慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	民法における権利拘束の原則： 債権質及び土地賃借権設定の場合を中心として
Sub Title	Zur beschränkten Ausübung des verpfändeten Rechts bzw. Vermieteten Grundrechts
Author	新田, 敏(Nitta, Satoshi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1965
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.38, No.1 (1965. 1) ,p.221- 255
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	神戸寅次郎先生記念論文集
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19650115-0221

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

民法における権利拘束の原則

——債権質及び土地賃借権設定の場合を中心として——

新田　敏

一　はじめに
二　本論に関連する現行規定
三　債権質設定の場合における権利拘束
1　債権質の効果
2　質権設定者及び第三債務者に加えられる諸拘束に関する学説とその批判
3　債権質に見られる権利拘束の原則
四　土地賃借権設定の場合における権利拘束
1　土地賃借権を基礎として形成される法律関係とその効果
2　土地賃借権を基礎とする法律関係の効果の理論
五　総　括

一　はじめに

ある権利又は法律関係を基礎として、その上に他の権利又は法律関係が形成されることは、近代の複雑な社会経済生活を規律する法制度のなかにあつて、今日かなり普遍的に見られる現象である。

そしてそのもつとも典型的な例の一つは権利質である。なかでも定期預金債権、火災保険金請求権あるいは株式その他の

有価証券の上に設定される債権質は、直接民法の規律をうける担保制度のなかでは抵当権と並んで極めて重要な機能をはたしていることはしばしば強調されるところである。(1)

ところでこの権利質の制度は、元来質権の制度が有体物を中心に発達して来たものであること、わが国においては民法制定以前にはこの権利質の制度を持たなかつたこと、それに加えて現行民法の権利質に関する規定が不備であること等のために、その制度自体種々の困難な問題を包含しているにもかかわらず、神戸寅次郎博士の「権利質論」のほかに権利質に関する一般的研究はほとんどなされていない。(2) この「権利質論」はわが国における権利質に関する研究のなかではもつとも詳細なものであつて、神戸博士がそのなかで主張された権利質の本質に関する権利物体（権利目的）説は今日ではまつたく疑う者のない通説の地位を確立するに到つている。そして権利質については現在はむしろ商法の分野において株式質の本質をめぐつて個別的な研究が散見されるに過ぎない。(3)

しかしながらそれにもかかわらず民法の分野においてこの制度に関する問題がすべて解決されているわけではない。とりわけ通常質権者、質権設定者（質債務者）、第三債務者の三面関係として表われる債権質においては、その効果及びその効果の理論的根拠について、学説はいまだそれを充分明らかにしているとはいえない。

さらにこの債権質とは別にわが民法上には債権を基礎としてその上に他の権利が存立するもう一つの重要な法律関係が存在する。それは主としてわが民法が土地と家屋が別個に所有権の対象になるという法制をとることに因るのであるが、土地賃借権を基礎とする家屋の賃貸借が行われ、あるいはこの家屋の上に抵当権が設定される場合がそれである。そしてこの法律関係は、その借地関係の当事者の行為によつては、ある場合にはいわゆる借地借家問題の局面においてまたある場合には債権担保の局面において極めて困難な問題を提起する。

そしてこの債権質及び土地賃借権を基礎として形成される法律関係の場合に共通して存在する性格は、いずれもある権利

が別の権利（特に債権）の存在を前提としてのみ存在し得るということ、従つてその権利をめぐつて三人の関係者が予想されること、これを民法典との関連で見れば、そのいずれの場合にもそれらの関係を規定する直接の条文を殆んど持つていないこと、それ故にそれらの法律関係はもつぱら判例によつて明らかにされて来ていること、学説との関連で見れば、その法律関係の理論構成に多くの努力が傾けられているにもかかわらず、今なお未解決の問題を残しているということである。

なかんずくもつとも問題となるのは、ある権利を基礎として他の権利が存立し得る場合に、その基礎となる権利又は法律関係に関与するものが一体如何なる拘束を受けるのかということである。

そこで本稿では極めて未熟ではあるが、前述の二つの場合を手掛りとして、民法における権利拘束[4]の原則を論証しようとするものである。

ここで言う「権利拘束の原則」とは次のごとく定義することができる。「ある権利が他の権利（又は法律関係）の存在を前提として、その基礎の上に存立し又はその相当価額を保有し得る場合、特別の事情のない限り、基礎たる権利の権利者及びその法律関係の当事者は、その意思によつてその権利又は法律関係を消滅せしめ得ない。」

この「権利拘束の原則」と名付けた原則の法理は、すでに民法三九八条の立法趣旨として、判例[5]及び学説[6]によつて極く限られた範囲で承認されているものであるが、この法理はもつと広い範囲で適用されるべき原理であることを、債権質及び土地賃借権設定の場合を中心にして考究し、さらに従来ほとんどその研究が放置されていたこの原則の内容、すなわち当該権利の性質、消滅させる行為の種類、基礎たる権利又は法律関係消滅の効果、当該権利設定を基礎たる法律関係の当事者全てが承認ないしは認識することがこの原則適用の要件となるかどうか、さらにこの原則による拘束を免れる場合等についても若干の考察を試みたいと思う。

（1）物上質がほとんど消費信用の手段にとどまつているのに対し、債権質は抵当権と並んで生産信用の手段としても充分その機能をはたしてい

ることは注目すべきである。これらの趣旨を述べるものとして、石田文次郎・担保物権法論（下巻）三六四頁、柚木馨・担保物権法（法律学全集）八一頁。Heck, Grundriß des Sachenrechts (1930), S. 470. Staudinger, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch (1962), III, S. 2018. Julius von Gierke, Das Sachenrecht (1959), S. 212. Hedemann, Sachenrecht des bürgerlichen Gesetzbuches (1960), S. 370. なお Westermann, Sachenrecht (1960) はドイツにおいて権利質が譲渡担保によつて広くとつて代わられていることを述べている。(S. 666)。しかしわが国では少なくとも銀行取引においては譲渡担保より権利質の方がより多く利用されているようである。金融法務事情二九五号三五―六頁「金融法務に関する調査」参照。

(2) 権利質の性質に関するものとしてはほかに、岡松参太郎「権利質ノ性質」京都法学会雑誌一巻五号七号八号がある。

(3) 鴻常夫「株式の質入」（会社法講座）、大沢功「株式の質入に関する試論」〈1・2〉法学志林五六巻四号・五七巻一号、同「記名株式質入の本質」法学志林六〇巻二号、上田宏「記名株式質入についての一試論」法学二四巻四号。

(4) かつて Rechtshängigkeit（訴訟係属）の訳語として権利拘束という言葉を当てていたことがあるが、本稿で意味する権利拘束はそれとは無関係である。

(5) この先駆的なものは、大審院大正一一年一一月二四日民一判決である（民集一巻七三八頁）。その詳細は後述参照。

(6) ある権利が他人の権利の目的になつている場合にはその者の同意なしになした権利の抛棄はその者に対抗し得ないとする。末弘厳太郎・物権法（七八頁）その他多数。

二　本論に関連する現行規定

ある物又は権利が第三者の権利の目的物になつている場合に、その第三者保護のためにその権利存立に関して民法が如何なる規定を置いているかを、債権質及び土地賃借権設定の場合について考察するまえに、まずもつてそれを見てみよう。

民法一七九条一項は「同一物ニ付キ所有権及ヒ他ノ物権カ同一人ニ帰シタルトキハ其物権ハ消滅ス」とし、二項では「所有権以外ノ物権及ヒ之ヲ目的トスル他ノ権利カ同一人ニ帰シタルトキハ其権利ハ消滅ス」としている。これは相対立する二つの法律上の地位ないし資格が同一人に帰す場合には、これら二つの地位を存続させておくことは無意味であるから、その一方は他方にいわば吸収されて消滅するといういわゆる物権の混同の原則を規定したものである。(1) しかしながら民法は第一

七九条一項但書、同二項但書において「其物又ハ其物権カ第三者ノ権利ノ目的タルトキハ此限ニ在ラス」として、その物又は物権が第三者の権利の目的物となつている場合にはその第三者の利益のために消滅しないものとしているのである。

この混同の場合の例外規定は、単に物権の混同の場合についてのみ存在するのではなく、民法五二〇条は「債権及ヒ債務カ同一人ニ帰シタルトキハ其債権ハ消滅ス」とし但書で「其債権カ第三者ノ権利ノ目的タルトキハ此限ニ在ラス」と、物権と同様に債権の場合にも、その債権が第三者の権利の目的となつているときには混同によつて消滅しないことを規定しているのである。かくしてたとえば乙の地上権の上に甲が抵当権を有し、さらにその抵当権の上に第三者丙が転抵当権や質権を有するとき、あるいは乙の地上権の上に甲が賃借権を有し、その賃借権の上に丙が質権を有するときなどには、甲が地上権を取得しても、甲の抵当権や賃借権は消滅しない[2]し、また、甲の乙に対する債権の上に甲の債権者丙が債権質権を有するときは、乙がその債権を甲から譲り受けてもその債権は消滅しないわけである。

