

買契約締結後、爲スコトヲ得サルコト民法第五七九條ノ明文上一點ノ疑ヒナキ
カ故ニ縱令當事者カ賣買契約締結後買戻ノ特約ヲ爲スモ之ヲ以テ民法謂フ所ノ
買戻ノ特約トシテ效力ヲ生スヘキニ非ス然レ共效力ヲ生セサルノ故ヲ以テ該特
約ヲ以テ全然無効ナリト解スルハ當事者ノ意思ニ反スルカ故ニ斯ル場合ニ於テ
ハ寧ロ當事者ノ意思ハ再賣買ノ豫約ヲ爲シタルモノト認ムルヲ相當トスレハナ
リ判旨第二點ノ正當ナルコト既ニ評論シタルカ如シ(第七卷民法一一六二頁同八
七一頁第五卷民法五〇一頁)

(二五五)

大審院判

三四九 質權設定者ハ設定行爲又ハ債務ノ辨濟期前ノ契約ヲ以テ質權者ニ辨濟トシテ質物ノ所有權ヲ取得セシメ其
他法律ニ定メタル方法ニ依ラスシテ質物ヲ處分セシムルコトヲ約スルコトヲ得ス
質權又ハ抵當權ノ設定ハ債權ヲ擔保スル普通ノ方法ナレトモ擔保ノ方法ハ必ス
シモ之ニ限定セラルルモノニ非ス擔保ノ目的ヲ以テ所有權ヲ移轉シ又ハ債權ノ
讓渡ヲ爲スカ如キハ孰レモ一種ノ信託行爲トシテ債權擔保ノ效力ヲ有スルモノ
トス

賣渡擔保ナルモノハ要スルニ債權ヲ擔保スルノ目的ヲ以テ賣買名義ニ因リテ所
有權ヲ移轉スルノ行爲ヲ謂フモノニシテ是亦擔保ノ一方法ナリトス
賣渡擔保ハ債權ノ辨濟ヲ確保スルノ一方法ナレハ債權者ハ其移轉ヲ受ケタル所

有權ヲ擔保ノ目的以外ニ行使スルコトヲ許ササルモノトス

賣渡擔保ノ債務者ニ於テ其債務ノ辨濟ヲ爲シタルトキハ債權者ハ其所有權ヲ返
還スヘク若シ又債務ノ辨濟遲滞シタルカ爲メ債權者ニ於テ其目的物ヲ賣却シタ
ルトキハ其代金ヲ元利金ニ充當シ尙殘餘アルトキハ之ヲ債務者ニ返還スヘキモ
ノトス

右ノ場合ニ於テ縱令辨濟期限ヲ經過スルモ未タ債權者ニ於テ其目的物ノ處分ヲ
爲ササル間ハ債務者ハ元利金ヲ提供シテ之カ返還ヲ請求スルコトヲ得ヘク辨濟
期限經過ノ一事ヲ以テ直チニ擔保タル性質ヲ失フモノニ非ス

若シ當事者ノ特約ヲ以テ辨濟期限ヲ經過シタルトキハ賣渡擔保ノ債權者ハ其物
ノ所有權ヲ完全ニ取得シ債務者ハ爾後其物ノ返還ヲ請求スルコト能ハサル旨ヲ
約シタルトキハ辨濟期限ノ經過ニ因リテ債務者ハ返還請求權ヲ喪失スルモノト
ス

擔保ニ供スルノ目的ヲ以テ動産ノ所有權ヲ移轉シ又ハ債權ノ讓渡ヲ爲スノ行爲
ハ金融ヲ計ルノ一方法トシテ社會經濟ノ必要上從來廣ク世上ニ行ハルル所ニシ
テ之ヲ民法ノ規定ニ徴スルモ這種ノ契約ヲ無効タラシメサルヘカラサルノ理由
アルコトナシ

民法第三四九條ハ廣ク擔保ニ關スル一般的禁止規定ヲ設ケタルモノト解スルコ

ト能ハサルヲ以テ該法條ヲ採用シテ直ニ賣渡擔保ノ效力ヲ云爲スルハ妥當ニ非ス

案スルニ質權又ハ抵當權ノ設定ハ債權ヲ擔保スル普通ノ方法ナレトモ擔保ノ方法ハ必スシモ之ニ限定セラレルモノニ非ス擔保ノ目的ヲ以テ所有權ヲ移轉シ又ハ債權ノ讓渡ヲ爲スカ如キハ執レモ一種ノ信託行爲トシテ債權擔保ノ效力ヲ有スルコトハ從來當院判例ノ是認スル所ニシテ本問賣渡擔保ナルモノハ要スルニ債權ヲ擔保スルノ目的ヲ以テ賣買名義ニ因リテ所有權ヲ移轉スルノ行爲ヲ云フモノニシテ是又擔保ノ一方法ナリトス而シテ賣渡擔保ハ叙上ノ如ク債權ノ擔保ヲ確保スルノ一方法ナルカ故ニ債權者カ其移轉ヲ受ケタル所有權ヲ擔保ノ目的以外ニ行使スルコトヲ許ササルハ當然ニシテ從テ債務者ニ於テ其債務ノ擔保ヲ爲シタルトキハ債權者ハ其所有權ヲ返還スヘク若シ又債務ノ擔保運滞シタルカ爲メ債權者ニ於テ其目的物ヲ賣却シタルトキハ其代金ヲ元利金ニ充當シ尙殘餘アルトキハ之ヲ債務者ニ返還スヘク從テ又縱令辨濟期間ヲ經過スルモ未タ債權者ニ於テ其目的物ノ處分ヲ爲ササル間ハ債務者ハ元利金ヲ提供シテ之カ返還ヲ請求スルコトヲ得ヘク辨濟期限經過ノ一事ヲ以テ直ニ擔保タルノ性質ヲ失フモノニ非スト雖モ若シ當事者ノ特約ヲ以テ辨濟期限ヲ經過シタルトキハ債權者ハ其物ノ所有權ヲ完全ニ取得シ債務者ハ爾後其物ノ返還ヲ請求スルコト能ハサル旨ヲ約シタルトキハ辨濟期限ノ經過ニ因リテ債務者ハ返還ヲ請求シ喪失スヘキハ當然ナリト上告代理人ハ動產又ハ本件電話使用權ノ知キ債權ヲ擔保ノ目的ト爲スニ當リ叙上ノ如キ特約ヲ爲スハ民法第三四九條流質契約禁止ノ法規ヲ違反セシトスル脱法行爲ナリト論述スルヲ以テ進テ此點ニ付キ審案スルニ若シ動產又ハ債權ヲ擔保ノ目的ト爲サントスルニハ民法ニ規定セル質契約ヲ以テスルノ外絕對ニ他ノ方法ニ依ルコトヲ禁止スルノ法意ナリトセハ叙上ノ特約ハ或ハ民法第三四九條流質契約禁止ノ法規ヲ潛脫スルノ行爲ト稱スルコトヲ得ヘシト雖モ擔保ニ供スル

ノ目的ヲ以テ動產ノ所有權ヲ移轉シ又ハ債權ノ讓渡ヲ爲スノ行爲ハ金融ヲ計ルノ一方法トシテ社會經濟ノ必要上從來廣ク世上ニ從ハルル所ニシテ之ヲ民法ノ規定ニ微スルモ遺種ノ契約ヲ無効タラシメサルヘカラサルノ理由アルコトナシ加之民法第三四九條ハ唯質權ニ關スル規定ニシテ既ニ抵當權設定ノ場合ニモ其適用ヲキコトハ疑ナ容レサル所ニシテ即チ同法條ハ之ヲ以テ廣ク擔保ニ關スル一般ノ禁止規定ヲ設ケタルモノト解スルコト能ハサルカ故ニ該法條ヲ援用シテ直ニ本問賣渡擔保ノ效力ヲ云爲セントスルハ妥當ナル見解ト云フヲ得ス之ヲ要スルニ擔保ノ目的ヲ以テスル動產ノ賣渡又ハ債權ノ讓渡ヲ一種ノ信託行爲トシテ其效力ヲ是認スル以上ハ當事者ノ自由意思ヲ以テ辨濟期限ヲ經過シタル場合ニ於ケル擔保物件返還請求權ノ喪失ニ關スル叙上ノ特約ヲ爲スコトヲ妨ケサルモノト解スルハ當然ノ歸結ナリト云ハサル可カラス果シテ然ラハ原判決カ大正五年十月末日迄ニ上告人ヨリ被上告人ニ元利金ヲ辨濟セサルトキハ其擔保ノ用ニ供シタル本件電話使用權ハ被上告人ニ完全ニ移轉シ上告人ハ其使用權ノ返還ヲ請求スルノ權利ヲ喪失スヘキ旨ノ特約ヲ有效ナリト判示シタルハ相當ニシテ原判決ハ不法アルコトナシ(大森院大正八年(オ)第一九八號同年七月九日民三部横田裁判長磯谷松岡鬼澤成道各判事判決)

【關係事項】 上告棄却○原審山口地方裁判所○電話返還請求事件○上告人村谷傳三郎訴訟代理人辯護士吉岡秀四郎被上告人白石つる訴訟代理人辯護士中村了詮

【賣渡擔保ノ效力ニ關スル參照學說判例】

本卷民法六七九頁以下

【賣渡擔保ト脱法行爲ニ關スル同趣旨學說判例】

一 吾人ハ動產賣渡擔保ハ脱法行爲ニアラス信託行爲ナリトシテ有效ナルコトヲ主張セントス脱法行爲ハ禁止規定ニ違反スル場合ニ於テノミ成立スルモノヲ得然ルニ第三四四條及ヒ第三四五條ハ質權ノ成立及ヒ存續ノ要件ヲ定メタルモノニシテ禁止規定ニアラス固ヨリ此等ノ規定ニ依リテ動產擔保ヲ認メサルノ主旨ハ明カナリト雖モ此等ノ規定カ直接ニ動產擔保ヲ禁止スルニ

【同上ニ關スル反對學說】

アラス從テ動產賣渡抵當ヲ以テ無効說ヲ唱フル學者ハ第三四四及ヒ第三四五條ノ規定ニ依リ一債權者ハ他ノ債權者ニ優先シテ債務者ノ占有ニ在ル財產ヨリ辨濟ヲ受クルコトヲ禁止スル一般ノ原則ヲ推論スルコトヲ得ルモノトナス之ヲ脫法行為ノ性質ヨリ見ルモ亦此ノ如キ一般ノ禁止規定ヲ認ムルニアラサレハ脫法行為ハ成立スルコトヲ得ス然レトモ吾人ハ此ノ如キ一般禁止規定ハ之ヲ認ムルコトヲ得サルモノト解ス(法學博士石坂普四郎氏京都市法學會雜誌第九卷第一二號一九九頁本書第三卷六八二頁)

二 論者或ハ占有ノ改定ノ場合ヲ以テ民法第三四五條ニ反スル者トシテ脫法行為ナリト爲スモ代理占有及ヒ占有改定ノ方法カ認メラル以上ハ民法第三四五條ノ規定ハ一般ニ經濟上ノ結果ヲ禁止スルモノニ非シテ只質權ノ形式ニ依ル場合ニ設定者ノ代理占有ヲ禁止スルモノト云フ可ク而シテ信託行為ハ所有權讓渡ノ形式ニ依ルモノニシテ質權ノ形式ニ依ルモノニ非サルカ故ニ信託行為ハ第三四五條ニ對スル脫法行為ト見ル可キモノニ非サルナリ(法學博士山島玉吉氏本書第三卷民法四四七頁)

三 賣渡抵當ハ流質契約ノ禁止ニ對スル脫法行為ニアラス流質契約ノ禁止ハ理論上不當ナル規定ナル故之レヲ類推シテ之ニ對スル脫法行為ヲモ無効ナリトスルハ誤ナリ又立法ノ主旨ヨリ考フルモ先ツ質權ヲ設定シテ後所有權ヲ移轉スル場合ト初メヨリ所有權移轉ノ契約ヲナス場合トハ債權者ニ其行為ノ危險ナルコトヲ豫知セシムルノ點ニ於テ同一ナラザルカ故ニ其一ノ場合ニ關スル禁止規定ヲ類推シテ當然他ヲ包含スルモノトナスハ非ナリ(法學博士鳩山秀夫氏擔保物權法大正六年東大講義一八六頁)

四 原院カ不動産ノ賣渡抵當ハ法律有效ナルモ動產ノ賣渡抵當ハ脫法行為ニシテ無効ナリトシ隨テ本訴目的物中動產ノ所有權ハ上告人ニ移轉セザルモノトシ仍テ動產ニ關スル上告人ノ請求ヲ失當ナリト判定シ之ヲ棄却シタルハ不法ナリ(大審院大正二年(オ)第五七八號同三年一月二日民二部判決本書第三卷民法五四一頁)

一 動產ノ賣渡抵當契約ハ質權ヨリモ一層強力ナル擔保ニ付債權者カ質權設定者ヲシテ自己ニ代リテ質物ノ占有ヲ爲サシムルコトヲ得サル旨ノ民法第三四五條ノ禁止規定ノ趣旨ニ背反スル結果ヲ認ムルモノニシテ法律上到底認容スヘカラザルコトコナリ(法學博士松本滋治氏本書第二卷民法一四六頁)

賣渡抵當ハ之ヲ信託的ノ所有權移轉ノ一場合ト觀察スレハ有效ナリ唯其目的カ動產ナル場合ニ於テハ法律カ動產ニ付テ抵當ヲ認メス之上ニ設定セラル擔保權ノ目的物ノ現實ノ引渡ヲ必要トスル質權ノミニ限リタル範圍ニ鑑ミテ其ノ約束ノ效力ヲ否定セサルヘカラス換言スレハ動產ノ賣渡抵當契約ハ脫法行為トシテ無効ナリトス(同氏本書第二卷民法一四六頁)

二 信託行為ハ動產ニツキテハ脫法行為ナルカ故ニ無効ナリトモ不動産ニツキテハ有效ナリトモ動產ノ賣渡抵當ヲ脫法行為トシテ無効ナリトスレハ買戻約款付賣買等モ流質等ト畧同一ノ結果ヲ生スルカ故ニ亦無効トセザル可カラサルヘシト論シト雖モ此等ハ法律カ其有效ナルコトヲ認メタルモノ也爲ルニ我民法カ明ニ認メサル信託的行為カ動產ヲ擔保トスル目的ニ出タル場合ニ脫法ナルヤ否ヲ決スルニ當リテ之ヲ同一ノ論ニ可カラサルナリ(法學博士三浦信三氏法協第三卷第六卷第八號一〇一頁以下本書第七卷民法七三六頁同趣旨擔保物權法三一五頁)

(二五六)

七三六 女戸主カ入夫婚姻ヲ爲シタルトキハ入夫ハ其家ノ戸主ト爲ル但當事者カ婚姻ノ當事反對ノ意思ヲ表示シタルトキハ此限ニ在ラス

七五〇第一項 家族カ婚姻又ハ養子縁組ヲ爲スニハ戸主ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス

七八八 妻ハ婚姻ニ因リテ夫ノ家ニ入ル

入夫及ヒ婿養子ハ妻ノ家ニ入ル

未成年戸主ノ母ハ婚姻ヲ爲シ其戸主ノ家ニ夫ヲ入籍セシムルコトヲ得サルモノトス但母ハ婚姻ニ因リ一旦他家ニ入りタル後入籍手續ニ依リ其子ノ家ニ入ルコトヲ得

未成年戸主ノ母ハ婚姻ヲ爲シ其戸主ノ家ニ夫ヲ入籍セシムルコトヲ得元來女子ハ婚姻ニ因リ夫ノ家ニ入ル本則トシ入夫婚姻又ハ婿養子縁組ニ限リテ夫カ妻ノ家ニ入ルヘキモノトス入夫婚姻ハ女戸主ニ限ルヲ以テ未成年戸主ノ母ハ入夫婚姻ヲ爲シ得サルヘク又其父若クハ母ノ在ラサル限リハ婿養子縁組ヲ爲シ得サルヘシ隨テ婚姻ニ因リ夫ノ家ニ入ルノ外ナク夫ヲ其家ニ入籍セシムル能ハサルナリ但母ハ婚姻ニ因リ一旦他家ニ入りタル後入籍手續ニ依リ其子ノ家ニ入ルコトヲ得(法學博士牧野菊之助氏法學新報第二九卷九號七六頁「親權ヲ行フ母カ婚姻ヲ爲シテ夫ヲ入籍セシメントスル場合」要領)

論旨ハ正當ニシテ贊同スルニ躊躇セス尙未成年戸主ノ親權者カ戸内婚姻ヲナス場合ニ付テハ既ニ評論シタルヲ以テ參照セラレタシ(第二卷民法二一三頁)

(二五七)

一四七 時效ハ左ノ事由ニ因リテ中斷ス

三 承認

親權者タル母ハ子ノ債務ニ付キ單獨ニ有效ナル承認ヲ爲シ得ルモノトス
時効中斷ノ效力ヲ生スヘキ債務ノ承認ハ之ヲ以テ私法的意思表示タルト同時ニ
法律行為ナリト解スルコトヲ得ルモノトス

一五六 時効中斷ノ效力ヲ生スヘキ承認ヲ爲スニハ相手方ノ權利ニ付キ處分ノ能力又ハ權限アルコトヲ要セ
八八六 親權ヲ行フ母カ未成年ノ子ニ代リテ左ニ掲ケタル行為ヲ爲シ又ハ子ノ之ヲ爲スコトニ同意スルニハ親族會
ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス
二 借財又ハ保證ヲ爲スコト
三 不動産又ハ重要ナル動産ニ關スル權利ノ喪失ヲ目的トスル行為ヲ爲スコト
一 民法第一五六條ニ依レハ時効中斷ノ效力ヲ生スヘキ承認ヲ爲スニハ相手方ノ權利ニ付キ處分ノ能力又ハ權限アルコトヲ必
要トセス單ニ管理ノ能力又ハ權限アルヲ以テ十分ナレハ親權者タル母カ未成年ノ子ノ法定代理人トシテ子ノ負擔セル債務ニ
付キ相手方ニ對シテ有效ニ承認ノ意思表示ヲ爲スコトヲ得ヘク其之ヲ爲スニ當リ親族會ノ同意ヲ要セサルモノトス
二 民法第一四七條第三號ニ所謂時効中斷ノ效力ヲ生スル承認トハ時効ノ利益ヲ受クヘキ當事者ノ一方カ其相手方ノ權利ノ存
在ヲ認識セル旨ノ觀念通知ニシテ法律行為ニアラサレハ承認ニハ效果意思ヲ要セサルモノトス(大審院大正八年(オ)第一六
六號同年四月一日民一部判決本書本卷民法四六七頁)
判旨第一點ニ付テハ異論ヲ挿ムノ餘地アルヲ見ス第一五六條カ處分ノ能力又ハ權限
アルコトヲ必要トセスト謂ヘルハ其裏面ニ於テ單ニ管理ノ能力又ハ權限アルヲ以テ
足ルトノ意味ヲ示スヘキモノニ他ナラサルカ故ニ親權者タル母ハ子ノ債務ニ付キ單
獨ニ有效ナル承認ヲ爲シ得ヘキコト勿論ナリ
判旨第二點即チ債務ノ承認ノ法律上ノ性質ニ付キ本判決ハ近時獨逸ニ於ケル多數學
說ニ從ヒ承認ハ唯時効ノ利益ヲ受クヘキ當事者ノ一方カ其相手方ノ權利ノ存在ヲ認
識セル旨ノ觀念通知タルニ過キサルモノニシテ法律行為ニ非サルカ故ニ效果意思ヲ
必要トセサルコト勿論ナリト論斷セリ抑モ效果意思トハ固ヨリ表示行為ヲ爲サント
スル意思即チ所謂行為意思ト異リ私法上ノ效果ヲ生スルコトヲ欲スル意思ナリ其欲
スルト謂フ語ヲ嚴格ニ解スルトキハ效果ニ對スル單純ナル希望又ハ其觀念アルコト

【論旨第一點民法第一五六條ノ承認ヲ爲シ得ル能力及權限ニ關スル參照學說】

チ以テ足レリトセス必ス意欲ノ存在ヲ必要トスヘシ果シテ然ラハ事物ニ對スル觀念
ヲ表示スルニ過キサル場合ハ意思表示ニ非ス從テ又法律行為ニモ非ストノ結論ニ達
スヘク債務ノ承認ノ如キモ其一ニ居ルト說明スルヲ得ヘシ本判決ハ此理論ニ據レル
モノナルコト疑ナシ思フニ私法上ノ效果ヲ欲スルコトヲ以テ私法的意思表示ノ要件
ト爲シタル以上ハ其欲スルノ意義ハ之ヲ單ナル知的表示又ハ感情表示等ト區別スヘ
ク純理論トシテ準法律行為ノ觀念ヲ排斥セントスル見解ニ贊スルコト能ハス然リト
雖モ我法典ノ解釋上意思表示及法律行為ノ意義ヲカクノ如ク限定ノ用キタリト見
ルヘキヤ否ヤニ付テハ余輩ハ頗ル疑ヲ懷クモノニシテ效果意思ハ必スシモ效果ノ全
部ヲ豫見ノ意欲スルコトヲ以テ要件トセサルハ勿論法律行為ハ直接ニ權利ノ得喪
變更ヲ目的トスルコトヲ要シタリト解スヘキ形跡ナク寧ロ權利ノ行使又ハ保全ヲ目
的トスル行為ヲモ廣ク法律行為ト稱スルモ法典ノ解釋上妨クル所ナキカ如シ承認ノ
如キモ之ヲ爲スコトニ因リテ時効ノ中斷ナル效果ヲ生スルコトヲ欲シタルコトヲ必
要トセサル意味ニ於テハ效果意思ヲ要セスト稱スルヲ得ヘシト雖モ承認センカ爲メ
ニ承認スルコトハ想像シ得ヘカラス必スヤ廣義ニ於テハ之ニ因リテ自己ノ私法關
係ノ上ニ或效果ヲ生セシムルコトヲ欲シテ之ヲ爲シタルモノナリト解セサルヘカ
ス時効中斷ノ效果ニ付テ意欲ナ有シタルコトヲ要件トセサルヘシ此意味ニ於テハ效
果ヲ欲シタリトモ説明シ得ヘキモノニシテ之ヲ以テ私法的意思表示タルト同時ニ法
律行為ナリト解スルヲ得ヘシ要スルニ欲スルノ意義ヲ廣ク何レノ意義ニ解スルヤニ
歸著スルカ故ニ之ヲ說明セスシテ唯承認ハ觀念表示ニシテ法律行為ニ非ス從テ效果
意思ヲ必要トセスト爲スハ之ヲ解スルニ於テ是非ヲ判スルニ惑ハサルヲ得ス(法學博士
三浦信三氏法學協會雜誌第三七卷第一〇號九五頁「親權者タル母ノ爲ス債務承認ノ要件民法第一四七條三號ニ所謂承認ノ性
質」要領)

本卷民法四八八頁

【同上相手方ノ權利ニ付キ處分ノ權限ヲ要セストノ意義ニ關スル參照學說】

本卷民法四八九頁

【同上時効中斷ノ效果ヲ生スヘキ承認ヲ爲シ得ル者ニ關スル實例】

本卷民法四八九頁以下同上七四一頁

【論旨第二點民法第一四七條第三號承認ノ性質ニ關スル參照學說判例】

本卷民法四九〇頁以下

論旨第一點ノ至當ナルコト吾人ノ屢評論シタルカ如シ(本卷民法七四三頁四九三頁)同第二點博士ハ法律行為ノ要件タル效果意思ヲ廣義ニ解シ時効中斷ノ效力ヲ生スヘキ債務ノ承認ハ法律行為(狹義)ナリト解セラレタリ惟フニ法律行為ノ成立アルカ爲メニハ效果意思ヲ要スト爲スコト近時殆ント通説ノ認ムル所ナリト雖效果意思ノ内容如何ハ未タ以テ難問ノ一タルヲ失ハス然レ共博士ノ如ク效果意思ヲ廣義ニ解スルニ於テハ其限界餘リニ漠然トシテ其結果ハ結局效果意思其モノヲモ否認セサルヘカラサルニ至リ一度明確ニセラレタル法律行為ノ要件ヲシテ再ヒ不明ノ舊態ニ歸ルナキヤヲ疑ハスンハ非ス然ラハ寧ロ通説ノ如ク之ヲ狹義ニ解スルヲ以テ理義ノ明確ヲ得タルモノト謂フヘク殊ニ法律行為ト觀念通知トヲ區別スルノ實益尠少ナラサルカ故ニ吾人ハ猶通説ノ如ク效果意思其モノハ之ヲ狹義ニ解シ效果意思ヲ要件トセサル債務ノ承認ハ法律行為ト區別スヘキ觀

念通知ナリト解スルヲ以テ正當ナリト信ス(本卷民法四九三頁)

四二四第一項 債權者ハ債務者カ其債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル法律行為ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得(以下略)

抵當權設定行為ノ如キ物權行為ト雖モ民法第四二四條ノ適用アルモノトス

三浦博士

大審院大正八年五月五日民二部判決本卷民法五七二頁所載

本判決ニ贊ス上告理由ハ唯原院カ通例抵當權ノ設定行為ハ詐害ト爲ルヘキモノニ非スト謂フカ如キ不徹底ナル説明ヲ爲シタル點ヲ攻撃スルニ止マルト雖モ一部論者ノ如ク債權行為ト物權行為トヲ區別セスシテ詐害行為ノ取消權ノ目的タル法律行為ヲ以テ單ニ債權的行為ニ限ラサルモノナリト曲解スルトキハ主ナル債權契約ヲ取消シ其結果トシテ從タル擔保物權設定契約モ取消サルト見ルニ至ルヘク抵當權設定行為ノ如キ物權行為ノモチ取消スルハ第四二四條ノ適用範圍外ニ在リトノ説明ヲ爲ササルヘカラサルニ至ルヘシ然ニ本判決ニ於テハ之ヲ以テ第四二四條ノ適用アルモノト爲シタルハ誠ニ至當ノコトト謂フヘシ(法學博士三浦信三氏法學協會雜誌第三十卷第一〇號一〇〇頁、民法第四二四條ノ趣旨抵當權ノ設定ト詐害行為ニ關シ)

【抵當權ノ設定行為ハ詐害行為ト爲ルヤ否ヤニ關スル參照學說判例】

本卷民法五七七頁

論旨ノ正當ナルコト曩ニ評論シタルカ如シ(本卷民法五七八頁第七卷民法一〇七三頁評論)

民法第一〇條ハ代理權ヲ有スル者カ其權限ヲ踰越シテ本人ノ爲メ或行爲ヲ爲シタル場合ニノミ適用アルモノニシテ全然代理權ナキ者ノ爲シタル行爲ニハ其適用ヲ見サルモノトス

一〇〇 代理人カ其權限外ノ行爲ヲ爲シタル場合ニ於テ第三者カ其權限アリト信スヘキ正當ノ理由ヲ有セシトキハ前條ノ規定ヲ準用ス

大審院大正八年二月六日民二部判決本書本卷民訴三〇頁所載

民法第一〇條ハ判決ニ言フカ如ク代理權ヲ有スルモノカ其權限ヲ踰越シテ或行爲ヲ爲シタル場合ニノミ適用アルモノニシテ全然代理權ノナキ者ノ爲シタル行爲ニ適用ヲ見サルコト一見明瞭從テ判決ハ之カ批評ヲ試ムヘキ餘地ナキニ似タリ然レトモ吾人ヲ以テ之ヲ觀ルニ法文ニ代理人カ其權限外ノ行爲ヲ爲シタル場合トアルハ必スシモ代理權ヲ有スル者カ其權限ヲ踰越シテ或行爲ヲ爲シタル場合ノミヲ指スモノト解スルヲ要セス解釋上必要ナル場合ニハ代理人タルト否トナ問ハス況タ本人ノ代理人トシテ行動セル者カ代理ノ權限ナキ行爲ヲ爲シタル場合ヲ指稱スルモノト爲スモ妨ケナカルヘシ故ニ本條カ代理人其代理權踰越ノ場合ニノミ適用ナ見ルヤ又全然代理權ナキ者カ本人ノ爲メ代理行爲ヲ爲シタル場合ニモ亦用アリヤハ本條ヲ設ケタル立法理由ノ那邊ニ在ルヤヲ探究スルニ依リテ之ヲ決定セサルヘカラス(イ)本人カ故意若クハ過失ニ因リ第三三者ヲシテ代理行爲ヲ爲シタル者ニ其行爲ヲ爲スノ代理權アリト信スルニ至ラシメタルトキハ自己ノ過責(即チ廣義ノ過失)アル表見の授權行爲ヲ不問ニ附シ善意ニシテ且過失ナキ第三三者ニ對シ代理權ノ存在ヲ主張スルコトヲ得ス從テ代理行爲ヲ爲シタル者カ其行爲ヲ爲スノ代理ノ權限ナキ場合ニ於テ第三三者カ權限アリト信スヘキ正當ノ理由ヲ有セシトキハ過責アル本人ヲシテ代理行爲ニ付キ責任セシムルヘキモノトス是レ本條ノ立法理由トシテ想像シ得ル見解ノ一ナリ(ロ)代

理ニ關スル一般ノ理論ニ從ヘハ代理權ヲ伴ハサル代理行爲ニ付キテハ本人ハ其實ニ任スヘキニ非ス然レトモ代理人カ代理權ヲ踰越シ權限外ノ行爲ヲ爲シタル場合ニ第三三者カ其權限アリト信スヘキ正當ノ理由ヲ有セシトキニ於テモ尙且本人ニ責任ナシトセハ第三三者ハ善意ニシテ且過失ナキニ拘ハラズ代理行爲カ不成立ニ歸スル結果不測ノ損害ヲ被ルコトナシトセス然レトモ斯ノ如キハ取引ノ安全ヲ保護スル所以ニ非ス然ルニ本來代理人ハ本人ノ事務ヲ執行スル爲メ本人ノ利益ノ爲メニ存スルモノニシテ且代理人ハ本人若クハ本人ノ利益ヲ保護スヘキ地位ニ在ル者ニ依リ選任監督セラルヘキモノトス故ニ代理人ト如上ノ關係ニ在ル本人ヲシテ代理人ノ權限踰越ノ行爲ニ付キ其責任ニ任セシムルモ必スシモ本人ニ對シテ酷ナリト謂フヲ得サレハ民法ハ第三三者ヲシテ代理權アリト信セシムヘキ客觀的の事情ノ存スル場合ニハ本人ニ過失アリタルヤ否ヤヲ問ハス本人ヲシテ善意ニシテ且過失ナキ第三三者ニ對シ代理行爲ニ付キ責任ニ任セシメタルモノナリ是レ本條ノ立法理由トシテ想像シ得ル見解ノ二ナリ第一ノ見解ニ依テハ本條ノ規定ヨリ生スル責任ノ根據ハ本人ノ過責アル表見の授權行爲ニ在ルカ故ニ民法カ此見解ニ從ヒタルモノトセハ縱令第三三者カ善意即チ代理權ノ欠缺ヲ知ラス且第三三者ヲシテ代理權アリト信セシムル客觀的の事情ノ存スルカ爲メ第三三者ニ過失ナキ場合ニ於テモ斯ル客觀的の事情ノ現出カ本人ノ過責アル表見の授權行爲ニ出テタル以上ハ常ニ本條ノ適用ヲ見ルヘキモノニシテ必スシモ代理權ヲ有スル者カ其權限踰越ノ行爲ヲ爲シタル場合ニノミ限ラレヘキニアラス蓋シ既ニ本人ノ過責アル表見の授權行爲ヲ以テ責任ノ基礎ト爲スニ於テハ代理行爲ヲ爲シタル者カ代理權ヲ有スルコトヲ必要トスル理由ナケレハナリ然ルニ第二ノ見解ニ從ヘハ本人ノ責任ハ本人ノ代理行爲ヲ爲シタル者ニ對シテ有スル(本人代理人ノ關係ニ其根據ヲ置クモノナルヲ以テ本條ノ適用アルカ爲メニハ第三三者カ善意即チ代理權ノ欠缺ヲ知ラス且代理權アリト信スヘキ客觀的の事情存スルカ爲メ第三三者ニ過失ナキヲ以テ足り其事情カ本人ノ行爲ニ出テタルコトヲ要セスト雖モ代理行爲ヲ爲シタル者カ本人ノ

代理人ニシテ代理人カ其權限越ノ行爲ヲ爲シタル場合ニ非サレハ其適用ヲ生スルコトナシ我民法ハ上述ノ二個ノ見解中其孰レヲ採リタルヤハ疑問ナリト雖モ恐ラクハ第二ノ見解ニ從ヘルモノト解スルヲ至當トセン蓋シ民法ハ第三者カ其權限アリト信スヘキ正當ノ理由ヲ有セシトキハト規定シ專ラ第三者ノ善意無過失ヲ定ムルニ止マリ第三者カ權限アリト信スルニ至リタルコトカ本人ノ故意若ハ過失ノ有無ニ關係ナク善意無過失ノ第三者ニ對スル本人ノ責任ヲ認ムルハ取引ノ安全ヲ保護スル所以ナレハナリ若シ夫レ右ノ解釋ニシテ果シテ誤ナシトセハ民法第一一〇條ハ代理權ヲ有スル者カ其權限ヲ越シテ本人ノ爲メ或行爲ヲ爲シタル場合ニノミ適用アルモノニシテ全然代理權ナキ者ノ爲シタル行爲ニハ其適用ヲ見サルモノト謂フヘシ吾人ハ結論ニ於テハ因ヨリ本判決ニ贊同セサルヲ得ス(法學博士菅原春二氏法學論叢第二卷第三號一〇六頁「民法第一一〇條ノ適用範圍」要領)

【民法第一一〇條ノ適用範圍ニ關スル同趣旨學說判例】

本卷民訴三二頁以下

【同上制定ノ趣旨ニ關スル參照學說判例】

一 本條ハ財產取得編第二五〇條第二項ノ規定ヲ採用シタルモノナリ凡ソ代理人カ權利外ノ行爲ヲ爲シタルトキハ其行爲ハ固ヨリ本人ニ對シテ何等ノ效力ヲ生ゼサルモノト然リト雖モ若シ第三者カ善意ニシテ且ツ代理人ニ其行爲ヲ爲ス權限アリト信ス可キ正當ノ理由ヲ有スルトキハ契約取引ノ安全ヲ保持スル爲メ其代理人ノ爲シタル權限外ノ行爲ヲ有效ト爲スノ必要アリトス是レ本條ノ規定ヲ置キタル所ナリ(民法修正案理由書第一一〇條)
二 第三者ハ代理人ト法律行爲ヲ爲サントスル毎ニ豫メ其權限ノ有無ヲ調査セサルヘカラサルモノトセハ實際其煩ニ堪ヘサルノミナラス難キヲ責ムルモノト謂ハサルコトヲ得ス寧ろ自己ノ權限ヲ嚴守セサル如キ不注意者ヲ選定シタル者ノ過失ニ屬スルヲ至當トスヘキナリ此理由ハ多數ノ法定代理人ニハ適中セスト雖モ取引ノ安全ヲ保ツ爲メニハ第三者ノ保護ヲ主要トスル民法一設ノ精神トハ符合スルモノト謂フヘシ(法學博士富井政章氏民法原論總則四三六頁)
三 本條モ亦前條ト同一ノ精神ニ出テタルモノニシテ善意ノ第三者ヲ保護センカ爲メニ設ケタル公益規定ナリ(法學博士梅謙次郎氏民法要義總則二五五頁)

理由書
富井博士
梅博士

石坂博士

鳩山學士

大審院

石坂博士

中島博士

鳩山博士

四 何方故ニ法律ハ此ノ如キ寧ろ輕微ナル本人トノ連絡ヲ基礎トシテ本人ノ責任ヲ定メタノアアルカ之レハ第一百十條トニ通リテ問題トナルノカ余ノ考フル所ニ依レハ之レ偏ニ代理取引ノ安全ヲ圖リ代理制度ノ信用ヲ重厚ナラシメンカ爲メニ特ニ代理取引ニ付テハ一定ノ條件ヲ備ヘタル善意ノ第三者ヲ保護スルノ趣旨ニ出テタルコト恰モ動産取引ニ於テ一定ノ要件ヲ備ヘタル善意ノ第三者ヲ保護セルニ異ラヌノチアル(法學博士石坂普四郎氏民法協第三卷第一號一一五頁)
五 代理權ノ範圍外ノ行爲即チ所謂權限超過ノ行爲ハ代理權限ナキ行爲ト同一ナリ從テ理論上ニ於テハ全然代理權ナクシテ法律行爲ヲ爲シタル場合ト其效果ナリニスヘシ然レトモ法律ハ第三者保護ノ爲メニ特別ヲ設ケ第三者ニ於テ其權限ノリト信スヘキ正當ノ理由ヲ有セシトキハ本人ハ其行爲ニ付テ責任セサルヘカラサルモノトナセリ(法學士鳩山一郎氏總則日大講三六〇頁)
六 民法第一百十條ノ規定ハ一般取引ノ利益ノ爲メ第三者ヲ保護スル必要ニ基因スル法則ノ適用ヲ示シタルモノニシテ民法ノ制定ヲ始メテ生シタルニ非ス民法ハ唯既存ノ法則ヲ認メタルニ過キス(大審院明治三四年(オ)五六六號同三五年三月一五日期決民錄第八輯第三卷四四頁)

【民法第一一〇條ト本人ノ責任ノ根據ニ關スル參照學說】

一 本條カ本人ヲシテ代理人ノ權限外ノ行爲ニ對シ責任ヲ負ハシムルハ畢竟第三者ヲ保護スルカ爲メニシテ他人ニ代理權ヲ授與シタル者ニ其代理人カ代理權ヲ濫用シ權限外ノ行爲ヲ爲スノ危險ヲ負擔セシムルモ必シモ不當ニアラストナスニ出ツ(法學博士石坂普四郎氏京法第九卷第九號一五〇頁)
二 通常之ヲ以テ善意ノ第三者ヲ保護スル公益規定ナリト説明ス之レ固ヨリ正當ナリ然レトモ猶ホ未ダ責任ノ因テ生スル根據ヲ明ニセス余ノ信スル所ニヨレハ其根據ハ本人ノ表見ノ行爲ニアリ換言スレハ第三者ヲシテ代理權アリト信セシムヘキ外形ノ事實ヲ生セシメタルニ在リ又之レヲ以テ公益規定ナリト説明スレトモ之レ單ニ法規ノ性質ヲ示スニ過キス(法學博士中島玉吉氏私法論文集一八三頁)
三 第三者ニ過失アラハ本條ヲ適用スヘカラサルハ勿論ナルモ若シ必ラス本人ノ過失アリタルコトヲ要スルモノトセハ甚シク本條ノ適用範圍ヲ狭クシ立法ノ精神ニ反スルモノト信ス唯第三者ノ善意ニ付テ客觀ノ正當ノ理由即チ取引ノ正當ト認ムヘキ理由アラハ足レリ其事由テ成立セシメタルコトカ本人ニ付テ主觀ノ過失ナリヤ否ヤハ問フ所ニ非ス(法學博士鳩山秀夫氏法律行爲乃至時效三二九頁以下)

論旨ハ素ヨリ正當ニシテ異論ノ餘地在ル無シ(本卷民訴三四頁)博士カ民法第一一〇條ニ於ケル本人ノ責任ノ因テ生スル根據ニ論及セラレタルハ傾聽ニ値スベシ

三六四第一項 指名債權ヲ以テ質權ノ目的ト爲シタルトキハ第四六七條ノ規定ニ從ヒ第三債務者ニ質權ノ設定ヲ通知シ又ハ第三債務者カ之ヲ承諾スルニ非サレハ之ヲ以テ第三債務者其他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

四六七 指名債權ノ讓渡ハ讓渡人カ之ヲ債務者ニ通知シ又ハ債務者カ之ヲ承諾スルニ非サレハ之ヲ以テ債務者他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

前項ノ通知又ハ承諾ハ確定日附アル證書ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ以テ債務者以外ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

指名債權者カ其債權ヲ目的トシテ質權ヲ設定シタル後更ニ同債權ヲ他人ニ讓渡シタル場合ニ於テ若シ質權設定ノ通知又ハ承諾カ確定日附アル證書ヲ以テ爲サレシテ債權讓渡ノ通知又ハ承諾ノミ確定日附アル證書ヲ以テ爲サレタルトキハ質權者ハ其質權ヲ以テ債權讓受人ニ對抗スルコトヲ得サルニ反シ讓受人ハ債權讓渡ヲ以テ質權者ニ對抗スルコトヲ得ルノ結果トシテ第三債務者(債權讓渡ニ付テハ債務者)ハ讓受人ノ權利ヲ尊重シ質權ノ行使ヲ拒ムコトヲ得ルモノトス

右ノ場合ニ於テ債權讓渡ノ通知又ハ承諾モ同ク確定日附アル證書ヲ以テ爲サレサリシ場合ニ於テハ第三債務者ハ前ニ通知アリ又ハ承諾ヲ爲シタル質權ノ設定ヲ尊重スヘキコト當然ナルニ由リ質權ノ行使ヲ拒ムコトヲ得サルモノトス

案スルニ指名債權ヲ目的トスル質權ノ設定ヲ以テ第三債務者以外ノ第三者ニ對抗スルニハ第三債務者ニ對スル質權設定ノ通知又ハ其設定ニ關スル第三債務者ノ承諾カ確定日附アル證書ヲ以テ爲サレタルコトヲ要スルハ原判示ノ如シト雖モ債權ノ讓渡ヲ以テ債務者以外ノ第三者ニ對抗スルニモ亦讓渡ノ通知又ハ其承諾カ確定日附アル證書ヲ以テ爲サレタルコトヲ要スルハ多言ヲ俟タス故ニ指名債權者カ其債權ヲ目的トシテ質權ヲ設定シタル後更ニ同債權ヲ他人ニ讓渡シタル場合ニ於テ若シ質權設定

ノ通知又ハ承諾カ確定日附アル證書ヲ以テ爲サレシテ債權讓渡ノ通知又ハ承諾ノミ確定日附アル證書ヲ以テ爲サレタルトキハ質權者ハ其質權ヲ以テ債權讓受人ニ對抗スルコトヲ得サルニ反シ讓受人ハ債權讓渡ヲ以テ質權者ニ對抗スルコトヲ得ルノ結果トシテ第三債務者(債權讓渡ニ付テハ債務者)ハ讓受人ノ權利ヲ尊重シ質權ノ行使ヲ拒ムコトヲ得ヘシ(大正七年(オ)第六三二號同八年三月二十八日言渡判例參照)ト雖モ債權讓渡ノ通知又ハ承諾モ同ク確定日附アル證書ヲ以テ爲サレサリシトキハ讓受人モ其讓渡ヲ以テ質權者ニ對抗スルコトヲ得サレハ第三債務者ニ於テ質權ノ行使ヲ拒ミ得ヘキ理由ナキヲ以テ斯カル場合ニ於テハ第三債務者ハ前ニ通知アリ又ハ承諾ヲ爲シタル質權ノ設定ヲ尊重スヘキコト當然ナルニ由リ之レカ行使ヲ拒ムコトヲ得サルモノト爲ス至當トス抑上告人ハ大正元年十月三十日訴外菅原富代ニ對スル貸金債權ノ擔保トシテ被上告人カ講長タル共和會ト稱スル無盡講ニ對スル富代ノ指名債權ニ質權ヲ設定セシメ而シテ其質權設定ニ付被上告人カ承諾ヲ爲シタル事ヲ事由トシテ本訴請求ヲ爲スモノナルコト原判決及ヒ之ニ引用セル第一審判決ノ各事實摘示ニ依リ明カナリ故ニ果シテ上告人主張ノ如シトセハ假令質權ノ目的タル富代ノ指名債權カ大正二年七月二十五日訴外三浦三右衛門ニ讓渡セラレタルニセヨ其讓渡ノ通知又ハ承諾カ確定日附アル證書ヲ以テ爲サレタルニ非サル限りハ被上告人ニ於テ請求ヲ拒ミ得ヘキニ非サルコト前説明ノ如シ然ルニ原審カ三右衛門ニ對スル讓渡ノ通知又ハ承諾カ確定日附アル證書ヲ以テ爲サレタルヤ否ヤヲ確定セサルノミナラス其使シ得サル旨判定シタルハ理由不備ノ不法アリ(大審院大正八年(オ)第三六二號同年八月二十五日民

【關係事項】 破産差戻○原審山形地方裁判所○無盡金拂渡請求事件○上告人今井孫次郎訴訟代理人辯護士佐藤太眞被上告人小林安藏訴訟代理人辯護士湯村安次郎

二部馬場裁判長田上柳川藏潤成道各判事判決)

【參照判例】

本卷民法二五九頁以下

(二六一)

九九 代理人カ其權限内ニ於テ本人ノ爲メニスルコトヲ示シテ爲シタル意思表示ハ直接ニ本人ニ對シテ其效力ヲ生
 前項ノ規定ハ第三者カ代理人ニ對シテ爲シタル意思表示ニ之ヲ準用ス
 一〇四 委任ニ因ル代理人ハ本人ノ許諾ヲ得タルトキ又ハ已ムコトヲ得サル事由アルトキニ非サレハ復代理人ヲ選
 任スルコトヲ得ス
 一一一 第二項 此他委任ニ因ル代理權ハ委任ノ終了ニ因リテ消滅ス
 六四三 委任ハ當事者ノ一方カ法律行爲ヲ爲スコトヲ相手方ニ委託シ相手方カ之ヲ承諾スルニ因リテ其效力ヲ生ス
 民事訴訟法二三六 判決ニハ左ノ諸件ヲ掲ク可シ
 第二 事實及ヒ争點ノ摘要……
 第三 裁判ノ理由

大審院判

(一) 代理權授與ノ行爲ト之ニ基キ代理人ノ爲シタル法律行爲トハ一體ノ法律行爲
 ヲ成スモノニ非スシテ各獨立ノ法律行爲ナレハ前者ノ瑕疵ハ後者ノ瑕疵トナ
 ルヘキモノニ非ス隨テ代理權授與ノ行爲カ取消スヘキ行爲ナルノ故チ以テ之ニ基キ
 ニ基キ代理人ノ爲シタル法律行爲モ取消スヘキモノナリト謂フヲ得ス(假令代
 其取消ヲ以テ代理權授與ノ行爲タル委任ヲ取消シタルト見ルヲ得ス)
 (二) 上告人カ被上告人ヨリ民法第一一七條第二項ニ基キ代理權ナキコトヲ上告人
 ニ於テ知リタリトノ免責事由ヲ主張センコトヲ慮リテ豫メ其事實ヲ否認シタ
 ルニ對シ原判決カ何等說示スル所ナキハ本件賣買ヲ以テ代理權ナクシテ爲シ

タル行爲ニ非スト爲シ從テ其必要ナキニ由ルモノニシテ違法ニ非ス

(一) 案スルニ代理權授與ノ行爲ト之ニ基キ代理人ノ爲シタル法律行爲トハ一體ノ法
 律行爲ヲ成スモノニ非スシテ各獨立ノ法律行爲ナレハ前者ノ瑕疵ハ後者ノ瑕疵トナ
 ルヘキモノニ非ス隨テ代理權授與ノ行爲カ取消スヘキ行爲ナルノ故チ以テ之ニ基キ
 代理人ノ爲シタル法律行爲モ取消スヘキモノナリト謂フヲ得ス然レハ本件賣買ヲ被
 上告人ニ委任シタル未成年者今田あやめ及ヒ其親權者タル母きたの委任行爲カ原判
 決ノ認メタルカ如ク民法第八八條ニ違背スルモノニシテ取消シ得ヘキモノナリト
 スルモ被上告人カ其委任ニ基キ代理人トシテ爲シタル賣買行爲ハ之ヲ取消スナリト
 ルヲ以テ親權者きたカ賣買ヲ取消シタルハ固ヨリ無効ナルノミナラス其取消ヲ以テ
 代理權授與ノ行爲タル委任ヲ取消シタルモノトモ見ルヲ得ス委任ノ取消サレタル間
 ハ代理權ノ授與ハ有效ニシテ被上告人ノ爲シタル賣買ハ代理權ヲシテ爲シタルモ
 ノト謂フ可カラサルヲ以テ委任ノ取消サレタル本件ノ場合ニ於テハ被上告人ハ買主
 タル上告人ニ對シテ民法第一一七條ノ責任ヲ負擔スヘキモノニ非ス隨テ同條ニ基
 上告人ノ本訴請求ヲ排斥シタル原判決ハ正當ナリ原院カ委任ノ取消サレタル場合ニ
 於テモ賣買ハ尙ホ無權代理行爲ト爲ラサルカ如ク論シタルハ正當ナラサレトモ原判
 決ハ之ニ關セス上叙ノ理由ニ依リ之ヲ維持シ得ヘキヲ以テ此點ハ判決破毀ノ理由ト
 爲スニ足ラス
 (二) 然レトモ上告人カ原審ニ於テ本件賣買當時あやめノ未成年者ナルコトモ親權者
 ノアルコトヲ知ラス被上告人カ能力者タルあやめノ代理人ナリト信シ被上告人ニ
 於テモ能力者タルあやめノ代理人トシテ賣買ヲ爲シタル旨陳述シタルハ被上告人ヨ
 リ民法第一一七條第二項ニ基キ代理權ナキコトヲ上告人ニ於テ知リタリトノ免責事
 由ヲ主張センコトヲ慮リテ豫メ其事實ヲ否認シタルニ外ナラサレハ本件賣買ヲ以テ
 代理權ナクシテ爲シタル行爲ニ非スト爲シタル原判決カ此主張ニ對シ何等說示スル

所ナキハ其必要ナキニ由ルモノナレハ違法ナリト謂フ可ラス(大正八年(オ)第五六八號同年八月一日民一部田部裁判長尾古鈴木鬼澤三宅各判事判決)
【關係事項】 上告棄却○原審宮城控訴院○契約履行請求事件○上告人温美芳藏訴訟代理人辯護士高木益太郎同菊江久治被上告人牧野悦三郎

(二六二)

組合契約ヲ以テ業務執行者ヲ定メタルトキハ他ニ特別ノ意思表示ナキ限りハ業務執行者ハ第三者ニ對シ組合員ヲ代表シテ法律行為ヲ爲スノ權限ヲモ授與セラ
ルルモノニシテ其代理權ハ裁判上ノ行為ナルト裁判外ノ行為ナルトニ因リテ消
長ナキモノトス

組合契約ヲ以テ定メラレタル業務執行者ヲシテ組合契約ニ因リ對外關係ニ於テ
組合員ヲ代表シテ法律行為ヲ爲スノ權限ヲ授與シタルモノト認ムヘキ場合ニ於
テ業務執行者カ其業務執行ノ權限内ニ於テ組合ノ名ヲ以テ爲シタル法律行為ハ
總組合員ニ對シテ直接其效力ヲ及ホスヘク又第三者ニ對シテ訴訟ヲ提起スルニ
ハ業務執行者ハ組合員ヲ代表スルコトヲ得ルヲ以テ其資格ニ於テ自ラ之ヲ爲ス
コトヲ得ヘク必スシモ總組合員ヨリ訴訟ヲ提起スルコトヲ要セサルモノトス
組合契約ニ於テ業務執行者ヲシテ組合ヲ代表セシムルコトナク單ニ業務執行者

タル個人ノ資格ヲ以テ裁判上又ハ裁判外ノ行為ヲ委任シタルニ過キサルトキハ
對外關係ニ於テ權利ヲ取得シ又ハ義務ヲ負擔スルハ業務執行者タル箇人ニシテ
直接ニ他ノ組合員ニ其效力ヲ及ホスモノニ非ス他ノ組合員ハ唯委任ノ趣旨ニ徒
ビ業務執行者ニ對シテ權利義務ノ關係ヲ生スルニ過キサルモノトス
組合契約カ叙上ニ箇ノ場合中其何レニ屬スルヤハ各組合契約ノ趣旨ヲ解釋シテ
之ヲ定ムヘキ事實問題ナリトス

案スルニ組合契約ヲ以テ業務執行者ヲ定メタルトキハ他ニ特別ノ意思表示ナキ限り
ハ業務執行者ハ第三者ニ對シ組合員ヲ代表シテ法律行為ヲ爲スノ權限ヲモ授與セラ
レタルモノト解スヘキモノニシテ而シテ其代理權ハ裁判上ノ行為ナルト裁判外ノ行
爲ナルトニ因リテ消長ヲ及ホスヘキ理由之ナキヲ以テ業務執行者カ其業務執行ノ權
限内ニ於テ組合ノ名ヲ以テ爲シタル法律行為ハ總組合員ニ對シテ直接其效力ヲ及ホ
スヘク又第三者ニ對シテ訴訟ヲ提起スルニハ業務執行者ハ組合員ヲ代表スルコトヲ
得ルヲ以テ其資格ニ於テ自ラ之ヲ爲スコトヲ得ヘク必スシモ總組合員ヨリ訴訟ヲ提
起スルコトヲ要セサルモノトス是組合契約ヲ以テ特ニ業務執行者ヲ定メタル當然ノ
歸結ナリ然レトモ這ハ組合契約ニ因リ業務執行者ヲシテ對外關係ニ於テ組合員ヲ代
表シテ法律行為ヲ爲スノ權限ヲ授與シタルモノト認ムヘキ場合ニ適用スヘキ法則ニ
シテ組合契約ハ必スシモ斯カル代理權ノ業務執行者ニ授與スルコトヲ要スルモノニ
非サルハ言テ俟タサル所ナルヲ以テ若シ組合契約ニ於テ業務執行者ヲシテ組合員ヲ代
表セシムルコトヲ單ニ業務執行者タル個人ノ資格ヲ以テ裁判又ハ裁判外ノ行為ヲ
爲スコトヲ委任シタルニ過キサルトキハ對外關係ニ於テ權利ヲ取得シ又ハ義務ヲ負
擔スルハ業務執行者タル箇人ニシテ直接他ノ組合員ニ其效力ヲ及ホスモノニ非ス他

ノ組合員ハ唯委任ノ趣旨ニ從ヒ業務執行者ニ對シテ權利義務ノ關係ヲ生ズルニ過キサルモノトス而シテ組合契約カ叙上ニ箇ノ場合中其何レニ屬スルヤハ各組合契約ノ趣旨ヲ解釋シテ之ヲ定ムヘキ事實問題ナリトス本件上告人カ請求原因トシテ第一審ニ主張シタル所ハ第一審判決事實ノ記載ニ依レハ上告人ハラヂウム神泉社社長トシテ同組合員ヲ代表シテ一切ノ業務ヲ執行スルノ權限ヲ有スルヲ以テ該權限ニ基キ同組合員ヲ代表シテ被上告人トノ間ニ本件貸借契約ヲ締結シタル事實ヲ主張シタルモノノ如ク解釋セラレサルニ非スト雖モ第二審ニ至リ上告人ハ本件請求ノ原因タル貸借契約ハ上告人カ本件組合ノ内部關係ニ於テ締結シタルモノナラコトヲ釋明シタルコトハ第二審判決事實ノ記載ニ徴シテ明カナリ而シテ原判決ハ甲第一二號證ニ基キ本件組合契約ハ社長タル上告人個人ノ資格ヲ以テ法律行為ヲ爲スノ權限ヲ附與シタルモノニ非サルコトヲ認メ從テ本件貸借契約ハ上告人カ組合員ヲ代表シテ被上告人ト締結シタルモノニシテ上告人個人ト被上告人トノ間ニ契約成立シタルモノニ非サル事實ヲ認定シ依テ上告人個人カ契約當事者ナルコトヲ前提トスル本訴請求ノ理由ナキモノトシテ排斥シタルモノニシテ上告論旨ハ上告人ノ原審ニ於テ爲シタル主張ヲ無視シ原裁判所ノ專權ニ屬スル證據ノ取捨解釋並ニ事實認定ノ當否ヲ論難スルニ歸着シ以テ上告ノ理由ト爲スニ足ラス(大審院大正八年(オ)第六六六號同年九月二十七日民三部橫田裁判長大倉磯谷松岡澤鬼各判事判決)

【關係事項】 上告棄却○原審東京控訴院○不法建設物取除家屋明渡請求事件○上告人山田藤吉郎訴訟代理人辯護士後藤德太郎被上告人佐藤保

【第一審判決】

凡ソ組合契約ニ於テ業務執行ノ權利義務ヲ組合ノ一人ニ委任シタルトキハ其業務執行ノ範圍ニ於テハ右業務執行者ハ全組合員ヲ代理シテ諸般ノ行為ヲ爲ス權限ヲ授與セラレタリト謂フヘク元ヨリ裁判上ノ行為タルト否トナ區別セサルヲ以テ右組合員カ

