



Title	最高裁判所破棄判例研究(四)
Author(s)	北海道大学法学会; Law and Political Science Association Hokkaido University
Description	資料
Citation	北海道大學 法學會論集, 8(1-2), 92-113
Issue Date	1957-09
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/27763
Type	departmental bulletin paper
File Information	8(1_2)_P92-113.pdf



最高裁判所破棄判例研究 (四)

北海道大学法学会

民事判例

旧国籍法第七条第二項第五号に違反する
帰化の効力

昭和三十一年七月一八日大法廷判決(昭和三五年(オ)第二
〇六号国籍不存在確認請求事件) 最高裁判集一〇巻七号八
九〇頁)

〔事実及び判旨〕 Yは、明治三十九年三月一日岡山市において英
国人エドワード・ガントレットの長男として生れ英国籍を取得し
爾来引き続き日本に居住するうち、昭和一六年一月八日太平洋戦
争の勃発に遇い、その本国である英国と日本とが戦争状態にあつ
た同一七年五月頃、内務大臣に帰化の申請をなし、その翌一八年
二月六日これが許可を与えられた者である。Yは、右許可処分は、
⑴右帰化申請はYの自由意思によるものでないから無効であり、

従つてこれに対してなされた許可処分もまた当然無効である。
⑵本件においてYは日本に帰化するも英国籍を失なわないことが
英国の国籍に関する判例によつて明らかであるから、(旧)国籍法
七条二項五号の要件に反し当然無効である。(イ)英国の判例によれ
ば戦時中英国人が敵国に帰化するときは叛逆罪を構成することに
なつてゐる。外国人を帰化せしめることによつてこれに叛逆罪を
犯かさしめるといふが如きは法理上到底許さるべきことでなく
かかる意味において内務大臣も英国人たるYに帰化を許可する権
能がないから、本件の許可処分は当然無効である。(ロ)本件帰化の
許可申請従つてまたこれに対する許可処分は要素に錯誤があるか
らいづれも無効である。(ハ)本件帰化の許可申請は強迫によるもの
で、Yは右申請を取消したから該申請に対する許可もまた無効で
ある。との理由により、本件許可の無効確認を求めて出訴した。
原審(東京高裁)では、⑴の主張は容れられなかつたが、⑵の点

につき、国籍法七条二項が、「内務大臣ハ左ノ条件ヲ具備スル者ニ非サレハ其帰化ヲ許可スルコトヲ得ス」と定め、その第五号において「国籍ヲ有セス又ハ日本ノ国籍ノ取得ニ因リテ其国籍ヲ失フヘキコト」と定めているのをとらえ、同項各号に定める資格要件は、許可の効力要件を為すものと解するのが妥当である。それは同法条の立言形式からも、しかく解される許りではなく、とくに二重国籍防止を目的とする第五号の要件を欠く帰化申請を許可することは、国籍法の根幹に正面より背馳するものであるから、到底是認できないとして、Yの請求を認容した。

これに対する、国側の上告論旨は、二重国籍の防止は、国際法の関係においても国内法の分野においても、決して絶対的なものではなく、それは、あくまで一の原則であつて、帰化によつて生ずる広汎複雑な法律関係を一挙にくつがえすほど絶対的なものではない、というにあつた。

これに対し、最高裁(大法院)は、「国家机关の合法的行為(行政処分)はそれが当該国家机关の権限に属する処分としての外観的形式を具有する限り、仮りにその処分に關し違法の点があつたとしても、その違法が重大且つ明白である場合の外は、これを法律上当然無効となすべきではないのであり、そして前示認定上の過誤——国籍法所定条件の具備の認定(引用者註)——の如きも

のが、ここにいわゆる重大且つ明白なる違法といひ得ないこと勿論だからである。(まして仮りに認定上の過誤ありとしても外国判例法上の解釈問題を包含する本件許可処分については、これを当然無効たらしむべき明白な違法ありとなし得ないこと一層明白である。)旧国籍法七条二項五号の規定が二重国籍の關係の發生を抑制せんとする法意に出でたものであることは多言を要しないところであるけれど、同法は必ずしも二重国籍の成立を絶対に排除していないことは同法一条の規定の存することによつても窺い得るのであるから、二重国籍關係の發生を理由として、法文上単に併例的に掲記されているに過ぎない一号乃至五号所定の条件中特に五号掲記の条件のみを捉えてこれを許可処分の有効要件と解することはできない」として、上告を容れ、原判決を破棄した。

右に対しては、原判決を支持する少数意見(田中、栗山、小谷、斎藤、谷村、本村各裁判官)がある。

〔評釈〕 本件は、国籍法乃至国際私法の解釈、適用に関する問題であるが、その観点からの立入つた検討は、別の評釈に譲り度い。ここでは、行政行為の効力に關する一般法理との關連において検討を進めるつもりであるが、この点についても、別件^(註)に關し、民商法雑誌に掲載予定の私の評釈と論点が重なるので、できる丈重複をさけて、簡略に、私の見解を述べておき度い。

一 最高裁は、行政行為の無効と取消を区別する標準として、その違法が重大且つ明白である場合に限りて無効と認むべきものとする説を採用している。最高裁のこの見解は、先に、昭和三〇年二月二十六日付第三小法廷判決（民集九卷一四号二〇七〇頁）にも示された所で、田中教授説をはじめとするわが国の有力な学説に依拠するものである。この学説は、明治憲法下に、わが国が行政裁判所の制度をとつていた時代からのもので、今日においては、再検討の余地がない訳ではない。しかし、この点についても、別稿に譲ることとして、ここでは、この立場に立つとしても、なおかつ、最高裁の態度には、批判を要するものがあることを指摘しておきたい。

すなわち、行政行為の無効と取消の区別については、一般的な定めはないから、理論によつてその標準を求めねばならぬことは、いうをまたない。けれども、それによつて得られた、「明白且つ重大な瑕疵」という基準が、いかなる意味において基準とせられるものであるかは、なお、検討を要する問題である。なぜかという点、行政行為のもつ一般的性格が、無効と取消の区別をたてる上に重要な意味をもつており、そこから、その区別の標準に共通性が見出されるに至るのであるけれども、他方において、行政行為およびその瑕疵の種類、性質は、多種多様であり、従つて、行政

行為の無効と取消の区別は、その一般性を背景としつつ、個別的には、適用法規ないし瑕疵の態様に即して、具体的に判断せられねばならぬのである。

従つて、行政行為の特質に基づき打ち樹てられた「明白且つ重大な瑕疵」という一般の標識は、あく迄、無効の行為であるかどうかを判断する上の抽象的基準に止まるもので、個別的には、それぞれの場合に応じた、具体的な判定がなされなくてはならぬのである。

