

交付カ果シテ私法上ノ法律行爲タル物權契約ナリヤ將公法上ノ行爲ナリヤ(公法上ノ行爲ニ依リ私權ノ變動ヲ來スコトハ其例乏シカラス)及ヒ裁判所ハ自己ノ所有權ヲ移轉スルモノナリヤ將又競落人又ハ不動產所有者ノ金錢所有權ヲ移轉スルモノナリヤニ付キ疑ヲ有スルヲ以テ此點ニ付キ本論ニ對スル贊否ノ斷定ヲ避ケント欲ス只本件ノ場合ニ不當利得ノ成立スルコトニ關シテハ固ヨリ吾人ノ反對スル所ニアラサルナリ

二二〇

九六

詐欺又ハ強迫ニ因ル意思表示ハ之ヲ取消スコトヲ得
或人ニ對スル意思表示ニ付キ第三者カ詐欺ヲ行ヒタル場合ニ於テハ相手方カ其事實ヲ知リタルトキニ限り其意思表示ヲ取消スコトヲ得

詐欺ニ因ル意思表示ノ取消ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

五二四 債務者ノ交替ニ因ル更改ハ債權者ト新債務者トノ契約ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得但舊債務者ノ意思ニ反シテ之ヲ爲スコトヲ得ス

五二七 更改ニ因リテ生シタル債務カ不法ノ原因ノ爲メ又ハ當事者ノ知ラサル事由ニ因リテ成立セス又ハ取消サレタルトキハ舊債務ハ消滅セス

債權者ハ詐欺ニ因ル更改契約ノ取消ヲ以テ善意ノ舊債務者ニ對抗シ舊債務ノ消滅セサルコトヲ主張スルコトヲ得ス

更改契約カ舊債務消滅ノ效力ヲ生スルハ新債務ノ發生ヲ條件トスルモノナルヲ以テ債務者ノ交替ニ因ル更改ニ於テ其契約カ新債務者ノ詐欺ニ因ル意思表示ナリシ爲メ債權者ニ於テ之ヲ取消シタルトキハ舊債務ノ消滅スヘキモノニ非ラサルコト論ヲ俟

【關係事項】

タスト雖モ如上ノ更改契約ニ於ケル當事者ハ債權者及ヒ新債務者ニシテ舊債務者ハ之ニ關與セス唯其意思ニ反シテ更改ノ爲サレサルコトヲ要求スルヲ得ル地位ニ在ルノミナレハ舊債務者ハ契約ノ當事者ニ非スシテ第三者ナリ而モ其契約ニ對シ利害ノ關係ヲ有スルニ止マルモノナリ而シテ詐欺ニ因ル意思表示ノ取消ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルヲ以テ債權者ハ如上ノ更改契約ノ取消ヲ以テ善意ノ舊債務者ニ對抗シ舊債務ノ消滅セサルコトヲ主張スルヲ得サルモノトス本件ニ於テ原告ハ被上告人カ上告會社ニ對シ賣掛代金殘額千五百八十三圓二十七錢ノ支拂債務ヲ負擔シタル處上告會社ト訴外佐藤孝藏間ニ債務者ノ交替ニ因ル更改契約成立シ孝藏ニ於テ其債務ヲ負擔スルコトヲ約シタルモ右更改契約ハ孝藏カ債務ノ支拂ヲ爲ス意思ヲ有セサルニ拘ハラズ之ヲ支拂フ意思アルモノノ如キ態度ヲ裝ヒテ上告會社ノ代理人ヲ欺キ錯誤ニ陷ラシメタル結果成立シタルモノニシテ上告會社ハ孝藏ノ詐欺ニ因ル意思表示ナリトシ同人ニ對シ契約取消ノ意思表示ヲ爲シタルコトヲ認メタルモ被上告人カ孝藏ト共謀シテ上告會社ノ代理人ヲ欺キタルコト若クハ被上告人ニ於テ其詐欺ノ情ヲ知リタルコトハ原告ノ認メサル所ナルヲ以テ被上告人ヲ善意ノ第三者ナリトシ前示ノ理由ニ依リ上告會社ノ本訴請求ヲ排斥シタルハ相當ナリ(大審院大正四年(オ)第二八四號同年六月三十日民三部横田裁判長田上大倉嘉山三宅各判事判決)

上告棄却○原審東京控訴院○賣掛代金請求事件○上告人加富登麥酒株式會社訴訟代理人辯護士廣瀬重太良被上告人熊谷貞造

【參照學說判例】

一 善意ノ第三者トハ詐欺ニ因ル意思表示アルコトヲ知ラスシテ之ニ付テ法律上ノ利害關係ヲ成立セシメタル第三者ヲ謂フ
(法學士鳩山秀夫氏法律行為乃至時效一七〇頁)
二 民法第九六條第三項ニ所謂「善意ノ第三者」トハ詐欺ノ情ヲ知ラス善意ヲ以テ新タニ權利ヲ取得シタルモノヲ謂フ故ニ詐欺ニ基因スル登記取消ノ爲メ第三番抵當權者カ自然ニ第一番抵當ノ順位ヲ得タル者ノ如キハ此「善意ノ第三者」中ニ包含セサルモノニ非ス(大審院民事判決錄第六輯第五卷第一五頁)

更改契約ハ債權者ト新債務者トノ間ニ於テ爲サルヘキモノナルカ故ニ舊債務者カ更改契約ニ付テハ第三者タルコト明ナリ從テ舊債務者カ詐欺ニ因ル更改契約ニ付キ民法第九六條第三項ニ所謂「善意ノ第三者」タルヘキ場合ノ存シ得ヘキコトハ吾人モ亦之ヲ認ム然レトモ判示ノ如ク單ニ舊債務者カ更改契約ノ當時新債務者ト共謀シテ債權者ヲ欺キタルコト若クハ詐欺ノ情ヲ知リタルコトナシトイフノミニテハ之ヲ所謂「善意ノ第三者」トシテ保護スヘキモノニアラスト信ス蓋シ舊債務者ハ更改契約ノ取消ニ因リテ其善意ナルト惡意ナルトヲ問ハス當然債務ノ復活の負擔ニ任スヘキモノナルカ故ニ更改契約後其取消原因アルコトヲ知ラスシテ新ニ之ニ付キ利害關係ヲ生シタル場合ハ格別單ニ更改契約當時ノ善意ナリシ一事ノミヲ以テハ民法第九六條第三項ノ適用ヲ受クヘキモノニアラサルナリ

七五三

戸主カ疾病、本家ノ相續又ハ再興其他已ムコトヲ得サル事由ニ因リテ爾後家政ヲ執ルコト能ハサルニ至リタルトキハ前條ノ規定ニ拘ハラズ裁判所ノ許可ヲ得テ隱居ヲ爲スコトヲ得但法定ノ推定家督相續人アラサルトキハ

豫メ家督相續人タルヘキ者ヲ定メ其承認ヲ得ルコトヲ要ス

民法第七五三條ニ依リ隱居ヲ爲サントスル者ニ法定ノ推定家督相續人アルトキハ勿論其者ノ承認ヲ得ルコトヲ要ス法律ハ法定ノ推定家督相續人アラサルトキハ云々ト規定スルモ其存在ノ場合ヲ除外スルモノニアラス又意思能力ナキ者ハ相續承認ノ意思ヲ表示スルコト能ハサル者ナレハ斯ノ如キ者ヲ選定スルモ法律ノ要求スル隱居ノ要件ヲ充タスコト能ハサルヲ以テ絕對ニ意思能力ナキ者ヲ家督相續人ト定ムルコトヲ得

民法第七五三條ニ依リ隱居ヲ爲サントスル者ハ意思無能力者ヲ家督相續人ト定ムルコトヲ得ス

民法第七五三條ニ依リ隱居ヲ爲サントスル者ニ法定ノ推定家督相續人アルトキハ勿論其者ノ承認ヲ得ルコトヲ要ス法律ハ法定ノ推定家督相續人アラサルトキハ云々ト規定スルモ其存在ノ場合ヲ除外スルモノニアラス又意思能力ナキ者ハ相續承認ノ意思ヲ表示スルコト能ハサル者ナレハ斯ノ如キ者ヲ選定スルモ法律ノ要求スル隱居ノ要件ヲ充タスコト能ハサルヲ以テ絕對ニ意思能力ナキ者ヲ家督相續人ト定ムルコトヲ得ス(法學士牧野菊之助氏法學新報第二五卷第八號八八頁以下要領)

【參照學說】

一 本條(七五三條)ニ依リ隱居ノ事由ハ事實上家政ヲ執ルコト能ハスシテ隱居ヲナスノ已ムヲ得サルニ出ツルモノナルヲ以テ其條件ハ前條ニ比シテ稍寬大ナラシムヘキ必要アリ故ニ本書ハ前條ニ於テ相續ノ單純承認アルコトヲ以テ要件トシタルニ反シ單純承認ト限定承認ト間ハス苟クモ相續手續ノ承認アレハ即チ足レリトナセリ其故ニ債權者ヲ詐害スルノ弊害ノ如キハ裁判所ノ許可ヲ要件トスルニ由リテ之ヲ防クニ充分ナレハナリ然レトモ之ニ因リテ家ヲ斷絶セシムルカ如キハ固ヨリ之ヲ禁セサル可カラス故ニ推定相續人アルカ(推定相續人ハ相續ヲ拋棄スルヲ許サス)然ラサレハ指定シタル相續人カ相續ノ承認ヲナスコトヲ要ストセリ(法學博士奥田義人氏親族法論第六版八一頁)
二 戸主カ本家ノ相續若クハ再興ヲ爲サント欲スルトキハ前條ノ要件ナキニ拘ラス裁判所ノ認可ヲ得テ隱居ヲ爲スコトヲ得但法定ノ推定家督相續人アラサルトキハ家督相續人タルヘキ者ヲ定メ其承認ヲ得ルコトヲ要ス(七五三、七五四、九七九)本號ノ事由アル場合ニ於テ隱居ヲ許ササルハ實際ノ事情ニ適セサルモノト謂フヘシ然レトモ戸主カ隱居ヲ爲シタルカ爲メニ絶家

島田學士

ト爲ルコトハ之ヲ防カサルヘカラス凡ソ法定ノ推定家督相續人ハ家督相續力開始セハ法定家督相續人タルニ至ルモノニシテ相續ノ拋棄を爲スコトヲ得サルカ故ニ法定ノ推定家督相續人アルトキハ戸主カ隱居ヲ爲スモ絶家ト爲ルコトナシト雖モ法定ノ推定家督相續人アラサルトキハ絶家ト爲ルニ至ル恐アリ是レ法定ノ推定家督相續人アラサルトキハ家督相續人タルヘキ旨ヲ指定シテ其承認ヲ得ルコトヲ要スル者ト定メタル所以ナリ(一〇二〇)而シテ單ニ家督相續人タルヘキ者ノ承認ヲ得ルコトヲ要スルモノト定メ敢テ其者ノ單純承認ヲ得ルコトヲ要スルモノト定メサル所以ハ他ナシ若シ其者ノ單純承認ヲ得ルコトヲ要スルモノトセハ本號ノ事由アルニ拘ラス戸主カ實際隱居ヲ爲スコト能ハサル場合カテラサルニ至ルヘキカ爲ナリ(法學博士仁井田益太郎氏親族法論七六頁)

三 戸主カ本家ノ相續若クハ再興ヲ爲サント欲スルトキ：ハ右第一(滿六十年以上ナルコト)第二(完全ノ能力ヲ有スル家督相續人カ家督相續ノ單純承認ヲ爲スコト)ノ要件ヲ具備セサルモ第三(有夫ノ女戸主カ隱居ヲ爲スニハ其夫ノ同意ヲ得ルコト)ノ要件及ヒ左ノ要件ヲ具備スルニ於テハ隱居ヲ爲スコトヲ妨ケス：二法定ノ推定家督相續人ナキトキハ豫メ家督相續人タルヘキ者ヲ指定シタル後其者カ家督相續ノ承認ヲ爲スコト、法定ノ推定家督相續人ハ相續ヲ拋棄スルコトヲ得ス(民法第一〇二〇條)故ニ法定ノ推定家督相續人アルトキハ戸主ハ其者ノ承認ヲクシテ隱居ヲ爲スコトヲ妨ケス然ルニ法定ノ推定家督相續人ナキトキハ隱居ノ場合ハ絶家トナル虞アルヲ以テ戸主サシテ豫メ家督相續人タルヘキ者ヲ指定セシメ且指定セラレタル者カ承認ヲ爲スコトヲ要件トナシタルナリ(法學士島田鐵吉氏明治大學講義親族法一三七頁)

民法第七五三條カ指定家督相續人ノ承認ヲ得ヘキ旨ヲ規定シタルハ指定家督相續人ハ相續開始ノ場合ニ於テ相續ノ拋棄ヲ爲スコトヲ得ルヲ以テ豫メ承認セシメ以テ家ノ斷絶ヲ防キタルモノニ外ナラス然ルニ推定家督相續人ハ相續ヲ拋棄スルコトヲ得サルモノナレハ特ニ豫メ其承認ヲ得ルノ必要ナシト謂ハサルヘカラス是レ指定家督相續人ニ付キテノ承認ヲ得ヘキ旨ヲ規定シタル所以ナリ故ニ吾人ハ到底本論前項ニ賛同スルコトヲ得ス然レトモ後項ハ正當ナリ

(一一三)

五七九 不動産ノ賣主ハ賣買契約ト同時ニ爲シタル買戻ノ特約ニ依リ買主カ拂ヒタル代金及ヒ契約ノ費用ヲ返還シテ其賣買ノ解除ヲ爲スコトヲ得(但書略)

石坂博士

買戻ノ特約ハ賣買契約ト一體ヲ爲シ之カ構成部分ヲ成スモノニアラサレハ後ニ至リ當事者ノ合意ヲ以テ買戻特約ヲ消滅セシムルモ賣買契約ニ影響ヲ及ホストナシ

大審院大正二年(オ)第四九三號判決(本書第三卷民法三三三頁所載)

買戻ノ特約ハ賣買契約ト一體ヲ爲シ之カ構成部分ヲ成スモノニアラス故ニ買戻ノ特約ヲ後ニ至リ當事者ノ合意ヲ以テ消滅セシムルモ賣買契約ハ依然トシテ存在スルモノトス

吾人モ亦本判決ト同一見解ヲ採ル買戻契約ハ解除權留保ノ契約ニレテ賣買契約ノ外ニ存ス唯賣買契約ニ從タル契約タルニ過キス從テ後ニ至リ當事者ノ合意ヲ以テ買戻契約ヲ消滅セシムルモ賣買契約ニ影響ヲ及ホスコトナシ或ハ曰ハン買戻特約ノ有無ハ賣買契約ノ成立ニ密接ノ關係ヲ有シ當事者ハ買戻特約アルカ爲メニ賣買契約ヲ締結スルノ意思ヲ有スル場合カテラス故ニ賣買契約ト買戻特約トハ單一體ヲ構成スト然レトモ當事者カ賣買契約ノ成立ヲ買戻特約ノ成立ニ係ラシムル場合ハ是レ當事者ノ意思ニ依リ主タル契約ノ成立ヲ從タル契約ノ成立ニ係ラシメタル止マルカ爲メニ二個ノ契約カ單一體ヲ構成スルモノトナスコトヲ得ス而シテ主タル契約ノ成立カ從タル契約ノ成立ニ係ルハ一ニ當事者ノ意思ニ基クモノナルカ故ニ當事者カ主タル契約ノ成立ニ係ラシメサル場合ニハ主タル契約ハ從タル契約ノ成立ニ係ルコトナシ從テ當初當事者カ主タル契約ノ成立ヲ從タル契約ノ成立ニ係ラシムルモ其成立後ニ至リ其合意ヲ以テ從タル契約ヲ消滅セシムルニ於テハ主タル契約ノ存續ニ何等ノ

影響ヲ及ホササルモノトス又上告論旨ニ依レハ買戻特約ノ有無ハ代金ニ著シキ影響ヲ生スルカ故ニ買戻特約カ買戻ト單一體ヲ構成スル者トナス固ヨリ買戻特約アルカ爲メニ代金ノ低廉ヲ來スコトアルヘシト雖モ是レ單ニ當事者ノ動機ニ關スルモノダニ過キス且縱令買戻特約カ代金ノ低廉ヲ來サシメタルコトカ買戻特約ノ内容ヲ成ストスルモ當事者カ後ニ合意ヲ以テ買戻特約ヲ其儘ニ存續シ單ニ買戻特約ノミヲ消滅セシムルコトヲ約スルニ於テハ其效力ヲ認ムルコトヲ得サル理由ナシ更ニ上告論旨ニ依レハ買戻特約ノ削除ニ依リテ更改カ成立スルモノトナス從テ買戻特約ヲ削除スルモ更改ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ス況ンヤ更改ニ在リテハ當事者ニ更改ノ意思アルコトヲ要ス然ルニ本件ノ場合更改ノ意思ヲ認ムルコトヲ得サルニ於テチヤ(法學博士石坂香四郎氏京都市法學會雜誌第一〇卷第八號八〇頁以下要領)

吾人ハ理由及ヒ結論ニ於テ全然博士ノ本論ニ賛同スルモノナリ

二二三

九〇 公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行爲ハ無効トス
七〇八 不法ノ原因ノ爲メ給付ヲ爲シタル者ハ其給付シタルモノノ返還ヲ請求スルコトヲ得ス但不法ノ原因カ受益者ニ付テノミ存シタルトキハ此限ニ在ラス

銃砲火藥類取締法六 軍用銃砲、火藥類ノ讓渡又ハ讓受ハ法令ニ特別ノ規定アル場合ヲ除ク外其ノ製造者ハ販賣ノ業ヲ營ム者又ハ特ニ行政官廳ノ許可ヲ受ケタル者ニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ得ス

同一九 第六條又ハ第七條ノ規定ニ違反シタル者ハ三百圓以下ノ罰金又ハ科料ニ處ス

銃砲火藥類取締法施行規則一 銃砲火藥類取締法ニ於テ銃砲ト稱スルハ軍用銃砲及非軍用銃砲ヲ謂フ
軍用銃砲トハ陸軍大臣又ハ海軍大臣ニ於テ軍用銃砲トシテ指定シタル銃砲及千米突以上ノ距離ニ有效ニ彈著スヘキ裝置ヲ有シ陸軍又ハ海軍ノ用ニ供シ得ヘキ銃砲ヲ謂ヒ非軍用銃砲トハ其ノ他ノ銃砲ヲ謂フ

銃砲火藥類取締法ノ規定ニ依リ銃砲火藥類ノ讓受ヲ爲シ得サル者ヲシテ軍用銃及ヒ彈藥ノ拂下ヲ受ケシムルコトヲ目的トスル契約ハ無効ナリ
右ノ契約ニ基キ爲シタル報酬金ノ支拂ハ不法原因ノ爲メニ爲シタル給付ナリトス

本件當事者間ニ成立シタル報酬付小銃彈藥拂下ニ關スル契約カ不法ノ目的ヲ有スル無効ノ契約ナリヤ否ヤノ争點ニ付キ案スルニ本件拂下ノ目的物タル露國式小銃カ銃砲火藥類取締法ニ所謂軍用銃ナルモノニ該當スヘキコト銃砲火藥類取締法施行規則第一條第二項ニ依リ明白ナリ而シテ軍用銃砲火藥類ノ讓渡又ハ讓受ハ法令ニ特別ノ規定アル場合ヲ除ク外其製造者又ハ販賣ノ業ヲ營ム者又ハ特ニ行政官廳ノ許可ヲ受ケタル者ニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ得サルコト及ヒ之ニ違反シタル者ハ罰金又ハ科料ノ制裁ヲ受クヘキコトハ銃砲火藥類取締法第六條第一九條ノ規定スル處ナルヲ以テ本件拂下ノ目的物タル露國式小銃及ヒ彈藥ノ讓渡又ハ讓受ハ特種ノ資格ヲ有スル者ノ外ハ絶體ニ之ヲ爲スコトヲ禁止セラレタルモノト認メサルヘカラス控訴人ハ本件當事者間ニ成立セル右拂下ニ關スル契約ハ銃砲免許商タル被控訴人及ヒ被控訴人ノ任意選定スル火藥免許商人ノ名義ヲ以テ控訴人ノ計算ニ於テ陸軍兵器本廠ヨリ露國式小銃及ヒ彈藥ノ拂下ヲ爲シ別ニ被控訴人及ヒ其選定ニ係ル火藥免許商人ト控訴人トノ間ノ内部關係ニ於テ右拂下ニ依リ被控訴人及ヒ其火藥免許商人ニ生シタル一切ノ權利義務ヲ銃砲火藥類取締法ノ規定ニ違反セサル範圍内ニ於テ控訴人ニ移轉スルコトヲ以テ目的ト爲スモノナル旨ヲ主張スル控訴人カ銃砲火藥類ノ免許商人ニア

ラサルコト及ヒ特ニ行政官廳ヨリ許可ヲ受ケ又ハ受ケントシツアリタル者ニアラサルコトハ其自認スル處ナルカ故ニ到底前記銃砲火藥類取締法ノ規定ニ違反セサル範圍内ニ於テ被控訴人等ノ權利義務ヲ承繼シ得ラレサルヘキハ自明ノ理ナリト謂フヘキノミナラス乙第一號證ニ依ランカ陸軍省ト爲シタル露國式小銃及ヒ彈藥ノ拂下契約ハ被控訴人名義ヲ以テ締結シタルモ右契約ヨリ生スル一切ノ權利義務ハ被控訴人ハ拂下代金總額ノ支出ヲ爲スヘク被控訴人及ヒ小松崎茂助ハ最初ヨリ何等權利ナキコトヲ自認スルヲ以テ拂下兵器彈藥ノ全部ハ被控訴人ニ於テ取得スヘク右趣旨ヲ遂行スル爲メ被控訴人及ヒ小松崎茂助ハ委任狀ヲ作成シテ之ヲ被控訴人ニ交付シ被控訴人ヲシテ右拂下契約ニ基キ代金ヲ納入シ拂下物件ヲ受領シ保證金ノ取下領收等ノ行爲ヲ直接ニ陸軍省ニ對シテ爲スコトヲ得セシメ被控訴人及ヒ小松崎茂助ハ拂下物件全部ニ對シ被控訴人ニ於テ任意ノ處分ヲ爲スモ何等異議故障等ヲ申立ツル權利ナシトノ趣旨ノ契約カ陸軍省ヨリ本件ノ拂下ヲ爲スニ際シ本件當事者間ニ成立シタル事實ヲ認メ得ヘク尙ホ證人櫻井省三今木七十郎ノ原審及ヒ當審ノニ於ケル各證言ニヨリテモ亦同一事實ヲ認定シ得ルカ故ニ本件當事者間ニ於テハ本件拂下契約成立ト同時ニ右拂下契約ニ基キタル被控訴人等ノ權利義務ハ何等被控訴人ノ行爲ヲ俟タス當然被控訴人ニ歸屬シ被控訴人等ハ當初ヨリ其權利ニ付キ處分權ナク其義務ニ付キ履行ノ責任ナキモノト解スヘキ結果前記被控訴人ノ主張ハ到底肯定シ難シ然レハ本件當事者間ニ成立セル小銃彈藥ノ拂下ニ關スル契約ハ被控訴人主張ノ如ク被控訴人ノ名ヲ以テ被控訴人ノ計算ニ於テ小銃及ヒ彈藥ノ拂下ヲ爲シ後日法規ニ反セサル範圍ニ於テ其拂下ニ依リ生シタル一切ノ權利義務ヲ被控訴人ヨリ被控訴人ニ移轉セシムヘキコトヲ目的ト

スルモノト解スヘキニアラスシテ右拂下ヲ爲スノ資格ナキ被控訴人ナシテ其拂下資格ヲ有スル被控訴人等ノ名義ヲ使用シ小銃及ヒ彈藥ノ拂下ヲ爲シムヘキコトヲ以テ目的トスルモノト解スヘク從テ右契約ハ軍用銃火藥類ノ讓受ヲ爲シ得サル被控訴人ヲシテ軍用銃及ヒ彈藥ノ拂下ヲ受ケシムルコトヲ以テ目的トスルモノニシテ當然前記銃砲火藥類取締法ノ規定ニ違反スヘキ結果不法ノ目的ヲ有スル無効ノ契約ナリト認定セサルヘカラス而シテ右契約ハ報酬付ノ契約ニシテ本件報酬金カ右契約ニ基キ被控訴人ヨリ被控訴人ニ對シ支拂ハレタルモノニ係ルコトハ當事者間ニ爭ナキ處ナルヲ以テ既ニ右契約ヲ以テ不法ノ目的ヲ有スル無効ノモノト認定スル以上之カ解除ニ因ル原狀回復ヲ原因トスル被控訴人ノ本件報酬金返還請求ノ失當ナルコト勿論ナルノミナラス右契約ハ銃砲火藥類取締法ノ禁止規定ニ違反スヘキ結果公ノ秩序ニ反スル事項ヲ目的トスル契約ナリト認ムヘキカ故ニ此契約ニ基キ被控訴人カ爲シタル本件報酬金ノ支拂ハ不法原因ノ爲メニ爲シタル給付トシテ被控訴人ニ於テ之カ返還ヲ請求シ得ラレサルヘキハ固ヨリ其處ナリト謂ハサルヘカラス(東京控訴大正三年第一七二號同四年五月二十七日民二部須賀裁判長渡邊三橋各判事判決)

【關係事項】

報酬金請求事件○控訴人デニ、ラリユ一訴訟代理人辯護士川手忠義被控訴人十文字一信雄法律上代理人親權者十文字才へ訴訟代理人辯護士普賢寺徹吉

法律行爲ノ目的カ公ノ秩序ニ反スルヤ否ヤハ具體的事案ニ付キ裁判所カ國家ノ一般ノ利益ヲ標準トシテ判斷スヘキモノナリト雖モ法律ハ特ニ或行爲ヲ以テ國

家ノ一般ノ利益ニ反スルモノナルコトヲ明示スルコトアリ或行爲ヲ禁止シ之ニ
刑罰ノ制裁ヲ付シタルカ如キ其最モ著シキモノナリ此場合ニ於テハ裁判所ハ常
ニ此禁止ニ違反スル事項ヲ目的トスル法律行爲ヲ以テ公ノ秩序ニ反スルモノト
ナシ之ヲ無効ト爲ササルヘカラサルモノト信ス本件ノ如キ然リ而シテ斯ル行爲
ニ基キテ爲シタル給付カ不法原因ニ基ク給付ナルコト亦疑ヲ客レス故ニ吾人ハ
全然本判旨ニ賛同スルモノナリ

二二四

九二 法令中ノ公ノ秩序ニ關セサル規定ニ異ナリタル慣習アル場合ニ於テ法律行爲ノ當事者カ其慣習ニ依ル意思ア
リト認ムヘキトキハ其意思ニ從フ

六一七 當事者カ賃借ノ期間ヲ定メサリシトキハ各當事者ハ何時ニテモ解約ノ申入ヲ爲スコトヲ得此場合ニ於テ
ハ賃借ハ解約申入ノ後左ノ期間ヲ經過シタルニ因リテ終了ス
一 土地ニ付テハ一年 二 建物ニ付テハ三ヶ月 三 貨物及ヒ動産ニ付テハ一日
收穫季節アル土地ノ賃借ニ付テハ其季節後次ノ耕作ニ著手スル前ニ解約ノ申入ヲ爲スコトヲ要ス

(一) 民法第九二條ハ法律行爲ノ當事者カ慣習ノ趣旨ト相容レサル意思表示ヲ爲シ
タル場合ニハ其適用ナキヤ勿論ナルヲ以テ事實裁判所カ慣習ト相容レサル意
思表示ノ當事者間ニ存スルコトヲ認定スル以上ハ其反面ニ於テ當事者間ニ慣
習ニ依ルノ意思ヲ有セザリシコトヲ判定シタルモノナルコト自明ナリ

(二) 民法第六一七條ニ所謂賃借ノ解約申入ニ關スル規定ハ土地建物及ヒ動産ノ
賃借ニ付キ當事者カ其存續期間ヲ定メザリシ總テノ場合ニ適用セラルヘキ

モノニシテ單ニ土地ニ付テノ宅地ノ賃借ヲ除外シタルモノニアラス

一 民法第九二條ニ所謂慣習ハ法律行爲ノ當事者カ之ニ依ルノ意思ヲ有スルモノト
認ムヘキ事情ノ存スル場合ニ其慣習ニ從フヘキ旨ヲ定メタルモノニシテ即チ當事者
ノ意思補充タルノ效力ヲ附與シタルニ過キサレハ法律行爲ノ當事者カ其慣習ノ趣旨
ト相容レサル意思表示ヲ爲シタル場合ニハ其適用ナキヤ勿論ナルヲ以テ事實裁判所
カ慣習ト相容レサル意思表示ノ當事者間ニ存スルコトヲ認定スル以上ハ其反面ニ於
テ當事者間ニ慣習ニ依ルノ意思ヲ有セザリシコトヲ判定シタルモノナルコト自明ナ
リ本件ニ於テ上告人カ所謂慣習ノ東京市ニ存在スルコトヲ主張シ當事者間ニ之ニ依
ルノ意思ヲ有シタル旨抗爭シタルコトハ原判決事實摘示ニ依リ明ナリト雖モ原審ハ
證據ニ依リ上告人ト土地ノ前所有者タリシ赤塚俊一郎間ニハ民法第六一七條ニ所謂
期間ノ定メナキ賃借契約ヲ締結シタルモノニシテ土地ノ讓受人タル被告ハ赤
塚俊一郎ノ上告人トノ間ニ於ケル右賃借契約上ノ權利義務ヲ承繼シタルモノナリ
ト認定シタルコト原判文ニ徴シ明ナレハ即チ當事者間ニ右契約ト其趣旨ニ於テ相容
レサル所論慣習ニ依ルノ意思ヲ有セサルコトヲ判定シタルニ外ナラザルヲ以テ原審
カ特ニ所論慣習ニ依ルノ意思ヲ有セザリシ旨ヲ明示セザリシトモ理由不備ノ不
法アルコトナシ

二 民法第六一七條ニ所謂賃借ノ解約申入ニ關スル規定ハ土地建物及動産ノ賃借
借ニ付當事者カ其存續期間ヲ定メザリシ總テノ場合ニ適用セラルヘキモノニシテ單
ニ土地ニ付テノ宅地ノ賃借ヲ除外シタルモノニアラサルコトハ同條カ賃借ノ
一般ノ終了原因ニ關シ規定シタル第七節第三款中ニ存スルノミナラス同條第二項ニ

ハ特ニ收穫季節アル土地ノ賃貸借ニ付解約申入ノ時期ヲ制限シタル趣旨ニ徴スルモ
 疑ヲ容レサル所ナリトス惟フニ宅地ノ賃貸借ニ在リテハ他ノ目的ノ爲メニスル土地
 ノ賃貸借並ニ建物及動産ノ賃貸借ト異ナリ借地人ハ多大ノ資金ト勞力トヲ投シ地上
 ニ建物ヲ建設スルニ在ルカ故ニ借地人ハ建物利用ノ爲メニスル借地期間ノ長カラ
 コトヲ欲スルハ事理ノ當然ニシテ存続期間ノ定メナキ場合ニ於テ前示法條ノ適用ニ
 依リ一箇年ノ期間ノ經過ト共ニ賃貸借關係終了シ借地人ヲシテ建設物ヲ取毀テ土地
 ノ明渡ヲ爲サシムルハ短期間ノ定メテ爲シタル場合ト同様獨リ借地人ノ忍フ能ハサ
 ル所ナルノミナラス國家ノ經濟上多大ノ損害ヲ生スルモノナリト雖モ法ハ斯ル場合
 ニ處スル爲メニ地上權ノ設定ニ關スル規定ヲ設クルト同時ニ長期ノ賃貸借期間ニ付
 テモ其更新ヲ認ムルヲ以テ如上ノ損害ノ幾分ハ緩和サレタルモノト謂フヘク若シ夫
 レ世上實際ノ事例ニ鑑ミ國家ノ經濟上建物ノ保護ヲ改善センニハ須ラク之ヲ立法ノ
 制定ニ俟ツヘク現行法規ノ解釋上ノ問題ニアラス然ラハ原院カ本件ニ於テ上告人ノ
 借地關係ハ期間ノ定メナキモノナルコトヲ確定シ之ニ對シ民法第六一七條ヲ適用シ
 テ判斷シタルハ相當ニシテ論旨ハ理由ナシ(大審院大正四年(オ)第三七一號同年七月三
 十一日民三部横田裁判長大倉平野嘉山三宅各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審東京控訴院○地所明渡請求事件○上告人里見左一訴訟代理人辯護士横山勝太郎同高木益太郎被上告人前山久吉
 至當ノ判決ナリト信ス

民法第五三四條乃至第五三六條ノ規定ハ請負ニ於ケル危険ニ適用ナキモノト
 ス
 請負契約ニ於テ仕事ノ完成前ニ請負人ノ活動範圍内ニ於テ生シタル危険ハ請負
 人之ヲ負擔シ其他ノ危険ハ悉ク注文者之ヲ負擔スルモノトス

危険トハ其本來ノ意義ニ於テハ契約ノ目的タル特定物カ偶然ノ事故ニ因リテ滅失又
 ハ毀損スルコトヲ謂ヘリ然ルニ請負ニ於ケル危険ハ此本來ノ意義ニ解スルコトヲ得
 ス蓋シ(イ)若シ特定物ノ滅失又ハ毀損ノ場合ニノミ危険存ストセハ物ニ關セサル仕事
 ナ目的トスル請負ヲ除外セサルヲ得サルヘク(ロ)又請負ノ目的カ物ノ作成又ハ變更ナ

六三二 請負ハ當事者ノ一方カ或仕事ヲ完成スルコトヲ約シ相手方カ其仕事ノ結果ニ對シテ之ニ報酬ヲ與フルコト
 ナ約スルニ因リテ其效力ヲ生ス

六三三 報酬ハ仕事ノ目的物ノ引渡ト同時ニ之ヲ與フルコトヲ要ス但物ノ引渡ヲ要セサルトキハ第六百二十四條第
 一項ノ規定ヲ準用ス

六三四 特定物ニ關スル物權ノ設定又ハ移轉ヲ以テ双務契約ノ目的ト爲シタル場合ニ於テ其物カ債務者ノ責ニ歸ス
 ヘカラサル事由ニ因リテ滅失又ハ毀損シタルトキハ其滅失又ハ毀損ハ債務者ノ負擔ニ歸ス

六三五 前條ノ規定ハ停止條件附双務契約ノ目的物カ條件ノ成否未定ノ間ニ於テ滅失シタル場合ニハ之ヲ適用セ
 ス

物カ債務者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ毀損シタルトキハ其毀損ハ債權者ノ負擔ニ歸ス
 物カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ毀損シタルトキハ債權者ハ條件成就ノ場合ニ於テ其選擇ニ從ヒ契約ノ履行
 又ハ其解除ヲ請求スルコトヲ得但損害賠償ノ請求ヲ妨ケス

五三六 前二條ニ揭ケタル場合ヲ除ク外當事者双方ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ債務ヲ履行スルコト能ハサ
 ルニ至リタルトキハ債務者ハ反對給付ヲ受クル權利ヲ有セス

債權ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ履行ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルトキハ債務者ハ反對給付ヲ受クル權利ヲ失ハ
 ス但自己ノ債務ヲ免レタルニ因リテ利益ヲ得タルトキハ之ヲ債權者ニ償還スルコトヲ要ス

ル場合ニ於テモ未タ目的物カ出来上ラサルニ當リ其材料ヲ滅失セルトキハ之ヲ目的物其モノノ滅失ト謂フコトヲ得サルヘシト雖モ尙之ヲ危險事實ニ非ストスルノ理由ナケレハナリ

請負ニ於ケル危險負擔トハ仕事ノ完成カ偶然ノ事故ノ結果トシテ障礙ヲ受ケタルトキハ之ニ應スル報酬ハ注文者ニ於テ損失スヘキヤ又ハ請負人ニ於テ損失スヘキヤノ問題ヲ謂フナリ

吾民法ニ於テハ請負ニ於ケル危險ニ關シテハ何等ノ規定ナモ設ケス只双務契約ニ於ケル履行不能ノ場合ノ反對給付ノ運命ニ關シテ第五三四條乃至第五三六條ノ規定ヲ爲セルノミ然ラハ之ヲ如何ニ解決スヘキカ

先ツ請負契約ニ於ケル危險ニ關シテモ第五三四條ノ規定カ適用セラレヘキハ殆ト當然ノコトナリト爲セル考ナキニ非ルヘシ然ルニ實際之等ノ規定ヲ請負ニ適用セムトスルニ當リテハ頗ル困難ナル疑義ニ違著スルヲ免レシ

(一)之等ノ規定ニ依レハ特定物ニ關スル物權ノ設定又ハ移轉ノ目的トスル請負契約ニ於テハ原則トシテ債權者カ危險ヲ負擔スヘキモノナリ然ルニ如何ナル請負ヲ以テ特定物ニ關スル物權ノ設定又ハ移轉ノ目的トスルモノト稱スヘキヤハ必スシモ明白ニ非ス又之ヲ特定物ニ關スル物權ノ設定又ハ移轉ノ目的トスルモノト認メ得ヘキ場合ニ於テモ第五三四條ヲ適用スルハ適當ナルニ非サル場合ナキニ非ス(イ)請負人カ仕事ノ材料ヲ供スヘキ場合同ニ於テハ其材料ノ所有權モ又完成シタル仕事ノ目的物ノ所有權モ請負人ニ屬スルヲ以テ其引渡ト同時ニ所有權ヲ注文者ニ移轉セサルヘカラス此場合請負契約ニ第五

三四條ヲ適用ストセハ先ツ其「債務者」トハ請負人ヲ指シ從ツテ「債權者」ハ注文者ナルコト恐ラク疑ナカルヘシ而シテ其目的物カ特定物ナル場合ニ於テハ仕事完成前ヨリシテ注文者カ危險ヲ負擔スルコトト爲リ後ニ述フルカ如ク請負契約ノ本質ニモ反スルコトト爲ルヘシ(ロ)注文者カ仕事ノ材料ヲ供スヘキ場合ニ於テハ其材料ハ注文者ニ屬スルモ完成シタル仕事ノ目的物ハ工作ニ因リテ生シタル價格カ著シク材料ノ價格ニ超ユルトキハ加工者タル請負人カ其所有權ヲ取得ス故ニ後ノ引渡ニ因リテ更メテ其所有權ヲ注文者ニ移轉セサルヘカラス此場合先ツ其「債務者」及ヒ「債權者」ハ何人ナリヤ又此契約ハ之ヲ「特定物」ニ關スル物權ノ設定又ハ移轉ヲ以テ目的ト爲ス「モノト」言フコトヲ得ルヤ否ヤ之等ノ點ヲ決スルニハ上ノ如キ法律ノ用語ハ其契約全體ニ付テ之ヲ定ムヘキヤ又ハ契約ノ效力トシテ行ハルル個個ノ給付ヲ標準トシテ之ヲ定ムヘキヤノ問題ヲ決セサルヘカラス而シテ第五三四條以下ノ規定ハ給付ノ不能ノ效果ヲ定メタルモノナル點ヨリスレハ寧ロ個個ノ給付ニ付テ其意義ヲ決スルヲ至當トスルモノノ如シ之ニ從ヘハ初メ注文者ヨリ請負人ニ材料ヲ供スルニ當リテハ請負人カ債權者ニシテ注文者カ債務者タリ又後ニ完成品ヲ請負人ヨリ注文者ニ引渡スニ當リテハ注文者カ債權者ニシテ請負人カ債務者タリ併シナカラカクノ如キ個個ノ給付ヲ標準トスル見解ハ法律カ特ニ「双務契約」ノ目的ト言ヘル用語ト調和セサルノミナラス之ニ從ヘハ第一ノ給付ニ對スル反對給付ハ請負人ノ仕事義務ニシテ假令債權者タル請負人カ損失ヲ負擔シテ其仕事義務ヲ免レスト説明スルモ當面ノ問題タル請負人カ報酬ヲ得ヘキヤ否ヤノ點ハ決セラルトコロナキナリ故ニ上ノ用語ノ意義ハ之ヲ請負契約全體ニ付テ決定セサルヘカラスト信ス然ルトキハ「特定物」ニ關スル物權ノ設定又ハ

移轉ノ目的トスルヤ否ヤハ契約最終ノ目的ニ付テ之ヲ言ヒ從ツテ注文者カ債權者ニシテ請負人カ債務者ナルコト疑ナカルヘシ然ルニ注文者カ材料ヲ供スヘキ場合ニ於テハ物權上ノ變動ヲ來スヘキヤ否ヤハ仕事カ完成シタル上ナラテハ判明セサルナリ

(ハ) 注文者及ヒ請負人ノ雙方ヨリ材料ヲ供スヘキ場合ニ於テハ其材料ハ別別ニ注文者及ヒ請負人ニ屬スルモ仕事完成ノ上ハ注文者又ハ請負人カ其單獨所有者ト爲ル其法律關係ハ全然之ヲ前段ニ於テ述ヘタルト同一ニ解スルコトヲ得ヘシ(ニ) 以上ノ外尙注文者ヨリ材料ノ全部又ハ一部ヲ供スルト同時ニ請負人ニ於テ之ト同種ノ他ノ材料ヲ用フルモ妨ナキ旨ヲ約スル場合アリ此場合ヲ學者ハ不規則請負 (Loophole irregular contract) ト名ケ其材料ノ所有權ハ請負人ニ歸屬ス此場合ハ前ニ請負人カ材料ヲ供スヘキ場合ニ付テ述ヘタルト全ク同一ニ之ヲ解スルコトヲ得ヘシ

(二) 以上ノ如ク適用上ノ疑義ヲ生スルノミナラス進シテ論スルトキハ請負契約ニ第五三六條ノ規定ヲ適用スヘキモノト爲ストキハ危險請負人ニ在リトスル原則ヲ全然例外ナク貫徹スルコトト爲リ從ツテ學者ニ依リテ苛酷ナリト認メラレタル獨逸民法第六四四條ニ於ケルヨリモ更ニ一層苛酷ナル結果ニ陥ルコトヲ免レサルナリ

以上論シタル理由ニ依リ第五三四條乃至第五三六條ノ規定ヲ請負ニ於ケル危險ニ適用セムトスル見解ハ到底維持シ難キモノナルコトヲ知ルヘシ之恐ラク之等ノ規定カ請負ニ於ケルカ如キ廣汎ニシテ且複雜ナル危險ヲ豫想セサリシカ爲メナリ然ラハ寧ロ全然之等ノ規定ヨリ離レ請負契約ノ本質ニ顧ミテ純然タル理論上ノ觀察點ヨリ危險負擔ノ範圍ヲ決スルヲ以テ正當ナリトスヘシ

然ラハ理論上ノ觀察點ヨリスルトキハ如何ニ之ヲ決スルヲ正當トスヘキカ余ハ請負

【參照學說判例】

一 仕事ノ目的物アル場合ニ其目的物並ニ仕事ノ完成ニ關スル危險ハ何人カ之ヲ負擔スヘキヤノ問題ニ付キテハ仕事ノ完成ニ關スル危險ハ請負人ノ負擔シ請負人カ目的物ヲ注文者ニ引渡シ又ハ其引渡ヲ要セサル場合ニ於テハ仕事ヲ完成シタル時ヲ以テ注文者ニ於テ危險ヲ負擔スルヲ原則トス然レトモ此問題ハ請負人ノ完成スル仕事ノ性質ニ依リ必ラスシモ其歸趣ヲ同スルモノニアラサルヲ以テ各種ノ請負ニ付キテ之ヲ研究スルノ必要アリ依テ余ハ場合ヲ分チテ説明スヘシ

仕事ノ目的物ナキトキ又ハ目的物アルモ引渡ヲ要セサルトキ例之音樂ヲ演奏シ屋蓋ヲ修繕シ又ハ斬髪ヲ爲スカ如キ場合ニ於テハ當事者間ノ權利關係ハ民法第五三六條ノ規定ニ從ヒ之ヲ定ムルコトヲ要ス從テ請負人ハ仕事ノ完成ニ因リテ其責任ヲ免カルルモ不可抗力ニ因リ仕事ヲ完成スルコト能ハサルニ至ルトキハ報酬ヲ請求スルノ權利ヲ失フモノトス

仕事ノ目的物アリテ引渡ヲ要スルコト例之器機ヲ製造シ家屋ヲ建築スルカ如キ場合ニ其目的物ハ注文者ノ所有ニ係リ請負人ハ之ニ工作ヲ加ヘテ注文者ニ引渡スヘキ場合ニ請負人カ工作ヲ終ラサルニ先チ目的物カ滅失シタルトキハ請負人ハ引渡ノ義務ヲ免カルルモ其報酬ヲ請求スルヲ得ス工作ノ終了後引渡前ニ於テ目的物カ滅失シタル場合ニ付キテモ亦同一ノ原則ヲ適用スヘキモノトス蓋シ此場合ニ於テハ第五三四條ヨリ類推シテ注文者ハ危險ヲ負擔スヘキモノトスルヲ可ナリトスルカ如ク何トナレハ其目的物ハ特定シ工事ノ完成ニ因リテ其引渡義務ノ殘存スル場合ナレハ債權者タル請負人ヲシテ危險ヲ負擔セシムルハ第五三四條ノ精神ニ適スルモノナレハナリ又請負人カ材料ヲ供スル場合ト雖モ其目的物カ代替シ得ヘカラサルモノナルトキハ仕事ノ完成ト共ニ目的物ハ特定シ請負人ノ負擔スル債務ハ特定物ノ債務ナルヲ以テ假令其所有權ハ引渡ニ依リテ注文者ニ移轉セザルモ尙ホ注文者ヲシテ其危險ヲ負擔セシムルヲ可ナリトスヘキカ如ク然レトモ請負ノ場合ニ於テハ注文者ハ目的物ノ引渡ニ依リ請負人ノ爲シタル仕事ノ結果ヲ檢認スルコトヲ得ルモノニシテ引渡前ニ於テハ其仕事カ果シテ豫期ノ結果ヲ生シタルヲ否ヲ知ルコトヲ得サルヤ明ナリ然レニ注文者ヲシテ其引渡アルマテハ尙ホ請負人ヲシテ之ニ關スル危險ヲ負擔セシムル所以ナリ又仕事ノ目的物カ代替ノ性質ヲ有スルトキ換言スレハ注文者カ一度請負ノ目的物ヲ製作スルモ必ラスシモ其物ヲ引渡スコト

契約ニ於テ仕事ノ完成前ニ請負人ノ活動範圍内ニ於テ生シタル危險ハ請負人ノ負擔シ其他ノ危險ハ悉ク注文者ノ負擔スルト爲ス正當ナリト信ス而シテ危險ノ範圍

(イ) 之ヲ危險事項ニ付テ言フトキハ所謂企業ノ危險ハ之レニ該當シ(ロ) 危險時期ニ付テ之ヲ言フトキハ仕事完成ノ時期ヲ以テ限界スルヲ最モ正當ナリト解ス(法學士岩田新氏) 請負契約ニ於ケル危險ヲ論ス(法學志林第一七卷八號二頁、同上九號一七頁以下要領)

ト要セス他ノ物ヲ以テ之ニ代ユルノ自由ヲ享有スルトキハ其債務ハ不特定物ノ引渡ヲ目的トスルモノナレハ之ニ關スル危險ハ引渡ニ依リテ註文者ニ移轉スルハ勿論ナリ然レトモ此場合ニ於テハ民法第五三四條第二項ノ規定ニ依リ第四〇一條第二項ノ條件ヲ充タシタルトキハ註文者ニ於テ其危險ヲ負擔スルナリトスヘク何レノ場合ニ於テモ註文者カ目的物ノ受取ニ付キテ遲滞ニ在ルトキハ引渡前ト雖モ註文者ニ於テ危險ヲ負擔スヘキハ論テ俟タズ

請負人ハ仕事ヲ完成シタル上目的物ヲ註文者ニ引渡ス迄ハ之ニ關スル危險ヲ負擔スルヲ以テ例之甲乙ノ註文者受ケテ家屋ノ建築ニ着手シ既ニ其大部分ノ工事ヲ進行シ又ハ既ニ之ヲ竣成シタル場合ト雖モ其家屋カ火災ノ爲ニ全部又ハ一部滅失シタルトキハ請負人ニ對シテ報酬ヲ請求スルコトヲ得サルヲ以テ請負人ハ其努力ト材料トヲ併セテ空費シ一物モ得ルコト能ハサルニ至リ請負人ニ對シテ極メテ苛酷ナル結果ヲ生スルヲ免カレシメ是レ請負カ仕事ノ完成ヲ目的トシ仕事ヲ完成スルニアラサレハ報酬ヲ請求スルコトヲ得サルヨリ生スルモノナルヲ以テ此結果ヲ避ケルカ爲メニハ危險ノ負擔ニ關シテ特約ヲ爲スノ外他ニ道ナシトス

(法學博士横田秀雄氏債權各論五九一頁)

二 我民法ノ如ク危險負擔ノ總則トシテ僅カニ第五三六條第一項ノ規定ヲ設クルニ過キサル立法例ニ於テ請負契約ニ於ケル危險ノ負擔ヲ論ゼンニハ先ツ請負契約ノ本質如何ヲ考ヘ第五三六條ヲ適用スルノ外ナシ其結果左ノ如シ

(イ) 仕事ノ完成前ニ滅失シタル場合 此場合ニ於テハ請負人其危險ヲ負擔スヘシ何トナレハ請負契約ハ雇傭ノ如ク勞務其モノヲ目的トスルモノニ非スシテ勞務ノ結果ヲ目的トスルモノナルカ故ニ其結果ヲ生セサル限り請負人カ報酬ノ全部又ハ一部ヲ受クヘキ理ナケレハナリ

(ロ) 仕事完成後ニ於テ滅失シタル場合 此場合ニ於テハ請負契約ノ本場ヲ以テ危險ノ負擔ヲ決スルハ徒爾ニ屬ス法律ノ規定ヲ以テ公平ニ從ヒ之ヲ解決スルノ外ナシトスル者アリ併吾人ハ此說ヲ以テ當テ得タルモノト爲サス何トナレハ吾人ノ地位ヨリスレハ請負人カ仕事ノ完成ノミナリテ其義務ヲ履行シタルモノト爲スヘキ場合ト完成シタル仕事ノ引渡ヲ爲ササルヘカラサル場合トノ區別ハ我民法ノ既ニ明カニ認ムル所ナレハナリ(六三三但書及六三七二項)即

(一) 契約上請負人カ仕事ノ目的タル物ノ引渡ヲ要セサルトキハ其仕事ノ完成ト共ニ危險カ註文者ニ移轉ス

(二) 仕事ノ目的物ノ引渡ヲ要スル場合ニ於テハ其引渡アルマテハ請負人ノ危險ニ屬ス

第五三六條第一項ニ依リテ危險移轉ノ時期ハ履行ノ時期ナリ從テ右ノ解釋ハ此法文上最モ精確ナルモノト言ハサルヘカラス而シテ同條ハ又單ニ履行ノ不能ト云フノミナルカ故ニ履行ノ不能カ仕事ノ目的物ノ滅失毀損ニ因ル場合ニ止マラス註文者又ハ請負人ノ一身上ノ事情ニ因リテ不能ヲ生シタル場合ニ於テモ亦タ荷ク其不能ニ付當事者ノ責ニ歸スヘキ事情ナキ限りハ危險負擔ノ規定ニ從フコトヲ注意セサルヘカラス彼ノ完成ノ不能又ハ引渡ノ不能ト區別スル說ハ吾人ノ採用スヘカラサル所ナリ唯註文者ノ一身上ノ事情ニ因リ一時ノ完成不能ノ受領ノ遲滞ヲ生スルカ故ニ之ニ屬セサルナリ

以上ノ原則ニ對シテハ二個ノ例外ヲ認メサルヘカラス

一 仕事ノ目的物ノ毀損滅失又ハ其仕事ノ完成ノ不能カ註文者ノ供シタル材料ノ性質又ハ其爲シタル指圖ノ爲メニ生シタルトキ此場合ニ註文者ノ過失アルコトアリ無キコトアリ過失アルトキハ第五三六條第二項ニ依リテ過失ナキ場合ニ付テハ別ニ規定ナシト雖モ請負人ナシテ其勞務ニ對スル相當ノ報酬ヲ得セシメサルヘカラス

二 註文者カ仕事ノ引渡ノ受領ヲ遲滞シタルトキハ危險ハ註文者ニ移轉ス此事ハ明文ナシト雖モ債權者ノ遲滞ノ效果トシテ之ヲ認メサルヘカラス然ルニ請負人カ仕事ヲ完成スルニ註文者ノ助力ヲ要シ單獨ニテハ之ヲ完成スル克ハサル場合アリ此場合ニ註文者カ其助力ヲ爲ササルトキハ之ニ因リテ仕事ノ完成ヲ妨ク此場合ニ於テモ危險ハ註文者ニ移轉スルモノト爲ササルヘカラス(法學士伴房次郎氏契約法各論二七七頁)

三 請負ニ係ル建築物カ其竣工前天然ニ罹リ破壊シタルトキハ之ニ因テ生シタル損害ハ所有者タル請負人ノ負擔ニ歸スヘキモノナルヲ以テ特別ノ事情ナキ限リ註文者ニ對シテ其工事ニ關スル費用ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得ス(大審院民事判決錄三十五年一卷一〇〇頁)

請負契約ニ於ケル危險負擔ノ問題即チ仕事ノ目的物カ其完成前若クハ完成後未ダ引渡ナキ間ニ當事者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ滅失又ハ毀損シタルトキハ其損害ハ當事者ノ何レノ損失ニ歸スヘキカハ明文ヲ以テ解決セザリシ我民法ノ解釋上蓋シ考究ヲ要スヘキ好個ノ問題ナルヘシ

請負契約ノ雙務契約タルハ固ヨリ言テ俊タス然ラハ民法第五三四條乃至第五三六條ハ當然請負契約ニ適用アリヤ否ヤ若シ適用ナシトセハ如何ニ本問ヲ解決スヘキヤ又適用アリトセハ如何ナル範圍ニ於テ其適用ヲ認ムヘキヤ學說岐カルルトコロナリ

案スルニ請負契約ハ仕事ノ完成即チ仕事ノ結果ニ對シテ報酬ヲ與フル契約ナルヲ以テ其仕事ノ完成以前ニ於テハ茲ニ所謂危險負擔ノ問題ヲ生セス蓋シ請負人ハ仕事ノ完成ニ對シ報酬ヲ受クルモノナルハ請負契約ノ本質上然ルヘキモノナルヲ以テ未ダ仕事ノ完成セサル以前ニ於テ報酬請求ノ問題ヲ生スヘキモノニア

ラサレハナリ又單ニ仕事ノ完成ヲ以テ其目的トナス場合モ亦其解決敢テ至難ナ
 ラス然ルニ一旦仕事完成後其引渡前ニ當事者ノ責ニ歸スヘカヲサル事由ニヨリ
 其目的物カ滅失又ハ毀損シタル場合其損失ハ何人カ之レヲ負擔スヘキヤハ聊カ
 疑義ナキ能ハス換言セハ民法第六三三條ハ物ノ引渡ヲ要スヘキ場合ハ其引渡ト
 同時ニ報酬ヲ與フル旨ヲ規定セルヲ以テ其引渡ノ前後ヲ以テ責任ノ歸屬ヲ決ス
 へキモノナルカ或ハ同條ハ單ニ報酬支拂ノ時期ヲ定メタルノミニシテ所有權ノ
 歸屬又ハ危險移轉ノ歸屬ヲ定メタルモノニアラズ故ニ此ノ解決如何ハ一ニ請負
 契約ノ本質ニ顧ミ仕事完成ノ時期ニヨリテ決スヘキモノナルカ問題タルヲ失ハ
 ス然レトモ吾人ハ同條ヲ以テ單ニ報酬支拂ノ時期ヲ定メタルニ過キスト解ス(本
 書民法一八二頁三〇頁第三三三頁)ルヲ以テ後説ヲ妥當ナリト信ス最モ當事者カ其引渡ノ
 終了ヲ以テ仕事ノ完成トナシタル場合ニハ其引渡アルニヨリ始メテ其歸屬ヲ決
 スルモノナルヤ勿論ナリ

(二二六)

四九九 債務者ノ爲メニ辨濟ヲ爲シタル者ハ其辨濟ト同時ニ債權者ノ承諾ヲ得テ之ニ代位スルコトヲ得
 第四六七條ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス
 五〇〇 辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者ハ辨濟ニ因リテ當然債權者ニ代位ス
 五〇一 前二條ノ規定ニ依リテ債權者ニ代位シタル者ハ自己ノ權利ニ基キ求償ヲ爲スコトヲ得ヘキ範圍内ニ於テ債
 權ノ效力及ヒ擔保トシテ其債權者カ有セシ一切ノ權利ヲ行フコトヲ得但左ノ規定ニ從フコトヲ要ス
 二 第三取得者ハ保證人ニ對シテ債權者ニ代位セズ

三 第三取得者ノ一人ハ各不動産ノ價格ニ應スルニ非サレハ他ノ第三取得者ニ對シテ債權者ニ代位セズ
 不動産ノ買主ハ物上擔保權ノ對抗ヲコソ受クヘケレ特約ノ存在セサル限りハ其
 不動産ノ負擔スル賣主ノ債務ヲ自己ノ債務ト爲スモノニアラサルカ故ニ賣主ノ
 債務ヲ辨濟スルハ則チ他人ノ債務ヲ辨濟スルモノニ外ナラス從テ求償權アルハ
 當然ナリトス

【上告論旨】 原審ニ於テハ本訴求償ノ原因タル該不動産カ負擔シ居リタル訴外佐々木
 榮藏ニ對スル債務ハ上告人ニ於テ負擔セサルモノナリト認定セラレタルモ凡ソ負擔
 付ノ不動産ヲ買取スルモノハ特ニ其債務ヲ負擔セサルコトノ明約アレハ格別若シ其
 特約ナキトキハ買主ニ於テ其債務ヲ辨濟スヘキハ當然ナリ殊ニ本訴原因タル該不動
 產買當時ハ其債務ニ關シ何等ノ特約ヲ爲サザリシコトハ現ニ被上告代理人ノ認ム
 ル所ナラスヤ果シテ然ラハ日本全國ノ慣例及ヒ法理上ヨリ論スルモ該負債ヲ被上告
 人ニ於テ辨濟スヘキハ當然ナリ然ルニ原審ニ於テ其慣例及ヒ法理ヲ審究セスシテ漫
 ニ上告人ニ於テ該債務ノ辨濟ヲ爲ササルヘカラサルモノナリト認定セラレタルハ不
 法ニ事實ヲ認定シタルモノナリ

【判決理由】 不動産ノ買主ハ物上擔保權ノ對抗ヲコソ受クヘケレ特約ノ存在セサル限
 リハ其不動産ノ負擔スル賣主ノ債務ヲ自己ノ債務ト爲スモノニアラサルカ故ニ賣主
 ノ債務ヲ辨濟スルハ則チ他人ノ債務ヲ辨濟スルモノニ外ナラス從テ求償權アルハ當
 然ニシテ原判決ハ法理上何等間然スル所ナシ又慣習ノ點ハ原審ニ提出セラレザリシ
 事實問題ナレハ其慣習ノ考量ヲ爲サザリシヲ以テ上告ノ理由ト爲スヲ得ス(大審院大

正四年(オ)第三三二號同年七月二十八日民三部横田裁判長大倉遠藤嘉山三宅各判事判

【關係事項】

上告棄却○原審德島地方裁判所○辨濟金求償事件○上告人平井伊九郎訴訟代理人辯護士海原博平被告人森田虎一
至當ノ判決ナルコト言フ俟タス

(二二七)

一七七 不動産ニ關スル物權ノ得喪變更ハ登記法ノ定ムル所ニ從ヒ其登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス
不動産登記法一 登記ハ左ニ掲ケタル不動産ニ關スル權利ノ設定、保存、移轉、變更、處分ノ制限又ハ消滅ニ付キ之ヲ爲ス

一 所有權

同二 假登記ハ左ノ場合ニ於テ之ヲ爲ス

一 登記ノ申請ニ必要ナル手續上ノ條件カ具備セザルトキ

二 前條ニ掲ケタル權利ノ設定、移轉、變更又ハ消滅ノ請求權ヲ保全セントスルトキ

右ノ請求權カ始期附又ハ停止條件附ナルトキ其他將來ニ於テ確定スヘキモノナルトキ亦同シ

同七第二項 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

假登記ハ後日爲シタル本登記ノ順位ヲ既往ニ溯ラシムヘキ效力アルニ止マリ本登記ト同シク不動産ニ關スル物權ノ得喪變更ヲ第三者ニ對抗スルヲ得セシムルノ效力ヲ有スルモノニ非ス

假登記ハ後日爲シタル本登記ノ順位ヲ既往ニ溯ラシムヘキ效力アルニ止マリ本登記ト同シク不動産ニ關スル物權ノ得喪變更ヲ第三者ニ對抗スルヲ得セシムルノ效力ヲ有スルモノニ非ス故ニ原院カ上告人ハ被上告人吉村圓吾先代貞右衛門ヨリ本件地所

【關係事項】

上告棄却○原審長崎控訴院○強制執行異議及所有權移轉登記手續請求事件○上告人今井市藏訴訟代理人辯護士八並武治被上告人城洗外一人

(二二八)

民法施行法三一 民法施行前ニ進行ヲ始メタル出訴期限カ民法ニ定メタル時効ノ期間ヨリ長キトキハ舊法ノ規定ニ從フ但其殘期カ民法施行ノ日ヨリ起算シ民法ニ定メタル時効ノ期間ヨリ長キトキハ其日ヨリ起算シテ民法ノ規定ヲ適用ス

同三二 前條但書ノ規定ハ舊法ニ出訴期限ナキ權利ニ之ヲ準用ス

不動産書入公證ヲ受ケタル債權カ商行爲ニ基キ生シタルモノナルトキハ商法施行ノ日ヨリ五箇年ノ時効期間満了ニ依リ消滅ニ歸スヘキモノトス

明治十八年内務省達第貳〇號ニ依リ不動産書入公證ヲ受ケタル債權ハ出訴期限ナキモノナルヲ以テ民法施行法第三二條ニ依リ民法施行ノ日タル明治三十一年七月十六日ヨリ民法ノ規定ニ從テ其時効ヲ起算スヘキモノニシテ本訴債權ハ即チ不動産書入公證ヲ受ケタル債權ニ該當シ且商行爲ニ基ク債權ナルコトハ原審ノ確定スル所ナレハ右債權ハ民法ニ對シテ特別法タル舊法第三四九條ノ適用ヲ受ケ民法施行ノ日ヨリ六箇年ノ時効期間ノ満了ニ依リ消滅スヘキモノナルモ明治三十二年六月十六日現行

商法ノ實施ト共ニ現行商法第二八五條商法施行法第一三七條民法施行法第三一條ニ依リ現行商法施行ノ日ヨリ五箇年ノ時効期間満了ニ依リ消滅ニ歸スヘキモノトス然ラハ原審カ本訴債權ヲ以テ商法施行ノ日ヨリ起算シ滿五箇年ヲ經過シタル明治三十七年六月十五日ニ於テ消滅ニ歸シタル旨ヲ判示シタルハ相當ナリ(大審院大正四年(オ)第三一七號同年七月七日民三部橫田裁判長大倉岩田嘉山三宅各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審處地方裁判所○貸金請求事件○上告人千葉傳藏訴訟代理人辯護士尾崎利中被上告人村上五郎

(二二九)

八五二 縁組ハ左ノ場合ニ限り無効トス

- 一 人違其他ノ事由ニ因リ當事者間ニ縁組ヲ爲ス意思ナキトキ
- 二 當事者カ縁組ノ届出ヲ無ササルトキ但其届出カ第七七十五條第二項及ヒ第八百四十八條第一項ニ掲ケタル條件ヲ缺クニ止マルトキハ縁組ハ之カ爲メニ其效力ヲ妨ケラレルコトナシ
- 八四一 配偶者アル者ハ其配偶者ト共ニスルニ非サレハ縁組ヲ爲スコトヲ得ス
- 八四二 人事訴訟手續法二四 養子縁組ノ無効若クハ取消又ハ離婚ヲ目的トスル訴ハ養親カ普通裁判籍ヲ有スル地又ハ其死亡ノ時ニ之ヲ有シタル地ノ地方裁判所ノ管轄ニ專屬ス但婚姻事件ニ附帶シテ縁組ノ取消又ハ離婚ノ請求ヲ爲ス場合ハ此限ニ在ラス
- 八四三 夫婦ノ一方カ提起スル婚姻ノ無効又ハ取消ノ訴ニ於テハ其配偶者ヲ以テ相手方トス
- 八四四 第三者カ提起スル前項ノ訴ニ於テハ夫婦ヲ以テ相手方トシ夫婦ノ一方カ死亡シタル後ハ其生存者ヲ以テ相手方トス
- 前二項ノ規定ニ依リテ相手方トスヘキ者カ死亡シタル後ハ檢事ヲ以テ相手方トス(第四項第五項略)

養子縁組ノ届書カ偽造ニ係ルモノナルトキハ其當事者間ニ於テ縁組ノ意思ナク又届出ナキモノトシテ民法第八五一條ニヨリ無効トス
養親ノ一方カ死亡シタルトキハ其生存者ヨリ養子ヲ相手方トシテ縁組無効ノ訴

