

本書ハ自作農創設維持並ニ抵當債務整理ノ參考トナルベキ抵當權ニ關スル大審院其ノ他各裁判所ノ判例(明治卅二年ヨリ昭和九年ニ至ル)ニ付農林省囑託武藤勝惠氏ノ集録編纂セ
ルモノナリ

昭和十一年五月

産業組合中央金庫調査課

凡例

一、本書ニ掲載セシ判例中

(1) 大審院判例ハ

(イ) 大正十年以前ノ分ハ大審院民事判決録及同判例集ヨリ

(ロ) 大正十一年以後ノ分ハ判例民法及判例民事法ヨリ

(2) 其ノ他ノ判例ハ法律評論ヨリ

採録セリ

二、本書ノ順序ハ民法典ノ條文ノ順序ト一致セシメタリ

三、本書ニ使用セル略語ハ次ノ如シ

- | | | | | | |
|---|----|---|---|--------|-------|
| 民 | 民法 | 評 | 論 | | 法律評論 |
| 民 | 訴 | 控 | 訴 | | 控訴院 |
| 民 | 訴 | 地 | 方 | | 地方裁判所 |
| 競 | 法 | 區 | 區 | | 區裁判所 |
| 競 | 法 | 高 | 法 | | 高等法院 |
| 不 | 登 | 法 | | 不動產登記法 | |
| 錄 | | 大 | 審 | 院 | 民事判決錄 |
| 集 | | 大 | 審 | 院 | 民事判例集 |



2024

目次

第一 總則

第三百六十九條

一、消滅シタル抵當權ノ登記ヲ同一當事者間ノ他ノ抵當權ノ登記トシテ利用スルヲ得ズ……………	一
二、辨濟期前ニ爲サレタ抵當權ノ實行ニヨル競賣ノ效力——競落ニヨリ所有權ハ競落人ニ移轉ス……………	二
三、抵當權ニ基キ妨害排除ノ請求ヲ爲シ得ル……………	四
四、被擔保債權ト抵當權ノ實行ヲ完了セザリシ場合ノ實行費用……………	六
(1) 特約ナキ限り債務者之ヲ負擔ス (2) ソノ抵當權ニヨリ擔保サル (3) 抵當權ニヨリ擔保サレルコトヲ	
第三者ニ對抗スルニハ登記ヲ要セズ……………	
五、競落許可決定確定前ノ債權ノ辨濟ト競落許可決定ノ效力トノ關係……………	九
六、抵當權者ノ競賣申立ト代位辨濟ノ效力……………	二
七、(1) 抵當權ト徵稅權ノ競合 (2) 國稅ノ優先權 (3) 國稅徵收法第三條ノ法意……………	四

八、消滅セル抵當權ニ基ク競賣ト競落人ノ地位……………三二

九、(1) 抵當不動産ヲ以テ代物辨濟ヲ約シタル場合ト抵當權實行ノ許否 (2) 抵當不動産ニ依ル代物辨濟ト債權及抵當權ノ消滅時期……………三二

一〇、抵當權ノ設定ト故意ニ基ク登記ノ誤謬ノ更正ノ許否……………三三

一一、競落許可決定後ト競落物件ニ對スル危險負擔者……………三三

一二、(1) 第三者ノ不法行為ニ因ル抵當權ノ目的物ノ毀滅ト抵當權者ノ賠償請求權 (2) 工作物ノ設置又ハ保存ノ瑕疵ニ因リ抵當權ノ目的物ガ毀損セラレタル場合ト抵當權者ノ賠償請求權……………三五

一三、民法第六〇二條所定ノ期間超過ノ貸借借ニ對抗シ得ル抵當權者ト本登記ノ要否……………三六

一四、抵當物件競落後ノ債務辨濟ト競落ノ效力……………三六

一五、土地所有權妨害排除ノ理由ニ因ル該地上建物ノ抵當權實行禁止ノ請求……………三七

一六、(1) 抵當權抹消登記ノ無効ノ主張ノ請求原因一定ノ事例 (2) 抵當權喪失者ト抵當權抹消登記回復登記請求權ノ有無……………三六

一七、(1) 抵當權附債權ノ讓受人ト抵當權移轉登記ノ適法時期 (2) 抵當權附債權ノ讓受人ガ各別ニ對抗要件ヲ具備シタル場合ト其效力……………三六

一八、無効ナル債務名義ニ依ル競賣ト債權者タル競落人ノ爲セル相殺ノ效力……………三六

一九、競賣法ニ依ル競賣不動産ニ假登記抵當權アル場合ト該抵當權ノ競賣人ニ對スル關係……………三〇

二〇、(1) 抵當權設定ノ假登記アル不動産ノ取得者ト本登記ヲ爲ス義務ノ承繼 (2) 假登記抹消ト第三者ノ回復登記義務……………三一

二一、競賣物件タル建物ノ坪數ノ相違ト競落許可ノ適否……………三一

二二、登記義務者ノ再度登記義務……………三一

二三、抵當權設定後ノ假差押登記ト競落人ニ對スル效力並ニ競落人抹消請求ノ許否……………三二

二四、(1) 第三七一條ニ所謂果實ノ範圍 (2) 抵當權實行ノ爲ニスル競賣ト目的物ノ所有權移轉ノ時期 (3) 抵當物ノ競落ト競落人ノ果實取得權ノ有無……………三三

第三百七十條

一、抵當權ノ範圍……………三三

二、(1) 抵當權ノ範圍 (2) 民法第三七一條ニ所謂果實ノ意義……………三三

三、抵當權ノ效力ハ設定後増築セル從物タル建物ニ及ブ……………三四

四、抵當權ノ實行ト從物ニ對スル競落人ノ權利……………三四

五、(1) 第三者ガ權原ニ依リ附合セシメタル天然果實ト抵當權ノ效力 (2) 耕作地ノ競落ト引渡前ノ賃料請求權……………三五

ノ歸屬關係……………

四

第三百七十一條

- 一、民法第三七一條第一項但書前段ノ適用…………… 四
- 二、(1)民法第三七一條ニ所謂差押ハ競賣開始決定ヲ包含ス (2)本條第一項但書ノ趣旨ト所有者ノ管理利用ノ權 (3)競賣開始決定後ノ果實ノ歸屬權利者…………… 五

第三百七十二條

- 一、(1)民法第三七十二條及第三〇四條但書ノ趣旨 (2)競賣法ニ依ル抵當不動産競賣ノ性質 (3)抵當不動産ノ再競賣ト抵當權者ノ權能…………… 五
- 二、耕地整理法第二五條ニ依ル供託金ニ對スル抵當權ノ行使ニハ差押ヲ要セス…………… 五
- 三、(1)被擔保債權ト抵當權ノ效力 (2)不當ナル抵當權設定登記ト抹消請求ノ許否…………… 五

第二 抵當權ノ效力

第三百七十三條

- 一、(1)登記官吏ノ過誤ニ因ル抵當權ノ抹消登記ト其效力 (2)回復登記ト利害關係人ノ承諾義務…………… 五

第三百七十四條

- 一、(1)民法第三七四條ノ適用範圍 (2)抵當權設定者又ハ第三取得者ノ責任範圍…………… 五
- 二、債務者ガ抵當權ヲ消滅セシムル場合ト民法第三七四條適用ノ有無…………… 五

第三百七十五條

- 一、抵當權ヲ他ノ債權ノ擔保トナシタ場合ニ抵當權者ハ競賣權ヲ有スルカ…………… 五
- (1)轉擔保權者ノ債權ト原抵當權者ノ債權トガ同額又ハ前者ガ後者ヨリ多額ナルトキハ原抵當權者ハ競賣權ナシ (2)前者ガ後者ヨリ少額ナルトキハ競賣權アリ但競賣代金中轉擔保權者ニ優先的ニ移轉シタ部分ハ供託スルヲ要ス…………… 五

第三百七十八條

- 一、滌除ノ通知洩レト増價競賣ノ效力——普通競賣トシテノ效力アリ…………… 五

五

二、滌除ノ制定理由……………	六
三、(1)假登記權利者ト抵當權實行通知ノ要否 (2)住所ノ不明ト抵當權實行通知ノ要否……………	六
四、假登記權利者ノ滌除權行使ト本登記ノ要否……………	七
五、(1)假登記權利者ト滌除權ノ有無 (2)假登記權利者ト抵當權實行通知ノ要否……………	七
六、假登記權利者ニ競賣ヲ通知セザル場合ト競落許可決定ノ效力……………	七
七、(1)抵當權實行通知ノ時期 (2)抵當權實行通知後ノ第三取得者ニハ通知ヲ要セズ……………	七
八、(1)競賣申立後ノ地上權又ハ賃借權者ト抵當權實行通知ノ要否 (2)該地上權賃借權ノ對抗力……………	七
九、民法第三七八條ニ所謂第三取得者ニハ假登記權利者ヲ含ム……………	七
一〇、假登記權利者ハ抵當權ノ滌除ヲ爲シ得ズ……………	七

第三百八十一條

一、(1)民法第三八一條ノ「第三取得者」(2)第三取得者ノ範圍ヲ決スベキ時期 (3)競賣法第二七條第三項第二及三號ノ利害關係人……………	六
二、停止條件附請求權保全ノ登記ト抵當權實行ノ通知——抵當不動産ニ付單ニ所有權移轉ノ停止條件附請求權ヲ有スル者ニ對シテハ該請求權ニ付假登記存スルモ抵當權實行ノ通知ヲ要セズ……………	六

三、登記簿記載ノ第三取得者ノ住所ニ宛テタル抵當權實行通知ガ眞住所不明ノ爲到達セザリシ場合——通常到達スベカリシ時ニ到達セリト看做ス……………	六
四、抵當權實行ニヨル競賣手續完結後ハ第三取得者ハ民法第三八一條ニヨル通知ヲ受ケザルモノノ競落許可決定ニ因ル所有權移轉ノ效力ヲ否認シ得ズ……………	六
五、假登記權利者ト競賣手續ノ利害關係人……………	六
六、(1)競落代金支拂前競落許可決定後辨濟ノ爲ニスル供託ノ效力 (2)競賣手續ノ基本タル抵當權ノ無効ト競落許可決定ニ因ル所有權移轉ノ有無……………	六
七、(1)第三八一條ニ所謂第三取得者ニ假登記權利者ヲ含ム (2)抵當權實行並競賣期日ノ通知ヲ遺脱セル競落許可決定ノ效力……………	六
八、第三取得者ノ住所不明ナル場合ト抵當權實行通知並競賣ノ請求……………	六
九、所有權取得ノ假登記權利者ニ豫メ通知ナクシテ完了セラレタル競賣手續ノ效力……………	六
一〇、(1)他人ニ對シ競賣期日ノ無通知ト競落許可決定ニ對スル抗告理由ノ許否 (2)假登記權利者ト抵當權實行通知ノ要否並無通知ノ效果 (3)競賣開始後ノ權利取得者ト抵當權實行通知ナキ場合ノ效果……………	六
一一、(1)第三者ノ所有物ト競落許可決定ノ效力 (2)第三者ノ所有物ノ競賣ト債權者ニ對スル不當利得返還請求ノ許否……………	六

第三百八十二條

一、無効ナ濼除ノ通知ト之ニ基ク増價競賣ノ效力——抵當權者ガ實行ノ權能アル競賣ニ特ニ負擔ヲ負ヘルニ止リソノ效力ヲ認メザル理由ナシ……………九二

第三百八十四條

一、濼除申出人轉居ニヨル濼除不承諾ノ通知ノ不到達——通常法定期間内ニ到達シ得ベカリシ場合ナラバ右通知ハ有效ナリ……………九四
二、債權者ハ濼除權者ノ提供シタル金額ガ自己ノ債權ヲ辨濟スルニ足ルトキモソノ提供ヲ拒絕シテ増價競賣ヲ請求シ得ル……………九六
三、(1)民法第三八四條第三項ノ擔保 (2)競賣法第四〇條ノ法意 (3)違法ナル競賣開始決定……………九八
四、(1)濼除權者ノ辨濟供託ノ時期及遲滯ノ效果 (2)増價競賣請求後其申立ヲ爲サザル場合ノ效果……………一〇〇
五、競賣法第四六條ニ違背セル増價競賣公告ニ基キテ爲セル競賣手續ト競落不許可理由ノ存在……………一〇二

第三百八十七條

一、抵當權實行通知ノ相手方——不動産登記法第二條第一號及第二號所定ノ假登記權利者ヲ含ム……………一〇三
二、民法第三八七條所定ノ期間内ニ抵當權者ガ爲シタル競賣申立ハ却下スベク之ヲ受理シテ爲シタル競賣開始決定ハ違法ナリ……………一〇五
三、抵當權實行通知ガ到達セザル場合ト競賣申立ノ許否……………一〇七

第三百八十八條

一、法定地上權——土地ノミニ抵當權ノ設定セラレタル場合ニ建物ニツキ登記ナクモ建物所有者ハ法定地上權ヲ取得ス……………一〇八
二、民法第三八八條ト抵當土地競賣前ノ地上權設定契約——土地及其地上建物ノ所有者ガ土地ノミヲ抵當ト爲シタル後其ノ競賣前建物ヲ他ニ讓渡シ其ノ讓受人ノ爲設定シタル地上權ガ競賣ノ結果消滅シタルトキト雖モ競賣ノ場合ニ於テハ建物讓受人ハ民法第三八八條ニ依ル地上權ヲ取得スベキモノナリ……………一一〇
三、民法第三八八條ノ法定地上權——土地抵當權設定後建築セラレタル建物ガ競賣トナリタル場合競落人ハ法定地上權ヲ主張シ得ルカ……………一一三
四、土地ノミヲ抵當トナシタル後建物ヲ讓渡シタル場合ニ抵當權ノ實行アリタルトキモ法定地上權アリ……………一一四
五、(1)民法第三八八條ノ適用 (2)抵當地上建物所有者ノ義務……………一一六

- 六、民法第三八八條ノ適用……………三
- 七、民法第三八八條ノ適用……………二六
- 八、民法第三八八條ノ地上權ノ範圍……………三元
- 九、民法第三八八條但書ノ法意……………三三
- 一〇、(1)民法第三八八條ノ適用 (2)同條但書ノ法意 (3)法定地上權ノ存續期間ヲ定ムル方法……………三三
- 一一、(1)民法第三八八條ノ適用 (2)建物ノ意義 (3)主タル建物ニ關スル抵當登記ノ效力 (4)民法第三八八條ノ趣旨 (5)抵當地競落人ニ對スル建物所有者ノ權利……………三三
- 一二、民法第三八八條ノ適用……………四四
- 一三、(1)建物競落人ノ取得スル權利 (2)民法第三八八條ノ適用……………四四
- 一四、抵當權設定當時土地及建物ノ所有者ヲ異ニスル場合ト民法第三八八條適用ノ有無……………四五
- 一五、土地建物共抵當ト爲シタル場合ト法定地上權……………五五

第三百八十九條

- 一、(1)民法第三八九條制定ノ趣旨 (2)抵當地及建物ニ付競賣申立アリタル場合ト競落許可ノ方法……………五五

第三百九十二條

- 一、(1)次順位抵當權者ノ代位ノ性質及對抗力 (2)民法第三九三條ノ解釋……………五五
- 二、民法第三九二條第二項ニ依ル次順位抵當權者ノ代位權ハ先順位抵當權ノ實行前ニハ發生セズ……………五五
- 三、第一順位ノ抵當權者ノ債權ヲ辨濟シテ餘剩ヲ生ゼザルベキ場合ニハ數個ノ不動産ノ一括競賣ヲ爲シ得ル……………五五
- 四、民法第三九二條第一項ト抵當權不可分ノ原則……………五五

第三百九十四條

- 一、抵當物以外ノ財産ニ對スル執行——抵當權者ガ抵當權實行前ニ抵當物以外ノ財産ヲ差押ヘテモ債務者ハ異議ハ云ヘナイ——民法第三九四條第一項ハ普通債權者保護ノ規定ナリ……………五五

第三百九十五條

- 一、土地ト地上ノ建物トガ抵當權ノ目的タル場合建物ノ賃貸借ガ土地ノ價額ニ及ボシタル影響ハ抵當權者ニ於テ建物ニ關スル賃貸借解除ノ理由ト爲シ得ズ……………五五
- 二、抵當物ノ賃貸借ト抵當權ノ侵害——抵當不動産ニ付民法第六〇二條所定ノ期間ヲ超エザル賃貸借ノ登記ヲ爲シ之ニ因リ抵當權者ニ損害ヲ及ボスモ必シモ之ヲ以テ抵當權ヲ侵害スルモノト謂フヲ得ズ……………五五
- 三、抵當權ト賃貸借——賃貸前拂登記ノ效力——抵當權者及競落人ニ對抗シ得ル……………五五

四、抵當權者ハ民法第六〇二條ノ期間ヲ超ユル賃借權登記ヲ抹消セシメ得ズ……………一七二

五、抵當權ノ登記後ニ登記シタル長期賃借ハ競落人ニ對抗スルヲ得ズ……………一七三

六、抵當權者ノ賃借解除請求ノ要件……………一七四

七、他ニ擔保アル場合モ民法第三九五條ノ解除權行使ヲ妨グズ……………一七五

八、(1)民法第三九五條ニ因ル賃借登記ノ抹消ノ請求ト請求ノ基礎ニ變更ナキ例 (2)對抗力ナキ賃借ノ登記ト抹消請求ノ許否……………一七六

九、民法第六〇二條ノ期間ヲ超ユル賃借ノ抵當不動産ノ競落人ニ對スル效力……………一七九

一〇、民法第三九五條所定ノ賃借ト本登記ノ要否……………一七九

一一、抵當權者ニ對抗シ得ザル賃借ハ競賣期日ノ公告ニ記載ノ要ナシ……………一八〇

一二、(1)民法第六〇二條所定ノ期間ヲ超エタル抵當不動産賃借ノ抵當權者ニ對スル效力 (2)民法第三九五條ノ解釋 (3)抵當權者ニ對抗シ得ザル抵當建物賃借人ノ建物占有ノ適法性 (4)競落人ニ對抗シ得ザル賃借權者ノ建物占有ノ不法性……………一八〇

一三、抵當權ノ目的物ノ賃借解除ト相手方……………一八一

抵當權に關する判例集

第一總 則

第三百六十九條

一、消滅したる抵當權の登記を同一當事者間の他の抵當權の登記として利用するを得ず

民三六九條以下

債權不存在確認等請求事件 (大審院昭五(オ)三二四八號、六・八・七、民二、集一〇卷一號八七五頁)

〔事實〕

YはA所有の不動産を抵當としてAに金若干圓を貸與し、其後その辨濟を受けたるも抵當權登記の抹消を爲さず、後更に別口の貸金を爲すに當り該抵當權を其儘根抵當的擔保として右登記の效力を維持すべき合意を爲す。Xは右不動産をAより買受け、A最初の借金は既に辨濟されたるにより抵當權は既に消滅せりと爲し、Yにその抹消を求む。原審はYの抗辯を容れ、YA間の合意の效力を認め、第二の借金完済せられざるにより抵當權は尙存續するとなしXの訴を排斥した。

Xは該抵當權は最初の貸金の辨濟により消滅したるが故に後よりYA間の合意により其效力を復活し得すと主張し

て上告、大審院之を容れて破毀差戻の判決を爲す。

〔判旨〕

被擔保債權の辨濟により抵當權が消滅した以上當事者はその登記の抹消手續を爲すべきである。「右債權ノ消滅後偶々同一金額ノ債權ガ右當事者間ニ發生シタレバトテ、既ニ消滅ニ歸シタル前記抵當權ノ登記ヲ利用シソノ效力ヲ維持スベキコトト爲シ、改メテ同一目的物件ニ同額ノ債權擔保ノ爲ニ抵當權ノ設定アリタリトスル契約ハ無効ナリ。」

二、辨濟期前に爲された抵當權の實行による競賣の效力——競落により所有權は競落人に移轉す

民三六九條、競法二條

土地所有權移轉登記抹消並不當利得金返還請求事件（大審院昭七（オ）一九七六號、七・二二）
（二〇、民五、集一、卷二一號三三三六頁）

〔事實〕

原告Xは頼母子講の取當口を讓受け、「五千二百圓を三十年賦で毎年六月十五日二百圓づゝ掛返し、若し一回たりとも支拂を怠れば殘額は一時に支拂ふ」との約束で取當一千七百圓を受取り、且分掛返債務擔保の爲自己所有の不動産に抵當權を設定した。所がXは第二年度分の辨濟については猶豫を請ひ、後に期日に利息と共に支拂を了す。そこで

訴外甲がXは殘額一時拂の義務ありとし、講總代より右債權及抵當權を讓受け本件不動産を競賣に附し、之を乙が競落し、次いで本件被告Yが讓受けて登記を経た。XはYに對し本訴を提起し、(1)講代表者は掛返金債權を讓渡する權限を有せざるが故に甲への讓渡は無効なること、(2)又Xの債務辨濟期未到來なりしことを理由として競落人及これを讓受けたYは本件不動産を所有せずと主張し、登記抹消及該不動産の收得米につき不當利得として金錢による返還を求めた。

原審は原告の主張を容れ、本件の五千圓の債權は分割辨濟の懈怠を條件として發生するものと解し、従つて甲への債權讓渡は未發生債權を目的とするが故に無効なりとし、實體上存在せざる抵當權に因り競賣を申立て、不動産が競落人の所有となるも競賣は實質上無効で、所有權移轉の效力を生ぜずとなした。

仍つてYは上告し、抵當權なくして競賣せる場合も競落による所有權移轉は有効であり、この點強制競賣の場合と同様に解すべしとなす（兩手續の性質同じく又取引の安全保護の必要等から）。

〔判旨〕

(一)講總代より競賣申立人甲への債權讓渡の效力については「本件頼母子講ノ代表者ハXニ對シテ五千圓ノ債權及抵當權ヲ有スルモノニシテ、唯之ヲ甲ニ讓渡シタル當時ニ在リテハX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ザリシニ過ギズ。従ツテ講代表者ハソノ有スル自己ノ權利ヲ甲ニ讓渡シタルモノナレバソノ讓渡ハ無効ニ非ズ。」

(二)「元來債權が辨濟期ニ達セザル場合ニ於テハ、債權者ハ債務者ニ對シソノ債務ノ履行ヲ強要スルコトヲ得ズ、從ツテ之が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ザルハ言テ俟タザル所ナリト雖モ、コノ場合ハ債權又ハ抵當權が全然存在セザルニ拘ラズ之アリト稱シ抵當權ノ實行トシテ債務者ノ不動産ニ對シテ競賣ノ申立ヲ爲シタルトキト同一視スベキモノニ非ズ。

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ザレバ、競賣手續完了スルモ、債務者ハ自己ノ關知セザル他人ノ行爲ニ依リ故ナク自己ノ不動産ヲ喪失スル理由ナキニ反シ、前者ノ場合ハ債權者ハ現ニ債權及抵當權ヲ有シ、即チ債權者ハ當初ヨリ抵當權ノ目的タル不動産ヲ競賣シ、ソ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、唯之ガ實行時期ニ付債務者ガ債務ノ辨濟ヲ爲サザルトキナル制限ニ服スルニ過ギザルモノナレバ、債權者ガ偶々ソノ時期以前ニ抵當權ノ實行ヲシタレバトテ、ソノ競賣手續ハ實體法上ソノ效力ヲ生ゼザルモノト爲スベキニ非ズ。從ツテ競落人ハ有效ニ競落不動産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他之ガ爲ニ生ジタル損害ヲ賠償セシムルノ權利ヲ取得スルニ過ギズ。」

三、抵當權に基き妨害排除の請求を爲し得る

民三六九條、競法二六條二項、民訴六四四條

抵當權存在確認等請求事件 (大審院昭六(オ)一九號、六・一〇・二二、)
民四、集一〇卷一一號九一三頁

【事實】

原告Xは被告Yに大正十二年一月二十七日四萬五千圓貸與し、Y所有の本訴山林の地盤及その地上に生立する樹木一切外百八十一筆の不動産上に一番抵當權を設定した。Yは辨濟期(十四年十二月二十五日)に至るも辨濟しないのでXは右の抵當權に基いて競賣の申立を爲し、競賣開始決定及競落許可決定があつた。しかし競落人たる第一審の被告Yに於て競落代金を支拂はず競賣手續の完結せざる間にY及Y₂は「前記立木ニ對スルXノ抵當權ヲ無視シ之ヲ他ニ賣却方ヲ交渉シ其ノ伐採ヲ爲サンコトヲ計畫シ」てゐる。そこでXは本訴によつて本抵當權が地上の立木に及んでゐることの確認と、立木の「賣買讓渡其他伐採運搬等ヲ禁止スル旨ノ判決」を求めんとした。

原審は(イ)抵當權の効力は立木に及んでゐることを認め、(ロ)抵當權の侵害、殊に本件の如く侵害の虞ある場合にもその妨害豫防を請求し得るものなる理論を肯定した。(ハ)而してY₂に對しては原審の請求を是認した。(ニ)しかしYに對する請求は否認した。それは抵當權によりて擔保される債權が辨濟期に達する以前ならば右の如き侵害排除を認め得るが「債權ガ既ニ辨濟期ニ達シ抵當權ヲ實行シ得ルニ至ツテハ判決ヲ以テコノ種ノ不作爲ニヨル行爲ヲ請求スル必要ナキ」ものである。殊に本件の如く競賣開始後に於てその必要なきは益々當然なりとする。

これに對する上告理由は辨濟期の前後により區別の理由なしとなす。

〔判旨〕

上告を認めて破毀差戻

「惟フニ抵當權ニ基ク競賣開始決定アリタル場合ニハ、ソノ送達ニヨリ債權者ノ爲差押ノ效力ヲ生ズルガ故ニ、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ズ。從ツ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ヨル處分行爲ヲ禁止スルコトヲ要セザルハ勿論ナリト雖、債務者ガ滅失毀損等事實上ノ行爲ヲ以テ抵當權ニ對スル侵害ヲ敢行スル場合ニ於テハ、ソノ侵害行爲ガ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ズ、抵當權者ハ物權タル抵當權ノ效力トシテ之ガ妨害ノ排除ヲ訴求シ得ベキハ當然ナリト云ハザルベカラズ。」

四、被擔保債權と抵當權の實行を完了せざりし場合の實行費用

- (1) 特約なき限り債務者之を負擔す (2) その抵當權により擔保される (3) 抵當權により擔保されることを第三者に對抗するには登記を要せず

不登法一一六條一一七條一二五條、民三六九條五〇〇條三四六條

代位辨濟確認並代位辨濟ニ因ル (大審院昭二(オ)五五二號、昭二・一〇・一〇)
抵當權移轉登記手續請求事件 (民一、集六卷一一號五五四頁)

〔事實〕

訴外豊田有義の先代豊田宅治は熊本縣天草郡下津江村字湯ノ上千三百七十六番田八畝三歩外四筆畑一筆宅地一筆に對し抵當權設定登記を爲し、被告(控訴人上告人)肥後農工銀行から百八十七圓二十七錢を借り受けた。その後原告(被控訴人被告上告人)豊田十七八が右抵當物件中畑一筆宅地一筆を豊田宅治から買受けた。然るに被告銀行は抵當權の實行として抵當物件全部に對し競賣申立を爲したので、原告は被告銀行の抵當債權を抵當各不動産の價格に應じ按分して原告が買受けた不動産の負擔すべき分を代位辨濟せんと申込んだが、被告銀行がそれに應じなかつたので已むを得ず主たる抵當債權全部及競賣費用三十圓十七錢の代位辨濟を爲した。そこで原告は前記辨濟額に付き代位辨濟による抵當權移轉の登記手續を爲さんことを被告銀行に請求したが應じないので本訴が提起された。

被告銀行はこれに對し争つた。抵當權の實行費用については代位辨濟に因る抵當權移轉の登記を爲す義務なしと主張したらしい。原審はこれに對し次の如く判示した。

「抵當權實行ノ費用モ亦抵當權ヲ以テ擔保セラル、債權ノ範圍ニ屬スルヲ以テ、上告銀行ハ主タル債權及競賣費用ニ付テモ代位辨濟ニ因ル抵當權移轉ノ登記ヲ爲スベキ義務アリ。」

被告銀行はこれに對して上告した。その理由は

(一) 本件競賣費用は抵當權實行に因りて生ずること疑なきも、債權辨濟の爲め抵當權は消滅し優先して償還を確保し得ないのみならず、抵當權に因つて擔保せられるのではなく別個の法條(恐らく競法一五條)に依つて、抵當權實

行を終了し代金支拂を爲す場合に限り初めて優先するに過ぎない。

(二)假に抵當權によつて擔保せられるとしても、代位辨済に因る抵當權の移轉登記は不動産登記法第一二五條に依り附記登記を爲すべきである。而して附記登記はその以前に主たる登記の存在を要す。然るに本件競賣費用に就ては斯る主登記なきこと明である。又競賣費用の登記に關しては他に何等の法條がない。にも拘らずその登記を命ずるは不能を強ゆるものである。

〔判旨〕

棄却

(一)「抵當權ノ實行ヲ爲スニハ若干ノ費用ヲ要スルコトハ言テ俟タザル所ナルヲ以テ、設定行爲ニ特ニ費用ヲ債務者ニ於テ負擔セザル旨ノ定アル場合ハ格別、然ラザル以上抵當權ヲ以テ擔保スベキ債權ノ範圍内ニハ自ラ之ガ費用モ包含スルモノト云ハザルベカラズ。」

(二)「尤モ不動産登記法第一一七條ニハ抵當權設定ノ登記ヲ申請スル場合ニハ、之ガ實行費用ヲ申請書ニ記載スベキコトヲ命ゼズト雖モ、這ハ不動産質權ヲ以テ擔保スル債權ノ範圍内ニハ民法第三四六條ニヨリ之ガ實行費用ヲ包含スルニモ拘ラズ、不動産登記法第一一六條ニハ質權設定ノ登記申請書ニ之ガ費用ノ記載ヲ命ゼザルト同趣旨ニシテ、畢竟之等ノ費用ハ質權又ハ抵當權ニ必然隨伴スルモノナルニヨリ、當然ノ事理トシテ特ニ申請書ニ之ガ記載ヲ必要トセザリシモノニ外ナラズ。」

(三)「然ラバ本件ノ如ク辨済ヲ爲スニ付正當ノ利益ヲ有スル被告上告人ガ、債務者ニ代リ」主たる債權全部及抵當權實行費用を代位辨済し、これに因り「上告銀行ニ對シ右抵當權及之ガ實行費用ニ付代位辨済ニ基ク登記申請(コノ場合ニハ不動産登記法第一二五條ノ規定ニ從ヒ附記登記ノ方法ニヨルベキモノトス)ニ協力スベキコトヲ命ジタレバトテ之ヲ以テ所論ノ如キ」不法あることなし。

五、競落許可決定確定前の債權の辨済と競落許可決定の效力との關係

民四七四條、競法三二條、民訴六七二條一號六八〇條

不動産所有權不存在確定並登記抹消手續請求事件(大審院大十一(オ)四七三號、一一・二二) (二六、民一、集一卷一二號八三三頁)

〔事實〕

(一)本件原告丸岡は、本件係争の不動産を大正五年八月中に、其當時の所有者端山から買受けた處、此不動産は右端山が明治四十三年十二月中設定してゐた抵當權の實行として、大正九年八月十七日競賣に附せられ、同年九月十五日被告に競落許可せられた。

(二)然るに右競落許可決定に對しては、不動産第三取得者たる丸岡から適法の期間内に即時抗告の申立をなし、其

の確定が遮断せられてゐる間に、丸岡から抵當債権の元本利息及費用を、債権者で且つ抵當権者に辨済の提供を爲し（民四七四條）たが、受領を拒絶されたので、翌二十八日辨済の爲めの供託を了した。

（三）其後丸岡からの抗告は、申立人が利害關係人にあらずとの理由で棄却され、前記の競落許可決定は大正十年三月十四日に確定し、係争不動産は競落人たる本件被告森田の所有名義に登記せられた。

（四）そこで丸岡は競落人森田に對して本訴を提起したので、第一審（大阪地）に於ける被告は次の如く抗辯した。

「競賣手續ノ進行中ニ於テ、抵當債権ノ辨済ノ提供及供託ハ有效ニ行ハレタリトスルモ、之ガ爲ニ有效ニ開始セラレタル競賣手續ハ當然阻止セラル、コトナク、從ツテ其ノ手續ニ於テ爲サレタル競落許可決定ハ、抗告ニ於テ廢棄セラレザル限りハ確定スベク、此確定決定ニ基キ、競落人タル被告ガ代金ヲ完納スルニ於テハ、該競賣ノ基本タル抵當權ガ初ヨリ存在セザル場合以外、被告ハ抵當不動産ノ所有權ヲ完全ニ取得スベキモノナレバ、競賣手續進行中ニ爲シタル原告ノ辨済ノ提供及供託ハ有效ナリトスルモ、ソノ競落許可決定ガ確定シ、被告ガ競落代金ヲ完納シタル今日ニ於テハ、被告ハ完全ニ本件不動産ノ所有權ヲ取得スベキモノナレバ、該辨済ノ提供及供託ヲ以テ被告ノ所有權ニ異議ヲ挿ムベキ餘地ナシ。」

右被告の抗辯は、一、二審共に容れられ、原告は敗訴の判決を受けたので、原告は上告していふ、「苟モ競落許可確定前ニ債務ノ辨済アルトキハ、之ニ因リ債務ハ消滅スベク、從ツテ抵當權モ亦消滅ニ歸スルヲ以テ、競落許可決定ノ形式ノ確定アルモ、所有權ノ實體法上ノ移轉ヲ生ズル道理アルコトナシ」と云つた。

大審院はこの上告を理由ありと認め、原判決を破毀差戻した。

〔判旨〕

「從來當院ノ判例ノ趣旨トスル所ニ徴スレバ、競賣手續ニ於テ、其ノ基本タル債権ガ存在セザルニ至リタルトキハ假令競落許可決定アリトモ、何等所有權移轉ノ效力ヲ生ゼザルモノナルガ故ニ、今競落許可決定ガ形式的確定ノ状態（即チ最早之ニ對シ上訴ヲ爲シ得ザル状態）ニ達スル以前ニ債権消滅ノ事由發生シタルトキハ、此ノ決定自體ハ形式的確定ノ状態ニ達シタルトキト雖モ、決定ノ内容タル效力、即チ所有權ノ移轉トイフコトハ竟ニ之ヲ生ズルニ由ナキモノトイハザルベカラズ。然ラバ、原裁判所ガ上告人ノ主張ニ係ル供託ノ效力ノ有無並ニ其時期等ヲ判斷スルコトナク、本訴請求ヲ排斥シタルハ違法ヲ免レズ。」

六、抵當権者の競賣申立と代位辨済の效力

登記官吏ノ處分ニ對スル再抗告ノ件（大審院大四（タ）四〇七號、四・八・一〇）

（民一決定、録二一輯二四卷一三六五頁）

〔判旨〕

一、抵當権者ノ爲シタル競賣申立ハ其後ノ代位辨済ニ依リ當然其效力ヲ失フモノニ非ザルヲ以テ競賣裁判所ハ其目的

タル不動産ニ付キ代位辨濟ノ附記登記アルモ依然其手續ヲ進行セザルヲ得ザルベク又競落許可決定ニ依リ競賣完結シタルトキハ其登記ヲ囑託スベキモノニシテ登記官吏ハ之ニ應ジ登記ヲ爲スベキモノトス

〔抗告理由〕 抗告理由ハ原決定理由ノ要旨ハ本訴物件ニ對シ第一ニ抵當債權者外岡久ガ抵當權ニ基キ任意競賣ノ申立ヲ爲シタル登記アリ第二ニ抗告人ガ本訴物件ヲ以テ擔保セラレタル債務者杉浦力松ノ爲メ外岡久ニ代位辨濟ヲ爲シタル登記アリタル後登記官ハ横濱地方裁判所ノ囑託ヲ受ケ前キニ外岡久ヨリ申立テタル競賣ノ結果小島政五郎ニ競落ニ因ル所有權移轉ノ登記ヲ爲シタルモ其競落ノ登記原因ノ日附ガ抗告人ノ代位辨濟ノ日附ニ先ダツテ以テ其囑託ヲ受理登記シタルハ正當ナリト云フニ在リト雖モ民法第七十七條ニ依レバ物權變動ハ當事者間ニ於テハ其意思表示ノミニ因リ效果ヲ生ズルモ第三者ニ對シテハ登記ヲ爲スニ非ザレバ之ニ對抗スルヲ得ズ而シテ登記處分ハ實ニ此對抗要件ヲ満足セシムル爲メノ制度ニ出デタルモノニシテ登記官ハ當事者ニ效果ヲ生ズル登記原因ノ日附ノ順位ニ著目スルコトヲ得ズシテ必ズヤ登記申請ノ時ニ著目シテ其順位ヲ定メ既ニ一ノ登記申請ヲ受理シ之ヲ登記シタル後之ニ抵觸スル登記申請ヲ受理シタル時ハ縱令後ノ申請ニ係ル登記原因ノ日附ガ前キニ登記シタル登記原因ノ日附ニ先ダツトスルモ之ヲ登記スルコトヲ得ザルモノト信ズ民法第七十七條ノ對抗要件トシテ登記ヲ爲スコトハ獨リ法律行爲ニ依ル物權變動ノミニ關スルモノニ非ラズシテ裁判上競賣ニ付テモ亦同ジク適用セラルベキモノナルコトハ法ノ明文ニ於テモ又條理ノ推論ニ依ルモ一點ノ疑ヲ容レザル所ナリ而シテ縱令抵當債權者ガ競賣ノ申立ヲ爲シ其登記アリタル後ト雖モ其競落ニ因ル所有權移轉ノ登記アラザル以前ハ縱令實際ニ於テ競落ノ裁判アリタリトスルモ競落ヲ受ケタル者ヨリ第三

者ニ對抗スベキ爲登記ノ囑託ヲ申請シ其登記ヲ得ザル限りハ第三者ハ其對抗ヲ受クベキモノニ非ザレバ仍ホ未ダ競落セザルモノト看做シ民法第四百七十四條、同法第四百九十九條同法第五百條ニ定メタル權利ニ依リ若クハ代位辨濟ニ關スル同法ノ規定ニ依リ其抵當債務ヲ辨濟シ其登記ヲ受クルトキハ第三者ニ對シ抵當權ヲ以テ擔保セラル、債權消滅シ從ツテ抵當權消滅ノ效果若クハ代位辨濟ニ依ル抵當權移轉ノ效果ヲ生ゼザルモノトセザルベカラズ若シ然ラズトセバ民法第七十七條ノ規定ハ裁判上競賣ニ關シテハ適用セラレザルノ結果ヲ生ズベク若シ此ノ如キ結果ヲ正當トセバ競賣ニ著手シタル後ハ第三者ノ辨濟ハ勿論債務者ト雖モ辨濟スルコト能ハザル非合理的現象ヲ生ゼザルヲ得ズ何トナレバ競落ニ因ル所有權移轉アリタルヤ否ヲ登記簿ノ閱覽ニ依リテ之ヲ決定スルコト能ハザレバナリ競賣法及ビ之ニヨリ準用セラルベキ民事訴訟法中強制執行ノ諸般ノ規定ニ照スモ競賣ノ完結ニ至ル迄ハ任意ニ辨濟シテ實體法上ノ債務關係ヲ消滅シ手續上ノ競賣關係ヲ消滅セシムルノ權能アルコト亦多辯ヲ要セズ(民事訴訟法第五百五十條同法第六百七十二條第一號等) 平和ヲ希望スル法ノ觀念ヨリ之ヲ見ルモ然ラザルヲ得ザル所ナリトス然ルニ原裁判所ガ登記法ノ運用ニ關シ登記申請ノ順位ヲ論ゼズシテ登記原因ノ日時ニ著目シ既ニ抗告人ノ爲メ代位辨濟ニ因ル登記アリテ其競賣ノ申立ハ之ニ依リ當然消滅シタル登記法上ノ效果ヲ生ジタルニ拘ラズ同一抵當關係ニ付キ更ニ競落ノ登記囑託ヲ受理シ登記處分ヲ爲シタルヲ正當トシタルハ法律ニ違背シタル決定ナリト信ズト謂フニ在リ

〔決定理由〕 按ズルニ債權ノ代位辨濟アルトキハ辨濟者ハ其債權及ビ之ニ從タル擔保權ヲ承繼スベキモノナリト雖モ前債權者ガ代位辨濟アル以前ニ於テ債權ノ擔保タル抵當權ニ基キ爲シタル競賣申立ハ代位辨濟ニ依リ當然其效力ヲ

夫フモノニ非ザルヲ以テ競賣裁判所ハ不動産ニ付代位辨済ノ附記登記アルモ依然其手續ヲ進行セザルヲ得ザルベク從ツテ競賣許可決定ニ依リ競賣完結ニ至ルトキハ競賣裁判所ハ法定ノ手續ニ依リ其登記ヲ囑託スベキモノニシテ登記官吏ハ其囑託ヲ受理シテ其登記ヲ爲スベキコトハ論ヲ俟タズ本件不動産ニ付キ債權者外岡久ノ爲メ競賣申立ノ登記アリタル後明治四十四年十一月一日附ヲ以テ抗告人ノ爲メ代位辨済ニ因リ債權者ニ代位スル旨ノ附記登記アリト雖モ登記官吏ガ小島政五郎ノ爲メ競落ニ因ル所有權取得ノ登記ヲ爲スニ至ル迄前掲競賣申立ノ登記ノ存セシコトハ記録中ニ存スル登記簿上明白ナルヲ以テ登記官吏ガ競賣裁判所ノ囑託ヲ受理シ小島政五郎ノ爲メ競落ニ因ル所有權取得ノ登記ヲ爲シタルハ違法ニ非ス原裁判所ガ抗告人ノ抗告ヲ棄却シタル主タル理由モ之ト同一ニ出デタルモノニシテ抗告論旨ニ於テ攻撃スル原決定ノ趣旨ハ附加ノ理由ニ過ギザルヲ以テ假令妥當ナラザル點アリトスルモ之ヲ以テ原決定ハ法律違背ノ不法アリト爲スベキニ非ズ依テ抗告ヲ棄却スベキモノト決定ス

七、(1) 抵當權と徵稅權の競合 (2) 國稅の優先權 (3) 國稅徵收法第三條の法意

國稅徵收法二條三條

不動産競賣賣得金請求ノ件 (大審院明三六(オ)二四二號、三六・六、
六、民錄九輯一五卷六八七頁)

〔判旨〕

一、抵當權ガ相互競合シ若クハ他ノ私法上ノ優先權ト競合スル場合ニ關シテハ民法ニ其規定存セリト雖モ國家ノ徵稅權ト競合スル場合ニ關シテハ國稅徵收法ノ規定ニ依リテ其優劣ヲ定ムベキモノトス (判旨第一點)

一、國稅徵收法第二條ノ規定ハ國稅ハ他ノ公課ハ勿論債權ニ對シテ優先權アリトノ大原則ヲ明示シタルニ外ナラズ故ニ國稅滯納處分ノ場合ニ於テハ債權ハ特別ノ擔保ヲ有スルト否トニ拘ハラズ國稅ノ徵收ニ先立チテ辨済ヲ受ケ得ザルヲ以テ原則トス (同上)

一、國稅徵收法第三條ハ虛偽ノ質權又ハ抵當權ノ設定ヲ防遏センガ爲メ規定シタルモノニ非ズシテ質權者又ハ抵當權者ノ利益ヲ保護セント欲スル精神ニ出デタル規定ナリトス而シテ其質權又ハ抵當權ノ設定者ハ納稅人タルト否トヲ分ツコトナシ (同上)

〔上告理由〕 上告趣旨ノ第一ハ原院判決ハ「按ズルニ國稅徵收法第二條ニハ國稅ノ徵收ハ總テ他ノ公課及債權ニ先ツモノトストアリ故ニ同法中特ニ例外ヲ定メタルモノ、外國稅ノ徵收ハ納稅者ノ財産上ニ先取權アルモノナルハ敢テ論ナキ所トス而シテ同法中第三條ニ於テ一ノ例外ヲ設ケタリ同條ニハ納稅人ノ財産上ニ質權又ハ抵當權ヲ有スルモノ其質權又ハ抵當權ノ設定ガ國稅ノ納期限ヨリ一ヶ年前ニ在ルコトヲ公正證書ヲ以テ證明シタルトキハ該物件ノ價額ヲ限リトシ其債權ニ對シテ國稅ヲ先取セズトアリコレ納稅者ノ現有財産上國稅納期一ヶ年前ニ設定シタル質權、抵當權ニ付テノミニ國稅ヲ先取セザルコトヲ規定セルモノニシテ固ヨリ其設定者ノ何人ナルヤヲ問フベキモノニアラズト

