ京城府清進洞百七十五番地李仁カ最適當ノ者ト思料ス尙李仁ハ昭和十年二月九日其ノ管理シ居タル高熙源ノ財産ニ付管理計算ヲ爲シ當時高熙源ノ嫡母タル韓保任ニ之ヲ引繼キタルカ同月十八日韓保任死亡シ相手方ハ同年四月七日高重權ト婚姻シ高熙源ノ嫡母トナリタルヲ以テ同年五月十三日韓保任ニ引繼キタル高熙源ノ財産ノ管理計算ニ付其ノ詳細ナル事實ヲ相手方ニ告ケ高熙源ノ財産管理ヲモ相手方ニ讓リタリ然ルニ申請人及高熙源ノ親族會員等ハ高熙源ノ財産ニ垂涎シ不當ニモ閔泳錚ヲ高熙源ノ後見人ニ選任スル旨ノ決議ヲ爲シ本件假處分申請事件ノ第一審ニ於ケル判決言渡日カ同年五月十五日トシテ指定セラレ其ノ判決ニハ李仁ニ於テ再度假管理人ニ任命セラレハキ地位ニアルヲ想起シ同年五月十四日午後七時ニ至リ右閔泳錚ヲシテ高熙源ノ名義ヲ用キ李仁ヲ相手取り無實ノコトヲ構ヘ前記財産管理ノ計算報告及保管費二百石ノ引渡請求ノ訴ヲ京城地方法院ノ宿直室ニ提出セシメ之ヲ口實トシテ李仁ハ高熙源ト訴訟ヲ爲シタリト稱シ本件ニ之ヲ利用センコトヲ企圖セルモノナリト謂フニ在リ

第二審裁判所ハ證據ニ依リ相手方李淳定ハ未成年者高熙源ヨリ信託解除ニ因ル土地所有權移轉登記手續履行請求ノ訴訟ヲ提起セラレ該訴訟ハ目下京城地方法院ニ繫屬中ニシテ實體上其ノ利益相反スルモノナルコトヲ認ムルニ足ルヲ以テ民法第八百七十八條第九百八條第六號ニ基キ李淳定ハ未成年者高熙源ノ財産管理人タル適格ヲ有セサルモノトス(當事者辯論ノ全趣旨ニ據レハ相手方ハ現ニ財産管理權行使中ナルコト明ナルヲ以テ後日相手方ニ財産管理權ナキコト確定セラレ他ノ者ニ於テ財産管理ヲ爲スコトトナルニ於テハ李淳定ノ管理失當ノ爲高熙源ニ對シ著シキ損害ヲ蒙ラシムル虞アルモノト謂フヘク後日本案訴訟ニ於テ申請人勝訴スルモ豫メ相手方ノ財産管理權ノ行使ヲ停止シ置カサルニ於テハ克ク訴訟ノ目的ヲ達シ得サルノミナラス財産管理權ノ行使ニ付多大ノ困難ヲ招來スヘキ虞アルヲ以テ之ヲ避ケンカ爲本案判決確定ニ至ル迄李淳定ノ財産管理權ノ行使ヲ停止シ其ノ間適當ナル者ヲシテ財産管理權ヲ行使セシムルヲ相當トス)トシ而シテ原審ニ於テハ京城府清進洞百七十五番地李仁ヲシテ其ノ間ニ於ケル財産管理權ノ假行使ヲ命シタルモ成立ニ爭ナキ乙第九號證甲第八號證ヲ綜合スレハ李仁ハ高熙源ヨリ李仁カ京城地方法院昭和九年民申第一八五七號第一八六四號假處分中ニ於ケル高熙源ノ財産管理權ヲ假ニ行使セシムル決定ニ基キ昭和九年六月十三日ヨリ昭和十年二月五日迄ノ間高熙源ニ對スル財産管理權ヲ行使シ其職務終了セルニ拘ラス之カ財産管理權假行使中ニ於テ取立テタル高熙源所有不動産ノ昭和九年度秋收租ノ引渡並計算報告ヲ爲サストノ事由ニ基キ之カ計算報告並保管費請求訴訟ヲ提起セラレ該訴訟ハ目下京城地方法院ニ繫屬中ナルコトヲ認メ得ヘキ以テ他ニ特別ノ事由ナ

キ限り同人ヲシテ假處分の一時ノ處置トシテモ財產管理權ヲ行使セシムルハ妥當ニ非ストシ又申請人ハ右李
 淳定ノ財產管理權行使停止期間中ハ申請人ヲシテ假ニ之カ財產管理權ヲ行使セシムヘキモノナリト謂フモ申
 請人ハ昭和九年四月十五日親族會ニ於テ後見人タルコトヲ免黜セラレタルモノナルコト成立ニ爭ナキ乙第七
 號證ニ依リ明ナルカ故ニ斯ル者ニ財產管理權ヲ行使セシムルハ正當ニ非サルハ言フ俟タス仍テ當院ハ未成年
 者高熙源ノ住所タル江原道鐵原郡鐵原邑長佐々木三郎ヲ以テ不偏不黨至公至平ノ人物トシテ未成年者高熙
 源ノ財產管理人タルノ適任者ト認メ之ニ一時的財產管理權行使ノ衝ニ當ラシムルヲ相當トスト判示シタリ

○上告理由

上告理由第一點ハ原判決ハ其ノ冒頭「成立ニ爭ナキ甲第一號證戶籍謄本ニ據レハ相手方李淳定ハ未成年者高
 熙源ノ嫡母ナルコト明白ニシテ又未成年者高熙源ノ實父ニシテ右李淳定ノ夫タル高重權カ高熙源ニ對スル財
 產管理權ヲ喪失シタルコトハ成立ニ爭ナキ甲第一號證ニ徵シ之ヲ認メ得ヘキヲ以テ他ニ特別ノ事由ナキ限り
 嫡母李淳定ニ於テ高熙源ニ對スル財產管理權ヲ行使スヘキモノトス然ルニ成立ニ爭ナキ甲第四、七號證ヲ綜
 合スレハ相手方李淳定ハ未成年者高熙源ヨリ信託契約解除ニ因ル土地所有權移轉登記手續履行請求ノ訴訟ヲ
 提起セラレ該訴訟ハ目下京城地方法院ニ繫屬進行中ニシテ實體上其ノ利益相反スルモノナルコトヲ認ムルニ
 足ルヲ以テ民法第八七八條第九〇八條第六號ニ基キ李淳定ハ未成年者高熙源ノ財產管理人タル適格ヲ有セサ
 ルモノトス」ト判示セラレタリ然レトモ上告人李淳定ハ未成年者高熙源ヨリ名義信託ヲ受ケ公簿上李淳定所

有名義ニアル土地ヲ高熙源ニ返還シ高熙源所有名義ニ移轉登記手續ヲ爲ス様當時高熙源ノ法定代理人タル嫡
 母韓保任ニ申出テタルモ同人ハ之ニ應セス他方高熙源ノ僭稱後見人ニ於テ何事カ企劃スル處アリテ高熙源名
 義ヲ用ヒ上告人ヲ相手取り土地所有權移轉登記手續履行請求ノ訴ヲ提起シ上告人應訴シタルコト無ク右韓保
 任カ高熙源ノ親權者トシテ右訴訟ヲ取下ケタルコトアル次第ニシテ甲第四號證及甲第七號證ハ右訴提起ニ對
 スル起訴證明書及訴狀ナリ而シテ假リニ上告人李淳定カ未成年者高熙源ヲ相手方トシテ前記訴訟ヲ進行シ互
 ニ係争シタルコトアリトスルモ上告人李淳定ハ之レカ爲メ民法第八七八條及同法第九〇八條第六號ノ規定ノ
 適用ヲ受ケ未成年者高熙源ニ對スル嫡母トシテ其ノ財產管理權ヲ喪失スヘキモノニアラス何トナレハ民法第
 八七八條ニ「繼父母及嫡母カ親權ヲ行フ場合ニ於テハ後見ノ章ノ規定ヲ準用ス」トナルモ後見ノ章ノ規定中
 嫡母ニ準用サルヘキモノハ之ヲ嫡母ニ適用シテ家族制度維持上善良ナル風俗ヲ害スルコト無ク他面嫡母カ未
 成年者ニ對シ肉親ニアラサル處ヨリ生スルコトアルヘキ弊害ヲ防止シ得ヘキ部分ノミニ限ラルルモノナリ然
 ルヲ以テ民法ハ後見人ト被後見人トノ間ノ關係ヲ財產管理ニ付重點ヲ措キ後見人免黜ニ關シテモ甚タ輕易ニ
 取扱ヒタルニ反シ嫡母ト未成年者トノ關係ハ人倫ノ大義ヲ主眼トシテ規定ヲ設ケ其ノ親權喪失ニ關シテハ裁
 判所ノ宣告ヲ以テ處斷スヘキヲ制度トシタル處ヨリ見レハ嫡母ト未成年者間ニ例令財產上ノ争ヲ生シ其一
 方ヨリ他方ニ對シ訴ヲ提起シタリトスルモ其ノ訴ノ提起サレタル瞬間ニ於テ嫡母ノ未成年者ニ對スル法定代
 理權カ消滅スルモノト爲シタルニアラサルコト明カナリ加之未成年者ニ對スル保護機關ハ自然ノ情愛ヲ有ス

ル肉親タル父母ヲ以テ第一トスヘク之レ無キ場合ニ法律カ擬制シタル父母即チ嫡母又ハ繼父母ヲ第二位ニ措クヘキモ此等ノ者ヲモ有セサルトキ始メテ後見人ニ依リテ未成年者ノ保護ニ當ラシメムトシタルハ理ニ於テ且亦情ニ於テ當然タルヘキモノナリ而シテ嫡母カ未成年者ニ對シ親權ヲ行フ場合ニ其ノ兩者間ニ財産上ノ利害關係相衝突スルトキハ未成年者本人又ハ其ノ未成年者ニ對スル自稱後見人等カ未成年者ノ名ヲ以テ嫡母ニ對シ財産上ノ請求訴訟ヲ提起シ嫡母ノ未成年者ニ對スル財産管理權ヲモ喪失セシメ得ルモノトスルトキハ民法ノ規定スル親權喪失ニ關スル規定ト同法第八八八條第一項トヲ設ケタル趣旨ハ沒却シ右兩規定カ互ニ相竝立シテ適用サレサルカ如キ不都合ヲ生スヘキヲ以テ前陳列示認定ノ嫡母ノ未成年者ニ對スル財産管理權ニ付民法第八七八條ノ規定アルヲ基礎トシテ同法第九〇八條第六號ヲ嫡母ニモ適用サルヘキモノト斷シタル原判決ハ此點ニ於テ法律ノ解釋ヲ誤リタル謾アリト謂フニ在リ

○判決理由

按スルニ民法カ繼父、繼母、嫡母ヲモ亦親權者タラシムルト同時ニ其ノ第八百七十八條ニ於テ之等ノ者カ親權ヲ行フ場合ニハ後見ニ關スル規定ヲ準用スヘキモノト定メタルハ蓋シ繼父母、嫡母等ハ實父母ニ比シ子ニ對スル自然ノ愛情ニ於テ逕庭アルヲ免レサルカ故ニ其ノ親權行使ニ對シ一定ノ制限ヲ設クルト共ニ他ノ機關ノ監督ニ服セシムルヲ以テ子ノ利益ヲ保護スルニ付最モ適當ナリト認メタルニ因ルモノニシテ繼父母、嫡母ヲ以テ實質上ノ後見人ト爲シタルモノニアラサルコト右法條並其ノ他ノ親權及後見ニ關スル規定ニ照シ疑ヲ容レサルトコロトス左レハ右第八百七十八條ニ依リ準用セラルル後見ノ規定ハ唯後見人ハ權利行使ノ制限監督ニ關スルモノニ限り後見人タル資格ニ關スル同法第九百八條ノ如キハ性質上其ノ準用ナキモノト解スルヲ相當トス未成年者ノ親族會カ同法第九百十七條ニ依リ親權ヲ行フ嫡母ヲ免黜シ得ルコトハ當院ノ判例トスルトコロ(昭和二年民上第二四七號同年八月十二日判決)ニシテ其ノ結果嫡母ノ親權喪失ヲ來スモノト謂フヘキモ這ハ畢竟權利行使ニ對スル監督規定ノ適用ニ因ルモノニ外ナラサルヲ以テ必シモ前示解釋ト相容レサルモノニアラス果シテ然ラハ被申請人カ未成年者高照源ト訴訟ヲ爲シタル事實アリトスルモ夫カ故ニ直チニ被申請人ノ親權者タル地位ニ爭アルモノトシ假處分ノ要アルモノト做スヲ得サル筋合ナルニ拘ラス原判決カ論旨摘録ノ如ク判示シ之ヲ反對ニ斷シタルハ法律ノ解釋ヲ誤リタルニ因ルモノト謂フヘク原判決ハ此ノ點ニ於テ破毀ヲ免レサルモノトス

○損害賠償請求事件

(昭和十年民上第五八一號
昭和十一年三月十七日民事部判決 破毀差戻)

【原告】 被控訴人 被告 朴 忠 鎮
 【被告】 控訴人 原告 朴 元 三 訴訟代理人辯護士 堀 内 清 壽

民法第五百七十七條ニ所關抵當權ノ登記

○判示事項

民法第五百七十七條ニ所謂抵當權ノ登記

○判例要旨

抵當權カ消滅シタル場合ト雖當該登記カ抹消セラレヌシテ存スル以上
八民法第五百七十七條ノ適用アルモノト解スヘキモノトス

【參照】 民法第五百七十七條 買受ケタル不動産ニ付キ先取特權、質權又ハ抵當權ノ登記アルトキハ買主ハ該除ノ手續ヲ終ハルマ
テ其代金ノ支拂ヲ拒ムコトヲ得但賣主ハ買主ニ對シテ遲滞ナク該除ヲ爲スヘキ旨ヲ請求スルコトヲ得

○事實

原告ノ原審ニ於ケル請求原因ノ要旨ハ原告ハ曩ニ訴外田邊佐彌治ニ對シ原告所有ノ禮山郡光時面新坐里所在土地數筆ヲ抵當
トシ金員ヲ借用シタルトコロ被告ハ大正十四年三月十日原告ノ兄朴東鎮ヨリ其ノ所有ニ係ル前同里所在土地二十三筆及建物
等ヲ代金五千三百三十圓ニテ買受ケ當時契約金トシテ金三百圓ヲ支拂ヒ殘金ハ同月二十三日迄支拂フヘク約シタルカ被告ハ之
カ履行ヲ爲サス同月二十四日ニ至リ被告朴東鎮及原告三名協議ノ上被告ハ原告ノ兄朴東鎮ニ支拂フヘキ右土地代金ノ殘額ヲ
朴東鎮ニ支拂フ代リニ原告ノ抵當債權者タル訴外田邊佐彌治ニ支拂ヒ原告ノ債務ヲ消滅セシムヘク其ノ期日ヲ大正十四年四
月五日迄ト定メ若シ被告ニ於テ該履行ヲ怠ルトキハ原告ハ訴外田邊佐彌治ヨリ抵當不動産ニ付競賣ヲ申立テラルヘク然ルト
キハ原告ハ田邊若クハ被告ヲ相手取り訴訟等ヲ爲スノ止ムナキニ至リ其ノ費用等莫大ノ損害ヲ蒙ル虞アリシヲ以テ右契約ノ
履行ヲ怠ルトキハ損害賠償ノ豫定トシテ被告ハ原告ニ對シ金五百圓ヲ支拂フヘキ旨特約ヲ爲シタルトコロ被告ハ右殘金

ヲ其ノ期日迄ニ支拂ハス其ノ後數十回ニ互リ訴外田邊佐彌治ニ支拂ヒタルモ其ノ計算ヲ明確ニセサリシ爲同人ハ被告ヨリ完
全ナル履行ヲ受ケタルコトナシト否認シタル結果原告ハ遂ニ同人ニ對シ抵當權抹消請求ノ訴訟ヲ爲シ莫大ノ費用ヲ要シタル
ヲ以テ原告ハ前記約旨ニ基キ損害金五百圓ノ請求ヲ爲シタルトコロ被告ハ昭和四年十一月十日内金百圓ノミヲ支拂ヒ其ノ餘
ノ辨濟ヲ爲ササルヲ以テ本訴ニ及ヒタリ尙被告ノ答辯ニ對シ朴東鎮ノ農工銀行ニ對スル一千圓ノ債務ハ本件契約當時直ニ辨
濟ニ因リ消滅シ原告ノ訴外田邊佐彌治ニ對スル五百圓ト稱スル分ハ被告ノ引受ケニ係ル三千三百餘圓ノ一部ニ屬スルモノナ
リト謂フニ在リ