【關係事項】
養親ノ一方カ死亡シタルトキハ其生存者ヨリ養子ヲ相手方トシテ縁組無効ノ訴
包含スルモノトス

本件養子縁組ノ届出アリタルコトハ當事者双方ノ供述ニ徴シ之ヲ認定スルヲ得ヘク其届書ノ控訴人主張ノ如ク偽造ニ係ルモノナルコトハ甲第三號證ノ三乃至八ニヨリ之ヲ認ムルヲ得ヘキヲ以テ本件養子縁組ハ其當事者間ニ於テ縁組ノ意思モナク又届出モナキモノトシテ民法第八五一條第一號ニヨルモ第二號ニヨルモ共ニ無効ナルコト明白ナリ而シテ控訴人カ本訴ニ於テ此無効ノ確認ヲ求ムルコトハ訴ノ申立及ヒ其釋明ニ徴シ明白ナルヲ以テ本訴ハ宣告的判決ヲ求ムルモノニシテ不當ナリトノ被控訴人ノ抗辯ハ理由ナシ又以上所述ニヨレハ本訴ハ人事訴訟手續法第二四條ノ所謂養子縁組ノ無効ノ訴ナルコトハ論ナキヲ以テ此訴ニ準用セラルル同法第二條ノ法意ヲ酌シ養親ノ一方カ死亡シタルトキハ其生存者ヨリ養子ヲ相手方トシテ縁組無効ノ訴ヲ起スコト固ヨリ相當ナリト解スヘク而シテ此際死者タル養親ト養子間ニ於ケル縁組ノ無効確認ヲモ包含スヘキコトハ配偶者アルモノハ其配偶者ト共ニスルニ非サレハ縁組ヲ爲ス能ハストノ(民法第八四一條第一項)ノ法意ト本訴ニ準用セラルル人事訴訟手續法第二條第二、三項ニ於テ夫婦ノ一方若クハ双方カ死亡シタル後ト雖モ尙婚姻無効ノ訴ヲ起シ得ルコトヲ規定セル法意トニ徴シ明白ナルヲ以テ被控訴人主張ノ第一、二ノ抗辯ハ其理由ナシ(東京控訴院明治四十二年(オ)第五六二號大正四年九月廿七日民一部遠藤裁判長前田水口各判事判決)

【關係事項】

【參照判例】

養子縁組無効確認請求事件○控訴人日高とめ訴訟代理人辯護士宮古啓三郎被控訴人日高政五郎訴訟代理人辯護士中川眞太郎

一 民法第八五一條ハ當事者ニ縁組ノ意思ナキ理由ヲ一定セス唯人違其他ノ事由ニ因リト規定セルヲ以テ届出ニ表示シタル當事者ニ對シ人違ナルカ故ニ其意思ナシトスル場合ハ勿論單ニ其者ニ對シテ縁組ノ意思ナキ場合ヲモ包含スヘキハ當然ナリ(大審院民事判決錄三八年一六二九頁)

二 當事者ノ不知ノ間ニ外形上養子縁組成立シタルトキハ民法第八五一條ニ依リ其無効ヲ請求シ得ルモノトス(同上四〇年一〇九三頁)

三 縁組無効ノ訴ニ於テ原告ノ主張ヲ認容シタル判決ハ人事訴訟手續法第二六條第一八條ニ所謂無効ヲ言渡シタル判決ニシテ對世的效力ヲ有スヘキモノトス(同上三八年一六二九頁)

二二〇

一八六 占有者ハ所有ノ意思ヲ以テ善意、平穩且公然ニ占有ヲ爲スモノト推定ス

占有者ハ無過失ノ推定ヲ受クヘキモノニアラス

被控訴代理人ハ尙ホ民法第八十六條第一項ノ類推的當然ノ解釋トシテ占有者ハ一般ニ法律上無過失ノ推定ヲ受ク可キモノナリト論難スト雖モ凡ソ民事行爲ハ日常類繁ニ行ハレ特ニ周到細密ノ性格ヲ有スル格段ノ人タラサル限リハ何人ト雖モ其間過失ノ生スルハ蓋シ數ノ免レサル所ナルヲ以テ民法第八十六條第一項ニ於テ占有者ニ對シ特ニ無過失ノ推定ヲ爲ス可キ旨ノ規定ヲ設ケザリシハ畢竟叙上一般ノ事例ニ屬ミ之ニ順應スルノ律意ナリト解ス可ク從ツテ同條ノ明文上カカル論旨ハ採用シ難シ(大阪控訴院大正三年(ホ)第三五六號民二部鬼澤裁判長大中橋木各判事判決法律新聞第一〇三八號二六頁)

【關係事項】

【同趣旨學說】

不動産所有權確認等事件○控訴人米谷市藏訴訟代理人辯護士福島民之助同古賀英同木村來次郎被控訴人三木治平外七名訴訟代理人辯護士永尾茂同三宅源重郎被控訴人原田建造訴訟代理人辯護士永尾茂

一 占有者ニ過失アリタルヤ否ヤニ付キテハ立法上ヨリ言フトキハ無過失ヲ推定スルヲ可ナリトスルモ我民法ニハ此推定ヲ設ケサルヲ以テ其無過失ナリシコトヲ主張スル占有者ニ於テ舉證ノ責任ヲ負フモノトス(法學博士横田秀雄氏物權法第一二版二〇九頁)

二 過失ノ有無ハ事實問題ニシテ無過失占有者ヲ主張スル者ハ之ヲ立證スルヲ要ス而シテ法律ハ無過失ヲ推定セス(法學博士中島吉氏民法釋義卷之二上二二五頁)

三 占有者ハ無過失占有ノ推定ヲ受ケス是其過失ノ立證ハ難事ニ非サレハナリ故ニ占有者ハ其占有ノ無過失ヲ立證セサルヘカラス(法學博士松岡義正氏民法論物權上冊一〇七頁)

【反對學說】

占有者ノ無過失ナル一事ハ之ヲ推定スル明文ナキ故ニ占有者ニ於テ其事實ヲ立證セサルヘカラサルモノト爲ス説多シ此解釋ハ全ク法文ノ不備ヨリ起レルモノニシテ一理ナキニ非スト雖モ一旦善意ヲ推定スヘキモノトスル以上ハ無過失ニ付キ決定ナリニ可キ理由アルコトヲ見ス惟フニ善意ハ無過失ヲ包含スルモノト爲スコト古來ノ觀念ナルヨリ立法者ハ此點ニ付キ注意ヲ缺キタルモノト謂フヘシ故ニ余輩ハ無過失ニ付キ明文ナキニモ拘ラス善意ト同一様ニ之ヲ推定スルコトニ解釋セント欲スルナリ(法學博士富井政章氏民法原論物權下六四四頁)

解釋上判旨ノ正當ナルコト疑フ容レズ

二二二

三〇四 先取特權ハ其目的物ノ賣却貨貸滅失又ハ毀損ニ因リテ債務者カ受クヘキ金錢其他ノ物ニ對シテモ之ヲ行フコトヲ得但先取特權者ハ其拂渡又ハ引渡前ニ差押ヲ爲スコトヲ要ス

三〇五 債務者カ先取特權ノ目的物ノ上ニ設定シタル物權ノ對價ニ付キ亦同シ

三七二 第二九六條第三〇四條及ヒ第三五一條ノ規定ハ抵當權ニ之ヲ準用ス

三七三 土地收用法六五 先取特權、質權又ハ抵當權ハ其ノ目的物ノ收用又ハ使用ニ因リテ債務者カ受クヘキ補償金ニ對シテ之ヲ行フコトヲ得但シ其拂渡前ニ差押ヲ爲スヘシ

土地ノ收用ニ因リテ債務者カ受クヘキ補償金ニ對シ優先權者自ラ差押ヲ爲シタル場合ハ勿論然ラスシテ劣等順位ノ物上擔保權ヲ有スル債權者又ハ物上擔保權ナキ債權者カ差押ヲ爲シタル場合ト雖モ苟モ差押アルニ於テハ補償金ハ優先權ノ目的トシテ保存セラルヘク差押ヲ爲シタル劣等順位ノ物上擔保權ヲ有スル債權者又ハ擔保權ナキ債權者モ亦補償義務者ト同シク優先權ノ效力ヲ受ケサルヘカラサルヲ以テ此等差押ヲ爲シタル債權者ハ優先權者ニ先タチ差押ヲ爲シタルノ故ヲ以テ補償金ニ付キ取立ヲ爲シ又ハ轉付ヲ受ケテ優先權者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス從テ劣等順位ノ物上擔保權ヲ有スル債權者又ハ物上擔保權ナキ債權者カ優先權者ニ先タチ補償金ノ差押ヲ爲シタル場合ニ轉付命令ヲ受クルコトアルモ其轉付命令ハ優先權者ヲ害スル範圍ニ於テハ效力ヲ有セサルカ故ニ其轉付命令ハ優先權者カ補償金ニ對シテ優先權ヲ行使スルノ妨トナラサルモノトス

土地收用法第六五條ニ先取特權質權又ハ抵當權ハ其目的物ノ收用又ハ使用ニ因リテ債務者カ受クヘキ補償金ニ對シテモ之ヲ行フコトヲ得但シ其拂渡前ニ差押ヲ爲スヘシトアリテ物上擔保權ヲ有スル債權者カ擔保物ヲ代表スル補償金ニ對シテ擔保權ヲ行使スルニハ其拂渡前ニ之カ差押ヲ爲スコトヲ要スト爲シタル所以ハ民法第三〇四條ニ規定スル物上代位ノ原則ノ適用ヲ示シタルモノニ外ナラスシテ補償金カ擔保物ヲ代表スルノ特定性ヲ保全スルト同時ニ被收用者タル債務者カ補償金ヲ處分シ收用

者タル第三債務者カ補償金ヲ債務者ニ支拂フコトヲ禁シ以テ債權者ヲシテ補償金上ニ有スル優先權ヲ喪失セザラシムルニ在リ差押ノ性質斯ノ如クナルヲ以テ優先權者自ラ差押ヲ爲シタル場合ハ勿論然ラスシテ劣等順位ノ物上擔保權ヲ有スル債權者又ハ物上擔保權ナキ債權者カ差押ヲ爲シタル場合ト雖モ苟モ差押アルニ於テハ補償金ハ優先權ノ目的トシテ保存セラルヘク差押ヲ爲シタル劣等順位ノ物上擔保權ヲ有スル債權者又ハ擔保權ナキ債權者モ亦補償義務者ト同シク優先權ノ效力ヲ受ケサルヘカラサルヲ以テ此等差押ヲ爲シタル債權者ハ優先權者ニ先タチ差押ヲ爲シタルノ故ヲ以テ補償金ニ付キ取立ヲ爲シ又ハ轉付ヲ受ケテ優先權者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス從テ劣等順位ノ物上擔保權ヲ有スル債權者又ハ物上擔保權ナキ債權者カ優先權者ニ先タチ補償金ノ差押ヲ爲シタル場合ニ轉付命令ヲ受クルコトアルモ其轉付命令ハ優先權者ヲ害スル範圍ニ於テハ效力ヲ有セサルカ故ニ其轉付命令ハ優先權者カ補償金ニ對シテ優先權ヲ行使スルノ妨トナラサルモノトス此等ノ法理ハ營業法第六九條ノ物上代位ニ關シ當院カ大正三年(オ)第九六號事件ニ付キ大正四年三月六日爲シタル判決ニ於テ詳ニ判示シタル所ニ異ラス本件ニ於テ訴外川上八十吉カ起業者タル被上告人ノ爲メニ其所有ノ土地ヲ收用セラレ收用ノ土地ノ價格二千六百二十六圓八十錢及ヒ其土地ニ在ル家屋ノ移轉料千四百四十四圓ニ付キ被上告人ニ對シ補償金ノ債權ヲ有スルコト上告人カ川上八十吉ニ對スル貸金六萬圓ノ債權ニ付キ右ノ土地家屋ニ對シ一番抵當權ヲ有シ大正二年八月二十九日右補償金ノ債權ヲ差押ヘ且轉付命令ヲ受クタルコト從參加人宇治庄兵衛武内惣助ハ川上八十吉ニ對スル貸金壹萬圓ノ債權ニ付キ右ノ土地家屋ニ對スル三番抵當權ヲ有シ大正二年八月二十日右補償金ノ

債權ヲ差押ヘ且轉付命令ヲ受ケタルコト及ヒ被上告人ハ二通ノ轉付命令ノ送達ヲ受ケタルカ爲メ補償金ヲ供託シタルコトハ原告ノ確定シタル事實ナリ然レハ從參加人ノ爲シタル差押ハ上告人ノ爲シタル差押ニ先ダツモ其差押ニ依リ補償金ニ對スル上告人ノ優先權ハ前示説明ノ理由ニ從ヒ保存セラレタルモノナルカ故ニ從參加人ノ得タル轉付命令ハ上告人ニ對シテハ何等ノ效力ナク上告人ハ補償金ニ對スル優先權ヲ有ス而シテ土地收用法第六五條ノ補償金ハ獨リ收用又ハ使用ノ土地ノ相當價格又ハ料金ニ依ル補償金ノミヲ指スモノニアラスシテ殘地ノ減價ニ依ル補償金收用ノ土地ニ在ル物件ノ移轉料ニ依ル補償金等土地收用法第四七條以下ニ規定スル補償金ハ總テ之ヲ包含スルモノナレハ上告人ハ被上告人カ供託シタル補償金ノ全部ヲ受領スルノ權利ヲ有スルモノニシテ被上告人ハ其受領ニ必要ナル供託受領證ヲ上告人ニ交付スルノ義務アルモノトス從テ原告ハ供託受領證ノ交付ヲ命ジタル第一審判決ヲ認容セサルヘカラサルモノナルニ事致シ出テサリシハ失當ニシテ破毀ヲ免レス(大審院大正三年(オ)第八五三號同四年六月三十日民三部橫田裁判長田上大倉嘉山三宅各判事判決)

【關係事項】

破毀自判○原審大阪控訴院○供託書引渡請求事件○上告人木寺小八訴訟代理人辯護士奥戸善之助被上告人阪神電氣鐵道株式會社訴訟代理人辯護士武内作平從參加人宇治庄兵衛外一人訴訟代理人辯護士上村豐

【反對判例】

抵當權者カ土地收用補償金請求權ノ差押ヲ爲ス以前ニ債務者カ之ヲ第三者ニ讓渡シ又ハ第三者カ之ニ付キ轉付命令ヲ受ケタルトキハ其抵當權ハ消滅スルモノトス(大阪控訴院本件第二審判決本書第三卷民法七四七頁)

吾人ハ本件第二審判決ニ對シ贊同セリ而シテ大審院ノ見解ヲ非トスル詳細ノ理由ハ本卷諸法八二頁ニ之ヲ述ヘタリ參照ヲ乞フ

(二三二)

八六六

縁組ノ當事者ノ一方ハ左ノ場合ニ限リ離縁ノ訴ヲ提起スルコトヲ得

一 他ノ一方ヨリ虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキ
 妻子カ他人ノ面前ニ於テ其養親ヲ色狂人ト罵ルカ如キハ假令養親ニ平素多少非難スヘキ行狀アリトスルモ養親ヲ侮辱スルノ甚シキモノト云フ可ク如斯ハ民法第八六六條第一號ニ規定スル離縁ノ原因アルモノトス

控訴人カ被控訴人ノ婿養子タル身分ヲ有スルコトハ甲第一號證ニヨリ明カナリ而シテ原告證人岩崎最三ノ證言ニヨレハ同證人カ明治四十四年五月五日午後九時頃被控訴人カ控訴人ニ傷害セラレタリト訴ニ接シ之カ保護ノ爲メ控訴人方ニ出張シタル際被控訴人カ證人ニ事情ヲ申述ヘントシタルニ控訴人ハ證人ニ對シ色狂人ノ云フコトヲ聞イテ吳レテハ困ルト云ヒ又此年ヲシテ眉毛ヲ立テ化粧ヲ爲シ居ル様ナル色狂人ナリト云ヒ以テ被控訴人ヲ罵詈シタルコトヲ認ムルニ十分ナリ如此養子カ他人ノ面前ニ於テ其養親ヲ色狂人ト罵ルカ如キハ假令養親ニ平素多少非難スヘキ行狀アリトスルモ養親ヲ侮辱スルノ甚シキモノト云フ可ク如斯ハ民法第八六六條第一號ニ規定スル離縁ノ原因アルモノト認ム(東京控訴大正三年(オ)第四三三號同四年十月五日民二部須賀裁判長渡邊三橋各判事判決)

【關係事項】

離婚請求事件○控訴人三浦範治訴訟代理人辯護士重野久太郎被控訴人三浦タウ

【參照判例】

養子カ他人ノ面前ニ於テ養親ヲ色情狂ト罵ルカ如キハ假令一時ノ激昂ニ驅ラレタル場合ナリトスルモ養親ヲ侮辱スルノ甚シキモノニシテ民法第六六條第一號ニ該當スルモノトス(大正三年七月八日東京地方裁判所民一部判決本書第三卷民法二八三頁)

至當ノ判決ナリト信ス

二三三

債務辨濟ノ擔保トシテ探掘權ニ付キ抵當權ヲ設定シ同時ニ債務者ニ於テ辨濟期ニ其債務ヲ履行セサルトキハ其辨濟ヲ受クル代リニ債權者カ任意ニ右探掘權ヲ自己ノ名義ニ書換フ爲スモ苦シカラストノ特約ヲ爲シ其際名義書換ニ使用スル目的ヲ以テ豫メ債務者ヨリ白紙委任狀ヲ差入レタル場合ニ於テ右債權及ヒ特約上ノ權利ヲ讓受タル者ハ債務不履行ノ事實アル以上右委任狀ヲ用キテ探掘權ヲ自己ノ名義ニ書換フルコトヲ得ルモノニシテ之ニ因リテ探掘權ハ當然讓受人ニ歸屬シ之ト同時ニ債權ハ消滅スルモノトス

竹内只忠カ明治三十九年二月二十六日株式会社越前堀銀行ヨリ二千四百五十圓ヲ借受ケ其債務辨濟ノ擔保トシテ本件探掘權ニ付キ抵當權ヲ設定シ同時ニ越前堀銀行ノ

申出ニヨリ岡部長ヲ探掘權ノ共有者ニ加ヘ且ツ竹内ニ於テ辨濟期ニ其債務ヲ履行セサルトキハ其辨濟ヲ受クル代リニ該銀行カ任意ニ右探掘權ヲ自己ノ名義ニ書換フ爲スモ苦シカラストノ特約ヲ爲シ其際名義書換ニ使用スル目的ヲ以テ豫メ竹内ヨリ白紙委任狀ヲ差入レ置キタルコト其後越前堀銀行ヨリ右債權ヲ被控訴人ニ讓渡シ更ニ被控訴人ハ明治四十三年十二月七日該債權ヲ被控訴人等兩名ニ讓渡セシコト右債權讓渡ノ際竹内ノ白紙委任狀モ併セテ被控訴人等ニ交付セラレタルコト並ニ同日岡部長ハ本件探掘權ニ關スル自己ノ持分ヲ被控訴人等兩名ニ讓渡シタルコトハ當事者間ニ爭ナキ所トス控訴人ハ右債權讓受ノ際被控訴人ニ於テ已ニ竹内只忠ニ債務不履行ノ事實アルヲ以テ何時ニテモ探掘權ヲ債權者ノ名義ニ書換ヘ得ルモノナリト述ヘシヲ以テ被控訴人ハ元來探掘權ヲ取得スルコトカ本來ノ目的ナリト故コトヲ言明シ債權ト併セテ名義書換權ヲ讓受ケタルモノナリト主張シ被控訴人ハ該事實ヲ争フモ甲第一號證ニ右債權ニツキ債務者ハ義務ヲ履行セサルヲ以テ抵當區ハ契約ニ基キ自分單獨ノ名義ニ變更シ得ル權利アリ右債權ハ今般貴殿ヘ讓渡候ニ付從來自分ニ於テ有シタル權利一切ハ自今貴殿ニ於テ承繼支配可被成候也トアル記載及ヒ前記白紙委任狀交付ノ争ナキ事實トテ對照スレハ控訴人ハ被控訴人ニ本件債權ト共ニ前記特約ニ基ク名義書換權ヲ讓渡シタルモノト認メサルヘカラス被控訴人ハ本件探掘權ノ名義書換權ハ該探掘權ヲ以テ抵當權ノ目的トスル債權ト兩立スルヲ得ス從テ債權ノ尙存スル以上ハ被控訴人ハ名義書換權ヲ有スヘキ理ナク依テ之ヲ控訴人ニ讓渡スヘキ筈ナシト抗辯スレトモ本件ノ名義書換權トハ債務者カ期限ニ至リ辨濟セサル場合ニ其辨濟ヲ受クル代リニ被控訴人カ白紙委任狀ヲ用ヒテ名義書換ノ手續ヲ爲シ抵當權ノ目的

タル本件探掘權ヲ取得スルモ竹内ニ於テ異議ナシトノ特約ニ基キ發生シタル權利ヲ意味スルモノニシテ該特約ノ趣旨ハ抵當權ノ實行ヲ爲スモ又ハ特約ニ基キ探掘權ヲ取得スルモノハ一ニ債權者ノ自由ニ選擇シ得ルトコロナリト解スヘキカ故ニ抵當權ノ存スル本件債權ト探掘權ノ名義書換權トカ兩立スヘキモノニ非ストノ議論ハ失當ト云ハサルヘカラス從テ右抗辯ハ前段認定ヲ覆スニ足ラス然ラハ控訴人等兩名ハ被控訴人ヨリ本件探掘權ヲ目的トセル抵當權ノ附隨セル債權ト共ニ債權者竹内只忠ニ義務不履行ノ事實アル場合ニハ被控訴人カ何時ニテモ探掘權ヲ自己ノ名義ニ書換ヘル前記特約上ノ權利ヲ被控訴人ヨリ讓受ケタルモノト云ハサルヘカラス而シテ控訴人等カ一旦右委任狀ヲ用ヒテ探掘權ヲ自己ノ名義ニ書換ヘタルコトハ控訴人自ラ主張スル所ナレハ債務者ニ於テ債務不履行ノ事實アル以上ハ右書換ヲ爲シタルハ正當ニシテ探掘權ハ當然控訴人等ニ歸屬シ之ト同時ニ債權ハ消滅セルモノト云ハサルヘカラス(東京控訴大正元年(第)第五八三號同四年六月十五日民二部須賀裁判長渡邊三橋各判事判決)

【關係事項】

損害賠償請求事件○控訴人山中知雄同福岡伯訴訟代理人辯護士大西幸馬告知參加人竹内只忠訴訟代理人辯護士播磨辰治郎被控訴人合資會社福井堂法定代理人無限責任社員秀眞環訴訟代理人辯護士町井鐵之助外一名

不動産ノ抵當權設定者カ設定行爲又ハ債務ノ辨濟期前ノ契約ヲ以テ抵當權者ニ辨濟トシテ抵當不動産ノ所有權ヲ取得セシムルコトヲ約スルヲ得ルハ質權ノ場合ニ於ケルカ如キ禁止規定(民法第三四九條)ナキコトヲ理由トシテ一般學者ノ認

ムル所ナリ而シテ鑛業權ニ付テハ不動産ニ關スル規定ノ準用セララルル以上探掘權ヲ目的トスル抵當權ノ設定者モ亦債務ノ辨濟期前ニ於テ辨濟ニ代ヘ探掘權ヲ抵當權者ニ取得セシムヘキ契約ヲ爲スコトヲ得ルモノト謂ハサルヘカラス此契約ハ代物辨濟ノ豫約タル性質ヲ有スルモノニシテ假令抵當權設定行爲ヲ以テ爲サレタル場合ト雖モ獨立ノ存在ヲ有ス抵當權ハ此契約アルカ爲メニ其實行方法ノ變シタル特種ノ抵當權トナルモノニアラスシテ抵當權設定契約ナル物權契約ノ外ニ一ノ債權契約併有スルコトトナルモノナリ故ニ抵當權者カ其抵當權ヲ讓渡スルモ讓受人ハ債務ノ辨濟ヲ受ケサル場合ニ於テハ本來ノ規定ニ從ヒ其權利ヲ實行スヘキモノニシテ當然辨濟ニ代ヘ探掘權ヲ取得スルコトヲ得ルモノニアラス然レトモ右債權契約ニ因リテ抵當權者ノ有スル權利カ讓渡シ得ヘキモノナランニハ抵當權ト共ニ右權利ヲ讓受ケタル者ニ於テ辨濟ニ代ヘ探掘權設定者カ特ニ當該債權者ニ對シテノミ右契約上ノ權利ヲ取得セシムルノ意思ヲ表示セサル限り專屬的性質ヲ有セサルモノト解シ從テ本判決ニ對シ賛意ヲ表スルモノナリ

(一三四)

九二 法令中ノ公ノ秩序ニ關セサル規定ニ異ナリタル慣習アル場合ニ於テ法律行爲ノ當事者力之ニ依ル意思ヲ有セルモノト認ムヘキトキハ其慣習ニ從フ

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

キ不確定期限アルトキハ債務者ハ其期限ノ到來シタルコトヲ知リタル時ヨリ遲滞ノ責ニ任ス
 債務ノ履行ニ付キ期限ヲ定メザリシトキハ債務者ハ履行ノ請求ヲ受ケタル時ヨリ遲滞ノ責ニ任ス
 四一五 債務者カ其債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲ササルトキハ債權者ハ其損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得債務者
 ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ履行ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルトキ亦同シ
 四一六 損害賠償ノ請求ハ債務ノ不履行ニ因リテ通常生スヘキ損害ノ賠償ヲ爲サシムルヲ以テ目的トス
 特別ノ事情ニ因リテ生シタル損害ト雖モ當事者カ其事情ヲ豫見シ又ハ豫見スルニトテ得ヘカリシトキハ債權者ハ其
 賠償ヲ請求スルコトヲ得
 四九二 辨濟ノ提供ハ其提供ノ時ヨリ不履行ニ因リテ生スヘキ一切ノ責任ヲ免レシム
 四九一 當事者ノ一方カ其債務ヲ履行セザルトキハ相手方ハ相當ノ期間ヲ定メテ其履行ヲ催告シ若シ其期間内ニ履
 行ナキトキハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得
 五四二 契約ノ性質又ハ當事者ノ意思表示ニ依リ一定ノ日時又ハ一定ノ期間内ニ履行ヲ爲スニ非サレハ契約ヲ爲シ
 タル目的ヲ達スルコト能ハサル場合ニ於テ當事者ノ一方カ履行ヲ爲サスシテ其時期ヲ經過シタルトキハ相手方ハ前
 條ノ催告ヲ爲サスシテ直チニ其契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得
 民事訴訟法二〇一 反訴ハ答辯書若クハ特別ノ書面ヲ以テ又ハ口頭辯論中相手方ノ面前ニ於テ口頭ヲ以テ之ヲ爲ス
 コトヲ得
 然レトモ答辯書差出ノ期間内ニ差出シタル書面ヲ以テ起ササル反訴ハ被告ノ請求ノ全部又ハ一分ヲ相殺ヲ爲ス可キ
 場合ニ於テ同時ニ被告カ自己ノ過失ニ因ラスシテ其以前反訴ヲ起スナ得サリシコトヲ証明スルトキニ限り之ヲ爲ス
 コトヲ許ス
 二〇七第一項 被告カ妨訴ノ抗辯ニ基キ本案ノ辯論ヲ拒ムトキ又ハ裁判所カ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ別ニ辯論ヲ
 命スルトキハ其抗辯ニ付キ別ニ辯論ヲ爲シ及ヒ判決ヲ以テ裁判ヲ爲ス可シ

東京及ヒ日向ノ米商間ニ於テ米ノ賣買取引ヲ爲ス場合特ニ目的物受渡ノ日時ヲ
 定メザルトキハ賣主ニ於テ契約成立後積出ヲ爲シ得ヘキ最近ノ船便ヲ以テ目的
 物ヲ積出シ買主ニ送付スヘキ義務ヲ負フ商慣習存スルヲ以テ反證ナキ限り當事
 者ハ右商慣習ニ依リタルモノト認ムヘキモノトス」
 賣主カ契約上ノ受渡期限ヲ遅レテ賣買ノ目的物ヲ送付シタル場合ニ於テ買主カ

代金ノ支拂ヲ拒ムモ賣主ヲシテ右目的物ノ提供ヲ爲シタルマデノ遲滞ノ責ヲ免
 カレシムヘキニアラスシテ單ニ其以後ニ付キ賣主ノ責ヲ免カレシメ却テ原告ヲ
 シテ代金支拂ノ義務不履行ノ責ニ任セシムルニ止マルカ故ニ之カ爲メニ其以前
 ノ遲滞ニヨル損害賠償ヲ求ムル買主ノ請求ヲ不當トナスニ足ラス」
 賣主ノ履行遲延ニ因ル損害賠償額ハ引渡地ニ於ケル目的物ノ價額ヨリ運賃及ヒ
 保険料ヲ控除シタル金額ヨリ契約上ノ値段額ヲ控除シタル殘額ナリトス」
 米ノ賣買ヲ業トスル商人間ニ於ケル米ノ賣買ハ其性質上一定ノ期間内ニ履行ヲ
 爲スニ非サレハ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサルモノニアラス」
 被告カ本案ノ辯論ヲ拒ミタル爲メ妨訴抗辯ニ付キ裁判ヲ爲ス場合ト雖モ民事訴
 訟法第二〇一條第二項ニ定メタル反訴提起ノ期間ニ變更ヲ來スヘキモノニアラ
 ス又右ノ事情ハ被告カ過失ナクシテ以前ニ反訴ノ提起ヲ爲サザリシ疏明ト爲ス
 ヘカラス」

原告及ヒ被告カ何レモ米ノ賣買ヲ業トスル商人ナルコト大正三年八月七日被告カ原
 告ニ對シ原告主張ノ如キ日向米二百石ヲ代金一石ニ付金十三圓八十錢ノ割合ニテ賣
 渡シ同月八日同シク日向米ニ二百石ヲ代金一石ニ付金十四圓ノ割合ニテ賣渡シ右各
 契約ト共ニ代金ノ内入金トシテ原告ヨリ夫レ夫レ金百圓ツツテ受領シタル事實右各
 契約ニ於テハ何レモ目的物ノ受渡期限ニ付特ニ日時ヲ定メス但シ代金支拂ハ被告ニ於
 テ目的物ノ積出ト共ニ荷爲替ヲ取組ミ原告ハ其爲替金ヲ支拂ヒテ目的物ノ船荷證券

ヲ取得シ以テ其引渡ヲ受クヘキ定ナリシ事實被告カ右契約ニ基キ前口分二百石ノ内六十三石六斗ヲ大正三年八月二十七日ニ四十四石八斗ヲ同年九月五日ニ夫レ夫レ原告ニ送付シ原告ニ於テ之ヲ受領シタル事實其後大正三年九月十五日以後右兩口ノ目的物中若干ヲ被告ニ於テ原告ニ宛テ送附シタリトシテ荷爲替ヲ取組ミタルニ原告カ其爲替金ノ支拂ヲ拒ミタル事實原告主張ノ如キ後口分ノ契約解除ノ通知及被告主張ノ如キ契約解除ノ通知カ夫レ夫レ相手方ニ違シタル事實ハ何レモ當事者間ニ争ナキトコロナリ仍テ先ツ右各契約上ノ目的物ノ受渡時期カ何レノ時ナリヤナ按シ被告ニ果シテ原告主張ノ如キ不履行アリヤナ考フルニ本件目的物カ被告ヨリ宮崎縣内海港ニ送荷シ同港ニテ汽船ニ積載シ到着地タル東京マテ運送シ以テ原告ニ引渡スモノナルコトハ甲第二號證ノ一、二乙第一、二號證並ニ證人渡邊龜次郎ノ證言ヲ綜合シテ明ナリト謂フヘシ而シテ鑑定人辻仁作ノ鑑定ニ依レハ東京及日向ノ米商間ニ於テ右ノ如キ取引ヲ爲ス場合特ニ目的物受渡ノ日時ヲ定メサルトキハ賣主ニ於テ契約成立後積出シヲ爲シ得ヘキ最近ノ船便ヲ以テ目的物ヲ積出シ買主ニ送附スヘキ義務ヲ負フ商慣習ノ存スルコトヲ認メ得ヘク尙右ノ場合賣主ニシテ該約旨ニ從ツテ積出スニ於テハ該目的物ハ契約後二三日乃至一週日ノ中ニ東京ニ到着スヘキヲ普通トシ假令石數ノ多キ場合ト雖モ二十日以上ヲ要スルコトナキ事實ヲ認メ得ルヲ以テ反證ナキ限リ本件契約ヲ締結スルニ付當事者ハ右商慣習ニ據リタルモノト認ムヘク右ニヨリ被告ハ遅クモ契約後二十日間ニ目的物ヲ東京ニ送附スル義務ヲ負ヘルモノト謂ハサルヘカラス然ルニ前口ノ契約ニ於ケル右期限即大正三年八月二十七日マテニ於テ被告カ東京ニ到着セシメ原告ニ引渡シタル其目的物ハ僅カニ同日引渡ニ保ル六十三石六

斗ニ過キス後口契約ニ付キテハ其受渡期限タル大正三年八月二十九日マテニ全然其目的物ノ送附ナカリシコト前記當事者間ニ争ナキ事實ヨリ明カニ知り得ラルル處ニシテ且右期限ノ到來ハ被告ノ明カニ了知スルコロナルハ勿論ナルカ故ニ右引渡ナキ部分ニツキテハ被告ハ各其期限後引渡遲滞ノ責ニ任スヘキヤ明カナリト謂フヘク其中大正三年九月五日引渡ノ前口分四十四石八斗ヲ除キ爾餘ノ目的物即チ前口分九十一石六斗後口分二百石ニ付引渡遲滞ニ因ル損害ノ賠償ヲ求ムル原告ノ請求ハ至當ナリ被告ハ斯ル賣買契約ニアリテハ目的物ノ受渡ハ契約後賣主隨意ノ時ニ之ヲ爲ス商慣習東京日向ノ米商間ニ存在シ本件當事者ハ之ニ據ル意思アリタリト主張スルモ斯ル慣習ヲ認ムルニ足ル證據ナキヲ以テ該主張ハ採用セス又被告ハ大正三年九月十五日以降同月二十一日ニ涉リ合計百七十三石二斗ヲ送付シタルニ原告ハ之ニ對シ代金ノ支拂ヲ拒ミタルヲ以テ被告ニ契約不履行ノ責ナシト論スレトモ右九月十五日ハ已ニ前記契約上ノ受渡期限ニ遅ルルコト明カナレハ假令右ノ事實アリトスル被告ナシテ右目的物ノ提供ヲ爲シタルマテノ前記遲滞ノ責ヲ免カレシムヘキニアラスシテ右ハ單ニ其以後其分ニ付被告ノ責ヲ免カレシム却ツテ原告ナシテ代金支拂ノ義務不履行ノ責ニ任セシムルニ止マルカ故ニ之カ爲メニ其以前ノ遲滞ニヨル損害賠償ヲ求ムル原告ノ請求ヲ不當トナスニ足ラス仍ホ進ンテ損害ノ數額ヲ按スルニ甲第四號證ノ二ニヨレハ大正三年八月二十九日東京ニ於ケル中等品質ノ日向三等米ハ一石ニ付金十六圓九十錢ナリシコトヲ認ムヘキカ故ニ之ヲ前記遲滞ニ係ル石數二百九十一石六斗ニ積算スレハ金四千九百二十八圓四錢ヲ得ヘク此額ヨリ原告自認ムル其負擔タル目的物ノ運賃及保險料ヲ控除シタル額ト右石數ノ契約上ノ値段トヲ比較スルニ今

鑑定人辻仁作ノ鑑定スルトコロニ依レハ右契約目的物ノ運賃ハ一石ニ付金七十錢保
 險料ハ百圓ニ付四十錢ニシテ原告カ右運賃チ一石ニ付金七十錢保險料チ百圓ニ付金
 三十三錢六厘ト主張シタルハ不當ニアラサレハ之ニ基キ計算シタル二百九十一石六
 斗ノ運賃金二百四圓十二錢其保險料金十六圓五十五錢八厘二毛チ前記金四千九百二
 十八圓四錢ヨリ控除セル殘額金四千七百七圓三十六錢二厘八毛ヨリ前記契約上ノ右
 石數ノ値段前口分金千二百六十四圓八錢後口分金二千八百圓合計金四千六十四圓八
 錢チ控除シタル殘高金六百四十三圓二十八錢一厘二毛ハ被告ノ前記引渡遲滞ニ因リ
 原告ニ蒙ラシメタル損害ナリト謂フヘク原告ノ請求中金六百四十三圓二十八錢一厘
 並ニ本訴狀カ被告ニ送達セラレタル日ノ翌日タル大正三年十月十七日以降右金額ニ
 對スル年六分ノ割合ニヨル損害金ノ請求ハ之ヲ認容スヘキモノトス次ニ原告ハ前記
 後口ノ契約ハ大正三年十月十一日原告ノ爲シタル契約解除ノ意思表示ニ依リ解除セ
 ラレタリト主張シ該契約締結ノ際代金内入金トシテ交付シタル金百圓及其損害金チ
 求ムト雖モ右ノ意思表示ハ豫メ相當ナル期間ヲ定メ履行ヲ催告スルノ手續ヲ經スシ
 テ爲サレタルモノナルコトハ原告ノ認ムルトコロニシテ且右契約ハ原告ノ主張スル
 カ如キ性質上一定ノ期間内ニ履行ヲ爲スニ非ラサレハ契約ノ爲セル目的ヲ達スル
 能ハサルカ如キモノニアラサルコト上來説述セル契約ノ説明ニ徴シ明カナルチ以テ
 縱シ被告ニノテ右ノ時マテ履行遲滞ニアリシトモ前記ノ意思表示ノミチ以テシ
 テハ契約解除ノ效力チ生セサルモノト謂ハサルヘカラス從テ原告ハ内入金返還チ
 請求スルノ權利チク此ノ部分ノ原告ノ請求ハ全部排斥スヘキモノタリ仍テ續ツテ被
 告ノ反訴ニ付先ツ其適否チ按スルニ凡ソ反訴ハ答辯書ハ差出ノ期間内ニ之カ提起チ

【關係事項】

爲スヘキモノニシテ唯被告ノ請求ノ全部又ハ一部分ト相殺チ爲スヘキ場合ニ於テ被告
 カ過失ニ因ラスシテ其以前之チ起スチ得サリシチ疎明スル場合之カ例外トシテ其提
 起チ許スモノナルコト民事訴訟法第二〇一條第二項ノ示ストコロナルニ被告カ本作
 反訴チ提起シタルハ大正四年五月十九日ノ口頭辯論ノ際ニシテ已ニ本訴答辯書差出
 期間經過後ナル上被告カ過失ニヨラスシテ其以前提起スルチ得サリシコトノ疎明モ
 アチサリシチ以テ被告ノ本件反訴ハ不適法ト謂ハサルヘカラス被告ハ之ニ對シ本作
 案於テハ被告ハ第一回ノ口頭辯論ニ於テ妨訴抗辯チ提出シ本案ノ辯論チ拒ミタル結
 果該抗辯ニ付辯論アリ判決アリタルチ以テ此ノ如キ場合ニ於テハ反訴ハ本訴答辯書
 差出期間内ニ提起スルノ必要ナシト論スレトモ之チ維持スルニ足ル法規上ノ根據チ
 キノミナラス元來反訴ノ提起ト本案ノ辨濟トハ何等相渉ルトコロナケレハ被告カ本
 案ノ辯論チ拒ミタル爲メ妨訴抗辯ニ付裁判チ爲ス場合ト雖モ反訴提起ノ期間チ變更
 スヘキ必要ナシト云フヘク又右ノ事情ハ被告カ過失ナクシテ以前ニ反訴ノ提起チ爲
 ササリシ疎明ト爲スヘカラサルチ以テ被告ノ此ノ主張ハ採用シ難シ(東京地方大正三
 年(ワ)第一二八〇號同四年九月八日民三部神谷裁判長三宅橋本各判事判決)

損害賠償請求事件(反訴被告)米澤豐七訴訟代理人辯護士佐藤義高被告(反訴原告)荒川岩吉訴訟代理人辯護士中原清
 外一名

地上權者ハ他人ノ土地ニ於テ工作物又ハ竹木チ所有スル爲メ其土地チ使用スル權利チ有ス
 永小作人ハ小作料チ拂ヒテ他人ノ土地ニ耕作又ハ牧畜チ爲ス權利チ有ス

石坂博士

- (一) 地上權者カ其土地ノ上ニ耕作又ハ牧畜ヲ爲シ又ハ永小作權者カ其土地ノ上ニ工作物ヲ建造シタル場合ニ於テモ土地所有者ハ地上權者又ハ永小作權者ニ對シテ其設定行爲ノ解除ヲ爲スコトヲ得ス
- (二) 右ノ場合ニ於テ土地所有者ハ地上權者又ハ永小作權者ニ對シテ不法行爲ニ基ク損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ルモノトス

(一) 地上權者カ其土地ノ上ニ耕作又ハ牧畜ヲ爲シ又ハ永小作權者カ其土地ノ上ニ工作物ヲ建造シタル場合ニ於テモ土地所有者ハ其地上權者又ハ永小作權者ニ對シテ其設定行爲ノ解除ヲ爲スコトヲ得ス蓋シ地上權者、永小作權者カ其權利ノ内容ニ反スル行爲即チ地上權者、永小作權者トシテ爲スコトヲ得サル行爲ヲ爲シタル場合ニシテ恰モ無權利者カ他人ノ土地ニ耕作牧畜ヲ爲シ又ハ工作物ヲ建造シタルト同シ此場合ニハ土地所有者ニ不利益ヲ被ラシムルコト大ナルカ故ニ土地所有者ハ自己ノ利益ヲ保護スルカ爲メニ直チニ地上權、永小作權ヲ消滅セシムルコトヲ得ルモノト解スヘキカ如シ然レトモ此見解ハ明文上根據ナシ又第二七一條ニ於テハ永小作人ハ土地ニ永久

横田博士

【參照學說判例】

一 永小作人カ其義務ニ違反シタルトキハ地主ハ民法第五九四條第六一六條ノ規定ニ依リ永小作權ノ消滅ヲ請求スルコトヲ得
(法學博士横田秀雄氏物權法第四八二頁)
賃借人カ契約又ハ目的物ノ性質ニ因リ定マリタル用法ニ反シテ其物ノ使用收益ヲ爲シタル爲メ賃借人ニ損害ヲ被ラシメタルトキハ賃借人ハ債務ノ不履行ニ關スル一般ノ原則ニ從ヒ契約ヲ解除シ又ハ賃借人ニ對シテ其賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシ(法學博士横田秀雄氏債權各論五一二頁)

二 第五九四條第三項ノ規定ヲ同條第一項ノ規定ノ制裁トシテ準用スヘキハ固ヨリ言フチ俟タサル所ナリ(法學博士梅澤次郎氏民法要義卷ノ三債權編六六八頁)

三 權利ノ濫用例之目的以外ノ使用ヲ爲シ又ハ土地ニ永久的變更ヲ加ヘタルトキハ所有者ハ永小作權ヲ消滅セシムルコトヲ得サルヘカラス是レ本章ノ特ニ規定スル所ニ非サルモ若シ所有者ニ此權利ヲ認メサルトキハ所有者ハ永小作權者ノ橫暴ヲ傍觀セサルヘカラス至リ實際ノ弊害少カラサル可シ(法學博士中島玉吉氏民法釋義卷ノ二、五一五頁)

四 賃借人カ越權ノ使用、收益ヲ爲シタルトキハ賃借人ハ契約ヲ解除スルコトヲ得ヘキ乎使用貸借ニ於テハ之ヲ認ムルモ第六

ノ損害ヲ生スヘキ變更ヲ加フルコトヲ得サル旨ヲ規定スト雖モ此場合ニ土地所有者カ永小作權ヲ消滅セシメ得ヘキコトヲ定ムル所ナシ更ニ第二七三條ニ於テ永小作人ノ義務ニ付テハ賃借借ニ關スル規定ヲ準用スヘキ旨ヲ定ムルモ賃借人カ契約ニ依リテ定マリタル用法ニ反シテ使用收益ヲ爲シタル場合ニ賃借人ハ賃借借ヲ解除スルコトヲ得サルカ故ニ(第六一六條ニ於テハ第五九四條第一項ノミヲ準用スルニ止マリ同條第三項ヲ準用スル所ナシ)第二七三條ニ基キテ土地所有者カ地上權、永小作權ヲ消滅セシムルコトヲ得ルモノトナスヲ得ス

(二) 右ノ場合ニ於テ土地所有者ハ地上權者、永小作權者ニ對シテ不法行爲ニ基ク損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシ蓋シ此場合ニハ無權利者カ他人ノ土地ニ耕作牧畜ヲ爲シ又ハ工作物ヲ建造シタルト同一ニシテ他人ノ所有權ヲ侵害スルモノナルカ故ナリ(法學博士石坂香四郎氏法學志林第一七卷第一〇號七四頁以下要領)

一六條ハ第五九四條第一項ヲ準用スルニ止メ第三項ヲ準用セス從テ解除權ヲ認メサルモノト解スヘキカ如キモ此ノ如キハ法ノ
 博士ノ見解ハ至當ト信ス第一論旨ニ付キ我民法ハ直接ノ規定ヲ缺クモ第二七一
 條及第二七三條ヲ以テ積極ノ見解ヲ支持スルノ根據ト爲ス能ハサルコトハ博士
 所論ニ依リテ明ナリ或ハ地上權者永小作人ハ各法律ニ規定セラレタル以外ノ作
 用ヲ爲ササル債務ヲ負擔スルヲ以テ此場合ニ於テ土地所有者ハ債務ノ不履行ヲ
 理由トシ民法第五四一條ノ規定ニ從ヒ其設定行爲ヲ解除シ得ヘシトノ議論ヲ生
 スヘシト雖モ地上權者カ土地ヲ耕作又ハ牧畜ノ爲メニ使用シ又ハ永小作人カ土
 地ヲ工作物所有ノ爲メニ使用スルコトヲ得サルハ斯ル使用カ地上權永小作權ノ
 内容民法二六五條二七〇條ニ屬セサルニ因ルモノニシテ地上權者永小作人カ斯
 ル使用ヲ爲ササル債務ヲ土地所有者ニ對シテ負擔スルモノニアラサルカ故ニ債
 務不履行ヲ以テ論スルコトヲ得サルナリ若シ夫レ土地所有者カ地上權者永小作
 人ニ對シテ不法行爲ニ基キ損害賠償ヲ請求シ得ヘキモノナルコトハ疑ヲ存セス

(二二六)

四四二 連帶債務者ノ一人カ債務ヲ辨濟シ其他自己ノ出捐ヲ以テ共同ノ免責ヲ得タルトキハ他ノ債務者ニ對シ其各
 自ノ負擔部分ニ付キ求償權ヲ有ス
 前項ノ求償ハ辨濟其他免責アリタル日以後ノ法定利息及ヒ避クルコトヲ得サリシ費用其他ノ損害ノ賠償ヲ包含ス
 四四三 第一項 連帶債務者ノ一人カ債權者ヨリ請求ヲ受ケタルコトヲ他ノ債務者ニ通知セスシテ辨濟ヲ爲シ其他自
 己ノ出捐ヲ以テ共同ノ免責ヲ得タル場合ニ於テ他ノ債務者カ債權者ニ對抗スルコトヲ得ヘキ事由ヲ爲セシトキハ其
 負擔部分ニ付キ之ヲ以テ其債務者ニ對抗スルコトヲ得(但書略)

連帶債務者ノ一人カ債務ヲ辨濟シテ共同ノ免責ヲ得タル場合ニ於テハ其辨濟ヲ
 爲シタル者ハ他ノ債務者ニ對シ當然免責アリタル日以後ノ法定利息ノ求償權ヲ
 有スルモノニシテ辨濟者カ辨濟前債權者ヨリ請求ヲ受ケタルコトヲ他ノ債務者
 ニ通知シタルコトヲ以テ右求償權ノ要件ト爲スモノニ非ス

【上告論旨】 原判決ハ本件損害利子ヲ辨濟以後ヨリ付スルモノナルコトヲ說示スト雖
 モ連帶債務者間ノ求償權カ免責以後ノ法定利息ヲ包含ストノ民法第四四二條ノ法意
 ハ其辨濟者カ辨濟前債權者ヨリ請求ヲ受ケタルコトヲ他ノ債務者(本件ニ於テハ上告
 人)ニ通知シタルコトヲ前提トスルモノナルヲ以テ本件ノ如ク被上告人カ債權者ヨリ
 請求ヲ受ケタルコトヲ上告人ニ通知セザリシニト明カナル場合(原審ニテ爭ナカリシ
 所ナリ)ニ於テハ債務者タル上告人カ遲滞ノ責任ヲ生シテ始メテ法定利息ヲ支拂フヘ
 キモノト謂ハサルヘカラス然レハ原判決ハ連帶債務者ノ求償權ノ範圍ニ關スル法則
 ナ誤リタル違法ノ裁判ナリ

【判決理由】 連帶債務者ノ一人カ民法第四四二條第一項ニ依リ債務ヲ辨濟シテ共同ノ
 免責ヲ得タル場合ニ於テハ其辨濟ヲ爲シタルモノハ他ノ債務者ニ對シ民法該條ノ規
 定ニ依リ當然免責アリタル日以後ノ法定利息ノ求償權ヲ有スルモノニシテ辨濟者カ
 辨濟前債權者ヨリ請求ヲ受ケタルコトヲ他ノ債務者ニ通知スルコトヲ以テ右求償權
 ノ要件ト爲スモノニ非サルコトハ民法該條ノ明文上明カナリト謂フヘキヲ以テ原判
 決ニ於テ本件ニ付之ト同一趣旨ノ判決ニ出テタルハ正當ニシテ論旨ハ理由ナシ(大審
 院大正三年(イ)第九六七號同四年七月二十六日民二部馬場裁判長田上大倉入江鈴木各

判事判決

【關係事項】

上告棄却○原審盛岡地方裁判所○辨償金請求事件○上告人笹村安之助訴訟代理人辯護士大内重美被上告人小笠原一郎

【參照學說】

一 免責アリタル日以後ノ法定利息四〇四、求償債權者ノ催告ヲ俟タズ免責ノ日ヨリ直チニ利息ヲ生ス（法學博士岡村參太郎氏民法理由一五四頁）

求償者ハ債權者ニ給付シタルモノノ償還ヲ求ムルノ權利ヲ有スルノミナラス辨償其他免責アリタル日以後ノ法定利息ヲモ請求スルコトヲ得ヘシ是レ求償者ハ他ノ債務者ニ代リテ辨償又ハ出捐ヲ爲シタルモノニシテ其辨償又ハ出捐ノ爲メニ給付シタル元本ノ利用ヲ妨ケラレタルト同時ニ他ノ債務者ハ其當ニ給付スヘキ元本ヲ一時利用スルコトヲナラナリテ其對價トシテ利息ヲ支拂フハ理ノ當然ナルヲ以テナリ（法學博士橫田秀雄氏債權總論第七版五四七頁）

三 債務者ノ一人カ免責行爲ヲ爲シタルトキハ他ノ債務者モ亦之ニ依リテ債務ヲ免ルコトヲ得タルカ故ニ求償者ニ對シテ利息ヲ支拂フコトヲ要ス此利息ハ法定利息ノ一種ナリ而シテ求償者カ出捐シタル總額ニ付キ免責アリタル日以後ノ利息ヲ附スルコトヲ要シ其利率ハ法定利率ニ依ル（法學博士石坂晉四郎氏日本民法債權第三卷八七九頁）

至當ノ見解ト信ス元來連帶債務者ノ他ノ債務者ニ對スル求償權ハ公平ノ概念ニ基クモノニシテ免責アリタル日以後ノ法定利息ヲ求償權ノ範圍ニ屬セシメタルモ亦此觀念ノ適用ニ外ナラス即チ連帶債務者相互ノ關係ヨリスレハ他人ノ負擔部分タルモノヲモ債權者ニ辨償シ爲メニ之ニ相當スル金額ノ利用ヲ妨ケラレタル免責行爲者ト他人ノ免責行爲ニ因リ自己ノ負擔部分ヲモ免カレ爲メニ之ニ相當スル金額ノ利用ヲ爲スコトヲ得タル他ノ債務者トノ利害ヲ調和セントスルモノニ外ナラス從テ法定利息ノ支拂義務ハ決シテ他ノ債務者カ負擔部分償還義務ノ履行ヲ遲滯シタルニ基クモノニアラサルナリ縱令法定利息ノ支拂ヲ以テ遲滯

岡村博士

橫田博士

石坂博士

ノ效果ナリト假定スルモ債權者ヨリ請求ヲ受ケタル連帶債務者カ他ノ債務者ニ之ヲ通知スルコトハ負擔部分ノ求償權ニ付キ他ノ債務者ヲ遲滯ニ付スルノ效果ヲ生スヘキモノニアラス何トナレハ負擔部分ノ求償權ハ期限ノ定ナキ債權ニシテ之ニ付キ債務者カ遲滯ノ責ニ任スルハ求償者ヨリ其履行ノ請求ヲ爲スコトヲ要スルニ拘ラス右ノ通知ハ決シテ請求ナル意思通知ニアラスシテ單ニ債權者ヨリ請求ヲ受ケタル旨ノ觀念ノ通知ニ過キササルノミナラス通知當時ニハ未タ求償權發生セサルカ故ニ之カ履行ヲ求メ得ヘキモノニアラサレハナリ以上何レヨリ論スルモ連帶債務者カ債權者ヨリ請求ヲ受ケタルコトヲ他ノ債務者ニ通知スルコトハ法定利息求償權ノ要件タラサルコト明ニシテ只斯カル通知ノ懈怠ハ求償者ニ對シ民法第四四三條第一項ノ不利益ヲ蒙ラシムルノ效果ヲ有スルニ過キサ

二三七

四二四第一項 債權者ハ債務者カ其債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル法律行爲ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但此爲ニ因リテ利益ヲ受ケタル者又ハ轉得者カ其行爲又ハ轉得ノ當時債權者ヲ害スヘキ事實ヲ知ラザリシトキハ此限ニ在ラス

債權者カ債務者ト受益者トノ間ニ於ケル債權讓渡ヲ詐害行爲トシテ其取消ヲ請求スルニ當リ債務者ト受益者トヲ共同被告ト爲シタルトキハ債務者ニ對スル訴ハ不違法ナリトス

右ノ場合ニ於テ債務者ニ對スル訴ハ之ヲ棄却スルノ外ナシト雖モ之カ爲メニ受
益者ニ對スル訴ヲモ無効ナリト論定スルコトヲ得ス

訴不適法ノ抗辯ニ付キ按スルニ民法第四二四條所定ノ詐害行爲取消訴權ハ債權者ヲ
害スルコトヲ知リテ爲シタル債務者ノ法律行爲ノ效力ヲ消滅セシメ債務者ノ財産上
ノ地位ヲ行爲前ノ狀態ニ回復シ以テ債權者ノ共同擔保ヲ確保スルヲ目的トスル者ナ
ルヲ以テ當該法律行爲ニヨリテ利益ヲ受ケタル者又ハ轉得者ニ對シテ其法律行爲ノ
效力ヲ消滅セシムルニ於テハ特ニ債務者ニ對シテモ法律行爲ノ效力ヲ消滅セシムル
ノ必要ナク債務者ト受益者トノ關係ニ於テハ其效力ヲ存續セシムルモ債權者ノ權利
ニハ毫モ影響ナシト謂ハサルヘカラス故ニ原告カ債務者タル東京甲聯合會社ト被
告間ニ於ケル債權讓渡ヲ詐害行爲トシテ其取消ヲ訴求スルニ當リ右會社ヲ共同被告
ト爲シタルハ必要ナク從テ同會社ニ對スル訴ハ不適法ナリトス然レトモ共同訴訟ハ
各當事者ノ數ニ應シテ併存スル數個ノ訴訟ナルヲ以テ原告カ數名ノ被告ニ對シテ訴
ヲ提起シタル場合ニ偶々其一部ノ被告ニ對スル訴カ不適法ナリトスルモ之レカ爲メ
ニ訴全部ヲ不適法トスル理由ナシ故ニ前述ノ如ク原告カ債務者タル東京甲聯合會
社ト受益者タル被告トナ共同被告トシテ起訴シタル本件ニ於テハ訴ハ各被告ニ對シ
各別ニ繫屬スルヲ以テ東京甲聯合會社ニ對スル訴ハ之レヲ棄却スルノ外ナシト雖
モ之レカ爲メニ法律行爲ノ效力ヲ消滅セシメントスル被告ニ對スル訴ヲモ無効ナリ
ト論定スルコトヲ得ス仍テ被告ノ此點ニ關スル抗辯ハ理由ナシ(東京地方裁判所明治
四四年(ワ)第一四三七號大正四年六月二十六日民五部淺野裁判長下田鑿澤各判事判決)

吾人ハ詐害行爲取消ノ訴ハ常ニ債務者ヲ共同被告ト爲スヘキモノト信スルカ故
ニ本書第一卷民法二〇五頁第一項ニ對スルモノナレトモ若シ第一項ヲ是認スル
ノ見解ヲ採ラハ第二項ノ問題ヲ生スヘク而シテ其正當ナルハ疑ヲ容レズ(本卷民
訴五〇頁參照)

二三八

民法第一〇六八條第一項ニ所謂氏名ノ自署トハ遺言者ノ何人ナルヤニ付キ疑ヲ
容レサル程度ニ於テ完全ニ之カ表示ヲ爲スヲ要ストノ意義ヲ有スルモノトス

民法第一〇六八條第一項カ自筆證書ニ依ル遺言ニ氏名ノ自署ヲ要件ト爲シタル所以
ハ何人カ遺言者ナルカヲ明確ニスルノ趣旨ナレハ所謂氏名ノ自署トハ遺言者ノ何人
ナルヤニ付キ疑ヲ容レサル程度ニ於テ完全ニ之カ表示ヲ爲スヲ要ストノ意義ヲ有ス
ルモノト解セサルヘカラス斯ル完全ノ表示ヲ爲スニ付テハ通常ノ場合ニ在リテハ氏
名ヲ自署スルコト必要ニシテ且之ヲ以テ十分ナルヘシト雖モ他ニ同一氏名ノ者アリ
テ之ト混同ヲ生スヘキ場合ニ在リテハ他ノ同一氏名ノ者ニ非ルコトヲ明カニスルカ
爲メ住所爵位稱號雅名等ヲ附記スルヲ必要トスルコトアルヘク遺言ノ内容其他ヨリ
遺言者ノ何人ナルヤヲ知ルニ足リ他人ト混同ヲ生スヘカワサル場合ニ在リテハ氏名
ヲ併記セサルモ氏又ハ名ヲ自署スルヲ以テ十分ナリト爲ササルヘカラス總テノ場合
ニ一概ニ氏名ヲ自署スルヲ以テ必要ニシテ且十分ナリト論シ去ルカ如キハ民法第一

○六八條第一項ノ規定ノ趣旨ニ背反スルモノニシテ探ルニ足ラス然レハ原裁判所カ
本件遺言書ニハ吉川ナル氏ノ記載ナキモ親治郎兵衛トアリテ吉川治郎兵衛ヲ指スコ
ト明カナレハ氏名ノ記載ナキモノト謂フヲ得スト説明シタルハ正當ナリ(大審院大正
三年(オ)第一二一號同四年七月三日民三部横田裁判長大倉入江嘉山三宅各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審東京控訴院○土地登記抹消請求事件○上告人吉川嶺吉訴訟代理人辯護士鳩山一郎被告上告人平本伊之助訴訟代理
人辯護士莊田要二郎

【同趣旨判例】

民法第一〇六八條ニ所謂氏名ノ自署トハ遺言者ノ何人ナルカ明確ナラシムル記載アルヲ以テ足ルモノトス(大正二年十二月
二十二日東京控訴院本件第二審判決本書第二卷民法七六七頁)

至當ノ見解吾人ノ既ニ贊同セシ所ナリ

(二三九)

一 二 第一項 準禁治産者カ左ニ掲ケタル行爲ヲ爲スニハ其保佐人ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス
二 債財又ハ保證ヲ爲スコト

一 四 妻カ左ニ掲ケタル行爲ヲ爲スニハ夫ノ許可ヲ受ケルコトヲ要ス
一 第一條第一項第一號乃至第六號ニ掲ケタル行爲ヲ爲スコト 二 贈與若クハ遺贈ヲ受諾シ又ハ之ヲ拒絕スル
コト 三 身體ニ褻瀆ヲ受ケヘキ契約ヲ爲スコト
前項ノ規定ニ反スル行爲ハ之ヲ取消スコトヲ得

二〇 無能力者カ能力者タルコトヲ信セシムル爲メ詐術ヲ用キタルトキハ其行爲ヲ取消スコトヲ得ス

妻カ借財ヲ爲スニ當リ夫ノ許可ヲ受ケタルモノナルコトヲ信セシムル爲メ遺
夫ノ承諾書ヲ作成シテ之ヲ貸主ニ示シ而シテ貸主ハ妻ノ詐術ニ陥リ眞實妻ハ夫

ノ許可ヲ受ケタル上貸借ヲ爲スモノト信シタルトキハ妻ハ夫ノ許可ヲカリシユ
トヲ理由トシテ右貸借契約ノ取消ヲ爲スコトヲ得サルモノトス

原被告間ニ原告主張ノ如キ内容ヲ有スル金銭消費貸借契約ヲ締結シ之ニ關スル公正
證書ヲ作成シタルコト竝ニ原告ハ當時夫中山專之助ノ妻ナリシコトハ當事者間ニ爭
ヒナシ凡ソ妻カ借財ヲ爲スニハ夫ノ許可ヲ受ケルコトヲ要スルモノナルヲ以テ本件
貸借ニ付キ原告ニ對スル夫專之助ノ許可ノ有無ヲ審査スルニ乙第一號證(中山專之助
ノ原告ニ對スル承諾書)ハ淺田文六カ擅ニ作成シタルモノナルコトハ同人ノ證言スル
處ニシテ他ニ許可アリタルコトヲ認ムヘキ證據ナキヲ以テ原告カ本件消費貸借契約
ヲ締結スルニ付夫中山專之助ハ許可ヲ與ヘサリシモノト想定ス然レトモ原告カ夫ノ
許可アリタルコトヲ信セシムル爲メ詐術ヲ用キタルトキハ其行爲ハ取消スコトヲ得
サルモノナルヲ以テ此點ニ付キ案スルニ被告會社ニ原告カ金二千圓ノ借入方交渉レ
タル際被告會社ノ代理人馬場忠次郎ハ原告方ニ於テ同人ニ中山專之助ノ妻ナルコト
ヲ確カメタルヲ以テ夫專之助ノ許可書ヲ要求シタル處原告ハ之ヲ承諾シ大正二年十
月三十日公證人小田切英役場ニ於テ專之助ノ承諾書ヲ忠次郎ニ示シ夫ノ許可ヲ受ケ
タル旨ノ證明ヲ爲シタルヲ以テ貸借ニ關スル公正證書ヲ作成スルニ至リタルコトハ
馬場忠次郎ノ證言ニ依リ之レヲ認メ得ク且ツ原告被告代理人馬場忠次郎竝ニ訴外
淺田文六カ登記申請ヲ爲スニ付キ必要書類全部ヲ小宮山熊次郎ニ交付シ抵當權設定
ノ登記申請手續ノ依頼ヲ爲シタル際該書類中ニハ中山專之助ノ承諾書モ在リタル旨
小宮山熊次郎ハ證言スルヲ以テ原告ハ夫ノ許可ヲ受ケタルモノナルコトヲ信セシム

富井博士
岡松博士
平沼博士
川名博士
松本博士

ル爲メ擅ニ專之助ノ承諾書ヲ作成シテ之レヲ被告ニ示シタルモノナルコトヲ推知スルニ難カラス而シテ被告ニ於テ右ノ如キ事情ヲ知リタルコトニ付テハ證據ナキヲ以テ被告ハ原告ノ詐術ニ陥リ眞實原告ハ夫專之助ノ許可ヲ受ケタル上本件貸借ヲ爲スモノト信シタルモノト認ムルノ外ナキヲ以テ最早ヤ原告ハ夫ノ許可ヲカリシコトヲ理由トシテ右貸借契約ノ取消ヲ爲スコトヲ得サルモノト謂ハサルヘカラス(東京地方裁判所大正三年(ワ)第一六〇六號同四年七月九日民三部神谷裁判長三宅稻本各判事判決)

【關係事項】

請求ニ關スル異議事件○原告中山かま訴訟代理人辯護士田坂貞雄同吉田三市郎被告馬場合資會社法律上代理人馬場忠兵衛訴訟代理人辯護士小林賢之助同川田準一郎

【參照學說】

一 所謂能力者タルコトヲ信セシムル爲メ詐術ヲ用ユルコトキハ例之法定代理人ノ同意ヲ得タル證書ヲ偽造シ又ハ人ヲシテ成年者タルコトヲ偽證セシムル如キ積極的ニ詐術ヲ行フコトヲ謂フ(法學博士富井政章氏民法原論第一卷一五七頁)
二 「詐術」積極的ノ策略ヲ用ヒ惡意ヲ以テ相手方ヲ錯誤ニ陥ラシムルコトヲ要ス例之未成年者カ證人ヲ作リ成年者ナリト詐リ又ハ妻カ夫ノ許可ヲ經タル證書ヲ偽造スルカ如シ(法學博士岡松太郎氏民法理由總則編四九頁)
三 無能力者カ同意又ハ許可ヲ得タルコトヲ信セシムル爲メニ詐術ヲ用ヒタル場合ハ前同ノ理由ニ依リ取消シ得ヘカラサルモノト爲スカ至當ナリ然ルニ法文ニハ此場合ヲ包含セス故ニ解釋論トシテハ相手方ハ損害賠償ノ請求權ヲ有スルニ止マル(法學博士平沼一郎氏民法總論二〇六頁)
四 本條(民法第二〇條)ハ無能力者カ能力者タルコトヲ信セシムル場合ノミヲ規定スルヲ以テ例之無能力者カ其法定代理人保佐人又ハ夫ノ同意書若クハ許可書ヲ偽造シテ相手方ヲ欺キタル場合ニ於テハ無能力者ハ自己ノ能力者タルコトヲ信セシメタルニアラス本條ニ依リコト能ハサルカ如シト雖モ之ヲ區別スルノ理由ナシ故ニ本條ニ所謂能力者トハ唯個々ノ行爲ニ付キテノ能力者ナルコトヲ意味シ能力ノ點ニ於テ自己ノ行爲ヲ取消スヘカラサルモノト信セシムル云々ノ事ヲ意味スルモノト解セサルヲ得ス(法學博士川名名四郎氏民法總論卷一〇〇頁)
本條(民法第二〇條)ノ適用アル爲メニハ無能力者カ能力者タルコトヲ信セシムル爲メニ詐術ヲ用ヒタルコトヲ要ス(一)