つぎに民法三九八条は「地上権又ハ永小作権ヲ抵当ト為シタル者カ其権利ヲ抛棄シタルモ之ヲ以テ抵当権者ニ対抗スルコトヲ得ス」と規定し、権利はその性質に反しない限り原則として抛棄し得るにもかかわらず、地上権または永小作権が第三者の抵当権の目的となつている場合にはその抛棄を抵当権者に対抗し得ないとしているのである。そしてこの規定の趣旨は、後に詳述するが判例によつて、借地権者がその地上に存する自己所有の建物に対して抵当権を設定した場合において、借地権を抛棄してもこれをもつて抵当権者に対抗し得ない[3]というところまで拡張され、さらに学説は、この規定は権利の抛棄によつて他人の利益を害する場合には、すべての権利の抛棄に類推適用されるべきであるとしているのである[4]。

また民法五三八条は、第三者のためにする契約に関するものであるが、第三者が受益の意思表示をした場合に、「前条ノ規定ニ依リテ第三者ノ権利カ発生シタル後ハ当事者ハ之ヲ変更シ又ハ之ヲ消滅セシムルコトヲ得ス」として同じく第三者の保護を計つている。

特別法に目を転ずると立木ニ関スル法律八条は、民法三九八条の趣旨を拡張して「地上権者又ハ土地ノ賃借人ニ属スル立木カ抵当権ノ目的タル場合ニ於テハ地上権者又ハ賃借人ハ抵当権者ノ承諾アルニ非サレハ其ノ権利ヲ拋棄シ又ハ契約ヲ解除スルコトヲ得ス」として、権利それ自体が抵当権の目的となつていない場合についてまでも、立木上の抵当権者の利益を保護するため地上権者及び賃借人を拘束していることが注目される。その他に工場抵当法一六条三項は民法三九八条の規定を地上権が抵当権の目的となつている工場財団に属している場合に準用するものとし、鉱業法五八条にも採掘権の拋棄について同趣旨の規定がある。

また特許法九七条一項はある特許権について、専用実施権者、質権者等がある場合には、特許権者はそれらの者の承諾がない限りその特許権を拋棄し得ないとし、同条二項、三項で専用実施権者、通常実施権者は質権者等がある場合には同じくその者の承諾がない限り、それぞれその有する専用実施権又は通常実施権を拋棄し得ないものとしている。そしてこの特許法九七条一項は、実用新案法二六条、意匠法三六条、商標法三五条でそれぞれ準用され、実用新案権者・意匠権者・商標権者も同じくその権利の拋棄が制限されている。

ところで、これらの現行法の規定は先に述べた「権利拘束の原則」から見れば極めて限られた場合、すなわち混同は当事者の意思が全くかかわりを持たないいわゆる事件といわれるものであり、当事者の意思による場合も立木ニ関スル法律八条を除いて拋棄についてしか規定を置いていない。しかしこれらの規定の根底にある法理によつて拘束されなければならないのは勿論これらの規定の存在する場合に限定されるものではない。以下にその実際上の必要とその基底にある理論を考察して見よう。

（1）舟橋諄一・物権法（法律学全集）五五頁。

（2）舟橋物権法五九頁。

(3) 大審院大正一一年一一月二四日民一判決民集一巻七三八頁。
(4) 末川博・物権法八五頁。我妻栄・物権法一五六頁。舟橋物権法五四頁。

三　債権質設定の場合の権利拘束

1　債権質の効果

質権は債権者がその債権の担保として債務者又は第三者から受取つた物を債務の弁済あるまで留置し、債務の弁済を間接に強制すると共に、弁済のない場合にはその物の価格によつて優先的弁済を受け得る担保物権である[1]（民法三四二条）。

ところでこの質権のいわゆる二大効力、すなわち留置的効力及び優先弁済的効力は、債権質の場合には、質権の目的物が請求権であることから、極めて特異な形をとつて表われる。そしてその効力は、直接民法の規定によるものの他に、より多く判例によつて確立された効力があるので、以下に直接に民法の規定によつて認められる効力と、判例によつて確立された効力とに分けて整理して見よう。

留置的効力について民法三六三条は「其債権ノ証書アルトキハ質権ノ設定ハ其証書ノ交付ヲ為スニ因リテ其効力ヲ生ス」として、物上質と同様に要物契約性を貫いている。また優先弁済的効力については、民法三六七条に債権の直接取立、民法三六八条には民事訴訟法に定める執行方法と、二つの債権質実行方法が規定されている。これらの規定によると、債権の目的物が金銭であるときは、質権者は自己の債権額に対する部分に限りこれをとり立てて、自己の債権の弁済に充当することが出来る（民法三六七条二項）。ただし債権の弁済期が被担保債権の弁済期前に到来したときは、質権者は第三債務者をしてその弁済金額を供託させることができ、この場合は質権は以後その質入債権の債権者の有する供託金請求権の上に存続する（民法三六七条三項）。また債権の目的物が金銭以外の有体物であるときは、質権者は弁済として受けた物の上に質権を有する

ものとされる（民法三六七条四項）。従ってこの場合には、従来の債権質は以後動産質又は不動産質の規定に従うこととなる。このような債権の直接取立の外、債権質権者は、民事訴訟法に定める執行方法、すなわち取立・転付及び換価の手段によつて質権の実行をすることができる（民法三六八条）。

ところで質権の二大効力の一つである留置的効力についての規定といわれる民法三六三条は、債権質設定の際に債権証書を交付すべきものとしているが、債権証書を留置することは、これによつて設定者から物の利用におけるような意味で債権の利用を奪う結果とならず、その意味で留置的効力は殆んどないといつて良い。さらにこの証書の留置は質権設定の公示方法としてすらも他に対抗方法が規定されているのであるから（民法三六四条一項）、指名債権上の質権設定の場合には証書を引渡すべき実質的理由は少いと思われる。[2]

このようにして、債権質においては次に述べる通常留置的効力に関連する特別な効果といわれるものが極めて重要な意義を有するといえよう。それは債権に質権を設定したことによつて質権設定者及び第三債務者に加えられる種々の拘束であつて多く判例によつて認められて来たものである。

質権設定者に対する拘束としては、(イ)質権の存続中は質権設定者は質入債権を取立てることができない、[3] (ロ)質権設定者は質入債権に基づいて債務者に対して強制執行をすることはできない、[4] (ハ)質権設定者は質入している債権をもつて、第三債務者の自己に対する債権と相殺しても無効である、[5]がある。第三債務者に対する拘束としては、(イ)第三債務者は質権設定の通知後は質権者に対してのみ弁済することができる、[6] (ロ)第三債務者が質権設定通知後に質権設定者になした弁済は、これをもつて質権設定者に対抗することができない、[7] (ハ)第三債務者は質権設定の通知を受けた後に質権設定者に対して取得した債権をもつて質権者に相殺を対抗することはできない、[8] (ニ)第三債務者は、質権設定の通知を受けた後に弁済期が到来した質権設定者に対する債権をもつて質権者に相殺を主張し得ない、[9]がある。

この判例によつて認められた質権設定者及び第三債務者に対する拘束は、第三債務者に対する㈡について有力な反対説があるが、それ以外は一般に学説によつて支持されている。学説はこのことを述べて、質権設定者は被担保債権の弁済期到来の前後を問わず、質権の存在する限り、質入債権を取立てることはできない、また質権者の承諾なき限り、設定者は質入債権に対して免除・抛棄・相殺・更改等質権者の権利を害する行為をなし得ない、質権設定の通知があつたときは、以後第三債務者は自己の債権者すなわち質権設定者に対して、弁済・相殺・更改等その債権を廃止する行為をなし得ないとする。(10)

このような質権設定以後における質権設定者及び第三債務者に対する拘束は、ドイツ民法においては「質権ノ目的タル権利ハ質権者ノ同意アリタル場合ニ限リ法律行為ヲ以テ之ヲ消滅セシムルコトヲ得。(中略)権利ノ変更ニ因リテ質権ヲ害スル場合ニ付亦同シ」(二二七六条)として明文によつて加えられているが、(11)わが民法にはこのような規定を欠いていることから、一体如何なる根拠によつて、債権質においてこのような効果が生ずるかが明らかにされなければならない。

(1) 我妻担保物権法六九頁。
(2) 有力な学説によれば、この場合には証書の引渡は占有の改定によることを妨げず、証書の返還は質権の消滅を来たさないと主張されている、我妻担保物権法一一四頁、柚木一二三―四頁。ドイツ民法においては通常の債権に質権を設定する場合には質権設定契約で足りるとする(一二八〇条)。
(3) 東京控判明治三五年一二月一六日新聞一二五号一一頁。
(4) 福岡地判年月日不明新聞四八六号一〇頁。
(5) 大審大正一五年三月一八日民一判決民集五巻一八五頁。
(6) 長崎控判明治三九年一一月二二日新聞三三二号八頁。
(7) 東京地判大正五年四月六日新聞一一二四号二二頁。
(8) 大審大正五年九月五日民一判決民録二二輯一六七〇頁。
(9) 大審大正七年一二月二五日民三判決民録二四輯二四三九頁。「其弁済期到来後ニ於テ為ス相殺ノ意思表示ハ第三債務者ニ対シ其質権ノ通知マテニ生シタル事由ニ属セサルコト固ヨリ当然ナリ。故ニ第三債務者ハ質権設定者ニ対シテ有スル債権ニシテ其質権ノ通知マテニ弁済期ニ達セ

サルモノヲ質権ノ目的タル債権ト相殺スル為メ、弁済期到来ノ後、質権者ニ対シテ有効ニ其旨ノ意思表示ヲ為スコトヲ得サルモノト云フヘシ。」

(10) 石田文次郎・担保物権法論（下巻）四七一―二頁。それぞれ若干ニュアンスが異なるが同旨のものとして、三潴信三・全訂担保物権法四五九頁以下、勝本正晃・担保物権法（下巻）三八七頁以下、小池隆一・担保物権法論三四三―四頁、今泉孝太郎・改訂新物権法論二七四―五頁、我妻担保物権法一一九頁、柚木担保物権法一二九頁以下。

(11) もつとも第三債務者の行う処分たとえば相殺がどの程度制限されるかについて学説は一二七五条によつて、債権譲渡に関する規定の内四〇四条以下が類推されるとしているようである。Staudinger, a. a. O., S. 2045.