被告答辯ノ要旨ハ大正十四年三月二十四日被告ト原告及朴東鎮カ協議ノ上殘代金ノ支拂ニ關シ原告主張ノ如キ契約ヲ爲シタ
ルコトナシ假ニ之レアリトスルモ其ノ實質ハ朴東鎮トノ間ニ締結シタルモノニシテ右朴東鎮ハ賣買當時其ノ目的土地ハ訴外
田邊佐彌治ニ對シ根抵當ニ供シ金二千圓ヲ借用シタル旨ノミヲ告ケタルニ因リ被告ハ之ヲ信シ土地代金中ヨリ契約金三百圓
ノ外金一千四十圓七十二錢合計金千三百四十圓七十二錢ヲ訴外朴東鎮ニ支拂ヒ殘額金三千三百八十九圓二十八錢ヲ以テ訴外
田邊佐彌治ニ對スル朴東鎮及原告ノ債務ヲ代位辨濟スヘク約シタルトコロ大正十四年四月二日頃登記簿閱覽ヲ爲シタル結果
朴東鎮ハ是レヨリ先キ大正六年五月八日當時株式會社漢湖農工銀行ヨリ金一千圓大正十年五月二日訴外金一濟ヨリ金一千圓
ヲ何レモ擔保權設定ノ上借用シタルノミナラス原告モ亦大正十三年五月十九日田邊佐彌治ヨリ金五百圓ヲ前同様借用セシコ
トヲ發見シタリ故ニ被告カ朴東鎮ヨリ買受ケタル土地ニハ前述ノ根抵當權ノ債務ヲ負擔シタルヲ以テ被告ハ民法第五百七十
七條ノ規定ニ依リ土地代金支拂ヒノ請求ヲ拒絕シタルモノナレハ土地代金不拂ニ對スル違約ノ責ナシ縱令違約ノ責アリトス
ルモ大正十四年四月六日ヨリ起算シ昭和十年四月五日迄滿十箇年ヲ經過シ消滅時効完成シタルニ因リ此ノ利益ヲ玆ニ援用ス
又時効完成セサリシトスルモ被告ハ訴外朴東鎮ノ前記農工銀行ニ對スル債務金一千圓及原告ノ訴外田邊佐彌治ニ對スル金五
百圓ノ債務ニ付代位辨濟ヲ爲シ右ハ何レモ原告等ノ連帶債務ニ係ルヲ以テ被告ハ原告ニ對シ同額ノ求償債權ヲ有スルニヨリ

本件ト對當額ニ於テ相殺ヲ爲ス仍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ニ依リ原告ハ其ノ所有土地ヲ抵當ニ供シ單獨ニテ田邊ヨリ金借シタルモノアリ又自己所有土地及實兄朴東鎮ノ所有ニ係ル前示賣買土地ヲ抵當ニ供シ同人ト連帶シテ田邊ヨリ金借シタルモノアリテ右賣買ノ當日ナル大正十四年三月十日田邊ニ就キ調査シタル結果同人ヨリ原告及朴東鎮ノ抵當債務ノ元利殘額ハ合計金三千三百八十九圓二十八錢ナル旨告ケラレタルニ依リ同日被告ハ朴東鎮ニ對シ賣買代金五千三百十圓ヨリ右債務元利殘額ヲ差引キタル殘額金一千七百四十圓七十二錢(既ニ支拂ヒアリタル前示契約金三百圓ヲ含ム)ハ現金ヲ以テ支拂フコトトシ殘代金ハ被告ニ於テ原告及朴東鎮ノ田邊ニ對スル同額ノ抵當殘債務ヲ引受ケ之ヲ以テ辨濟ト爲スヘク約シタル上被告ハ原告ト共ニ田邊ニ交渉シタル結果同日被告ハ原告ノ田邊ニ對スル右債務ヲ引受ケ田邊ヨリ被告ニ於テ原告ノ提供シタル擔保物ニ相當スル擔保物ヲ新ニ提供スルトキハ原告ノ所有土地上ノ根抵當權設定登記ヲ抹消スヘキ旨ノ約諾ヲ得タルニ依リ被告ハ同月二十四日原告ニ對シ原告及朴東鎮ノ田邊ニ對スル抵當債務元利殘額三千三百八十九圓二十八錢ハ同年四月五日迄ニ被告ノ朴東鎮ニ對スル土地代金ヲ以テ代位辨濟ヲ爲シ原告ノ所有土地上ニ存スル抵當權設定登記ノ抹消ヲ受クヘク若シ右期限ヲ徒過シ該登記ノ抹消ヲ受ケ得サルトキハ違約金トシテ金五百圓ヲ原告ニ支拂フヘク契約シタル事實ヲ認メ而シテ成立ニ爭ナキ乙第四號及第五號證ノ各記載ニ當事者辯論ノ全趣旨ヲ綜合スレハ被告ハ右原告ト約定シタル期限ヲ徒過シ大正十四年十一月二十一日ニ至リ田邊ニ對シ原告所有ノ抵當土地ニ相當スル自己所

有ノ土地ニ極度金額ヲ三千圓ト定メテ新ニ根抵當權設定登記ヲ爲シ以テ原告所有土地上ノ抵當權ヲ消滅セシメタルカ田邊ニ於テ言ヲ左右ニ託シ該抵當權ノ設定登記ノ抹消ヲ肯セサリシ爲原告ハ田邊ヲ相手取り訴訟ヲ爲シ昭和五年中原告勝訴ノ控訴判決ヲ得テ漸ク右登記ノ抹消ヲ受ケタルコトヲ看取シ得ヘキヲ以テ被告ハ原告トノ間ニ成立シタル前示契約ニ付違約シタルモノト謂ハサルヘカラス被告ハ被告カ速ニ其ノ引受ケタル原告及朴東鎮ノ田邊ニ對スル前示金三千三百八十九圓二十八錢ヲ支拂ハサリシハ本件賣買後ニ至リ朴東鎮カ先是大正六年五月八日株式會社漢湖農工銀行ヨリ金一千圓、大正十年五月二日訴外金一濟ヨリ金一千圓ヲ何レモ本件賣買土地ニ抵當權ヲ設定シタル上借用シタルノミナラス原告モ亦大正十三年五月十九日田邊ヨリ金五百圓ヲ前同様借用シ居リタルコトヲ發見シタルニ依リ民法第五百七十七條ニ依リテ土地代金支拂ノ請求ヲ拒絕シタル爲ニシテ被告ハ其ノ後右銀行ニ對スル金一千圓ノ債務及田邊ニ對スル金五百圓ノ債務ヲ代位辨濟シ右ハ孰レモ原告ト朴東鎮ノ連帶債務ナルヲ以テ原告ニ對シ同額ノ求償債權ヲ有スル旨抗辯スルヲ以テ審按スルニ成立ニ爭ナキ乙第一號證ノ記載ニ徵スレハ右金一濟ニ對シテ設定シタル抵當權ノ登記ハ本件賣買前タル大正十二年五月十九日既ニ抹消セラレタルコトヲ認メ得ヘク又同證ノ記載ニ徵スレハ右漢湖農工銀行ニ對シテ設定シタル抵當權ノ登記ハ本件賣買後ナル大正十五年一月二十七日解約ヲ原因トシテ同年三月六日抹消セラレ居ルコト明ナルモ原審證人金栽培ノ供述ニ徵スレハ右銀行ニ對スル抵當債務ハ本件賣買前既ニ辨濟セラレ唯抵當權設定登記ノミカ殘存シ居レルコト明ナルノミナラス被告カ該抵當債務ヲ辨濟シタルコトニ付テ

ハ何等ノ立證ナキヲ以テ右抵當權設定登記ハ被告カ本件賣買前既ニ消滅シタル抵當權ニ付便宜大正十五年一月二十七日解約ヲ原因トシテ同銀行ヨリ抹消ヲ受ケタルモノト認ムルノ外ナク原告ノ田邊ニ對スル金五百圓ノ債務ハ成立ニ爭ナキ甲第四號及第九號證竝ニ乙第六號證ノ各記載ヲ綜合スレハ被告カ引受ケタル前示原告ノ債務金三千三百八十九圓二十八錢ノ一部ニシテ被告カ田邊ニ對シ金五百圓ヲ支拂ヒタルハ右債務ノ一部辨濟トシテ爲シタルモノナルコトヲ明認シ得ヘク從テ被告ハ其ノ主張ノ如キ本件賣買代金支拂拒絕權ヲ有セサルハ勿論其ノ主張ノ如キ求債權ヲ取得スルニ由ナキモノニシテ該債權ノ存在ヲ前提トセル被告ノ相殺ノ抗辯ハ採用スルニ足ラサルモノトスト判示シ爾餘ノ被告抗辯ニ付テハ何レモ理由ナキモノトシ原告ノ請求ヲ認容シタリ

○ 上告理由

上告理由第一點ハ凡ソ不動産ニ關スル物權ノ得喪變更ハ當事者間ヲ除キテハ其ノ登記ヲ爲ササル限り之ヲ以テ第三者ニ對抗(善意惡意ノ區別ナシ)スルヲ得ス之レ不動産ニ關スル對抗要件カ動産ニ關スルモノト異ル所ニシテ第三者保護ノ上ヨリ特ニ設ケタル制度ナリ然ルニ本件ニ付テ見ルニ原審ハ「乙第一號證ノ登記簿謄本ノ記載ニ徵スルニ訴外朴東鎮(原告ノ實兄)ノ漢湖農工銀行ニ對シテ設定シタル抵當權ノ登記カ本件賣買後ナル大正十五年一月二十七日解約ヲ原因トシテ同年三月六日抹消セラレ居ルコト明カナルヲ認メ證人金栽培ノ證言ニヨリ同銀行ニ對スル抵當債務ハ本件賣買前既ニ辨濟セラレ唯抵當權設定登記ノミカ殘存シタルヲ

大正十五年一月二十七日ニ至リ解約ヲ原因トシテ同銀行ヨリ抵當權ノ抹消ヲ受ケタルコト一ヲ認定シ被告ノ抗辯ヲ排斥(事實ハ大正十五年一月二十七日銀行ニ辨濟)シタルハ第三者ニ該當スル被告ノ地位ヲ誤解シ登記制度ヲ無視シタル不法アルモノト信スト謂フニ在リ

○ 判決理由

案スルニ原判決ハ「被告ハ大正十四年三月二十四日原告ニ對シ原告及朴東鎮ノ田邊ニ對スル抵當債務元利殘額三千三百八十九圓二十八錢ヲ同年四月五日迄ニ被告ノ朴東鎮ニ對スル土地代金ヲ以テ代位辨濟ヲ爲シ原告ノ所有土地上ニ存スル抵當權設定登記ノ抹消ヲ受クヘク若シ右期限ヲ徒過シテ該登記ノ抹消ヲ受ケ得サルトキハ違約金トシテ金五百圓ヲ原告ニ支拂フヘク契約シタル事實」竝ニ「被告ハ右原告ト約定シタル期限ヲ徒過シ同年十一月二十一日ニ至リ原告所有土地上ノ抵當權ヲ消滅セシメタル」旨ノ事實ヲ認メ「右債務辨濟及登記抹消カ約定期限經過後ニ爲サレタルモノナル限リ被告ハ違約ノ責ヲ免レサル」旨判示シ「被告カ速ニ其ノ引受ケタル原告及朴東鎮ノ田邊ニ對スル前示金三千三百八十九圓二十八錢ヲ支拂ハサリシハ本件賣買後ニ至リ朴東鎮カ先是大正六年五月八日株式會社漢湖農工銀行ヨリ金一千圓ヲ本件賣買土地ニ抵當權ヲ設定シタル上借用シタルコトヲ發見シタルニヨリ民法第五百七十七條ニ依リテ土地代金支拂ノ請求ヲ拒絕シタル爲ニシテ一違約ノ責ナキ旨ノ被告抗辯ニ付」右漢湖農工銀行ニ對シテ設定シタル抵當權ノ登記ハ本件賣買後ナル大正十五年一月二十七日解約ヲ原因トシテ同年三月六日抹消セラレ居ルコト明ナルモ右銀行ニ對スル抵當債

務ハ本件買買前既ニ辨濟セラレ唯抵當權設定登記ノミカ殘存シ居レルコト明ナルヲ以テ云々被告ハ其ノ主張ノ如キ本件買買代金支拂拒絶權ヲ有セサル旨判示シテ之ヲ排斥セルモノトス然レトモ如上大正十四年三月二十四日ノ契約ニ朴東鎮カ當事者トシテ參加セルコトハ當事者間ニ爭ナキ事實ナルヲ以テ原判決ハ之ヲ明示スル所ナシト雖其ノ當事者ヲ原告被告及朴東鎮ト認メタル趣旨ニ解スヘク（然ラストセハ爭ナキ事實ニ反スル認定ヲ爲シタルモノニシテ違法ナリ）該契約ハ被告カ朴東鎮ニ對シテ代金債務ヲ負擔セルカ故ニ其ノ履行方法トシテ締結セラレタルモノト做スヘキコト原論文上明白ナル所ナリ左レハ被告ハ右朴東鎮ニ對スル代金債務ノ履行ヲ拒絶シ得ル事由存スル限り之ニ依リテ本件契約義務ノ履行ヲ拒ミ得ヘク前般ノ被告抗辯ハ即右ノ事由アルコトヲ主張シテ違約ノ責ナシトスルモノナリ原判決ハ前記ノ如ク判示シテ之ヲ排斥セリト雖民法第五百七十七條ニ所謂抵當權ノ登記ニ付テハ既ニ其ノ原因タル抵當權消滅セル登記ヲ除外スヘキ理由ナキカ故ニ登記ノ抹消セラレサル限り被告ハ尙同條ノ規定ニ依リテ本件契約義務ノ履行ヲ拒ミ得ル筋合ニシテ期日内ニ其ノ履行ヲ爲ササリシコトヲ以テ直チニ違約ノ責アルモノト爲スヲ得サルモノトス原判決カ右被告抗辯ヲ排斥セルハ違法ニシテ其ノ全部ヲ破毀スヘク論旨ハ理由アルモノトス

○損害賠償請求事件

（昭和十一年民上第六一六號 破毀差戻）
昭和十一年三月十七日民事部判決

【原告】 被控訴人 韓 益 浩 訴訟代理人辯護士 韓 相 範

【被告】 控訴人 上告人 金 炳 華 訴訟代理人辯護士 李 基 燦 外一人

【第一審】 新義州地方法院定州支廳 【第二審】 平壤覆審法院

○判示事項

契約金ニ關スル約旨ト契約ノ解除

○判例要旨

賣買當事者間ニ授受セラレタル契約金ニ付買主力違約スルトキハ之ヲ無効トシ賣主ニ違約アルトキハ其ノ倍額ヲ償還スヘキ旨定メアルトキハ當事者一方ノ違約ニ備ヘテ損害賠償ヲ豫定セルモノト解スヘク若シ右賠償額力履行ニ代ル損害ヲ豫定セルモノナルニ於テハ履行期ニ於ケル一方ノ違約ニ因リ當然契約ヲ解除セシムル約旨ナリト解スルヲ相當トス

【參照】 民法第四百二十條 當事者ハ債務ノ不履行ニ付キ損害賠償ノ額ヲ豫定スルコトヲ得此場合ニ於テハ裁判所ハ其額ヲ増減スルコトヲ得ス

契約金ニ關スル約旨ト契約ノ解除

賠償額ノ豫定ハ履行又ハ解除ノ請求ヲ妨ケス
違約金ハ之ヲ賠償額ノ豫定ト推定ス

○事 實

原告ノ原審ニ於ケル請求原因ノ要旨ハ原告ハ昭和十年一月十九日(陰十二月十五日)訴外李贊俊趙德祿ノ保證ノ下ニ被告ヨリ其所有ニ係ル平原郡海蘇面爛山里八九六番地雜種地二萬七千五百五十五坪ヲ被告ヨリ賣買ニ關スル全權ヲ與ヘラレタル同土地ノ管理人タル李益浩ト交渉ヲ遂ケタルニ一坪當リ十五錢五厘ノ割ニテ代金四千二百九圓二錢五厘ヲ以テ買受ケ同時ニ契約金トシテ金五百圓ヲ支拂ヒ殘代金中一千圓ハ同月廿六日(陰十二月廿二日)ニ其餘ハ同年二月十三日(陰正月十日)ニ支拂フト同時ニ所有權移轉登記手續ヲ完了スルコト買主ハ右契約金(手附)ヲ損シテ解約シ得ヘク賣主ハ右契約金ノ倍額ヲ賠償シテ解約シ得ルコトニ約定シ同月二十三日(陰十二月十九日)殘代金中一千圓ヲ被告代理人李益浩ニ支拂ヒ同年二月十三日(陰正月十日)殘額中一千五百圓ヲ右李贊俊ノ手ヲ經テ右李益浩ニ支拂ヒ殘額一千二百九圓二錢五厘ハ同年二月二十三日(陰正月二十日)右李益浩ノ父タル李繼燁ノ手ヲ經テ李益浩ニ拂渡シ以テ右代金支拂ヲ完済シタリ然シテ原告ハ右雜種地ヲ坪當十圓ノ割ニテ代金五千五百九圓四十五錢ニテ訴外田中茂太郎ニ轉賣シタルニヨリ之カ所有權移轉登記ヲ爲シ與フル必要上ヨリ被告ニ對シ同手續ノ急速履行ヲ求メタルトコロ被告ハ同年二月末頃原告ニ對スル移轉登記申請手續方ヲ永柔邑內司法書士趙日權ニ依頼シ置キタリシ處被告ハ原告カ右有利轉賣ノ事實ヲ探知スルヤ急ニ其ノ意思ヲ翻シ右登記申請方ヲ中止セシメテ同雜種地ヲ更ニ前示田中茂太郎ニ坪當十九錢宛ニテ代金五千五百九圓四十五錢ニテ賣渡シ以テ同年三月六日付ニテ田中ニ對スル該所有權移轉登記ヲ完了シ原告ニ對シテハ最早履行不能ノ狀態ヲ呈セシメタリ依テ原告ハ右轉賣ニ因リ得ヘカリシ利益九百五十四圓四十二錢五厘ヲ被告ノ不履行ニ因リ損失シタルモノニシテ這ハ被告ニ於テ豫見シタルモノナレハ原告ニ對シ之カ損害ヲ賠償スヘキ義務アルヤ勿論ナリトス尙原告カ本件土地ヲ訴外田中茂太郎ニ轉賣シタルハ昭和十年二月二十日ニシ