松岡學士
大審院
東京控訴院
大阪地方裁判所
631 (民法)

主觀的要件トシテ無能力者ニ故意アルコトヲ要ス(二)無能力者カ詐術ヲ用ヒタルコトヲ要ス之ヲ客觀的要件トス詐術タル爲メニハ單純ナル虛偽ノ陳述又ハ沈黙ノ如キヲ以テ是レトセス積極的ニ詐術ヲ用フルコトヲ要ス例之戶籍謄本ヲ偽造シ又ハ虛偽ノ證人ヲ用フルカ如シ(三)相手方カ其詐術ニ陥リテ行爲ヲ爲シタルコトヲ要ス(法學博士松本英人氏民法及ヒ物二〇〇頁)
本條ノ適用ハ其法文ヨリ之ヲ觀レハ無能力者カ其能力者タルコトヲ信セシムル場合ニ限レルカ如キモ實ハ個々ノ具體的行爲ニ付テ無能力者カ其能力アルコトヲ信セシムル爲メニ詐術ヲ用ヒタル場合ヲ包含スルモノト解ス(シ例之無能力者カ其法定代理人若クハ保佐人ノ同意書又ハ夫ノ許可書ヲ偽造シテ行使シタル場合ノ如シ(同上二二頁))
六 限定能力者ニ取消權ヲ否認スルニハ限定能力者カ能力者タルコトヲ信セシムルカ爲メニ詐術(相手方ヲ錯誤ニ陥ルルカ爲メニ行フ積極的手段ヲ用キタルコトヲ要ス例之未成年者カ偽造ノ出生證書ヲ相手方ニ示シ以テ成年者ナリト誤信セシメ又ハ法定代理人ノ偽造同意書ヲ相手方ニ示シ以テ完全ノ行爲ヲ爲スコトヲ得ヘキ限定能力者ナリト誤信セシムルカ如シ然レトモ相手方カ行爲ヲ爲ス當時既ニ詐術タルコトヲ確知シタルトキハ誤信ヲ來スコトヲキチテ詐術ヲ用キタリト云フコトヲ得ス(法學士松岡義正氏民法論則二一五頁)

【參照判例】

一 民法第二〇條ハ準禁治產者ノ如キ無能力者カ或法律行爲ヲ爲スニ付自ラ準禁治產者ニ非サルコトヲ信セシムル爲メ相手方ニ對シ詐術ヲ施シテ之ヲ信セシメタル場合ハ勿論其法律行爲ニ付キ保佐人ノ同意ヲ得タルコトヲ信セシムル爲メ詐術ヲ用ヒ相手方ニ對シ之ヲ信セシメタル場合ニ於テモ亦其行爲ノ取消ヲ許ササルモノト解釋セサルヘカラス(大審院民事判決明治三七年九四〇頁)
二 民法第二〇條ハ無能力者タル資格即法律行爲ヲ爲ス能力ニ付キ何等ノ制限ヲ受ケサル能力上ノ情態ニ在ルコトヲ相手方ニ信セシムル爲メ詐術ヲ用ヒタル場合ニミ適用スヘキ其法律行爲ヲ爲スニ付キ法律ノ規定セル要件即保佐人ノ同意アリタルコトヲ信セシムル爲メ詐術ヲ用ヒテ相手方ヲ欺キタル場合ニ適用スヘキモノニアラス(東京控訴院判決法律新聞第一九七號一九二〇年九月九日)
三 民法第二〇條ハ無能力者カ詐術ノ術策ヲ用ヒ相手方ニ對シ完全ナル行爲ヲ爲シ力ヲ有スルモノノ如ク誤信セシムル場合ノミヲ要ス其行爲ノ有效ニ必要ナル補助行爲ヲ詐リ相手方ニ完全ナル法律行爲ナリト信セシメタル場合ヲモ律スルモノトス(大阪地方裁判所判決法律新聞第一一〇號七頁)

民法第二〇條ノ規定ノ適用アルニハ無能力者カ詐術ヲ用ヒ而シテ相手方カ其詐術ニ陥リタル結果能力ヲ誤信シテ法律行爲ヲ爲シタルコトヲ要ス蓋シ同條ハ相

手方ヲ目的トスル規定ナルヲ以テ相手方ニ於テ無能力者タルコトヲ知レル場合其詐術タルコトヲ看破シタル場合及ヒ其詐術ニ因ラスシテ能力ヲ誤信シ居タル場合ハ其適用ヲ除外セラルヘキモノナレハナリ而シテ本件ノ如ク無能力者カ行爲ノ有效ナルカ爲メニ必要ナル同意許可アリタルコトニ付キ詐術ヲ用ヒタル場合ニ本條ノ適用アリヤ否ヤハ議論ノ存スル所ナリト雖モ相手方保護ノ必要ハ能力ヲ誤信セシメタル場合ト區別ナキヲ以テ吾人ハ本判決ト同シク之ヲ積極ニ解セント欲ス

二四〇

一七七 不動産ニ關スル物權ノ得喪及ヒ變更ハ登記法ノ定ムル所ニ從ヒ其登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

民法施行法三七 民法又ハ不動産登記法ノ規定ニ依リ登記スヘキ權利ハ從來登記ナクシテ第三者ニ對抗スルコトヲ得ヘカリシモノト雖モ民法施行ノ日ヨリ一年內ニ之ヲ登記スルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

華族世襲財産法二 世襲財産ハ總テ家督相續者ヲシテ之ヲ相續セシムルモノトス
同一九 世襲財産ヲ創設增加更換又ハ補充セントスル者ハ其願書ニ財産目錄ヲ添ヘ宮内大臣ニ差出シ其認可ヲ受ケヘシ世襲財産附屬物ヲ設ケントスル者亦同シ
不動産登記法一〇四 不動産ヲ世襲財産ト爲スコトヲ認可シタルトキハ當該官廳ハ遲滞ナク世襲財産ノ創設ノ登記ヲ登記所ニ囑託スルコトヲ要ス

(一) 華族世襲財産タル不動産ニ付キ隱居ニ因ル家督相續開始シタル場合ニ於テハ相續人ハ相續ニ因ル所有權取得ノ登記ヲ爲スコトヲ要セスシテ世襲財産タル不動産ニ付キ所有權ヲ取得シタルコトヲ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルモノト

ス

(二) 舊登記法ニハ華族世襲財産創設ノ登記ナルモノヲ認メサルヲ以テ世襲財産ヲ民法施行法第三七條ニ該當スルモノトスルニ妨ケナキモノトス

(三) 未タ差押又ハ配當加入ヲ爲シタルニアラスシテ單ニ債權者タルニ過キサル者ハ民法第一七七條ニ所謂第三者ト謂フコトヲ得ス

(四) 民法施行法第三七條ハ民法施行前登記ナクシテ第三者ニ對抗スルコトヲ得ヘカリシ權利ハ民法施行ノ日ヨリ一年內ニ登記セサル爲メ其權利カ當然消滅スルカ又ハ其後ニ至リ登記スルコトヲ得サル旨ヲ規定シタルモノニアラス而シテ民法施行ノ日ヨリ一年ノ後ト雖モ其登記ノ日ヨリ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルモノトス

(一) 華族世襲財産タル不動産ト雖モ原則トシテ一般ノ不動産ト同シク民法及ヒ不動産登記法ノ適用ヲ受クルモノト謂フコトヲ得ヘシ然レトモ華族世襲財産法ニ特別ノ規定存スル限リハ民法及ヒ不動産登記法ノ一般規定ノ適用ヲ除外スヘキハ固ヨリ論ヲ俟タス而シテ一般ノ不動産ニ付キ隱居ニ因ル家督相續開始シタル場合ニ於テハ相續人ハ民法第一七七條ノ規定ニ從ヒ登記ヲ爲スニ非サレハ其取得ヲ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノナルコトハ本院判例ノ認ムル所ナリ(明治四十一年(オ)第二七四號同年十二月十五日言渡判決參照)即チ此場合ニ於テハ民法ノ規定ニ依レハ隱居者ノ不動産所有權ハ家督相續ニ因リ當然相續人ニ移轉スルモ未タ其登記ヲ爲ササル間ハ第

三者ヨリ觀レハ其所有權ハ依然隱居者ニ存スルモノト看做スコトヲ得ヘク(第三者ハ自ラ進ンテ相續人ヲ所有者ナリト主張スルコトヲ得ルモ)登記名義人タル隱居者ヨリ不動產ノ讓渡ヲ受ケタル第三者ハ有效ニ其所有權ヲ取得スルニ至ルモノトス併シナカラ此民法ノ一般規定カ華族世襲財產タル不動產ニモ適用セラルヘキモノナルヤ否ヤヲ審案スルニ華族世襲財產法第二條ニハ「世襲財產ハ總テ家督相續者ヲシテ之ヲ相續セシム」トアリ此規定タルヤ華族世襲財產ハ單ニ華族ノ戸主ニ於テノミ之ヲ所有スルコトヲ得ヘキモノナルコトヲ定メタルモノナルコト明カナリ故ニ登記名義人タル隱居者ト雖モ相續人ニ對スル關係ニ於テハ勿論第三者ニ對スル關係ニ於テハ世襲財產ノ所有者タル地位ニ在ルコトヲ許サス從テ第三者カ隱居者ヨリ世襲財產タル不動產ノ讓渡ヲ受クルモ有效ニ其所有權ヲ取得スルモノニアラス又隱居者ノ債權者カ世襲財產タル不動產ノ隱居者ノ所有トシテ有效ニ差押フコトヲ得ルモノニアラス然レハ世襲財產タル不動產ニ對シ前示ノ如キ一般ノ不動產ニ關スル民法ノ規定ヲ適用スルコト能ハサルヤ自ラ明カナルヘシ尙ホ右ノ如ク第三者カ世襲財產タル不動產ニ關シ有效ニ權利ヲ取得スル能ハサル以上ハ相續人ノ世襲財產取得ノ登記欠缺ヲ主張スルニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者ニアラサルヲ以テ相續人ハ登記ナクシテ其取得ヲ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルモノト謂ハサルヲ得ス故ニ華族世襲財產タル不動產ニ付キ隱居ニ因ル家督相續開始シタル場合ニ於テハ民法一般規定ノ適用ヲ受クヘキ不動產ノ場合ト異ナリ相續人ハ相續ニ因ル所有權取得ノ登記ヲ爲スコトヲ要セスシテ世襲財產タル不動產ニ付キ所有權ヲ取得シタルコトヲ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルモノト解スルヲ相當トス原判決ノ趣旨モ亦右ニ説明スル所ト結局同一ナルヲ以テ之ニ

對スル論旨ハ理由ナシ

(二) 華族世襲財產ノ創設ニ付キ民法第一七七條及ヒ不動產登記法ノ適用ヲ受ケレハトテ之ニ依リ直チニ其家督相續ニ因ル取得ニ付テモ亦同法條ノ適用アルモノト謂フコトヲ得ス而シテ華族世襲財產タル不動產ノ家督相續ニ因ル取得ニ付キ登記ヲ要セスシテ第三者ニ對抗スルコトヲ得ヘキモノナルコトハ既ニ前段ニ於テ述ヘタルカ如シ尙ホ舊登記法ニハ華族世襲財產創設ノ登記ナルモノヲ認メサルヲ以テ本件世襲財產ヲ民法施行法第三七條ニ該當スルモノトスルニ妨ケナキモノトス

(三) 未タ差押又ハ配當加入ヲ爲シタルニアラスシテ單ニ債權者タルニ過キサル者ハ民法第一七七條ニ所謂第三者ト謂フコトヲ得サルノミナラス(明治四十一年(オ)第二六九號同年十二月十五日言渡判決參照)從テ參加人カ原院ニ提出シタル大正三年九月十九日附ノ準備書面ニ依ルモ從テ參加人カ千代田貯藏銀行ノ預金者其他ノ債權者ヲ第三者ナリト主張シタルモノト認ムルコトヲ得ス然レハ原院カ其預金者其他ノ債權者カ第三者ナリヤ否ヤ及ヒ之ニ對シ被告上告人カ本件不動產ノ華族世襲財產タルコトヲ對抗シ得ルヤ否ヤノ點ニ付キ判斷ヲ爲ササルモ不法ニアラス

(四) 民法施行法第三七條ニハ「民法又ハ不動產登記法ノ規定ニ依リ登記スヘキ權利ハ從來登記ナクシテ第三者ニ對抗スルコトヲ得ヘカリシモノト雖モ民法施行ノ日ヨリ一年內ニ之ヲ登記スルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス」トアルニ過キサルヲ以テ民法施行前登記ナクシテ第三者ニ對抗スルコトヲ得ヘカリシ權利ハ民法施行ノ日ヨリ一年內ニ登記セサル爲メ其權利カ當然消滅スルカ又ハ其後ニ至リ登記ス

東京控訴院

東京地方裁判所

大審院

ルコトヲ得サル旨ヲ規定シタルモノト認ムルコトヲ得ス而シテ民法施行ノ日ヨリ一年ノ後ト雖モ其權利ニ付キ登記ヲ爲スコトヲ得ル以上ハ其登記ノ日ヨリ第三者ニ對抗スルコトヲ得ヘキハ固ヨリ當然ナリ故ニ論旨ハ理由ナシ(大審院大正三年(オ)第八七五號同四年七月十二日民二部馬場裁判長田上入江鈴木岩田各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審東京控訴院○不動產強制執行異議事件○上告人株式会社千代田貯蓄銀行破産管財人岩田宙造訴訟代理人辯護士木内傳之助同植田亥之吉近藤民雄從參加人福島マ作外一人訴訟代理人辯護士播磨辰治郎同御子榮學之助同吉野千代吉同野村大五郎被上告人堀秀孝訴訟代理人辯護士鹽入太輔同鶴澤總明

【二點同趣旨判例】

一 華族世襲財產創設ノ登記アルニ於テハ假令相續ニ因ル所有權取得ノ登記ヲ爲ササルモ家督相續人ハ當然世襲財產タル不動產所有權ノ取得ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルモノトス(大正三年九月二十六日東京控訴院本件第二審判決本書第三卷民法五二〇頁)

二 華族世襲財產創設ノ公示方法又ハ其登記ヲ了シタル以上ハ之ニ屬スル不動產ノ家督相續ニ因ル所有權ノ取得ヲ第三者ニ對抗スルニ付キ其登記ヲ要セサルモノトス(大正三年二月五日東京地方裁判所本件第一審判決本書第三卷民法一三四頁)

【三點參照判例】

物權ハ本來絕對ノ權利ニシテ特對ノ權利ニ非ス而シテ民法第一七七條ニハ不動產ニ關スル物權ノ得喪及變更ハ登記法ノ定ムル所ニ從ヒ其登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スル事ヲ得ズ規定シ第三者ノ意義ニ付テ明ニ制限ヲ加ヘタル文詞アルルヲ見ス是故ニ之ヲ物權ノ性質ニ考ヘ又之ヲ民法ノ條文ニ徴シ卒然之ヲ論スル時ハ所謂第三者トハ不動產ニ關スル物權ノ得喪及變更ノ事爲ニ於ケル當事者及ヒ其包括承繼人ニ非サル者ヲ指稱スト云ヘル説ハ誠ニ間然スヘキ所ナキカ如シ然レトモ精思深考スルトキハ未タ必スシテ其然ラサルコトヲ知ルニ難カラズ抑民法ニ於テ登記ヲ以テ不動產ニ關スル物權ノ得喪及變更ニ付テノ成立要件ト爲サスシテ之ヲ對抗條件ト爲シタルハ既ニ其絕對ノ權利タル性質ヲ貫徹スルコト能ハサル素因ヲ爲シタルモノト謂ハサルヲ得然レハ則チ其時ニ或ハ特對ノ權利ニ類スル餘アルコトハ必至ノ理ニシテ毫モ怪ムニ足ラサルナリ是ヲ以テ物權ハ其性質絕對ナリト一事ハ本條第三者ノ意義ヲ定ムルニ於テ未タ必スシモ之ヲ重視スルヲ得ヌ加之本條ノ規定ハ同一ノ不動產ニ關シテ正當ノ權利若クハ利益ヲ有スル第三者ナシテ登記ニ依リテ物權ノ得喪及變更ノ事ヲ知悉シ以テ不應ノ

第一點ニ付テハ吾人反對ノ見解ヲ持ス(本書第三卷民法一三九頁評論參照)爾餘ノ判旨ハ正當ナリ

(二四一)

五二九 或行爲ヲ爲シタル者ニ一定ノ報酬ヲ與フヘキ旨ヲ廣告シタル者ハ其行爲ヲ爲シタル者ニ對シテ其報酬ヲ與フル義務ヲ負フ

五三〇 贈與ハ當事者ノ一方カ自己ノ財產ヲ無償ニ相手方ニ與フル意思ヲ表示シ相手方カ受諾ヲ爲スニ因リテ數力ヲ生ス

五三一 本節ノ規定ハ賣買以外ノ有償契約ニ之ヲ準用ス但其契約ノ性質カ之ヲ許ササルトキハ此限ニ在ラス

八九〇 子カ成年ニ達シタルトキハ親權ヲ行ヒタル父又ハ母ハ遲滞ナク其管理ノ計算ヲ爲スコトヲ要ス但其子ノ養育及ヒ財產ノ管理ノ費用ハ其子ノ財產ノ收益ト之ヲ相殺シタルモノト看做ス

八九一 前條但書ノ規定ハ無償ニテ子ニ財產ヲ與フル第三者カ反對ノ意思ヲ表示シタルトキハ其財產ニ付テハ之ヲ適用セス

八九二 第一項 無償ニテ子ニ財產ヲ與フル第三者カ親權ヲ行フ父又ハ母ナシテ之ヲ管理セシメサル意思ヲ表示シタルトキハ其財產ハ父又ハ母ノ管理ニ屬セサルモノトス

一一四二 不當ノ對價ヲ以テ爲シタル有償行爲ハ當事者双方カ遺留分權利者ニ損害ヲ加フルコトヲ知リテ爲シタルモノニ限リ之ヲ贈與ト看做ス此場合ニ於テ遺留分權利者カ其減殺ヲ請求スルトキハ其對價ヲ償還スルコトヲ要ス

或法律行為カ有償行為タルニハ二個ノ給付ノ間ニ條件的又ハ原因的連結ニ原因ト云フハ民法第七〇三條ノ法律上ノ原因ヲ指シ給付ノ原因的連結トハ或法律行為ニ於ケル二個ノ給付カ相互ニ他ノ給付ノ法律上ノ原因タル關係ニ於テ連結セラルル一切ノ場合ヲ指スアルヲ以テ足り必スシモ雙務的連結アルヲ要セス」

有償行為ノ觀念ハ契約タルト單獨行為タルト無因行為タルト有因行為タルト債權行為タルト物權行為タルトヲ問ハス總テ其適用ノ必要アルモノトス」

一 有償行為ノ觀念

有償行為トハ給付ト反對給付トヲ連結スル法律行為換言スレハ財產ノ取得力之ニ相應スル喪失ニ依テ購ハルル法律行為ナリ故ニ有償行為ノ觀念ヲ明ニスルニハ對立スル二個ノ給付ノ關係ヲ闡明セサルヘカラス

第一 給付間ニ存スル連結關係ノ法律上ノ性質

一 雙務連結說 此說ニ依レハ法律行為ノ兩當事者カ給付義務ヲ負フ場合即各當事者カ債權者タルト同時ニ債務者タル場合ニ限リ法律行為ハ有償ナリトス而シテ此說

ニ依レハ有償タルコトヲ得ル法律行為ハ雙務契約及ヒ組合契約ニ限ラル

雙務連結說ノ誤ハ專ラ既成ノ法律行為ニ付テ有償ノ觀念ヲ定メントスルノ點ニ在リ殊ニ既成ノ要物契約ニ於テハ給付義務ヲ負フ者ハ當事者ノ一方ノミナリト雖モ要物契約ノ成立ニハ先ツ他方ノ給付アルコトヲ要シ要物契約全體ノ構成ヨリ觀レハ當事者一方ノ給付義務モ他方ノ現實給付モ共ニ缺クヘカラサルモノナリ一ハ履行ノ爲メニセラレ他ハ成立ノ爲メニセララルコトハ二個ノ給付ノ對立ヲ妨クルモノニアラス加之此說ハ我國法ノ解釋論トシテハ全然不可ナリ何トナレハ我國法ハ雙務契約ノ外有償契約ナル語ヲ用ヒ(民法五五九條)又更ニ進ンテ有償行為ナル一層廣汎ナル内容ヲ有スル語ヲ用ヒ(民法一四二條)舊商法破產編九九〇條)雙務契約ト有償行為ト同一觀念ニアラサルコトヲ示セハナリ

二 經濟的連結說

有償ノ觀念ヲ解スルコト前說ノ甚シク狭キニ反シ此說ニ依レハ有償ハ法律の觀念ニアラスシテ經濟的觀念ナリトシ二個ノ給付間ニ事實上ノ經濟的連結アレハ之ヲ含ム法律行為ハ有償ナリト解ス此說ハ有償行為ニ於ケル給付ノ連結關係ヲ事實上經濟上ノモノトナシ其法律上ノ性質ニ付テ何等ノ説明ヲ試ミス全然法律論ヲ離レタル見解ナルカ故ニ非ナリ

三 條件的又ハ原因的連結說

此說ハ或法律行為カ有償行為タルニハ二個ノ給付ノ間ニ條件的連結又ハ原因的連結(按ニ原因ト云フハ民法第七〇三條ノ法律上ノ原因ヲ指シ給付ノ原因的連結トハ或法律行為ニ於ケル二個ノ給付カ相互ニ他ノ給付ノ法律上ノ原因タル關係ニ於テ連結セ

ラルル一切ノ場合ヲ指ス)アルヲ以テ足り必スシモ双務的連結アルヲ要セストナスト
 同時ニ二個ノ給付ノ關係ノ法律の性質ヲ條件又ハ原因ナリトシ事實的經濟的連結説
 ナ排ス吾人ハ此説ヲ妥當トス蓋シ二個ノ給付カ對立スル場合ニ其間ノ連結關係ノ法
 律上ノ性質ハ必スシモ双務的連結關係ニ限ラサルニアラス其關係カ條件的又ハ原因
 的ナル場合モ等シク法律的關係ナリ兩者ノ間ニハ多少強弱ノ差アルヘシト雖モ一
 有價トシ他ヲ然ラストナスノ理由ニ乏シケレハナリ
 條件的又ハ原因的連結説ニ依レハ左ノ二面ノ結果ヲ生シ幾多ノ疑問ヲ解決シ得ルノ
 利益アリ

(甲) 條件履行ノ爲メニ出捐又ハ原因ニ對シテ爲サル出捐ハ總テ有價ナリトス
 故ニ

(イ) 懸賞廣告ハ有價行爲ナリ 懸賞廣告ニ關シテハ其法律上ノ性質ニ付キ從來二
 説アリ而シテ契約説ニ依レハ懸賞廣告ハ双務契約ナリトセラルルカ故ニ其有價無價
 ニ關シ疑ヲ生スルコトナシ又通説ノ如ク一方行爲説ナリトスルモ懸賞廣告ニ於テ受
 賞者ノ給付ハ懸賞者ノ給付義務ノ條件ヲ爲スカ故ニ有價行爲ナリトス

(ロ) 利息附消費貸借ハ有價行爲ナリ 吾人ハ利息附消費貸借ニ於テハ二個ノ給付
 カ條件的又ハ原因的ニ連結セラルルノ點ニ其有價性ヲ求ム然ラハ利息附消費貸借ニ
 於テ如何ナル給付カ條件的又ハ原因的ニ連結セラルルヤ正當ト信スル見解ニ依レハ
 貸主ノ給付ニ對立スルモノハ借主ノ返還義務ナリト雖モ返還義務ハ元本給付ノ對價
 ナナスモノニアラスシテ元本給付ノ制限又ハ減殺タルニ過キス即貸主ノ給付ハ借主
 ノ返還義務ニ依リテ完全ニ報償セラレヌ其一部ハ借主ニ殘存ス換言スレハ借主ハ消

費貸借成立ノ時ヨリ終了ノ時ニ至ル間ノ元本利用ニ因ル收益ヲ保有シ此ニ借主ノ利
 得存ス消費貸借カ無利息ナルトキハ借主ノ此利得ハ無價ナルモ利息附ナルトキハ利
 息給付ハ其對價ヲナスモノトス

(乙) 二個ノ給付ノ間ニ双務的關係アルコトヲ要セサルモ其關係ハ必ス法律上ノ關係
 タルコトヲ要ス給付間ノ事實上ノ經濟的關係ハ法律行爲ノ有價無價ヲ區別スルノ標
 準トナラス

第二 二個ノ給付間ノ內容關係

二個ノ給付間ニ上述ノ如キ法律的關係アルノ點ノミヲ以テハ未ダ法律行爲ノ有價無
 價ヲ決スルニ十分ナル標準ヲ得タリト謂フヲ得ス若シ上述ノ關係アルモノハ必ス有
 價行爲ナリトセンカ負擔附贈與モ亦有價行爲ナリト謂ハサルヘカラス至ルヘク
 而モ此結果ハ明ニ民法ノ明文ニ反スレハナリ吾人ハ有價行爲ノ觀念ヲ一層明確ニス
 ヘキ第二ノ特徵ヲ給付間ノ內容的關係ニ求ム而シテ學者ハ此問題ノ研究ヲ双務契約
 ノ範圍ニ限定ス此問題ニ關スル學說ハ分レテ三トナル

一 同價説

此説ハ双務契約ニ於ケル二個ノ給付カ互ニ對價トシテ交換セラルルコトヲ得ルカ爲
 メニハ同一ノ價格ヲ有セサルヘカラストノ見地ニ基ク

(甲) 客觀的同價説 此説ニ依レハ双務契約ニ於ケル各當事者ノ失フ所ハ得ル所ト
 財産上ノ價值同一ナルコトヲ要ス換言スレハ二ノ給付ノ客觀的交換價值同一ナルコ
 トヲ要ス

(乙) 主觀的同價説 此説ニ依レハ給付ト反對給付トカ當事者ノ意見ニ從テ同一ナ

ルコトヲ要スレトモ此主觀的觀念カ客觀的ニ正當ナルコトハ必要ナラストス

二 要素説
此説ニ依レハ双務契約ニ於ケル二個ノ給付義務ハ論理的意義ニ於テ同一ナルコトヲ要ス即債務關係ノ要素トシテ同一ノ價值ヲ有スルコトヲ要ストス
三 給付間ノ內容的關係ニ付テ正確ナル原則ヲ立ツルコト能ハストナス説
此説ニ依レハ有償行爲トハ給付ト反對給付トカ双務的條件的又ハ原因的連結關係ニ於テ對立スル行爲ナリト定義スルヲ以テ滿足スルノ外ナク給付間ノ內容的關係換言スレハ反對給付トハ何ソヤト云フ問題ニ付テハ一切ノ疑問ヲ解決スルニ足ル原則ヲ定ムルコトヲ得ス各個ノ法律行爲ニ付キ之ニ關スル法規及ヒ當事者ノ意思ヲ參酌シテ給付カ反對給付ナルヤ否ヤヲ決スヘキモノトス吾人モ亦此説ヲ可トシ以下有償ナルカ無償ナルカ疑ノ存スル法律行爲ノ二三ニ付テ解説ヲ加ヘン

一 負擔附贈與

負擔附贈與ハ羅馬法以來常ニ贈與ト稱セラレ又一般ニハ其法律上ノ性質モ贈與ト見ラレ有償行爲ト解セラレズ亦此沿革的見解ニ從ヘルモノナリ然レトモ負擔ト反對給付トハ如何ナル差異ヲ有スルヤハ頗ル疑問ニ屬ス
負擔ト反對給付トハ區別スル標準ニ付テハ主觀説ニ依レハ合致セル當事者ノ意思ニ依テ定マルヘキモノトス即當事者ノ意思ニ從ヘハ供與ノ制限又ハ減殺タルニ過キサルモノハ負擔ニシテ供與ノ補償タルノ目的ヲ有スルモノハ反對給付ナリトス此説ヲ通説トス客觀説ニ依レハ當事者ノ意思如何ニ拘ラス或給付カ客觀的ニ供與ノ制限ヲナス場合ニハ負擔ニアラストス客觀説ヲ可トスヘキカ如シ

二 要物契約

使用貸借及無利息ノ消費貸借ハ借主ノ利益ノ爲ノ無償行爲ナルコトハ一般ノ認ムル所ナルノミナラス民法モ又明ニ借主ノ利益ノ爲メノ無償行爲ナルコトヲ認ム(民法五九三條)然ラハ如何ニシテ其然ル所以ヲ説明シ得ヘキカ使用貸借消費貸借ニ於テ其主
要ナル給付ハ契約成立ノ爲ニ貸主ノ爲ニ給付ニシテ借主ノ返還義務ハ獨立ノ反對給付タル價值ヲ有セス寧ろ貸主ノ給付ノ制限又ハ減殺換言スレハ一旦貸主ニ歸シタル利益ノ還附タルノ意義ヲ有スルニ過キサルモノトス然レトモ返還義務ノ範圍ハ貸主ノ給付ニヨリテ借主ニ生シタル總テノ利益ニ及ハス契約ノ成立ヨリ終了ニ至ル間ノ目的物ノ使用收益ニ因テ生シタル利益ハ借主ノ所得ニ歸ス故ニ借主ノ返還義務ハ受ケタル利益ノ一部ノ還付ニ止マル此意義ニ於テ吾人ハ使用貸借無利息ノ消費貸借ハ借主ノ利益ノ爲ノ無償行爲ナリト解ス
之ニ反シテ無償寄託ハ寄託者ノ利益ノ爲ノ無償行爲ナリトス而シテ寄託者ノ利得ハ受寄者ノ返還義務ニ存セス其保管義務ニ存スルモノトス蓋シ受寄者ノ返還義務ハ上述ノ使用借主ノ返還義務ト同一ノ性質ノモノタルノミナラス受寄物ノ返還ハ受寄者ノ義務タルト同時ニ其權利ナルヲ原則トスレハナリ

三 組合契約

組合契約カ有償行爲タルコトハ何人モ爭ハサル所ナリ吾人ハ其双務契約トノ差異ハ双務契約ニ於テハ各當事者ノ爲ニ給付モ受クル給付モ直接ニ行ハルニ反シ組合契約ニ於テハ各當事者ノ爲ニ給付ハ一旦組合財産ヲ組成シ各當事者ノ受クル給付ハ此組合財産ヨリ出ツルモノニシテ給付ノ交換ハ間接ナルノ點ニ在リトス

富井博士

岡松博士

平沼博士

【參照學說】

一 有償行為トハ對價ヲ受ケテ財產上ノ給付ヲ爲ス法律行為ヲ謂フ例ハ買賣貸借借附贈與ノ如キ是ナリ無償行為トハ報償ヲ受ケテ其給付ヲ爲ス行爲ヲ謂フ使用貸借負擔ナキ贈與若クハ遺贈ノ如キハ其部類ニ屬スルモノトス(法學博士富井政章氏民法原論第一卷三二三頁)

二 有償行為ハ之ニ因リテ取得スル利益ニ換ヘテ出捐ヲ爲スモノナリ(例之買賣交換)無償行為ハ出捐ヲ爲スコトナクシテ利益ヲ受クルモノナリ(例之負擔ナキ贈與遺贈)(法學博士岡松參太郎氏民法理由一六一頁)

三 財產ニ關スル法律行為ハ之ヲ分別シテ有償行為及無償行為ト爲ス各當事者カ相互ニ出捐ヲ爲スニ依リ相手方ニ利益ヲ供與スル法律行為ヲ有償行為トイヒ當事者ノ一方ノミカ出捐ヲ爲スニ依リ相手方ニ利益ヲ供與スル法律行為ヲ無償行為トイフ有償行為ニ於テハ各當事者ノ出捐ニ因テ利益ヲ取得スルト同時ニ自己ノ出捐ニ於テ相手方ニ利益ヲ供與スル一方ノ出捐ハ他ノ一方ノ出捐ヲ前提トシ一方ノ出捐ニ依リ利益ヲ供與ハ相互ニ對價ト爲ルヘキモノナリ即雙方ノ爲スヘキ出捐ニ依リ利益ヲ供與ハ相互ニ牽連シテ同一ノ法律行為ノ内容ヲ組織スヘキモノニシテ之ヲ分離スルコトヲ得ス若シ二者獨立シテ別異ノ法律行為ト成立スルトキハ二個ノ無償法律行為ヲ存シテ有償法律行為ト爲ス例ハ買賣交換ハ有償法律行為ニシテ贈與ハ無償法律行為ト爲ス例ニ於テハ當事者ノ一方カ權利ヲ移轉シ他ノ一方カ之ヲ金銭ヲ支拂フ此場合ニ權利移轉若クハ權利移轉ノ債務ヲ負擔スルコトト代金支拂ノ債務ヲ負擔スルコトカ相互ニ前提ト爲リテ一個ノ法律行為ノ内容ヲ組成スルモノナリ故ニ之ヲ有償行為ト爲ス贈與ノ場合ニ於テハ當事者ノ一方カ單純ニ權利ヲ他ノ一方ニ移轉シ若クハ之ヲ移轉スルノ債務ヲ負擔シ相手方ハ之ニ對シテ何等ノ出捐ヲ爲サス此場合ニハ贈與者ノ爲スヘキ權利ヲ移轉ハ前ニ受贈者ヨリ或利益ヲ受ケタル事由ト爲スモ之

松岡學士

嘉山學士

鳩山學士

本論ハ有償行為ニ關スル研究ノ結果ヲ發表セラレタルモノナリ而シテ其論旨ハ要スルニ對價アル出捐行為ヲ以テ有償行為ト爲ス從來ノ學說ヲ解剖セラレタルニ歸スルカ如シ有益ナル論文トシテ推賞スヘキモノタルヲ失ハス只有償行為ノ適用範圍ニ付テハ學士ノ所說ハ廣キニ失スルモノト信ス

ナ有償行為ト稱スルコトヲ得ス何トナレハ前ニ贈與者カ受贈者ヨリ或利益ヲ供與セラレタルコトハ法律行為ノ内容トナルモノニ非スシテ單純ニ法律行為ヲ締結スルノ理由タルニ過キサレハナリ(法學博士平沼一郎氏民法總論四二二頁)

四 有償行為ハ各當事者カ互ニ出捐ヲ爲シ且其出捐カ對價ト爲ル特質ヲ有スル出捐行為ナリ例ハ雙方行為中買賣交換等ハ當事者双方ニ於テ互ニ授受スル出捐ヲ爲シ且其出捐カ對價ト爲ル特質ヲ有スル出捐行為ナリ例ハ一方行為中負擔贈與ニ當事者ノ一方カ受クヘキ利益ト負フヘキ負擔トハ互ニ對價タル關係ヲ有スルヲ以テ有償行為タルカ如ク又一方行為中負擔贈與ニ當事者ノ一方カ出捐ヲ爲ス行為若クハ各當事者ノ互ニ對價タル關係ヲ有スルヲ以テ有償行為タルカ如ク又一方行為中負擔贈與ニ當事者ノ一方カ出捐ヲ爲ス行為若クハ各當事者ノ互ニ對價タル關係ヲ有スルヲ以テ有償行為タルカ如ク又一方行為中負擔贈與ニ當事者ノ一方カ對價ト爲ラサルヲ以テ無償行為ナルカ如ク又甲カ乙ヨリ受ケタル利益ニ報ユルカ爲メニ乙ニ爲シタル贈與ハ當事者ノ一方ノミカカ對價ト爲ラサルヲ以テ(甲ノ受益ハ乙ニ對シテ爲ス贈與ノ緣由ニ過キス)無償行為ナルカ如ク而シテ有償行為中當事者ノ一方カ他ノ一方ニ對シテ爲ス出捐ハ之ヲ給付ト稱シ他ノ一方ヨリ受ケタル出捐ハ之ヲ反對給付ト稱ス例ハ買賣主カ買主ニ對シテ爲ス買主ノ目的物ノ所有權ヲ移轉ハ給付ニシテ買主ヨリ受ケタル代金ノ受領ハ反對給付ナルカ如シ(法學士松岡義正氏民法論四二二頁)

五 有償行為トハ出捐ト出捐ト對價トスル法律行為ナリ無償行為トハ當事者ノ一方ノミ出捐ヲ爲ス法律行為ナリ例ハ買賣交換貸借等ハ前者ニシテ贈與遺贈ハ後者ニ屬ス(法學士嘉山學士鳩山學士大正二年度中大講義論寫民法總論下卷三四七頁)

六 有償行為無償行為ノ區別ハ財產上ノ給付ヲ目的トスル法律行為ニ限レリ對價アルモノハ有償行為ニシテ對價ナキモノハ無償行為ナリ買賣ハ前者ニ屬シ贈與ハ後者ニ屬ス而シテ單獨行為ハ其性質上交換的ナルコトヲ得サルカ故ニ此ノ區別ハ又契約ニ限レリ(法學士鳩山學士鳩山秀夫氏法律行為乃至時效三九頁)

一七八 動産ニ關スル物權ノ讓渡ハ動産ノ引渡アルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス
一八三 代理人カ自己ノ占有物ヲ爾後本人ノ爲メニ占有スヘキ意思ヲ表示シタルトキハ本人ハ之ニ因リテ占有權ヲ取得ス

民法第一八三條ハ占有改定ノ規定ニシテ占有改定ハ甲權利ニ基キテ物ヲ占有スル改定者カ其權利ヲ本人ニ讓渡スルト同時ニ其讓渡シタル權利ニ傳來スル乙權利ヲ本人ヨリ取得シ乙權利ニ基キテ物ノ所持ヲ繼續シ乙權利ノ爲メニスル直接占有者トナリ本人ハ同一物ニ付キ返還請求權ニ基キテ甲權利ノ爲メニスル間接占有權ヲ取得スル場合ヲ指スモノトス

民法第一八三條ニ代理人カ云々トアルハ改定者ノ所持スル物ニ付キ本人カ間接占有權ヲ有スル状態ニ付キ立言シタルマテニシテ改定者カ豫メ代理人タルコトヲ必要トスル法意ニアラス

民法第一八三條ニ所謂代理人トハ占有取得ノ法律行為ニ付テノ代理人ヲ指スモノニアラスシテ間接占有者ニ對シ物ノ現實ノ所持者ヲ指稱スルニ過キサルモノトス

占有改定ニ依ル間接占有權ノ取得ハ民法第一七八條ニ所謂引渡ニ屬スルモノトス

民法第一八三條ハ占有改定ノ規定ニシテ占有改定ハ甲權利ニ基キテ物ヲ占有スル改定者カ其權利ヲ本人ニ讓渡スルト同時ニ其讓渡シタル權利ニ傳來スル乙權利ヲ本人ヨリ取得シ乙權利ニ基キテ物ノ所持ヲ繼續シ乙權利ノ爲メニスル直接占有者トナリ本人ハ同一物ニ付キ返還請求權ニ基キテ甲權利ノ爲メニスル間接占有權ヲ取得スル

場合ヲ指スモノナリ此場合ニハ甲權利ノ讓渡ト乙權利ノ取得トナ同時ニ爲シタル法律關係ノ性質上改定者ハ乙權利ノ爲メニスル直接占有者ト爲スト同時ニ甲權利ノ爲メニスル占有權ヲ本人ニ讓渡スルノ意思ヲ默示シ本人モ亦之ヲ取得スルノ意思ヲ默示シタルモノト爲スヘキハ當然ナルヘク前示法條ハ之ヲ指シテ爾後本人ノ爲メニ占有スヘキ意思ヲ表示シタルトキハト謂ヒタルニ外ナラス若シ夫レ甲權利ノ讓渡人カ乙權利ノ傳來取得ヲ爲サス甲權利ノ爲メニスル讓受人ノ占有ニ付キ單純ノ所持人ト爲ルニ過キサルトキハ讓渡人ハ讓受人ノ占有權關ナレテ以テ讓受人ハ甲權利ノ爲メニスル直接占有者トナルヘク之ニ付テハ第一八一條ノ規定ヲ以テ足リ別段ノ規定ヲ要スルコトナキカ故ニ第一八三條ハ讓渡人カ單純ノ所持人トナル場合ヲ包含セサルモノト解スルナ正當トス又第一八三條ニ代理人カ云々トアルハ改定者ノ所持スル物ニ付キ本人カ間接占有權ヲ有スル状態ニ就キ立言シタルマテニシテ改定者カ豫メ代理人タルコトヲ必要トスル法意ニアラス殊ニ所謂代理人モ占有權取得ノ法律行為ニ付テノ代理人ヲ指スモノニアラスシテ間接占有者ニ對シ物ノ現實ノ所持者ヲ指稱スルニ過キサルモノトス本件ニ於テ係争物件ハ訴外矢野左カ之ヲ上告人ニ賣却シ直ニ左カ之ヲ上告人ヨリ賃借シタルモノナルコトハ原判決ノ確定シタル事實ナレハ適切ニ如上説明ノ占有改定ニ該當シ上告人ハ係争物件ニ付キ間接占有權ヲ取得シタルモノナリ占有改定ニ依ル間接占有權ノ取得ハ民法第一七八條ニ所謂引渡ニ屬スルモノナレハ上告人ハ其讓受ケタル係争物件ノ所有權ヲ被上告人ニ對抗スルコトヲ得ヘク上告人ノ請求ハ原判決ノ確定スル事實ニ從ヒ正當ナルニ拘ハラヌ原判決力第一八三條ノ解釋ヲ誤リ引渡ナキモノノ如ク説明シ以テ上告人ノ請求ヲ排斥シタルハ失

富井博士

【關係事項】

當ニシテ上告ハ理由アリ(大審院大正四年)第六二號同年九月二十九日民三第橫田裁
判長大倉入江嘉山三宅各判事判決)

【占有改定ニ關スル學說】

一 占有ノ改定トハ占有者カ自ラ所持スル物ノ占有權ヲ讓渡サントスル場合ニ於テ現實ノ引渡ヲ爲サズ爾後讓受人ノ爲メニ其
物ヲ所持スヘキ旨ヲ表示スルニ因リテ占有權ノ移轉ヲ來スコトヲ謂フ(一八三條)是前ニ述ヘタル簡易引渡ノ正反對ニシテ讓
渡人カ占有事實ヲ移サスシテ將來讓受人ノ爲メニ之ヲ繼續セントスル場合ナリ即チ羅馬法ノ觀念ニ依レハ法定ノ占有者カ單
占有原因ノ變更ヲ來スヘキ意思表示ニ因リテ單純ナル所持者ニ變シ讓受人カ法定ノ占有者ト爲ルモノトス例ヘハ甲ナル者乙ニ
或物ヲ賣却シ其引渡ヲ爲サスシテ更ニ乙ノ爲メニ之ヲ保管スルコトヲ約スル場合ノ如シ但現行民法ニ於テハ羅馬法ト相異ナリ
テ占有ノ範圍ヲ擴張シタル爲メ讓渡人カ單純ナル所持者ト爲ル場合ノミナラス尙後地上權者賃借人等ノ名義ニ於テ自己モ亦占
有ヲ爲ス如キ事ヲ所有名義ノ占有ト失フ場合ニモ其適用アルコトハ勿論ナリトス而シテ此等ノ場合ニ於テ當事者ノ意思表示ノ
ミニ因リ占有權ノ移轉ヲ來スモノト爲ル所以ハ簡易引渡ノ場合ニ於ケルト同一ノ理由ニ基クモノニシテ徒ニ二重ノ引渡ヲ爲ス
ノ不便ヲ避ケンカ爲メニ外ナラサルナリ
民法第一八三條ニハ「代理人カ自己ノ占有物ヲ爾後本人ノ爲メニ云々」ト曰ヒ恰モ占有改定ノ當時ニ於テ讓渡人カ既ニ讓受人
ノ代理人タル場合ニノミ其適用アル如クニ規定スト雖モ固ヨリ此ノ如キ偏狹ナル見解ヲ採ルヘキニ非ス此法文ハ蓋占有改定ノ
成立シタル後ヨリ觀察シテ斯ク言ヘルモノナルヘシ(法學博士富井政章氏民法原論第一卷六六二頁)
二 「代理人」ト法定代理人及任意上ノ代理人共ニ包含ス但當初ヨリ代理人タルコトヲ要ス代理人ニ非ル者カ自己ノ占有物ヲ爾
後他人ノ代理人トシテ占有可キ意思ヲ表ハシタルトキハ他人ハ直ニ占有權ヲ取得セズ其他他人カ之ヲ追認シ代理ノ關係生スル
ニ至リテ始メテ占有改定行ハレ他人ハ占有權ヲ取得ス(法學博士岡松參太郎氏民法理由中卷五五頁)
三 民第一八三條ニ所謂代理人ハ之ヲ廣義ニ解スヘカラス故ニ其代理人ハ余カ既ニ說明セル如ク占有ニ關
スル代理人ノ資格ヲ以テ是リ民法總則ニ所謂代理權ヲ授與セラレタル人タルコトヲ要セズ又第一八三條ハ其ノ冒頭ニ於テ
「代理人」ト前提シテ占有改定ノ當時ニ於テ既ニ代理關係ノ存在セルコトヲ豫想セルモノノ如クナルモ占有者カ占有ノ改定ニ因リ
テ他人ノ爲メニ占有ニ關スル代理人ト爲ル場合ヲ包含スルモノト解セサルヘカラス例之甲、乙二時計計ヲ賣渡シタル後更ニ其
時計計信受ケ之ヲ使用スル場合ニ賣主タル甲ハ買主タル乙ノ代理人ニアラス然レトモ甲乙間ニ於テ賃借ノ契約成立スルト同時

岡松博士

橫田博士

富井博士

【第四項同趣旨學說判例】

一 引渡ハ占有ノ移轉ナリトスル以上ハ其移轉ノ方法如何ヲ問フコトナシ即チ現實ノ引渡ニ限ラス簡易ノ引渡又ハ占有ノ改定
ノ如キ法律ニ認メタル占有權移轉ノ特別方法(一八二條乃至一八四條)ト雖モ第一七八條ニ所謂引渡トシテ其效力アルモノト解
スヘシ(法學博士富井政章氏民法原論第一卷七七頁)

ニ甲ハ占有ニ關スル乙ノ代理人ト爲リ茲ニ占有ノ改定ヲ見ルニ至ルモノニシテ第一八三條ハ此場合ニモ亦其適用アルモノナル
コトハ毫モ疑ナク容レズ

占有權ノ讓渡カ占有ノ改定ニ依リテ行ハルル所以ノ法理ヲ案スルニ例之甲乙ニ對シ其現ニ所持スル時計計ヲ賣渡シタル場合ニ甲
ハ乙ニ對シ時計計ヲ引渡スル義務アルヤ明カナリ而シテ甲乙間ニ於テ時計計ノ授受アルト同時ニ甲ハ賣主トシテ乙ノ目的物引渡ノ
義務ヲ完了シ甲ノ占有權ハ乙ニ移轉スルノ結果ヲ生スルモノトス是レ普通行ハルル所ノ手續ナリ然レ今若シ該時計計ニ付
キ引渡前甲乙兩者間ニ於テ賃借契約成立シタルトキハ賣買契約ヨリ生シタル甲ノ時計計引渡ノ義務ハ賃借契約ノ內
容ヲ爲ス所ノ時計計返還ノ義務ニ轉換スルモノナラハ爾後甲乙兩者ノ時計計ニ關スル權利關係ハ賃借契約ニ依リテ之ヲ定ムルコ
トヲ要シ賣買契約ニ依リテ之ヲ定ムルコトヲ得ズ茲ニ於テ其時計計自己ノ所有トシテ時計計ノ占有者ト爲ルモノトス例ヘハ甲ハ爾後賃借人ト
シテ乙ノ爲メニ之ヲ保管シ之ニ對シテ返還ノ義務ヲ負擔スルコトトナリ而シテ民法第一八三條ニハ「本人」ノ爲メ
有者トシテ占有權ヲ表示」トアリテ抽象的ニ之ヲ規定セルモ法律取引ノ實際ヨリ見レハ代理人カ本人ノ爲メニ占有スルノ意思
ヲ表示スルコトハ常ニ必ス兩者間ニ於テ占有物ノ返還目的トスル法律關係ヲ成立セシムルコトニ依リテ實現スルモノニシテ
兩者間ニ於テ此關係ヲ創設スルニアラサレハ占有ノ改定ハ行ハレサルモノトス(法學博士橫田秀雄氏物權法第一二版一八二頁)
四 本條(一八三條)ハ占有ノ改定ヲ規定シタルモノニシテ其要件ハ左ノ如シ(イ)改定者ハ占有權者タルコトヲ要ス(ロ)占
有權讓渡ノ合意(ハ)改定者ヲシテ代理占有者トシタルニ必要ナル法律關係ノ存在之ナリ本條ニ「代理人カ自己ノ占有物」
ト云ヒ又「本人」ハ之ニ因リテ占有權ヲ取得スルコトアルハ此意味ナクハ非ス若シ此方法ヲ認ムルトキハ占有者ハ物ノ所持者
ニシテ代理關係ノナキモノハ之ヲ抽象的改定ト稱ス固ヨリ本法ノ認ムル所ニ非ス若シ此方法ヲ認ムルトキハ占有者ハ物ノ所持者
有セズ又物ノ所持者ニ對シテ其ノ返還ヲ請求ス可キ權利モナク直接ニモ又間接ニモ物上ニ支配力ヲ有セシメテ占有者タルニ至
リ占有ノ性質ニ反シ公益ニ有害ナリ而シテ茲ニ代理ト云フハ第一八一條ノ(ハ)ノ場合ニ限ル代理人カ占有權ヲ移轉シタル場合ナラ
ハ本人ハ直接ノ物ヲ所持ナリ得ルカ故ニ占有ノ改定ニ非ス又代理人カ單ニ代理權ヲ有スルニ止マルナラハ其意思表示ハ直接ニ本
人ニ對シテ效力ヲ生スルカ故ニ本人ハ直接占有者トナルカ故ニ占有ノ改定ニ非ス蓋シ占有改定トハ占有者カ物ノ所持ヲ維持シ
ツツ間接占有者ト他人ニ與フル方法ナレハナリ畢竟代理人ハ直接占有者トナリ本人カ間接占有者トナル場合ニ限リ適用アリ例之
占有者カ所有權ヲ他人ニ與ヘ爾後賃借人地上權者永小作權者質權者等トシテ占有スル場合ノ如シ(法學博士中島玉吉氏民法釋
義卷之二上一四七頁)

二 引渡人ハ要スルニ占有權ノ移轉ニ外ナラサルヲ以テ苟クモ當事者間ニ於テ讓渡ノ目的タル動産ニ付キ占有權ノ移轉アリタ
ル以上ハ民法第一七八條ニ所謂引渡ノ條件ハ充塞セラレタルモノトス從テ最モ普通ニ行ハルル現實ノ引渡ハ勿論簡易ノ引渡占
有ノ改定指圖ニ依リ引渡ハ何レモ持動産ニ關スル物權ノ讓渡ヲ第三三者ニ對抗スルニ要スル動産ノ引渡トシテ完全ニ其效ヲ生ス
ルモノナリ但此問題ニ付キテハ引渡現實ナノルコトヲ要シ占有ノ改定ニ依リ之ヲ補フコトヲ許サスト主張スル論者アルモ余ハ
此說ニ贊同スルコトヲ得ス其理由ハ(第一)羅馬法ハ極端ナル形式主義ニシテ目的物ノ引渡ヲ以テ所有權移轉ノ要件トナシタル
ニ拘ラス尙ホ(第二)有ノ改定其他假裝ノ引渡ヲ認メ之ニ現實ノ引渡ト同一ノ效力ヲ附與シタル所ナリ左レハ我民法ニ於テ「引渡」ノ
文字ヲ用キタレハトテ之ヲ以テ假裝ニ現實ノ引渡ナリト解シ他ノ方法ニ依ルコトヲ許ササル立法ノ精神ナリト解スルハ其當ナ
得タルモノト謂フコトヲ得ヌ何トナレハ形式ニ拘泥セサル我民法ノ目的物ノ引渡ヲ必要トスル旨ヲ規定シタルニ拘ラス尙實權者ハ
ノ改定ヲ禁スルノ理由ナキニナラス民法力實權ノ設定ニ付キ目的物ノ引渡ヲ必要トスル旨ヲ規定シタルニ拘ラス尙實權者ハ
實權設定者ヲシテ實物ノ代理占有ヲ爲サシムルコトヲ得サル旨ハ特ニ規定シタルヨリ推論スルモ民法第一七八條ニ所謂「引渡」
ハ必スシモ現實ノ引渡ノミヲ意味スルモノニアラスシテ恰ク占有權移轉ノ方法ヲ包含スルモノト解セサルハカラス(第二)實際
上ヨリ云フモ占有ノ改定ヲ禁シ當事者間ニ於テ二重目的物ノ授受ヲ爲サシムルカ如キハ殆ント見越シ何等ノ實益ナシト
ス故ニ民法第一七八條ノ引渡ハ之ヲ占有權移轉ノ意ニ解スルヲ正當ナリトス(法學博士橫田秀雄氏物權法第一二版一〇九頁)
三 引渡トハ占有權讓渡ノ義ニシテ其種類方法多ク茲ニ於テカ本條(一七八條)ハ如何ナル種類ノ引渡ヲ要求スルカノ問題ニ
答ヘサルヘカラス(イ)現實ノ引渡ニヨリ簡易引渡カ果シテ物權讓渡ノ公示方法トナリ得ルヤ疑問ナリ何トナレハ(一)引渡カ
物權讓渡ノ公示方法トナルハ引渡ニヨリ物力支配者ヲ變更スルノ事實ハ之ヲ分部ヨリ認メ得ルカ故ニ物ト共ニ權利ノ移轉アル
コトヲ推知シ得ルカ爲メナリ然ルニ簡易引渡ニ於テハ物ノ支配者ヲ變更セシムルハ外部ヨリ權利ノ移動ヲ推知シ得ルカ現案ナシ故
ニ公示方法トシテ資格ニ缺クル所アリト云ハサル可ラス(二)本條ニハ「其動産ノ引渡」トアリ動産トハ有體物ヲトス若シ然
意味スルカ故ニ現實引渡ヲ要スルモノト解ス可キカ如シ然レトモ余ハ實際上ノ便宜ヲ理由トシテ簡易引渡ヲ含ムモノト認メン
ラサルトキハ現在ノ所持人ハ一旦其物ヲ占有權者ニ返還シ後再ヒ之ヲ讓受クルヲ要スルニ至ル可シ斯ノ如キハ物力遠隔ノ地ニ
在リ又ハ讓渡人讓受人カ隔地者ナルトキハ無用ノ費用ト時日ヲ要シ且ツ物ノ滅失毀損ノ件ヲモニシテ實際到底忍ブ能ハサ
ル所ナリ故ニ獨逸民法ノ如キハ明文ヲ以テ特ニ之ヲ許セリ(ハ)占有ノ改定ニ付テモ簡易引渡ト同シ結果シテ公
示方法タルノ資格アリヤ否ヤ更ニ相手方ヨリ其物ヲ受取ルヲ要シ費用日時ヲ要シ且ツ危險ノ件ヲモニシテ蓋シ若シ然ラザレハ改定者
ハ一旦其物ヲ相手方ニ交付シ更ニ相手方ヨリ其物ヲ受取ルヲ要シ費用日時ヲ要シ且ツ危險ノ件ヲモニシテ蓋シ若シ然ラザレハ改定者
際ノ必要上占有ノ改定ヲ以テ對抗條件タルニ足ルモノト認メサル可ラス(法學博士中島吉氏民法釋義卷之二上七五頁)
四 元來債權者カ債務者ノ所持スル財產ヲ其財產ナリト信スルハ洵ニ當然ノ理ナリ然ルニ債權者カ占有ノ改定ニ依リテ讓渡
爲シタルトキハ眞正ノ權利狀態カ債權者ノ正當ニ信スヘキ權利狀態ニ適合セシムルハ信用ヲ害シ公示方法タル引渡ニ適セ
ルノ論旨ハ不當ナリト云フヘカラス然レトモ占有ノ改定ハ取引ノ實際ニ適シ經濟上之レヲ無視スルコトヲ得ヌ故ニ日本及日獨
逸民法ハ法律上有效ナル所持ノ原因ノ存在ヲ以テ占有ノ改定ノ要件トシテ爭アル場合殊ニ執行參加ノ訴訟(民訴五四九)ニ於テ

ハ債務者ノ所持スル物件ニ付キ所有權ヲ主張スル各人ナシテ該原因立證ノ責ニ任セシメ占有ノ改定ナシテ動産物權讓渡ノ公示
方法又ハ動産物權取得ノ要件ト爲セリ 法學士松岡義正氏民法論物權上冊八〇頁)
五 民法第一七八條ニ所謂引渡ハ必スレモ現實ニ物ノ授受アル場合ニ限ルヘキモノニ非スシテ占有ノ改定ニ因リ物ノ現實
ノ授受アリタルト同視スヘキ場合ヲ包含スルモノトス(大審院民事判決錄明治四三年一五三頁)

二四三

三三八 土地及其上ニ存スル建物カ同一所有者ニ屬スル場合ニ於テ其土地又ハ建物ノミヲ抵當トナシタルトキハ抵
當權設定者ハ競賣ノ場合ニ付キ地上權ヲ設定シタルモノト看做ス但地代ハ當事者ノ請求ニ因リ裁判所之ヲ定ム
三八九 抵當權設定ノ後其設定者カ抵當地ノ建物ヲ築造シタルトキハ抵當權者ハ土地ト共ニ之ヲ競賣スルコトヲ得
但其優先權ハ土地ノ代價ニ付テノミ之ヲ行フコトヲ得

民法第三八八條ハ抵當權設定前ニ於テ建物カ土地ノ上ニ存スル場合ニ對スル規定ニ對スル規

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ス
民法第三八八條ハ抵當權設定前ニ於テ建物カ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サ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ナ容ルヘキ餘地ナキノミナ
ラス若シ論旨ノ如ク抵當權設定後ニ於テ所有者カ抵當ト爲シタル土地ノ上ニ建物ノ
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ヘキ事由ヲ有セサル完全ナル土地所有權ナリト爲シ之ニ着眼シ
之ヲ以テ抵當權ノ目的ト爲スコトヲ甘諾シタルモノナルニ拘ハラス其後ニ至リ其意
ニ反シテ所有者一己ノ行爲ニ因リ抵當權ノ目的物カ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ヘシ故ニ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サ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

宮井博士
梅博士
岡松博士
松波、仁
保、仁
田博士

權ヲ設定シ乍ラ其後法律上抵當權者ニ對抗シ得サルコトノ明カナルニ拘ハラス任意
ニ其地上ニ建物ヲ建設シタル土地所有權者カ自ラ招クノ不利益ヲ受クヘキ當然ノ場
合ニ於テ其建物ノ所有權ノミチ競買ニ因リ承繼シタルニ過キサ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買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ルヲ得サルモノトス隨テ本訴ノ判斷ニ付キ叙上ノ旨
趣ト同一ニ出テタル原判決ハ正當ナリ(大審院大正三年(才)第五六九號同四年七月一日
民二部馬場裁判長田上尾古入江鈴木各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審大阪控訴院○建物取拂地所明渡損害賠償請求事件○上告人門川定七訴訟代理人辯護士岡村司被上告人吉田未知
一訴訟代理人辯護士上原鹿造同內藤正剛

【參照學說判例】

一 本條ハ抵當權設定ノ當時存在セル建物カ競買ノ時ニ至リ尙存在スル場合ノミニ其適用アルモノトス從テ其建物カ抵當權設
定後滅失シ新ニ建物ヲ築造シタル場合ニハ其適用ナキモノト解ス(シ(法學博士富井政章民法原論第二卷附錄下五八八頁)
二 前條ノ規定ヲ抵當權設定ノ當時ニ於テ已ニ土地ノ上ニ建物ノ存在スル場合ニ關スルト雖モ本條ノ場合ニ抵當權設定ノ當時ニ
アリテハ未ダ土地ニ建物アラサリシ場合ニシテ其土地カ抵當ト爲シタル後始メテ建物ヲ築造シタルコトヲ豫想セリ(法學博士
梅謙次郎民法要義卷ノ二物權編五二七頁)
三 本條ハ前條(二八八)ト反シ抵當權設定ノ後其設定者カ抵當地ニ建物ヲ築造シタル場合ニ於テ若シ抵當權者ハ土地ノ外之ヲ
競買スルコトヲ得ストセハ其利益ヲ害スルコト甚シ故ニ法律ハ此場合ニ於テ抵當權者ハ土地ト共ニ建物ヲモ競買ニ附スルコト
ヲ得ルモノトセリ(法學博士岡松參太郎氏民法理由中卷五七一頁)
四 抵當權ノ設定前ニ家屋カ存スルトキハ必ス地上權ヲ存スルモノトシテ成ルヘク其家ヲ壞タシメサルコトヲ前條ニ規定シタ
ルナリ抵當權ノ設定後ニ建物ヲ築造シタルトキハ之ヲ壞タシメテ土地ノミチ賣ルコトヲ得セシメテ可ナランカナレトモ取壊テ
ハ何人モ利ナキヲ以テ其建物ヲ土地ト共ニ競買セシム(法學博士松波仁一郎氏同仁保龜松氏同仁井田益太郎氏合著民法正解第
四卷一一七二頁)

東京控訴
院

五 民法第三八八條ニ「土地及其上ニ存スル建物カ同一ノ所有者ニ屬スル場合ニ於テ其土地又ハ建物ノミチ抵當トナシタルト
キハ抵當權設定者ハ競買ノ場合ニ付地上權ヲ設定シタルモノト看做ス云々」トアリ同第三八九條ニ「抵當權設定後其設定者カ
建物ヲ築造シタルトキ云々」トアルヲ以テ此兩條ヲ對照スルニ前ノ法條ハ抵當權設定當時存在シタル建物カ競買ノトキニ至リ
依然存在シタル場合後ノ法條ハ抵當權設定後築造シタル建物カ競買ノトキニ於テ存在シタル場合ニ關スルコトハ文理解釋上疑
ナキ所ナリ(東京控訴院大正二年三月二十二日民一部判決本書第二卷四二七頁)

至當ノ判決ナリト信ス

(二四四)

七〇九 故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スルノ責ニ任ス
七一〇 他人ノ生命ヲ害シタル者ハ被害者ノ父母配偶者及子ニ對シテハ其財產權ヲ害セラレザリシ場合ニ於テモ損
害賠償ヲ爲スコトヲ要ス

七一一 或事業ノ爲メニ他人ヲ使用スル者ハ被用者カ其事業ノ執行ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害ヲ賠償スルノ責ニ
任ス但使用者カ被用者ノ選任及ヒ其事業ノ監督ニ付キ相當ノ注意ヲ爲シタルトキ又ハ相當ノ注意ヲ爲スモ損害ヲ生
スヘカリシトキハ此限ニ在ラス
七一二 使用者ニ代ハリテ事業ヲ監督スル者モ亦前項ノ責ニ任ス前二項ノ規定ハ使用者又ハ監督者ヨリ被用者ニ對スル求償
權ノ行使ヲ妨ケス

刑法二二一 業務上必要ナル注意ヲ怠リ因テ人ヲ死傷ニ致シタル者ハ三年以下ノ禁錮又ハ千圓以下ノ罰金ニ處ス

電車ノ運轉手カ進路ニ步行スル者アルヲ認メナカラ警笛ヲ鳴スコトナクシテ漫
リニ車體ヲ進行セシメタルハ明カニ業務上必要ナル注意ヲ拂ハサル過失アルモ
ノトス

鐵道院ハ被用者タル運轉手ニ因リテ生シタル有形無形ノ損害ヲ賠償スルノ責ア
ルモノトス(「單獨ノ扶養義務者ニシテ十八歳級治職工ナル一子ヲ失ヒタル原告ニ對シ
テハ扶養ニヨリ得ヘカリシ財產上ノ損害金五百圓及慰籍料金壹千圓ヲ支
當拂フナ相

案スルニ成立ニ爭ナキ甲第五號證第十六號證ノ各記載並ニ證人移川トリ竹內弘吉小

東京地方
裁判所
判決

山豊治郎野下愛蔵ノ各證言ヲ綜合スレハ大正三年八月二十七日午前九時頃鐵道院ノ
 運轉手ナル訴外岡玉吉カボギ一車ニ登テ連結セル電車ニ運轉手トシテ乗込ミ山手線
 大塚驛ヲ發シテ上野驛ニ向ツテ進行中同驛ヲ距ル約一丁許ナル架道橋ノ修繕工事ニ
 從事セル渡邊清吉カ上野ノ方面ニ向ヒ電車線路ニ沿フテ同橋畔ヲ歩行シ居ルヲ認メ
 ナカラ警笛ヲ鳴サシテ電車ヲ進行セシメタル爲メ遂ニ同橋上ニ於テ右清吉ニ衝突
 シ同人ヲ鐵橋下道路敷石上ニ墮落セシメ遂ニ約一時間ノ後死亡スルニ至ラシメタル
 コトヲ認メ得ヘシ想フニ電車ノ運轉手トシテ車體ノ操縦ニ從事スル者ハ常ニ須ラク
 業務上必要ナル注意ヲ拂ヒテ過ナキナ期スヘキハ當然ノ事理ニシテ而シテ本件ノ如
 ク電車ノ進行スル方面ニ向ヒ線路ニ沿フテ歩行スル者アルヲ覺知シタル場合ニアリ
 テハ或ハ行人カ電車ノ近ツキ來リタルコトニ氣付カサルコトアルヘキヲ慮リ宜シク
 相當ノ距離ヨリ警笛ヲ鳴ラシテ警戒スル所アルヘキハ運轉手ノ業務上正ニ執ルヘキ
 措置トシテ期待スヘキモノニ屬ス訴外岡玉吉ハ事故ニ出テテ前段説示ノ如ク進路ニ
 渡邊清吉ノ歩行スルヲ認メナカラ警笛ヲ鳴スコトナクシテ漫リニ車體ヲ進行セシメ
 タルハ明ニ業務上必要ナル注意ヲ拂ハサル過失アリト論斷セサルヲ得ス則チ右清吉
 ノ死亡ハ結局岡玉吉ノ過失ニ出テタルモノト謂フ可シ被告ノ舉ゲタル證據ハ前判定
 チ覆スニ足ラサルモノト認ム然リ而シテ右事故ハ前示ノ如ク被告ノ被用人タル岡玉
 吉カ山手線電車運轉中ニ發生セシメタルモノナレハ使用者タル被告ハ因リテ生シタ
 ル損害ヲ賠償スルノ責アルヤ民法第七一五條ノ規定ニ照シテ明カナル處ニシテ而シ
 テ右清吉カ原告ノ私生三男ナルコトハ被告ノ認メテ争ハサルトコロナレハ原告ノ受
 ケタル有形無形ノ損害ハ被告ヨリ之ヲ賠償スヘキハ勿論ナリト謂フヘシ仍テ進ンテ