2　質権設定者及び第三債務者に加えられる諸拘束に関する学説とその批判

債権の上に質権が設定されることによつて質権設定者及び第三債務者は、その債権の取立、弁済、免除、拋棄、相殺、更改等をなし得ないという拘束を受けるわけであるが、この拘束が一体如何なる根拠によつて加えられるのか。この点について述べている学説をおおむね五つに分けることができる。第一説は債権の質入れは債権の差押と同一の効力を生ずるとする(12)。第二説は質権者は直接取立権をもつているのであるから、質権設定者は設定のときから、第三債務者は質権設定を知つたときから、この質権者の取立権を害する行為をなすことが出来ない(13)とする。第三説は質権はその目的たる債権について、その支配する交換価値を破壊する行為をなすことを禁ずる力あること、あたかも債権の差押に同じ、と解すべきである(14)とする。第四説は、あたかも物における留置権がそのものを保存し、その交換価値を保持し、完全なる弁済あるまでその実力の行使を維持する効力を有するがごとく、権利における留置的作用は、その権利の存続を維持し、その交換価値を保持し、完全なる弁済あるまで、その上に実力の行使を維持し、ある種の債権のごとく、権利の実行によつて消滅する権利にあつては、将来における実力行使の可能性を維持するという効力において発現する。その結果として、質権設定者及び第三債務者は右の抽象的留置作用を破壊すべからざる義務を負い、質権設定者及び第三債務者はこれに反する行為をした場合その行為

を質権者に対抗し得ない[15]とする。第五説は神戸博士の説であるが、次のように主張される。

質権設定者（質債務者）がなし得る処分はこれを二つに分けることができる。その一つは債権を絶対的に消滅させる結果を生ずるもので他の一つは債権を相対的に消滅させる結果を生ずるものであつて前者を物質的処分後者を法律的処分と名づけよう。この物質的処分すなわち取立、相殺、更改、免除をなす行為の有効無効を決定するに当つては、これを物権と比較して見ることが必要である。たとえば物の所有者がその物を破壊するときは、法律は担保権者に対して損害賠償請求権を付与してこの者を保護するほかはない。この理論を基礎とするときは、債権質権の場合においてもまた法律は質権者に損害賠償請求権を付与してこの者を保護するほかに政策がないごとくである。しかしこれ等両者の間には事実上大きな相違がある。すなわち有体物に対する担保の場合においては、事実上この有体物を破壊するときは、事実上その物の上における所有権が存在することができないと同時に担保権もまた存在することができなくなる。それ故にこの場合には法律の力をもつても担保権を存続させる方法はない。しかるに債権質の場合においては、全くその趣を異にし、元来債権はただわれわれの観念上において存在するに過ぎず、債権の目的は行為不行為であるから債権の目的は事実上これを破壊することはできない。従つて、その債権に対して存立する権利すなわち質権もまた事実上においてこれを消滅させることはできず、ただ法律上これを破壊し消滅させることができるに過ぎない。かくして法律がそのいわゆる破壊を禁止するにおいては何人といえども絶対的にこれを破壊することはなし得なくなる。それ故にこの場合には物上質権の場合と異なつて種々の立法政策があり得る。ところでこの点に関してわが民法では特別の規定を設けていない。まず取立権能から述べると、取立に付ては民法三六七条の規定があるが、この規定は単に質権者の側にのみ関するもので、質権設定者の側における取立権能には全く関係を持たない。しかし同条によれば質権者が単独で取立権能を行使し得るに過ぎないから、質権設定者は主たる債権の期限到来前においても又はそれ以後においても全然取立権能を行使することはできない。それ故にこの権能は質権によつて絶対的に制限さ

れたものといわなければならない。相殺、更改及び免除に関しては、わが国法のもとでは質権設定者は質権者の同意あるなしにかかわらずすべてこれらの廃止行為をなし得るといわなければならない。ただこの廃止行為は債権質権が物権性を有するから、質権設定者はこの種の廃止行為を行う権能を持つているけれども、なお質権を尊重しなければならない。従つてその廃止行為は質権者に対しては無効と解さなければならない。つぎに第三債務者の行う廃止行為であるが、わが民法はこの点についても何等の特別規定を設けていないから、一般の原則によつてこの問題を解決するほかない。第三債務者に対する質権設定の通知又は第三債務者よりの承諾は質権の内容をもつて第三債務者に対抗し得る効力を生ぜしめるものとする。それ故にこの通知もしくは承諾以後は質権者は単に質権設定者に対してのみならず第三債務者に対してもまた取立権能を取得する。かくして他の一方において第三債務者は質権設定者に対しては弁済をすることができず質権者に対してのみ弁済を為すべき義務を負う。それ故にまた第三債務者が質権設定者に対してなす相殺は質権者に対しては全然無効であつて、単にその他の者に対して有効であるに過ぎない。要するに廃止行為（物質的処分）に関しては第三債務者は質権設定者と全く同様な権能を持つに過ぎずこれは質権の物権性より生ずる当然の結果にほかならない。[16] なお判例はかならずしも常に明確にその根拠を示しているわけではないが「指名債権ヲ以テ質権ノ目的ト為シタル質権者ハ、第三債務者ニ質権ノ設定ヲ通知シ、又ハ第三債務者カ之ヲ承諾シタル時ヨリ、其質権ヲ以テ第三債務者其他ノ第三者ニ対抗スルコトヲ得ルヲ以テ、第三債務者ハ此時ヨリ質権者ノ取立権能ヲ害スルノ行為ヲ為スコトヲ得サルモノト謂フ可シ」[17] として第二説とほぼ同様の立場に立つものと思われる。

それではこれらの学説の主張する根拠について個別に検討を加えて見よう。

債権の質入は債権の差押と同一の効果を生ずるから、これによつて質権設定者及び第三債務者は前記のような拘束を受けるとする第一説であるが、これはその効果が質権が設定された場合と差押えられた場合とが同様であるというだけで、なぜ

質権が設定された場合にこのような拘束を受けるのかという根拠を示してはいない。差押とは、執行債権の満足に充てるために、債務者の特定財産に対して、その処分権を奪つてこれを国家に収納する執行機関の権力的行為であつて、[18] 債務者が処分権を失い取立等をなし得なくなり、第三債務者が債務者に支払をなし得なくなるのは直接には民事訴訟法五九八条一項による効果である。また第三債務者は差押命令を受けた後、債務者に対して支払をしても有効に免責を受けたことにはならず、差押後債務者に対して取得した債権を以て相殺しても差押債権者に対抗できないのも、それぞれ民法四八一条・五一一条の規定による効果である。従つて債務者（質権設定の場合には質権が設定された債権の債権者）がその処分権を失い、第三債務者が一定の拘束を受けるという効果の点で類似しているとしても、それを根拠として質権も同様とはいえない、差押はあくまでも執行手続の一つであつて、権利の上に権利が設定された場合と同一に見ることはできない。この説は差押と質権設定の効果が同一であることを強調するが、質権が設定されてもその目的となつている債権を譲渡することは依然その債権の債権者の自由であるにもかかわらず、差押の場合債務者はその債権の譲渡も禁止されると解されている。[19]

質権者は直接取立権をもつているから、質権設定者及び第三債務者はこの取立権を害する行為をなすことができないとする第二説について考えて見よう。この直接取立権は質権の効力の一つである優先弁済的効力の一つであつて、被担保債権が不履行に終つた場合にはじめて具体化するものであつて、質権が設定された債権それ自体から独立して存在し得るものではない。従つてこの説の最大の欠点は、質権設定者・第三債務者によつて先に挙げた目的たる債権を廃止する行為が行われることによつて、債権自体が消滅し、それによつてその上に設定された質権もまた消滅してしまうということに全く関心が払われていないということである。

第三説は質権はその目的たる債権について、その交換価値を破壊する行為をなすことを禁ずる力があるとするのであるが、この説は通常担保物権はそのものの交換価値を把握するといわれていることから、取立権を侵害し得ないとする第二説

より広くその根拠を求めている点で秀れているが、[20] 質権の如何なる効力が交換価値を破壊する行為を禁ずるのか明らかでない。交換価値を優先的に把握するという効力（これは質権の効力というより担保物権の効力というべきであろう）から直ちに質権設定者及び第三債務者に対する拘束を導き得るのであろうか。また債権の交換価値の把握ということは存在する債権を前提としてのみ言い得るのではなかろうか。

つぎに、物上質における留置的効力と結びつけ、その効力を抽象的留置作用とする点で特異な構成をとる第四説は、質権の効力の枠内で質権設定者及び第三債務者に加えられる拘束を捉えようとする点これ迄の各説より明確な根拠を示している。しかしそれにもかかわらず第二説・第三説に対する批判がそのまま妥当する。すなわち、質権の目的物たる債権が現実に存在していてこそ質権も存立することができ、従って質権設定者及び第三債務者に加えられる拘束をその効力として構成することが許されるのではなかろうか。