二 これを本件の場合について具体的に論じて見よう。

最高裁は「本件認定上の過誤の如きものが、重大且つ明白なる違法としい得ないこと勿論」だといつてゐるが、何故「重大且つ明白なる違法」のみが無効原因となるかについて充分な説明がないことは兎も角として「重大且つ明白な違法としい得ないこと勿論だ」というのも説明にはならない。これでは、旧国籍法七条二項五号の要件を欠く帰化の許可は無効ではない、と單純に断定しているのと、説明がない、という点では異なる所はないのである。

しかし、本件の場合には、幸いに、最高裁は「国籍法は、一重国籍を絶対に排除するものではない、という、原籍と異なる見解を示し、その故に、二重国籍を生じたからといつて、直ちに無効と解すべきではない、という実質的理由を示している。

では、七条二項五号違反の許可は、それ丈では、常に取消得べき行為たるに止まるのか。いかえれば、軽微な瑕疵に過ぎないものなのか。ここで、注意すべきは、最高裁が、「外国判例法上の解釈問題を包含する本件許可処分については、これを当然無効たらしむべき明白な違法ありとなし得ないこと一層明白であろう」といつている点である。そうだとすると、他国への帰化により国籍を失なうことを認めないことの明白な国の国民に対する許可は無効となるのであろうか。すなわち、本件は違法は重大ではあるが明白ではないから無効ではないということになるのであるか。ここまで来ると、最高裁の見解は、結局、はつきりしていない、と評するの外はないのである。

しかも、本件の場合、明白ではない、ということにも疑問がある。元来、瑕疵が明白でなければ無効ではない、というのは、認定上争いのある問題については、公の権威をもつてする判断に一応の効力を認むべきである、という考慮に基づく。従つて、法の解釈や、要件事実の認定の場合には、まさに当はまることであるけれども、客観的事実の認識資料として何人にも争いのない事実が、行為の時に知られていなかった、ということは、それとは関係がない。それが知られた以上、もはや、違法は明白であるといつてよいのである。

本件の場合、二重国籍を生ずることが、直ちに無効原因とならないことは、判旨の説く通りであらうと思ふ。しかし、だからといって、本件許可をそのまま有効と解すべきものかどうか。本件許可の如く、その違法は明白であり、しかも、本人にとつて、犯罪行為となるが如き重大な不利益を生ずる結果となる事実、評価の外におかれてよいものであるか。もちろんそれが、本人の自由意思の結果であれば致し方ないことである。又、原審は、そう認めているのであるが、戦時中外国人のおかれた環境がいかなるものであつたかは、公知の事実であるといつてよい。従つて、本人が進んで許可申請をした、というような、余程の場合でない限り、本人の意思がどうであつたかに、余り重きをおかなくてもよいのではあるまいか。このような意味で、判旨の結論にも、些か疑問を止めておき度い。

③ 最後に、問題をはじめに戻す。「明白且つ重大なる瑕疵」を有効無効の区別の標準とする、ということは、無効原因たる瑕疵の共通性を一般的に指摘したにすぎないもので、具体的な場合の判定基準とすることは、本末顛倒であり、又、恐るべき、基準の概念化でもある。このようなことは、学説として、抽象的な一般原則を掲げる場合ならば兎も角、個別的具体的に事案を処理すべき裁判所としては、最も危険な態度であるといわなくてはなら

ない。

- (1) 溜池良夫、民商三五卷二号九七頁以下、および、江川英文、法協（近く掲載予定のもの）。
- (2) 最判昭和三年一月三十一日民集一二卷一号二〇一頁。
- (3) 田中、行政法総論（法律学全集）三三九頁以下。
- (4) 市原昌三郎、行政行為の無効と取消、公法研究一二号九七頁以下、雄川一郎・田中二郎「行政行為論」他四篇、國家七〇卷八号七三頁。
- (5) 田中教授が、個別的具体的な場合について詳細な考察を試みておられるのも、この点から理解すべきである（前掲書三四四頁以下参照）。
- (6) (1)掲載判批はこの点で、判旨に賛する。

（今村 成和）

推定相続人の法律上の地位

一、推定相続人は被相続人がなした仮装売買について無効確認を求め得るか

二、推定相続人は被相続人の権利を代位行使し得るか

昭和三〇年一月二十六日第三小法廷判決（昭和二十七年）六八三号、売買無効確認並びに所有権取得登記抹消手続請求事件）最高裁判集九卷一四号二〇八二頁

〔事実及び判旨〕原告井上助十（控訴人・被告告人）は昭和七年被告井上シノ（被控訴人・原告人）の養子となり、以来養母を

たすけて家業たる農業に従事していたが、助十の妻とシノとの不和に端を発して助十シノ間も和合を欠くにいたり、ついには炊事すら別にする状態が続いた。かかる状態のもとで、昭和二〇年末シノは被告井上ヒロノに対して家産の半分にあたる時価五万の居宅および農地を六千円で譲渡し登記を移したうえヒロノに農地の耕作を委ねた。ついで残余の農地も全部ヒロノに売却したうえ自身は家財道具を持ち出し亡夫の兄方に身を寄せ、代つてヒロノ一家が本件居宅に入居し助十等の立退を請求するにいたつた。そこで助十から仮装売買を理由とする売買契約の無効と債権者代位権にもとづくヒロノの登記抹消を請求。

第一審長崎地裁は請求を棄却したが、第二審福岡高裁は、本件売買を通謀仮装のものと認定したうえ、控訴人は推定相続人として売買無効確認の利益を有すると同時に、被控訴人に対して有する期待権侵害排除請求権にもとづき、被控訴人に代位して、本件不動産所有権取得登記の抹消請求をなしうるものとして、第一審判決を取消した。

最高裁は、推定相続人たることから確認の利益は生じない、また推定相続人は被相続人に対して債権者たる地位にはなく代位権

を行使しえないとする上告理由を容認し、原判決を破毀自判した。
 判旨第一点「推定相続人は、単に、将来相続開始の際、被相続人の権利義務を包括的に承継すべき期待権を有するだけであつて、現在においては、未だ当然には、被相続人の個々の財産に対し権利を有するものではない。それ故……法律上は、未だ現に被告人の権利または法律的地位に危険または不安が生じ、確認判決をもつてこれを除去するに適する場合であるとはいひ難く、その他本件において、被告人が本件不動産の売買に関し即時確定の利益を有するものとは認められない。」判旨第二点「被告人は単に上告人井上シノの推定相続人たる期待権を有するだけであつて、なんら同上告人に対し債権を有するものでないから、被告人は当然にはなんら代位権を行使し得べきいわれはない。その他被告原告主張の事実関係の下において、被告原告の本件登記抹消の請求を是認すべき根拠は存しない。」

〔評釈〕

一 推定相続人の法律上の地位 相続開始前の相続権（民八八八）あるいはいわゆる相続期待権については、かつてこれを権利と解する学説も多く（中川註釈相続法（上）三二頁参照）、判例もまた「相続人の相続開始前における地位は、単純な希望ではなくして権利である。相続開始前における相続人の地位は確乎不動の

