大正十三年十一月三日ヨリ起算シ實ニ一年三ケ月餘ヲ經過シ卽抵當不動產ニ對スル競落許可決定カ確定シタル以後ナル同十五年二月四日ニ係ルヲ以テ右ハ著シク遲延シ到底遲滯ナク爲シタルモノト認ムルヲ得サルニヨリ既ニ爲シタル滌除ノ通知ハ其ノ效力ヲ喪失シ被上告銀行ハ依然抵當權者タリシモノト謂ハサルヘカラス…原判決ハ結局正當ナリ（大審院昭和二年才二七六號同年六月一六日判決法律新聞二七五〇號一一頁

●法律評論一六卷民法一三一五頁）

二　右一ノ1引用判例―〔大正八年分〕諸法上二二六頁「增價競賣申立ノ時期」ノ一〔大正十四年分〕二續民四〇一頁「增價競賣請求ノ效力發生時期」ノ一及二

右一ノ2引用判例―續民法一〇四三頁「滌除權者ノ辨濟又ハ供託時期」ノ一

◎增價競賣請求ノ無效ト第二次請求

一　〔朝鮮高〕1民法第三百八十四條ノ規定ニ依リテ抵當不動產ノ增價競賣ヲ請求スル債權者ハ第三取得者ニ競賣ノ請求ヲ送達シタル日ヨリ三日內ニ裁判所ニ競賣ノ申立ヲ爲スコトヲ要シ右申立ヲ爲ササルトキハ競賣ノ請求ハ無效ニ歸スヘキモノナルコトハ競賣法第四十條ノ規定ニ依リ明白ナリト雖民法第三百八十四條ニハ債權者ハ滌除ノ通知ヲ受ケタル後一ケ月內ニ增價競賣ヲ請求セサルトキハ第三取得者ノ提供ヲ承諾シタルモノト看做ス旨規定セルニ徵スハ債權者ハ滌除ノ通知ヲ受ケタル後一ケ月ノ期間內ハ何時ニテモ增價競賣ノ請求ヲ爲シ得ルモノナルニ依リ前ニ爲シタル增價競賣ノ請求カ無效トナリタルトキハ更ニ第二ノ增價競賣ノ請求ヲ爲シ得ヘキ趣旨ト解釋セサルヘカラス從テ苟クモ此ノ第二ノ請求カ法定期間タル一ケ月內ニ爲サレタル以上該請求カ第三取得者ニ送達セラレタル日ヨリ三日內ニ裁判所ニ對シ競賣申立ヲ爲シタルトキハ該申立ハ適法ナリト謂ハサルヘカラス卽チ競賣法第四十條第二項ニハ競賣ノ請求ヲ無效トスル旨規定スルノミニシテ競賣申立權ヲ絕對ニ消滅セシムル趣旨ノ規定ニ非サルコト明カナルノミナラス競賣ノ請求カ無效ト爲リタルトキハ當初ヨリ競賣ノ請求ナカリシト同一ニ歸スヘク而カモ競賣ノ請求ヲ爲スヘキ期間ハ依然トシテ滌除ノ通知アリタルトキヨリ一ケ月內ニ限定セラルルモノナルヲ以テ第二ノ競賣請求ヲ許スモ第三取得者ノ權利ヲ害スルモノト謂フコトヲ得ス

2本件記錄ニ依レハ昭和二年七月十一日本件不動產ノ第三取得者近藤豐次郎ヨリ債權者タル抗告人ニ滌除ノ通知ヲ爲シタルトコロ同月二十五日抗告人ヨリ增價競賣ノ請求書ヲ近藤豐次郎ニ送達シタルモ其ノ後三日內ニ裁判所ニ競賣申立ヲ爲サス次テ同年八月九日更ニ競賣請求書ヲ送達シ同月十日京城地

方法院ニ增價競賣ノ申立ヲ爲シタルモノニシテ最初ノ競賣請求ハ其ノ後三日內ニ競賣ノ申立ヲ爲ササリシ爲無效ニ歸シタリト雖其ノ後ニ爲シタル競賣請求ハ同シク一ケ月內ニ爲サレタルノミナラス其請求書ヲ送達シタル日ヨリ三日內ニ裁判所ニ競賣ノ申立ヲ爲シタルモノナルニ依リ抗告人ノ增價競賣ノ申立ハ結局適法ニシテ京城地方法院カ之ニ基キ競賣開始決定及競落許可決定ヲ與ヘタルハ正當ナリ然ルニ原審ハ抗告人カ最初ニ競賣ノ請求書ヲ送達シタル日ヨリ三日內ニ競賣申立ヲ爲ササリシモノナルニ依リ增價競賣申立權ヲ喪失シタルモノナリト爲シ其ノ後適法ニ爲シタル競賣申立ヲ認容スヘカラサル旨判斷シタルハ失當ニシテ本件抗告ハ理由アリ（朝鮮高等法院昭和三年民抗七號同年二月二〇日決定朝鮮司法協會雜誌七卷三號五一頁●法律評論一七卷民法五五九頁）

◎滌除通知ノ無效ト第二次ノ通知（三續民三八三條）

◎滌除通知ノ無效ト增價競賣申立ノ效力

一　〔大審院〕按スルニ增價競賣ハ抵當權實行ノ爲抵當物件ノ競賣ヲ爲スニ付抵當權者ニ特定ノ負擔ヲ課シタル競賣手續ニ過キサルヲ以テ假令滌除權ヲ有セサル者ノ滌除ノ通知ニ基キ抵當權者カ增價競賣ノ申立ヲ爲シ競賣手續ヲ進行シタリトスルモ滌除ノ通知ノ無效ナルコトヲ理由トシテ該競賣手續ニ對シ異議ヲ主張スルコトヲ得サルモノト謂ハサルヘカラス（大審院昭和四年ク三五五號同年四月三〇日決定大審院判例集八卷民事四三五頁●法律評論一八卷民法一〇九九頁）

二　〔大審院〕按スルニ抵當權ヲ有スル債權者數人アル場合ニ於テ抵當ノ目的タル不動產ノ第三取得者カ債權者ノ一人ノミニ對シテ滌除ノ通知ヲ爲シタルニ止ルトキハ該通知ハ無效ニシテ之ニ基キ增價競賣ノ手續ニ出ツルコトヲ得サルコト民法第三百八十三條第三百八十四條ノ規定ニ徵シ疑ヲ容レサルヲ以テ原決定カ所論ノ如ク說示シテ抗告人ノ抗告ヲ棄却シタルハ違法ナリ然レトモ增價競賣ノ申立モ亦其ノ實質ニ於テ抵當權ノ實行ヲ爲サムトスルモノニ外ナラサルカ故ニ右債權者ノ有スル抵當權ニシテ之カ實行ヲ爲シ得ル狀態ニ在ルニ於テハ通常ノ抵當權ノ實行トシテ其手續ヲ繼續シ得ヘク債務者ハ滌除ノ通知ノ無效ヲ理由トシテ債權者ノ抵當權ノ實行ヲ阻止シ得サルモノト解スルヲ相當ト爲スヘク〔昭和六年七月二十三日同年（ク）第四百八十五號當院決定參照〕而シテ本件ニ於テ本件競賣申立人カ抵當權者ニシテ該抵當權カ現ニ實行シ得ヘキ狀態ニ在ルコトハ原決定ノ確定シタルモノト解シ得ルヲ以テ既ニ增價競賣手續開始決定アリタル以上第一審裁判所ハ恰モ通常ノ競賣開始決定アリタル場合ト同樣ニ通常ノ競賣手續トシテ遂行スヘキモノナレハ同裁判所カ本件異議ノ申立ヲ却

下シタルハ相當ナリ（大審院昭和六年ク九七一號同年一二月二二日決定判例彙報四三卷六號民事二七八頁●法律評論二一卷民法一四七頁）

三　右二ト同旨判例―一、大審院昭和六年ク五二號同年一二月一六日決定法律新聞三三六八號七頁●法律評論二一卷民法一四八頁●二、大審院昭和六年ク九七三號同年一二月二二日決定法律評論二一卷民法一四五頁

四〔大審院〕右二ノ引用判例―案スルニ抵當權ヲ有スル債權者カ數人アル場合ニ於テ抵當權ノ目的タル不動產ノ第三取得者カ右各債權者ニ對シテ滌除ノ通知ヲ爲サス單ニ其ノ一人ニ對シテ之ヲ爲シタルニ止マルトキハ其ノ滌除ノ通知ハ無效ニシテ之ニ基キ增價競賣ノ手續ニ出ツルコトヲ得サルハ勿論ナリト雖增價競賣ノ申立モ亦其ノ實質ニ於テ抵當權ノ實行ヲ爲サムトスルモノニ外ナラサルカ故ニ若右債權者ノ有スル抵當權ニシテ之ヲ實行シ得ル狀態ニ在ルニ於テハ通常ノ抵當權ノ實行トシテ其ノ手續ヲ繼續スヘク債務者ハ前示滌除ノ通知ノ無效ナルコトヲ理由トシテ債權者ノ抵當權ノ實行ヲ阻止スルコトヲ得サルモノトス本件ニ於テ關信興株式會社以外ノ抵當權者ニ滌除ノ通知ナカリシコトハ原審ノ確定シタルトコロナルモ右會社ノ有スル抵當權カ現ニ之ヲ實行シ得ヘキ狀態ニ在ルコトハ記錄上明白ナルニヨリ既ニ增價競賣手續開始決定アリタル以上第一審裁判所ハ恰モ通常ノ競賣手續開始決定アリタル場合ト同樣ニ通常ノ競賣手續トシテ進行スヘク本件異議ノ申立ハ理由ナキニ歸スルモノトス右ノ趣旨ニ反スル當院ノ昭和二年四月二日〔同年（ク）第一八六號〕及昭和五年七月二十四日〔同年（ク）第七三六號〕ノ決定ハ其ノ後ノ當院ノ昭和五年七月三十日〔同年（ク）第七三七號〕ノ決定ニ依リテ變更セラレタルモノトス（大審院昭和六年ク四八五號同年七月二三日決定大審院判例集一〇卷民事七四四頁●法律新報二七六號一四頁）

五　右四ノ引用判例―〔ク一八六號〕二續民四〇〇頁「滌除通知ノ要件及效力」ノ一及二●〔ク七三六號〕右ク一八六號ト同旨ニテ法律新聞三一五五號七頁及法律新報二二九號一一頁ニ在リ

六　各債權者ニ爲ササル滌除通知ノ效力（三續民三八三條「瑕疵アル滌除通知ノ效力」一ノ5參看）

七　滌除通知ノ失效ト第二次ノ通知（三續民三八三條）

◎增價競賣ノ請求ト擔保ノ提供

一　增價競賣ニ於ケル擔保ノ性質（民訴六三八頁）

二　增價競賣ノ擔保ノ供與（民法一八六頁）

三　增價競賣ニ要スル擔保提供ノ時期（民法一八六頁●民訴六三七頁）

四　增價競賣請求前ノ擔保ノ效力（民法一八六頁）

第三百八十五條　【增價競賣請求ノ通知】

1 債權者カ增價競賣ヲ請求スルトキハ前條ノ期間內ニ債務者及ヒ抵當不動產ノ讓渡人ニ之ヲ通知スルコトヲ要ス

第三百八十六條　【增價競賣請求ノ取消】

1 增價競賣ヲ請求シタル債權者ハ登記ヲ爲シタル他ノ債權者ノ承諾ヲ得ルニ非サレハ其請求ヲ取消スコトヲ得ス

◎增價競賣請求ノ取消ト法律ノ誤解

一〔大審院〕增價競賣ヲ請求シタル債權者ハ登記ヲ爲シタル他ノ債權者ノ承諾ヲ得ルニ非サレハ其ノ請求ヲ取消スコトヲ得サルモノナルコトハ民法第三百八十六條ノ明ニ規定スル所ナルカ故ニ右ノ承諾ヲ得スシテ其ノ請求ヲ取消スモ取消ノ效ナキモノト云ハサルヘカラスサレハ原審カ他ニ何等ノ說明ヲ爲スコトナク唯增價競賣申立人カ登記ヲ爲シタル他ノ債權者ノ承諾ヲ得スシテ其ノ申立ヲ取下ケタル事實アリトスルモ事實上其ノ申立ニ因ル競賣事件ノ取下ケラレタル以上同一不動產ニ付其ノ後別個ノ事件トシテ爲サレタル競賣開始決定及該決定ニ基ク本件競落許可決定ノ手續ハ何等違法アルコトナシトシテ抗告人ノ抗告ヲ棄却シタルハ重要ナル手續ニ違背シテ裁判ヲ爲シタル違法アルモノトス（大審院昭和四年ク九八七號同年一二月六日決定法律新聞三一〇四號一三頁●判例彙報四一卷一〇號民事四八六頁）

二〔大審院〕1案スルニ原裁判所ノ確定シタル事實ニ依レハ本件不動產ノ競賣申立人タル債權者ハ曩ニ抵當權ニ基キ競賣裁判所ニ增價競賣ノ申立ヲ爲シ同裁判所ハ大正十四年（ろ）第二號事件トシテ競賣手續開始決定ヲ爲シ次テ競落許可決定ヲ言渡シタルモ抗告人ヨリ抗告ノ申立ヲ爲シタル結果右競落許可決定ハ廢棄セラレ而シテ競賣裁判所ハ此ノ決定ニ基キ債權者ノ爲シタル增價競賣ノ申立ニ付相當ノ裁判ヲ爲スヘキノ處之ニ先チ債權者ハ他ノ登記シタル債權者ノ承諾ヲ得スシテ單獨ニテ增價競賣ノ申立ヲ取下ケタル爲競賣裁判所ハ右ノ取下ヲ有效ト認メ競賣申立記入登記ノ抹消手續ヲ了シタリト云フニ在リ

2然レトモ增價競賣ヲ請求シタル債權者ハ登記ヲ爲シタル他ノ債權者ノ承諾ヲ得ルニ非サレハ其ノ請求ヲ取消スコトヲ得サルハ民法第三百八十六條ニ規定スル所ナルヲ以テ叙上ノ如ク增價競賣ノ申立ヲ爲シタル債權者カ登記ヲ爲シタル他ノ債權者ノ承諾ヲ得ルコトナクシテ單獨ニテ爲シタル競賣申立ノ

取下ハ法律上其ノ效力ヲ生セサルニヨリ亂ニ競賣裁判所カ債權者ノ增價競賣申立ニ基キ爲シタル競賣開始決定ハ依然トシテ其ノ效力ヲ有スルヲ以テ再ヒ同一ノ不動產ニ對シテ競賣開始決定ヲ爲スコトヲ得サルハ言ヲ俟タサル所ナリトス然ルニ原裁判所カ競賣申立ノ取下ト增價競賣ノ請求取消トハ別個ノ問題ナリトシ右債權者カ單獨ニテ爲シタル競賣申立ノ取下ヲ有效ナリトシ從テ競賣開始決定ハ當然其ノ效力ヲ失フモノト認メ其ノ後債權者ノ申立ニ基キ爲シタル競賣開始決定ハ同一ノ不動產ニ對シ二重ニ競賣開始決定ヲ爲シタルモノニ非ストシテ之ニ基ク競落許可決定ヲ有效ナリト爲シタルハ不法ナリト謂ハサル可カラス蓋增價競賣ノ請求ハ競賣裁判所ニ競賣ノ申立ニ依リテ爲スモノナルコトハ競賣法第四十條ニ規定スル所ニ係リ增價競賣請求ノ取消カ法律上其ノ效力ヲ生セサルニ拘ラス獨リ競賣申立ノ取下ノミ其ノ效力ヲ生スルカ如キハ素ヨリ有リ得ヘカラサル所ナレハナリ

3 然リ而シテ前記大正十四年（ろ）第二號事件ニ付抗告裁判所カ競賣裁判所ノ言渡シタル本件不動產ニ對スル競落許可決定ヲ廢棄シタル理由ハ第三取得者ノ滌除申立ハ不適法ナルニ拘ラス之ヲ適法ナリト認メ之ニ基キ爲シタル增價競賣開始決定及競落許可決定ハ不法ナリト云フニ在リテ右競落許可決定廢棄ノ裁判ハ確定シタルコトハ原裁判所ノ認ムル所ナリト雖

右ノ裁判ノ確定力ハ單ニ競落許可決定カ不法ナリトノ點ニ止マリ競賣開始決定ニ對シテハ其ノ效力ヲ及ホスモノニ非サルコトハ言ヲ俟タサル所ナルヲ以テ競賣裁判所カ右廢棄ノ裁判ニ基キ競賣開始決定ヲ取消ササル限リハ依然其ノ裁判ハ效力ヲ有シ該裁判ハ形式上ノミニ存シ實質上其ノ效力ヲ有セサルコトヲ理由トシテ之ヲ無視スルコトヲ得サルモノトス而モ前段說明シタル如ク本件債權者ノ爲シタル競賣申立取下ハ法律上效力ナキニモ拘ラス競賣裁判所カ效力アルモノトシテ競賣申立記入登記ノ抹消手續ヲ了シタリトセハ全ク法律ノ誤解ニ出テタルモノニ外ナラサレハ之アル爲ニ亂ニ爲シタル增價競賣開始決定ハ當然其ノ效力ヲ失フモノト云フヲ得サルハ是亦言ヲ俟タサル所ナリトス然ルニ原裁判所カ叙上ト反對ノ見解ニ出テ第三取得者ノ滌除ノ申立カ不適法ナリトノ理由ニ基キ增價競賣申立ニ基ク競落許可決定カ廢棄セラレタルコト競賣裁判所カ法律ノ誤解ニ依リ爲シタル競賣申立記入登記ノ抹消ヲ了シタル事實ニ基キ亂ニ爲シタル競賣開始決定カ當然其ノ效力ヲ失フモノノ如ク思惟シ本件競落許可決定ヲ有效ト認メ抗告ヲ棄却シタルハ不法ナリト謂ハサル可カラス（大審院昭和五年ク一五四號同年二月二四日決定法律新報二二一號一三頁●法律新聞三一三九號一四頁）

第三百八十七條【抵當權ノ實行】

1 抵當權者カ第三百八十二條ニ定メタル期間內ニ第三取得者ヨリ債務ノ辨濟又ハ滌除ノ通知ヲ受ケサルトキハ抵當不動產ノ競賣ヲ請求スルコトヲ得

◎抵當權ノ實行ニ關スル諸問

一 抵當權實行ノ要件（民法一八一頁）
二 抵當權ノ實行ト債務者ニ對スル豫告（三續民三八一條）
三 抵當權ノ實行通知ニ關スル諸問（三續民三八一條）
四 實行通知ヲ欠缺セル競落ノ效力（本條後出九二一頁）
五 抵當權ノ實行ト剩餘ノ見込ノ有無（本條後出九〇八頁）
六 未登記抵當權ノ實行（本條後出九〇八頁）
七 對抗要件ノ欠缺ト競賣權ノ消長（本條後出九〇九頁）
八 競賣ノ請求ヲ爲シ得ル時期（二續民三九九頁「抵當權ノ實行ト本條ノ一个月」一—四參看）
九 滌除期間內ノ競賣申立ノ效力（三續民三八二條）
一〇 根抵當期間內ニ於ケル抵當權實行ノ適否（民法一八四頁）
一一 抵當權實行ノ猶豫ト延期ノ承諾（本條後出九一一頁）
一二 期限前抵當權ノ實行ト競落ノ效力（本條後出九一〇頁）
一三 期限ノ利益侵害ト損害賠償ノ請求（本條後出九一〇頁）
一四 債權者ノ遲滯ト競賣申立權（民訴六一八頁）
一五 共有抵當權ノ實行（民法一八三頁）
一六 共有持分ノ抵當權ト其ノ範圍（三續民三六九條八二二頁）
一七 地上權及永小作權ノ競賣（民訴六二四頁）
一八 抵當權ノ擔保ト原抵當權ノ實行（三續民三七五條）
一九 根抵當ト債權ノ確定及競落ノ制限（本條後出九一一頁）
二〇 根抵當ノ實行ト貸越契約ノ消滅（三續民五八七條）
二一 保證人アル抵當權ト實行ノ時期（本條後出九一二頁）
二二 利息ノミノ抵當權實行ト殘額ノ處置（本條後出九一二頁）
二三 借地權消滅後ノ建物抵當權ノ實行（本條後出九一三頁）
二四 抵當權ノ實行ト土地表示ノ更正（續民法一〇四二頁）
二五 地上權ノ抵當ト土地表示變更ノ訴（本條後出九一七頁）
二六 抵當地分割登記ト債權者ノ代位（三續民四二三條）
二七 更改前ノ舊債務ニ基ク競賣ノ效力（三續民五一八條）
二八 月賦金ノ不拂ト抵當權ノ實行（諸法下一二三四頁）
二九 講總代ノ死亡ト抵當權ノ實行（本條後出九一四頁）
三〇 抵當權ノ實行ト相續登記ノ代位（三續民四二三條）
三一 不分明ノ相續人ト抵當權ノ實行（三續民一〇五一條）
三二 不動產ノ一部ニ對スル抵當權實行（本條後出九一四頁）
三三 抵當不動產ノ分合筆ト競賣手續（本條後出九一四頁）
三四 耕地整理ノ換地ニ對スル競賣申立（本條後出九一四頁）

三五　債務者ノ破產ト抵當權ノ實行（本條後出九一七頁）
三六　滯納處分ノ差押ト抵當權實行トノ競合（諸法上一九八頁）
三七　强制競賣ニ依ル抵當權ノ實行（民法一八三頁）
三八　抵當債權ニ基ク强制執行（民法一八一頁・民訴五二六頁）
三九　執行力ナキ公正證書ト抵當權ノ實行（民法一八一頁）
四〇　抵當權ノ實行ト妨害排除ノ請求（本條後出九一八頁）
四一　競賣山林ノ伐採及搬出ノ差止（本條後出九一九頁）
四二　競賣中ノ伐採行爲ト競落人ノ損害（本條後出九二〇頁）
四三　抵當權ノ讓渡及實行禁止ノ假處分（本條後出九二二頁）
四四　爭アル債權ト競賣申立（民訴六一八頁）
四五　競賣申立ト假處分トノ關係（諸法上一九一頁）
四六　假處分ヲ無視セル競賣手續ノ效力（諸法下一二三六頁）
四七　競落確定後ノ辨濟—供託ノ效力（三續民四七四條）
四八　無原因ノ强制執行ト其ノ效力及責任（民訴四三八頁）
四九　不動產ノ競賣ト抵當權ノ消滅（民訴五三四頁・續民法一〇五〇頁）

餘　錄

1 抵當債權ニ關スル諸問（三續民三六九條八二四頁）
2 任意競賣ト配當要求（三續民三七四條「特別登記ナキ利息及損害金ト優先權」二ノ2參看）
3 競賣法ニ依ル競賣ト配當要求ノ能否（諸法下一二五二頁）
4 競賣代金ノ配當ト債務ノ承認（三續民一五六條三九七頁）
5 抵當權ノ實行ト殘債權ノ時效（二續民二一二頁）

◎抵當權ノ實行ト剩餘ノ見込ノ有無

一〔大審院〕民事訴訟法第六百四十九條第一項ノ規定ハ抵當權實行ニ因ル不動產ノ競賣ニハ準用ナキカ故ニ〔昭和五年（ク）第三三九號同年七月一日當院決定參照〕本件競賣ノ目的タル第二、第三物件ノ最低競賣價額ハ本件競賣申立人ノ債權ニ優先スル他ノ債權者ノ債權額ニ達セサリシモノトスルモ之カ爲メ競賣手續ノ取消ヲ爲スヲ要スルモノニ非ス（大審院昭和六年ク六三九號同年六月九日判決法律新聞三二九二號一三頁）

二　剩餘アル見込ナキ場合ノ競賣（諸法上二〇五頁）

◎未登記抵當權ノ實行

一　未登記抵當權ノ實行（本條後出「對抗要件ノ欠缺ト競賣權ノ消長」二ノ1參看）

二　未登記抵當權ノ實行（諸法上一九二頁）

三　國有無番地上ノ未登記建物ノ競賣（諸法下一二三四頁）

四　未登記抵當權ノ實行ト登記ノ受否（諸法下一八七六頁）

五　一時皆濟ノ登記欠缺ト競賣申立（續民法八七五頁・諸法上一九二頁「未登記抵當權ト競賣手續」參看）

六　抵當權ノ承繼ト其ノ登記前ノ競賣申立（諸法下一二三五頁）

◎對抗要件ノ欠缺ト競賣權ノ消長

一〔抗告論旨〕原裁判所ハ抵當權實行ノ爲ニスル競賣手續開始決定ハ決定當時競賣申立人カ其ノ抵當權ヲ以テ債務者及不動產所有者ニ對抗スルコトヲ得ル場合ニ限リ之ヲ爲スコトヲ得ヘク然ラサル場合ニ於テハ縱令後日申立人カ其ノ抵當權ヲ債務者及不動產所有者ニ對抗スルコトヲ得ルニ至リタルトキト雖尙當初ノ開始決定ハ違法タルヲ免レサルモノトストノ前提ノ下ニ第一審裁判所ノ爲シタル競賣手續開始決定ニ對スル異議却下ノ決定竝右開始決定ヲ取消シ本件競賣申立ヲ棄却スル旨決定セラレタリ然レトモ債權及抵當權讓渡ノ通知ハ之ヲ缺クモ讓渡契約ハ無效タルヘキモノニアラスシテ唯債務者其ノ他ノ第三者ニ對抗シ得ラレサルニ過キス其ノ契約ノ有效ナル事ハ多言ヲ要セスシテ明ナリ然レハ開始決定當時右讓渡通知ヲ缺クモ之ヲ理由トスル開始決定異議事件ノ審理中ニ適法ナル債權讓渡ノ通知アリテ有效ナル讓渡契約カ完全ニ對抗力ヲ生スルニ至ラハ債權竝抵當權ノ讓受人ハ抵當權實行トシテ競賣ノ申立ヲ爲ス權利ヲ有スルニ至ルヲ以テ結局債務者ノ異議ノ理由ハ消滅スルモノト謂ハサルヘカラス果シテ然ラハ右異議事件ノ裁判ニ於テハ開始決定ヲ取消スヘキモノニアラサルヲ以テ異議ヲ却下シタル第一審裁判所ノ裁判ハ正當ニシテ原審決定ハ違法ナリト信スト云フニ在リ

二〔大審院〕1 案スルニ抵當權設定ノ當事者間ニアリテハ對抗ノ問題ヲ生セサルカ故ニ從ヒテ未登記ニ屬スル抵當權ト雖毫モ其ノ實行ヲ爲スヲ妨ケストノ事ハ已ニ當院ノ判例トスルトコロナリ然ルニ對抗ノ問題ヲ生スル場合ニ在リテハ固ヨリ其ノ要件ヲ具備スルニ非サレハ抵當權ヲ實行スルニ由無キハ論ヲ俟タスト雖本件抵當權ニ付キテハ其ノ設定ト移轉ト一々其ノ登記ヲ經タルコトハ原審ノ確定シタル事實ナルニ於テ抗告人カ其ノ讓受ケタル抵當權ニ基キ本件競賣ノ申立ヲ爲シタルハ固ヨリ其ノ處ナリ但此ノ申立當時該抵當權ニ依リ擔保セラルル債權ノ讓渡ニ付キテハ未タ其ノ通知ヲ債務者（本件抵當物所有者）ニ對シ爲シアラサリシコトハ是亦原審ノ確定シタル事實ナルモ

2 凡ソ抵當權ノ設定移轉其ノモノニシテ對抗要件ヲ具備スル以上其ノ基本タル債權ノ讓渡ニ付對抗要件ヲ欠缺セルコトハ抵當權實行ノ上ニ何等必然ノ支障ヲ及ホスコト無キハ競賣法第二十四條第三項ニ於テ競賣申立書ニハ當該不動產ニ關スル登記簿謄本ヲ添附スルコトヲノミ要求セルニ徵シ輙スク之ヲ領スルニ足ルモノアリ然ラハ則チ第三者殊ニ抵當不動產所有者ノ如キハ前記欠缺ハ又絕對ニ之ヲ主張スルノ途無キヤト云フニ爾ラス卽此等ノ者ニシテ此ノ欠缺ヲ援テ以テ當該債權ノ讓渡ヲ否認シ更ニ之ニ依據シテ以テ讓受人ノ抵當權ヲ否認セントスルトキハ开ハ別ニ競賣手續ニ對スル異議申立ノ方法ア

リ但前記對抗要件ノ如キハ孰レノ場合ニ於テモ異議ニ對スル裁判アル迄ニ之ヲ具備スレハ足ルコトハ蓋多言ヲ須ヒス何者此ノ對抗要件ノ存否ハ異議ニ對スル本案裁判ノ一事項ニ外ナラサレハナリ然ラハ則チ原審ノ確定シタルカ如ク本件抵當權竝其ノ基本タル債權ヲ抗告人ニ讓渡シタル幾野ハナニ於テ右債權讓渡ヲ債務者ニ通知シタルハ本件競賣申立〔昭和五年十二月二十七日〕後タル同六年三月三十日ノ事ニ係ルトノ理由ニ依リ原審カ本件競賣開始決定ヲ違法ト爲シタルハ失當ト云ハサルヲ得ス（大審院昭和六年ク七八三號同年一二月九日決定大審院判例集一〇卷民事一二〇四頁・法律新聞三三七六號一一頁・法律評論二一卷諸法八〇頁）

○右二ノ批評—吾妻光俊氏法學協會雜誌五一卷一一號一七一頁

三　對抗要件ノ欠缺ト競賣權ノ消長（諸法上二一七頁）

◎債權讓渡通知ト讓受人權利トノ關係（二續民五四四頁）

◎期限前抵當權ノ實行ト競落ノ效力

◎期限ノ利益侵害ト損害賠償ノ請求

一〔大審院〕叙上原院ノ判示スル所ニ依リテ之ヲ觀ルモ本件賴母子講ノ代表者タル野村正七等ハ被上告人ニ對シ五千圓ノ債

權及抵當權ヲ有スルモノニシテ唯之ヲ飯田順一ニ讓渡シタル當時ニ在リテハ被上告人ハ依然トシテ分割辨濟ノ利益ヲ有シ右金員ヲ一時ニ辨濟スルノ義務ヲ負擔セサリシニ過キス從テ講代表者ハ其ノ有スル自己ノ權利ヲ飯田順一ニ讓渡シタルモノナレハ原院判示ノ如ク其ノ讓渡ハ無效ノモノニ非ス元來債權カ辨濟期ニ達セサル場合ニ於テハ債權者ハ債務者ニ對シ其ノ債務ノ履行ヲ強要スルコトヲ得ス從テ之カ履行ナキコトヲ理由トシテ抵當權ノ實行ヲ爲スコトヲ得サルハ言ヲ俟タサルトコロナリト雖此ノ場合ハ債權又ハ抵當權カ全然存在セサルニ拘ラス之アリト稱シ抵當權ノ實行トシテ債務者ノ不動產ニ對シテ競賣ノ申立ヲ爲シタルトキト同一視スヘキモノニ非ス蓋後者ノ場合ニ於テハ債權者ト稱スル者ハ何等權利ヲ有セサルモノナレハ縱令競賣手續完結スルモ債務者ハ自己ノ關知セサル他人ノ行爲ニ依リ故ナク自己ノ不動產ヲ喪失スル理由ナキニ反シ前者ノ場合ニ於テハ債權者ハ現ニ債權及抵當權ヲ有シ卽債權者ハ當初ヨリ抵當權ノ目的タル不動產ヲ競賣シ其ノ賣得金ヲ以テ債權ノ辨濟ニ充ツル權利ヲ有スルモノニシテ唯之カ實行時期ニ付債務者カ債務ノ辨濟ヲ爲ササルトキナル制限ニ服スルニ過キサルモノナレハ債權者カ偶々其ノ時期以前ニ抵當權ノ實行ヲ爲シタレハトテ其ノ競賣手續ハ實體法上其ノ效力ヲ生セサルモノト爲スヘキニ非ス從テ競落人ハ有效ニ

競落不動產ノ所有權ヲ取得スルモノニシテ債務者ハ債權者ニ對シテ期限ノ利益ノ喪失其ノ他之カ爲ニ生シタル損害ヲ賠償セシムルノ權利ヲ取得スルニ過キサルモノト爲スヲ相當トスレハナリ果シテ然ラハ本件ニ於テ訴外人村上忠治ハ其ノ競落シタル不動產ヲ有效ニ取得シタルモノト謂フヘク從テ同人ヨリ該不動產ヲ讓受ケタル上告人令人モ亦之カ所有權ヲ取得シタルモノト爲スヘキニ拘ラス原院カ冒頭ニ說示シタル理由ノミニテ輙ク上告人ニ敗訴ノ判決ヲ爲シタルハ法則ヲ不當ニ適用シタルカ若ハ理由不備ノ違法アルモノトス（大審院昭和七年オ一九七六號同年一二月二〇日判決大審院判例集一一卷民事二二三六頁・法律新聞三五二九號七頁・法律新報三二一號一七頁）

○右一ノ二審判決—廣島控訴院昭和六年ネ八號同七年六月二九日判決法律新聞三五三二號一三頁・銀行判例九卷五號一〇二頁）

二　辨濟期到來前ノ競賣申立ノ效力（諸法下一二三五頁）

◎抵當權實行ノ猶豫ト延期ノ承諾

一〔大審院〕上告人ハ原審ニ於テ被上告人カ答辯書ヲ以テ本件債權辨濟ノ延期ヲ承諾シタルコトヲ自認シタリト主張シタルモ原院ハ其答辯書ノ趣旨ヲ解シテ單ニ被上告人カ上告人ヲシテ任意ニ辨濟セシメンカ爲メ抵當權ノ實行ヲ猶豫シタル旨ヲ表示シタルニ止マリ辨濟期限ノ延長其他ノ變更ヲ承諾シタルノ意ニ出テタルニアラスト認メタルコトハ原判文上明白ナリ既ニ辨濟期限ニ變更ナキ以上ハ被上告人ハ其期限經過後何時ニテモ抵當權ノ實行ヲ爲スコトヲ得ルハ論ヲ俟タサル所ナルヲ以テ其實行ノ遲延ハ毫モ被上告人ノ權利ニ影響ヲ及ホスヘキ謂レナシ（大審院明治三七年オ三〇九號同年八月二九日判決法律新聞二三二號一一頁）

◎根抵當ト債權ノ確定及競落ノ制限

一〔大審院〕1按スルニ不動產競賣事件ニ準用セラルル民事訴訟法第六百七十五條ニハ數個ノ不動產ヲ競賣ニ付シタル場合ニ於テ或ル不動產ノ賣得金ヲ以テ各債權者ニ辨濟ヲ爲シ及ヒ强制執行ノ費用ヲ償フニ足ル可キトキハ他ノ不動產ニ付テハ競落ヲ許サスト規定シ其ノ法意ハ之ヲ競賣事件ニ付テ云ヘハ競賣開始決定後ニ於テ競賣ヲ申立タル數個ノ不動產ニ付テ爲サシメタル評價ノ總額カ債權總額ニ比シテ著シク多額ニシテ或ル不動產ノ賣得金ヲ以テ各債權者ニ辨濟ヲ爲シ及ヒ競賣費用ヲ償フニ足リテ全部ノ不動產ヲ競賣スルノ要ナキコトヲ確認シタル時ハ競落スヘキ目的物ヲ制限スヘク他ノ不動產ノ競落ハ之ヲ許スヘキニ非スト爲スニ在リ故ニ假令不動產ノ評價

前ニ於テハ裁判所ハ其ノ價額ヲ知ルコトヲ得サル結果競賣申立ノ不動產全部ニ對シ競賣開始決定ヲ爲スコト蓋シ已ヲ得サルニ出ツト雖苟モ其ノ後ニ至リ右ノ評價ヲ爲サシメタル以上ハ競落前ニ於テ宜シク其ノ評價額ト債權額トヲ對比シテ競賣申立ニ係ル不動產ノ全部ヲ競賣スルノ要アリヤ否ヤヲ審按スヘク若シ數個ノ不動產中其ノ一部ヲ競落スルヲ以テ足ル場合ニハ競落スヘキ目的物ヲ制限セサルヘカラス

2而シテ前記ノ對比スヘキ債權額ハ現實ノ債權ニ付之ヲ算定スヘキハ勿論ニシテ從ツテ根抵當契約ニ於ケル貸越限度額ノ如キハ固ヨリ對比スヘキ限ニ非ス然ルニ原審ハ其ノ決定理由ニ於テ「抗告理由（四）ハ根抵當權ハ現實存在スル債權ノ證明ナキ限リ無之モノト看做シ競賣手續ヲ進行スヘキ筋合ナルニ本件第一順位ノ根抵當限度金四萬五千圓ノ債權ヲ標準トシテ其ノ手續ヲ進行シタル違法アリト云フニ在レトモ根抵當權ハ現實存在スル債權ノ證明ナキ限リ無之モノト看做ストノ法則存セス根抵當ノ如ク將來ノ債權ヲ擔保スルモノニアリテハ競落許可決定ノ時ニ於テ現ニ擔保スル債權額ヲ確認スルヲ以テ足リ競賣開始ノ際ハ一應限度額ノ債權存在スルモノト認メ其ノ手續ヲ進行スルヲ妨ケサルモノトス而シテ本件ニ在リテハ第一順位ノ根抵當ヲ以テ擔保スル債權現存額金一萬三千圓ナルコトハ前揭競賣事件記錄中ノ眞正ニ成立シタリト認ムヘキ乙第三號證ノ記載ニ徵シ明ナルヲ以テ原裁判所ノ競賣手續ニ何等ノ違法ナシ」ト判示シタルハ前記法條ノ解釋ヲ誤リタルカ又ハ理由不備ノ違法アリテ論旨理由アリ原決定ハ全部破毀ヲ免レサルモノトス（大審院昭和八年ク八五六號同年七月七日決定大審院判例集一二卷民事二〇二九頁●法律新聞三六三八號一五頁●法律新報三五〇號一一頁）

◉競落ノ制限ニ關スル諸問（續民訴一四〇〇頁）

◉利息ノミノ抵當權實行ト殘額ノ處置

一〔法曹會〕利息ノ支拂期ニ其ノ支拂ヲ怠リタルトキハ元金ノ辨濟期ハ未タ到來セサル場合ト雖抵當權ノ實行ヲ爲スコトヲ得ヘシ此ノ場合利息以外ノ競賣代金ハ供託スヘキモノトス（法曹會昭和五年一一月二六日決議法曹會雜誌九卷二號一一〇頁）

二　利息金ノミノ抵當權實行ト元金ノ供託（民法一九四頁）

◉保證人アル抵當權ト實行ノ時期

一〔上告論旨〕保證人カ債權者ニ辨濟ヲ爲シタルトキハ民法第五百條以下ノ規定ニヨリ代位シ得ヘキモ債權者カ辨濟期ヲ經過スルモ故意又ハ懈怠ニヨリ擔保權ノ實行ヲ爲サス又保證義務ノ履行請求ヲ爲サス數年ノ後ニ至リ擔保物ノ價格暴落シタル時期ニ擔保權ノ實行ヲ爲シ保證人ニ對シ其ノ不足額ノ責ヲ負ハシムル如キハ正義公平ノ觀念ニ於テ誠ニ失當ナリトス

二〔大審院〕然レトモ抵當債權者ハ保證人ノ存スル場合ト雖モ其ノ抵當權實行ノ時期ヲ選擇スルハ一ニ其ノ自由ニ屬スルノミナラス辨濟期到來シタリトテ必スシモ主タル債務者ヨリ辨濟ヲ受クルコトヲ得サリシ旨保證人ニ通知スル義務ナク又直ニ保證人ニ對シテ其ノ債務ノ履行ヲ請求スルコトヲ要スルモノニ非ス（大審院昭和七年オ一三九號同年八月六日判決法學二卷三號一二〇頁）

◉借地權消滅後ノ建物抵當權ノ實行

一〔東京控〕1被控訴人カ訴外堀尾鐵太郎ニ對シ其所有ノ本件土地ヲ賃貸シ右鐵太郎ハ該地上ニ本件建物ヲ建築所有シ因テ右土地ヲ占有シタルカ其後同人カ該賃料ヲ延滯シタル爲メ被控訴人ノ適法ナル催告及解除ノ通知ニヨリ昭和四年六月二十七日右賃貸借解除セラレ爾後鐵太郎カ本件土地ヲ不法ニ占有セルコト竝ニ之ヨリ先キ控訴人カ右鐵太郎ニ對シ金二千五百圓ヲ貸與シ本件建物ニ付抵當權ヲ設定セシメタルニ之カ辨濟ナカリシ爲メ昭和四年六月十七日控訴人ヨリ該抵當權實行ノ爲メノ競賣ヲ申立テ四月二十七日其旨登記アリタル事實ハ當事者間ニ爭ナシ

2然レハ被控訴人ハ本件土地ノ所有權ニ基キ其不法占有者タル右鐵太郎ニ對シ本件建物ノ收去土地明渡ノ請求權ヲ有スルコト明白ニシテ從テ右競賣手續ニヨリ鐵太郎ノ本件建物ノ所有權ヲ取得スヘキ競落人モ亦特別ノ事情ナキ限リ本件土地ヲ不法ニ占有スルモノナルヲ以テ被控訴人ハ右競落人ニ對シテ本件建物ノ收去土地ノ明渡ヲ請求シ得ルコトモ毫モ疑ヲ容レス而シテ右競落人ヲシテ本件土地ヲ不法占有セシムルニ至リタルハ畢竟控訴人ニ於テ本件建物ノ抵當權ヲ實行シタルニ因ルモノト謂フヘク又此場合ニ於テ控訴人ノ抵當權ノ實行ニヨリ競賣ノ結果本件建物ノ所有權カ其競落人ニ移轉シ因テ被控訴人カ右鐵太郎ニ對スル本件建物收去土地明渡ノ請求訴訟ノ判決ヲ得ルモ其執行不能ニ終ルヘキコト恰モ右鐵太郎自ラ本件建物ヲ他人ニ讓渡シタルト異ルトコロナキヲ以テ被控訴人ハ控訴人ニ對シ右土地所有權ノ侵害排除ノ本案請求權ヲ有スルモノト謂フヘク從テ之カ請求權保全ノ爲メニハ控訴人ニ對シ該抵當權ノ實行竝ニ讓渡禁止ノ假處分ヲ爲スヲ以テ相當トス

3控訴人ハ其抵當權實行ノ爲メ本件建物ニ付競賣手續ヲ爲スハ毫モ被控訴人ノ本件土地ニ對スル所有權ヲ妨害セントスル目的ニアラサルカ故ニ該競賣ノ結果被控訴人ノ右所有權ノ行使ヲ困難ナラシムルコトアリトスルモ被控訴人ハ之カ抵當權

ノ實行ヲ阻止スヘキ權利ナシト抗爭スレトモ本件ノ如ク控訴人ノ有スル建物ノ抵當權ニ付其建物ノ所有者ト該建物ノ存在スル本件土地ノ所有者ト相異リ且其建物所有者タル右鐵太郎カ該土地所有者タル被控訴人ニ對シ不法占有者タル場合ニ於テハ其抵當權ハ該地上ニ存在ヲ許ササル建物ヲ目的トシ被控訴人ノ請求ニ依リ何時ニテモ該建物ヲ收去セサルヘカラサルモノナルヲ以テ控訴人カ右建物ニ付抵當權ヲ實行セントスルモ被控訴人ニ於テ本件土地所有權ニ基キ其妨害排除ノ爲メ該建物ノ收去ヲ請求シタルトキハ被控訴人ノ右請求權ノ行使ヲ阻止シ得サルモノト斷セサルヘカラス蓋所有權ハ其目的物ニ對シ最モ完全ナル支配力ヲ有スルモノナルヲ以テ之カ使用收益其他ノ權利ノ行使ニ付苟モ之ヲ妨害スルモノニ對シテハ其妨害排除ノ請求權行使ニ關シ何等制限セラルルコトナキモノト解スヘケレハナリ（東京控訴院昭和五年ネ六一二號同年七月三一日判決法律新聞三一六四號七頁●法律評論一九卷民法一一九〇頁）

二　右一ト同旨判例―本條後出九二二頁「抵當權ノ讓渡及實行禁止ノ假處分」ノ一

三　借地權ノ消滅ト建物抵當權ノ效力（三續民三六九條八三五頁）

四　土地明渡ノ執行ト建物抵當權トノ關係（續民法一〇四二頁）

五　借地權消滅後ノ建物競落ト借地權（二續民七七四頁）

◎講總代ノ死亡ト抵當權ノ實行

一〔法曹會〕無盡講カ其ノ總代ナシテ同人名義ニテ講ニ屬スル抵當權ノ登記ヲ爲サシメ置キタル場合該總代ノ死亡後抵當權ノ實行ヲ爲サントセハ新ニ選任サレタル講總代ナシテ前總代ノ相續人ヨリ抵當權移轉ノ手續ヲ受ケシメ而シテ後抵當權ノ實行ヲ爲スヘキナリ（法曹會昭和四年六月二六日決議法曹會雜誌八卷四號一二一頁）

◎不動產ノ一部ニ對スル抵當權實行

一　土地ノ一部分ノ讓渡又ハ抵當（三續民二〇六條六一九頁）

二　抵當不動產ノ分合筆ト競賣手續（本條後出）

三　抵當附債權ノ一部讓受ト其ノ行使（三續民三七三條）

四　建物ノ一部滅失ト抵當權ノ消長（三續民三七二條）

五　建物ノ增築又ハ一部取毀ト競賣申立（諸法下一二三三頁）

六　一筆ノ土地ノ一部ニ付テノ增價競賣ノ申立（民法一八七頁）

七　一部競賣ト分割登記ノ囑託（民訴六三六頁）

◎債權ノ一部辨濟ト抵當權ノ消長（三續民三七二條）

◎抵當不動產ノ分合筆ト競賣手續

一〔大審院〕各別ニ抵當權ノ目的タル二筆ノ土地カ合併セラレテ一筆ノ土地ト爲リタル場合ニ於テハ各抵當權ハ合併後ノ一筆ノ土地ノ全部ニ及ハス其ノ一部タル合併前各抵當權ノ目的タリシ部分ノミニ及フモノトス（大審院昭和六年ク四〇九號同年四月二八日決定法律評論二〇卷諸法四八八頁）

二〔大審院〕按スルニ抵當權ノ目的ト爲リタル土地カ其ノ目的ト爲ラサル他ノ土地ト合併セラレテ一筆ノ土地ト爲リタリトスルモ之カ爲ニ抵當權ノ消滅スヘキモノニ非サルコト勿論ニシテ不動產登記法第八十七條第二項ニ依ルモ此ノ趣旨明ナルヲ以テ抵當權者ハ其ノ抵當權實行ノ爲ニ右一筆ト爲リタル土地ニ對シ競賣ノ申立ヲ爲シ得ヘク裁判所ハ之ニ基キ競賣手續ヲ實施スヘキモノトス、勿論此ノ場合ニ競賣セラルル土地ハ一筆ノ內ノ抵當權ノ目的ト爲リタル部分ニ限ラルルヲ以テ該競賣手續ニ於テ競落シタル部分ニ付テハ分筆ヲ爲スコトヲ要スヘシト雖其ノ分筆ヲ爲スニ非サレハ競賣ヲ爲シ得サルモノト爲スヘキニアラス本件ニ付之ヲ觀ルニ抗告人ノ有スル抵當權ノ目的タル土地ハ其ノ目的ト爲ラサル土地ト合併セラレテ一筆ト爲リタルモノニ對シ競賣ノ申立アリタルモノナレハ裁判所ハ競賣ヲ實施スルコトヲ要スルモノナルニ原審ハ土地ノ分筆ヲ爲シ登記ヲ經タル後ニ非サレハ競賣ノ申立ヲ爲シ得サルモノト爲シ抗告人ノ抗告ヲ棄却シタルハ違法ニシテ本件抗告ハ其ノ理由アルモノトス（大審院昭和五年ク一九號同年三月一一日決定法律評論一九卷民法九〇七頁）

三〔大審院〕1抵當權ノ目的タル甲地ト然ラサル乙地トカ合併ニ因リ一筆ノ土地ト成ルモ抵當權ハ依然トシテ甲地タリシ部分ノミヲ目的トスルカ故ニ抵當權者ハ其ノ權利ノ實行トシテ合併地ノ全部ニ付競賣ノ申立ヲ爲スコトヲ得サルハ論ヲ俟タス從テ其ノ權利ヲ實行セムトセハ右甲地タリシ部分ノミニ付競賣ノ申立ヲ爲スノ外ナシ然レトモ抵當權者ハ其ノ申立ヲ爲スニ付豫メ右ノ部分ヲ分筆スル登記ヲ經由スルコトヲ要スルモノニ非ス蓋シ土地ノ一部ハ分筆ノ登記ヲ爲ス前ニ於テモ所有者ニ於テ之ヲ讓渡スコトヲ得ルカ故ニ分筆登記前之ヲ競賣ニ付スルコトヲ得スト爲スヘキ理ナケレハナリ唯土地ノ一部ヲ競賣ニ付シタルトキハ其ノ部分ニ付競落人カ取得シタル權利ノ移轉ノ登記ヲ爲スニ先タチ分筆ノ登記ヲ爲スヲ要スルコト勿論ナルモ此ノ登記ハ競落後ニ之ヲ爲スヲ以テ足ルカ故ニ右移轉登記前ニ之ヲ爲スヲ要スル事由ハ毫モ土地ノ一部ニ付競賣ノ申立ヲ爲スノ妨ケト爲ラス

2本件ニ於テ抗告人ヨリ競賣ノ申立ヲ爲シタル土地ハ元三筆ノ土地ニシテ抗告人ハ內二筆ニ付抵當權ヲ有シタル處其ノ後三筆ノ合併ニ因リ一筆ノ土地ト成リタルモノナルコトハ原決定ノ認ムル所ナルカ故ニ同決定理由中斯ル場合ニ於テ抵當權ヲ實行セムトセハ先ツ右抵當權ノ目的タル土地ノ部分ヲ分割

シ之カ登記ヲ了シタル後之ニ對シ競賣ノ申立ヲ爲スヘキモノナル旨說示シタルハ前叙ノ理由ニ依リ違法ナルモ抗告人ハ右抵當權ノ實行トシテ本件土地ノ全部ニ付競賣ヲ爲シ得ルコトノ前提ノ下ニ競賣申立ヲ爲シタルモノナルカ故ニ其ノ申立ハ失當ニシテ原決定カ之ヲ棄却スヘキモノト說示シタルハ結局相當ナリトス（大審院昭和五年ク三七七號同年五月一〇日決定法律新聞三一二六號一五頁・法律評論一九卷民法九〇五頁）

四〔抗告論旨〕抗告理由第一點ハ抵當地以外ノ土地ヲモ共ニ競賣ニ付シ其ノ一部ノ土地ニハ他ニ第一審抵當權者アルニモ拘ラス全部ノ土地ノ競落ヲ許可シタルハ不當ナリトスルニ在リ然ルニ之ニ對スル決定ノ理由ニ抵當地カ他ノ土地ト合併シタルトキハ其ノ新ニ成立シタル土地ノ全部ニ付抵當權存シ又此ノ抵當地ヲ數筆ニ分チタルトキハ其ノ分割シタル各筆ノ土地上ニ抵當權存スルモノナリト說明セラレタリ是レ即チ民法第三百七十條ノ規定ニ基キタルモノナラン然レトモ同條ノ抵當地ノ不動產ニ附加シテ之ト一體ヲ爲シタル物トハ寄洲ノ如キ自然ニ附加シタルモノヲ云ヒ本件ノ如キ場合ニ該當スルモノニアラスト思考ス本件抵當權設定當時ハ別紙添付スル第一圖ノ通リノ區劃ニシテ其ノ後接續地被收用ノ際便宜上之ヲ合併シ同時ニ第二圖ノ如ク分割シタルニ過キス合併前モ其ノ後モ同一坪數ノ地所ニシテ別段抵當地ニ自然附加シタルモノナシ合併ハ單ニ番地ヲ統一シタルノミ故ニ梅村宗七ノ抵當權ハ依然トシテ該地所ノ內五十七坪四合三勺ニ止マリ其ノ以外ノ土地ニ及フモノニアラス然ルニ前陳ノ如キ理由ヲ以テ決定セラレタルハ不當ナリトス假ニ合併ノ爲抵當權カ其ノ合併地ニ存スルモノトスルモ本件ニ於テハ第二圖ノ七百二十番、七百二十番ノ二、七百二十番ノ三ノミヲ競賣ニ付スルヲ以テ至當トスヘク少クトモ七百二十番ノ四ノ地所ヲ除外スヘク又梅村宗七ハ競賣申立前登記法ノ規定ニ基キ自ラ其ノ變更登記ヲ爲シ前記三筆ノ競賣ヲ申立ツルヲ以テ相當ノ手續ナラント思考スト云フニ在リ

五〔大審院〕按スルニ一筆ノ土地カ地番ヲ異ニスル他ノ土地ト合併セラレテ合併ニ因ル一筆ノ土地ノ一部ヲ成スニ至ルモ其ノ土地ハ單ニ地番ノ變更ヲ來スニ過キスシテ他ノ土地ニ附加シテ一體ヲ爲スモノニ非サルヲ以テ抵當權ハ其ノ抵當權ヲ設定セラレタル土地カ他ノ土地ト合併セラルルモ消滅セサルト同時ニ合併シタル他ノ土地ニ及フコトナシ然ルニ抵當地ヲ他ノ土地ト合併シ更ニ之ヲ分筆シタル土地ノ全部ニ對シテ抵當權ヲ實行シタル本件ニ於テ原審カ抵當地カ他ノ土地ト合併セラレ之ト合シテ一筆ノ內ノ一部分ヲ成シタル場合ニ於テモ該抵當權ハ右合併ナル土地所有者ノ行爲ニ因リテ消滅スルノ謂レナク新ニ成立シタル土地ノ全部ニ付抵當權存シ尙又抵當地ヲ分チテ數筆ト爲スモ抵當權ハ其ノ分レタル各筆ノ土地上ニ存スルモノト謂フヘキヲ以テ結局本件競落許可決定ハ抵當權無キ部分ニ付競落ヲ許可シタルモノニ非スト判定シタルハ違法ニシテ論旨理由アリ從テ原決定ハ全部破毀ヲ免レサルモノトス（大審院昭和六年ク四四一號同年一二月二二日決定法律新聞三三六八號七頁・法律新報二七九號九頁・銀行判例七卷五號七九頁）

六　抵當地合併ノ場合ト其ノ實行（二續民四〇九頁）

◎抵當地ノ合併ト本條ノ不適用（三續民三七〇條）

◎地上權ノ抵當ト土地表示變更ノ訴

一〔法曹會〕地上權ヲ目的トスル抵當權設定ノ上其ノ債務不履行ニ基キ之カ抵當權實行ノ爲裁判所ニ競賣申立ヲ爲サントスルモ現今該土地ハ分割合併地目變更ノ異動アリテ土地ノ表示公簿ト符合セス依テ抵當權者ハ土地ノ所有者ニ懇願ノ末地主ニ於テ之カ變更登記申請ヲ爲サントシ地上權者ノ承諾ヲ求メタルモ地上權者ニ於テ其ノ承諾書ヲ提出セサルニ於テハ地主ヨリ之ニ對シ訴ヲ提起シ其ノ意思表示ニ代ルヘキ裁判ヲ求ムルノ外ナキモノトス（法曹會昭和五年一〇月八日決議法曹會雜誌八卷一一號一三五頁）

◎債務者ノ破產ト抵當權ノ實行

一〔大審院〕破產財團ニ屬スル財產ニ付抵當權ヲ有スル者ハ別除權者トシテ破產手續ニ依ラスシテ其ノ權利ヲ行フコトヲ得ルモノナルヲ以テ破產者所有ノ不動產ノ上ニ抵當權ヲ有スル者ハ通常ノ手續卽チ競賣法ノ規定ニ依リ競賣ノ申立ヲ爲シ其ノ手續ヲ追行スル權利ヲ有スルモノニシテ破產ノ宣告ニ因リ其ノ權利ノ行使ヲ阻止セラルルコトナシ唯此ノ場合ニ於テ破產財團ノ管理及處分ノ權利ハ破產管財人ニ專屬スルモノナルヲ以テ破產管財人ヲ相手方トシテ手續ヲ追行スヘク破產者ハ其ノ手續ニ於テ當事者タル適格ヲ有セサルモノトス本件競賣申立ハ破產管財人ヲ相手方ト爲スコトナク破產者タル抗告人ヲ相手方トシテ手續ヲ進行シ競落許可決定ヲ爲スニ至リタルモノナルコト記錄上明ニシテ手續上當ヲ得サルモノアリト雖モ右ノ如ク破產管財人カ競賣手續ノ當事者ニシテ破產者ハ其ノ資格ヲ有セサルモノナル以上右競落許可決定ニ對シ抗告ヲ申立ツル權利ヲ有スル者モ亦破產管財人ニシテ破產者ニ非サルモノト解セサルヘカラス果シテ然ラハ原審カ本件競賣物件ニ關スル競賣手續ニ付抗告人カ當事者タル適格ヲ有セサルコトヲ理由トシ抗告人ノ申立テタル本件抗告ヲ不適法トシテ却下シタルハ正當ニシテ何等ノ違法ナシ（大審院昭和八年ク二二六號同年三月三一日判決大審院判例集一二卷民事三九〇頁・法律新聞三五五四號一一頁・法律新報三二九號一九頁）

○右一ノ批評—加藤正治氏法學協會雜誌五一卷一二號一四九頁

二　破產者ヲ相手方トセル競賣ノ效力（續商法一二五九頁）

◉抵當權ノ實行ト妨害排除ノ請求

一〔大審院〕1案スルニ原判決ノ確定シタル事實ニ依レハ上告人（原告）ハ大正十二年一月二十七日辨濟期ヲ同十四年十二月二十五日ト定メテ金四萬五千圓ヲ被上告人（被告）ニ貸與シ被上告人所有ノ本訴山林ノ地盤及其ノ地上ニ生立スル樹木一切外百八十一筆ノ不動產上ニ第一順位ノ抵當權ヲ取得シタリト云フニ在リ而シテ原審カ右地上ニ生立スル樹木一切ニ對スル抵當權妨害行爲ノ排除ヲ求ムル部分ノ上告人ノ請求ヲ排斥シタル理由ハ要スルニ上告人ノ有スル前記債權カ既ニ辨濟期ニ達シ其ノ抵當權ヲ實行シ得ルニ至リテハ賣買讓渡其ノ他伐採運搬等ヲ爲スヘカラサルノ判決ヲ求ムル必要ナク殊ニ抵當權ニ基ク競賣ノ申立アリ未タ其ノ競賣手續完了セスト雖既ニ競落許可決定アリタル本件ノ場合ニ於テハ上告人ノ此ノ部分ノ請求ハ之ヲ認容スルヲ得サルモノナリト云フニ在ルコト原判文上明ナリ

2惟フニ抵當權ニ基ク競賣開始決定アリタル場合ニハ其ノ送達ニ因リ債權者ノ爲メ差押ノ效力ヲ生スルカ故ニ爾後債務者ノ爲ス法律行爲ニ因ル處分行爲ハ之ヲ以テ債權者ニ對抗スルコトヲ得ス從テ右差押ノ現存スル以上ハ更ニ判決ヲ以テ債務者ノ爲ス法律行爲ニ因ル處分行爲ヲ禁止スルコトヲ要セサルハ勿論ナリト雖債務者カ滅失毀損等事實上ノ行爲ヲ以テ抵當物ニ對スル侵害ヲ敢行スル場合ニ於テハ其ノ侵害行爲カ抵當權者ノ有スル債權ノ辨濟期後ナルト或ハ抵當權ノ實行ニ著手シタル後ナルト否トヲ問ハス抵當權者ハ物權タル抵當權ノ效力トシテ之カ妨害ノ排除ヲ訴求シ得ヘキハ當然ナリト云ハサルヲ得ス然ラハ原審カ前示理由ノ下ニ上告人請求ノ趣旨カ賣買讓渡其ノ他法律行爲ニ因ル處分行爲ノ禁止ヲ求ムルモノナリヤ或ハ又伐採運搬其ノ他事實上ノ侵害行爲ノ禁止ヲ訴求スルモノナリヤ否ヲ明確ナラシメスシテ輙ク其ノ請求ヲ排斥シタルハ結局法則ヲ不當ニ適用シタル違法アルノミナラス尙原判決ニ於テハ被上告人ニ依リ上告人ノ有スル抵當權ト相容レサル事實狀態ノ作爲セラレタリヤ否ノ事實ヲ確定セサル審理不盡アルモノトス（大審院昭和六年才一九號同年一〇月二一日判決大審院判例集一〇卷民事九一三頁●法律新聞三三六八號四頁）

二〔大審院〕案スルニ抵當權ハ絕對權ナルヲ以テ抵當物ニ對シ（從ヒテ抵當權ソノモノニ對シ）危害ヲ加ヘムトスル者アル場合ニ於テハ其ノ所有者タルト第三者タルトヲ問ハス之ニ對シ不作爲ノ請求權ヲ有スルハ言ヲ俟タス（假ノ地位ヲ定ムル假處分ヲ爲シ得ルコトニ付キテハ姑ク云ハス）上告人カ第一審以來被上告人鐵藏ハ伐採シタル木材ヲ「右山林地內ニ積置キシカ近來ニ至リ之ヲ阪神地方ニ運送セムトシツツアリ仍テ原告ハ右木材ニ付其ノ抵當權ヲ實行セムカ爲メ被告鐵藏ニ對シ木材ノ引渡ヲ（中略）求ムル爲メ本訴ニ及ヒタリ」ト主張セルハ少クトモ右ノ不作爲請求權ヲ主張セルノ趣旨ト解シ得サルニ非ス原審トシテハ宜ク釋明權ヲ行使シ以テ其ノ意ノ存スルトコロヲ審ニス可キニ拘ラス此ノ擧ニ出ツルコト無ク輒ク所謂引渡請求權ナルモノヲ否定シ去リタルハ失當ヲ免ル可カラス（大審院昭和五年才二六九〇號同七年四月二〇日判決法律新聞三四〇七號一五頁●法律評論二一卷民法五一九頁）

◉將來ノ侵害ヲ禁スル不作爲ノ請求（三續民一九九條）

◉競賣山林ノ伐採及搬出ノ差止

一〔大審院〕案スルニ立木カ抵當權ノ目的タルハ土地ニ生立スル間ニ限ルモノニシテ一タヒ伐採セラレタル時ハ不動產タル性質ヲ失ヒ動產ト爲ルカ故ニ抵當權者ハ之ニ對シ抵當權ノ直接ノ目的トシテ其權利ヲ行フコトヲ得サルハ當院判例ノ存スル所ナリ〔明治三十六年十一月十三日第二民事部判決〕然レトモ是レ唯立木カ抵當權ノ實行ニ先タチ土地ト分離シテ動產ト爲リタル場合ニ於テノミ然ルモノニシテ本件ノ如ク抵當權者カ抵當權ノ目的タル山林ニ對シテ既ニ權利ノ實行ニ著手シ競賣ノ開始セラレタル場合ニ於テハ民事訴訟法ニ依ル競賣ニ在リテハ土地及ヒ之ト一體ヲ成ス立木ニ對シ差押ノ效力ヲ生シ競賣法ニ依ル競賣ニ在リテモ之ト同一ノ效力ヲ生スルモノナレハ不動產所有者ハ爾後之カ處分ヲ制限セラレタルモノニシテ隨テ所有者ヨリ立木ノミヲ買受ケタル第三者ト雖モ抵當權ヲ無視シテ其目的物ノ價格ヲ減少スヘキ行爲ヲ爲スコトヲ得ス抵當權者ハ其者ニ對シ立木ノ伐採ヲ差止メ得ルハ勿論既ニ伐採シタルモ尙ホ其地上ニ存スル木材ハ假令性質ヲ變シテ動產ト爲リタリトモ之カ搬出ヲ拒ミ得ルモノト謂ハサル可カラス何トナレハ如上差押ノ效力ハ斯ノ如キ物ノ性質ノ變更ニ依リテ消長ヲ來タス理ナク又民法第三百七十二條第三百四條カ抵當權者ヲシテ物上代位ノ權利ヲ行ハシムル法意ニ鑑ミルトキハ抵當權ノ實行ハ斯ル權利ヲ伴ハシムルヲ當然トスレハナリ然ルニ原審カ本訴山林立木ノ內杉栗等約二百三十本ハ被上告人ニ於テ所有者ヨリ買受ケ既ニ伐採シタルモ其當時上告人ノ抵當權實行ノ爲メ競賣手續ノ進行中ナリシコトヲ認メナカラ上告人ハ抵當權者トシテ之ニ對シ其ノ權利ヲ行フコトヲ得サルモノト判示シタルハ法則ヲ不當ニ適用シタル不法アルモノトス（大審院大正五年才八四號同年五月二一日判決法律新聞一一四七號三〇頁）

二　右一ノ引用判例—民法一七二頁「立木ト抵當權ノ目的」ノ一

◉抵當山林ノ伐採ト抵當權ノ消長（三續民三七二條「抵當不

動產ヨリノ分離物ト抵當權」ノ一參看）

◎競賣中ノ伐採行爲ト競落人ノ損害

一〔大審院〕1原裁判所ノ確定シタル事實ニ依レハ上告人カ抵當物タル本件山林ニ於ケル立木ヲ伐採賣却シタルハ競賣ノ開始ニ因ル差押ノ效力發生後ノ事ニ係ルト雖而モ當時被上告人ニ對スル競落許可決定ハ未タコレ無カリシヲ以テ固ヨリ之ヲ目シテ被上告人ノ所有權ヲ侵害シタルモノト云フヲ得サルハ言ヲ俟タス若シ夫レ之ニ依ツテ以テ抵當物ノ價格ヲ減損セシメタルコトハ抵當權ソノモノノ侵害ニハ相違無シト雖而モ抵當權ハ所謂一ノ價格權ニ外ナラス卽目的物ヲ競賣シ其ノ賣得金ヲ以テ債權ノ辨濟ニ充ツルヲ得ル權利ナルカ故ニ抵當物ノ價格カ如何ニ減損セシメラレタレハトテ抵當權者ニシテ窮極ニ於テ完全ニ債權ノ滿足ヲ得タル以上何等ノ損害アルコト無シ其ノ損害ナルモノハ抵當物ノ價格減損ノ爲メ結局債權ノ十分ナル滿足ヲ得ル能ハサリシ場合ニ於テ始メテコレ有リ而シテ不法行爲亦茲ニ成立ス今原裁判所ハ先ツ此ノ點ヲ省サルモノナリ況ンヤ第一審以來ノ被上告人（原告）ノ主張ヲ吟味スルトキハ本訴ハ抵當權者トシテ被リタル損害ノ賠償ヲ請求スルモノニハ非スシテ競落人トシテ其ノ請求ヲ爲スノ趣旨自カラ之ヲ領スルニ餘アリ而モ其ノ所謂損害ナルモノハ之ヲ約言シ平言スレハ實價以上ニ高價ニ買得シタルコトヲ稱スルモノニ外ナラス卽之ヲ詳言スレハ實價ハ僅ニ五百四十五圓ニ過キサル本件山林ヲ被上告人ハ九百四十五圓ニテ競落シタルカ斯ク實價ノ減損ヲ來セシハ上告人カ競賣手續開始後擅ニ立木ヲ伐採賣却シタルノ致ストコロナルヲ以テ被上告人ハ上告人ニ對シ右ノ差額金四百圓ニ付損害賠償ヲ請求スト云フモノ之ヲ本訴ノ核心ト爲ス唯其ノ被上告人ハ偶々抵當權者ニシテ且競落人ナルノ故ヲ以テ其ノ主張ノ動モスレハ彼此瓢蕩模稜ヲ來スヲ免レス而シテ原裁判所又從ヒテ之カ爲メニ誤ラレ上告人ノ行爲ハ所有權ノ侵害ニモ非ス又抵當權ノ侵害ニモ非ス一種ノ利益ヲ侵害シタル不法行爲ニ外ナラスト云フカ如キ判斷ヲ下シタルモノ正鵠ヲ失ヘルニ似タリ

2然ラハ則チ本訴請求ハ竟ニ失當ヲ免レサルカ开ハ或ハ爾リ或ハ爾ラス抑原判決ノ確定スル事實ニ依レハ上告人カ當該立木ヲ伐採賣却シタルハ抵當權者タル被上告人ノ申請ニ基キ競賣手續ノ開始アリ目的物ニ對スル處分禁止ノ效力又從ヒテ發生シタル以後ノ出來事ニ係ルコト明白ナルヲ以テ右ノ伐採賣却ト云フ一ノ處分ハ固ヨリ以テ抵當權者ニ對抗スルヲ得サル結果競落人ハ此ノ伐採賣却セラレタル立木ニ對スル所有權モ亦當然ニ之ヲ取得シタルモノニ外ナラス故ニ山林ソノモノノ實價コソ減損シタリトスルモ競落人トシテ取得シタル權利ノ全體ニ付テ之ヲ採算スルトキハ其ノ價額ハ恰モ競賣代金相當ノモノナルヤモ亦知ル可カラス此場合ニ於テ本訴請求ノ失當ナルハ言ヲ俟タス然レトモ伐採賣却セラレタル當該立木ニ關シテハ或ハ添附或ハ所謂卽時時效或ハ物ノ滅失等種々ナル事由ノ發生スルアリテ競落許可ノ決定當時已ニ有效ニ競賣物件中ヨリ逸出シ去リ曾テ以テ競落人タル被上告人ノ所有ニ歸屬セシコト無ク爲メニ競賣物件ノ實價ト競賣代金ノ差額ハ竟ニ被上告人ノ全損ニ歸シタルコト又固ヨリ有リ得可キノ事態ナラスンハアラス而シテ這ハ恰モ私法上ノ賣買ニ於テ「賣買ノ目的タル權利ノ一部カ他人ニ屬スルニ因リ賣主カ之ヲ買主ニ移轉スルコト能ハサルトキ」（民法第五百六十三條）ト云フニ匹敵スルノミナラス況ンヤ事ノ茲ニ至リシハ「自ラ第三者ノ爲メニ設定シ又ハ之ニ讓渡シタル權利」（同法第五百七十二條）ニ起因スルモノナルニ於テ已ニ舊民法ニ於テ强制競賣ニ對シテモ亦所謂追奪擔保ノ規定ヲ適用スルノ主義ヲ採レル以上前示ノ場合ニ在リテハ競落人タル被上告人ハ宜シク此等ノ規定ニ依準シテ以テ相當ノ救濟ヲ求ムルヲ得可キハ殆ント論ヲ俟タサルトコロナリ夫レ本訴請求ハ此ノ如ク觀來リテ始メテ可ナルニ於テ前叙ノ過程ヲ經ルコト無ク直チニ之ヲ肯定シタル原判決ノ違法ヲ免レサルハ蓋又明カナリ本件上告ハ理由アリ（大審院昭和二年オ一三四三號同三年八月一日判決大審院判例集七卷民事六七四頁・法律評論一八卷民法一〇六五頁）

◎抵當權ノ侵害ト損害額ノ算定時期（三續民三六九條八四二頁）

◎實行通知ヲ欠缺セル競落ノ效力

一〔大審院〕假登記權利者モ亦民法第三百七十八條ニ所謂第三取得者ニ該當シ斯ル者ニ對シテモ抵當權實行ノ際之カ通知ヲ爲スコトヲ要スルコトハ當院ノ判例トスル所ナルヲ以テ本件競落許可決定ハ抵當權實行ニ際シ第三取得者ニ之ヲ通知スルコトナクシテ爲サレタル違法アルモノト謂ハサルヘカラス而シテ此ノ違法ハ第三取得者ニ對スル關係ト債務者ニ對スル關係トニヨリ差異ヲ生スルコトナク又第三取得者カ滌除ヲ爲スト否トハ債務者ノ利害ニ直接關係スル所ナキニ非サルヲ以テ原決定カ第三取得者ニ對シ抵當權實行ノ通知ヲ爲サシテ爲サレタル本件競賣申立ハ債務者トノ關係ニ於テハ敢テ違法ノ申立ト目スルノ要ナク唯第三取得者トノ關係ニ於テノミ違法ナリト解スルヲ相當トナス旨說示シ本件抗告ハ債務者ニシテ當該抗告理由ハ同人ノ利害ニ直接ノ關係ナキノ故ヲ以テ抗告ヲ棄却シタルハ失當ナリ（大審院昭和六年ク一二九六號同年一一月一〇日決定法律新聞三三四一號一二頁・法律評論二一卷民法一六七頁）

二　右一ノ差戻後ノ裁判―東京地方裁判所昭和六年ソ八二八號同七年三月一六日決定法律新報三〇五號二〇頁

三〔大審院〕然レトモ抵當權者ハ抵當不動產ノ第三取得者ニ對シ民法第三百八十一條ニ依ル通知ヲナサスシテ抵當權實行ノ爲競賣ノ申立ヲ爲スコトヲ得スト雖一旦裁判所カ該申立ニ基キ競賣手續ヲ完結シ競落許可決定確定シ之ニ因ル所有權移轉登記完了シタル以上最早第三取得者ハ前記通知ヲ受ケサリシノ故ヲ以テ該競落許可決定ニ因ル所有權移轉ノ效力ヲ否認シ得サルモノトス蓋民法第三百八十一條ニ依ル通知ハ第三取得者ヲシテ其ノ不知ノ間ニ滌除權行使ノ機會ヲ失フコトナカラシメンカ爲認メタル手續ニ過キス固ヨリ此ノ通知手續ノ欠缺ヲ以テ已ニ完結シタル競賣手續ヲ全然無效ト爲シ又ハ確定シタル競落許可決定ノ內容タル所有權移轉ノ效力ヲ發生セサルモノト爲スノ理由ト爲スヘキニ非サレハナリ（大審院昭和三年才九五二號同四年一月二三日判決大審院判例集八卷民事二三頁●法律評論一八卷民法五八七頁）

○右三ノ批評―法學士藥師寺志光氏法學志林三一卷九號九一頁●法律評論一八卷民法一三一五頁

四　右三ト同旨判例―東京地方裁判所昭和七年ヲ二五八四號同八年四月二八日判決法律新報三三一號二五頁

五　抵當權ノ實行通知ヲ缺ク競落ノ效果（二續民三九八頁）

◎抵當權ノ讓渡及實行禁止ノ假處分

一〔東京地〕1土地所有者ト其ノ地上ニ存スル建物ノ所有者ト異ル場合ニ於テ右兩者間ノ土地賃貸借契約解除其ノ他ノ理由ニ因リ建物所有者カ土地ヲ使用スヘキ權利ヲ有セサルニ至リタルトキ土地所有者カ其ノ所有權ニ基キ建物所有者ニ對シ建物收去土地明渡請求訴訟ヲ提起スルニ至リ其ノ判決確定前ニ建物所有權カ第三者ニ移轉スルニ於テハ該判決ノ執行不能ニ陷ルヘキヲ以テ其ノ建物所有權ノ移轉其ノ他一切ノ處分ヲ禁止スル假處分ヲ爲シ得ルコト勿論ニシテ又抵當權者カ其ノ抵當權ノ實行ニ因ル前記ノ如キ建物ノ競賣申立ヲ爲シタル場合ニ於テモ競落人ハ建物所有者以外ノ者ナルヲ通例トスルニ依リ土地所有者ハ抵當權ニ對シ抵當權ノ實行ヲ禁止スルニアラサレハ抵當權實行ノ結果該建物ノ所有者ヲ異ニスルニ至リ建物所有者ニ對スル建物收去土地明渡請求訴訟ハ其ノ判決ノ執行不能ニ終ルヘキコト恰モ建物所有者カ自ラ建物ノ處分ヲ爲スト毫モ差異アルコトナシ元來土地所有者ハ何人ヨリモ其ノ所有權ノ行使ヲ妨害セラレサル權利ヲ有スルモノニシテ之ヲ妨害スル者ニ對シテハ其ノ妨害排除ヲ求ムル物權的請求權ヲ有スルモノナリ反之抵當權者ハ土地所有者ニ對スル關係ニ於テハ建物所有者ノ有スル權利以上ノ權利ヲ享受スヘキ理由ナ

キヲ以テ土地所有者ト建物所有者間ノ土地賃貸借契約解除其ノ他ノ理由ニ因リ建物所有者カ土地ヲ占有スヘキ權限ヲ有セサルニ至リタルトキハ建物ヲ收去シテ土地ノ明渡ヲ拒ミ得サルモノニシテ抵當權者モ亦建物所有者ト等シク之カ收去ヲ拒ミ得サルモノナリ而シテ斯ノ如キ場合ニ於テ抵當權者カ該家屋ニ對シ右地上ニ存スル原狀ノ儘抵當權ノ實行ヲ爲スニ於テハ前記ノ如ク土地所有者ノ權利ヲ妨害スル結果ヲ生スルモノナルヲ以テ土地所有者ハ抵當權者ニ對シテモ亦所有權ニ基キ斯ノ如キ抵當權ノ實行ノ禁止ヲ請求シ得ルモノト解スルヲ相當トス

2果シテ然ラハ本件ニ於テ債權者カ建物所有者タル訴外堀尾鐵太郎ニ對シ同人カ土地ノ不法占有者タルコトヲ理由トシテ建物收去土地明渡ヲ請求スルニ當リ債務者ニ對シ抵當權ノ實行禁止ヲ請求シ得ルモノト謂ハサルヘカラス而シテ債務者ニ對スル右本案訴訟ノ判決確定前ニ債務者ニ於テ競賣手續ヲ遂行スルカ又ハ右抵當權ヲ任意他ニ讓渡スルニ於テハ該判決確定スルモ全ク其ノ目的ヲ達スルコト能ハサルニ立到ルヘキコト明カナルヲ以テ債權者ノ本件假處分申請ハ正當ニシテ之ヲ認容シタル前決定ハ正當ナリトス（東京地方裁判所昭和四年サ一八八九號同五年三月二九日決定法律新聞三一〇九號九頁）

二　抵當權ノ讓渡及實行禁止ノ假處分（本條前出九一三頁「借地權消滅後ノ建物抵當權ノ實行」ノ一參看）

三〔東京控〕1東京市芝區愛宕町一丁目二番地宅地二十坪六合三勺二才カ訴外德川賴倫ノ所有ナルコト被控訴人カ右訴外者ヨリ現ニ右土地ヲ賃借シ居ルコト訴外鳥飼彌三郎カ大正十三年十二月六日以降右地上ニ木造トタン葺二階建家屋一棟建坪十五坪七合五勺二階十四坪ヲ所有シ居ルコト竝ニ同人カ大正十五年五月十四日控訴人ヨリ借用セル金額二千五百圓辨濟期同年十一月十三日利率年一割每月末拂ノ債務ノ擔保トシテ卽日控訴人ノ爲メニ右建物ニ抵當權ヲ設定シ且ツ卽日其ノ旨ノ登記ヲ了シタルコトハ孰レモ當事者間ニ爭ナキトコロナリ

2而シテ被控訴人カ本件假處分ヲ必要トスル理由トシテ主張スルトコロハ控訴人ハ今ヤ右抵當權ノ實行トシテ前記建物ノ競賣ノ申立ヲ爲シタルヲ以テ被控訴人ハ控訴人ニ對シ土地所有者ニ代位シテ所有權侵害排除ノ本訴ヲ提起セントスルモ控訴人ニシテ右抵當權ノ讓渡又ハ實行ヲ爲スニ於テハ他日被控訴人ニ於イテ其ノ權利ヲ實行スルニ付キ著シキ困難ヲ生スヘキニヨリ本件假處分ノ申請ニ及ヒタリト謂フニ在レトモ被控訴人カ訴外鳥飼彌三郎ニ對シ同人ノ行爲ニ依リ現狀變更セラレテ被控訴人ハ權利ノ實行ヲ爲スコト能ハス又ハ之レヲ爲スニ著シキ困難ヲ生スル恐アルコトヲ理由トシテ其ノ將來ノ變更ヲ防止シ强制執行ヲ保全スル爲假處分ノ申請ヲ爲スハ格別

控訴人ニ對シ同人カ既ニ右鳥飼ヨリ設定セラレタル抵當權ノ實行ノ禁止ヲ假處分ニ依リテ求ムルカ如キハ係爭物ニ付キ既ニ爲サレタル行爲ノ效力トシテ當然爲サルヘキ他人ノ行爲ヲ禁止セントスルニ外ナラスシテ假處分トシテハ到底之ヲ許容シ得サルトコロナリトス果シテ然ラハ本件ハ被控訴人ノ主張自體ニ依リ理由ナキコト明カナルヲ以テ被控訴人ノ假處分申請ハ之レヲ却下スヘキモノトス（東京控訴院昭和五年ネ一六九八號同六年一〇月一三日判決銀行判例七卷三號七七頁）

四　假處分ニ依ル競賣手續停止ノ能否（諸法下一二三六頁）

◎抵當權ノ假處分ト抵當債權ノ行使（本條後出）

◎抵當權ノ假處分ト抵當債權ノ行使

一〔東京控〕抗告人ハ抵當權ハ從タル物權ナレハ其實行ノ禁止ハ主タル債權行使ノ禁止ニシテ從テ抵當權ノ實行禁止ノ假處分ノタメニ供シタル本件擔保ハ亦同時ニ主タル債權ノ行使ノ禁止ニ對スル擔保ナルヲ以テ本案判決ノ確定セサル以上ハ未タ以テ擔保ノ事由止ミタリト謂フヲ得サル旨主張スレトモ抵當權ハ債權ニ從タル權利ナリト雖モ抵當權ノ實行禁止ハ當然ニ主タル債權ノ行使ヲ禁止スルモノニアラス抵當權ノ實行ヲ禁止セラルルモ特ニ債權ノ行使ニ付禁止ナキ限リ債權者ハ抵當權ノ實行以外ノ方法ニヨリテ債權ヲ行使シ其辨濟ヲ受ケ得

ルモノトス（東京控訴院昭和七年ラ七〇號同八年七月八日決定法律新聞三六一九號七頁●銀行判例一〇卷六號七五頁）

第三百八十八條　【法定地上權】

1 土地及ヒ其上ニ存スル建物カ同一ノ所有者ニ屬スル場合ニ於テ其土地又ハ建物ノミヲ抵當ト爲シタルトキハ抵當權設定者ハ競賣ノ場合ニ付キ地上權ヲ設定シタルモノト看做ス但地代ハ當事者ノ請求ニ因リ裁判所之ヲ定ム

◎法定地上權ニ關スル諸問

一　本條ノ趣旨（民法一八七頁）

二　本條ハ强行的規定ナリ（民法一八九頁「法定地上權ヲ否定スル特約ノ效力」參看）

三　法定地上權ノ取得（本條後出）

四　新敷地ヘ移轉シタル抵當建物ト本條（本條後出）

五　土地抵當後ノ新築建物ト競賣權（三續民三八九條）

六　法定地上權ノ範圍（二續民四〇五頁）

七　法定地上權ト對抗要件（本條後出）

八　但書ノ地代確定ニ關スル判例（本條後出）

九　法定地上權ノ存續期間（續民法一〇四五頁）

一〇　法定地上權ノ存續期間ヲ定ムル方法（民法一九〇頁）

◎法定地上權ノ取得

一〔大審院〕民法第三百八十八條ハ同一人カ土地及其ノ上ニ存スル建物ヲ所有シ其ノ何レカ一方ノミヲ抵當ト爲シタルトキハ其ノ抵當權實行ニ基ク競賣アル場合ニ付其ノ土地ニ法定地上權カ設定セラルヘキコトヲ規定シタルモノニシテ其ノ土地及建物ハ必スシモ競賣ノ當時ニ至ル迄同一所有者ニ屬スルコトヲ要セサルモ右ノ抵當權ヲ設定スル當時ニ於テハ常ニ同一ノ所有者ニ屬スルコトヲ要件ト爲シタルモノトス（大審院昭和五年オ二九七九號同六年五月一四日判決法律新聞三二七六號七頁）

二〔大審院〕民法第三百八十八條ノ規定ハ抵當權ノ目的タル土地又ハ建物ノ競賣ニ至ル迄二者カ同一所有者ニ屬スルコトヲ必要トセス抵當權設定後ニ於テ各其ノ所有者ヲ異ニスルニ至リタル場合ニ於テモ適用アルヘキモノト解スルヲ相當トスルヲ以テ〔當院大正十二年（オ）第二百八十六號同年十二月十四日民事聯合部判決參照〕之ト異ナル見解ニ基ク所論ハ採用スルニ由ナキモノトス（大審院昭和七年オ二〇四二號同八年三月二七日判決法律新聞三五四三號一一頁●法律新報三二四號一二頁）

三〔大審院〕1仍テ按スルニ本件土地ハ訴外船越伊平ノ所有ニシテ大正八年三月二十六日訴外株式會社平野銀行ニ對シ抵當權ヲ設定シタル處同銀行ハ該抵當權ノ實行トシテ競賣ノ申立ヲ爲シ昭和五年二月三日被上告人カ之ヲ競落シタルコトハ原審ノ確定シタル事實ナリ而シテ上告人ハ原審ニ於テ本件建物ハ右抵當權設定當時已ニ右船越伊平ノ所有トシテ抵當地上ニ存在シ伊平ハ其ノ敷地タル本件土地ノミニ付抵當權ヲ設定シ其ノ後本件土地ノ競落前上告人ハ本件建物ヲ伊平ヨリ買受ケ昭和二年四月八日其ノ保存登記ヲ爲シタルモノナルヲ以テ上告人ハ民法第三百八十八條ニ依リ本件土地ニ付地上權ヲ有スル旨抗爭シタル處原審ハ論旨摘錄ノ如ク判示シテ上告人ノ該抗辯ヲ排斥シタルモノナリ

2然レトモ土地及其ノ上ニ存スル建物カ同一所有者ニ屬スル場合ニ於テ其ノ土地又ハ建物ノミヲ抵當ト爲シタルトキハ抵當權設定者ハ競賣ノ場合ニ付地上權ヲ設定シタルモノト看做サルルコト民法第三百八十八條ノ規定スル所ナルヲ以テ土地及建物カ同一所有者ニ屬スル場合ニ於テ其ノ土地ノミヲ抵當ト爲シタルトキハ抵當權設定者ハ競落人ノ取得シタル土地ニ付建物ノ所有ヲ目的トスル地上權ヲ取得スルモノナルコト明ニシテ右規定ノ適用ニ付テハ抵當權設定者カ建物所有權ノ取得ヲ以テ抵當權者ニ對抗シ得ル場合ナルコトヲ要スルハ勿論ナリト雖必スシモ抵當權設定當時建物ニ付其ノ登記ヲ爲シタ

ルコトヲ要件トスルモノニ非ス故ニ例ヘハ抵當權設定者カ抵當權設定當時自己ノ新築シタル建物ヲ所有シ未タ其ノ保存登記ヲ經由セサリシトスルモ建物ヲ新築シタル者ハ保存登記ノ有無ヲ問ハス其ノ所有權ノ取得ヲ以テ抵當權者ニ對抗シ得ルモノナルヲ以テ競賣ノ場合ニ於テ該建物ノ所有者タル抵當權設定者ハ土地ノ競落人ニ對シ地上權ヲ取得スルモノト謂ハサルヘカラス