第五説は物権の当然の効果であるとするのであるが、どのような意味で物権の効果とし捉えているのか明らかでない。もし物権のもついわゆる追及性がそのような拘束として表われると考えるのであれば、目的物が消滅してもなおその上の物権が存続し得るのであろうか。また仮に法が債権の上に物権が成立することを承認する以上、法は基礎となる権利の権利者又は法律関係の当事者の意思でその目的物を消滅させる行為を拘束する目的で、物権の効果として当然に予定しているところであるとする意味ならば、それでは法が予定しているのははたして物権についてのみなのかどうかなお検討されなければなるまい。

(12) 石田担保物権法論（下）四七一頁、小池担保物権法論三四三頁。
(13) 三潴担保物権法四五九―六〇頁、柚木担保物権法一一九頁、ここでは取立権その他の換価権を有するからとする。今泉新物権法論二七四頁。
(14) 我妻担保物権法一一九頁。
(15) 勝本担保物権法（下）三八八頁。

(16) 神戸寅次郎・権利質論第二巻一九八―二〇六頁。
(17) 大審大正五年九月五日判決民録二二巻一六七〇頁、なお旧い判例の中に「権利質ナルモノハ其性質上条件付ニ権利行使ノ権ヲ質権者ニ移付シ」(東京控明治三五年一二月一六日判決・新聞一二二五号一一頁)というものがあるが、これは権利質の本質を債権の信託的譲渡とみるいわゆる権利譲渡説の立場に立つものであつて、現時の通説権利目的説の立場からみて検討に価しないと思われる。なお学説でこの権利譲渡説をとるものとしては岡松参太郎博士民法理由中巻四九二―四があるが後に「権利質ノ性質」(前掲第一章註2参照)において権利目的説に説を改められた。
(18) 兼子一・増補強制執行法一六九頁。
(19) 兼子強制執行法一七一頁参照。
(20) 債権質の効力は取立権に限らないことは本章第一節参照。

3 債権質に見られる権利拘束の原則

前節で見たように、債権の上に質権が設定された場合に、質権設定者及び第三債務者が受ける各種の拘束が、一体如何なる法的根拠に基づくのかということに関する理論構成は、多くの学者の努力にもかかわらず、充分な説得力を持ち得ないことが明らかになつた。そしてそれらの学説が、そのような効力を質権、担保物権(交換価値支配権)あるいは物権から導こうとしたことがそもそも出発点において誤つていたということができよう。何故ならば、それらの効力として捉えようとする限り、質権が現実に存在していなければならないからである。しかるに理論的には、その質権が存立していた目的物たる債権が、取立、弁済等によつて消滅した場合には、質権そのものが目的物を失いそれと同時に消滅してしまつているはずである。神戸博士も主張されているようにこれを物上質にたとえるならばまさに物それ自体が滅失した場合に相当する。

もつともここでの滅失は、自然的滅失とは異なり、あくまでも法律的な滅失であるから、前掲諸説の立場を固執するならば、滅失物の価値変形物にその効果が及ぶ法理いわゆる物上代位の枠内で立論しようと試みるかも知れない。しかしその場合にも弁済(又は取立)した金銭の上にその効果が及ぶということを言い得るとしても、弁済(又は取立)し得ないという拘束

をその法理から導き出すことは極めて困難であろう。また仮に弁済した金銭の上に質権の効果が及ぶとして物上代位の延長線上で質権者の保護を企てて見ても、民法三〇四条が「払渡又ハ引渡前ニ差押ヲ為スコトヲ要ス」と規定する以上それは徒労に終るだけである。ましてや相殺をなし得ないという拘束を、基礎となる法律関係の両当事者に加えることは不可能であろう。[21]

このようにして、質権設定者又は第三債務者が単独であるいは共同で、質権の目的物たる債権を消滅せしめた場合に、その行為を無効としあるいは質権者に対抗し得ないとする効果を、質権（たとえその内の価値権性を強調しようと、物権性を強調しようと）から導き出そうとするのはその根底において背理だといわなければならない。また前節で見た第五説のように、あくまでも物権の効果として捉えようとするならば、債権の上に物権が成立している場合には、物権は本来その債権を消滅せしめない力を持っているのだということになるのであろう。しかしそれは物権の如何なる性質に基づくものであるか明らかでないし、少なくとも現在までの物権法体系の中には存在しない効果といわなければならない。[22]

それ故に債権の上に質権が設定された場合に、質権設定者及び第三債務者に加えられる諸拘束は、民法が権利の上に権利が存立する制度を規定する場合に当然前提としているところの本稿でいう「権利拘束の原則」すなわち「ある権利が他の権利（又は法律関係）の存在を前提として、その基礎の上に存立し、又はその相当価額を保有し得る場合、特別の事情がない限り、基礎たる権利の権利者及びその法律関係の当事者はその意思によってその権利又は法律関係を消滅せしめ得ない」という原則に基づくものと言わなければならない。そしてここで強調しておかなければならないことは、これまで多くの学説の説明に従って、質権設定者に加えられる拘束という表現を用いて来たが、厳密に言うならばこの表現は正しくないということである。「権利拘束の原則」によって拘束されるのは、質権設定者たる地位に基づくのではなく、質権が設定された債権の債権者としての地位において拘束されるのである。質権設定者としてはこのような意味で拘束されないことは、質権が

設定された債権が他人に譲渡された場合を考えれば明らかである。その場合に「権利拘束の原則」を適用されるのは言うまでもなくその質権の目的物となつている債権の債権者である。[23] 質権設定者に加えられる拘束と一般にいわれるのは、多くの場合質権設定者がその債権の債権者であるというに過ぎない。

このようにして、一旦債権の上に質権が設定されたからには、「権利拘束の原則」が適用され、その債権の債権者は、取立、免除、抛棄、相殺をなし得ず、その債権の債務者は、質権設定の通知があるか、承認をなした以後においては、債権者への弁済をなし得ず、それ以前に相殺適状が生じていない限り相殺をなし得ないことになり、さらに両者によるその債権契約の合意解除、更改をなし得ないのである。

ところで、ここで特に取り上げなければならないのは、第三債務者は、質権設定の通知を受けた後に弁済期が到来した質権設定者に対する債権をもつて、質権者に相殺を主張し得るかどうかという問題である。ほぼ確定したと言い得る判例は相殺を主張し得ないとするのに対し、有力な学説は相殺を主張し得るとして鋭い対立を示している。これは一方では第三債務者と質権者のいずれを保護すべきかの問題であるが、同時にそれは相殺制度固有の目的と本稿でいう「権利拘束の原則」の目的のいずれを優先させるべきかの問題であろう。

この問題について判例は、指名債権を質権の目的とした場合に、民法四六七条により質権設定の通知があつたときは、以後質権者はその権利を第三債務者に対抗し得るのであるから、第三債務者はその通知までに質権設定者に対して生じた事由でなければ質権者に対抗し得ないとの前提をとり、「故ニ第三債務者ハ質権設定者ニ対シテ有スル債権ニシテ其質権ノ通知マテニ弁済期ニ達セサルモノヲ質権ノ目的タル債権ト相殺スル為メ、弁済期到来ノ後、質権者ニ対シテ有効ニ其旨ノ意思表示ヲ為スコトヲ得サルモノト云フヘシ」としている。[24]

この判例に対しては先にも述べたように、二三の有力な学説によつて批難が浴せられている。[25] もつともこの批難は単に債

権質における相殺禁止のみに向けられているのではなく、判例が債権譲渡、差押の場合にも同様の見解をとつていることから、その批難は直接にはむしろ債権譲渡又は差押についての判例に加えられ[26]、同様のことは債権質の場合にも言われ得るとしている。従つて本稿では差押の場合に民法五一一条の文理に反するという批難[27]については全く触れる必要を見ない。

これら判例に反対する学説は、右の点を除くと相殺の制度目的から次のように主張する。第三債務者は質権が設定されなかつた場合よりも不利益な地位に立たせられるべきではない[28]。いいかえれば、公平の原理によつてささえられている相殺制度のもとにおいて、第三債務者が質権設定によつて保護されなければならないのは、現実に相殺し得る権利にとどまらず、相殺し得る合理的な期待である[29]。

かくして、この対立は相殺の制度目的から来る第三債務者の保護と「権利拘束の原則」の目的から来る質権者の保護のいずれを優先させるべきかの問題に要約し得るように思われる。詳論は別の機会に譲るが、「権利拘束の原則」も先に述べたように、質権設定の通知のあつた時点で相殺適状にあつた場合についてまでも相殺を禁止しようとするものではない。わが法制が権利の上に権利が存立し得ることを認めている以上、第三債務者の相殺し得る期待が保護されるべきであると同様に、他人の権利の上に権利を取得した第三者の利益も保護されてしかるべきである。このように考えるならば、判例が質権設定以後に弁済期が到来した質権設定者に対する債権をもつて相殺を主張し得ないとすることは、有力な学説の反対にもかかわらず妥当なものとして支持されなければならない。債権質に関する対抗要件を規定する民法三六四条は、債権譲渡の場合の対抗要件に従うべきものとしているが、このように解することは、この対抗要件の効果を定める民法四六八条二項の文理にも合致するものと考える。