【判旨第一點組合契約ヲ以テ業務執行者ヲ定メタル場合ト代理權限ニ關スル同趣旨學說判例】

組合全員ヲ代表シテ訴ヲ提起スルハ適於ナリトス(東京地方大正六年(ワ)第二五九號同年八月三日民四部判決本卷第七卷民訴四一〇頁)

富井博士
横田博士
伴學士
村上學士
末弘學士
大審院
末弘
學士弘
945 (民法)

一 代表關係ハ通常業務執行ノ委任ニ包含セララル(法學博士富井章章氏債權各論明治四五東大講義書二七二頁)

二 組合契約ヲ以テ業務執行者ヲ定メタル場合又ハ組合契約ニ業務執行ノ定メナキ爲メ各組合員ニ於テ業務執行ヲ爲スヘキ場合ニ業務執行者ハ組合ヲ代表シテ法律行為ヲ爲スノ權利ヲ有スルヤ否ヤニ付テハ我民法中何等特別ノ規定ヲ存セサルモ組合ノ業務カ法律行為ニ關スル場合ニ其業務ヲ執行スルノ權限ハ當然其法律行為ニ關スル業務執行者ノ代理權ヲ包含シ業務執行者ハ組合ヲ代表シテ其法律行為ヲ爲スノ權限ヲ有スルモノト解釋ス(法學博士橫田秀雄氏債權各論七〇六頁)

三 實際上業務執行ノ委託ハ同時ニ代理權ヲ包含スルコト多キモ必スシモ然ラズ業務執行者ノ範圍ト代理權ノ範圍トハ常ニ一致スルモノニ非サルナリ(法學博士伴辰次郎氏契約各論京政講三二七頁)

四 組合契約ヲ以テ業務執行者ヲ委任セラレタル組合員カ業務執行ニ付組合ヲ代表スルノ權利ヲ附與セラレタルモノナルカ否カ惟フニ總組合員ニ於テ業務執行者ヲ擔當スルヲ以テ不便ト爲シ特ニ或組合員ヲ指定シテ之ニ業務執行者ヲ委任シタルモノナルカ故ニ其ノ組合員ニ對シ自己ノ名義ニ於テ法律行為ヲ爲スコトヲ許スノ趣意ナリト解セサルヘカラス(法學士村上恭一氏債權各論七五九頁)

五 元來組合ノ業務執行ハ其實質上第三者トノ關係ニ關スルコト多ク而シテ業務執行者カ組合ノ名ニ於テ爲ス所ノ行為カ一々無權代理行為トシテ取扱ハルルカ如キハ業務執行者ヲ定ムル當事者ノ真意ニ反スルモノト云ハサルヘカラス故ニ對内關係上業務執行ノ權限ヲ授與スル場合ニハ當事者別段ノ定メヲ爲ササル限り同時ニ對外關係ニ於テ代理權授與ノ契約存在スルモノト解ス(法學士末弘嚴太郎氏債權各論八四八頁)

六 組合ニ於テ業務執行者ヲ定メ之ニ業務執行ノ權限ヲ授與シタルトキハ其執行者ハ組合ノ内部ニ於テ共同事業ノ經營ニ必要ナル事務ヲ處理スルコトヲ得ルハ勿論事務モ組合ノ事業ノ範圍ヲ超越セザル限リハ第三者ニ對シテ組合總員ヲ代表スルノ權限ヲ有スルモノニシテ組合ノ名ヲ以テ其ノ爲シタル法律行為ハ組合總員ニ對シテ其效ヲ生スルモノトス換言スレハ業務執行ノ權限ヲ授與セラレタル組合員ハ別段ノ意思表示ナキ限りハ業務執行ニ付テ代理權ヲ授與セラレタルモノニシテ代理權ノ授與ニ付キ特別ナル意思表示アルコトヲ必要トセス(大審院明治四四年(オ)二八號同年三月八日判決民錄第一七輯一〇六頁)

【同上代理權限ノ範圍ニ關スル同趣旨學說】

組合契約ニ基ク業務執行者ノ此代理權ハコト荷モ自己ノ授權セラレタル業務執行ニ關係スル範圍内ニ於テハ裁判外ノ行為ナル

横田博士

末弘學士

東京控訴院

大審院

名古屋控訴院
東京控訴院
廣島控訴院

ト裁判上ノ行爲ナルトナ問ハス凡テ之ニ及フモノト解スルヲ正當トスヘシ(法學士末弘學士各論八四八頁)

【判旨第二點業務執行者カ組合ノ名ヲ以テ爲シタル法律效果ノ歸屬ニ關スル同趣旨學說判例】

一 代理權ヲ有スル業務執行者カ組合ノ名ヲ以テ法律行爲ヲ爲シタルトキハ其行爲ハ組合ニ對シテ效力ヲ生シ組合ト第三者トノ間ニ於テ直接ニ權利義務ノ關係ヲ生シ而シテ組合ハ法人ニアラサルヲ以テ第三者トノ關係ニ於テ權利義務ノ主體トナル者ハ組合總員ニシテ第三者ハ組合總員ニ對シテ權利ヲ有スルト同時ニ組合總員ニ對シテ義務ヲ負擔ス(債權各論七〇八頁)

二 業務執行ノ權限ヲ有スル者カ組合ノ名ニ於テ第三者ニ對シテ爲ス所ノ法律行爲力直接組合ナシテ權利ヲ取得セシメ義務ヲ負擔セシムヘキヤ否ヤノ問題ハ是等ノ者カ適法ニ代理權ヲ有スルヤ否ヤノ問題ニシテ內關係ニ於テ業務執行ノ權利義務ヲ有スルヤ否ヤニ依リテ定マルヘキ問題ニ非ス故ニ苟モ代理權アル限リノ内部關係ニ關スル規定ニ違反スルモ尙ホ其行爲ハ組合員全部ノ爲ニ効力ヲ生ス(中略)從テ代理權ヲ有スル者カ組合ノ名ニ於テ第三者ト法律行爲ヲ爲セルトキハ組合ハ之ニ依リテ直接ニ權利義務ヲ取得ス(法學士末弘學士各論八四七、八四九頁)

三 組合員カ消費貸借契約ヲ爲スニ當リ民六七〇條ニ依リ組合員過半數ノ決議ヲ經サリシトスルモ同條ハ組合員相互間ノ于係ヲ規定シタルモノナレハ他ノ組合員ハ之ヲ以テ第三者ニ對シ其實ヲ免ルルコトヲ得ス(明治四〇年二月六日判決新聞四一五號七頁)

【同上ニ關スル異趣旨判例】

組合員ノ一人ト第三者トノ間ニ成立シタル法律行爲ヲシテ他ノ組合員ニ對抗スル効力ヲ生セシメンニハ組合員間ニ特別ノ意思表示アラサル限リ必スヤ民法六七〇條ノ規定ニ依ルヘキモノトス(明治四〇年「オ」一〇九號同年六月一三日判決民錄一決附六四八頁)

【同上組合ト當事者能力ニ關スル參照判例】

一 組合ノ債權ハ組合員一人ニテ履行ノ訴ヲ提起シ得サルヲ以テ原則トスト雖モ若シ組合規約上其一人ヲシテ之ヲ實行ヲ爲サシムルコトヲ定メタル場合ハ右原則ノ例外ニ屬ス(名古屋控訴四一年十月十日判決判決實例四、二一頁)

二 組合ノ債權ハ組合全體ニ於テ行フヘキモノニシテ組合ノ殘務取扱人カ自ラ原告トシテ組合ノ債權ニ付キ訴求ヲ爲シ得ヘキ法規及ヒ慣行アルコトナシ(東京控訴三九年六月一五日判決法律新聞第三六五號正八五頁)

三 本件ハ控訴人カ被控訴人組合ヲ相手方トシテ訴訟ヲ提起セシハ適法ナルヤ否ヤノ辯論ヲ制限シタルヲ以テ此點ヲ審究スルニ凡ソ訴訟當事者トナリ得ル者ハ必ス獨立シタル人格者タルコトヲ要シ獨立ノ人格ナキ組合ノ如キハ訴訟當事者タル能力ナ

東京地方裁判所
前橋地方裁判所

大審院

大審院判

【判旨第三點同趣旨判例】

民法上ノ組合ニ於テ業務ノ執行ヲ委任セラレタル組合員ハ受任ノ範圍ニ屬スル行爲ヲ付テハ外部ニ對シ他ノ組合員ヲ代理シ令組合員ノ名ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得ルノ外自己ノ名ニ於テモ之ヲ爲スコトヲ得ルカ故ニ組合員ノ一人ニ外部ニ對シ自己ノ名ニ於テ組合事業ヲ行フコトヲ委任スルハ組合ノ性質ニ反スル所ナク又之カ爲メニ其事業カ組合員ノ共同事業タルコトヲ失ハサルモノトス

組合ノ業務執行者カ自己ノ名ヲ以テ第三者ト取引ヲ爲シタル場合ニハ事業カ組合員ノ共同事業タルニ拘ラス第三者ニ對シテ取引上ノ權利ヲ有シ義務ヲ負擔スル者ハ執行者個人ニシテ他ノ組合員ハ唯委任ノ法則ニ從ヒテ執行者ニ對シ權利ヲ有シ義務ヲ負擔スルニ過キス

(二六三)

七〇九

故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス

或機械ノ据付及運轉ニ因リテ生スルコトアルヘキ損害ヲ豫防スルカ爲メニ右工事ノ性質ニ從ヒ最善ノ方法ヲ盡シテ其設備ヲ爲シタルニ拘ラス尙他人ノ財産ニ對シテ損害ヲ及ボシタル場合ニハ民法第七〇九條ニ所謂故意又ハ過失アリト謂

フコト能ハサルヲ以テ不法行為者トシテ賠償スルノ責任ナキモノトス

按スルニ或機械ノ据付及運轉ニ因リテ生スルコトアルヘキ損害ヲ豫防スルカ爲メニ
右工事ノ性質ニ從ヒ最善ノ方法ヲ盡シテ其設備ヲ爲シタルニ拘ハラズ尙他人ノ財產
ニ對シテ損害ヲ及シタル場合ハ民法第七百九條ニ所謂故意又ハ過失アリト謂フコト
能ハサルヲ以テ不法行為者トシテ之ヲ賠償スルノ責任ナキコトハ從來當院ノ判例ト
スル所ナリ(大正五年(オ)八一六號同年十二月二十二日判決)本件唧筒機械ノ据付及運轉
ニ付テハ上告人ハ原審ニ於テ他人ニ對スル被害ヲ豫防スルカ爲メ最善ノ方法ヲ盡シ
居ルヲ以テ假令被上告人ニ損害ヲ及スコトアルモ上告人ニ於テ過失ノ責任ニ任スルモ
ノニ非ストノ抗辯ヲ提出シ乙號各證ヲ以テ之ヲ立證シタルコトハ原審大正七年十月
十日付口辯論調書ニ徴シテ明カナリ故ニ原判決ニ於テ上告人ニ不法行為ノ責任アリ
ト爲スニハ上告人ハ本件唧筒機械ノ据付及運轉ニ因リテ生スルコトアルヘキ損害ヲ
豫防スルカ爲メ最善ノ方法ヲ盡シタルヤ否ヤヲ審理判斷セサルヘカラサルニ原判
決爰ニ出テ「單ニ右機械ノ運轉カ此クノ如キ結果ヲ生スルコトハ通常豫想シ得ヘキ
コトナレハ假ニ之ヲ豫想セシテ侵害行為ヲ繼續シタリトスルモ過失ニ因リテ他人
ノ權利ヲ侵害シタル者ト云フヘク之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スヘキ義務アルヤ
勿論ナリ」トノ理由ニ依リ直ニ賠償義務ノ存在ヲ肯定シタルハ不法行為ニ關スル法則
ニ違背シタル不法アリ原判決ハ此點ニ於テモ亦破毀ヲ免カレズ、大審院大正八年(オ)第三〇號
同年五月二四日民二部横田原判長大倉磯谷松岡鬼澤谷判例判決法律新聞第一五九〇號一七頁)

【關係事實】

破毀差戻○原審廣島控訴院○損害賠償請求事件○上告人廣島市代表者田部正壯訴訟代理人辯護士太田資時○被上
告人紀川勝男訴訟代理人辯護士高野金重同森田卓爾同高田似暲

東京控訴
院

縱令電流ノ爲メ電線ヨリ發火シ延テ火災ニ及ヒタリトスルモ電流ニ因ル發火ノ原因ハ種々アルノミナラス電燈ノ供給者カ電燈
ニ付定期ノ検査ヲ怠ラサルトキハ重過失アリト謂フ能ハス故ニ此一事ノミヲ以テ火災ニ因ル損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス

【參照判例】

(東京控訴明治三十九年九月二八日判決法律新聞三三八八號六頁)

(二六四)

九五二 親族會ノ決議ニ對シテハ一ヶ月内ニ會員又ハ第九四四條ニ掲ケタル者ヨリ其不服ヲ裁判所ニ訴フルコトヲ
得

九八二第一項 法定又ハ指定ノ家督相續人ナキ場合ニ於テ其家ニ被相續人ノ父アルトキハ父、父アラサルトキ又ハ
父カ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ母、父母共ニアラサルトキ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ親
族會ハ左ノ順序ニ從ヒ家族中ヨリ家督相續人ヲ選定ス

九八三 家督相續人ヲ選定スヘキ者ハ正當ノ事由アル場合ニ限り裁判所ノ許可ヲ得テ前條ニ掲ケタル順序ヲ變更シ
又ハ選定ヲ爲ササルコトヲ得

九八五第三項 親族會ハ正當ノ事由アル場合ニ限り前二項ノ規定ニ拘ハラズ裁判所ノ許可ヲ得テ他人ヲ選定スルコ
トヲ得

非訟事件手續法二〇第一項 裁判ニ因リテ權利ヲ害セラレタリトスル者ハ其裁判ニ對シテ抗告ヲ爲スコトヲ得

同九四第一項 家督相續人ノ選定ニ關スル許可ハ相續開始地ノ區裁判所ノ管轄トス

同九五第一項 親族及ヒ檢事ハ前條ノ許可ヲ與ヘタル裁判ニ對シテ抗告ヲ爲スコトヲ得

親族會カ法定又ハ指定ノ家督相續人ナク且其家ニ被相續人ノ父母アラサルカ爲
メ家督相續人ヲ選定シタル決議ハ民法第九五一條ノ規定ニ依ル不服ノ訴ヲ以テ
取消サレサル以上ハ假令民法第九八三條及同第九八五條第三項ノ規定ニ違背ス
ルモ其效力ヲ有スルモノトス

民法第九八三條及同第九八五條第三項ニ規定セル許可ノ裁判ニ對スル抗告ハ
右親族會ノ決議カ同法第九五一條ニ規定セル期間ノ徒過ニ依リ不服ノ訴ヲ提起
スルコトヲ得サルニ至リタルトキハ全然法律上ノ利益ナキニ歸スルモノトス

然レトモ親族會カ法定又ハ指定ノ家督相續人ナク且其家ニ被相續人ノ父母アラサル

大審院判
決

大審院

カ爲メ家督相續人ヲ選定シタル決議ハ民法第九五一條ノ規定ニ依ル不服ノ訴ヲ以テ取消サレサル以上ハ假令民法第九八三條及同第九八五條第三項ノ規定ニ違背スルモ其効力ナ有セサルモノニ非サルコト言テ俟タス是以テ民法第九八三條及同第九八五條第三項ノ規定ニ依リテ提起スル訴ハ右親族會ノ決議カ同法第九五一條ニ規定セル期間ノ徒過ニ依リテ提起スルコトヲ得サルニ至リタルトキハ全然法律上ノ利益ナキニ歸スト云ハサルヲ得本件ノ記録ニ依レハ原告人ハ被相続人ト東山榮ノ家督相續人ヲ其家族中ヨリ選定セサルコトヲ許可シタル五所川原區裁判所ノ決定ニ對シテ抗告ヲ提起シタルモノナルコト明白ニシテ又原裁判所ノ判示スル所ニ依レハ右東山榮ノ家督相續人選定ノ爲メ設ケラレタル親族會カ家督相續人トシテ右東山榮ノ家族以外ナル本間正磨ヲ選定シタル決議ハ民法第九五一條ノ規定ニ依ル訴ヲ以テ不服ヲ申立テララルコトナクシテ確定シタルモノナリ故ニ右抗告ハ法律上ノ利益ナキモノトシテ之ヲ棄却スルナ當然ナリトス果シテ然ラハ右抗告旨ノ理由ニ依リ右抗告ヲ棄却シタル原決定ハ正當ニシテ違法ノ廉ナシ(大審院大正八年(ク)第一五〇號同年九月二十日民三部横田裁判長大倉磯谷松岡鬼澤各判事決定)

【關係事項】

抗告棄却○原審青森地方裁判所○家督相續人不選定許可決定ニ對スル抗告事件○抗告人東山ふで代理人辨護士澤地盡藏同飯島亮衛

【判旨第一點同趣旨判例】

一家督相續開始ノ場合ニ於テ法定又ハ指定ノ家督相續人ナク且其家ニ被相續人ノ父母アラサルヨリ親族會カ家督相續人ヲ選定シタルトキハ其選定ノ決議ハ假令民法第九八三條ノ規定ニ違背シ選定ノ順序ヲ變更シ又ハ其選定ヲ爲ササル瑕瑾アルニモセヨ同第九五一條ニ依リ一ヶ月ノ期間内ニ不服ノ訴ヲ提起シ取消ノ裁判ヲ受ケサル限り之ヲ無効ト爲スヘキモノニアラス(大審院大正五年(オ)第五〇七號同年七月三日民三部判決本書第七卷民法七六一頁)

東京控訴院

長崎控訴院

梅博士

柳川學士

【同上異趣旨學說判例】

親族會ノ決議ニ對スル不服ノ訴ハ有效ナル決議ニ對シ其實質ノ不當ナル場合ノミニ限ルヘキモノナリ裁判所ノ許可ヲ得スルコトナク九八二條ノ順序ヲ變更スルカ如キハ當然無効ニシテ特ニ不服ノ訴ヲ起スコトナク何人モ之ヲ主張スルコトヲ得ヘシ大審院ノ見解ノ如ク九五一條以外ニ親族會ノ決議ニ對シテ不服ヲ主張シ得ヘキ規定ナキ根拠トシテ實質上無効ナル場合モ同條ニ依ルヘシトセハ債權者カ債務者ノ行爲ヲ攻撃シ得ルハ四二四條ノミナルカ故ニ無効ノ法律行爲ト雖モ債權者ハ同條ニ依ラサルヘカラサルニ至ラン無効ノ行爲ハ唯利害關係人ノ之ヲ争フトキ豫メ之ヲ確定スル爲メ所謂確認ノ訴ヲ提起スルノ必要アルニ過キス(法學博士梅謙次郎氏法學大家論文集下卷一〇〇五頁以下)

裁判所ノ許可ヲ得スルコトヲ爲シタル選定又ハ不選定ノ決議ハ當然無効ナルヲ以テ利害關係人ニ於テ無効ノ訴ヲ提起スルノ要ナシ從テ選定不選定カ親族會ノ決議ニ出ツルコトト雖此決議ハ効力ヲ發生セザルモノタルヲ以テ利害關係人ハ民法第九五一條ニヨリ該決議ニ對シ不服ノ訴ヲ爲スコトヲ要セス何人モ其無効ヲ主張スルコトヲ得ヘシ(法學士柳川勝二氏相續法註釋上卷三七八頁以下)

親族會カ家督相續人ヲ選定スルニハ必ス民法第九八二條ノ順序ニ從フカ然ラサレハ裁判所ノ許可ヲ得タル場合ニ限定セザルモノトス故ニ若シ親族會カ右ノ範圍ヲ超テ裁判所ノ許可ヲ得テ其順序ヲ變更シテ相續人ヲ選定シタルトキハ其選定決議ハ當然無効ニシテ利害關係人ハ不服ノ訴ヲ待タス何時ニテモ之カ無効ヲ主張スルコトヲ得ヘシ(東京控訴明治四年一月一九日民二部判決例彙報第七卷五一頁)

大阪控訴院
京都地方裁判所

牧野博士

大審院

四 親族會カ民法第九八五條ニ從ヒ家督相續人ヲ選定スルニ當リ被相續人ノ親族アルニ拘ハラズ之ヲ措キ何等親族會關係ナキ者ノ相續人ニ選定スル決議ハ無効ナリ此ノ如キ決議ニ對シテハ民法九五一條ニ依リ其決議ノ取消ヲ求ムル事ヲ得ヘシ(同上明治四一年二月二日民二部判決判例集第二卷六七頁)

五 親族會カ裁判所ノ許可ヲ得シテ民法第九八二條ノ順序ヲ變更シ若クハ他人ヲ選定スルモ法律上何等ノ効力ヲ生セザレハ後ニ至リ其選定ニ付キ裁判所ノ許可ヲ得ルモ復活シテ有効トナルヘキ理由無シ(同上明治三五年二月一三日判決法律新聞第七八號八頁)

六 法定ノ要件タル裁判所ノ許可ヲ得シテ爲シタル親族會ノ決議ハ無効ナルヲ以テ之ニ對シテ取消ノ訴ヲ爲スヘキモノニアラス(大阪控訴明治三六年二月一九日判決法律新聞一八六號四頁)

七 親族會ニ於テ先順位ノ家督相續人アルニ拘ハラズ他ノ者ヲ家督相續人ニ決議ナシタル場合ニ於テ該決議ヲ不當トシテ攻擊セントスルニハ決議ノ内容ノ違法ヲ理由トシテ無効ヲ主張スヘキモノニシテ之レカ取消ノ請求スヘキモノニ非ス(京都地方明治四一年六月一三日判決法律新聞五〇號七頁)

【同上參照學說判例】

一 法律ハ此ノ如ク選定ノ範圍ト順序トナ一定スルモ此規定タル絕對ノモノニ非ス或ハ此順序ヲ變更シ或ハ又選定ヲ爲サザルコトヲ得ヘシ唯夫レ選定權者カ相當ノ事由アルニ非ス又裁判所ノ許可ヲ得タルニ非スシテ謂ヘレナク選定ヲ爲サザル場合ニ於テハ之ヲ如何ニスヘキカ將タ又選定權者ハ何時マテ其權利ヲ行使スヘキモノナルカ在再歲月ヲ徒過シテ相續人ヲ選定セザル場合ニ於テハ亦之ヲ如何ニスヘキカ斯ル場合ニ於テ被選定者ノ選定要求ノ權利アリヤ否ヤハ一箇ノ疑問タラサルヲ得ス若シ此權利ナシトセハ法律上別ニ救済ノ途ナキヤ否ヤ是レ豈法律ノ不備缺點ニ非サルナキヲ得ンヤ(法學博士牧野菊之助氏日本相續法論九版一五二頁)

二 親族會ノ決議ハ民法相續編ノ規定ニ違背シタル爲メ必スシモ當然無効ト爲ルモノニアラス其決議ノ無効ト爲ル場合ハ親族會ノ決議ヲ以テ左右スルコトヲ得サル法律ノ規定ニ違背シ又ハ親族會ノ構成不合法ニシテ其決議ナキニ均シキカ如キ場合ヲ謂フモノニシテ民法中相續編ノ變更ニ關スル規定ニ違背スル爲メ當然無効トナルモノニアラス不服ノ訴ニ依リ其決議ヲ取消スコトヲ得ルニ過キサルモノトス(大審院大正七年(オ)第三六八號同年八月一五日民二部判決本書第七卷民法八五八頁)

三 親族會カ決定ノ推定家督相續人アル場合ニ於テ家督相續人ヲ選定シ又ハ法定ノ後見人アル場合ニ於テ後見人ヲ選定シタルトキハ其決議ノ當然無効ニシテ民法第九五一條ノ不服ノ訴ニ因リ宣告ヲ竣テ始メテ無効トナルヘキモノニアラス(全上明治四二年四月二七日判決大審院民事判決錄一五輯四〇二頁)

四 親族會ノ決議ニ對シ一箇月ノ期間内ニ不服ノ訴アラザルトキハ其決議法律ニ違背スルモ効力確定スルヲ原則トス然レトモ其ノ公ノ秩序ニ關スル規定ニ違反シ又ハ親族會ノ構成不合法ニシテ實質上決議ナキト均シキ場合ハ例外トス(全上明治四一年四月三〇日判決大審院民事判決錄一四輯五〇六頁)

東京控訴院
長崎控訴院

名古屋控訴院

大阪地方裁判所

神戸地方裁判所

五 民法第九五一條ニ所謂親族會ノ決議ハ實質上無効ナルモノト取消シ得ヘキモノトナ分タス苟モ親族會ノ爲シタル決議ハ總テ之ヲ包含セルモノトス(全上明治三八年一月一七日判決大審院民事判決錄一〇輯一四七二頁)

六 親族會ノ決議ハ總令法令ノ規定ニ違反スルモ當然無効ナルモノニ非スシテ之ヲ無効トスルハ必ス裁判所ノ宣言アルコトヲ要ス故ニ其決議無効ノ確認ヲ求ムル訴ハ不適法ナリ(同上明治三七年六月一八日判決大審院民事判決錄一〇輯九五一頁)

七 無効ノ決議ト雖モ其形式ヲ存スル以上ハ之カ取消ノ途ナカラサル可カラス民法第九五一條ハ此ノ如キ取消ノ訴ヲ容ルモノト解スヘキカ故ニ控訴人カ實質上無効ナル決議ニ對シ民法第九五一條ニ則チ不服ノ訴ヲ本訴其形式ノ廢棄ヲ求ムヘキナリ(明治四一年二月二日判決法律新聞四八四號一七頁)

八 親族會ノ決議カ形式ニ於テ違法ノ點ナキモ實質上不當ナル場合ニハ民事第九五一條ニ依リ其ノ取消ヲ請求シ得ルモノトス(明治四十四年第六四二號大正元年二月六日判決本書二卷民法一五八頁)

九 親族會カ家督相續人ヲ選定スルニハ必ス民法第九八二條ノ順序ニ從フカ然ラサレハ裁判所ノ許可ヲ得タル場合ニ限定セラレルモノトス故ニ若親族會カ右ノ範圍ヲ超ニ裁判所ノ許可ナクシテ其順序ヲ變更シテ相續人ヲ選定シタルトキハ其選定決議ハ當然無効ニシテ利害關係人ハ不服ノ訴ヲ待タズ何時ニテモ之カ無効ヲ主張スルコトヲ得(明治四三年一月二十九日判決)

一〇 親族會ニ於テ他家ノ法定推定家督相續人ニ選定家督相續人ヲ充ツル決議ヲ爲スモ法律上無効ニアラス(名古屋控訴明治四一年一月六日判決 例彙報三卷一二五頁)

一 民法九五一條ニ所謂親族會ノ決議ハ實質上無効ナルモノト取消シ得ヘキモノトナ問ハス苟クモ親族會ノ爲シタル決議ハ之ヲ包含スルモノナルコト明白ナレバ假令實質上無効ナル親族會ノ決議ト雖モ同條ノ規定ニ從ヒ不服ヲ唱ヘ之カ救済ヲ求ムルニ非サレハ確定動カスヘカラサルモノトシテ存在ス(明治四〇年一月二二日判決法律新聞四七三號五頁)

二 親族會ニ於テ相續人選定ノ決議ヲ爲スニハ法定ノ手續ヲ要スルカ故ニ該手續ニ違反シタル以上ハ其決議ハ無効ナリ(法律新聞六八〇號一六頁)

三 親族會決議ノ取消ヲ求ムル訴ハ適法ナル決議ニ對シテ其内容ノ不當ナルコトヲ理由トスル場合ニ限リ提起スルコトヲ得ルモノニシテ決議ヲ不適法トスル手續違背ヲ理由トスル場合ニ於テハ裁判所ノ無効宣言ヲ求ムルハ格別之カ取消ヲ請求スル訴ハ許スヘカラサルモノトス(法律新聞四九九號八頁)

四 親族會ノ決議ニシテ終了セシカ形式上確定スルヲ以テ之レニ不服アラシカ法律所定ノ訴ニヨリ之ヲ無効ト爲サザル限リハ依然其無効ヲ保持スルモノトス(明治三九年五月三十一日判決法律新聞三五九號一一頁)

五 親族會ノ決議ニ對スル不服ハ如何ナル原因ニ依ルモノト雖非訟法ノ抗告ノ方式ニ依ルヘキモノニ非スシテ民法九五一條ノ訴ノ方式ニ依ルヘキモノトス親族會ノ決議ハ總令親族會員選定申請ニ如何ナル違法ノ點存スル場合ト雖モ當然無効ノモノニ非ス之ヲ無効トスルニハ裁判所ノ宣告ヲ要スルモノナルニ依リ決議無効ノ確認ヲ求ムル訴ハ不適法ナリ(新聞六〇六號一二頁)

判旨第一點ノ不當ナルコト吾人ノ曩ニ詳論シタルカ如シ(第七卷民法七六五頁同)

一二六九頁若シ夫レ判旨第一點ノ如キ立脚地ヨリセンカ判旨第二點ノ至當ナル
コト勿論ナリ

(二六五)

四〇四 利息ヲ生スヘキ債權ニ付キ別段ノ意思表示ハナキトキハ其利率ハ年五分トス
 五八七 消費貸借ハ當事者ノ一方カ種類品等及ヒ數量ノ同シキ物ヲ以テ返還ヲ爲スコトヲ約シテ相手方ヨリ金錢其
 他ノ物ヲ受取ルニ因リテ其効力ヲ生ス
 民事訴訟法五五九 強制執行ハ左ノ諸件ニ付テモ尙ホ之ヲ爲スコトヲ得
 第五 公證其人カ權限内ニ於テ成規ノ方式ニ依リ作りタル證書但一定ノ金額ノ支拂又ハ他ノ代替物若クハ有價證券
 ノ一定ノ數量ノ給付ヲ目的トスル請求ニ付キ作りタル證書ニシテ直ニ強制執行ヲ受可キ旨ヲ記載シタルモノニ限ル
 同五六〇 前條ニ掲ケタル債務名義ニ因レル強制執行ニハ第五一六條乃至第五五八條ノ規定ヲ準用ス但第五六一條
 第五六二條ニ依リ差異ノ生スルトキハ此限ニ在ラス
 同五六二 執行文附與ニ關スル異議ニ付テノ裁判：ハ公證人職務上ノ住所ヲ有スル地ヲ管轄スル區裁判所ニ於テ
 之ヲ爲ス

高利貸營業者ノ取引ニアリテハ消費貸借成立ノ際手数料報酬金等種種ナル名目
 ノ下ニ所謂天引ト稱シ若干ノ金額ヲ控除シ其殘額ヲ交付スルモノニシテ畢竟表
 面上恰モ其全額ヲ以テ消費貸借ノ目的ト爲シタルカ如キ外觀ヲ裝フニ止マリ當
 事者ノ眞意ハ當ニ其殘額ヲ以テ消費貸借ノ目的ト爲スニアルモノトス
 債務者カ高利貸營業者ニ支拂ヒタル入金ハ延期料或ハ違約損害金ト稱シアリテ
 一應利金ニ對スル入金ニ非サルカ如キ觀アリト雖モ種種ナル名目ノ下ニ暴利ヲ
 貪ラントスルハ高利貸營業者ノ常套手段ナルヲ以テ此等ノ記載アルノ故ヲ以テ
 之ヲ元利金ニ對スル入金ニ非スト斷スルハ穩當ニ非ス

債務者カ法律上無効ナル高利ヲ進ンテ支拂ヒタリトノ事實ヲ認ムヘキ何等ノ證
 據ナキニ於テハ債務者ハ年一割二分ノ率ニ於ケル利息ニ充ツル意思ヲ以テ入金
 シタルモノト認ムヘキモノトス
 辨濟ハ合意ニ非ス之レ或事實行爲(例之物ノ修膳)若クハ不作爲ヲ内容トスル債務
 ノ場合ニ徴シ明白ナリトス
 或權利ノ移轉ヲ給付ノ内容トスル場合(例之金錢債權)ニアリテハ此移轉其モノニ
 付テハ當事者間ノ合意ヲ必要トスルコト勿論ナリト雖モ而モ己ニ權利ノ移轉カ
 完成シタル以上何ノ爲メニ此給付即移轉カ爲サレシヤト言フ所謂原因ノ點ニ就
 テハ毫モ當事者間ニ於ケル意思ノ合致ヲ必要トセサルモノトス(如何ナル債務ニ
 對シ如何ナル辨濟ヲナスヤハ一ニ債務者ノ意思ノミニ依リテ決定セラルヘキモ
 ノナレハナリ)
 公正證書作成ノ際當事者カ公證人ノ面前ニ於テ元金額ニ付キ事實ニ吻合セサル
 陳述ヲ爲シタリトスルモ之カ爲メ公正證書其モノノ效力ニ何等ノ影響ヲ及ボサ
 サルモノトス
 公正證書ノ内容タリ實質タル消費貸借上ノ主債務及ヒ連帶保證債務カ己ニ消滅
 シタルトキハ公正證書ノ執行力モ排除ヲ免レサルモノトス

證人鈴木通ノ原審及當審ニ於ケル供述及ヒ被控訴人ノ營業上ノ帳簿ナリト認ムヘキ

部真正ニ成立シタリト認ムヘキ乙第一第五號證ニ據レハ右入金ハ延期料或ハ違約損
害金ト稱シアリ一應本件ノ利息ニ對スル入金ニ非サルカ如キ觀アリト雖種々ナル名
目ノ下ニ暴利ヲ貪ラントスルハ高利貸業者ノ常套手段ナルヲ以テ此等ノ記載アル
ノ故ヲ以テ之ヲ元利金ニ對スル入金ニ非スト斷スルハ蓋シ穩當ト云フヲ得ヌ却リテ
甲第三號證及ヒ證人鈴木通ノ原審及當審ニ於ケル各供述證人の中村祐三ノ當審ニ於ケ
ル供述ヲ綜合スルトキハ債務者タル中村祐三及控訴人等ハ本件ノ利息ニ對シ右入金
ヲ爲シタルコトヲ認ムルヲ得ヘク之ヲ覆スヘキ何等ノ反證無ク而シテ本件ニ於ケル
利息及遲延利息ノ定ハ總テ年一割二分ノ限度ニ於テノミ法律上有効ナルコトハ前段
說示ノ如クナルヲ以テ債務者カ法律上無効ナル高利ヲ通シテ支拂ヒタルコトハ事實ヲ
認ムヘキ何等ノ證據ナキ本件ニ於テハ債務者ハ前掲ノ率即年一割二分ノ率ニ於ケル
利息ノ支拂ニ充ツル意思ヲ以テ前記入金ヲ爲シタルモノト認ムヘキハ云フ迄モ無ク
之ヲ覆スヘキ何等ノ反證ナシ但シ被控訴人ハ勿論約定ニ保ル高率ナル利息ノ支拂ト
シテ之ヲ受領スル意思有リシモノナルヘク此點ニ於テ兩者ノ間ニ意思ノ合致ヲ缺キ
シモノナルヘシト雖コハ前掲認定ニ係ル辨濟ノ効力ノ上ニ何等ノ影響ヲ及ボスモノ
ニ非ス蓋辨濟ハ合意ニハ非スソハ或事實行爲(例ヘハ物ノ修繕)若クハ不作爲ノ内容ト
スル債務ノ場合ニ徴シテ明白ナリ唯或權利ノ移轉ヲ給付ノ内容トスル場合(例ヘハ金
錢債權)ニアリテハ此移轉ソノモノニ付テハ當事者間ノ合意ヲ必要トスルコト勿論ナ
リト雖而モ已ニ權利ノ移轉カ完成シタル以上何ノ爲ニ此給付即移轉カ爲サレシヤト
云フ所謂原因ノ點ニ付テハ毫モ當事者間ニ於ケル意思ノ合致ヲ必要トセス如何ナル
債務ニ對シ如何ナル辨濟ヲナスヤト云フコトハ一ニ債務者ノ意思ノミニ依リテ決定
セラルヘキモノナレハナリ然ラハ被控訴人カ前記入金ヲ受領シ其金錢ノ所有權ヲ取
得シタルコトニ付テハ當事者間ニ争ナキトコ有ナル以上被控訴人ノ意思ハ假令高率
ナル利息ノ支拂トシテ之ヲ受領スルニアリシニモセヨソハ何等辨濟ソノモノノ効力
ノ上ニ影響スルトコロナキハ極メテ明白ナリ尙前記入金ハ先ツ之ヲ以テ利息ノ支拂

乙第四號證ノ記載ヲ綜合スルトキハ被控訴人ハ高利貸ヲ營業トスルモノニシテ本件
貸借モ亦其營業上ノ一取引ニ外ナラサル事ヲ認ムルヲ得ヘシ凡ソ此種ノ取引ニアリ
テハ消費貸借成立ノ際手續料報酬金等種々ナル名目ノ下ニ所謂天引ト稱シ若干ノ金
額ヲ控除シ其殘額ヲ交付スルモノニシテ畢竟表面上恰モ其金額ヲ以テ消費貸借ノ目
的ト爲シタルカ如キ外觀ヲ裝フニ止マリ當事者ノ眞意ハ正ニ其殘額ヲ以テ消費貸借
ノ目的ト爲スニアルモノトス今本件貸借及連帶保證ノ成立スルコトハ當事者間ニ争
ナク(但シ額ノ點ハ之ヲ除ク)面シテ原審證人鈴木通ノ第一回供述等ニ依レハ前記貸借
成立ノ際三千圓ノ内六百圓ヲ天引セラレタル事實ヲ認ムルヲ得ヘク之ヲ覆スヘキ何
等ノ證據ナキヲ以テ之ヲ前掲說示ニ照ストキハ貸借ハ二千四百圓ニ付キ成立シタル
モノト云ハサルヲ得ス甲第一號證ニハ恰モ三千圓ニ付キ消費貸借カ成立シタルカ如
キ記載アリト雖モ之亦高利貸業者ノ取引ヲ爲ス際公證人ノ面前ニ於テハ當事者双
方恰モ全額ノ消費貸借カ成立シタルモノノ如ク假裝スルヲ常套ノ手段ト爲スヲ以テ
之ニ依リテハ前記認定ノ反證ト爲スニ足ラス甲第三第四號證及乙第三號ノ記載ハ寧
口前記認定ト符合スルモノニシテ反證タル價值ナシ尙當審證人鈴木通ノ第一回ノ供
述ニ依リ全部真正ニ成立シタリト認ムヘキ乙第二號證ニ徴スレハ中村祐三ハ小切手
ヲ以テ被控訴人ヨリ三千圓ノ交付ヲ受ケタルカ如キ觀アリテ此點ニ關スル被控訴人
ノ抗辯事實ハ之ヲ是認スルヲ得ヘキカ如シト雖モ同書證ト前記證人ノ供述トヲ綜合
スルトキハ右小切手ハ被控訴人カ其番頭ナシテ取引銀行タル田中銀行ヨリ三千圓ノ
金員ヲ被控訴人ノ手許ニ取寄セシメタル際ニ使用セラレタルモノニ外ナラサルコト
ヲ認定シ得ヘキヲ以テ本件消費貸借ハ三千圓ニ付キ成立シタルモノナリトノ抗辯事
實ハ竟ニ之ヲ認ムルニ足ラス其他此事實ヲ認ムヘキ何等ノ證據ナシ……中略……次
ニ本件貸金ニ關係シテ控訴人主張ノ日時ニ其主張ノ如キ數額ノ金圓ノ支拂ヒアリタ
ルコトハ當事者間ニ争ナシ仍テ此金圓ハ如何ナル意味ニ於テ支拂ハレシヤト案スル
ニ被控訴人ハ右ハ延期ノ對價ニシテ本件ノ利息ニ對スル入金ニアラスト主張セリ全

ニ充當シ其殘餘ヲ以テ元金ノ支拂ニ充當スヘキハ反對ノ事情ノ認ムヘキモノナキ本件ニ於テハ云フ迄モナキトコロナリ

以上認定ニ係ル諸點ヲ基準トシテ計算ヲ爲ストキハ本件消費貸借ノ元利總額ハ已ニ其辨濟ヲ了シタルコト計數上明白ニシテ從ヒテ又控訴人等ノ連帶保證債務ノ消滅シタルコト甚明白ナリ而シテ此消費貸借及連帶保證ニ付キ本件公正證書カ作成セラレシコト並ニ此公正證書ハ權限アル公證人ニ依リテ作成セラレタルモノナルコトハ當事者間ニ爭ナキカ故ニ第一認定ノ如ク其作成ノ際當事者ハ公證人ノ面前ニ於テ元金額ニ付キ事實ニ吻合セサル陳述ヲ爲シタリト雖モ之カ爲メ公正證書其モノノ効力ニ何等ノ影響ナシ及ホスモノニ非サルコトハ云フ迄モナシ從ヒテ同證書ノ内容タリ實質タル消費貸借上ノ主債務及連帶保證債務カ已ニ消滅セルコト以上說示ノ如クナル以上該公正證書ノ執行力モ亦排除ヲ免レサルモノトス仍テ以上ノ趣旨ニ於ケル本訴全部ハ理由アリ(東京控訴院大正六年(ネ)第六二〇號同八年五月三十一日民二部須賀裁判長前田細野各判事判決)

【關係事項】

廢棄○債權消滅強制執行異議事件○控訴人本田德次郎外一人訴代理人辯護士新井要太郎同牧田細太郎控訴人柳瀨萬吉訴代理人辯護士打田傳吉同小林龜郎

【判旨第四點第五點辨濟ノ性質ニ關ス同ル參照學說】

- 一 辨濟ハ債務者ノ行爲トシテハ如何ナル場合ニモ法律行爲ニアラス從テ當事者ノ能力ヲ要スルコトナク能力ノ要否ハ一ニ辨濟ノ爲メニ爲サル給付ノ性質如何ニ依リ定マル(法學博士岡松參太郎氏法學協會雜誌第三四卷第二號九一頁)
- 二 辨濟ハ債務ノ内容ヲ實現スル債務者ノ行爲ナリ而シテ債權消滅ノ效果ハ債務者ノ效果意思ニ關スルコトコトナク發生スルモノナルカ故ニ法律行爲ニアラス然レトモ辨濟ニヨリ法律效果即チ債權消滅ノ效果ヲ生スルカ故ニ狹義ノ法律的行爲ノ一種ニ屬スルモノト解ス(法學博士石坂普四郎法學志林第一卷第九號三七頁民法研究第一卷四四二頁)
- 三 非法律行爲說當ニ辨濟意思ヲ要セスニ當ニ法律行爲ニアラストスル說是ナリ我國ニ於テハ石坂博士此說ヲ採ル余モ亦之ニ從フ(法學博士鳩山秀夫氏日本債權法總論三二九頁)

岡松博士
石坂博士
鳩山博士

鳩道博士

五四一 當事者ノ一方カ其債務ヲ履行セザルトキハ相手方ハ相當ノ期間ヲ定メテ其履行ヲ催告シ其期間内ニ履行ナキトキハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得

債權者ノ契約解除權發生ノ要件ヲ爲ス催告力有效ナルニハ債權者カ知り若クハ知り得ヘカリシ事情ノ下ニ相當ナリト思惟セラルル期間ヲ定メテ催告ヲ爲シタルヲ以テ足り其期間カ客觀的ニ相當ナルコトハ催告力有效ナルカ爲メニ絕對ニ必要ナル要件ニ非ス

解除權發生ノ要件ヲ爲ス催告期間ハ具體的ニ指定セラルルコトヲ要スルモノトス

債權者ノ定メタル期間カ客觀的ニ相當ナラザルトキハ不相當ナル期間ハ法律上當然ニ客觀的ニ相當ナル期間ニ轉換セラレ債務者カ債權者ノ指定セル期間ノ如何ニ拘ラス客觀的ニ相當ナル期間内ニ履行ヲ爲サザルトキハ債權者ニ契約解除權ヲ生スト解スルヲ至當トス

契約上ノ債務ノ履行遲滞ノ場合ニ契約解除權發生ノ要件ヲ爲ス催告ニ付キ債權者ノ指定シタル催告期間カ不當ニ短キトキハ催告ハ絕對ニ無効ナリヤ或ハ催告後客觀的ニ相當ナル期間カ經過スルニ因リテ解除權發生ノ效果ヲ生スルヤ大審院ハ無効說ヲ採レリト雖モ余ハ有效說ヲ是ナリト信ス債務者ニ與ヘラルル猶豫期間カ客觀的ニ相當ナルヤ否ヤハ債務ノ履行ニ付キ債務者ノ方面ニ存スル客觀的の事情ト債務者ノ方面ニ存スル客觀的の事情トヲ綜合シテ之ヲ判斷セザルヘカラサルノミナラス判斷ノ主要

ナル材料ハ債權者ニ知シ難キ債務者ノ方面ニ存スル事情ナルヲ以テ債權者カ指定セ
ル期間カ客觀的ニ相當ナルニアラサレハ其催告ハ絕對ニ無効ナリト爲スハ債權者ニ
酷ナリト謂ハサルヘカラス又期間カ相當ナルヤ否ヤノ問題ニ對シテハ債權者ノ利害
ト債務者ノ利害トハ全然相反スルヲ以テ債權者ニ催告期間ヲ定ムルニ當リ債務者ノ
利害ヲモ正當ニ顧慮スルコトヲ強ヒントスルハ不自然ナリ故ニ債權者ノ催告力有
ナルニハ債權者カ知り若クハ知り得ヘカリシ事情ノ下ニ相當ナリト思惟セラ
ル期間ヲ定メテ催告ヲ爲シタルヲ以テ足リ其期間カ客觀的ニ相當ナルコトハ
ナルカ爲メニ絕對ニ必要ナル要件ニ非ス(催告期間ハ具體的ニ指定セラ
ルコトヲ要スルカ或ハ抽象的ニ相當ノ期間内ニ履行スヘシト云フヲ以テ足
ルカ議論アリ獨ノ通説ハ後ノ見解ヲ採リ我國ニ於テハ催告期間ハ具體的ニ指定
セラ
ルコトヲ要スト爲ス見解有力ナルカ如シ余ハ具體的指定ヲ採ル蓋シ債權者ノ方面ヨリ見
テ相當ト思惟スル期間ヲ具體的ニ債務者ヲシテ知ルコトヲ得セシムルハ
債務者ノ保護上必要ナレハナリ)若シ債權者ノ定メタル期間カ客觀的ニ相當
ナラザレバ法律上當然ニ客觀的ニ相當ナル期間ニ轉換セラレ債務者カ債權者
ノ指定セル期間ノ如何ニ拘ハラズ客觀的ニ相當ナル期間内ニ履行ヲ爲サ
ルトキハ債權者ニ契約解除權ヲ生スト解スルヲ至當ト爲ササルヲ得サルナ
リ第五四一條ノ規定ハ債權者ノ保護ヲ主眼トスル規定ナルコトハ何人モ異議
ナキ所ナルヘシ從テ同條ニ依リ債務者ノ受クル保護ハ寧ろ從タルモノナ
リ故ニ債務者ノ保護ヲ重シ其當然ノ歸結トシテ債權者ノ保護ヲ有名無實
ナラシムルカ如キ反對解釋ヲ爲スハ本末ヲ轉倒セル謬論タルヘ免レサル
モノト謂ハカラス不相當期間ヲ指定セル催告ノ效力ヲ認ムルトキハ債務者
ハ多少不利益ナル地位ニ置カルヘシト雖モ民法第五四一條ノ催告ヲ受クル
債務者ハ既ニ履行遲延ノ責ヲ負フモノニシテ催告ニ依リテ與ヘラ
ルル猶豫期間ハ怠慢者ニ對スル特別ノ恩惠ニ過キス故ニ猶豫期間ノ指定ニ付
キ本來法律上ノ保護ヲ受クヘキ正當ノ理由ヲ有スル債權者ノ利益ヲ
保護シテモ尙ホ債務者ノ利益ヲ完全ニ保

護セサルヘカラスナルノ理ナシ(法學博士聯道文藝氏法學論叢第二卷第二號二一九頁)不相當
期間ヲ指定セル催告ノ效力(要領)

【論旨第一點相當期間決定ノ標準ニ關スル參照學說判例】
本卷民法六三頁乃至六六頁

【論旨第二點同趣旨學說】

相當ナル期間内ニ履行スヘシトイフ催告ハ不可ナリ(法學博士鳩山秀夫氏債權各論上二二四頁)

【論旨第三點契約解除ト不相當期間指定催告ノ效力ニ關スル同趣旨學說】

一 債權者カ相當ノ期間ヨリ短キ期間ヲ定メテ催告ヲ爲シタル場合ニ在リテモ尙債權者ハ催告ヲ爲スノ意思ヲ有スルハ明カナ
リ故ニ此場合ニ催告全部ヲ無効トナスハ當テ得ズ從テ債權者カ期間ヲ定メタル部分ノミカ無効ニシテ客觀的ニ定メタル「相
當ノ期間」ニ依リテ其期間カ定メラルモノトナスコトヲ要ス且此場合ニ相當ノ期間ニ依リテ期間ヲ定ムヘキモノトナスハ債
務者ニ不利益ヲ來ササルノミナラス事實取引上ノ必要ニ合ス(法學博士石坂博四氏債權下二二八頁)

二 事實上定メタル期間カ相當ナラサル場合ニ於テ其催告力カ生セサルヤ否ヤハ必スシモ明瞭ナラス其期間カ相當以上ニ
長キトキハ之ヲ無効トスルノ理由尙モ存在スルコトナシ然ルニ其期間カ相當以下ニ短キトキハ無キナリトスルニアルコト上述
ノ如シ果シテ然ラハ縱令定メテ催告スルコトヲ要スルモノト爲ス所以ノモノハ以テ相手方ヲ保護セントスルニアルコト上述
ナルナリ寧ろ催告ハ其期間ノ相當ナルト否トニ拘ラス之ヲ有效ナラシメ而シテ其期間ハ當然ニ相當ナル點マテ引延サルモノ
ナリト解スルヲ正當ナリトス(法學博士末弘巖太郎氏債權各論二四五頁)

【同上ニ關スル反對學說判例】

一 當事者ノ一方カ催告ノ手續ヲ爲スニ當リ定メタル期間カ相當ナラザルトキハ其催告ハ法律上效力ナキヲ以テ解除ノ意思表
示モ亦其效ナシトス(法學博士橫田秀雄氏債權各論一七一頁)

二 民法第五四一條ニ依リ契約ノ解除ヲ爲スニハ必ス先ツ相當ノ期間ヲ定メテ債務ノ履行ヲ催告スルコトヲ要スルモノナレハ
其期間カ不相當ナルトキハ催告ハ無効ナリ從テ之ニ定メタル期間經過後日ヲ經過スルモ該催告ハ有效ト爲ルヘキ理由ナケレ
ハ之ニ基ク契約解除ノ意思表示モ亦其效ナキモノトス(法學博士鳩山秀夫氏法學協會雜誌第三卷第一二號七五頁以下本卷第
六卷民法一一八一頁同旨趣)

鳩山博士
961 (民法)

橫田博士
末弘學士
石坂博士
鳩山博士

三 民法第五四一條ハ債務ノ不履行ニ因リ契約ノ解除ヲ爲スニ付キ原則トスヘキ要件ヲ定メタルモノナレハ同條ノ規定ニ從ヒ契約ヲ解除スルニハ必ス先ツ相當ノ期間ヲ定メテ債務ノ履行ヲ催告スルコトヲ要シ其催告ヲ爲スニ當リ定メタル履行期間力不相當ナルトキハ催告ハ法律ノ定メタル要件ニ適セサルモノニシテ當初ヨリ無効ナリ從テ其無効ナル催告ハ之ニ定メタル履行期間經過後更ニ幾日ヲ經過スルモ爲メニ有効ト爲ルハ理由ナキナリ以テ之ニ基テ契約解除ノ意思表示ハ其効ナキモノトス(大審院大正六年(オ)第三五九號同年七月一日民一部判決本書第六卷民法七七九頁)

四 買賣契約ヲ履行セサル爲メニ期間ヲ定メテ催告ヲ受クルモ該催告期間力相當ナラストセハ之ニ應ムルト否トハ催告ヲ受タルモノノ隨意ナルヲ以テ其催告ノ爲メ何等ノ利害關係ヲ及ホスモノニ非ス(東京地方裁判所判決・法律新聞三六號五頁)

五 雙務契約ニ付キ義務不履行ノ原因トシテ契約ヲ解除スルニハ特別ノ場合ヲ除ク外豫メ相當ノ期間ヲ定メ其義務ノ履行ヲ催告スヘキモノナルヲ以テ若シ其催告期間ニシテ相當ナルトキハ之ニ應セザリシコトヲ理由トシテ契約解除ノ通知ヲ爲スモ法律上其効力ヲ生スヘキモノニ非ス(鹿兒島地方裁判所明治四二年ワ一六五號判決・法律新聞六四八號一四頁)

【同上ニ關スル參照學說】

相當ノ期間トハ場合ニ依リテ同シカラサルハ固ヨリニシテ契約ノ性質ニ依リ自ラ其履行ニ難易アルヲ以テ一定ノ法定期間ヲ設クルハ謬柱ノ嫌アルカ故ニ當事者ヲシテ各場合ニ付キ適當ノ期間ヲ定メシムルコトトシタルナリ但當事者力不相當ナル期間ヲ定メテ催告ヲ爲シタルトキハ相手方ハ法廷ニ訴ヘ之ヲ相當ノ期間ニ延長セシムルコトヲ得ヘシ(法學博士梅謙次郎氏要義債權四七七頁)

論旨第一點ノ不當ナルコト吾人ノ曩ニ評論シタルカ如シ(本卷民法六七頁同第二點ハ素ヨリ正當ノ見解ニシテ贊同スルニ躊躇セス同第三點ハ議論ノ岐ルル所ニシテ今ヤ伯仲ノ間ニアリト雖モ吾人ハ博士ノ所論ニ贊同セス第六卷民法一一八四頁同七八二頁評論)

(二六七)

立木ノ共有者ノ一人カ他ノ共有者ノ同意ヲ得スシテ立木ヲ伐採スルハ是即チ他

二四九 各共有者ハ持分ノ全部ニ付キ其持分ニ應シタル使用ヲ爲スコトヲ得
二五一 各共有者ハ他ノ共有者ノ同意アルニ非サレハ共有物ニ變更ヲ加フルコトヲ得ス

ノ共有者ノ所有權ヲ侵害スルニ外ナラザレハ他ノ共有者ハ自己ノ權利ニ基キ伐採者ニ對シテ伐採禁止ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノトス

立木ノ共有者ノ一人カ他ノ共有者ノ同意ヲ得スシテ立木ヲ伐採スルハ是即チ他ノ共有者ノ所有權ヲ侵害スルニ外ナラザルヲ以テ他ノ共有者ハ自己ノ權利ニ基キ伐採者ニ對シテ伐採禁止ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノトス(大審院大正八年(オ)第六四八號同年二月二十八日民三部橫田裁判長大倉磯吉松岡鬼澤各刑判決)

【關係事項】

上告棄却○原審長崎控訴院○共有權確認及伐採禁止併ニ損害賠償請求事件○上告人川越龜次郎辯護士吉田三市郎同田坂貞雄同阿保淺次郎同佐々木藤市郎同白川龍一長野國助被上告人津曲久助外十七人

【同趣旨學說】

一 共有權ハ所有權ナルカ故ニ各共有者ハ其相互間ニ於テ又ハ第三者ニ對シ所有權上ノ請求權ヲ有ス例ハ共有者ノ一人カ獨リ共有物ヲ占有スル場合ニ於テハ之ニ對シ自己ニモ占有ヲ與フヘキコトヲ請求スルヲ得ヘシ又共有者ノ一人カ使用ヲ妨害シタル場合ニ於テハ之ニ對シ其妨害ノ排斥ヲ請求スルコトヲ得ヘシ(法學博士川名博士川名名兼四郎氏物權要義一四四頁)

二 共有者ノ一人カ共有物ヲ侵害シ又ハ他ノ共有者ノ其持分ニ應ムル使用ヲ妨害シタルトキハ他ノ共有者ハ其停止ヲ請求スルコトヲ得ヘシ(法學博士中島王吉氏民法釋義物權篇上四三八頁)

