

第四條

一 意思能力を有する未成年の戸主が家督相續人を指定する場合は其法定代理人の同意を必要とす〔民九七九條参照〕  
（二年六月二一日法曹會決議）

第四條

二 妻が夫の許可を得ずして爲したる法律行爲に付き法律が其取消權を夫に付與せる所以のものは夫權を保護し夫婦間の平和を保持する目的に出でたるものなれば該取消權は性質上夫たる身分に專屬し他人の之を承繼し得ざるは勿論夫妻關係の解消と同時に消滅に歸する者と云はざるを得ず  
（元年（ネ）一四八號、宮城控民判決、法律新聞八六八號二九頁）

第二〇條

三 未成年者が獨立して營業を爲すことを信せしむる爲め商業帳簿其他の書類を他人に示したるは即ち他人をして錯誤に陥らしむる積極的の策略を用ひたる者なれば民法第二十條に所謂詐術を用ひたるものと謂ふを得へし示したる帳簿等の成立及び記載の眞偽如何は必ずしも之を問ふを要せず  
（二年（オ）二二五號、大審民一判決、法律新聞八八〇號二五頁）

第四條

四 民法第二十條に所謂「無能力者が能力者たることを信せしむる爲め詐術を用ゐたる」ときは無能力者が單に相手方に對し自己の能力者たることを陳述したるのみを以て足れりとせず尙ほ進んで自己の能力者たることを信せしむる爲め特に或る策略を施し之に因りて相手方を錯誤に陥らしめたることを必要とすへきは同條の法意に照し明かなるを以て假りに代理人に與へたる委任狀に自己の年齢を二十一歳と記載したる事實ありとするも是れ單に自己の成年者たることを書面を以て表示したる事實に過ぎずして恰も自ら口頭を以て自己の成年者たることを陳述したると一般毫も成年者たることを信せしむる爲め策略を施したるものと云ふを得ず  
（四五年（ネ）一四九號、長崎控民一判決、法律新聞八四七號二五頁）

第四節 失踪

第二五條

一 内務省が河川改修其他土木工事直轄施行の爲め工地上必要なる土地を買收せんとするに際し其土地所有者にして行衛不明又は死亡後相續人不分明の爲め財産管理人の選任を要する場合に於ける裁判請求の場合に於ては非訟事件手續法第十六條の規定中には官廳自己が利害關係人たる場合を包含せざるを以て右の場合に於ては民法第二十五條第一項又は第千五十二條等の規定に依り利害關係人たる官廳より直接管轄裁判所に管理人の選任を請求するを相當とす  
（元年二月二七日民八一號、司法次官通牒、法律新聞八四五號二九頁）

第二七條

二 裁判所に於て選任せられたる不在者の財産管理人は財産管理以外の事項たる身分登記に付き之を爲すへき權限を有せず故に家督相續の届出を爲すことを得ず  
（二年六月七日法曹會決議）  
三 被相續人死亡し相續人あること分明なるも不在者なるか爲め未だ家督相續の届出を爲さず此場合に於て不在者の財産管理人が不在者の爲めに相續に因る所有權取得の登記を爲すことは民法第三百三條に所謂保存行爲に該當し隨て當然之を爲し得へき權限を有す〔登四一條参照〕  
（二年六月七日法曹會決議）

第二章 法人

一 寺院が法人なることは民法施行法第二十八條の規定により之れを推し得へし

（元年（ワ）一六五八號、二年三月一九日東地民二判決、法律新聞八六八號二五頁）

二 祠宇が法人格を有することは明治十五年一月内務省達戊第一號の法意并に明治十七年十月内



務省達第二號に於て祠宇を寺院と對等の地位に置きたる趣旨に依りて明かなり

(元年(ネ)七〇一號、二年一月二二日東控民三判決、法律新聞九一〇號二二頁)

### 第一節 法人の設立

#### 第三四條

一 理事其他の役員が存在は社團法人成立の要件に非ざるか故に其役員の選舉未了なるも苟も法人を組織する所の社員にして存在し定款作成せられ且主務官廳の設立許可ありたる以上は其許可のときに於て法人成立したるものと爲さざるを得ず

(二年(ラ)四號、二年二月六日大阪控民二決定、法律新聞八五九號二五頁)

#### 第三三條

二 重要物産同業組合の如き公益法人は民法第四十三條に依り法令の規定に従ひ定款に因りて定まりたる目的の範圍内に非されは權利を有し義務を負ふことを得ざるものなれば其目的たる行爲及び之を遂行するに必要なる行爲は法人に於て之を爲すことを得るも其以外の行爲は法人の目的と相牽連し法人の爲め利便を得せしむるものと雖も法人の行爲として無効たるを免れず是れ公益法人の本質上自から然らざるを得ざる所なりとす故に重要物産同業組合法に依り設置せる同業組合にして其定款に因りて定まりたる目的は組合員の委託を受け其生産したる生糸を再繰し之を販賣するに在る以上は生糸の再繰及び販賣行爲の外之か爲め必然爲すべき行爲は組合に於て之を爲すことを得べく組合か組合員に對し其請取りたる物品に付代金の假渡を爲し又は費用の立替を爲すか如きは之に屬す然れども組合か組合員の爲め生糸の原料たる繭を買入れ又組合員の買入れたる繭代金の支拂、債務を引受くる如きは若し之に依りて組合員の共同利益を増進し得るとせば或は組合の定款を變更し其目的を擴張する理由と爲すに足らんも組合の目的

にして生糸の再繰及び販賣に限定せらるる以上は斯る行爲を爲すは組合の目的の範圍外に逸出するものにして無効なり

(四五年(オ)一六八號、元年九月二五日大審民二判決、法律新聞八二五號二七頁)

三 法人は自然人か生れなからにして人格を有すると異り一に法律の規定に依り人格を取得するものなるを以て人事に關する法律關係は當然法人の法律關係の目的と爲るものに非ず從て法人か訴訟の當事者と爲れる場合に其訴訟の目的と爲れる法律關係か斯る當然法人の目的以外に存すること何等疑を容るるの餘地なき場合は裁判所は敢て當事者の主張を待つことなく之を審査するを得へしと雖も若し其訴訟の性質上係争の法律關係か法人の目的外に在ること明白ならず當事者亦た此點に付て何等争ふ處なき時は裁判所は之に因り當事者間に此點に付き争なきものと認むるの外なし從て職權を以て之を審査する義務なし

(元年(ナ)一〇〇號、元年一月二日東控民一判決、法律新聞八三七號二三頁)

四 社團法人の設立者は之を以て將來成立すべき社團法人の法定代理人と稱し難しと雖も、設立者の行爲に因り發生する權利義務を設立せられたる法人が取得するは該權利義務か一旦設立者個人の爲めに發生し更に法人か之を承繼するに非ずして設立者は將來成立すべき法人の爲めに行爲を爲し且法人を設立せしめて之に其行爲より發生する權利義務を取得せしむるものにして法人か其權利義務を取得するは民法第五百三十七條の規定に依るにも非ず完く設立行爲の效力に外ならず(四五年(ウ)四五三號、四五年七月二〇日東地民三判決、法律新聞八一七號二二頁)

五 設立者に於て將來成立すべき法人をして權利を取得せしむるの意思なく虚偽の意思表示を爲したるときは其設立者に依り設立せられたる法人か其虚偽の意思表示に因り權利を取得すべき



謂れなし

(同上)

第四四

六 銀行の取締役か銀行の債権を實行する爲め債務者に對し裁判上の請求を爲すことは其職務の範圍内に屬するを以て民事裁判上債務者の擧けたる反證を打破する目的を以て刑事の告訴を爲すか如き職務執行の爲めにする行爲と雖も其の適當に爲すべきものは民法第四十四條第一項の所謂法人の代理人か其の職務を行ふに付き爲す行爲に屬す

(元年(オ)一四號、元年一〇月一六日大審民二判決、法律新聞八二五號二八頁)

七

法人か不法行爲を爲すの能力あるや否やは一箇の問題にして民法は之れか解決を學說に譲り只第四十四條に於て法人の代理人か他人に損害を加へたる場合に付き法人の賠償の責任を規定するに止まるものとす同條第一項に依れば法人は其代理人か職務を行ふに付き他人に加へたる損害を賠償する責に任すべきものにして銀行の取締役か銀行の債権を實行する爲め債務者に對し裁判上及び裁判外の請求を爲すことは其の職務の範圍内に屬すること論を俟たず然らば其民事裁判所に於ける訴追のみにては未だ確實なる見込立たずと思惟し債權實行の間接の方法として債務者の有力なる反證を打破するの目的を以て刑事の告訴をなすか如きは又銀行の職務範圍内に屬する行爲をなす者と謂はざるを得ず即ち取締役か債務者に對し告訴をなしたるは民事事件に於て債務者より提出したる有力なる證據力を打破する爲めにして其告訴をなすに付き重大なる過失に因り真正ならざる事實を主張し債務者の權利を侵害したる以上は所謂法人の代理人か職務を行ふに付き他人に損害を加へたるものなれば銀行に於て之れか賠償の責に任せざるを得ず故に法人には不法行爲能力なく取締役の不法行爲か權限外の行爲なりやの問題は姑く之れを措き民法第四十四條に依り銀行は取締役の行爲に付き責任を免るることを得ず

(東控民一判決、法律新聞八〇四號二二頁)

第三節 法人の解散

第八一

一 民法第八十一條第一項に法人の財産か其債務を完済するに不足なること分明なるに至りたるときは清算人は破産宣告の請求を爲すことを要する旨規定せるは之れ規定の精神か會社財産を以て債務を完済する能はさるときは會社に對し破産の宣告を爲すに足るものとせるものにして必ずしも支拂停止の事實の存在を必要とするものに非ざることを知るを得へし何となれば若し斯る立法の精神に非すとせば前示法條を設け債務完済不能の場合に破産宣告の請求を爲すを要すとするの必要なければなり

(元年(ラ)一四九號、二年一月一六日大阪控民二決定、法律新聞八四六號二五頁)

第四節 罰則

第八四

一 非訟事件手續法第二百十條第二項に依れば登記申請書には理事の資格を證する書面を添附することとを要する旨の規定ありて理事の資格を證する書面とは其書面自體に於て理事の資格を證明し得べきものを指すか故に原本と對照せされは其記載の眞偽を判別し得ざるべき單純なる謄本の如きものを包含せず故に右原本を添附せざる登記申請書は同法第二百二十五條の準用に係る同法第五十一條に依り却下せらるべき性質を有するか故に右決議録の原本を添附せずして登記申請を爲し而して右原本を添附せざりしは其懈怠に歸するものなる以上は畢竟民法第八十四條第一號に所謂登記を怠りたるものと云はざるへからず



(二年(ク)四四號、二年三月二四日大審民二決定、法律新聞八五六號二七頁)

### 第三章 物

#### 第八六條

一 記名式所持人拂の債權は其の効用に於ては無記名債權に酷似するところあるも其の性質に於ては特種の證券的權利に屬し純然たる無記名債權に非ず(明治四二年(オ)第三三六號同年一月二四日大審院判決參看)故に之を動産と看做すことを得ず

(四五年(オ)一五〇號、元年九月二五日大審民二判決、法律新聞八二二號二七頁)

二 整然たる礎石の上に柱梁桁等を組立てたるものにして柱には各拔を入れ已に棟上を終へたる程度に於て現存し只爾後屋根天井の板張階上階下の床板より壁付瓦葺等の工事を終了せば以て工事竣成を遂くへき状態に在るものは動産にあらずして之を建物と稱し得へきものとす

(四五年六月一五日大審控民一決定、法律新聞八一七號二三頁)

三 登記なき立木も不動産として別個の所有權の目的と爲り得るとあるも是れ其所在土地を使用する權利を併有するときに限り其所在土地の使用權なく單純に立木のみ獨立し不動産として其所有權を認むる能はず然る所以は民法第二百四十二條不動産の所有者は其不動産の從として之に附合したる物の所有權を取得す但權原に因り其物を附屬せしめたる他人の權利を妨けずとの規定に由り之を知るに足り且元來立木は土地に附着し其所在を變更せずと看るか爲め土地と共に不動産たるものなればなり然らば則ち立木は原則として(例外あるも)其附着せる土地の一部なりと云ひ得へし

(四四年(ナ)八七號、四五年四月二〇日東控民一判決、法律新聞八七三號二六頁)

## 第四章 法律行爲

### 第一節 總則

一 一方に於て法律行爲に因り權利移轉したりと認め得へき場合に他方に於て其權利か不法行爲に因り侵害せられたりと認むるに毫も妨げなきものとす(即ち不法行爲者か法律行爲を利用して被害者の權利を喪失せしめたる者と解することを得へし)(民七〇九條參照)

(三九年(ネ)六三四號、四五年三月三〇日東控民一判決、法律新聞八六八號三頁)

#### 第九〇條

二 或期間娼妓稼を爲すに當り一定の金額を借受け其稼高の中より之れを辨濟する約束は未だ善良の風俗に反する事項を目的とせるものなりと云ふを得ず

(四四年(ネ)三一五號、元年一月一四日東控民三判決、法律新聞八四一號二二頁)

三 賭博の負分を支拂はんか爲めに爲したる消費貸借は賭博なる不法原因に基く債務を消費貸借の目的と爲したるものにあらずして單に賭博なる不法原因か消費貸借の緣由を爲したるものものに過ぎず

(四五年(ナ)四九號、元年一月二二日東控民一判決、法律新聞八四四號二三頁)

四 移民の轉航者極めて多く政府は之れを禁止することを主義とし且つ移民取扱人は其の轉航禁止に付き其の責務あるものなるに拘はらず移民轉航の場合換言すれば取扱人が自己の責任を完全に履行すること能はず而かも政府の禁止することを主義とする事項發生したる場合に於て其義務者たる取扱人が他人より一定の金額の贈與を受くる契約の如きは國民道德の法則に違背し所謂善良の風俗に反する行爲にして其無効なること勿論なり

(元年(ネ)七五四號、二年四月五日東控民二判決、法律新聞八六八號一六頁)



**五** 金鵝勳章年金は拔群の武功ありたる者の忠勇を嘉賞獎勵する爲め金鵝勳章を下賜せられたる者又は其遺族に對し支給せらるるものにして之か支給を受くる権利は其性質上一身に專屬すべきものなるか故に法文には特に明記せずと雖も此權利を他人に讓渡し又は質入を爲すか如き行爲は法律の禁する所なりと謂はざる可からず然らば債權者か其債務の履行を確保する爲め債務完済に至る迄は解除權を行使せざる特約を以て金鵝勳章年金の受取方を委任し該年金證書を債權者に交付したる行爲は委任の形式に依り右權利は之を以て質權の目的と爲すことを許さずとなす法律の禁止を迴避せんとする所謂脫法行爲に屬するものと認めざるを得ず何となれば受任者か委任事務の執行に付自ら利益を有する場合に於て委任者か一定の期間委任を解除せずと特約するは固より法律上有效にして斯る特約を以て年金の受取方を委任し受任者に於て委任者か其債務の辨濟を爲さざるときは之に代り受領したる年金を以て直ちに自己の債權の辨濟に充當することを得となすときは一方に於ては委任者は一定の期間年金債權に依り自ら利益を享受する能はず又他方に於ては受任者は年金債權により自己の債權の満足を得ることとなり恰も受任者の爲め年金債權に對し質權を設定したると同一の效果を生ずるを以てなり然り而して右契約か既に脫法行爲に屬するものとなす以上は該契約か法律上無効のものたることは多辯を要せず

(二年レ三三號、二年五月七日東地民四判決、法律新聞八七一號一二頁)

**六** 恩給を受くる權利を以て明に質入契約を爲したるに非すと雖も債務の完済に至る迄は如何なる事情あるも其の受領の委任を解除し及び其恩給證書の返還を求むることを得ざるものとするか如きは其結果は遂に債務者をして恩給金を領得處分することを得ざるに到らしめ債務者の有する恩給を受くる權利は恰かも他人に擔保に供したると其結果に於て選ふところなきにより斯

かる契約は恩給法の禁止の明文を迴避するかため爲したる所謂脫法行爲として無効なり

(二年(ネ)一三三號、長崎控民判決、法律新聞八九二號二五頁)

**七** 無權代理人か火災保險契約を締結し後ち保險金受取人に利益を得せしめんとの意思を以て保險の目的物を燒失したるか如き場合には保險金受取人は其無權代理行爲を追認して保險金の請求を爲すことを得す蓋し此の如き追認は公の秩序を害する脫法行爲なればなり

(二年(ネ)三五〇號、二年八月二三日東控民三判決、法律新聞八九八號二四頁)

**八** 犯罪行爲は常に民法上無効の行爲なりと論斷するを得す蓋し刑法は犯人の行爲を罰することのみを其目的とするものに係り其罰せらるる行爲か民法關係に於て如何なる效力を有するや民法により決すべきものにして唯其法律行爲の目的か公序良俗に反するときのみ無効たるに過ぎざるものとす

(元年(ネ)六五七號、二年一〇月二〇日東控民四判決、法律新聞九〇八號二二頁)

**九** 明治三十五年十一月十五日より施行せられたる韓國白銅貨偽造に關する勅令以前に在りては韓國白銅貨の偽造は吾國領土内に行はれたる場合と雖も尙吾國法に依り犯罪として處罰することを得ざるや明かなりと雖も如斯物件を目的物とせる賣買行爲を目して直ちに民法上有效の行爲と謂ふこと能はず如斯行爲の有効無効は公秩良俗に反する事項を目的とする法律行爲なりや否やに依りて之を決定することを要す蓋し韓國に在りても貨幣の偽造並に偽造貨幣の流通を禁止し居るべきこと論なかるべき所なるを以て若し吾國法に於て偽造貨幣を目的物とせる賣買行爲を有效なりとして之か法律上の保護を許容するに於ては其結果韓國貨幣の偽造をして益々盛ならしむるに至るべく之か爲めに國際上の障害を生ずるの虞なかりしと謂ふこと能はず故に如



斯目的物に關する賣買行爲は公の秩序に反する事項を目的とする民法上無効のものと謂はざるへからず (四四年(ワ)一六四四號、元年八月二四日東地民三判決、法律新聞八一九號二四頁)

一〇 馬券の買受人か或利益を得ると否とは一に馬匹の競走なる偶然の結果に依りて決せらるべきものと謂ふべく從て偶然の輸贏に關し財物を以て賭事を爲すものにして刑法第百八十五條の賭博行爲に恰當するや明かなり然り而して所謂馬券の發賣計算及び配當も亦特に反證なき限りは如上の意義を有するものと解すへきは當然なるを以て該契約は其目的か公の秩序に關する規定に違反し全然無効に屬するものと謂はざるへからず

(四五年(ワ)一九〇號、元年一月六日東地民四判決、法律新聞八三〇號一九頁)

一一 債務者の債務履行を確實ならしむる爲め賣買に假裝し擔保物たる漁業權及附屬物件の所有名義を債權者に移すか如き契約は北海道に於ける漁業の仕込に關し普通一般に行はるる所にして毫も公序良俗に反する行爲なりと云ふへからざるは勿論現行漁業法に於ても舊漁業法に於ても敢て禁止する處にあらず

(元年(ワ)六八號、元年二月二五日函館地民判決、法律新聞八四二號二四頁)

一二 競落人が買主としての代金支拂義務を履行せざるへきことを第三者に對し約するも此の如き契約は公序良俗に反する事項を目的とするものにして法律上無効なり

(元年(ワ)一〇一二號、大阪地民二判決、法律新聞八七一號二三頁)

一三 凡そ婚姻は其成立當時に於ける當事者双方の自由なる意思に基づくことを要するものにして將來婚姻をなすへしとの豫約の如きは公の秩序に反するものとして法律の認許せざる所なり (二年(ワ)二一八號、二年五月一四日東地民三乙判決、法律新聞八八五號二二頁)

第九一

一四 私人相互の意思表示により頼母子なる講會を組織するときは苟も法律の禁止規定に反せざる限り講契約として有効に成立し私法上の法律效果の發生を妨げず講契約そのものは警察署の許可の有無に拘らず私法上の法律行爲として有効に其效力を發生すへきものなるか故に私人相互の意思の合致と行政上の許可と相俟て茲に始めて講契約なる私法上の法律行爲か適法に成立したるものと爲すを得ず

(二年(レ)五八號、大阪地民一判決、法律新聞九〇二號二三頁)

第九二

一五 下宿業者か下宿料並に下宿人の爲め立替へたる金圓は毎月末に其支拂ひを爲すへき慣習は顯著なる事實なるを以て當事者か之れに依らざる意思表示を爲したる事實を證明せざる限りは此慣習に依るものと認むるを至當とす

(四五年(ネ)一五九號、元年一〇月二一日東地民二判決、法律新聞八三二號二〇頁)

一六 東京市内に於ては土地管理人か單に納税代人たるのみにて其地内の糞尿を地主より貰受くる慣習なし從て土地管理人か土地管理の報酬として其管理地内の糞尿を貰受けたるものなりとの斷定を爲さんとするには理論上先決問題として其土地管理人か普通の管理人なるや將又單に納税代人たるに過ぎざるものなるやを決せざるへからず

(四五年(ナ)一九號、元年一月九日東地民一判決、法律新聞八三八號二二頁)

一七 地主は公租公課の増加土地の繁榮比隣借地料の増加地價の騰貴等の事由發生したる爲め借地人に對し地代の相當なる増額を申込みたるときは借地人は其申込みを受けたる日より其値上を承諾すへき慣習か東京市に存する事は顯著なる事實にして當事者間に於て別段の意思表示なき限り此慣習に依るの意思を有するものと認むるを相當とす



(元年(ネ)六五四號、二年一〇月一四日東控民二判決、法律新聞九〇六號二五頁)  
一八 慣習に付ては當事者か別段の意思表示を爲せば格別然らざる限りは當事者に於て之に依る意思を有せるものと認めざる可からず

(四四年(ネ)四六二號、二年一月二一日東控民二判決、法律新聞九一一號二二頁)  
一九 地代値上に付き當事者間に慣習に依らざる旨の特別の契約の存在せざる限りは當事者は該慣習に依るの意思を有せるものと認むるを相當とす

(四四年(ツ)四七〇號、東地民三判決、法律新聞八一三號二二頁)  
二〇 耕地整理請負工事に關して切取りたる石材は請負人の所有に屬する慣習存することなし  
二一 所謂目板貸と稱する取引所と顧客とに對し各責任者を異にする慣習ありとするも斯る慣習は公の秩序に反するに因り其慣習に従ひたる契約は無効なり

(四五年一四八號、安濃津區判決、法律新聞八五二號二三頁)  
二二 女子は家督相續人となることを得ず又戸主死亡の際相續人なきときは死後養子其他相續人の生する迄家人其他に於て其遺産の管理を爲すべきものなることは朝鮮に於ける從來の慣習なり (四五年(民控)二六七號、元年九月七日大邱覆審法院民判決、法律新聞八三五號二七頁)

### 第二節 意思表示

一 債權擔保の爲めにする所有權移轉の意思表示は抵當權設定の便宜並に差押を豫防せんとする他の目的の併存するか爲め毫も其成立及び効力を妨げらるべきものに非ずして擔保の爲め所有

### 餘錄

權を債權者に移轉するときは抵當權の設定及び差押豫防の目的も亦之に依り達せらるることを得るか故に此意思表示の効力を論ずるに當りては擔保の爲めにする所有權移轉を以て主眼とし其他のものは之れに附隨の事項として觀察するを至當とす之を要するに如上の賣買行爲は債權者の債權を擔保するか爲め所有權を債權者に移轉するを以て其内容と爲し之に依り同時に他の附隨の目的をも達せんことを希圖したるものにして所謂賣渡抵當即ち信託行爲の一種に外ならず信託行爲は當事者か其目的とする所よりも大なる効力を生すべき意思表示を爲したる場合に成立するものにして法律行爲を爲す意思存する點に於て虚偽の意思表示と異り公の秩序又は善良の風俗に反することなき有効の法律行爲なり今之を賣渡抵當に付て言へば當事者は所有權を移轉する意思を有し之を表示するものにして虚偽の意思表示に非ざること勿論なりと雖も其目的とする所は之に依り債權擔保の實を擧げんとするに在るか故に讓受人は此擔保の目的に従ひ其所有權を行使せざるへからざる制限を受く詳言すれば當事者間の債務關係は此讓渡行爲に因り直に消滅するものに非ずして債務者か其債務を辨濟せざるときは債權者は其讓受けたる目的物を處分し其辨濟に充當する事を得へしと雖も債務者か辨濟を爲したるときは債權者は之を債務者に返還するに必要な手續を爲す事を要し辨濟期前に在りては自由に目的物を處分することを得ざるものとす此の如く賣渡抵當は所有權移轉の效果に制限を加へ之れに依りて債權擔保の目的を達せんとするものなるか故に所有權の移轉は此目的を遂行するに必要な範圍内に於て其の効力を生ずるものと爲さざるへからず而して之を爲すには所有權は第三者に對する外部關係に於ては債權者に移轉するも當事者間の内部關係に於ては移轉することなく債務者は依然所有權を有するものと爲すを至當とす何となれば債權者は債權の辨濟を得ざるとき有効に目的



物を處分し得べき権能を取得するを以て足れりとし債務者に於ても絶對的に所有權を債權者に移轉する意思を有するものと看るを得されはなり唯此の如く解するときは所有權の所屬に付き内外の關係を區別するに至ると雖も法律行為の效力に付き人に依りて權利關係を異にすること民法に其例乏しからされは賣渡抵當に付き上叙の解釋を爲すも決して不當に非ざるのみならず却て能く當事者の意思に合ひ實際の事情に適するものと言ふへし

(四五年(オ)一三三二號、四五年七月八日大審民二判決、法律新聞八〇七號二七頁)

二 取引上其所有名義を移轉することに依りて或財産を債務の擔保に供するは現今屢々行はるる所にして其取引の法律的性質は常に必ずしも一定するものにあらず或は擔保に供したる財産の處分を容易ならしむることを目的とする當事者間の信託行為に基因することあり或は買戻の約款を附したる一種の契約に因由することあり或は當事者の眞意は其財産を質物又は抵當物とするに在るも事實上債權者の權利を確保する爲め恰も其財産の賣買ありたるものの如く假裝したる所謂虚偽の意思表示に過ぎざることあり第一の場合に於ては財産の所有權は第三者に對する關係に於て所有名義人となりたる債權者に移轉するも當事者間に於ては之を擔保に供したる債務者又は第三者に於て其所有權を保有し第三の場合に於ても亦當事者間の虚偽の意思表示か法律上其效力を生ぜざる結果擔保提供者は依然として其權利を有し唯善意の第三者に於て所有權の債權者に移轉したることを主張することを得るに止まる故當事者間に於て完全に所有權移轉の效果を生じ債權者か債務者又は第三者に對して其所有權を主張することを得るは獨り第二の場合に限定せらるるものなるを以て債務者か其所有財産の名義を移轉することに依りて之を其債務の擔保に供したる事實ありとするも債權者は常に必ず其財産の所有權は自己に移轉したるものと主張するを得ず從て裁判所は前段の事實を肯定するに依りて後段の事實を認定せざるへからざる責務あることなく却て當事者の意思は第二の場合の如く絶對に所有權を移轉するにあらず若くは第一及び第三の場合の如く之を移轉せざるに在るやを確定するは其職權上爲さざるへからざるの責務あるものとす

(四五年(オ)一三三二號、四五年七月八日大審民二判決、法律新聞八〇七號二七頁)

三 債權者か債務者に對し自ら訴訟を爲すことを欲せざるか爲め其債權を他人に讓渡し他人をして訴訟を爲さしむる場合に於て其法律行為の内容及び効力は當事者の意思に依りて定まり常に必らずしも同一ならず或は債權を讓渡する眞意に因らずして之を假裝する場合あるべく或は債權を讓渡する眞意存するも其讓渡は特定の目的を達する範圍内に於て其效力を生ぜしめんとする場合あるへし前者の場合に在りては其讓渡行為は民法第九十四條に依り無効なりと雖も後者の場合に在りては其讓渡は固より有効にして唯其効力は特定の目的の爲に制限せらるるのみ故に債權取立を目的として債權を讓渡したる場合に於ては讓受人は之に因り債權を取得し債務者に對し之を行使することを得るも取立以外に債權の行使又は處分を爲すことを得ず此の如く目的に超越する所の效力を生ずべき法律行為を爲したるとき之を信託行為と稱し其有效なることは判例の認むる所なり(明治四十一年(オ)第二百八十號明治四十一年十二月七日大審院判決)讓受人か勝訴の結果債務者より辨濟を受けたる金額の一部を報酬として受くる約束の如きは當事者間の内部の關係に過ぎずして債權讓渡の意思と抵觸する所なく債權移轉の效力を妨ぐるることなし (四五年(オ)一七二號、元年一〇月一八日大審民二判決、法律新聞八二六號二七頁)

四 債權讓渡行為か素と債權取立ての目的に出でたる以上は目的の遂行上必要なる範圍内に於て



制限的効力を發生するものと解すべく従つて債権は第三者に對する外部關係に於てのみ讓渡の効力を生ずるも當事者間の内部關係に於ては之を生ぜず債権は依然として讓渡人に存するものと謂はざるべからず故に讓渡人か債権の取立を爲さざる以前に於て讓渡人は第三者を害せざる以上有効に債権の處分を爲し得べきを以て債務者と和解を爲し其債権を消滅せしめ得べきや論を俟たす (元年(レ)二四八三號、二年一月一七日大審刑二判決、法律新聞八四七號二八頁)

五 粗米を借受けたる者か其辨濟を擔保する目的を以て山林を賣渡すこととなし賣買證書を差入れ登記を経由し右賣買は所謂賣切抵當にして當事者間に於ては山林の所有權は債務者に存し債権者に移轉せしにあらすと云ふに在る以上は虚偽の意思表示にあらすして信託行爲成立し當事者間内部關係に於ては所有權の移轉なしと雖第三者に對する外部關係に於ては所有權は受信者に移轉するに至るものとす故に第三者か信託の事實を了知すると否とを問はず受信者と第三者との間の賣買は法律上有効にして之に依り第三者は有効に所有權を取得するものと云はざるべからず (二年(レ)一四〇八號、二年一月九日大審刑二判決、法律新聞九〇〇號二七頁)

六 賣渡抵當即ち債務を擔保する爲め所謂信託的讓渡を爲す場合に於ては第三者に對する關係に於ては所有權讓渡の効力を生ずるも當事者間に於ては擔保權者たるの關係を生し所有權移轉の効力を生ぜず債務の辨濟あるときは之を返還するの義務を負ふを通常となす

(四五年(ナ)三四號、四五年六月二二日東控民一判決、法律新聞八二〇號二二頁)

七 所謂賣渡抵當即ち債權擔保の目的を以て爲す信託的讓渡は虚偽の意思表示に非ず (同上)

八 所謂信託行爲の場合に於ける當事者の普通の意思を推究するときは外部に對する關係に於ては所有權移轉の効力を生ぜしむること固より明かなれとも其内部關係に於ては所有權移轉の効

力を生ぜしめず債権者は擔保せられたる債権の辨濟を受けざる時は外部の關係に於て有する權利に基き其目的物を處分して辨濟に充て以て經濟上擔保の目的を達せしむるものとす何となれば若し債務者か債務を擔保するため内部の關係に於ても其所有權を失ひ債権者獨り其所有者となるものとせば債権者破産したるときは其物件は破産財團に組入れられ債務者は取戻權を行ふこと得ず而かも其債務は尙ほ消滅せざるの不利を蒙むるに至るべしなり

(四五年(ナ)六一號、元年一月二二日東控民一判決、法律新聞八四一號二四頁)

九 信託行爲は當事者か其目的とする所よりも大なる効力を生ずべき意思表示をなしたる場合に成立するものにして所謂賣渡抵當の場合に於ては當事者は所有權を移轉する意思を有し之れを表示したるものなりと雖も其目的とするところは之れに依り債權擔保の實を擧げんとするにあるか故に讓受人は此擔保の目的に従ひ其所有權を行使せざるべからず即ち當事者間の債務關係は此讓渡行爲に因り直ちに消滅するものにあらずして債務者か其債務を辨濟せざるときは債権者は其讓受けたる目的物を處分し其辨濟に充當することを得へしと雖も債務者か辨濟を爲したるときは債権者は之れを債務者に返還するに必要なる手續きを爲さざるべからず此目的を遂行するには所有權は第三者に對する外部關係に於ては債権者に移轉するも當事者間の内部關係に於ては移轉することなく債務者は依然所有權を有するものと爲すを至當とするか故に債務者か其債務を辨濟する以上は債権者は該賣買證記抹消の手續きをなすべき責務を有す

(元年(ネ)七六八號、二年一月二〇日東控民四判決、法律新聞八五八號二五頁)

一〇 信託行爲は契約自由の原則に依りて之を爲すことを得べきものなるを以て其効力は法律上一定したるものにあらず當事者間の意思表示の内容に因りて定まるものとす故に債権の擔保と



して物の所有権を債権者に信託的に譲渡したる場合に於て當事者及び第三者との關係に於て如何なる性質の法律關係を發生するやに就ては當事者の意思を探究して之を決せざるべからざるものとす(甲)當事者は或は外部に對する關係に於て債権者に所有權移轉の效力を生せしむるも當事者間の關係に於ては其移轉の效力を生せしめず依然債務者をして其所有者たらしむることあり此場合に於ては債権者は債務者に對しては所有者にあらざるを以て擔保の目的に反して其物を處分したるときは横領となるのみならず辨濟期に至り辨濟を受けざるか爲め自己の名を以て擔保物を處分せんとする場合に於ても第三者は其實質的權利者に非ざるの故を以て買取を拒むことなきにあらすして債務者には利益なれども債権者には不利益なり(乙)當事者は或は外部に對する關係に於ては勿論當事者間即ち内部の關係に於ても所有權移轉の效力を生せしめ只當事者間に其移轉の効力を制限する契約即ち擔保の目的に副はしむる爲め其目的以外に權利を行使せざるべき債權的契約を爲すにあり此場合に於ては債権者は辨濟期に至り債權の辨濟を受けざるべきは其物の返還を拒絶し之を處分して債權の辨濟を受くることを得べく(殘金あらは之を返還す)斯くて經濟上の擔保の目的よりも著大なる法律上の效果を生せしめんとする信託的讓渡の趣意を十分に貫徹することを得べきなり

(四四年(ネ)四五二號、二年八月九日東地民三判決、法律新聞八九八號二二頁)

一 當事者が擔保の目的を達せんか爲めに之より有力なる手段を選び信託的に賣買行爲を爲したるときは第三者との關係に於ては勿論當事者間の關係に於ても該物件の所有權は賣主たるものより買主たるものに移轉するものなれども賣主買主相互の關係に於ては何れも擔保の目的に拘束せらるるものなれば買主は債務の辨濟期及び買戻し期限迄は其の物件を處分する能はざる

は勿論期限後と雖も賣主(債務者)に於て其の債務を辨濟するときは右物件を返還せざるべからず買主(債権者)に於て之を處分し得べき時期に達したる後に於て之を處分したるときと雖も其の買得金中より債務額を控除して其殘額を賣主(債務者)に返還せざるべからざる債務を買主に於て賣主に對して負擔するに過ぎず

(四四年(ワ)五一六號、東地民三判決、法律新聞八〇三號二三頁)

二 債務擔保の目的を以て所有權の讓渡を爲す所謂信託行爲に在りては外部第三者に對する關係に於て所有權移轉の效果を生ずるは勿論内部當事者間に於ても亦同様の效果を生し只其基本たる債務が適法に履行せられたるときは受託者は委託者に對し擔保物返還の債務を負擔するに過ぎざるものとす

(四五年(ワ)三二二號、四五年七月八日東地民四判決、法律新聞八一〇號二四頁)

三 擔保の目的を以てする不動産の讓渡即ち賣渡抵當なるものの法律上の實質を攻究するに之を當事者が擔保權設定の手續を省略するの目的より觀察するときは恰も假裝の賣買と謂ふことを得るか如しと雖も債權を擔保するの目的より觀察するときは所有權移轉の意思表示は當事者の眞意に一致するものと謂はざるべからず詳言すれば當事者は所有權の移轉に依て債權擔保の目的を達せんとするにありて讓渡人に於ては讓渡の意思ありて正當に之を表示し讓受人は讓受の意思ありて正當に之を表示し其間毫も虚偽の觀念を容れざるを以て不動産の所有權は有効に讓渡人より讓受人に移轉する者と論せざるべからず唯此の場合に於ては讓受人は債權擔保の目的に従ひ其の所有權を行使せざるべからざるの制限を受け讓渡人に對し若し讓渡人が債務の履行を爲さざるときは讓受けたる目的物を處分し債權の辨濟に充當するの權利を有し若し讓渡人



か債務の履行を爲したるときは讓受けたる目的物を之に返還せざるべからざるの義務を負擔するに過ぎざるものとす要するに賣渡抵當は信託行爲の一種として有効なる法律行爲なり

(元年一月一日和歌山地民判決、法律新聞八二七號二三頁)

一四 債權を擔保する目的を以て爲したる貸借は信託的行爲として第三者に對する關係は勿論當事者間に於ても其効力を生じ唯當事者間に於ては其効力を擔保の目的に超過して行使せざる債務關係を生ず故に此目的を以て爲したる貸借は債務者が貸金の利息及貸借の賃料を支拂はざるときは債權者は貸借を解除して物件の返還を求め得べく唯債權者は目的物の引渡を受け之を他に賣却して其賣得金より元利金及費用の辨濟を受くる事を得るのみにして尙殘額あるときは之を債務者に返還すべきものなり

(四五年(ワ)四三八號、大阪地民二判決、法律新聞八二九號、一三三頁)

一五 債權擔保の目的を以て或物件の所有權を債權者に讓渡する所謂信託的賣買契約に在りては外部に對する關係に於て所有權が債權者に移轉するは固より明瞭なりと雖も債務者と債權者との内部の關係に於ては單に債權擔保の効力を生ずるに止り所有權は依然として債務者に存するものと解するを以て當事者の意思に適合するものとす

(二年(ワ)一號、二年六月一日東地民四判決、法律新聞八八〇號二二頁)

第九三條

一六 民法第九十三條の規定に依れば意思表示は表示者か其眞意にあらざることを知りて爲すも其の効力を妨げらるることなきを本則とし只相手方か表意者の眞意を知り又は知ることを得べかりしときに限り其意思表示を無効と爲すものにして此規定は代理に依りて爲す意思表示にも均しく適用せらるるに因り假令代理人に於て本人の爲めにする意思を有せざるも苟も代理人其

權限内に於て此意思を表示するときは相手方に於て代理人に其本人の爲めにする意思なきことを知り又は知り得べかりし場合の外代理行爲は茲に有効に成立し本人は代理人に本人の爲めにする意思なかりしことを主張して其行爲の効力を争ふことを得ざるものと云ふべく而して會社の取締役か手形の振出裏書を爲す權限を有する以上は會社の取締役か會社の爲めにすることを示して爲したる手形裏書行爲は其被裏書人に於て會社の爲めにする意思なきことを知りたるか又は知ることを得べかりし事情の存在なき限り會社に對して其効力を生ずるものと云ふべく右裏書行爲は唯た形式上會社の行爲として存在するに止まらず實體上會社の行爲として有効に成立したるものにして會社は該裏書か偽造に出たるの故を以て其裏書行爲の効力を争ふことを得ざるものと云はざるべからず從つて手形の振出に關する部分か偽造に係ると否とを問はず會社は裏書人としての手形債務を負擔したるものとす

(四四年(ネ)一一九號、東控民二判決、法律新聞八二二號一六頁)

一七 會社の取締役か會社の爲めに手形振出の權限を有し而して會社の代表資格を表示して手形を振出したる場合に於ては同人の眞意か會社の爲めにするにあらずして自己の金融を計るにありとするも相手方か同人の眞意を知り又は知ることを得べかりし場合にあらざる限り其の振出行爲を無効とすること能はず何者民法第九十三條の規定は代理に依りて爲す意思表示にも等しく適用せらるるものなればなり

(二年(ワ)四七六號、同年一月二日東地民三判決、法律新聞九一一號二二頁)

第九四條

一八 所有者か虚偽の意思表示に依り登記名義を變更したる不動産に付き其の所有權を主張するか如き場合に於ては現在登記名義人のみに對して直接に其抹消を請求するを得べしと雖も其契



約關係者か所有權の主張を爲さずして虚偽の意思表示の無効を主張する場合に於ては法律行爲か取消されて無効と爲りたるとき其行爲か會て存せざると同一の状態に復する（明治四十五年二月三日判決明治四十四年（オ）第三百八十三號事件判例）と同しく假裝の行爲を爲したる者は會て其行爲か存せざりし状態に復すへき義務あるものとす故に不動産の第一次假裝の買主は之を其賣主に所有名義を復する義務あり又第二次假裝賣買の買主は賣主たる第一次假裝賣買の買主に登記簿上名義を回復する義務あるものとす

（四五年（オ）一〇四號、四五年六月二四日大審民二判決、法律新聞八〇九號二七頁）

一九 民法第九十四條第一項は相手方と通して爲したる虚偽の意思表示として無効を來すは當事者双方相通して虚偽の意思表示を爲したることを前提とす若し當事者の一方に於てのみ真正の法律行爲を爲すの意思なく虚偽の意思表示を爲したりとするも其相手方に於て其意思表示の虚偽なることを知り自己も亦虚偽の意思表示を爲したるにあらざる時即ち當事者の一方にのみ虚偽の意思表示ありて其相手方には真正なる意思表示ありたるものなる時は其意思表示は有効にして之に依り法律行爲は成立するものとす賣買契約亦此原則に従ふ故に賣買契約に付き賣主真正賣買を爲すの意思に出でず單に差押を免るるの目的の爲めに所有名義を移轉せしめたりとするも買主に於て敢て所有權を取得する意思なくして所謂相通して虚偽の賣買を爲したるにあらす却て所有權取得の眞意を以て賣買の意思表示を爲したりとせんか之に依り或は賣主の債權者をして民法第四百二十四條の權利を行使する機會を與ふへしと雖も爲めに賣買其ものを虚偽なりと爲すことなし従て無効の賣買なりと云ふを得ず

（元年（ナ）九九號、元年二月一日東控民一判決、法律新聞八五九號二三頁）

二〇 虚偽の意思表示に基きて債權の讓渡を承諾し若くは適法の通知を受けたる債務者は善意の第三者に對して債權の辨濟を拒むことを得ず

（二年（ネ）一三一號、二年六月二二日東控民二判決、法律新聞八八二號三三頁）

二一 虚偽の賣買に依り所有名義を假裝せられある以上は納稅名義も亦之に合せしむべきは通常なれば公租を納付せりとの事實を以て賣買が眞正に成立したることを認むるを得ず

（元年（ネ）五四二號、二年七月三日東控民三判決、法律新聞八八四號二二頁）

第九五條

二二 保證人が高利貸借なることを知らず法定利率なることを保證契約の主觀的要素と爲したりとするも之を以つて法律行爲の要素に錯誤ありと謂ふを得ず（民四四七條參照）

（四五年（オ）二四一號、元年一月二八日大審民一判決、法律新聞八三四號二三頁）

二三 買主か賣主の觀覽せしめたる畫幅中より自己の鑑識に依り特に或畫幅を選択し之を買受けたるは自己の鑑識を度外に措き筆者の眞實なることを以て賣買の要件と爲したるに非ず然れば其畫幅は假令買主の信したる者の眞筆に非ざるにせよ是唯買主か鑑識を誤りたるに過ぎずして賣買行爲の要素に錯誤ありと謂ふ可からず

（二年（オ）三七號、二年三月八日大審民一判決、法律新聞八五二號二七頁）

二四 土地を賣却するに該り全代金の一部は現金にて支拂ひ殘代金は消費貸借と爲し賣渡地所全部を直に一番抵當に差入る可しと申込みたる詐言に措信し右條件を賣買契約の内容と爲したるものなるときは前顯申込か全く詐欺にして其實代金支拂等の意思なく單に土地を騙取するの手段に外ならざりしものなる以上被害者側に在りては契約の要素に錯誤を來したるものなること勿論なりとす何となれば右申込みたる條件無かりせば賣主は決して該賣買契約を締結するに至



らざるものなればなり

二五 賣買契約にして其目的物たる家屋が即時取毀ち得べきものたるを條件として成立したるもの詳言すれば買主が主として該家屋の即時に取毀ち得るものたるに著眼して決意を爲し若し其即時に取毀ち得へからざる法律上の状態に在るに於ては買取を諾せざるへかりしものとし而して買主が賣主若しくは他人の詐欺により右條件を誤信したるものとせば民法に所謂法律行為の要素に錯誤ありと云はざるへからず

(二年(れ)七五六號、二年四月一日大審刑一判決、法律新聞八五八號三〇頁)

二六 擔保附債權なることを知りて之を他の債權に更改したる場合の如きは前債權の消滅と共に擔保權も消滅に歸すべきものならんも擔保附債權なるに於ては爲さざる可かりしに擔保なきものと誤信したるか爲め更改したるか如き場合は擔保なしとの信念が更改契約の成立要件たりしものなるか故に其契約は要素に錯誤あるものと謂はざるを得ず

(二年(オ)一九〇號、二年一〇月一〇日大審刑一判決、法律新聞九〇一號二七頁)

二七 保證人は成規の利息を付したる貸借なりと信して保證したるに其高利の貸借なりとせば民法第九十五條に所謂法律行為の要素の錯誤に陥りたるものなるや否やを案するに保證人は高利貸ならば保證し難しと明言し成規の利息付消費貸借にあらざれば保證をなすの意思を有せざりしこと明かにして保證人が利息制限法に定めたる利息たること(同法に牴觸せざるものたること)を以て意思表示の重要な内容となし居たるのみならず保證人の代理人は利息制限法の範圍内なる利息附貸借に關する保證を爲すの權限を有したるものなる以上は反證なき限りは貸主