如何ナル範圍ニ於テ賠償スルヲ相當トスルヤヲ判斷スルニ清吉ハ死亡ノ當時十八歳
 ナリシコト清吉ノ假定生存年齢五十歳ナルコト及原告ハ清吉死亡ノ時ヨリ尙滿十五
 ケ年生存シ得ヘキモノナルコトハ當事者間ニ争無キ處ニシテ清吉ノ長兄二人ハ目下
 行衛不明ニシテ子トシテ原告ニ對スル唯一ノ扶養義務者ハ右清吉ノミナリシコトモ
 亦被告ノ争ハサル處ナルヲ以テ叙上ノ前提ノ下ニ清吉ノ死亡ニヨリ原告ノ失ヒタル
 財産的利益即チ扶養ヲ受クヘカリシ權利ノ範圍ヲ算定スルニ證人中村榮太郎ノ證言
 ニ依テ明ナル如ク清吉ハ徵兵適齡マテ前記中村榮太郎方ニ徒弟奉公ヲ爲シ毎月二圓
 ノ給料中ヨリ尙幾分ヲ割キテ母ニ仕送り居リタルコト右清吉ノ技術ハ優良ニシテ將
 來獨立ノ職工トシテ一圓二、三十錢ノ日給ヲ得ヘカリシ事實鑑定人ノ鍛冶職工ノ所得
 並ニ生活費ニ關スル各鑑定ノ結果並ニ清吉カ身體極メテ強壯ニシテ恐ラク兵役ニ服
 スルニ至リタルモノト認ムヘキコト我國人平均ノ初婚年齢ハ統計上滿二十七歳前後
 ナル事實ヨリシテ前示ノ如ク身體強壯ニシテ技術秀テタル清吉モ亦同年齡ニ達スレ
 ハ妻帯スヘカリシモノト認ムヘキ事情等ヲ參酌シテ原告カ清吉死亡ノ前記日時ヨリ
 滿十五ケ年間ニ同人ヨリ扶養ヲ受ケ得ヘカリシ金額ハ金五百圓ナリシモノト認定ス
 原告カ有夫ノ婦ナリト被告ノ主張ハ原告ノ認メサル所ニシテ而モ之ニ關スル何等
 ノ證左ナケレハ原告ノ主張ニ從ヒ内縁ノ夫ト同居スルモノト認ムヘク而シテ新ル内
 縁ノ夫ハ法律上原告ヲ扶養ス可キ義務アルモノニアラサレハ該事實ハ原告カ清吉ヨ
 リ受クヘカリシ扶養金額ノ算出ニ付キ敢テ斟酌スヘキモノニアラスト認ム次ニ慰籍
 料ノ當否ニ付テ案スルニ原告ハ其子清吉ノ變死ニ依リ哀痛極マリナカルヘキハ素ヨ
 ヲ人情ノ然ラシムル處ニシテ實踐ニヨリ敢テ深淺ノ差ナシト雖モ清吉並ニ原告ノ人

爲教育程度年齢社會上ノ地位其生活狀態等諸般ノ情況ヲ參酌シテ當裁判所ハ被告ハ原告ニ對シ慰藉料トシテ金一千圓ヲ支拂フヲ相當ナリト認ム(東京地方大正三年)第○號同四年十月十五日民三部神谷裁判長阿部稻本各判事判決)

【關係事項】

損害賠償慰籍料請求事件○原告渡邊シテ訴訟代理人辯護士多賀清岡田谷英被告代表者添田壽一特定代表者中原東吉同有木虎雄

【參照學說判例】

本書第三卷四九六頁

至當ノ判決ト信ス

(二四五)

八二三

夫婦ノ一方ハ左ノ場合ニ限リ離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得

八 配偶者ガ自己ノ直系尊屬ニ對シテ虐待ヲ爲シ又ハ之ニ重大ナル侮辱ヲ加ヘタルトキ

夫力第三者ニ宛テ妻ノ父ハ犬猫同斷云々人面獸心實ニ畜生モ同斷ナル旨ノ書狀ヲ送りタルトキハ妻ノ直系尊屬ニ對シ重大ナル侮辱ヲ加ヘタルモノトス

當事者カ夫婦ナルコト被控訴人ノ父ハ伊藤伊平ナルコトハ甲第一號證ニ依リテ明カナリトス依テ案スルニ甲第五號證ハ鑑定人岡本義邦岡川五郎ノ鑑定ニ依リテ真正ニ成立シタルモノト認ムルヲ得ヘク同證ニ依レハ控訴人カ第三者タル伊藤市太郎ニ宛テ伊平ハ犬猫同斷云々人面獸心實ニ畜生モ同斷ナル旨ノ書狀ヲ送りタルコトヲ認ムルヲ得ヘシ是レ被控訴人ノ父伊平ノ名譽ヲ毀損スルコト大ナルモノニシテ即チ被控訴人ノ直系尊屬ニ對シ重大ナル侮辱ヲ加ヘタルモノト云フヘシ(民法第八一三條八)

號)故ニ被控訴人ノ離婚請求ハ其理アルモノトス(東京控訴大正四年)第二四三號同年十月十九日民三部松岡裁判長成道岩本各判事判決)

【關係事項】

離婚請求事件○控訴人向山晴信訴訟代理人辯護士森山儀文治外一名被控訴人向山五い訴訟代理人辯護士森燦

(二四六)

九七五

法定ノ推定家督相続人ニ付キ左ノ事由アルトキハ被相続人ハ其推定家督相続人ノ廢除ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得

一 被相続人ニ對シ虐待ヲ爲シ又ハ之ニ重大ナル侮辱ヲ加ヘタルコト、二 疾病其他身體又ハ精神ノ狀況ニ因リ家督ヲ執ルニ堪ヘサルヘキコト、三 家名ニ汚辱ヲ及ボスヘキ罪ニ因リテ刑ニ處セラレタルコト、四 浪費者トシテ學業治産ノ宣告ヲ受ケ改悛ノ望ナキコト
其他正當ノ事由アルトキハ被相続人ハ親族會ノ同意ヲ得テ其廢除ヲ請求スルコトヲ得

法定推定家督相続人甲カ被相続人乙ノ家業タル農業ヲ爲スヲ厭ヒ約五年以前ヨリ別ニ植木職ニ從事シ終ニ乙ト別居スルニ至リ而シテ二年以前ヨリ丙女ト事實上ノ婚姻ヲ爲シ同人ト同様シ居ルコト乙ニハ甲ノ外丁男等アリテ家督相続ニ付テ甲カ廢除セララルモ後顧ノ憂ナキコト右丙女ハ丙家ノ戸主ニシテ同人ノ妹ハ戸籍上戊ト協議離婚ノ上復籍シ居ルモ事實上右戊トノ婚姻關係繼續シ居リ事實上ニ於テ丙女ハ單身戸主ノ狀態ニ在リテ甲ヲ入夫ト爲スニアラサレハ婚姻シ難キ事情アルコトハ民法第九七五條第二項ニ所謂正當ノ事由ニ該當ス

被告カ原告ノ二男ニシテ其法定推定家督相続人タルコトハ甲第一號證ニ依リ明カニ

シテ被告カ原告ノ家業タル農業ヲ爲スヲ厭ヒ明治四十三年頃ヨリ別ニ植木職ニ從事シ終ニ原告ト別居スルニ至リ而シテ大正二年中ヨリ高井みてト事實上ノ婚姻ヲ爲シ同人ト同棲シ居ルコトハ證人田中梅吉高井みてノ證言ニヨリ之ヲ認メ得ヘク原告ニハ被告ノ外四男角次郎等アリテ家督相続ニ付テ被告廢除セララルモ後願ノ憂ナキコトハ甲第一號證ニ依リ明ナリ尙右高井みてノ證言甲第三號證ヲ綜合スルニ右みてハ高井家ノ戸主ニシテ同人ノ妹ハ戸籍上森正吉ト協議離婚ノ上復籍シ居ルモ事實上右正吉トノ婚姻關係繼續シ居リ事實上ニ於テみてハ單身戸主ノ狀態ニ在リテ被告ヲ入夫ト爲スニアラサレハ婚姻シ難キ事情アルコトヲ認メ得ヘシ以上認定スルカ如キ事實ナルヲ以テ被告カ原告ノ法定推定家督相続人タルコトヲ廢除シ被告ヲシテ右高井みてノ入夫トシテ婚姻ヲ爲スコトヲ得セシムルハ原告被告双方ノ利益ニシテ本訴ハ民法第九七五條第二項ニ所謂正當ノ事由アルモノト認ム(東京地方大正四年(タ)第一六三號同年十一月五日民一部河邊裁判長犬丸盛川各判事判決)

【關係事項】

家督相続人廢除請求事件○原告平林平次郎訴訟代理人辯護士水野博德被告平林仙太郎

(二四七)

- 一八二 第一項占有權ノ讓渡ハ占有物ノ引渡ニ依リテ之ヲ爲ス
- 一八七 占有者ノ承繼人ハ其選擇ニ從ヒ自己ノ占有ノミヲ主張シ又ハ自己ノ占有ニ前主ノ占有ヲ併セテ主張スルコトヲ得前主ノ占有ヲ併セテ主張スル場合ニ於テハ其瑕疵モ亦之ヲ承繼ス
- 九八六 家督相続人ハ相続開始ノ時ヨリ前戸主ノ有セシ權利義務ヲ承繼ス但前戸主ノ一身ニ專屬セルモノハ此限ニアラス
- 一〇〇一 遺產相続人ハ相続開始ノ時ヨリ被相続人ノ財產ニ屬セシ一切ノ權利義務ヲ承繼ス但被相続人ノ一身

賣買贈與交換等獨立ノ新權原ヲ爲ス法律行為ニ依リ占有權ヲ承繼スル場合ニ於テハ其特定承繼人ハ一面ニ於テ前主ノ占有ヲ承繼スルト同時ニ他ノ一面ニ於テ新權原ニ基キ自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ物ヲ所持スルニ至ルヲ以テ自己固有ノ占有權ヲ取得スヘク從テ特定承繼人ハ自己固有ノ占有權ヲ取得スヘキヤ將又前主ノ占有ヲ併セ主張スヘキヤノ選擇權ヲ有スルモノトス」

相續其他包括名義ノ遺贈等ニ依リ占有權ヲ承繼スル場合ニハ其一般承繼人ハ前主ノ占有權ヲ承繼スルノミニシテ自己固有ノ占有權ヲ取得スヘキ獨立ノ新權原存在セサルカ故ニ一般承繼人ハ更ニ新權原ニ因リ新ニ自己固有ノ占有ヲ始ムルニアラサレハ常ニ自己ノ承繼シタル前主ノ占有ノ性質及ヒ瑕疵ヲ離レテ主張スルコトヲ得サルモノトス」

- ニ專屬セルモノハ此限ニ在ラス
- 一〇六四 遺言者ハ包括又ハ特定名義ヲ以テ其財產ノ全部又ハ一部ヲ處分スルコトヲ得但遺留分ニ關スル規定ニ違反スルコトヲ得ス
- 一〇九二 包括受遺者ハ遺產相続人ト同一ノ權利義務ヲ有ス

占有者ノ承繼人ハ其選擇ニ從ヒ自己ノ占有ノミヲ主張シ又ハ自己ノ占有ニ前主ノ占有ヲ併セテ之ヲ主張スルコトヲ得ヘキ前主ノ占有ヲ併セテ主張スル場合ニ於テハ其瑕疵モ亦之ヲ承繼スヘキコトハ民法第一八七條ノ規定スル所ナリ而シテ占有權ノ承繼取得ニ在リテハ賣買贈與交換等獨立ノ新權原ヲ爲ス法律行為ニ依リ占有權ヲ承繼ヘル場合ニ於テハ其特定承繼人ハ一面ニ於テ前主ノ占有ヲ承繼スルト同時ニ他ノ一

面ニ於テ新權原ニ基キ自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ物ヲ所持スルニ至ルヲ以テ自己固有ノ占有權ヲ取得スヘク從テ特定承繼人ハ自己固有ノ占有ノミナ主張スヘキヤ將又前主ノ占有ヲ併セ主張スヘキヤノ撰擇權ヲ有スト雖モ相續其他包括名義ノ遺贈等ニ依リ占有權ヲ承繼スル場合ニハ其一般承繼人ハ前主ノ占有權ヲ承繼スルノミニシテ自己固有ノ占有權ヲ取得スヘキ獨立ノ新權原存在セサルカ故ニ一般承繼人ハ更ニ新權原ニ因リ新ニ自己固有ノ占有ヲ始ムルニアラサレハ常ニ自己ノ承繼シタル前主ノ占有ノ性質及ヒ瑕疵ヲ離レテ主張スルコトヲ得サルモノトス蓋シ相續人ハ被相續人ノ人格ヲ繼承シ法律上同一人ト看做サルヘキモノニシテ其包括名義ノ遺贈等ニ依ル一般ノ承繼人モ亦前主タル遺贈者等ノ其物ニ對スル地位ヲ其儘ニ承繼スルニ過キス其間新ナル占有ヲ開始スヘキ新權原ナルモノ存在セサルヲ以テナリ從テ一般承繼人ハ常ニ前主ノ瑕疵ヲ承繼スヘク其承繼シタル前主ノ占有カ一般承繼原因ニ基因スルトキハ前主ノ占有モ亦更ニ其前主ノ瑕疵ヲ承繼スヘキコト勿論ナリトス本件ニ於テ原審ノ確定シタル事實ニ依レハ被告上告人ノ先々代要助ハ明治十二年八月中上告人先々代ヨリ保爭土地ヲ買受ケ其引渡ヲ受ケタルモ地券名義書換ノ手續ヲ爲サザリシ爲メ所有權ヲ取得スルニ至ラス所有ノ意思ヲ以テ平穩公然ニ之ヲ占有シ明治十五年申同人ノ死亡ニ依リ先代龜之助之ヲ相續シ明治四十四年中被告上告人之ヲ相續シタルモノニシテ先々代要助ノ占有ニハ惡意若クハ過失ニ基ク瑕疵ノ存在シタルモノナリト云フニ在レハ先代龜之助モ亦相續ニ依リ瑕疵アル占有ヲ承繼シタルコト明ナルニ拘ラス原審ハ先々代要助ノ占有ヲ併合スルトキハ未タ取得時効期間二十年ヲ經過セサルモ先代龜之助ノミノ占有ヲ併合スルトキハ既二十年ヲ經過シタルニ依リ被告上

告人ハ時效ニ依リ土地ノ所有權ヲ取得シタルモノナリト判示シ先代龜之助カ相續以外何等新權原ノ存セサルニ其相續ニ依リ瑕疵ナキ固有ノ占有ヲ開始シタルモノナリト解釋シタルハ占有併合ニ關スル法規ノ解釋ヲ誤ル不法アリ原判決ハ破毀ヲ免カレヌ(大審院大正三年(オ)第五八七號同四年六月二十三日民三部橫田裁判長大倉尾古嘉山三宅各判事判決)

【關係事項】

破毀差戻○原審宮城控訴院○所有權登記抹消請求事件○上告人吉田仁太外一名訴訟代理人辯護士菊江久治被告上告人小比類卷要人訴訟代理人辯護士木原金助

【參照學說判例】

一 占有權ノ繼承取得トハ他人ノ占有權ヲ承繼スルコトヲ謂フ故ニ他人カ現ニ占有權ヲ有スルコトヲ前提トシ且其占有權ハ從來ノ性質ヲ以テ取得者ニ移轉スルモノトス占有繼承ノ原因ハ讓渡及相續ノ二トス占有權ノ讓渡力完全ニ成立シタル場合ニ於テモ占有取得者ハ尙前占有者ノ占有權ヲ繼承スルト同時ニ自己固有ノ占有權ヲ原始的ニ取得スルコトヲ認ムル必要アリ蓋シ他人ノ占有權ヲ讓受クル場合ニ於テモ讓受人ハ自己ノ爲メニスル意思ヲ以テシ且所持ト認ムルニ足ルヘキ事實アルヲ常トス從テ其場合ニハ原始的取得ヲ否認スヘキ理由存セサルナリ羅馬法ハ原則トシテ相續ニ因リ占有權ノ移轉ヲ認メザリキ是占有ハ一ノ事實ナルト其要素殊ニ占有意思ハ占有者ノ死亡ニ因リテ當然消滅ストノ觀念ニ基ケルモノナリ然レニ此ノ如キハ理論ニ偏シテ實際ニ適セス蓋シ占有者ノ死亡ニ際シ片時ト雖他人カ占有ヲ侵害スルコトヲ得ルモノトスル如キハ占有保護ノ本旨ニ背馳スレハナリ故ニ近世諸國ノ法律ハ何レモ相續ニ因リ占有權承繼ヲ認ムルニ至レリ我民法ハ此主義ヲ採リテ占有權ノ包括承繼ヲ認メタルコトハ第一八七條ノ明文ニ徴シテ毫モ疑ヒテ存セサル所ナリトス、而シテ一旦相續ニ因リ占有權ノ承繼ヲ認ムル以上ハ相續ニ關スル規定ノ適用アルコト言テ俟タス(法學博士富井政章民法原論第二卷物權ノ下六五七頁)

二 我民法ニ依レハ占有權ハ物ノ上ニ行ハルル物權トシテ財產權ノ一種ニ屬スルヲ以テ財產權本來ノ性質ニ從ヒ他人ニ於テ之ヲ承繼スルコトヲ得ヘシ而シテ占有權ノ移轉ハ法律行爲ニ基クコトアリ占有權ノ讓渡即チ是レナリ法律行爲以外ノ原因ニ基クコトアリ例之相續ノ如シ

我民法ハ第一八二條ニ於テ讓渡ニ因リ占有權ノ移轉ヲ認メタルヲ以テ舊占有者ノ占有權ニ伴フ一切ノ利益ハ新占有者ニ於テ當然享受シ得ヘキモノト解釋スルヲ得ヘシ何トナレハ占有權讓渡ニアリテハ新占有者力舊占有者ノ占有權ヲ承繼シタルモノナレ

仁井田博士
松岡學士

ハ新占有者カ舊占有者ノ占有權ニ伴フ利益ヲ享受スルコトヲ得ルハ占有權ノ承繼ヨリ生スル當然ノ結果ニシテ實體權ノ移轉ト其法理ヲ同フスルモノナレハナリ然レトモ他ノ一面ニ於テ占有權ハ其取得原因ノ如何ニ拘ラス當ニ自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ物ノ所持ヲ始ムルニ因リテ之ヲ取得スルコトヲ得ルヲ以テ新占有者カ舊占有者ヨリ物ノ引渡ヲ受ケ自己ノ爲メニスル占有ヲ始メタル以上ハ前主ノ占有ニ關セズ其固有ノ占有ニ對シ新占有者ヲ取得シタルモノトシテ法律ノ保護ヲ與フルハ占有ノ事實ヲ基礎トスル占有權ノ性質ニ適スルモノナリ是レ民法第一八七條ノ規定アル所以ニシテ占有者ハ其選擇ニ從ヒ其占有ヲ以前主ノ占有ニ關係ナキ新占有者ナリトシ或ハ其占有ヲ以前主ノ占有ノ繼續セルモノトシテ其權利ヲ主張スルコトヲ得(法學博士橫田秀雄氏物權法一七六頁)

三 前主ノ有セシ占有權ハ家督相續人カ自ラ占有ヲ爲ス場合ニ於テノミ之ヲ承繼スルコトヲ得ヘシ蓋シ占有權ハ占有ノ事實ニ伴フモノナルヲ以テナリ(法學博士仁井田益太郎氏親族法相續法論四三八頁)

四 民法ハ一般承繼ニ於テ亦特定承繼ニ於ケルト同シク占有併合主義ヲ是認シ佛獨諸國ニ於ケル如ク占有繼續主義ヲ是認セズ是畢竟占有繼續主義ハ前主カ惡意占有者ナルトキハ相續人カ善意ナルニ拘ラス惡意ノ占有者トナリ又前主カ善意占有者ナルトキハ相續人カ惡意ナルニ拘ラス善意占有者トナルカ如キ頗ル失當ノ結果ヲ生スルヲ以テナリ故ニ一般承繼人ハ自己ノ利益ニ從ヒ或ハ自己ノ占有ノミヲ主張シ又ハ自己ノ占有ニ前主ノ占有ヲ併合シテ主張スルコトヲ得(法學士松岡義正氏民法論物權上冊三三三頁)

二四八

四三第一項 債權者ハ自己ノ債權ヲ保全スル爲メ其債務者ニ屬スル權利ヲ行フコトヲ得但債務者ノ一身ニ專屬スル權利ハ此限ニ在ラス

七一 他人ノ生命ヲ害シタル者ハ被害者ノ父母、配偶者及ヒ子ニ對シテハ其財產權ヲ害セラレザリシ場合ニ於テモ損害ノ賠償ヲ爲スコトヲ要ス

九八六 家督相續人ハ相續開始ノ時ヨリ前主ノ有セシ權利義務ヲ承繼ス但前主ノ一身ニ專屬セルモノハ此限ニ在ラス

一〇〇一 遺產相續人ハ相續開始ノ時ヨリ被相續人ノ財產ニ屬セシ一切ノ權利義務ヲ承繼ス但被相續人ノ一身ニ專屬セルモノハ此限ニ在ラス

民法第四二三條ニ所謂一身ニ專屬スル權利トハ權利者タル人ノ意思ニヨリテ之ヲ行使スルヤ否ヤヲ決スルコトヲ性質上必要トスル權利ヲ指スモノトス

民法第九八六條ニ所謂一身ニ專屬セル權利トハ特定ノ人カ權利者タルコトヲ性質

鳩山學士

質上必要トスル權利ヲ指スモノトス

一身ニ專屬スル權利ト言フ概念ニハ二ノ意義カ有ル

一身ニ專屬スル權利ハ性質上常ニ權利者其人ノ個人的利益ト密接ナル關係ヲ持ツテ居ル權利ナル此點ニ於テハ代位權ノ物體タル場合ト相續ノ物體タル場合トニ於テ差異ヲ見ナイ併シテカ所所謂個人的利益カ如何ナル點ニ付テ權利ト密接ナル關係ヲ有スルカニ依テ此ノ如キ權利ニ二種ノ別ヲ生スルノテアル第一ハ權利ノ歸屬ニ付テ個人的利益ト密接ナル關係ノ存スル場合テアル第二ハ權利ノ行使ニ付テ此關係ノ存スル場合テアル前者ハ之ヲ他人ニ移轉スルコトカ出來ヌ從テ相續讓渡ノ物體トハナリ得ナイ併シテ他人カ權利者ニ代ツテ行使スルコトハ常ニ不能テハナイ又後者ハ他人カ權利者ニ代ツテ行使スルコトヲ許サヌ併シテ他人ニ移轉スルコトハ敢テ性質上常ニ不能テハナイ其移轉セラレタル場合ニハ又新ナル權利者ノ意思ヲ俟テノミ行使セラレヘキモノトナルノテアル

特定ノ人カ權利者タルコトヲ性質上必要トスル權利ト權利者タル人ノ意思ニヨリテ之ヲ行使スルヤ否ヤヲ決スルコトヲ性質上必要トスル權利トハ其範圍ハ必スシモ一致シナイ先ツ權利ノ歸屬カ個人的テアツテ其行使カ個人的ナラサルモノカラ考ヘテ見ル例ヘハ諸外國ノ法律ニ認メラレテ居ル利益權ノ如キハ特定ノ權利者ノ生存中ノニ存在スヘキモノテアツテ其歸屬ハ之ヲ變更スルコトヲ得ヌケレトモ其行使ハ之ヲ他人カ爲シテモ差支ナイノテアル此權利ハ我民法ニハ認メラレテ居ラヌケレトモ例ヘハ權利者ノ生存期間ヲ存續期間トシテ永小作權又ハ地上權ヲ設定シタル場合ニ於テ此ノ如キ權利カ相續ハ出來ヌケレトモ第四二三條ニヨリテ代位行使ヲ爲シ得ヘキ

モノテアルノハ明テアラウ
 次ニ權利行使カ一身ノ又ハ個人的テアツテ權利ノ歸屬カ個人的テナイ場合ヲ考ヘテ
 見ヤウ普通ニ問題ニ上ルノハ身體自由名譽健康貞操等ノ非財產的利益ノ侵害ニ基ク
 不法行為上ノ損害賠償請求權テアル先ツ之等ノ權利ヲ行使スルヤ否ヤノ點カ權利者
 ノ意思ニヨツテ決定セラルヘクシテ債權者ノ干渉ヲ許スヘカラサルコトハ疑ア
 ルマイト思フ問題トナルノハ此ノ如キ權利カ相續讓渡ヲ許スヤ否ヤノ點テアル或ハ
 不法行為ニヨリテ侵害セラレタル權利即チ原權カ讓渡又ハ相續ヲ得サルモノナルト
 キハ救濟權タル賠償請求權其モノモ亦讓渡又ハ相續ヲ許ササルモノテアリ唯之等ノ
 權利カ判決又ハ契約ニヨリテ確定セラレタル場合ニ於テノミ讓渡又ハ相續ヲ許スモ
 ノテアルトイフ有力ナル學說モアルノテアルカ余ハ之ヲ採ラヌ其理由ハ(イ)原權ト
 賠償請求權ハ別個ノ權利テアルカラ理論上當然同一ノ性質ヲ持ツテ居ルトハ言ハレ
 ヌ(ロ)原權ト賠償請求權トハ唯目的ニヨツテ牽聯シテ居ルノ一事ニ存スルノテアル
 權ノ目的ハ原權ノ侵害ニヨツテ成立シタル損害ヲ填補スルノ一事ニ存スルノテアル
 而シテ此目的ヲ達スル上カラ言フナラハ敢テ其賠償請求權ノ歸屬ヲ個人的トスル必
 要ハナイ故ニ生存中ニ於テ之ヲ行使セントスル意思明ナルトキハ之カ讓渡ヲ許シテ
 何等差支ナイ尤モ強制執行手續上轉付命令取立命令ヲ發スルコトハ同一ノ理由ニヨ
 ツテ出來ヌト考ヘル又相續ニ付テハ特ニ生前之ヲ行使セサルノ意思ヲ表示シタル場
 合ノ外ハ之等ヲ相續シ得ルモノトシテ差支ナイノテアル(ハ)成法上ノ根據ハ民法第七
 一一條テアル被害者ノ相續人カ同條ニイフ父母配偶者及ヒ子ノ範圍内ニ屬スル場合
 ニハ勿論其他ノ場合ニ於テモ相續人ハ被相續人ノ生命侵害ヲ理由トシテ損害賠償ヲ

請求シ得ルハ明カテアル即チ法律的ニ言ヘハ生命侵害ト同時ニ被相續人ニ付テ損害
 賠償請求權成立シ其請求權カ遺產ノ一部トシテ相續セラルルモノテアル然ラハ身體
 健康名譽等ノ侵害ニ付テモ同様テアラネハナラヌ所謂原權タル身體權名譽權等ノ讓
 渡相續シ得ヘカラサルハ生命權ノ場合ト全ク同一テアルカラテアル
 行使カ個人的ニシテ歸屬カ個人的ナラサル權利ノ例チ他ニ求ムルナラハ株式會社ノ
 株主權ノ如キハ歸屬ハ固ヨリ個人チハナクシテ行使ハ個人的テアルト考ヘル即チ其
 重要ナル内容タル表決權ハ債權者ニ於テ之ヲ代位行使スルヲ得サルモノト考ヘル(法
 學士鳩山秀夫民法學志林第一七卷第一一卷七四頁以下要領)

【參照學說】

一 債務者ノ有スル權利ハ如何ナル性質ノモノタル間ハ凡テ債權者之ヲ行フコトヲ得ルニハ非サルナリ先債務者ノ權利チ
 行ヒタル結果トシテ債務者ノ財產ヲ維持シ又ハ増殖スヘキコトトナルヘキ債務者ノ權利ノミチ行フコトヲ得ル也民法ハ此考チ
 云ヒ表ハス爲メ債務ノ一身ニ專屬スル權利ハ債權者之ヲ行フコトヲ得ストセリ茲ニ於テ一身ニ專屬スル權利トハ如何ナルモノ
 ナルカト云フコトヲ説明セサルヘカラス
 佛民法及我カ民法ニ於テハ債務者ノ一身ニ專屬スル權利以外ノ權利ノミチ行フコトヲ得ト云フ旨ヲ示シテ以上ノ意味ヲ表サン
 トセリ茲ニ於テ債務者ノ一身ニ專屬スル權利ト云フモノノ意味ヲ定メサルヘカラス蓋シ此意義ヲ定ムルコトハ容易ナラス從來
 其權利ノ意義ヲ定ムルニ當リテ或ハ問題トナリタル權利カ權利者ノ個人自身ノ需要ノ爲メニ存スルコトキハ專屬權ナリトセ
 リ然レバ若シ然リトセハアル人カ自己ノ爲メニ或ハ品物ノ所有權ヲ取得シタルトキハ其所有權ハ專屬權トナラサルヲ得
 サルノ結果トナル又或ハ權利者自身ノ資格アル爲メニ取得シタル者ハ專屬權ナリトスレトモ又不當ノ結果チ生スル也例ヘ
 ハ音楽家カ買ヒ取リタル「オルガン」ノ所有權ハ例ヘハ其相續人ハ啞ナルカ爲メニ何等ノ用ヲササレトモ斯クノ如キ權利カ
 其ノ相續人ニ移轉スヘキコト當然ナリ決シテ一方ニ專屬スル權利ニ非ス之ヲ要スルニ專屬權ト云フモノハ身分權又ハ權利ノ內
 容上權利者タル人ニ附屬シテ存スル所ノ權利チ意味スルニ外ナラス
 故ニ親權戶主權ノ如キハ勿論一身ニ專屬スル權利也又其ノ内容カ財產上ノ利益ヲ權利者ニ與フル性質ノ身分權例ヘハ妻カナシ
 タル法律行為ニ付テ妻及夫ノ有スル取消權扶養ヲウケル權利カ妻ノ財產ニツイテ有スル使用收益權親權者カ其子ノ財產ニツ
 イテ有スル收益權夫婦ノ間ニ締結シタル契約ノ取消權ト雖モ皆一定ノ身分ニ伴ヒテ存スル權利ニシテ其ノ身分チ有スル人ニ於

テ存スルコトヲ要件トス皆一身ニ專屬スル所ノ權利也又權利ノ内容上アル一定ノ人ニ非レハ其内容ヲ作り出スコト能ハサルモ
ノハ一身ニ專屬スル權利也斯ノ如キ場合ハ只債權ニ付テノミ存ス
一身ニ專屬スル權利ト云フモノハ以上ノ方法ニヨリテ之ヲ定ムヘキ也此以外ノ權利ハスヘテ一身ニ專屬セサル權利也
民法相續ノ場合ニ一身ニ專屬スル權利ト云フコトアリ此場合モ同一也(法學博士川名兼四郎氏債權法要論二五六頁)

二 債權者ハ原則トシテ債務者ノ凡テノ權利ヲ行使スルコトヲ得ルモ例外トシテ債務者ノ一身ニ專屬スル權利ハ之ヲ行使スル
コトヲ得ス是レ佛法ノ規定ヲ其儘ニ採リタルモノニシテ一身ニ專屬スル權利ノ範圍ニ關シテハ從來學說上最議論アル所ナリ一
身ニ專屬スル權利ト相續スルヲ得サル權利トハ其範圍必シモ一致セス我法典ハ第九八六條但書及ヒ第一〇〇一條但書ニ於テ一
身ニ專屬スル權利モ亦同一ノ意義ニ解スルカ如シ然レトモ通說ハ之ニ反シ殆此說ヲ採ル者ナシ蓋此說ハ代位權ノ性質
ヲ全ク眼中ニ置カスシテ一身ニ專屬スル權利ノ範圍ヲ定メントスルカ故ナリ債權者ハ代位ニ依テ債務者ノ權利ヲ行使スルモノ
ニシテ其效果タル利益ハ直接ニ債權者ニ歸ス故ニ債務者ノ權利ハ移轉シ得ヘキモノタルヲ要セス故ニ權利
カ移轉スルヲ得サルカ爲メニ直ニ債權者ハ其權利ヲ行使スルヲ得サルモノトナスヲ得ス相續ナリ權利ナルモ債權者カ行使ス
ルヲ得サルモノアリ(註二)

【註二】 一身ニ專屬スル權利ヲ以テ相續及ヒ讓渡ヲ許ササル權利トナスノ說ハ Merhin, questions de droit §110. 4 之ヲ唱
フ然レトモ通說ハ之ヲ採ラス Tenent 16 n. 411
獨法ノ通說ニ從ヘハ權利ヲ三種ニ分テ(一)純然タル無形(又ハ道德的)利益ニ基ク權利(二)純然タル財産的利
益ニ基ク權利(三)同時ニ無形及ヒ財産的利
益ニ基ク權利トシテ第一種ニ屬スル權利ハ法律ニ特別ノ規定ナキ以上ハ代位スルコトヲ得ルモ
ノトス第三種ノ權利ハ財産的利
益又ハ無形ノ利益ノ何レニ重キナ置クヤニ依リテ代位スルヲ得ルヤ否ヲ定ムヘキモノトス之
ニ從ヘハ(一)財産權ニアラサル權利換言スレハ債務者ノ財産ヲ組成セサル權利(二)財産權ナルモ純然タル無形ノ利益ニ基ク權
利主トシテ無形ノ利益ニ基ク權利、差押ヲ許ササル權利及ヒ讓渡ヲ許ササル權利ハ即一身ニ專屬スル權利ナリトス我法典ノ解
釋モ亦此通說ニ從フヘキモノト解スヘシ(法學博士石坂晋四郎氏日本民法第三編債權第二卷六六五頁)

學士ノ見解ハ吾人ノ贊同スル所ナリ蓋シ第四二三條ハ債權者ヲシテ債務者ノ權
利ヲ行使シタル結果増殖シタル財産ニ付キ比較的完全ナル辨濟ヲ得セシメント
スルニ在ルヲ以テ其權利ノ歸屬カ債務者ノ一身ニ專屬スルモノタルト否トヲ問
ハス他人ニ於テ其權利ヲ行使シ得ヘキモノナル以上斯ル權利ハ代位ノ物體タル
ニ適スト云フヘク而シテ相續ハ被相續人ノ權利義務カ相續人ニ移轉スルモノナ

レハ他人ニ於テ其權利ヲ行使シ得ヘキモノタルト否トヲ問ハス其歸屬カ被相續
人ニ專屬スル權利ハ相續ノ物體タルニ適セサルモノト謂フヘケレハナリ

二四九

九〇 公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為ハ無効トス
七八九 妻ハ夫ト同居スル義務ヲ負フ夫ハ妻ヲシテ同居セシムルコトヲ要ス
法例三〇 外國法ニ依ルヘキ場合ニ於テ其規定カ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スルトキハ之ヲ適用セス

外國判決ニヨリテ創設セラレタル妻ノ幼兒ニ對スル監護權ニ基キ其權利ノ行使
トシテ夫ニ對シ該幼兒ノ引渡ヲ請求スルハ正當ナリ

判決ト強制執行トハ獨立シタル私權保護ノ手段ナレハ強制執行ヲ爲スコトヲ得
サル判決ヲ求ムル訴ナルノ一事ヲ以テ直ニ利益ナキ訴トシテ排斥スヘキモノニ
アラス

外國裁判所ノ裁判ニヨリテ確定セラレタル訴訟當事者間ノ權利關係ハ一個ノ事
實ナレハ我裁判所ハ其事實ノ存在ヲ認定シ之ヲ判斷ノ資料トシテ裁判ヲ爲シ得
ルモノトス

夫妻カ同居セサルヘキコトヲ約シ又ハ一方ニ對スル同居請求ノ權利ヲ拋棄シタ
リトセンカ之レ即チ我民法ニ夫妻同居ノ權利義務ヲ規定シタル法ノ精神ニ悖リ
我國ニ於ケル公ノ秩序ニ反スルモノナリト雖モ事實上夫妻カ一時別居スルモ其
事實ハ毫モ公序良俗ニ反スルモノニアラス

夫妻別居ノ場合ニ於テ其子ノ幸福ノ爲メニ妻カ夫ニ代リテ子ノ監護權ヲ取得シタル事實ハ公序良俗ニ反スルモノニアラス我裁判所ハ外國裁判所ノ判決ヲ取消シ又ハ變更スルコト能ハサルヲ以テ外國裁判所カ妻ニ子ノ監護權ヲ與ヘタル事實ヲ無視シテ更ニ現時ノ狀況ニ鑑ミ何人カ監護ヲ爲スニ適スルヤヲ審判スルコト能ハサルモノトス

原告ハ被告ノ妻ニシテ西曆一九〇四年四月二十日亞米利加合衆國「マサチューセツツ」共和國「デッドハム」市ニ於テ結婚シ被告ト同棲中一九〇七年九月四日同國「チゴビー」市ニ於テ女兒「オルガ」ヲ生メ「ナタリ」トテ分娩シタルコト其後原告ハ別居セルコト被告カ我國ニ於テ現ニ右「オルガ」ノ事實上ノ監護ヲ爲シ居ルコト及ヒ被告カ同國「マサチューセツツ」共和國人民ナルコトハ當事者間ニ爭ナキ所ナリ仍テ按スルニ當裁判所ノ調査スル所ニ依レハ幼兒「オルガ」ノ父ナル被告ノ本國タル「マサチューセツツ」共和國法ニ依レハ嫡出ノ幼兒十四歳以下ハ父ノ親權ニ服シ父ノ死亡シタル場合ハ母ノ親權ニ服スヘク「マサチューセツツ」改正法(西曆一九〇一年十一月二十一日發布同一九〇二年一月一日以後施行)ト題スル書物ノ第五十五章第二條參照又父母カ別居セル場合ニ在リテハ父又ハ母ハ檢認裁判所「プロベート、コート」ニ對シ訴ヲ以テ幼兒ニ對スル教育監護權ヲ父又ハ母ニ附與スヘキ裁判ヲ請求スルコトヲ得ヘク(同上書物第五百三十三章第三十七條參照)而シテ此場合ニ裁判所ノ爲ス所謂「デクリー」ナルモノハ右裁判所ノ裁判ト解スヘク又其裁判ニ依リテ裁判所ハ母ノミニ幼兒ノ教育監護權ヲ附與スルコトヲ得ヘキモノトス(前項書物ノ第五百三十三章第三十七條第六十二條檢認裁判所ノ規定並ニ「テリー」氏

著普通法ト題スル書物ノ第一千百二十二節同第一千百二十二節等參照)而シテ成立ニ爭ナキ甲第一號證ノ一及ニ依レハ原告被告間「オルガ、エヌ、イール」監護權請求事件ニ付キ西曆一九一二年四月二日同共和國「スプリングフィールド」檢認裁判所「プロベート、コート」ニ於テ原告被告ニ別居シ居ルコト幼兒「オルガ、エヌ、イール」ノ幸福平安ノ爲メニ原告カ同兒ヲ監護シ占有スルコトヲ要スルモノト認ムルヲ以テ原告カ幼兒「オルガ」ヲ監護シ占有スヘク被告ハ相當ナル時ニ右幼兒ヲ訪問スルコトヲ得ヘシトノ趣旨ノ裁判(デクリー)アリタルコト及右裁判ニ對スル被告ノ上訴ニ依リ一九一三年二月二十一日同共和國上等裁判所(シニイペリ、コート)ニ於テ檢認裁判所ノ裁判ハ凡テノ點ニ於テ之ヲ維持ス但被告カ一ヶ月中一土曜日、一日曜日ヲ除ク其他ノ毎週ノ土曜日及日曜日午前八時ヨリ午後七時三十分迄「オルガ」ヲ所有シ得ル旨ノ裁判(デクリー)アリテ同年三月三日同事件ノ記録ニ右裁判書カ提出セラレ其裁判カ登錄セラレタルコトヲ認メ得ヘシ而シテ「マサチューセツツ」共和國法ニ依レハ裁判所ニ對シ裁判書ヲ提出スル時期ハ其裁判ノ言渡後ナルコト當裁判所ノ調査ニ依リ明ナルヲ以テ前記認定ノ如ク既ニ裁判書ノ提出セラレテ之カ登錄アリタル以上ハ適法ニ裁判ノ言渡アリタルコト明瞭ナリトス然リ而シテ同共和國法ニ依レハ特別ノ規定ナキ限り裁判ハ初メヨリ執行力ヲ有スルモノニシテ敗訴者ニ於テ右裁判ノ執行力ヲ停止スル裁判所ノ命令ヲ得ルニ非サル限り右裁判ハ初メヨリ當事者ヲ拘束スルモノナリ而シテ本件前記上等裁判所ノ裁判ハ初メヨリ執行力アルモノニシテ然モ之カ停止ノ命令ヲ得タルコトハ被告ノ主張セス且ツ立證ナキ處ナルノミナラス同共和國法中ニハ右監護權請求事件ノ裁判ニ對シ更ニ上訴ヲ爲シ得ヘキ旨ノ規定ナキコト又當裁判所ノ調査ノ結果明瞭ナル

ナ以テ(前項書物中第一百二十二章檢認裁判所ノ上訴ニ關スル規定即チ第八條以下等參照) 該裁判ハ既ニ確定シ右裁判確定ノ時ヨリ原告ハ幼兒「オルガ」ニ對スル監護權ヲ取得シ 被告ハ該監護權ヲ喪失シタルモノト認定ス而シテ右裁判ニ依レハ本件當事者ハ右裁 判ノ變更ヲ求ムルコトヲ得ヘシト雖モ被告カ右裁判ノ變更ヲ求メタルコトナキコト ハ其陳述自體ニ依リ明瞭ナルヲ以テ右幼兒ヲ保有シ之ヲ教育監護スヘキ權利ハ現ニ 原告之ヲ有シ被告ノ有セサルコト詢ニ明ナリ而シテ本件當事者間ニ確定シタル右事 實ハ本訴請求ノ當否ヲ判斷スルノ資料ト爲スヘキモノナリ被告ハ本訴ハ畢竟執行判 決ヲ求ムルモノナルヲ以テ國際相互ノ條約ナキ日米兩國間ニ於テハ到底維持スルコ トニ對サル旨抗辯スレトモ本訴ハ外國判決ニヨリ創設セラレタル原告ノ幼兒「オルガ」 ノニ對シテ外國判決其モノノ執行ヲ我國裁判所ニ對シテ求ムルニアラサルコトハ原告 ノ主張自體ニ依リ明白ナルヲ以テ右抗辯ハ理由ナシ次ニ被告ハ假令原告勝訴ノ判決 ナ受ルモ敗訴者タル被告カ幼兒ノ引渡ヲ爲ササル場合ニ強制執行ヲ爲スコトヲ得サ ルヲ以テ畢竟無益ノ訴訟ニテ本訴ハ不當ナル旨抗辯スレトモ假ニ幼兒ノ引渡カ強制 執行ノ手段ナルコトハ確認判決及創設判決ノ場合ニ於テハ強制執行ナクシテ完全ニ私 權ノ保護ヲ與ヘラレ和解調書若クハ公證人ノ公正證書ニ依リテ執行スル場合ニ於テ ハ判決ナク單ニ強制執行ノミニ依リテ私權ノ保護ヲ與ヘラルルニヨリテモ明カニシ テ假令給付判決ハ判決確定セハ強制執行ニ入ルナ普通トナスト雖モ國家ハ私權保護 ニ付キ強制執行請求權ヲ與フルコト能ハサルノ故ヲ以テ之ト分離シタル別個ノ判決

請求權ヲ與フルコトヲ爲ササルノ理由ナク新クノ如キ私權ニ對シテハ唯給付ヲ命ス ル判決ヲ與フルヲ以テ其保護ノ極度ト爲スヘキ強制執行ヲ爲スコトヲ得サル判決ナ ルノ一事ヲ以テ直ニ利益ナキ訴トシテ排斥スヘキモノニアラス從ツテ右抗辯モ亦理 由ナシ次ニ被告ハ本訴ハ假リニ執行判決ヲ求ムルモノニアラストスルモ外國判決ノ 效力ヲ對抗スルモノナリ而シテ我國ニ於テハ外國判決ノ效力ハ之ヲ承認スルコト能 ハサル旨抗辯スレトモ外國裁判所カ其國民ニ對シテ爲シタル裁判カ其訴訟當事者ニ 對シテ效力ヲ及ホスコトハ固ヨリ當然ノ法理ニシテ何人モ之ヲ否定スルコト能ハサ ルヘク其裁判ニヨリテ確定セラレタル訴訟當事者ノ權利關係ハ一個ノ事實ニシテ事 實ハ如何ナル權利モ之ヲ左右スルコト能ハス我裁判所カ其事實ノ存在ヲ認定シ之ヲ 判斷ノ資料トシテ裁判ヲ爲シ得ルコトハ事實ノ因テ生シタル原因カ當事者ノ自由意 思ニ依リテ爲サレタル契約ニアルト將タ又外國ノ主權ノ發動ニヨリテ爲サレタル裁 判ニ在ルト毫モ違フ所ナシ我裁判所カ外國ノ裁判ノ結果當事者間ニ確定シタル權利 關係ヲ一個ノ事實トシテ認定シコノ事實ヲ裁判ノ資料ト爲スモ之ヲ以テ外國ノ裁判 ノ效力カ直チニ我國ニ及フモノナリト云フコト能ハサルヲ以テ該抗辯モ亦理由ナシ 前記上等裁判所ノ上訴ニ關スル裁判カ一時的行政命令ニアラスシテ權利ヲ創設スル 裁判ナルコト及其裁判カ確定シタルコトハ前ニ論述シタル如クナルヲ以テ此點ニ關 スル抗辯モ亦理由ナシ次ニ被告ハ我國法上妻ハ夫ト同居ノ義務アリテ任意別居ヲ許 サス從ツテ別居スルニアラサレハ起ラサルヘキ子ノ監護權ニ基ク其引渡ノ請求ハ我 國法ノ精神ニ悖ルモノナルノミナラス我國法上親權喪失ノ場合ノ外父カ親權者ナル コトハ強行法ニシテ本訴請求ハ公序良俗ニ反スルモノナルヲ以テ我國裁判所ニ對シ

テ救済ヲ求ムル權利ナキ旨抗辯スレトモ若シ夫妻カ同居セサルヘキコトヲ約シ又ハ一方ニ對スル同居請求ノ權利ヲ拋棄シタリトセンカ之レ則チ我民法ニ夫妻同居ノ權利義務ヲ規定シタル法ノ精神ニ悖リ我國ニ於ケル公ノ秩序ニ反スルモノナリト雖モ法ハ夫妻ノ間斷ナキ事實上ノ同居ヲ強ユルモノニアラス事實上夫妻カ一時別居スルモ其事實自體ヲ以テ直チニ我國法ノ精神ニ悖ルモノナリト斷定スルコト能ハス其事實ハ毫モ公序良俗ニ反スルモノニアラス而シテ父母カ其子ノ養育教育ヲ爲スハ天倫ノ至情ニシテ之ヲ利用シテ法カ父母ニ附與シタル其子ニ對スル權利義務ハ即チ親權ナリ從ツテ父母ハ等シク親權ヲ享有スヘキ能力ヲ有ス唯父母ナシテ同時ニ之ヲ行フコトヲ得セシメハ子ノ利益ヲ保護スルノ方法一途ニ出テサルカ如キ不都合アルヲ以テ諸國ノ法制ニ於テ父ナシテ先ツ之ヲ行ハシムルニ過キス事情ノ如何ヲ問ハス常ニ母ス父ナシテ親權ヲ行使セシメサルヘカラサルノ法理ナシ左レハ夫妻別居ノ場合ニ於チ其子ノ幸福ノ爲メニ妻カ夫ニ代リテ子ノ監護權ヲ取得シタル事實モ亦公序良俗ニ反スルモノニアラス從テ本訴ハ夫妻ノ別居ヲ前提ト爲スト雖モ之ヲ以テ我國法ニ悖リ又ハ公序良俗ニ反スルモノナリト云フコト能ハス又本訴カ假リニ被告主張ノ如ク夫ノ幼兒ニ對スル親權喪失ノ原因トセサルモノナリトスルモ直チニ以テ公序良俗ニ反スル訴ナリト云フコト能ハサルノミナラス本訴ハ實ニ夫ノ教育監護權ノ喪失ヲ原因トスルモノナルコト前ニ論述シタル如クナルヲ以テ結局右抗辯ハ理由ナシ尙被
告ハ其本國「マサチエセツ」共和國ニ於テ夫妻別居ノ場合ニ子ノ監護權カ當然母ニ屬スルノ法制ナク前記ノ裁判カ一時母ニ監護權ヲ與ヘタルモノナリトスルモ我國裁判
斷カ當然之ニ盲從スヘキ根據ナク本訴提起者當時ノ狀況ニ從ツテ何人カ監護ヲ爲ス

【關係事項】

女兒引渡請求事件○原告ハリエツト、エー・イイルス訴訟代理人辯護士山本俊廣被告ジョン、イイルス訴訟代理人辯護士福江專一郎

ヘキカテ決セサルヘカラサル旨抗辯スレトモ前ニ論斷シタルカ如ク原告ハ前記上等裁判所ノ裁判ニヨリテ子ノ監護權ヲ取得シタルモノニシテ前記檢認裁判所ニ於テ眞ニ爲シタル裁判ヲ取消シ又ハ變更セサル限リ其權利關係ハ同國人民タル原告間ニ確定シタル一個ノ事實トシテ現存スヘク而シテ我裁判所ハ右外國裁判所ノ裁判ヲ取消シ又ハ變更スルコト能ハサルコト當然ナルヲ以テ右事實ヲ無視シテ更ニ現時ノ狀況ニ鑑ミ何人カ監護ヲ爲スニ適スルヤ否ヤヲ審判スルコト能ハス從ツテ右抗辯モ亦理由ナシ左レハ現時ノ狀況ノ下ニ本件當事者ノ何レカ幼兒ノ監護ヲ爲スニ適スルヤノ點ニ付キテ存スル當事者間ノ爭點ニ對シテハ凡テ説明ヲ與ヘス要スルニ原告ハ幼兒「オルガ」ヲ保有シ之ヲ監護スル權利ヲ有シ被告ハ該權利ヲ有セサルコト叙上ノ如クナルヲ以テ被告ハ原告ニ對シ該幼兒「オルガ」ヲ引渡ス義務アリ從テ本訴請求ハ正當ナリ(東京地方大正四年(ワ)第五九六號同年十月廿日民一部河邊裁判長犬丸澁川各判事列決)

九〇 公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為ハ無効トス

議會舉行者カ京都府令議會取締規則ニ違反シテ所定ノ届出及ヒ認可ヲ受ケサルモ之カ爲メニ其議會ニ關スル契約ヲ當然無効ナリト斷スルヲ得サルモノトス

法律ニ依リテ認メラレタル契約ノ自由ハ府縣令ヲ以テ之ヲ制限スルコトヲ得サルコト論テ俟タサレハ所論ノ京都府令講會取締規則ハ頼母子講無盡講等ノ名稱ヲ用ヒ講會ヲ組織シ不正行爲ヲ爲サントスル者ヲ禁遏スル爲メ行政上ノ取締ヲ爲スコトヲ目的トシテ規定セルモノト解スヘキヲ以テ講會舉行者カ該規則ニ違反シテ所定ノ届出及ヒ認可ヲ受ケサルトキハ講會舉行者ハ拘留又ハ科料ノ制裁ヲ受クルコトアルヘキモ之カ爲メニ其講會ニ關スル契約ヲ當然無効ナリト斷スルヲ得サルモノトス原告判決ノ確定セル所ニ依レハ本件永續講會ハ其性質民法上ノ組合ナリト云フニ在レハ保身債ノ發生當時業務執行者タル講主事カ前掲京都府令ニ依リ所轄警察署ノ認可ヲ受ケ居ラサリシトスルモ之ヲ以テ講會契約ヲ無効ト爲スヲ得サルヲ以テ之ト同趣旨ニ出テタル原告判決ハ正當ナリ(大審院大正四年(オ)第四三五號同年八月二十七日民一部田部裁判長神原尾古堀田岩田各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原東京地方裁判所○貸金請求事件○上告人溝川善九郎訴訟代理人辯護士牧野充安被上告人中西彌七

(二五一)

九四四 本法其他ノ法令ノ規定ニ依リ親族會ヲ開クヘキ場合ニ於テハ會議ヲ要スル事件ノ本人、親族、後見人、後見監督人、保佐人、檢事又ハ利害關係人ノ請求ニ因リ裁判所之ヲ召集ス

九四七 親族會ノ議事ハ會員ノ過半数ヲ以テ之ヲ決ス
會員ハ自己ノ利害ニ關スル議事ニ付キ表決ノ數ニ加ハルコトヲ得ス

相續人選定ノ爲メニ召集セラレタル親族會ハ其任務一ニ召集ノ目的タル相續人選定ノ決議ヲ爲スニ在ルヲ以テ既ニ其決議ヲ爲シタルトキハ其任務終了スルト同時ニ其決議ノ有效ナルト否ト問ハス當然解散スルモノナレハ假令其決議ノ無効ナル時ト雖モ爾後其親族會ハ存續スルモノニ非サルコトハ當院ノ裁判例トスル所ナリ(大正二年(ク)第二六一號同年九月十五日決定同年(オ)第四八五號同三年十二月一日判決參照)本件ニ於テ原告判決ノ確定スル所ニ依レハ長野縣上伊那郡高遠町大字上高遠二千九番地土族戸主亡藤野よし子ノ家督相續人選定ノ爲メ伊那區裁判所明治四十五年(オ)第六二號事件トシテ召集セラレタル親族會ハ同年六月十五日伊東三久ヲ相續人ニ選定スル決議ヲ爲シタルモ其決議ハ召集手續ニ瑕疵アリトノ理由ニ因リ之ヲ無効トスル確定判決アリタルヲ以テ同親族會ハ大正二年二月二十五日更ニ本件保身ノ決議ヲ爲シタルモノナリト云フニ在レトモ前段說示スル理由ニ依リ本件ノ親族會ハ明治四十五年六月十五日伊東三久ヲ相續人ニ選定スル決議ヲ爲スト同時ニ解散シタルモノニシテ後日ニ至リ其決議ノ無効トスル判決アルモ爲メニ該親族會ハ存續スルモノト云フヲ得サレハ同親族會員等カ親族會ノ尙存續スルモノトシ大正二年二月二十五日藤野とめヲ家督相續人ニ選定スル決議ヲ爲シタルハ不法ニシテ之ヲ無効ト無ササルヘカラス(大審院大正三年(オ)第九三二號同四年九月二十八日民一部田部裁判長大倉崎原尾古堀田各判事判決)

同時ニ其決議ノ有效ナルト否ト問ハス當然解散スルモノナレハ假令其決議ノ無効ナル時ト雖モ其親族會ハ存續スルモノニ非ス

相續人選定ノ爲メニ召集セラレタル親族會ハ其任務一ニ召集ノ目的タル相續人選定ノ決議ヲ爲スニ在ルヲ以テ既ニ其決議ヲ爲シタルトキハ其任務終了スルト同時ニ其決議ノ有效ナルト否ト問ハス當然解散スルモノナレハ假令其決議ノ無効ナル時ト雖モ爾後其親族會ハ存續スルモノニ非サルコトハ當院ノ裁判例トスル所ナリ(大正二年(ク)第二六一號同年九月十五日決定同年(オ)第四八五號同三年十二月一日判決參照)本件ニ於テ原告判決ノ確定スル所ニ依レハ長野縣上伊那郡高遠町大字上高遠二千九番地土族戸主亡藤野よし子ノ家督相續人選定ノ爲メ伊那區裁判所明治四十五年(オ)第六二號事件トシテ召集セラレタル親族會ハ同年六月十五日伊東三久ヲ相續人ニ選定スル決議ヲ爲シタルモ其決議ハ召集手續ニ瑕疵アリトノ理由ニ因リ之ヲ無効トスル確定判決アリタルヲ以テ同親族會ハ大正二年二月二十五日更ニ本件保身ノ決議ヲ爲シタルモノナリト云フニ在レトモ前段說示スル理由ニ依リ本件ノ親族會ハ明治四十五年六月十五日伊東三久ヲ相續人ニ選定スル決議ヲ爲スト同時ニ解散シタルモノニシテ後日ニ至リ其決議ノ無効トスル判決アルモ爲メニ該親族會ハ存續スルモノト云フヲ得サレハ同親族會員等カ親族會ノ尙存續スルモノトシ大正二年二月二十五日藤野とめヲ家督相續人ニ選定スル決議ヲ爲シタルハ不法ニシテ之ヲ無効ト無ササルヘカラス(大審院大正三年(オ)第九三二號同四年九月二十八日民一部田部裁判長大倉崎原尾古堀田各判事判決)

奥田博士

仁井田博士

牧野學士

【關係事項】

破毀自判○原審東京控訴院○親族會決議ニ對スレ不服事件○上告人神戸佐吉訴訟代理人辯護士由多井四郎治被上告人伊東才八郎外一名訴訟代理人辯護士御子榮學之助

【參照學說判例】

一 親族會員選定ノ效力ハ一回ノ親族會ニミ繼續ス故ニ一定ノ事件ノ爲メニ招集シタル親族會カ其事件ニ關スル議決ヲ了リタルトキハ親族會ハ當然解散セラレ親族會員タル資格ヲ自ラ解除セラレ、モノニシテ其後更ニ親族會ヲ招集スル必要ヲ生スルトキハ新ニ其會員ヲ選定スルコトヲ要スルナリ(法學博士奥田義人氏親族法論四七七頁)
二 親族會ハ其招集ニ因リテ成立シ會議ノ終了ニ因リテ消滅スヘキモノトス(法學博士仁井田益太郎氏親族法相續法論三六六頁)
三 親族會ハ必要ノ事項ヲ生シタルトキ組織スルヲ以テ普通トスルヲ以テ選定ノ效力ハ一回ノ親族會ニミ其效ヲ生シ會議ヲ要スル事件ヲ了シタルトキハ親族會ハ當然解散セラレ、ク親族會員タル資格モ亦從テ消滅スヘシ(法學士牧野菊之助氏日本親族法論五二四頁)

贊同ス(本卷民法二七頁參照)

(二五二)

五三六

前二條ニ掲ケタル場合ヲ除ク外當事者雙方ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ債務ヲ履行スルコト能ハサルニ至リタルトキハ債務者ハ反對給付ヲ受クル權利ヲ有セス
債權者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ履行ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルトキハ債務者ハ反對給付ヲ受クル權利ヲ失ハス但自己ノ債務ヲ免レタルニ因リテ利益ヲ得タルトキハ之ヲ債權者ニ償還スルコトヲ要ス
六二四 債務者ハ其約シタル債務ヲ終ハリタル後ニ非サレハ報酬ヲ請求スルコトヲ得ス
期間ヲ以テ定メタル報酬ハ其期間ノ經過シタル後之ヲ請求スルコトヲ得

大審院判

雇傭契約ニ於テ勞務者カ其約シタル勞務ヲ終リタル後ニ非サレハ報酬ヲ請求スルコトヲ得サルハ通常ノ場合ニ於テ然ルノミ苟モ使用者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ勞務者カ勞務ニ服スルコト能ハサルニ至リタルトキハ民法第五三六條第二項ノ適用ニ依リ勞務者ハ其約シタル勞務ヲ終ラサルトキト雖モ報酬ヲ請求スル權利ヲ失フモノニ非ス

二項ノ適用ニ依リ勞務者ハ其約シタル勞務ヲ終ラサルトキト雖モ報酬ヲ請求スル權利ヲ失フモノニ非ス

雇傭契約ニ於テ勞務者カ其約シタル勞務ヲ終リタル後ニ非サレハ報酬ヲ請求スルコトヲ得サルハ通常ノ場合ニ於テ然ルノミ苟モ使用者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ勞務者カ勞務ニ服スルコト能ハサルニ至リタルトキハ民法第五三六條第二項ノ適用ニ依リ勞務者ハ其約シタル勞務ヲ終ラサルトキト雖モ報酬ヲ請求スル權利ヲ失フモノニ非ス然レハ原審カ被上告人ノ現實勞務ニ服セザリシハ上告會社ニ於テ其出勤ヲ拒絶シタルニ因ルモノト認メ被上告人ハ債務辨濟ノ提供ヲ爲シタルヲ以テ毎月報酬支拂時期ノ到來ト共ニ上告會社ニ對シ本件報酬金請求ノ權利アル旨ヲ判示シタルハ相當ナリ(大審院大正四年才第三八四號同年七月三十一日民三部橫田裁判長大倉谷野嘉山三宅各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審東京地方裁判所○報酬金請求事件○上告人エヌエム合資會社訴訟代理人辯護士町井鐵之介同山川瓊次被上告人中田長吉

雇傭契約ニ於テ使用者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ勞務者カ勞務ニ服スルコト能ハサルニ至リタルトキハ民法第五三六條ノ適用ニ依リ勞務者カ報酬ヲ請求シ得ルハ洵ニ判旨ノ如シト雖モ事業ニ對スル裁判トシテハ擬律ノ錯誤タルヲ免レス蓋シ事案ノ場合ハ履行不能ノ問題ニ非スシテ債權者ノ遲滯ノ問題タルカ故ニ民法第五三六條第二項ノ適用ヲ論スヘキモノニアラサレハナリ吾人ハ雙務契約ノ

當事者ノ一方カ自己ノ債權ニ付キ遲滯ニアルトキハ相手方ハ反對給付ノ請求ヲ爲スヘキコトヲ得ルカ故ニ事案ノ場合ニ於テ勞務者ハ報酬ヲ請求スルコトヲ得ルモノナリト解ス

(二五三)

一七七第一項 他人ノ代理人トシテ契約ヲ爲シタル者カ其代理權ヲ證明スルコト能ハス且本人ノ追認ヲ得サリトキハ相手方ノ選擇ニ從ヒ之ニ對シテ履行又ハ損害賠償ノ責ニ任ス

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

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

(一) 民法第一一七條第一項ノ場合ニ於テ代理權ヲ證明スルコト能ハス且ツ本人ノ追認ヲ得サリシ無權代理人カ相手方ニ爲スヘキ損害賠償ハ積極的損害ノ賠償ナレハ契約カ本人トノ間ニ效力ヲ生シタル場合ト同様ニ相手方ハ其受ケタル損害及ヒ得ヘカリシ利益ニ付キ履行ニ代ル賠償ヲ爲サシムルコトヲ得ルモノトス

(二) 民法第一一七條第一項ニ基ク損害賠償ニ付テハ損害發見ノ當時ヨリ判決ヲ爲スニ至ル迄ノ間ニ於ケル總テノ損害ニ付キ民法第四一六條所定ノ範圍ニ於テ賠償ヲ爲サシムルコトヲ得ヘキモノナレハ賣買代價ト時價トノ差額ヲ損害額トシテ計算スルニ當テハ其時價ノ標準ハ損害發生ノ當時ヨリ判決ヲ爲スニ至ルマテノ間ニ於テ賠償權利者任意ニ之ヲ定メ得ヘキモノトス

(一) 民法第一一七條第一項ノ場合ニ於テ代理權ヲ證明スルコト能ハス且ツ本人ノ追認ヲ得サリシ無權代理人カ相手方ニ爲スヘキ損害賠償ハ契約カ本人ト相手方トノ間ニ效力ヲ生セサル點ヨリ觀ルトキハ消極的契約上ノ損害則チ契約カ有效ニ成立シタルモノト誤信シタルニ因リ被ムリタル損害ヲ賠償セシムルニ在ルモノノ如キモ同條ハ相手方ヲ保護スル爲メノ特別規定ニシテ相手方ノ保護ハ契約ノ有效ナル場合ニ於ケルト同一ノ狀態ヲ得ルニアラサレハ十分ナリト言ヒ難ク且同條カ履行又ハ損害賠償ノ選擇權ヲ相手方ニ與ヘタルニ徴スルトキハ積極的損害ノ賠償ヲ爲サシムルノ趣旨ナリト解釋スルナ正當トス故ニ契約カ本人トノ間ニ效力ヲ生シタル場合ト同様ニ相手方ハ其ノ受ケタル損害及ヒ得ヘカリシ利益ニ付キ履行ニ代ル賠償ヲ爲サシムルコトヲ得ルモノナレハ原判旨ハ正當ナリ