3而シテ土地及其ノ上ニ存スル建物カ同一所有者ニ屬スル場合ニ於テ其ノ土地又ハ建物ノミヲ抵當ト爲シタル後抵當權ノ目的タル土地又ハ建物カ其ノ競賣ニ至ル迄同一所有者ニ屬セサル場合ニ於テモ民法第三百八十八條ノ適用アルコトハ當院ノ判例〔大正十二年（オ）第二八六號同年十二月十四日民事聯合部判決參照〕トスル所ナルヲ以テ土地ノミヲ抵當ト爲シタル抵當權設定者カ地上ニ存スル建物ヲ他ニ讓渡シタル場合ニ於テハ其ノ讓受人カ土地ノ競落人ニ對シ地上權ヲ取得スルモノニシテ之ノ場合ニ於テ該建物カ未登記ニシテ未登記ノ儘讓渡セラレ讓受人カ抵當權設定後土地ノ競落前ニ其ノ保存登記ヲ爲シタル場合ニ於テモ建物讓渡人タル抵當權設定者ニシテ右規定ニ依ル地上權ヲ取得シ得ヘカリシ場合ナルニ於テハ讓受人ニ於テモ同シク地上權ヲ取得スルコトヲ得ルモノト謂フヘク建物ノ讓受人カ抵當權設定後ニ於テ建物ニ付保存登記

ヲ爲シタルコトヲ理由トシテ右規定ノ適用ヲ拒否スルコトヲ得サルモノトス果シテ然ラハ原審カ本件建物ハ本件土地ノ抵當權設定當時已ニ船越伊平ノ所有トシテ抵當地上ニ存在シ伊平ハ本件土地ノミニ付抵當權ヲ設定シタルモノナリヤ否ノ事實ニ付何等審究スル所ナク單ニ前記原判示ノ如キ理由ノ下ニ上告人ノ抗辯ヲ一蹴シ去リタルハ失當ニシテ論旨理由アリ

（大審院昭和七年（オ）四七三號同年一〇月二一日判決大審院判例集一一卷民事二一七七頁●法律新聞三五〇七號五頁●法律新報三一六號一二頁）

四　右二及三ノ引用判例―二續民四〇三頁「本條ノ適用範圍」ノ二

五〔大審院〕同一ノ所有者カ其ノ所有ノ土地及地上ノ建物ヲ併セテ抵當ト爲シタル場合ニ於テ競賣ノ結果其ノ兩者ニ付同一人カ最高價競買人ト爲リタルモ建物ノ競落ハ許サレスシテ結局土地ノミカ競落セラレタルトキハ民法第三百八十八條ニ依リ其ノ建物ノ爲ニ地上權ノ設定アルモノトナルコトハ當院判例ノ趣旨トスルトコロニシテ〔明治三十八年（オ）第五二一號同三十九年二月十六日言渡判決明治四十二年（オ）第四一六號同四十三年三月二十三日言渡判決〕今之ヲ變更スヘキ理由ヲ見サルカ故ニ被上告人カ其ノ所有ノ本件土地建物ニ付株式會社峽東銀行ノ爲ニ抵當權ヲ設定シ其ノ抵當權實行ノ結果上告人カ一旦土地建物全部ノ最高價競買人ト爲リタルモ土地競賣代金ヲ以テ抵當債權ヲ辨濟スルニ十分ナリシ爲裁判所ハ土地ノミノ競落ヲ許シ建物ノ競落ヲ許ササリシコト所論ノ如クナルニ於テハ建物ノ所有者タル被上告人ハ其ノ所有ニ付法定地上權ヲ取得スルモノト云ハサルヘカラス（大審院昭和六年（オ）八六六號同年一〇月二九日判決大審院判例集一〇卷民事九三一頁●法律新聞三三七二號七頁）

六　右五ノ引用判例―民法一八九頁「土地及建物ノ併合抵當ト法定地上權」ノ三及四

七　土地建物ノ同時競落ト本條ノ適用（二續民四〇三頁「本條ノ適用範圍」ノ五）

八　新敷地ヘ移轉シタル抵當建物ト本條（本條後出）

◎建物所有權ノ移轉ニ伴フ地上權ノ移轉（三續民二六五條七一八頁）

◎新敷地ヘ移轉シタル抵當建物ト本條

一〔東京地〕民法第三百八十八條ノ規定ハ抵當權設定當時ニ於テ同一ノ所有者ニ屬スル土地及其上ニ存スル建物ノ何レカ一方ヲ抵當ト爲シタル場合ノミナラス建物ノ所有者カ先ツ其建物ニ付抵當權ヲ設定シ其後該建物ヲ從來ノ敷地ヨリ自己所有ノ他ノ土地ノ上ニ移轉シタルカ如キ場合ニ於テモ之カ適用アルモノト解スヘキモノナルモ抵當權設定者ハ競落ノ場合ニ付地上權ヲ設定シタルモノト看做サルル結果競賣ニ因リテ右建物ノ所有權ヲ取得シタル者ニ對シ土地所有權ニ基キ建物ノ收去ヲ求ムルヲ得スト雖抵當權設定者カ建物ノ存スル土地ヲ第三者ニ賣却シタル場合ニ於テ建物ノ競賣取得者カ地上權ヲ以テ第三者ニ對抗シ得ル場合ナラサルヘカラス換言スレハ建物ヲ從來ノ敷地ヨリ他ノ土地ノ上ニ移轉シタル場合ニ於テハ其所在變更登記ヲ爲スニ非サレハ該建物カ新敷地ノ上ニ存ステフ事實ヲ以テ新敷地ノ所有權ヲ取得シタル第三者ニ對抗シ得サルモノト謂ハサルヘカラス（東京地方裁判所昭和七年ワ四一五六號同八年六月二九日判決法律新報三四五號二七頁）

◎抵當建物ノ移動ト抵當權ノ效力（民法一六九頁）

◎法定地上權ト對抗要件

一〔宇都宮地〕1民法第三百八十八條ニハ土地及其ノ上ニ存スル建物カ同一所有者ニ屬スル場合ニ於テ其土地又ハ建物ノミヲ抵當トシタルトキハ抵當權設定者ハ競賣ノ場合ニ付地上權ヲ設定シタルモノト看做ストアリテ其ノ地上權ハ法律ノ擬制ニ因リ恰モ抵當權設定者ト競落人トノ間ニ於テハ之ヲ設定シタルト同一視スルモノナレハ抵當權設定者ト競落人トハ地上權設定ノ當事者ニ該當シ兩者間ニ於テハ地上權ヲ主張スルニ付登記ヲ要セサルモ之ヲ第三者ニ對抗センカ爲メニハ同法第

百七十七條ノ通則ニ從ヒ登記ヲ經由スルコトヲ要スヘク此ノ點ニ於テ法定地上權ト契約ニ依ル地上權トヲ區別スヘキ理由ナシト解セサルヘカラス

2本件ニ付之ヲ觀ルニ原告カ前示競賣ニ於テ抵當權ノ目的物件中宅地ヲ除キタル家屋ノミヲ競落シ其ノ所有權ヲ取得シタルコトハ右認定ノ如クナルカ故ニ原告ハ該競落ニ因リ本件土地所有者卽チ抵當權設定者タル菊池源七ニ對スル關係ニ於テハ民法第三百八十八條ニ依リ地上權者ト看做サルル結果該地上權ニ付登記ナシト雖モ地上權ヲ以テ同人ニ對抗シ得ヘキモ其ノ他ノ第三者ニ對シ該權利ヲ以テ對抗スルニハ必スヤ法定地上權ニ付登記ヲ經ルコトヲ要スヘク然ルニ本件宅地カ右競落後昭和六年八月十一日訴外菊池源七ヨリ訴外若林ハルニ賣却セラレ同日賣買ニ因ル所有權移轉登記ヲ了シタルコト及其ノ後昭和六年九月十日若林ハルカ死亡シ被告等四名カ遺產相續ヲ爲シタル結果該宅地カ被告等ノ所有ニ歸スルニ至リタルコトハ當事者間ニ爭ナキ所ニシテ而モ原告カ右法定地上權ニ付現ニ登記ヲ經由セサル事實ハ原告ノ認ムル所ナルカ故ニ原告ニ於テ建物保護ニ關スル法律第一條第一項ニ基キ被告等ニ對シ地上權ヲ對抗シ得ヘキモノナルコトヲ主張スルハ格別然ラサル限リ被告等ニ對シ本件地上權ヲ主張シ之カ範圍ノ確定ヲ求ムル本訴請求ハ失當ナリト謂ハサルヘカラス（宇都宮地

方裁判所昭和六年ヲ三二八號同七年四月二八日判決法律新聞三四一四號八頁●法律評論二一卷民法七三九頁）

二　法定地上權ノ未登記ト對抗力（民法一三〇頁）

三　法定地上權ノ對抗條件（民法一九〇頁）

四　法定地上權ノ讓渡ト對抗條件（民法一九〇頁）

五　法定地上權ト登記請求權（二續民四〇五頁）

六　法定地上權者ト建物保護法ノ第三者（續民法一〇四五頁）

◎地上權ト對抗要件（三續民二六五條七一九頁）

◎但書ノ地代確定ニ關スル判例

一〔廣島地〕民法第三百八十八條ニ則リ地代ノ指定ヲ求ムル訴ノ目的ハ地代額ヲ創設的ニ定ムル判決ヲ求ムルニアルヲ以テ原告ニ於テ其ノ相當ト認ムル地代額ヲ定メテ之カ確認ヲ求ムル本訴ハ一見不適法ナルカ如シト雖モ要スルニ前示法條ニ則リ裁判所ニ對シ右地代ノ指定ヲ求ムル趣旨ナルコトハ原告ノ主張自體ニ依リ明白ナルヲ以テ敢テ本訴ヲ不適法ト爲スヲ得ス又地代指定ノ訴ハ當事者間ニ豫メ地代ニ付協議ヲ試ミ其ノ不調ニ歸シタルコトヲ前提要件ト爲スモノニ非サルヲ以テ此點ニ關スル被告ノ抗辯ハ亦理由ナシ（廣島地方裁判所吳支部昭和四年ヲ一六號同年九月一九日判決法律新聞三〇七二號一五頁）

二　地代指定請求訴訟ノ性質（民法一九一頁）

三　本條但書ノ地代確定ニ關スル判例（二續民四〇五頁）

◎地代ノ確認及給付ノ併合訴訟（續民法一〇四五頁）

第三百八十九條　【土地抵當後ノ新築建物ト競賣權】

1抵當權設定ノ後其設定者カ抵當地ニ建物ヲ築造シタルトキハ抵當權者ハ土地ト共ニ之ヲ競賣スルコトヲ得但其優先權ハ土地ノ代價ニ付テノミ之ヲ行フコトヲ得

◎土地抵當後ノ新築建物ト競賣權

一〔東京地〕民法第三百八十九條ハ抵當權者ニ對シ抵當權設定後其ノ設定者カ抵當地ニ建物ヲ築造シタルトキハ抵當權者ハ土地ト共ニ之ヲ競賣スルコトヲ得ル權限ヲ付與シタルモノニ過キスシテ抵當權者カ該規定ニ依ラスシテ土地ノミヲ競賣ニ付シタル場合ニ於テ建物所有者カ法定地上權ヲ取得スヘキコトヲ定メタルモノニ非スト解スヘキモノトス（東京地方裁判所昭和六年ヲ三八一七號同八年三月一七日判決法律新聞三五四九號八頁●法律新報三三九號一五頁●法律評論二二卷民法六四七頁）

二〔大審院〕土地ノ抵當權設定者ハ其ノ土地ノ使用收益處分ノ權利ヲ失ハサルヲ以テ其ノ地上ニ建物ヲ築造シ又ハ其ノ築造シタル建物ヲ擔保ニ供スルコト何等妨クル所ナシト雖モ之カ爲ニ土地抵當權者ニ不測ノ損害ヲ被ラシムルコトヲ得サルモノニシテ從テ土地ト共ニ建物ノ競賣ヲ爲スコトハ固ヨリ土地抵當權者ノ權利ニシテ義務ニアラサルヲ以テ抵當權者ハ土地ト共ニ建物ノ競賣ヲ爲ササリシ爲其ノ損害ヲ甘受セサルヘキ筋合ナキモノトス（大審院大正一四年オ一一一三號同一五年二月五日判決大審院判例集五卷民事八二頁●法律新報六九號一一頁）

三　本條ノ法意及適用（二續民四〇五頁）

四　抵當地上ニ於ケル建物所有者ノ義務（民法一八九頁）

◎土地抵當後築造ノ建物抵當ト三八八條（二續民四〇三頁「本條ノ適用範圍」ノ三參看）

◎土地抵當權設定後ノ建物ト法定地上權（民法一八九頁）

第三百九十條　【第三取得者ト競買人】

1第三取得者ハ競買人ト爲ルコトヲ得

◎競買人タル資格ノ有無

一〔東京控〕抵當債務ノ保證人カ抵當債權者ヲ代理シテ競賣ノ申立ヲ爲スコト竝ニ之ニ基ク競賣手續ニ於テ右保證人カ本人トシテ競落人トナルコトヲ禁シタル法規ナク又理論上ヨリス

ルモ之ヲ禁スヘキ理由ナキモノトス（東京控訴院昭和六年ネ九六號同八年月日不詳判決法律新聞三五四九號一〇頁・法律評論二二卷諸法三九九頁）

二　抵當不動產ノ第三取得者タル共有者ノ競買（民法一九一頁）

第三百九十一條　【費用償還】

1 第三取得者カ抵當不動產ニ付キ必要費又ハ有益費ヲ出タシタルトキハ第百九十六條ノ區別ニ從ヒ不動產ノ代價ヲ以テ最モ先ニ其償還ヲ受クルコトヲ得

◎費用償還ニ關スル諸問

一　占有物ノ費用償還ニ關スル諸問（三續民一九六條）

二　競賣手續完結後ニ於ケル費用償還ノ請求（民法一九一頁）

三　假登記權利者ト本條ノ償還請求權（民法一九一頁）

◎假登記ニ關スル諸問（三續民一七七條五〇三頁）

第三百九十二條　【抵當權ノ代位】

1 債權者カ同一ノ債權ノ擔保トシテ數個ノ不動產ノ上ニ抵當權ヲ有スル場合ニ於テ同時ニ其代價ヲ配當スヘキトキハ其各不動產ノ價額ニ準シテ其債權ノ負擔ヲ分ツ

2 或不動產ノ代價ノミヲ配當スヘキトキハ抵當權者ハ其代價ニ

付キ債權ノ全部ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得此場合ニ於テハ次ノ順位ニ在ル抵當權者ハ前項ノ規定ニ從ヒ右ノ抵當權者カ他ノ不動產ニ付辨濟ヲ受クヘキ金額ニ滿ツルマテ之ニ代位シテ抵當權ヲ行フコトヲ得

◎抵當權ノ代位ニ關スル諸問

一　抵當不動產ノ一括競賣ノ適否（本條後出）

二　本條ニ違背セル配當ノ效力（本條後出）

三　本條第二項ノ適用範圍（本條後出）

四　次ノ順位ニ在ル抵當權者ノ意義（二續民四〇七頁）

五　次順位抵當權者ノ代位權ノ發生時期（二續民四〇八頁）

六　後順位抵當權者ノ代位權行使ノ要件（二續民四〇七頁）

七　次順位抵當權者ノ代位ノ性質及對抗力（二續民四〇八頁）

八　次順位抵當權者ノ代位權ノ侵害（本條後出）

九　抵當權ノ拋棄ト次順位抵當權ノ侵害（本條後出）

餘　錄

1 建物ノ箇數ヲ定ムル標準（三續民二〇八條）

2 抵當不動產ノ分合筆ト競賣手續（三續民三八七條九一四頁）

◎抵當不動產ノ一括競賣ノ適否

一〔大審院〕1 按スルニ數箇ノ不動產上ニ債權者ヲ異ニシ順位ヲ異ニスル抵當權設定ノ存スル場合ニ抵當權ヲ實行スルニ當リ各不動產ハ各別ニ之ヲ競賣スルコトヲ要スル所以ハ第一順位ノ抵當權者ニ辨濟シテ餘リアル場合ニ之ヲ以テ第二順位以下ノ抵當權者ニ辨濟ヲ爲ス必要ニ因ルモノナルカ故ニ若第一順位ノ抵當權者ノ債權ヲ辨濟シテ餘剩ヲ生セサルヘキ場合ニハ不動產ハ各別ニ之ヲ競賣スルコトヲ要セサルモノト解スルヲ正當トス

2 本件ニ付原審ノ確定シタル事實ニ依レハ本件不動產上ニ設定シタル順位一番ノ抵當權ヲ以テ擔保セラルル債權ノ額ハ四萬一千七百九十五圓餘ニシテ不動產ノ評價額ハ三萬九千五百圓ナルヲ以テ一般ノ取引通念ニ依レハ競賣ニ依リテハ右評價額以上ニ競賣スルコトハ至難ナリト認ムヘキモノナルカ故ニ本件ニ於テハ競賣賣得金ヲ以テハ順位二番ノ抵當權者ニ辨濟ヲ爲スコトヲ得ヘキ場合ニ非サルニ因リ本件不動產ヲ一括競賣ニ付シタルハ之ヲ正當ト爲ササルヘカラス而シテ原審ハ右確定事實ニ基キ一括競賣ヲ有效ト爲シタルコト明ナレハ原決定ハ之ヲ正當トス原審ハ所論ノ如ク競賣ノ申立又ハ競賣開始決定ノ日時ニ於テ競賣裁判所カ一括競賣カ否ヲ決定シ得ルモノト爲シタルニ非ス又競賣手續及競落ノ結果ヨリ類推シテ一括競賣ヲ正當ト爲シタルニ非サルコト原決定上明ナルニ因リ

原決定ニハ所論ノ如キ違法ナキモノトス（大審院昭和七年ク六〇號同年二月五日決定大審院判例集一一卷民事三八七頁・法律評論二一卷諸法四二九頁）

二〔大審院〕1 同一ノ債權ヲ擔保スルタメ數箇ノ不動產ノ上ニ抵當權設定セラレタル場合ニ其ノ不動產中ノ一部ニ付當該債權者ノ抵當權ニ優先スル順位ノ抵當權存スルトキハ債權者ハ當該不動產ノ競賣賣得金ニ付テハ先順位ノ抵當權者ノ債權辨濟セラレテ生シタル殘額ノミヨリ辨濟ヲ受ケ得ルニ止マルヲ以テ債權者カ抵當權ノ實行トシテ目的タル不動產ノ全部ヲ競賣スルニ當リテハ其ノ先順位ノ抵當權ノ目的ト爲リタル不動產ノ競賣賣得金額ヲ確定スル必要上不動產全部ハ之ヲ一括シテ競賣スルコトヲ得ス必スヤ其ノ先順位ノ抵當權ノ目的タル不動產ト否ラサル不動產トヲ各別ニ競賣スヘキモノト解スヘキモノトス

2 本件ニ於テ原審ノ確定シタル事實ニ依レハ本件競賣申立人タル債權者株式會社常磐銀行ハ其ノ抵當權ノ目的タル不動產中一部ニ付テハ順位一番他ノ一部ニ付テハ順位十番ノ抵當權ヲ有スルモノナルヲ以テ本件不動產ノ競賣ニ付テハ其ノ順位ヲ異ニスル不動產ヲ各別ニ競賣スルコトヲ要シ之ヲ法律上ノ競賣條件ト爲シ且利害關係人ノ承認アルモ之ニ反スルコトヲ許ササルモノト爲ササルヘカラス從テ原審カ叙上ト同一ノ理

由ニ依リ一括競賣ヲ許ササルモノト判示シタルハ正當ナリ（大審院昭和六年ク四一四號同年五月一日決定法律新聞三二六九號四頁）

三　一括セル最低競賣價額ノ適否（諸法下一二四三頁・續民訴一三九〇頁）

◎本條ニ違背セル配當ノ效力

一〔大田原區〕所謂抵當權ハ不可分ナルカ故ニ總括的抵當權ノ場合卽チ一個ノ債權ノ爲メ數個ノ土地カ抵當權ノ目的タル場合ニアツテハ其土地ノ各個カ何レモ債權全部ヲ擔保スルモノトス從而此場合各個ノ土地ノ價格ニ比例シテ債權ノ負擔額ヲ確定シ各個ノ土地ハ其ノ負擔部分ニ付テノミ抵當權ノ行使ヲ受クヘキモノナリトノ理論ハ到底成立スルモノニアラス民法第三百九十二條第一項ハ數個ノ不動產ニ付同時ニ其ノ代價ヲ配當スヘキ場合ニ配當ノ公平ヲ維持シ後順位抵當權者ヲ保護スルカ爲メ各個ノ不動產ノ價格ニ準シテ債權ノ負擔ヲ分ツヘキ旨規定シタルニ過キスシテ此規定ヲ以テ數個ノ不動產例ヘハ土地カ抵當權ノ目的タル場合ハ債權ノ負擔ハ各個ノ土地ノ價格ニ比例シテ定マリ抵當權者ハ其ノ負擔額ヲ超エテ抵當權ヲ行使スルコトヲ得サル旨ヲ規定シタルモノナリト解スルヲ得ス若シ夫レ如上ノ如ク債權ノ負擔ハ各個ノ土地ノ價格ニ比例シテ定マリ抵當權者ハ其ノ負擔額ヲ超エテ抵當權ヲ行使シ得サル旨ノ規定ニ過キサルモノニアラス（大審院昭和二年（オ）第九三三號同四年一月三十日民事第四部判決評論十八卷民法三〇四頁參照）原告ハ該規定ニ基キ被告仙松、佐一、好治ノ本件不動產ニ付被告國ノ有セル抵當權ヲ代位行使スルニ由ナキモノト謂ハサルヘラカス（廣島地方裁判所尾道支部昭和七年ク一三一號同八年五月一六日判決法律新聞三五七五號一二頁）

二〔大審院〕右一ノ引用判例―1同一ノ債權ノ擔保トシテ債務者所有ノ不動產及第三者所有ノ不動產上ニ夫々抵當權ノ存スル場合ニ債權者ニ於テ先ツ第三者所有ノ不動產ニ對スル抵當權ヲ實行シ依テ以テ債權ノ一部辨濟ヲ得タルトキハ第三者ハ其ノ債務者ニ對シテ有スル求償權ノ範圍ニ於テ債權者ニ代位シ當該債權及債務者所有ノ不動產ニ對スル抵當權ヲ債權者ト共同シテ行使シ得ヘキコト民法第五百條ニ依リ疑ナク而カモ此ノ抵當權ナルモノハ右債權者ノ有セシ抵當權其ノモノニ外ナラサルコト勿論ナルカ故ニ此ノ行使ニ對シ後順位抵當權者カ右第三者ニ優先スルノ權利ナキハ當然ナリ所論民法第三百九十二條第二項ハ同一債權ノ擔保トシテ債務者所有ノ數個ノ不動產上ニ抵當權ノ設定アリタル場合ニ於テ債權者カ先ツ其ノ內ノ或不動產ノ代價ニ付其ノ債權ノ辨濟ヲ得タルトキハ該不動產上ノ後順位抵當權者ハ右先順位抵當權者カ同條第一項ノ規定ニ從ヒ他ノ不動產ニ付辨濟ヲ受ク可キ金額ニ滿ツル迄之ニ代位シ其ノ抵當權ヲ行使シ得ヘキコトヲ定メタルニ止リ本件ノ如ク第三者所有ノ不動產カ債務者所有ノ不動產ト共ニ同一債權ノ擔保トシテ抵當權ノ目的タル場合ノ關係ヲ定メタルモノニアラス蓋若之ヲ然ラストセンカ抵當權ノ實行ニ遇ヒ其ノ不動產ノ代價ヲ以テ代位辨濟ヲ爲シタル第三者ノ代位權ハ常ニ債務者所有ノ不動產ニ對スル後順位抵當權ノ設定ニ依リ不當ニ害セラルルニ至ル結果ヲ生ス可ケレハナリ

2然ラハ則チ原判示ノ如ク訴外岩本清三郎ニ對スル當該債權ニ付被上告人及右清三郎所有ニ係ル各不動產上ニ夫々第一順位抵當權ヲ有シタル上告人河田增二郎ニ於テ先ツ被上告人所有ノ不動產ノミニ對シ抵當權ヲ實行シ其ノ代價ニ依リ債權ノ一部辨濟ヲ得タル爲被上告人ハ此ノ範圍ニ於テ清三郎ニ對シ求償權ヲ有シ從ヒテ又代位權ヲモ有スルニ至リタル以上ハ被上告人ハ他ノ抵當不動產卽清三郎所有ニ係ルソレニ對シ第一順位ノ抵當權ヲ上告人增二郎ト共同シテ行使スルヲ得ヘク（上告人增二郎ハ本件不動產ニ付第一及第二順位ノ抵當權ヲ有ス）其ノ第二順位抵當權者タル各上告人ニ優先スルハ言ヲ俟タス從テ原審カ之ト同趣旨ノ理由ニ依リ被上告人ノ本件請求ヲ認容シタルハ相當ニシテ論旨ハ理由ナシ（大審院昭和二年す九三三號同四年一月三〇日判決法律新聞二九四五號一二頁・法律評論一八卷民法三〇三頁）

◎本條第二項ノ適用範圍

一〔廣島地〕民法第三百九十二條第二項ハ同一債權ノ擔保トシテ債務者所有ノ數個ノ不動產上ニ抵當權設定アリタル場合ニ於テ債權者カ先ツ其ノ內ノ或不動產ノ代價ニ付其ノ債權ノ辨濟ヲ得タルトキハ該不動產ノ後順位抵當權者右先順位抵當權者カ同條第一項ノ規定ニ從ヒ他ノ不動產ニ付辨濟ヲ受クヘキ金額ニ滿ツル迄之ニ代位シ其ノ抵當權ヲ行使シ得ヘキコトヲ定メタルニ止マリ本件ノ如ク第三者所有ノ不動產カ債務者所有ノ不動產ト共ニ同一債權ノ擔保トシテ抵當權ノ目的タル場合ニアラサルヲ以テ〔大審院昭和二年（オ）第九三三號同四年一月三十日民事第四部判決評論十八卷民法三〇四頁參照〕原告ハ該規定ニ基キ被告仙松、佐一、好治ノ本件不動產ニ付被告國ノ有セル抵當權ヲ代位行使スルニ由ナキモノト謂ハサルヘラカス（廣島地方裁判所尾道支部昭和七年ク一三一號同八年五月一六日判決法律新聞三五七五號一二頁）

二〔大審院〕右一ノ引用判例―1同一ノ債權ノ擔保トシテ債務者所有ノ不動產及第三者所有ノ不動產上ニ夫々抵當權ノ存スル場合ニ債權者ニ於テ先ツ第三者所有ノ不動產ニ對スル抵當權ヲ實行シ依テ以テ債權ノ一部辨濟ヲ得タルトキハ第三者ハ其ノ債務者ニ對シテ有スル求償權ノ範圍ニ於テ債權者ニ代位シ當該債權及債務者所有ノ不動產ニ對スル抵當權ヲ債權者ト共同シテ行使シ得ヘキコト民法第五百條ニ依リ疑ナク而カモ此ノ抵當權ナルモノハ右債權者ノ有セシ抵當權其ノモノニ外ナラサルコト勿論ナルカ故ニ此ノ行使ニ對シ後順位抵當權者カ右第三者ニ優先スルノ權利ナキハ當然ナリ所論民法第三百九十二條第二項ハ同一債權ノ擔保トシテ債務者所有ノ數個ノ不動產上ニ抵當權ノ設定アリタル場合ニ於テ債權者カ先ツ其ノ內ノ或不動產ノ代價ニ付其ノ債權ノ辨濟ヲ得タルトキハ該不動產上ノ後順位抵當權者ハ右先順位抵當權者カ同條第一項ノ規定ニ從ヒ他ノ不動產ニ付辨濟ヲ受ク可キ金額ニ滿ツル迄

三　民法一九二頁「本條ノ適用」ノ一

◎次順位抵當權者ノ代位權ノ侵害

一〔大審院〕1上告人ノ本訴ニ於テ主張スルトコロハ被上告人ハ本來前示三十四筆全部ノ不動產ノ價額ニ準シテ夫々各不動產ヨリ辨濟ヲ受クヘキモノナルニ特ニ其ノ內二十九筆ノ賣得金全額ヲ取得シタルヲ以テ當時競賣ト爲ラサリシ本件五筆ノ不動產ニ付被上告人カ辨濟ヲ受ケ得ヘカリシ金額ニ充ツルマテ上告人ハ被上告人ニ代位シテ抵當權ヲ實行スルコトヲ得ト云フニ在リテ之ニ對シ原判決ハ「競賣代金一萬五千七百六十圓四十三錢ハ競賣不動產カ其ノ價額ニ準シ本件五筆ノ不動產ト分ツヘキ債權ノ負擔額ヲ超過シ他面配當後ニ於ケル殘債權五千七百圓二十一錢カ係爭不動產ノ分擔スヘキ債權額ニ達セサル事情ノ知ルヘキ證左ナキヲ以テ」トノ理由ノ下ニ上告人ノ主張ヲ排斥シタリ

2右原判決ノ理由ノ趣旨ハ明快ヲ缺クモ本件ノ事實關係ニ在リテハ三十四筆ノ各不動產ノ價額ヲ確定スルニ非サレハ容易ニ上告人ノ主張ヲ排斥スヘカラサルノミナラス甲第五號證ニ依レハ後ニ本件五筆ノ不動產カ三萬三千餘圓ニテ競賣セラレタルカ如キ記載アリテ右五筆ノ不動產ノ價額カ右ノ如シトセハ原判決ノ判定ハ當然ニ覆サルヘク要スルニ原審ノ措置ニハ

此ノ點ニ於テ少クトモ審理不盡ノ違法アルモノトス

3次ニ原審ハ後ニ本件五筆ノ不動產モ亦被上告人ノ申立ニ因リテ競賣セラレ其ノ結果被上告人ノ抵當權カ消滅ニ歸シタル事實ヲ確定シ既ニ右抵當權カ消滅シタル以上上告人ハ代位請求ヲ爲スノ餘地ナシトノ理由ニ依リテ上告人ノ本訴請求ヲ棄却シタリ然レトモ上告人ノ請求ノ本旨ハ被上告人カ第一次ノ競賣ニ於テ民法第三百九十二條第一項所定ノ割合ヲ超エテ賣得金ヲ襲斷シ以テ上告人ニ損害ヲ及ホシタルニヨリ其ノ救濟ヲ求ムト云フニ在ルコト其ノ辯論ノ全趣旨上明白ナルカ故ニ若叙上原審確定ノ如ク代位請求ヲ爲シ能ハサルニ至リタルモノトセハ上告人ハ必ヤ被上告人ノ不當利得ヲ主張シテ請求ノ本旨ヲ貫徹スヘク右ハ本件ニ於テ毫モ上告人ノ請求ノ基礎ヲ變更スル所以ニハ非サルモノトスサレハ原審カ右ノ點ニ於テ輙ク上告人ノ本訴請求ヲ棄却シタルハ釋明不十分ノ違法アルヲ免レサルモノニシテ本件上告ハ理由アルニ歸スルモノトス

（大審院昭和六年オ三五八一號同七年九月二九日判決法律新聞社編大審院裁判例〔六〕民事二五九頁）

二〔上告論旨〕第二點ハ「更ニ被控訴代理人ハ前記競賣物件ニ對シ被控訴人カ第二番抵當權者タルコトハ控訴人市重ニ通知ヲ爲シ又該物件ヲ競賣ニ付スヘキコトハ控訴人スナニ通知ヲ爲シタルニヨリ控訴人兩名ハ被控訴人カ上記宅地二十二坪七合四勺同上同番木造瓦葺二階家一棟建坪六坪外二階四坪ニ對シ代位權ヲ有スル事ハ知リ得ヘキモノナルニ拘ラス控訴人兩名カ共同シテ右物件ノ第一番抵當權ヲ抹消シ之ヲ有限責任長崎信用組合ニ擔保ニ供シ因テ係爭代位權ノ行使ヲ不能ナラシメタルハ少クトモ控訴人兩名ニ過失アリト主張スレトモ他ニ此ノ點ノ立證ナキ限リ單ニ控訴人兩名ニ對シ夫々上記ノ如キ通知ヲ爲シタル事實ノミニヨリ控訴人兩名カ係爭代位權ノ存スルコトヲ知リ居リタリトハ即斷シ難ク從テ係爭代位權行使不能トナリタルカ爲ニ生シタル損害ハ控訴人兩名ノ共同過失ニ基因スルモノナリトノ結論ニ到達セサルカ故ニ被控訴人ノ右主張モ亦失當タルヲ免レスト爲スノ外ナシ」ト判示セリ同一債權ノ擔保トシテ二個ノ不動產ノ上ニ抵當權ヲ有スル被上告人深堀市重カ競賣セラルル一個ノ不動產ニ付二番抵當權アルコトノ通知ヲ受ケ又右二個ノ抵當不動產ノ所有者タル被上告人深堀スナカ上告人ヨリ上告人カ二番抵當權ヲ有スル不動產ヲ競賣ニ付スル通知ヲ受ケタルニ於テハ（市重カ一個ノ不動產ニ付債權全部ノ辨濟ヲ受ケタル爲二番抵當權者タル上告人カ一部ノ辨濟ヲ受ケタルコトハ原判決理由中前段ニ認定セル所ナリ）原判決ニ立證ナキヲ以テ被上告人兩人カ係爭代位權ノ存スル事ヲ知リ居タル事ヲ即斷シ難シト判示シタル右立證スヘキ點ハ法定代位權ノ存スル事ヲ知リタル點ニ歸著スルモノトス然レ共右法律規定ノ代位權ノ生スル事ヲ知ラストテ被上告人ノ不法行爲成立セスト言フヲ得サルノミナラス三十年來施行セラレタル法律ノ規定ヲ知ラサルハ被上告人ニ重大ナル過失アルモノト謂フヘク從テ被上告人ノ過失ニ原因

造瓦葺二階家住家一棟建坪六坪外二階四坪ニ對シ代位權ヲ有スル事ハ知リ得ヘキモノナルニ拘ラス控訴人兩名カ共同シテ右物件ノ第一番抵當權ヲ抹消シ之ヲ有限責任長崎信用組合ニ擔保ニ供シ因テ係爭代位權ノ行使ヲ不能ナラシメタルハ少クトモ控訴人兩名ニ過失アリト主張スレトモ他ニ此ノ點ノ立證ナキ限リ單ニ控訴人兩名ニ對シ夫々上記ノ如キ通知ヲ爲シタル事實ノミニヨリ控訴人兩名カ係爭代位權ノ存スルコトヲ知リ居リタリトハ即斷シ難ク從テ係爭代位權行使不能トナリタルカ爲ニ生シタル損害ハ控訴人兩名ノ共同過失ニ基因スルモノナリトノ結論ニ到達セサルカ故ニ被控訴人ノ右主張モ亦失當タルヲ免レスト爲スノ外ナシ」ト判示セリ同一債權ノ擔保トシテ二個ノ不動產ノ上ニ抵當權ヲ有スル被上告人深堀市重カ競賣セラルル一個ノ不動產ニ付二番抵當權アルコトノ通知ヲ受ケ又右二個ノ抵當不動產ノ所有者タル被上告人深堀スナカ上告人ヨリ上告人カ二番抵當權ヲ有スル不動產ヲ競賣ニ付スル通知ヲ受ケタルニ於テハ（市重カ一個ノ不動產ニ付債權全部ノ辨濟ヲ受ケタル爲二番抵當權者タル上告人カ一部ノ辨濟ヲ受ケタルコトハ原判決理由中前段ニ認定セル所ナリ）原判決ニ立證ナキヲ以テ被上告人兩人カ係爭代位權ノ存スル事ヲ知リ居タル事ヲ即斷シ難シト判示シタル右立證スヘキ點ハ法定代位權ノ存スル事ヲ知リタル點ニ歸著スルモノトス然レ共右法律規定ノ代位權ノ生スル事ヲ知ラストテ被上告人ノ不法行爲成立セスト言フヲ得サルノミナラス三十年來施行セラレタル法律ノ規定ヲ知ラサルハ被上告人ニ重大ナル過失アルモノト謂フヘク從テ被上告人ノ過失ニ原因シテ本件ノ損害ヲ生シタルモノト云フヘク原判決カ此點ニ付立證ノ缺點アルモノト判決セシハ擧證責任ノ法則ヲ誤レル違法アリト云フニ在リ

三〔大審院〕然レ共原判決ノ確定シタル事實ニ依レハ被上告人深堀市重ハ深堀德榮ニ對スル金千百七十圓ノ債權ヲ擔保スル爲長崎市櫓口町百六十一番ノ一宅地二十二坪七合四勺同上同番木造瓦葺二階家住家一棟ノ外同上同番ノ二宅地四十三坪二合六勺同上同番ノ二第二號木造瓦葺二階家住家一棟同上同番第三號木造瓦葺平家住家一棟ノ上ニ第一番抵當權ノ設定ヲ受ケ之カ登記ヲ了シタルモノタル處右物件ノ內百六十一番ノ二宅地及住家ハ他ノ物件ト共ニ該不動產上ニ第二番抵當權ヲ有スル上告人ノ申立ニ依リ抵當權ノ實行トシテ競賣セラレタルヨリ其賣得金中ヨリ當時ニ於ケル債權全額八百四十五圓ノ辨濟ヲ受ケタルヲ以テ右競賣物件ト共ニ第一番抵當權ノ目的物タリシ右百六十一番ノ一宅地及住家ニ付當時ノ所有者タル被上告人深堀スナニ協力シテ第一番抵當權ノ抹消登記ヲ爲シ以テ被上告人深堀スナハ該物件ニ付更ニ有限責任長崎信用組合ニ對シ債權額五百圓ノ爲ニ抵當權設定登記ヲ爲シタリ然ルニ上告人ハ右競賣ニ依リ債權額九百七圓五十錢ノ內一部辨濟ヲ受ケタルニ過キサルモ右百六十一番ノ二宅地及住家ニ付抵當權代位ノ附記登記ヲ爲ササリシモノナリト言フニ在ルヲ以テ

上告人ハ被上告人等ノ行爲ニ依リ民法第三百九十二條ニ基ク右百六十一番ノ二宅地及住家ニ付被上告人深堀市重ニ代位シテ抵當權ヲ行ヒ得ル權利ヲ行使シ得サルニ至リタルモノト言フヘク而シテ上告人カ原審ニ於テ右競賣物件ニ付上告人ニ於テ第二番抵當權ヲ有シタル事ハ被上告人深堀市重ニ對シ既ニ通知シアリ又被上告人深堀スナニ對シテハ競賣通知アリタルモノナリト主張シタル事ハ原審口頭辯論調書及原判決摘示ニ引用セル第一審判決摘示ニヨリ明白ニシテ斯ル事實アリトセハ被上告人等ハ反證ナキ限リ少クトモ被上告人等ノ右登記抹消及抵當權設定登記ニ依リ上告人ノ代位權ヲ侵害シタル事ニ付過失アルモノト言ハサルヲ得ス然ルニ原判決カ所論摘錄ノ如ク說明シタルハ違法ニシテ此點ニ於テ原判決ハ破毀ヲ免レサルモノトス（大審院昭和五年オ二〇四號同年九月二三日判決法律新報二三五號一六頁●法律評論二〇卷民法一三九頁）

四　配當手續ノ完結ト抵當權者ノ代位權（民訴五五三頁）

五　抵當權ノ抛棄ト次順位抵當權ノ侵害（本條後出）

◎抵當權ノ抛棄ト次順位抵當權ノ侵害

一〔東京地〕凡ソ權利ハ他人ノ損害ニ於テ之ヲ行使處分スルヲ得ヘカラサルモノト解スヘカラサルヤ論ナク公益ヲ害シ善良ノ風俗ニ反スル方法ニ於テセサル限リ法ノ認容スルトコロニ

シテ之ニ因リ被リタル損害ハ被害者ニ於テ認容セサルヘカラサルモノトスルニ於テ權利ノ本質ヲ解スルニ謬ラサルニ庶幾シト謂フヘク本件ニ付被告カ前記家屋競賣ノ申立ヲ取下クルハ其申立人トシテ有スル權利ノ行使ニ屬シ競落人トシテ右競落權利ヲ抛棄スルハ所謂權利ノ處分タルニ外ナラサルモノト解スヘキノミナラス債權者カ同一債權ノ擔保トシテ數個ノ不動產上ニ抵當權ヲ有シ其ノ不動產中後順位抵當權ノ目的タル不動產アル場合其不動產ニ付先ツ辨濟ヲ受クルト他ノ不動產ニ對シテ權利ヲ實行スルトハ擔保物權不可分ノ原則上債權者ノ採ルヘキトコロニ從テ定マルモノト解スヘキコト民法第三百九十二條ノ法意ニ照シ明カナルトコロナリ（東京地方裁判所昭和三年ワ二六一四號同五年三月一一日判決法律評論一九卷民法七三五頁●法律新聞三一〇六號一三頁）

二〔東京控〕1按スルニ前示證人山本初雄（原審及當審）三樹退三ノ各證言ニ依レハ被控訴人ハ本件宅地ノ次順位ノ抵當權者トシテ控訴人カ前記初雄ニ對シ金七千圓ノ債權ヲ有セルコトヲ知悉シナカラ前叙ノ如ク該家屋ノ競賣事件ニ於テ其ノ競落人タル權利ヲ抛棄シ之レカ競賣申立ヲ取下ケ次テ右初雄ヨリ該家屋七筆ヲ買受ケタル事實ヲ首肯シ得ヘキヲ以ツテ被控訴人ニ於テ前示金一萬八千圓ノ債權ノ共同擔保タル右家屋ノ競賣事件ニ付キ之レカ競落人ノ權利ヲ抛棄シ其ノ競賣申立ヲ取下クルトキハ之レニヨリテ控訴人ノ前記金七千圓ノ債權ニ對スル該宅地ノ擔保カ減少シ從ツテ其ノ損害ヲ生セシムヘキコトヲ察知セルモノト謂ハサルヘカラサレトモ凡ソ權利ハ他人ノ損害ヲ生スルカ爲メ之レカ行使又ハ處分スルヲ得サルモノト解スヘキニアラサルコト勿論ニシテ苟モ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スル方法ヲ以テセサル限リ其ノ權利ノ行使又ハ處分ハ法ノ認容スルトコロニシテ之ニ因リテ他人カ損害ヲ蒙ルコトアリトスルモ猶ホ之ヲ認容セサルヘカラサルモノト解スヘキハ權利ノ本質トシテ毫モ疑ヲ容レサルヲ以ツテ被控訴人カ前示家屋ノ競賣申立ヲ取下ケタルハ其ノ申立人トシテ有スル權利ノ行使ニシテ又其競落人タル權利ヲ抛棄スルハ所謂權利ノ處分ニ該當シ且債權者カ同一債權ノ擔保トシテ數個ノ不動產上ニ抵當權ヲ有シ其不動產中ノ一個カ次順位抵當權者ノ抵當物件ナル場合ニ於テ該次順位抵當權者アル不動產ト他ノ不動產トノ孰レニ對シ其權利ヲ實行スルヤハ全ク債權者ノ任意タルコト民法第三百九十二條ノ法意ニ照スモ明カナルトコロナルヲ以ツテ右各行爲ハ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スルモノニ非ス

2控訴人ハ被控訴人ノ右權利ノ行使又ハ處分ハ控訴人ヲ害スルコトヲ目的トシ又ハ其ノ競落人トシテ競落代金ノ支拂義務アルニ拘ラス其ノ競落申立ヲ取下權ヲ實行シ即日該家屋ヲ初雄ヨリ買受ケタルハ法律上ノ義務ヲ回避スル目的ニ出テタルモノナルカ故ニ控訴人ノ損害ハ其ノ權利濫用ニ因ルモノナリト主張スレトモ右各行爲カ同一日ニ爲サレタル事實其ノ他控訴人ノ全擧證ニヨルモ猶ホ被控訴人カ控訴人ヲ害スルコト又ハ該家屋ノ競落代金支拂義務ヲ回避スル目的トシテ前示各行爲ヲ爲セルモノナルコトヲ肯認シ難ク却ツテ前示證人山本初雄（原審及當審）ノ證言ニ依レハ被控訴人カ右家屋ノ競落人タル權利ヲ抛棄シ其ノ競賣ヲ取下ケタルハ右初雄ノ懇請ニ基キ同人ヨリ該家屋ヲ買受ケ其ノ管地タル右宅地ニ地上權ノ設定ヲ受ケ後日其ノ家屋ヲ同人ニ賣戻スヘキ特約ヲ爲ス目的ナリシコトヲ首肯シ得ヘシ果シテ然レハ被控訴人ノ各主張ハ孰レモ其ノ理由ナク從ツテ控訴人ヨリ被控訴人カ故意又ハ過失若クハ權利ノ濫用ニヨリ控訴人ノ權利ヲ侵害シ損害ヲ蒙ラシメタルコトヲ原因トシテ其ノ損害ノ賠償ヲ求ムル本訴ハ失當タルヲ免カレス（東京控訴院昭和五年ネ五七八號同六年三月七日判決法律評論二〇卷民法四五五頁●法律新聞三二五七號一五頁）

三〔大審院〕民法第三百九十二條第二項ニ基ク次順位抵當權者ノ代位權ハ先順位ノ抵當權者カ其ノ抵當權ヲ實行スル以前ニ在リテハ未タ發生セサルモノニシテ該次順位抵當權者ハ單ニ將來右代位權ヲ取得スルニ至ルヘキ希望ヲ有スルニ過キサル

カ故ニ縱令此ノ場合ニ先順位抵當權者カ次順位抵當權ノ目的タル物件以外ノ不動產ニ付有セル抵當權ヲ拋棄シタレハトテ之ヲ以テ直ニ次順位抵當權者ノ權利ヲ侵害セルモノト斷スルコト能ハス從テ本件ニ於テ被上告人カ上告人ノ主張ニ係ル五筆ノ土地ニ付存在スル抵當權ヲ拋棄シタルハ昭和五年一月中ニシテ又其ノ第一順位抵當權者トシテ上告人等ノ有セル第二順位抵當權ノ目的タル七十二筆ノ土地ニ對シ權利實行ナ爲セルハ同年三月以後ナルコト原判決認定ノ如クナル以上前叙抵當權ノ拋棄ハ上告人ノ代位權發生以前ノコトニ屬シ其ノ權利ヲ害スルモノニアラサルコト勿論ナリトス（大審院昭和七年オ一二二三號同年一一月二九日判決大審院判例集一一卷民事二二九七頁●法律新聞三五二六號一四頁●法律新報三二二號一一頁）

○右三ノ批評—戒能通孝氏法學協會雜誌五二卷五號一七六頁

四　抵當權ノ拋棄ト次順位抵當權者（續民法一〇三九頁）

五　第一番抵當權者ノ抵當權拋棄（民法一九三頁）

◉抵當權ノ拋棄ニ關スル諸問（三續民三七五條八六七頁）

◉權利ノ濫用ト不法行爲（二續民八六二頁）

◉擔保減少ノ免責限度ノ確定時期（三續民五〇四條）

第三百九十三條　【代位ノ附記登記】

1前條ノ規定ニ從ヒ代位ニ因リテ抵當權ヲ行フ者ハ其抵當權ノ登記ニ其代位ヲ附記スルコトヲ得

◉代位附記登記ニ關スル諸問

一　本條ノ解釋（二續民四〇九頁）

二　代位權行使ト附記登記ノ要否（民法一九二頁「本條ノ適用」ノ三參看）

三　代位附記登記ノ申請方（本條後出）

◉代位附記登記ノ申請方

一〔法曹會〕本條ニ依リ抵當權實行ノ代位權ニ關スル附記登記ノ申請ハ甲及乙雙方ヨリ之ヲ爲シ其ノ申請書ニハ登記原因トシテ抵當權者甲カ不動產（イ）ニ付抵當權ヲ實行シ債權全部ノ辨濟ヲ受ケタルコト及其ノ年月日登記ノ目的トシ附記登記ヲ求ムル趣旨ヲ表示スヘシ（法曹會昭和五年三月五日決議法曹會雜誌八卷五號一九五頁）

二〔大審院〕按スルニ不動產ニ關スル登記ハ登記法第二十六條ニ規定シタルカ如ク登記權利者及ヒ登記義務者ノ雙方ヨリ申請スルヲ通則トシ其一方ヨリ申請スルコトヲ得ルハ同法ニ於テ特ニ之ヲ規定シタル場合ニ限ル而シテ同法ニハ民法第三百九十三條ニ依ル抵當權代位ノ附記登記ハ登記權利者ノミニテ之ヲ申請シ得ル旨ノ規定存セサレハ其登記ハ通則ニ從ヒ登記權利者タル代位者ト登記義務者タル代位サルヘキ先順位抵當權者トノ雙方ヨリ申請スルコトヲ要ス登記法第四十六條ノ二ハ民法第四百二十三條ニ依リテ債權者カ債務者ニ代リ登記ヲ爲ス場合ノ申請書ニ揭クヘキ事項及ヒ添附スヘキ書面ニ付キ規定シタルニ止マリテ債權者ノミニテ代位登記ヲ爲シ得ルコトヲ規定シタルモノニ非サレハ抗告人カ該條トノ權衡上抵當權代位ノ附記登記モ登記權利者ノミニテ申請スルコトヲ得ト論スルハ當ラス然レハ原裁判所カ登記權利者タル抗告人ノミニテ抵當權代位ノ附記登記ヲ申請シタルヲ不適法ナリトシ登記官吏カ此理由ニ依リテ申請ヲ却下シタルヲ相當ナリトシテ登記官吏ノ決定ニ對スル抗告人ノ抗告ヲ棄却シタルハ正當ナルヲ以テ之ヲ違法ナリトスル本抗告ハ理由ナキモノトス（大審院大正二年ク二八一號同年一〇月二日決定大審院判決錄一九輯民事七三五頁●法律新聞八九九號二七頁）

三〔法曹會〕抹消登記ヲ爲シタル先順位抵當權者ノ登記ハ其ノ登記ヲ回復シタル後ニ非サレハ民法第三百九十二條第二項後段ノ規定ニ依ル後順位抵當權者ノ代位ノ附記登記ヲ爲スコトヲ得サルモノトス（法曹會昭和七年二月一〇日決議法曹會雜誌一〇卷六號一〇〇頁）

第三百九十四條　【抵當物以外ニ對スル抵當債權ノ行使】

1抵當權者ハ抵當不動產ノ代價ヲ以テ辨濟ヲ受ケサル債權ノ部分ニ付テノミ他ノ財產ヲ以テ辨濟ヲ受クルコトヲ得

2前項ノ規定ハ抵當不動產ノ代價ニ先チテ他ノ財產ノ代價ヲ配當スヘキ場合ニハ之ヲ適用セス但他ノ各債權者ハ抵當權者ヲシテ前項ノ規定ニ從ヒ辨濟ヲ受ケシムル爲メ之ニ配當スヘキ金額ノ供託ヲ請求スルコトヲ得

◉本條ニ關スル諸問

一　本條第一項ノ趣旨（本條後出）

二　抵當物以外ニ對スル債權ノ行使（本條後出）

三　本條第二項但書ノ供託ノ請求（民法一九四頁）

餘　錄

1債權全額ニ滿サル滌除ト殘額ノ消長（三續民三八四條）

◉本條第一項ノ趣旨

◉抵當物以外ニ對スル債權ノ行使

一〔大審院〕民法第三百九十四條第一項ノ規定ハ抵當權者カ抵當不動產ニ先チ他ノ財產ニ依リ辨濟ヲ受ケントスル場合ニ付

他ノ債權者ニ異議權ヲ與ヘタルニ止マリ所論ノ如ク抵當權ヲ實行シタル後ニアラサレハ債務者又ハ其ノ保證人ニ對シ辨濟ヲ請求スルコトヲ得サル旨ヲ規定シタルモノニアラス（大正十五年才第六八三號大正十五年十月二十六日本院判決參照）論旨ハ之ニ反スル見地ニ立チ原判決ヲ攻擊スルモノニシテ理由ナシ（大審院昭和六年才三四五五號同七年一月二九日判決法律新聞三三七一號一八頁●法律評論二一卷民法一三九頁●法學一卷五號九七頁）

二　右一ノ引用判例―二續民四一〇頁「本條第一項ノ趣旨」ノ二及三

三　抵當物以外ノ財産ニ對スル執行（二續民四一〇頁）

第三百九十五條　【抵當物ノ賃貸借】

1　第六百二條ニ定メタル期間ヲ超エサル賃貸借ハ抵當權ノ登記後ニ登記シタルモノト雖モ之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得但其賃貸借カ抵當權者ニ損害ヲ及ホストキハ裁判所ハ抵當權者ノ請求ニ因リ其解除ヲ命スルコトヲ得

◎抵當物ノ賃貸借ニ關スル諸問

一　本條ト借地法トノ關係（二續民四一二頁）

二　賃貸借解除ヲ求ムル訴ノ性質（續民法一四五三頁）

三　賃貸借解除ノ請求ト其ノ時期（續民法一〇四九頁）

四　抵當權者ノ賃貸借解除請求ノ要件（續民法一〇四七頁）

五　抵當物ノ賃貸借ト對抗力ノ有無（本條後出）

六　競賣申立登記後ノ賃貸借ノ效力（本條後出）

七　抵當物ノ賃貸借ト抵當權ノ侵害（本條後出）

八　賃料前拂ノ賃貸借ト抵當權ノ侵害（本條後出）

九　連帶者又ハ保證人アル抵當權ト本條（本條後出）

一〇　抵當債權ノ期限後ノ賃貸借ト本條（本條後出）

一一　競賣登記後ノ賃貸借更新ノ效力（本條後出）

一二　停止條件附又ハ始期附賃貸借ト本條（本條後出）

一三　抵當登記ノ更正ニ先タツ本條ノ請求（本條後出）

一四　對抗力ナキ賃貸借ト解除ノ請求權（本條後出）

一五　賃貸借解除ノ請求ト相手方（本條後出）

一六　抵當權ノ侵害有無ノ決定時期（本條後出）

一七　賃貸借ノ解除及登記抹消ノ判決（本條後出）

◎抵當物ノ賃貸借ト對抗力ノ有無

一〔東京地〕賃貸借カ民法第六〇二條所定ノ期間ヲ超ヘタル場合ニ於テハ民法第三九五條ノ反對解釋ニ依リ右賃借權設定登記前ニ登記シタル抵當權者ニ對シ該賃貸借ヲ以テ對抗シ得サルヤ明ニシテ茲ニ所謂登記シタル抵當權者トハ抵當權ニ付本

登記ヲ經タルモノノミナラス之ニ關スル假登記ヲ爲シタルモノモ其假登記アリタル權利ヲ對抗スルコトヲ得ルモノトス（東京地方裁判所昭和七年ワ一〇七七號同年一二月一五日判決法律評論二二卷民法四五九頁）

二〔東京地〕民法第三百九十五條ニ依ル同法第六百二條所定ノ期間ハ借地法ノ施行ニヨリ何等變更ヲ受ケサルハ勿論民法第六百二條所定ノ期間ヲ超ユル賃貸借ハ土地ニ付テモ家屋ニ付テモ孰レモ同條所定ノ期間內ニ於テ抵當權者ニ對抗シ得ルモノニ非スシテ全然抵當權者ニ對抗シ得サルモノト解ス（東京地方裁判所昭和七年ワ四〇五七號同八年一〇月二六日判決法律新聞三六四五號九頁）

三〔大審院〕按スルニ原審ハ第一番抵當權設定後ニ於テ成立シタル本件建物ニ關スル賃貸借ノ如キハ之ヲ競落人ニ對抗シ得サルモノナリトノ理由ノ下ニ賃貸借ノ期限及借賃ヲ競賣及競落期日ノ公告ニ記載セサリシトテ違法タラスト說示スレトモ借家法第一條ニ依レハ建物ノ賃貸借ハ其ノ登記ナキモ建物ノ引渡アリタルトキハ爾後其ノ建物ニ付キ物權ヲ取得シタル者ニ對シ其ノ效力ヲ生ストアリ又民法第三百九十五條ニ依レハ第六百二條ニ定メタル期間ヲ超ヘサル賃貸借ハ抵當權ノ登記後ニ登記シタルモノト雖之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得トアリ而シテ本件建物ハ借家法施行區域タル大阪市內ニ存在スルモノナルコトハ本件記錄ニ徵シ明白ナレハ抗告人主張ノ賃貸借ニシテ民法第六百二條所定ノ期間ヲ超ヘサルモノナルトキハ假令第一番抵當權設定後ノ成立ニ依リ且ソノ登記ナシトスルモ尙之ヲ競落人ニ對抗シ得ヘキモノナリト解セサルヘカラス然ラハ原審ハ賃貸借ノ有無及民法第六百二條所定ノ期間ヲ超ヘサルヤ否ヤヲ調査シ而シテ後判定スヘキニ漫然右ノ如キ說明ノ下ニ抗告人ノ主張ヲ排斥セルハ違法ト云フヘク本件抗告ハ理由アリ（大審院昭和六年ク五六二號同六年五月二〇日判決法律評論二〇卷民法六五六頁●法律新報二五七號一〇頁）

四〔大審院〕民法第三百九十五條ニ依レハ同法第六百二條ニ定メタル期間ヲ超エサル賃貸借ハ登記アル場合ニ限リ其ノ登記カ抵當權設定登記後ニ係ルトキト雖抵當權者ニ對抗シ得ヘキモノニシテ又明治四十二年法律第四十號建物保護法第一條第一項ニハ建物ノ所有ヲ目的トスル地上權又ハ土地ノ賃貸借ニ因リ地上權者又ハ土地ノ賃借人カ其ノ土地ノ上ニ登記シタル建物ヲ有スルトキハ地上權又ハ土地ノ賃貸借ハ其ノ登記ナキモ之ヲ以テ第三者ニ對抗シ得ル旨規定シアルモ其ノ所謂第三者中ニハ建物ノ登記前其ノ土地ニ付登記シタル抵當權ヲ有スル者ヲ包含スルモノト解シ難キヲ以テ是等法條ニ依リテハ建物ノ所有ヲ目的トスル土地ノ賃貸借ニ因リ土地ノ賃借人カ其

ノ土地ノ上ニ登記シタル建物ヲ有スルモ其ノ登記前登記シタル抵當權ヲ有スル者ニ對シテハ賃貸借ノ登記ナキ限縱令其ノ期間カ民法第六百二條ニ定メタル期間ヲ超エサルトキト雖之カ對抗ヲ爲シ得サルモノト謂フヘク從テ其ノ賃貸借ハ抵當權ノ實行ニ因リ其ノ土地ノ所有權ヲ取得シタル者ニモ對抗シ得サルコト自明ノ理ナリ果シテ然ラハ之ト同一趣旨ノ下ニ上告人ノ本訴請求ヲ排斥シタル原判決ハ正當ナリ（大審院昭和六年オ三二號同年七月二一日判決大審院判例集一〇卷民事五八五頁●法律新報二七四號一二頁●法律評論二〇卷民法一〇七〇頁）

五　抵當物ニ對スル長期賃貸借ノ效力（二續民四一一頁）

六　競賣申立登記後ノ賃貸借ノ效力（本條後出）

七　對抗力ナキ賃貸借ト解除ノ請求權（本條後出九四六頁）

◎競賣申立登記後ノ賃貸借ノ效力

一〔大審院〕抵當權者カ抵當權ノ實行ニ著手シ抵當不動產ニ付競賣申立ノ登記ヲ爲シタルトキハ之ト同時ニ其ノ不動產ノ所有者ハ其ノ不動產ニ付抵當權者ノ權利ニ影響スヘキ一切ノ登記行爲ヲ爲スコトヲ禁セラルルモノトス故ニ不動產ノ所有者ハ其ノ不動產上ニ地上權其ノ他ノ物權設定登記ヲ爲スコトヲ得サルハ勿論賃貸借契約ヲ登記シ之ヲ不動產ノ競賣後ニ存續

セシムルヲ得ス從テ不動產所有者カ第三者ト賃貸借契約ヲ締結シタル時期カ競賣申立ノ登記後ナル場合ニハ勿論前ナル場合ト雖競賣申立ノ登記アリタル後ニ賃貸借契約ノ登記ヲ爲シタルトキハ其第三者ハ右ノ賃貸借ヲ以テ抵當權者及不動產ノ競落人ニ對抗スルコトヲ得ス而シテ民法第三百九十五條ノ規定ハ不動產ノ所有者カ未タ其ノ行爲ノ制限ヲ受ケサル通常ノ場合ヲ規定セルモノニシテ不動產ノ所有者カ競賣ノ申立ニ依リ其ノ行爲ヲ制限セラレタル場合ニハ其ノ適用ナキモノトス（大審院昭和四年オ二七三號同年五月一八日判決法律新報一八六號一〇頁●法律評論一八卷民法七〇四頁）

二　競賣申立登記後ノ賃貸借ノ效力（二續民四一二頁）

○右二ノ內一ノ批評—我妻榮氏法學協會雜誌四六卷二號一三八頁

○同　上—山下博章氏法律學二四卷六號五五頁●法律評論一六卷民法一二八六頁

◎抵當物ノ賃貸借ト抵當權ノ侵害

一〔東京地〕抵當權ノ目的タル土地カ收用區域內ニ豫定セラレ居ル時ハ抵當權實行ノ場合ニ於テ競買申出ヲ爲サントスル者ハ後日自己ノ用途ニ之ヲ使用スルコト能ハサルヘキヲ豫想シ從テ他ニ何等カノ利益ヲ目算スルニアラスンハ競買申出ヲ爲スコトナカルヘキカ故ニ斯ル場合ニ在テハ抵當不動產上ノ負擔ハ假令些少ナリト雖之ヲ除去スルニ非スンハ抵當權ノ實行ヲ困難若クハ不能ナラシメ延テ抵當權者ニ損害ヲ及ホスヘキハ見易キ理ナルヲ以テ苟モ本件土地ノ價格カ本件賃貸借アルニ因リ低落シ爲メニ抵當物件全部ノ換價ヲ爲スモ原告ノ抵當債權者全部ヲ滿足セシムルニ足ラスシテ抵當權者タル原告ニ損害ヲ及ホスヘキコト前認定ノ如クナル以上其損害額ヲ審究スル迄モナク抵當權者タル原告ハ本件賃貸借ノ解除ヲ請求シ得ルモノト謂ハサルヲ得ス（東京地方裁判所昭和五年ワ七八三號同六年二月二五日判決法律新報二五五號二二頁）

二〔大審院〕原審ノ認定ニヨレハ本件建物ノ擔保力ハ本件賃貸借ノ設定ニヨリ減少シタルモノナルコト明ニシテ此ノ減少ハ賃借期間ノ經過ト共ニ漸次其ノ恢復ヲ見ルヘキモノナリト雖モ苟モ賃借期間ニシテ尙其ノ幾分ヲ殘存スル場合ニ於テハ擔保力ハ未タ完全ナル恢復ヲ見タルモノト認ムヘキモノニアラス而シテ民法第三百九十五條ハ其ノ損害ノ多寡ヲ定メサルヲ以テ苟モ損害ノ認ムヘキ限リ抵當權者ハ賃貸借契約當事者ニ對シ其ノ解除ヲ求メ恢復ニ關スル行爲ヲ求メ得ヘキコト論ナシ（大審院昭和七年オ六七號同年七月七日判決法學二卷二號一〇七頁）

三　賃料前拂ノ賃貸借ト抵當權ノ侵害（本條後出）

四　連帶者又ハ保證人アル抵當權ト本條（本條後出）

五　抵當債權ノ期限後ノ賃貸借ト本條（本條後出）

六　競賣登記後ノ賃貸借更新ノ效力（本條後出）

七　停止條件附若ハ始期附賃貸借ト本條（本條後出）

八　抵當登記ノ更正ニ先タツ本條ノ請求（本條後出）

九　抵當權者ニ損害ヲ及ホス賃貸借（續民法一〇四八頁●民法一九六頁）

一〇　抵當地賃借人ノ轉貸（民法一九七頁）

一一　對抗力ナキ賃貸借ト解除ノ請求權（本條後出）

◎抵當物ト債權トノ關係（續民法一〇四八頁）

◎賃料前拂ノ賃貸借ト抵當權ノ侵害

一〔東京地〕借賃全部前拂賃借權ノ讓渡賃借物ノ轉貸ヲ爲シ得ル定メノ賃借權存在シ其登記ノ存スルニ於テハ該物件ノ價格ヲ減少セシムヘキコト經驗上明ナレハ右登記アル賃貸借ナカリセハ右以上ノ價格ヲ有スヘキハ當然ニシテ從テ右賃貸借アルカ爲メ抵當權ノ實行ニ當リ抵當債權ノ辨濟ヲ得ヘキ金額ヲ減少スヘキコト勿論ナレハ本件賃借權ノ設定ハ抵當權者タル原告ニ損害ヲ及ホスモノト認ムヘキヲ以テ之カ解除ヲ命スヘキヲ相當トス（東京地方裁判所昭和五年ワ三六四八號同六年七月一四日判決法律新報二六八號二〇頁）

二〔大審院〕按スルニ登記シタル抵當權ノ目的物ニ付民法第六百二條ニ定メタル期間ヲ超エサル賃貸借ヲ爲スコトハ法ノ認容スル所ニシテ假令其ノ賃貸借カ賃料ノ前拂其ノ他ノ事由ニ由リ抵當權者ニ損害ヲ及ホスコトアルモ之ヲ以テ抵當權ノ侵害ナリト謂フコト能ハス抵當權者ハ其ノ賃貸借契約ノ解除ヲ命スルコトヲ裁判所ニ請求シ得ルニ過キサルコトハ民法第三百九十五條ノ法意ニ照シテ明ナリ然ラハ則チ原審カ抵當權者タル被上告人ノ本件土地ニ對スル登記シタル抵當權ノ實行ニ依リ爲サレタル競賣開始決定ノ直前タル昭和三年六月二十日訴外國廣マサヨ（貸主）ト上告人（借主）トノ間ニ右不動産ニ付存續期間同日ヨリ向フ五箇年間ナル賃貸借契約締結セラレ同日上告人ヨリ右五箇年間ノ賃料全部ノ先拂ヲ爲シ之レカ登記ヲ經由シタル事實ヲ確定シタル上右賃貸借竝ニ其ノ登記存在スルコトニヨリ其ノ當時タル昭和三年六、七月頃ニ於テ前記抵當物ノ賣買價格カ金一萬一千五百四十三圓七十錢以上減損シ右減損ハ當然被上告人ノ抵當權ヲ侵害スル結果トナルヘキモノナルコトヲ認ムルニ足ル旨判定シタルハ冒頭ニ說示シタル法理ヲ誤解シタルノ違法アリテ原判決ハ全部破毀ヲ免レサルモノトス（大審院昭和七年オ二一〇八號同八年四月二五日判決大審院判例集一二卷民事九二四頁・法律新聞三五七一號九頁・法律評論二一卷民法五五八頁）

◎連帶者又ハ保證人アル抵當權ト本條

一〔東京控〕抵當債權者ハ抵當物ニ對スル抵當權ノ實行ニヨリ其ノ債權ノ辨濟ヲ受クヘキ特別ノ利益ヲ有スルモノニシテ民法第三百九十五條ニ定メタル賃貸借ノ解除權ハ此ノ利益ヲ保護スル爲ニ認メラレタルモノナレハ同法第六百二條ニ定メタル期間ヲ超ヘサル賃貸借ノ存在スル結果抵當物ノ有スル辨濟力ヲ減少シ因テ抵當權實行ノ際抵當權者ニ不利益ヲ蒙ラシムル場合ニ於テハ抵當權ニ付他ニ資力アル連帶債務者若クハ保證人等ノ存スルト否トヲ問ハス右解除權ノ行使ヲ妨ケラルヘキニアラスト解セサルヘカラス（東京控訴院昭和六年ネ一一二八五號同七年三月一五日判決法律新聞三四一一號九頁・法律評論二一卷民法五五八頁）

◎抵當債權ノ期限後ノ賃貸借ト本條

一〔上告論旨〕本件原告ノ債權ハ其ノ辨濟期昭和二年九月末日ニシテ本件賃借權ノ設定ハ昭和三年三月五日ナリ此ノ間五ヶ月餘ノ時日アルヲ以テ原告ニ於テ債權辨濟ヲ受ケンニハ充分ノ期間存シ何等不利益又ハ損失ヲ受クルコトナカリシニモ拘ラス進テ之ヲ爲ササルモノナルヲ以テ假リニ原告主張ノ如キ損害アリトスルモ所ハ原告自ラ招キタル不利益ニシテ當然甘受セサルヘカラサルノ事實

ナルニ之ヲ賃借人ニ轉嫁シテ本訴賃貸借ノ解除ヲ命シタル原判決ハ徒ニ法文ノ字句ノミニ拘泥シタル裁判ニシテ法則ニ違背シタル不法アルモノト謂ハサルヘカラス

二〔大審院〕抵當權ヲ以テ擔保セラルル債權ニ付債權者カ其ノ辨濟期ニ抵當權ノ實行ヲ爲ササリシトテ苟モ抵當不動産ニ付設定セラレタル賃借權ニシテ自己ノ抵當權ニ不利ヲ生ス可キ限リ其ノ解除ヲ訴求シ得ルコト勿論ナレハ論旨ハ理由ナシ（大審院昭和五年オ五七三號同年九月一三日判決法律新聞三一八九號一六頁・法律評論二〇卷民法二六頁）

◎競賣登記後ノ賃貸借更新ノ效力

一〔東京地〕民法第三百九十五條ノ場合ニ於テ不動産ノ所有權者カ未タ其行爲ノ制限ヲ受ケサル通常ノ場合ニ於テハ民法第六百二條ニ則リ賃貸借期間ノ更新ヲ爲ストキハ之ヲ以テ抵當權者ニ對抗シ得ヘシト雖モ抵當物件ニ付既ニ增價競賣申立登記アリテ抵當不動産所有者カ其ノ處分行爲ヲ制限セラレタル後ニ至リ期間更新ノ約定ヲ爲スモ該更新ハ之ヲ以テ抵當權者ニ對抗シ得サルモノニシテ此ノ理ハ更新アリタル後抵當權者自ラ抵當物ヲ競落取得シタル場合ニ於テモ何等異ルトコロナキモノト解スルヲ相當トス（東京地方裁判所昭和四年ワ四五〇三號同五年七月一七日判決法律新報二二八號二二頁）

◎抵當地ニ對スル賃貸借期間ノ更新（民法一九七頁）

◎停止條件附又ハ始期附賃貸借ト本條

一〔東京地〕抵當權ノ登記ヲ經タル不動産ニ付登記セラレタル賃貸借ニシテ民法第六百二條ノ期間ヲ超エサルモノニ限リ抵當權者ニ對スル對抗力ヲ認メタル民法第三百九十五條ノ法意ハ斯クノ如キ短期ノ賃貸借ハ抵當權者ヲ害スルコトナキヲ以テ可及的ニ賃貸借關係ヲ存續セシメ不動産ノ利用ヲ完カラシメントスルニ在ルカ故ニ同條ニ所謂賃貸借ハ既ニ效力ヲ生シタル賃貸借ノミヲ指稱シ停止條件附若ハ始期附賃貸借ノ如キハ之ヲ包含セサルモノト解スルヲ相當トス（東京地方裁判所昭和四年ワ四一一二號四四二四號同五年三月五日判決法律新報二一四號二三頁）

◎抵當登記ノ更正ニ先タツ本條ノ請求

一〔上告論旨〕原審ハ審理不盡ノ違法アリ上告人ノ主張セル不存在ノ建物ニ付而モ存在セル不動産トシテ該地上ノ建物ノ賃貸借登記ヲ解除スヘキ旨ノ判示ヲ爲シタルモ上告人ノ爭ヒタル證據ヲ採用スル事ナクシテ斯ル皆無ノ地上ノ建物ヲ存在セルモノトシテ認定シタルハ違法ニシテ審理不盡ノ爲破毀セラルヘキモノトス數地番地ノ相違セルハ先ツ更正登記ヲ爲シ實存ノ建物トシテ訴訟ノ目的

物ト爲ササルヘカラス原審判決ノ建物ノ表示登記番號第五五號附屬建物第七號建物ハ敷地番地ニ存在セス亦第三條建物モ同敷地番地ニ存在セス上告人ノ主張ノ抗辯ヲ採用スル事ナクシテ判決ヲ爲シタルハ違法ナリト云フニ在リ

二〔大審院〕然レトモ建物ノ上ニ設定セラレタル抵當權ノ登記ニ於テ其敷地ノ地番ノ表示ニ多少ノ誤記アルモ其ノ後該建物ニ付締結セラレタル賃貸借契約カ抵當權者ニ損害ヲ及ホス限リ之ニ付民法第三百九十五條ニ基キ其解除ノ請求ヲ爲スノ妨トナルモノニ非ス其ノ登記簿上ノ誤記ノ如キハ右請求ニ關係ナク何時ニテモ更正ノ手續ヲ爲セハ足ルモノト云ハサルヘカラス論旨ハ右ニ反スル見地ニ立チ原判決ヲ攻擊スルモノニシテ理由ナシ（大審院昭和八年オ一九九五號同年一〇月二四日判決法律新聞三六二二號一四頁●法律評論二二卷民法一一〇九頁）

◉更正登記ニ關スル諸問（三續民一七七條五一七頁）

◉對抗力ナキ賃貸借ト解除ノ請求權

一〔東京地〕抵當權設定登記後ニ抵當不動產ニ付民法第六百二條ニ定メタル期間ヲ超エタル賃借權ヲ設定スルモ此ノ賃貸借ハ抵當權者ニ對抗シ得サルモノニシテ抵當權者ノ賃貸借ノ解除權ハ抵當權者ニ對抗シ得ヘク且其ノ競落ニヨリテ消滅スルコトナキ民法六百二條ニ定メタル期間ヲ超エサル賃貸借ニ付テノミ適用アリ民法第三百九十五條ハ此ノ趣旨ヲ表明シタルモノナリ本件ニ於テ原告ノ主張スルトコロニヨレハ被告青山ト別紙家屋ニ付原告ニ對シ抵當權ヲ設定シ其後右同一家屋ニ付樞淵ノタメニ民法第六百二條ニ定メタル期間ヲ超エタル賃借權ヲ設定シタリト云フニアレハ被告等ノ右賃貸借ハ原告ニ對抗シ得サルコト言ヲ俟タス故ニ原告ニ對スル關係ニ於テハ賃貸借存在セサルト同一ニシテ右賃貸借カ存在スルコトヲ前提トシテ之カ解除ヲ求ムル原告ノ本訴請求ハ失當ナリ（東京地方裁判所昭和二年ワ一八四七號同年八月二七日判決法律新報一三九號二三頁）

二〔東京控〕1按スルニ被控訴人ノ主張ヲ要約スレハ被控訴人ハ東京市芝區車町三十五番地五號宅地六百四十九坪七合九勺ニ付抵當權ヲ有シ昭和三年八月三十一日之カ競賣ノ申立ヲ爲シ東京區裁判所ハ之ニ基キ不動產競賣手續開始決定ヲ爲シ昭和三年十月十一日競賣申立記入登記ヲ爲シタルトコロ昭和四年二月二十三日右宅地ノ所有者ナル賴尊淵之助ハ右宅地ノ內西隅ヨリ北方十三間幅六間南方二十七間幅九間此坪數二百六十七坪ヲ控訴人ニ賃貸シ存續期間三年賃料一月一坪ニ付金十錢期間中支拂濟轉貸及賃借權讓渡ヲ爲シ得ル旨ノ約定ヲ爲シ同年三月九日其旨ノ登記ヲ爲シタリ右ノ賃貸借ハ固ヨリ無效ナレトモ右賃貸借ハ期間三年ニシテ民法第六百二條所定ノ期間ヲ超エサルカ故ニ抵當權者タル被控訴人ニ對抗シ得ヘキカ如キ觀アリ斯ノ登記ノ存在ハ被控訴人ノ抵當權ヲ害スルヲ以テ之カ抹消ヲ求ムト云フニアレトモ

2抵當權實行ノ爲メ競賣手續開始セラレ其登記セラレタル後ニ於テ抵當權ノ目的タル不動產ノ所有者カ該不動產ニ付抵當權者ニ對抗シ得ヘキ有效ナル賃貸借ヲ爲シ得サルコト洵ニ被控訴人主張ノ如ク從テ其登記亦何等ノ效力ヲモ有セサルハ勿論ナルカ故ニ抵當權實行ノ競賣手續ニ於テハ目的タル不動產ハ右ノ如キ賃貸借存セサルモノトシテ競賣ニ付セラルヘキモノニシテ從テ斯カル賃貸借存セサル不動產トシテノ價額ヲ以テ競落セラルヘキモノニシテ抵當權ハ斯カル賃貸借ノ登記アルニヨリ理論上毫モ害セラルルモノニ非ス

3又被控訴人ハ前記賃貸借ハ前記賴尊淵之助ト控訴人ト相通謀シテ爲シタル虛僞ノ意思表示ナレハ無效ナルヲ以テ前記登記ノ抹消ヲ求ムト主張スレトモ前記ノ如キ賃貸借ハ眞實ニ爲サレタル場合ニ於テモ抵當權者ニ對抗シ得ヘカラス之カ登記ノ存在ハ毫モ抵當權ヲ害セルコト前述ノ如クナレハ假ニ虛僞ノ意思表示タルノ故ヲ以テ無效ナリトスルモ之カ登記ハ毫モ抵當權ヲ害スルモノニ非サルヤ言ヲ俟タス又被控訴人ハ假ニ控訴人ノ主張スル如キ前記登記ハ競賣申立記入登記ノ爲サルル前ニ（抵當權設定後）爲サレタル存續期間ヲ二十年トスル賃貸借ヲ登記シタルモノトシ且本件登記ハ右賃貸借ノ登記ナリトセハ賃貸借ハ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得サルカ故ニ登記ノ抹消ヲ求メ得ヘキ旨主張スレトモ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得サル賃貸借ノ登記ノ存在ハ抵當權ヲ害スルモノニ非サルコト前段說示ノ如クナルヲ以テ重ネテ說クヲ須ヒス以上說明スル如ク被控訴人カ抹消ヲ求ムル登記ハ毫モ被控訴人ノ抵當權ヲ害スルモノニ非サルヲ以テ被控訴人ハ斯カル登記抹消ヲ求ムル何等ノ法律上ノ利益ヲ有セス斯カル登記名義人ニ對シ抹消ノ請求ヲ爲ス權利ヲ有セサルモノトス（東京控訴院昭和六年ネ二二五一號同八年二月二二日判決法律新聞三五四九號一四頁）

三〔東京控〕賃貸借ノ存續期間ハ十年ニシテ民法第六百二條所定ノ期間ヲ超ユル場合ニ當ル以上右賃貸借ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得サルヲ以テ抵當權者ハ其ノ權利ヲ行使スルニ當リテハ右賃貸借ナキモノトシテ其ノ目的不動產ヲ競賣スルヲ得ヘク競落人モ右賃貸借ナキ不動產ノ所有權ヲ取得スルコトヲ得ヘキカ故ニ之ニ對シ登記ノ抹消手續ヲ求ムル利益ナキカ如キモ實體上對抗スルコトヲ得サル賃貸借モ形式上登記簿ニ登記セラレアルニ於テハ抵當權者ハ其ノ抵當權ノ行使其ノ他諸般ノ取引上ニ於テ事實障礙ヲ受クルコトナキヲ保セサ

ルヲ以テ該抵當權者ハ登記簿上ノ賃借權者ニ對シ之カ登記ノ抹消手續ヲ求ムルノ利益アルモノトス（東京控訴院昭和四年ネ九二八號同五年九月三〇日判決法律評論一九巻民訴四八六頁）

四〔大審院〕右三ノ上告審—1按スルニ抵當權者ハ之カ目的タル不動産ニ付他ノ債權者ニ對シ優先シテ辨濟ヲ受クル權利ヲ有スルニ止マリ該不動産ニ付直接支配的權能ヲ有セサルヲ以テ抵當物所有者ノ行爲ニシテ叙上優先的辨濟ヲ受クル權利ニ侵害ヲ加フルトキハ之カ排除ヲ請求スルコトヲ得ヘキモ然ラサル場合ニ於テハ何等ノ權利ヲモ有セサルモノトス

2本件ニ於テ被上告銀行ノ主張スルトコロハ訴外株式會社近藤銀行ハ訴外水野熊次郎ニ對シ大正十四年三月十一日金七千五百圓ヲ利息年一割一分五厘支拂期毎年三月、六月九月及十二月ノ各二十日元金辨濟期ヲ大正十五年二月二十日ト定メテ貸與シ之カ擔保トシテ同人所有ノ原判決附屬ノ物件目錄記載ノ不動産ニ對シ抵當權ヲ取得シ同月十二日之カ登記ヲ爲シタルトコロ右近藤銀行ハ昭和二年十一月二十一日叙上債權及抵當權ヲ被上告銀行ニ讓渡シ債務者水野熊次郎ハ之ヲ承認シテ其ノ後之カ登記ヲ完了シタリ然ルニ同人ハ辨濟期ヲ經過スルモ元利金ノ支拂ヲ爲サス而モ昭和三年一月一日ニ至リ本件抵當權ノ目的タル不動産ニ付上告會社トノ間ニ存續期間滿十ケ

年賃料一ケ月金四十五圓存續期間中支拂濟ナル賃貸借契約ヲ締結シ同年四月十一日靜岡區裁判所ニ於テ之カ登記ヲ爲シタリ然レトモ右賃貸借ハ抵當權者タル被上告銀行ニ對抗スルコトヲ得サルモノニ係リ之カ登記ノ存在ハ徒ニ抵當權ノ實行ニ障礙ヲ加フルモノナルヲ以テ玆ニ上告會社ニ對シ該賃貸借登記ノ抹消ヲ求ムト云フニ在リテ（第一審ニ於テハ賃貸借ノ解除ヲモ求メタルモ原院ニ於テ請求ヲ減縮シタリ）右ノ事實ハ原院ノ認ムル所ナリ

3果シテ然ラハ右水野熊次郎ト上告會社トノ間ニ成立シタル賃貸借ハ民法第六百二條ノ期間ヲ超ヘ而モ之カ登記ハ被上告銀行ノ取得シタル抵當權設定登記以後ニ係ルヲ以テ同銀行ニ對抗スルコトヲ得ス被上告銀行ハ何等負擔ナキモノトシテ本件不動産ヲ競賣ニ付スルコトヲ得ヘク競落人モ亦完全ナル所有權ヲ取得スルコトヲ得ヘキニヨリ本件抵當不動産ニ付上告會社ノ取得シタル賃借權ハ素ヨリ之ヲ解除スルノ必要ナキハ論ヲ俟タサルトコロナルト同時ニ之カ登記ノ存在ハ法律上抵當權利者タル被上告銀行ノ權利行使ニ妨害ヲ加フルモノニ非サルニヨリ同銀行ノ本訴請求ハ冒頭説示ノ理由ニ徵シ全ク理由ナキモノト謂ハサル可カラス然ルニ原院カ該賃貸借登記ノ存在ハ抵當權ノ行使其ノ他諸般ノ取引上ニ於テ事實上ノ障礙ヲ受クルコトナキモノト謂フコトヲ得ストノ理由ノ下ニ被上告銀行ノ請求ヲ認容シタルハ法則ヲ不當ニ適用シタル不法アルモノトス（大審院昭和五年オ二六四五號同六年七月一〇日判決大審院判例集一〇巻民事五二四頁・法律新聞三三二二號一二頁・法律評論二〇巻民法八一八頁）

○右四ノ批評—法學博士末川博氏法學論叢二七巻五號八〇九頁・法律評論二一巻民法九四六頁

五　長期賃貸借ト解除請求權ノ存否（二續民四一一頁）

六　抵當物ニ對スル長期賃貸借ノ效力（二續民四一一頁）

七　抵當權設定後ノ地代特約ノ效力（續民法一〇四八頁）

◎賃貸借解除ノ請求ト相手方

一〔上田區〕本條ノ賃貸借解除ノ請求ニ於テ賃貸借契約ハ解除ノ宣言ニヨリ消滅ニ歸スルモノナレハ訴訟ニ係ル權利關係ハ契約當事者間ニ合一ニ確定スヘキモノニシテ謂ハユル必要的共同訴訟ニ屬シ抵當權者ハ賃貸人及賃借人ヲ相手方トシテ訴訟ヲ提起セサルヘカラサルモノナルニモ拘ラス原告ハ本訴ニ於テ賃借人タル被告ノミヲ相手方トシタルニ止マリ賃貸人タル訴外越元之助ヲ相手方ト爲サス斯クテハ原告ニ於テ訴訟實施權ナキコト明白ナルモノトス（上田區裁判所昭和七年ハ二九二號同年一一月三〇日判決法律新聞三四九九號一八頁・法律評論二二巻民訴一四四頁）

二〔大審院〕民法第三百九十五條但書ノ規定ニ依リ賃貸借ノ解除ヲ命シタルトキハ賃貸借契約ヲ解消セシムルモノナルヲ以テ其ノ關係ハ契約當事者間ニ合一ニノミ確定スヘキモノナルコト論ヲ俟タサルヲ以テ抵當權者カ右規定ニ依リ賃貸借ノ解除並賃借權設定登記ノ抹消請求ヲ爲スニハ固ヨリ賃貸人及賃借人ヲ共同被告トスルコトヲ要スルモノト謂ハサルヘカラス（大審院昭和七年オ六五三號同年九月三〇日判決法律新聞三四八二號一五頁・法律評論二一巻民訴五一五頁）

三〔大審院〕本訴ノ目的ノ一タル賃貸借登記ノ抹消ハ賃借權者ニシテ抹消登記ノ義務者ナル上告會社ニ對シテノミ之ヲ請求スレハ足ルヲ以テ右登記抹消請求ニ付テハ訴訟ノ目的カ上告會社及ヒ上告人吉田（賃貸人）ノ兩者ニ付合一ニノミ確定スヘキ場合ナリト云フコト能ハス（大審院昭和六年オ七九七號同年一〇月三〇日判決法律新聞三三三九號七頁・法學一巻三號一三三頁）

四　賃貸借解除ノ訴求ト對手（續民法一〇四九頁・民法一九七頁）

◎抵當權ノ侵害有無ノ決定時期

一〔大審院〕抵當權者ニ損害ヲ及ホスコトヲ原因トスル賃貸借解除ノ請求ハ既ニ抵當權ノ實行ニ著手シタリトスルモ未タ之ヲ完結セサルコトヲ前提トスルモノナルヲ以テ右損害ノ有無

ハ判決當時ヲ標準トシテ決セサルヘカラス左レハ原判決カ賃貸借カ抵當權者ニ損害ヲ及ホスヤ否ヤハ專ラ現在ノ事情ニ依リテ之ヲ判定スヘキ旨論斷シタルハ正當ニシテ所論ノ如キ違法ナシ（大審院昭和六年オ七九七號同年一〇月三〇日判決法律新聞三三三九號七頁●法律評論二一卷民法五三頁）

二〔大審院〕民法第三百九十五條ニ依リ抵當權者ニ對抗シ得ル賃貸借カ抵當權者ニ損害ヲ及ホスヤ否ヤハ賃借權設定ノ時ヲ標準トシテ之ヲ定ムヘキモノニ非スシテ被擔保債權ノ履行期到來シ抵當權ノ實行ヲ爲シ得ルニ至リタル以後ニ於ケル事情ニ依リ決スヘキモノトス蓋抵當權者カ抵當物件ノ賃貸借ニ因リ損害ヲ受クルヤ否ヤ又其ノ損害額如何ハ抵當權ヲ實行シ得ル時期ニ到ラサレハ之ヲ明ニスルニ由ナケレハナリ（大審院昭和八年オ一一三〇號同年七月七日判決法律新報三三八號九頁）

三〔大審院〕案スルニ民法第三百九十五條但書ニ「其賃貸借カ抵當權者ニ損害ヲ及ホストキ」トアルハ該賃貸借ノ存スルカ爲ニ抵當物件ノ價額ニ減少ヲ來シ抵當權者カ之ニ依リテ十分ナル辨濟ヲ受クルヲ得サルニ至リタルコトヲ意味スルモノニシテ右ハ抵當權實行ノ時ニ於ケル抵當物件ノ價額ニ依リテ之ヲ決スヘク賃貸借成立ノ時ヲ標準トスヘキモノニ非サルコトハ右規定ノ法意上當然明瞭ナルトコロナリトスサレハ本件ニ