テ被告カ該土地ヲ同訴外人ニ賣渡シタルハ同年三月六日ナリ原告カ被告ニ交付シタル本件手附金賣買代金等ハ昭和十年二月二十八日迄ニ全部被告ヨリ返還アリタリト謂フニ在リ

被告答辯ノ要旨ハ即チ被告ハ原告主張ノ如ク昭和十年一月十九日被告所有ノ平原郡海蘇面爛山里所在八九六番地雜種地二萬七千五百五十五坪ヲ坪當十五錢五厘ノ割ニテ代金四千二百九圓二錢五厘ニテ賣買契約ヲ爲シ同時ニ契約金トシテ五百圓ヲ受取リ殘代金中一千圓ハ同月廿六日其餘ノ金二千七百九圓二錢五厘ハ同年二月十三日支拂ヲ受クルト同時ニ其所有權移轉登記ヲ爲スヘク約シ被告ノ代理人タル李益浩ニ於テ其契約金五百圓ヲ受取り尙一月廿三日ニ至リ殘代金ノ中一千圓ヲ支拂ヲ受ケタルヲ以テ被告ハ二月十三日ニ至リ右契約ノ通り殘代金二千七百九圓二錢五厘ノ支拂ヲ受クルコトヲ期待シ其移轉登記手續ノ義務ヲ履行スヘク其手續ニ要スヘキ登記簿書及印鑑證明書印章等ヲ携帶シ豫テ約束シ居リタル永柔邑內司法書士趙日權方ニ往キタル處原告ハ其保證人タル訴外李贊俊ヲシテ殘代金ノ内千五百圓ノミヲ持參セシメ其餘ハ調達不能ニ付延期セラレタキ旨申込アリタルモ被告ハ其金ヲ受取ラス契約不履行理由トシ契約解除ノ旨ヲ告ケ其後訴外田中茂太郎カ同雜種地ヲ買受クヘク申込ミタルヲ以テ同人ニ坪當十九錢ノ割ニテ代金五千五百九圓四十五錢ニテ賣却シ其所有權移轉登記手續ヲ爲シタルモノナリ尙原告ハ殘代金ヲ完済シタリト主張スルモ李贊俊ハ二月十三日持參シタル右金千五百圓ヲ夜中持歸ルハ危險ナルヲ以テ預リクレトテ訴外李益浩ニ預ケ往キタルモノナリ又殘餘ノ金千二百九圓二錢五厘ハ原告カ其後二月廿三日頃李益浩方ニ來リ同人不在中其父李繼燁ニ對シ強ヒテ之ヲ置キ往キタルモノナリ故ニ夫等金員ハ其後夫々原告ニ返還シ尙契約金五百圓モ性質上之ヲ返還スヘキ筋合ノモノニハ非サルモ好意上之ヲ原告ニ全部還付シタルモノナリ尙本件賣買契約ニ付テハ原告カ代金ヲ約定期日ニ完済セサルトキハ右契約ハ當然解除セラレ且手附金ハ被告ノ所得トスル旨ノ特約アリタル處原告ハ代金完済期日タル昭和十年二月十三日迄ニ代金ヲ完済セサリシニヨリ右賣買契約ハ之ニ因リ當然解除セラレタルモノニシテ原告モ亦之カ解除セラレタルコトヲ承認シ同月二十二日ニ至リ被告ニ對シ改メテ本件土地ヲ百五十圓ノ高値ニテ買入レ度キ旨申入レ

契約金ニ關スル約旨ト契約ノ解除

タルアミナラス訴外田中茂太郎モ右契約カ解除セラレタルモノト信シ同年三月六日被告ニ對シ本件土地ノ買入方ヲ申入レタルヲ以テ被告ハ原告及右訴外人間ニ本件土地ノ賣買契約アリタルコトヲ知ラスシテ同日之ヲ同訴外人ニ賣渡シタルモノニシテ其後ニ至リテ始メテ原告カ昭和十年二月二十日本件土地ヲ田中茂太郎ニ轉賣シタル事實ヲ知リタルニ過キサルヲ以テ被告ニハ何等契約不履行ノ點ナシト謂フニ在リ

第二審裁判所ハ被告ノ各抗辯ヲ排斥シ本件賣買契約ハ土地殘代金ノ支拂ト之カ所有權移轉登記手續トカ引換ニ爲サルヘキ右賣買契約ニ於テハ假ニ原告カ約定日迄ニ殘代金ノ提供ヲ爲ササリシトスルモ之ヲ以テ直ニ原告ニ契約ノ不履行アリト爲スコトヲ得サルニヨリ原告ノ契約不履行ヲ理由トスル前示契約解除ノ意思表示亦其ノ效力ヲ生スルコトナシ他ニ右契約ノ存續ヲ妨クヘキ事情ノ存スルコトモ認メ得ラレサルヲ以テ該契約ハ現ニ有效ニ存スルモノト謂フヘシ然ルニ被告カ昭和十年三月六日本件土地ヲ訴外田中茂太郎ニ賣渡シ其ノ所有權移轉登記手續ヲ了シタルコトハ當事者間爭ナキヲ以テ原被告間ノ本件賣買契約ハ特別ノ事情ナキ限り被告ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ履行不能ニ歸シタルモノト認ムルノ外ナキ處是ヨリ曩昭和十年二月二十日原告カ田中茂太郎ニ對シ本件土地ヲ一坪十九錢宛合計金五千五百五十九圓四十五錢ニテ轉賣スヘキ約定ヲ爲シタルコトハ當事者間爭ナキヲ以テ被告カ原告ニ對スル前示賣買契約ヲ履行シタラムニハ原告ハ該轉賣ノ結果右轉賣代金ト前顯原被告間ノ賣買代金トノ差額ニ相當スル金九百五十圓四十二錢五厘ノ利益ヲ得ヘカリシコト明ニシテ畢竟原告ハ前示履行不能ノ結果右差額金相當ノ得ヘカリシ利益ヲ喪失シタルモノト謂フヘシ而シテ

被告カ田中茂太郎ニ本件土地ヲ賣渡ス際原告及田中茂太郎ニ前敍ノ如キ賣買契約ノ存スル事實ヲ熟知シ居タルコトハ當審證人田中茂太郎ノ供述(第二回)ニ依リ明ナルヲ以テ右金九百五十圓四十二錢五厘及之ニ對スル本件訴狀送達ノ翌日ナルコト一件記録ニ徵シ明白ナル昭和十年六月二十二日以降完済ニ至ル迄年五分ノ割合ニヨリ遲延損害金ノ賠償ヲ求ムル原告ノ請求ハ正當ナリト説示シ原告ノ請求ヲ認容シタリ

○ 上告理由

上告理由ハ朝鮮人間ノ賣買ニ於テ買主カ契約金名義ニテ一定ノ金額ヲ賣主ニ交付シ買主カ違約スル時ハ契約金ヲ損失シ賣主カ違約スル時ハ契約金ノ倍額ヲ返還スヘキ旨ノ特約ヲ爲シタル時ハ右契約金ナルモノハ民法ノ所謂手附金トハ其ノ性質ヲ異ニシ其ノ效力トシテハ賣買契約ノ履行ニ着手シタルト否トニ拘ラス當事者ノ一方ニ於テ苟モ違約ノ行爲アリタル時ハ契約ハ當然解除セラレ契約金ハ前記ノ如キ特約ノ趣旨ニ從ヒ處分セララルヲ通例トスルモノニシテ這ハ既ニ慣習トナリタルモノナリ故ニ一方カ違約スル時ハ他ノ一方ハ更ニ催告スルヲ要セスシテ契約ヲ解除シ得ヘク又違約者ノ負擔スヘキ損害賠償ノ額ハ常ニ契約金ト同額トナルヘキモノナリ即チ契約金ハ損害賠償ノ豫定トモナルモノナリ原判決ハ原被告間ニ本件ノ賣買アリタルコト及被告主張ノ如キ契約金ノ授受アリタルコトヲ認メ乍ラ右契約金ノ性質ヲ究明セス之ヲ全ク民法ノ手附金ト同一視シ其ノ前提ノ下ニ事實ノ認定竝ニ法律ノ適用ヲ爲シ原告ノ請求全部ヲ認容セリ原判決ハ朝鮮人間ノ賣買ノ實相及慣例ヲ無視シ法律ノ適用ヲ誤リタル違法アリト信ス契約金ノ性質ニ關スル判斷如何ハ其ノ影響スル所甚

大ナルモノアリト信スルニ付篤ト御審査アランコトヲ切望ス若シ契約金ノ性質カ被告ノ解スルカ如クナレハ假リニ被告ニ違約ノ責アリトスルモ被告ハ損害賠償ノ豫定額ヲ支拂ヘハ足ルモノニシテ原告ノ請求額全部ヲ支拂フヘキ義務ナキコトハ言ヲ俟タサル所ナリト謂フニ在リ

○判決理由

按スルニ原判決ハ被告カ原告ニ於テ昭和十年二月十三日迄ニ代金ヲ完済セサルトキハ本件賣買契約ハ當然解除セラルル旨ノ特約アリトノ抗辯ニ對シ「原審證人李贊俊、趙德祿ノ供述ハ信用シ難ク他ニ斯ル特約ノ存シタルコトヲ認ムヘキ證左ナキヲ以テ被告ノ右主張ハ排斥ス」ト判示シ右期日ニ被告カ其ノ義務ニ屬スル登記手續ノ履行ニ關スル準備ナケレハ假ニ原告ニ於テ約定ノ期日ニ殘代金ノ提供ヲ爲サストスルモ原告ニ契約不履行ノ責アルモノト做シ難シトシ右期日ノ經過後契約ハ依然存續セルモノト斷シタリ然レトモ本件賣買契約ニ於テ契約金トシテ金五百圓ヲ授受シタルコトハ當事者間爭ナク成立ニ爭ナキ甲第一號證賣買契約書ニハ若シ期日ヲ經過スレハ契約金ハ無効トシ賣主ニ違約アルトキハ契約金ノ倍額ヲ償還スヘキ旨定メアリ之レ當事者一方ノ違約ニ備ヘテ損害賠償ヲ豫定セルモノト解スヘク若シ右賠償額カ履行ニ代ル損害ヲ豫定セルモノナルニ於テハ履行期ニ於ケル一方ノ違約ハ當然契約ヲ解除セシムルノ約旨ニ在リト解セサルヘカラス但原告ニ於テ所定契約金ヲ解約手附金ノ如ク主張スルトコトナルモ被告ハ必スシモ之ヲ認ムルトコロニ非ス寧ロ「原告カ代金ヲ約定期日ニ完済セサルトキハ右契約ハ當然解除セラレ且手附金ハ被告ノ所得トスル旨ノ特約アリ

云々」ノ原審ニ於ケル主張ハ右原告ノ主張ヲ爭ヒ進ンテ契約金返還請求權ノ喪失ニ因ル利得額ヲ以テ損害賠償額ヲ豫定シタルノ趣旨ニ出テタルモノト解セラレサルニアラス從テ契約金ノ趣旨如何ニ因テハ被告ノ右抗辯ニ消長ナシト謂フヘカラス即チ原判決カ本件契約金ノ意義ヲ確定スルコトナク漫然如上ノ如ク判示シテ被告ノ抗辯ヲ排斥シタルハ審理不盡ノ違法アルヲ免レス原判決ハ期日ニ於ケル被告ノ義務不履行ヲ認定セルコト前示ノ如シト雖原告ニ不履行アリト否ハ確定スルコトナキカ故ニ右認定ヲ以テ直チニ被告ニ違約アリト做スヲ得サルニ於テ如上ノ違法ハ原判決全部ノ破毀理由タルモノトス論旨結局理由アリ

○林野分割及所有權移轉登記手續請求事件

(昭和十年民上第六四四號 棄却)
昭和十一年三月十七日民事部判決

【原告】 被控訴人 上告人 張 命 九 訴訟代理人辯護士 康 巨 福

【被告】 控訴人 被上告人 柳 正 善外二人

【第一審】 京城地方法院開城支廳 【第二審】 京城覆審法院

○判示事項

解除權ノ留保ト違約金ノ特約

解除權ノ留保ト違約金ノ特約

○判例要旨

賣買當事者力違約ノ場合ニ付損害賠償額ノ豫定ヲ爲シタルコトハ買主
力相手方ノ履行著手前受取りタル契約金ノ倍額ヲ償還シテ契約ヲ解除
シ得ル旨ノ特約ト兩立セサルモノニ非ス

【參照】 民法第五百五十七條 買主カ賣主ニ手附ヲ交付シタルトキハ當事者ノ一方カ契約ノ履行ニ著手スルマテハ買主ハ其手附

ヲ拋棄シ賣主ハ其倍額ヲ償還シテ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得

第五百四十五條第三項ノ規定ハ前項ノ場合ニハ之ヲ適用セス

同法第四百十五條 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價

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

同法第四百二十條 當事者ハ債務ノ不履行ニ付キ損害賠償ノ額ヲ豫定スルコトヲ得此場合ニ於テハ裁判所ハ其額ヲ増減ス

ルコトヲ得ス

賠償額ノ豫定ハ履行又ハ解除ノ請求ヲ妨ケス

違約金ハ之ヲ賠償額ノ豫定ト推定ス

○事實

原告ノ原審ニ於ケル請求原因ノ要旨ハ原告ハ昭和十年六月十三日被告等ヨリ其ノ共有ニ係ル京畿道長湍郡々内面亭子里山四
三番地ノ一林野三萬七千五百坪中別紙圖面ニ說明セル境界線ノ通り(ハ)ノ部分七千五百坪ヲ代金八百五十圓ニテ買受ケ其ノ代
金中金五十圓ヲ契約金トシテ同日支拂ヒ殘金中金三百圓ハ前記(ハ)ノ部分七千五百坪内ニ在ル訴外柳正復及其配偶者竹山安
氏、訴外柳世德及其ノ配偶者楊州趙氏、訴外柳渥及其ノ配偶者坡平尹氏ノ各墓ヲ他ニ移葬シタル翌日ニ支拂フコト及同時

ニ賣主ハ買主又ハ其ノ指定人カ賣買目的地ニ入葬スルコトヲ承諾シ其ノ承諾書ニ署名捺印スヘク約定シ其ノ殘代金中金四百
五十圓ハ前記賣買林野ニ付別紙圖面ニ說明スル如キ各境界ヲ以テ分割竝ニ其ノ登記手續ヲ爲シタル上原告名義ニ所有權移轉
登記手續ヲ完了シタル後ニ支拂フヘク約シ尙其ノ殘金五十圓ハ買主カ賣買林野内ニ入葬後支拂フカ昭和十年陰八月末日ニ支
拂フヘク約シタルトコロ被告等ハ原告カ請求スルニモ拘ラス前記各墓ヲ他ニ移葬セス且ツ前記賣買林野ニ付別紙圖面ニ說明
セル如ク分割手續竝ニ買受ノ部分ニ對スル所有權移轉登記手續ヲモ履行セサルニ依リ被告等カ先キニ履行スヘキ債務中先ツ
賣買林野ノ部分ノ分割手續及所有權移轉登記手續ノ履行ヲ求ムル次第ニシテ原告ノ代金支拂義務ハ被告等ノ右債務ノ履行後
ニ於テ發生スル特約ナルヲ以テ原告ハ被告等ニ對シ如上被告等ノ債務履行ノミヲ求ムル次第ナリト陳述シ被告ノ抗辯ニ對シ
被告ハ昭和十年七月十六日附金百圓ヲ通常郵便爲替ヲ以テ本件契約金ノ倍戻トシテ原告宛郵送シ來タリタルコトアルモ原被
告間ニ於ケル本件賣買契約締結ノ際原告ヨリ被告等ニ交付シタル契約金五十圓ハ手附金ニアラス債務不履行ノ場合ノ損害賠
償豫定金ニシテ債務履行ノ場合ハ代金ノ内入トナルヘキモノナルヲ以テ被告等ニ於テ其ノ倍額ヲ償還シテ解約ヲ爲シ能ハサ
ルモノナルニ付原告ハ右爲替券ヲ同年七月十六日頃一旦受取り同年同月二十四日被告等ニ郵送返却シタルトコロ被告等ハ
同月二十六日更ニ同爲替券ヲ郵送シ來タリタリシモ原告ハ當時既ニ本件林野ニ付假處分ヲ爲シタル後ナルノミナラス斯ル爲
替ハ原告ニ於テ受領スヘキ性質ノモノニアラサルヲ以テ同年八月十三日附ヲ以テ再ヒ被告等ニ郵送シタリ以上ノ次第ニシテ
本件賣買契約ハ依然トシテ存續シ解除サレタルコトナシ尙本件契約金五十圓ハ賣買契約ヲ確保スル趣旨ト共ニ後日賣買代
金授受ノ際其ノ内入金ニ充當スル目的ヲモ包含シテ授受セラレタルモノナリト謂フニ在リ
被告等答辯ノ要旨ハ被告等ハ原告カ契約履行ニ着手前タル昭和十年七月十六日手附金ノ倍額タル金百圓ヲ償還シテ該契約ヲ
解除シタルモノナルニ付原告ノ本訴請求ニ應スル義務ナシ又被告等ハ金百圓ヲ通常郵便爲替ヲ以テ昭和十年七月十六日原告
ニ償還ノ爲メ送付シタルトコロ原告カ同年七月二十四日附ヲ以テ被告ニ郵送返却シ來リシコトハ事實ナルモ被告ハ右爲替ヲ