ス若シ控訴人主張ノ如ク同條ノ規定ハ納稅者ニ於テ設定シタル質權、抵當權ニ限ルモノトセバ同法中一モ其納稅者以外ノモノ、抵當權等ヲ設定シタル場合ニ於ケル債權ノ國稅徵收ニ對スル優劣ヲ特定スル所ナキニ依リ同法第二條ノ規定ニヨリ其納期前一ケ年以前ノ設定ナルト否トヲ問ハズ其債權ニ對シ國稅ニ於テ先取權アルモノト爲サザルヲ得ザルニ歸スベク且ツ同法全體ノ趣旨ヨリスルモ控訴人主張ノ如キ法意ニ非ザルコト明白ナルヲ以テ控訴人ノ被控訴人ニ對スル請求ハ失當タルヲ免カレズ云々トノ理由ニヨリ上告人ノ請求ヲ却下セリ然レドモ上告人ノ先取權ハ國稅徵收法第三條ニヨリ有スル先取權ニアラズシテ民法上當然國稅ニ對シ先取スベキ權利ヲ有スルモノナリ何トナレバ上告人ノ有スル抵當權ハ國稅滯納者タル訴外人熊谷吉ノ所有不動産ニ對シ設定シタルモノニアラズシテ其前所有者タル熊谷吉之助所有ノ不動産上ニ設定シタル抵當權ナレバナリ從テ國稅徵收法第三條ニ該當スベキ事實關係ニアラズシテ民法上ノ抵當權ノ順序ニヨリ判決スベキ事實關係タルコト明カナリ已ニ民法ヲ適用スベキ事實關係ナリトセバ上告人ノ請求ヲ却下セシハ實ニ違法ノ判決タルヤ明カナルベシト云ヒ其追加趣旨ノ第一ハ本訴ノ爭點ハ上告人が仙臺市二日町六十二番市街宅地百十六坪一合九勺外四坪二合九勺堀敷地右宅地内第一號木造木羽葺平家本家一棟建坪十坪附屬建物木造木羽葺二階家店一棟建坪七坪外七坪二階同第二號木造木羽葺平家居家一棟建坪六坪同第三號木造木羽葺平家居家一棟建坪十二坪上ニ有スル抵當權ハ國稅ニ對シ先取權アリヤ否ヤノ一點ニ歸スルモノナリ而シテ上告人が設定セシ抵當權ハ抵當不動産ガ國稅滯納者ニアラザル訴外人熊谷吉之助所有ノ際其吉之助ニ對シ有スル債權ニ付キ設定シタル抵當權ナルガ故ニ上告人ハ民法上當然國稅ニ對スルモ他ノ債權者ニ對スルモ優先ノ權利アルヤ明カナリ然ルニ原判決ハ國

稅徵收法第二條、第三條ヲ適用シ上告人ノ請求ヲ却下セシハ法律ニ違背シタル判決タルヤ知り得ベシ蓋シ同法第二條ニ「國稅ノ徵收ハ總テ他ノ公課及ビ債權ニ先ツモノトス」ト規定シアリ而シテ該條ノ債權トハ國稅滯納者ニ對シ有スル債權ヲ指稱セシモノナルガ故ニ本訴ノ場合ニ適合セザルコト明カナリ何トナレバ本訴上告人ノ債權ハ訴外人熊谷吉之助ニ對シ有スル債權ニシテ國稅滯納者タル熊下豐吉ニ對シ有スル債權ニアラズ只ダ抵當權タル物權ヲ有スルノミナルガ故ニ上告人ノ抵當權ハ同法第二條ニ依リ國稅ニ先取セラレザルコト明カナルベキナリ特ニ第三條ニ所謂納稅人ノ財産上ニ云々質權又ハ抵當權ノ設定ガ云々トハ國稅滯納者ガ其自己ノ所有不動産ニ對シ自ラ抵當權又ハ質權ヲ設定セシ場合ニ限ルモノニシテ本訴ノ場合ヲ豫想セザルモノナルベシ何トナレバ本訴ノ場合ハ納稅人ノ財産上ニ抵當權ヲ設定セシモノニアラズシテ訴外人熊谷吉之助ノ財産上ニ抵當權ヲ設定シタルモノナレバナリ即チ納稅人ノ財産トナラザル以前ニ於テ已ニ其財産上ニ抵當權ヲ設定シタルモノナルガ故ニ同條ノ所謂納稅人ノ財産上ニ設定シタル抵當權ニアラザレバナリ特ニ國稅徵收法第三條ハ國稅滯納者ガ虛偽ノ抵當權、質權ヲ設定シ國稅ノ徵收ヲ免レントスルモノアルヲ防ギ以テ國庫ノ收入ヲ確實ナラシメント欲スルノ法意ニ出デタルモノニシテ決シテ毫末ノ過失ナキ正當ノ權利者タル一私人ノ債權迄ヲ侵害セントスルノ法意ニアラザルヤ明カナリ之レ同條ガ明カニ一年以内ニ設定セシ抵當權、質權ノ設定ヲノミテ無効トセシニ徵シテモ其法意ノ存スル所ヲ窺フコトヲ得ベキナリ已ニ本條ノ法ハ虛欺ノ抵當權、質權ノ設定ヲ防グノ法意ナリトセバ納稅人が自ラ其不動産ニ物權ヲ設定セシ場合ノミテ規定セシ法條タルコトモ亦々知ルベキナリ而シテ本訴ノ場合ノ如キハ決シテ虛偽ノ抵當權ヲ設定シ以テ國稅ノ納付ヲ免カル、憂ノ毫末モ生ゼザルモノナリ特ニ

本訴ノ場合ニ於テ上告人ガ國稅ニ對シ先取權ヲ有セザルモノトセバ一人ハ如何ニシテ其債權ヲ保護スルコトヲ得ベキヤ夫レ國稅滯納者タル者ノ財産上ニ抵當權ヲ設定セシ如キ過アル者ニ於テスラ其國稅ノ納期限ヨリ一ヶ年以前ノ設定ナルニ於テハ右ニ對シ國稅ヲ先取セザルコトハ第三條ノ規定スル所ナリ然ルニ本訴ノ場合ノ如キハ國稅滯納者ニアラザル者ノ所有中ニ於テ其抵當權ヲ設定セシモノナルガ故ニ上告人ニハ何等ノ過失ナキモノナルニモ拘ハラズ其抵當物件ガ國稅滯納者ノ所有ニ歸シタリトノ一事ヲ以テ上告人ノ抵當權ガ國稅ニ先取セラル、モノトセバ國家ハ理由ナク何等ノ過失ナキ債權者ノ私權ヲ侵害スルモノト云ハザル可カラズト云フニ在リ

〔判決理由〕 按ズルニ抵當權ガ相互競合シ若クハ他ノ私法上ノ優先權ト競合スル場合ニ關シテハ民法ニ其規定存セリト雖モ其國家ノ徵稅權ト競合スル場合ニ關シテハ民法ニ規定シタル所ナキノミナラズ民法ニ於テ規定スベキ事項ニ非ザルコト勿論ナリ上告人ノ債權ハ訴外人熊下豐吉ニ對スル債權ニシテ納稅人ニ對スル債權ニ非ズト雖モ其債權ヲ擔保スル抵當權ハ納稅人所有ノ不動産ノ上ニ設定シタルモノナレバ國稅滯納處分ノ手續ニ依リ抵當物タル不動産ヲ競賣スベキ場合ニ於テ抵當權ト徵稅權トノ競合アルコトハ誠ニ明白ニシテ其優劣ハ國稅徵收法ノ規定ニ依リテ之ヲ定ムベキコトハ當然ナリ而シテ同法第二條ニ國稅ノ徵收ハ總テ他ノ公課及債權ニ先ツモノトスト規定シタルハ國稅ハ他ノ公課ハ勿論債權ニ對シテ優先權アリトノ大原則ヲ明示シタルモノニ外ナラズ故ニ國稅滯納處分ノ場合ニ於テハ債權ハ特別ノ擔保ヲ有スルト否トニ拘ハラズ國稅ノ徵收ニ先チテ辨濟ヲ受クルヲ得ザルヲ以テ原則トスベキコト復疑ヲ容レズ上告人ノ債權ハ納稅人ニ對シテ存スルモノニ非ザレドモ其擔保タル抵當權ハ納稅人所有ノ不動産ノ上ニ存スルモノナ

レバ國稅徵收法第二條ニ所謂債權ノ中ニハ上告人ノ債權ノ如キモノモ亦包括シタルモノト解釋セザルヲ得ズ然リ而シテ同法第三條ハ前條ノ規定ヲ少シク緩和シタルモノニシテ之ガ除外例ヲ示シ即チ國稅ノ納期限ヨリ一ヶ年前ニ在リテ設定シタル質權又ハ抵當權ハ國稅ニ對シテ優先權アリト爲シタルモノニシテ其設定者ハ納稅人タルト否トヲ別タズ由是之ヲ觀レバ第三條ハ虛偽ノ質權又ハ抵當權ノ設定ヲ防遏センガ爲メニ規定シタルニ非ズシテ質權者又ハ抵當權者ノ利益ヲ保護セント欲スル精神ニ出デタル規定ナリト云ハザルヲ得ズ然レバ即チ上告人ノ抵當權ハ假令納稅人ノ設定セシモノニ非ザルニセヨ其設定ハ納期限ヨリ一ヶ年前ニ在ラザリシコトハ原判決ニ於テ確定シタル事實ナレバ原院ガ上告人ノ請求ヲ排斥シタルハ相當ニシテ上告論旨ハ一モ其理由ナシ

〔上告理由〕 上告追加趣旨ノ第二ハ原判決ハ國稅徵收法第二條及第三條ニ違背シタルノ不法アリ國稅徵收法第三條納稅人ノ財産上ニ質權又ハ抵當權ヲ有スル者トハ納稅人自身が設定シタル質權又ハ抵當權ヲ指稱スルモノニシテ納稅人ガ其不動産取得以前既ニ存在セシ質權又ハ抵當權ニ對シテハ本條ハ何等ノ關係ナキモノナルコトハ原院ニ於ケル上告人ノ主張ナリ然ルニ原判決ハ「同條ノ規定ハ納稅者ニ於テ設定シタル質權、抵當權ニ限ルモノトセバ同法中一モ其納稅者以外ノモノ抵當權等ヲ設定シタル場合ニ於ケル債權ノ國稅徵收ニ對スル優劣ヲ特定スル所ナキニ依リ同法第二條ノ規定ニ依リ其納期前一ヶ年以前ノ設定ナルト否トヲ問ハズ其債權ニ對シ國稅ニ於テ先取權アルモノト爲サバ爾ヲ得ザルニ歸スベク且同法全體ノ趣旨ヨリスルモ控訴人主張ノ如キ法意ニ非ザル事明白ナルヲ以テ控訴人ノ被控訴人ニ對スル請求ハ失當タルヲ免レズ」ト判斷セラレタリ然レドモ本件ノ如ク滯納者ガ其不動産ヲ取得スル以前ニ於テ既ニ

抵當權存在シタル場合ニ於テハ滯納者ハ抵當權ナル負擔付ノ儘買得シタルモノニシテ決シテ完全ナル所有權ヲ取得シタルモノニアラザルコト民法上一點ノ疑ナキ所ナリトスサレバ其買得者ニ對シ滯納處分ヲ爲ス場合ニ於テモ亦其滯納者ガ有セシ丈ケノ權利ヲ處分シタルモノト云ハザル可カラズ若シ然ラズトスレバ滯納者ハ滯納處分ヲ受ケタル爲メ自己ガ有セザリシ權利ヲ獲得スルノ結果ヲ來シ而シテ上告人ノ如キ抵當權者ハ不動産轉得者ニ對スル偶然ナル事實ノ爲メ故ナク其權利ヲ喪失スルニ至レバナリ國稅徵收法ハ此點ニ關シ何等ノ規定ヲ爲サバハ民法上毫モ疑ナキ法理ニシテ強ヒテ規定ノ上ニ之ヲ明カニスルノ必要ヲ認メザレバナリ然レドモ原院ハ全ク之ヲ誤解シ以テ上告人ノ主張ヲ排斥セラレタルハ畢竟同法第二條及第三條ニ違背シタルモノナリト云フニ在リ

〔判決理由〕 按ズルニ國稅徵收ノ如キ國ノ有スル公法上ノ權利ハ私法上ノ權利ニ對シテ優先ノ地位ニ在ルベキコトハ國ノ存在ニ必要ナル原則ニシテ國稅徵收法第二條ノ規定ハ此原則ヲ發揮シタルニ外ナラズ故ニ本訴ノ如キ徵稅權ト抵當權トノ優劣ヲ判斷スルニ民法ノ規定ヲ援用シテ徒ニ權利成立ノ前後ニ依ラントスルハ到底失當ノ論告タルコトヲ免レズ要スルニ本論旨ハ公法上ノ關係ト私法上ノ關係トヲ混視シタル誤ニ坐シタルモノニ外ナラズシテ上告ノ理由トナラズ

八、消滅せる抵當權に基く競賣と競落人の地位

民三六九條一七七條、競法二條一項

〔判旨〕

一、競賣法ニ依ル競賣ノ基本タル抵當權ガ有效ニ設定セラレ其ノ登記ヲ經タル場合ニハ其ノ後抵當權消滅シタリトスルモ其ノ抵當權抹消ノ登記ヲ受クルニ非ザレバ所有者ハ抵當權消滅セリトノ理由ヲ以テ競落人其他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ザルモノトス

(朝鮮高法、昭六・一二・一八判決、評論二一卷四號一〇八頁)

九、(1) 抵當不動産を以て代物辨濟を約したる場合と抵當權實行の許否 (2) 抵當不動産に依る代物辨濟と債權及抵當權の消滅時期

民三六九條

〔判旨〕

一、債務者ガ抵當不動産ヲ抵當權者ニ引渡シテ代物辨濟ヲ爲サンコトヲ約シタル場合ニ未ダ其ノ所有權移轉登記ヲ了

ラザルニ拘ラズ之ニ因テ債權及抵當權ハ消滅スルモノトセバ債務者ガ後ニ該不動産ヲ第三者ニ讓渡シ所有權移轉登記ヲ爲ストキハ第三者ハ一面登記ノ欠缺ヲ理由トシテ抵當權者ノ所有權ノ取得ヲ否定スルト同時ニ他面代物辨濟ニ因ル債權及ビ抵當權ノ消滅ヲ主張シ得ルコト、ナリ抵當權者ハ結局不動産ノ所有權ヲ取得スルコトナクシテ空シク抵當權ヲ喪失スル不當ノ結果ヲ生ズベキガ故ニ代物辨濟ニ因ル所有權ノ取得ヲ以テ第三者ニ對抗シ得ルニ至ル迄ハ債權從テ又抵當權ハ消滅スルコトナシト解スベキモノトス

一、抵當不動産ヲ以テ代物辨濟ヲ約シタル場合ニ於テハ抵當權者ト債務者トノ關係ニ於テハ抵當權者ハ代物辨濟ニ付テノ契約ノ結果本來ノ債權ノ辨濟ヲ請求スルコトナカルベク又其ノ約旨ヨリスルモ抵當權者ハ債務者ニ對シテハ唯所有權移轉登記ノ手續ヲ爲スコトニ因ツテ代物辨濟ヲ完成スベキコトヲ請求シ得ルニ止リ本來ノ債權ノ履行ヲ求メ若クハ抵當權ヲ行使スルコトヲ得ザルモノト謂フベキモノトス

(朝鮮高法、大正二・一一・二七判決、評論二二卷一〇號七五頁)

一〇・抵當權の設定と故意に基く登記の誤謬の更正の許否

民三六九條、不登法一條六條三六條六三條六四條

〔判旨〕

一、不動産登記法ニ於テ登記ノ更正ヲ許ス所以ノモノハ登記ヲシテ眞實ニ吻合セシメ以テ其ノ眞正ヲ保持セシメントスル法意ニ外ナラザレバ苟モ登記ニ誤謬アリテ眞實ニ符合セザル以上ハ假令其ノ誤謬ガ登記當事者ノ故意ニ出デタル場合ト雖尙之ガ更正ヲ許スモノト解スルヲ妥當トスベク從テ本件ノ如ク眞實ノ債權者ガ甲ニシテ之ニ對シ抵當權ヲ設定シタルニ拘ハラズ抵當權者トシテ乙名義ヲ表示シ登記セラレタルモノナルトキハ之ヲ更正シテ眞實ニ吻合セシムルコトヲ得ルモノトス

(名古屋控訴、大正一四(ネ)四三〇號判決、評論一五卷一二號六六八頁)

一一、競落許可決定後と競落物件に對する危險負擔者

民三六九條五三四條、民訴六八八條、競法三二條三三條

〔判旨〕

一、抵當權ノ實行ニ因ル競賣ハ競賣法ノ手續ニ依ル競賣物件ノ賣買ニ外ナラズシテ此ノ賣買ハ競落許可決定ノ確定後ハ有效ニ成立スルモノナルガ故ニ其ノ後競賣物件ガ天災其ノ他ノ不可抗力ニ因リテ滅失シタルトキハ其ノ滅失ハ民

法危険負擔ノ法則ニ則リ債權者即競落人ヲシテ負擔セシムルヲ至當トス

一、競賣法ニ依ル競賣ニ於テハ競落人ハ競落代價ヲ支拂ヒタル後ニ非ザレバ競落物件ノ所有權ヲ取得セズト雖債權者ガ危険ヲ負擔スルニハ必シモ賣買物件ノ所有權ヲ取得シタルコトヲ前提ト爲スモノニ非ザルガ故ニ競落許可決定後競落人ガ未ダ競賣ノ目的タル權利ヲ取得セザルモ危険ハ競落人ニ在リト解スルノ妨ゲトナラザルヲ以テ目的物件現存中ニ競落代價支拂ノ期日ヲ定メ且其ノ支拂アリタル後ニ非ザレバ債權者ガ危険ヲ負擔セズト解スベキモノニ非ズ

一、競賣法第三三條ニ依レバ競落人ハ競落ヲ許ス決定ガ確定シタル後直チニ代價ヲ支拂フコトヲ要スルガ故ニ競落人ノ代價支拂ノ義務ハ競賣裁判所ガ特ニ其ノ支拂ノ期日ヲ定メザルモ右確定後ハ既ニ履行期ニ在ルモノトス

一、競落人ガ代價支拂義務ヲ履行セザル場合ニ於テハ裁判所ハ競賣物件ノ再競賣ヲ命ズルコトヲ得ルニ止マリ競落人ニ對シテ代價ノ取立ヲ爲シ得ベキ規定ナキガ故ニ再競賣ノ開始前競賣物件ガ滅失シテ競賣手續終了シ而モ競落人ガ仍ホ其ノ責任ヲ免レザル場合ニ於テハ競落代價ハ賣主タル競賣物件所有者ニ於テ直接競落人ニ對シ其ノ取立ヲ爲シ得ベキ權利ヲ有スルモノト解スルヲ至當トス

(東京控訴、大正一五・五・八判決、評論一五卷一二號七四〇頁)

一三、(1) 第三者の不法行為に因る抵當權の目的物の毀滅と抵當權者の賠償請求權 (2) 工作物の設置又は保存の瑕疵に因り抵當權の目的物が毀損せられたる場合と抵當權者の賠償請求權

民三六九條三七二條

[判旨]

一、抵當權者ト雖其ノ抵當權ノ目的物が第三者ノ不法行為ニ因リ毀滅セラレ且擔保債權ガ完済セラレザルトキハ直接第三者ニ對シ因テ生ジタル損害ノ賠償ヲ求メ得ベキコトハ多言ヲ要セザル所ニシテ民法第三七二條ニ依リ抵當權ニ付テモ準用セラレ、同法第三〇四條ハ第三者ガ抵當權ノ目的物ヲ毀滅シタル場合ハ抵當權者ハ抵當債權ノ辨濟期到來前ト雖抵當權ノ目的物ノ所有者ガ第三者ニ對シテ有スル損害賠償請求權ノ上ニ存続スベキコトヲ規定シタルモノナレバ此有ルノ故ヲ以テ抵當權者ガ直接第三者ニ對シ損害賠償請求權ヲ有セザルモノト斷ブルヲ得ザルモノトス

一、土地ノ工作物ノ設置又ハ保存ノ瑕疵アルニ因リテ抵當權ノ目的物が毀損セラレタルトキハ抵當權者ハ民法第七一七條ニ基キ損害賠償請求權ヲ有スルモノトス

(神戸地方、昭八・一〇・二七判決、評論二三卷一號九二頁)

一三、民法第六〇二條所定の期間超過の賃貸借に對抗し得る抵當権者と本登記の要否

民三六九條

〔判旨〕

一、賃貸借が民法第六〇二條所定ノ期間ヲ超エ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ザ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、ミナラズ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、昭七・一二・一五判決、評論二二卷五號二七頁)

一四、抵當物件競落後の債務辨済と競落の效力

民三六九條、競法二條

〔判旨〕

一、競賣法第二條ニ依レバ競落人ハ競落許可決定ノ確定ニ因リテ競落不動産ノ所有權ヲ取得シ其上ニ存スル抵當權ノ消滅スベキコト明白ナレバ現ニ有效ニ存在セシ債權並ニ抵當權ニ基ク競賣手續ニ於テ債權並ニ抵當權消滅前競買人が

抵當不動産ヲ競落シ競落ノ許可決定確定シタル以上ハ競買人ハ有效ニ其ノ所有權ヲ取得シ競賣ノ基本タル抵當權ガ消滅スベキハ當然ニシテ其後ニ至リ債務者ガ抵當權者ニ債務ノ辨済ヲ爲スモ既ニ有效ニ生ジタル競買人ノ所有權ノ取得及抵當權消滅ノ效力ヲ如何トモスル能ハザルモノトス

(仙臺地方、昭五・一〇・二七判決、評論二〇卷一號四九頁)

一五、土地所有權妨害排除の理由に因る該地上建物の抵當權實行禁止の請求

民三六九條二〇六條三八一條、競法二二條一項

〔判旨〕

一、建物所有者ト其建物ノ存スル土地所有者ト人ヲ異ニスル場合ニ於テ建物所有者ガ其ノ建物ヲ收去シテ土地ヲ土地所有者ニ明渡スベキ關係ニアルトキハ土地所有者ハ建物抵當權者ニ對シテモ其ノ所有權ニ基ク妨害排除トシテ抵當權實行ノ禁止ヲ請求スル權利アルモノトス(建物ノ抵當權者ハ建物所有者ノ有スル以上ノ權利ヲ享受スベキ理由ナシ)

(大阪地方、昭四・九・三〇判決、評論一八卷一二號四七頁)

一六、(1) 抵當権抹消登記の無効の主張と請求原因一定の事例 (2) 抵當権喪失者と抵當権抹消登記回復登記請求権の有無
民三六九條、民訴一九〇條、不登法二五條二六條六五條一四二條一四六條一五〇條

〔判旨〕

一、原告甲が本訴請求原因トシテ訴外乙ノ爲シタル抵當権抹消登記ハ債務辨濟ナキニ拘ラズ辨濟受領證書ヲ偽造行使シテ爲サレタル事實並ニ不動産登記法ノ規定ニ反シテ爲サレタル手續上ノ違法ナルコトノ二事實ヲ主張スルモノナルコト明ナレドモ右ハ各獨立シテ該抹消登記無効ノ原因トナルコトヲ得ベク右二個ノ事實ハ彼此抵觸スルモノニアラズ又不確定ナルモノニモアラズ且此ノ如キ二個以上ノ事實ヲ併セテ請求原因トナスコトハ民事訴訟法ノ認ムル所ナリ從ツテ本訴請求原因ニハ一定ヲ缺ク所ナキモノトス

一、不動産登記法第一四二條ノ特則ニ從ヒ爲サレタル抵當権抹消登記ガ同條ニ違反シテ單ニ債權受取證書ヲ附シタルニ過ギザル登記權利者タル被告ノ申請ニ基キテ爲サレタルトキハ同法第二六條ノ規定ニ違反シテ爲サレタル處分トシテ其ノ效力ヲ生ズル能ハザルモノナルモ抵當権者タル原告ノ債權ガ辨濟ニヨリテ消滅シタルトキハ其結果トシテ之ガ擔保タル抵當権モ同時ニ消滅ニ歸シ該抵當権ヲ原因トシテ發生シタル登記請求權ニ付テモ原告ハ既ニ之ヲ喪失シタルモノト謂フベク故ニ原告ニ於テハ右抹消登記ノ無効ヲ主張シテ之ガ回復登記ヲ受クベキ登記權利者タル利益ヲ有セザルモノトス

(東京地方、昭二・二・一九判決、評論一六卷三號二七六頁)

一七、(1) 抵當権附債權の譲受人と抵當権移轉登記の適法時期 (2) 抵當権附債權の譲受人が各別に對抗要件を具備した場合と其效力
民三六九條一七七條四六六條四六七條、不登法一條

〔判旨〕

一、抵當権附債權ガ抵當權ト共ニ第三者ニ讓渡セラレタルトキハ其ノ債權讓渡ノ通知ヲ債務者ニ爲シタル後即所謂對抗條件ヲ具備シタル後ニ非ザレバ右抵當権ノ移轉ヲ登記シ得ズト謂フガ如キ理由ナキモノトス

一、抵當権ノ移轉ハ抵當権ノ移轉トシテ登記シ其ノ對抗要件ヲ具備スルト共ニ因テ擔保セラル、債權ノ讓渡ハ別途其ノ旨ノ通知ヲ爲シ各獨立シテ對抗條件ヲ具備スルヲ以テ足ルベク其ノ何レヲ先ニスルト否トニヨリテ其ノ效力ニ何等ノ軒輕ヲ生ズルモノニ非ズ

(東京地方、昭二・一・二七決定、評論一六卷七號一六頁)

一八、無効なる債務名義に依る競賣と債權者たる競落人の爲せる相殺の效力

民三六九條五〇五條、民訴五四五條五五九條五六〇條六四〇條六八六條六八七條、競法一條

〔判旨〕

一、公正證書ニ因ル競賣ト雖競賣法ニヨル競賣ニ等シク權利實行ノ方法ニ外ナラザルモノトス

一、強制競賣手續ガ完結ヲ告ゲタリトスルモ右ハ唯權利實行ノ方法ガ形式上有利ニ行ハレタリト謂フニ止リ右強制執行ノ基本タル債務名義ガ強制執行ニ關スル異議ノ訴ニ因リ無効ナリトシテ其ノ執行力ヲ排斥セラレタル場合ハ其競賣手續ハ實質上無効ニシテ之ガ爲目的不動産ニ對スル所有權移轉ノ實體上ノ效果ヲ發生スルモノニ非ズ

一、叙上ノ場合ニ於テハ目的不動産ノ所有權ハ依然トシテ真正ノ所有者ニ保有セララル、モノト解スベク從テ該競賣ニ於テ債權者ガ競落人トナリ目的不動産ヲ取得シ其競落代金ト債權トヲ其ノ對等額ニ於テ相殺シタルガ如キ場合ニアリテハ右相殺ノ基本タル反對債權ハ存在セザリシモノナルヲ以テ該相殺モ亦實體上其ノ效力ヲ生ゼズ債權ハ依然トシテ殘存シ右債權擔保ノ爲之ニ從タル抵當權モ亦其ノ消滅ヲ來サザルモノト解スルヲ相當トス

(東京地方、大正一五・一〇・一六判決、評論一六卷一二號四七二頁)

一九、競賣法に依る競賣不動産に假登記抵當權ある場合と該抵當權の競賣人に對する關係

民三六九條、民訴七〇〇條、不登法二條七條二五條一四四條、競法二條

〔判旨〕

一、抵當權ノ假登記ニ於テ本登記ヲ爲スベキ權利ノ存在スルコト確定セラレ假登記ヲ爲シタル日ニ過リ本登記ノ順位ヲ保チ得タリトスルモ競賣法第二條第二項ニ依リ抵當物件ニ付競落許可決定ノ確定アリタルトキハ其ノ抵當權ハ消滅ニ歸スベキモノナルガ故ニ假登記抵當權ノ存否ハ競落人及其ノ轉得者ニ對スル關係ニ於テハ何等ノ利害關係モ及ボスコトナキモノトス

一、叙上ノ場合抵當權假登記ノ抹消ニ付テハ競賣法上別段ノ規定存セザルモ性質上許サザル事項ニアラザルヲ以テ此ノ點ニ關スル民事訴訟法第七〇〇條ノ規定ヲ準用シ競落ヲ許可シタル裁判所ノ囑託ニヨリ抵當登記ノ抹消登記ヲ爲スベキモノト解スルヲ相當トス

一、本來裁判所ノ囑託ニヨリ登記スベキ場合ト雖現ニ囑託ニヨラズ利害關係人ノ申請ヲ受理シテ抹消登記ヲ爲スモ登記ノ效力ニ消長ヲ來タスモノニ非ザレバ登記官吏ハ利害關係人ヨリ申請アリタルトキハ宜ク其ノ申請ヲ受理シテ之ガ抹消登記ヲ爲スベキモノトス

一、本來裁判所ノ囑託ニヨリ登記スベキ場合ニハ當事者ノ申請ニヨリ登記ヲ爲ス際ニ於テモ登記法第一四四條第二項記載ノ如キ書面ノ添附ヲ要セザルモノトス

(東京地方、大正一五・一二・二一決定、評論一六卷一二號五八五頁)

二〇、(1) 抵當權設定の假登記ある不動産の取得者と本登記を爲す義務の承継 (2) 假登記抹消と第三者の回復登記義務

民三六九條二〇六條、不登法一條二條六條七條六五條、競法二二條

〔判旨〕

一、假登記ハ本登記ノ順位保存ノ効力ヲ有シ本登記ヲ爲シタルトキハ假登記後ニ其ノ登記義務者ノ爲シタル處分ハ本登記ノ權利ニ牴觸スル範圍内ニ於テ効力ナキモノナレバ權利ノ得喪ヲ假登記シタル以上ハ其ノ後登記義務者ノ處分ニ依リ第三者ハ假登記權利者ガ本登記ヲ爲スノ妨ゲト爲ラザル範圍内ニ於テノミ權利ヲ取得スルコトヲ得ルニ過ギザルモノトス

一、不動産ニ付抵當權設定ノ假登記アリタル以上其ノ不動産ニ付所有權ヲ取得シ之ガ登記ヲ經タル第三者ハ右假登記ヲ對抗セラル、結果其ノ所有權取得ト共ニ其ノ抵當權設定ノ本登記ヲ爲スベキ義務ヲモ承継スルモノトス

一、叙上ノ法理ハ第三者ノ所有權取得ガ前主ノ法律行爲ニ基ク場合ト競賣法ニ依ル競賣ニ基ク場合トニ依リ差異ヲ生ズベキ理由ナキヲ以テ第三者ガ競賣ニ依リ所有權ヲ取得シタル場合ニ於テモ其ノ不動産ニ爲サレタル假登記ハ固ヨリ其ノ効力ヲ失フベキモノニ非ズ若シ其ノ假登記ガ抹消セラレタル場合ニ於テハ正當ノ原因ナクシテ抹消セラレタルモノナレバ登記簿上所有名義人タル第三者ニ於テ之ガ回復登記ヲ爲スベキ義務アルモノトス

(東京地方、大正一五・三・一六判決、評論一五卷一〇號八二頁)

二一、競賣物件たる建物の坪數の相違と競落許可の適否

民三六九條、民訴六七二條、競法二四條二五條三二條

〔判旨〕

一、競賣申立書ニ記載シタル物件ニシテ現ニ競賣ニ付セラレタル物件ガ抗告人主張ノ如ク當該競賣申立ノ基本タル抵當權ノ物體ト其ノ建坪ニ於テ多少ノ相違アリトスルモ右ハ所有者タル抗告人ニ於テ後者ニ建坪ヲ爲シタル結果前者ト爲リタルモノニシテ兩者ノ建物ハ尙經濟上同一性ヲ失ハザルモノト認メ得ルヲ以テ右抵當權ニ基キ當該物件ニ付競賣ノ申立ヲ爲シ該申立ニ依リテ競賣手續ヲ開始シ該建物ノ競落ヲ許可シタルハ毫モ違法ニ非ズ

(東京地方、大正一五・三・二八決定、評論一五卷八號三〇九頁)

二二、登記義務者の再度登記義務

民三六九條一六七條一七七條、不登法一條

〔判旨〕

一、登記請求權ハ其ノ登記セラレベキ權利ノ存在スル限りニ附隨シテ不斷ニ流出スル權利ナルヲ以テ假令登記義務

者ガ一度其ノ登記義務ヲ履行シタリトスルモ之ガ爲ニ登記權利者ノ登記請求權ハ消滅スベキモノニ非ズ

一、登記請求權ハ其ノ性質上一種ノ債權ナリトスルモ其ノ登記セラルベキ權利ノ存否ト終始スルモノナルヲ以テ該權利ト別個ニ其ノ登記請求權ノミ時効ニヨリテ消滅スベキモノニ非ズ

二、不動産登記法第二三條ニハ登記簿ノ全部又ハ一部ガ滅失シタル場合ニ登記權者ガ其ノ回復登記申請期間内ニ右申請ヲ爲サバルトキハ先ニ登記セラレタル登記順位ヲ喪失スベキ旨ヲ規定シタルニ止リ本來ノ登記請求權ヲ喪失セシムルノ法意ニアラズト解スベキモノトス

(東京地方、大正一五・一〇・二八判決、評論一六卷一號一〇二頁)

二三、抵當權設定後の假差押登記と競落人に対する效力並に競落人抹消請求の許否

民三七九條、競法二條、民訴七三七條七五一條

〔判旨〕

一、抵當權設定後ニ爲シタル假差押登記ノ如キハ該抵當權實行ニ因リ右建物ノ所有權ヲ取得セル競落人ニ對抗シ得ルモノニ非ズ

二、前叙ノ場合競落人ハ假差押權者ニ對シ其假差押登記ノ抹消手續ヲ爲サシムルコトヲ得ルモノトス

(東京區、昭五・一〇・一四判決、評論二〇卷二號一五頁)

二四、(1)第三七一條に所謂果實の範圍 (2)抵當權實行の爲めにする競賣と目的物の所有權移轉の時期 (3)抵當物の競

落と競落人の果實取得權の有無

民三六九條三七〇條三七一條二四二條八九條、競法二條三三條

〔判旨〕

一、民法第三七一條ニ所謂果實ハ抵當權設定者又ハ第三取得者ノ附合セシメタルモノニ限り第三者ガ權限ニ依リ附屬セシメタル物ヲ包含セザルモノトス

一、抵當權實行ノ爲ニスル競賣ノ場合ニ於テ抵當權ノ目的物ノ所有權ハ競落代金納附ノ時競落人ニ移轉スルモノトス
一、競賣法ニ依ル競賣ノ場合ニ於テハ競賣ノ目的物ノ所有權移轉ハ競落許可決定ノ時ニ在ラズシテ代金納附ノ時ニ在ルモノト解スベキモノナルト同時ニ其ノ時ノ抵當權ノ目的タル物ノ事實上ノ狀態ニ於テ競落人ハ其ノ所有權ヲ取得

スルモノト解スルヲ正當トスルガ故ニ代金納付ノ時抵當權ノ目的タル土地ニ果實ノ附着セザルトキハ競落人ハ其ノ所有權ヲ取得スルニ由ナキモノトス

(平區、大正一三・七・一〇判決、評論一三卷一〇號九四頁)

第三百七十條

一、抵當權の範圍

民三七〇條

損害賠償請求ノ件 (大審院明三三(オ)二二二號、三三・九・一一)
民一、錄六輯、八卷、一頁

〔判旨〕

一、抵當權ノ目的タル地所若クハ建物ニ附加シテ之ト一體ヲ成シ不動産ト目スベキモノハ假令特ニ之ヲ登記スルコトナシト雖モ尙ホ抵當權ノ及ブベキモノトス

〔上告理由〕 上告趣旨ノ追加第一ハ原判決理由ヲ閱スルニ「甲第三號證所載ノ物件ハ控訴人主張ノ如ク其性質不動産ナリ從ツテ被控訴人が動産トシテ之ヲ差押ヘ及競賣ニ附シタル處分ハ違法タルヲ免レズ云々」ト判斷シ以テ本訴係

争物件ハ其性質不動産ナルコト及ビ之ヲ動産トシテ競賣シタルノ違法ナルヲ認メ且ツ「本訴係争物件ハ他ノ物件ト共ニ之ヲ抵當ノ目的ニ供シタルコトハ甲第一號證第四號證ニ依リ明白ナリ云々」ト說示シ以テ本訴物件ニ抵當權ノ設定セラレタルコトヲ認メタリ然ルニモ拘ハラズ原院ガ上告人ノ主張ヲ排斥シタル所以ノモノハ「凡ソ抵當權ノ效力ヲ以テ第三者ニ對抗センニハ登記ヲ經ルヲ要ス然ルニ係争物件ハ他ノ物件ノ如ク登記ヲ經由シ居ラザルモノナリ故ニ被控訴人ノ執行處分ハ假令違法ノ爲メ無効ニ歸スルコトアルモ其結果係争物件ハ各債權者ノ共同擔保トナルニ過ギズシテ控訴人ハ他ノ債權者ニ對シ抵當ノ效力即チ優先權ヲ主張シ得ベキモノニアラズト謂フニ在リ」然レドモ舊登記法ニ於テ書入質入ノ登記ヲ爲シ得ベキモノハ土地建物船舶ニ限ル而シテ本件係争物件ノ如キ備附器械ガ不動産ナルヤ否ヤハ其定著物ナルヤ否ヤニ因リテ定マルモノトス(御院明治二十六年二月七日公賣配當金ニ對スル異議事件判決)故ニ若シ本件係争物件ニシテ原院判決ノ如ク不動産ナリトセバ少クモ其定著スル地所若シクハ建物ト共ニ抵當ノ效力ヲ存スベキヲ當然トス然ルニ原院ガ本件係争物件ノ不動産タルヲ認メナガラ其ノ抵當權ノ登記アラザルヲ以テ抵當ノ效力ヲ主張スルヲ得ズト判斷シタルモノ是レ全ク登記ニ關スル法則ヲ不當ニ適用シタルノ違法アリトス若シ本件ニシテ定著物ニアラズト判斷シタルモノナレバ本件係争物件ヲ以テ不動産ナリト解釋シタルハ不法ナルベク且ツ此不動産ノ上ニ設定セラレベキ抵當權ニ關シテ登記ヲ得ルヲ要スルモノ、如クニ判斷シタルハ上告人ニ求ムルニ至難ノコトヲ以テスルモノニシテ併セテ不法タルヲ免ガレズト云フニ在リ

〔判決理由〕 按ズルニ本訴器械類ハ其附着シタル建物及ビ地所ト共ニ抵當權ノ目的物ニシテ不動産ナリシコトヲ上

告人が主張シタルコトハ訴訟記録ニ徴シ明確ノ事項ナリ而シテ民法第三百七十條「抵當權ハ抵當地ノ上ニ存スル建物ヲ除ク外其目的タル不動産ニ附加シテ之ト一體ヲ爲シタル物ニ及ブ」ノ規定ハ民法施行法第三十六條ノ明文ニ依リ本訴抵當權ノ如キ民法施行前ニ發生シタルモノニモ亦適用スルヲ得ベコト勿論ナルヲ以テ若シ本訴ノ器械類ヲシテ果シテ抵當權ノ目的タル地所若シクハ建物ニ附加シテ之ト一體ヲ爲シ即不動産ト目スベキモノナラシメバ假令特ニ之ヲ登記スルコト無シト雖モ尙抵當權ノ及ブベキモノト云ハザルヲ得ズ然レバ即チ上告人請求ノ當否ヲ判斷セント欲セバ宜シク先ヅ其器械類ハ抵當權ノ目的タル地所若シクハ建物ニ附加シテ一體ヲ爲シタルモノナルヤ否ヤヲ判斷セザルベカラザルニ原院ノ處置此ニ出デズ漠然「甲第三號證所載ノ物件ハ控訴人主張ノ如ク其性質不動産ナリ從テ被控訴人ガ動產トシテ之ヲ差押ヘ及ビ競賣ニ付シタル處分ハ違法タルヲ免レズトスルモ云々」ト判示シ其動產ナルヤ不動産ナルヤスラ明ニ判斷スル所ナキニ拘ハラズ抵當權ノ目的タル不動産ニ附加シテ之ト一體ヲ爲シタルモノナルト否トノ別ナク必ズ登記ヲ爲スニ非ザレバ抵當權ヲ及ボスコト能ハザルガ如キ説明ヲ付シタルヲ以テ結局原判決ハ理由ヲ付セザル裁判タルコトヲ免レズ

二、(1)抵當權の範圍 (2)民法第三百七十一條に所謂果實の意義

民三七〇條三七一條第一項

小作米代金請求ノ件 (大審院六二(オ)二七七號、二・六・二一)
民一、錄一九輯一六卷四八一頁

〔判旨〕

一、民法第三百七十條ハ抵當權ガ抵當地上ニ存スル建物ヲ除ク外其目的タル不動産ニ附加シテ之ト一體ヲ成シタル物ニ及ブコトヲ規定シタルモノナレバ之ト一體ヲ成スモノニ非ザル法定果實ニ對シテハ抵當權ノ效力ヲ及ボスコトヲ得ズ (判旨第二點)

一、民法第三百七十一條ニ所謂果實ハ天然果實ノミノ謂ニシテ法定果實ヲ包含セズ (同上)

〔上告理由〕 上告理由第一點ハ原審判決ガ本件小作料ヲ一種ノ債權ニ過ギザルモノニシテ所有權歸屬ト同時ニ訴外者ヨリ上告人ニ移轉スル者ニアラズト論斷シ全部上告人ノ請求ヲ排斥シタルモ此ハ同判決ニ示セル小作料ヲ法定果實ナリト認メタル趣旨ト矛盾スルモノナリ即チ民法第八十九條ニ依レバ法定果實ハ之ヲ收取スル權利ノ存續期間日割ヲ以テ之ヲ取得ストアリテ大正元年度ノ小作料ハ訴外西岡利一ニ於テ明治四十五年六月卅日ヨリ同年十月廿六日迄百十八日間分テ上告人ハ物件ノ競落ニ因リ大正元年十月二十六日ヨリ大正二年六月三十日ニ至ル二百四十六日間分テ其年度内ノ小作料二石二斗五升ヲ各日割ニ計算取得スベク上告人ハ一石五斗一升ヲ受取ルベキ權利アリ而シテ上告人(一審原告)ノ請求原因ハ所有權ヲ得タルコトヲ原因トシテ契約關係以外ノ事實關係即チ不當利得ノ原則ニ基キ請求シタルモノニシテ只裁判所ノ立入りタル訊問ニ對シ事實上ノ答辯トシテ其競落ノ翌日爾今小作米ハ上告人ノ方ヘ持チ來ルベシト被上告人ニ告ゲタルニ被上告人ハ承諾シタリトアルノミニシテ具體的ニ契約シタリトノ事實ハ無之ノミナラズ

上告人が進んで此契約又ハ暗黙裡ノ契約關係ヲ以テ訴求シタルモノニアラザルコトハ第一審ノ口頭辯論調書同判決書
 摘示ノ事實第二審ノ口頭辯論調書ノ記載スル所ニ因リテ明カナリ然ルニ原審判決ハ漫然上告人が契約原因ヲ主張シタ
 ルモノ、如ク判斷シ從而事實關係日割ノ取得ヲ爲シ得ベキ本訴ニ付キ全部ノ排斥ヲ爲シタルハ申立テザル事實ヲ不當
 ニ認メ裁判所自ラ訴ノ原因ヲ擴張シ當然適用スベキ法定果實ニ關スル民法規定ヲ適用セザリシ違法アリ即チ民訴第四
 百三十六條第七號並ニ同第四百三十五條ノ違背アリテ破毀ヲ免ガレザルモノト信ズト云フニ在リ

〔判決理由〕 然レドモ第一審判決ノ事實摘示及第一、二審ノ各口頭辯論調書ヲ閱スルニ上告人が被上告人ノ爲シタ
 ル果實ノ收取ヲ不當利得ナリト主張シタルコトノ事跡更ニ存セザルノミナラズ上告人ノ主張ハ被上告人ハ前所有者西
 岡安松トノ契約ニ基キ本訴地所ヲ小作セルモノナレバ上告人が競落ニ因リ該地所ノ所有權ヲ取得セル以上被上告人ニ
 對スル小作米請求權ハ當然上告人ニ歸屬スト云フニ在リテ而カモ果實ノ返還ヲ求メズシテ小作米代金ノ支拂ヲ求ムル
 所ニ由テ之ヲ觀レバ上告人ハ所有權ヲ以テ本訴請求ノ原因トセルモノニシテ不當利得ヲ以テ其原因トセルモノニアラ
 ザルコト洵ニ明白ナリ故ニ不當利得ヲ請求原因トセル旨ノ論旨ハ謂ハレナキモノトス抑々小作米請求權ハ契約ニ因リ
 テ生ズル債權ナルヲ以テ上告人が本訴地所ノ所有權ヲ取得シタレバトテ他ニ事由アルニアラザレバ斯ル債權ヲ有スベ
 キ筋合ニアラズ是原裁判所ガ所有權ヲ原因トセル上告人ノ本訴請求ヲ排斥シタル所以ナルコト判文上明示スル所ニシ
 テ原判決主文ヲ維持スルニ足ル然レバ原裁判所ニ於テ上告人が被上告人トノ間ニ於ケル小作契約ヲ原因トシテ本訴請
 求ヲ爲スモノトシテ其小作契約ノ存在ヲ認ムベキ證左ナキガ故ニ小作關係ヲ原因トスル請求ノ理由ナキ旨判示シ