か高利貸なること並びに貸主と借主との貸借が高利貸借なる事實を知らざりしものと推定することを得べくして成規の利息たることを以て意思表示の重要な内容となしたるものと謂ふべく且つ普通の智識及び經驗を有するものを假りに保證人又は其代理人の地位に置くも若し三月縛り二割の如き高利貸借たる事情を知り且つ合理的に判斷をなしたらんには保證契約を爲さざりし者と認むるを得へし蓋し高利貸借(利息制限法第二條に該當するものたる)と第四條に該當するものたるを問はず)を保證すると成規利息の貸借を保證するとは其の負擔の大小輕重決して同日の談にあらず假令高利貸借の一部たる成規利息附の部分を保證するも保證人の責任甚た輕からざればなり民法第一百一條第一項に依れば意思の欠缺の有無は代理人に付き之を定むべきものにして代理人に於て意思の欠缺する以上は本人に於て其欠缺なきも法律行為の效力に影響を及ぼすものとす保證人の代理人が貸主と保證契約をなすに當り法律行為の要素の錯誤に陥りたる以上は斯る保證契約は民法第九十五條に依り無効なりと云はざるを得ず況んや本人に於ても錯誤に陥りたること明らかなる場合に於てをや假りに保證人の代理人が高利貸借なることを知り之れか保證契約を爲したとりするも保證人が代理人に高利貸借の保證契約をなすべき權限を與へざりしときは代理人の爲したる高利貸借の保證契約は全部に亘りたると一部に止まればとを問はず權限外の行為にして保證人に對し其効力を生ぜざるものと謂はざるを得ず又代理人に與へたる代理委任は一個のものにして元金に對する保證と利息に對する保證とに關する二個の委任ありたりと認むることを得ざるを以て其保證契約は全部效力なきものにして元金の保證のみ效力ありと云ふことを得ざるなり或は保證人は高利貸借に付ては保證債務なしとするも債權者が成規利息の範圍内に於て請求せば之れを拒むことを得ずと論するものなきにあらざる



も是れ高利貸借に對する保證契約存在したる場合に付き或は論ずることを得へきも已に保證契約が全然無効なる以上は此問題を生ずるの餘地なしとす

二八 貸借及抵當權設定を爲すへき代理權の付與の表示は甲者と乙者との間に成熟したる貸借を廢棄せしめんか爲めに爲したるものにして之を成立せしめしめんか爲め爲したるものにあらずとするも這は代理權付與の意志の表示を爲すの決意を爲したる理由の錯誤即ち緣由の錯誤たるに止まり之を以て法律行爲の要素の錯誤と云ふことを得ず而して緣由は當事者か之を法律行爲の條件と爲さざる限りは其効力に影響を及さざるを以て其錯誤あるか爲めに代理權付與の意思表示の効力に付き影響を及ぼす者と云ふへからず

(元年(ネ)五二二號、元年二月二七日東控民二判決、法律新聞八七九號二五頁)  
二九 擔保供與の有無か消費貸借契約の要素となることはあるへきも消費貸借を爲すの意思か決定せられて後に於て始めて成立し得へき貸借契約締結の委任契約並に右貸借に關する公正證書作成を囑託する委任契約の要素を成すへきものにあらず

(元年(ネ)六九五號、二年七月一〇日東控民二判決、法律新聞八九六號二二頁)  
三〇 係争事件か相手方の告訴により犯罪を成立するものと信し當事者間に和解契約を爲したる場合に於て該事件か檢事の不起訴處分に終りたりとするも右契約を締結する意思を作るに至る事實と意思其ものとの間に横はる不一致に外ならずして法律行爲の緣由に關する錯誤に過ぎず之を以て直に法律行爲に錯誤ありたりと云ふを得ず

(四四年(ワ)六二〇號、大阪地民一判決、法律新聞八一五號二二頁)

第九六條

三一 法律行爲に取消の原因存する場合に於ては其取消は法律行爲の全部に付き效力を生ずるものにして一部に付き效力を生ずるものにあらず從て法律行爲の一部に付き詐欺の行はれたる場合と雖とも法律行爲の全部を以て取消の目的と爲すへきものにして取消し得へき範圍を詐欺の行はれたる部分のみに限局すへきものにあらず

(二年(レ)一七四〇號、二年一月一九日大審刑三判決、法律新聞九〇七號二八頁)

三二 一個の詐欺行爲か刑事上及民法上の不法行爲を組成し且法律行爲の成立すると稀なりとせず其刑法上の不法行爲即ち犯罪行爲は國家刑罰權の運用上犯人を處罰するに依りて十分に其の目的を達し得へく其行爲より生ずる民法關係に於て如何なる効力を有するや否やは敢て問ふ處にあらざるに反し法律行爲に關しては一に民法に依りてのみ其の効果を決すへきものなるを以て犯罪行爲たる觀念と法律行爲たる性質とは相抵觸する者あらざるか故に此二者は絕對に兩立するを得ざるものにあらず、又詐欺に因る意思表示にして民法上の不法行爲の要件を具備する場合に於て民法第七百九條の規定に従ひ損害賠償を請求するを得へきのみならず之と同時に一面民法第九十六條の要件を具備するときは同條に基き詐欺を原因として之か意思表示を取消すことを得へし蓋し民法第七百九條の規定は民法第九十六條の規定と抵觸するものにあらざるのみならず各其規定する所に從ひ其効果を異にし不法行爲なる觀念と法律行爲なる觀念とは相矛盾するものにあらずして兩立するを妨ぐるものにあらざるか故なり、依て斯る不法行爲と法律行爲との兩立し得る場合に於ては損害賠償請求權を行使すると取消權を行使するとは一に被詐欺者(被害者)の任意選擇に屬す

(四五年(ネ)三二九號、元年九月一七日東控民三判決、法律新聞八三八號二二頁)



第九七條

三三 隔地者間に於ける意思表示の効力は其通知の相手方に到達したる時に於て發生するものなることは民法第九十七條第一項の規定に依り明かなるか故に苟も催告状にして一旦被催告者の受領する所となれる以上は之によりて直に催告の効力を生ずべく催告状の内容を知れると否とは以て其効力を左右するに足らず

(二年(ワ)二五三號、二年六月二七日東地民一判決、法律新聞八九〇號二三頁)

第三節 代理

第九九條

一 我民法は所謂代表説を採り代理に於ける意思表示は代理人の意思表示にして本人は意思表示の効力を受くるに過ぎすと爲すものなることは第九十九條及び第一百一條に徴し極めて明白なるか故意思表示の成立に關する事項は總て代理人に付き之を定むべきものとす代理人が權限内に於て爲したる法律行爲に於て代理人に付き意思表示の成立要件具はる以上は其効力は直ちに本人に歸するものにして本人に付き敢て意思表示の成立要件具はることを要せざるなり左れば代理人が權限内に於て相手方と契約を爲したる以上は本人が其相手の誰たるやを知らざるも契約の成立に影響を及ぼすの理なし

(二年(オ)五九號、二年四月一九日大審民一判決、法律新聞八六五號二七頁)

二 借入金の辨濟利息の協定は消費貸借に通常附隨すべきものなるを以て特に之を除外するの意思表示なき限りは代理權の範圍内に在りと認めざるを得ず

(元年(ネ)五二二號、元年二月二七日東控民二判決、法律新聞八七九號二五頁)

第一〇一條

三 債權者の代理人として差押の實施に立會ふ者は法律行爲若くは準法律行爲の代理人にあらず

第一〇八條

るを以て之に民法第一百一條第二項を適用又は準用すへき限にあらず又其者は差押ふべき物を指示する爲め債權者に使用せらるるものにあらずるを以て民法第七百十五條を適用すへき限にあらず

(二年(オ)一九號、二年六月二六日大審民一判決、法律新聞八八三號二八頁)

四 甲か當事者の一方たると共に相手方の一人たる乙の代理人として締結したる契約は民法第一百八條に依り無効なり (四四年(ネ)三〇九號、大阪地民二判決、法律新聞八一八號二四頁)

五 競落人たる者か債權者より係争不動産の強制競賣申立をなす行爲及代金受領其他該申立に付き必要なる行爲一切を委任せられたる辯護士なりとするも強制競賣に於ける賣主は強制競賣の目的たる不動産の所有者にして強制競賣の申立人にあらずるに付其辯護士は同一の法律行爲に付相手方の代理人となりたりと云ふを得ず又公秩良俗に背反せりと認むべき點なし或は辯護士法第十五條に依り其辯護士は係争不動産を買受くる能はずと云ふ者あらんも辯護士が債務者より前記の如く係争不動産の強制競賣の申立等に付委任を受けたりとて係争不動産の所有權を得したるは係争の權利關係を取得したるものと認むる能はざるのみならず假に之を以て係争の權利關係を買受けたるものとするも其辯護士は辯護士法第十五條に背反したるか爲め懲戒訴追を受くるの虞あるに止まり之か爲め競落許可決定による所有權取得の無効を惹起すへき筋合に非ず (四五年(ネ)三一八號、元年二月二七日大阪控民二判決、法律新聞八六三號二五頁)

六 競賣の場合に於ては賣主は競賣を申立てたる債權者に非ずして競賣の目的物を所有する債務者なれば地所の競賣に付ては競落人か辯護士にして債權者の代理人として競賣の申立を爲したりとするも其相手方の代理人と爲りたるものと謂ふことを得ず

(二年(オ)一五八號、二年六月四日大審民二判決、法律新聞八七四號二七頁)



第九條

七 民法第九條の適用あるには本人か第三者に對して代理權を附與する意思を表示するを以て足り本人か他人に代理權を附與したることを要せず

八 他人に其商號の使用を許すと云ふか如きは一般不特定の第三者に對し其商號の使用を許されたる者か其商號を使用して爲したる取引に付き直接自己に其效果を生せしむるの意思表示として他人に代理權を與へたる旨を表示したるものと見るを相當とす

第一〇條

九 自己の名を以て訴訟行爲を爲すことを辯護士に委任することを他人に委託したる者は受託者か委託の本旨に従ひ辯護士に訴訟委任を爲すに當り本人の名を以て之と報酬契約を締結したる場合に付き之か履行を爲すの責に任す蓋し辯護士は其業務として訴訟事務を取扱ふものにして訴訟委任は有償なるを以て一般取引上の慣例とする所なるに依り訴訟代理を辯護士に委任することを他人に委託したる者は其訴訟委任に關する報酬の契約を爲すの權限をも授與したるものと推定すへきは事理の當然なるを以てなり加之訴訟當事者本人と訴訟代理を辯護士に委任することを委託せられたる代理人との間に於て其訴訟は代理人の計算に於て遂行すべく本人は之に要する費用の負擔に任せざることを特約したる場合と雖も其特約は之を知りて訴訟代理を受任したる辯護士に對しては其效力を生すへきも斯る特約の存在を知らずして代理人より訴訟を委任せられ之と報酬契約を締結したる辯護士に對して其効なく本人は代理人の爲したる報酬契約か其權限外の行爲なることを理由として該契約に基づく辯護士の報酬の請求を拒むことを得ず蓋し訴訟代理人を選任するの委託中には之に關する報酬契約を締結するの權限を包含するもの

と認むへきは前顯説明する所の如くにして辯護士は代理人より訴訟の委任を受くるに當り其代理人に報酬契約を締結すへき正當の權限ありと信すへき正當の理由を有するものなれば民法第一百條の規定に準據し其契約は本人に對し其効を生ずるものと斷定せざるへからざるを以てなり (四五年(オ)二二六號、四五年七月一日大審民二判決、法律新聞八〇一號二七頁)

一〇 代理人に非ざる者の行爲に付ては假令第三者か代理の權限ありと信したる場合と雖も民法第一百條の適用あるへきに非ず

(二年(オ)九七號、二年五月一日大審民一判決、法律新聞八七一號二七頁)

一一 民法第一百條は代理權を有する者か其權限を踰越して或行爲を爲したるときにのみ適用あるものにして全然代理權なき者の爲したる行爲に適用すへきに非ず

(二年(オ)二二九號、二年六月二六日大審民一判決、法律新聞八八三號二七頁)

一二 民法第一百條は代理人か權限超越の行爲を爲したる場合に限り之か適用を見るへきものにして代理人にあらざる者の爲したる行爲に付ては其適用なし

(四五年(ネ)三七五號、元年二月二七日東控民二判決、法律新聞八四四號二四頁)

一三 代理人にあらざるもの爲したる行爲に對しては民法第一百條の代理人か權限外の行爲を爲したる規定を適用すへきものにあらず

(元年(ネ)五二二號、二年二月二四日東控民三判決、法律新聞八五九號二二頁)

一四 何人と雖も法律上罪となるへき行爲を行ふ權利を有せざること勿論なれば犯罪行爲に付き代理關係の存すへき理由なきか故に代理人の行爲か犯罪たる以上は之れを權限内の行爲と謂ふへからず (四四年(ネ)五一五號、元年一〇月五日東控民三判決、法律新聞八七三號二四頁)



一五 不在者の妻か不在者の實印を所持し其代理人として借財等の行爲を爲すに於ては其相手方は該借財等の爲めに不在者の所有の地所を擔保に供することに付ても亦妻に代理權ありと信すべき正當の理由あり

(二年ホ)四九號、二年六月二三日東控民四判決、法律新聞八八八號二四頁)

一六 民法第一百條の規定は代理人か權限超越行爲を爲したる場合のみに限り之か適用あるものとす (二年ネ)四七號、二年八月二一日東控民三判決、法律新聞八九六號二六頁)

一七 手形交換契約に基き振出したる手形を單に受領するか如きは法律行爲にあらずして一の事實行爲に過ぎされは斯る事實行爲は民法第一百條を以て律する事を得ず

(四三年ウ)七五三號、大阪地民三判決、法律新聞八二五號二三頁)

一八 白紙委任狀を交付するものは代理人をして自己に代りて之れに委任事項を記入し以て完全なる委任狀と爲し代理權を證明せしむる意に出づるものにして不測の危険伴ふべきを以て代理人を信賴するにあらされは容易に之を交付すべきものにあらず從て第三者は白紙委任狀を所持せるものは本人の信賴せる代理人と看做し其代理人か之に記入せる代理事項に付ては本人より適法に代理權を授與せるものと推斷して疑はざるは理の當然なるを以て所謂權限ありと信すべき正當の理由ありたるものと認むるを妥當とす (東地民一判決、法律新聞八六九號一五頁)

#### 第四節 無効及び取消

一 宮内省に於ける詠進歌を一般民間に於て歌集として刊行すことは不能の事項なりと云ふを得ず何となれば其詠進歌の原稿は勿論契約當事者の一方の手中に存せずして宮内省の手中に存す

と雖も其他人の手に存するの事實は其第三者に於て苟も之に承諾を與ふるときは當事者間の契約の目的として履行の目的となるに支障なきものとす詠進歌集の刊行の如き宮内省に於て之か許可を爲すときは當然之を爲し得べき事項とす唯た之か許可なきとき之を爲すこと能はず故に其事項の性質上履行不能のものにあらず從つて詠進歌刊行の契約は無効なりと云ふを得ず

(四五年ネ)四八號、四五年六月二七日東控民一判決、法律新聞八一三號二二頁)

第二二條  
二 代理に因る法律行爲の場合に於て代理人の爲したる意思表示は即ち代理人の行爲にして本人は自己か表意者たることを理由として之を取消すことを得ざるや自ら明かなりとす然れとも代理人の爲し若くは代理人に對して爲されたる意思表示の効力は代理人に生ずるものにあらずして直接本人に對して其効力を生ずるものなることは民法第九十九條の規定する所なるを以て此法意を推究するときは代理人は意思表示の上より見れば其法律行爲の直接の當事者なれとも意思表示の効力の點より之を觀察するときは却て本人を以て其直接の當事者なりと論結せざる可らず而して法律行爲の取消は行爲其者を取消すに非ずして其法律上の効力を滅却するを以て目的と爲す者とす故に未成年者か代理人に依りて法律行爲を爲したる場合に於て未成年者は其法律行爲の効力を受くる直接の當事者なれば未成年者たる本人は表意者と法律上同一の地位に在るものにして自ら表意したる場合と等しく其法律行爲の取消權を有するものと云はざる可らず蓋し此點に關しては民法上特に明文の徵すべきものなしと雖も未成年者か自ら法律行爲を爲したるときは民法第二十條に依り取消權を與へて之を保護するに拘らず代理人をして法律行爲を爲さしめたるときは其取消權を與へず之を保護せざるか如きは彼此其權衡を失するのみならず若し未成年者たる本人にして取消權を有せざるものとせんか取消の意思表示を他人に委任す



るの権能なく代理人自身も亦本人の委任を受けずして其法律行為を取消し得べき規定なきを以て未成年者か代理人をして法律行為を爲さしめたる場合に於ては該法律行為は結局之を取消すことを得ざる奇怪なる結果を生し未成年者保護に關する前記法條を設けたる立法の趣旨に反するに至るへければなり要するに未成年者本人か代理人をして爲さしめたる法律行為は本人に於て之を取消し得べきものとするを法律上適當の見解なりと認む

(四五年(ネ)一四九號、長崎控民一判決、法律新聞八四七號二一五頁)

第六條

三 詐欺に因る法律行為の要素に錯誤なき以上は之か取消を爲すに非されは損害賠償の請求を爲し得ざるものにして而かも其取消權の行使に付ては民法第二百二十六條に特別なる時効期間の定めありて私訴の請求に付特に同條の適用を排除すべき理由なきを以て損害賠償又は私訴の時効の如何に拘はらず先づ同條の規定に依り適法に取消權か行使せられたるや否やを決す可きものとす

(元年二月一六日長野地刑判決、法律新聞八七六號二三頁)

第五節 條件及び期限

第七條

一 水利使用權なるものは認可に依りて初めて發生するものなるか故に認可前に於ては未だ權利なるものあるにあらす従て未發生權利の處分行爲は無効なるの觀なきにあらすと雖も法律行為の効果は必ずしも法律行為と同時に發生するを要するものにあらざることは疑なき所なれば將來權利發生するに至りたる場合に處分の効果を生せしむる目的を以て現在未發生權利の處分行爲を爲すことも亦法律上許容すへからざるものにあらす故に之と同じく賣買行為の當時未だ水利使用權なるものなしと雖も將來認可あるに依りて權利發生するか故に該權利の發生したる場合に之か讓渡の效果を生せしむる目的を以て現に賣買行為を爲したるときは權利の發生なる將來不確定なる事實に讓渡行為の效果を繋らしめたる一種の條件附行為と解すべきものにして此の如き法律行為は無効にあらざるか故に斯る契約は未發生權利の賣買として有効なり

(四一年(ワ)四一九號、元年九月二〇日東地民三判決、法律新聞八一九號二二頁)

第二條

二 債權者又は債務者より破産申請を爲したる場合に破産裁判所は職權を以て破産手續を進行せしめ且必要なる事實上の調査を爲すべきものなるを以て固より債權者又は債務者の陳述に依り拘束を受くるものにあらざること論なしと雖も當事者間の事實上の陳述か破産裁判所の事實上の調査及破産手續に影響を及ぼすべきことも亦明なりとす故に債權者債務者間に於て債務者は虚偽の事實を主張し債權者は之を認むべきことを約するか如きは破産裁判所をして事實の認定を誤らしめ以て破産手續の進行を阻止することを直接の目的とするものと謂はざるへからす故に斯る契約は不法の條件を附したるものと認むることを得若し又債務者にして眞に支拂を停止したることなしとせんか支拂停止なき故に支拂停止なきを争はざるを約し事理當然の事項を約したる如しと雖も又一方より之を見れば支拂停止なきに因り支拂停止ありと争はざるべきことを約したるもの換言すれば破産裁判所の事實の認定を誤らしめ破産手續を進捗せしむるか如き行為を爲さざることを約したるものと認め得へし故に又斯る契約は不法の行為を爲さざることを條件としたるものと認むるに足る而して如斯不法の條件を附し又は不法行為を爲さざるを以て條件とする契約の無効たるは民法の明規する所隨て此契約上の債務不履行の場合に關する違約金に付ての契約の無効なること亦論なし

(四三年(ワ)五六四號、四五年四月四日東地民三判決、法律新聞八〇五號二三頁)



## 第三條

三 市長と會社取締役との假契約に「此假契約は市か市會の議決を得る能はず會社か株主總會の承認を得る能はず又監督官廳の認許を得る能はさるときは其效力を失ふものとす」とある場合に於ては假契約の約款は市長と會社取締役との協定成立と同時に市と會社とを羈束する效力を生し市會の議決株主總會の承認及び監督官廳の許可を得ざるときは其效力を失ふべき解除條件附契約なるか如しと雖も市長は市會の議決を経るに非ざれば市を代表して假契約の如き契約を締結する權限なきや市制の規定に依り明かにして又會社の取締役も株主總會の決議を経るに非ざれば會社營業の廢止を目的とする前記假契約の如き契約を締結する權限なきことは商法の規定に徴し疑を容れず左れば假契約は相互協定と同時に市と會社とを羈束すべき契約たるの效力を生すべき理由なきや當然なれば他日市長は市會の議決を経取締役は株主總會の承認を得たる上市及び會社間の法律行為として其效力を生せしめんとする一の準備行為にして市會の議決及び株主總會の承認を経ざる間は市及び會社を羈束すべき效力を生せざると同時に市會か制規の手續に従ひ議決を爲し株主總會か商法の規定に準據し有效なる承認を與へたるときは市と會社との間に於ける法律行為の成立要件具備するを以て別に新たに當事者相互の間に於て意思表示を爲すことを要せず假契約中表示せられたる意思は其儘市及び會社の意思表示として其間に法律行為を成立せしめ之を羈束するの效力を生すべく而して該契約の内容とせる會社の財産の讓渡は會社解散後にあらざれば爲し得へからざることとは商法の規定に徴して明かなるを以て株主總會か假契約を承認するに臨み會社の解散を決議し以て商法の規定に適合せしめて其承認を有效ならしめたるは妥當なるのみならず會社の存続中と雖も會社の解散を豫想したる場合に付會社財産の讓渡を約することも亦有效なるを以て市と會社との間に於て讓渡契約は承認の決議

に依りて成立したる者なることは前顯説明の如しと雖株主總會か即時の解散を爲さずして別に其期日を定めたと解散前の會社財産の讓渡は法律上不可能なるとに依り市と會社の間に成立したる前示の讓渡契約は解散期日迄其效力を停止せられ同日を以て其效力を生ずるに至りたる者とす何となれば民法上期限も亦法律行為の效力を停止するは條件と毫も異なる所なく其間に區別を設くべき理由なし唯た一は不確定の事實に係り他は確定の事實に係るの差異あるに過ぎざるを以て期限の到來に因りて其效力を生すべき法律行為に付民法中特に規定する所なきの一事のみを以て斯る法律行為の存在を否定することを得されはなり

(四五年(オ)二二二號、二年六月二八日大審民一判決、法律新聞八八四號二七頁)

## 第五章 期間

## 第一條

一 振替貯金の方法に依り保険料を拂込むを通例とし此方法に依れば休日にも午前中は郵便局へ拂込むことを得るを以て猶豫期間は休日をも以て満了すと謂ふと雖も休日に會社か營業を爲さざる以上は保險契約者か同日振替貯金の方法に依り保険料拂込の途あることは未だ以て民法第四百四十二條の適用を除外すること能はず

(四五年(ワ)三〇八號、四五年六月一八日東地民二判決、法律新聞八二二號八頁)

## 第六章 時効

## 第一節 總則

一 沒收の目的となりたる物件の所有權は其判決の確定と同時に國庫に移轉するを以て沒收の執



行としては只其物件に關する被告人の占有を奪ひ國庫の占有に移すのみ故に領置處分に依り被告人より領置の上他に保管を命し置きたる物件は已に國庫の占有に移り居るものなるを以て判決確定後に於て更に之か執行行為を爲すの必要なし而して領置物品保管規定に依り有價物に付ては物品會計官吏に没官の引繼を爲し無價物に付ては執行官に於て廢棄の處分を爲すか如きは單に執行後の手續に過ぎず依て時効完成せざるものとす

(四五年六月二九日法曹會決議)

第五條

二 民法第四百十五條に所謂當事者は時効の援用によりて直接に利益を受くるものを指示するを以て保證人の如く主債務の時効に因る消滅に基きて免責の利益を享くるものは同條に所謂當事者に屬すと解するを妥當なりとす

(四五年(ネ)三二〇號、二年五月二七日東控民二判決、法律新聞八八二號七頁)

第七條

三 支拂命令の送達ありたるときは其期間中斷の効力は送達の日より始めて生ずるものに非ずして支拂命令申請の日に遡りて生ずべきことは出訴期限の中斷に付て會て判示したる所なり(明治三十一年(オ)第九十八號事件に付明治三十二年一月十九日大審院民事聯合部の言渡したる判決及び明治三十四年(オ)第三百十四號事件に付明治三十四年十月一日大審院民事第一部の言渡したる判決)而して消滅時効の中斷に付ても亦其論決は同一ならざるを得ず何となれば出訴期限の満了と消滅時効の完成とは權利不行使の結果たること彼此異なる所あらざればなり抑債權者が支拂命令の申請を爲すは即ち權利行使に外ならざる限は之れに關して復爲すべき行為あらざるを以て之を目して權利の行使を怠りたる者と云ふを得ず故に支拂命令の送達ありたる場合に於て時効中斷の効力は其送達の日を生ずるものに非ずして申請の日に遡りて生ずるものと爲す

すは最も法律の精神に適合したるものと謂ふへし

(二年(オ)五五號、二年三月二日大審民一判決、法律新聞八五六號二七頁)

四 家資分散の決定は民事訴訟法の強制執行處分により債務を辨濟するの資力なき場合に申立若くは職權を以て宣告するものなるにより其強制執行處分其のものは民法第四百十七條第二號の差押に該當し時効中斷の事由たるを得べきは勿論なりとす

(元年(ナ)一〇七號、二年四月一四日東控民一判決)

五 執達吏か催告を爲すことの委任を受け得ることは執達吏規則第二條によりて明らかならは拒絶證書作成期間經過後に執達吏か拒絶證書を作成したることは適法ならずとするもそは拒絶證書か手形上の効力を生ぜすと云ふに止まり之か爲め手形を呈示して支拂ひを請求したることは無効に非ず故に此の如き拒絶證書は假令手形法上無効なりとするも民法上催告の事實を證する書面たるを妨げず

(東控民三判決、法律新聞八三二號一九頁)

六 消滅時効の完成後に於て爲されたる債務承認は時効の利益を拋棄する意思を以て爲されたる場合にあらざれば法律上何等の効力なし

(元年(ソ)一七六號、元年一〇月二九日東地民五決定、法律新聞八二三號二二頁)

七 當事者間の示談即裁判外の和解契約に於て係争債權に付被告か原告に對し一定の金額を支拂ふことを條件として原告は其餘の請求を拋棄する旨の意思表示をなしたりとするも其契約自體に於て被告か原告の債權の存在を全然是認したるものとは解し難きを以て之を以て直に債權を承認したるものと論斷するを得ず

(元年(ワ)七四六號、大阪地民二判決、法律新聞八七〇號一八頁)



八 或連帶債務者の承認の効力は他の連帶債務者に對し時効中斷の効力を發生せず (同上)

九 承認は義務存在の自覺の表白換言すれば相手方権利の存在を有りの儘に認むる觀念の表示にして意欲を必要とする法律行為に非ざるか故既に經過せる期間の利益を拋棄し若くは之によりて時効中斷の效果を生ずるものたることを知り又は斯る效果の生ずることを欲して爲すことを必要とするものに非ず唯相手方の権利の存在を認識する旨を表示するを以て足れりとす故に縱令承認者が時効中斷の效果を生ずることを欲せざる旨明言するも猶法律上當然時効中斷の效果を生ずるものとす之に反し時効の利益の拋棄は時効の利益を受くべき者か之を受けずとの意思表示にして法律行為なるか故意欲を必要とし既に時効の進行を開始して或る期間を經過し若くは時効の完成せることを知つて而かも之により生じたる利益を受けざる旨の意思表示を爲すに非されは拋棄となる能はざるものとす故に承認と拋棄とは全く其性質を異にするものと謂はざる可からず而して性質の異なる以上其效力の全然同一なることは想像する能はざる處なるを以て時効完成後の債務承認は何等の條件を須たす當然時効の利益拋棄の效果を生ずるものなりとの斷定は論理の許さざる所なりと謂はざる可からず或は承認と拋棄とは其名稱を異にするも實質は同一事實に過ぎず即ち時効完成の前後により一を承認と云ひ他を拋棄と呼ぶに止まり別個の法律關係に非すとの説を爲すもの有りと雖も其法律關係の別異にして實質内容の相違せることは前説明の如く又時効利益の拋棄は必ずしも其完成を俟つを要せず既に經過せる期間の有るに於ては何時にても之を爲し得ると若又前説の如くすれば拋棄に付ては處分の能力権限を必要とするに拘はらず承認に付ては之を必要とせざる所以の法理を説明すること能はざる缺點有り現今の學說に背馳し全然採るに足らざるの説なりとす唯た時効完成後の承認たるべき行為は概

ね支拂意思の表示を伴ふを通常とするにより此支拂意思の表示により時効の利益拋棄と認めらるるを普通とすれども是承認自體の性質效力には非ずして承認と同時に爲されたる拋棄其ものの暗黙の意思表示によるものと解せざる可からず

(二年レ)一四號、青森地民判決、法律新聞八七一號二二頁)

一〇 債務の承認は時効中斷の原因たる事實なるか故に時効完成前に於てすることを要し完成後に於ては中斷なるものあり得へからざるを以て從て又時効完成後に於ては中斷の效力を生ずべき債務の承認なるもの存在することなし (同上)

一一 辨濟金を支拂ふべき旨の催告に及びたること明白なりとも其支拂請求の金額不定なる以上該催告は未だ以て一定の金員に對し支拂の催告ありたるものと看るを得ず

(二年レ)七二號、二年七月二八日東地民一判決、法律新聞八九二號二二頁)

一二 假差押か時効中斷の效力を生ずるには其手續の遂行を要するものなりと雖も必しも時効完成前に假差押を完結するの要なく時効完成前に假差押に着手したる以上は其の遂行か其の時効期間經過後に係るも中斷の效あるものにして其着手とは假差押か必ず遂行せらるべき状態に至らしむる所爲を云ふものとす故に假差押申請の如きは未だ以て假差押の着手と云ふを得ず何となれば假令假差押命令を得るも當然假差押を實行せらるべきものにあらずして之を執達吏に委任して初めて假差押を實行せらるるものなれば假差押の申請は假差押の準備たるに止まるを以てなり然らば如何なる時に於て假差押か必ず遂行せらるべき状態に在りと云ひ得べきやと云ふに執達吏は適法に假差押の委任を受けたる以上は必ず之を遂行せざるへからざる公義務あるものなれば其委任に因り假差押か必ず遂行せらるべき状態に至りたるものと謂ふべく從て該委任



行爲は即ち假差押の着手にして之に因り時効中斷の效力を發生す

(四五年(ハ)一七二號、元年九月二日奈良區判決、法律新聞八二一號二五頁)

**第一五  
三條**

一三 民法制定當時立法者は將來現行破産法の規定を改正し民事たると商事たるとを問はず債務者か其債務を完済すること能はざる場合には總て破産法の支配の下に立たしめんと趣旨にて民法中破産なる文字を使用したるより改正破産法の制定せらるる迄の間民法の規定と調和を計るの必要を生し爲めに民法施行法第二條を以て民法に於て破産と稱するは民事に付ては家資分散を指稱することとなしたるより民法第五百十三條に所謂破産手續参加とは民事にありては家資分散手續参加と同一意義に解すべきは一點の疑を容るるの餘地なし然れとも家資分散決定の所謂破産手續参加と同一視すべき者なるや否やを按ずるに破産手續参加とは債權者か破産財團の配當に加入するか爲めに債權の届出をなすを謂ひ即ち破産宣告ありたる以後に生ずるものにして破産宣告其ものは破産手續参加に非ず然れとも破産宣告は必ずや債權者又は債務者の申立に基くものなることは明治二十三年法律第三十二號商法第九百七十八條第一項に規定する所なるにより破産宣告は破産手續参加にあらずとするも破産の申立は破産手續参加中に包含せらるるものなるや否やを審究するの必要あり此點に付ては多少の疑義あるを免れずと雖も破産宣告の申立を以て破産手續参加にあらずと解するを以て正當なりと認む蓋し破産手續参加中には破産の申立をも包含する者とせば其文字の意義に反するに至ればなり然れば則ち家資分散決定は素より家資分散手續の参加にあらず又家資分散決定は債權者の申立により爲すことあるは同法第一條の規定により明白なりと雖も前記破産の申立に付説明したると同一理由に基き家資分散手續参加中に包含するものにあらずなり或は破産の申立は素より破産手續参加にあらずるも

而も一種の裁判上の請求と解すべきものなりとするも家資分散の申立は此意義に於ても該當せず蓋し破産の宣告は破産者の一身上に其効果を及ぼすとは前示商法第五十四條に規定せりと雖も其主たる効果は破産者の財産を債權者に公平に配當することを目的とするものに係り即ち破産の申立は此配當實施を要求するの意思包含するものなりと論し得へしと雖も家資分散決定は其效果として同法第四條第五條によるに單に公權を喪失するのみに止り分散者の財産を債權者に配當するの規定は同法中一も存在することなきにより家資分散の申立は一種の裁判上の請求なりと解するを得されはなり要之民事に於ける家資分散の申立及び其決定は民法第五百二十二條に所謂破産手續参加にあらずるを以て時効中斷の事由たるべきものに非らず

(元年(ナ)一〇七號、二年四月一四日東控民一判決)

**第一五  
七條**

一四 支拂命令に因り中斷したる時効は裁判の確定又は和解の時より更に其進行を始む蓋し支拂命令に因り中斷したる時効は如何なる時期に於て更に其進行を始むるやの問題に付ては種々なる場合を區別す可く(一)支拂命令に對し異議の申立ありたるとき(イ)請求に付き起すべき訴か區裁判所の管轄に屬する場合に於ては訴は支拂命令の送達と同時に區裁判所に之を起したるものと看做すべきものなるを以て(民訴三九〇)其訴に付き判決を受け其判決確定したる時より時効は更に其進行を始むへし(民一五七、二項)又若し訴訟か和解に因り終了したる時は其和解ありたる時より時効の進行を始むる者とす(民一五七、一項)然れとも訴訟か取下に因り終了したるときは時効中斷の效力を失ふか故に此場合は本問題を生せず(民一四九)(ロ)請求に付き起すべき訴か地方裁判所の管轄に屬する場合に於て債權者か適當なる時間に異議の申立ありたることとの通知書送達ありたる日より起算して一箇月の期間内に管轄裁判所に訴を起したるときは右



(イ)に述べたる所と同一なり又其訴を一箇月内に起さるときは時効中斷の效力を生ぜざるか故に此場合に於ても本問題を生ぜず(民訴三九一、民一五〇)(二)支拂命令に對し異議の申立なきとき(イ)執行命令は假執行の宣言を付したる闕席判決と同一なるを以て之に對し故障の申立ありたるときは前(一)(イ)(ロ)に述べたる所と同一なり(民訴三九四)(ロ)執行命令に對し法定期間内に故障の申立を爲さるときは執行命令は確定すべきを以て其確定の時より時効は更に其進行を始む可し(民一五七、二項)

(四五年五月二一日法曹會決議)

## 第二節 取得時効

### 第一六二條

一 市有地を處分するに付き明治二十一年法律第一號市制の規定に依り市會又は區會の決議を経て縣參事會の許可を受くることを要し其方式を踐むに非されは之を處分することを得ざる場合なるに拘はらず一も其方式を踐ますして寺院に寄附せられたる如き場合に於て財産の處分に因り權利を取得せんと欲する者か其處分に付き要する方式及び其方式履踐の有無等に意を用ひ調査を怠らざることとは一般取引の觀念に於て普通注意を用ふる人か其事に當り通常爲すべき注意なりと謂ふ可く從て苟も其注意に缺くる所あるに於ては當事者か法律制度に通せざる僧侶なりと否とに關せず過失あるものと謂ふ可し故に寺院か地所の寄附を受け占有を始めたる當時其寄附に因りて完全に所有權を取得したるものと信したりとするも如上法定の要式及び其要式履踐の有無に關し毫も意を用ひたる事蹟なき以上は其占有の始め過失ありしものと認定するを相當とす (元年(オ)一三六號、二年四月一六日大審民二判決、法律新聞八六五號二七頁)

二 不動産に關する取引は利害關係人か登記簿の記載に信を置くに依りて安全且迅速に行はるる

ものなれば不動産の買主か登記簿上其賣主か所有名義を有することを認め登記を経て其所有權を讓受けたるときは買主は一般取引上の觀念に従ひて取引を爲したるものにして過失の責なきものと謂はざるへからず故に不動産の買主は其賣主と賣買を爲すに當りては常に必ず其賣主か登記簿上所有名義を有することを調査したる上取引を爲すことを要するも其賣主か所有權を取得したる原因に遡りて瑕疵の有無を調査し又は其登記手續に關する欠缺遺漏ありや否やを探究するか如きは賣主の權原に付き疑を挾むべき特別の事情の存せざる限りは之を爲すことを要せざるものとす (二年(オ)一七〇號、二年六月二二日大審民二判決、法律新聞八八五號二七頁)

三 民法第六十二條第二項に所謂「過失」は相當の注意を爲すに於ては權原の瑕疵を發見し得べきに拘はらず注意の不足に因り發見し得ざりしことを意味するを以て取得時効の利益を採用する占有者に過失の責ありとするには其者に於て權限の瑕疵を發見し得へかりし事情の存在すること必要とし斯る事情の存在せざる限りは占有者に過失の責なきものとす (同上)

四 幼者名義の不動産を賣買に因り取得せんとする場合に於ては買主たる者が幼者に代りて行爲を爲さんとする者の法定代理權に欠缺なきや否や其他權原に瑕疵なきや否やに留意し戶籍簿の閱覽等に依り之か調査を怠る可からざることとは一般取引の觀念に於て普通注意を用ふる人か其事に當り通常施すべき注意に屬するを以て斯る注意に缺くる所あるか爲め法定代理權欠缺の事實を知らざりしは即ち過失たるを免かれずして民法施行後僅かに二箇月餘の日子を経過し及び買主か普通の農民にして法律知識に乏しきの故を以て如上普通人の用ふべき注意を缺くも尙ほ過失なきものと謂ふことを得ず其他登記官吏に於て偶々之を默過し登記を了したる事實あればとて買主の過失の有無に付て斟酌すべき限に在らず



五 民法第六十二條の規定は民法施行法第一條に依り民法施行前に生じたる事項に適用せらるるものにして民法施行前には取得時効の制度なかりしを以て民法施行の日より十年を経過するに非されは取得時効に關する民法第六十二條第二項の適用あることなし  
(二年(オ)三二一號、二年七月二日大審民二一判決)  
(四〇年(ネ)五六三號、東控民一判決、法律新聞八二九號一九頁)

六 民法實施以前に在りては取得時効に關する規定あらざりしを以て民法實施前より所有の意思を以て平穩且公然に他人の物の占有を妨けたるものに付ては民法施行後の占有に對してのみ民法時効の規定を適用すへき筋合なり  
(二年(ナ)二一號、二年五月二三日東控民一判決、法律新聞八八五號二二頁)

七 容假の占有者か既に消滅したる質權の目的物を自己の爲めに所有の意思を以て十年若くは二十年間平穩且公然に占有するも民法第八十五條の條件を具備するにあらされは時効に因り所有權を取得することを得ず故に質權者か質物を占有する場合に於ては其權原の性質上質權者は所有者の爲めに質物を占有するものと見るべく自己の爲めに所有の意思を以て占有するものと認むることを得ざるのみならず既に其質權か消滅に歸するも其質權者たりし者か質物たりし物を質權設定者に返還せざる間は其物を占有する關係は質權存在の當時と毫も異なることなし何となれば質權者たりし者か質物たりし物を占有するは最初質權に因り占有したる物の占有か依然繼續するに過ぎされはなり故に質權者たりし者か單に自己の爲め所有するの意思を以て占有するも之に因り直ちに代理占有(容假の占有)の性質を變するものにあらず民法第八十五條に依り(一)所有者に對し所有の意思あることを表示するか(二)新權原に因り更に所有の意思

を以て占有を始むるにあらされは代理占有の性質を變し自己の爲め占有するの効力を生ぜざるものとす  
(二年一月二五日法曹會決議)

### 第六條

八 明治六年第二百四十九號布告及び明治九年教部省達第三號は社寺の財産を保護する爲め神官僧侶及び氏子檀家のものに於て自儘に社寺有の地所建物又は什物を處分することを禁止し管轄管廳の許可を経ずして爲したる任意處分は無効とする趣旨にして他人か神官僧侶等の任意處分に依るに非ずして時効の完成に因りて社寺有の地所に對し地上權を取得するか如きは該布告及び達の禁止する所にあらず  
(四五年(オ)二一八號、元年一〇月三日大審民二判決、法律新聞八二七號二七頁)

## 第三節 消滅時効

### 第六條

一 法か時効の制度を設けたる旨趣の一は怠慢ある權利者を保護せざるにあるを以て法の此精神に鑑み之を考ふるときは債權者の請求後三个月内に辨濟すへしと云ふか如き債權の場合に於ては債權成立の時より起算して三个月を経過したるときより時効の進行を始むべきものと解するを穩當とす何となれば債權者は何時にても請求を爲し得べく債權者にして請求を爲したるときは債權者は三个月を経過したる後辨濟を爲さざるへからず從つて斯く解するときは時効を設けたる法の精神に抵觸することなきを以てなり  
(四五年(ネ)一八八號、二年三月二三日東控民二判決、法律新聞八六七號二三頁)

二 或權利の行使を以て特に債權者の任意と爲したる場合に若し其權利を行使し得る時より直ち



に時効の進行を始むるものなりとせば債権の取立を便宜若くは確實ならしむることを目的とする特権か却て債権者の不利益に歸するの奇怪なる結果を生ずべきを以て斯る場合には當事者の意思は二様の支拂時期を定めて其選擇を債権者の自由に一任せるものにして從て其債権の消滅時効も亦右支拂時期の異なるに従ひ二様に進行するの趣旨なりと解するを相當とす

(四五年(レ)一六八號、元年九月二五日東地民一判決、法律新聞八一九號二五頁)

第七條

三 所有權は消滅時効に罹らざること民法第六十七條第二項に所有權を除外しあるより觀るも明かなり

(四〇年(ネ)五六三號、東控民一判決、法律新聞八二九號一九頁)

四 所有權に基く妨害排除の請求權は假りに我民法上一の債權と稱すべきものとするも舊法に出訴期限なき權利に屬するを以て民法施行法第三十二條第三十一條但書に依り民法第六十七條第一項の十年の期間は民法施行の日より起算すべきものとす (同上)

五 民法施行前の法律たる出訴期限規則第四條に依り所謂出訴期限なきものに該當する債權は民法施行法第三十二條、第三十一條但書民法第六十六條第一項、第六十七條第一項に依り民法施行の日たる明治三十一年七月十六日より三個月を経過したる日より起算し滿十年を経過せる明治四十一年十月十五日の終了を以て消滅時効に罹るべきものとす

(四五年(ネ)一八八號、二年三月一三日東控民二判決、法律新聞八六七號二三頁)

第八條

六 消費貸借に基く債權の如きは假令時期を定めて數回若しくは數十回に辨濟することと爲すも民法第六十八條に所謂定期金の債權にあらざるを以て一個の定期金債權として取扱ふことを得ず然れとも債務が數回に分割辨濟せらるべき各個の部分は各辨濟期の到來に依り一部つつ十

年の時効に因り消滅すべきは勿論なり

(二年(ワ)八五〇號、二年九月二二日東地民三判決、法律新聞九〇四號二二頁)

第九條

七 民法第六十九條に所謂年又は之より短き時期を以て定めたる金錢其他の物の給付を目的とする債權とは終身定期金の如く一定の法律關係より遞次に發生する各個の權利を指稱せるものにして年より短き時期を以て分割辨濟の期限を定めたる債權の如きは之を包含せず然り而して債權か年より短き時期を以て分割辨濟の期限を定めたるものなること明瞭なる以上は之を行使することを得べき時期即ち最後の辨濟期より十年の期間經過に依り消滅すべきものとす

(四四年(ワ)六五一號、四五年六月七日東地民三判決、法律新聞八一二號二〇頁)

八 毎月支拂の定めある利息は年又は之より短き時期を以て定めたる金錢其他の給付を目的とする債權にして民法第六十九條に依り五年の消滅時効に罹る可きものなり遅延利息は年又は是より短き時期を以て定めたる債權と謂ふ可からざるか故に民法第七十條所定の十年の時効に罹り消滅す可きものなり

(四四年(ハ)三四六四號、東區判決、法律新聞八二七號二〇頁)

第十條

九 棟梁たる資格を以て注文者の家屋建築工事に付き其の使役する職工と共に工事を落成せしめたるときは部下の大工は棟梁に使役せらるるものなるにより右工事に關する債權は棟梁以外の大工の工賃に付て之を棟梁の債權とし民法第七十條を適用したるは相當とす同法第七十四條は棟梁たる資格に基かざる大工の勞務に關する債權に其適用あるに過ぎずして棟梁の下に使役さるる大工か其棟梁の爲す工事の手間賃に適用あるものにあらず

(四五年(ナ)四五號、元年二月一四日東控民一判決)