解除權ノ留保ト違約金ノ特約

同年七月二十六日附ヲ以テ更ニ原告宛郵送シタルニ原告ハ同年八月十三日再ヒ返戻シ來リタリ仍テ被告ハ仕方ナク該爲替ヲ保管シ居レリ然レトモ被告等ハ原告カ本件契約ノ履行ニ着手スル前タル昭和十年七月十六日已ニ契約解除ノ意思表示ヲ爲スト同時ニ手附倍戻金ヲ提供シタルニ拘ラス原告ハ之カ受領ヲ爲ササリシモノナレハ原告側ニ受領遲滞ノ責アリト陳ヘ假リニ本件賣買契約當時原告ヨリ被告ニ交付シタル契約金五十圓ハ手附金ニアラストスルモ甲第一號證第十三項ノ特約ニ因リ被告ハ契約金五十圓ノ倍額ヲ原告ニ償還シテ本件賣買契約ハ解除サレタルモノナリ尙本件契約金五十圓ハ解約手附ノ意味ヲモ含メテ授受セルモノニシテ最後ニ代金中ニ入ルヘキモノナリ即當事者間ニ於テ買主ハ其ノ交付シタル手附金ヲ拋棄シ又買主ハ其ノ受取リタル手附金ヲ返還スルト同時ニ更ニ之ト同額ノ金員ヲ買主ニ與ヘテ契約ヲ解除シ得ルコトノ特約(口約ナリ)アリタルモノナリ、被告ハ甲第一號證所載ノ第十三條ノ特約ヲ以テ彼上ノ點ニ付抗爭スル趣旨ニハ非スト謂フニ在リ

第二審裁判所ハ證據ニ依リ當事者間ニ右金五十圓ヲ授受スル際該金五十圓ハ後日賣買代金ノ内入ニ充當スル外當事者ノ一方カ契約ノ履行ニ着手スル迄ハ原告ハ右金五十圓ヲ拋棄シ被告ハ其ノ倍額ヲ償還スルコトニ依リテ夫レ夫レ契約ノ解除ヲ爲シ得ヘキ旨特約シタルコトヲ認ムルニ足ルヲ以テ本件金五十圓ハ所謂解約手附ノ性質ヲ具有スルモノナリト謂フヘシト說示シ原告ノ右ニ反スル主張ヲ排斥シ而シテ當事者雙方熟レモ未タ本件賣買契約ノ履行ニ着手セサルコトハ辯論ノ全趣旨ニ徴シ之ヲ認メ得ヘク被告等カ昭和十年七月十六日原告ニ對シ本件手附金ノ倍額タル金百圓ヲ提供シ本件賣買契約ヲ解除スル旨ノ意思表示ヲ爲シタル事實ハ被告等カ昭和十年七月十六日原告ニ對シ通常郵便爲替ヲ以テ金百圓ヲ郵送シタルコトノ爭ナキ事實及當審證人趙炳弘及李德榮ノ證言ヲ綜合シテ之ヲ認ムルニ足ルヲ以テ本件賣買契約ハ昭和十年七月十六日ヲ以テ有效ニ解除セラレタルモノトス其ノ後原告カ昭和十年七月二十四日被告等ニ右金百圓ノ通常郵便爲替ヲ返戻シ同月二十六日更ニ被告等ハ該爲替ヲ原告ニ郵送シタルヲ同年八月十三日原告ハ再ヒ之ヲ被告等ニ返送シタル事實ハ右認定ニ影響ヲ及ホスモノニ非ス然ラハ本件賣買契約ノ存在ヲ前提トシ之カ契約履行ヲ求ムル本訴請求ハ失當ナリト判示シ原告ノ請求ヲ排斥シタリ

○上 原 理 由

上告理由第一點ハ被告等ハ第一審ニ於テハ原告ノ主張事實中甲第一號證ノ第四條ニ記載セル林野代金中金五十圓也ヲ契約金トシテ支拂ヒタルモノヲ民法第五五七條第一項ニ規定セル手附金ノ意味ニテ授受シタリト抗辯シタル外ハ原告ノ主張事實全部ヲ認メ第二審ニ於テハ甲第一號證契約ニ記載セル以外ニ口頭ニテ特約ヲ以テ本件契約金ヲ解約手附金ニ約定シタル旨ヲ抗辯スル外ハ全部原告主張事實ヲ認メ甲第一、二號證モ明カニ成立ヲ認メ證人李熙申カ本件賣買仲介人タルコトモ認メ原告ハ本件甲第一號證ノ第四條ニ記載セル林野代金八百五十圓也中(甲第一號證ノ第三條)ヨリ金五十圓也ヲ契約金トシテ支拂ヒタルコトハ賣買契約ヲ確保スル意味ニテ後日賣買代金ノ内入金トシテ授受シタル旨ヲ主張シタルニ對シ第二審ニ於テハ第二審證人趙炳弘及李德榮ノ證言ヲ採用シテ本件契約金ハ口頭ノ特約ヲ以テ解約手附金トシテ授受シタル旨ヲ判示シ原告ノ主張タル右金五十圓也ハ賣買代金ノ内入金契約金ニシテ解約手附ノ性質ヲ有スルモノニアラスト力說シタルニ對ス

ル第二審證人李熙申ノ證言ヲ採用セス他ニ之ヲ容認スヘキ資料無キヲ以テ原告ノ右主張ハ理由ナシ甲第一、二號證中契約金ナル記載ハ上敍ノ如ク一面之ヲ手附金ナリト解スルノ妨トナラスト判示シテ第一審判決ヲ取消シ原告請求棄却ノ判決ヲ言渡シタルモ被告等ハ第二審證人趙炳弘及李德榮カ本件買賣契約ノ際立會ヒタリト主張スルモ原告ハ同證人等カ本件買賣契約ノ際立會ヒタル事實ナク證人李熙申カ仲介シ立會ヒタルコトヲ主張シ被告等モ證人李熙申カ仲介シ立會ヒタルコトハ明カニ認メタルヲ以テ證人李熙申ハ本件當事者間ニ爭ヒナキ證據方法ニシテ證人趙炳弘及李德榮ハ本件當事者間ニ爭ヒアル證據方法ナリ而カモ證人李熙申ハ甲第一號證ニ立會人トシテ署名捺印シアルヲ以テ其ノ證據力ニ於テ證人趙炳弘及李德榮ヨリ優ル情況ニアルモノナリ然ルニ第二審ニ於テハ當事者間ニ爭アル證據方法タル證人趙炳弘及李德榮ノ證言ヲ採用シ證人李熙申ノ證言ヲ採用セサルハ採證ノ誤リト思ハルルノミナラス第二審ハ證人趙炳弘及李德榮ノ證言ニヨリ甲第一號證契約以外ニ口頭ノ特約アル旨ヲ判示シ甲第一、二號證ヲ以テシテモ本件契約金ヲ手附金ナリト解スルニ妨トナラスト判示シタルモ甲第一號證ヲ通讀スルニ甲第一號證ノ第一條ハ買賣不動産ノ表示ヲ記載シ第二條ハ買賣不動産ノ境界ヲ記載シ第三條ハ買賣代金八百五十圓也ト記載シ第四條ハ右代金中ヨリ金五十圓也ヲ契約金トシテ當日支拂フ旨ヲ記載シテ代金中ヨリ内入金トシテ支拂フ旨ヲ明記シアリ第五條ハ殘代金中金三百圓也ノ支拂期及支拂條件ヲ記載シ第七條ハ殘代金中金四百五十圓也ノ支拂期及支拂條件ヲ殘代金中金五十圓也ヲ同様支拂期及支拂條件ヲ記載シテ全代金ノ支拂期及支拂條件ヲ記載シタル後第十三條ニ於テ以上ノ如ク契約

後買賣當事者間ニ違約者カ有ル時ハ違約者カ被違約者(守約者)ニ對シ前記契約金(第四條)五十圓也ヲ辨償(返還ノ意味)スル外ニ民法ニ該當スル損害金ヲ被害者ニ異議ナク賠償スル事ヲ記載シ第十四條ニ於テハ契約書二通ヲ作成シテ買賣當事者兩方カ各一通宛保管シ後日ノ證據ト爲シタルコトヲ看取スルニ難カラス果シテ然ラハ甲第一號證中第四條ハ本件林野買賣代金八百五十圓也中五十圓也ヲ代金中ヨリ契約金トシテ支拂フ旨ヲ記載シ第五條第七條ハ殘代金ノ支拂期及支拂條件ヲ記載シ第十三條ハ全契約違反ノ場合ノ善處規定ヲ記載シテ其ノ契約違反ノ意味ハ第十二條迄ノ條項違反ノミナラス契約解除ノ場合不履行ノ場合等ヲ總括シテ規定シタル意味ノ記載ナルコトハ甲第一號證ノ全文面ニ徴シテ明白ニシテ而カモ第十三條ノ文面ヨリスルモ違約者ハ被違約者(守約者)ニ對シ前記契約金(第四條)代金中ヨリ支拂ヒタル契約金五十圓也ヲ辨償(賠償ノ意味ニアラス返還ノ意味)スル外ニ民法ニ定メタル損害ヲ被害者ニ異議無ク賠償スルコトヲ明定シアリテ決シテ民法第五七條第一項ニ規定セル如ク契約金ノ倍額ヲ賠償スル旨ヲ規定セスシテ民法ニ定メタル損害ヲ賠償スル旨ヲ規定シタルヲ以テ其ノ損害ハ場合ニヨリ民法第四一六條第一項ノ通常生スヘキ損害ノ場合モアルヘク同條第二項ノ特別ノ事情ニ因リテ生シタル損害モアルヘケレハ其ノ損害額ハ一定セサルヲ以テ契約金ノ倍額ヲ賠償シテ契約ヲ解除シ得ル解約手附金ノ意味ニアラサルコトハ一見明瞭ナリ故ニ甲第一號證ノ第四條ノ代金中ヨリ支拂ヒタル契約金ハ第十三條ノ規定ト對比シテ其ノ性質ヲ釋明スヘク甲第一號證全文面ヨリスルモ甲第一號證ノ第四條第十三條ノ文面ヨリスルモ本件代金中ヨリ支拂ヒタル契約ヲ確保スル爲

メ代金中ノ内入金トシテ支拂ヒタルコト明白ニシテ而カモ甲第一號證ノ第十四條ニ於テ本件契約書ヲ二通作成シテ賣買當事者兩方カ各自一通宛保管シテ後日ノ證據トナシタル點ヨリスルモ甲第一號證ノ第十三條ノ規定ヲ記載シ居リ乍ラ甲第一號證記載以外ニ口頭ノ特約ヲ爲スヘキ筈無ク本件當事者間ニ成立ニ争ナキ甲第一號證ニヨリテ本件契約金ハ解約手附金ニ非スシテ契約ヲ確保スル爲メ代金ノ内入金トシテ支拂ヒタルコト明カナル以上第二審カ甲第一號證ノ契約金ヲ一面解約手附金ナリト解スルニ妨トナラスト判決セルハ明カニ當事者間ニ争ナキ證據ヲ排斥シテ不當ニ虛無ノ事實ヲ認定シタル探證ノ法則ヲ誤リタル違法ノ判決ニシテ破毀ヲ免レスト信スト謂ヒ

同第二點ハ甲第一號證ノ第四條ニハ右代金中ヨリ即チ八百五十圓也中ヨリ金五十圓也ヲ契約金トシテ支拂フ旨ヲ記載シ第十三條ニ於テハ右ノ如ク契約後即チ本件賣買契約後當事者間ニ違約者カ有ル時ハ違約者ハ被違約者ニ對シテ前記契約金即チ第四條ニ規定セル契約金五十圓也ヲ辨償スル外ニ民法ニ定メタル損害金ヲ被害者ニ異議ナク辨償スル事ヲ約定シタルヲ以テ甲第一號證ノ第十三條ハ契約違約ノ場合ノ善處規定トシテ甲第一號證ノ最後ノ末條ニ規定シ第十二條迄ノ條項ノ不履行ノ場合ノミナラス契約解除ノ場合ヲモ包含シテ規定セルコトハ甲第一號證ノ全文面ヨリシテ明瞭ナルノミナラス通常賣買契約當事者間ニ於テモ其ノ意思ヲ以テ規定セルコトハ賣買契約取引ニ於テ常トスル所ナリ殊ニ第四條ノ代金中ヨリ支拂ヒタル契約金ヲ辨償スル外ニ民法ニ定メタル損害ヲ賠償スル旨ヲ記載セル點ヨリ見レハ第十二條迄ノ條項不履行ノ場合ノ違約罰ノミヲ

規定シタルモノニ非ラスシテ契約解除ニヨル不賣不買ノ場合ヲモ包含シテ規定セル條項ナルコトハ一點ノ疑ヒナキ所ニシテ當事者ノ一方カ違約シテ賣買契約ヲ解除スルニハ守約者ニ契約金ヲ返還シ尙ホ民法ニ定メタル損害(民法第四百十六條第一項第二項)ヲ賠償スヘキコトニ約定セルモノニシテ契約金ノ倍額ヲ賠償スルコトニ約定セルモノニ非サルヲ以テ甲第一號證ノ第十三條ノ規定カ現存スル限り其ノ趣旨ト全ク相反セル被告等ノ抗辯ノ如キ解約手附ノ口頭特約カアルヘキ筈ナキヲ以テ第二審ハ甲第一號證ノ第十三條ハ契約解除ノ場合ヲモ包含シテ違約ノ場合トシテ規定セルモノナリヤ否ヤ被告等ノ抗辯ノ如キ甲第一號證以外ニ解約手附ノ口頭特約カアリシトセハ甲第一號證ノ第十三條ノ違約ノ場合トノ關係ハ如何ニナルヤヲ釋明シ審理スルヲ要スルモノト信ス蓋シ甲第一號證ノ以外ニ被告等ノ抗辯ノ如キ解約手附ノ口頭特約カアリシトセハ其ノ口頭ノ特約ハ甲第一號證ノ第十三條ノ趣旨ト全ク相反シ甲第一號證ノ第十三條ノ規定ハ契約解除ノ場合ハ包含セサル規定トナリ契約金返還ノ文句ハ無意味ニ歸シ若シ然ラスシテ契約解除ノ場合モ包含セル規定ナリトセハ契約金倍額ノ賠償ヲ爲ス解約手附ノ口頭特約ト如何ナル關係ニ立チ甲第一號證ノ第十三條ノ違約者カ守約者ニ民法ニ定メタル損害(民法第四一六條)ヲ賠償スル旨ノ規定トハ如何ナル關係ニ立ツヤ實ニ本件契約金ノ性質及被告等ノ抗辯ノ如キ解約手附ノ口頭特約アリシヤ否ノ重大ナル争點ニシテ之等ノ點ニ關スル釋明ヲ爲サス且ツ審理モ爲サスシテ漫然トシテ甲第一號證ハ本件契約金ヲ解約手附金ナリト解スルノ妨トナラスト判決セルハ明カニ判決ニ影響ヲ及スヘキ重大ナル争點ニ付釋明ヲ遺脱シ且ツ審理不盡ニシテ理由不備ノ違法ノ判決

タルヲ免レスト信スト謂フニ在リ

○判決理由

然レモ原審ハ證人趙炳弘及李德榮カ本件賣買契約ニ立會ヒタルモノト認定シタルニアラス假ニ所論ノ如ク同人等カ契約ニ立會ヒタルコトナク證人李熙申カ之ニ立會ヒ且賣買ヲ仲介シタルモノトスルモ其ノ何レノ證言ヲ採用スルカハ一ニ事實審ノ專權ニ屬スルトコロニシテ二者ノ相牴觸スル場合必ス後者ノ證言ヲ採用セサルヘカラストスルカ如キ採證ノ法則存スルコトナシ故ニ第一點前段ノ論旨ハ採用ニ値セス次ニ甲第一號證(本件賣買契約書)中所論第十三條ニ所謂「違約」カ契約解除ノ場合ヲモ包含スルモノトシ之ト解除權留保ノ特約トハ兩立セサルカ如ク論スルハ獨斷ニシテ爾ク解セサルヘカラサルコトナシ蓋シ解除權留保ノ特約ニ因リ解除權ヲ有スル者カ相手方ノ履行ニ着手スル前其ノ解除權ヲ行使シタル限リハ右第十三條ノ適用ヲ來スコトナク同條ハ唯解除權者カ之ヲ行使スルコトナクシテ契約ヲ維持シタル場合ニ付不履行ノ效果ヲ定メタルモノト解シ得ルニ於テ毫モ右特約ト矛盾スルコトナキヲ以テナリ而シテ契約當事者カ契約書ヲ作成シタルトキト雖其ノ記載ニ牴觸セサル限リ口頭ヲ以テ記載以外ノ特約ヲ爲スコトハ取引上稀有ノ事例ニアラス又甲第一號證及第二號證(受取證書)ニ於ケル契約金ナル記載ハ前記特約ノ認定ヲ妨ケサルモノト謂フヘキニヨリ原審カ判示ノ如ク認定シタルハ違法ニアラス論旨第一點後段及第二點ノ縷述スルトコロハ畢竟獨自ノ見解ヲ前提トシテ原審ノ判斷ヲ非難スルニ歸スルモノト謂フヘキニヨリ之亦採用セサルモノトス

○慰藉料請求事件

(昭和十一年民上第六三九九號破毀差戻)

〔原告〕 被控訴人 被上告人 金 漢 周外二人 訴訟代理人辯護士 崔 秉 錫
 〔被告〕 控訴人 上告人 奥坊大次郎 訴訟代理人辯護士 森井與一郎

〔第一審〕 釜山地方法院晋州支廳 〔第二審〕 大邱覆審法院

○判示事項

自動車ノ賃借人ト民法第七百十五條ノ責任

○判例要旨

自動車ニ依ル旅客運送業者カ自動車ヲ他ヨリ賃借シテ自己ノ營業ノ爲ニ之ヲ使用シ運轉手ヲシテ旅客運送ヲ爲サシメタルトキハ其ノ運轉手カ賃貸人ノ雇人ニシテ同人ヨリ給料ノ支給ヲ受ケ且其ノ身分上ノ監督ニ服シタリトスルモ他ニ特別ノ事情ナキ限り民法第七百十五條ノ適用ニ付テハ右運轉手ノ爲シタル賃借人ノ事業ノ執行ニシテ賃貸人ノ夫レニ非サルモノトス

〔參照〕 民法第七百十五條 或事業ノ爲メニ他人ヲ使用スル者ハ被使用者カ其事業ノ執行ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル

自動車ノ賃借人ト民法第七百十五條ノ責任

責ニ任ス但使用者カ被用者ノ選任及ヒ其事業ノ監督ニ付キ相當ノ注意ヲ爲シタルトキ又ハ相當ノ注意ヲ爲スモ損害カ生スヘカリシトキハ此限ニ在ラス

使用者ニ代ハリテ事業ヲ監督スル者モ亦前項ノ責ニ任ス

前二項ノ規定ハ使用者又ハ監督者ヨリ被用者ニ對スル求償權ノ行使ヲ妨ケス

同法第六百一條 貸借ハ當事者ノ一方カ相手方ニ或物ノ使用及ヒ收益ヲ爲サシムルコトヲ約シ相手方カ之ニ其貸金ヲ拂

フコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ス

○事 實

原告ノ原審ニ於ケル請求原因ノ要旨ハ被告ハ十萬圓ノ資産ヲ有シ河東面内ニ於テ自動車十餘臺ヲ以テ旅客運送業ヲ經營スルモノナルトコロ亡金隣得ハ所用ノタメ昭和九年十月十一日午後一時頃河東郡ヨリ全羅道方面ニ赴クヘク被告所有自動車ニシテ其ノ運轉手訴外李聖奉操縦ニ係ル慶南第一一九四號ニ乗車シ同郡河東面廣坪里蟾津江河東渡船場ニ到リタルトコロ同所河岸ニ平素渡江用ニ供セス一見自動車運搬ニ適セサルコト明白ナル古船カ繫留セス置キ在リタルニ右李聖奉ハ乘客(五名)ヲ降車セシメ不注意ニモ船頭ヲシテ同古船ニ綱ヲ結ヒテ陸ヨリ之ヲ引カシメ又ハ竿ヲ江中ニ差サシメ等爲シテ容易ニ船カ河岸ヨリ離レサル様適當ノ處置ヲ爲サシメス船頭ニ無斷ニテ(船頭ハ乗船後附近ノ酒幕ヨリ現場ニ來ル)約十五哩ノ時速ヲ以テ該自動車ヲ乗船セシメタルカ故ニ同船ノ腐敗敷板カ自動車ノ重量ノタメ破損シ其ノ中ニ自動車ノ左側車輪カ落ち込ミタルタメ其ノ後車輪ハ船内ニ入ルコト能ハス船ハ其儘河岸ヲ離レ其ノ後頭部ハ自動車ノ重力ニ因リ水中ニ沈ミ其ノ前頭部ハ水上ニ浮揚シテ約十間餘前進シ夫ヨリ對岸光陽郡多鴨面河岸ト下流ノ中間斜ニ押シ流サレタルカ此時既ニ自動車ヨリ降り船中ニ居タル亡金隣得ハ或ハ船ノ全部カ水中ニ沈ミ又ハ其ノ一部カ水上ニ浮キ揚ルモ浸水甚ク此儘推移スルニ於テハ船ト共ニ沈没スヘキ状態ニ在リシヲ以テ河岸ニ泳キツクヘク他ノ乘客女二名男一名ト相前後シテ河東面河岸ヲ離ルル二十間ノ水中ニ飛ヒ込ミ

タルトコロ不幸ニシテ同人ノミハ溺死セリ右ハ全ク訴外李聖奉ノ過失ニ基因スルモノニシテ金隣得ハ光武四年四月二十日生ノ男子ニシテ河東朝鮮酒造組合ニ雇ハレ月金三十圓ノ給料ヲ受ケ其所得ヲ以テ何レモ原告ナル父金漢周妻朴三点子金在鎬ノ三名ヲ扶養シ來リタルカ故ニ同人ノ死亡ニ因リ一朝ニシテ全家族カ路頭ニ迷ハサルヲ得サルニ至リタルヲ以テ原告等ノ蒙リタル精神上ノ苦痛ハ洵ニ大ナリ而テ本件事故ハ右李聖奉カ被告ノ事業執行中ニ發生セシメタルモノナレハ被告ハ原告等ニ對シテ慰藉スヘキ義務アルヤ勿論ナルヲ以テ前記ノ如ク夫々慰藉料ノ支拂ヲ求ムルタメ本件請求ニ及ヒタリ尙訴外李聖奉竝渡船ノ船頭金小範カ御廳ニ於テ過失致死罪ニ依リ略式命令ヲ以テ罰金各三十圓ニ處セラレタル旨陳ヘ被告ノ抗辯事實ヲ否認シ假ニ被告カ訴外洪在奎ニ對シ運轉手ト共ニ自動車ヲ貸貸シタリトスルモ其ノ貸貸モ亦被告ノ業務ニ屬スルヲ以テ被告ノ責任ニ何等影響ナシ又訴外金隣得カ泥酔シ居リタル事實及訴外洪在奎カ李聖奉ノ事業主ナルコトハ之ヲ否認ス尙右洪在奎カ河東、順天、光州間ノ定期路線ノ自動車營業ヲ爲スモノナルヤ否ヤハ知ラス而シテ本件渡船場ノ渡船ハ平素ヨリ自動車ヲ乗船セシムルトキハ河岸ヨリ離レサル様綱ニテ縛リ置ク設備アリテ渡船ノ都度之ヲ實行シ來リタルニ拘ラス本件事故發生當時ハ船頭不在ノ時此ノ處置ヲ爲サシテ運轉手李聖奉カ自動車ヲ乗船セシメタル爲河岸ヨリ船カ離レタルモノナリト謂フニ在リ

被告答辯ノ要旨ハ被告ノ所有自動車ハ五臺ニシテ資産ハ四、五千圓ヲ有スルニ過キササルノミナラス當日被告ハ運轉手李聖奉ト共ニ自動車ヲ訴外洪在奎ニ貸貸シ右洪在奎ノ事業執行中本件事故カ發生シタルモノニシテ其前李聖奉ハ光陽郡多鴨面ヨリ河東面ニ渡江スル際該渡船ヲ使用シ自動車ヲ運搬セシメタルカ故ニ同船ハ全然自動車運搬不能ノモノニ非サレハ勿論同人ニ於テ該船ニ腐敗部分アリヤ否ヤ不知ナリシカ故ニ本件渡江ノ際船頭訴外金小範ニ對シテ船ノ安全性ヲ確メテ乗船セシメタルヲ以テ本件事故發生ニ付李聖奉ニ何等過失ナク船頭金小範ノ過失ト云フヘク左レハ其ノ渡船經營者タル光陽郡多鴨面ニ對シテ賠償ヲ求ムルハ格別被告ニ對スル本件請求ハ失當ナリ假ニ李聖奉ニ過失アリタリトスルモ訴外金隣得カ水中ニ飛ヒ込ミタ

ル際渡船中ニハ僅カ其ノ三分ノ二シカ浸水シ居ラサリシヲ以テ其儘在船シタラムニハ死ヲ免レ得ヘカリシニ拘ラス誤ツテ自ラ飛込ミ死ヲ招キタルモノナルカ故ニ同人ノ過失ト死トノ間ニ因果關係ナシ假ニ因果關係アリトスルモ前陳ノ如ク當時李聖奉ハ賃借人洪在奎ノ事業執行中ニ生シタル事故ナレハ洪在奎ノ責任ニシテ被告ニ責任ナシ尙本件事故發生ノ渡船ハ全南多鴨面ノ所有ニシテ船頭金小範ハ同日該渡船ヲ操縦中自動車李聖奉ニ於テ河東面ヨリ全南多鴨面ニ到ラントスル際蟾津江ニ於テ事故發生シタルモノニシテ船ノ安全ニ付テハ右金小範ニ於テ保證シタルモノナリ斯ル場合ハ船ノ安全ニ付テハ一ニ船頭ノ指揮命令ニ從フヘキモノニシテ船頭ニ於テ船ノ安全ナル旨ノ承認ハ明示默示ヲ問ハス殆ント絕對的ニ信用スヘキハ實驗則上通常ノ事例ニシテ斯ル場合ニ尙且船ノ損傷等ヲ詳細検査シタル上乘船シタルニ非サル限り自動車運轉手ニ過失ノ責任アリトセシカ之レ全ク不能ヲ強フルノ甚シキモノニシテ一般社會ノ通念ニ反スルモノナリ偶渡船ノ敷板裏面ニ損傷ノ個所アリタル爲自動車前車輪カ陥没シ爲ニ運轉不能トナリ事故發生シタリトテ運轉手ニ過失アリト謂フヲ得ス之レ全ク河東面ノ被用者タル船頭金小範ノ過失ニ基ク事故ナリト斷定セサルヘカラス蟾津江ノ渡船ニ付テハ河東面及全南多鴨面ニ於テ渡船ノ經營ヲ爲シ兩方面ヨリ旅客及自動車ノ渡船業ヲ營ミ居リタルモノニシテ旅客及自動車ノ渡船ニ付テハ事故ノ發生ヲ防クヘキ相當ノ設置及處置ヲ爲スヘキモノナルニ拘ラス之ヲ怠リタル爲ニ本件事故ヲ發生セシメタルニ外ナラス從ヒテ其ノ責任ハ河東面ニアリト謂フヘク運轉手ニ過失アルコトナシ而シテ本件事故ノ際自動車ハ船ト共ニ浸水シタルモ船ノ尖端約三分ノ一ハ浮揚シ居リ且運轉手李聖奉ハ乘客ニ對シ危險ナキニ付船ニ留マリ居ルヘク再三注意シタルニ拘ラス金麟得ハ自ラ河中ニ飛込ミタルモノニシテ本件事故ト同人ノ死トノ間ニハ何等ノ因果關係ナシ假ニ然ラストスルモ同人ハ當時多量ノ飲酒ヲ爲シ居リタル爲河中ニ飛込ムト同時ニ心臟麻痺ヲ起シ死亡シタルモノナルコトハ當時救護人數名カ約十分内外ノ短時間内ニ救護シ人工呼吸ヲ施シタルモ遂ニ蘇生セス僅ニ濁酒少量ヲ吐キタルノミナレハ同人ハ溺死シタルモノニ非ス而シテ本件發生當日被告ハ河東、光陽、順天間ノ定期乗合自動車營業ノ許可ヲ受ケタル洪在奎ノ依頼ニヨリ本件自動車ヲ運轉手ト共ニ賃貸シタルモノニシテ洪

在奎ハ該自動車ヲ賃貸後其ノ營業線路タル河東、順天間ノ定期乗合自動車營業ニ使用シ同日午後一時河東、順天行定期乗合自動車ノ代用トシテ使用中事故發生シタルモノニシテ該事業ノ執行者ハ同人ニシテ原告ニ非ス賃借期間ノ長短又ハ繼續的ナルト將又單一ナルトニ關セス該自動車運轉中ノ事故ハ賃借人タル洪在奎ニ於テ責任ヲ負フヘキモノニシテ原告ニハ何等ノ責任ナキモノナリ被告ハ自動車八臺ヲ有シ年額一萬八千圓ノ收入アルモ純益ハ一千五百圓ニ過キスト謂フニ在リ

第二審裁判所ハ被告カ河東郡河東面内ニ於テ自動車旅客運送業ヲ經營スルモノナルコトハ被告代理人ノ認ムルトコロナレハ訴外洪在奎ニ對スル前記賃貸モ亦被告ノ事業ニ外ナラサレハ則チ右被告代理人ノ抗辯ハ謂レナシトシ其ノ他ノ抗辯ヲモ之ヲ排斥シ而シテ原告等ト訴外金麟得間ニ於ケル原告代理人主張ノ身分關係ハ被告代理人ノ認ムルトコロナレハ原告等ハ金麟得ノ死亡ニ因リ精神上ノ苦痛ヲ受ケタルコト蓋シ人情上當然ナレハ被告ハ之カ慰藉スヘキ義務アルモノトス仍テ其ノ數額ヲ案スルニ當事者辯論ノ全趣旨ニ徴シ得ヘキ原告等カ無資産者ニシテ被告カ自動車八臺ヲ所有シ年收入純益一千五百圓ナル事實ヲ參酌シ原告金漢周ニハ金二百圓原告朴三點、金在鎬ニハ各金三百圓ヲ支拂フヘキモノト認ムト判示シ原告ノ請求中一部ヲ認容シタリ

○ 上告理由

上告理由第一點ハ原審判決ハ「被告ハ訴外洪在奎ニ對シ運轉手ト共ニ自動車ヲ賃貸シタルモノニシテ本件事故發生當時ハ李聖奉ハ洪在奎ノ事業ヲ執行セルモノナルカ故ニ被告ニ責任ナキ旨抗爭スレトモ被告カ河東郡河東面内ニ於テ自動車旅客運送業ヲ經營スルモノナルコトハ被告代理人ノ認ムルトコロナレハ訴外洪在奎ニ

對スル前記貸貸モ亦被告ノ事業ニ外ナラサレハ則チ右被告代理人ノ抗辯ハ謂レナシト判定セラレタルモ上告人カ河東面ニ於テ自動車旅客運送業ヲ爲シタレハトテ本件貸貸トハ何等ノ關係ナク此點ニ付キテハ理由不備ノ不法アルノミナラス本件ハ上告人カ訴外洪在奎ニ對シ運轉手ト共ニ自動車ヲ貸貸シタル迄ニテ右洪在奎ハ定期乗合自動車營業者(乙第十號證)トシテ其ノ營業ニ付キ車輛不足セル爲メ上告人ヨリ貸借シタル自動車ト運轉手ヲ右事業ノ乗合自動車トシテ使用シタルモノナレハ上告人ハ當該路線ニ於テ乗合自動車ノ營業權ナク運送人タル立場ニモ立ツコトヲ得サルモノ故單ニ自動車ヲ貸貸シタルニ過キスシテ上告人ハ事業ノ執行者ニ非ス即チ本路線ノ定期運行ハ洪在奎カ一般ニ表示シ交通旅客ニ對シ公約セルトコロニシテ右洪在奎カ該自動車ヲ以テ自己名義ノ營業權ニ基キ其ノ免許路線ニ於テ定期ノ時間ニ運行シ乗合營業ヲ爲シタル時既ニ外部ニ對シテモ右洪在奎ノ定期乗合自動車營業ニシテ運轉手李聖奉ハ其ノ被用者トナリ尙該自動車ニハ洪在奎ノ直接雇傭シ居リタル運轉手金晉洪モ運轉臺ニ同乗シテ事業ニ從事シ乘客ハ右免許路線ノ途中河東面廣坪里ニテ乗車セル乗合ヒ乘客ニシテ即チ洪在奎カ其ノ事業ノ執行者タル地位ニ在ルモノナリ又本件ハ該洪在奎カ自己ノ營業路線内ニ於テ該自動車ヲ乗合自動車トシテ使用スル目的ヲ以テ上告人ヨリ貸借シタルモノナレハ其ノ貸借期間中該自動車ハ上告人ニ於テ使用スルコトヲ得サルモノニテ上告人ハ右自動車ノ監督ヲ爲シ得ス該自動車ハ貸借者タル乗合營業者ノ占有下ニ置カレタルモノニシテ運轉手モ亦乗合自動車ノ運轉手トシテ停留所ノ發着及其ノ時間旅客ノ乗降區間内ノ運行速度等總テ乗合營業者ノ營業規定ニ從ヒ其ノ指揮監督ノ下ニ一

切ノ行動ヲ爲スモノナレハ其ノ事業ニ付キ運轉手ハ洪在奎ノ被用者ノ地位ニ在ルモノニシテ昭和七年(甲)第三千五百六十二號大審院判例(昭和八年七月三十一日民事第一部判決法律評論第二十三卷民法二百四十七頁參照)ニ於テ同趣旨ノ理由説明ヲ附セラレタルハ民法第七百十五條ノ法意ヲ明示セラレタルモノニシテ則チ右洪在奎カ或ル事業ノ爲メニ他人ヲ使用スル者トシテ外部關係ニ於テ被用者ノ地位ニ在ル運轉手カ其ノ事業ニ付第三者ニ加ヘタル損害ヲ賠償スヘキ責ニ任スヘキナリ抑モ一般交通ノ用ニ供スル爲メ一定ノ路線ニ於テ毎日定期ニ自動車ヲ運行シテ旅客ヲ輸送スル定期乗合自動車營業ニ於テ然モ許可ニ依リ獨專の事業タル此種營業ニ於テ一時他業者ノ車輛ヲ借り或ハ他業者ノ運轉手ノ應援ヲ求メタル如キ場合ハ該營業者ハ特ニ嚴密ナル監督ヲ加フヘキモノナルニ凡ソ一般交通者トハ無關係ナルトコロニ於テ其ノ使用セシ車輛ノ所有者ノ如何或ハ之ニ從事セシ運轉手ノ内部雇傭關係ノ如何ニ依リテハ其ノ營業者ハ責任ヲ負ハサルカ或ハ他ニ責任ヲ轉嫁シ得ルカ又ハ責任カ二者ナルカ等ノ如キコトカ認メラルルモノトセンカ一般交通旅客ハ不安ト危險ニ曝サレルモノニテ又若シ監督ノ責任者カ其ノ營業者以外ニモ在リトセンカ他ノ責任ヲ負ハサルヘキ者ハ當然自己ノ營業權ナキ他事業ヘ干涉シテ監督ヲ執行セサルヘカラス斯ノ如キハ乗合自動車事業本來ノ使命ヲ完フスルコトヲ得サルヘク即チ定期乗合自動車事業ニ於テハ其ノ事業ニ付使用シタル車輛ノ如何又ハ從事シタル運轉手ノ雇傭關係ノ如何ニ係ラス第三者ニ對シ該營業者ニ於テ全責任ヲ負フヘキモノナリ要スルニ本件ハ民法第七百十五條ノ法意ヲ誤解シタル不法ノ判決ナリト謂フニ在リ