タルハ失當ナリトスルモ以テ原判決破毀ノ理由ト爲スニ足ラズ若シ夫レ民法第八十九條第二項ノ規定ハ小作米請求權
 アル場合ニ於テハ適用セラルベケンモ上告人ニ斯ル債權ナシトセル本件ノ場合ニ於テ適用セラルベキニアラザルコト
 多言ヲ要セズシテ明カナリ

〔上告理由〕 同第二點ハ上告人が本件小作料ノ生ズベキ田地ヲ取得シタルハ本件民事記録ノ示セル如ク抵當權ノ競
 賣ニ基クモノナリ而シテ抵當權ノ效力ハ民法第三百七十條第三百七十一條ノ規定ニ依リ該田地ガ競賣ノ爲メ差押ヘラ
 レタル後ハ田地ヨリ生ズル小作料モ當然抵當權ノ效力トシテ田地ト共ニ競賣セラレタルモノナリ即チ同條ニハ廣ク果
 實ト指示シ天然法定ノ區別ヲ爲サザレバナリ然レバ則チ該不動産ノ差押アリタル大正元年九月二十四日以後ノ不動産
 ノ競落人タル上告人ニ於テ其小作料ヲモ取得シタルモノナルコトハ法ノ明示スル所ナルニ拘ラズ原裁判所ガ此點ニ注
 意セズ上告人ノ請求ハ汎ク競落ニ因ル取得ヲ以テ事實原因トスル所ナレバ上告人ニ於テ該法條ヲ援用シテ申立テ爲サ
 ズトスルモ裁判所ハ法律ノ適用ニ付テハ專ラ判斷ヲ爲スノ義務アルニ事茲ニ出デズ即チ民訴第四百三十五條ノ法則ヲ
 適用セザルノ違法アリ破毀ヲ免レザルモノト信ズト云フニ在リ

〔判決理由〕 然レドモ民法第三百七十條ハ抵當權ガ抵當地ノ上ニ存スル建物ヲ除ク外其目的タル不動産ニ附加シテ
 之ト一體ヲ成シタル物ニ及ブコトヲ規定シタル迄ナレバ不動産ニ附加シテ之ト一體ヲ爲スモノニアラザル法定果實ニ
 抵當權ノ及バザルコト勿論ニシテ同第三百七十一條ニ所謂果實モ天然果實ノミノ謂ニシテ法定果實ヲ包含セザルコト
 亦多言ヲ俟タズ故ニ原裁判所ガ本件ニ付此等法條ヲ適用セザルハ當然ニシテ本論旨ハ採ルニ足ラズ

三、抵當權の効力は設定後増築せる従物たる建物に及ぶ

民八七條第二項三七〇條、不登法九三條八一條

登記官吏ノ處分ニ對スル抗告ノ
決定ニ對スル再抗告事件 (大審院大一〇(ク)一一六號、一〇・七・八)
(民一決定、錄二七輯一三三頁)

〔事實〕

XはAの所有家屋に抵當權を有した。Aはこの家屋に「茶ノ間」を増築し一度増築登記を爲したる後、更に件の「茶ノ間」の分割登記を了した。其際抵當權者Xは、抵當權の効力は當然「茶ノ間」にも及ぶからAの分割登記にはXの承諾又は之に代るべき裁判の謄本を必要とする(不動産登記法八一條、九三條)と主張して、登記官吏の處分に抗告したが容れられなかつた。

そこで更に再抗告して曰く、「現行不動産登記法ハ……一用紙一所有權ノ原則ニ依據シタルコト明」かである。故に「建物増築ノ登記ハ……既登記所有權ノ效力ヲ及ボスベキ有形的範圍ノ擴張ヲ登記スル意ニ外ナラズ」然るに「抵當權ハ其不可分普遍性ノ效果トシテ目的タル所有權ノ效力ヲ及ボスベキ有形的範圍ノ全部ニ對シテ其ノ效力ヲ及ボ」すべきものであるから、増築せられた件の「茶ノ間」は、抵當權の變更登記を爲すまでもなく當然從來の抵當權の効力内に入る、従つて不動産登記法八一條の適用がある。

〔判旨〕

原決定廢棄

「係争……建物ハ……後日ニ至リ増築セラレタル茶ノ間ニシテ從ツテ主タル建物……ノ從物ト目スベキモノ」であるが、「抵當權ハ其目的タル不動産ニ附加シテ一體ヲ爲セルモノ而已ナラズ、從物ニモ亦及ブモノナルコトハ當院ノ判例トストコロ」であるから、抵當權は當然係争「茶ノ間」にも及ぶ、「從テ之ニ付キテ分割登記ヲ爲サンガ爲ニハ利害關係人タル抗告人ノ承諾又ハ之ニ代ハル可キ裁判ノ謄本ヲ必要トス。」

四、抵當權の實行と従物に對する競落人の權利

民三七〇條八七條、競法一條二條二五條、民訴六四四條

〔判旨〕

一、債務者が建物ニ付抵當權ヲ設定シタルトキハ反對ノ意思表示ナキ限り抵當權ノ效力ハ抵當建物ノ常用ニ供スル爲之ニ附屬セシメタル債務者所有ノ動産(例ヘバ疊建具ノ類)ニ及ビ之等ノ物ハ建物ト共ニ抵當權ノ目的物ノ範圍ニ屬スルモノトス

一、抵當權者が抵當權ノ實行ニ著手シ競賣開始決定アリタルトキハ特ニ從物ヲ除外セザル以上前叙抵當權ノ目的タル建物及之ニ附屬セル疊建具ヲモ競賣ノ目的ト爲サレタルモノニシテ競落人ハ其ノ目的物ノ所有權ヲ取得スルモノト

ス

- 一、競賣法ニ依ル競賣手續ニ關シテハ競賣法ニ特別ノ規定ナキ以上其ノ性質ノ許ス限リ民事訴訟法ノ規定ヲ準用スベキモノナルヲ以テ抵當不動産ノ競賣開始決定ハ民事訴訟法第六四四條ノ手續ニヨリ差押ノ效力ヲ生ジ債務者ハ爾後之方處分ノ制限ヲ受クルニ至リ之ニ違背シテ其ノ抵當ノ目的物ヲ處分スルモ其ノ處分ハ競賣申立人タル抵當權者並ニ競落人ニ對シ其ノ效力ヲ生ゼザルモノトス
- (臺灣高法、昭三・九・一四判決、評論一八卷二號二三頁)

四四

五、(1) 第三者が權原に依り附合せしめたる天然果實と抵當權の效力 (2) 耕作地の競落と引渡前の賃料請求權の歸屬關係

民三七〇條三七一條五七五條、民訴六八七條、競法一條二條三二條三三條

〔判旨〕

- 一、競賣法ニ依ル競落不動産ノ所有權ハ競落代金ヲ支拂ヒタル時ニ於テ始メテ競買人ニ移轉スベキモノトス
- 一、民法第二四二條ニ依レバ不動産所有權者以外ノ第三者ガ權原ニ因リテ其ノ物ニ附合せシメタルモノハ該不動産所有權者ニ歸屬セズ從ツテ民法第三七一條ニ依ル抵當不動産ニ附合シタル天然果實ト雖第三者ガ權原ニ因リ附屬セシメ

タルモノハ包含セザルモノトス

- 一、天然果實ト雖モ賃借人ガ權原ニ因リ附合せシメ而カモ賃借人ノ所有ニ屬スルモノハ抵當權ノ實行ニ因ル競賣ニ基キ競落人ガ其ノ不動産ノ所有權ヲ得タル場合ニ於テモ第三者タル賃借人ノ所有ニ屬スル耕作物ニ對シ競落人ハ當然該天然果實ノ所有權ヲ取得スベキ理由ナキモノトス
- 一、小作米取得ノ權利ハ其ノ性質法定果實ニ屬スルヲ以テ民法第八九條第二項ニ基キ之ヲ收取スル權利ノ存續期間中日割ヲ以テ之ヲ取得スベキモノトス
- 一、賃貸借期間存續中其ノ目的物タル土地ガ第三者ニ競落許可決定セラレ競落人ガ其ノ代金ヲ納入シ且該土地ノ引渡ヲ受ケタルトキハ賃貸人ハ賃借人ヲシテ使用收益ヲ爲サシメ得ザルニ至ルヲ以テ賃貸人ハ其ノ引渡以後ノ賃料ヲ請求シ得ザルモ其ノ以前ノ賃料請求權ヲ喪失スベキモノニアラズ
- 一、民法第五七五條ハ賣主ガ引渡等ニ付遲滞ニアルト否トヲ問ハズ其ノ目的物ヲ引渡スマデハ賣主ニ於テ之ヨリ生ズル果實ヲ取得スルコトヲ得ベキモノト定メ其ノ引渡アルマデノ間ニ於ケル果實問題ニ付民法第一九〇條ノ規定ハ此ノ場合ニ適用スベキモノニ非ズ
- 一、賣主ガ其ノ目的物ヲ引渡スマデノ間ニ於ケル果實問題ニ付民法第八九條ノ規定ハ其ノ適用ナク同條第二項ノ規定ハ右引渡以後ニ始メテ適用スベキモノトス

(千葉區、昭三・七・三一判決、評論一七卷一一號七頁)

四五

第三百七十一條

一、民法第三百七十一條第一項但書前段の適用

民三七一條一項但書

小作米請求ノ件 (大審院大三(オ)八〇四號、四・三・三)
民三判決、錄二十一輯五卷二二四頁)

〔判旨〕

一、民法第三百七十一條第一項但書前段ノ規定ハ第三者ガ賃借權其他ノ權原ニ基キ抵當不動産上ノ收益ヲ爲ス場合ト雖モ之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得ザル限リハ適用スベキモノトス

一、同規定ハ抵當權者ガ競賣法ニ依リ抵當權ノ實行ニ著手スル場合ヲモ包含スルモノトス

〔上告理由〕 上告理由第一點ハ原判決ハ競賣法第二十五條ニ所謂競賣開始決定ノ效力並民法第三百七十一條ヲ不當ニ適用セラレタル違法アリ原判決ニ依レバ「民法第三百七十一條但書ニ依レバ差押後ハ抵當權ハ不動産ノ果實ニ及ブ旨規定シアルガ故ニ其ノ地上ノ果實ガ抵當權設定者自ラ植付ケタル場合ハ勿論假令第三者ガ永小作權若クハ賃借權ヲ有シ之等ノ權原上植付ケタル場合ト雖モ苟モ抵當權者ニ對抗シ得ザル場合ナランカ之ニ抵當權ノ效力ヲ及ボシ該地上ノ果物ハ總テ抵當權ノ目的ト爲ルモノニシテ又同條ニ所謂差押ハ唯リ民事訴訟法ノ差押ノミニ限ルガ如キモ必シモ之ニ限ルニ非ズシテ其性質效力ニ於テ同一ナル競賣法ニ依ル競賣開始決定ニモ亦該條但書ノ適用アルモノト解釋スルヲ

以テ立法ノ精神ニ適シタルモノト解ス」ト説明セラレタリ然レドモ本來抵當權ハ債務者又ハ第三者ガ占有ヲ移サズシテ債務ノ擔保ニ供シタル不動産ニ付優先辨濟ヲ受クル權利ヲ有スルニ過ギズ而シテ斯ル抵當權ノ本質タルヤ其ノ擔保セラル、債權ノ爲メニ抵當權實行ニ因ル競賣開始決定アリタルト否トニ依リ毫モ差異アルコトナシ是ノ故ニ抵當權ノ目的タル不動産ニ付既ニ抵當權者ヨリ競賣ノ申立アリタル後ト雖モ抵當不動産ノ所有者ハ尙且有效ニ其目的タル不動産ニ付賃借契約ヲ取結ビ其他一切ノ處分行爲ヲ爲スコトヲ得ベシ唯其賃借又ハ處分行爲ガ抵當權實行ニ因ル競賣申立ノ登記後ニナサレタルモノナルトキハ賃借人又ハ該抵當權ノ目的タル土地ニ付權利ヲ取得セシ第三者ニ於テ該賃借權又ハ其他ノ權利ヲ對抗スルコトヲ得ザルノミ蓋シ本來競賣申立ノ登記ハ單ニ第三者ヲシテ抵當不動産ガ競賣ニ付セラルベキコトヲ知ラシメ以テ第三者ガ不動産上ニ權利ヲ取得シ損害ヲ蒙ル危險ヲ防グヲ目的トスル趣旨出デタルニ過ギズシテ毫モ抵當不動産ノ所有者ノ權利ヲ制限スル效力ヲ生ズルモノニアラザルガ故ナリ即チ抵當權實行ノ場合ニ於ケル競賣開始決定ハ不動産ニ對スル強制執行ノ場合ニ於ケル競賣開始決定民事訴訟法第六百四十四條ノ如キ差押ノ效力ヲ生ズルモノニ非ザルガ故ナリ(石坂博士京都市法學會雜誌第八卷第七號民事判例批評御參照)然ルニ原判決ハ抵當權實行ニ因ル競賣開始決定ハ其目的タル不動産ニ對スル差押ノ效力アルモノトシ延テ民法第三百七十一條但書ノ差押ナル文字中ニハ抵當權實行ニ因ル競賣開始決定ヲモ包含スルモノト解シ其地上ノ果實ハ競賣開始決定アリタルノ一事ニ依リ抵當權ノ效力ガ該果實ニ及ブモノトナシ被控訴人ノ請求ヲ棄却シタルハ極メテ失當ナル法則ノ適用ナリト信ズ原判決ガ抵當權實行ニ因ル競賣開始決定ヲ以テ民法第三百七十一條第一項ノ差押ト同様ノ效力アルモノト解釋シタル

ハ不法ナリ抑モ立法者ガ同條ニ於テ抵當權ノ效力ヲ差押以後ノ果實ニ及ブ旨規定シタル所以ノモノハ抵當權者又ハ他ノ債權者ガ其不動産ヲ差押ヘテ執行ニ著手シタル時ハ最早不動産ノ所有者ヲシテ其收益ヲ繼續セシムルコトヲ得ズ何トナレバ適法ニナシタル差押ハ爾後目的物ニ關スル一切ノ權能ヲ所有者ヨリ剝奪スル效力ヲ有スルヲ以テナリ既ニ不動産ノ所有者ガ其收益ヲナス能ハザル以上ハ一般ノ原則ニ從ヒ抵當權ヲシテ不動産ヨリ生ズル果實ニ付優先辨濟ヲ受ケシムベシトノ法意ニ出デタルモノナリ(横田博士著物權法第七八〇頁參照) 果シテ然ラバ其不動産ノ所有者ニ絶對的ニ處分禁止ノ效力ヲ發生スルモノニ非ズ否寧ロ競賣開始決定ノ登記後ニ於テモ自由ニ處分行爲ヲ爲シ得ル效力アルニ過ギザル競賣開始決定ノ登記ヲ以テ民法第三百七十一條第一項ノ差押ト同様ノ效力アルモノト解釋セラレタルハ立法ノ精神ニ副ハザル不法アリト信ズト云ヒ第二點ハ原判決ハ民法第八十九條第一項第八十九條第一項ノ規定ニ違背スル不法ノ裁判ナリ民法第八十九條第一項ニ依レバ「天然果實ハ其元物ヨリ分離スル時ニ之ヲ收取スル權利ヲ有スルモノニ屬ス」ト規定シ亦同法第八十九條第一項ニ依レバ「善意ノ占有者ハ占有物ヨリ生ズル果實ヲ取得ス」ト規定ス之ヲ本件ノ場合ニ付テ見ルニ抵當權ノ目的タル不動産ノ所有權ハ競落許可決定ノアリタル明治四十一年十月三十一日迄ハ依然トシテ抵當權者ニ屬シ亦其占有權ハ競落人ニ於テ代金全額支拂ヲナシ其不動産ノ引渡ヲ受ケタル同年十二月四日迄ハ所有者ヨリ之ヲ賃借シテ耕作シ居リタル上告人ニ屬シタル民事訴訟法第六百八十六條、競賣法第三十二條、民事訴訟法第六百八十七條ニ徴シ疑ナキ所果實タル稻ガ元物タル田地ヨリ分離スル時期ガ毎年十月下旬頃ナルコトハ此地方ニ於ケル顯著ナル事實ナルニ付其目的タル不動産ヲ所有者ヨリ賃借シ正當且善意ニ占有シ耕作シ居リタル

上告人ニ於テ競落許可決定前ニ其果實ヲ取得スル權利アリタル事明カニシテ上告人ガ其正當ナル權利ヲ行使セズ却テ競落人タル訴外佐々木珍美外一名ニ其果實ヲ引渡シタルハ之レ上告人ノ過失若クハ甚ダシキ怠慢ナリト云ハザルベカラズ或ハ民法第三百七十一條第一項ニ「差押後ハ抵當權ノ效力ヲ其果實ニ及ボス」旨規定シアリ本件ノ賃貸借ハ其登記ナキモノナルガ故ニ賃貸借ヲ以テ抵當權者ニ對抗シ得ザル結果競賣開始決定ノ登記後ニ於テ元物ヨリ分離スベキ果實ヲ取得スル權利ハ其抵當權ノ目的タリシ不動産ノ競落人ニ屬スルモノナリト論ズルモ抵當權實行ニ因ル競賣開始決定ノ登記ハ差押ノ效力ヲ生ズルモノニ非ザルコト第一點所論ノ如クナルノミナラズ假リニ差押ノ效力ヲ生ズルモノトスルモ抵當權ハ不動産質權ト異リ抵當權設定後ニ於テモ其目的タル不動産ノ所有者ヲシテ依然トシテ之ガ使用收益ヲ爲サシムルヲ以テ本質トスルヲ以テ抵當權者ハ抵當權取得當時ニ於ケル不動産ノ對價ニ付優先辨濟ヲ受クルヲ以テ豫期ノ結果ヲ收ムルヲ得ベク他人ガ正權原ニ因リ其不動産ヨリ收得シ得ベキ果實迄ヲモ無制限ニ抵當權ノ目的タラシメ之ニ因リ優先辨濟ヲ受ケシムル必要ナシ故ニ民法第三百七十一條第一項ハ極メテ制限的ニ解釋シ抵當權ノ負擔ヲ有スルモノハ格別然ラズシテ他人ガ正權原ニ因リ若クハ善意ノ占有者トシテ抵當權ノ目的タル不動産上ノ果實ヲ收取シ得ベキ權利アル場合ニハ之ヲ適用スベキモノニ非ズト信ズ之レ民法第二百四十二條規定ノ法意ニ適ヒ且抵當權ノ本質ニ適合スル極メテ妥當ノ解釋ナリト信ズ果シテ然ラバ原判決ハ前記民法ノ規定ニ違背シタル不法アリト信ズト云フニ在リ

〔判決理由〕 按ズルニ抵當權ガ抵當不動産ノ差押アリタル後ハ之ト一體ヲ成ス果實ニモ其效力ヲ及ボスコトハ民法

第三百七十一條第一項但書ノ規定ニ依リテ明白ニシテ該規定タルヤ第三者ガ貸借權其他ノ權原ニ基キ收益ヲ爲ス場合ト雖モ之ヲ以テ抵當權ニ對抗スルコトヲ得ザル限リハ適用スベク又抵當權者ガ競賣法ニ依リ抵當權ノ實行ニ著手スル場合ヲモ包含スル趣旨ナリト解釋スルヲ相當トス蓋シ抵當不動産ノ所有者ガ抵當權設定後ニ於テモ自ラ收益ヲ爲シ若クハ第三者ヲシテ收益ヲ爲サシムルコトヲ妨ゲザルハ勿論ニシテ競賣法ノ不動産競賣開始決定ハ民事訴訟法ノ不動産競賣開始決定ノ如ク同時ニ不動産ノ差押ヲ宣言スルモノニ非ズト雖 抵當權者ガ競賣法ニ依リ抵當權ノ實行ニ著手スルトキハ一般債權者ガ抵當不動産ヲ差押ヘテ強制執行ニ著手シ抵當權者ニ於テ抵當權實行ノ必要アルトキハ同ジク爾後不動産ノ所有者ヲシテ之ガ收益ヲ繼續セシムルコトヲ得ズ孰レノ場合ニ於テモ法律ハ所有者ノ收益權ヲ剝奪シ抵當權者ヲシテ不動産ノ果實ニ付テモ優先ノ辨濟ヲ受ケシムルヲ至當トシタルモノニシテ競賣開始決定ハ不動産ノ差押ヲ宣言スルト否トニ因リテ抵當權ノ效力ニ彼是優劣ノ差ヲ設クベキモノニ非ザルナリ而シテ競賣法ニ於テモ不動産競賣申立ノ登記ヲ爲スベキモノナレバ其登記ニ取得シタル賃借權其他ノ權利アリトセバ之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得ザルヤ論ヲ俟タズ抵當權實行ニ際シ抵當權者ヲシテ果實ニ付テ優先ノ辨濟ヲ受ケシムレバトテ第三者ニ不測ノ損害ヲ蒙ラシムル虞ナキコトヲ知ル可キナリ本件ニ於テ原審ノ確定セル所ニ依レバ訴外株式會社伊那銀行ハ明治四十一年八月十七日訴外佐々四郎ノ所有ニ係リ被上告人ガ登記ヲ經由セズシテ小作セル本件地所ニ對シ抵當權ノ實行ニ著手シ同年十月三十一日訴外佐々木珍美外一名ニ競落許可決定ト爲リ同人等ハ地所ト共ニ立稻ヲ取得シ賃貸人タル佐々四郎ハ賃借人タル被上告人ヲシテ明治四十一年度ノ收益ヲ爲スコト能ハザラシメタルモノニシテ上告人ハ佐々四郎ヨリ小

作料ノ債權ヲ讓受テ被上告人ニ對シ之ヲ請求セルモノナリ然レバ原審ガ前示民法第三百七十一條第一項但書ヲ適用シ訴外株式會社伊那銀行ノ抵當權ハ競賣開始決定ト同時ニ賃借人タル被上告人ガ其權原ニ基キ植付ケタル立稻ノ上ニ效力ヲ及ボスモノト判示シ上告人ノ請求ヲ棄却シタルハ相當ナリ其他原判決ガ民法第八十九條第一項第八十九條第一項ノ規定ニ違背セルモノト爲ス論旨ハ原判示ニ副ハザルモノニシテ上告論旨ハ孰レモ理由ナシ

二、(1)民法第三百七十一條に所謂差押は競賣開始決定を包含す (2)本條第一項但書の趣旨と所有者の管理利用の權

(3)競賣開始決定後の果實の歸屬權利者

民三七一條

〔判旨〕

一、民法第三百七十一條ニ所謂差押トハ抵當權實行ノ爲ノ不動産競賣開始決定ヲ包含スルモノトス
 一、民法第三百七十一條第一項但書ハ抵當不動産ニ付競賣開始決定アリタルトキハ其ノ決定當時ノ元物タル不動産ノ自然ノ状態ニ於テ產出スル天然果實ハ之ヲ抵當不動産ト共ニ換價シテ抵當債權ノ辨濟ニ充テシムルモノナルコトヲ規定シタルニ止リ所有者ヲシテ不動産ニ對スル管理利用ノ權ヲ喪失セシメタルモノニ非ズト解スベキモノトス

一、競賣開始決定當時ノ元物ノ自然ノ状態ニ於テ産出スル天然果實收穫後ニ於テ若ハ元物ノ自然ノ状態ニ於テ産出スル天然果實ナキ場合ニ於テハ其後ニ於テ所有者ノ新ナル管理利用例ヘバ土地ニ對スル新ナル耕作ニ依ル當然ノ結果産出スル米麥ノ如キハ其ノ利用者タル所有者ニ於テ之ヲ取得スル權利アルモノトス
 (宮城控訴、昭三・七・一判決、評論一八卷四號五三頁)

第三百七十二條

一、(1)民法第三百七十二條及第三百四條但書の趣旨 (2)競賣法に依る抵當不動産競賣の性質 (3)抵當不動産の再競賣と抵當権者の権能

民三七二條三〇四條第一項

競賣不足額補償請求ノ件 (大審院大三(オ)九九號、三・一・一三)
 (民一、錄二〇輯三〇卷九一〇頁)

〔判旨〕

一、民法第三百四條第一項但書及第三百七十二條ノ規定ハ普通賣買契約ノ場合ニ於テハ代金ノ支拂ヲ受クベキ債權ハ

債務者ガ其支拂ヲ受クルニ因リテ消滅スベク從ツテ抵當權者ノ權利モ亦消滅ニ歸スベキヲ以テ其權利ヲ保全セシムル爲メ第三債務者ニ對シテ代金支拂ノ差止ヲ爲ス必要ニ出デタルモノトス

一、競賣法ニ依リ抵當權實行ノ爲メ抵當不動産ノ競賣ヲ行フ場合ニ於テハ其競賣ハ當ニ債務者ノミナラズ抵當權者其他ノ利害關係人全般ノ爲メニ裁判所之ヲ行ヒ競落人ハ直チニ代價ヲ裁判所ニ支拂フコトヲ要シ又裁判所ハ其競落代價ノ中ヨリ之ヲ受取ルベキ者ニ交附スルコトヲ要スルモノトス

一、競賣法ニ依リ抵當權實行ノ爲メ抵當不動産ノ競賣行ハレタル場合ニ於テ再競賣ノ爲メニ前競落人ノ負擔スル不足額及手續費用ニ對シテハ抵當權者ハ差押ノ手續ヲ爲サバルトキト雖モ前競落人ニ對シ之ガ支拂ヲ請求スルコトヲ得ルモノトス

〔上告理由〕 上告論旨ハ原判決ノ理由ハ之ヲ要スルニ民訴第六八八條第五項ニ因ル前競落人ノ負擔責任ハ當然抵當權ノ目的タルモノニシテ抵當權者ハ自己ノ爲メニ之ヲ請求シ得ト云フニ在リ此說ハ左ノ二個ノ不法ヲ包有スルモノナリ第一抵當權ノ目的ニ關スル誤謬 (一)抵當權ノ目的ハ「債務ノ擔保ニ供シタル不動産」ニ限定セラレタル民第三六九條ノ規定ヲ無視シタルモノナリ民法ノ規定上抵當權ノ目的ガ當然債務ノ擔保ニ供シタル不動産ノ代表ニ存スルモノト認ムベキモノナシ (二)債務ノ擔保ニ供シタル不動産ノ代表タル金錢ニ關シテハ民第三七二條ニヨリ準用セラル、民第三〇四條ノ規定ニ遵由セザルベカラズ然ラザレバ民第三〇四條ハ徒法空文ニ歸スベシ第二抵當權ノ效力ニ關スル誤謬抵當權ノ效力ハ擔保物ニヨリ優先辨濟ヲ受クルニ在リテ抵當權者自己固有ノ權利トシテ擔保物ノ買主ニ對スル代

價ノ請求權ヲ有スルモノニ非ズ民第三〇四條ニ「拂渡又ハ引渡前ニ差押ヲ爲スコトヲ要ス」トノ規定ヨリ推論セバ民訴第六八八條第五項ノ債權(民第三〇四條ノ賣却代金ニ該當ストノ大審院判例ニ從フ)ハ債務者ノ有スル債權ニシテ抵當權者ガ自己ノ爲メニ自己ノ名ヲ以テ前競買人ニ支拂ヲ求メ得ベキモノニアラザルヤ洵ニ明白ナリト云フニ在リ

〔判決理由〕 仍テ按ズルニ民法第三〇四條及ビ第三七二條ニ於テ抵當權ノ目的タル物ノ賣却ニ因リ債務者ノ受クベキ代金ニ對シテモ抵當權ヲ行フコトヲ得ル旨規定シタルハ畢竟斯ノ如キ抵當權者ノ權利ヲ以テ其目的物ニ代ルベキ代金ノ支拂ヲ受クベキ債務者ノ債權ノ上ニ存スルモノト爲シタル法意ニ外ナラズシテ又其代金支拂前ニ差押ヲ爲スコトヲ要スル旨定メタル所以ノモノハ普通賣買契約ノ場合ニ於テハ代金ノ支拂ヲ受クベキ債務者ノ債權ハ債務者ガ代金ノ支拂ヲ受クルニ因リテ消滅スベク從ツテ如上抵當權者ノ權利モ亦消滅ニ歸スベキヲ以テ唯其權利ヲ保全セシムル爲メ第三債務者ニ對シテ代金支拂ノ差止ヲ爲ス必要アルニ因ルニ過ギズ然ルニ競賣法ニ依リ抵當權實行ノ爲メニ行ハレタル抵當不動産競賣ノ場合ニ於テハ其競賣ハ當ニ債務者ノ爲メノミナラズ抵當權者其他ノ利害關係人全般ノ爲メニ裁判所之ヲ行ヒ同法第三三條ノ規定ニ從ヒ競落人ハ直ニ代價ヲ裁判所ニ支拂フコトヲ要シ裁判所ハ其代價ノ中ヨリ之ヲ受取ルベキ者ニ交附スルコトヲ要スルモノニシテ抵當權者其他ノ利害關係人ハ各自固有ノ權利ニ基キ競賣代金ノ中ヨリ直ニ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルモノナリ而シテ同法第三二條第二項及ビ民事訴訟法第六八八條第五項ノ規定ニ依リ再競賣ノ場合ニ於テ前競落人ノ負擔スベキ不足額及手續費用ハ畢竟前競落人ガ其競落代價支拂ノ義務ヲ履行セシニ於テハ生ゼザリシモノニシテ其競落代價ハ抵當權者其他ノ利害關係人ガ各自固有ノ權利ニ基キ之ヨリ直チニ辨濟ヲ受クルコト

ヲ得ベカリシモノニ外ナラズ是ニ由ツテ之ヲ觀レバ其不足額及手續費用ヲ前競落人ニ負擔セシメタル立法ノ旨趣ハ當ニ債務者ノ爲メノミナラズ抵當權者其他ノ利害關係人全般ノ爲メニ前示ノ如キ各自ノ受クルコトヲ得ベカリシ利益ノ喪失ヲ補充セシムルノ目的ヲ以テ其各自固有ノ權利ヲ保護スルニ在ルコト明白ニシテ其不足額及手續費用ハ抵當權者其他ノ利害關係人ヨリ各自固有ノ權利ニ基キ直接ニ前競落人ニ對シ之ガ支拂ヲ請求スルコトヲ得ベク苟モ債務者以外ノ利害關係人中ニ之ヲ請求シ得ベキ者アル場合ニ於テハ其請求シ得ベキ部分ハ債務者ニ支拂フベカラザルモノト解スルヲ當然トスルヲ以テ之ガ支拂ノ請求權ハ全ク差押アリタルト同一ノ状態ニ在ルモノト謂フベシ故ニ本件事實ノ如ク競落法ニ依リ抵當權實行ノ爲メ抵當不動産ノ競賣行ハレタル場合ニ於テ再競賣ノ爲メニ前競落人ノ負擔スル不足額及手續費用ニ對シテハ抵當權者ハ差押ノ手續ヲ爲サバルトキト雖モ自己固有ノ權利ニ基キ前競落人ニ對シ之ガ支拂ヲ請求スルコトヲ得ルモノナレバ原判決ハ結局正當ナリトス

二、耕地整理法第二十五條に依る供託金に對する抵當權の行使には差押を要せず

民三七二條三〇四條、耕地整理法二五條

〔判旨〕

一、耕地整理法第二五條ニハ整理施行地ニシテ抵當權ノ目的タル場合ニハ抵當權者ノ同意ナキ限り整理施行者ハ補償

金又ハ清算金ヲ供託スベキコトヲ要シ抵當權者ハ右供託金ニ對シテモ其權利ヲ行フコトヲ得ル旨規定シアルヲ以テ整理施行者ハ抵當權者ノ同意ナキ限り債務者ニ拂渡スベキ金額ヲ必ズ供託スルヲ要シ任意ニ之ヲ債務者ニ拂渡スコトヲ得ズ債務者モ亦任意ニ之ガ拂渡ヲ請求スルコトヲ得ザルモノナレバ抵當權者ハ其ノ權利ヲ實行スルニ付豫メ供託金還付請求權ヲ差押フルノ必要ナキモノナリト解スルヲ正當トスベク前記法條ハ所謂物上代位ニヨル抵當權ノ實行ニ付代表物ノ拂渡又ハ引渡前ニ抵當權者ガ差押ヲ爲スコトヲ其ノ要件トセル民法第三七二條第三〇四條ニ對シ特別規定ヲ爲シ民法ノ所謂物上代位ノ要件タル差押ニ代フルニ供託ヲ以テシ抵當權者ハ差押ヲ爲スコトヲ要セズシテ供託金ノ上ニ其ノ權利ヲ行使シ得ベキ旨ヲ定メタルモノトス

(東京地方、昭七・九・二七決定、評論二二卷五號三〇八頁)

三、(1)被擔保債權と抵當權の效力 (2)不當なる抵當權設定登記と抹消請求の許否

民三七二條二九六條五八七條、商法五三六條、不登法六三條

〔判旨〕

一、單ニ貸金ノ代用物タル形式ヲ裝ハンガ爲ニ不渡小切手ヲ發行シタル場合ニ於テ斯ノ如キ小切手ノ交附ハ取引上現金ノ授受アリタルト同一視シ得ザルモノナルガ故ニ之ニ基キ消費貸借ハ有效ニ成立セザルモノトス

一、三千圓ノ債權擔保ノ目的ヲ以テ抵當權ヲ設定シタル場合ニ於テ被擔保債權發生原因タル消費貸借ガ二千五百圓ニ付テハ無効ナリシ場合ハ該抵當權ハ單ニ五百圓ニ付テノミ有效タルニ過ギザルモノトス
一、三千圓ノ債權擔保ノ目的ヲ以テ設定セラレタル抵當權ガ單ニ五百圓ニ付テノミ有效タルニ過ギザル場合ニ於テ債權者ガ三千圓ニ對スル擔保トシテ抵當權設定登記ヲ爲セルハ固ヨリ失當ナルヲ免レズト雖斯ル登記ハ更正手續ニヨリ容易ニ其ノ目的ヲ達スルコトヲ得ルモノナルガ故ニ之ガ抹消ヲ爲スノ必要毫モ存セザルモノトス

(東京控訴、大正一三・五・八判決、評論一三卷九號七〇頁)

第二 抵當權の效力

第三百七十三條

一、(1)登記官吏の過誤に因る抵當權の抹消登記と其の效力 (2)回復登記と利害關係人の承諾義務

民三七三條一七七條、不登法一條一七條

〔判旨〕

一、登記官吏ノ過誤ニ基キ一度眞正ニ登記セラレタル抵當權設定登記ガ不當ニ抹消セラレタリトスルモ該抹消ハ固ヨリ無効ニシテ實體法上ノ抵當權者ハ抵當權ノ抹消登記アルニ拘ラズ抹消登記ノ存セザル場合ト同ジク其ノ抵當權ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルノミナラズ抹消セラレタル登記ノ回復ニ必要ナル手續ヲ請求シ得ベキモノトス

一、叙上ノ場合ニ於テ抵當權ノ抹消登記後其ノ抵當權ノ目的タル土地ニ付新ニ抵當權ヲ取得シ其ノ登記ヲ爲シタル者ハ其ノ善意ナルト惡意ナルトヲ問ハズ回復登記ノ申請ニ必要ナル承諾ヲ爲スベキ義務アルモノトス

(福岡地方、大正一四・七・二二判決、評論一四卷一二號一七九頁)

第三百七十四條

一、(1)民法第三七四條の適用範圍 (2)抵當權設定者又は第三取得者の責任範圍

民三七四條第一項

抵當權登記抹消並相續登記請求ノ件 (大審院大四(オ)四九四號、四・九・一五) (民三三・錄二一輯二七卷一四六九頁)

〔判旨〕

一、民法第三七四條第一項ハ債權者相互ノ關係ニ於テ抵當權ノ效力ノ範圍ヲ制限シ因ツテ他ノ債權者ヲ保護セントスル旨趣ニ外ナラザレバ抵當權者ト抵當權設定者又ハ第三取得者トノ間ノ關係ニハ同條項ノ適用ナキモノトス (判旨第二點)

一、抵當權設定者又ハ抵當不動産ノ第三取得者ハ抵當權者ニ對シ元本債權ト共ニ滿期ト爲リタル定期金ノ金額ヲ辨濟スルニ非ザレバ抵當權ノ消滅ヲ原因トシテ之ガ登記抹消ヲ請求スルノ權ナキモノトス (同上)

〔上告理由〕 上告論旨第一點ハ原判決ハ「依ツテ按ズルニ抵當權ハ不可分ナルヲ原則ト爲スガ故ニ民法第三七七條同第三七〇條ノ如ク明文ヲ以テ例外ヲ設ケタル場合若シクハ債權者ノ承諾ヲ得タル時ノ外ハ債權ノ全部ヲ辨濟スルニアラザレバ之ヲ消滅セシムルコトヲ得ザルモノトス而シテ被控訴人ノ爲シタル供託ハ前示例外ノ場合ニ該當セルコトハ其主張自體ニヨリ寔ニ明瞭ニシテ唯辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者ノ代位辨濟ノ場合ニ該當シ債權者ヨリ觀察スルトキハ債務者自身ノ辨濟ノ場合ト其效果ニ於テ異ル所ナク等シク抵當權不可分ノ適用ヲ受ケ抵當權ノ及ブベキ範圍ヲ限定シ之ニ對スル辨濟ヲ爲シテ以テ抵當權ヲ消滅セシメ得ベキモノニ非ズ云々」ト説示セリ依テ一件記録ヲ

査閱スルニ上告人ノ爲シタル提供及ビ供託ガ民法第三七七條第三七八條以外ノ方法ニ據ルモノナル旨原審ニ於テ言明セルコトナク裁判所モ亦如何ナル意味ニテ辨濟ノ提供ヲナシ供託ヲナセルヤ釋明セル事ナシ寧ロ第一審判決事實摘示ニハ被告ノ抗辯ニ對シ本訴供託ハ原告ガ第三取得ニシテ抵當權ノ濫除ヲ爲スガ爲ニ爲シタルモノニシテ債務者ニ代リ爲シタルモノニアラズト釋明シ居ル事明白ナリ而シテ原審ニ於テモ右第一審ニ於ケル主張ト同一ノ供述ヲナシタルコトハ原判決ノ事實摘示ノ部ニ於テ一審判決ヲ引用セラレタルニ依リテ知ルコトヲ得ベシ果シテ然ラバ原判決ハ釋明權ノ行使ヲ怠リ若シクハ當事者ノ主張セザル事實ヲ認メタル不法アリト信ズト云フニ在リ

〔判決理由〕 然レドモ事實裁判所ハ當事者ノ主張シタル一定ノ事實ニ對シ法律關係ヲ闡明シ之ガ效果ヲ判斷スベキモノニシテ當事者ガ主張事實ニ附シタル法律上ノ見解ニ羈束セラル、モノニアラズ本件ニ於テ原審ノ確定シタル事實ハ抵當不動産ノ第三取得者タル上告人ガ抵當權ヲ消滅セシムル目的ヲ以テ抵當債權ノ元金及ビ之ニ對スル滿期トナリタル最後ノ二年分ノ利息金ヲ供託シ債權者タル被告人ニ對シ抵當權登記抹消ヲ訴求スルニ在リテ上告人ハ所論ノ如ク右ハ抵當權ノ濫除ノ行爲ナリト陳述セリト雖モ原審ハ右陳述ヲ以テ上告人ノ主張事實ニ對スル法律上ノ見解ニ過ギズトシ民法第三七七條第三七八條ニ所謂抵當權ノ濫除行爲ニ該當セザルコトヲ認定シ進デ上告人ノ行爲ヲ以テ辨濟ヲナスニ付キ正當ナル利益ヲ有スル者ノ代位辨濟ノ場合ニ該當スルモノト認メ之ニ對スル法律上ノ效果如何ヲ判斷シタル原判決ハ洵ニ正當ニシテ原判決ニハ所論ノ如キ不法アルコトナシ

〔上告理由〕 上告論旨第二點ハ上告人ハ本件不動産ヲ被告上告人ノ抵當權附隨ノ儘訴外上岡源吉ヨリ買得セルヲ以テ

右抵當權ヲ消滅セシメル爲メ該抵當債權額百三十圓及滿期トナリタル最後ノ二年分ノ利息金三十九圓合計金百六十九圓ヲ辨濟ノ爲メ債權者(被告上告人)ニ提供セルモ受領ヲ拒マレタルヲ以テ甲第二號證ノ如ク之ヲ供託シテ其抵當權抹消手續ヲ訴求セリ蓋シ第三取得者タル上告人ガ抵當權ノ消滅ヲ主張スル爲ニハ抵當權者ニ對シ民法第三七四條ニ據リ元金及滿期トナリタル最後ノ二年分利息ヲ辨濟スルヲ以テ足リ右以外ノ利息支拂ヲ要セザルコト右民法規定ニ徴シ明白ナレバナリ然ルニ原判決ハ同規定ハ債權者間ノ效力ヲ定メタルモノニシテ其他ノ場合ニ適用ナシト說示セルハ法律ノ解釋ヲ誤リタルモノニシテ不法ナリト云フニ在リ

〔判決理由〕 然レドモ民法第三七四條第一項ニ抵當權者ガ利息其他ノ定期金ヲ請求スル權利ヲ有スルトキハ其滿期ト爲リタル最後ノ二年分ニ付テノミ其抵當權ヲ行フコトヲ得ト規定シタルハ惟フニ抵當權者ガ其元本債權ト共ニ利息其他ノ定期金ノ請求債權ヲ有スルトキハ定期金債權ハ之ト一體ヲ爲ス元本債權ト同順位ニ於テ抵當權ノ目的物ニ付キ優先辨濟ヲ受クベキ權利ヲ有スベキハ至當ノ條理ナリト雖モ時ノ經過ニ從ヒ其額ヲ増大スベキ定期金債權ニ付キ此條理ヲ貫徹スルニ於テハ後順位ノ抵當權者ノ債權ノ擔保範圍ヲ不安ナラシメ引イテ一般債權者ニモ不測ノ損害ヲ蒙ラシムルニ至ルベキヲ以テ定期金債權ニ付元本債權ト同一順位ニ於テ抵當權者ノ行使シ得ベキ抵當權ノ範圍ヲ滿期ト爲リタル最後ノ二年分ニ制限シ因テ他ノ債權者ノ權利ヲ保護セントスル立法ノ趣旨ニ出デタルニ外ナラズシテ之ガ爲メ抵當權設定者ノ抵當權者ニ對スル關係ニ於テ擔保債權ノ範圍ヲ制限スルモノニアラズ是レ同項但書ノ文旨ニ徴スルモ明ナリ蓋シ同項但書ニ依レバ定期金ノ債權ニ付テハ其滿期トナリタル最後ノ二年分ヨリ以前ノ部分ニ付テモ特ニ抵當權

設定行為ヲ要セズ單ニ滿期後特別ノ登記ヲ爲スノミニ依リ其順位ヲ以テ抵當權ヲ行使シ得ベキコトヲ明ニセルニ鑑ムルモ特別ノ登記ヲ爲スニアラズンバ他ノ債權者ニ對シ優先辨濟ヲ受クルヲ得ザルニ止リ設定當事者間ニ於テハ抵當權ニ依リ擔保セラレタル定期金債權ノ存在セルコトヲ前提トセル法意ノ存スル所以ヲ推知スルニ足ルヲ以テナリ從テ抵當權ヲ設定シタル債務者又ハ第三者ハ抵當權者ニ對シ元本債權ト共ニ滿期ト爲リタル定期金ノ全額ヲ辨濟スルニアラザレバ抵當權ヲ消滅セシムル能ハザルハ勿論ナルヲ以テ之ガ地位ヲ承繼シタル抵當不動産ノ第三取得者モ亦之ト同一金額ノ代位辨濟ヲ爲スニアラザレバ抵當權者ニ對シ抵當權消滅ノ原因トシテ之ガ登記抹消ヲ訴求スベキ權利ナキヤ明ナリトス本件ニ於テ抵當不動産ノ第三取得者タル上告人ハ唯一ノ抵當權者タル被上告人ニ對シ原本債權並ニ之ニ對スル最後ノ二年分ノ利息ノミヲ供託シテ抵當權登記抹消ヲ訴求スルニアルコトハ原審ノ確定シタル事實ナレバ原審ガ右供託ヲ以テ抵當債權ヲ消滅セシムルニ足ラズトシテ其訴求ヲ排斥シタルハ相當ニシテ本論旨ハ理由ナシ