於テ原審カ競賣開始決定後ノ價額ヲ基準トシテ其ノ判斷ヲ爲シタルハ正當ニシテ賃貸借成立ノ時ノ價額ニ依ルヘシトスル論旨第一點及右ノ見解ヲ前提トスル論旨第二點ハ共ニ之ヲ排斥セサルヲ得サルモノトス（大審院昭和六年オ一〇五號同年七月二〇日判決大審院判例集一〇卷民事五七五頁●法律新報二七四號一三頁）

四〔上告論旨〕民法第三百九十五條ニ抵當權ノ登記後ニ於テモ賃貸借ノ設定ヲ認メタル立法ノ精神ハ不動產ノ所有者ヲシテ廣ク不動產ノ利用ヲナサシメ以テ所有者ヲ保護スルコトハ又國家ノ利益ト合致スルヲ以テナリ故ニ同條ニ謂フ抵當權者ニ損害ヲ與フルヤ否ヤハ賃貸借設定當時ノ事情ヲ標準トシテ定ムヘキモノトス一旦適法ニ賃借權者トナリタル者カ其ノ後ノ事情ノ變更ノ爲ニ其ノ權利ヲ失フカ如キハ既得權ヲ不確實ナル社會事情ノ變動ニヨリ得喪セシムルモノニシテ權利ノ性質ニ反ス然ルニ一審竝原審ノ鑑定ハ何レモ何時ニ於ケル賃貸借ノ存在中抵當權者ニ損害ヲ與フルモノナルヤヲ明ニセス故ニ斯ル鑑定ヲ判斷ノ資料ニ採ルハ不確實ナル證據ヲ裁判ノ資料トナスモノニシテ原判決ハ理由不備ノ違法アルモノナリト云フニ在リ

五〔大審院〕然レトモ抵當權ノ設定アル不動產ノ賃貸借ヲ爲スコトハ法律ノ是認スル所ナレハ其ノ賃貸借ヲ以テ直ニ抵當權ヲ妨害スルモノト謂フヲ得スト雖若シ賃貸借ノ存在カ抵當不動產ノ代價ヲ低廉ナラシメ因テ抵當權者ヲシテ完全ニ辨濟ヲ受クルコトヲ得サラシムルトキハ抵當權者ニ損害ヲ及スモノニシテ其ノ賃貸借ノ解除ヲ請求スルコトヲ得ヘク從テ賃貸借カ抵當權ヲ害スルヤ否ハ抵當權實行ノ場合ニ於ケル事情ニ依リテ定ムヘキモノトス〔大正五年（オ）第二二六號大正五年五月二十二日當院判決參照〕而シテ本件記錄ニ依レハ被上告人ハ係爭家屋ニ付抵當權ヲ實行セントシタル當時ノ事情ニ基キ賃貸借カ損害ヲ及ス旨ヲ主張シ原院モ其ノ當時ノ事情ヲ參酌シテ爲シタル鑑定ノ結果ヲ綜合シタル上本訴ノ賃貸借カ該抵當權ニ損害ヲ及ス事實ヲ認定シタルモノナルコト原判決ノ趣旨ニ徵シ明ナレハ其ノ判定ハ不法ニ非ス其ノ他原判決ニハ所論ノ如キ不法ナキヲ以テ論旨ハ理由ナシ（大審院昭和七年オ七五二號同年一一月二四日判決法律新聞三五〇三號七頁●法律新報三一二號一四頁●法律評論二二卷民法五九頁）

六　右五ノ引用判例―續民法一〇四八頁●「抵當權ノ妨害有無ヲ定ムル標準時期」

◎賃貸借ノ解除及登記抹消ノ判決

一〔大審院〕抵當權者カ民法第三百九十五條但書ニ依リ賃貸借ノ解除ヲ求ムル訴ハ形成ノ訴ナレハ其ノ判決ノ確定ニ因リテ始メテ賃貸借消滅ノ效力ヲ生スルモノナリト雖賃貸借ノ消滅ヲ理由トシテ之カ抹消登記ヲ請求スル訴ハ必スシモ右判決ノ確定ヲ待ツコトヲ要セス其ノ判決ノ確定ヲ條件トシテ右解除ノ訴ト併合シテ之ヲ提起スルコトヲ得ヘキモノトス從テ右ノ訴ヲ受理シタル裁判所ハ賃貸借ノ解除ヲ言渡スト同時ニ其ノ確定ヲ條件トシテ賃貸借登記ノ抹消登記手續ヲ命スル判決ヲ言渡スコトヲ得ヘキモノニシテ右解除ノ判決カ確定シタル後ニ非サレハ其ノ判決ヲ言渡スコトヲ得サルモノト謂フヲ得サルモノトス故ニ原院カ第一審ニ於テ「賃貸借契約ハ之ヲ解除ス右解除ノ判決確定シタルトキハ賃借權ノ假登記及本登記ノ各抹消登記手續ヲ爲スヘシ」ト言渡シタル判決ヲ是認シ控訴棄却ノ判決ヲ爲シタルハ不法ニ非ス（大審院昭和八年オ一一一號同年八月七日判決法律新聞三五九三號一三頁●法律新報三三七號一四頁）

第三節　抵當權ノ消滅

◎抵當權ノ消滅ニ關スル諸問

一　抵當權消滅ノ債權ニ及ホス效果（二續民四一二頁）

二　消滅債權ノ復活ト其ノ抵當權（三續民四六八條「消滅債權

ノ讓渡ト異議ナキ承諾」參看）

三　抵當權ノ消滅スル場合（二續民四一二頁）

四　混同ト抵當權ノ消長（三續民一七九條「抵當權ノ混同ト債權ノ消長」參看）

五　債權ノ一部辨濟ト抵當權ノ消長（三續民三七二條）

六　建物ノ一部滅失ト抵當權ノ消長（三續民三七二條）

七　競落確定後ノ辨濟—供託ノ效力（三續民四七四條）

八　競賣代金交付ノ錯誤ト抵當權ノ喪否（民法一九八頁）

九　不動產ノ競賣ト抵當權ノ消滅（民訴五三四頁・續民法一〇五〇頁）

餘　錄

1 抵當權ノ侵害ニ關スル諸問（三續民三六九條八三九頁）

2 抵當登記ノ抹消ニ關スル諸問（三續民三六九條八四三頁「抵當登記ニ關スル諸問」三〇以下參看）

3 抵當地ノ賣渡擔保ト抵當除去ノ責任（三續民九四條一六四頁）

4 抵當權ノ實行ニ關スル諸問（三續民三八七條九〇七頁）

第三百九十六條　【抵當權ト時效消滅—一】

1 抵當權ハ債務者及ヒ抵當權設定者ニ對シテハ其擔保スル債權ト同時ニ非サレハ時效ニ因リテ消滅セス

◎本條ニ關スル諸問

一　登記シアル不動產物權ト消滅時效（續民法九〇六頁、

二　債權ノ時效消滅ト賣渡擔保ノ返還（三續民九四條）

第三百九十七條　【抵當權ト時效消滅—二】

1 債務者又ハ抵當權設定者ニ非サル者カ抵當不動產ニ付キ取得時效ニ必要ナル條件ヲ具備セル占有ヲ爲シタルトキハ抵當權ハ之ニ因リテ消滅ス

◎取得時效ニ因ル抵當權ノ消滅

一〔熊本地〕1 按スルニ抑モ民法第百六十二條所定ノ取得時效ナルモノハ他人ノ物ニ對シ或者カ主觀的ニ所有ノ意思ヲ以テ占有ヲ繼續シ平穩且公然ニ更ニ善意無過失ニ占有シタルトキハ二十年又ハ十年ノ後ニ於テ該占有者ハ其占有ノ效果トシテ其所有權ヲ取得セシムルモノナルカ故ニ民法第百六十二條ヲ適用スヘキ事實アリトスルニハ占有者ノ占有スル目的物カ客觀的實質的ニ占有者其人ノ所有ニ屬セサルコトヲ絕對ノ要件トスルモノニシテ換言スレハ實質的客觀的ニ占有物ノ所有權カ占有者ニ屬スルトキハ民法第百六十二條ヲ適用スヘキ取得時效ノ法律關係ヲ生セス蓋シ取得時效ニヨリテ占有者ノ受ク

ヘキ利益ハ其占有物ニ對スル所有權ナルカ故ニ既ニ所有權ヲ有スル占有者ニ對シ更ニ取得時效ニヨル同一物件ニ對スル所有權ヲ與ヘント欲スルモ能ハサルヲ以テナリ而シテ民法第三百九十九條ニ於テ債務者又ハ抵當權設定者ニ非サル者カ抵當不動產ニ付取得時效ニ必要ナル條件ヲ具備セル占有ヲナシタルトキハ抵當權ハ之ニ因リテ消滅スル旨明定スルトコロナルカ同條ノ規定ハ抵當不動產ニ付右說述スルカ如キ占有ノ繼續アリタル效果トシテ之カ所有權ヲ取得シタル結果ニヨル抵當權ノ消滅ノミヲ定メタルモノト解スヘキモノトス

2 飜テ本件ニ付之ヲ觀ルニ原告ノ請求原因トスルトコロハ原告ハ大正四年十月二十七日訴外紫田新造ヨリ本訴不動產ヲ買受ケ之カ所有權ヲ取得シ同日其旨ノ登記ヲ經由シ爾來今日ニ至ル迄善意無過失公然平穩ニ所有ノ意思ヲ以テ占有ヲ繼續シタルモノナレハ本訴不動產上ニ有スル被告等ノ抵當權ハ原告ニ對シテハ大正十四年十月廿七日消滅シタルモノナリト云フニ在リテ卽チ原告ハ本訴不動產ヲ賣買ニヨリ之カ所有權ヲ取得シタルカ更ニ民法第百六十二條第二項ノ規定ニヨリ本訴不動產ノ所有權ヲ取得シタルコトトナリタルヲ以テ同法第三百九十七條ニ基キ被告等ノ有スル抵當權ハ消滅ニ歸シタリト謂フニ歸著スルトコロナレトモ右原告ノ主張ハ前段說明スルトコロニヨリ既ニ賣買ニヨリ所有權ヲ有スル原告カ更ニ取得時效ニヨリ之カ所有權ヲ得ルコトヲ得サルヲ以テ取得時效ニヨリ所有權ヲ得タルコトヲ前提トスル原告ノ本訴請求ハ其主張自體ニ於テ失當ニシテ所詮排斥ヲ免レス（熊本地方裁判所昭和五年ナ三二四號判決年月日不詳法律新報二八八號二七頁）

二　時效ニ因ル抵當權ノ消滅（續民法一四五四頁）

◎抵當物ノ時效取得ト對抗要件（二續民二四四頁）

第三百九十八條　【設定者ノ權利ノ拋棄】

1 地上權又ハ永小作權ヲ抵當ト爲シタル者カ其權利ヲ拋棄シタルモ之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得ス

◎本條ニ關スル諸問

一　建物抵當後ニ於ケル借地權拋棄ノ效力（二續民四一四頁）

二　賃貸借ノ解約ト建物抵當權ノ效力（三續民六一六條）

三　權利ノ拋棄ニ關スル諸問（三續民五一九條）

第三編　債權

第一章　總則

第一節　債權ノ目的

第三百九十九條　【債權ノ目的】

1 債權ハ金錢ニ見積ルコトヲ得サルモノト雖モ之ヲ以テ其目的ト爲スコトヲ得

◎債權ノ目的ニ關スル諸問

一　債權ノ意義（續民法一〇五一頁）

二　債權ノ本體（二續民四一五頁）

三　債權ト請求權トノ關係（續民法一〇五一頁）

四　債權ト形成權トノ差異（續民法一〇五二頁）

五　債權ト親族權トノ差異（續民法一〇五二頁）

六　法律上ノ契約ト道德上ノ約束（續民法一〇五二頁）

七　行爲不行爲ヲ請求スル要件（二續民四一五頁）

八　金錢ニ見積リ得サル債權ノ意義（續民法一〇五三頁）

九　金錢的價値ナキ債權モ財產權ナリヤ（續民法一〇五三頁）

一〇　非金錢債權ト買權又ハ抵當權（續民法一〇五三頁）

一一　債權ノ侵害ト妨害排除ノ請求權（三續民七〇九條）

一二　不動產ハ債權ニ優ルヤ否ノ實驗法則（續民法一四二五頁）

餘　錄

1 債權法ノ特質（續民法一〇五一頁）

2 民法債權編總則ノ適用範圍（民法二〇〇頁）

3 物權カ債權カ斯ル權利ノ讓渡手續（二續民五四八頁）

4 溫泉引用權ノ性質（三續民四六六條）

5 債權ノ物權的效力ヲ有スル場合（續民法一〇五二頁）

第四百條　【特定物ノ引渡】

1 債權ノ目的カ特定物ノ引渡ナルトキハ債務者ハ其引渡ヲ爲スマテ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ其物ヲ保存スルコトヲ要ス

◎特定物ノ引渡ニ關スル諸問

一　本條ノ適用範圍（二續民四一五頁）

二　引渡ニ關スル諸問（三續民一七八條）

三　引渡ハ引渡當時ノ現狀ニ於テス（續民法一〇五五頁）

四　履行地以外ノ荷送場所ト引渡義務（民法二〇一頁）

五　生繭ト乾燥繭ト物ノ同一性（續民法一〇五五頁）
六　善良ナル管理者ノ注意ノ意義及事例（二續民四一六頁）
七　給付物體ニ付債務者ノ採ルヘキ處置（本條後出）
八　他人使用ノ場合ト注意義務ノ標準（三續民七一五條）
九　伐木製材人夫ノ監督意否ノ判定（二續民四一六頁）
一〇　債權者ノ遲滯ト保管義務ノ輕減（二續民四一六頁）
一一　特定物ノ賣買ト所有權ノ移轉時期（三續民一七六條）
一二　土地ヲ不特定物トシテノ取引（三續民四〇一條）
一三　代替物ヲ特定物ト同視スル場合（民法四三五頁）
一四　特定物ノ賠償請求ト不特定物ノ認定（本條後出）

◎給付物體ニ付債務者ノ採ルヘキ處置

一〔長野地〕惟フニ債務者ハ常ニ其ノ給付ヲ能フ限リ確實ニ爲シ以テ債權者ヲシテ利益ヲ享受セシムルコトニ努力スヘク若シ給付ノ物體ニ付キ豫想外ノ狀態發生シタル場合ハ速ニ之ヲ債權者ニ通告シ同人ヲシテ適宜ノ處置ニ出ツル機會ヲ與フヘキハ當然ナリトス（長野地方裁判所松本支部大正一五年ヲ一三七號昭和三年七月二〇日判決法律新聞二八八九號一五頁）

◎特定物ノ賠償請求ト不特定物ノ認定

一〔大審院〕買主カ賣主ニ對シテ其賣買ノ目的物タル特定物引渡ノ義務ヲ履行セサルニ因リ損害ノ賠償ヲ求ムル權利アル旨ヲ主張シタルニ裁判所カ其賣買ノ目的物カ特定物ニ非スシテ不特定物ナリト認定シタル場合ニ買主カ不特定物タル賣買ノ目的物ニ付キ賣主ニ引渡義務ヲ履行セサル責アルヤ否ニ付キ何等ノ主張ヲ爲ササリシトキハ裁判所ハ其點ニ付キ特ニ何等ノ判斷ヲ爲スノ義務ナキ者トス（大審院明治三九年オ三九八號同年一〇月三〇日判決法律新聞三九〇號一二頁）

第四百一條　【不特定物ノ給付】

1 債權ノ目的物ヲ指示スルニ種類ノミヲ以テシタル場合ニ於テ法律行爲ノ性質又ハ當事者ノ意思ニ依リテ其品質ヲ定ムルコト能ハサルトキハ債務者ハ中等ノ品質ヲ有スル物ヲ給付スルコトヲ要ス

2 前項ノ場合ニ於テ債務者カ物ノ給付ヲ爲スニ必要ナル行爲ヲ完了シ又ハ債權者ノ同意ヲ得テ其給付スヘキ物ヲ指定シタルトキハ爾後其物ヲ以テ債權ノ目的物トス

◎不特定物ノ給付ニ關スル諸問

一　本條ノ適用（二續民四一七頁）
二　特定ト提供トノ異同（二續民四二〇頁）
三　特定ト履行トノ關係（二續民四二一頁）
四　特定ト移轉トノ關係（二續民四二一頁）
五　給付行爲完了ノ意義及實例（二續民四一七頁）
六　種類債權ニ關スル諸問（續民法一〇五五頁）
七　不特定物ノ給付ト給付指定行爲（續民法一〇五七頁）
八　給付指定ノ不能ト契約ノ效力（二續民四一九頁）
九　物ノ給付ト同種類ナリヤ否ノ事例（本條後出）
一〇　土地ヲ不特定物トシテノ取引（本條後出）
一一　賣主ノ選出ニ因ル目的物ノ特定（本條後出）
一二　或標準ニ從テ確定シ得ヘキ給付義務（續民法一〇五六頁）
一三　限定的種類債權ト其ノ特定（三續民四〇六條）
一四　選擇債權ニ於ケル選擇表意ノ效力（續民法一〇六四頁）
一五　不特定物ノ賣買ト特定前ノ引渡請求（三續民一七六條）
一六　不特定物ノ給付ト本旨ニ副ハサル品質（本條後出「不特定物ノ賣買ト瑕疵擔保ノ責任」參看）
一七　給付ノ內容ノ確定スル時期（二續民四一九頁）
一八　不特定物ノ賣買ト危險ノ負擔（二續民六三九頁）
一九　種類賣買ノ瑕疵ト買主ノ權利（本條後出）
二〇　不特定物ノ賣買ト瑕疵擔保ノ責任（本條後出）

◎物ノ給付ト同種類ナリヤ否ノ事例

一〔大審院〕二間竹又ハ三間竹共ニ養蠶棚竹トシテ取引セラレ唯長サニ應シテ價格ニ相違アルニ過キサルカ故ニ養蠶棚竹用粗竹三間物ノ賣買ノ履行トシテ其ノ二間物ヲ給付シタル場合ニハ之ヲ以テ取引上約定品ト別種類ノ物ノ給付ト認ムヘキニ非スシテ約定品ニ比シ長サニ相違アル爲價格少キ瑕疵アル物ノ給付ナリト認ムヘキモノトス（大審院昭和五年オ一七七〇號同六年一月二七日判決法律評論二〇卷民法四九二頁）

◎土地ヲ不特定物トシテノ取引

一〔大審院〕1 按スルニ土地ハ數量容積若ハ重量ニ依リテ取引ヲ爲スヲ習慣トスル夫ノ所謂代替物ニ非サルハ論無キト共ニ又如何ナル場合モ特定物トセサル限リ之ニ付テノ取引ハ之ヲ爲スヲ得スト云フモノニモ非ス故ニ例ヘハ或ル區域內ニ於ケル若干坪ノ土地ヲ賣買スル旨ノ契約ヲ締結シタル場合ニ縱令其ノ如何ナル部分ノ土地ナルコトハ現在ハ未確定ニ屬スルモ其之ヲ確定スル方法タニ定メアルトキハ右ノ契約ハ是亦有效ノモノタルヲ失ハス蓋シ契約ノ內容ハ細大漏サス取引ノ當初ニ於テ一擧ニ之ヲ確定シ置カサルヘカラスト云フ如キ何等ノ法規モ法理モ存スルコト無ケレハナリ

2 今原審ノ確定シタル事實ハ如何ト云フニ次ノ如シ卽大正八年七月七日米倉忠司ハ其ノ所有ニ係ル三重縣一志郡宇氣郷村

ノ山林約四百町ヲ中村增治郎ニ賣渡シ同人ハ大正十年六月二十日同山林中二千五十八番ノ二十及二十一ヲ訴外大倉清三、村田文三郎ノ共有ニ係ル或山林ト交換シ次テ同審ノ二十三ヲ大井長三郎ニ讓渡シ「同人ノ依頼ニヨリ訴外新美與平治ニ直接所有權移轉登記ヲ爲スニ該リ右中村增治郎ニ於テ右山林三筆等ノ地番ノ各範圍ヲ悉知セサリシヨリ實地ニ就テ目測ノ上公簿上ノ反別ノ大小ニ照シ比較推斷シテ係爭二千五十八番ノ二十三ノ山林ハ原審檢證附屬圖面ノ黄ニ彩色セル甲地ニ該當スルモノナリト思惟」シタルト云フニアリ依是觀之所有者タル中村增治郎ニ於テ前記二十、二十一、二十三ノ各山林ヲ他ニ讓渡シタル當時其ノ字氣郷村ノ山林約四百町歩ノ内ニ存スルコトヲ知リ居リシニ止マリ夫レ以上精確ナル所在ノ如キハ之ヲ知ラサリシノ消息甚明ナルカ故ニ斯カル取引ニ在リテハ現在特定セル或ル土地ニ關スル取引トハ聊カ趣ヲ異ニスルモノアリ即等ク公簿上何々地番ノ土地トシテノ取引ナリト云フモ其ノ意味必スシモ一ナラス或ハ當事者其ノ人ニコソ不分明ナル客觀的ニハ公簿上ノソレソレノ地番ニ該當スル土地トシテ固ヨリ已ニ特定セル一ノ山林ヲ以テ取引ノ目的物トスル當事者ノ意思ナルコト勿論有リ得ヘキト共ニ又公簿上何々地番ノ土地ト云フコトハ專ラ重キヲ其ノ面積ノ點ニ置キ唯當該ノ廣袤ヲ有スル一ノ土地トシテノミ取引ヲ爲シ其ノ具體的ノ所

在ハ後ニ至リ或ル方法（例ヘハ公簿ノ參照）ニ俟チテ之ヲ確定スヘク而カモ其ノ確定セラレタル土地カ果シテ公簿ニ於ケル當該地番ノ土地ト一致スルヤ否ヤハ之ヲ問フコト無ク偏ヘニ其ノ土地ソノモノトシテ所有權ヲ移轉スルヲ目的トスル約旨ナルコト又決シテ有リ得サルノ事ニ屬セス要スルニ各場合ニ於ケル事實問題ニ外ナラス而モ上告人ハ原審ニ於テ實ニ後者ノ如キ約旨ナリト主張セルモノナラスヤ本件ニ在リテハ先ツ約旨ノ如何ヲ審究スルニ非サレハ本訴請求ノ當否ハ遽ニ之ヲ斷シ難キモノアルハ言ヲ俟タス

3今原判決ヲ覽ルニ原裁判所ハ「訴外中村增治郎カ（中略）二千五十八番ノ二十三ノ山林ノ所有權移轉登記ヲ爲スニ該リ右山林ハ控訴人主張ノ地域ニ該當スル旨摘示シタル事實」ハ之ヲ肯定シツツ一面ニ「二千五十八番ノ二十三ノ山林ハ原審檢證附屬圖面ノ黄ニ彩色セル甲地ニ（中略）該當スルモノナリトハ速斷シ難ク」ト判示シ公簿上ニ二千五十八番ノ二十三ト記サレタル山林ノ所在如何ヲ解決スルコトノミニ依リテ以テ直ニ本訴請求ヲ排斥シタルモノナリ是審理ノ不盡ニ非サレハ則チ理由ノ不備アルヲ免レス蓋シ當事者間ノ契約ハ客觀的ニ確定セル當該地番ノ山林ト云フ一ノ特定物ヲ以テ當初ヨリ取引ノ對象ト爲スノ趣旨ナリシ場合ニシテ始メテ原判決ハ其ノ可ナルモノアルニ拘ラス此ノ約旨ノ點ニ關シ原裁判所ハ果シテ如何ナル認定ヲ下セシヤ原判文上之ヲ窺フヘキ何等ノ説示タモ無ケレハナリ但シ原判決ハ其ノ末尾ニ至リ前記ノ甲地ハ被上告會社所有ニ係ル「二千五十八番ノ二十ノ山林ノ範圍内ニ在リテ其ノ一部ニ屬スル以上」縱令此ノ甲地ヲ以テ賣買ノ目的物トシテ指示シタリトテ上告人ニ於テ其ノ所有權ヲ取得スルニ由ナキ旨説明シアリト雖抑モ當該山林カ果シテ爾ク被上告會社ノ所有ニ歸セシヤ否ヤ是亦竟ニ約旨ノ如何ニ繫ル所ナルノミナラス假ニ其ノ被上告會社ノ所有ニ歸セントスルモ其ノ所有權ノ取得ハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルヲ得ル狀態ニ在リシヤ否ヤ此事又之ヲ確定スルニ非サレハ原判示ノ如キ斷案ハ遽ニ之ヲ下シ難キモノアリ此ノ點ニ於テモ亦原判決ハ審理ノ不盡若ハ理由ノ不備アルヲ免レス（大審院昭和二年オ七七一號同年一二月二一日判決判例彙報三九卷民事上五八八頁）

◎賣主ノ選出ニ因ル目的物ノ特定

一〔大審院〕1一定ノ場所ニ存在スル同種物品中ノ一定數量ノモノヲ以テ賣買契約ノ目的物ト定メタル場合ニ於テ賣主カ當該物品中ヨリ約定ノ範圍内ニ於ケル數量ノモノヲ選出シテ之カ給付ヲ爲スニ付必要ナル行爲ヲ完了シタルトキハ之ニ因リ其ノ選出ニ係ル物品ハ賣主ノ債務ノ目的物トシテ特定シ爾後

其物品ノ範圍ニ於テ賣主ノ債務ハ特定債務トシテ取扱ハルヘキモノトス

2今原審確定ノ事實ヲ觀ルニ當事者ハ當時樺太東海岸幌遠及「チチネ」所在大正十三年以降ノ伐採造材ニ係ル「エゾ」椴松三千三百石以内ヲ以テ目的物トシテ上告人ハ之ヲ宮城縣鹽釜港本船渡ノ定メニテ被上告人ニ賣渡シタリト云フニ在リテ其ノ契約締結當時右場所ニ存在セシ右種類ノ木材カ果シテ三千三百石ヲ超過セサルモノナリシヤ將之ヲ超過スルモノナリシヤハ必スシモ明ナラサルカ故ニ右確定ノ事實ノミニ依リ直ニ本件賣買ノ目的物ハ契約締結當時既ニ特定シ居リタリト爲スハ聊早計ニ失スルモノト謂ハサルヲ得スト雖本件賣買契約締結後上告人ハ其ノ履行トシテ被上告人ニ引渡ス目的ノ下ニ前掲場所ニ在セシ前掲種類ノ木材中ヨリ二千四百五十石ヲ選出シテ之ヲ傭船ニ積載シ該船舶ハ大正十五年八月十三日ヲ以テ引渡場所タル鹽釜港ニ到著シタリトノ事ハ原審ノ確定シタル所ナルヲ以テ假令本件賣買契約締結當時ニ於テハ其目的物ハ不特定ナリシトスルモ右鹽釜港到著ノ時ニ於テ其ノ到著ノ木材ハ本件賣買契約ノ目的トシテ特定シ上告人ノ債務ハ其ノ範圍内ニ於テ特定債務トナリタルモノト謂ハサル可ラス蓋シ物ノ給付ヲ爲スニ必要ナル行爲トシテ債務者側ニ於テ爲ス可キコトハ此ノ時ヲ以テ完了シタルヲ以テナリ（大審院昭和三

年ナ七五二號同四年四月一三日判決法律新報一八五號一一頁）

◎種類賣買ノ瑕疵ト買主ノ權利

一〔大審院〕1案スルニ賣買ノ目的物ニ或種ノ缺陷アリ之カ爲其ノ價額ヲ減スルコト少カラス又ハ其ノ物ノ通常ノ用途若ハ契約上特定シタル用途ニ適セサルコト少カラサルトキハコレ所謂目的物ニ瑕疵ノ存スル場合ナリ此ノ瑕疵ノ存否如何ハ危險負擔カ賣主ヨリ買主ニ移ル時期ニ就キテ之ヲ觀ル可キハ危險負擔ト云フ觀念上殆ント自明ノ理ナラスンハアラス然リ而シテ此ノ瑕疵カ常人ノ當然發見スルヲ得ル性質ノモノニ屬セス（所謂隱レタル瑕疵）且此ノ瑕疵ノ前記時期ニ存スヘキコトヲ賣買締結ノ際買主ニ於テ知ラサルトキハ（其ノ知不知ヲ問ハス前記時期マテニ瑕疵カ除去セラルルトキハ問題無シ）賣主ハ其ノ知不知ニ論無ク所謂瑕疵擔保ノ責ニ任セサル可カラス而モ瑕疵ナルモノハ以上ノ場合ニ止マラス他無シ夫ノ賣買ノ目的物カ或性能ヲ具備スルコトヲ賣主ニ於テ特ニ保證（請合フノ意）シタルニ拘ラス之ヲ具備セサル場合卽チ是ナリ蓋斯カル物ハ縱令一般ノ標準ヨリスレハ完璧ナルニモセヨ偶〻此ノ具體的取引ヨリ之ヲ觀ルトキハ是亦一ノ缺陷ヲ帶有スルモノニ外ナラサレハナリ夫レ瑕疵擔保ノ義タル上叙ノ如シ故ニ此ノ問題ハ賣買ノ目的物カ始メヨリ特定シ從ヒテ此ノ

物ヲ給付スル以外給付テフコトノ有リ得サル又爲シ得サル場合ニノミ起リ得ル事柄ニ外ナラス所謂不特定物ノ賣買（卽チ一ノ種類債務）ニアリテハ瑕疵ナキ物ヲ給付スルコトカ取リモ直サス債務ノ內容ナルカ故ニ若シ賣主ニ於テ瑕疵アル物ヲ給付シタルトキハ買主トシテハ之ヲ斥ケ唯其ノ債務ノ過不及無キ履行ヲコレ請求スレハ則チ足レリ但右ノ場合買主ニ於テ兎モアレ當該物ノ給付ヲ受領スルト共ニ飜ツテ此ノ特定物ニ就キ賣主ニ對シ其ノ瑕疵擔保ノ責ヲ問フコトハ是亦法規ノ禁スルトコロニ非ス這ハ已ニ當院ノ判例トスルトコロナリ是ノ故ニ今或種類物ノ賣買ニ於テ其種類ニ屬スル物ハ斯ク斯クノ性能ヲ有ストノコトカ特ニ賣主ニ依リテ保證セラレタルニ拘ラス其ノ現實給付セラレタル特定物カ偶〻右ノ性能ヲ具備セサル場合ニ買主ハ賣主ニ對シ約旨ニ適合スル物ノ給付ヲ請求スルト將タ瑕疵擔保ノ責任ヲ問フト一ニ其ノ選擇ニ從ヒテ可ナルハ前述ノ如シト雖若シ當該種類物ハ其ノ本質上到底保證セラレタル性能ヲ具備スルニ由無キ一般的缺陷ヲ帶有スル場合ニ於テハ右ノ如キ選擇ハ最早問題ニ非ス何者目的タル給付ハ始メヨリ不能ナルモノトシテ賣買契約ソノモノハ當然無效ニ外ナラサレハナリ

2本件ヲ案スルニ「控訴人（被上告人）ハ自已製作ニ係ル特許三益三年式粗摺土臼ノ販賣ノ爲メニ同機ノ特色ノ一トシテ米五百俵ヲ摺上ケ得ル性能ヲ有スルモノニシテ萬一不完全ノ場合ハ無料修繕スヘキ旨廣告宣傳ヲ爲シタルコト」ハ原審ノ確定スルトコロナルト共ニ本件一手販賣契約ハ如上性能ヲ有スルコトヲ內容トシテ締結セラレタルモノナリトノ上告人ノ主張ニ對シ原審ハ甲第一號證ニ依レハ斯カル「性能ヲ具有スルカ如キコトハ右（一手販賣）契約ノ內容ト爲ササリシモノナルコトヲ認メ得」ヘシト判示シタリ乃チ甲第一號證ヲ閲スルニ其ノ明文上前叙性能保證ノ記載無キハ淘ニ原判示ノ如クナルト共ニ又斯カル保證ヲ爲サストノ記載モ亦絕エテ之ヲ見ルコト無シ抑上告人カ如何ニシテ被上告人ト本件取引ヲ爲スニ至リシヤ其ノ經緯ハ則チ原審ノ確定スルトコロニ非サルモ而モ被上告人ノ前記廣告宣傳カ其因ヲ成セシコトハ察シ難キノ事情ニ非ス此ノ廣告宣傳ナルモノ偏ニ所謂羊頭狗肉ノ策ナラハ則チ已ム爾ラサル限リ（或ハ爾カ云フヲ得サル限リ）此ノ物品ニ付他ト一手販賣契約ヲ締結スルニ當リ當事者間ノ了解ニ依レハ當該物品カ曩ニ廣告宣傳セラレタル如キ性能ヲ有スルヤ否ハ賣主ノ知ルトコロニ非ス賣主トシテハ唯特許三益三年式粗摺土臼ト名ケラルル種類物ヲ給付スレハ則チ足ルテフ趣旨ナリシト觀ルコトノ果シテ事物ノ常態ト取引ノ信義ニ合ヘリヤ否ヤ特別ノ事情ノ認ムヘキモノ無キ以上斯カルハ固ヨリ肯定スヘキ限リニアラス而モ本件ニ於テ何等カ此種特別ノ事情ノ存セシコトハ當該事實認定ヲ爲スニ當リ毫モ原審ノ判示セサルトコロナリ此ノ點ニ關シ原判決ハ理由ノ不備ニ非サレハ則チ審理ノ不盡ヲ免ル可カラス然ラハ則チ問題タル性能保證ノ下ニ本件契約カ締結セラレシトセハ如何給付セラレタル土臼カ偶マ此ノ性能ヲ缺如セル場合賣主トシテハ或ハ債務ノ不履行ト爲ル可ク或ハ瑕疵擔保ノ責任ヲ生スヘク若シ又被上告人製作ニ係ル土臼ナルモノハ到底保證セラレタル性能ヲ具フルニ由無キ本質的缺陷ヲ帶有ストセムカ一手販賣契約ソノモノハ始メヨリ無效ノ取引ニ外ナラス而モ原審ノ確定スルトコロニ依レハ上告人ニ於テ送付ヲ受ケタル二十一臺ノ「土臼（中略）ヲ實驗シタルニ其ノ結果不良ニシテ從來ノ臼ニ比シ何等優レタル點ナカリシ爲メ購買者一モ無カリシ」ト云フニ非スヤ夫レ本訴請求ノ原因トシテ上告人ニ依リ主張セラルル事實自體ノ下ニ於テ以上判示ノ各場合ハ孰モ之ヲ生シ得ル機會無シト云フ可カラス其ノ如何ニ從ヒテ本訴請求亦必スシモ其ノ理由無シト云フ可カラス其「本訴請求原因ハ控訴人（被上告人）ノ債務不履行ニヨル一手販賣契約ノ解除ニ存シ」云々トアル釋明ノ如キハ素ト法律上ノ一意見ニ過キサルモノ拘ルヲ必トセス其ノ爲シタル解除ノ意思表示ノ如キハ或ハ無用ノ勞ニ過キサリシヤモ亦知ル可カラス然ラハ則チ本件一手販賣契約ハ性能保證ノ下ニ爲サレシ取引ニ非ステフ事實

認定ニ關シ瑕疵ノ存スル原判決ハ延テ最後ノ判斷ニ影響ヲ及ホス點ニ付違法アルヲ免レス（大審院昭和七年オ八一五號同八年一月一四日判決大審院判例集一二卷民事七一頁●法律新聞三五四七號一三頁●法律新報三二六號九頁）

二〔大審院〕種類賣買ノ賣主ノ給付シタル物ニ瑕疵アリテ賣主惡意ナリシトスルモ買主ニ於テ之ヲ知リテ履行トシテ認容シ受領シタル場合ニハ賣主ハ有效ニ給付義務ヲ履行シタルモノト云フヘク更ニ瑕疵ナキ物ヲ給付スヘキ義務ヲ負擔スルモノニ非ス（大審院昭和五年オ一七七〇號同六年一月二七日判決法律評論二〇卷民法四九三頁）

三　不特定物ノ賣買ト瑕疵擔保ノ責任（本條後出）

◎不特定物ノ賣買ト瑕疵擔保ノ責任

一〔大審院〕1案スルニ不特定物ノ賣買契約ニ於ケル賣主カ買主ニ對シ債務ノ本旨ニ副ハサル物ヲ給付スルモ賣主ハ未タ完全ニ其ノ義務ヲ履行シタルモノニアラサルヲ以テ買主ハ之ヲ給付ト認メスシテ更ニ新ナル給付ヲ請求シ得ヘキハ素ヨリ其ノトコロナリト雖當事者間ニ授受セラレタル物カ契約ノ目的物ト種類ヲ同フスル場合ニ於テハ縱令其ノ品質ニ於テ債務ノ本旨ニ副ハサル點アリトスルモ債務ハ玆ニ不完全ナカラモ履行セラレタルモノト解シ之ニ瑕疵擔保ニ關スル規定ヲ適用シ得ヘキモノナルコトハ既ニ當院ノ判例トスルトコロニシテ〔大正十四年三月十三日言渡大正十三年（オ）第八六六號判決參照〕未タ之ヲ改廢スルノ必要ヲ見サルモノトス

2而シテ原判決ハ特ニ上告人カ注文シタル物件ト被上告人カ上告人ニ製造供給シタル物件ト同種類ナル物ナルコトヲ明言セスト雖原判決ノ說明ニ依レハ原審ハ右ノ兩者ハ假ニ其ノ品質ニ於テ異レルトコロアリトスルモ其ノ種類ヲ同フスルモノナルコトヲ認メタルコト明白ニシテ且原判決カ其ノ認定ニ供シタル酒井清吉、青山豐次郎ノ證言ニ依レハ右ノ事實ハ之ヲ認メ得サルニアラサルカ故ニ原判決カ此ノ點ニ付瑕疵擔保ノ規定ヲ適用シタルヲ審理不盡ノ致ストコロナリト爲ス論旨ハ其ノ理由ナシ（大審院昭和五年オ一五一五號同六年四月二日判決法律新聞三二六五號九頁●法律評論二〇卷民法四九二頁）

二　右一ノ引用判例—二續民四一八頁「不特定物ノ賣買ト瑕疵擔保ノ規定」ノ二、三、四

三〔大審院〕種類賣買ノ賣主ノ給付シタル物ニ瑕疵アル場合ニ買主ハ之ヲ履行トシテ受領セス賣主ニ對シ更ニ瑕疵ナキ物ノ給付ヲ請求スルト將タ右ノ瑕疵アル物ヲ履行トシテ認容シテ受領シ賣主ニ對シ瑕疵擔保ノ責任ヲ問フト孰レカ其ノ一ヲ擇ヒテ之ヲ主張シ得ルモノナルコトハ當院ノ判例トスル所ナリ〔昭和三年（オ）第六四四號同年十二月十二日判決參照〕故ニ買主ニ於テ一旦瑕疵アル物ヲ履行トシテ認容シ受領シタル以上ハ爾後賣主ニ對シ瑕疵擔保ノ責任ヲ問フハ格別更ニ瑕疵ナキ物ノ給付ヲ請求スル權利ヲ有セス從テ其ノ給付アル迄代金支拂ヲ拒絕シ得ヘキ同時履行ノ抗辯權ヲ有スルモノニ非ス原判決カ上告人ニ於テ被上告人ノ給付シタル瑕疵アル物ヲ履行トシテ認容シ受領シタル事實ヲ認定シ此ノ事實ニ基キ上告人ノ同時履行ノ抗辯ヲ排斥シタルハ違法ニ非ス（大審院昭和五年オ一七七〇號同六年一月二七日判決法律評論二〇卷民法四九三頁）

四〔大審院〕右三ノ引用判例—特定物ヲ目的トスル賣買ニ於テ買主ニ引渡サレタル其ノ物ニ瑕疵アリタルトキト雖賣主ノ債務ハ之ヲ履行シタルモノニ外ナラス蓋當事者ハ其ノ物自體ヲ以テ取引ノ目的物ト爲シ而カモ其ノ引渡ハ兎ニ角之ヲ了シタルニ相違ナケレハナリ然レトモ其ノ瑕疵ノ伏在セシコトハ固ヨリ以テ買主ノ豫期セサリシトコロニシテ若シ之ヲ知リ居リシナラハ賣買ハ始ヨリ之ヲ締結セサリシヤモ知ルヘカラス少クトモ當該代金ヲ以テハ恐ラク之ヲ買受ケサリシナルヘク要スルニ買主ニ於テ多少ノ違算ヲ生セシコトハ之ヲ認メサルヲ得サルヲ以テ之ニ對シ或程度ノ救濟ハ之ヲ與フルニ吝ナル可カラス現行法ニ於ケル所謂瑕疵擔保ナルモノハ斯カル見地ニ淵源セシ制度ニ外ナラス故ニ債務ノ履行アリタル場合ニシテ始メテ瑕疵擔保ノ問題ヲ生ス可ク瑕疵擔保ト云フ以上債務ノ履行アリタルコトハ先ツ之ヲ前提トセサル可カラス然ルニ夫ノ不特定物（民法第四百一條）ノ賣買ニ在リテハ此ノ物ト指示セラレタル特定ノ目的物ハ契約當時ニハ存在セス唯斯ク斯クノ種類ニ屬スルモノト云フ定メアリシニ止マルカ故ニ後ニ至リ現實ニ引渡サレタル其ノ物ニシテ瑕疵ノ伏在スル以上此ノ引渡ハ之ヲ目スルニ債務ノ本旨ニ從フ履行ヲ以テスルヲ得サルハ言ヲ俟タス蓋瑕疵アルモノモ亦可ナリトノ約旨ナリシト云フカ如キハ反證無キ限リ之ヲ肯定スルニ由無ケレハナリ故ニ此ノ場合ハ唯債務不履行ノ問題ヲ生スルニ止マリ瑕疵擔保ノ責任ノ如キハ又之ヲ云々スルノ餘地無キコトヲ本來ノ法意ナリトス然レトモ此ノ場合買主ニ於テ瑕疵アル物ノ引渡モ亦之ヲ履行トシテ認容スルト共ニ一面賣主ニ問フニ瑕疵擔保ノ責任ヲ以テスルコト猶夫ノ特定物賣買ノ場合ト同一轍ニ出テムトスル以上強チニ之ヲ排斥ス可キ何等ノ道理無キヲ以テ玆ニ瑕疵擔保ナル法規ハ漸次其ノ適用ノ範圍ヲ擴張シ不特定物賣買ノ場合モ亦之ヲ包含スルニ至リ或ハ此ノ意味ノ法文ヲ設クルモノアリ爾ラサルモ或ハ判例ヲ以テ此ノ趣旨ヲ宣明スルモノアリ吾現在ハ恰モ此ノ後者ニ屬スルモノトス夫レ爾リ故ニ此ノ場合ニ在リテハ買主ハ瑕疵アル物ノ引渡ヲ斥クルト共ニ賣主ニ對シ更ニ債務ノ本旨ニ從フ履行卽瑕疵無キ物ノ

引渡ヲ請求スルト將タ當該物ノ引渡ハ履行トシテ之ヲ受領スルト共ニ別ニ賣主ニ對シ瑕疵擔保ノ責任ヲ問フト其ノ孰レヲ選フヤハ固ヨリ買主ノ任意ナリト雖已ニ一旦後者ノ方法ヲ採リタル以上飽ツテ又其ノ瑕疵アルコトヲ捉ヘテ之ヲ債務ノ不履行ト唱ヘ以テ其ノ損害賠償ノ請求ヲ爲スカ如キハ其ノ當否ハ則チ多ク論セスシテ可ナリ（大審院昭和三年才六四四號同年一二月一二日判決大審院判例集七卷民事一〇七九頁）

五　種類賣買ノ瑕疵ト買主ノ權利（本條前出）

◎物ノ給付ト同種類ナリヤ否ノ事例（本條前出）

第四百二條　【債權ノ目的タル通貨】

1 債權ノ目的物カ金錢ナルトキハ債務者ハ其選擇ニ從ヒ各種ノ通貨ヲ以テ辨濟ヲ爲スコトヲ得但特種ノ通貨ノ給付ヲ以テ債權ノ目的ト爲シタルトキハ此限ニ在ラス

2 債權ノ目的タル特種ノ通貨カ辨濟期ニ於テ强制通用ノ效力ヲ失ヒタルトキハ債務者ハ他ノ通貨ヲ以テ辨濟ヲ爲スコトヲ要ス

3 前二項ノ規定ハ外國ノ通貨ノ給付ヲ以テ債權ノ目的ト爲シタル場合ニ之ヲ準用ス

◎辨濟スヘキ通貨ニ關スル諸問

一　金錢消費貸借ト返還スヘキ金錢（續民法一〇五七頁）

二　貨幣價格ノ昂騰ト辨濟スヘキ通貨（本條後出）

三　强制通用ノ失效ト流通禁止トノ別（續民法一〇五七頁）

四　厘位以下ノ計算ハ如何ニスヘキカ（民法二〇二頁・續民法一〇五七頁）

五　辨濟受領者ハ釣錢ヲ拒絶シ得ルヤ（續民法一〇五七頁・同一一九一頁）

◎貨幣價格ノ昂騰ト辨濟スヘキ通貨

一〔大審院〕金錢債務ニ在リテハ特約ナキ限リ債務者ハ各種通貨ノ命價ニ依リ契約所定ノ債務額ノ辨濟ヲ爲スコトヲ要スルモノナレハ縱令上告人所論ノ如キ經濟上ノ變動アリテ貨幣價値昂騰シタリトスルモ債務者タル上告人ハ債務發生當時ノ債務額ニ相當スル命價ヲ有スル通貨ヲ以テ辨濟ヲ爲ササルヘカラサルモノトス（大審院昭和六年才三一一六號同七年六月一六日判決法學二卷一號一〇一頁）

第四百三條　【外貨債權ニ對スル邦貨支拂】

1 外國ノ通貨ヲ以テ債權額ヲ指定シタルトキハ債務者ハ履行地ニ於ケル爲替相場ニ依リ日本ノ通貨ヲ以テ辨濟ヲ爲スコトヲ得

◎邦貨支拂ニ關スル諸問

一　本條規定ノ旨趣（續民法一〇五八頁）

二　本條ノ準用範圍（二續民四二二頁）

三　邦貨支拂請求ノ當否（二續民四二二頁）

四　債權者ヨリスル邦貨支拂ノ請求（本條後出）

五　外國通貨ニ由ル手形額面ノ表示（本條後出）

六　佛貨公債事件ト辨濟スヘキ通貨（本條後出）

七　本件ノ所謂「等價文言」ノ意義（本條後出）

八　日本通貨ニ依ル辨濟ト換算方法（續民法一〇五八頁）

九　外國通貨ニ依ル辨濟ト換算方法（續民法一〇五八頁）

一〇　米貨五百弗ノ請求ト選擇請求ノ添加（續民法一〇五八頁）

餘　錄

1 任意債權ノ解（續民法一四五四頁）

2 國際取引ト經濟事情ノ變動（本條後出）

◎債權者ヨリスル邦貨支拂ノ請求

一〔關東高〕民法第四百三條ニ於テハ外國貨幣ニテ表示シタル債權ニ付テ履行地ニ於ケル爲替相場ニヨリ日本貨幣ヲ以テ辨濟シ得ヘキ選擇權ヲ債務者ニ對シテノミ之ヲ賦與セルニ過キスシテ債權者ニ對シテ同樣ノ選擇權ヲ賦與シタルモノトハ解シ難シ（關東廳高等法院大正一二年控八五號昭和二年一一月二八日判決法律新聞二七七九號九頁）

○右一ノ批評—判例研究五卷臨時號研究篇二七頁

二　同旨判例（關東廳高等法院上告部昭和三年上一八號同四年一〇月一八日判決法律新聞三一〇八號一六頁）

三〔關東高〕凡ソ外國ノ通貨ヲ以テ債權額ヲ指定シタルトキハ債務者ハ履行地ニ於ケル爲替相場ニ依リ日本ノ通貨ヲ以テ辨濟ヲ爲シ得ヘキコトハ民法第四百三條ニ明定スルトコロニシテ其ノ外國通貨ヲ以テスヘキヤ日本通貨ヲ以テスヘキヤノ選擇權利ハ一ニ債務者ノ手裡ニ存スルコト一點ノ疑ナシ故ニ本件ノ如キ奉票卽チ奉天票ヲ以テ賣買價格ヲ指定シタル賣買ニ在リテハ債權者タル賣主ハ債務者タル買主ニ對シ日本金ニ限定シテ其ノ支拂ヲ請求スルコトヲ得ス又奉天票ニ限定シテ其ノ支拂ヲ請求シ得ヘキモノニアラスシテ宜シク其ノ選擇ノ餘地ヲ買主ニ存セシメサルヘカラサルモノトス（關東廳高等法院上告部昭和三年上一號同年六月二日判決法律新聞二八六九號一四頁・法律評論一七卷民法八二八頁）

四　邦貨支拂請求ノ當否（二續民四二二頁）

◎外國通貨ニ由ル手形額面ノ表示

一〔關東高〕1 按スルニ手形面ニ一定ノ金額ヲ記載スルコトハ

手形ノ成立要件ナリト雖現行法令、條約、慣習又ハ社會取引ノ實際等ヨリ之ヲ觀ルトキハ右ニ所謂一定ノ金額トハ必スシモ我帝國現行貨幣ノ一定額タルコトヲ要セス既ニ法令又ハ條約等ニ依リテ外國ノ貨幣制度ヲ認メ其ノ換算率ヲ公定スル現代ニ在リテハ約束手形ニ現行外國貨幣ノ一定額ヲ手形金額トシテ記載スルモ之ヲ以テ法ニ所謂一定ノ金額ノ記載トシテ缺クルトコロナキモノト解スルヲ相當トス蓋シ强制通用力ヲ有セサル外國ノ現行貨幣ノ一定額ヲ手形金額トシテ記載スルモ現實其ノ支拂ニ供セラルヘキモノハ必スシモ當該外國貨幣タルコトヲ要セス公定換算率ニ從ヒ强制通用力ヲ有スル我國ノ通貨ニ換算シテ以テ容易ニ手形上ノ權利ノ行使ヲ爲シ得ヘキカ故ニ現行外國貨幣ノ一定額ヲ手形金額トシテ記載スルモ其ノ實强制通用力ヲ有スル我國ノ現行貨幣ノ一定額ヲ記載シタルモノト同一視スルヲ得ヘケレハナリ

2本件ニ就キテ之ヲ觀ルニ原審ハ適法ナル證據ニ基キ係爭鎭平銀カ安東地方ニ於テ慣習上流通シ已ニ久シク一般商民カ價格ノ標準、取引ノ媒介ト爲スノミナラス公共機關ニ於テモ亦收入仕拂ノ用ニ供スルモノニテ滿洲國法院ニ於テモ鎭平銀ニ關スル法律行爲ニ對シテハ從來有效ト解シ來レル事實ヲ確定判示シ以テ鎭平銀二千四百八十四圓九錢八分支拂地振出地安東縣支拂場所鴨綠江採木公司ト記載シ大正十四年八月十七日附上告人ヨリ被上告人ニ宛テ支拂期日ノ記入ナキ儘振出シタルコトニ付當事者間爭ナキ本件約束手形ニ關シ商法ニ所謂一定ノ金額ニ該當スル記載アリト認ムルヲ妥當トスル旨ヲ判示シタルハ叙上ノ趣旨ニ適合シ洵ニ相當ニシテ原判決ニハ所論ノ如キ違法ナシ（關東廳高等法院昭和七年上一七號同八年八月三〇日判決法律新聞三六二三號一六頁・法律評論二二卷民訴四三四頁）

◎國際取引ト經濟事情ノ變動

◎佛貨公債事件ト辨濟スヘキ通貨

一（東京地）上略—1以上ハ當事者ノ主張ニ基キ本件佛貨公債カ總額九百十七萬五千磅ノ東京市電氣事業公債ノ一部トシテ發行セラレ其發行ノ目的時期擔保物減債基金ヲ英貨公債ト同シクスルニ拘ラス兩者ハ其募集ノ手續經過殊ニ發行引受銀行竝ニ發行條件（償還ノ爲メノ抽籤場所及時效ニ關スル點ヲ含ム）ノ英貨公債ト異ルコト拂込竝ニ償還貨幣及償還場所ヲ異ニスルコト更ニ現實ニ法貨ヲ以テ十餘年間元本利息ノ償還支拂ヲ爲シ來リ何等當事者ニ異議ナカリシ事實及公債市場ニ於ケル相場カ「法」ニテ建値セラルル事實等ヨリシテ英貨磅公債トハ單一公債ニアラスシテ別個獨立ノ存在ヲ有シ決シテ拂込法貨ヲ拂込當時ノ爲替相場又ハ純分比價ニ依リ磅ニ換算シ磅ヲ以テ償還セラルヘキモノニアラス又右換算磅ヲ更ニ償還時ノ爲替相場ニヨリ法ニ換算シテ支拂フヘキモノニアラサルコトヲ論證シタルモ尙英貨公債證券ハ英、米ニ於テ發行セラレタルモノヲ通シテ通シ番號ナルニ佛貨公債券ハ別ニ番號ヲ起シ第一號ヨリ第二〇一七六〇號マテト爲シタル當事者間ニ爭ナキ事實及東京市電氣事業公債條例第三號（甲第五號證乙第三號證）ニ於テ右兩公債ヲ截然區別シテ規定ヲ設ケタル事實ハ佛貨公債ノ獨立性ヲ裏書スルモノト謂フヘシ

2本件佛貨公債ハ右ノ如ク本來磅換算拂ノ公債ニアラサルモ他ノ理由ニ依リテ發行當時ノ「法」ノ價値ヲ以テ磅ニ換算償還セラルヘキモノニアラサルヤ否ヤニ付キ更ニ進テ考察ヲ巡ラサンニ原告ハ此ノ點ニ關シ本件公債ノ應募拂込ノ當時ト償還スヘキ今日トニ於テハ其間何人モ豫期スルヲ得サル經濟事情ニ著シキ變動ヲ來タシ當初當事者ノ期待シタル效果ヲ其儘發生セシムルニ於テハ當事者間ニ著シキ不權衡ヲ來タス場合ナレハ信義衡平ノ原則ニ從ヒ事情變更ノ效力トシテ原告ハ一九一二年二月ニ拂込ミタル貨幣價値ト等シキ數額ヲ現時通用力アル法貨ヲ以テ償還ヲ受クル權利アルモノナリト主張スルヲ以テ審案スルニ一九一二年二月本件公債ヲ發行シ應募者カ五百法券一枚ニ付キ四百八十二法七十五參ヲ拂込ミタル當時ノ「法」卽チ革命曆十一年芽月法ニ依ル品位ノ「法」ノ磅ニ對スル爲替相場ハ略其純分比價ニ近キモノナリシヲ以テ結局東京市ハ純分比價ニヨリ當時ノ一億八十八萬法ニ相當スル四百萬磅ニ近キ實價アル貨幣ヲ收得シタルコトハ疑ナク當時之ヲ圓ニ換價シテ事業資金ニ充テタルコトハ證人松木幹一郎ノ證言ニ依リ明カニシテ其後歐洲大戰ノ勃發ニ依リ漸次法貨ノ爲替相場ハ下落シ一九二四年頃ニ於テハ其暴落ノ絕頂ニ達シ從テ本件公債ノ價格モ慘落シタルモ一九二七年頃ヨリ「法」ノ爲替相場ノ稍安定スルニ及ヒ佛國ハ一九二八年（昭和三年）六月二十五日新貨幣法ヲ制定シテ從來ノ法貨ノ品位千分ノ九百ノ金三二二、五八瓩ナリシヲ約五分一ニ切下ケ千分ノ九百ノ金六五、五瓩ト爲シ（甲第七號證ノ革命十一年芽月七日貨幣法第八條及甲第八號證ノ一九二八年新貨幣法第二條之ヲ證ス）以テ法貨ノ品位ヲ當時ノ爲替相場ニ略一致セシメ今日ニ及ヒタルモノナルヲ以テ今日ノ「法」ヲ以テ本件公債ヲ償還スルニ於テ被告東京市ハ圓ノ爲替相場ニ變動ナキニ於テハ收得シタル實價ノ約五分ノ一ヲ以テ償還シ得ヘキ計算トナルモ之ヲ以テ直ニ信義衡平ノ觀念ニ反スルモノト謂フヲ得ス

3蓋シ今日ノ國際取引ニ於テハ金貨支拂ノ特約ナキ限リ本位貨ノ爲替相場ノ下落セル國ノ取引者ハ損失ヲ招キ爲替相場高キ本位貨國ノ取引者ハ利益ヲ受クルハ當然ノ事態ニシテ毫モ

怪ムニ足ラス而シテ爲替相場下落ノ原因カ戰爭平價切下其他如何ナル經濟上ノ變動ニ基クモノナリヤ又其原因ヲ當事者カ豫期シタルヤ否ヤハ之ヲ問フヘキニアラス本件公債ノ償還ニ付テモ若シ圓ノ爲替相場カ日本國ノ經濟事情ノ變動ニ依リ「法」ノ爲替相場ノ下落程度以上ニ下落スルニ於テハ被告東京市ハ券面額ニ從ヒ「法」ヲ以テ償還支拂ヲナスニ於テ毫モ利益ヲ受クルコトナク却テ損失ヲ受クル至ルヘケレハナリ故ニ爲替相場ノ騰落ハ其原因程度如何ニ拘ラス又之ヲ當事者カ豫期スルト否トニ拘ラス之ニヨリ本位貨ヲ異ニスル國際取引者間ニ損得ヲ招來セシムルハ避クヘカラサル國際取引ノ本質ナルヲ以テ之ニ事情變更ノ法則又ハ效力ヲ適用スヘキ筋合ノモノニアラス而シテ佛貨法ノ品位ノ切下ハ之ニ依リ法ノ爲替相場ヲ永久ニ切下前ニ於ケル狀態ニ復セシムルコト能ハサルヘキヲ以テ之カ爲メ金法支拂ノ特約ヲナシタル取引者ノ利益ヲ不當ニ奪フ結果トナルヲ慮リ右新貨幣法ハ同法ニ定ムル法ノ前示品位ハ同法公布前ニ金フランニテ有效ニ契約セラレタル國際的支拂ニハ適用セサルコトヲ規定シタリ而シテ本件公債發行ニ依ル貸借關係ハ右國際的支拂ノ一種ニ該當スルモノト解スルヲ相當トスヘキモ本件公債ノ償還ニ付キ何等金法ヲ以テ支拂フヘキ明示ノ特約ノ見ルヘキモノナク前顯等價文言ハ公債發行總額ヲ限定スル爲メニ定メタル磅ニ對スル純分比價ニヨル換算率ニ從ヘハ佛貨公債一億八十八萬法ハ四百萬磅ニ當ルコトヲ示シ以テ應募者ノ便宜ニ供シタル說明的記載ニシテ公債證券作成ノ技術上ノ所作ニ外ナラス從テ之ヲ以テ金法支拂約款ト解スヘカラサルコト鑑定人小原正樹ノ鑑定ノ結果ニ徵シ明カニシテ他ニ金法支拂約款ト解スヘキ資料ナキヲ以テ本件公債ノ償還利息ノ支拂ニ付キテ右新貨幣法ノ金法契約ノ條項ノ適用ヲ受クヘキモノニアラス依テ原告ノ此點ニ關スル主張モ亦採用スルヲ得ス

4果シテ然ラハ本件佛貨公債證券ヨリ生スル債務ノ內容範圍ハ當事者ノ意思解釋ニ依リ既ニ明瞭ニ之ヲ決定シ得ヘク何レカノ國ノ法律規定ニ依ルニアラサレハ之ヲ決スル能ハサル場合ニアラサルヲ以テ被告東京市ハ本件公債證券ノ元本償還竝ニ利息ノ支拂ニ付テ我法例第七條佛國民法第一八九五條ノ適用ヲ俟ツマテモナク公債證券一枚ニ付キ額面通リ現時通用スル法貨ヲ以テ五百法利札一枚ニ付又額面通リ同樣十二法五十參ヲ支拂フコトニ依リ其義務ヲ完全ニ履行スルコトヲ得ヘキモノニシテ此ニ超過スル何物ヲモ支拂フヘキ義務ナキモノトス以上說示ノ理由ニ依リ—當裁判所ハ本件國際的事案ノ判斷ニ望ミ事實ヲ事實トシ嚴ニ國家的又ハ個人的偏見ヲ排シ公平無私一視同仁ノ主旨ニ則リ—本件原告ノ各請求ハ何レモ之ヲ棄却スヘキモノトス（東京地方裁判所昭和六年ヲ三三一二號

同七年一二月二一日判決法律新聞三五〇五號一一頁・法律新報三一六號一九頁）

◎本件ノ所謂「等價文言」ノ意義

一〔東京地〕發行趣意書ニ依リ確定セラレタル前示本件公債ノ性質內容カ後日作成セラレタル公債證券ノ文言ニ依リ變更セラルヘキ謂レナキナリ殊ニ一億八十八萬法ノ次ニ之ヲ說明シテ括弧內ニ四百萬磅ニ等價ス（エクイバレント、ツー）ト記載シタル所謂等價文言ハ本件公債ノ發行總額ヲ限定スル爲ニ設ケラレタル換算率ニ依ル換算額ヲ便宜上說明的ニ示シタルニ過キスシテ金法支拂ノ約款ト解スヘカラサルコトハ後段說述ノ如クナルノミナラス抑々等價文言ナルモノハ金貨殖約款ノ債務ヲ支拂フ場合ニ等價値ノ通貨ヲ以テ換算支拂ヲナスコトヲ表示スルモノニシテ等シク「エクイバレント」ナル語ヲ用フルモ發行額ノ換算額ヲ示ス爲ニ使用セラルル本件ノ所謂等價文言ハ眞ノ等價文言ニアラス兩者ハ嚴ニ區別セラルヘキモノニシテ彼此混同スヘキモノニアラスヲ混同シテ本件ノ所謂等價文言ヲ以テ右ノ眞ノ等價文言ト同一視シ本件公債ヲ磅拂ノ公債トナス如キハ恰モ狐ヲ見テ狸ナリト敎フルノ類ニシテ識者ヲ欺クニ足ラサルナリ更ニ又本件公債證券ノ裏面ノ「東京市一九一二年九百十七萬五千磅五分利公債」ナル文言（甲第六號證ノ五、六）各利札ノ上部「一九一二年東京市五分利公債九百十七萬五千磅、佛國市場發行額四百萬磅」ナル記載（甲第六號證ノ三、四）モ亦前同樣發行趣意書ノ趣旨ヲ移シタルモノニシテ原告主張ノ如クヲ之ニ依リ本件公債ヲ以テ磅單一公債トナス根據トナスニ足ラス（東京地方裁判所昭和六年ヲ三三一二號同七年一二月二一日判決法律新聞三五〇五號一七頁一段・法律新報三一六號二五頁三段）

第四百四條　【法定利率】

1利息ヲ生スヘキ債權ニ付キ別段ノ意思表示ナキトキハ其利率ハ年五分トス

◎利率ニ關スル諸問

一　利息債權ノ發生原因（續民法一〇五八頁）

二　制規ノ利子ト約セル利率ノ慣習（三續民九二條一二九頁）

三　制規ノ利子トアル證書ノ利率（民法二〇二頁、三八九頁、續民法一〇五九頁）

四　利率ノ記載ナキ貸金證書ト利息額（本條後出）

五　銀行日步ト約セル場合ノ利率（本條後出）

六　否認權ニ基ク原狀回復義務ト利率（本條後出）

七　利息ニ關スル理由不備ノ判決（本條後出）

八　遲延損害金ノ利率ニ關スル諸問（三續民四一九條）

餘　錄

1 利息ニ關スル諸問（三續民五八七條）

2 利息制限法ニ關スル諸問（三續民五八七條）

◉利率ノ記載ナキ貸金證書ト利息額

一〔濱田區〕甲號證ノ證書面ニ利子ヲ附スル文詞カ記入サレアルノミニテ其割合カ何程ナルカノ記載ナキ事明ナルニヨリ如斯場合ニ於テハ他ニ被告ニ於テ立證ナキ限リ本件貸借當時卽大正十四年一月一日ヨリ完濟迄年六分ノ利息ヲ附加スル契約ナリト認ム可キモノトス（濱田區裁判所昭和七年ハ二九四號同年一〇月一四日判決法律新聞三四七九號一八頁●法律評論二一卷民法一〇七六頁）

◉銀行日歩ト約セル場合ノ利率

一〔大審院〕上告人等ハ本件立替金ニ銀行日歩ヲ附シテ之ヲ償還スヘキコトヲ約シタルノミナラス上告人等其ノ他ノ組住民ヨリ本件立替金ノ償還ニ付擔保ヲ供シタリトノ事實ハ當事者ノ主張セサル所ナルカ故ニ右銀行日歩トハ銀行ヨリ無擔保ニテ金錢ノ融通ヲ受ケタル者カ銀行ニ對シテ支拂フヘキ日歩ヲ指スモノナルコト當事者ノ釋明ヲ待ツマテモナク明白ナリト謂フヘク且原判示ノ如ク被上告人ノ住所地方ニ於ケル銀行ノ無擔保貸付金ノ日歩カ年一割以上ナルコト顯著ナル事實ナル以上其ノ範圍内ニ於ケル被上告人ノ請求ハ之ヲ認容スヘキモノトス（大審院昭和五年オ三五八號同年七月七日判決法律新聞三一六五號九頁●法律評論一九卷民法一一四七頁）

◉支拂猶豫令ト利息又ハ遲延利息

一〔大審院〕本件債權ノ如キ利息ノ約定アル債權ニ付テハ昭和二年四月緊急勅令第九十六號ノ施行當時既ニ債務者カ遲滯ニアリタル場合ト雖同勅令ニ依ル支拂猶豫期間内ハ遲滯前ト同樣約定ノ利息ヲ生スルコトハ當院ノ判例トスル所ナリ〔昭和三年（オ）第四十六號同年五月十五日言渡判決參照〕（大審院昭和七年オ三三〇四號同八年四月二二日判決法學二卷一二號九九頁）

二　右一ノ引用判例—諸法下一三一五頁「支拂猶豫令ノ適用」ノ一

三〔大審院〕昭和二年四月二十二日以前ニ其ノ支拂期カ到來シタル無利息債務ニツキテハ同年勅令第九十六號支拂猶豫令ニ依リ右四月二十二日ヨリ同年五月十二日迄ノ間ノ遲延利息ヲ支拂フノ要無キコト當院判例ノ示ス所ナリ〔昭和二年（オ）第六八一號、同年一一●二一●判決〕（大審院昭和六年オ一一七三號同年一二月一二日判決法學一卷四號一〇四頁）

四〔大審院〕按スルニ大正十二年九月七日緊急勅令第四百四號支拂猶豫令ニ依レハ同年九月一日以前ニ發生シ同日ヨリ同年九月三十日迄ノ間ニ支拂ヲ爲スヘキ私法上ノ金錢債務ニシテ勅令ヲ以テ指定スル地域ニ住所又ハ營業所ヲ有スル債務者ノ負擔スルモノニ付テハ三十日間其ノ支拂ヲ猶豫セラレ又昭和二年四月二十二日勅令第九十六號支拂猶豫令ニ依レハ同年四月二十二日以前ニ發生シ同日ヨリ同年五月十二日迄ノ間ニ支拂ヲ爲スヘキ私法上ノ金錢債務ニシテ勅令ヲ以テ指定スル地域内ニ住所又ハ營業所ヲ有スル債務者ノ負擔スルモノニ付テハ二十一日間支拂ヲ延期セラレタルモノナルヲ以テ大正十二年九月一日以前ニ支拂期ノ到來シタル無利息金錢債務ニ付テハ前記大正十二年九月一日ヨリ同月三十日迄及昭和二年四月二十二日ヨリ同年五月十二日迄ノ猶豫期間中遲延利息ノ發生ヲ停止スルモノナルコト當院ノ判例〔昭和二年（オ）第六八一號同年十一月二十一日第一民事部判決參照〕トスル所ニシテ而シテ債務者タル上告人ハ勅令ニ依ル指定地域タル東京府内ニ營業所ヲ有シ本件債務ハ無利息債務ニシテ大正十二年九月一日以前ニ支拂期ノ到來シタルモノナルコトニ付テハ本件事案ニ於テ明ナル所ナルヲ以テ原判決カ大正十一年三月十日ヨリ昭和四年六月三日迄ノ本件債務ノ遲延利息全部ニ付支拂ヲ命シタルハ失當ナリ（大審院昭和四年オ一九五六號同五年六月二七日判決大審院判例集九卷民事六三三頁●法律評論一九卷民法一二七一頁）

五〔大審院〕右三及四ノ引用判例—昭和二年四月二十二日勅令第九十六號支拂猶豫令ニ依レハ同年四月二十二日以前ニ發生シ同日ヨリ同年五月十二日迄ノ間ニ支拂ヲ爲スヘキ債務ニ付テハ右五月十二日迄支拂ヲ延期セラレタルモノナルヲ以テ右四月二十二日以前ニ既ニ支拂期到來シタル無利息債務ニ付テモ右猶豫期間中遲延利息ノ發生ヲ停止スルモノト解スルヲ相當トス然ルニ原審ノ確定シタル事實ニ依レハ本件被上告人ノ債務ハ無利息ニシテ昭和二年四月二十二日以前ニ既ニ支拂期到來シタルモノナルニ拘ラス原審ハ昭和二年四月二十二日ヨリ同年五月十二日迄ノ本件債務ノ遲延利息ノ支拂ヲ命シタルモノニシテ這ハ右勅令ノ適用ヲ誤リタル違法アルモノトス（大審院昭和二年オ六八一號同年一一月二一日判決大審院判例集六卷民事六一一頁）

○右五ノ批評—末弘嚴太郎氏法學協會雜誌四六卷一〇號一八一頁

六〔大審院〕辨濟期ハ疾クニ經過セル後ト雖所謂モラトリウムノ期間内ハ再ヒ約定利息ノ債權ヲ發生ストノコトハ當院ノ判例トスルトコロナルカ故ニ本訴申立ニ係ル全部ノ約定日歩相

當金額ノ請求ヲ認容シタル原判決ハ又之ヲ認容セサルヲ得ス（大審院昭和五年オ一七九四號同六年三月四日判決法律評論二〇卷商法二〇五頁）

七　モラトリアム實施期間中ノ利息（二續商一八五〇頁）

八　支拂猶豫令ニ依ル利息ノ免除〔無利息債務ノ〕（二續商二〇〇二頁）

◎否認權ニ基ク原狀回復義務ト利率

一〔大審院〕按スルニ原判決ハ附帶上告人ハ本訴請求ニ付年六分ノ法定利息ヲ附加請求スルモ破産法上ノ否認權ハ法定ノ形成權ニシテ否認ノ結果受領シタル金員ヲ原狀ニ回復スル義務モ亦法定義務ナルヲ以テ孰レヨリ之ヲ見ルモ商行爲ニ因リテ生シタル債務ニアラサルカ故ニ民法所定ノ法定利率ニ依ル利息ヲ附加シテ返還スレハ足ルモノト爲シ附帶上告人ノ請求中之ニ超過スル一分ノ利息ニ關スルモノヲ排斥シタルモノナルモ本訴請求ハ否認權行使ノ結果破産者山本作兵衛ト上告銀行間ニ於ケル銀行取引ノ原狀回復ヲ求ムル訴ナルコト原判決ノ摘示シタル附帶上告人ノ主張事實ニ徵スルモ明ナルトコロニシテ元來否認權ノ行使ニ因ル原狀回復義務者ハ破産財團ヲシテ否認セラレタル行爲ナカリシ原狀ニ回復セシムルモノナレハ財團カ右行爲ニ因リテ受ケタル損失ヲ塡補スルヲ目的トスルヲ以テ否認セラレタル行爲ニ依リ受取リタルモノカ金錢ナル場合ニハ返還義務者ハ破産者又ハ財團カ否認權ノ目的タル行爲ニ依リ其ノ利用ノ機會ヲ失ヒ或ハ義務者ヲシテ之ヲ無償ニ使用セシメサルヲ得サリシカ爲メ當然被リタルモノト認メラルヘキ法定利息ヲ附シテ之ヲ返還スヘキモノト云フ可ク而モ金錢ノ授受セラレタル理由カ商行爲ニ基ク場合（金錢授受ノ理由カ銀行取引ニ於ケル辨濟行爲ナルコトハ原審ノ認定セルトコロナリ）ニ在リテハ反證ナキ限リ右金錢ハ商行爲ニ利用セラレ得可カリシモノト認ムヘキヲ以テ其ノ利率モ亦年六分ヲ以テ標準ト爲スヘキヲ相當ナリトスルカ故ニ原判決カ此ノ點ニ付キ返還スヘキ金錢ニ附スル利息ハ必ス五分ヲ以テ標準ト爲スヘキモノト認定シタルハ失當ニシテ原判決ハ法則違背ノ缺陷アリ破毀ヲ免レサルモノトス（大審院昭和七年オ二八二七號同八年六月二二日判決大審院判例集一二卷民事一六二七頁・法律新報三四八號一〇頁）

二　管財人ノ否認權ニ基ク請求ト利息（續民法一二四九ノ一一二頁）

◎利息ニ關スル理由不備ノ判決

一〔大審院〕1按スルニ原審ハ被上告人（被控訴人原告）ハ上告人（控訴人被告）兩名トノ間ニ大正十一年四月十四日貸越限度金一萬五千圓期間大正十二年四月十三日迄利息及期限後ノ延滯利息ハ何レモ元本百圓ニ付日歩三錢七厘上告人兩名連帶責任ノ定ニテ當座貸越契約ヲ締結シ其ノ後期限ヲ定メスシテ右期間ヲ延長シ昭和二年八月三十一日ニ至リテ當事者雙方合意ノ上右貸越契約ヲ解除シタルカ其ノ解除當時ニ於ケル貸越金高ハ金一萬四千九百四十四圓五十九錢ナルコトヲ確定シ上告人兩名ハ被上告人ニ對シ連帶シテ該金額及之ニ對スル同年九月一日以降完濟迄百圓ニ付日歩三錢七厘ノ延滯利息支拂ノ義務アル旨判示シタルモノナルコト判文上明白ナリ

2故ニ原審カ他ニ格段ノ說示ヲ爲ササル本件ニ於テハ（一）前示貸越金高ハ卽元本及之ニ對スル右利率ニ依ル利息ノ合算額ナリヤ否ヲ知ルヲ得ス然ルニ右ノ利率ハ金百圓以上ノ貸金ニ對スル利率トシテ利息制限法ノ制限ヲ超過スルコト算數上明白ナルカ故ニ若シ右貸越金高カ如上ノ合算額ナリトセハ原審カ其ノ合算額ノ支拂義務アリトナシタルハ卽利息制限法ニ反スル違法アルモノト云フヘク（二）又利息カ未タ適法ニ元本ニ組入レラレタルモノニ非ストセハ右合算額ニ對スル如上ノ利息ノ支拂義務アリトナシタルハ卽利息ニ對スル利息支拂ノ義務アリトナシタル違法ヲ包含スルモノト云フヘク（三）更ニ又若シ本件債務カ商事債務ニ非サルモノトセハ延滯利息ヲ前示約定利率ニ依ラシメタルモ亦違法ナリト云ハサルヘカラスサレハ原審カ如上（一）（二）（三）ノ諸點ニ付事實ヲ確定スルコトナクシテ直ニ前揭判示ノ支拂義務アリトナシタルハ審理不盡理由不備ノ違法アルモノトス（大審院昭和六年オ二三六九號同七年四月三〇日判決法律新聞社編大審院裁判例〔六〕民事一二三頁）

二　利息ニ關スル理由不備ノ判決（二續民四二五頁）

第四百五條　【重利契約】

1利息カ一年分以上延滯シタル場合ニ於テ債權者ヨリ催告ヲ爲スモ債務者カ其利息ヲ拂ハサルトキハ債權者ハ之ヲ元本ニ組入ルルコトヲ得

◎利息組入ニ關スル諸問

一　本條ノ趣旨及第四一九條トノ關係（二續民四二六頁）

二　重利ノ意義及要件（二續民四二六頁）

三　利息組入ノ要件ト意思表示（本條後出）

四　元本ニ組入レタル利息ノ性質（本條後出）

五　重利ヲ認容スヘキ場合（二續民四二六頁）

六　重利ヲ登記シタルモ特別登記ノ欠缺（續民法一〇三八頁）

七　年二回ノ利息組入契約ト公序良俗（本條後出）

八　登記以上ノ利息組入ト二番抵當ノ侵害（三續民三六九條）

九　根抵當債權ノ利息ト本條ノ適用（三續民三七四條）
一〇　遲延損害金ト元本組入ノ許否（本條後出）
一一　利子ノ增加及組入ノ追約ト更改（民法二九三頁）
一二　未發生ノ利息組入ト制限法（本條後出）
一三　制限超過ノ利息ト元本組入ノ效力（本條後出）

◎利息組入ノ要件ト意思表示

一〔大審院〕民法第四百五條ニ從ヒ遲延利息ヲ元本ニ組入レンカ爲メニハ延滯利息ヲ元本ニ組入ルヘキ特別ノ意思表示ヲ爲スコトヲ必要トスルモノニシテ單ニ債權者カ一ケ年以上延滯セル利息ヲ元本ト區別シテ請求シ債務者カ其ノ請求ニ應セサル旨ノ答辨ヲ爲スモコハ畢竟延滯利息ノ請求ニ關スル應酬タルヲ出テサルカ故ニ此ノ事實ヲ捉ヘ直ニ元本組入レノ意思表示アリタルモノト解スルニ由ナシ（大審院昭和六年オ七九一號同年一〇月一九日判決法學一卷三號一二四頁）

◎元本ニ組入レタル利息ノ性質

一〔大審院〕元來當事者カ延滯利子ヲ元金ニ組入レ將來之ニ制限內ノ利息ヲ附スルノ契約ヲ爲スハ違法ナリト云フヘカラス何トナレハ利息ノ性質ハ契約ニ因リ既ニ元金ニ變更シタルヲ以テ利息制限法ニ違背スルモノニアラサレハナリ（大審院明治四四年オ七六號同年五月一〇日判決大審院判決錄一七輯民事二七五頁）

二〔大審院〕按スルニ既ニ辨濟期ニ達シタル利息ニ付キ當事者ノ合意ヲ以テ之ヲ元本ニ組入レ更ニ之ニ利息ヲ附スヘキ復利ノ契約ヲ締結シ該契約ニ基キ一旦債權者ニ於テ延滯利息ヲ元本ニ組入レタルトキハ其利息ハ組入レノ時ヨリ利息タルノ性質ヲ喪失シ他ノ元本ト毫モ其性質ヲ異ニスル所ナキヲ以テ其增加シタル元本ニ對シテハ固ヨリ利息制限法ノ規定ニ準據シテ利率ヲ定ムルコトヲ要スレトモ其組入レタル延滯利息ト更ニ之ニ附スヘキ利息トヲ通算シテ利息制限法所定ノ制限ニ從フヘキモノニ非サルヤ言ヲ俟タス然ルニ原院ハ其判決理由ニ於テ復利契約ハ其延滯利息ト之ニ附スヘキ利息ヲ通算シテ利息制限法ニ反セサル範圍ニ於テ有效ニシテ之ニ反スル場合ハ其部分ニ限リ當然無效ナル旨判示シタルハ失當ニシテ原判決ハ破毀ヲ免レス（大審院大正七年オ一〇〇四號同八年三月五日判決法律新聞一五五三號二一頁）

三〔法曹會〕重利ノ特約ニ基キ元本ニ組入レラレタル利息ハ其ノ組入ニ因リ利息タル性質ヲ失フコトナキモノトス（法曹會昭和五年一一月二六日決議法曹會雜誌九卷二號一一〇頁）

四　組入延滯利息ハ元本ト合體スルカ（續民法一〇六二頁）

◎重利契約ノ登記ト本條トノ關係（民法一七八頁）

◎年二回ノ利息組入契約ト公序良俗

一〔宮城控〕被告ハ每年二回利息ヲ元本ニ組入ルルカ如キ契約ハ假令當事者ノ合意ニ依ルモノトスルモ民法第四百五條ノ規定ニ違反シ且債務者ニ過重ナル負擔ヲ課シ社會及經濟上ノ共同生活ヲ脅威スルモノナレハ民法第九十條ニ定ムル公序良俗ニ反スル無效ノモノナリト抗辯スレトモ民法第四百五條ノ規定ハ利息カ一年以上延滯シタル場合ニ當事者ノ合意ヲ俟タス債權者ニ於テ法律上當然之ヲ元本ニ組入ルルコトヲ得ヘキ旨規定シタル趣旨ニシテ本件ノ如ク當事者間ニ利息ノ支拂期ヲ年二回ト定メ之カ支拂ヲ遲滯シタル場合ニ元本ニ之ヲ組入ルルコトヲ約スルヲモ禁シタル趣旨ニ非サルコト其ノ規定自體ニ徵シ明ナルノミナラス極端ナル場合ハ格別二回利息ヲ元本ニ組入ルルカ如キ契約ハ必スシモ公序良俗ニ反スルモノト謂フヘカラス（宮城控訴院昭和四年ネ三〇八號同年ネ三一四號同五年一二月二七日判決法律新報二四六號二一頁●法律評論二〇卷民法二三五頁）

◎遲延損害金ト元本組入ノ許否

一〔宮城控〕貸越契約解約後ニ於ケル遲滯損害金ハ元本ニ組入ルヘキモノニ非ス（宮城控訴院昭和四年ネ三〇八號同三一四號同年一二月二七日判決法律新報二四六號同年ネ三一四號同五年一二月二七日判決法律新報二四六號二一頁●法律評論二〇卷民法二三五頁）

二〔大阪地〕民法第四百五條ノ規定ハ延滯セル利息債務ニノミ適用アルニ止マリ金錢債務不履行ニ基キ債權者ノ請求シ得ヘキ遲延損害金ニ付テハ其ノ適用ナキコト同法條並同法第四百十九條ノ規定ノ解釋上明白ナリトス（大阪地方裁判所昭和六年ヲ六四八號判決月日不詳法律評論二一卷民法四六六頁）

三　利息債務ノ延滯ト本條ノ不適用（二續民四五九頁）

◎未發生ノ利息組入ト制限法

一〔大審院〕原判決ヲ閲スルニ原審ハ上告人カ本件無盡金二千圓ヲ糴落シ其完濟期マテノ利息トシテ金三百七十八圓五十二錢ヲ積算シ之ヲ元本ニ算入シ明治四十年一月十日ヨリ大正五年一月十日迄ノ間十三回ニ分賦シテ之ヲ被上告人ニ辨濟スヘク若シ一回ニテモ分賦辨濟ヲ怠リタルトキハ被上告人ハ一時ニ全額ノ請求ヲ爲シ得ヘキ旨ノ契約ノ本件當事者間ニ成立シ而シテ上告人ハ明治四十四年七月十日以後ニ於ケル割賦金ノ支拂ヲ怠リタル事實ヲ確定シタルコト明白ナリ右原審ノ確定シタル契約ハ未タ發生セサル將來ノ利息ヲ元本ニ算入シタルヲ以テ上告人カ分賦辨濟ヲ怠リ一時ニ全額ヲ支拂フ場合ニ於テハ未タ發生セサル利息ヲモ併セテ支拂ノ效果ヲ生スヘキモ

右元本ニ算入シタル利息ノ割合ハ頗ル低廉ニシテ上告人カ分賦辨濟ヲ意リタル時期迄ノ利息トシテ計算スルモ利息制限法ノ定限ヲ超過スル所ナク又辨濟遲滯ノ日以後支拂フヘキ所謂遲延利息ハ損害賠償ノ性質ヲ有スルモノニシテ普通ノ利息ト同視スヘキ者ニ非サレハ右契約ハ利息制限法ノ規定ニ違反スル廉ナク其他之ヲ無效タラシムル何等ノ理由アルヲ視ス（大審院大正四年オ五三八號同五年七月一七日判決法律新聞一一六六號三二頁）

◎制限超過ノ利息ト元本組入ノ效力

一〔法曹會〕利息制限法第二條所定ノ利率ヲ超過シタル利息ヲ支拂フノ契約ハ無效ナルヲ以テ當事者間ノ契約ニ依リ之ヲ元本ニ組入ルルモ其ノ超過シタル部分ノ組入ハ無效ナリトス（法曹會昭和六年四月十五日決議法曹會雜誌九卷六號一二九頁）

二〔松山區〕利息制限法ニ定メタル利率ニ超過スル分ノ利息ヲ元本ニ組入ルルハ利息制限法ノ精神ニ反スルモノニシテ法律上其ノ效力ヲ生セサルモノナルヤ敢テ多言ヲ要セサルモノトス（松山區裁判所昭和三年ハ六一七號同五年一二月二六日判決法律新聞三二一四號六頁●法律評論二〇卷民法二二五頁）

三〔福岡地〕一定ノ辨濟期ニ利息ヲ支拂ハサルトキハ之ヲ元本ニ組入レ更ニ利息ヲ生セシムヘキ契約卽チ複利契約ハ其利率ニシテ利息制限法所定範圍內ニアルトキハ同法ニ牴觸セス又民法ニ於テ之ヲ禁スルトコロナキヲ以テ契約自由ノ原則ニ依リ有效ナルハ勿論其利率ニシテ該制限法所定範圍外ニアルトキニ於テモ其複利契約全部カ無效トナルニ非スシテ制限法違背ノ限度ニ於テノミ無效ナルモノトス從テ被控訴人等ニ對シ金八十圓及之ニ對シ昭和三年六月二十一日以降完濟迄六ケ月目毎ニ月一分ノ割合ニ依ル遲延損害金ヲ元本ニ組入レ更ニ之ニ對スル月一分ノ割合ニ依ル遲延損害金ノ支拂ヲ求ムル控訴人ノ本訴請求ハ寔ニ正當ニシテ認容スヘキモノトス然ラハ原判決中昭和五年六月一日以降ノ複利ノ請求ヲ棄却シタルハ失當ナリ（福岡地方裁判所昭和五年ク五八八號同六年六月二九日判決法律新聞三二九八號一一頁●法律評論二〇卷民法八八七頁）

四〔大審院〕1按スルニ利息制限法所定ノ制限ニ超過シタル利息ト雖債務者カ債權者ニ對シ任意ニ之カ支拂ヲ了シタル場合ニ於テハ爾後之ヲ制限內ニ引直シ計算スヘキモノニ非スト雖單ニ之ヲ元金ニ組入レ若ハ其ノ利息ヲ貸借ニ改ムルカ如キ契約ヲ爲シタル場合ニ於テハ債權者カ債務者ヨリ現實ニ該利息ノ支拂ヲ受ケタル場合ト同視スルコトヲ得サルカ故ニ斯ル契約ハ利息制限法ノ適用ニ依リ制限外ノ利息ニ相當スル部分ニ

限リ裁判上之ヲ無效ノモノトシ該契約ニ基ク請求ハ之ヲ制限內ニ引直シ計算スルヲ相當トス（明治三十九年（オ）第五十號同年五月十九日言渡及大正六年（オ）第二百四十三號同年四月十六日言渡當院判例參照）