○判決理由

按スルニ被告カ原審ニ於テ「本件發生當日被告ハ河東、光陽、順天間ノ定期乗合自動車營業ノ許可ヲ受ケタル洪在奎ノ依頼ニヨリ本件自動車ヲ運轉手ト共ニ賃貸シタルモノシテ洪在奎ハ該自動車ヲ賃借後其ノ營業線路タル河東、順天間ノ定期乗合自動車營業ニ使用シ同日午後一時河東發順天行定期乗合自動車ノ代用トシテ使用中事故發生シタルモノニシテ該事業ノ執行者ハ同人ニシテ被告ニアラサル」旨主張シタルニ對シ原院ハ論旨摘録ノ如ク判示シ洪在奎ニ對スル賃貸借モ亦被告ノ事業ニ外ナラストノ理由ニ因リ右被告ノ主張ヲ排斥シテ被告ヲ敗訴セシメタリ然レトモ特別ノ事情ナキ限り洪在奎トノ賃貸借契約ニ因リ被告ノ爲スヘキトコロハ自動車ヲ同人ニ引渡シ爾後同人ヲシテ其ノ使用收益ヲ爲サシムルコトノ外ニ出テス其ノ引渡ヲ受ケタル洪在奎カ之ヲ自己ノ乗合自動車營業ニ使用シ旅客運搬ノ爲運轉手ヲシテ其ノ運轉ヲ爲サシムルハ即チ同人ノ事業ノ執行ニ屬シ賃貸人タル被告ノ事業ノ執行行為ニアラサルモノト謂ハサルヘカラス本件自動車ヲ運轉手ト共ニ賃貸シタリトノ被告ノ主張ハ其ノ趣旨必シモ明確ナリト謂フヲ得サルモ李聖奉(運轉手)カ被告ヨリ給料ハ支給ヲ受ケ又ハ被告ノ雇人トシテ其ノ身分上ノ監督ニ服シタル事實ハ右旅客運送ヲ以テ被告ノ指揮監督ノ下ニ行ハレ從テ李聖奉ニ於テ被告ノ事業ヲ執行シタルモノト做サシムルニ足ラサルモノトス而モ本件事故ハ旅客運送中ニ生シタルモノニシテ之ヲ洪在奎トノ自動車賃貸借契約ノ履行ニ付生シタルモノト謂フコト能ハサルハ前説明ニ依リ明カナルニ於テ右「運轉手ト共ニ賃貸」シタリトノ意義如何ニ拘ラス判示「賃貸」ヲ民法賃

借ノ意ニ解スル限リ本件事故ニ付被告ヲシテ民法第七百十五條ニ依リ其ノ責ニ任セシムルニ由ナキモノト謂ハサルヘカラス尤モ通俗ニ自動車ヲ「運轉手ト共ニ賃貸」或ハ「運轉手付ニテ賃貸」シタリト謂フハ「貸切」ト謂フト同シク自動車全部ヲ以テ運送契約ノ目的ト爲シタル場合ヲ指稱スルコトナシトセス原審カ此ノ點ニ付被告ノ主張ヲ釋明スルコトナク且前敘特別事情ニ付毫モ審査ヲ須ヒス直チニ被告ヲ敗訴セシメタルハ審理不盡又ハ理由不備ノ違法アルモノト謂ハサルヘカラス本件上告ハ之ノ點ニ於テ理由アリ原判決ハ破毀ヲ免レヌ

○土地所有權移轉登記抹消請求事件

(昭和十一年三月二十七日民事部判決棄却)

【原告】 被控訴人 上告人 姜 永 壽 訴訟代理人辯護士 李 聖 求
 【被告】 控訴人 被上告人 竹 本 熊 次 外三人

○判示事項

代位訴訟ト保全スヘキ債權ニ付テノ確定判決

【第一審】 釜山地方法院晉州支廳
 【第二審】 大邱覆審法院

○判例要旨

債權者カ自己ノ債權ヲ保全スル爲メ其ノ債務者ニ屬スル權利ヲ代位シテ爲ス訴訟ニ於テ保全スヘキ債權ニ付テノ確定判決ハ右訴訟ノ被告ニ效力ヲ及ササルモノトス

【參照】 民法第四百二十三條 債權者ハ自己ノ債權ヲ保全スル爲メ其債務者ニ屬スル權利ヲ行フコトヲ得但債務者ノ一身ニ專屬スル權利ハ此限ニ在ラス

債權者ハ其債權ノ期限カ到來セサル間ハ裁判上ノ代位ニ依ルニ非サレハ前項ノ權利ヲ行フコトヲ得ス但保存行爲ハ此限ニ限ラス

民事訴訟法第二百一條 確定判決ハ當事者、口頭辯論終結後ノ承繼人又ハ其ノ者ノ爲請求ノ目的物ヲ所持スル者ニ對シテ其ノ效力ヲ有ス

他人ノ爲原告又ハ被告ト爲リタル者ニ對スル確定判決ハ其ノ他人ニ對シテモ效力ヲ有ス
前二項ノ規定ハ假執行ノ宣言ニ之ヲ準用ス

○判示事項

訴訟行爲ヲ爲サシムルコトヲ主タル目的トスル信託行爲ト當事者ノ主張

○判例要旨

當該信託行爲カ信託法第十一條ニ該當シ法律上無効ナリトノコトハ當

事者ニ於テ主張セルコトナシトスルモ裁判所之カ判斷ヲ爲スヘキモノトス

【參照】 信託法第十一條 信託ハ訴訟行爲ヲ爲サシムルコトヲ主タル目的トシテ之ヲ爲スコトヲ得ス

民事訴訟法第八十六條 裁判所ハ當事者ノ申立テサル事項ニ付判決ヲ爲スコトヲ得ス

○事實

原告ノ原審ニ於ケル請求原因ノ要旨ハ訴外閑致或ハ未成年者ニシテ嫡母ニ盧三伊實母ニ禹二アリテ家ヲ同ウシ盧三伊ハ閑致或ニ對シ親權ヲ行ヒ來リタル處親族會員等ト共謀ノ上未成年者所有ノ不動産ヲ不正ニ處分シタルヲ以テ禹二ハ盧三伊ヲ相手取り昭和八年五月初頃財産管理權喪失宣告請求ノ訴ヲ提起シ同年十一月一日大邱覆審法院ニ於テ裁判長ノ勸告ニ因リ財産ノ管理ヲ辭シテ和解シタリ是ヨリ先同年五月十七日晋州支廳ニ於テ盧三伊ノ閑致或ニ對スル親權行使ヲ停止ストノ假處分決定アリタルヲ以テ生母禹二ニ於テ當然閑致或ノ財産ヲ管理スヘキコトハ朝鮮ノ慣習上及法律上當然ナリ然ルニ盧三伊ハ親權行使停止中ナル昭和八年七月及九月中閑致或ノ親權者トシテ別紙(略)第二乃至第四目錄記載ノ土地ニ付請求趣旨表示ノ如キ處分ヲ爲シ又閑致或ニ對シ財産管理權ヲ有スル生母禹二アルニ拘ラス親族會ハ昭和九年一月二十六日閑宗鎬ヲ閑致或ノ後見人ニ選任スル決議ヲ爲シ閑宗鎬ハ後見人就職届出ノ上同年四月中閑致或ノ後見人トシテ別紙(略)第一目錄記載ノ土地ニ付請求趣旨表示ノ如キ處分ヲ爲シタルモ右親族會ノ決議ハ無効ニシテ盧三伊閑宗鎬ハ閑致或ヲ代表スヘキ權限ヲ有セサルヲ以テ其ノ處分モ無効ナリ而シテ原告ハ昭和九年六月一日閑致或親權者トシテ財産管理權ヲ行ヒ居レリ禹二ヨリ別紙(略)第一乃至第四目錄記載ノ土地ヲ買受ケ同人ニ對シ所有權移轉登記請求權ヲ有スルヲ以テ其ノ權利保全ノ爲同人ニ代位シ本訴請求ヲ爲ス尙禹二カ未成年者閑致或ノ財産管理權ヲ辭スル意思表示ヲ爲シタルコトナク從ヒテ親族會員タル閑宗鎬ヲ後見人ニ選任シタ

代立訴訟ト保全スヘキ債權ニ付テノ確定判決
訴訟行爲ヲサシムルコトヲ主タル目的トスル信託行爲ト當事者ノ主張

ル事實ナシ原判決添附目錄中第一目錄ノ分ニ付テハ昭和九年四月二日、第四目錄ノ分ニ付テハ昭和八年二月二日、第二、三目錄ノ分ニ付テハ各昭和八年一月二十日ノ賣買ニ因ル所有權移轉登記ヲ各經由シタルモノニシテ第二、三目錄ノ土地ニ付テハ昭和八年九月二十日、第四目錄ノ土地ニ付テハ昭和八年七月十三日ノ各登記受附日ニ於テ眞實賣買成立シタルヲ殊更ニ日附ヲ溯ラシメ居レルモノナルカ假リニ右登記日附ノ日時ニ賣買成立シタリトスルモ開ハ親族會ノ同意ナカリシモノナレハ茲ニ取消ノ意思表示ヲ爲ス而シテ閣致或ハ原告ニ對シ本件土地ヲ賣渡シタルモノニシテ信託シタルモノニ非ス閣致或ハ本件土地ヲ原告ニ賣渡ス直前ニ本件土地ヲ原告ニ信託セントシ相談アリシモ其ノ後遂ニ賣渡スコトトシ代金ヲ二千五百圓ト定メタルモ本件土地ハ既ニ閣致或ヨリ他人ノ名義ニ所有權移轉登記ヲ爲シアリテ其ノ登記名義者等ヲ相手取り訴訟ヲ爲シ其ノ登記ノ抹消ヲ爲スニ非サレハ原告名義ニ所有權移轉登記手續ヲ爲スコト能ハサル狀況ニアルモノニシテ其ノ訴訟ハ法律上頗ル難問アルニ付訴訟ノ結果原告ノ勝訴判決確定シタル後代金ヲ支拂フコトニ約シタリ然ルニ閣致或ハ他ノ訴訟アリテ其ノ費用ノ調達ニ困窮シ居レルニ付其ノ必要ノ都度原告ヨリ右代金ノ一部ノ前拂ヲ爲シ吳レ度キ旨懇願スルヲ以テ原告ハ同人ヲ援助スル爲昭和九年五月ヨリ同年八月マテノ間ニ七四ニ互リ合計金五百八十六圓五十錢ヲ貸借名義ノ下ニ交付シ本件訴訟ノ結果原告カ勝訴シ判決確定スルトキハ右五百五十六圓五十錢ハ代金ノ一部ニ充當スルコト勿論ナルヘク若シ原告敗訴ノ場合ハ閣致或ハ該金員受領ノ日ヨリ返濟ノ日マテ何レモ月四分ノ利息ヲ附加シテ支拂フヘキコトヲ約シ同人ヨリ借用證書ヲ徴シタリ原審ニ於テ閣致或ハ原告ノ主張即チ本件土地ヲ原告ニ賣渡シタル事實ヲ全部認メ原告勝訴ノ判決確定シタルニ拘ラス既ニ確定シタル賣買ノ事實ヲ信託ナリト争フハ既判力ヲ無視スル不當ノモノナリ而シテ信託契約ハ與信者一方ノミノ利益ノ爲ニ爲サレタル場合ハ與信者一方ノ意思ヲ以テ任意ニ解除シ得ヘキモ當事者雙方ノ利益ノ爲ニ爲サレタル場合即チ信託契約ノ解除ニヨリ受信者ニ損害ヲ生スル場合ハ與信者一方ノ意思表示ヲ以テ信託契約ヲ解除シ得サルモノナルトコロ本件ハ前叙ノ如ク原告告ハ本件土地ニ關聯シテ五百八十六圓五十錢ヲ閣致或ニ支拂ヒタルノミナラス原告ハ本件訴訟ニ要スル費用ヲ既ニ第一審以

來支辨シ其ノ額實ニ數百圓ニ達スルニヨリ若シ閣致或及原告間ノ關係ヲ信託ナリトシ之ヲ解除スルニ於テハ原告ハ莫大ノ損害ヲ蒙ル實情ニアルヲ以テ假リニ信託關係ナリトスルモ閣致或一方ノ意思表示ヲ以テ解除シ得サル筋合ナリ而シテ被告竹本熊次ハ閣致或及其實母禹二ハ昭和十年五月十六日閣致或ノ後見人閣宗鎬カ本件土地ヲ同被告ニ賣渡シタル所爲ヲ追認シタル旨主張スレトモ原告カ閣致或ニ代位シテ本件訴訟ヲ提起シタル後ハ閣致或ハ前ノ無効ノ行爲ヲ追認シテ原告ノ權利ヲ侵害スルコトヲ得サルモノナレハ該追認ハ固ヨリ其ノ效ナカルヘク尙假リニ有效ナリトスルモ該追認行爲ハ未成年者タル閣致或ノ不動産ノ所有權ヲ喪失スヘキ行爲ニシテ其ノ親族會ノ同意ヲ要スヘキモノナルトコロ其ノ同意ナカリシモノナレハ原告ハ閣致或ニ代位シテ右追認行爲ヲ取消スト謂フニ在リ

被告竹本熊次外二名ノ答辯ノ要旨ハ盧三伊カ親權停止ノ假處分ヲ受ケタルコト禹二カ閣致或ノ母ナルコト禹二カ閣致或ノ親權者ト稱シテ原告ニ本件土地ヲ賣渡シタルコトハ知ラス被告竹本熊次ハ禹二カ閣致或ノ生母ナリトスルモ盧三伊カ財產ノ管理ヲ辭シタル以上後見開始シ法定又ハ指定ノ後見人ナキヲ以テ親族會カ閣宗鎬ヲ後見人ニ選任シタルハ適法有效ナリ假リニ後見開始セス禹二カ財產ヲ管理スヘキモノトスルモ禹二ハ閣致或ノ親族會員トシテ閣宗鎬ヲ後見人ニ選任シタルヲ以テ其ノ際財產管理ヲ辭シタルモノト謂フヘク閣宗鎬ヲ後見人ニ選任シタルハ有效ナリ而シテ被告竹本熊次ハ後見人閣宗鎬ヨリ昭和九年四月本件土地ヲ買受ケタルモノナリ原告ハ閣致或ノ親權者禹二ヨリ本件土地ヲ買受ケタリト主張スルモ買受ノ事實ハ知ラス禹二カ閣致或ノ親權者ト稱シテ原告ニ賣渡シタルコトモ前述ノ如ク親權者ニ非ス法定代理權ナキヲ以テ該賣買ハ所有權移轉ノ效力ヲ生セス次ニ被告閣致或ハ閣致或ノ先代閣元繼ノ侄ニシテ閣元繼ニハ嫡出子ナク庶子タル閣致或ヲ有スルニ過キサル爲朝鮮古來ノ慣習ニ依リ閣致或ヲ養子ト爲サントシタルモ法規上之ヲ爲ス能ハサリシ爲養子届出ハ爲ササリシモ事實上ノ養子トシテ閣致或ヲ愛セシカ昭和七年八月二十三日死亡スルニ當リ遺言ヲ以テ本件第四目錄ノ土地ト共ニ第二目錄ノ土地ヲ閣致或ニ贈與シ閣致或ハ閣元繼ノ死亡後直ニ相続人タル閣致或ノ親權者盧三伊ヨリ遺言ノ執行トシテ引渡ヲ受ケ

代位訴訟ト保全スヘキ債權ニ付テノ確定判決
訴訟行爲ヲ爲サシムルコトヲ主たる目的トスル信託行爲ト當事者ノ主張

昭和八年一月中第四目録ノ土地ヲ李龍順ニ第二目録土地中今西面特里二九二番地ヲ權桂鳳ニ賣却シ中間登記ヲ省略シ閔元嶺ノ相續人タル閔致或名義ヨリ夫々買受人名義ニ今西面五峰里三二〇番地外三筆ノ土地(第二目録中)ハ閔致或名義ニ所有權移轉登記ヲ爲スヘク閔致或ノ親權者盧三伊ヲシテ昭和八年一月中右登記申請ニ必要ナル權利書委任狀賣渡證書ヲ作成セシメ閔致或及右買受人カ其ノ交付ヲ受ケシカ費用等ノ關係ニ依リ同年九月二十日ニ至リ登記ヲ爲シタルニ過キス次ニ被告李榮植ハ閔元嶺ハ昭和七年八月二十三日死亡ニ際シ遺言ヲ以テ第三號目録ノ土地ヲ代々ノ奴僕朴用業ニ贈與シ閔元嶺ノ戶主相續人閔致或ノ親權者盧三伊ハ遺言ノ執行トシテ右土地ヲ朴用業ニ引渡シタルモ未タ登記ヲ爲ササル内被告李榮植ハ昭和八年一月二十日朴用業ヨリ右土地ヲ買受ケ中間登記ヲ省略シ閔致或ヨリ直接所有權移轉登記ヲ受ケタリ該土地ノ賣渡證及登記申請委任狀ハ同年一月二十日閔致或ノ親權者タル盧三伊ヨリ交付ヲ受ケ代書人李想烈ニ登記申請手續ヲ委任シ置キシモノナリ盧三伊カ親權ヲ停止セラレタリトスルモ單ニ登記カ李想烈ノ怠慢ニ因リ後レテ爲サレタルニ過キス次ニ被告李龍順ハ原告主張事實中閔致或カ未成年者其ノ嫡母カ盧三伊生母カ禹二ニシテ右三人カ同一家籍ニ在ルコトハ認ムルモ本件土地ハ閔致或ノ被戶主相續人閔元嶺ノ生前ニ閔致或カ贈與ヲ受ケシモ所有權移轉登記ヲ受ケサル間ニ閔元嶺死亡シ公簿上依然然閔元嶺ノ名義ニアリシ處被告李龍順ハ昭和七年十二月二十九日閔致或ヨリ代金四百圓ニテ買受ケ代金ヲ支拂ヒ登記手續ノ際閔致或名義ニ所有權保存登記ヲ受ケ同人ヨリ李龍順名義ニ所有權移轉登記ヲ受ケタルモノナリ盧三伊カ親權行使停止ノ假處分ヲ受ケタルコト原告カ本件土地ヲ買受ケシコトハ知ラス假ニ李龍順ノ登記カ該假處分後ナリトスルモ單ニ登記手續上閔致或ノ賣主名義ヲ借リタルノミニシテ賣買ノ效力ニ影響ヲ及ホスヘキモノニ非サルヲ以テ原告ノ請求ハ失當ナリ尙被告竹本熊次ハ假リニ禹二カ原告代理人主張ノ如ク閔致或ノ財産管理權ヲ有シタリトスルモ同人ハ昭和八年十月末頃未成年者閔致或ノ嫡母タル盧三伊及當時未成年者ノ親族會員タル盧琦鉉、李教璿、許俊憲ノ全員ニ對シ管理權ヲ行使セサル旨ノ意思表示ヲ爲シ其ノ後自ラ補缺親族會員トシテ閔宗鎬ヲ後見人ニ選任シタルモノナリ又被告ハ本件土地ニ對スル登記原因ノ日附カ各原告代理人主張ノ通り