二、債務者が抵當權を消滅せしむる場合と民法第三七四條適用の有無

民三七四條

〔判旨〕

一、民法第三七四條ハ債務者ノ他ノ債權者ヲ保護スル爲之ニ對スル關係ニ於テ抵當權ノ效力ヲ制限シタル規定ナルヲ

以テ抵當債權者ガ債務者(抵當權設定者)ニ對スル關係ニ於テハ斯ル制限ナク債務者ハ抵當權ヲ消滅セシメントセバ既ニ發生シタル損害金ノ全額ヲ辨濟スルコトヲ要スルモノトス
(東京控訴、昭八・一一・二九判決、評論二三卷三號二九六頁)

第三百七十五條

一、抵當權を他の債權の擔保となした場合に抵當權者は競賣權を有するか

(1) 轉擔保權者の債權と原抵當權者の債權とが同額又は前者が後者より多額なるときは原抵當權者は競賣權なし
(2) 前者が後者より少額なるときは競賣權あり但競賣代金中轉擔保權者に優先的に移轉した部分は供託するを要す

民三七五條三七六條

不動産競賣申立却下決定ニ對スル抗告事件 (大審院昭七(ク)五八六號、七・八・二九)
(民一、集一一卷一七號一七二九頁)

〔事實〕

Xは大正十三年六月十三日にAの不動産上に抵當權を設定して金三千八百圓を貸付し、大正十五年より年利八分十五ヶ年々賦償還とし、毎月二十二日、月當三十六圓六十三錢を辨濟することとした。後昭和六年二月二十五日に勸銀から、XはAに對する抵當權を擔保として(他の抵當權も綜合して)一萬二千五百五十圓を借受け、利息五分昭和五

年十二月十六日より起算して昭和十五年十二月十五日迄の年賦償還とし、年賦金千五百七十一圓六十錢は六及十二月の二度に支拂ふこととした。然るにAは昭和五年一月以後の月賦返還金を支拂はないので、同年三月二十三日から期限の利益を失ふ。そこでXはAの不動産上の抵當權を實行せんとする。東京區裁判所は競賣申立を却下、東京地方裁判所に抗告したが容れられず上告に及んだ。

〔判旨〕

上告を却けた。「民法三七五條ニヨリ抵當權者ガソノ抵當權ヲ以テ他ノ債權ノ擔保トシタトキハ抵當權者ハソノ抵當權ヲ以テ擔保セラルル債權ト同額ノ範圍内ニ於テ其ノ抵當權ヲ實行スル權能ヲソノ債權者ニ附與シタルモノニシテ抵當權ヲ擔保ニ取りタル者ハ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クル爲擔保權ノ行使トシテ其ノ抵當權ヲ實行シ抵當不動産ノ賣得金ヨリ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルモノトス。ソノ賣得金ガ剩餘ヲ生ジタ場合ニ於テ、原抵當權者ノ抵當權設定者ニ對スル債權額ガ抵當權ノ擔保權者ノ債權額ニ超過スルトキハ、原抵當權者ハソノ差額ニ付配當ヲ受クルコトヲ得ベク、又カ、ル餘剩ヲ生ズベキ場合ハ原抵當權ハ必シモ抵當權ノ擔保權者ガ抵當權ノ實行ヲ爲スヲ待ツコトヲ要セズシテ自ら抵當權ノ實行ヲ爲シテ右ノ差額ニ相當スル辨濟ヲ受クルコトヲ得ベク、然ルトキハ抵當權ノ擔保權者ノ受取ルベキ金額ニ付テハ之ヲ辨濟シ又ハ供託スベキモノト解スルヲ相當トス

然レドモ抵當權ノ擔保權者ノ有スル債權ト、原抵當權者ノ有スル債權トガ同額又ハ前者ガ後者ヨリ多額ナルトキハ原抵當權者ハ抵當權ノ實行ヲ爲シ得ザルモノト謂ハザルベカラズ。何トナレバカ、ル場合ニハ原抵當權者ハ抵當權ヲ實行スルモ自己ノ受領スベキ金員ヲ以テ右擔保權ニ辨濟シ又ハ供託セザルベカラズシテ、抵當權ノ實行ニヨリ何等利益スル所ナケレバナリ。」

事案はXがAに對して三千八百圓の債權しかないのに、その抵當權を擔保として勸銀に對する債務は一萬二千五百五十圓なのだからXは競賣を爲し得ない。

第三百七十八條

一、濺除の通知洩れと増價競賣の效力——普通競賣としての效力あり

民三七八條三三三條三三四條

不動産増價競賣開始決定ニ
對スル異議却下ノ抗告事件 (大審院昭六(ク)四八五號、六・七・二三)
(民一、集一〇卷一〇號七四四頁)

〔事實〕

抵當不動産の第三取得者より第一順位抵當權者にのみ濺除の通知を爲し、第二及第三順位抵當權者には爲さなかつた。然るに濺除の通知を受けた第一抵當權者は増價競賣の申立を爲し競賣開始決定があつた。之に對し本件再抗告人Xは異議申立をしたが却下された爲更に抗告を爲し、抗告も棄却されたので再抗告をした。抗告理由は濺除の通知洩

れありし結果本件濬除通知は無効であり、無効な濬除通知に基き爲されたる増價競賣の申立も無効である、故に之に基き競賣開始決定を爲すは失當なりと爲した。

〔判旨〕

抗告を容れず。

「抵當權アル債權者數人アル場合抵當權ノ目的タル不動産ノ第三取得者ガ右各債權者ニ對シテ濬除ノ通知ヲ爲サズ一人ノミニ爲シタルトキハ、ソノ濬除通知ハ無効ニシテ之ニ基キ増價競賣手續ニ出ズルヲ得ズ。サレド増價競賣ノ申立モ實質ニ於テ抵當權ノ實行ヲ爲サントスルモノニ外ナラザルガ故ニ、若右債權者ノ有スル抵當權ニシテ之ヲ實行シ得ル状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スベク、債務者ハ前示濬除ノ通知ノ無効ナルコトヲ理由トシテ債權者ノ抵當權實行ヲ阻止スルヲ得ズ。」

二、濬除の制定理由

民三七八條三四條、競法二二條

不動産増價競賣手續開始決定異議申立却下 (大審院昭二(ク)一一九八號、三・八・一)
決定並ニ競落許可決定ニ對スル抗告事件 (民四、評論一八卷二號六三頁)

〔判旨〕

一、競賣ニ依リ第三取得者ハ其ノ一旦取得シタル權利ヲ失ハザルヲ得ズ而モ競賣ハ動モスレバ年月ヲ要シ之ニ伴フ費用亦寡カラザルガ故ニ幾分少額ナルニモセヨ速ニ現金ヲ得以テ一切ノ關係ヲ決済スルコト總債權者ニトリテ却ツテ利益無シトセザルガ故ニ一面ニハ第三取得者ヲシテ若干ノ金額ヲ總債權者ノ爲ニ提供シ支出シ以テ競賣ヲ阻止スルヲ得シムルト共ニ一面債權者ニシテ競賣ノ方法ニ依ルトキハ此ノ金額以上ノ金員ヲ捻出スルヲ得ベク損益相乗除シテ結局債權者全體ノ爲ニヨリ利益ナリト思惟スル場合ニハ第三取得者ノ提供ヲ拒絕スルヲ得シムル所アリ之ヲ濬除ナル制度ヲ設ケタルノ理由ト爲スモノトス

一、抵當權ノ濬除ノ場合債權者ガ第三取得者ノ提供ヲ承諾スルト否トノ要訣ハ之ニ依リテ以テ自分一個ノ債權ノ満足ヲ得ベキヤ否ヤノ計算ニハ非ズシテ之ヲ聽許スルト競賣ノ方法ヲ採ルト孰レガ最モ債權者全體ノ爲ニ有利ナリヤトノ商量ニ在ルモノトス

〔抗告理由〕 本件抗告ノ要旨ハ原決定ハ「按ズルニ抗告人ガ債權者ニ對シ申出デタル濬除金額ガ本件増價競賣上ノ基本タル債權額金一萬二千圓ト同額ニシテ本件債權者ガ第一順位ノ抵當權ナルコトハ一件記録上明認シ得ベキトコロナレバ債權者ハ右濬除金額ヲ以テ抵當權實行上ノ本件債權全部ノ満足ヲ得ベキコト言テ俟タズ斯ノ如キ場合ニ在リテハ其ノ債權者ハ増價競賣申立ヲ爲スベキ法律上ノ利益ヲ有セザルモノト謂ハザルベカラズ」ト判示セラレタルモ民法第三八三條ニ基ク書面ノ送達ニヨル濬除ニ對シテハ抵當權者ガ承諾ヲ欲セズ拒絕セントスルトキハ其ノ理由ノ如何ヲ

問ハズ其ノ抵當權者ニ利益アルト否トヲ問ハズ常ニ民法第三八四條ニヨリ増價競賣ノ請求ヲナシ得ル權利ヲ有スルモノト云ハザルベカラズト云フニ在リ

〔決定理由〕 競賣ニ依リ第三取得者ハ其ノ一旦取得シタル權利ヲ失ハザルヲ得ズ而モ競賣ハ動モスレバ多クノ年月ヲ要シ之ニ伴フ費用亦寡カラザルガ故ニ幾分少額ナルニモセヨ速ニ現金ヲ得テ一切ノ關係ヲ決済スルコト總債權者ニトリテ却ツテ利益無シトセズ於是一面ニハ第三取得者ヲシテ若干ノ金額ヲ總債權者ノ爲ニ提供シ支出シ以テ競賣ヲ阻止スルヲ得シムルト共ニ一面債權者ニシテ競賣ノ方法ニ依ルトキハ此ノ金額以上ノ金員ヲ捻出スルヲ得ベク損益相乗除シテ結局債權者全體ノ爲ニヨリ利益ナリト思惟スル場合ニハ第三取得者ノ提供ヲ拒絕スルヲ得シムルトコロアリ之ヲ濫除ナル制度ヲ設ケタルノ理由ト爲ス左レバコソ債權者ニシテ提供ヲ拒絕シタル以上競賣ヲ申請セザルヲ得ズ競賣ヲ申請シタル以上其ノ結果ニ對シテ全然無責任ナルヲ得ズ或場合ニハ十分ノ一ノ増價ヲ以テ自ラ當該不動産ヲ買受クルヲ餘儀無クセシメラル、モノ即チ是ガ爲ナルノミ是故ニ債權者ガ第三取得者ノ提供ヲ承諾スルト否トノ要訣ハ之ニ依リテ以テ自己一個ノ債權ノ満足ヲ得ベキヤ否ヤノ計算ニハ非ズシテ之ヲ聽許スルト競賣ノ方法ヲ採ルト孰レガ最も債權者全體ノ爲ニ有利ナリヤトノ商量ニ在ルコト殆ンド多ク言フヲ須ヒズ蓋若之ヲ爾ラズトセムカ先順位ニ在リテ辨濟ヲ受クル債權者ト後順位ニ在ルソレ等トハ提供諾否ノ自由ニ關シ其ノ間自ラ差等ノ存セザル可カラザルニ拘ラズ何等法規ノ斯ル消息ヲ窺フニ足ルモノ無ク却テ各債權者ニハ獨リ此ノ點ノミナラズ凡ソ濫除ト云ヒ増價競賣ト云ヒ諸般ノ關係ニ於テ全ク平等ナル機會ガ與ヘラルルコト之ヲ民法並競賣法ノ規定ニ徴シ歷々タルニ於テ又以テ前叙判示ノ

適切ナルヲ知ルニ足ラムナリ但斯ク解スルトキハ或債權者ハ專ラ他ノ爲ニ謀ルニ思ヒシテ自己ノ利害ト風馬牛ナル干渉ヲ試ムルノ觀無キニ非ズト雖爾ラズ蓋不動産ニ對シテハ種々ナル權利殊ニ物上擔保權ガ競合併存スルコト夫ノ不動産ニ於ケルノ比ニ非ザルヲ以テ不動産競賣ノ手續ハ此ノ間ノ出入ヲ一舉ニ決済スル方針ノ下ニ進行スルノ結果彼ノ破産手續ガ債務者ノ全財産ニ對スル一ノ清算行爲ナルニ匹敵シテ此ハ則チ特定ノ財産ニ對スル清算行爲ニ外ナラズ此ノ關係ニ於テ又此ノ限度ニ於テ總債權者ハ一ノ債權者團體ヲ形成シ以テ共同ノ利益ヲ防衛スベキ地位ニ在ルコト夫ノ破産手續ノ場合ニ於ケルト畢竟程度ノ相違ニ過ギズト云フモ亦甚語ニ非ズ則チ爾ルガ故ニ自己一個ノ利害ニハ影響無クトモ他ノ債權者ノ爲敢テ第三取得者ノ提供ヲ拒絕シ増價競賣ノ途ニ進出スルコトノ唯一片好事ノ舉ヲ以テ目スベカラザルノ理由又之ヲ了シ得テ餘蘊ナカラナリ今此ノ趣旨ニ反スル原決定ハ失當ト云ハザルベカラザルト共ニ原決定ノ如キ中間裁判ニ對スル上訴ヲ不適法ト解スルコトモ亦當院從來ノ判例トスルコロナルヲ以テ乃チ主文ノ如ク決定シタリ

三、(1)假登記權利者と抵當權實行通知の要否 (2)住所の不明と抵當權實行通知の要否

民三七八條三八一條

〔判旨〕

一、抵當權者ガ抵當權實行ヲ爲サント欲スルトキハ該抵當不動産ニ付所有權其ノ他ノ權利ヲ取得シ假登記ヲ了シタル

者ニ對シ抵當權實行ノ通知ヲ爲スヲ要スルモノトス

一、抵當權者ガ第三取得者ニ對シ抵當權實行ノ通知ヲ爲スニ際シ相當ノ注意ヲ以テシタルニ拘ラズ其ノ住所ヲ知ルコト能ハザルトキハ之ガ通知ヲ爲サズシテ抵當權ノ實行ヲ爲シ得ベキモノトス

(東京地方、昭四・七・二五決定、評論一八卷一一號一八頁)

四、假登記權者ノ濫除權行使と本登記の要否

民三七八條三八一條三八二條、不登法一條二條七條

〔判旨〕

一、競賣申立前ニ於ケル競賣物件ノ假登記所有權者ト雖後日本登記ヲ爲スニ於テハ其ノ所有權ヲ以テ假登記ノ日ニ遡リテ抵當權者其ノ他ノ第三者ニ對抗シ得ベキコト明ナルヲ以テ民法第三七八條ニ所謂第三取得者ニ該當スルモノト解スルヲ相當トス

一、民法第三七八條ト同法第三八一條及第三八二條トノ間ニ第三取得者ノ意義ニ付テ之ヲ異ニスベキ理由ナキノミナラズ假登記權利者ガ濫除權ヲ行使スルニハ其ノ本登記ヲ爲サルベカラザル根據ナキモノトス

(大阪地方、昭三・二・一四決定、評論一七卷二號一〇五頁)

五、(1)假登記權者と濫除權の有無 (2)假登記權者と抵當權實行通知の要否

民三七八條三八一條

〔判旨〕

一、假登記ハ本登記ノ如ク夫自體直ニ不動産ニ關スル所有權其ノ他ノ權利ノ設定移轉等ニ付第三者ニ之ヲ對抗シ得ベキ效果ナキモノトス

一、民法第三七八條ニ所謂第三者トハ抵當不動産ニ付所有權、地上權又ハ永小作權ヲ取得シタル者ニシテ之ガ登記ヲ爲シタル者ヲ指稱セルモノト解スベク同條ニ所謂第三者ニシテ單ニ假登記ヲ爲シタル者ハ進ンデ之ガ本登記ヲ爲スニ非ザレバ抵當權ヲ濫除スベキ權利ナキモノトス

一、假登記ヲ爲シタルニ過ギザル者モ後日本登記ヲ爲シテ濫除其ノ他ノ方法ニ依リ權利ノ保護ヲ計ル等假登記權利者ニ採リテ甚大ノ影響アルヲ以テ抵當權者ヨリ抵當權ノ實行ノ爲其ノ通知ヲ爲ス場合ニハ民法第三七八條掲記ノ第三取得者ニシテ假登記ノミヲ爲シタル者ニ對シテモ之ガ通知ヲ爲サシムベキモノトス

(宇都宮地方、昭四・七・一一判決、評論一八卷一二號二四六頁)

六、假登記権利者に競賣を通知せざる場合と競落許可決定の效力

民三七八條、民訴五四四條六四八條六八〇條、競法一七條二七條、不登法二七條

〔判旨〕

一、不動産ノ所有權取得ノ假登記ヲ爲シタル者ハ未ダ其ノ本登記ヲ爲サル間ト雖モ尙民法第三七八條ノ濼除權ヲ有スル第三取得者中ニ包含セラル、モノト解スルヲ相當トスベク從テ民事訴訟法第六四八條第三號競賣法第二七條第三項第三號ノ利害關係人ニ該當スルガ故ニ抵當權者ハ假登記權利者ニ對シ抵當權實行ノ豫告ヲ爲シ且競賣ニ關スル通知ヲ爲スヲ要スルモノト解スルヲ相當トスルト雖競賣手續完結前ニ假登記權利者ニ於テ異議又ハ抗告ヲ申立テズシテ既ニ競落許可決定ノ確定アリタル場合ニ於テハ實體上抵當權ノ無効ナルガ如キ場合ハ格別該決定ノ性質上單ニ競賣手續ニ付瑕疵アリタルコトヲ理由トシテハ最早其ノ效力ヲ争フコトヲ得ザルモノトス
 (大阪地方、大正一五・五判決、評論一五卷一一號二九二頁)

七、(1) 抵當權實行通知の時期 (2) 抵當權實行通知後の第三取得者には通知を要せず

民三七八條三八一條

〔判旨〕

一、民法第三八一條ニ抵當權者ガ抵當權ヲ實行セント欲スルトキトハ抵當權者ガ單ニ内心ニ抵當權ヲ實行セント希望シタルニ止ラズ進ンデ其ノ實行ノ意思ヲ外部ニ行爲トシテ發生シタルコトヲ指スモノトス
 一、民法第三八一條ハ抵當權實行ノ意思ヲ發表即抵當權實行ノ著手ト認ムベキ行爲アリタルトキハ其ノ時ニ民法第三七八條ニ所謂第三取得者アレバ之ニ其ノ通知ヲ爲スベシト云フニ外ナラザルモノトス
 一、抵當權實行著手中第三取得者ニ對スル抵當權實行ノ通知ノ如キハ其ノ最モ顯著ナルモノト云フベキヲ以テ此ノ實行通知ヲ爲ストキニ於テ存在スル第三取得者アラバ其ノ全部ニ之ガ通知ヲ爲スヲ要スベク其ノ後ニ於テ民法第三七八條ノ第三取得者顯ハレタルトキハ假令抵當權者ニ於テ未ダ其ノ競賣申立前ナリト雖之ニ對シテハ何等ノ通知ヲ致スモノニアラズ
 (東京地方、昭二・九・二九決定、評論一七卷二號八一頁)

八、(1) 競賣申立後の地上權又は賃借權者と抵當權實行通知の要否 (2) 該地上權賃借權の對抗力

民三七八條三八一條三九五條六〇二條一七七條、不登法一條二條一四六條、競法二二條二

六條

〔判旨〕

一、抵當權設定登記後其ノ目的タル不動産ニ付地上權ヲ設定シ又ハ民法第六〇二條所定ノ期間ヲ超ユル宅地ノ賃貸借契約ヲ締結スルモ之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得ザルモノナレバ抵當權者ガ其ノ權利ノ實行トシテ抵當不動産ノ競賣ノ申立ヲ爲シ競落許可決定アリタルトキハ之ニ因リ該地上權若ハ賃借權ハ孰レモ消滅スルモノナルガ故ニ其ノ競落人ヨリ該不動産ノ讓渡ヲ受ケ之ガ登記ヲ經タル者ハ該地上權者若ハ賃借權者ニ對シ各其ノ登記ニ付之ガ抹消手續ヲ求メ得ベキモノトス

一、宅地ニ付爲サレタル地上權設定登記及同假登記ガ孰レモ抵當權者ガ其ノ抵當權實行ノ爲競賣申立ヲ爲シ其ノ登記アリタル後ナル場合ニ在リテハ同抵當權者ハ右ノ地上權者ニ對シ抵當權實行ノ通知ヲ爲スニ由ナク又賃借權者ニ付テハ民法ニ於テ之ガ通知ヲ爲スベキ旨ヲ定メタル規定ノ徵スベキモノナキヲ以テ假令是等ノ者ニ對シ之ガ通知ヲ爲サバリシトスルモ何等缺クルトコロナキモノトス

(東京地方、大正一五・二・二三判決、評論一五卷七號二頁)

九、民法第三七八條に所謂第三取得者には假登記權利者を含む

民三七八條三八一條、不登法二條七條

〔判旨〕

一、不動産ニ對スル競賣申立前ノ假登記所有權者ト雖後日ニ至リテ本登記ヲ爲スニ於テハ所有權ヲ以テ假登記ノ日ニ遡リテ抵當權者其ノ他ノ第三者ニ對抗シ得ベキコト言フ俟タザル所ナルガ故ニ民法第三七八條ニ所謂第三取得者ナリトス

(東京地方、大一四・一二・二六決定、評一五卷七號二九頁)

一〇、假登記權利者は抵當權の濫除を爲し得ず

民三七八條

〔判旨〕

一、抵當權ノ濫除ハ抵當不動産ノ第三取得者ニシテ其ノ取得ヲ第三者ニ對抗スルコトヲ得ル者ニ限り之ヲ爲スコトヲ得ルモノトス

一、本登記ニ移ルベキ條件ヲ具備スルニ至ルベキヤ否ヤ未ダ不明ナル假登記權利者ハ抵當權實行ノ通知ニ付テハ第三取得者ト同視セララルモ本登記ニ移ル迄ハ其ノ取得ヲ對抗シテ現實ニ濫除權ヲ行使スルコトヲ得ザルモノト解スルヲ相當トス

第三百八十一條

一、(1)民法第三八一條の「第三取得者」(2)第三取得者の範圍を決すべき時期 (3)競賣法第二七條三項二・三號の利害關係人

民三八一條、競法二七條二項三項

不動産競落許可決定ニ對スル抗告事件 (大審院昭七(タ)四一號、七・五・二三)
民一、集一一卷一〇號一〇一四頁)

〔事實〕

AはBの債權者で、B所有建物上に抵當權を有す。Bが債務を辨濟しないので昭和六年五月十二日競賣申立を爲し四月二十一日競賣手續開始決定があつた。所が本件不動産につき競賣申立記入登記(競法二六條)の日(同年六月十七日)以前に、Cが本件建物の所有權を取得し五月二十八日その取得の假登記を爲し、競落許可決定に對しBと共に異議を申立てた。

異議が却下されたので、(1)Aは第三取得者Cに民三八一條の通知を爲さざりしこと、(2)本件競賣手續に於て利害關

係人たるCに對し競賣期日の通知(競賣法二七條二項)なかりしを理由として抗告した。

抗告裁判所は、(1)Aが競賣申立を爲した時に於てはCはいまだ第三取得者でなかつたからCに對する通知を要せず(2)Cが不動産上の權利取得の事實を原裁判所に申出でざる限り原裁判所はCに對し競賣期日通知の義務なしとして抗告を棄却。Cは大審院に再抗告した。その理由は前と同様。

〔判旨〕

棄却

「民法三八一條ニ所謂第三取得者トハ競賣申立前ニ其ノ地位ヲ得、且ソノ事實ヲ抵當權者ニ對抗シ得ベキ者ニ限ラ
ル、モノニシテ、競賣申立後ニソノ地位ヲ得タル者ハ勿論、競賣申立後ニ於テ始メテ抵當權者ニソノ事實ヲ對抗シ得
ルニ至リタル者ヲ包含セザル趣旨ト解スベキモノトス。

蓋同條ハ、抵當權者ガ抵當權ヲ實行セントスルトキ豫メ通知ヲ爲シ得ベキ第三取得者ノ存在ヲ前提トシ、競賣ニ先
立チ之ニ濫除ノ機會ヲ與フルコトヲ目的トスルモノニシテ、抵當權實行ニ著手シタ後ノ事項ヲ規定シタモノニ非ルコ
ト法文上明白ナルノミナラズ、若シ抵當權實行著手後ニソノ地位ヲ取得シ又ハ之ヲ抵當權者ニ對抗シ得ル者ニ對シテ
モ尙叙上通知ヲ爲スヲ要ストセバ、競賣申立記入登記ヲ經ルニ至ル迄ノ間ニ於テ自由ニ第三取得者ノ假登記ヲ爲シ、
此者ニ通知ナカリシ故ヲ以テ當該競賣手續ヲ無効ナラシメ、因テ抵當權ノ正當ナル實行ヲ阻害スルノ弊ヲ生ズルニ至
ルベキナリ。」

二、停止條件附請求權保全の登記と抵當權實行の通知——抵當不動産に付單に所有權移轉の停止條件附請求權を有する者に對しては該請求權に付假登記存するも抵當權實行の通知を要せず

民三八一條三七八條三八〇條、不登法二七條第二項

不動産競賣事件ノ競落許可決定ニ對スル抗告事件(大審院昭八(ク)一二一九號、八・一一・二八)
(民二決定、集一二卷二四號二七六六頁)

〔事實〕

第一順位抵當權者齋藤の申立(昭和七年七月七日)に係る競賣法に因る競賣事件に付競落許可決定を爲したる處、抗告人石原は該決定に對し抗告を爲し、抗告理由の一として、本件競賣不動産に付ては第二順位の抵當權を有する抗告人の爲に、若し債務者杉田に於て抵當債務を其の期限(昭和八年二月末日)に辨濟せざるときは、代物辨濟として所有權を抗告人に移轉せしむべき所有權移轉請求權保全の假登記存在したるに拘らず、第一順位抵當權者齋藤が抗告人に對し抵當權實行の通知を爲さずして本件競賣の申立を爲したるは不法にして原決定は取消さるべきものなりと主張した。

原裁判所は……右抗告人は本件競賣申立當時に於ては第一順位抵當權に付滌除を爲し得べき權利を有せざりしものなれば(民三八〇條)第一順位抵當權者齋藤が本件不動産に付抵當權の實行を爲すには抗告人に對し豫め之が通知を爲すを要するものに非ずとして抗告理由を排斥したり。

〔判旨〕

本件抗告は之を棄却す

「不動産登記法第二條ニ依レバ所有權移轉ノ停止條件附請求權保全ノ爲ニモ假登記ヲ爲シ得ルコト疑ナク而シテ同法七條第二項ニハ本登記ノ順位ハ假登記ノ順位ニ依ルベキ旨規定シアルヲ以テ、抵當不動産ニ付所有權移轉ノ停止條件附請求權保全ノ爲假登記ヲ爲シタル者ハ、未ダ條件成就セザルトキト雖モ後日本登記ヲ爲サバ假登記ヲ爲シタル日ニ遡リテ所有權ヲ對抗シ得ベキ地位ニ在ルモノナレバ、民法三八一條ニ所謂三七八條ニ掲ゲタル第三取得者ニ該當シ抵當權者ガ抵當權ヲ實行スルニ付テハ豫メ之ガ通知ヲ爲スベキモノト解スベキガ如キモ、民法三八〇條ニハ停止條件附第三取得者ハ條件ノ成否未定ノ間ハ抵當權ノ滌除ヲ爲シ得ザル旨明定シアリテ、同條ノ法意ヨリ推ストキハ抵當不動産ニ付所有權移轉ノ停止條件附請求權ヲ有スルニ過ギザル者ノ如キハ、不動産登記法二條一號及二號前段ニ依リ假登記ヲ爲シ得ル者ト異リ單ニ期待權ヲ有スルニ止ルヲ以テ、假令假登記ヲ爲スモ條件成就ニ依リ請求權現在スルニ至ラザル限り抵當權者ニ於テ該假登記ノ效力ヲ否認シ得ベク從ツテ、民法三八一條ニ所謂三七八條ニ掲ゲタル第三取得者ニ該當セザルモノト解スルヲ相當トス。而シテ原決定ノ確定シタルトコロニ依レバ、抗告人石原ハ本件競賣申立アリタル當時、本件競賣ノ目的物ニ付單ニ所有權移轉ノ停止條件附請求權ヲ有シタルニ止リ、未ダ條件成就セザリシモノナレバ抵當權實行ヲ爲スニ付同抗告人ニ對シ之ガ通知ヲ爲スノ要ナキモノトス。」

三、登記簿記載の第三取得者の住所に宛たる抵當權實行通知が眞住所不明の爲到達せざりし場合——通常到達すべかりし時に到達せりと看做す

民三八一條三三七條

競落許可決定ニ對スル抗告事件（大審院昭六（ク）一一三〇號、六・二・一一）
（民五、集一〇卷一二號一二九頁）

〔事實〕

抵當權者Aはその抵當權を實行せんが爲、抵當不動産の第三取得者としての假登記あるBに對し、登記簿記載の住所に宛て昭和五年九月三日に民三八一條による抵當權實行の通知を送つたが住所不明の爲到達せず、次いで同月十日に抵當不動産の競賣申立を爲した。裁判所は之に基き手續を進行して翌年六月二十五日に競落許可決定を爲した所、B及C債務者は右決定に對し抗告を爲した。原決定は、(1)登記簿記載の住所に宛てたる本件抵當權實行通知は到達せざるも之を有效とし、(2)但し本件競賣申立は右通知の到達し得べかりし時より一ヶ月を経過せざる以前になされたるを以て不適法なるも、右期間内に濶除がなされざるにより結局補正せられたるものと解すべく、もし然らずして之を不適法とせば既になされたる手續は全部水泡に歸することになり、訴訟經濟上よりするも立法の精神に鑑るも妥當なる解釋とは云ひ得ないとして抗告を棄却した。

よつてB及Cは右の(1)の點を攻撃して更に抗告した。曰く三八一條の抵當權實行通知は民法九七條により到達する

に非ざれば效力を生じないのであるから、本件競賣申立はその要件を缺き不適法である。第三取得者の住所不明なる場合は公示送達によりて通知すべきである。(大決、大正一四・七・一八)

〔判旨〕

右の理由を容れず、他の點より原決定を取消差戻す。

(一)「按ズルニ抵當權者抵當權ヲ實行セント欲シテ登記簿記載ノ第三取得者ノ住所ニ宛テ抵當權實行ノ通知ヲ發シタルモ第三取得者ノ所在不明ニシテソノ通知ノ到達セザル場合ニハ、抵當權者ハソノ通知ノ通常到達スベカリシ時ヨリ一ヶ月内ニ第三取得者ヨリ債務ノ辨濟又ハ濶除ノ通知ヲ受ケザル時ニ始メテ抵當不動産ノ競賣ヲ請求シ得ルモノト解スルヲ相當トス。若シ右通知ノ到達セザル限リ競賣ノ請求ヲ爲シ得ズトセバ、抵當權者ハ第三取得者ガ住所變更ニヨル登記ヲ爲サズシテソノ所在ヲ不明ナラシメタル結果、抵當權ノ實行ヲ妨ゲラルガ如キ不當ノ結果ヲ生ズベキヲ以テ右通知ノ實際到達セザルモ競賣ヲ請求シ得ルモノト爲スノ必要アルト同時ニ、此場合ニモ第三取得者ガ右通知ノ通常到達スベカリシ時ヨリ一ヶ月内ニ濶除ノ通知ヲ爲シ得ルモノト爲スモ抵當權者ニ何等不利益ヲ生ゼズ、此ノ濶除通知ヲ無効トスベキ何等ノ理由ナケレバナリ。

(二)故ニ右ノ場合ニハ抵當權實行ノ通知ノ通常到達スベカリシ時ヨリ一ヶ月内ニ於テハ第三取得者ハ尙濶除ノ通知ヲ爲シ得ベキガ故ニ抵當權者ハ競賣ヲ請求スルヲ得ズ。從ツテコノ期間經過前ニ抵當權者ノ申立タル競賣ハ許スベカラザルモノニシテ、假令該申立ニ基キ競賣手續ヲ開始シ、已ニ競落許可決定アリ、該決定迄ニ前記一ヶ月ノ期間經

過シノ間ニ第三取得者ヨリ濳除ノ通知ナカリシトキト雖之ガ爲ソノ競賣ヲ適法ナリシモノト爲ス能ハズ(昭四・七・六當院決定参照)。

唯右第三取得者ニ於テ濳除權ヲ拋棄シ又ハ抵當權ヲ否認スルガ如キ行爲ニ因リ濳除ノ通知ヲ爲サバルノ意思明確ナリト認ムベキ場合ニ於テハ抵當權者ハ前記一ヶ月ノ期間經過前ト雖モ、競賣ヲ請求シ得ルモノト解スルヲ相當トスルガ故ニ、コノ場合ニ限り該期間經過前ニ抵當權者ノ申立テタル競賣ハ許スベキモノニシテ之ニ基キ爲シタル競落決定ハ適法ナルベシト雖抵當權者ノ發シタル抵當權實行ノ通知ガ第三取得者ノ所在不明ナル爲到達セザリシ一事ニヨリテ直チニ第三取得者ニ於テ濳除ノ通知ヲ爲サバルノ意思明確ナリシモノト認ムル能ハズ。此の點を明にせずして、抵當權實行通知の到達すべかりし時より一ヶ月を經過せざる以前の本案競賣申立を適法なりとせる原決定は理由不備の違法がある。

四、抵當權實行による競賣手續完結後は第三取得者は民法第三八一條による通知を受けざるもその競落許可決定に因る所有權移轉の效力を否認し得ず

民三八一條

所有權移轉登記抹消請求事件

(大審院昭三(オ)九五二號、四・一・二三、民四、集八卷一號二三頁)

〔事實〕

(一) 訴外赤司伸一は大正十年六月七日、その所有の數個の不動産上に、八幡安太郎、飯塚竹次郎に對する債務の爲抵當權を設定し翌日登記した。沼津(上告人)は大正十一年十一月二十七日赤司伸一から該不動産を買受け同日所有權移轉の假登記を爲す。然るに被上告人兩名(抵當權者)は豫め上告人に對し抵當權實行の通知せず、大正十二年六月七日右不動産の競賣申立を爲し、裁判所は競賣手續を實行し、同十三年四月十六日右不動産の一部は右被上告人兩名に他の一部は被上告人萩原宗十郎に孰れも競落許可決定を爲し、之に因る所有權移轉登記を完了した。そこで沼津(上告人)は被上告人が第三取得者たる自分に豫め抵當權實行の通知を爲さなかつた以上右競賣手續は無効であつて被上告人は競落に因つて本件不動産の所有權を取得しないものであるから、被上告人等に對し各その所有權移轉登記抹消登記手續を訴求した。(これが本件の主要點)

(二) 被上告人等の之に對する答辯中主要なるものは左の諸點である。

- (1) 上告人に於て所有權取得の本登記を爲さざる限り、民三七八條に所謂第三取得者に該當しない。
- (2) 競落許可決定に因る所有權移轉登記完了後に於ては、上告人は抵當權實行通知欠缺を理由として不動産所有權の回復を請求し得ない。殊に假登記のみの所有權に基き之を請求し得ない。
- (3) 上告人が競賣手續に於て異議申立を爲さずその完結後に競賣手續の效力を争ふのは權利の濫用である。
- (三) 以上の如き當事者双方の主張に對し、原院たる東京控訴院は抵當權者が第三取得者に對し抵當權實行の通知を

發しないで競賣を爲した場合でも、競落許可決定が確定し、之に因る所有權移轉登記が完了した以上は、該競賣は有效で利害關係人は抵當權實行通知の欠缺の如き手續上の瑕疵を理由として競落許可決定の效力を争ひ得ずと判示した(四)〔上告理由〕前審判決が、前審被控訴人の主張は競賣手續の無効を前提とするものであるから競落許可決定を争ふことを得ずと爲したるは失當である。前審被控訴人(沼津)の主張する競賣手續の無効を原因とするのは、單に手續上の瑕疵を理由とするのではない。民法三七八條所定の第三取得者が有するその所有權保護を目的とする法益を完ふする爲特に民法が三八一條に於て、抵當權者に抵當權實行通知義務を認め、三八二條二項に於て右の抵當權實行の通知後一ヶ月間内に、第三取得者に抵當權の濫除を爲し得る地位を保證したのである。然らば第三取得者は以上の規定の結果抵當權實行の通知後一ヶ月間は決して抵當權の實行を受けざる地位を確保されて居る。換言すれば抵當權者が抵當權の實行を爲すには民三八一條所定の抵當權實行の通知を爲し其後一ヶ月の後始めて抵當權を實行し得る地位を獲得するものと云ふべきである。已に然りとすれば右抵當權實行の通知を爲さないで競賣の申立を爲すのは、第三取得者に對して無効であり、實體法上第三取得者に對して對抗することを得ない地位にある抵當權に基き競賣申立を爲し、右申立に基いて爾後爲された競賣手續は勿論第三取得者に對抗することを得ないもので、第三取得者に對して無効なることは論を俟たないと論じた。

〔判旨〕

棄却

〔抵當權者ハ抵當不動産ノ第三取得者ニ對シ民法三八一條ニ依ル通知ヲ爲サズシテ抵當權實行ノ爲競賣ノ申立ヲ爲スコトヲ得ズト雖一旦裁判所ガ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ザリシノ故ヲ以テ、該競落許可決定ニ因ル所有權移轉ノ效力ヲ否認シ得ザルモノトス。蓋民三八一條ニ依ル通知ハ、第三取得者ヲシテソノ不知ノ間ニ濫除權行使ノ機會ヲ失フコトナカラシメシガ爲認メタル手續ニ過ギズ。固ヨリコ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効トナシ、又ハ確定シタル競賣許可決定ノ内容タル所有權移轉ノ效力ヲ發生セザルモノト爲スノ理由ト爲スベキニ非ズ。〕

五、假登記權利者と競賣手續の利害關係人

民三一八條、競法二七條、不登法二條

〔判旨〕

一、假登記ハ後日爲サルベキ本登記ノ順位ヲ保全スル效力ヲ有スルニ止リ未ダ本登記ヲ爲サル第三取得者ハ其ノ權利ノ取得ヲ抵當權者ニ對抗シ得ザルガ故ニ濫除權ヲ有スルコトナク民法第三八一條ニ所謂第三取得者ニ該當セズ從テ競賣手續ニ於ケル利害關係人ニ非ザルモノトス

(朝鮮高法院、大正一五・八・九決定、評論一五卷一二號一六一頁)

六、(1)競落代金支拂前競落許可決定後辨済の爲にする供託の效力 (2)競賣手續の基本たる抵當權の無効と競落許可決定に因る所有權移轉の有無

民三八一條四七四條四九二條四九五條、競法二條三二條三三條

〔判旨〕

一、債務ノ擔保タル抵當權實行ノ爲ニスル競落許可決定アリタル後ニ爲サレタル債務辨済ノ爲ニセル供託ナリト雖未ダ競落代金ノ支拂ナク從テ競落代金ノ交附ニ依リ行ハルベキ債務ノ辨済ナキ以前ニ爲サレタルモノナルトキハ他ニ別段ノ理由ナキ限り有效ノモノナリト解スルヲ相當トス

一、假令競落許可決定ト同時ニ競賣物件ノ所有權が競落人ニ歸スルモ之ガ爲ニ基本債權モ亦同時ニ消滅スルモノト解シ難キノミナラズ競落許可決定ト同時ニ競賣物件ノ所有權が競落人ニ歸スルハ畢竟競賣手續ガ適法ニシテ且競落代金ヲ債權者ニ交付シテ競賣手續ガ完了スルニ至ル迄其ノ基本タル抵當權ガ有效ニ存續スル場合ニ然ルモノニシテ競賣手續ノ基本タル抵當權ニシテ本來無効ナルカ又ハ競賣手續ノ完了前消滅スルニ至リタル場合ニ於テハ假令競賣手續其ノモノハ形式上適法ニ行ハル、モ該手續ニ於ケル競落許可決定ニ依リテハ實質的ニ競賣物件ノ所有權ノ移轉ハ生ゼザルモノト解スルヲ相當トス

(東京控訴、昭三・二・二四判決、評論一七卷一一號二七四頁)

七、(1)第三八一條に所謂第三取得者に假登記權利者を含む (2)抵當權實行並競賣期日の通知を遺脱せる競落許可決定の效力

民三八一條三七八條、不登法一條二條七條、民訴五四四條六四八條六七七條六八〇條、競法一七條

〔判旨〕

一、假登記ハ之ニ基キテ爲ス本登記ノ順位保全ノ效力ヲ有スルニ止リ假登記權利者ハ本登記前ニ於テハ抵當權者ニ對抗シ得ザルガ故ニ民法第三七八條ニ依リ直ニ滌除權ノ行使ヲ爲シ得ザルコト勿論ナルモ假登記權利者ト雖モ民法第三八一條ニ依リ抵當權實行ノ通知ヲ受クルトキハ爾後一ヶ月内ニ本登記ヲ爲シタル上滌除ヲ爲シ得ベキガ故ニ假登記ヲ受ケタルモノハ未ダ本登記ヲ爲サバ以前ト雖モ同條ニ所謂第三取得者ニ該當スルモノト解スベキモノトス

一、假登記權利者ハ民事訴訟法第六四八條第三號競賣法第二七條第三項第三號ニ所謂假登記簿ニ登記シタル不動産上ノ權利者ニ該當スルヲ以テ抵當權者ガ其ノ權利ヲ實行スルニ當リテハ假登記權利者ニ對シ其ノ旨ヲ通知スルコトヲ要シ且競賣手續ニ於テ裁判所ハ競賣期日ヲ利害關係人タル假登記權利者ニ通知スルコトヲ要スルモノト解スルヲ至當トスト雖右通知ノ缺如ハ單ニ手續上ノ瑕疵ニ過ギザルヲ以テ競賣手續進行中ニ於テ異議若ハ抗告ノ方法ニ依リ其ノ瑕疵ヲ主張シテ該手續ノ無効ヲ主張シ得ベキモ其手續終了後ニ於テハ右通知ノ缺如ヲ理由トシテ競落許可決定ノ

效力ヲ左右シ得ザルモノトス

(大阪控訴、大正一五・一一・二九判決、評論一六卷二號三〇四頁)

八、第三取得者の住所不明なる場合と抵當權實行通知並競賣の請求

民三八一條三二條三三七條

〔判旨〕

一、抵當權者甲が第三取得者タル乙ノ登記簿上ノ住所ニ宛テ之ガ抵當權實行ノ通知ヲ發シタルモ内容證明、配達證明ノ書留郵便宛名人タル乙ガ住所ニ居住セザリシ爲メ右通知書ガ返戻サレタル場合ニ於テハ甲ハ右不到達ノ郵便物が當時其宛名ノ場所ニ通常到達シ得ベキ日時ヨリ一ヶ月ヲ經過シタル後競賣ノ申立ヲ爲ス可キヲ至當トスルニ右抵當權實行ノ通知ガ不到達トナレル事實ヲ知ルヤ爾後間モナク競賣ノ申立ヲ爲シタルハ一應不適法ナリト謂フベキモ當時第三取得者乙ノ事實上ノ住所ヲ探知スルハ不可能ナル状態ナリシコトハ甲ヨリ乙ニ宛テタル右郵便物ノ外尙同人ニ宛テタル他ノ一通ノ郵便物ノ返戻サレタル事實及當時東京市本所區役所ニ就キ同人ノ居住ノ有無ヲ調査シタル事實並ニ同人ノ本件抗告狀記載ノ肩書地トヲ綜合シ充分之ヲ推知シ得ベキヲ以テ右抵當權實行ノ通知書ガ通常到達シ得ベキ日時ヨリ起算シテ一ヶ月ノ經過前ニ滯除ノ申立ナキ場合ニ於テハ右ノ不適法ハ事後ノ状態ニヨリ自ラ補正セ

ラレタルモノト解スルヲ妥當トス

(東京地方、昭六・七・三一決定、評論二一巻三號九〇頁)

九、所有權取得の假登記権利者に豫め通知なくして完了せられたる競賣手續の效力

民三八一條、民訴六七二條六八六條六八七條、不登法二條、競法一條一七條二七條三三條

〔判旨〕

一、競賣ノ基本タル權利不存在等實體上無効ノ原因アル場合ハ格別單ニ競賣手續上ノ瑕疵ノ存在ヲ以テ既ニ競賣手續ノ完了シタル後ニ其ノ無効ヲ主張スルコト能ハザルモノトス

一、所有權取得ノ假登記権利者ニ豫メ抵當權實行ノ通知ヲ爲スコトナク競賣手續ガ完了セラレタリトスルモ斯ノ如キ通知ノ遺脱ハ競賣手續上ノ瑕疵ニ過ギザレバ之ヲ以テ競賣手續ノ無効ヲ主張スルコトヲ得ザルモノトス

(東京地方、昭二・一・二〇判決、評論一六卷一二號六一八頁)

一〇、(1)他人に對し競賣期日の無通知と競落許可決定に對する抗告理由の許否 (2)假登記權利者と抵當權實行通知の要否並無通知の効果 (3)競賣開始後の權利取得者と抵當權實行通知なき場合の効果