判旨ハ正當ナリ蓋シ所有權カ侵害セラレタルトキハ之カ妨害ノ停止ヲ請求シ得ルヤ論ナシ而テ共有權ハ其性質分數的ニ分割セラレタル所有權ナリ各共有者ハ等シク所有權上ノ請求權ヲ有スルモノトス從テ共有者ハ所有物カ第三者ニ因リ侵害セラレタルトキハ勿論共有者ノ一人カ侵害シタル場合ニ於テモ之カ妨害ノ停止ヲ請求シ得ルヤ明ナレハナリ

(二六八)

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

民法第一七七條ノ規定ハ登記ヲ以テ第三者ニ對スル權利得喪變更ノ絕對的對抗
條件ト爲シタルモノニシテ權利取得者カ自由意思ヲ以テ代金ヲ支拂ヒタル上登
記手續ヲ爲シ得ヘキ場合タルト裁判所ノ代金納付ノ通知ヲ待テ代金ヲ納入シ
ル後登記手續ヲ爲シ得ヘキ場合タルト問ハサルカ故ニ競落人ト雖モ所有權取
得ノ登記ヲ爲ササル以上其競落人タルコトヲ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモ
ノトス

民法第一七七條ノ規定ハ登記ヲ以テ第三者ニ對スル權利得喪變更ノ絕對的對抗條件
トシタルモノニシテ權利取得者カ自由意思ヲ以テ代金ヲ支拂ヒタル上登記手續ヲ爲
シ得ヘキ場合タルト裁判所ノ代金納付ノ通知ヲ待テ代金納入シタル後登記手續ヲ爲
シ得ヘキ場合タルト問フコトナキヲ以テ原裁判所カ原告人ノ先代湯淺辰三郎ハ競
落人トシテ所有權取得ノ登記ヲ爲ササルヲ以テ其競落人タルコトヲ第三者タル被告
人ニ對抗スルコトヲ得スト判斷シタルハ相當ニシテ上告論旨ハ理由ナシ(大審院大正八年
オ)第三九五號同年六月二十三日民二部馬場裁判長田上柳川菰田成道各判事判決)

【關係事項】

施重次郎

上告棄却○原審東京控訴院○登記回復承諾請求事件○上告人湯淺辰三郎訴訟代理人辯護士清古平吉被告原告人布

【競落ニ因ル所有權取得ト第三者對抗要件ニ關スル同趣旨學說判例】

一 裁判行政爲ニ因ル不動産物權ノ取得例之判決ニ因ル共有物ノ分割官廳又ハ公署ノ競賣處分(強制執行ノ爲ニスル競賣國
稅徵收ノ爲ニスル場合等)土地收用法ニ因ル收用等皆登記アルニ非サレハ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス之レ本條ノ規定及ヒ
登記法カ其登記ヲ認ムルニ因ル(登二七、二九、一〇三條等)法學博士中島玉吉氏民法釋義物權篇上五五頁)

中島博士

鳩山博士

大阪地方
裁判所

大阪區裁
判所

【同上ニ關スル反對判例】

競落人ハ競落許可ノ決定ニヨリ所有權ヲ取得スルモ其登記ハ競落人ノ隨意ニ之ヲ爲スナラシメテ執行裁判所カ配當ヲ實施シタ
ル後登記判事ニ囑託スヘキモノナルカ故ニ登記ハ第三者ニ對抗スル條件ニ非ス(大阪地方明治三六年二月二〇日判決法律新聞
第一四一號一一頁)

不動産ニ關スル物權ノ得喪及ヒ變更ハ其原因ノ如何ニ拘ラス凡テ登記ヲ爲スニ
非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルヤハ議論ノ岐ルル所ナリ或ハ
承繼取得ニ限ルトシ或ハ當事者ノ意思表示ニヨル物權變動ノミニ限ラントスル
說アリト雖モ廣ク一切ノ物權變動ヲ包含スト解スル通說ヲ正當トス從テ其變動
ハ原始取得タルト承繼取得タルト問ハス又其法律行爲ニヨルト其他ノ法律要
件ニヨルト問ハス凡テ登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルヲ得
サルモノトス果シテ然ラハ競落許可ノ決定ニヨリ所有權ヲ取得シタルトキト雖
モ之ヲ登記スルニ非サレハ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノト解セサルヘカ
ラス故ニ吾人ハ本判旨ニ賛同セント欲ス

四六七 指名債權ノ讓渡ハ讓渡人カ之ヲ債務者ニ通知シ又ハ債務者カ之ヲ承諾スルニ非サレハ之ヲ以テ債務者其他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス
 前項ノ通知又ハ承諾ハ確定日付アル證書ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ以テ債務者以外ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス
 六三二 請負ハ當事者ノ一方カ或ハ仕事ヲ完成スルコトヲ約シ相手方カ其仕事ノ結果ニ對シテ之ニ報酬ヲ與フルコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ス
 不動産登記法一 登記ハ左ニ掲ケタル不動産ニ關スル權利ノ設定保存移轉變更處分ノ制限又ハ消滅ニ付キ之ヲ爲ス
 一、所有權
 同二 假登記ハ左ノ場合ニ於テ之ヲ爲ス
 一、登記ノ申請ニ必要ナル手續上ノ條件カ具備セザルトキ
 二、前條ニ掲ケタル權利ノ設定移轉變更又ハ消滅ノ請求權ヲ保全セントスルトキ
 右ノ請求權カ始期付又ハ停止條件付ナルトキ其他將來ニ於テ確定スヘキモノナルトキ亦同シ
 同七第二項 假登記ヲ爲シタル場合ニ於テハ本登記ノ順位ハ假登記ノ順位ニ依ル

國ノ代表者タル愛知縣令カ甲ニ下枝用水路開鑿工事ヲ請負ハシメ其報酬トシテ同用水路ノ沿岸地方ニ於ケル溜池ノ所有者ヨリ右工事竣成ノ爲メ不用ニ歸スルコトヲ停止條件トシテ取得スヘキ溜池敷地ノ所有權ヲ甲ニ移轉スヘキコトヲ約シタルニヨリ甲カ國ニ對シテ有スル權利ハ不動産ニ關スルモノ物權ニ非ス又物權的效力ヲ有スルモノニモ非スシテ純然タル債權ナリトス
 故ニ右權利ノ讓渡ハ民法第四六七條ニ定ムル手續ヲ履踐セサル限り之ヲ以テ債務者其他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトス
 不動産登記法第一條ニ掲ケタル權利ノ設定移轉變更又ハ消滅ノ請求權ヲ保全セントスルトキ假登記ヲ爲スコトヲ得ヘク又其請求權カ始期付若クハ停止條件付ナルトキ其他將來ニ於テ確定スヘキモノナルトキ亦同シキコト同法第二條ノ

法文上明瞭ナリトス

假登記ハ後日ニ爲スヘキ本登記ノ順位ヲ假登記ノ時ニ遡ラシムル效力アルニ過キサルモノナルヲ以テ假登記ノ當時其登記義務者ノ權利ニ付本登記アル場合ニ非サレハ登記法上爲スコトヲ得サルモノニシテ假令之ヲ爲スモ其效ナキモノトス

然レトモ原院判示ニ依レハ上告人ノ主張ハ國ノ代表者タル愛知縣令ハ明治二十年十月中西澤真藏等ニ下枝用水路開鑿工事ヲ請負ヘシメ其報酬トシテ同用水路ノ沿岸地方ニ於ケル溜池ノ所有者ヨリ右工事竣成ノ爲メ不用ニ歸スルコトヲ停止條件トシテ取得スヘキ溜池敷地ノ所有權ヲ直讓等ニ移轉スヘキコトヲ約シタルモノニシテ上告人ハ西澤直藏等カ國ニ對シテ有スル此報酬ヲ受クル權利ヲ河村隆實部長七稻生平太郎ヲ經テ承繼シタリト云フニ在ルヲ以テ右主張ニ係ル權利カ不動産ニ關スルモノナルモ固ヨリ物權ニ非ス又物權的效力ヲ有スルモノニモ非スシテ純然タル債權ナル事洵ニ原院判示ノ如シ故ニ該權利ノ讓渡ハ民法第四六七條ニ定ムル手續ヲ履踐セセル限り之ヲ以テ債務者其他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス然ルニ西澤真藏以下上告人ニ至ルマテノ各權利讓渡ニ付其手續ノ履踐ナキコト原院ニ於テ確定セル所ナレハ原院カ如上ノ趣旨ニ基キ上告人ノ本訴請求ヲ排斥シタルハ正當ナリ不動産登記法第一條ニ掲ケタル權利ノ設定移轉變更又ハ消滅ノ請求權ヲ保全セントスルトキ假登記ヲ爲スコトヲ得ヘク又其請求權カ始期付若クハ停止條件付ナルトキ其他將來ニ於テ確定スヘキモノナルトキ亦同シキコト同法第二條ノ法文上明瞭ナリト雖モ元來假登記ハ後日ニ爲スヘキ本登記ノ順位ヲ假登記ノ時ニ遡ラシムル效力アルニ過キサルモノナルヲ以テ假登記ノ當時其登記義務者ノ權利ニ付本登記アル場合ニ非サレハ登記法上爲スコトヲ得サルモノニシテ假令之ヲ爲スモ其效ナキコト本院判例(大正四年)オ

第二六號大正六年三月二日言渡ニモ示ス如クナリ故ニ西澤眞藏以下上告人ニ至ルマ
テノ各權利ノ讓渡ニ付假登記アルニセヨ其效アルモノニ非サレハ斯カル假登記アル
コトヲ事由トシテ被上告人ニ對抗シ得ヘシトスル上告所論ハ探ルニ足ラス(大審院大正
八年(オ)第一五八號同年九月十八日民ニ部馬場裁判長田上柳川菰淵成道各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審名古屋控訴院○所有權移轉登記等請求事件○上告人寺田德藏外一人訴訟代理人辯護士莊田要二
郎被上告田柳一外三人訴訟代理人辯護士小山温

【判旨第一點二指名債權讓渡ニ關スル參照學說判例】

本卷民法二六三頁以下

【判旨第二點假登記ノ性質效力ニ關スル參照學說判例】

本卷民法二〇〇頁以下

【判旨第三點同趣旨判例】

假登記ハ後日本登記ヲ爲ス場合ニ於テ既性ニ過リ其本登記ノ順位ヲ假登記ノ順位ニ依ラシムル事ヲ目的トスルモノナルヲ以テ
假登記ヲ爲スノ當時假登記義務者ノ權利ニ關シ本登記アルニ非サレハ其效ナキモノトス(大審院大正四年(オ)第二六號同六月
三月二日民一部判決本當第六卷附法一一九頁)

大審院

(二七〇)

五六〇

他人ノ權利ヲ以テ賣買ノ目的ト爲シタルトキハ賣主ハ其權利ヲ取得シテ之ヲ買主ニ移轉スル義務ヲ負フ

大審院判

七〇九

故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責任ニ任ス

甲カ乙ノ所有ニ屬スル立木ヲ丙ニ賣渡シタルハ他人ノ所有物ノ賣買ニシテ乙ニ
對シ所有權ヲ喪ハシムルノ效果ヲ生セサルヲ以テ乙ノ所有權ヲ侵害シタルモノ
ト謂フ可カラス隨テ甲ハ賣買行為ニ因リ直ニ損害賠償ノ責任ニ任セサルモノトス
土地ノ所有者カ地上ノ立木ヲ自己ノ所有ナリトシテ賣却シタル場合ニハ立木カ

賣主ニ屬セサルコトヲ知ラサル買主ハ正當ニ其所有權ヲ取得シタリト信シ伐採
スルコトアルヘキハ賣主ノ豫想セサル可ラサル所ナレハ買主カ其立木ヲ伐採シ
タルハ之ヲ賣主ノ過失ニ歸セサル可ラサルヲ以テ賣主ハ其伐採ニ因ル所有權ノ
侵害ニ付キ不法行為者トシテ立木ノ所有者タル第三者ニ對シ損害賠償ノ責任
スヘキモノトス

然レトモ上告人カ被上告人ノ所有ニ屬スル立木ヲ舟久保庄作ニ賣渡シタルハ他人ノ
所有物ノ賣買ニシテ被上告人ニ對シ所有權ヲ喪ハシムルノ效果ヲ生セサレハ被上告
人ノ所有權ヲ侵害シタルモノト謂フ可カラス隨テ上告人ハ賣買行為ニ因リ直チニ損
害賠償ノ責任ニ任セサレトモ舟久保庄作カ立木ヲ伐採シタルハ上告人カ之ヲ賣却シ
タルニ基因スルモノニシテ土地ノ所有者カ地上ノ立木ヲ自己ノ所有ナリトシテ賣却シ
タル場合ニハ立木カ賣主ニ屬セサルコトヲ知ラサル買主ハ正當ニ其所有權ヲ取得シ
タリト信シ伐採スルコトアルヘキハ賣主ノ豫想セサル可ラサル所ナレハ買主タル舟
保庄作カ本件立木ヲ伐採シタルハ之ヲ上告人ノ過失ニ歸セサル可ラサルヲ以テ上告
人ハ其伐採ニ因ル所有權ノ侵害ニ付キ不法行為者トシテ立木ノ所有者タル被上告人
ニ對シ損害賠償ノ責任ニ任セサル可ラス故ニ原判カ本訴請求ヲ認容シタルハ法則ニ
違背スル所ナク又理由不備ヲ以テ論ス可ラス(大審院大正八年(オ)第五四四 同年十月三日民一部田部
裁判長橋原尾古鈴木三宅各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審甲府地方裁判所○賠償請求事件○上告人前田正明訴訟代理人辯護士天野敬一同山崎今朝彌被上
告人清水達二

(二七一)

一七八

動産ニ關スル物權ノ讓渡ハ其動産ノ引渡アルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

六二二 賃借人ハ賃借人ノ承諾アルニ非サレハ其權利ヲ讓渡シ又ハ賃借物ヲ轉貸スルコトヲ得ス
賃借人カ前項ノ規定ニ反シテ第三者ヲシテ賃借物ノ使用又ハ收益ヲ爲サシメタルトキハ賃借人ハ契約ノ解除ヲ爲ス
コトヲ得

賃借人カ賃借人ノ承諾ヲ得スシテ賃借物ヲ他人ニ轉貸スルモ其行爲ハ當然無
效ニアラスシテ唯契約解除ノ原因タルニ止マルモノトス

轉貸カ賃借人ノ承諾ヲ得ザリシモノトスルモ轉借人ノ轉借物件ノ占有ヲ不法ナ
リト謂フヲ得ス從テ該物件ヲ所有者ヨリ買得シタル者ニ於テ現ニ引渡ヲ受ケタ
ルモノニ非サル以上ハ其所有權取得ヲ以テ轉借人ニ對抗スルヲ得サルモノトス
右ノ場合ニ於ケル轉借人ハ買得者ニ轉借物件ノ引渡ナカリシコトヲ主張スルニ
付キ正當ナル法律上ノ利益關係ヲ有スル者ト謂フヘシ

【上告理由】 原判決ハ被告カ被告ト訴外村山與四郎ト間ノ本件動産讓渡ニ關シ民法第一七八條ニ所謂第三者ナ
リトノ前提ニ基キ上告人敗訴ノ旨ヲ爲シタリ然レモ同條ニ所謂第三者トハ讓渡當事者及其一般承繼人以外ノ第三者ヲ汎
稱スルモノニ非スシテ當該讓渡ノ行爲ニ關シ異議ヲ主張スヘク正當ナル法律上ノ利益關係ヲ有スル者ヲ指稱セルモノナルコ
トハ御院從來ノ判例トスル所ナリ之ヲ本件ニ看ルニ被告上告人カ本件動産物ノ占有ヲ得タルハ訴外酒向捨松カ被告ノ前々主
訴外上野捨三郎外六名ヨリ之ヲ賃借シ同人カ之キ被告上告人ニ轉貸シタルニ原因スルコトハ原判決ノ認定スル所ナリ賃借
於テ賃借人カ賃借物ノ轉貸ヲ爲スニハ賃借人ノ承諾ヲ得ルヲ要シ其承諾ナクシテ爲サレタル賃借人ト轉借人間ノ轉借契約
ハ無効ナリ無効行爲ヲ原因トスル物ノ占有者ハ其所有權ニ對シ其占有ヲ對抗スルノ權利ナキヲ論テ俟タテ從テ斯ル轉借人ハ
轉借物所有權ノ讓渡ニ關シテモ其占有ヲ對抗スルコトニ付キ法律上正當ナル利益關係ヲ有スル者即チ民法第二七八條ニ謂フ
第三者ニ該當セス故ニ其物ノ讓受人ハ其物ノ引渡シタル對抗條件ヲ具備スルコトナクシテ現ニ其物ヲ占有スル轉借人ニ對シ
其讓渡ヲ對抗シテ所有權ニ基キ引渡請求ヲ爲シ得ルモノト云ハサル可カラス然レモ原判決ハ被告上告人カ本件動産物ノ轉借人ト
ル事實ヲ認定シテ被告上告人訴外酒向捨松間ノ轉借力賃借人訴外上野捨三郎外六名ノ之ニ對スル承諾ヲ得タル有
效ナルモノナリシヤ否ヤノ重要ナル事實認定ヲ逸脱シ轉ク判示理由ニ依リテ被告上告人敗訴ノ旨ヲ爲シタルモノニシテ理由不
備擬律錯誤ノ違法アリト信ス

【判決理由】 然レトモ賃借人カ賃借人ノ承諾ヲ得スシテ賃借物ヲ他人ニ轉貸スルモ
其行爲ハ當然無効ニアラスシテ唯契約解除ノ原因タルニ止マルモノナルコトハ本院
判例ノ示ス所ナレハ原審ノ認ムル本件轉貸カ賃借人上野捨三郎等ノ承諾ヲ得ザリシ
モノト假定スルモ轉借人タル被告上告人ノ係争物件ノ占有ヲ不法ナリト謂フヲ得サ
レテ該物件ヲ所有者ヨリ買得シタル被告上告人ニ於テ現ニ引渡ヲ受ケタルモノニ非サル以
上ハ其所有權取得ヲ以テ被告上告人ニ對抗スル能ハサルヤ勿論ナリト謂フヘク被告上告
人ハ被告上告人ニ係争物件ノ引渡ナカリシコトヲ主張スルニ付キ正當ナル法律上ノ利益
關係ヲ有スル者トハ謂ハサルヘカラス然ラハ原審カ被告上告人ニ於テ捨三郎等ノ承諾
ヲ得テ轉貸ヲ爲シタルモノナリヤ否ヤノ點ニ關シ判示スル所ナカリシトテ原判決ヲ
目シテ所論ノ不法アリト爲スナ得サルヲ以テ論旨ハ理由ナシ(大審院大正八年(オ)第七八五號
同年十月十六日民二部馬場裁判長田上柳川滋潤成道各判事判決)

【關係事項】 上告棄却○原審岐阜地方裁判所○物品引渡請求事件○上告人小園清次郎訴訟代理人辯護士吉田三市郎同田坂貞
雄同阿原淺次郎同佐々木藤市郎同長野國助同白川龍一被上告人坂井八十八

【判旨第一點賃借人ノ承諾ヲ經サル轉貸ノ效力ニ關スル内外參照學說判例】

賃借人ノ承諾ヲ得スシテ爲シタル轉貸ノ效力ニ關シテハ吾人判旨第一點ト多少
見解ヲ異ニスト雖モ(本卷民法四一一頁評論)同第二、三點ノ歸結ニ至リテハ吾人之
ニ賛同セント欲ス

民法施行以前ニアリテハ戸主死亡シ遺留子ナク弟在ル場合ニ祖父カ再相續ヲ爲サントスルニハ先ニ相續權アル弟ニ對シ廢嫡ニ準シ其手續ヲ爲シ弟廢嫡ノ上其相續ヲ爲シ得タルコトハ當時行ハレタル法規ナリトス
民法施行前ニアリテハ當該官吏カ當時ノ法規ニ從ヒ審査ヲ遂ケ相當ト認メタル上廢嫡願ヲ許可シタルトキハ其廢嫡ハ確定ノ效力ヲ生シ法規ノ許ス場合ニアラサレハ後日ニ至リ之ヲ變更シ得サルモノトス
廢嫡ナルモノハ被廢嫡者ノ相續權ヲ剝奪シ其戸主タル地位ニ就カシメサルコトヲ目的トシ單ニ或特定ノ被相續人ニ對スル相續權ノ剝奪ヲ目的トスルモノニアラス

依テ按スルニ被控訴人ノ父内田新左衛門カ明治一三年五月一日其長男ナル被控訴人ヲ廢嫡シタル後明治二〇年一月二五日隱居シ其二男伊之助ニ於テ其家督相續ヲ爲シタルコト右伊之助ニハ長男新之助及二男控訴人ノ二子アリテ伊之助カ明治二四年一月一九日死亡シ其長男新之助其家督相續ヲ爲シタルコト及右新之助カ明治二五年九月二四日死亡シ其家督内ニハ傍係卑屬ハ弟タル控訴人一人ノ之ニシテ直系卑屬ナク祖父新左衛門ニ於テ明治二六年一月二一日再相續ヲ爲シ全年全月二二日其死亡スルヤ被控訴人ニ於テ其家督相續ヲ爲シタルコトノ各事實ハ本件當事者間ニ爭ナキ所ナリ然レトモ成立ニ爭ナキ乙四號證(廢嫡願濟御届)ニ於ケル内田新之助亡弟番四郎右者

兼テ廢嫡出願候處本月(明治二六年一月)二一日願濟相成候段御届申上候也右新之助亡祖父内田新左衛門(届出人)ノ記載及成立ニ爭ナキ乙第一號證控訴人ノ事項欄ニ於ケル「明治二六年一月二一日廢嫡願濟」ノ記載並ニ弓第二號證ヲ綜合スルトキハ被控訴人先々代新之助ノ死亡後ニ至リ其祖父新左衛門カ再相續ヲ爲サントシ新之助ノ弟タル控訴人ニ對シ所轄行政廳ニ其廢嫡ヲ出願シ廢嫡ノ許可ヲ得タル上再相續ヲ爲シタル事實ヲ認定スルニ十分ナリ此點ニ付キ控訴人ハ本件廢嫡ノ願出人タル内田新左衛門ハ當時重忠ニ繼リ居リテ如斯出願ヲ爲スニ足ルヘキ意識ヲ有セザリシモノナルカ故ニ本件廢嫡ノ出願ハ右新左衛門ノ意思ニ基カサル不適法ノモノナル旨主張スルモ此點ノ主證供シタル當審證人内田伊十郎石出重次ノ各證言其他控訴人ノ授用シタル各證據ニ依リテ到底其主張事實ヲ是認スルニ足ラサルヲ以テ本件廢嫡ノ出願ハ右新左衛門ノ意思ニ基キ爲サレタルモノト認定スルヲ相當トス可ク前記主張ハ失當ナリ尙ホ控訴人ハ民法施行前ニ於テ廢嫡ノ出願ハ家督相續開始前ニ被相續人タルヘキ者ノミ之ヲ爲シ得タルモノナルカ故ニ右新之助死亡後ニ至リ寫サレタル本件廢嫡ノ手續ハ違法ニシテ無効ナル旨主張スルモ民法施行以前ニアリテハ戸主死亡シ遺留子ナク弟アル場合ニ祖父カ再相續ヲ爲サントスルニハ先ニ相續權アル弟ニ對シ廢嫡ニ準シ其手續ヲ爲シ弟廢嫡ノ上其再相續ヲ爲シ得タルコトハ當時行ハレタル法規ナルカ故ニ前記主張モ亦其理由ナシ次ニ控訴人ハ本件廢嫡タルヤ被控訴人ヲシテ内田家ノ家督相續人タルシムル旨ノ目的ヲ以テ出願セラレタル所ナルモ被控訴人ハ嘗テ廢嫡セラレタルモノニテ指定ニ因ルモ家督相續人タルコトヲ得サルモノナレハ不許ノ目的ノ爲メニ爲サレタルモノト云フ可ク行政廳ノ許可ノ有無ニ拘ラス本件廢嫡ハ其效ナキモノナル旨主張スルモ右控訴人ノ廢嫡ハ祖父内田新左衛門カ再相續ヲ爲サントシキニ爲サレタルモノナルコト前記認定ノ如クナルヲ以テ控訴人ノ前記主張モ亦採用スヘキ限リニアラス而シテ民法施行前ニアリテハ當該官吏カ當時ノ法規ニ從ヒ審査ヲ遂ケ相等ト認メタル上廢嫡願ヲ許可シタルトキハ其廢嫡ハ確定ノ效力ヲ生シ遺留子

此他正當ノ事由アルトキハ被相續人ハ親族會ノ同意ヲ得テ其廢除ヲ請求スルコトヲ得
九八四 第九八二條ノ規定ニ依リテ家督相續タル者ナキトキハ家ニ在ル直系尊屬中親等ノ最モ近キ者家督相續人ト爲ル但シ親等ノ同シキ者ノ間ニ在リテハ男ヲ先ニス
民法施行前ニ生シタル事項ニ付キテハ本法ニ別段ノ定アル場合ヲ除ク外民法ノ規定ヲ適用セス

許ス場合ニアラサレハ後日ニ至リ之ヲ變改シ得サルモノニシテ且ツ廢嫡ナルモノハ被廢嫡者ノ相續權ヲ剝奪シ其戸主タル地位ニ就カシメサルコトヲ目的トシ單ニ或ル特定ノ被相續人ニ對スル相續權ノ剝奪ヲ目的トスルモノニアラサルカ故ニ本件控訴人ノ廢嫡カ當時ノ法規ニ從ヒ取消サレタルコト又ハ控訴人カ内田新左工門ノ嗣子ト定メラレタルコトノ認ムヘキナキ本件ノ場合ニ於テハ控訴人ハ右新左工門ノ家督相續人タルコトヲ得サルモノト認メサル可カラス果シテ然ラハ控訴人カ自己ニ右相續權アルコトヲ前提トシテ爲ス本訴請求ハ爾餘ノ争點ニ付サ判断ヲ俟タス此點ニ於テ既ニ失當ニシテ排斥ヲ免レサルモノトス(東京控訴院大正五年(未)第四七一號同八年八月九日民二部須賀裁判長野澤細野各判事判決)

【關係事項】 控訴棄却○家督相續權回復請求控訴事件○控訴人内田音四郎訴訟代理人辯護士横山勝太郎同作間耕逸同杉山賢三被控訴人内田新左工門訴訟代理人辯護士津田義治

【判旨第二點廢嫡ノ效力ニ關スル參照學說判例】

二七三

九五 意思表示ノ無効ヲ對抗セラルヘキ相手方ニ於テ表意者ノ錯誤ニ陷レルコトヲ知リタル場合ニハ民法第九五條但書ノ規定ハ其適用ナキモノトス

本件當事者間ニ被控訴人主張ノ如キ新發明染料製造ニ關スル權利ノ讓渡契約成立シ同時ニ双方立會實地試驗ノ結果見本ト同一ナル染料ヲ製出シ得ラレタルコトキハ之ヲ違約ト見做シ損害補償金及違約金トシテ金貳千圓ヲ即時讓渡人タル控訴人ヨリ讓受人タル被控訴人兩名ニ支拂フ事ノ違約金ニ關スル契約成立シタル事ハ當事者ニ争ナ

キ處ニシテ尙大正五年六月二十九日双方立會實地試驗ノ結果見本ト同一ナル染料ヲ製造スルコト能ハス全然失敗ニ終リタルコトモ亦控訴人ニ於テ認ムル處ナリト雖モ眞正ニ成立シタリト認ムヘキ乙第一號證乃至第四號證原告津田惟壽稻田稔男當審人津田惟壽桐川又平差戻判決以前ニ於ケル當審證人齊藤運ノ各證言ヲ綜合スレハ控訴人ハ訴外飛知輪善次郎ナル者ニ欺罔セラレ青竹紅色ナル本件染料ハ被控訴人主張ノ土砂ト藥品ニ依リ之ヲ製出スルコト不能ナルニ拘ハラス完全ニ之ヲ製出シ得ルモノト誤信シタルヨリ其染料製造ニ關スル權利ヲ右善次郎ヨリ讓受ケ同人ヨリ交付セラレタル見本ヲ被控訴人兩名ニ示シ叙上ノ如キ契約ヲ締結シタルモノナルコト明ニシテ且若シ控訴人ニ該原料ニ依リ右染料ヲ製出シ能ハサルコトヲ知リタランニハ控訴人ニ於テハ控訴人等ヨリ讓受代金ヲ受ケルコト能ハスシテ唯徒ニ違約金ノミヲ同人等ニ支拂フコトナリ控訴人ニ何等ノ利益ナキハ勿論却テ損失ヲ來スコトハナルヘキ本件讓渡契約ヲ爲サザリシモノト認メ得ヘキニ依リ控訴人ハ前示原料ニ依ル本件染料ノ製出ノ可能ナルコトヲ意思表示ノ重要ナル内容ト爲シタルモノト謂フヘク而シテ普通ノ智識經驗アルモノヲ假ニ控訴人ノ地位ニ置クモ染料製出ノ不能ニ關スル前顯ノ事情ヲ知リタランニハ叙上ノ契約ヲ爲サザリシモノト認メ得ヘキカ故ニ上示原料ニ依ル本件染料ノ製出カ不能ナルコト前說明ノ如クナル以上控訴人ハ本件讓渡契約ヲ被控訴人等ト締結スルニ當リ其要素ノ錯誤ニ陷リタルモノニシテ該契約ハ當然無効ナリト謂ハサルヘカラス被控訴人代理人ノ舉ケタル證據中ニハ一モ前段ノ判断ヲ左右スヘキ事實ヲ認ムルニ足ルモノナシ被控訴人代理人ハ縱令本件契約カ其要素ニ錯誤アリテ無効ナリトスルモ其錯誤ハ控訴人ノ重大ナル過失ニ因ルモノナルヲ以テ表意者タル控訴人ハ其無効ヲ主張スルコトヲ得サルモノナル旨主張スレトモ原告證人福田稔男齊藤運等ノ證言ニ依レハ被控訴人兩名ハ本件讓渡契約當時既ニ染料製出不能ノ事實ヲ知悉シ居リ控訴人カ叙上ノ如ク誤認ニ陷リテ右契約ヲ締結シタルコトヲ知リ居タルコト明ニシテ右事實ヲ否定スルニ足ルヘキ證據ナリ而シテ意思

富井博士
梅博士
平沼博士
松岡博士
鳩山學士
嘉山學士

表示ノ無効ヲ對抗セラルヘキ相手方ニ於テ表意者ノ錯誤ニ陷レルコトヲ知リタル場合ニハ民法第九十九條但書ノ規定ハ其適用ナキモノト解スヘキヲ以テ縱令前項錯誤來シタルコトニ付キ控訴人ニ重大ナル過失アリトスルモ控訴人ハ被控訴人ニ對シ本件讓渡契約及違約金契約ノ無効ヲ主張スルニ何等ノ妨ナキモノトス然ラハ控訴人カ被控訴人兩名ニ對シ本訴違約金ヲ支拂フヘキ義務ナキコト明白ナルカ故ニ其支拂ヲ求ムル被控訴人等ノ本訴請求ノ失當ナルヲ勿論ナリ(東京控訴院大正八年第一七號同年七月一六日民一部神谷裁判長各判事判決)

【關係事項】

廢棄○違約金請求事件○控訴人吉田吉訴訟代理人辯護士吉野千代吉被控訴人宮下平作柴田源三郎訴訟代理人辯護士西山次郎加藤規衛

【同趣旨學說】

- 一 相手方カ表意者ノ錯誤ヲ知レル場合ニ於テハ但書ノ規定ヲ適用スヘキ理由ナキカ如シ(法學博士富井政章氏民法原論總則三二七頁)
- 二 意思表示ノ當時相手方カ表意者ノ錯誤ニ陷レルコトヲ知レル場合ニ於テハ本條但書ヲ適用スヘキ限ニ在ラス蓋シ本條但書ノ規定ハ過失者ニ對シ善意ノ相手方ヲ保護セントシタルニ過キサレハナリ唯法文ニ之ヲ明言セザリシハ或ハ缺點ナランカ(法學博士梅謙次郎氏民法要義總則二〇七頁)
- 三 相手方カ表意者ノ錯誤ヲ認識シタル場合ニ於テモ尙ホ第九條但書ノ規定ヲ適用スヘキカ此場合ニ於テハ相手方ヲ保護スヘキ根據ヲ缺カス故ニ別ニ明文ナキモ當然ノ筋合トシテ其支配ヲ受ケサルモノト解スルヲ至當トス(法學博士平沼一郎氏民法總論四八二頁)
- 四 行為者ハ其重大ナル過失ニ因リテ錯誤ヲ知リタル相手方ニ對シ意思表示ノ無効ヲ主張スルコトヲ妨ケス蓋シノ如キ相手方ニ對シテハ保護ヲ爲スノ必要ナケレハナリ(法學博士松岡義正氏民法總則四六四頁)
- 五 意思表示ノ無効ヲ對抗セラルヘキ相手方又ハ第三者ニ於テ表意者ノ錯誤ニ陷レルコトヲ知リタル場合ニ於テモ尙ホ本條但書ヲ適用シテ表意者自ラ無効ヲ主張シ得サルモノト爲スヘキカ法文ハ明ニ善意ヲ要件トスルコトヲ示シト雖モ本條但書ハ相手方及ヒ第三者ノ不測ノ損害ヲ豫防スルコトヲ以テ唯一ノ目的トスルモノナレハ全然其必要ナキ惡意ノ場合ニ於テハ其適用ナシト解ス(法學博士鳩山秀夫氏民法註釋二卷一五五頁)
- 六 表意者ハ重大ナル過失ニ依リ錯誤ニ陷リタルトキ意思表示ノ無効ヲ主張スルコトヲ得サルモ相手方カ其事實ヲ知レル場合ニ於テハ其無効ヲ主張スルヲ妨ケヌ新ノ如キ場合ニ於テハ其相手方ヲ保護スルノ必要ナケレハナリ(法學博士嘉山幹一氏民法

總論大正三年底中大講第二五二頁)

【反對學說】

當事者ノ一方カ法律行為ノ要素ニ關シ錯誤ヲ生セル場合ニハ相手方カ其錯誤ヲ知ルト否トニ關セス其法律行為ハ無効ナリ本來錯誤ニ依リ法律行為カ無効タルハ錯誤者其人ヲ保護スルカ爲メナリ相手方之ヲ知ルヤ否ヤハ關スル所ナシ故ニ苟クモ錯誤アル以上ハ法律行為ハ當然無効ニシテ惡意ノ相手方モ其無効ヲ主張スルコトヲ得(法學博士石坂音四郎氏法學志林第一三卷六號六一頁)

(二七四)

- 七四九 家族ハ戸主ノ意ニ反シテ其居所ヲ定ムルコトヲ得ス
家族カ前ノ規定ニ違反シテ戸主ノ指定シタル居所ニ在ラサル間ハ戸主ハ之ニ對シテ扶養ノ義務ヲ免ル
前項ノ場合ニ於テ戸主ハ相當ノ期間ヲ定メ共指定シタル場所ニ居所ヲ轉スヘキ旨ヲ催告スルコトヲ得若シ家族カ其催告ニ應セサルトキハ戸主ハ之ヲ離籍スルコトヲ得其家族カ未成年者ナルトキハ此限ニ在ラス
- 七八八 妻ハ婚姻ニ因リテ夫ノ家ニ入ル
入夫及ヒ婿養子ハ妻ノ家ニ入ル
- 七六九 妻ハ夫ト同居スル義務ヲ負フ
夫ハ妻ヲシテ同居ヲ爲サシムルコトヲ要ス

妻ハ夫ト同居スル義務ヲ有シ其居所ノ選定權ハ夫之ヲ有シ婿養子ト雖亦然ル所ニシテ夫ノ有スル右同居請求權ハ戸主カ家族ニ對シ有スル居所指定權ニ優先スルモノトス

甲カ乙ヲ扶養スルノ資力ナク乙ニ於テ若シ甲ト同居センカ戸主タル養親ノ扶養ヲ受クル能ハサルニ至ルヘク且又乙ハ大正六年七月以來甲ノ暴行ノ爲メヒステリ一性躁狂症ニ罹リ目下養親方ヲ去ル能ハサルカ如キ斯ノ如キ事情ハ以テ妻ノ夫ニ對スル同居ノ義務ニ消長ヲ及ボササルモノトス

東京地方
裁判所判
決

梅博士

【判旨第一點夫婦同居ノ義務ニ關スル參照學說】

一 夫婦ハ同居ヲ爲スニ非ラサレハ婚姻ノ目的ヲ達スルコト能ハス故ニ妻ハ夫ノ命ニ從ヒテ是ト同居スル義務アリ(法學博士梅謙次郎氏民法要義卷四親族一四五頁)

【關係事項】

○同居請求事件○原告赤塚帝右衛門訴訟代理人辯護士森原嘉逸被告赤塚まつ訴訟代理人辯護士加藤悌次黑須龍太郎(東京地方裁判所大正七年(タ)二三九號同八年一〇日六日民一部大森裁判長山田佐藤各判事判決)

仍チ案スルニ甲第一號證ニ據レハ原告ハ大正六年一月一九日訴外赤塚傳吉ト婿養子縁組ヲ結ビ原告ハ右傳吉ノ家ニ入り被告ハ原告ノ妻トナリ現ニ原告カ大正七年九月下旬其ノ養家タル右傳吉方チ去リテ東京市本郷區駒込淺嘉町八番地訴外谷治鶴吉方ニ到リ目下同居ニ居住シ居ル事實ヲ認ムルニ十分ナリ果シテ然ラハ他ニ特別ノ事情無キ限り被告ハ其夫タル原告ノ右住所ニ於テ同居スヘキ義務アルヤ勿論ナリ被告ハ右居所ハ戸主ノ意思ニ反シテ原告ノ志ニ定メタル所ナルヲ以テ被告ハ原告ト同居スル義務ナシト抗爭スレトモ妻ハ夫ト同居スル義務ナシ其居所ノ選定權ハ夫之ヲ有シ婿養子ト雖モ亦然ル所ニシテ夫ノ有スル同居請求權カ戸主カ家族ニ對シテ有スル居所指定權ニ優先スヘキモノナルコトハ蓋シ疑ナキ所ナルヲ以テ本件ニ於テ原告カ定メタル前述ノ居所カ戸主タル訴外赤塚傳吉ノ意思ニ反シタルヤ否ヤチ問ハス被告ハ同居ニ於テ原告ト同居スヘキ義務アルヤ洵トニ明白ニシテ被告ノ主張ハ其理由ナシ被告ハ更ニ原告ハ目下被告ヲ扶養スルノ資力ナク被告ニ於テ若シ原告ト同居センカ戸主タル前示傳吉ノ扶養ヲ受クル能ハサルニ至ルヘク且又被告ハ大正六年七月以來原告ノ暴行ノ爲メヒステリ一性躁狂症ニ罹リ目下傳吉方チ去ル能ハサル旨抗爭スレトモ如斯事情ハ以テ妻ノ夫ニ對スル同居ノ義務ニ消長チ及ホス所以ノモノニ非サルコト蓋シ毫末ノ疑ナキ所ナルヲ以テ右事實ノ有無ニ拘ラス被告ノ主張ハ其理由ナシ

學島士

士仁井田博

中村博士

坂本博士

飯島博士

島田博士

穂積博士

士仁井田博

奥田博士

【同上夫ノ居所指定權ト戸主ノ居所指定權トノ優劣ニ關スル參照學說判例】

- 二 夫ノ居所選定權並ニ之ニ相對スル妻ノ同居ノ義務ハ共ニ公ノ秩序ニ關スルモノナリ(法學博士奥田義人氏日本親族法大正五年度中大講義錄三八九頁)
- 三 妻ハ夫ト同居スル義務ヲ負フカ故ニ夫ニ從ヒテ其居所ニ居ラサルヘカラス(法學博士仁井田益太郎氏親族法論相續法論一五三頁)
- 四 妻ハ其夫ニ隨從スル義務アリ夫ハ妻ヲシテ自己ト同居セシムルノ義務アリ元來夫ハ一家ノ需給ヲ供給スルモノナレハ其職業ニ從ヒテ自由ニ其居所ヲ定ムルノ權利アルヘク妻ハ其夫ニ從ヒテ之ト同居セサルヘカラス(法學博士牧野菊之助氏日本親族法論二五三頁)
- 五 夫婦ハ同居ノ權利義務アリ同居爲スヘキ住所ノ選定ハ夫ニアリ(法學博士穂積重遠氏親族法大意七五頁)
- 六 妻ハ夫ノ居所ニ於テ夫ト同居スルノ義務ヲ負ヒ夫ハ自己ノ居所ニ於テ妻ト同居セシムル義務ヲ負フ(法學士島田鐵吉氏親族法論大講義錄二二九頁)
- 七 妻ハ夫ト同居スルノ義務ヲ負ヒ夫ハ妻ヲシテ同居ヲ爲サシムルコトヲ要ス夫婦ハ家ヲ同ウスヘキノミナラス事實上其居所ヲ同フセサルヘカラス故ニ法律ハ事實上ノ同居ニ付キ夫婦間ニ權利義務アルコトヲ明定シタルモノトス(法學士飯島喬平氏民法論九〇七頁)
- 八 婚姻ヨリ生スル最モ重用ナル義務ハ夫婦同居ノ義務ナリトス夫婦同居トハ配偶者カ其居所ヲ同フスルヲ謂フ蓋シ夫婦同居ヲ同フセサルトキハ夫婦一體ノ實ナク異性結合ノ目的ヲ達スルコトヲ難ケレハナリ是レ夫婦同居義務ノ根本觀念ナリ(ドルト・ネウリス坂本三郎親族法早大講義錄一四八頁)
- 九 婚姻ノ目的ヲ達スルニハ必ス同居セサルヘカラス故ニ妻ハ夫ト同居スルノ義務アリ夫ハ妻ヲシテ同居セシムルノ權利ヲ有シ又夫ハ妻ノ同居ヲ拒ムコトヲ得ス(法學博士中村進干氏親族法早大講義錄八五頁)

一 戸主ノ指定セル居所ト夫ノ居所ト異ルトキハ妻ハ戸主ノ指定セル居所ノ如何ニ拘ラス夫ノ居所ニ居ルヘキモノトス蓋シ妻カ夫ト同居スルコトヲ要スルハ婚姻ノ性質ヨリ生スル結果ナリト雖モ家族ナシテ戸主ノ指定セル居所ニ居ラシムルハ其監督保護ノ爲メノミナルカ故ニ夫ノ權利ハ戸主ノ居所指定權ニ優ルモノト謂ハサルヘカラス(法學博士仁井田益太郎氏親族法論一五三頁)

二 夫婦間ノ同居ノ義務ト家族カ戸主ノ指定シタル場所ニ居ルヘキ義務トハ相衝突スルコトアリ例ヘハ夫婦共ニ家族ナル場合ニ於テ戸主ハ夫婦ノ居所ヲ甲所ニ指定シタルモ夫カ乙所ニ居ルトキハ妻ハ乙所ニ居ラサルヘカラスハ夫ニ對スル同居ノ義務ノ違背ニシテ甲所ニ居ラサレハ家族トシテノ義務違背ナルカ如キ之ナリ抑モ夫婦間ノ同居ノ權利ト戸主ノ居所指定權トハ相獨立シテ相妨ケラレヘキノアラスト雖モ夫婦間ノ同居ノ義務ハ之ヲ強制シテ履行セシムルコトヲ得ルニ反シ戸主ノ指定シタル場所ニ居ルヘキ家族ノ義務ハ其強制ノ途ナキヲ以テ結果夫婦間ノ同居ノ權利ハ事實上勝テ制スルコトニナルヘシ(法學士島田鐵

奥田博士

牧野博士

穂積博士

島田博士

阪本博士

東京地方

大阪地方

吉氏親族法明大講義録二三四頁) 三 夫カ戸主ナル場合ニ於テモ妻カ夫ニ對シテ有スル同居ノ權利ヲ侵害シテ迄モ其戸主權ヲ行使シテ自己ノ居所ト別異ノ居所ニ住所スヘキコトヲ妻ニ對シテ指定スルコトヲ得サルモノトス(東京地方大正四年第一九六號同年十二月十三日判決本書四卷民法七〇七頁)

【判旨第二點夫ノ居所指定權ト妻ノ拒絕ニ關スル參照學說判例】

- 一 妻ノ同居義務ハ夫カ居所ヲ指定シタル場合ニ於テノミ存在ス蓋シ妻ノ此義務ハ夫ノ居所選定權ニ相對スルモノナレハナリ故ニ夫カ一定ノ居所ヲ有セスシテ浮浪漂泊スルカ如キ場合ニ於テ妻ニ同居ノ義務ナク夫ノ一時の居所ニモ亦隨從スル義務ナレ(法學博士奥田博士日本親族法中大講義録三九〇頁)
- 二 妻カ夫ト同居スルノ義務ハ夫ニ於テ相當ノ方法ヲ以テ同居セシムルコトヲ要スルモノナルカ故ニ夫ニシテ漂泊流浪一定ノ居所ナキトキノ如キ妻ヲシテ同居ヲ拒ムコトヲ得セシメサルヘカラス(法學博士牧野博士之助氏日本親族法論二五四頁)
- 三 夫妻カ同居ヲ爲スヘキ住所ノ選定權ハ夫ニ屬ス夫カ入夫婿養子ナル場合ト雖モ亦然リ(法學博士穂積重遠氏親族法大意七五頁)
- 四 夫ノ同居請求カ同居ノ權利ノ濫用ナルトキハ相手方ハ之ニ應スルコトヲ要セス例ヘハ夫カ妻ヲ苦シメシメカ爲メニ富士山頂ニ居所ヲ定メ妻ニ同居スヘキコトヲ請求シタル場合ニ於テ妻ハ同居ヲ拒ムコトヲ得サルカ如シ(法學博士島田博士親族法明大講義録二二二頁)
- 五 夫カ夫權ヲ濫用シテ共同生活ニ堪ヘサル行爲アルトキ例ヘハ若シ同居ヲ繼續スルトキハ妻ハ非常ニ健康ヲ害スルカ又ハ身體ノ安全ヲ保ツコト能ハサルカ如キ場合ニ於テハ妻ハ同居ノ義務ナカルヘシ(ドクトルユリス坂本三郎氏親族法明大講義録一四九頁)
- 六 妻ト夫ト同居後間モアラシテ子宮病ニ罹リシ爲メ其實家ニ歸リ現ニ治療中ナリトスルモ其疾病ニシテ夫ト同居ニ堪ヘサル程度ノ重患ニアラサル限リ夫ト同居スヘキ義務アルモノトス(東京地方大正四年(タ)第二四七號同五年(タ)第七〇號同五年五月二四日判決本書五卷民法六二八頁)
- 七 夫カ一家ヲ構ヘサルハ全ク妻カ夫ト同居セサルカ爲メニシテ若シ妻カ夫ト同居スルコトヲ肯スルニ於テハ何時ナリトモ一家ヲ構フルノ意思ヲ有シ而カモ之ニ要スル資金ヲ有スルモノナルコトヲ認メ得ヘキ場合ニ於テハ妻ハ夫カ現ニ一家ノ住所ヲ有セサルコトヲ理由トシテ之ト同居スルコトヲ拒ミ得ヘキモノニアラス(大阪地方明治四五年第一八五號判決本書第一卷民法二七五頁)

判旨第一點ハ至當ノ見解ナリ同第二點ニ至リテハ聊カ疑義ヲ容ルヘキモノアリ判旨ハ夫ノ同居請求權ノ行使ニ當リ夫ノ無資力夫ノ殘虐性判旨ハ暴力ニヨリ云

々ト云ヘルモ吾人ハ前後ノ事態ヨリシテ姑ク此言ヲ用フヘシハ妻ノ夫ノ同居請求權ヲ拒絕スルノ理由ト爲スニ足ラストセリ今夫ノ無資力カ絕對ニ妻ノ同居請求ヲ拒絕スルノ理由トナラストスルカ果シテ正解ナルカ固ヨリ妻ハ夫ト同居スルノ義務ヲ有スト雖モ夫ハ妻ヲ同居セシムルコトヲ要ストノ法文自體ハ夫ニ對シ相當ナル同居目的ノ方法ヲ構スヘキコトヲ要求セルニアラサルカ妻ノ同居義務ハ單純ニ妻一方ノ行爲ニ依リ遂行セラルヘキニアラサルナキヤ即相手方ノ協力ニ依リ遂行セラルヘキ性質ノ義務ニアラサルカ學者亦夫ノ浮浪等ノ場合ヲ舉ケテ妻ノ同居拒絕權ヲ認定セルハ上叙ノ意ヲ體シテ爾カ言フモノニアラサルナキカ夫ノ無資力ハ必スシモ夫ノ居所ナキヲ意味セス絶對的ニ夫ノ同居請求權ヲ拒否スル理由トナラスト雖モ妻カ其ノ同居ニ堪ヘ得ルヤ否疑問ナリ法文ハ堪ヘ得ラレサル同居ヲ妻ニ要求セルモノニアラサルコトハ何人モ否ムヲ得ス固ヨリ婚姻當事者ハ愛情信義ヲ骨子トシテノ男女ノ結合終始ヲ自覺セサルヘカラスト雖モ法ハ堪ヘ得サル同居ヲ遂行シ愛情信義ナキ婚姻持續ヲ要求セサルナリ次ニ夫ノ殘虐性ハ妻ノ同居ヲ拒絕ノ理由ト爲サ、ルコト上叙ノ如シ然レトモ此ノ點ニ就キテハ疑義ヲ容ルヘキモノ前者ノ夫レニ劣ラサルモノアリ夫婦ハ共ニ誠實ノ義務アリ相互ニ同居目的ヲ圓滿ニ遂行セサルヘカラス過去ニ於ケル夫ノ殘虐ヲサヘ法ハ離婚原因ノ一トセルヲ思ヘハ現在ニ於ケル夫ノ殘虐性ヲ以テ妻ノ同

居拒絕ノ理由トスルコト理ナシトセス尙疑ハシキハ上叙ノ場合夫權ノ濫用トシテ取扱フヘキニアラサルヤヲ惟フモノナリ權利ノ濫用ナル觀念カ單ナル財產權ノ行使ノ場合ニ限定スル理由ナキヲ思ヘハ一層其感ヲ深クセサルヲ得ス夫權モ一ノ權利ニシテ行使ニ一定ノ限界アリ絶對無制限ノモノニアラサルコトハ又疑ヲ容ルヘカラサルナリ況ヤ夫權ハ一般財產法上ノ權利ト趣ヲ異ニシ人ノ身分關係ヲ前提トシテ認メラレタルモノニシテ權利ノ性質ヲ有スルト共ニ義務ツケラレタルモノナリト謂フ者サヘ在ルニアラスヤ從テ夫權カ婚姻目的遂行ノ爲メ認メラレタル權利ナルヲ知レハ夫權ノ行使ハ其ノ趣旨ヲ超越セサル範圍ニ於テ已是認セサルヘカラス權利ノ行使カ權利ヲ認メタル社會的趣旨ニ反シ社會ノ常軌ニ背反スレハ常ニ權利ノ濫用アリト謂フモノトスレハ夫權ノ行使カ婚姻目的遂行ノ本旨ニ悖リ社會ノ常軌ニ違反セルトキハ夫權ノ濫用アリトシ夫權ノ對照タル妻ノ婚姻義務不履行ニモ幾分ノ參酌ヲ加フヘキコト理ノ方ニ然ルヘキトコロナリ此ノ意味ニ於テ夫權濫用ノ際妻ノ同居義務不履行ヲ或ル場合ニ是認セサルヘカラサルニ在ラサルヤ本件事案ノ如キ夫ニ同居義務遂行ノ要件ヲ缺如シ妻ニ同居ヲ強ヒンカ健康上並ニ精神上異常ノ酷遇ヲ敢テセラルヘキ懼アル當然ノ場合判決カ尙夫ニ同居請求權ヲ認メタルハ直接間接ニ夫權濫用ヲ助勢セシムル結果ヲ誘致セサルカ更ニ巧究ヲ要スヘキ問題タルヲ失ハサルヘシ

六二七第一項 當事者カ履傭期間ヲ定メサリシトキハ各當事者ハ何時ニテモ解約ノ申込ヲ爲スコトヲ得此場合ニ於テハ履傭ハ解約申込ノ後二週間ヲ經過シタルニ因リテ終了ス

貴社ノ御都合ニ依リ何時使用ヲ解カレ候共聊異議無之旨及ヒ貴社ノ意ニ反シ退職致間數旨ノ特約アル場合ニハ解約權ハ一方的ニ履傭者タル會社ニ留保セラレタルモノト認ムルヲ相當トスヘク被傭者ニ於テハ任意ニ解約ヲ爲スコトヲ得サルモノトス

右ノ場合被傭者カ會社ニ對シ辭職願ヲ提出シタリトスルモ這ハ單純ナル解約ノ希望ヲ申出テタルニ過キスシテ之ニヨリ解約ノ效力ヲ生スルモノト謂フヲ得ス之カ許否ハ一ニ會社ノ意思ニ存シ會社カ解雇ノ意思ヲ表示シタルトキニ於テ始メテ解約ノ効果ヲ生スヘク其意思表示ハ右被傭者ニ到達シタルトキニ於テ其効力ヲ生スルモノトス

被告福澤清一カ大正元年一二月中原告會社ニ外交員トシテ雇ハレ被告野呂廣仕野呂松太郎ノ兩名カ清一ノ身元保證人トシテ清一カ原告ニ對シ負擔スルコトアルヘキ債務ニ付キ連帶保證契約ヲ爲シタルコト並ニ被告清一カ原告ニ對シ負擔スルコトアルヘキ債務前借債務ヲ負擔シ居リタルコトハ共ニ當事者間ニ爭ナキ所ナリ而シテ被告等ハ被告清一カ原告ヨリ解雇セラレタルハ同人カ原告ニ對シ甲第三號證ナル辭職願ヲ提出シタル大正五年六月一二日ニ非スシテ原告ヨリ解雇辭令書ノ交付ヲ受ケタル同年九月二三日ナリト抗爭スルヲ以テ先ツ此點ニ付案スルニ凡ソ期間ノ定メナキ履傭契約

ニアリテハ當事者ハ何時ニテモ解約ノ申入ヲ爲シ以テ雇傭關係ヲ終了セシメ得ヘシト雖モ本件ニ於テハ成立ニ争ナキ第二號證ナル誓約書ニ依レハ同證ノ第二條ニハ貴社ノ御都合ニ依リ何時使用ヲ解カレ候共聊異議無之候事トアリ其第八條ニハ貴社ノ意ニ反シ退職致間數旨ノ特約アルニ徴スレハ解約權ハ一方的ニ原告會社ニ留保セラレタルモノト認ムルヲ相當トスヘク被告清一ニ於テハ任意ニ解約ヲ爲スコトヲ得サルモノト解スルヲ至當トスヘシ從テ被告清一カ原告ニ對シ辭職願ヲ提出シタリトスルモ道ハ單純ナル解約ノ希望ヲ申出タルニ過キスシテ之ニヨリ解約ノ效力ヲ生スルモノト謂フヲ得ス之カ許否ハ一ニ原告會社ノ意思ニ存シ原告會社カ解約ノ意思ヲ表示シタルトキニ於テ始メテ解約ノ效果ヲ生スヘク其意思表示ハ被告清一ニ到達シタルトキニ於テ其效力ヲ生スルモノト謂ハサルヘカラス而シテ解約ノ辭令書カ被告清一ニ到達シタルハ大正五年九月二三日ナルコトハ成立ニ争ナキ乙第一號證及證人清野彰一郎ノ證言ニ依リ認メ得ヘキヲ以テ本件雇傭關係ハ右日附ニ於テ終了シタルモノト認定スヘキモノトス(東京地方裁判所大正六年(ワコ)第八四五號同八年一〇月二七日民三部三橋裁判長神垣芝崎各判事判決)

【關係事項】

被告敗訴○前渡金返還請求事件○原告萬歲生命保險株式會社法律上代理人取締役藤村義苗訴訟代理人辯護士上原應造外二人被告福澤清一外二人訴訟代理人辯護士筒井源吉

【判旨第一點民法第六二七條ト一方の解約權留保ニ關スル參照學說判例】

本卷民法五〇八頁以下

判旨ハ其第一點ニ於テ雇傭契約締結ノ際作成セラレタル誓約書文面ニ一、貴社ノ御都合ニ依リ何時使用ヲ解カレ候共聊異議無之候トノ記載及二貴社ノ意ニ反シ退職致間數旨ノ記載アルコトヨリシテ解約權ハ一方的ニ雇傭者タル會社ニ留保セラレタルモノトシ從テ判旨第二點ノ如ク被用者ノ辭職願ハ單純ナル解約希望