ナル事實ハ認ムルモ其ノ日附ノ日ニ於テ何レモ登記原因タル事實生シタルモノナリ尙閔致或ノ關係ニ於テハ既ニ土地ノ引渡ヲ受ケ居リタリシカ登記原因ノ日附タル日ニ賣買證書ヲ作成シ登記手續ヲ了シタリ而シテ其ノ登記手續及證書ヲ作成シ付テハ夫々親族會ノ同意ヲ得タルモノナリ而シテ原告ハ本件土地ヲ眞實買受ケタルモノニ非スシテ閔致或及其ノ生母禹二ヨリ信託ヲ受ケタルモノナリ閔致或及其ノ生母禹二ハ被告竹本熊次ヨリ本件土地ノ賣買代金ヲ眞實受領シタルニヨリ良心上自ラ被告ヲ相手取り本件訴訟ヲ爲スコト能ハサル事情アリ且原告ノ勸誘モアリ旁々原告ヲシテ本件訴訟ヲ爲サシムル目的ヲ以テ原告ニ對シ本件土地ヲ信託シタルモノナリ而シテ其ノ信託ノ利益ハ與信者タル閔致或ノミニ存シ受信者タル原告ニハ之レナキモノナルトコロ昭和十年五月十六日閔致或ハ原告ニ對シ右信託契約ヲ解除シ翌十七日之レカ通知ヲ爲シタルニヨリ最早原告ハ本件請求ヲ爲ス權利ナキモノナリ假リニ右信託契約カ其ノ利益雙方ニ存スルモノトシ又假リニ信託ニアラスシテ眞實買買ナリトスルモ開ハ未成年者タル閔致或カ親族會ノ同意ヲ得スシテ爲シタルモノナレハ之レカ取消ノ意思表示ヲ右信託契約ノ解除ト共ニ爲シタル次第ナルヲ以テ原告ノ本訴請求ハ不當ナリ而シテ閔致或及其ノ生母禹二ハ親族會ノ同意ヲ得テ昭和十年五月十六日閔致或ノ後見人タル閔宗鎬カ本件土地ヲ被告ニ賣却シタル所爲ヲ追認シタルモノナリト謂フニ在リ

第二審裁判所ハ證據ニ依リ未成年者閔致或ノ親權者禹二ハ本件係爭土地ヲ原告ニ賣渡シタルモノニ非スシテ信託シタルモノナル事實ヲ認メ且原告對閔致或間ノ判決ハ被告等ニ對シ既判力ヲ生スルノ理ナク原告被告間ニ於テ原告及右閔致或間ノ關係カ賣買ナル事實ヲ確定シタル判決アリタルコトノ徵スヘキモノナキヲ以テ右原告代理人ノ主張ハ謂レナシ而シテ成立ニ爭ナキ甲第二十四號證ニ當審證人權鑿容、閔致或ノ供述ヲ參酌スレハ前記信託ハ訴訟行爲ヲ爲サシムルコトヲ主タル目的トシテ之ヲ爲シタルモノナル事實ヲ認メ得ヘク右認定ニ反スル原告代理人依用ノ證據ハ當院ノ措信セサルトコロナレハ前記信託ハ無効ノモノト謂フヘク從ヒテ原

告ハ閱致或ニ對シ本件所有權移轉登記請求權ヲ有スルモノト謂フヲ得ス故ニ之レアルコトヲ前提トシテ同人ニ代位シテ爲ス本訴請求ハ失當ニシテ排斥スヘキモノトス判示シタリ

○ 上告理由

上告理由第一點ハ原判決ハ原告及閱致或間ノ關係ハ信託ニシテ其ノ信託ハ訴訟ヲ爲サシムルコトヲ主タル目的トシテ爲シタルモノナルニ付前記信託ハ無効ノモノト謂フヘク從ツテ原告ハ閱致或ニ對シ本件所有權移轉登記請求權ヲ有スルモノト謂フヲ得ス故ニ之レアルコトヲ前提トシタル本訴代位請求ハ失當ナリトノ理由ニテ原告ノ請求ヲ排斥シタルニヨリ其ノ趣旨ハ原告ハ閱致或ニ對シ本件土地ノ所有權ヲ主張スル能ハサルコトヲ前提トシテ被告等ニ對スル原告請求ヲ排斥シタルモノナリ然レトモ原告及閱致或間ノ關係ハ信託ニアラスシテ真正ノ賣買ナリト判定シ閱致或ハ原告ニ對シ本件土地ノ所有權移轉登記手續ヲ爲スヘキ旨命シタル判決既ニ確定シタルコトハ被告等ノ認メタル處ナルヲ以テ其ノ判決確定シタル以上ハ閱致或ノ本件土地ニ對スル所有權移轉登記義務ノ有無ヲ云爲スヘキ餘地ナク苟クモ被告等ニ於テ閱致或ニ對シ本件土地所有權移轉登記ノ抹消義務サヘアレハ原告ハ前記閱致或ニ對スル確定判決ニ基ク權利ニヨリ同人ニ代位シ被告等ニ對シ右登記ノ抹消ヲ請求シ得ルモノト謂ハサルヘカラス若シ然ラストセンカ閱致或ハ原告ニ對シ本件土地所有權移轉登記ヲ爲スヘキ義務ハ判決ニヨリ既ニ確定シ且ツ被告等ハ閱致或ニ對シ曾テ爲シタル所有權移轉登記ノ抹消義務アルニ拘ラス原告ハ閱致或ニ代位シテ同人ノ權利ヲ行使シ其ノ登記ノ抹消ヲ請求スル能ハサル奇現象ヲ

表ハシ民法上ノ代位規定ハ空文ニ歸スヘシ本件被告等ノ抗辯ハ自己ニ對スル債權者ト他人トノ間ノ確定判決ニヨリ確定シタル權利關係ヲ否定スルモノニシテ之ヲ譬ヘハ甲ヨリ乙ニ對スル金員請求ノ確定判決ニヨリ乙ノ丙ニ對スル金錢債權ヲ差押ヘタル場合ニ丙カ甲乙間ノ確定判決ノ内容ヲ爭ヒ乙ハ甲ニ對シ何等義務ナキモノト主張シ其ノ支拂ヲ拒マントスルモノト異ナルコトナシ然レトモ丙ニ對スル債權者タル乙自身カ爭フ能ハサル權利關係ニ付乙ノ債務者タル丙ニ於テ之ヲ爭ヒ得ルモノト爲スヘカラサルハ自明ノ理ナリ蓋シ現行民事訴訟法第二百一條ハ確定判決ノ效力ハ當事者又ハ其ノ者ノ爲メニ請求ノ目的物ヲ所持スルモノニ及フコトヲ明定シタルニ付此明文ノ趣旨ハ確定判決ノ效力ヲ當事者ニ請求目的物ヲ返還スヘキ義務アル第三者ニ及サントスルニアルモノナレハ縱令其ノ目的物ノ所持者カ其ノ返還義務ヲ爭フモ法律上ヨリ之ヲ觀テ苟クモ返還義務アルモノナルトキハ其ノ當事者間ノ確定判決ニ拘束セラルヘキモノト解セサルヘカラス蓋シ或判決ノ當事者ニ對シ其ノ目的物ヲ返還スヘキ義務アル第三者ハ其ノ判決ノ效力ニ拘束セラルルモノト爲スモ其ノ者ハ何ウセ其ノ義務ヲ履行セサルヘカラサルニヨリ自己ニ對スル債權者ノ請求ニヨルモ將又其ノ債權者ニ對スル債權者ノ代位請求ニヨルモ其ノ義務履行ニ何等變動ヲ來スヘキコトナク從テ何等損害ヲ蒙ル虞ナキモ反是之ヲ拘束セラルヘキモノニアラストセハ債權者ハ債務者ニ對シテハ既ニ確定判決ヲ受ケ其ノ權利確定シタルニ拘ラス第三債務者ノ行爲ニヨリ確定判決ニヨル權利モ烏有ニ歸シ不測ノ損害ヲ蒙ムルニ至ルコトアルヘケレハナリ是故本件被告等カ閱致或ニ對シ本件土地ヲ返還スヘキ義務アル以上ハ原告對閱致或間ノ確定判決ノ效力

代位訴訟ト保全スヘキ債權ニ付テノ確定判決
訴訟行爲ヲ爲サシムルコトヲ主タル目的トスル信託行爲ト當事者ノ主張

ヲ無視シ原告ノ代位請求ヲ拒否スル能ハサルコトハ論ヲ俟タサル所ナリ被告竹本熊次ハ閱致或ト更ニ和解ヲ爲シ本件土地ノ所有權ヲ完全ニ取得シタル旨主張スルモ原告ハ前記確定判決ニ基ク債權ニヨリ閱致或ニ代位シテ其ノ和解契約ハ親族會ノ同意ナキ行爲ナルヲ理由トシ其ノ行爲ヲ取消シタルノミナラス閱致或モ亦同様ノ意思表示ヲ爲シタルニ付同被告ハ何レニスルモ其ノ土地ヲ閱致或ニ返還セサルヘカラサル義務アルモノナリ然ルニ原審ハ確定判決ノ效力ヲ否定シ原告對閱致或間ノ關係ハ信託ニシテ其ノ信託ハ無効ナリト説示シ被告等カ閱致或ニ對シ本件目的物ノ返還義務アリヤ否ヤヲ判斷セス原告對閱致或間ノ判決ハ被告等ニ對シ既判力ヲ生スルノ理ナシトノ理由ニテ原告ノ請求ヲ排斥シタルハ法ノ解釋ヲ誤リタル判決ナリト信スト謂フニ在リ

○判決理由

然レトモ所謂代位訴權ハ債務者ノ權利ヲ行使スルモノナルカ故ニ代位セラルヘキ當該權利關係カ訴訟ノ對象ト爲ルヘキハ言ヲ俟タスト雖同時ニ代位スヘキ權限即チ原告ノ債務者ニ對スル債權ノ存否ハ原告ト代位セラハキ權利ノ債務者トノ間ニ確定セラルルコトヲ要スルハ當然ニシテ其ノ確定ニ關シ原告ノ債務者ニ對スル債權ニ付既ニ確定判決ハ存スル場合ト雖之ニ拘束ヲ受クヘキモノニアラス蓋シ被告ハ民事訴訟法第二百一條ニ依リ右確定判決ノ既判力ニ服スヘキモノニアラサルハ勿論之ニ對シテ既判力ヲ及スヘキ法理ノ存スルコトナケレハナリ而シテ又代位ノ制度ハ強制執行ノ一方法ヲ定メタルモノニアラサルカ故ニ所論設例ニ於ケルカ

如キ取立訴訟ノ場合ト對比シテ之ト同一ニ論セントスルハ該ラスト謂フヘシ原判示ハ正當ニシテ右ト反對ノ見地ニ立脚シテ之ヲ非議スル論旨ハ採用シ難シトス

○上告理由

同第二點ハ原判決ハ原告對閱致或間ノ關係ハ賣買ニアラスシテ信託ナリト認メ甲第二十四號證ニ證人權鍵容、閱致或ノ供述ヲ參酌スレハ前記信託ハ訴訟ヲ爲サシムルコトヲ主タル目的トシテ之ヲ爲シタルモノナル事實ヲ認メ得ヘキニヨリ前記信託ハ無効ノモノト謂フヘシト判定シタリ然レトモ甲第二十四號證及權鍵容並ニ閱致或ノ供述ハ總テ右事實即チ訴訟行爲ヲ爲サシムルコトヲ主タル目的トシテ本件土地ヲ信託シタルモノト認ムヘキ資料ナキニ拘ラス濫リニ如斯判定シタルハ證據ニヨラスシテ事實ヲ認定シタルモノナルヲ免レサハ土地代金ト出費トヲ差引シ敗訴スレハ利息ヲ附シテ返金スルコトニシテ賣買シタノテアリマス」ト述ヘ又「閱致或ノ名義テ訴訟スルヨリハ他人ノ名義テヤツタ方カ良イトノ事テ原告ニ移轉シタノテアリマセン」ト陳ヘタルニ付其ノ證言ノ趣旨ハ當時閱致或ハ本件土地及其ノ他ノ土地ヲ取戻ス爲訴訟ヲ起サントスルモ費用ノ調達ニ窮スルニ付其ノ目的土地ノ一部即チ本件土地ヲ原告ニ賣却シ其ノ代金ノ一部ヲ以テ本件土地以外ノ土地ニ關スル訴訟費用ニ供スル爲本件土地ヲ原告ニ賣渡シタルモノナルコトヲ窺知シ得ルモノニシテ原審ノ認メタルカ如キ事實ヲ認定スヘキ資料ハ同人ノ證言中ニ一モナキノミカ却テ其ノ反對ノ事實ヲ認メ得ヘキ供述

代位訴訟ト保全スヘキ債權ニ付テノ確定判決
訴訟行爲ヲ爲サシムルコトヲ主タル目的トスル信託行爲ト當事者ノ主張

多々アルニ拘ラス原審ハ此ノ證言ヲ採用シテ訴訟ヲ爲サシムルコトヲ主タル目的トシタル信託ナリト認メタルハ違法ナリ竊カニ惟フニ原審ハ因致或ハ他ノ土地ニ付訴訟ヲ爲ス目的ニテ其ノ訴訟費用ヲ調達スル爲ニ本件土地ヲ原告ニ信託シ資金ノ融通ヲ受ケタルモノト認メ此ノ行爲ハ訴訟ヲ爲スヲ主タル目的ト爲シタルモノト認定シタルカ如キ觀アリ然レトモ本件土地ニ付訴訟ヲ爲サシムルコトヲ主タル目的ト爲シタルモノニアラスシテ本件土地ヲ利用シテ他ノ土地ニ關スル訴訟費用ヲ調達スル爲メナルコトハ原審ニ於テ採用シタル權鐘容ノ證言ニヨリ明カナルニ原審ハ訴訟ヲ爲サシムルコトヲ目的ト爲スコトト訴訟費用ノ調達ヲ目的ト爲スコトヲ混同シ訴訟費用調達ノ爲土地ヲ信託讓渡シ借金シタル場合ハ其ノ行爲ヲ無効ト爲スヘキモノト解釋シタルカ如キハ其ノ解釋ノ誤リタルモノナルコト多言ヲ要セサル所ナリ近來大審院ニ於テハ取立委任ノ爲メ債權ヲ讓渡シタル場合ニ其ノ讓受人カ債務者ニ對シ債務履行ヲ督促スルモ債務者カ履行セサルニヨリ訴訟ヲ起シタルトキハ其ノ信託讓渡ハ訴訟ヲ爲サシムルコトヲ主タル目的ト爲シタルモノト爲スヲ得ストノ判例ヲ下シ信託法第十一條ノ範圍ヲ極メテ狭ク解釋シタルナリ其ノ精神ハ同條ノ解釋ヲ廣義ニスルトキハ動モスレハ同條ヲ引用シ信託行爲ノ無効ヲ主張(本件ノ如ク)シ取引ノ安全ヲ紊亂スル虞アルニヨリ信託讓渡ニシテ他ノ目的ナク訴訟ヲ爲サシムルコトヲ唯一ノ目的ト爲シタル場合ニアラサレハ其ノ行爲ヲ維持セシムルカ信義ノ原則ニ適合スルモノト解シタルニアルナリ本件ニ付觀之ニ原告對因致或ノ關係ハ信託ナリト假定スルモ其ノ主タル目的ハ同土地ヲ利用シテ原告ヨリ他ノ土地ニ關スル訴訟費用ノ融通ヲ受ケ一面ニ於テ孫洪八ニ對スル報