民三八一條三六九條、競法二二條二七條三二條、民訴六四四條六七三條六八一條六八二條
不登法二條

〔判旨〕

一、抵當不動産ニ付競賣開始後其ノ所有權ヲ取得シタル甲ガ該不動産ニ對スル競賣期日ノ通知ヲ利害關係人トシテ受ケタルモノナル以上假ニ該不動産ニ付競賣申立當時ノ所有權取得假登記權利者乙ニ對シ右競賣期日ノ通知ナカリシトスルモ右ハ結局他人ノ權利ニ關スル事實ナルヲ以テ該不動産ノ競落許可決定ニ對スル抗告理由ト爲スコトヲ得ザルモノトス

一、抵當不動産ニ對スル所有權取得假登記權利者乙モ亦民法第三八一條所定ノ抵當權實行ニ付通知ヲ受クベキ所謂第三取得者ニ該當スルヲ以テ該不動産ノ競賣申立當時乙ニ對シ抵當權實行ノ通知ヲ爲スコトヲ要シタルモノナルガ故ニ該不動産ノ競賣ガ右通知ナクシテ爲サレタルモノナリトセバ同人ノ爲ニ之ヲ許スベカラザル筋合ナリト謂フ可ク其ノ法律上ノ效果ハ其ノ後ニ於テ該不動産ノ所有權ヲ承繼シタル者ニ對シテモ亦同様ニ及ブ可キモノトス

一、民法第三八一條ニ所謂抵當權實行ノ通知ヲ受クベキ適格ヲ有スル第三取得者ハ競賣申立前ニ其ノ地位ヲ得タル者

ニ限り甲ノ如ク競賣ノ開始後抵當不動産ニ付所有權ヲ取得シタル者ヲ指稱セザルモノト解スベキヲ以テ甲ニ對シ抵當權實行ノ通知ナカリシトスルモ競賣ヲ爲スニ何等違法ナキモノトス

一、不動産ノ競賣ニ於テハ其ノ競賣開始決定ヲ債務者ニ送達スルニ非レバ差押ノ效力ヲ生ゼザルヲ以テ債務者ニ對シ右ノ送達ナクシテ競賣ヲ執行スルコト能ハザルモノナリト雖モ差押ノ效力ノ發生スルガ爲ニハ其ノ他ノ利害關係人ニ對スル右ノ送達ヲ要セザルモノトス

(東京地方、大正一四・一一・三〇決定、評論一五卷九號八一頁)

一一、(1)第三者の所有物と競落許可決定の效力 (2)第三者の所有物の競賣と債權者に對する不當利得返還請求の許否

民三八一條三九四條五六〇條五六八條七〇三條、競法二條一九條三三三條

〔判旨〕

一、債權者甲ガ債務者乙所有ノ不動産上ニ抵當權ヲ有スト爲シ其ノ抵當權ノ實行ノ爲競賣申立ヲ爲シ執行裁判所ニ於テ適法ニ競賣ヲ進行シ競落許可決定確定シタル後其ノ不動産ガ債務者以外ノ第三者ニ屬シ右甲ハ本來抵當權ヲ有セザルコト判明セル場合ニ於テモ該競落許可決定ハ尙有效ナルモノトス

一、叙上ノ場合ニ於テ競落許可決定ニ依リ競落人丙ハ當然其ノ不動産ノ所有權ヲ取得スルモノニ非ズト雖債務者乙對

競落人丙ノ間ニハ民法上第三者ノ所有物ヲ賣買シタルト同一ノ效力ヲ生ジ民法第五六八條ニ依リ右不動産ノ賣主ト認メラルベキ乙ハ其ノ買主ト認メラルベキ丙ニ對シ第三者ヨリ其ノ不動産ヲ取得シテ移轉スベキ義務ヲ負フモノナルガ故ニ丙ノ支拂ヒタル競落代金ハ未ダ以テ丙ノ損失ニ歸シタルモノト謂ヒ難ク從ツテ丙ハ右競落代金ガ執行裁判所ノ配當ニ依リ債權者タル甲ニ債權ノ辨濟トシテ交付セラレタリトスルモ民法第五六八條第二項ニ依リテ配當代金返還ヲ請求スルハ格別直ニ甲ニ對シ不當利得返還ノ請求ヲ爲シ得ザルモノトス

(東京地方、大正一四・四・二四判決、評論一四卷一〇號六四頁)

第三百八十二條

一、無効な濚除の通知と之に基く増價競賣の效力——抵當權者が實行の權能ある競賣に特に負擔を負へるに止りその效力を認めざる理由なし

民三八二條三八四條、競法四六條

不動産増價競賣事件ノ競落許可決定ニ對スル抗告事件(大審院昭四(ク)三五五號、四・四・三〇、民二、集八卷六號四三五頁)

〔事實〕

本件抗告人(兵庫縣農工銀行)は渡邊に對し、二口の貸金債權を有し、本件問題の不動産につき抵當權の設定を受け債務辨濟なき爲抵當權實行を爲すこととなつたがその抵當物權の登記簿に、岸本に對する所有權移轉の假登記があつたので、昭和三年八月二日同人に抵當權實行の通知を發した。同年九月二日岸本から民三八三條に基く濚除の通知を受けたが抗告はその提供を承諾せず、九月二十五日第三取得者岸本に對して増價競賣の請求書を送達し、且債務者渡邊にその旨を通知し神戸區裁判所に増價競賣の請求をした。そこで昭和四年二月二十日同裁判所は競落許可決定を言渡した處が前記岸本渡邊及抵當權者神戸銀行から抗告申立あり、原審神戸地方裁判所は抗告人等の主張をそのまゝ入れて「所有權取得ノ假登記ヲ受ケタルニ止ル岸本ハ未ダ濚除權ヲ有セザルモノニシテ、カクノ如キ者ノ爲シタル濚除ノ通知ハ何等ノ效力ヲ生ズルモノニ非ズ、從ツテ右通知ヲ前提トシテ申立テラレタル本件増價競賣ハ許スベカラザルモノ」となし、「決定ヲ廢棄ス本件競落ハ之ヲ許サズ」と決定した。之に對する抗告が本件也。

抗告論旨の中心

(一)増價競賣と雖も競賣手續たるに於て通常の競賣手續と區別すべきでなく、單にその上に一つの負擔を抵當權者が負ふにすぎない。従つて既に爲された競賣手續にして間然する所がなければ、單に濚除の通知が無効なることを理由として全競賣手續を無効とするは不當なりとする法律論。

(二)岸本が前には自ら濚除の通知をして本件抗告人をして自衛上増價競賣の手續をとらせて置きながら後に競落許可決定を見ると自ら爲した濚除通知を無効として競落の不許可を主張するのは正義公平の見地から認むべきにあらず

と云ふ情宜論である。

〔判旨〕

廢棄委任

「増價競賣ハ抵當權實行ノ爲抵當物件ノ競賣ヲ爲スニハ抵當權者ニ特定ノ負擔ヲ課シタル競賣手續ニ過ギザルヲ以テ假令濶除權ヲ有セザル者ノ濶除通知ニ基キ抵當權者ガ増價競賣ノ申告ヲ爲シ、競賣手續ヲ進行シタリトスルモ濶除ノ通知ノ無効ナルコトヲ理由ニ該競賣手續ニ異議ヲ主張シ得ズ。」

第三百八十四條

一、濶除申出人轉居による濶除不承諾の通知の不到達——通常法定期間内に到達し得へかりし場合ならば右通知は有效なり

民三八四條一項九七條

不動産増價競賣事件ノ競落許可決定ニ對スル抗告事件（大審院昭五（ク）六三七號、五・七・二六）
（民四、集九卷一〇號七三九頁）

〔事實〕

第三取得者たる抗告人は昭和四年六月十四日抵當權者たる相手方に對し濶除申出の書面を送達したるが、此の書面には抗告人の住所を麴町區有樂町一丁目二番地と記載しありしを以て、右申出を承諾せざりし相手方は同年七月十日に抗告人に向け前記住所宛にて増價競賣請求書の内容證明郵便として發したるも、抗告人が其住所を移轉したる爲め受信人居所不明の故を以て右郵便物は相手方に返戻せられたり。仍て相手方は同月十二日當該裁判所に對して本件増價競賣の申立を爲したり。原決定は抗告人の申立を棄却したので再抗告した。其理由は増價競賣請求の意思表示は相手方に到達するによりて其效力を生ずべきは民法三八四條一項の精神及同法第九七條から明白だと云ふにあつた。

〔判旨〕

棄却

「濶除ノ申出ガ承諾セラル、ト爾ラズシテ増價競賣ガ申請セラル、トハ債權者ニトリテハ第三取得者ニトリテモ等シク大關係アル事柄ナルノミナラズ、諾否ノ如何ハナルベク速カニ一決セラル、コト是亦關係人全員ノ爲甚緊要ナルコトニ屬ス。夫ノ濶除ノ申出ト之ニ對スル不承諾ノ通知（民三八四條第一項ニ所謂増價競賣ノ請求）ト共ニ、書面ノ送達ニヨリテ爲サル、コトノ如キ、又コノ申出ト諾否ノ回答ト孰レモコレヲ爲スニ付法定期間ノ存スルガ如キ旨前叙ノ理由ニ出デザルハナシ。サレバ債權者トシテハ不承諾ノ通知ハ濶除申出ノ書面ニ記載シアル第三取得者ノ住所宛ニテ之ヲ爲セバ足ルト共ニ、當該第三取得者ニ於テソノ住所ヲ變更シタル場合ノ如キハ遲滯ナク之ヲ債權者ニ通知シ、以テ迅速且確實ニ諾否ノ回答ヲ受ケ得ルノ用意ヲ怠ルベカラザルヤ殆ンド多言ヲ要セズ。蓋シ若シコレヲ然ラズトセ

ンカ、自己ノ權利ヲ保護スルニ忠實ナラザル第三取得ノ爲ニ債權者ハ徒ニ煩勞ヲ課セラル、ノミナラズ、甚シキハ法定期間内ニ不承諾ノ通知ヲ爲スヲ得ザルノ結果ソノ意ニ反シテ濺除ノ申出ヲ承諾シタルモノト看做サル、ノ已ムヲ得ザルニ至ルベケレバナリ。故ニ債權者ニ於テ濺除申出ノ書面ニ記載シアル第三取得者ノ住所ニ宛テ不承諾ノ通知ヲ發シタルモ偶々移轉其他ノ事由ニヨリ書面ノ不到達ヲ來シタル場合ニ於テ、若シコレヲ事由ノ存セザリシナラバ普通ノ事態トシテ當然法定期間内ニ右書面ノ到達ヲ見ルベカリシ以上、不承諾ハ適法ニ爲サレシモノニシテ、ソノ第三取得者ニ到達シタルト否ト又ソノ事實到達シタル時日ノ如キハ總テ之ヲ問ハズト解スベキハ蓋諸易キ道理ナラズンバアラズ。」本件事實に照シ「同趣旨ニ出デタル原決定ハ相當ナリ。」

二、債權者は濺除權者の提供したる金額が自己の債權を弁済するに足るときもその提供を拒絶して増價競賣を請求し得る

民三八四條、民訴四五六條

不動産増價競賣事件（大審院昭二（ク）一九八號、同年（ク）一二〇二號）
（三・八・一、民四決、集七卷一〇號六六五頁）

〔事實〕

本件不動産に對しては元金一萬圓の利息年一割二分（利息制限法により一割に引直さる）の債權に對する一番抵當權と、元金六千圓利息年九分の債權に對する二番抵當權と、金三千圓を限度とする債權に對する三番抵當權の設定ありしが、此等抵當權設定後に其の所有權を取得したる相手方は金一萬二千圓を提供して濺除を爲さんことを以上の各抵當權者に申出た。

一番抵當權者たる原告人金子は右の提供を拒絶して本件増價競賣を申立て、裁判所は競賣開始決定を爲し更に競落許可決定を爲した。

本件不動産の第三取得者たる相手方は前記提供金額を以てすれば一番抵當權者たる原告人の元金債權一萬圓及之に對する最後の二年分の利息債權二千圓は之を皆済し得るを以て、斯る抵當權者は増價競賣を申立て得ざるものなりとの理由に基き前記競賣開始決定に對し異議を申立てた。然るに第一審は理由なしとして之を棄却したるにより、相手方はこの裁判に對し抗告を申立て尙前記競落許可決定に對し同一の理由で抗告を申立てた。

原裁判所は濺除金額を以て債務全部の満足を得べき債權者は増價競賣の申立を爲すべき法律上の利益を有せざるものと判示し、各抗告を理由ありとして當該各決定を廢棄し更に相當の裁判を爲すべきことを當該裁判所に委任する旨の決定を爲した。そこで一番抵當權者金子は抵當權者はその理由の如何を問はず、又その抵當權者に利益ありや否やを問はず、常に第三取得者の提供を拒絶して増價競賣を請求し得るとの理由で抗告した。

〔判旨〕

棄却

(一)「債権者が第三取得者ノ提供ヲ承諾スルト否トノ要訣ハ之ニ依リテ以テ自分一個ノ債権ノ満足ヲ得ベキカ否カノ計算ニハ非ズシテ、之ヲ聽許スルト競賣ノ方法ヲトルト孰レガ最モ債権者全體ニ有利ナリヤトノ商量ニ在ルコト殆ド多ク言フヲ須ヒズ。蓋シ若シ之ヲ爾ラズトセンカ先順位ニ於テ辨濟ヲ受クル債権者ト後順位ニアルソレヲトハ提供諾否ノ自由ニ關シソノ間自ラ差等ノ存セザルベカラザルニ拘ラズ何等法規ノ斯ル消息ヲ窺フニ足ルモノナク、却テ各債権者ニハ獨リコノ點ノミナラズ凡ソ濳除ト云ヒ増價競賣ト云ヒ諸般ノ關係ニ於テ全ク均等ナル機會ガ與ヘラル、コト之ヲ民法並競賣法ノ規定ニ徴シ歴々タルニ於テ又以テ前叙判示ノ適切ナルヲ知ルニ足ラムナリ。但斯ク解スルトキハ或債権者ハ専ラ他ノ爲ニ謀ルニ忠ニシテ自己ノ利害ニ風馬牛ナル干渉ヲ試ムルノ觀ナキニ非ズト雖爾ラズ。蓋不動産ニ對シテハ種々ナル權利殊ニ物上擔保權ガ競合併存スルコト夫ノ動産ニ於ケルノ比ニ非ザルヲ以テ、不動産競賣ノ手續ハ此ノ間ニ出入ヲ一舉ニ決濟スル方針ノ下ニ進行スルノ結果、彼ノ破産手續ガ債務者ノ全財産ニ對スル一ノ清算行爲ナルニ匹敵シテ、此ハ則チ特定ノ財産ニ對スル清算行爲ニ外ナラズ。此ノ關係ニ於テ又コノ限度ニ於テ總債権者ハ一ノ債権者團體ヲ形成シ以テ共同ノ利害ヲ防衛スベキ地位ニ在ルコト夫ノ破産手續ニ於ケルト程度ノ相違ニ過ギズト云フモ亦甚語ニ非ズ。則チ爾ルガ故ニ自分一個ノ利害ニハ影響ナクトモ他ノ債権者ノ爲敢テ第三取得者ノ提供ヲ拒絶シ増價競賣ノ途ニ進出スルコトノ唯一片好事ノ舉ヲ以テ目ス可カラザルノ理由又之ヲ了シ得テ餘蘊ナカラムナリ。」

(二)併し「原決定ノ如キ中間裁判ニ對スル上訴ノ不適法」なることは當院從來ノ判例とする所であるからと云ふの

で結局抗告を棄却した。

三、(1)民法第三八四條第三項の擔保 (2)競賣法第四〇條の法意 (3)違法なる競賣開始決定

民三八四條二項三項、競法四〇條

不動産増價競賣事件ノ競落許可決定ニ對スル再抗告ノ件 (大審院大四(ク)三三七號、四・七・一六)
民一決、錄二二輯二三卷一二二四頁)

〔判旨〕

一、民法第三八四條第三項ニ依ル擔保ハ遅クトモ競賣法第四〇條ノ認許ヲ求ムル迄ニ之ヲ現實ニ供スルコトヲ要スルモノトス

一、競賣法第四〇條ハ競賣ノ請求ヲ送達シタル日ヨリ三日ヲ經過シタル後ハ競賣ヲ申立テ擔保ノ認許ヲ求ムルヲ得ザル旨ヲ規定シタルニ止リ競賣請求ノ送達前ニハ之ヲ許サバノ法意ニ非ズ

一、競賣申立人が現實擔保ヲ供セザル以前ニ爲シタル擔保認許ノ裁判ハ實質上擔保ノ認許タル效力ヲ生ゼザルモノナレバ斯クノ如キ裁判ニ基キ爲シタル競賣手續開始ノ決定ハ違法ナルモノトス

〔決定理由〕 按ズルニ民法第三八四條第三項ニ債権者ハ代價及費用ニ付擔保ヲ供スルコトヲ要ストアルハ現實ニ之

ヲ供スルコトヲ要スルノ意ナルコト法文上疑ヲ容レズ其時期ニ付テハ法律ニ明カニ規定スル所ナシト雖モ競賣法第四〇條第一項ニ依レバ第三取得者ニ増價競賣ノ請求ヲ送達シタル日ヨリ三日内ニ競賣ノ申立ヲ爲シ且ツ擔保ノ認許ヲ求ムルコトヲ要スルガ故ニ擔保ノ手續ノ順序トシテ遅クトモ認許ヲ求ムル迄ニ供スルコトヲ要スルモノト解セザルベカラズ擔保ノ認許ヲ求ムルハ將來供セントスル擔保ノ認許ヲ求ムル意ナリト解シ現實ニ擔保ヲ供スルハ認許ノ裁判ヲ得タル後ニ之ヲ爲スヲ以テ足レリト爲ス抗告人ノ見解ハ競賣法第四四條ニ裁判所ガ擔保ヲ認許シタルトキハ競賣手續開始ノ決定ヲ爲スヘシト規定シ認許ニ引續キ開始決定ヲ爲スベキコトヲ命ジタルニ見ルモ亦其不當ナルヲ知ル可シ抗告人ガ第三取得者ニ増價競賣ノ請求ヲ送達シタルハ大正三年十二月九日ニシテ現實擔保ヲ供シ認許ヲ求メタルハ其前ナル同月四日ナルモ競賣法第四〇條ハ競賣ノ請求ヲ送達シタル日ヨリ三日ヲ經過シタル後ハ競賣ヲ申立テ擔保ノ認許ヲ求ムルヲ得ザルコトヲ規定シタルモノニシテ競賣請求ノ送達前ニハ之ヲ許サバノ法意ニ非ザレバ抗告人ノ擔保提供ハ適法ノ時期ニ爲サレタルヲ失ハズ然レドモ競賣裁判所ガ擔保認許ノ裁判ヲ爲シタルハ抗告人ガ擔保ヲ供シタル前日ニ在レバ其裁判ハ實質ニ於テ擔保ノ認許タル效力ヲ有セズ從ツテ擔保ノ認許ヲ爲サズシテ競賣手續ノ開始決定ヲ爲シタルニ歸シ競賣法第四四條ノ規定ニ違背スルヲ以テ本件競賣ハ此點ニ於テ許ス可カラザルモノトス然レバ其競落モ亦之ヲ許ス可カラザルヲ以テ原裁判所ガ競落許可決定ヲ廢棄シ競落ヲ許サズト決定シタルハ結局相當ニシテ本抗告ハ理由ナシ

四、(1) 滯除權者の辨濟供託の時期及遲滯の効果 (2) 増價競賣請求後其申立を爲さざる場合の効果

民三八四條三三三條

〔判旨〕

- 一、 抵當權者が不動産ノ第三取得者ヨリ爲サレタル滯除ノ通知ニ對シ増價競賣ノ請求ヲ爲シタルトキハ右請求書送達ノ日ヨリ三日内ニ抵當不動産所在地ノ區裁判所ニ競賣ノ申立ヲ爲シテ擔保ノ認許ヲ求メ且現實ニ之ヲ供スルコトヲ要スベク右法定期間内ニ以上ノ手續ヲ爲サズ之ヲ徒過シタルトキハ債權者ハ増價競賣ノ申立ヲ爲ス權利ヲ失ヒ提供セラレタル金額ハ確定シ滯除權者カ右金額ヲ辨濟又ハ供託シタルトキハ之ニ因リ抵當權ハ消滅スルモノトス
- 一、 前叙ノ場合ニ於テ滯除權者ガ滯除金額確定シタルトキヨリ遲滯ナク辨濟又ハ供託ヲ爲スコトヲ要シ其遲滯アルトキハ後ニ至リテ辨濟又ハ供託ヲ爲スモ其ノ效ナク之ニ因リ既ニ爲シタル滯除ノ通知モ其ノ效ヲ失ヒ抵當權消滅ノ效果ヲ生ゼザルモノトス
- 一、 被控訴人(抵當權者)ガ控訴人(第三取得者)ノ滯除ノ通知ニ對シ増價競賣ノ意思表示ヲ爲シタルモ更ニ三日ノ法定期間内ニ管轄裁判所ニ對シ増價競賣ノ申立ヲ爲サズ且擔保ノ認許ヲ求メザリシ場合ニ於テ控訴人ハ其ノ指定ノ滯除金額ヲ供託シタルモ右被控訴人ノ増價競賣申立期間經過後三ヶ月餘ヲ經過シタル以上遲滯アルモノト云フベク從テ被控訴人ノ抵當權ハ消滅セザルモノトス

(東京控訴、昭四・一〇・八判決、評論一九卷一號八五頁)

五、競賣法第四六條に違背せる増價競賣公告に基きて爲せる競賣手續と競落不許可理由の存在

民三八四條三八五條、民訴六七二條六七四條、競法四六條

〔判旨〕

一、増價競賣ノ公告ニハ増價競賣ノ申立ニ因リテ競賣ヲ爲ス旨及請求者ノ定メタル増價金額ヲ記載スルコトヲ要スルコトハ競賣法第四六條ノ明規スルトコロニシテ此ノ規定ヲ遵守セザル増價競賣公告ハ違法ニ歸シ同時ニ此ノ違法ノ公告ニ基キテ爲サレタル競賣手續ハ競落不許ノ原由アルモノトス

(松本區、昭二・三・一〇決定、評論一六卷一二號六三二頁)

第三百八十七條

一、抵當權實行通知の相手方——不動産登記法第二條第一號及第二號所定の假登記権利者を含む

民三八七條三八〇條三八一條、不登法二條

不動産競落許可決定ニ對スル抗告事件 (大審院昭五(ク)一三七五號、六、一・一三民五、集一〇卷一號一頁)

〔事實〕

抗告人Xの先代Aは、B銀行の爲自己所有の土地建物に一萬二千圓を限度とする根抵當權を設定してその登記を爲し、更に右土地につき、右抵當債權が辨濟期に辨濟せられざる場合に效力を發生すべき停止條件付にて地上權を設定すべき旨を約し、Bは其後辨濟期に辨濟なきことを理由として、地上權設定請求權保全の假登記を爲した。然るにB銀行の上記根抵當權及抵當債權は、Aの承諾を得てCに讓渡せられ、之が移轉登記ありたる後、Cは右抵當債權が辨濟期に辨濟なきことを主張して、抵當權實行の爲競賣の申立を爲した。仍つて第一審裁判所は競賣手續を開始し、本件土地建物を一括して競落許可決定を爲した處、右土地建物の所有者Xは、地上權設定請求權保全の假登記権利者たるB銀行に對し抵當權實行の通知なかりしことを理由として、本件競賣を不當なりとして抗告した。

原審は、地上權設定請求權保全の假登記権利者は民法に所謂第三取得者に非ずと前提し、これに抵當權實行の通知は不必要として右抗告を棄却。こゝに於てXは、「本件ノ假登記ノ如ク債務不履行ナル條件成就ニヨリ地上權發生スベキ旨ノ記入アルモノハソノ文言自體ヨリ條件成就ト同時ニ地上權設定假登記ト同一效果ヲ有スベキ筋合」なるに拘らず、「原決定ハ登記文言ヲ顧慮セズ、唯單ニ請求權保全ノ假登記ナルガ故ニB銀行ハ第三取得者ニ非ズトシテ、抗告理由ヲ排斥シタルハ違法ナリ」と再抗告に及んだ。

〔判旨〕

取消差戻

(一)「假登記ヲ爲シタル場合ニ於テハ、本登記ノ順位ハ假登記ノ順位ニ依ルベキコトハ不動産登記法第七條第二項

ノ規定スル所ニシテ、コノ規定ハ假登記が同法第二條第一號ノ場合ニ爲サレタルト同條第二號ノ場合ニ爲サレタルトチ區別スルコトナシ。故ニ地上權設定請求權保全ノ假登記存スル以上、後日ソノ本登記アリタル場合ニハ、ソノ本登記ハ假登記ノ順位ニ從ヒテ效力ヲ有スベク、假登記當時未ダ地上權設定ナカリシノ故ヲ以テコノ效力ヲ否定スベカラズ。(昭五・二・二・二、當院決定參照)

(二)然レバ抵當不動産ニ付地上權設定請求權保全ノ假登記ヲ爲シタル者ハ未ダソノ請求權ニ基キ地上權ヲ取得セザルトキト雖モ、若後日本登記アラバ假登記ノ順位ニ於テ地上權取得ヲ第三者ニ對抗シ得ルニ至ルベキ地位ヲ有スルモノニシテ、コノ地位ヲ保全スルノ必要上、抵當權者ガ抵當權ヲ實行セント欲スル場合ニハ、右ノ假登記權利者ハ民法第三七八條ニ掲ゲタル第三取得者トシテ、之ニ對シ抵當權實行ノ通知ヲ要スルモノト解スルヲ相當トス。

(三)唯假登記アリタル地上權設定請求權ガ、停止條件若クハ將來確定スベキモノトシテ登記セラレタル場合ニ於テハ條件ノ成就其他ノ事實ニ因リ請求權ノ現存スルニ至リタル時以後ニ限り、該假登記權利者ニ對シ抵當權實行ノ通知ヲ必要トスルコト民法三八〇條ノ趣旨ニ照シ明ナリ。

(四)然ルニ抗告人ノ主張ニヨレバ、本件抵當權設定登記後尾張銀行ハ抵當不動産中ノ土地ニ付、本件抵當債權ガ辨濟期ニ辨濟セラレザル場合ニ效力ヲ生ズベキ停止條件付地上權設定請求權保全ノ假登記ヲ爲シタリト云フニアルガ故ニ若シ然リトセバ競落申立人ニ於テ、本件抵當債權ガ辨濟期ニ辨濟セラレザリシコトヲ主張シテ抵當權實行ノ爲本件競賣ヲ爲スニハ豫メB銀行ニ對シ抵當權ノ實行ヲ通知スルヲ要スルコトハ叙上説明スル所ニ依リ明ナリ。從ツテ若シ

此通知ナシトセバ本件土地ノ競賣ハ許スベカラザルモノニシテ、土地及建物ヲ一括シテ競落ヲ許可シタル競賣裁判所ノ決定ハ全部違法ナリト云ハザルベカラズ。

二、民法第三八七條所定の期間内に抵當權者が爲したる競賣申立は却下すべく之を受理して爲したる競賣開始決定は違法なり

民三八七條三八一條三八二條三七八條

不動産競賣事件ノ競賣手續開始決定 (大審院昭三(ク)八二八號、四・七・六)
異議申立却下決定ニ對スル抗告事件 (民四決、集八卷九號六三八頁)

〔事實〕

抗告人清水金治は昭和二年二月十日本件不動産に付所有權取得の假登記を爲したが、抵當權者川田は同年三月二十八日抗告人に對し抵當權實行の通知を爲し、同月三十日東京區裁判所に對し本件競賣の申立を爲し、同裁判所は五月十六日本件競賣開始決定を爲し、此決定は同月十九日所有者にして且債務者たる清水(四郎)に送達された。抗告人は前記決定に對し異議を申立てたるも一、二審とも棄却した。

抗告人は原審の決定に對し再抗告した、その理由下の如し。昭和二年三月二十八日競賣申立人たる抵當權者より抵

當權實行の通知を受けたるを以て、四月二十六日民法第三八二條の規定に従ひ適法なる濼除手續を爲したるに、債權者は其後一ヶ月を経過するも増價競賣の申立を爲さざるにより原告人の提供を承諾したるものと看做されたるものにして、殊に原告人は五月二十八日債權者に對し濼除金額を提供したるに之を受領せざりしより、原告人は之を供託し供託所は其旨債權者に通知したり。依つて債權者の有したる抵當權は右濼除により消滅したるを以て、債權者は競賣の申立を爲す能はざるに至り、その實行のため爲したる競賣申立は不當に歸し、從つて競賣開始決定も不當に歸す。然るに原決定は右事實を認めながら、假登記權利者は民三八一條の抵當權實行の通知に關しては之を第三者として取扱ふべきも、假登記權利者の儘爲したる濼除の效力は不適法なりと説明し原告を棄却したるも、假登記權利者と雖も其の有する權利を第三者に對抗し得ざる理由なく、若し原決定の如くせば民三八一條の抵當權實行の通知に關し第三取得者として取扱ふべき理由なく、原決定の説明は矛盾たるを免れず。

〔判旨〕

廢棄委任

(一)「民法三八二條第二項所定ノ期間ハ第三取得者ヲシテ其ノ有スル濼除權ヲ行使スルガ爲ニ與ヘラレタルモノナルヲ以テ、此期間内ハ抵當權ノ實行ヲ開始スベカラザルヤ殆ンド言ヲ俟タズ。三八七條ノ規定ハ此ノ當然ノ結果ヲ宣明シタルモノニ外ナラズ。或ハ抵當權ノ實行ヲ開始スルモ競落許可決定ダニナキ限り、第三取得者ハ何等痛痒ヲ感ゼザルガ故ニ競賣手續ハ當該期間經過前ト雖モ之ヲ開始スルヲ妨グズ唯競落許可決定ヲ爲サルノミト云フガ如キハ競

賣法ニ依ル競賣開始ノ場合ニモ亦當該不動産ニ對シ差押ノ效力ヲ生ジ、第三取得者ヲシテソノ處分ノ上ニ少カラザル拘束ヲ被ラシムルコトヲ省ミザルノ論ナリ。加之此論ヲ正シトスルトキハ三八七條ノ規定ノ趣旨ハ殆ンド蹂躪セラレ了ラムナリ。」

(二)「而シテ假登記ヲ受ケタル者ハ現在ハ未ダ第三者ニ對抗シ得ル物權ヲ有セズ若ハ單ナル請求權ヲ有スルニ過ギズト雖モ、他日或ハ爲サル、コトアルベキ本登記ニヨリ其ノ已ニ取得セル若ハ將ニ取得セントスル物權ヲ遡及シテ第三者ニ對抗スルヲ得ルニ至ルヲ以テ、コノ點ヲ省ミ凡ソ所有權地上權若ハ永小作權ノ假登記ヲ受ケタル者ハ待ツニ同法三八七條所掲ノ第三取得者ヲ以テスルコト實ニ當院判例ノ趣旨トスルトコロナリ。」

三、抵當權實行通知が到達せざる場合と競賣申立の許否

民三八七條三八一條

〔判旨〕

一、民法第三八一條ニ債權者ガ第三取得者ニ對シテ爲ス抵當權實行ノ通知ハ第三取得者ニ對スル意思表示ナルガ故ニ其ノ通知ガ相手方ニ到達シタル時ニ效力ヲ生ズベキモノニシテ通知ガ相手方ニ到達セザル以上ハ債權者ハ競賣ノ申立ヲ爲スコトヲ得ザルモノトス

一、前叙ノ場合ニ於テ債權者ガ過失ナクシテ相手方ヲ知ラズ又ハ其ノ居所不明ナルトキハ民事訴訟法ノ規定ニ則リ公示送達ノ方法ヲ以テ通知ノ目的ヲ達シ得ベキモノトス
(大阪地方、昭五・五・六決定、評論一九卷四號八八頁)

第三百八十八條

一、法定地上權——土地のみに抵當權の設定せられたる場合に建物につき登記なくも建物所有者は法定地上權を取得す

民三八八條

土地明渡請求事件(大審院昭七(オ)四七三號、昭七・一〇・二二)
(民二、集一一卷二一號二二七七頁)

〔事實〕

原告X銀行は訴外Aに對し大正八年三月廿六日に一萬二千圓を貸付け、本件係争地上に抵當權を設定した。Aは辨濟期(同年十二月二十日)迄に支拂はないので、昭和三年一月競賣申立を爲し、同五年五月一日X銀行自身競落人となつた。被告Yはこの地上に建物を所有するのでXから土地明渡を請求した。

この建物はAが抵當權設定前に新築し設定當時も自ら所有した。しかし保存登記はない。それを設定後にYが讓受け昭和二年四月八日に始めてY名義の保存登記をした。この場合三八八條の適用ありや。——一審以來適用を否定してY敗訴した。その理由は三八八條適用の爲には抵當權設定當時、土地と建物とが同一所有者に屬することが要件である。同一所有者に屬することは登記によつてのみ對抗し得る。故に本件に於てはAの所有なりしことをXに對抗し得ず、従つて三八八條の適用なしと云ふのである。

〔判旨〕

破毀差戻

「三八八條ノ適用ニ付テハ抵當權設定者ガ建物所有權ノ取得ヲ以テ抵當權者ニ對抗シ得ルコトヲ要スルハ勿論ナリト雖モ必シモ抵當權設定當時建物ニ付ソノ登記ヲ爲シタルコトヲ要件トスルモノニ非ズ。故ニ例ヘバ抵當權設定者ノ抵當權設定當時自己ノ新築シタル建物ヲ所有シ未ダソノ保存登記ヲ爲サザルモ建物ヲ新築シタル者ハ保存登記ノ有無ヲ問ハズ、ソ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ザルベカラズ。而シテ土地及ソノ上ニ存スル建物ガ同一所有者ニ屬スル場合ニ於テソノ土地又ハ建物ノミテ抵當トナシタル後抵當權ノ目的タル土地又ハ建物ガソノ競賣ニ至ル迄同一所有者ニ屬セザル場合ニ於テモ民法三八八條ノ適用アリ(大正十二年大審院聯合部判決)。

故ニ土地ノミテ抵當トセル抵當權設定者ガ地上ニ存スル建物ヲ他ニ讓渡セル場合ニ於テハソノ讓受人ガ土地ノ競落

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ガ未登記ニシテ未登記ノマ、讓渡セラレ、讓受人ガ抵當權設定後土地ノ競落前ニソ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ヨル地上權ヲ取得シ得ベカリシ場合ナルニ於テハ、讓受人ニ於テモ同ジク地上權ヲ取得スルコトヲ得ルモノト謂フベク、建物ノ讓受人ガ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ノ規定ノ適用ヲ拒否スルコトヲ得ザルモノトス。

二、民法第三八八條と抵當土地競賣前の地上權設定契約——土地及其の地上建物の所有者が土地のみを抵當と爲したる後其の競賣前建物を他に讓渡し其の讓受人の爲設定したる地上權が競賣の結果消滅したるときと雖も競賣の場合に於ては建物讓受人は民法第三八八條に依る地上權を取得すべきものなり

民法三八八條

土地明渡家屋取除請求事件（大審院昭八（オ）二〇〇五號、八・一〇・二七）
民五、判決、集一二卷二三號二六五六頁）

〔事實〕

係争土地及其の地上の建物は共に竹田に屬せし處、同人は昭和五年九月二十三日其の土地のみに付上告人（控訴人

原告）の爲に抵當權を設定して其の登記を爲し、次で六年十二月二十八日右建物のみを被上告人（被控訴人、被告）に賣渡し、更に七年一月十一日右土地のみを米田に賣渡し、其の都度之が所有權移轉登記を爲し、其後右土地は上告人の抵當權實行の爲にする競賣手續に於て昭和七年四月九日上告人之を競落し之に因る所有權移轉登記ありたる事實、及被上告人が六年十二月二十八日建物を買受ると同時に土地所有者たる竹田との契約に依り存續期間五十年の地上權の設定を受け之が登記を爲し、該登記が競落に因る上告人の所有權取得登記と同時に抹消せられたる事實は何れも當事者間に争なく、此事實に基き上告人は被上告人の土地不法占據を理由として建物取除土地明渡を訴求し、被上告人は民法三八八條に依る地上權を有すと抗辯したり。原判決は被上告人の抗辯を認容し請求を棄却したり。

〔判旨〕

本件上告は之を棄却す

三「同一所有者ニ屬シタル土地及其ノ上ノ建物ノ中土地ノミニ付抵當權設定アリタル後、土地及建物が各別ニ他ニ各讓渡セラレタル場合ト雖モ、其後抵當土地ノ競賣アリタル場合ニハ民法三八八條ノ適用アリテ建物ノ所有者ハ競落人ニ對抗シ得ベキ地上權ヲ有スベキコトハ既ニ當院ノ判例（大正十二年（オ）二八六號、十二・十二・十四判決）ニ於テ判示セル所ナリ。故ニ被上告人ハ本件土地ニ付民法三八八條ニ依リ上告人ニ對抗シ得ベキ地上權ヲ有スルモノトス。」
尙地上權設定契約に關しては「此被上告人ノ地上權ハ上告人ノ抵當權ノ登記後ニ設定登記セラレタルモノナレバ、其ノ抵當權實行ノ爲ニスル競賣手續ニ於テ土地ヲ競落シタル上告人ハ該地上權ノ負擔ナキ土地ノ所有權ヲ取得スベク被

上告人ハ該地上權ヲ上告人ニ對抗シ得ベキニ非ズ。故ニ斯カル土地ノ競落人ニ對抗シ得ザル地上權ノ設定登記アリタル事實ヲ以テ被上告人ガ土地ノ競落後競落人タル上告人ニ對シ民法三八八條ニ依ル地上權ヲ有スルコトヲ妨グルノ理由ト爲スヲ得ズ。」上告論旨は之に反する見解を主張して却けらる。

三、民法第三八八條の法定地上權——土地抵當權設定後建築せられたる建物が競賣となりたる場合競落人は法定地上權を主張し得るか

民三八八條三八九條

建物撤去及土地明渡請求事件（大審院六一四（オ）一一一三號、一五）
二・五民二、集五卷二號八二頁

〔事實〕

(一)小西は大正十年五月三十日甲乙の二地及其地上建物を一番抵當として花岡から一萬三千圓を借受け、更に同年六月一日二番抵當を設定して森から七千圓借受けた。

(二)其後小西は同年十月五日甲地上に座敷及手術室を新築して同日之を一番抵當として島野から七百五十圓借受け又同日二番抵當を設定して同人から七百五十圓を借受けた。而して結局辨濟を怠つた結果大正十二年十月三十日島野

の申立により競賣開始され、同年十一月二日藤田義一が千三百六十圓で競落した。

(三)小西は又大正十一年九月甲地上に貸家、甲乙兩地上に跨つて入院室を新築したが、鈴江の爲に新築工事請負契約による豫算金額五千四百四十七圓七錢の不動産工事先取特權の保存登記があつた爲、結局同人の申立により上記座敷及手術室と同時に競賣開始の決定を受け、貸家は四千六百二十圓入院室は千九百五十圓で孰れも上記藤田に競落した。

(四)所が前記債權者森も前記抵當土地及建物に對し競賣申立を爲し大正十二年四月二十八日競賣の結果甲地は門田に、乙地は楠本に競落し共に登記した。

(五)依つて門田及楠本は藤田に對し「藤田ノ競落取得シタ建物ハイズレモ小西ガ森ニ對シテ抵當權ヲ設定シタ後建築セシモノ故、藤田ハ民法三八八條ニヨリ地上權ヲ主張シ得ナイ」との理由により「建物撤去及土地明渡」を請求した。

(六)被告藤田は「土地及其上ノ建物ガ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」場合には廣く三八八條の適用を受くべきで、土地について抵當權の設定された後建築された建物についても除外例を設くべき理由なしと抗爭した。

〔判旨〕

(一)「土地抵當權設定後建設シタ建物ニ抵當權ヲ設定シタ場合」も民法三八八條に所謂「土地及其上ニ存スル建物

ガ同一所有者ニ屬スル場合ニ於テ其土地又ハ建物ノミテ抵當ト爲シタル場合」に該當するから「右建物競賣ノ場合ニ於テハ同條ノ適用ヲ受ケ抵當權設定者ト建物ノ競落人トノ間ニ地上權ヲ設定シタルモノト看做ス」べきである。

(二)「然レドモ叙上ノ地上權ハ之ヲ以テ先ニ適法ニ設定セラレ且其ノ登記ヲ了シタル土地ノ抵當權者及其ノ抵當權ノ實行トシテ爲サレタル競賣ノ結果土地ノ所有權ヲ取得シタル競落人ニ對抗スルコトヲ得ザルモノニシテ、從ツテ右ノ地上權ハ單ニ土地抵當權ノ無効又ハ消滅ノ場合若クハ其ノ設定登記ヲ了セザル場合等ニ於テ其ノ對抗力ヲ發見シ得ルニ過ぎ」ない。

四、土地のみを抵當となしたる後建物を讓渡したる場合に抵當權の實行ありたるときも法定地上權あり

民三八八條

土地明渡請求事件 (大審院大一一(オ)二八六號、一一二・一二・一四民聯合部、集二卷六七六頁)

〔事實〕

齋田は建物及該建物を利用するのに必要な三十九坪の敷地を所有してゐたが、その敷地のみにつき古澤の爲に抵當權を設定し、設定後其抵當權實行着手前にその建物を石原に賣渡した。其後抵當權實行に依る競賣の結果古澤に競落

したので古澤は石原に對し土地明渡及不法占有に基く損害賠償を請求して本訴となつた。被告は民法三八八條により法定地上權を有することを以て抗辯とした。一、二審は原告勝訴の判決を下したので被告は上告した。

その理由は、(一)競賣以前石原が齋田からその建物を買受けたに因り敷地競賣の場合之に對し地上權の實現を得る權利をも承繼したものである。(二)民三八八條の立法趣旨よりも本件の場合に適用ありと解すべきである。原審判決の如く解すれば徒らに抵當と爲さざる一方の所有權を拘束し其自由處分を禁止し經濟價值を減するに過ぎざるものである。(三)法文の文理解釋上も然り。(四)權利殊に物權の移轉に關する一般法則との關係上も然り。物權移轉の對抗要件に關する一般原則から云へば、土地又はその上に存する建物の所有者がその土地又は建物の一方のみを抵當と爲したる後其の競賣前抵當とならざる建物を他人に移轉するときは之と同時に建物利用の爲地上權若くは土地賃貸借の設定あるを常とするも之は登記簿上抵當權の後に在るを以て他日土地競賣の時には抵當權は地上權を排除し建物の取除を爲すこととなるがこの一般原則に基く結果を不可として民法は特に三八八條の規定を設けたのである。一般原則と同一の結果を生ずるを以て甘んずるならば特に民三八八條制定の要はないのである。

〔判旨〕

上告を認め原判決を破毀差戻した。

「土地及ソノ上ニ存スル建物ノ所有者ガ土地又ハ建物ノミテ抵當ト爲シ其ノ一ガ抵當權ニ基キ競賣セラレ二者其ノ所有者ヲ異ニスルニ至リタル場合ニ於テ建物ノ所有者ハ土地使用ノ權利ナキノ故ヲ以テ建物ヲ收去スルヲ免レズト爲

サンカ建物ノ利用ヲ害シ一般經濟上不利ナルコト論ヲ俟タズ民三八八條ハ此ノ不利ヲ避ケンガ爲ニ建物所有者ニ地上權ヲ附與シタルモノナレバ土地ノミヲ抵當ト爲シタル場合ニ於テハ同條ニヨリ地上權ヲ有スベキ者ハ競賣ノ時ニ於ケル建物所有者ナラザルベカラズ、其ノ抵當權設定者タルト否トハ問フ所ニ非ズ。

五、(1)民法第三八八條の適用 (2)抵當地上建物所有者の義務

民三八八條

建物取拂地所明渡損害賠償請求ノ件 (大審院大三(オ)五六九號四・七・一) (民二、判錄二一輯二四卷一三三三頁)