## 第二編 物權

### 第一章 總則

#### 第五條

一 物權は法律に定むるものの外之を創設することを得ざるは民法第七十五條民法施行法第三十五條に徴し明白なるにより河川法に於て河川の占用權を認めたる場合の如きは格別河川法の適用なき公の營造物たる水路に付ては單に永年使用したる事實により之か使用權を取得すべきものにあらす

(四一年レ三三九號、奈良地民判決、法律新聞八三二一號二三頁)

#### 第六條

二 物權の移轉を目的とする意思表示は單に其意思表示のみに因りて直に物權移轉の效力を生ずることは民法一般の原則とする所なるや明なり而して特定物を目的とする賣買は特に將來其物の所有權を移轉すべき約旨に出てさる限は即時に其物の所有權を移轉する意思表示に外ならざるを以て第七十六條の規定に依り直に所有權移轉の效力を生ずる者とす民法第五百五十五條には賣買は當事者の一方か或財產權を相手方に移轉することを約し云々とあるも其趣旨は常に將來に財產權を移轉すべきことを約する場合のみならず當事者の一方か直に特定物の所有權を相手方に移轉する對價として相手方か之に其代金を支拂ふべきことを約する場合の如きも廣く之を包含する法意に出てたるものにして從て賣買の約旨に依りては之に第七十六條の規定の適用を妨げざるものと解するを相當とす〔民五五五條參照〕

(二年(オ)三二五號、同年一〇月二五日大審民判決、法律新聞九一〇號二六頁)

三 登記法實施前にありても物權の移轉は當事者の意思表示のみによりて其效力を生ずべきものにして地券名義の書換は之か絕對要件にあらざるものとす

(四五年レ三三九號、東地民一判決、法律新聞八二三號二三頁)

#### 第七條

四 不動産に關する物權の得喪變更は登記を爲すに非されは之を以て第三者に對抗することを得ざるは民法第七十七條に規定する所なれば永小作權にして登記なき以上は第三者の善意なると惡意なるとに拘はらず之を以て對抗することを得ざるものとす

(四五年(オ)一四七號、同年六月一日大審民一判決、法律新聞七九八號二七頁)

五 民法第七十七條の規定は不動産に關する物權の得喪變更ありたる場合に其登記の欠缺を主張する正當の利益を有する第三者を保護する爲めに設けたるものなれば其登記の欠缺に付き利益を有する第三者は同條の保護を受けんと欲する趣旨を主張するに非されは同條の適用を受くることを得ざるものとす蓋物權の得喪變更は其登記の欠缺を主張する第三者に對しては同條の規定に依り效力を及ぼさざることを得るも第三者か特に之を主張せずして實際の事實に基き其得喪變更を論争する場合に於て尙ほ同條を適用すべき理由存せされはなり故に當事者か専ら實際の事實に基き之を論争したるに止まり特に登記欠缺の形式に基き民法第七十七條の對抗要件闕如の趣旨を主張せざりしこと明白なる以上は裁判所か同條の對抗要件に關する事項に論及せざるは當然の事なり

(四五年(オ)一〇〇號、同年六月二八日大審民二判決、法律新聞八〇四號二七頁)

六 不正登記の名義人より其不動産を買受け若くは讓受けたる者は登記の欠缺を主張するに正當の利益を有する者に非ずして民法第七十七條に所謂第三者に該當せざるを以て眞の所有者は所有權取得の登記を受けざるに拘はらず所有權を以て不正名義人より權利を承繼して登記を爲



したる者に對抗するを得へし

(四五年(オ)二二四號、元年八月一九日大審民二判決、法律新聞八一九號二七頁)

七 民法第七十七條は不動産に關する物權の得喪變更を第三者に對抗するに付ては登記を要する旨を定めたるものにして登記に因り不動産に關する物權の得喪變更を生すと爲したるものにあらざるを以て不動産に關する物權の得喪變更にして實體上存せざらんには假令其の登記ありとも之か爲め其得喪變更を生し得べきものにあらず又不動産に關する物權の得喪變更にして實體上存する以上は假令其登記なきも之と相抵觸する得喪變更に付き之を生すべき法律上の原因なくして登記を経たる第三者に其得喪變更を對抗し得べきものとす

(元年(オ)一九號、二年三月二〇日大審民一判決、法律新聞八五八號一九頁)

八 民法第七十七條の規定は不動産に關する物權の得喪變更か隱居に因る家督相續の爲に生したる場合にも適用すべきものにして又同條に所謂第三者とは當事者若くは其包括承繼人に非ずして物權の得喪變更の登記欠缺を主張する正當の利益を有する者を指稱す

(元年(オ)一〇四號、二年三月二六日大審民二判決、法律新聞八五八號一九頁)

九 登記名義人の共有名義を以て爲したる土地の所有權保存登記は眞實の所有者と登記名義人の間に於ける權利移轉の法律原因に基きたるにあらずして名義人が單獨に所有者の爲めに爲したるに過ぎざるときは登記名義人が右登記に依りて土地を處分するの權なきは當然なり、左れば右名義人が其債權者に對し其不動産の共有持分に付き抵當權を設定したりとするも之に依り抵當權設定の効力を生すべきものにあらずして係争地上に設定したる抵當權は無効にして抵當權者は之を以て眞實の所有者に對抗し得べきものにあらず、從て他人か登記簿に依頼し右抵當權

者より抵當權を讓渡に因り取得したりとするも已に其抵當權の設定の無効なること前述の如くなるを以て眞實の所有者は登記名義人の爲したる抵當權設定行爲の無効を主張し何人にも之を對抗し得べきものとす蓋し外觀上權利者たるか如きも其實質上何等の權利を有せざる其權利者より權利を繼受せんことの不能なるは一般の原則にして動産に付ては民法第九十二條を以て此原則に對する例外を規定し眞正なる所有者たらざる者より所有權を取得し得る場合を定むるも民法上不動産に付ては斯る例外の規定なし而して登記なるものは第三者に對する不動産上の權利の得喪變更等の公示方法として一般的効力を有するものなりと雖も登記其者によりて其登記の基本たる實體上の權利を左右し無を有に變するか如き力ありと認むべき者に非ずして實體上に存在せし不動産に關する權利の移轉變更等を其取得者より第三者に對抗する方法に用ひらるるのみ即ち實體上の權利關係は主にして登記は其第三者に對する關係に於て其權利の得喪變更ありたることを示すの具と爲るものにして常に實體上の權利者より第三者に對抗するを得るに止り所有者の干知せざる無効なる所有者以外の抵當權の設定者に對し抵當權を取得したる者より讓渡を得たる第三取得者より眞正の所有者に對抗する爲めに利用せられて登記簿上の登記の効力を絶對的のものとして土地の眞正の所有者に對抗し得べきものにあらず

(四三年(ネ)一〇三號、四五年五月一四日東控民一判決、法律新聞八〇五號二二頁)

一〇 民法第七十七條に不動産に關する物權の得喪及變更は登記法の定むる所に從ひ其登記を爲すにあらざれば之を以て第三者に對抗することを得すとあり而して不動産登記法に依れば不動産に關する權利の得喪變更に付き登記義務者か登記を爲すことを承諾せざる場合に登記權利者は單獨の申請により裁判所の假處分を以て假登記を爲し得べき旨を規定しあるに因り假登記



も亦民法第七十七條に所謂登記に外ならずと解釋せざるを得ず蓋し登記義務者が謂れなく登記を爲すことを拒み本登記を爲し得ざる如き場合に之を其儘に措くときは該不動産は轉讓して登記権利者は遂に之を回收すべからざるに至るを以て之れか救済の爲め假登記の制を設け豫めに不測の損害を蒙ることなくして登記権利者は其權利を保全することを得へし故に別段の制限なき以上は假登記と雖とも本登記と均しく第三者に對抗するの効力を發顯せしむるを相當とす加之不動産登記法第七條第二項に於て本登記は假登記の順位に依る旨規定したるは畢竟假登記の對抗力を認めたるものにして若し對抗力なしとせば假登記權利者か本登記を爲さんとする場合に其以前(假登記後)第三者か該不動産を取得し登記を爲したるときは假登記權利者は遂に該假登記をして本登記と爲し得ざる結果を生じ該規定をして殆んど空文に屬せしめ從て假登記の制を設けたるの理由も亦没却するに至らん是豈に法の精神ならんや

(四五年(ナ)三〇號宮城控民判決、法律新聞八一號二五頁)

一 贈與契約の趣旨か甲は乙に對し不動産を其所有名義に書替へ登記手續を爲すと云ふに在るときは乙か其權利を丙に讓渡したる場合に於ても丙は甲に對して直接該不動産の所有權移轉登記手續を請求すへき權利なし蓋し不動産登記は不動産に關する權利の移轉等に付き登記法の定むる所に依り其事項を公示し第三者の利益を保護し一般取引の安全を期するものなれば其登記關係も亦事實に適合する事を要すればなり

(四五年(ネ)六九號、長崎控民一判決、法律新聞八一七號二四頁)

二 民法第七十七條に所謂第三者とは當事者若くは其の包括承繼人にあらずして同一不動産

に關する物權の得喪變更の登記欠缺を主張する正當の利益を有する者を云ふ故に虛偽の意思表示により所有權移轉の登記を爲したる者にして且保管の目的を以て所有權の登記をなしたるに過ぎざるときは其不動産に付き何等の登記欠缺を主張すへき正當の利益を有することを得ざるものとす

(四〇年(ネ)五六三號、東控民一判決、法律新聞八一九號一九頁)

三 民法第七十七條に所謂第三者とは登記欠缺を主張するに付き正當の利益を有するものを云ふ故に同一不動産に付き物權取得の競合するを必要とするものにあらず又敢て對抗權を爭ふ第三者か建物不動産の物權移轉の當時業に已に建物所在地の土地に付き所有者たる地位にあるを必要とするものにあらず苟も其登記欠缺を主張するに正當の利益を有する場合なりせば之を主張するを得へき原因の發生か争ひに係る物權の得喪の前後に關係なきものとす從て建物を其土地と共に甲者より乙者に賣渡し乙者は單に土地のみに付き抵當權を設定し其後丙者か該土地を競落するに至りたる場合には民法第三百八十八條の規定に依り該土地に付き法定の地上權設定せられたるの結果となるべきものとす、然るに建物の所有權移轉の登記欠缺を主張して建物は依然原所有者たる甲者の所有にあるものの如く看做す時は同條の適用を見ざるに至り競落人たる丙者は權限に基かすして建物を其土地の上に存立せしむる所有者に對し其收去を求むることを得ることとなるを以て登記の有無は丙者の土地所有權の行使に多大の影響を及ぼすものなるを以て民法第七十七條に所謂第三者なりとす

(四五年(ナ)五四號、東控民一判決、法律新聞八三五號二二頁)

四 通行地役權の存在することを了知し之れか行使に對し異議を述べざりしと主張すと雖とも



實驗上相隣者間の交誼に徴し此事實ある故を以て法律上重大なる效果の發生すべき對抗權の拋棄を爲したるものと推測することを得ずして此事實は唯他人の權利行使を看過し德義上異議を述へざりしに過ぎざりしものと解すべきものとす。

(元年(ネ)六五一號、二年二月一四日東控民三判決、法律新聞八六五號二四頁)

一五 民法第七十七條は不動產物權の取得原因に付き區別するところなきと民法が登記を以て不動產物權の得喪變更に付いての公示方法となし以て第三者を保護せんとしたる趣旨とに基づき同條所定の不動產物權の取得中には時効に因る原始的取得の場合をも包含し不動產物權の時効取得を以て第三者に對抗するには登記を爲すことを要すと解せざるべからず (同上)

一六 登記の欠缺を主張する正當の利益を有するものとは必らずしも對抗を受くべき物權の目的物に關し權利を取得したるものに限定せらるべきものにあらず即ち同一不動產に關し權利取得の競合を要するものにあらずして廣く其他の事由により法律上登記の欠缺を主張する正當の利益を有すと認めらるべきものも又登記の欠缺を主張する正當の利益を有するものと謂はざるべからず (同上)

一七 信託行爲の場合に於て受信者が信託に違反して擅に目的物を處分したるとき其處分は第三者に對して有效なり従ひて賣渡抵當にして有效なりとせば轉得者は抵當物件の所有權を取得するに至るを以て或は茲に登記の問題を生ずることある可しと雖も該賣渡抵當が無効なる以上所有權取得の對抗要件たる登記の有無は固より問題とならず (二年(ナ)一三號、二年六月三〇日東控民一判決、法律新聞八九〇號二〇頁)

一八 民法第七十七條に所謂第三者とは當事者若くは其承繼人にあらずして同一不動產に關す

る得喪變更の登記欠缺を主張すべき正當の利益を有する者即ち同一不動產に關する所有權抵當權等の物權又は賃借權等を正當の權原に因て取得したる者の如きを云ふ

(二年(ネ)一九三號、二年一〇月一八日東控民三判決、法律新聞九〇七號二二頁)

一九 明治三十三年法律第七十二條に依り地上權者と推定せらるる場合と雖も之を登記せされは以て第三者に對抗する事を得ず

(四五年(ウ)五二〇號、四五年六月五日東地民四判決、法律新聞八〇〇號二三頁)

二〇 家督相續に因る不動產の所有權移轉に付ても其登記を爲すに非されは之を以て第三者に對抗することを得ずと雖も係争の地所及び建物に付き何等の權利を有せざる者は相續人の所有權取得登記の欠缺を主張するに付き正當の利益を有するものと謂ふを得ず從て民法第七十七條に所謂第三者に該當せず

(四四年(ウ)一四〇九號、東地民五判決、法律新聞八〇四號二三頁)

二一 強制競賣に於て競落許可決定の言渡ありたるときは常に競落者は其不動產の所有權を取得するものなることは民事訴訟法第六百八十六條の競落人は競落を許す決定に因り不動產の所有權を取得すとの規定と競賣を單純なる民法上の賣買契約にあらずして裁判上の賣買なる點に徴するも推知し得可きのみならず強制競賣の差押の效力は其競落許可決定の確定に至る迄存續するものなれば差押の存續中に爲したる登記の如きは之を以て競落に因り所有權を取得したるものに對抗することを得ず (四五年(ウ)二八一號、大阪地民一判決、法律新聞八〇五號二六頁)

二三 華族世襲財産を創設することは不動產に關する權利の行使に制限を加ふるものにして物權の處分の一制限と謂はざる可らず尙不動產登記法第一條に依れば不動產に關する物權の處分の



制限は之を登記することを得可きのみならず同第四百四條に依れば不動産を華族世襲財産と爲すことを認可したるときは當該官廳は遲滯なく世襲財産創設の登記を登記所に囑託すべきことを要する旨規定しあるに依り世襲財産の創設は不動産登記法の規定により登記すべき事項たることと論なく又民法第七十七條に所謂物權の變更とは處分の制限其他廣く權利の状態に關する變動を意味するものと解するを相當とするを以て世襲財産の創設も亦同條に所謂物權の變更に該當すされは其創設の登記を経由するにあらされは之を以て第三者に對抗するを得ざるは當然なり  
 (元年(ソ)一六五號、元年一月二二日東地民五決定、法律新聞八三二號一九頁)

二三 舊登記法によれば世襲財産の創設は之を登記するを要せざりしと明かなりと雖も民法施行法第三十六條に依り民法施行の日より一年内に之を登記するにあらされは之を以て第三者に對抗することを得ず  
 (同上)

二四 民法第七十七は得喪變更の原因に關し何等制限を設くることなきを以て意思表示に因ると將又公私の法規に因るとを問はざる者と謂ふ可く彼の相續の場合の如きも第三者に對抗するには登記を必要とする勿論なりとす又私法上の原則として身分の如何を問はず各人は平等に法律の保護を受くるものにして特別の規定なき限り華族世襲財産の所有者も特に登記なくして世襲財産の創設を第三者に對抗することを得ず  
 (同上)

二五 未登記の不動産と雖も之を買得したる者は其移轉登記を爲すにあらされは之か買得を第三者に對抗する事を得ず  
 (元年(ソ)二一五〇號、元年二月六日大阪地民二決定、法律新聞八三五號二五頁)

二六 未登記建物を買收したる場合には必ずしも所有權移轉登記の形式に因るを要せず直に自己

の名義を以て保存登記を爲し之を以て該建物の所有權取得を何人に對しても主張し得へし  
 (元年(ワ)二二六〇號、東地民四判決、法律新聞八四四號二二頁)

二七 不正の登記名義人より買受け又は讓受けたるものは登記欠缺を主張するに正常の利益を有せず民法第七十七條に所謂第三者に包含せられざること勿論なり  
 (元年(ワ)三二二號、千葉地民判決、法律新聞八七九號二三頁)

二八 當事者の一方は不動産上物權の得喪に關し登記を爲さざるも他の當事者及其一般承繼人に對して之か效力を主張し得へき事は民法第七十七條の法意に徴し疑ひなき處なり  
 (元年(ワ)二二七號、京都地民判決、法律新聞八九一號二三頁)

二九 民法第七十七條に所謂第三者中には當事者及其一般承繼人を包含せざる事の明かなるを以て苟も或者か或物權の得喪關係に於ける當事者の一般承繼人たる以上は該關係に對して第三者たる地位にあらざるは當然の筋合なり  
 (同上)

録録  
 三〇 係争の地所にして甲者の所有するものならんか訴外丙者に對する強制執行として適法なる手續に従ひ公賣に付せられ乙者に於て落札したるものなるも公賣の性質たるや真正の所有者たる第三者の權利を左右することを得ざることは普通賣買と撰ふ處なく又乙者に於て之れを他に賣渡したる後と雖苟くも其公賣に基づく所有權移轉の證明にして存續する以上は甲者の權利の行使に障礙と爲る可きは勿論なるを以て乙者は甲者に對し該證明の抹消手續を爲すべき義務あるものとす  
 (四五年(民控)二六七號、元年九月七日大邱覆審法院判決、法律新聞八三五號二七頁)

第二章 占有權



### 第一節 占有權の取得

#### 第一八四條

一 代理人に依り占有をなす場合に第三者に占有權を讓渡せんとする場合に於ては單に本人と第三者との間の意思表示若くは占有者に對する讓渡通知書を受領し其通知書發送を委託され又は占有者より本人に宛てたる指名の預り證書の交付のみにては占有權は移轉せざるものにして此事實の外に占有者に於て本人より爾後第三者の爲め占有すへき旨の意思表示を受けたることを要件と爲す  
(四五年(ワ)三三九號、大阪地民二一判決、法律新聞八二五號二五頁)

#### 第一八五條

二 容假の占有者が既に消滅したる質權の目的物を自己の爲めに所有の意思を以て十年若くは二十年間平穩且公然に占有するも民法第百八十五條の條件を具備するにあらざれば時効に因り占有權を取得することを得ず  
(二年一月二五日法曹會決議)

#### 第一八六條

三 占有か惡意なることを主張し之を立證するに非されは善意の占有者と推定す可きは當然なり  
(四五年(オ)二一八號、元年一〇月三日大審民二判決、法律新聞八二七號二七頁)

### 第二節 占有權の効力

#### 第一八九三條

一 質屋營業者か盜品を質に取り平穩公然且善意無過失にて其占有を始めたるときは民法第百九十二條の規定により即時に該物件の上に質權を取得し右質權は被害者より民法第百九十三條による返還請求權を對抗せられざる限り適法に之を有するものと謂はざるへからず而して前記質權に基き質屋取締法第十一條の規定により流質期限の經過と同時に質物を處分することを得るに至り従つて右物件の上に所有權を取得し被害者の前記返還請求權は既に之を對抗することを

#### 第二〇〇條

得ざるに至るものとす蓋し民法第百九十三條の規定は同法第百九十二條の規定により權利を取得したる場合にのみ適用する規定にして法律の規定により所有權を取得したる右の場合に適用なきこと法文上明なればなり(四五年(レ)一七〇號、東地民一判決、法律新聞八三六號二六頁)

二 家屋は其敷地と離れて存在することを得ざるものに係り家屋を使用するには必らずや其敷地をも使用せざるを得ざるものなるか故に家屋に居住して之れを占有するものは同時に其敷地をも占有するものと認むるを至當とす従つて家屋と敷地との占有か不法行爲に出でたるときは其占有は家屋并ひに其敷地の所有權を侵害すへきを以て所有者か占有者に對し訴を以て家屋并ひに其敷地の明渡しを求め得へきは勿論なり  
(二年(ナ)三三六號、二年五月二八日東控民一判決、法律新聞八七七號二二頁)

### 第三節 占有權の消滅

#### 第二〇四條

一 民法第二百四條第一項第一號に規定せる占有權の消滅すへき代理占有意思の拋棄は一方的行爲なる場合を指稱するものにして占有移轉を目的とする双方的行爲の場合を包含せず此の如く解せされは本人と代理占有者と地を異にするか如き場合には占有事實の中絶を來たし當事者の眞意に適合せざる結果を惹起するに至るへし  
(四五年(ワ)三三九號、大阪地民二判決、法律新聞八二五號二五頁)

## 第三章 所有權

### 第一節 所有權の限界



第二〇六條

一 實體上抵當權を有せざる者か抵當權者なりとして不動産競賣の申立を爲し茲に其不動産に對して競賣手續の開始を見るに至りたるときは其競賣の違法たるへきは敢て論を俟たざる所なり何となれば實體法上抵當權を有する者にして始めて其目的たる不動産に付き競賣の申立を爲し之を競賣に付する權利を有すべく抵當權者にあらざる者か抵當權ありとして不動産を競賣に付するは其不動産の所有者の權利を侵害するものに外ならざるを以てなり故に自稱抵當權者は所有者の請求に依り權利侵害の因て生ずる競賣の申立を取下げ競賣手續の取消を爲して其不動産を原狀に復するの義務あるは當然なり而して不動産の所有者か自稱抵當權者に對して此種の請求權を有するは其所有權より當然生ずる效果にして敢て法律の特別規定を待つ必要なし  
(四五年(オ)二四六號、元年一〇月一日大審民二判決、法律新聞八二五號二八頁)

第二節 所有権の取得

第二四二條

一 何等の權利を有せざるに拘はらず妄に他人の所有地に麥作を爲したる場合には其麥作は民法第二百四十二條に依り當然當該土地所有者の所有に歸し其麥作を爲したる者は爾後右麥作に付き其麥作に對する所有權を主張し又は其土地に立ち入りて右麥作を耕耘することを得ざる者とす  
(二年(ワ)九號、二年三月二日奈良地民判決、法律新聞八八二號一〇頁)

第二節 共有

第二四五條

一 共有者の一人か死亡したるときは民法第一千五十一條以下の手續を経たる後にあらざれば他の共有者は同法第二百五十五條に因る持分取得の登記を爲すを得ざるものとす

(四五年五月一日法曹會決議)

第四章 地上權

一 現地主と前地主とは母子の關係あり且つ同居し居たりとの事實を以ては現地主の地上權承認の事實を認むるに足らず何となれば地上權は土地の處分に對し少なからざる制限となるか故に地主は容易に地上權を設定し若くは設定せざること一般公知の事實なればなり  
(四四年(ネ)一五三號、東控民二判決、法律新聞八二二號二〇頁)

二 建物の爲めに存する地上權は特別の事情なき限り建物の所有權の移轉と共に移轉すへきは普通の狀態なりとす

(元年(ワ)一三一九、一三二〇號、二年四月一日東地民四判決、法律新聞八七五號二二頁)  
三 當初の借地關係にして地上權なる以上は其後該借地關係を基として之に其量を附加増大したる場合には其借地關係の全部は亦地上權たるへきものとす  
(四五年(ネ)三九號、二年六月二日東控民三判決、法律新聞八八三號二五頁)

四 地上權なる語は民法に依り始めて使用されたるものにして其以前に於ては借地關係を借地又は賃借等と稱し來りしを以て民法施行後に於ても法律上の智識に乏しき者の間に於ては其借地關係か地上權なる場合に於いても依然賃借なる語を使用しつつあることは裁判所に顯著なる事實なるを以て假令證書に賃借借なる文字あればとて直ちに之を賃借借なりと斷ずることを得ず  
(二年(ワ)六三號、二年六月三〇日東地民四判決、法律新聞八八八號二三頁)

第二六五條

五 地上權者か地代支拂の債務を負擔するは地上權設定の構成要件を成すものにあらざるか故地



代の所定を缺く地上権設定契約は無効にあらず従て裁判所か地上権設定の事實を認定するに付ては地代に關する協定の有無を審案するの必要なし

(二年(オ)九一號、二年四月二四日大審民一判決、法律新聞八六五號二七頁)

第二六  
六條

六 地上権の場合には地代と云ひ賃貸借の場合には賃料と云ふことは民法の用例なりと雖も通俗には地代と云ふ文字は如何なる權利に基づくを問はず廣く土地使用の對價と云ふ意味に用ひらるるものとす(四四年(ネ)七〇七號、二年二月二四日東控民三判決、法律新聞八六八號二四頁)

七 公租公課の増加したる場合に限り其増加の範圍内に於てのみ地代を増加し得べきものとする特約は地上権設定の目的及び範圍を組成すべきものにあらずるを以て地上権設定登記に於ける登記事項を成すものにあらず従て之を登記するも登記の効を生せず

(元年(ネ)六二三號、二年六月二四日東控民二判決、法律新聞八七九號二二頁)

八 當事者間の協定によりて地代値上げを爲すときは其時期は契約の内容によりて定まるを以て固より論なし裁判上の請求に於ては相手方に對し値上げ承認の意思表示を爲すべき判決を求むるものなれば判決の確定したる時を以て意思表示をなしたる者と看做すべきこと民事訴訟法第七百卅六條に依り明らかなるところなり然れども東京市内に行はれたる値上げの承認を爲すへ地上権者は地主の相當額の値上げ承認の請求を受けたる日より起算して値上げの承認を爲すへき義務を有すとするにありと解するを相當とするか故に地上権者か地主の値上請求を相當なりとし直ちに承認を爲したるときは其値上げ請求の日より増額せられたる地代を支拂ふの義務あること論を俟たざるところなり地上権者か之れを争ひたるか爲め判決によりて其承認の意思表示に代はらしむる場合に於ても之れと結果を異にすべきものにあらずして判決の確定により陳

述を爲したるものと看做さるべき意思表示の内容は土地所有者より地上権者に地代の値上げ請求を爲したる日に遡りて其日より増額せられたる地代を支拂ふことを承認すと云ふにあるものとす(民訴七三六條參照)

(元年(ネ)五五六號、二年五月二九日東控民二判決、法律新聞八八一號二二頁)

九 土地繁榮に赴き公租公課増加し比隣の地代上昇せる場合には土地の所有者は地代相當の値上げを請求するを得べく借地人は其の請求の日より之れに應ずるの義務あることは東京市附近に於て一般に行はるる慣習なり

(四四年(ネ)三三三號、二年五月三二日東控民二判決、法律新聞八八二號二七頁)

一〇 公租公課の増加地價の騰貴比隣の地代昂騰したる場合に地主より地代の相當なる増額を申込むときは借地人に於て之に應ずべき慣習か東京市に存在することは顯著なる事實なり

(元年(ネ)四八四號、二年八月九日東控民二判決、法律新聞八九二號二三頁)

一一 地上権を譲受けたる者は其譲渡人たる前地上権者か怠納したる地代支拂の義務を承繼すべきものなること地上権譲受の性質上言ふを俟たざるところなるを以て地主より地代怠納を理由として地上権消滅の請求を爲したる場合には地上権譲受人は前主か地代を怠納したる時期より其怠納の結果を歸せらるべきものとす

(二年(ネ)五六號、二年八月三〇日東控民三判決、法律新聞八九九號二六頁)

一二 地代増加の時期は地主より借地人に對し増額の意思表示を爲したる時より起算すべきものにして當事者間に於ける地代増加に就ての協議ありたる時若くは判決確定の日より起算すべきものにあらず(二年(ネ)八一號、二年一〇月四日東控民二判決、法律新聞九〇三號二二頁)



一三 東京市に於ける借地關係に付き土地が繁榮に赴き若くは物價騰貴の爲め比隣一般に地代の増加したる場合に於て地主は借地人に對し地代値上の請求を爲すことを得べく借地人は其請求ありたる日より相當額に於て之れか承認を爲すへき義務を負擔する慣習存在す  
(四四年(ネ)四六一號、二年一月一日東控民二判決、法律新聞九一一號二二頁)

一四 公租公課比隣地代の増加地價の騰貴其他地代増加を來すへき原因の存する場合に於て地主より地代の相當なる増額を申込むときは借地人は之を承諾することの慣習か東京市に存することとは東京地方裁判所に顯著なる事實なるを以て當事者に於て反對の事實を立證せざる以上此慣習に依る意思を有したるものと認めざるを得ず  
(四五年(ワ)一九七號、四五年六月一七日東地民三判決、法律新聞八〇〇號二二頁)

一五 通常地代なる語は廣く土地の使用料を意味し民法の所謂地代及び賃料の兩種の意義に慣用せらるるを以て單に借地證中地代なる用語あるの一事に依り地上権と認むるを得ず  
(四五年(ワ)六一二號、元年一〇月二三日東地民四判決、法律新聞八二七號二二頁)

一六 大阪府下に於ける借地關係に付き公租公課の増加及地價の騰貴等の事由發生したるときは土地の所有者は其借地人に對し地料の増額を要求し得る慣習の存在すること并に明治四十五年頃は従前に比し公租公課の増加せること孰れも顯著なる事實なり  
(元年(ツ)九二四號、二年六月一八日大阪地民一判決、法律新聞八八一號二三頁)

一七 將來に於て地代の増額を來すことあるへき普通の事情を豫想し斟酌して地代を定めたりとするも市街電車の開通若くは地價修正等の如き特別の事情に因り急劇に土地の繁榮若くは公租公課の負擔の増加を來たす場合の如きは其豫想中に措かざる者にして當事者は如此特別の場合

に於ても尙且右協定地代に甘んじ東京市に存在する地代増額の慣習に依り右地代の増減を爲すことを得さらしめたる趣旨にあらざりしことを認む  
(二年(ツ)三九〇號、二年六月二三日東地民四判決、法律新聞八八二號二二頁)

### 第二六八條

一八 家屋を所有する爲め他人の土地を使用する場合に僅々五年の短期間を以て借受くるか如きは普通の事例に反するを以て最初土地を借受くるに際し定めたる五年の期間は單に證書切替の爲めに過ぎずして別に借地期間を定めざりしものと解するを其眞意に合致するものと認む  
(四四年(ワ)九〇一號、大阪地民二判決、法律新聞七九八號二三頁)

一九 民法第六百十七條に基く解約の申入は獨り賃貸借の場合にのみ適用せらるへきものにして地上権に對しては右申入は何等の消長を來たすものにあらず  
(四五年(ワ)七六一號、二年四月二一日東地民四判決、法律新聞八七五號二三頁)

## 第五章 永小作權

### 第二七二條

一 永小作人は民法第二百七十二條の條件に従ひ有償にても無償にても其土地を他人に轉貸することを得  
(元年九月二九日法曹會決議)

### 第二七六條

二 地主が民法第二百六十六條に依り同第二百七十六條を準用し地上権を消滅せしむるには單に其意思表示を爲すを以て足り地上権者をして之を承認せしめ若くは裁判上之を訴求するの要なきことは判例(大審院)の存する所なるを以て民法第二百七十六條に依る永小作權の消滅に付ても單に其意思表示を爲すを以て足り永小作人をして之を承認せしめ若くは裁判上之を訴求することを要せざるものと謂ふ可し而して其消滅の意思表示を爲すを以て足るは契約解除に於て相



手方に對する意思表示を以て足ると同一なるも永小作人か引續き二年以上小作料の支拂を怠りたるときは地主は其意思表示に依りて永小作權を消滅せしむることを得るものなるを以て契約解除に於けるか如く民法第五百四十一條に依り豫め履行の催告を要するものにあらず

(四五年(オ)二二八號、元年一〇月四日大審民二判決、法律新聞八二四號二七頁)

三 民法第二百七十六條に所謂請求なる語辭は契約解除と同様の意義を有するものにして單に當事者一方の意思表示のみにて足り敢て相手方の同意を求め若くは同意を肯せざるべき之れを請求することを要するの趣旨にあらず蓋し永小作人か引續き二年以上小作料の支拂ひを怠りたるときに係り其權利の消滅を來たさしむる爲め土地の所有者か永小作人の同意等を要すべき理由毫末も存せざるか故なり

(四四年(ネ)七一七號、四五年五月一八日東控民三判決、法律新聞八〇九號二二頁)

### 第六章 地役權

#### 第二八三條

一 民法第二百八十三條か地役權の時効取得を制限し特に非繼續地役を除外したる所以は繼續地役と異り非繼續地役に在りては間斷なく行使せらるるものに非ざるか故に其行使に因り承役地の被る損害も敢て多大ならざるのみならず隣保の交誼上之を寛容する場合も多かるべきを以て承役地の所有者か之を黙過したる一事に因り直に其權利の防護を怠りたるものと云ふを得ず從て時効に因り斯る地役權を成立せしむるは時効の本質に反する者と認めたるに外ならず左れば地役權の繼續非繼續の區別は主として權利の行使の状態に着目し其行使に因り承役地の被る損害の程度を考量し之を決せざるへからず故に均しく通行地役に在りても權利者か特に通路を建

設したる場合には通行自體は固より斷續的なりと雖も其設備に依り承役地は間斷なく使用せらるる状態に在りと認むべく之か爲めに其土地の被る損害も亦大なるか故に之を繼續地役なりと解すべく反之單に通行事實あるに止まり斯かる設備なき場合には事情之に正反對なるか故に之を非繼續地役なりと解すべし

(四四年(ワ)二四九五號、元年九月二五日東地民四判決、法律新聞八二四號二四頁)

二 通行地役權の如き普通繼續性を缺く地役權は權利者に於て通路を建設する如き特別の設備をなすことにより承役地をして間斷なく使用せらるる状態に置きたる場合の外單に從來他人か設けたる通路に通行し居りたりと云ふか如き事實あるに止まる場合に於ては其繼續性を缺如する點に於て時効により之を取得することを得ざるものと云はざるべからず

(元年(ロ)七四九號、二年四月七日大阪地民一判決、法律新聞八七二號二三頁)

#### 第二九四條

三 地盤の所有者に於て相當の期間入會者の權利と相容れざる使用収益を爲し來り而かも入會者は何等異議を留めざりしとせば入會者は之に基く或る他の事由によりて其の入會權の喪失を來すべき場合あるべく從て所有者は此の場合に於て其の入會權を回收したりと云ふことを得べきも其の入會者の權利不行使か未だ入會權の消滅時効に達せざるに先たち單に所有權取得時効を経過したるの故を以て直ちに所有者か完全なる所有權を取得したりとなし當然其の入會權を回收したりと爲すこと能はず (四三年(ウ)一一八號、長野地民判決、法律新聞八四四號二六頁)

四 凡そ國有財産に關しては通例公法の規定を設け専ら行政の範圍形式に於て取扱はれ其の支配及處分は即ち一面に於て常に公法のものに屬するか故に原則として私法の適用外に措かれ其の適用あるは特に國家の意思表示あることを要するものの如く從て特に行政法規に於て認許し



たる事項の外に於て民法上の権利は當然總ての國有財産の上に成立することなきに似たりと雖も國有財産中には國家が主として行政の目的のみに供用する所謂公用財産なるものあり又専ら其の收入をのみ目的とする所謂收益財産なるものあり而して其收益財産に在りては公用財産なるものと異り其の實國家の私産たるに過ぎずして私人の所有する財産と其の性質觀念に於て敢て差異あることなく何等國家が特別なる權力關係に立つべき謂はれなきか故に此權利關係に於ては國家も亦私人と同様な法律上の地位に在るものにして當然民法の適用を受くるものと解するを相當とす而かも國家は其の財産の管理處分に關し特別の行政法規を設け依て以て之れか支配を爲すこと國家の權力として固より自由なるを以て之に依りて民法の適用を排斥すること亦毫も妨げなしと雖も其の特別な規定なき限りは單に其地盤が國家に屬するの故を以て直ちに民法の適用外に措かるるものにして私權の目的たらずと云ふこと能はず而して國有林野なるものは直接に行政の目的として公用に供せらるるものにあらずして専ら國家の收入を目的とする財政的資産に屬すること敢て疑を容れず已に國有林野は收益財産にして原則として民法を適用すべき財産に屬し入會權亦我邦古來認めたる民法上の權利なりとせば國有林野の上に入會權の存在を認許せざるへからざること復た論を俟たず

(同上)

五 地租改正事務局議定の山林原野等官民有區別處分方法は其の各條何れも山林原野所有權の官民何れに歸屬するかにつき其所有權の範圍及び所在を査定したるに過ぎずして入會權の存廢に關して何等規定する所なく國有林野法其の他の法令亦入會權消滅若くは解除に關する法意の見るべき規定存することなし營に之れなきのみならず是等古來の入會權に關し民法の適用を阻却せる條規あることなし而して其の會て入會の慣行ありたる林野に付ては緣故者に賣拂を爲し得

へき規定の如きは之を以て入會權を消滅せしめたるものと爲すに足らず

(同上)

## 第七章 留置權

### 第二九五條

一 凡そ被告が留置權の抗辯を提出したる場合に於ては裁判所は其抗辯を正當と認めたるるときと雖とも之れが爲め直ちに原告の請求を棄却することを得ず被告は自己に屬する給付を原告より受取ると同時に原告に對し負擔する債務を履行すべき旨の判決を爲すべきものとす其理由如何他なし留置權の抗辯は相殺の意思表示をなす權の如く其行使により請求權を永久に絶對的に消滅せしむるものにあらず辨濟の抗辯の如く債權の消滅したる事實を主張して權利の否定をなすものにあらず又停止條件附なりとの抗辯の如く請求權の發生を停止する事實を主張するものにあらずして原告の請求權の行使に法律上の障害を與へざるものなり、即ち留置權の抗辯は双務契約に於ける同時履行の抗辯の如く原告は何時にても自己の債務を辨濟するに因り又は辨濟を提供するに因りて抗辯を排除することを得べきものなれば原告の被告に對する請求權を行使するに付き障害となるものにあらず換言すれば原告は無制限に自己の請求權を行使することを得ざるも留置權を以て擔保する債權を辨濟し又は其辨濟の提供をなすに依りて自己の請求權を行使することを得べきものにして即ち其抗辯は原告の請求權を其内容に於て制限するの效果を生ずるものとす故に裁判所は被告より留置權の抗辯提出せられたるときは其抗辯を正當と認めたるるときと雖も原告の請求を全然棄却することなく其請求を制限し原告は被告に對し留置權を以て擔保する被告の債權を辨濟すると同時に被告より自己の債權辨濟を受くべき旨の判決(無條件の請求に付き制限附給付の言渡しをなすを以て一部の棄却となる)を言渡すべきものとす



(四四年(ナ)二二四號、東控民一判決、法律新聞八四六號二三頁)

## 第八章 先取特権

### 第一節 總則

#### 第三〇四條

一 民法第三百四條の規定は先取特権の效力の及ぶ範圍を擴張して其目的たる物の賣却代金賃貸の對價減失毀損に因りて生じたる損害賠償金等の如き其目的物の全部又は一部に代りたる者の上に其效力を及ぼしたる法意なること明白なれば其目的物の處分の爲めに債務者が受くべき金錢債權と雖も單純に其目的物の全部又は一部を直接代表せざるものには其效力及はざるものと解せざるを得ず而して請負契約の如きは一概に之を論ずることを得ざるも火藥庫の建築工事に付き其建築材料の一部に材木を供したる如き場合には其請負代金は建築工事の完成に要する一切の勞務材料等に對する報酬を包含するものにして單純に材木のみを直接代表するものと謂ふことを得ず (二年(オ)四五號、二年七月五日大審民一判決、法律新聞八八五號二八頁)

二 民法第三百四條に所謂目的物の減失に因りて債務者が受くべきものとは第三者の加害行爲又は保險事故の發生に因り目的物の減失又は之と同視すべき財産の喪失を來たしたるか爲めに債務者が加害者又は保險者より受くべき損害賠償金又は保險金等の如き其目的物を直接代表する者を指稱したる法意なること明白にして所謂減失は必ずしも専ら物理的減失の場合のみを指したるものと解すべきもにあらすと雖も請負契約に因り債務者が請負ひたる工事の材料に目的物を供したる場合は全く之に當らざること疑を容れず (同上)

三 民法第三百四條の減失とは物を燒燬したるか如き場合を謂ふものにして材木を建築工事の材

料に供したるか如き場合を包含せず

(元年(ネ)四四五號、元年二月一六日大阪控民二判決、法律新聞八四一號二五頁)

四 民法第三百四條の規定は他の一般物權共通の性質に對する一個の例外規定を爲すものなれば最も嚴格的に解釋す可きものにして同條に目的物の減失に因りて債務者が受く可き金錢其他の物とある其減失とは唯り物理的の減失に限りたるに非ざることは勿論なれども然かも其金錢其他の物は目的物の減失自體に因り受取る可きものならざる可からずして債務者が先取特権者より供給せられたる林木を以て第三債務者より請負ひたる建物建築工事の完成の爲めに其材料として使用し其工事完成の報酬として受く可き請負金の如きは目的物たる材木の減失自體に因り債務者が受く可き金錢に該當せざるものと認むるを相當とす (四五年(ワ)四九五號、大阪地民三判決、法律新聞八一六號二二頁)

### 第二節 先取特権の種類

#### 第三款 不動産の先取特権

第三二六條  
一 民法第三百廿六條の規定する不動産保存費と稱すべきものは不動産の有形的減失又は毀損を防止するか爲めに支出したる費用を謂ふ換言すれば不動産が自然的若くは人爲的に減失し又は毀損して其物の效用を喪失又は減退せしむ可き必然的危險の虞ある場合に於て之か危險を未然に防止する行爲は取りも直さず其物に對して保存行爲を加へたる者にして之か爲め要したる費用は即ち其不動産の保存費に外ならず故に或事情の爲め火災の虞あり或は座板床板天井板戸袋類を奪取せらるるの虞ありて之を未然に防止するに必要なりしとせば其番人費用は之を以て



不動産保存費なりと云はさる可からず

(二年(ソ)一一九號、二年五月七日大阪地民三決定、法律新聞八八二號九頁)

## 第九章 質 權

### 第一節 總 則

#### 第三四 三條

一 恩給證書は法律上債權の擔保に供することを許さざるものとす

(四四年(ワ)一一四四號、二年六月二三日東地民三判決、法律新聞八八八號二五頁)

#### 第三四 五條

二 民法第三百四十五條の法意は質權設定者が完全なる所有權を有するものと誤信し之か爲めに  
尠からざる損害を被ることある可きを慮り特に第三者を保護する目的を以て質權設定者に質物  
の占有を爲さしむることを絕對に禁止し之に違背するときは質權は之か爲めに消滅することを定  
めたるものと解するを相當とす

(四四年(ワ)九六二號、四五年四月二〇日東地民三判決、法律新聞八二三號、一三三頁)

### 第二節 不動産質

#### 第三六 〇條

一 民法實施前に於て質物の受戻に付き期間を定めたるときは質取主は其期間満了前に債務の辨  
濟を質置主に請求することを得ざると同時に質置主も亦其期間の満了前に債務を辨濟して質物  
の返還を請求することを得ず其期間到來を待て之れか受戻を爲すことを得るに過ぎず而して其  
受戻期間は(流質の場合を除き)現行民法に於けるか如く物上擔保に終期を附したる存續期間の  
性質を有せざるものなれば其期間到來するも爲めに質權の消滅を來すことなく質置主か債務の

辨濟を爲さざる限りは質權は依然として存續し質取主は質物に對して其權利を行ふことを得へ  
し然れども現行民法は質權の存續期間を其設定又は更新の時より起算し之を十年に制限したる結  
果舊法の下に於て設定せられたる質權は民法施行後十年内に限り其効力を有すへきことは同  
施行法第三十條第三十四條第三十六條の規定に徴して明かなり

(四五年(オ)一八六號、元年二月二〇日大審民二判決、法律新聞八三八號二七頁)

二 現行民法は質權の存續期間を其設定又は更新の時より起算し十箇年に限したる結果舊法の下  
に於て設定せられたる質權は民法施行法第三十條第三十二條第三十一條但書第三十四條第二十  
六條に依り民法施行後十箇年内に限り其効力を有することとなりたるか故に斯る質權は民法實  
施後十箇年を経過したる日即ち明治四十一年七月十五日限り其効力を失ふものとす

(二年(ネ)五五號、二年七月五日東控民二判決、法律新聞九〇〇號二三頁)

## 第十章 抵當權

### 第一節 總 則

一 根抵當の法律上の性質は我民法上の説明としては將來の債權を擔保する目的を以て設定せら  
れたる抵當權(其他の擔保權)なりと云ふを正當なりとす所謂將來の債權とは擔保權設定の當時  
未だ其發生の原因たる法律事實の存在せざる債權を云ふ根抵當に依る貸借は所謂貸越契約の存  
在する場合と然らざる場合とを問はず共に抵當權設定の當時に於ては當事者間には一方の請求に  
依り貸付を爲すへき旨の契約存するのみにして金錢の消費貸借其物は未だ如何なる形式に於て  
も成立せざるを以て抵當權に依りて擔保せらるへき債權は即ち將來の債權なりと云はさるへか