ノ申出ニ過キスト爲シタリ而テ民法第六二七條ノ解約權ハ當事者之ヲ拋棄スルヲ妨ケサルハ吾人ノ曩ニ評論シタルカ如シ(本卷民法五〇七頁)唯問題ハ雇傭誓約書ニ上記ノ記載タニアラハ被傭者ハ常ニ解約權ヲ一方的ニ拋棄シタルモノト觀察スヘキヤ否ヤニアリ或ハ主觀的自由ヲ容ルル雇傭契約ヲ解スルニ當リテハ判旨ノ如キ斷定モ一ノ見解タルヲ失ハス然レ共大資本ヲ擁シ多數ノ使用者ヲ收容シテ一大企業ヲ爲スモノニアリテハ往々ニシテ雇傭契約上自家ニ有利ナル規約ヲ設ケ誓約書ヲ作り半強制的ニ交換セシムルモノ稀ナリトセス斯ノ如キ場合ノ規約ナルモノハ一ノ例文トシテ見ラルヘキ場合アルヘク之ニ對シ常ニ被傭者ノ拘束的意思ヲ期待スルハ果シテ穩當ナリヤ當事者ノ拘束意思ノ有無ヲ決センカ爲メニハ更ニ斯ノ如キ表示方法ニ據リタルコト夫自體カ當事者ノ意識的行爲ナリヤ否ヤヲ認定スルヲ要セサルカ(本卷民法八八頁參照)若シ夫レ判旨第一點ノ認定ニシテ相當ナリトセハ判旨第二點ノ至當ナルコト多言ヲ俟タス

二七六

九九

代理人カ其權限内ニ於テ本人ノ爲メニスルコトヲ示シテ爲シタル意思表示ハ直接ニ本人ニ對シテ其效力ヲ生ス
前項ノ規定ハ第三者カ代理人ニ對シテ爲シタル意思表示ニ之ヲ準用ス
五二六第一項 隔地者間ノ契約ハ承諾ノ通知ヲ發シタル時ニ成立ス

乙カ甲ノ店員丙ト舊知ノ間柄ナリシカ爲メ丙ニ對シ株式賣買ノ取扱方ヲ委任シ

タルニ過キサル場合ニ於テハ假リニ丙カ甲ノ代理人タリトスルモ乙ニシテ甲ニ對スル申込トシテ賣買ノ意思表示ヲ爲シタル事實ナキ限リ該申出カ甲ノ爲メニ申込タルノ效力ヲ發生スヘキニ非サルヲ以テ假令甲カ乙ニ對シ承諾ノ返電ヲ發スルモ當該契約ハ成立スルニ由ナキモノトス

【關係事項】 棄却○損害賠償請求事件○原告德永和充訴訟代理人辯護士内田清吉被告實澤忠治訴訟代理人辯護士岡富
案スルニ原告カ株式現物賣買業者ニシテ被告カ原告主張ノ日時ニ原告ノ店員ナル訴外大和田重雄ニシテ對シ原告主張ノ如キ履行ノ時期及方法ニ關スル點ヲ除キ株式賣買契約ノ締結方ヲ申込ミタル事實ハ當事者間ニ爭ナキ處ナリ而シテ原告ハ右被告ノ申出テ代理人タル大和田ヲ通シテ爲シタル原告ニ對スル契約ノ申込ト解スヘキモノナル旨主張スト雖證人大和田重雄及下村中治郎ノ各供述ト甲第一二號證乙第一乃至第四號證ト綜合スルニ被告ハ豫テ原告ト株券賣買ノ取引ヲ爲シタルコトナキモ大和田個人ト舊知ノ間柄ナリシカ爲メ同人ニ對シ本件賣買ノ取扱ヒ方ヲ委任シタルモノニシテ原告ノ代理人トシテ大和田ニ對シ右申立ヲ爲シタルモノニアラス且大和田モ亦右株式ノ賣買ヲ原告方ニ申込ミタルコト(右注文ヲ取次キタリトノ大和田ノ證言ハ指信セス)ナキニ拘ラス原告ハ早計ニ右大和田ニ對シ被告ノ申立ヲ自己ノ店員ニ對スル申込ナリト考ヘ之ニ對スル承諾ノ返電ヲ發シタルモノ十ニ事案ヲ認定スルニ十分ニシテ假リニ大和田カ原告ノ代理人タルコトニ付キ爭ナキニモ被告ニシテ原告ニ對スル申込トシテ前記意思表示ヲ爲シタル事實ナキ限リ該申出カ原告ノ爲メニ申込ミタルノ效力ヲ發生スヘキ管ナク從テ假令原告ニシテ之ニ對シ承諾ノ返電ヲ發スルモ本件契約ノ成立スヘキ理由ナキモノト謂ハサルヘカラス果シテ然ラハ右契約ノ成立ヲ前提トスル本訴ハ其餘ノ爭點ヲ判斷スル迄セナク其失當ナルコト明ナリ(東京地方裁判所大正七年(ワ)七〇一號同八年一月一日民五部并野裁判所長遠藤吉田各判事判決)

(二七七)

七五第一項 婚姻ハ之ヲ戶籍吏ニ届出フルニ因リテ其效力ヲ生ス

法律上婚姻ノ手續ヲ爲サスト雖モ既ニ婚姻豫約ヲ爲シ其夫タル可キ者ト同様スル者カ命旦夕ニ迫レル病父ヲ顧ミス急迫ナラサル自己ノ病氣療養ノ爲メ夫タル可キ者ノ意ニ反シ強テ他ニ轉地スルカ如キハ妻タラントスル者ノ誠意ヲ認メ難キヲ以テ夫タル可キ者カ妻タラントスル者ノ前記行動ヲ以テ孝道ニ反スルモノト看做シ其婚姻豫約ノ履行ヲ拒絕スルハ正當ナリトス

被告カ大正五年五月二十八日原告ト婚姻豫約ヲ爲シ同年十一月二〇日以来同棲シ事實上ノ夫婦關係ヲ結ビタル處大正六年六月ニ及ビ被告ヨリ其同棲ヲ拒絕シタルコト及被告ノ實父孝次郎カ同年五月初旬病死シタルコトニ付テハ執レモ當事者間ニ爭ナシ原告カ右被告トノ同棲中同年一月頃ヨリ病氣ニ罹リ次テ同年四月頃ニ至リテハ身體ノ衰弱特ニ甚シク到底家事ヲ執リ右孝次郎ノ看護ヲ爲スニ堪ヘザリシ爲メ被告ニ乞ヒ金町醫院ニ於テ診察ヲ受ケタルニ脚氣症ト診斷セラレ數日ノ間服藥靜養シタルモ平癒ノ見込無ク且右孝次郎ノ病勢ハ平靜ニシテ急激ノ變化ヲ來ス可キ恐レナカリシヲ以テ同月三〇日被告等ノ快諾ヲ得テ實母ト共ニ病氣療養ノ爲メ上京シタルモノニシテ何等被告家ニ對シ不都合ノ行動ナカリシ旨主張スルニ依リ之ヲ接スルニ證人下平尙天沼仙太郎ノ各供述及眞正ニ成立シタリト認ムヘキ甲第一號證ヲ綜合スルトキハ原告ハ右孝次郎ノ死亡前後ニ於テ輕度ノ脚氣症ニ罹リ多少其健康ヲ害シ居リタルコトヲ認メ得ルニ止マリ未ダ病父ノ看護其他ノ家事實ヲ放擲シ強テ東京ニ於テ治療ヲ受ケサル可カラサル程度ノ重患ナカリシコトハ原告總テノ證據ニ依ルモ之ヲ認定シ難ク却テ證人鈴木廣助石井峰吉及天沼仙太郎ノ各供述ヲ綜合スルトキハ右孝次郎

ハ同年四月二五日頃ニ至リ其病勢昂進シ餘名長カラサル旨醫師ノ注意アリタルヲ以テ被告及親族一同ハ日夜看護ニ努メタル折柄原告ハ右病氣靜養ヲ口實トシ無斷家出シタル爲メ被告等ハ大ニ驚キ訴外鈴木廣助ヲシテ其捜査ヲ爲サシメタルニ同人ハ同月二十九日原告カ東京市本所區龜澤町親族其方ニ滞在セルヲ探知シ之ヲ同伴歸宅シタル處翌三〇日原告及其實母ハ被告ニ對シ右病氣療養ノ爲メ直チニ上京シ度キ旨申入レタルヲ以テ被告等ハ右孝次郎ノ病狀ヲ訴ヘ其申入ヲ拒絕シタルヲ以テト京シ途ニ右孝次郎死亡ノ際ハ其臨終ニモ間ニ合ハサリシコトヲ認定スルニ十分ナリ而シテ法律上婚姻ノ手續ヲ爲サスト雖モ既ニ婚姻豫約ヲ爲シ其夫タル可キ者ト同棲スル者カ命且夕ニ迫レル病父ヲ顧ミス急迫ナラサル自己ノ病氣療養ノ爲メ夫タル可キ者ノ意ニ反シ強テ他ニ轉地スルカコトキハ妻タラントスル者ノ誠意ヲ認メ難キヲ以テ被告カ原告ノ前記行動ヲ以テ孝道ニ反スルモノト看做シ其婚姻豫約ノ履行ヲ拒絕スルハ洵ニ正當ノ理由アリト謂フ可シ然ラハ他ノ争點ヲ判斷スル迄モナク原告ノ請求ハ失當ナリトス(東京地方裁判所大正七年第一五二號同八年一〇月二二日民三部三審裁判長神垣芝崎各判事判決)

【關係事項】

士清古平吉

棄却○損害賠償請求事件○原告伊東きみ訴訟代理人辯護士石川隆彌同吉岡千代吉被告長谷芳次訴訟代理人辯護

【參照判例】

本卷民法八八七頁以下

四一五 債務者カ其債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲ササルトキハ債權者ハ其損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ由リテ履行ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルトキ亦同シ

軟鋼鐵板賣買契約成立後數日ヲ出テサルニ米國ニ於テハ歐洲戰爭ノ影響ヲ受ケタル結果頓ニ軟鋼板製造ノ原料ニ不足ヲ來シ且各製造工場ハ從來ノ契約ニ基ク

製造ニ日モ尙足ラサル狀態ニ在リタル爲メ新ニ軟鋼板ノ製造ヲ引受クルモノナキニ至リ又輸出ノ爲メ市場ニ於テ本邦商人若クハ外國商人ヨリ契約品ト同種ノ軟鋼板ヲ購買スルコトノ不能トナリタル事實並ニ大正六年二月以後ニ至リテハ米獨開戦ノ結果軟鋼板ノ製造工場ハ殆ント軍需品ノ製造ノ爲メニ其生産能力ヲ奪ハレ到底軟鋼板ノ製造ヲ引受クヘキ餘裕ヲ生セサル事情ノ下ニ在リテハ賣主カ大正六年一・二月中軟鋼板ヲ米國大平洋沿岸ヨリ積出シ之ヲ買主ニ引渡スコトハ事實上不能ニシテ縱令賣主ニ許スニ大正五年四月一七日迄ノ期間ヲ以テスルモ其期間内ニ右軟鋼板ノ引渡ヲ爲スコトハ勿論之カ積出ヲ爲スコトスラ到底不能ナリト謂ハサルヘカラス

大正五年一月一日控訴人主張ノ如キ軟鋼板賣買契約カ本件當事者間ニ成立シ該契約ニ被控訴人抗辯ノ如キ特約ノ存在シタルコト及控訴人主張ノ各通知履行ノ催告契約解除ノ意思表示ニ關スル事實ハ當事者間ニ争ナキ處ニシテ乙第六號各證原審證人マクドナルド同芳野倉吉ノ證言ニ依レハ被控訴人ハ大正五年一月九日北米合衆國桑港市マクドナルド商會ト被控訴人トノ間ニ米國製三〇番三尺六尺一三枚入軟鋼板百噸(積出期日一月一日)ノ賣買契約カ成立シタルヨリ之ヲ轉賣スル爲メ其内五〇噸ニ付キ控訴人ト本件賣買契約ヲ締結シタルモノナルコト明ナリトス原審證人磯田徳一郎ノ證言ハ信ヲ措キ難ク他ニ被控訴人トマクドナルド商會間ノ右賣買契約ノ成立ヲ否定スルニ足ルヘキ證據ナシ仍テ前示特約ニ基ク被控訴人ノ免責抗辯ニ付キ察スルニ原審證人マクドナルドノ證言原審及當審ニ於ケル倉田金三郎ノ證言ト乙第一一號證及右マクドナルドノ證言ニ依リ眞正ニ成立シタリト認ムヘキ乙第七號各

資料ト爲スニ足ラサルモノト謂フヘシ被控訴人カ當初マクドナルド商會トノ間ニ成
立シタル百噸ノ軟鋼板ヲ千五百噸ニ増加シタルコト信用狀ヲ同商會ニ送附セザリシ
コト並ニ大正五年一月一日以後同月二日ニ互リ被控訴人カ新井保外數名ト本
件契約品ト同種ノ軟鋼板千三百六十噸ノ賣買契約ヲ締結シタルコトハ被控訴人ノ争
ハサル處ナレトモ控訴人ノ舉ケタル證據ニ依リテハ此等ノ事實カ本件契約不履行ノ
原因ヲ爲シタルコトハ之ヲ認ムルコトヲ得ヌ却テ原告證人マクドナルド同倉田金三
郎ノ證言ニ依レハ彼上ノ如キ事實ハ本件契約ノ履行ト何等ノ關係ナキコトヲ認得
ヘク又右證人兩名ノ證言並乙第七號各證第一一號證當審證人倉田金三郎ノ證言ヲ綜
合スレハ被控訴人カ控訴人ヨリ本件契約解除ノ意思表示ヲ受クル迄ノ間ニ本件契約
下ノ義務ヲ履行スルコト能ハサリシハ前段ニ認定シタル歐洲戰爭及米獨開戦ノ結果
ニ基ク前掲事情ニ基クモノニシテマクドナルト商會ハ被控人ヨリノ軟鋼板ノ注文ヲ
引受クルヤ遲滞ナク其製造工場若クハ商店ニ交渉シ百方右注文品ノ買入方ニ努メタ
ルモ上示ノ事情ノ爲メ遂ニ買入不能ニ終リタルモノナルコトヲ認メ得ヘシ控訴人ハ
マクドナルド商會ニ於テ本件軟鋼板ノ注文ニ應セザリシトスルモ米國ニハ他ニ多數
ノ同商品ヲ取扱フ内外ノ商人アルヲ以テ他ヨリ買入レ輸入スルノ方法アリ場合ニ依
リテハ内地ノ在庫品ヲ引渡スモ亦可ナルニ拘ハラズ被控訴人カ此等ノ方法ヲ採ラサ
トモ本件契約ハ被訴人カ米國ヨリ輸入スヘキ軟鋼板ヲ引渡スヘシト云フニ在リテ而
モ被控訴人主張ノ如キ特約存在スルコト前ニ說示シタルカ如クタル以上本件軟鋼板
ノ輸入力前段ニ認定シタルカ如キ事情ノ爲メ不能トナリタル場合ニハ被控訴人ハ控
訴人ニ對シ何等ノ責ヲ負擔スヘキモノニ非スト爲スヘキニ依リ被控訴人ニ於テ内
地ノ在庫品ヲ供給スル事ニ努力セザレハトテ本件契約ノ不履行ニ付キ被控訴人ニ過
失アリト爲スコトヲ得サルハ勿論ナルヘシ在米ノ商人ヨリ買付ヲ爲スコトノ不能ナ
ルコト並ニ本件契約成立前ニマクドナルド商會ト被控訴人トノ間ニ本件軟鋼板ノ賣

證ヲ綜合スレハ本件契約成立後數日ヲ出テサルニ米國ニ於テハ歐洲戰爭ノ影響ヲ受
ケタル結果頓ニ軟鋼板製造ノ原料ニ不足ヲ來シ且各製造工場ヘ從來ノ契約ニ基ク製
造ニ日モ尙足ラサル状態ニ在リタル爲メ新ニ本件ニ於ケルカ如キ軟鋼板ノ製造ヲ引
受クルモノナキニ至リ又輸出ノ爲メ市場ニ於テ本邦商人若クハ外國商人ヨリ本件契
約品ト同種ノ軟鋼板ヲ購買スルコトノ不能トナリタル事實並ニ大正六年二月以後ニ
至リテハ米獨開戦ノ結果軟鋼板ノ製造工場ハ殆ト軍需品ノ製造ノ爲メニ其生産
能力ヲ奪ハレ到底本件ニ於ケルカ如キ軟鋼板ノ製造ヲ引受クヘキ餘裕ヲ生セザリシ
コトヲ認メ得ヘク斯ル事情ノ下ニ在リテハ被控訴人カ大正六年一月二月中本件軟鋼板
ヲ米國大平洋沿岸ヨリ積出シ之ヲ控訴人ニ引渡スルコトハ事實上不能ニシテ縱令被
控訴人ニ許スニ大正六年四月一七日迄ノ期間ヲ以テスルモ其期間内ニ右軟鋼板ノ引
渡ヲ爲スコトハ勿論之カ積出ヲ爲スコトスラ到底不能ナリト謂ハサルヘカラス當審
證人原田庄一ノ證言ハ信ヲ措キ難ク他ニ右認定ヲ左右スルニ足ルヘキ證據アルナシ
控訴人ハ大正五年一月一日同六年一月二月中ノ注文ニ係ル本件目的物ト同一ナル
ル商品カ大正六年中東京市芝川商店等ニ數回輸入セラレタル事實アルニ徴スルモ本
件契約品ノ輸入不能ニ非サル旨主張スレトモ控訴人ノ舉ケタル一切ノ證據ニ依ル
モ大正五年一月一日同六年一月二月中ノ注文ニ係ル本件目的物ト同一ナル商品ハ勿論
大正五年一月一日ノ注文ニ係ル右ト同一商品スラ同六年四月一七日迄ニ米國ヨリ積出
サレ若クハ輸入セラレタル事實ハ之ヲ認ムルヲ得ヌ大正六年四月一七日以後ニ於テ
叙上ノ如キ注文品カ米國ヨリ積出サレ輸入アリタルコトハ當審證人佐藤運十郎ノ證
言ニ依リテモ明白ナレトモ控訴人ノ主張スル處ニ依レハ本件契約ハ大正六年四月一
七日有效ニ解除セラレタリト云フニ在リテ控訴人主張ノ如クナリトセハ同日以後ニ
於テハ控訴人ハ被控訴人ニ對シ本件契約ノ履行ヲ請求スル權利ナク被控訴人ハ控訴
人ニ對シ之カ履行ヲ爲スヘキ責ナキモノト爲スヘキヲ以テ叙上ノ事實ノ如キハ被控
訴人カ其義務ニ屬スル本件契約ノ履行ヲ爲ササルニ付キ過失アリヤ否ヤヲ判定スル

三博士

中島博士
石坂博士

買契約ノ成立シ居リタルコトハ前ニ説示シタルカ如クナリ控訴人ハ被控訴會社ノ代表者柴田柳三郎ハ大正六年四月中前顯新井保等軟鋼板買受債權者ニ對シ軟鋼板買契約ノ不履行トナリタルハ全ク同人ノ過失ニ因リテ入スルコト能ハサル爲メナル旨告白シ其履行ニ代ヘテ損害金ヲ賠償スヘキ旨承認シタル事實アリト主張スレトモ新甲第五號證ノ二乃至六ニ依リテハ斯ル事實ハ之ヲ認メ難ク他ニ該事實ヲ認ムルニ足ルヘキ證據ナシ然ラハ本件契約ハ被控訴人ノ過失ニ因ラズシテ履行不能ニ歸シタルモノト爲スヘキヲ以テ假リニ之ニ因リテ控訴人ニ其主張ノ如キ損害カ生シタリトスルモ前顯特約ニ依リ被控訴人ハ其損害ヲ賠償スル意ナキモノト謂フヘク從テ他ノ争點ニ付キ判斷スル迄モナク控訴人ノ請求ハ失當ナリト爲スヘキニ依リ其請求ヲ棄却シタル原判決ハ正當ナリ(東京控訴院大正七年(ホ)第一一號同八年七月四日民一部神谷裁判長長谷川渡邊各判事判決)

【關係事項】 棄却○買賣契約不履行損害賠償請求事件○控訴人柳下鋼鐵合資會社法律上代理人柳下勘七訴訟代理人辯護士日野偉太郎被控訴人合資會社柴田商店法律上代理人清算人柴田柳三郎訴訟代理辯護士原嘉道同公莊惟知

【參照學說】

一 避クヘカラサル事變ノ何タルヤハ結局判官ノ認定ニ委スヘキモ今其著シキ例ヲ舉クレハ洪水ノ爲メニ橋梁ノ流失シ地震ノ爲メニ鐵路陷落スル等ノ純粹ノ天災ト戰爭暴動裁判事務ノ休止等ノ人爲タルモ當事者ニ取リテ如何トモスレテ得サル事變ナリ軍人軍屬カ戰地ニ出陣ヲ命セラルル亦避クヘカラサル事變ノ一ナラシカ(法學博士仁田益太郎氏同仁松波仁一郎氏民法正解債權八五七頁)

二 「避クヘカラス」ト云フハ絕對的ノ意味ニ非ス「常識アル方法ニ因リ」避ク可ラサルノ義ニ解釋セント欲ム社會普通ノ人事ヲ標準トシテ立テタル法律上ノ解釋トシテハ右ノ如クナラサル可ラス(法學博士中島玉吉氏民法釋義總則八五〇頁)

三 例ヘハ船客カ海中ニ落セル懷中時計ヲ盗ミ行衛不明トナレル盜賊ヲ捕(其物ヲ取戻スハ論理上不能ニアラス然レトモ實際生活上ノ觀念ニ於テハ此等ノ場合ニハ何人モ不能ト云フニ躊躇セサルヘシ(法學博士石坂晋四郎氏債權上五一九頁)

例ヘハ戰爭封鎖輸出禁止同盟罷工等ノ故障存スルモ給付ハ論理上不能ニアラス然レトモ之等ノ場合ニハ給付ノ困難ニアラスシテ給付ノ不能存ストナスヲ以テ實際生活上ノ觀念ニ合ス(同上債權上五一九頁)

鳩山博士

詐害行為ノ取消權ノ成立ニハ詐害行為當時該債權ノ成立セルコトヲ其要件トス不法行為成立ノ一要件タル損害ハ積極財產ノ減少ノミヲ謂フニアラスシテ消極財產ノ増加ヲモ之ヲ包含スルモノト解ス可キカ故ニ詐欺ニ因リテ約束手形ヲ振出シタル者ハ其振出ノ時ニ於テ不法行為上ノ損害賠償請求權ヲ取得スルモノニシテ其手形金額支拂ノ時ニ於テ損害賠償請求權ヲ取得スルモノニ非ス

大審院大正八年(オ)第一〇號同年五月二〇日民一部判決本書第八卷民法六〇一頁

本判決及ヒ原審判決共ニ詐害行為當時該債權ノ成立セルコトヲ以テ債權者取消權ノ要件トセルコトハ正當ナリト信ス反對論者ナル加藤博士近時説ヲ爲シテ法文カ單ニ債權者ト曰ヒ其成立ノ時機ヲ區別セサルヲ以テ其論據ノ一ニ數フ然レトモ若シ文字解釋ニ依レハ寧ろ吾人ノ所説ニ有利ナルモノアリト信ス蓋シ民法第四二四條(債權者ハ債務者カ其債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル法律行為ト規定スルカ故ナリ固ヨリ其「ト曰ヘル文字ハ債務者ナル字句ノ代名詞ナリト解スルコトヲ得サルニ非ス然レトモ債權者ハ總テ皆債務者ニ對スル債權者ナルコト明カナルカ故ニ此處ニ「其」ト曰ヘルヲ以テ債務者ニ關スルモノトセハ「其」ト曰ヘル文字ヲ除去スルハ同レ反對論者ハ又法律行為ノ效果カ債權者ノ財產上ノ狀態ニ對シテ徐々ニ表ハレ來ル場合アルカ故ニ法律行為以後ノ債權者モ亦法律行為ニ因リテ損害ヲ蒙ル場合アリ得ヘシトス

四二四 債權者ハ債務者カ其債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル法律行為ノ取消權ヲ得但 其行為ニ因リテ利益ヲ受ケタル者又ハ轉得者カ其行為又ハ轉得ノ當時債權者ヲ害スヘキ事實ヲ知ラザリシトキハ此 限ニ在ラス

前項ハ財產權ヲ目的トセサル法律行為ニハ之ヲ適因セス

七〇九 故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス

然レトモ余ハ既存ノ債務者ニ對スル關係ニ於テモ債權者ヲ害スル結果ヲ生スルヤ否
 ヤハ行爲當時ニ付テ之ヲ決定スルコトヲ要スルモノト解スルモノニシテ債權成立以
 前ノ債務者ノ行爲ハ其法律行爲當時ニ於テハ其ノ爾後ニ發生シタル債權者ヲ害スル
 コト能ハサルカ故ニ債權者取消權ヲ成立セシメサルモノト解スルナリ反對論者ハ又
 債權者取消權行使ノ效果カ總債權者ニ及ヒ即チ詐害行爲成立以後ノ債權者モ亦執行
 財團増殖ノ利益ニ均霑スルコトヲ以テ論據ノ一トシテ利益ニ均霑シ得ル者カ自ラ進
 ミテ取消權ヲ行使シ得スト爲スハ理論上一貫セサルモノナリト然レトモ效果ヲ受
 ケル者ト其效果ヲ發生セシムルコトヲ得ル當事者トカ異ルコトアルハ現今ノ法制上
 敢テ怪ムニ足ルヘキ現象ニアラス故ニ債權者取消權ニ付キ法典カ總債權者ノ利益ノ
 爲メニ其效力ヲ生スト規定セルカ故ニ取消ノ效果ヲ生スヘキ當時ニ於ケル債權者ノ利益ノ
 權者カ均シク取消權ヲ有スルモノト解スヘキ理由ヲ見ス反對論者又曰ク廢罷訴權ヲ債
 ルモノハ固ト債務者カ支拂不能又ハ無資力ニ陥リタル場合ニ於テ其執行財團ヲ増殖
 スル爲メニ汎ク債權者保護ノ爲メニ與ヘラレタル權利ニシテ詐害行爲ニ因リテ直接
 ニ損害ヲ被レルコトナリ理由トシテ之ヲ救済スル爲メニ與ヘラレタル權利ニシテ若
 シ然リトセハ廢罷訴權行使ノ時ニ於テ廢罷訴權成立ノ要件具ハリ其當時ニ於テ債權
 者タル資格アル者ハ悉ク皆之ヲ行使シ得ルハ破産手續ニ於ケル否認權ノ目的トスル
 務者ノ支拂不能ニ基ク債權者ノ一般ノ救済ハ破産手續ニ於ケル否認權ノ目的トスル
 所ニシテ民法ノ認ムル取消權ハ此ノ如ク廣汎ナル目的ヲ有スルモノニアラス民法ノ
 認ムル取消權ハ唯當該ノ債權者ノ豫期ニ反シテ執行財團ノ減少セラレタル場合ニ於
 テノミ之ヲ認ムヘキモノニシテ其豫期ニ反スト言ハシカ爲メニハ所謂詐害行爲カ當
 該債權ノ成立以後ニ爲サレタルコトヲ要スルナリ
 本件ニ於テ問題トナレルハ詐欺ニ因リテ約束手形ヲ振出シタル者ハ其振出ノ時ニ於
 テ不法行爲上ノ損害賠償請求權ヲ取得スルカ或ハ其手形金額支拂ノ時ニ於テ損害賠
 償請求權ヲ取得スルカノ點也不法行爲ノ成立要件ノ一タル權利ノ侵害(此場合ニ於テ

【論旨 第一點廢罷訴權ノ主體要件タル債權成立時ニ關スル同趣旨參照學說判例】

一 廢罷訴權ヲ有スル債權者如何ニ付テハ舊財三四三條前文ニ廢罷ハ詐害行爲ニ先テ權利主體シタル債權者ニアラザレハ之
 レヲ請求スルコトヲ得スト規定ス現民法債權法ニハ之レヲ明ニセル法文ナキモ舊民法ノ規定ニ於ケルカ如ク解スヘキモノナル
 コトハ疑ナカルヘシ何故トナラハ債務者其財產ヲ處分シタル後債權者トナリシ人ハ其處分ノ爲メニ損害ヲ蒙ルコトナキヲ以テ
 ナリ債務者カ其財產ヲ處分スル前ニ債權者トナリシ人ニ付テハ法文上何等ノ制限ナキヲ以テ債權カ辨濟期ニ達シタルト否トナ
 問ハス(法學博士土方憲氏債權總論帝大講一九一頁)

二 債務者ノ法律行爲ノ取消ヲ爲ス權利ヲ有スル債權者ハ其法律行爲ノ成立前ニ於ケル原因ニ基キテ發生シタル債權ヲ有スル
 者ニ限ルモノトス(法學博士仁井田博士書第二卷民法六五四頁)

三 詐害行爲ノ廢罷ハ債權ノ侵害ニ對スル救済ヲ債權者ニ與フルヲ以テ目的トスルヲ以テ債權者ノ廢罷セムトスル行爲ハ債權
 發生後ノモノタルコトヲ要ス何トナレハ債權ノ侵害ハ其債權ノ發生ヲ前提要件トシ未ダ發生セサル債權ニ對シテ侵害行爲ナル
 モノノ存在スヘキ理由ナキヲ以テナリ(法學博士横田秀雄氏債權總論第一三版四二五頁)

四 債務者カ加害行爲ヲ爲ス以前ニ於テ成立シタル債權ヲ存スルコトヲ要ス民法ハ債權者ヲ害スルコトヲ知リテ規定スレハナ
 リ(法學博士川名兼四郎氏債權總論二〇三頁)

五 詐害行爲取消權ヲ有スル債權者ハ詐害行爲ノ以前ニ發生シタルモノナルコトヲ要ス詐害行爲取消權ハ債權者カ債務
 者ノ財産上ニ當然豫期シタル利益ノ取得ヲ不法ニ害セラルコトヲ防ク目的ト爲スモノナルヲ以テ其詐害行爲ノ在リタル以
 後ニ債權ヲ取得シタル者ニ對シテ何等ノ影響ヲ及ホスモノニ非ス何トナレハ彼ハ其減少シタル財產ヲ目的トシテ債權關係ヲ發
 生セシメタルモノナルヲ以テ豫期シタル利益ヲ害セラレタルモノト云フコトヲ得サレハナリ故ニ其以前ニ爲レタル債務者ノ詐
 害行爲ニ對シテ之ヲ取消シタル權利ヲ與フルノ必要アルコトナシ(法學士磯谷幸二郎氏債權總論五七四頁)

六 債權者ノ債權ハ廢罷セムトスル行爲前ニ發生シタルコトヲ要スルモノトス(東京控訴明治四十五年第一四六號大正元年十

石坂博士

須賀學士

土方博士

岡松博士

三博士

二月二十四日判決本書第二卷民法七二頁
七 廢罷訴權ヲ行フニハ債務者ノ行為ヲ爲シタル當時ニ債權ノ存在スヘキヲ原則トス(同上明治四十三年(ホ)第六九二號大正元年九月二十四日判決本書第一卷民法五〇二頁)

【同上ニ關スル異趣旨參照學說】

一 取消權發生ノ要件トシテ債務者ハ其行為カ債權者ヲ害スヘキコトヲ知ルコトヲ要スルカ故ニ其行為ノ當時既ニ債權カ存在スルコトヲ要ス然レトモ既ニ消滅タル如ク債務者カ損害ヲ生スヘキコトヲ知ル債權者ノミカ取消權ヲ有スルニアラズ債務者ハ甲債權者ヲ害スヘキコトヲ知リテ行為ヲ爲スモ尙乙債權者ハ其行為ヲ取消スコトヲ得故ニ此點ヨリ論スレハ行為ノ當時少クモ一人ノ債權者存在シ債務者カ其債權者ヲ害スルコトヲ知リテ行為ヲ爲シタル場合ニハ其行為以後ノ債權者ト雖モ其行為ヲ取消スコトヲ得ルモノト謂ハサルヘカラス(法學博士石坂博士日本民法債權總論上卷七一八頁)
二 廢罷訴權ノ物體タル債務者ノ行為アリタル後債權者ト爲リタル者モ廢罷訴權ヲ行使シテ其債權者ノ行為ヲ取消シ得ヘキヤ否ヤニ付テハ多少疑義アルモ廢罷訴權ノ條件タル債務者ヲ害スルコト云フハ必スシモ廢罷訴權ヲ行使スヘキ債權者ヲ指シヘキモノニアラサルコト前段説明スル所ノ如クナルヲ以テ債務者ノ行為ノ當時少クモ一人ノ債權者存在シ其者ヲ害スル事實アル以上其行為以後債權者ト爲リタル者モ亦廢罷訴權ヲ行使シテ其行為ヲ取消スコトヲ得ヘキモノト解スルヲ正當トス(法學士須賀學士三博士債權總論一九〇頁)

【論旨第二點不法行為ノ成立要件タル損害ハ積極消極兩者ヲ含ムトノ同趣旨參照學說判例】

一 不法行為ニヨリ債權者ニ加ヘタル損害ハ凡テ賠償スヘキモノトシテ其ノ損害ヲ金額ニ評價シ算定シテ金額ヲ定ムヘキカ原狀回復ヲ理想トスル損害賠償ノ目的上ヨリ之ヲ見ルトキハ之ヲ是認スヘキカ如ク即チ損害賠償ノ金額ハ債權者ノ受ケタル積極的損失ノミナラス利益ヲ得ヘクシテ失ヒタル消極的ノ損害ヲモ含ムモノト云ハサルヘカラス(法學博士土方博士債權總論上卷五二五年度東大講第一一七頁)
二 積極的損害ナルト消極的損害ナルトト問ハス損害ハ二個ノ原素ヨリ成ル一ハ受ケタル損失則チ既ニ有セリ利益ヲ失ヘルモノニシテ一ハ失ヒタル利益則チ得ヘカリシ利益ニ得ル能ハサルモノ此二種ノ不利益ハ義務者共ニ之ヲ賠償セサルヘカラス(法學博士岡松博士債權總論京都法政講義第一〇〇頁)
三 「損害」賠償「積極的」損害及消極的ノ損害ヲ包含ス即チ債權者ハ現ニ受ケタル損害及ヒ得ヘカリシ利益ニ對シ賠償ヲ請求スルコトヲ得ル(同上民法理由債權八七頁)
四 既ニ有シタル利益ヲ失ヒタルニ依リテ損害ヲ被リタルト將來ニ於テ得ヘカリシ利益ヲ失ヒタルニ依リテ損害ヲ被リタルト

橫田博士

石坂博士

今井博士

麥谷博士

村上博士

大審院

東京地方
裁判所

ナ問ハス(法學博士松波仁一郎氏同仁保龜松氏同仁井田益太郎氏民法正解債權一五二頁)

五 賠償スヘキ損害ハ現實ノ損害ト得ヘカリシ利益ノ喪失ヲ包含ス(法學博士坂田秀雄氏債權總論三二六頁)

六 損害賠償ハ積極的損害ノミナラス消極的損害即チ失ヒタル利益ノ賠償ヲモ含ム(法學博士石坂博士日本民法債權上三一頁)

七 失ヒタル利益ハ現實ニ生セル損害ニアラス觀念上存スルニ過キサルカ故ニ損害發生ノ原因タル事實ト失ヒタル利益ノ間ニハ固有ノ意義ニ於ケル因果關係ヘ之ヲ認ムルヲ得テ失ヒタル利益ノ範圍ハ不作爲ノ因果關係ト同シク固有ノ因果關係ニ定ムヘキ損害發生ノ原因タル事實カ適當條件トシテ取得スルコトヲ得サレバ利益ヲ賠償スヘキモノトス(同上)

八 損害ト云フハ現存ノ利益ヲ消滅シタル場合(積極的損害)ト將來得ヘキ利益ヲ得セシメサル場合(消極的損害)トナ問ハサルナリ(法學博士今井嘉幸氏民法通論二四一頁)

九 不法行為ノ結果トシテ發生シタル「被リタル損失」ト「失フタル利益」トハ賠償セラルヘキ損害ノ範圍ナリ(法學博士麥谷博士民法正解債權一七四頁)

一〇 積極的損害及ヒ消極的損害ハ孰レモ賠償ノ範圍ニ屬シ其ノ間其等ノ差別ナキ者トス(法學士村上恭一氏債權各論九九三頁)

一一 被リタル損害カ其得ヘカリシ利益ノ喪失ニ係ル場合ニ於テモ其利益ヲ得ヘカリシコトヲ認ムヘキ實際ノ事情ニ基キ賠償額ヲ判定セサル可カラス而シテ一般米穀賣買ノ取引者カ常ニ損害賠償ノ二割ノ利益ヲ得ルカ如キ實際ノ法則存セサルヲ以テ米穀賣買ニ於テ取引者ノ利益スルコトアルヘキ金額モ亦其場合ニ於ケル實際ノ狀況ヲ審査シテ之レヲ評定セサル可カラス(大審院大正三年(オ)第四二號同年五月三〇日判決民錄第二〇輯四二六頁)

一二 損害ノ賠償ハ被害者ヲシテ其現ニ被リタル損失ノ賠償ハ勿論尙ホ將來得ヘカリシ利益喪失ノ賠償ヲモ得セシムルヲ以テ目的トスルモノトス(同大正二年(オ)第一七二號同年一月二〇日判決民錄第一九輯九一〇頁本爲第二卷商法四〇六頁)

一三 不法行為ニ因リ他人ニ損害ヲ蒙ラシメタル者ハ其損害全部ノ賠償ヲ爲スヘキ義務アルモノトス而シテ其所謂損害トハ直接喪失シタル利益ノミナラス將來取得スヘキ利益モ亦包含ス(東京地方明治四三年一月一三日判決法律新聞第六四二號一一頁)

論旨第一點ハ妥當ノ見解ナリト信ス廢罷訴權カ債權ノ對外的效力トシテ認メラレタル以上成立セサル債權ニ付キ之ヲ認ムルコトハ夫レ自體矛盾ヲ包含ス成立セサル債權ニハ其效力ナク從テ廢罷訴權ヲ認メテ保護スル必要ト理由ヲ缺ケリ異說ヲ爲スモノ或ハ謂フ廢罷訴權ノ條件タル債務者カ其債權者ヲ害スト云フハ

必スシモ廢罷訴權ヲ行使スヘキ債權者ヲ指スモノニアラサルコトヲ理由トシテ
詐害行為ノ當時債權者ノ債權ハ成立セルコトヲ必要ト爲サスト爲スト雖モ吾人
ハ論者ノ説ヲ採ラス蓋シ廢罷訴權アリトナスニハ詐害行為ノ存スルコトヲ要ス
詐害行為ハ被詐害債權ノ現實存在ヲ要スルカ故ニ詐害セラルヘキ債權存在セサ
ルトコロニ詐害行為ナク廢罷訴權成立スルコトナシ從テ論者ノ如ク行為ノ當時
詐害セラルヘキ債權ナキニ尙且詐害行為アリトナスハ事理ヲ轉倒セル曲解ナリ
ト信ス

論旨第二點不法行為ノ成立要件タル損害ハ積極消極兩者ヲ包ムト爲スコト殆ト
異論ヲ見サルトコロナリ次ニ詐欺ニ因ル約束手形ノ振出ニテ不法行為ニ因ル損
害賠償請求權成立スルヤ其時期如何博士ハ之ヲ容認シタル判例ヲ是認スルト共
ニ時期ニ關シテモ手形金支拂ノ時ニアラスシテ振出ノ當時成立スルモノトス惟
フニ手形行為ハ債權發生ヲ内容トスル(一面債務發生)法律行為ナリ授益行為ノ一
種タル無因行為ニ屬スルヲ知ル換言スレハ手形行為ハ財產權ノ得喪ヲ必然ノ結
果トナス故ニ手形行為ノ成立アレハ茲ニ財產權ノ得喪ヲ豫定シ得ヘシ勿論現實
ニ確定的効力ノ發生セラルハ手形行為ノ債權的性質ヲ具有スル當然ノ歸結ナリ
只將來現實ニ權利ノ得喪アリトナスコトハ疑ナシ從テ消極的損害ハ手形行為成
立ト共ニ發生スルトノ博士ノ論結ニ贊ス

管理權ヲ有スル親權者タル母カ行衛不明ニ因リ未成年者ノ爲メ親權ヲ行使シ其代表
代表者トシテ其所有ノ不動産ヲ賣却スルコト能ハサルトキハ未成年者ノ爲メ親權ヲ行使シ其
見人ヲ選定シ其後見人ニ於テ未成年者ヲ代表シ或ハ未成年者自ラ其後見人ノ同
意ヲ得テ該不動産ヲ賣却スルコトヲ得ルモノトス」
民法第九〇〇條第一號前段ニ親權ヲ行フ者ナキトアルハ親權者カ行衛不明
ノ爲メ親權ヲ行使スル能ハサル場合ヲモ包含スルモノトス」

管理權ヲ有スル親權者タル母カ行衛不明ニ因リ未成年者ノ爲メ親權ヲ行使シ其代表
者トシテ其所有ノ不動産ヲ賣却スルコト能ハサルトキハ未成年者ノ爲メ後見人ヲ選
定シ其後見人ニ於テ未成年者ヲ代表シ或ハ未成年者自ラ其後見人ノ同意ヲ得テ該不
動產ヲ賣却スヘキナリ蓋シ斯ル場合ニハ後見人ヲ選定セラレサルヤノ疑ヒアルモ民
法第九〇〇條第一號ニ於テ未成年者ノ爲メ現ニ其財產及ヒ身上ニ對スル保護ヲ爲ス者ナ
キ場合ニ於テ後見ヲ開始セシムル法意ナレハ未成年者ニ親權者ナキ場合ハ勿論親權
者アルモ事實上親權ヲ行使スルコト能ハサル場合ニモ後見開始スルモノト解スルナ
相當トスレハナリ故ニ同第一號前段ニ親權ヲ行フ者ナキトアルハ親權者カ行衛
不明ノ爲メ親權ヲ行使スル能ハサル場合ヲモ包含スルモノトス(法曹會大正八年四月五日委員
會第一科決議案(八)第三一號決議法曹記事第二卷第六號二七頁「親權者行衛不明ナル場合ノ未成年者所有不動産ノ賣却

四 未成年者カ法律行為ヲ爲スニハ其法定代理人ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス(下略)
九〇〇 後見ハ左ノ場合ニ於テ開始ス
一 未成年者ニ對シテ親權ヲ行フ者ナキトキ又ハ親權ヲ行フ者カ管理權ヲ有セサルトキ
九三三第一項 後見人ハ被後見人ノ財產ヲ管理シ又其財產ニ關スル法律行為ニ付キ被後見人ヲ代表ス

梅博士

奥田博士

牧野博士

法曹會

等ニ關スル要件(要領)

【親權ヲ行フ者ナキ場合後見ノ開始ニ關スル參照學說】

- 一 母カ心神喪失ノ常況ニ在ルトキハ實際親權ヲ行フコト能ハサルニ依リ民法第九百條第一號ニ依リ後見開始スヘシ但後見開始ノ届出ヲ爲スニ付テハ後見人カ指定又ハ法定ノ後見人ナルトキハ醫師診斷書ヲ添付セシムルヲ相當トス(民刑局長回答法曹記事第五號三七頁)
- 二 新民法ニ於テハ原則トシテ親權ト後見ト相重スルコトヲ許サズ故ニ親權者アレハ後見人ナク後見人アレハ親權者ナキヲ常トス故ニ未成年者ニ關シテ後見ノ開始アルヘキ普通ノ場合ハ親權者ナキ場合ニレナリ即チ親權ヲ行フヘキ父及ヒ母カ知レサルトキ死亡シタルトキ父及ヒ母カ始メヨリ子ノ家ニ在ラサルトキ若クハ子ノ出生ノ後其家ヲ去リタルトキ其他父及ヒ母カ共ニ親權ヲ行フコト能ハサル状態ニ在ルトキハ則チ後見ノ開始アルモノトス(法學博士梅謙次郎氏民法要義三九九頁)
- 三 未成年者ニ對シ親權ヲ行フモノナキコトハ民法ニ在リテハ親權ヲ行フヘキ者カ知レサル場合死亡シタル場合家ヲ去リタル場合初メヨリ家ニ在ラサル場合未成年者ナル場合禁治産者ノ宣告ヲ受ケタル場合親權ノ喪失ヲ宣告セラレタル場合又ハ不在者其他事實上親權行使ノ不能者ナル場合ニ生ス(法學博士奥田義人氏日本親族法七八〇頁)
- 四 親權ヲ行フ者ナキトキ父及ヒ母カ死亡シタルトキ知レサルトキ家ヲ去リタルトキ又ハ親權ヲ行フ能ハサルトキ又ハ裁判上親權ノ喪失ヲ宣告セラレタルトキ等ニ於テ未成年者ノ監護又ハ財産ノ管理ヲ等閑ニ付スルハ社會ノ公益上許スヘキニ非ズ故ニ此場合ニ於テ後見開始ス(法學博士牧野菊之助氏日本親族法論四五七頁)
- 五 未成年者戸主ノ家族タル親權者カ心神喪失ノ常況ニアルモノナルコト確定シタルトキハ之ニ因テ直ニ後見ノ開始ス(法曹會決議法曹記事第二卷第三號二三頁)

民法第九〇〇條第一項一號前段ニ所謂親權ヲ行フ者ナキトキト謂フ中ニハ同後段及同二號所定以外ノ法律上ノ原因ニ基キ親權ヲ行使スル者ナキ場合ハ勿論事實上親權行使ノ不能ナル場合ヲモ包含ズルモノトス而テ本決議カ親權者ノ行衛不明ノ場合ヲ以テ右後見開始原因ノ一場合ト爲シタルハ至當ノ見解ナリ(民法第八七七條參照)果シテ然ラハ論旨第一點ノ歸結ハ素ヨリ正當ニシテ贊同スルニ吝ナラス

八七五 養子ハ離縁ニ因リ其實家ニ於テ有セシ身分ヲ回復ス但第三者カ既ニ取得シタル權利ヲ害スルコトヲ得ス
 九八二 法定又ハ指定ノ家督相續人ナキ場合ニ於テ其家ニ被相續人ノ父アルトキハ父アラサルトキ又ハ父カ其意思ヲ表示スル事能ハサルトキハ母父母共ニアラサルトキ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ親族會ハ左ノ順序ニ從ヒ家族中ヨリ家督相續人ヲ選定ス
 第三 姉妹
 九八四 第九八二條ノ規定ニ依リテ家督相續人タル者ナキトキハ家ニ在ル直系尊屬中親等ノ最近キ者家督相續人ト爲ル但シ親等ノ同シキ者ノ間ニ在リテハ男ヲ先ニス

家督相續權ノ有無ハ家督相續開始ノ時ニ確定スルモノナルヲ以テ法定又ハ指定ノ家督相續人ナキ場合ニ於テ其家ニ被相續人ノ母及ヒ姉アルニ過キサルトキハ被相續人ノ母ハ被相續人ノ姉カ民法第九八二條ノ規定ニ依リ選定ノ家督相續人ト爲ラサル限リハ同法第九八四條ノ規定ニ依リ當然家督相續人ト爲ルモノトス
 法定又ハ指定ノ家督相續人ナク然モ其家ニ被相續人ノ母及ヒ姉アルニ過キサル場合ニ於テ被相續人ノ姉カ民法第九八二條ノ規定ニ依リ家督相續人ニ選定セラレル以前ニ死亡シタルトキハ被相續人ノ母ハ民法第九八四條ノ規定ニ依リ當然家督相續人ト爲ルモノトス

右ノ關係ニ基ク相續ハ他家ニ養子ト爲リタル被相續人ノ妹カ離縁ニ因リ家督相續開始後右姉ノ死亡前ニ復籍シタル事實ニ依リ妨ケラルルモノニ非ス
 然レトモ家督相續權ノ有無ハ家督相續開始ノ時ニ確定スルモノナルヲ以テ法定又ハ指定ノ家督相續人ノ場合ニ於テ其家ニ被相續人ノ母及ヒ姉アルニ過キサルトキハ被

相續人ノ母ハ被相續人ノ姉カ民法第九八二條ノ規定ニ依リ選定ノ家督相續人ト爲ラサル限リハ同法第九八四條ノ規定ニ依リ當然家督相續人ト爲ルモノトス故ニ被相續人ノ姉カ民法第九八二條ノ規定ニ依リ家督相續人ニ選定セラルル以前ニ死亡シタルトキハ被相續人ノ母ハ民法第九八四條ノ規定ニ依リ當然家督相續人ト爲ル此關係ニ基ク相續ハ他家ニ養子ト爲リタル被相續人ノ妹カ離縁ニ因リ家督相續ノ開始後右姉ノ死亡前ニ復籍シタル事實ニ依リ妨ケラルルモノニ非ス何トナレハ右母ノ家督相續權ハ民法第八七五條但書ニ所謂第三者カ既ニ取得シタル權利ニ他ナラサレハナリ本件ニ在リテハ大正六年六月二十七日戸主大前林次ノ死亡ニ因リ家督相續開始シ其當時家族トシテ右林次ノ母タル被上告人並ニ右林次ノ姉ヤスノ二人アルノミナルコト右ヤスノ同年七月三十一日死亡シ選定家督相續人ト爲ラサルコト及ヒ上告人ハ右林次ノ妹ニシテ他家ノ養子ト爲リタルモ右家督相續ノ開始後離縁ニ因リ右林次ノ家ニ復籍シ右ヤスノ死亡後家督相續人ニ選定セラレタルコトハ何レモ原裁判所ノ確定レタル事實ナリ果シテ然ラハ右林次ノ家督相續人ハ被上告人ニシテ上告人ニ非サルコト前項ノ法則ニ徴シ明瞭ナリ故ニ原裁判所カ上告人敗訴ノ判決ヲ言渡シタルハ結局正當ナリ(大審院大正八年(オ)第八一三號同年十月二十五日民三第橫田裁判長大倉磯谷松岡鬼澤各判事列決)

【關係事項】 上告棄却○原審廣島控訴院○家督相續回復請求事件○上告人大前たみよ訴訟代理人辯護士吉田三市郎同田坂貞雄同阿保淺次郎同佐々木藤市郎同長野國助同白川龍一被上告人大前くら

一七七 不動産ニ關スル物權ノ得喪及ヒ變更ハ登記法ノ定ムル所ニ從ヒ其登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス
 三九二 債權者カ同一ノ債權ノ擔保トシテ數個ノ不動産ノ上ニ抵當權ヲ有スル場合ニ於テ同時ニ其代價ヲ配當スヘキトキハ其各不動産ノ價格ニ準シテ其債權ノ負擔ヲ分ツ或不動産ノ代價ノミナ配當スヘキトキハ抵當權者ハ其代價

債務者又ハ抵當權設定者ハ先順位者ヨリ抵當權ヲ實行セラルヘキコトヲ豫期セラル者ナレハ次順位者ヲシテ代リテ其抵當權ヲ行ハシムルモ此等ノ者ニ損害ナキノミナラス代位者カ其權利ヲ行フト被代位者之ヲ行フトハ毫モ被代位者ヨリ後順位ナル抵當權者ノ權利ニ影響ヲ及ホスコトナケレハ右ノ代位ハ債務者抵當權設定者並ニ被代位者ヨリ後順位ナル抵當權者ニモ對抗スルコトヲ得ルモノト爲スヲ相當トス

民法第三九三條ハ代位者ハ附記登記ヲ爲ササルモ代位ヲ如上ノ者ニ對抗スルコトヲ得ヘク此點ニ於テ民法第一七七條ノ例外ヲ爲スモノナルモ代位者カ附記登記ヲ爲スヲ禁シタルニ非サル旨趣ヲ明カニシタルモノト解スルヲ相當トス

然レトモ抵當權者カ抵當權ノ目的タル數個ノ不動産中或不動産ニ付キ抵當權實行ノ爲メ競賣ノ申立ヲ爲シ其不動産ノ代價ヲ配當スル場合ニ於テハ其抵當權者ハ其代位ノミヨリ債權全額ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘシ然ルトキハ同一不動産上ノ次順位ノ抵當權者ノ其代價ヨリ債權ノ辨濟ヲ受クルコト能ハサルヘキヲ以テ民法第三九二條第二項ハ此次順位者ヲ保護スル爲メ同條第一項ニ從ヒ先順位者カ他ノ不動産ニ付キ辨濟ヲ受クヘキ金額ニ滿ツルマテ之ニ代位シテ他ノ不動産ニ對シ先順位ノ抵當權ヲ行フコトヲ得セシメ以テ此抵當權ヲ消滅セサラシメタルナリ故ニ此代位ハ當事者ノ意思ニ拘ラスシテ當然發生スル所謂法定代位ナリ加之債務者又ハ抵當權設定者ハ右

ニ付キ債權ノ全部ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得此場合ニ於テハ次ノ順位ニ在ル抵當權者ハ前項ノ規定ニ從ヒ右ノ抵當權者カ他ノ不動産ニ付キ辨濟ヲ受クヘキ金額ニ滿ツルマテ之ニ代位シテ抵當權ヲ行フコトヲ得
 三九三 前條ノ規定ニ從ヒ代位ニ因リテ抵當權ヲ行フ者ハ其抵當權ノ登記ニ其代位ヲ付記スルコトヲ得

富井博士
梅博士

先順位者ヨリ抵當權ヲ實行セラレヘキコトヲ豫期セル者ナレハ次順位者ヲシテ代リ
テ其抵當權ヲ行ハシムルモ此等ニ損害ヲ與フルコトナカルヘク又代位者カ其權利ヲ
行フト被代位者カ其權利ヲ行フトハ毫モ被代位者ヨリ後順位ナル抵當權者ノ權利ニ
影響ヲ及ホスコトナキヲ以テ右ノ代位ハ債務者抵當權設定者並ニ被代位者ヨリ後順
位ナル抵當權者ニモ對抗スルコトヲ得ルモノト爲スナリトス是ヲ以テ民法第三
九三條ハ此精神ニ依リ規定セラレタルモノニシテ前條ノ規定ニ從ヒ云云其抵當權ノ
登記ニ其代位ヲ附記スルコトヲ得トアルハ代位者ハ附記登記ヲ爲ササルモ代位者如
上ノ者ニ對抗スルコトヲ得ヘク此點ニ於テ民法第一七七條ノ例外ヲナスモノナルモ
代位者カ附記登記ヲ爲スヲ禁シタルニアラサル趣旨ナリトシタルモノト解スルヲ相
當トス抗告人ハ民法第五〇一條ヲ引用シテ論スル所アルモ同條第一號ハ保證人ニ對
シテ第三取得者ヲ保護シタルモノニシテ本件ノ場合ト同一ニ論スルコトヲ得サルヲ
以テ其所論ハ當ヲ得ス然ラハ本件ニ於テ株式會社櫻井共益銀行ニ代位シテ本件不動
産ニ對シ抵當權實行ヲ爲サントスル神谷忠次(原審ノ抗告人)ハ代位ノ附記登記ヲ爲サ
サリシトテ競賣申立ヲ爲スコトヲ得サルモノト謂フヘカラス仍テ原決定ハ相當ナリ
(大審院大正八年(ク)第一三三號同年八月二十八日民二部馬場裁判長田上柳川滋潤成道各判事決定)

【關係事項】

抗告棄却○原審橫濱地方裁判所○不動産競賣開始決定ニ對スル異議事付○抗告人木村勘次郎代理人辯護士加藤敬
吉

【次順位抵當權者ノ代位登記ハ對抗要件ニ非ストノ同趣旨學說】

一 抵當權者ノ次順位者ノ代位ハ法律ノ規定ニ依ルモノナルカ故ニ特ニ之ヲ登記スルコトヲ必要トセス然リト雖モ代位者ニ於
テハ其登記ヲ爲スニ付キ著大ナル利益ヲ有スルモノトシ民法ハ登記要件ト爲ササルモ代位者ハ其抵當權ノ登記ニ代位者付記
スルコトヲ得ルモノトス(法學博士富井政章氏民法原論物權五九六頁)
二 民法第三九三條第二項ノ規定ニ依リ次順位ノ抵當權者ハ第一順位ノ抵當權者ニ代位シテ抵當權ヲ行フト得而シテ之
カ爲ニハ特ニ登記ヲナスコトヲ必要トセサルナリ然リト雖モ代位者ノ爲メニハ登記ヲ爲シタル方頗ル便利ナリ(法學博士梅藤
次郎氏民法要義物權五七八頁)