〔判旨〕

一、民法第三八八條ハ抵當權設定前ヨリ建物ガ土地ノ上ニ存在シタル場合ノ規定ニシテ抵當權設定後建物ヲ建設シタル場合ニ對スル規定ニ非ズ

一、抵當權ノ目的タル土地ノ上ニ建築セラレタル建物ノ所有者ハ特別ノ理由ナキ限り抵當權ノ實行ニ因ル土地ノ競落人ノ請求アルニ於テハ土地ノ明渡ヲ拒ムヲ得ザルモノトス

〔上告理由〕 上告論旨ハ本件ノ事實ヲ簡明ナラシメンガ爲メニ假ニ抽象的文案ト爲スコト左ノ如シ甲債權者ガ乙債

務者ノ所有ニ係ル建物ナキ土地ノ上ニ抵當權ヲ設定シタル後乙ハ其所有地ニ建物ヲ築造シ丙債權者ノ爲メニ其建物ノ上ニ抵當權ヲ設定セリ其後甲ハ抵當權ヲ實行シ土地ノミヲ競賣ニ附シ自ラ其競落人トナレリ其後更ニ丙モ亦抵當權ヲ實行シ自ラ其目的タル建物ノ競落人トナレリ是ニ於テ土地ト建物ト其所有者ヲ異ニスルノ結果ヲ生ジ甲ハ丙ニ對シ建物ノ撤去ヲ請求セリ本件ニ關スル第二審ノ判決ハ甲ノ請求ハ正當ニシテ丙ハ其建物ヲ撤去スベシト云フヲ以テ其要旨ト爲ス其理由トスル所ハ本件ノ場合ニ對シテハ既ニ民法第三八八條ノ適用ナク又同第三八九條ノ適用ナキガ故ニ所有權本來ノ效力ニ歸向スルノ外ナシト云フニ在リ然レドモ上告代理人ノ見ル所ヲ以テスレバ此判決ハ法律ノ解釋ヲ誤リ從ツテ其適用ヲ誤レルモノナリ蓋シ本件ノ場合ニ於テ甲ガ其抵當權ヲ實行スルニ當リテ民法第三八九條ニ依リ土地ト建物トヲ併セテ競賣ニ附セシコトハ固ヨリ適法ニシテ且若シコノ方法ヲ採リシナラバ何等ノ紛議ヲモ生ゼザリシナルベシト雖モ事此ニ出デズシテ獨リ土地ノミヲ競賣ニ附シ自ラソノ競落人トナリタルガ故ニ從前乙ノ所有ニ屬セル土地ト建物トハ其所有者ヲ異ニスルニ至リ此競落ノ瞬間ニ於テ乙ハ民法第三八八條ニ依リ其建物ノ上ニ地上權ヲ取得シタルモノト謂ハザルベカラズ其後ニ至リ丙ハ其建物ニ對シテ抵當權ヲ實行シ之ヲ競落シタルモノナルガ故ニ丙ハ當然乙ノ取得セル地上權ヲ承繼スベキモノナリ故ニ甲ハ丙ニ對シテ地代若クハ期間ノ確定ヲ請求スルハ當然ナルモ建物ノ撤去ヲ請求スルハ不當ナリ請フ左ニ其理由ヲ略陳セン 一、民法第三八八條ニ曰ク土地及其上ニ存スル建物ガ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ト第二審判決ハ本條ト次ノ第三八九條トヲ對比シ本條ハ抵當權設定ノ當時ニ既ニ建物ノ存在セル

場合ニ就キテ規定シ次條ハ抵當權設定後建物ヲ築造セル場合ニ就キテ規定シタルモノト爲シ截然之ヲ區別スト雖モ是レ即チ誤謬ノ解釋ナリ此ノ如キ區別ハ特ニ第三八九條ノ規定アルヲ以テ設クルコトヲ得ルノミ姑ク第三八九條ノ規定ナキモノト假定シ虚心坦懐ニ第三八八條ノ文字ヲ讀下スルトキハ其中ニ抵當權設定前ヨリ建物ノ存在セル場合ト抵當權設定後建物ヲ築造セル場合トヲ含ムコトハ容易ニ之ヲ看取スルヲ得ン故ニ第三八九條ノ規定ハ第三八八條中ニ包含セラレタル一場合ニシテ債權者ヲ保護センガ爲メニ設ケラレタル特別規定ト見ルベキモノナリ債權者ガ第三八九條ヲ援用シテソノ保護ヲ享有スレバ即チ已ム然ラザレバ債權者ハ其權利ヲ喪失シテ第三八八條ノ適用ヲ受クベキモノト解スルヲ以テ穩當トス 二、民法第三八八條ハ所謂公益規定ニシテ當事者ノ反對意思ヲ容レザルモノナリ蓋シ土地及建物ガ同一所有者ニ屬スル場合ニ於テ其一方ノミヲ抵當ト爲シタルトキニ競賣ニ依リテ土地ト建物トガ其所有者ヲ異ニスル結果ヲ生ジ土地ノ所有者ハ常ニ建物ノ撤去ヲ請求シ得ベキモノトスルトキハ國家經濟上被ル所ノ損失ハ決シテ尠鮮ニ非レバナリ然ルニ第二審判決ガ本條ヲ以テ當事者殊ニ債權者ノ意思ノ推測ニ基ヅク規定ナルガ如ク解スルハ甚ダシキ迷謬ナリト謂ハザルベカラズ公益規定ハ個人ノ自由ヲ制限スルノ點ニ於テハ嚴肅解釋ヲ施スベキモノナリト雖モ又妄リニ其意義ヲ狹縮シテ公益扶持ノ目的ニ背馳スルナカラントヲ要ス故ニ文字ノ包含スル範圍ハ之ヲ推充シテ濫リニ區劃ヲ設ケテ之ヲ縮小スベカラザルコト勿論ナリ 三、抵當權設定後建物ヲ築造シタル場合ニ於テ第三八八條ノ適用アリトセバ債權者ハ其豫想ニ反シテ不測ノ損害ヲ被ルルノ虞アリト云フモノ第二審判決要旨ノ一ナリ是レ即チ公益規定ヲ以テ意思推測規定ト爲スノ過ニ坐スト雖モ姑ク判決ノ旨趣ニ從フモ未ダ必ズシモ然ラザルモノアリ夫レ抵當

權ハ不動産ノ占有ヲ移サズシテ債權ノ擔保ト爲スノ權利ニシテ不動産ノ所有者ハ自由ニ之ヲ使用收益處分スルノ權利ヲ有ス故ニ抵當地ノ所有者ガ其土地ニ建物ヲ築造スルハ固ヨリ適法ニシテ之ヲ他ノ債權者ニ抵當權ト爲スモ亦固ヨリ適法ナリ土地ノ抵當權者ハ寧ロ初メヨリ之ヲ豫想セザルベカラズ而モ法律ハ土地ノ抵當權設定後建物ヲ築造シタル場合ニ於テ土地ノ抵當權者ノ利益ヲ害スルアラントヲ慮リ特ニ第三八九條ヲ設ケテ土地ノ抵當權者ハ土地ト共ニ建物ヲ競賣ニ附スルコトヲ得ベキ旨ヲ規定シテ以テ其利益ヲ擁護セリ故ニ土地ノ抵當權者ニシテ第三八八條ノ適用ヲ免レント欲セバ此ノ保護規定ヲ援用スレバ可ナリ之ヲ援用セザル場合ニ於テ第三八八條ノ適用ヲ受クルモ亦何ゾ不測ノ損害ヲ被ルコトアラシヤ 四、本件ノ場合ニ於テ果シテ第二審判決ノ如クナリトセバ土地ノ抵當權者ハ土地ト共ニ建物ヲ競賣シ若クハ競賣セズシテ建物ノ撤去ヲ請求スルコトヲ得テ法律ノ優渥ナル保護ニ浴スルコトヲ得ルニ反シテ建物ノ抵當權者ハ何等ノ違法過失ナキニ全ク無保護ノ地ニ暴露サル、ノ結果トナルベシ均シク是レ債權者ナリ何ゾ其一方ニ厚クシテ他方ニ薄キノ甚ダシキヤ之ニ反シテ本件ノ場合ニ第三八八條ノ適用アリトセバ土地ノ抵當權者ハ相當ノ地代ヲ得ベキガ故ニ必ズシモ常ニ損失ヲ受クルモノニ非ズ建物ノ抵當權者ハ建物ノ強制撤去ヲ免ル、ガ故ニ其利益ナルハ勿論而シテ國家經濟上ノ點ヨリ見ルモ徒ニ建物ヲ廢物ニ歸セシメザルノ利アリ若シ法律ノ解釋上絕對ニ此ノ如キ解釋ヲ容ル、ノ餘地ナシトセバ洵ニ已ムヲ得ズトセンモ此ノ如キ解釋ヲ施スモ些モ支障ナキトキハ第二審裁判所ハ何ヲ苦シミテ謬柱刻舟ノ迂ヲ守ルヤ此ニ二種ノ解釋方法アリテ公益ヲ害スルノ結果ヲ生ズルモノト然ラザルモノトアルトキハ其ノ何レヲ採用スベキヤハ固ヨリ辯明ヲ待チテ後ニ知ラザルナリ 五、民法第三八九條ハ土地ノ抵當權者ハ土

地ト共ニ建物ヲ競賣スルコトヲ得ル旨ヲ規定ス故ニ土地ト共ニ建物ヲ競賣スルハ抵當權者ノ權利ニシテ義務ニ非ズ之ヲ爲スト否トハ其ノ自由ナリト云フモノ亦第二審判決要旨ノ一ナリ權利ヲ行使スルト否トハ權利者ノ自由ナリ然レドモ權利者ガ權利ヲ行使セザルトキハ失權ノ制裁アルコトヲ忘ルベカラズ今權利者ヲ保護センガ爲メ設ケタル特別ノ權利ヲ行使セズシテ而カモ權利者ハ之ヨリモ更ニ強大ナル權利ヲ有スト云フハ洵ニ思議スベカラザルノ事ニ屬ス果シテ然ラバ第三八九條ハ全ク無用ノ閑文字トナリ了ルベシ 六、抵當權設定後抵當地ニ對シテ地上權ヲ取得シタル他人ガ建物ヲ築造シタル場合ニ於テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得ザルハ勿論ナルニ抵當地ノ所有者ガ建物ヲ築造シタルトキハ競賣ノ場合地上權ヲ設定シタルモノト看做サル、ハ彼此權衡ヲ失フト云フモノ亦第二審判決要旨ノ一ナリ然レドモ此判決ハ第三八九條ノ規定アルコトヲ遺忘セルモノナリ此ノ場合ニ於テハ彼此權衡ヲ失フベキガ故ニ乃チ第三八九條ヲ設ケテ債權者ニ特權ヲ與ヘタルモノナリ故ニ債權者ハ此ノ特權ヲ行使スレバ可ナリ之ヲ行使セザルトキハ地上權ノ負擔ヲ甘受セルモノト見ザルベカラス故ニ第三八九條ノ適用ヲ受クルモ毫モ愁訴スベキ理由アルヲ見ズ 七、土地ノ競落後土地ノ前所有者ト競落人トノ間ニ貸借契約ヲ締結セリトノ事實ハ假令假裝行爲ニ非ズトスルモ錯誤ニ基ヅキタル無効ノ行爲ト看做スコトヲ得ベキガ故ニ競落ノ當時地上權ノ成立セザルコトヲ妨グルモノニ非ズト云フニ在リ

〔判決理由〕 按ズルニ民法第三八八條ハ抵當權設定前ニ於テ建物ガ土地ノ上ニ存スル場合ニ對スル規定ニシテ抵當權設定後建物ヲ建設シタル場合ニ對スル規定ニ非ルコト該條ノ明文上ヨリスルモ又同第三八九條ノ規定ト對照考察スルモ毫モ疑ヲ容ルベキ餘地ナキノミナラズ若シ上告論旨ノ如ク抵當權設定後ニ於テ所有者ガ抵當ト爲シタル土地ノ上ニ建物ヲ建設シタル場合ニモ其適用アリト解スルトキハ土地ノ抵當權者ハ抵當權取得ノ際何等地上權ノ負擔アルベキ事由ヲ有セザル完全ナル土地所有權ナリト爲シ之ニ著眼シ之ヲ以テ抵當權ノ目的ト爲スコトヲ甘諾シタルモノニ拘ハラズ其後ニ至リ其意ニ反シテ所有者一己ノ行爲ニ因リ抵當權ノ目的物ガ物權ノ負擔ヲ受クルノ結果ヲ來シ遂ニ意外ノ損失ヲ被ルニ至ルベシ故ニ上告人所論ノ如キハ民法該條立法ノ本旨ニ適合シタル見解ト謂フヲ得ザルモノトス本件ノ場合ハ一旦完全ナル土地ノ所有權上ニ抵當權ヲ設定シ乍ラ其後法律上抵當權者ニ對抗シ得ザルコトノ明カナルニ拘ラズ任意ニ其地上ニ建物ヲ建設シタル土地所有權者ガ自ラ招クノ不利益ヲ受クベキ當然ノ場合ニ於テ其建物ノ所有權ノミヲ競賣ニ因リテ承繼シタルニ過ギザル上告人モ亦其不利益ヲ併セテ承繼シタル關係ニ在ルモノニシテ土地競落人ノ請求アル以上ハ建物ノ撤去及土地ノ明渡ハ到底之ヲ免ル、ヲ得ザルモノトス隨ツテ本訴ノ判斷ニ付キ叙上ノ旨趣ト同一ニ出デタル原判決ハ正當ニシテ本論旨ハ理由ナキモノトス上告論旨ハ多數ノ點ニ細分シテ論說スル所アリト雖畢竟民法第三八八條ハ本件ノ如キ場合ニモ適用セラルベキモノトノ主張ヲ敷衍シ又ハ之ヲ前提トシタル所論ニ外ナラザレバ叙上說示シタル以上ハ一々各點ニ涉リ辯明スルノ必要ナキモノト認ム

六、民法第三八八條の適用

民三八八條

〔判旨〕

一、土地及其上ニ存スル建物ガ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後土地又ハ建物ノ一方ガ所有者ニ依リ任意ニ處分セラレ他ノ一方ノミ競賣セラル、トキハ民法第三八八條ヲ適用スベキモノニ非ズ

〔上告理由〕 上告論旨第一點ハ原判決ハ民法三八八條ハ競賣當時ニ於テ土地ト建物トガ同一ノ所有者ニ屬スルコトヲ要ストナセルモ同條ハ(イ)其法文ノ文理解釋上抵當權ノ設定ト同時ニ競賣ヲ條件トシテ地上權ヲ設定シタルト同一ノ結果ヲ生ズルモノト解スルヲ穩當トスベキガ故ニ(川名博士物權要論三百頁以下)寧ロ抵當權設定當時土地及建物ガ同一所有者ニ屬スルトキハ同條ノ適用アルベキモノニシテ原判決ノ如ク兩物件ガ同所有者ニ屬スルコトハ競賣當時ニ於ケル要件ニ非ズト信ズ(ロ)又同條ヲ設ケタル趣旨ガ國家經濟上ノ理由ニ基クモノナルコトハ判例學說ノ歸一スル所ニシテ原判決ノ如ク解センカ國家經濟上ニ於ケル影響ノ同一タルベキモノニシテ同一法條ノ適用ヲ受ケタルモノト然ラザルモノトヲ生ズ例ヘバ本件ノ如キ假ニ訴外天宅むめガ抵當權設定當時ヨリ引續キ競賣當時迄土地及建物ヲ所有スルトキハ民法第三八八條ニ依リ地上權ヲ有スルモノト看做サル、コト、ナルニ反シ中途ニ於テ建物ヲ上告人ニ贈與シタル爲メ他日競賣ト云フ條件成就スルニ地上權ヲ取得スルヲ得ズトスレバ建物ハ依然トシテ同一ナルニモ拘ハラズ一ハ國家經濟ニ影響シ他ハ影響ナシトセザルベカラズ豈如此理アラシヤ要スルニ原判決ハ法律ノ適用ヲ誤レル違

法アリト云フニ在リ

〔判決理由〕 按ズルニ民法三八八條ハ土地及其上ニ存スル建物ガ競賣ニ至ル迄依然同一ノ所有者ニ屬スル場合ニノミ適用セラルベキ規定ニシテ土地及其上ニ存スル建物ガ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後ニ於テ土地又ハ建物ノ一方ガ所有者ニ依リ任意ニ處分セラレタル後他ノ一方ノミガ競賣セラル、場合ニ適用セラルベキモノニ非ズ何トナレバ右後ノ場合ニ於テハ任意處分ノ際建物ノ所有者ト土地ノ所有者トノ間ニハ地上權設定其他建物ノ存在ヲ許スベキ土地使用ノ關係ヲ定ムルヲ常トスベキガ故ニ特ニ該條ニ依リ之ヲ保護スルノ必要ナキガ故ニシテ又該條ノ旨趣トスル所ハ土地ト建物トガ同一ノ所有者ニ屬スル場合ニ於テ抵當權ノ目的タル土地又ハ建物ノミガ其實行ニ因リ競賣セラレタルトキハ二者ノ間ニ如上ノ借地關係ナク爾後建物トシテ存在スルコト能ハザルニ至ルハ國家經濟ノ不利トスル所ナレバ之ヲ救済スルニ出デタルモノト謂フベキガ故ナリ是當院從來ノ判例トスル所ナリ(明治卅九年(オ)第四五九號同四十年三月十一日言渡判決參照)故ニ原審カ本件土地及建物ガ初メ天宅むめノ所有ニ屬シタルニ當リ宅地ニ付テハ同人ヨリ淡河銀行ニ對シ抵當權ヲ設定シ其後同人ハ上告人ニ建物ヲ贈與シタルガ故ニ競賣ノ當時宅地ト建物トガ同一ノ所有者ニ屬セザルコトノ事實ヲ確定シ民法該條ハ此場合ニ適用セラルベキモノニ非ザル旨判旨シタルハ正當ナリ故ニ本論旨ハ理由ナシ

〔上告理由〕 上告論旨第二點ハ原判決ハ上告人ノ原院ニ於ケル主張事實タル淡河銀行ガ抵當權ノ實行ヲ爲スニ際シ民法第三八一條ノ通知ヲ控訴人(上告人)ニ爲サザリシヲ以テ本訴宅地ノ競賣ハ無効ノモノナルカ少クモ控訴人(上

告人)ノ地上權ハ依然存續セルモノナリ(大正四年五月三日附準備書面)トノ點ニ付キ單ニ其一部即チ無効ナリトノ主張ノミニ對シ判斷ヲ爲シ他ノ部分即少クモ控訴人ノ地上權ハ依然存續セルモノナルコト(何トナレバ右第三八一條ノ立法趣旨ハ同第三九五條賃借權ノ規定ト同ジク抵當物件ヲ利用セシムルコトハ國家經濟上之ヲ有利トシ特ニ同條ヲ設ケタルモノナレバ抵當權者ガ其權利實行ニ先ダテ其通知ヲ爲スニ非レバ地上權ハ右賃借權ノ場合ニ於ケルト同ジク當然存續スルモノト解セザルベカラザレバナリ(競賣法第二條第二項參照)ノ主張ニ對シ何等ノ判斷ヲ爲サズ即チ爭點ヲ遺脱セル不法アリト云フニ在リ

〔判決理由〕 然レドモ原審ハ「尙控訴(上告)代理人ハ淡河銀行ガ抵當權ノ實行ヲ爲スニ際シ其旨ヲ控訴人ニ通知セザリシヲ以テ本訴宅地ノ競賣ハ無効ナル旨主張スレドモ同代理人ハ其通知ナキ點ニ關シ何等ノ立證ヲ爲サバルノミナラズ云々」ト判示シ上告人ニ通知ナカリシトノ上告人ノ主張ハ原審ニ於テ排斥セラレタルコト明カナルガ故ニ上告人ガ原審ニ爲シタル上告人ニ通知ナカリシガ故ニ其結果トシテ上告人ノ地上權ハ少クトモ依然存續スル旨ノ主張モ右判示ニ包含セラレテ排斥セラレタルモノナルコトヲ知ルニ足レリ故ニ本論旨モ理由ナシ

〔上告理由〕 上告論旨第三點ハ而カモ其無効主張ニ對スル判斷理由トシテ(イ)「同代理人ハ其通知ナキ點ニ關シ何等ノ立證ヲ爲サズ」ト爲セルモ此點ニ付テノ控訴人(上告人)ノ主張ニ對シ相手方ハ嘗テ之ヲ否認セズ又他ノ主張ヨリ之ヲ爭ヒタル事跡ナシ果シテ然ラバ上告人ニ何等舉證ノ責任ナキハ論ヲ俟タザル所ナリ(ロ)又原判決ハ「假ニ其通知ナシトスルモ控訴人ノ地上權ニ付登記ノ存セザルコトハ叙上認定ノ如クニシテ登記ナキ地上權者ニハ抵當權實行

ノ通知ヲ爲スヲ要セザルモノナレバ控訴代理人ノ主張ハ根本ニ於テ不當ナリ」ト爲セリ上告人モ其登記ナキ事實ハ自ら主張スル所ニシテ該認定ハ相當ナルモ原判決認定ノ如ク上告人(控訴人)ハ訴外天宅むめヨリ本訴建物ヲ讓受ケ明治四十二年七月中地上權ヲ設定シ且ツ其建物ノ保存登記ヲ同年十二月中ニ於テ爲シタルモノナレバ例ヒ地上權ノ取得登記ヲ爲サズ且其地上權設定ガ訴外淡河銀行ノ本訴土地ニ對スル抵當權取得登記後ナリト雖モ建物登記存在スル以上ハ明治四十二年法律第四十號ノ第一條第一項ニ依リ其地上權ヲ以テ第三者タル被告人ニ對抗シ得ル結果抵當權者ガ當該土地ニ對シ抵當權ノ實行ヲ爲スニ當リテハ必ズ民法三八一條ノ手續ヲ爲サバルベカラザレバ地上權ニ付キ登記ノ存スル場合ト毫モ選ブナキハ疑ナキ所ナリ即チ原判決ハ立證責任ヲ顛倒シ且法律ノ適用ヲ誤レル違法アリト云ヒ同第四點ハ原判決ハ「尙控訴代理人ハ淡河銀行ガ抵當權ノ實行ヲ爲スニ際シ其旨ヲ控訴人ニ通知セザリシヲ以テ本訴宅地ノ競賣ハ無効ナル旨主張スレドモ同代理人ハ其通知ナキ點ニ關シ何等ノ立證ヲ爲サバルノミナラズ假リニ其通知ナシトスルモ控訴人ノ地上權ニ付キ登記ノ存セザルハ叙上認定ノ如クニシテ登記ナキ地上權者ニハ抵當權實行ノ通知ヲ爲スヲ要セザルモノナレバ云々」ト説示シテ上告人ノ抗辯ヲ排斥セリ然レドモ民法第三八一條ハ登記ナキ第三取得者ハ除外スベキ旨ヲ示サズ其他登記ナキ第三取得者ニ對シテハ抵當權實行ノ通知ヲ要セザルモノト認ムベキ何等ノ規定アルナシ即チ原判決ハ法律ノ適用ヲ誤リタル違法アリト云フニ在リ

〔判決理由〕 然レドモ被告上告人ハ自己ノ前主松本滿太郎ガ本件土地ヲ適法ニ競落シタルコトヲ理由トシテ本訴請求ヲ爲スモノナレバ抵當權實行ノ通知ナキ旨ノ上告人ノ主張ヲ爭フモノナルヤ明カナリ而シテ原審ハ甲第一號證ニ依リ

本件土地ニ付キ淡河銀行ヨリ抵當權ノ實行トシテ競賣ノ申立ヲ爲シ訴外松本滿太郎ガ之ヲ競落シテ所有者トナリタル事實ヲ認定シタルモノニシテ右認定ノ事實アル以上ハ本件抵當權ノ實行ハ適法ニ爲サレタルモノト一應推定セラルベキモノトス然ルニ上告人ハ右推定ニ反シテ抵當權實行ノ通知ナカリシコトヲ主張スルモノナレバ上告人ハ右主張ニ付立證責任ヲ負フモノト謂ハザルベカラズ然ラバ原審ニ於テ上告代理人ガ右通知ナカリシコトニ關シ何等ノ立證ヲ爲サズトノ理由ニ依リ上告人ノ主張ヲ排斥シタルハ正當ナリ故ニ論旨第三點(イ)ハ理由ナシ而シテ既ニ上告人ノ爲シタル通知ナカリシトノ主張ニシテ排斥セラレタル以上ハ原判決ニ於テ上告人ニ敗訴ヲ言渡シタル此點ニ於ケル理由ハ既ニ具備スルモノナルガ故ニ原審ガ如上ノ判斷ヲ補足センガ爲メニ爲シタル假定判斷ノ當否ハ原判決ニ何等影響スル所ナキモノトス故ニ右假定判斷ニシテ假リニ論旨第三點(ロ)及第四點ニ論ズル如ク不當ナリトスルモ以テ原判決ヲ破毀スルノ理由ト爲スニ足ラズ

七、民法第三八八條の適用

民三八八條

地上權設定登記請求ノ件 (大審院明卅九(オ)四五九號、四〇・三・一一、民二、錄十三輯六卷二五八頁)

〔判旨〕

一、同一ノ所有者ニ屬スル土地及建物ノ一方又ハ雙方ガ抵當權ノ目的トナリタル場合ニ於テ其一ガ任意ニ賣買セラレ所有者ヲ異ニシタル後他ノ一ノ競賣アルトキハ民法第三八八條ヲ適用スベキ限リニ在ラズ

〔上告理由〕 上告理由ハ訴外神崎清吉ハ東京市下谷區上野三橋町七番地ニ市街宅地ヲ有シ及其地上ニ建物八棟ヲ所有シタル處其内六棟ノ建物ヲ訴外恩田久右衛門ニ一番抵當ト爲シ松本清吉ニ二番抵當トナシタリ其後六棟ノ建物ハ木村莊平ハ民法第三八八條ニ基キ地上權ヲ取得シタルモノナリ然ルニ原判決ハ該條項ハ「云々土地及ビ其上ノ建物ガ同一所有者ニ屬スル場合ニ其土地又ハ建物ノミガ抵當ニ供セラレ競賣ノ場合ニ於テモ土地ト建物トガ依然抵當權設定者ノ所有ニ屬スルトキニノミ適用セラレベキモノナリト解スルヲ至當トス」ト判示シ上告人ノ請求ヲ斥ケラレタルモ(一)民法第三八八條ハ土地建物ノ何レカ一方ノミ抵當ニ供セラレタル場合ニノミ關スル規定ニ非ザルコトハ大審院判例ノ明示スル所ニシテ同條項ハ二者同一債權者ニ抵當ニ供セラレズシテ各別ノ債權者ニ對シ何レカ一方ノミ各別ニ抵當ニ供セラレタル場合ニモ適用セラレベキ法意ナルコト明カナリ(二)該條項ハ地上權ニノミ關スル規定タルニ止ラズシテ抵當權ノ效力ニ關シ抵當權保護ノ爲メ設ケラレタル規定ナレバ地所建物共同一所有者ニシテ之レニ抵當權ヲ設定シ其後地所ト建物トガ各別ノ所有者ニ歸屬シタル場合ハ公益保護ノ爲メ法律ガ地上權ノ設定ヲ推定スル規定ナルヲ以テ斯ノ場合ニモ地上權ヲ設定セズトノ反對ノ立證アラザル限りハ法規ノ正文ニ從ヒ地上權ノ設定セラレタルモノト解釋セザルベカラズ(三)且同條項ハ「云々競賣ノ場合ニ付キ地上權ヲ設定シタルモノト看做ス」ト明規セラル、ガ故ニ二者

任意賣買ノ場合ハ當事者ノ合意ニヨリテ地上權ノ有無定マルベキヲ以テ法律ハ是レニ干渉セザルモ何レカ一方競賣セラレタル場合ハ横暴ナル土地所有者ノ爲メ直チニ建造物ノ取壊ヲ爲サルヲ防グ爲メ本條ノ規定ヲ見ル所以ニシテ其土地ト建物トノ所有權移轉ノ時期ヲ限定サレタルモノニ非ズ該條文ハ云々競賣ノ時ニ於テ云々ト規定セズシテ競賣ノ場合ニ付キ云々ト明示セラル即チ抵當權設定後競賣ノ行ハレタル場合ハ他ノ一方ハ任意ニ所有權移轉シアルモ亦地上權ノ設定セラレタリト解釋スルハ適當ニシテ上告人ノ主張ハ宛モ本條項ニ適合スル場合ナルニ拘ラズ原判決ハ之ト反對ノ理由ヲ以テ上告人ノ請求ヲ棄却セラレタルハ法則ノ解釋及適用ヲ誤リ大審院ノ判例ニ背キタル違法ノ裁判ナリト云フニ在リ

〔判決理由〕 因テ按ズルニ民法第三八八條ハ土地及ビ其上ニ存スル建物ガ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勿論本件ノ如ク土地及ビ建物ヲ各別ニ抵當ト爲シタルトキモ適用セラルベキ上告論旨ノ如クナルモ土地又ハ建物ノ一方ガ任意ニ賣買セラレテ所有者ヲ異ニスルニ至リタル後他ノ一方ガ競賣セラルトキハ建物ノ所有者ト土地ノ所有者トノ間ニハ任意賣買ノ當時既ニ地上權設定其他建物ノ存在ヲ許スベキ借地關係ヲ生ズルヲ常トス現ニ上告人先代ガ本件六棟ノ建物ヲ買取りタル當時土地ノ所有者タル神崎清吉ハ同人ノ爲メニ地上權ヲ設定シタル旨ヲ上告人ニ於テ主張スルコト原判決ノ摘示スル如クナレバ斯ノ如キ場合ニ於テ尙ホ法律ハ抵當權設定者タル土地又ハ建物ノ所有者ガ地上權ヲ設定シタルモノト看做ス理アル可カラズ是レ同條ノ律意タルヤ土地ト建物ガ同一ノ所有者ニ屬スル場合ニ於テ抵當權ノ目的タル土地若クハ建物が其實行ニ因リ競賣セラルトキハ二者ノ間ニ

如上ノ借地關係ナク爾後建物トシテ存在スルコト能ハザルハ國家經濟ノ不利トスル所ナレバ之ヲ救済スルニ出デタルニ徴シテ明ナル所ナリ故ニ原判決ガ同條ノ規定ヲ以テ土地又ハ建物ノミガ抵當ニ供セラレタルトキニ限ルガ如ク判示シタルハ失當ナルモ土地ト建物トガ競賣ニ至ルマデ依然抵當權設定者ノ所有ニ屬スルトキニミ適用セラルベキモノトシ上告人ハ同條ニ依リ地上權ヲ有スルモノニ非ズト判示シタルハ結局相當ニシテ本論旨ハ理由ナシ上告人ノ採用スル明治三十九年三月二十九日當院ノ判例ハ同條ノ地上權者ト雖モ登記ヲ爲スニ非ザレバ土地ノ前所有者及競落人以外ノ者ニ對抗スルコトヲ得ザル旨ヲ判示シタルニ過ギズシテ本件ニ適切ナラズ

八、民法第三八八條の地上權の範圍

民三八八條

土地明渡及損害賠償請求ノ件 (大審院大正八(オ)九四八號、九・五・五) 民三判決、錄二六輯一六卷一〇〇五頁)

〔判旨〕

一、民法第三八八條ニ依リ建物所有者ガ取得スル地上權ノ範圍ハ必ズシモ其建物ノ敷地ノミニ限定セラル、モノニ非ズシテ建物トシテ利用スルニ必要ナル限度ニ於テハ敷地以外ニモ及ブモノト解スルヲ相當トス

〔上告理由〕 上告論旨第五點ハ原判決ハ其理由ニ於テ「(前略)控訴人ハ本件係争地ガ抵當權實行ニヨル競賣ナリト

スルモ其地上ニ存スル建物ノ所有者ナルヲ以テ同時ニ地上權ヲ取得シタルモノナレバ本訴請求ニ應ジ難キ旨抗爭スルモ被控訴人ノ本訴請求ハ右建物所在ノ箇所ヲ除外シ居ルコト争ナク而シテ民法第三八八條ノ地上權ハ家屋ノ存スル部分ニ限ルモノト解スベキヲ以テ本抗辯亦理由ナシト判示シ以テ此旨趣ニ基キ主文ニ於テ家屋ノ敷地ノミヲ除キ明渡ヲ命ジタリ按ズルニ民法第三八八條ニ所謂法定地上權ハ土地又ハ家屋ノ經濟的價値ヲ保護スル公益的規定ニシテ苟モ或土地ノ上ニ建物ヲ有スル者が其土地ノ上ニ抵當權ヲ設定シ實行ヲ受ケタル場合其所有スル建物ニ付該土地全體ノ上ニ法定地上權ヲ有スベキ筋合ニシテ原判示ノ如ク法定地上權ハ家屋ノ存スル部分ニ制限セラルベキモノニアラズ然ラシニハ偶々法ノ創定シタル地上權ハ有名無實ニ歸シ家屋ノ所有者ハ實際該家屋ノ利用ヲ爲スコト能ハザルニ至レバナリ假ニ百歩ヲ譲リ土地全體ニ及ボサバルモノトスルモ尠クモ家屋ノ存スル部分以外即家屋ヲ利用スルニ必要ナル一定ノ範圍内ニ於テ當該法定地上權ノ效力ガ及ブベキモノト斷ゼザルベカラズ然ルニ原判決ガ叙上ノ如ク家屋ノ存スル部分ニ局限シ全然家屋利用ノ途ヲ杜絶スルガ如キ判決ヲ下シタルハ違法モ亦甚矣ト云フニ在リ

〔判決理由〕 仍テ按ズルニ上告人ガ訴外株式會社北海道拓殖銀行ニ對シ係争土地ニ付キ抵當權ヲ設定シタルコト同銀行ガ抵當權ノ實行トシテ競賣ノ申立ヲ爲シタル結果係争土地ヲ競落シ以テ被上告人ガ同銀行ヨリ該土地ヲ買受ケタルコトハ原審ノ確定シタル事實ニシテ又係争土地内ニハ從來ヨリ上告人所有ノ建物存在シ上告人ハ其土地ノミニ付前示ノ如ク抵當權ヲ設定シタリトノ上告人ノ事實上ノ供述ハ民事訴訟法第四四條第二四八條ニヨリ被上告人ニ於テ之ヲ自白シタルモノト看做シ上告人ガ原審ニ於テ爲シタル民法第三八八條ノ規定ニ基キ係争土地ニ付キ地上權ヲ取得シ

タルヲ以テ被上告人ノ本訴請求ニ應ズベキ義務ナシトノ抗辯ノ當否ニ付キ審究スルニ凡ソ土地ト其上ニ存スル建物トガ同一ノ所有者ニ屬スル場合ニ於テ其土地若クハ建物ノミヲ抵當權ノ目的トナシタルトキハ競賣ノ結果土地ト建物トハ其所有者ヲ異ニスルニ至リ爲メニ建物ノ所有者ハ土地所有者ノ請求ニヨリ建物ヲ收去セザルベカラザルコト、ナルハ勢ヒ免ルベカラザル所ニシテ斯ノ如キハ經濟上非常ニ不利益ナル結果ヲ生ズルヤ明カナリ是レ民法第三八八條前段ニ於テ「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」ト規定シタル所以ナリトス由之觀之同條ハ畢竟建物ノ所有者ヲシテ其所有ヲ完カラシメンガ爲メニ設ケラレタル規定ナルヲ以テ建物ノ所有者ガ同條ニヨリ取得スル地上權ノ範圍ハ必ズシモ其建物ノ敷地ノミニ限定セラル、モノニ非ズシテ建物トシテ利用スルニ必要ナル限度ニ於テハ敷地以外ニモ及ブモノト解スルヲ相當トス果シテ然ラバ係争土地ニ付キ前示株式會社拓殖銀行ガ抵當權ノ實行トシテ申立タル競賣ノ結果上告人ガ建物ノ所有者トシテ該土地ニ對シ取得シタル地上權ハ其建物ノ敷地ノミナラズ之ガ利用ニ必要ナル範圍内ニ存スルモノナルヲ以テ之ガ登記ノ存在スルニ於テハ被上告人ニモ對抗スルコトヲ得ルモノト謂ハザルベカラズ然ルニ原審ハ單ニ被上告人ノ本訴請求ハ上告人所有ノ建物所在ノ箇所ヲ除外シタリトノミ判示シ建物ノ利用ニ必要ナル範圍ヲモ除外シタルヤヲ審ニセズ且民法第三八八條ノ規定ハ建物ノ存在スル敷地ノミニ付キ地上權ヲ取得スルモノナリトノ見解ノ下ニ輒ク上告人ノ抗辯ヲ排斥シ被上告人ノ請求ヲ許容シタルハ審理不盡若クハ法則ヲ不當ニ適用シタル不法アルモノニシテ本論旨ハ結局其理由アリ原判決ハ此點ニ於テ全部破毀ヲ免レザルモノトス

九、民法第三八八條但書の法意

民三八八條

地代承認並地上權消滅確認請求ノ件 (大審院大五(オ)五六六號、五・九・二〇)
(民三判決、録二二輯二八卷一八一三頁)

〔判旨〕

一、民法第三八八條但書ニ地代ハ當事者ノ請求ニ因リ裁判所之ヲ定ムトアルハ裁判所ガ創設的宣言ニ依リ當事者間ニ權利關係ヲ發生セシムルノ謂ニ非ズシテ既ニ競賣ニ依リ當事者間ニ成立シタルモノト看做サレタル地上權ニ付キ裁判所ハ當事者ノ請求ニ因リ唯其地代ノ數額ヲ定ムルニ過ギザルモノナレバ裁判所ガ其數額ニ付キ爲シタル確定ノ效力ハ獨リ判決後ニ生ズル地代ニ對スルノミナラズ地上權設定以後ノ地代ニモ及ブモノトス

〔上告理由〕 上告理由ハ被上告人ハ地上權設定者トシテ地上權者ノ上告人ニ對シ大正四年四月十六日ノ請求ヲ以テ地代ノ承認ヲ求メ其地代ニヨル大正二年三月二十六日乃至大正三年十二月十五日ナル全然起訴前ニ發生セシ債權トシテ其支拂ヲ求メタルモノナレバ所謂當事者間ノ權利關係ヲ裁判上ニ確認シテ同時ニ其確認セラレタル權利ニヨル給付ヲ目的トスル訴訟ナルヲ以テ苟モ確認スベキ既往ノ權利關係アラザル限りハ給付ヲ目的トシタルノ原因ナキモノト謂ハザルベカラズ上告人ハ當初ヨリ其兩點ヲ否認セリ寧ロ第一審判決ニヨレバ上告人ニ確認ヲ命ジテ其給付ヲモ命ジタルハ法規ノ誤解ニ止リ論理ニ缺クル所ナシト雖モ第二審判決ハ上告人ニ確認ヲ命ゼズ明カニ被上告人ガ創設的ノ宣言

ナル釋明ヲモ附シナガラ其創設以前ノ給付ヲ命ジタルハ理由齟齬ノ裁判ナリ而カモ民法三八八條但書ノ規定ハ唯創設的ノ宣言ニ止リ遡及シテ既往ノ權利ヲ確認スベキノ法則ニアラズ第一審判決ハ之ヲ確認ト誤解シテ共ニ給付ヲ命ジ第二審判決ハ之ヲ確認ニ非ズト正解シタルドモ創設前ノ給付ヲ命ジタルハ法則ニ違背シタル判決ナリト云フニ在リ

〔判決理由〕 按ズルニ民法第三八八條但書ニ地代ハ當事者ノ請求ニ因リ裁判所之ヲ定ムトアルハ裁判所ガ創設的宣言ニ依リ當事者間ニ權利關係ヲ發生セシムルノ謂ニ非ズシテ既ニ競賣ニ依リ當事者間ニ成立シタルモノト看做サレタル地上權ニ付裁判所ハ當事者ノ請求ニ因リ唯其地代ノ數額ヲ定ムルニ過ギズ即チ裁判所ハ地上權設定當時ノ地代ヲ確定スルモノナルガ故ニ裁判所ガ其數額ニ付爲シタル確定ノ效力ハ獨リ判決後ニ生ズル地代ニ對スルノミナラズ地上權設定以後ノ地代ニ及ブベキハ固ヨリ當然ナリ然レバ即チ原判決ガ被上告人ノ請求ニヨリ地代ヲ確定シ其割合ニ基キ該判決以前ノ地代ノ給付ヲ命ジタルハ洵ニ相當ニシテ論旨ハ民法第三八八條ノ法意ヲ誤解シタルモノトス

一〇、(1)民法第三八八條の適用 (2)同條但書の法意 (3)法定地上權の存續期間を定むる方法

民三八八條二六八條第二項

地上權登記抹消ノ件 (大審院明四二(オ)四一六號、四三・)
(三・二二民二、録十六輯二二三頁)

〔判旨〕

一、同一ノ所有者ニ屬スル土地及建物ヲ併セテ抵當ト爲シタル場合ニ於テモ競賣ノ際單ニ其土地又ハ建物ノミ競落セラレタルトキハ民法第三八八條ヲ適用スベキモノトス（判旨第一點）

一、民法第三八八條但書ノ規定ハ當事者ガ其協議ヲ以テ地代ヲ定メタルトキハ該協定ニ依ルベク又其協議調ハザルニ於テハ裁判所ニ請求シテ之ヲ定ムルノ法意ナリトス（判旨第三點）

一、民法第三八八條ニ依リ發生シタル地上權ハ存續期間ノ定ナキモノナレバ同第二六八條第二項ノ規定ニ從ヒ當事者ノ請求ニ因リ裁判所ニ於テ其期間ヲ定ムベキモノナレドモ此規定モ亦當事者ノ協議ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ禁ズルモノニ非ズ（同上）

〔上告理由〕 上告論旨ノ第一點ハ民法第三八八條ニ依レバ「土地及ビ其上ニ存スル建物ガ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」トアリ故ニ本規定ニヨリ地上權ヲ設定シタルモノト看做サンニハ其土地又ハ建物ノミヲ抵當ト爲シタル場合ニ限定セラレ而シテ土地ト建物トヲ併合シテ其上ニ抵當權ヲ設定シタル場合ニハ同條ヲ適用スルヲ得ザルコト文理解釋上洵ニ明ナリトス原院ハ上告人及訴外山田鎌二郎ガ本件土地及其上ニ存在セル建物ヲ併合シテ其上ニ抵當權ヲ設定シタル事實ヲ確定シ而シテコノ場合ニ於テモ等シク同條ヲ適用スベキモノト論斷セラレタルハ即チ解釋ノ範圍ヲ踰越シタルモノトス其理由トスル所一理ナシトセザルモ而モ畢竟立法論ニ屬シ此明白ナル法律ノ規定ヲ覆スニ足ラズ要スル

ニ蛇足ノ辯ノミ原判決ハ法則ヲ違法ニ適用セラレタル違法ノ裁判ナリト云フニ在リ

〔判決理由〕 仍テ按ズルニ民法第三八八條ハ其文字ニ拘泥スルトキハ上告所論ノ如ク同一ノ所有者ニ屬スル土地及其上ニ存スル建物ノ中其土地又ハ建物ノミヲ抵當ト爲シタル場合ニ付テ規定シ其土地及建物ヲ併セテ抵當ト爲シタル場合ハ之ヲ豫想セザルモノ、如シト雖モ主トシテ國家經濟上ノ理由ニ基キ建物ノ廢滅ニ歸セザランコトヲ希望シタル同條立法ノ趣旨ニ鑑ミルトキハ其土地及建物ヲ併セテ抵當ト爲シタル場合ニ於テモ競賣ノ際單ニ其土地又ハ建物ノミ競賣セラレタルトキハ尙ホ同條ヲ適用スベキモノト解スルヲ相當トス是本院ガ從來判例トシテ是認スル所ナリ（明治三十八年（オ第）三二七號上告事件、同年九月二十二日判決及同年（オ）第五二一號上告事件三十九年二月十六日判決參照）然レバ同趣旨ニ出デタル原判決ハ正當ナルヲ以テ本論旨ハ其理由ナシ

〔上告理由〕 第二點ハ原判決ヲ査閱スルニ「本件ニ於テ作三郎久治郎間ニ於テ建物ノ競落許可決定ノ後即チ明治三十八年八月二十三日ニ控訴人（上告人）主張ノ如キ地料及存續期間ニテ建物所有ヲ目的トスル地上權ノ設定登記ヲ爲シ其後被控訴人（被上告人）ガ久治郎ヨリ右地上權ヲ讓受ケ登記ヲ經由シタル事實ハ何レモ爭ナキ所」ト確定セラレ而シテ成立ニ爭ナキ甲第一號證ノ一乃至三ニハ何レモ「明治三十八年八月八日附地上權設定證書ニ依リ云々建物所有ヲ目的トスル地上權ノ設定ヲ登記ス」トアリテ一見土地ノ所有者タル作三郎ト競落人タル久治郎トノ間ニ締結シタル地上權設定ノ契約證書ニ基キ地上權ヲ登記シタルモノナルコト甚明ナリ上告人ガ本訴ノ目的トスル所ハ此作三郎ト久治郎間ノ契約ニ依リ設定シタル地上權ノ登記ノミヲ抹消セシメントスルニ在レバ必ズヤ其當否ヲ判斷セザル可カラズ競落