ものでないから、後に発生する事情のために変更をうけることがある。即ち、家督相続にあつては相続人は後に自己に優越して相続をなすべき者の現出することによつてその順位を奪われ、遺産相続にあつては相続人は後に現出する事故のために相続の目的たる財産の範囲を減縮せられることがある。しかし、相続人は一定の原因がなければ廃除せられない等、濫りにその地位を動かされざるべき法律上の保護をうけるから、その相続人の地位は権利であるといわねばならない」として、その権利的性格を認めていた（大正八・三・二八聯民録五〇七頁）。その後も学説はこれを一種の期待権なりとし、新法の下においてもなお権利とよんでいるのが通常である。たしかに新法下でも、推定相続人の地位は、遺留分を有する推定相続人は一定の事由にもとずいてのみ廃除されるという限度で（民八九二）、法律上の保障をうけた地位ということではある。しかしこの法律上の保障は、廃除審判に対する即時抗告の権利を推定相続人に与えるのみで（家審規一〇〇）、それ以上に条件附権利にみられるとき保護（民一二八、一二九）や、他の法律関係によつて影響をうけぬ第三者の既得権的保護（民七五四、七八四、九〇九）におよぶものではない。かようになんらの権利主張ないし救済と結びつかぬ地位が、なぜに強いて権利とよばねばならぬのかとうてい理解しえない（中川註釈相続法五一

頁)。判旨がなお期待権なる用語を用いているのは適切でない。

もつとも推定相続人の地位は、かつて積極的確認訴訟の目的物たりうるものと考えられた。下級審判例は、本来の推定家督相続人が民法施行前廃嫡され、他の者が表見上推定家督相続人の地位にある事案についてこれを肯定し(東京控大正六・五・二新聞一二七六号二九頁、大阪控大正八・一〇・一六新聞一六一九号一八頁)、学説もこれを支持した(中島、親族相続法改造論三六二頁)。推定相続人が将来における(本来の)相続権の確認を求めえないことは、遺言者生前における遺言の無効確認と同様、疑いないが(兼子、条解民事訴訟法二二四頁、後者について昭和三一・一〇・四集一〇卷一〇号一二二九頁)、推定相続人の地位それ自体の確認の訴が認められるかは問題である。この点で、旧法における推定家督相続人の地位は特殊であり、一定の身分関係の存否の確認をもつてはならず、積極的に推定家督相続人の地位の存否の確認を求めざる実益が考えられた。しかし新法では相続資格と一致する一定の身分関係の確認以上にさらに推定相続人の地位についての存否の確認を求めなければならぬ場合は考えられない。したがって新法下では、推定相続人の地位自体についての確認の利益も認められぬものと思う。かように考えると、普通にはなんらかの内容をもつかのごとくいわれる推定相続人の地位も、被相続人の所有財

産に対してなんらの権利をもたぬのはもちろん、その地位自体一定の身分関係と離れた特別のものではなく、法律的にはまったく無内容なものであることが明らかである。

二 確認の利益 推定相続人の地位が右のごとく法律上無意味なものである以上、この地位から他人の権利関係の存否の確認を求める利益の生じないことも当然のことである。ただし他人の権利関係の存否を争うことが、推定相続人の地位となんらの法律的関連を有せず、したがって原告の地位の不安の除去ということが考えられないからである。本件において、被相続人のなした売買の無効確認の利益を否定した判旨は正当であり、古く同旨の下級審判例もあり(大阪控明治四三・二・二新聞六二六号一六頁)、最近にも、推定相続人の債権者が被相続人のなした不動産処分に関し、右相続人に代位して贈与無効確認、所有権移転登記抹消請求をなした事案につき同趣旨の下級審判例があるが(津地昭和二八・九・二八集四卷九号一三五三頁)、上級審として最初の判例である。推定相続人の地位が法律的に無意味なことは、被相続人に対しても異なるところなく、推定相続人は債権はおろかいかなる意味においても被相続人に対してなんらの法的地位に立たないのであるから、債権者代位権の行使が否定されたのも全く正当というほかはない。

三 しかし以上はもつばら推定相続人の地位を立論の前提とした場合の議論であつて、本件の具体的事実を照らして事を考へてみると、最高裁の自判の結論には問題の余地が充分にある。

本件における被上告人の請求の趣旨は、前述のごとき推定相続人たる地位——すなわち将来における遺産承継の希望的地位——に対する不安の除去にあるというよりは、むしろ原審が被上告人を追い出す目的でなしたと認定した上告人の仮装売買の結果現に生じている耕地取上、居宅立退の事態の救済を求めるところにあるべきでなからうか。これは将来に対する期待の問題にあらずして現在における侵害の除去の問題にはかならない。もし売買契約の無効が確認されるならば、耕地および居宅に対する上告人の使用権限は否定されることになる。問題なのは、この場合上告人がこの権利関係の即時確定の利益を有する地位にあるかどうかである。即事確定の利益を有するというためには、耕地および居宅に対する被上告人の権限を主張しなければならぬ。推定相続人であることからはこの主張ができぬのももちろん、一般的にはこの主張は困難であらう。ただ本件において問題となつては居る耕地、居宅は農業家産である点が考えられねばならぬ。しかも、被上告人は上告人の養子として一五年近くも養家に居住し、実際の稼働期間は明白でないが、上告人から「平素養父が養家の財産を自

由にしている」との苦情もでるほど、家産の管理に実権を有する地位にあつたのであるから（もつとも他方で、養家をきつさと引掛えと実親族が云つてゐる記載もある）、家産の維持形成に寄与するところも大であつたと考えられる。かような事情のもとに、家産の名義人のなす一切の処分に対して、家産の形成者である者が黙視せねばならぬとするのはどう考へても不合理である。しかもこれを救済することは、たしかに個人法的構成の民法体系においては困難である。このような事件の具体的な解決のためには、やはりなんらかの方法で現在の民法体系を修正するのはかたはない。考えられるのは、家団理論と信託理論である。家団理論は、最近において借家の居住権をめぐつて問題とされつつあり、本件のような場合にも最も好都合な理論と考えられるが、家団理論の統一的構成（居住権不法行為等）が未完成であるうえに、この理論を所有権について認めることはいまのところ無理であらう（むしろ名義人の所有権の援用というのが無理がない。この方法でも確認の利益を認めることは可能であるが、債権者代位権の行使はむしろ、いかなる方法でも家産持分の取戻しが不可能である）。この点信託理論の方が民法体系により適合しうるのみならず、農業家産に対する一般の意識にも合致する。農業家産の所有関係は実際のところ信託的所有に近いものと考へられているのがむしろ

普通である。もしこの信託的所有關係が認められるなら、被告人は確認の利益を有するはもちろん、(物権的請求は容認しないまでも) 信託債権者として債権者代位権の行使もまた許されることになる。原審の相續期待権、期待権侵害排除請求権なるものを生かす途はおそらく右の方法以外にはあるまいと思う。またこの限りで、推定相続人たる地位以外の点においてもおよそ被告人の訴に即時確定の利益なしとした最高裁の結論は、今後において問題とされ反省さるべき余地があるものと考ええる。