らす所謂根抵當は即ち此の將來の債權を擔保するものなり將來の債權に對し擔保權を設定することを得るやに付ては議論ありて或は擔保權は擔保せらるべき債權に從たる權利なるを以て主たる債權の發生以前に於ては擔保權獨り成立することを得ずとの説なきにあらすと雖も擔保權の從たる性質は單に其主たる權利の範圍に制限せらるるの意義を有するに過ぎずして主たる債權の存在を以て其成立の要件とするの義にあらざるなり加之我か法制に於ても別に將來の債權に對する擔保の成立を否認するの規定なきのみならず却て之を容認するの趣旨は民法第二九條第一九九條第四六一條第九三三條及び商法第一六三條二項第一七八條二項第二八一條等に依るも之を推知するに難からず左れば我民法に於ては獨民法第一一一三條及第一二〇四條二項の如き明文なしと雖も將來の債權に付き有効に擔保權を設定することを妨げずとするを妥當なりとす或は根抵當は信用契約に依る受信用者の債務を擔保するものなりと云ふ者あれとも消費貸借が成立したるときに於て受信用者は之を返済するの債務を生ずるに外ならざるか故に所謂信用契約に依り受信用者は直に信用の債務を負擔するものと云ふは經濟上の意味は格別法律上正確の觀念と認むることを得ず或は又根抵當は停止條件附債權を擔保するものなるか故に其登記は假登記を爲すべきものなりと謂ひ又或は根抵當は條件附に質權又は抵當權を設定するものなるか故に登記に付ては不動産登記法第二條に依り假登記を爲し後日債權發生したるときは更に本登記を爲すべきものと謂ふ者あり然れとも(一)與信契約に於て受信用者は停止條件附債務を負ふものなりとの説は誤なり蓋し與信契約は與信用者が受信用者の請求次第之に對し消費貸借を爲すべき旨を約する契約にして與信用者は貸付の債務を負ひ受信用者は借受の債權を取得するに止り受信用者は未だ該契約に依り何等の債務をも負擔するものにあらず所謂返還の債務は

將來消費貸借が成立したる場合に於ける其の消費貸借の効果にして與信契約の効果に非ず(二)將來借入を爲さばとの條件附にて擔保權を設定するものなりとの説も正嶋を得たるものに非ず蓋し當事者の意思は將來の借入金に對し豫め現に擔保を供するに在るのみならず若し條件附設定なりとせば第一回の一部借入を爲したるときは茲に條件成就し無條件の擔保設定せらるるを以て與信契約の繼續中と雖も爾後に爲さるべき借入金に對しては既に根抵當の性質を失ふに至るの結果を生ずべく斯くては根抵當本來の性質に反すと云はざるへからず以上の理由に依り根抵當に付ては直ちに與信契約に依り定まれる全額に付て本登記を爲すを正しとす

(元年二月一六日法曹會決議)

### 第三六 九條

二 消費貸借を擔保する爲め抵當權の設定ありたるときは苟くも當事者の意思か其抵當權を以て擔保せんとする消費貸借なる以上は其消費貸借が抵當權設定當時成立したると將た後に金錢の授受に因り成立するとを問はず其抵當權は有効に之を擔保するものなりとす

(二年(オ)五一號、二年五月八日大審民一判決、法律新聞八七一號二七頁)

三 賣渡抵當の場合に於て債務者が債務の辨濟を爲したるときは擔保權の消滅を來す結果擔保提供者は債權者に對し擔保物の所有名義を回復する權利を有すと雖も右所有名義の回復は債務の辨濟を了へたる後始めて之を請求し得べきに止まり債務の辨濟と引換に其履行を求め得べきにあらざることば賣渡抵當の債權擔保たる性質に照して疑なき所とす

(二年(ネ)三四〇號、大阪控民二判決、法律新聞八九六號二六頁)

### 第三七 〇條

四 立木か抵當權の目的たるは樹木か立木として土地に生立する間に限るものにして一たび伐採せられたるときは不動産たる性質を失ひ動産となるか故に假令ひ從來土地と共に抵當權の目的



第三七一條

たりしと雖も伐採せられたる以上は抵當權者は之れに對し抵當權の直接の目的として其の權利を行ふこと能はず  
(東控民三判決、法律新聞八〇二號二三頁)

五 民法第三百七十條は抵當權が抵當地の上に存する建物を除く外其目的たる不動産に附加して之と一體を成したる物に及ふことを規定したる迄なれば不動産に附加して之と一體を成すものに非ざる法定果實に抵當權の及はざること勿論にして同第三百七十一條に所謂果實も天然果實のみの謂にして法定果實を包含せざること亦多言を俟たず

(二年(オ)三三七號、二年六月二一日大審民一判決、法律新聞八八一號二五頁)

六 抵當權の本質は其設定者に使用収益の權利を失はしめずして債權を擔保するにあるか故民法第三百七十一條第一項に於ては抵當權の效力を其抵當不動産の果實に及ぼさしめざるものと爲したるに外ならず然れとも同條項の但書を以て抵當不動産の差押ありたる後又は其不動産の第三取得者か同法第三百八十一條の規定に依り抵當權實行の通知を受けたる後は同法第三百七十一條第二項に定むる制限の下に抵當權の效力を抵當不動産の果實に及はしむるものとせり民法前三編制定當時は未だ抵當權實行の方法定められず立法者は差押の方法に因り抵當權を實行せしむることとなるへしとの豫想より前示の如く差押なる文字を使用するに至りたるものと認めらるるを以て茲に差押と云ふと雖も必ずしも民事訴訟法に所謂差押のみを指示するにあらずして抵當權者が競賣法に依り抵當權實行に着手し競賣開始決定を受けたる場合も亦此差押中に包含するものと解すへき者とす抑抵當權者が既に抵當權實行に着手し競賣開始決定あるか若くは他の債權者が強制執行に着手し抵當不動産を差押ふるに至りたる場合には最早抵當權設定者をして使用収益を爲さしめざるを至當なりとせる見解の下に右但書の規定を設けたるものなれば

稻の如き果實在在りては抵當權實行に依る競賣開始決定ありたる際未だ收穫せざるものに對し抵當權の效力を及ぼさしむへきものとなさざるへからず苟も抵當權を設定せんとする者は擔保せられたる債務不履行の場合に抵當權者より隨意に抵當權を實行せらるへきことは設定當時より豫期する所なるか故假令抵當權の效力の果實に及ぼさしめざるを前示の如くなしたればとて之を以て抵當權設定者に抵當不動産の使用収益を許したる民法規定の精神を貫徹するを得ざるものと云ふ能はず(二年(ナ)二六號、一年五月二六日東控民一判決、法律新聞八八五號二三頁)

七 民法第三百七十一條には「前條の規定は(第三百七十條には抵當權は抵當地の上に存する建物を除く外其目的たる不動産に附加して之れと一體を成したる物に及ふ云々と規定あり)果實には之れを適用せず但し抵當不動産の差押ありたる後又は第三取得者か三百八十一條の通知を(第三百八十一條には抵當權者か其抵當權を實行せんと欲するときは豫め三百七十八條に掲げたる第三取得者に(第三百七十八條には抵當不動産に付き所有權地上權永小作權を取得したる第三者云々と規定しあり)其旨通知することを要す)受けたる後は此限にあらす」第三取得者か第三百八十一條の通知を受けたるときは左の場合に限り前項但書の規定を適用す」と規定せるを以て債權者か抵當不動産の差押を爲したるか又は債權者か抵當不動産の第三取得者に對し抵當權を實行する旨の通知を爲し其後一年内に抵當不動産の差押ありたる以上は抵當不動産の果實に對し抵當權の及ふべきものなることは明白なりとす

(元年(コ)二一六號、大阪地民二判決、法律新聞八三一號二二頁)

八 民法第三百七十一條に所謂差押には競賣法に基く競賣開始決定も含むものとす (同上)

第三七二條

九 競賣法第三十二條第二項民事訴訟法第六百八十八條末項に依り再競賣の場合に於て再度の競



落代價か最初の競落代價より低きとき前の競落人に於て負擔する不足の額は民法第三百四條に所謂目的物の賣却に因りて債務者が受くべき金錢に外ならず故に債務者が其不足の額の支拂を受くるに先ち抵當權者に於て其不足額の支拂を受くべき債務者の債權の差押を爲すときは民法第三百七十二條第三百四條に依り抵當權は直接に其不足の額に及び抵當權者は其不足の額に付き他の債權者に先ちて自己の債權の辨濟を受くるの權利を有するに至るものとす抵當權は直接に其不足の額に及ぶか故に差押を爲したる抵當權者は自己の權利として前の競落人に對し其不足の額の支拂を請求するの權利を有するものと謂はざるべからず民法第四百二十三條は債權の効力に關する規定に過ぎず抵當權を行使する場合に其適用なし

(二年(オ)一七一號、二年九月二三日大審民一判決、法律新聞八九九號二七頁)

一〇 不動産の強制競賣も亦賣買の一種なるを以て此場合に於ける賣主は任意賣買に於けると同じく不動産の所有者なりとす而して民事訴訟法第六百八十八條第四項に所謂不足額は賣買代金の一部なるを以て該不動産を抵當とし金錢を貸渡したる抵當權者は民法第三百七十二條第三百四條に依り此不足額に付ても亦優先權を行使し得べく之を行使せんとするには其拂渡前差押を爲すことを要するものとす

(二年(ネ)五〇號、二年三月一五日大阪控民二判決、法律新聞八五八號二八頁)

一一 民法第三百七十二條は他人の債務を負擔する爲め自己の不動産に抵當權を設定したる場合の規定にして抵當權を設定せる土地を取得したる場合に關する規定にあらず

(元年(ナ)九七號、東控民一判決、法律新聞八八六號二五頁)

## 第二節 抵當權の效力

### 第三七 四條

一 利息に利息を附する所謂重利の契約は我國法の禁する所に非ざるを以て其契約の有効なるは論を俟たす然れば當事者か金錢貸借を爲すに當り重利の契約を爲し其元金及び利息の債權を擔保する爲め抵當權を設定したるときは該抵當權の効力は右元金のみならず重利の利息債權にも及ぶ者と謂はざるを得ず然れども所謂重利の契約を爲したる場合に於て延滞したる利息は法律上最早利息の性質を有する者にあらず既に元本に組入れられ其一部を爲す者と解せざるべからず然れば民法第三百七十四條の適用上利息を附する延滞利息は別に元本として抵當權を行ふことを得べきも利息として之に付き抵當權を行使することを得ざるに至るべし故に抵當權設定登記を爲す場合に於て重利の契約をも併せ登記するも民法第三百七十四條の規定に牴觸する者にあらず

(二年(ク)一四三號、二年六月二一日大審民一決定、法律新聞八八〇號二七頁)

二 明治三十四年法律第三十六號は民法第三百七十四條第一項の法意を明かにしたる解釋法規に外ならされは同法は其施行以前に設定せる抵當權の實行に關しても適用あるものとす

(二年(オ)一九一號、二年一〇月二一日大審民一判決、法律新聞九〇三號二七頁)

三 民法第三百七十四條第二項の損害賠償の權は別段の登記なしと雖も之に付き抵當權を行ふことを得

(二年六月七日法曹會決議)

### 第三八 一條

四 抵當債權者か其債權の辨濟を得んと欲せば或は強制執行の方法に依り或は競賣法に因る抵當不動産の競賣に因り其目的を達することを得べし其強制執行の方法に因る場合に二あり一は債權に基く強制執行にして他の一は抵當權に基く強制執行是れなり債權に基き強制執行を爲すに



は先づ金銭給付の訴を提起して其債務名義を得之に基き債務者所有の財産に對し強制執行を爲すにあり（故に抵當不動産が債務者の所有に屬するときは抵當債権者は債権に基き強制執行に因りても該不動産の強制競賣を爲すことを得へし）又抵當權に基き強制執行を爲すには金銭給付の訴に依る債務名義を得此の二個の債務名義（抵當不動産の所有者か同時に債務者たる場合に於ては必ずしも抵當權の訴と給付の訴とを各別に提起することを要せず二個の訴を併合し一個の訴を以て請求することを得へきも之に依りて得へき債務名義中には常に原告か被告に對し金銭の給付を求むる權利あることを認むるのみならず原告か被告の所有に係る抵當不動産に對し抵當權の實行として強制競賣の申立てを爲す權利を有することをも確定する必要あるものとす）に基き抵當不動産の強制競賣を爲すに在り（抵當權の訴の場合に於ては如何なる旨趣の請求を爲すへきかの問題に付ては多少疑ひなきにあらざるも抵當債権者が抵當不動産の所有者に對し其債権の辨濟を得る爲め抵當不動産の強制競賣を爲すことを承認すへきことを求むれば可なるものと認む）故に抵當不動産が債務者の所有に屬するときは抵當債権者は競賣法に依る競賣に依るも又抵當權に基き強制執行に依るも或は又債権に基き強制執行に因るも等しく抵當不動産を競賣に付し其賣得金を以て債権の辨濟に充當することを得へし

（東控民一判決、法律新聞八〇六號二二頁）

五 普通債権者が債権に基き強制執行に因り債務者所有の抵當權の設定しある不動産に對し強制競賣を爲す場合には豫め第三取得者に對し其旨の通知をなすことを要せざることを明なるを以て第三取得者に對しては何等の通知を爲すことなく抵當不動産の強制競賣の申立てを爲すことを得へし此の場合に於ては抵當債権者は抵當不動産の賣得金より其債権の優先辨濟を受くることの

目的を以て配當要求の申立てを爲し以て第三取得者に何等の通知を爲すことなく其抵當不動産の賣得金より優先の辨濟を受くることを得へし乍併其優先辨濟を受け得へき點に於ては抵當債権者が自ら債権に基き強制執行に因り抵當不動産の強制競賣を爲したる場合と他の普通債権者の申立に因り抵當不動産の強制競賣を爲したる場合とに於て何等異なるところなく抵當債権者の目的は孰れの場合に於ても抵當不動産に付き債権の優先辨濟を得んとするに在り而らば抵當債権者が債権に基き自ら抵當不動産に對し強制競賣の申立てを爲すときは第三取得者に其旨の通知を爲すことを要し他の普通債権者に於て抵當不動産に對し強制競賣の申立てを爲すときは之れを要せずと云ふか如きは決して正當の解釋と認め難きを以て他の普通債権者が抵當不動産に對し強制競賣の申立てを爲さんとする場合に第三取得者に對し豫め其旨の通知を爲すことを要せずとせば抵當債権者が其債権に基き強制執行に因り抵當不動産の強制競賣を爲す場合にも亦第三取得者に對する通知は之れを要せざるものと解せざるべからず（同上）

六 抵當債権者は競賣法に従ひ抵當不動産の競賣を爲す場合の外に債権に基き強制執行に依るも或は又抵當權に基き強制執行に因るも等しく其債権の辨濟を受くることを得へし債権に基き強制執行は債権者に於て先づ金銭給付の訴を提起し其債務名義を得之れに基き債務者所有の財産に對し強制執行を爲し以て其債権の辨濟を受くるにあり又抵當權に基き強制執行は右金銭給付の訴に依る債務名義の外に尙ほ抵當權の訴に依る債務名義を得此二箇の債務名義に基き抵當不動産の強制競賣を爲し以て其債権の辨濟を受くるにあり（蓋し抵當權の訴の場合に於て如何なる旨趣の請求を爲すへきかの問題に付ては多少の疑ひなきにあらすと雖とも抵當權者が抵當不動産の所有者に對し其債権の辨濟を得る爲め抵當不動産の強制競賣を爲すことを承諾すへき



旨を求むべきものとす又抵當不動産の所有者が同時に債務者たる場合に於ては必らずしも抵當權の訴と金銭給付の訴とを各別に提起することを要せず二箇の訴を併合し一箇の訴を以て請求することを得べきも之れに依りて得べき債務名義中には常に原告か被告に對し金銭給付を求むる權利あることを明らかにすることを要するのみならず原告か被告の所有に係る抵當不動産に對し抵當權の實行として強制競賣の申立を爲す權利を有することをも確定する必要があるものとす）故に抵當不動産か債務者の所有に屬するときは抵當債権者は競賣法に依る競賣に依るも又抵當權に基く強制執行に因るも或は又債權に基く強制執行に因るも等しく抵當不動産を競賣に付し其賣得金を以て債權の辨濟に充當することを得べきなり

（四四年（ナ）九七號、元年二月二六日東控民一判決、法律新聞八六七號二一頁）

七 債權に基く強制執行は廣く債務者所有の財産に對して之れを爲すことを得るに止まり債務者の所有に屬せざる財産に對しては如何なる場合と雖とも之れを爲すことを得ざるは民事訴訟法上毫も疑ひを容るべき餘地なきを以て抵當債権者か其債權に基つて強制執行に因り債務者所有の抵當不動産に對し強制競賣を爲すことを得るは其不動産か抵當權の目的たるか爲めにあらずして獨り債務者所有の財産なるか爲めに外ならざるものと謂はざるべからず従つて債權に基く強制執行にありては抵當不動産か債務者の所有に屬する場合にあらざれば其の不動産を競賣に付することを得ず債務者か或る不動産の上に抵當權を設定したる場合と雖とも強制執行前に其の不動産を他人に讓渡したるときは抵當債権者は債權に基つて強制執行に因りては決して該不動産の強制競賣を爲すことを得ざるものとす之に反して競賣法に依る競賣又は抵當權に基く強制執行は孰れも抵當權の存在を前提として之に基き（抵當權に基く強制執行の場合に其旨の債

務名義を要することは勿論なり）抵當不動産を競賣に付し其賣得金を以て抵當債權の辨濟に充當することを目的とするものなるを以て抵當不動産か債務者の所有に屬すると否とは固より問ふ所にあらず抵當債権者か競賣法に依る競賣又は抵當權に基つて強制執行に因り抵當不動産を競賣し其賣得金を以て債權の辨濟に充當することを得るは其不動産に對し抵當權を有するか爲にして抵當不動産か債務者の所有に屬するか爲めにあらず従つて抵當債権者は競賣法に依る競賣又は抵當權に基つて強制執行に因るときは單に抵當不動産の賣得金より債權の辨濟を受くることを得るに過ぎずして債務者か他に多くの執行し得べき財産を有する場合と雖とも之れに對しては毫も強制執行を爲すことを得ざるものとす夫れ斯の如く債權に基く強制執行は競賣法に依る競賣又は抵當權に基く強制執行とは其趣を異にし競賣法に因る競賣又は抵當權に基く強制執行は抵當權の存在を前提とし抵當不動産に對してのみ之れを爲すことを得べきものにして所謂抵當權の實行に外ならずと雖とも債權に基く強制執行にありては其執行の目的物は單に債務者の所有物たることを要するに止まり抵當權の存在の如きは固より之れを問ふの要なし債權に基く強制執行は競賣法に因る競賣又は抵當權に基く強制執行とは全然別箇の觀念たり従つて債權に基く強制執行は假令抵當債権者か其債權に基き債務者所有の抵當不動産に對し強制競賣を爲す場合と雖とも之れを以て抵當權の實行に外ならざるものと爲すことを得ず（民訴六四九條参照）

（同上）

八 債權に基く強制執行は抵當權の實行とは全然別箇の觀念なるを以て抵當權實行の場合に第三取得者に其旨の通知を爲すべき旨の民法の規定を擴張して債權に基く強制執行の場合にも第三取得者に抵當權實行の通知を爲すべきものとするは蓋し正鵠を得たる見解にあらず然れとも債



權に基く強制執行に因り抵當不動産を競賣に付したる場合に於ては抵當權を實行したると同一の結果を生すべきを以て此の點より觀察するときは債權に基く強制執行の場合に於ても第三取得者に對し抵當權實行の通知を爲すを至當と爲すべきか如し之れ或は一理なきにあらざるもの如しと雖とも債權に基く強制執行に因り抵當不動産を競賣に付したる場合に於て抵當權者か優先の辨濟を受くることを得るは債權の效力の結果にあらすして法か同一不動産に對する二重の競賣手續きを避くる爲め特に設けたる規定の結果に外ならざるのみならず普通債權者か其債權に基く強制執行に依り抵當不動産を強制競賣したる場合に於ては抵當權者は抵當權の實行を爲さざるも法の規定の當然の結果として抵當不動産の賣得金より優先の辨濟を受くべき權利を行ひ得る者なるか故に抵當權の實行を爲すものと謂ふことを得す又強制競賣の申立を爲したる普通債權者にあらざるか故に抵當權の實行を爲すものにあらざること論なきところなれば右の場合に於ては結局抵當權の實行を爲す者なく從つて第三取得者に對し抵當權實行の通知を爲すことを要せずして抵當權者は抵當不動産の賣得金より優先の辨濟を受け抵當權を實行したると同一の結果を獲得することを得べきなり果して然らば抵當權者か其債權に基く強制執行に因り抵當不動産を強制競賣したる場合に於ても又同一の論斷を爲さざるへからず何んとなれば債權に基く強制執行に於て抵當權者か等しく優先の辨濟を受くることを得るに拘らず抵當權者より之を爲すときは第三取得者に抵當權實行の通知を爲すべき者とし之に反して普通債權者より之を爲すときは右の通知を爲すを要せずとするの理なければなり(民訴六四九條參照) (同上)

## 第三八二條

## 九

抵當權者か抵當權の實行をなさんとするに當り抵當不動産に付き所有權地上權又は永小作權を取得したる第三者あるときは此等の第三者に豫め其實行せんとする旨通知することを要する

は民法第三百八十一條の規定する所にして此通知を受けたる第三取得者は其之を受けたる日より一个月内に同第三百八十三條所定の手續を爲すにあらざれば抵當權を滌除するの權利を喪失す而して右通知ありたる以後に於て更に前記の權利を取得したる第三者の滌除權も亦前同一期間内に限り之を行使することを得るに止まるものなること同第三百八十二條第三項の規定する所なるか故に若し右通知後にして且前記期間經過後に於ける前記權利の第三取得者は結局滌除權を有せざるものと謂ふべく而して特に規定なき以上其第三取得者か其權利取得の當時既に右通知のありたることを知れると否とにより何等區別なかるべきなり蓋一面滌除權を認めて第三取得者を保護すると同時に一面抵當權者の利益をも看過すへからざるものあるによる果して滌除權を有せざる第三者あること上叙の如しとせば斯る第三取得者に對し故らに抵當權實行の通知を爲すの要あることなく又從て之を爲すの義務なきこと勿論なり

(四五年(ワ)五號、元年九月二日函館地民判決、法律新聞八一八號二七頁)

## 第三八三條

## 一〇

第三取得者か民法第三百八十三條に依り滌除の通知を爲し債權者か法定の期間内に増價競賣の請求を爲さざる爲め同法第三百八十四條第一項に依り第三取得者の提供を承諾したるものと看做されたる場合に於て第三取得者か辨濟又は供託を爲さざる時は如何なる結果を生すべきか第三取得者の滌除は辨濟又は供託を爲さざるに因り當然消滅すべきか又は依然として存續すべきか此點に付き民法其他の法令中何等の明文なきも特に滌除權を喪失せしむる趣旨の規定あらざるを以て第三取得者の有する滌除權は辨濟又は供託を爲さざるに拘らず尙ほ存續するものと爲さざるを得ざるへし然れとも之か爲め直に第三取得者は抵當權の實行を妨ぐる權利を有する者なるか又は抵當權者は其權利を實行することを得すとの論結を生ずる者にあらず元來抵



當權者は完全なる権利を有するものなるを以て本来何等の制限なく其権利を實行することを得へき筈なるも民法は第三取得者に對し辨濟又は滌除に因り抵當權を消滅せしむるの權利を認め其權利を行使せしむる爲め第三百八十七條に於て一定の期間内抵當權の實行を爲すことを得ざる旨を定めたるに過ぎず故に第三取得者か一旦滌除に着手し民法第三百八十三條に依り書面の送達を爲すも同條第三號に定めたる金額を辨濟又は供託せざるに於ては抵當權は未だ滌除に因り消滅したるものにあらずるを以て抵當權者は其債權の辨濟を受くる爲め其權利を實行することを得るものと謂はざるべからず若し民法第三百八十七條に「抵當權者か第三百八十二條に定めたる期間内に第三取得者より債務の辨濟又は滌除の通知を受けざる時は抵當不動産の競賣を請求することを得」とある爲め一旦滌除の通知を受けたるときは抵當權者か永久に其權利を實行すること能はざる者とせば右に説明したる如く抵當權者は本来其權利を實行することを得るものなるも第三取得者の利益の爲め一定の期間一時之を行使すると能はざるに過ぎざるものと爲したるものなるに永久的に其權利を行使することを得ず即ち永久的に抵當權の實行に因り債權の辨濟を受くることを得ざるものと爲すか如きは極めて不條理なるのみならず我民法上第三百八十三條第三號の規定に依り第三取得者の爲す辨濟又は供託は滌除權行使の方法と看るべく之を以て抵當權者其他の債權者に對する債務の履行と認むることを得ざるを以て抵當權者は第三取得者に對し其辨濟又は供託を強制して債權の辨濟を受くることを得ざるべく又假に抵當權者か第三取得者に對し辨濟又は供託を強制することを得るものとするも民法其他の法令中其強制に關し特に簡易の方法を規定したるものなきを以て結局普通の手續に依り訴を提起し債務名義を得て強制執行を爲さざるを得ざるに至るべく(舊民法債權擔保編第二百六十八條は辨濟

## 第三八四條

方法に付き民事訴訟法に特別なる規定あることを豫想したるか如きも)其結果怠慢なる第三取得者を保護するの厚きに失し何等の過失なき抵當權者の權利を不當に害することと爲り抵當權者の權利を害せざる範圍内に於て第三取得者の利益の爲め滌除の制度を認めたる立法の精神に反すること甚しきに至るべからず(四五年(リ)一〇五號、同年六月二十九日東控民一決定)

一一 民法第三百八十四條第三項に債權者は代價及び費用に付擔保を供することを要すとあるは現實に擔保を供することを要する趣旨なることは勿論なるも其現實に擔保を供するは増價競賣の請求と同時にならざるべからざるか或は又其以後にても可なるか單に同條の規定のみにては明かならず然れども競賣法第四十條には増價競賣の請求を送達したる日より三日内に擔保の認許を求むることを要する旨の規定あり又同法第四十一條第一項第四號には競賣の申立書には擔保を表示すべき旨の規定あり而して此等の法條に擔保とあるは將來提供すべき擔保を謂ふにあらず現實に提供したる擔保の意義に解すべきものなるは法文上疑なきものと認め然れば民法第三百八十四條に所謂擔保の提供なるものは少くとも増價競賣の請求を送達したる日より三日内に競賣の申立と同時に現實に之を爲さざるべからざるものなること明かなり

(二年(ク)三三三二號、二年一〇月二四日大審民一判決、法律新聞九一一號二六頁)

一二 民法第三百八十四條第二項には増價競賣の請求をなすには若し競賣に於て第三取得者か提供したる金額より十分の一以上高價に抵當不動産を賣却すること能はざるときは十分の一の増價を以て自ら不動産を買受へべき旨を附言することを要すと規定し第三項に於て此場合には債權者は此代價及費用に付き擔保を供することを要する旨規定しありて其文詞より見るときは債權者は増價競賣を第三取得者に請求する際擔保を供するの義務あるか如しと雖も元來民法が該



擔保の供與を命したるは若し之を供せしむるに非れば債權者が其買取義務を履行せず又は之を履行すること能はざる場合を生し且無責任なる増價競賣の請求を豫防すること能はざるに至らんことを慮りたるに因るものなるを以て右擔保も右弊害を防遏し得べき時期に於て供すれば足るものなりと謂ふべく而して競賣法第四十條乃至第四十四條の規定に依れる増價競賣の請求を爲したる債權者は其請求をなしたる日より三日内に増價競賣の申立てを爲し且擔保の認許を求むることを要し該期間内に申立をなさざるときは増價競賣の請求を無効なりとし該申立ありたるときは裁判所は期日を定めて當事者を審訊したる後擔保許否の裁判をなし擔保を認許せざるときは増價競賣の請求は其効を失ひ又擔保を認許したるときは競賣手續開始決定をなすべきものなるを以て競賣手續開始決定前に於て擔保を供すれば法律の目的を達するに十分にして競賣の請求と同時に之を供するの必要なしと謂はざるべからず即ち競賣法に所謂擔保認許の裁判とは既に供したる擔保を検證することを指稱するものに非ずして債權者の供せんとする擔保は適當なりや否やを裁判するものなりと謂ふべく従つて擔保を認許する裁判ありたる後債權者をして擔保を供せしめ然る後競賣手續開始決定をなすべきものと解するを妥當なりとす若し増價競賣の請求と同時に必ず擔保を供する義務ありとせんか増價競賣を請求する債權者が數人存する場合に於ては右擔保は其中競賣の申立をなしたる債權者にのみ供せしむれば前示民法が擔保の供與を命したる目的を達するに十分なるに拘はらず他の債權者にも等しく擔保を供せしめざるべからざるの結果を生し且競賣法第四十三條第二項に競賣の請求書を送達したる他の債權者もありて擔保を供したる他の債權者と規定せざる法文と牴觸するに至るべし且擔保供與の手續より之を觀るも擔保の種類は對人擔保たると金錢有價證券其他の動産又は不動産等の物上擔保た

るとを問はず裁判所が適當なりと認めたる者なれば足り其擔保供與の手續は對人擔保は第三取得者に對し之を供し金錢有價證券及動産は供託法の規定に従ひ之を供託し不動産は之に擔保權を設定すべきものなれとも對人擔保及動産不動産を擔保に供することは殆んど行はれざるところにして大抵金錢又は有價證券を以て之をなすも之が供託に付きては民法其他の法令に債權者が直に供託し得る旨の規定なきにより裁判所の命令に依るに非されは之を供託する能はざることとは供託法及供託物取扱規程に依り明瞭なり然るに裁判所は擔保認許の裁判をなしたる場合の外擔保物供託の命令を發すべきものに非ざるを以て債權者は競賣の請求と同時に之を供する方法なき不都合なる結果を生するに至るべし或は金錢有價證券動産は之を第三取得者に交付し債權を設定すべきものなりと論ずるものあらんも此の如きは甚だ危険なる結果を來すのみならず若し第取三得者か之れか受領を拒みたるときは遂に擔保供與の途なきに至り債權者は何等の過失なくして増價競賣の請求權を失ふの結果を生すべし是豈此法の精神ならんや然れば増價競賣の請求と同時に擔保を供せざりしとして該請求を違法なりと謂ふを得ず

(四五年(ソ)二二二號、四五年七月二五日東地民五判決、法律新聞八〇九號二五頁)

## 第三八條

一三 民法第三百八十八條に「土地及び其上に存する建物か同一の所有者に屬する場合に於て其土地又は建物のみを抵當となしたるときは抵當權設定者は競賣の場合に付き地上權を設定したるものと看做す云々」とあり同第三百八十九條に「抵當權設定後其設定者か建物を築造したるときは云々」とあるを以て此兩條を對照するに前の法條は抵當權設定當時存在したる建物か競賣のときに至り依然存在したる場合後の法條は抵當權設定後築造したる建物か競賣の時に於て存在したる場合に關することは文理解釋上疑ひなきところなり



(二年(ナ)一八號、二年三月二二日東控民一判決、法律新聞八六二號二五頁)

一四 民法第三百八十八條の主旨たる抵當不動産の競賣により土地と建物との所有者を異にするに至りたる場合に建物の競落人をして土地使用の権利を得せしむるに非されは該競落人は建物を撤去し地所を明渡さざるを得ざるに至るべく而かも此の如きは取毀ちの爲めに之れを競落したる稀少なる特例を除き一般建物競落人に對し多大の損害を來すべきのみならず國家經濟の上より見るも取毀ちにより建物として獨立の存在を失はしむるは頗る不利益なるに因り特に建物の競落人をして法律上地上權を取得せしめたるに外ならず果して然らば土地又は建物の一方を抵當となしたると其双方を抵當と爲したるとを問はず苟くも競賣の結果其所有者を異にするに至りたる場合には均しく同條の適用あること疑を容れず

(四五年(ワ)三三三號、東地民四判決、法律新聞八〇三號二二頁)

一五 民法第三百八十八條の規定か當事者の意思を推測するの規定なりとせば反對の意思表示ある場合に之を適用せざるは當然のことなり然れども意思推測の規定にして反證を許さざるの理なきを以て「地上權を設定したるものと看做す」と規定せる民法の趣旨は當事者の意思を忖度せるものにあらずと解するを至當とす況や土地の上のみに抵當權を設定したる場合に於ては土地の所有者は自己の爲に其土地に付き地上權を設定することを得ざるは當然のことなるに於てをや左れば同條の規定は地上權設定の意思を推測するにあらずして國家經濟上の必要に基き當事者の意思に拘はらず地上權の設定ありたるものとするの趣旨に外ならず即ち法律の強行的規定に依り當然地上權を發生せしむるものと解するを至當とするを以て之に反する特約は其効力なきものとす

(元年一月一六日法曹會決議)

第三九  
四條

一六 抵當權者は常に抵當權のみならず債權をも併有するものなるか故に其債權に基き普通債權者と同じく債權者の抵當不動産以外の財産に對し強制執行を爲し得るや論を俟たず而して其強制執行たるや必しも抵當不動産に對し權利を實行したる後たることを要するにあらず民法三百九十四條は抵當權者か抵當不動産を以て全部の辨濟を受くること能はざる場合に於て如何なる條件の下に他の財産を以て辨濟を受くることを得るかを定めたる規定に過ぎず

(二年一月二五日法曹會決議)

第三九  
五條

一七 抵當權者か抵當權の實行に着手し抵當不動産に付き競賣申立の登記を爲したるときは之れと同時に其不動産の所有者は其不動産に付き抵當權者の權利に影響すへき一切の登記行爲を爲すことを禁せらるる者とす故に不動産の所有者は其不動産上に地上權其他の物權の設定登記を爲すことを得ざるは勿論賃貸借契約を登記し之を不動産の競賣後に存續せしむるを得ず從て不動産所有者か競賣申立の登記前に於て第三者と賃貸契約を締結したる場合と雖とも其申立の登記後に至り之か登記を爲したるときは第三者は其賃借權を以て抵當權者及び不動産の競落人に對抗することを得ざるものとす而して民法第三百九十五條の規定は不動産の所有者か未だ其行爲の制限を受けざる通常の場合を規定せるものにして既に不動産の所有者か競賣の申立に依り其行爲を制限せられたる場合は同條の規定外に屬す

(元年(オ)一三三二號、二年一月二四日大審民二判決、法律新聞八四六號二七頁)

一八 抵當權者は其物に追隨して優先辨濟を受くる權利を有するに過ぎずして所有權の移轉若くは地上權永小作權等の設定を阻止する權利を有するものにあらずされは土地所有者の永小作權設定は永小作料の廉不廉に拘はらず固より有効にして只永小作權者か抵當權の滌除を爲さざる



に於ては抵當權者は永小作權に關せず抵當物件を競賣することを得べく而して永小作權は競落に依りて當然消滅す可きものとすされは永小作料か如何に低廉なりとするも毫も抵當權を害すへき理あることなし、是れ抵當不動産に付地上權永小作權等を設定したる場合に付民法第三百九十五條の如き規定の存せざる所以なり (前橋地民判決、法律新聞八三九號二六頁)

一九 民法第三百九十五條の抵當權者に與ふるに其抵當權に損害を及ぼすへき借貸借の解除を裁判所に請求し得へき實體上の權利を以てし(訴としては創設の訴となる)敢て借貸借契約を締結したる當事者に解除の意思表示を爲さしむへき實體上の權利を與へたるにあらず其他此の如き場合に解除の意思表示を求むへき權利を抵當權者に與へたる規定の存するなし (二年レ三號、大阪地民三判決、法律新聞八六五號二五頁)

## 第三編 債權

### 第一章 總則

#### 第一節 債權の目的

第四〇 一 現今一厘以下の通貨なく又特別の規定なき以上は厘位以下を繰上ぐることを得ざるを以て裁判所か厘位以下を繰上げ計算したるは不當なり (四四年ネ四七八號、二年二月二〇日東控民二判決、法律新聞八七五號二二頁)

#### 第二節 債權の効力

#### 第四一

一 履行の請求は債務の履行を促すの意思の發表にして私法上の行爲なれば之か效果は一に民法の規定に従ひ之を定めざるへからず給付の訴に於て履行の請求を爲す場合と雖訴の提起か履行請求の效力を生ずるものに非ずして訴狀に包含せられたる債務の履行を促すの私法上の意思の發表か訴狀の送達を以て相手方に到達するに因りて履行請求の效力を生ずるものなり故に訴の提起か訴訟法上有效ならざりしと否と後に訴の取下ありたると否とは履行請求の私法上の效力に何等の影響を及ぼすことなきものとす (二年オ一五五號、二年六月一九日大審民一判決、法律新聞八七八號二五頁)

二 支拂命令の送達は權利拘束の效力を生じ約束手形の所持人か其手形を債務者に呈示して支拂ひの請求を爲す場合に比し一層有力なる請求方法なるのみならず手形債務者は之れに依りて其債權者を確知し得へきものなるを以て手形の満期日以後手形金に付ての支拂命令か債務者に送達せられたるときは其送達は手形の呈示と同一の効力を生ずべく此場合に債務者か其債務の履行を爲さざるときは其時より遲滞の責に任ずるものと解するを相當とす (四四年ネ二八八號、東控民二判決、法律新聞八二二號二二頁)

三 債權者の意思にして必らず請求したる丈けの額の支拂ひを欲し若しそれより少なき額の支拂なれば之れを受取らざる主趣なることか認め得へき場合には請求額か過當なる爲め債務者か催告に應せざりしことは付遲滞の效を生ずへきものにあらず (四五年ネ一〇三號、四五年七月二日東控民三判決)

四 債權者に於て何時にても請求し得へき債權にして其請求ありたるときより一定の期間を経過したる後辨濟すへき債權の性質に付ては多少の疑ひありと雖も期限の定めなき債權の一種にし



て債権者の請求ありたる場合に債務者に一定の期限内履行の猶豫を與へたるものと解するを穩當とすべきなり

(四五年(ネ)一八八號、二年三月一三日東控民二判決、法律新聞八六七號二三頁)

五 債務の支拂延期證書に「不得止御回復の期を待つ事に可致候得共一日も早く何程なりとも御入金被下度云々」とあるときは無制限に延期を爲したるに非ずして債権者が一時恩惠的に債務者に對し手厳しき催促を爲さざる旨を約したるに止まり身代持直し次第と云ふの意に非ずと解するを相當とす

(四五年(ワ)五〇五號、元年一〇月一九日東地民二判決、法律新聞八三〇號二二頁)

六 不法行爲に因る債権は期限の定めなきものなるを以て其の履行の請求ありたる時より遅延利息を支拂ふへし(元年(ワ)二七四〇號、二年三月一日東地民三判決、法律新聞八七一號二二頁)

第四條一  
七 凡そ權利の國家的保護に付ては之に訴權即ち判決請求權を與へ判決に依りて之を保護する場合と之に強制執行請求權を與へ強制執行に依りて之を保護する場合は自ら區別の存するあり夫の確認判決及創設判決の場合に在りては強制執行なくして完全に保護を與へ得ること疑なく又和解調書若くは公正證書に依りて執行する場合は判決なくして強制執行のみに依りて保護を與ふることも亦明白なり即ち此等の場合に在りては判決と強制執行とは相伴はず二者全く獨立したる權利保護の方法たることは一見明瞭なり然るに獨り給付判決の場合に於てのみ判決と執行とは相牽連するものとし執行し能はざる判決は之を爲すこと能はずと云ふか如きは大きな誤謬なり訴訟法上の原理よりするも凡そ權利が其保護を必要とする場合に於て之れに判決請求權に依る保護を與へざるものあることなし而して縱令權利の性質上強制執行に適せざる場合にも

其權利の存否を確定し給付を命ずる判決を與ふるものなり義務の性質が本來強制執行を爲し能はざるものに在りては國家は給付判決を命じて以て義務者の任意の履行を促かすも義務者にして任意の履行を爲さざるときは國家と雖も權利其者の保護に付ては其以上に爲し能はざる處にして給付を命ずる判決を爲すを以て其保護の極度と爲すの外なきなり隨て權利者も亦其保護に付ては此請求に止め其れ以上は方向を轉して履行に代ふる損害賠償を求むる等他の手段を執るの外なし然るに判決確定せは強制執行に進む普通の狀態に眩惑され判決と強制執行とは獨立したる權利保護の觀念なるに之を混同し性質上強制執行し能はざる權利は單に給付を命ずる判決に依る保護をも之を與ふるを得すと云ふは不當なり是れ其國家が與へ得る保護の手段を極度まで盡さしむるに至らずして猥りに之を縮少せんとするものにして其理由なきは勿論なり民法第四百十四條第一項は訴權即ち判決請求權に關する要件を定めたるものにあらず強制執行に關する規定にして所謂強制履行の文字は必ずや直接の強制執行の意味に解釋するを妥當と爲すを以て叙上の説明と其觀念に於て矛盾する所なし

(二年(通)一一〇號、二年一〇月一三日岐阜地民判決、法律新聞九〇八號二五頁)

第四條一  
八 民法第四百十五條同第五百四十三條に所謂履行不能は必ずしも物理的不能を意味するものにあらず一般取引上の觀念に従ひ其然るや否やを判別することを要するを以て債務の履行が物理的には尙ほ可能性を失却せざる場合と雖も取引上の觀念に於て之を不能視すべきものなるときは其履行は我民法の意義に於て不能たるを妨げざるを以て債権者の爲めに全部賠償の請求權と契約解除權とを認めざるへからず而して賣主が賣買の目的物を第三者に讓渡したる場合と雖とも賣主は更に第三者より其所有權を讓受け之を買主に移轉することは物理的には不能なりと



謂ふこと能はさるも第三者が果して再譲渡の要求に應ずるや否や賣主が果して第三者をして目的物の再譲渡を承諾せしむるの手段方法を有するや否やは全く不明にして疑はしき場合に於ては之を否定するを以て取引上の通念と爲すに依り賣主が買戻其他の方法に依りて第三者より目的物の所有權を回復し之を買主に移轉することの可能なる事實を證明したる場合は格別其他の場合に於ては賣主が買主に對して負擔せる所有權移轉の義務は履行不能の状態に在る者と斷定せざるへからず是れ他人の所有物を以て賣買の目的物としたる場合と趣を異にする所なり何となれば此場合に於ては賣主は其所有權を取得して之を買主に移轉するの義務を負ふ者なれば目的物の所有權が他人に屬するの一事のみを以て其履行を不能なりとするを得ず之を不能なりとするには之を肯定すへき特別の事情存することを必要とするを以てなり故に自己の所有物を他人に賣渡したるに拘はらず更に之れを第三者に賣渡したる場合に在りては賣主の義務は茲に其責に歸すへき事由に因り履行不能となりたるものなれば賣主は代金を提供して履行の催告を爲すことを要せずして當然契約を解除し及び損害賠償を請求するの權利を有す

(二年(オ)九〇號、二年五月二二日大審民二判決、法律新聞八七二號二七頁)

九 債務者が債務の履行を爲さざるに依り債權者に生したる損害が債務の不履行に因り通常生ずへき損害なるときは債權者は債務者に對し其損害の賠償を求むるを得へし而して此損害賠償の請求權は債務の履行を求めたる後にあらされは之を行使し得ざる旨の規定なきを以て債權者は債務の履行を求めずして直ちに債務者に對し右の損害賠償を請求することを得へし

(元年(ナ)八四號、元年二月二二日東控民一判決、法律新聞八四四號二二頁)

## 第四一六條

一〇 一般米穀の賣買に於て取引者の利得する利益は賣買價格の二割を通常とするを實驗上相當

とす故に特別なる立證なき限りは之を標準として損害の額を決すへきものとす

(四五年(ネ)三二四號、二年六月二四日東控民三判決、法律新聞八九〇號二二頁)

一一 移民が同盟罷業に加入し耕地主より放逐せられ又は逃亡して契約期間内労働に従事せざりしを以て移民會社が外國政府より右移民の補助金を受くるを得ざりしときは其之を受くる事を得ざりしは全く右移民の契約違背の行動即ち債務の不履行に關連することは言を俟たずと雖も之を受くる事を得ざりしに因りて生したる會社の損害は決して債務の不履行より通常生ずへき損害にあらず蓋し通常生ずへき損害とは事物の通常の進路順序として生ずへき損害を指稱するものなるを以て債務者が第三者より得へかりし利益を得る能はずして被むりたる損害の如きは債務者不履行の通常の進路順序として生ずへき損害と謂ふを得されはなり然らば此の種の損害は民法第四百十六條第二項に所謂特別の事情に因りて生したる損害は當事者が其事情を豫見し又は豫見することを得へかりしときにあらされは債權者は其賠償を求むることを得ざるものなるか故に會社の前示損害にして特別の事情に因りて生したるものなること前述の如しとせば先づ以て債務の不履行を爲したる移民は其事情を豫見したるや又は豫見することを得へかりしや否やを判定せざるへからず此點に付ては前示各移民に於て會社が外國政府より受くへき補助金は移民等が契約期間内労働に従事することを條件とし該期間内移民が逃亡し又は放逐せられたるときは之を下付せられざること之を下付せられるときは會社が其れだけ損害を受くることとの是等事情を知悉し居たることを認むるを得へきを以て會社が右補助金を受くることを得ざるに至りし前示特別の事情は各移民に於て之を豫見せることは明かなりと謂ふ可し然らば移民は會社が補助金を得ざりしにより被むりたる損害金に付き賠償の責任あること勿論なり



第四一  
九條

(四四年(ワ)一三六四號、東地民二判決、法律新聞八一二號三頁)  
一二 民法第四百十九條に依り損害賠償として支拂ふ金額は所謂遅延利息にして利息たるの性質を具有す蓋し利息とは流通資本より生ずる所得にして元本債務の従として支拂はるるものを謂ひ特り約定利息のみならず遅延利息其他の法定利息を包含するものなればなり加之民法は第四百十九條に於ては利息なる文字を使用することなきも他の法條に於て同條に依り支拂ふべき金額を指すに利息なる文字を以てせり例へは第六百六十九條の如き是なり斯の如く債務者が民法第四百十九條に依り支拂ふべき金額の利息なることは性質上及び法文上の根據を有す

(四五年(オ)一七一號、四五年六月一五日大審民一判決、法律新聞八〇一號二七頁)