酬債務ヲ原告ヲシテ擔保セシムルニアルコト原審ニ於テ採用シタル各證據ニヨリ明カナルニ拘ラス訴訟ヲ爲サシムルコトヲ主タル目的ト爲シタルモノト認メタルハ採證法則ニ違背シタル判決ナリ尙ホ原審ハ甲第二十四號證ヲ採リテ訴訟ヲ爲サシムルコトヲ主タル目的ト爲シタル信託行爲ナリト認メタルモ原來本件土地代金ハ一部ヲ以テ因致或ニ於テ本件土地以外ノ土地ニ關スル訴訟費用ニ供シ一部ヲ以テ因致或ヨリ孫洪八辯護士ニ對スル諸訴訟事件ノ報酬ヲ原告ヨリ直接孫洪八ニ支拂フヘク因致或ハ土地代金ニ付テハ更ニ關係セサルヘキ旨(甲二十三號證)即チ自己ハ直接原告ニ請求セサルヘキ旨ノ約束ナリシニヨリ同證書ノ内容ハ原告ニ於テ直接其ノ代金ヲ孫洪八ニ支拂フニハ訴訟事件ニ付成功シ報酬ヲ支拂フヘキ義務生シタルトキ始メテ其ノ土地ヲ引渡スヘク其ノ報酬金支拂義務未確定ノトキハ判決ノ執行ヲ留保スヘキ旨約束シタルコトヲ認メ得ヘク同趣旨ハ如斯契約ヲ爲スニアラサレハ本件判決確定スレハ因致或ノ孫洪八ニ支拂フヘキ報酬金債務發生スルト否トヲ問ハス又代金支拂ノ有無ヲ問ハス原告ハ直チニ判決ノ執行ニヨリ土地ノミヲ取ル虞アルニヨリ因致或ハ之レカ防止策トシテ孫洪八ニ對スル報酬金債務發生シタル後判決ヲ執行スルコトト爲シタルニアルコト明カナリ之ニヨレハ寧ロ本件土地ハ信託ニアラスシテ眞實ノ賣買ナルコト明白ニシテ假リニ信託ナリトスルモ少クトモ孫洪八ニ對スル報酬債務ヲ原告ヲシテ擔保セシムル爲ニシテ訴訟ヲ爲サシムル目的ニアラサルコト極メテ瞭然タリ然ラハ原審ノ同書内容ヲ採リ訴訟ヲ爲サシムルコトヲ主タル目的トシタル信託行爲ナリト判定シタルハ違法ナルコト明カナリ殊ニ原審ニ於テ被告等ハ原告對因致或ハ其ノ信託契約ヲ解除シタルモノナ

代位訴訟ト保全スヘキ債權ニ付テノ確定判決
訴訟行爲ヲ爲サシムルコトヲ主タル目的トスル信託行爲ト當事者ノ主張

リト抗爭シタルモノニシテ其ノ信託ハ訴訟ヲ爲サシムルコトヲ主タル目的ト爲シタルモノニ付無効ナル旨ヲ主張シタルコトナシ法律上當然無効ト取消ニヨリ始メテ無効トナルヘキコトトハ全ク別個ノ問題ニシテ當事者ノ主張何レニアルカヲ明カニシテ之ヲ判斷セサルヘカラス然ルニ原審ハ被告ハ取消ノ行爲アルコトヲ主張シタルニ拘ラス其ノ事實ノ有無ヲ判斷セス濫リニ被告等ノ主張セサル信託法第十一條ヲ引用シテ法律上當然無効ナルコトヲ判定シタリ之ハ明カニ當事者ノ申立テサル事項ニ付判決シタルモノニシテ民事訴訟法第八十六條ニ違背シタルモノナリト謂フニ在リ

○判決理由

然レトモ原判決援用ノ證據ニ依レハ論旨摘録ノ如キ原判示事實ヲ肯認シ得ヘク權鍵容ノ證言ニハ賣買ノ語辭存スト雖對價タルヘキ代金ハ閱致或ニ給付セラルルコトナク凡テ本件訴訟ノ費用ニ充當スト謂フニ在ルカ故ニ其ノ趣旨即チ訴訟ヲ爲スコトヲ主タル目的トスル信託關係以上ヲ出テス同證言及甲第二十四號證ハ前顯原判令ニ抵觸スルモノニアラサルモノト謂フヘク又甲第二十三號證ハ原判決ノ採用セサルモノナルコト判文上明白ナリ而シテ當該行爲カ信託行爲ナリヤ否ト信託ノ目的カ信託法第十一條ニ反スルヤ否トハ區別ヲ要シ前者ニ在リテハ當事者ノ主張ヲ要スト雖後者ニ在リテハ裁判所ハ當事者ノ主張ナシト雖判斷スヘク又爲ササルヘカラサルモノトス本件ニ於テ被告ハ「原告ヲシテ本件訴訟ヲ爲サシムル目的ヲ以テ原告ニ對シ本件土地ヲ信託シタル」旨主張セルコトハ原判決摘示及原審口頭辯論調書ニ明ニシテ斯ル信託行爲カ信託法第十一條ニ

該當シ法律上無効ナリトハ特ニ主張セルコトナシトスルモ之ニ付判斷ヲ爲シタルコトハ相當ナルハ右ニ述ヘタルカ如クナルヲ以テ主張セサル事項ニ付判斷シタリトハ非難ハ該ラスト謂フヘシ然則チ論旨ハ凡テ理由ナシトス

○訴訟費用額確定申立事件ニ對スル抗告

(昭和十一年民抗第一號 昭和十一年四月七日民事部決定 取消差戻)

〔抗告人〕

國際通運株式会社

代表者取締役

中野金次郎

代理人辯護士

遠藤省三

〔相手方〕

高瀬敬藏

(原裁判所)

京城覆審法院

○判示事項

訴訟代理人ノ要シタル旅費止宿料ト訴訟費用

○決定要旨

當事者カ自己ノ住所以外ニ住所又ハ事務所ヲ有スル辯護士ヲ訴訟代理

訴訟代理人ノ要シタル旅費止宿料ト訴訟費用

人トシテ選定シタル場合ニ於テ該代理人カ當事者本人ニ代リテ出頭シタル爲ニ要シタル旅費止宿料カ本人自ラ出頭スルモノトセハ支出スヘキ旅費止宿料ニ超過スルトキハ其ノ超過部分ハ特別ノ事情ナキ限り權利ノ伸張又ハ防禦ニ必要ナル行爲ニ因リ生シタルモノト謂フヲ得サルモノトス

【參照】 民事訴訟費用法第一條 民事訴訟法ノ規定ニ於ケル訴訟費用ハ權利ノ伸張又ハ防禦ニ必要ナル限度ノ費用トシ以下數條ノ規定ニ從ヒ之ヲ算定ス

○事實

右抗告人ハ相手方申立ニ係ル訴訟費用額確定申立事件ニ付昭和十年十二月二十六日京城覆審法院カ抗告審トシテ爲シタル決定ニ對シ更ニ當院ニ抗告ヲ爲シタリ

○抗告理由

抗告理由ハ原決定ハ其理由ニ於テ民事訴訟ハ本人自ラ訴訟ヲ進行セサルヘカラサルモノニ非ス權利伸張、防禦ノ爲ニハ受訴裁判所ヨリ遠隔ノ地ニ在ル者ヲ訴訟代理人ニ選任シ得ヘク其場合代理人カ裁判所ニ出頭シタル旅費日當ハ當然敗訴者ニ於テ負擔スヘキコト當然ニシテ當事者ニ於テハ斯ル負擔ハ始メヨリ當然覺悟セサルヘカラサル所ナル趣旨ヲ說示シ進ムテ本件相手方(原審抗告人)カ本案訴訟ニ於テ訴訟行爲ヲ委任シタル大阪地方裁判所所屬辯護士中垣英三郎ハ相手方ノ實弟ニ當ルヲ以テ縱令遠隔ノ地ニ在リトスルモ辯護士タル實

弟ニ訴訟ヲ委任スルハ兄弟信賴ノ念ヨリスルモ將又他ノ辯護士ニ委任スルコトニヨリ支出セサルヘカラサル多額ノ費用ヲ節約シ得ル便宜ヨリスルモ極メテ當然ニシテ權利擁護ノ爲メ必要ナルヘキモノト認ムトシ右中垣英三郎カ大阪市ヨリ受訴裁判所及檢證現場ニ出張シタル往復旅費日當全部ヲ訴訟費用トシテ容認シ以テ敗訴者タル抗告人ヲシテ其合計金七百五十二圓二十九錢及其他ノ費用金百五十圓四十三錢總計金九百二圓七十二錢ヲ負擔セシムヘキ旨ノ決定ヲ爲サレタリ、民事訴訟ハ必スシモ本人自ラ之ニ當ラサルヘカラサルモノニアラストスルモ本人訴訟主義ヲ採レル我法制ノ下ニ在リテハ其訴訟代理人カ縱令辯護士ナル場合ニ於テモ本人自ラ爲シタル場合ノ額ヲ超過シテ之ヲ相手方ニ負擔セシムヘキモノニアラス果シテ權利伸張、防禦ニ必要ナリシヤ否ハ客觀的ニ之ヲ觀察シテ決セサルヘカラズ本人一己ノ特殊ノ便宜ヨリシテ特ニ多額ノ費用ヲ要シタル場合ノ如キ之ヲ一般的必要費用ト同視シ得ヘキ限リニ在ラサルヘシ本件相手方カ其實弟タル大阪地方裁判所所屬辯護士中垣英三郎ニ訴訟委任ヲ爲シタルハ兄弟間信賴ノ情誼ヨリシテ洵ニ然ルヘキヲ肯ハシムルモノナキ能ハサルト共ニ反面想像タニ及ハサル多額ノ失費ヲ醸スナキヤノ懸念ヲ生スルコト亦必然タラサルヘカラス一方他ノ辯護士ニ委任シタル場合ノ報酬支出ヲ免カルト共ニ多額ノ旅費ヲ負擔セサルヘカラサルコト固ヨリ其覺悟ナカラサルヘカラサルトコナリ果シテ何レヲ利トスヘキヤハ今遽ニ斷言シ難キモ相手方ハ中垣英三郎選任ニヨリ幾分多額ノ旅費ヲ費シタル其反面之ニ匹敵スヘキ報酬ノ支拂ヲ免レタルコト其主張ノ如ク原決定ニ於テモ相手方カ他ノ辯護士ニ委任スルコトニヨリ支出セサルヘカラサル多額ノ費用ヲ節約シ

得ル便宜ヨリスルモ云々ト説示シテ此事實ヲ認メラレタルトコロナレハ彼此相殺セラレタルトコロニシテ之カ爲特ニ多額ノ費用ヲ負擔スルニ至リタリト爲シ得ス加之斯カル事情ハ相手方一己ノ特殊ノ事情ニ基ク便宜ヨリ出テタルモノタリ客觀的ニ其必要ヲ肯認シ得ヘキモノニアラス殊ニ我民事令ハ原則トシテ訴訟代理人ハ辯護士ヲシテ之ニ當ラシムルコトヲ規定サレタリ中垣英三郎ハ法域ヲ異ニスル大阪地方裁判所所屬辯護士タルコトハ争ナキモ我法域ニ於ケル辯護士ニ非サルニヨリ之ニ訴訟代理ヲ委任スルハ實ニ特殊ノ事情ニ基ク相手方一己ノ便宜ニ出テタルニ過キササルナリ訴訟提起又ハ應訴ニ際シテハ當事者ハ相當檢討熟慮シテ之ヲ決スヘキモ尙且敗訴ノ場合相手方ノ要シタル訴訟費用ノ負擔ヲ爲ストアルヘキヲ期シテ之ニ當ルモノナリ原決定亦爾ク説示サルトコロアリ然レトモ斯カル豫期セサル相手方一己ノ特殊事情殊ニ已ムヲ得サルニ出テタルニアラス專恣ノ便宜ニ出テタル冗費ヲモ敗訴者ノ負擔スヘキ訴訟費用トナスハ妥當ヲ缺クモノアリ相手方ノ訴訟代理人中垣英三郎ノ出頭旅費ハ相手方本人自ラ爲スニ要スル範圍ヲ超ユルヲ許ササルモノナリ事件ノ複雑重大ナルモノニアリテハ數名ノ辯護士ニ訴訟代理ヲ委任スル必要ヲ感スルコトアリテ其事例尠カラス然レトモ开ハ當事者ノヨリ満足ヲ得ムトスル欲求ニ過キスシテ已ムヲ得サル事情トハナシ難キナリ大審院ニ於テモ斯カル事例ニ對シ一人ノ訴訟代理人ノ費用額ヲ超ヘテ敗訴者ヲシテ負擔セシムヘキニ非ストサレリ(大審院昭和二年法(オ)第二七四〇號一〇頁)判決總攬諸法令下卷一九三七頁)本件即之ト其論據ヲ等シクスルモノニシテ原判決ノ數額ハ過當ナリ更ニ相手方ノ訴訟代理人ノ止宿料ノ如キ三日乃至五日ヲ計上セラレタルトモ

概ネ宿泊ハ一泊ニシテ事足ルヘク時ニ依リテハ宿泊ノ要ナキ場合アリ斯カル過分ノ宿泊ニ就テハ其必要上口ムヲ得サルニ出テタル事由ナキ限り是亦容認スヘキモノニアラスサレハ原決定ニ於テ相手方訴訟代理人ノ大阪市ヨリ裁判所ニ往復シタル旅費竝ニ不必要ノ滞在ニ要シタル宿泊料ヲ訴訟費用トシテ計上サレタルハ法理ノ解釋ヲ誤リタル違法アルモノニシテ破毀セラルヘキモノト信スルナリト謂フニ在リ

○ 決定理由

按スル本件訴訟費用額確定申立事件ノ本案事件ハ咸興地方法院ヲ第一審トシ京城覆審法院ヲ第二審トセルモノニシテ勝訴ノ被告(本件抗告ノ相手方)高瀬敬藏ハ咸鏡南道甲山郡普惠面ニ居住スル者ナルトコロ同人ハ大阪地方裁判所所屬辯護士中垣英三郎ニ委任シテ本案第一、二審ノ訴訟行爲ヲ爲サシメタルモノトス然ルニ原審ハ「民事訴訟ニ於テハ當事者カ法律手續ニ通曉セル辯護士等ニ訴訟委任ヲ爲スハ通常ノ事例ニシテ(中略)其ノ委任ヲ爲スニ當リテハ當事者カ自己ノ權利擁護ノ爲適宜受任者ヲ選擇決定シ得ヘキモノニシテ必スシモ受訴裁判所所在地ニ住所ヲ有スル者ノミニ委任セサルヘカラサルモノニ非ス從テ其ノ選擇決定シタル受任者カ受訴裁判所所在地ニ居住セサル爲口頭辯論期日又ハ證據調期日ニ出頭スルニ要シタル旅費日當及止宿料ハ權利ノ伸長防禦ノ爲ニ必要ナル費用ト謂フヘク(中略)當該訴訟代理人ノ住所カ受訴裁判所ヨリ遠隔ノ地ニ在ルコトノミヲ以テ直ニ敍上出頭ニ要シタル費用カ不必要ナリシモノト爲スヲ得サルハ當然」ナリト判示シタリ然レトモ當事者カ自ラ訴訟行爲ヲ爲サシテ其ノ住所以外ニ住所又ハ事務所ヲ有スル辯護士ヲ訴訟代理

人トシテ選定シタル場合ニ於テ該代理人カ當事者本人ニ代リテ出頭シタル爲ニ要シタル旅費止宿料カ當事者本人自ラ出頭スルモノトセハ支出スヘキ旅費止宿料ニ超過シタルトキハ少クトモ其ノ超過部分ハ特別ノ事情ナキ限り其ノ權利ノ伸張又ハ防禦ニ必要ナル行爲ニ因リ生シタルモノト謂フヲ得サルハ當然ノ事理ナリ本件ニ於テ相手方代理人中垣英三郎カ相手方ノ實弟タルコトハ原審確定ノ事實ニシテ夫レカ故ニ相手方ハ同人ニ對シ訴訟委任ヲ爲スニ因リ判示ノ如ク「信賴ノ念」ヲ満足セシメ且ツ他ノ辯護士ニ委任シタル場合ニ比シ「多額ノ費用ヲ節約シ得ル便宜」アリタリトスルモ斯ノ如キハ未タ以テ右特別事情ニ該當セサルモノト謂フヘク記録ニ依リ認メ得ル本案事件ノ性質、内容、訴訟ノ經過等ニ鑑ミルモ亦之ヲ肯認スルニ足ラス然ルニ原審カ他ニ右特別事情ニ該當スル事情ノ存在ニ付判示スルコトナク又相手方本人出頭ノ場合ニ要スヘキ費用トノ關係ニ付毫モ考量ヲ須フルコトナク中垣英三郎カ受訴裁判所又ハ其ノ指定シタル場所ニ出頭スルニ付要シタル大阪市ヨリノ旅費、止宿料ノ全額ヲ相手方ノ權利ノ伸張又ハ防禦ニ必要ナリシモノト認メ抗告人ニ所論ノ如キ費用負擔ヲ命シタルハ失當ニシテ原決定ハ取消ヲ免レサルモノトス

○土地所有權移轉登記抹消請求事件

(昭和十一年民上第三九號 一部差戻)
昭和十一年四月二十八日民事部判決

〔原告〕 控訴人 被上告人 豆布慰親 代表者 具 斗 天 訴訟代理人 辯護士 孫 致 啟
〔被告〕 被控訴人 上告人 亡許珂 承繼人 許鎮外二人 訴訟代理人 辯護士 全 永 錫 源 復代理人 辯護士 崔 秉 錫

〔第一審〕 釜山地方法院 統營支廳 〔第二審〕 大邱覆審法院

○判示事項

抵當土地ノ賣却ト詐害行爲

○判例要旨

抵當權ニ依リテ擔保セラルル債務ノ金額力抵當土地ノ價額ヲ超過スルトキハ其ノ所有者ニ於テ抵當土地ヲ他ニ賣却スルモノニ因リテ債權者ヲ害スルコトナキカ故ニ債權者ニ於テ之ヲ取消スヲ得サルモノトス

〔參照〕 民法第四百二十四條 債權者ハ債務者カ其債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル法律行爲ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但其行爲ニ因リテ利益ヲ受ケタル者又ハ轉得者カ其行爲又ハ轉得ノ當時債權者ヲ害スヘキ事實ヲ知ラサリシトキハ此限ニ在ラス

前項ノ規定ハ財産權ヲ目的トセサル法律行爲ニハ之ヲ適用セス

抵當土地ノ賣却ト詐害行爲