川名博士
中島博士

石坂博士

鳩山博士

横田博士

【同上異趣旨參照學說】

三 抵當權ノ代位ハ之ヲ登記スルコトヲ要セス然カモ第三者ニ對抗スルコトヲ得其登記ノ實益ハ第一ニ抵當權濺除ノ場合ニ於
テ代位者ハ増加競賣ヲ請求スル機會ヲ逸セサルコトニアリ(法學博士川名名譽四郎氏物權法要論三〇六頁)
四 第三九三條ノ代位ハ所謂法定代位ニシテ當事者ノ意思ニ關係ナク生スル所ナリ而シテ其登記ヲ爲サスト雖モ後順位ノ
抵當權者ニ對抗スルコトヲ得蓋シテ代位者カ其權利ヲ行フト被代位者自身カ其權利ヲ行フトハ毫モ後者ノ權利ニ影響ヲ及ホスト
コトナレハナリ然ラハ即チ此點ハ第七七條ノ例外ト見ルヲ妨ケサルヘシ理由書ニハ本條ヲ設ケテ登記ヲ爲スノ權ヲ與
タリトアリ又法文ニハ得トアリテ規定セズ故ニ登記ナクシテ代位者以テ他人ニ對抗スルヲ妨ケサルモ當事者ノ希望ニヨ
リテ之ヲ登記セシムルコトヲ得セシムルナリ(法學博士中島玉吉氏民法釋義物權下二一七六頁)
五 第一順位ノ抵當權者カ一號二號ノ不動産ニ付キ抵當權ヲ有シ更ニ第二順位ノ抵當權者カ二號ノ不動産ニ付キ抵當權ヲ有ス
ル場合ニ甲カ二號カ不動産ニ付價權全部ノ辨濟ヲ受ケタルトキ乙ハ一號ノ不動産ニ付キ何等ノ權利ヲ有セサルモ尙甲ノ抵當權
ヲ代位シ甲カ其不動産ヨリ受ケヘカカリシ範圍ニ於テ其ノ不動産ヨリ辨濟ヲ受ケルコトヲ得ルモノトス之ニ依リ次順位以下ノ抵
當權者ノ利益ヲ防クコトヲ得ヘシ而シテ此場合ハ法律ノ規定ニ依ル代位ナルカ故ニ第二順位ノ抵當權者ハ登記ヲ爲ササルモ
之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得(法學博士石坂普四郎氏物權法立命館大學講二二二頁)
六 抵當權者ノ法律上ノ性質ハ代位辨濟ト同シ抵當權ノ法律上ノ移轉ナリ乍然其登記ニ付キテハ移轉登記ヲ爲スニアラスシテ
三九三條ノ規定スルカ如ク代位ノ付記登記ヲナスモノトス而シテ此ノ場合ニ於ケル登記ノ效力ニ付キテハ代位ノ對抗要件ニ非
スシテ單ニ代位者ノ利益ノ爲メニ登記ヲナシ得ヘキモノニ過キスト解セラルルヲ常トス(法學博士鳩山秀夫氏擔保物權法大
講二二二頁)

判旨ノ妥當ナルヲ認ム

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

民事訴訟法四三四 上告ハ法律ニ違背シタル裁判ナルコトヲ理由トスルトキニ限り之ヲ爲スコトヲ得

舊商法一〇二六 債權ノ確定ハ承認又ハ裁判所ノ判決ヲ以テ之ヲ爲ス

調査會ニ於テ管財人ヨリモ亦債權ノ確定シ若クハ貸借對照表ニ掲ケタル債權者ヨリモ異議ヲ申立テサルトキハ債權ハ承認ヲ得タルモノトス

管財人ノ債權ニ係ル承認又ハ異議ハ破産主任官其管財人ニ代ハリテ之ヲ爲ス

同一〇二七 異議ヲ受ケタ 各債權ハ若シ其債權者之ヲ取消ササルトキハ破産裁判所公廷ニ於テ破産主任官ノ演述ヲ聽キ成ル可ク合併シテ其判決ヲ爲ス可シ其辯論及ヒ判決ハ原告被告ノ出頭セサルトキト雖モ之ヲ爲ス但此判決ニ對シテハ故障ヲ申立ツルコトヲ得ス

民事訴訟用印紙法一 民事訴訟ノ書類ニハ以下數條ノ規定ニ從ヒ其正本ニ印紙ヲ貼用ス可シ但裁判所書記ニ口述シテ調査ヲ作ラシメタルトキハ其調査ニ印紙ヲ貼用ス可シ

(一) 不動産物權ノ得喪變更ノ登記ハ對抗力發生ノ要件タルノミナラス其存續ノ要件ヲ爲スモノナレハ登記力其最初ヨリ又ハ其後ニ至リ物權變動ノ眞實ノ内容ヲ表示セス又ハ表示スルニ足ラサルニ至リタルトキハ其原因力當事者ノ申請ニ基クト將又登記官吏ノ過失ニ出ツルトヲ問ハス其眞實ノ内容ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトス

舊登記簿ニ契約當事者間ニ於ケル根抵當設定契約ニ依リ登記シタル根抵當ハ之ヲ以テ第三者ニ對抗シ得タルコト勿論ナリト雖モ之ヲ新登記簿ニ移記スルニ當リ根抵當ノ表記ヲ遺脱シ之ヲ缺クニ至リタルトキハ根抵當ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトス

(二) 第一審ニ於ケル訴訟手續ノ違法ハ上告適法ノ理由ト爲ラス

舊商法破産編第一〇二七條ニ所謂破産主任官ノ演述トハ破産裁判所ヲシテ破産事件ノ進行經過ニ關スル事件ヲ知ラシムルノ目的ニ出ツルモノニシテ即チ主トシテ債權調査會ニ於ケル如何ナル債權ニ對シ如何ナル異議ノ申立アリシヤノ事實關係ヲ演述スルニ止マリ債權ノ成立及ヒ異議ノ理由ニ關スル自己ノ意見ヲ發表スヘキモノニアラス

(三) 破産主任官ハ破産裁判所ノ部員ヨリ之ヲ選任スヘキモノナルヲ以テ破産主任官力破産債權確定ノ裁判ヲ爲スニ當リ破産裁判所ヲ構成スルハ勿論ナリトス

(四) 舊商法ニ於テハ債權調査會ニ於テ異議ノ申立ヲ受ケタル各債權ハ當然破産裁判所ニ繫屬シ其公廷ニ於テ破産裁判所之力裁判ヲ爲スヘキモノニシテ異議ヲ受ケタル債權者ハ其異議アリタル力爲メニ之ヲ確定ノ目的ヲ以テ新ニ訴ヲ提起スヘキモノニアラサレハ舊商法破産篇第一〇二七條ニ依リ破産裁判所ノ判決ヲ受クルニハ民事訴訟用印紙法ニ依リ訴訟印紙ヲ貼用スヘキ者ニアラス

(一) 案スルニ登記ハ不動産物權ノ得喪變更ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ヘキ公示方法ナルヲ以テ物權變動ノ内容ハ當ニ登記ニ依リ之ヲ明ニ得ヘキコトヲ要スルカ故ニ登記ハ對抗力發生ノ要件ナルノミナラス實ニ其存續ノ要件ヲ爲スモノトス

テ登記力其最初ヨリ又ハ其後ニ至リ物權變動ノ眞實ノ内容ヲ表示セス又ハ表示スルニ足ラサルニ至リタルトキハ其原因力當事者ノ申請ニ基クト將又登記官吏ノ過失ニ出ツルトヲ問ハス其眞實ノ内容ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトス蓋シ登記力公示方法タル以上物權變動ノ内容ハ第三者ニ對スル關係ニ於テハ一ニ登記簿

ノ記載ノミニ依リ判斷セラルヘク登記申請書附屬書類又ハ抹消セラレタル舊登記簿等ノ記載ト相俟ツテ登記ノ内容ヲ知了セサルヘカラサルモノニアラサルヲ以テナリ本件ニ於テ原審ノ確定スル所ニ依レハ舊登記簿ニハ債權限度金二千圓ニ付キ根抵當ヲ設定シタル旨ノ表記アリタルモ之ヲ新登記簿ニ移記スルニ當リ其表示ヲ遺脱シ根抵當タルコトヲ認メ得ヘキ表記ヲ缺クニ至リタルモノニシテ其後右債權額二千圓ヲ金二千圓ニ變更シタル附記登記ニ付テモ亦根抵當タルコトヲ認メ得ヘキ表記ヲ債權額二千圓及ヒ之カ金額ヲ變更シタル二萬五千圓ノ附記登記ニ付キ普通債權設定ノ登記ノミ存スト謂フニ在リ然ラハ舊登記簿ニ契約當事者間ニ於ケル根抵當設定契約ニ依リ登記シタル根抵當ハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得タルコト勿論ナリト雖モ之ヲ新登記簿ニ移記スルニ當リ根抵當ノ表記ヲ遺脱シ之ヲ欠クニ至リタルモノナルヲ以テ假令契約當事者間ノ根抵當設定契約ニ何等變更ナキ場合ト雖モ其契約ノ眞實ノ内容ヲ表示スルニ足ルヘキ登記ヲ欠クニ至リタルモノナルヲ以テ其欠缺ノ原因カ登記官吏ノ過失ニ出ツルト否トハ問ハス根抵當ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノト謂ハサルヘカラス然ルニ原審ハ上告所論ノ如ク登記官吏カ當初有效ナル登記ヲ爲シタル以上ハ假令後日ニ至リ舊登記簿ヨリ新登記簿ニ移記スルニ當リ其一部ヲ脱落スルモ之カ爲メ一旦有效ニ爲シタル登記ノ效力ニ消長ヲ生スヘキ理由ナキヲ以テ被上告銀行ハ當初ノ適法ナル登記ニ基キ根抵當ノ效力ヲ何人ニモ對抗シ得ヘキモノナリト判示シタルハ登記ノ對抗カテ誤解シタル失當アリ

(三) 上告理由 原判決ハ舊商法破産編第一〇二七條ニ違反シタル第一審判決ヲ認可シタル違法ノ判決ナリ蓋同條ニ依レハ破産債權ニ付キ異議アルトキハ破産裁判所ハ公廷ニ於テ破産主任官ノ演述ヲ聽キタル上ニ於テ判決ヲ爲スヘキモノナリ此演述ト云フハ債權ノ成立及ヒ異議ノ理由ニ關スル意見ヲ云フモノト解セサルヘカラス(イ)第二異議アリタル旨ノ報告ノミテハ此制度ヲ存シタル理由ヲ知ルニ苦マサルヲ得ズ單ニ異議アリタルコトノミノ報告ナラハ第一〇二五條ニ用ウ(ハ)若キ周書ニテ十分ナリ(ロ)我訴訟法其他ニ於テハ演述トハ主トシテ事實關係ノ開示及ヒ意見ノ陳述ノル意味ニ用ウ(ハ)若キ又之ヲ以テ單ニ異議アリシ事實ノ報告ニ止マラハ原告被告欠席ノ場合ニ爲スヘキ裁判(同條後段)ハ何ヲ資料トシテ之ヲ爲スヘキ此演述トハ必スヤ上記ノ如ク債權ノ性質及異議ノ要旨ニ關スルモノナラサルヘカラス然ルニ本件ニ於テハ主任官カ異議事實

ノ報告ノ外ニ何等演述ヲ爲シタル事蹟ノ認ムヘキナキヲ以テ此點ニ於テ手續上ノ違法アルヲ免レス

【判決理由】 然レトモ第一審ニ於ケル訴訟手續ノ違法ハ上告適法ノ理由ト爲ラサルノミナラス舊商法破産編第一〇二七條ニ所謂破産主任官ノ演述トハ破産裁判所ヲシテ破産事件ノ進行經過ニ關スル事情ヲ知ラシムルノ目的ニ出ツルモノニシテ即チ主トシテ債權調査會ニ於テ如何ナル債權ニ對シ如何ナル異議ノ申立アリシヤノ事實關係ヲ演述スルニ止マリ債權ノ成立及ヒ異議ノ理由ニ關スル自己ノ意見ヲ發表スヘキモノニアラス蓋シ破産主任官ハ後ニ説明スル如ク破産裁判所ノ構成員ナルヲ以テ其審理ニ當リ裁判ノ結果ヲ豫斷スルカ如キ意見ヲ公示スルコトヲ得サルハ勿論ナルヲ以テナリ仍テ論旨ハ理由ナシ

(三) 破産主任官ハ破産裁判所ノ部員ヨリ之ヲ選任スヘキモノナルヲ以テ破産主任官カ破産債權確定ノ裁判ヲ爲スニ當リ破産裁判所ヲ構成スヘキコト勿論ナリトス蓋シ破産事件ハ裁判所構成法第二八條ニ依リ合議裁判所タル地方裁判所ノ管轄ニ屬セシメタルヲ以テ合議裁判所自カラ破産事件ニ關シ指揮監督ヲ爲スニ於テハ手續ノ進行ヲ遅延セシメ一般債權者ニ損害ヲ生セシムル虞アルヲ以テ手續ノ進行ヲ迅速敏捷ナラシメ事務ノ處理ヲ簡明平易ナラシムル目的ヲ以テ我舊商法ニ於テハ合議裁判所ノ部員一名ヲ以テ破産主任官トシ總テ破産手續ヲ指揮監督セシムルノ法則ヲ採用シタルヲ以テナリ然ラハ本件ニ於テ破産裁判所カ部員判事押川東太チ破産主任官ニ任命シ且ツ其一審ニ於テハ裁判所構成員トシテ之ニ關與シタルハ元ヨリ正當ナリ

(四) 我舊商法ニ於テハ債權調査會ニ於テ異議ノ申出ヲ受ケタル各債權ハ當然破産裁判所ニ繫屬シ其公廷ニ於テ破産裁判所ノ力裁判ヲ爲スヘキモノニシテ異議ヲ受ケタル債權者ハ其異議アリタルカ爲メニ之カ確定ノ目的ヲ以テ新ニ訴ヲ提起スヘキモノニアラサレハ舊商法破産編第一〇二七條ニ依リ破産裁判所ノ判決ヲ受クルニハ民事訴訟用印紙法ニ依リ訴訟印紙ヲ貼用スヘキモノニアラス(大審院大正八年(オ)第一七五號同年八月一日民一部田部裁判長磯谷尾古鈴木三宅各判事判決)

【關係事項】一部破産廢展○原審大阪控訴院○破産債權優先權確認請求事件○上告人株式会社十八銀行訴訟代理人辯護士長尾梅吉同勝田水吉被上告人株式会社高島銀行訴訟代理人辯護士岩田宙造同清水郁

【判旨】第一審ニ於ケル訴訟手續ノ違法ト上告理由ニ關スル同趣旨判例

- 一 控訴審ノ訴訟手續ニシテ適法ニ行ハレタル以上ハ縱令第一審ニ於ケル訴訟手續ニシテ違法アリトスルモ之ヲ以テ上告ノ理由トスルニ足ラス(大審院大正二年一月二十五日民一部判決本書第二卷民法六三九頁)
- 二 控訴審ノ訴訟手續ニシテ適法ニ爲サレタル以上ハ縱令第一審ニ於ケル訴訟手續ニ違法ノ點アリトスルモ之ヲ以テ控訴判決ヲ破毀ス(キ瑕疵ト爲スナ得ス(同上明治四五年二月五日民二部判決))
- 三 第一審裁判ニ於ケル訴訟手續ノ批難ニ付キ第二審裁判所ニ於テ何等異議ノ申立ヲ爲ササリシトキハ之ヲ以テ上告ノ理由ト爲スナ得ス(同上明治三三年判決民錄第一卷二二頁)
- 四 第一審ニ於テ當事者ニ對スル呼出ノ手續適法ナラザリシ日期日ニ訊問シタル證人ノ證言ヲ第二審ノ判決ニ採用スルモ第二審ニ於テ異議ヲ主張セザリシトキハ以テ上告ノ理由トスルナ得ス(同上明治三二年判決民錄第六卷七四頁)
- 五 第一審調書ノ取遺ニ就テ控訴審ニ於テ異議ヲ主張セザリシトキハ之ヲ以テ上告ノ理由ト爲スナ得ス(同上明治三二年判決民錄第七卷九頁)

(二八四)

七六四第一項 戸主ヲ失ヒタル家ニ家督相續人ナキトキノ絶家シタルモノトシ其家族ハ各一家ヲ創立ス但子ハ父ニ隨ヒ父カ知レザルトキ他家ニ在ルトキ若クハ死亡シタルトキハ母ニ隨ヒテ其家ニ入ル

一〇五二第一項 前條ノ場合ニ於テハ裁判所ハ利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ因リ相續財産ノ管理人ヲ選任スルコトヲ要ス

民法施行法九二 相續人曠缺ノ場合ニ關スル民法ノ規定ハ其施行前ニ開始シタル相續ニ付テハ其施行ノ日ヨリ之ヲ適用ス

家ナクシテ戸主アルコトナク從テ絶家ノ場合ニハ戸主權ヲ承繼スル家督相續ナルモノアルノ理ナクハ絶家ノ場合ニ家督相續人ヲ選定スルコトハ法律上不可能ノ事ナリトス

相續人曠缺ノ場合ニ關スル民法ノ規定ハ其場合ニ於ケル相續財産ノ處分ニ關スルモノニシテ絶家シタル場合ニ家督相續人ヲ選定スルコトヲ得ルヤ否ヤニ沒交渉ノ規定ナレハ民法施行法第九二條ニ依リテ民法施行前既ニ絶家トナリタル場合ニモ家督相續人ヲ選定シ得ルカ如ク解スルハ謬レリトス

然レトモ家ナクシテ戸主アルコトナク從テ絶家ノ場合ニハ戸主權ヲ承繼スル家督相續ナルモノアルノ理ナクハ絶家ノ場合ニ家督相續人ヲ選定スルコトハ法律上不可能ノ事ナリ故ニ此理由ヲ以テ本件申請ヲ却下スヘキモノト爲シタル原決定ハ正當ナリ相續人曠缺ノ場合ニ關スル民法ノ規定ハ其場合ニ於ケル相續財産ノ處分ニ關スルモノニシテ絶家シタル場合ニ家督相續人ヲ選定スルコトヲ得ルヤ否ヤニ沒交渉ノ規定ナレハ民法施行法第九二條ニ依リテ民法施行前既ニ絶家トナリタル場合ニモ家督相續人ヲ選定シ得ルカ如ク論シ以テ原決定ヲ違法ナリト爲スハ謬レリ(大審院大正八年(タ)第一五五號同年十二月十日民一部田部裁判長尾古柳川鈴木三宅各判事決定)

【關係事項】 抗告棄却○原審橫濱地方裁判所○親族會招集申請却下決定ニ對スル抗告事件○告人井上市太郎代理人辯護士奥野弘之

(二八五)

一一三 代理權ヲ有セサル者カ他人ノ代理人トシテ爲シタル契約ハ本人カ追認ヲ爲スニ非サレハ之ニ對シテ其效力ヲ生セス

追認又ハ拒絕ハ相手方ニ對シテ之ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ其相手方ニ對抗スルコトヲ得ス但相手方カ其事實ヲ知リタルトキハ此限ニ在ラス

民法第一一三條第二項ハ無權代理人ノ爲シタル契約ノ追認又ハ拒絕ヲ以テ相手方ニ對抗スル場合ニ關スル規定ニシテ代理人ニ對抗スルニモ尙ホ相手方ニ對シ

テ追認又ハ拒絕ヲ爲スコトヲ必要トセル趣旨ニ非サレハ代理人ニ對抗スルニハ代理人ニ對シテ追認又ハ拒絕ヲ爲スヲ以テ足ルモノトス

然レトモ民法第一一三條第二項ハ無權代理人ノ爲シタル契約ノ追認又ハ拒絕ヲ以テ相手方ニ對抗スル場合ニ關スル規定ニシテ代理人ニ對抗スルニモ尙ホ相手方ニ對シテ追認又ハ拒絕ヲ爲スコトヲ必要トセル趣旨ニ非サレハ代理人ニ對抗スルニハ代理人ニ對シテ追認又ハ拒絕ヲ爲スヲ以テ足ルモノト多言ヲ俟タサルヘシ本件ニ付原院ハ上告人元代安告カ佃商店支拂人ナル名義ヲ以テ係争物件ヲ賣却シタルハ代理權ナクシテ被上告人ノ爲メニ代理シタルモノナルコトヲ認メ而シテ被上告人カ安吉歸朝ノ際直接同人ニ對シ其代理行爲ヲ追認シタル事實ヲ認メタルカ故ニ被上告人ハ上告人ニ對シ安吉カ該賣却ニ因リ收受シタル代金ノ支拂ヲ求ムルコトヲ得ト判定シタルモノナレハ上告論旨ノ如ク法律ノ解釋ヲ誤リタル不法アルモノニ非ス(大審院大正八年(オ)第八〇號同年十月二十三日民二部馬場裁判長田上柳川基湖成道各判事判決)

【關係事項】 上告棄却○原審長崎控訴院○商店賣却代金請求事件○上告人廣瀬よね訴訟代理人辯護士公莊惟和岡岡山陽被上告人佃力松

【參照學說判例】

- 一 相手方又ハ代理人ノ何レニ對シテモ之ヲ爲スコトヲ得ルモノトス然リト雖モ之ヲ以テ相手方ニ對抗スルニハ相手方ニ對シテ其意思表示ヲ爲スコトヲ要ス蓋追認又ハ其拒絕ハ直接ニ本人ト相手方トノ間ニ其效果ヲ生スルモノナレハナリ但相手方カ代理人ヨリ通知ヲ受ケタル等ニ因リ追認又ハ其拒絕アリタルコトヲ知リタルトキハ此限ニ在ラス(法學博士富井政章氏民法原論總則四四五頁)
- 二 相手方ニ對シテ之ヲ爲ササルトキハ假令本人ト自稱代理人トノ間ニ於テハ其追認又ハ追認ノ拒絕充分ノ效力ヲ有スルモノトナリ相手方ニ對抗スルコトヲ得ス然ラズハ相手方ノ知ラサル間ニ全然無効ナル契約カ充分ノ效力ヲ生スルコトナリ又ハ追認ニ因リテ效力ヲ生スヘキ契約カ永久ニ無効ト爲リ相手方ハ次ノ二條ニ定メタル權利ヲ失フニ至リテ頗ル穩當ヲ缺クヘケレハナリ但相手方カ既ニ自稱代理人ト通知其他ノ方法ニ由リ本人カ追認ヲ爲シタルコト又ハ之ヲ拒絕ミタルコトヲ知レルトキハ此限ニ在ラス(法學博士梅澤次郎氏民法要義總則二六三頁)

岡松博士

平沼博士

三博士

川名博士

中島博士

松岡博士

鳩山博士

三 追認又ハ拒絕ハ第一百十四條ニ依リ催告ヲ受ケタル場合ノ外ハ代理人又ハ相手方ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得而シテ相手方ニ對シ爲ス場合ニハ代理人ニ依リ之ヲ爲サシムルモ亦可ナリ(法學博士岡松太郎氏民法總則講義第二九七頁)

四 代理人ニ對シテ爲サレタル追認又ハ拒絕ハ決シテ無効ナルアラズ本人代理人間ニ於テハ互ニ之ヲ對抗スルコトヲ得ルモノトス又相手方ハ代理人又ハ本人ニ對シテ之ヲ採用スルヲ妨ケスレバ本人及代理人間ノ行爲ヨリ默示ノ追認又ハ拒絕アリト見ルヘキ場合ニ於テ最モ必要ナリトス(同上二九八頁)

五 本人カ追認又ハ其拒絕ヲ代理人ニ對シテ爲スモ是れ相手方ニ對シテハ他人間ノ行爲ナルカ故ニ之ヲ相手方ニ對シ採用シ得ヘキ理由ナシ且追認又ハ拒絕ハ代理人ニ代理權ヲ與ヘ又ハ之ヲ取消スモノニ非ス代理人カ既ニ爲シタル行爲ハ代理行爲トシテ效力ヲ生スヘキヤ否ヤヲ定ムルモノナリ故ニ代理人ニ關スル關係ニ非シテ相手方ニ關スル關係ナレハナリ(同民法理由總則二五四頁)

六 追認ハ本人ト追認ノ效力ヲ生スヘキ代理行爲ノ相手方トノ間ニ於テ法律關係ヲ生スヘキモノナルカ故ニ無權代理人ニ對シテ爲サシテ其相手方ニ對シテ爲スニ至當ト爲スカ如キ觀アリ獨逸民法ハ此主義ニ從フ然ルニ我民法ハ之ニ從ハス無權代理人又ハ相手方ニ對シテ之ヲ爲スニ因リ效力ヲ生スヘキモノト爲ス但相手方ニ對シテ之ヲ爲スニ非サレハ之ヲ相手方ニ對抗スルヲ得サルモノナリ(法學博士平沼博士民法總論五六三頁)

七 追認又ハ其拒絕ノ意思表示ハ第三者ニ對シテ之ヲ爲スモ其效力ヲ生スヘシト雖モ其事實ヲ知ラサル相手方ハ自己ノ利益ノ爲メニ追認又ハ其拒絕ノ效力ヲ生セサル旨ヲ主張スルコトヲ得ルモノナリ(法學博士松波仁一郎氏同仁保龜松氏同仁井田益太郎氏民法正解總則六六二頁)

八 追認ハ契約ノ相手方ニ對シテ有效ニ之ヲ爲スコトヲ得然レ吾民法ニ於テハ無權代理人ニ對スル追認モ全然無効ニハアラズ相手方カ其追認ヲ知リタルトキハ追認ノ效力ヲ生シ知ラサル間ハ之ニ對シテ追認ノ效力ヲ生セサルモノトス此場合ニ於テモ追認ハ本人ヲ拘束ス其結果トシテ本人ハ最早追認ヲ拒絕スルコトヲ得サルヘシ(法學博士川名餘四郎氏民法總論二四五頁)

九 追認ノ相手方ハ代理行爲ノ相手方ナラサルヘカラス代理人ニ對シテ爲シタル追認ハ效力ナシ但相手方カ其事實ヲ知リタルトキハ此限ニ在ラス(法學博士中島玉吉氏民法釋義總則六三四頁)

一〇 追認ハ本人カ無權代理人ニ對シテ之ヲ爲シ或ハ相手方ニ對シテ之ヲ爲スニ因リテ其效力ヲ生ス唯本人カ無權代理人ニ對シテ追認ヲ爲シタルトキハ之ヲ以テ追認ノ事實ヲ知ラサル相手方ニ對抗スルコトヲ得サルノミ(法學博士松岡義正氏民法總則五〇六頁)

一一 民法ハ相手方ニ對シテ爲スニ非サレハ之ヲ以テ其相手方ニ對抗シ得サルモノトス即チ完全ナル效力ヲ有スヘキ追認ハ唯相手方ニ對スル意思表示ニヨリテ之ヲ爲シ得ヘキモノナルコト明ナリ其相手方ニ對シテ爲サレタル追認ノ意思表示ハ民法第九七條ニヨリ相手方ニ到達シタル時ニ於テ其效力ヲ生スルモノニシテ其時以後ニ於テハ相手方ハ取消ニヨリテ拘束ヲ免ルルコトヲ得サルナリ然レトモ民法ハ追認ノ方法ヲ之ニ限リタルニ非ラス相手方ニ對シテ爲サレタル追認ハ相手方ニ於テ其事實ヲ知リタルトキハ相手方ニ對抗シ得ヘク即チ追認トシテ完全ナル效力ヲ生シ相手方ニ於テ其事實ヲ知ラサルトキハ相手方ニ對抗

判旨ハ至當ナリ

(二八六)

抗シ得サルモ尙本人ヲ拘束スル効力アルモノトス(法學博士鳩山秀夫氏民法註釋二卷二四六頁)

一二 追認ハ相手方若ハ代理人ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ爲スコトヲ得レトモ相手方ニ對シテ之ヲ爲サ、ルトキハ相手方ニ於テ其追認アリタル事實ヲ知ラザル限リハ之ヲ以テ其相手方ニ對抗スルコトヲ得サルモノトス(法學博士嘉山幹一氏民法總論大正三年度中大講義二八九頁)

一三 相手方ニ對シテ之ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ相手方ニ對抗スルコトヲ得ズ併テ相手方ニ於テ追認又ハ其拒絕ノ事實ヲ知リタル場合ニ於テハ特ニ相手方ニ對シテ之ヲ爲スノ必要ナシトス(法學博士飯島喬平氏民法要論二〇五頁)

一四 自稱代理人自身ニ對シテ表示セラレタルトキハ其追認ハ無効ニアラサルモノトシテ以テ此事實ヲ知ラザル相手方ニ對抗スルコトヲ得ズ從テ後ノ場合ニ於ケル相手方ヨリ主張スルモ妨ナキト共ニ本人ニ於テモ自稱代理人カ追認アリタルコトヲ相手方ニ通知シタルカ如キ場合ニハ之ヲ主張シ得ルナリ(法學博士鳩山一郎氏民法總則日大講義三六六頁)

一五 本人カ無權代理人ニ對シテ追認ヲ爲シタルトキハ之ヲ以テ相手方ニ對抗スルコトヲ得ズト雖モ本人ト代理人間ノ子係ニ於テハ代理人カ代理行為ノ當初ヨリ代理權ヲ有シタルト同一ノ效力ヲ生スルモノトス(大審院大正四年(オ)第一〇七一號同五年四月四日判決民錄第二輯六七八頁本書第五卷民法六三八頁)

八二〇 妻カ婚姻中ニ懷胎シタル子ハ夫ノ子ト推定ス

婚姻成立ノ日ヨリ二百日後又ハ婚姻ノ解消若クハ取消ノ日ヨリ三百日內ニ生レタル子ハ婚姻中ニ懷胎シタルモノト推定ス

八二四 夫カ子ノ出生後ニ於テ其嫡出ナルコトヲ承認シタルトキハ其否認權ヲ失フ

八三六 庶子ハ其父母ノ婚姻ニ因リテ嫡出子タル身分ヲ取得ス

婚姻中父母カ認知シタル私生子ハ其認知ノ時ヨリ嫡出子タル身分ヲ取得ス

前二項ノ規定ハ子カ既ニ死亡シタル場合ニ之ヲ準用ス

父母ノ婚姻中ニ生シタル子ハ假令其婚姻前ニ懷胎シタルモノ(例之婚姻ハ大正四年二月一〇日ニ成立シ子ハ大正四年五月一三日ニ出産ス)ト雖モ苟モ其父ニ於テ否認セサル限りハ嫡出子ニ他ナラサルモノトス

然レトモ民法第八三六條第一項ノ法則ヲ基本トシテ推究スレハ父母ノ婚姻中ニ生シタル子ハ假令其婚姻前ニ懷胎シタルモノト雖モ苟クモ其父ニ於テ否認セサル限りハ嫡出子ニ他ナラサルコトヲ知ルコトヲ得ヘシ本件ニ在リテハ訴外小柳竹七及ヒふけ間ノ婚姻ハ大正四年二月十日ニ成立シ又被上告人ハ大正四年五月十三日右兩人間ニ出生シタル子ナルコト及ヒ上告人ト右竹七並ニふけ間ノ養子縁組ハ大正四年五月二十七日ニ成立シタルコト原裁判所ノ確定シタル事實ナリ果シテ然ラハ被上告人ハ右竹七及ヒふけノ婚姻成立前ニ懷胎シ其婚姻中ニ生シタルモノニシテ出生ニ因リ當然嫡出子タル身分ヲ有スルコト明白ナルヲ以テ被上告人ハ上告人ニ先チテ右竹七ノ相續ヲ爲ス順位ニ在リト云ハサルヲ得ズ是ヲ以テ原裁判所ハ右ノ旨趣ト同一ノ理由ニ依リ上告人敗訴ノ判決ヲ言渡シタルハ正當ニシテ上告所論ノ如ク違法ナシ(大審院大正八年(オ)第六八一號同年十月八日民三部橫田裁判長大倉電豆松岡鬼澤各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審長崎控訴院○相續權確認請求事件○上告人小柳きん訴訟代理人辯護士橫山寬平被上告人小柳ふち

【參照學說判例】

法定代理人親權者小柳ふち

本卷民法八〇一頁以下

(二八七)

九七五第一項 法定ノ推定家督相續人ニ付キ左ノ事由アルトキハ被相續人ハ其推定家督相續人ノ廢除ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得

九七七 推定家督相續人廢除ノ原因止シタルトキハ被相續人又ハ推定家督相續人ハ廢除ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得(以下略)

民法施行法一 民法施行前ニ生シタル事項ニ付テハ本法ニ別段ノ定メアル場合ヲ除ク外民法ノ規定ヲ適用ス

法定ノ推定家督相續人タルコトヲ廢除セラレタルモノハ廢除ノ當時被相續人タ
リシ者ニ付キ相續ノ開始シタル場合ニ於テ之カ家督ヲ相續スルコトヲ得サルノ
ミナラス其後其家ノ戸主ト爲リタル者トノ間ニ如何ナル身分關係ヲ生スルモ其
廢除ノ取消サレサル限り最早法定ノ推定家督相續人タルコトヲ得サルモノニシ
テ廢除ノ事實カ民法施行前ニ生シタルト施行後ニ生シタルトニヨリ差異ナキモ
ノトス

案スルニ法定ノ推定家督相續人タルコトヲ廢除セラレタルモノハ廢除ノ當時被相續
人タリシ者ニ付キ相續ノ開始シタル場合ニ於テ之カ家督ヲ相續スルコトヲ得サルノ
ミナラス其後其家ノ戸主ト爲リタル者トノ間ニ如何ナル身分關係ヲ生スルモ其廢除
ノ取消サレサル限り最早法定ノ推定家督相續人タルコトヲ得サルモノニシテ廢除ノ
事實カ民法施行前ニ生シタルト施行後ニ生シタルトニヨリ差異アルコトナシ然ルニ
本件ニ於テ被控訴人カ主張シタル事實ノ要領ハ被控訴人ハ前戸主市原浦藏ノ法定推
定家督相續人タリシカ民法施行前明治三一年四月二十五日右家督相續人タルコトヲ廢
除セラレタルモ浦藏ノ家督ヲ相續シタル被控訴人ノ實母市原せんノ法定ノ推定家督
相續人タルコトヲ廢除セラレサルヲ以テ同人ノ家督ヲ相續シ得ヘキモノナルニ拘ヘ
ラス市原せんノ養子タル被控訴人ニ於テ之カ相續ヲ爲シタルニ付キ其回復ヲ求ムルモ
ノナリト謂フニ在リテ前記法則ニ照シ被控訴人カ市原せんノ家督ヲ相續スヘキ權利
ヲ有セサルコトハ其主張自體明白ナルヲ以テ右相續權ノ存スルコトヲ前提トスル被
控訴人ノ本件請求ヲ排斥スヘキモノト爲シ爾餘ノ爭點ニ對スル判斷ヲ省畧シ之ニ反
スル原判決ヲ廢棄スヘキモノト認ム(東京控訴院大正七年(キ)第三八二號同八年六月一八日民一部神谷裁判
長長谷川渡邊各判判決法律新聞第一六〇四號一六頁)

【關係事項】 原審廢棄○家督相續回復請求事件○控訴人市原甚藏訴訟代理人辯護士小川平四郎○被控訴人市原巳之助訴訟代理
人辯護士一瀬房之助
【廢除ノ效力ニ關スル參照學說判例】
本卷民法四二七頁以下
判決ハ至當ナリ(本卷法四三〇頁第七卷民法一一二四頁評論)

二八八

一五三 催告ハ六ヶ月内ニ裁判上ノ請求和解ノ爲メニスル呼出若クハ任意出頭破産手續參加差押假差押又ハ假處分
ヲ爲スニ非サレハ時効中斷ノ效力ヲ生セズ
四五四 保證人カ主タル債務者ト連帯シテ債務ヲ負担シタルトキハ前二條ニ定メタル權利ヲ有セズ
四五八 主タル債務者カ保證人ト連帯シテ債務ヲ負担スル場合ニ於テハ第四三四條乃至第四四〇條ノ規定ヲ適用ス
連帯保證債務ニ於ケル負擔部分ハ反證ナキ限り主債務者全部ニシテ連帯保證人
ハ皆無ナリト認ムルヲ相當トス
連帯保證債務ニ於ケル主債務者ノ債務ニ付キ時効完成シタルトキハ連帯保證人
ノ債務モ亦消滅スルモノトス
連帯保證債務ト雖從屬的ノ債務タル性質上主債務ノ消滅ニ依リ當然消滅スルコ
ト普通ノ保證債務ト撰フトコロナキモノトス
履行ノ催告ハ之ヲ爲シタル後六ヶ月内ニ裁判上ノ請求和解ノ爲メニスル呼出等
民法第一五三條所定ノ方法ニ依リ更ニ權利實行ノ意思ヲ確表セサル限り時効ノ
進行ヲ中斷スルノ效力ヲ有セサルモノトス

連帶保證債務ニ付キテハ其效力ヲ決スルニ當リ連帶債務者ノ一人ノ爲メニ時効力完成シタル場合ニ關スル民法第四百三十九條ノ規定ニ從フコトヲ要スルハ勿論ナリト雖モ連帶保證債務ニ於ケル負擔部分ハ反證ナキ限り主債務者カ全部ニシテ連帶保證人カ皆無ナリト認ムルナリト相當トスヘキヲ以テ主債務者タル被控訴人羽島半三郎ノ債務ニ付キ時効ノ完成シタルコト前示ノ如キ本件ニ於テハ連帶保證人タル羽島新八郎ノ債務モ亦消滅スヘキコト明白ナルノミナラス連帶保證債務ト雖モ從屬的ノ債務タル性質上主債務ノ消滅ニ依リ當然消滅スルコトハ普通ノ保證債務ト擇フトコロナキカ故ニ此點ヨリ云フモ亦本件保證債務ハ消滅ニ歸シタルモノト謂フヲ得ヘシ則チ被控訴人羽島新八郎カ主債務者ノ時効ヲ援用シタルハ其理由アリ被控訴人ハ時効中斷ノ事由トシテ右時効期間ノ進行中毎年六月一二月ノ二期ニ於テ又最近大正七年六月ニ於テ之カ履行ノ催告ヲ爲シタル旨陳述スレトモ履行ノ催告ハ之ヲ爲シタル後六月内ニ裁判上ノ請求和解ノ爲メニスル呼出等民法第一百五三條所定ノ方法ニ依リ更ニ權利實行ノ意思ヲ確表セサル限り時効ノ進行ヲ中斷スルノ效力ヲ有セサルモノトス然ルニ本件ニ於テハ被控訴人主張ノ如キ履行ノ催告アリタリトスルモ大正六年一二月迄ニ爲サレタル催告ハ本件訴訟ノ差出アリタル大正七年九月一二月ヨリ起リテ六月以前ニ爲サレタルモノニ係リ而カモ民法第一五三條所定ノ方法ニ依リ更ニ權利實行ノ意思ヲ確表シタル事實ノ認ムヘキモノ無キヲ以テ何レモ時効中斷ノ効力ヲ有セサルモノナルコト明カナリ又本件訴訟ノ差出前六月ヲ隔テサル大正六年六月中ニ於テ被控訴人主張ノ如キ催告アリタリトスルモ該催告ハ本件債權カ前説明シタルカ如ク大正六年中時効ニ因リ消滅レタル以後ニ係ルヲ以テ之ニ因リテ時効ノ進行モ中斷スヘキ理由ナシ被控訴人ハ尙ホ承認ニ因リ時効ノ中斷アリタル旨主張スレトモ主債務者タル被控訴人羽島半三郎カ其債務ヲ承認シタル事實ハ毫モ之ヲ認ムヘキ證左ナク證人金子軍之丞ノ原審及當審ニ於ケル證言中被控訴人羽島新八郎ニ於テ其債務ヲ承認シタルカ如キ趣旨ノ供述ハ當院ノ借信セサルトコロニシテ他ニ承認ノ事實ヲ認ム

梅博士
仁井田博士
鳩山博士
磯谷學士
東京控訴院

ヘキ證據ナシ然レハ被控訴人等ノ債務ハ結局時効ニ因リ消滅レタルモノト認ムルノ外ナク之カ辨濟ヲ求ムル被控訴人ノ本訴請求ヲ排斥シタル原判決ハ相當ニシテ本件控訴ハ其理由ナキモノトス(東京控訴院大正八年(ネ)第五四號同八年一〇月六日民一部前田裁判長谷川渡邊各判事判決)

【關係事項】 控訴棄却○貸金請求事件○控訴人株式会社熊谷商業銀行法律上代理人取締役長谷川宗治訴訟代理人辯護士小島周
一被控訴人羽島半三郎同羽島新八郎訴訟代理人辯護士三宮歸作

【判旨第一點連帶保證債務ト負擔部分ノ有無ニ關スル參照學說判例】

一 茲ニ注意スヘキハ連帶債務者間ニ於テハ通常各債務者皆債務ノ一部ヲ負擔スヘキモノナリト雖モ保證人ハ假令主タル債務者ト連帶スルモ負擔部分ヲ有スルコトナシ故ニ連帶ノ規定ヲ本條ノ場合ニ適用スルニ方リ保證人ノ負擔部分ハ皆無ニテ主タル債務者ノ負擔分ハ即債務ノ全額タルコトヲ忘却スヘカラサルコト是ナリ(法學博士梅謙次郎氏民法要義債權一七六頁)

二 保證人ハ主タル債務者ト連帶シテ債務ヲ負擔スルコト雖モ保證人ト主タル債務者トノ間ニ於テハ總テ保證債務ノ規定ヲ適用ス可キモノナルカ故ニ求償ノ問題ニ關シテ保證人カ主タル債務者ト連帶シテ債務ヲ負擔スル場合ト通常ノ連帶債務ノ存スル場合トニ依リテ各々異リタル規定ヲ適用スルモノト謂フ可キナリ(法學博士仁井田益太郎氏法典實錄問答七五頁)

三 連帶保證人ニ付テ生シタル事項ノ效力ニ付キテ連帶債務ニ關スル規定ヲ準用スルコトヲ得サレトモ主タル債務者連帶保證人間ニハ負擔部分ナルモノアルヘカラサルカ故ニ負擔部分ノ存在ヲ前提シタル規定ハ準用スルコトヲ得ス(法學博士鳩山秀夫氏日本債權法二七二頁)

四 連帶保證人ハ主債務者トノ關係ニ於テ負擔部分ヲ有スルモノニ非サルカ故ニ民法第四三六條第二項第四三七條第四三九條ノ準用ナキヤ明ナリ(法學博士磯谷幸次郎氏債權法論二二七頁)

五 債務者ト保證人ト連帶シテ債務ヲ負擔スル場合ト雖モ主タル債務者ト保證人トノ間ニ於テハ主タル債務者ニ全部負擔ノ責任アリテ保證人ニ負擔部分ナキモノトス(東京控訴院明治四三年(ネ)第六七二號同四年二月一六日判決法律新聞第七〇八號二四頁)

【判旨第二三點連帶保證債務ノ附從性ニ關スル參照學說判例】

本卷民法四五八頁

【判旨第四點同趣旨學說判例】

一 催告ノ一事ヲ以テハ未ダ確實ニ權利ヲ主張スル意思ヲ發表シタルモノト見ルコトヲ得サハ故ニ民法ハ六个月内ニ裁判上ノ請求和解ノ爲メニ呼出者クハ任意出頭破産手續参加差押又ハ假處分ヲ爲スニ非サレハ時効中斷ノ效力ヲ生ゼサルモノトセリ(法學博士富井政章氏民法原論總則五六五頁)

二 時効中斷ノ效力ヲシテ永久ニ存続セシメシト欲セハ權利者ハ必ス六个月内ニ更ニ一層強力ナル權利行使ノ方法ヲ取ラサルヘカラス(法學博士梅謙次郎氏民法要義總則三八九頁)

三 催告ノ六ヶ月内ニ裁判上ノ請求和解ノ爲メニ呼出、任意出頭破産手續参加差押假差押又ハ假處分ヲ爲スニ非サレハ權利行使ノ意思明確ナラサルヲ以テ中斷ノ效力ヲ生ゼサルモノト爲ス(法學博士平沼駉一郎氏民法總論七〇四頁)

四 債權者カ催告ヲシタル後六ヶ月内ニ裁判上ノ請求和解ノ爲メニ呼出任意出頭破産手續参加差押假差押若クハ假處分ヲ爲スニアラサレハ此效力ヲ生ゼス(法學博士仁井田益太郎氏民法總論明大講義二九三頁)

五 本法ニ於テハ無形式ノ催告ニ時効中斷ノ效果ヲ付スト雖モ債權者カ之ニ應ゼサルニ債權者之ヲ其儘ニ拋擲スルナラハ權利行使ノ意思未ダ十分ニ強固ナラス故ニ六ヶ月内ニ一層有効ナル權利行使方法タル裁判上ノ請求和解ノ爲メニ呼出若クハ任意出頭破産手續参加差押又ハ假處分ヲ爲スニ非サレハ適及シテ時効中斷ハ其效力ヲ失フモノトス但シ之等ノ手段ヲ取ルナラハ時効中斷ノ効力ハ催告カ效力ヲ生ゼタルトキニ生ジタル債權者(法學博士中島玉吉氏民法釋義總則八三四頁)

六 裁判外ノ請求ハ權利者カ六ヶ月内ニ裁判上ノ請求和解ノ爲メニ呼出若クハ任意出頭破産手續参加差押假差押又ハ假處分ヲ爲スニ非ラサレハ時効中斷ノ效力ヲ生ゼス是レ單純ナル催告ヲ以テ確實ナル權利ノ行使ト認メサルニ因ル(法學博士松岡義正氏民法總則六〇八頁)

七 催告ニ因ル時効中斷ハ著大ナル制限ヲ受ク即チ催告ノアリタル後六个月内ニ裁判上ノ請求等本條ニ列舉スル更ニ確實ナル權利行使ノ方法ヲ探ルニ非サレハ催告ニ因リテ生ジタル時効中斷ハ其效力ヲ失ヒ始ヨリ中斷ナカリシモノトナルコトナリ(法學博士鳩山秀夫氏民法註釋二卷六三六頁)

八 催告ハ六个月内ニ裁判上ノ請求、和解ノ爲メニ呼出若クハ任意出頭破産手續参加差押假差押又ハ假處分ヲ爲スニアラサレハ時効中斷ノ効力ヲ生ゼス(法學博士嘉山幹一氏民法總論大正三年度中大講義三六六頁)

九 催告ハ時効中斷ノ効力ヲ生ゼスニ非サレハ時効中斷ノ効力ヲ生ゼサルモノトス(法學博士飯島喬平氏民法要論二五一頁)

一〇 催告カ時効中斷ノ効力ヲ生ゼスハ爾後六ヶ月内ニ更ニ有力ナル請求方法ヲ探ルコトヲ以テ條件トナス(法學博士鳩山一郎氏民法總則日大講義三四頁)

一一 催告カ時効中斷ノ効力ヲ生ズルニハ六ヶ月内ニ如上裁判上ノ請求若クハ假差押又ハ假處分ヲ爲スヲ要ス從テ是等ノ一ヲ伴ハサル裁判外ノ請求ハ時効中斷ニ關シ何等法律上ノ效果ヲ發生セサルモノトス(大正五年(オ)二七四號同年六月二日判決本書第五卷民法八一五頁)

一二 本卷民法七七八頁

連帶保證債務ニ就テハ負擔部分ナルモノ存セサルカ故ニ民法第四三九條ハ之ヲ連帶保證債務ニ準用スルヲ得サルモノトス本判決カ連帶保證債務ニ於ケル負擔部分ハ反證ナキ限り主債務者カ全部ニシテ連帶保證人カ皆無ナリト認メ進ンテ主債務カ時効完成シテ消滅シタルトキハ連帶保證債務モ亦當然消滅スト爲シタルハ失當ニシテ擬律錯誤ノ不法アリト信ス連帶保證債務モ亦一ノ保證債務ニ外ナラサルカ故ニ附從性ヲ有スルヤ言フ俟タズ從テ主タル債務カ時効ノ完成ニ因リ消滅シタルトキハ連帶保證債務カ附從性ヲ有スル當然ノ結果連帶保證人ノ債務モ消滅スルモノト解セサルヘカラス判旨第三點ハ此趣旨ニ出ツルモノニシテ素ヨリ至當ナリ判旨第四點ノ至當ナルコト法文炳トシテ明ナリ

(二八九)

九〇 公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為ハ無効トス

七四九 家族ハ戸主ノ意ニ反シテ其居所ヲ定ムルコトヲ得ス

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

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

住居ヲ變更セサルニ付テ止ムヲ得サル事由ノ存在スルトキハ家族ト雖モ戸主ノ轉居ノ催告ヲ拒絕シ得ルモノトス

家族ニ對シテ爲シタル戸主ノ居所ノ指定カ戸主權ノ範圍ヲ超越スル不當ノモノナル場合ニ於テハ之ニ基キ爲サレタル離籍ノ届出モ亦戸主權ノ範圍ヲ超越スル

無効ノモノナルヲ以テ斯ノ如キ場合ニハ家族ハ戸主ニ對シ離婚ノ取消ヲ求ムルノ要ナキモノトス
戸主ノ爲シタル離婚ノ無効ナル以上家族ハ其無効確認ノ訴ヲ提起スル法律上ノ利益ヲ有スルモノトス

控訴人カ大正六年三月四日被控訴人ニ對シ控訴人ノ居住スル本籍地ニ轉居スヘキ旨ノ催告ヲ爲シタルハ被控訴人ノ謂フカ如ク後遺ノ遺志ニ因ルモノナリトスルモ既ニ前記ノ如ク被控訴人ト控訴人トノ間ニ紛争ヲ生シ到底其融和ヲ望ムヘカラサルニ至リタル當時ノコトナレハ兩者ノ間或程度ニ感情ノ疎通ヲ計リタル後ニ非サレハ右轉居ノ催告ハ被控訴人ニ對シ不能ヲ強ユルモノト謂フノ外ナシ控訴人ハ後遺死亡ノ際其遺志ハ負擔付ニテ控訴人カ贈與ヲ受ケタルモノニシテ前示株式ノ賣買ハ總テ直接ニ控訴人自己ノ爲メニ爲シタルモノナル旨主張スレトモ原告證人秋山トリノ此點ニ對スル證言ハ措信シ難ク他ニ右認定ヲ左右スヘキ證據左ナシ控訴人ハ尙其爲シタル轉居ノ催告ハ被控訴人ヲ保護監督シ得ヘキ程度ニ於テ本籍地ニ轉居スヘシト謂フニ過スレシテ控訴人ヲ保護監督シ得ヘキ程度ニ於テ本籍地ニ轉居スヘシト謂フニ過キスルコトハ轉居ノ催告ヲ爲シタル當時家政整理ノ必要上又被控訴人ヲ保護監督スル上ニ於テ已ムコトヲ得サキモノナル旨主張スレトモ控訴人方ニ同居スルト否トニ干セス被控訴人ハ其居ヲ控訴人ノ住所タル本籍地ニ移シ控訴人ノ監督ニ服スルコトヲ得サル事情ニ至リテハ別ニ異リタル所ナク控訴人カ前記ノ如キ感情ノ疎隔セル事情ヲ排シテ被控訴人ヲ其本籍地ニ轉居セシメサルヘカラサル家政上又ハ保護監督上ノ必要ニ適シ居リタルコトハ毫モ之ヲ認ムヘキ證據ナキノミナラス却テ被控訴人カ其長男典ヲ擁シテ實家ニ爭存セサルト甲第二號證ノ二轉居ノ催告書ニ控訴人カ居所

指定ノ理由トシテ亡後遺ノ遺志ニ依ルモノナリト稱シ家政整理ノ必要ヲ云爲セサレシ事情トニ徵スルトキハ控訴人ノ右主張ハ容易ニ採用スルヲ得サルコト明カナリ此點ニ對スル原告證人秋山トリノ證言ハ措信シ難シ然レハ被控訴人カ戸主タル控訴人ノ轉居ノ催告ヲ拒絕シ其住居ヲ變更セザリシハ實ニ止ムヲ得サル事由ノ存在シタルカ爲メニシテ控訴人ノ有シタル轉居指定ノ催告ハ被控訴人ニ對シ不能ヲ強ユルモノト認ムルノ外ナク被控訴人カ戸主タル控訴人ノ催告ニ從ヒ住所ヲ轉セザリシコトナリト論斷セサルヲ得ス而シテ家族ニ對シテ爲シタル戸主ノ居所ノ指定カ戸主權ノ範圍ヲ超越スル不當ノモノナル場合ニ於テハ之ニ基キ爲サレタル離婚ノ届出モ亦戸主權ノ範圍ヲ超越スル無効ノモノナルコトハ勿論ナルヲ以テ斯ノ如キ場合ニモ戸主ニ對シテ離婚ノ取消ヲ求ムルモノナリトノ控訴人ノ抗辯ハ之ヲ採用スルコトヲ得ザルノミナラス離婚ノ無効ナル以上家族ハ其無効確認ノ訴ヲ提起スル法律上ノ利益ヲ有スルコトモ亦論ナキトコロナレハ結局被控訴人ノ本訴請求ハ正當ニシテ之ヲ認定シタル原判決ハ相當ナリ(東京控訴院大正七年(ホ)第四四二號同八年六月六日民一部神谷裁判長谷川渡邊各判事判決法律新聞第一六〇二號一八頁)

【關係事項】 控訴棄却○離婚無効確認請求事件○控訴人栗田喜太郎訴訟代理人辯護士安村竹松○被控訴人栗田ぶん訴訟代理人辯護士栗田恒太郎

【戸主ノ居所指定權ト家族ノ離婚ニ關スル參照學說判例】

一 戸主ノ居所指定權ハ家族ノ監督保護ノ爲メニ存スルモノナルカ故ニ其監督保護ニ必要ナル範圍内ニ於テノミ之ヲ認ムヘキモノトス從テ戸主カ家族ノ居所ヲ指定スルニハ其監督保護ニ付キ相當ノ理由アルコトヲ要スルモノト謂フヘシ(法學博士仁井田益太郎氏親族法相續法論九一頁)
二 然レトモ法律カ戸主ニ此權利ヲ附與シタルハ元ト一家ノ監督整理ノ上ニ必要ナリトスルニ因ルモノナレハ此權利ヲ行使セシメハ戸主カ其家政ノ整理ニ必要ナル範圍内ニ於テノミ行使スヘキモノ換言スレハ戸主カ家族ノ居所ヲ指定スルニハ相當ノ理由アルコトヲ要シ絕對無限監理ニ此權利ヲ行使シ得ヘキニ非サルナリ(明治三十四年六月二十日大審院判決)法學博士牧野菊

之助氏日本親族法論一(二七頁)

三 戸主カ家族ヲ苦シメンカ爲メ其他家政ノ統轄ニ必要ナルニ非スシテ家族ノ居所ヲ指定シタルトキハ家族ハ之ニ從フコトヲ要セス此ノ如キ指定ハ戸主權ノ濫用ニ外ナラサレハナリ(法學士島田鐵吉氏親族法一一七頁)

四 居所指定ノ權ハ一家整理ノ必要ニ付與セラレタルモノニシテ絕對無限ノモノニ非サレハ戸主カ家族ヲ離隔シタル上其財產ヲ支配シ以テ不正ノ利益ヲ得ンコトヲ企テ之カ手段トシテ同居ノ催告ヲ爲シタル戸主ハ家族ト同居ヲ爲ス意思ナリ縱令家族カ此催告達ニ應ジ戸主方ニ來ルモ辭ヲ構ヘテ之ヲ放逐セント計畫シ戸主カ斯カル意思ヲ以テ爲ス所ノ居所指定ハソレ自體不正ナル命令ナルカ故ニ家族トシテハ斯ル命令ニ服從スヘキ義務ナキモノトス(大審院大正六年(オ)第五二九號同年八月一七日民一部判決本書第六卷法八二〇頁)

五 民法第七四九條ニ規定シタル戸主權ハ一家整理ノ必要ニ付與シタルモノニシテ絕對無限ノモノニ非ス(大審院三十四年民事判決第十輯八〇頁)

六 戸主カ家族ニ對シ同居請求ノ催告ヲ爲スモ正當ノ理由アリテ家族カ之ニ應ゼサルトキハ戸主ハ其家族ヲ離隔スルヲ得サルモノトス(大阪控訴院大正五年(ホ)第四一〇號同年五月七日民二部判決本書第六卷民法三六五頁)