第四二  
〇條

一三 婚姻の豫約は法律上無効なるを以て婚姻豫約不履行の場合に於て當事者か其損害賠償に付き特に契約を爲すことあるも其契約の成立か右豫約の前なると後なると將た同時なるとを問はず常に其契約は無効なり

(二年(ワ)八七號、二年三月三一日東地民三乙判決、法律新聞八六三號三四頁)

第四二  
二條

一四 會社取締役在職中請負人に過つて賃金の過渡を爲し會社に損害を蒙らしめたる爲め會社の請求に應じ過渡金額の辨償を爲したるときは會社に代位して不當利得返還請求權を行使することを得

(二年(ネ)一一九號、二年六月一八日東地民四判決、法律新聞八九三號二五頁)

第四二  
三條

一五 第三者か他人間に爲されたる假裝登記に付き其抹消手續を求めんには必ずや其行使を他人に要求するの權利なかるへからず土地所有者は所有權の作用として其土地に付存する假裝登記の抹消を要求し得べく又所有者の債權者は民法第四百廿三條に基き所有者に代位して抹消請求權を行使得しへきも債權者は自己の權能として債務者か第三者との間に爲したる假裝登記に付

き第三者に對し其抹消手續を要求するの權利なきを原則とす蓋し債權の効力は相對的にして民法第五百八十一條第六百五條に因り買戻權若くは賃借權の登記を経たる場合及民法第四百廿四條に因り詐害行爲廢罷訴權を行使する場合の如く法律上特に第三者に對する債務者の權利を認容したる場合は格別然らざれば單に債務者に對し行爲不行爲を要求し得るに過ぎざるものなればなり

(元年(ネ)一八五號、長崎控民一判決、法律新聞八三三號二四頁)

一六 民法第四百二十三條に依れば間接訴權とは債權者をして其債權保全の爲め債務者に屬する權利を行使せしむることを謂ふ隨つて一面債務者は依然として右權利の主體たる地位を失はざると共に一面債權者は他人の權利を自己の名に於て行使し得る地位を獲得するものとす而して權利行使の結果は權利主體に直接歸屬すべきこと當然なるか故に債權者か間接訴權の效力として債務者所屬の權利を行使するによりて得べき結果は之を債務者に歸せしめざるへからざること多言を要せず隨つて行使の目的たる權利か債務者所屬の債權なる場合に在りては債權者は債務者に對し給付を爲すべきことを第三債務者に向つて要求し得るに止まり債權者自身に對し直接其給付を爲すべきことを要求し得るものにあらず然らば甲か賃借せる乙所有の地上に丙か何等權原なくして家屋を所有せりとせんに此際甲か間接訴權に基づき乙より丙に對する地所明渡しに對し其明渡しを請求し得べきにあらざりては宜しく乙に對し地所を明渡すべきことを請求すべく丙自身に對し其明渡しを請求し得べきにあらざり

(四五年(ネ)四一八號、二年二月二六日東地民三判決、法律新聞八六八號二二頁)

一七 民法第四百二十三條第一項に依れば債權者は自己の債權を保全する爲め其債務者に屬する權利を行ふことを得る旨規定すれとも同條は債務者の有する現實の財産か債權者の債權を満足



せしむるに足らざる場合に於て其財産を保存し又は之れを増加する爲め債權者をして債務者に屬する權利を行使することを得せしむるの法意に過ぎずして同條は固より債務者に屬する權利を債權者に移轉し若くは債權者に債務者の代理人たる權限を與ふるものに非ず又債權者に直接自己の債權の満足を受くるとを許したるものに非ず換言すれば同條に依る債權者の權利は債權の效力として其債權を保全し以て強制執行の準備たる作用をなすことを目的とする實體法上の權利にして強制執行とは全く其性質を異にす故に債權者か同條に依り債務者の權利を行使したるときは債務者か自ら之れを行使したる場合と同しく其效果は當然債務者に歸し債權者は更に強制執行の方法に依るに非されは之により直ちに満足を受くこと能はざるものとす從て債權者は債務者か第三債務者に對し物の引渡を求むる權利を有する場合に於ては其權利を行使して第三債務者に對し債務者に其引渡を爲すことを要求し得るは勿論なれとも第三債務者に對し直接其物の引渡を要求するの權利なきものと謂はざるべからず

(四四年(ワ)一四五八號、四五年五月二四日東地民四判決、法律新聞八〇三號二二頁)

一八 民法に於て債權者に債務者の法律行爲を取消し得べき權能を認めたる所以の者は之に依り債務者の辨濟資力の減少を防ぎ以て債權者の保護を全からしめんとするにあるや言を俟たざる所なれば苟も辨濟資力に消長を來さされは債權者は決して債務者の行爲に干渉するを得ず

(四五年(ネ)九〇號、二年九月三〇日東地民三判決、法律新聞九〇七號二三頁)

一九 甲か其所有地を乙に賣渡し乙は之を丙に賣渡し而して孰れも其所有權移轉の登記を爲さざる場合に於ては丙の債權者丁は民法第四百二十三條に依り其債務者丙の權利を行使することを得故に丁は丙に對する賣主乙に對し所有權移轉の登記手續を爲すべきことを請求し且乙と共に

明記する所の再買戻  
申す事  
合意判決

廢罷訴權 第四二條

登記所に出頭して其登記の申請を爲すことを得又丁の債務者丙は乙(丙に對する賣主)に對し賣買に因る所有權移轉の登記申請の手續を爲すべきことを目的とするの債權を有し此債權を保全するか爲めに民法第四百二十三條の規定に従ひ乙か甲(乙に對する賣主)に對して有する同種の權利を行使することを得故に丙は甲に對し所有權移轉の登記手續を爲すべきことを請求し且甲と共に登記所に出頭して其登記の申請を爲すことを得而して斯の如くに丙か甲に對して有する權利は丙と丁との間に在りては民法第四百二十三條に所謂債務者に屬する權利に他ならざるを以て丁も亦丙と同しく甲に對し所有權移轉の登記手續を爲すべきことを請求し且甲と共に登記所に出頭し其登記の申請を爲すことを得へし (元年二月一日法曹會決議)

二〇 民法第四百二十四條に依りて法律行爲の取消を請求する訴に於ては受益者又は轉得者を被告とすべく債務者を共同被告となすべきものに非ず (二年(オ)一七九號、二年九月二〇日大審民一判決、法律新聞八九八號二八頁)

二一 廢罷訴權は原則として其目的たる債務者の行爲當時已に債權存立し侵害を受くべきものなることを要す (四三年(ネ)六九二號、東控民一判決、法律新聞八三二號一九頁)

二二 詐害行爲廢罷の訴權は債權者を保護し満足を得せしめんか爲めに設けられたるものなれば直接該債權に影響を及ぼすべき債務者の財産權を目的とする法律行爲たることを要し財産權を目的とせざる法律行爲には其適用なきを原則とするを以て隱居に因る家督相續財産取得登記を爲せし如きは所謂財産權を目的とする法律行爲にあらざるか故詐害行爲廢罷の目的となし其取消しを請求し得ざるや論を俟たず (同上)

二三 破産手續繼續中に於て債務者か破産財團に損害を加ふる目的を以て爲したる行爲又は債務

目的物  
法曹會  
内容



者が債権者に損害を加ふることを知つて爲したる行爲ありたるときは破産管財人に於てのみ其債務者の行爲を否認すべく民法詐害行爲取消に關する規定を適用すべきものに非ず〔舊商第九九一條參照〕 (四五年(ネ)一一五號、廣島控民判決、法律新聞八三二號二三頁)

二四 詐害行爲廢罷訴權を主張し得る債権者は金錢債権を有するものに限る蓋し金錢債権は債務者の全財産に付き其辨濟を求むるの外なく換言すれば其全財産は金錢債権に對する唯一無二の擔保なるか故に之を不當に減少することは特に防止の必要ありこれか爲めには詐害行爲廢罷訴權の如きものを認め以て債権の效力を(或る條件の下に)第三者に對抗すると結果に於て同一なる状態に立至らしむるも亦止を得ざるところなり反之金錢債権以外の債権にありては其不履行の場合には金錢債権たる損害賠償の請求權に變更し得べく而も債務不履行の場合に債務の本旨に従ふ履行を求むるも將た損害賠償として金錢の給付を求むるも債権者に取りては同一の満足を得る者と法律上認められ居ることは民法第四百十五條に徴し明白なるか故に金錢債権以外の債権に在ては損害賠償請求權に變更せられざる限り特に詐害行爲廢罷訴權の保護を與ふる必要を見ず尤も専ら債権者の側より之を觀れば右の如き保護あるは大に便利なるべきも前にも述べたる如く詐害行爲廢罷訴權は債権の效力を第三者に對抗すると結果に於て殆ど擇ふところなきか故に一般取引の安固を計る上より見れば斯かる保護は萬止むを得ざる場合に限らざるべからず況んや金錢債権以外の債権にても假處分の方法あるか故に債権者にして自己の權利の防衛に敏活なる限りは此の方法を以ても債務の本旨に従ふ履行を確保し得べきに於ておや民法第四百二十四條には詐害行爲廢罷訴權を主張し得るものは金錢債権を有するものに限るとの明文なしと雖も右は當然明白なることと認めたるに基因するものなることは同法第四百二十五條に照らす

も疑ひを容れず何となれば詐害行爲の取消は總債権者の利益の爲め其效力を生ずるとの同條規定の意味は廢罷訴權を行使したる債権者は勿論他の債権者も總て共同擔保より均等の辨濟を受くと云ふことに外ならず而も此の如きは金錢債権にして始めて意味を爲すものなること多言を要せされはなり然らば金錢債権に非らざる特許實施權に基き詐害行爲廢罷訴權を主張することを得ず (四五年(ネ)三三八號、元年一〇月九日東控民二判決)

二五 債権者が債務者の財産を譲り受けたる受益者又は轉得者に對して訴を提起し之れに對する關係に於て法律行爲を取消したるときは該財産の回復又は之れに代はるべき賠償を得るに因り其擔保權を確保するに足るを以て特に債務者に對し訴を提起し其法律行爲の取消しを求むるの必要なきものとす (四五年(ネ)一四六號、元年一月二四日東控民三判決、法律新聞八四七號二二頁)

二六 債務者が債権者を害することを知りて爲したる法律行爲は其結果の全部に於て害すると一部に於て害するを問はず單一なる詐害行爲なりと雖とも詐害行爲の取消しの目的とする所は該行爲に因り債権者の被むりたる損害を救濟するにあるを以て其行爲の目的にして分割し得るときは債権者の損害を救濟する程度に於て其一部の取消しを爲し得るものとす而して詐害行爲の目的たる不動産の上に他の債権の爲め抵當權設定せられ取消訴權の原告たる債権者に優先すべき場合に於ても不動産の價格より抵當債權額を控除したる殘餘に付ては總債権者の一般擔保となるべきものなれば此部分に付て詐害行爲の事實あれば同行爲の取消訴權は成立するものと云はざるべからず故に數多の不動産を目的とする賣買の如きも債権者か之れに因り損害を被りたりとせば之れを救濟する爲め取消訴權を行使し得べきものなり (同上)



二七 債務者が土地家屋の外に債務を辨済すべき資力を有せざるに拘はらず該不動産を賣却して消費し易き金銭に代へたるは債権擔保の効力を消滅せしむるものと謂ふべく其代價の相當なると否とを問はず債権者を害する行爲たること固より論を俟たず

二八 民法四百二十四條に依る詐害行爲取消の訴は惡意の受益者又は轉得者に對し之れを行ふべきものにして債務者は相手方たるべき適格を有せざるものとす (同上)

二九 詐害行爲取消の訴に於ける訴訟物の價格を定むるには民事訴訟法第六條第一項第五條第一號の規定の精神に照し債権者の取消を求むる利益の程度に依るべきものとす故に取消を求むる法律行爲によりて讓渡せられたる目的物の價格が債権者か害せられたりと主張する債権の額より多きときは其債権の額に依るべきものにして又讓渡せられたる目的物の價格が債権の額より寡きときは讓渡せられたる目的物の價格によるべきものなり

三〇 詐害行爲の目的たる鑛業權か他の債権者の爲め設定せられたる抵當權の目的となり居り而かも既に抵當權の實行として競賣に付せられ其競落代金は抵當債権の辨済に充てられ餘す所なかりしときに在りては縱令ひ債権者の主張により債務者の爲したる讓渡行爲か取消さるるも之か爲め抵當權者か有する抵當權に影響する所なきか故に抵當權の實行として鑛業權の競賣に依り得たる競落代金全部は依然有效に抵當債権の辨済に充てらるべき筋合にして債権者は之れによりて自己の債権の辨済を受けらるべき限りにあらず

(二年(ネ)一五號、二年四月五日大阪控民二判決、法律新聞八七〇號一一頁)

三一 詐害行爲の取消は總債権者の利益の爲めに其効力を生ずるものなるを以て取消に因りて回復したる財産か取消を求めたる債権に比して如何に多額なりとするも總債権者の多數なる場合には取消を求めたる債権者は僅に其の債権の幾分の満足を得るに過ぎざること之なきにあらす去れば債権者か自己の債権を完全に保全せんとせば勢ひ債務者の行爲を取消し其行爲に因りて債務者の資産より脱出したる全財産の回復を求むるの必要を生ずし加之民法に於ては單に債権者に與ふるに債務者の行爲の取消を求むる權利を以てし決して債権の額と法律行爲の目的と爲りたる物又は權利の價額との間に權衡上何等の制限を設けざるを以て其多寡の如きは取消請求權に影響なし

(四五年(ウ)四一五號、大阪地民三判決、法律新聞八四一號二三頁)

三二 民法に所謂轉得者とは債務者と受益者間の法律行爲の目的となりたる物又は權利を直接又は間接に讓受けたる特定承繼人を指稱するものにして轉得者が受益者の讓受けたる物又は權利の全部を讓受くると普通の狀態なるも敢て同一の内容を有することを要件とせず受益者か讓受けたる不動産上に地上權永小作權又は抵當權の設定を受くるものも亦轉得者たるを妨げず(同上)

### 第二節 多數當事者の債権

#### 第一款 總則

第四二七條 一 多數當事者の債権債務に付ては別段の意思表示なきときは各當事者は平等の割合を以て權利及び義務を有するものなるも之れ單に原則たるに止まり例外を許さざるものにあらず當事者の別段の意思表示ある場合は勿論債務の性質上分割を許さざる場合若くは法律の規定上分割を認めざる場合は假令債権債務の當事者か多數なりと雖も其債権債務は平等に分割せらるることな



きものとす (四五年(ナ)七二號、東控民一判決、法律新聞八三七號二二頁)  
二 或る債務關係が連帶なるか爲めには特別の法文若くは當事者間の特約あることを要するものなるか故に何等據る可き法文もなく又當事者間に明示又は默示の特約存したりと認む可き證左なき以上平等の割合を以て負擔すべきものとす

(四五年(ワ)六號、元年一月五日東地民二判決、法律新聞八四八號二二頁)

### 第三款 連帶債務

第四三 二條  
一 民法施行前に設立せる無盡講會類似の貯金會の設立發起人が爾後同會の業務擔當者となり連名を以て貯金領收證を各會員に交付し以て各會員をして貯金を爲さしめ滿會に至り會則規定の金圓を拂戻すことを約定したる場合に於ては拂戻の債務に付分擔の定めなきを以て明治八年四月太政官布告第六十三號により業務擔當者に於て連帶して拂戻を爲す義務あるものとす最も同布告には金員其他借用證書中借主數名連印にて各自分借の員數を記載せざる旨とありて貸借の場合のみを限りて規定したる如く解せらるるか如しと雖も金錢寄託を受け一定の期間利殖して定額の拂戻を爲す旨を約したる貯金會の規約の如き場合に特に同布告の適用を除外すべき何等の理由なきを以て類推解釋の結果前記の如く解するを相當とす

(四五年(ワ)五一號、千葉地民判決、法律新聞八七六號二二頁)

二 無盡講規約に何等事故ありと雖も幹事は連帶責任を負ひ會員に對し規約以外の損失なからしむる旨の規定ある場合に於ては反對の證據なき限り右規定は役員たる被告等が其義務違反に因り會員に生ずる總ての損害に付連帶して其責に任する趣旨なりと解すべく特に役員の不正行爲

に因る損害のみ擔保するの文意と見ること能はず

(元年(ワ)二二八三號、二年六月二八日東地民三判決、法律新聞八八三號二三頁)

第四四 二條  
三 民法第四百二十七條規定の精神に依るも連帶債務者の一人が辨濟を爲したる場合に於ては反證なき限りは其債務者は他の債務者に對し平等の割合を以て求償權を有するものと云はざるべからず民法第四百四十二條の規定は連帶債務者間に契約あるか又は各債務者の受益の限度同じからざる等の事實あるときは負擔部分は之に依て定まることを明かにしたるに過ぎざるものにして契約もなく受益の限度も明かならず實際の關係明瞭ならざる場合は全然返濟債務者の負擔とし平等負擔の推定を禁止するの精神に非ず抑連帶債務は或効果を以て各債務者が債務全部の返濟義務を負擔するに過ぎず而して其義務を履行したるときは其債務は返濟債務者の利益の爲めに生したるものと推測すべき法律の規定あるにも非ず亦た斯かる推測を下すべき道理も之なければ返濟債務者に於て證據を擧げされは絕對に求償の途を喪失すべき理由なきのみならず若し然らすとせば連帶債務者間に何等の契約なく且つ其全部が受益せざる場合に於ては求償の途全く之れなき不條理なる結果となり殊に保證債務に關する民法第四百六十五條の規定は律意の在る所を解すべからざるに至るべし

(四五年五月二九日長崎控民二判決、法律新聞八〇三號二五頁)

四 連帶債務者は法定上の代位辨濟者たるを得すとの説あるも連帶債務者間に分擔額の定めあり其他の債務者の負擔部分の辨濟に付ては當然代位權を享有すとの事は通説たるを以て之を妥當とす (四三年(ネ)六九二號、東控民一判決、法律新聞八三一號一九頁)

第四四 四條  
五 民法第四百四十四條の規定は連帶債務者中に償還を爲す資力なき者を生したるときは其償還



すへき部分は他の資力ある者の間に各自の負擔部分に應じて之を分割負擔せしめ又負擔部分相等しき者若くは共に負擔部分なき者の間に於ては平等に分擔せしめ以て其各自の損害を公平ならしむる法意なることは該法條の文言に照し之を各自の負擔部分なき連帶保證人の一人か債務の全額を辨濟し他の保證人に對し其求償を爲す場合に於て同法第四百六十五條か右第四百四十四條の規定を準用したる趣旨に鑑み洵に明瞭なり

(四五年レ)七七號、大阪地民三判決、法律新聞八一五號二二頁)

#### 第四款 保證債務

債務の引受は債務者の意思に反せざる限りは債權者と引受人間の契約によりて之を爲すことを得べきものなるも原債務か保證に依りて擔保せられたるときは第三者か保證人となるは債務者其人を信任するの爲にして特定の債務者の債務を保證するの意思を有し其以外の者の債務を保證するの意思を有せざるを通常とするものなれば債務引受あるに當り引受人即ち新債務者の爲に保證をなすものとなすを得ず故に債務者の變更あるときは保證債務は消滅すべきものと謂ふべし然れども保證人か引受人即ち新債務者の債務を保證すべきことの同意を與へたるときは原債務者以外の者の債務をも擔保するの意思を表示したるものなれば其保證債務は存續し引受人の債務をも擔保する者と云ふことを得べきなり

(四五年ナ)四三號、四五年七月六日東控民一判決、法律新聞八一六號二〇頁)

二 移民渡航の際轉航せすとの不作爲の債務は他人の代はりて履行するを得ざるものなるを以て通常の意義に於ける保證を爲し能はざるものとす

#### 第四四七條

(元年ネ)七五四號、二年四月五日東控民二判決、法律新聞八六八號一六頁)

三 主たる債務に於ける利息の約束か利息制限法の制限を超過する高利のものならんには主たる債務者は最初より天引等の名稱を用ゐて高利を差引かれ又は辨濟額を高利に充當することを餘儀なくせられ過重の負擔に苦むことあるへきも利息制限法の制限を超過せる部分の利息を支拂ふは債務あるか爲めに之を支拂ふものにあらずして債務なきに之を支拂ふものなれば其の支拂は法律上保證せらるる主たる債務の範圍内に屬せざる事項なり主たる債務者か高利の結果元本の辨濟に時日を要し延いて保證人か永く債務を免かれざるに至ることありとするも是れ保證せらるる主たる債務其ものに存する原因に基くものにあらず全然別箇の原因に基くものなり恰も主たる債務者か無用の贈與其他の消費を爲し自己の財産を減少したる場合と異なることなきなり主たる債務者にして高利の約束を爲したりとするも主たる債務の内容は利息制限法の制限内最高利息を約したると異なる所なく其制限超過の部分は主たる債務の内容其ものと何等關する所なし高利なると否とは保證契約の要素の錯誤を來すものに非ず

(四五年オ)二四一號、元年一月二八日大審民一判決、法律新聞八三四號二三頁)

四 保證人か高利貸借なることを知らずして保證を爲したる場合に於て一箇の高利消費貸借中成規の利息に關する部分のみに付き一部の保證をなすの意思ありたることを認むることを得ず蓋し主たる債務者か高利の貸借を爲せりとせば其債務の全部を消滅せしむるに足らざる辨濟を爲したる場合に於て通常先づ利息に充當せらるる結果容易に元本を辨濟することを得ることとなり或は高利は裁判上請求することを得ざるものなるよりして他日其支拂ひを受くること能はざる場合を慮り往々高利貸より消費貸借成立の當初に於て天引等の名稱を用ひ高利を差引かれ



債務者は高利の支拂ひを餘儀なくせらるることありて保證人は假令其成規の利息附貸借の部分のみに付保證をなしたりとするも永く保證債務を免れざることとなるに反し主たる債務者が成規の利息附貸借をなせりとせば債務者が元本を辨濟するに容易なるに至るべく保證人の利害痛痒日を同うして論すべからず従つて保證人は高利貸借中成規の利息附貸借のみに對して保證するの意思ありと推測することを得ず

(四四年(ネ)五〇七號、四五年五月三〇日東控民一判決、法律新聞八〇七號二二頁)

第四五〇條

五 保證は消費貸借の成立と同時に之を爲すを要せず其後に於て之を爲すも有效なること勿論なり (元年(ネ)七九二號、二年七月二日東控民一判決、法律新聞八九一號一九頁)

第四五三條

六 債權者が先づ主たる債務者の財産に付き執行を爲すことを要する場合は保證人が主たる債務者に辨濟の資力あり且つ執行の容易なることを證明したるときに限ることは民法第四百五十三條の規定する所なり而して債務者に辨濟の資力ありと云ふは債務の全部を辨濟すべき資力の場合と解するを相當とするか故に債務者所有の土地に對し執行を爲したればとて債權全部を辨濟するに足らざるのみならず尙ほ其執行の容易なることを證明したるにあらざる以上は爲めに保證人は辨償の義務を免るることを得ず

(四一年(ネ)一五六號同一五八號、東控民一判決、法律新聞八一二號二〇頁)

七 擔保物に付先づ其權利を實行す可き特約なき以上は債權者は先づ擔保物に付權利を行ふと保證人に對し權利を主張するとは其任意に屬す

(四四年(ワ)四九二號、四五年七月二日東地民三判決、法律新聞八一五號一九頁)

第四五六條

八 保證人が主たる債務者と連帶して債務を負擔すべきことを債權者と約したる場合は保證人が

各自全債務を負擔すべきものなるを以て所謂分別の利益を失ふものとす

(四四年(ワ)一六七一號、四五年六月五日東地民三判決、法律新聞七九九號二四頁)

第四六五條

九 保證人間の求償權は未だ主債務者の側より辨濟を受けざる自己の出捐額に付き存在するものなり辨濟を命する判決ありたるのみにして未だ現實の辨濟なき間は出捐額の範圍は何等填補せらるる所なきを以て求償權の範圍は毫も縮小せらるる所なきなり

(元年(オ)五七號、元年一〇月二日大審民一判決、法律新聞八二五號二七頁)

一〇 凡そ數人の保證人が主債務者と各自連帶して債務を負擔したる場合に於て其保證人の一人か債務を全部辨濟したるときは其者が主債務者に對して求償權を有することは論を俟たずと雖とも右辨濟に因り他の保證人は自己の保證債務を免かれたるものなれば右辨濟を爲したる保證人は他の保證人に對して其者の負擔部分の辨償を求むることを得べきは民法第四百六十五條第二項第四百六十二條第一項の法意に徴し明らかなり又債務を辨濟したる保證人は必らず先づ主債務者に對して求償權を行使したる後にあらざれば他の保證人に對して其者の負擔部分の辨償を求むることを得ざる規定なきを以て主債務者に對して求償すると他の保證人に對して其者の負擔部分の辨償を求むるとは辨濟をなしたる保證人の任意に選擇し得べきところとす

(四五年(ホ)三三號、二年二月八日東控民四判決、法律新聞八五二號二二頁)

第四節 債權の讓渡

第四六六條

一 公債證書の記名者か白紙委任狀并に承諾書を添附し該證書と共に之を他人に交付するに於ては其證書は委任狀并に承諾書と相待ち轉讓流通する慣習あることは彼の記名株券の場合に異な



らざるものと認むるを相当とす

(四三年(わ)一六四號、大阪地民三判決、法律新聞八三五號二二頁)

二 契約の當事者か其契約に基く債權關係に付き或る裁判所を以て管轄裁判所とする旨を合意したる場合に於ては其合意の專屬的なるに權能的なるにより當事者は右債權關係に付きての争訟は只其合意管轄裁判所の裁判を求め得るに止まるか將又法定管轄裁判所の外尙ほ合意裁判所にも訴へて其裁判を求め得るかの結果を來すものなれば之を債權行使の點より觀察せば管轄の合意は即ち債權行使の方法の協定にして其效果は債權關係に從屬的のものなりと謂ふ可く果して然らば主たる債權の移轉ありたる場合には其移轉の原因如何を問はず管轄合意の效果も亦當然之に附隨して移轉すべきものとす

(二年(ワ)二七一號、二年六月二八日東地民二判決、法律新聞八八八號二二頁)

第四六七條

三 債權讓渡人か債權の讓渡を債務者に通知し若くは債務者か之を承諾したる以上は特に保證人に其通知を爲さざるも之を以て保證人に對抗することを得るは判例の存する所なり(明治四十二年六月二十九日大審院第一民事部判決)而して其然る所以は保證債務は主たる債務に附從し之と其運命を共にすべきものにして主たる債權を讓渡したるときは其讓渡の效力は保證人に對する債權にも及ふことは保證債務の性質上當然の結果なるか故なるを以て隨て主たる債務者に對する通知又は其承諾の事實にして存在する以上は確定日附ある證書を以てするに非ざるも之を以て從たる保證人に對抗し得ることも亦當然なり民法第三百七十六條は抵當權の處分を以て對抗せらるる者を制限的に列舉したる趣旨なれば同條に主たる債務者の外保證を指定しあるを援用して同第四百六十七條第二項の債務者以外の第三者中に保證人を包含するものと論斷する

ことを得ず (元年(オ)一一四號、元年二月二七日大審民二判決、法律新聞八四九號二五頁)

四 指名債權の讓渡解除せられたる場合に於て債務者の承諾若くは之に對する通知に付て特別の明文存せずと雖も其債權者の轉換する事實は讓渡の場合と異ならざるを以て之を民法の精神に考へ民法第四百六十七條の規定を準用し債務者の承諾あるか若くは之に通知するに非されは讓渡の解除を債務者其他の第三者に對抗することを得ざるものと爲すを穩當とす

(元年(オ)二三號、二年三月八日大審民一判決、法律新聞八五三號二七頁)

五 指名債權の讓渡解除せられたる場合に於て其當事者間には解除の效力當然生ずること勿論にして之を債務者に通知し若くは債務者か之を承諾するに非されは第三者に對抗することを得ずと云ふ所以のものは第三者の權利を保障する目的に出でたること勿論なれば通知の欠缺を主張せんとする者は必ずや之を主張するに正當の利益を有することを要す何となれば正當の利益を有せざる第三者は之を保護すべき理由あらざればなり

(元年(オ)二三號、二年三月八日大審民一判決、法律新聞八五三號二七頁)

六 指名債權の讓渡契約か解除せられたるときは其當事者間に於て債權は讓渡人に復歸すと雖も讓渡人をして讓渡以前の狀態に於て債務者其他の第三者に對し其債權を主張せしめんとするには先づ其前提として讓受人に於て解除の事實を債務者に通知するか若くは債務者か之を承諾したる事實なかるへからず蓋し指名債權の讓渡に付き讓渡人か之を債務者に通知し若くは債務者か承諾したる以上債務者其他の第三者は讓受人を以て真正の債權者なりと認むると同様に讓渡契約解除の場合に於ても亦解除の事實を讓受人(即ち一旦債權者の地位にありし債權讓受人)より債務者に通知するか若くは債務者に於て承諾したる事實あるにあらざれば之れを以て債務



者其他の第三者に對抗することを得ざるは言を俟たず

(四四年(ネ)四一六號、東控民三判決、法律新聞八〇五號二四頁)

七 主たる債權の譲渡を其債務者承諾せし以上は特に保證人に對し其通知を爲さざるも主たる債權譲渡の効果として當然保證人に對し其從たる債權の譲渡を主張し得るものとする

(四五年(ネ)一六三號、四五年七月九日東控民一判決、法律新聞八一六號二二頁)

八 民法第四百六十七條規定の趣旨は讓渡人よりの通知に依り債務者か常に其債權者の何人なるやを知りて二重辨濟を爲すことなからしむる爲めに讓渡人に其旨の通知を爲すべきことを定めたる債務者保護の規定に過ぎざるか故當事者間の特約に依り其適用を避くることを得へし

(元年(ワ)一五八號、二年二月六日奈良地民判決、法律新聞八五六號二六頁)

### 第五節 債權の消滅

一 債務の引受は引受人と債權者及原債務者間の契約を以て之を爲すことを要するや否や羅馬法に於ては債權關係は債權發生の當時に特定したる債權者債務者間に於てのみ生ずるものにして債權關係の主體即ち債權者又は債務者を變更するときは債權關係は其存在を失ふものとなし從て債務の移轉は勿論債權の移轉をも認めざりしか近世の法律は債權關係は必ずしも債權發生當時に特定したる債權者債務者間に於てのみ存在することを要せざるものとなし其結果として法文上債權の移轉を認めたり我民法も亦然りとす即ち債權の移轉を認むるは債權關係の主體に變更あるも債權債務の同一を失はずとなしたるか爲にして換言すれば債權債務の主體を除き目的か同一なれば同一の債權關係ありとなしたる者なりと謂はざるを得ず然らば債權の移轉を認め

たると同一の論法を以て債務の移轉し得べきことを認めざるへからす即ち債務者に變更あるも債務の同一を害することなきものと謂はざるを得ざるなり只舊債務者と新債務者即ち引受人との間に於てのみ債務移轉の契約を爲すときは債務者自ら債務の性質に反し且つ債權者の經濟上の利益を害するを以て之を許さざるものとす故に債務の引受に付ては債權者の同意を必要とすべく新債務者は債務を引受くべきものなるを以て亦其同意を必要とすべきも舊債務者は債務を免るべきものなれば舊債務者の意思に反せざる限りは其同意を要せざるものと解釋するを相當とすへきなり蓋し債務者は他人の行爲によりて債務を免るることを欲せざることあるへきを以て其同意を必要とすと云ふは一理なきにあらずと雖も我民法は第三者は債務者の意思に反せざる限りは其同意を得ることを要せずして其債務を辨濟することを得へしとなし又債務者の交替に因る更改契約は債務者の意思に反せざる限りは其同意を得ることを要せずして之を爲すことを得となしたる法意に依りて之を觀るときは債務の引受も亦債務者をして債務を免れしむるものにして其更改と異なるは原債務を存續せしむると新債務を發生せしむるとにあるに過ぎざるを以て此場合に於ても舊債務者の意思に反せざる限りは其同意を要せずして之を爲すことを得るものと解釋するを相當とすへければなり

(四五年(ナ)四三號、四五年七月六日東控民一判決、法律新聞八一六號二〇頁)

二 契約自由の原則より論ずるも債務の引受の有効なること勿論なりと雖も我法典に於ては債務引受に付ての規定欠缺するにより債務引受の契約を締結するには何人か當事者たらざるへからざるものなりやの點に關しては理論によりて決せざるへからす而して第三者は債務者の同意を得ずして其債務を辨濟し得べく又債務者に關係なく債權者との契約を以て債務の更改を爲し得



る規定より推論すれば債務引受契約は債務者に其債務を全然免れしめ若くは輕減せしむるものにして之に義務を負はしむるものにあらざること第三者の辨濟又は更改と異なる點なきを以て債務者の同意を要せずして債權者と引受人との契約によりて有効に成立せしめ得べきものと云はざるへからず唯第三者の辨濟及債務者の交替による更改は孰れも債務者の意思に反して之を爲し得ざるものなるにより債務者に對する關係に於て同一の状態にある債務の引受けも亦債務者の意思に反せざることを要す

(四五年レ)七五號、二年四月一六日東地民一判決、法律新聞八六五號二三頁)

- 三 債務引受けなるものは廣義に於ては單に從來の債務者に代り債務を引受け債務者は其債務關係より脱退し引受人獨り債務を負擔する脱退的債務の引受の場合のみならず第三者か從來の債務者と併せ債務を負擔する所謂附加的債務の引受けをも含むものと解せざるへからず (同上)
- 四 特定の主體を以て債權關係の内容を形成するものにあらずとし債權の讓渡相續による債權債務の移轉を許す法制の下にありては債務の引受は可能なり (同上)

### 第一款 辨濟

- 一 辨濟に因り既に適法に消滅に歸したる債權債務の關係は後に至り何等法律上の理由に依らず漫然之を復活せしめんとするか如きは到底不可能に屬し斯かる契約は之を有效と認むることを得ざるものとす (元年(ネ)七二三號、二年三月一三日東地民二判決、法律新聞八六一號二四頁)
- 二 辨濟として他人の物又は他人の有に歸すべき物を債權者に交付したる場合に於て債權者か民法第九十二條に規定する占有を爲したるときは債權者は其物に對して確定不可動の權利を取

### 第四七條

- 一 得すると同時に其辨濟も亦有效となるの結果を生ずるものにして此場合に於て辨濟か其效力を生ずるは債權者か眞正の權利者より回復の請求又は利得返還の請求を受くるの虞なくして完全に辨濟の利益を享受することを得るか爲めに外ならず從て債權者か辨濟の目的物上に權利を取得ることを得ざる場合に適用せらるべき民法第四百七十七條規定を以て之を律することを得ず (四五年(オ)九六號、元年一〇月二〇日大審民二判決、法律新聞八二二號二七頁)
- 三 債權の差押又は假差押により自己の債權者に支拂を爲すことを禁せられたるに拘はらず第三債務者か自己の債權者に辨濟を爲したるときは差押債權者に對しては其債權の消滅を主張することを得ざるものとす蓋し差押債權者か債權の差押又は假差押を爲すは其有する法律上の權利を行使するものなれば第三債務者は差押又は假差押の禁止に違反するを得ざるものにして其債權に付き差押債權者を害する處分を爲すを許さず從て假令自己の眞の債權者に對して爲したる辨濟と雖差押債權者に對して效力を有せざるものとす況んや債權者の權利を行使するに過ぎざる準占有者に對して爲したる辨濟に付ては差押債權者に對して效力を有せざる一層強き理由あるものと謂はざるへからず

### 第四八條

(四五年(オ)二〇一號、二年四月二二日大審民一判決、法律新聞八六一號二七頁)

### 第四八條

- 四 債權者か債務者をして其目的たる金錢の給付に代へ玄米の給付を以て金錢の辨濟ありたると同一の效力を生せしめ得べき權能を與へたるときは所謂代物辨濟の豫約に過ぎずして債權は依然として一個の確定したる金錢債權なるを以て選擇債權と云ふを得ず從て斯の如き特約あるか爲めに債權者か其有する金錢債權の履行を請求するに妨げなきものとす

(四五年(ワ)六一七號、元年一月一五日東地民四判決、法律新聞八二九號二二頁)



## 第四八

五 民法施行前賃貸借契約成立當時辨濟を爲すべき場所に付別段の意思表示あらざるときは辨濟は債務者の現時の住所に於て之を爲すを通例としたることは其當時の制定に係る民事訴訟法第十條に於て人の普通裁判籍は其住所に依りて定まるものとし專屬裁判籍を定めたる場合の外普通裁判籍ある地の裁判所は其人に對する總ての訴に付管轄を有する旨を規定し同第十八條に於て契約履行の訴は其訴訟に係る義務を履行すべき地の裁判所に起すことを得る旨を規定し所謂履行地の特別裁判籍を設けたる趣旨に依り之を推知することを得へし何となれば若し債権者の住所に於て辨濟を爲すべきものとは債権の辨濟を求むる訴は最も多く提起せらるるものなるを以て履行地の特別裁判籍ある地の裁判所は實際上多數の訴に付き管轄を有することと爲り前示第十條に於て債務者の住所に普通裁判籍を定めたる立法の精神に反するに至るへければなり(大審院明治四十二年(オ)第一五六號同年六月二十三日言渡判決参照)

(二年(オ)七五號、二年六月一九日大審民一判決、法律新聞八八一號二五頁)

六 賃貸借の場合に於ては賃料を一定の時一定の場所に於て支拂を受くべき旨の基本たる權利と毎辨濟期に賃料の支拂を受くべき個々の權利とを生し其中に就き個々の權利は契約當時直ちに發生するものにあらず賃貸借の目的たる物の使用に應じ爾後順次に發生するものなるも基本たる權利は契約と同時に發生する者にして之に依り既に將來發生すべき個々の權利の辨濟の場所も定まるものとす (同上)

七 民法第四百八十四條末段の規定の趣旨は辨濟は債権者現時の住所に於て之を爲すへしと云ふに過ぎずして現時の債権者の住所に於て之を爲すことを要すと云ふにあらざるを以て債権者に變更ありたる場合に於て直ちに同條を適用し得るものと云ふへからず若し夫れ債權讓渡の場合

に於ても尙ほ同條を適用し得るものとせば債権者が非常に遠隔の地に住居するものに債權を讓渡し讓受人は債務者に對し債務の履行を強要することありとせんか債務者は之れか爲めに受くる不利尠少にあらざるへし或は民法第四百八十五條但書の辨濟費増加負擔に關する規定あるを以て毫末も債務者に不利を來すことなかるへしと云ふものあれとも債権者變更に關する住所異動は債権者の住所移轉と同視すること能はざるか故に右但書の規定を適用し之に屬したる費用を當然讓受人たる新債権者に負擔せしむるを得ざる也蓋し讓渡人たる舊債権者は債權を讓渡したる行爲あるに止まり讓受人たる新債権者其債權を讓受けたるに過ぎずして讓受人に於て住所の移轉其他の費用を要したる行爲なきに拘はらず辨濟の爲め増加費用を當然負擔せざるへからずと云ふか如きは極めて不當の見解たるを免れされはなり依て民法第四百八十四條、第四百八十五條但書の規定は債權讓渡の場合を豫想せざりしものと解するに餘りありと云ふへし又債權讓渡の場合に於て讓渡人が債務者に債權讓渡の通知を爲したるに止まるときは債務者は讓受人に對し其通知を受くる迄讓渡人との間に生したる對抗事由は之れを以て讓受人に主張し得べきことは民法第四百六十八條第二項に規定するところにして辨濟の場所は同條項の對抗事由に該當すること疑ひを容れざるを以て債務者利益の爲め一旦定まりたる辨濟の場所は債務者に於て承諾せざる限りは債務者は讓受人に對抗し得べく讓渡人讓受人の行爲に因り濫りに之れを動かすこと能はざるものとす (四四年(ネ)五七七號、東控民三判決、法律新聞八一二號一三頁)

八 物の所有權移轉を目的とする債務に付ては履行の場所以外に特約により目的物を送付すべき送先場所を定むること往々之あるものとす是れ債権者か其目的物を履行の場所以外に於て使用するの必要あるときに多く見る所なり履行の場所と云ふは債務の履行を爲すべき地點にして物



の所有権を移轉すへき債務にありては引渡をなすへき場所を云ふ故に右の場合に於ては債務者は履行の場所に於て引渡をなすの外特約に基き送先場所へ送付するの義務あるも履行の場所に於て引渡ありたるときは已に其物の権利及び占有を移轉すへき債務の履行を完了したるものと云ふへし（従つて民事訴訟法第十八條の裁判管轄民法第四百三條の爲替相場の標準其他損害賠償價格計算の標準等は此履行場所を包含する履行地に於て定まるものにして送先地に於て定まるものにあらず）（四一年（ネ）四五二號、東控民一判決、法律新聞八一七號一九頁）

九 貸金の債務履行地は債権者の住所地なるも債権者か其貸金を擔保する質物を債務者の住所地に送付し其質物と引換に支拂を爲すへきことを契約したるときは其契約か債務者の申出に基き便宜取極めたるるときと雖も債務の支拂地を債務者の住所地に變更したるものと解釋すへきものなり（四五年（ウ）一四號、元年二月六日和歌山地田邊支部判決、法律新聞八六八號二六頁）

第四八七條 一〇 債権を消滅せしむる契約を爲すときは其當然の結果として其債權證書は之を債務者に返還すへきものなり而して其債權消滅契約を債権者自ら締結せしめて之を他人に委任したる場合には債權證書の返還を約するの權限をも委任したるものと謂ふことを得へしと雖も若し債権者か單に債權消滅の契約締結の權限のみを委任したる場合には代理人は債權證書返還の契約を爲すことを得ざるものとす従つて此契約後債務者は代理人に對して債權證書返還の請求を爲すことを得ず債権者自身に對して之か返還を請求すへきものなり

（元年（ウ）一五五七號、二年八月二二日東地民四判決、法律新聞八九九號二三頁）

第四九二條 一一 賃借人か賃料全部を賃貸人に提供したるも賃貸人の代理人か之を受領せざる爲め賃借人は賃貸人に對し辨濟の準備をなし且つ其通知を爲したるときは賃借人は右辨濟の提供に因り不履

行に因る一切の責任を免るると同時に賃貸人は遲滞に付せられたる者と謂はざるを得ず

（四五年（ウ）三〇九號、四五年六月二八日東地民四判決、法律新聞八〇三號二六頁）

第四九三條 一二 辨濟の提供は債務の本旨に従ひて現實に之を爲すを要する事は民法第四百九十三條に依り明なる所にして辨濟の效力を有効に生せしめんとせば供託も亦前記規定に適合したる目的物を以てすへきこと明かなり而して代位辨濟の場合に於ても代位者は債務者に代りて辨濟を爲すものなれば叙上の原則の適用を受けざるへからざるや論を俟たず

（二年（ク）一一八號、二年七月一六日大審民二判決、法律新聞八八四號一八頁）

一三 消費貸借に於ける債務に關しては債権者に於て一部の履行を承諾したる場合の外は債務全額の提供及供託を爲すに非されは之を以て債務の本旨に従ひたる履行ありと云ふを得ず（同上）

一四 賣買契約履行の當時目的物か處分禁止の假處分を受けたる場合に於て買主か代金支拂の準備を爲したる旨を賣主に通知するも右假處分あるの一事は民法第四百九十三條に所謂辨濟受領を拒みたる時に該當せざるは勿論債務履行に付債権者の行爲を要するときに該當せざるか故に支拂準備の通知は辨濟の提供とならず（四五（ネ）九八號、元年一〇月四日東控民二判決）

第四九四條 一五 債権者か債務者に對し債權の目的たる給付の受領を拒みたる場合に債務者か目的物の供託に因りて其債務を免脱することを得るか爲めには先以て給付を爲すに必要な準備を爲し之を債権者に通知し債権者をして其意思に依り之を受領することを得せしむへき事實上の状態を作爲することを要す然れとも此手續たるや債務者か供託前に遵守すへき通則たるに止まり場合の如何に拘はらず常に恪守せざるへからざる絶對的必要條件にあらず蓋し債務者か現實に履行の準備を爲すことと債権者に對して其受領を求むることは債権者を遲滞に付し債務者の爲めに



供託に因る債務免脱の権能を授與するか爲めに必要にして缺くへからざるものなりと雖も履行の準備を爲したることを通知することは何等特別の事情の存せざる通常の場合に於ては之を必要とするも其通知を必要とせず又は其通知を爲すも其効なきことか明確なる場合に於ては債務者は特に之を爲すことを要せず直ちに供託を爲して其債務を免ることを得へし債権者が債務者の爲したる現實の提供を拒絶したる場合は前者に屬し債務者が債務の履行を提供して相手方に反對給付を訴求し又は其債務の履行を前提要件とする他の給付を訴求し相手方が其提供を拒絶したる場合の如きは後者に屬す何となれば後の場合に於ては相手方は訴に於て債務者の提供を拒絶するものなれば假令履行の準備を爲したることを通知するも相手方は自己の主張を維持するの必要上之を受領せざるべきを以て其通知は結局無用の手數に屬するに依り債務者をして供託に因り其債務を免かるるの道を開かざるへからざるを以てなり

(四五年(オ)一〇六號、四五年七月三日大審民二判決、法律新聞八〇三號二七頁)

二六 供託は民法第四百九十三條乃至第四百九十五條の規定を遵守するによりて其効力を生し供託受領書の交付ありや否やの如き供託による債務免脱の効力に何等の消長を來すへきものに非す (元年(ネ)五八號、二年九月六日函館控民判決、法律新聞九〇一號二二頁)