2本件ニ付之ヲ觀ルニ上告人主張ノ事實ハ被上告人ヨリ上告人ニ對スル本件金二千四百六十圓金千四百五十圓及金千五百五十圓ノ三口ノ貸金ハ大正十二年一月中上告人ヨリ被上告人ニ差入レタル金二千百圓及金三百圓ノ借用書ニ因ル債務ヲ辨濟期ニ辨濟スルコト能ハサリシニヨル之ニ對スル辨濟期限後大正十四年八月二十日迄ノ利息制限法所定ノ制限ニ超過スル利息費用延期料等ヲ元金ニ合算シテ成立シタルモノニ係リ而モ右二千百圓及三百圓ノ債務ハ金千八百圓ノ限度ニ於テ成立シタルモノニ過キスト云フニ在リテ右三口ノ金錢貸借カ右二千百圓及三百圓ノ債務ニ由來スルコトハ被上告人ノ爭ハサル所ナルカ故ニ上告人主張ノ如ク右三口ノ金錢貸借中從前ノ借入金ノ利息及延期料ヲ貸借ニ改メタル部分カ利息制限法ノ制限ニ超過スル部分ヲモ包含スルニ於テハ該貸借ハ其ノ超過部分ニ限リ裁判上無效ノモノナルコト前段ノ說明ニ依リ明白ニシテ上告人ハ之カ無效確定ノ訴ヲ爲スコトヲ得ヘキモノト云ハサルヘカラス然ルニ原判決ハ大正十二年一月中當事者間ニ於テ金二千百圓及三百圓合計二千四百圓ノ消費貸借カ有效ニ成立シタルコトヲ認定シタル後「控訴人（上告人）ハ右二千四百圓ヲ辨濟期ニ辨濟スルコト能ハサリシヨリ之ニ對スル大正十四年八月二十日迄ノ利息費用延期料等ヲ合算シ結局本訴三口ノ消費貸借ヲ成立セシメタリト云フニ在レハ控訴人（上告人）ハ右利息費用延期料等ヲ被控訴人（被上告人）ニ支拂ヒ然ル後之ヲ借受ケタルト同一ニ解スヘキヲ相當トスルヲ以テ右カ法定ノ制限ニ反スルモノトスル（中略）之ヲ法定ノ制限ニ引直シ計算ヲ爲スヲ得サル旨說示シ右三口ノ消費貸借カ有效ニ成立シタルコトヲ認定シ之ヲ前提トシテ入金ノ計算ヲ爲シ上告人ノ請求ヲ一部排斥シタルハ所論ノ如ク利息制限法ノ解釋ヲ誤リ之ヲ適用セサルノ不法アルモノニシテ論旨ハ理由アリ原判決中上告人ニ對シ敗訴ノ言渡ヲ爲シタル部分ハ破毀ヲ免レス（大審院昭和五年オ七〇號同年七月九日判決法律評論一九卷民法一〇三二頁）

五〔大審院〕案スルニ利息制限法ハ利息カ同法所定ノ率ヲ超過スルトキソノ超過部分ヲ無效トナス趣旨ナレハ假令債務者カ之ヲ元金ニ繰入ルルコトヲ承諾スルモ又ハ之ヲ目的トシテ準消費貸借ヲ爲スモ效力ナシト解スヘク只當事者間ニ於テ既ニ授受ヲ了シタル場合ニハ民法第七百八條ノ規定ニヨリ之カ返還ヲ請求シ得サルニ過キス然ルニ原審ハ本件債務ハ元ト年六割ノ高利ノ貸金ニ由來セルモノニシテ利息制限法所定ノ範圍

ニ引直シ計算スルトキハ發生セサルモノナリトノ上告人主張ヲ排斥スルニ當リ利息制限法ハ既ニ當事者間ニ於テ異議ナク精算ヲ終了シタル部分ニ迄遡及シテ其ノ效力ヲ及ホスモノニ非スト斷シ敢テ制限超過利息カ當事者間ニ於テ既ニ授受サレタリトノ事實ヲ認定セルニモ非スシテ直ニ制限超過利息ノ無效ノ主張ヲ許サスト爲シタルハ利息制限法ノ解釋適用ヲ誤リタルモノトス（大審院昭和五年オ二〇九號同年九月二七日判決法律評論一九卷民法一四六五頁）

六〔大審院〕1原審ノ確定スルトコロニ依レハ第二次ノ約束手形金三千八百圓ニ對スル大正八年一月二十五日ヨリ本件消費貸借成立ノ日タル同年九月四日マテ日歩八錢ノ損害金ト此ノ消費貸借元金三千八百圓ニ對スル同月五日ヨリ辨濟期タル同年十一月二十五日マテ同一日歩ノ前利息ト合計金九百二十一圓十二錢ヲ元金三千八百圓ニ加算シ總額金四千七百二十一圓十二錢ヲ以テ新ナル元本ト爲シ之ニ付キテ作成セラレタルモノ之ヲ本件公正證書ト爲スト云フモノ之ヲ其ノ事實ト爲ス

2今此ノ損害金ノ部分ハ商事債權ニ對スルソレナルカ故ニ姑ク之ヲ眞ク元金三千八百圓ノ利息ニ付キテハ當然夫ノ利息制限法ノ適用ヲ受クヘキコト論無ク這ハ已ニ原判決ニモ明定セルトコロナリ而カモ原審カ前利息ヲ元本ヘ加算シタルハ取リモ直サス現金授受ヲ省略シタルモノニシテ卽利息ハ已ニ支拂濟ニ屬スルカ故ニ又成規ノ利息ニ引直スヲ須ヒサル旨ヲ判示セルハ聊カ其ノ意ヲ得ルニ苦シマサルヲ得ス蓋金圓授受ノ際前利息ヲ控除シタル殘額相當ノ現金ヲ交付スルカ如キ場合ハ尙以テ現金授受ノ省略ト認ムルヲ妨ケサル可キモ今夫レ現金ハ厘毛タモ之ヲ授受スルコト無ク徹頭徹尾數字ノ算出ニ終結シテ前利息ナルモノヲ計上シ之ヲ元本ニ組入レテ證書ノ作成若クハ書換ヲ爲シタルコト前叙ノ如キ際ニ於テモ尙且現金授受ノ省略ト觀ルコトカ果シテ相當ナリトセムカ予ハ貴下ヨリ金若干圓ヲ借受ケタリト揚言シテ證書ヲ作成スルトキハ是亦現金授受ノ省略ニ由ル消費貸借ヲ成立セシムルニ足ルト極論セサルヲ得サルニ至ラムナリ果シテ爾ルカ當該原判示ハ蓋强フルノ嫌ヲ免レサルニ似タリ若シ夫レ制限外ノ利息ヲ元本ニ組入レテ證書ヲ書換フルモ未タ以テ利息制限法ノ適用ヲ擺脫スルヲ得ストノコトハ夙ニ當院ノ判例トスルトコロナリ（大審院昭和六年オ五九九號同年一二月二日判決大審院判例集一〇卷民事一一六一頁・法律新聞三三七三號一四頁二段）

◎制限超過ノ利息ト充當ノ當否（三續民四九一條）

◎制限超過ノ利息ト準消費貸借ノ效力（三續民五八八條）

第四百六條　【選擇債務】

1債權ノ目的カ數個ノ給付中選擇ニ依リテ定マルヘキトキハ其選擇權ハ債務者ニ屬ス

◎選擇債權ニ關スル諸問

一　選擇債權ノ意義及性質（續民法一〇六三頁）

二　無權代理人ノ相手方ノ權利ト選擇債權（二續民一七二頁）

三　本條第二項ノ「選擇」ト「選擇債務」トノ別（民法一〇三頁）

四　限定的種類債權ト其ノ特定（本條後出）

五　選擇權ノ不行使ト債務者ノ遲滯（本條後出）

六　玄米ナキトキ金錢ヲ支拂フ契約（民訴四六七頁）

◎限定的種類債權ト其ノ特定

一〔大審院〕原院ノ確定シタル事實ニヨレハ本件當事者間ノ朴板賣買契約ハ其ノ締結當時土崎港及上告人ノ製材工場ニ現存セシ丸太ヲ幅正三寸九分厚四分ヲ標準ト爲シ尙製材ノ都合ニヨリ端物ヲ生スルトキハ幅三寸九分厚五分五厘又ハ幅三分三厘厚五分ト爲スモ妨ケナキモノトシ上告人ニ於テ製板ノ上右ノ三種ニ付ソレソレ其ノ品質ニヨリ一、二、並等ノ級別ヲ付シ總計二千五百束ヲ敦賀驛ニ送付シ被上告會社ニ引渡スト云フニ在リ由是觀之本件契約ハ叙上寸法ノ製板カ存在スルモノトシテ之カ賣渡ヲ爲シタルニアラス又契約ニ係ル各種ノ製板中何レノ種類品質ノモノヲ幾何給付スルヤモ確定シ居ラス單ニ土崎港及上告人ノ製材工場ニ現存セル朴丸太ヲ以テ製板スト ノ一定ノ範圍內ニ於テ種類及總數ノミヲ定メタルニ過キス然ラハ該契約ニ基ク被上告會社ノ債權ハ所論限定的種類債權ニ屬スルモノト謂ハサルヘカラス而モ限定セラレタル範圍內ニ於テ既ニ製板セラレタル物ヲ賣渡スニアラスシテ本件ニ於ケルカ如ク上告人ニ於テソレソレ契約ノ寸法ニ製板シ其ノ製板シタルモノノ給付ヲ爲スコトヲ約スルモ其ノ種類總數ノミヲ定メタルノミナル以上ハ毫モ叙上ノ如キ種類債權ト爲スニ妨トナルモノニアラス然リ而シテ限定的種類債權ノ特定ニ付テハ民法第四百六條以下ノ選擇債權ノ規定ヲ準用スヘキモノナルコトハ本院判例〔大正五年（オ）第百八號同年五月二十日第三民事部判決〕ノ認ムル所ナリ故ニ叙上說示スル所ト同趣旨ニ出テタル原判決ハ洵ニ相當ナリト謂ハサルヘカラス（大審院昭和元年オ一三六六號同二年九月一二日判決法律新聞二七五七號一〇頁・法律評論一六卷民法一三二〇頁）

二　右一ノ引用判例—續民法一〇六四頁「限定的種類債權ト本條ノ準用」ノ二

◎選擇權ノ不行使ト債務者ノ遲滯

一〔臺灣高〕案スルニ債務者カ其ノ債務ノ履行タル給付ヲ特定スヘキ選擇權ヲ有スル場合ニ於テハ債務者ハ其ノ履行期限迄ニ其ノ選擇權ヲ行使シテ債務ヲ特定セシメタル上其ノ履行ヲ爲スヘキ義務ヲ有スルモノナルヲ以テ債務者カ自ラ其ノ選擇權ヲ行使セス從テ給付ヲ特定スルコトナク履行期限ヲ徒過シタルトキハ其ノ給付ノ特定セサルコトヲ理由トシテ遲滯ノ責ヲ免レ得ルモノニ非ス然ラハ原判決ハ被上告人カ債務者トシテ其給付ヲ特定スヘキ選擇權ヲ有スルコト竝ニ本件給付カ未タ特定セラレサルコトヲ確定シ之ヲ前提トシテ直ニ被上告人ニ遲滯ノ責任ナシト速斷シ被上告人カ其ノ選擇權ヲ行使セス從テ其ノ給付ヲ特定スルコトナク履行期限ヲ徒過シタルモノナリヤ否ヤヲ判斷セスシテ上告人ノ請求ヲ排斥シタルハ法則ヲ不當ニ適用シ延テ重要ナル判斷ヲ遺脫シタル違法アリテ原判決ハ此ノ點ニ於テ全部破毀ヲ免レス（臺灣高等法院上告部昭和三年上民一八三號同四年三月八日判決臺法月報二三卷六號八二頁・法律評論一九卷民法七一頁）

第四百七條　【選擇權ノ行使】

1 前條ノ選擇權ハ相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ行フ

2 前項ノ意思表示ハ相手方ノ承諾アルニ非サレハ之ヲ取消スコトヲ得ス

四〇七條——四〇九條　

◎選擇權行使ノ效力（二續民四二七頁）

第四百八條　【選擇權ノ移轉】

1 債權カ辨濟期ニ在ル場合ニ於テ相手方ヨリ相當ノ期間ヲ定メテ催告ヲ爲スモ選擇權ヲ有スル當事者カ其期間內ニ選擇ヲ爲ササルトキハ其選擇權ハ相手方ニ屬ス

◎選擇權ノ移轉ニ關スル諸問

一　選擇權ヲ債權者ニ付與スル特約（民法二〇二頁）

二　增擔保契約ニ於ケル擔保物選擇權（續民法一〇三一頁）

三　限定的種類債權ト其ノ特定（三續民四〇六條）

四　選擇扶養義務ノ性質ト强制履行（續民法一三四九頁）

第四百九條　【第三者ノ選擇】

1 第三者カ選擇ヲ爲スヘキ場合ニ於テハ其選擇ハ債權者又ハ債務者ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ爲ス

2 第三者カ選擇ヲ爲スコト能ハス又ハ之ヲ欲セサルトキハ選擇權ハ債務者ニ屬ス

◎本條ニ關スル諸問

一　限定的種類債權ト其ノ特定（三續民四〇六條）

二　選擇債權ニ於ケル選擇表意ノ效力（續民法一〇六四頁）

第四百十條　【選擇債權ト給付ノ不能】

1 債權ノ目的タルヘキ給付中始ヨリ不能ナルモノ又ハ後ニ至リテ不能ト爲リタルモノアルトキハ債權ハ其殘存スルモノニ付キ存在ス

2 選擇權ヲ有セサル當事者ノ過失ニ因リテ給付カ不能ト爲リタルトキハ前項ノ規定ヲ適用セス

◎給付不能ニ關スル諸問

一　給付不能ニ因ル選擇債務ノ確定（續民法一〇六五頁）

二　給付指定行爲ト雙方代理（續民法八三二頁）

三　給付ノ困難ト給付ノ不能（續民法一〇六五頁）

四　給付指定ノ不能ト契約ノ效力（二續民四一九頁）

◎履行不能ニ關スル諸問（三續民四一五條）

第四百十一條　【選擇ノ效力】

1 選擇ハ債權發生ノ時ニ遡リテ其效力ヲ生ス但第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス

◎選擇ノ效力ト遡及力及其ノ例外（續民法一〇六五頁）

第二節　債權ノ效力

第四百十二條　【債務者ノ遲滯】

1 債務ノ履行ニ付キ確定期限アルトキハ債務者ハ其期限ノ到來シタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任ス

2 債務ノ履行ニ付キ不確定期限アルトキハ債務者ハ其期限ノ到來シタルコトヲ知リタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任ス

3 債務ノ履行ニ付キ期限ヲ定メサリシトキハ債務者ハ履行ノ請求ヲ受ケタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任ス

◎履行期ニ關スル諸問

一　債權ノ實行ト取引上ノ信義（本條後出九八二頁）

二　履行ヲ爲スヘキ時間（續民法一〇六六頁）

三　不作爲債務ト遲滯又ハ不履行（續民法一〇六五頁）

四　履行ノ遲滯ト過失ノ要否（二續民四二九頁）

五　債務ノ不履行ト故意又ハ過失（二續民六五三頁）
六　一部履行ト遲滯ノ責任（三續民五四一條「契約ノ一部履行ト一部解除」參看）
七　選擇權ノ不行使ト債務者ノ遲滯（三續民四〇六條）
八　數回ニ引換引渡ノ場合ト付遲滯（二續民六五四頁）
九　年賦辨濟ノ債務ト遲滯（續民法一〇六七頁）
一〇　月賦金ノ延滯ト期限利益ノ喪失（三續民一三七條）
一一　契約ノ支拂方法ニ依ラサル履行請求（續民法一〇六七頁）
一二　不確定期限ニ關スル諸問（本條後出九八三頁）
一三　期限ノ定ナキ債權ニ關スル諸問（本條後出九八八頁）
一四　同時履行ニ關スル諸問（三續民五三三條）
一五　辨濟期判定ニ關スル理由不備（續民法一四五四頁）

◎確定期限ニ關スル諸問

一　官廳ノ休日ヲ履行日ト定メタル債務（續民法一〇六九頁）
二　日曜日ノ支拂期日ト履行遲滯ノ有無（三續民三四九條「擔保品沒收ノ特約ノ解釋」一ノ2參看）
三　延期ノ性質及期限後延期ノ效力（二續民四二九頁）
四　抵當權實行ノ猶豫ト延期ノ承諾（三續民三八七條九一一頁）
五　手形ノ支拂延期ノ合意ト遲滯ノ時期（本條後出九八三頁）
六　四五日ノ遲滯ト擔保物返還ノ拒絕（本條後出九八二頁）

七　當座貸越契約ト期限ノ利益（三續民一三六條）
八　定期預金ト期限前ノ支拂事例（續商法四二七頁）
九　手形債務遲滯ノ時期（續商法八八二頁）
一〇　期限ニ關スル諸問（三續民一三五條）

◎債權ノ實行ト取引上ノ信義

◎四五日ノ遲滯ト擔保物返還ノ拒絕

一〔大審院〕原審ノ認定ニ依レハ被上告人ハ本件債務辨濟期ヲ昭和元年十二月二十日ヨリ一ケ月間延期シタルニ上告人カ二千五百圓ノ元利ヲ被上告人ニ提供シタルハ翌月二十四日ナリト云ヘハ其ノ期限ニ遲レタルハ僅ニ四五日ニ過キサルモノニシテ而モ此ノ四五日ノ遲滯ハ上告人ニ取リテハ其ノ擔保物タル本件土地ヲ永遠ニ失ハシムルノ效力ヲ招來スト云フニ在リ然レトモ凡ソ契約ハ總テ取引ノ信義ニ基キテ之ヲ解スヘキモノナルヲ以テ何等カ特別ノ事情ナキ限リ右ノ如キ賣渡擔保附金錢貸借契約ニ於テ四五日ノ遲滯アレハトテ直ニ其ノ擔保ヲ回復スヘキ途ヲ失フモノト解釋スルハ事理ニ適スルモノニアラス從テ貸主カ此ノ如キ僅少日時ノ遲滯ニ藉口シテ擔保ノ返還ヲ拒ミ得ヘキモノト爲サンカ爲ニハ原判決ノ說明ハ其ノ事情ヲ說キ盡ササルモノト謂ハサルヘカラス（大審院昭和五年オ二九七一號同六年六月二五日判決法律新聞社編大審院裁判例〔五〕民事一三四頁・法律新報二六六號九頁）

◎一週間ノ履行遲延ト信義誠實ノ原則（三續民四一五條）

◎手形ノ支拂延期ノ合意ト遲滯ノ時期

一〔大審院〕手形所持人カ一旦手形ヲ呈示シテ手形金額ノ支拂ヲ請求シタル後當事者間ノ合意ヲ以テ辨濟期ヲ一定ノ期間延長シタルトキハ其ノ期間ノ滿了ト共ニ當該當事者間ニ於テ債務者ハ當然遲滯ニ付セラルルコト多言ヲ俟タス蓋シ斯ル合意ト其ノ效力ノ如キハ一般私法ノ規定ニ遵守スヘキモノナレハナリ（大審院昭和五年オ三二五〇號同六年六月一三日判決法律新報二六九號一六頁）

◎賣人自由渡ノ場合ト遲滯ノ有無

一〔大審院〕甲乙間ノ大豆粕賣買契約ニ於テ其ノ受渡期日ハ大正八年十月中賣人自由渡トアル場合ニハ右大豆粕ハ同月三十一日迄ハ賣人タル乙ニ於テ之カ引渡ヲ爲スト否トノ自由ヲ有スルモノナルカ故ニ右十月中甲ヨリ其ノ引渡ノ要求ヲ受クルモ乙ニ於テ期限ノ利益ヲ拋棄スル等特殊ノ事由ナキ限リ之カ要求ヲ拒絕シ得ヘキハ當然ニシテ之ヲ拒絕シタレハトテ乙ニ履行遲滯ヲ生スル理由アルコトナシ然ルニ原判決ハ前記ノ如キ特殊ノ事由ヲ確定スルコトナク單ニ甲先代ニ於テ乙ニ對シ右十月中代金ヲ提供シテ契約品ノ引渡ヲ求メタルニ乙ハ其ノ價額カ騰貴シタルノ故ヲ以テ引渡ヲ拒絕シタルモノナルコトヲ認メタルノミニテ之ニ因リテ乙ニ履行遲滯ヲ生シタルモノトシタルハ違法タルヲ免レス（大審院昭和三年オ八六〇號同四年二月九日判決法律評論一八卷民法五八四頁・法律新聞二九六二號一一頁）

◎不確定期限ニ關スル諸問

一　不確定期限ノ事例（二續民一九三頁）
二　「七月末頃」ト約シタル期限（二續民四三〇頁）
三　立身ナル不確定ノ期限（二續民一九二頁）
四　「身代持直」ナル文字ノ意義（二續民一九二頁）
五　出世證文ノ解（民法五九頁）
六　不確定期限ト條件トノ關係（本條後出九八四頁）
七　辨濟額ノ不確定ト條件附辨濟（續民法一四五五頁）
八　二個ノ不確定辨濟期ノ效力（續民法一〇六八頁）
九　賣人自由渡ノ場合ト遲滯ノ有無（本條前出九三八頁）
一〇　買主ノ器械據附ナル任意ノ履行期（本條後出九八四頁）
一一　講金落札ナル支拂期ト講存續ノ不能（本條後出九八六頁）
一二　不確定期限ノ發生不能ト履行期（本條後出九八七頁）

一三　解散ニ因ル期限到來ト其ノ效果（續商法六一八頁）
一四　手附ツキ荷爲替賣買ト賣主ノ遲滯（本條後出九八五頁）
一五　荷爲替賣買ト履行期其他ノ諸問（本條後出九八五頁）
一六　不確定期限ノ到來ト事實認定權（二續民一九三頁）
一七　不確定期限ノ到否ト釋明權（本條後出九八七頁）
一八　娼妓稼業ノ廢止ト辨濟期到來（本條後出九八六頁）
一九　不確定期限附債權ト消滅時效（民法七四頁●續民法一四三七頁）

◎不確定期限ト條件トノ關係

一〔大審院〕或ル不確定ナル事實ノ發生ヲ以テ義務履行ノ時期ト爲ストキハ期限ヲ定メタルニ非スシテ單ニ條件ヲ附シタルモノトス可キ法理法則ノ存スルコトナシ從テ不確定ナル事實ノ到來ヲ以テ期限ト爲スヲ得サル謂ハレナケレハ原院カ必然發生ス可キ事實ナリト謂フヲ得サル上告人先代長谷川義方カ根室引拂ノ時期ヲ以テ本訴預ケ金返濟ノ期限ト爲シタルモノト認メタルモ毫モ論告ノ如キ法則ヲ不當ニ適用シタル不法ノ廉アルコトナシ（大審院明治三一年三九四號同三二年二月九日判決大審院判決錄五輯民事二卷二五頁）

二　條件カ期限カノ判定（二續民一八四頁●續民法一〇六七頁）

◎買主ノ器械据附ナル任意ノ履行期

一〔東京地〕1本件ノ如ク機械類ノ賣買契約ニ於テ代金ノ全部又ハ一部ノ支拂時期ヲ買主ノ機械据附及試運轉後ト謂フカ如キ專ラ債務者ノ行爲ノミニ係ラシメタル場合ニ於テハ特ニ明示ノ意思表示ナシトスルモ當事者ノ意思ハ買主ハ物件ノ引渡ヲ受ケタル後相當ノ期間内ニ遲滯ナク右不確定期限ノ内容タルヘキ事實ヲ實現スヘキ責務アリトスルニアルコト勿論ニシテ且債務者ニ於テ其ノ實施ヲ遲滯スル場合ニ於テハ債權者ハ相當ノ期間ヲ定メテ之カ實施ヲ催告シ債務者ニ於テ其ノ期間ヲ徒過シタル場合ニハ債務者ハ不確定期限ノ利益ヲ失ヒ債權者ハ直チニ代金ノ支拂ヲ求メ得ル趣旨ナリト解スルヲ妥當トス尙斯ノ如キ場合ニ於テ債務者カ不確定期限ノ内容タル行爲ヲ爲ササルコトニ確定シタル場合ニハ直チニ其ノ支拂ヲ爲ササルヘカラサルコト又當然ナリトス

2而シテ本件ニ於テ原告カ本件機械引渡後二年五箇月ヲ經過セル大正十四年十二月七日被告ニ對シ大正十五年二月末日迄ニ機械ノ据附竝試運轉ヲ實施スヘク若シ期間内ニ之ヲ履行セサルトキハ原告ハ被告カ据附竝試運轉ヲ完了シタルモノト看做シ殘代金ノ支拂ヲ請求スヘキ旨催告シタルモ被告カ之ヲ徒過シタルコトハ當事者間ニ爭ノ存セサルトコロナレトモ本件機械ノ据附竝試運轉ヲ完了スル爲メニハ果シテ如何ナル期間ヲ必要トスルモノナリヤノ點ニ付テハ本件ニ於テ之ヲ推知スヘキ何等ノ陳述又ハ證據ナキヲ以テ原告ノ催告期間カ相當ナリヤ否ヤ判定スルニ由ナシ然レトモ被告カ右原告ノ催告ニ對シ大正十四年十二月十二日右据附竝試運轉ヲ翌十五年六月末日迄ニ完了シ殘代金ノ支拂ヲ爲スヘキ旨回答シタル事實ハ本件當事者間ニ爭ナキトコロナルヲ以テ被告ハ右据附竝試運轉ハ右期日迄ニ爲シ得ヘキ事實ヲ承認シ右時期ヲ以テ不確定期限ノ利益ヲ拋棄シタルモノト認ムルヲ相當トス（東京地方裁判所昭和三年ヲ四六七號同年一〇月二二日判決法律新報一六六號二五頁）

◎手附ツキ荷爲替賣買ト賣主ノ遲滯

一〔大審院〕本件ノ賣買契約ニ付テハ買主タル上告人ハ代金ノ三割ヲ手附金トシテ賣主タル被上告人ニ送金スヘク被上告人ニ於テ右手附金ヲ受取リタルトキハ直ニ賣買ノ目的タル株券ヲ荷爲替附ニテ履行ノ場所タル株式會社安田銀行新舞鶴支店ニ宛テ送付スヘキ旨ノ特約成立シタリト云フニ在ルカ故ニ上告人カ約定ノ手附金ヲ被上告人ニ交付シタル後ニ於テハ賣買ノ目的タル株券カ荷爲替附ニテ前記履行ノ場所ニ到著スルヲ待チ殘代金ヲ支拂フヲ以テ足ルモノニシテ其ノ到著前ニ於テハ之カ支拂ヲ爲スコトヲ要セサルモノト謂ハサルヘカラス然レハ被上告人ニシテ約定ノ手附金ヲ受取リタリトセハ上告人ヨリ殘代金ヲ準備シテ之ヲ通知シタルト否トニ拘ラス直ニ荷爲替附ニテ株券ヲ履行ノ場所ニ送付スヘキモノニシテ其ノ送付ヲ爲ササルトキハ特約ニ依リ定メラレタル債務ノ履行ヲ遲滯セルモノト謂ハサルヲ得ス然ルニ原判決ハ恰モ殘代金ヲ準備シテ之ヲ通知スルコトト荷爲替附ニテ株券ヲ送付スルコトトハ同時履行ノ關係ニ在ルモノノ如ク說示シ之ヲ理由トシテ上告人ノ爲シタル契約解除ハ其ノ效ナシト斷定シ本訴ノ請求ヲ棄却シタルハ違法ナリトス（大審院昭和六年ヲ三六三號同年一〇月七日判決法律新聞社編大審院裁判例〔五〕民事一九五頁）

◎荷爲替附賣買ト履行期其ノ他ノ諸問（本條後出）

◎荷爲替附賣買ト履行期其ノ他ノ諸問

一〔東京地〕荷爲替附商取引ニ於テハ反證ナキ限リ荷爲替ノ滿期日ヲ以テ其ノ雙方ノ債務ノ履行期ト爲ス旨當事者間ニ暗默ノ合意アリタルモノト解スルヲ相當トス（東京地方裁判所昭和三年ヲ二〇七四號同年八月六日判決法律評論一九卷民法二六二頁）

二　手附ツキ荷爲替賣買ト賣主ノ遲滯（本條前出）

三　荷爲替取引ノ性質及其ノ履行（二續民六三二頁）
四　荷爲替附賣買ト所有權移轉ノ時期（二續民一三二七頁）
五　荷爲替ニ關スル諸問（二續商一八〇三頁）

◎娼妓稼業ノ廢止ト辨濟期到來

一〔上告論旨〕原判決ハ本件條件附契約ノ趣旨ヲ誤解シテ不法ニ事實ヲ確定シタル違法アリ原判決ハ上告人カツカ逃走又ハ廢業シタルトキハ直ニ辨濟期到來スル旨說示シ樓主タル訴外アサチカ營業ヲ繼續セルヤ否ヤニ付テハ關心セサルモノノ如シ然レトモカツノ逃走又ハ廢業ヲ以テ殘債務履行ノ條件ト爲スニ付テハ樓主タルアサチハカツノ逃走又ハ廢業當時ハ勿論少クトモ其ノ後數年間營業ヲ繼續スルコトヲ必要トス何トナレハ本契約ニ於テハカツカアサチ方ニ於テ或ル年限間娼妓稼業ニ從事スル以上縱令殘債務ニ對シ一厘ノ又金ナシト雖アサチノ請求權ハ絕對ニ發生セサルニ顧ミレハ當然アサチノ營業繼續ヲ前提トシテ該條件附契約ヲ締結シタリト認ムヘケレハナリ然ルニ原判決理由ニ依レハ訴外アサチハカツノ廢業後僅ニ數ケ月後ニ貸座敷營業ヲ廢業シタリト說明セルヲ以テ本件條件附契約ノ趣旨ニ基キアサチノ請求權ハ未タ發生セス從テ其ノ讓受人タル被上告人ニ於テハ理由ノ如何ニ拘ラス既ニ此ノ點ニ於テ請求權ナキモノト信ス左レハアサチノ貸座敷營業廢止カカツノ廢業ノ僅々數ケ月後ナリトノ故ヲ以テ既ニ前示認定ノ辨濟期到來以後ノ事實ニ歸スルヲ以テ被控訴人等ノ該主張ハ採用スルニ由ナシト判斷シタルハ本件條件附契約ノ趣旨ヲ誤解シテ不法ニ事實ヲ確定シタル違法アリト信スト云フニ在リ

二〔大審院〕然レトモ原判決ハ本件消費貸借債務ニ付上告人カツカ貸座敷業者眞鍋アサチ方ニテ娼妓稼業ヲ爲スコトヲ廢業シタルトキニ一時皆濟スヘキ旨ノ期限ノ定アリシ事實ヲ認定シタルモノニシテ本件消費貸借ヲ以テ所論ノ如キ條件附契約ナリト認定シタルニ非ス從テ原判決認定ノ如ク眞鍋アサチノ貸座敷營業繼續中上告人カ娼妓稼業ヲ廢業シタル事實存スル以上此ノ時ニ於テ本訴債權ノ辨濟期限到來シタルモノニシテ其ノ後眞鍋アサチカ貸座敷業ヲ廢業シタリトスルモ斯カル事實ハ既ニ辨濟期ニ達シタル本訴債權ノ請求ヲ妨クヘキモノニ非ス論旨ハ理由ナシ（大審院昭和五年オ七七八號同年一〇月一日判決法律新聞三一九三號一四頁・法律評論一九卷民法一四七七頁）

◎講金落札ナル支拂期ト講存續ノ不能

一〔大審院〕當事者ハ共ニ賴母子講ノ講員ニシテ被上告人カ大正十二年九月三日第二回開會ノ際落札取前トナリ上告人ハ被上告人ニ對シ後日上告人カ落札者トナリタルトキハ金二百十圓ノ支拂ヲ受クヘキコトヲ約シ該金員ヲ被上告人ニ貸與シタルコトハ當事者間ニ爭ナキ所ナリ該契約タル講カ開會セラレ上告人カ落札者トナリタルトキハ勿論講員カ何等カノ事情ニ

因リ講關係ヲ離脫シタルカ又ハ然ラストスルモ到底講ヲ存續スルコト能ハサル狀態ニ陷リタルトキハ被上告人ハ上告人ニ對シ前示二百十圓ヲ返還スル約旨ニ外ナラサルモノト解スルヲ以テ妥當ナリトス蓋上告人カ落札者トナリタルトキニ於テノミ被上告人ハ其ノ貸與ヲ受ケタル金員ヲ返還スル趣旨ナリトセンカ講カ叙上說述シタルカ如キ狀態ニ陷リタルトキニ辨濟期ハ永久ニ到來セサルコトトナリ從テ上告人ハ被上告人ヨリ金員ノ返還ヲ受クルノ期ナキニ至ルヘシ斯ノ如キ當事者ノ意思ナリトハ到底思考スルヲ得サレハナリ（大審院昭和七年オ二二〇六號同年一二月二七日判決法學二卷七號一〇五頁）

◎不確定期限ノ發生不能ト履行期

一〔大審院〕原判決ハ本件讓渡代金中金一萬八千圓ノ辨濟期ハ臺灣アンペラ製造ノ事業經營ヲ目的トスル株式會社ノ成立ノ時ナリト認定シ本件讓渡契約公正證書ノ第三條中ニ昭和三年七月十四日以內ト記載シタルハ唯右會社成立ノ豫定日ヲ表示シタルニ過キサルモノト解シタルモノナリ而シテ右ノ如ク當事者カ不確定ナル事實ヲ以テ債務ノ履行期ト定メタルトキハ其ノ事實ノ發生カ不能ト爲リタルトキニ於テモ履行期ノ到來スルモノト解スヘキヲ以テ上告人ニ於テ右會社ノ成立ノ不能ト爲リタル事實ヲ主張シ之ヲ立證シタルニ於テハ固ヨリ本件債務ノ履行期到來シタリト爲ササルヘカラス然ルニ上告人ハ原審ニ於テ昭和三年七月十四日ヲ以テ確定期限ナリト主張シ不確定期限ノ到來卽會社成立ノ事實ノ發生又ハ發生ノ不能ナルコトヲ主張シタル事迹ノ見ルヘキモノナク單ニ右會社カ成立セサルコトヲ自認スルニ止マルモノナルヲ以テ原判決カ右會社カ未タ成立セサルコトハ上告人ノ自認スルトコロナルコトヲ理由トシテ本件債務ノ履行期未タ到來セスト判示シタルハ正當ニシテ原判決ニハ所論ノ如キ違法ナシ（大審院昭和七年オ二七七三號同八年三月三一日判決法律新報三二四號一三頁）

二　不確定事實發生ノ不能ナル場合（二續民一九三頁）
三　不確定期限ノ到達不能ト履行期（續民法一〇六八頁）
四　不確定期限ニ關スル理由不備（續民法一〇六八頁）
五　講金落札ナル支拂期ト講存續ノ不能（本條前出）

◎不確定期限ノ到否ト釋明權

一〔大審院〕書證上明カナラサル辨濟期日ト雖債權者ニ於テ豫定事實ノ發生ヲ以テ期日到來セリト主張スルニ於テハ須ク主張ノ釋明ヲ求メ之ヲ明ニシテ右辨濟期日ノ到否ヲ判斷スヘキモノトス（大審院昭和五年オ二四〇九號同六年五月一三日判決法律新聞社編大審院裁判例〔五〕民事八五頁）

◎期限ノ定ナキ債權ニ關スル諸問

一　本條第三項ノ解釋（民法二〇四頁）

二　期限ノ定ナキ債務ト付遲滯（民法二〇四頁・同三九四頁・續民法一〇六九頁）

三　債務者任意ノ辨濟期（本條後出）

四　謝禮金ノ遲延ト陳謝ノ有無（本條後出）

五　不履行ノ損害賠償ト其ノ履行期（三續民四一五條）

六　不法行爲ニ因ル債權ト履行期（本條後出）

七　持分拂戻債務ト本條第三項（續民法一〇七〇頁）

八　株金拂込債務ト本條第三項（續民法一〇七〇頁）

九　株式賣買ト期限ノ定メナキ履行時期（二續民四三一頁）

一〇　訴訟中損害額ノ擴張ト遲滯ノ時期（本條後出）

一一　支拂命令ト遲滯ノ時期（二續民四三一頁）

一二　裁判上ノ請求ニ關スル諸問（三續民一四九條）

一三　裁判外ノ請求ニ關スル諸問（三續民一四七條）

一四　供託金ノ差押ト政府ノ付遲滯（民訴六七五頁）

一五　履行拒絶ノ正當理由（本條後出）

一六　民法施行前ト債務者ノ遲滯（本條後出）

一七　履行ノ催告ニ關スル諸問（三續民五四一條）

餘　錄

1無期限消費貸借ト相殺適狀（三續民五〇五條）

◎債務者任意ノ辨濟期

一〔大審院〕1辨濟期ハ債務者ノ任意トスト謂フハ債務者ハ何時ニテモ辨濟ヲ爲スヲ得ト謂フ意味ニ外ナラサルモノトス 2債務者ニ於テ何時ニテモ辨濟ヲ爲スヲ得ト謂フハ他ニ特別ノ趣旨ノ窺フヘキモノ無キ限リ辨濟期ノ定メナシト謂フニ外ナラサルモノトス（大審院大正一五年オ一三四七號昭和二年六月二九日判決法律評論一六卷民法九二〇頁）

◎賣人自由渡ノ場合ト遲滯ノ有無（本條前出九八三頁）

◎買主ノ器械據附ナル任意ノ履行期（本條前出九八四頁）

◎謝禮金ノ遲延ト陳謝ノ有無

一〔大審院〕謝禮金ト雖其ノ支拂ヲ約シタルトキハ之カ辨濟ノ遲延ニ付陳謝辯疏ノ擧ニ出ツルコトナシト云フヘカラサルモノトス（大審院昭和三年ク九八三號判決月日不詳法律新聞二九三八號一〇頁）

◎不法行爲ニ因ル債權ト履行期

一〔大審院〕不法行爲ニ基ク債務ハ不法行爲ニ因リテ或利益ヲ取得シタル場合ナルト否トヲ問ハス其ノ債務ノ發生ト同時ニ履行ノ責ニ任スヘキモノナルコトハ當院判例ノ夙ニ之ヲ明示セルトコロニシテ〔明治四十三年（オ）第三四〇號同四十四年二月十三日當院言渡參照〕右判例ハ之ヲ維持スヘキモノト云フヘク之ト同趣旨ニ出テタル原判決ハ正當ナリ（大審院昭和七年オ二〇一七號同八年三月二七日判決法律新報三二四號一四頁・法律新聞三五四三號一四頁）

二　右一ノ引用判例―民法四八二頁「不法行爲ニ因ル債權ト付遲滯」ノ四

三　不法行爲ニ因ル債務ト履行期（三續民七〇九條）

四　不法行爲ニ因ル債權ト付遲滯（二續民九一六頁）

◎不法行爲ニ因ル債權ト遲延利息（三續民四一九條）

◎訴訟中損害額ノ擴張ト遲滯ノ時期

一〔東京地〕口頭辯論期日ニ於テ初メテ請求ノ趣旨ヲ擴張シテ請求シタル損害額ノ部分ニ關シテハ最初ノ訴狀ノ送達ニヨリ遲滯ニ付セラルルモノニ非ス（東京地方裁判所昭和三年ワ一八〇二號同五年四月一日判決法律評論一九卷民法七四四頁）

二〔大審院〕被上告人ハ第一審ニ於テ訴狀ニ基キ金五千二百二十三圓八十三錢ノ支拂ヲ求ムル旨ノ申立ヲ爲シタルトコロ昭和六年十一月十日ノ口頭辯論期日ニ於テ請求ノ趣旨ヲ擴張シ同日附訂正申立書ニ基キ金五千八百三十五圓七十五錢ノ支拂ヲ求ムル旨申立ヲルコトハ本件記錄ニ徵シ明白ナリ故ニ原審認定ノ如ク本訴金五千八百三十五圓七十五錢ノ請求全部ヲ認容スルヲ相當ナリトスルモ上告人ニ於テ本件訴狀カ上告人ニ送達セラレタル日ノ翌日タル昭和六年三月十三日以降履行遲滯ノ責ニ任スルハ右金額中金五千二百二十二圓八十三錢ノミニ限ルヘク其ノ餘ノ金額ニ對シテハ同日以降遲滯ノ責ニ任スヘキ理由ナキコト多言ヲ俟タス（大審院昭和七年オ六一四號同年一二月二四日判決法學二卷七號一〇三頁）

◎民法施行前ト債務者ノ遲滯

一〔大審院〕按スルニ契約ニ確定期限ノ定アル場合ニ於テ債務者ハ期限ノ到來ニ因リテ遲滯ノ責ニ任スヘキコト民法施行前ニ在リテモ亦民法施行後ト異ナラサリシコトハ本院ノ判例ニ於テ是認スル所ナリ（大審院明治四〇年オ九七號同年六月四日判決大審院判決錄一三輯民事六二六頁・法律新聞四三五號一〇頁）

二　民法施行以前ノ債務ト付遲滯（民法二〇三頁）

◎履行拒絶ノ正當理由

一〔大審院〕債務者カ債權者ヨリ其ノ債務履行ノ請求ヲ受ケタルトキハ特ニ其ノ履行ヲ拒ムヘキ正當ノ事由ノ存セサル限リ

之ニ應スヘキ義務アルモノトス而シテ債務者カ財産ノ整理中ナルコトハ債務ノ履行ヲ拒ムヘキ正當ノ理由ト爲スコトヲ得サルヤ言ヲ俟タス（大審院昭和七年才三〇一一號同八年二月七日判決法學二卷九號九八頁）

第四百十三條　【債權者ノ遲滯】

1 債權者カ債務ノ履行ヲ受クルコトヲ拒ミ又ハ之ヲ受クルコト能ハサルトキハ其債權者ハ履行ノ提供アリタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任ス

◎債權者ノ遲滯ニ關スル諸問

一　履行ノ提供ニ關スル諸問（三續民四九三條）
二　茸狩契約ト債權者ノ遲滯（本條後出）
三　買主ノ受領拒絶ト賣主ノ引渡義務（二續民四三二頁）
四　債權者ノ受領猶豫ト付遲滯（二續民四三二頁）
五　減額地代ノ不受領ト債權者ノ遲滯（三續民二六六條）
六　雙務契約ニ於ケル債務者ノ遲滯ノ要件（續民法一二一四頁）
七　辨濟受領者ハ釣錢ヲ拒絶シ得ルヤ（續民法一〇五七頁）
八　債權者ノ遲滯ノ效果（二續民四三三頁）
九　債權者ノ受領遲滯ト利息支拂義務（二續民四三三頁）
一〇　債權者ノ遲滯ト保管義務ノ輕減（二續民四一六頁）

一一　受領遲滯ト同時履行ノ抗辯權（三續民五三三條）
一二　債權者ノ遲滯ト競賣申立權（民訴六一八頁）

◎茸狩契約ト債權者ノ遲滯

一〔大阪地〕1甲ハ乙カ採取權ヲ有スル松茸山ニ於テ松茸狩ヲ擧行スルコトトナリ甲ニ於テハ松茸ヲ採取シ得ルニ至リタル時ヨリ約十日間ニ一千名ヲ下ラサル顧客ヲ募集シ一日約百人ヲ標準トシテ入山セシメ其ノ料金トシテ乙ノ顧客一人ニ付金七拾錢ヲ支拂フヘク之ニ對シ乙ニ於テハ顧客一名ニ付松茸百匁ヲ供與スヘキコト及ヒ之ト同時ニ右契約ニ附隨シテ乙ハ甲ニ對シ清酒二合瓶入一本ヲ代金三十錢ヲ以テ又籠一個ヲ代金四錢ヲ以テ右期間内ニ必要ニ應シ引キ渡ヲ爲シテ賣渡スコトヲ契約シタル場合ニ於テハ兩名ハ互ニ對價的關係ニ立ツモノナルコト明ナルカ故ニ右契約ハ雙務契約ナリト謂フヘキモノトス

2前叙甲乙間ノ契約ハ債權者タル甲カ顧客ヲ募集シ乙カ採取權ヲ有スル松茸山ニ入山セシムルコトヲ要スル約旨ナレハ所謂債務ノ履行ニ付債權者ノ行爲ヲ要スルモノト解スヘキヲ以テ債務者タル乙ニ於テハ履行ノ準備ヲ爲シタルコトヲ通知スルヲ以テ足ルモノナル處電話又ハ其ノ他ノ方法ヲ以テ乙ヨリ右契約ニ關スル一切ノ事項ニ付キ甲ノ代理人ニ對シ何時ニテモ松茸ノ採取ヲ爲シ得ル準備調ヒタル旨ヲ屢々通知シタルヲ以テ茲ニ債權者タル甲ハ受領遲滯ノ責ニ任スヘキコト當然ナリトス（大阪地方裁判所昭和五年レ六八四號同年一二月二〇日判決法律評論二一卷民法六二五頁）

◎債權者ノ行爲ヲ要スル履行ノ提供（三續民四九三條）

第四百十四條　【强制履行ノ請求】

1債務者カ任意ニ債務ノ履行ヲ爲ササルトキハ債權者ハ其强制履行ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但債務ノ性質カ之ヲ許ササルトキハ此限ニ在ラス

2債務ノ性質カ强制履行ヲ許ササル場合ニ於テ其債務カ作爲ヲ目的トスルトキハ債權者ハ債務者ノ費用ヲ以テ第三者ニ之ヲ爲サシムルコトヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但法律行爲ヲ目的トスル債務ニ付テハ裁判ヲ以テ債務者ノ意思表示ニ代フルコトヲ得

3不作爲ヲ目的トスル債務ニ付テハ債務者ノ費用ヲ以テ其爲シタルモノヲ除却シ且將來ノ爲メ適當ノ處分ヲ爲スコトヲ請求スルコトヲ得

4前三項ノ規定ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ケス

◎强制履行ノ許否ニ關スル諸問

一　本條ハ强制執行ニ關スル規定也（續民法一〇七一頁・民訴五七二頁）
二　第三者ヲシテ爲サシムル請求（其手續）（民訴五七二頁）
三　直接履行ト間接履行ノ請求順序（續民法一〇七三頁）
四　强制履行ヲ許スヘキ債務（民法二〇七頁）
五　作爲ヲ目的トスル債務ト履行ノ訴訟（民法二〇七頁）
六　作爲ヲ目的トスル債務ノ訴求（民訴一三九頁）
七　種類債務ト强制履行（續民法一〇七二頁）
八　債權讓渡通知ト代位又ハ强制履行（三續民四二三條）
九　左官業見習ノ勞務ト强制履行（民法二〇七頁）
一〇　預金ヲ爲スヘキ債務ト强制履行（續民訴一四三二頁）
一一　精算行爲ヲ爲スヘキ債務ト强制履行（續民訴一四三二頁）
一二　證書ノ作成交付ト訴求ノ適否（續民法一〇七三頁）
一三　居所指定權ト强制執行（民法五二五頁）
一四　同居强要ノ假處分ノ許否（續民法一三一四頁）
一五　婚姻豫約ト强制履行（續民法一〇七二頁）
一六　夫婦同居ノ義務ト間接强制ノ許否（本條後出）
一七　退去請求ト强制履行（續民法一〇七二頁・民訴五七〇頁）
一八　親權ノ行使ト子ノ引渡請求（續民法一三一三頁）

一九　選擇扶養義務ノ性質ト强制履行（續民法一三四九頁）
二〇　土地明渡ト强制履行ノ許否（續民法一〇七二頁）
二一　建物返還請求ト執行方法（民訴五七〇頁）
二二　移築建物ノ同一性ト家屋收去ノ命令（本條後出）
二三　執行ノ能否ト判決請求權（本條後出）
二四　揮毫ノ債務ト裁判上ノ請求（本條後出）
二五　株式名義書換ト執行方法（民訴五七五頁）
二六　株式引受人ニ對スル强制履行（商法四一頁）
二七　發起人ヘノ株式引受請求ト强制履行（續民法一〇七二頁）
二八　發行交付ヲ要スル株券引渡ノ强制（本條後出）
二九　送電作業ノ債務ト强制履行（本條後出）
三〇　官有地貸下出願行爲ト强制執行（民法二〇七頁）
三一　本條第三項ノ解釋（續民法一〇七二頁）
三二　無能力者ニ對スル不作爲債務ノ强制（續民法一〇七二頁）

◎夫婦同居ノ義務ト間接强制ノ許否

一〔大審院〕債務者カ任意ニ其ノ債務ノ履行ヲ爲スニ非サレハ債權ノ目的ヲ達スルコトヲ得サル場合ニ於テハ其ノ債務ハ性質上强制履行ヲ許ササルモノト謂ハサルヘカラス夫婦間ニ於ケル同居義務ノ履行ノ如キハ債務者カ任意ニ履行ヲ爲スニ非サレハ債權ノ目的ヲ達スルコト能ハサルコト明ナルヲ以テ其ノ債務ハ性質上强制履行ヲ許ササルモノト解スルヲ相當トス本件ニ於テ抗告人ハ廣島地方裁判所吳支部（タ）第二號原告抗告人被告空野サヨ間ノ同居請求事件ニ付昭和五年四月十五日請求通リノ勝訴判決ヲ受ケ該判決確定シタルモ被告ハ妻トシテ夫タル抗告人ニ對スル同居義務ヲ履行セサルヲ以テ間接執行ノ方法ニ依リ決定ノ日ヨリ十五日內ニ抗告人宅ニ復歸シテ同居シ若シ該期間內ニ履行セサルトキハ其ノ翌日ヨリ遲延日數ニ應シ一日ニ付金五圓宛ノ賠償金ヲ支拂フヘキ旨ノ決定アランコトヲ申立テタルモノナルモ前示ノ如ク同居義務ノ履行カ其ノ性質上强制履行ヲ許ササルモノナル以上間接强制モ亦之ヲ許スヘカラサルヲ以テ原審カ右ト同一見解ノ下ニ抗告人ノ抗告ヲ棄却シタルハ正當ナリ（大審院昭和五年ク八九〇號同年九月三〇日決定大審院判例集九卷民事九二六頁）

◉夫婦同居ノ義務ト强制執行（民訴五七四頁）

◎執行ノ能否ト判決請求權

◎揮毫ノ債務ト裁判上ノ請求

一〔東京地〕苟モ繪畫ノ揮毫ヲ爲スヘキ旨ノ契約ニシテ有效ニ存在スル以上假令相手方カ揮毫ヲ爲スノ意思ナキコト明カナル場合ト雖裁判上揮毫ノ請求ヲ爲シ得サルノ謂レナク勿論相手方カ揮毫ヲ爲スノ意思ヲ有セサルニ於テハ揮毫ヲ命スル判決ヲ受クルモ結局ハ其ノ目的ヲ達シ得サルニ至ルヘキモ斯ノ如キハ强制執行ヲ許ササルノ結果ニシテ爲メニ裁判上ノ請求ヲ爲スノ妨トナルコトナシ（東京地方裁判所大正一二年ワ二〇九〇號昭和二年一一月八日判決法律新報一三五號二〇頁）

二　執行ノ不能ト判決請求權（二續民四三四頁・續民法一〇七一頁）

◎移築建物ノ同一性ト家屋收去ノ命令

一〔大審院〕1按スルニ特別都市計劃法ニ依リ建物アル宅地ヲ土地區劃整理施行地區ニ編入シ換地處分ヲ行ヒタル場合ニ於テハ交換セラレタル新ナル土地ハ舊土地ト同一ナル權利ノ目的トナルヘキモノニシテ從テ舊土地ニ在ル建物ノ所有者カ之ヲ換地上ニ移築スル目的ヲ以テ之カ取毀ヲ爲シ其ノ材料ノ大部分ヲ用ヰテ新ナル土地ノ上ニ同一種類構造ノ建物ヲ築造シタルトキハ其ノ建物ハ從前ノ建物ト同一性ヲ失ハサルモノト謂フヘク尤モ新舊土地ノ形狀坪數ノ異動ニヨリ外觀及建坪ニ多少ノ變動ヲ生スルコトナキニアラサルモ特別ノ事情ナキ限リ其ノ同一ヲ害スルコトナキモノトス

2本件記錄ニ依レハ抗告人ハ相手方ニ對スル土地明渡請求事件ノ確定判決正本ニ基キ東京地方裁判所ニ家屋收去決定ヲ申請シ同裁判所ハ其ノ決定ヲ與ヘタル處相手方阿蘇新三ハ該決定ニ記載シアル淺草區南松山町三十七番地所在木造亞鉛葺二階建一棟建坪二十七坪外二階十八坪ノ建物ハ既ニ取毀タレ存在セストノ理由ヲ以テ該決定ニ對シ抗告ヲ爲シタルニヨリ原院ハ其ノ抗告ヲ理由アリトシ右決定ヲ取消シ抗告人正覺寺ノ申請ヲ却下シタリ然レトモ東京區裁判所執達吏ノ作成シタル執行調書ニハ相手方阿蘇新三カ同執達吏ニ對シ右ノ建物ハ昭和三年七月二十日之ヲ取毀ヲ區劃整理ニヨル換地上ニ現存ノ木造トタン葺二階建一棟建坪二十坪二合五勺二階十三坪五合及木造トタン葺二階建一棟建坪四坪一合二勺二才二階四坪一合二勺二才ヲ新築シタリト陳述シタル旨記載アリ此ノ陳述ノ趣旨ハ本件土地ニ就キ昭和三年七月中區劃整理施行セラレタル結果從前ノ建物ヲ換地上ニ移築スル爲之ヲ取毀ヲテ更ニ二棟ト爲シ坪數ヲ減シテ之ヲ新ナル土地ノ上ニ建造シタル事實ヲ述ヘタルモノト解シ得ヘシ果シテ然ラハ木造亞鉛葺ナルト二階建ナルトハ新舊ノ建物ニ於テ同一ナレハ特別ノ事情ナキ限リ兩者ハ同一性ヲ有スルモノト推定スヘク從テ家屋收去決定ニ揭ケタル家屋ハ未タ消滅シタルモノト謂フヲ得サルモノトス然ルニ原院カ本件土地ニ區劃整理ノ施行セラレタル事實現在ノ建物ハ新換地上ニ建築セラレタルモノナル事實ヲ認メナカラ其ノ建物ハ舊建物ヲ移築スル目的ヲ以テ建造セラレタ

ルモノナルヤ否ヤヲ審理セスシテ單ニ舊建物カ取毀タレタルノ一事ニ依リ前示決定ニ揭ケタル本件家屋ハ既ニ存在セサル旨ヲ判示シテ該決定ヲ取消シタルハ審理不盡理由不備ノ不法アルモノト謂ハサルヲ得ス（大審院昭和八年ク一八〇號同年三月六日決定大審院判例集一二卷民事三三四頁●法律新聞三五五四號八頁●法律新報三二九號一五頁）

二　建物ノ移築ト別個ノ不動產（續民法七七四頁）

◎發行交付ヲ要スル株券引渡ノ强制

一〔東京控〕按スルニ抗告人カ其主張スル如キ確定判決ニ基ク執行力アル正本ヲ有スル事實杉本英子外二名カ大日本麥酒株式會社ノ株主ニシテ抗告人主張ノ株券ハ既ニ燒失シタルモノナル事實ハ本件記錄ニ照シ明白ナルヲ以テ右杉本英子外二名ハ右株式會社ヨリ新株券ノ發行交付ヲ受ケテ之ヲ抗告人ニ引渡スヘキ義務アルコト言ヲ俟タス而シテ株式會社ハ其株券カ燒失シタル場合ニハ株主ノ求メニヨリ新株券ヲ發行シテ之ヲ其株主ニ對シ交付スル義務アルコト洵ニ抗告人所論ノ如シト雖モ右株式會社ノ義務ハ單ニ法律上ノ義務タルニ止マリ果シテ株式會社カ株主ノ請求ニ應シテ直チニ其義務ヲ履行スルヤ否ヤハ豫測スルコトヲ得ス固ヨリ株主ノ意思ヲ以テ左右スルコト能ハサル所ナリ從テ法律上株式會社カ新株券ヲ發行交付スル義務アリトノ一事ヲ以テハ株主タル債務者カ新株券ヲ株式會社ヨリ交付ヲ受ケテ之ヲ其債權者ニ引渡スヘキ義務ノ履行ニ付第三者カ任意ニ其共助ヲ爲ス特別ノ事情アリト爲スコトヲ得ス然ラハ前示大日本麥酒株式會社カ右杉本英子外二名ノ求メニ因リ任意ニ新株券ヲ發行スヘキ他ニ何等カノ特段ノ事情ノ存スルコトヲ認ムヘキ證據ナキ本件ニ在リテハ抗告人ニ對スル右杉本英子外二名ノ前示ノ義務ハ民事訴訟法第七百三十四條ニ所謂强制履行ヲ許スヘキ場合ニ該當セサルモノト解スルヲ相當トスサレハ抗告人ノ同法ニ依ル申立ハ到底採用スルコト能ハス（東京控訴院昭和五年ラ二六號同五年七月一九日決定法律評論一九卷商法五九五頁）

◎送電作業ノ債務ト强制履行

一〔大審院〕債務者姫路水力電氣株式會社カ神戸地方裁判所ノ判決ニ依リ確定シタル債權者水田九一郎ニ對スル送電債務ヲ履行スルカ爲メ送電ニ必要ナル工作物ヲ大正四年六月十五日前ニ完成シ同年七月七日當該官廳ヨリ其使用認可ヲ得タルコトハ原決定ニ確定シタル所ナリ而シテ原院ハ債務者カ此工作物ヲ使用シテ送電スルノ作業ヲ履行セサルモノトシテ之ヲ强制スル爲メ民事訴訟法第七百三十四條ニ依ル決定卽原決定ヲ爲シタルモノノ如シ然レトモ債務者ノ送電作業ハ債權者ノ受電設備ト相待テ始メテ之ヲ爲スコトヲ得ルモノナレハ債務者カ送電設備ヲ完了シタルモ債權者ニシテ受電設備ヲ完了セサルカ爲メ送電作業ヲ爲スコト能ハサランカ未タ債務者ニ對シ送電ヲ强制スル場合ニ至ラス從テ民事訴訟法第七百三十四條ニ依ル決定ヲ爲スコトヲ得サルナリ原院カ此點ヲ審究セスシテ債務者ニ對シ同條ノ決定ヲ爲シタルハ審理ヲ盡ササルノ瑕瑾アルヲ免レス（大審院大正四年ク六二一號六二二號同年一二月二一日決定法律新聞一〇七七號一八頁）

第四百十五條　【損害賠償】

1 債務者カ其債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲ササルトキハ債權者ハ其損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ履行ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルトキ亦同シ

◎損害賠償ニ關スル諸問

一　損害賠償ト原狀回復トノ別（二續民四三七頁）
二　金錢債務ト履行ニ代ル損害賠償（本條後出九九六頁）
三　塡補賠償ト共ニ豫定賠償ノ請求（續民法一〇九四頁）
四　損害賠償ノ請求ト契約解除ノ要否（本條後出九九六頁）
五　損害賠償ノ請求ト現實ノ損害（二續民四三六頁）
六　損害賠償請求ノ要件（二續民四三五頁）
七　賠償請求權ニ關スル諸問（二續民四四三頁）
八　履行遲延ノ損害賠償（本條後出一〇〇〇頁）
九　不作爲債務ト遲滯又ハ不履行（續民法一〇六五頁）
一〇　不履行ニ因ル損害賠償（本條後出一〇〇四頁）
一一　履行不能ニ關スル諸問（本條後出一〇〇八頁）
一二　合意解約ト賠償義務ノ存否（本條後出一〇〇四頁）
一三　解除權ノ行使ト損害賠償ノ請求（三續民五四五條）
一四　賠償請求權ト原債權トノ同一性（三續民一六七條四三〇頁「損害賠償ト消滅時效」及續民法一五二四頁）
一五　被用者ノ過失ト傭主ノ賠償責任（三續民七一五條「他人使用ノ場合ト注意義務ノ標準」參看）
一六　債務不履行ト精神上ノ損害賠償（續民法一〇七七頁）
一七　財產上ノ損害請求後更ニ精神上ノ損害請求（二續民四四四頁）
一八　商行爲ニ基ク賠償請求カ否カノ判定（本條後出一〇一四頁）
一九　停船ニ因ル損害賠償カ利得返還カ（本條後出九九八頁）
二〇　損害賠償ト立證責任（二續民四四四頁）
二一　給付物件ノ種類ニ關スル立證責任（二續民四四五頁）
二二　一事再訴ノ損害賠償ノ請求（本條後出一〇一五頁）
二三　賠償請求ノ排斥ト判斷ノ遺脫（本條後出一〇一五頁）

餘　錄

1「エキセキユーション」ノ意義（續民法一〇七四頁）

◎金錢債務ト履行ニ代ル損害賠償

一〔大審院〕案スルニ民法第四百十九條ハ金錢債務ノ遲延利息ニ關スル規定ニシテ此規定アルカ爲メ金錢債務ニ付テハ絶對ニ履行ニ代ハル損害賠償ヲ請求スルコトヲ得サルモノト解スルヲ得ス然レトモ金錢債務ニ限ラス一般ニ債務者カ履行期ニ其債務ノ履行ヲ爲ササルトキハ債權者ハ其債務ノ履行ト共ニ遲延ニ因リテ生シタル損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシト雖モ履行期カ重要ナラサル場合ニ於テハ直チニ履行ニ代ハル損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ス民法第五百四十一條ノ規定ニ依リ先ツ契約ヲ解除シタル後ニアラサレハ其請求ヲ爲スコトヲ得サルモノナルコトハ本院判例ノ示ス所ナリ（大正三年（オ）第五百四十三號大正四年六月十二日言渡判決參照）然ルニ原院ハ單ニ「債務者カ辨濟期ニ履行セサルトキハ債權者ハ其債務額ノ損害ヲ被リタリト謂フ可キヲ以テ此場合ニ直接履行ヲ求メスシテ直チニ之ニ代ハルヘキ損害賠償ヲ求ムルモ法律上何等不法ノ點ナキヲ以テ該抗辯モ理由ナシ」トノミ說明シ何等履行期ノ重要ナル事由ヲモ開示セス漫然契約解除ノ手續ヲ要セス直チニ本訴ノ如キ履行ニ代ハル損害賠償ヲ求ムルコトヲ得ルモノト判示シタルハ不法ト謂ハサルヲ得ス故ニ

原判決ハ此點ニ於テ破毀ヲ免レサルモノトス（大審院大正五年（オ）五三號同年六月一二日判決法律新聞一一五五號三四頁）

二　右一ノ引用判例—續民法一〇七五頁「履行ニ代ル賠償（塡補賠償）請求ノ要件」一ノ同旨

◎損害賠償ノ請求ト契約解除ノ要否

一〔大審院〕履行ノ全部又ハ一部カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ不能トナリタルトキ債權者ニ於テ履行ニ代ハルヘキ損害ノ賠償ヲ請求セントスルニハ必スシモ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ要スルモノニ非ス然ラハ本件ニ於テ原審カ當事者間ノ和解契約ハ債務者タル上告人杉元政記ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ履行不能トナリタルコトヲ認メ之カ履行ニ代ハルヘキ損害ノ賠償トシテ金四百五十圓ノ支拂ヲ上告人等ニ命シタルハ相當ニシテ被上告人ニ於テ該契約ヲ解除シタルヤ否ノ如キ事實ハ之ヲ審理シ又ハ釋明ヲ求ムルノ要ナキモノトス（大審院昭和七年（オ）四六號同年五月二七日判決法律新聞三四四八號七頁●判例彙報四三卷二一號民事四〇三頁●法學二卷一號九五頁）

二〔大審院〕1按スルニ民法第四百十五條ニ依レハ債務者カ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲ササルトキハ債權者ハ之ニ對シ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ルモノニシテ契約上ノ債務カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ履行不能トナリタル場合ニ

於テ債權者カ履行ニ代ルヘキ損害賠償ヲ請求スルニハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ要スルモ債務者カ債務ノ履行ヲ遲延シタル場合ニ於テ遲延ニ因ル損害賠償ヲ請求スルニハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ要セサルハ當院判例ノ認ムル所ナリ〔大正十五年（オ）第一一五三號昭和二年四月二十八日判決參照〕

2而シテ本件上告人（控訴人原告）カ原審ニ於テ陳述シタル所ハ上告人ハ建築用木材及松類七萬一千六百六才五分ヲ代金八千八百七圓五十九錢九厘ニテ被上告人（被控訴人被告）ヨリ買入レ被上告人ハ大正七年八月七日ヨリ同年十月二十七日迄ノ納入期間內ニ順次納入スヘキコトヲ約シタリ右契約ハ同年十月二十七日迄ニ履行ヲ受クル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ニシテ被上告人ハ內八千才弱此ノ代金九百八十圓ニ相當スル木材ヲ供給シタルモ其ノ餘ヲ履行セスシテ右ノ期間ヲ經過シタルヲ以テ催告ヲ要セスシテ大正八年八月十三日契約ノ解除ヲ爲シ履行遲延ニ因ル損害賠償ヲ請求スト云フニ在ルコトハ原審口頭辯論調書原判決事實摘示及之ニ引用シアル第一審判決事實摘示ニ依リ明ナリト雖其ノ請求ノ原因トスル所ハ被上告人カ契約上ノ債務履行ヲ遲延シタルニ因リ損害ヲ被リタリト云フニ在リテ之カ賠償ヲ請求スルモノナルヲ以テ其ノ契約解除ヲ必要ナリトシ民法第五百四十二條ニ揭クル事實ヲ述ヘタルハ其ノ法律上ノ意見ヲ誤リタルニ胚胎スルモノト解スルニ難カラス故ニ縱令原院ノ認定シタル如ク本件契約カ定期行爲ニ非ストスルモ此ノ一事ニ依リテ上告人ノ請求ヲ排斥スヘキモノニ非ス卽原院ハ須ク上告人ノ法律上ノ意見ニ拘泥スルコトナク被上告人カ上告人主張ノ如ク債務ノ履行ヲ遲延シタルヤ否及之ニ因リ損害ヲ生シタルヤ否ヲ審究シタル上、上告人ノ本訴請求ノ當否ヲ判斷セサルヘカラサルモノナルニ此等ノ判斷ヲ爲サスシテ本件契約ハ定期行爲ニ非ストノ一事由ニ依リ直ニ上告人ノ請求ヲ排斥シタルハ審理不盡且理由不備アル不法ノ判決ニシテ破毀ヲ免レス（大審院大正一五年（オ）一三〇九號昭和二年五月一九日判決法律新聞二七二一號一一頁●判例彙報三八卷下民事五一六頁）

三　右二ノ引用判例—二續民四三五頁「損害賠償ト契約解除ノ要否」ノ二

四〔吳　區〕按スルニ本訴請求ノ要旨ハ原告ノ前々主カ被告兩名ヲ連帶債務者トシテ公債證書ヲ貸與シ原告前主ニ於テ右返還請求權ノ讓渡ヲ受ケ其ノ權利實行ノ爲强制執行ヲ爲シタルモ執行不能ニ歸シ同人ハ之ニ基ク履行ニ代ル損害賠償請求權ヲ原告ニ讓渡シ原告ハ本訴ニ於テ其ノ履行ヲ求ムト謂フニ在レトモ凡ソ履行ニ代ル損害賠償ヲ求メンカ爲ニハ必ス基本タル契約ヲ解除シタル後ニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ得ス然ルニ

事玆ニ出スシテ履行不能ヲ生シタルノ理由ニ依リ直ニ履行ニ代ル賠償ヲ求ムルハ卽請求ノ理由ニ於テ既ニ失當ナリ（吳區裁判所昭和三年ハ四三九號同四年二月二五日判決法律新聞二九六〇號一六頁●法律評論一八卷民法五二五頁）

○右四ノ批評—法學博士中島玉吉氏法學論叢二一卷六號一二六頁●法律評論一八卷民法五三四頁

五　金錢債務ト履行ニ代ル損害賠償（本條前出九九六頁）

◎停船ニ因ル損害賠償カ利得返還カ

一〔上告論旨〕第一點ハ被上告人（被控訴人）ハ本件上告人（控訴人）ヨリスル傭船料支拂ノ請求ニ對シテ上告人カ大正六年四月二十八日午後二時十五分ヨリ同月三十日午後七時迄二日間餘「ポートサイド」ニ於テ故ナク本件神通丸ヲ停船セシメ債務ノ不履行ヲ爲シタルニ係ラス被上告人ハ右期間ノ傭船料ハ已ニ前拂トシテ其支拂ヲ了シタルニヨリ此期間ニ相當スル傭船料ハ金一萬二千七百十八圓ト爲リ右ハ上告人ノ債務不履行ニ起因スル損害トシテ上告人ヨリ其賠償ヲ得ヘキニ付上告人ノ本訴請求ト其對當額ニ於テ相殺ヲ爲スヘキ旨ノ主張ヲ爲シ、上告人ハ「ポートサイド」ニ於ケル二日餘ノ停船ノ事實ハ之ヲ認ムルモ右ノ停船ハ被上告人カ同月十八日ニ於テ前拂スヘカリシ傭船料ノ支拂ヲ爲ササリシヲ以テ契約ニヨル「リ！ン」ヲ行使シ積荷ノ留置ヲ爲ス爲メノ適法ナル權利行使ニシテ何等債務ノ不履行ト爲ルモノニアラス從テ賠償ノ義務ナキ旨再抗辯セルコトハ第一審判決中ノ事實摘示竝ニ原審ニ於テ上告人ノ提出シタル大正七年八月十三日附準備書面同日附口頭辯論調書ニ於ケル被控訴人カ「違約損害賠償債權ナリ」トノ釋明同九月二十一日口頭辯論調書ニ被控訴人カ「契約ニ基キ請求スルモノニ非ス契約ノ不履行ノ原因トシ之ヲ請求スルモノナリ」トノ釋明其他ノ記錄ニヨリ頗ル明瞭ナリトス原判決ハ斯點ニ關シ「云々其日時間傭船契約ニ依ル運送行爲ヲ中止シタルモノニ外ナラス云々」「云々此時間中ノ傭船料ハ控訴人ニ於テ不當ニ其支拂ヲ受ケタルモノト云ハサルヘカラス」ト云ヒ更ニ「云々被控訴人ハ右支拂ニ依リ同額ノ損害ヲ蒙リ居ルモノト認メ得ヘキヲ以テ之ヲ被控訴人ニ返還スヘキ義務アルモノトス」ル旨ヲ判示セリ上告人ハ判文ヲ熟讀スルモ上告人ノ返還ヲ要ストスル本訴一萬餘圓ノ傭船料ハ上告人ニ於テ不當ニ其支拂ヲ受ケタルカ故ニ不當利得トシテ上告人ニ其返還ヲ爲スヘシト云フニアルカ或ハ「ポ！トサイド」ニ於ケル停船ハ所謂運送行爲ノ中止ニシテ上告人ノ債務不履行ナルカ故ニ其賠償トシテ停船期間中ノ傭船料ニ相當スル金額ノ支拂ヲ爲ス義務アリト云フニアルカヲ判別スルニ苦ムモ若シ原判決ノ意果シテ前者ノ如シトセハ當事者ノ主張セサリシ新抗辯ヲ提ケテ上告人ノ請求ヲ排斥シタルコトト爲リ其違法ナルコト辯難ノ要ナク破毀ヲ免レサルモノナリト云フニ在リ

二〔大審院〕按スルニ被上告人ハ原審ニ於テ上告人ノ本訴請求債權ニ對シ金一萬二千七百十八圓卽チ上告人カ神通丸ヲ正當ノ事由ナク「ポートサイド」ニ於テ大正六年四月二十八日午後二時十五分ヨリ同月三十日午後七時迄停船シタル結果被上告人ノ蒙リタル損害賠償請求債權ヲ以テ其相殺ヲ主張シタルコトハ原判決ニ引用シタル第一審判決事實摘示ニ徵シ明瞭ニシテ如上ノ債權ハ卽チ上告人カ「ポートサイド」ニ於テ正當ノ事由ナク濫リニ停船シ義務ノ履行ヲ爲ササリシ爲メニ被上告人ノ蒙リタル損害ノ賠償請求債權ナリト謂フニ在リテ上告人カ右賠償義務ノ存在ヲ爭ヒタルコトハ記錄上炳然タリ然ルニ原審カ此爭點ヲ判斷スルニ當リ「然レトモ本件傭船契約ハ控訴人（上告人）ノ主張及ヒ乙第一號證第一第五ニ依リ明ナル如ク期間傭船ニシテ云々控訴人ニ於テ停船ヲ爲サシメタル以上其日時間傭船契約ニ依ル運送行爲ヲ中止シタルモノニ外ナラスシテ云々此期間中ノ傭船料ハ控訴人ニ於テ不當ニ其支拂ヲ受ケタルモノト謂ハサルヘカラス云々故ニ被控訴人（被上告人）ハ右支拂ニ依リ同額ノ損害ヲ蒙ムリ居ルモノト認メ得ヘキヲ以テ控訴人ハ之レヲ被控訴人ニ返還スヘキ義務アルモノトス云々」ト說示シテ被上告人ノ既拂ニ屬スル傭船料ノ停船期間ニ相當スル金額一萬二千七百十八圓ヲ上告人ニ於テ不當ニ利得セルモノトシテ之カ返還請求債權ト本訴請求債權ト相殺スルコトニ依リ上告人ノ本訴請求ヲ排斥シタルハ卽チ被上告人ノ主張セサル事實ヲ基本トシテ判斷シタル失當アルモノト謂ハサルヘカラス蓋シ被上告人ハ上告人ノ義務不履行ニ基ク損害賠償請求債權ヲ基本トセルニ原審ハ上告人ノ既拂傭船料ノ不當利得ニ依ル被上告人ノ損失返還請求債權ヲ基本トスルモノトシテ兩者ハ其債權ノ本質數額等元ヨリ同一ニアラサルヲ以テ偶々本訴ニ於テ被上告人ノ主張債權額カ不當利得額ニ一致シタリトスルモ之ヲ以テ同一債權ニ對スル法律上ノ見解ヲ異ニシタルニ過キサルモノト解シ得サルヤ論ヲ俟タス原判決ハ既ニ此點ニ於テ破毀ヲ免レス（大審院大正八年ヵ八六〇號同九年二月二日判決法律新聞一六八三號二〇頁）

◎拂下ニ關スル損害ト國ノ賠償責任

◎官廳ノ私法行爲ト公法行爲

一〔大審院〕審按スルニ通常ノ場合ニ於ケル官林拂下ナル行爲ハ國ノ私法的行爲ナルヲ以テ官廳カ之ヲ拂下クルニ當リ賣主トシテ買主ニ對シテ賣買不履行其他ノ原因ニ因リテ損害ヲ生シタルコトアルトキハ一私人カ賣主タル場合ト同シク私法上損害賠償ノ責任ヲ負フ可キヤ勿論ナリト雖モ本件ニ於テハ舊高知縣令田邊輝實カ宮田純實外一名ノ名義ニ係爭ノ山林ヲ變更シタルハ賣主ノ爲ス可キ行爲トシテ爲シタルニ非ス同縣令ノ賣主トシテノ行爲ハ代金ヲ受取リ山林ヲ引渡シタルニ因リテ完結シタルモノニシテ既ニ買主ニ山林ヲ拂下ケタル後ヲ買

主カ之ヲ他ニ轉賣シ其名義ヲ其轉得者ニ切替フルカ如キハ其眞ノ權利者以外ノ者カ伐採スルカ如キ又ハ其他ノ監督ノ爲メ全ク賣主ノ資格ヲ離レ取締上官廳カ公法上ノ職務トシテ取扱ヒタルニ外ナラサルモノナレハ係爭ノ山林ノ拂下ヲ受ケタル者ノ賣買ノ行爲カ純然タル私法上ノ行爲タルカ爲メ官廳カ取締上爲ス其所有者名義ノ切替ヲ以テ私法上ノ行爲ト云フヲ得サルコトハ恰カモ地所ノ所有權ノ移轉ニ公證ヲ受ケ地券ヲ書替フルコトヲ必要トセシ時代ニ於テ地所ノ賣買讓渡等ハ其當事者間ニ在リテハ私法上ノ行爲タリシモ之ニ對シテ公證ヲ爲シ地券ヲ書替フル官廳ノ事務ハ私法上ノ行爲ニ非スシテ純然タル公法上ノ事務ニ屬スルト一般ニシテ原院カ本件係爭山林ノ名義切替ノ事務ヲ以テ本論ニ揭記スル如ク取締ニ關スル行政廳ノ例規ニシテ其間假令ヒ其取扱官吏ニ於テ手續上多少過失ノ責ム可キ事實ノ存スルモ是レ其例規ニ基キテ爲シタル處置ニシテ公法上ノ行爲ニ屬シ國家ノ私法的行爲ト云フヲ得サレハ本件ハ民法ノ適用以外ニ屬シ國家ハ民事上ノ責任ヲ負フモノニ非サル旨判示シタルハ相當ナリ又原判決ニハ係爭山林ノ賣買名義ヲ切替ヘタル事務ハ行政官廳ノ事務ニ屬スル旨ノ相當ノ理由付シアレハ尙ホ其外上告人所論ノ如キ詳細ナル理由ヲ付スルコトヲ要セス（大審院明治三六年オ四三七號同年一二月一四日判決大審院判決錄九輯民事一四〇六頁●法律新聞一八八號一三頁）

◎官吏ノ不法行爲ト國ノ賠償責任（三續民七〇九條）

◎履行遲延ノ損害賠償

一　履行遲滯ニ關スル諸問（三續民四一二條九八一頁「履行期ニ關スル諸問」參看）

二　一週間ノ履行遲延ト信義誠實ノ原則（本條後出一〇〇三頁）

三　著荷ノ遲延ト契約本旨トノ關係（本條後出一〇〇〇頁）

四　代金遲滯ノ供給拒絕ト損害責任（本條後出一〇〇一頁）

五　家屋賃貸借ノ履行遲滯カ履行不能カ（三續民六〇一條）

六　信用狀ノ遲延ニ伴フ履行ノ遲延（本條後出一〇〇一頁）

七　貨物積出ノ遲延ト損害責任（民法二一一頁）

八　汽船引渡ノ遲延ト其ノ責任（本條後出一〇〇二頁）

九　履行遲滯中ノ滅失毀損ノ責任（本條後出一〇〇二頁）

一〇　履行ノ延期ト賠償請求權ノ消長（二續民四四二頁）

一一　遲滯ノ宥恕ト賠償請求權ノ否定（本條後出一〇一四頁）

◎不履行ニ因ル損害賠償（本條後出一〇〇四頁）

◎著荷ノ遲延ト契約本旨トノ關係

一〔大阪地〕本件ノ賣買契約ニ於テハ其ノ船積期間ノ定アルモノナレハ其ノ履行期日ニ付確約ナシトスルモ米國航路ノ距離

船腹ノ關係其ノ他ノ事情ニ照シ妥當ト認ムヘキ期間ニ之カ履行ヲ爲スコトヲ要スルコト勿論ナルモ既ニ認定ノ如ク其ノ著荷ノ日時ハ之ヲ的確ニ定メアラサリシモノナレハ特別ノ事情ナキ限リ本件當事者間ニ於テモ其ノ著荷日時ノ遲延ノ一事ニ依リ直ニ右賣買カ其ノ契約ヲ爲シタル本旨ニ添ハサルモノト爲シタリト目シ難キモノトス（大阪地方裁判所大正一〇年ワ四八號昭和三年一〇月一日判決法律新聞二九三六號九頁）

◎代金遲滯ノ供給拒絕ト損害責任

一〔大審院〕原審ノ確定セル所ニ依レハ訴外木村作藏ハ昭和三年九月中上告人ト上告人主張ノ如キ一手販賣ノ特約ヲ爲シ爾後上告人ニ對スル油類ノ販賣ハ右特約ノ履行ニ屬スルモノナルトコロ昭和四年五月十九日頃現在ニ於テ上告人ハ其ノ代金七百餘圓ノ支拂ヲ延滯シ居リタルモノナルカ故ニ爾來木村作藏ハ上告人ノ注文ニ應セス油類ヲ同人ニ販賣セサルモ民法第五百三十三條ノ精神ニ鑑ミ不履行ノ責ナキモノト云フヘク隨テ爾來上告人カ右ノ一手販賣ニ因リテ得ヘカリシ利益ヲ喪失シタル事實アリトスルモ之ニ因ル損害ノ賠償ヲ木村作藏ニ請求シ得ヘキモノニ非ス（大審院昭和六年オ二〇〇九號同七年一月二七日判決法學一卷五號九六頁）

◎信用狀ノ遲延ニ伴フ履行ノ遲延

一〔大阪地〕本件各契約ニ於テハ被告ハ契約成立ト同時ニ原告ニ對シ信用狀ヲ發行スヘキ約ナリシコトヲ認メ得ヘク而モ被告カ信用狀ヲ發行セサリシコトハ被告ノ認ムルトコロニシテ元來信用狀ハ概ネ對外貿易ニ於テ買主カ賣主ノ爲ニ自己ノ信用ヲ保證シ其ノ代金支拂ヲ確保スル目的ヲ以テ發行セラルルモノニシテ固ヨリ賣主一方ノ利益ノ爲ニ存スルモノナレハ賣主ハ自ラ該利益ヲ拋棄シ相手方ノ信用狀ノ取組ナキモ自己ノ契約ノ履行ヲ爲スコトヲ妨ケサルモノニシテ此場合ニハ賣主ハ相手方ノ信用狀ノ不發行ニ據ル不履行ニ基キ之ヲ理由トスル契約解除權ヲ拋棄セルモノト謂フヘク賣主ニ於テハ買主ノ信用狀發行ナキ限リ其ノ信用程度ヲ確知シ得サルカ故ニ買主ノ契約義務ノ履行ニ付危惧ノ念ヲ抱クニ至リ之カ發行アル迄自ラ自己ノ履行ヲ猶豫シ其ノ爲契約期間ヲ遲延スルニ至ルコトアルヘキハ事理ノ正ニ然ルヘキトコロナレハ此爲ニ原告カ多少契約期間ヲ遲延スルコトアルモ右ノ理由ヨリ推考シテ被告ハ原告ニ對シ其ノ履行遲滯ヲ責ムル能ハサルモノト爲スヲ信義誠實ノ原則ニ適スルモノト謂フヘシ（大阪地方裁判所大正一〇年ワ四八號昭和三年一〇月一日判決法律新聞二九三六號九頁）

◉汽船引渡ノ遲延ト其ノ責任

一〔大審院〕按スルニ本件ハ上告人ヨリ被上告人ニ賣渡シタル汽船ノ引渡ヲ上告人ニ於テ遲滯シタル爲被上告人ハ之ヲ傭船ニ供スルコトニ因リテ得ヘカリシ利益ヲ喪失シタルモノトシテ之カ損害ノ賠償ヲ求ムルモノニシテ本件賣買契約上引渡期限ハ大正六年十二月三十一日ナリシニ同七年三月二十日ニ上告人ヨリ被上告人ニ引渡ヲ爲シ被上告人ハ同日之ヲ轉賣先ナル訴外神棧乘船株式會社ニ引渡シタルモノナルコト竝本件汽船ハ其ノ引渡當時特別檢査及修繕ノ爲三十五日ヲ費シタルモノニシテ此ノ期間ハ縱令上告人カ約旨ニ從ヒ引渡ヲ爲スモノトスルモ當然爲ササルヘカラサル檢査及修繕ノ爲ニ要スルモノナルコトハ原判決ノ確定シタル事實ナリ果シテ然ラハ上告人ハ大正七年三月二十日迄ハ本件債務ノ履行ニ付遲滯ノ責ニ任スヘキコト勿論ナルモ爾後何等遲滯ナキヲ以テ三月二十一日以後遲滯ノ責任ヲ負フヘキモノナシトス然ルニ原判決ハ此ノ特別檢査及損傷修繕ノ爲ニ要スル日數三十五日間控訴人（被上告人）ニ於テ本件汽船ヲ航行ノ用ニ供シ能ハサルコト勿論ナルモ是被控訴人（上告人）ノ遲滯ノ有無ニ拘ラサルヘキモノナレハ遲滯ニ因リテ利用ヲ妨ケラレタル期間ヲ定ムルニ付テハ此ノ日數丈始期及終期ヲ繰延ハサルルニ過キス其ノ終期ハ控訴人カ現ニ本件汽船ヲ轉得者ニ引渡シタル時期以後ニ亘ルモ遲滯ナクンハ轉賣スルコトナカルヘキ事情ナリシコトハ既ニ說明シタル所ニシテ其ノ時期ヲ以テ終期ヲ制限スヘキニアラス從テ引渡期限ニ引渡ヲ受ケタル後檢査及修繕ノ爲ニ利用シ能ハサル日數アルモ之カ爲ニ毫モ遲滯ニ因リテ利用ヲ妨ケラレタル日數ニ影響ヲ及ホサスサレハ被控訴人ノ遲滯ナクンハ控訴人ニ於テ本件汽船ヲ利用スヘカリシ期間ハ控訴人主張ノ終期ノ範圍ニ於テ右檢査及修繕ニ要スル日數三十五日ヲ斟酌シテ大正七年二月五日以後ノ七十九日間ノ內同年四月十六日迄ノ六十九日間ト認ムヘキモノトスト判示シ引渡後尙上告人ニ遲滯アルモノトシ損害賠償額ヲ算定シタルハ理由不備ノ不法アルモノトス（大審院大正一二年才八一七號同一三年七月二二日判決法律新聞二三〇四號五頁）

◉船舶買主ノ賠償請求權ノ範圍（三續民四一六條一〇二二頁）

◉履行遲滯中ノ滅失毀損ノ責任

一〔東京地〕被告カ履行遲滯中偶々大正十二年九月一日ノ大震災ニ際シ貨物ハ大部分暴徒ノ掠奪ニ遭ヒ滅失シ爲ニ多大ノ損害ヲ蒙リタル場合ニ於テ右掠奪ニ依ル滅失毀損ノ如キハ不可抗力ニ依ルモノト稱スヘキモ之カ債務ノ履行遲滯中ニ生シタルモノナラハ固ヨリ債務者タル被告ニ於テ其ノ責ニ任セサルヘカラサルコト言ヲ俟タサルモノトス（東京地方裁判所大正一四年ヲ三九三七號昭和三年六月一四日判決法律評論一八卷民法四九六頁）

◉一週間ノ履行遲延ト信義誠實ノ原則

一〔東京地〕原告ハ凡ソ債權者ハ信義誠實ノ原則上一週間位債務者ノ履行遲延ニ付イテハ遲滯ノ責ヲ問フヘキモノニ非ラス從ツテ原告カ被告ニ對シ昭和六年五月十日ニ履行スヘキ債務ヲ同年同月十四日ニ至リテ履行シタリトスルモ之ヲ以テ直ニ原告ニ對シ履行遲滯ノ責ヲ生スヘキモノニアラサル旨主張スルヲ以テ按スルニ凡ソ債務者ハ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲スヘキモノナルコトハ民法第四百十五條ノ明規スルトコロニシテ債務者カ辨濟期ニ債務ヲ履行セス約一週間ヲ懈怠シテ履行ヲ爲スモ以テ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行トナルモノナルニ非ラサルヤ論ヲ俟タサルトコロナリ而シテ右ノ法條及私法法規ノ一般ニ徵スルモ債務者カ其ノ債務ノ履行ヲ約一週間遲延シナカラ特ニ猶豫ニ關スル契約ナキニ拘ラス債權者ハ右ノ遲延ヲ猶豫シ債務者遲延ノ責ヲ問フヘカラサルモノトナスカ如キ信義誠實ノ原則ナルモノ存在スルコトナシ殊ニ本件ニ於テハ被告ハ昭和六年五月十八日原告ニ對シ內容證明郵便ヲ以テ原告カ昭和六年五月十四日支拂ヒタル金五千圓ハ期限ニ遲滯シタルタメ割賦辨濟ノ利益ヲ失ヒ且ツ金千圓ノ債務免除ノ效果ノ發生セサルコトトナリ右催告書到達後一週間內ニ殘金六千五百圓ヲ支拂フヘキ旨ノ請求ヲ爲シタルコトハ當事者間ニ爭ナキトコロナルヲ以テ被告ハ昭和六年五月十四日ニ原告カ爲シタル割賦金五千圓ノ辨濟ニ付何等ノ異議ヲ留メスシテ受領シタルモノニ非ラサルモノナルコトヲ認メ得ヘク被告ハ原告ノ右遲延ニ付其ノ責ヲ免除シタルモノニ非ラサルモノト謂フヘシ從ツテ原告ハ昭和六年五月十日支拂フヘキ右金五千圓ノ支拂ヲ遲滯シタルコトニヨリ昭和七年五月十日ニ支拂フヘキ殘金五千五百圓ノ支拂ニ付期限ノ利益ヲ喪失シ且原告カ割賦金ノ全部ヲ其ノ期日ニ支拂ヒタルコトヲ停止條件トシテ免除ヲ得タル殘金千圓ノ債務ニ付テハ其ノ條件成就セサルコトニ確定シ右合計金六千五百圓ノ債務ニ付卽時支拂ノ條件到達シタルモノト謂ハサルヘカラス然ラハ被告カ右理由ニ基キ被告ニ對スル金六千五百圓ノ債務ノ强制執行ノタメ原告主張ノ如キ執行文ノ付與ヲ申請シ前記公證人カ本件公正證書ノ正本ニ其ノ旨ノ執行文ヲ付與シタルハ洵ニ相當ナリト謂フヘシ（東京地方裁判所昭和六年ヲ二二二九號同七年六月一〇日判決法律新聞三四四二號一二頁・法律評論二一卷民法八三四頁）