(二) 民法第一一七條第一項ニ基ク損害賠償ニシテ積極的損害賠償ナリトセハ損害發見ノ當時ヨリ判決ヲ爲スニ至ル迄ノ間ニ於ケル總テノ損害ニ付キ民法第四一六條所定ノ範圍ニ於テ賠償ヲ爲サシムルコトヲ得ヘキモノナレハ賣買代價ト時價トノ差額ヲ損害額トシテ計算スルニ當テハ其時價ノ標準ハ損害發生ノ當時ヨリ判決ヲ爲スニ至ルマテノ間ニ於テ賠償權利者任意ニ之ヲ定メ得ヘク而シテ上告人ハ原審ニ於テ賣買當時ヨリ起訴當時ニ至ルマテノ本件物件ノ時價ノ變動カ特別ノ事情ニ依ル旨ヲ主張シタルコトナク唯標準時期ノ當否ヲ争ヒタルニ過キサルヲ以テ原判決ハ右ノ差額ヲ事物自然ノ趨勢ニ從ヒ通常生スヘキ損害ナリトシテ其賠償ヲ命シタルモノナルヤ明白ナリ從テ論旨ハ理由ナシ(大審院大正四年(オ)第五二七號同年十月二日民三部横田裁判長田上大倉嘉山三宅各判事判決)

富井博士

岡松博士
川名博士

仁井田博士

中島博士

嘉山學士

【關係事項】

上告棄却○原審大阪控訴院○損害賠償請求事件○上告人井崎佐太郎訴訟代理人辯護士阿保淺次郎被上告人今井金左衛門

【參照學說】

一 損害賠償ノ標準ハ相手方カ契約ノ有效ナル場合ニ受クヘキ利益ヲ代表スルモノニアラスシテ其有效ナルコトヲ信シタルヨリ生スル損害ノ賠償ニ止マルモノト解スヘキカ如シ但一旦履行ヲ請求シタルモ代理人カ之ニ應セザリシ場合ニ於テハ右ノ利益ニ對スル損害賠償ヲ得ルコトアルヘシ(法學博士富井政章民法原論第一卷四五頁)

二 「損害賠償」……相手方カ代理人ハ代理權ヲ有スルモノト信シタルヨリ生スル總テノ損害

三 相手方カ請求シ得ヘキ賠償額ハ契約カ本人ノ追認拒絶ニ因リテ其效力ヲ生スルコト能ハサルカ故ニ生シタル損害ニ依リテ之ヲ定ムヘク契約カ有效ナルコトヲ信シタルカ故ニ生シタル損害ノミニ止マルニアラス故ニ契約ノ目的カ賠償シタルニ因リテ受クヘカリシ利益ヲモ賠償セシムルコトヲ得ヘシ(法學博士川名博士日本民法總論二四八頁)

四 民法第七十七條ニ於テハ單ニ損害賠償ト云ヒ敢テ他ヲ言ハサルヲ以テ同條ニ所謂損害賠償トハ相手方カ代理權ノ欠缺又ハ權限越ノ事實ヲ知ラザリシカ爲メ契約ノ直ニ效力ヲ生シタルモノト信シタルニ依リテ被リタル賠償ヲ指スモノト解セサルヘカラス凡ソ他人ノ代理人トシテ契約ヲ爲シタル者カ實際代理權ヲ有セス又ハ代理權ノ範圍ヲ超越シタル場合ニ於テハ其契約ハ效力ヲ生スルコトナキモノナルカ故ニ特ニ明文アルニ非スンハ相手方ハ契約ノ履行ヲ受クルニ依リテ得キ利益ニ相當スル賠償額ヲ自稱代理人ニ請求スルコト能ハサルモノト謂ハサル可カラサルナリ(法學博士仁井田益太郎民法典義問答民法總則三四九頁)

五 相手方ノ選擇シ得ル損害賠償ノ範圍ニ關シテ困難ナル問題ヲ生シ從來數說アリ(イ)消極利益說……(ロ)積極利益說……余ハ本條ノ解釋トシテハ積極利益說ヲ以テ止シトナス蓋シ法律カ履行ト損害賠償トヲ選的擇ニ請求シ得ルモノトナシタルハ二者同一ノ價值ヲ有スルモノト認メタルカ故ナラサル可ラス而シテ履行ト同一ノ利益ヲ相手方ニ與フルニハ履行利益ノ請求ヲ許ササルヘカラサルコト明ナレハナリ(法學博士中島玉吉民法釋義卷ノ一六四六頁)

六 損害賠償ノ範圍ニ付テハ或ハ相手方カ代理權アリト信シタルニヨリ被リタル損害所謂消極利益ニ限ルヘキカ或ハ契約カ無効ナリシニヨリ生スル一切ノ損害即所謂積極利益又ハ履行利益ニ及フヘキカ……惟フニ無權代理ノ場合ニ相手方ニ履行又ハ損害賠償ノ選擇權ヲ與ヘタルニヨレハ損害賠償ハ契約カ有效ニシテ履行アリタルト同一ノ地位ヲ相手方ニ得セシムルニ存セサルヘカラサルヲ以テ損害賠償ノ範圍ハ積極利益ナルヲ以テ止シトス但シ無權代理人ニ對スル相手方ノ請求ハ合一的ナルヘキヲ以テ相手方ハ無權代理人ニ有效ナル契約ニヨリ受クヘカリシ利益ノ全部ニ付キ賠償ヲナサシメ自己モ亦反對給付ヲ爲スヲ要スルモノアラハ其全部ヲ差出シタル所謂差額賠償ヲナサシムヘキモノトス(法學士嘉山幹一氏大正二年度中大講義民法總論三四七頁)

鳩山學士

大審院判
決

七 我民法ヲ見ルニ單ニ損害賠償ト云ヒ其範圍ヲ規定スルコトナシ之ヲ解スル者多クハ契約ノ有效ナルコトヨリ生スヘキ利益ニアラスシテ唯之ヲ有效ナリト誤信シタルヨリ生スル損害ニ止マルモノトス然レトモ余ハ之ニ反對シテ單ニ本來無効ナルヘキ契約ヲ有效ナリト誤信シタルコトニ因リテ生シタル損害ノミニアラスシテ契約カ本人ヲ拘束スルコトヲ得サルニ因リテ生シタル損害ノ全部ヲ包含スルモノト解セント欲ス此ノ如ク解スルニヨリテ始メテ相手方ナシテ代理權欠缺ノ爲メニ全ク損害ヲ蒙ラサルコトヲ得ヘク又本條カ不法行為ノ損害賠償ヲ以テ満足セサルノ趣旨及ヒ履行ト損害賠償トヲ同列ニ置キタル趣旨ヲ解シ得ヘシ……但シ立法論トシテハ獨法ノ如ク代理人善意ノ場合ノ責任ヲ消極利益ニ限ルコト我民法ノ如ク一般ニ錯誤者ニ何等ノ責任ヲ認メサル法律ニアリテハ特ニ必要ナリト信ス(法學士鳩山秀夫氏法律行為乃至時效三七六頁)

(二五四)

二〇〇第一項 占有者カ其占有ヲ奪ヘレタルトキハ占有回復ノ訴ニ依リ其物ノ返還及ヒ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得

六三三 請負ハ當事者ノ一方カ或仕事ヲ完成スルコトヲ約シ相手方カ其仕事ノ結果ニ對シテ之ニ報酬ヲ與フルコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ス

甲カ建物ノ建築工事ヲ乙ニ請負ハシメタル場合ニ於テ丙カ乙ヨリ其下請負ヲ爲シ自ラ其材料ヲ供給シテ之ヲ完成シタルトキハ其建物ハ之ヲ乙ニ引渡シタル反證ナキ限り丙ノ所有ニ屬シ從テ甲カ之ヲ所持スルニ至ル迄ハ其占有丙ニ在リシモノト謂フヘク甲ハ丙ヨリ適法ニ其引渡ヲ受テ之ヲ所持スルコトヲ證明スルニ非サレハ其所持ハ丙ノ占有ヲ侵奪シタルモノト謂ハサルヘカラス

乙カ甲ヨリ建物の工事ノ請負ヲ爲シタルノ事實ト其工事既ニ完成シテ甲カ現ニ其建物ヲ所持スルノ事實トニ依リ直チニ甲カ乙ノ下請負人タル丙ヨリ適法ニ其建物ノ引渡ヲ受テタルモノト認定シタル判決ハ理由ヲ盡ササルモノト謂ハサル可ラス

一面ニ於テ丙カ乙ヨリ下請負ヲ爲シタルノ事實ヲ認メナカラ他面ニ於テハ丙ヲ以テ乙ノ代理人トシテ工事ニ從事シタルモノト爲シタル判決ハ理由ニ齟齬アルモノトス

被上告會社カ保爭建物ノ建築工事ヲ西村貞馬ニ請負ハシメタリトスルモ上告カ其主張スル如ク西村貞馬ヨリ其下請負ヲ爲シ自ラ其材料ヲ供給シテ之ヲ完成シタリトスレハ保爭建物ハ之ヲ西村貞馬ニ引渡シタルノ反證ナキ限リ上告人ノ所有ニ屬シ從テ被上告會社カ之ヲ所持スルニ至ル迄ハ其占有上告人ニ在リシモノト謂フ可ク被上告會社ハ上告人ヨリ適法ニ其引渡ヲ受ケテ之ヲ所持スルコトヲ證明スルニ非サレハ其所持ハ上告人ノ占有ヲ侵害シタルモノト謂ハサル可カラス然レハ上告人カ保爭建物ヲ占有セシ事實ヲ否定センニハ上告人カ自己ノ材料ヲ用キテ保爭建物ヲ建築シタル事實ノ有無ヲ判斷セサル可ラサルニ原判決ハ之ヲ判斷スル所ナク上告人カ自己ノ工事トシテ本訴建物ヲ建築シタルモノトハ認メ難シトノ判示ハ右ノ事實ヲ否定シタルモノト解シ難キナ以テ原判決ハ上告人カ保爭建物ヲ占有セシ事實ヲ否定シタル理由ヲ備ヘサルノ違法アルヲ免レス但原判決ハ被上告會社ヲ以テ適法ニ保爭建物ノ引渡ヲ受ケタルモノト爲シタルカ故ニ此認定ニシテ瑕疵ナカラシカ上告人カ保爭建物ヲ占有セシ事實アリトスルモ原判決カ上告人ノ請求ヲ斥ケタルハ結局正當ニシテ之ヲ維持スルニ足ルヘシト雖モ原判決ノ此認定ハ西村貞馬カ被上告會社ヨリ本訴建物工事ノ請負ヲ爲シタルノ事實ト其工事既ニ完成シテ被上告會社カ現ニ保爭建物ヲ所持スルノ事實トヲ以テ其根據ト爲シタルモノニシテ如此事實アレハ何故ニ被上告會

社カ下請負人タル上告人ヨリ適法ニ保爭建物ノ引渡ヲ受ケタリト推定セサル可ラサルカ之ヲ知ルニ由ナキナ以テ其認定モ亦理由ヲ盡ササルモノト謂ハサル可ラス加之原判決ハ一面ニ於テ上告人カ西村貞馬ヨリ下請負ヲ爲シタルノ事實ヲ認メナカラ他面ニ於テハ上告人ヲ以テ西村貞馬ノ代理人トシテ工事ニ從事シタルモノト爲シ以テ上告人ノ主張ヲ排斥シタルハ理由ニ齟齬アルモノナリ(大審院大正四年(オ)第一九二號同年十月二十二日民一部田部裁判長尾古岩田嘉山三宅各判事判決)

【關係事項】

破産差戻○原審長崎地方裁判所○占有回收請求事件○上告人後藤京松訴訟代理人辯護士阿保淺次郎被上告人島原鐵道株式會社訴訟代理人辯護士横山寛平

判旨第一項ハ占有ノ訴ニ對スル裁判ニ付キ本權ニ關スル理由ヲ加ヘタルノ感アルヲ遺憾トス即チ下請人カ建物ヲ請負人ニ引渡シタル反證ナキ限リ其建物ハ下請人ノ所有ニ屬スルカ故ニ其占有下請人ニ在リト爲スハ其根柢ニ於テ所有權アレハ必ス占有權アリト爲スニ似タルノ嫌ナキニ非ス吾人ハ事案ノ説明トシテハ註文者ハ下請人ヨリ適法ニ引渡ヲ受ケタル立證ナキ限リ其所持ヲ適法ナリト認ムルコトヲ得サルヲ以テ占有ノ適法ナルコトハ法ノ推定セサル所ナリ民法一八六條參照註文者ノ所持ハ下請人ノ占有ヲ侵奪シタルモノト謂フヘキモノト説明セントス第二項及ヒ第三項ハ正當ナリ

九〇 公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為ハ無効トス
 明治一七年太政官布達第一九號 自今神佛敎導職ヲ廢シ寺院ノ住職ヲ免任シ及敎師ノ等敎ヲ進退スルコトハ總テ各
 管長ニ委任シ更ニ左ノ條件ヲ定ム
 四 管長ハ各其立敎開宗ノ主義ニ由テ左項ノ條規ヲ定メ内務卿ノ認可ヲ得可シ
 一 寺院ノ住職任免及敎師ノ等級進退ノ事
 寺ノ住職及ヒ檀家總代カ他人ヲ同寺ノ後任住職ト爲サンコトヲ申請スル旨ノ約
 款ト其他カ同寺ノ財産整理ヲ擔任スル旨ノ約款トハ若シ其間ニ交換的關係ヲ
 有シ當事者カ各約款ヲ以テ互ニ報酬の事項ト爲スノ趣旨ヲ以テ之ヲ約シタリト
 センカスノ如キ關聯的約旨ヲ包含スル契約ハ其内容トスル所公席良俗ニ反シ其
 契約ノ全體無効ナリト謂ハサルヲ得ス

訴訟記録ヲ調査スルニ被上告人カ第一審以來本訴請求ノ原因タル事實トシテ主張シ
 タル所ハ要スルニ被上告人ハ僧侶ニシテ甲第一號證ノ如ク上告寺ノ前住職及ヒ檀家
 總代ヨリ將來被上告人ヲ上告寺ノ後任住職タラシムル約束ノ下ニ同寺ノ財産整理方
 ノ委任ヲ受ケ其ノ委任ニ基キ上告寺ノ爲メニ本訴請求金額ヲ立替支出シタリト云フ
 ニ在リテ之ニ對スル上告人ノ答辯ノ要旨ハ上告寺ノ前住職カ檀家總代ノ同意ヲ得テ
 被上告人ト甲第一號證ノ契約ヲ爲シタルモ其約旨ハ上告寺ノ財産ヲ以テ其財政ヲ整
 理スルノ委任ニ非スシテ被上告人カ上告寺ノ住職タランコトヲ欲シ其目的ヲ達セシ
 ムルコトヲ約款トシテ自己ノ財産ヲ以テ上告寺ノ負債ヲ銷却スヘキコトヲ約シタル
 モノナリト云フニ在ルコトハ原判文及ヒ第一審判文ノ事實摘示ニ徴シ明白ナリ而シ
 テ原判決ノ理由ニハ甲第一號證ノ契約ハ被上告人ヲ以テ上告寺ノ後任住職ト爲サン

【關係事項】

破毀差戻○原審水戸地方裁判所○立替金請求事件○上告人慶龍寺訴訟代理人辯護士鹽入太輔被上告人中島法運訴訟代理人辯護
 士木村格之輔

コトヲ同寺ノ住職及ヒ關係人同意ノ上ニ申請スル旨ヲ約シタルニ過キサルカ故ニ違
 法ニアラサル旨判示シアリ然レトモ甲第一號證ノ契約中上告寺ノ住職及ヒ檀家總代
 カ被上告人ヲ同寺ノ後任住職ト爲サンコトヲ申請スル旨ノ約款ト被上告人カ上告寺
 ノ財産整理ヲ擔任スル旨ノ約款トハ若シ其間ニ交換的關係ヲ有シ當事者カ各約款ヲ
 以テ互ニ報酬の事項ト爲スノ趣旨ヲ以テ之ヲ約シタリトセンカスノ如キ關聯的約旨
 ナ包含スル契約ハ其内容トスル所公席良俗ニ反シ其契約ノ全體無効ナリト謂ハサル
 ナ得ス蓋寺院ノ住職ハ社會上清高タルヘキ職ノ一ニ屬シ其任免ハ法令上各宗管長ノ
 職權内ニ存シ固ヨリ世俗ニ所謂運動ニ類スル行為ヲ以テ之ヲ左右スヘキモノニ非サ
 レハ寺院ノ住職及ヒ檀家總代等カ他人ヲ其後任住職ニ推舉スルコトヲ約スルノ報酬
 トシテ其他カ同寺院ノ財政整理ヲ擔任スルコトヲ約スルカ如キハ其契約ノ内容ニ
 利益交換的運動ニ類スル約旨ヲ包含シ公益上及ヒ社會ノ風教上有害視スヘキ事項ナ
 レハナリ然ルニ原裁判所カ甲第一號證ノ契約中各約款ノ間ニ如上ノ關係アリヤ否ヤ
 ナ審究セスシテ判決シタルハ違法ニシテ上告ハ理由アリ(大審院大正四年(オ)第一八六
 號同年十月十九日民一部田部裁判長大倉禰原尾古岩田各判事判決)

(二五六)

三一 左ニ掲ケタル原因ヨリ生シタル債權ヲ有スル者ハ債務者ノ特定動産ノ上ニ先取特權ヲ有ス
 一 不動産ノ貸賃借

建物ノ賃貸人ノ先取特權ハ其建物内ニ存在スル凡テノ動産ニ及フモノトス

大審院大正二年(オ)第五〇七號判決(本書第三卷民法三五八頁所載)

建物ノ賃貸人ノ先取特權ノ目的タル動産ハ賃借人カ賃借ノ結果或時間繼續シテ
存置スル爲メ其建物内ニ持込ミタル動産タルヲ以テ足り其建物ノ常用ニ供スル爲
メ之ニ存置セラレタル動産タルコトヲ要スルコトナシ

佛民法ハ第二一〇二條第一號ニ於テ我第三一三條ト同シク賃借人ノ先取特權ヲ規定
シ我民法ノ備附ニ該當スル語トシテ Garnir ナル文字ヲ用ユ而シテ Garnir ノ意義ニ關
シテハ學說種々ニ岐ルト雖モ(一)最モ廣義ニ解スル者ハ先取特權ハ建物内ニ在ル凡テ
ノ動産ヲ目的トシ唯金錢及債權證書ヲ含マサルモノトナス(二)然レトモ多數ノ學者ハ
法典カ Garnir ナル文字ヲ用ユルニ拘ラス之ヲ無視シテ建物内ニ在ル凡テノ動産ヲ以
テ先取特權ノ目的ト解スルヲ非ナリトシ建物ノ利用ニ供セラレタル動産ノミカ先取特
權ノ目的タルモノナリトス即建物ヲ利用スルヲ得セシメ一層便利ヲ與ヘ又ハ一層住
居ヲ妥當ナラシムルカ爲メニ供セラレタル動産ノミノ上ニ先取特權ヲ行使スルコトヲ
得ルモノトス佛民法ノ解釋トシテハ之ヲ以テ當テ得タルモノトス獨民法ノ規定ヲ見
ルニ第五百五十九條ニ於テ不動産ノ賃貸人ノ法定質權ヲ認メ賃借人ハ賃借人ノ持込
ミタル物 (eingebrachten Sachen) ノ上ニ質權ヲ有スルモノトナス einbringen ナル文字ハ其意

義明カナルカ故ニ學說一定シ賃借人ハ賃借人ノ持込ミタル凡テノ動産ノ上ニ質權ヲ
行使スルコトヲ得ルモノトナス我民法ノ解釋トシテハ「備附」ナル文字ハ恰モ佛民法ノ
Garnir ニ該當シ Garnir ナル文字ヲ翻譯シタルモノト解スルヲ正當トスヘキカ如シ然レ
トモ吾人ハ佛民法ノ第一ノ見解若クハ獨民法ノ規定ト同一ニ解セントス蓋「備附」ナル文字
ハ佛民法ノ第二ノ見解ノ如ク建物ノ利用ノ爲メニ供スト云フ意義ヲ有セス第三一三條
第一項ニ於テ「土地ノ利用ニ供シタル動産」ト云ヒ備附ケタル動産ト區別スルニ依リテ
見ルモ備附カ利用ノ爲メニ供ストノ意義ヲ有セサルハ明カナリ更ニ賃借人ノ先取特
權(若クハ法定質權)カ認メラレタル沿革及立法上ノ理由ヨリ云フモ先取特權ハ建物内
ニ存在スル凡テノ動産ニ及フモノト解スルヲ正當トス本來賃借人ノ法定質權ハ羅馬
法ニ認メラレ近世各國ノ立法ニ於テ之ヲ繼承セルモノナリ羅馬法ニ於テ賃借人ノ法
定質權ヲ認メタルハ賃借人ヲ保護スルカ爲メニシテ賃借人カ賃借ノ支拂ヲ延滞セル
場合ニ直接ニ賃借人カ持込ミタル動産ヨリ辨濟ヲ受ケシムルハ實際ニ適ス且賃借人
ハ持込ミタル動産ヲ存置スルカ爲メニ建物ヲ利用スルモノナルカ故ニ賃借人ヲシテ
他ノ債權者ニ優先シテ其動産ヨリ辨濟ヲ受ケタルコトヲ得ルモノトナスハ正當ナリ從
テ建物内ニ存在スル動産タル以上ハ法定質權ノ目的ト爲ルモノト解スヘシ唯羅馬法
ニ於テハ其動産カ繼續的ニ建物内ニ存置セラレタルモノナルコトヲ要シ單ニ一時的ニ
存在スルニ過キサル動産ハ先取特權ノ目的タルコトヲ得サルモノトス是レ羅馬法ニ
於ケル賃借人ノ法定質權ハ當事者ノ意思推定ニ基キテ生セルモノナルヲ以テ繼續的
ニ存置セラレタル動産ノミヲ以テ法定質權ノ目的トナスニ至リシナリ今日ニ於テハ羅
馬法ニ於ケルカ如キ存在スル凡テノ動産ニ及フモノトナササルヘカラス更ニ之ヲ實

梅博士

富井博士

横田博士

【參照學說】

實際上ヨリ云フモ建物ノ利用ノ爲メニ供セラルル動産ノ範圍ハ曖昧ニシテ實際ニ適用スルヲ得ス

以上吾人ノ見解ハ本判決ト大體ニ於テ相同シ然レトモ判決ノ用語ニ付キテハ誤解ヲ來ス點ナキニアラス(一)判決ハ「或時間繼續シテ存置スルカ爲メ」ト云フハ永久的ニ存置スル目的ヲ以テ持込マレタルコトヲ要ストナスノ意ニアラサルヘシ單ニ一時存置スルカ爲メニ動産ヲ持込ム場合ニ於テモ其動産ハ先取特權ノ目的タルコトヲ得ルモノトス(二)判決ハ獨民法ノ用語ニ倣ヒ持込ミタル動産ト云フモ例ヘハ賃借人カ其建物内ニ於テ或物品ヲ製作セル場合ニ於テモ尙先取特權ハ此等ノ動産ニ及フ故ニ精確ニ云ヘハ持込ミタル動産ト云フハ狭キニ失ス(法學博士石坂晋四郎氏京都法學會雜誌第一〇卷第一二號八二頁以下要領)

一 備付ケタル動産トハ土地又ハ建物ノ上ニ存スル一切ノ動産ヲ云ヘルニ非ス必ス一定ノ時間間其土地又ハ建物ノ上ニ存シ置クヘキ物ニシテ多クハ其處ニ於テ使用スヘキ物ナリ例ヘハ置戸欄箆筒其他ノ器具等ハ當然「備付ケタル動産」ナリ然リト雖モ金錢賃借人及ヒ其家族ノ一身ヲ裝飾スヘキ金玉寶石等ノ類ハ所謂備付ケタル動産ニ非サルコトハ蓋シ疑ナク容レテ何トナレハ是等ノ物ハ或ハ忽チ之ヲ消費シ或ハ身體ニ附着シテ移動スヘキ物ニシテ常ニ土地又ハ建物ノ上ニ存スヘキ物ニ非サレハナリ(法學博士梅澤次郎氏民法要義卷之二物權編三二〇頁)

二 土地又ハ建物ニ備付ケタル動産トハ常備ノ目的ヲ以テ之ニ附置セル物ヲ謂フ但營業ノ爲メニ生活ノ用ニ供スルトナ問ハス例ヘハ土地ノ利用ノ爲メニ常置セル舟車馬ノ類又ハ建物ノ中ニ備付ケタル模範筒ノ如キ是ナリ故ニ銀貨有價證券日用品等ハ凡テ之ヲ包含セサルモノトス(法學博士富井政章氏民法原論第二卷物權下三六六頁)

三 建物ノ賃借人ノ先取特權ハ賃借人カ其建物ニ備付ケタル動産ノ上ニ存ス備付ケタル動産ノ義ナリ詳言スレハ「備付」ナル言語ハ佛蘭西語(Garir)ニ該當シ建物内ニ在ル動産カ建物ニ備付ケタル動産トシテ先取特權ノ目的物トナルニハ其動産ハ其建物ノ常用ニ供シタル物品トシテ當該建物内ニ配置セルモノナルコトヲ要シ一時假リニ存置セル動産ハ勿論金錢其他賃借人ノ一身ノ爲メニ用ニル指環懷中時計衣服食品各種ノ商品ノ如キハ此類ニ入ラサルモノトス圖案證書證券類モ亦然リ何トナレハ此等ノ物ハ何レモ「備付」ノ觀念ニ適セサルヲ以テナリ(法學博士横田秀雄氏改版增補物權法第十二版六四三頁)

松波仁保博士

馬場學士

大阪控訴院
東京區裁判所

四 本條ニ所謂利用又ハ備付ナル用語ハ各場合ニ於ケル事實ニ照シテ其適用ヲ定メシムルノ外ナシト雖モ就中土地又ハ建物ニ動産ヲ備付ケルコト以上ハ單ニ一時ノ目的ヲ以テ或物品ヲ土地又ハ建物ノ上ニ存シ置キタル場合ヲ包含セサルコトハ固ヨリ言フナ俟タス又金錢有價證券ヲ始メシテ賃借人及ヒ其家族ノ一身ヲ裝飾スル爲メニ存スル物品ノ如キハ勿論其他衣服飲食ノ如キモ亦通常土地又ハ建物ニ備付ケタルモノト首コトヲ得サルニ反シ通額、戸欄箆筒其他飲食用ノ器具ノ如キハ備付ケタル動産タルコト更ニ疑ナカルヘシ要スルニ斯ノ如キ判別ハ物ノ性質當事者ノ意思等ヲ斟酌シテ適宜ニ之ヲ定メシムヘキモノトス(法學博士松波仁保氏同仁井田益太郎氏民法正解第四卷九六八頁)

五 建物ニ備付ケタル動産ト云フハ建物ノ中ニ存在スル一切ノ動産ヲ意味スルニアラス一定ノ時間ノ間建物内ニ存シ置クヘキ物ヲ謂フナリ例ヘハ家屋内ニ於ケル家財諸器具倉庫内ニ於ケル貯藏品ノ如キ是ナリ彼ノ賃借人及ヒ其家族ノ一身ノ使用裝飾ニ供シタル指環時計其他著用スル衣類ノ如キハ是レ其人ニ附着シテ移動スヘキ物ニシテ建物ノ備付品ト稱スルコトヲ得サルヲ以テ先取特權ノ目的物トナスコトヲ得ス然ラハ賃借人ノ建物ノ中ニ貯藏スル寶王金銀塊ノ如ク一身ヲ裝飾スルモノニアラサル物ハ如何ト云フニ此等ノモノト雖モ一定ノ期間建物内ニ保存シ置クヘキモノナルカ故ニ亦備付品ナリト云ハサルヘカラサルモノト信ス又金錢及ヒ飲食物ノ如キハ之ヲ備付品ト稱スヘキモノナリヤト云フニ日々消費スルモノハ直チニ消滅スルモノニシテ從テ一定ノ期間貯藏スヘキモノニアラサルヲ以テ先取特權ノ目的物トナスコトヲ得ス然レトモ多量ノ飲食物又ハ金錢ノ如キ物ニシテ而シテ一定ノ期間建物内ニ貯藏シ置クヘキモノナルトキハ尙ホ之ヲ以テ備付品ト稱スルモ妨ケスト信ス惟フニ動産ノ備付品ナリヤ否ヤハ物品ノ性質各場合ノ狀況トニ從ヒテ判定スヘキモノニシテ結局事實問題トシテ裁判官ノ判斷ニ任スヘキモノナルヘシ(法學士馬場學士三七年法政大學講義物權法第二部七九頁)

【參照判例】

一 民法第三一三條第二項ニ所謂建物ニ備付ケタル動産ハ其建物ノ上ニ存在スル一切ノ動産ヲ包含スルモノニアラスシテ一定ノ時間間建物内ニ備置シ同所ニ於テ日常ノ使用ニ供セラルル動産ヲ指稱ス(大阪控訴院判決法律世界第四六號四頁)

二 民法第三一三條第二項ニ所謂賃借人カ其建物ニ備付ケタル動産トハ賃借人カ使用若クハ保存ノ爲メ常ニ其賃借建物ニ備置キタル物件ヲ指示シタルモノニシテ疊建具ノ如ク永久建物ニ附着セシメタル物件ノミナ云フニ非ス又賃借人若クハ其家族ノ身體ニ着ケ携帶品ト同シク隨時建物以外ノ場所ニ於テ使用スルヲ常トスル衣服ノ如キモノヲ云フニ非ス(東京區裁判所判決法律新聞第四六三號五頁)

博士ノ見解ハ廣キニ失スルモノト信ス民法第三一三條第二項ニ所謂「建物ニ備付ケタル動産」トハ其建物ノ利用ニ供スル爲メニスルモノナルコトヲ要セサルハ洵ニ博士ノ論セララルル如シト雖モ「備付」ナル字義ニ照シ建物ノ賃借人ノ先取特權ハ

一時存置スルカ爲メニ持込ミタル動産ヲ包含セサルモノトナスヲ正當ナリトス
而シテ此解釋ハ「建物ニ備附ケタル動産」ニ付キ建物賃貸人ノ先取特權ヲ認メタル
立法ノ旨趣ニ合スルモノナリ

(二五七)

七一 他人ノ生命ヲ害シタル者ハ被害者ノ父母、配偶者及ヒ子ニ對シテハ其財産權ヲ害セラレザリシ場合ニ於テ
モ損害ノ賠償ヲ爲スコトヲ要ス

民法第七一一條ノ規定ハ獨リ生命權ニ對スル侵害アリタル場合ニ限り被害者以
外ノ者ニ對シ慰藉料請求ヲ認メタル趣旨ナレハ身體ノ傷害ニ因リ被害者ノ父母
カ精神上多大ノ悲痛ヲ感シタリトスルモ之カ爲メニ慰藉料ヲ要求シ得ヘキモノ
ニアラス

本件ハ原告等ノ子上野一郎カ被告ノ過失ニ因リ頭部並ニ左頰部ニ電氣火傷ヲ受ケタ
ルニ因リ原告兩名ニ於テ精神上多大ノ損害ヲ蒙リタルヲ以テ之ヲ慰藉スルカ爲メ各
金一千五百圓宛テ請求スト謂フニ在レトモ民法第七一一條ノ規定ニ依レハ他人ノ生
命ヲ害シタル者ハ被害者ノ父母配偶者及ヒ子ニ對シテハ其財産權ヲ害セラレザリシ
場合ニ於テモ損害ノ賠償ヲ爲スコトヲ要ストアリテ其文理上獨リ生命權ニ對スル侵
害アリタル場合ニ限り被害者以外ノ者ニ對シ慰藉料請求ヲ認メタル趣旨ナリト解釋
スルナ相當トスルカ故ニ本件ノ如ク身體ヲ傷害原因トスルモノニアリテハ假令原告
兩名ハ被害者ノ父母トシテ精神上多大ノ悲痛ヲ感シタリトスルモ之カ爲メニ慰藉料
ヲ要求シ得ヘキ筋合ナシ(東京地方大正四年(ワ)一〇一〇號同年十一月三日民三部神谷

裁判長阿部稻本各判事判決)

【關係事項】

損害賠償請求事件○原告上野一郎同上野政次郎同上野ひで訴訟代理人辯護士小笠原勇藏外一名被告東京市法律上代理人東京市
長奥田義人訴訟代理人辯護士磯部尙

【參照學說】

不法行爲ニ基ク損害ノ賠償ヲ請求スル權利ヲ有スル者ハ不法行爲ニ因リテ直接ニ權利ヲ侵害セラレタル者ナルコトハ明ナリ只
民法ノ定メタル特別ノ場合ニ於テ直接ニ權利ヲ侵害セラレタル者以外ノモノカ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ル場合アルノミ其
場合ハ民法第七一一條ニ於テ定ムル處ナリ乃チ同條ニヨレハ他人ノ生命ヲ害シタル者ハ被害者ノ父母配偶者及ヒ子ニ對シテハ
其財産權ヲ害セラレザリシ場合ト雖モ損害ノ賠償ヲ爲スコトヲ要ス故ニ或人カ殺害セラレタルトキハ其被害者ノ父母配偶者及
ヒ子ニ對シテハ何等ノ不法行爲カ成立スルニアラサルモ尙ホ此等ノ者ハ損害ノ賠償ヲ請求スル權利者ト爲ルモノナリ(法學博
士川名兼四郎氏債權法要論七三八頁)

權利ノ侵害ヲ受ケサル者ハ不法行爲ニ基ク損害賠償ノ請求權ヲ有セサルハ純理
上當ニ然ルヘキ所ナリ民法第七一一條ハ之ニ對シ例外ヲ認メタルモノナルヲ以
テ其適用ハ生命權侵害ノ場合ニ限ルヘキモノニシテ之ヲ其他ノ權利ノ侵害ノ場
合ニ及ホスヘキモノニアラス故ニ判旨ハ正當ナリ

(二五八)

三六四第一項 指名債權ヲ以テ質權ノ目的トシタルトキハ第四六七條ノ規定ニ從ヒ第三者債務者ニ質權ノ設定ヲ通
知シ又ハ第三債務者カ之ヲ承諾スルニ非サレハ之ヲ以テ第三債務者其他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス
三六七第一項 質權者ハ質權ノ目的タル債權ヲ直接ニ取立ツルコトヲ得
四六七 指名債權ノ讓渡ハ讓渡人カ之ヲ債務者ニ通知シ又ハ債務者カ之ヲ承諾スルニ非サレハ之ヲ以テ債務者其他
ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス
前項ノ通知又ハ承諾ハ確定日附アル證書ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ以テ債務者以外ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

四六八第二項 讓渡人カ讓渡ノ通知ヲ爲シタルニ止マルトキハ債務者ハ其通知ヲ受タルマテニ讓渡人ニ對シテ生シタル事由ヲ以テ讓受人ニ對抗スルコトヲ得

五〇五第一項 二人互ニ同種ノ目的ヲ有スル債務ヲ負擔スル場合ニ於テ雙方ノ債務カ辨濟期ニ在ルトキハ各債務者ハ其對當額ニ付キ相殺ニ因リテ其債務ヲ免ルルコトヲ得但債務ノ性質カ之ヲ許ササルトキハ此限ニ在ラス

五〇六 相殺ハ當事者ノ一方ヨリ其相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ爲ス但其意思表示ニハ條件又ハ期限ヲ附スルコトヲ得ス

質債權者カ質權ヲ實行シ質入セラレタル債權ヲ直接ニ取立ツルニ當リ第三債務者カ質債務者ニ對シテ有スル債權ト質入セラレタル債權トノ間ニ相殺ノ質債權ノ要件具備スルニヨリ第三債務者カ相殺ノ意思表示ヲ爲サントセハ質債權者ヲ以テ相手方ト爲スヘキモノトス

第三債務者カ質權ノ設定ノ通知ヲ受ケタル後ニ於テ質債務者ニ對シ債權ヲ取得スルモ之ヲ以テ質債權者ニ相殺ヲ對抗シ得サルモノトス

質債權者カ質權ヲ實行シ質入セラレタル債權ヲ直接ニ取立ツルニ當リ第三債務者カ質債務者ニ對シテ有スル債權ト質入セラレタル債權トノ間ニ相殺ノ質債權ノ要件具備スルニヨリ第三債務者カ相殺ノ意思表示ヲ爲サントセハ質債權者ヲ以テ相手方ト爲スヘキモノトス然ルヘキモ第三債務者カ相殺ヲ以テ對抗セントスル所ノ反對債權即チ同人カ質債務者ニ對シテ有スル債權ヲ質權設定ノ通知ヲ受ケタル後ニ於テ取得シタルモノナル時ニハ該債權ヲ以テ質債權者ニ相殺ヲ以テ對抗スル事ヲ得サルモノトス蓋シ債權讓渡ニ關スル民法第四六八條第二項ニヨリ債權讓渡人カ通知ヲ爲シタルニ止マルトキハ債務者カ債權讓渡人ニ對シテ有スル債權ヲ以テ自己ノ債務ト相殺ヲ爲

サントスルニハ債權讓渡ノ通知ヲ受クルマテニ雙方ノ債務カ相殺ニ適シタル事ヲ要スルモノト解スヘキカ故ニ債務者カ債權讓渡ノ通知ヲ受クルマテニ債權讓渡人ニ對シ債權ヲ取得セサルトキ換言スレハ相殺ノ用ニ供スヘキ反對債權ナキトキハ爾後之ヲ取得シタレハトテ之ヲ以テ相殺ヲ讓受人ニ對抗スル事ヲ得サルモノト解スルナ至當トス債權質ニ關シ斯カル明文ヲ欠クモ是ヲ類推シテ解釋スルハ固ヨリ妨ナキ所ナレハ第三債務者カ質權ノ設定ノ通知ヲ受ケタル後ニ於テ質債務者ニ對シ債權ヲ取得スルモ之ヲ以テ質債權者ニ相殺ヲ對抗シ得サルモノト解スル事ヲ得ヘシ若シ然ラスシテ斯ル場合ニモ亦第三債務者ヲシテ相殺ヲ對抗シ得ルモノトセハ質債權者ノ擔保權ハ有名無實ニ歸シ債權讓渡ノ場合ト頗ル權衡ヲ失スルニ至レハナリ(東京控訴大正四年(ネ)第四九五號同年十月二十日民一部遠藤裁判長前田水口各判事判決)

【關係事項】

貸金請求事件○控訴人株式会社神奈川縣農工銀行法律上代理人取締役福井直吉訴訟代理人辯護士二見友三郎被控訴人石井時三訴訟代理人辯護士谷川勇吾

【參照學說】

一 債權質ニ在リテハ質權者ハ質權實行トシテ直接ニ其質入サレタル債權ヲ取立ツルコトヲ得(三六七條一項)即チ第三債務者ニ對シテ質入債權ヲ行使シ其辨濟ヲ受クル權利ヲ有スルモノトス是債權質ノ性質ニ最モ適合セル實行方法ト謂フヘシ而シテ質權者ハ質契約ノ效果トシテ當然此權利ヲ有スルモノニシテ質權設定者ノ委任ニ依ルニ非ス又民事訴訟法ノ定メタル如キ裁判所ノ命令ヲ必要トスルコトナシ法文ノ所謂「直接」トハ即チ此趣意ヲ明カニセルモノナリ第三債務者ハ既ニ質權設定ノ通知又ハ承諾ニ依リテ質權上ノ拘束ヲ受クルカ故ニ爾後自己ノ債權者タル質權設定者ニ辨濟ヲナスコトヲ得ス假令之ヲ爲スモ質權設定者ニ對シテハ其效力ナキコト勿論ナリトス(法學博士富井政章氏民法原論二卷物權下五二九頁)

二 債務者ハ新債權ニ對シ舊債權者ニ對抗シ得ヘキ總テノ抗辯ヲ以テ之ニ對抗スルコトヲ得是レ債權讓渡ニアリテハ新債權者ハ單ニ舊債權者ノ地位ヲ承繼シタルニ過キサルヲ以テ債權者ト債務者トノ間ノ權利關係ハ債權者ノ交替ノ爲メ變更ヲ受ケ

ルコトナキヨリ生スル結果ナリ但其抗辯事由ハ債權讓渡ノ時詳言スレハ債務者ニ對スル債權讓渡ノ通知又ハ承諾アリタル以前ニ於テ生シタルコトヲ必要トスヘキハ論ヲ俟タス何トナレハ新債權者ハ債務者其他ノ第三者ニ對スル關係ニ於テハ此時ヲ以テ舊債權者ノ地位ヲ承繼スルヲ以テ債權ハ其當時ノ狀態ヲ以テ新債權者ニ移轉シ之ト同時ニ舊債權者ヲ絕對ニ債權關係ヨリ離脱シ其後ニ至リ其債權ニ關シテ舊債權者ノ爲シタル行為並ニ舊債權者ニ關シテ生シタル事項ハ債權ノ效力ニ何等ノ影響ヲ及ホスヘキニアラサルハ多言ヲ要セスシテ明カナリ(法學博士橫田秀雄氏債權總論七七頁)

三 債權質ニ付キテハ質權者ハ其質入セラレタル債權ヲ取立ツル權利ヲ有スルカ故ニ其當然ノ結果トシテ質入債權者ハ此取立債權ヲ取立ツルコトヲ得ス免除スルコトヲ得ス又其債權ノ辨濟期ヲ延長シ又ハ其利率ヲ低減スルコトヲ得ス其債權ト自己ノ債權トヲ相殺スルコトヲ得ス更改ヲ爲スコトヲ得ス然レバ質入債權者ハ其債權者ニ讓渡シタルニ非ス自ラ債權者ナルカ故ニ其債權ヲ他人ニ讓渡シ又ハ更ニ他人ニ質入スルコトヲ妨ケス但質入債權者ハ其債權ヲ取立ツル權利ヲ有セサルカ故ニ訴ニヨリテ自己ニ對シ其履行ヲ請求スルコトヲ得サルハ勿論又自己ニ代ヘテ質權者ニ履行セヨト請求スルコトヲ得ス我民法ニ於テハ此ノ如キ請求權ヲ認メタル根據ナラセサルカ故ナリ(法學博士川名象四郎氏物權法要論二六〇頁)

四 債務者カ讓渡人ニ對スル反對債權ヲ以テ讓受人ニ對シ相殺ヲ爲スコトヲ得ルヤ之ヲ債權ノ讓渡及相殺ノ性質ヨリ論スレハ相殺ヲ爲スハ之ヲ認ムルコトヲ得ス蓋シ相殺ヲ爲スコトヲ得ルカ爲メニハ雙方ノ債權ハ相互ノナルヲ要ス即チ雙方ノ當事者ハ相互ニ債權者タルト共ニ債務者タルコトヲ要ス然レバ債權ノ讓渡ニヨリテ債權者ノ變更ヲ來スカ故ニ債務者ハ讓渡人ニ對シテ有スル債權ニヨリ讓受人ニ對シ相殺ヲ主張スルコトヲ得サルモノト云ハサルヘカラス然レトモ他方ヨリ觀察シテ債權ノ讓渡ハ債務者ニ不利益ヲ與フヘカラス然レバ論スレハ債權讓渡ニヨリテ債權者カ相殺ヲ爲スノ權利ヲ奪フコトヲ得ルモノトナスナ得サルカ故ニ債務者ハ相殺ヲ主張スルコトヲ得ルモノトナササルヘカラス蓋債權者ハ讓渡人タル原債權者トノ間ニ二箇ノ債權ヲ相對立スルニ至リタルニ相殺ヲ爲スヘキ目的ニ出ツル場合紛シトセス或ハ債務者ハ原債權者ニ對シ債權ヲ有スルカ故ニ之ニ對シ債務ヲ負擔スルコトアルヘク或ハ債務者ハ原債權者ニ對シ既ニ債務ヲ負擔スルカ故ニ之ニ對シ債權ヲ取得スルコトアルヘシ此等ノ場合ニ債務者ハ相殺ニ依リテ自己ノ債務ヲ免レンコトヲ欲ス然レバ今債權者カ其債權ヲ讓渡シ相殺ヲ免ルコトヲ得ルモノトナストキハ債務者ニ大ナル利益ヲ蒙ラシムル結果トナルヘシ故ニ債務者ハ原債權者タル讓渡人ニ對シテ同シク讓受人ニ對シ相殺ヲ爲スコトヲ得ルモノトナササルヘカラス然レバ法典ハ相殺ニ關シ直接ノ規定ヲ缺クト雖モ第四六八條第二項ハ「債權者ニ對シ生シタル事由」ト云ヒ何等制限セル所ナキカ故ニ相殺ノ事由ヲ包含ムモノト解スヘシ而シテ債務者カ相殺ニ供スルコトヲ得ヘキ債權ハ讓渡ノ通知ヲ受ケルマテ取得セルモノナルコトヲ要ス然レトモ其時マテニ質權ヲ取得スルヲ以テ足り其債權力既ニ辨濟期ニアルコトヲ要セス相殺ヲナス當時ニ辨濟期到來セルヲ以テ足ル債務者カ讓渡人ニ對シテ有スル債權ニ依リ相殺ヲ以テ讓受人ニ對抗セル場合ニハ讓受人ハ其讓受ケタル債權ヲ失フノ結果ヲ生ス此場合ニ於ケル讓渡人ノ讓受人ニ對スル責任ハ兩者間ノ原因關係即チ債權讓渡ノ原因ニヨリテ之ヲ定ムヘシ(法學博士石阪香四郎氏日本民法債權第四卷一二五四頁)

債務者カ債權者ニ對シテ自己ノ第三者ニ對スル債權ニ付キ質權ヲ設定シタル場合ニ於テ債務者カ自ラ其債權ノ取立ヲ爲スコトヲ得サル旨ノ規定ナク又第三債務者カ債務者ニ對シテ辨濟ヲ爲スコトヲ禁シタル旨ノ規定存セサルカ故ニ(民法第四八一條參照債務者ト第三債務者トノ間ニ於テハ質權ノ設定ハ何等ノ影響ヲ及ホスコトナク從テ第三債務者カ債務者ニ對シテ反對債權ヲ有スルトキニ於テ相殺ヲ爲サントセハ債務者ニ對シテ其意思ヲ表示スヘキモノタルカ如シト雖モ質債權差押ノ場合ニ準スヘキ效力ヲ生セサルモノトセハ債權質ハ多クノ場合ニ於テ空權タルニ歸スヘキヲ以テ吾人ハ債權質ノ設定アリタルトキハ債務者質權設定者ハ其取立ヲ制限セラルト共ニ第三債務者ハ債務者ニ辨濟ヲ爲スコトヲ得サルニ至ルモノト解セントス從テ第三債務者ト債權者(質權者)トノ關係ニ於テハ債權ノ讓渡ニ於ケルト同様ノ效果ヲ生スヘク相殺ノ意思表示ノ如キモ亦第三債務者ヨリ債權者ニ對シテ之ヲ爲スヘキモノトス故ニ吾人ハ判旨第一點ニ贊同スルモノナリ

以上ノ解釋理由ハ移シテ以テ判旨第二項ニ贊同スルノ理由トナルヘシ本來ヨリ云ヘハ質權ノ設定ニ拘ラス債務者ト第三債務者トノ間ノ債權關係ハ債務トシテ存在スルモノナルカ故ニ假令質權設定後ニ於テ第三債務者カ債權者ニ對シテ反對債權ヲ取得スルモ苟モ相殺ノ要件ヲ具備スルニ至リタルトキハ其相殺權ヲ行

使シ得ヘキモノナリト雖モ斯クテハ債權質ハ多クノ場合ニ於テ空權タルニ歸スヘキヲ以テ質權ノ設定セラレタル債權ト爾後第三債務者ノ取得シタル債權トノ間ニハ相殺ヲ認ムルヘカラサルモノト解スヘク而シテ質權設定ノ通知ハ第三債務者ニ質權ノ設定ヲ對抗スルノ要件タルカ故ニ此時ヲ以テ相殺ヲ爲シ得ヘキ債權ノ取得時期ヲ制限スルヲ至當ト信スレハナリ(民法第五一一條參照)

(二五九)

三六九第一項 抵當權者ハ債務者又ハ第三者カ占有ヲ移サスシテ債務ノ擔保ニ供シタル不動産ニ付キ他ノ債權者ニ先テテ自己ノ債權ヲ辨濟ヲ受クル權利ヲ有ス
三七四第一項 抵當權者カ利息其他ノ定期金ヲ請求スル權利ヲ有スルトキハ其満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但以前ノ登記ニ付テモ満期後特別ノ登記ヲ爲シタルトキハ其登記ノ時ヨリ之ヲ行フコトヲ妨ケス

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原本債權ト共ニ満期ト爲リタル定期金ノ全額ヲ辨濟スルニアラサレハ抵當權ヲ消滅セシムルコト能ハサルヲ以テ之カ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サレハ抵當權者ニ對シ抵當權消滅ヲ原因トシテ之カ登記抹消ヲ訴求スヘキ權利ナキモノトス

民法第三七四條第一項ニ抵當權者カ利息其他ノ定期金ヲ請求スル權利ヲ有スルトキハ其満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カ其元本債權ト共ニ利息其他ノ定期金ノ請求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ヘキ權利ヲ有スヘ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ヘ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テ一般債權者ニモ不測ノ損害ヲ蒙ラシムルニ至ルヘキヲ以テ定期金債權ニ原本債權ト同一順位ニ於テ抵當權者ノ行使シ得ヘキ抵當權ノ範圍ヲ満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テタルニ外ナラスシテ之カ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ス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ハ定期金ノ債權ニ付テハ其満期ト爲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爲ヲ要セス單ニ満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ヘキコトヲ明ニセルニ盡ムルモ特別ノ登記ヲ爲スニアラスンハ他ノ債權者ニ對シ優先辨濟ヲ受クルヲ得サルニ止マリ認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抵當權者ニ對シ原本債權ト共ニ満期ト爲リタル定期金ノ全額ヲ辨濟スルニアラサレハ抵當權ヲ消滅セシムルコト能ハサルハ勿論ナルヲ以テ之カ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サレハ抵當權者ニ對シ抵當權消滅ノ原因トシテ之カ登記抹消ヲ訴求スヘ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ハ原審カ右供託ヲ以テ抵當債權ヲ消滅セシムルニ足ラストシテ其請求ヲ排斥シタルハ相當ナリ(大審院大正四年(ホ)第四九四號同年九月十五日民三部横田裁判長大倉遠藤嘉山三宅各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審高知地方裁判所○抵當權登記抹消並相續登記請求事件○上告人村田重忠訴訟代理人辯護士牧野賤男被上告人尾崎定太郎

【參照學說】

一 抵當權ニ依リテ擔保セラルヘキ債權ノ範圍モ亦質權ニ於ケル如ク結局當事者ノ意思ニ依リテ定マルモノトス唯別段ノ意思表示ナキ場合ニ適用スヘキ準則ニ多少相異アル所アリ即チ質權ハ元本ノ外利息違約金、質權實行ノ費用損害賠償等ヲ擔保スト雖モ(三四六條)抵當權ハ登記セル債權即チ元本及ヒ利息ノミヲ擔保スルモノトス(三三四條)一七條(二〇條)是近世登記法ノ基礎タル特定主義ノ結果ナリ蓋質權ニ在リテハ質權者ハ質物ヲ占有スルカ故ニ他ノ債權者ハ其物ニ付キ辨濟ヲ受ケル能ハサルコトヲ豫期ス從テ質權者ナシテ特定セサル債權ニ付キ優先辨濟ヲ受ケシムルモ他ノ債權者ハ之カ爲メニ不測ノ損害ヲ被ルニ至ラスト雖モ抵當權ニ在リテハ第三者ハ唯登記ニ依リテ其擔保スル債權ノ範圍ヲ知ルコトヲ得ヘキカ故ニ登記セル債權額ニ付テノミ之ヲ行フコトヲ得ルモノトシタルナリ(法學博士富井政章氏民法原論第二卷物權下五四八頁)

二 抵當權ニ依テ擔保セラルル債權ノ範圍ハ實體上ニ於テハ當事者ノ明示又ハ默示ノ意思ニ依リテ定マルヘキモノナレハ當事者カ其範圍ニ付キ特ニ意思ヲ表示シタルトキハ其意思ニ從ヒ其範圍ヲ確定スルコトヲ要スルハ勿論ナリト雖モ抵當權ハ不動產上ノ權利ナルヲ以テ登記ヲ經ルニアラサレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルハ勿論抵當權ノ登記ハ其擔保スル債權額ヲ確定スルニ依リテ其效用ヲ爲スヘキモノナレハ抵當權ノ登記ヲ爲スニ當リ常ニ債權額ノ登記ヲ爲スコトヲ要シ登記シタル債權額ヲ限度トシテ其權利ヲ行フコトヲ得ルニ過キス是レ登記ノ特定主義ヨリ生スル結果ニシテ斯クセサルニ於テハ抵當不動產ノ負擔スル抵當權ノ範圍不確定ナル爲メ第三者チシテ不測ノ損害ヲ被ラシメ取引ノ安全ヲ害スルノ結果ヲ生スヘケレハナリ(法學博士横田秀雄氏物權法十二版七九〇頁)

三 以上ノ如ク制限シタルハ畢竟第二ノ抵當權者其他第三者ヲ保護セントシタルニアルヲ以テ若シ彼等ニシテ不意ノ損害ヲ蒙ル虞ナキトキハ此制限ニ從ハシムルヲ要セス利息ヲ特ニ登記スルコトキハ第三者ハ前例ノ如キ不意ヲ受ケサルヘシ故ニ滿期後ノ利息ヲ登記スルハ何年分タリトモ擔保セラルルコトトス即チ但書ノ規定ナリ(松波、仁保、仁田博士合著民法正解第四卷一五二頁)

四 抵當權ノ效力ハ債權者間ニ於ケル效力ト第三者ニ對スル效力トノ二種アリ本節ニ於テ此二種ノ效力ニ付テ各規定ス即チ債

富井博士

横田博士

松波、仁保、仁田博士

岡松博士

飯島學士

權者間ニ於ケル抵當權ノ效力ニ於テハ第三三三條以下第三三六條ノ四條ヲ以テ規定シ第三者ニ對スル抵當權ノ效力ニ付テハ第三三三條以下ニ之ヲ定メタリ(法學博士岡松太郎氏民法理由中卷五四頁)

五 第二節 抵當權ノ效力 第一款 債權者間ニ於ケル效力 抵當權者カ利息其他ノ定期金ヲ請求スル權利ヲ有スルトキハ抵當權者ハ之ニ對シ其抵當權ヲ行フコトヲ得然レトモ債權元本ノ登記又ハ定期金債權ノ登記アルノ故ヲ以テ無制限ノ利息其他ノ定期金ニ付キ抵當權ヲ行フコトヲ得セシムルトキハ他ノ債權者ニ不測ノ損害ヲ蒙ラシムルノ結果ヲ生ス此ニ於テカ民法ハ利息其他ノ定期金ニ對シ抵當權ヲ行フコトヲ得ヘキ範圍ヲ限定シタリ即チ抵當權者ハ滿期ト爲リタル最後ノ二ヶ年分ノ利息其他ノ定期金ニ付テノミ其抵當權ヲ行フコトヲ得ルモノトス(法學士飯島喬平氏民法要論四五〇頁)

【參照判例】

一 民法第三三四條ハ抵當權ヲ以テ擔保スル債權ニ利息其他ノ定期金及ヒ遅延利息アル場合ニ於テ他ノ債權ヲ保護センカ爲メ抵當權ノ效力ニ制限ヲ付シタルモノニシテ債權者間ニ於ケル抵當權ノ效力ヲ規定シタルニ止マリ第三取得者ノ如キ第三者ニ對スル抵當權ノ效力ヲ規定シタルモノニ非ス(明治四十二年十二月十一日東京控訴院民事一部判決法律新聞第六三〇號一二頁)

二 民法第三三四條ハ汎ク抵當權ノ效力ノ範圍ヲ制限シ以テ他ノ債權者又ハ抵當物ノ第二取得者ヲ保護センカ爲メニ設ケラレタル規定ナレハ單ニ他ノ債權者ニ對スル抵當權ノ效力ニ付キ適用アルノミナラス第三者ニ對スル抵當權ノ效力ニ付テモ亦適用アルモノトス(大正三年八月十五日字都宮地方裁判所判決本書第三卷民法三九六頁)

吾人ハ本判決ニ反對シ民法第三三四條ノ規定ハ抵當不動產ノ第三取得者ト抵當權者トノ關係ニ付テモ亦其適用アリト解スルヲ正當ナリト信ス

二六〇

六七〇 組合ノ業務執行ハ組合員ノ過半数ヲ以テ之ヲ決ス
組合契約ヲ以テ業務ノ執行ヲ委任シタル者數人アルトキハ其過半数ヲ以テ之ヲ決ス
組合ノ常務ハ前二項ノ規定ニ拘ハラズ各組合員又ハ各業務執行者之ヲ專行スルコトヲ得但し其結了前ニ他ノ組合員又ハ業務執行者カ異議ヲ述ヘタルトキハ此限ニ在ラス
六七六 組員力組合財產ニ付キ其持分ヲ處分シタルトキハ其處分ハ之ヲ以テ組合及ヒ組合ト取引ヲ爲シタル第三
者ニ對抗スルコトヲ得ス
營業法七第三項 共同營業出願人又ハ共同營業權者ハ組合契約ヲ爲シタルモノト看做ス

民法ノ組合ニ關スル規定ハ共同鑛業者間ノ關係ヲ律ス可キモノトス
 組合員カ他ノ組合員ノ同意ヲ得スシテ爲シタル持分ノ處分ハ其組合員ヲシテ組
 合ヲ脱退セシメ第三者ヲ組合ニ加入セシムルノ效果ヲ生スヘキモノニ非ス從テ
 其組合員ハ持分ヲ處分シタルニ非ラス依然組合員トシテ其負擔スル任務ヲ盡ス
 コトヲ得ヘク又之ヲ盡ササル可ラサルノ責アルモノトス

民法ノ組合ニ關スル規定ハ共同鑛業者間ノ關係ヲ律ス可キモノニシテ其第六七六條
 第一項ニ依レハ組合員カ組合財產ニ付キ其持分ヲ處分シタルトキハ其處分ヲ以テ組
 合ニ對抗スルコトヲ得サルカ故ニ組合員カ他ノ組合員ノ同意ヲ得スシテ爲シタル持
 分ノ處分ハ其組合員ヲシテ組合ヲ脱退セシメ第三者ヲ組合ニ加入セシムルノ效果ヲ
 生スヘキモノニ非ス從テ其組合員ハ持分ヲ處分シタルニ拘ラス依然組合員トシテ其
 負擔スル任務ヲ盡スコトヲ得ヘク又之ヲ盡ササル可ラサルノ責アルモノニシテ其
 人ノ所論ハ被上告人カ組合財產タル鑛業權ノ持分ヲ他ノ共同鑛業者ノ同意ヲ得スシ
 テ第三者ニ讓渡シタルノ行爲ヲ以テ第三者ヲ被上告人ノ地位ニ代ラシメ他ノ共同鑛
 業者ヲシテ之ト協同シテ事業ヲ經營スルノ義務ヲ負ハシムルノ效果ヲ生スルモノノ
 如ク思惟シ此見地ヨリ其行爲ヲ以テ被上告人カ組合員且鑛業代表者トシテ共同事業
 ニ盡スヘキノ任務ヲ拋擲シタルモノト爲シ以テ原院カ右讓渡行爲ヲ除名ノ事由ト爲
 スニ足ラスト判定シタルヲ正當ナラスト論スルモノナレハ探ルニ足ラズ(大審院大正
 四年(オ)第二三一號同年九月二十八日民一部田部裁判長大倉禰原尾古岩田各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審長崎控訴院○組合員除名登錄手續請求事件○上告人安東保重訴訟代理人辯護士佐々木文平被上告人綾都字策

【參照學說】

一 組合財產ハ共同事業ノ經營ニ必要ナルヲ以テ組合ノ存續スル限リハ總組合員ノ共同的共有トシテ之ヲ組合事業經營ノ資ニ
 供セサルヘカラス故ニ以テ普通ノ場合ニハ各共有者ハ他ノ共有者ニ拘ララス自己ノ持分ヲ處分スルコトヲ得ルニ反シ組合ノ場
 合ニ於テハ之ヲ爲スコトヲ得ス之ヲ爲スモ組合及組合員ノ共同共有者トシテ之ヲ爲スルコトヲ得ルニ反シ組合ノ場
 六七六條ニ規定スル所ナリ何トシテハ組合財產ノ持分ハ組合員ニシテ始メテ之ヲ所有スルコトヲ得ルニ反シ組合ノ場
 者ヲシテ組合財產ノ持分ヲ所有セシムルハ組合ノ性質ニ反スルニシテ組合事業ノ經營ノ資ニ供スヘキ財產ノ持分ヲ組合員
 以外ノ第三者ノ有ニ歸セシムルニ於テハ組合事業ノ經營ニ必要ナル財產ヲ妨クニ至リ組合事業ノ經營ヲ妨クルノ結果ヲ有スル
 ヲ以テナリ故ニ組合員ノ各自カ第三者ノ爲メニ其持分ヲ處分シタル場合ト雖モ組合及組合員ノ共同共有者トシテ之ヲ組合事業ノ資ニ
 供スルコトヲ得ヘク然レトシテ其組合員ノ有ニ屬スルヲ以テ組合ハ舊ニ依リ其財產ヲ以テ組合員ノ共同共有者トシテ之ヲ組合事業ノ資ニ
 供スルコトヲ得ヘク然レトシテ其組合員ノ有ニ屬スルヲ以テ組合ハ舊ニ依リ其財產ヲ以テ組合員ノ共同共有者トシテ之ヲ組合事業ノ資ニ
 供スル利益ヲ要求スルコトヲ得ヘシ(法學博士橫田秀雄氏債權各論七二六頁)

二 各組合員ノ持分ハ一般ノ財產權ト均シク之ヲ處分スルコトヲ得或組合員カ第三者ニ其持分ヲ讓渡スルモ之カ爲當然組合
 リ脱退スルモノニアラサルカ故ニ民法第六七八條ノ規定ニ拘ラス何時ニテモ又總組合員ノ同意ヲ得ルコトナク其ノ持分ヲ讓渡
 スルコトヲ得又第三者カ或組合員ヨリ其ノ持分ヲ讓受クルモ之カ爲當然組合ニ加入スルコトナク從テ組合契約ノ變更ヲ伴フコ
 トナキカ故ニ總組合員ノ同意ヲ得ルコトナク其ノ持分ヲ讓受クルコトヲ得即チ各組合員ハ何時ニテモ任意ニ其持分ヲ處分スル
 コトヲ得或組合員カ第三者ニ其ノ持分ヲ讓渡シタルトキハ其ノ處分ハ當事者間ニ於テハ完全ニ有效ナルモノナリトス
 然ルニ或組合員カ第三者ニ其持分ヲ讓渡シタル結果組合員ニシテ持分ヲ有セサル者及ヒ組合員ニ非スシテ持分ヲ有スル者ヲ生
 スルコトハ明ニ組合ノ觀念ニ反スルモノナリ蓋シ組合財產ハ總テノ組合員ノミニ於テ之ヲ共有スヘキモノナレハナリ加之組合
 員ニ非サル者カ持分ヲ有スルコトハ組合財產ノ管理ニ困難ヲ來シ組合事業ノ經營ニ支障ヲ與フヘキコト必然ノ結果ナリ即チ組
 合員ノ持分ノ處分ハ當ニ組合ノ觀念ニ反スルモノナラス組合及組合員ノ共同共有者トシテ之ヲ組合事業ノ資ニ供スルコトヲ得
 者ナリ)ノ爲ニ不利益ナルコト尠カラズ仍チ組合員カ組合財產ニ付テ其ノ持分ヲ處分シタルトキハ其ノ處分ハ之ヲ以テ組合及
 ヒ組合ト取引ヲ爲シタル第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトス即チ其ノ組合員ハ組合及ヒ組合ト取引ヲ爲シタル第三者ニ對
 シテハ引續キ自ラ其持分ヲ保有スルモノト看做サレ組合及組合ト取引ヲ爲シタル第三者ハ其ノ組合員ニ對シテ從前ト同様ノ權
 利ヲ行フコトヲ得ルモノナリ(法學士村上恭一氏債權各論七四七頁)

第一項ハ固ヨリ當然ノ事ニ屬ス又組合財産ニ關スル持分ノ處分ハ組合員タルノ地位ニ何等ノ消長ヲ來スヘキモノニアラサルカ故ニ第二項モ正當ナリ

(二六一)

一六七 債權ハ十年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅ス
債權又ハ所有權ニ非サル財産ハ二十年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅ス
五五六 賣買ノ一方ノ豫約ハ相手方カ賣買ヲ完結スル意思ヲ表示シタルトキヨリ賣買ノ效力ヲ生ス
前項ノ意思表示ニ付キ期間ヲ定メザリシトキハ豫約者ハ相當ノ期間ヲ定メ其期間内ニ賣買ヲ完結スルヤ否ヤヲ確答スヘキ旨ヲ相手方ニ催告スルコトヲ得若シ相手方カ其期間内ニ確答ヲ爲サハルトキハ豫約ハ其效力ヲ失フ

民法第一六七條第項ニ所謂債權ハ獨リ特定ノ人ニ對シ行爲又ハ不行爲ヲ要求スルノ權利即嚴格ナル意義ニ於ケル債權ヲ指稱スルニ止マラス學者ノ所謂形成權ヲモ包含スルモノト解スルチ正當トス何トナレハ後者ノ時効期間ヲ前者ノ時効期間ヨリ長カラシムルノ理由ナク特ニ民法中所謂形式權ニ屬スル或權利ニ付キ相手方チテ權利不行使ノ狀態ノ繼續ヲ免レシムル爲メ期間ヲ定メテ權利ノ行使ヲ催告スルコトヲ得セシメタルヨリ見レハ其ノ時効期間チ他ノ債權ノ時効期間ヨリモ長カラシムルハ