(21) もつとも相殺については、後述するところであるが、それ自体独自の制度的目的ないしは要請を持つているのであるから、質権が設定されても相殺は認めるべきであるとの主張がなされるかも知れない。しかしわれわれは、現行法体系の枠内で可能なかぎり質権者の保護を計ろうと

しているのであつて、少なくとも前述判例において認められている程度の保護は当然与えられるべきであるということを共通の前提としていなければならない。

(22) そもそも債権の上の質権の性質が物権であるかどうかも問題である。わが国では債権質の性質が物権であるということについてほとんど疑いがもたれていないが、ドイツでは権利質の性質は質権の目的とされた権利の性質によつて定まるというのが通説である。Westermann, a. a. O., S. 666 参照。Enneccerus-Kipp-Wolff. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, III, (1957) S. 481 は Der Nießbrauch an Rechten (権利の上の用役権) の法的性質の説明にあたつて、権利の上の用役権は内容的には、それによつて制限される権利と同一の性質であつて、債権の上の用役権は、債権であるとし、権利質もこの用役権と同様であるとの立場を取つている。もつとも権利質は物権であるとする主張もないではない。Julius von Gierke, a. a. O., S. 211-2 参照。

(23) 質権を設定された債権が譲渡された場合この拘束を受けるのはその債権の譲受人である。

(24) 大審大正七年一二月二五日民三判決民録二四輯二四三九頁。

(25) 柚木担保物権法一三〇—一頁、薬師寺志光「権利質」総合判例研究叢書民法(19)一四二頁、我妻新訂債権総論三四〇—一頁。

(26) 柚木判例債権法総論下巻は債権譲渡について、一五七頁以下、我妻新訂債権総論は差押を中心とする、三一六頁以下。

(27) 我妻新訂債権総論三三二—三頁。

(28) 柚木担保物権法一三一頁。

(29) 我妻新訂債権総論三三三頁、同旨薬師寺前掲民法(19)一四一—二頁。

四　土地賃借権設定の場合の権利拘束

1　土地賃借権を基礎として形成される法律関係とその効果

本章で取り扱う問題は、前章の債権質のごとく不充分ではあるがある程度体系化された制度とは異なり、同じくある権利を基礎として形成される法律関係ではあるが、少なくとも現在までのところ法体系の中に独自の分野を確立しているとはいえない法律関係といえよう。

先にも述べた如く、わが民法は、その伝統的な法制に基づき、土地と家屋が別個に所有権の対象となるものとしている。

そしてこのような法制をとるが故にわが民法固有の規定すなわち法定地上権を定めた民法三八八条が担保物権法の中にあつて大いにその特異な機能を発揮し、さらにこの法制に基因する様々の複雑な紛争が生じて来たことは衆知の事実であり、その間にあつてそれらの紛争解決にあたつてわが国裁判所のはたして来た、そして現在はたしつつある役割は極めて大きいといわなければならない。

本節ではその中でも土地賃借権を基盤として形成される法律関係を二つの類型、すなわち土地賃借権の上の家屋に抵当権が設定された場合、土地賃借権上の家屋が賃貸借された場合とに分け、それにこれは前述のわが国法制特有の問題ではないが、同じく賃借権を基礎として形成される転貸借の場合を加えて、それぞれその法律関係において、基礎となる権利又は法律関係を消滅させる行為の効果を、これらの場合について規定を欠く民法のもとで、判例がどのように捉えて来たかを追求して見たいと思う。

家屋が借地権をもとにして建てられ、その家屋の上に抵当権が設定された場合については、二つの注目すべき大審院判決がある。

その第一は、借地上に家屋を所有していたものがその家屋に抵当権を設定したあとでその借地権（原審により明治三十三年法律第七十二号により地上権と推定されている）を抛棄した。そこで土地の新所有者がその借地権の抛棄を理由として、借地上建物の競落人に対して建物収去・土地明渡を請求した事案である。大審院は、ある権利を基本としてはじめて存立することができ、もしくはその相当価額を保有することができる権利を第三者が有す場合においては、もし抛棄を絶対的に有効とするならば、第三者の権利は存立することが出来ないか、もしくはその価額を著しく減じ、その第三者が不測の損害を受けることになるから、このような場合にはその権利抛棄をもつて第三者に対抗し得ないとの理由で、借地権の抛棄は借地上建物の抵当権者（従つて競落人）に対抗し得ないとし、民法三九八条はこの法理の一適用に過ぎないと判示している。(1)

その第二は、借地人が借地上に建築した建物に抵当権を設定した後に、借地人が土地所有者と合意で土地の賃貸借を解除した事案である。ここでも判示は、この場合土地の賃貸借を合意で解除しても、賃貸借の終了をもつて抵当権者に対抗し得ないとし、その理由として、わが法制が建物のみの抵当を認めていることからみて、もしこのように解さないと、土地と建物とがその所有者を異にする場合には、建物を抵当とすることは実際上行われ難くなること、このことは民法三八八条三九八条の規定の趣旨から推察し得ることを挙げている。(2)

借地上に家屋が築造され、その家屋が賃貸されている場合についてはどうであろうか。このような場合に、土地賃借人（家屋所有者）と土地賃貸人との間で土地賃貸借契約が合意解除されたときに、その効果が家屋賃借人にも及ぶかどうかをめぐつて、昨年極めて注目すべき判決が最高裁によつてなされた（最高裁昭和三八年二月二一日第一小法廷判決）。

事案は、家屋所有者甲が土地所有者乙との間で賃貸期間一〇年の定めで借地契約を結んだが、その期間満了前に丙にその家屋を賃貸した。ところがその後甲と乙との間でその借地契約を合意解除し、乙は借地権消滅を理由として丙に対し建物退去土地明渡を請求して来たものである。判示は、このような場合には、たとえ甲と乙の間で借地契約を合意解除し、これによつて借地権を消滅せしめても、特段の事情がない限りは、乙はこの合意解除の効果を丙に対抗し得ないとしている。その理由とするところは次のとおりである。(イ)土地賃貸人は、土地賃借人がその借地上に建物を建築所有して自らこれに居住することばかりでなく、建物賃借人をしてその敷地を占有使用せしめることをも当然に予想しかつ認容しているものと見るべきである。(ロ)従つて、土地賃貸人と家屋賃借人との間には直接の法律関係はないが、当該建物の使用に必要な範囲において、建物賃借人はその敷地の使用収益をなす権利を有するとともに、この権利を土地賃貸人に対して主張し得る。(ハ)この家屋賃借人の権利は、土地賃借人がその有する借地権を抛棄することによつて、勝手に消滅せしめ得ないし、合意解除の場合にも土地賃借人においては抛棄したことになるのであるから、第三者たる家屋賃借人に対抗し得ない。(ニ)このことは、民法

三九八条・五三八条の法理からも推論し得るし、信義則に照しても当然であるとし、さらにこれに加えて参照判決として大審院昭和九年三月七日判決及び最高裁判所昭和三七年二月一日第一小法廷判決を挙げている。[3]

ところでこの昭和三八年最高裁判決が参照判決として挙げている大審院昭和九年判決は、転貸借が適法に行われた場合にも、原賃貸借の合意解除をもつて転借人に対抗し得ないとする転貸借についての画期的な判決である。そこでつぎに転貸借が適法に行われた場合にその原賃貸借契約の合意解除が転貸借に如何なる影響を与えるかについて判例の立場を考察してみよう。このことは本稿の主題の考究の意味からも極めて重要と思われる。

昭和九年の大審院判決以前においては、大審院は適法な転貸借が行われている場合でも、賃貸人と賃借人との間でなされた原賃貸借契約の合意解除を、転借人に対抗し得るとしていた。大正一四年の大審院判決は、原家屋賃貸借契約を合意解除して、転借人にその家屋の返還を求めた事案において、家屋賃貸人の返還請求を認容している。その理由とするところは、転賃借を適法とするために必要な賃貸人の承諾は賃貸人と転借人との間に何等かの契約を生ずるというような効力を持つものではなく、合意解除が行われたことにより賃貸借は終了し、この時以後転借人の占有は賃貸人に対して無権限のものになり、賃貸借が終了することにより賃貸人はそのものの返還を請求し得るということである。[4] 昭和四年の大審院判決は、同じく家屋の転貸借の場合について、賃貸人は合意解除を転借人に対抗し得るとしている。そしてここでも「其ノ解除ハ当時〔ママ〕者間ニ有効ナルハ勿論転借人ニ対シテモ之ヲ対抗シ得ルモノトス而シテ転貸借ハ賃貸借ヲ前提トスルモノナレハ賃貸借ニシテ有効ニ解除セラレタル以上転借人カ目的物件ヲ占有シ得ル権利モ亦当然消滅ニ帰スルモノト謂ハサルヘカラス」[5]として大正一四年判決と同様の趣旨を繰り返している。

ところが大審院は昭和九年に至り、その態度を一変し、賃貸借契約が合意解除されても転貸借に影響はなく、転借人の権利は消滅しないとした。判旨に述べるところによると、賃借人が賃貸人の承諾を得てこれを転貸した場合には、転借人はそ

のものを使用収益する権利を有し、賃貸人もこの転借人の使用収益を認容しなければならない。すなわち転借人は賃貸人に対してもその権利を主張し得る。それ故に賃貸人の単独の意思では勿論、賃貸人賃借人の合意によつてもこれを消滅させることは出来ない。このことは信義則から見ても当然であるとして、さらに借地上の家屋に抵当権が設定された場合の前述大正一一年同一四年の大審院判決をこの趣旨のものとして援用している。(6)