二七 供託は債務の本旨に適せざるへからざるを以て金額不足の供託は固より辨濟の効力なきものと謂はざるを得ず (四四年(ワ)九二二號、東地民四判決、法律新聞八一二號四頁)

二八 供託以前に於て供託すべき旨の意思表示を爲すも之を以て供託の通知と爲すを得ず (四四年(ワ)六九八號、大阪地民二判決、法律新聞八〇〇號二四頁)

二九 供託の通知及供託證書交付の遅延は供託の効力に何等の影響なく唯之か爲め生したる損害

第四九  
五條

の責任に付別個の關係を發生するに過ぎず (同上)

第五〇  
條

二〇 我現行民法は既成民法の如く法定代位を爲すへき者に付制限列舉の主義を採らず單に辨濟を爲すに付き正當の利益を存する者は辨濟に因り當然債権者に代位すと規定せるか故に他人と共に又は他人の爲めに義務を負担したる者は勿論苟も辨濟に因り法律上當然生すべき利益を有する者は之に包含するものと解釋し得へく從て同一物上に第二順位の抵當權を有する債権者の如きも自己に優先せらるへき第一順位の抵當權を負担し之れか消長は自己の抵當權の擔保力に影響すること尠からざるにより第一の債權を辨濟するに付寔に正當の利益を有するものと謂はざるへからず (四五年(レ)二六號、前橋地民判決、法律新聞八一二號二頁)

第五〇  
四條

二一 民法第五百四條に規定する所の擔保は法律の規定に因ると契約に因るとを問はず物上又は對人擔保を言ふ者にして所謂一般擔保即ち債務者の財産にして一般債権者の辨濟の資に供せらるるものを言ふに非ず蓋し物上又は對人擔保は特定の債権者の爲め存するものにして其債権者は其行爲に因り之を喪失若くは減少することを得るも一般の擔保は特定債権者の行爲に因り喪失若くは減少する減とを得る者にあらずして同條に規定せられたる擔保の喪失又は減少とあるに該當せされはなり

(四五年(オ)一七二號、元年一〇月一八日大審民二判決、法律新聞八二六號二七頁)

二二 保證人は常に民法第四百五十五條の場合のみならず同法第五百四條の場合に於ても免責を受くることを得るものたるや疑なく又保證人は債務者に對し豫め求償權を行使せざる場合と雖も民法第五百四條に依りて免責を受くるに妨なきことは同法條の解釋上疑なし

(二年(ネ)五五號、二年七月五日東控民二判決、法律新聞九〇〇號二三頁)



二三 第五百條の規定に依りて代位を爲す可き者ある場合に於て債権者か故意又は懈怠に因りて其擔保を喪失又は減少したるときは代位を爲すべき者は其喪失又は減少に因り償還を受くること能はざるに至りたる限度に於て其責を免かるとは民法第五百四條の規定する所なるも同條に所謂償還を受くること能はざるに至りたる限度とは代位を爲すべきものか辨濟を爲すも債権者に代位し求償の目的を達する能はざるに至りし部分を指稱するものなること代位辨濟本來の性質上當然の事理なれば第一順位の抵當権者か其の抵當物の一分を故意に減少し残存する抵當物の負擔を重からしめ延いて第二順位の抵當権の効力を減殺し其の結果第二順位の債権を完済する能はざる如き場合に陥りたりとするも其の辨濟を得ざりし部分は之れを目して同條に所謂償還を受くる能はざる限度と謂ふへからざるや明かなり故に假りに債権者か故意に擔保を減少したる事實ありとするも第一抵當権者か殘餘の土地の抵當權實行に因りて生したる競賣金は其債権の全部及び競賣費用を完済して猶ほ餘ありて第二抵當権者か辨濟に因り代位を爲すべき場合に於ても前記土地の抵當権の消滅に因り償還を受くること能はざる部分なき以上は第二抵當権者は代位を爲すべき者として當然有すべき免責の利益を毀損せられたるものと謂ふ可らず或は民法第五百四條は同法第三百九十二條第二項の保護規定と同一理由の下に設けたるものにして若し先順位の抵當権者か故意に擔保物を減少したるときは次位の抵當権者は同時に擔保物全部の代價を配當する場合に辨濟を受くべき限度に於て其責任を免かるべき利益を有すと信す然らざれば債務者は第一抵當権者と通謀して何時にても第二抵當権者に損害を及ぼすべき危険を生ずるに至らんと論すと雖も民法第三百九十二條第二項は代位辨濟の規定にあらず辨濟に因らざる一種の法律上の代位なり故に辨濟に因り代位を爲すべき者を保護せんとする民法第五百四條

の規定と其の揆を一にせず若し夫れ債務者と第一抵當権者と通謀し第二抵當権者に損害を及ぼすか如きことある場合に於ては時に或は不法行爲等の問題を生ずることあらんも右の如き免責を主張することを得ず (四五年(レ)二六號、前橋地民判決、法律新聞八一二號一一頁)

## 第二款 相殺

### 第五〇五條

一 民法第四百六十八條第二項には讓渡人か通知を爲したるに止まるときは債務者か其通知を受くるまでに讓渡人に對して生したる事由を以て讓受人に對抗することを得とあるか故に此規定に従て債務者か讓渡人に對して有する債権を以て自己の債務と相殺を爲さんとするには債権讓渡の通知を受くるまでに双方の債務か相殺を爲すに適したることを要す而して双方の債務か辨濟期に在るに非されは相殺に適せざることは同法第五百五條第一項の規定に依り明白なるを以て債務者か債権讓渡の通知を受くるまでに自己の債務か未だ辨濟期に在らざるときは相殺を以て讓受人に對抗することを得ざるものと解するを當然とす而して法律は期限を以て債務者の利益の爲めに定めたるものと推定し債務者か相手方の利益を害せざる限りは期限の利益を拋棄して直に辨濟を爲すことを妨けずと雖も斯の如き場合に於ては債務の辨濟期は其期限の利益拋棄の當時に在るものにして債権讓渡通知後に爲したる相殺の意思表示は之と同時に暗に期限の利益に付ても拋棄の意思あることを認め得可しとするも之を以て其讓渡通知前に期限の利益の拋棄ありたるものと看做すことを得ず蓋相殺の意思表示は既往に遡りて其效力を生ずるも期限の利益の拋棄は斯の如き遡及効を有せざるを以て辨濟期に在らざる債務は讓渡の通知あるまでに期限の利益拋棄の事實あるに非されは未だ相殺に適せざるものと謂はざるを得ざるなり



二 貸借の利息中利息制限法超過の部分の債権と將來布海苔の賣却に因り生ずべき代金の債権とを相殺すべき旨の豫約は利息制限法禁止規定に違反し無効なり従て其後布海苔代金の債権發生したるに際し假令當事者の一方に於て相殺の意思表示を爲したりとするも其意思表示は右の豫約に基く者として法律上の効果を生ずる能はざるか故其意思表示の法律上の効果は法律上の相殺の規定に従て之を判断せざるへからず然るに法律上の相殺に於ては無効の債権は之を相殺の用に供する能はざる者なれば利息制限法超過の部分の利息に付ては相殺行はれたりとするを得ず  
(二年(オ)四一號、二年三月二七日大審民一判決、法律新聞八五八號一九頁)

三 無効の債権と雖も相手方の承諾あるときは所謂合意上の相殺を爲し得られざるにあらず然れども是れ法律上の相殺に非ず  
(同上)

四 金銭の消費貸借の豫約に基き豫約者に對し相手方の有する債権は金銭の支拂に因り消費貸借を成立せしむることを目的とする債権にして金銭の支拂を目的とする債権にあらず豫約者が相手方に金銭を支拂ふは消費貸借を成立せしむる債務の履行として之を爲すものなり豫約者が任意に金銭の支拂を爲さざるとき相手方が金銭の支拂を強制するも亦金銭の支拂ありたると同一の效力を生せしめ消費貸借を成立せしむるものに外ならず任意若くは強制の支拂は其外形は金銭の支拂に過ぎざるも其實質は其支拂に因り消費貸借を成立せしむることに存するなり斯の如く金銭の消費貸借の豫約に基く債権の目的は金銭の支拂其ものにあらずして金銭の支拂に因り消費貸借を成立せしむることに在るか故に豫約者は其豫約に基く相手方の債権に對し自己の者する金銭給付の反對債権を以て相殺せんとするも双方の債権の目的同種ならざるを以て相殺の

效力を生ずる能はざるものとす

五 町村に於ける有給吏員の給料を受くる権利は官吏の給料を受くる権利と同しく公法上の権利にして私法上の債権に非ざるか故其性質上私法上の債権と相殺を許すべきものにあらず  
(二年(オ)二二二號、二年六月一九日大審民一判決、法律新聞八七六號二五頁)

六 當事者が一旦貸金の債権と土地賣渡代金の債権と相殺する事を希望したる以上は單に其各債権の一部に付てのみ相殺を爲し他の一部を特に残存せしむるか如きは通常あるへからず寧ろ當事者の意思は貸金元利の債権全部と土地代金全部とを相殺するにありたるものと推測するを相當とす  
(四四年(ネ)六三五號、東控民三判決、法律新聞八二二號一四頁)

七 金員貸與の契約に基き金員を交付せしめて消費貸借を成立せしめんか爲め其金員の交付を求むるの権利は若し他の債権と相殺し右金員の交付を免れ得可きものとすれば金銭の消費貸借成立の要件たる金員の交付を缺き遂に其貸借を不成立に歸せしむ可き結果に陥らしむるに至るを以て此の如き債権は其性質上他の債権との相殺を許す可きものにあらず  
(二年(ネ)一號、長崎控民判決、法律新聞八八五號二六頁)

八 當事者双方の債務が相殺の要件を具備して相對するときに當り相殺の意思表示ありたるときは双方の債務は其對當額に於て互ひに相殺を爲すに適したる始めに遡り其效力を生ずるものなるを以て其效力發生時期に於て双方の債務は互に消滅したるものと看做され従て其時期以後は嘗て遲滯も又生ぜざりしものと看做さるべきは當然の筋合なり  
(四四年(ネ)七二七號、四五年五月一八日東控民三判決、法律新聞八〇九號二二頁)

### 第五〇 六條



第二款 更改

第五  
三條

一 更改契約なるものは舊債務を消滅せしむるを以て目的とするものなるか故に舊債務存在せざる時は消滅せしむべき目的物なく従つて更改契約は成立せざるものなるを以て舊債務たる手形債務が成立せざる以上は更改契約も又成立せざるものとす或は手形が無効なる爲め手形債務は不成立なりとするも更改契約により之れか追認をなしたるものにして民法第百十九條に依り更改契約は有効なりと云ふと雖も更改契約は舊債務の消滅を目的とするものなるか故に單に更改契約をなしたりとの事實を以て直ちに前記約束手形の欠缺を追認したるものと認め難きのみならず手形の振出しには一定の要件を必要とするか故に其振出行爲を追認せんとするには更らに適式なる振出行爲を爲すべき方法に依らざるへからざるを以て更改契約を以て其追認をなしたるものとなすことを得ず

(四五年(ネ)四三一號、二年一月二一日東控民三判決、法律新聞八五〇號二三頁)

二 凡て現存債務を原因として債務者より債權者に宛て約束手形を振出したる場合に更改となるや否やは畢竟當事者の意思如何により決すべき問題なり

(二年(ネ)五四號、二年六月二三日東控民一判決、法律新聞八八六號二五頁)

三 更改契約にありては契約當事者に於て舊債務を消滅せしむる意思あることを要するのみならず債務者の交替に因る更改契約は舊債務者の債務を消滅せしめ新債務者との間に新なる債權債務の關係發生す從て主たる債務の擔保は自ら消滅するを以て債權者は新債務に付有力なる擔保あるか否らされは新債務者の資金信用舊債務者より優越するに非されは更改契約を締結するも

何等の實益なきのみならず若し新債務者にして舊債務者に比し履行不確實なる場合には反て不利益を被るか故に特別の事情なき限り新舊債務者の辨濟資力の優劣を究めず漫然債務者の交替に因る更改契約を締結するか如きは事態あり得可からざること屬す

(元年(ネ)六五二號、二年六月二五日東控民一判決、法律新聞八八六號二六頁)

四 手形が全然無効にして其債務存在せざりし者なる以上之を基本とせる更改が幾度連續するも常に債務の存在することなく從て亦新債務の發生することもなき筋合なることは更改の性質上言を俟たざるか故に其最後の更改に於て振出されたる手形も其債務を發生せず

(四四年(ワ)二六六七號、東地民四判決、法律新聞八一二號九頁)

五 債務者が從來の債務の爲めに約束手形を振出す場合に於て從來の債務が約束手形の振出に因り更改若くは代物辨濟に因り消滅するや或は約束手形の振出は從來の債務の爲めに支拂の方法を設け其債務の支拂を確實にするに過ぎざるや否やは固より場合に依りて同一ならず要するに此判斷は各場合に於ける當事者の意思如何に依りて之を決する所なかる可からず然れ共約束手形の振出あるも其支拂は將來の事に屬し必ずしも確實を保し難きか故に從來の債務を原因とし約束手形を振出したる場合に於て當事者間に約束手形の振出に因り從來の債務を消滅せしむ可き意思ありと認むることを得ざる限りは該約束手形は單に從來の債務の支拂方法を設けしか支拂を確實にする爲め振出されたる者と認むるを相當とす

(二年(ワ)六〇七號、二年七月三日東地民二判決、法律新聞八八七號二三頁)

六 既存債務の支拂確保の爲め約束手形の發行ありたる場合に於ては既存の債務は其債務の辨濟あるか又は其手形金額の支拂あるに非されは消滅す可き者に非ず

(同上)



- 七 約束手形か賣掛代金の残債務の爲め振出されたるものなるとは當事者間に争ひなしと雖其債務か約束手形債務に更改せられたりや否やに付争ある場合に於ては之を主張する者に於て立證すへき筋合なるに其確證なきのみならず却て手形授受後に於て債權者より債務者に對する賣掛代金の催促を爲し債務者は自己の山林を賣却して債權者へ支拂はんと申出でたる事實及右手形か其満期日に支拂ひなかりし爲め振出人の手に返戻せられたる事實等を綜合するときは右手形の最後の支拂期日以後に於て債務者か右賣掛代金債務の支拂義務あることを認め居りしと明かなるを以て其債務は約束手形債務に更改せられしにあらすして右手形は残代金の支拂ひを確保する爲めに振出されたる者と認むへし(二年七月一八日東控民一判決、法律新聞八九六號二三頁)
- 八 甲者に於て乙者に對して有する債權を拋棄し且其當時實行中なる強制執行を解放すへきことを丙者に對して約すると同時に丙者は甲者に對して自ら獨立して乙者の債務と同一内容を有する債務を負擔すへき契約は債務者の交替に因る債務の更改又は第三者の辨濟豫約に非ずして當事者間に於ける一種の双務契約に外ならざるを以て債務者の意思に反すると否とは其成立に影響なし(二年(オ)二二五號、二年七月一〇日大審民一判決、法律新聞八八一號二五頁)
- 九 債務の更改の場合に於て當事者は舊債務の擔保を新債務に移すことを得るは民法の規定する所なれとも舊債務の擔保は當然新債務の擔保たる效力を生ずるものに非ず之を爲すには其旨の意思表示を要す(元年(ネ)五八號、二年九月六日函館控民判決、法律新聞九〇一號二二頁)

#### 第四款 免除

#### 第五一

- 一 債權の拋棄は債務者に對して其意思を表示するに非されは效力を生ぜざるを以て債權者か第

三者に對して債權を拋棄することを約し之に對して第三者か債務者の債務と同一内容を有する債務を負擔することを約するも債權者か債務者に對して有する債權は第三者の債務成立と同時に消滅するものに非ずして債權者は第三者に對して債務者の爲めに債權を拋棄すへき債務を負擔し第三者は債權者に對して債務者の債務と同一の債務を負擔する一種の双務契約か成立するに至るものなり故に債權者か第三者に右契約の履行を求めたる時は債權者か債務者に對して債權を拋棄する意思を表示するか若くは債務者か債權者に對して利益享受の意思を表示する迄は第三者は双務契約同時履行の抗辯を主張するを得へしと雖如上の契約を以て債務者の交替に因る更改契約又は第三者か債務辨濟の豫約を爲したるものと云ふ能はざるや多言を要せざるを以て債務者の意思に反すると否とは契約の成立に關係なきものとす

(二年(オ)二二五號、二年七月一〇日大審民一判決、法律新聞八八一號二五頁)

### 第二章 契約

#### 第一節 總則

##### 第一款 契約の成立

- 一 將來受領すへき保險金額を提供すへき申込は其範圍客觀的に一定せるか故に其申込たるに於て何等缺くる所なし(二年七月二日神戸地民甲判決、法律新聞八八七號二七頁)

##### 第二款 契約の效力



第五三三條

一 双務契約に於て當事者の一方が履行の提供を爲す能はざるの故を以て豫しめ延期の申出を爲したるときは他の一方の當事者は履行の提供を爲さざるも遅滞の責を負ふことなし

(元年(ネ)五八四號、二年二月二〇日東控民四判決、法律新聞八六一號二三頁)

二 民法第五百卅三條に依れば双務契約の當事者の一方は相手方の其債務か辨濟期に在る時に限り相手方が其債務の履行を提供する迄は自己の債務の履行を拒み得る權利を有するに止まり相手方が其債務の履行を提供せざる場合には當然自己に債務履行の責任なきことを規定したる者に非ず

(四四年(ワ)三七七號、横濱地民二判決、法律新聞八三三號一九頁)

第五三四條

三 遲滞後に在りては火災等の不可抗力に因り給付の目的たる特定物滅失せりと雖とも直ちに何等の責なきに至りし者と速斷するを得ず、唯正當の時期に於て給付を爲し其目的物か債權者の手にあるも尙ほ滅失すべきものなりしことを證明したる場合に限り其責を免るることを得、是れ畢竟遲滞の爲め損害を生せしものと謂ふ能はされはなり然らざる場合は假令不可抗力の爲め滅失するも其責を免るること能はず何んとなれば遲滞なく速に給付を爲し其目的物か債權者の手に移らば滅失せざりしものと謂ふを得なければなり

(四五年(オ)二三號、東控民一判決、法律新聞八二五號一九頁)

第五三五條

四 債務者か債權者の利益に比し一層過大なる利益を犠牲とするに非されば債務の履行を爲すに能はざる時は茲に法律上債務の履行不能を生ずるものにして履行不能は必ずしも目的物滅盡の如き客觀的絕對不能の場合のみに限らざるか故に船渠會社か船舶を救助するに付きて少くも船價以上の救助費用を要すること明かなる以上は法律上之を以て履行不能と云ふ可く履行の困難若くは障害と云ふ可からず

(四〇年(ワ)七三號、元年一〇月九日函館地民判決、法律新聞八二七號二四頁)

五 一旦履行不能の事實發生したる以上は其後當事者の一方が契約目的物の殘骸を處分するも損害請求の成立に關係を及ぼさず (同上)

六 通常豫見することを得ず且つ必要にして完全なる設備を爲すも損害の發生を避くることを得ざる事變にあらされは之れを不可抗力と云ふを得ず (同上)

七 法律上債務の履行不能は必ずしも物理上絶對的に履行を爲すこと能はざる場合のみを指すに非ず物理上は可能なるも公平の觀念上債務者に對し要求することを得ざる過大の利益を犠牲に供するに非されば債務者に於て其債務の履行を爲すことを得ざる場合にも亦履行の不能存すと爲さざる可からず從て今家屋か火災の爲め到底家屋として使用するに堪へざる程度に燒燬せられ其結果賃貸人に於て其債務を履行するか爲めには賃料に比較し頗る過大の(遙に殘燒部分の價格以上)費用を支出するを要するに至りしものなる以上は賃貸人の債務の履行は不能に歸したるものと認むるを相當とす

(四四年(ワ)二六一五號、東地民三判決、法律新聞八七五號一七頁)

第五三七條

八 債務の添加的引受契約は同時に債權者たる第三者の爲めにする契約なりと云ふことを得へし其理由如何他なし第三者の爲めにする契約には第三者と當事者間に新なる債權關係を成立せしむることを要す債務の移轉的引受に在りては債權者は舊債務者に對する權利を新債務者に對して有するに過ぎざるを以て第三者の爲めに新なる債權關係を成立せしめたるものと云ふことを得されとも債務の添加的引受は移轉的引受と異なり同一債務の移轉ある者にあらずして舊債務と相並ひて同一内容を有する新なる一債務を成立せしむるものなり(一の債務の履行あれば他



の債務の消滅之に伴ふべきも）斯かる債務者の増加は給付の義務を増加し其履行を確實ならしむるものなり故に債務の添加的引受は第三者の爲めにする契約なりと謂ふことを得へし

（四四年（ネ）四三五號、東控民一判決、法律新聞八七〇號七頁）

**第五三九條**

九 第三者の爲にする契約に於ける第三者の権利の内容は根本たる契約關係に固有なる實質に依りて定まるものなれば債務者が契約に固有なる事由に依り請求を拒絶し得る場合に於ては第三者に對しても亦同一の事由を主張して其請求を排斥することを得ざるへからず第五百三十九條は即ち此趣旨を明にしたるものと云ふへし左れば契約に固有なる事由に依り契約關係に變更を生したるときは其結果は第三者の権利に影響を及ぼすべく即ち債務者は契約關係の變更を主張して第三者の請求を排斥することを得るものとす此點に於て第五百三十九條は第五百三十八條の例外を成すものと云ふへし（唯た第五百三十九條は當事者の行爲に依り契約關係を變更する場合に限らず廣く契約に固有なる一切の抗辯事由を含むものなれば此點よりすれば第五百三十八條より其包容する場合廣きの差あることに注意すへし）故に例へば契約にして詐欺、強迫等の瑕疵ある場合に於ては第三者の権利も亦同一の瑕疵を帶ふるものと云はざるへからず故に當事者か之を理由として契約を取消したるときは其取消は第三者に對しても其效力を及ぼすものとす又契約が雙務契約なるときは當事者の各債權は相手方に對し履行の提供を爲さざるに於ては相手方より其履行を拒まらることあるへき權利なるを以て之に基く第三者の権利も亦同様の運命を以て發生したるものとす左れば債務者は相手方か其債權の履行を提供せざるを理由として第三者に對し其給付を拒むを得へし又契約が第五百三十六條に該當する雙務契約なるときは債權者か負擔すへき危険は第三者亦之を負擔せざるへからず其他契約が解除條件附にして第三

者の權利取得の後に條件成就したるときは第三者は當然其權利を失ふべく契約當事者か解除權を留保したるときは第三者の權利發生後と雖も當事者は契約を解除することを得べく其効果は第三者に及ぶものとす然り而して雙務契約にして第三者の權利發生後債權者か其債務を履行せざるときは債務者は第五百四十一條乃至第五百四十三條に依り契約を解除することを得べく而かも不履行に基く解除は以上掲けたる各場合と同しく契約固有の性質に屬するを以て其解除は第三者に對しても其效力を生すべく債務者は解除を理由として第三者に對する給付を拒むことを得るものとす（此場合に於て第三者の權利は當事者間の契約の直接の效力として發生したるものなるを以て第五百四十五條第一項但書の適用を生せず）（元年一〇月一九日法曹會決議）

**第二款 契約の解除****第五四〇條**

一 權利讓渡の契約を履行し終りたる後に至り當事者か其讓渡契約を解除することを合意するか如きは其所謂解除は固より法律上正確なる意義に於て謂ふ所の解除に非すと雖も其實契約解除の法律上の効果と同一の結果を生せしめんと欲する趣旨に出でたるものと解すへきは當然なり而して凡そ契約解除の効果は聊かも第三者の權利を害することなく唯當事者相互の間に於て恰も當初より契約を締結せざりしか如き状態に回復せしむる法律關係を生ずるに在るを以て如上讓渡契約解除の合意は畢竟之と同一の效果を生せしむることを目的とするものに外ならず斯の如き事項を目的とする法律行爲は公の秩序又は善良の風俗に反するものに非ざるを以て契約自由の法則に依り其效力を有す

（四五年（オ）四〇號、四五年五月二九日大審民二判決、法律新聞八〇四號二七頁）



二 契約解除の意思表示に付ては其の原因を明示することを要する旨の規定なきが故に之か明示を爲さざるも其意思表示は有效なり

(四五年(オ)一五三號、元年八月五日大審民一判決、法律新聞八一九號二七頁)

三 民法施行前に生じたる事項と雖も民法施行後の今日に在りては契約の解除権を有する者か其権利を行使せんとするには民法に依り相手方に對する意思表示を以て足れりとす

(四五年(ナ)五九號、四五年七月二三日東控民一判決、法律新聞八一九號二五頁)

四 當事者間の特約に基く契約の解除は契約當事者の一方か其債務を履行せざる場合に相手方か民法第五百四十一條の履行の催告を爲したる上其履行なき場合に爲す契約の解除とは全然別個の法律事實に屬す

(四五年(レ)五六號、四五年七月二四日東地民一判決、法律新聞八一二號一九頁)

五 契約解除の意思表示に因る解除は訴狀の送達後民法第六百十七條の法定期間を経過せるに因る賃貸借契約の解除とは之亦全然別個の法律事實に屬す (同上)

第五四一條

六 請求金額か四百五六十圓餘に該り而も債務者の居村及其附近三里以内に金融機關なき場合に於て催告狀到着の翌日中に支拂ふへしとの催告は相當の期間にあらすと認む

(四五年(ネ)一〇三號、四五年七月二日東控民三判決)

七 双務契約に付き義務不履行を原因として契約を解除するには當事者間に特約ある場合又は民法第五百四十二條の如き特別の場合を除くの外豫め相當期間を定めて義務の履行を催告し其期間内に履行なかりしときに於て解除し得べき者にして當事者の一方に義務不履行の事實あればとて他の一方は直ちに其契約を解除し得べきものにあらず

八 辨濟の提供は辨濟の如く債務免脱の効力を生ずるものに非すと雖も民法第五百四十一條か債權者に債務者の不履行に因る解除権を付與したる所以は債務者の遲滞に因る債權者の不利益を救濟するの法意に外ならざるを以て債務者に遲滞なく却て債權者に遲滞ある場合に於ては同條の解除権は未だ發生せざるものと解せざるへからず

(四五年(ネ)一五號、二年二月二〇日東控民四判決、法律新聞八五八號二七頁)

九 客(注文者)か取引所仲買人に對し株式の定期賣買を委託したる場合に於て仲買人が正當に取引所に於て客の委託に係る株式の賣建買建を爲すと同時に客と仲買人との間の委託關係は當然終了するものに非ずして其建株の限月の終に至り目的物の受渡を了するか又は客の申出其他の事由に依り轉賣買戻若しくは解合に依り其取引を終了せしむるか或は合意に依り解約するに非らざる限りは依然其委託契約は存續するものなるに付き仲買人に於て客の委託に依り株式の買建を爲したる場合に於ても更に客より之か轉賣の申出ありたる際其の轉賣を爲さざりし時は結局右買建の委託に依り客と仲買人との間に存在する委託契約の一部に付き不履行ありたるものなれば其不履行を原因として全部の委託契約を解除し得る事明瞭なり

(四四年(ウ)八三四號、大阪地民三判決、法律新聞八二二號二四頁)

一〇 民法第五百四十一條は履行遲滞に因る解除の場合を規定したるものにして履行不能の場合に適用す可き法條にあらず而して履行不能の場合に於て損害を蒙りたる債權者は契約を解除せずして直に債務者に對し損害の賠償を請求することを得

(四〇年(ウ)七三號、元年一〇月九日函館地民判決、法律新聞八二七號二四頁)



一 不履行を條件とせる解除の意思表示と雖も債務者が催告を受けたる期間内に尙ほ履行せざる場合に始めて其効力を生ずるものにして債務者が履行を爲さずして右の期間を徒過したる後直ちに解除の意思表示を爲す場合と其法律上の効果に於て毫も異なる所なし

(四四年(ワ)三七七號、横濱地民二判決、法律新聞八三三號一九頁)

二 民法第五百四十一條の契約解除の原因たるには不履行に付き其一部たと全部たとを區別せざるか故に不履行か契約の目的物の一部に對する者なることは毫も契約全部を解除するの妨げと爲らざると同時に同條に債務を履行せざると謂ふは双務契約に在りては必しも當事者の一方か自己の債務の履行を提供したるに拘はらず相手方か其債務の履行を拒みたる場合を指すものにあらずして他の法條に於けるか如く同法第四百十二條の規定に依り債務者が遅滞者たる場合を意味するに過ぎず (同上)

三 裁判所の和解契約も亦一種の契約なるを以て一般契約の通則たる解除に關する法則の適用あることは勿論にして之か解除を許さざるべき理由なきを以て或法律行為に關し争を生し和解契約を締結したる後他方の不履行の場合には一方より相當期間を定め催告し尙履行せざるときは解除權を有す (元年(ワ)七四六號、大阪地民二判決、法律新聞八七〇號一八頁)

四 普通の無盡講に於て世話人たる者は一定の期日に開會の手續を爲し講員より掛金を徴收し之を當事者に交付すへきは其當然の義務にして而して世話人にして此等の義務を履行せざる場合に於て何等の特約なき限り講員は一定の期日を定めて之れか履行を催告し然も尙履行せざるときは世話人に對し契約を解除することを得べきものと解するを相當とし單に講契約は講員全體の契約なるの故を以て世話人に對して爲したる解除は講に對し其効なきものとするを得ざる

第五四三條

なり

(二年(ワ)八一七號、二年九月一五日東地民三判決、法律新聞九〇四號二三頁)

一五 民法第四百十五條同第五百四十三條に所謂履行不能は必ずしも物理的不能を意味するものにあらず一般取引上の觀念に従ひ其然るや否やを判斷することを要するを以て債務の履行か物理的には尙ほ可能性を失却せざる場合と雖も取引上の觀念に於て之を不能視すへきものなりときは其履行は我民法の意義に於て不能たるを妨げざるを以て債權者の爲に全部賠償の債權と契約解除權とを認めざる可からず而して賣主か賣買の目的物を第三者に譲渡したる場合と雖も賣主は更に第三者より其所有權を譲受け之を買主に移轉するとは物理的には不能と謂ふと能はざるも第三者か果して再譲渡の要求に應ずるや賣主か第三者をして再譲渡を承諾せしむるの手段方法を有するや否や全く不明なるときは之を否定するを以て取引上の通念となすに依り賣主か買戻其他の方法に依りて第三者より其所有權を回復して買主に移轉する事の可能なる事實を證明せざる限りは賣主の右買主に對する義務は履行不能の状態に在る者と斷定せざる可からず (民四一五條參照) (二年五月二二日大審民二判決、法律新聞八七二號一七頁)

第五四五條

一六 賣買契約を解除せは當然入金返還の時期到來すへきものなれば更に其返還時期到來の意思表示を爲すことを要せず (四五年(ネ)二二一號、元年一月九日東控民三判決、法律新聞八七八號二三頁)

一七 賣買契約解除前に在りては賣主に於て代金の請求を爲し得べきものにして買主は單に履行の遲滞に在るものに過ぎざれば時價と賣買價額との差か賣主の蒙りたる損害なりと謂ふを得ず左れとも賣買契約にして解除せられたる以後に在りては賣主に於て代金の請求を爲すを得ざるものなるか故に契約解除當時の相場にして賣買價額以下に低落するに至りたるときは相場と賣



買價額との差額は買主の不履行ありたる爲め賣主の蒙りたる損害額なりと爲さざるべからず

(四五年(ネ)三三四號、二年一月四日大阪控民二判決、法律新聞八四四號二五頁)

一八 民法第五百四十五條第三項に解除權の行使は損害賠償の請求を妨げずと規定し解除權者をして其契約によりて享有し得べかりし一切の利益を取得せしむる趣旨なりと解すべきものとす

(元年(ネ)五一四號、二年四月十九日東控民四判決、法律新聞八七五號二三頁)

一九 地代家屋税保険料の如きは賣買契約の目的たる家屋を保有する上に於て必要なるものとして支拂ひたる金員にして若し賣買契約なかりしならば素より買主に於て此の如き支拂なかりしこと明らかなり、而して契約の解除は當事者をして當初より契約なかりし状態に回復する義務を負担せしむるものなれば賣買契約の解除に因り契約の目的物たる家屋に隨伴して現に支出せられたる右金員並に之より生じたりと認むべき利息に付ても契約の目的物たる家屋の返還を受けたる賣主に於て之を相手方に返還する義務を負担するを相當とす

(四四年(ワ)一三五二號、四五年五月二〇日東地民三判決、法律新聞八一二號二二頁)

二〇 水道税は其水の使用に對し課せらるべきものに外ならざれば之を消費したるものに於て負擔すべきを通例とす故に家屋の買主若くは買主の賃借人が居住し其の生活の爲めに右水道を使用せし以上は賣買契約の解除あるも此等の金員は賣主より買主に返還すべき義務なし(同上)

二一 民法第五百四十五條第一項但書は汎く第三者の權利を害することを得ずと規定するに止まり第三者の取得したる權利の性質及び其權利取得の原因に付ては何等制限するところ無きを以て其規定の性質上當然排除さるべき者に付ては格別假差押債權者の如きは之を除外すべき理由なし

(四四年(ワ)七三號、青森地民判決、法律新聞八一九號二六頁)

第五四八條

二三 立木一萬本位を代金二千圓にて賣買せられ其目的となりたる立木五十本餘伐採せられたるか如き場合に在りては賣買目的物全部に比し伐採木は其數極めて僅少の部分に屬し其部分が重要にして殘部に重きを措かさるか如き特別の事情なき限りは一般取引の觀念上之を爲め契約解除權の消滅を來さざるものとするを相當とす蓋し民法第五百四十八條第一項の規定は解除權行使の結果原狀回復に關し損害賠償なるものの不確實なる方法に因るの外其目的を達すること能はざるに至りたるか如き場合を豫期したるものにして若し契約の目的の數量數多あるときに際し其の僅少の部分に對し或る事情に依り返還すること能はざるに至り殘餘の部分に付き一般取引の觀念上原狀回復の目的を達することを得べきか如き場合には解除權を消滅せしむるの趣旨にあらざるか故なり

(四五年(ネ)一〇八號、四五年七月九日東控民三判決、法律新聞八一四號一九頁)

第二節 贈與

第五四九條

一 報酬支拂の債務が當事者間の契約又は法律の規定に依り存在せざる場合に於ては假令其後の契約に依り或る給付の債務を負ひ而かも其債務を負担せざることか當事者一方の勤勞に原因する場合に於ても之を以て勤勞に對する報酬なりと稱し難く全く法律上給付の義務なくして無償に他人に財産を與ふるものにして贈與契約なりとす

(二年(ワ)八七號、二年三月三十一日東地民三乙判決、法律新聞八六三號三四頁)

二 第三者か不法行爲により負擔したる債務の一部を他人に於て辨濟すべき契約は贈與契約に非ず

(二年七月二日神戸地民甲判決、法律新聞八八七號二七頁)



## 第三節 賣買

## 第一款 總則

第五五  
五條

一 賣買契約の解除せられざる限りは假令買主が契約に違背して目的物を引取らざるも賣主は約定の代金を請求することを得るや言を俟たず從て其目的物の時價か低落したればとて賣主が約定の代金と低落したる時價との差額を損失することなきを以て買主に對し其差額を損害賠償として請求し得べき理由あることなし且買主が契約に違背して代金を支拂はざるか爲めに賣主に損害を被らしめたりとせば其損害賠償の額は民法第四百十九條第一項の規定に從ひ法定利率又は約定利率に依りて之を定むべきものにして賣主は實際の損害如何に拘らず右利率に相當する賠償額の外請求することを得ざるものとす

(四五年(オ)二一〇號、元年二月一日大審民二判決、法律新聞八三七號二七頁)

二 未定の權利と雖も之を賣買の目的と爲すは法律の禁止せざる所なるを以て贖物の試掘出願中に在て將來之に因り得べき權利を賣買するも其賣買を無効と爲すべきものにあらす

(元年(レ)三二一九號、二年一月二三日大審刑二判決、法律新聞八四三號二三頁)

三 物權の設定及び移轉は當事者の意思表示のみに因りて其效力を生ずることは民法第七十六條の規定する所なるを以て物權の移轉を目的とする意思表示は單に其意思表示のみに因りて直に物權移轉の效力を生ずることは民法一般の原則とする所なるや明なり而して特定物を目的とする賣買は特に將來其物の所有權を移轉すべき約旨に出てざる限りは即時に其物の所有權を移轉する意思表示に外ならざるを以て前示法條の規定に依り直ちに所有權移轉の效力を生ずる者

とす民法第五百五十五條には賣買は當事者の一方か或財產權を相手方に移轉することを約し云云とあるも其趣旨は常に將來に財產權を移轉すべきことを約する場合のみならず當事者の一方か直に特定物の所有權を相手方に移轉する對價として相手方か之に其代金を支拂ふべきことを約する場合の如きも廣く之を包含する法意に出てたるものにして從て賣買の約旨に依りては之に第七十六條の規定の適用を妨げざるものと解するを相當とす若し夫れ直接特定物の所有權移轉を目的とする賣買は或は先づ債權關係を生じて即時に履行せらるるものと看做すべきか或は債權關係と物權關係とを併せ生ずるものと爲すべきか或は専ら債權關係を生ずるも法律の特別規定に依り物權的效力を生ずるものと見るべきか等の問題に至ては學說の分るる所なれとも斯の如き賣買は第七十六條の規定に依り直に所有權移轉の效力を生ずることは上來説明の如く民法の解釋上疑を容れざる所なるを以て今特に右問題を解決するの必要あるを見す

(二年(オ)三二五號、二年一〇月二五日大審民判決、法律新聞九一〇號二六頁)

四 學校長が強て制規に違背し營業を爲し他より物品を購入したればとて是只職務上の規律に違反したりと云ふに過ぎずして其賣買行爲は有效なり

(二年(ネ)三九號、二年七月一八日東控民一判決、法律新聞八九六號二二頁)

五 賣主より營業名義人宛にて賣買物の發送賣買代金の受領其他の通信を爲したるの事實ありとするも之れのみによりて直ちに營業名義人が賣買當事者なりと云ふことを得ず其賣買か何人の間に行はれたりやは事實に基きて之を確定せざる可からず蓋し表面上營業名義人を他の者と爲しあるを自己名義に変更することなくして自己か全責任を以て物品の購入販賣行爲を爲し取引先きも亦便宜上從來の營業名義人の名に依りて物品の發送等を爲す事例往々之れあるを以てな



り

(同上)

六 賣買契約に於て買戻約款の撤回登記期日の變更に依りて多少の變化あるも是素より契約の態様の變更に過ぎず、契約其者の變更にあらざるを以て其以外の契約條項は依然として存在し約旨に違反したる場合に於ける手附金倍額賠償の約款も尙其效力を有するものと解するを相當とす (二年(ネ)九一號、二年八月八日東控民一判決、法律新聞八九三號二七頁)

七 權利移轉の意思なき以上は單純なる賣買の成立せざるは勿論權利移轉の意思を必要とする所謂擔保的賣買若くは信託行爲も亦成立するの理由なし (元年(ネ)五八號、二年九月六日函館控民判決、法律新聞九〇一號二二頁)

八 原告は被告の有する社債は訴外人に對し鑛區の代價として交付したるものなるも其鑛區が無價値なるにより該社債券は無効となれるものなる旨主張するも目的物の無價値なることは當然賣買契約の無効を惹起するものにあらざるを以て反證なき限りは右社債券は有効のものと認定するの外なきものとす

(四五年(ワ)三二六六號、四五年六月一日東地民二判決、法律新聞七九九號二五頁)

九 被差押物の賣買其他の處分行爲は差押債權者の權利を害せざる範圍内に於て其效力を有し絶對に無効なるものにあらず蓋し差押は債權者の利益に關するものに過ぎされはなり

(四〇年(ワ)九二五號、四五年六月二九日東地民三判決、法律新聞八七八號二二頁)

第五五  
六條

一〇 賣買は當事者間に財産權の移轉を目的とする債務關係を創設するものなれとも其財産權が特定物に關する物權なるときは其債務は即時に履行せられたることと爲り直ちに財産權移轉の效果を生ずるものとす故に特定の不動産の再賣買の豫約の場合にありては賣買完結の意思表示

を爲すことにより賣買の成立するや直ちに不動産の所有權は買主に移轉す

(四五年(ネ)三六六號、二年五月一三日東控民二判決、法律新聞八七七號二二頁)

一一 賣買の豫約は賣買に非ざるを以て土地の所有者か其土地を賣却すへき豫約を爲したればとて直に之を以て土地の處分なりと稱し難きか如しと雖も一方的豫約の債務者は其豫約に確的に羈束せられ相手方に於て賣買完結の意思を表示するときは債務者は其土地の賣買を成立せしむる義務存在し而も債務者は何等の行爲を要せず右相手方の賣買完結の意思表示に依り賣買は成立する者なるを以て之を債務者か賣主たる場合に付て賣主の方面より觀察するときは該豫約は即ち其土地の處分なりと稱するを妥當とす

(二年(ワ)二四八號、二年七月九日東地民四判決、法律新聞八八五號二二頁)

第五五  
七條

一二 民法第五百五十七條には買主か賣主に手附を交付したるときは當事者の一方か契約の履行に着手する迄は買主は其手附を拋棄し賣主は其倍額を償還して契約の解除を爲すことを得とありて手附を以て契約解除の方法となしたること明らかなるを以て當事者間に於て之れと異りたる特約を爲すか又は特別の慣習存在せざる以上手附を以て契約解除の方法に過ぎざるものと爲さざるへからず

(元年(ネ)五七七號、二年一月二三日東控民三判決、法律新聞八五一號一九頁)

第二款 賣買の效力

第五六  
四條

一 數量を示して賣買したる目的物の不足なる場合に於て善意の買主か民法第五百六十五條及第五百七十二條の規定に従ひ賣主に對して損害賠償の請求を爲すには同法第五百六十四條に依り



其目的物の不足せる事實を知りたる時より一年内に之か請求権を行使するを要するものにして若し買主か之を爲さるときは其請求権の消滅すべきは勿論なるも権利行使の方法に至りては別に之を制限する規定なきを以て権利行使の手段として買主か右規定にて目的物の不足を知りたる時より一年内に損害賠償を請求するときは確定的に賠償請求を保存し爾後他の原因に依り故障を生ぜざる限り買主は何時にても其権利を主張し得可く必ずしも裁判上の請求を爲したることを要せず (二年(ナ)一號、二年六月二日東控民一判決、法律新聞八八四號二二頁)

第五六條

二 民法第五六十五條の規定は主として目的物の特定せる場合に適用の必要あり抽象的に種類數量等を摘示し目的物の特定せざる代替物等の賣買に關する場合の如きは一般債務不履行の原則に従ひ救済の途あるを以て寧ろ本條を適用するの必要あること稀なりと謂つへし (四五年(ネ)三三二號、四五年五月二日東控民一判決、法律新聞八〇八號二三頁)

第五八條

三 強制競賣は其之を遂行するに當り種々の手續を要し從て法律に於て種々の嚴格なる規定を設くと雖其本質は普通の賣買と異なるなく競賣を申立てられたる債務者は通常の賣買に於ける債務者と同じく賣主として擔保の義務を負ひ其他民法賣買の效力の大部分は強制競賣にも適用あることは民法第五六十八條の規定に徴し明瞭にして唯之を賣却する執行の機關として裁判所か法定の手續を行ふものにして即強制競賣は裁判上の賣却と謂ふべきものなり (元年(ワ)一〇二二號、大阪地民二判決、法律新聞八七一號二三頁)

第五七條

四 東京府下若くは其附近に於て乳牛を賣買するに當りては一孕二孕三孕と云ふことを契約の重要事項とし事實上容易に判明せざる年齢を重要事項と爲すことなし又乳牛は其出乳の分量に因りて價額を定むるものなれば賣買證書に乳牛の年齢を記載したるときと雖も其年齢に相違ある

一事を以て當事者か何等の苦情を申出づること能はざる旨の慣習あり

(四四年(ネ)六一號、元年一月一八日東控民二判決、法律新聞八四〇號二二頁)

五 玩具船が數個を一組とし兩國の國旗を掲げて水上に浮へマクネット装置の鐵棒を以て之を牽引浮動せしめ以て擬戰の用に供する目的の下に製造せられたるものなるとき其マクネットは自由玩具船を牽引するに足るの程度に於て装置せられたることを要するや勿論なり故に若し其裝置不充分にして牽引力微弱なるに於ては該微弱なること自體は其玩具船の瑕疵なりと謂ふべく又右は表見せざるを以て隠れたる瑕疵と謂はざるへからず (元年(ネ)五八七號、二年六月三〇日東控民四判決、法律新聞八九三號二二頁)

六 民法第五百七十條第五百六十六條に依れば瑕疵擔保の内容として契約の解除並に損害の賠償を認むるも代金減額の請求は絶て之を認むることなし、蓋し代金の減額は其實質に於ては契約の一部解除なり契約一部の解除は賣買の目的たる權利が數量的に不足したる場合に其全部と不足したる部分とに比例して代金の減額を爲し因て以て契約の部分的解除を行ふ場合に於て始めて可能にして瑕疵擔保の如く目的物の内容に欠缺ある場合に於ては契約の全部を解除するか若くは之を維持するか二者其一ならざるへからず故に瑕疵に基く代金の減額は理論上可能なるのみならず假りに之を可能なりとするも其減額すべき價格を算定することの實際上極めて困難なるか故に民法は權利の一部欠缺并に數量不足の場合に於てのみ代金の減額を認め瑕疵擔保に付ては契約の解除及び損害賠償の二者を是認したるに外ならず (元年(ハ)三三九一號、二年一月二五日大阪區判決、法律新聞八四三號二二頁)