民法第一六七條第一項ニ所謂債權ハ獨リ特定ノ人ニ對シ行爲又ハ不行爲ヲ要求スルノ權利即嚴格ナル意義ニ於ケル債權ヲ指稱スルニ止マラス學者ノ所謂形成權ヲモ包含スルモノト解スルチ正當トス何トナレハ後者ノ時効期間ヲ前者ノ時効期間ヨリ長カラシムルノ理由ナク特ニ民法中所謂形式權ニ屬スル或權利ニ付キ相手方チテ權利不行使ノ狀態ノ繼續ヲ免レシムル爲メ期間ヲ定メテ權利ノ行使ヲ催告スルコトヲ得セシメタルヨリ見レハ其ノ時効期間チ他ノ債權ノ時効期間ヨリモ長カラシムルハ

【關係事項】

法律ノ精神ニ副ハサレハナリ是故ニ再賣買ノ豫約者ノ相手方カ賣買完結ノ意思ヲ表示シ賣買ヲ成立セシムルノ權利ハ所謂形成權ニ屬スレトモ之ヲ以テ一種ノ債權ナリトシ之ニ民法第一六七條第一項ヲ適用シタル原判決ハ正當ニシテ法律ノ適用ヲ誤リタルモノト謂フ可ラス(大審院大正四年(オ)第七八號同年七月十三日民一部四部裁判長田上礪原尾古岩田各判事判決)

【參照判例】

上告棄却○原審大分地方裁判所○地所有權移轉登記手續抹消事件○上告人首藤保訴訟代理人辯護士添田增男被上告人古庄善太郎訴訟代理人辯護士高木益太郎同菊江久治
一 賣買ノ豫約ニ基ク權利ハ特定ノ人チテ特定ノ事チ爲サシメ又ハ爲ササラシムルモノニアラス單ニ權利者ノ意思表示ノミニヨリ法律行爲ヲ成立セシムルコトヲ得ルノ權利ニ外ナラサレハ所謂形成權ノ一種ニ屬シ債權ニアラサルナリト謂ハサルヘカラス：右ノ如キ權利ハ取消權ノ如ク二十年ヨリ短キ時効ニヨリ消滅スル旨ノ規定毫モ存スルコトナキチテ二十年ノ時効ニ因リ消滅スヘキモノトス(東京控訴四五年二月一日判決本書第一卷民法二九頁)
二 再賣買ノ豫約ニ於ケル委託者ノ權利ハ債權ニ非スシテ一ノ形成權ニ屬ス從テ民法施行後二十年ヲ經過スルニ非サレハ時効ニ因リテ消滅スルコトナキモノトス(水戸地方大正三年レ六一號判決本書第三卷民法七六二頁)

(二六二)

四三二 數人カ連帶債務ヲ負擔スルトキハ債權者ハ其債務者ノ一人ニ對シ又ハ同時若クハ順次ニ總債務者ニ對シテ全部又ハ一部ノ履行ヲ請求スルコトヲ得
四二七 數人ノ債權者又ハ債務者アル場合ニ於テ別段ノ意思表示ナキトキハ各債權者ハ各債務者ハ平等ノ割合チ以テ權利ヲ有シ義務ヲ負フ

契約ニ依リ連帶債務ヲ負擔シタリト爲スニハ當事者カ連帶債務ヲ負擔スルノ意思ヲ明示若クハ默示ノ方法ニテ表示スルヲ要シ其表示ナキニ之ヲ推定スルヲ得

サルモノトス

契約ニ依リ連帶債務ヲ負擔シタリト爲スニハ當事者カ連帶債務ヲ負擔スルノ意思ヲ明示若クハ默示ノ方法ニテ表示スルヲ要シ其表示ナキニ之ヲ推定スルヲ得サルハ數人ノ債務者アル場合ニ別段ノ意思表示ナキトキハ各債務者平等ノ割合ヲ以テ義務ヲ負フヘキ民法第四二七條ノ規定ノ反面解釋上明ナル所ナリ然ルニ原判決ニ上告人等ヲ以テ連帶債務者ナリト制定シタル所ヲ見ルニ連帶債務ヲ負擔スル意思表示ノ存スル所ヲ示サス單ニ或事情ヨリ其意思ヲ付度シテ連帶負擔ヲ約シタルモノト推定シタルニ過キサレハ原判決ハ不法ニ事實ヲ確定シタルノ瑕瑾アリ(大審院大正四年才第九六號同年九月二十一日民一部田部裁判長礪原尾古入江岩田各判事判決)

關係事項

破毀差戻○原審東京控訴院○鐵山代金支拂請求事件○上告人樋渡彦九郎外二名訴訟代理人辯護士古川興被上告人瀧本宮道

參照學說判例

- 一 連帶債務ハ法律行爲又ハ法律ノ規定ヨリ生ズ連帶ヲ生スル法律行爲ハ通常契約ナリ而シテ當事者ハ連帶債務ヲ負擔スル意思ヲ確實ニ表示スルコトヲ要ス連帶ノ推定セシメテ分擔カ原則ナリ通例ハ分擔ナリ併連帶ナル語ヲ用フルコトハ必要ニ非ス確カニ其意思ヲ認メ得ヘキヲ以テ是レリトス(法學博士富井政章氏債權總論大四年版一三五頁)
- 二 連帶債務ハ契約ヨリ生ズル本則トスルモ亦往々ニシテ法律ノ規定ヨリ生ズルコトアリ(法學博士梅謙次郎氏民法要義卷ノ三債權編一〇六頁)
- 三 連帶債務ニアリテハ各債務者ハ全部ノ債務ノ責任スルモノナレハ債務ヲ履行ス平等分割ノ原則ニ對スル例外ナリトス故ニ債務者間ノ連帶ハ當然ニ推定スルコトヲ得ス換言シテハ債務者間ニ連帶ノ關係ヲ生ズルニハ特別ノ原因アルコトヲ必要トス其原因ニアリハ當事者間ノ意思表示ニシテ他ノ一ハ法律ノ直接規定ナリ故ニ數人カ共同シテ債務ヲ負擔スル場合ニハ當事者間ニ連帶ノ特約アルカ又ハ法律ノ直接規定アルコトヲ必要トス(法學博士礪田秀雄氏債權法總論五〇五頁)
- 四 連帶債務ハ法律行爲又ハ法律ノ規定ニ因リテ發生ス連帶債務ノ原因タル法律行爲ハ單獨行爲又ハ契約タルコトヲ得而シテ

富井博士

梅博士

橫田博士

石阪博士

川名博士

飯島博士

何レノ場合ニ於テモ當事者カ連帶債務ヲ負擔スルノ意思明カナルコトヲ要ス若シ連帶債務ヲ負擔スルノ意思明カナラサルトキハ第四二七條ノ分擔債務ヲ負擔スルコトナルヘシ殊ニ双務契約ノ場合ニ一方ノ債務カ連帶債務ナルカ爲メ他方ノ債務モ亦連帶債務ナリト爲スヲ得然レトモ連帶債務ノ約スル當事者ノ意思明カナル以上ハ明示タルヲ要セス默示タルヲ以テ是レカ故ニ必スシモ連帶ナル文字ヲ用ユルコトヲ要セス各債務者カ全部ノ給付ヲ負擔シ一回ノ全部給付ニヨリテ全債務ヲ消滅スヘキコトヲ約スルノ意思明カナルヲ以テ是レ(法學博士石阪晋四郎氏日本民法第三編債權第三卷七九八、八〇二)

五 契約ニヨリ連帶債務ヲ生ズル場合ニハ只當事者カ債務ヲ發生セシムル意思ヲ表示スルヲ以テ是レトセテ各自カ全部ノ請求ニ應ジテ債務ヲ負擔スルコトヲ云フ意ヲ表示セザルヘカラス契約ニヨリテ連帶債務ヲ負擔スル場合ニハ債務者カ共同ノ契約ニヨリテ可分ノ債務ヲ負擔スルコトキハ連帶債務ヲ負擔シタルモノト推定ストノ規定アリ(四二七)我民法ニ於テハカクノ如キ推定ナキ故ニ其間ノ契約ニヨリテ債務ヲ負擔スル場合ト雖モ特ニ明示又ハ默示ニヨリテ連帶ヲナスノ意思ヲ表示セザルヘカラス羅馬法以來連帶ノ推定セスト云フ原則アリタルカ合レニ基キタルモノナルヘシ獨逸民法ニ於テハ各自カ獨立ノ契約ニヨリ債務ヲ負擔スル場合ニ於テハ連帶ノ推定ヲ設ケス此場合ニ於テハ特ニ連帶債務ヲ負擔スルノ意思表示ヲナサハカラス我民法ニ於テモ同一ナリ(法學博士川名博士債權法要論三二八頁)

六 連帶債務ノ發生原因ハ之ヲ法律ノ規定及ヒ當事者ノ意思ノ二者ニ區別スルコトヲ得例之共同不法行爲ニ因ル損害賠償ノ債務ハ其數人ノ不法行爲者連帶シテ之ヲ負擔スルカ如キハ法律ノ規定ニ因ル連帶債務發生ノ原因ナリ當事者ノ意思表示ニ因ル發生ノ原因ハ單獨行爲ト契約トニ區別スルコトヲ得ヘシト雖モ契約ニ因ルコト最モ普通ナリトス而シテ其意思表示ハ明示若クハ默示タルコトヲ得ヘシト雖モ特別ニ其旨ノ意思表示アルコトヲ必要トス換言スレハ民法上ノ原則トシテハ連帶債務ニシテ連帶債務ニ非サルモノトス(法學士飯島喬平氏民法要論五四〇頁)

至當ノ判決ナリトス

二六三

三六九第一項 抵當權者ハ債務者又ハ第三者カ占有ヲ移サスシテ債務ノ擔保ニ供シタル不動産ニ付キ他ノ債權者ニ先テ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クル權利ヲ有ス

民事訴訟法六〇〇第一項 差押ヘタル金銀ノ債權ニ付テハ差押債權者ノ選擇ニ從ヒ代位ノ手續ヲ要セスシテ之ヲ取立ツル爲メ又ハ支拂ニ換ヘ券面額ニテ差押債權者ニ之ヲ轉付スル爲メ命令アラントナ申請スルコトヲ得

(一) 抵當權ハ物權ニシテ之ヲ有スル者ノ隨意ニ處分スルコトヲ得ルモノナレハ之カ移轉ノ登記ヲ爲スニモ抵當權設定者ノ意思表示アルヲ要セス

(二) 抵當權ハ債權ノ擔保トシテ之ニ付從スルモノナレハ債權力轉付セラルルトキハ抵當權モ從テ共ニ移轉スヘクシテ獨リ舊債權者ニ殘存シ若クハ當然ニ消滅スヘキ謂レナシ」

抵當權ノ移轉アルトキハ舊抵當權者ハ新抵當權者ニ對シ登記義務ヲ負フモノトス」

(一) 抵當權ハ物權ニシテ之ヲ有スル者ノ隨意ニ處分スルコトヲ得ルモノナレハ之レカ移轉ノ登記ヲ爲スニモ抵當權設定者ノ意思表示アルヲ要セサルカ故ニ債權ト共ニ抵當權ヲ取得シタル被上告人カ舊抵當權者タル上告人ノミニ對シ移轉登記ノ手續ヲ求ムル本訴ハ適法ニシテ原院カ之ヲ認容シタルハ不法ニアラス

(二) 抵當權ハ債權ノ擔保トシテ之ニ付從スルモノナレハ債權力轉付セラルルトキハ抵當權モ從テ共ニ移轉スヘクシテ獨リ舊債權者ニ殘存シ若クハ當然ニ消滅スヘキ謂レナシ而シテ抵當權ノ移轉アルトキハ舊抵當權者ハ新抵當權者ニ對シ登記義務ヲ負フモノナルヲ以テ上告人ノ有セシ債權カ被上告人ニ轉付セラレ其債權ヲ擔保スル爲メ設定セラレタリシ抵當權モ從テ被上告人ニ移轉シタル本件ノ場合ニ於テ原院カ上告人ニ該抵當權ノ移轉ニ付登記ノ義務アリト判定シタルハ正當ナリ(大審院大正四年(オ)第四一八號同年十月四日民二部馬場裁判長田上入江鈴木三宅各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審東京控訴院○抵當權移轉登記手續請求事件○上告人株式會社武相貯蓄銀行訴訟代理人辯護士古尾谷鐵太郎被上告人逸見行道外三名

九一 法律行為ノ當事者カ法令中ノ公ノ秩序ニ關セサル規定ニ異ナリタル意思ヲ表示シタルトキハ其意思ニ從フ

七四九 家族ハ戸主ノ意ニ反シテ其居所ヲ定ムルコトヲ得ス

家族カ前項ノ規定ニ違反シテ戸主ノ指定シタル居所ニ在ラサル間ハ戸主ハ之ニ對シテ扶養ノ義務ヲ免ル

前項ノ場合ニ於テ戸主ハ相當ノ期間ヲ定メ其指定シタル場所ニ居所ヲ轉スヘキ旨ヲ催告スルコトヲ得若シ家族カ其催告ニ應セサルトキハ戸主ハ之ヲ離籍スルコトヲ得但其家族カ未成年者ナルトキハ此限ニ在ラス

七八九 妻ハ夫ト同居スル義務ヲ負フ

夫ハ妻ヲシテ同居スルコトヲ要ス

七九二 夫婦間ニ於テ契約ヲ爲シタルトキハ其契約ハ婚姻中何時ニテモ夫婦ノ一方ヨリ之ヲ取消スコトヲ得但第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス

八一三 夫婦ノ一方ハ左ノ場合ニ限り離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得

五 配偶者ヨリ同居ニ堪ヘサル虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキ

八一四 前條第一號乃至第四號ノ場合ニ於テ夫婦ノ一方カ他ノ一方ノ行爲ニ同意シタルトキハ離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス

前條第一號乃至第七號ノ場合ニ於テ夫婦ノ一方カ他ノ一方又ハ其直系尊屬ノ行爲ヲ宥忍シタルトキ亦同シ

(一) 民法第七八九條ハ強行規定ニシテ當事者ノ意思ヲ以テ自由ニ右規定ニ反スル契約ヲ爲スコトハ民法ノ認許セサルコト勿論ナレハ夫婦ノ別居契約ハ當然無効ナリトス」

(二) 判決請求權ト強制執行請求權トハ互ニ相獨立シタル私權保護ノ請求權ナレハ執行ノ能不能ハ判決請求權ノ當否ニ關係ナキモノトス」

(三) 夫婦ノ同居カ夫ノ社會活動ニ妨アリトスルモ就中一身ノ便不便ヲ主張シテ夫婦ノ同居ノ義務ヲ免カレントスルカ如キハ民法ノ許容セサル所ナリトス」

(四) 夫カ戸主ナル場合ニ於テモ妻カ夫ニ對シテ有スル同居ノ權利ヲ侵害シテ迄モ

其戸主權ヲ行使シ自己ノ居所ト別異ノ居所ニ住居スヘキコトヲ妻ニ對シテ指
定スルコトヲ得サルモノトス

【五】妻カ新聞記者ニ對シテ夫ノ主義主張ト其所業トヨリ生スル矛盾及ヒ缺點ヲ語
ルカ如キハ專ラ夫ノ思想上ニ對シ妻カ評論ヲ加ヘタルモノニシテ之ヲ以テ直
チニ重大ナル侮辱ナリト謂フコトヲ得ス

妻カ新聞記者ニ對シ夫カ某女ト姦通シタル事實ヲ語ルカ如キハ眞偽如何ニ關
セズ民法第八一三條第五號ニ所謂重大ナル侮辱ヲ與ヘタルモノトス

【六】民法第八一四條第二項ニ所謂宥恕トハ通常事後ノ同意ヲ意味スレトモ既ニ事
前ニ於テ事後ノ行爲ノ内容分量カ明白ナル以上ハ事前ニ於テモ亦同條所謂宥
恕ナルモノ存シ得ヘキモノトス

(一) 原告(反訴被告)ノ本訴請求ノ當否ニ付キ案スルニ原告カ被告(反訴原告)ト大正二年
六月二十六日婚姻ナシ爾來夫婦關係ヲ持續セル事實並ニ被告ハ戸主ニシテ原告ハ
其家族ナル事實ハ本件當事者間ニ爭ナキ所ニシテ且ツ成立ニ爭ナキ甲第一號證ニ依
リテ明カナリ而シテ成立ニ爭ナキ甲第二號證ノ一並ニ證人山梨勝治及伊藤證信ノ各
證言ニ數スレハ原告主張ノ如ク被告カ自己ノ筆生トシテ雇入レタル訴外蒲原英枝ト
感融ヲ通シタルコトヲ大正四年七月二十五日原告ニ語リタルコトアリ其結果原告ハ
被告ニ別居ヲ求メ且ツ被告ノ收入ノ三分ノ一ヲ以テ被告別居ノ生活費ニ充テ其三分
ノ二ヲ以テ原告妻子ノ生活費ニ充ツルコトト爲サント提案シタルニ被告ハ之ニ同意

ヲ爲シタル上同年八月九日自ラ舊來ノ住家ヲ出テ原告ト別居シ訴外英枝ト同棲シ
現在ニ至レル事實ヲ認メ得ヘク又成立ニ爭ナキ甲第二號證ノ二ニ依レハ其後大正四
年九月十五日原告ハ被告ニ對シ右別居契約取消ノ意思表示ヲ爲シタル事實ヲ認メ得
ヘシ然リ而シテ民法第七八九條ニ所謂夫婦同居ノ義務ノ規定ハ人類共同生活ノ健全
ナル狀態ヲ維持發達セシムルニ付キ必要ナル規定ナルヲ以テ同條ハ履行規定ト解ス
ヘク從テ當事者ノ意思ヲ以テ自由ニ右規定ニ反スル契約ヲ爲スコトハ民法ノ認許セ
サルコト勿論ナレハ前記認定ノ別居契約ハ當然無効ニシテ之レアリシカ爲メ原告
被告ノ同居義務ニ影響ヲ及ホスモノニ非ス從テ原告主張ノ如ク夫婦間ノ契約ハ婚姻
中何時ニテモ之ヲ取消シ得ヘク從テ原告カ右別居契約取消ノ意思表示ヲ爲シタルト
否トニ關セス夫タル被告ハ妻タル原告ト同居セシムヘキ義務アルヤ否カナリトス
(二) 本訴原告ノ請求ノ目的ハ強制履行ヲ許ササルモノナレハ本訴ハ不當ナリト被
告抗辯ハ其理由アリヤ否ヤチ案スルニ判決請求權ト強制執行請求權トハ互ニ相獨立
シタル私權保護ノ請求權ナレハ執行ノ能不能ハ判決請求權ノ當否ニ關係ナキヲ以テ
假リニ被告抗辯ノ如ク本訴請求ノ目的カ強制執行ノ目的トナリ得サルモノトス
ルモ之ヲ以テ直チニ本訴請求ヲ排斥ス可キ理由トナラス
(三) 被告ハ民法第七八九條ノ規定ノ解釋上本訴請求ハ不當ナリト抗辯スレトモ由來
夫婦ハ事實上共同生活ヲ爲ス可キノミナラス法律上モ亦同一ノ家籍ヲ有シ同居セサ
ルヘカヲテコトハ民法ノ規定ニ依リ明カナリ蓋シ男女僮老ノ契ヲ爲シタル以上夫
婦相愛シ一家團圓ノ實ヲ舉ケシメントスルハ實ニ道德上ノ義務ニ出テタルノミナラ
ズ民法モ亦全ク此ノ人倫ニ職由シテ規定セラレタルモノナレハナリ而シテ民法第七

八九條ハ此目的ヲ達セシメントスル法規ノ一ナルヲ以テ前キニ說示シタルカ如ク該
 法條ハ強行規定ナリサレハ同條ニ從ヒ妻ハ夫ニ隨從シ夫ト苦樂ヲ共ニセサルヘカラ
 サル義務アルト共ニ夫モ亦妻ヲ同居セシムヘキ義務アルモノトス尤モ夫カ妻ニ對シ
 獨立シテ營業ヲ爲スコトヲ許可シタル場合等ニ在リテハ其營業ノ必要上夫ト事實
 別居スルコトハ之レ又民法ノ豫期スル所ナリト雖モ之等事實上別居ノ場合アレハト
 テ敢テ夫婦ハ共同生活ヲ爲スヘキモノナリトノ法理ト扞格スル所ナシサレハ夫妻同
 居ノ權利義務ハ夫權ノ行使ヲ妨ケサル範圍内ニ於テ全ク平等ニシテ被告カ抗辯スル
 如キ差等アルモノニアラス況ンヤ夫カ爲ス公私ノ社會活動ハ夫ト社會トノ關係ニシ
 テ夫權ノ行使ト何等交渉ナキコト論ナキ處ナレハ被告ノ陳述ニ依リ明カナルカ如ク
 既ニ被告カ夫權ヲ主張シテ原告ニ臨ム以上假リニ同居カ被告ノ社會活動ニ妨ケアリ
 トスルモ就中一身上ノ不便ヲ主張シテ夫婦同居ノ義務ヲ免カレントスルカ如キハ
 民法モ亦斷シテ許容セサル所ナルヲ以テ右抗辯ハ其事實ノ有無如何ニ關セス不當ニ
 シテ之ヲ排斥スヘキモノトス

(四) 然ラハ前キニ認定シタルカ如ク被告ハ戶主ニシテ原告ハ其家族ナルコト明カナ
 ル本件ニ於テハ被告ハ戶主トシテ自己ノ居所ト別異ノ居所ニ住居スヘキコトヲ原告
 ニ對シ指定シタル上ハ原告ノ本訴請求ハ不當ナリヤ否ヤノ抗辯ヲ審案スルニ抑モ婚
 姻ノ最大目的ハ夫婦ノ同居ニ在ルヲ以テ既ニ法律上有效ニ夫婦關係ヲ持續セラレハ
 ニ於テハ夫婦ハ絕對的ニ同居ノ權利義務ヲ有スルコト前段說示ノ如クナレハ戶主ト
 雖モ亦之ニ反シテ居所ノ指定ヲ爲シ得ヘカラサルヤ勿論ナリトス從テ被告ハ原告ニ
 對シ戶主權ヲ有スル者ナリト雖モ原告カ被告ニ對シテ有スル同居ノ權利ヲ侵害シ

テ迄モ右戶主權ヲ行使シ得ヘカラサルコト明カナルカ故ニ右抗辯モ亦採用スルニ由
 ナキモノトス

(五) 反訴請求ノ當否ヲ案スルニ原被告ノ夫婦關係ニ付テハ前記認定ノ如シ而シテ成
 立ニ争ナキ乙第三號證並ニ第五號證ニ依レハ被告主張ノ如ク原告ハ時事新報記者ニ
 對シ原告妻子等ハ被告ヨリ金五圓五十錢ヲ受領セルニ過キサルコトヲ語り又女ノ世
 界紙上ニ於テ被告ハ耳ノ遠キ所ヨリ原告ノ言ヒタルコトヲ聞キ違ヒタリトノ記事ヲ
 自ラ投書シテ之ヲ同紙ニ掲載セシメタルコトヲ認メ得ヘシト雖モ右原告ノ行爲ハ未
 ダ以テ被告ノ名譽ヲ毀損シ重大ナル侮辱ヲ與ヘタルモノト認定スルコトヲ得ス成立
 ニ争ナキ乙第一號證第二號證及ヒ第四號證ニ依レハ原告ハ被告主張ノ如ク國民新聞
 中外日報並ニ第三帝國ノ各記者ニ對シ被告カ訴外蒲原英枝ト姦通シタル事實並ニ按
 告ノ主義主張ト其所業トヨリ生ズル矛盾及欠點ヲ語り之カ原告ノ談話トシテ同紙上
 ニ各掲載セラレタル事實ヲ認メ得ヘシ而シテ原告カ被告ノ主義主張ト其所業トヨリ
 生ズル矛盾ノ行爲又ハ欠點ニ關シ爲シタル陳述ハ專ラ被告ノ思想上ニ對シ原告カ評
 論ヲ加ヘタルモノニシテ乙號各證並ニ證人伊藤證信ノ證言ニ徵シ認メ得ヘキ原告被
 告間ノ生活狀態ニ鑑ミルトキハ右評論ヲ以テ直チニ重大ナル侮辱ナリト認ムルヲ得
 ス然レトモ被告ニ姦通ノ事實アリト爲シタル被告ノ前記認定ノ三個人ノ行爲ハ眞偽如
 何ニ關セス原告ハ其夫タル被告ニ對シ民法第八一三條第五號ニ所謂重大ナル侮辱ヲ
 與ヘタルモノト認定ス然ラハ他ニ事情ノ存セサル限ハ被告ハ之ヲ原因トシテ原告ニ
 對シ離婚ノ請求ヲ爲シ得ヘキ權利ヲ有スルコト洵ニ被告主張ノ如シ依テ原告抗辯ノ
 如ク被告ハ原告ノ右行爲ヲ承認シタルコトアリテ其承認ハ法律上被告ノ離婚請求權

ノ行使ヲ阻止シ得ヘキモノナリヤ否ヤニ付キ以下逐次審案スルニ第一證人山梨勝治ノ證言ニ依リテ認定シ得ヘキ被告カ大正四年八月九日原告ト同居スルト同時ニ訴外英校ト同居セル事實ト並ニ同證人及證人白井龜雄ノ各證言トヲ綜合シテ考覈スレハ被告カ原告ト同居スル以前既ニ大正四年六月下旬頃ヨリ被告對訴外英校間ニ情交關係アリシコト明瞭ナリトス而シテ成立ニ争ナキ甲第四號證人籍證本ニ依レハ訴外英校ハ大正四年八月二十三日迄ハ有夫ノ婦ナリシコト明カナルヲ以テ右日時以前ニ於ケル被告英校兩者間ノ私通ハ即チ刑法上之ヲ姦通ト認メ得ヘキコト一點疑ナシ而シテ被告カ原告ニ對シテ事情ヲ告白シタル爲メ遂ニ本件當事者カ同居ヲ爲スニ至リ現在ニ及ヒタルコトハ先キニ本訴請求ノ當否ニ付キ說示シタル所ニ依リテ明カナリトス然ラハ第二被告ハ前記認定ノ別居事情ノ公表ニ付キ原告ノ行爲ヲ認容シタルコトアリヤ否ヤノ點ヲ案スルニ證人白井龜雄ノ證言就中證人カ讀賣新聞ノ記者タリシ當時原告ヨリ同社ニ對シテ同新聞ニ掲載セラレタル原告間ノ別居問題ノ談話ノ記事中被告ノ語リタル點ニ相違ノ個所アル故訂正ヲ求ムト申込アリシ爲メ大正四年八月十三日午後原告ノ住所タル被告ノ舊宅ヲ訪問シタルニ原告被告列席ノ上原告ヨリ被告ト訴外英校トノ間ニ姦通關係アルコトヲ述ヘタルカ被告ハ之ニ對シテ異存ヲ申出テ又被告自ラモ嘗テ被告ハ萬朝報紙上ニ於テ自分ニ關シ誤リタル記事、掲載セラレ迷惑シタルヲ以テ今回ハ別居ノ通知ヲ爲サハ通知ノ各受領者ハ其真相ヲ尋ネニ來ル可ケルハ誤報ノ世ニ傳ハラヌ様通知ヲ發シタルモノナリト語リタル旨ノ證言並ニ證人山梨勝治ノ證言就中大正四年八月十二日原告被告連名ニテ時事新報文藝部宛ノ別居通知狀ヲ發ヒタリ其後原告ヲ訪問シタルニ被告モ列席セル處ニテ原告ハ別居ノ事實ヲ發

表スル約束ナリシニ事實ニ相違ノ點アル故訂正ヲ求ムト云ヒ且ツ前段認定ノ如キ別居事情ヲ原告カ語リタルニ被告ハ異議ヲ止メサリシ旨ノ證言乙第二號證ニ大正四年八月上旬原告被告連名ヲ以テ印刷シタル別居通知ヲ發シタル旨ノ記載並ニ同號證及ヒ前記證人山梨白井及ヒ伊藤ノ各證言ニ依リテ明カナルカ如ク被告自ラモ亦本件別居ニ付キ意見並ニ事情ヲ發表セルコトアル事實及右證人山梨及伊藤ノ證言ニ徴シ認メ得ヘキ原告被告ノ性情並ニ生活狀態ニ鑑ミレハ被告ハ原告ニ對シ本件別居ノ事情ヲ公表ニ發表スルコトヲ許諾シ之ニ基キテ原告カ其發表ヲ爲シタル際之レト同居シテ其行爲ヲ認容シ又ハ其所爲アリタル後ニ於テ之ヲ承認シタルノミナラス寧ロ被告自ラ之ヲ發表スルコトヲ欲求セシモノト認定スルニ難カラス被告ハ假令別居ノ事情ヲ發表スルコトヲ原告ニ許諾シタルトモ被告自身ノ不名譽トナルカ如キ事實又ハ虛偽ノ事實迄モ之ヲ發表スルコトヲ承諾シタルコトナシト主張スレトモ原告カ虛偽ノ事實ヲ發表シタルコトナキハ前記認定ノ處ニヨリ明カニシテ其他右被告主張認メヘキ何等ノ證左ナシ尤モ他人カ自己ノ不名譽トナル事實ヲ發表セルニ對シ之ヲ認容スト首ヲカ如キハ通常アリ得ヘカラサル事情ナリト雖モ甲乙各號證並ニ前記各證人ノ證言ニ依リテ當裁判所ノ認定スル被告ノ思想性行並ニ生活狀態ハ當裁判所ノ實地ニ因ル普通人ノ思想性行並ニ生活狀態ト別異ノ點大ナリト信スルヲ以テ前記認定ノ如ク被告ハ之ヲ認容シタルモノト認メタリ乙第七號第八號證ハ未ダ以テ前記認定ノ覆スニ足ラス然ラハ被告カ前記認定ノ許諾ヲ爲シタル以上右許諾ハ所謂離婚不受理ノ原因ヲ爲スモノナリヤ否ヤヲ案スルニ民法第八一四條第二項ノ規定ニヨレハ配偶者ノ一方ヨリ重大ナル侮辱ヲ受ケタル相手方カ其行爲ヲ宥恕シタルトキハ離婚ノ訴

ヲ提起スルコトヲ得サルモノトス而シテ同條ニ所謂宥恕トハ通常事後ノ同意ヲ意味スレトモ既ニ事前ニ於テ事後ノ行為ノ内容分量明白ナル以上ハ事前ニ於テモ亦同條所謂宥恕ナルモノ存シ得ヘシト解スルナ相當トス本件ニ於テ被告カ原告ノ重大ナル侮辱行為アリタルト同時ニ又ハ其後ニ於テ之ヲ許諾シタルコト前記認定ノ如クニシテ從テ右許諾ハ民法第八一四條第二項ニ所謂宥恕ヲ爲シタルニ該當スルモノト認ムルヲ以テ最早被告ハ前記認定ノ原告ノ行為ヲ原因トシテ離婚ノ訴ヲ提起シ得ヘキ權利ナキモノトス(東京地方大正四年(タ)第一九六號同年十二月十三日民一部河邊裁判長犬丸益川各判事判決)

【關係事項】

夫婦同居請求並ニ離婚請求反訴事件○原告(反訴被告)岩野キよ訴訟代理人辯護士吉田三市郎外一名被告(反訴原告)岩野美衛訴訟代理人辯護士川手忠義

【一點參照學說】

一 同居ヲ請求スル夫又ハ妻ノ權利ハ之ヲ拋棄スルコトヲ得ス是レ婚姻ノ性質ニ因リテ生スル結果ナリ然レトモ夫婦ノ一方カ別居ニ同意シタルトキハ其一方ハ同居ノ義務ヲ履行スルコトヲ要セス而シテ夫カ妻ノ營業ヲ許可シタルトキハ營業ノ必要ニ應ジテ妻ノ別居スルコトニ同意シタルモノト認ムルコトヲ得ヘシ然レトモ別居ノ同意ハ何時ニテモ之ヲ取消スコトヲ得ルモノトス是レ婚姻ノ性質ニ因リテ生スル結果ナリ(法學博士仁井田益太郎氏親族法相續法論一五三頁)
二 夫婦ハ相互ニ同居ノ權利義務ヲ有スレトモ事實上其居所ナキニシテ夫カ妻ノ營業ヲ許可シタルトキノ如キ妻カ其營業ノ必要上夫ト別居スルノ已ムナキコトアルヘシ此ノ如キハ夫カ妻ノ營業ヲ許可シタルトキノ結果同居ノ權利義務ニ制限アルモノト認ムルコトヲ得ヘク又裁判所カ夫婦別居ノ假處分ヲ命ジタルトキノ如キ裁判ノ效力トシテ均シク同居ノ權利義務ハ制限セラルルコトナルヘキナリ(法學博士牧野菊之助氏親族法論二五四頁)
三 夫婦ノ同居ハ公ノ秩序ニ關スル事項ナルカ故ニ當事者ハ右ニ述(タル第一)ノ場合(夫カ妻ノ營業ヲ許可シタルトキ)ヲ除ク外自ラ同居ノ權利ヲ制限シ又ハ拋棄スルコトヲ得ス之ヲ以テ假令別居ノ契約ヲ爲シタルトキト雖モ其契約ハ無効ナリ然レトモ制限又ハ拋棄スルコトヲ得サル權利ト雖モ權利者カ其權利ノ實行ヲ爲サス相手方ノ義務ノ履行ヲ宥恕スルコトヲ妨ケス夫婦カ別居ノ約シ且現ニ別居ヲ爲スハ相互ニ同居ノ權利ヲ履行セス相手方ノ義務ノ履行ヲ宥恕スルモノナリ此場合ニアリテハ同居ノ

【一點參照學說】

義務ニ違背シタルモノニ非サルカ故ニ同居ヲ爲ササルコトニ因リテ生シタル損害ニ付キ賠償ノ責アルコトナシ但別居ノ契約アルモノ之ニ因リテ別居ヲ爲ス權利ヲ取得スルニ非サルヲ以テ當事者ハ何時ニテモ同居ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヘシ而シテ請求アリタルニ拘ラズ同居ヲ爲ササルトキハ同居ノ義務ノ違背ナリ(法學博士島田健吉氏親族法講義二二二頁)
一 夫婦ノ一方カ同居ノ義務ヲ履行セサルトキハ他ノ一方ハ同居ノ目的トスル訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ此訴ハ人事訴訟手續法第一章ノ規定ニ從フヘキモノトス而シテ同居ヲ命スル判決アルトキハ之ニ基キテ強制執行ヲ爲スコトヲ得ヘシ然レトモ現行法ハ強制執行ノ方法トシテ身體ヲ拘束スルコトヲ許ササルカ故ニ斯ル判決ニ基キテ直接執行ヲ爲スコトヲ得ス唯債權ニ付テノ強制執行ニ關スル民事訴訟法第七三四條ノ規定ニ依リテ間接執行ヲ爲スコトヲ得ルノミ(法學博士仁井田益太郎氏親族法相續法論一五二頁)
二 夫婦カ同居ノ義務ニ違背シタルトキハ權利者ハ其相手方ニ對シテ同居義務ノ履行ヲ求ムルノ訴ヲ裁判所ニ提起スルヲ得ヘシ唯其訴ニ於テ同居ヲ命ジタル判決ハ強制執行ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤニ付テ議論アルヲ免レス其強制執行ヲ許スヘカラストノ論據ハ要スルニ人ノ身體ノ自由ハ之ヲ拘束スヘキニ非スト云フニ在リ然レトモ身體ノ自由ハ固ヨリ之ヲ尊重スヘシト雖モ身體ノ自由ヲ拘束シテマテモ夫婦同居ノ義務ヲ強制スヘキコトカ反テ公ノ秩序善良ノ風俗ヲ維持スルノ上ニ於テ肝要ナル場合ニ於テハ身體ヲ拘束スルモノ何ノ不可カ是アラン故ニ強制執行ヲ許スヘキモノト解スルヲ至當ナリトス(法學博士牧野菊之助氏親族法論二五四頁)
三 同居ヲ命スル判決アリタルトキハ公力ヲ以テ同居ノ義務ノ履行ヲ直接ニ強制スルコトヲ得ヘキヤ否ヤニ付キ二種ノ立法例アリ其一ハ之ヲ許シ(英蘭佛)他ノ一ハ之ヲ許サス(蘇格蘭)獨而シテ之ヲ許ササル立法例ニ在リテハ同居ノ義務中ニ夫婦トシテノ共同生活ニ關スル事項ヲ包含セシムルノミナラス同居ヲ命スル判決ト離婚ノ原因トノ間ニ聯絡ヲ有セシメタル規定ノ設ケアリ我民法ニ付キ按スルニ夫婦關係ニ基キ義務ノ如キ公ノ秩序ニ關スルモノニ在リテハ直接ノ強制力其義務ノ性質上不能ナラサル限リ之カ強制ヲ許ササルヘキ理由ナシ我民法ニ於ケル同居ノ義務ハ夫婦トシテノ共同生活ニ關スル事項ヲ包含ストスレハ直接ノ強制力性質上不能ナルヘキモ此義務ノ範圍ハ居所ニ關スル事項ノミニシテ夫ノ不履行ノ場合ニ於テハ夫カ加フル妨害ヲ排斥シテ夫ノ居所ニ妻ヲ同居スルヲ得セシムレハ足リ又妻ノ不履行ノ場合ニ於テハ夫ノ居所ニ妻ヲ引致スレハ足ルカ故ニ直接ノ強制力性質上不能ナルニ非サルナリ然レニ此ノ如ク直接ニ強制スルニハ身體ノ自由ヲ拘束セサルヲ得スト雖モ之ヲ拘束スルコトカ公ノ秩序ノ維持ニ必要ナル場合ニ於テ之ヲ拘束スルモノ何等ノ不可アルヘカラス之ヲ要スルニ同居ノ義務ノ直接ノ強制力性質上不能ナラサルノミナラス之ヲ強制スルモノ公ノ秩序ニ危害ヲ及ボスコトナキヲ以テ我民法ハ直接ノ強制力許サス主義ヲ採リタリト解釋セサルヘカラス況ンヤ我民法カ獨民法等ニ異ナリ同居ヲ命スル判決ト離婚ノ原因トノ間ニ聯絡ヲ有セシメタル規定ヲ設ケサリシトモ亦直接ノ強制力許サス趣旨ナリト推論スル一ノ根據ト爲シ得ヘキニ於テテヤ但若シ其強制ノ手續不備ナリトセハ結局強制ノ途ナカルヘキモ予ハ民事訴訟法第五三一條第五三六條ニ依リ執達吏公力ヲ用キ又必要アレハ警察官等ノ助

カテ得テ之ヲ強制スルコトヲ得ヘト信ス(法學士島田鐵吉氏親族法講義二二二頁)

【二點反對判例】

相手方ノ作為ヲ目的トスル權利ハ相手方カ任意ニ之ヲ履行セサル場合ニ於テハ裁判ヲ以テ相手方ノ意思表示ニ代フルコトヲ得ヘキ法律行為ヲ除外裁判上ノ請求ヲ許スヘキモノニ非ス何トナレハ相手方ノ作為ヲ目的トスル權利ハ其意ニ反シテ之ヲ履行セシメント欲スレハ其身體自由ヲ拘束スルニ非サレハ目的ヲ達スルコトヲ得サルノミナラス假令其身體自由ヲ拘束スルモ亦尙目的ヲ達スルコト能ハサルモノ往々ニシテ在リ要スルニ民法四一四條ニ所謂強制履行ヲ許サル性質ヲ有スルモノナレハナリ(大審院民事判決錄明治四〇年六二七頁)

【六點參照學說】

一 同意ハ或行爲ヲ爲スコトヲ承認スル旨ノ意思表示ナルカ故ニ事前ノ承認ニシテ事後ノ承認ニ非ス…之ニ反シテ寬恕ハ或行爲アリタル後ニ其行爲ノ實ヲ問ハサル旨ノ意思表示ナルカ故ニ右ニ違ヘタル寬恕ハ離婚ヲ爲ス權利ノ消滅ヲ來スモノトス(法學博士仁井田益太郎氏親族法相續法論一九四頁)
二 同意ハ或行爲ヲ爲サントスルノ前ニ在リ宥恕ハ或行爲ヲ爲シタルノ以後ニ在リ其行爲ノ前後ニ因リテ其名ヲ異ニスルモノニシテ一ハ離婚請求權ノ訴權ヲ發生セシメス他ノ一ハ一度ヒ發生シタル訴權ヲ消滅セシムルモノト謂フヲ得ヘシ(法學士牧野菊之助氏親族法論三一頁)

(二六五)

(一) 代償主義トハ債務者カ給付ヲ不能ナラシメタル事由ニ基キ不能トナリタル給付ノ目的物ノ代リニ第三者ヨリ賠償又ハ賠償請求權ヲ取得シタルトキハ債務

三〇四 先取特權ハ其目的物ノ賣却貨貨減失又ハ毀損ニ因リテ債務者カ受クヘキ金錢其他ノ物ニ對シテモ之ヲ行フコトヲ得但先取特權者ハ其拂渡又ハ引渡前ニ差押ヲ爲スコトヲ要ス
債務者カ先取特權ノ目的物ノ上ニ設定シタル物權ノ對價ニ付キ亦同シ
三五〇 第二百九十六條乃至第三百條及三百四條ノ規定ハ質權ニ之ヲ準用ス
三七二 第二百九十六條第三百四條及第三百五十一條ノ規定ハ抵當權ニ之ヲ準用ス
五三六第二項 債權者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ履行ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルトキハ債務者ハ反對給付ヲ受クル權利ヲ失ハス但自己ノ債務ヲ免レタルニ因リテ利益ヲ得タルトキハ之ヲ債權者ニ償還スルコトヲ要ス

者ハ之ヲ債權者ニ償還スヘキ義務アルモノトナスノ原則ヲ指稱スルモノトス

(二) 代償請求權ノ發生スルニハ債務ノ目的タル給付ノ不能ヲ惹起セシメタル事由ト同一ノ事由ニ基キテ債務者カ第三者ヨリ賠償又ハ賠償請求權ヲ取得スルコト其賠償又ハ賠償請求權ハ不能トナリシ給付ノ目的物ノ代リニ取得スルモノナルコトヲ要スルモノトス

(三) 代償請求權ハ給付ノ不能カ契約成立後ニ發生シタルコトヲ要スルモノトス
(四) 債務者カ債務ノ目的物ニ付キ法律行為(賣買交換ノ如キ)ニ因リテ得タル對價モ亦代償主義ニ基キ之ヲ債權者ニ引渡スヘキ義務アルモノトス

(四) 債權者カ單ニ一定ノ期間或物ノ使用又ハ收益ヲ爲ス權利例ヘハ質借權ノ如キヲ有スルノミナル場合ニ於テ第三者カ其物ヲ滅失毀損シタルニ因リ債務者カ第三者ヨリ賠償ヲ取得シタルトキハ債權者ハ其賠償ノ引渡ヲ請求スル權利ヲ有スルモノトス

(五) 代償請求權ト損害賠償請求權トノ關係ハ選擇債權ニアラスシテ債權ノ選擇的競合ト解スヘキモノトス

(六) 代償請求權ハ單ニ本來ノ債務關係ノ效力カ他ノ方向ニ向テ顯ハレタルニ過キサルモノナルカ故ニ別個ノ新ナル權利ト觀ルヘキモノニ非ス

代償請求權ニ就テハ從來我國學者ノ所說至テ紛ナク僅カニ石坂博士日本民法債權第

二卷五八一頁)ニヨリ論セラレタルニ過キザリシカ更ニ學士ニヨリ細密ナル研究ヲ遂ケテ正ニ三讀スヘキ好論文タルヲ失ハス左ニ之ヲ紹介スヘシ
代債主義トハ債務者カ給付ヲ不能ナラシメタル事由ニ基キ不能トナリタル給付ノ目的物ノ代リニ第三者ヨリ賠償又ハ賠償請求權ヲ取得シタルトキハ債務者ハ之ヲ債權者ニ償還スヘキ義務アルモノトナスノ原則ヲ指稱スルモノナリ我民法ニ於テハ物上擔保權ニ關スル第三百四條第三百五十條第三百七十二條ハ明カニ此主義ニ基キタルモノト認ムヘク債權法ニ於テハ之カ明文ヲ缺クト雖モ蓋シ之ヲ認ムルモノト爲ササルヲ得ス

代債請求權ニ付テ論スヘキ必要ナル事項ハ左ノ如シ
(一) 代債請求權ノ發生スルニハ債務ノ目的タル給付ノ不能ヲ惹起セシメタル事由ト同一ノ事由ニ基キテ債務者カ第三者ヨリ賠償又ハ賠償請求權ヲ取得スルコト其賠償又ハ賠償請求權ハ不能トナリシ給付ノ目的物ノ代リニ取得スルモノナルコトヲ要ス

(二) 代債請求權ハ給付ノ不能カ契約成立後ニ發生シタルコトヲ要ス
代債主義ハ主トシテ債務ノ目的物ノ滅失毀損ニ因ル賠償、保險金、土地收用ニ因ル補償金等ニ付テ適用アリ而シテ此等ノ適用アルコトニ付テハ學說略シテ一致スル所ナリト雖モ債務者カ債務ノ目的物ニ付キ法律行爲(買賣交換ノ如キ)ニ因リテ得タル對價モ亦代債主義ニ基キテ債權者ニ引渡スヘキ義務アリヤ否ヤニ付テハ大ニ議論ノ存スル處ナリ例ヘハ甲カ乙ニ或特定物ヲ賣却スルノ約束ヲ爲シタルモ未ダ其引渡ヲ了セサル前更ニ之ヲ丙ニ賣渡シ既ニ其引渡ヲ了シタル場合ニ乙ハ甲ノ取

得シタル代金ノ引渡又ハ代金請求權ノ讓渡ヲ請求スル權利アリヤ否ヤノ問題ニ付キ積極消極ノ議論アリト雖モ思フニ代債主義ハ債務者カ其債務ノ目的物ノ代價トシテ得タルモノヲ債權者ニ償還スルヲ以テ本來ノ精神トナスモノナレハ獨リ之ヲ損害賠償ノ場合ニ限ルトスルハ狹キニ失シ且保險金ノ場合ト買賣代金ノ場合トナ區別スルノ理由ナシト信スルヲ以テ余輩ハ寧ロ積極說ヲ採ラント欲ス

(四) 債權者カ單ニ一定ノ期間或物ノ使用又ハ收益ヲ爲ス權利(例ヘハ賃借權ノ如キ)ヲ有スルノミナル場合ニ於テ第三者カ其物ヲ滅失毀損シタルニ因リ債務者カ第三者ヨリ賠償ヲ取得シタルトキハ債權者ハ其賠償ノ引渡ヲ請求スル權利アリヤ否ヤニ付テモ亦議論ノ存スル處ナリト雖モ余輩ハ前キニ買賣ノ場合ニ違ヘタルト同一ノ理由ニ依リ積極ニ解スルヲ至當ナリト信スルモノナリ

(五) 債權者カ不履行ニ因ル損害賠償ノ請求權ヲ有スル場合ニハ債權者ハ代債請求權ヲ有スルモ必ラスシモ代債ノ償還ヲ請求スルコトヲ要スルモノニアラスシテ此代債ニ全部ノ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ妨ケス然レトモ債權者カ代債利益ノ償還ヲ得タル場合ニハ其代債物ノ價格ヲ減シタル分ニ付テノミ損害賠償ヲ請求シ得ルモノナリ代債力一ノ請求權ナルトキハ讓渡ノ時ニ於ケル實際ノ價格ヲ見積ルヘキモノナリ若又債權者カ損害賠償ヲ受領シタルトキハ代債利益ノ償還ハ損害賠償ヲ得サル範圍ニ限ラル、モノトス

代債請求權ト損害賠償請求權トノ關係ハ選擇債權ノ如キ觀ナキニアラスト雖モ否ナリ此兩者ノ關係ハ寧ロ債權ノ選擇的競合ト解スヘキモノナリ從テ一方ノ請求權ヲ行使シ尙ホ債權ノ満足ヲ得サルトキハ其不足部分ニ付キ更ニ他ノ請求權ヲ行使

【參照學說判例】

代價請求權トハ債務者カ給付不能ヲ生シタル事由ニ因リテ給付ノ物體ノ代價タルヘキ利益ヲ取得シタル場合ニ債權者カ債務者ニ對シテ其利益ノ償還ヲ請求スル權利ヲ云フ例ヘハ債權者ニ給付スヘキ物ヲ第三者ガ毀損シタル場合ニ債務者カ其第三者ヨリ不法行為上ノ損害賠償ヲ得タルトキハ債權者ハ其賠償ノ引渡ヲ請求スルコトヲ得ルカ如シ代價請求權ハ羅馬法ニ於テ既ニ認めラレタル所ニシテ近世多數ノ立法ハ之ヲ認ム我法典ハ代價請求權ニ關シテ直接ニ規定スル所ナシ然レトモ理論上之ヲ認ムルコトヲ要ス代價請求權ノ基礎ハ代價主義ニ基キ債務者ハ不能トナリタル給付ノ物體ニ代價タル利益ハ之ヲ債權者ニ償還スルコトヲ要ストノ理由ニ基ク蓋シ債務者ハ給付不能ニヨリ本來ノ給付ヲ爲スヘキ債務ヲ免ル、カ故ニ不能ニ因リテ生セル給付ノ物體ノ代價ハ之ヲ債權者ニ償還スヘキモノトナスヲ以テ公平ノ觀念ニ合ス若シ代價請求權ヲ認メサルトキハ債務者ハ不當ノ利益ヲ取得スルノ結果ヲ生ス特定物ノ物權移轉ヲ目的トスル契約ニ於ケル危險負擔ニ關シテハ我法典ハ債權者主義ヲ採ルカ故ニ(第五三四)若シ代價請求權ヲ認メサルトキハ債務者ハ反對給付ノ代價トシテ二重ニ取得スル不都合ノ結果ヲ生ス我法典ハ物上擔保權ニ關シテハ代價主義ヲ認ム(第三〇四、第三五〇、第三七五)又第五三六條第二項但書ハ代價請求權ヲ規定セルモノニアラスト雖モ債務者ハ債權者ノ實ニ歸スヘキ事由ニ因リテ生セル給付不能ニ基キ債務ヲ免レタルニ因リテ得タル利益ヲ債權者ニ償還スヘキモノトス此等ノ規定ヨリ推ストキハ我法典ニ於テモ代價請求權ヲ認ムルヲ得サルヘカラス

代價請求權ノ適用アル重ナル場合ヲ舉ケルハ(一)債權者ハ債務者カ給付ノ物體ヲ毀損セル第三者ニ對シテ有スル損害賠償請求權ヲ讓渡セシメ又ハ既ニ取得セル損害賠償ヲ引渡サシムルコトヲ得(二)債權者ハ債務者ノ保險金請求權ノ讓渡又ハ保險金ノ引渡ヲ請求スルコトヲ得(三)債權者ハ債務者ニ對シテ給付ノ物體タル土地ノ收用ノ補償金ヲ請求スルコトヲ得(四)債權者カ法律行為ニ因リテ得タル利益ハ之ヲ債權者ニ償還スルコトヲ要スル例ヘハ甲カ乙ニ或特定物ノ賣却ヲ約シタルモ其引渡前更ニ丙ニ之ヲ賣却シ且引渡ヲ了シ乙ニ對シテ履行不能トナラシムル場合ニ甲ハ丙ヨリ得タル代價又ハ代價請求權ヲ乙ニ引渡若クハ讓渡スルコトヲ要スルヤ此問題ニ關シテハ議論岐ルト雖モ債權者ハ代價金ヲ請求スルコトヲ得サルモノト解スルヲ正當トス蓋代價ノ必スシモ其物體ノ實際ノ價格ニ依リテ定マルモノニアラサルカ故ニ其物體ノ代價ト云フヲ得サルノミナラス代價取得ノ原因ハ買賣契約ニ基クモノニシテ給付不能ハ其原因ニアラス即チ甲カ乙ニ物體ヲ給付スルコトハ丙ヨリ代價取得シタル原因ニアラス故ニ債權者ハ其代價ノ償還ヲ請求スルコトヲ得唯給付不能ニ基キ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ルニ止マル(ホ)債權者カ物ノ使用又ハ收益ノ償還ヲ有スル場合(例ヘハ賃借人借主トシテ)其使用收益ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルトキハ(例ヘハ)第三者カ其物體ヲ毀壞シ賃借地カ收用セラレタル場合(如シ)債權者ハ契約ヲ以テ定メラレタル使用又ハ收益ノ期間ニ應ジテ債務者カ取得セル利益ノ一部ノ償還ヲ請求スルコトヲ得(ハ)使用者ハ債務者ニ對シテ給付不能ニ因リテ債務者ノ得タル利益ノ償還ヲ請求スルコトヲ得(イ)債務者カ第三者ノ爲メニ傷害セラレタル場合ニ債權者ハ債務者カ第三者ヨリ取得セル損害賠償ノ一部ノ引渡ヲ請求スルコトヲ得

- (六) スルヲ妨ケケサルモノトス
代價請求權ハ本來ノ請求權ノ繼續セルモノト看ルヘキヤ又ハ新タナル債權ト看ルヘキヤ否ヤニ付テハ爭アリ石阪氏ハ全ク新タナル債權ト觀ルト雖モ代價請求權ハ單ニ本來ノ債務關係ノ效力カ他ノ方向ニ向ツテ顯ハレタルニ過キサルモノナルカ故ニ別個ノ新タナル權利ト觀ルハ至當ニアラスト信ス從テ本來ノ請求權ヲ確保スル擔保モ亦依然トシテ存在シ消滅時効ノ如キモ亦本來ノ請求權ヲ行使シ得ル時ヨリ進行ス
- (七) 以上ハ專ラ一般債權關係ノ效力ニ付キ述ヘタル次第ナルカ双務的債權關係ニ於テモ亦前述ト同一ノ原則ニ從フヘキモノナリ(法學士佐藤友藏氏法曹記事第二五卷第九號要領)

債權者ハ代價請求權ニ基キ債務者ニ對シテ代價タル物又ハ權利ノ引渡若クハ讓渡ヲ請求スルコトヲ得然レトモ單ニ請求權ヲ有スルニ止マリ代價ハ當然ニ債權者ニ移轉スルニアラス而シテ代價請求權ハ本來ノ債權ヲ繼續セルモノナリヤ或ハ新ナル債權ナリヤハ爭ヒアリト雖モ本來ノ債權カ繼續セルモノト見ルヘキ理由ナシ新ナル請求權カ發生スルモノト解スルヲ適當トス從テ本來ノ債權ニ附從セル擔保權ハ消滅ス又新ナル時効ノ進行ヲ始ムルモノトス

代價請求權ハ不能カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ生セルト否トチ問ハス發生ス不能カ債務者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ生セル場合ニハ他ニ損害賠償請求權ヲ生セサルカ故ニ債權者ハ單ニ代價請求權ヲ有スルノミ反之不能カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ生セル場合ニハ賠償請求權ト代價請求權ト二個ノ請求權ヲ生ス而シテ此二個ノ請求權ノ關係ハ任意債權ニアラス又選擇債權ニアラス請求權ノ競合ナリトス

代價請求權ハ双務契約ノ場合ニ於テモ亦同シク其適用アリト雖モ此場合債權者カ代價請求權ヲ行使スルトキハ自ら債務者ニ反對給付ヲ爲ササルヘカラス(法學博士石阪普四郎氏日本民法債權第二卷五八一頁)

(二六六)

- 七一 他人ノ生命ヲ害シタル者ハ被害者ノ父母、配偶者及ヒ子ニ對シテハ其財產權ヲ害セラレザリシ場合ニ於テモ損害ノ賠償ヲ爲スコトヲ要ス
- 民事訴訟法四三八 判決ヲ破毀スル場合ニ於テハ第四百五十一條ノ規定ヲ除ク外更ニ辯論及裁判ヲ爲サシムル爲メ事件ヲ控訴裁判所ニ差戻シ又ハ之ヲ他ノ同等ナル裁判所ニ移送スヘシ

前項ノ事件ノ差戻ハ申立ニ因リ控訴裁判所ノ他ノ民事部ニ之ヲ爲スコトヲ得
事件ノ差戻又ハ移送ヲ受ケタル裁判所ハ新口頭辯論ニ基キ裁判ヲ爲スコトヲ要ス但前項ノ場合ニ於テハ破毀セラレ
タル判決ニ干與シタル判事ハ其裁判ニ參與スルコトヲ得ス

(一) 民法第七一條ノ財産ノ損害賠償ナルモノハ養子ノ死亡ニヨリ其稼業ノ補助
ヲ受クルニヨリ得ヘカリシ利益ノ如キ親子間ニ於ケル徳義上ノ關係ニ基キ發
生ヲ希望スヘキ利益ヲ包含スヘキモノニアラス

(二) 民事訴訟法第四四八條第三項但書ノ規定ハ同條第二項ニ依リ申立ニ因リ事件
ノ差戻ヲ控訴裁判所ノ他ノ民事部ニ爲シタル場合ニ限り之ヲ適用スヘキモノ
トス

(一) 他人ノ生命ヲ害シタル者カ被害者ノ父母配偶者及ヒ子ニ對シテ財産上ノ損害ヲ
加ヘタルカ爲メ民法第七一條ニ依リ之カ賠償ヲ爲スヘキ場合ニ於テ其財産上ノ損
害ナルモノハ死亡者ヨリ扶養ヲ受クル權利ノ如ク親子若クハ配偶者ノ身分ニ附屬シ
法律上當然發生スル利益ヲ失フモノナルコトヲ要シ本件上告人カ養子壽雄ノ死亡ニ
因リ其稼業ノ補助ヲ受クルニ依リテ得ヘカリシ利益ノ如キ親子間ニ於ケル徳義上ノ
關係ニ基キ發生ヲ希望スヘキモノヲ包含ス可キモノニ非サルヲ以テ結局同一趣旨ヲ
判示シタル原判決ハ相當ナリ

(二) 民事訴訟法第四四八條第三項但書ノ規定ハ同條第二項ニ依リ申立ニ因リ事件ノ
差戻ヲ控訴裁判所ノ他ノ民事部ニ爲シタル場合ニ限り之ヲ適用スヘキモノナルコト
ハ其本文ニ於テ控訴裁判所カ新口頭辯論ニ基キ裁判ヲ爲スコトヲ要スルハ事件ノ差
戻ヲ受クルニ付テ申立ノ有無ヲ問ハサルニ反シテ前示但書ニ於テハ前項即チ申立ニ

【關係事項】

上告業却○原審長崎控訴院○損害賠償請求事件○上告人久々宮莊治郎訴訟代理人辯護士添田增男被上告人長峰米太郎

因リ事件ノ差戻ヲ爲ス場合ノミ破毀セラレタル判決ニ干與シタル判事ヲシテ其裁判
ニ參與スルコトヲ得サラシムルニ徴シテ疑ヲ容レズ然レハ原判決ハ相當ニシテ論旨
ハ採用スルニ足ラス(大審院大正四年(オ)第五六〇號同年十月六日民三部横田裁判長大
倉鈴木嘉山三宅各判事判決)

【參照學說判例】

本書第三卷第三〇頁

【參照學說判例】

事件ノ差戻又ハ移送ヲ受ケタル裁判所ハ新辯論ニ基キ裁判ヲ爲スコトヲ要ス當事者ノ申立ニ依リ控訴裁判所ノ他ノ民事部ニ差
戻判決アリタルトキハ前控訴判決ニ干與シタル判事ハ其訴訟ニ干與スルコトヲ得ス(法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論八三七
頁)

至當ノ判決ナリト信ス

五〇五 二人互ニ同種ノ目的ヲ有スル債務ヲ負擔スル場合ニ於テ双方ノ債務カ辨濟期ニ在ルトキハ各債務者ノ負擔
當額ニ付キ相殺ニ因リテ其債務ヲ免ルコトヲ得但債務ノ性質カ之ヲ許サ、ルトキハ此限ニ在ラス
前項ノ規定ハ當事者カ反對ノ意思ヲ表示シタル場合ニハ之ヲ適用セズ但其意思表示ハ之ヲ許サ、ル第三者ニ對シテ
スルコトヲ得ス

五〇八 時效ニ因リテ消滅シタル債權カ其消滅以前ニ相殺ニ適シタル場合ニ於テハ其債權者ハ相殺ヲ爲スコトヲ得
一、請求、二、差押、假差押又ハ假處分、三、承諾

一〇九 裁判上ノ請求ハ訴ノ却下又ハ取下ノ場合ニ於テハ時效中斷ノ效力ヲ生セス

時効中斷ノ事由タル裁判上ノ請求トハ債權者カ其權利ノ履行確定等ノ爲メ起訴スル場合ノミナラス訴訟ニ於テ自己ノ權利ト相手方ノ權利ト相殺センコトヲ主張スルカ如キ場合ヲモ包含スルモノトス

被告カ大正三年三月二十七日東京地方裁判所々屬公證人浦田治平ノ執行文ヲ付與シタル同公證人作成第七七四三號公正證書正本ニ基キ其表彰スル被告ノ原告ニ對スル金五百五十圓ノ貸金債權ノ爲メ大正二年四月九日原告ニ對シ強制執行ヲ爲シタルコト被告カ明治四十四年八月三十一日金額ヲ三百三十圓振出地ヲ東京市支那期日ヲ明治四十四年十月三十一日支拂場所ヲ株式會社中央商業銀行ト定メタル約束手形一通ヲ訴外渡邊源吉ニ宛テ振出シ尙ホ大正二年三月二十八日金額ヲ三百圓支拂人ヲ株式會社豊山護法銀行持參人拂ト定メタル小切手一通ヲ振出シタルコト並ニ原告ガ大正三年十一月二日右約束手形ヲ大正二年七月十日右小切手ヲ夫レ夫レ取得シタル事實ハ當事者間ニ爭ナク尙成立ニ爭ヒナキ甲第一號證ニ依レハ右約束手形ハ被告ヨリ渡邊源吉ニ交付セラレ其後大正三年十月十五日ニ至リ同人ヨリ訴外小林勝次郎ニ裏書讓渡セラレ更ラニ同人ノ爲シタル白地裏書ニヨリ原告ノ取得スルトコロトナリタルモノナルコトヲ認ムヘク又成立ニ爭ヒナキ甲第三號證ニ依レハ右小切手ハ被告カ之レヲ振出シタル後大正二年三月二十九日其所持人ヨリ支拂銀行ニ呈示セラレタルニ

民事訴訟法五四五 判決ニ因リテ確定シタル請求ニ關スル債務者ノ異議ハ訴テ以テ第一審ノ受訴裁判所ニ之ヲ主張スヘシ

右ノ異議ハ此法律ノ規定ニ從ヒ遲クトモ異議ヲ主張スルコトヲ要スル口頭辯論ノ終結後ニ其原因ヲ生シ且故障ヲ以テ之ヲ主張スルコトヲ得サルトキニ限リ之ヲ許ス

債務者カ數個ノ異議ヲ有スルトキハ同時ニ之ヲ主張スルコトヲ要ス

開銀行ニ於テ支拂ヲ拒絕シ其旨其年月日及署名ヲ小切手面ニ爲シタル事實ヲ認ムヘシ果シテ然ラハ原告カ現ニ右約束手形並ニ小切手ヲ所持スル事實ト相映ツテ反證ナキ限り原告ハ右各手形上ノ權利ヲ取得シタルモノト謂ハサルヘカラス而シテ今原告ハ右兩箇ノ手形債權ト被告カ前記強制執行ノ基本トスル貸金債權トヲ對當額ニ於テ相殺スト主張スルヲ以テ案スルニ前記約束手形債權ニ付キテハ大正三年十月三十日當時ノ所持人小林勝次郎ニ於テ被告ニ對シ其請求ヲ爲シタルコト甲第二號證ニヨリ明カナル上爾後六ヶ月ヲ經スシテ大正三年十二月十七日原告ニ於テ本訴ヲ提起シ裁判上其權利ヲ主張シタルコト明カナル以上該債權ノ時効ハ大正三年十月三十日中斷セラレ大正三年十一月二日ニ於テハ時効ニヨリ消滅セザリシモノナルヲ以テ相殺ハ有效ニ成立シタリト謂フヘシ尤モ本訴ハ請求ニ關スル異議ノ訴ニシテ時効ノ物體タルヘキ前記約束手形債權ソノモノニ付テノ訴ニアラス從テ嚴格ナル意義ニ於ケル裁判上ノ請求ト謂フヘカラサルカ如クナルモ素時効ノ制度ヲ設ケタル趣旨カ權利ヲ行使セサル債權者ノ不利益ニ於テ事物ノ常態ヲ維持セシムルニアルカ故ニ債權者ニシテ一旦其權利ノ上ニ覺醒シ確實ナル方法ニヨリ十分ニ其實行ヲ謀ラントスルニ於テハ之レニヨリ時効中斷セシムルモノナリト謂フヘク從ツテ時効中斷ノ效力ヲ生スヘキ事由ノ根底ハ債權者ノ權利行使ノ意圖カ確的ナル方法ニヨリ實現セラレハコトニアル者ニシテ其方法ノ如何ハ多ク問フトコロニアラスト謂フヘキヲ以テ我民法ニ所謂時効中斷ノ事由タル裁判上ノ請求ナル語モ之ヲ廣義ニ解シ債權者カ其權利ノ履行ノ確定等ノ爲メ起訴スル場合ノミナラス訴訟ニ於テ自己ノ權利ト相手方ノ權利ト相殺センコトヲ主張スルカ如キ場合モ此中ニ包含セシムルヲ相當ト解スヘシ從ツテ

原告カ本訴ニ於テ前記約束手形債權ヲ主張シ之レト被告ノ貸金債權ト相殺シタルコトヲ申立ツルハ蓋キニ爲シタル裁判外ノ請求ト相俟ツテ其請求ノ日時效ヲ中斷シタリト認ムヘキナリ以上ノ如クニシテ被告カ強制執行ノ基本ト爲シタル前記貸金債權ハ遂ニ消滅シタルモノナリト謂フヘキカ故ニ右強制執行ハ許スヘカラサルモノトス(東京地方大正三年(ワ)第一六四〇號同四年七月二十五日民三部神谷裁判長三宅稻本各判事判決)