以上挙げた大正一四年及び昭和四年の転貸借に関するものを除く四つの判例から、土地賃借権を基礎とする法律関係及び転貸借関係において、その基礎となる権利の抛棄及び法律関係の合意解除の効果について、大審院・最高裁を通じてある一定の指向を持つていることが観取される。それは他ならず、契約関係を基盤として、その上に家屋又は権利が存立している場合に、その基礎となつている契約から生ずる権利を抛棄し、あるいは合意によつてその契約を解除しても、それをもつて、その上に権利を保有しているものに対抗し得ないということである。そして判例がこのような効果を認めて来た過程を見ると、そこに一つの興味ある流れを見ることができる。

その第一段階は抵当権が設定された場合であつて、大正一一年及び大正一四年の大審院判決がそれである。もつともここでは両者がその効果の根拠とするものは必ずしも同様ではない、すなわち前者は、借地権の抛棄の場合であつたこともあつて、一応民法三九八条を類推適用する形式をとり、さらにこの民法三九八条の法理ともいうべきものを敷衍することによつて、その妥当根拠の合理性を基礎づけようとしている。これに対して大正一四年判決は、この大正一一年の理論を発展させることなく、逆に建物のみに抵当権を設定し得るというわが法制の下での結果の妥当性を強調することに重点が置かれているのである。ところが、昭和九年の転貸借の判決においては、抵当権に関するものでないことから民法三九八条には触れず、賃貸人の承諾にその根拠を求めるもののごとく、そしてその結果が信義則に合致することを強調し、先の大正一一年及び大正一四年の判決が同趣旨のものであるとして援用しているのである。かくして昭和三八年の最高裁判例は、これらの理

論的には極めてあいまいなものを残しながらも効果の捉え方の上では確定した判例の上に立つて、土地賃貸人・賃借人間でなされた合意解除の効果を抵当権者でもなく、転借人でもない借地上の家屋の賃借人に対抗し得ないとしたのである。この場合抵当権が設定された事案でないことから、民法三九八条の類推適用をなし得ず、土地賃貸人と家屋賃借人との間にはいかなる意味においても法律関係と見らるべきものがないことから、転貸借におけるようにその承諾による拘束と構成することもできず、まず土地賃貸人は家屋賃借人が土地を使用することを認容しているものと擬制しつつ、そこから家屋賃借人の土地使用権を導き、さらにその権利を土地賃借人は借地権を抛棄することによつて（実際は合意解除であるにもかかわらず）消滅させ得ないとする極めて複雑な理論構成を見せ、そしてこの結果は民法三九八条同五三八条からも推論し得るし、かつ信義則にも合致することを力説するのである。これらの判例の流れからも明らかなように、一応理論的な根拠を提示したのは抵当権が設定された場合の大正一一年判決のみであり、それ以後はその法理を追求しようとはせず、その結果の妥当性のみをこの判決と結びつけつつ強調しているのである。それでは学説の側ではこれらの判決をどのように受けとめているであろうか、次節でその点を考察して見よう。

（1）大審大正一一年一一月二四日民一判決民集一巻七三八頁。
（2）大審大正一四年七月一八日民三判決新聞二四六三号一四頁。
（3）最高裁昭和三八年二月二一日一小判決民集一七巻一号二一九頁。後者（最高裁昭和三七年二月一日一小判決）は参照し得なかつた。
（4）大審大正一四年一二月二六日民三判決新聞二五三三号一三頁。
（5）大審昭和四年三月一三日民三判決民集八巻一六〇頁。
（6）大審昭和九年三月七日民四判決民集一三巻二七八頁。

2　土地賃借権を基礎とする法律関係の効果の理論

前節で取り上げた四つの判例（昭和四年以前の転貸借に関するものを除く）は、その結果の妥当性の故に、学説によつても支持

され、学説の側においても、その理論の明確化ないしは一般化が企てられて来た。以下にこれら判例によつて示された効果を学説はどのように捉えているかを考察し、その批判の上に私見を述べてみよう。

まず、借地権拋棄の場合に関しては、殆んどの学説が、財産権は権利者個人の利益のために存在すると考えられるのであるから、その拋棄は権利者の自由であるが、これによつて他人の利益を害することは許されないと解すべきであるということに要約し得るように思われる。[7] それ故に、地上権又は永小作権を抵当とした場合に、これらの権利を拋棄しても抵当権者に対抗し得ないとする民法三九八条の規定は、すべての権利の拋棄に適用されなければならないとする。[8] これとは別に民法三九八条は物権の拋棄の規定であるので債権については他の根拠を求めて次のように説くものがある。債権の拋棄たる債務の免除に付いては、第三者の権利を害することを得ずという一般的制限を法典上明らかには設けていないのであるが、第三者の権利利益を尊重すべきことは、混同という事実に因つて権利が消滅する場合でも、拋棄という人の行為に因つて権利が消滅する場合でも同一であるべき筈であり、債務の免除に付ても混同におけると同様な制限ありと解するのが民法の趣旨に適する。[9]

ところが、同じく家屋に抵当権が設定されている場合に、その借地権を合意解除によつて消滅させることについては、合意解除も拋棄と同趣旨を認むべきであろうとするのみでその理論的根拠づけは放置されているといつて良い。[10]

つぎに適法な転貸借が行われている場合の原賃貸借の合意解除についてはどうであろうか。適法な転貸借は賃貸人の承諾を得て行われるわけであるが、承諾そのものは、賃貸人と転借人間に何らの契約を生じさせるものではない。従つて、転借人は賃貸人に対して直接義務を負うがこれは法律行為的効果ではなく、法律が賃貸人保護のため認めた効果であると解されている。[11] このことから転借人は賃貸人に対して直接何らの権利も有しないことは明らかである。それ故に賃借人の賃借権が消滅するならば転借人の転借権はその存在の基礎を失うことになるはずである。[12]

このような契約法理論を前提にした学説を見てみると、転貸借契約における賃貸人の承諾は賃借人に対して転貸という使用収益の方法をまず許容するものに違いないが、同時に賃貸人はこれに基づき転借人の使用収益を認容すべきこととなる、かくして一旦賃貸人の承諾の下に転貸借が為された後、賃貸借関係が何等かの原因によつて期間満了前に消滅したような場合には、賃貸人の承諾に特に制限が附せられていたとみられぬ限りは、依然自ら与えた承諾によつて拘束されるべきだとしている。[14] ここでは判例よりもつと明確に、適法な転貸借が行われた場合における賃貸人の承諾に、合意解除の効力を転借人に対抗し得ない根拠を求めている。

これに対して、契約法理論をはなれて、先の権利拋棄も他人の正当に成立した権利を害する場合には許されないとする法理の延長線上でこの問題を捉えようとする見解がある。それによると、転借権は賃借権の上に成立しているものであるから、賃借権が消滅すれば転借権はその存在の基礎を失うことになるが、当事者の意思だけで消滅する場合すなわち賃借権の拋棄又は賃貸人賃借人間の合意解除で消滅する場合にはこれを転借人に対抗し得ないとするのである。[15] そして合意解除も実質的には拋棄を含むとする。

以上がこれまで学説によつて試みられた理論構成であるが、これらの学説はなおそれぞれの問題について充分な根拠を示してはいないように思われる。なぜならばまず契約法理論の立場から導かれた根拠づけに対しては賃貸人の承諾に直接その根拠を求めるのは可成り困難のように思われるからである。すなわち、契約法理論の立場に立つ限り、元来賃貸人が転貸について与える承諾は、賃借人の転貸を適法にする意思の表示であつて、転貸借契約そのものについて賃貸人が当事者として干渉するという意味をもつものではないから、勿論転借人が賃貸人に対して直接の権利を持つものではあるまい。さらにこの立場は、賃借家屋の基礎をなしている土地賃貸借の合意解除の場合にはこのような意味の承諾は存在しないから全く無力であり、結局信義則に照してその結論は妥当であるということを強調せざるを得なくなるのではあるまいか。

つぎに権利者は自己の権利を抛棄することによって、正当に成立した他人の権利を消滅させ得ないという原則を援用する場合にも、この原則の内容自体必ずしも明らかではないし、さらに合意解除の場合には、家屋に抵当権が設定されている事例であれ、転貸借の事例であれ、その原則を賃借人には適用し得るとしても、賃貸人に適用することは困難のように思われる。なぜならば実質的に抛棄を含み得るといえるのは賃借人についてのみであるからである。