◉四五日ノ遲滯ト擔保物返還ノ拒絕（三續民四一二條）

◎合意解約ト賠償義務ノ存否

一〔臺灣高〕合意解約ナルモノハ既存契約ノ解除ヲ約スル別個ノ契約ニシテ該契約成立スルトキハ既存契約ハ初メヨリ成立セサリシモノトナルヲ以テ當事者カ既ニ履行シタルモノアラハ互ニ之ヲ原狀ニ回復スルノ義務ヲ負ヒ特別ノ意思表示ナキ限リ不履行ニ因ル損害賠償ノ義務ヲ負擔スルコトナシ是合意ニ因ル契約解除（合意解約）ト債務不履行ニ基ク解除權ノ行使ト其ノ法律上ノ效果ヲ異ニスルトコロナリ然リ而シテ既存契約上ノ債務ヲ保證シタル者ハ合意解約ニ因リ生シタル債務ニ付保證スヘキ責任ナキハ勿論ナリ旁々原判決ニ所論ノ不法アリテ破毀ヲ免レス（臺灣高等法院昭和六年上民一三一四號同年四月二五日判決臺法月報二六卷一號五七頁●法律評論二一卷民法一九三頁）

◎不履行ニ因ル損害賠償

一　債務不履行ノ責任（民法二〇九頁）

二　不履行ノ賠償ト特約ノ賠償トノ別（本條後出一〇〇四頁）

三　期限ノ利益侵害ト損害賠償ノ請求（三續民三八七條九一〇頁）

四　賣買契約ノ一部解除及一部損害賠償（二續民七一〇頁）

五　契約ノ一部履行ト一部解除（三續民五四一條）

六　土地ノ賣渡ト未登記永小作權ノ侵害（三續民二七〇條）

七　登記義務ノ不履行ト爲ラサル場合（二續民四四一頁）

八　二重賣買ニ關スル諸問（三續民五六〇條）

九　不履行及不法行爲ト請求權ノ競合（本條後出一〇〇五頁）

一〇　婚姻豫約ニ關スル損害賠償（三續民七六五條）

一一　株式名義書換ノ不履行ト賠償責任（二續民四四二頁）

一二　違約ノ責任何レニ在リヤノ事例（二續民四四一頁）

一三　差押解放契約ノ不履行ト損害賠償（本條後出一〇一一頁）

一四　不履行ノ損害賠償ト其ノ履行期（本條後出一〇〇五頁）

一五　債務不履行ト故意又ハ過失（本條後出一〇〇六頁）

一六　不履行ノ過失有無ト立證責任（本條後出一〇〇八頁）

一七　履行遲延ニ關スル損害ノ賠償（本條前出一〇〇〇頁）

◎履行不能ニ關スル諸問（本條後出一〇〇八頁）

◎損害賠償ニ關スル判例ハ各事項ノ當該章節中ニモ輯錄セリ（編者）

◎不履行ノ賠償ト特約ノ賠償トノ別

一〔大審院〕上告人ハ假處分ノ結果訴狀添附ノ計算書記載ニ相當スヘキ賃貸物件ノ不足ヲ發見シタルヨリ被上告人ニ對シ不足物ノ價格ニ據ル損害ノ賠償ヲ請求スルモノナルコト原判決ニ引用スル第一審判決ノ事實摘示ニ依リ明カニシテ被上告人ノ賃借物返還義務ノ不履行ヲ原因トシ民法第四百十五條ノ規定ニ從フモノナルコト疑ヲ容レス蓋シ上告人カ第一審ニ於テ本訴賃貸借ニ付被上告人ハ賃借中常ニ物件ノ保存ニ注意シ其修繕ヲ怠ラス假令天災其他如何樣ノ事故ニ因リ滅失スルコトアルモ返還ノ節ハ自費ヲ以テ借入當時ノ原狀ニ復シテ引渡ヲ爲スヘキ契約アル旨主張シタルコト第一審判決ノ事實摘示ニ明カナル所ナルモ借入當時ノ原狀ニ復シテ引渡ヲ爲ササル場合ニ於ケル損害ノ賠償ニ付當事者間ニ特約アルコトヲ主張シタル事跡ノ見ルヘキモノナケレハナリ故ニ第二審ニ於テ上告人ノ代理人カ本訴賃貸借目的物件ノ返還ハ勿論其不足分ニ對スル代金ノ請求ハ甲第一號證ノ約旨ニ基クモノニシテ云云若シ新調ニアラサルトキハ相當代金ヲ以テ辨償スヘキ契約ナル旨ノ供述ヲ爲シタレハトテ本訴損害賠償ノ請求ヲ以テ特約ヲ原因トシ之カ履行ヲ求ムルモノト爲スヘキニ非ス然ルニ原院カ建物四棟鎌三挺鉞七挺山刀三挺唐鍬一挺三本鍬歩ミ板四十六枚ニ付上告人ノ返還請求ヲ正當トシテ被上告人ニ其請求ニ應スヘキ義務アル旨判示セルニモ拘ハラス相當代價ヲ以テ辨濟スヘキ特約ナキヲ理由トシテ此等物件ニ對スル損害賠償ノ請求ヲモ排斥シタルハ不法ナリ（大審院大正六年才五五號同年八月三〇日判決法律新聞一三三九號三〇頁）

二　不履行ノ賠償ト特約ニ依ル賠償（三續民五四一條「一方的解除ト合意解除トノ別」ノ一參看）

◎不履行及不法行爲ト請求權ノ競合

一〔大審院〕債務不履行ト不法行爲トハ相容レサルモノニ非サレハ債務不履行ト爲ルト同時ニ不法行爲ノ成立スルコトハ決シテアリ得サルコトニ非ス本件ニ於テ原判決ノ確定セル事實ニ依レハ上告人ハ被上告人所有ノ貨物ヲ判示驛構內荷揚場ニ積ミ置キ乍ラ盜犯防止ノ手段ヲ講スルコトナク之ヲ放置シタル爲メ其ノ內四個ノ貨物紛失シタリト云フニ在ルカ故ニ上告人ハ過失ニ因リ被上告人ノ有スル貨物所有權ヲ侵害シ損害ヲ被ラシメタルモノニシテ不法行爲成立セルモノト謂フヘク他面ニ於テ債務不履行ト爲ルヤ否ヤ右不法行爲ノ成否ニ影響ヲ及ホスヘキモノニ非ス（大審院昭和七年才八三九號同年一一月一六日判決法學二卷七號九二頁）

二　債務ノ不履行ト不法行爲トノ關係（二續民四三八頁）

◎不履行ノ損害賠償ト其ノ履行期

一〔廣島地〕履行遲滯ニ因ル損害賠償債權ハ履行期ノ定メナキ債權ト解スヘキヲ以テ被控訴人カ八幡製鐵所ニ過意金ヲ支拂ヒタル昭和五年四月十八日ヲ以テ本訴債權ト相殺適狀ニアリ

タルモノト認ム（廣島地方裁判所昭和六年レ三八九號同七年五月二八日判決法律新聞三四五五號一〇頁）

二　不履行ニ因ル損害賠償ト起算日（二續民四三一頁）

◎債務不履行ト故意又ハ過失

一〔上告論旨〕原判決ハ被上告人カ本件賣買契約ノ履行ニ付キ遲滯ノ責ニ任スルヤ否ヤヲ判定スルノ理由トシテ「以上ノ如ク控訴人カ其怠慢ニヨラス控訴人ノ責ニ歸ス可カラサル七次ノ行爲ニ依リテ義務ヲ履行シ得サリシ場合ニ於テハ控訴人カ其履行期迄ニ義務履行ヲ爲ササリシトスルモ控訴人ハ期限後當然遲滯ノ責ニ任スルモノト謂フヲ得ス」ト説示セリ然レトモ債務者カ履行遲滯ノ責ニ任スルヤ否ヤハ履行期ヲ標準トシテ決定ス可キモノナルコトハ民法第四百十二條ノ解釋上疑ナキ所ナリ然ルニ原判決ハ履行期以後ニ於ケル事情ノ如何ヲ以テ遲滯責任ノ有無ヲ決スルノ標準ト爲シタルハ失當ナリ蓋シ履行ノ遲滯ハ(一)債務ノ存在スルコト（二）履行ノ可能ナルコト（三）債務カ履行期ニ在ルコトヲ要シ而カモ之等ノ要件ヲ具備スルニ拘ハラス履行期ニ於テ債務者カ債務ノ履行ヲ爲ササルヲ謂フモノナレハ履行期以後ノ事情ノ如何ハ履行遲滯ニ何等ノ關係ナケレハナリ既ニ此點ニ於テ原判決ハ失當ナルノミナラス原判決ノ認定スル本件事實ニ依ルトキハ本件賣買ノ履行期ハ大正七年一月十五日ニシテ其當時ニ於テハ本件鑛業權ハ訴外石橋七次ニ屬シ同人ニ於テ未タ之ヲ處分セス本件被上告人ノ債務ハ履行可能ノ狀態ニ在リシコト明カナリ從テ履行期ヲ標準トシテ考フルトキハ被上告人ノ債務ハ履行期ニ於テ存在シ履行可能ノ狀態ニ在リ然カモ被上告人ハ履行期ニ於テ上告人ニ對シ之レカ履行ヲ爲ササリシモノナレハ當然遲滯ノ責ニ任セサル可カラス然ルニ原判決ハ履行期以後ニ於テ履行不能ヲ生シタルハ履行期ニ於テ履行可能ナリシ場合ト雖モ尙且債務者ニ遲滯ノ責任ナシト解シタルハ履行遲滯ニ關スル民法ノ解釋ヲ誤リタル失當アルモノト信スト云フニ在リ

二〔大審院〕然レトモ債務者ハ債務ノ履行期ニ履行セサルノ一事ヲ以テ履行遲滯ノ責ニ任ス可キモノニ非ス其不履行ニ付キ過失アル場合ニ於テ其責ニ任ス可キモノナリ故ニ原院カ被上告人ニ於テ履行期ヲ過クルモ上告人ニ鑛業權ヲ移轉セサリシコトニ付キ被上告人ニ責ム可キ不注意ナキヲ以テ履行遲滯ノ責ヲ歸ス可ラスト爲シタルハ正論ナリ（大審院大正九年オ九四六號同一〇年一一月二二日判決大審院判例集二七輯民事一九七八頁・法律新聞一九三六號一七頁）

三〔上告論旨〕原院ハ被上告人カ明治三十八年五月十日迄ニ運送船ヲ東海港ニ廻送スヘキ旨ヲ上告人ニ通知シタルコト及ヒ同年五月五日迄ニ被上告人カ同港ヘ枕木ヲ搬出シタリシコト竝ニ上告人カ同月十日迄ニ廻船セサリシコトヲ確定シ此事實ノミニヨリ上告人ニ債務不履行ニ因ル損害賠償ノ責任アリト判定セリ是レ民法第四百十五條前段ヲ適用シタルニ外ナラス按スルニ同條後段ニハ「債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ履行ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルトキ」トアルヲ以テ履行不能カ債務者ノ故意又ハ過失ニ原因スルコトヲ要スルヤ明ナリ然ルニ同條前段ニハ單ニ「債務者カ其債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲ササルトキ」トアルヲ以テ其不履行カ債務者ノ故意又ハ過失ニ原因スルコトヲ要セスト解スヘキニ似タリ又之ヲ要セスト解スルモノ通說ナルカ如シ然レトモ第四百十九條第二項ニ於テ金錢債務ノ損害賠償ニ限リ債務者ハ不可抗力ヲ以テ抗辯ト爲スコトヲ得スト規定シ之ヲ換言スレハ金錢債務不履行ノ損害賠償ニ付テハ其不履行カ債務者ノ故意又ハ過失ニ原因スルコトヲ要セサル旨ヲ特定シタルニ參照スレハ金錢債務以外ノ債務不履行ニ因ル損害賠償ニ付テハ原則トシテ其不履行カ債務者ノ故意又ハ過失ニ原因スルコトヲ要スルモノト解セサルヲ得ス蓋債務者ノ故意又ハ過失ニ原因セサル不履行ハ是レ債務ヲ履行セサルニアラス之ヲ履行スルコト能ハサルモノニシテ不能ハ責任ヲ免除スヘキモノナレハナリ此解釋ニシテ當ヲ得タリトセハ原院カ期日迄ニ上告人カ廻船セサリシ事實ヲ確定シタルノミニテ其事實カ上告人ノ故意又ハ過失ニ原因シタルコトヲ確定セスシテ直ニ第四百十五條前段ヲ適用セシハ不當ト謂ハサルヲ得ス以上第一乃至第三ハ損害金請求ノ全部ニ共通スル不服ノ理由ナリト云フニ在リ

四〔大審院〕然レトモ民法第四百十五條ニハ單ニ履行ヲ爲ササルトキハ云々ト規定セルカ故ニ苟モ債務不履行ノ事實アルニ於テハ其債務者ノ故意又ハ過失ニ原因スルト否トヲ問ハス債權者ハ同條ニ從ヒ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ルハ明白ナリ民法第四百十九條第二項ニ於テ特ニ金錢債務ノ不履行ニ因ル損害賠償ニ付テハ不可抗力ヲ於テ抗辯ト爲スコトヲ得スト規定シタルニ鑑ミレハ金錢債務以外ノ債務ノ不履行ニ因ル損害賠償ニ付テハ不可抗力ヲ以テ抗辯ト爲シ得ルコトハ疑ナキ所ナリト雖モ不可抗力ヲ以テ抗辯ト爲スコトヲ得ルカ故ニ故意又ハ過失ニ原因セサル債務ノ不履行ハ損害賠償ノ請求權ヲ發生セシメス換言スレハ損害賠償ノ請求權ヲ發生スルニハ債務ノ不履行カ故意又ハ過失ニ原因スルコトヲ要スト論スルヲ得ス何トナレハ不可抗力ニ因ル不履行ト故意又ハ過失ニ原因セサル不履行トハ必スシモ其觀念ヲ同フスルモノニ非ス假リニ同一意義ナリトスルモ不可抗力ヲ以テ抗辯ト爲スト言ヘハ一面ニ於テ損害賠償ノ請求權ノ存在ヲ認ムルモノナレハ債務ノ不履行カ不可抗力ニ因ル場合卽故意又ハ過失ニ原因セサル場合ニ於テモ損害賠償ノ請求權ハ成立スト論結スルヲ以テ寧ロ正當ナリトスレハナリ左レハ原院カ上告人ニ於テ期日ニ廻船セサリシ事實卽債務不履行ノ事實ノミヲ確定シ其事實カ上告人ノ故意又ハ過失ニ原因シタルコトヲ確定セスシテ民法第四百十五條ヲ適用シタルハ不法ニアラス（大審院明治四〇年オ四〇一號同年一一月二日判決大審院判例集一三輯民事一〇六七頁・法律新聞四六三號八頁）

五〔上告論旨〕民法第五百四十一條ニヨル契約解除權ノ成立ニハ債

務者カ故意又ハ過失ニヨリ債務ノ本旨ニ從フ履行ヲ爲ササルコトヲ要ス本件ニ於テ被控訴人カ甲第一號證所揭ノ期限ヲ過キ木炭全部ヲ控訴人ニ引渡ササリシトスルモ被控訴人ハ甲第一號證ノ契約ハ訴外高橋正吉トノ間ニ締結シタルモノト信シタルカ爲メニ控訴人ニ對シ履行ノ提供ヲ爲ササリシハ固ヨリ其所ニシテ斯ク信スルニ付毫モ過失ナキモノナレハ被控訴人ニ債務不履行アリト云フ可ラス而シテ大正七年六月二十一日ニ至リ控訴人ヨリ被控訴人ニ對シ十日ノ期間ヲ定メ木炭ノ引渡ヲ催告シ來リシニ付被控訴人カ高橋正吉ヨリ債權ノ讓渡ヲ受ケタルモノト信シ曩ニ高橋正吉ニ送付シタル殘額三百六十俵ヲ何時ニテモ履行場所ニ於テ引渡ヲ爲シ得ヘク準備シ控訴人ニ對シ引取方催告シタル次第ニシテ斯ク信スルニ付テモ亦何等ノ過失ナキニヨリ縱令六百俵全部ノ履行ノ提供ヲ爲ササリシトスルモ債務不履行アリト云フヲ得サルノミナラス假ニ本件賣買カ當事者間ニ成立シタルモノトスルモ高橋正吉ニ引渡シタル二百四十俵ニ付第二、三點所論ノ如ク控訴人ニ於テ其責ニ任スルカ若ハ被控訴人ニ於テ其債務ヲ免ルルモノナルカ故ニ三百六十俵ノ提供ハ卽債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ト云フヘク決シテ一部履行ニアラサルヲ以テ債務不履行ト云フヲ得ス然ルニ原判決ハ控訴人ノ解除權ノ發生要件タル被控訴人ノ故意又ハ過失ノ有無ニ付何等ノ判示スル所ナク又右提供ヲ以テ一部履行ナリトシ控訴人ノ契約解除權ノ發生ヲ肯定シタルハ理由不備且法則ヲ不當ニ適用シタル違法ノ判決ナリト云フニ在リ

六　〔大審院〕然レトモ契約當事者ノ一方カ其債務ヲ履行セス而

カモ相手方ヨリ相當ノ期間ヲ定メ履行ノ催告アリタルニ拘ハラス期間內ニ履行セサルトキハ其債務ノ不履行ニ付キ故意又ハ過失ノ有無ヲ問ハス相手方ハ契約ノ解除ヲ爲シ得ルコトハ民法第五百四十一條ノ規定スル所ナレハ本件ニ於テ上告人カ契約ヲ履行セサルニ付キ過失ナカリシモノト假定スルモ被上告人カ其解除權ヲ行使スルノ妨ト爲ルモノニ非ス然ラハ原判決ハ相當ニシテ論旨ハ理由ナシ（大審院大正八年才五九三號同年九月一一日判決大審院判決錄二五輯民事一六〇七頁・法律新聞一六一九號二一頁）

七　履行ノ遲滯ト過失ノ要否（續民法一〇六六頁）

◎不履行ノ過失有無ト立證責任

一〔大審院〕本件ノ如キ債務不履行ヲ原因トスル損害賠償ノ問題ニ在リテハ債務者ニ於テ不履行ノ責ヲ免レントスルニハ須ク自己ニ過失ナキコトヲ證明スヘク債權者ヨリ債務者ノ過失ヲ擧證スルノ要ナキモノト解スヘシ（大審院昭和七年才二七六號同年六月七日判決法學二卷一號一〇〇頁）

◎履行不能ニ關スル諸問

一　履行不能ニ關スル諸問（二續民四三九頁）

二　債務者ノ責ニ歸スヘキ履行不能（二續民四四〇頁）

三　損害賠償ト不履行又ハ履行不能（續民法一〇七八頁）

四　履行不能ノ賠償請求ト履行ノ提供（本條後出一〇〇九頁）

五　履行不能ト相手方債務ノ存續（本條後出一〇〇九頁）

六　目的不動產ニ抵當權設定ト履行不能（二續民四三九頁）

七　擔保物ノ期限內處分ト返還ノ能否（本條後出一〇〇九頁）

八　將來ノ履行不能ニ對スル賠償請求（本條後出一〇一二頁）

九　二重賣買ト履行ノ能否（三續民五六〇條）

一〇　他人ノ物ノ賣買ト公ノ秩序又ハ履行不能（三續民五六〇條）

一一　家屋賃貸借ノ履行遲滯カ履行不能カ（三續民六〇一條）

一二　賃貸家屋ノ燒失ト返還不能ノ立證（本條後出一〇一三頁）

一三　鑛業權ノ讓渡ト履行不能（二續民四三九頁）

一四　履行不能ニ關スル諸問（三續民五四三條）

一五　錯誤ニ因ル目的物ノ損傷ト其ノ責任（續民法一〇七七頁）

一六　履行不能ノ權利關係ト確認ノ利益（續民訴七二四頁）

一七　執行不能ノ豫見ト賠償請求ノ採否（本條後出一〇一一頁）

◉不履行ニ因ル損害賠償（本條後出一〇〇四頁）

◎履行不能ノ賠償請求ト履行ノ提供

一〔朝鮮高〕同時履行ノ雙務契約ニ於テ相手方ニ債務不履行ノ責任アリト爲スニハ原則トシテ自己ノ債務ヲ提供シ相手方ノ履行ヲ催告シタルモ相手方ニ於テ其ノ債務ヲ履行セサルコトヲ要スト雖相手方ノ債務ヲ其ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ履行不能ニ至リタルトキハ自己ノ債務ノ提供ヲ爲ササルモ相手方ニ對シ履行ニ代ル塡補賠償ヲ求ムルコトヲ得ルモノトス（朝鮮高等法院昭和三年民上九九號同年五月二五日判決司法協會雜誌七卷六號五四頁・法律評論一七卷民法七五三頁）

◉賃貸人ノ責ニ歸スヘキ履行不能（三續民六一一條「賃貸物ノ賣却ト賃借權ノ侵害」ノ一參看）

◎履行不能ト相手方債務ノ存續

一〔東京地〕雙務契約ニ於ケル一方ノ債務カ其債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ依リ履行不能トナルモ該債務ハ其結果損害賠償債務ニ變更スルニ過キスシテ特ニ契約ノ解除ヲ爲ササル限リ他ノ一方ノ債務ハ之カ爲メ消滅スルコトナク依然存續スルモノナリト謂ハサルヘカラス（東京地方裁判所大正一五年ワ三六三八號昭和二年一〇月七日判決法律新報一三〇號二五頁）

◎擔保物ノ期限內處分ト返還ノ能否

一〔上告論旨〕原判決ハ其ノ理由ノ冒頭ニ於テ本件係爭山林カ賣渡擔保トシテ被上告人名義ニ移サレタルモノナルコトヲ確定シ更ニ其ノ理由末段ニ於テ被上告人カ係爭山林中原判決第二目錄記載ノ分ヲ訴外船戶忠右衞門ニ賣却シ其ノ所有權移轉登記ヲ爲シタル事

實ノ當事者間ニ爭ナキコトヲ摘示シ乍ラ其ノ結論ニ於テ「苟クモ其ノ擔保債權ノ消滅セサル限リハ其ノ義務ノ範圍ニ於テ其ノ所有權ヲ他ヘ移轉シタルタメ被控訴人ニ於テ該債務ヲ完濟シタル場合ニ之ト同時ニ其ノ所有權ヲ自己ニ回復スルヲ困難ナラシムルカ如キコトアルヘキ危險ヲ生セサルニアラサルモ控訴人ニ於テ該擔保債權ノ完濟セラルルト同時ニ該賣渡擔保不動產ノ所有權ヲ被控訴人ニ回復スルノ途ナキニアラサルヘク」云々ト判示シ上告人ニ損害賠償債權ナシト斷定シタリ之甚タ不可解ナル判示ナリトス凡ソ賣渡擔保ハ其ノ內容ノ種種相異ナレルモノアルニ拘ラス其ノ目的ハ一ニ債權ノ擔保ナル範圍ヲ出テス假ニ本件ニ於テ原判示ノ如ク係爭山林所有權ハ內外共ニ被上告人ニ移轉シタリト做スモ其ノ目的カ債權ノ擔保ニアルコトハ原判決ノ明認スルトコロナリ然ラハ右擔保不動產ヲ第三者ニ賣却スルコトカ債權擔保ノ目的ノ範圍內ニ屬スト認ムルニハ必スヤ相當ノ理由ナカルヘカラス原判決ハ此ノ點ニ付單ニ其ノ義務ノ範圍內ニ於テ云々ト判示スレトモ其ノ義務ノ範圍ナル語ハ何等別段ノ理由ヲ示スモノニアラス結局其ノ何ヲ指スカハ解スルニ苦シムトコロナリシカモ原判示ノ如ク或ル義務ノ範圍內ニ於テ右物件ヲ訴外船戶忠右衞門ニ賣却シタリトノ事實ハ被上告人ノ全然主張セサルトコロナルノミナラス却ツテ辯論ノ全趣旨ニ徵スレハ被上告人カ訴外船戶忠右衞門ニ賣却セルハ全ク自己固有物件トシテ之ヲ賣買セルモノト推認スルニ難カラス斯ル場合ニ於テ尙上告人ニ損害賠償債權ナシト斷定セルハ要スルニ原判

決ハ民法第五百四十三條ニ關スル御院判例（大正二年判決錄三二七頁大正八年判決錄六八〇頁）ノ趣旨ヲ否認スルノ法律解釋ヲ採レルモノニシテ法律ノ適用ヲ誤レルノ違法アリ且此ノ違法ハ原判決ノ事實ノ確定ニ影響ヲ及ホスモノナルヲ以テ到底破毀ヲ免レサル判決ト思料スト云フニ在リ

二〔大審院〕依テ按スルニ原審ノ確定シタル事實ニ依レハ被上告人ハ上告人ニ對スル債權擔保ノ爲ニ取得シタル不動產ノ一部ヲ擔保契約存續中第三者ニ讓渡シ所有權移轉ノ登記ヲ爲シタルモノトス然ラハ特別ノ事情ナキ限リ後日債權消滅ノ際之カ所有權ヲ回復シテ上告人ニ移轉スルコトハ取引ノ通念ニ於テ不能ニ屬スルニ拘ラス原審ハ何等特別事情ノ存在ヲ明ニスルコトナク上告人カ債務ヲ完濟スルトキハ右讓渡不動產ノ所有權ヲ回復シテ上告人ニ之ヲ移轉シ得ヘキカ如ク判示シ之ニ基キ上告人主張ノ損害賠償ノ債權ヲ否定シ因テ以テ本訴請求ヲ排斥シタルハ審理不盡又ハ理由不備ノ不法アルモノニシテ原判決ハ破毀ヲ免レス（大審院昭和四年才八二七號同年一二月二三日判決判例彙報四一卷一五號民事八三頁●法律新聞三〇八〇號九頁）

三　右一ノ論旨引用判例—民法三二二頁「賣主ノ再賣買ト買主ノ權利」ノ一●續民法一〇九五頁「履行ニ代ル豫定賠償ト解除ノ要否」

●賣渡擔保ト債權者ノ期限內處分（三續民九四條一七一頁）

◎差押解放契約ノ不履行ト損害賠償

一〔大審院〕1仍テ按スルニ原審ハ被上告人カ强制執行トシテ差押ヲ爲シタル上告人所有ノ有體動產ノ競賣期日前ニ於テ和解契約ニ基キ債務名義ノ基本タル債權ヲ更改ニヨリ消滅セシメ且該執行ノ解放ヲ爲スヘキコトヲ約シナカラ右競賣期前執行解除ノ手續ヲ爲スコトヲ怠リタル事實ヲ確定シ被上告人ニ債務不履行ノ責務アルコトヲ認メタルニ拘ラス上告人主張ノ損害賠償ノ請求ニ對シテハ論旨摘錄ノ如ク判示シテ之ヲ排斥シタルモノナルノミナラス上告人主張ノ不法行爲ノ併存ストノ點ニ付テハ證據伴ハサルヲ以テ肯認スルニ由ナシトシテ之ヲ排斥シタルモノナリ

2然レトモ上告人ハ被上告人カ右强制執行ヲ解放セサルカ爲差押物件ノ競賣ヲ阻止スル手段ヲ講スルニ必要ナル資金ヲ得ント欲シ自己ノ所有物ヲ急迫ノ間ニ廉價ニ賣却セサルヘカラサルニ立至リ普通價格ト現實ノ賣買價格トノ差額金二百圓ヲ損害賠償トシテ請求スルモノニシテ右ノ如キ損害ハ被上告人ノ債務不履行ニ因リ通常生スヘキ損害ト認ムヘキヲ以テ原判決カ假ニ上告人主張ノ如キ損害アリタリトスルモ法律上被上告人ニ於テ之ヲ賠償スヘキ義務ナシト判示シテ之ヲ排斥シタルハ失當ナルノミナラス前示確定セラレタル事實ニ依ルトキハ被上告人ハ少クトモ過失ニ因リ上告人ノ權利ヲ侵害シタル事實ヲ肯定スルニ足ルモノナルニ拘ラス證據伴ハサルコトヲ理由トシテ之ヲ排斥シタルハ失當タルヲ免レス（大審院昭和七年才四三三號同年一一月一日判決法律新聞社編大審院裁判例〔六〕民事二九五頁）

◎執行不能ノ豫見ト賠償請求ノ採否

一〔上告論旨〕假ニ甲第一、二號證ノ成立眞正ニシテ上告人ニ抵當權抹消ノ義務アリトスルモ原審ハ被上告人ノ選擇的主張タル時價相當ノ損害賠償請求ヲ認容シタルハ失當ナリ蓋被上告人ノ主張自體ヨリ觀ルモ本件不動產ハ今尙被上告人ノ所有ニシテ之ニ附著セル抵當權ノタメニ競賣ニ付セラレ所有權ヲ喪失シタリトノ事實ニアラス本來民事訴訟手續ニ於テ選擇給付請求ヲ認ムルハ第一段ノ基本債權ニ對應スル給付カ執行不能ニ歸シタル時ハ之ヲ損害賠償債權ニ轉換セシムルコトヲ許シタルニ過キス而モ該執行不能ハ上告人ノ行爲ニ基因スル場合ナラサルヘカラス然ルニ本件ノ基本請求タル抵當權抹消ハ抵當權者ノ同意アルニアラサレハ上告人一個ヲ以テ之ヲ爲シ能ハサル處ニシテ抵當權者ノ協力ヲ條件トスルコト事理上當然ナルヲ以テ該執行カ不能ナリヤ又不能ニ屬スルヤハ結局抵當權者ノ意思ニ依リ左右セラルル問題ナルヲ以テ右能否ノ確定ハ將來ノコトニ屬シ原判決當時確定セルモノニアラス依テ恐

ラク不能ナルヘシトノ豫想ノ下ニ被上告人ノ選擇請求ヲ認容スヘキモノニ非スシテ抵當權抹消請求ノミノ判決確定後執行不能ノ證明ヲ爲シタル後改メテ塡補賠償ノ請求ヲ爲シ得ヘキモノナルコト民法履行不能ニ關スル法則ノ解釋上疑ナキ處ナルニ拘ラス之ヲ許容シタルハ擬律錯誤ノ違法アリ依テ破毀ヲ免レスト云フニ在リ

二〔大審院〕依テ案スルニ本件不動產ニ付設定セラレタル所論抵當權ハ縱令之ヲ消滅セシムルコト能ハサリシトテ未タ必スシモ該不動產カ競賣ニ付セラレ被上告人カ之ニ因リ其ノ所有權ヲ喪失スルニ至ルモノト斷言スヘキニアラス從テ原審カ所論抵當權ヲ消滅セシムルコト能ハサル場合ノ補充的損害賠償トシテ該不動產ノ總價格ニ相當スル金額ノ支拂ヲ上告人ニ命シタルハ其ノ失當ナルコト明白ナルヲ以テ論旨ハ理由アリト云フヘク原判決ハ此ノ點ニ於テ全部破毀ヲ免レサルモノトス

（大審院昭和七年オ五八三號同年一一月一五日判決法律新聞社編大審院裁判例〔六〕民事三一五頁）

◎執行ノ能否ト判決請求權（三續民四一四條）

◎將來ノ履行不能ニ對スル賠償請求

一〔大審院〕1原判決カ上告人ノ請求ヲ排斥スル理由トシテ引用セル第一審判決ノ說示スル所ニ依レハ上告人ハ被上告人先代佐五兵衛ヨリ金二百五十圓ヲ借受ケ之カ辨濟ノ擔保トシテ

本件家屋ヲ同人ノ所有名義ト爲シ置キ辨濟アリタルトキ改メテ同人ヨリ上告人ニ對シ所有權移轉登記ヲ爲スヘキコトノ特約成立シタルモノニシテ上告人ハ今尙債務ヲ完濟セサルヲ以テ佐五兵衛ノ家督相續人タル被上告人ニハ移轉登記ヲ爲スヘキ義務アルモノニ非ス從テ斯ル義務ノ履行不能トナレルコトヲ理由トシテ上告人カ損害賠償ヲ求ムルハ失當ナリト云フニ在リ

2然レトモ右認定ノ如キ特約アル場合ニ在リテハ債務未タ完濟セラレストモ將來完濟サレタル曉ニハ被上告人ハ移轉登記ヲ爲スヘキ義務アリテ其ノ義務タルヤ結局債務ノ完濟ナルコトヲ以テ期限トセルモノト解セサルヘカラス從テ債務完濟ナキ間ハ被上告人ニ於テ移轉登記ヲ爲スニ及ハサルニ過キスシテ若シ上告人ノ原審ニ於テ主張セルカ如キ事實卽上告人ニ於テ該家屋ヲ他人ニ讓渡シ移轉登記迄爲シ了レル事實アルニ於テハ被上告人ハ上告人ニ對シ後日完濟セラルルトモ上告人ニ對シ移轉登記ヲ爲スコトヲ得サルヘキ狀態ヲ惹起セルモノナルカ故ニ此ノ點ヨリシテ被上告人ハ上告人ニ對シ損害賠償ノ責任ナシト云フヲ得サルヘシ然ラハ原審カ斯ル責任ナシトシテ上告人ノ本訴請求ヲ排斥セルハ違法ト云ハサルヘカラス

（大審院昭和六年オ三五八號同年一〇月二八日判決法學一卷三號一三九頁）

◎賃借家屋ノ燒失ト返還不能ノ立證

一〔大審院〕1按スルニ被上告人カ上告人ヨリ本件二棟ノ木造瓦葺家屋ヲ外數棟ノ家屋ト共ニ賃借シ工場設備ヲ爲シリイシヤツ、カラー類製造ヲ業トシ居リタルコト竝昭和四年八月九日夜二棟ノ家屋カ失火ニ依リ全燒シタル爲賃借人トシテ同家屋返還義務ノ履行不能ニ陷リタルコトハ原判決ノ確定セル事實ナリ而リ然シテ履行ノ不能カ債務者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因ルモノナリヤ否ノ爭點ニ付テハ債務者ニ於テ自己ノ責ニ歸ス可キ事由ニ因ルモノニ非サルコトヲ證明スルノ責任アルモノナルカ故ニ〔大正十三年（オ）第五六九號同十四年二月二十七日當院判決參照〕

2本件ニ於テ賃借人タル被上告人カ履行不能ノ責ヲ免レントスルニハ自己ノ責ニ歸ス可カラサル事由ノ爲本件家屋燒失シ返還不能ニ陷リタルコトヲ立證スルノ要アルヤ論ナシ然ルニ原判決ハ本件家屋ニ對スル防火ノ設備ハ約旨上賃借人タル被上告人ニ於テ負擔スルモノナリト斷シナカラ進ンテ履行不能ニ關スル過失ノ有無ヲ判示スルニ際リ賃貸人タル上告人ノ提出ニ係ル甲第二號證其ノ他同人ノ援用シタル人證ハ孰レモ本件失火ノ原因カ被上告人ノ防火設備ノ不完全ニ基クモノナルコトハ的確ニ證明スルノ資料タラサルモノナル旨說示シ結局被上告人カ賃借人トシテ善良ナル管理者ノ注意ヲ怠リタルコトノ證明ハ賃貸人タル上告人ヨリ十分ニ之ヲ爲ササルモノナリトノ見地ノ下ニ上告人ノ本訴請求ヲ排斥シタルモノニシテ是レ正シク履行ノ不能ニ關スル擧證責任ノ法則ヲ誤リタルモノト謂ハサルヲ得ス

3尤モ原判決ハ叙上ノ趣旨ヲ判示シタル外證據ニ依リ「本件工場ノ一部中二階乾燥室ヲ貫通スルボイラーノ煙突及漂白用釜ノ煙突ニハ金網ヲ以テ周圍ヲ張リ圍ラシ乾燥物體トハ直接ニ接觸セサル裝置アリ、又兩煙突ノ屋根ニ接スル部分ニハトタン板石綿土等ヲ以テ引火ヲ防止スルノ設備アリ兩煙突共相當ノ高度ヲ有シタルコトヲ推認スルニ難カラス」ト附加說明セルモ若シ本件ノ煙突ノ高サカ防火ノ設備トシテ適當ナラサルモノナルニ於テハ被上告人ハ本件工場ノ經營者トシテ拂フヘキ注意力ニ缺ルトコロナシト云フヲ得サルヘク而モ同煙突ハ屋上何程ノ高サヲ有セルモノナルヤ又何程ノ高サヲ以テ相當ト爲スヘキヤハ當事者間ニ爭アリタルモノナルカ故ニ同煙突ノ高サヲ具體的ニ明示スルニ非スンハ自ラ同煙突ノ高サカ本件工場ノ防火設備トシテ相當ナリト認ムヘキヤ否ヲ判斷シ得サル筋合ニ屬ス然ルニ原院ハ前叙ノ如ク此點ノ判示ヲ爲スコトナク漫然相當ノ高サノ煙突トノミ說明シテ防火設備不完全ニアラストノ一認定資料ト爲シタルハ到底理由ノ備ハラサル

モノアルヲ免レサルモノトス之ヲ要スルニ原判決ハ履行ノ不能ニ關スル擧證責任ヲ顚倒シ若ハ理由不備ノ違法アルモノニシテ此ノ點ニ於テ破毀ヲ免レサルモノトス（大審院昭和六年才三一八〇號同七年五月一七日判決法律新聞社編大審院裁判例〔六〕民事一四六頁）

◎遲滯ノ宥恕ト賠償請求權ノ否定

一〔大審院〕被上告人カ當初其ノ履行ヲ遲延セシ際上告人ハ寧ロ契約ノ解除ヲ欲セス荷物ノ送付ヲ希望シ更ニ荷送先等ヲ指圖シ其ノ送付ヲ促シタルカ爲被上告人ハ其ノ指定ニ從ヒ荷物ヲ發送スルニ至リタルモノニシテ卽チ上告人ハ被上告人ノ右遲滯ノ責ヲ宥恕シ目的物ノ引渡ヲ得ルヲ以テ滿足スルノ意思ナリシコトハ甲第一號ノ一ニ依リ認メ得ラレサルニ非サレハ原審カ此ト同一趣旨ニ出テ右遲延ヲ理由トスル上告人ノ損害賠償ノ請求權ヲ否定シタルハ相當ナリ（大審院大正一二年才八三號同年三月二六日判決法律新聞二一三九號一七頁）

◎商行爲ニ基ク賠償請求カ否カノ判定

一〔大審院〕案スルニ原裁判所ハ本件ノ損害賠償請求權ヲ以テ契約不履行ニ因リテ發生シタルモノニアラスシテ契約解除ニ因リテ發生シタル民法上ノ債權ナリト認定シタレトモ其認定ノ基本ト爲リタル甲第一號證ヲ査閲スルニ其文面ニハ上告人ヨリ被上告人ニ本件ノ地所ヲ賣渡シ內金五百圓ヲ受取リタルコト竝ニ殘金ノ支拂登記申請ニ付キ一種ノ約束ヲ爲シタルコトヲ記載シタル後「若シ萬一違約致候節ハ違約損害金トシテ內入金ノ一倍卽チ金一千圓也ヲ貴殿（被上告人）ヘ支拂可申候云々」ト記載シアルニ徵スレハ上告人カ賣買契約ノ履行ニ付キ違約シタルトキハ違約ニ因リテ生スヘキ損害金トシテ豫定シタルモノヲ被上告人ニ支拂（其支拂ニ付キテ賣買契約ノ解除ヲ必要トスルヤ否ヤハ別個ノ問題トス）フヘキコトヲ約束シタル趣旨ナリト解スルヲ相當トス從テ原判示ノ如ク本件ノ賣買契約カ上告人ニ對スル關係ニ於テ商行爲ナリトスレハ其商行爲ノ債務ノ不履行ニ因リテ生スヘキ前示豫定損害金ノ債權モ商行爲ニ因リテ生シタル債權ナリト云フヘク從テ商法第二百八十五條ノ短期時效ニ因リテ消滅スヘキモノトス然ルニ原裁判所カ甲第一號證ノ明記ニ反シテ被上告人ノ本件損害賠償請求權ハ契約ノ不履行ニ因リテ發生シタルモノニアラスシテ契約ノ解除自體ニヨリテ發生シタル民法上ノ債權ナリト解シタルハ證書ノ解釋ニ關スル經驗法則ニ違背シタルモノニシテ原判決ハ此點ニ於テ破毀ヲ免レス（大審院大正九年才二〇八號同年七月二〇日判決法律新聞一八〇二號二二頁）

◎一事再訴ノ損害賠償ノ請求

一〔大審院〕確定判決ノ效力ハ其確定シタル事項ニ關シテハ新ナル訴訟ニ於テ當事者ヲ覊束スルニ在ルモノトス而シテ本件ニ付キ原院ノ認定シタル事實ニ依レハ上告人ハ最初被上告人ニ對シ保證債務ノ履行トシテ石炭代金ノ支拂ヲ請求スル訴ヲ提起シ其訴訟ニ於テ上告人ハ保證債務ヲ否定スル理由ノ下ニ敗訴ノ判決ヲ受ケ其判決確定シタルモノナルヲ以テ上告人ハ新ナル訴訟ニ於テ右保證債務ノ存在ヲ主張スルコトヲ得サルモノトス然ルニ本訴請求中財產權侵害ニ關スル部分ハ右保證債權ノ存在ヲ前提トシ其權利ノ侵害セラレタルコトヲ理由トシテ損害ノ賠償ヲ求ムルニ在ルモノナレハ原院カ前記確定判決ノ效力ニ依リ保證債權存在ノ事實ヲ認ムル能ハサルモノトシ其結果上告人ノ請求ヲ理由ナシトシテ却下シタルハ洵ニ正當ト謂ハサルヲ得ス（大審院大正三年才五三八號同年五月一七日判決法律新聞一〇三二號二四頁）

◎賠償請求ノ排斥ト判斷ノ遺脫

一〔大審院〕案スルニ附帶上告人ハ原審ニ於テ相手方カ約定ノ期日ニ本件汽船ノ引渡ヲ爲スコト能ハサリシハ造船職工ノ爭奪ニ付相手方カ利益分與等ノ相當ノ注意ヲ怠リタルニ原因セルコトヲ主張シタルコトハ記錄上明カナルヲ以テ原裁判所ハ其主張事實ニ付キ判斷ヲ爲ササルヘカラサルニ此點ニ關シ何等ノ判斷ヲ爲サスシテ附帶上告人ノ損害賠償ノ請求ヲ排斥シタルハ失當ナリ（大審院大正九年才八〇八號同一〇年二月二二日判決法律新聞一八三二號一九頁）

第四百十六條　【損害賠償ノ範圍】

1 損害賠償ハ請求ハ債務ノ不履行ニ因リテ通常生スヘキ損害ノ賠償ヲ爲サシムルヲ以テ其目的トス

2 特別ノ事情ニ因リテ生シタル損害ト雖モ當事者カ其事情ヲ豫見シ又ハ豫見スルコトヲ得ヘカリシトキハ債權者ハ其賠償ヲ請求スルコトヲ得

◎賠償額ニ關スル諸問

一　「不履行ノ賠償額ニ關スル判例」ハ當該各事項ノ章節中ニモ輯錄セリ（編者）

二　不法行爲ノ賠償額ニ關スル諸問（三續民七〇九條）

三　不法行爲ノ賠償範圍ト本條ノ準用（本條後出一〇一七頁）

四　損害賠償額ノ計算（續民法一〇八六頁）

五　損害賠償額ノ算定地（續民法一〇八九頁）

六　損害賠償請求權ノ範圍（二續民四四六頁）

七　通常生スヘキ損害ノ賠償（本條後出一〇一八頁）
八　將來被ムル損害額算定ノ標準（續民法一〇八九頁）
九　損害額ノ爭ト債權內容ノ確定（三續民四六六條「讓受債權ノ內容ノ確定」參看）
一〇　履行遲延及履行不能ノ賠償請求（二續民四四八頁）
一一　契約解除後ニ發生シタル損害ノ賠償（二續民四四七頁）
一二　青麻ト市價（續民法一〇八六頁）
一三　電話線ノ時價（續民法一〇八六頁）
一四　冒認被害者ノ賠償請求權ノ範圍（二續民四五一頁）
一五　修補不能ト價格全部ノ賠償（二續民四五〇頁）
一六　損害ノ標準ト三十五ヶ月ノ賣上高（本條後出一〇二〇頁）
一七　羽二重ト歐洲向一等品タル推定（本條後出一〇二〇頁）
一八　粮ノ消費貸借ト不履行ノ損害額（二續民四五一頁）
一九　賃貸物ノ賣却ト賃借人ノ損害額（三續民六一一條）
二〇　使用收益ノ喪失ニ對スル賠償ノ請求（二續民四四六頁）
二一　家屋不使用ト損害額（續民法一〇八六頁）
二二　家屋明渡ノ遲滯ト損害額（二續民四五一頁）
二三　損害賠償ト請負純益金ノ割合（續民法一〇八六頁）
二四　辯護士費用ト損害賠償ノ請求（三續民七〇九條）
二五　賠償額ニ關スル示談契約ノ解釋（本條後出一〇二一頁）
二六　名譽毀損ノ損害額ノ量定權（三續民七二三條）

二七　株券ノ喪失ト損害賠償額ノ標準（二續民四五一頁）
二八　貨物ノ濡損ト損害算出ノ基準（本條後出一〇二二頁）
二九　運送品ノ延著ト賠償額ノ算定（二續商一六六八頁）
三〇　運送品ノ滅失ト賠償額ノ算定（二續商一六六七頁）
三一　船舶買主ノ賠償請求權ノ範圍（本條後出一〇二二頁）
三二　假處分又ハ差押中ノ二重讓渡ト損害有無（本條後出一〇二五頁）
三三　特許出願權ノ相當價格（本條後出一〇二六頁）
三四　生搗布、干搗布ノ減量率及製灰率（二續民四五二頁）
三五　人力車夫ノ收入ヲ定ムル標準（二續民四五二頁）
三六　特別事情ニ因ル損害賠償（本條後出一〇二六頁）
三七　轉賣ニ因ル特別損害ト其ノ豫見（本條後出一〇二九頁）
三八　騰貴利益ノ喪失ニ因ル賠償（本條後出一〇三一頁）
三九　市價暴落ト損害賠償ノ範圍（本條後出一〇三二頁）
四〇　特別損害ノ立證不備ト通常損害ノ判決（續民法一〇八五頁）
四一　損害額ノ判定ト裁判所ノ職責（二續民四五三頁）
四二　賠償額判定ノ失當（二續民四五二頁）
四三　損害發生ノ認定ト數額審理ノ不盡（本條後出一〇三四頁）
四四　賠償金額ノ不明ト釋明權ノ行使（本條後出一〇三五頁）
四五　賠償額ニ關スル理由不備ノ判決（本條後出一〇三六頁）

餘　錄

1 訴訟中損害額ノ擴張ト遲滯ノ時期（三續民四一二條九八九頁）
2 目的物ノ一部除外ト違約金額ノ遞減（三續民四二〇條）

◎不法行爲ノ賠償範圍ト本條ノ準用

一〔臺灣高〕1 案スルニ民法第四百十六條ノ規定ハ不法行爲ニ因ル損害賠償ニ準用セラルルモノト解スルヲ相當トスルヲ以テ不法行爲ニ因ル被害者ノ損害賠償請求權ノ範圍ハ其ノ不法行爲ニ因リテ通常生スヘキ損害ノ程度ヲ標準トシ特別ノ事情ニ因リテ生シタル損害ハ不法行爲ノ當時當事者カ之ヲ豫見シ又ハ豫見シ得ヘカリシ場合ニ非サレハ之ヲ請求スルコトヲ得サルモノトス然レハ土地ノ所有者カ其ノ土地ヲ他人ニ不法ニ占有セラレタルニ因テ得ヘカリシ利益ヲ喪失シタリトシテ損害ノ賠償ヲ求ムル案件ニ於テ土地ノ所有者カ現ニ其ノ土地ヲ占有シ一定ノ農作物ヲ耕作セル場合ニ他人ヨリ其ノ占有ヲ奪ハレタルモノナルトキハ其ノ耕作ニ因テ得ヘカリシ利益ハ卽通常生スヘキ損害ナリト謂フコトヲ得ヘシト雖土地ノ所有者カ自ラ其ノ土地ヲ占有セサルトキハ之ヲ他人ニ賃貸シテ得ヘキ賃料コソ通常生スヘキ損害ニシテ土地所有者カ之ヲ耕作シテ得ヘキ利益ハ特別ノ事情ニ因リテ生スヘキ損害ナリト謂ハサルヘカラス

2 本件ニ在リテハ被上告人等ハ本訴ノ土地ヲ賣買ニ因リテ取得シタルトコロ上告人ハ該土地ノ一部ヲ不法ニ占有收益シ居リテ之ヲ被上告人等ニ引渡ササルヲ以テ之カ引渡ヲ請求シ且被上告人カ右土地ニ甘蔗ヲ栽培スルトキハ年金五十三圓七十錢以上ノ純益アルヲ以テ之ヲ上告人ノ不法占有ニ因リ喪失シタル利益トシテ請求スト謂フニ在ルコト原判決ノ事實摘示竝之ニ引用セル第一審判決事實摘示ニ徵シテ明瞭ナリ然レハ被上告人等カ係爭土地ヲ現ニ耕作中上告人カ其占有ヲ侵奪シタル場合ニアラサルヲ以テ被上告人等カ上告人ノ不法占有ニ因リ蒙リタル通常生スヘキ損害ハ係爭土地ヲ他人ニ賃貸シテ得ヘキ賃料ニ相當スルモノト謂フヘク被上告人主張ノ前叙損害ハ特別ノ事情ニ因リ生スヘキ損害ナリト謂ハサルヘカラス然ラハ被上告人等カ係爭地ニ甘蔗ヲ栽培スヘク準備シタルカ如キ特別事情ヲ主張シ且之ヲ立證スルニ非サレハ被上告人等主張ノ特別ノ事情ニ因リ生スヘキ損害ノ賠償請求ハ之ヲ認容スル限リニ在ラス然ルニ原審ハ叙上特別ノ事情ノ有無ニ付審理スルコトナク直ニ係爭區域ノ耕作ニ因リ（原判決引用ノ鑑定書ニ徵スレハ甘蔗ノ耕作ト認メタルモノノ如シ）得ヘキ一箇年ノ純益ハ一甲當リ年百五十圓ト認ムルヲ相當トシ被上告人ノ損害賠償請求ヲ是認シタルモノニシテ審理不盡若ハ理由不備ノ不法アリ原判決中損害金ノ支拂ヲ上告人ニ命シタル部分ハ破毀ヲ免レサルモノトス（臺灣高等法院昭和六年上民一三

八號同年八月一九日判決臺法月報二六卷九號三九頁●法律評論二一卷民法九九三頁）

二　不法行爲ノ賠償範圍ト本條ノ準用（二續民四四六頁）

◎通常生スヘキ損害ノ賠償

一〔東京地〕1被告ノ債務不履行ニ因リ原告ノ蒙リタル損害ノ數額ニ付キ按スルニ債務者ノ債務カ履行不能ト爲リタルニ因リ債權者ノ蒙ル通常ノ損害ハ反證ナキ限リ債務ノ本旨ニ從ヘル履行アリトセハ之ニ因リ債權者ノ取得スヘカリシ權利又ハ物ノ相當價格ナリト解スヘク而シテ本件ニ於テ原告ノ取得スヘカリシ權利ハ家屋ノ賃借權ニシテ原告ハ該借家權利ノ相當價格ハ右履行不能ト爲リタル當時ニ於テハ金七千圓ナリシ旨主張スレトモ成立ニ爭ナキ乙第一號證竝甲第五號證ニヨレハ本件賃貸借上ノ原告ノ賃借權モ亦之カ讓渡ニ付キ賃貸人タル被告ノ同意ヲ要スルモノナリシコトヲ窺知シ得ルヲ以テ當裁判所ハ鑑定人吉野安見竝ニ大村松太郎ノ各鑑定ノ結果ヲ斟酌シ金三千五百圓ヲ以テソノ相當價格ナリシモノト認定ス

2原告ハ尙被告カ前示約旨ニ從ヒ本件債務ヲ履行シタランカ原告ハ毎月金百圓ノ割合ニテ昭和三年十二月ヨリ昭和五年二月中迄ニ金千五百圓ノ利益ヲ得ヘカリシモノニシテコハ被告ニ於テソノ不履行前既ニ豫見シ又ハ豫見シ得ヘカリシモノナル旨主張シ證人長尾修ノ證言竝ニ原告代表者柴田正雄ノ供述ニ徵スレハ原告ハ前記家屋明渡前ニ於テハ一ヶ年ノ取引額金二十萬圓內外ニシテソノ純益金二萬圓內外ニ及ヒ居タルモ被告ノ本件不履行ニ因リ埼玉縣行田町ニ移轉中ハ餘儀ナク地方販賣ノミヲ爲シ居タル爲メソノ取引額竝ニ純益ハ執レモ約三分ノ二ニ減シタルコトヲ認メ得ヘク而シテ原告カ明治四十二年以來被告ノ借家人ナリシコト及ヒソノ借家ニ據リテ相當盛大ナル問屋營業ヲ爲シ居タルコトハ執レモ前記認定ノ如クナレハ被告ハ其債務不履行ニ因リ原告カ尠クトモソノ主張ノ如キ程度ノ損害ヲ蒙ルモノナルコトハ之ヲ豫見シ尠クトモ豫見シ得ヘカリシモノト認メサルヲ得ス而レトモ叙上認定ノ如ク被告ノ本件債務カ履行不能ト爲リタル後ニ於テハ被告ノ賃貸借上ノ債務ハ消滅スヘキヲ以テ之ニ因リ生スル損害賠償權ニ對スル遲延損害金ノ請求ヲ爲スハ格別賃貸借上ノ債務ノ不履行ニ因ル損害ノ賠償ヲ求メ得ヘカラサルヤ勿論ナリトス（東京地方裁判所昭和五年ワ五九二號同六年四月一七日判決法律新聞三二六三號七頁●法律評論二〇卷民法五五六頁）

二　物ノ返還不能ト賠償額ノ標準（次問）

三　解除後ニ生シタル損害ノ賠償（本條後出一〇一九頁）

四　船舶買主ノ賠償請求權ノ範圍（本條後出一〇二二頁）

五　通常生スヘキ損害ノ事例（三續民四一五條一〇一一頁「差押解放契約ノ不履行ト損害賠償」一ノ2參看）

六　通常生スヘキ損害ノ意義及實例（二續民四四六頁）

◎物ノ返還不能ト賠償額ノ標準

一〔大審院〕所有者ニ對シ物ノ返還義務ヲ負擔スル者カ其ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ返還不能トナリ所有權ヲ喪失セシメタル場合ニ於テハ所有者ニハ通常其ノ物ノ價額相當ノ損害ヲ生シ別段ノ事情ナキ限リ返還義務者ハ之カ賠償ノ責ニ任スヘキモノニシテ其ノ價額ヲ知リ又ハ知リ得ヘカリシモノナリヤ否ヤヲ問フヘキモノニ非ス（大審院昭和四年オ一二二八號同年一二月二七日判決法律新聞三〇八四號一二頁）

◎解除後ニ生シタル損害ノ賠償

一〔大審院〕1審按スルニ原審ハ債務不履行ニ因ル契約解除アリタル場合其ノ解除後ニ生シタル損害ハ常ニ特別事情ニ因リ生シタル損害ナリトシ上告人カ本訴ニ於テ其ノ賠償ヲ請求スル所ノ損害ハ總テ契約解除後ニ生シタルモノナルカ故ニ其ノ原因ト爲リタル特別事情ナ被上告人ニ於テ豫見シ又ハ豫見シ得可カリシ場合ニ非サレハ其ノ賠償ヲ請求シ得可キモノニ非ス然ルニ被上告人カ如上事情ヲ豫見シ又ハ豫見シ得ヘカリシコトハ之ヲ認ムルニ足ル證據無シトノ理由ニ依リ上告人ノ請求ヲ排斥シタルモノナルコト原判文上明白ナル所トス然レトモ契約解除後ニ生シタル損害ナレハトテ常ニ特別事情ニ因リテ生シタルモノナリト謂フヲ得サルハ多言ヲ俟ツ可キニ非サルヲ以テ原審カ前叙ノ如ク之ニ反スル見解ヲ以テ本件ニ臨ミタルハ畢竟法律ノ解釋ヲ誤リタルモノト謂ハサルヲ得ス

2加之上告人カ原審ニ於テ主張シタル所ハ上告人ハ曩ニ賃借居住中ナリシ本件家屋ヨリ現住ノ家屋ニ轉住セムコトヲ欲シ自ラ本件家屋ニ備付ケ居リタル建具其他ノ造作ヲ賣物ニ出シ居リタル中被上告人ニ於テ本件家屋ヲ其ノ家主ヨリ賃借シ同時ニ上告人對被上告人間ニ右建具其ノ他ノ造作ニ付賣買契約成立シ該契約ニ於テハ代金支拂時期ヲ昭和四年三月末日マテトシ上告人ハ被上告人ヨリ代金支拂ヲ受ケタルトキ右物件ヲ引渡シテ右家屋ヨリ立退クヘキコトニ約定シ上告人ハ現住ノ家屋ヲ其ノ家主ヨリ賃借シ同年四月一日ヨリ賃料ヲ支拂フコトト爲シ居リタル處約定ノ期日ヲ過クルモ代金ノ支拂無カリシヲ以テ被上告人ニ對シ期日ヲ定メタル履行ノ催告及不履行ヲ條件トスル解除ノ意思表示ノ外論旨揭記ノ如キ趣旨ヲモ記載シタル書面（甲第二號證ノ一）ヲ發送シ被上告人ハ之ヲ受領シタルニ拘ラス仍ホ所定期日マテニ履行ヲ爲ササリシニ因リ其ノ期日經過ト共ニ右賣買契約ハ解除ト爲リタリト云フニ在リタルコト原審口頭辯論調書ニ徵シ疑無キ所ナルト共ニ若

シ右上告人主張ノ如キ事實ナルトキハ被上告人ニ於テハ右催告期日マテニ代金支拂ヲ爲ササルトキハ上告人カ前記物件ヲ他ヘ賣却スルニ至ルヘク其ノ賣却代金モ約定代金ヨリハ安値トナルコトアルヘク又其ノ賣却ヲ了スルマテ之ヲ備付ケアル本件家屋ノ賃料ヲ既ニ轉住先トシテ賃借シ居リタル家屋ノ賃料ノ外餘分ニ支拂フノ止ム無キニ至ル可キコト卽チ原判示ノ如キ損害ヲ生スヘキ事情ヲ豫見シ居リタルモノ少クトモ之ヲ豫見シ得可キ關係ニ在リタルモノト謂ハサル可カラス然ルニ原審ハ他ニ上告人對被上告人間ニ上告人カ他ヨリ賃借居住中ノ家屋ニ備付ケ居リタル建具其ノ他造作ノ賣買契約成立シ其代金支拂及物件引渡ノ時期カ昭和四年三月末日ト約定セラレタリトノコトヲ確定シタルノミニテ爾餘ノ上告人主張事實ニ付テハ何等確定スル所無ク輒ク被上告人カ本件損害ノ發生シタル事情ヲ豫見シ又ハ豫見シ得可カリシコトノ立證無シト爲シタルモ亦其ノ審理ニ足ラサル所アルモノト謂フ可シ論旨ハ理由アリ原判決ハ破毀ヲ免ルルヲ得ス（大審院昭和六年才一二五三號同七年二月二四日判決法律新聞社編大審院裁判例〔六〕民事三六頁・法學一卷七號一〇九頁）

二　契約解除後ニ發生シタル損害ノ賠償（二續民四四七頁）

◎損害ノ標準ト三十五ヶ月ノ賣上高

一〔大審院〕本件ノ請負年限ハ三十五ヶ月ニシテ又請負高ハ二千五百圓三厘ナルコト原裁判所ノ確定シタル事實ナリ故ニ損害ヲ計算シテ本件ノ請負高カ最低入札額ヨリ僅カニ五十圓ヲ超過スルニ止マルヲ相當ナリト認定スルニハ三十五ヶ月分ノ賣上高ヲ標準ト爲ササルヘカラサルコト固ヨリ當然ナリ然ルニ原裁判所ハ事茲ニ出テスシテ前示ノ如ク一ヶ年分ノ賣上高ヲ標準トシテ損害ヲ計算シ上告人ニ敗訴ノ判決ヲ爲シタルハ所論ノ如ク失當ニシテ到底破毀ヲ免レサルモノトス（大審院大正六年才八二八號同七年三月二七日判決法律新聞一四一三號三四頁）

◎羽二重ト歐洲向一等品タル推定

一〔大審院〕案スルニ第一審證人諸新平ノ供述ハ實ニ論旨摘錄ノ如シト雖原判決ハ同供述ノ要旨ヲ摘示シタルモノト解シ得ラレサルニ非サルヲ以テ供述ノ趣旨ヲ誤認シタリト謂フヲ得ス然レトモ其ノ供述ト羽二重ノ歐洲向一等品タルコトヲ明示セサル數通ノ電報ヲ以テ交涉ヲ重ネタル事實トヲ綜合ストモ原判決ノ如ク當事者間ニハ自ラ歐洲向一等品タルコト判明シ居タルモノト推定スルヲ得ス何トナレハ其ノ電報ニハ輸出先品等ノ明示ナク右證人ハ本件賣買ノ目的タル羽二重カ歐洲向一等品タルコトノ趣旨ヲ供述セスシテ唯一般的亞米利加向ナルカ歐洲向ナルカ一等品ナルカ二等品ナルカヲ明示セストモ取引上差支ナキ旨ヲ供述シタルニ止マリ斯ノ如キ推定ヲ爲スヘキ證據上ノ根據ナキヲ以テナリ從テ原判決カ叙上ノ如ク本件ノ羽二重ハ歐洲向一等品ナリト認定シ之ニ基キテ被上告人ノ請求ヲ是認シタルハ採證ノ法則ニ違背シタルモノトス（大審院大正一一年才六六五號同一二年二月八日判決法律新聞二一一五號一九頁）

◎賠償額ニ關スル示談契約ノ解釋

一〔大審院〕1他人カ其ノ債務ノ擔保ト爲シタル抵當宅地ヲ買受ケタル上告人カ更ニ之ヲ買受ケタル者ニ於テ該地上ノ立木ヲ伐採シタル爲抵當權者タル被上告人ヨリ告訴セラレタルノミノ關係ヨリ其ノ告訴取下ノ示談ヲ爲スニ付右伐採ニ因リ抵當宅地ノ價格低落シタル損害額ノ限度ニ於テ抵當權者タル被上告人ニ對シ他人ノ債務ノ一部引受ヲ爲スコトハ敢テ異トスルニ足ラスト雖右損害額ニ數倍スル他人ノ手形金及約定損害金債務ノ全額ノ範圍ニ於テ競賣賣得金不足額支拂ノ債務ヲ負擔スルカ如キコトハ異例ニ屬シ若シ斯ル事實アリトセハ其ノ間特別ノ事情存セサルヘカラス

2然ルニ原審ハ本件示談契約ハ前示伐採セラレタル立木ノ價額ノ範圍内ニ於テノミ被上告人ニ對シ辨償ヲ約シタルモノナルヨ旨ノ上告人ノ抗辯ニ對シ甲第一號證ノ本件契約書ノ文面ニ徵スルモ右上告人ノ主張ノ如キ制限ナキコトヲ認ムルニ難カラサルヲ以テ右抗辯ハ之ヲ排斥スル旨ヲ判示ス仍テ右甲第一號證ヲ査閲スルニ先ツ「貴殿ニ抵當權設定アル舘野興農園宅地ニ生立シアル立木伐採ニ關シ」ト冒頭シ次ニ賣得不足金ノ支拂ニ付辨償ナル文字ヲ用ヒ末尾ニ「今般告訴取下ノ示談相願候ニ際シ右約束候也」ト記載ス左レハ右甲第一號證ノ記載ノ全趣旨ニ依リ上告人カ被上告人ヲシテ前記立木伐採ニ付テノ告訴取下ヲ爲サシムルニ付示談トシテ右伐採ニ關シ其ノ損害辨償ノ意味ニ於テ從テ其ノ損害ノ限度ニ於テ抵當宅地競賣賣得金不足金ノ支拂ヲ被上告人ニ對シテ約束シタルモノナルコトハ之ヲ認メ得ヘケンモ右伐採ニ因ル損害額ノ限度ニ止マラス訴外舘野四方七其ノ他ノ者ノ債務ニ屬スル右損害額ニ數倍スル本件手形金及約定損害金ノ全額ニ付上告人カ其ノ債務ヲ負擔スル趣旨ニ於テ競賣不足額ノ支拂ヲ約シタルモノトハ到底之ヲ認メ難シ然ラハ則チ原審カ前示特別ノ事情ノ存否ニ付何等判示スル所ナクシテ漫然右摘錄ノ如ク說示シ上告人ノ該抗辯ヲ排斥シタルハ甲第一號證ノ趣旨ニ反シ不當ニ事實ヲ確定シタルカ又ハ理由不備ノ違法アルモノトス（大審院昭和六年才一九一七號同七年五月一〇日判決法律新報二九二號一〇頁）

◎貨物ノ濡損ト損害算出ノ基準

一〔大審院〕硝子製品ト雖荷造ノ儘海水ニ浸ルニ於テハ商品トシテ多少ノ價格ヲ減スルニ至ルコトハ實驗則上疑ナシ次ニ本件ノ如ク受託貨物ニ濡損ヲ生シタルトキハ濡損後ノ競賣價額カ濡損前ノ價額ニ達セサルトキハ其ノ差額ヲ以テ所謂通常生スヘキ損害算出ノ基準ト爲スヲ相當トス（大審院昭和六年オ三二八九號同年九月一一日判決法學一卷二號九八頁）

◎船舶買主ノ賠償請求權ノ範圍

一〔事　實〕上告人（控訴人、原告）請求ノ要旨ハ上告人ハ被上告人（被控訴人、被告）ヨリ大正六年七月六日附賣買契約ニ基キ汽船霧島山丸（重量積載總量噸數七千三百噸船籍港釜山）一艘ヲ代金四百四萬圓ニテ買受ケ契約保證金ヲ八十萬圓ト定メ即日之ヲ被上告人ニ交付シ船舶引渡ハ同年十一月一日ヨリ同年十二月三十一日迄ノ間ニ神戸港ニ於テ雙方立會船底檢査ノ上之ヲ爲シ同時ニ之カ所有權移轉登記ニ必要ナル書類ト引換ニ賣買代金四百四萬圓ヨリ前記保證金八十萬圓ヲ差引キタル殘金ヲ神戸市ニ於テ支拂フヘキコトヲ約シタリ然ルニ被上告人ハ本船引渡期間タル前示大正六年十一月一日ヨリ十二月三十一日迄ノ間ニ之カ引渡ヲ爲サス漸ク大正七年三月二十日ニ至リ引渡ヲ爲セルモノニシテ上告人ハ右被上告人ノ引渡遲延ニヨリ下ノ如キ損害ヲ被リタリ即チ本船ハ一ケ月重量噸一噸ニ付三十一圓當リ七千三百噸ニ付二十二萬六千三百圓ハ上告人カ他ニ傭船シテ得ヘカリシモノニシテ大正七年一月一日ヨリ同年三月二十日迄七十九日間ノ傭船料五十九萬五千九百二十三圓三十三錢其ノ内經費七十九日分十一萬一千三百二圓二十二錢ヲ差引キ尙賣買殘金三百二十四萬圓ニ對シ七十九日分ニ對スル年六分ノ利息四萬二千七十五圓六十一錢ヲ控除スルトキハ四十四萬二千五百四十五圓五十錢トナル是上告人カ被上告人ノ引渡遲延ニ因リ被リタル損害ナリ尤モ上告人ハ本件船舶ヲ大正六年十二月三十一日被上告人ヨリ引渡ヲ受クルト同時ニ之ヲ引渡ス約定ニテ神棧汽船株式會社ニ轉賣スルコトヲ約シ大正七年一月十日附契約證書ヲ作成シタルハ事實ナルモ前示十二月三十一日迄ニ本船ノ引渡ヲ受ケタリトセハ其ノ上ニ支配權ヲ得ル結果自由ニ傭船其ノ他ノ方法ニ依リ之ヲ利用シ得ルモノナリ上告人カ之ヲ利用スルコトカ轉買主ナル神棧汽船株式會社ノ相對的關係ニ於テ債務ノ不履行トナルヘキ事情アリトスルモ斯ル事情ハ上告人ト右會社トノ間ニ於ケル別個ノ關係ニシテ之カ爲其ノ利用ノ可能ナル事實ヲ妨クルモノニアラス蓋シ上告人ハ傭船スルヲ以テ利益ナリトセハ同會社ト協定シテ又ハ爲サスシテ事實上傭船ニ供シ得ルモノナレハナリ上告人カ約定ノ期日ニ本船ノ引渡ヲ受ケタル場合ニ於テ直ニ之ヲ訴外會社ニ引渡スヘキ債務ヲ負擔セルヤ否ハ上告人ノ内面ニ存スル主觀的事情ニシテ外界ヨリ臆測スヘキ事項ニ非ス本船ノ利用ヲ妨ケラルヘキ客觀的故障例ヘハ法律ノ禁止若ハ事實不能ノ如キ故障ノ存セサル限リ上告人ハ之ヲ利用スルハ法律上及事實上可能ナリ既ニ利用ノ可能ナル以上他人トノ間ニ如何ナル關係ヲ惹起スルコトアルモ上告人ノ被上告人ニ對スル關係ニ於テ本船利用可能ノ事實トハ何等關係ナシ上告人ハ得ヘカリシ利益喪失ノ賠償ヲ求ムルモノナレハ此ノ損失ノ有無ハ正當ノ時期ニ引渡アリタル場合ニ上告人ノ利用カ客觀的ニ可能ナリシヤ否ニ依リテ決スヘク後日上告人カ船舶ノ引渡ヲ受クルト同時ニ之ヲ轉賣先ニ引渡シタル事實ノ如キハ被上告人ノ引渡遲延中ニ於テハ未定ノ事實ナレハ此ノ後ノ事實ニヨリ上告人カ引渡ヲ受クルモ自ラ利用シ得サリシモノト爲スヘカラス又上告人ハ被上告人ニシテ約旨ニ從ヒ大正六年十二月三十一日ヨリ少クトモ二週間前ニ本船引渡ノ豫告ヲ爲シ遲クトモ最終日ニ引渡ヲ完了シタリトセハ轉賣契約ヲ爲ササリシヤモ知ルヘカラスシテ寧ロ之ヲ傭船ニ供シテ利益ヲ得ルコトヲ期待セシモノナリ要スルニ上告人ハ引渡期日ニ引渡不能ナル旨ノ通知ヲ受ケ期日ニ引渡遲延スルコトノ確定セル事情ノ下ニ他日船價ノ暴落センコトヲ慮リ他ニ轉賣スルニ至リタル、モノナリ故ニ斯ノ如キ引渡遲延ナカリセハ締結セサルヘカリシ轉賣契約ノ條項ニ因リ被上告人ノ引渡遲延ニ因リ上告人カ本船利用ノ利益ヲ失ヒタルヤ否ヲ決シ得ヘキモノニアラスト云フニ在リ

被上告人答辯ノ要旨ハ當事者間ニ汽船霧島山丸ニ付上告人主張ノ如キ賣買契約ノ成立シタルコト右汽船カ大正七年三月二十日上告人ニ引渡サレタルコトハ爭ハサルモ被上告人ハ右引渡ニ關シ遲滯ノ責ニ任スヘキモノニアラス蓋本船ハ賣買契約當時外國人カ所有者ヨリ傭船シテ現ニ歐米航路ニ使用シ居ルコトハ上告人モ熟知シ居リタルトコロナルヲ以テ當事者雙方ハ其ノ返船期ニ相當ノ猶豫ヲ見込ミタル大正六年十一月一日ヨリ翌月三十一日迄ニ引渡期間ヲ定メタルモノナリ然ルニ當時歐洲戰爭中ニテ歐米ニ於ケル船舶ノ供給逼迫セル傭船者ハ出來得ル限リ本船ヲ利用セントシ所有者ヨリ返船ヲ請求シタルモ應セス其ノ利用ヲ繼續シ遠隔ノ地ニ在ル所有者ハ如何トモスルコト能ハス爲ニ被上告人ハ本船ノ引渡ヲ遲延シタルモノナレハナリ假ニ被上告人ニ履行遲滯ノ責任アリトスルモ上告人ハ右履行遲滯ノ爲損害ヲ被リタルコトナシ上告人ハ金融硬塞セルト將來船價暴落ノ危險アルトニ鑑ミ最終ノ引渡期限タル大正六年十二月三十一日ニ金八萬圓ノ利益ヲ得テ本船ヲ他ニ轉賣シ被上告人ヨリ引渡ヲ受クルヤ即時之ヲ轉賣主ニ引渡スヘキ旨ヲ約シタルヲ以テ大正七年一月一日以後本船ヲ傭船ノ目的ト爲シ利益ヲ受クル機會ナカリシモノナルカ故ニ傭船契約ニ因リ受クヘキ利益ヲ失ヒタリト稱スル本訴請求ハ失當ナリト云フニ在リ

原院ハ上告人ト被上告人トノ間ニ其ノ主張ノ如ク汽船霧島山丸ニ付賣買契約ノ成立シタルコト被上告人ハ其ノ約定ノ期日タル大正六年十二月三十一日迄ニ引渡ヲ爲ササリシコトヲ認メ而モ同日上告人ハ該汽船ヲ被上告人ヨリ引渡ヲ受クルヤ即日之ヲ神棧汽船株式會社ニ引渡ヲ爲ス約定ニテ同會社ニ轉賣シタルモノナレハ上告人ハ被上告人ヨリ引渡ヲ受クルモ自ラ傭船ヲ爲スコトヲ得サリシモノナリ而シテ上告人カ前示會社ニ轉賣シタルハ被上告人ヨリノ引渡遲延ニ基クモノニ非スシテ船價ノ暴落ヲ恐レタルニ基因スル

モノナレハ上告人ハ毫モ損害ヲ被リタルモノニアラストノ理由ノ下ニ上告人ノ請求ヲ棄却シタルモノナリ

二〔大審院〕1船舶ヲ買受クル者ハ之カ引渡ヲ受ケタランニハ船舶利用ノ普通ノ方法トシテ之ヲ他ニ傭船シ因テ以テ利益ヲ收メントスルモノナルニヨリ賣主カ約定ノ期日ニ引渡ヲ爲ササルトキハ買主ハ該船舶ヲ他ニ傭船スル事ヲ得サルノ結果利益ヲ收ムル事ヲ得サルハ勿論ニシテ買主ノ此ノ得ヘカリシ利益ノ喪失ハ所謂債務ノ不履行ニ因リテ通常生スヘキ損害ニ該當シ買主ハ賣主ニ對シテ之カ賠償ヲ請求シ得ヘキハ言ヲ俟タスト雖買主ニ於テ更ニ該船舶ヲ他ニ轉賣シ賣主ヨリ之カ引渡ヲ受クルト同時ニ轉買主ニ引渡スコトヲ約シタル場合ニ於テハ假令賣主カ約定ノ期日ニ之カ引渡ヲ爲ササリシトスルモ之カ爲買主ハ自ラ傭船契約ニ因リ得ヘカリシ利益ヲ喪失シタリトシテ之カ賠償ヲ請求スルコトヲ得サルモノトス蓋買主カ自己ノ買受ケタル船舶ヲ更ニ叙上ノ如キ約旨ノ下ニ轉賣シタルトキハ信義誠實ノ原則ニ從ヒ之カ契約ヲ履行スヘク買主自己ノ利益ニノミ立脚シ轉賣契約ヲ履行セサルコトアルカ如キハ取引ノ通念ニ照シ容易ニ思考スル事ヲ得サルニヨリ買主ニ於テ賣主ヨリ船舶ノ引渡ヲ受クルヤ直ニ轉買主ニ引渡スコトヲ要シ從テ買主自ラ該船舶ヲ利用スル事ヲ欲セサルニ至リタルモノナレハナリ若夫レ叙上ノ轉賣契約ニシテ買主カ賣主ヨリ

約定ノ期日ニ船舶ノ引渡ヲ受クルヲ得サルコトカ確實トナリタルカ爲不履行ニ因リ生スル損害ヲ輕減スルカ如キ特殊ノ事情ノ下ニ締結シタルモノナリトセンカ該轉賣契約タル買主ニ於テ自ラ船舶ヲ利用スル事ヲ欲セサルカ爲ニ非スシテ事情已ヲ得サルニ出テタルモノナレハ賣主ニ於テ約定ノ期日ニ船舶ノ引渡ヲ爲ササルトキハ買主ハ不履行ニ因ル損害ノ賠償ヲ請求シ得ヘキハ勿論ナリトス

2本件ニ於テ原院ノ確定シタル事實ニヨレハ上告會社ハ大正六年七月六日當時外國ニ航行中ノ汽船霧島山丸ヲ被上告人ヨリ買受ケ同年十一月一日ヨリ翌月三十一日迄ノ間ニ神戸港ニ於テ當事者雙方立會ノ上之カ引渡ヲ受クルコトヲ約シタルニ拘ラス被上告人ハ右期日ニ引渡ヲ爲サス漸ク大正七年三月二十日ニ至リ之カ授受ヲ了シタルモ上告會社ハ右大正六年十二月三十一日ニ該汽船ヲ更ニ訴外神淺汽船株式會社ニ本船ノ引渡ヲ受クルト同時ニ同會社ニ引渡ス事ノ約定ニシテ賣渡シタル事上告會社カ右ノ如キ轉賣契約ヲ爲シタルハ被上告人ヨリ前示十二月三十一日迄ニ本件汽船ノ引渡ヲ受クルコトヲ得サリシカ爲ニ非スシテ船價ノ暴落セン事ヲ虞レタル事ニ基因スルト云フニ在リ卽原院ハ叙上上告會社ノ轉賣契約ハ前示特殊ノ場合ニ該當セサルモノト認定シタルモノナレハ上告會社ノ請求ヲ棄却シタルハ冒頭説示ノ理由ニ照シ洵ニ相當ナルニヨリ原判決ハ毫モ所論ノ如キ不法アルモノニ非ス上告人ノ援用スル本院判例ハ本件ニ適切ナラス（大審院大正一五年オ一一二六七號昭和二年七月七日判決大審院判例集六卷民事四六四頁

●法律新報一二三號一一頁）

三　右二ノ引用判例—民法二一四頁「目的物ノ價額ノ騰貴ト賠償額」一ノ同旨及二

○右二ノ批評—末弘嚴太郎氏法學協會雜誌四六卷一〇號一五四頁

四　汽船引渡ノ遲延ト其ノ責任（三續民四一五條一〇〇二頁）

◎假處分又ハ差押中ノ二重讓渡ト損害有無

一〔大審院〕1原判決ノ確定シタル事實ハ上告人ハ大正十三年七月八日訴外伊藤甫武ヨリ大正九年七月十日開通ノ名古屋中央電話局東分局第三七六一番電話加入權ヲ該加入權ノ處分禁止期間五ケ年ノ滿了ト同時ニ權利移轉ノ效果ヲ發生スヘキ約ヲ以テ讓渡ヲ受ケタル處大正十四年六月二十三日上告人ト其權利保全ノ爲メ伊藤甫武ヲ債務者トシテ被上告人ヲ第三債務者トシテ右電話加入權ニ付右禁止期間滿了スルモ債務者ハ電話加入名義變更賣買讓渡其ノ他一切ノ處分ヲ爲スヘカラス第三債務者ハ該請求ヲ受クルモ之カ受理承認ヲ爲スヘカラサル旨ノ假處分命令ヲ名古屋區裁判所ニ申請シ同旨ノ假處分命令ヲ得同命令ハ翌二十四日名古屋遞信局長ニ送達セラレ同局長ハ之ヲ名古屋中央電話局ニ廻牒シタリ然ルニ伊藤甫武ハ右電話加入權ヲ上告人ニ讓渡シタル後更ニ訴外山口清ニ讓渡シ其後清ヨリ甫武ニ對シ之カ名義變更手續ヲ求ムル訴訟ヲ提起シテ認諾判決ヲ受ケ清ハ該判決ニ基キ大正十四年十二月二十五日電話加入名義變更請求ヲ爲シタル處名古屋中央電話局ハ之ヲ受理承認シ該名義變更手續ハ完了シタリト言フニ任リ

2而シテ上告人ハ右名義變更手續ノ完了ニ因リ當該電話加入權ヲ喪失スルニ至リタルハ被上告人ノ故意又ハ過失ニ因ルモノナリト爲シ其損害トシテ時價ニ相當スル金一千五百圓ノ賠償ヲ請求スルモノナリ然レ共前示ノ如キ假處分命令アリタル場合ニ於テハ該命令ニ於テ禁止シタル行爲ハ債務者又ハ第三債務者ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得サルモノニシテ債務者又ハ第三債務者カ該禁止ニ違背シテ爲シタル行爲ハ假處分權利者ニ對抗スルコトヲ得サルモノナルコト論ヲ俟タス從テ被上告人ノ爲シタル前記電話加入名義ノ變更ハ假處分權利者タル上告人ニ對抗シ得サルモノナルヲ以テ上告人ハ右名義變更手續ノ完了ニ因リ本件電話加入權ヲ喪失スルモノニ非サルナリ果シテ然ラハ被上告人カ本件電話使用權ニ付訴外山田清ノ請求ニ因リ同訴外人ニ名義變更ノ手續ヲ爲シタルコトカ假令被上告人ノ故意又ハ過失ニ出テタルモノナリトスルモ上告人ハ右電

話使用權ノ喪失ニ因ル損害賠償ヲ被上告人ニ對シテ請求スルヲ得サルヲ以テ上告人ノ請求ハ此點ニ於テ排斥ヲ免レサルモノトス原判決カ訴外山田清ノ右名義變更ノ請求ヲ受理承認シタル被上告人ノ行爲ヲ目シテ本件假處分命令違背ノ行爲ナリト爲スコトヲ得スト爲シタルハ所論ノ如ク違法ナリト雖原判決ハ上告人ノ請求ヲ排斥シタルモノナルヲ以テ結局正當ニシテ論旨ハ理由ナシ（大審院昭和二年才七三六號同年一一月二九日判決判例彙報三九卷民事上六一六頁）

二　參照—三續民三八七條九二〇頁「競賣中ノ伐採行爲ト競落人ノ損害」一ノ2

◎二重賣買ニ關スル諸問（三續民五六〇條）

◎特許出願權ノ相當價格

一〔東京地〕物ノ製造ニ關スル化學的裝置又ハ其製造方法自體ノ如キハ其ノ物ノ性質上ノ一般商品ト異リ一定取引價格ヲ定ムルコトノ困難ナルコトハ自ラ當然ナルカ故ニ假ニ右代金十萬圓カ高價ニ失シタリトスルモ原告主張ノ如ク訴外佐野賢一郎カ鹽川萬作ニ賣却シタル代金一萬圓ヲ以テ直チニ其相當價格ナリト斷スルヲ得ス而モ果シテ幾何ノ價格ヲ以テ相當トスヘキヤニ付テハ之ヲ認定スヘキ適確ナル證據ナキヲ以テ被告曾我伊藤カ本件硬化油ノ製造裝置ニ關スル特許出願權及其製造方法ヲ特許ノ許否未定ノ權利ナリトシ代金十萬圓ヲ以テ原告會社ナシテ買受ケシメタルハ不當ニ高價ニシテ取締役タルノ任務ヲ怠リタルモノナリトスルモ該賣買ト同時ニ支拂ヒタル代金五萬圓及其後支拂ヒタル代金二萬圓ヲ以テ直チニ原告會社ノ損害ナリト認定スルヲ得サルモノトス（東京地方裁判所大正一五年ワ二六八五號昭和四年ワ四七七一號四七七九號同五年二月二八日判決法律新報二二〇號一六頁）

◎特別事情ニ因ル損害賠償

一　特別事情ノ豫見ト其ノ時期（二續民四五三頁）

二　特別事情ノ損害ト其ノ豫見（本條後出一〇二六頁）

三　物價ノ變動ト特別事情（本條後出一〇二七頁）

四　轉賣ニ因ル特別損害ト其ノ豫見（本條後出一〇二九頁）

五　家賃相當ノ損害ト其ノ豫見（三續民二三八條「地下室掘下ノ土留工事ト注意義務」一ノ3參看）

六　解除後ニ生シタル損害ノ賠償（本條前出一〇一九頁）

七　無形的損害ト賠償請求ノ要件（二續民四五七頁）

◎特別事情ノ損害ト其ノ豫見

一〔廣島地〕被控訴人カ八幡製鐵所ヨリ過意金ヲ徵收セラレタルハ控訴人カ其責ニ歸スヘキ事由ニヨリ納入期ヲ遲延シタルニ因ルモノナルコト前段認定ノ如クナルヲ以テ正ニ控訴人ノ履行遲滯ニヨリ被控訴人ノ蒙リタル損害ナリト謂フヘク斯クノ如キハ特別ノ事情ニヨリ生シタル損害ナリト謂ムヘキコト控訴人主張ノ如シト雖當審證人石井重武ノ證言ニ依レハ納入ヲ遲延スルニ於テハ被控訴人カ八幡鐵製所ヨリ過意金ヲ徵收セラルルコトアルヘキハ控訴人ニ於テ納入期前之ヲ知リ居リタルコトヲ認ムルニ足ルヲ以テ控訴人ハ被控訴人ニ對シ之カ賠償ヲ爲スヘキ義務アルモノト謂ハサルヘカラス（廣島地方裁判所昭和六年レ三八九號同七年五月二八日判決法律新聞三四五五號一〇頁）

二　第二項ノ特別事情ノ損害ト其ノ豫見（二續民四五三頁）

◎物價ノ變動ト特別事情

一　將來ノ米相場ト其ノ豫見（本條後出一〇二七頁）

二　爲替相場ノ變動ニ因ル損害ノ豫見（本條後出一〇二七頁）

三　物價ノ變動ト特別事情（二續民四五三頁「第二項ノ特別事情ノ損害ト其ノ豫見」ノ三參看）

四　騰貴利益ノ喪失ニ因ル賠償（本條後出一〇三一頁）

五　市價暴落ト損害賠償ノ範圍（本條後出一〇三二頁）

餘　錄

1公定相場ノ意義（本條後出一〇二八頁）

◎將來ノ米相場ト其ノ豫見

一〔東京地〕將來ノ米相場ノ變動ノ程度ハ米穀商ト雖モ一般ニ豫見シ難キトコロニシテ他ニ右損害發生ノ原因タル特別ノ事情ヲ豫見シ得ヘカリシコトノ立證ナキニ於テハ之ニ對シ右損害ノ賠償ヲ求ムルハ失當ナリ（東京地方裁判所昭和三年ワ一五〇四號同五年一〇月二一日判決法律新報二四二號二二頁）