【參照學說判例】

富井博士
梅博士
岡松博士
川名博士

一 請求トハ裁判上ノ請求ニ限ラス一切ノ方法ニ依リテ權利ヲ主張スルコトヲ謂フ此點ハ佛獨其他多數ノ立法例ト相異ナル所ニシテ本邦ノ民情ニ適セシメシムコトヲ欲シタルモノナリ故ニ執達吏ニ依ルコトヲ必要トセス私書又ハ口頭ヲ以テスル場合ニ於テモ總テ中斷ノ效力ヲ生スヘシ加之履行ノ請求ニ對シテ相殺ノ意思表示ヲ爲スカ如キモ亦一種ノ請求ト見ルコトヲ得ヘシ(法學博士富井政章氏民法原論第一卷總論五六頁)
二 茲ニ請求ト云フハ一切ノ方法ヲ以テスル請求ヲ包含セリ即チ裁判上ノ請求ヨリ口頭ノ催告ニ至ル迄皆時效中斷ノ效力アルモノトセルナリ(法學博士梅謙次郎氏民法要義總則卷ノ一、三四三頁)
三 裁判上ノ請求ハ本訴タルト附帶ノ訴ナルト反訴タルトナ問ハス相手方ノ請求ニ對シ相殺ノ主張モ亦同シ此中斷ハ訴ノ提起ヲ以テ生ス(法學博士岡松參太郎氏民法理由總則三八〇頁)
四 裁判上ノ請求ハ訴ノ提起ヲ意味ス訴狀ヲ裁判所ニ提出スルニ因リテ中斷ノ效力ヲ生ス其訴狀ヲ相手方ニ送達スルニ因テ其效力ヲ生スルニアラス請求其モノカ時效中斷ノ效力ヲ生スルカ故ナリ(法學博士川名名譽四郎氏日本民法總論二九〇頁)

至當ノ判決ナリト信ス

(二六八)

四六六 債權ハ之ヲ讓渡スコトヲ得但其性質カ之ヲ許サ、ルトキハ此限リニ在ラス
前項ノ規定ハ當事者カ反對ノ意思ヲ表示シタル場合ニハ之ヲ適用セス但其意思表示ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對テスルコトヲ得ス

預金證書ニ債權讓渡禁止ノ不動文字ノ印刷アルモ他ノ數十項ノ些末ナル注意事

長野區裁判所判決

項ト共ニ六號ノ活字ニ印刷シアルトキハ一般取引上ノ觀念ニ於テ一々斯ル不動文字ヲ閱覽シテ預金ヲ爲スモノト認メ難キヲ以テ之ニヨリ讓渡禁止ノ特約アリト認ムルヲ得ス

原告ノ債權ハ大正四年一月二十一日ニ於テ元利合計二百一圓二十六錢ニシテ被告カ原告ニ對抗スルコトヲ得スト主張シ乙第二、三、四號證ヲ採用シタルニヨリ之ヲ查覈スルニ此等證書ニ原告主張ノ如キ不動文字ノ印刷アルコトハ明瞭ナルモ右ハ其他數拾項ノ些末ナル注意事項ト共ニ六號ノ活字ニ印刷シアルモノニシテ一般取引上ノ觀念ニ於テ一々斯ル不動文字ヲ閱覽シテ預金ヲ爲シタリト認メ難キノミナラス證人原和藏、徳谷新治郎ハ何レモ斯ル記載アルコトヲ知ラサリシ旨供述シタルニヨリ讓渡禁止ノ特約アリト原告ノ主張ハ認容スルヲ得ス(長野區大正四年(ハ)二〇四號同年五月十日松澤判事判決)

【關係事項】

貸金請求事件○原告株式会社協慶社銀行法定代理人取締役岸上平右衛門訴訟代理人辯護士丸山軍治被告吉澤常治同小林八重吉訴訟代理人辯護士小木曾庄吉

預金證書ニ債權ノ讓渡ヲ禁止スル旨明記セラレアリタルトキハ之ヲ一ツノ例文

ト認ムヘキモノニアラス」
債權讓渡ノ際債權證書ノ存スル以上ハ讓受人ニ於テ之カ交付ヲ受クルハ普通取
引ノ慣例ナルヲ以テ債權證書ニ讓渡禁止ノ掲記セラレアル以上ハ當然之ヲ知リ
得ヘキ状態ニアルニヨリ讓受人ニ於テ之ヲ知ラスシテ讓受タダリト認ムルヲ得
ス」

乙第二、三、四號證ニハ何レモ預金債權ノ讓渡ヲ禁止スル旨明記セラレアリテ之ヲ一ツ
ノ例文ト認ムヘキ事情何等存セサルニヨリ控訴人ハ故ト前掲各預金債權者ト債權讓
渡ヲ爲ササル旨ノ特約ヲ締結シタルモノト認ムルヲ相當ト爲スヘク而シテ債權讓渡
ノ際債權證書ノ存スル以上ハ讓受人ニ於テ之カ交付ヲ受クルハ普通取引ノ慣例ナル
ヲ以テ被控訴人カ右預金債權ノ讓渡ヲ受クルニ方リ其債權證書タル乙第二、三、四號證
ノ交付ヲ受ケタルモノト認ムヘキヲ以テ既ニ同號證ニ讓渡禁止ノ掲記セラレアル以
上ハ當然之ヲ知了シ得ヘキ状態ニアルニヨリ被控訴人ニ於テ之ヲ知ラスシテ讓渡ヲ
受ケタリトハ首肯シ難キニ付被控訴人ハ當時該債權カ讓渡禁止ノ特約アリタルコト
ヲ知了シ居リタルモノト認定セサルヲ得ス左レハ被控訴人ハ善意ノ讓受人ト云フヲ
得サルヨリ控訴人ハ被控訴人ニ對シ當該債權讓渡ノ效ナキコトヲ對抗シ得ヘキ筋合
ナルヲ以テ被控訴人ハ相殺スヘキ債權ヲ控訴人ニ對シ取得スルコトナキカ故ニ被控
訴人カ相殺ノ意思表示ヲ爲スモ其效ナク從テ被控訴人ハ控訴人ニ對シ本訴債務ヲ免
カルヘカラサルヤ勿論ナリ(長野地方大正四年(レ)第一五〇號同年十一月十一日民事部
大庭裁判長西谷白井各判事判決)

【關係事項】

貸金請求控訴事件○控訴人株式會社鳩慶社銀行法定代理人取締役睦上平右衛門訴訟代理人辯護士丸山軍治被控訴人吉澤常治同
小林八重吉訴訟代理人辯護士小木會庄吉

【參熟學說判例】

富井博士

一 債權讓渡禁止ノ特約ノ効力ニ關シテハ二ツノ主義アリ第一ハ讓渡ノ禁約ヲ全ク無効トスル主義ニシテ第二ハ讓渡ノ禁約ヲ
有効トスル主義即チ是ナリ元來債權ノ内容ハ當事者ニ於テ隨意ニ之ヲ定ムルコトヲ得ルヲ原則トス故ニ讓渡ヲ禁スル如キモ債
權ノ内容ヲ定ムル一ツト見テ之ヲ許スヘキナリ原則トシテ債權ノ讓渡ヲ認メサル主義スラ存スル故ニ此ノ特約ヲ禁スルカ如キ
ハ甚ダ誤レリト云ハサルヘカラス而シテ我民法ハ此ノ理由ニヨリ殊ニ民法制定前ニ於テ債權ノ讓渡ハ原則トシテ之ヲ認メサ
ルコトヲ採リシカ故ニ多數ノ立法例ニ倣ヒテ讓渡禁止ノ特約ヲ有効ト爲シタリ只之ニハ一ノ制限ヲ置ケリ即チ善意ノ第三者ニ
對抗シ得サルコトナリ第三者ハカカル特約アルコトヲ知ラスシテ債權ヲ讓受クルコト往々ニシテアルヘシ然ルニ若シ其讓渡カ
無効ナルトキハ取引ノ安全ヲ害スルニ至ル故ニ此ノ制限ヲ必要トスルナリ(法學博士富井政章氏明治四五年東大講義書債權
總論二〇九頁)

梅博士

二 當事者ノ反對意思ハ法律ニ於テ其効力ヲ認ムルト雖モ以テ第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス蓋シ債權ハ第一項ノ規定ニ依
リ原則トシテ之ヲ讓渡スルコトヲ得ルモノナリ故ニ第三者ノ通常ノ場合ニ於テハ其債權ノ讓渡シ得ヘキモノナルコトヲ信シ或
ハ之ヲ讓受ケ或ハ其債權ノ上ニ質權ヲ取得スルコトアルヘシ而シテ後日當事者カ反對意思ヲ有セシ證明ニ遇ヒ其權利ヲ失フカ
如キコトアラハ其第三者ノ損害ヲ被ムルヘキハ明カニシテ爲メニ債權ノ融通ヲ妨ケ折角本條第一項ヲ以テ債權ヲ讓渡スルコト
ヲ得ヘキ原則ヲ定メタル精神ニ背馳スルニ至ルノ虞アリ故ニ當事者ノ反對意思ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得サ
ルモノトセリ(法學博士梅謙次郎氏民法要義卷ノ三債權編二〇六頁)

阿松博士

三 債權ノ自由讓渡ヲ原則トスルトキハ當事者ノ意思ヲ以テ讓渡ヲ禁スルコトヲ許スヘカラス何者讓受人ハ當事者ノ意思ヲ知
ルコト難ク從テ債權ノ讓渡ハ實際ニ行ハレサルニ至ラント説クモノアリ然レトモ善意ノ讓受人即チ當事者間ニ讓渡禁止ノ意思
表示アリシコトヲ知ラスシテ讓受ケタル者ニ對抗スルコトヲ得サル制限ヲ設ケ當事者ノ債權發生ノ當時タルト其後ナルトナ間
ハス債權ノ讓渡ヲ禁セントスルコトキハ之ヲ許スモ敢テ公益ニ害ナク而シテ公益ニ害ナキ限り當事者ノ意思ニ從フヘキ私法ノ原
則ニ適合ス(法學博士阿松參太郎氏民法理由第三編債權二二三頁)

博田

四 性質上讓渡スコトヲ得ヘキ債權ト雖モ當事者カ反對ノ意思ヲ表示シタルトキハ之ヲ讓渡スコトヲ得ス蓋シ債權ハ人ト人ト
ノ權利關係ナルヲ以テ債務者カ種々ナル事情ニ因リ權利者ノ更迭ヲ希望セサルコト往々ニシテ之アリ債權者カ其希望ヲ容レ技
ニ當事者間ニ於テ債權ノ讓渡ヲ禁スル契約カ成立シタルトキハ其契約ハ當事者ヲ羈束スルノミナラス第三者ニ對シテモ其效ヲ
生シ禁止ノ目的タル債權ノ移轉ヲ妨クルノ結果ヲ生ス而シテ我民法カ此種ノ特約ニ效ヲ與ヘ之ニ物權的効力ヲ附スル所以ノモ

川名博士

石阪博士

ノ他ナシ契約自由ノ原則ニ從ヒ當事者ノ正當ナル希望ニ對シテ滿足ナラザルカ爲メニシテ其希望ヲ容レ債權ヲ債務者其人ニ專
屬セシムルモ之カ爲メニ公益ヲ害スルノ虞ナシト認メタルヲ以テナリ
不可讓渡ノ契約ハ有効ニシテ對世ノ效力ヲ生ズルヲ以テ此契約ニ反シテ爲シタル債權ノ讓渡ハ債權移轉ノ效果ヲ生ゼサルヲ原
則トスルモ其契約ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス故ニ第三者カ不可讓渡ノ契約ノ存在ヲ知ラスシテ其債權ヲ讓
渡ケタルトキハ其第三者ハ有效ニ債權ヲ取得シ債務者ハ之ニ對シテ讓渡行爲ノ無効ヲ主張スルコトヲ得ヌ何トナレハ債權ハ讓
渡シ得ルナ原則トスルヲ以テ不可讓渡ノ契約カ善意ノ第三者ニ對シテ其效力ヲ生ズルモノトスルニ於テハ之ヲシテ不測ノ損害ヲ
被ラシメ其結果取引ノ安全ヲ害スルノ虞アルヲ以テナリ之ニ反シテ第三者カ惡意ナルトキハ讓渡行爲ノ無効ナルコトハ固ヨリ
其豫期スヘキ所ナルヲ以テ其行爲ヲ有效トシラシメ特ニ之ヲ保護スルノ必要ナク之ヲ保護セサルモ取引ノ安全ヲ害スルノ虞ナシ
是レ不可讓渡ノ契約ハ善意ノ第三者ニ對シテノミ之ヲ對抗スルコトヲ得サルモノト爲セル所以ナリ(法學博士横田秀雄氏債權
總論七五七頁)

五 當事者カ債權讓渡ノ禁止ヲ爲シタルトキハ債權ハ讓渡スルコトヲ得サルモノトナル此禁止ハ債權者ト債務者トノ契約ニヨリ
之ヲ爲ス而シテ此ノ契約ハ所謂物權ノ效力ヲ有スルモノニシテ債權ノ讓渡ヲ爲ササル債務關係ノ發生ヲ内容トスルモノニ
ハ非ラス故ニ此ノ契約アルニ拘ラス尙其債權ヲ讓渡シタルトキハ其讓渡ハ其效力ヲ生ゼサル結果トナル此ノ契約ハ債權發生ノ
トキニ於テ又ハ其後ニ於テ之ヲ爲スコトヲ妨ケス但之ニヨリ第三者ヲ害スルコトアリテハ不可ナル故民法ハ此ノ契約ハ善意
ノ第三者ニ對シテハ讓渡禁止ノ効ナキモノトナル例ヘハ銀行ノ定期預金證書ニハ概ニ其債權讓渡禁止ノ文句アルナリ故ニ此
債權證書ヲ以テ其預金ノ請求權ヲ他人ニ讓渡シタル場合ニ於テハ讓受人ハ惡意ト爲ル從テ其讓渡契約ハ無効トナル之ニ反シテ
只銀行トノ間ニ於テ讓渡禁止ノ契約ナシ之ヲ證書ニ記載セサル如キ場合ニ於テ其債權ヲ讓渡シタルトキハ其讓渡契約ハ有效
ト爲ル場合多シト思フ尙債權不可讓渡ノ契約ハ元來讓渡シ得ヘキ債權ヲ不可讓渡ト爲スヘキニキス故ニ當事者ハ更ニ之ヲ讓
渡スルコトヲ得ヘキ契約ヲ爲スコトヲ得ルハ勿論ナリ此ノ場合ニ於テハ其契約ノトキヨリ將來ニ向テ讓渡スルコトヲ得ルモノ
トナル(法學博士川名博士物權法要論四九頁)

六 債權讓渡ヲ禁止スル契約ノ效力ニ關シテハ從來立法主義歐米佛法系ノ立法ニ於テハ之ヲ無効トナスニ反シ獨法系ノ立法ニ
於テハ之ヲ有效トナス我法典モ亦債權讓渡ヲ禁止スル契約ノ有效ナルコトヲ認ム
債權讓渡ノ禁止ハ債權者、債務者ノ契約ニ依ルコトヲ要ス債權ノ發生ト同時ニ之ヲ約スルヲ通常トスト雖モ後ニ至リ之ヲ約ス
ルコトヲ妨ケス一旦讓渡ヲ禁止シタル後ニ至リテハ當事者ノ一方ノミニ依リテ之ヲ廢棄スルコトヲ得ス之ヲ廢棄スルニハ必ス
契約ヲ以テスルコトヲ要ス而シテ讓渡禁止契約ハ物權ノ效力ヲ有ス單ニ債權者ニ債權ヲ讓渡スヘカラサル義務ヲ負ハシムルニ
止ラス其契約ニ違反シテ爲シタル讓渡ハ當然無効ニシテ又第三者ニ對シテモ無効ナリトス、然レトモ讓渡禁止契約カ一般ニ第
三者ニ對シテ效力ヲ生ズルモノト爲ストキハ或ハ第三者カ不測ノ損害ヲ被リ且延ヒテ取引ノ安全ヲ害スルコトアルヘキナラバ法
律ハ制限シ讓渡禁止ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトス從テ讓渡禁止アルコトヲ知ラスシテ第三者カ債權ヲ
讓渡ケタル場合ニハ其讓渡ハ有效ニシテ第三者ハ其債權ヲ取得ス尙但書ノ所謂第三者ハ單ニ債權ヲ讓渡ケタル者ノミニ限ラス

須賀學士

東京控訴

廣ク第三者ヲ含ム故ニ例ヘハ讓渡禁止アルコトヲ知ラスシテ保證人カ讓受人ニ辨濟ヲ爲シタルトキハ其辨濟ヲ有效ナリトス
(法學博士石阪四郎氏日本民法債權四卷二〇七頁)

七 債權自由讓渡ノ原則ヲ採用スル法制ノ下ニ於テ債權不可讓渡ノ特約ヲ有效ト爲スヘキヤ否ヤハ立法上ノ大問題ナリ蓋シ此
特約ヲ有效ト爲ス結果ハ債權自由讓渡ノ主義ヲ一貫セサルコト、ナリ善意ノ第三者ニ損害ヲ蒙ラシメ公益ニ害アルヘキナリ以テ
ナリ然レトモ吾民法ハ債權關係ニ於テハ成ルヘク當事者ノ自由意思ヲ尊重スヘシトノ趣旨ヨリ善意ノ第三者ヲ害スル虞ナキ限
リ其特約ヲ無効ト爲スヘキ道理ナキモノトシ一定ノ制限ノ下ニ其債權不可讓渡ノ特約ヲ有效トセリ即チ善意ノ第三者ニ對抗ス
ルコトヲ得サル制限ノ下ニ當事者間ニ於ケル債權不可讓渡ノ特約ヲ有效トセリ故ニ債權者及ヒ債務者間ニ債權不可讓渡ノ特約
成立セシムル其特約ノ效果トシテ債權者ハ其債權ヲ他人ニ讓渡スルコトヲ得サルニ至ル但其特約ハ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ
得サルモノトシ其特約ノ存セシムル事實ヲ知ラスシテ債權ヲ讓渡ケタル者ニ對シテハ其特約ヲ對抗スルコトヲ得サルモノトシ其特
約アルニ拘ラス債權者及ヒ善意ノ第三者間ニ債權讓渡行爲ハ法律上效力ヲ生ズヘキモノト爲シタリ如此債權者及ヒ債務者間ノ
債權不可讓渡ノ特約ヲ有效ト爲ス以上其特約ハ單ニ其當事者間ニ其效力ヲ生ズルモノトシテ廣ク第三者ニ對シテ迄其效力ヲ及
ホスモノト云フヘシ即チ此特約ハ債權的效力ヲ生ズルニ止マラスシテ物權的效力ヲ生ズルモノト謂フヘシ蓋シ權利讓渡ノ觀念
ハ常ニ第三者ノ存在ヲ前提トセサルヘカラサルカ故ニ其讓渡ニ關スル諸種ノ條件ニ對シテハ物權的效力ヲ認ムル必要アリト謂
フヘク然ラサル限リ其條件ヲ定メタル趣旨ヲ貫ク能ハサレハナリ尙債權不可讓渡ノ特約ニ反シテ善意ノ第三者ニ其債權ヲ讓渡
シタル債權者カ債務者ニ對シテ特約違反ノ責任ニ任セヘキハ契約一般ノ性質上當然ノコトナルヘシ(法學士須賀三郎氏債權法總
論二七三頁)

八 讓渡シタル債權ニ讓渡禁止ノ特約アリトスルモ讓渡當事者ニ於テハ其讓渡ハ有效ナルモノトス讓受人カ讓渡禁止ノ特約ア
ルコトヲ知リテ讓渡ケタルノ事實ハ之ニ對シテ何等ノ影響ヲ生ゼサルモノトス(大正二年十二月十四日東京控訴院一部判決)

九 本書第一卷三四頁第三卷五八五頁

預金證書ニ債權讓渡禁止ノ文句印刷シアルトキハ絕對ニ之ヲ一ツノ例文ト見ル
ハ實情ニ適セサルモノトス吾人ハ斯ル場合ニ於テハ預金當時ノ事情ヲ斟酌シ當
事者ノ意思ノ存スル所ヲ闡明シテ定ムヘキモノトス而シテ當事者ノ意思明カチ
ラサルトキハ之ヲ一ノ例文ト認ムルヲ以テ一般取引ノ觀念ニ適合スルモノト信
ス左レハ按件ノ場合ニ於テ預金證書ニ讓渡禁止ノ記載アリトスルモ讓渡禁止ノ
特約アリト推定スヘキ事情ノ認ムヘキモノナキヲ以テ一ノ例文ト解シ之ニ因テ

親族會員ノ辭任ノ許否モ一ノ裁判ニ外ナラサルノミナラス其趣旨ヲ實行スルコト固ヨリ可能ナレハ假令裁判ヲ爲シタル手續ニ不法ノ點アルニセヨ非訟事件手續法第一九條ノ規定若クハ同第二〇條以下抗告ニ關スル規定ニ從ヒ取消又ハ變更セラレサル限りハ其效力ヲ有スルモノトス

親族會員辭任ノ申請カ本人ノ提出シタルモノニ非サルカ如キハ畢竟所轄裁判所カ斯カル申請ニ因リ許可ノ裁判ヲ爲シタルカ不適法ナルニ止マリ所謂手續カ不法ナルニ過キサレハ裁判ノ取消又ハ變更ヲ求ムルノ理由タルコト勿論ナルモ當然裁判ノ效力ニ消長ヲ來スヘキモノニアラス

民法ノ規定ニ因リ親族會員タルノ資格ヲ有セサルモノハ假令所轄裁判所ニ於テ選任セラルルモ其資格ヲ得ルモノニ非スシテ依然親族會員タルコトヲ得サルカ故ニ斯カル缺格者ヲ親族會員ニ選任シタル裁判ノ如キハ到底其趣旨ヲ實行スルコト不可能ニシテ效果ヲ發生スルニ由ナキヲ以テ之ヲ無効ノモノナリト謂フヲ得ヘシ(明治四十二年(オ)第四〇一號同四十二年三月十日言渡判例参照)ト雖モ親族會員ノ辭任ノ許否モ一

非訟事件手續法一九 裁判所ハ裁判ヲ爲シタル後其裁判ヲ不當ト認ムルトキハ之ヲ取消シ又ハ變更スルコトヲ得
申立ニ因リテノミ裁判ヲ爲スヘキ場合ニ於テ申立ヲ却下シタル裁判ハ申立ニ因ルニ非サレハ之ヲ取消シ又ハ變更スルコトヲ得ス

即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル裁判ハ之ヲ取消シ又ハ變更スルコトヲ得ス

同二〇 裁判ニ因リテ權利ヲ害セラレタル者ハ其裁判ニ對シテ抗告ヲ爲スコトヲ得
申立ニ因リテノミ裁判ヲ爲スヘキ場合ニ於テ申立ヲ却下シタル裁判ニ對シテハ申立人ニ限り抗告ヲ爲スコトヲ得

一〇〇 親族會員タルコトヲ辭セントスル者ハ裁判所ニ其申請ヲ爲スヘシ
前項ノ申請ニ相當スル裁判ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス

ノ裁判ニ外ナラサルノミナラス其趣旨ヲ實行スルコト固ヨリ可能ナレハ假令裁判ヲ爲シタル手續ニ不法ノ點アルニセヨ非訟事件手續法第一九條ノ規定若クハ同第二〇條以下抗告ニ關スル規定ニ從ヒ取消又ハ變更セラレサル限りハ其效力ヲ有スルモノト爲ササルヘカラス然リ而シテ上告人松橋新吉及ヒ訴外松橋要之助ノ三名ハ管轄區裁判所ノ裁判ニ因リ訴外未成年者松橋文之助ノ親族會員トナリタルモノナル處其後同裁判所ハ松橋要之助ノ辭任申請ニ因リ許可ノ裁判ヲ爲シタルト同時ニ補欠員トシテ被上告人竹谷運次郎ヲ親族會員ニ選任シタルコト原院ニ於テ確定セル事實ナレハ抗告其他適法ナル手續ニ依リ取消又ハ變更セラレタルコト及ヒ被上告人運次郎カ親族會員タルノ資格ナキモノナルコトノ主張ナキ本件ニ於テハ右等ノ裁判ハ完全ナル效力ヲ有スルモノト爲ササルヲ得ス辭任ノ申請カ本人ノ提出シタルモノニ非サルカ如キハ畢竟所轄裁判所カ斯カル申請ニ因リ許可ノ裁判ヲ爲シタルカ不適法ナルニ止マリ所謂手續カ不法ナルニ過キサレハ裁判ノ取消又ハ變更ヲ求ムルノ理由タルコト勿論ナルモ當然裁判ノ效力ニ消長ヲ來スヘキ筋合ノモノニ非サルヲ以テ假令上告人主張ノ如ク要之助ノ辭任申請カ同人ノ爲シタルモノニ非ストスルモ之カ爲メニ許可ノ裁判ヲ無効ト謂ヒ得ヘキニ非ス從テ補欠員トシテ被上告人運次郎ヲ親族會員ニ選定シタル裁判ヲ無効ト謂フ可カラサルコト更ニ多言ヲ要セス故ニ原院カ要之助ノ辭任申請カ同人ノ爲シタルモノナルヤ否ヤヲ審究セスシテ之レカ許可ノ裁判及ヒ補欠員トシテ運次郎ヲ選任シタル裁判ヲ共ニ有效トシ上告人ノ請求ヲ理由ナシト判定シタルハ不法ニアラス(大審院大正三年(オ)第九六四號同四年十月六日民二部馬場裁判長田上磯谷入江鈴木各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審宮城控訴院○親族會決議不服事件○上告人安田茂吉外二名訴訟代理人辯護士平澤均治被告上告人松橋新吉外一名訴訟代理人辯護士竹内義一同名并横夫

親族會員辭任ノ申請ニ相當スル裁判ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス(非訟事件手續法第一〇〇條故ニ此裁判ノ變更取消ハ非訟事件手續法第一九條ニ依ルコトヲ要シ抗告ニ依ルコトヲ得ス又親族會員辭任ノ申請ヲ却下スル裁判ニ對シテハ即時抗告ヲ許スカ故ニ非訟事件手續法第一九條ニ依リ變更取消ヲ求ムルコトヲ得ス判決ハ之ニ關スル區別ヲ爲ササルモ親族會辭任ヲ許否ノ裁判ニ手續上ノ不法アルモ當然無効ニアラスト爲スハ吾人ノ贊同スル所ナリ
他人ノ名義ヲ詐稱シテ訴ヲ提起シタル場合ニ之ニ付キ爲シタル判決カ其他人ニ對シ效力ヲ生セサルコトハ既ニ大審院ノ探レル見解ナリ(本卷民訴二三七頁果シテ然ラハ第二項ノ事案ニ付テモ裁判ヲ其親族會員ニ對シテ效力ヲ生セサルモノト爲スヲ正當トセサルカ蓋シ親族會員辭任ヲ許否スル裁判ハ辭任セントスル者ノ申請ニ因リテ之ヲ爲スヘキモノナレハ親族會員辭任ノ申請カ其親族會員ノ申請ニ基カサル場合換言スレハ他人カ其親族會員ノ名義ヲ詐稱シテ辭任ノ申請ヲ爲シタル場合ニ於テハ之ニ基キ爲シタル辭任許否ノ裁判ハ其親族會員ニ對シテ其效力ヲ生セサルモノト爲スニ非サシハ前示判例ノ精神ニ一致セサルニ至ルヘケレハナリ

四四六 保證人ハ主タル債務者カ其債務ヲ履行セサル場合ニ於テ其履行ヲ爲ス責ニ任ス
五〇〇 契約又ハ法律ノ規定ニ依リ當事者ノ一方カ解除權ヲ有スルトキハ其解除ハ相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ爲ス
刑事訴訟法二 私訴ハ犯罪ニ因リ生シタル損害賠償物ノ返還ヲ目的トスルモノニシテ民法ニ從ヒ被害者ニ屬ス

(一) 身元保證契約ニ一定ノ期間アルトキト雖モ使用者ニ於テ被使用者ノ背任行爲ニ因リ損害ノ生スルコトアリテ法律上解雇ノ原因發生シタルニ拘ハラス解雇スルコトナク依然之ヲ使用スル場合ノ如キハ身元保證人ニ於テ自己ノ一方ノ意思表示ニ依リ將來ニ向テ身元保證契約ヲ解除スルヲ得ルモノト云ハサルヘカラス

身元保證人ノ債務ニ付キ明示タルト默示タルトヲ問ハス全然期間ノ定ナキトキハ其身元保證契約ハ素ヨリ身元保證人ヲシテ無期限ニ保證ノ債務ヲ負ハシムルモノニアラスシテ單純ニ終了時期ノ定メナキモノタルニ過キサルヲ以テ此場合ハ身元保證人ノ一方ノ意思表示ニ依リ將來ニ向テ解約ヲ申入ルルヲ得ヘク且各場合ノ事情ニ從ヒ解約ノ申入後相當ノ期間ヲ經過シタル時期ヲ以テ解約ノ效力ヲ生スルモノト爲スヲ以テ身元保證契約ヲ締結スル當事者ノ意思ニ適合スルモノト云ハサルヘカラス

(二) 私訴請求權ノ存否ハ其原因事實ノ存否ニ依リテノミ定マルヘキモノナルヲ以

テ其原因事實ノ全部又ハ一部カ犯罪トシテ認メラレタルヤ否ヤハ其請求權ノ
存否ヲ定ムルニ何等影響スル所ナシ

(一) 身元保證人ノ債務モ亦保證債務ノ一種ナルヲ以テ其效力如何ハ保證ニ關スル通
則ニ遵據スヘク從テ履信關係ニ於テ一定ノ任務ニ服事スル被使用者ノ身元保證人ト
使用者トノ間ニ締結スル身元保證契約カ將來發生スル損害ノ賠償義務ヲ保證スルニ
在ルトキハ其契約ノ有效ナルハ論ヲ俟タズト雖モ身元保證人カ自己ノ一方ノ意思喪
失ニ依リ其契約ヲ解除スルヲ得ルヤ否ヤニ關シテハ民法ニハ特別ノ規定存セサルヲ
以テ身元保證契約ノ性質ニ徴シ契約當事者ノ意思ヲ推測シテ之ヲ定ムルノ外ナキモ
ノトス然リ而シテ身元保證人カ被使用者ノ任務ニ違背スル行為ニ因リテ將來發生ス
ル債務ヲ保證スルハ無償ニテ之ヲ約スルヲ通常トシ身元保證人其保證ニ依リ使用者
ヲシテ不慮ノ損失ヲ蒙ルコトナカラシムルヲ趣旨トスルカ故ニ身元保證契約ニ一
定ノ期間アルトキト雖モ使用者ニ於テ被使用者ノ背任行為ニ因リ損害ノ生スルコト
アリテ法律上解雇ノ原因發生シタルニ拘ハラヌ解雇スルコトナク依然之ヲ使用スル
場合ノ如キハ身元保證人ニ於テ自己ノ一方ノ意思表示ニ依リ將來ニ向テ身元保證契
約ヲ解除スルヲ得ルモノト云ハサルヘカラス何トナレハ身元保證人ハ使用者ニ對シ
契約當時ノ事情ニ基キ被使用者ノ信用スルニ足ルコトヲ確保シテ其者ノ背任行為ニ
因リ將來發生スヘキ損害ノ賠償ニ付キ保證債務ヲ約シタルモノナレハ苟モ斯ノ如ク
事情ノ變更ヲ生シテ既ニ信用ヲ確保スル能ハサルニ至リタルトキハ身元保證人ニ於
テ將來ニ向テ解約ヲ爲ストモ毫モ之ニ由テ使用者ニ不慮ノ損失ヲ蒙ラシムルモノト
云フヘカラサルノミナラス此場合ニ尙其將來發生スヘキ損害ニ付キ保證ノ責ヲ負フ

トスルカ如キハ當初身元保證契約ヲ締結シタル當事者ノ意思ニ反スルヲ以テナリ其
他身元保證人ノ債務ニ付キ明示タルト默示タルトナ間ハ全然期間ノ定ナキトキハ
其身元保證契約ハ素ヨリ身元保證人ヲシテ無期限ニ保證ノ債務ヲ負ハシムルモノニ
アラスシテ單純ニ終了時期ノ定メナキモノタルニ過キサレテ以テ此場合ハ身元保證
人ノ一方ノ意思表示ニ依リ將來ニ向テ解約ヲ申入ルルヲ得ヘク且各場合ノ事情ニ從
ヒ解約ノ申入後相當ノ期間ヲ經過シタル時期ヲ以テ解約ノ效力ヲ生スルモノト爲ス
ヲ以テ身元保證契約ヲ締結スル當事者ノ意思ニ適合スルモノト云ハサルヘカラス蓋
シ解約申入ノ後相當期間ノ經過ヲ俟テ解約ノ效力ヲ生セシムルハ使用者ヲシテ不慮
ノ損失ヲ免カレシムル所以ニシテ當初身元保證契約締結ノ趣旨モ亦之ニ外ナラザレ
ハナリ故ニ前ニ説示スルカ如キ場合ニ於テ身元保證契約ハ身元保證人ノ一方ノ意思
表示ニ依リ之ヲ解除スルヲ得ルモノトス然レハ原判決ニ於テ本件身元保證人ノ一方の
表示ニ依リ消滅スヘキモノトノ上告人ノ抗辯ニ對シ此ノ如キ法規又ハ法理ノ存スル
ナキヲ以テ採用スルヲ得サルモノトシ其抗辯ヲ排斥シ之ニ敗訴ヲ言渡シタルハ違法
ニシテ論旨ハ理由アリ

(二) 私訴提起ノ當初ニ在リテ附帶私訴ノ要件ニ缺クル所ナキニ於テハ公判審理ノ結
果公訴事實ノ全部又ハ一部カ犯罪トシテ認メラレサルモ之カ爲メニ其私訴請求カ不
適法ナルコトナク且私訴請求權ノ存否ハ其原因事實ノ存否ニ依リテノミ定マルヘキ
モノナルヲ以テ其原因事實ノ全部又ハ一部カ犯罪トシテ認メラレタルヤ否ヤハ其請
求權ノ存否ヲ定ムルニ何等影響スル所ナシ如斯公訴事實カ犯罪トシテ認メラレタル
ヤ否ヤハ私訴請求ノ適法不適法又ハ其請求權ノ存否ヲ判斷スルニ必要ナキ事項ナル

富井博士

石阪博士

ニヨリ私訴判決理由中特ニ此點ニ關シテ説明ヲ加フルコトヲ要セサルモノトス故ニ
原判決カ上告人ニ於テ被上告人ノ主張シタル金額ヲ費消シタル事實ヲ其自供ニ依リ
テ認メ其全部又ハ一部カ犯罪トシテ認メラレタルヤ否ヤテ説明セスシテ上告人ニ損
害賠償ノ義務アリトスルモ何等不法ノ點ナシ(大審院大正四年(レ)第八六三號)同年十月
二十八日刑二部鶴裁判長鶴見水本藤波高瀨各判事判決)

【關係事項】

一部破産移送○原審東京控訴院○横領被告事件ニ附帶スル私訴事件○上告人加藤季雄外一名訴訟代理人辯護士岸清一同矢部康
同尾越辰雄同行技師被上告人株式会社共同銀行

【參照學說判例】

- 一 身元保證ハ例ヘハ或ル會社ニ履ハレントスルモノノ爲メニ會社ニ對スル保證ナリ故ニ保證債務ニアラストスル説アルモ畢
竟ハ保證ノ一場合ト見テ差支ヘナカルヘシト考フ之ハ直接ニ他人ノ債務ヲ擔保スルニアラスシテ其人カ誠實ニ職務ヲ盡スヘ
キコト損失ヲ生ゼシメサルコトヲ保證スルモノナルモ畢竟ハ其人カ過テ使用者ニ損害ヲ加ヘタル場合ニ之ニ代ハリテ其賠償ヲ
爲スヘキコトヲ約束スルモノナリ其賠償ノ義務ハ果シテ生スヘキヤ否ヤ未定ナリ又何程ノ金額ニ上ルヤモ計ラレス故ニ之レハ
會社ニ對シテ將來ノ債務ノ擔保ノ一種ナラント考フ(法學博士富井政章氏東大講義書債權總論一六八頁)
- 二 身元保證モ亦將來ノ債務ノ擔保ノ場合ナリ身元保證ハ專屬的給付ヲ物體トスル債務ヲ保證スルモノナルカ故ニ本人ノ債務
其モノヲ保證スルニアラス本人カ債務不履行ニ因リテ負擔スルコトアルヘキ將來ノ損害賠償債務ヲ保證スルモノト解セザルヘ
カラス(法學博士石阪晋四郎氏日本民法債權第三卷一〇〇一頁)
- 三 解約權ハ或ハ法律ノ規定ニ依リテ生シ或ハ契約ニ依テ生ス當事者ハ特別ノ契約ニヨリ解約權ヲ發生セシムルコトヲ得即チ
當事者ハ其一方ノ解約申入ニ依リテ法律關係ヲ消滅スヘキコトヲ定ムルコトヲ得又當事者ハ特別ノ契約ヲ以テ法律ノ規定ヨリ
生ゼル解約權ヲ除外スルコトヲ得(法學博士石阪晋四郎氏京都法學會雜誌第九卷第七號一〇〇頁)
- 三 本書第三卷二七〇頁

八三五 子其直系專屬又ハ此等ノ者ノ法定代理人ハ父又ハ母ニ對シテ認知ヲ求ムルコトヲ得

(二七二)

大審院判
決

學島
士郎
741 (民法)

私生子ノ母タル未成年者ノ親權者ハ第八九五條ニ從ヒ其未成年者ニ代ハリテ親
權ヲ行ヒ私生子認知ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヘク又未成年ノ子ニ對シテ親權ヲ行
フモノナキトキハ後見人ニ於テ被後見人ニ代ハリテ私生子認知ノ請求ヲ爲スヘ
キモノトス

八九五 親權ヲ行フ父又ハ母ハ其未成年ノ子ニ代ハリテ戸主權及親權ヲ行フ
九〇〇 後見ハ左ノ場合ニ於テ開始す
一 未成年者ニ對シ親權ヲ行フ者ナキトキ

民法第八三五條ノ子ノ法定代理人カ父又ハ母ニ對シテ認知ヲ求ムルコトヲ得ルハ無
能力者タル子ヲ代表シテ認知ヲ求ムルモノニシテ父又ハ母カ子ヲ代表スルハ親權ノ
效力ニ外ナラス故ニ私生子ノ母タル未成年者ノ親權者カ同第八九五條ニ從ヒ其未成
年者ニ代ハリテ親權ヲ行ヒ私生子認知ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルハ當院判例ノ存スル
所ナリ(明治三十八年四月一日第一民事部判決)而シテ未成年ノ子ニ對シテ親權ヲ行フ
者ナキトキハ後見人ニ於テ被後見人ニ代ハリテ私生子認知ノ請求ヲ爲スヘキモノナ
ルヲ以テ原判決ハ相當ニシテ論旨ハ採用スルニ足ラス(大審院大正四年(オ)第四六四號
同年九月十八日民三部横田裁判長大倉入江嘉山三宅各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審東京控訴院○私生子認知請求事件○上告人原口彦藏訴訟代理人辯護士竹内賀久治同赤井幸夫被上告人岡部孝司
法定代理人親權者岡部喜久同後見人太田まさ

【參照學說判例】

一 請求者カ意思能力ナキ者ナルトキハ其者ノ親權者又ハ後見人ハ民法第八百三十五條ニ依リ其者ヲ代表シテ此請求ヲ爲ス權

限ナ有ス(法學士島田健吉氏親族法明大講義三一頁)
二 民法第八百三十五條ノ場合ニ於テハ法定代理人ハ無能力者タル子又ハ其直系卑屬ヲ代表シテ認知ヲ請求スルモノニシテ父
又ハ母カ子ヲ代表スルハ親權ノ效力ニ外ナラス故ニ私生子ノ母タル未成年者ノ親權者カ其未成年者ニ代リテ親權ヲ行ヒ私生子
認知請求ノ訴ヲ提起スルハ不法ニ非ス(明治三十八年大審院判決)

至當ノ判決ナリト信ス

(二七三)

八二三 夫婦ノ一方ハ左ノ場合ニ限リ離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得
五 配偶者ヨリ同居ニ堪ヘサル虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキ
刑法一八三 有夫ノ婦姦通シタルトキハ二年以下ノ懲役ニ處ス其相姦シタル者亦同シ
前項ノ罪ハ本夫ノ告訴ヲ待テ之ヲ論ス但本夫姦通ヲ縱容シタルトキハ告訴ノ効ナシ
刑罰訴訟法四九第一項 何人ニ限ラス犯罪ニ因リ損害ヲ受ケタル者ハ犯罪ノ地若クハ被告人所在ノ地ノ檢察官又ハ司
法警察官ニ告訴スルコトヲ得

妻ニ姦通ノ行爲アル場合ニ夫カ姦通ノ告訴ヲ爲スハ法律上認メラレタル權利ノ
行使ナレハ他ニ特別ノ事情ナキ限り此一事ヲ以テ直ニ夫カ妻ニ對シ重大ナル侮
辱ヲ加ヘタルモノト謂フコトヲ得ス
妻カ姦通シタル場合ニ夫カ妻ヲ毆打スルカ如キハ人情ノ常ニシテ之ヲ以テ直チ
ニ同居ニ堪ヘサル虐待ナリト謂フコトヲ得ス

被告カ東京區裁判所ニ姦通ノ告訴ヲ爲シタルコトハ乙第四號證並ニ第五號證ニ依リ
明カナルノミナラス又被告代理人ノ争ハサルトコロナリ然レトモ原告カ村石清藏ト
大正四年六月二十六日ノ夜姦通ヲ爲シタルコトハ乙第一號證同第二號證ニ依リ之ヲ
認ムルコトヲ得證人村石清藏ノ證言ハ信用セス而シテ妻ニ姦通ノ行爲アル場合ニ夫

カ姦通ノ告訴ヲ爲スハ法律上認メラレタル權利ノ行使ナレハ本件ニ於テ前記認定ノ
如ク被告カ原告ニ對シ姦通ノ告訴ヲ爲シタルヘトテ他ニ特別ノ事情ナキ限り此ノ一
事ヲ以テ直ニ被告ハ原告ニ對シ重大ナル侮辱ヲ加ヘタルモノト謂フコトヲ得ス次ニ
又大正四年六月二十六日ノ夜被告カ原告ヲ毆打シタルコトハ甲第二號證ノ記載ニ依
リ之レヲ認メ得ヘシト雖モ同號證ニヨレハ更ニ被告ノ右暴行ハ原告ニ前記認定ノ如
キ不行跡アリタルカ爲メ一時激怒ノ結果ニ出テタルモノナルコトヲ認ムルニ足ル面
シテ新ル場合ニ夫カ妻ヲ毆打スルカ如キハ人情ノ常ニシテ之ヲ以テ直チニ民法上所
謂同居ニ堪ヘサル虐待ナリト謂フコトヲ得ス(東京地方大正四年(甲)第一七六號同年十一月
十五日民一部河邊裁判長大丸濠川各判事判決)

【關係事項】

離婚請求事件○原告野口キヲ訴訟代理人辯護士平井梅吉被告野口玉之助訴訟代理人辯護士小野富雄

(二七四)

五四五 當事者ノ一方カ其解除權ヲ行使シタルトキハ各當事者ハ其相手方ヲ原狀ニ復セシムル義務ヲ負フ但第三者
ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス
一一一 取消シタル行爲ハ初ヨリ無効ナリシモノト看做ス
一一七第二項 解除條件附法律行爲ハ條件成就ノ時ヨリ其效力ヲ失フ
當事者カ條件成就ノ效果ヲ其成就以前ニ選ラシムル意思ヲ表示シタルトキハ其意思ニ從フ
二七六 永小作權者カ引續キ二年以上小作料ノ支拂ヲ怠リ又ハ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ地主ハ永小作權ノ消滅
ヲ請求スルコトヲ得

一 債權契約ノ解除ハ單ニ債權的效力ヲ生スルニ止マリ物權的效力ヲ生セザルモ
ノトス

(二) 物權契約ハ解除スルコトヲ得ヘキモノトス
物權契約解除ノ效果ハ當初ヨリ物權契約ナカリシト同一ノ結果ヲ生スヘキモノトス

一 債權契約ノ解除ハ單ニ債權的效力ヲ生スルニ止マリ物權的效力ヲ生スルコトナシ第五百四十五條第一項ニ於テ契約ノ解除ニ因リ各當事者ハ其相手方ノ原狀ニ復セシムル義務ヲ負フト規定スルニ依リテ明カナリ從テ契約ノ解除ニ因リ當事者双方ハ原狀回復ノ義務ヲ負フニ止マリ當然ニ原狀ニ回復スルコトナシ唯此場合ニ買賣契約ノ解除ト共ニ給付行爲カ效力ヲ失フヘキコトヲ定メタル場合即チ買賣契約ノ解除チ解除條件トシテ賣主カ所有權ヲ移轉セル場合ニハ解除ト共ニ所有權ハ當然ニ賣主ニ移轉スヘシ然レトモ是レ債權契約解除ノ效果ニアラスシテ解除條件成就ノ效果ナリトス

二 我法典ノ所謂契約解除ハ債權契約ノ解除チ云フ是レ債權編ニ於テ契約解除ニ關スル規定ヲ設クルニ依リ明カナリ故ニ契約解除ニ關スル規定ハ之ヲ物權契約ノ解除ニ適用スルコトヲ得ス物權契約ノ解除ハ物權契約其モノノ性質ニ依リテ之ヲ定メサルヘカラス

物權契約ヲ解除スルコトヲ得ルヤ否ヤハ法典ニ規定チ缺クカ故ニ多少議論ノ餘地アルヘシト雖モ物權契約ノ性質上其解除チ許サ、ルモノトナスヘキ理由ナシ又物權契約ノ取消及力ヲ有スル解除條件ノ成就等チ物權契約ノ解除ト其效力ニ於テ相同シキ點ヨリ見ルモ物權契約ヲ解除スルコトヲ得ルモノト爲サ、ルヘカラス

物權契約ノ解除ハ物權契約ヲ消滅的ニ除去スルノ謂ヒナルカ故ニ解除ノ效果ハ當初ヨリ物權契約ナカリシト同一ノ結果ヲ生ス從テ物權契約ニ依リテ設定セラレタル物權ハ消滅的ニ消滅シ移轉セラレタル物權ハ當然原權利者ニ復歸ス債權契約ノ解除ノ如ク原狀回復ノ義務ヲ生スルノ餘地ナシ(法學博士石阪晉四郎氏法學新報第二五卷第一〇號九三頁以下要領)

第一點ハ正當ナリ第二點ニ付テ吾人ハ博士ト反對ノ見解ヲ有ス蓋シ物權契約ハ所謂處分契約ノ一種ニシテ此種ノ契約ハ單ニ處分ノ爲メノミニ效力ヲ有シ其目的ヲ達スルト同時ニ消滅ニ歸スルヲ以テ之ヲ解除シ得サルモノナルコトハ吾人ノ屢々論シタル所ナリ本書第一卷三一六頁六五六頁第二卷八〇三頁ニ就テ參照セラレタシ

(二七五)

一七七 不動産ニ關スル物件ノ得喪及ヒ變更ハ登記法ノ定ムル所ニ從ヒ其登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

五四九 贈與ハ當事者一方カ自己ノ財産ヲ無償ニ相手方ニ與フル意思ヲ表示シ相手方カ承諾ヲ爲スニ因リテ其效力ヲ生ス

九六四 家督相續ハ左ノ事由ニ因リテ開始ス

一 隱居

隱居ニ依ル家督相續ノ場合ニ於テモ登記法ノ定ムル所ニ依リ相續登記ヲ爲スニアラサレハ相續不動産ノ所有權取得ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

甲カ土地所有者乙ノ承諾大ク種ニ贈與名義ニ因リ自己ノ所有權移轉登記ヲ爲ス

モ該登記ハ不法登記原因ニ基ク無効ノモノナル結果所有權ハ依然乙ニ存スルモノトス

本件ニ付キ被上告人林田佐一郎ハ林田順平ノ法定ノ家督相續人ニシテ上告人林田貞喜ハ佐一郎ノ實弟ナル處明治三十九年五月九日順平ノ隱居ニ依リ佐一郎ハ家督相續ヲ爲シタリ是ヨリ先キ貞喜ハ明治三十八年九月二十三日及ヒ同三十九年三月二十七日ノ兩度ニ本件係争地所ヲ他ノ地所ト共ニ順平ノ承諾ナク擅ニ贈與名義ニ因リ自己ニ所有權移轉登記手續ヲ爲シタルニ事發覺シテ同四十二年十二月八日貞喜ハ賣買ニ因ル所有權移轉登記手續ヲ以テ該地所ヲ順平ノ所有名義ニ返還シ其後順平ト貞喜間ニ本件係争地所ニ付キ贈與契約成立シタル爲メ同四十二年二月二十七日賣買名義ヲ以テ貞喜ニ所有權移轉登記手續ヲ爲シタルモノニシテ佐一郎ハ未ダ相續登記ノ手續ヲ經由シ居ラサルコトハ原審ノ確定シタル事實ナリトス以上確定ノ事實ニ依リ之ヲ據スルニ隱居ニ依ル家督相續ノ場合ニ於テモ登記法ノ定ムル所ニ依リ相續登記ヲ爲スニアラサレハ相續不動産ノ所有權取得ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルコトハ本院ノ判例トシテ夙ニ是認スル所ナレハ明治三十八年中及ヒ同三十九年中ノ兩度ニ於ケル上告人名義ノ係争不動産ニ對スル所有權移轉登記カ不法ノ登記原因ニ基ク無効ノモノナル結果所有權ハ依然順平ニ存シ從テ被上告人ハ相續ニ因リ係争不動産ノ所有權ヲ取得シタルモノナリト雖モ同四十一年中順平ニ登記名義ノ復舊シタル後ニ於テモ尙ホ相續登記ヲ爲ササルモノナレハ被上告人ハ右所有權取得ヲ以テ相續前ノ所有者ニシテ現ニ其登記名義人タル順平ヨリ適法ノ所有權ヲ取得シタル第三者ニ

【關係事項】

對抗スルコトヲ得サルハ勿論ナレハ明治四十二年中順平ノ上告人ニ對スル贈與契約ノ真正ニ成立シ且ツ登記手續タルモノナルコト原審ノ確定スル如クハ被上告人ハ適法ニ所有權ヲ取得シタル第三者タル上告人ニ對抗スルコトヲ得サルハ明ナリトス然ルニ原庭ハ順平カ明治四十二年申上告人ヨリ賣買名義ニ依リ登記名義ヲ復舊シタル事實ヲ確定シタルニ拘ハラヌ同人カ抹消手續ニ依リ登記名義ヲ復舊シタルニアラサル事實ニ拘泥シテ右登記ヲ以テ實際ニ副ハサル不實ノ登記ヲ爲シタルニ過キサルモノトシ上告人ハ唯登記簿上ノ所有名義者タルモノヨリ贈與ヲ受ケ其登記ヲ爲シタル場合ト同シク眞ノ所有者タル被上告人ニ對シ其ノ登記ノ欠缺ヲ主張スルニ付キ正當ノ利益ヲ有セサルモノナリト判示シ上告人ニ敗訴ノ旨波ヲ爲シタルハ民法第一七七條ノ解釋ヲ觀ル失當アルヲ以テ原判決ハ破毀ヲ免レヌ(大審院大正三年(オ)第六八〇號同四年十月二日民三部橫田裁判長田上大倉嘉山三宅各判事判決)

【參照學說判例】

一 民法一七七條ノ規定ハ不動産ニ關スル物權ノ得喪及ヒ變更カ當事者ノ意思表示ニ因リテ生シタル場合ノミナラス家督相續ノ如キ法律ノ規定ニ因リテ生シタル場合ニモ亦適用セラレヘキモノトス(大審院判決錄七八頁)
民法一七七條ノ規定ハ不動産ノ物權ノ移轉カ當事者ノ意思表示ニ因ル場合ノ如ク取得者ニ於テ之ヲ了知セルトキニ適用スヘキモノトス從テ相續ニ因リ不動産ヲ取得シタルモノハ其登記ヲ爲ササルモノ第三者ニ對抗スルコトヲ得(大審院民事判決錄七九頁)
二 本書第一卷一頁二七八頁本書第二卷六三三五頁本書第三卷一三九頁
至當ノ判決ナリト信ス

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

競賣法二八 裁判所ハ鑑定人ヲシテ競賣ニ付スヘキ不動産ノ評價ヲ爲サシメ其評價額ヲ以テ最低競賣價額トスヘシ同二九 競賣期日ノ公告ニハ第二條ニ掲ケタル者ノ申立ニ因リテ競賣ヲ爲ス旨ノ外民事訴訟法第六五八條第一號乃至第三號、第五號乃至第七號第九號及ヒ第十號ニ掲ケタル事項ヲ記載スルコトヲ要ス

民事訴訟法第六六一條ノ規定ハ前項ノ公告ニ之ヲ準用ス 同三〇 競賣期日、其開始、競賣調書及ヒ競賣終局ノ告知ニ關スル民事訴訟法第六五九條第六六二條乃至第六六九條ノ規定ハ本章ノ競賣ニ之ヲ準用ス 同三一 競賣期日ニ相當ノ競賣申込ナキトキハ裁判所ハ更ニ期日ヲ定メテ競賣ヲ爲スヘシ此場合ニ於テハ民事訴訟法第六七〇條ノ規定ヲ準用ス

法第六七〇條ノ規定ヲ準用ス 民事訴訟法六六二 最低競賣價額ヲ除ク外本款ニ掲ケタル賣却條件ノ變更ハ利害關係人ノ合意アルトギニ限り之ヲ許ス但此合意ハ競賣期日ニ至ルマテ之ヲ爲スコトヲ得 同六七〇 競賣期日ニ於テ許シ可キ競賣價額ノ申出ナキトキハ第六四九條第一項ノ規定ヲ害セサル限りハ裁判所ハ其意見ヲ以テ最低競賣價額ヲ相當ニ低減シ新競賣期日ヲ定ム可シ若シ其期日ニ於テ仍ホ許スヘキ競賣價額ノ申出ナキトキモ亦同シ

(一) 抵當權者カ第三九五條ニ依リ貸借解除ノ請求ヲ爲スニハ貸借人及ヒ賃借人ヲ相手方トシテ訴訟ノ提起ヲ爲ササルヘカラサルモノトス

(二) 抵當權者ハ抵當不動産ノ競賣申請ヲ爲シタル場合ト雖モ競賣手續ノ完結前ニ於テハ尙ホ貸借解除ノ請求ヲ爲スコトヲ妨ケサルモノトス

(一) 民法第六〇二條ニ定メタル期間ヲ超ヘサル貸借ハ抵當權ノ登記後ニ登記シタルトキト雖モ之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得ヘシト雖モ之カ爲メニ抵當不動産ノ價格ヲ減少シ抵當權者ニ損害ヲ及ホストキハ抵當權者ヲ保護センカ爲メニ民法

第三九五條但書ノ規定ヲ設ケ抵當權者ヲシテ貸借ノ解除ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得セシメタルモノニシテ該訴訟ニ於テ貸借契約ハ解除ノ宣告ニ依リ消滅ニ歸スルモノナレハ訴訟ニ係ル權利關係カ契約當事者間ニ合一ニノミ確定スヘキモノナルヲ以テ所謂必要ノ共同訴訟ニ屬シ抵當權者ハ貸借人及ヒ賃借人ヲ相手方トシテ訴訟ヲ提起セサルヘカラサルモノトス然ラハ本訴ニ於テ被告上告人カ上告人兩名ヲ共同訴訟人ト爲シタルハ相當ナリ

(二) 上告論旨 抵當權者カ民法第三九五條但書ノ規定ニ基キ貸借ノ解除ヲ裁判所ニ請求スルニハ其抵當不動産ヲ競賣ニ付スル以前ニ於テ其訴ヲ提起セサルヘカラサルハ法理上一點ノ疑ヲ容ルル餘地ナシ(法學博士横田秀雄氏著物權法第八四一頁參照)然ルニ原告ニ於テハ被告上告人カ本訴提起以前ニ於テ既ニ抵當競賣ノ申立ヲ爲シ本件係争物件カ既ニ競賣ニ付セラレタルモノナルコトハ被告上告人提出ノ訴狀並ニ甲第三號證ニヨリ明カナルニ拘ハラヌ此點ニ關シ何等説明ヲ爲ササルノミナラス之ヲ閉却シテ被告上告人ノ請求ヲ是認シタルハ理由不備ノ餘アルト共ニ法律ヲ不當ニ適用シタル違法アリ

【判決理由】 抵當權者カ民法第三九五條但書ノ規定ニ依リ貸借解除ノ請求ヲ爲サスシテ先ツ抵當不動産ノ競賣申請ヲ爲シタル場合ト雖モ競賣手續ノ完結前ニ於テハ尙ホ之カ解除請求ヲ爲スノ妨ト爲ラス蓋シ競賣法第二八條乃至第三一條民事訴訟法第六六二條第六七〇條ニ依リハ裁判所カ一タヒ抵當不動産ニ對スル鑑定人ノ評價ニ基キ最低競賣價額ヲ定メタル以後ニ於テハ其減額ノ場合ノ外之カ變更ヲ爲スコトヲ得スト雖モ貸借ノ解除及ヒ其登記ノ抹消ニ依リ抵當不動産ノ價格ハ之ニ比シ増額ス

横田博士

【關係事項】

上告棄却○原審大阪控訴院○貸借契約解除並登記抹消手續請求事件○上告人坂本書吉外一名訴訟代理人辯護士野口繁治同近藤孝義被上告人古川新七

【參照學說判例】

一 抵當權者カ解除ノ請求ヲ爲サスシテ其儘不動産ヲ競賣ニ付シタルトキハ其貸借ハ不動産ノ負擔トシテ存續シ競賣人ニ於テ全然之ヲ引受クルコトヲ要シ競賣後ニ至リ其解除並ニ登記ノ抹消ヲ請求スルコトヲ得ス(法學博士横田秀雄氏物權法八四一頁)
二 本書第二卷五七頁二二七頁三二七頁
三 本書第三卷六八五頁

(二七七)

東京地方
裁判所
判決

民法施行前ニ於ケル隱居者カ其財産ヲ留保スル場合ニ於テハ民法所定ノ如キ方

式ヲ要セス苟モ明示又ハ默示ノ意思表示ニヨリ相續財産ヲ有效ニ留保シ得ヘキモノトス」

民法施行前ニ於テ假令隱居者カ其財産ノ全部ヲ留保シタル場合ト雖モ其留保ハ當然無効ニアラスシテ相續人ヲシテ其家名ヲ維持スルニ必要ナル限度ニ於テ減殺請求權ヲ行使セシムルニ過キス」

本件係争不動産カ明治三十年七月二十六日訴外松五郎隱居ノ節其留保ニ係リシモノナルヤ否ヤニツキ按スルニ抑々民法施行前ニ於ケル隱居者カ其財産ヲ留保スル場合ニ於テハ民法所定ノ如キ方式ヲ要セス苟モ明示又ハ默示ノ意思表示ニヨリ相續財産ヲ有效ニ留保シ得ヘク假令其全部ノ留保アリタル場合ト雖モ民法所定ノ如キ遺留分ノ制度無カリシヲ以テ其留保ハ當然無効ト云フ能ハス寧ロ相續人ヲシテ其家督ヲ維持スルニ必要ナル限度ニ於テ減殺請求權ヲ行使セシムヘキニ過キスト解スルヲ妥當トス(東京地方大正四年(ワ)第五四九號同年十一月廿六日民四部田山裁判長霜山竹田各判事判決)

【關係事項】

土地建物家督相續登記抹消請求事件○原告堀江松三郎訴訟代理人辯護士高山三千雄外四名被告堀江松五郎訴訟代理人辯護士横山寛平外一名

【參照學說判例】

一 民法實施以前ノ慣例ニ依レハ相續財産ノ幾分ヲ隱居分トシテ貯存スルニ付テハ其意思表示ニ一定ノ形式ナカリシカ故ニ明默ニ其意思表示アリタリト認ムヘキ事實存スルヲ以テ足レリトス公證記名ノ財産ニ付キ相續人ノ名義ニ書換テ爲ササルカ如キ

學柳士
751 (民法)

ハ蓋シ留保ノ意思ヲ推定スヘキ一例ナラン(法學士柳川勝二氏日大講義一五九頁)

二 民法施行前ニ在リテハ隱居者ノ財産留保ニ付キ前段ノ方式ヲ必要ト爲サザリシヲ以テ隱居者カ隱居ノ當時或財産ヲ留保スル意思ヲ表示スル以上ハ其表示ノ明示タルト默示タルトナ問ハス財產留保ノ效力ヲ生スルモノトス(大審院民事判決錄四三五頁)

三 本書第三卷三一三頁五二六頁六五三頁

四 民法施行以前ニ在テモ隱居ニ因ル家督相續ノ場合ニ於テハ家督相續人ハ隱居者ノ有セシ一切ノ財産ヲ承繼スルヲ以テ通則トシ唯隱居者カ隱居料トシテ其財産ノ一部ヲ留保スルコトハ之ヲ認許シタルモ其全部ヲ舉ケテ留保スルカ如キハ慣例ノ許容セサル所ナリ(大審院民事判決錄四三五頁)

五 本書第一卷一六八頁四七六頁第二卷七一五頁

判示後段ハ正當ニ非ス吾人ハ隱居者カ其財産ノ全部ヲ舉ケテ留保スルカ如キハ慣例ノ許容セサル所ナルヲ以テ其留保ハ當然無効ナリト解ス是レ從來吾人ノ屢々論シタル所ナリトス

(二七八)

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

賠償額ノ豫定ハ履行又ハ解除ノ請求ヲ妨ケス

違約金ハ之ヲ賠償額ノ豫定ト推定ス

五四〇 契約又ハ法律ノ規定ニ依リ當事者ノ一方カ解除權ヲ有スルトキハ其解除ハ相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ爲ス

五四五 當事者ノ一方カ其解除權ヲ行使シタルトキハ各當事者ハ其相手方ヲ原狀ニ復セシムル義務ヲ負フ但第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス

當事者間ニ於テ生命保險會社カ將來存續經營シ得ヘキモノナルコトヲ前提トシテ或契約ヲ爲シ違約金支拂ノ特約ヲ爲シタルモ其會社カ存續經營シ得ヘカラサ

ル狀態ニアリテ附隨契約ニヨリテ本契約ヲ解除シ得ヘキモノナル以上ハ最早契約不履行ヲ原因トシテ各當事者ハ特約ニ基ク違約金ノ請求ヲ爲スコトヲ得サルモノトス

被控訴人カ東京生命保險株式會社ノ營業ヲ引繼キ之ヲ經營スルノ目的ヲ以テ大正二年二月十七日控訴人トノ間ニ控訴人主張ノ如キ特約付契約ヲ締結シタルコトハ當事者間ニ爭ナシ控訴人ハ同會社ハ將來存續シ得サルモノニアラス從テ控訴人ハ大正二年三月二十四日頃迄ニ履行ノ準備ヲ爲シ其期限ナル同年三月三十日ニ至リ其旨ヲ通知シ被控訴人ニ對シ其債務ノ履行ヲ催告シタルモ被控訴人ハ之ニ應セス却テ同年四月十二日ニ至リ契約履行ノ意思ナキコトヲ表明シ來リタルニヨリ控訴人ハ特約ニ基キ違約金ヲ請求スル旨ヲ主張シ被控訴人ハ元來本件契約ハ右會社ノ營業ニシテ繼續シ得ヘク且ツ主務省ニ於テ其存立ヲ認許スルコトヲ前提トシテ締結セラレタルモノナルニ拘ラス控訴人ハ其締結ニ際シ會社カ將來存續シ得ヘカラサルコトヲ知リナカラ該事實ヲ秘シ其存續シ得ヘキコトヲ本契約ニ於テ確保シタリ故ニ此點ニ於テ却テ控訴人ニ違約ノ責アルヲ以テ控訴人ノ本訴請求ハ不當ナリト抗辯スルニヨリ先ツ之ヲ案スルニ甲第一號證中第六項ノ記載及ヒ原審證人川原可忠ノ證言ヲ綜合スルトキハ當事者間ニ於ケル本件契約ニハ被控訴人ニ於テ將來本件會社ヲ引受ケ存續經營シ得ヘキコトヲ目的トシ同會社ニシテ到底存續經營ス可カラサル狀態ニアルトキハ被控訴人ニ於テ本件契約ヲ解除シ得ヘキ趣旨ノ附隨契約ヲ伴フモノナリト認メ得ヘク尙ホ乙第一號證及ヒ甲第三號證并ニ原審及ヒ當審ニ於ケル證人伊藤萬太郎ノ證