四 もつとも右のような地位を認めるとすれば確認の訴は不必要なわけで、被告から直接家産の譲受人たる原告人に対して詐害行為取消権を行使しうることになる。そして実際にも、本件売買がはたして虚偽表示によるものといえるかどうか疑わしく(一番はこれを否定)、むしろ詐害行為とみるのが本件では適切のように思われる。

五 最後に、本判決は、確認の利益を否定するとともに、原判決を破棄し、さらに確認の利益を認めて実体審理をなした第一審判決をも取消し、あらためて請求を不合法として棄却した。権利保護利益が欠ける場合にいかなる判決をなすべきかは争いのあるところであるが、先に掲げた遺言者生前の遺言無効確認の訴について確認の利益を否定した昭和三一・一〇・四の判決は訴を不合法

として却下している。最近の有力説にしたがつて後者に統一さるべきである(三カ月、権利保護の資格と利益、民事訴訟講座一巻一五二頁)。(山 島 正 男)

国税滞納処分による差押と民法第一七七条

昭和三十一年四月二四日第三小法廷判決(昭二九年(オ)第七九号公売処分無効確認等請求事件) 最高裁民集一〇巻四号四一七頁

〔事実及び判旨〕 原告人富山税務署長(被告、被控訴人)は、昭和二五年八月、魚津税務署長から訴外A会社に対する滞納処分の引継を受けて、登記簿上A会社の所有名義となつていた土地を差押えその登記をした。ところで、その土地は、昭和二二年二月、X(原告、控訴人、被告原告人)がA会社から買受けた後移転登記を行わないまま放置していたものであり、又、財産税実施の際昭和二二年二月、Xからその土地について財産申告が行なわれ、それに基き魚津税務署において財産税を徴収したという事実があつた。Xは、滞納処分取消申請書を提出すると同時に、AX間の所有権移転登記をなし、その後も、魚津、富山両税務署長に対し差押の取消を懇請したが、富山税務署長はこれを肯入れず、昭和二六年一〇月公売が実施され、競落人を権利者とする所有権移

転登記が行なわれた。そこでXは、滞納処分は、農地買収処分と同様に、国家が権力的支配関係において一方的に処分の効果を発生させるものであり、私法上の取引関係とは全く異なる法原理の上に立つものであるから、民法一七七条の適用はないものというべきであり(第一点)、又仮りに民法一七七条が適用されるとしても、富山税務署長は本件土地がXの所有財産でありA会社の財産でないことを熟知していたのであるから、Xを権利者とする所有権移転登記の欠缺を主張するにつき正当の利益を有する第三者に該当しないものというべきである(第二点)として、公売処分の無効確認並びに競落人への所有権移転登記の抹消を求める訴を提起した。第一審富山地裁はXの請求を棄却した。控訴審名古屋高裁は、第一点についてXの請求を却けたが、第二点については、

「Xは……昭和二年二月……魚津税務署長に対し本件土地を自己の所有として申告し同署長は該申告を受理して……Xから徴税したのであるから国家はXを本件土地所有者として取扱うたのである」、「その登記欠缺に拘わらず一旦所有者としての取扱をして置きながらその後の都合次第でその登記欠缺を口実にその所有権者たるを否認するような背信的行為は私人であるかと国家であるかと許さるべきではない」と判示して第一審判決を取消した。

富山税務署長は上告したが、その上告理由において、財産税法は

申告納税制度を採用したのであり、したがって税務署長は、申告財産が法的に納税義務者に帰属するものであるかどうかを調査するわけがなく、又これを期待することは事実上不可能に属するか、納税義務者が財産税を申告納税したからといって、税務署長において、申告財産が納税義務者の所有であることを認めたとか、税務署長が納税義務者を所有者として取扱つたことにはならぬ、又仮りに、本件において国が民法一七七条の第三者に該当しないからといって、そのことから直ちに本件差押が無効であるとはいえない、滞納処分手続は占有とか、登記とかいう外観に依拠して行われる建前になつているのであるから、登記簿上の所有名義にしたがつてなされた本件差押は、たとえそれが第三者の物に対してなされたものであつたにせよ、徴収法上は適法なものである、原判決のごとく当該処分は無効であるとの見解に従うならば、競落人やその譲受人は、折角公売処分により不動産の所有権を取得しながら本件のごとく他から所有権移転登記の抹消を請求される危険にたえずさらされることになる、競落人の立場がこのように無視される結果となる解釈は到底正しいとはいえない、とのべた。最高裁は、多数意見(島、河村、本村、垂水)を以てつぎのごとく詳細に判示し原判決を破棄差戻した。

「国税滞納処分においては、国は、その有する租税債権につき、

自ら執行機関として、強制執行の方法により、その満足を得ようとするものであつて、滞納者の財産を差押えた国の地位は、あたかも、民事訴訟法上の強制執行における差押債権者の地位に類するものであり、租税債権がたまたま公法上のものであることは、この関係において、国が一般私法上の債権者より不利益の取扱を受ける理由となるものではない。それ故、滞納処分による差押の関係においても、民法第一七七条の適用があるものと解するのが相当である。」(第一点)

「そこで、本件において、国が登記の欠缺を主張するにつき正当の利益を有する第三者に当るかどうかが問題となるが、ここに第三者が登記の欠缺を主張するにつき正当の利益を有しない場合は、当該第三者に、不動産登記法四条、五条により登記の欠缺を主張することの許されない事由がある場合、その他これに類するような、登記の欠缺を主張することが信義に反すると認められる事由がある場合に限るものと解すべきである。ところで(中略)原審の認定事実によれば、本件差押に当つて、上告人富山税務署長は、財産税徴収当時の経緯を現実に熟知しながら、これを奇貨として差押を実施したとは考えられない。もちろん、財産申告書の調査その他の方法により右の経緯を確かめることはできたはずであるが、財産税が一回限りの申告納税であつて、本件差押当時

財産税徴収の時からすでに約三年六箇月の日時を経過していたことを思えば、上告人が差押の実施に当つて、本件不動産が登記簿上訴外A会社名義となつていることを確かめ、かつ同会社についてその実質上の所有関係を調査した以上、さらに、財産税施行当時に遡つて右不動産が何人の所有として申告されていたかを調査しなかつたというだけで、直ちに、本件において国が登記の欠缺を主張することが背信的であるといふことはできない。もつとも、差押後これに対する不服申立の手続等において、上告人富山税務署長は、Xより財産税徴収の経緯を知らされているはずであるから、その際に、さらに慎重な調査を遂げ、財産税徴収の誤りを認めて過納金還付の措置をとつた上で滞納処分を続行するか、それとも、財産税の徴収を正当とし差押の誤りを認めてこれを解放するか、いずれか一の措置を選ぶことが行政上妥当の措置であつたといふべきであらう。けれども……本件不動産の所有権の帰属を判定することは極めて困難な仕事で……あることを思えば、直ちに財産税還付の手続をとることなく滞納処分の続行を固つたとしても、これをもつて背信的態度として非難することもまた行き過ぎといわねばならない。