七 戸主甲ニ代ハリ戸主權ヲ行使スル甲ノ親權者ニ於テ乙ノ甲方ニ滞在スルニ因リ一家ノ平和ヲ害セラルルモノト認ムルトキハ之ヲ維持スルカ爲メ乙ヲシテ其居所ヲ他ニ轉セシムルコトヲ得ヘク又乙ハ此指定ニ反シ甲方ニ滞在シ之ヲ居所ト爲スヲ得サルノ義務アルモノニシテ其指定セラレタル居所カ家屋トシテ衛生上居住ニ堪ヘサルカ如キモノナル場合ニハ右指定ニ從フヘキ義務ナキハ勿論ナルモ單ニ寢具家具ノ設備ナキノ故ヲ以テ乙カ轉居ヲ拒ミ得ルノ事由ト爲ラサルモノトス(東京控訴明治四十四年(ホ)第五八四號大正四年五月二十四日判決本書第四卷民法三七三頁)

(二九〇)

五四三 履行ノ全部又ハ一部カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ不能ノ爲リタルトキハ債權者ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得

賣買ニ關シ買主カ其目的物ヲ自己ノ工事ニ使用シ使用前他ニ轉賣セサル旨並ニ右違反ノ場合ニ於テハ賣主ニ於テ契約ヲ解除シ得ヘキ旨ノ約款アル場合ニ於テ買主カ賣主ヨリ引渡ヲ受ケタル一部ヲ他ニ賣却讓渡シタルトキハ右條項違背ヲ理由トスル賣買解除ノ有效ナルコト勿論賣主ニ於テ未タ引渡ヲ了セサル殘部ニ

付キ引渡シノ義務ナク之ヲ他ニ賣却スルモ之カ爲メ損害賠償ノ義務アルモノニ非ス

大正五年一月二日原告被告間ニ原告主張ノ賣買契約アリタルコト長良川橋梁構桁ニ連分ニ付キテハ既ニ被告ヨリ原告ニ其引渡ヲ了シ木曾川橋梁構桁九連分ニ付キテハ未タ之カ引渡シ無ク且内ニ連分ハ原告ヨリ他ニ賣却引渡ヲナシタルコト及本件賣買ニ關シ原告カ其目的物タル構桁ヲ自己ノ工事ニ使用シ使用前他ニ轉賣セサル旨並ニ右違反ノ場合ニ於テハ解除シ得ヘキ旨ノ約款アリタルコト並ニ大正六年三月八日被告ヨリ原告ニ對シ原告カ既ニ引渡ヲ受ケタル橋梁構桁二連分ヲ他ニ轉賣シ從テ右條項違反ノ理由ヲ以テ未タ引渡ナキ木曾川橋梁構桁九連分ニ付キ賣買解除ノ意思表示アリタルコトハ當事者間ニ爭ナシ從テ原告カ既ニ引渡ヲ受ケタル構桁二連分ヲ他ニ轉賣シタルヤ否ヤカ事件主要ノ争點ナルヲ以テ此點ニ付キ按スルニ證人高橋熊次坂丹波三五郎坂本志魯堀内貞造並ニ證人松本邦治郎ノ證言ニヨレハ該物件ハ被告ヨリ原告ニ其引渡ヲ了シタル後直チニ高橋熊次鐵工場ニ引取リ同人ニ於テ之ヲ保管シタルコト及右高橋熊次カ之ヲ福島縣伊達郡阿武隈川架橋工事ニ使用シ且其使用カ大正五年中ナリシコトヲ認ムヘク而テ右物件ハ金借ノ爲メ他ニ擔保ニ供シタルト云ヒ其立證ニ供スル甲第一號證及同第三號證ニヨレハ其返済期間ハ大正六年三月三〇日ナルヲ以テ該物件ノ使用ハ其期限前ニ行ハレタルノ事實ナル外該物件ガ又其他ノ架橋工事ニ既ニ使用セラレタルコトハ證人高橋熊次坂内波三五郎並ニ滿島惣吉ノ證言ハ大正五年四月中ニシテ當時既ニ右物件ヲ引取リタル高橋熊次並ニ甲第一號證ノ貸主坂丹波三五郎ニ於テ架橋工事請負ノ爲メ鐵材ノ必要アリタルコトハ證人高橋熊次坂内波三五郎及滿島惣吉等ノ證言並ニ甲第二號證ノ二ニヨリ明カナルノミナラス同人等ニ於テ右取引ノ當初ヨリ之ヲ架橋工事ニ使用スルノ意思アリタルコトハ又右證

人等ノ證言スル處ナリ以上ノ事實ヲ綜合シ證人森下邦治郎堀内貞造並ニ田部井紋藏ノ證言ニ徴スルトキハ右物件ハ原告ニ於テ之ヲ他ニ賣却讓渡シタルモノト認定ス甲號各證ハ右認定ヲ覆スノ資料トナスニ足ラス又證人高橋熊次ノ右認定ニ反對スル證言ハ之ヲ措信セス從テ右條項違背ナ理由トスル前記賣却解除ノ有效ナルコト云フナ俟タサルヲ以テ被告ニ於テ木曾川橋梁九連分引渡シノ義務ナキコト又明カニシテ之ヲ他ニ賣却シタル事實アルモ之カ爲メ損害賠償ノ義務アルモノニアラス原告ノ請求理由ナキコト明カナリ次ニ反訴請求ニ付キ案スルニ反訴原告(被告)反訴被告(原告)間ニ於ケル事件賣却ニ關シ其目的物件ハ反訴被告(原告)ノ工事ニ使用セ其使用前之ヲ他ニ轉賣セス其違反ノ場合ニハ右物件賣却代金ノ十割ニ相當スル金額ヲ違約金トシテ請求シ得ルノ約款アリタルコト前記說示ノ如ク而テ反訴被告(原告)ニ於テ既ニ引渡ヲ受ケタル長良川橋梁ニ連分ヲ他ニ賣却シタルコト前記認定ノ如キヲ以テ右約款ニ基キ反訴被告(原告)ハ反訴原告(被告)ニ對シ右物件ニ連分ノ賣却代金ノ十割ニ相當スル金額ヲ支拂フ義務アルモノト云ハサルヘカラス(東京地方裁判所大正七年(ヲ)五一九號同八年(一)〇月一三日民六部近藤裁判長山崎小林各判事判決)

【關係事項】

棄却○損害賠償請求事件並ニ反訴請求事件○原告(反訴被告)阪東鐵道株式會社法律上代理人取締役持田若狹訴訟代理人辯護士青木徹二同原嘉道篠崎仙司被告(反訴原告)國代表者鐵道院總裁床次竹二郎指定代表者鐵道院參事中原東吉鐵道院書記有本虎雄同岩瀬脩治

(二九一)

九四 相手方ト通シテ爲シタル虚偽ノ意思表示ハ無効トス
前項ノ意思表示ノ無効ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

債權讓渡力取立ノ便宜ノ爲メ相手方ト通シテ爲シタル虚偽ノ意思表示ナルコトヲ認ムルニ十分ナル以上該讓渡ハ假裝ノモノトシテ無効ナリトス

先本件公正證書ニ依ル債權ヲ被控訴人カ訴外帝國興業株式會社ヨリ真正ニ讓渡ヲ受ケタリヤ否ニ付キ案スルニ乙第四號證ニ依レハ右讓渡ノ真正ニ爲サレタルコトハ一應認メ得ヘキモ翻テ甲第一號證同第七號證ノ二並ニ第八號證ノ一乃至三ヲ綜合スルトキハ該讓渡ハ取立ノ便宜ノ爲メ其前主タル前記會社カ被控訴人ト通シテ爲シタル虚偽ノ意思表示ナルコトヲ認ムルニ十分ナルノミナラス之ニ反スル乙第一、二號證ハ措信シ難ク其他右認定カ覆スヘキ何等ノ證據ナキカ故ニ本件債權讓渡ハ假裝ノモノトシテ無効ナリト謂ハサルヘカラス(東京地方裁判所大正七年(シ)第三六七號同八年(一)〇月二日民五部并野裁判長遠藤吉田各判事判決)

【關係事項】 廢棄○執行異議控訴事件○控訴人阪詰淺吉同石黒彌右衛門訴訟代理人辯護士村上喜政被控訴人赤羽眞市訴訟代理人辯護士佐伯兼次郎

取立ノ目的ヲ以テスル債權讓渡ハ常ニ信託行爲トシテ有效ナリト解スヘキニ非ス當事者ニシテ債權移轉ノ效果意思ナク單ニ委任ノ目的ヲ以テ讓渡ヲ爲ストキハ虚偽表示トシテ無効ナリト解セサルヘカラス而テ其何レニ屬スルカハ各場合ニ於ケル法律行爲ノ性質當事者ノ意思表示其他諸般ノ事情ニ基キ之ヲ判定スヘキ事實問題ナリトス判旨ハ案件ノ場合ニ於テ此標準ニ基キ假裝行爲ナリト斷定シタルコトヲ推知シ得ヘキカ故ニ素ヨリ至當ノ見解ナリト信ス

(二九二)

八三 夫婦ノ一方ハ左ノ場合ニ限リ離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得
五 配偶者ヨリ同居ニ堪ヘサル虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキ

夫婦口論ノ末夫ハ妻ヲ毆打シ火箸ヲ以テ妻ノ眉間ニ創傷ヲ負ハシムルニ至リタ

ルヲ以テ妻カ迷ニ家出シタル事實ハ民法第八一三條第五號ニ所謂配偶者ヨリ同居ニ堪ヘサル虐待ヲ受ケタル場合ニ該當スルモノトス

被告カ原告ト大正六年七月二十日婚姻ヲ爲シタルコトハ甲第一號證ニ徴シテ明カナリ而シテ被告ハ性情粗暴ニシテ家事ヲ執ルヲ欲セザリシ結果生計窮乏ヲ訴ヘルニ及ヒ漸ク夫婦間ノ和合ヲ缺キ原告ヲ惡罵スルコト屢々ニシテ大正六年九月二十八日ニ至リテハ兩人口論ノ末被告ハ原告ヲ毆打シ火箸ヲ以テ原告ノ眉間ニ創傷ヲ負ハレタルニ至リタルヲ以テ原告ハ遂ニ家出シタルコトハ證人原田彌三郎阿部卯平大高キチ木村チエ及ヒ相川徳二ノ證言ニ依リ之ヲ認ムルニ十分ナリ而シテ各認定ノ事實カ民法第八百十三條第五號ニ所謂配偶者ヨリ同居ニ堪ヘサル虐待ヲ受ケタル場合ニ該當スルコトハ言ヲ俟タサルコトコト原告カ右虐待ヲ知リタル後一年ノ期日内ニ本訴ノ提起ヲ爲シタルコトハ事件記録ニ徴シ明カナルヲ以テ原告ノ本訴請求ヲ正當ナリト謂ハサルヘカラス(東京地方大正七年(タ)第二二號同八年六月二十五日民一部大森裁判長山田山各判事判決法律新聞第一六〇五號一七頁)

【關係事項】 被告敗訴○離婚請求事件○原告大橋ふみ訴訟代理人辯護士木村善太郎同坂梨森太郎○被告大橋竹次郎訴訟代理人辯護士林連

【參照學說判例】

本卷民法三六七頁以下同四六〇頁同五四九頁

七一五 或事業ノ爲メニ他人ヲ使用スル者ハ被用者カ其事業ノ執行ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責任ニ付キ但使用者カ被用者ノ選任及ヒ其事業ノ監督ニ付キ相當ノ注意ヲ爲シタルトキ又ハ相當ノ注意ヲ爲スモ損害カ生スヘカリシトキハ此限ニ在ラス

使用者ニ代ハリテ事業ヲ監督スル者モ亦前項ノ責任ニ付キ但使用者カ被用者ノ選任及ヒ其事業ノ監督ニ付キ相當ノ注意ヲ爲シタルトキ又ハ相當ノ注意ヲ爲スモ損害カ生スヘカリシトキハ此限ニ在ラス

使用者ニ代ハリテ事業ヲ監督スル者モ亦前項ノ責任ニ付キ但使用者カ被用者ノ選任及ヒ其事業ノ監督ニ付キ相當ノ注意ヲ爲シタルトキ又ハ相當ノ注意ヲ爲スモ損害カ生スヘカリシトキハ此限ニ在ラス

列車乗組ノ機關手カ踏切通過ノ際偶汽笛ヲ鳴ラサザリシモ被害者ニ於テ既ニ鐵鎖ノ張ラレタルニモ拘ラス荷車ヲ驅リテ踏切ヲ通過セントシタルハ寧同人ノ不注意ト謂フヘク之カ爲同人竝ニ馬諸共列車ニ觸レテ負傷シ迷ニ孰レモ死亡シタレハトテ之ヲ以テ使用者ニ對シ損害賠償ノ責ヲ負ハシムルヲ得サルモノトス

【參照判例】

【關係事項】 原告敗訴○損害賠償並慰謝料請求事件○原告小倉榮助外四人訴訟代理人辯護士菊池正夫同菊池會輔同篠崎信吉○被告國代表者床次竹次郎指定代表者原東吉同岩瀬脩治

本件ニ於テ原告等主張ノ日時場所ニ於テ小倉清次郎カ被告經營ノ下リ列車ニ衝突シ其ノ結果死亡シタルコト竝ニ其ノ際同ハノ馬四モ亦重傷ヲ負ヒテ數日ヲ隔テ斃死シタルコトハ當事者間ニ争ナキ點トス仍テ右事故カ被告ノ使用人ノ過失ニ基因スルヤ否ヤチ案スルニ本件ハ事故發生ノ當時踏切番人古宮源太郎カ該踏切ニ鐵鎖ヲ張ラザリシコトハ之ヲ認ムヘキ證據ナク却テ證人古宮源太郎長野與三郎ノ各證言竝鐵鎖定人丹羽下謙吉ノ鑑定ノ結果ヲ綜合シテ考覈スルトキハ當時踏切番人古宮源太郎ハ下リ列車通過前ニ該踏切ノ兩側ニ鐵鎖ヲ張リタル事實ヲ認ムルニ足レリ然ラハ假令當時本件列車乗組ノ機關手カ該踏切通過ノ際偶汽笛ヲ鳴ラサザリシ事ハ當事者間ニ争ナキ事實ナルモ清次郎ニ於テ既ニ鐵鎖ノ張ラレタルニモ拘ラス荷車ヲ驅リテ踏切ヲ通過セントシタルモノト認ムヘキカ故ニ斯ノ如キハ寧同人ノ不注意ト謂フヘク之カ爲同人竝ニ馬諸共列車ニ觸レテ負傷シ迷ニ孰レモ死亡シタルハトテ之ヲ以テ被告ニ對シ損害賠償ノ責ヲ負ハシムルヲ得サルヤ明カナリト謂ハサルヘカラス(東京地方大正六年(ワ)第六三五號同八年四月七日民三部三橋裁判長推津大原各判事判決法律新聞第一六〇二號一七頁)

本卷民法一四三頁以下

一八〇 占有權ハ自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ物ヲ所持スルニ因リテ之ヲ取得ス
 一九七 占有者ハ後五條ノ規定ニ從ヒ占有ノ訴ヲ提起スルコトヲ得他人ノ爲メニ占有ヲ爲ス者亦同シ
 二〇二 占有ノ訴ハ本權ノ訴ト互ニ相妨クルコトナシ
 占有ノ訴ハ本權ニ關スル理由ニ基キテ之ヲ裁判スルコトヲ得ス

占有ヲ爲スヘキ本權ヲ有スル者ト雖モ現實ニ物ヲ支配セサル以上占有權ヲ有スルモノト謂フヲ得ス

占有ノ訴ハ本權ニ關スル理由ニ基キテ裁判ヲ爲スコトヲ得サルヲ以テ占有權ニ付キ甲ノ爲メニ假ノ地位ヲ定メタル假處分ニ對シ甲カ本權ヲ有セサルヲ理由トシテ之ヲ攻撃スルヲ得サルモノトス

案スルニ甲第一號證ノ一、二同第五、六號證並ニ乙第五號證ヲ綜合スルトキハ被控訴人ハ大正七年五月中本件聯合耕地整理組合長ヨリ本件土地ノ假指定ヲ受ケ爾來引續キ該土地ニ耕作ヲ爲シ以テ之カ占有ヲ繼續シ居タル處同年十月一八日頃控訴人ハ被控訴人ノ承諾ナキニ拘ラス強イテ該土地ノ占有ヲ始メタルコトヲ一應認ムルニ十分ナリトス尤モ乙第五號證中被告控訴人カ本件土地ヲ組合長ニ任意返還シタル上控訴人ニ於テ之ヲ占有シタル旨ノ記載アルモ措信シ難ク其他右認定ヲ覆スヘキ何等ノ疏明ナキカ故ニ原裁判所カ争アル本件土地ノ占有權ニ付キ控訴人ノ前記占有侵害ヲ防ク爲メ假ノ地位ヲ定メ控訴人ノ本件土地ノ占有ヲ解キ之ヲ被控訴人ノ委任シタル執達吏ノ保管ニ付スル旨ノ假處分命令ヲ爲シタルハ洵ニ相當ナリトス控訴代理人ハ控訴人ハ本件土地ヲ占有スヘキ本權ヲ有シ被控訴人ハ之ヲ有セサルモノナルカ故ニ本件處

分命令ハ不當ナル旨抗争スレトモ占有者ハ之ヲ占有スヘキ本權ヲ有セサルトキト雖モ占有權者トシテ保護ヲ受クルト同時ニ之ヲ占有スヘキ權利ヲ有スル者ト雖モ現實ニ物ヲ支配セサル以上占有權ヲ有セサルモノニシテ該本權ヲ有スルノ一事ニ依リ當然占有權ヲ有スルモノニ非ス然リ而テ本件假處分ハ前叙ノ如ク占有權ニ關スルモノニシテ而テ占有ノ訴ハ本件ニ關スル理由ニ基キテ裁判ヲ爲スコトヲ得サルヤ勿論ナルカ故ニ控訴人ノ右抗辯ハ到底採用スルヲ得サルモノトス然ラハ本件異議申立ヲ棄却シ以テ本件假處分命令ヲ認可シタル原判決ハ相當ナリ(東京地方裁判所大正八年(レ)第九六號同年一月一日民五部并野裁判長遠藤吉田各判事判決)

【關係事項】 棄却○假處分異議控訴事件○控訴人株式会社新潟鐵工所法律上代理人取締役村吉郎訴訟代理人辯護士岸澤一岡長澤越一郎岡本村學太郎被控訴人田中豐次郎訴訟代理人辯護士萩原榮太郎岡中尾義基岡吉水聰

【判旨第一點本權ト占有權ノ獨立ニ關スル參照學說】

- 一 占有ハ或ハ其占有スル所ノ權利ニ伴ヒ或ハ之ニ伴ハス其之ニ伴フ場合ニ於テハ占有ヲ保護スルノ必要アルコトハ何人ト雖モ之ヲ疑ハス(法學博士梅謙次郎氏民法要義卷ノ二物權編三〇頁)
- 二 占有權ノ本質ハ本權ノ存否ニ關係ナクシテ其專ラ事實上ノ狀態ヲ受サンサルコトヲ目的トスルニ在リ(法學博士富井政章氏民法原論第二卷物權六二〇頁)
- 三 占有權ノ成立ニハ占有者ニ於テ權利ノ行使トシテ物ヲ所持スルノミナリ以テ足り占有者カ實體上ニ於テ其權利ヲ有スルト否トチ區別スルコトナシ(法學博士横田秀雄氏物權法一一二頁)
- 四 占有ト實體權トハ兩立シ得ヘキ別個ノ權利ナルカ故ニ占有ハ一人ニ屬シ實體權ハ他ノ一人ニ屬スルコトアル可ク又兩方同時ニ一人ニ屬スルコトアル可キハ當然ナリ(法學博士中島玉吉氏民法釋義卷ノ二物權篇上二四七頁)
- 五 占有權ハ現在ノ實力關係ヲ以テ其内容トシ必スシモ所有權其他ノ本權ト伴フコトヲ必要トヘス(法學博士三浦信三氏物權法提要三四四頁)
- 六 占有權トハ自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ物ヲ所持ヲ爲スノ權利ナリト云フヲ得ヘシ右ノ定義ニ於テ自己ノ爲メニスルノ意思ト云フハ必ス自己ノ所有トスルノ意思ヲ云フニアラス何トナレハ占有ハ他人ノ所有ニ屬スル物ノ上ニモ尙且有スルコトアレハナリ(法學博士牧野菊之助氏物權法早大講四八頁)
- 七 占有者ハ如何ナル權限ニ因リテ物ヲ所持スルカ換言スレハ如何ナル其本權利ヲ有スルカハ之ヲ問ハス(法學士飯島喬平氏物權法明大講九六頁)

八 占有權ハ所有權其他ノ物權ト同一物ノ上ニ併存スルコトヲ妨ケス否寧ロ實際上普通ノ狀態ナリ然レトモ占有ト占有ト爲スノ權利トハ必スシモ相伴フコトヲ要セス(法學士西川一夫氏物權法中大講一六頁)

【判旨第二點占有權ノ裁判ニ關スル參照學說】

- 一 本權ノ訴ヲ決スルニ占有ノ事實ニ據ルコトヲ得サルハ勿論本權ノ理由ニ基キテ占有ノ訴ヲ決スルカ如キコトハ斷シテ之ヲ許スヘカラス(法學博士梅謙次郎氏民法要義卷ノ二物權八八頁)
- 二 占有ノ訴ハ其當事者ニ於テ本權ニ關スル理由ヲ以テ之ヲ維持又ハ防禦スルコトヲ得サルト共ニ裁判所モ亦本權ニ關スル理由ニ基キテ裁判スルコトヲ得ス(法學博士富井政章氏民法原論第二卷物權七三〇頁)
- 三 占有權ハ本權ニ關スル理由ニ基キテ之ヲ裁判スルコトヲ得ス占有權ハ占有ノ保護ヲ目的トスルモノニシテ其訴訟ニ於テハ占有者ハ何人ニシテ其占有ハ侵害セラレタリヤ否ヤヲ審査シテ訴訟ノ曲直ヲ定ムルヲ唯一ノ目的トシ其占有ハ正當ノ權利ニ基クヤ否ヤハ占有ノ訴ノ行使ニ毫モ影響ヲ及ボサス(法學博士横田秀雄氏物權法二五三頁)
- 四 占有ノ訴ハ本權ニ關スル理由ニ基キテ之ヲ裁判スルコトヲ得サルモノナリ之當然ノ事由ニ屬ス占有ノ後援トナル權利ト占有ノ訴トハ全然關係ナキモノナルカ故ナリ例ハ占有者カ占有ノ回復ヲ訴テ提起シタル場合ニ於テ被告ハ原告ニ占有ノ後援トナルヘキ質權又ハ賃借權ナキコトヲ主張シ之ヲ證明スルモ裁判所ハ此理由ニ因リテ原告ノ敗訴ト爲スコトヲ得ス(法學博士川名兼四郎氏物權法要論四九頁)
- 五 本權上ノ請求權ト占有上ノ請求權トハ別個ノ基礎ヲ有スル別個ノ請求權ナリ故ニ一方カ消滅スルモ當然他ノ一方モ消滅ニ歸スルモノニ非ス(法學博士中島玉吉氏民法釋義物權上二四八頁)
- 六 (A) 被害者ハ獨立ニ又ハ併合シテ兩請求權ヲ行使スルコトヲ得此場合ニ於テ裁判所ハ各請求權ニ對シテ判決ヲ與フルヲ要ス其結果被告ハ二重給付ヲ命ゼラル例ハ所有權ニ基クテ返還請求權ヲ地方裁判所ニ提起シ占有ノ回復ヲ訴ヘ區裁判所ニ提起シタルトセハ被告對シテハ二個ノ判決ヲ見ル可ク占有ノ訴ハ本權ノ訴ト互ニ妨ケストハ此義ナリ此場合ニ於テ被告對シテ救済方法ヲ請求權消滅原因トシテ請求權ノ競合ヲ認ムルニ在リ又兩訴訟カ併合セラレ又ハ獨立シテ同一裁判所ニ提起セラレタル場合ニ於テハ其何レヲ先キニ審理判決ス可シト云フコトナシ兩者ハ互ニ無關係ニ進捗スヘキモノナリ之レ又兩訴訟互ニ相妨ケサルノ義ナリ(B) 一方ノ訴ニ對シテ判決ハ他ノ一方ノ訴ニ於テ既判力ノ效力ヲシ故ニ一方ノ訴ヲ先ツ提起シ敗訴シタルトキハ更ニ他方ノ訴ヲ提起ス得ン又二者ヲ併合シテ同時ニ提起シタル場合ニ於テ其結果ハ必スシモ同一ニ決スルヲ要スルニアラス一方ノ請求權ハ之ヲ認メ他ノ請求權ハ之ヲ排斥スルヲ妨ケルニ非ス此二者ハ原因ヲ異ニスル別物ナレハナリ本法ハ本權ト分離シテ占有ノ效力ヲ定ムル方針ヲ取リ前數條ニ於テ各占有權ノ要件ヲ定メ其要件ヲ具フル者ニハ皆保護ヲ加フヘキモノトシ而シテ實體上ノ權利ノ存在ヲ以テ其要件ト爲サス(同上二五〇頁)
- 七 占有ノ訴ハ本權ニ關スル事由ニ基キテ之ヲ裁判スルコトヲ得サル旨ヲ規定セルハ占有ノ訴ト本權ノ訴トハ相妨タルコトナシトノ原則ノ當然ノ結果ナリ(法學博士仁保龜松氏石坂普四郎氏物權法立法命館講一三六頁)

- 八 占有ノ訴ト本權ノ訴トハ互ニ相獨立ニシテ相妨タルコトナキモノトス換言スレハ此二ノ訴ハ同時ニ併立シ得ルモノニシテ例ハ所有權タル占有者ハ所有權ノ訴ト占有ノ訴ト同時ニ併セテ提起スルコトヲ得ヘク又或ハ各別ニ提起スルコトヲ得ヘク占有ノ訴ト本權ノ訴トハ互ニ獨立セルカ故ニ原告ハ本權上ノ理由ヲ以テ占有ノ訴ヲ維持スルコトヲ得ス又當事者ハ占有ノ事實ノミヲ立證スルヲ以テ足ル其他被告モ亦占有ノ訴ニ對シテ本權上ノ理由ヲ以テ之ヲ防禦スルコトヲ得サルモノトス而シテ裁判所モ亦勿論本權ニ關スル理由ニ基キテ占有ノ訴ヲ裁判スルコトヲ得ス(法學博士三濱信三氏物權法提要三四五頁)
- 九 占有ノ訴ト本權ノ訴トハ其性質原因自ラ別異ナルコト上來説述スルカ如クナリ以テ之カ當然ノ結果トシテ占有ノ訴ハ本權ノ訴ニ關スル理由ニ基キテ之ヲ裁判スルコトヲ許サス換言スレハ占有ノ訴ハ權利上ノ理由ヲ以テ之ヲ斷スルコトヲ得サルナリ(法學博士牧野菊之助氏物權法早大講一三一頁)
- 一〇 (イ) 占有ノ訴ハ本權ニ關スル理由ニヨリテ之ヲ裁判スルコトヲ得ス例ハ原告占有ノ訴ヲ提起シ被告カ所有者ナリト主張スルモ之カ爲メ原告敗訴セシムルコトヲ得ス(ロ) 占有ノ訴ハ本權ノ訴ト互ニ相妨タルコトナシ例ハ占有ノ回復ヲ訴ト所有權ニ基クテ目的物返還請求ノ訴トカ同一ノ内容ヲ有スル場合ニ於テモ兩者ハ獨立ニ存在スルモノニテ或ハ之レ併合セシムルヲ得ヘク或ハ一方ニ於テハ敗訴スルモ他ニ別ニ提起スルコトヲ得ルカ如キコトナシ(法學博士鳩山秀夫氏物權法帝大講一四一頁)
- 一一 占有ノ訴ハ禁制セララル私力ニ對シテ占有トシテ保護スルカ爲メ認メラルモノナルカ故ニ占有者ニ占有ヲ爲スノ權利アリ又ハ侵害行爲ヲナス權利ヲ有スルヤ等ノ本權上ノ問題ト全ク無關係ナリ故ニ占有ノ訴ハ本權ニ關スル理由ニ基キテ之レヲ裁判スルコトヲ許サス從テ本權ニ基クテ抗辯ハ占有ノ訴ニ於テハ凡テ不適當ノモノトナル(法學博士藤道文夫氏物權法帝大講二一八頁)
- 一二 占有ノ訴ハ本權ニ關スル理由ニ基キテ之ヲ裁判スルコトヲ得ス占有ノ成立ニハ基本權利ノ存スルヲ問フコトナク又訴ノ原因トシテモ一ハ占有ノ事實ヲ原因トシ他ハ所有權ノ存在ヲ其原因トス而シテ占有ノ無結果心素及ヒ體素ノ有無ニ依リテ之ヲ決スヘキモノニシテ基本權利アルノ故ヲ以テ占有スルモノト斷スルコトヲ許サス(法學博士飯島喬平氏物權法明大講一六五頁)
- 一三 占有ノ訴ハ本權ニ關スル理由ニ基キテ之ヲ裁判スルコトヲ得ス即チ當事者ハ本權ニ關スル理由ヲ以テ占有ノ訴ヲ維持シ若ハ排斥スルコトヲ得サルナリ(法學士西川一男氏物權法中大講一九二頁)

(二九五)

九七五第二項 此他正當ノ事由アルトキハ被相續人ハ規族會ノ同意ヲ得テ其廢除ヲ請求スルコトヲ得
法定ノ推定家督相續人タル甲ハ日露戰役ニ陸軍歩兵小尉トシテ出征シ後中尉ニ

昇進シ戦功ニ依リ功五級金鷄勳章ヲ賜ハリタルコト戦後甲ハ性行一變シ一切俗
事ヲ顧ス禪ニ没頭シ最近ニ至リテ更ニ家出ヲ遂ケントノ意思ノ顯スヘカラサル
モノアル事實ハ民法第九七五條第二項ニ所謂正當ノ事由アル場合ニ該當スルモ
ノトス

被告カ原告ノ長男ニシテ現ニ其法定ノ推定家督相續人タルコト及原告ノ嫡孫ニ林二
ノ存スルコトハ甲第一號證ニ依リ明白ナリ然リ而シテ證人土田政次郎ノ證言ニ徵ス
ルニ被告ハ日露戰役ニ陸軍歩兵少尉トシテ出征シ中尉ニ昇進シ戦功ニヨリ功五級金
鷄勳章ヲ賜ハリタルコト戰後被告ハ性行一變シ一切俗事ヲ顧ミス禪ニ没頭シ最近ニ
至リテ更ニ出家ヲ遂ケントノ意思ノ顯スヘカラサルモノアルコトヲ認定スルニ十分
ナリ果シテ然ラハ叙上ノ事實關係ノ下ニ被告ヲ原告ノ法定ノ推定家督相續人タルコ
トヨリ廢除スルハ被告ヲシテ其素願ヲ達セシムル所以ニシテ而カモ敢テ原告家ノ相
續ニ何等ノ支障ヲ來スモノニ非スト謂フヘク斯クノ如キハ民法第九七五條第二項ノ
所謂正當ノ事由アル場合ニ該當スルモノトス(東京地方裁判所大正八年(タ)二一三號同年一〇月二日
民一部大森裁判長山田佐藤各判事判決)

【關係事項】 相續人廢除請求事件○原告邊邊廉吉訴訟代理人辯護士長澤越一郎被告渡邊信訴訟代理人布山彦一
【法定推定家督相續人ノ廢除原因ト正當ノ事由ニ關スル參照學說判例】
本卷民法一一頁以下同二〇七頁同二八七頁同二八七頁同四六二頁

二九六

九〇 公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為ハ無効トス
七〇九 故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス

七五第一項 婚姻ハ之ヲ戶籍吏ニ届出ツルニ因リテ其效力ヲ生ス

甲カ乙ニ配偶者アルコトヲ知リテ乙ト婚姻ノ豫約ヲ締結スルモ該豫約ハ民法第
九〇條ニ依リ無効ナリトス

詐欺ニ因リテ生シタル損害ナリト謂ハンカ爲メニハ其損害ハ當該欺罔行爲無カ
リセハ發生セザリシナルヘキ關係ニアルコトヲ要スルト同時ニ當該行爲カ詐欺
タラスンハ發生セザリシナルヘキ關係アルコトヲ要スルモノトス
有效ナルヘキ婚姻豫約カ詐欺ノ爲メニ其成立ヲ妨ケラレ又ハ之カ爲メニ無効ニ
歸スルカ如キ場合ハ格別欺罔行爲ノ有無ニ拘ラス其婚姻豫約カ他ノ理由ニ依リ
無効(民法第九〇條ノ如キ)ナルヘキ場合ニアリテハ其情交カ男子ノ欺罔行爲アラ
ザリシセハ發生セザリシナルヘキ關係ニアリトスルモ尙其婚姻豫約カ無効ナル
當然ノ結果トシテ其情交關係ハ欺罔ノ有無ニ拘ラス私通タルヲ免カレサルカ故
ニ其情交カ私通タルニ依リテ生シタル精神上ノ苦痛ハ詐欺ニ基ク損害ナリト謂
フヲ得サルモノトス

按スルニ原告カ被告ニ配偶者アルコトヲ知リテ被告ト婚姻ノ豫約ヲ締結シタルコト
ハ原告ノ自陳スルトコロナルモ右豫約ハ民法第九〇條ニ依リ其無効ナルコト敢テ論
テ俟タス而シテ原告ハ被告カ自ラ婚姻ノ意思ナキハ勿論原告及其親族ニ對シ自己ノ
妻カ素行修ラサルカ爲メ協議上離別スルニ決シタルヲ以テ不日其手續ヲ履踐シタル
上原告ヲ其後妻ニ迎ヘ度キ旨虚構ノ事實ヲ述ヘ原告ヲ欺キ處女タル原告ノ貞操ヲ弄
シタルカ故ニ之ニ因リ原告カ被リタル精神上ノ損害ノ賠償ヲ求ムト謂フモ詐欺ニ因

リテ生シタル損害ナリト謂ハンカ爲ニハ其損害ハ當該欺罔行爲無カリセハ發生セザリシナルヘキ關係ニアルコトヲ要スルト同時ニ當該行爲カ詐欺タランニハ發生セザリシナルヘキ關係アルコトヲ要ス此故ニ有效ナルヘキ婚姻豫約カ詐欺ノ爲ニ其成立ヲ妨ケラレ又ハ之カ爲ニ無効ニ歸スルカ如キ場合ハ格別欺罔行爲ノ有無ニ拘ラス其婚姻豫約カ他ノ理由ニ依リ無効ナルヘキ本件ノ場合ニアリテハ其情交カ被告ノ欺罔行爲アラサリシセハ發生セザリシナルヘキ關係ニアリトスルモ尙其婚姻豫約カ無効ナル當然ノ結果トシテ其交情關係ハ欺罔ノ有無ニ拘ラス私通タルヲ免カレサルカ故ニ其情交カ私通タルニ依リテ生シタル精神上ノ苦痛ハ詐欺ニ基ク損害ナリト謂フヲ得ス依テ原告ノ本訴請求ハ此點ニ付既ニ失當ナリ(東京地方裁判所大正八年(ワ)一三九七號同年一月六日民六部近藤裁判長小林立松各判事判決)

【關係事項】

棄却○損害賠償請求事件○原告諸岡めい訴訟代理人辯護士富田富太郎被告宮崎忠太郎訴訟代理人辯護士野村文吉

(二九七)

八六六

縁組ノ當事者ノ一方ハ左ノ場合ニ限リ離縁ノ訴ヲ提起スルコトヲ得

一 他ノ一方ヨリ虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキ

戸主タル養父カ養子ノ爲メ事實上婿養子ヲ迎ヘ乍ラ故ナク其入籍ヲ拒ミ養子夫婦間ニ學々タル子女ヲシテ私生子タラシムルカ如キハ養子ニ對シテ重大ナル侮辱ヲ加ヘタルモノト謂フヘク從テ養父ノ前示行爲ハ民法第八六六條第一號ニ該當スルモノトス

民法第八六六條ノ規定ハ養親ノ一方ニ離縁ノ原因ヲ生シタルトキハ養親夫婦双方ニ對シテ訴ヲ提起スルコトヲ得ルモノトス

案スルニ被告兩名ハ夫婦トシテ明治三十二年十二月二十九日原告ヲ養子トシテ養子縁組ヲ爲シ其繼續中ナルコト及ヒ被告右衛門ハ原告ノ家ノ戸主ナルコトハ甲第一號證ニ依リ明カナリ而シテ甲第二號證ノ記載ト證人竹内宗俊杉田健次郎ノ各證言トヲ綜合スレハ被告兩名ハ協議ノ上大正五年十一月頃原告ノ爲メニ訴外露木政吉ヲ婿養子トシテ迎ヘ原告ハ政吉ノ妻トシテ同人ト同棲シ爾後原告及被告リカハ被告右衛門ニ對シ政吉ノ入籍方ヲ交渉スル所アリシモ被告右衛門ハ之ヲ拒絕シテ應セスニ屆出ヲ爲ササルヘカラサルノ已ムヲ得サルニ至リ遂ニ政吉ハ適法ニ婿養子タルコトノ不可能ナルヲ知り原告ト離縁シタルコトヲ認メ得ヘシ然リ而シテ戸主タル養父カ養子ノ爲メ事實上婿養子ヲ迎ヘ乍ラ故ナク其入籍ヲ拒ミ養子夫婦間ニ學々タル子女ヲシテ私生子タラシムルカ如キハ養子ニ對シテ重大ナル侮辱ヲ加ヘタルモノト謂フヘク從テ被告右衛門ノ前示行爲ハ民法第八六六條第一號ニ該當スルモノト認ム而シテ同條ノ規定ハ養親ノ一方ニ離縁ノ原因ヲ生シタルトキハ双方ニ對シテ訴ヲ提起スルコトヲ得ルモノト解スヘキヲ以テ原告ノ本訴請求ハ正當ナリトス(横濱地方大正七年(タ)第八四號同年五月三日民二部諸留裁判長稻本中島各判事判決法律新聞第一六〇八號一四頁)

【關係事項】

被告取訴○離縁請求事件○原告渡邊千代訴訟代理人辯護士柳田國之助○被告渡邊勘右衛門訴訟代理人辯護士平川松太郎同横山勝太郎被告渡邊リカ訴訟代理人辯護士大内省三郎

【判旨第一點離縁原因ト重大ナル侮辱ニ關スル參照學說判例】

一 親子ハ必シモ同居スヘキモノニアラス故ニ荷モ虐待又ハ重大ナル侮辱ト爲スヘキ行爲アリタルトキハ常ニ離縁ノ原因アルモノトセリ例ヘハ養親カ養子ニ十分ノ食料ヲ給セス又ハ無事ノ養子ヲ罵リテ盜賊其他ノ惡業ヲ爲シタル者ノ如ク稱スルハ養親ノ養子ニ對スル「虐待又ハ重大ナル侮辱」ニシテ養子カ養親ヲ打擲シ又ハ養子カ養親ニ對スル「虐待又ハ重大ナル侮辱」ト謂フヘキカ但此等ノ事項ハ當事者ノ教育身分等ニヨリ異ラサルコトヲ得サルカ故ニ法官タル者ハ此等ノ事情ヲ斟酌シテ判斷スヘキモノトス(法學博士梅謙次郎氏民法要義三二四頁)

二 養子縁組ノ當事者ノ一方ハ左ノ場合ニ限リ離縁ノ訴ヲ提起スルコトヲ得(一)他ノ一方ヨリ虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタ

【判旨第二點夫婦タル養親ニ對スル離縁ノ訴ト當事者ニ關スル參照學說判例】

ルトキ養親カ縁組後ニ迎ヘタル配偶者トノ間ノ虐待又ハ侮辱ハ離縁原因トナス(三)及ヒ(八)ノ離縁原因ト對照シテ不權衡ナリ之ヲ養親ニ準セザリシハ民法ノ缺點ト云フヘシ(法學博士穂積重遠氏親族法大意四版一四四頁)

三 他ノ一方ヨリ虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルキハ親子間ニ之等ノ行為アルニ於テハ相互ノ親愛ヲ保持シ得ヘキニ非ス是レ此原因アル所以ナリ例之養親カ養子タル婦女ヲ強制シテ再三姦姦ノ醜業ヲ督マシメントシ又ハ金錢ノ爲メニ其節操ヲ破ルヘキ行為ヲ敢テセシメントスルカ如キハ之ニ該當ス(明治三十八年一月一日大審院判決)唯離婚ノ場合ニ關シテハ虐待ハ同居ニ堪ヘサルハキ性質ノモノタル事ヲ要スルモ此ニハ必スシモ此性質ヲ有スルヲ要セス是レ蓋夫婦ハ必ス同居スルヲ要スルモノナルモ養親子ハ必スシモ同居ヲ要セザルモノナレハナルヘシ(法學博士牧野菊之助氏日本親族法論五版四〇四頁)

四 離婚ノ場合ニ於ケル虐待ハ同居ニ堪ヘサル程度ナルコトヲ要ス是レ夫婦ハ同居ノ義務アルカ故ニ虐待ノ程度カ此同居ヲ爲スニ堪ヘサルコトヲ必要トスルハ當然ナルモ養親關係ハ必ス同居スヘキ義務ナキカ故ニ苟モ虐待アルトキハ之ヲ以テ離縁ノ原因ト爲スコトヲ得トノ理由ニ依ル又養子ノ直系尊屬ヨリ養親ニ對シ與ヘタル虐待又ハ侮辱ヲ離縁ノ原因トセザルハ養子ノ直系尊屬養親子等ト同居スヘキモノニアラサレハ之ヲ以テ養親子關係ヲ消滅スルノ原因トナスニ足ラス但不法行為トシテ救済ヲ求メ得ヘキハ勿論ナリ(下タトル、ニヨリス阪本愛三郎早大親族法講義錄二二二頁)

一 養親カ夫婦ナル場合ニハ養親子關係ハ一個ト見得ヘキヲ以テ養子ハ養親ノ一方ノミ離縁ヲ爲スコトヲ得ス協議離縁ノ一方ノ當事者ハ養親兩人ナラサルヘカラス然レトモ離縁ノ訴ハ必シモ養親ノ双方ヲ當事者トスル必要ナク養親ノ一方ニ離縁原因カ存スル場合ニ其他方ニ對シテ之ヲ提起スルヲ得ヘキ養親ノ一方ニ對シテ例ヘハ養子カ虐待ヲ爲シタル場合ニ養親ノ他方ヨリ離縁ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ而シテ養親ノ一方ノミヲ當事者トスル訴ハ因ル離縁ノ判決ハ當然養親ノ他方トノ養親子干渉ヲ消滅セシムルモノト解スルナ正當ニシテ且便宜ナリトセンカ(法學博士穂積重遠氏親族法大意一七頁)

二 民法第八百六十六條ハ主トシテ離縁ノ事由ヲ定メタル規定ナルモ養親タル夫婦ハ離縁ノ訴訟ニ付テハ各直接利害關係者ニシテ之ニ對スル判決ハ合一ニ確定スヘキ場合ナルヲ以テ養親タル夫婦俱ニ存スルトキハ共ニ訴訟當事者ト爲ルヘキコトモ併セテ規定シタルモノト解釋セザルヘカラス(大審院明治三十五年二月二日民一部判決民錄第一輯第一〇卷一四四頁)

三 養父母俱ニ生存セル場合ニ於テ養子離縁ノ訴ヲ爲サントスルニハ其父母カ共同シテ之ヲ爲ササルヘカラスルモノニシテ養父若クハ養母一人ノミヲ爲スコトヲ得サルモノトス(東京地方明治四二年六月二日民一部判決法律新聞第五二三號一五頁)

判旨第二點養親カ夫婦ナル場合ニ於テハ離縁ノ訴ハ養親ノ雙方ヲ當事者トスヘキカ或ハ養親ノ一方ノミヲ當事者ト爲スコトヲ得ト爲ス學者アリト雖モ理論上ヨリスルトキハ養親ノ雙方ヲ當事者ト爲スヘキモノト解スルヲ正當ト信ス蓋シ

一箇ノ離縁原因ニ基キ發生スル縁組解消ノ形成權ハ一箇ノ養親子關係ヲ消滅セシムルコトヲ目的トスル一個ノ形成權ニシテ養親夫婦ニ對スル二箇ノ形成權ヲ生スルモノニ非ス然リ而テ形成權行使ノ相手方數人アル場合ニアリテハ之等全員ニ對シテ爲スコトヲ要スルカ故ニ形成權ヲ行使シテ爲ス離縁ノ訴ニアリテモ養親カ夫婦ナル場合ニ於テハ其雙方ヲ當事者ト爲ササルヘカラス反對說ハ養親ノ一方ノミヲ當事者トスル訴ニ因ル離縁ノ判決ハ當然養親ノ他方トノ養親子關係ヲ消滅セシムト爲スト雖創設判決ノ效力ヨリ推シテ直ニ此結論ヲ採ルハ本末ヲ顛倒セルモノニシテ一ノ便宜論ト謂フヲ妨ケサルヘシ況ンヤ離縁ノ訴ハ固有ノ必要ノ共同訴訟ト解スヘキニ於テヤ判旨ハ養親ノ一方ニ離縁ノ原因ヲ生シタルトキハ養親夫婦ノ雙方ニ對シ訴ヲ提起スルコトヲ得トシ其意明瞭ヲ缺クト雖モ案件ノ如ク養親夫婦ヲ以テ被告ト爲シタル場合ノ說示トシテ素ヨリ非難スヘキモノニ非ス

(一) 裁判所ノ招集シタル親族會員カ其招集ニ應シ會議ヲ開キタル場合ニ於テハ必

民法九四四 本法其他ノ法令ノ規定ニ依リ親族會ヲ開クヘキ場合ニ於テハ會議ヲ要スル事件ノ本人、戶主、親族、後見人、後見監督人、保佐人、檢事又ハ到會關係人ノ請求ニ因リ裁判所之ヲ招集ス

同九五 親族會ノ決議ニ對シテハ一個月内ニ會員又ハ第九百四十四條ニ掲ケタル者ヨリ其不服ヲ裁判所ニ訴フルコトヲ得

スシモ其招集シタル日ニ於テノミ決議ヲ爲スコトヲ要スルモノニアラス其他ノ日ニ於テモ之ヲ爲スヲ妨ケサルモノトス」

親族會員カ裁判所ノ招集シタル日時場所ニ參集シタルモ或事情ノ爲メニ會議ヲ開クコトヲ得スシテ其儘其日ヲ徒過シタル場合ノ如キハ即チ裁判所ノ爲シタル招集決定ハ全ク之カ執行ヲ見スシテ終リタルモノナルヲ以テ民法第九四條ニ列舉セル者ヨリ更ニ裁判所ニ對シテ之カ招集ヲ申請スヘク會員自ラ擅ニ日時場所ヲ定メ親族會ヲ招集スヘキモノニアラス」

(二) 親族會ノ招集手續ニ違背シテ爲シタル決議ハ單ニ民法第九五一條ノ規定ニヨル不服ノ訴ニ於テ裁判所ノ宣言ニヨリ無効トナルヘキ素質ヲ有スルニ止リ絶對的無効ノ決議ニアラス」

(一) 案スルニ裁判所ノ招集シタル親族會ト雖モ其招集シタル日ニ於テノミ決議ヲ爲スコトヲ要シ其他ノ日ニ於テハ絕對ニ之ヲ爲シ得サルモノニアラスルコトハ本院ノ判例(大正七年(オ)第二四〇號同年四月十七日判決參照)トスル所ナリト雖モ這ハ親族會員カ招集ニ應シ會議ヲ開キタル場合ニ係リ會員カ裁判所ノ招集シタル日時場所ニ參集シタルモ或事情ノ爲メニ會議ヲ開クコトヲ得スシテ其儘其日ヲ徒過シタル場合ノ如キハ即チ裁判所ノ爲シタル招集決定ハ全ク之カ執行ヲ見スシテ終リタルモノナルヲ以テ民法第九四條ニ列舉セル者ヨリ更ニ裁判所ニ對シテ之カ招集ヲ申請スヘク會員自ラ擅ニ日時場所ヲ定メ親族會ヲ招集スヘキモノニアラス蓋シ叙上ノ場合ニ之カ會員ニ擅ニ日時場所ヲ定メ親族會ヲ招集シ得ルモノトセムカ法律力カ會員ノ專横ヲ防ク目的ヲ以テ裁判所ニ親族會(無能力者ニ付テハ最初ノ分)ノ招集權ヲ與ヘタ

【判旨】(一)親族會ハ招集セラレタル日ニ開會決議スルヤニ關スル參照判例)

【關係事項】 上告棄却○原審名古屋控訴院○親族會議不服訴訟事件○上告人田中貞吉外一人訴訟代理人辯護士下條勇三郎被上告人後藤喜一郎

六日民二部馬場裁判長田上柳川瀧成道各判事判決

ル趣旨ニ背馳スルニ至レハナリ本件ニ付キ原院ノ確定シタル事實ハ論旨摘示ノ如クニシテ之ニヨレハ裁判所ノ定メタル日時場所ニ於テ全ク親族會ヲ開カスシテ止ミタルモノナルニヨリ更ニ之カ會ヲ開カムトスルニハ叙上ノ理由ニ基キ民法第九四條ニ列舉セル者ヨリ裁判所ニ對シテ之カ招集ノ申請ヲ爲ササルヘカラス然ルニ親族會員ノ一人タル上告人田中貞吉ハ其後獨斷ヲ以テ招集ノ日時場所ヲ定メ親族會ヲ招集スル旨他ノ會員ニ對シテ通知ヲ爲シ其會員ノ一人タル宮田鐵吉ノ異議アリシニモ拘ハラス上告人森桑三郎ト共ニ亡田中みいノ家督相續人トシテ田中農夫也ヲ選定スル旨ノ決議ヲ爲シタルハ畢竟親族會ノ招集手續ニ違背シタルモノニシテ之ニ基ク該決議ハ民法第九五一條ノ規定ニヨリ不服ノ訴ニ於テ裁判所ノ宣言ニヨリ無効ニ歸スヘキ素質ヲ有スルモノトス然ラハ原院力カ之ト同趣旨ノ理由ノ下ニ被上告人ノ請求ヲ認容シタルハ至當ナリ

(二) 親族會員カ裁判所ノ招集シタル日時場所ニ參集シタルモ其場所ノ主人ヨリ會議ヲ開クコトヲ拒絶セラレタル爲メ空シク引取リ其後親族會員ノ一人カ擅ニ日時場所ヲ定メテ他ノ會員ニ招集ノ通知ヲ爲シ而カモ其内一人カ其日時場所ニ異議ヲ唱ヘテ出席セザリシニモ拘ラス他ノ會員ト共ニ親族會ヲ開キ決議ヲナシタル本件ノ如キ場合ハ即チ親族會ノ招集手續ニ違背シタル者ナルヲ以テ之ニ基ク決議ハ單ニ民法第九五一條ノ規定ニヨリ不服ノ訴ニ於テ裁判所ノ宣言ニヨリ無効トナルヘキ素質ヲ有スルモノトス然ラハ原院力カ之ト同趣旨ニ出テタル被上告人ノ請求ヲ認容シタルハ洵ニ至當ノ措置ナリトス(大審院大正八年(オ)第六二〇號同年十月十日民二部馬場裁判長田上柳川瀧成道各判事判決)

一 裁判所ノ招集シタル親族會ト雖モ其招集シタル日ニ於テノ決議ヲ爲スコトヲ要シ他ノ日ニ於テハ絕對ニ之ヲ爲シ得ルモノニアラスシテ其招集ニ應ジタル親族會員カ合意ノ下ニ其決議ヲ他日ニ延期又ハ續行スルコトヲ妨タルモノニ非ス(大審院大正七年四月七日民三部判決本書第七卷民法三四〇頁)

二 親族會ノ招集ニツキ裁判所ノ指定シタル期日及場所ハ親族會員ニ於テ擅ニ之ヲ變更シ得ヘキニアラス之ヲ變更シ裁判所カ指定シタル期日若クハ場所以外ニ合意シテ決議ヲ爲シタルカ如キ場合ハ其招集手續ノ規定ニ違背セルモノナレトモ決議ハ適法ニ選定セラレタル親族會員等カ其資格ヲ以テ爲シタルモノナル以上ハ親族會ノ決議ニ外ナラサルモノトス從テ之ニ對シ不服ノ訴ヲ爲スハ權利ナレトモ之ヲ親族會ノ決議ニ非スト謂フヲ得ス(大正四年五月二〇日判決本書四卷民法四五二頁)

三 家督相續人選定ノ爲メノ親族會ハ管轄裁判所ノ招集ニ係リ唯裁判所ノ指定シタル月日ト異ナル日ニ於テ開會シタルニ過キサレハ親族會員等カ其資格ヲ以テ爲シタル決議ナル以上開會ノ手續ハ適法ナルモノ之ヲ以テ親族會ノ決議ニ非スト爲スコトヲ得サルカ故ニ右決議ニ對シ民法第九五一條ノ規定ニ從ヒ不服ノ訴ヲ爲スハ格別其決議ヲ以テ當然無効ナリト爲スハ理由ナキモノトス(東京控訴院大正七年二月十八日民一部判決本書第七卷民法二二六七頁)

四 家督相續人選定ノ爲メ招集セラレタル親族會カ最初ノ招集日時ニ於テ決議ヲ爲サザレバ爲メ更ニ裁判所ノ指定シタル日時ト異ナリタル後日ノ日時ニ於テ開會シ其決議ヲ爲タルモ之カ爲メ何等其決議ニ瑕疵ヲ存スルモノニアラス(大正六年五月三日判決本書六卷民法七八五頁)

【判旨(二)不適法ナル親族會ノ決議ト不服ノ訴トノ關係ニ關スル參照判例】

- 一 法定順位ニ反シ選定相續人ヲ選定シタルトスルモ不服ノ訴ヲ起シ取消シノ裁判ヲ受ケザル限リ當然無効ナリト云フコト能ハサルモノトス(大審院明治四十五年(オ)第六一號同年五月二日民一判決本書第一卷民法一七三頁)
- 二 親族會カ法定ノ推定家督相續人アル場合ニ於テ家督相續人ヲ選定シ又ハ法定ノ後見人アル場合ニ於テ後見人ヲ選定シタルトキハ其決議ノ當然無効ニシテ民法第九五一條ノ不服ノ訴ニ因リ宣告ヲ缺テ始メテ無効タルヘキモノニアラス(明治四二年四月二七日判決大審院民事判決一五輯四〇二頁)
- 三 親族會ノ決議ニ對シ一箇月ノ期間内ニ不服ノ訴アラサルトキハ其決議法律ニ違背スルモ效力確定スルチ原則トス然レトモ其ノ公ノ秩序ニ關スル規定ニ背反シ又ハ親族會ノ構成不適法ニシテ實質上決議ヲキト均シキ場合ハ例外トス(明治四一年四月三〇日判決大審院民事判決一四輯五〇六頁)
- 四 親族會ノ決議ヲ無効トスル訴ニ於テハ其取消ヲ求ムル訴ニ於ケル同シク特別ノ事由存セザル以上ハ親族會員全部ヲ相手人ト爲スヘキモノニシテ其決議ニ於テ過半數ヲ占メタル意見ヲ有スル者ノミヲ相手人ト爲シ行ヘキモノニ非ス(明治三八年三月三十一日判決民錄一輯四七頁)
- 五 民法第九五一條ニ所謂親族會ノ決議ハ實質上無効ナルモノト取消シ得ヘキモノトナ分タス有親族會ノ爲シタル決議ハ總テ之ヲ包含セルモノトス(明治三八年一月一七日判決大審院民事判決一〇輯一四七二頁)

六 親族會ノ決議ハ假令法令ノ規定ニ違反スルモ當然ナルモノニ非スレテ之ヲ無効トスルハ必スヤ裁判所ノ宣言アルコトヲ要ス故ニ其決議無効ノ確認ヲ求ムル所ハ不適法ナリ(明治三七年三月三十一日判決大審院民事判決一〇輯九五二頁)

七 被相續人ノ家族ニ非アルモ同人ト親族關係アル者ノ存スルニ拘ラス其者ヲ家督相續人ニ選定セザルコトノ許可ヲ受ケルコトナク親族關係ナキ者ヲ選定シタル事由アルトキハ其親族會ノ決議ニ對シ民法第九五一條ニ從ヒ不服ノ訴ヲ提起シ取消ノ訴ヲ求ムルコトヲ得ルモノトス(東京控訴院大正七年一月一八日民一部判決本書第七卷民法二二六七頁)