言ヲ綜合考覈スルトキハ右會社ハ將來到底存續經營シ得ヘカラサル狀態ニ在ルモノナリト認定スルニ十分ナリ甲第三、四、七號證原審證人谷口武田村享太田眞三次及ヒ當審證人眞部賢次郎ノ各證言ニヨリテハ右認定ヲ覆スニ足ラス然ラハ被控訴人ハ前示附隨契約ノ趣旨ニ基キ何時ニテモ本件契約ヲ解除シ得ヘキモノト云フヘク又右證人川原可忠ノ證言ニヨレハ被控訴人カ大正二年四月中右契約ノ趣旨ニ基キ控訴人ニ對シ本件契約解除ノ意思表示ヲ爲シタルコトヲ認メ得ヘシ而シテ甲第一號證ニヨレハ本件契約ニ於ケル各當事者ノ違約金支拂ノ義務ハ右會社カ將來存續經營シ得ヘキモノナルコトヲ前提トシ本件契約ノ遂行シ得ヘキ場合ニ於テ不履行ノ事實アリタルトキニ發生スルモノナルコト明カナルヲ以テ前示認定ノ如ク會社ノ存續經營シ得ヘカラサル狀態ニ在リテ被控訴人ニ於テ契約ヲ解除シ得ヘキ場合ニ該當スル以上ハ控訴人ハ最早契約不履行ヲ原因トシテ本件契約ニ基キ違約金ノ請求ハ之ヲ爲シ得サルモノト云フヘシ從テ控訴人ノ本訴請求ハ此點ニ於テ不當ナリ次ニ被控訴人ハ控訴人カ書類帳簿等ノ提出義務ヲ履行セサルノミナラス契約ニ違背シ控訴人自ラ書類帳簿等ノ保管ヲ爲サス訴外原館助ノ保管ニ委ネ且同人カ書類帳簿等ノ提示ニ付故障ヲ述ヘタルニ對シ何等ノ處置ヲ取ラサル違約アリ又控訴人ハ被控訴人ニ對シ會社カ將來存續シ得ヘキ狀態ニ於テ讓渡スヘキ義務アルニ拘ラズ其義務ヲ履行セサルノミナラス會社カ將來存續シ得ヘカラサルコトヲ知リナカラ其事實ヲ秘シ本件契約ヲ締結シタリ之レ契約ニ違背セルモノナルヲ以テ特約ニ基キ違約金ノ請求ヲ爲ス旨主張スルモ前段認定ノ如ク本件契約ニ於ケル違約金支拂ノ義務ハ右會社カ將來存續經營シ得ヘキモノナルコトヲ前提トシ契約ノ遂行シ得ヘキ場合ニ當事者ニ不履行ノ事

【關係事項】

實アリタルトキニ發生スルモノニシテ會社カ存續經營シ得ヘカラサル場合ニ於テ被控訴人カ其解除權ヲ行使シ得ヘキモノナル以上被控訴人モ亦控訴人ノ契約不履行ヲ原因トシ本件契約ニ基キ違約金ノ請求ハ之ヲ爲シ得サルモノト云フヘシ(東京控訴大正三年(本)第二三六號同四年十月七日民二部須賀裁判長渡邊三橋各判事判決)

違約金請求並ニ附帶控訴事件○控訴人鈴木善次郎訴訟代理人辯護士原田亮外一名被控訴人田島義方訴訟代理人辯護士町井鐵之助

九五 意思表示ハ其法律行為ノ要素ニ錯誤アルトキハ無効トス但表意者ニ重大ナル過失アルトキハ表意者自ラ其無効ヲ主張スルコトヲ得ス

一一九 無効ノ行為ハ追認ニ因リテ其效力ヲ生セス但當事者カ其無効ナルコトヲ知リテ追認ヲ爲シタルトキハ新ナル行為ヲ爲シタルモノト看做ス

五八七 消費貸借ヲ當事者ノ一方カ種類品等及數量ノ同シキ物ヲ以テ返還ヲ爲スコトヲ約シテ相手方ヨリ金錢其他ノ物ヲ受取ルニ因リテ其效力ヲ生ス

七〇三 法律上ノ原因ナクシテ他人ノ財産又ハ勞務ニ因リ利益ヲ受ケケカ爲メニ他人ニ損失ヲ及ホシタル者ハ其利益ノ存スル限度ニ於テ之ヲ返還スルノ義務ヲ負フ

民事訴訟法二〇〇 訴カ管轄裁判所ニ於テ權利拘束ト爲リタルトキハ被告ハ原告ニ對シ其裁判所ニ反訴ヲ起スコトヲ得

然レトモ財産權七ノ請求ニ非サル請求ニ係ル反訴又ハ目的物ニ付キ專屬管轄ノ規定アル反訴ハ若シ其反訴カ本訴ナルトキハ其裁判所ニ於テ管轄ヲ有スヘキ場合ニ限り之ヲ爲スコトヲ許ス

(一) 盜贖ノ恩給證書ナルコトヲ知ラスシテ之ヲ担保トシテ爲シタル消費貸借契約ハ其要素ニ錯誤アルモノナルヲ以テ無効トス

(二) 右無効ナル消費貸借契約ヲ追認シタルトキハ民法第一一九條ニ依リ其追認ノ

意思表示ハ無効ナルモノトス
(三) 反訴原告ノ恩給證書ニ依リ第一期分恩給年金一百一圓二十五錢ヲ受取りタル反訴被告ハ法律上ノ原因ナクシテ之ヲ利得シタルモノト認ムヘキモノトス

先ツ本訴ニ付キ按スルニ甲第一號證ノ一、二ハ證人龜山金治ノ證言ニ依レハ訴外久野
眞吉カ被告等名義ヲ以テ作成シタル偽造文書ナルコト明ナリ又甲第二號證ハ被告等
之ヲ否認スレトモ同號證中ノ被告ノ署名及捺印ハ被告等ノ認ムル處ニシテ之ヲ右證
人ノ證言ニ徴スルニ同號證ハ眞正ニ成立シタルモノナルコトヲ認メ得ヘシ而シテ右
甲第二號證證人龜山金治ノ證言成立ニ争ナキ乙第二號證ノ六ヲ綜合シ之ニ前示甲第
一號證ノ一、二偽造文書ノ文詞ヲ對照シテ考覈スルニ訴外小林米作久野眞吉長谷川良
平等カ共謀ノ上甲第一號證ノ一被告等名義ノ金一千二百圓五十錢ノ借用證書及其債
務辨濟ノ方法トシテ被告義晴(反訴原告)ノ恩給年金四百五圓大正三年一月渡以降ノ受
領方ヲ原告(反訴被告)ニ委託シ其受領ノ都度之ヲ右債務ノ辨濟ニ充當スル旨ノ特約書
ヲ偽造シ之ヲ訴外江川三郎ノ窃取シタル被告義晴ノ恩給證書ト共ニ原告ニ交付シ被
告兩名連帶借用名義ノ下ニ原告ヨリ金八百圓ヲ騙取シタルコト其後被告兩名カ其事
情ヲ知リテ原告ニ對シ任意ニ甲第二號證被告等名義ノ承諾書ヲ差入レ右米作眞吉等
ノ該金一千二百圓五十錢ノ借用ハ米作代人トシテ被告兩名カ之ヲ借用シ其辨濟方
法トシテ前記ノ特約ヲ爲シタルモノナルコトヲ承諾スル旨ノ意思表示ヲ爲シタルコ
ト明ナリ被告等ハ甲第二號證ハ原告ノ強迫ニ因リ之ヲ差入レタルモノナル旨抗辨ス
レトモ乙第二號證ノ一乃至六ニ依リテハ未タ以テ右認定ヲ覆スニ足ラサルヲ以テ

該抗辨ハ之ヲ採用セス仍テ被告等ノ右追認ノ意思表示ノ效力ニ付キ審按スルニ成立
ニ争ナキ乙第二號證ノ三、四及六ニ依レハ右金一千二百圓五十錢ノ消費貸借契約ハ訴
外久野眞吉又ハ小林米作等カ被告等ノ代理人トシテ之ヲ締結シタルニアラヌシテ右
眞吉カ原告ニ對シ自ラ被告義晴本人ナリト詐稱シテ之ヲ締結シタルモノナルコト明
ナルヲ以テ該契約ノ當事者ハ實ニ原告及訴外眞吉ニ外ナラス而シテ前示甲第一號證
ノ六ニ依レハ原告ハ被告義晴本人ナリト詐稱シタル右眞吉ヨリ被告義晴ノ恩給年金
受領方ノ委任及同人ノ恩給證書ノ交付ヲ受ケ該年金ニ依リテ債務ノ辨濟ヲ得ヘキ
モノト信シ之ノ點ニ着眼シテ責力ノ有無ヲ知ラサル一面誠モ無キ眞吉ニ金圓ヲ貸與
シタルモノニシテ若シ恩給證書ハ盜賊ニシ委任狀ハ偽造ニ係ルコトヲ知リタランニ
ハ濫ニ數百圓ヲ貸與スルコトナク且普通ニ何人ト雖モ斯ル事情ヲ知リタランニ
等ノ契約ヲ爲サザリシモノト認ムルコトヲ得ヘキヲ以テ甲第一號證ノ一、二ノ契約ハ
前示ノ委任ニ依リ債務ノ辨濟ノ確保セラレタルコトヲ其重要ナル内容ト爲シタルモノ
ト認ムヘク而シテ右恩給證書ハ盜賊ニシテ委任狀ハ右眞吉ノ偽造ニ係リ同人等カ原
告ヨリ右金圓ヲ騙取シタルモノナルコト前段認定ノ如クナルヲ以テ原告ハ甲第一號
證ノ一及二ノ消費貸借契約ヲ爲スニ當リ其要素ノ錯誤ニ陥リタルモノニシテ其契約
ハ無効ナリト謂ハサルヘカラス左レハ被告等ノ本件追認ノ意思表示ハ訴外眞吉ノ原
告ニ對シテ爲シタル右無効ノ契約ヲ其契約ノ當事者ニアラサル被告等ニ於テ追認シ
タルモノナルヲ以テ民法第一一九條ニ依リ該追認ハ無効ニシテ又被告等ト原告トノ
間ニ右無効ノ契約ト同一内容ノ新ナル消費貸借契約成立シタルモノトモ看做スコト
能ハス故ニ被告等ノ前記追認ノ意思表示ノ有效ナルコトヲ請求權發生ノ原因ト爲セ

ル本訴ハ不當ナリ次ニ反訴ニ付キ按スルニ反訴被告カ反訴原告ノ右追認ニ基キ大正三年一月十一日反訴原告ノ恩給證書ニヨリ逕信省構内郵便局ヨリ第一期分恩給年金一百一圓二十五錢ヲ受取リタルコトハ當事者間ニ争ナキ所ニシテ反訴原告ノ前示追認ノ意思表示ノ無効ナルコト曩ニ論斷シタルカ如クナルヲ以テ反訴被告ニ法律上ノ因ナクシテ反訴原告ノ恩給證書ニヨリ右金圓ヲ不當ニ利得シタルモノト認ム而シテ原告反訴原告カ反訴被告ノ右恩給年金受領ノ數日前ナル大正二年一月九日反訴被告ニ對シ本件恩給證書ノ返還ヲ來メタルコト當事者間ニ争ナキ事實ニシテ其返還ノ請求カ法律上理由アルト否トナ問ハス苟モ右請求アリタル以上ハ恩給證書ノ所持ヲ必要條件トセル其恩給年金受領方ノ委任契約ハ其有効ナルト否トハ暫ク措キ該意思表示ニ依リテ當然解除セラレタル筋合ナルヲ以テ反訴被告ハ法律上ノ理由ナキコトヲ知リテ前示恩給年金ヲ受領シタルモノト謂ハサルヘカラス(東京地方大正四年(ワ)第四二二號同年九月二十九日民一部河邊裁判長犬丸濠川各判事判決)

【關係事項】

貸金請求事件○原告(反訴被告)橋本芳吉訴訟代理人辯護士池田直江被告(反訴原告)岩永義晴外一名訴訟代理人辯護士栗原龜丸

【一 參照學說】

本書第一卷五六三頁本書第二卷八五頁一六一頁一七一頁一七二頁一七六頁二六八頁二七三頁三〇三頁四二二頁五一七頁五一七頁五九一頁第三卷九五頁三二一頁

【二 參照學說】

一 無効ノ行爲ハ當事者ノ意思ヲ以テ之ヲ有效ノモノト爲スコトヲ得ス換言スレバ追認ニ因リテ其效力ヲ生スルコトナシ然ラ

富井博士

川名博士

平沼博士

中島博士

松岡博士

學鳩士山 759 (民法)

ハ其追認ハ如何ナル效果ヲ生ゼサルヤト云フニ此點ハ別問題ニシテ民法ニ於テハ他ノ效果ヲ生シ得ルコトヲ認メタリ即チ當事者カ其無効ナルコトヲ知リテ追認ヲ爲シタルトキハ新ナル行爲ヲ爲シタルモノト看做セリ蓋此場合ニ於テ當事者ノ意思ハ無効ノ行爲ト同一ノ内容ヲ有スル行爲ヲ爲シタルモノト疑フベシ然ラハ其行爲ノ内容ニシテ法律上ノ要件ヲ具備スル以上ハ之ヲ有效ト爲スモ毫モ妨ケアルヘカラサルナリ(法學博士富井政章氏民法原論第一卷總論四五九頁)

二 無効ノ法律行爲ハ其性質上到底其效力ヲ生ゼシムルコト能ハス故ニ當事者カ無効ノ法律行爲ヨリ其效力ヲ引出サントスルモ能ハサル所ナリ然レバ當事者カ法律行爲ノ無効ナルコトヲ知リ且ツ其效力ヲ生ゼシムルコトヲ知リテ追認ヲ爲シタルトキハ(無効ノ行爲ノ追認)更ニ別個ノ法律行爲ヲ爲シ其内容ヲ定ムルニ無効タリシ行爲ノ内容ニ依リタルモノト解釋セラル(法學博士川名兼四郎氏日本民法總論二七五頁)

三 無効ノ行爲ニ對シテハ追認ノ餘地ヲ存セス追認ハ取消ノ地業ニ因テ法律行爲ヲ有效ナラシムルモノナリ然レニ無効ノ行爲ハ取消ニ因テ始メテ效力ヲ失フモノニ非サレハ之ニ對シテ取消權ヲ拋棄スルノ意思ヲ表示スルモ何等ノ效果ヲ生ズヘキモノニ非サルヤ明白ナリ然ラハ無効ノ法律行爲ニ對シテ爲シタル追認ノ意思表示ハ法律上全ク效果ヲ生ズヘキモノニ非サルヤ蓋シ追認アル旨辭ヲ文字通リニ解セハ無効ノ行爲ヲ追認スルコト云フコトハ無意味ナリ然レトモ法律ハ言辭ニ拘泥セス一般ノ意思ニ從ヒ之ニ一ノ重要ナル意義ヲ附ス即第一九條後段ニ從ヘバ當事者カ行爲ノ無効ナルコトヲ知リテ追認ヲ爲シタルトキハ新ナル行爲ヲ爲シタルモノト看做ス換言セバ追認ノ意思表示ハ無効ノ行爲ト同一ノ内容ヲ有スル行爲ヲ成立セシムルモノト爲ス(法學博士平沼一郎氏民法總論五八七頁)

四 無効行爲ハ單ニ缺點ヲ有スル行爲ニ非シテ存在セサル行爲ナリ缺點ヲ有スルモノハ之ヲ補ヒ以テ有效タラシムルヲ得ルモ全ク存在セサルモノニ至リテハ之ヲ救済スヘキ途ナシ故ニ當事者カ事後其行爲ヲ有效ナラシメントスル意思ヲ表示スルモ(追認)之ニヨリ其行爲カ效力ヲ生ズルニ至ルコトナリ之レ事理明白ニシテ規定ヲ要セサルカ如キモ羅馬法ノ如キハ反對ニシテ追認ヲ爲ストキハ既往ニ溯リテ效力ヲ生ズルコトナリ故ニ疑義ノ生ゼンコトヲ慮リテ特ニ本條ノ規定ヲ設ク而シテ無効行爲ノ追認ト云フハ取消シ得ヘキ行爲ノ追認ト其意義ヲ同フセス

無効行爲ハ當事者カ其行爲ノ無効ナルコトヲ知テ追認ヲ爲スト雖モ猶其行爲ニ效力ヲ生ゼシムルヲ得ス但此場合ニ於テハ追認ハ全ク無効ニ非シテ内容ヲ同フスル新ナル行爲ヲ爲シタルモノト看做サル(法學博士中島王吉氏民法釋義卷一、六六七頁)

五 無効ノ行爲ノ追認ハ無効ナル行爲ト同一ノ内容ヲ有スル行爲ヲ新タニ成立セシムル意思ヲ表示ナリ元來無効ノ行爲ハ當初ヨリ其法律上ノ效力ヲ發生セサル行爲ナルヲ以テ追認ニ因リテ之ヲ有效ト爲スコトヲ得ス然レトモ當事者カ無効ナル行爲ヲ追認シタルトキハ追認ハ當事者カ新ニ無効ナル行爲ト同一ノ法律行爲ヲ爲シタルニ外ナラサルヲ以テ當事者カ新ニ無効ナル行爲ト同一ノ行爲ヲ爲シタルモノト看做ス(法學博士松岡義正氏民法論總則五六〇頁)

六 當事者カ無効ナルコトヲ知ラズシテ追認ヲ爲シタルトキハ勿論之ヲ知リテ追認ヲ爲シタル場合ニ於テモ亦然リトス當事者カ無効ナルコトヲ知リツツ其追認ヲ爲シタルトキハ如何ナル效果ヲ有スル乎民法ハ之ヲ新ナル行爲ヲ爲シタルモノト看做セリ

【三】 參照學說

本書第一卷二五頁

至當ノ判決ナリト信ス

二八〇

蓋シ舊行爲ノ無効ナルコトヲ知ラスハ新ナル行爲ヲ爲ス意思ヲ有スヘカラスト雖モ既ニ其無効ナルコトヲ知リテ追認ヲ爲セ
ルモノナレハ少クトモ將來ニ對シテ效力ヲ生セシメシムル意思即チ新ナル行爲ヲ爲スト同一ノ内容ヲ有スル意思ヲ有セサル
ヘカラス而シテ過去ニ對シテ追認ヲ爲スコトヲ許ササルモノナルカ故ニ唯將來ニ對シテ新ナル行爲ヲ爲シタルモノトシテノミ
其效力ヲ生スルナリ(法學士鳩山秀夫氏法律行爲乃至時效三九八頁)
七 無効ノ法律行爲ハ法律行爲ノ效果ヲ發生スルコト不能ノモノナレハ無効ノ行爲ハ追認スルコト能ハサルモノナリ但當事者
カ其無効ナルコトヲ知リテ追認ヲ爲シタルトキハ新ナル行爲ヲ爲シタルモノト看做ス此場合ニハ當事者カ發生セシメントスル
效果ノ内容ハ舊法律行爲ニヨリ已ニ定マルヲ以テ舊法律行爲ノ内容ヲ直接ニ新法律行爲ノ内容ト爲スモノトス(法學士嘉山幹
一氏大正二年度中大講義騰寫本民法總則下三五三頁)

八九二

無償ニテ子ニ財產ヲ與フル第三者カ親權ヲ行フ父又ハ母ナシテ之ヲ管理セシメサル意思ヲ表示シタルトキ
ハ其財產ハ父又ハ母ノ管理ニ屬セサルモノトス
前項ノ場合ニ於テ第三者カ管理者ヲ指定セザリシトキハ裁判所ハ子其親族又ハ檢事ノ請求ニ因リ其管理者ヲ選任ス
第三者カ管理者ヲ指定セシトキト雖モ其管理者ノ權限カ消滅シ又ハ之ヲ改任スル必要アル場合ニ於テ第三者カ更ニ
管理者ヲ指定セサルトキ亦同シ

民法第八九二條第一項ノ規定ニ依リ無償ニテ子ニ財產ヲ與フル第三者カ親權者
ヲシテ之ヲ管理セシメサル意思ヲ表示シタルトキ親權者ハ其財產ヲ管理スルノ
權ナキト同時ニ子ニ代リ其財產ヲ處分スル權限ナキモノトス
第三者カ贈與財產ニ付キ特ニ管理者ヲ指定シタルトキハ管理者ハ内部關係ニ於
テ之ヲ管理スル權アルハ勿論外部關係ニ於テモ財產管理ノ目的ヲ達スルニ必要

ナル限リハ子ニ代リ一切ノ裁判上及ヒ裁判外ノ行爲ヲ爲スノ權限ヲ有スルモノ
トス

民法第八九二條第一項ノ規定ニ依リ無償ニテ子ニ財產ヲ與フル第三者カ親權者ヲシ
テ之ヲ管理セシメサル意思ヲ表示シタルトキハ其財產ヲ親權者ノ管理ニ屬セシメサ
ル所以ハ第三者ノ意思ニ從ヒ親權者ヲシテ贈與財產ニ一切干渉セシメサルノ趣旨ニ
出テタルモノナレハ親權者ハ其財產ヲ管理スルノ權ナキト同時ニ子ニ代リ其財產ヲ
處分スル權限ナキモノト解セサルヘカラス若シ親權者ニシテ其財產ヲ管理スルコト
ヲ得サルニ止マリ子ニ代テ財產ノ處分ヲ爲スノ權限アルモノトセンカ管理者ニ於テ
財產ニ改良ヲ施シ又ハ之ヲ利用セント欲スルモ親權者カ其財產ヲ處分スルトキハ管
理者ハ其目的ヲ達スルニ由ナキニ至リ法律カ親權者ニ財產管理ヲ爲サシメサルコト
ヲ許シタル趣旨ヲ貫徹スルコトヲ得サレハナリ故ニ第三者カ贈與財產ニ付特ニ管理
者ヲ指定シタルトキハ管理者ハ内部關係ニ於テ之ヲ管理スル權アルハ勿論財產ノ管
理ニハ其財產ノ保存改良利用等諸般ノ行爲ヲ必要トスルモノナレハ外部關係ニ於テ
モ財產管理ノ目的ヲ達スルニ必要ナル限リハ子ニ代リ一切ノ裁判上及ヒ裁判外ノ行
爲ヲ爲スノ權限ヲ有スルモノト云ハサルヘカラス而シテ如上管理者ノ代理權ハ被代
理者タル本人ノ法律行爲ニ因リテ發生スルモノニ非スシテ第三者カ管理者ヲ指定ス
ルニ因リテ生スルモノナレハ管理者ハ外部關係ニ於テ財產管理ニ關スル子ノ法定代
理人ニ外ナラサルヲ以テ管理財產ニ關スル訴訟ニ付テハ子ノ法律上代理人トシテ訴
訟行爲ヲ爲スノ權アルモノトス本件ニ於テ係争不動産ハ鹽谷喜左衛門カ溝口博ヲ管
理者ト指定シテ被上告人ニ贈與シタルモノナルニ被上告人ノ親權者ハ之ヲ上告人ニ

賣渡シ其登記ヲ經タル事實及ヒ財産管理者タル溝口博ハ被告ノ法律上代理人トシテ本訴ヲ提起シタル事實ハ原判決ノ確定スル所ナレハ該賣買ノ無効ナルハ勿論本訴ハ溝口博カ被告ノ爲メニ管理スル財産ノ保全ヲ目的トスル行爲ニ屬スルヲ以テ同人ハ被告上告人ノ法律上代理人トシテ本件訴訟行爲ヲ爲スノ權アルモノトス(大審院大正四年(オ)第二七〇號同年九月二十一日民一部田部裁判長神原尾古入江岩田各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審東京控訴院○土地賣買登記抹消登記手續請求事件○上告人中西建治訴訟代理人辯護士山崎佐六被告上告人駒形忠雄法律代理人財産管理人溝口博

【參照判例】

本書第三卷七二七頁
至當ノ判決ナリト信ス

(二八二)

五四〇 契約又ハ法律ノ規定ニ依リ當事者ノ一方カ解除權ヲ有スルトキハ其解除ハ相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ爲ス
六〇一 貸借ハ當事者ノ一方カ相手方ニ或物ノ使用及収益ヲ爲サシムルコトヲ約シ相手方カ之ニ賃金ヲ拂フコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ス
地所賃借契約書ニ「賃借料ノ支拂ヲ怠リタルトキハ其時ヲ以テ此契約ヲ解除シト規定シアル場合ニ於テハ契約當事者ノ眞意ハ賃料延滞ニ依リテ當然解約ノ效果ヲ發生セシムル趣意ニアラサルモノトス」

被告主張ノ如ク大正二年十二月末日ニ本件契約ノ解除アリタルヤ否ヤヲ案スルニ成立ニ争ナキ乙第一號地所賃借契約證書第十項前段ニ「賃借料ノ支拂ヲ怠リタルトキハ其時ヲ以テ此契約ヲ解除スト規定シアリテ一見スルトキハ前示ノ如キ大正二年十二月ニ於ケル賃料不拂ニ依リ當然同月末日限リ本件契約ハ解除セラレタルカ如クナルモ同項末段ニ「賃借人タル被告ノ要求ニ應ジテ直ニ地所ヲ明渡スヘク猶豫期間ヲ乞フヘカラサル旨ノ文詞アルニ依リテ之ヲ觀レハ契約當事者ノ眞意ハ蓋シ賃借人ニ於テ賃料ノ支拂ヲ怠リタル場合ニハ賃借人ノミノ意思ニ依リ直チニ契約ノ解除ヲ爲シ得ル旨ヲ留保スルニ在リテ被告主張ノ如ク賃料延滞ノ一事ニ依リテ當然解約ノ效果ヲ發生セシムル趣意ニアラスト解釋スルヲ妥當トス然リ而シテ被告カ大正二年十二月末日ニ於ケル賃料ノ不支拂ヲ理由トシテ契約ノ解除ヲ爲シタル事跡ノ見ルヘキモノナキヲ以テ該約款ニ基キ本件契約ハ當然解除セラレタリトノ抗辨ハ到底之ヲ是認スルヲ得ス(東京地方大正三年(ワ)第五〇八號同四年十一月十二日民三部神谷裁判長阿部稻本各判事判決)」

【關係事項】

損害賠償事件○原告丑山善吉訴訟代理人辯護士高木金之助被告大須賀高太郎法律上代理人後見人大須賀菊次郎訴訟代理人辯護士鳩山一郎外一名

(二八二)

七〇三 法律上ノ原因ナクシテ他人ノ財産又ハ勞務ニ因リ利益ヲ受ケ之カ爲メニ他人ニ損失ヲ及ホシタル者ハ現ニ利益ノ存スル限度ニ於テ之ヲ返還スル義務ヲ負フ
舊商法九八七 各個債權者ハ優先權ノ存スルニ非サレハ破産處分中破産者ノ財産ニ對シテ強制執行ヲ爲スコトヲ得

同九九五 相殺ノ權利アル債權者ハ期限ニ至ラサル債權又ハ金額未定ノ債權ト雖モ財團ニ對シテ其效用ヲ致サシムルコトヲ得

債權カ支拂停止後ニ生シ又ハ取得シタルモノナルトキハ支拂停止ヲ知リタル場合ニ限り相殺ヲ許サス

同九九七 債務者ノ動産又ハ不動産ニ對シテ抵當權、質權其他ノ優先權ヲ有スル債權者ハ財團ヨリ先ツ辨濟ヲ受ケタルニ非サレハ其擔保物ノ賣拂代金ヨリ費用、利息及ヒ元金ノ支拂ヲ受ケル爲メ別除ノ辨濟ヲ請求スルコトヲ得若シ其賣拂代金ノ剩餘アルトキハ買主之ヲ財團ニ拂込ム可シ

同一〇三二 左ニ掲ケル債權ハ届出及ヒ確定ニ關スル規定ニ從フコトヲ要セス

第一 裁判費用、管理費用其他破産手續上ノ費用 第二 公ノ手数料及ヒ諸稅 第三 管理人ガ財團ノ爲メニ負擔シタル義務ヨリ生スル債權

右債權ハ破産主任官ノ指圖ニ從ヒ通常ノ方法ヲ以テ財團ノ現額ヨリ之ヲ支拂フ

同一〇四五第一項 第一〇三二條ニ掲ケタル債權及ヒ優先權アル債權ヲ支拂ヒタル後ニ殘レル財團ハ他ノ債權者間ニ平等ノ割合ヲ以テ之ヲ配當ス

(一) 破産財團ニ對シ質權ノ實行ニ因リ辨濟ヲ受クヘキ權利ナキ者カ質權ヲ實行シテ其質物ノ賣却代金ヨリ辨濟ヲ受ケタル行爲ハ不當利得ヲ構成スルモノトス

(二) 普通債權者カ破産財團ノ損失ニ於テ不當ニ利得シタル金錢ハ破産法上破産財團ノ一部ヲ組成シ他ノ優先權ナキ破産債權者ト共ニ各自其債權額ノ割合ニ從ヒ其上ニ平等分配ヲ要求シ得ヘキ權利ヲ有スルニ過キサルモノナレハ其普通債權者ハ右不當利得ニ因ル債權ニ付キ相殺ヲ爲スコトヲ得ス

(一) 破産財團ニ對シ質權ノ實行ニ因リ辨濟ヲ受クヘキ權利ナキ者カ質權ヲ實行シテ其質物ノ賣却代金ヨリ辨濟ヲ受ケタルトキハ即チ其者ハ法律上ノ原因ナクシテ破産財團ニ屬スヘキ財産ニ因リ利益ヲ受ケ之レカ爲メニ右財團ニ損失ヲ及ホシタルモノナルカ故ニ右行爲ハ不當利得ヲ構成スルコト論テ俟タヌ而シテ原審ノ確定スル所ニ

據レハ本件ニ於テ上告人ハ破産財團ニ對シ質權ノ實行ニ因リ債權ノ辨濟ヲ受クヘキ權利ナキモノナルニ拘ハラズ質權ヲ實行シテ質物賣却代金ヨリ本訴金額ノ辨濟ヲ受ケタルモノナレハ上告人ノ行爲ハ財團ニ對シテ不當利得ヲ構成スルコト論テ俟タヌルモノトス

(二) 破産財團ノ損失ニ於テ上告人カ不當ニ利得シタル金錢ハ破産法上破産財團ノ一部ヲ組成シ普通債權者タルニ過キサル上告人ハ他ノ優先權ナキ破産債權者ト共ニ各自其債權額ノ割合ニ從ヒ其上ニ平等分配ヲ要求シ得ヘキ權利ヲ有スルニ過キサルモノトス然ルニ之ニ付キ上告人カ本訴ニ於テ主張スルカ如キ相殺ヲ許スヘキモノト解スルトキハ上告人ノミ叙上説明ノ割合ヲ超ヘテ多額ノ辨濟ヲ受ケルコトヲ得ルノ結果ヲ生シ上告人ヲシテ破産法上平等分配ノ制度ヲ破壞スルヲ得セシムルノ違法ヲ見ルニ至ルヘシ然ラハ此點ニ付キ相殺ヲ許ササル旨ヲ判示シタル原判決ハ正當ナリ(大審院大正四年(オ)第二五九號同年八月二十六日民二部馬場裁判長田上大倉入江鈴木各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審東京控訴院○不當利得金返還請求事件○上告人山田保太郎訴訟代理人辯護士岸井辰雄被上告人竹内平吉

【參照學說】

一 相殺權ヲ認ムル根據ハ民法ニ於テ相殺ナル債務消滅方法ヲ設ケルト大差ナシト雖モ破産ノ場合ニ於テハ相殺權ヲ認ムル理由一層深シトス蓋シ一般ノ場合ニハ若シ相殺ヲ認メストモ唯當事者雙方辨濟ヲ受ケルニ遲速アルニ止リ何レノ時カ完全ニ辨濟ヲ受ケル期アルヘシ然ルニ同一人カ破産者ニ對シテ債權者タリ又ハ債務者タル場合ニ於テハ破産者ヨリ到底完全ナル辨濟ヲ受ケルコト能ハサルニ反シテ自己ノ債務ハ完全ニ之ヲ辨濟セサルヘカラストセハ不公平モ亦甚ダシキモノナレハナリ故ニ一破ノ場合ニハ相殺セサルモ唯其辨濟ヲ受ケルニ遲速アルニ止リ之カ相殺ヲ對抗セントスル者ハ寧ロ自己ノ債務ノ辨濟ヲ拒ム點

松岡學士

ニ重テ置クヘク相殺ハ即チ債務者ノ爲メニ有スル抗辯ナリ然ルニ破産ノ場合ニ相殺權ヲ利用スルハ破産者ノ債權ヲシテ直ニ自
己ノ債權ノ辨濟資金トシテ用スルモノニシテ寧ロ債權者ノ爲メニ有スル抗辯ナリ仍テ破産ノ場合ニ於ケル相殺權ハ全ク別
除權ト同一ノ效用ヲ成スモノナリ別除權ハ破産財團ニ屬スル特定ノ財產ヲ自己ノ債權ノ辨濟ニ供セシムルコトヲ目的トシ相殺
權ハ破産財團ニ屬スル特定ノ債權ヲ自己ノ債權ノ辨濟ニ供セシメタル場合ニ其代金ハ完全ニ破産財團ニ拂込ムヘシ偶々自ラ破産債權者
ヲ受ケシムル點ニ於テハ其效用全ク一ナリ(法學博士加藤正治氏破産法講義二二三頁)

民法相殺ノ通則ニ依レハ雙方ノ相殺ヲ對抗スル時ニ於テ互ニ相對立シ相殺ヲ爲スニ適スレハ足レリ然ルニ破産ハ其宣告ニ依リ
破産債權者ノ爲メニ破産財團ノ公平ニ分配スルコトヲ目的トスルモノナルカ故ニ破産宣告ノ當時ニ於テ雙方ノ債權力互ニ相對
立シ居ルコトヲ要スルナリ換言スレハ破産宣告後ニ於テ或ハ債權者取得シ或ハ債務者負擔シ始テ相殺ニ適スルニ至ルモ不可ナ
リ

破産債權者カ破産宣告後破産財團ニ對シテ債務者負擔シタルトキ 相殺權ハ別除權ノ如ク他ノ債權者ニ比シ優先的辨濟ヲ受ケ
シムルト同一ノ效力アルモノナリ然ルニ斯ノ如キ優先權カ破産宣告後ニ於テ自由ニ新ニ設定サレ得ルモノナルトキハ破産債權
者間ノ公平ハ得テ望ムヘカラス故ニ破産宣告後新ニ債務者負擔シテ相殺ニ適セシメントスルモ不可ナリ例ヘハ破産債權者カ破
産財團ニ屬スル或財產ヲ買得シテ代金支拂ノ債務者負擔シタル場合ニ其代金ハ完全ニ破産財團ニ拂込ムヘシ偶々自ラ破産債權者
タルヲ奇貨トシ其破産債權ト相殺スルカ如キコトハ之ヲ許サス若シ之ヲ許セハ獨リ其債權者ノ相殺ニ依リテ完全ナル辨濟ヲ
受クルニ至ルナリ以テテナリ現行法ニ於テモ同一ニ解スヘシ(同上二三二頁)

二 相殺ナル觀念ハ佛法系ト獨法系ト其趣意ナ異ニセリ佛法系諸國ニ於テハ相殺ヲ以テ單純ナル節略辨濟ト認メタルカ故ニ債
務者ハ債權者ニ對シ其破産宣告後ニ於テ相殺ヲ爲スコトヲ得ス是レ蓋シ債權者ハ其破産宣告ニ因リテ破産財團ニ屬スル財產ニ
付キ管理及ヒ處分ヲ爲スノ權能ヲ喪失セルニ由ル(商法第九八五條第一項參照)之ニ反シ獨法系諸國ニ於テハ相殺ヲ以テ單
單純ナル辨濟節略ノ方法トセシテ尙ホ他ニ債務者ニシテ債權者タル者ノ債權擔保ノ方法タル性質アルモノトシ其法理ハ留置
權ニ關スル法理ト異ナルコトナシ換言スレハ留置權ハ債權者カ自ラ占有スル債務者ノ有體物ニ對シテ他ノ債權者ヨリ優先シテ支
拂ヲ受クル權利ニシテ相殺權ハ債務者タル者カ其負擔シタル債務者他ノ債權者ノ利益ノ爲メニ辨濟スルコトヲ却
テ之ヲ自己ノ債權ニ對シテ辨濟ニ充ツヘキ權利ナリ故ニ債務者ハ債權者ニ對シ其破産宣告後ニ於テ相殺ヲ爲スコトヲ得我現行
破産法及ヒ破産草案ニ於テハ此點ニ關シ獨法系ノ法則ニ是認シタルコトハ起草者ノ說明及ヒ破産法案第一編第六章相殺權條
用語ニ依リテ洵ニ明白ナリト認ム故ニ現行破産法及ヒ破産法案ニ所謂相殺權ハ單ニ節略辨濟ノ方法タルニ止マラスシテ甲債權
者ニ對シテ債權者ノ爲メニ甲債權者ノ破産宣告ニ因リテ受クルコトアルヘキ損失ヲ避ケル手段トシテ存スル防
禦權ナリ換言スレハ破産宣告ヲ受ケタル債權者ニ對シ債權者有スル債務者カ其擔保シタル債務者他ノ債權者ノ利益ノ爲メニ辨
濟スルコトヲ却テ之ヲ自己ノ有スル債權ニ充ツルコトヲ得ル權利ナリ(法學士松岡義正氏明治三十七年度法政大學講義破産法
二八二頁)

破産ハ前述ノ如ク損失ノ分擔ヲ目的トス故ニ各破産債權者ノ地位ハ破産宣告ニ依リテ確定シ其有スル破産債權ニ對スル配當額

遠藤學士

ト受クルニ止マリ爾後ノ事情ニ基キテ之ヲ變更スルコトヲ得ス隨テ破産宣告後ニ於テ破産者ト其相手方ト間ニ於テ民法上相
殺ヲ許スヘキ要件存スルニ至リタルトキト雖モ相殺ヲ爲スコトヲ得ス是ヲ以テ(イ)破産債權者カ破産宣告後管財人ト取引ヲ爲
シタル結果トシテ破産債權者團體ニ對シ債務者負擔シタル場合ニ於テハ斯ル債務ト破産債權ト相殺スルコトヲ得ス蓋シ斯ル
債務ハ破産債權者團體ノ債務ニ屬スルモノニシテ破産者ノ債權ニ屬スルモノニアラザレハナリ(破産債權者團體ノ存否ヲ否認
スル學說ニ依レハ斯ル債務ハ破産宣告後ニ成立セル破産者ノ債權ニ外ナラサルヲ以テ相殺ヲ許サスト謂ハサルヲ得ス其他破産
債權者カ破産宣告後破産者ニ對シ取引ヲ爲シタル結果トシテ債務者負擔シタル場合亦然リ蓋シ斯ル破産者ニ對スル債務ハ破産
財團ニ屬スル債權ナレハナリ但財團債權者ノ其有スル債權ト自己ノ債務ニシテ破産財團ニ屬スル債權タルモノト相殺スルコト
ヲ得ヘシ何トナレハ之カ爲メニ破産債權者間ノ平等關係ヲ害スルコトナレハナリ(同上二九二頁)

三 破産宣告ハ破産債權者ノ爲メニ破産財團ノ公平ニ分配スルコトヲ目的トシ破産債權者ハ破産宣告ノ當時ニ有スル破産債權ニ
對シ配當ヲ受クルモノナルカ故ニ破産財團ト公平ニ分配スルコトヲ目的トシ破産債權者ハ破産宣告ノ當時ニ有スル破産債權ニ
後ノ事情ニ基キ變更ヲ受クルモノニアラス從テ破産宣告後或ハ債權者取得シ或ハ債務者負擔スルコトニ因リ民法上相殺ニ適ス
ル場合生スルモ相殺ヲ爲スコトヲ許サス

第一 破産債權者カ破産ノ宣告後破産財團ニ對シ債務者負擔シタルトキ例ハ破産債權者カ破産財團ニ屬スル或財產ヲ買得シテ
代金支拂ノ債務ヲ負擔シタルトキハ其代金ハ完全ニ破産財團ニ拂込ムコトヲ要シ斯ル債務ト破産債權ト相殺スルコトヲ得ス
蓋シル債務カ相殺ニ因テ消滅シ得ルモノトスルトキハ結局此破産債權者ハ他ノ債權者ニ先テ自己ノ債權ノミカ完全ニ辨濟セ
ラレタルコトニ歸シ債權者平等ノ原則ヲ破壞スレハナリ(法學士遠藤武治氏大正四年度中央大學講義破産法一五五頁)

第一點ハ正當ナリ此場合ニ於テハ債權者ハ其債權ノ辨濟ヲ受ケタルモノニシテ
非債辨濟ニ非サルヤ勿論ナリト雖モ普通債權者ハ他ノ債權者ト平等ノ割合ニ於
テノミ其債權ノ辨濟ヲ受ケタルコトヲ得ルニ過キサルモノナレハ質權實行ノ形式
ニ依リテ得タル辨濟額ト平等ノ割合ニ於テ得ヘカリシ辨濟額トノ差額ハ不當ニ
自己ノ債權ノ辨濟ヲ受ケ他ノ債權者ノ得ヘカリシ辨濟額ヲ減少セシメタルモノ
ト謂フヘケレハナリ

第二點ハ結果ニ於テ正當ナルモ理由ヲ是認シ難シ舊商法第九九五條ハ明カニ破

産財團ニ對スル債權者ノ相殺權ヲ認ムルカ故ニ判決ノ説明ヲ以テシテハ上告人ノ相殺權ヲ否認スルコトヲ得ス吾人ハ上告人カ金錢ヲ利得シタルニ因リ破産財團ニ對シテ負擔スルニ至リタル返還義務ハ破産宣告後ニ生シタルモノノナルカ故ニ上告人ハ此債務ト自己ノ債權トヲ相殺スルコトヲ得サルモノト信ス

二八三

九八 意思表示ノ相手方カ之ヲ受ケタル時ニ未成年者又ハ禁治産者ナリシトキハ其意思表示ヲ以テ之ニ對抗スルコトヲ得ス但其法定代理人カ之ヲ知リタル後ハ此限ニ在ラス
一〇八 何人ト雖モ同人ノ法律行為ニ付キ其相手方ノ代理人ト爲リ又ハ當事者双方ノ代理人ト爲ルコトヲ得ス但債務ノ履行ニ付テハ此限ニ在ラス
四〇六 債權ノ目的カ數個ノ給付中選擇ニ依リ定マルトキハ其選擇權ハ債務者ニ屬ス
四〇八 債權カ辨濟期ニ在ル場合ニ於テ相手方ヨリ相當ノ期間ヲ定メテ催告ヲ爲スモ選擇權チ有スル當事者カ其期間内ニ選擇ヲ爲ササルトキハ其選擇權ハ相手方ニ屬ス
四〇九 第三者カ選擇ヲ爲スヘキ場合ニ於テハ其選擇ハ債權者又ハ債務者ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ爲ス
第五四九 贈與ハ當事者ノ一方カ自己ノ財産ヲ無償ニテ相手方ニ與フル意思ヲ表示シ相手方カ受諾ヲ爲スニ因リテ其ノ效力チ生ス

(一) 受贈者タル未成年者ニ對シテ爲シタル不動産選定ノ意思表示ハ未成年者ニ對抗シ得サルニ過キサルヲ以テ贈與者ハ之カ無効ヲ主張シ得ヘキモノニアラス
(二) 受贈者ノ法定代理人カ贈與者ノ委任ニ基キ贈與ノ目的タル不動産選定ノ意思表示ヲ爲シタルトキト雖モ之ヲ以テ民法第一〇八條ニ違反スル無効ノモノナリト謂フヲ得サルモノトス

【上告論旨】 原判決ハ控訴人ノ親權者下森久吉ハ違ク朝鮮ニ居住セルヲ以テ分家財産トシテ被控訴人先代稔ニ贈與ス可キ不動産ノ選定ヲ其養父下森善四郎ニ委任シ中略善四郎ハ右委託ニ基キ本件不動産ヲ分家財産トシテ選定シテ説明シ其選定ノ時期ニ付キ明示スル所ナシト雖モ右ニ與ノ目的タル不動産選定前ニ於テハ前點ニ於テ論シタル契約ヲ有效ナリト假定スルモ該契約成立當時ニ於テハ原判決ノ説明スルカ如ク上告人ヨリ稔ニ贈與ス可キ不動産ハ未ダ確定シ居ラザリシモノナレハ該契約ノ實行トシテ目的物タル不動産ノ選定アリテ茲ニ初メテ該契約ハ完全ニ效力チ生シ之ト同時ニ稔ハ選定ニ依リ確定セラレタル目的物ノ所有權ヲ取得ス可キ筋合ナレハ贈與ノ目的タル不動産選定ノ時期ハ所有權移轉ノ時期ヲ確定スル上ニ於テ明瞭ナラシメタル可カラサルモノトスルニ原判決ハ之ヲ明示セサルヲ以テ被上告人先代稔カ何時係争不動産ノ所有權ヲ取得シタルモノナリヤ之レヲ知ルニ由ナシ原判決ハ此點ニ於テ理由不備ノ瑕疵アルモノトス進ンテ原判決ノ採用スル證據ニ依リ上告人ヨリ被上告人先代稔ニ贈與セラル可キ不動産ハ何時選定セラレタリヤナ案スルニ原判決カ真正ニ成立シタリト認ムル乙第七號證ハ下森善四郎ニ於テ分家財産ヲ書拔キタルモノニ係リ連クトモ其當時ニ於テハ善四郎及上告人ヨリ稔ニ贈與ス可キ不動産ハ善四郎ニ於テ選定シ居リタルコト定ニ明瞭ナリ而シテ成立ニ争ナキ乙第一號證乃至三號證戶籍謄本ニ依ルトキハ下森善四郎ハ明治三十九年十二月六日稔ノ後見人トシテ就職シ明治四十年七月十五日稔カ離縁ニ依リ實家ニ復籍スル迄引續キ後見ノ職ニ在リタルモノナルコト及明治三十七年八月三十一日稔ノ養父來治死亡後右善四郎カ後見人トシテ就職スルニ至ル迄ノ間ニ於テハ稔ノ法定代理人カ職缺シ居リタルコト明白ナリ

而シテ善四郎カ稔ニ贈與ス可キ分家財産ノ選定ヲ爲シタル時期ハ善四郎カ稔ノ後見
 人在職中ナルカ或ハ其以前タル稔ノ法定代理人曠缺中ナリシカ右二期ノ何レカニ屬
 スルコトハ疑ナキ所ナリ若シ夫レ善四郎カ稔ノ後見人在職中上告人ノ親權者久吉ノ
 代理人トシテ分家財産ノ選定ヲ爲シタルモノトセハ善四郎ハ一面ニ於テ贈與者タル
 上告人ノ親權者久吉ノ代理人トナリ他方ニ於テハ受贈者タル稔ノ法定代理人トシテ
 贈與ノ目的タル不動産選定ノ意思表示ヲ爲シタルモノト謂ハサル可ラス果シテ然ラ
 ハ之レ明カニ民法第一〇八條ニ所謂當事者双方ノ代理人トシテ法律行為ヲ爲シタル
 モノナレハ該行為ハ無効ナリト謂ハサル可カラズ從テカカル無効ノ財産選定行為ニ
 依リテハ被上告人ハ本件係争不動産ノ所有權ヲ取得スルコトヲ得サルモノト信ス若
 シ又右分家財産選定行為カ善四郎ニ於テ後見就職前即チ稔ノ法定代理人曠缺中ナリ
 シトセハ善四郎カ其選定ニ關スル意思表示ヲ爲シタル當時其相手方タル稔ハ未成年
 者ニシテ受領ノ意思ヲ表示スル能力ナキカ故ニ假リニ同人ニ對シテカカル意思表示
 ナ爲シタリトスルモ該意思表示タルヤ法律上何等ノ效力ヲ生スルモノニ非サルナリ
 以上論スルカ如ク下森善四郎ノ分家財産選定ノ意思表示ハ民法第一〇八條又ハ同第
 九八條ノ規定ニ違反シ法律上何等ノ效力ナキニ拘ハラヌ原判決ハ之ヲ有效ナリト解
 釋シカカル選定行為ニ依リ稔カ係争不動産ノ所有權ヲ取得シタルモノナリト判決シ
 タルハ意思表示又ハ代理ニ關スル民法ノ適用ヲ誤リタル違法アルモノト信ス

【判決理由】原審ハ所論ノ如ク上告人ノ親權者久吉カ上告人ヨリ被上告人先代稔ニ贈
 與スヘキ地價五千圓相當ノ不動産ヲ選定スヘキコトヲ訴外下森善四郎ニ委任シ同人
 ノ其委任ニ基キ之カ選定ヲ爲シタル時期ノ何時ナルヤヲ確定セサルヲ以テ其選定行

爲カ果シテ善四郎ノ稔ノ後見人ニ就職シタル後ナルヤ否ヤ明ナラズト雖モ若シ右選
 定行為ヲ以テ其就職前ナリトセンカ善四郎ノ爲シタル選定ノ意思表示ハ當時未成年
 者タリシ稔ニ對抗シ得サルニ過キサルヲ以テ其意思表示ノ無効ハ稔ノ相續人タル被
 上告人ニ於テ抗爭スルハ兎モ角上告人ハ之カ無効ヲ主張シ得ヘキモノニアラサルヲ
 以テ被上告人カ本訴ニ於テ贈與契約ノ有效ニ成立シタルコトヲ主張セル以上此點ニ
 關スル論旨ノ理由ナキコト言テ俟タス而シテ若シ右選定行為カ善四郎ノ後見人就職
 後ナリトスルモ右委任ニ基ク善四郎ノ選定行為ハ必スシモ民法第一〇八條ニ違反ス
 ル無効ノモノナリト謂フヲ得ス蓋シ當事者ノ一方カ相手方ニ對シテ負擔スル所ノ給
 付義務カ其範圍ニ於テ多少不確定ナル場合ニ之カ確定ヲ相手方ニ委任シ又ハ第三者
 ニ委任シ又ハ第三者ニ委任シテ之ヲ確定セシムルコトハ法律上可謂ナルノミナラス
 民法第四〇九條カ選擇債務ノ目的タル可キ數個ノ給付ニ付キ當事者ノ一方又ハ第三
 者ヲシテ之カ選擇ヲ爲サシムルノ例ニ徵シテ明確ニシテ選擇債務ニ在テハ當事者ノ
 一方カ利害相反スル相手方ノ同意ヲ以テ自カラ選擇ヲ爲シ第三者カ利害相反スル當
 事者双方ノ委任ニ因リテ選擇ヲ爲スモ之カ爲メ其選擇ハ法律上其效ヲ生スルノ妨ト
 ナルコトナシ果シテ然ラハ其範圍ニ於テ不確定ナル給付ヲ確定スルコトハ之ヲ相手
 方又ハ其代理人ニ委任シ又ハ之ヲ第三者ニ委任スルモ此場合ニ付キ民法第一〇八條
 ノ規定ヲ適用シ其確定ハ法律上無効ナリト主張スルコトヲ得ス却テ其確定ハ有效ニ
 シテ第一〇八條ノ規定ハ此場合ニ之ヲ適用スルヲ得サルヲ以テナリ是レ給付ノ確定
 ナ目的トスル行為ハ債權ノ創設ヲ目的トスルモノニアラスシテ既成ノ債權ニ付キ單
 ニ其範圍ヲ確定スルニ過キサルモノナレハナリ然ラハ原判決ハ相當ニシテ論旨ハ理

由ナシ(大審院大正四年(オ)第三〇〇號同年七月三日民三部横田裁判長大倉入江嘉山三宅各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審廣島控訴院○不動産所有權移轉登記抹消手續請求事件○上告人下森知訴訟代理人辯護士竹内義一同名井橋夫被上告人下森晴子

【參照學說】

一 本條ニ於テモ右ノ申込催告通知等ハ無能力者ヨリ其無効ナルコトヲ主張スルコトヲ得ルニ止マリ敢テ表意者ヨリ之ヲ主張スルコトヲ得サルモノトセリ(法學博士梅謙次郎氏民法要義卷ノ一總則二二五頁)
二 此規定ハ未成年者及禁治産者ヲ保護スル趣旨ニ出テタルモノナルカ故ニ其受ケタル意思表示ハ當然無効ナルニアラスシテ獨斷ニテ爲シタル行爲ニ同シク自己ノ意思ニ依リテ其效力ノ有無ヲ決定スルコトヲ得ヘシ(法學博士富井政章民法原論第一卷總則四〇一頁)
三 受領無能力者ニ對スル意思表示ノ效力ハ絕對無効ニアラス又取消シ得ヘキモノニモ非ス所謂關係的無効ナリ表意者ハ之ヲ以テ無能力者ニ對抗スルコトヲ得ス表意者カ意思表示アリタルコトヲ主張シタルトキハ無能力者ハ之ヲ否認スルコトヲ得(法學博士中島玉吉氏民法釋義卷之一、五四四頁)
四 受領無能力者ハ意思表示ヲ絕對ニ無効トスルニアラス唯無能力者ニ對シテ有效ヲ主張シ得サルモノトス(法學博士鳩山秀夫氏法律行爲乃至時效二一三頁)

【參照學說判例】

一 第一〇八條ハ一人ニシテ利益相反スル當事者双方ノ資格ヲ兼ヌルコトヲ得サルモノトスルニ在ルカ故ニ若シ一ノ法律行爲ニ付テ當事者双方ノ利益相反スルノ恐ナキ場合ニ於テハ双方ノ資格ヲ兼ヌルコトヲ得ルモノトスルニ在ルカ故ニ若シ一ノ法律行爲ニ於テ債務ノ履行ニ付テハ双方ノ資格ヲ兼ヌルコトヲ得ルモノトセリ(法學博士梅謙次郎氏民法要義一卷二五〇頁)
二 本條適用ノ範圍ハ契約ニ限ラス相手方アル一方行爲ニ及フ任意代理法定代理權代理消極代理ニ共ニ適用アリ當事者双方ノ代理人ト爲ルハ觀念上不能ナルニ非ス政策上之ヲ禁スルモノナル故ニ弊害ヲ生スル虞ナキトキハ例外トシテ之ヲ許ス本條ハ債務ノ辨濟ヲ以テ例外トス(法學博士中島玉吉氏民法釋義總則六一一頁)
三 本條ノ適用範圍ハ委任代理法定代理トニ通ス一人ノ後見人カ被後見人タル數人ノ子ノ財産ニ付テ法律行爲ヲ爲ス場合ニ其双方ノ代理人タルコトヲ許可スルハ便宜ナルカ故ニ法定代理人ニ付テハ本條ヲ適用スヘカラスト論スル者アレトモ通説ニア

梅博士 富井博士 中島博士 鳩山學士 梅博士 中島博士 鳩山學士

判示ハ至當ナリトス吾人ハ贈與者カ贈與ノ目的タル不動産ヲ特定セサルトキハ其贈與契約ハ選擇的ニ定マレル給付ヲ物體トスル選擇債務ノ性質ヲ有スルモノニシテ選擇權者ノ選定ノ意思ヲ表示ニ依リテ其給付ノ物體ハ特定スヘキモノトス而シテ其選定行爲ハ法律行爲タル性質ヲ有スルヲ以テ民法第一〇八條ノ規定ハ當然適用セラルヘキヲ原則トスト雖モ案件ノ場合ニ於テハ之ヲ適用スルコトヲ得サルモノト信ス蓋シ選擇債務ニ於ケル選定行爲ハ選擇權ノ行使ニ外ナラサレハ選擇權ヲ有スル贈與者ハ自ら選擇ヲ爲サス却テ利害相反スル受贈者ノ同意ニ依リ之ニ委任シテ其目的タル不動産ノ選定ヲ爲サシムルノ妨ケト爲ラサルコトハ民法第四〇九條ノ規定ノ趣旨ニヨリ推究スルコトヲ得ヘキヲ以テ第一〇八條ノ規定ハ此場合ニ適用スルコトヲ得サルモノトス

ラヌ又法律ノ明文ヲ動カスニ足ルヘキ理由ト云フヘカラス(法學博士鳩山秀夫氏法律行爲乃至時效三一四頁)
本人及ヒ代理人カ同一ノ法律行爲ニ付テ其當事者ト爲ルモ其當事者ト相手方トノ關係ニ立タサルトキハ本條ヲ適用スヘキニアラスト信ス例ハ多數ノ共有者カ一人ノ代理人ナシテ代理セシムルカ如キハ勿論株式譲渡人ト讓受人トカ株券名義書換ノミニ付テ同一人ヲ代理人ト爲シ登記權利者登記義務者カ同一人ヲ代理人トシテ登記申請セシムルカ如キ亦妨ケナシ(同上三一五頁)
四 同一ノ法律行爲ニ付キ一方カ相手方ノ代理人ト爲リ又ハ一人ニシテ當事者双方ノ代理人ト爲リタルトキハ民法第一〇八條但書ノ場合ヲ除ク外其行爲ハ本人間ニ何等ノ效力ヲ生セサルモノトス而シテ其代理ノ委任ニ因ルト法定タルトハ之ヲ問ハサルモノトス(大審院民事判決錄三七年六六二頁)
五 民法第一〇八條ハ公益規定ニシテ之ニ違背スルトキハ本人間ニ何等ノ效力ヲ生セサルモノトス(同上四三年七六頁)

買賣ノ豫約ニ期限ノ定メアルトキハ買賣完結ノ意思表示ハ其期間内ニ爲スニ非サレハ其無効ヲ生セサルモノトス

案スルニ成立ニ争ナキ甲第一號證及ヒ當審證人阿部頼平羽賀利喜藏ノ各證言ヲ綜合スルトキハ本件土地ハ元ト控訴人ノ所有ニシテ訴外阿部頼平ニ讓渡シタルモノナルヲ明治四十三年四月中控訴人ニ於テ之ヲ買戻サント欲シタルモ其代金二百圓ノ支拂ニ差支ヘタル爲メ被控訴人ニ依頼シ買受ケ置キ貫ヒ其登記ヲ經由シタル後更ニ控訴人ト被控訴人トノ間ニ被控訴人カ阿部頼平ニ支拂ヒタル代金二百圓ニ其際被控訴人カ控訴人ノ債權者タル訴外石山彦作ニ代位辨濟シタル金二百圓ヲ加ヘ尙ホ其利息及ヒ公租公課ヲ合算シタルモノヲ代金ト定メ本件土地ヲ賣買スヘク約定シタルモノナルコト明カナルヲ以テ本件契約ハ所謂買戻契約ニアラスシテ賣買ノ豫約ヲ爲シタルモノト認定スルヲ相當トス從テ控訴人ニ於テ賣買完結ノ意思表示ヲ爲ストキハ該賣買成立スヘキモノナリト雖モ甲第一號證中令般貴殿ニ於テ自分名義ニ切替可被致候處都合ニヨリ拙者方ヘ滿二ケ年ナ期シ前書代金ヲ以テ登記經由候得共期限ニ不拘何時タリ共右代金四百圓ニ定メシ利子相添ヘ返戻可致極メ事云々ノ文言ハ控訴人主張ノ如ク滿二ケ年ノ期限ナリシナ後ニ無期限ニ變更シタルモノト解シ難ク却テ同文言ハ契約期間ヲ滿二ケ年ト定メ其期間内ハ何時ニテモ買受ケノ申出ニ應ス可キ旨ヲ定メタル趣旨ナリト解スルヲ至當トナスノミナラス原審證人石山彦作ノ證言ニヨル

【關係事項】

買賣契約履行請求事件◎控訴人和田三郎訴訟代理人辯護士羽賀利喜藏被控訴人和田三郎訴訟代理人辯護士竹内平吉

【參照學說】

一 買賣ノ豫約ニハ法律行爲ノ效力ニ關スル一般ノ原則ニ從ヒ條件又ハ期限ヲ附スルコトヲ得ヘキヲ以テ豫約者カ豫約ヲ爲スニ當リ之ニ解除條件又ハ終期ヲ附シタルトキハ豫約ハ其條件又ハ期限ノ到來ト共ニ當然消滅ニ歸シ豫約ハ其債務ヲ免ルヘク相手方カ賣買契約ノ締結ヲ希望セサル旨ノ意思表示ヲ爲シタルトキ亦同シ(法學博士橫田秀雄氏債權各論二七五頁)
二 買賣ノ豫約ノ終期ノ到來、解除條件ノ成就相手方カ賣買契約ノ意思表示ニ依リテ其效力ヲ失フモノトス
三 相手方カ賣買完結ノ意思ヲ表示スヘキ期間ハ豫約者ノ意思表示明示(又ハ默示)ニ依リテ定マル此期間ニ付キ慣習アリ且當事者カ之ニ依ル意思ヲ有セシモノト認ムヘキトキハ其慣習ニ從フ若シ此定メナキトキハ本項ヲ適用ス(法學博士岡松參太郎氏民法理由下卷五四二頁)
四 買賣ノ豫約ハ相手方カ賣買完結ノ意思ヲ表示シタルトキハ直チニ賣買契約成立スルモノナルカ故ニ豫約者ハ此意思表示アルマテハ其豫約ニ拘束セラレサルヘカラス然シテ相手方ハ何時ニテモ此意思表示ヲ爲スノ自由ヲ有スルモノナリ是ヲ以テ相手方ノ爲スヘキ意思表示ノ期間ハ豫約者ノ爲メニ至大ナル關係ヲ有スルモノナリ仍テ法律ハ之ニ關シテ一ノ規定ヲ設ケザリ即チ當事者カ此意思表示ノ期間ニ付キ特約ヲ爲シタルトキハ固ヨリ其特約ニ從フヘキハ勿論ナレトモ若シ期間ノ定メチ爲ササルトキハ豫約ヲシテ相當ノ期間ヲ定メ其期間内ニ相手方ノ意思ノ確答ヲ求ムルコトヲ得セシメ相手方カ此豫約ヲ受ケテカク何等ノ回答ヲモ爲サスシテ期間ヲ經過シタルトキハ豫約ハ當然其效力ヲ失フモノト定メタリ(法學博士鈴木三郎氏日大講義債權論一〇四頁)
五 買賣ノ豫約ニ付テハ通例一定ノ有効ノ期間ヲ定ム此場合ニ於テハ豫約ハ該期間内ニ限リ有効ニシテ從テ相手方ハ該期間

大審院

ニ限り有効ニ賣買ヲ完結スルノ意思ヲ表示スルコトヲ得該期間ヲ経過スルトキハ豫約ハ當然其効力ヲ失ヒ相手方ニ於テハ
 賣買ヲ完結スルノ意思ヲ表示スルコトヲ得而シテ豫約者ハ相手方ノ請求ニ因リテ賣買ヲ爲スノ債務ヲ負擔スルモノナルカ故
 ニ此ノ場合ニ於テハ其期間内相手方カ賣買ヲ完結スルノ意思ヲ表示シテ俟タサルヘカラス然ルニ豫約ニ付キ往々一定ノ有効期間
 ナ定メザルコトアリ此場合ニ於テ豫約ハ永久ニ其効力ヲ持續シ相手方ハ永久ニ何時ニテモ賣買ヲ有効ニ完結スルノ意思ヲ表示
 スルコトヲ得豫約者ハ永久ニ相手方カ此意思ヲ表示スルヲ俟ツコトヲ要スルニ於テハ假令當初ノ豫約ノ有効期間ヲ定メザリシ
 コト豫約者ノ重大ナル過失ナリトスルモ尙其豫約者ニ取リテ過重ノ負擔ニ非ストセス仍テ豫約者ハ相當ノ期間ヲ定メ其期間内
 ニ賣買ヲ完結スルヲ否ヤチ確答スヘキ旨ヲ相手方ニ催告スルコトヲ得若シ相手方カ其期間内ニ確答ヲ爲サザルトキハ豫約ハ當
 然其効力ヲ失フモノトス(法學士村上恭一氏債權各論三七三頁)

五 本書第二卷三四六頁

【參照判例】

期間ヲ定メテ賣渡ノ豫約ヲ爲シタル場合ニ於テ相手方カ訴ニ依リ賣買完結ノ意思ヲ表示スルニハ期間内ニ訴狀ノ送達アリシニ
 トヲ必要トス(大審院民事判決錄二六五頁)

至當ノ見解ト信ス

(二八五)

大審院判

二〇〇 占有者カ其占有ヲ奪ハレタルトキハ占有回復ノ訴ニヨリ其物ノ返還及ヒ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得
 占有物侵害ノ爲メ被リタル損害ノ賠償ヲ命スルニハ被害者カ現ニ占有セル物ヲ
 侵害シタル事實アルヲ以テ足ルモノニシテ必スシモ其占有カ正權原ニ依ルモノ
 ナルヤ否ノ事實ヲ確定スルヲ要スルモノニ非ス
 占有ヲ侵害セラレタル者ハ占有物ノ返還アルマデハ占有物ヲ利用スルコトヲ得
 ヘキモノナルコトヲ通常トスルカ故ニ其侵害者ニ對シ之ヲ返還スル迄繼續的ノ
 損害賠償ヲ命スルコトハ不當ト謂フヲ得ス

川名博士

原審ハ第一審證人廣瀬保吉磯野源治及甲第三號證ノ記載ヲ綜合シテ被告上告人カ一ヶ
 月金二圓ノ損害ヲ蒙リタルモノト認定シタルモノニシテ右認定ハ理由ヲ具備セザル
 モノト謂フヲ得又占有物侵害ノ爲メ被リタル損害ノ賠償ヲ命スルニハ被害者カ現
 ニ占有セル物ヲ侵害シタル事實アルヲ以テ足ルモノニシテ必スシモ其占有カ正權原
 ニ依ルモノナルヤ否ノ事實ヲ確定スルヲ要スルモノニ非ス而シテ原審ハ被告上告人カ
 曾テ名取かつノ家族トシテ本訴家屋ニ住居シ侵害ノ當時マテ建物ノ占有ヲ離レザリ
 シモノトノ事實ヲ確定シタルカ故ニ此事實ハ本訴損害賠償ノ基礎タルコトヲ得ヘキ
 モノナリト謂ハサルヘカラス又占有ヲ侵害セラレタル者ハ占有物ノ返還アルマデハ
 占有物ヲ利用スルコトヲ得ヘキモノナルコトヲ通常トスルカ故ニ原判決ニ於ケルカ
 如ク其侵害者ニ對シ之ヲ返還スル迄繼續的ノ損害賠償ヲ命スルコトハ之ヲ不當ト謂
 フヲ得ス(大審院大正二年(オ)第一八三號同四年九月二十日民二部馬場裁判長田上入江
 鈴木中西各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審甲府地方裁判所○占有回復請求事件○上告人古屋香造外一名訴訟代理人辯護士杉村芳太郎被告上告人古屋リキ
 訟代理人辯護士金子東一

【參照學說】

占有回復ノ訴ニ因リテ請求セラルル事項ハ其物ノ返還及ヒ損害賠償ノ請求ナリ此二者ヲ併セテ請求スルコトヲ得ヘシ但シ其賠
 償額ノ範圍ハ占有ノ侵害ニヨリテ生シタル全部ノ損害ヨリ物ノ返還ヲ受タルニ因リテ受クル利益ヲ控除シタルモノナルコトハ
 勿論ナリ(法學博士川名象四郎氏物權法要論四五頁)

至當ノ判決ナリトス