これらの学説のいずれをとるにしても、その根拠の不明確さのために、土地賃貸借を基礎にして成り立つている家屋賃貸借の場合における土地賃貸借の合意解除の問題を解決することは出来ない。なぜならば土地賃貸人の承諾を得てなされた転貸借の場合には土地賃貸人は土地転借人に対して目的物の使用を認容するものであるから、土地転借人は土地賃貸人に対して自己の権利を主張し得る関係にあるといいうるとしても、土地賃貸人と借地上建物の賃借人との間には何らの法律関係も存在しないといわなければならない。また土地賃貸人は賃借人が建物を建てこれを賃借した借家人がその敷地を使用することがあるのを予想し得るとしても、この予想から土地賃貸人の認容を擬制し借家人の土地賃貸人に対する権利を導き出すのは飛躍に過ぎはしまいか。[16] さらに判例の援用する信義則の観点から見ても、土地賃貸人にこのような使用を認容すべしという義務を、この信義則から導き出すことは困難である。また家屋賃借人といかなる意味においても法律関係の存在しない土地賃貸人に対し、信義則に基づいて合意解除せしめ得ない義務を課すことも容易ではあるまい。[17] 仮にそのような義務を信義則から導き得たとしても、本来債権関係に適用されるべきはずの信義則をそのような形でその意味を拡大することは、信義則の規範的意味内容を希薄にするだけであつて、一般条項への逃避と批難されることを甘受しなければなるまい。昭和三八年最高裁判決の判旨が極めてあいまいに思われるのは、根拠づけのためのいくつかの理論をそれ自体を明確にすることなく援用していることによるのである。[18] われわれは、結果の妥当性を支持するだけのその場限りの理論構成をすることを止め、わが民法が前提とし、これまで挙げて来た判例の根底に流れる法理を探求し、その統一的把握に努めるべきである。

そしてここでも私は賃借権を基礎にして形成された法律関係が存在する場合には、賃貸人及び賃借人はその意思によって、基礎たる賃借権又は賃貸借関係を消滅せしめる行為をなし得ないという「権利拘束の原則」の典型的な適用の一場合を見るのである。

それでは「権利拘束の原則」は如何なる内容を持ち、どのような効果を生ずるのか、次章で可能な限り明らかにして見たいと思う。

（7）末川物権法八五頁。

（8）同様の趣旨を述べるものとして、石田担保物権法論（下二九四―五頁、勝本担保物権法下五三四頁、小池担保物権法論五〇二頁、我妻物権法一五六頁担保物権法一九五頁、舟橋物権法五四頁。

（9）舟橋物権法五四頁。

（10）鳩山秀夫・判例民法（大正一一年度）四六四―五頁。これは前掲大正一一年一一月二四日大審院判決の評釈である。

（11）我妻債権各論（中Ⅰ）四六四頁及び舟橋物権法五四頁は合意解除も実質的には放棄を含むとされる。石田担保物権法論下二九四―五頁は、民法三九八条の規定について、権利者が他人の利益を害するような方法で自己の権利を抛棄してもその効力を認めないとする信義の原則の一表現であると述べられているが、合意解除については、判例がこの原則を更に拡大したものであるとされる。

（12）鳩山増訂日本債権法各論（下巻）四八一頁。末川債権各論第一部一九三頁。

（13）判例は転貸借についてこの立場をとっていたことについては、前掲大審大正一四年一二月二六日民三判決及び大審昭和四年三月一三日民三判決参照。

（14）来栖三郎・判例民事法（昭和九年度）七六―七頁。同旨勝本民法研究3四四一―二頁、末川債権各論第一部二二六―七頁。

（15）我妻債権各論中Ⅰ四六三―四頁。なお広瀬武文・借地借家法の諸問題七四頁は承諾とこれと両方を根拠とされている。

（16）東高昭和三三年六月一三日判決は「その使用関係は土地の賃貸借の適法に存する範囲に限られるのであり、これを逸脱してもなお使用を許容する意思があったとは到底予想することができないところである。」としている、下級民集九巻六号一〇六〇頁。

（17）昭和三八年最高裁判決の判例批評拙稿本誌三六巻八号七一頁以下は信義則の枠内でこの問題を考えて見たものであるが、本稿に抵触する範囲で説を改める。

（18）この昭和三八年最高裁判決について参照し得た判例批評が二つある。水本浩・民商法雑誌四九巻四号五七九頁以下。広瀬武文・判例時報三

三七号六一頁以下。両氏ともこの判決を支持されている。

五　総　括

わが民法は、第二章で見たように混同によつて、権利が一般には消滅すべき場合にも、その権利が第三者の権利の目的になつているときには、消滅しないものとし、さらに意思表示によつて消滅せしめ得ない場合として、民法三九八条の場合すなわち地上権・永小作権の上に抵当権が設定されたときには、その地上権・永小作権を抛棄しても抵当権者に対抗し得ないとし、また民法五三八条の場合すなわち第三者のためにする契約においては、第三者の権利が発生した後では、契約当事者はこの権利を消滅又は変更せしめ得ないとしている。

この内混同の例外の場合を規定するものは、第三者の権利が消滅しないという結果においては、本稿でいう「権利拘束の原則」の効果と同様であるが、混同は法律行為ではなくいわゆる事件に属するものであつて、直接この法理の発現と見るべきではない。(1)

それ故に本稿でいう「権利拘束の原則」すなわち「ある権利が他の権利（又は法律関係）の存在を前提とし、その基礎の上に存立し又はその相当価額を保有し得る場合には、特別の事情がない限り、基礎たる権利の権利者及びその法律関係の当事者は、その意思によつて、その権利又は法律関係を消滅せしめ得ない」という原則の法理の表われと見得るのは、民法三九八条、民法五三八条、立木ニ関スル法律八条、鉱業法五八条、特許法九七条、実用新案法二六条、意匠法三六条、商標法三五条である。そしてこれらの規定は、ある権利又は法律関係の存在を前提としてのみ権利が存立し得る場合の中でも典型的な場合を規定するにすぎず、この原則が適用されるべき法律関係は、単に以上の規定によつて規律される法律関係に限らないことは、第三章及び第四章に述べたことからも明らかである。

もつともこのような、わが民法には、民法がある権利又は法律関係を前提としてのみ存立し得る権利又は法律関係の制度をおくことから、「権利拘束の原則」が存在するという立論に対しては、あるいはあえてこのような独立の原則として捉えずとも、他の原則ないしは法理によつて同様の効果が導かれ得るという反論があるかも知れない。

その第一としては、判例で直接問題とされた事案の内で、もつともその理由づけに苦慮したのが合意解除の場合であることに注目して、合意解除はいわゆる解除とは異なり契約の一種であるから、その効果は当然第三者に及ばないとする説がある。(2)

債権契約から生ずる直接の効果を第三者に及ぼし得ないことは疑いない。甲と乙との間で第三者丙が甲のもとで働くという契約を締結して見たところで、丙がそれによつて甲のところで働くという義務を負わないことは明らかだからである。(3) しかし間接的な効果をも含めて第三者には一切その契約によつて影響が及ばないということが、契約の性質から当然言い得るのかどうか疑問である。(4) それらの学説が問題としている転貸借の場合に、原賃貸借契約を消滅させる契約の直接の効果は、あくまでもその賃貸借契約を消滅させることなのであつて、転貸借がなされていた場合には、その結果として転貸借が消滅せざるを得ないことになるのである。従つてそのような影響を契約の効果と見得るかどうか問題であろう。さらにこの場合は効力を遡及させるのではなく、将来に向つて賃貸借を消滅させる契約なのであるから、このような場合でも契約の効力は第三者に及ばないという契約の性質から、転貸借は消滅しないということは可成り困難ではなかろうか。(5) 仮に合意解除の効力は如何なる意味においても第三者に影響を与えないということを認めるとしても、この論理が妥当するのは合意解除ないしはその他の契約による場合に限られるのであつて、家屋が賃貸されあるいは家屋に抵当権が設定されている場合にその敷地の地上権又は賃借権が抛棄される場合は勿論、債権に質権が設定された場合に債権を消滅させる行為には妥当しない。

その第二は、その効果を信義則の効果として捉えようとするものである。これまで見て来た判例・学説の中でも信義則を

援用しているものが多く見られるのでこの点についても一応の考察を試みよう。

民法三九八条は他人の権利を害するような方法で自己の権利を抛棄し得ないとする信義則の一表現であるとの見解[6]に対しては、その者が抵当権設定契約の当事者であるから、あえてそれに異論は述べまい。また債権質設定者に対する拘束、転貸借の賃貸人及び賃借人に対する拘束及び借地上の家屋所有者（土地賃借人）に対する拘束も、信義則からほぼ同様の効果を導き得ることは疑いない。しかしながら借地上の家屋に抵当権が設定された場合の土地賃貸人及び家屋が賃貸された場合の土地賃貸人に対する拘束を、信義則から導き出すことは、それぞれの意思とは全く無関係に抵当権設定あるいは賃貸が行われる以上、極めて困難であり、昭和三八年最高裁判旨に見られるような無理な擬制を行わざるを得ない。まして、抵当権が設定された地上権の譲受人、債権質が設定された場合の第三債務者及び質入債権の譲受人に加えられる拘束を信義則から導き出すことは不可能であろう。[7] そして実はこれらの場合に加えられるべき拘束を、如何なる規定ないしは原則の効果と考えるかということが問題の核心なのである。かくしていくつかの場合には同様の効果が信義則から導かれ得ることを認めつつも、なお本稿でいう「権利拘束の原則」は信義則を淵源としているものではないといわなければならない。

以上見て来たように、いずれの立論も、論理それ自体において難点があり、かつ妥当する領域が限られることから、これらの理論構成には賛意を表し得ない。われわれは、ある権利を基礎として他の権利が存立し得る場合に、その原権利の法律関係当事者に加えられる拘束は、権利を基礎として他の権利が存立し得る制度を規定する民法が当然に前提としている「権利拘束の原則」によつて加えられると解してのみ、はじめてその拘束に対し明確な根拠を与え得るのである。そしてこの構成が、実は多くの判例が、充分明らかになし得ないではいるが、それでもなお指向しているところのものと一致することは、これまで挙げた判例から推認し得るであろう。[8]