かようにして滞納処分が続行され、公売が実施された以上、公売制度の信用を維持すべき国家の立場が、本件の事案の判断にお

いて、しんしやくするべき重要な要素の一つとして附加されることも、またやむを得ないところである。これを競落人の立場からいえば、国家の実施する公売制度を信じて本件不動産を競落した競落人こそ、まったく善意無過失であり、競落人の利益こそ、もつとも保護に値するともいうことができる。(中略)

そこで、本件において、一方において一般国民のために租税を徴収し公売制度の信用を維持すべき国の公益的立場および善意無過失の第三者としてもつとも保護に値する競落人の立場と、他方において同情に値するとはいえ、移転登記の経由を怠つていたことのために、これにより取引上通常被ることあるべき損失を被ることはやむを得ないものとされるXの立場とを比較考量すれば、本件において、国が登記の欠缺を主張するにつき正当の利益を有する第三者に当たらないというためには、財産税の徴収に關し、原審の認定するような経緯があつたということだけでは足りず、このためには、所轄税務署長がとくにXの意に反して積極的に本件不動産をXの所有と認定し、あるいは、爾後もお引続いて右土地がXの所有であることを前提として徴税を実施する等、Xにおいて本件土地が所轄税務署長からXの所有として取扱われるべきことをさらに強く期待することがもつとも思われるような特段の事情がなければならぬものと解するのが相当である。」(第二

点)

なお、小林裁判官は判旨第二点に対して小教意見を提出し、そのなかで、多数意見は、国の登記欠缺の主張が背信的吗否かは個々の公務員又は機関について別々に判断すべきであり国について一体として考えるべきでないという見解に立つよう思われるけれども、本件において「Xの申告に基きXの所有地として財産税を徴収したのは国であり、後にA会社の所有地として滞納処分をし、Xの取消申請をも無視しこれを断行したのも国である。(中略)国が同じ資格をもつて同じ土地に対し前後相反する行為をすることが背信的でないかどうか」と、又、多数意見は公売制度の信用を保つため競落人を保護しなければならぬ旨を強調しているけれども「本件においてはXは国を信じて行動して来たのであるから、まずこれを保護すべきである。そして本件の競落人は、国の過誤により蒙つた損害について、公売代金の返還その他正当な補償を受けることができるから、希望した土地が得られなかつたことが、さほど酷であるとは思われない。これに反しXはすでに代金を支払つて取得した土地所有権を失うが、その補償を何人に対し請求できるか、仮りに訴外A会社に請求するとしても…その実効はきわめて疑わしい」とのべている。

〔評 釈〕判旨の第一点には賛成するが、第二点には反対する。

一 判旨第一点については、一般に、権力支配的性格をもつ公法関係においては、原則として、私法法規の適用はないとされており(田中「行政法総論」法律学全集三三三頁)、最高裁昭和二十八年二月八日大法廷判決(民集七卷二号一五七頁)は、農地買収処分につき、それが権力支配関係に基づく行為であることを理由として、民法一七七条の適用を否定したが、国税滞納処分については、従来の下級審判決は、いずれも、それが民訴法上の強制執行に類似するという考え方に立ち、民法一七七条の適用を肯定してきた(東京地裁昭二七・七・三行集三卷六号、大阪地裁昭二八・六・一一税法四〇号五一頁、仙台地裁昭二八・九・二四行集四卷一二号、大阪地裁昭二九・二・二行集五卷二号、福岡地裁昭二九・四・一四行集五卷四号、東京高裁昭二九・一・一〇下級裁判集五卷一一号、福岡高裁昭三〇・二・一七決定行集六卷二号など)。判旨は、これら下級審の見解を最終的に確認したものと見えよう。思うに、租税法関係が一面において権力支配関係としての性格をそなえていることは否定できない。現行の租税法は、賦課処分の場合には勿論申告納付の場合においても、それが税務官庁の更正によつて覆えられないことを条件としてのみ効力を有するものとして構成されており、それに対する不服も、再調査・審査の請求、訴訟の提起といった一連の手續に従つてのみ争うべきものとする建前をと

つているのであつて、このように、国家意思の優越性をはつきりと認めている課税手續のなかに、私法規定が入りこみうる余地は殆んどないといわなければならない。しかしながら、租税法関係は、それがひとたび形成され、そこに租税債権が成立するに至ると、その債権としての機能において、一般私法上の債権ときわめて類似した性格をおびる。すなわち、国税徴収法二条、三条が租税債権徴収の順位を私法上の債権取立順位と組合せている点、滞納処分と一般の強制執行との間には、執行の方法手續(債務者の財産を差押え、これを換価して債権に充当し、競落人に所有権を移転する等の手續)に殆んど差異がみとめられない点、更に、一四条の財産取戻請求、一五条の詐害行為取消に関する規定が民訴五四九条、民法四二四条に類似している点、更に又、四条ノ一と徴収法施行規則二九条による交付要求の制度は、民訴五九〇条以下の配当要求に準ずる性格を有するものである点(東京地裁昭二八・九・二四下級裁判集四卷九号一三三三頁参照)などを総合して考えるならば、国税債権と私債権が多く⁽¹⁾の点において性格を同じくするものであることが認められる。両者の間に右のような共通性が存する以上、判旨の立場に一応賛成せざるを得ない。

(1) 新潟地裁昭二五年四月二六日判決(行集一卷三三四四五頁)は、賦課処分の段階と滞納処分の段階とを区別し、不動

産取得税の賦課処分につき民法一七七条の適用を排除している。なお、田中「行政作用法」(講義案下巻)三一八頁は、租税法の表見性という特質から、賦課処分の段階においても、「課税の対象たる事実が外観上に存在する以上、税務官庁はその事実を捉えてそれに対する課税をなすうるものと解すべき」だとされる。

(2) 小島助教授は、前記東京地裁昭和二七年七月二日判決に対する批評(「自治研究」三〇巻一号一八八頁)の中で、農地買収処分に関する前記大法廷判決を引用されつつ、民法一七七条は「取引安全保護の趣旨に出るもので」あるが、「徴税強制処分としての差押のごときは公務の発動として、ここで考えられているような取引ではなく、右民法規定が規制を目的とする法関係とは異つたもの、それによつて律せらるべきでないものと言わねばならない」とされる。しかし、租税法律関係が権力関係としての側面を有することは否定できないにしても、だからといつて、そこに、私法規定準用の前提要件たる地盤の共通性が全く存しないということはできないであろう。尤も、滞納処分は民法一七七条が本来予定している法律関係とは異なるものであるという指摘は、この場合と雖も充分考慮されるべきであり、したがつて、後にのべる如く、民法一七七条の滞納処分への適用は、これを機械的に行うべきものではないと考える。