人タル久治郎が民法第三八八條ニ依リ地上權ヲ設定サルベキヤ否ハ自ラ別箇ノ問題ニシテ本件目的トハ沒交渉ノ事項
 タリ何トナレバ設令同規定ニ依リ地上權ヲ設定シタリト看做サルベキ場合ト雖モ更ニ契約ヲ以テ地上權ヲ設定スルニ
 毫モ妨ナケレバ也然ルニ原院ハ漫然久治郎ハ法定地上權ヲ取得セルモノナレバ本件地上權設定ノ契約ヲ締結スルガ如
 キハ普通在リ得ベカラザル事態ト謂ヒ前記當事者間争ナキ事實争ナキ證據ヲ否定セラレタルハ乃チ裁判ニ理由ヲ付セ
 ズ且ツ不當ニ事實ヲ確定セラレタル違法アリト思料スト云フニ在リ

〔判決理由〕 然レドモ被上告人が原審ニ於テ抗辯ノ一トシテ主張シタル所ハ訴外人久田久治郎ハ民法第三八八條ニ
 依リ法定ノ地上權ヲ取得シ土地ノ所有者及久治郎間ニ其地上權ノ地代及存續期間ヲ定メ登記ヲ爲シタリト云フニ在ル
 コトハ原判文及之ニ引用シアル第一審判文ノ事實摘示ニ徴シ明白ナリ而シテ原院ハ久治郎が甲第一號證ノ一乃至三ノ
 地上權設定登記前既ニ民法第三八八條ニ依リ其地上權ヲ取得シタル事實ヲ認メ其事實ヨリ推シテ被上告人ノ主張ヲ是
 認シ同誌ノ地上權設定登記ハ既ニ取得シタル法定地上權ニ付キ地代及存續期間ヲ定メタルモノト認定シタルコトハ判
 文ノ明示スル所ナレバ其認定ハ被上告人ノ主張ニ基キ證據ヲ判斷シ其理由ヲ説明シタルモノニシテ毫モ上告所論ノ如
 キ違法アルコトナシ

〔上告理由〕 第三點ハ民法第三八八條但書ニ「地代ハ當事者ノ請求ニヨリ裁判所之ヲ定ム」トアリ是公益上ヨリ設
 ケラレタル規定ニシテ此場合ニハ必ず裁判所ノ判定ヲ受クベキ法意ナリトス現ニ本件ノ如ク建物ノミヲ競賣セラル、
 ニ當リ當事者ヲシテ任意ニ地代ヲ定ムルコトヲ得セシメンカ或ハ無償トスルコトアルベク或ハ無償ニ等シキ地代ヲ定

ムルコトナシトセズ爲之土地ノ價格ヲ減ジ其抵當債權者ヲ害スルコト亦大ナリ故ニ所有者抵當債權者及競落人ノ間ニ均
 等ノ利益ヲ得セシメントスルニハ公平ナル裁判所ノ判定ニ待ツノ外ナシ是本條但書ノ存スル所以ナリトス然ルニ原院
 ガ本條但書ヲ以テ當事者ノ間ニ於テ任意ノ協定ヲ爲ス能ハザル場合ニ於テ其一方ヨリ請求アルトキハ裁判所之ヲ定ム
 ベキ旨規定シタルモノト爲シ本件ノ如ク土地ノ所有者タル作三郎ト地上權者タル久治郎ノ間ニ於テ任意ニ定メタル地
 代及存續期間ヲ有效ナルモノトシ乃チ抵當債權者ノ利益保護ヲ等閑ニ付セラレタルハ法律違背ノ裁判ナリト云フニ在リ
 〔判決理由〕 然レドモ民法第三八八條但書ノ規定ハ當事者ガ其協議ヲ以テ地代ヲ定ムルコトヲ禁ズルノ趣旨ニ出デタ
 ルモノニアラズシテ其協議ヲ以テ之ヲ定メタルトキハ其協定ニ依ルベク其協議調ハザルトキハ裁判所ニ請求シテ之ヲ
 定ムルノ法意ナリトス又同條ニ依リ發生シタル地上權ノ存續期間ヲ定ムルニ付テモ亦異ナルコトナシ即チ其地上權ハ
 存續期間ノ定メナキモノナルヲ以テ民法二六八條第二項ノ規定ニ從ヒ裁判所ハ當事者ノ請求ニ因リ其存續期間ヲ定ム
 ベキモノナレドモ其規定モ亦當事者ガ其協議ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ禁ズルノ法意ニ非ズ從ツテ其協議ヲ以テ之ヲ定
 メタルトキハ其協定ニ依ルベキモノトス故ニ同趣旨ニ出デタル原判決ハ正當ナルヲ以テ本論モ其理由ナシ

- 一一、(1) 民法第三八八條の適用 (2) 建物の意義 (3) 主たる建物に関する抵當登記の效力 (4) 民法第三八八條の趣旨
 (5) 抵當地競落人に対する建物所有者の権利

民三八八條、明治十九年法律第一號登記法第六條

地上權設定登記請求ノ件 (大審院明四(オ)一二〇號、四一・五・一一) 〇表式 民事訴訟法三八八條ノ適用

〔判旨〕

一、土地及其上ニ存スル數箇ノ建物ヲ所有スル者ガ其土地ト數箇ノ建物中ノ或建物トヲ抵當ト爲シ他ノ建物ヲ抵當ト爲サザリシトキハ抵當權者ガ抵當權設定ノ當時抵當ト爲ラザリシ建物ノ存在ヲ知りタルト否トヲ問ハズ民法第三八八條ヲ適用スベキモノナリ (判旨第一點)

一、民法第三八八條ニ所謂建物トハ必シモ單ニ主タル建物ノミヲ指稱セルニ非ズ從タル建物ト雖モ主タル建物ヲ目的トシタル抵當權之ニ及バザル場合ニ於テハ同條ノ適用ヲ妨ゲザルモノトス (判旨第二點)

一、建物ニ關スル抵當登記ハ主タル建物ト附屬建物トヲ同一表示欄ニ表示シテ之ヲ爲スベキモノトス從テ附屬建物ニ付キ登記アルニ非ザレバ抵當權者ハ主タル建物ヲ目的トシタル抵當權ガ其附屬建物ニ及ブコトヲ以テ第三者ニ對抗シ得ズ (同上)

一、民法第三八八條ノ規定ハ公益上ノ理由ニ基キ法律ヲ以テ地上權ノ設定ヲ強制スルモノナレバ假令抵當權設定ノ當事者間ニ於テ抵當地ニ付キ地上權ヲ設定セザル特約ヲ爲スモ之ガ爲メ同條ノ適用ヲ妨グルモノニ非ズ (判旨第三點)

一、民法第三八八條ノ規定ハ抵當不動産競賣ノ時ニ地上權ノ設定アリタルモノト看做スヲ以テ其地上權ハ恰モ抵當權設定者ト競落人トノ間ニ於テ設定シタルト同一視セルモノトス故ニ抵當地ノ上ニ存スル建物ガ民法施行前ヨリ抵當

權設定者ノ所有ニ屬スル場合ニ於テ同條ノ規定ニヨリ地上權ノ設定アリタルモノト看做サル、トキハ抵當權設定者ガ其建物ヲ所有スル事實ニ付キ抵當地ノ競落人ハ明治十九年法律第一號登記法第六條ノ所謂第三者ニ非ズ (判旨第五點)

〔上告理由〕 上告論旨ノ第一點ハ原判決ハ重要ナル事實ヲ遺脱シテ不當ニ法律ヲ適用シタル不法アルモノナリ上告人ハ原審ニ於テ民法第三八八條ニ「土地及其上ニ存スル建物ガ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」トアルハ債權者ト債務者トノ間ニ於テ初ヨリ同一ノ所有者ニ屬スル土地ト建物トガ存在セルコトヲ判然タル場合ニ於テ即チ語ヲ替エテ之ヲ言ヘバ債權者ガ土地ノ上ニ同一ノ所有者ニ屬スル建物ノ存在セルコトヲ知りタル場合ニ於テ其兩者ノ一ヲ抵當トシ他ノ一ヲ抵當ト爲サバ意思ヲ以テ其土地又ハ建物ノミニ付キ抵當權ヲ設定シタルトキハ (特約ナキ限り) 競賣ノ場合ニ付キ地上權ヲ設定シタルモノト看做スト云フノ趣旨ナリ、而シテ本件ノ事實ハ之ニ反シ抵當債權者ハ初メヨリ本件建物ノ存在ヲ知ラズ債務者モ其存在ヲ債權者ニ告知セズ又其存在ヲ知ラシムベキ不動産登記ヲモ爲シ置カザリシヲ以テ抵當債權者ハ其建物ノ存在ヲ知ラズ其抵當地上ニ存在スル建物ハ悉皆之ヲ抵當ニ取りタル意思ヲ以テ土地及建物ノ兩者ニ付キ同時ニ抵當權ヲ設定シタルニ偶々其設定ニ遺脱セル抵當債權者ガ抵當權設定ノ當時知ラザリシ所ノ附屬建物アリト云フノ事實ナレバ民法第三八八條ヲ適用スベキモノニ非ズトノ趣旨ヲ主張シ且ソノ事實ヲ立證シタルコトハ明治四十年十月二十三日附抗辯事實準備書面明治四十年十二月四日附追加申立準備書面及原審ニ於ケル口頭辯論調書ニ被

控訴代理人ハ原審判決摘示原審答辯並ニ反訴狀明治四十年六月六日附答辯書並反訴狀中訂正書明治四十年十月二十三日附抗辯事實準備書面明治四十年十一月二十一日附準備書面明治四十年十二月四日附追加申立準備書面同年十二月十七日附申立準備書面當審ノ答辯書本日附追加準備書面ニ基キ事實ノ申立ヲ爲シタリトアルト證人小山健三ノ調書ヲ援用シ云々有魚銀行及三十四銀行ガ抵當權設定當時ノ意思ハ本件係爭建物ハ存セヌ積リテ居タルコト競賣申請ノ時モ係爭建物ノ有ルコトハ知ラザリシモノナルコトヲ證ストアルニ依テ甚ダ明カナリ而シテ民法第三八八條ノ精神ハ實ニ斯クノ如ク解釋セザル可カラズ然ルニ原判決ハ其事實摘示ノ部ニ於テモ理由ノ部ニ於テモ此申立ヲ遺脱シ此申立事實ヲ可認スルトモ又ハ排斥スルトモ一言モ之ニ及ブコトナク而シテ不當ニ民法第三八八條ニ基キ被上告人ノ請求ヲ容レ上告人ノ反訴ヲ却下シタルハ甚ダ不法ナリ但原判決事實摘示ノ部ニ上告人即チ被控訴人ガ本件ノ如ク土地及其上ニ在ル建物ノ幾分ヲ抵當ト爲シタル場合ニ民法第三八八條ヲ適用スベキモノニ非ズトノ申立ヲ爲シタルモノ、如キ記載アリ其理由ノ部ニモ上告人ガ同條ハ土地又ハ建物ノミヲ抵當トナシタル場合ニ限り適用セラルベキ法條ニシテ土地及其上ニ在ル建物ノ幾分ヲ抵當トナシタル本件ノ如キ場合ニ適用セラルベキニアラズト主張シタルガ如ク記載シ而シテ之ニ對シ右法條ハ土地及其上ニ在ル建物ノ幾分ヲ抵當ト爲シタル場合ヲ除外スルノ趣旨ト解釋シ能ハザルノミナラズ云々ト裁判セラレタルハ前ニ述べタル如ク上告人ガ民法第三八八條ニ其土地又ハ建物ノミヲ抵當ト爲シタルトキハ云々トアルハ抵當債權者ガ建物ノ存在ヲ知リテ其土地又ハ建物ノミヲ抵當ト爲シタル場合ニ適用スベキモノニシテ本件ノ如ク抵當債權者ガ本件ノ建物ノ存在ヲ知ラズシテ其土地ト他ノ建物トヲ抵當ニ取リタルニ偶々本件ノ附屬建物ガ其抵

當權設定ニ遺脱セラレタルガ如キ場合ニ適用スベキモノニ非ズトノ主張ヲ誤解セラレタルモノニシテ上告人ハ土地及建物ノ幾分ヲ抵當ト爲シタル場合ニハ民法第三八八條ヲ適用ス可カラズ抔ト云フ論旨ヲ主張シタルコトナシ要スルニコノ點ニ關スル原判決ノ理由ハ誤解ニ由リテ上告人ガ主張セザル論旨ニ對シテ攻撃ヲ加ヘ上告人ガ主張シタル論旨ハ反テ之ヲ遺脱シテ何等ノ判決ヲモ爲サバリシモノナリト云フニ在リ

〔判決理由〕 然レドモ民法第三八八條ノ規定ハ國家經濟上ノ理由ニ基キ法律ノ擬制ニ因リ地上權ノ設定アリタルモノト看做スモノナレバ本件ノ如ク土地及其上ニ存スル數箇ノ建物ヲ所有スル者ガ其土地ト數箇ノ建物中ノ或建物トヲ抵當ト爲シ其他ノ建物ヲ抵當ト爲サバリシトキハ抵當權者ガ抵當權設定ノ當時抵當ト爲ラザリシ建物ノ存在ヲ知りタルト否トヲ問ハズ同條ヲ適用スベキモノト解スルヲ當然トス何トナレバ若シ斯ル事情ノ爲メニ同條ノ適用ヲ妨グルモノトセバ抵當權實行ノ爲メニ抵當ト爲ラザリシ建物ノ廢絶ニ歸セザランコトヲ希望シタル同條立法ノ趣旨ヲ貫徹スルコト能ハザレバナリ而シテ上告人ハ原審ニ於テ本件係爭建物ノ存在ニ付キ抵當權者ガ債務者ヨリ何等ノ告知ヲ受ケズ又其建物ニ關スル登記ナカリシガ爲メニ知ラザリシコトヲ主張シタリトスルモ其事由アルノ故ヲ以テ同條ノ適用ヲ妨グルモノト謂フヲ得ズ故ニ原院ガ斯クノ如キ論點ニ對シ判示スル所ナカリシハ不當ナリトスルモ本件ニ付キ同條ヲ適用シテ判決シタルハ結局正當ナルヲ以テ本論旨ハ原判決破毀ノ理由ト爲スニ足ラズ

〔上告理由〕 第二點ハ原院ハ上告人ガ民法第三八八條ニ謂フ所ノ建物ニハ主タル建物ノミヲ意味スルモノニシテ本件ノ建物ハ離座敷湯殿等ノ如キ從タル建物ニハ適用ス可カラズトノ主張ニ對シ同條ニハ主從ノ關係アルト否トヲ區別

セズトシテ上告人ノ主張ヲ排斥セラレタリ然レドモ事物ノ條理ニ於テ物ニ主從ノ別アリ從物ハ主物ニ從フベキモノニシテ獨立シ得ベキモノニ非ズ本件ノ如キ離座敷及湯殿ハ主タル建物ニ從屬シテ建設セラレタルモノニシテ獨立シテ其用ヲ爲スベキモノニ非ズ如斯從タル建物ガ屢々抵當權ノ設定ニ漏レタリトテ此建物ガ獨立シテ地上權ヲ得主タル建物ト相對立シテ主タル建物ノ便益ヲ妨ゲ其敷地ニ對シテ地上權ヲ保有スベシト爲スガ如キハ條理、常識ノ容レザル所ナリ若シ此ノ如キ從タル建物ニテモ地上權ヲ得ベキモノトスレバ雲隠、納屋、物置ノ類ニテモ若シ抵當權設定ノ證書ニ遺脱シタルガ故ニ因リ其敷地ニ對シテ地上權ヲ得可キモノトセザルヲ得ズ此ノ如キハ決シテ法律ノ精神ニ非ザルナリ民法第三八八條ハ民法ニ於テ土地ト建物トヲ別箇ノ不動産ト認メタル結果若シ土地又ハ建物ノミヲ抵當ト爲シタルトキ其抵當タル土地又ハ建物ノミガ競賣セラレタル場合ニ於テ地上權ノ設定ナキモノトスレバ其建物ハ建物トシテ存在シテ其利用ヲ全フスルコト能ハザルニヨリ經濟上ノ見地ヨリシテ此法律ヲ設ケタルモノナリ然ルニ雲隠、物置、納屋、離座敷、湯殿ノ如キ從タル建物ニ至ツテハ元來獨立シテ存在スベキモノニ非ザルヲ以テ主タル建物ト其所有者ヲ異ニスル場合ニ於テハ經濟上之ヲシテ獨立シテ存在セシムベキ必要ナキノミナラズ若シ此ノ如キ從タル建物ガ同一地上又ハ同一區域ノ地上ニ於テ主タル建物ト其所有者ヲ異ニシテ存在スルトキハ其從タル建物モ其用ヲ全フスルコト能ハズシテ主タル建物モ亦大ニ其用方ノ利便ヲ害セラルベシ即チ經濟上大害アリテ寸益ナキモノ本條ノ精神ニ於テ此ノ如キ從タル建物ヲシテ主タル建物ト其所有者ヲ異ニシテ之レト對立シテ其敷地ニ對シテ地上權ヲ得セシムベキ趣旨ニ非ザルコト寔ニ明瞭ナリ故ニ斯ノ如キ顯然其法律ノ精神趣旨ニ反スル場合ニ於テハ假令ヒ法律ニ明文ナシト雖モ之ヲ除

外スルハ即チ所謂法律ノ論理的解釋ナリ然ルニ原院ハ民法第三八八條ニハ此ノ如キ場合ヲ除外スルノ明文ナキヲ以テ此ノ如キ場合ヲモ包含スルモノナリト解釋シタルハ法律ノ解釋適用ヲ誤レル不法アルモノナリト云フニ在リ

〔判決理由〕 然レドモ民法第三八八條ニ所謂建物トハ必ズシモ單ニ主タル建物ノミヲ指シタルモノニアラズ從タル建物ト雖モ主タル建物ヲ目的トシタル抵當權ノ之ニ及バザル場合ニ於テハ同條ノ適用ヲ妨ゲザルモノト解セザルヲ得ズ何トナレバ抵當權ノ及バザル建物ハ他ノ建物ニ對シテ從タル關係アルト否トニ拘ラズ抵當權實行ノ場合ニ於テ競賣ノ目的ト爲ラズ依然トシテ從來ノ所有者ニ屬スレバナリ本件ニ於テ抵當權ガ係争ノ建物ニ及ブモノナルヤ否ヤノ問題ニ付テハ原審ニ於テ争點トナリタル形跡ナキヲ以テ原院ガ斯ル問題ニ言及セザリシハ當然ノ事ナリ且本件ノ抵當ト爲リタル建物ト係争ノ建物トノ間ニ主從ノ關係アリト假定スルモ建物ニ關スル登記ハ主タル建物ト附屬建物トヲ同一表示欄ニ表示シテ之ヲ爲スベキコトハ不動産登記法ノ規定スル所ナレバ附屬建物ニ付キ登記アルニ非ザレバ抵當權者ハ主タル建物ヲ目的トシタル抵當權ガ其附屬建物ニ及ブコトヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ズ而シテ本件ハ抵當權ノ實行ヲ終ルニ至ルマデ係争建物ニ付何等ノ登記ナカリシ事實ナレバ抵當權ノ之ニ及ブモノト謂フヲ得ザルヤ明ケシ然レバ原院ガ本件ニ付抵當建物ト係争建物トノ間ニ主從ノ關係アルト否トヲ問ハズ同條ノ規定ヲ適用スベキモノト判定シタルハ結局正當ナルヲ以テ本論旨モ採用スルコトヲ得ズ

〔上告理由〕 第三點ハ原院ハ上告人が被上告人ト抵當權者タル株式會社第三十四銀行トノ間ニ本件地所ニ地上權ヲ設定セザルコトノ契約アルニ因リ民法第三八八條ニ依リ地上權ヲ設定セラルベキモノニ非ズトノ申立ニ對シ右法條ニ

ハ「地上權ヲ設定シタリト看做ス」トアルガ故ニ抵當權者ト被告トノ間ニ地上權ヲ設定セザルノ特約アリトモ第三八八條ヲ適用スルノ妨ゲト爲ラズト判決セラレタリ、然レドモ右第三八八條ニハ「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」トアリ即チ法律ハ抵當權設定者即チ抵當地ノ所有者ガ地上權ヲ設定シタルモノト同一ニ視ルト云フノ意味ニシテ此規定ハ經濟上ノ見地ニ基クモノナリト雖モ公益的規定即チ所謂強制的規定ニ非ズシテ當事者ガ反對ノ意思ヲ表示スルコトヲ得ベキ規定ナルヲ以テ抵當權設定者ガ地上權ヲ設定セザルベシトノ反對意思ヲ表示シタルトキハ其意思ニ從フベキモノナリ然ルニ原院ハ法律ニ「地上權ヲ設定シタルモノト看做ス」トアルヲ以テ抵當權設定者ト抵當權者トノ間ニ地上權ヲ設定セザル可シトノ特約アリトモ同條ノ適用ヲ妨ゲザルノ趣旨ナリト解釋シタルハ法律ノ解釋ヲ誤リ不當ニ法則ヲ適用シタルモノナリト云フニ在リ

〔判決理由〕 然レドモ民法第三八八條ノ規定ハ第一點ニ於テ既ニ説明シタルガ如ク公益上ノ理由ニ基キ法律ニテ地上權ノ設定ヲ強制スルモノナレバ抵當權設定ノ當事者間ニ於テ抵當地ニ付キ地上權ヲ設定セザル特約ヲ爲シタリトテ其特約ハ當事者ノ意思表示ニ因ル地上權ノ設定ヲ制限スルノ效アリトスルモ同條ノ適用ヲ妨グルモノニ非ズ故ニ本論旨モ其理由ナシ

〔上告理由〕 第四點ハ上告人ハ原院ニ於テ本件ノ土地ニ係争ノ建物ガ存在スルコトハ當時其建物ノ登記ナク又被告ノモ之ヲ申告セザリシヲ以テ上告人ハ之ヲ知ラズシテ競賣ニ依リ買得シタルモノナルヲ以テ被告上告人ガ上告人ニ對シテ地上權ヲ主張スルハ甚ダ不當ナル旨ヲ主張シ尙ホ其不當ナル所以ヲ説明スル爲メニ若シ果シテ地上權ガ存在スル

モノトスレバ被告上告人（債務者）ハ民法第五六六條同第五六八條ニ依リ擔保ノ責ニ任ゼザルヲ得ズ然レドモ此レ第三者ガ地上權ヲ有スル場合ノコトニシテ賣主タル債務者ノ過失ニ依リ買主ヲシテ其地上權アルコトヲ知ラシメズシテ而シテ自ら其地上權ヲ主張シ而シテ又自ら其擔保ノ責ニ任ジ損害賠償ノ義務ヲ負フト云フガ如キ奇怪ナル法理ノアリ得ベキ筈ナキヲ以テ賣主タル債務者ガ地上權ヲ有スト稱スル建物ノ登記ヲ爲サズ競賣人ヲシテ其地上權ノ存在ヲ知ラシメザリシガ如キ場合即チ民法第五六八條第三項ノ如ク債務者ノ過失ニ由リ競賣人ニ對シテ擔保ノ責ニ任ズベキ場合ニ於テハ民法第三八八條ヲ適用ス可カラザル法意ナル旨ヲ辯明セリ然ルニ原判決ハ此點ニ付キ何等ノ判決モ爲サズシテ被告上告人ノ請求ヲ是認シタルハ甚ダ不當ナリ而シテ上告人ガ此點ニ關スル主張ハ至當ノ法理ナリト確信ス何トナレバ凡ソ損害ノ賠償ハ回復シ得可カラザル損害ヲ賠償セシメンガ爲メノ方法ニシテ債務者ガ其權利ヲ主張セザレバ其損害ハ生ジ得可カラザル場合ニ於テ一面ニハ其權利ヲ主張スルコトヲ許シテ其損害ヲ生ゼシメ而シテ他ノ一面ニ於テ其損害ヲ賠償セシムルト云フガ如キコトハ實ニ兒戲ニ類シ正當ナル法理ニ於テ萬アリ得可カラザルコトナレバナリ即チ此點ニ於テ亦重要ナル事實ヲ遺脱シテ而シテ不當ニ法則ヲ適用シタルモノナリ但シ上告人ガ本文ノ事實及法理ヲ原審ニ於テ主張シタルコトハ第一審裁判所ニ提出シタル明治四十年十月二十三日附抗辯事實準備書面明治四十年十一月二十一日附準備書面同明治四十年十二月四日附追加申立準備書面並ニ原院ノ口頭辨論調書ニ上告人ガ此等ノ書面ニ基キ事實ノ陳述ヲ爲シタリトノ記載アルニ依テ明カナリト云フニ在リ

〔判決理由〕 然レドモ民法第三八八條ノ規定ニ因ル地上權ノ設定ハ競賣人ノ之ヲ知ルト否トニ關セズ法律ニ因リ之

ヲ強制スルモノナレバ同條第五六六條及ビ第五六八條ニ依リ債務者が競落ニ對シ擔係ノ責ニ任ズル場合ニ該當セザルヤ言テ俟タズ故ニ此點ニ付キ上告人が原審ニ於テ主張シタル形跡アルヲ以テ原院が特ニ説明ヲ加ヘザリシハ不當ナリトスルモ其主張ノ失當ニシテ到底採用スベカラザルコト明ナリ然レバ原院が被上告人ノ請求ヲ是認シタルハ結局正當ナルヲ以テ本論旨ハ原判決破毀ノ理由ト爲スニ足ラズ

〔上告理由〕 第五點ハ原院ハ上告人ニ於テ假令被上告人が主張スル如ク被上告人が明治二十一年、二年頃ニ係争建物ヲ買得シタルモノトスルモ其當時ヨリ競賣ノ後マデ取得ノ登記ヲ爲サズシテ上告人が競落許可決定ヨリ數月ノ後ニ至リ始メテ保存登記ヲ爲シタルモノナレバ其建物ノ所有權ヲ以テ第三者タル被控訴人ニ對抗シ其建物ニ關スル所有權ヲ主張スルコト能ハズト抗辯シタルニ對シ民法第三八八條ノ規定ハ建物ノ所有者が其所有權ヲ以テ第三者ニ對抗シ得ル状態ニ在ルト否トヲ區別セザルモノナリト判決セラレタリ民法第三八八條ノ明文ニハ如此區別ナシト雖モ凡ソ法律ヲ解釋スルニハ前述ノ如ク其法律ノ趣旨精神ノ在ル所ヲ尋釋セザルヲ得ズ抑モ民法第三八八條ニ依ル地上權ハ其土地ト建物トガ同一所有者ニ屬スルコトヲ條件トス此レ其建物ノ所有權ヲ基礎トシテ其地上權ヲ第三取得者ニ對シテ主張スルコトヲ得ルモノナリ今本件ノ建物が被上告人申立ノ如ク明治二十一年三月十九日被上告人ノ子息樋一ガ之ヲ他人ヨリ讓受ケ明治二十七年三月二十七日ニ被上告人が樋一ヨリ之ヲ讓受ケタルモノトスルモ（此事實ハ明治四十年十一月二十一日附第一審調書ニ於テ被上告人ノ自認スル所ナリ）競落ノ後迄其取得登記ヲ爲サバリシヲ以テ明治十九年法律第一號登記法第一號ニ依リ第三者ニ對シテハ其取得ハ無効ニシテ（同條ニハ登記簿ニ登記ヲ爲サバル地所建物船舶ノ

賣買讓渡賣入書入ハ第三者ニ對シテ效ナキモノトストアリ）所有權ヲ主張スルコト能ハザルヲ以テ其所有權ヲ基礎トスル所ノ地上權モ亦第三者ニ對シテ主張スルコト能ハザルハ理ノ當然ナリ然ルニ原院ハ如此明白ナル事理ヲ攻究セズシテ單ニ民法第三八八條ニ建物ノ所有者が其所有權ヲ以テ第三者ニ對抗シ得ル状態ニ在ルト否トヲ區別スルノ明文ナシトノ理由ヲ以テ同條ハ其區別ヲ爲スモノニ非ズト解釋シタルハ法律ノ解釋ヲ誤リ不當ニ法則ヲ適用シタルモノナリト云フニ在リ

〔判決理由〕 然レドモ民法第三八八條ノ規定ハ競賣ノトキニ地上權ノ設定アリタルモノト看做スモノナレバ其地上權ハ恰モ抵當權設定者ト競落人トノ間ニ於テ之ヲ設定シタルト同一視セルモノト謂フベシ而シテ本件ニ付テ之ヲ言ヘバ抵當地ノ上ニ存スル建物ガ民法施行前ヨリ抵當權設定ノ所有ニ屬スル場合ニ於テ抵當地ノ競落人ガ抵當權設定者ニ其建物ノ所有ヲ繼續セシムル爲メニ地上權ヲ設定シタルト異ナルコトナキヲ以テ抵當權設定者タル被上告人ガ係争建物ヲ原院認定ノ如ク明治二十一年、二年頃他ヨリ讓受ケ爾來所有スル事實ニ付キ競落人タル上告人ハ明治十九年法律第一號登記法第六條ニ所謂第三者ニアラズ故ニ被上告人ハ係争ノ建物ヲ所有スルコトヲ上告人ニ對シ主張スルニ妨ナキヲ以テ民法第三八八條ニ依リ地上權ノ主張ヲ爲スコトヲ得ルヤ明ナリ然レバ原院が同條ヲ適用シテ被上告人ノ請求ヲ是認シタルハ結局正當ナルヲ以テ本論旨モ採用スルコトヲ得ズ

一二、民法第三八八條の適用

民三八八條

一四八

建物取拂宅地明渡請求ノ件 (大審院明卅八(才)五二二號、三九・二・一六)
民二、錄一二輯四卷二二〇頁

〔判旨〕

一、所有者ガ土地及ビ其上ニ存スル建物ヲ抵當ト爲シタル場合ニ於テ競賣ノ結果土地建物共ニ一旦同一ノ人ニ競落シタルモ爾後建物ノ競落取消サレタルトキハ民法第三八八條ニ依リ其建物ノ爲メニ當然地上權ノ設定アルモノトス

〔上告理由〕 上告論旨ハ原判決ハ民法第三八八條ノ法意ニ違背シタル不當ノ裁判ナリト信ズ抑モ民法第三八八條ノ規定タルヤ競賣ノ場合ニ於ケル國家經濟上ノ不利益ヲ豫防スルノ目的ニ出ヅ從ツテ其適用ヲ土地又ハ其土地ノ上ニ存スル建物ノ一方ノミヲ抵當トシタル場合ニ制限スルノ必要ヲ見ズ然ルニ該條ノ文字彼ノ如クナリシハ偶々立法者ガ其屢次出顯ス可キ事實ノ一斑ヲ捕ヘテ之ヲ表示シタルニ止マリ敢テ同一ノ結果ヲ生ズベキ其他ノ事實ヲ除外セント欲シタルモノト認ムベキ論據ヲ發見スル能ハズ果シテ然ラバ本件ノ如ク同一ノ所有者ニ屬スル土地ト其土地ノ上ニ存スル建物トノ抵當權實行ニ際シ同時ニ競賣セラレタル場合ニ於テモ亦均シク同條ノ適用ヲ受クベキモノトナサバ立法ノ趣旨ヲ貫徹スル能ハザルベシ然ルニ原裁判ガ之ト反對ノ斷案ヲ下シ上告人ノ抗辯ヲ排斥シタルハ徒ニ文字ノ末ニ拘泥シタル誤謬ノ解釋ナリト云ハザルヲ得ズト云フニ在リ

〔判決理由〕 依テ審按スルニ同一ノ所有者ニ屬スル土地及ビ其上ニ存在スル建物ヲ抵當權ノ目的ト爲シ競賣ノ際單

ニ土地若クハ建物ノミガ競賣セラレタル場合ニ於テ其土地ノ上ニハ建物ノ爲メニ當然地上權ノ設定アルモノトセルコトハ當院ノ判例トスル所ニシテ此場合ハヨク民法第三八八條ノ精神ニ適合ス若シ此場合ニ抵當權ノ目的タル建物ノ爲メニ地上權ノ設定ナキモノトスルトキハ其建物ハ抵當地ノ競賣セラル、ヤ建物トシテ存立スルヲ得ザルベク而シテ抵當權ノ目的タル建物ハ不動産トシテ其目的ト爲リ競賣ノ際ニモ同ジク不動産トシテ競賣スルモノナルニ抵當地ノ競賣セラル、ヤ直チニ取毀サル可カラザルコト、爲ルトキハ建物ノ競落人ガ損失ヲ被ムルハ勿論國家經濟上モ不利益ヲ受ケ亦間接ニ抵當權者モ損失ヲ被ムルニ至ル而シテ此場合ヲ土地若クハ建物ノミヲ競落シタル者ヨリ觀察スルトキハ原抵當權設定者ガ單ニ土地若クハ建物ノミヲ抵當ト爲シタルコト一般ナルヲ以テ本件ノ如ク同一ノ所有者ニ屬スル土地ト建物トガ抵當ノ目的トナリ其土地ノミガ競賣セラレ建物ハ依然原所有者ノ爲メニ存スル場合ニ於テモ民法第三八八條ニ依リ競賣セラレタル土地ノ上ニ其建物ノ爲メ當然地上權ノ設定アルモノトス而シテ此解釋ハ以上ノ場合ニ於テ土地建物共ニ一旦同一ノ人ニ競落シタルモ後チ建物ノミノ競落取消サレタルトキニ於テモ異ルコトナシ然ルニ原院ガ右法條ノ解釋ヲ誤リ被上告人ノ本件ノ請求ヲ容レタルハ違法ニシテ原判決ハ破毀ス可キモノトス

一三、(1)建物競落人の取得する権利 (2)民法第三八八條の適用

民三八八條

一四九

家屋取拂及損害賠償請求ノ件 (大審院明廿八(オ)三二七號、三八・九・二二)
民二、錄一、輯一九卷一、九七頁

〔判旨〕

一、抵當權ノ目的タル建物ガ抵當權實行ノ爲メ競賣セラル、トキハ特別ノ事情ニ因リ取毀ノ爲メニスル場合ヲ除ク外競落人ハ不動産トシテ其建物ノ所有權ヲ取得スルモノトス (判旨第一點)

一、所有者ガ土地及建物ヲ併セテ抵當ト爲シタル場合ト雖モ競賣ノ際其土地ト建物トガ各競落人ヲ異ニスルトキハ民法第三八八條ニ依リ其建物ノ爲メニ當然地上權ノ設定アルモノトス (判旨第二點)

〔上告理由〕 上告論旨第一點ハ他人ノ土地ノ上ニ建物ヲ所有スルコトハ法律ノ認ムル所ナルモ競賣ノ場合ニ於テ建物ノ競落人ハ不動産上ノ所有權ヲ取得スル結果トシテ他ノ競落ニ係ル地上ニ當然其建物ヲ存在セシムル權利ヲ得タリト云フヲ得ズ競賣法第二條第一項ニハ是等ノ規定ナシト云フニ在リ

〔判決理由〕 依テ審按スルニ抵當權ノ目的タル建物ガ抵當權實行ノ爲メ競賣セラル、トキ其建物ハ特別ノ事情アリテ取毀ツ爲メ競賣セラル、コトアル場合ヲ除クノ外ハ其競落人ハ不動産トシテ其建物ノ所有權ヲ取得スルコトハ原判旨ノ如ク競賣法第二條第一項ニ競買人ハ競落ニ因リテ競賣ノ目的タル權利ヲ取得ストアルヲ以テ明瞭ナリトス依テ法文ノ解釋ヲ誤リタル本論旨ハ採用スルヲ得ズ

〔上告理由〕 上告論旨第二點ハ本件同一ノ人ニ屬スル土地建物ヲ競賣ニ際シ土地及建物ノ競落人ヲ異ニスル場合ハ寧ロ建物ヲ土地ニ存在セシムルノ意思ナカリシモノト推定スルヲ相當トシ土地ノ競落人ハ建物ノ存立ナキ地所ノ所有

權取得ヲ目的トシタルモノト看做サルベカラズ第三點ハ同一人ニ屬スル土地建物ヲ競賣スルニ際シ土地建物トモ各別ノ人ニ競落シタル場合ハ競賣ノ意思表示ト共ニ土地ニ建物ヲ存在セシムルコトヲ何レモ暗黙ニ許諾シテ競賣シタルモノト認ムルヲ相當トスル云々トハ地上權ヲ暗黙ニ約諾シタリトノ謂カ理由不明ナレドモ後文地上權取得ノ主張排斥ノ説明ニヨレバ地上權ノ默約ヲ認メタルモノニアラズ又單ニ地上權ニアラザル默諾ナリトセバ他人ノ地上ニ建物ヲ存在セシムル法律上原因ハ如何原判決ハ此點明瞭ヲ缺ケリ第四點ハ原判決ハ第一ニ競賣法第二條第一項ヲ引用シテ不動産上ノ所有權取得ノ結果他人ノ土地ニ建物ヲ存在セシムル權利ヲ取得セリト説明シ第二ニ建物取毀チノ條件ノナキ以上ハ通例他人ノ地上ニ競落ノ建物ヲ存在セシムル目的ト推定スルヲ相當ト説明シ第三ニ暗黙ノ約諾アリト説明シ何レモ其理由一致セザル點アリト云フニ在リ

〔判決理由〕 依テ審按スルニ民法第三八八條ハ土地及ビ其上ニ存スル建物ガ同一ノ所有者ニ屬シ其者ガ單ニ其土地又ハ建物ノミヲ抵當ト爲シタルトキニ於テノミ競賣ノ場合ニ付キ地上權ヲ設定シタルモノト看做サル、ガ如シト雖モ單ニ土地又ハ建物ヲ抵當トシタルニアラズシテ此等兩者ヲ併セテ抵當ト爲シタル競賣ノ際土地ト建物トガ競落人ヲ異ニスル場合ニ於テモ其土地ノ上ニハ其建物ノ爲メニ當然地上權ノ設定アルモノトス若シ此ノ如キ場合ニ於テ建物ノ競落人ノ爲メ地上權ナキモノトスルトキハ其競落人ハ之ヲ競落スルヤ直チニ取毀タザル可カラザルニ至ル可シ然ルニ民事訴訟法又ハ競賣法ニ依リ抵當權ノ目的タル建物ヲ競賣スル場合ニ於テ其建物ハ第一點ニ說示スルガ如ク特ニ取毀チノ爲メ競賣スル場合ノ外ハ不動産トシテ競賣スルモノナレバ之ガ存立ヲ認メ其競落人ノ爲メ地上權ノ設定セラレタル

モノトスルハ當然ナリ否ラザレバ建物ノ競落人ハ莫大ノ損失ヲ被ムルノミナラズ國家經濟モ不利益ヲ受ケ亦間接ニ抵當權者モ損失ヲ被ムルニ至ル而シテ此場合ヲ單ニ建物ノミヲ競落シタル者ヨリ觀察スルトキハ原抵當權設定者ガ單ニ此建物ノミヲ抵當ト爲シタルト一般ナルヲ以テ本件ノ如ク特ニ取毀ノ爲メニ競賣シタルニ非ザル場合ニ於テハ建物ノ競落人ハ民法第三八八條ニ依リ其建物ノ爲メ地上權ヲ有スルモノトス然ルニ原院ガ本件ノ如ク土地ト建物トガ別異ノ人ニ競落セラレタル場合ニ於テハ右法條ノ適用ヲ受ケズ當時者間ニ建物ヲ存立セシムル意思アルモノト推定シ又土地ノ競落人ガ建物ノ競落人ニ對シ競落ノ際暗黙ノ承諾ニ依リ地上權ヲ設定シタルモノトシタルハ失當ナリト雖モ本論旨ハ採用スルヲ得ザルモノトス

一四、抵當權設定當時土地及建物ノ所有者を異にする場合と民法第三八八條適用の有無

民三八八條

〔判旨〕

一、民法第三八八條ハ土地及其ノ地上ニ存スル建物ガ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他日其ノ抵當ト爲サル土地又ハ建物ヲ第三者ニ讓渡シ其ノ抵當物件ガ抵當權ニ基キ競賣セラレニ者其所有者ヲ異ニスルニ至リタルトキハ其ノ建物所有者ニ地上權ヲ附與スルノ法意ニシテ其ノ土地又ハ建物ニ付抵

當權設定ノ當時既ニ土地及其ノ地上ニ存スル建物ガ各所有者ヲ異ニスルガ如キ場合ニ於テハ同條ノ適用ナキモノトス (東京控訴、大正一三・六・一二判決、評論一三卷八號七九頁)

一五、土地建物共抵當と爲したる場合と法定地上權

民三八八條

〔判旨〕

一、土地及建物ノ雙方ヲ抵當ト爲シ競賣ノ結果土地又ハ建物ノミ競賣セラレ或ハ各別人ニ競落セラレ其所有者ヲ異ニスルニ至リタル場合ニハ民法第三八八條ヲ準用シ建物ノ所有者又ハ競落人ヲシテ法定地上權ヲ取得セシムベキモノトス (甲府地方、昭五(レ)三六四號判決、評論二〇卷一號二八頁)

第三百八十九條

一、(1)民法第三八九條制定の趣旨 (2)抵當地及建物に付競賣申立ありたる場合と競落許可の方法

〔判旨〕

一、抑モ民法が第三八九條ニ於テ土地抵當權設定後其ノ設定者ガ抵當地ニ建物ヲ築造シタルトキハ土地ト共ニ抵當權ノ物體ニ屬セザル建物ヲ競賣スル權利ヲ抵當權者ニ與ヘタル所以ノモノハ第三八八條ノ場合ト異ナリ土地ニ付抵當權ヲ設定シタル後設定者ガ其ノ抵當地上ニ建物ヲ築造シタル場合ニ於テハ未ダ建物ノ存セザリシ抵當權設定ノ當時地上權設定ノ意思表示アリシモノト推定シ得ザルノミナラズ此ノ場合ニ於テモ尙地上權ヲ設定シタルモノト看做スニ於テハ建物ヲ築造スル抵當權設定者一方ノ意思ノミニ依リテ抵當不動産ノ擔保的價值ヲ減少セシメ得ルニ至ル不當ノ結果ヲ生ズベキヲ以テ地上權ノ成立ヲ認ムベカラザルコト明ナリ且右ノ場合ニ於テ土地ノミヲ競賣ニ付スベキモノトセバ競落ニ因リ土地ト建物トガ其ノ所有者ヲ異ニスルニ至リ而モ地上權ノ成立ナキヲ以テ土地競落人ハ建物所有者ニ對シテ之ガ收去ヲ強要シ得ベク却テ建物所有者ニ苛酷ナル結果ヲ生ズベキヲ以テ民法ハ一方ニ於テ抵當權者ノ權利ヲ保護スルト同時ニ他方ニ於テ抵當權設定者タル建物所有者ノ利益ヲ慮リ土地及建物ヲ同一ノ所有者ニ歸屬セシメ以テ斯ノ如キ不當ノ結果ヲ防止セントシタルニ外ナラザルモノトス

一、抵當權者ガ民法第三八九條ニ依リ抵當不動産タル土地及抵當物件ニ非ザル該抵當地上ノ建物ニ付競賣ノ申立ヲ爲シタルトキハ執行裁判所ハ常ニ右土地及建物ヲ同一人ニ競落セシムベキモノトス
 (東京地方、大正一五・七・一〇決定、評論一五卷一〇號九一頁)

第三百九十二條

一、(1)次順位抵當權者の代位の性質及對抗力 (2)民法第三九三條の解釋

民三九二條、三九三條、一七七條

不動産競賣開始決定ニ對スル異議事件ノ再抗告ノ件 (大審院、大八(ク)一三三號、八・八・二八) (民二、錄二五輯一五二四頁)

〔判旨〕

一、抵當權者ガ抵當權ノ目的タル數箇ノ不動産中或不動産ニ付キ抵當權實行ノ爲メ競賣ノ申立ヲ爲シ其抵當權者ガ該不動産ノ代價ノミヨリ債權全額ノ辨濟ヲ受ケタル場合ニ於テ同一不動産上ノ次順位抵當權者ノ民法第三九二條第二項ニ依ル代位ハ當事者ノ意思ニ拘ハラズ當然發生スル所謂法定代位ナリトス

一、債務者又ハ抵當權設定者ハ先順位者ヨリ抵當權ヲ實行セラルベキコトヲ豫期セル者ナレバ次順位者ヲシテ代リテ其抵當權ヲ行ハシムルモ此等ノ者ニ損害ヲ與フルコトナキノミナラズ代位者ガ其權利ヲ行フト被代位者之ヲ行フトハ毫モ被代位者ヨリ後順位者ナル抵當權者ノ權利ニ影響ヲ及ボスコトナクレバ右ノ代位ハ債務者抵當權設定者並ニ被代位者ヨリ後順位ナル抵當權者ニモ對抗スルコトヲ得ルモノト爲スヲ相當トス

一、民法三九三條ハ代位者ハ附記登記ヲ爲サバルモ代位ヲ如上ノ者ニ對抗スルコトヲ得ベク此點ニ於テ民法一七七條ノ例外ヲ爲スモノナルモ代位者ガ附記登記ヲ爲スヲ禁ジタルニ非ザル旨趣ヲ明カニシタルモノト解スルヲ相當トス