それでは以下に若干この原則の内容を検討して見よう。まず基礎となる権利の性質であるが、これは物権であつても債権

であつても良い。地上権[9]、永小作権（民法三九八条）、金銭債権、土地賃借権がその主なものであるが、通常の賃借権でも良い。要するにその権利を基礎として法律関係が形成される可能性のある権利は全て含まれる。つぎにその上に存立する権利の性質は、現在までのところで法典・判例に挙げられたものは、抵当権・質権・賃借権・特許権の専用実施権及び通常実施権等の権利であるが、前二者はいわゆる価値支配権であり、後者は使用・収益をなし得る権利であることから、一応支配性のある権利が主として問題となるといえよう。

消滅せしむる行為は、取立、弁済、抛棄、免除、相殺、更改、合意解除である。「権利拘束の原則」によつて拘束される者は、基礎となつている権利の権利者及び基礎となつている法律関係の当事者である。「権利拘束の原則」に反してなされたその権利（又は法律関係）を消滅させる行為の効果については、無効とする説もあるが[10]、その権利（又は法律関係）の上に存立する権利の権利者に対抗し得ないと解する[11]。

「権利拘束の原則」によつて拘束されるものは、自己の権利又は自己の関与する法律関係の上に他の権利が存立していることを必ずしも知つていることをその適用の要件としない。債権質設定の場合には、債務者である質権設定者が、質権を設定される債権の債権者であるから、言うまでもなく当然その債権の上に質権が設定されたことを知つている。また、第三債務者すなわち質権が設定された債権の債務者に対して質権を対抗するには、その者の承諾又はその者への通知が要件とされているから（民法三六四条一項）、当然その者も質権が設定されたことを知つていると言い得る。しかしながら、同様に拘束されるべきその債権の譲受人は、必ずしも知つているとは限らない。それにもかかわらずその者のなす免除、抛棄及び相殺は禁止されるべきであろう。つぎに、転貸借の場合には原賃貸借の賃貸人の承諾が要件となつているから、この場合には原賃貸借の両当事者は転貸借を知つていることになる。地上権・永小作権に抵当権を設定した場合は地上権者・永小作権者はそれらの権利の上に抵当権が存立していることを当然知つている。それらの権利の譲受人もそれが登記されている以上知つ

ていることになろう。土地賃借権の上に形成される法律関係について見ると、抵当権を設定した家屋の所有者（土地賃借人）は、いうまでもなく抵当権がその土地賃借権を基礎として本来の価値を維持していることを知っている。ところで、この場合の土地賃貸人及び借地権上の家屋が賃貸されている場合の土地賃貸人は、法律的にはその賃借権の上にそのような法律関係が形成されていることを知り得ない。このように多くの場合基礎たる権利の権利者又は法律関係の当事者は、その上に他の権利が存立していることを知っていると言い得るが、これを知っているということは必ずしも「権利拘束の原則」を適用するための要件ではないことが明らかであろう。

それでは、権利者又は基礎たる法律関係の当事者の意思によって、それらの権利又は法律関係を消滅させる場合であっても、この「権利拘束の原則」がその権利の権利者又は法律関係の当事者に適用されないのはどのような場合であろうか。まずその基礎たる法律関係が取消し得る場合にはこの原則の適用はなく取消権者は取消すことができる。第二に法定解除（民法五四〇条）が認められる場合には、解除によってその基礎たる法律関係を消滅させ得る。従って原賃貸借関係が債務不履行によって解除された場合には転借人は賃貸人にその権利を主張し得ない。[12] また法律関係が土地賃借権上に形成された場合にも、その基礎たる契約が債務不履行で解除されれば、それを基礎とする権利の権利者は土地賃貸人にその権利を対抗し得ない。[13] その上に質権が設定された債権も解除された場合は同様に消滅する。もつともこの法律関係の上に権利を有する者が民法五四五条一項但書によって保護される第三者に該当する場合にはその範囲で解除した者は拘束されることになるのであるが、そこでいう第三者とは「双務契約ノ一方ノ債権者ヨリ受ケタ給付ノ物体ニツキアル権利ヲ取得シタ者」[14]をいうのであるから、本稿で取り上げた事例の中にはこの規定によって保護されるものはない。

取消又は法定解除をなし得る場合に、基礎たる権利又は法律関係を消滅させることを認めるのは、取消・解除という制度によって保護されるべき権利者の利益を、その上に他の権利が成立させられたことによって、不当に剝奪し得ないというこ

とに基づくのである。

なお当事者の意思によって消滅させる場合ではないが、基礎たる権利又は法律関係に期間が定められている場合にはその期間の終了によって当然に消滅する。[15] 一時使用のための賃貸借でないかぎり借地[16]については二十年未満の期間を定め得ないほか不動産の賃貸については借地法・借家法の適用を受けることは言うまでもあるまい。第三に「権利拘束の原則」によって保護されるべき第三者の側に信義則に反する行為があった場合、たとえば転借人が賃貸人に無断で他に賃貸したというようなときはこの原則によって保護されない。[17] 先に述べたように、「権利拘束の原則」は法理論上信義則を淵源とするものではないが、その法律関係が契約関係として具現する場合には、消極的要件としてこれを充足することは必要であろう。これは権利（又は法律関係）の上に成立するものが契約関係である場合に主として問題になるものと思われる。

以上で、わが民法には、ある権利（又は法律関係）を基礎として、他の権利（又は法律関係）が存立する場合には、基礎となっている権利の権利者又は法律関係の当事者は、特別の事情がない限りそれをその意思によって消滅させ得ないという原則が存在することを明らかにし、かつ従来その根拠を充分明らかにし得なかった債権質及び賃借権を基礎にして形成される法律関係の効果も、この原則の適用と理解することによってはじめて統一的な把握が可能となったものと思う。この原則の内容についてはその一端を明らかにするにとどまったが、特に権利の上に成立する権利（又は法律関係）の性質、この原則が適用される範囲ないしは限界等今後の研究に待たなければならない点も多い。また本稿の内容についても独断に過ぎるところがあるかも知れない。大方の御教示をお願いしたい。

（1）この点で混同まで含めて考えようとされる鳩山説と異なる。前章註（10）の文献参照。

（2）加藤一郎・法協七四巻二号七四頁。同旨広瀬借地借家法の諸問題八〇頁。

（3）第三者のためにする契約は、契約から生ずる権利を第三者に直接帰属させるもので、この例外的な場合である。

（4）少なくとも、前掲大審大正一四年一二月二六日判決、同昭和四年三月一三日判決、同昭和九年三月七日判決等は及ぶと見ている。

(5) 我妻債権各論（上）は解除契約の遡及効が第三者の権利を害し得ないとしている。なお Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts II (1958), S. 295 は全法律関係を将来に向つて合意解除し得るとしている。また Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I (1962), S. 315 は継続的契約関係とそれ以外の場合の解除契約を区別し、前者の場合にはこの解除の時点以後における新しい給付義務のみがもはや生じないとしている。しかしこの両テキスト共第三者との関係にはふれていない。

(6) 石田担保物権法論下二九四―五頁。前章註（11）参照。

(7) 質権設定を第三債務者が承諾した場合にはなおそれを根拠とし得ないことはないが、通知があつたにとどまる場合にもそう言えるであろうか、通知があつたことからその効果を導き出すことも不可能ではないかも知れないが、その場合には権利の上に権利が設定された効果と見る方が素直であろう。

(8) この趣旨を可成り明確に示した前掲大審大正一一年一一月二四日判決は、この意味で高く評価されなければならない。

(9) これまで特に論じられてはいないが、地上権上の家屋が賃貸されている場合、又はその家屋の上に抵当権が設定されている場合も同様の拘束を受ける。

(10) この立場に立つものとして、三潴担保物権法四五九頁、相殺について判例・大審大正一五年三月一八日判決民集五巻一八五頁がある。絶対的に無効とすることは法律関係を明確にする長所があるが、この原則の目的すなわちその基礎の上に権利を保有している者を保護する範囲でその効果を考えれば良いのであるから、その権利者に対抗し得ないとすれば足りるであろう。これに伴つて生ずる法律関係をどのように捉えるかは残された重要な課題の一つである。

(11) 多くの学説・判例はこの立場をとる。我妻担保物権法一一九及び一九五頁。柚木担保物権法一二九及び三五六頁。その他多数。判例では、債権質について前掲大審大正五年九月五日判決、前掲大審大正七年一二月二五日判決、土地賃貸借関係については前掲大審大正一一年一一月二四日判決、前掲大正一四年七月一八日判決等多数。

(12) 大審昭和六年三月一八日民四判決新聞三二五八号一六頁。

(13) 借地上の建物に抵当権を設定した場合に、抵当権の実行により建物を競落した者は、民法五四五条一項但書の第三者に該当しないとする判例がある。大審昭和三年三月一〇日民三判決新聞二八四九号一三頁参照。

(14) 大審明治四二年五月一四日民二判決民録一五輯四九〇頁その他多数。

(15) 最高裁昭和三一年四月五日一小判決民集一〇巻四号三三頁。

(16) この場合に合意解除し得るとする判例がある。最高裁昭和三一年二月一〇日二小判決民集一〇巻二号四八頁参照。

(17) 同旨広島高裁昭和二九年九月二一日三部判決高裁民集七巻一一号八六三頁。