二 判旨第二点は、(1) 富山税務署長のXに対する登記欠缺の

主張は、魚津税務署長がXの申告に基き財産税を徴収したこと、Xの差押取消申請にもかかわらず公売が続行されたことからみて背信的といえるかどうか、(2) 右の背信のかどうかを判断するに当り、更に、公売制度の信用を維持すべき国の立場及び善意無過失の競落人の立場と登記を怠つていたXの立場とを比較考量する必要があるか、という問題を含んでいる。

(1) については、先ず、背信の否かは個々の行政機関の行為につき別個に判断されるべきか、国について一体として考えるべきかが問題となるが、行政機関は、対外的関係においては、行政主体たる国の手足としての地位にあるものであるから、その行為の効果は国に直接帰属することは勿論、その行為自体も又、すべて国の行為として統一的に判断されるべきものといわなければならぬ。勿論、かく解することは、大規模な行政組織をもつ国に対して、あるいは酷に過ぎる面もないとはいえないけれども、このことの故に、その個々の行為の喰違いや矛盾を、止むを得ないものとして一般的に肯定することは許されないと考える。のみならず、本件において、Xから財産税を徴収したのは魚津税務署長である、と同時に、本件土地を訴外Aの所有とみなすことにつき実質的判断を加えたのも魚津税務署長であり、本件滞納処分は富山税務署長が右魚津税務署長から引継を受けて行なわれたものであ

る事実を徴するならば、両税務署長の行為はこれを一体のものとしてとらえるべく、この意味においても、小多数意見及び原判決の立場を正当とせざるを得ない。

だが、右のように考えるにしても、小多数意見や原判決が、魚津税務署長の財産税徴収行為を目して「国はXを本件土地所有者として取扱つた」ことになるとしていることには、なお疑問がある。上告理由もいうように、財産税法が申告納税制度を採用したこと、したがつて、魚津税務署長は積極的に本件土地をXの所有と認定したわけではなく、又かく認定することが徴税手続上必要な要件ともされていなかったことを考慮するならば、財産税徴収の事実を直接背信的か否かの判断に結びつけることは、少しく無理なように思われる。

しかしながら、Xの財産申告に基き魚津税務署長が財産税を徴収したという事実は、少なくとも、本件土地がXの所有なることについての国（したがつて又富山税務署長）の悪意を裏づけるに足るものであり、このことは、本件滞納処分がXの再三にわたる差押取消申請を無視して続行された事情と相俟ち、国の登記欠缺の主張を背信的ならしめるものとならぬであろうか。思うに、国はその公権力の行使に当り国民の利益を最大限に尊重すべきであり（憲法一三条）、したがつて、「国税に関する国家機関の責務

も正しい額を正しく徴収するという原則に過誤なきを期する以外の何ものでもなく、このことは、本件において相異なる前後の税務署長の行為を一貫することにほかならない」（少数意見）とすれば、国の行為について背信的か否かを判断する基準は、これを一般私法上におけるそれと必ずしも同視すべきでなく、私人については未だそれに至らない行為であつても、国については、これを背信的と判断しなければならぬ場合があるといえよう。国税滞納処分に民法一七七条を適用することに異論ないことは先に述べた通りであるが、それを適用するに当つては、同時に、民法一七七条が私的取引関係を前提とし、そこでの取引安全保護を目的とする規定であるのに対し、滞納処分においては、そのような取引の安全保護は問題とならず、むしろ、迅速に租税収入を確保しなければならぬという要請が右規定の適用を必要ならしめていくということ、換言すれば、滞納処分においてあらわれる国Ⅱ「第三者」は民法一七七条が本来予定しているような意味における「第三者」ではないことが考慮されなければならないであろう。この点、判旨が一般私法上の解釈基準を本件にそのままもち込んできていることには疑問がある。かくして、この部分に関する本件判旨には反対であり、少数意見の立場に賛成せざるをえない。

(2)については、判旨が、既にその第一点において、滞納処分に

おける国を一般の差押債権者と同視する立場をとっている以上、民事の強制競売に比して特に公売制度の信用維持を強調すべき理由は存しないし、したがって又、公売の競落人のみが特に保護されなければならないいわれもない。わが国の登記に公信力なき結果、「不動産が差押当時債務者に属しなかつた場合は、競落人も不動産を取得する由がない」(兼子「強制執行法」二五三頁、なお、大判大九・一〇・一二民録一四六九頁参照)こと当然といわなければならず、又、本件において、Xは公売処分による競落以前(差押登記直後)既にその所有権取得登記を経由しているのであるから、競落人はXの所有権取得を否認できないものといふべきである。いずれにして、判旨は解釈論として疑問の余地が多いばかりでなく、競落人の保護をより重要とする、その本来の考え方に於いても、これを、小教意見の「Xは国を信じて行動してきたのであるから、まずこれを保護すべきである……」という考え方と比較するとき、にわかに賛成できない点があるように思われる。

(1) 従来の学説判例は、第三者が登記欠缺を主張するにつき正当の利益を有しない場合を、その行動が具体的事情との関係において信義則に反すると認められる場合、すなわち、不動産登記法四条、五条及びこれに類するような場合(例えば、物権譲渡契約の証人、プロカー、公売処分の配当を受けた

債権者(大判昭九・三・六民集一三卷三号、同昭一〇・三・三〇法学四卷一(一)号)など)(舟橋「不動産登記法」(新法学全集)七五―六頁)に限っており、むしろ、著しい背信行為が認められる場合にのみこれを適用するという考え方に立っているように思われる。

なお、本判決については、末川博、民商法雜誌三四卷六号八七頁(判旨反対)、鈴木祿弥、判例評論六号一四頁(判旨反対)に批評がある。(載 重 夫)

問屋が受託事務を再委託した場合と民法第二〇七条第二項の準用の有無

昭和三十一年一月二日第二小法廷判決(昭和二十七年(オ)第九一五号委託売上代金請求事件)最高裁判集一〇卷一〇号一二六〇頁

〔事実及び判旨〕 青果物の販売を業とするX(原告・控訴人・被告上告人)は、青果物の委託販売を業とする問屋たるA協同組合に西瓜の販売を委託し、その運送をB会社に委託したが、その際、荷受人の表示を正確にしなかつたため、B会社は、A協同組合と同様の問屋を営んでおり、似かよつた名称のY協同組合(被告・被控訴人・上告人)に宛てた品物と誤解し、Y協同組合にその引取を求めたところ、Xと平常取引のないY協同組合の方でも、自