〔抗告理由〕 抗告論旨ノ第一點ハ相手方ノ代位權ハ第一順位抵當權者ガ債務ノ辨濟ヲ受クル前ニ代位ノ附記登記ヲ爲サバリシニ因リ消滅スベシ次位ノ抵當權者ガ第一順位ノ抵當權者ニ代位スベキ法律關係ハ數箇ノ抵當權ガ併立シタル時ニ於テ既ニ發生シ其代位權ヲ行使スベキヤ否ヤハ抵當權者ノ自由ナレバ次位ノ抵當權者ガ代位權ヲ行使セントセバ第一順位抵當權ノ消滅前之ヲ行使スベキ意思ヲ表明シ其權利保全ノ爲メ豫メ代位ノ登記ヲ爲サバレカラス保證人ガ第三取得者ニ對シ債務者ニ代位スル爲メ豫メ代位ノ登記ヲ爲スコトヲ要スルハ民法五〇一條ノ規定スル所ナレバ之ヨリ類推スルモ次位抵當權者ガ第一順位抵當權者ニ代位スルガ爲ニモ亦代位ノ登記ヲ必要トスベキヤ知ルベキナリ從テ權利保全ノ爲メ豫メ代位ノ登記ヲ爲サバリシ相手方ハ第一順位抵當權者ガ債務ノ辨濟ヲ受ケ抵當權消滅スルニ因リ其代位權モ消滅スベシト云ヒ同第二點ハ假ニ相手方ガ代位ノ附記登記ヲ爲サバレモ其代位權發生スルモノトスルモ登記ヲ爲サバレバ抗告人ニ對抗スルヲ得ザルベク又抗告人ニ於テ抵當權抹消ノ登記ヲ爲シタル上ハ抗告人ニ對シ其代位ヲ主張スルヲ得ザルベシ次順位抵當權者ノ代位權ハ第一順位抵當權者ガ債務ノ辨濟ヲ受クルト同時ニ發生シ登記ノ有無ハ其權利ノ發生ニ影響ナシト假定スルモ次位抵當權者ノ代位ハ抵當權ノ法律上ノ移轉ナリ移轉ノ當事者ハ第一順位抵當權者及次位抵當權者ニシテ抗告人ハ第三者ナリ故ニ民法一七七條ニ依リ次位抵當權者タル相手方ノ抵當權取得ハ之レガ登記ヲ爲スニアラザレバ抗告人ニ對抗スルヲ得ザルベキナリ殊ニ抗告人ハ大正八年一月二十三日既ニ辨濟ニ因ル本件土地ニ對スル抵當權抹消ノ登記ヲ爲シタルヲ以テ相手方トノ間ニ抵當權ノ得喪ニ關スル抵觸ヲ生ジ其優劣ハ登記ノ前後ニ依リテ定マルベク而シテ抗告人ガ抵當權抹消ノ登記ヲ爲シタル上ハ抵當權ノ消滅確定シ相手方ハ最早其代

位ヲ登記スルヲ得ズシテ其權利ハ消滅ニ歸スルモノト云ハザルベカラズ從ツテ相手方ハ抗告人ニ對シ其權利ヲ主張スルヲ得ザルモノトス（横田博士物權法八六二、三頁參照）而シテ物權ノ法律上ノ移轉ニ付テモ登記ヲ爲スニアラザレバ第三者ニ對抗シ得ザル事ハ御院ノ制例トセラル、所ナリ（大正四年十月二日判決同十一月二日判決）ト云フニ在リ

〔決定理由〕 抵當權者ガ抵當權ノ目的タル數箇ノ不動産中或不動産ニ付キ抵當權實行ノ爲メ競賣ノ申立ヲ爲シ其不動産ノ代價ヲ配當スル場合ニ於テハ其抵當權者ハ其代價ノミヨリ債權全額ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得ベシ然ルトキハ同一不動産上ノ次順位ノ抵當權者ハ其代價ヨリ債權ノ辨濟ヲ受クルコト能ハザルベキヲ以テ民法三九二條第二項ハ此次順位者ヲ保護スル爲メ同條第一項ニ從ヒ先順位者ガ他ノ不動産ニ付辨濟ヲ受クベキ金額ニ滿ツルマデ之ニ代位シテ他ノ不動産ニ對シ先順位ノ抵當權ヲ行フコトヲ得セシメ以テ此抵當權ヲ消滅セザラシメタルナリ故ニ此代位ハ當事者ノ意思ニ拘ハラズシテ當然發生スル所謂法定代位ナリ加之債務者又ハ抵當權設定者ハ右先順位者ヨリ抵當權ヲ實行セラレベキコトヲ豫期セル者ナレバ次順位者ヲシテ代リテ其抵當權ヲ行ハシムルモ此等ニ損害ヲ與フルコトナカルベク又代位者ガ其權利ヲ行フト被代位者ガ其權利ヲ行フトハ毫モ被代位者ヨリ後順位ナル抵當權者ノ權利ニ影響ヲ及スコトナキヲ以テ右ノ代位ハ債務者抵當權設定者並ニ被代位者ヨリ後順位ナル抵當權者ニモ對抗スルコトヲ得ルモノト爲スヲ可ナリトス是ヲ以テ民法三九三條ハ此精神ニ依リ規定セラレタルモノニシテ前條ノ規定ニ從ヒ云々其抵當權ノ登記ニ其代位ヲ附記スルコトヲ得トアルハ代位者ハ附記登記ヲ爲サバレモ代位ヲ如上ノ者ニ對抗スルコトヲ得ベク此點ニ於テ民法一七七條ノ例外ヲナスモノナルモ代位者ガ附記登記ヲ爲スヲ禁ジタルニアラザル趣旨ヲ明ニシタルモノト解

スルヲ相當トス抗告人ハ民法五〇一條ヲ引用シテ論ズル所アルモ同條第一號ハ保證人ニ對シテ第二取得者ヲ保護シタルモノニシテ本件ノ場合ト同一ニ論ズルコトヲ得ザルヲ以テ其所論ハ當テ得ズ然ラバ本件ニ於テ株式會社櫻井共益銀行ニ代位シテ本件不動産ニ對シ抵當權實行ヲ爲サントスル神谷忠次(原審ノ抗告人)ハ代位ノ附記登記ヲ爲サバリシトテ競賣申立ヲ爲スコトヲ得ザルモノト謂フベカラズ仍テ原決定ハ相當ニシテ抗告論旨ハ其理由ナキモノトシ主文ノ如ク決定ス

二、民法第三九二條第二項に依る次順位抵當權者の代位權は先順位抵當權の實行前には發生せず

民三九二條第二項

損害賠償事件(大審院、昭七(オ)二二二二號、七・二・二九)
民一、集一一卷二二號三二九七頁

〔事實〕

訴外N銀行は訴外Aに對する同一の債權の擔保として甲乙丙三不動産上に各々一番抵當權を設定し、後債權及抵當權を本件被上告人Yに讓渡した。Yは更にAと妥協し、甲乙兩不動産に付抵當權を實行し賣得金全額を以て債權の辨濟に充て、丙に付ては抵當權を拋棄した。

これより先上告人XはAに對し甲乙兩不動産に第二番抵當權を設定して金を貸してゐたが右Yの行爲により何等の辨濟を受くる事能はざるに至り、よつて民法三九二條第二項に所謂次順位抵當權者の代位權を侵害せられたるを以て、不法行爲としてYに對し損害賠償の請求を爲し得るものとして訴を提起した。第一審以來Xは敗訴し上告した。

〔判旨〕

上告を容れず。

「民法三九二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ガソノ抵當權ヲ實行スル以前ニ在リテハ未ダ發生セザルモノニシテ、該次順位抵當權者ハ將來右代位權ヲ取得スルニ至ルベキ希望ヲ有スルニ過ギザルガ故ニ、タトヘコノ場合ニ先順位抵當權者ガ次順位抵當權ノ目的タル物件以外ノ不動産ニ付有セル抵當權ヲ拋棄シタレバトテ之ヲ以テ次順位抵當權者ノ權利ヲ侵害シタルモノト斷ズルコト能ハズ。」

三、第一順位の抵當權者の債權を辨濟して餘剰を生ぜざるべき場合には數個の不動産の一括競賣を爲し得る

民三九二條

不動産競賣事件ノ競落許可決定ニ對スル抗告事件(大審院、昭七(ク)六〇號、七・二・五)
民五、集一一卷五號三八七頁

〔事實〕

(一) 甲(土地)乙丙丁(いづれも建物)戊(土地なりや不明)の五個の各不動産にXの債権四萬一千七百九十五圓の爲一番抵當權が設定されてゐた。Xは右五個の不動産中甲乙丙丁のみの競賣を申立て、「目的物件ヲ一括シテ競賣センコト」を求めた。

(二) 甲につきAは二番、Bは三番、Cは四番の抵當權を有し、乙丙丁にはBは二番、Cは三番の抵當權があつた。

(三) 競賣裁判所は目的物件甲乙丙丁につき、一括して最低競賣價額(三萬五千九百圓)を定め(競賣法二八條)、競賣手續を進行し、競落許可決定を與へた。債務者は之に對し抗告したが原審は次の理由で之を容れなかつた。

「數個ノ不動産上ニ第一順位並ニ第二若クハソレ以下ノ抵當權設定セラレ、ソノ第一番抵當權者ハ孰レモ同一人ナルモ、第二番若クハソレ以下ノ抵當權者ガ各個ノ不動産ニ付同ジカラザルトキ之ヲ一括シテ競賣ニ付セバ、賣得金ニテ第一順位抵當權者ニ辨濟シテ尙ホ餘アル場合ニ、之ヲ以テ第二順位以下ノ抵當權者ニ對シテ辨濟ヲ爲スベキニ拘ラズ賣得金額ガ孰レノ不動産ニ付幾何ナルヤヲ確定スルコト能ハザル結果之ヲ爲スニ由ナキニ至ルベク、ソノ賣得金ガ第一順位抵當權者ニ辨濟シテ餘アリヤハ通常ノ場合ニ於テ豫メ之ヲ決スベカラザルベキヲ以テ、ソノ順位ヲ異ニスル不動産ハ之ヲ各別ニ競賣スルヲ原則トス。サレドコハ賣得金ガ申立人ノ債權額ヲ超過スルコトアリ得ベシトノ前提ノ下ニ然ルモノニシテ、全然カクノ如キ見込ナシト認メラル、場合ニアリテハ例外トシテ一括競賣ヲ許スモ何等不都合ナ見ザルナリ。」

債務者は大審院に抗告したがその理由は主として、一括競賣は配當不能の虞があるからかゝる申立自身違法であり又之を容れた競賣開始決定も亦違法であること云ふにあつた。

〔判旨〕

「數個ノ不動産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産ハ各別ニ之ヲ競賣スルコトヲ要スル所以ハ、第一順位抵當權者ニ辨濟シテ餘アル場合ニ、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ガ故ニ、若シ第一順位ノ抵當權者ノ債權ヲ辨濟シテ餘剩ヲ生ゼザルベキ場合ニハ、不動産ヲ各別ニ競賣スルヲ要セザルモノト解スヲ正當トス。」

本件不動産上ニ設定シタル第一順位ノ抵當權ヲ以テ擔保セラル、債權ノ額ハ四萬一千七百九十五圓餘ニシテ、不動産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ヨレバ競賣ニヨリテハ右評價以上ニ競賣スルコトハ至難ナリト認ムベキモノナルガ故ニ、本件ニ於テハ競賣々得金ヲ以テハ第二順位ノ抵當權者ニ辨濟ヲ爲スコトヲ得ベキ場合ニ非ザルニ因リ本件不動産ヲ一括競賣ニ付シタルハ正當ナリ。」

四、民法第三九二條第一項と抵當權不可分の原則

民三九二條三七二條三六九條一七九條

〔判旨〕

一、抵當權ハ不可分ナルガ故ニ總合的抵當權ノ場合即一個ノ債權ノ爲數個ノ土地ガ抵當權ノ目的タル場合ニアリテハ其ノ土地ノ各個ガ何レモ債權全部ヲ擔保スルモノニシテ、從テ此ノ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ベキモノナリト爲スヲ得ザルモノトス

一、民法第三九二條第一項ハ數個ノ不動産ニ付同時ニ其ノ代價ヲ配當スベ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ガ爲各個ノ不動産ノ價格ニ準ジテ債權ノ負擔ヲ分ツベキ旨規定シタルニ過ギズシテ此ノ規定ヲ以テ數個ノ不動産例ヘバ土地ガ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越エテ抵當權ヲ行使スルコトヲ得ザル旨ヲ規定シタルモノト解スルヲ得ザルモノトス

一、民法第三九二條第一項ハ數個ノ抵當不動産ノ代價ヲ同時ニ配當スル場合ニ準據スベキ規定ニ外ナラザルヲ以テ該規定ニ違背シテ配當シタルトキハ其配當ハ無効ナルニ止リ抵當權者ハ數個ノ不動産ニ付何等ノ制限ヲ受ケズ債權ノ全額ニ對シ抵當權ヲ行使シ得ルモノトス

(太田原區、昭四・八・二九判決、評論一九卷二號三頁)

第三百九十四條

一、抵當物以外の財産に對する執行——抵當權者が抵當權實行前に抵當物以外の財産を差押へても債務者は異議は云へない——民法第三九四條第一項は普通債權者保護の規定なり

民三九四條第一項

慰藉料請求事件 (大審院大正一五(オ)六八三號、一五・一〇・二六)
民二、集五卷一、一號七四一頁

〔事實〕

原告轟孝七の抵當權者なる轟郡之助は抵當權を實行するに先立ち、自己の債權を行使して孝七の有體動産を差押へた。孝七訴を起し、自分等の間には先づ抵當權不動産から辨濟を受けた後でなければ他の動産を差押へない特約があつたのみならず、かゝる慣習が土地にあり、自分等の特約はこの慣習によつたものであり、假りに然らざるも民三九四條によれば抵當權者は先づ抵當物に付て辨濟を受けた後に於て始めて他の財産を押へ得る筋合だから郡之助の行爲は明に不法である。而して自分は其結果世の信用を失ひ精神上の苦痛を受けたから慰藉料として五百圓請求した。郡之助は答辯として先づ特約、慣習を否認し、民三九四條の解釋に付ても異議を述べ、執行については何等惡意はないと争つた所、裁判所は是を認め、三九四條については第一審は是を辨濟上配當のみに關する規定と解し、第二審は抵當權者が先づ何れに懸つて行くかは全く自由で、同條は「債權實行ニ付抵當權ニ對シ債務者ノ他ノ財産ニ先チ抵當

權實行ニヨリ辨濟ヲ受クベキコトノ制限ヲ爲シタルモノ」ではないとして郡之助を勝たした。
 そこで孝七は更に上告して、原審の見解に従へば「結局之ヲ以テ辨濟ヲ受クル能ハザル財産ニ對シテ執行ヲ許スコト、ナリ執行スルモ權利ノ目的ヲ實現スル能ハザルガ如キ不合理ノ結果ヲ招來スル」こととなる。一體抵當權者は抵當物以外の財産には構はず、十分な財産を抵當に取り、「債務者及抵當權設定者モ不履行ノ場合ニ於テハ抵當物ノ代價ヲ以テ辨濟ニ充ツル覺悟ヲ有シ、動産其他ノ財産ニ對スル執行ヲ豫期セザルヲ常トスルモノニシテ、抵當權者ガ先ヅ抵當物件ノ上ニ權利ヲ行使スベキコトハ當事者ノ意思ニ合スルノミナラズ、無擔保債權者保護ノ爲ニモ亦斯ク解釋スルヲ妥當トス」ると論じたが棄却された。

〔判旨〕

債務者ノ總財産ハ債權者ノ共同擔保ナルガ故ニ、抵當權ヲ有スル債權者モ亦普通債權者ト同様ニ抵當不動産以外ノ債務者ノ財産ニ付之ガ支拂ヲ受クル權利ヲ有スルモノト爲スベキハ理ノ當然ナリ。然レドモ總テノ場合ニコノ原則ヲ貫クトキハ、抵當權者普通債權者等多數ノ債權者アリテ債務者ノ總財産ヲ以テ總債權ヲ完済スルニ足ラザル場合ニ於テモ、抵當權者ハ先ヅ抵當不動産以外ノ債務者ノ財産ニ付普通債權者ト競合シテ其ノ債權金額ノ割合ヲ以テ辨濟ヲ受ケ、然ル後其不足部分ニ付抵當不動産ヨリ之ガ優先辨濟ヲ受ケルコト、ナリ、抵當權者ニトリ極メテ利益ナルニ反シテ普通債權者ハ之ガ爲不利ヲ被ルノ結果ニ立到ルベキガ故ニ、抵當權者ヲシテ先ヅ抵當不動産ニ付其辨濟ヲ受ケシメ其ノ不足部分ニ付テノミ債務者ノ他ノ財産ニ付他ノ普通債權者ト競合シテ其ノ辨濟ヲ受ケルコトヲ得セシメ、以テ普

通債權者ヲ保護スルヲ正當ト爲シ、民法三九四條第一項ノ規定ヲ設ケタル所以ナリ。

從ツテ右規定ハ抵當權者ガ抵當不動産以外ノ債務者ノ財産ニ付先ヅ辨濟ヲ受ケ、又ハ受ケントスル場合ニ普通債權者ニ對シ異議權ヲ與ヘタルニ止マリ、抵當權者ガ抵當不動産以外ノ債務者ノ財産ニ付先ヅ其ノ辨濟ヲ受ケ又ハ受ケントシタル場合ニ債務者ハ何等之ヲ拒否スベキ權利ナキモノトス。

第三百九十五條

一、土地と地上の建物とが抵當權の目的たる場合建物の賃貸借が土地の價額に及ぼしたる影響は抵當權者に於て建物に關する賃貸借解除の理由と爲し得ず

民三九五條

不動産賃貸借契約解除並登記抹消請求事件 (大審院、昭九(オ)九〇五號、九・七・九) (民一判決、集一三卷二〇號一七五頁)

〔事實〕

被上告人(被控訴人、原告)は上告人(控訴人、被告)に對し、(一)宅地千百餘坪に付き一番抵當權を設定し五萬圓を貸付け其後更に(二)同上告人に對し其地上建物に付一番抵當權を又前記宅地に付き二番抵當權を設定し二萬五

千圓を貸付けたるに、上告人は其の一部を辨済したるも殘金を辨済せず。然るに上告人は抵當權設定後石塚に對し右建物に付き存續期間三ヶ年借賃月五百圓期間中借賃全部前拂濟、轉賃又は權利の讓渡を許す旨の賃貸借を締結し、其の登記を爲したる爲め各抵當物の價額は著しく低下し、被上告人に於て抵當權を實行するも、昭和八年十月三十日現在に於て被上告人に於て被上告人が有する利息手数料を合算したる殘存債權即第一債權に付き三萬二千四百四十三圓四十三錢、第二債權に付き二萬八千二百八十四錢の辨済を受けること能はざるなり。即ち右賃貸借は被上告人に損害を及ぼすを以て上告人に對し右賃貸借契約の解除を求め、石塚に對し賃貸借登記の抹消を求めむと云ふに在り。

原院は被上告人主張に係る貸金の成立、殘額の存在、賃貸借の成立登記等に關する事實を肯定し、鑑定に依り本件土地と建物は建物に付き賃貸借なしとせば、建物の價一萬八千五百七十五圓八十錢、土地の價五萬二百五圓十五錢の合計六萬八千七百八十四圓九十五錢の價値を有するに、賃貸借あるの結果、建物の價は一萬二百八十八圓二十二錢、土地の價は四萬五千八百八十四圓六十四錢となり、土地建物の擔保價額は合計五萬五千四百二圓八十六錢に低下せるものなることを認め、右賃貸借の存在は本件抵當權を害すること明なりとし被上告人の請求を認容したり。

〔判 旨〕

本件上告は之を棄却す。

「按ズルニ民法三九五條但書ハ賃貸借ノ法律上ノ效力ヲ抵當物件ノ競落人ニ對抗シ得ルニ因ル抵當物件ノ競賣價額ヲ低落セシメ之ガ爲メニ抵當權者ニ損害ヲ及ボスコトヲ防止スベキ規定ナルコトハ、其ノ本文ニ於テ賃貸借ヲ抵當權者

ニ對抗シ得ベキ場合ヲ擧ゲタルニ依リ明白ナリ。而シテ建物ノ賃貸借ハ建物ノ存在スル土地ノ所有者ニ對抗シ得ベキ權利ニアラザルガ故ニ、假ニ建物ヲ賃貸シタルガ爲メ事實上抵當ニ供シタル土地ノ競賣價額ヲ低下セシムルコトアリトスルモ之ガ爲メ土地ノ抵當權者ハ建物ニ對スル賃貸借契約ノ解除ヲ請求シ得ベキモノニアラザルモノトス。然ラバ本件賃貸借ノ成立ガ抵當權者ニ損害ヲ及ボスヤ否ヤヲ審理スルニ當リテハ賃貸借ノ目的物タル建物ガ抵當權ノ目的タルヤ否ヤ、若シ然リトセバ抵當權ノ目的タル建物ノ競賣價額ガ賃貸借ノ成立對抗ニ因リ低落シタルヤ否ヤヲ標準トシテ之ヲ判定スベク、其ノ土地ノ競賣價額ニ及ボスベキ影響ヲ考慮スベキニアラス。而して本件に於ては「建物ニ賃貸借ナキモノトシテノ評價額ニ依ルトキハ優ニ前記殘存額ヲ辨済シ得テ餘アルモノナレバ、被上告人ハ第二債權ニ關スル建物ノ抵當權者トシテ上告人等ノ賃貸借契約ニ因リ明カニ損害ヲ受クルモノト云フベキガ故ニ原審ノ判定ハ理由中當テ得ザル部分ナキニアラザルモ其ノ上告人等ニ對シ賃貸借ノ解除ヲ命ジ之ニ關スル登記ノ抹消ヲ命ジタル結果ニ於テ相當ナルヲ以テ」上告論旨（即ち賃貸借物件と全然關係なき抵當權を捕へ來り解除原因となすが如き失當なり）は結局理由なきに歸す。

二、抵當物の賃貸借と抵當權の侵害——抵當不動産に付民法第六〇二條所定の期間を超えざる賃貸借の登記を爲し之に因り抵當權者に損害を及ぼすも之を以て抵當權を侵害するものと謂ふを得ず

損害賠償請求事件 (大審院、昭七(オ)二一〇八號、八・四・二五)
 (民二判決、集一二卷一〇〇號九二四頁)

〔事實〕

訴外國廣は被告(被控訴人、原告)に對し商品代金並手形金極度二十五萬圓の支拂確保の爲、訴外人の母所有の本件不動産其の他の不動産に付昭和三年一月十七日、三月二日、二十五日の三回に互り各順位第一番の根抵當權を設定し、並に其の登記を爲したり。其後被告は右抵當權實行の爲岩國區裁判所に右不動産の競賣申立を爲し、七月五日競賣開始決定ありたり。然るにその直前なる六月二十日に於て前記訴外人の母(貸主)と原告(控訴人、被告)との間に本件不動産に付期間を五ヶ年と定めたる貸借契約を締結し。且同日原告(借主)は右五ヶ年間の賃料全部の前拂を爲し、同月中該貸借の登記を爲したり。仍て被告は前記競賣開始決定後七月十四日原告及訴外人の母に對し、右貸借解除並貸借登記抹消請求の訴を提起し、四年五月二十九日被告原告勝訴の判決言渡を受け、原告の控訴は五年二月二十五日に棄却されて該判決確定したり。其後競賣手續を續行して六月中本件不動産全部は競賣せられたり。然るに右不動産は前記競賣開始決定當時、貸借並其の登記なきものとして評價格が六萬七千三百九十一圓五十錢なりしも右貸借登記抹消後競賣せられたる代金は五萬五千八百四十七圓八十錢に過ぎざりしものなり。而して被告(被控訴人、原告)は本訴に於て右兩金額の差一萬一千五百四十三圓七十錢は訴外國廣に於て他に辨濟資力なき爲被告の損害となりたるものにして、右は原告並訴外人の母が被告に損害を及ぼすべき事を知

り、若くは之を豫見し得べかりしに拘らず過失に依りて前示貸借契約を締結し、且之が解除を求めたるに之を肯ぜずして原告に於て該不動産を使用の爲占有したるに基因するものにして、原告に於て之が賠償の義務あるを以て本訴請求に及びたる旨主張し、原告(控訴人、被告)は被告の右主張事實を争ひ、假に被告主張の如き損害を生じたりとするも、右貸借契約は民法の規定に従ひ適法に締結せられたるものにして、原告には何等の不法行為なきを以て其の損害に付原告は責を負ふべきものにあらざると主張した。原審は被告の請求を容れ、原告は被告に對し損害金一萬一千五百四十三圓七十錢及之に對する遲滯損害金支拂の義務ある旨判定した。

〔判旨〕

原判決を破毀し差戻す。

「按ズルニ登記シタル抵當權ノ目的物ニ付民法六〇二條ニ定メタル期間ヲ超エザル貸借ヲ爲スコトハ法ノ認容スル所ニシテ、假令其ノ貸借が賃料ノ前拂其ノ他ノ事由ニ由リ抵當權者ニ損害ヲ及ボスコトアルモ、之ヲ以テ抵當權ノ侵害ナリト謂フコト能ハズ。抵當權者ハ其ノ貸借契約ノ解除ヲ命ズルコトヲ裁判所ニ請求シ得ルニ過ギザルコトハ民法三九五條ノ法意ニ照シ明ナリ。」然るに原審はこの法理を誤解したるの違法ありて原判決は破毀を免れず。

三、抵當權と貸借——借前拂登記の效力——抵當權者及競落人に對抗し得る

民三九五條六〇二條、不登法一二七條
家賃金請求事件 (大審院、昭六(オ)二五〇六號、七・四・二四)
(民一、集一卷九號八五一頁)

〔事實〕

訴外Aは訴外B銀行より金を借り、その建物に抵當權を設定した。Aが辨済しないのでB銀行に於て抵當權の實行を爲さんとし競賣申立を爲し、且競賣手續開始決定があつた。然るにAは競賣申立と同開始決定との中間時期に於て被告Yとの間に期間満三年賃料一ヶ月七十圓賃料前拂なる賃貸借契約を爲し、その旨登記を了した(競賣法二六條により競賣申立登記後に於ては賃貸借契約は無効であるのが判例である)。之に對し競落人Xは賃料前拂の如きは登記事項に非ざるを以て、自己に對抗するを得ずとしてその支拂を請求した。Xは一、二審ともに敗訴し、上告した。

〔判旨〕

上告を容れず。

「不動産登記法一二七條ニ所謂『借賃ノ支拂時期ノ定』ノ中ニハ賃料ノ前拂ヲモ包含スルモノト解スベキガ故ニ、不動産ノ借借人ニシテソノ賃借權設定ノ登記ヲ受クルニ當リ賃料前拂ヲ爲シソノ旨登記ヲ了シタルトキハ、爾後ソノ賃借權ノ對抗ヲ受クル總テノ者ニ對シソノ前拂ヲ主張シ得ベク、更ニ賃料支拂ヲ強要セラル、コトナキモノトス。」

四、抵當權者は民法第六〇二條の期間を越ゆる賃借權登記を抹消せしめ得ず

民三九五條六〇二條

賃借權解除並登記抹消手續請求事件 (大審院、昭五(オ)二六四五號、六・七・一〇)
(民五、集一〇卷八號五二四頁)

〔事實〕

訴外A銀行は同じく訴外Bに對し大正十四年三月十一日金七千五百圓を利息年一割一分五厘(この點利息制限法に抵觸するが本件外に屬する)元金辨済期大正十五年二月二十日と定めて貸與し、B所有の宅地及建物に就て抵當權を設定した。後昭和二年十一月二十一日叙上債權及抵當權を本件原告Xに譲渡し、Bは之を承諾した。而してXが抵當權實行を申立てんとするや、昭和三年一月一日Bは自己が無限責任社員たるY合資會社と抵當物件につき存續期間十ヶ年、賃料一月四十五圓、存續期間中賃料支拂濟なる賃貸借契約を締結し、同年四月十一日その登記を爲した。之に對しXは右賃借權は自己に對抗することを得ざるものに係り、且登記の存在は徒に抵當權實行の障礙を加ふるを以てその抹消を請求した。

之に對しYは右賃借權は抵當權設定前なる大正九年中成立したものであり、且つその登記あるもXに對抗し得ざる以上何等抵當權實行の障礙たるものに非ずと主張したが、一、二審共敗る。よつて上告したのが本件である。

〔判旨〕

上告を認め破毀自判した。

「抵當權者ハ之ガ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リ、該不動産ニ付直接支配的權能ヲ有セザルヲ以テ、抵當物件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ガ排除ヲ請求スルコトヲ得ベキモ、然ラザル場合ニ於テハ何等ノ權利ヲモ有セザルモノトス。」

而して本件に於てはXは「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ベク、競落人モ亦完全ナル所有權ヲ取得シ得ベキニヨリ、本件不動産ニ付Yノ取得シタル賃借權ハ之ヲ解除スルノ必要ナキハ論ヲ俟タザルトコロナルト同時ニ、之ガ登記ノ存在ハ法律上抵當權利者タルXノ權利行使ニ妨害ヲ加フルモノニ非ザルニヨリXノ本訴請求ハ冒頭説示ノ理由ニ徴シ全ク理由ナキモノト謂ハザル可カラズ。」

五、抵當權の登記後に登記したる長期貸借は競落人に對抗するを得ず

民三九五條、競法二九條三二條第二項、民訴六五八條三號六八一條第二項六七二條四號

不動産競賣事件ノ競落許可決定ニ對する抗告事件（大審院、大正十二（ク）一四號一二、一・一九、民一、集二卷一號二頁）

〔事實〕

抗告人が係争不動産の上に抵當權取得登記を爲した後に、債務者及不動産所有者たる相手方がその不動産の上に第

三者の爲に民法六〇二條所定の期間を越ゆる賃借の登記を爲した。そして抗告人がその抵當權實行の爲に競賣を爲すに際し、競賣裁判所はこの賃借の期間及借賃を競賣期日の公告に掲載せずして競賣に付し競落許可決定を爲した。この決定に對し債務者は競賣期日の公告に右の記載なきを理由として抗告した。

原裁判所は右の賃借は抵當權者には對抗し得ないが、競賣申立の登記以前に登記したものであるから競落人には對抗し得べきものとし、従つてその期間及借賃を競賣期日の公告に掲載して競落人に賃借の存在を知らしむる必要ありといふ見解をとつて債務者の抗告を理由ありとし、競落許可決定を廢棄し競落を許さずと決定した。この決定に對して抵當權者が抗告を爲したのが本件である。

抗告理由は三點に分れて居るが要するに、抵當權者に對抗するを得ざる賃借を以て競落人に對抗し得ることゝし、るときは、競落人はその競落に際して競落價額を低減すること必要であるから、畢竟その賃借を抵當權者に對抗すると同一の結果となる、故に抵當權者に對抗し得ざる賃借は又競落人にも對抗し得ざるものと解すべきであつて、従つて此の如き賃借の期間及借賃を競賣期日の公告に掲載せざるは適法なりとの一點に歸する。

〔判旨〕

抗告を理由ありと認めた（廢棄委任）。

「民法六〇二條ニ定メタル期間ヲ超ユル賃借ニシテ抵當權ノ登記後ニ成立シタルモノハ之ヲ登記スルト雖モ之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルヲ得ザルハ民法三九五條ノ反面解釋上明ナル所ナレバ抵當權實行ノ競賣ニ於テハ競賣裁判所ハ

斯ル貸借ノ附着セザルモノトシテ抵當不動産ヲ競賣ニ付セザルベカラズ、然ラザレバ斯ル貸借ニ因リ抵當不動産ノ擔保價值ヲ減殺セラル、ノ不利益ヲ免レシメンガ爲之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルヲ得ザラシメタル法律ノ精神ヲ没却スルニ至ルベシ、而シテ此ノ精神ヲ貫徹スルニハ斯ル貸借ハ抵當不動産ノ競落人ニモ之ヲ以テ對抗スルヲ得ザルモノト爲サザルベカラズ……」であるから民法六〇二條の期間を越ゆる貸借にして抵當權の登記後に成立したものは期間及借賃は公告に掲載の要なく之を掲載するは却つて不當である。

六、抵當權者の賃借解除請求の要件

民三九五條

賃借解除請求ノ件(大審院、大七(オ)六八號、七・二・二八)
(民二判決、錄二四輯五號三二〇頁)

〔判旨〕

一、民法第三九五條ニ依リ抵當權者ガ賃借ノ解除ヲ裁判所ニ請求スルニハ賃貸人及賃借人ガ賃借ノ登記ヲ爲ス當時抵當權者ニ損害ヲ及ボス事實ヲ知りタルコトヲ要セザルモノトス

〔上告理由〕 上告論旨ハ民法第三九五條ノ文理ヨリスレバ同條ニ依ル抵當權者ノ賃借契約解除權ノ成立スルガ爲メニハ抵當權設定者(賃貸人)ト第三者(賃借人)トガ賃借契約ヲ爲シ登記ヲ爲スニ當リ其賃借ノ爲メ抵當權者

ニ損害ヲ及ボスベキモノナルコトヲ知りテ爲シタルコトヲ其要件ト爲サルガ如シト雖モ 元來同條但書ハ恰モ同法四二四條ト其立法ノ精神ヲ等シフスルモノニシテ唯前者ハ抵當權者ノ特別擔保ノ確保ヲ目的トシ後者ハ債權者ノ一般擔保ノ確保ヲ目的トセル點ニ於テ異ルノミ從ツテ第四二四條ガ債權者ノ取消權ヲ行使シ得ルガ爲メニハ債務者受益者及ビ轉得者等ノ惡意ナルコトヲ其要件ト爲セル如ク第三九五條ニ依リ抵當權者ノ解除權ヲ行使シ得ルガ爲メニモ亦賃貸人及賃借人ノ惡意(即チ抵當權者ニ損害ヲ及ボスベキモノナルコトヲ知りテ爲シタルコト)ヲ其要件ト爲スモノト解セザルベカラズ是レ同條立法ノ趣旨ニ適ヒ目的ニ合スルモノニシテ單ニ法文ノ字句ニ捉ハレ其目的精神ヲ顧ミザルガ如キハ解釋家ノ採ラザル所ナレバナリ、然ルニ原審判決ニ於テハ此點ニ關シ何等ノ審判ヲモ爲ス所ナク漫然損害ノ有無ノミヲ決シ以テ上告人(控訴人)ノ主張ヲ却ケ本件賃借契約ノ解除ヲ命ジタルハ民法第三九五條ノ解釋ヲ誤リタルニ坐スルモノニシテ法則ヲ不當ニ適用シタルモノト謂フベク從ツテ原判決ハ此點ニ於テ破毀ヲ免レザルモノナリト謂フニ在リ

〔判決理由〕 民法第三九五條ノ規定ニ依レバ抵當權者ガ賃借ノ解除ヲ裁判所ニ請求スルニハ賃貸人及賃借人ガ賃借ノ登記ヲ爲ス當時抵當權者ニ損害ヲ及ボス事實ヲ知レルコトヲ要スル旨ノ規定ナシ故ニ本論旨ハ其理由ナキモノト謂ハザルヲ得ズ

七、他に擔保ある場合も民法第三九五條の解除權行使を妨げず

民三九五條

〔判旨〕

一、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ベキ特別ノ利益ヲ有スルモノニシテ民法第三九五條ニ定メタル貸借ノ解除權ハ此ノ利益ヲ保護スル爲メニ認メラレタルモノナレバ同第六〇二條ニ定メタル期間ヲ越ヘザル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ベキ場合ニ於テハ抵當權者ニ付他ニ資力アル連帶債務者若シクハ保證人等ノ存スルト否トヲ問ハズ右解除權ノ行使ヲ妨ゲラルベキニ非ズ

(東京控訴、昭七・三・一五判決、評論二一卷六號四六頁)

八、(1)民法第三九五條に因る貸借登記の抹消の請求と請求の基礎に變更なき例 (2)對抗力なき貸借の登記と抹消請求の許否

民三九五條

〔判旨〕

一、本件貸借ハ甲ノ不動産ニ對スル抵當權設定登記後登記セラレタルモノニシテ右抵當權ニ損害ヲ及ボスモノナルガ故ニ民法第三九五條但書ニ依リ解除ヲ求メ且右貸借登記ノ抹消手續ヲ求ムル旨ノ請求ヲ爲シタル後右貸借ハ民法第六〇二條ニ定メラレタル期間ヲ超ユルモノナルガ故ニ當然抵當權者タル甲ニ對抗スルコトヲ得ザルニ因リ直チニ之ガ登記ノ抹消手續ヲ求ムル旨ノ請求ヲ變更シタル場合ニ於テ右各請求ハ右貸借ノ登記ハ甲ノ抵當權設定登記後ニ爲サレタルモノニシテ右抵當權ニ損害ヲ及ボスモノナルヲ以テ右貸借登記ノ抹消ヲ求ムト云フ點ニ於テ終始渝ル所ナク唯前者ニ於テハ右抹消ヲ求ムル前提トシテ右貸借ニ付民法第三九五條但書ニ因リ之ガ解除ノ請求ヲモ併セテ主張シタルニ後者ニ於テハ右貸借ハ之ガ解除ヲ求ムルヲ要セズ當然抵當權者甲ニ對抗スルコトヲ得ザルモノナリトノ見解ノ下ニ右解除ノ請求ヲ減縮シタルニ過ギズ斯ノ如キハ其ノ請求ノ基礎ニ變更ヲ來シタルモノト謂ヒ難ク且之ニ因リ著シク訴訟手續ヲ遲滯セシムルモノト爲シ難キヲ以テ右請求ノ變更ハ許容スベキモノトス

一、貸借ノ存続期間十年ニシテ民法第六〇二條所定期間ヲ超ユル場合ニ當ル以上右貸借ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得ザルモノナルヲ以テ抵當權者ハ其ノ權利ヲ行使スルニ當リテハ右貸借ナキモノトシテ其ノ目的不動産ヲ競賣スルヲ得ベク競落人モ右貸借ナキ不動産ノ所有權ヲ取得スルコトヲ得ベキガ故ニ之ニ對シ登記ノ抹消ヲ求ムル利益ナキガ如キモ實體上對抗スルコトヲ得ザル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上障礙ヲ受クルコトナキヲ保セザルヲ以テ該抵當權者ハ登記簿上ノ貸借權者ニ對シ之ガ登記ノ抹消手續ヲ求ムルノ利益アルモノトス

一、前叙該貸借ノ登記抹消ヲ求ムル相手方ハ其ノ抹消セラルベキ登記ノ権利者タル賃借権者一人ノミヲ以テ足り賃借人ヲ共同被告ト爲スベキモノニ非ズ、

(東京控訴、昭五・九・三〇判決、評論一九卷一一號二九五頁)

九、民法第六〇二條の期間を越ゆる賃借の抵當不動産の競落人に對する效力

民三九五條

〔判旨〕

一、民法第六〇二條ニ定メタル期間ヲ超ユル賃借ニシテ抵當權設定登記後ニ成立シ其ノ登記アリタルモノハ之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得ザルコトハ民法第三九五條ノ反面解釋上毫モ疑ヲ容ル、餘地ナキトコロナレバ抵當權實行ノ競賣ニ於テハ競賣裁判所ハ斯ル賃借ノ存在セザルモノトシテ抵當不動産ヲ競賣ニ附スベキモノナルヲ以テ斯ノ如キ賃借ハ抵當不動産ノ競落人ニ對シテモ之ヲ對抗シ得ザルモノトス

(東京控訴、大正一五・九・一八判決、評論一六卷七號七九頁)

一〇、民法第三九五條所定の賃借と本登記の要否

民三九五條

〔判旨〕

一、民法第三九五條所定ノ賃借ハ借ニ本登記アルモノ、ミナラズ汎ク假登記ノ爲サレアル賃借モ亦包含スルモノトス(東京地方、昭八・一一・七判決、評論二三卷一號七四頁)

一一、抵當權者に對抗し得ざる賃借は競賣期日の公告に記載の要なし

民三九五條三六九條六〇二條、民訴六五八條、競法二九條

〔判旨〕

一、土地ノ賃借ガ抵當權ノ登記後ニ爲サレ而モ其ノ期間ガ民法第六〇二條所定ノ期間ヲ超ヘタルモノナルトキハ右賃借ハ抵當權者ニ對抗シ得ベカラザルヲ以テ抵當權者ハ右賃借ナキモノトシテ之ガ競賣ヲ申立得ベク而シテ之ガ競賣期日ノ公告ニハ賃借ナキ旨ヲ記載スルカ然ラザレバ賃借ニ付何等ノ記載ヲモ爲スベカラザルモノトス
一、競賣期日ノ公告ニ競賣不動産ニ付賃借アル場合ニ其ノ借賃並期限ヲ記載セシムル法意ハ一般人ヲシテ之等ノ事實ヲ豫知セシメ以テ競賣申出ヲ爲スニ付其ノ價額ヲ決定スル標準ヲ得セシメントスルニ外ナラザレバ現ニ存在セザ

ル賃貸借ヲ恰モ存在スルガ如ク記載スルハ是レ競賣希望者ヲ謬ラシメ前示ノ法意ヲ没却スルモノニシテ其正當ナル賃貸借ノ記載ヲ爲サザル點ニ於テ現ニ存在スル賃貸借ノ賃料並ニ期限ヲ誤記シタル場合ト何等選ブトコロナク孰レモ競賣期日ノ公告ヲ不適法ナラシムルモノトス

(東京地方、大正一五(ツ)五四六號決定、評論一六卷一號二八四頁)

一三、(1)民法第六〇二條所定の期間を超えたる抵當不動産賃貸借の抵當権者に對する效力 (2)民法第三九五條の解釋 (3)抵當権者に對抗し得ざる抵當建物賃借人の建物占有の適法性 (4)競落人に對抗し得ざる賃借権者の建物占有の不法性

民三九五條六〇二條一八〇條、競法二條

〔判旨〕

一、民法第三九五條ノ規定ハ抵當權アル爲ニ其ノ目的物タル不動産ノ所有者ヲシテ之ガ利用ヲ妨ゲザラシメンガ爲ニ特ニ右不動産ニ關スル短期ノ賃貸借ニ限り之ヲ保護セントシタルモノニシテ民法第六〇二條ニ定メタル期間ヲ越ヘタル期間ノ賃貸借ヲ締結シタル場合ニ其期間ヲ短縮シテ同條所定ノ範圍内ニ於テハ登記アレバ其ノ賃貸借ヲ以テ抵當權者ニ對抗シ得セシムルノ法意ナリト解スルヲ得ザレバ第六〇二條ノ期間ヲ超ヘタル期間ヲ定メタル賃貸借ハ全

部之ヲ抵當權ニ對抗シ得ザルモノト謂ハザルベカラズ

一、抵當権者ニ對抗し得ザル長期ノ賃貸借ハ之ヲ以テ尙抵當不動産ノ競落人ニモ對抗し得ザルモノト解スベキコトハ民法第三九五條ノ立法趣旨ニ鑑ミ之ヲ推論シ得ベキトコロトス

一、民法第六〇二條所定ノ期間ヲ超ヘタル賃貸借ハ之ヲ以テ抵當権者ニ對抗し得ズトスルモ該建物ヲ占有スルハ賃借權ニ基クモノニシテ其ノ占有ヲ以テ直ニ不法ナリト爲スヲ得ザルモノトス

一、民法第六〇二條ノ期間ヲ超ヘテ賃借セル抵當建物ガ競落ニ依リ競落人ニ於テ其所有權ヲ取得シタル以降ハ賃借權者ハ其ノ賃貸借ヲ以テ競落人ニ對抗し得ザルモノナルガ故ニ之ニ基キ該建物ヲ占有スルコトヲ得ザルニ至リ他ニ之ガ占有ノ權限ノ立證ナキ限り賃借人ハ不法ニ該建物ヲ占有シ居タルモノトナサザルベカラズ

(東京地方、大正一五・三・八判決、評論一五卷一二號一九五頁)

一三、抵當權の目的物の賃貸解除と相手方

民三九五條、民訴五九條六二條

〔判旨〕

一、抵當權設定後該不動産ノ所有權者ガ民法六〇二條ニ定メタル期間ヲ超エザル範圍内ニ於テ之ヲ賃貸シ其登記ヲ爲

シタルヲ以テ抵當權者ニ於テ該貸借ガ自己ニ損害ヲ及ボスヲ以テ之ガ解除ヲ求メ且之ヲ原因トシテ其登記ノ抹消ヲ求ムル場合ニ於テハ該貸借解除ノ請求ニ於テ貸借契約ハ解除ノ宣言ニヨリ消滅ニ歸スルモノナレバ訴訟ニ係ル權利關係ハ契約當事者間ニ合一ニ確定スベキモノニシテ所謂共同訴訟ニ屬シ抵當權者ハ貸借人及賃借人ヲ相手方トシテ訴訟ヲ提起セザルベカラザルモノトス

24. 8. 18.

(上田區、昭七・一一・三〇判決、評論二二卷四號二四〇頁)