◎爲替相場ノ變動ニ因ル損害ノ豫見

一〔大審院〕1案スルニ原判決事實摘示及同判決引用第一審判決事實摘示竝原審口頭辯論調書ニ依レハ本件當事者間ニ於ケル取引ノ目的物中大正九年二月二十九日契約（イ）綿テープ赤筋入一吋三百グロス、同品一吋四分ノ一、一百五十グロス同（ハ）綿テープ白二分ノ一吋四百五十グロス、同（ニ）同品四分ノ一吋三百五十グロスカ約定引渡期限タル同年三月中ニ引渡ヲ見ルニ至ラスシテ遙ニ遲レタル同年五月十一日ヨリ六月廿六日マテノ間ニ引渡サレタルコトハ當事者間爭ナキ所ニシテ右契約品ノ引渡期限ニ付テハ當時者間ニ延期ノ合意ナク被上告人（被控訴人原告）ニ於テ之カ引渡ヲ遲延シタルモノナルコトハ原審カ擧示ノ證據ニ依リ確定スル所ナリ而シテ印度輸出貿易ヲ營メル上告人（控訴人被告）カ右契約品ヲ印

度本國ニ輸出ヲ約シ其ノ代金ヲ印度貨「ルピー」ヲ以テ定メ居タル關係上被上告人ノ前記契約品ノ引渡遲延ノ爲「ルピー」爲替相場ノ下落ニ因リ上告人主張ノ如キ數額ノ損害ヲ被リタルコトヲ窺知シ得ヘキコトハ原審カ原判決擧示ノ證據ニ依リ確定スル處ニシテ此ノ如キ爲替相場ノ變動ニ因ル損害ハ契約品ノ引渡遲延ニ基キ通常生スル損害ト認ムヘキニ非スシテ特別ノ事情ニ因リ生シタル損害ト認ムヘク從テ債務者タル被上告人カ債務不履行ニ當リ其ノ事情ヲ豫見シ又ハ豫見スルコトヲ得ヘカリシ場合ニ非サレハ債權者タル上告人ハ右損害ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得サルハ言ヲ俟タサル所ナリト雖

2原審ハ原判決擧示ノ各證據ニ基キ被上告人ハ上告人カ印度輸出貿易業者ニシテ不日前揭契約品ヲ印度本國ニ輸出スル目的ヲ以テ買付ケ其ノ輸出取引先トノ間ニ通常ハ印度貨ニテ取引セラルルモノナルコト竝印度貨「ルピー」爲替相場ノ常ニ動搖スヘキ事情ニ在リタルコトヲ本件賣買契約成立ノ當時既ニ豫見シ然ラストスルモ其ノ事情ヲ豫見スルコトヲ得ヘカリシモノナルコトヲ推認シ得ヘシト爲シタルコトハ原判文上明白ナルカ故ニ叙上ノ事實關係ノ存スルニ於テハ上告人カ「ルピー」爲替相場ノ下落ニ因リ被リタリトシテ被上告人ニ對シ相殺ヲ主張スル本件損害ハ被上告人ノ不履行ノ結果特別ノ事情ニ因リ生シタルモノトシテ被上告人ニ賠償ノ義務アリト認ムルニ難カラサル所ナリトス然ルニ原審カ前記損害ハ特別ノ事情ニ因リ生シタル損害ト認ムヘキモノナルカ故ニ被上告人ニ於テ前示認定ノ事情ヲ豫見シ又ハ豫見シ得ヘカリシ外且尠クトモ本件物品引渡又ハ引渡遲滯ノ當時上告人カ印度輸出取引先トノ間ニ實際印度貨「ルピー」ヲ以テ取引代金ヲ定メラルルコト及當印度貨「ルピー」ノ爲替相場カ確實ニ下落スル傾向アリシコトヲモ豫見シ又ハ豫見スルコトヲ得ヘカリシ場合ニ非レハ上告人ヨリ被上告人ニ對シテ前示損害ノ賠償ヲ請求シ得サルモノト謂ハサルヘカラスト爲シ此ノ點ニ付上告人ノ立證ナキノ故ヲ以テ上告人ノ相殺ノ抗辯ヲ排斥シ本件控訴ヲ棄却シタルハ法則ノ適用ヲ誤リ不當ニ上告人ニ立證責任ヲ負擔セシメタル違法アルモノニシテ原判決ハ全部破毀ヲ免レス（大審院昭和二年オ一三七三號同三年六月八日判決法律新聞社編大審院裁判例〔二〕民事一二頁）

◎公定相場ノ意義

一〔大審院〕公定相場トハ當日ノ約定値段ヲ平均シテ公示シタルモノナルコト取引所法施行規則第十八條ニ依リ明カニシテ原判決ノ認メタル事實ニ依レハ被上告人ハ他ノ仲買人ノ間ニ定リタル約定値段ニ依リテ「バイカイ」ヲ爲シタルモノニシテ右ノ公定相場ニ依リテ之ヲ爲シタルニアラサルヲ以テ原判

文中公定相場ニ關スル説明ハ無用ノ贅文ヲ附加シタルニ過キス故ニ其説明中ニ不法ナル廉アリトスルモ主文ニ影響セサルヲ以テ之ニ對スル論旨ハ原判決ヲ破毀スル理由ト爲スニ足ラス（大審院大正八年オ五二七號同年一二月二五日判決大審院判決錄二五輯民二三六八頁・法律新聞一六六六號一九頁）

◎轉賣ニ因ル特別損害ト其ノ豫見

一〔東京地〕二個ノ賣買契約ノ關聯スル場合賣主ノ不履行ノ結果買主カ更ニ轉買者ニ對シ其履行ヲ爲ス能ハスシテ賠償シタル損害ニシテ買主ト轉買者間ノ違約金ノ特約ニ基クモノ又ハ轉買者ノ特別ノ事情ニヨリ生シタルモノノ如キハ買主カ自己ノ蒙リタル損害ノ賠償トシテ之ヲ賣主ニ請求シ得ルカ爲ニハ賣主ニ於テカカル特約又ハ其事情ヲ豫見シタルコトヲ必要トスルモノト謂フヘク之ヲ本件ニ於ケル買主タル原告カ轉買者タル訴外岡本ニ賠償シタル前記千二百圓ニ付テ見ルニ右ハ前記書畫ノ賣買契約解除當時ノ時價ト契約價額トノ差額ナルコトヲ認ムヘキ證左ナキヲ以テ通常生スヘキ損害ニアラサルコト勿論ニシテ訴外岡本ノ特殊ノ事情ニ基キ蒙リタル損害ナルトコロ前記鈴木及伊藤ノ各證言ニヨレハ原告カ昭和四年一月十八日其主張ノ如キ授受ノ意思表示ヲ爲ス際右三點ヲ含ム物件全部ヲ訴外岡本ニ轉賣シアル旨告ケタル事實ヲ認メ得ヘキモ賣主タル被告ニ於テ右岡本カ書畫賣買業者ナルコトヲ知リ居タル證左ナキニヨリ岡本カ更ニ之ヲ轉賣シタル爲右損害ヲ蒙リタルコトハ之ヲ豫見シ得ヘカラス其他右岡本カ前記損害ヲ蒙ムルニ付特別ノ事情アリタルコトヲ豫見シ居リタル事實ハ原告提出援用ノ證據ニヨリテハ之ヲ認メ難キヲ以テ原告ノ訴外岡本ニ賠償シタル金額ハ被告ニ於テ賠償スヘキ限リニアラス（東京地方裁判所昭和四年ヲ一三五六號同五年一一月二五日判決法律新報二四五號一九頁）

二〔大審院〕山林立木ノ買主ハ通常其ノ買受代金ヨリ高價ニテ之ヲ他ニ轉賣スルモノト云フヲ得サルノミナラス高價ニテ轉賣スル場合ニ於テモ其ノ高價ノ程度ハ通常何程ナリト云フヲ得ヘキモノニ非サルカ故ニ賣主ノ不履行ニ因リテ轉賣ノ履行ヲ爲スコト能ハサル場合ニ買主カ賣主ニ對シテ買受代金ヲ超過スル轉賣代金ノ該超過額ノ全部又ハ一部ヲ損害ノ賠償トシテ請求シ得ンカ爲ニハ賣主ニ於テ斯ル特別事情ヲ豫見シ又ハ豫見シ得ヘカリシコトヲ要スルモノト解スルヲ相當トス（當院昭和三年（オ）第九二二號同四年四月五日判決參照）而シテ原審ノ認定ニ依レハ本件ニ於ケル賣主等カ右特別事情ヲ豫見シ又ハ豫見シ得ヘカリシコトハ之ヲ認メ得サル所ナルヲ以テ原審カ其ノ超過額ノ損害賠償請求ヲ排斥シタルハ結局正當ニシテ論旨採用シ難シ（大審院昭和六年オ七八三號同年一一

月一四日判決法律新聞三三四一號一四頁●法律評論二一卷民法五五頁●法學一卷四號一〇〇頁）

三〔大審院〕右二ノ引用判例—1按スルニ契約上ノ義務不履行ニ基ク損害賠償ニ付テハ契約締結當時又ハ不履行ニ至ル迄ノ間ニ於テ當事者ノ豫見シ又ハ豫見シ得ヘカリシ特別事情ニ基ク損害ヲモ賠償スヘキモノナリト雖其ノ賠償範圍ハ右特別事情ヨリ事物自然ノ性質ニ從ヒ通常生スヘキ損害ニ限ルモノト解セサルヘカラス若シ右特別事情ニ基因シ前記ノ範圍ヲ超ヘテ損害ヲ生シタリトセハ之右特別事情ニ加フルニ更ニ特別事情ノ介入シ其ノ結果ヲ招致シタルモノニ外ナラサルヘク後ノ特別事情ニ付テハ直ニ契約上ノ義務ノ不履行者カ之ヲ豫見シ又ハ之ヲ豫見シ得ヘカリシモノト爲スヲ得サルカ故ニ此ノ部分ノ損害ニ對シ賠償責任ヲ負擔セシムヘキニ非ス

2今本件ニ付之ヲ觀ルニ原審ハ本件土地ノ轉賣不履行ニ因リ被上告人ノ被リタル損害竝其ノ轉賣ニ依リ得ヘカリシ利益ノ喪失ハ特別事情ニ基ク損害ナリト認定シ更ニ原審證人朝倉林三ノ證言ニヨリ斯ル損害ノ發生スルコトアルヘキハ上告人ニ於テ本件賣買契約締結當時ヨリ其ノ豫見シ得ヘカリシモノナリト確定シ上告人ニ對シ其ノ損害ノ賠償ヲ命シタルモノナリ然レトモ原審ノ採用シタル前記證言ニ依レハ單ニ本件賣買ニ當リ其ノ買主タル被上告人カ後日本件土地ヲ他ニ轉賣シ利益ヲ得ンコトヲ期待シ居リ賣主タル上告人ニ於テモ其ノ事情ヲ了知シ居タル事實ヲ認定シ得ルニ過キサルヲ以テ此ノ證言ニヨリ直ニ上告人カ本件ノ轉賣代金ヲ豫見シ又ハ豫見シ得ヘカリシモノナリト推認スルヲ得ス從テ更ニ本件轉賣カ其ノ日時ニ於テ通常アリ得ヘキ代金ヲ以テ契約セラレタル事實ヲ認定スルニ非サレハ該轉賣代金ヲ基礎トシテ損害賠償ノ責ヲ問フヲ得サルモノトス然ルニ上告人ハ被上告人ニ對シ大正十年二月二十日本件土地ヲ代金千四百圓ニテ賣渡シ被上告人ハ同年六月二十五日之ヲ訴外人ニ對シ代金四千八百四十八圓八十錢ニテ轉賣シタルコトハ原審ノ確定シタル事實ナレハ被上告人カ本件土地買受後僅々四ヶ月餘ノ後ニ於テ之ヲ買受代金ノ三倍以上ノ代金ヲ以テ他ニ轉賣ヲ爲シタルモノト云フヘク他ニ特別ノ事情ノ存セサル限リ右轉賣代金ハ其ノ當時ニ於テ通常有リ得ヘキ代金ナリト斷スルヲ得サルハ事理ノ當然トスル所ナリ左レハ原審カ前段說示ノ如ク被上告人ノ本訴請求ヲ許容シタルハ證據ニ依ラスシテ事實ヲ認定シタル不法アルカ又ハ重要ナル事實ノ判斷ヲ遺脫シテ裁判ヲ爲シタル不法アルカ又或ハ民法第四百十六條第二項ノ趣旨ヲ誤解シテ之ヲ適用シタル不法アルモノニシテ孰レノ點ヨリスルモ原判決ハ全部破毀ヲ免レス（大審院昭和三年オ九二二號同四年四月五日判決大審院判例集八卷民事三七三頁●法律新聞三〇三四號一二頁）

○右三ノ批評—法學士末川博氏法學論叢二二卷六號一三五頁●法律評論一八卷民法一二二四頁

四〔大審院〕本件各賣買契約ノ當事者雙方カ何レモ雜穀賣買ヲ業トスル商人ニシテ雙方共大正七年四月頃東京市內ニ於ケル小麥販賣業者カ組織セラレタル東京同志組合ノ組合員ナリシ事實ハ原判決ノ確定シタル所ニシテ之ニ依レハ買主タル被上告人ハ轉賣シテ利益ヲ得ルノ目的ヲ以テ本件小麥粉ヲ上告人ヨリ買受ケタルモノト認ムルヲ相當トスルノミナラス賣主タル上告人ノ債務不履行ノ當時該物件ノ市價カ騰貴シ居タル原判示事實ニ稽フレハ若シ該不履行ナカリセハ被上告人ハ其ノ騰貴シタル市價ヲ以テ之ヲ他ニ賣却シ因テ買入代金ト賣却代金トノ差額ヲ利得シタルヘキ事實ヲモ推認シ得ヘク而モ這ハ必スシモ一片ノ希望ノミニ止マラスシテ寧ロ該利益ヲ確實ニ取得シ得タルヘキ事情ナリト認ムルヲ相當トス然ラハ被上告人ニ於テ冒頭說明ノ事實竝右市價騰貴ノ事實ヲ主張且立證シタル以上ハ右差額ニ相當スル金額ヲ確實ニ利得シタルヘキ事情ヲモ主張且立證シタルモノニ外ナラサルノミナラス更ニ冒頭說明ノ事實ニ徵スレハ斯ル事實ハ賣主タル上告人ニ於テモ之ヲ豫見シ又ハ豫見シ得ヘカリシモノト推認スルニ難カラサル所ナルカ故ニ上告人ハ其ノ債務不履行ニ因リ被上告人ニ生シタル損害トシテ右差額ニ相當スル金額ヲ賠償スヘキ義務アルコト勿論ナリトス（大審院昭和五年オ二四七〇號同六年四月一五日判決法律新聞三二六六號一五頁）

五　第二項ノ特別事情ノ損害ト其ノ豫見（二續民四五三頁）

◎騰貴利益ノ喪失ニ因ル賠償

一〔東京地〕損害賠償ノ請求ノ點ヲ審究スルニ此點ニ關スル原告ノ主張ハモシ被告カ同債務ヲ履行シ居リタランニハ右土地ハ本件賣買契約ノ後騰貴シタルニヨリ其騰貴利益ヲ喪失シ因テ損害ヲ蒙リタリト云フニ在リ凡ソ債務不履行ニヨリ目的物ノ得ヘカリシ騰貴利益ヲ喪失シ損害ヲ受ケタリトハ如何ナル場合ヲ云ヤト云フニ債權者カ目的物ヲ轉賣其他ノ處分ヲ爲シ其騰貴利益ヲ現實ニ取得シ得ヘカリシコト及ヒ債務者ニ於テ之ヲ豫見シ或ハ豫見シ得ヘカリシ事情アル場合ヲ云ヒ唯漫然債務ノ履行アリタルナランニハヨリ高キ價格ノ目的物ヲ所有シ得タルナルヘシト云フ事實アルノミヲ以テハ足ラサルモノト解スルヲ相當トス〔大正十五年五月二十二日大審院判例參照〕然ルニ原告カ本件土地ヲ他ニ轉賣スルノ約定ナカリシコトハ其自認スルトコロナレハ原告ノ主張スルトコロハ結局唯單ニ被告ノ債務カ履行セラレタリトセハヨリ高キ價格ニ騰貴シタル本件土地ヲ所有シ得タルナルヘシト云フモノナルコト明カナルカ故ニ原告ノ此點ニ干スル請求ハ叙上理由ヨリ失當

ト云ハサルヘカラス（東京地方裁判所昭和四年ヲ五〇八四號同七年六月一一日判決法律新報三〇〇號二五頁）

二　右一ノ引用判例―二續民四五四頁「騰貴價格ニヨル損害賠償（一）」ノ一

三　騰貴價格ニヨル損害賠償（二）（二續民四五五頁）

◉特別事情ノ存否ト立證責任（一）（二續民四五四頁）

◉市價暴落ト損害賠償ノ範圍

一〔大審院〕損害賠償ハ損害發生ノ原因タル事實カ發生セサリシモノト假定シタル財產狀態ト現在ノ財產狀態ヲ比較シ其ノ差額ヲ塡補シ損害ナカリシト同一ノ狀態ヲ現出セシメントスルモノニシテ從テ積極的損害及消極的損害ノ兩者ヲ塡補スルコトヲ要スルコト言ヲ俟タス而シテ賣買契約ノ當事者間ニ於テ買主ノ債務不履行ノ爲契約ヲ解除シタル際目的物ノ市價暴落シタルニ因リ賣主ノ被リタル損害ノ賠償ヲ求ムルニハ賣主カ市價暴落ノ爲メ被リタル積極的並消極的損害ヲ具體的ニ主張立證スルコトヲ要スルモノトス（大審院昭和七年オ三一五九號同八年一〇月三日判決法律新聞三六二〇號一三頁・法律評論二二卷民法一〇九二頁）

◉賠償額ノ算定時期

一〔東京控〕債權者カ債務ノ不履行ニ基キ契約ヲ解除シ損害ノ賠償ヲ求ムル場合ニ於テハ右損害ノ額ハ契約ノ解除當時ニ生シタル損害ヲ標準トシテ算定スルヲ以テ原則トシ解除後ニ生シタル事實ヲ標準トシテ損害額ヲ算定シ得ヘキ場合ハ普通ノ取引ノ觀念ニ從ヒ該損害ト債務不履行トノ間ニ因果關係ノ存スルトキニ限ルモノト解スルヲ相當トス（東京控訴院大正一四年ネ九九八號昭和三年二月一五日判決法律新聞二八五一號一一頁・法律評論一七卷民法七五七頁）

二　木型ノ返還當時ノ價額ノ賠償（本條後出一〇三二頁）

三　損害賠償額ノ算定時期（二續民四四九頁）

四　豫備的賠償請求ト數額算定ノ時期（本條後出一〇三三頁）

五　不法行爲ノ損害賠償ト算定時期（三續民七〇九條）

◉木型ノ返還當時ノ價額ノ賠償

一〔大審院〕原判示ノ所謂本件木型ノ其當時ニ於ケル價額トハ之ヲ其前後ノ判旨ニ對照スレハ上告人カ被上告人トノ取引繼續中該木型ヲ使用シタル後之ヲ被上告人ニ返還ス可カリシ當時ニ於ケル其現物ノ價額ヲ指シタル趣旨ナルカ如シ果シテ然ラハ該木型ハ數回ノ使用ニ堪ヘ難キコト原判示ノ如クニシテ使用ヲ經ルニ從ヒ多少其價額ヲ減少スヘキモノナルコトハ之ヲ推知シ難カラサルノミナラス右證人有光岩次郎及ヒ岡本民藏ノ各證言ニ徵シ明白ナル所ニシテ斯ノ如キ事情ハ右賠償ノ金額ヲ算定スルニ必要ナル資料トシテ須ラク參酌スヘキモノナレハ其賠償金額ハ該木型ノ作製當時又ハ被上告人ヨリ上告人ニ引渡サレタル當時ノ價額ヲ標準トシテ之ヲ定ムルコトヲ得サルモノト謂フ可シ然ルニ本件木型ノ價額ニ付テハ前示證人三名中岡本民藏ハ該木型作製當時ノ事ヲ吉村松猪ハ該木型カ被上告人ヨリ上告人ニ引渡サレタル當時ノ事ヲ證言シタルニ止マリ又有光岩次郎ハ其證言ノ全趣旨ヨリ推考スレハ亦右引渡當時ニ接近スル時ノ事ヲ證言シタルニ過キサルコトヲ認メ得可キモ上告人カ被上告人ニ返還ス可カリシ當時ニ於ケル其現物ノ價額ニ付テハ右證人三名中孰レモ之ヲ證言シタルモノアルヲ見サレハ原裁判所カ右證人三名ノ證言ニ依據シテ右賠償ノ金額ヲ算定シ之カ支拂ヲ上告人ニ命シタルハ其判決ノ理由不備ナルモノニシテ違法タルヲ免レス（大審院大正一〇年オ四四二號同年九月六日判決法律新聞一九二七號二一頁）

◉豫備的賠償請求ト數額算定ノ時期

一〔大審院〕債務者カ或物ノ給付ヲ怠リタルカ爲ニ債權者カ之ニ對シ給付ヲ請求スルト同時ニ債務者カ給付ヲ爲スコト能ハサル場合ヲ豫想シ之ニ代ルヘキ損害金ヲ請求スル案件ニ於テ其ノ損害金ノ數額ヲ判決當時卽第二審ノ口頭辯論終結ノ時ニ於ケル其ノ物ノ價格ヲ標準ト爲スヘキコトハ本院判例（大正五年（オ）第一八〇號同年六月七日判決同六年（オ）第七八八號同七年一月二十八日判決）ノ認ムル所ニシテ該判決ハ今尙之ヲ變更スルノ必要ヲ認メス然ラハ本件ニ於テ原審カ被上告人ノ上告人等ニ對スル昭和三年度ノ小作米ノ給付ノ請求ト同時ニ右小作米ノ給付ヲ爲スコト能ハサル場合ニ於ケル損害金ノ支拂請求ヲ許容スルニ當リ該小作米納入ノ時期タル昭和三年十二月末ニ於ケル價格ヲ標準トシテ損害金ヲ算定シタルハ不法ナリトス（大審院昭和四年オ一六七九號同五年五月二二日判決法律新報二二四號一三頁・法律新聞三一三四號七頁）

二〔大審院〕案スルニ債權者カ債務者ニ對スル訴ニ於テ本來ノ給付ヲ請求シ同時ニ本來ノ給付カ不能ナル場合ヲ豫想シテ之ニ代ルヘキ損害賠償ヲ請求シタルトキハ其損害ノ數額ハ本來ノ給付ノ目的物カ判決當時ニ於テ有スル價格ヲ標準トシテ算定スヘキモノトス是レ當院ノ判例トスル所ナリ〔大正六年（オ）第七八八號同七年一月二十八日判決及大正五年（オ）第一八〇號同年六月七日判決參照〕然ルニ本件ニ於テ被上告人ハ上告人ニ對シ小作料トシテ玄米ノ給付ヲ請求スルト同時ニ其ノ給付不能ノ場合ニ於テ之ニ代ルヘキ金錢ノ賠償ヲ求メタルコト記錄上明ナルニ原判決ニ於テハ其金錢賠償額ヲ算定スルニ當リ判決當時ノ玄米ノ價格ヲ標準トセスシテ昭和六年

四月三日以前ノ價格ヲ標準ト爲セルコトハ其ノ金額ニ同日以降ノ遲延利息ヲ付シテ支拂フヘキ旨判示シタルニ徵シテ明ナリ卽原判決ハ此ノ點ニ於テ違法アリ全部破毀ヲ免レス（大審院昭和七年オ五〇一號同年七月二九日判決法律新聞三四五三號一四頁）

三〔大審院〕1按スルニ債務者カ債務ノ履行トシテ目的物ノ給付ヲ爲ササル場合ニ於テ債權者ヨリ債務者ニ對シ其ノ履行ヲ請求シ且債務者カ履行ヲ爲スコト能ハサル場合ヲ豫想シ履行ノ請求ニ附加シ之ニ代ルヘキ損害ノ賠償ヲ併セテ請求シタル場合ニ於テハ其ノ損害ノ數額ハ判決當時ニ於テ其ノ物ノ有スル價額ヲ以テ標準ト爲スヘキモノトス〔大正五年（オ）第百八十號同年六月七日當院判決參照〕

2本訴ハ被上告人ヨリ上告人兩名ニ對シ株式會社橫濱取引所株式四百株ノ株券及上告人佐々木福之助ニ對シ同上一百株ノ株券ノ返還ヲ求メ若シ右株券ノ返還ヲ爲スコト能ハサルトキハ之ニ代ルヘキ損害金ノ支拂ヲ求ムルモノニシテ履行ノ請求ニ併セテ履行ヲ爲スコト能ハサル場合ニ於テ之ニ代ルヘキ損害ノ賠償ヲ請求シタル案件ニ係ル右ニ對シ原院ハ被上告人ノ株券返還ノ請求ヲ是認シタル後履行不能ノ場合ニ之ニ代ルヘキ損害ノ數額ヲ定ムルニ當リ第一審鑑定人菊島生宜ノ鑑定ニ依リ同株券ノ價格ヲ一株ニ付金二百二十七圓五十錢ト判斷シタリ然ルニ同價額ハ大正九年一月十七日ニ於ケル同株券ノ當月限リ定期値段ナルコト右鑑定人調書ニ依リ明瞭ニシテ記錄ニ依レハ原院カ本件ニ付口頭辯論ヲ終結シタルハ大正十一年三月二十九日ナレハ原院ハ判決當時ヲ去ルコト著シキ以前ニ於ケル相場値段ニ因リ本件株券ノ價額ヲ定メタルモノト云ハサルヘカラス右ハ冒頭ニ說明シタル法理ニ反スルモノニシテ本論旨ハ理由アリ原判決ハ破毀ヲ免レス（大審院大正一一年オ六五七號同一二年三月七日判決法律新聞二一二〇號一九頁）

四　右一、二、三ノ引用判例—續民法一〇八六頁「賠償額ノ算定時期（一）」ノ四及五

五　豫備的賠償請求ト數額ノ算定時期（二續民四五〇頁）

◉直接履行ト損害賠償トノ關係（二續民四三七頁）

◉損害發生ノ認定ト數額審理ノ不盡

一〔大審院〕按スルニ原判決ハ本件水田ハ被上告組合ノ新設占有ニ係ル水路工事ノ不完全ナルニ因ル惡水湧出ノ爲メ植付稻枯死スルニ至リ之ニ對シ何等カノ加工ヲ爲スニアラサレハ其儘ニテハ之ヲ水田トシテ利用シ得サル狀況ニアリト認定シナカラ之ニ因リ何程ノ損害ヲ被リタルヤヲ明認スルニ足ルヘキ證左ナキヲ以テ上告人ノ主張ヲ容認スル能ハスト爲シ以テ上告人ノ請求ヲ排斥シタルモノナリト雖モ上告人所有ノ水田カ

如上惡水ノ爲メ水田トシテ利用スル能ハサルニ至リタリト云フ以上上告人ハ被上告組合ノ工作物ノ不完全ナル施設ニ因リテ何等カノ損害ヲ被リタルコト明ナリト云フヘク而シテ損害アラハ其程度如何ヲ問ハス之ヲ賠償スヘキモノナレハ現ニ損害アリト爲ス限リ裁判所ハ其損害ヲ賠償スヘキ數額ヲ明確ナラシムルニ付キ適當ノ手段ヲ盡スヘキモノニシテ或ハ之カ爲ニ職權ヲ以テ證據調ヲモ爲スヘク若尙ホ之ヲ審究スルヲ得ストセハ須ク其理由如何ヲ說示スルコトヲ要スルモノトス然ルニ本件記錄ニ依ルモ將又原判決ニ依ルモ原審カ如上手段ヲ盡シタルコト又ハ之ヲ盡シテ更ニ其數額ヲ知リ難キ理由ヲ明ニシタリト認ムヘキモノナキヲ以テ原審カ損害ノ數額ヲ認ム可キ證據無シトナシ直ニ上告人ノ請求全部ヲ排斥シ去リタルハ事案ヲ判斷スルニ當リ必要ナル審理ヲ盡ササリシノ憾アルモノニシテ原判決ハ此點ニ付キ尠クモ審理不盡ノ違法アリ破毀ヲ免レサルモノトス（大審院昭和七年オ一〇七號同年一〇月一三日判決法律新聞社編大審院裁判例〔六〕民事二七五頁）

◉賠償金額ノ不明ト釋明權ノ行使

一〔大審院〕1審按スルニ原審ハ上告人ニ於テ上告人ハ被上告人經營ノ生糸再操所ニ他ヨリ預リ中ナリシ生糸カ盜難ニ罹リタル爲被上告人ヨリ預ケ主ニ對シ賠償スヘキ義務アリタル損害金三百六十餘圓ヲ立替ヘ賠償シタルニ因リ被上告人ニ對シ其ノ償還ヲ請求シ得ヘキ債權アリ之ト本件債務トヲ對當額ニ於テ相殺スト抗辯シ被上告人ニ於テ右盜難ニ因ル損害ニ付テハ賠償義務無シト爭ヒタル外「上告人カ被害者ニ對シ賠償シタルコトハ認ムルモ其ノ辨償金額ハ不知」ト主張シタルニ對シ上告人カ生糸預ケ主ニ對スル賠償トシテ支拂ヒタル金額ハ其ノ幾千ナリシヤヲ認ムヘキ證據無シトノ理由ニ依リ上告人ノ右抗辯ヲ排斥シタルモノナルコトハ原判文上明瞭ナル所ナリ

2而シテ被上告人ノ主張ニ所謂「上告人カ被害者ニ對シ賠償シタルコトハ認ムルモ其ノ辨償ノ額ハ不知」トアルヲ卒然トシテ觀ルトキハ單ニ賠償シタリノ事實ノミヲ認メ幾千金ノ賠償ヲ爲シタルヤハ之ヲ知ラストノ趣旨ニ解シ得ヘキニ似タリト雖斯ノ如キハ上告人ノ前記抗辯ニ對スル主張トシテハ殆ト無意義ニ邇シ且賠償ト云フトキハ自ラ一定ノ金額ノ支拂ヲ意味スルモノニシテ金額ヲ離レテ賠償ト云フコトハ之ヲ想像シ得ヘカラサル所ニ屬スルヲ以テ賠償シタルコトヲ認ムト云フ以上ハ一定ノ金額ヲ賠償シタルコトヲ認ムルノ趣旨ニシテ之ニ依リ賠償金額ノ相手方主張ノ如ク爾ク巨多ナラサルコトヲ主張スル場合多シトスル被上告人ニ叩クニ之ヲ以テセハ其ノ云ハントスル所亦之ニ外ナラサルヤモ知ル可カラス但前叙ノ

如キ主張ノ儘ニテハ其ノ趣旨未タ明ナラスト謂フヘキノミ然リ而シテ若シ被上告人主張ノ趣旨ニシテ右後段記載ノ如キモノナルニ於テハ上告人主張ノ賠償金額中多寡ハ別トシテ少クトモ爭無キ部分ヲ生シ來ルヘク此ノ部分ニ付テハ果シテ上告人主張ノ如ク被上告人ノ責任アリヤ否ヤヲ審理シ之ヲ否定スルニ於テ甫メテ上告人ノ抗辯ヲ排斥スルヲ得ヘク原審説明ノ如キ理由ニ依リテハ之ヲ排斥シ得サルコト多言ヲ要セス然ラハ則チ原審ニ於テハ須ラク被上告人ヲシテ趣旨不明ナル前記主張ヲ釋明セシムヘキモノナルニ拘ラス事茲ニ出テス輙ク上告人主張ノ賠償金額ハ全部爭アルモノナリトシ冒頭掲記ノ如キ理由ノ下ニ上告人ノ抗辯ヲ排斥シタルハ是レ卽審理不盡ノ違法アルモノト謂フヘシ（大審院昭和五年オ二五六九號同六年七月四日判決法律新聞社編大審院裁判例〔五〕民事一五二頁）

◎賠償額ニ關スル理由不備ノ判決

一〔大審院〕原審記錄ニ徵スレハ係爭地ノ一部ノ現狀耕地ニ非スシテ池沼ナルコトハ當事者間ニ爭ナキ所ニシテ本訴提起當時ニ於テモ亦然リシモノナルコトハ之ヲ認ムルニ難カラサルノミナラス被上告人モ亦右土地ノ一部カ池沼ト爲リタル事由ヲ以テ上告人ノ責ニ歸セントスルモノニモ非サルカ如シ果シテ然ラハ本件土地ノ滅盡ニ代ハル賠償トシテ被上告人ノ請求シ得ヘキモノハ全部耕地トシテノ價格ニ非スシテ少クトモ其一部ハ池沼トシテノ價格ニヨリ賠償額ヲ算出スヘキハ當然ナリト謂ハサルヘカラス然ルニ原判決カ係爭地狀態ノ變更カ上告人ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リタル者ナルヤ否ヤノ點ニ付キ何等確定スル處ナク漫然原審鑑定人松永林吾ノ係爭地全部ヲ耕地ト假定シテ見積リタル價格ノ鑑定ヲ採用シ其價額ノ賠償ヲ上告人ニ命シタルハ理由ノ不備アル不法ノ判決ナリトス（大審院大正九年オ二七五號同年六月二八日判決法律新聞一七四五號二一頁）

第四百十七條　【損害賠償ノ方法】

1 損害賠償ハ別段ノ意思表示ナキトキハ金錢ヲ以テ其額ヲ定ム

◎本條ニ關スル諸問

一　本條ニ所謂金錢ト關東州ノ小洋錢（本條後出）

二　外國貨幣ノ給付ヲ求ムル損害要償（民法二一六頁）

三　賃借權ノ侵害ト損害ノ賠償（三續民一九八條五九六頁「賃借權ノ侵害ト救濟ノ方法」ノ二參看）

四　無形的損害ニモ金錢賠償ヲ許スヤ（續民法一〇八九頁）

五　名譽回復ノ方法ト其ノ適否（二續民九四八頁）

六　不法行爲ノ損害ト賠償ノ方法（三續民七二二條）

七　不法行爲ノ要償ハ金錢給付ニ限ルカ（續民法一二四九ノ一五四頁）

八　損害賠償ノ方法ト定期金ノ給付（本條後出）

◎本條ニ所謂金錢ト關東州ノ小洋錢

一〔關東高〕按スルニ民法第七百二十二條ノ規定ニ依リ不法行爲ニ因ル損害賠償ニ準用セラルル同法第四百十七條ノ規定中金錢トアルハ强制通用力ヲ有スル邦貨ヲ指稱スルコト當然ナリト雖モ小洋錢ヲ以テ日常生活ニ於ケル一般經濟ノ標準トシテ流通セシメ居ル實情ニ在ルコト顯著ナル事實ニ屬スル關東州在住ノ支那人相互間ノ關係ニ於テハ小洋錢モ亦右法條ニ所謂金錢中ニ包含セラルルモノト解スルヲ相當トス蓋シ民法カ該法條ヲ設ケテ損害賠償ノ額ヲ定ムルニ付金錢ヲ以テスルノ原則ヲ示シタル所以ハ畢竟金錢ハ經濟上交換媒介價額量定ノ基準ニシテ權利ノ享有ニ依リテ受クヘキ利益ヲ測定スルニ便利ナルノミナラス權利ノ侵害ニ依リテ被リタル損害ノ賠償額ヲ測定スルニ付テモ最モ公平適當ナルニ在リ而シテ小洋錢ハ邦貨ニ非ス且ツ關東州ニ於ケル强制通用力ヲ認メラレタルニ非スト雖前示關東州在住ノ支那人相互間ノ經濟ノ實情ニ照シ考察スルトキハ關東州在住ノ支那人相互ノ關係ニ於テハ損害賠償ノ額ヲ定ムルニ付テ之ニ依ルヲ最モ公平且適當ナルモノト認メラルルカ故ニ民法ノ右原則ヲ設ケタル趣旨ニ鑑ミ右法條ノ適用上其ノ所謂金錢中ニハ前述ノ如キ特殊ノ關係ニ在ル支那人間ニ於テハ小洋錢モ亦之ニ包含スルモノト解スルヲ至當トスヘケレハナリ（關東廳高等法院昭和五年上一八號同六年二月七日判決法律新聞三二三五號九頁・法律評論二〇卷民法二三二頁）

◎損害賠償ノ方法ト定期金ノ給付

一〔大審院〕不法行爲ニ因リ他人ノ勞働能力ニ缺陷ヲ與ヘタル者ハ其ノ缺陷ノ存續スル間被害者ニ對シ定期金ヲ給付シ以テ勞働能力ノ缺陷ヲ塡補スルハ損害賠償ノ方法トシテ最モ適當ナルモノニ屬ス吾現行法ノ下ニ於テモ亦斯カル方法ヲ採ルヲ得可キハ言ヲ俟タス何者損害賠償ハ必スヤ一括シタル金圓ヲ支拂ハサル可カラスト云フ何等ノ法規モ法理モ之ヲ發見スルニ由無ケレハナリ（大審院大正一五年オ七二三號昭和三年三月一〇日判決大審院判例集七卷民事一五二頁・法律新報一四七號一二頁・法律新聞二八三八號六頁）

第四百十八條　【賠償額ノ斟酌】

1 債務ノ不履行ニ關シ債權者ニ過失アリタルトキハ裁判所ハ損

害賠償ノ責任及ヒ其金額ヲ定ムルニ付キ之ヲ斟酌ス

◎不履行ノ過失相殺ニ關スル諸問

一　過失相殺ノ意義（續民法一〇八九頁）
二　過失相殺ト適用範圍（二續民四五八頁）
三　契約解除ノ原狀回復ト過失相殺（三續民五四三條「法規違反ノ漁業權讓渡ト履行不能」一ノ2參看）
四　過失相殺ノ抗辯ト審理不盡（本條後出）
五　不法行爲ノ過失相殺ニ關スル諸問（三續民七二二條）

◎過失相殺ノ抗辯ト審理不盡

一〔大審院〕被上告人ハ上告人カ賣買代金支拂ノ義務ヲ履行セサルニ因リ本件賣買ヲ解除シタル上上告人ノ義務不履行ニ因ル損害ノ賠償トシテ賣買代金額ト契約解除當時ニ於ケル賣買物件ノ價額トノ差額ノ支拂ヲ請求シ原院ハ其ノ請求ヲ是認シタレトモ賣買物件ハ米國ヨリ輸入スヘキモノニシテ其ノ一部カ豫定ノ履行期ニ遲レテ履行地タル神戸ニ到著シタルコトハ原判決ノ確定シタルカ如クナレハ其ノ延著ニシテ上告人主張ノ如ク被上告人ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因ルモノナランカ又賣買物件カ上告人主張ノ如ク豫定ノ履行期ニ於テハ賣買代金ト

同一ノ價格ヲ保チタルモ到著ノ時ニ於テハ其ノ價格下落シ契約解除ノ時ニ至ル迄變動ナカリシナランカ賣買物件全部ノ賣買代金ト契約解除當時ニ於ケル其ノ價額トノ差額ヲ上告人ノ義務不履行ニ因ル損害額トシテ上告人ニ賠償ノ責ヲ歸スルヲ得サルヘシ何トナレハ延著シタル賣買物件ノ價格下落ニ因ル損害ニ付テハ延著モ其ノ因ヲ成スヲ以テ上告人ノ義務不履行ニ代ル責任範圍ヲ定ムルニ當リテハ賣買物件ノ延著ヲ來シタル被上告人ノ過失ヲ斟酌スルヲ至當トスレハナリ上告人ハ以上ノ理由ヲ以テ過失相殺ノ抗辯ヲ提出シタルニ原院カ延著ヲ來シタル責被上告人ニ在リヤ否ヤニ論及スル所ナク又延著當時ニ於ケル賣買物件ノ價格カ契約解除當時マテ變動ナカリシヤ否ヤヲ審査スル所ナク積出行爲ハ引渡義務ト獨立セル別個ノ義務ニ非ストノ理由ヲ以テ抗辯ヲ排斥シ賣買物件全部ノ代金額ト契約解除當時ニ於ケル其ノ價額トノ差額全部ノ支拂ヲ上告人ニ命シタルハ審理ヲ盡ササル不法ノ裁判ナリ（大審院大正一二年才九〇九號同一三年七月一二日判決法律新聞二二九一號六頁）

第四百十九條【金錢債務ト損害賠償ノ額】

1金錢ヲ目的トスル債務ノ不履行ニ付テハ其損害賠償ノ額ハ法定利率ニ依リテ之ヲ定ム但約定利率カ法定利率ニ超ユルトキハ約定利率ニ依ル

2前項ノ損害賠償ニ付テハ債權者ハ損害ノ證明ヲ爲スコトヲ要セス又債務者ハ不可抗力ヲ以テ抗辯ト爲スコトヲ得ス

◎金錢債務ノ損害賠償ニ關スル諸問

一　本條規定ノ主旨（續民法一〇八九頁）
二　本條ニ反スル特約ノ效力（續民法一〇九〇頁）
三　本條ノ適用（民法二一六頁）
四　法定利率以下ノ約定利率ト本條（本條後出）
五　違約金ノ特約ト本條ノ適用（民法二一六頁）
六　物件ヲ目的トスル債務ト本條ノ適用（本條後出）
七　利息債務ノ延滯ト本條ノ不適用（二續民四五九頁）
八　解除ニ因ル賠償債權ト本條（三續民補遺四一九條）
九　遲延利息又ハ損害金ノ意義（續民法一〇九〇頁）
一〇　遲延利息ノ性質（續民法一〇九〇頁）
一一　遲延利息ト第三七四條ノ利息（本條後出）
一二　違約金支拂ノ遲滯ト其ノ損害（續民法一〇九一頁）
一三　不履行ニ因ル損害賠償ト起算日（二續民四三一頁）
一四　不履行ノ損害賠償ト其ノ履行期（三續民四一五條一〇〇五頁）
一五　遲延損害金ノ利率ニ關スル諸問（本條後出）

一六　遲延損害金ト元本組入ノ許否（三續民四〇五條）
一七　債權ノ讓渡ニ伴フ遲延利息ノ讓渡（三續民四六六條「元本債權ノ讓渡ト利息債權ノ運命」參看）
一八　遲延利息ノ一部請求ト殘部免除ノ推定（三續民五一九條）
一九　買主ノ代金不支拂ト損害賠償額（民法二一七頁）
二〇　不當利得ノ債務ト遲延利息（續民法一〇七〇頁）
二一　不法行爲ニ因ル債權ト遲延利息（本條後出）
二二　支拂猶豫令ト利息又ハ遲延利息（三續民四〇四條九七〇頁）
二三　遲延利息ノ時效（續民法九〇七頁・一〇九二頁）
二四　遲延利息ト利息制限法（本條後出）
二五　制限引直ノ賠償判決ト適用法條（本條後出）
二六　遲延損害金ト不可抗力ノ抗辯（二續民四六〇頁）
二七　不可抗力ノ意義及實例（二續民六四一頁・二續商一六五九頁）

餘　錄

1利率ニ關スル諸問（三續民四〇四條）
2計算殘額ノ利率ト當事者ノ特約（二續商一六三四頁）
3銀行預金ノ損害金ト資本利子稅（三續民六六六條）

◎法定利率以下ノ約定利率ト本條

一〔大審院〕定期預金ハ期限後ト雖依然トシテ定期預金タルナ

失ハサルコト所論ノ如クナルモ期限ヲ過キテ債務者遲滯トナリタルトキハ爾後遲延利息ヲ生スルモノニシテ約定利率カ法定利率ヨリ低キトキハ其ノ遲延利息ハ法定利率ニ依ルヘキモノナルコト民法第四百十九條第一項ノ規定上明白ナル所ナリ（大審院昭和七年オ一六二五號同年一二月一七日判決法學二卷七號一〇〇頁）

二　法定利率以下ノ約定利率ト本條（二續民四六〇頁）

◎物件ヲ目的トスル債務ト本條ノ適用

一〔伊丹區〕原告等ハ小作米遲延ニ依ル年五分ノ損害米ヲ請求スレトモ金錢債權ニ就キテハ法定利息ニ依ル損害賠償ヲ許シタル規定アルモ然ラサルモノニ付キテハ遲延ニ依ル法定利息ノ損害アリト謂フヲ得サルニ依リ原告等ノ請求ハ此點ニ於テ其理由ナシ（伊丹區裁判所昭和六年ハ八〇九號同七年三月五日判決法律新聞三四八一號九頁・法律新報三三四號二六頁）

二　物件ヲ目的トスル義務ト法律上ノ利子（民法二一六頁）

◎遲延利息ト第三七四條ノ利息

一〔大審院〕按スルニ遲延利息ナルモノハ民法第四百十九條ニ規定シタル金錢ヲ目的トスル債務ノ不履行ニ因テ生スル損害賠償ニ外ナラス而シテ民法ノ規定中單ニ利息ト稱スルモノノ

中ニ如上ノ損害賠償ヲ包含セシメタル場合往々之ナキニ非スト雖モ同法第三百七十四條ニ所謂利息中ニハ損害賠償卽チ遲延利息ヲ包含セサルモノト論斷スルヲ相當トス何トナレハ質權ニ關スル同法第三百四十六條保證ニ關スル同法第四百四十七條ハ第三百七十四條ト均シク擔保ノ範圍ヲ規定シタルモノナルニ明ニ利息ト債務ノ不履行ニ因テ生スル損害賠償トヲ竝擧ケ而シテ第三百七十四條ニ於テハ唯利息ヲ擧ケテ損害賠償ニ及ハス彼此對照シテ之ヲ觀レハ抵當權ヲ損害賠償ニ及ハシムル法意ニ非サルコト自ラ明ナルノミナラス債務ノ不履行ニ因テ生スル損害賠償ハ通常利息ト異ナリ一定ノ辨濟期存スヘキ理ナキカ故ニ第三百七十四條ノ規定中滿期ト爲リタル云々ノ文詞ト相容レサルモノアレハナリ又上告人ハ原判決理由中「其滿期トアリテ乃チ利息債權ノ支拂時期ノ到來シタルモノ云々ト云フニ在レハ益墻補利息ノミヲ謂フモノニシテ遲延利息ハ包含セサルモノトセサルヲ得ス」ト判示シタルヲ觀テ原院カ滿期トハ元本ノ辨濟期到來シタル謂ナリト解釋シタルカ如ク思惟シテ論難スル所アレトモ畢竟判文ノ誤解ニ出テタルモノニシテ原判決ニハ明カニ利息債權ノ支拂時期ノ到來シタルモノ云々トアリテ其利息ノ辨濟期到來シタルノ謂ナリト解釋シタルコトハ毫モ疑ヲ容ルヘキニ非ス之ヲ要スルニ民法第三百七十四條ニ關スル原院ノ解釋ハ適當ニシテ上告論旨ハ理由ナキモノトス（大審院明治三三年オ一三九號同年五月一九日判決大審院判決錄六輯民事五卷六四頁）

二　本條ニ所謂利息ノ意義（三續民三七四條）

◎遲延損害金ノ利率ニ關スル諸問

一　金錢債務ノ不履行ト損害利率（續民法一〇九一頁）

二　拂込株金ノ取戻ト損害利率及起算點（二續民四六〇頁）

三　利益配當金ノ請求ト遲延利率（續民法一〇九二頁）

四　商行爲ニ因ル債務不履行ト損害利率（續民法一〇九二頁）

五　商行爲債權ノ法定損害金ト利率（續民法一〇九二頁）

六　手形金ノ支拂遲滯ト損害利率（續民法一〇九二頁）

七　手形利得ノ償還ト遲延利息（本條後出）

◎不法行爲ニ因ル債權ト遲延利息

一〔大審院〕1審按スルニ原審ハ被上告人先代安太郎ハ本件事故發生當時青物營業ニ依リ一ヶ月ニ付金二百五十圓ノ割合ノ純益ヲ收メ居リ其ノ後モ同樣ノ利益ヲ收メ得ヘカリシニ拘ラス本件事故ニ因リ昭和二年九月二十七日（事故發生ノ翌日）ヨリ昭和四年九月五日（同人死亡當日）マテノ間右利益ヲ得ルコト能ハス從テ右期間右金額ノ割合ヲ以テ計算シタル金額卽金五千八百二十五圓ノ損害ヲ被リタルコトヲ認定シタル上

上告人ハ被上告人ニ對シ右損害金額ニ對スル訴狀送達ノ翌日タル昭和三年九月二十五日以降年五分ノ割合ノ遲延利息ヲ支拂フヘキ義務アリトシ其ノ支拂ヲ上告人ニ命シタル第一審判決ヲ是認シタルモノナルコト原判文上明ナル所ナリ

2然レトモ不法行爲ニ因ル損害ノ賠償トシテ支拂フヘキ金額ニ對シ附加支拂フヘキ遲延利息モ亦一種ノ債務不履行ニ因ル損害金ニ外ナラス而シテ不法行爲ニ因ル損害賠償ノ債務ハ損害カ發生シタルトキハ直ニ履行期限到來シ債務者ハ其ノ時ヨリ遲滯ニ在ルモノナルカ故ニ該時期以降ハ賠償金額ニ對シ法定利率ニ依ル遲延利息ヲ支拂フコトヲ要スルモ當該損害發生以前ノ時期ニ遡リテ之ヲ支拂フノ要無キコト言ヲ俟タス然レハ原審カ前叙ノ如ク上告人ハ昭和三年九月二十五日以後ニ發生シタル損害ノ賠償金ニ對シテモ其ノ以前既ニ發生シ居リタル損害ノ賠償金ニ對スルト同樣右九月二十五日以降年五分ノ遲延利息ヲ支拂フヘキ義務アルモノノ如ク判定シタルハ其ノ違法ナルコト明ナリ（大審院昭和六年オ八三三號同年一二月二日判決法律新聞三三五一號一三頁・法律評論二一卷民法三二頁）

二　不法行爲ニ因ル賠償ト遲延利率（續民法一〇九一頁・民法二一六頁）

三　不法行爲ノ債務ト其ノ延滯損害トノ別（二續民九一六頁）

◎不法行爲ニ因ル債權ト履行期（三續民四一二條九八八頁）

◎手形利得ノ償還ト遲延利息

一〔仙臺地〕商法第四百四十四條ニ依ル利得償還請求權ハ民事上ノモノニシテ且義務者ハ請求ヲ俟テ始メテ遲滯ニ付セラルヘキモノナルヲ以テ遲延利息ハ始メテ請求ヲ爲シタルモノト認ムヘキ訴狀送達ノ翌日ヨリ完濟迄年五分ノ割合ニ依ル金額ナリトス（仙臺地方裁判所昭和六年レ一一二號同年六月四日判決法律評論二〇卷商法五二四頁）

二　手形利得ノ償還ト遲延利率（續民法一〇九二頁）

◎遲延利息ト利息制限法

一〔大審院〕案スルニ本件ニ於テハ辨濟期前ノ利息ニ付テハ當事者間金百圓ニ付日步金十錢ヲ支拂フヘキ特約カ存スルモ期日ヲ懈怠シタル場合ニ關シテハ上叙ノ如キ約定ナキコト被上告人ノ主張ニ照シ明ナルトコロナルニ依リ辨濟期後ノ損害金支拂ニ關シテハ商法施行法第百十七條ニ依リ利息制限法第五條ノ適用ヲ排除スヘキ事案ニ非ス而シテ金錢ヲ目的トスル債務ノ不履行ニ付テハ其ノ損害賠償ノ額ハ法定利率ニ依リ之ヲ定ムヘク約定利率カ法定利率ヲ超ユルトキハ約定利率ニ依ルヘキコト民法第四百十九條ノ規定スルトコロナレトモ本件貸

金三百圓ハ金百圓ニ付日步金十錢ノ利息附ニテ貸付ケラレタルモノナルコト原判決ノ認定ニ係リ從テ右利息ノ約定ハ利息制限法第二條ニ依リ年一割二分ノ範圍ニ於テ其ノ效力ヲ認ムヘキモノニ屬シ又從テ本件貸金ノ辨濟期ノ翌日タル昭和四年八月一日以降完濟迄ノ損害金モ亦上叙利息制限法ノ認ムル範圍内ニ於テ年一割二分ノ割合ニ依リ之ヲ支拂ハシムルヲ相當トス（大審院昭和六年才四二號同年六月二三日判決法律新聞社編大審院裁判例〔五〕民事一三二頁●法律新報二六九號一八頁）

二〔大審院〕1案スルニ金錢ヲ目的トスル債務ノ不履行ニ付テハ當事者間特約ナキ限其ノ損害賠償ノ額ハ法定利率ニ依リテ之ヲ定ムヘキモ若シ約定利率カ法定利率ニ超ユルトキハ利息制限法第二條ノ制限ノ下ニ約定利率ニ依リ定ムヘキモノトス是民法第四百十九條第一項ノ法意トシテ當院判例ノ既ニ是認スルトコロナリ〔明治三十九年（才）二三號同年四月二十九日言渡判決〕而シテ右約定利率ニ依ル場合モ是唯法律カ該利率ヲ以テ賠償額算定ノ標準ト爲シタルニ止リ其ノ賠償額カ當事者ノ特約ニ依リ定マル義ニハ非サルカ故ニ利息制限法第五條ノ適用ヲ生スル場合ニ該當セス從テ叙上民法ノ法意ハ商事債權ニモ亦應用セラルヘキコト疑ヲ容レス蓋商事債權ニ付テハ商法施行法第百十七條ハ利息制限法第五條ヲ適用セサル旨

規定スルニ依リ當事者ニシテ履行期限後ノ損害金トシテ利息制限法第二條ノ制限ヲ超ユル利率ニ依リ賠償ヲ爲スヘキコトヲ特約シタルトキハ其ノ特約ニ從ヒ賠償額ヲ定ムヘキコト固ヨリ否ムヘカラサルモ唯約定利率ニ依リ賠償額ヲ算定スルニ過キサル場合ハ未タ以テ右ニ所謂賠償額ノ特約アリタルモノトハ云ヒ得サルヲ以テ結局民法第四百十九條第一項ノ定ムルトコロニ從ヒ利息制限法第二條ノ制限ヲ受ケサルヲ得サル次第ナレハナリ

2然ルニ本件ニ於テ原判決ノ確定シタルトコロニ據レハ被上告人ハ金錢貸付ヲ業トスル會社ナルトコロ大正十三年一月一日上告人佐太郎ニ對シ第二百三十九圓ヲ利息金百圓ニ付一日金五錢辨濟期同年七月二十日ノ約定ニテ貸與シ他ノ上告人等ハ其ノ連帶保證ヲ爲シタルニ佐太郎ハ同年六月三十日迄ノ利息ヲ支拂ヒタルノミニテ爾餘ノ利息及元金ヲ支拂ハサルモノナリト云フニ在リテ辨濟期後ノ損害金ニ付テハ其ノ特約ナカリシコト明ナレハ原審トシテハ該損害金ハ辨濟期前ノ利息ト同樣利息制限法第二條ニ依リ年一割二分ニ引直シタル限度ニ於テ之カ支拂ヲ命スヘキニ拘ラス同法條ヲ適用セス金百圓ニ付一日金五錢ノ割合ニ依ル金員ノ支拂ヲ命シタルハ違法ナリトス（大審院昭和六年才一九四六號同七年六月三〇日判決大審院判例集一一卷民事一四五五頁●法律新報三〇六號九頁●法律評論二一卷民法八〇一頁）

三　右二ノ引用判例—民法二一六頁「金錢借主ノ賠償責任」ノ二

四　遲延損害金ト利息制限法第五條（諸法下一九八九頁）

◎制限引直ノ賠償判決ト適用法條

一〔大審院〕金錢ヲ目的トスル債務ノ不履行ニ付テハ其ノ損害賠償ノ額ハ法定利率ニ依リテ定ムルモ約定利率カ法定利率ニ超ユルトキハ約定利率ニ依ルヘキコトハ民法第四百十九條ノ明規スル所タリ而シテ本件貸金ニ付テハ利息月一圓ニ付一錢二厘ノ約定アルカ故ニ期限後ノ損害金ノ率モ右ノ規定ニヨリ此ノ約定利率ニ依ルヘク尙利息制限法ノ所定ニヨリ其ノ制限ニ迄引直シ年一割ノ損害金請求ヲ是認シタル原判決ハ毫モ違法ノ點ナク特ニ法文ヲ揭ケテ是等ノ點ヲ說示セサレハトテ判決ノ瑕瑾タラス（大審院大正一五年才三八四號同年七月一〇日判決法律新聞二六一〇號一二頁）

第四百二十條　【賠償額ノ豫定】

1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增減スルコトヲ得ス

2賠償額ノ豫定ハ履行又ハ解除ノ請求ヲ妨ケス

3 違約金ハ之ヲ賠償額ノ豫定ト推定ス

◎賠償額ノ豫定ニ關スル諸問

一　本條規定ノ趣旨（二續民四六一頁）
二　賠償額豫定ノ趣旨（民法二一七頁）
三　賠償額豫定ノ方法（續民法一〇九三頁）
四　豫定賠償ノ性質（續民法一〇九三頁）
五　賠償額ノ豫定ヲ許スヘキ場合（二續民四六二頁）
六　手形面ニ於ケル賠償額豫定ノ特約（二續民四六二頁）
七　豫定シタル損害賠償請求ノ要件（續民法一〇九四頁）
八　賠償額ノ豫定ト現實ノ損害有無（本條後出一〇四四頁）
九　塡補賠償ト共ニ豫定賠償ノ請求（續民法一〇九四頁）
一〇　豫定賠償又ハ違約金ノ請求ト契約解除（本條後出一〇四五頁）
一一　違約者ニ解除權アリヤ（民法三二八頁）
一二　賠償額ノ豫定ト解除又ハ履行ノ請求（續民法一〇九四頁）
一三　不履行ノ賠償ト特約ノ賠償トノ別（三續民四一五條一〇〇四頁）
一四　豫定賠償又ハ違約金ノ約旨ノ解釋（本條後出一〇四七頁）
一五　豫定賠償額ノ拋棄ノ推定（本條後出一〇四七頁）
一六　高率過重ノ賠償額ノ豫定（本條後出一〇四五頁）

一七　手形ノ豫定賠償額ト商事債務（本條後出一〇四八頁）
一八　豫定賠償額ノ不當ト其ノ減少（本條後出一〇四五頁）
一九　違約金ニ關スル諸問（本條後出一〇四八頁）
二〇　違約制裁ノ苛酷ト內部情狀ノ省察（本條後出一〇四九頁）
二一　雙方履行期日ノ徒過ト違約金ノ支拂（本條後出一〇四九頁）
二二　目的物ノ一部除外ト違約金額ノ遞減（本條後出一〇五〇頁）
二三　數箇ノ目的物ト過怠金額ノ判示（本條後出一〇五〇頁）
二四　利息制限法第五條ト本條トノ關係（二續民四六二頁）

◎賠償額ノ豫定ト現實ノ損害有無

一〔福岡地〕清涼飲料ノ製造販賣業者タル原告等三名及被告等三名カ競爭濫賣ヲ避ケ營業上ニ於ケル相互ノ福利ヲ增進スル目的ヲ以テ各商事會社一個ヲ設立シ其商品ヲ販賣スル區域ヲ定メ互ニ之ヲ侵害セサルコトヲ約シ若シ當事者中之ニ違反スル者アルトキハ各自相手方ニ對シ金千圓ヲ支拂フヘキコトヲ定メタル場合被告ニ於テ會社設立ノ約ニ背キタル事實アルニ於テハ原告ハ何等損害ナキ場合ニ於テモ右損害賠償ノ豫約ニ基ク請求ハ之ヲ爲シ得ルモノト解スヘク又右ノ如キ契約ハ公序良俗ニ反スルモノニ非ス（福岡地方裁判所昭和六年ナ二一二號同八年二月一三日判決法律新聞三五四一號七頁●法律評論二二卷民法六五八頁）

二　賠償額ノ豫定ト損害ノ有無（二續民四六一頁）

◎豫定賠償又ハ違約金ノ請求ト契約解除

一〔大審院〕債務者カ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲ササルトキハ債權者ハ因リテ生シタル損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘク後ニ契約ノ解除アルモ其ノ請求ヲ爲スコトヲ妨ケラルルコトナシ蓋シ損害ノ賠償ナルモノハ債權者ヲシテ不履行ニ因ル損害ノ發生ナカリシト同樣ノ地位ヲ有セシムルコトヲ目的トスルモノ又契約ノ解除ナルモノハ債權者ヲシテ不履行ヲ敢テスルカ如キ債務者ニ對シ契約上ノ拘束ヲ免カレシムルヲ目的トスルモノ其ノ性質上兩者ヲ併セ行使スルコトヲ得ルモノトシテ始メテ債權者ノ保護完キヲ得ヘク民法第五百四十五條第三項ハ此ノ趣旨ヲ規定スルモノト解スヘケレハナリ本件ニ於テ月賦金ノ不履行アルトキハ損害賠償ノ額ヲ未拂込額ニ對スル百圓ニ付日步四錢ト豫定シタル事實月賦金ノ不履行アリタル事實及未拂込額一時ニ弊濟スヘキモノト爲リタル事實ハ原判決ノ確定シタル所ナレハ原判決カ契約ノ解除アリタルニ拘ラス未拂込殘額ニ對スル前記日步ノ豫定損害金ヲ附スヘキモノナリト爲シタルハ正當ナリ（大審院昭和七年オ一七六八號同八年二月二四日判決大審院判例集一二卷民事二五一頁●法律新報三二七號一七頁●法律評論二二卷民法二七九頁）

二　解除權ノ行使ト豫定賠償ノ請求權（二續民四六三頁）
三　契約解除ト違約金請求權ノ消長（二續民四六三頁）
◎損害賠償ノ請求ト契約解除ノ要否（三續民四一五條九九六頁）

◎高率苛重ノ賠償額ノ豫定

◎豫定賠償額ノ不當ト其ノ減少

一〔大審院〕原審ノ確定シタル事實ニ依レハ本件消費貸借ハ商事ニ非サルヲ以テ利息制限法第五條ノ適用アルコト明ニシテ（商法施行法第百十七條參照）同條ニ依レハ債務ノ不履行ニ關シ違約金卽チ損害賠償豫定ノ特約ヲ爲シタル場合ニ於テモ裁判官カ之ヲ不當ナリト思量スルトキハ之ニ對シ相當ノ減少ヲナスコトヲ得ヘキカ故ニ原裁判所カ本件貸金ニ付一日百分ノ一ノ割合ニ依ル遲延損害金ノ特約アルヲ不當ト認メ其ノ金額ヲ年一割ニ減少シタルハ不法ニ非ス上告人ノ引用スル當院判例〔昭和五年（オ）第二五八二號昭和六年五月二十三日言渡ノ判決〕ハ本件ヲ律スルニ足ラス（大審院昭和六年オ三四三六號同七年八月二五日判決法律新聞三四六〇號一一頁●判例彙報四三卷二三號民事五一一頁）

二〔大審院〕右一ノ引用判例—金錢債務ノ不履行ニ因ル損害賠

償額豫定ノ特約ハ其ノ損害額算定ノ基準タル率カ著シク高キニ失スルノ一事ヲ以テ當然不法ノ特約ナリト速斷スヘキニ非スシテ之ヲ不法ナリトスルニハ當事者ヲシテ斯ル特約ヲ爲スニ至ラシメタル相當ノ理由ノ認メ得ヘカラサル場合ナルコトヲ要スルハ最近當院判例ノ存スル所ナリ〔昭和五年（オ）第一三一一號同六年二月十三日判決參照〕本件ニ付之ヲ觀ルニ上告人カ被上告人ニ對シ本件約束手形金ヲ手形滿期日ニ支拂ハサルトキハ其ノ翌日ヨリ金十圓ニ付一日金五錢ノ割合ニ依ル損害金ヲ支拂フ旨約シタル事實ハ原判決ノ確定シタル所ニシテ右損害金ノ率ハ一般ニ比シ高率ナルカ如シト雖此ノ一事ヲ以テ右特約ヲ當然不法ニシテ無效ナリト爲スヘキニ非サルコト前叙ノ如クナルノミナラス原判決ハ其ノ他右特約ヲ無效ト爲スヘキ特殊ノ事情ナキ旨說明シ當事者カ相當ノ理由ナクシテ右特約ヲ爲シタルカ如キ事實ノ認ムヘキモノナキ趣旨ヲモ判示シタルカ故ニ結局原判決カ右特約ヲ無效ナリトスル上告人ノ主張ヲ排斥シタルハ相當ナリ（大審院昭和五年オ二五八二號同六年五月二三日判決法律評論二〇卷民法八〇五頁●法律新聞三二八一號九頁）

三〔大審院〕右二ノ引用判例—1按スルニ金錢貸借上ノ債務不履行ニ因ル損害賠償額豫定ノ特約ハ其ノ損害額算定ノ基準タル率カ著シク高キニ失スルノ一事ヲ以テ直ニ不法ノ特約ナリト速斷スルヲ得ス蓋損害賠償額豫定ノ特約ニシテ著シク不當苛酷ナル場合之ヲ爲スニ充分ナル理由ノ認ムヘキモノ存セサルトキハ或ハ其ノ內容ノ善良ナル風俗ニ反スルノ故ヲ以テ不法トナリ又ハ當事者ニ之ヲ爲スノ眞意ヲ缺クカ爲無效トナルカ如キ場合ナキニアラサルヘシト雖若シ之ニ反シ其ノ特約ヲ諾約シタル當事者ニ於テ其ノ內容ノ頗ル苛酷ナルニ拘ラス尙且之ニ因ル不利益ヲ甘受シテモ金借ヲ敢テスルヲ利トスルカ如キ特別ノ事情ノ存スル爲相手方ノ要求スルニ委セ其ノ苛酷ナル特約ヲ承諾シテ金借ヲ爲サントスル意思ヲ有シタル場合ナルニ於テハ其ノ意思ニ從テ契約ノ效力ヲ生セシムルハ契約自由ノ範圍內ニ屬シ何等善良ノ風俗ニ反スルモノト爲スヘキモノニアラサレハナリ

2原審ノ確定シタル事實ニ依レハ被上告人佐山熊太郎ハ上告人ニ宛テ被上告人佐山久吉ノ保證アル金額二千圓ノ約束手形ヲ振出シ其ノ滿期日ニ支拂ヲ怠ルトキハ百圓ニ付一日一圓ノ割合ニ依ル損害金ヲ支拂フヘキ特約ヲ爲シ久吉ハ右特約上ノ債務ニ付連帶保證ヲ爲シ次テ同一當事者間ニ右手形上ノ債權ヲ目的トシ同一ノ特約ヲ附シタル準消費貸借成立シタリト云フニ在リテ其ノ特約ノ內容カ被上告人等ニトリ頗ル苛酷ナルモノアルハ疑ヲ容レサル所ナリト雖單ニ此ノ一事ノミヲ以テ直ニ其ノ特約ヲ不法ナリト爲スコトヲ得ス其ノ不法ナリヤ否ハ一ニ被上告人等ヲシテ斯ル特約ヲ爲スニ至ラシメタル相當ノ理由ノ存否ニ繫ルコト前段說明ニ徵シ明ナルヲ以テ原審ハ先ツ斯ノ如キ苛酷ナル特約カ如何ナル事情ノ下ニ於テ締結セラレタリヤヲ審査スルヲ要スルモノト謂ハサルヘカラス然ルニ事玆ニ出テス單ニ特約ノ內容タル損害額算定率カ著シク高率ナリトノ一事ヲ以テ直ニ其ノ特約ヲ不法ト爲シタルハ審理不盡ニアラサレハ理由不備ノ不法アルモノト謂ハサルヲ得ス本論旨ハ結局其ノ理由アルニ歸スルヲ以テ原判決ハ此ノ點ニ於テ全部破毀ヲ免レス（大審院昭和五年オ一三一一號同六年二月一三日判決大審院判例集一〇卷民事六九頁●法律評論二〇卷民法一八四頁）

○右三ノ批評—法學博士末川博氏法學論叢二六卷九六二頁●法律評論二〇卷民法一一七九頁

○同　上—細迫氏法律評論二〇卷民法一一八〇頁

○右批評ノ批評—法律評論二〇卷民法一一八三頁

四　苛重ノ違約金又ハ過怠金ト公序良俗（三續民九〇條一〇二頁）

◉法外ナル損害金ノ約定ト公序良俗（三續民九〇條一〇一頁）

◉豫定賠償又ハ違約金ノ約旨ノ解釋

一〔大審院〕1木材賣渡證書第七條ニ該賣渡書ノ各條項ニ照シ違反セルトキハ如何樣ノ御請求モ不苦頭書ノ內金ハ卽時返金スルハ勿論更ニ損害金トシテ金一萬圓也ヲ辨償可仕候トアルハ賣渡人ニ於テ契約條項ノ何レカニ違背シタルトキハ買主ハ契約ノ履行ヲ請求シ得ル權利ヲ保有シツツ損害賠償トシテ金一萬圓ヲ請求シ得ルコトヲ定メタルモノニシテ該金額ハ履行ニ代ハル豫定賠償金ニ非スト解シ得サルニ非ス

2前叙ノ場合賣買契約ニ定メタル賣却木材全部ニ關スル引渡期間ノ經過前木材全部ノ引渡ナク尙不足分アリタル以上右木材引渡ノ期間ヲ徒過シタルモノトシテ賣買契約ニ定ムル豫定賠償金一萬圓ノ支出ヲ要スルヤ明ニシテ其ノ不足ノ木材全部カ其ノ後引渡濟ト爲リタルヤ否ヤハ右支拂義務ニ影響スル所ナキモノトス（大審院昭和五年オ二六一〇號同六年四月二五日判決法律評論二〇卷民訴三〇一頁）

二　違約金支拂契約ノ解釋（二續民四六四頁）

三　船舶ノ賃貸借ト違約條項ノ解釋（續商法一一七〇頁）

◉豫定賠償額ノ拋棄ノ推定

一〔大審院〕契約違背ニ付豫定損害賠償金ニ關スル特約アル場合ニ於テ賣主カ目的木材ノ引渡期間經過後買主ノ請求ニ因リ不足ノ木材ヲ引渡シタリトスルモ必スシモ買主ニ於テ豫定賠償金ノ請求ヲ拋棄シタルモノト推斷スルコトヲ要セサルモノ

トス（大審院昭和五年オ二六一〇號同六年四月二五日判決法律評論二〇卷民訴三〇一頁）

◎手形ノ豫定賠償額ト商事債務

一〔大審院〕商事債務ノ不履行ニ因ル損害賠償ノ債務ハ本來商事債務ノ變形シタルモノニ外ナラサルカ故ニ是亦商事債務ニ屬スト解スヘキコトハ當院ノ夙ニ判例トスル所ナルト同時ニ原判決ヲ觀ルニ上告人（控訴人）等カ共同シテ係爭約束手形ヲ振出シ之ヲ被上告人（被控訴人）ニ交付スルト共ニ手形外ノ書面ニ依リ若シ其ノ支拂ナ遲滯シタルトキハ手形滿期日ノ翌日（昭和五年三月十九日）ヨリ日歩七錢ノ損害金ヲ附加シテ支拂フヘキ旨ノ特約ヲ爲シタルコトハ當事者間ニ爭ナキ所ニシテ斯ル特約カ手形行爲ニアラサルコトハ固ヨリ言ヲ俟タスト雖其ノ特約カ手形行爲ヨリ生セル債務ノ不履行ニ對スル損害賠償ヲ豫定セルモノナルコト是亦自明ノ事項ナルカ故ニ右特約上ノ債務モ之ヲ商事ナリト認ムヘキハ勿論ニシテ從テ利息制限法第五條ノ規定ハ商法施行法第百十七條ニ依リ該特約ニ付テハ其ノ適用ナキモノト謂ハサルヘカラス（大審院昭和六年オ九七二號同年七月三日判決法律新聞三三〇五號九頁）

◎手形關係ニ於ケル賠償額ノ豫定（二續商一七七八頁）

◎違約金ニ關スル諸問

一　違約制裁ノ苛酷ト內部情狀ノ省察（本條後出一〇四九頁）
二　雙方履行期日ノ徒過ト違約金ノ支拂（本條後出一〇四九頁）
三　豫定賠償又ハ違約金ノ請求ト契約解除（本條前出一〇四五頁）
四　履行期ノ變更ト違約金契約ノ效力（二續民四六四頁）
五　豫定賠償又ハ違約金ノ約旨ノ解釋（本條前出一〇四七頁）
六　抵當權ノ範圍ト違約金（民法一七八頁）
七　燐寸賣買ノ違約金ノ性質ト商慣習（續商法四三〇頁）
八　他人ノ物ノ賣買ト違約金ノ支拂（民法三五〇頁）
九　賣買契約自體ノ錯誤ト違約制裁ノ效力（三續民九五條一九一頁）
一〇　徒弟契約ノ違約金契約ト親族會同意（民法五八二頁）
一一　藝妓稼業契約ノ違約金ト不法原因（二續民八五〇頁）
一二　請負報酬金ト違約金トノ同時履行（續民法一二一八頁）
一三　活動寫眞映畫ノ特約ト違約賠償責任（民法二一一頁）
一四　同業組合ト違約金請求ノ資格（民法四四六頁）
一五　組合ノ過料ノ制裁ト過意約款（民法二一八頁）
一六　特許權ノ無效ニ伴フ違約金契約ノ無效（續民法一〇九六頁）
一七　違約金支拂ノ遲滯ト其ノ損害（續民法一〇九一頁）
一八　違約金又ハ賠償額ノ登記（諸法下一八八九頁）
一九　目的物ノ一部除外ト違約金額ノ遞減（本條後出一〇五〇頁）
二〇　利息及過意金ト制限違背ノ有無（民訴三六七頁「利息制限法ニ違反セル判決」ノ二參看）
二一　違約金ノ請求ト履行地ノ管轄（續民訴七〇九頁）
二二　規約ニ基ク違約金ト裁判權（民訴一八〇頁）
二三　數箇ノ目的物ト過意金額ノ判示（本條後出一〇五〇頁）

餘　錄

1 英語「ブロークン」ノ意義（三續民五四〇條）

◎違約制裁ノ苛酷ト內部情狀ノ省察

一〔大審院〕夫レ違約豫防ノ手段ヲ講スルコトハ固ヨリ不可無シ獨其ノ手段ノ嚴刻苛烈ニ過クルニ拘ラス敢テ以テ之ヲ協定スルニ至リテ其ノ所謂制裁ナルモノハ實ハ違約豫防ノ手段ニ非スシテ寧ロ目的ノ他方ニ存スルモノアリ以テ故ラニ造作粉飾シタル一衞數ニ非サルヤノ消息ハ少クトモ一顧躊ヲ値スルノ情狀タルヲ失ハス（大審院昭和七年オ八七五號同年一二月二四日判決法律新聞社編大審院裁判例〔六〕民事二九三頁）

◎雙方履行期日ノ徒過ト違約金ノ支拂

一〔大審院〕1 雙務契約ノ當事者雙方カ履行期日ニ履行ノ提供ヲ爲サスシテ其期日ヲ經過シタル時ト雖モ其一方ハ相手方カ其債務ノ履行ヲ提供スル迄ハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得ルヲ以テ當然遲滯ノ責ニ任スルモノニアラス相手方カ自己ノ債務ノ履行ヲ提供シテ他ノ一方ニ對シ其債務ノ履行ヲ請求シタルニ拘ハラス他ノ一方カ之ニ應セサリシ場合ニ於テ始メテ遲滯ノ責ニ任スヘキモノナルコトハ當院ノ判例トスル所ナリ〔大正二年（オ）第百四十三號大正二年十二月四日當院判決參照〕故ニ當事者カ一定ノ履行期日ニ債務ヲ履行セサルトキハ違約金ヲ支拂フヘキコトヲ約シタル場合ニ於テモ其履行期日ニ雙方共履行ノ提供ヲ爲サスシテ其期日ヲ經過シタルトキハ反證ナキ限リハ其後ニ至リ當事者ノ一方カ相手方ヨリ債務ノ履行ノ請求ヲ受ケ相手方カ自己ノ債務ノ履行ヲ提供シタルニ拘ラス其債務ヲ履行セサル爲メ遲滯ノ責ニ任シタル場合ニアリテモ右ノ違約金ヲ支拂フヘキコトヲ約シタルモノト推測スヘキモノトス何トナレハ違約金支拂ノ契約ハ當事者カ不履行ノ爲メ遲滯ノ責ニ任スヘキ場合ニ付キ之ヲ爲スヲ通常トスルモノニシテ履行期日ニ當事者雙方カ履行ノ提供ヲ爲ササルトキハ未タ當事者ニ遲滯ノ責任ヲ生セサレハナリ

2 然ラハ原院カ本件賣買契約ニ於ケル買主タル上告人カ明治四十四年五月二十九日ニ代金ヲ支拂ハサルトキハ賣主タル被上告人ニ違約金六千圓ヲ支拂フヘキコトヲ約シタルニ拘ラス右履行期日ニ當事者雙方共履行ノ提供ヲ爲サスシテ其期日ヲ

經過シタルモ大正二年十二月三十一日ニ至リ被上告人ハ上告人ニ對シ大正三年一月十二日マテニ履行ヲ爲スヘキコトヲ催告シ且ツ右期日ニ所有權移轉登記手續ニ關スル一切ノ準備ヲ調ヘ完全ナル履行ノ提供ヲ爲シタルニ上告人カ履行ノ提供ヲ爲ササリシ事實ヲ認定シ上告人ニ於テ本件契約ノ趣旨ニ依リ違約金六千圓ヲ支拂フノ義務アル旨判斷シタルハ不法ニアラス（大審院大正六年才五九一號同年一〇月二七日判決法律新聞一三八〇號三三頁）

二　右一ノ引用判例一民法二〇三頁「當事者雙方履行期日ノ徒過ト遲滯ノ責任」ノ一及二

◎目的物ノ一部除外ト違約金額ノ遞減

一〔大審院〕原判決ヲ覽ルニ係爭和解契約ノ條項トシテ當初定メラレタル所ハ結局上告人（控訴人）ハ被上告人（被控訴人）ニ對シ一定ノ期限ヲ附シテ本件家屋四棟ノ明渡ヲナスト共ニ其ノ明渡迄右家屋ノ賃料ニ相當スル月五百圓割ノ損害金ヲ支拂フコトヲ要シ若シ其ノ期限ニ明渡ヲ爲ササルトキハ現實明渡ヲ完了スルニ至ル迄月千百圓割ノ損害金ヲ支拂フヘク又上告人ニ於テ擅ニ該家屋ヲ他ニ轉貸シ若ハ其ノ坪數ヲ增減シタルトキハ千八百圓ノ違約金ヲ支拂ハサルヘカラスト云フニ在ルコトハ原審確定ノ事實ニシテ其ノ明渡スヘキ家屋ト約定損害金又ハ違約金トノ間ニ相對關係ノ存スルコト極メテ明瞭ナルカ故ニ該家屋中一棟若ハ數棟カ和解條項ヨリ除外セラルルトキハ右損害金違約金等ノ約定ニモ自ラ影響シテ其ノ金額ヲ相當遞減セサルヘカラサルモノナルコト蹇ニ所論ノ如クナリトス從テ本件家屋中一棟ヲ係爭和解條項ヨリ除外スヘキコト原判示ノ如クナル以上損害金違約金等ノ金額ニモ其ノ結果ノ影響スヘキコト勿論ナルニ拘ラス原審カ此ノ點ニ付何等說示スル所ナカリシハ理由不備若ハ審理不盡ノ違法アルモノトス（大審院昭和七年才一六三號同年一一月一日判決法律新聞社編大審院裁判例〔六〕民事二九六頁）

◎數箇ノ目的物ト過怠金額ノ判示

一〔大審院〕原判決ヲ觀ルニ原審ハ被上告人ハ原判示第二ノ契約機械ヲ其ノ約定ノ引渡期日ヨリモ遲延シテ引渡シタルコトヲ認定シタル上「全般ニ亙リテ觀察スルトキハ現實ニ遲延シタル期間ノ半分」ハ上告人ノ申出ニ係ル設計變更ニ基因スルモノナルコトヲ認メ依テ被上告人ハ右遲延期間ノ半分ニ對シテハ約定過怠金支拂ノ義務アルモ他ノ半分ニ對シテハ其ノ義務無シトシ以テ被上告人ヨリ上告人ヘ支拂フヘキ過怠金額ヲ判定シタリ然レトモ所謂「現實ニ遲延シタル期間ノ半分」トハ各機械ノ遲延期間ノ合計日數ノ半分ト云フ意ナルカ將タ甲ノ機械ニ付テモ其ノ引渡ヲ遲延シタル期間ノ半分乙ノ機械ニ付テモ亦其ノ引渡ヲ遲延シタル期間ノ半分ト云フカ如ク各機械毎ニ其ノ引渡遲延期間ノ半分ツツト云フノ意ナルカ必スシモ明確ナラス若シ之ヲ前者ナリトセンカ被上告人ヨリ上告人ニ支拂フヘキ過怠金ナルモノノ額ハ遲延一日ニ付當該機械ノ約定代金額ノ千分ノ二トスル約定ナルコト及原判示第二ノ契約機械ハ其ノ種目一ニアラス又其ノ代金額モ同シカラサルコトハ原審ノ認定シタル所ナルカ故ニ右過怠金ノ額ハ各機械ニ依リ異ルヘキハ理ノ觀易キ所ニシテ從テ被上告人カ責ニ任スヘキ引渡遲延期間ナルモノヲ各機械毎ニ認定スルニ非サレハ被上告人ノ支拂フヘキ過怠金額ヲ正確ニ算出シ得ヘカラサルヤ言ヲ俟タス又若シ後者ナリトセンカ原審擧示ノ證據中ニハ其ノ判示事實ヲ認ムルニ足ルモノ無キヲ奈何原判決ハ理由不備ニ非サレハ虛無ノ證據ニ依リテ事實ヲ認定シタル違法アルニ歸ス（大審院昭和六年才四七三號同七年四月三〇日判決法律新聞社編大審院裁判例〔六〕民事一二四頁）

第四百二十一條　【非金錢ノ賠償額豫定】

一前條ノ規定ハ當事者カ金錢ニ非サルモノヲ以テ損害ノ賠償ニ充ツヘキ旨ヲ豫定シタル場合ニ之ヲ準用ス

◎金錢ヲ以テセサル賠償額ノ豫定（續民法一〇九六頁）

第四百二十二條　【賠償ニ因ル代位】

1 債權者カ損害賠償トシテ其債權ノ目的タル物又ハ權利ノ價額ノ全部ヲ受ケタルトキハ債務者ハ其物又ハ權利ニ付キ當然債權者ニ代位ス

◎賠償ニ因ル代位ノ實例

一　賠償ニ依ル代位ノ實例（二續民四六五頁・二續商一六四七頁）

二　損害ヲ賠償シタル被告ノ權利（續民法一二四九ノ一三九頁）

三　吏員ノ賠償ト其ノ後ノ權利關係（諸法中七一八頁）

第四百二十三條　【債權者代位權】

1 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

2 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在ラス

◎債權者代位權ニ關スル諸問

一　代位ニ關スル本條ノ趣旨及適用（續民法一〇九七頁）
二　代位權ノ性質（本條後出一〇五三頁）
三　代位權行使ノ要件（本條後出一〇五四頁）
四　一身ニ專屬スル權利ノ意義及實例（二續民四六七頁）
五　代位權ノ代位ノ許否（本條後出一〇五六頁）
六　代位權ノ行使ト被保全債權（本條後出一〇五九頁）
七　代位權ノ行使ト債務者ノ資力（本條後出一〇五六頁）
八　債務者ノ權利行使ノ不適當ト代位權（本條後出一〇五七頁）
九　代位訴權ト直接訴權ノ併立（本條後出一〇六九頁「代位登記ノ可能ト登記請求權ノ有無」參看）
一〇　代位ノ目的タル權利（二續民四六八頁）
一一　債權者（代位ニ依ル）ト時效ノ援用權（續民法八八一頁）
一二　抵當權ニ關スル代位登記ノ諸問（本條後出一〇七〇頁）
一三　根抵當不存在ノ確認訴訟ト代位ノ許否（本條後出一〇七一頁）
一四　代位ニ依ル抵當權ノ實行（三續民三七五條「抵當權ノ擔保ト原抵當權ノ實行」ノ一參看）
一五　債權讓渡通知ト代位又ハ强制履行（本條後出一〇六一頁）
一六　代位ニ依ル相殺權ノ行使（本條後出一〇六二頁）

一七　代位權者ニ對スル第三者ノ解除權（本條後出一〇六三頁）
一八　受贈者ト相續人ノ代位債權者（續民法一一〇一頁）
一九　登記義務者ノ逃亡ト假登記又ハ代位登記（諸法下一八七四頁）
二〇　再賣買ノ豫約履行ト代位（本條後出一〇六三頁）
二一　賃貸人ニ代位セル賃借人ノ明渡請求（本條後出一〇六三頁）
二二　借地建物ノ競落人ト貸地主ノ代位（本條後出一〇六六頁）
二三　相續登記ノ代位ト利害關係（本條後出一〇六七頁）
二四　代位ニ依ル遺產相續登記（本條後出一〇六八頁）
二五　會社債權者ト出資請求權ノ代位（本條後出一〇六八頁）
二六　會社ノ要償權ト債權者ノ代位（二續商一五二七頁）
二七　鑛業權ト債權者代位ノ許否（本條後出一〇六八頁）
二八　代位登記ニ關スル諸問（本條後出一〇六九頁）
二九　公權ト代位權ノ目的（本條後出一〇七一頁）
三〇　根抵當不存在ノ確認訴訟ト代位ノ許否（本條後出一〇七一頁）
三一　異議又ハ抗告ト代位ノ許否（本條後出一〇七二頁）
三二　調停ノ成立ト代位權ノ消長（本條後出一〇七三頁）
三三　債務者ノ破產手續中ト代位權（本條後出一〇七三頁）
三四　强制執行ト代位又ハ信託トノ關係（續民訴一五一三頁）
三五　代位登記ノ法律ト同法律前ノ實例（續民法一一〇三頁）

◎代位權ノ性質

◎代位訴訟ト直接給付ヲ受クル者

一〔朝鮮高〕民法第四百二十三條ニ基キ代位權ヲ行使スルニ際シテハ必スシモ債務者ニ對シ給付ヲ爲スヘキコトヲ要求セサルヘカラサルモノニアラスシテ同條所定ノ債權保全ノ目的ヲ達シ得ヘキ以上債務者ニ給付セシムル趣旨ニ於テ債權者自身ニ對シテ直接ニ其ノ給付ヲ爲スヘキコトヲ要求スルヲ妨ケサルコトハ夙ニ當院判例ノ示ス所ニシテ〔大正十年民上第三五六號同年十一月二十九日言渡判決參照〕今尙之ヲ變更スルノ必要アルヲ見ス（朝鮮高等法院昭和五年民上四五六號同年九月一六日民事部判決司法協會雜誌九卷一一號一八八頁●法律評論一九卷民法一一六一頁）

二　右一ノ引用判例！二續民四六五頁「代位訴權ノ性質及效力（一）」ノ三

三〔大審院〕民法第四百二十三條ニ定メタル代位訴權ハ債權者カ第三者ニ對スル債務者ノ權利ヲ行ヒ得ヘキ訴權タルニ過キス債權者ハ自己ノ名ニ於テ之ヲ行フヘキモノナルモ其ノ訴權ノ目的タル權利其ノモノハ第三者ニ對スル債務者ノ權利ニシテ債權者自身ノ權利ニ非ス然ラハ債權者カ代位訴權ニ依リテ第三債務者ニ對シ債務者ノ債權ヲ行フ場合ニ於テ直接自己ニ給付ヲ爲スヘキコトヲ求メスシテ債務者ニ其ノ給付ヲ爲スヘキコトヲ求ムルモ之ヲ以テ不法ト爲スヘキ理由ナシ（大審院昭和八年才八三三號同年一〇月一一日判決法律新聞三六一四號一四頁●法律評論二二卷民法一一〇一頁）