資 料

分に宛てた委託商品と誤解し運賃の立替支払をもしてこれを引取り、直ちにXに対し「荷が着いた、せいぜい高く売る」という趣旨を電報で通知した。他方A協同組合は、Xから出荷通知の電報をうけたが、品物が着かないので調べてみたら、右西瓜が誤つてY協同組合に配達されたことがわかつたので、Y協同組合と交渉したところ、Y協同組合も右誤配の事情を認めて一旦は品物をA協同組合に返還して解決しようとしたが、それより前にY協同組合の市場で右品物の一部を仕切つて売つてしまつていたので、さらに協議の上、Xの許諾を得ずに、Xから委託を受けたA協同組合からY協同組合にたいして本件西瓜の販売を委託することとし、Y協同組合は、この合意にもとずいて、その市場において本件西瓜を全部販売し終つた。そしてY協同組合は、B会社の係員から売上代金は荷主たるXに支払うのが当然であるとの注意もあつたのに、強いてA協同組合に支払い、しかも売上代金のうち一部は現金で支払つたが、その残額は、たんに支払済というに止り、現金で支払つたのかA協同組合の従来の債務と相殺したのかは明らかでなく、且つA協同組合がY協同組合から受領した代金をXに支払つたことは認められない。

そこでXは、A協同組合はXとの委託契約によつて受託したことをさらにY協同組合に再委託したのであるから、商法第五五二

条により準用される民法第一〇七条第二項により、Y協同組合は直接本人であるXに対しその委託売上代金を支払うべき義務があるとして、Y協同組合に対し右売上代金からY協同組合の販売手数料及び立替運賃を控除した残額の支払を訴求した。原審は、民法の復代理に関する規定を準用し、A協同組合が本件西瓜の販売をY協同組合に再委託するについてはやむを得ない事由があつたから、Y協同組合は直接Xに対しA協同組合と同一の権利義務を取得し、従つて、A協同組合がXに代つて弁済を受領する権限がある場合又はA協同組合がY協同組合から受領したものを現実にXに引渡した場合等の特段の事情がない以上は、Y協同組合はA協同組合に対して弁済したことをもつてXに対抗し得ないとして、Xの請求を認容した。

これに対してY協同組合が、次の二点等を理由として上告したのが本件である。(1) 問屋の委託者に対する内部関係と相手方に対する外部関係とは全く別個の関係であつて、問屋は、外部関係においては売主又は買主としての権利義務を有するが、内部関係においては販売又は買入の委託を受けた委任関係であり、代理の規定が準用される結果、問屋の取得する権利義務は特に移転手続を要せずに内部関係においてのみ当然に委託者に帰属するが、委託者と相手方との間には何等の法律関係も生じない。A協同組合

はXのためになした販売又は買入により相手方たるY協同組合に對して自ら権利義務を有するのであつて、原判決が商法第五二二條第二項により代理に関する規定を準用してXとY協同組合との間に直接権利義務関係が生ずるものとしたのは、法律の解釈を誤つたものである。(2) 本件においては民法第一〇四條に所謂やむを得ない事由はなく、また、A協同組合がXのためY協同組合をXの復代理人とする旨をA協同組合は何等表示していない。もし復代理と解して直接関係を認めれば、問屋を信頼した委託者は不測の損害を蒙むおそれがあり、また本件のように、問屋の名をもつてする問屋からの申立により取引をした相手方が、その問屋に對しその要求のまま支払清算した場合に、その問屋が委託者に對して債務を履行していないために委託者に對し二重の支払をしなければならぬとすれば取引の安全が著しく害される。

最高裁は、次の理由で原審を破棄自判し、Xの請求を棄却した。「問屋と委託者との法律関係はその本質は委任であり商法五五二條二項が両者の間に委任及び代理に関する規定を準用すると定めていゝのは、委任の規定を適用し、代理の規定を準用する趣旨であり、そして代理に関する規定中民法一〇七條二項は、その本質が単なる委任であつて代理権を伴わない問屋の性質に照らし再委託の場合にはこれを準用すべきでない」と解するを相当とする。」

れば原判決が、その認定にかかる本件事実関係においてXとY協同組合との間に民法一〇七條二項の準用があるとしY協同組合は直接Xに對しA協同組合と同一の権利義務を取得したものであるとの前提の下にXの本訴請求を容れ、Y協同組合に對し主文記載の支払を命じたことは法律の解釈適用を誤つた違法があるといわなければならぬ。」

〔評 釈〕 判旨は正当である。

一 取次商たる点において問屋と性質を同じくし、問屋の規定が殆んど準用される運送取扱営業については、受託事務を再委託した場合に委託者と再委託を受けた運送取扱人との間に直接関係は存しないとすゝる判例が存するが(大判昭和一三・三・五民集一七卷四号三三六頁、判民昭和一三年度二一事件)、問屋が再委託した場合に民法の復代理に関する規定が準用されるか否かについては、従来、判例はみあたらない。本件は民法第一〇七條第二項の準用を否定した最初の最高裁判決として注目される。

二 問屋と委託者との法律関係については、ドイツにおいては争いがあるが、わが国においては、判旨のようにこれを委任と解することは学説判例の一致するところであつて(松本・商行為法一八一頁、竹田・商行為法一三三頁、田中・商行為法講義案九九頁以下、小町谷・商行為法論二二〇頁以下、鈴木・商行為法・海

商法・保険法三三頁、石井・商法II五五頁、西原・商法総則・商行為法一四七頁、大判明治三三・四・二八民録六輯四卷一五頁、同明治三四・五・四民録七輯九頁、商法第五五二条第二項は両者の間に委任に関する規定を「準用」する旨を定めているが、「適用」と解される。同項は、更に、代理に関する規定を準用する旨を定めているが、これは、問屋は問屋契約の実行行為たる売買契約を「自己の名をもって」なす点は代理と異なるが——従つて、上告論旨の主張するように取引の相手方と委託者との間には直接法律関係を生じない——、「委託者の計算において」なす点は代理と異ならないから、問屋の取得する権利は内部的には何らの譲渡行為を要せずに直ちに委託者に帰属する趣旨を示す規定であつて（松本・前掲書一七八頁以下、田中・前掲書一〇〇頁、小町谷・前掲書二二三頁、鈴木「問屋関係に於ける委託者の地位」法協五三巻四号六三九頁以下、六五〇頁以下、同前掲書三三三頁、石井・前掲書五六頁、西原・前掲書一四七頁。但し、内部関係の意義を外部関係と対比していかに解すべきかの点については、前三者と後三者とでは見解を異にする。大判大正一二・一二・一刑集二巻一二号八九五頁。反対、竹田「問屋ト委託者トノ關係ニ付テ」京法五巻一二号一八四二頁、一八四六頁、同・前掲書一三八頁、一四一頁、小栗栖「問屋が委託に基き為したる売買の効果」論業三巻二号一