七 瑕疵擔保に基く損害賠償の請求は買主か賣買の目的物に瑕疵あることを知りたる時より一年



内に之を行使することを要するか故に假令一年内に代金減額の請求を爲したりとするも代金の減額は契約一部の解除なるに反し損害賠償は契約の存続を前提とする権利の行使にして其性質に於て相異なるのみならず當事者の意思に於ても同一視すべからざるを以て瑕疵を知りたる時より一年の期間を経過したるときは瑕疵擔保に基く損害賠償請求權は消滅に歸したるものとす

(同上)

### 第三款 買戻

#### 第五七九條

一 買戻契約に於ては賣主は買主が拂ひたる賣買代金及契約の費用を返還することを約するを通例とすと雖別段の意思表示に因り賣買代金の外之に對する利子を併せて返還することを約することを得ざるに非ず何となれば賣買代金以外に利子を併せて返還することの特約は民法第五百七十九條の但書に所謂別段の意思表示に外ならざればなり而して叙上の原則は民法施行の前後を問はず其揆を一にする所なり

(二年(オ)一八四號、二年一〇月三日大審民二一判決、法律新聞八九九號二七頁)

二 不動産の買戻約款附賣買は民法施行前に在りても賣主が賣買契約と共に其解除權を留保したるものにして其買戻權の行使は即ち賣買契約解除權の行使に外ならず

(四五年(ナ)五九號、四五年七月二三日東控民一判決、法律新聞八一九號二五頁)

三 買戻の特約にありては代金の外に尙ほ契約の費用をも返還する旨を定むるを通例とするを以て單に代金のみ支拂に依り借地權の再賣買を約したるときは反證なき限りは賣渡しの豫約なりと認定す

(四五年(ネ)九八號、元年一〇月四日東控民二一判決、法律新聞八三二號二〇頁)

四 買戻權は豫め留保せられたる賣買契約の解除にして一種の債權なるか故に賣主に於て之を行使するときは買主は其相手方に對し原狀に回復せしむる義務を負ふに止り其目的物の所有權が當然賣主に復歸する者にあらずして唯賣主は買主に對し其所有權を移轉せしむる請求權を有するに過ぎず而して買戻の登記を欠きたる爲め第三者に對し其解除の效力を及ぼすこと能はざる場合に於ては買主に於て轉得者より再賣買又は其他の方法に依りて所有權を取得する途なきにあらざるを以て買主は原狀回復の義務の本旨に従ひ賣主を原狀に回復せしむる爲め此等の方法に依り更に轉得者より其所有權を取得し以て之を賣主に移轉すべきことを勧めざるべからず又買主が轉得者より所有權を取得して賣主に移轉することを得るときは結局賣主に對し其損害を賠償すべき筋合に歸するか故に賣主が買戻の結果として單に移轉登記の手續を求むると又主位的に之を求むると同時に履行することを得ざる場合に於ける損害賠償を副位的に求むるとは固より其自由に屬するものと謂はざるを得ず

(四五年(ワ)七三號、二年一月二八日奈良地民判決、法律新聞八四五號二七頁)

#### 第五八〇條

五 民法第五百八十條第三項は當事者か何等の意思表示をなさざりし場合に適用すべき規定にして苟くも契約を以て買戻しの時期に關する定めを爲したる場合に於ては同條第三項を適用すべきものにあらずして同條第一項を適用すべきものとす抑々民法第五百八十條第一項に買戻しの期間とあるは買戻權を行使することを得べき期間の謂にあらざりして買戻權を存続せしむることを得べき期間の謂なりと解するを相當とす何んとなれば民法は永く買戻權を存続せしむるときは其間不動産の改良融通を妨げ經濟上の不利益尠なからざることを慮り假令當事者間の契約を以て十年以上の買戻權を存続せしむべき期間を定むるも之れを賣買契約を爲したる日より起算



して十年間に短縮し其以上存続せざらしめたる者なればなり故に若し民法施行後買戻約款を爲し賣買契約の日より六年間据置き其後何時にても買戻権を行使し得べきことを定めたりとせば買戻権を行使することを得ざる期間と雖とも又買戻権存続するものなれば民法第五百八十條第一項に依り買戻権存続の期間は賣買契約の日より右据置期間を通算して十年に短縮せらるべきなり又民法施行法第三十四條には第三十條乃至第三十二條の規定は時効期間の性質を有せざる法定期間に之れを準用すとの規定あるを以て第三十一條、第三十二條準用の結果は民法に法定期間の定めありて舊法に其定めなき權利に付ては民法施行の日より民法の規定に従ひ法定期間を有する權利となるへし然らば民法第五百八十條第一項に依り十年に短縮せられたる期間は該法定期間と云ふことを得べきやを案するに時効期間の性質を有せざる法定期間とは法律か公益保護の必要上一定の期間の経過に依り又は其期間内權利を行使せざるに依り權利を消滅せしむる目的を以て特に定めたる不變期間を定めたるものなりとす故に當事者の契約を以て定めたる期間は法定期間にあらず民法第五百八十條第三項に定めたる五年の期間は當事者の意思に基づくものにあらずして法律か公益保護の必要上其期間内に權利を行使すべきことを要求し之れを行使せざるに因り買戻権を消滅せしむる目的を以て定めたるものなるを以て法定期間なれとも當事者が契約を以て十年以上買戻権の存続すべきことを定めたるときは民法第五百八十條第一項に依り十年に短縮せらるるも此期間は依然として契約期間にして法定期間たる性質に變ずるものにあらず故に前顯の如き買戻約款には同條第一項を適用すべきものにして同條第三項を適用すべきものにあらずるなり然らば民法施行前右の契約を爲したる場合に於ては民法施行法第三十四條、第三十二條、第三十一條但書を適用すべきものにあざること明らかなり而して民

法施行法第一條には「民法施行前に生したる事項に付ては本法に別段の定ある場合を除く外民法の規定を適用せず」と規定しありて同法中右の如き買戻契約に適用すべき特別の規定なきを以て舊法の規定を適用せざるへからず而るに民法第五百八十條の如き規定あることなく且つ當時の法律中一も此の如き買戻契約を禁したるものなく又當時の慣行に於ても一般に之れを是認し公の秩序に反したるものにあざるを以て右の買戻契約は今日に於ても依然其效力を有するものと謂ふべきなり（明治三十四年（オ）第四三九號明治三十五年三月五日言渡の大審院判決も又結論に於て之れと同一なり）

（元年（ナ）九八號、元年二月二日東控民一判決、法律新聞八四六號二四頁）

### 第五八三條

六 買戻に於て當事者間合意により買戻代金を變更し又は買戻期間内に買戻の意思表示を爲し其代金の授受及登記手續を後日に延期するか如きは之を第三者に對抗することを得ざるは勿論なれとも當事者間にては苟くも期間内に買戻の表意ある以上は上記の如き合意を爲すも買戻たるを妨けず  
（二年（ネ）六五號、二年七月一四日東控民一判決、法律新聞八九六號二五頁）

## 第五節 消費貸借

### 第五八七條

一 消費貸借に於て目的物の授受は消費貸借の意思表示と同時に之を爲すを妨ぐることなし唯其授受あるまでは消費貸借成立せざるのみ蓋し目的物の授受は消費貸借の構成部分なれば其實現なくんば消費貸借は成立せざるも法律行爲の各構成部分の實現は必ずしも同時なることを要するものにあざればなり

（二年（オ）五一號、同年五月八日大審民一判決、法律新聞八七一號二七頁）



二 消費貸借の成立する以上は其債権を擔保する爲めの抵當權の設定か官廳の許可を経さりしか爲め無効に歸することあるも特別の事由存せざる限りは消費貸借を當然無効たらしむるものに非ず  
 (二年(オ)一二七號、二年六月五日大審民一判決、法律新聞八七四號二七頁)

三 消費貸借が要物契約なること勿論なるも必ずしも現實に目的物の授受あることを要せず簡易引渡占有改定等の方法に依るときは現實に目的物を授受せざるも消費貸借の成立に妨げなく又金錢其他の物を給付すべき義務を負ふものある場合に於て其物を以て消費貸借の目的と爲すことを約するときは消費貸借は之に因りて成立したるものと看做さるるか故に唯現實に目的物を授受せざりしことのみ依りて消費貸借の成立せざるものと爲すへきに非ず  
 (二年(オ)二一八號、同年一〇月二〇日大審民二判決、法律新聞九一一號二五頁)

四 現今消費貸借の取引觀念に於て貸主の何人たりやと云ふことは重要ならざるを以て借主は假令甲者より借受けたりと思惟するも實際は乙者か貸主たる場合に於ても貸借の成立を妨げず又貸借の當時貸主たるものの果して何人なるやと云ふことか借主に分明ならざるも苟も第三者にして貸主たる者に代はりて契約を爲せば有效なるを以て是又貸借の成立を妨げず然れども是等の場合に於ても貸主か假裝されたるときは其假裝されたる者か債権を取得すへき理なし又或者か他人の計算に於て自己の名を以て貸借契約を爲すことは固より之れを妨げずと雖も此場合に於ては其者は始めより契約の當事者たる意思なかるへからず  
 (東控民三判決、法律新聞八〇二號二五頁)

五 藝妓營業に依りて得たる収入の全部を席主の收得と爲すと同時に其の収入の絶無なる場合に於ても一定の年限間藝妓營業を爲し期間中擅に廢業若くは家出をなさざる限り返還する義務を

負はざる約旨の下に席主と藝妓間に授受せられたる金圓は其名稱の如何に拘らず藝妓の身代金にして消費貸借の目的となしたるものに非すと認む  
 (四四年(ネ)一〇一號、元年一〇月一日東控民二判決、法律新聞八五二號一九頁)

六 隔地者間の商取引に於ては直接金員を授受する代りに之れか便法として當事者の一方か銀行に宛て相手方を支拂人としたる一定の金額の爲替手形を振出し因て先づ銀行より同金額の支拂を受け相手方は該手形金を同銀行又は其指圖人に支拂ふへき方法が行はることは顯著なる事實にして斯る方法に依る金錢の取引は當事者に於ては經濟上現實に金錢を授受したると同視すへきものと云ふへく隨て甲者か乙者に對し返還することを約し荷爲替に依り實價以上の金錢取引を爲したるは即ち同金額に付當事者間に消費貸借が成立したるものと謂ふ可し  
 (四四年(ワ)三五七號、元年一月一日日横濱地民二判決、法律新聞八三七號二三頁)

第五八條 七 前拂の利息に相當する金額に付ては現實に金錢の授受なきも又貸主か現に之を所持する場合に非ざるも借主をして現實の授受ありたると同一の經濟上の利便を得せしむるに於ては同金額の消費貸借成立するものなり  
 (元年(オ)二二六號、二年一月二二日大審民二判決、法律新聞八四七號二七頁)

八 當事者双互間に於て既に金錢其他の代替物の給付を目的とする債務が存在する場合に當事者か之れを消費貸借の債務に變ずるは毫も妨げなく既存の債務か消費貸借以外の原因に基づく消費貸借に基づくとは之れを問ふことを要せず換言すれば當事者か一の消費貸借を他の新なる消費貸借に變して其相互の關係を定むることは一に其自由の權内に屬するものとす唯た民法第五百八十八條には「消費貸借に因らすして云々」の文詞あるを以て反對推理の解釋に依り消費貸



借に因りて當事者間に債務關係の存在する場合は同條の規定外に屬し當事者か之を變して新たな消費貸借と爲すこと法律上不可能なりと論すへきに似たりと雖とも消費貸借に因りて金錢其他の物の給付を爲すの義務を負ふ場合と其以外の原因に基づき同種の給付義務を負擔する場合とを區別すへき何等法理上及び民事政策上の理由なく畢竟第五百八十八條は通常の場合に着眼したるものに外ならずして消費貸借に因り金錢其他の物を給付するの債務存在する場合に當事者の意思を以て之を新たな消費貸借と爲すことは第五百八十八條より推理し所謂勿論解釋に依り法律上可能なりと判斷するを以て其當を得たるものと解せざるへからず

(元年(オ)一三三二號、二年一月二四日大審民二判決、法律新聞八四六號二七頁)

九 民法第五百八十八條に依り準消費貸借の成立するには給付義務を負ふ者に於て給付すべき金錢其他の物は確定せる數量の物ならざるへからず

(四四年(ネ)三〇九號、大阪控民二判決、法律新聞八一八號二四頁)

一〇 借主に於て貸主に支拂ふべき利息費用等を一旦貸主に交付し更に貸主より貸借金全額を受取る可き場合に於て當事者の合意に因り此煩勞を省き貸主に於て貸借金中より其受取る可き利息費用等を控除し其殘額を借主に交付するも借主に於ては貸借金全額の授受ありたる同一なる經濟上の利益を收むることを得るか故に消費貸借は全額に付成立す

(元年(ワ)一四九五號、二年五月五日東地民四判決、法律新聞八八二號四頁)

一一 金錢の消費貸借の豫約に基き豫約者に對し相手方の有する債權は金錢の支拂に因り消費貸借を成立せしむることを目的とする債權にして金錢の支拂を目的とする債權にあらず豫約者が相手方に金錢を支拂ふは消費貸借を成立せしむる債權の履行として之を爲すものなり豫約者が

任意に金錢の支拂を爲さざるとき相手方が金錢の支拂を強制するも亦金錢の支拂ありたると同一の効力を生せしめ消費貸借を成立せしむるものに外ならず任意若くは強制の支拂は其外形は金錢の支拂に過ぎざるも其實質は其支拂に因り消費貸借を成立せしむることに存するなり斯の如く金錢の消費貸借の豫約に基き債權の目的は金錢の支拂其ものにあらすして金錢の支拂に因り消費貸借を成立せしむることに在るか故に豫約者は其豫約に基き相手方の債權に對し自己の有する金錢給付の反對債權を以て相殺せんとするも双方の債權の目的同種ならざるを以て相殺の效力を生ずる能はず

(二年(オ)二二二號、同年六月一九日民一判決、法律新聞八七六號二五頁)

第五九  
一條

一二 無期限の消費貸借に付貸主が相當の期間を定めて返還の請求を爲すことは返還請求權の行使に付き貸主の遵守することを要する絶對的必要條件にあらずして借主に屬する一の抗辯方法たるに過ぎず從て裁判所は借主の抗辯ありたる場合に此條件の充たざるや否やを審判するを以て足り職權を以て此點の調査を爲すの責務なし

(二年(オ)二一號、二年二月一九日大審民二判決、法律新聞八四七號二七頁)

一三 債權者は何時にても其請求を爲すことを得べく只其請求を受けたる後一定の期間を経過せざる間は債務者に於て其債務の辨濟を爲すことを要せずと約したるは民法第五百九十一條第一項の場合の如く單に債務者に履行の猶豫を與ふるの旨趣に外ならざるものと解すべきなり

(四五年(ネ)一八八號、二年三月一三日東控民二判決、法律新聞八六七號二三頁)

一四 消費貸借に基き債務の履行を債務者の家政整理なる不確定の事實の到來を以て其期限と爲したる場合に於て債務辨濟期の果して到來したるや否やは既に債務者の家政整理の完了したる



や否やを判断して決定すべきものにして債権者より債務者に對する債務辨済の催告を以て直ちに辨済期の到來するものと謂ふへからす而して果して債務者の家政整理が完了したるや否やは當事者双方の利益及び事情を斟酌して家政整理遂行に必要な相當の期間を定め若し此の期間を徒過したるときは其期間満了の日を以て債務辨済期となすべきものなり

○ (二年(ネ)二一六號、二年九月四日東控民三判決、法律新聞九〇〇號二二頁)

一五 返還時期の定めなき消費貸借にありては貸主が相當の期間を定めて返還を催告するに非ざれば其返還期は到來せざるものとす

(四五年(ウ)六一七號、元年一月一五日東地民四判決、法律新聞八二九號二二頁)

一六 債権が單に毎月仕事上り高の内より支拂ふべきことを定めたるに止まり毎月に幾何の金額を支拂ふべきものなるやは一に債務者の自由に委したるものと解するの外なく從て其給付の内容不確定にして毫も債務者の自由を拘束するに足らざるか如き約款は法律上其の效力なく結局該約定は之れか添附なきものと同視すべきものとすされは斯る債務は初めより返還の時期を定めざりし消費貸借と看做すべきものなるを以て貸主に於て相當の期間を定めて其支拂を催告せば借主は一時に之れか全部を支拂はざるへからざる筋合なり

(二年(レ)七二號、二年七月二八日東地民一判決、法律新聞八九二號二二頁)

### 第七節 貸貸借

#### 第一款 總則

一 土地の賃貸人は其賃借人に對し完全に賃借地を使用又は収益せしむべき義務を負ふ者なるを

### 第六〇 一條

以て賃借人が其地所の上に建物を所有し其保存登記申請を爲さんとするに付不動産登記法第六條の規定により其申請に必要な敷地所有者の證明を求むべき場合に於ては所有者たる賃貸人は其請求に應し證明を與ふべき義務あり

(四五年(ネ)一五一號、長崎控民一判決、法律新聞八三二號二七頁)

二 東京市に於ける土地に對する公租公課其他諸入費は一般に年を逐うて増大することは顯著なる事實なるを以て借地人は約旨に因り相當地代の値上を爲すことを承諾せざるへからざる義務あり (四四年(ネ)六三六號、元年一月二四日東控民一判決、法律新聞八六〇號二五頁)

三 借家人が家主の賃料値上請求に應せず協定不調の儘立退を要求せらるる迄借家を繼續するか如きは世上尠からざる事例なるを以て假令賃借人が賃貸人前示家賃値上の請求に對し明かに不承諾の意思を表示するか若くは家屋を明渡して間接に不承諾の意思を表示するか其一出てさりしとして直ちに依然其家屋に居住したる事實のみを探り賃借人に於て其家賃値上の請求を承諾したるものと解する能はざるや多言の要なし

(二年(ナ)三七號、二年五月一九日東控民一判決、法律新聞八八四號二五頁)

四 借家人が家賃値上の請求を受けたる後從前の家賃より多額の支拂を爲すことは時として借家人が家賃値上の請求に應したる事實を認むる證據資料となる場合あるへしと雖も常に其資料たりと云ふを得ず (同上)

五 一定の期日以後は土地の盛衰公租公課の増減に依り借地料を協定すべき旨の契約は如何なる場合に於ても遵守せらるべきものにして貸主は東京市内の慣習に基き此契約に定めたる範圍外の借地料の増額を請求し得ざるものなりやと云ふに該契約の趣旨は經濟上の狀況及び公租公課



の負擔等契約成立當時の事情に比し急變なき限りは之を遵守すべきものなりと雖も若し右の事情にして激變したる場合に於ては必ずしも該契約に依るを要せず東京市内の慣習に基き其所定額以上の増額を請求し得べきことあり

(元年(ワ)一〇〇五號、東地民三判決、法律新聞八二三號一二頁)

六 賃貸借契約に於て借主の支拂ふべき賃料は必ずしも一定の額を以て明定しあることを要せず之れを算定し得べき關係の定まりある以上は右契約の存立に妨なもきものにして地所と其一部地上の建物を併せ一定の賃料にて賃貸しありしを其中建物のみを賃貸人より賃借人に賣渡し而かも引續き右地所の使用を賃借人に任かしありしときは當時格段なる地料に付定めたることの見るべきものなき以上右建物と地所とに付當時の經濟上より算定し得る賃料に對する相當割合の賃料を以て賃貸人は右地所を賃貸し賃借人は之を賃借する意思の暗黙に合致ありしもの即ち右の如き内容を以てする賃貸借契約の更改又は一部建物の賃貸借の解除或は消滅したる殘部地所の賃貸借契約の繼續ありしものと認定するを相當とす

(四五年(ハ)一六五號、神戸區判決、法律新聞八一號二四頁)

#### 第六〇 四條

七 借地證に賃貸期間を五年と記載しあるは賃貸借の存續期間を表示する意味なることもあり又所謂例文に過ぎずして此期間満了と共に當然賃貸借は消滅するものにあらざることもあり結局斯る一片の記載のみによりては孰れとも判斷し難く其他の事情を參酌考覈して當事者の意思の存するところを闡明するの外なきことは當裁判所に顯著なる事實なり

(四四年(ネ)六四七號、四五年七月八日東控民二判決、法律新聞八一三號二三頁)

八 五今年毎に期間を更新し永久に或地所を賃借し得る契約は民法施行前に於て有效なるのみな

らす民法施行法第一條に依り民法に別段の規定なき限り民法の規定を準用せざるを以て有效なりとす一步を譲り假りに民法の規定を準用すべき者とすも民法第六百四條に依れば賃貸借の期間か二十年を超ゆるを得ず又之を更新するにも期間は二十年を超ゆることを得ざる旨規定せるのみにして更新後更に期間を更新することを禁止したるに非ず然るに賃貸借か五年毎に更新する契約なるときは民法第六百四條に違反せざるに付孰れの點よりするも其土地の賃貸借契約は有効にして賃借人は其土地を永久無限に使用し得る者と謂はざるへからず

(四四年(ネ)四六四號、二年三月一九日大阪控民二判決、法律新聞八六五號二六頁)

九 東京市に於ける借地契約に付ては當事者は相當の永年月間借地するの意思なるに拘はらず尙例文として三年又は五年の短期の借地期間を借地證書に記載し其期間は必ずしも賃貸借を終了せしむるの趣旨にあらざること屢見る所の事例なり

(四五年(ネ)四二八號、二年五月一〇日東控民三判決、法律新聞八八三號二三頁)

一〇 家屋所有の目的を以て他人の土地を賃借せる者か僅々二年に滿たざる短期の滿了と共に其借地關係を消滅に歸せしめ家屋を收去し地所を明渡さざる可からざるか如き契約を爲したるものと見るへからざるにより特別の事情なき限り斯かる短期の定めは私署證書に於けると公正證書に於けるとを問はず其期限は畢竟例文にして當事者は之に羈束せらるる意思なきものと解釋すべきなり

(四四年(ワ)一五七二號、東地民四判決、法律新聞八〇一號二二頁)

### 第二款 賃貸借の效力

一 他人の土地に存在する家屋を讓受けたるものは特別の事情なき限り其土地に對する借地權を



も同時に譲受けたりと認むべきは普通の状態なるを以て何等特別の事情を認むべきものなき場合に於ては他人の地上に存在する家屋を譲受けると同時に同人が其土地に付き有したる賃借権をも譲受けたるものと認むるを至當とす

(四四年(ネ)四八二號、四五年四月一五日東控民二判決、法律新聞八〇九號二四頁)

二 家屋の賃借人が賃貸人に對し不可抗力以外の一切の事由に因り生ずる損害を賠償すべき特約を爲したるときは賃借人の不履行によりて生したる損害を賠償すべき責あるは勿論其家屋が不可抗力の原因に因らずして焼失し返還し能はざるに至りたるときは其賠償をも爲さざるへからず (四五年(ネ)一八八號、元年八月二四日大阪控民一判決、法律新聞八二八號二四頁)

三 單純なる賃借の場合と賃借人に於て自分借地の下水費衛生費を負担する場合とを問はず掃除料は總て地主に於て取得すべく又管理人は管理地内の糞尿料を報酬として地主より貰受くる慣習東京市に存在す (東地民判決、法律新聞八二二號一二頁)

四 土地の賃借人が其地上に存在せる自己の家屋を他人に賣却したる場合には家屋收去の目的を以て爲されたる特例を除き土地の賃借権をも譲渡したるものと認むへし

(四五年(ワ)五一七號、元年九月二七日東地民四判決、法律新聞八二五號二二頁)

五 賃借権に基き物件の上に有する占有権は即ち一の物權にして登記なくして第三者に對抗し得べきものなれば之を侵害する行爲は一の不法行爲たるを失はず

(四三年(ワ)二四二號、大阪地民二判決、法律新聞八二七號二二頁)

六 敷金は賃借人が賃料の支拂を怠りたる場合に賃貸人が是れを以て賃料に充當し得る一種の擔保なり (二年(レ)八六號、二年九月二六日東地民三判決、法律新聞九〇二號二二頁)

第六〇 五條

七 賃貸借は債權關係なるを以て第六百五條の效力は登記に因りて生ずる特別の效力に屬し賃借借本來の效力に非ず左れば賃貸借契約に於ける登記の義務は賃貸借自體より生ずる必然の效果にあらずして賃貸借に伴ふ別個の意思表示に依るものと解せざるへからず然れとも既に民法が登記を前提として特別の效力を付與する以上は當事者が別段の意思表示を爲さざるに於ては常に登記を爲すの意思を暗黙に表示したるものと認むるを正當とすへし而して賃貸借契約に附隨する暗黙の意思表示によりて登記義務を發生するものとす (元年九月二八日法曹會決議)

第六一 一條

八 賃借人は賃貸人の承諾を得るにあらざれば其權利を讓渡することを得ざることは民法第六百十一條第一項の規定するところなるか故に賃貸人の承諾なき賃借權の讓渡は賃貸人に對し其效力を生ずべきものにあらず

(四四年(ネ)三三五號、四五年五月八日東控民二判決、法律新聞八一號二二頁)

第六一 二條

九 民法第六百十二條第一項に所謂賃借物の轉貸とは必らずしも賃借物全部の轉貸のみを云ふにあらず其一部の轉貸も其内に包含するものとす何となれば文理上賃借物の一部たりとも之を賃借物と云ふに妨げなきのみならず賃貸人が契約當時賃借人の身上に著眼し之に賃借物の使用收益を爲さしむることを承諾したる所以のものは賃借物の滅失毀損等を避くる爲め自己の信用したる賃借人に於て其の全部を使用収益するものと爲したるか爲めと解するを相當とすればなり

(四五年(ナ)七三號、東控民一判決、法律新聞八五三號二五頁)

第六一 四條

一〇 土地賃貸借證書に何年何月何日以後は賃貸人に於て公課の増減物價の高低等時勢の變遷に従ひ任意に賃料を増減し得べき旨の記載ありとも之れ即ち其地料額を其當時の公課又は物價に比して相當ならしむべき趣旨の特約なりと解すべきものなれば之れに依りて賃貸人は公課の増



加あるときは賃借人に對し何等の意思表示を爲すことなくして地料を任意の額に増額し得べきことを約したるものに非ずして賃借人に對し増額の通知を爲したるときより相手方の承諾を俟たずして相當の額に増額し得べきことを約したるものと認めざるべからず

(四五年(ワ)四二八號、大阪地民二判決、法律新聞八〇六號二六頁)

一 地代値上の時期に付ては土地の所有者より地上權者に對し地代値上の意思を表示したる時より起算すべきものとす

(四四年(ツ)四七〇號、四五年七月五日東地民三判決、法律新聞八一三號二二頁)

### 第二款 賃貸借の終了

#### 第六七條

一 存續期間の定めなき賃貸借なりと雖も賃料増額の通知中に賃借人の不承諾を條件とせる立退要求の意思表示をも包含するものと解する能はず斯る場合には其明示するところに従ひ單純なる家賃値上の請求と認むるを相當とす

(二年(ナ)三七號、東控民一判決、法律新聞八八〇號二四頁)

二 賃貸借契約に於て其存續期間の定めなかりし場合に於ても單に此一事を以て賃貸人より賃借人に對して爲したる賃料増額の通知中に賃借人の不承諾を條件とせる立退要求の意思表示を包含するものと解せず之を單純なる家賃値上の請求と認むるを相當とす從て其請求にして相當ならば賃借人に於て之に應ずべき義務あるに止まり應せされはとて請求後法定期間の經過に因り賃貸借の終了すべきものに非ず

(二年五月一九日東控民一判決、法律新聞八八四號二五頁)

三 借地證に依れば賃貸人に於て土地入用の節は賃借人は六个月内に立退く旨の記載ありと雖も他人の地上に家屋を所有する者か其敷地を賃借するに當り單に地主に於て入用あるときは其通知に因り賃貸借を消滅せしめ同時に其地上の建物を收去して該敷地を明渡すべき旨の特約をなすときは其賃借人は一日も安んじて該家屋を所有し能はざるを以て特別の事情なき限りは當事者は斯る特約を爲すの意思なきは通常の状態なるのみならず慣行の文例に従ひ借地證を作成したるものにして當時該當事者か如上の事項に拘束せらるるの意思あらざることを認め得る以上は右の特約は眞に成立せざりしものと謂はざるべからず從て其特約に基き賃貸人のなしたる解除の意思表示は其效なし

(四五年(ワ)四六六號、四五年七月三日東地民四判決、法律新聞八〇四號二四頁)

四 民法第六百七十七條第一項第一號の趣旨は存續期間を定めざる土地賃貸借は解約申入後一年の期間を経過するによりて終了すと云ふにありて該解約の申入とは賃貸借關係を終了せしむる旨の意思表示に外ならざるか故に賃貸人か賃借人に對し爲したる其意思表示に特約に基き法定期間より短き期間即ち六个月内に明渡すべき旨の附加ある場合に於ても當事者間に特約なかりしときは賃貸人は六ヶ月を経過するにより直に其明渡を求むることを得ざるに止まり斯る意思表示も亦賃貸借を終了せしむる旨の意思表示に外ならず換言すれば賃貸人か特約ありと主張し其明渡期間を六个月内に限定したることか無効に歸するに過ぎざるものなれば之れを前示民法の解約の申入と云ふに妨げなく從つて其後一年を経過するに因り賃貸借は終了するものと云ふべし

(元年(ワ)一七六三號、一年九月五日東地民四判決、法律新聞九〇〇號二五頁)

五 賃借人か賃料の支拂を怠りたる爲め當事者間に於て協定の結果賃借人か賃料支拂ひを二个月

#### 第六八條



間意りたるときは何等の意思表示を俟たずして賃貸借契約は當然消滅に歸すべき旨の特約を爲したるときは右特約に關する文詞は所謂例文にあらずして當事者間に羈束力を有す

(四五年(ネ)一九號、二年五月三日東控民三判決、法律新聞八八二號六頁)

第六一九條

六 自己の營業に要する工作物建設の爲他人の土地を買受けたる旨主張するに拘はらず二年以上の久しきに亘り其土地に於ける在來の借地人に對し地所明渡の催告を爲したる事實の見るべきものなく且或期間内在來の借地關係の存在を認むるか如き場合に土地の返還を受くることを要する事情の存するものと認め難き以上は在來の借地關係の繼承せられ居る者と認むるを相當とす

(四四年(ワ)一五七二號、東地民四判決、法律新聞八〇一號二二頁)

第八節 雇傭

一 雇人が會社に對し賞與金を支給せられざるを理由とし雇傭契約を解除する旨申込み爾來擅に右契約を履行せず會社は之を承諾したるとき以上は雇人は會社に對して過怠の責に任すべきものとす

(東控民三判決、法律新聞八〇五號二四頁)

第九節 請負

第六三二條

一 當事者間に貸金率に付て何等特約なかりし場合には各當事者は其當時に於ける其地方に存する一定の相場に依り支拂をなす意思なりと解すへし通常一地方には大工、石工等の職工に付ては同業者に通ずる賃金の相場あるものとす故に之と異なる賃金を主張するものは之を立證するを要す

(四五年(ナ)四五號、元年二月一四日東控民一判決)

二 工事が倉庫新築其他の工事に於て特別の事情なき限り石工の五日間の妨害に因りては其工事全體に五日以上遅延を來たすものと認め難き場合に在りては斯の如く比較的短時間の遅延は爾後二回に四ヶ月間竣工を延期せられたる以上は其間自ら回復せられ其以後の工事の竣成には毫も影響なきに至りたる者と認め得へし

(二年(ネ)七八號、二年六月一八日東控民四判決、法律新聞八九三號二四頁)

三 建物建築の請負契約に於て當事者か特別の意思表示を爲さざる時は注文者の所有權取得の時期及び其取得は原始的なるや承繼的なるやは一箇の問題たるへしと雖も請負人か請負報酬金全部の支拂を受けて建物を引渡したる後に於て其所有權を移轉すへき契約なるときは其請負報酬金全部の支拂及び建物の引渡ある迄は建物の所有權は請負人に於て之を留保し支拂及び引渡の後注文者に所有權を移轉すへき意思表示を爲して始めて建物の所有權が注文者に移轉するものとす

(二年(ネ)一九三號、二年一月一八日東控民三判決、法律新聞九〇七號二二頁)

四 一般の事例に徴すれば少許の變更は請負人に於て異議なく之を施行したる場合に於ては最初定めたる請負金の中にて之を承諾したるものと看做さるべきものとす

(四四年(通)九五號、安濃津地民判決、法律新聞八五一號二二頁)

第六三三條

五 履行の不能か注文者の責に歸すへき事由に原因したりとせば請負人は民法第五百三十六條第二項の規定に依り自己の債務を免かれたるに因りて得たる利益を注文者に償還することを要するも請負の報酬を受くる權利は之を失はざるべく又若し其履行の不能か請負人の責に歸すへき事由に原因したりとせば注文者は損害の賠償を請求することを得るも請負人の既に爲したる工事の部分に對し報酬の幾分に相當する金額の支拂を免るることを得ざるべく又若し請負人の既



に爲したる工事に瑕疵ありとせば注文者は其瑕疵に付き損害賠償を請求し又民法第六百三十四條第二項に依り同時履行の抗辯を爲すことを得るも其抗辯に因らずして漫然報酬の支拂を拒むことを得ざるへし故に注文者が請負人に請負はしめたる工事を既に他人をして完成せしめて目的物を占有し尙ほ請負人の履行すべきもの存せざる以上は單に請負人か其工事の一部を成して全部完成せざりし一事は未だ以て其報酬請求権なきことの理由と爲すに足らず

(四五年(オ)一八〇號、元年二月二〇日大審民二判決、法律新聞八三八號二八頁)

土地の工作物の請負人は民法第六百三十八條第一項の規定に依り其工作物の瑕疵に付ては引渡後五年間擔保の責に任せざる可からず

(四四年(ワ)四九二號、四五年七月二日東地民三判決、法律新聞八一五號一九頁)

第六三八條

第十節 委任

一 白紙委任狀を交付する場合には本人の爲め代理人を選定し得る者は特定人に限る趣旨に非ざるを普通とす (元年(ネ)七九二號、二年七月二日東控民一判決、法律新聞八九一號一九頁)

二 官廳より拂下契約を解除せられ保證金は當初の契約に依り全部沒收せられたる場合に於ては其沒收處分にして取消され又は無効と爲らざる限りは通常取引の觀念に於て右保證金取下の委任は目的物消滅の爲め終了したるものと謂ふ可し

(二年(オ)八六號、二年一月六日大審民二判決、法律新聞九〇一號二七頁)

第六五一條

三 民法第六百五十一條第二項に所謂相手方の爲め不利なる時期とは受任者より委任を解除したる場合に付て云へは受任者に於て委任を解除したるか爲め相手方は受任者に委託したる行爲を

相手方自ら處理し若し相手方自ら爲し能はざる行爲は他人をして之れを處理せしめ能はざる時期を指稱する者と解すべきものとす

(四五年(ワ)五五二號、元年二月二六日東地民三判決、法律新聞八八九號二三頁)

第十一節 寄託

第六五七條

一 甲者乙者に對し或る物品を寄託し其物品引渡請求權を丙者に移し丙者は丙者か甲者に對する債權の辨濟を受けざる限り何時にても直接乙者より右物件の引渡を受け之によりて辨濟を受くる便宜を得預り證も丙者宛にて甲者より乙者に交付せられたる場合には丙者か利益享受の意思表示を爲し始めて乙者に對し寄託物の引渡を請求し得る權利發生すといふか如きものに非ずして丙者は甲者より右物件預り證書の交付を受くると同時に何時にても寄託物の引渡を請求する權利ある者と解せざるへからず

(四五年(ネ)四六四號、二年六月二七日東控民四判決、法律新聞八九四號二五頁)

第十二節 組合

一 會主にして發起人たる者の個人の事業に積立會なる名稱を附したるに非ずして積立會なる組合類似の日掛積立ての方法に依り金融を圖るを目的とする會員の結合體の會員間に一種の法律關係を生ずるは當然なり積立會の會員となるに會主の承認を得て之れに入會することを得るの手續きは單に會員資格を得るの方法を定めたるに過ぎずして其手續か一の法律關係を生ずるは明らかなるも此法律關係に基づき會員たる資格を得たるときは其會員たる資格に基づき他の會



員との間に其資格に基づく法律關係を生ずるものとす

(四五年(チ)七二號、東控民一判決、法律新聞八三七號二二頁)

二 頼母子講は講員全體か一定の時期に一定の金員を醸出し一定の時期毎に抽籤又は落札の方法により各講員をして醸出の講金中より若干の金額の交付を受くるを得せしむる契約の下に組織せられ講元即ち會主は講員の委任を受けて其業務を處理するに過ぎざるものとするを普通とするも又會主と稱する者か自己の事業として講員を募集し一定の時期毎に一定の金額を拂込ましめ毎回抽籤又は落札の方法により一定の金額を會員に交付する組織の下に經營するものあり前者に在ては講員相互間に資金の融通を目的とする一種の組合契約成立し從て講員の醸出せる金額は講員全體の共有に屬し講元は單に之を講員の爲めに保管するに過ぎざるも後者に在りては法律關係は單に講員各自と講元たる會主との間に成立し會員は契約に従ひ拂込ましめたる金額の幾部を抽籤又は落札の方法により相手方たる講員に交付する債務を負擔すへきも講員の拂込む講金の所有權は會主に歸するを以て會主は自由に之を處分するを得へし〔刑二五二條參照〕

第六六條

三 組合の財産は組合員の共有に屬し組合員各個の財産にあらざるを以て假りに組合員に割當てたる財産の割合なるものありとするも其割當は組合關係に何等の影響なし

(二年(レ)一一四九號、同年一〇月二一日大審刑三判決、法律新聞九〇〇號二七頁)

第六七條

四 組合は共通の資産に依り共同の事業を營む爲めに組織せらるるものなるを以て若し組合員をして清算前に組合財産の分割を求むるに於ては組合の營業を阻害し其目的に反する結果を生ずることあるへし是れ民法第六百七十六條第二項の規定ある所以にして右の規定は組合の一員か

組合に對して清算前に組合財産の分割を求むることを得さらしむるに止まり組合の全員か合意の上爲す所の分割を許さざる法意に非ず

(二年(オ)四號、二年六月二八日大審民一判決、法律新聞八八三號二八頁)

第六八條

五 民法第六百八十八條組合の清算人の權限に關する規定は私權に關するものなるに依り組合の清算人の權限を制限することは毫も法の禁止せざる所にして其制限は有效なり

(二年(レ)一〇三五號、二年一〇月二三日大審刑二判決、法律新聞九〇一號二八頁)

第十四節 和解

第六九條

一 和解契約は當事者か互に讓歩し争を止むることを約するにより效力を生ずるものにして若し當事者か争に付き第三者をして讓歩の條件を指定せしめ其指定する所を以て契約の内容とし之か履行を約したる場合は純然たる和解契約なりと雖も當事者か争ひに付き専ら第三者の判斷を受け然して該判斷に羈束せらるへきことを約したる場合は和解契約にあらずして仲裁契約なりとす

(二年(ネ)三三三號、二年九月二二日東控民四判決)

第四章 不當利得

第七〇條

一 權利株の買入は法律の禁止する所にして此行爲を委任するは即ち不法行爲を目的とせる委任契約にして無効なり故に斯る契約に基き給付ありたる金員の受領は法律上の原因なくして他人の財産に依り利得したるものに該當し不當利得を構成するものとす而して其原因は單に不法なるに止まり公の秩序善良の風俗に反することなきを以て其給付を受けたる利益にして現存



せは之を返還せざるへからず

- 二 無効なる賣買に基き當事者双方の爲したる給付は契約成立の場合と異り全く相牽連することなく獨立し其間何等交渉する所なきを以て其行爲より生ずる結果は別々の運命に従ふべきものとす隨て當事者双方の給付は相互に不當利得を組成し之か返還の請求權は獨立して發生するや明かなり (二年(ネ)七三二號、二年六月二四日東控民三判決、法律新聞八八七號二四頁)
- 三 抵當權實行の結果として債務者が抵當權設定者の財産により債務を免かれたりとするも其抵當權にして適法に設定せられたる以上は其利得に付法律上の原因なしと云ふへからず (四五年(レ)三〇號、浦和地民判決、法律新聞八七四號二三頁)

第七〇  
五條

- 四 利息制限法所定の利息に超過せるものなることを知りて調査料名義の下に交付したる金員の如きは即ち債務の存在せざることを知りて給付したるものに該當し之か返還を請求し得ざるものとす (四四年(ワ)一三三二號、四五年五月二〇日東地民三判決、法律新聞八一三號二二頁)
- 五 民法第七百五條は給付者か債務の存在せざることを知れるに拘はらず殊更に債務辨濟の名義に依りて給付を爲し其給付を爲すに付ても眞誠の意思を以て爲し自から損失を受くることを承認したるものにして斯る給付者に對し法律の保護を與ふるの必要なしとの趣旨により定められたるものなるを以て債務存在するや否やに付き疑を抱き其存否の確ならざる間に支拂ひを爲し支拂後債務の存在せざりし場合には同條の適用なきや明らかなり (四四年(ネ)五一五號、元年一〇月五日東控民三判決、法律新聞八七三號二四頁)

第七〇  
八條

- 六 仲買人が取引所に於て取引せざる事の情を知りて注文したるものは仲買人と同しく取引所法違反の罪責を免かるるを得ず然れば當事者双方に不法の原因あり隨て之か爲め給付を爲したる注文者は其給付したる證據金若くは代用品の返還を請求する事を得ず (元年九月二六日大阪控刑二判決、法律新聞八二八號二七頁)

- 七 民法第七百八條に所謂不法原因に基つく給付は其返還を請求するを得ずとのことは給付の結果或る財産權が相手方に歸屬したる場合に其得たる利益の返還を求むるを得ざることを云ふものなり故に初めより何等權利の移轉なき場合には素より不當利得の問題を生ぜざるか故に前記法條の適用なし (四四年(ネ)六五二號、一年五月二二日東控民三判決、法律新聞八八二號七頁)
- 八 多額納稅者議員選舉有權者間に於て豫め抽籤に依り候補者を定め之に投票して當選せしむると共に法律上の任期を分割し當選者に於て其豫定期滿了の際辭職し前記の方法により選出せられたる後任者と更替すべきことを約する如き契約は公の秩序に反する事項を目的とする不法のものたること疑ひなく從て如上議員の更替を確實ならしむる爲め交付したる公債證書は民法第七百八條に所謂不法の原因の爲め給付したるものに外ならざるを以て給付者は其返還を請求するの權利を有せざるものとす (二年(ネ)四〇號廣島控民判決、法律新聞八八五號二四頁)
- 九 民法上給付なる用語か汎く物の所有權占有權の移轉及登記名義の移付等を包含することは民法第七百五條第七百六條第五百三十七條の規定に徴して之を知るに足るべく同第七百八條に所謂給付の語も亦所有權移轉の場合而已を意味するに非ずして叙上各種の場合を包含す (同上)
- 一〇 民法第七百八條の不法の原因の爲め給付を爲したるものは法律の保護に値せざる者として其返還請求權を制限せんとするの趣旨に出でたる公益的規定なるか故に苟も不法の原因の爲め給付したるものならんか債權關係たる不當利得を原因とすると物權上の所有權を原因とすると



(同上)

を問はず絶対其の返還請求権を制限するものと解するを妥當とす

一 法律の禁止に違反せる行爲に因りて爲したる給付は必ずしも取戻し得へからざるものに非ず抑も法律か一定の行爲を禁止するは或は其行爲自體か公の秩序又は善良の風俗に違反するか爲めなることあり或は又其行爲自體は公の秩序又は善良の風俗に違反せずと雖も他の理由よりして之を禁止する必要あるに因ることあり而して汎く不法の行爲と云ふときは法律の許さざる所謂不法の行爲を總稱するものなるか故に其行爲自體か公の秩序又は善良の風俗に反すると否とを問はず苟も法律の禁止せる行爲は總て之を不法の行爲なりと謂ふことを謂へしと雖も民法第七百八條に所謂不法の原因の爲め爲したる給付とは法律の禁止に違反せる行爲に因りなされたる一切の給付を包含するや否やに付ては頗る疑なき能はず然れども法律か不法の原因の爲めに給付したるものの返還を請求することを許さざるは公の秩序又は善良の風俗に反する事項を主張して権利の保護を求むることを許さすとの法意に出づるものなるを以て其給付の原因自體か公の秩序又は善良の風俗に反せざる限りは其原因を主張して給付したるものの返還を請求することは毫も妨げある可からず彼の會社設立前に於ける権利株の賣買の如き又は法律に認められたる以外の内容を有する物權を設定せんとする行爲の如きは孰れも法律の禁止する所なりと雖も其行爲自體は公の秩序又は善良の風俗に反するものに非ざるを以て此等の行爲に因り給付したるものの返還を請求し得ざるの理ある可らず然らば即ち法律の禁止に違反せる行爲と雖も其行爲自體か公の秩序又は善良の風俗に反せざる以上は其行爲に因り爲したる給付は民法第七百八條に所謂不法の原因の爲めの給付に該當せざるものと解するを妥當とす然るに今金鵒勲章年金證書に付て之を審案するに金鵒勲章年金の支給を受くる權利は一身に專屬せるものにし

て之を他に讓渡し又は質權の目的となすか如き行爲は法律の許さざる所なりと雖も斯かる行爲は夫れ自體公の秩序又は善良の風俗に反する醜惡なる行爲と認むるを得ざるか故に債務者か委任の形式を以て爲したる脱法行爲に依り年金證書を債權者に交付したる行爲は所謂不法の原因の爲めに給付したるものなりとは斷定するを得ず隨て債權者か債務者に對し年金證書を返還す可き義務あるや洵に明かなり

(二年(レ)三號、二年五月七日東地民四判決、法律新聞八八〇號二二頁)