四〔大審院〕審按スルニ民法第四百二十三條ニ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トアルハ債務者ニ於テ第三債務者ニ對シ或權利ヲ有スル場合ニ債權者カ債務者ニ代ハリ其地位ニ立チテ第三債務者ニ係リ債務者ノ有スル權利ヲ行フ迄ノモノニ過キス故ニ本條ノ適用トシテハ例ヘハ債權者ニ於テ其債務者ニ代ハリ第三債務者ニ係リ提起シタル訴訟カ給付ノ請求ナルトキハ其訴訟ノ目的物ヲ直ニ原告タル債權者ノ財產中ニ歸屬セシムルコトヲ得ルニ非スシテ先ツ之ヲ債務者ノ財產中ニ入レ而シテ債務者ニ對スル他ノ債權者アラハ其財產ハ總債權者ノ共同擔保ト爲ス可ク之ニ反シ他ノ債權者ナキトキハ債權者ハ債務者ノ財產ニ入レタルモノヲ以テ自己ノ債權ノ辨濟トシテ債務者ヨリ之ヲ受取ルコトヲ得可キモノトス若シ上告人所論ノ如ク此場合ニ於テ債權者カ其訴訟ノ目的物ヲ被告タル第三債務者ヨリ直接ニ受取ルコトヲ得ルモノトスルトキハ債務者ヨリ其債權者ニ任意上若クハ裁判上權利ヲ移轉セシメタルコトナキニ拘ハラス債權者ハ其債務者ニ屬スル權利ヲ讓受ケタルトキト殆ント同一ノ

結果ヲ生シ全ク直接ニ權義ノ關係ナキ第三債務者ヲシテ債權者ニ對シ義務ヲ盡サシムルカ如キ奇觀ヲ呈スルニ至ル依テ本論旨ハ民法第四百二十三條ノ誤解ニ基キタルモノニシテ採用スルヲ得ス（大審院明治三六年オ三三一號同年七月六日判決大審院判決錄九輯民事八八四頁●法律新聞一五三號一二頁）

五〔大阪控〕被控訴人ハ控訴人カ横井フサニ辨濟スルタメフサノ債權者タル控訴人ニ支拂フ可シトノ請求ハ民法第四百二十三條第一項ニ違背セル不適法ノモノナリト主張スレトモ同條ハ債權者ヲシテ債務者ニ代ハリ間接ニ其權利ヲ行使シ以テ自己ノ債權ヲ保全スルコトヲ得セシムルノ趣旨ナレハ債權者ハ第三債務者ヲシテ債務者ニ對スル債務ノ履行トシテ自己ニ其債務ノ辨濟ヲ爲サシムルコトヲ得ヘシ換言スレハ債權者ハ第三債務者ヨリ債務者ニ對スル債務ノ履行トシテ自身ニ其債務ヲ取立ツルノ權アルヤ勿論ナリ若シ否ラスシテ債務者ノ名義ヲ用ヒテ起訴シ直接ニ債務者ニ辨濟セシムルノ請求ヲ爲ササルヘカラストセンカ判決確定スルモ債權者ハ自ラ其判決ヲ執行スルニ由ナク隨テ法律カ債權者ニ間接訴權ヲ與ヘタル趣旨ハ殆ント滅却シ了ルニ至ラン而シテ一定ノ申立横井フサニ辨濟スルタメトハ控訴人自ラ釋明スル如クフサノ財産ニ歸屬セシムルノ謂ニ外ナラサレハ則チ債務者ニ對スル債務ノ履行ヲ求ムルモノナルコト明ニシテ且ツフサノ債權者タル控訴人ニ支拂フ可シトハ控訴人自ラ釋明スル如クフサニ代ハリテ債務ノ辨濟ヲ受クルコト卽チ債務ノ取立ヲ爲スノ意義ナルコト其前段ノ文詞ニ參照シテ明カナレハ本訴請求ハ前顯法條ニ違背セルモノトハ謂フ可ラス（大阪控訴院事件番號不明明治三七年六月三〇日判決法律新聞二二三號八頁）

六　代位訴權ノ性質及效力（二續民四六五頁）

◉間接訴權ノ行使ト請求ノ原因（民法二二〇頁）

◉代位權行使ノ要件

一〔大審院〕1按スルニ債權者カ自己ノ債權ヲ保全スル爲債務者ニ屬スル權利ヲ行フコトヲ得ルハ民法第四百二十三條ノ規定ニ依リ明ニシテ同條ハ債權者ノ保全セントスル債權ニ付制限ヲ設ケス又債權者ノ行使スヘキ債務者ノ權利ニ付テモ其ノ一身ニ專屬スルモノノ外何等ノ制限ヲ爲ササルヲ以テ同條ノ適用ヲ受クヘキ債權及債務者ノ權利ハ必スシモ金錢債權タルニ限ラサルモノトス而シテ其ノ保全セントスル債權ノ目的カ債務者ノ資力ノ有無ニ關係ヲ有スル場合ニ於テハ債務者ノ無資力ナルトキニ非サレハ其ノ權利ヲ行使スルコトヲ得スト雖本訴ノ如ク墓地使用權ナル權利ヲ保全セントスル場合ニ於テハ債務者ノ資力ノ有無ニ拘ラス其ノ有スル妨害排除ノ請求權ヲ代位シテ行使スルコトヲ得ヘキモノトス〔大正九年（オ）

第七五二號同年十一月十一日當院判決昭和四年（オ）第八三五號同年十二月十六日當院判決參照）又代位權ヲ行使スル債權者ノ範圍ニ付テモ何等ノ制限ナキヲ以テ代位權ヲ行使スルコトヲ得ヘキ債權者ノ債權者モ亦之ニ代リテ第三債務者ノ有スル權利ヲ行使スルコトヲ得ヘキモノト解スルヲ相當トス

2上告人ハ原審ニ於テ訴外川合寺ハ本件墓地ヲ其ノ所有者タル横濱市ヨリ賃借シ更ニ之ヲ上告人（被控訴人原告）ニ轉貸シタル處被上告人（控訴人被告）ハ何等ノ權原ナクシテ該墓地ノ四方ニ高サ一尺五寸位ノ石垣ヲ作リ其中ニ同高サノ盛土ヲ爲シタリトノ事實ヲ陳述シタル上横濱市ハ所有權ニ基キ被上告人ニ對シテ該石垣及盛土ノ撤去ヲ求ムル權利ヲ有シ川合寺ハ横濱市ニ代位シテ同一物ノ撤去ヲ被上告人ニ請求シ得ヘキヲ以テ上告人ハ更ニ川合寺ニ代位シテ被上告人ニ對シ同一物ノ撤去ヲ請求スト主張シタルコトハ本件記錄ニ依リテ明ナリ故ニ若シ上告人ノ主張事實ニシテ肯定セラレタリトセハ上告人ハ川合寺ニ對シ轉貸借契約ニ依リ本件墓地ヲ使用スルコトヲ得シムヘキ債權ヲ有スルヲ以テ上告人ヨリ之ヲ觀レハ川合寺カ横濱市ニ代位シテ石垣及盛土ノ撤去ヲ請求スルコトヲ得ル權利ハ卽民法第四百二十三條ニ所謂債務者ノ權利ニ外ナラサルモノト謂フヘシ故ニ上告人ハ川合寺ニ代位スルニ依リ更ニ横濱市ニ代位シテ直接ニ被上告人ニ對シ該石垣及盛土ノ撤去ヲ請求シ得ヘキモノトス然ルニ原裁判所カ「債權者カ債務者ノ第三債務者ニ對シ有スル代位權ヲ代位シ第三債務者ニ屬スル權利ヲ直接行使スルコトハ法律上許スヘカラサルモノト解スヘキモノトス」ト判示シ不法ナリトス（大審院昭和五年オ二四三號同年七月一四日判決大審院判例集九卷民事七三〇頁●法律評論一九卷民法一二九五頁）

二　右一ノ引用判例｜〔オ七五二號〕本條後出一〇五六頁「代位權ノ行使ト債務者ノ資力」ノ一●〔オ八三五號〕本條後出一〇六三頁「賃貸人ニ代位セル賃借人ノ明渡請求」ノ三〇右一ノ批評｜法學博士末川博氏法律評論二〇卷民法二九八頁

三〔大阪控〕民法第千百十五條ニ依レハ遺言執行者アル場合ニ於テハ相續人ハ相續財産ヲ處分シ其他遺言ノ執行ヲ妨クヘキ行爲ヲ爲スコトヲ得サルモノニシテ若シ斯ル行爲ヲ爲シタルトキハ無效ナリ而シテ民法第四百二十三條ニ依ル債權者ノ代位權ハ債務者ノ爲シ得ル行爲ニ限定セラルルヲ以テ債權者タル被控訴人ハ債務者タル相續人高咏小太郎ノ爲シ得サル本件遺産相續ニ因ル所有權移轉登記ヲ爲スコトヲ得ス又之レヲ爲スモ無效タルコト勿論ナレハ被控訴人ハ本訴登記欠缺ヲ主張シ得ル正當ノ利益ヲ有スル第三者ニ該當セサルモノト認ムルヲ相當トス（大阪控訴院昭和五年ネ一一六一號同六年一二月

二三日判決法律評論二一卷民法四三八頁）

四　債務者ノ權利行使ノ不適當ト代位權（本條後出一〇五七頁）

五　代位權ノ行使ト債務者ニ對スル催告（本條後出一〇六三頁「賃貸人ニ代位セル賃借人ノ明渡請求」二ノ2及三續民六〇一條「賃借權ノ妨害排除ト賃貸人ノ義務」ノ一末尾參看）

六　公權ト代位權ノ目的（本條後出一〇七一頁）

七　代位權行使ノ要件（二續民四六七頁）

◎代位權ノ代位ノ許否

一　本條前出一〇五四頁「代位權行使ノ要件」ノ一

二　代位權ノ代位ヲ許スヘキヤ（二續民四七一頁）

◎代位權ノ行使ト債務者ノ資力

一〔大審院〕民法第四百二十三條ハ債權者ノ保全セントスル債權ニ付キ別ニ制限ヲ設ケサルヲ以テ同條ノ適用ヲ受クヘキ債權ハ債務者ノ權利行使ニ依リ保全セラルヘキ性質ヲ有スルヲ以テ足ルモノニシテ金錢債權ニ限ラス又保全セントスル債權ノ目的カ債務者ノ資力ノ有無ニ關係ヲ有スル場合ニ於テハ債務者カ無資力ナルトキニ非サレハ同條ノ適用ヲ必要トセサルヘキモ本訴ノ如ク賃借權ヲ保全セントスル場合ハ債務者ノ資力ノ有無ニ拘ハラサルカ故ニ原審カ右法條ヲ適用シタルハ毫モ不法ニ非ス〔明治四十三年(オ)第一五二號同年七月六日言渡判決參照〕（大審院大正九年オ七五二號同年一一月一一日判決大審院判決錄二六輯民事一七〇一頁・法律新聞一七九三號二二頁）

二〔大審院〕1民法第四百二十三條ハ債權者カ保全セントスル債權ニ付別ニ制限ヲ設ケサルヲ以テ同條ノ適用ヲ受クヘキ債權ハ債務者ノ有スル權利ノ行使ニ因リ保全セラルヘキ性質ヲ有スレハ足リ其ノ債務者ノ資力ノ有無ニ關係ヲ有スルト否トハ之ヲ問フノ要ナキコト當院ノ判例トスル所ニシテ〔明治四十三年（オ）第百五十二號同年七月六日第二民事部判決〕又之ヲ變更スルノ必要ヲ見ス

2本件ニ付之ヲ觀ルニ被上告人ハ訴外鈴木德治ヨリ其ノ所有ニ係ル本件土地ヲ賃借シタルニ上告人等ハ何等正當ノ權限ナクシテ該地上ニ本件建物ヲ所有シ該建物內ニ居住シテ本件土地ヲ不法ニ占據シ居ルヲ以テ被上告人ノ賃貸人タル右鈴木德治カ被上告人ニ對シ賃貸借ノ目的物ヲ使用セシムヘキ地位ニ置クコトヲ得ス然ルニ鈴木德治ハ上告人等ニ對シ土地ノ明渡ヲ要求セサルヲ以テ被上告人ニ於テ右德治ニ代位シテ自己ノ本件賃貸借上ノ權利ヲ保全セントスルニ在ルコト明瞭ニシテ被上告人カ債務者タル訴外鈴木德治ノ有スル前記明渡請求權ノ行使ニヨリ自己ノ有スル賃貸借上ノ權利ヲ保全シ得ルモノト云ハサルヲ得ス而シテ原審ハ前記被上告人ノ主張事實ヲ認メ代位ニ依ル本訴請求ヲ許容シタルハ正當ナリ（大審院昭和五年オ一二一三號同年一一月二九日判決判例彙報四二卷一〇號民事六〇一頁・法律評論二〇卷民法一二九頁）

三　右一及二ノ引用判例—〔オ一五二號〕民法二二〇頁「代位訴權ノ要件」ノ五及六

四　本條前出一〇五四頁「代位權行使ノ要件」一ノ1參看・本條後出一〇六三頁「賃貸人ニ代位セル賃借人ノ明渡請求」二ノ1及同三ノ1參看

五　二續民四六八頁「代位ノ目的タル權利（二）」ノ六

六　代位權ノ行使ト債務者ノ資力（二續民四六七頁）

◎債務者ノ權利行使ノ不適當ト代位權

一〔朝鮮高〕1民法第四百二十三條ノ規定スル代位權ハ債務者カ其ノ權利ヲ行使セサル場合ニ限リ債務者カ自己ノ債權ヲ保全スルカ爲其ノ權利ヲ行使シタルトキハ縱令其ノ方法不適當ナリシカ爲目的ヲ達セサリシ場合ト雖最早債權者ハ代位ニ因リ其ノ權利ヲ行使スルコトヲ得サルモノトス從テ債務者カ既ニ訴訟ノ方法ニ依リ裁判上其ノ權利ヲ行使シ敗訴ノ本案判決アリタルトキハ其ノ闕席判決ナルト否トヲ問ハス債權者代位權ヲ有セサルコト論ヲ俟タス

2然ルニ本件ニ於テ原判決ノ確定セル所ニ依レハ被告ハ大正十二年一月二十一日本件土地ヲ代金三百圓ニテ李聖鳳ニ賣却シ同人ハ大正十四年陰四月十八日代金四百圓ニテ之ヲ原告ニ賣却シ其ノ所有權移轉ノ各登記ハ未タ完了セサル處李聖鳳ハ昭和二年中被告ニ對シ本件土地ニ付前記賣買ニ因ル所有權移轉登記手續履行請求ノ訴訟ヲ提起シ同年六月二十九日李聖鳳敗訴ノ闕席判決アリテ該判決確定シタル事實ナルカ故ニ李聖鳳ハ被告ニ對シ該賣買ニ因ル本件土地所有權移轉登記手續履行請求權ヲ既ニ裁判上行使シアリタルモノト謂フヘク縱令李聖鳳ハ原告主張ノ如ク本件土地ヲ大正十一年陰十二月五日被告ヨリ訴外李聖鳳ニ大正十四年陰四月十八日同訴外人ヨリ原告ニ順次賣渡シタルコトアリトスルモ右李聖鳳ハ被告ヲ相手取リ海州地方法院裁寧支廳昭和二年民第三一三號ノ訴ヲ以テ本件土地ニ付李聖鳳ト被告間ノ賣買ニ因ル所有權移轉登記ヲ請求シ同年六月二十九日李聖鳳敗訴ノ闕席判決アリ其ノ判決確定シタル結果同人ハ右賣買ニ付更ニ所有權移轉登記手續履行ヲ求ムル權利ナキカ故ニ代位ニ因リ行使スヘキ權利ナキニ歸著スヘキヲ以テ本件請求ニ應スル能ハサル旨抗辯シタルハ明白ニシテ此ノ抗辯ハ畢竟右李聖鳳ニ於テ其ノ權利タル右賣買ニ因ル所有權移轉登記請求權ノ訴ヲ以テ行使シ其ノ訴訟ニ付判決確定シタル結果李聖鳳ハ既ニ之カ請求權ヲ行使シ終リ更ニ之ヲ行使スルノ餘地ナキヲ以テ原告敗訴シ其ノ目的ヲ達

セサルモ今ヤ原告ハ前記賣買ニ因リ李聖鳳ニ對シテ有スル本件土地所有權移轉登記手續履行請求權ヲ保全スルカ爲李聖鳳ノ被告ニ對シテ有スル右登記手續履行請求權ヲ行使スル權利ヲ有セサルモノト謂ハサルヘカラス從テ右ト反對ノ見解ニ立脚セル原判決ハ所論ノ如ク債權者代位權ノ法理ヲ誤解シタル違法アルモノト謂ハサルヲ得ス論旨ハ理由アリ（朝鮮高等法院昭和三年民上二四〇號同年九月一一日判決司法協會雜誌七卷一〇號五四頁●法律評論一七卷民法一一三九頁）

二〔大審院〕1民法第四百二十三條ニ於テ債權者ヲシテ其債務者ニ屬スル權利ヲ行フコトヲ得セシムルハ債務者カ債權者ニ債權ノ充分ナル滿足ヲ得サラシムル爲メ自己ノ權利ヲ行ハサルニ依ルモノナルヲ以テ債務者カ既ニ其權利ヲ行ヒタルトキハ債權者ハ復タ之ヲ行フノ必要ナキモノト謂ハサル可ラス而シテ債務者カ既ニ其權利ヲ行ヒタルトキハ其行使ノ方法不適當ニシテ結果良好ナラサル場合ニ於テモ債權者ハ之ヲ行フコトヲ得サルモノトス何トナレハ若シ然ラサルトキハ債務者ハ債權者ノ不當ノ干涉ヲ受クルニ至ルヘケレハナリ故ニ債務者カ既ニ訴ヲ提起シタルトキハ訴訟ノ方法不適當ニシテ敗訴ノ判決ヲ受ケタル場合ニ於テモ債權者ハ民法第四百二十三條ニ依リ代位權ヲ行フコトヲ得サルモノトス〔明治四十一年（オ）第四三號同年二月二十七日本院判決參照〕

2本件ニ於テ原審ノ認メタル事實ニ依レハ上告人ノ債務者タル訴外石川傳太ハ曩ニ被上告人ニ對シ立木引渡請求ノ訴ヲ提起シ確定判決ヲ受ケタルモノニシテ其訴訟カ本訴ト同一ナルコトハ後段ニ說明スル如クナレハ其判決カ石川傳太ニ對シ勝訴ノ判決タリシト敗訴ノ判決タリシトヲ問ハス傳太ハ既ニ其權利ヲ行使シタルモノナレハ上告人ハ最早本訴ヲ提起シテ傳太ノ右ノ權利ヲ行使スルコトヲ得サルモノト謂ハサルヲ得ス故ニ原判決カ之ト同一趣旨ニ出テタルハ相當ナリ上告人ハ判決ノ實質的確定力ノ性質ニ付キ喋喋陳辯スレトモ原院ハ代位權ノ性質ニ基キ裁判シタルモノニシテ實質的確定力ニ依リ裁判シタルニアラス又上告人ハ若シ債務者カ訴ヲ提起シテ請求權ヲ行使シタルトキハ債權者ノ代位權消滅スルモノトセハ債務者カ口頭一片ノ催告ヲ爲シタル場合ト雖モ代位權消滅スルモノト謂ハサルヘカラスト論スレトモ債務者カ訴ノ方法ニ依リ權利ヲ行使セサル間ハ債權者ハ訴ノ方法ニ依ル代位權ノ行使ヲ妨ケラレサルコト自明ナルヲ以テ其論旨ハ理由ナシ（大審院大正六年オ一一〇五號同七年四月一六日判決大審院判決錄二四輯民事六九四頁●法律新聞一四一三號二七頁）

三〔大審院〕右二ノ引用判例―民法第四百二十三條ニ於テ債權者ニ付與セラレタル權利卽チ所謂代位訴權ハ債務者カ其權利ヲ行ハサル場合ニ限リ債權者カ自己ノ債權ヲ保全スル爲メ之ヲ行フヲ得ルニ過キサルヲ以テ苟モ債務者ニシテ業既ニ其權利ヲ行使シタリトセハ其結果ノ良否如何ニ拘ラス債權者カ更ニ之ヲ行フコトヲ得ザルハ自明ナリ本件ニ於テ原判決ノ確定シタル事實ニ依レハ債務者折目高藏ハ被上告人ニ對シテ所有權移轉登記手續請求ノ訴ヲ提起シ其訴訟繫屬中上告人ハ主參加訴訟ト稱シテ本訴ヲ提起シ而シテ高藏ト被上告人トノ間ノ訴訟ハ既ニ判決確定シタルコト明ナレハ上告人ハ債務者高藏ニ屬スル權利ヲ重複シテ行ハント欲スルニ外ナラスシテ民法第四百二十三條ノ規定ニ適セサルコト固ヨリ論ヲ待タス然レハ則チ債務者高藏ト被上告人トカ其訴訟ニ於テ通謀シタル事實アリヤ否ノ爭點ハ特ニ判斷スル必要ナキモノト謂ハサルヲ得ス之ヲ要スルニ本論旨ハ代位訴權ノ性質ヲ誤解シテ原判決ヲ非難スルニ過キサルヲ以テ上告ノ理由トナラス（大審院明治四一年オ四三號同年二月二七日判決大審院判決錄一四輯民事一五〇頁●法律新聞四八六號一四頁）

◎代位權ノ行使ト被保全債權

一　金錢債權タルニ限ラス（本條前出一〇五四頁「代位權行使ノ要件」一ノ1參看）

二　金錢債權タルコトヲ要セス（本條後出一〇六三頁「賃貸人ニ代位セル賃借人ノ明渡請求」二ノ1參看）

三　特定物ノ債權者ト代位權ノ有無（二續民四六七頁）

四　債權額ヲ超過スル代位權ノ行使（續民法一一〇〇頁●類題續民法一一一六頁）

五　被保全債權ナキ代位訴訟ノ排斥（本條後出一〇五九頁）

◎被保全債權ナキ代位訴訟ノ排斥

一〔大審院〕原審ハ上告人ノ本訴請求ヲ訴外丸山忠九郎カ被上告人ヨリ本件土地建物ヲ買受ケ同人ニ對シ之カ所有權移轉ノ登記手續ヲ求ムル請求權ヲ有シ上告人ハ右忠九郎ヨリ更ニ前記不動產ヲ買受ケ同人ニ對シ之カ所有權移轉登記手續ヲ求ムル請求權ヲ有スルニ至レリ然ルニ右忠九郎ハ被上告人ニ對シ其ノ請求權ヲ行使セサルヲ以テ上告人ハ自己ノ權利保全ノ爲右忠九郎ニ代位シ本件登記手續ヲ求ムルニ在ルモノト解シ其ノ裁判ヲ爲シタルコト判文上明白ナルカ故ニ原審ハ所論ノ如ク上告人ノ主張ヲ誤解シタル違法アルコトナシ而シテ民法第四百二十三條ニ依ル代位訴訟ニ於テ債權者カ自ラ保全セラルヘキ債權ヲ有セサルトキハ債務者ノ債權ノ存否如何ニ拘ラス代位訴訟ノ請求ハ排斥ヲ免レサル筋合ナレハ原審ハ上告人カ其ノ主張ノ如キ債權ヲ有スルヤ否ノ點ヲ審査シ證據ニ依リ上告人カ訴外丸山忠九郎ヨリ本件不動產ヲ買受ケタル事實ナキコトヲ認定シ保全セラルヘキ債權不存在ノ理由ニ依リ本訴請

求ヲ排斥シタルコト判文上明白ナレハ原審ニ所論ノ如キ不法ナシ（大審院大正一五年オ五四八號同年八月一〇日判決法律新聞二六二一號九頁）

◎第三者設定ノ抵當變更ト代位

一〔法曹會〕債權者ハ第三者カ抵當權ヲ設定シタル不動產ニ付其ノ變更又ハ更正登記ノ代位申請ヲ爲スコトヲ得〔先例變更〕（法曹會昭和六年一二月二三日決議法曹會雜誌一〇卷三號一〇五頁）

參照、債權者甲ハ債務者乙ノ爲ニ抵當權ヲ設定シタル丙ノ所有不動產ニ付代位權ヲ行使シ得〔大正十四年十一月六日大阪區問合ニ對スル司法省回答〕（同上）

◎抵當地分割登記ト債權者ノ代位

一〔主稅局〕抵當權ノ目的タル土地カ他ノ抵當權ヲ異ニスル土地ト合併セルモノニ付一方ノ抵當權者カ抵當權實行ノ手續上民法第四百二十三條ノ規定ニ依リ土地所有者ニ代位シテ分筆屆出テタル場合ハ之ニ依リ分筆ノ處分ヲ爲スモ差支ナシ（主稅局長通牒昭和六年九月藏稅一八七七號法曹會雜誌一〇卷二號一一五頁）

二〔法曹會〕土地合筆又ハ耕地整理ノ結果一筆ノ土地ノ一部カ

抵當權ノ目的タル場合ニハ其ノ抵當權者ハ民法第四百二十三條ノ規定ニ依リ所有者ニ代位シテ稅務署長宛ニ地租條例施行規則第十四條ノ分割屆出ヲ爲シ得ルモノナリヤ〔決議〕抵當權者ハ所有者ニ代位シテ本問分割屆出ヲ爲シ得ヘキモノトス或ハ地租條例施行規則第十四條ニ「土地ノ所有者ハ云々」トアルヲ理由トシテ稅務署ニ對シ分割屆出ヲ爲シ得ヘキハ土地ノ所有者ニ限ルモノト解スルモノナキヲ保セサルモ抵當權者ハ所有者ニ代位シテ分割屆出ヲ爲スモノナレハ結局同條ニ所謂「土地所有者」ニ該當スルモノト解スヘク又或ハ地租條例施行規則中ニ不動產登記法第四十六條ノ二ノ如キ規定ナキヲ理由トシテ本問ヲ消極ニ解スヘキモノニ非サルヘキモ登記ハ權利ノ消長ニ直接關係アルモノナレハ其ノ手續ニ付テモ詳細ノ規定ヲ設クル必要アリテ地租條例施行規則ト全然其ノ性質ヲ異ニスルモノナルヲ以テ地租條例施行規則ニ不動產登記法第四十六條ノ二ノ如キ規定ナキノ理由ヲ以テ消極論ヲ唱フルハ其ノ當ヲ得ス殊ニ本問ヲ消極ニ解スルトキハ抵當權ノ實行上困難ヲ來スヘク之ヲ積極ニ解スルモ何等不都合ノ結果ヲ生セサルヘキヲ以テ本問ハ之ヲ積極ニ解スヘキモノトス尙合筆ハ概シテ不動產登記法第八十一條ノ規定ニ依リ抵當權者ノ承諾ナクシテ之ヲ爲シ得サルモノトス（法曹會昭和五年五月七日決議法曹會雜誌八卷九號一四五頁）

◎代位變更登記ト抵當權者ノ協力

一〔法曹會〕甲カ乙ノ所有ニ係ル原野三畝八歩ニ一番抵當權ヲ設定セシメ貸金シタル後丙カ又二番抵當ニテ金員貸付タリ其ノ後右土地ハ改正地租法ニヨリ稅務所ハ役場ニ向テ地目變換通知ヲ爲シ宅地九八坪ト土地臺帳ヲ改定セリ本件ヲ甲ニ於テ競賣セントスルニ當リ役場ニ公課證明ヲ求メタルニ宅地九八坪トシテ證明セリ依テ登記簿ト符合セス爲ニ甲ニ於テ乙ニ代位シテ土地表示ノ變更登記ヲ爲サントスルニ二番抵當權者ノ承諾ヲ求メタルニ絕對承諾セストノ回答ニ接シタル場合ニ於テハ土地ノ所有權ノ登記名義人タル乙ハ登記法第七九條ニ依リ變更登記ヲ爲スヘキ義務アリ而シテ之カ登記申請ヲ爲スニ付テハ同法第八一條ニ依リ土地ノ上ニ抵當權ヲ有スル丙ノ承諾書又ハ之ニ對抗スルコトヲ得ヘキ裁判ノ謄本ヲ添附スルコトヲ要スルヲ以テ本件土地ノ地目ノ變換ハ丙ノ行爲ニ因リテ生シタルモノニアラスト雖丙ハ條理上乙カ右變更登記ヲ爲スニ付承諾ヲ爲スヘキ義務アルモノト謂ハサルヘカラス從テ甲ハ乙ニ代位シテ丙ニ對シテ承諾請求ノ訴訟ヲ提起シ裁判ノ謄本ヲ添附シテ變更登記ノ申請ヲ爲スヘキモノトス（法曹會昭和七年一二月一四日決議法曹會雜誌一一卷三號一〇一頁）

二〔大審院〕建物ノ所有者ニ於テ建物ノ構造ヲ變更シタル場合ニハ之カ構造變更ノ登記ヲ爲スヘキコトハ當然タルト同時ニ斯ル變更登記ヲ爲スコトハ變更ノ事實ニ符合セシムル爲ニ外ナラサルヲ以テ變更ノ登記ヲ爲スコト自體ハ該建物ニ付抵當權ヲ有スル者ニ取リテモ何等不利益ト云フヲ得ス而シテ此ノ事タルヤ建物ノ所有者ノ債權者カ自己ノ債權保全ノ爲所有者ニ代位シテ構造變更ノ登記ヲ爲ス場合ト雖異ル所ナケレハ不動產登記法第九十三條第八十一條ニ依リ斯ル變更ノ登記ヲ申請スルニ當リ抵當權者ノ承諾ヲ必要トスル以上該抵當權者ハ承諾ヲ爲スヘキ義務アルモノト云ハサルヘカラス（大審院昭和六年オ三二七八號同七年六月一八日判決法學二卷一號一〇一頁・銀行判例八卷七號六七頁）

三　變更登記ノ代位ト抵當權者ノ義務（續民法一一〇三頁）

◎債權讓渡通知ト代位又ハ强制履行

一〔大審院〕1民法第四百二十三條ニ依リ債權者カ代理行使シ得ヘキモノハ債務者ニ屬スル權利ナルヲ以テ權利ナラサルモノハ債務者トシテ爲シ得ルモノト雖債權者トシテ債務者ニ代位シテ爲シ得ヘキモノニ非ストスヘキナリ本件ニ付之ヲ觀ルニ上告人ハ訴外兒玉翁助ヨリ同人カ被上告人ニ對スル債權ノ讓渡ヲ受ケ同人ニ代位シテ被上告人ニ對シ讓渡通知ヲ爲シタ

ル旨ヲ主張スルモノナルトコロ訴外兒玉翁助カ債權者トシテ債務者タル被上告人ニ對スル關係ニ於テ其ノ債權ヲ上告人ニ讓渡シタル事實ヲ被上告人ニ通知スルコトハ同人カ被上告人ニ對シ債權者トシテ有スル權利ニ非サルヲ以テ該通知ハ代位行使ノ目的ト爲ルヘキモノニ非ス從テ上告人ノ爲シタル代位通知ハ讓渡人タル訴外兒玉翁助ノ爲シタル讓渡通知ノ效力ヲ生スルニ由ナキモノト爲ササルヘカラス

2 上告論旨第三點ハ原判決理由ニ於テ「該通知ハ性質上事實ノ通告ニ過キスシテ何等權利ノ行使ニ非サルコト明白ナレハ若シ讓渡人カ該通知ヲ爲スコトヲ拒ムトキハ民法第四百十四條ニ準シ裁判所ニ對シ强制履行ヲ求メ得ヘケンモ」云々ト云フニ在リ然レトモ債權讓渡通知請求權ハ民事訴訟法第七百三十四條ヲ準用シテ讓渡人ヲ强制スルコトヲ得ルモノニシテ民法第四百十四條ヲ準用スルコトヲ得サルモノナルヲ以テ結局原判決ハ理由不備ノ違法アルモノトスト云フニ在リ然レトモ論旨第一點ニ於テ說明セル如ク債權讓渡通知ノ代位ハ之ヲ許容スヘキニ非サルモノナルヲ以テ假ニ債權讓渡通知請求權ニ民法第四百十四條ヲ準用シ得サルモノトスルモ上告人ノ代位通知ハ其ノ效ナシト判示シタル原判決ハ正當ナルニ因リ原判決ニハ理由不備ノ違法ナキモノトス（大審院昭和五年才一八七六號同年一〇月一〇日判決大審院判例集九卷民事九四八頁）

二　債權讓渡ノ通知ト强制履行（民法二六四頁）

◎代位ニ依ル相殺權ノ行使

一〔大審院〕債權者カ債務者ニ代位シテ其ノ權利ヲ行ナフト云フハ讀ミテ字ノ如シ行ナフトハ夫ノ使用收益處分ト云フ場合ノ使用ト同義ナラサルハ云フモ愚ナリ權利ノ處分亦所謂行ナフノ外ニ出テス這ハ債權ノ取立卽辨濟受領ハ恰モ債權ヲ消滅セシムル行爲ニシテ則チ處分ノ最タルモノナルニ拘ラス代位ニ依リテ之ヲ爲スヲ得ルハ寸毫ノ疑無キニ徵シテ知ルヘキナリ相殺ノ意思表示ハ取リモ直サス一ノ形成權行使ノ行爲ニ外ナラサルニ於テ斯カル行爲ノ代位權ノ範疇ヨリ除外セラルル道理ナキハ殆ント多言ヲ俟タス原審カ代位權ノ性質上債權者ハ債務者ノ有スル債權ヲ行使スルヲ得ルニ止マリ之ヲ處分スルカ如キハ許サレサルトコロナリト云ヘルハ其意ノ存スルトコロヲ領スルニ苦マサルヲ得ス蓋此見解ニ從フトキハ債權ノ取立ノ如キハ何ヨリモ先キニ之ヲ爲スヲ得サルニ至ルヘケレハナリ豈ソレ爾ラムヤ惟フニ原審ハ或ハ當院判例〔大正七年（才）第八九七號同八年三月七日言渡〕ヲ誤解セルニ非サルカ！下略！（大審院昭和八年才二三五號同年五月三〇日判決大審院判例集一二卷民事一三八一頁・法律新聞三五八〇號一五頁・法律新報三三六號九頁）

二　右一ノ引用判例—續民法一一〇一頁「代位訴權行使ノ範圍及抗辯」ノ一

◎代位權者ニ對スル第三者ノ解除權

一〔朝鮮高〕民法第四百二十三條ニ依ル代位權ノ行使ハ債權者自己ノ名ニ於テ債務者ノ權利ヲ行使スルモノナルニ依リ第三者ハ債務者ニ對スルト同シク債權者ニ對シテモ契約解除ノ意思表示ヲ爲シ得ヘキモノトス（朝鮮高等法院昭和二年民上五〇七號同三年二月二八日判決法律評論一七卷民法五六一頁）

◎續民法一一〇一頁「代位訴權行使ノ範圍及抗辯」ノ三及四

◎再賣買ノ豫約履行ト代位

一〔大審院〕被上告人ハ利八ニ對シテ再賣買ノ豫約上ノ權利ヲ有スルヲ以テ被上告人カ同人ニ對シ賣買完結ノ意思ヲ表示シテ賣買ヲ成立セシムルニ付テハ利八ニ代位セサルモ直接ニ同人ト上告人間ニ於ケル賣買ノ無效ヲ確定セシメ得ヘシト雖モ利八ト上告人間ノ賣買登記ヲ抹消スルニ非サレハ利八名義ノ登記ニ復セス隨テ同人ニ於テ其義務ヲ履行スル能ハサルヲ以テ被上告人ハ同人ニ代位シテ其權利ヲ行使スルノ要アルモノトス（大審院大正九年才五三七號同年八月二一日判決大審院判決錄二六輯民事一二一七頁・法律新聞一七七三號一九頁）

◎賃貸人ニ代位セル賃借人ノ明渡請求

一〔大審院〕按スルニ土地ノ賃借人カ賃借權ヲ保全スル爲賃貸人タル土地所有者ニ代位シテ土地ノ不法占據者ニ對シ地上工作物收去及土地明渡ヲ請求スル場合ニハ其ノ請求權ハ土地所有者ノ權利ニシテ其ノ行使ノ結果モ亦土地所有者ニ歸屬スヘキコト勿論ナリト雖土地賃借人ニ於テハ之カ行使ノ方法トシテ自己ニ對シ右工作物收去土地明渡ノ給付行爲ヲ爲スヘキ旨ヲ請求シ且自ラ其ノ給付ヲ受領スルコトヲ得ルモノト爲ササルヘカラス蓋若シ然ラスシテ土地賃借人カ不法占據者ヨリ土地所有者ニ對シ右給付行爲ヲ爲スヘキ旨ヲ請求シ得ルニ過キストセハ土地所有者ニ於テ給付ヲ受領セル限リ權利行使ノ結果ハ實現スルニ由ナク土地賃借人ハ遂ニ其ノ賃借權ヲ保全シ得サルニ至レハナリ此ノ趣旨ヲ判示シタル原判決ハ違法ニ非ス（大審院昭和七年才五二一號同年六月二一日判決大審院判例集一一卷民事一一九七頁・判例彙報四四卷一號民事三七頁・銀行判例八卷六號六九頁）

二〔大審院〕1土地ノ賃借人カ賃貸人ニ對シ其ノ土地ノ使用收益ヲ爲サシムヘキ債權ヲ有スル場合ニ於テ第三者カ其ノ土地ヲ不法ニ占有シ使用收益ヲ妨クルトキハ土地ノ賃借人ハ右ノ債權ヲ保全スル爲民法第四百二十三條ニ依リ右賃貸人ノ有ス

ル土地妨害排除ノ請求權ヲ之ニ代位シテ行使スルコトヲ得ヘキモノトス蓋シ民法第四百二十三條ニハ債權者ノ行フヘキ債務者ノ權利ニ付其ノ一身ニ專屬スルモノノ外ハ何等ノ制限ヲ設ケス又債務者ノ無資力タルコトヲ必要トセサルヲ以テ同條ニ依リ保全セラルヘキ債權ハ必シモ金錢債權タルコトヲ要セス從テ債權者ノ行使スヘキ債務者ノ權利ハ一般債權者ノ共同擔保トナルヘキモノニ限ラサレハナリ〔昭和四年（オ）第八三五號同年十二月十六日當院判決參照〕又此代位權ヲ行使スル債權者ノ債權ハ一方行爲ニ基クモノナルト雙務契約ニ因リテ生シタルモノナルトヲ問ハサルモノトス

2而シテ債務者カ自ラ其ノ權利ヲ行使シタルトキハ代位權ヲ行フノ必要ナキヲ以テ債權者ニ於テ債務者ノ權利ヲ代位シテ行使スルニハ債務者カ其ノ權利ヲ行使セサルコトヲ必要トスルモ〔明治四十一年（オ）第四三號同年二月二十七日當院判決參照〕債權者ハ債務者ニ對シ其ノ權利ヲ行使スヘキコトヲ催告シ其ノ催告ニ應セサル場合ニ非サレハ代位權ヲ行使スルコトヲ得サルモノト云フヘカラス何トナレハ斯カル手續ヲ履踐スヘキ何等ノ規定ナキノミナラス債權者ハ其ノ固有ノ權利トシテ第三者ニ對シ代位權ヲ行使スルモノニシテ債務者ニ對シ其ノ權利ヲ行使スヘキコトヲ請求スルモノニ非サレハナリ

3原判決ニ引用シタル第一審判決事實摘示ニ依レハ被上告人ノ請求原因トシテ主張シタル事實ハ被上告人（被控訴人、原告）先代長島作太郎ハ訴外鍋島直映ヨリ其ノ所有ニ係ル本件土地ヲ賃借シタルニ上告人（控訴人、被告）先代石川國藏ハ其ノ地內南端十六坪ノ上ニ何等ノ權原ナクシテ家屋ヲ建築シ瓦石木材ヲ積置キテ不法ニ之ヲ占據シ鍋島直映ノ土地所有權ヲ侵害シ因テ被上告人ノ賃借權ニ基ク土地使用ヲ妨ケタルヲ以テ被上告人ハ其ノ權利ヲ保全スル爲鍋島直映ニ代位シテ同人ノ上告人ニ對シテ有スル土地明渡請求權ヲ行使シ本訴請求ヲ爲スト云フニ在リテ鍋島直映カ其ノ權利ヲ行使セサルコト爭ナキ所ナレハ原院カ右ノ事實ヲ認定シ被上告人カ同人ニ對シ權利行使ノ催告ヲ爲シタルヤ否ヲ審査セスシテ被上告人ノ請求ヲ認容シタルハ不法ニ非ス（大審院昭和六年オ三三七六號同七年七月七日判決大審院判例集一一卷民事一四九八頁・法律新聞三四七四號一四頁・法律新報三〇九號九頁）

三〔大審院〕右二ノ1引用判例！1按スルニ債權者カ自己ノ債權ヲ保全スル爲債務者ニ屬スル權利ヲ行フコトヲ得ルハ民法第四百二十三條ノ規定スル所ナリ同條ハ債務者カ自己ノ有スル權利ヲ行使セサル爲債權者ヲシテ其ノ債務者ニ對スル債權ノ十分ナル滿足ヲ得サラシメタル場合ニ於ケル救濟方法ヲ定メタルモノニシテ債權者ノ行フヘキ債務者ノ權利ニ付其ノ一身ニ專屬スルモノノ外ハ何等ノ制限ヲ設ケス又債務者ノ無資

力タルコトヲ必要トセサルヲ以テ同條ニ所謂債權ハ必スシモ金錢上ノ債權タルコトヲ要セス又所謂債務者ノ權利ハ一般債權者ノ共同擔保トナルヘキモノタルニ限ラス或債權者ノ特定債權ヲ保全スル必要アル場合ニ於テモ同條ノ適用アルモノト解スルヲ相當トス〔明治四十三年（オ）第百五十二號同年七月六日當院判決大正九年（ク）第百十號同年十月十三日當院決定參照〕

2故ニ土地ノ賃借人カ賃貸人ニ對シ該土地ノ使用收益ヲ爲サシムヘキ債權ヲ有スル場合ニ於テ第三者カ其ノ土地ヲ不法ニ占據シ使用收益ヲ妨クルトキハ土地ノ賃借人ハ右ノ債權ヲ保全スル爲第四百二十三條ニ依リ右賃貸人ノ有スル土地妨害排除ノ請求權ヲ行使スルコトヲ得ヘキモノトス本件記錄ニ依レハ被上告人ノ原審ニ於テ請求原因トシテ主張シタル所ハ被上告人カ訴外西條軍之助ヨリ其ノ所有ニ係ル本件土地ヲ賃借シタルニ上告人ハ何等正當ノ權原ナキニ拘ラス該地上ニ家屋ヲ所有シテ其ノ敷地ヲ不法ニ占據シ西條軍之助ノ土地所有權ヲ侵害シ延テ被上告人ノ賃貸借ニ基ク右ノ土地使用權ヲ害シタルヲ以テ其ノ使用權ヲ保全スル爲右軍之助ノ上告人ニ對シテ有スル家屋收去土地明渡ノ請求權ヲ同人ニ代位シテ行使シ本訴請求ヲ爲スト云フニ在ルヲ以テ被上告人ハ賃借人トシテ有スル債權ヲ保全スル爲賃貸人卽土地所有者ニ屬スル妨害排除請求權ヲ適法ニ行使セルモノト謂フヘシ（大審院昭和四年オ八三五號同年一二月一六日判決大審院判例集八卷民事九四四頁・法律評論一九卷民法四一頁）

四　右二ノ2引用判例—民法二二〇頁「代位訴權ノ要件」ノ二〇右三ノ批評—法學博士中島玉吉氏法學論叢二三卷六號一四四頁・法律評論一九卷民法四七九頁

五　右三ノ引用判例！〔オ一五二號〕民法二二〇頁「代位訴權ノ要件」ノ五及六・〔ク一一〇號〕諸法下一八九六頁「登記官吏ノ處分ト利害關係アル者」ノ三

六〔大審院〕1賃貸借ニ在リテハ賃貸人ハ賃借人ニ對シ目的物ノ使用收益ヲ爲サシムルコトヲ約スルモノナルヲ以テ賃貸人ハ目的物ヲ賃借人ニ引渡シタル後ニ於テモ賃借人ナシテ之カ使用收益ヲ爲サシムルコトニ協力スヘキ積極的義務ヲ負擔スルモノナルコト論ヲ俟タス從テ第三者カ賃借物ノ使用收益ヲ妨害スル事實アルニ於テハ其ノ原因ヲ第三者ノ不法行爲ニ出ツル場合例之第三者カ賃借人ノ占有スル賃借物ヲ侵奪シ其ノ使用收益ヲ妨クルカ如キ場合タルト將タ第三者ノ債務不履行ニ出ツル場合例之第三者カ轉借人トシテ轉貸借終了後目的物ノ返還ヲ爲サス爲ニ轉貸人タル賃借人ノ使用收益ヲ妨クルカ如キ場合タルトヲ問ハス賃借人ハ賃貸人ニ對シテ之カ妨害排除ノ請求權ヲ有シ賃貸人ハ妨害排除ニ務ムヘキ義務ヲ負フヘ

キモノト解セサルヘカラス固ヨリ叙上例示ノ如キ場合ニ於テハ賃借人ハ其ノ固有ノ權能ニ依リ或ハ占有訴權ヲ行使シ或ハ轉貸人ノ權利ヲ行使シ其ノ目的物ノ返還ヲ請求シ得サルニ非スト雖モ妨害ノ現存スル以上賃借人ハ賃貸人ニ對シテ妨害排除ノ請求權ヲ行使スルコトヲ得ヘク賃貸人ハ賃借人カ第三者ニ對スル固有ノ權能ニ依リ其ノ妨害ヲ排除シ得ヘキコトヲ理由トシテ右妨害排除ノ義務ヲ免カルルコトヲ得サルナリ要之叙上ノ如キ場合ニ於テ賃借人ハ直接第三者ニ對シテ有スル固有ノ權能ヲ行使スルト將タ賃貸人ニ對シテ有スル妨害排除請求權ヲ行使スルトハ一ニ其ノ自由ニ選擇シ得ル所ニシテ前者ヲ行使シ得ルカ故ニ後者ヲ行使シ得サルモノト云フヲ得サルナリ

2 而シテ賃借人カ賃貸人ニ對シテ妨害排除ノ請求權ヲ行使シ得ルカ場合ニ於テ賃貸人カ妨害排除ニ協力スヘキ義務ヲ履行セサルニ於テハ賃借人ノ債權ハ其ノ實現ヲ見ルコトヲ得サルヲ以テ賃借人ハ其ノ債權ヲ保全スル爲メ民法第四百二十三條ノ規定ニ依リ賃貸人ニ屬スル權利ヲ代位スルコトヲ得ヘク從テ賃貸人カ目的物ノ所有者トシテ第三者ニ對シ其ノ物ノ回復請求權ヲ有スルカ如キ場合ニ於テハ賃借人ハ其ノ權利ヲ代位シテ行使スルコトヲ妨ケサルモノニシテ此ノ場合ニ於テモ賃借人カ直接第三者ニ對シテ其ノ物ヲ回復シ得ル固有ノ權能ヲ有スルコトハ毫モ代位權ノ行使ヲ阻止スヘキ理由ト爲スニ足ラサルナリ本件ニ於テ被上告人ハ賃貸人タル訴外慶誠寺ニ代位シテ本件土地ノ明渡ヲ請求シタルモノナル所上告人ト被上告人間ノ轉貸借關係ハ期間ノ滿了ニ依リ終了シタルコトハ原判決ノ確定シタル事實ナルヲ以テ被上告人カ轉貸借ノ終了ヲ原因トシテ直接上告人ニ對シ本件土地ノ明渡ヲ請求シ得ルコトハ賃借人タル被上告人カ賃貸人タル訴外慶誠寺ノ權利ヲ代位スルコトヲ妨ケサルモノナルコト前示説明ニ依リ明瞭ニシテ從テ原判決カ被上告人ノ本訴請求ヲ認容シタルハ相當ニシテ論旨ハ理由ナシ（大審院昭和五年オ一三三二號同年一二月一六日判決大審院判例集九卷民事一一三一頁・法律評論二〇卷民法一〇九頁）

七　本條前出一〇五六頁「代位權ノ行使ト債務者ノ資力」二ノ2

◎賃借權ノ妨害排除ト賃貸人ノ義務（三續民六〇一條）

◎賃貸人ニ代位セル賃借人ト登記ノ要否（二續民七五三頁）

◎借地建物ノ競落人ト貸地主ノ代位

一〔法曹會〕甲所有ノ宅地ヲ期限ヲ定メス且登記ヲ經由セスシテ乙賃借シテ之ニ建物ヲ建築シ該建物ヲ丙ニ賃貸中乙ノ債權者ヨリ右建物ニ對シ強制執行トシテ競賣ノ申立ヲ爲シ競賣ノ結果丁競落人トナリ建物所有權ヲ取得シタルトキハ丁ハ右建物ニ對スル賃借人タル乙ノ地位ヲ當然承繼スヘキモノナリヤ

果シテ然リトセハ丙カ右建物ノ賃料ヲ支拂ハサル爲同人ニ對シ家屋明渡ヲ訴求シ勝訴ノ判決ヲ受ケ家屋明渡ノ強制執行ニ及ヒタルモ丙ハ之カ明渡ヲ肯セサルノミナラス右建物ノ敷地上ノ空地ニ建物ヲ建築スヘク工事ヲ進行シ丁ヲシテ右敷地ノ使用ヲ妨害シタルトキハ丁ハ甲ニ代位シテ工事差止ノ訴及假處分ノ申請ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤ、決議、本問ノ場合ニ於テ丁ハ競落ニ因リ建物ノ所有權ヲ取得スルト共ニ特別ノ事情ナキ限リハ該建物ヲ所有スルニ必要ナル敷地ノ賃借權ヲ乙ヨリ取得スト雖借家法ノ施行セラレサル地區ニ於テハ丁ハ乙丙間ノ建物ニ關スル賃貸借關係ヲ當然承繼スルモノニ非ス―丁ハ敷地ノ賃借權ヲ取得スルモ右ハ建物所有者タル乙ト競落人タル丁トノ間ノ關係ニシテ土地所有者タル甲ニ對シ直ニ右賃借權ノ取得ヲ對抗スルコトヲ得ス從テ丁ハ甲ニ對シ債權（賃借權）ヲ有スルコトヲ主張シ民法第四百二十三條ニ依リ甲ニ代位スルコトヲ得ス（法曹會昭和八年七月六日決議法曹會雜誌一一卷九號九二頁）

◎相續登記ノ代位ト利害關係

一〔大審院〕案スルニ原裁判所ノ判示スル所ニ依レハ抗告人ハ若林文治ニ對シ額面金三萬圓及ヒ六萬圓ノ爲替手形債權ヲ有シ其債權ハ督促手續ニ依リテ確定シ右債務者文治ハ若林謙次郎ノ長男ニシテ右謙次郎ノ死亡ニ因リ大正九年七月一日其家督相續ヲ爲シタリ又同人ハ多額ノ負債アリテ財産隱匿ノ恐アルヲ以テ抗告人ハ同年同月五日亡謙次郎ノ所有タリシ本件ノ土地ニ付キ債務者ノ代位ニ依ル家督相續所有權移轉ノ登記ヲ太田原區裁判所ニ申請シ同日右代位登記ノ記入アリタルモ同年同月七日右債務者文治ノ申請ニ因リ同區裁判所登記官吏ハ右家督相續登記ヲ錯誤ノ登記ト爲シ之ヲ抹消シタルモノナリト主張シ因テ右抹消ノ處分ニ對シ原裁判所ニ抗告ヲ爲シタルコト明白ナリ果シテ然ラハ抗告人ハ民法第四百二十三條ノ規定ニ從ヒ右債務者文治ニ代位シテ登記ヲ申請スル權利ヲ有スル者ナルヲ以テ前示抹消ノ處分ニ關シ登記上ノ直接利害ヲ有スルコト言ヲ待タス然ルニ原裁判所ハ事茲ニ出テスシテ漫然「抗告人ハ其主張自體ニヨリ明白ナルカ如ク本件不動産ノ所有者タリシ亡若林謙次郎ノ長男タル若林文治ニ對シ手形上ノ債權ヲ有スト云フニ止マリ抗告人ノ代位登記ニ係ル本件不動産ニ付キ登記上直接ニ利害關係ヲ有スルモノニ非ラス從テ本件不動産ニ付登記官吏カ抗告人主張ノ處分ヲ爲シタレハトテ抗告人ヨリ抗告ヲ爲シ得ヘキモノニアラサルヲ以テ」トシ抗告棄却ノ裁判ヲ爲シタルハ違法ナルヲ免カレス而シテ原裁判所ハ前示ノ如ク抗告人ノ主張自體ニ基キ抗告ヲ理由ナシトシ

テ裁判シタルニ止マリ抗告人ノ主張ノ如ク抗告人カ債權者ニシテ又債務者文治カ家督相續ニ因リ本件不動產ノ所有權ヲ取得シタルモノナルヤ否ヤノ事實ヲ確定セス斯ル事實ノ確定ハ本件ニ付キ終局的裁判ヲ爲スニ必要ナル事項ナルコト言ヲ待タサル所ナリト雖モ這ハ原裁判所ノ裁判ノ憑據ト爲リタル事實ヲ標準トシ原裁判カ法律ニ違背シタルヤ否ヤヲ調査シ因テ以テ再抗告ノ當否ヲ判斷スヘキ當院ノ權限ニ屬セサルヲ以テ本件ハ當院ニ於テ未タ終局的裁判ヲ爲スニ熟セサルモノトス（大審院大正九年ク一〇八號同年一〇月一三日決定法律新聞一七八九號二二頁）

◎抵當權ノ實行ト相續登記ノ代位

一〔法曹會〕抵當不動產ノ第三取得者カ死亡シ其ノ相續人ニ於テ相續登記ヲ爲ササル場合ニ於テハ抵當權者ハ相續人ニ代位シテ相續登記ノ申請ヲ爲シ登記完了ノ上相續人ヲ第三取得者ノ承繼人トシテ抵當權ノ實行ヲ爲スヘキモノトス（法曹會昭和六年一〇月一四日決議法曹會雜誌九卷一一號九九頁）

◎相續登記ノ代位ト利害關係（本條前出一〇六七頁）

◎代位ニ依ル遺產相續登記

一〔法曹會〕遺產相續開始ノ時ヨリ三箇月ノ期間ヲ經過シタルトキハ一應單純承認アリタルモノト認ムヘキヲ以テ其ノ債權者ハ之ニ代位シテ遺產相續登記ヲ申請スルコトヲ得ヘキモノト解スルヲ相當トス只代位ノ場合ニハ登記原因ヲ證スル書面トシテ戸籍謄本ノ外限定承認又ハ拋棄ノ申述ヲ爲ササル旨ノ管轄裁判所ノ證明書ヲ必要トスヘシ（法曹會昭和五年五月七日決議法曹會雜誌八卷九號一四八頁）

◎會社債權者ト出資請求權ノ代位

一〔大審院〕合資會社ノ社員ニ對スル出資請求權ニシテ既ニ辨濟期到來シタルモノハ純然タル金錢債權ニ外ナラサルカ故ニ會社ノ債權者ハ會社ニ代位シテ之ヲ行フコトヲ得ヘキモノトス（大審院昭和二年オ一〇四四號同三年五月一日判決法律評論一七卷商法五七一頁）

二　出資請求權ト會社債權者ノ代位（二續商一三四七頁）

◎鑛業權ト債權者代位ノ許否

一〔大審院〕債權者カ債務者ニ屬スル權利ヲ代位シテ行フニハ自己ノ債權ヲ保全スルニ必要ナルコトヲ要シ此ノ要件ヲ缺クニ於テハ代位訴權ヲ行使シ得ヘキモノニ非ス……鑛業權者カ他人ヲシテ法律上無效ナル所謂斥先擱契約ニ因リ採擱セシメタリトスルモ其ノ採擱ニシテ普通鑛業家ノ執ル方法ニ適合セサル方法ニ出テサル限リ鑛業權者ニ對スル債權者ハ別ニ損害ヲ受クルモノト云フヲ得サルヲ以テ右債權者ハ自己ノ債權ヲ保全スルノ必要ナク代位訴權行使ハ是認シ得サルモノトス（大審院昭和四年オ一七六一號同五年四月一六日判決法律評論一九卷民法六六一頁）

◎代位登記ニ關スル諸問

一　代位登記ノ可能ト登記請求權ノ有無（本條後出一〇六九頁）

二　抵當權ニ關スル代位登記ノ諸問（本條後出一〇七〇頁）

三　建物滅失登記ト債權者ノ代位（本條後出一〇七〇頁）

四　相續登記代位ノ費用ト競賣費用（續諸法競賣法三三條）

◎代位登記ノ可能ト登記請求權ノ有無

一〔上告論旨〕上告人ハ被上告人小鍛治市左衞門ニ對シ建物數地ノ番號金澤市尾張町五十番地ノ一五十一番地ノ一五十一番地ノ二トアルヲ金澤市尾張町五十番地五十番地ノ三ト變更登記手續ヲ爲スヘシトノ請求ヲ爲シタル處原審ハ「本件建物ノ表示ノ變更登記ノ手續ヲ求ムル部分ハ控訴人カ抵當權者トシテ代位登記ノ手續ニ依リ自由ニ之ヲ爲シ得ヘキトコロニシテ所有者其ノ他ノ利害關係人ノ協力ヲ要セサルモノナレハ利益ナキ請求ナリ」トシテ上告人ノ請求ヲ排斥シタリ然レトモ抵當權設定者ハ抵當建物ノ數地ノ番號カ變更シ登記簿上ノ表示ト事實ト吻合セサルニ至リタルトキハ之ヲ事實ニ合致セシメ抵當權者ノ權利ノ實行ニ支障ヲ及ホサシメサル爲抵當權者ニ對シ之カ變更ノ登記ヲ爲ス義務ヲ有スルモノト謂ハサルヘカラス而シテ上告人ハ抵當建物ノ所有者タル被上告人小鍛治市左衞門ニ對シ其ノ義務ノ履行ヲ求メタルモノナリ抵當權者カ債權者トシテ債務者ニ屬スル權利ヲ代位シテ行使シ得ルトスルモ之カ爲債務者ノ義務ヲ免除セラルルモノニアラス加之債權者カ代位權ヲ行使スルトキハ當然ニ登記費用ヲ負擔セサルヘカラサルモノナレトモ債權者ハ自ラ登記費用ヲ負擔シテ債務者ニ代位シテ登記ヲ爲スヘキ義務ヲ有スルモノニアラサルヲ以テ債權者ハ抵當權設定者ニ建物ノ表示ノ變更ヲ求ムル利益ヲ有スルモノト謂ハサルヘカラス然ルニ原審ハ代位登記ノ方法アルノ故ヲ以テ上告人ノ請求ヲ棄却シタルハ不當ノ裁判ニシテ此ノ點ニ於テ原判決ハ破毀セラルヘキモノナリト信スト云フニ在リ

二〔大審院〕原判決事實摘示ニ依レハ上告人ハ原審ニ於テ本件建物ノ下屋竝子號丑號附屬建物ニ付更正登記手續ヲ求メタルコト明白ナルニ拘ラス原判決ハ此ノ點ニ付何等ノ判斷ヲ爲サス又本件ノ目的タル總テノ建物ニ付其ノ地番表示ノ變更ヲ求メタルニ對シ原判決ハ此ノ部分ハ上告人カ抵當權者トシテ代位登記ノ手續ニ依リ自由ニ之ヲ爲シ得ヘシトノ事由ヲ以テ上告人ノ請求ヲ棄却シタルモノナルモ債權者カ債務者ニ代位シテ登記ヲ爲スト否トハ全ク債權者ノ任意ニ屬シ債權者カ此ノ手續ヲ爲スコトヲ許サレタリトテ債務者ハ其ノ手續ヲ爲スノ

義務ヲ免レ得ルモノニアラサレハ原判決ハ此等諸點ニ於テモ或ハ其ノ判斷ヲ遺脫シ或ハ之ヲ誤リタルノ違法アルモノトス（大審院昭和六年才二七九一號同七年六月九日判決大審院判例集一一卷民事一三四八頁●法律新報三〇六號一六頁●法律評論二一卷民法九八四頁）

〇右二ノ批評―戒能通孝氏法學協會雜誌五二卷四號一七二頁

三　代位訴權及直接訴權ノ併立ト其ノ訴（續民法一〇九九頁）

◎代位訴權ト直接訴權ト時效中斷（三續民一四九條）

◎抵當權ニ關スル代位登記ノ諸問

一　抵當權者ノ代位登記ノ申請（續民法一一〇二頁）

二　二重登記ト抵當權者ノ代位更正（三續民一七七條四八一頁）

三　第三者設定ノ抵當權變更ト代位（本條前出一〇六〇頁）

四　抵當地分割登記ト債權者ノ代位（本條前出一〇六〇頁）

五　代位變更登記ト抵當權者ノ協力（本條前出一〇六一頁）

六　代位附記登記ノ申請方（三續民三九三條九三八頁）

七　抵當權ノ實行ト相續登記ノ代位（本條前出一〇六八頁）

◎建物滅失登記ト債權者ノ代位

一〔法曹會〕債權者カ債務者所有ノ未登記建物ニ付債權保全ノ爲差押登記ヲ爲サントスルニ同一數地上ニ債務者ノ所有ニ係ル倒潰シタル既登記建物登記存在シ其ノ數地ノ反別ト新築建物ノ坪數トハ面積ニ於テ兩立スルコト能ハス故ニ保存登記ナスヲ得ス（不動產登記法第百九條）此ノ場合債權者ハ差押登記ノ前提トシテ債務者ノ既登記建物ニ付代位ニ因ル滅失登記申請ハ爲シ得サルヤ、理由、前記建物ノ滅失申請ハ債務者ニ屬スル直接ノ權利ニハアラザル可キモ新築建物ニ付保存登記ヲナサントスルニ障害トナルヘキ實質上存在セサル同一債務者ノ既登記建物ヲ抹消スルハ債務者ニ屬スル權利ノ行使トモ看做サルヘク斯ル場合ハ民法第四百二十三條不動產登記法第四十六條ノ二ニ該當スルモノト解スルニアリ――決議、建物ノ滅失セル場合ニ於テ之カ滅失ノ登記申請ヲ爲スハ實質上ノ物權關係ト登記トノ一致ヲ求ムルモノニシテ建物所有者ノ有スル一種ノ權利ナリト謂フコトヲ妨ケス故ニ本問ノ場合ニ於テ債權者ハ質疑者見解ノ如ク民法第四百二十三條不動產登記法第四十六條ノ二ニヨリ倒潰シタル既登記建物ノ滅失登記ノ申請ヲ爲スコトヲ得ルモノトス（法曹會昭和五年二月二三日決議法曹會雜誌九卷一號九八頁）

◎官公署ノ私法關係ト代位登記

一〔法曹會〕一　民法第四百二十三條ハ漸次廣義ニ解セラルルヲ趨勢トス從ツテ官公署カ私法關係ニ基キ個人所有ノ不動產ニ關スル權利ヲ取得シタル場合ニ當該官公署カ民法第四百二十三條（不動產登記法第四十六條ノ二）ニ依リ土地所有者ニ代位シテ不動產若クハ登記名義人ノ表示ノ變更若クハ更正ヲ囑託シ又ハ相續ニ因ル所有權移轉登記ヲ囑託スルハ差支無シ

二　右ノ場合ニ代位原因ヲ證スル書面自體ハ之ヲ添附スルコト無ク當該官公署ニ於テ右書面ノ謄證謄本ヲ作成シテ之ヲ添附スルヲ以テ足ルモノトス（法曹會昭和六年四月二二日決議法曹會雜誌九卷六號一一九頁）

◎公權ト代位權ノ目的

一〔大審院〕民法第四百二十三條ニ規定セル代位權ノ對象トナリ得ルモノハ私法上ノ權利ニ限ルトノコトハ其ノ根據ヲ發見スルニ苦マサルヲ得ス現ニ債務者ニ於テ或登記申請ヲ爲ササル場合ニ其ノ債權者ニ於テ前記代位權ニ基キ當該申請ヲ爲スヲ得ルコトハ何人モ怪マサルトコロナリ而モ登記申請ノ權利ハ卽チ公法上ノソレニ非サルカ此點ニ關スル原審ノ意見ハ誤レルニ庶幾シ然ラハ則チ本件異議ノ申立ハ之ヲ許ス可キヤト云フニ爾ラス蓋强制競賣ノ場合ハ論無シ抵當權ニ基ク競賣ノ場合ト雖其ノ手續ニハ特別ノ規定ナキ限リ强制執行ノ規定カ準用セラルルヲ以テ此種競賣モ亦畢竟民事訴訟ノ手續ニ屬スルモノニ外ナラス從ヒテ其ノ手續ニ於テ爲サルルトコロノ異議ノ申立ト云ヒ抗告ノ申立ト云ヒ斯カル訴訟法上ノ權利ノ行使ニ付キテハ總テ民事訴訟法ニ準據セサル可カラサルハ云フヲ俟タス而モ前記ノ異議若クハ抗告ニ付キ訴訟法上夫ノ民法第四百二十三條所定ノ如キ代位權ヲ一般的若クハ特別的ニ認メタル規定ハ則チ一モ之ヲ存セサルカ故ニ抗告人ノ如キハ本件異議ノ申立ヲ爲スノ適格ヲ具有セサルモノタルヤ殆ント明ナリ原決定ハ結局正キニ歸シ本件抗告ハ其ノ理由無シ（大審院昭和四年ク八九七號同五年七月一九日決定大審院判例集九卷民事六九九頁●法律評論一九卷民法一二九一頁）

〇右一ノ批評―法學博士山田正三氏法學論叢二五卷三號一六〇頁●法律評論二〇卷民訴五八頁

二　根抵當不存在ノ確認訴訟ト代位ノ許否（本條後出一〇七一頁）

三　異議又ハ抗告ト代位權（本條後出一〇七二頁）

四　第三者異議ノ訴ト代位權（本條後出一〇七二頁）

五　債務者ノ破產手續中ト代位權（本條後出一〇七三頁）

◎調停ノ成立ト代位權ノ消長（本條後出一〇七三頁）

◎根抵當不存在ノ確認訴訟ト代位ノ許否

一〔東京地〕根抵當權不存在ノ確認ヲ求ムルハ公權ニ屬シ甲ニ於テ根抵當權者ニ對シ斯ル確認ヲ求メ得ヘキ私權ヲ有スヘキ筋合ニアラサルニ依リ右甲ニ對シ其ノ所有土地ニ建物其ノ他

ノ工作物ノ設置ヲ爲ササルコトヲ內容トスル不作爲債權ヲ有スル丙ニ於テ前記根抵當不存在ノ確認ヲ求ムル權利ヲ代行シ得サルモノトス（東京地方裁判所昭和二年ヲ四七三八號同年一二月一二日判決法律新報二二二號二七頁）

○右一ノ批評—判例研究七卷一一號研究篇一頁・法律評論一八卷民法一〇三四頁

二　代位權行使ノ範圍ト確認訴訟ノ請求（二續民四七一頁）

◎異議又ハ抗告ト代位權

一〔大審院〕本件換價命令ハ民事訴訟法ノ規定ニ基キ發セラレタルモノニ係リ之ニ對スル抗告カ民事訴訟手續ニ屬スルコト勿論ナルヲ以テ其抗告ニ付代位ノ許ササルヤ否ヤハ同訴訟法ノ規定ニ依リテ之ヲ決スヘキモノナルコトモ亦言ヲ俟タス然ルニ民事訴訟法ヲ閲スルニ抗告ニ付民法第四百二十三條所定ノ如キ代位權ヲ認メタル規定ノ一モ存在セサルニ由リテ之ヲ觀レハ債權者カ債務者ヲ代位シテ抗告權ヲ行使スルカ如キハ全然許サレサル所ナリト解スヘキカ故ニ抗告人カ本件換價命令ニ對シ債務者笹岡一造ヲ代位シテ抗告ヲ爲セルハ其ノ當ヲ得サルモノトス（大審院昭和七年ク四九七號同年六月三日決定大審院判例集一一卷民事一一五七頁・法律新聞三四七〇號一一頁・法律評論二一卷民訴四一八頁）

二　公權ト代位權ノ目的（本條前出一〇七一頁）

◎第三者異議ノ訴ト代位權

一〔大審院〕1抑强制執行ニ關スル第三者ノ異議ノ訴ハ訴訟法上ノ訴ナリト雖其ノ訴提起ノ適格者ハ强制執行ノ目的物ニ付所有權ヲ主張シ其ノ他目的物ノ讓渡若クハ引渡ヲ妨クル權利ヲ主張スル第三者ナルコト民事訴訟法第五百四十九條第一項ニ規定スル所ニシテ此ノ訴ニ於テ原告タルヘキ者ハ强制執行手續ニ於ケル第三者ニシテ而モ實體法上ノ權利ヲ主張スルモノナリ故ニ苟モ同條所定ノ實體法上ノ權利ヲ主張スル者ハ何人タルヲ問ハス他人間ノ强制執行ニ參加シテ右異議ノ訴ヲ提起シ得ヘク民事訴訟法上其ノ他ニ何等ノ資格ヲ必要トセス果シテ然ラハ强制執行ノ目的物ニ付前記ノ實體法上ノ權利ヲ有スル第三者カ該權利ヲ主張シテ異議ノ訴ヲ爲ササルニ於テ其ノ者ニ對スル債權者ハ民法第四百二十三條ニ依リ自己ノ債權ヲ保全スル爲其ノ債務者ニ屬スル該實體法上ノ權利ヲ主張シテ右異議ノ訴ヲ提起スルノ權利ヲ有スルモノト謂ハサル可ラス而シテ比ノ理ハ假差押ニ關スル第三者ノ異議ニ付テモ異ルコトナシ

2然ルニ原審ハ論旨摘錄ノ如ク强制執行ニ對スル第三者異議權ノ行使ハ差押ノ目的物ニ付所有權其ノ他讓渡若クハ引渡ヲ妨クル自己ノ權利ヲ主張スル第三者ニ限定セラレ他人ノ代行ヲ許ササル（原判文ニ許サルルトアルハ誤記ナリト認ム）モノト解スルヲ相當トシ假差押ノ執行ニ關シテモ之ト異ル理由ナキカ故ニ上告人ノ本訴異議ハ其ノ主張自體ニ於テ失當ナル旨判示シタルモノナルヲ以テ其ノ違法ナルコト所論ノ如シ然レトモ原審ハ尙假ニ上告人ニ於テ訴外奥名高吉ノ右異議權ヲ代行シ得ヘキモノトスルモ差押物ノ所有權カ右高吉ニ屬スルコトヲ其ノ前提トスルモノナル所第一審證人奥名高吉ノ證言ニ依レハ第一審ニ於テ認容シタル以外ノ差押物ハ同人ノ所有物ニ非ルコト明白ニシテ該差押物ニ關スル本訴異議ハ理由ナキ旨ヲ判示シ而シテ該認定ノ違法ニ非サルコト他ノ論旨ニ付次ニ說明スルカ如クナルヲ以テ假令本論旨ハ其ノ理由アリト雖之ヲ以テ原判決破毀ノ理由トナスニ足ラサルモノトス（大審院昭和六年ヲ三五三二號同七年七月二二日判決大審院判例集一一卷民事一六二九頁・法律新聞三四七八號一七頁・法律評論二一卷民訴五二〇頁）

○右一ノ批評—法學博士山田正三氏法學論叢二九卷二號二九四頁・法律評論二二卷民訴一〇二頁

◎債務者ノ破產手續中ト代位權

一　三續民四二四條一一三一頁「破產手續中ト詐害行爲取消權」

一ノ2參看

二　代位訴訟ト債務者破產トノ關係（二續民四七一頁）

◎調停ノ成立ト代位權ノ消長

一〔東京地〕所有者甲ヨリ土地ヲ賃借セル乙ハ其土地ノ不法占據者丙トノ間ニ土地明渡ノ調停成立シタレハトテ乙カ其調停約定ノ權利ノ行使又ハ其强制執行ヲ爲スコトナク之ト別個ノ權利タル代位權（甲ニ代位シ土地所有權ニ基キ退去明渡ヲ求ムル權利）ヲ行使スルノ妨トナルモノニ非ス（東京地方裁判所昭和三年ヲ八三九號同年一二月二〇日判決法律新聞二九七一號一六頁）

第四百二十四條　【債權者取消權】

1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

2前項ノ規定ハ財產權ヲ目的トセサル法律行爲ニハ之ヲ適用セス

◎詐害行爲取消ニ關スル諸問

一　第三者間ノ權利關係ニ對スル干涉（民法二二一頁）

二　詐害行爲取消權ノ性質（二續民四七二頁）
三　詐害行爲ノ成否ニ關スル諸問（本條後出一〇七五頁）
四　詐害行爲成否ノ標準時期（本條後出一〇七六頁）
五　詐害行爲ト債務者ノ資產狀態（本條後出一〇七八頁）
六　詐害行爲取消ト被保全債權（本條後出一〇八〇頁）
七　被保全債權ノ成立時期（本條後出一〇八〇頁）
八　保證債權ト詐害行爲ノ目的（本條後出一〇八〇頁）
九　債權ノ讓受ト廢罷訴權ノ繼承（二續民四七六頁）
一〇　被保全債權ノ存在ト其ノ主張方（本條後出一〇八一頁）
一一　被保全債權ニ關スル判示ノ不備（本條後出一〇八一頁）
一二　債權者ヲ詐害スル行爲ノ效力（民法二二三頁・續民法一一〇四頁）
一三　詐害行爲ノ解除ト取消權ノ消長（本條後出一〇八三頁）
一四　詐害行爲ト取消範圍（本條後出一〇八五頁）
一五　詐害行爲ト一部取消（本條後出一〇八八頁）
一六　優先債權ノ存在ト取消範圍（本條後出一〇九〇頁）
一七　抵當債權者ト取消範圍（本條後出一〇九二頁）
一八　詐害行爲後ノ遲延利息ト取消範圍（本條後出一〇九三頁）
一九　廢罷訴權行使ノ方法（二續民四七八頁）
二〇　詐害行爲取消請求訴訟ノ性質（續民法一一〇四頁）
二一　詐害行爲ト原狀回復ノ方法（民法二二三頁）

二二　詐害行爲取消ト損害賠償ノ請求（本條後出一〇九四頁）
二三　抗辯方法ニ依ル廢罷訴權ノ主張（民訴一八八頁）
二四　詐害行爲ノ取消ト强制執行異議（民法二二三頁）
二五　詐害行爲ノ取消竝登記抹消ノ請求（民法二二七頁）
二六　詐害行爲ニ基ク假登記抹消ノ義務者（三續民三七五條八七三頁「假登記抵當權ノ讓渡後ノ抹消ト當事者」一ノ2參看）
二七　詐害行爲取消ノ訴ト裁判管轄（本條後出一〇九三頁）
二八　債權詐害ト公正證書謄本ノ下付命令（民法二三三頁）
二九　詐害行爲ノ取消ト係爭物（民法二二七頁）
三〇　詐害行爲ノ取消ト訴訟物ノ價額算定（民法二三三頁・續民訴六九三頁）
三一　詐害行爲ノ取消ト共同訴訟ノ理由（民訴三八頁）
三二　詐害行爲ノ廢罷ト第三號ノ共同訴訟（續民訴七六四頁）
三三　詐害行爲取消ノ訴ト豫告登記（本條後出一〇九四頁）
三四　詐害行爲取消ノ訴ト一定ノ申立（本條後出一〇九四頁）
三五　詐害行爲取消ト直接給付ヲ受クル者（本條後出一〇九五頁）
三六　詐害行爲取消ノ訴ト相手方（本條後出一〇九七頁）
三七　轉付命令ニ基ク轉得者（本條後出一〇九八頁）
三八　轉得者ト受益者ノ訴訟引受（本條後出一〇九八頁）
三九　廢罷訴訟ト訴ノ申立ノ擴張（二續民四八八頁）
四〇　受益者轉得者ノ惡意ノ意義（本條後出一〇九九頁）

四一　受益者又ハ轉得者ノ立證責任（本條後出一〇九九頁）
四二　詐害行爲ト受益者惡意ノ推定（本條後出一一〇三頁）
四三　詐害行爲ノ受益者ト時效ノ援用權（三續民一四五條）
四四　詐害行爲ト債務者惡意ノ推定（本條後出一一〇四頁）
四五　廢罷訴權ノ成立ト詐害意思（二續民四七三頁）
四六　詐害意思ヲ有セシヤ否ヤノ判定（二續民四七三頁）
四七　廢罷訴訟ノ目的物移轉ト賠償請求（本條後出一一〇六頁）
四八　廢罷訴權ノ假處分ト保證ニヨル取消（二續民四九〇頁）
四九　詐害行爲取消權拋棄ノ要件（續民法一一一九頁）
五〇　詐害行爲取消權ノ消滅（續民法一一一九頁）

◎詐害行爲ノ成否ニ關スル諸問

一　共同擔保ト爲ラサル物ト廢罷訴權（本條後出一〇七六頁）
二　廢罷訴權ノ目的タル行爲（二續民四八〇頁）
三　假裝行爲ト詐害行爲取消ノ目的（本條後出一一〇六頁）
四　賣渡擔保ト詐害行爲ノ成否（本條後出一一〇七頁）
五　抵當豫約後ノ裏書行爲ト詐害行爲（本條後出一一〇九頁）
六　抵當權ノ設定ト詐害行爲ノ成否（本條後出一一〇九頁）
七　辨濟ノ爲ノ抵當權設定ト詐害行爲（本條後出一一一一頁）
八　根抵當ノ設定ト詐害行爲ノ成否（本條後出一一一三頁）
九　抵當物ノ賣却ト詐害行爲ノ成否（本條後出一一一四頁）
一〇　抵當貸主ノ永小作權設定ト詐害行爲（本條後出一一一五頁）
一一　連帶債務者ノ一人ト詐害行爲ノ成否（二續民四八六頁）
一二　債權ノ讓渡ト詐害行爲ノ成否（本條後出一一一六頁）
一三　供託金債權ノ讓渡ト詐害行爲ノ成否（二續民四八六頁）
一四　債權讓渡ノ承諾ト詐害行爲（本條後出一一一七頁）
一五　債務ノ辨濟ト詐害行爲ノ成否（本條後出一一一七頁）
一六　代物辨濟ト詐害行爲ノ成否（二續民四八六頁）
一七　債務引受ノ爲ノ土地讓受ト詐害行爲（本條後出一一二三頁）
一八　財產狀態ノ間接變動ト廢罷訴權（二續民四八七頁）
一九　詐害行爲ノ解除ト取消權ノ消長（本條後出一〇八三頁）
二〇　所有財產ノ賣却ト詐害行爲ノ成否（本條後出一一二四頁）
二一　電話ノ讓渡ト詐害行爲ノ成否（本條後出一一二六頁）
二二　詐害ノ意思アルモ實害ナキ賣買（本條後出一一二七頁）
二三　賣買豫約後ノ債務負擔ト詐害行爲（本條後出一一二七頁）
二四　二重賣買又ハ二重抵當ト廢罷訴權（二續民四八一頁）
二五　廢罷訴訟ニ依ル二重賣買ノ登記抹消（三續民五六〇條「二重賣買ノ損害ノ救濟ト訴ノ原因」一ノ2參看）
二六　競賣ト詐害行爲ノ成否（本條後出一一二八頁）
二七　商事關係ノ詐害行爲ト取消ノ準則（二續商一二八〇頁）
二八　會社ノ設立ト詐害行爲（本條後出一一二八頁）
二九　出資約束ト詐害行爲（本條後出一一二九頁）

三〇　株式引受ト詐害行爲ノ成否（本條後出一一三一頁）

三一　株金拂込ノ催告前ト株主ノ詐害行爲（二續商一四六九頁）

○右三一ノ批評——法學博士水口吉藏氏法律論叢七卷一〇號六四頁●法律評論一七卷商法六六五頁

三二　訴訟行爲ト廢罷訴權（續民法一一〇六頁）

三三　破產手續中ト詐害行爲取消權（本條後出一一三一頁）

三四　詐害行爲取消權ト破產法否認權（本條後出一一三三頁）

◎共同擔保ト爲ラサル物ト廢罷訴權

一〔大審院〕被上告人先代ハ水谷淺次郎ニ對シ本件證券ヲ身元保證金ニ代用スルコトヲ許諾シタレハ證券ノ所有權被上告人先代ニ存スルモ所有權ニ基ク權利ヲ主張シテ取引所カ代用證券ノ上ニ有スル擔保權ノ行使ヲ妨クルコトヲ得サルヲ以テ被上告人先代カ代用證券ノ所有權ヲ留保シタルコトハ取引所ノ擔保權ヲ蹂躪スヘキ不法ノ行爲ナリト謂フヲ得ス代用證券ノ所有權カ被上告人先代ニ存スルコトハ水谷淺次郎ノ取引所ニ對スル代用證券返還請求權ノ存否ニ關係ナキハ論ナキ所ナレトモ此請求權タル代用證券ノ占有ノ回復ヲ以テ其目的ト爲シ其占有ハ淺次郎カ之ヲ回復スルモ更ニ被上告人ニ返還セサルヘカラサルモノナレハ淺次郎ノ一般債權者ノ共同擔保タルヘキ價値ヲ有セス從テ之カ返還ノ請求權モ共同擔保トナルヘキ

モノニ非サレハ原判決カ淺次郎ニ於テ此請求權ヲ被上告人先代ニ讓渡シタル行爲ヲ以テ其債權ヲ害スルモノニ非スト爲シ以テ上告人ノ請求ヲ排斥シタルハ正當ナリ（大審院大正九年才八八六號同年一二月二八日判決大審院判決錄二六輯民事二一四六頁）

二　本條後出一一一四頁「抵當物ノ賣却ト詐害行爲ノ成否」ノ三參看

◎詐害行爲成否ノ標準時期

一〔大審院〕本件不動產ノ賣買カ債權者タル上告人ヲ害スヘキ詐害行爲タル要件ヲ具備スルヤ否ハ其ノ行爲當時ノ情態ニ依リテ之ヲ決スヘキモノナレハ原院カ本件賣買當時賣買ノ目的物タル本件土地ニ金五千五百圓ノ債權ヲ擔保スル抵當權ノ設定アリシコトヲ認メ之ニ依リ右賣買ハ債權者ヲ害スル行爲ニアラスト認定シタルハ相當ト謂ハサルヲ得ス而シテ賣買後判決當時右抵當債權カ連帶債務者ノ辨濟ニ因リテ消滅シタリヤ否ヤ又ハ抵當債權者カ本件土地ヲ除外シ他ノ抵當不動產ニ對シテノミ權利ヲ實行シタリヤ否ヤト謂フカ如キ事實ヲ確定スルハ本件賣買カ詐害行爲ナリヤ否ヤヲ判斷スルニ付キ何等ノ必要ナキ事項ナレハ原院カ右ノ如キ事實ヲ確定セサルモ毫モ不法ニアラス（大審院大正四年才一〇四二號同五年二月二四日判決法律新聞一一一一號三二頁）

二　詐害行爲ノ時期ト登記ノ時期（本條後出一〇七七頁）

三　本條後出一〇八五頁「詐害行爲ト取消範圍」ノ一

四　詐害行爲ノ成否ヲ定ムル標準時期（二續民四七四頁）

◎被保全債權成立ノ時期（本條後出一〇八〇頁）

◎詐害行爲ノ時期ト登記ノ時期

一〔大審院〕民法第四百二十四條ニハ債權者ハ云々法律行爲ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得ト規定シアリテ債權者ハ自己ノ債權ヲ詐害スル法律行爲ノ爲サレタルトキハ其ノ登記ノ有無ニ拘ラス其ノ取消ヲ請求スルコトヲ得ルモノト解スルヲ相當トス何トナレハ登記ハ法律行爲ノ成立ニ關係ナキモノナレハナリ〔明治三十九年才第三五〇號明治三十九年九月二十八日當院判決參照〕從テ詐害ノ時期ハ登記アリタル日ヲ標準ト爲スヘキモノニ非ス故ニ原院カ鬼塚節次郎ト森田久次郎トノ間ニ大正十一年四月十日爲サレタル本件不動產ノ賣買ヲ以テ債權者ヲ詐害スルモノト認メ其ノ詐害ノ時期ヲ同日ナリト判斷シ其ノ後ニ登記ノ爲サレタル日ヲ詐害ノ時期ト認メサリシハ不法ニ非ス（大審院昭和三年才一一二五號同四年三月一四日判決大審院判例集八卷民事一七四頁●法律評論一八卷民法四七五頁）

二〔大審院〕債務者ノ行爲カ債權者ノ債權ヲ詐害スルモノトシテ民法第四百二十四條ノ適用アリト爲スニハ少クトモ其行爲カ取消權ヲ行使スル債權者ノ債權發生ノ後ナルコトヲ要スルコトハ未タ發生セサル債權カ詐害ノ目的ト爲ルヘキ理ナキニ徵スルモ明白ナル筋合ナリトス從テ債權カ其行爲以前ニ發生シタルモノナルトキハ假令其行爲ニ基キ爲サレタル登記カ債權發生ノ後ナルトキト雖モ其行爲ノ詐害行爲トシテ取消ノ目的ト爲シ得ヘキモノニ非ス何トナレハ債權者ノ債權ヲ詐害スヘキモノハ債務者ノ財產ノ減少ヲ目的トスル法律行爲其モノニシテ登記ハ其行爲ノ成立ニ關係ナキモノナレハ其爲サレタル時期ノ如何ハ取消權ノ存否ヲ決定スヘキ標準ト爲ルヘキモノニ非サルノミナラス行爲カ債權發生前ナルカ爲メ詐害行爲ノ要件ヲ具備セサルコト前記ノ如クナル以上ハ當然其ノ行爲ノ取消ヲ請求シ得サルヘク登記ノ有無ハ之カ運命ヲ消長スヘキモノニ非スト謂ハサルヲ得サレハナリ原判決確定ノ事實ニ依レハ上告人カ訴外仲榮眞竹一ニ對シ債權ヲ取得スル以前被上告人ハ竹一ヨリ係爭不動產ヲ買得シタルモノナルカ故ニ前示說明ノ趣旨ニ從ヒ上告人ハ被上告人ニ對シ其賣買行爲ノ取消ヲ求ムルヲ得サルハ論ヲ俟タサル處ニシテ其賣買ニ基ク所有權移轉ノ假登記及ヒ本登記カ上告人ノ債權取得後ニ爲サレタルノ故ヲ以テ取消權ノ存在ヲ肯定スルニ足ラサルモノトス

然ラハ右同趣旨ニ出テタル原判決ハ相當ニシテ民法第百七十七條ヲ引用シテ原判決ノ不法ヲ云爲スル本論旨ハ理由ナシ（大審院大正六年才五三八號同年一〇月三〇日判決法律新聞一三四五號二六頁●大審院判決錄二三輯民事一六二四頁）

◎詐害行爲ト債務者ノ資産狀態

一〔大審院〕債務者カ第三者ニ對シテ有スル債權カ條件附ニシテ其發生ノ事實未必ナルカ如キモノハ格別ナレトモ其發生ノ事實確定セル債權ハ縱令期限未到來ノモノト雖モ之ヲ換價シテ直ニ辨濟ニ充當スルコトヲ得ルモノナルヲ以テ單ニ期限未到來ノ故ヲ以テ債務者ノ資産ニ屬セサルモノト云フヲ得ス原判決ハ債務者向井吉太郎カ本件讓渡行爲ヲ爲シタル當時其無資力ナリシコトノ理由トシテ同人カ鹿兒島縣ニ對シテ有スル請負報酬金殘額竝ニ請負保證金返還請求ノ債權ハ未タ其支拂ヲ受クルノ時期ニ到達シ居ラサリシヲ以テ此等ノ債權ノ存在ハ同人ノ辨濟資力ノ有無ヲ判斷スルノ資料ト爲スニ足ラサル旨ヲ判示シ依テ以テ吉太郎ノ無資力ナルコトヲ認定シタルハ失當ナリ（大審院大正九年才四三二號同年一一月三日判決大審院判決錄二六輯民事一六三一頁）