八 親族會ノ決議ハ假令法令ノ規定ニ違背スルモ公ノ秩序ニ關スル規定ニ違反シタル場合若クハ親族會ノ構成力不適法ナル場合ノ外ハ當然無効ナルモノニ非スレテ之ヲ無効トスルニハ必スヤ裁判所ノ宣言アルコトヲ要スルモノナレハ親族會ノ決議カ民法第九五一條ニ違背スルモノアル場合ニ於テモ同法九五一條所定ノ期間内ニ訴ヲ提起セザル以上ハ最早ヤ之カ不服ヲ唱ヘ得ヘキモノニ非ス(同大正七年二月二日民二部判決本書第七卷民法二二六頁)

九 親族會ノ決議カ當然無効ナル場合ハ無効確認ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルモノトス(東京控訴院大正二年第三八四號同三年一月三十一日判決本書二卷民法七七七頁)

一〇 親族會ニ於テ裁判所ノ許可ヲ得シテ任意ニ法定ノ順序ヲ變更シ以テ相續人ノ選定ヲ爲シタルトキノ如キハ其決議ハ當然無効ニ非スシテ第九五一條ヨリ取消シ得ヘキモノトス(長崎控訴院大正二年第一九號判決本書二卷民法三二六頁)

一一 親族會ノ決議カ形式ニ於テ違法ノ點ナキモ實質上不當ナル場合ハ民法第九五一條ニ依リ其ノ取消ヲ請求シ得ルモノトス(明治四十四年六月四日大正元年二月六日判決本書二卷民法一五八頁)

一二 親族會カ家督相續人ヲ選定スルニハ必ス民法九八二條ノ順序ニ從フカ然ラサレハ裁判所ノ許可ヲ得タル場合ニ限定セラレルモノトス故ニ若親族會カ右ノ範圍ヲ超テ裁判所ノ許可ヲクシテ其順序ヲ變更シテ相續人ヲ選定シタルトキハ其選定決議ハ當然無効ニシテ利害關係人ハ不服ノ訴ヲ待テ何時ニモ之カ無効ヲ主張スルコトヲ得(明治四十三年二月九日判決)

一三 親族會ニ於テ他家ノ法定推定家督相續人ニ選定家督相續人ヲ充ツル決議ヲ爲スモ法律上無効ニアラス(名古屋控訴院明治四〇年一月六日判決判例彙報三卷一二五頁)

一四 民法九五一條ニ所謂親族會ノ決議ハ實質上無効ナルモノト取消シ得ヘキモノトナ問ハス苟クモ親族會ノ爲シタル決議ハ之ヲ包含スルモノナルコト明白ナレハ假令實質上無効ナル親族會ノ決議ト雖モ同條ノ規定ニ從ヒ不服ヲ唱ヘ之カ救済ヲ求ムルニ非サレハ確定動カスヘカラサルモノトシテ存在ス(明治四〇年二月二日判決法律新聞四七三號五頁)

一五 無効ノ決議ト雖モ其形式ヲ存スル以上ハ之カ取消ノ途ナカラサル可カラ民法第九五一條ノ此ノ如キ取消ノ訴ヲモ許サスルモノト解スヘキカ故ニ控訴人カ實質上無効ナル決議ニ對シ民法第九五一條決議即チ不服ヲ訴フル本訴其形式ノ廢棄ヲ求ムヘキナリ(明治四一年二月二日判決法律新聞四八四號一七頁)

一六 親族會カ民法第八五條ニ從ヒ家督相續人ヲ選定スルニ當リ被相續人ノ親族アルニ拘ハラズ之ヲ措キ何等親族會關係ナキ者ヲ相續人ニ選定スル決議ハ無効ナリ此ノ如キ決議ニ對シ民法九五一條 依リ其決議ノ取消ヲ求ムル事ヲ得ヘレ(同上)

一七 法定ノ要件タル裁判所ノ許可ヲ得シテ爲シタル親族會ノ決議ハ無効ナルヲ以テ之ニ對シテ取消ノ訴ヲ爲ス(キモノ
 アラス(明治三六年二月一九日判決法律新聞一八六號四頁))
 一八 親族會ニ於テ相續人選定ノ決議ヲ爲スニハ法定ノ手續ヲ要スルカ故ニ違反シタル以上ハ其決議ハ無効ナリ(法
 律新聞六八〇號一六頁)
 一九 親族會決議ノ取消ヲ求ムル訴ハ適法ナル決議ニ對シテ其内容ノ不當ナルコトヲ理由トスル場合ニ限リ提起スルコトヲ得
 ルモノニシテ決議ヲ不適法トスル手續違背ヲ理由トスル場合ニ於テハ裁判所ノ無効宣言ヲ求ムルハ格別之カ取消ヲ請求スル訴
 ハ訴スヘカラサルモノトス(法律新聞四九九號八頁)
 二〇 親族會ノ決議ニシテ終了センカ形式上確定スルヲ以テ之レニ不服アランカ法律所定ノ訴ニヨリ之ヲ無効ト爲ササル限リ
 ハ依然其爲効ヲ保持スルモノトス(明治三九年五月三十一日判決法律新聞三五九號一頁)
 二一 親族會ノ決議ニ對スル不服ハ如何ナル原因ニ依ルモノト雖訴訟法ノ抗弁ノ方式ニ依ルヘキモノニ非スシテ民法九五一條
 ノ訴ノ方式ニ依ルヘキモノトス親族會ノ決議ハ總令親族會員選定申請ニ如何ナル違法ノ點存スル場合ト雖モ當然無効ノモノニ
 非ス之ヲ無効トスルニハ裁判所ノ宣告ヲ要スルモノナルニ依リ決議無効ノ確認ヲ求ムル訴ハ不適法ナリ(新聞六〇六號一三頁)
 二二 親族會ニ於テ先順位ノ家督相續人アルニ拘ハラス他ノ者ヲ家督相續人ニ決議ヲ爲シタル場合ニ於テ該決議ヲ不當トシテ
 攻撃セントスルニハ決議ノ内容ノ違法ヲ理由トシテ無効ヲ主張スヘキモノニシテ之レカ取消ヲ請求スヘキモノニ非ス(明治四
 一年六月一三日判決法律新聞五〇六號七頁)

判旨第一點ハ至當ナリ親族會カ裁判所ノ招集シタル日時場所ニ參集シタルモ或
 事情ノ爲メニ會議ヲ開クヲ得スシテ其儘其日ヲ徒過シタル場合ハ裁判所ノ招集
 シタル親族會員カ其招集ニ應ジ會議ヲ開キタル場合ト異リ全然親族會ノ招集決
 定ハ其執行ヲ見スシテ終了スルモノナレハ裁判所ノ招集シタル日時場所ニ於テ
 開カサル以上其他ノ日ニ於テ爲スヲ得サルノミナラス法律カ裁判所ニ招集權ヲ
 認メタル精神ニ考フルモ疑ヒヲ容レサル所ナリ從テ再ヒ親族會ヲ開カント欲セ
 ハ第九四四條所定者ヨリ裁判所ニ其招集ヲ請求スルヲ要スルヤ勿論ナリ判旨第
 二點又至當ニシテ贊同ス(第七卷民法一二六九頁)

復代理人ハ更ニ復代理人ヲ選任スルコトヲ得サルモノトス

復代理人ハ更ニ復代理人ヲ選任スルコトヲ得ルカハ可ナリニ離間テアル積極消極ノ
 二説アリ得ル先ツ消極説ヲ採ツテ見タラハトウカ元來復任權ナルモノハ代理權ノ當
 カ代理人ニハ復任權アリト規定ニ依テ代理人ニ與ヘラレタ特別ノ權利テアル故ニ民法
 人ニハ全然復任權ヲ與ヘヌ精神テアルト解釋スルノカ寧ロ穩當テハアルマイカ而テ
 實際上ノ必要上カラ云フモ假令復代理人カ自ラ代理事務ヲ行フニ差支ナシタ場合
 テモ既ニ代理人カ存シ而テ之カ更ニ別ノ復代理人ヲ選任シ得ル以上復代理人ニ更ニ
 復任權ヲ與ヘナクテモ本人ノ利益上何等ノ害カナク且又第一ノ復代理人ニ第二ノ復
 代理人選任ヲ許スナラハ此第二ノ復代理人ニ更ニ第三ノ復代理人ヲ選任スル權利ア
 リト云フ際限ノ無イコトトナリ法理上實際上ノ混雜モアリ濫用ノ弊モアツテ却テ本
 人ニ不利益ヲ醸スコトトナル積極説ノ論據ハ民法第一〇七條第二項テアツテ一應尤
 モナ結論テアル併シ乍ラ此結論ヲ是認スルト復代理人カ更ニ復代理人ヲ選任スルニ
 ハ民法第一〇四條ニ依ルヘキカ第一〇六條ニ依ルヘキカノ問題ヲ生スル復代理人ノ
 本人ニ對スル關係ハ之ヲ選任シタ代理人ノ本人ニ對スル關係ト同様テアツテ即チ委
 任代理人ノ選任シタ復代理人ハ委任代理人法定代理人カ選任シタ復代理人ハ法定代

一〇四 委任ニ因ル代理人ハ本人ノ許諾ヲ得タルトキ又ハ己ムコトヲ得サル事由アルトキニ非サレハ復代理人ヲ選
 任スルコトヲ得ス

一〇六 法定代理人ハ其責任ヲ以テ復代理人ヲ選任スルコトヲ得但己ムコトヲ得サル事由アリタルトキハ前條第一
 項ニ定メタル責任ヲ負フ

一〇七 復代理人ハ其權限内ノ行爲ニ付キ本人ヲ代表ス

復代理人ハ本人及ヒ第三者ニ對シテ代理人ト同一ノ權利義務ヲ有ス

理人ト見ルノカ通説テアルカラ此説ニ從ヘハ前者ハ第一〇四條ニ依リ後者ハ第一〇六條ニ依テ更ニ復代理人ヲ選任シ得ルコトトナル隨テ委任代理人ノ選任シテ復代理人ハ原則トシテ所謂復任權ヲ有セヌコトトナルカラ先ツソレテモ差支ヘナカラウカ法定代理人ノ選任シテ復代理人ハ無制限ニ復任權ヲ有スルコトトナツテ甚タ不都合ナ結果ト呈シハシマイカ法定代理人ノ選任シテ復任權ヲ有スルコトトナツテ甚タ不都合ハ委任ニ因テ復代理人ニナツタノテアツテ其人個人ニ著眼シテノ選任テアル點ニ於テハ寧ロ委任代理人タルノ性質ヲ有スル故ニ之ニ法定代理人トシテノ復任權ヲ與ヘルノハ抑モ復代理制度ノ根本精神ニ反スルサリトテ委任代理人ノ選任シテ復任權ヲ與ルコトハ第一〇七條第二項ノ規定ニ矛盾スルノテアル以上ノ如ク積極説ニモ消極説ニモソレソレ相當ノ理由ハアルカ實際ノ穩當ナ方ヲ採テ消極説ヲ主張シタイ(法學博士種積重遺氏法學新報第二九卷第八號七〇頁「復代理ノ復代理」要領)

【反對學說】

復代理人ハ又復代理人ヲ選任スルコトヲ得ルコト勿論ナリ(法學博士川名兼四郎氏日本民法總論二二九頁)

代理人ハ更ニ復代理人ヲ選任スルコトヲ得ルヤハ立法例岐ル獨逸民法ハ何等規定セサルカ故ニ學者ノ見解ヲ異ニス通説ハ原則トシテ消極ニ解シ例外トシテ代理人カ復代理人選任ニ關シ本人ノ許諾ヲ得タルトキ又ハ特ニ代理人自身カ法律行為ヲ爲スコトニ付キ本人カ特ニ保護セラルヘキ利益ヲ有セサルトキ選任權アルモノトス此論ヲ一貫スルトキハ本問復代理人ハ更ニ復代理人ヲ選任スルコトヲ得ルヤ否ヤニ付テモ復代理人カ更ニ復代理人ヲ選任スルコトニ付キ本人カ同意ヲ與ヘサル以上一般ノ原則ニ依リカカル權ナキモノト解セサルヘカヲ蓋シ

代理人ノ場合ノ如ク單ニ代理人自身カ法律行為ヲ爲スコトニ付キ本人カ特別ノ利益ヲ有セストノ理ニヨリ復任權アルモノトスレハ復代理人カ更ニ復代理人ヲ選任スルトキハ復代理關係ハ無數ニ重複スルニ至ルヘク從テ代理人ハ原則トシテ復任權ナシトノ原則ヲ破ルニ至ルヘケレハナリ然レトモ此理論ハ移シテ以テ我民法ノ解釋ト爲スヲ得ス何トナレハ我民法ハ獨逸法系ヲ採ラスシテ佛法系ニ從ヒ代理人ニ復任權ヲ認メタルカ故ナリ然モ復代理人ハ更ニ復代理人ヲ選任スルコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ何等ノ明文ナキカ故ニ我民法ノ解釋上疑問タルト共ニ等シク難解ノ問題ナリ消極積極説ノ岐ルル所ナリト雖モ吾人亦博士所論ノ如ク結果ノ穩當ナル點ヨリシテ消極説ニ贊同セント欲ス

三〇〇

四二二 債務ノ履行ニ付キ定期限アルトキハ債務者ハ其期限ノ到來シタルトキヨリ遲滞ノ責ニ任ス
債務ノ履行ニ付キ不定期限アルトキハ債務者ハ其期限ノ到來シタルコトヲ知リタル時ヨリ遲滞ノ責ニ任ス
五九一 當事者カ返還ノ時期ヲ定メサリレトキハ貸主ハ相當ノ期間ヲ定メテ返還ノ催告ヲ爲スコトヲ得
借主ハ何時ニテモ返還ヲ爲スコトヲ得

民法第五九一條第一項ハ履行期ノ定メナキ消費貸借ニ於テモ借主ハ或時間内ハ其物ヲ返還スルヲ要セスト爲シタルモノト解スヘキカ故ニ其時間内ハ借主ハ返還債務ヲ履行スルヲ要セス未タ返還債務ノ履行期ハ到來セサルモノト解スヘキモノトス

民法ハ履行期ノ定メナキ消費貸借ノ履行期ヲ到來セシムル方法トシテ貸主ハ相當ノ期間ヲ定メテ返還ノ催告ヲ爲スコトヲ要スルモノト爲シタルカ故ニ相當期間ヲ定メタル催告アルトキハ茲ニ始メテ返還債務ハ確定期限附ノモノトナリ其相當期間ノ經過ト共ニ其確定期限到來シ借主ハ履行遲滞ニ陥ルモノトス」

履行期ノ定メナキ消費貸借ニ於テ相當期間ヲ定メタル催告無キ限リ借主ハ其物ヲ返還スルヲ要セス又貸主ハ其物ノ返還ヲ請求シ得ス從テ相當期間ヲ定メタル催告ヲ爲サスシテ貸主カ其物ノ返還ヲ請求スルモ何等ノ效力ナキモノトス」

履行期ノ定メナキ消費貸借ニ於テ貸主カ其物ノ返還ヲ請求シテ勝訴ノ判決ヲ得ントスルニハ期限ノ定メナキ消費貸借ノ成立シタルコトヲ主張立證スルノミニテハ足ラス更ニ履行期ノ到來シタルコト即チ自己カ相當ノ期間ヲ定メテ物ノ返還ヲ催告シタルコト及ヒ催告シタル日ヨリ自己カ相當期間トシテ相手方ニ催告シ置キタル期間カ經過シタルコトヲ主張立證スルコトヲ要スルモノトス」

故ニ貸主ノ主張自體ヨリ相當期間ノ催告ナカリシコトノ明白ナル場合ニハ借主ノ抗辯ヲ待タスシテ裁判所ハ貸主ノ請求ヲ排斥スヘキモノトス」

大審院大正八年五月一七日民三部判決本卷民法六五五頁所載

民法第五九一條第一項ハ當事者カ返還ノ時期ヲ定メザリレトキハ貸主ハ相當ノ期間ヲ定メテ返還ノ催告ヲ爲スコトヲ得ト云フノミテ貸主カ相當ノ期間ヲ定メスシテ返還ノ催告ヲシタル場合ニ於ケル其催告ノ效力ニ付キ何等規定セス從テ其效力如何ノ間

【論旨第一、二點無期限消費貸借ト履行遲滞ニ關スル同趣旨學說判例】

題ニ關シ學說カ歧レテ居ルカ元來消費貸借ハ借主チシテ交付ヲ受ケタ物ヲ利用セシムルコトヲ目的トスルノテアルカ尙モ當事者間ニ消費貸借成立スル場合ニアリテハ借主チシテ其物ヲ或時間利用セシムルコトヲ予定セルモノト謂ハネハナラヌ契約成立ト同時ニ直ニ返還セシムルコトハ契約ノ性質其モノニ矛盾スルノテアル民法第五九一條第一項ハ實ニ消費貸借ノ此本質ニ鑑ミ履行期ノ定メナキ消費貸借ニ於テモ借主ハ或時間内ハ其物ヲ返還スルコトヲ要セザルコトヲ爲シタルモノト解スヘキテアル即チ其時間内ハ返還債務ヲ履行スルヲ要シナイノテアツテ未タ返還債務ノ履行期カ到來シナイモノト云ハネハナラヌ而テ民法ハ其履行期ヲ到來セシメル方法トシテ貸主カ相當ノ期間ヲ定メテ返還ノ催告ヲ爲スコトヲ要スルモノト爲シタルノテアル故ニ相當期間ヲ定メタル催告アルトキハ茲ニ始メテ返還債務ハ確定期限附ノモノ(相當期間ノ經過シタル時ニ到來スル)トナリ其相當期間ノ經過ト共ニ其確定期限到來シ借主ハ履行遲滞ニ陥ルノテアル故ニ相當期間ヲ定メタル催告ナキ限リハ借主ハ其物ヲ返還スルヲ要セス貸主ハ其物ヲ返還ヲ請求シ得ナイノテアル從テ相當ノ期間ヲ定メタル催告ヲ爲サスシテ貸主カ其物ノ返還ヲ請求スルモ何等ノ效力ナキモノト云ハネハナラヌサレハ貸主カ其物ノ返還ヲ請求シテ勝訴ノ判決ヲ得ント欲スルナラハ期限ノ定メナキ消費貸借ノ成立シタルコトヲ主張立證スルノミニテハ足ラナイ更ニ履行期ノ到來シタルコト即チ自己カ相當ノ期間ヲ定メテ物ノ返還ヲ催告シタルコト及ヒ催告シタル日ヨリ自己カ相當期間トシテ相手方ニ催告シ置キタル期間カ經過シタルコトヲ主張立證シナケレハナラナイ故ニ貸主ノ主張自體カラ相當期間ノ催告ナカリシコトカ明白ナ場合ニハ借主ノ抗辯ヲ待タスシテ裁判所ハ貸主ノ請求ヲ排斥シナケレハナラヌ余輩ハ借主ノ抗辯ヲ待タスシテ貸主ノ請求ヲ排斥シ得ルモノト爲ス本判決ニハトウシテモ贊同シ兼ヌルノテアル(法學士藥師寺傳兵衛民法學志林第二卷第一二號三九頁民法第五九一條第一項ノ旨趣並ニ借主カ返還催告ノ利益ヲ受クル要件)要領)

一 吾人ハ五九一條ノ場合ニハ貸主ノ返還ノ催告ニ依リテ始メテ履行期到來スルモノト解ス抑モ當事者カ履行期ヲ定メサル場合ニハ債權ノ發生ト同時ニ履行期到來スルヲ原則トス而シテ五九一條ハ寧ロ此ノ原則ノ適用ヲ避ケ法律カ貸主ニ履行期ヲ確定スル權利ヲ認メ其ノ一方ノ意思表示ニ依リテ履行期ヲ定メシムル場合ナリトス故ニ同條ニ云フ催告ハ本來告知タル性質ヲ有レ之ニ依リテ履行期到來セシムルノ效力ヲ生ス(法學博士石坂晋四郎氏民法研究第三卷四〇七頁)

二 相當ノ期間ヲ定メテ催告ヲ爲スコトハ此種ノ返還債務ヲ到來セシメ借主ノ履行遲滞ヲ生スル要件ナリ故ニ借主カ相當ノ期間ヲ定メシテ單ニ催告ヲ爲シタル場合ニハ借主之ニ對シテ抗辯ヲ爲サシモ履行遲滞ヲ生セサルモノト解セサルヘカラス(法學博士鳩山秀夫氏債權法各論中三四頁)

三 借主ハ相當ノ猶豫期間ヲ伴フ返還ノ請求ヲ受ケタル場合ニ於テ其ノ期間滿了ノ時ヨリ遲滞ノ責ニ任スルモノナリトス是レ畢竟當事者ノ意思解釋ニ基キテ適宜ニ借主ヲ保護セムトスルノ旨意ナリ(法學士村上恭一氏債權各論五四八頁)

四 若シ當事者カ此返還時期ヲ定メザリシトキハ貸主ハ相當ノ期間ヲ定メテ借主ニ對シテ物返還ノ催告ヲ爲スコトヲ得ヘキモノナリ此場合ニ借主カ其期間内ニ目的物ヲ返還セザリシトキハ借主ハ乃チ遲滞ノ責ニ任セサルヘカラス(法學士清水一郎氏債權明大講九頁)

五 當事者カ返還ノ時期ヲ定メザリシトキハ貸主ハ第四一條第三項ニ依リテ何時ニテモ返還ヲ請求シ得ルモノナリヤ換言スレハ契約成立ノ始メヨリ返還時期到來セルモノト見ルヘキヤ又ハ催告アリテ始メテ返還時期到來スルモノト見ルヘキヤニ關シテハ從來學者間ニ議論アリト雖モ余輩ハ此點ニ關シテ後說ヲ正當トス蓋シ消費貸借ハ借主ヲシテ其交付ヲ受ケタル物ヲ利用セシムルコトヲ目的トスルモノナルカ故ニ契約成立ト同時ニ直ニ返還時期到來スルハ契約ノ性質上明ニ矛盾ナリ故ニ契約成立ト返還時期トノ間ニハ何等カ時間アルコトヲ必要トスルモノニシテ本條カ相當ノ期間ヲ定メテ返還ノ催告ヲ爲スコトヲ得ト云ヘルハ即チ催告後其相當期間經過スルニ依リテ返還時期到來スルモノナリト解スルヲ正當トス(法學士末弘嚴太郎氏債權各論五三二頁)

六 返還時期ノ定メナキ消費貸借ハ債權者カ債務者ニ對シテ支拂命令ヲ以テ履行ノ催告ヲ爲シタルトキハ其命令ニ據ケタル一四條期間終了ニ依リテ返還時期到來スルモノトス(長崎控訴明治四五年(ナ)第二八號同四五年一月一八日判決第一卷民法五頁)

七 返還時期ノ定メナキ消費貸借ニ依リテ貸主カ相當ノ期間ヲ定メテ返還ヲ催告スルニ非ラザレハ返還時期ノ到來セサルモノトス(東京地方明治四五年(ワ)六一七號大正元年一月一五日判決法律新聞第八二九號二頁)

八 消費貸借ノ返還時期ノ定メナキ場合ニ依リテ特別ノ意思表示アラサル以上ハ前示民法ノ規定ハ依リ貸主ハ返還ノ準備ニ要スル相當ノ期間ヲ定メ借主ニ返還ノ催告ヲ爲スニアラサレハ借主ハ返還ノ義務ヲ履行スヘキ義務發生セサルモノトス(青森地方明治四四年(ワ)四號判決新聞第七一二號二六頁)

九 民法五九一條一項ハ催告ヲ爲スニ當リテ定メタル相當期間ノ滿了後ニ非ラサレハ借主ハ遲滞ニ附セラルルコトナキ旨ヲ定メタルニ過キテ從テ辨濟期ノ定メナキ一般ノ債務者カ遲滞ニ付セラルル時期ヲ規定シタル同法四一二條三項ノ例外規定也ト解セサル可カラズ(宇都宮區明治四四年(ハ)二二七號判決法律新聞第七三四號二六頁)

【同上ニ關スル反對判例】

一 民法五九一條一項ニ於テ相當ノ期間ヲ定メテ返還ノ催告ヲ爲スヘキ旨ヲ規定シタルハ借主ヲシテ返還ノ準備ヲ爲サシムル爲メ之レニ相當ノ猶豫期間ヲ許與スルノ趣旨ニ外ナラサルモノト解スルヲ相當トス(大審院大正二年(オ)四四七號同三年三月一八日判決民法二〇輯一九三頁本書第三卷民法九八頁)

二 其請求ヲ受ケタル後一定ノ期間ヲ經過セザル間ハ債務者ニ於テ其債務ノ辨濟ヲ爲スコトヲ要セスト爲シタルハ民法五九一條一項ノ場合ノ如ク單ニ債務者ニ履行ノ猶豫ヲ與フルノ旨趣ニ外ナラサルモノト解ス(東京控訴明治四五年(ネ)一八八號大正二年三月一三日判決法律新聞八十七號二四頁)

【論旨第三點無期限消費貸借ト不相當期間催告ノ效力ニ關スル同趣旨學說】

一 債務者ハ貸主ノ催告ヲ得テ始メテ返還ノ義務ヲ履行スヘキモノニシテ相當ノ期間ヲ定ムルコトハ催告ノ一要件ナルヲ以テ貸主ノ定メタル期間カ不相當ナルトキハ其催告ハ法律上其效力ヲ生セス從テ借主ハ返還ノ義務ヲ履行セサルモ之カ爲メ遲滞ノ責任ヲ負フコトナク貸主ハ更ニ有效ナル催告ヲ爲スニアラサレハ借主ヲ遲滞ニ付スルコトヲ得サルモノトス(法學博士橫田秀雄氏債權各論四六〇頁)

二 單純ナル催告ノ後相當期間ヲ經ルモ借主ノ履行遲滞ヲ生セサルモノト解スルヲ正當トス(法學博士鳩山秀夫氏債權各論中四三四頁)

【同上ニ關スル異趣旨學說】

一 貸主カ相當ノ認ムル期間ヲ定ムルモ若シ借主ニ於テ之ヲ不相當ト認ムルトキハ之ヲ伸長セントコトヲ請求スルコトヲ得ヘク而シテ貸主カ其請求ニ應セザルトキハ或ハ裁判所ヲシテ其期間ヲ伸長セシムルコトヲ得ヘシ(法學博士梅謙次郎氏民法要義債權六〇一頁)

二 貸主カ催告ヲ爲スニ付キテ定メタル期間カ相當ナラサルモ催告ハ當然ニ無効トナルモノニアラス期間カ當然相當ノ點マテ延長セラルルモノトス(法學士末弘嚴太郎氏債權各論五三二頁)

【論旨第四點民法第五九一條催告ニ關スル立證責任ニ對スル同趣旨學說】

民法五九一條ノ場合ニハ原告タル貸主ハ返還ノ催告ヲ爲シタルコトヲ證明セサルヘカラス貸主カ其事實ヲ證明スルコト能ハサルニ於テハ裁判所ハ履行期到來セサルモノトシテ其請求ヲ棄却スルコトヲ要ス被告タル借主カ抗辯トシテ貸主カ返還ノ催告ヲ爲サザリシコトヲ主張スルコトヲ要セス(法學博士石坂晋四郎氏民法研究第三卷四〇九頁本書第二卷民法五三五頁)

【論旨第五點民法第五九一條相當期間ト職權調查ニ關スル反對學說判例】

一 民第五九一條ノ規定ハ借主ナシテ返還ノ準備ヲ爲サシムル爲メニ之ニ相當ノ期限間ヲ與フルノ趣旨ニ過キス此借主ノ返還ノ準備ヲ爲スコトハ貸主ノ返還請求權ノ行使ニ付キ絕對的ニ必要ナル條件ニ非ス是等口借主ノ返還ニ應スル能ハサル場合ノ抗辯方法ニ過キサルヲ以テ借主ニ於テ此抗辯ヲ提出セザル以上ハ裁判所職權ヲ以テ此催告ノ有無ヲ調査スヘキニ非ス(法學士清瀨一郎氏債權各論一四四頁)

二 催告ナキカ故ニ返還ノ請求ニ應スルヲ得スト謂フハ借主ニ屬スル一箇ノ抗辯方法ナルニ過キス從テ裁判所ハ貸主タル原告ノ返還請求權ノ存否ヲ判斷スルニ當リ被告タル借主ニ於テ抗辯ヲ提出セザル以上ハ職權ヲ以テ右催告ノ有無ヲ調査スヘキモノニアラス(大審院大正二年(オ)第四四六號同三年三月一八日判決民錄第二〇輯一九三頁本書第三卷民法九八頁)

三 無期限ノ消費貸借ニ付キ借主カ相當ノ期間ヲ定メテ返還ノ請求ヲ爲スコトハ返還請求權行使ノ絕對的ニ必要條件ニ非スシテ借主ニ屬スル一ノ抗辯方法タルニ過キス從テ裁判所ハ借主ノ抗辯アリタル場合ニ限り之ヲ審判スルヲ以テ是レ職權ヲ以テ此點ノ調査ヲ爲ス實務ナシ(同上大正二年(オ)第二號同年二月九日判決民錄第一九輯八七頁本書第二卷民法八四頁)

論旨各點ノ至當ナルコト吾人曾テ詳論シタル所ナルヲ以テ茲ニ再ヒ贅セザルヘシ(第二卷民法五三九頁第三卷民法一〇〇頁)

(三〇一)

一五六 追認ハ別ノ意思表示ナキトキハ契約ノ時ニ過リテ其效力ヲ生ス但第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス

五三七 契約ニ依 當事者ノ一方カ第三者ニ對シテ或給付ヲ爲スヘキコトヲ約シタルトキハ第三者ハ債務者ニ對シテ直接ニ其給付ヲ 求スル權利ヲ有ス

前項ノ場合ニ於テ第三者ノ權利ハ其第三者カ債務者ニ對シテ契約ノ利益ヲ享受スル意思ヲ表示シタル時ニ發生ス

他人ヲシテ義務ヲ負擔セシムル契約ハ原則トシテ無効ニシテ其他人力之ヲ承認スルモノニ依リテ無効ナル法律行為カ有效トナラス之ヲ有效トスル爲メニハ特別ナル明文ヲ要スルモノナルカ故ニ第三者ノ爲メニスル契約ニ於テ第三者ヲシテ或債務ヲ負擔セシムルコトハ明文ナキ我國法ノ下ニ於テハ法律上許ス可ラサルモノトス

第三者ノ爲メニスル契約ニ於テ第三者カ反對給付ヲ負擔スルナラハト云フ停止條件ニ繋ラシメテ其第三者カ權利ヲ取得スヘキコトヲ定ムルハ妨ケナキモノトス

大審院大正七年(オ)第一〇二二號同八年二月一日民三部判決本書第八卷商法二二五頁

本判決カ「第三者ノ權利ハ必スシテ單純ナルコトヲ要スルモノニアラスシテ之ニ反對給付ノ伴フコトヲ妨ケルモノニアラス」ト言フタノハ(1)第三者ノ爲メニスル契約ニ因リ其效果トシテ單ニ第三者ヲシテ債權ヲ取得セシメルノミナラス其反對給付トシテ債務ヲ負擔セシメルコトカ出來ルトイフ意味カ(2)第三者カ反對給付ヲ負擔スルコトヲ條件トシテ其第三者カ權利ヲ取得スヘキコトヲ定メタルコトハ差支ナイト云フ意味カ不明確ナル凡ソ何人ト雖モ其意思ニ基カスシテ義務ヲ負擔セシメルコトナシト云フノカ大原則テアル此原則ニ對スル例外ハ明カニ之ヲ規定スルコトヲ要スル從テ他人ヲシテ義務ヲ負擔セシメル契約ハ原則トシテ無効ニシテ其他人力後ニ之ヲ承認スルモノニ依リ無効ナル法律行為カ 効トナリ得ナイノテアル夫レハ有効トスル爲メニハ特別ナル明文ヲ置カケレハナラズ然ラハ第三者ノ爲メニスル契約ニ於テ第三者ヲシテ或債務ヲ負擔セシメルコトハ明文ナキ我國法ニ於テハ法律上許スヘカラサルモノト云ヘハナラズ成程此場合ニ於テハ其第三者ハ一方ニ於テ或權利ヲ取得スルケレトモ其權利ヲ取得ムルコト云フコトハ毫無義務ナ當然ニ負擔セシメラルルコトヲ「ガヤチスフアイ」スル理由トスルコトハ出來ナイ又假リニ第三者カ契約ノ利益ヲ享受スル意思表示ニ依テ義務ノ負擔ヲ承認スルモノトスルモ之ニ依リ第三者ノ爲メニスル契約ノ法律上ノ瑕疵ヲ癒ヤスコトハ出來ヌ即チ無權代理行為ノ追認ニ關スル民法第一一六條ノ如キ規定ナキ以上ハ第三者ノ承認ニ依リ無効ナル當事者間ノ契約ヲ有効トナシ得ナイノテアル故ニ本判決カ第三者ノ爲メニスル契約ノ効果トシテ第三者ニ反對給付債務ヲ負擔セシムル得ヘキコトヲ主張スルノテアツタトスレハソ

レハ大ナル誤ト謂フノ外ハナイ然シ本判決カ若シ第二ノ意義ニ於テ提唱サレテアルナラハ其語法ニハ大ニ無理カアルカ其論者ハ正當ト謂ハネハナラヌ蓋シ第三者ノ爲メニスル契約ナリ第三者カ反對給付ヲ負擔スルナラハト云フ停止條件ニ繋ラシメルコトハ敢テ妨ケナキ所テアル此場合ニ於テハ第三者ハ契約ノ利益ヲ享受スル意思ヲ表示スルコトニ依ツテ一ノ期待權ニ反對給付ヲ負擔スルナラハ一定ノ權利ヲ取得スルト云フ期待權ヲ取得スル而シテ第三者カ反對給付ヲ債務ノ引受又ハ重疊的債務ノ引受ニ依テ負擔スルトキハ條件成就ニ因リ問題タル權利ヲ取得スヘキテアルカラテアルサリナカラ余輩ニハ遺憾ナカラ本判決カ第二ノ意義ヲ說示シテ居ルモノトハ受ケトレナイノテアル(法學士藥師寺傳兵衛氏法學志林第二卷第九號七六頁)第三者ノ爲メニスル契約ニ因リ第三者ノ權利ト反對給付義務(要領)

【判旨第一點參照學說判例】

本卷民法二三五頁參照

論旨各點ハ概ネ至當ノ見解ナリト信ス蓋シ何人ト雖モ自己ノ意思ニ基カスシテ法律上ノ拘束ヲ受ケシメラルルコトナキハ私法上ノ自治ニ對スル原則ナルカ故ニ義務ノミノ負擔ヲ目的トスル第三者ノ爲メニスル契約ハ之ヲ認ムヘカラサルヤ明ナリ之ニ反シ第三者ノ義務負擔ヲ條件トシテ權利ヲ取得セシムルコトヲ目的トスル第三者ノ爲メニスル契約ハ右ノ原則ニ反スルモノニ非サルカ故ニ素ヨリ有效ナリト解スヘケレハナリ

三〇二

七三六 女戸主カ入夫婚姻ヲ爲シタルトキハ入夫ハ其家ノ戸主ト爲ル但當事者カ婚姻ノ當時反對ノ意思ヲ表示シタルトキハ此限ニ在ラス

入夫婚姻ノ當時反對ノ意思表示アリタルカ爲メ戸主ト爲ラス後日女戸主隱居シテ戸主トナリタル入夫ハ離婚スルトモ當然實家ニ復籍スルヲ得サルモノトス

七三九 婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入りタル者ハ離婚又ハ離縁ノ場合ニハ實家ニ復籍スルコトハ此限ニ在ラス
八七四 養子カ戸主ト爲リタル後ハ離婚ヲ爲スコトヲ得ス但隱居ヲ爲シタル後ハ此限ニ在ラス

家督相續届出ニ因リテ(元入夫婚姻ノ當時反對ノ意思アリタル爲メ家族トシテ入籍シタル後)女戸主隱居シテ(更メテ)戸主ト爲リタル入夫カ其後入夫離婚ニ因リ直ニ實家ニ復籍シ得ルヤニ付テハ甲說 元來入夫婚姻ハ同時ニ戸主ト爲ルヘキナルモ其當時別ニ反對ノ意思アリタル爲メ家族トシテ入籍セルモノカ後ニ至リテ女戸主ハ入夫ニ相續人ニ指定シテ且ツ隱居ヲ爲シタルヲ以テ入夫ハ一先ツ戸主ト爲リタリ而シテ之カ更ニ入夫離婚ニ因リテ實家ニ復籍セント欲スルトキハ右入夫ハ元入夫婚姻ノ當時戸主ト爲サス前示ノ如ク家督相續届出ニ因リテ戸主ト爲リタル原因ヲ異ニセル以上ハ他ノ手續ニ因ルヲ得サレハ離婚ト同時ニ實家ニ復籍シ得サルモノトス乙說 入夫離婚ノ場合ニ於テモ何レノ場合(入夫婚姻當時戸主ト爲リ又ハ離婚後相續届出ニ因リ)戸主ト爲ル(ト)問ハス直ニ戸主ノ地位ヲ去リテ實家ニ復籍シ得ルモノト解ストノ二說アリト雖モ甲說ヲ可トス蓋シ女戸主カ入夫婚姻ヲ爲シタルトキハ入夫ハ其家ノ戸主ト爲ル(ト)本則トシ此場合ニ於テハ女戸主ハ隱居ヲ爲スコトヲ要セス入夫婚姻其モノカ乃チ家督相續開始ノ原因ト爲ル若シ其入夫ニシテ離婚セバ實家ニ復籍スヘキカ故ニ從テ入夫ノ離婚ハ亦家督相續開始ノ原因タルヘキナリ本問ノ場合ハ此ト異ナリ入夫婚姻ノ當時反對ノ意思表示ヲ爲シ戸主ト爲ラス後日ニ至リ女戸主ノ隱居ニ因リ指定ニ因ル家督相續人トシテ戸主ト爲リタルモノニシテ其戸主ト爲リタル原因カ入夫婚姻ニアツタルカ故ニ假令離婚ストモ實家ニ復籍スヘキニ非ス離婚ニヨリ夫婦ノ關係斷絶ストモ戸主タル地位ニ影響ナク及ホスモノニ非サレハ依然戸主トシテ其地

位ヲ保持スヘク實家ニ復籍スヘキモノニアラサルナリ(法曹會大正八年五月二四日決議法曹記事第
三九卷第一〇號四三頁)離婚シタル夫ノ復籍ニ關スル件(要領)

【參照學說】

- 一 民法ニ於テ限定シタル戸主權喪失ノ原因ハ主トシテ家族制ニ伴フ我國古來ノ慣習ヲ基礎トシタルモノナルコト固ヨリ疑ナ
容ルヘキ余地ナシ然レトモ其規定ハ一ニ重キナ戸主タル身分ニ置キテ家其モノハ殆ト之ヲ度外視シタルノ感ヲキ能ハス何ント
ナレハ其規定中ニハ家ハ即チ戸主ニシテ戸主ハ即チ家ナリト爲スカ如キ感ヲ抱カシムルモノ少カラサルヘナリ例ヘハ家族ハ一
家組織ノ分子タルニ拘ラヌ家ノ家族ト爲サシテ戸主ノ家族ト爲スカ如キ感ヲ抱カシムルモノ少カラサルヘナリ例ヘハ家族ハ一
ナ爲スコトナリサレカ如キ是ナリ(法學博士奥田義人氏親族法中大講義錄六九七)
- 二 婚姻又ハ養子縁組ノ取消ハ必スシモ一方ノ當事者ヲシテ其家ヲ去ラシムルモノニ非ラス而モ其取消ニ因リ戸主カ其家ヲ去
ル場合ニ於テ家督相續人アルトキハ其退家ハ戸主權ノ相對喪失ノ原因ナリ入夫婚姻ハ必スシモ夫ヲシテ其家ヲ去ラシムルモノ
ノニ非ラス而モ夫カ家ヲ去ルト否トニ拘ラヌ家督相續人アルトキハ其離婚ハ戸主權ノ相對的喪失ノ原因ナリ(同上七〇一頁)
- 三 家督相續ニ因リテ戸主ト爲リタル者ハ其家ヲ廢スルコトヲ得ク是レ家督相續ニ因リテ戸主ト爲リタル者ハ其家ヲ繼續スル
カ爲ニ戸主トナリタルモノナレハナリ(法學博士仁井田益太郎氏親族相續法論六二頁)
- 四 家督相續ニ因リテ戸主ト爲リタル者ハ其家ヲ廢スルヲ得ヌ又法定ノ推定家督相續人ノ廢除ヲ爲スニ非ラサレハ其相續權ヲ
奪ハルコトナシ然ラハ養子タリトモ一旦戸主アルニ至ラハ之ヲ廢スルヲ許サハル寧ロ法律ノ本趣ニ適合セルモノト謂ハサ
ルヲ得ヌ養子カ戸主トナリタル事由ヲ以テ離婚ノ受理ノ因トセル亦相當ナリ(法學博士牧野菊之助氏日本親族法四一〇頁)
- 五 養子カ其養家以外ノ家ノ戸主ト爲リタルトキ例ヘハ養家ヨリ更ニ他家ニ入り又ハ養家ヨリ分家シテ其戸主トナリタル場合
ニ在リテハ猶先キ養親ト離婚スルコトヲ得蓋シ第八七四條ノ制限ハ養家ノ戸主トナリタル後ヲ指シ離婚ニ依リテ養家ノ存續
ヲ妨ケヌ一方養子ノ戸主タル地位ヲ排斥スルヲ非トシ之ヲ禁スルニ在リ然ルニ如上ノ場合ハ假令先キ養親ト離婚スルモノ元來
養子ノ現家ニ入りタル養子縁組以外ノ原因ニ依リタルモノナルヲ以テ其離婚ニ因リテハ現家ヲ去ラス從テ其離婚ノ爲メ養子ノ
現家ノ戸主タル地位ニ影響スル所ナレハナリ(同上)
- 六 家督相續ニ因リテ戸主ト爲リタル者カ家ヲ廢スルトキハ其家ノ祭祈斷絶スルヲ以テ家ヲ廢スルコトヲ許ササルモノトス(法
律學士掛下重次郎氏親族法政講義錄六五頁)
- 七 家督相續ニ因リテ戸主ト爲リタル者ハ其家ヲ廢スルコトヲ得サルヲ原則トス廢家ヲ爲ストキハ祖先ヲ絶ツニ至ルヲ以テナ
リ(法學士島田鐵吉氏親族法政大講義錄九八頁)

主トナリタル後離婚アリタルトキ(同上二三二頁)

決議ハ至當ノ見解ナリト信ス蓋シ入夫婚姻(家督相續原因)ニ因リ戸主ト爲リタル
入夫ハ離婚ニ因リ其實家ニ當然復籍スヘキハ民法第七三九條ノ規定スル所ナリ
ト雖モ入夫婚姻ノ當時反對ノ意思表示アリタル爲メ戸主ト爲ラス後日別個ノ家
督相續原因タル女戸主ノ隱居アリタル爲メ戸主ト爲リタル入夫ニ付キ離婚アリ
タル場合ニ於テモ入夫ハ當然實家ニ復籍スヘキモノナリヤ否ヤニ付キテハ法律
ハ何等規定セス惟フニ入夫婚姻ハ原則トシテ一面夫婦關係ノ發生原因タルト同
時ニ他面相續開始ノ原因タリ從テ二者ハ一體不可分ノ關係ニアルカ故ニ一方ノ
消滅ハ當然他方ノ消滅ヲ來スヘキハ理論上當然ニシテ民法第七三九條ハ疑ヒヲ
避クルカ爲メノ注意規定ナリト謂ハサルヘカラス之ニ反シ入夫婚姻ノ當時反對
ノ意思表示アリタル爲メ戸主ト爲ラス後日女戸主ノ隱居アリタル爲メ戸主ト爲
リタル入夫ニ付キ離婚アルモ此場合ニ於ケル入夫婚姻ハ夫婦關係ノ發生ノミヲ
目的トシ家督相續ノ開始原因ヲ爲ササルカ故ニ未タ入夫カ戸主ト爲ル前ニ於テ
離婚アラハ入夫ハ當然實家ニ復籍スルニ止マリ戸主權喪失ノ問題ヲ生セスト雖
モ其後女戸主ノ隱居ナル別個ノ相續開始原因ニ基キ戸主ト爲リタル入夫ニ付キ
離婚アリタル場合ニ於テハ戸主權ノ喪失從テ復籍ノ問題ヲ生スヘシ然レ共此場
合ニ於ケル入夫婚姻ノ解消ハ夫婦關係ノミヲ消滅セシムルニ止マリ全然之ト別

個ノ關係ニ於テ發生シタル戸主タル地位ヲモ消滅セシムルモノニ非ス戸主タル地位ヲ喪ハサル以上復籍スルコトナキハ多言ヲ俟タス之レ理論上然ルノミナラズ養子ハ離縁ニ依リ當然實家ニ復籍スト雖モ養子カ一旦戸主ト爲リタル後ハ其存續中離縁ヲ爲スコトヲ得ス(七三四、七三五)ト爲シタルト其趣旨ニ於テ同シク戸主ハ任意ニ其地位ヲ去ルコトヲ得ス又其意ニ反シテ其地位ヲ奪フコトヲ得スト爲シタル民法ノ精神ニモ合致スルモノト謂フヘシ

三〇三

八四一第一項 配偶者アル者 其配偶者ト共ニスルニ非サレハ縁組ヲ爲スコトヲ得ス
八四二 前條第一項ノ場合ニ於テ夫婦ノ一方カ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ他ノ一方ハ双方ノ名義ヲ以テ縁組ヲ爲スコトヲ得

(一) 養子ハ養親ノ一方トノミ離縁ヲ爲スコトヲ得ス

(二) 養子カ養親ノ一方カ死亡シタル後生存セル他ノ一方ト離縁シタルトキハ死亡シタル養親トノ間ノ養親子關係モ亦從テ消滅スルモノトス

(一) 甲及ヒ其配偶者乙ト他人ノ子丙トカ縁組ヲ爲シタル後甲乙雙方生存シ其婚姻解消セサル中甲又ハ乙ノ一方ト丙ト離縁ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ説肢ルト雖モ消極説ヲ可トス蓋シ養子カ養親ノ一方トノミ離縁ヲ爲シ得サル旨ノ特別規定ナキモ民法第八四一條第一項ニ配偶者アル者ハ其配偶者ト共ニスルニ非サレハ縁組ヲ爲スコトヲ得ストアル規定ノ反面解釋トシテ當然ニ右論決ニ歸著スヘキノミナラズ假リニ之ヲ肯定センカ養子ハ養親ノ一方ト離縁シ乍ラ尙ホ他ノ一方ト養親子トノ關係ヲ有スヘキカ故ニ一面ニ於テ離縁ニ因リ實家ニ復籍シ其實家ニ於テ有セシ身分ヲ回

【同趣旨學說】

復セサルヘカラサルト同時ニ他面ニ於テ依然養子トシテ實家ニ止マラサルヘカラサレ矛盾ヲ生スヘキカ故ニ到底採用スヘキ限リニ非ス
(二) 甲及ヒ其配偶者乙ト他人ノ子丙ト縁組ヲ爲シタル後甲又ハ乙ノ一方カ死亡後其生存セル一方ノ養親ト養子ト離縁ヲ爲シタルトキハ死亡セル養親ト養子トノ縁組關係ハ消滅スルヤ否ヤニ付テモ亦説ノ岐ルル所ナリト雖モ消極説ヲ可トス蓋シ養親子關係カ當事者一方ノ死亡ニ因リ當然解消セラレヘキノニアラサルハ固ヨリ論ナキモ養子カ養親ノ一方トノミ離縁ヲ爲シ得ラレサルコト前段説明スル處ノ如クナルカ故ニ養親ノ一方カ死亡シタル後他ノ生存セル一方ト離縁ヲ爲シタル場合ハ其離縁ハ死亡シタル養親ニ對シテモ其效力ヲ生シ其者トノ間ノ養親子關係モ亦解消セラレルニ至ルモノトス(法曹會大正八年六月二八日委員會第一科決議案(五) 第九三號決議法曹記事第二九卷第一〇號五一頁「養親ノ一方ト爲ス離縁ニ關スル件」要領)

一 所謂夫婦養子ノ場合ニハ養親子關係カ二個存在スルモノト見ルヘク其一方ノミニ付テ離縁カ行ハレ得ルモノナルコト民法第八七六條ノ規定ニ依ルモ明ナリ(法學博士種積重道氏親族法大意一六頁)
二 養親カ夫婦ナル場合ニハ養親子關係ハ一個 見得ヘキヲ以テ養子ハ養親ノ一方トノミ離縁ヲ爲スコトヲ得ス蓋シ離縁ノ一方ノ當事者ハ養親兩人ナラサルヘカラス然レトモ離縁ノ訴ハ必スシモ養親ノ双方ヲ當事者トスル必要ナク養親ノ一方ニ離縁原因存アル場合ニ其他方ニ對シテ之ヲ提起スルコトヲ得ヘク又養親ノ一方ニ對シテ例ヘハ養子カ虐待ヲ爲シタル場合ニ養親ノ他方ヨリ離縁ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ而シテ養親ノ一方ノミヲ當事者トスル訴ニ因ル離縁ノ判決ハ當然養親ノ他方ト養子トノ養親子關係ヲ消滅セシムルモノト解スルヲ正當ニシテ且便宜ナリトセン(同上二一七頁)

決議ハ離縁不可分ノ原則ヲ認メタルモノニシテ素ヨリ至當ノ見解ナリ(本卷民法一〇三八頁)

三〇四

五四一 當事者ノ一方カ其債務ヲ履行セサルトキハ相手方ハ相當ノ期間ヲ定メテ其履行ヲ催告シ若シ其期間内ニ履

ナキトキハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得
民事訴訟用印紙法ニ 財産權上ノ請求ニ係ル第一審ノ訴狀ニハ訴訟物ノ價額ニ應シ左ノ區別ニ從ヒ印紙ヲ貼用スヘシ(下略)

同五 控訴狀ニハ第二條ノ規定ニ從ヒ其半額上告狀ニハ其全額ノ印紙ヲ加貼ス可シ

(一)種類ニ從ヒ定メタル物ヲ一定期間毎ニ分割シテ供給シ各部分ニ對シ各別ニ代金ヲ支拂フヘキ賣買ハ所謂遞次供給契約ニ屬シ其契約ハ單一ナル契約ナレハ各部分ノ不履行ハ即チ契約ノ不履行ニシテ債權者ハ民法第五四一條ニ依リ契約全部ノ解除ヲ爲スコトヲ得ルモノトス

如上ノ場合ニ於テ債權者ハ契約全部ノ解除ヲ爲スト又債務者ノ履行セサル部分ノミニ付キ契約ヲ解除スルトハ債權者ノ選擇シ得ヘキ所ニシテ必スシモ契約一部ノ解除ヲ爲ササル可カラサルモノニ非ス

(二)被上告人ハ第一審判決力被上告人ノ請求金額中一部ニ關スル請求ヲ却下シタルニ對シ附帶控訴ヲ爲シ訴訟ノ進行中申立ヲ擴張シテ請求權ヲ増加シタルトキハ控訴狀ニ貼有スヘキ印紙ハ附帶控訴ヲ爲シタル請求額ト右増加額トヲ通算シル額ニ從ヒ定ムヘキモノトス

(一)然レトモ本件賣買ノ如ク種類ニ從ヒ定メタル物ヲ一定期間毎ニ分割シテ供給レ各部分ニ對シ各別ニ代金ヲ支拂フヘキ場合ハ所謂遞次供給契約ニ屬シ其契約ハ單一ナル契約ナレハ各部分ノ不履行ハ即チ契約ノ不履行ニシテ債權者ハ民法第五四一條ニ依リ契約全部ノ解除ヲ爲スコトヲ得ヘシ債權者ハ必スシモ契約全部ヲ解除スルヲ要セス債務者ノ履行セサル部分ノミニ付キ契約ヲ解除スルコトハ固ヨリ妨ケサル所ナ

リト雖モ之レ債權者ノ選擇シ得ヘキ所ニシテ必スシモ契約一部ノ解除ヲ爲ササル可カラサルモノニ非ス故ニ被上告人ニ於テ大正五年五月ニ履行スヘキ石炭ノ供給ヲ爲ササルニ由リ賣買契約全部ヲ解除シタルハ正當ニシテ其解除ヲ有效ナリト認メタル原判決ハ違法ナリト謂フ可ラス

(二)上告理由 被上告人ハ原審ニ於テ大正八年一月十七日ノ口頭辯論ニ於テ一定ノ申立訂正並ニ事實擴張書ヲ提出シ以テ損害額壹萬九千八百十六圓五拾錢ヲ増額シタルリ而シテ該増額分ニ對スル貼用印紙ハ新ナル申立ヲ爲シタル審級即チ控訴審ニ於テ貼用スヘキモノトシテ定メラレタル法定ノ額即チ右新ナル増額壹萬九千八百十六圓五拾錢ニ對シ百十二圓五十錢ヲ貼用セサルヘカラサルニ被上告人ハ九十圓ヲ貼用シタルノミナリ果シテ然ラハ前記一定ノ申立訂正並ニ事實擴張ノ申立ハ法定ノ要件ヲ具ヘサル不適法ノモノナルカ故ニ原審ハ須ラク之ヲ却下セサルヘカラサルニ拘ハラヌ却テ之ヲ採用シテ判決シタルハ違法ナリ

【判決理由】然レトモ被上告人ハ第一審判決力被上告人ノ請求金額中四萬九千五百圓ニ關スル請求ヲ却下シタルニ對シ附帶控訴ヲ爲シ訴訟ヲ進行中申立ヲ擴張シテ請求額壹萬九千八百十六圓五拾錢ヲ増加シタルモノナレハ控訴狀ニ貼用スヘキ印紙ハ四萬九千五百圓ト右増加額トヲ通算シタル額ニ從ヒ定ムヘキナリ被上告人カ最初控訴狀ニ貼用シタル印紙ト申立擴張書ニ貼用シタル印紙トヲ通算スルトキハ貼用スヘキ印紙ニ不足スル所ナキヲ以テ論旨ハ理由ナシ(大審院大正八年(オ)第三七六號同年七月八日民一部田部裁判長尾古柳川鈴木三宅各判事判決)

【關係事項】上告棄却○原審長崎控訴院○手付金返還並損害賠償請求事件○上告人藤内次郎作訴訟代理人辯護士山下彬磨同後藤傳兵衛被上告人佐野太吉

【判旨】(一)一項一部不履行ト全部ノ解除ニ關スル同趣旨判例

一 契約ノ解除ハ特別ノ規定若クハ意思表示ナケレハ當然全部ニ及フヘキモノナルヲ以テ數回ニ分テ債務ノ履行ヲ爲スヘキ場合ニ於テモ債務者ハ一部ノ不履行ニ因リ全部ノ契約ヲ解除シ得キモノトス(大審院大正七年九月五日民二部判決本書第七卷民訴三五八頁)

二 契約ノ解除ハ特別ノ規定若クハ意思表示ナケレハ當然其全部ニ及フモノトス從テ契約ニ因ル債務ヲ一時ニ辨済スヘキ場合タルト數回ニ分テ之ヲ辨済スヘキ場合タルト論セシ債權者ハ一部ノ不履行ニ因リテ全部ノ契約ヲ解除スルコトヲ得ヘシ