二 犯罪行爲に因り生したる債權の如きは不法の原因に基く權利にして元より法律の保護する處にあらす從て債務者は之か辨濟をなすへき義務なし故に斯る債務の辨濟を爲したることを原因とする請求は理由なし

(元年(ワ)一三四四號、二年五月一九日東地民三判決、法律新聞八九〇號一九頁)

## 第五章 不法行爲

### 第七〇九條

一 他人名義の文書を偽造し公正證書を作成し抵當權設定登記をなし因て金員を銀行より騙取し爲に右銀行の代理貸附を爲す者をして其者と銀行との契約上同銀行被害金を賠償するの已むを得ざるに至らしめたるときは即ち不法行爲に因り右代理貸附者の財産權を侵害したるものとす

(元年(レ)一九四一號、元年一月二二日大審刑二判決、法律新聞八三二號二八頁)

二 明治三十二年法律第九十九號國有土地森林原野下戻法に依り行政裁判所の爲したる國有林下戻の判決は所有權創設の效力を生ずるに止まり毫も判決前に於て國か所有者たることを否定するものにあらず故に國有林下戻の行政訴訟に於て請求者か立證上文書を偽造して之を提出行使



し行政裁判所の當該吏員を錯誤に陥れ因て勝訴の判決を受くるに於ては其判決は請求者の爲め所有權創設の效力を生ずるも國が従前の所有權を喪失するに至りたるは文書偽造行使の結果に外ならされは因て生じたる損害は文書偽造行使の非行を爲したる者に於て賠償の責に任せざるへからす但大審院明治四十二年(れ)第一三一九號判決の趣旨は之と相反するものあるを以て茲に之を更正す

(元年(れ)二五〇七號、二年四月一五日大審刑一二聯合部判決、法律新聞八六七號二八頁)

三 既存の債務の履行に關する行爲の場合に於て他人に對する過失は其債務の範圍を出て存することを得ざるものと謂ふへからす過失は相當の注意を爲さは違法の結果を避くることを得へきに其注意を缺くこととなり而るに既存の債務の履行に關する行爲の違法の結果は或は債務の不履行たるに止まることあり或は不法行爲に於ける權利侵害たることあり或は債務の不履行と不法行爲に於ける權利侵害と競合することあるへきを以て同一の意思の缺點は或は債務の不履行を避くるに相當なる注意を缺くこととなり或は一般人に對する權利侵害を避くるに相當なる注意を缺くこととなり或は同時に兩者の注意を缺くこととなることあるへし苟も一般人に對する權利侵害を避くるに相當なる注意を缺きたるか爲め他人の權利を侵害したるときは過失に因り他人の權利を侵害したるものに外ならざるか故不法行爲上の過失の責を負はざるへからざるものとす左れば倉庫證券の發行に付ても一般人の權利を侵害せざるの注意義務なきものと謂ふへからす

(二年(オ)八一號、二年四月二六日大審民一判決、法律新聞八六七號二七頁)

四 過失は獨り行爲か違法の結果を生し得へきことを認識しなから其結果を生ずることなかるへしとの希望を以て相當の注意を缺く場合にのみ存するものにあらず違法の結果を生し得へきこ

との認識なきも相當の注意を爲せは之を認識し且つ避くることを得へかりし場合にも亦存するものなるか故認識の餘地なくんは因果關係なしとするは誤れり (同上)

五 一旦債權者より執行力ある正本を交付して有體動産に對する強制執行の委任あるや執達吏は職權に基き強制執行を實施すへき動産の選擇に付き債權者の指示を受くへきものにあらず從て縱令執達吏か差押ふへからざる動産を差押へたりとするも之を以て債權者の指示其當を得ざる過失に因るものとするを得ず(尤も債權者か執達吏をして過誤に陥らしむる別段の行爲を爲したる場合は此限にあらず)又債權者の代理人として差押の實施に立會ふ者も亦差押ふへき動産の選擇指示を爲すことを得ざるものなれば縱令其者に於て他人の所有物なりとの債務者の申出あるに拘らず執達吏か其差押を爲すに一任し居たりとするも其者に過失なく從て又過失の責を債權者に歸するを得ざるものとす

(二年(オ)一九號、二年六月二六日大審民一判決、法律新聞八八三號二七頁)

六 民法第七百九條には他人の權利を侵害云云とあり、茲に權利と云ふは權利範圍、換言すれば法律により保護せられたる利益と云ふか如く廣義に解釋すへく例へは所有權、質權、著作權と云ふか如き一個特定の權利のみを指すと解すへからす何となれば若し然らすとせんか例へは第三者の詐欺により善意の相手方に對し無償にて金錢債務を負擔したるもの如き右の法律行爲は之れを取消すを得ざる結果財産上の損害を蒙ること勿論なると共に或る特定したる權利の侵害あるに非ざるを以て右の第三者に對する不法行爲の損害賠償請求權も亦發生せず而かも斯かる場合は何等の救済とも與へざる法意なりとは認め得ざるを以て結局權利なる文字は之れを狭義に解すへからざること疑ひを容れされはなり法文の解釋より云ふも民法第七百十條は當面に



は賠償すべき損害は財産上のそれに止まらざることを明かにすると共に裏面には身體、自由、名譽等に對しても亦前條即ち第七百九條に依り不法行爲の存すべきことを注意的補充的に表示せる規定なり而かも身體自由、名譽等に對し概括的に權利詳言すれば例へば所有權、著作權と云ふと同一の意義に於ける一箇特定の權利ありや俄に斷定し難きものあると共に之等か法律（殊に刑法）により保護せらるる利益なることは多言を要せず要するに民法第七百九條の權利と云ふことを狹義に解する以上は別に一般保護法規に違反する行爲は權利（狹義）の侵害あると否とを問はず不法行爲と看做すと云ふか如き規定を設けざる限り不法行爲に對する救済は極めて不十分となるを免れず故に個々の財産に對する侵害は勿論廣く財産的利益を侵害することも亦不法行爲を構成するものと云はざるべからず然らば民法第七百九條に所謂侵害の意義如何と云ふに不法なる行爲により損害を與ふることを指す而して茲に不法なる行爲と云ふは禁止法規に違反する行爲のみならず善良の風俗に反する行爲の如きも亦之れを包含するものとす何となれば斯る行爲は縱し禁止法規に牴觸せざる場合にても尙ほ且つ法律は一般公益上其有效に存在するを許さざるものなるを以て若し斯る行爲の結果他人に損害を生せしめたる場合には其賠償責任を辭するを得ずと解釋すべきは立法の趣旨に徴し極めて相當なればなり例へば未だ特許權を得ざる技術上の秘密を漏洩するか如き行爲は必ずしも犯罪にあらず又必ずしも債務不履行にもあらず固より特許權の侵害にもあらず單に善良の風俗に關する行爲たるに過ぎざること有り得へし斯る場合に之を不法行爲にあらずと云はば秘密漏洩の爲め損害を蒙りたるものは遂に其救済を得るの途なきに了らむ而かも法律の趣旨か斯る場合に救済を與へざるものとは認め得ざるを以て之等より見るも亦前示解釋の相當なるを知るに足る而して已に支拂濟となれる手形か善

意の第三者の手に渡りたる以上之れに對し更に其支拂ひをなすべき義務あることは手形取引上周知せらるるところなり故に手形取得者か支拂濟なることを知りつつ手形を取得し之れを善意の第三者に裏書するときは振出人に於て二重拂ひの止むなきに至るべきは手形取得者の豫期すべき所とす、然らば手形の裏書を受け又は之れを他に裏書すること自體は何れも法律上認容せられたる行爲なると共に始めより惡意にて取得したる手形を更に右の如き豫期の下に他人に裏書することは即ち善良の風俗に反する行爲と云はざるを得ざるを以て前掲論旨に照し手形取得者の爲したる裏書は振出人の權利を侵害するものたるや明白なり（但し之れか爲め善意の被裏書人か振出人に對し手形上の權利を取得することを妨げざるは手形取引の性質上當然なり）從ひて二重拂ひより生ずる損害に對し不法行爲に基つく賠償責任あるは云ふ迄もなし

（四三年（ネ）三三八號、東控民二判決、法律新聞八〇六號二三頁）

七 債權證書を偽造し債權あるか如く裝ひて他人の不動産を差押へしは被差押人の權利を故意に侵害したるものと云はざるべからず從つて之れによりて生じたる損害を賠償すべき責任あり仍てその損害の範圍を案するに差押人か債務を負はざるに拘はらず突然假差押を受くる以上は之れか救済の方法を講ずる爲め辯護士に依頼し一面に於て假差押の取消を求め一面に於て告訴を爲せるは當然にしてその費用として辯護士に支拂ひたる金額は不當なる假差押の爲め被れる損害と看做して可なり（四四年（ネ）一五七號、東控民三判決、法律新聞八〇八號二三頁）

八 哲學上因果の關係あるも一般取引上の觀念に訴へ因果の關係あるものと認むべき場合にあらざれば法律上因果關係あるものと謂ふことを得ず

（三九年（ネ）六四三號、四五年三月三〇日、東控民一判決、法律新聞八六八號三頁）



九 其内容か十中九迄は寄託者の言ふ物品にあらざるへしとの疑ひを生ずべき事情存在し善良なる管理者の注意を以てすれば内容を點檢するにあらざれば倉庫證券を發行すべき場合にあらざるに拘はらず其内容を點檢せず且つ其他何等十分なる調査をも爲さず漫然不正の記載を爲したる證券を發行したるは過失なり (同上)

一〇 倉庫營業者は證券を發行するに當り善良なる管理者の注意を爲し證券に不正の記載なきことを注意することを要するものなるか故に證券には特に「箱入に付き見本に依り評價す」との記載あるも現に證券記載の物件の寄託を受けたるものと解すべきものなるを以て消費貸借の貸主か倉庫業者の發行に係る證券に誤られ寄託物を取調へされはとて之を以て貸主の過失と謂ふことを得ず又假りに右「箱入に付き見本に依り評價す」との記載か内容に付き責任なしとの趣旨に解することを得べき記載なりとするも多數の者が同しく右と同様若くは類似の證券面の記載を以て内容に付き責任なしとの意に解せず現に證券記載の物件の寄託を受けたる趣旨に解したる以上は斯の如き誤解し易き記載を爲したるは倉庫業者の過失なり (同上)

一一 一箇の行為か民法上一方より觀察すれば不法行為にして他方より觀察すれば法律行為なる場合稀なりとせず即ち甲者か乙者を欺き手形割引きの形式に依り金銭を借り受けたる場合には一方より觀れば甲者か乙者を欺き金銭を騙取し乙者は之れか爲めに損害を被りたるものなるを以て不法行為なること明らかなるも他方に於て法律行為の要素に錯誤なき以上は消費貸借契約成立するものとす、故に一方に於て法律行為に因り權利移轉したりと認め得べき場合に他方に於て其權利か不法行為に因り侵害せられたりと認むるに毫も妨げなきものとす (即ち不法行為者か法律行為を利用して被害者の權利を喪失せしめたる者と解することを得へし) (同上)

一二 倉庫證券なるものは其性質上流通證券にして取引上第三者に轉讓すべきものなれば若し證券に不正の記載を爲さんか第三者は其證券に誤られ不測の損害を被むることあるべきは十分之れを豫知することを得べきものなるを以て甲者か丙者の發行に係る證券の不正なる記載を眞實なる者とし乙者を欺き其證券を擔保として金銭を借り入れ乙者に金銭の所有權を喪失せしめ以て損害を被らしめたるものなる以上は取引上の通念より觀るも證券發行に關する過失と乙者の權利侵害及損害との間には因果の關係あるものと認むることを得へし (同上)

一三 親權者か其職務を行ふに付き不法行為を爲したる場合には未成年の子は其不法行為の責に任せざる者とす蓋し親權者は未成年の子の爲に不法行為を爲す代理權を有せず故に縱令未成年の子の爲めに行動すると雖も其行為にして不法行為たる以上は親權者の權限外のことと屬するにより結局親權者の自身の不法行為となりそれに對し未成年の子は第三者の地位に立ち其責に任すべきものにあらず

(四四年(ネ六五〇)號、四五年五月一四日東控民三判決、法律新聞七九八號二二頁)  
一四 凡そ一個の詐欺行為か刑事上及び民法上の不法行為を組成し且つ法律行為の成立する場合に於ては被害者に於て損害賠償權を行使すると取消權を行使するとは一に其任意選擇に屬するものとす (四五年(ネ三九號、元年九月一七日東控民三判決、法律新聞八三八號二二頁)

一五 既則の構造か二本の杭を建て丸木を以て斜めに之れを持たせ建家に立掛けたる一尺四方の屋根もなき物干様のものにして一方を建家に打ち付け建家を取毀つときは自然に倚るべきものなく設備上建家の一部として包含せられ獨立の建物として存在し得へからざる物なることを認め得べき以上は建家と共に其包含物として之を取毀つは毫も差支なく其取毀ちに付き不法の點



なきものとす

(四五年(ネ)三七六號、東控民三判決、法律新聞八三八號二三頁)

一六 甲者の有する改訂特許か特種の技能を要し之が有效無効を決すべき職權を有する審判官に於てすら前後見解を異にする如き事項なるときは特別の技能ありと認められざる乙者等に於ては甲者の改訂特許に撞着する機械を製作販賣するも敢て甲者の權利を侵害するものに非すと信するは普通の状態なりとす隨て斯る場合に於ては乙者に故意は固より過失ありと謂ふことを得す (元年一〇月二五日東控刑三判決、法律新聞八二八號二二頁)

一七 他人の地上に權限なくして建物所有する場合に假令其の所有者か其建物を占有せすとするも其建物を所有するとの事實のみにて其敷地の使用を妨害したる者と謂ふべく又邸宅地が一區劃を爲し家屋所有者以外の方に於て使用し得ざる場合に於ては敷地以外の土地に付きて即ち其邸宅地全部に付き損害の責に任すべきものとす(東控民一判決、法律新聞八三九號二四頁)

一八 鐵道の使用人は轉轍器の取扱ひに付き最も深き注意を加へざる可からざるものとす (四五年(ネ)一七七號、元年一二月三日東控民一判決、法律新聞八五四號二二頁)

一九 市街宅地に於て他人の家屋か其境界を踰越して自己の使用地域を侵害せりと主張し之か返還を請求するには専門の技術者をして其番地を測定せしむる等充分の注意を爲さざるへからざるは勿論にして若し是れ等の點に關し缺くる所ありとせば其爲めに生したる損害を賠償すべき義務あるものとす

(四五年(ネ)三七四號、二年一〇月八日東控民四判決、法律新聞九〇三號二三頁)

二〇 電車運轉の震動に基因し收用地以外の地上に存する工作物に及ぼすことあるべき損害の賠償を求むる訴は將來の事實に基き發生することあるべき損害の賠償を求むるものなれば未だ故

意又は過失に因り他人の權利を侵害したりと云ふことを得ざるのみならず會社の設備の如何に依りては震動に因る損害が發生するやも未確定なるを以て此の如き事由に基き不法行爲に因る損害賠償は請求し得へからざるや言を俟たす

(四五年(ウ)五七九號、四五年六月三日東地民三判決、法律新聞八〇〇號二二頁)

二一 癩睡劑を使用するに當りては假令其用法に過ちなしとするも時としては受術患者の特質に依り癩睡死を來たすことありて其原因は醫學上よりは豫斷し得ざるものなること明瞭なるか故に患者か「クロロホルム」癩睡劑使用の爲め死亡したる事實あるか爲めに直に其主任醫に過失あるものとは認め難く月經中癩睡劑を使用するも通常生命の危険を伴ふものにあらざるを以て之れ亦醫師の過失と認むるを得す(四四年(ウ)二一五〇號、東地民三判決、法律新聞八一二號六頁)

二二 民事裁判所の判決の本領は私權の保護にあり行政裁判所の判決の本領は行政法規に依りて與へられたる個人の權利の保護にあり等しく權利の存在不存在を宣言し之を確定するものにして之を創設し消滅するものに非ず然るに裁判所が實際存在する權利を存在せすと宣言し實際存在せざる權利を存在するものと宣言し客觀的の眞實に背反する不當認定の判決を爲したる場合に於ては恰も實在の權利を消滅し不存在の權利を創設するか如き判決の本領に悖りたる效果を生ずるは免れずと雖も不當認定の判決も亦判決たるを失はざるか故に其確定に依りて既判力を生ずるは止むを得ざる處なりとす然れとも訴訟當事者か右の如き不當認定の判決を得るに至りたる手段方法か刑事裁判所に於て犯罪行爲として處罰すべきものなると明確となりたる以上勝訴者は故意を以て國家の裁判機關を通じ敗訴者の權利を侵害し之れに損害を加へたるものとして不法行爲の責に任すべきものと論定せざるへからず若し夫れ斯の如き有責違法の行爲に依り



て他人の権利を侵害し損害を加へたる者か徒に不當認定判決の既判力の威力を藉りて不法行爲の責任を免るることを得るものとせば遂に民法第七百九條の適用を故なく局限し不法行爲者を保護し被害者を救済せざる不當なる結果を生ずるに至るへし故に民事被告人等か當初より國有林を騙取するの目的を以て諸般の證據書類を偽造變造し之を行使し周到なる用意を以て行政裁判所をして事實の真相を誤信せしめ恰も不存在の權利を創設したるか如き奇觀ある不當認定の判決を爲すに至らしめたるは即ち行政裁判所なる國家機關を利用し民事原告人の權利を侵害し損害を與へたるものと謂はざるへからず從て不法行爲の責に任せざるへからざるや當然なり而して民事原告人の請求は確定判決に依り既に確定したる當事者間の權利關係の再度の審理を要求するにあらずして之と別個の觀念なる不法行爲を訴の原因とするにあること其の主張自體に徴し明白なる以上は既判力の抗辯は何等の價值なきものとす吾大審院近時の判決例か「行政裁判所の確定判決が當事者を羈束するの效力あるは勿論法律上之に對し再審を許さざるにより其の後に至り假令其の憑據となりたる事實が刑事上罪と爲るへき事實にして請求者に請求權なかりし事實確定するも之か爲め確定判決の效力に何等の影響を及ぼすへきものにあらず」と判示し行政裁判所の不當認定に基く判決の敗訴者か其の勝訴者に對し爲したる損害賠償の請求を排斥したるは畢竟不當認定判決の既判力に執着して不法行爲の被害者の救済を度外視したるのみならず敗訴者の損害賠償の請求か確定判決に認めたる權利關係の再審を求むるにあらずして却て別個の原因たる不法行爲に基くものなることを看過したる失當の見解なり

(四五年六月二八日和歌山地刑判決、法律新聞八一六號二四頁)

二三 賃借權に基き物件の上に有する占有權は即ち一の物權にして登記なくして第三者に對抗し

得へきものなれば之を侵害する行爲は一の不法行爲たるを失はず

(四三年(ワ)一四二號、大阪地民二一判決、法律新聞八一七號二二頁)

二四 損傷船に應急修繕を施し之れを曳船と爲す場合に於て普通有り得へき風波は一般航海業者の豫見し若くは豫見し得へき事項に屬す故に其排水機關其他の設備は如上の風波に堪え得へき程度を目的とせざるへからず

(四〇年(ワ)七三號、元年一〇月九日函館地民判決、法律新聞八一七號二四頁)

二五 自己の賃借地に他人か虛無の家屋を所有するものの如く保存登記を爲し該家屋の目的物として抵當權を設定するも其家屋か實在せざるときは賃借地を不法に占據せられたりと云ふ能はず即ち賃借權に何等の侵害なきを以て不法行爲を原因として該建物保存登記抹消の請求を爲すは失當なり

(四四年(レ)一七一號、大阪地民三三三號二二頁)

二六 物件の所有權を移轉するとなく單に所有名義を以て擔保權を有するに過ぎざる以上擅に之を處分するときは不法行爲の責を免れず而して其名義者か擔保物件を不法に處分したるか爲め之に因て生じたる損害の賠償を求むるは債務の辨濟を前提とする擔保の釋放請求權と異り擔保物件を不法に賣却したるときより發生するものなるを以て敢て債務の辨濟如何を問ふを要せず

(元年(ワ)六八號、元年二月二五日函館地民判決、法律新聞八四二號二四頁)

二七 債權を他人より讓渡を受くるに當り手殘證文たるの事實を知らざりし事を以つて重大なる過失ありと認定し難く而して其後訴訟の結果右債權は更改に因りて消滅に歸し該證書は手殘證文なりとの理由を以て敗訴の判決を受けたればとて右裁判を事前に遡及し債權讓渡當時に於ても手殘證文たるの事實を豫知し得へかりしに相當の注意を缺きたるか爲め事茲に到りたるもの



なりと推斷するに足らず況んや當時更改に因りて舊債務消滅に歸したるに拘はらず其儘該證書を放任し之か返還を受けざりしは債權者に於て怠慢の責あるを免れざるに於てをや

二八 甲者か乙者に對して貸金請求の訴を提起し勝訴判決を受け次て假執行の宣言に基き強制執行を爲したるに乙者は右判決に對し控訴に及ひたる處前顯債權は更改に因りて既に消滅に歸したりとの理由により乙者勝訴の判決を受け遂に確定するに至りたる時は甲者か第一審判決に附せられたる假執行の宣言に基きて爲したる強制執行か爾後無原因の行爲たるに至りたるは素より論を俟たすと雖も此一事を以て直に甲者をして不法行爲の責に任せしむるに足らず蓋し甲者か債權讓受けの當時若くは強制執行の完結以前に於て右債權は既に消滅に歸したることを知り若しくは知ることを得へかりしにも拘はらず漫然乙者に對して訴求を爲し以て強制執行に及ひたる事實あるに非ずんば不法行爲たるの要件を充實するに至らざればなり (同上)

二九 急勾配線路の運輸に關し鐵道從業員か列車に過重の積載をなし不完全の機關車を使用したることは則ち鐵道從業員の職務執行上の不注意と認む (元年(ワ)二七四〇號、二年三月一日東地民三判決、法律新聞八七一號二二頁)

三〇 運搬中驗水管の破損するか如き不完全なる機關車を使用すること自體か既に鐵道從業員の過失なり (同上)

三一 對人的權利關係の當事者間に於ける權利の侵害は不法行爲を組成せざるを以て(少數の反對説は在れとも)債務者か其債務の履行を爲さず又其有責行爲により履行を不能ならしめたる場合に於ては債務の不履行は在るも不法行爲は之れを組成せざる者とす第三者か他人の債權を

侵害するを得るや否や即他人の債權を侵害する不法行爲ありや否やは議論の存するところにして或は債權と雖も絶對的效力を有するを以て之を侵害せる第三者は不法行爲の責任を有するものなりと主張せり債權の絶對的效力を認むるとは適切の立法にして之を以て債權の保護を全うする所以なれとも我民法に於て債權の絶對的效力を認めたりと解すへき根據を發見するに由なし尤も我民法は第四百二十三條乃至四百二十六條に於て所謂間接訴權及び廢罷訴權に關する規定を設け債權の第三者に對する效力を認めたりと雖も所謂共同擔保の觀念を遺存し債權の效力として右二種の權利を第三者に對抗するを得へきことを認めたるに過ぎずして之を以て我民法が債權其物の第三者に對する效力を認めたるものと解する根據と爲す能はず從て我民法に於て債權は債權者債務者間の對人的關係たるに止まり絶對的效力を有するものにあらずるか故に第三者は他人の債權を侵害することを得ず即ち第三者による債權侵害の不法行爲は成立すること之れなきものとす (四五年(ワ)九九三號、二年三月二九日東地民三判決、法律新聞八九三號二五頁)

三二 不法行爲に基く損害賠償請求權は權利の侵害及び損害發生の時より直に發生し損害賠償の範圍は即ち賠償請求權の債權目的なるを以て未だ算定し盡さずとも其目的範圍は客觀的に既に確定したるものと云ふを妨げざること民法第七百九條の法意に徴するも明なるを以て不法の假差押による損害賠償請求權は其不法の假差押に因る權利の侵害及び損害發生の時より發生し其時より假差押解除のありたる時に至る期間被害者の蒙りたる損害を賠償すへき義務あることを論を俟たす (二年(ワ)二九號、二年四月一四日千葉地民判決、法律新聞八七〇號五頁)

三三 會社の代表社員か自己單獨の意思に基き會社の財産を自己の所有名義に變更するは不法行



爲に屬し固より法律行為を以て論ずべきものに非ざるか故に其行為は絶對無効なり

(四五年(ワ)四〇七號、二年五月二三日東地民四判決、法律新聞八七七號二三頁)

三四 債權は債權者債務者間の關係に止り債權に依りて拘束せらるるものは單に債務者のみに過ぎずして債務者以外の第三者は何人と雖も債權に依りて拘束せらるることなし即債權は特定の債務者に對してのみ之を主張し得るに止り債務者以外の第三者に對しては之を對抗するを得ざるものなり(民法第四百二十三條第四百二十四條は債權の特趣の效力として債權の第三者に及ぼす效力を規定したりと雖も是れ固より債權の特趣の效力に過ぎず、又民法は登記したる賃借權買戻權を以て第三者に對抗するを許したりと雖も是れ法律が特に登記したる是等債權に特趣の效力を付與したるものに過ぎず、敢て之か爲め一般に債權を以て第三者に對抗するを得るものなりとするを得ず)、從て債權の性質上債務者以外の第三者は債權を侵害する能はざるものなりと斷せざるへからず、而して債務者は固より債務違反に依りて其債權者の債權を侵害することを得へしと雖も民法は此場合に特別の規定を設け債權の效力として債務者をして債務不履行の責に任せしむるに過ぎずして其債務違反を目して民法に所謂不法行為なりと云ふを得ず故に債權侵害に依る不法行為の成立は到底之を是認するを得ず

(二年(ワ)七〇七號、東地民三判決、法律新聞八八三號一九頁)

第七一〇條

三五 實際私通の關係あるに於ては情婦か偶嬰兒壓殺犯嫌疑者として起訴せられたる際警察署豫審廷及び公判廷に於て其情夫と私通の結果妊娠したる旨を陳述するも爲めに情夫の名譽を毀損したるものと謂ふ可からず隨つて情夫は之を理由として名譽回復の請求又は損害賠償の請求を爲すとを得ざる者とす

(二年(ネ)二八九號、二年一月一日東控民三判決、法律新聞九〇八號二六頁)

三六 劇中の人物に偶々東京新聞社長と稱せしめたる一事あるも東京と云ひ新聞と云ひ何れも普遍的名稱に過ぎずして單に之を聯結して劇中の人物に冠せしめたりとて敢て事實上東京新聞社長たる者の名譽に何等影響を來たす可きものにあらず

(東地民五判決、法律新聞七九九號一七頁)

第七一一條

三七 運送人の使用人か轉轍器の使用を誤りたる結果旅客を死に致したるは其事業の執行に付き第三者に損害を加へたるものと云ふべく其被害者の子は自己の權利として民法第七百十五條、第七百十一條に依り葬式費用の賠償は勿論精神上の苦痛に對する賠償をも請求することを得へし又此れ等の要償權は運送契約上の義務不履行に因る要償權と重複せざるを以て運送契約上の義務不履行に因る損害の外當に之れ等の不法行為に基く損害を賠償するの責任あるものとす

(四五年(ネ)二七七號、元年一月三日東控民一判決、法律新聞八五四號二二頁)

三八 三十一歳の普通の健康を有する男子の生存し得べき年齢は生命保險の統計表よりして平均六十二歳三個月なりと算出し得べきことを認むることを得へし故に此等の狀況を斟酌して損害額を定むることを得

(四五年(ネ)二七七號、元年一月三日東控民一判決、法律新聞八五四號二二頁)

三九 我民法は第七百十一條に於て他人の故意又は過失に因り生命を殞したる者ある場合に其者の父母配偶者及び子に對して所謂慰藉金の請求權を認むるのみにして身體傷害に止まる場合に其家族に所謂慰藉金なるものを許容することなし

(元年(ネ)六三〇號、二年六月一三日東控民四判決、法律新聞八八二號八頁)



四〇 年收千二百二十圓ありて尙七ヶ年勤勞に堪ゆる父の死亡に因り遺族たる妻子三人が蒙りたる損害は破産債權額算定に付ての「 Hoffman 」式計算法を斟酌して月々十圓つつ支出し能く滿七ヶ年を維持し得へき金額七百圓と外に精神上の慰藉金として金五百圓合計千二百圓を給與するを以て償ひ得るものと判定す

(元年(ワ)一七四〇號、二年三月一日東地民三判決、法律新聞八七一號二頁)

第七一  
五條

四一 火藥の爆發より生じたる損害の賠償を目的とし火災の爲に財産の損傷滅燼を來したる場合にあらざる以上は失火者の責任に關する明治三十二年法律第四十號の規定を適用し加害者に重大なる過失ありたるや否やを審査するの必要なく不法行爲に關する一般の原則に従ひ加害者に過失の責ありや否やを判断するを以て足れりとす況んや明治三十二年第四十號の法律は失火者其人の責任條件を規定したる者にして之を雇使する人の歸責條件を規定したる者にあらざれば失火者に重過失ありて之を雇使する者に於て其選任監督に關する不注意の責あるに於ては民法第七百十五條の規定に従ひ後者に於て賠償責任を負擔すべく其選任監督に付き重過失ありたるや否やは其賠償責任に何等の影響を及ぼすことなし

(四五年(オ)二六四號、二年二月五日大審民二判決、法律新聞八四九號二五頁)

四二 或業務の爲に他人を使用する者は被使用者を監督し其業務の執行に關して他人に對し加害行爲を爲すを事前に於て豫防するの責任あるは民法第七百十五條の規定に徴して明かにして使用者か自己の義務に屬する被使用者の監督に付き特に第三者を雇使し又は其監督を之に委託したる時は是等の監督の過失懈怠は使用者の過失懈怠として法律上其效を生すべく使用者か其雇使又は委託したる監督者其人の選任監督に付き不注意なりしとを理由として其責任を辭する

とを得す何となれば是等監督者は要するに使用者に代りて監督の衝に當る者にして使用者の責任は他人をして監督の任に當らしめたるか爲に輕減せらるべき理由なく監督者の行爲に對しては自己の行爲に於ると同一の責任を負はざるべからざるは事理の當然にして被使用者か單に其業務の執行に關して加害行爲を爲したる場合と責任條件を異にするものなればなり (同上)

四三 會社か火藥を其所有の船内に保管中其雇入れたる船夫か船内にて火爐に火を焚きたる爲め其火氣か火藥に移り爆發し爲めに生じたる損害に付ては右船夫の選任に注意を怠らす且其監督を怠らざりしとの確證なき限りは會社に於て其責任あるものとす

(四五年六月一九日大阪控民二判決、法律新聞八〇一號二四頁)

四四 船舶備附の器具を使用して貨物の積卸を爲す以上は敢て船主か自己の雇人として直接之に報酬を與ふると將た荷扱請負者か介在するとを問はず該器具を取扱ふ任に當る者は船主の事業の爲に使用せらるるものと云ふべく從て之か操縦の過失より他人に損害を與へたる場合は船主に於て賠償の責任を負ふものとす (元年(ネ)五五七號、二年五月一七日東控民四判決)

四五 建設の不完全なる隧道を以て運輸設備に供したるは運輸擔當者の過失と認めざるを得ざるところにして其崩壞か隧道の内部に起りたるに拘はらず當時列車に乗込める従業員たる使用人か停車其他の應急手段を取らざりしに付其使用人に過失なく崩壞の爲め土砂堆積し之に列車を乗上げし爲め乗客か壓死を遂げ其崩壞か工事の不完全に基くものなる以上は運送業者は其の使用人の不法行爲による責任を負ふことなればとも其の運輸擔當者の前記不法行爲に基き損害賠償の責に任せざる可からざる者にして其隧道の工事か請負人によりて爲されたりや否やは其責任に影響なき者とす



第七條

四六 民法第七百十七條の土地の工作物とは建物牆壁地窖の如く土地に接著して築造せる設備を指稱し機械の如く工場内に据附けられたるものは之に包含せず  
(元年(オ)九四號、元年二月六日大審民二判決、法律新聞八三八號二七頁)

四七 民法第七百十七條に所謂土地の工作物とは建物牆壁地窖等の如き直接土地に施したる設備を指稱する者にして工場内に据附けられたる機械の如きは該法條に所謂工作物に該當せざるか故に右機械の所有者にして右機械の設置保存に付き瑕疵ありたりとするも工作物の所有者として損害を賠償すへき義務なし  
(元年一〇月四日大阪控民二判決、法律新聞八二四號二三頁)

四八 工作物の所有者は其保存に付き瑕疵あるによりて生したる損害(慰籍金)を賠償すへき責任を有す  
(二年(ネ)一四二號、二年五月一三日東控民四判決、法律新聞八八一號二二頁)

四九 大連埠頭に於ける防舷材は埠頭の一部を成すものにして埠頭は民法第七百十七條に所謂土地の工作物に該當するや如何と云ふに大連埠頭は普通棧橋の垂直なると異り底部の突出せる階段的石造にして船舶は直ちに岸壁に接著すること能はざるを以て其間に防舷材と稱する長方形の浮箱を鐵鎖にて埠頭に連結しその構造によりて繋船し得るものなるか故に防舷材と相俟て埠頭は爰に始めて埠頭たる效用を爲すものと云ふへく從て防舷材は之を埠頭の一部と看做すを相當とす而して民法第七百十七條に所謂土地の工作物とは土地に附著する工作物の義にして必ずしも陸上に於ける工作物に限らず堤防堰の如きは勿論埠頭の如きも亦之を土地の工作物と云ふを妨げず  
(四三年(ネ)三八六號、二年六月一三日東控民四判決、法律新聞八八六號二二頁)

第七條

五〇 民法第七百十八條は人に損害を加ふる虞ある動物を豫想し規定したるものにして之に依り動物の占有者に對し相當の注意を以て其保管を爲すへき責に任せしめたる所以のものは人に損害を加ふる虞ある動物を占有する者に其損害の發生豫防の義務を負担せしむるを相當としたるを以てなり然るに犬は其性質に依り人に損害を加ふる虞あるものと其虞なきものとあり其虞あるものは飼主に於て之か保管上特に損害の發生を豫防するに必要な設備を爲すの義務ありと雖も其性質柔順にして人に損害を加ふる虞なきものに至つては必ずしも常に損害發生豫防の設備を爲すの要あることなく從て飼主か之を放置したる一事を以て其保管上注意缺如の過失あるものと謂ふことを得ず  
(二年(オ)七〇號、二年六月九日大審民二判決、法律新聞八八一號二六頁)

五一 民法第七百十一條には他人の生命を害したるものは被害者の父母配偶者及び子に對しては其財産権を害せられざりし場合に於ても損害の賠償を爲すことを要すと規定し同第七百十八條には動物の占有者は其動物か他人に加へたる損害を賠償する責に任す云々と規定しありて第七百十八條に基く損害賠償の責任は他人の財産権を害したる場合に限るへき理由なし  
(四五年(ネ)二一九號、長崎控民一判決、法律新聞八四九號二三頁)

五二 動物の占有者は其動物の種類及び性質に従ひ相當の注意を以て其保管を爲したることを證明するにあらざれば動物か他人に損害を加へたる事實のみにより常に過失あるものと推定せらるへき者とす而して家畜の犬は狂性又は獐猛性を有せざる以上は之を放飼するも普通其保管につき相當の注意を缺きたるものと認むることを得ざるも飼養者は其犬の行動に付ては常に他人に損害を加へざるやう相當之を監視すへき責あるものとす  
(同上)



第七一九條

五三 民法第七百十九條第一項前段は共同行爲者の各自か損害の原因たる不法行爲に加はること換言すれば客觀的に共同の不法行爲に因り其損害を生したることを要するに止まり共謀其他主觀的共同の原因に由り其損害を生したることを要することなし蓋し此場合には損害は一にして之か賠償の責に任すべき者は數人あり如何なる範圍に於て其賠償を爲すべきものなりやを明にする必要あり其責任の連帶なることを定むる爲め規定を設けたるものにして意思の共通を要すること定むる爲め規定を設けたるものにあらざるなり故に共同行爲者の各自の間に意思の共通あることを要せざるものなれば故意に因る行爲者と過失に因る行爲者とか共同不法行爲者として損害賠償の責に任するを妨ぐるることなし

(二年(オ)八一號、二年四月二六日大審民一判決、法律新聞八六七號二七頁)

五四 民法第七百十九條に共同の不法行爲とあるは數人が共に爲したる不法行爲換言すれば數人の客觀的共同の不法行爲の謂にして其數人間に意思の共通あること即ち主觀的共同なることを必要とする法意に非ず(二年(オ)第八一號判例參照)

(元年(オ)一六一號、二年六月二八日大審民一判決、法律新聞八八三號二七頁)

五五 取締役全員の決議により其取締役中の或者に證券發行の事務を委任したりとするも反證なき限りは適法に證券發行を爲すことを委任したるものと認めざるへからず従つて其委任を受けたる取締役か證券發行に付き不法行爲をなしたりとするも單に其取締役のみの不法行爲と認むる取締役全員の共同不法行爲と謂ふことを得ず

(三九年(ネ)六四三號、四五年三月三〇日東控民一判決、法律新聞八六八號三頁)

第七二二條

五六 列車轉覆等の如き自己の生命身體が非常なる危險状態に在る場合に於ては其危險を免れん

か爲め深思熟考の違なくして各種の措置を取るは誠に己むを得ることにして後に至りて回想すれば被害者の行爲なかりせば斯かる損害を生せざるへかりし場合と雖も行爲當時の狀況より判斷して相當と認めらるる場合には被害者に過失ありと云ふへからず

(四五年(ネ)二七七號、元年十二月三日東控民一判決、法律新聞八五四號二二頁)

第七二四條

五七 民法第七百二十四條に規定せる被害者か損害及加害者を知りたるときとは苟も賠償請求權にして發生したる以上は損害發生の繼續中なると否とを問はず損害者か被害事實及加害者の何人たるやを知りたる時を指すものにして賠償請求權の時効期間は此時より起算し三年間行はさるときは時効の完成により消滅に歸す

(二年(ツ)一九號、二年四月一四日千葉地民判決、法律新聞八七〇號五頁)

録録

五八 詐欺行爲に因り他人に損害を加へたるものは遲滞に付するの條件を要せずして其時より當然利息を生すべきものなり

(二年(レ)二二五號、二年一月一〇日大審刑二判決、法律新聞九〇九號二七頁)

第四編 親族

第一章 總則

第七二八條

一 亡兄の遺妻と戸内婚姻を爲したる弟と亡兄の子とは繼親子關係を生ずるものとす(明治四十四年二月十日大審院判決參照)

(二年七月三日民一〇三號、法務局長回答、法律新聞八八三號一九頁)

二 繼親子の關係は家を同うする場合に於ては後夫又は後妻か前夫又は前妻の位地を承繼して婚



姻を爲すことを必要とせざることに省議を變更したるを以て甲の家籍に在る乙か丙の入夫となりて其間に丁を生みたる後離婚復籍し乙は丁を自己の家に入籍せしめたる後戊なる女子を妻となしたる場合に於ては丁と戊とは繼母子の關係を生ず

(二年八月二二日民四五一號、法務局長回答、法律新聞八九四號二九頁)

三 戸主甲繼母乙の一家に於て繼母乙か婚姻に因り他家に入りたりとせんか民法第七百二十九條第二項に依り其間の繼親子關係は止むべきも後日離婚に因り乙か其實家たる甲家に復籍したりとせんか嘗て有せし身分を回復すべきを以て再び甲との間に繼親子關係を生ずべきものとす尤も離婚の場合に於ては離縁の場合に於ける民法第八百七十五條の如き規定を缺くも兩者の間に其結果を異にすへき道理なきを以て解釋上同一の效果を生ずべきものとす

(四五年五月一日法曹會決議)

## 第二章 戸主及び家族

### 第一節 總則

第七三 一 父母ともに養子にして子の出生前に離婚離縁に因り父母か時を異にして家を去りたる場合にも民法第七百三十四條第二項を適用すべく隨て父母か前後して養家を去りたる時は子は父の家に入るべきものとす

(二年四月八日民三五五號、民事局長回答、法律新聞八六一號二九頁)

第七三 二 戸主の家族にして他家に在る妻の私生子を認知と共に自家の家族となさんと欲する場合に於ては認知届には入るべき家の戸主の同意を要せず(明治三十三年四月十三日民刑局長回答参照)

(四五年五月二〇日民七六〇號、民事局長回答、法律新聞七九八號二〇頁)

第七三 三 民法施行以前に在りても女戸主か入夫婚姻を爲したる場合には之に因りて家督相續開始し入夫は其相續人として其家の戸主と爲る可き事は一般に認められたる慣例(明治六年布告第二百六十三號、同九年太政官達第五十八號參照)なるのみならず戸籍法實施以前と雖も戸籍簿の變更は關係人の届出を待て之を爲す可きものなることは舊戸籍法則の趣旨に依り明かなれば假令戸籍簿に右戸主變更の旨の記載なしとするも之を以て戸主權者に異動なきものと論ずるを得ざる可く從て戸主權は入夫婚姻と同時に入夫に移轉したるものとす

(元年(ハ)七八號、登米區判決、法律新聞八九六號二七頁)

第七三 四 家族か未成年者たる戸主の父又は母にして其戸主に對し親權者たる關係ある場合に於ては其家を去ることは其未成年者の戸主と利害相反する場合なるを以て戸主の同意に付ては民法第八百八十八條に依り特別代理人を選任して之を爲さしめざる可からず

(元年(ネ)二〇二號、元年一〇月二九日長崎控民一判決、法律新聞八三二號二四頁)

第七三 五 婚姻又は養子縁組に依りて他家に入りたるものの實家か廢絶家し之を再興したる後に於て婚姻養子縁組か取消されたる場合又は離婚離縁の場合には再興したる家に復籍するとを得

(元年二月九日民七二三號、民事局長回答、法律新聞八三六號一九頁)

第七四 六 民法施行後は勿論施行前に於ても絶家再興者か前戸主の權利義務を承繼すへき法令又は慣習の存在せざりしか故に再興者は特別の事由あるに非されは前戸主の權利義務を承繼せざるものと爲さざる可からず(二年(オ)四二號、二年七月七日大審民二判決、法律新聞八八一號二六頁)

七 他人の相續權を侵害して戸主となりたる者か其戸主名義中家族の分家に同意したりとするも



其同意は無効なり隨て其分家は民法第七百四十三條に違反し無効たるを免れされは其身分登記は抹消すべきものとす

(二年(ロ)一四號、二年四月五日岡崎區決定、法律新聞八七四號二二頁)

## 第二節 戸主及び家族の権利義務

### 第七四八條

一 戸主又は家族の孰れに屬するか分明ならざる財産は民法第七百四十八條第二項に依り戸主の財産と推定せらるべきものとす (四五年(ネ)九六號、東控民三判決、法律新聞八一八號一八頁)

二 家に在るものは先づ戸主の所有なりと認めざる可からざる理由の存するなし只一家の内に於ける物件は一家中の何人に屬するか不明なる場合に於ては一應は現實其家の主宰者たる者の所有と推定し得へし (四五年(ハ)一八六號、奈良區判決、法律新聞八一六號二六頁)

### 第七四九條

三 法定の推定家督相續人は民法第七百五十條第二項の適用ある場合の外絶対に一家を創立することを得ざるは同法第七百四十四條の明言する處なるを以て法定の家督相續人に對しては同法第七百四十九條第三項を適用して離籍を爲し得ざるものと謂ふへし蓋し離籍せられたる家族は同第七百四十二條により當然一家を創立せざるへからされはなり

(四五年(ネ)三八四號、二年一〇月一四日東控民二判決、法律新聞九〇七號二五頁)

四 民法第七百四十九條の趣旨は一家の整理上戸主の家族の居所指定權を認めたるに過ぎずして絶対無限のものにあらざるを以て戸主か一旦家族に對して他に寄寓することを認許せし後と雖も一家の整理上之を歸家せしむるの必要を生したるときは相當の期間を定めて其居所を轉すべき催告を爲し若し之に應せざる時は戸主は其家族に對し扶養を停止し又は之を離籍する等の

制裁を加ふることを得るに止まり強いて歸家せしむる權利を有せず蓋し民法は法律の命令に特に別段の制裁を定むる場合に於ては直接に其實行を許すものに非されはなり然り而して家族か戸主の法定家督相續人なる場合に在りては其家族を離籍することを得るか如しと雖事情に依りては法定推定家督相續人廢除の事由となるに依り之を廢除して離籍すること必ずしも不能に非ざるを以て是を事由として以上の法理を否定するを得ず

(二年(通)一一〇號、二年一〇月一三日岐阜地民判決、法律新聞九〇八號二五頁)

### 第七五一條

五 民法第七百五十一條前段の規定は戸主未定中の場合をも包含す從て戸主未定中の家族の私生子は親族會の同意を得て其家に入ることを得るものとす

(元年一二月二二日民六三九號、民事局長回答、法律新聞八三六號二九頁)

六 民法第七百五十一條但書に謂ふ親權者ありとするも其親權者か自から婚姻を爲さんと欲する家族なるときは代理の原則に依り戸主に代はりて戸主權を行ふことを得ざるは勿論なるか故に親權者なき場合に該當す從て其婚姻に付ては親族會の同意を得ざるへからず若其同意なくして婚姻を爲したるときは親族會は戸主に代りて離籍を爲すことを得べきは勿論なり(但第七百五十條に規定したる戸主權は第七百五十一條に依り親族會に於て之を行ふべきものなれば第八百八十八條の規定に依る特別代理人の同意なきを理由として離籍するは妥當ならず)

(二年三月二九日法曹會決議)

## 第三節 戸主權の喪失

### 第七五九條

一 隱居の取消は其隱居者か詐欺強迫に基因し始より取消し得べきものなりしことを主張し當初