六八頁以下、五号五四七頁以下）、此の規定の形式的解釈から問屋と委託者との關係に復代理に関する規定が当然に準用されるものと即断することはできない。

しかし他方、上告論旨第一点のように、再委託を受けた問屋は問屋の相手方であつて委託者と相手方との間には直接法律関係を生じないということを理由として、復代理に関する規定の準用を否定することには疑問があり、また、判旨のように、問屋が代理権を有しないことのみを理由として民法第一〇七条第二項の準用を否定することも問題である。ただし、相手方とは、問屋のなす問屋契約の実行行為たる売買の相手方をさすものと通常考えられており、また、代理に関する規定を準用する商法第五五二条第二項の前述のごとき趣旨を考慮すれば、問屋の再委託が認められるとすれば、民法第一〇七条第二項を準用して、再委託を受けた問屋の取得する権利は内部的には最初の委託者に帰属し、後者は前者に対して直接買入物品又は売上代金の引渡を求めることができると解し得るか否かが検討されなければならないからである。

民法第一〇七条第二項は、復代理人と本人との間には代理人と本人との間における同一の法律関係を生ずるものと規定している（鳩山・日本民法総論四三五頁以下、我妻・民法総則二八七頁、

石田・現行民法総論四〇七頁、野田・判民昭和一三年度三四事件評釈、大判昭和一〇・八・一〇新聞三八八二号一四頁、同昭和一三・三・一〇民集一七卷四号三九二頁)。そして、代理権を伴わなない単なる委任については、受任者は民法第一〇四条及び第一〇五条を類推して復委任をなし得るが、受任者は委任者の名において復委任をなすのではなく、また、第一〇七条第二項は代理行為の効果が法律上直接本人について生じる事実に対応せしめた特別規定と解すべきであるから、第一〇七条第二項は類推すべきでないとして解されている(鳩山・増訂日本債権法各論下巻六一六頁以下、末弘・債権各論七六〇頁、我妻・債権法講義案一二八頁、末川・債権各論第二部三一二頁、石田・債権各論講義一五四頁参照)。しかし、代理人も本人の名において復代理人を選任するのではなく、また、代理権を伴わない場合にも所謂間接代理が認められる場合にはそれに即したかたちで類推乃至準用し得るのではなからうかという疑問も生じ得る。

そこで、委託者、問屋及び再委託を受けた問屋の間にも、復代理の場合に準じた関係を認めることの当否を判断するために、問屋と委託者との関係の特殊性を考察しなければならない。

三 委託者は、特定の間屋の専門的な知識、手腕、信用等を信頼して物品の販売買入をこれに委託するのであるから、問屋は、

問屋契約を解除しない以上は、特に委託者の許諾又は商慣習の存在が認められない限り、やむを得ない事情で実行行為たる販売買入を他の問屋に再委託した場合にも、自から全責任を負うべきであつて、再委託を受けた問屋の選任及び監督につき委託者に対して責任を負えは足りるものと解することはできないと考える (Vgl. Staub's Komm. zum H.G.B. Anh. zu § 58 Ann. 65 ff. n. § 384 Ann. 4^o). しかし、必ずしも自身でなすことを要せず、委任の本旨に反せぬかぎり、履行補助者乃至下受人を利用し、他に販売買入を委託することは差支えなく——問屋契約上の債務不履行にはならない——、また、かくすることが委託者の利益になる場合には、かくすることが受託者の注意義務に属する場合も存し得よう。

次に、委託者の許諾を得て委託者と再委託を受ける問屋との間に直接関係を生ぜしめる内容の再委託をなした場合を除いては、かかる関係の成立を認める商慣習のない限り、一方においては、問屋を信頼した委託者は、たとい再委託を受けた問屋を知つていても、これに対して権利を行使し得るにすぎないとすれば、委託者の保護に著しく欠けるから、これを認めるべきではなく、又は、直接の受託者たる問屋と再委託を受けた問屋との両者に対し選択的に権利を行使し得るものとして委託者の権利を強化する必要も

存しない。他方においては、再委託を受けた問屋は、後になって最初の委託者を知つた場合は勿論のこと、たとひ再委託の際にこれを知らされたとしても、直接の委託者たる問屋を信頼して、彼に対して問屋の権利を有するとともに、問屋の義務を履行すれば免責されるものとして再委託を引受けたものと解されるから、最初の委託者に対してのみ権利義務を行使し得るにすぎないとすれば——特に、債権の準占有者に対する弁済としての債務者の保護は無過失を要求するから（我妻・債権総論一四四頁参照）、復代理人と異なり当然には最初の委託者を知り得ないにもかかわらず、輕過失により自分に委託した問屋を権利者と信じてこれに売上代金又は買入物品を引渡したときは、かかる保護すら受け得ないことになる——、上告論旨第二点の主張するように、再委託を受けた問屋は不当に危険な地位に置かれることになるから、これを認めるべきではない。また、最初の委託者と問屋との両者に対する選択的關係を認める必要も存しない。しかし、更に重要な点は、最初の委託者は再委託を受けた問屋に対して直接売上代金又は買入物品の引渡を請求し得るものとすれば、委託者に対して報酬、費用等の支払請求権を有する最初の問屋の地位が害されることになる。

これらの点を考えれば、復代理に関する民法の規定は問屋と委

託者との關係には準用されず（鈴木教授は、準用の要否は甚だ疑問であるとされる。前掲論文六五三頁。反対、竹田・前掲論文一八四一頁、一八四六頁、小栗栖・前掲論文一七〇頁、野津・商法概論一三七頁。西島博士「問屋の基本的法律關係」論叢三五卷二号二三三頁以下）及び田中誠二博士（商行為法一六六頁）は一〇四条、一〇五条の準用は認められるが、一〇七条二項の準用は認めない）、特約又は商慣習のないかぎり、再委託を受けた問屋は、自己の名をもつて販売買入をなすとしても、最初の委託者に対する關係においては自ら通し運送の取次を引受けた運送取扱人が他の運送取扱人を使用する場合（鈴木・前掲書五六頁、石井・判民昭和一三年度二一事件評釈、同・前掲書六五頁、小町谷・前掲書二七七頁、二九九頁、大隅・論叢三九卷二号三五七頁）と同様に、最初の問屋の履行補助者であつて、相手方の債務不履行に対する損害賠償請求や問屋の破産のような場合においてはなお考慮すべき問題が残るが、基本的には、最初の委託者との間には直接の法律關係は生じないものと解すべきである。

四 本件においては、A協同組合がXの許諾を得てX・Y協同組合間に直接關係を生ぜしめる内容の再委託をなした事実又はかかる關係の成立を認める商慣習の存在が特に認められないから、原審の認定するようによむを得ない事由によつて再委託がなされ

たにせよ、かかる事由をもつて本件西瓜の販売に関するXとの問屋契約を解除せずに再委託した以上は、Xに対する関係においては、A協同組合はY協同組合を履行補助者として自己の責任において使用するものと解すべきであり、Y協同組合が自己の名をもつて販売したとしても同様である。従つて、問屋の再委託の場合に民法第一〇七条第二項の準用を否定し、X・Y協同組合間にはX・A協同組合間における同一の法律関係は生じないとして、Xは直接Y協同組合に対して売上代金を請求し得ないとする判旨は正当である。

— 本件については、民商法雑誌三五卷四号五七〇頁以下に中西講師の評釈がある。

(平 出 慶 道)