二〔大審院〕債務者カ其ノ財産ヲ處分シテ得タル對價ハ今ヤ既ニ存セサルモ現在ニ於ケル債務者ノ資力ハ其ノ債務ヲ辨濟スルニ充分ナル以上右ノ處分ヲ目スルニ詐害行爲ヲ以テシ之ヲ廢罷スヘキ何等ノ必要ト理由トアルコトナシ蓋若爾ラスシテ專ラ處分當時ノ資力ヲノミ觀テ以テ其ノ詐害行爲ナルト否トヲ判定スヘキモノトセムカ詐害行爲廢罷ト云フ制度ハ債權者保護ノ手段ニハ非スシテ寧ロ債務者ニ對スル一ノ懲罰タルノ觀ヲ呈スルニ至ラムナリ是豈現行制度ノ趣旨ナラムヤ但此ノコトヲ解シテ處分當時ノ資力如何ヲ審案スルコトハ全然其ノ必要ナキモノナリト爲サハ开ハ又一ノ誤見ニ外ナラス何者債務者カ其ノ債權者ヲ害スルノ意思ヲ有セシヤ否ヲ判斷スルニ付テハ此ノ事蓋有力ナル一資料タルヲ失ハサレハナリ（大審院大正一五年才四七一號同年一一月一三日判決大審院判例集五卷民事七九八頁●法律新聞二六二一號四頁●法律新報九四號一三頁）

三〔大審院〕原判決ハ訴外債務者甲及乙ハ價格約五萬圓ノ不動産ヲ所有シ其ノ不動産ハ債權者愛媛銀行ニ對スル別口六萬五千餘圓ノ債務ノ擔保ニ差入レアリテ其ノ抵當權實行ニ因リ競賣ニ付セラレ同銀行之ヲ競落シタルモ甲及ヒ乙ハ其ノ別口債權ノ存在ヲ爭ヒ競賣開始決定ニ對シ異議ノ申立ヲナシ尙該異議却下セラルルヤ抗告ヲナシ現ニ抗告審ニ於テ審理中ナルカ故ニ其ノ確定前ニ在リテハ甲及ヒ乙カ無資力ナルヤ否ヤ判明セス從テ同人等ニ主觀的ニ債權者ヲ害スル意思アリシコトモ認メ得サルモノトシ以テ上告人ノ請求ヲ棄却シタリ然レトモ本件當事者間ニ右別口債權ノ存否ニ付爭アリテ之ヲ決定スルコトカ上告人請求ノ當否ニ消長ヲ來スモノトセハ原審トシテハ須ク獨自ノ見地ニ於テ諸般ノ證據ニ依據シ其ノ存否ヲ判定スヘキ筋合ニシテ別件異議事件ノ確定ヲ俟ツヘキモノニ非サルカ故ニ其ノ確定ヲ云爲シテ甲、乙ノ無資力狀態ヲ否定シタルハ早計ナリト言ハサルヘカラス而モ右債權ノ存否ヲ判斷シタル結果甲、乙ノ債務ヲ肯定シ得タランニハ其ノ爲シタル異議申立ハ不當ナリト言ヒ得ヘキカ故ニ其ノ異議ニ關セス債權者ニ對スル害意ヲ首肯シ得ヘクシテ原判示ノ如ク其ノ害意ヲ否定シ得サル筋合ナリ（大審院昭和六年才一二四六號同七年二月二九日判決法學一卷八號一〇三頁）

四〔大審院〕原判決ニ於テハ被上告人等ノ詐害行爲取消權ノ發生要件タル事實ヲ認定シアリテ之カ消滅原因タル事實ノ認定ナキカ故ニ右取消權カ判決當時存在セルモノト認定シタルコト自ラ明ナリ右取消權カ一旦發生後債務者田澤末四郎ノ財産狀態ノ變動ニ因リ消滅シタリトノ事實ハ上告人等ノ原審ニ於テ主張セサリシ所ナレハ原判決カ同人ノ判決當時ノ財産狀態ニ付判示スル所ナカリシモ違法ニ非ス（大審院昭和七年才八二一號同年八月九日判決大審院判例集一一卷民事一七一七頁●法律新聞三四八五號一一頁）

五〔大審院〕詐害行爲取消ノ訴ハ債務者カ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求ムル訴ナルヲ以テ其取消ヲ求メラルル行爲ヲ爲シタル當時ニ於テ債務者ノ資産カ負債ヲ償却スルコト能ハサル狀態ニ在リタルコトヲ判示スルヲ以テ足ルモノニシテ取消訴權行使當時ノ債務者ノ資産狀態ニ付テハ相手方ヨリ特ニ此點ニ付テノ抗辯ナキ限リハ此點ニ涉リ說明判斷ヲ爲スノ必要ナキモノトス（大審院大正四年才一一〇二號同五年五月一日判決大審院判決錄二二輯民事八二九頁●法律新聞一一四六號二五頁）

六〔大審院〕原審ハ證據ニ依リ訴外中田磯平ハ本件不動産以外ニ財産ヲ有セサリシ事實ヲ認定シタルモノニテ原判決擧示ノ證據ニ依レハ此認定ハ之ヲ爲シ得サルニ非ス此ノ點ニ關スル論旨ハ理由ナシ次ニ記錄ニ徵スルトキハ本件不動産ノ價格ヨリ本件抵當債權額ヲ控除シタル殘餘ヲ以テシテハ到底被上告人ノ債權ヲ完濟スルニ足ラサルコトハ被上告人ノ其ノ旨ノ主張ニ對シ上告人之ヲ爭ヒタル形跡ナク又辯論ノ全趣旨ニ徵スルモ之ヲ爭フ意思表ハレサル處ナルヲ以テ上告人ニ於テ之ヲ自白シタルモノト看做スヘキモノトス原審亦此趣旨ニ於テ上告人ノ自白アリタルモノト看做シ以テ被上告人ノ主張ヲ是認シタルモノナルコト判文全體ヨリ見テ之ヲ領シ得ヘシ此點ニ關スル論旨ハ畢竟此ノ趣旨ヲ解シ得サルニ出テタルモノニシ

テ之ヲ採用スルニ由ナシ（大審院昭和八年オ一八〇〇號同年一〇月二〇日判決法律新聞三六二二號一六頁四段）

七　詐害行爲取消ト債務者ノ資力（二續民四七四頁）

◎詐害行爲取消ト被保全債權

一　金錢以外ノ債權ト廢罷訴權（二續民四七四頁）

二　代替物ノ債權者ト廢罷訴權（二續民四七四頁）

三　特定物ノ債權者ト廢罷訴權（二續民四七五頁）

四　被保全債權ノ成立時期（本條後出一〇八〇頁）

五　辨濟期前ノ債權者ト廢罷訴權（二續民四七五頁）

六　保證債權ト詐害行爲ノ目的（本條後出一〇八〇頁）

七　保證人ノ未來求償權ト廢罷訴權（二續民四七五頁）

八　不法原因ニ基ク債權ト廢罷訴權（二續民四七六頁）

九　被保全債權ノ存在ト其ノ主張方（本條後出一〇八一頁）

一〇　保全債權ニ關スル判示ノ不備（本條後出一〇八一頁）

◎被保全債權ノ成立時期

一〔廣島控〕甲ノ債權取得カ本件訴訟ノ目的タル行爲（詐害行爲）ノ後ナリトスルモ該債權ノ成立カ訴訟ノ目的タル行爲ヨリ以前ナル場合甲ハ詐害行爲取消ノ請求ヲ爲スニ付支障ナキモノトス（廣島控訴院昭和五年ネ三號ネ四號法律評論一九卷

商法二八〇頁）

二　抵當豫約後ノ裏書行爲ト詐害行爲（本條後出一一〇九頁）

三　賣買豫約後ノ債務負擔ト詐害行爲（本條後出一一二七頁）

四　詐害行爲後ノ遲延利息ト取消範圍（本條後出一〇九三頁）

五　廢罷訴權者ノ債權發生時期（二續民四七六頁）

◎詐害行爲成否ノ標準時期（本條前出一〇七六頁）

◎保證債權ト詐害行爲ノ目的

一〔大審院〕保證人ニ對スル債權者ノ債權モ亦詐害行爲ノ目的トナルコトヲ得ヘキモノニシテ主タル債務者カ十分ナル資力ヲ有スルカ爲債權者ニ於テ保證人ニ請求スルコトヲ要セサル場合ニ於テハ債權者ハ詐害行爲取消權ヲ有セサルヘキモ斯ル事實ハ上告人カ原審ニ於テ之ヲ主張スル責任アルニ拘ラス其ノ之ヲ主張シタル形跡ナキヲ以テ原院ニ於テ本件賣買カ保證人タル鬼塚節次郎ニ對スル株式會社武石銀行ノ債權ヲ詐害スル行爲ナルヤヲ判斷スルニ當リ此ノ事實ヲ斟酌セサリシハ不法ニ非ス、從テ又主タル債務者ニ資力アリテ保證人タル節次郎カ辨濟ヲ爲シタル後之ニ對シ求償權ヲ行使シ得ヘキヤ否ノ事實ハ之ヲ判斷スルノ必要ナキヲ以テ原院カ之ヲ考慮ニ加ヘサリシハ不法ニ非ス（大審院昭和三年オ一一二五號同四年三月一四日判決大審院判例集八卷民事一六六頁・法律評論一八

◎被保全債權ノ存在ト其ノ主張方

一〔大審院〕詐害行爲ノ取消ヲ請求スル訴ニ於テハ原告ハ其ノ原因ノ一部トシテ行爲者ニ對シ債權ヲ有スル事實ヲ主張スルコトヲ必要トスト雖之カ爲ニハ必スシモ一個ノ債權ノミヲ限定シテ主張スルヲ要セス一部又ハ全部ニ於テ異リタル事實ニ基ク數個ノ相容レサル債權ヲ豫備的ニ併セ主張スルヲ妨ケサルモノトス本件ニ於テ上告人ハ大正十一年九月三十日ヨリ同十二年二月二十八日迄ノ間德永逸格ニ對シ足袋及綿布類ヲ賣却交付シ其ノ代金中五千二百七十九圓五十五錢ノ支拂ヲ受ケス且此ノ賣買ハ同人等ノ詐欺ニ因リ爲シタルモノニシテ其ノ後上告人ハ之ヲ理由トシテ賣買ヲ取消シタリトノ事實ニ基キ德永逸格ニ對シ右金額ノ債權ヲ有スル旨ヲ主張シタルコト記錄上明ナリ而シテ此ノ上告人主張事實全部ニ因レハ上告人ハ德永逸格ニ對シ不法行爲ニ因ル右金額ノ損害賠償債權ヲ有スヘク又其ノ事實中詐欺ノ事實ヲ認メ得ストスルモ尙爾餘ノ事實ニ因リ上告人ハ德永逸格ニ對シ右金額ノ賣買代金債權ヲ有スヘキヤ明ナルカ故ニ上告人ハ本訴ニ於テ德永逸格ニ對スル債權トシテ先ツ不法行爲ニ因ル損害賠償債權ヲ主張シ其ノ主張ノ認メラレサル場合ニ賣買代金債權ヲ豫備的ニ主張セルモノト解シ得サルニ非ス原審ニ於テ上告人ハ德永逸格ニ對スル債權ハ不法行爲ニ因ル損害賠償債權ナル旨陳述シタルモ此ノ陳述ニ依リテ直ニ右ノ豫備的主張ヲ爲ササリシモノト速斷スルヲ得ス原審ニ於テハ須ラク此ノ點ニ關スル上告人主張ヲ明瞭ナラシムル爲釋明權ヲ行使スヘキニ此ノ手續ヲ爲サスシテ上告人カ右ノ豫備的主張ヲ爲ササリシモノノ如ク速斷シ原判決ニ於テ上告人主張事實中賣買ノ事實ヲ認定シタルニ拘ラス詐欺ノ事實ヲ認メ得サルカ故ニ上告人ハ其ノ主張ノ債權ヲ有セスト爲シ因テ本訴詐害行爲取消竝之ニ基ク請求ヲ排斥シタルモノニシテ此ノ點ニ於テ實理不盡ノ違法アリ原判決ハ全部破毀ヲ免レス（大審院昭和五年オ一〇三四號同六年一月二一日判決法律新聞三二二七號一三頁）

◎被保全債權ニ關スル判示ノ不備

一〔大審院〕原判決ヲ查スルニ「訴外大泉八郎治カ訴外渡邊榮藏ト連帶シテ訴外田野坂政吉ヨリ金借シ居リタルコトハ被控訴人（上告人）之ヲ認メ右債務成立ノ日時及金額カ孰モ控訴人（被上告人）主張ノ如キコトハ第一審ニ於ケル證人大泉八郎治ノ證言ニ徵シ瞭カナレハ云々」ト說示シアルモ其ノ證人訊問調書ヲ見ルニ原審ノ認定ニ照應スルカ如キ記載一モ存スルコトナシ而シテ右政吉ノ貸金債權ハ被上告人ニ於テ訴外八

郎治ト上告人トノ間ニ爲サレタル本件ノ行爲ニ因リ詐害セラレタルモノナリト主張セルモノニ係ルヲ以テ右政吉ノ債權ノ成立日時及金額ハ本訴請求ノ當否ヲ判斷スルニ付重大ナル關係ヲ有スルモノニシテ原審カ證據ニ依ラスシテ斯ル事實ヲ確定シタルハ寔ニ違法ナリト云ハサルヘカラス（大審院昭和六年オ二八二三號同七年六月二九日判決法律新聞社編大審院裁判例〔六〕民事二〇二頁）

二〔大審院〕按スルニ本訴ニ於テ被上告人ハ上告人ニ對シ賣買行爲ノ取消ト所有權取得登記ノ抹消手續トヲ請求スルモノナレハ其ノ賣買行爲ニシテ上告論旨ノ如ク上告人カ取得シタル抵當債權ト相殺シテ之ヲ消滅セシムル約ノ下ニ該債權額ト同額ノ代金ヲ以テ爲サレタルモノナランニハ右抵當權ノ登記ハ同時ニ抹消セラルルモノナルヲ以テ賣買行爲取消及所有權取得登記抹消ノ結果ハ抵當權ノ負擔ナキ不動產カ債務者ノ所有ニ復歸シ債務者及一般債務者ハ詐害行爲以前ヨリモ利得シ原狀回復ノ趣旨ニ反スヘシ然レトモ上告人先代與喜次郎ノ妻いとカ伊三郎ニ對シ大正元年十二月四日金四百五十圓ヲ利息附ニテ貸與シ之カ擔保トシテ本件不動產ノ上ニ抵當權ヲ取得シタル事實ハ被上告人答辯ノ如ク原院カ乙第九號證等ニ依リ認ムル所ナレハ該債權元利外一口ノ債權ト賣買代金トヲ差引シテ之ヲ消滅セシムル約各當事者間ニ成立シタルモノナランニハ原院ハ須ク其ノ旨ヲ明確ニ判示セサルヘカラス然ルニ原院カ漠然本件不動產ハ其ノ建物附屬ノ疊建具一切ト共ニ前記二口ノ債權元利合計金五百十六圓八十七錢五厘ノ債權ト相殺シテ之ヲ消滅セシムル約ノ下ニ該債權額ト同額ノ代金ヲ以テ賣買セラレタルモノナルコトヲ判示シタルノミニテ上告人カ取得シタル抵當債權ヲ代金トノ相殺ニ因リ消滅セシメタリヤ將タ上告人先代ノ妻いとノ取得セシ抵當債權ヲ各當事者合意ノ上代金ト差引シテ消滅セシムルコトト爲シタルヤヲ明ニセス結局民法第四百二十四條ニ反セサルヤヲ知ルニ由ナキ不法ノ判決ニシテ破毀スヘキ者トス（大審院大正一三年オ二九六號同年七月二八日判決法律新聞二三〇四號二一頁）

三〔大審院〕訴訟記錄ヲ調査スルニ所論原審鑑定人伊藤佐五郎ノ鑑定書ニハ其ノ鑑定當時卽大正九年八月ニ於ケル本件地所ノ時價ヲ記載スルニ過キス同鑑定人伊藤專右衛門ノ鑑定書ニハ其ノ鑑定當時卽大正九年五月ニ於ケル本件地所ノ地價ヲ記載スルノ外大正五年十二月卽本件地所賣買當時ニ於ケル時價ヲ記載スレトモ就中原審カ賣買取消ヲ許容シタル十二筆ノ地所ニ付テノ賣買當時ノ鑑定價額ヲ合計スルモ三百二十二圓ニ滿ツルコトナク又甲第十四號證奈良要吉ノ說明書ハ大正十年十月北秋田郡米內澤町ニ於ケル米一石ノ相場平均三十三圓ナル事實ヲ知ルコトヲ得ルニ過キスシテ右鑑定ト書證トヲ綜合スルモ以テ本件地所賣買當時ニ於テ原判決主文揭記ノ十二筆ノミニテ原審カ本件ニ於テ詐害行爲ヲ組成スヘキ範圍ト認メタル金八百十一圓七十五錢三厘ノ債權額ニ恰當スル價格ヲ有スルモノト認ムルニ足ラサルニ拘ラス原判決カ右鑑定ト書證トニ依リ該事實ヲ認定スルニ足ルモノノ如ク判示シタルハ證據ニ依ラスシテ事實ヲ確定シタル違法アルモノニシテ他ノ論旨ニ對スル說明ヲ俟タスシテ原判決ハ此ノ點ニ於テ破毀ヲ免レサルモノトス（大審院大正一一年オ四二一號同年一一月一〇日判決法律新聞二〇七〇號一八頁）

四　債權額ノ不確定ト廢罷訴權ノ成否（續民法一一一三頁）

◎詐害行爲ノ解除ト取消權ノ消長

一〔東京控〕1按スルニ債權者ヲ詐害スル行爲カ民法第四百二十四條ノ規定ニ基キ裁判上取消サレタル場合ト契約ノ當事者ニヨリ解除セラレタル場合トハ法律上其ノ效果ヲ異ニスルコトハ被控訴人所論ノ如シト雖モ債權者ヲ詐害スル法律行爲タル契約モ亦其ノ契約當事者ニ於テ民法第五百四十條以下ノ規定ニヨリ之レヲ解除シ若シクハ合意上ノ解除ヲ爲シ得ルコトハ謂フヲ俟タサル所ニシテ若シ賣買契約當事者カ合意上該契約ヲ解除シタルトキハ其ノ賣買契約ハ初メニ溯リテ效力ヲ失ヒ當事者ハ各原狀回復ノ義務ヲ負フニ至ルヘク當事者カ其義務ヲ履行シタル上ハ契約以前ノ狀態ニ復スルカ故ニ其ノ後ニ於テハ右賣買契約ヲ詐害行爲ナリトシテ更ラニ之レカ取消ヲ求メ得サルモノト解スルヲ相當トス

2被控訴人ハ右山岸幸一カ右建物ノ賣買契約ヲ解除シテ右建物ノ對價ニ相當スル金三千圓ヲ控訴人ニ支拂ヒタルハ債權者ヲ詐害スル行爲ナルカ故ニ此ノ支拂行爲ノ取消ヲ求ムト主張スレトモ假令右賣買契約カ所謂詐害行爲ナリトスルモ右契約ノ當事者カ其後ニ於テ其ノ詐害行爲ナカラシムル爲メニ右契約ヲ解除シ詐害行爲前ノ狀態ニ復スル爲メ建物ノ返還ト同時履行ノ關係ニアルコト明白ナル建物ノ對價ヲ返還スルコトカ債權者ヲ詐害スル法律行爲ナリトハ到底解スルコトヲ得サル所ナレハ前示山岸幸一カ控訴人ニ對シ本件建物ノ對價トシテ金三千圓ヲ返還シタル被控訴人ノ所謂支拂行爲ヲ詐害行爲ナリトシテ之カ取消ヲ求ムル被控訴人ノ請求モ亦失當ナリト謂フヘシ（東京控訴院昭和五年ネ四三四號同六年三月一九日判決法律新聞三二六三號一〇頁・法律評論二〇卷民法四四八頁）

二〔大審院〕1案スルニ原審ノ確定シタル事實ニ依レハ訴外山岸幸一ハ曩ニ本件建物ヲ被上告人ニ賣渡シタル處本訴ノ提起アリタル後被上告人竝山岸ハ合意上右賣買契約ヲ解除シ建物ノ引渡ヲ了シタリト云フニ在リ而シテ上告人（原告）ハ山岸

ヨリ被上告人ニ對スル當初ノ賣買契約ハ詐害行爲ナリトノ理由ナ以テ之カ取消ヲ求メ第一審判決ハ上告人ノ主張ヲ是認シタルモ本訴提起後前示合意解除アリタル結果山岸ハ被上告人ニ代金三千圓ヲ被上告人ハ山岸ニ建物ヲ夫々返還シタルモ建物ハ取毀タレ結局山岸ノ財産ハ三千圓ノ減損ヲ來シタルコトト爲リタルニヨリ右三千圓ノ支拂行爲ハ取消サルヘキモノナリトノ上告人ノ原審ニ於ケル主張ニ對シ原審ハ假ニ當初ノ賣買契約カ詐害行爲ナリトスルモ既ニ右契約カ解除セラレ原狀ニ回復セラレタル以上更ニ之ヲ取消スコトヲ得ストノ理由ノ下ニ原判決ノ如キ主文ヲ下シタリ然リト雖本件ニ在リテハ原審證人山岸キヨハ被上告人竝山岸間ノ賣買カ合意上解除セラレ山岸ヨリ被上告人ニ代金ヲ返還スルニ當リ山岸ハ資金調達ニ窮シタル結果係爭建物ノ存スル土地ノ賃借權ヲ地主ニ賣渡シ該賣渡代金ヲ以テ之ニ充テタル旨供述スルヲ以テ事情若右ノ如シトセハ右代金ノ返還ハ借地權ノ喪失延テ以テ建物取毀ノ結果ヲ來シ山岸ハ一面代金ヲ失ヒ他面建物回收ノ實ヲ擧クルコト能ハス其ノ財産ニ必然的ニ減損ヲ生シタルモノト云フヘク從テ原審判定ノ如ク一般ニ詐害行爲ニシテ解除セラレタルトキハ當ニ如何ナル場合ニ於テモ之ヲ取消スコトヲ得ストノ云フハ當ラス宜シク各場合ニ於ケル事實關係ヲ確定シ之ニ基キテ夫々判斷ヲ爲スヘキモノニシテ此ノ點ニ於テ原審ハ本件ニ於ケル必要ナル審理ヲ盡ササルノ違法アルモノトス

2 尤モ被上告人ノ原審ニ於テ主張スルトコロニ依レハ本件當初ノ賣買ニ當リ山岸ハ右代金ヲ以テ山岸ノ債權者ニシテ係爭建物ノ上ニ抵當權ヲ有スル訴外杉江常太郎ニ對スル債務ヲ辨濟セムトシタルモノニシテ買受人タル被上告人ハ此ノ趣旨ヲ慥シ代金ヲ杉江ニ支拂ヒテ抵當權設定登記ノ抹消ヲ得タル處右代金ハ恰モ杉江ノ債權額ノ全部ニ該當シ杉江ニ支拂ヒタル以外ニ餘剩ハナカリシモノナリト云フニ在リテ（昭和六年二月二十一日原審口頭辯論調書及同月二十三日附被上告人提出ノ附帶控訴答辯書第五項參照、尙昭和五年九月六日附被上告人提出ノ準備書面ハ原審口頭辯論ニ於テ陳述シタルモノニ非サルモ同趣旨ノ記載ヲ包含ス）乙第一乃至第三號證ヲ以テ之ヲ立證セムトスルトスルモノナルカ故ニ右被上告人ノ主張事實ニシテ是認セラレム乎本件當初ノ賣買ハ抵當權ニ依リテ擔保セラレタル債權ノ辨濟ノ爲ニ爲サレタルモノト云フヘク特ニ別段ノ事情ノ存セサル限之ヲ以テ詐害行爲ト做スヘカラサルハ當然ニシテ此ノ點ニ於テ上告人ノ本訴請求ハ理由ナキニ歸スヘシト雖原審ハ全ク叙上ノ事實關係ヲ確定セサルモノナルカ故ニ孰レニモセヨ原審ノ措置ニハ審理不盡ノ違法アルヲ免レサルモノトス（大審院昭和六年オ一一二一號同七年四月一一日判決法律新聞社編大審院裁判例〔六〕民事一〇一頁）

三「詐害行爲タル契約」ノ解除ト廢罷訴權（二續民四八八頁）

◎詐害行爲ト取消範圍

一〔朝鮮高〕1 案スルニ詐害行爲ノ取消ハ之ニ依ツテ債權者ノ一般擔保タルヘキ債務者ノ財産ヲ行爲前ノ狀態ニ復シテ債權ノ滿足ヲ得セシメントスルニ在リ故ニ取消權ハ其ノ必要ノ限度ニ於テ成立スルモノト謂フヘク一方債務者ノ行爲當時有シタル財産ヲ以テ辨濟ヲ受クルコトヲ得ル額ハ債權額ヨリ控除シ不足ノ範圍ニ於テノミ取消スコトヲ得ヘク他方詐害行爲ニ因ル出捐カ右不足額ヲ超過スルトキハ取消ハ其ノ一部ニ制限セサルヘカラス而シテ債務額カ行爲ノ當時債務者ノ有スル財産ヲ超過スルトキハ通常ハ詐害ノ意思アリト云フヲ得ヘシト雖將來ノ債權ニ付テ亦詐害ノ意思アリト謂フヲ得サルカ故ニ債務ノ超過ヲ算定スルニ當テハ行爲ノ時ニ於テ既ニ生シタル利息ニ止メ之ヲ行爲當時ノ價額ニ從テ評價シタル債務者ノ財産額ト對照シテ詐害意思ノ認定ノ資トナスヘク其ト同時ニ取消ノ範圍ヲ算定スルニ當ツテモ行爲當時ノ價額ニ從テ詐害行爲ニ因ル出捐ヲ評價シ行爲ノ當時ニ於ケル債務ノ超過額ト對照スヘキモノニシテ取消ヲ請求スル當時ニ於テハ債務額增加シ若クハ財産ノ價額下落セルカ爲メ取消ノ必要存スルトキト雖右ノ範圍ヲ越ヘテ取消スコトヲ得サルモノトス是レ蓋シ詐害行爲ニ因ツテ債權者ノ受ケタル損失ハ其ノ範圍ニ於テノミ之ヲ認ムルコトヲ得レハナリ

2 然ルニ原判決ハ原告ノ訴外李柄弼ニ對シテ有スル債權額ヲ詐害行爲以後ノ利息ヲ加ヘテ算定シ取消ノ限度ヲ定メタルハ不當ナリ而シテ債權者ノ債權ニ付擔保物權ノ存スルトキハ擔保物ノ價額ノ範圍ニ於テ他ニ優先シテ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルヲ以テ一般擔保ノ減少ニ因ツテ受クヘキ損失ハ之ヲ控除シタル殘額ニ付テノミ認メ得ヘク詐害行爲ノ取消ノ範圍ハ從テ亦之ヲ其ノ限度ニ止メサルヘカラス擔保物權カ債務者ノ設定ニ係リ其ノ物カ現ニ債務者ノ財産ニ屬スルト已ニ第三者ニ移轉セルト若クハ始メヨリ第三者ノ財産ニ付キ第三者ノ設定シタルモノナルトハ問フ處ニ非サルナリ然ルニ原判決ノ認定シタル處ニ依レハ原告ノ訴外李柄弼ニ對スル本件債權ニ付テハ訴外尹柄墉尹讀植尹柄德ニ於テ第二目錄一、二、三、五ノ土地ヲ賣渡擔保ニ供シ賣買ニ依ル假登記ヲ爲セリ故ニ之等ノ土地ノ上ニ擔保權ヲ有スルト異ルコトナキニ拘ラス原判決カ之ニ依ツテ辨濟ヲ受ケ得ヘキ金額ヲ控除スルコトナク債權ノ全額ヲ以テ取消ノ範圍ヲ定メタルハ是亦不當ニシテ破毀ヲ免レス（朝鮮高等法院昭和七年民上五七二號同八年二月一四日判決司法協會雜誌一二卷四號五一頁●法律評論二二卷民法四〇九頁）

二〔朝鮮高〕詐害行爲ノ取消ハ一般債權者ノ利益ノ爲ニ認メラレタルモノナルカ故ニ其ノ行爲カ詐害行爲ヲ構成スルヤ否ニ付テハ總債權額ヲ考照シテ之ヲ認定スルニ妨クルコトナシ原判決ハ行爲當時ニ於ケル債務者ノ債務ハ原告ニ對シ元本金四千圓ヲ負擔シ之ニ千百八十圓ノ外他ノ債權者ニ對シ元本金七千三百六十圓九十錢ナル本件取消ノ目的タル土地ハ金五千三百六十圓九十錢ナルコトヲ判定セルカ故ニ行爲當時他ニ債務者ノ所有セシ乙第七號證記載ノ土地カ金二千圓ノ價格ヲ有セリトスルモ之ニヨリ原判決認定ノ詐害行爲ノ成立ヲ妨ケサルハ當然ナリ而シテ詐害行爲ノ取消ハ其ノ債權者ノ損害ヲ救濟スルニ必要ナル限リ其ノ有スル債權額ヲ超エテ取消權ヲ行使シ得ヘキコト前叙ノ如クナルノミナラス原判決ノ認定ニ從ヘハ原告ハ判決當時尙元本金五千九百餘圓ノ債權アリト謂フニ在ルカ故ニ其ノ債權額ヲ超エテ取消權ヲ行使セルニ非ス從テ原告ノ利息債權ヲ確定スルノ要ナク乙第七號證記載ノ土地カ金二千圓ヲ越ユルコトナキハ原判決ノ認定セル所ナレハ夫以上ノ價額ヲ有ストスル被告ノ主張ハ自ラ排斥セラレタルモノト謂フヘク固ヨリ其カ二千圓ナリヤ千八百餘圓ナリヤハ確定ノ要アルコトナシ（朝鮮高等法院昭和八年民上二六七號同年七月二五日判決司法協會雜誌一二卷一一號一二六頁）

三〔大審院〕按スルニ原判決ハ詐害行爲ノ取消權ハ債權者ノ損害ヲ救濟スル爲ニ必要ナル限度ニ於テノミ之ヲ行使シ得ルモノナリト判示シタル上本件詐害行爲ヲ取消スヘキ範圍ヲ定ムル理由トシテ債務者上田嘉太郎カ上告人ニ對シテ本訴債務ヲ負擔セル外他ニ債務ヲ負擔セル主張及立證ナキカ故ニ斯ル債務ナキモノトシテ取消ノ範圍ヲ定ムヘキモノナリト判示セリ然レトモ原判決事實摘示及之ニ引用セル第一審判決事實摘示ニ依レハ原判決カ詐害行爲ナリトシテ取消シタル主文表示ノ抵當權設定契約ニ因リ擔保セラルル債務ヲ上田嘉太郎カ被上告人森下藤次郎其ノ他ニ負擔セルコトハ當事者間ニ爭ナキ事實ニ屬スルコト明白ナルカ故ニ原判決カ叙上ノ如ク判示シタルハ爭ナキ事實ニ反スル事實ヲ確定シ以テ上告人ニ不利益ナル裁判ヲ爲シタル違法アルモノニシテ原判決中上告人ニ敗訴ノ部分ハ此ノ點ニ於テ全部破毀ヲ免レサルモノトス（大審院昭和五年才七〇九號同年一二月二七日判決判例彙報四二卷一〇號民事五八四頁）

四〔大審院〕民法第四百二十四條ハ詐害行爲ニ因リ債權者カ損害ヲ被ムレルヲ救濟センカ爲ニ設ケラレタル規定ナルカ故ニ同條ニ依ル債權者ノ請求ハ其ノ損害ノ救濟ヲ得ルニ必要ナル範圍內ニ於テノミ之ヲ爲スヘキモノニシテ其ノ範圍ヲ超越スルコトヲ得サレハナリ然レハ上告人ニシテ斯ル減額及內拂ノ事實ヲ主張シタル以上原審ハ其ノ事實ノ存否ヲ決シタル後ニ非サレハ事案ニ對スル裁判ハ之ヲ爲スコトヲ得サル筋合ナルニ拘ラス原審ハ此ノ點ニ付其ノ判斷ヲ示スコトナク單ニ冒頭揭記ノ事實ノミヲ確定シ輙ク被上告人ノ請求全部ヲ認容シタルハ上告人ノ提出シタル抗辯ヲ遺脫シテ敗訴ヲ言渡シタル違法アルモノトス（大審院昭和五年才三三三七號同六年七月一一日判決法律新報二六五號一一頁）

五〔大審院〕按スルニ民法第四百二十四條ニ依ル詐害行爲ノ取消ハ其ノ詐害行爲ニ因リ生シタル債權者ノ損害ヲ救濟スルヲ以テ其ノ目的ト爲スモノナレハ其ノ行爲ノ目的物ニシテ分割シ得ルモノナルトキハ債權者ノ損害ヲ救濟シ得ヘキ程度ニ於テ其ノ一部ノ取消ヲ爲シ得ルコトハ夙ニ當院ノ判例トスル所ナリ而シテ本件ニ付被上告人ハ大正六年十月十六日訴外遠藤さた外一名ヲ連帶債務者トシテ返濟期同年十二月ノ定ニテ金一千五百圓ヲ貸付ケタル處同人等ハ其ノ辨濟期ニ至ルモ其ノ支拂ヲ爲サスシテ大正六年十二月七日さたハ勿論上告人ノ法定代理人タル親權者遠藤敬太郎モ被上告人ノ本件債權ヲ害スルコトヲ知リナカラさたノ所有ニ係ル東京市赤坂區青山南町二丁目七十四番地三號宅地所在ノ木造瓦葺平家一棟建坪三十坪五合附屬木造柿葺平家一棟建坪一坪同所所在木造瓦葺平家一棟建坪十九坪ヲ右さたヨリ上告人ニ賣渡シ其ノ登記ヲ了シタル事實ハ原審ノ確定シタル所ナルノミナラス原判決事實摘示ニ依レハ本件建物ノ實價カ二千二百圓ナルコトハ被上告人ノ自認スル所ナルカ故ニ本件賣買ノ目的物タル建物三棟ノ實價カ被上告人ノ債權額ニ超過シ其ノ一部ヲ分割スルモ尙能ク被上告人ノ損害ヲ救濟シ得ルモノナルニ於テハ其ノ程度ニ應シ一部ノ取消ヲ爲シ得ヘキ筋合ニシテ固ヨリ本件債務以外ニ他ノ債務ノ存スルト否トヲ顧ミルコトヲ要セサルモノナルニ拘ラス原判決ニ於テハ債務者遠藤さたカ本件賣買行爲當時被上告人ニ對スル本件債務以外ニ尙優ニ本件建物ノ價額ニ超過シタル多額ノ債務ヲ他人ニ對シ負擔シ居リタル事實ヲ確認シ得ルカ故ニ被上告人ノ本件債務額ヲ限度トシテ取消サルヘキモノナリトノ上告人ノ抗辯ハ採用スルニ足ラサル旨ヲ判示シ以テ本件賣買目的物全部ニ關スル取消ヲ爲シタルハ法則ニ違反シタルモノナレハ他ノ論旨ニ對スル說明ヲ爲スヲ要セス（原判決ハ此ノ點ニ於テ全部破毀ヲ免レサルモノトス（大審院大正一一年才三號同年六月二日判決法律新聞二〇一五號二一頁）

六　詐害行爲ト一部取消（本條後出一〇八八頁）

七　優先債權ノ存在ト取消範圍（本條後出一〇九〇頁）

八　抵當債權者ト取消範圍（本條後出一〇九二頁）

九　詐害行爲後ノ遲延利息ト取消範圍（本條後出一〇九三頁）

一〇　詐害行爲取消ノ範圍（二續民四七七頁）

◎詐害行爲ト一部取消

一〔大審院〕1按スルニ民法第四百二十四條ニ於テ債權者ニ對シ債務者ノ爲シタル詐害行爲ヲ取消ス權利ヲ與ヘタル所以ノモノハ畢竟該行爲ニ因リテ生シタル債權者ノ損害ヲ救濟スルコトヲ目的トスルモノナルニヨリ其ノ行爲ノ目的ニシテ可分ナル場合ニ於テハ常ニ必スシモ行爲全部ヲ取消スヘキモノニアラス債權者ノ損害ヲ救濟スルニ爲ニ必要ナル限度ニ於テノミ其ノ行爲ヲ取消シ得ルモノナルコトハ從來本院判例ノ認ムル所ナリ〔明治三十六年（オ）第四百八號同年十二月七日同四十二年（オ）八十三號同年六月八日大正九年（オ）第四百三十三號同年十二月二十四日各判決參照〕

2本件ニ於テ原院カ詐害行爲ナリトシテ取消シタル債務者遠藤さたト上告人トノ間ニ爲シタル賣買行爲ノ目的トナリタル物ハ獨立シタル二棟ノ建物ナルヲ以テ特別ノ事情ナキ限リ可分ノモノト謂ハサル可ラス果シテ然ラハ右建物ノ內孰レカ一棟ノ價額カ債務者さたニ對スル被上告人始メ其ノ他ノ債權者ノ總債權額ト同一ナルカ又ハ之ニ超過スルコトアリトセンカ右賣買行爲中單ニ一棟ノ建物ニ對スル部分ノミノ行爲ヲ取消スヲ以テ債權者タル被上告人等ノ被リタル損害ヲ救濟スルニ足ルモノナルニヨリ他ノ一棟ニ對スル賣買行爲ヲ取消スノ要

アルコトナク從テ本訴被上告人ノ請求全部ヲ許容スルコトヲ得サルヤ論ヲ俟タス然ルニ原院カ前示賣買行爲アリタル當時ニ於ケル右建物二棟ノ價額カ幾許ナリシヤヲ審査セス單ニ其ノ當時債務者さたノ負擔シ居リタル債務總額カ金三千餘圓ナリシコトヲ認メタルノミニテ此ノ點ニ關スル上告人ノ抗辯ヲ排斥シ漫然被上告人ノ請求全部ヲ許容シタルハ結局法則ヲ不當ニ適用シタルカ若ハ理由不備ノ違法アルモノトス（大審院大正一〇年オ九九六號同一一年六月二四日判決法律新聞二〇二四號一六頁）

二　右一ノ引用判例—民法二二八頁「詐害行爲ト一部取消」ノ二、三及三ノ同旨、二續民四七七頁「詐害行爲取消ノ範圍」ノ一

三〔大審院〕1案スルニ債務者カ既ニ履行期限ノ到來セル債務ヲ辨濟スル爲メニ他ノ一般債權者ヲ害スル意思ナクシテ自己所有ノ財產ヲ相當價格ヲ以テ賣却シタル場合ニ於テハ賣買代金カ債務ノ辨濟ニ充當セラレタル範圍內ニ限リ其賣買契約ハ適法有效ニシテ民法第四百二十四條ニ依リ他ノ一般債權者ヲ害スルモノトシテ取消ノ目的トナスモノニ非ス是レ當院ノ判例トスル所ナリ〔大正六年（オ）第百五十三號判決同年六月七日言渡參照〕

2而シテ上告人ハ原審ニ於テ債務者杉淵利吉ハ田中磯松ニ對スル金四百二圓ノ債務及ヒ其他ノ債務ヲ辨濟スル資金ヲ得ンカ爲メニ本件不動產ヲ代金九百六十圓ニテ賣却シ其代金ノ一部ヲ以テ田中磯松ニ對スル債務ヲ辨濟シタルハ本件ノ賣買契約ハ詐害行爲ニ非サル旨抗辯シタルコトハ原判決ノ事實摘示ニ徵シ明白ナルヲ以テ其事實ノ存否ヲ審理判斷シ若シ田中磯松ニ對スル債務カ賣買代金ノ一部ヲ以テ辨濟セラレタル事實アリトセハ本件ノ賣買契約ハ少クトモ其辨濟ノ範圍內ニ於テハ詐害行爲ヲ組成セサルモノト謂フヘク本件賣買契約ノ目的タル不動產ハ數十筆ニ分ルルヲ以テ右辨濟額ヲ標準トシテ賣買契約中詐害行爲トシテ取消シ得ヘキモノト否ラサルモノトヲ區別シテ裁判セサルヘカラス然ルニ原判決ハ「利吉カ田中磯松ニ對スル債務辨濟ノ資ニ供スル爲メ本訴賣買ヲ爲シタルトノ點ハ假令其事アリトスルモ之レカ爲メニ本訴賣買ヲ以テ詐害行爲ニ非ストスル理由ト爲スニ足ラス」ト說明シテ上告人ノ抗辯ヲ排斥シタルハ詐害行爲ニ關スル法則ヲ不當ニ適用シタルモノニシテ本論旨ハ理由アリ原判決ハ此點ニ於テ破毀セラルヘキモノトス（大審院大正八年オ二四〇號同八年七月一六日判決法律新聞一六一一號一六頁）

四〔大審院〕右三ノ引用判例—1按スルニ詐害行爲ナルモノハ債權者カ債務者ノ財產ニ對シテ有スル共同擔保ノ效力ヲ削減シ若クハ之レヲ薄弱ナラシムルノ行爲ヲ謂フモノナルカ故ニ共同擔保トシテ其效力ノ最モ確實ナル不動產ヲ賣却シテ費消若クハ隱匿シ易キ金錢ニ換フルノ行爲ハ其賣買價額ノ相當ナルト否トヲ問ハス一應之ヲ詐害行爲ト推定スヘキモノナルコトハ從來當院ノ判例〔明治三十九年二月五日判決同三十八年（オ）三一八號事件明治四十四年十月三日判決同年（オ）一五三號事件〕ノ示スカ如クナレトモ債務者カ既ニ履行期限ノ到來セル債務ヲ辨濟シ若クハ公租公課ノ支出其他必要ナル費ニ供センカ爲メ相當價額ヲ以テ不動產ヲ賣却スルカ如キハ固ヨリ債務者カ自己ノ財產ニ對シテ有スル正當ナル處分權ノ行使ニ出ルモノニシテ他債權者ニ於テ猥リニ容喙スルコトヲ許ササルモノトス〔大正五年十一月二十二日判決同年（オ）五〇六號事件參照〕蓋破產ノ場合ニ於テハ特ニ法律ノ明文ヲ以テ强制的分配主義ヲ規定スレトモ這ハ固ヨリ破產ノ場合ニ限リ適用スヘキ法則ニシテ何等特別ノ規定ナキ民法ノ支配ヲ受クヘキ事案ニ適用スヘキモノニ非サルヤ明カナリ故ニ例ヘハ多數債權者ヨリ辨濟ノ請求ヲ受ケ居ルニ拘ハラス債務者ニ於テ其內ノ一債權者ト共謀シ他債權者ヲ害スルノ目的ヲ以テ特ニ一債權者ニ辨濟ヲ爲スカ如キ場合ハ格別單ニ自己ノ負擔スル既存ノ義務ヲ履行スルカ爲メニ誠意ヲ以テ爲シタル行爲ヲ目シテ直ニ詐害行爲ト做シ之カ取消ヲ許スヘキモノニ非サルナリ

2原審ニ於テ上告人ノ主張スル所ハ本件ノ賣買ニ依リ生シタル賣得金五千百圓ノ内三千二百餘圓ハ凡テ債務者タル訴外與石良策ノ負擔スル既存債務ノ辨濟ニ充當シタリト謂フニ在ルチ以テ若シ事實果シテ然リトセハ少クトモ右三千二百餘圓ニ相當スル賣買ニ付テハ詐害行爲ヲ組成セサルモノト謂ハサル可カラス但若シ其賣買ノ目的物カ單一ニシテ分割スルコト能ハサルモノナランニハ其賣買代金ノ全部ニ於テ債權者ヲ害スルト又ハ其一部ニ於テ害スルトナ間ハス其賣買行爲ノ全部ヲ廢罷スルノ外ナシト雖モ本件ニ於ケル賣買ハ一ハ與石良策ト上告人井上利十郎トノ間ニ行ハレ又一ハ同ク良策ト上告人守屋鉋次郎トノ間ニ行ハレ而テ前者ハ六十餘筆後者ハ三十餘筆ノ不動産ヲ包含スルモノナルカ故ニ其賣買ノ目的物一應分割スルコトヲ得ルモノト看做スコトヲ得ヘク從テ右兩箇ノ賣買ニ就キ仔細ニ其内容ヲ審究シ眞實債權者ノ爲メニ詐害行爲ト爲リタル部分ニ付テノミ之カ廢罷ヲ爲ササル可カラス然ルニ原判決爰ニ出テス漫然債務辨濟ニ充當シタル事實アリトスルモ之ヲ以テハ本件賣買カ詐害行爲ニ非スト爲スニ足ラストノ理由ニ依リ被上告人ノ爲シタル本件廢罷ノ請求ヲ全然許容シタルハ詐害行爲ニ關スル前叙ノ法則ヲ誤解シタルモノニシテ破毀ヲ免カレス（大審院大正六年オ一五三號同年六月七日判決大審院判決錄二三輯民事九三二頁・法律新聞一二八七號二九頁）

五　右四ノ引用判例―民法二二七頁「相當對價ト詐害行爲」ノ三、民法二二七頁「代價ノ支拂ト詐害行爲」ノ二・續民法一一一〇頁「債務ノ履行ト詐害行爲ノ成否」ノ二

六　詐害行爲ト一部取消（二續民四七七頁）

◉優先債權ノ存在ト取消範圍

一〔大審院〕1詐害行爲ノ目的タル數筆ノ不動産上ニ他ノ債權者カ抵當權ヲ有シ取消權ヲ有スル債權者ニ優先スヘキモノナルトキハ詐害行爲ノ取消權ハ其ノ不動産ノ價額ヨリ抵當債權額ヲ控除シタル殘額ニ相當スル部分ニ付テノミ成立スルコト及抵當權ハ其ノ目的タル不動産ノ全部ニ及ヒ不可分ナルヲ以テ右場合ニ於テハ數筆ノ不動産中彼此採擇シテ其ノ一部ニ對シ詐害行爲ニ因ル所有權移轉登記ノ抹消ヲ許スヘキモノニ非サルコト但シ詐害ノ限度ニ於テ不動産ノ回復ニ代ヘ價額ノ賠償ヲ許スヲ妨ケサルコトハ當院ノ判例トスル所ナリ〔明治四十四年（オ）第二百五十號同年十一月二十日言渡當院判決參照〕

2然ラハ原審カ本件不動産ノ賣買契約ニ付其ノ不動産ノ價格千二百四十圓ヨリ判示抵當債權額五百二十五圓ヲ控除シタル殘額中被上告人ノ債權額六百圓ニ相當スル部分ニ付テノミ被上告人ノ取消權ハ成立スル趣旨ヲ判示シ此ノ限度ニ於テ右不動産ノ賣買契約ヲ取消シ而シテ其ノ不動産上ニ判示抵當權ノ存在スルカ爲メ其ノ一部ヲ債權者ノ共同擔保トシテ債務者ニ回復スルコト能ハサルモノト認メ右詐害行爲ニ因ル所有權移轉登記ノ抹消請求ヲ棄却シタルハ相當ニシテ之ト異ル見解ノ下ニ原判決ヲ非難スル論旨ハ何レモ理由ナシ（大審院昭和七年オ一七二〇號同八年三月一八日判決法律新聞三五四三號七頁・法律新報三二五號九頁・法律評論二二卷民法三七四頁）

二　右一ノ引用判例―民法二二九頁「抵當不動産ノ賣却ト詐害行爲」ノ三・民法二三〇頁「抵當不動産ノ一部ニ對スル登記抹消」

三〔大審院〕凡ソ詐害行爲ノ目的タル數筆ノ不動産ニ抵當權設定シアリテ取消權者ノ債權ニ優先スヘキモノアルトキハ詐害行爲取消權ハ其ノ不動産全部ノ價格ヨリ抵當債權額ヲ控除シタル殘額ニ相當スル部分ニ付成立スルモノナルコト當院判例ノ示ス如クニシテ〔大正八年（オ）第九百九十號大正九年三月六日第三民事部判決〕又詐害行爲取消權ハ詐害行爲ニ因リ生シタル債權者ノ損害ヲ救濟スルニ存スルモノナレハ其ノ行爲ノ目的カ可分ナル限リ損害ヲ救濟スル爲メ必要ナル限度ニ於テノミ其ノ行爲ヲ取消シ得ルニ過キス若シ夫レ之ヲ取消シ財産ヲ債務者ニ回復スルコト困難ナル事情アルトキハ其ノ回復ニ代ヘ取消シ得ヘキ限度ニ於テ價格ノ賠償ヲ請求シ得ルモノナルコト當院ノ判例トスル所ナリ〔同院判例及大正九年（オ）第四百三十三號同年十二月二十四日第一民事部判決〕

從テ原審ハ被上告人等カ右債務者悌ノ爲シタル本件係爭不動産ノ賣買ニ因リ一般債權者トシテ共同擔保ヲ失ヒ詐害セラレタル前記金額相當ノ限度ニ於テ取消權ヲ許容スヘキモノナレハ本件不動産上ノ前記抵當權既ニ消滅シタル以上須ラク其ノ行爲ノ目的カ不可分ナルヤ否ヲ審査シ可分ナルニ於テハ更ニ本件不動産ノ價格ヲ調査シ其ノ取消シ得ヘキ限度ヲ定メ之ヲ許容スレハ足ル若シ一部分ヲ取消シ財産ノ回復困難ナル事情アルトキハ前示判例ノ示ス如キ請求ヲ申立ニ基キ許容セサルヘカラス然ルニ原審ハ何等此等ノ點ニ留意スル所ナク直ニ本件係爭不動産全部ニ付其取消ヲ許容シタルハ不法ニシテ原判決全部破毀ヲ免レス（大審院昭和四年オ五五六號同年一二月一三日判決法律新聞三〇九〇號一〇頁・法律評論一九卷民法三六五頁）

四　右三ノ引用判例―〔オ九九〇號〕二續民四七八頁「詐害行爲取消ト損害賠償ノ請求」ノ一・〔オ四三三號〕二續民四七七頁「詐害行爲取消ノ範圍」ノ一

五〔大審院〕詐害行爲ノ取消權ハ債務者ノ資産ヲ詐害行爲以前ノ狀態ニ回復シ債權者ノ共同擔保權ヲ確保シ其ノ辨濟ヲ得セ

シムルヲ以テ目的トスルモノニシテ其ノ取消ハ之ヲ爲ス判決ノ確定ニ因リテ其ノ效力ヲ生スルモノナレハ若シ詐害行爲ノ目的タル不動產上ニ他ノ債權者カ抵當權ヲ有シ辯論終結ノ當時ニ於テ其ノ全部ノ價格ニ付一般債權者ニ優先スヘキ場合ナランニハ縱令法律行爲ノ取消ヲ爲スモ債務者ノ資產ヲシテ詐害行爲以前ノ狀態ニ回復セシムルコトヲ得サルヲ以テ此場合ニハ詐害行爲ノ取消權ハ存在セサルモノト謂ハサルヘカラス

今本件土地ニ付テハ訴外淺沼銀行カ千二百圓ノ抵當權ヲ有スルコト原審ノ確定スルトコロニシテ上告人（控訴人、被告）ハ原審ニ於テ右土地ノ價格ハ賣買當時（大正九年十一月）千三百圓餘ノ價格ヲ有シタルモ現時六百圓餘ニ下落シ其ノ價格以上ノ優先權存在スルヲ以テ一般債權者ノ共同擔保ノ目的トナルコトヲ得サル旨抗辯シタルコトハ原判文上明白ナレハ原審ハ本訴土地ニ關シテハ辯論終結當時ノ價格ヲ審査シ優先債權ヲ控除シテ尙共同擔保ノ目的タル價格殘存スルヤ否ヤヲ判斷セサルヘカラサルモノナルニ事茲ニ出テス單ニ賣買當時ノ價格ヨリ優先債權額ヲ控除シ殘額百圓餘ニ付共同擔保ノ目的トナルモノト判示シ被上告人ノ請求ヲ認容シタルハ詐害行爲ノ取消ニ關スル法則ヲ誤リ適用シタル違法アルモノトス（大審院大正一二年才七一號同年五月二八日判決大審院判例集二卷民事三三八頁・法律新聞二一五四號二一頁）

六　二續民四七七頁「詐害行爲取消ノ範圍」ノ一、二、三

◎抵當債權者ト取消範圍

一〔大阪地〕1質權抵當權等ノ特別擔保ニ依リ確保セラルル債權者ハ其ノ擔保ヲ以テ債權全部ノ辨濟ニ不足ナル場合ニ非サル限リ詐害行爲取消權ヲ行使スルヲ得サルモノト解スルヲ正當トス

2抵當權ハ目的タル物件ニ追隨シテ優先辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘキ權利ニシテ抵當物件ノ所有者ノ變更ニ因リ其ノ效力ヲ左右セラルルコトナキヲ以テ抵當權者ハ該抵當權ノ目的タル不動產ニ付爾後ニ爲サレタル賣買ヲ詐害行爲ナリトシテ其ノ取消ヲ求ムヘキ何等ノ利益ナシト謂ハサルヘカラス（大阪地方裁判所昭和七年ヲ四四七號同八年七月一四日判決法律評論二二卷民法九一〇頁）

二〔大審院〕1按スルニ債務者ノ財產ノ處分行爲ニ因リ債權者ヲ害スル場合ニ於テ債務者ノ財產ニ對シ抵當權ヲ有スル債權者ハ抵當不動產ヲ以テ辨濟ヲ受クルコトヲ得サル部分ニ付テノミ詐害行爲ノ取消權ヲ有スルニ過キサルヲ以テ其ノ取消權ノ及フ範圍ハ抵當權ニ依リテ擔保セラルル債權全額ニ非スシテ其ノ抵當不動產ニ依リテ辨濟ヲ得ラレサル額ナリト爲ササルヘカラス從テ債務者ノ財產處分行爲カ抵當權者ノ爲ニ詐害行爲取消權發生ノ要件タル債權ヲ害スル事實ノ有無ヲ判定スルニハ抵當不動產ニ依リテ辨濟ヲ得ラレサルヘキ債權ノ額ト債務者ノ他ノ財產トヲ比照シテ該財產ノ處分ニ因リテ右債權額ヲ辨濟スルニ不足ヲ生スル事實ノ有無ニ依リテ之ヲ決セサルヘカラス

2本件ニ付原審ノ確定シタル事實ニ依レハ被上告人カ其ノ債務者篠崎瀧藏ニ對シ有スル一萬五千圓ノ債權ニハ抵當權ノ設定アリテ該抵當不動產ハ七、八千圓ノ價格ヲ有シタルモノトス然ラハ同債務者ノ財產處分行爲タル本件不動產ノ讓渡ニ因リテ被上告人カ其ノ債權ヲ害セラルル結果ヲ招來スヘキヤ否ヤヲ決スルニハ其ノ債權額一萬五千圓ヨリ抵當不動產ニ依リテ辨濟ヲ得ラルヘキ七、八千圓ヲ控除シタル殘額ト債務者ノ爾餘ノ財產トヲ對比シ本件不動產ヲ讓渡スルコトニ因リテ右債權殘額ヲ辨濟スルニ不足ヲ生スルモノナルコトヲ確定セサルヘカラス然ルニ原審ハ被上告人ノ債權ハ前示ノ如キ價額ヲ有スル抵當權ヲ以テ擔保セラルル事實ヲ顧ミス債務者ノ財產處分行爲ノ爲ニ被上告人カ害セラルヘキ債權額ハ一萬五千圓ナリトシ之ニ基キ本件不動產ノ讓渡カ詐害行爲ト爲ル旨判定シタルハ詐害行爲ノ法則ニ付誤解アルモノニシテ論旨ハ理由アルモノトス（大審院昭和六年才三〇一〇號同七年六月三日判決大審院判例集一一卷民事一一六三頁・法律新聞三四三七號七頁・法律新報二九九號九頁）

◎詐害行爲後ノ遲延利息ト取消範圍

一〔大阪地〕詐害行爲ノ取消ハ債務者カ債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル法律行爲ヲ取消シ以テ該法律行爲ニ因リテ生シタル債權者ノ損害ヲ救治スルコトヲ目的トスルモノナレハ詐害行爲ノ取消ヲ請求スル債權者ノ債權ハ詐害行爲當時既ニ成立セル債權ニ限リ其ノ行爲以後ニ發生スル遲滯利息ノ債權ハ詐害行爲ノ範圍ヲ定ムルニ際シ之ヲ加算スヘキモノニ非ス（大阪地方裁判所大正一四年ヲ一六六七號昭和三年七月三一日判決法律新聞二九二〇號一二頁・法律評論一八卷民法六〇二頁）

◎詐害行爲取消ノ訴ト裁判管轄

一〔長崎控〕鑛業權ハ鑛業法第十五條ニ依リ物權トシ不動產ニ關スル規定ヲ準用セラルル權利ナルコト明白ニシテ本件當事者ハ本件鑛業權ノ目的タル鑛區ノ存在スル場所ヲ以テ目的鑛業權存在ノ場所ト做シ其ノ場所カ大分地方裁判所中津支部管內ニ存在スルコトハ當事者間爭ナキ所ナレトモ本件ハ斯ル鑛業權ノ移轉行爲カ所謂詐害行爲ナリトシテ民法第四百二十四條ニ依リ之カ取消ヲ求ムルモノナレハ民事訴訟法第二十二條

ニ所謂不動産上ノ訴ニ非サルハ勿論ナリトス（長崎控訴院昭和三年ア一二七號同年七月九日判決法律評論一七卷民法八六〇頁）

二　詐害行爲取消ノ訴ト履行地ノ管轄（續民訴七〇九頁）

三　廢罷訴訟ト不動産上ノ裁判籍（二續民四八九頁）

◎詐害行爲取消ノ訴ト豫告登記

一〔法曹會〕不動産ニ付一二三番抵當權アリテ第二番第三番ニ對シ第三者ヨリ詐害行爲取消ノ訴訟提起アリタルコトノ豫告登記アリ而シテ一番抵當權者ヨリ抵當權實行ニ因ル競賣申立アリ手續ヲ進行シテ競落許可決定ヲ爲シ該競落許可決定カ確定シタル場合ニ於テ詐害行爲ノ取消ノ效果ハ相對的ノモノニシテ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗シ得サルカ故ニ右豫告登記ハ之ヲ爲スヘカラサリシモノナリ仍テ裁判所ハ登記官吏ニ抹消登記ノ囑託ヲ爲スヘク競賣ニ因ル賣得金ハ其ノ儘配當スヘキモノトス（法曹會昭和五年五月七日決議法曹會雜誌八卷七號一五一頁）

◎詐害行爲取消ト損害賠償ノ請求

一〔大審院〕債權者カ詐害行爲ノ取消ヲ爲スハ之ニ依リテ債務者及第三者カ詐害行爲ニ因リテ債務者ノ資産中ヨリ脫出セシメタル財産ヲ回復シ又ハ其ノ代償ヲ得テ債務者ノ辨濟資力ヲ復舊セシムルヲ目的トスルモノナレハ詐害行爲取消權ノ行使ニ依リテ法律行爲ノ取消ヲ請求スルト同時ニ其ノ脫出シタル財産ノ回復又ハ之ニ代ルヘキ賠償ヲ請求シ得ヘキモノトス（大審院昭和七年オ一五三九號同年九月二八日判決法律新聞三四七五號一〇頁・法學二卷四號九九頁）

二　詐害行爲取消ト損害賠償ノ請求（二續民四七八頁）

◎詐害行爲取消ノ訴ト一定ノ申立

一〔大審院〕案スルニ本件訴狀及原判決事實摘示ニ依レハ被上告人ノ請求ハ民法第四百二十四條ニ從ヒ債務者ノ爲シタル法律行爲ノ取消ヲ目的トスル者ナレハ債務者タル訴外榎本芳松ト上告人間ニ成立シタル係爭不動産ノ賣買契約ノ取消及該賣買契約ニ基ク所有權取得登記ノ抹消ヲ求ムルニ在ルカ如クナルニ拘ハラス被上告人ハ「被控訴人（上告人）カ云々ニ付キ大正三年三月二十三日訴外榎本芳松トノ間ニ爲シタル賣買ニ因ル所有權取得契約ヲ取消ス被控訴人ハ右契約ニ基キ爲シタル所有權取得登記ヲ抹消スヘシ」ト一定ノ申立ヲ爲シ敢テ賣買契約ノ取消ヲ求ムル旨ノ申立ヲ爲スコトナク原判決亦右被上告人ノ一定ノ申立ヲ認容シ同趣旨ノ判決ヲ爲シタリト雖モ特定物ノ賣買ニ於テ其賣買契約以外ニ所有權移轉ノ契約存スルモノニ非サルコトハ特定物賣買ノ性質上明カナルヲ以テ債務者ノ爲シタル其所有ノ不動産ノ賣買契約ヲ詐害行爲トシテ取消スニハ其賣買契約ナル法律行爲ヲ取消シ且其ノ取消ノ效果ヲ全フスルノ方法トシテ其賣買ニ因ル所有權取得登記ノ抹消ヲ爲スヘキモノナレハ若シ被上告人ニシテ本件ニ於テ賣買契約ノ取消ヲ求ムルニ非スシテ單ニ賣買契約ノ義務履行行爲タル所有權移轉契約ノ取消ヲ求ムルニ在リトスレハ斯ル契約ハ存在スルモノニ非サレハ原判決ハ被上告人ノ請求ヲ棄却セサルヘカラス若シ又賣買契約ノ取消ヲ求ムルニ在リトセハ原判決ハ宜シク之ヲ釋明セシメ其旨ノ判決ヲ爲ササルヘカラス然ルニ原判決カ漫然前示ノ如ク判決シタルハ所論ノ如ク不法ニシテ原判決ハ之ヲ破毀スヘキモノトス（大審院大正七年オ二一六號同年六月一日判決法律新聞一四五三號二〇頁）

◎詐害行爲取消ト直接給付ヲ受クル者

一〔大審院〕詐害行爲取消權ハ債務者ノ爲シタル法律行爲ヲ取消シ一般擔保權ヲ確保スルヲ目的トスルモノニシテ其ノ取消ノ效力ハ總債權者ノ利益ノ爲ニ生スルモノナレハ取消權者ハ取消ノ結果受益者ノ負擔スル賠償債務ニ付テモ自己ノ債權ノミノ辨濟ヲ受クル爲之カ履行ヲ求メ得サルコト勿論ナルモ他ノ債權者ト共ニ辨濟ヲ受クル爲ニハ直接自己ニ之カ履行ヲ爲スヘキ旨請求シ得ルモノト解スルヲ相當トス（大正十年（オ）第二二五號大正十年六月十八日當院判決參照）從テ原判決ニハ所論ノ如キ違法アルコトナク論旨其ノ理由ナシ（大審院昭和五年オ二三一六號同六年三月一七日判決法律評論二〇卷民法三一三頁）

二〔大審院〕詐害行爲ノ取消ヲ求ムル債權者ハ他ノ債權者ト共ニ辨濟ヲ受クルカ爲ニ受益者又ハ轉得者ニ對シ其ノ受ケタル利益又ハ財産ヲ自己ニ直接支拂又ハ引渡ヲ爲スコトヲ請求シ得ルコトハ既ニ當院ノ判例トスルトコロナリ（大正十年（オ）第二百二十五號同年六月十八日當院判決參照）而シテ本件ニ於テ被上告人ハ敢テ他ノ債權者ノ辨濟ヲ受クル權利ヲ排斥シ被上告人獨リ之カ利益ヲ受ケントスルノ旨趣ニ非ラサルコトハ原判決竝ニ之ヲ引用スル第一審判示事實摘示ニ徵シ之ヲ看取スルニ難カラサルヲ以テ被上告人ノ本訴請求ヲ認容シタル原判決ハ正當ナリ（大審院昭和七年オ二二三六號同年一二月六日判決法律新聞三五〇四號八頁・判例彙報四四卷八號民事三五九頁・法律評論二二卷商法四〇頁）

三　右一及二ノ引用判例—二續民四九〇頁「詐害行爲取消ノ效力」ノ二及三

四　右一及二ト同旨判例—大審院昭和五年オ九一九號同年九月二五日判決法律新聞三一九三號一二頁・法律評論一九卷民

法一四六四頁

五〔大審院〕1按スルニ詐害行爲取消權ハ債務者ノ法律行爲ヲ取消シ一般擔保權ヲ確保スルヲ以テ目的トスルモノニシテ其ノ取消ノ效力ハ總債權者ノ利益ノ爲ニ生スルモノナルヲ以テ取消權ヲ行使シタル債權者ハ詐害行爲取消ノ結果トシテ受益者又ハ轉得者ノ受ケタル利益又ハ財産ヲ自己獨リ辨濟ヲ受クル爲直接之カ請求ヲ爲スコトヲ得スト雖他ノ債權者ト共ニ辨濟ヲ受クルカ爲ニ受益者又ハ轉得者ニ對シ其ノ受ケタル利益又ハ財産ヲ自己ニ直接支拂又ハ引渡ヲ爲スコトヲ請求シ得ルモノナルコト明ナリ而シテ之カ請求ノ範圍ハ詐害行爲ノ取消ニ因リ受益者又ハ轉得者カ返還スルコトヲ要スル財産又ハ利益ノ全部ニ及フモノニシテ他ノ債權者ト平等ノ割合ヲ以テ之カ請求ヲ爲シ得ルニ過キサルモノニ非サルナリ

2蓋詐害行爲ノ取消ハ總債權者ノ利益ノ爲ニ其ノ效力ヲ生スルヲ以テ特定ノ債權者ハ優先權ナキ限リ平等ノ割合ヲ以テ此ノ利益ヨリ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルニ止マルモノナリト雖夫ハ一般債權者カ詐害行爲ノ取消ノ結果ニ付平等ノ割合ヲ以テ辨濟ヲ受クヘキ法律上ノ手續ヲ執ルコトヲ得ヘク斯ル手續ニ出テタル場合ニハ平等ノ割合ヲ以テ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルコトヲ意味スルモノニシテ決シテ詐害行爲取消權ヲ行使シタル債權者カ他ノ債權者ト平等ノ割合ヲ以テ受益者又ハ轉得者ニ對シ其ノ受ケタル利益又ハ財産ノ返還ヲ請求シ得ルコトヲ意味スルモノニ非サルナリ或ハ詐害行爲取消權ヲ行使シタル債權者ヲシテ取消ニ係ル全部ノ利益又ハ財産ヲ請求シ得ルト爲サンカ其ノ債權者カ之ヲ獨占壟斷スルノ虞ナキニ非スト雖此ノ如キハ破産手續ノ場合ニ於テノミ之ヲ防止シ得ルニ止マリ其ノ他ノ場合例ヘハ强制執行ノ場合等ニ於テモ他ノ一般債權者カ平等ノ辨濟ヲ受クルカ爲法律上ノ手續ニ出テサル限リ常ニ同樣ノ虞ナキニ非サルヲ以テ此ノ點ニ於テモ毫モ詐害行爲取消權者ノ請求ヲ制限スルノ理由ナシ從テ詐害行爲取消權ヲ行使シタル債權者ハ他ノ債權者ト平等ノ割合ニ於テノミ其ノ請求ヲ爲シ得ルモノト解スルハ詐害行爲取消ノ效力カ總債權者ノ利益ニ歸スルコトト詐害行爲取消權者ノ請求ノ範圍トヲ混同シタル見解ニシテ他ノ一般債權者カ平等ノ割合ヲ以テ辨濟ヲ受クヘキ法律上ノ手續ヲ講セス又其ノ手續ヲ講スル意思アリヤ否不明ナルニ拘ラス之ヲ調査探知シタル後ニ非サレハ其ノ請求ヲ爲スコトヲ得サルニ至ルヘク斯クテハ詐害行爲取消權ヲ行使シタル債權者ノ保護極メテ薄キヲ以テ到底斯ル解釋ヲ容ルルノ餘地ナキモノト謂ハサルヘカラス

3本件ニ於テ原審ハ上告人等ノ有スル債權元利合計金九千八百八十五圓四十八錢ノ限度ニ於テ本件賣買契約ヲ詐害行爲トシテ取消シタルニ拘ラス上告人等ハ此ノ金額全部ヲ自己ニ於テ獨占スルコトヲ得サルモノニシテ他ノ債權者ト平等ノ割合ヲ以テ自己ノ債權ヲ滿足セシムルコトヲ得ルニ過キスト爲シ他ノ債權者ノ債權ト按分シ上告人武藤與市ノ債權ニ對シテハ千七百四十八圓八十七錢上告人村上善作ノ債權ニ付テハ千三百八十六圓四十四錢ト其ノ損害金ニ付テノミ上告人ノ本件請求ヲ認容シ其ノ他ノ請求ヲ排斥シタルモノニシテ前記說明ニ照シテ其ノ失當ナルコト明ナルヲ以テ論旨ハ其ノ理由アルモノトス（大審院昭和七年オ一一七三號同八年二月三日判決大審院判例集一二卷民事一七五頁・法律新聞三五四七號一六頁・法律新報三二六號一一頁）

◎詐害行爲取消ノ訴ト相手方

一〔長崎控〕民法第四二四條ノ取消權行使ノ訴ニ於テハ其ノ究極ノ目的カ債權者ノ債權擔保權ノ確保ニ在ルヲ以テ其ノ法律行爲ノ當事者タル債務者ヲ被告トスルコトナク債務者ヨリ其ノ財産ヲ取得シタル受益者又ハ轉得者ニ對シテ訴ヲ提起シ之ニ對スル關係ニ於テ法律行爲ヲ取消シ因テ以テ債務者ノ財産ノ回復又ハ之ニ代ルヘキ賠償ヲ得ルコトニ因リ直接又ハ間接ニ債務者ノ財産上ノ地位ヲ原狀ニ復シテ債權ノ擔保權ヲ確保シ得ルニ於テハ其ノ他ノ關係人トノ關係ニ於テハ其ノ法律行爲ヲ存在セシムルモ利害ニ影響スル所ナキヲ以テ債權者ハ受益者又ハ轉得者ノミヲ相手方トスヘク法律行爲ノ一方ノ當事者タル債務者ヲ其ノ訴訟ノ相手方トスヘキモノニ非ス（長崎控訴院昭和三年ア一二七號同年七月九日判決法律評論一七卷民法八五九頁・法律新聞二八六七號七頁）

二〔東京地〕詐害行爲ノ取消權ハ債權者ヲ害スヘキコトヲ知リテ爲シタル債務者ノ法律行爲ヲ取消シ且之ニヨリテ利益ヲ受ケタル者又ハ財産ノ轉得者ヨリ取得財産ノ返還ヲ受クルカ若クハ之カ賠償ヲ得テ債務者ノ財産狀態ヲモ法律行爲ヲ爲シタル以前ノ狀態ニ復セシメ債權者ノ共同擔保ヲ確保スルノ內容ヲ有スル一個ノ權利ニシテ其行使ハ受益者又ハ轉得者ニ對シテノミ爲サルヘク其法律行爲ヲ爲シタル債務者ニ對シ爲サルヘキモノニアラス蓋シ詐害行爲ノ取消權ハ債務者ノ爲シタル法律行爲ノ結果利益ヲ受ケタル者又ハ財産ノ轉得者ニ對スル關係ニ於テ其法律行爲ヲ取消シ之ノ等ノ者ヨリ取得財産ノ返還ヲ受クルカ又ハ其賠償ヲ得ルニ於テハ遺憾ナク權利ノ內容ヲ實現シ得ヘク債務者ト其他ノ關係人トノ間ニ於テ尙法律行爲ノ效力ヲ存續セシムルコトハ詐害行爲取消權ノ行使ニ消長ヲ來スコトナケレハナリ果シテ然ラハ本件詐害行爲ヲ爲シタル原告ノ債務者被告高橋哲哉ニ對シ之カ取消權ヲ行使スル原告ノ本訴請求ノ失當ナルコト洵ニ當然ニシテ原因事實ノ爭點ニ關スル判決ヲ爲ス迄モナク其請求ハ排斥セラルヘキモノトス

（東京地方裁判所昭和四年ヲ六三六七號同五年一〇月二七日判決法律新聞三一九七號一〇頁・法律評論二〇卷民法四一頁）

三　詐害行爲取消ノ訴ト相手方（二續民四七六頁）

◎轉付命令ニ基ク轉得者

一〔大審院〕民法第四百二十四條ニ所謂轉得者トハ受益者ヨリ更ニ法律行爲ノ目的タル物又ハ權利ヲ取得シタルモノヲ指稱スルモノニシテ其ノ取得ノ原因カ法律行爲ニ基クト將又本件ノ如ク轉付命令ニ基クモノトヲ問ハサルモノト解スルヲ相當トス蓋同條ノ規定ハ債務者ノ財産ニ付總債權者ヲシテ公平ナル分配ヲ得セシメントスルニ在ルヲ以テ債務者ニ於テ債權者ヲ害スルモノナルコトヲ知リテ法律行爲ヲ爲シ且受益者又ハ轉得者カ此ノ事實ヲ知リテ其ノ行爲ノ目的タル物又ハ權利ヲ取得シタル以上其ノ取得原因カ法律行爲ニ基クト本件ノ如キ轉付命令ニ基クトニ因リ該條ノ適用ヲ二、三ニスル理由ヲ發見スルヲ得サレハナリ故ニ原審カ上告人ニ於テ訴外倉田チヨウニ對スル債權差押ニ基ク轉付命令ニ因リ本件債權ヲ取得シタル事實ヲ確定シ之ニ基キ上告人ヲ轉得者ト做シテ被上告人ノ本件請求ヲ認容シタルハ洵ニ正當ニシテ右ト所見ヲ異ニシ轉得者ヲ法律行爲ニ因ル取得者ニ制限セントスル論旨ハ之ヲ採用スヘカラサルモノトス（大審院昭和五年オ一八四八號同六年三月一七日判決大審院判例集一〇卷民事一七〇頁・法律新聞三二九一號四頁）

◎轉得者ト受益者ノ訴訟引受

一〔長崎控〕按スルニ詐害行爲取消請求訴訟ノ繫屬中其ノ訴訟ノ相手方カ右取消ヲ求ムル法律行爲ノ目的物件ヲ第三者ニ讓渡シタルカ如キ場合ハ未タ民事訴訟法第七十四條第一項ニ所謂債務ノ承繼アリタルモノトハ解シ難キニヨリ假令申立人主張ノ如ク訴訟ノ繫屬中被申立人カ被控訴人ヨリ取消ヲ求メラレタル當該法律行爲ノ目的物件卽チ工場財團ノ讓渡ヲ受ケタル事實アリトスルモ被申立人ニ於テ該訴訟ノ目的タル債務ヲ承繼シタルモノト謂フヲ得サルニ依リ申立人ノ本件申立ハ結局其ノ理由ナシ（長崎控訴院昭和八年キ一六號同年四月五日決定法律新聞三五五九號七頁・法律評論二二卷民訴一三〇頁）

二〔大審院〕案スルニ訴訟ノ繫屬中訴訟ノ目的タル債務ヲ承繼シタル第三者ハ被承繼者ト同一ノ地位ヲ有シ之ト運命ヲ共ニスヘキ者ナレハ法律ハ承繼者ヲシテ被承繼者ノ訴訟ヲ引受ケシムルコトヲ得ヘキモノトシタルニ外ナラス然ルニ詐害行爲取消ノ訴訟ニ於テ受益者ト轉得者トハ其ノ地位ヲ異ニシ固ヨリ運命ヲ共ニスヘキモノニ非サレハ受益者ノ訴訟ヲ轉得者ヲシテ引受ケシムルコトヲ得サルヤ洵ニ明ナリト云ハサルヘカラス殊ニ債務承繼ノ場合ニ於テモ承繼者ヲシテ訴訟ヲ引受ケシムヘキヤ否ヤハ裁判所ノ觀ルトコロニ依リ適當ニ決シ得ヘクシテ必シモ引受ケシメサルヘカラサルモノニ非サレハ本件ニ於テ受訴裁判所タル名古屋地方裁判所カ訴訟進行ノ程度ニ鑑ミ抗告人ノ引受ニ關スル申立ヲ相當ナラスト認メタル以上此ノ點ヨリスルモ其ノ申立ハ却下ヲ免レスシテ抗告ハ理由ナキニ歸ス（大審院昭和八年ク四二五號同年四月一三日判決大審院判例集一二卷民事五九三頁・法律新聞三五六五號一二頁・法律評論二二卷民訴一六五頁）

◎受益者轉得者ノ惡意ノ意義

一〔大審院〕受益者ノ惡意トハ債務者ニ於テ債權者ヲ害スルノ意思アルコトヲ行爲當時知ルノ義ニシテ而シテ轉得者ノ惡意トハ受益者ノ惡意ナルコトヲ轉得當時知ルノ義ナリ玆ニ知ルトハ讀ンテ字ノ如シ意志スルノ謂ニ非ズ而シテ受益者又ハ轉得者ノ惡意ヲウコトハ債權者ニ對シ公正ナラサル心事ニ出ツル義ニモ非サルナリ（大審院昭和七年オ三五九一號同八年五月二日判決大審院判例集一二卷民事一〇五〇頁・法律新聞三五七一號五頁・法律新報三三三號九頁）

◎受益者又ハ轉得者ノ立證責任（本條後出一〇九九頁）

◎受益者又ハ轉得者ノ立證責任

一〔大審院〕債務者カ其ノ債權者ヲ害スルコトヲ知リテ自己所有ノ物ヲ第三者ニ賣却シ債權者カ其ノ賣却行爲ノ取消ヲ裁判所ニ請求シタル場合ニ於テ買主タル右第三者カ債權者ヲ害スルコトヲ知ラサリシコトヲ主張シテ其ノ取消ヲ免レントセハ右第三者ニ於テ之ヲ立證スル責任アルコト夙ニ當院ノ判例トスル所ニシテ〔大正七年（オ）四六四號同年十月二十八日言渡判決參照〕今之カ變更ノ必要アルヲ見ス（大審院昭和七年オ一八八五號同八年二月四日判決法律新聞三五二五號七頁・判例彙報四四卷七號民事三二七頁）

二　右一ノ引用判例—續民法一一二〇頁「詐害行爲ト立證責任」ノ一及二

三〔大審院〕審按スルニ民法第四百二十四條但書ハ債務者ト行爲ヲ爲シタル受益者又ハ轉得者カ其行爲ノ當時債務者ニ對スル他ノ債權者アリテ其行爲ニ因リ之ヲ害ス可キコトヲ知ラサルトキハ債權者ハ此等ノ者ニ對シテ債務者ト爲シタル行爲ヲ取消スコトヲ得サル旨ヲ規定シ而シテ受益者又ハ轉得者ノ惡意ナリシコトニ付テハ債權者ニ立證ノ責任ナク法律上之ヲ推定セラルヘキニ付キ受益者又ハ轉得者ヨリ自己ノ善意ナリシコトヲ證明セサル可カラサルモノニシテ此等ノ者ノ立證責任

ハ自己ヨリ先キニ他ノ債權者カ債務者ト行爲ヲ爲シタルヤ否ヤノ事實ヲ調査スル方法アルト否トニ依テ異ナルコトナキモノトス而シテ又最初受益者若クハ轉得者カ行爲ヲ爲ス當時債務者ニ對スル他ノ債權者ニ害アルコトヲ知ラス其行爲後ニ至リ始メテ他ノ債權者ニ害アルコトヲ知リタル旨證明セラレタリトテ之カ爲メ受益者又ハ轉得者ヲ惡意ノ行爲者ト云フヲ得サルヤ上告人所論ノ如シ然レトモ原院ハ蒔田喜太郎ヨリ本件ノ地所ヲ買得シタル上告人ハ其行爲ノ當時ニ在リテ其行爲カ債權者ノ爲メ損害トナル可キ事實ヲ了知セルモノト判示シタル次第ナレハ原判決ハ上告人所論ノ如キ違法アルコトナシ（大審院明治三六年才三八四號同年九月二一日判決大審院判決錄九輯民事九七〇頁）

四〔上告論旨〕原判決ハ「受益者タル控訴人ハ其ノ提出援用ノ證據ニ依ルモ到底本件賣買當時右ノ如キ事情ヲ知悉セサリシモノナルコト卽善意ノ受益者ナリトノ心證ヲ惹起シ難キヲ以テ控訴人ハ惡意ノ受益者ナリト認定スヘキカ故ニ訴外赤尾良吉ノ控訴人ニ對スル賣買契約ヲ詐害行爲ナリトシ之カ取消ヲ求メ且控訴人ヲシテ登記ノ抹消動產ノ返還ヲ爲サシメントスル本訴請求ハ正當ナルニヨリ之ト同旨ニ出テタル原判決ハ相當ニシテ控訴代理人ノ本件控訴ハ理由ナシ」ト判決シ受益者ノ惡意ヲ推定シ以テ其ノ立證責任ヲ上告人ニ負ハシムルノ判定ヲ敢テセリ然レトモ…中略…民法第四百二十四條以下ヲ見ルモ受益者又ハ轉得者ノ惡意ヲ推定ストノ文

字何等存セサルノミナラス惡意ハ推定セストハ一般ノ大原則ニシテ道義上ハ勿論苟モ正義ヲ以テ其ノ眼目トスル法律解釋ニ於テハ惡意ヲ推定スルカ如キハ斷シテ許スヘカラサルモノナリ…中略…之ヲ具體的事實ニ付驗センカ若シ人アリ我國民ニ對シ余ハ多額ノ債務ヲ負擔スルヲ以テ此ノ債權者ノ債權ヲ踏倒ス爲余ノ財產ヲ汝ニ賣ラントス乞フ之ヲ買入レヨト云ハンカ恐ラク我國民ハ異口同音ニ何等ノ躊躇ナク之ヲ拒絕シ寧ロ其ノ者ノ不心得ヲ諭シ其ノ聞カサルモノニ對シテハ罵詈嘲笑シ甚シキハ之ヲ打擲スル者ヲ生スルヤ必然ニシテ決シテ之ノ不正邪惡ノ乞ヲ容ルル者ハ若シ有リトスルモ千萬人ニ一人ニシテ其ノ數ハ至テ僅少ナルヲ信ス故ニ此ノ稀ニアル僅少ノ例外ヲ取テ一般賣買受益者又ハ轉得者ノ惡意ヲ推定スルカ如キハ暴モ亦極マルモノニシテ斷シテ許容シ得サルモノナルコト至テ明ナリ尙之ヲ其ノ受益者ノ利害ノ點ヨリ考慮スルモ其ノ債務者ト特殊ノ關係アリテ已ムナク其ノ不正ニ與シタリトスルモ斯ル場合ハ或ハ虛僞ノ意思表示ヲ爲シテ之ヲ妨クルノ擧ニ出ツヘキハ寧ロ小人ノ常トシテ計ラレサルトコロナランモ後日取消ニ因リ取返サルヘキ虞アル財產ニ對シ現金ノ支拂ヲ爲シテ之ヲ買受クルカ如キ危險ノ擧ニ出ツルハ之レ亦至テ少ナキノ理ナルニ於テオヤ故ニ若シ債務者ト多少ニテモ怪シキ點存シ之ヲ惡意者ト認定セサルヘカラサルノ必要アリトセハ堂々ト裁判官ノ自由心證ニヨリ積極的ニ其ノ惡意ヲ其ソ具體的事實ニヨリ認定セハ可ナル次第ナルニ之ヲ積極的ノ認定ニ求メスシテ善良ナル我國民性ヲ無視シ而カモ國家風教ニモ影響スヘキ惡意ノ推定ヲ敢テスルノ理毫モ存セサルトコロナリ尙又之ヲ立證ノ上ヨリ見ルモ全然知ラサル事ニ對シ其ノ知ラサルコトヲ知ラスト立證セヨト命スルカ如キハ寧ロ不能ヲ强フルモノニシテ之レ亦暴ノ甚シキモノナレハナリ要スルニ惡意ヲ推定スルカ如キハ何レノ點ヨリ見ルモ不當違法ノ判決ナルノミナラス斯ノ如キ惡意ノ推定ハ善良ナル我國民性ニ相背反シ而カモ將來國民ノ精神竝國家風致上亦其ノ影響スル所至テ重大ナリト信ス希クハ愼重ニ御賢慮御審議アランコトヲト云フニ在リ

五〔大審院〕然レトモ民法第四百二十四條ニハ縱令受益者又ハ轉得者ノ惡意ヲ推定ストノ文字ナシト雖其ノ法意ハ債務者カ債權者ヲ害スルコトヲ知リテ法律行爲ヲ爲シタル場合ニハ受益者又ハ轉得者モ亦其ノ情ヲ知リテ受益行爲又ハ轉得行爲ヲ爲シタルモノト推定シ受益者又ハ轉得者ニ於テ之ノ推定ヲ覆サントスルニハ行爲ノ當時債權者ヲ害スルコトヲ知ラサリシコトヲ主張シ且立證スヘキ責任アリト爲シタルニ外ナラサルヲ以テ原審カ論旨ニ摘錄スルカ如ク說示シタルハ相當ニシテ原判決ニハ所論ノ如キ違法ナク論旨理由ナシ（大審院昭和六年才二九九二號同七年六月三日判決法律新聞三四四七號七頁）

六〔大審院〕民法第四百二十四條第一項但書ハ受益者又ハ轉得者ニ於テ詐害行爲ノ當時債權者ヲ害スヘキ事實ヲ知ラサリシ場合ニ限リ債權者ノ取消ヲ拒否スルヲ以テ右ノ事實ヲ知ラサリシコトヲ主張スル受益者又ハ轉得者ニ於テ之ヲ證明スヘキ責任アルコト當院ノ判例トスル處ニシテ原判決ニハ所論ノ如キ違法ナシ（大審院昭和八年才一八〇〇號同年一〇月二〇日判決法律新聞三六二二號一五頁。法律評論二二卷民法一一〇八頁）

七〔大審院〕右六ノ引用判例—1按スルニ民法第四百二十四條第一項但書ハ受益者又ハ轉得者ニ於テ行爲ノ當時債權者ヲ害スヘキ事實ヲ知ラサリシ場合ニ限リ債權者ノ取消請求ヲ拒否スルコトヲ得ヘキ例外規定ナルヲ以テ行爲ノ當時右ノ事實ヲ知ラサリシコトヲ主張スル受益者又ハ轉得者ニ於テ之ヲ證明スヘキ責任アルコト多言ヲ要セス

2本件ニ付之ヲ觀ルニ原判決ノ認定シタル事實ハ合資會社寒河江製絲所ノ社員ニシテ且清算人タリシ渡邊豐太郎外二名ハ其ノ清算手續中被上告人ニ對スル右會社ノ債務ニシテ社員カ個人ノ資格ニ於テ連帶保證ヲ爲シタル分五萬二千五百圓ノ內三萬五千圓ノ債務ニ付大正十五年九月二十五日右豐太郎所有ノ不動產四十六筆ヲ秋場時良ニ賣渡スコトヲ爲シ其ノ登記ヲ經タル上該債務ヲ時良外二名ノ債務ニ更改スルト共ニ此ノ債務ノ爲ニ時良ハ右買受ケタル不動產ニ付被上告人ニ對シ抵當權ヲ設定シタリト云フニ在ルヲ以テ豐太郎及時良間ノ右不動產ノ賣買行爲カ假ニ上告人主張ノ如ク民法第四百二十四條第