【同上ニ關スル參照學說】

(大審院明治三十九年(オ)二〇七號同年一月二七日判決民事判決録二二輯一四九頁)
一 一時ト雖モ履行セザレハ不履行ナリ勿論不能トナレハ最早契約ノ本旨ニ從ヘル履行ハナキニ至リタルモノナリサレト此一部ト雖トモ同様ナリト云フコトハ極端ニ解スヘカラス常識ヲ以テ判斷スヘキコトナリ凡テ契約ノ履行又ハ解除ト云フコトハ社會ノ一般ノ見解ニ於テ信義公平ト云フ標準ニ基ツキ考ヘサルヘカラスコトナリ百分ノ八九マテハ辨濟シ只一部殘リ夫レモ暫クスレハ辨濟スルコト明カナル如キ場合ニモ解除スル主意ニアラス(法學博士富井政章氏債權各論明治四五年東大講義録一八九頁)
二 當事者ノ一方カ其債務ヲ履行セザル時ハトアリ債務ノ性質カ可分ナルトキハ履行ノ不完全ナルモノアルヘシ此場合ニハ民法ノ條文ハ此ヲ解除スル能ハス然シ乍ラ民法ノ趣旨ハ完全ナル履行ノ場合ニ限ルモノト云フヘシ(法學博士土方博氏債權法下卷大正四年度東大講義録三二二頁)
三 民法ハ解除權行使ノ條件トシテ相手方カ其ノ債務ヲ履行セザルコトヲ要求スルモ其不履行ノ全部タルト一部タルトニ付キ何等區別ヲ爲ササルヲ以テ法文ノ解釋上一部不履行ノ場合ト雖トモ債權者ハ尙契約ヲ解除スルノ權利ヲ有スルモノトスルヲ可ナリトスヘキカ如シト雖トモ獨逸民法三二五條ノ如ク一部ノ履行力債權者ノ利益トナラサル場合ニ限リ債權者ニ解除權ヲ認メ其他ノ場合ニ於テハ債權者ノ履行又ハ損害ノ賠償ノ方法ニ依ラシムルヲ豫富ナリトス(法學博士橫田秀雄氏債權各論一七四頁)
四 當事者ノ一方カ債務ヲ履行セザルコトハ相手方ハ強制履行ヲ求メ又ハ損害賠償ヲ求ムルコトヲ得ルモ此等ノ方法ハ未ダ以テ履行ヲ受ケザル者ヲシテ満足セシムルコト能ハサル場合アリ是レ法律力此ニ見ル所アリ當事者ノ一方カ債務ヲ履行セザルトキハ相手方ハ其契約ヲ解除スルコトヲ得ル所定タル所以ナリ一部ノ履行アリテ殘部ノ履行ヲ爲ササル場合亦同シ(法學博士鈴木喜三郎氏債權各論日本大學講義録八七頁)
五 債權者カ給付ノ一部ノミヲ履行シ其殘部ノ履行ヲ爲ササル場合ニ債權者ハ全契約ヲ解除スルコトヲ得ルモ五四一條ハ全部不履行ノ場合ニ關スル規定ナルカ故ニ同條ニ依リ一部不履行ノ場合ニ債權者カ同契約ヲ解除スルコトヲ得ルモノトナストコトヲ得ス寧同條ノ反對解釋ヨリシテ債權者ハ解除ヲ爲スコトヲ得サルモノトナササルヘカラス然レトモ五四二條五六六條一項五七〇條等ノ規定ヨリ推ストキハ殘部ノ給付ヲ爲スニアラサレハ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサル場合ニハ既ニ一部ノ履行アリタル後ニ至リテモ債權者ハ尙五四一條ノ定ムル所ニ從ヒ同契約ヲ解除スルコトヲ得ルモノト解スヘシ且一部不履行ノ場合ニハ債權者ハ其不履行ノ部分ノミヲ付キ契約ノ一部ヲ解除スルコトヲ得ルヘシ(法學博士石坂博四郎氏債權法下卷二八六頁)
六 其債務不履行タルトキ一部ノ不履行ナルトキ全部ノ不履行ナルトキハ債權者ハ其契約ノ全部ヲ解除スルコトヲ得ルモノナリ是レ其ノ何レノ場合タルトキ間ハ契約ノ目的ヲ完全ニ達スルコト能ハサルニ至リテハ全ク同一ナレハナリ(法學博士磯谷幸次郎氏債權各論明治四一年度中大講義録一〇八頁)
七 契約ノ一方ノ當事者カ一部ノ履行ヲ爲シタルモ其殘部ノ履行ヲ爲サザル場合ハ不履行ニモアラス又完全ノ履行ニモ非ス

【同契約ノ一部不履行ト一部解除ニ關スル參照學說判例】

五四一條及七五四三條ノ規定ニ對比スルトキハ一部ノ履行ハ完全ノ履行ト謂フヲ得サルカ故ニ相手方ハ殘部ニ付キ履行ヲ催告シ而モ履行ナキトキハ解除權ヲ有スルモノト解スルヲ正當トス(法學博士飯島喬平氏契約總論明人講義録四四頁)
八 不履行ノ給付ノ全部ニ關スル一部ニノミ關スル區別セシ其何レノ場合ト雖モ契約全部ノ解除ヲ爲シ得ヘシト雖モ例ハ不履行ノ殘部カ頗ル僅少ニシテ之カ爲メ解除ヲ爲スハ寧ク善良ノ風俗ニ反スルモノト認ムヘキ場合ニ於テハ一部ノ不履行ナリトシテ解除ヲ爲シ得サルモノト解ス(法學博士末弘學士債權各論二四八頁)
一 解釋論トシテハ若シ何等ノ特別規定ナキ時ハ契約ノ目的タル給付ニシテ可分ナル以上ハ解除權モ亦可分ト見ルヲ至當トス(法學博士富井政章氏債權各論帝國大學講義録本一三二頁)
二 解除權ノ性質ハ可分ナルヲ將テ不可分ナルキハ古來學者ノ議論アル所ナリト雖モ余ハ原則トシテ其性質ノ可分ナルコトヲ疑ハス蓋シ契約ノ目的カ可分ナルトキハ其一部ハ其目的ノ一部ニ付テ存シ他ノ一部ハ其目的ノ他ノ部分ニ付テ消滅スルコトヲ得レハナリ此場合ニ於テ契約ノ一部ヲ解除スルトキハ土地ノ一部又ハ金額ノ一部ニ付テハ契約成立シ他ノ部分ニ付テハ契約消滅スルコトヲ得ヘシ(法學博士梅謙次郎氏民法要義債權編四五〇頁)
三 目的物カ可分ナルトキハ債權者ハ其一部分ニ付キ有效ニ契約ヲ解除スルコトヲ得ヘシ然ラストモセシカ債權者ハ全部ノ解除ヨリ生スル煩雜ナル結果ヲ慮リ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ躊躇スヘシ斯クテハ債權者ノ利益カ充分ニ保護スルコト能ハサルノミナラス此場合ニ債權者ニ強ニ全部ノ解除ヲ以テスルハ取引上ノ觀念ニ反ス(法學博士橫田秀雄氏債權各論一八一頁)
四 法律學上ノ觀念ハ之ヲ數學的ニ解スルコトヲ要セス實際ノ適用上契約ノ一部解除ヲ認ムルヲ適當トスルニ於テハ契約ノ一部ノミヲ解除スルコトヲ得ルモノト爲ササルヘカラス法典ハ一部解除ニ關シ直接ニ規定スル所ナシト雖モ一部解除ハ可分ナルト解スルヲ得ヘシ是レ法律行為ノ一部無効ヲ認ムルニ依リテ明カナリ一部無効ヲ認ムルニ於テハ法律行為ノ分割ヲ許スモノト解ヘク從テ契約ノ一部解除モ亦之ヲ認ムルコトヲ得サルヘカラス而シテ契約ノ一部解除カ可能ナルハ債權者ノ物體カ可分給付タル場合ノミニ限リ不可分給付タル物體トスル場合ニハ一部解除ヲ爲スコトヲ得サルハ首肯タズ從ツテ又雙務契約ノ場合ニ一部解除ヲ爲スコトヲ得ルカ爲メニハ双方ノ給付共ニ可分タルコトヲ要ス(法學博士石坂博四郎氏京都市法學會雜誌第九卷八號一三一頁)
五 法ノ規定既ニ斯ノ如シトスルモ理論上論スルトキハ契約ノ目的カ可分ナルトキハ解除權モ亦可分ナルヘキモノト信ス何トナレハ契約ノ一部カ存在シ他ノ一部ヲ消滅セシムルカ如キコトハ爲シ得ヘキコトナレハナリ(民五六三)X法學博士鈴木喜三郎氏日本大學講義債權各論七四頁)
六 債權者ハ債務者間又ハ債務者間ニ平分セラルルヲ以テ通則ト爲スカ故ニ他ニ特別ノ規定ナキ限りハ解除權ヲ有スル者又ハ其相手方多數ナルトキハ此通則ニ從ヒ解除權モ亦當然平等ノ割合ヲ以テ分割セラルヘキ其結果遂ニ契約ノ一部ヲ解除スルモノアルニ至リ當ニ實際上不便ナルノミナラス事物自然ノ理ニ反シ法理上ノ混雜ヲ來スチ免カレス本法ハ此結果ヲ避クルカ

七 爲メ解除權ノ不可分ナルコトヲ明定セリ(法學博士岡松參太郎氏民法理由五〇八頁)

七 契約ノ目的物カ不可分ナル場合ハ固ヨリ各當事者個々別々ニ解除權ヲ行使スルコトヲ得サルハ言テ俟タズト雖モ契約ノ目的物カ不可分ナル場合ハ固ヨリ各當事者個々別々ニ解除權ヲ行使スルコトヲ得ト論結セサルハカラス然レトモ契約ノ解除權ノ如キハ此通則ニ從フコトヲ得ス何トナレハ契約ハ一ニシテ分ツヘカラス從テ其解除權ノ行使モ亦不可分ナリト云ハサルヘカラス蓋シ解除權ヲ有スル或一人カ之ヲ行使シ他ニ行使セザルモノアラハ其結果契約ノ一部ヲ解除スルニ至ルヲ以テ當ニ當事者ノ意思ニ反シ自然ノ事理ニ背クニ至ルノミナラス一部ハ原狀ニ回復セラレ一部ハ契約關係ヲ存續スルヲ以テ法理上ノ混雜ヲ來シ實際上ノ不便甚シキモノナリトス民法五四條ニ於テ當事者ノ一方カ數人アル場合ニ於テハ契約ノ解除ハ其全員ヨリ又ハ其全員ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得ト規定シ解除權ノ行使ニ付キ當事者ノ意思ニ適合シ且ツ實際ノ不便ヲ避テル事ヲ得セシメタリ然レトモ之レカ爲メ解除權ノ效力ハ總テ不可分ナリトノ結果ヲ來ササルモノニシテ唯タ解除權ノ行使ノ不可分ナリトス(法學士編原久若氏明大講義債權編九四頁)

八 契約ノ解除權ハ不可分ナルヤ又ハ不可分ナルヤ是レ此權利ノ性質ニ付キ特ニ攻究スヘキ事項ナレハ契約解除權ノ双方ノ當事者カ各一人ナル場合ニ於テハ其契約ノ目的カ不可分ナルコトキハ解除權ハ可分ニシテ權利者ハ契約ノ目的ノ一部ニ付キ解除ヲ爲スコトヲ得契約解除權ノ當事者又ハ双方カ數人ナル場合ニ於テハ當事者ノ全員ヨリ其全員ニ對シテ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ要ス而シテ右ノ場合ニ於テ契約ノ目的カ不可分ナルコトキハ當事者ノ全員ヨリ其全員ニ對シテ契約ノ目的ノ一部ニ付キ解除ヲ爲スコトヲ得ルモノトス(法學士村上兵二氏債權各論二九四頁)

九 雙務契約ニ於テ當事者ノ一方ノ負擔スル義務ト他方ノ負擔スル義務トカ對等シ比例的計算ヲ許ス場合ニ於テモ猶ホ全部ノ解除ヲ爲シ既ニ引渡ヲ受ケタル一部ヲモ返還セザレハ解除ヲ爲スコト能ハスト言フハ甚ダ不條理ナリ現ニ買主ニ代金減額ノ請求即チ賣買契約ノ一部解除ヲ認ム(五六五條)此主旨ヨリ推シ現行法上給付カ反對給付ト共ニ比例的ニ分割シ得ルル場合ニハ契約ノ一部解除ヲ認ムルモノト爲ス可シ(法學士清瀬一郎氏債權各論三五九頁前編五八頁)

一〇 不履行カ給付ノ一部ノミニ關スル場合ニ於テ解除權者ハ全部ノ解除ヲ爲サスシテ不履行トナレル一部ノミニ解除スルヲ得ヘキカ多少ノ議論ナキニアラサス雖モ其給付並ニ反對給付共ニ不可分ナル限リハ特ニ之ヲ禁スヘキノ理存セザルヲ以テ之ヲ許スヘキノト云ハサルヘカラス一部不能ノ場合亦然リ(法學士末弘嚴太郎氏債權各論中央大學講義一九頁)

一一 契約ハ其目的タル給付カ可分ニシテ且當事者ニ一括シテ之ヲ目的トスルニ非サレハ取引セザルヘキ意思ノ見エサル場合ニ於テハ該契約ノ一部ヲ解除シ得ルモノトス(東京地方大正七年一月二日民一部判決本書第七卷民法一一六四頁)

一二 契約ノ目的物カ性質上可分ニシテ契約當事者カ其一部分ノ請求ニ付キ利益ヲ有スルコトキハ其部分ニ付キ契約ヲ存續セシメ他ノ部分ニ付キ解除權ヲ行使スルコトヲ得ルモノトス(東京地方大正四年二月三日判決本書第四卷民法一〇一頁)

判旨(一)ノ一二項ハ共ニ正當ナリ(第七卷民法一一六五頁評論參照)同(二)亦固ヨリ正當ナリ

一四五 時効ハ當事者カ之ヲ授用スルニ非サレハ裁判所之ニ依リテ裁判ヲ爲スコトヲ得ス

民法第一四五條ニ所謂當事者トハ時効ノ完成ニ依リテ直接ニ利益ヲ受クヘキ者ヲ指稱スルモノトス

當事者ノ數人アル場合ニ於テハ各當事者ハ各自獨立シテ時効ヲ授用スルコトヲ得ルト同時ニ裁判所ハ其授用シタル當事者ノ直接ニ受クヘキ利益ノ存スル部分ニ限り時効ニ因リ裁判スルコトヲ得ヘク授用ナキ他ノ當事者ニ關スル部分ニ及ホスコトヲ得サルモノトス

案スルニ民法第一四五條ニ所謂當事者トハ時効ノ完成ニ依リテ直接ニ利益ヲ受クヘキ者ヲ指稱スルコトハ夙ニ當院ノ判例トシテ示ス所ニシテ當事者ノ數人アル場合ニ於テ其一人若クハ數人カ各自獨立シテ時効ヲ授用スルコトヲ得ヘキヤ否ヤニ關シ一ニ規定スル所ナシト雖モ其授用ノ方法ニ付キ何等之ヲ制限スル規定ノ存セザルト又我民法カ當事者ノ授用ヲ俟ツテ始メテ時効ニ依リ裁判ヲ爲シ得ヘキ制度ヲ採用シタル精神ニ鑑ミルトキハ如上ノ場合ニ於テ各當事者ハ各自獨立シテ時効ヲ授用スルコトヲ得ルト同時ニ裁判所ハ其授用シタル當事者ノ直接ニ受クヘキ利益ノ存スル部分ニ限り時効ニ因リ裁判スルコトヲ得ヘク授用ナキ他ノ當事者ニ關スル部分ニ及ホスコトヲ得サルモノナリト解スルヲ妥當トス本件ニ付キ被告上告人ハ原告ト共ニ其先々代政七ノ本件係争不動産ニ關スル取得時効ヲ授用シタリト雖モ同人ハ政七カ時効ニ依リ取得シタル本件係争不動産ノ所有權ヲ上告人ト共ニ政七ノ遺產相續人トシテ各其二分ノ一ノ權利ヲ承繼シタリト謂フニ在レハ被告上告人ハ其二分ノ一ノ部分ハ其二分ノ一ニ止マルヘキハ勿論裁判所モ亦其部分ニ限リテ授用ノ當否ヲ判斷セザ

鳩山博士

ルヘカヲサルニ拘ハラズ原審ハ其援用ヲ以テ其全部ニ及フモノナリト解シ因テ上告人ニ不利益ノ判斷ヲ爲シタルハ即チ時効ノ援用ニ關スル法規ノ解釋ヲ誤ル失當アリ

(大審院大正七年(オ)第八一號同八年六月二十四日民一部田部裁判長尾古鈴木菴淵三宅各判事判決)

【關係事項】 破毀差戻○原審東京控訴院○土地建物所有權確認并其引渡請求事件○上告人平野政吉訴訟代理人辯護士高木益太郎同黨江久治被上告人平野ゆき外二人訴訟代理人辯護士花岡敏夫同山崎佐六同井本常吉

【判旨第一點時効援用ノ當事者ノ意義ニ關スル參照學說判例】

本卷諸法二九〇頁民法八五九頁

【判旨第二點數人ノ當事者アル場合ト時効援用權者ニ關スル同趣旨學說】

時効當事者ハ各獨立シテ時効ニ付テ直接ニ利益ヲ有スル者ニシテ又法律ニ何等共同ヲ必要トスヘキ明文ヲ存セサルカ故ニ數人ノ當事者アル場合ニハ各獨立シテ援用ヲ爲スノ權利ヲ有シ從テ他ノ當事者ト共同シテ行使スルコトヲ要セス又當事者ノ援用權ヲ放棄シタル爲メニ他ノ當事者ノ之ヲ失フヘキモノニアラスト信ス連帶債務ニ付テハ明ニ其規定アリ其他ノ場合ニ於テモ同一ニ解スヘキモノナリトス(法學博士鳩山秀夫氏民法註釋第二卷六一頁)

判旨第一點民法第一四五條ニ所謂當事者トハ時効ニ因リ直接ニ權利ヲ取得シ又ハ消滅時効ニ因リ義務ヲ免ルル者ヲ指稱シ時効ニ因リ間接ニ利益ヲ受クヘキ者ノ如キハ之ヲ包含セサルコト吾人カ屢評論シタルカ如シ(本卷民法八六二頁)同第二點當事者ノ數人アル場合ニ於テ其一人若クハ數人カ各自獨立シテ時効ヲ援用スルコトヲ得ルヤ否ヤ直接ノ明文ヲ缺ク我民法ノ解釋トシテハ多少疑問ナリト雖モ判決所論ノ如ク之ヲ積極ニ解スルヲ至當トス果シテ然ラハ裁判所ハ時効ノ援用アリタル其當事者ノ直接ニ受クヘキ利益ノ存スル部分ニ限り時効ニ因リ裁判スルコトヲ得ヘク援用ナキ他ノ當事者ニ關スル部分ニ及ホスヲ得サルヤ明ナ

リ若シ夫レ連帶債務ニ關スル民法第四三九條ノ如ク一當事者ノ援用ニヨリ他ノ當事者ニ其效力ヲ及ホスカ如キハ公平ヲ基礎トスル便宜規定ヲ俟テ始メテ然ルモノニシテ斯ノ如キハ理論上當然ナリト謂フヲ得サルモノトス果シテ然ラハ原審カ一當事者ノ時効援用ノ效果ヲ以テ全部ニ及フモノト爲シタルハ民法第一四五條ノ解釋上正鵠ヲ得タルモノニ非サルヘシ

三〇六

四一五 債務者カ其債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲ササルトキハ債權者ハ其損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ履行ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルトキ亦同シ

契約ノ不履行ニ基ク損害賠償請求權ハ其契約ニ因リテ生シタル本來ノ債權ト同一ノ權利ニシテ單ニ其目的ヲ變更シタルモノニ過キサレハ本來ノ債權カ時効ニ因リテ消滅シタルニ拘ハラズ獨リ契約ノ不履行ニ基ク損害賠償請求權ノ存在スル理ナキモノトス

案スルニ契約ノ不履行ニ基ク損害賠償請求權ハ其契約ニ因リテ生シタル本來ノ債權ト同一ノ權利ニシテ單ニ其目的ヲ變更シタルモノニ過キサレハ本來ノ債權カ時効ニ因リテ消滅シタルニ拘ハラズ獨リ契約ノ不履行ニ基ク損害賠償請求權ノ存在スル理ナキコト洵ニ明白ナリ而シテ本訴ノ原因タル貸借契約ハ明治三十八年十一月十一日成立シ貸主タル被上告人ハ借主タル上告人ニ對シ何時ニテモ數金ト引換ニ目的物ノ返還ヲ求ムル權利ヲ有シ且大正七年三月以後右權利ヲ行使シ又上告人ニ時効ヲ援用シテ右權利ノ消滅シタル旨ヲ主張シタル事實ハ原裁判所ノ判示スル所ナリ果シテ然

大審院判

ラハ被上告人カ有スル右目的物ノ返還ヲ求ムル債權ハ既ニ時効ニ依リテ消滅シタルヲ以テ原裁判所判示ノ如クニ大正六年中本訴契約ノ不履行ニ因ル損害賠償請求權ノ發生スヘキ謂ナキコト明瞭ナルニ原裁判所ハ事茲ニ出スシテ漫然「而シテ被控訴人(上告人)ハ右損害賠償請求權ハ前記物件ノ貸借アリタル明治三十八年十一月十一日發生シタルモノナレハ既ニ時効ニ因リ消滅シタルト時効ヲ援用スルモ該請求權ハ右物件返還債務履行不能トナルト同時ニ發生スルモノナレハ右ハ大正六年中發生シタルモノト謂フヘク從テ爾來本訴ノ提起アリタル大正七年八月十六日迄未タ十年ヲ經過セサルヲ以テ該請求權ハ未タ消滅時効完成セス故ニ右抗辯亦理由ナシト判示シ上告人敗訴ノ判決ヲ爲シタルハ違法ナリ(大審院大正八年(オ)第五八五號同年十月二十九日民三部横田裁判長大倉磯谷松岡東澤各判事判決)

【關係事項】

破毀差戻○原審岐阜地方裁判所○物品返還請求事件○上告人熊田辰治郎訴訟代理人辯護士吉田三市郎同田坂貞雄同阿保淺次郎同佐々木藤市郎同白川龍一同長野國助被上告人長尾眠治郎訴訟代理人辯護士白木彌衛松

【債務不履行ニ因ル損害賠償請求權カ本來ノ債權ト同一ノ債權ナリヤ否ヤニ關スル同趣旨學說判例】

本書本卷民法二〇八頁以下

債務不履行ニ基ク損害賠償請求權カ原債權ト同一ノ債權ナリヤ否ヤニ付テハ議論ノ岐ルル所ナリト雖モ積極說ヲ正當トスルコト曩ニ詳論シタルカ如シ本卷民法二一頁然レ共本判決ノ如ク債權ノ目的ヲ變更スルモ其同一性ヲ失フモノニ非スト解スヘキニ非スシテ債權ノ效力ハ伸縮性ヲ有スルモノナルカ故ニ直接履行ノ請求權カ損害賠償請求權ニ擴張又ハ變動スルモ其同一性ヲ妨ケスト解スル

ヲ以テ一層理論的ナリト信スルモノナリ(同上評論)二者何レニスルモ原債權ニシテ時効ニ因リ消滅シタル以上債務不履行ニ基ク損害賠償請求權ノミ存在スヘキ理ナキコト勿論ニシテ判旨ハ結局正當ナリト信ス

七四九

家族ハ戸主ノ意ニ反シテ其居所ヲ定ムルコトヲ得ス

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

前項ノ場合ニ於テ戸主ハ相當ノ期間ヲ定メ其指定シタル場所ニ居所ヲ轉スヘキ旨ヲ催告スルコトヲ得若シ家族カ其

催告ニ應ゼサルトキハ戸主ハ之ヲ離籍スルコトヲ得但シ家族カ未成年者ナルトキハ此限ニ在ラス

戸籍法一三九 戸主カ其家族ヲ離籍セント欲スルトキハ左ノ事項ヲ屆書ニ記載シテ其旨ヲ届出ツルコトヲ要ス

一 離籍セラルヘキ者ノ氏名

二 離籍ノ原因

民法第七四九條ニ於テ戸主ニ家族ニ對スル居所ノ指定權ヲ與ヘタル所以ハ戸主ヲシテ一家ヲ整理セシムルニ必要ナリト爲シタルカ爲メナルヲ以テ戸主ハ其權利ヲ行使スルニ當リ其立法ノ趣旨ニ適合スル範圍内ニ於テセサルヘカラサルモノニシテ何等ノ理由ナク自己ノ專恣ニ依リ隨意ニ行使シ得ヘキ絶對無限ノ權利ヲ有スルモノニアラス

戸主カ家族ニ對シ居所ヲ轉スヘキ旨ノ催告ヲ爲スモ一家ノ整理上必要ナルカ爲メニアラスシテ全ク感情衝突ノ結果離籍ヲ爲スノ目的ヲ以テ之ヲ爲スカ如キハ戸主權ノ適法ナル行使ト謂フヲ得ス從テ家族カ其轉居ノ催告ニ應ゼサレハトテ

之ヲ離籍スルコトヲ得サルモノトス」
如上ノ場合ニ於テ戸主カ家族ニ轉居ノ催告ヲ爲スハ戸主權ノ濫用ニシテ不法ノ
行爲ナルヲ以テ其爲シタル離籍ノ届出ハ無効ニシテ單ニ取消シ得ヘキモノニア
ラス」

然レトモ民法第七四九條ニ於テ戸主ニ家族ニ對スル居所ノ指定權ヲ與ヘタル所以ハ
戸主チシテ一家ヲ整理セシムルニ必要ナリト爲シタルカ爲メナルヲ以テ戸主ハ其權
利ヲ行使スルニ當リ其立法ノ趣旨ニ適合スル範圍内ニ於テセサルヘカラサルモノニ
シテ何等ノ理由ナク自己ノ専恣ニ依リ隨意ニ行使シ得ヘキ絶對無礙ノ權利ヲ有スル
モノニアラス(明治三十四年(オ)第四六八號同年十一月二十一日當院判決參照)原判決ノ
認ムル事實ニ依レハ被上告人ハ上告人ノ亡弟俊藏ノ遺産相續人ニシテ被上告人ノ子
タル典ノ爲メニ株式ノ定期賣買及ヒ現物賣買ヲ爲シタルモ利益ノ計算及ヒ株式ノ名
義書換ニ關スル被上告人ノ請求ニ應セス又被上告人ハ株券ノ一覽ヲ求メタルモ之ニ
應セサルニ依リ內容證明書留郵便ヲ以テ更ニ利益ノ清算及ヒ株券ノ引渡ヲ求メ上告
人トノ疎隔漸次ニ増大シ終ニ訴訟ノ方法ニ依ラサレハ到底解決ヲ求ムルヲ得サルニ
至リタリテ以テ上告人ハ被上告人ニ對シ大正六年三月四日附テ以テ同月二十一日迄
ニ本籍地ニ轉居スヘキ旨ノ催告ヲ爲シタルモノトス即チ上告人カ被上告人ニ對シ居
所ヲ轉スヘキノ催告ヲ爲シタルハ一家ノ整理上必要ナルカ爲メニアラスシテ全ク感
情衝突ノ結果離籍ヲ爲スノ目的ヲ以テ之ヲ爲シタルモノト謂フヘシ此ノ如キハ戸主
權ノ適法ナル行使ト云フコトヲ得サルモノトス故ニ被上告人カ其轉居ノ催告ニ應セ
サレハトテ之ヲ離籍スルコトヲ得サルモノトス而シテ如上ノ場合ニ於テ上告人カ轉
居ノ催告ヲ爲スハ戸主權ノ濫用ニシテ不法ノ行爲ナルヲ以テ其爲シタル離籍ノ届出
ハ無効ニシテ單ニ取消シ得ヘキモノニアラス然ラハ原院カ上告人ノ爲シタル本件離

籍ノ届出ハ無効ナリト列示シタルハ相當ナリ(大審院大正八年(オ)第六六五號同年十月三十日民二部馬
場裁判長田上瀧淵成道三宅各判事判決)

【關係事項】 上告棄却○原審東京控訴院○離籍無効確認請求事件○上告人栗田喜太郎訴訟代理人辯護士後藤德太郎同安村竹松
被上告人栗田ぶん

【同趣旨原審判決】

本卷民法一〇二三頁

【參照學說判例】

本卷民法一〇二三頁

判旨各點ハ至當ノ見解ニシテ贊同スルニ躊躇セサルモノナリ吾人ハ曩ニ夫ノ居
所指定權ノ濫用ニ關シ聊カ詳論ヲ試ミタリト雖モ本件戸主ノ居所指定權ハ濫用
ニ付テモ其趣旨ニ於テ全然同一ナルカ故ニ移シテ以テ本問ニ對スル評論ニ代ヘ
ント欲ス

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

不當利得返還ノ義務カ生スルカ爲メニハ他人ノ損失ト受益者ノ受益トハ直接ノ
因果關係アルコトヲ要ス若シ其受益ノ發生原因ト其損失ノ發生原因トカ直接ニ
關聯セスシテ中間ノ事實介在シ他人ノ損失ハ其中間事實ニ起因スルトキハ其損

失ハ受益者ノ利益ノ爲メニ生シタルモノト謂フコトヲ得サルヲ以テ受益者ハ其
他人ニ對シ不當利得返還ノ責ニ任スルコトナキモノトス

案スルニ民法第七〇三條ニハ他人ノ財産又ハ勞務ニ因リ云云之カ爲メニ他人ニ損失
ヲ及ホシタル者云云ト規定シテ他人ノ財産又ハ勞務ニ因リ利益ヲ受ケタルカ爲
メニ其他他人ニ損失ヲ及ホシタル場合ニアラサレハ不當利得返還ノ義務ヲ生セサルモ
ノト爲セリ故ニ他人ノ損失ト受益者ノ受益トハ直接ノ因果關係アルコトヲ要ス若シ
其受益ノ發生原因ト其損失ノ發生原因トカ直接ニ關聯セシテ中間ノ事實介在シ他
人ノ損失ハ其中間事實ニ起因スルトキハ其損失ハ受益者ノ利益ノ爲メニ生シタルモ
トナキモノトス是當院判例ノ趣旨ニ於テ是認スル所ナリ明治四十三年(オ)第四二二號
明治四十四年五月二十四日言渡當院判決參照(原判決ノ確定シタル事實ニ依レハ訴外
並ニ儀六ヲ連帶保證人ト爲シタル金二千五百圓ノ借用證書ヲ偽造シ氏名不詳ノ婦人
ヲ被上告人本人ナルカ如ク裝ハシメ上告人ノ住所ニ同行シ被上告人カ眞實金員ヲ借
入ルルモノノ如キ風態ヲ示シ右偽造證書ヲ差入レ上告人ヨリ貸借名義ノ下ニ金二千
五百圓ヲ騙取シ更ニ此騙取金員中千九百七十一圓二十錢ヲ以テ被上告人ノ訴外坂田
儀一郎ニ對スル債務ヲ辨濟シタルモノナリ故ニ上告人カ損失ヲ被上告人ハ八三郎
ノ騙取行爲ニ因リタルモノニシテ被上告人カ債務免脱ノ利益ヲ得タルハ八三郎ノ辨
濟行爲ニ因リタルモノト謂フヘク即チ被上告人ノ受益ト上告人ノ損失トノ間ニハ八
三郎ノ獨立ナル行爲介在シ直接ノ因果關係ナキモノナレハ被上告人ト八三郎間ニハ
當利得ノ問題ヲ生スルハ格別(原判決ハ八三郎ニ對シテモ不當利得トナラヌト判示セ
リ)被上告人ハ上告人ニ對シ不當利得返還ノ責ニ任スヘキモノニアラサルナリ上告人
ハ八三郎ハ被上告人ノ代理人トシテ辨濟ヲ爲シタルモノニシテ假令無權代理人ナリ

【判旨前段民法七〇三條利得ト損失トノ間ノ因果關係ニ關スル參照學說判例】

一 一方ニ利益アリ他ノ一方ニ損失アレハソレニテ足ル其ノ利益損失ノ程度ノ大小ハ問フ所ニアラス利益ノ割合ニ應ジテ損失
カ生セサルヘカラスト云フコトニハアラス只其ノ間ニ連絡アレハ可ナリ(法學博士富井政章氏債權各論明治四五年東大講義
一五六頁)

二 他人ノ損失ヲ及ホシタルハ一方カ法律上ノ原因ナクシテ其他他人ノ財産又ハ勞務ニ因リ利益ヲ受ケタル結果ナルコトヲ要ス
(法學博士岡松太郎氏民法理由債權次四四五頁)

三 法律上ノ原因ナクシテ他人ノ財産又ハ勞務ニ因リテ取得シタル利益ト雖モ不當利得トシテ之ヲ返還セシメントスルニハ此
實ニ任スヘキ者カ利益ヲ受ケタルカ爲メニ右ノ他人カ損失ヲ被ムリタル事實ナカルヘカラスト(法學博士松波仁一郎氏同仁債權
松氏〇仁井田益太郎氏民法正解債權一四三頁)

四 不當利得アリトスルコトニハ利得者カ一面ニ於テ他人ノ財産勞務ニ因リテ利得ヲ爲スト同時ニ他ノ一面ニ於テ其財産勞務
ノ利益ヲ享有スヘキ人ナシテ其利益ハ失ハシメタルコトヲ必要トス利得者ノ利益享有ト他人ノ利益損失トノ間ニ因果關係アル
コトハ不當利得ノ構成要件ニ屬シ之ヲ缺タトキハ不當利得ナシトス(法學博士横田秀雄氏債權各論八〇三頁)

五 一方ノ受利益ト他方損失トノ間ニ因果關係ヲ存スルコトヲ必要トス換言スレハ一方ノ受益ノ結果トシテ他方ニ財産上ノ
損失ヲ生セシムルコトヲ必要トス又一方ノ利益ヲ受ケサレハ一方カ損失ヲ蒙ラザリシ場合ニ於テハ因果關係存在セサルカ故

【關係事項】

上告棄却〇原審長崎控訴院〇不當利得金返還請求事件〇上告人富安ももよ訴訟代理人辯護士藤山貞規同山口實三
郎同高橋周藏被上告人荒木きち訴訟代理人辯護士本村善太郎

シトスルモ被上告人ニ於テ之ヲ追認シタルヲ以テ被上告人ニ對シテ其效力ヲ生スト
論スレトモ原判決ハ八三郎カ被上告人トノ契約ニ基キ第三者トシテ辨濟ヲ爲シタル
事實ヲ認定シタルモノナレハ右ノ所論ハ原判旨ニ副ハサルモノトス而シテ八三郎ノ
辨濟カ代位辨濟ナリトスルモ八三郎ト被上告人間ニ生スル問題ニ過キサルヲ以テ原
裁判所カ八三郎ノ行爲ニ因リ因果關係ハ中斷セラレタル旨ヲ判斷シタルハ相當ナリ
又上告人ハ八三郎ノ辨濟ハ有效ナル辨濟ニアラスト論スレトモ其辨濟ノ有效ナルコ
ト明カニシテ若シ辨濟カ有效ナラストセハ被上告人ハ債務免脱ノ利益ヲ受ケサルコ
ト上告人トノ間ニ不當利得ノ問題ヲ生スルコトナシ仍テ上告論旨ハ理由ナシ(大審院大
正八年(オ)第二〇三號同年十月二十一日民二部馬場裁判長田上柳川菴淵成道各判事判決)

學士上
清水
學士
末弘學士
大審院

清瀬學士

村上學士

末弘學士

六 不當利得ハ構成セラレサルナリ(法學博士川名兼四郎氏債權要論六六七頁)

七 不當利得カ成立スル爲メニハ受益者カ利益ヲ受ケ且之カ爲メ相手方ニ損失ヲ及ホシタルコトヲ要ス即チ此ノ利益ト被ノ損失トノ間ニ直接ニ因果ノ關係ヲ存セサルヘカラス(法學士村山恭一氏債權各論八五四頁)

八 其一方ノ損失ヲ受ケタルハ地方ノ利益ヲ爲シタル結果ナルコトヲ要ス即チ損失ノ間ニ因果ノ關係ヲ要ス(法學士清水一男氏不當利得論二三頁)

九 利得者カ利益ヲ得タルカ爲メニ因リテ他人カ損失ヲ被リタルコト(法學士末弘學士債權各論九三二頁)

一〇 正當ナル法律上ノ原因ヲ缺ク甲者ノ利益享受ト乙者ノ利益喪失トノ間ニ因果關係ヲ存シテ此關係ヲ取引上ノ觀念ニ於テ確認シ得ラルル限リハ兩者間ニ不當利得ノ關係アリト云フヲ得ヘシ(大審院明治四四年五月二四日判決例彙報第二二卷三一頁)

【同上後段因果關係ハ直接ノモノニ限ルヤ否ヤニ關スル同趣旨學說】

一 然レトモ其一方ノ損失ヲ受ケタルハ他ノ一方ノ利益ヲ爲シタル結果ナルコトヲ要ス即チ損失ト利得トノ間ニ因果ノ關係ヲ要ス法文ニモ「他人ノ財產又ハ勞務ニ因リ利益ヲ受ケ之カ爲メ他人ニ損失ヲ及ホシタル者」ト在リ故ニ例之甲カ或會社ノ權利ヲ乙ニ賣リ乙ハ丙ニ丙ハ之ヲ丁ニ賣リタリト假定センニ權利ノ賣買行爲ハ總テ無効ナルヲ以テ乙、丙、丁ノ其前者ニ支持ヘタル代金ハ總テ不當ノ利得ト爲ルヘシ然レトモ此場合ニ丁ハ甲ニ向テ直接ニ不當利得ノ返還請求ヲ爲シ得ルヤト云フニ然ラズ此場合ニ丁ノ損失ヲ受ケタルハ丙ノ利益ヲ爲シタルカ爲メニシテ甲ノ利益ヲ得タルハ乙ニ損失ヲ及ホシタルカ爲メニ過キス甲、丁間ニ因果關係ナキヲ以テ此間ノ利益返還請求ハ不當ナリ丁ハ丙ニ對シ丙ハ乙ニ對シ乙ハ甲ニ對シ順次ニ利益返還ノ請求ヲ爲スヘキノミ(法學士清瀬一郎氏債權各論二七〇頁)

二 利益ト損失トアルモ其ノ間ニ直接ノ因果關係ナキトキハ不當利得ノ成立スルコトナシ(法學士村上學士一氏債權各論八五四頁)

三 然レトモ收益ノ發生原因ト損失ノ發生原因トカ直接關聯セシテ其損失ハ中間ニ存スル別箇ノ事實ニ基因スルトキハ「利益ヲ受ケ之カ爲メ他人ニ損失ヲ及ホシタル者」ト云フコト能ハス蓋シ此場合ニ於ケル他人ノ損失ハ受益者カ「利益ヲ受ケタル爲メ」ニ生シタルモノニアラサレハナリ故ニ例ヘハ甲ノ拋棄シタル所有物ヲ乙カ先占取得シタル場合ニハ乙ニ不當利益ヲ爲シタリト云フヘカラス又無効契約ノ履行トシテ得タル物ヲ更ニ他人ニ贈與シタル場合ニアリテハ縱令其他カ其事實ヲ知レルトキト雖モ直接其他カ人ニ對シテ不當利得ヲ主張スルコト得ズ此點ニ關シ獨逸民法ハ例外ヲ認メテ「受益者ハ其取得物ヲ無償ニテ第三者ニ給付シタルトキハ其結果受益者ノ利益返還義務ノ存在ヲ來シタル限度ニ於テ第三者ハ其給付ヲ債權者ヨリ法律上ノ原因ナクシテ取得シタルト同様ニ返還義務ヲ負フモノトス」(八二二)ト定メタレトモ特別ノ規定ナキ民法ノ解釋上此種ノ結果ヲ認ムルコトヲ得ス(法學士末弘學士債權各論九三二頁)

【同上ニ關スル異趣旨學說】

一 利得者ノ利益享有ト他人ノ利益損失トノ間ニ因果關係ヲ存スル限リハ利益者ト被害者トノ間ニ不當利得ノ關係アリ其利益ハ直接ニ被害者ヨリ利得者ニ歸シタルト被害者ト利得者トノ間ニ他ノ人格者カ介入シ其利得ノ轉嫁ニ因リ間接ニ利得者ニ歸シタルトハ之ヲ間接ノ必要ナシ(法學博士橫田秀雄氏債權各論八〇三頁)

二 受益ト損失トノ間ニ因果關係カ成立スルコトヲ必要トスルノミニシテ受益者ノ取得シタルモノカ被害者ノ財產ノ一部ヲ構成シタルモノナル事ヲ必要トスルニアラサル事ハ明カナリ唯二者ノ間ニ因果關係カ存スルヲ以テ足レリトス故ニ又受益者ノ利益ト損失トカ合一スルコトヲ必要トセサルナリ只其被害ノ生シタル原因カ受益者ニ受益アリタルコトニ存スレハ足レリ(法學博士川名兼四郎氏債權要論六六八頁)

橫田博士

川名博士

不當利得ノ成立アルカ爲メニハ一方ノ受益ト他方ノ損失トノ間ニ因果關係ノ存スルコトヲ要スルハ民法第七〇三條ノ明文上疑ヒナシト雖モ當該因果關係ハ直接ノモノノミニ限ルヤ否ヤハ說ノ岐ルル所ナリ本判決ハ積極ニ解シ因果關係ハ直接ノモノニ限ルカ故ニ受益ノ發生原因ト損失ノ發生原因トノ間ニ中間事實介入シ損失ハ當該介入事實ニ起因スルトキハ仲介者ト受益者トノ關係ニ於テ不當利得ノ問題ヲ生スルコトアルヘシト雖モ損失者ト受益者トノ關係ニ於テハ因果關係ナシトシ從來不明ナリシ此關係ヲ明確ニ判示シタル注目スヘキ判例ナリ惟フニ消極說ハ損失者ヲ保護スル點ヨリスルトキハ頗ル便宜ナリト雖モ取引關係ヲシテ不安ナラシムル虞レアリ反之積極說ハ損失者ニ對シ多少酷ナリト雖モ取引ノ敏活ヲ尊フ點ヨリスルトキハ甚タ有利ナリ又法文ヲ嚴正ニ解スルトキハ積極說ヲ採ラサルヘカラサルコト明ナルカ故ニ吾人ハ寧ロ本判旨ノ如ク積極說ニ左袒セント欲ス尙獨逸民法トノ比較解釋ニ就テハ末弘學士債權各論九三三頁ヲ參照セラルヘシ

七〇九 故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ生ス

七一〇 他人ノ身體自由又ハ名譽ヲ害シタル場合ト財産權ヲ害シタル場合トナ問ハス前條ノ規定ニ依リテ損害賠償ノ責ニ任スル者ハ財産以外ノ損害ニ對シテモ其賠償ヲ爲スコトヲ要ス

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

七一五 或事業ノ爲メニ他人ヲ使用スル者ハ被用者カ其事業ノ執行ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス但被用者カ被用者ノ選任及ヒ其事業ノ監督ニ付キ相當ノ注意ヲ爲シタルトキハ又ハ相當ノ注意ヲ爲スモ損害カ生スヘカリシトキハ此限ニ在ラス

使用者ニ代ヘリテ事業ヲ監督スル者モ亦前項ノ責ニ任ス
前二項ノ規定ハ使用者又ハ監督者ヨリ被用者ニ對スル求償權ノ行使ヲ妨ケス

七二二第二項 被害者過失アリタルトキハ裁判所ハ損害賠償ノ額ヲ定ムルニ付キ之ヲ斟酌スルコトヲ得

民法第七一五條ニ所謂使用者被用者ノ關係ハ獨リ雇傭契約ノ存スル場合ニ限り存在スルモノニアラスシテ苟モ或者カ其事業ノ爲メニ事實上他人ヲ使用シ其間ニ選任監督ノ關係存スル以上當事者間ニハ使用者被用者ノ關係存在スルモノトス

人車鐵道ノ如キ公路上ニ敷設セラレタル軌道ニ於テ貨車ノ運轉ニ從事スル者ハ常ニ精密ナル注意ヲ拂ヒ專ラ公衆ノ生命身體財產ニ對シ危害ヲ及ホササルコトニ留意セサルヘカラサルモノニシテ若シ然ラサルニ於テハ貨車ヲ運轉スルモノトシテ相當ノ注意ヲ怠リタルモノトス

通行人ニ對シ警報ヲ爲シ若シクハ貨車ノ運轉ヲ停止スルノ必要ハ必スシモ其運

轉ヲ爲ス者カ前方ニ於テ線路内ニ人ヲ認メタルトキ又ハ人ノ線路内ニ入ラントスルヲ認メタルトキニ限ラス貨車ヲ操縦スル者カ駛走中ノ貨車ト衝突ノ虞アル距離ニ於テ軌道ニ沿ヒ而モ之ト接觸シテ貨車ト同一方面ニ向ヒ其前面ヲ徒歩スルモノヲ認メタル以上其者ハ軌道ノ間ニ在ルモノニアラス又軌道内ニ入ラントスル者ニモアラサルモノ之ニ對シ警報ヲ爲シ適當ノ距離ニ於テ貨車ノ運轉ヲ停止スル等應急ノ處置ヲ執リ貨車ト衝突ヲ避クルノ途ヲ講スヘキハ貨車操縦者ノ執ルヘキ注意ナリトス

不法行爲ノ存スル場合ニハ縱令被害者ニ重大ナル過失アルモ裁判所ハ不法行爲者ヲシテ全然不法行爲ニ基ク損害賠償ノ責任ヲ免レシムルコトヲ得ヘキモノニアラス唯被害者ノ過失ハ損害賠償ノ額ヲ定ムルニ付キ斟酌スルコトヲ得ルニ過キサルモノトス

父母ノ變死ニ因リテ感スル悲痛ハ其實子タルト養子タルト同居セルト否トニ依リテ差異アルモノト爲スヲ得サルニ依リ煩悶而モ貧窮ナル養父母變死者ト離隔シテ生活ヲ營ミツツアル養子ト雖モ加害者ニ對シ慰藉料ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノトス

控訴人ニ損害賠償ノ責アリヤ否ヤヲ案スルニ乙第一號證第二號證ニ依レハ前示人車鐵道ノ貨物運送ノ取扱方法ニ貨切扱ナルモノアリ而シテ貨切扱ナルモノハ控訴人ニ於テ貨物ノ禁閉ニ係ハラヌ當時多數ノ貨車夫ヲ雇入レ置カサルヘカラサル不便不利

鐵道ノ如キ公路上ニ敷設セラレタル軌道ニ於テ貨車ノ運轉ニ從事スル者ハ常ニ精密ナル注意ヲ拂ヒ専ラ公衆ノ生命身體財產ニ對シテ危害ヲ及ボササルコトニ留意セサルヘカラサルモノニシテ若シ然ラサルニ於テハ貨車ヲ運轉スル者トシテ相當ノ注意ヲ怠リタルモノト認ムヘキカ故ニ過失ノ責ニ任セサルヘカラサルモノト謂フヘシ人車鐵道カ一定ノ軌道ヲ走ルモノナルコトハ全ク控訴人主張ノ如クナレトモ通行人ニ對シテ警報ヲ爲シ若クハ貨車ノ運轉ヲ停止スルノ必要ハ必スシモ其運轉ヲ爲ス者カ前方ニ於テ線路内ニ人ヲ認メタルトキ又ハ人ノ線路内ニ入ラントスルヲ認メタルトキニ限ラルモノニハアラサズ貨車ヲ操縦スル者カ駛走中ノ貨車ト衝突ノ虞アル距離ニ於テ軌道ニ沿ヒ而モ之ニ接觸シテ貨車ト同一方面ニ向ヒ其前面ヲ徒歩スル者ヲ認メタル以上其者ハ軌道ノ間ニ在ルモノニアラス又軌道内ニ入ラントスル者ニセアラザルモノ之ニ對シテ警報ヲ爲シ適當ノ距離ニ於テ貨車ノ運轉ヲ停止スル等應急ノ處置ヲ執リ貨車ト衝突ヲ避クルノ途ヲ講スヘキハ貨車操縦者ノ執ルヘキ注意タルヤ勿論ナルヲ以テ叙上ノ如ク政二利直ノ兩名カ本件貨車ヲ運轉シテ前示坂路下降ノ途中前方約三十間ノ距離ニ於テ本件被害者タル兼吉カ軌道ニ接觸シテ歩行シ居ルコトヲ認メ其儘貨車ヲ進行セシムルニ於テハ同人ニ衝突スル虞アルコトヲ豫知シ得タルニ拘ハラス何等ノ警報ヲモ與ヘス又何等貨車ノ進行ヲ停止スヘキ手段ヲモ執ラスシテ依然進行ヲ繼續セシメ其結果遂ニ貨車ヲ被害者ニ衝突セシメタルハ貨車夫トシテ執ルヘキ相當ノ注意ヲ怠リタルモノニシテ政二利直ノ兩名ハ右兼吉ノ死亡ニ對シテ過失ノ責ニ任セサルヘカラサルモノト謂フヘシ……抗辯スレトモ既ニ本件貨車夫タル政二利直ノ兩名カ徐行ニ關スル前示ノ定メヲ無視シテ貨車ヲ進行セシメタル結果停車意ノ如クナラス惰力ニ因ル貨車ノ推進ノ爲メ本件事故ヲ惹起シタルモノナルコト前説明ノ如クナル以上其際ニ於ケル貨車ノ速度カ一時間八哩ノ制限ヲ超ニサリシトスルモ右兩名カ過失ノ責ニ任スヘキハ勿論ナルカ故ニ控訴人ノ抗辯ハ理由ナキモノトシテ排斥スヘキモノトス尙控訴人ハ本件貨車夫タル政二利直ノ選任及事業ノ監督

ヲ除却スル爲メ設ケラレタル制度ニ係リ貨車ノ專用ヲ希望スル貨物託送者ニ對シテハ其積載貨物ノ普通運賃ヨリ割引ヲ爲スコトトシ之ニ對シテ貨物託送者ヲシテ其託送者ノ計算ニ於テ控訴人ノ承認シタル人夫ヲ貨車夫トシテ供給セシメ以テ控訴人ハ之ヲ貨車夫ニ選任シ該貨車夫ヲシテ控訴人ノ指揮監督ノ下ニ專用貨車ノ積卸運轉等其積載貨物ノ運送ヲ遂行セシムルコトト爲シタルモノナルコトヲ認メ得ルト同時ニ前顯中村政二江澤利直ノ兩名ハ右貨切扱ナル制度ニ基キテ訴外岩瀬兼吉カ控訴人ニ供給シ控訴人ハ之ヲ其貨車夫ニ選任シ控訴人ノ指揮監督ノ下ニ兼吉ノ託送貨物ノ運送ニ從事セシメタルモノニシテ本件事故ハ右政二利直ノ兩名カ兼吉ノ右託送貨物ノ專用貨車運轉中ニ惹起セラレタルモノナルコトヲ認ムルニ足レリ控訴人ノ舉ゲタル證據中ニハ一モ該認定ヲ覆スニ足ルモノナシ左レハ控訴人ハ貨切扱ノ場合ニ於テモ託送者ノ供給シタル勢力ヲ用キテ自ら運送事業ヲ營ムモノニシテ特許ニ因リテ得タル權利ヲ他人ニ移轉シタルモノニ非サルヲ以テ右貨切扱目シテ軌道條令取扱心得ニ反スル違法行為ナリト爲ス被控訴人ノ主張ハ理由ナシト雖モ既ニ貨切扱ノ場合ニ於テモ控訴人自ら運送事業ヲ營ムモノニシテ本件事故ハ中村政二江澤利直ノ兩名カ控訴人ノ選任監督ノ下ニ右運送事業ノ執行トシテ本件貨車運轉中發生シタルモノナルコト前説明ノ如クナル以上右兩名ハ岩瀬兼吉カ自己ノ名ヲ以テ雇入レタルモノニシテ控訴人トハ直接ノ雇關係ナキコトハ當審證人岩瀬兼吉ノ證言ニ依リテ明ナルモ前顯兼吉ノ被告ニシテ右政二利直兩名ノ過失アル行為ニ因リ生シタルモノナルニ於テハ之ニ因リテ生シタル損害ハ民法第七百十五條ニ依リ控訴人ハ被用者ノ加ヘタル損害トシテ之カ賠償ノ責ニ任セサルヘカラサルモノト謂フヘシ蓋シ右法條ニ所謂使用者被用者ノ關係ハ獨リ雇關係ノ存スル場合ニ限リ存在スルモノニアラスシテ苟モ或者カ其事業ノ爲メニ事實上他人ヲ使用シ其間ニ選任監督ノ關係存スル以上當事者間ニハ使用者被用者ノ關係存在スルモノト謂フヘキハナリ仍テ兼吉ノ被害カ政二利直ノ過失ニ出テタルモノナルヤ否ヤナ案スルニ……中略……抑モ本件人車

ニ付キ相當ノ注意ヲ爲シタル旨抗辯スレトモ控訴人ノ舉ケタル證據ニ依リテハ精神
 上肉體上ノ點ハ姑ク之ヲ措キ單ニ技術上ノ點ヨリ觀察スルモ控訴人カ其主張ノ如ク
 ニ右兩名ノ選任ニ付キ缺陷ナキヤウ注意シタルコトハ之ヲ認ムルニ足ラス從テ控訴
 人ハ右兩名ノ選任ニ付キ相當ノ注意ヲ爲シタルコトヲ得サルカ故ニ其監
 督ニ付キ控訴人カ相當ノ注意ヲ爲シタルト否トヲ論セス控訴人ハ前示兼吉ノ死亡ニ
 關シテ生シタル損害ニ付キ賠償ノ責ヲ辭スルコトヲ得サルモノト謂フヘシ控訴人ハ
 本件人車鐵道ハ縣道ノ一部ヲ使用シ專用軌道敷ナク一般通行人ハ人車鐵道ノ運轉ア
 ルヘキヲ熟知シ居ルヘキ筋合ナルニ本件事故發生當時被害者兼吉ハ泥酔シ居リ殊ニ
 夜遅ク軌道ヲ歩行シ自ラ事故ノ發生ヲ未然ニ防止シ損害ノ増大ヲ豫防スルニ付キ善
 良ナル管理者ノ注意ヲ缺キタルハ勿論寧ろ事故ノ發生ニ對シ積極的ニ原因ヲ供與ス
 ル行動ニ出テタルモノニシテ即チ被害者ニ重大ナル過失アルモノナリ從テ一厘ノ賠償義
 務タモ存在セスト抗辯スレトモ被害者ノ過失ト相殺サルヘキモノナリ從テ一厘ノ賠償義
 務アルモ裁判所ハ不法行為者ヲシテ全然不法行為ニ基ク損害賠償ノ責任ヲ免レシム
 ルコトヲ得ヘキモノニアラス唯被害者ノ過失ハ損害賠償ノ額ヲ定ムルニ付キ之ヲ斟
 酌スルコトヲ得ルニ過キサルカ故ニ全然賠償義務ナキ旨ノ右抗辯ハ到底之ヲ採用ス
 ルニ由ナキモノトス

仍テ更ニ過ミテ損害額ノ當否ヲ審案スルニ控訴人ハ被控訴人ハ被害者兼吉ノ養子ニ
 シテ類縁而モ貧窮ナル養父母ト離隔シテ生活ヲ營ミ居ルニ徴スレハ其間ノ情誼切實
 ナラサルヲ推知スルニ難カラサルヲ以テ被控訴人ノ慰籍料ノ請求ハ失當ナリト抗辯
 スレトモ父母ノ變死ニ因リテ感スル悲痛ハ其實子タルト養子タルト同居セルト否ト
 ニ依リテ差異アルモノトハ爲スコトヲ得サルニ依リ控訴人カ被控訴人ニ對シ慰籍料
 支拂ノ義務アルヤ論ナシ(東京控訴院大正七年(ホ)第七二號同八年六月二〇日民一部神谷裁判長谷川道也渡邊
 久各判事判決)

【關係事項】 棄却○損害賠償請求事件ノ控訴並ニ附帶控訴事件○控訴人千葉縣法律上代表者千葉縣知事折原己一郎訴訟代理人
 辯護士三谷錦太郎○被控訴人秋山唯治郎訴訟代理人辯護士別役增吉

【判旨第一點被用者ノ意義ニ關スル參照學說判例】

本書本卷民法八九頁以下

【判旨第四點不法行為上ノ過失ト責任斟酌ニ關スル同趣旨學說】

一 裁判所ハ加害者ノ責任ヲ斟酌スルコトヲ得サルヲ以テ被害者ニ過失アル場合ト雖モ常ニ必ラス一定ノ賠償額ヲ被害者ニ給
 付スヘキコトヲ加害者ニ命スルノ義務アリ是レ債務不履行ノ場合ト異ル所ナリ(法學博士橫田秀雄氏債權各論九〇二頁)

二 債務不履行ノ場合ニハ單ニ賠償責任ヲ輕減スルヲ得ルニ止マラス全ク之ヲ除却スルコトヲ得之ニ反シ不法行為ノ場合ニハ
 單ニ責任ヲ輕減スルコトヲ得ルニ止マル(法學博士石坂晋四郎氏日本民法債權上三三三頁)

三 債務不履行ニアリテハ賠償責任ノ有無及ヒ金額ノ多寡ニ付テノミ之ヲ斟酌ス即チ不法行為ノ場合ニアリテハ縱令被害者ニ
 重大ナル過失アルモ加害者ニ全ク責任無キコトヲ得サルナリ(法學博士鳩山秀夫氏日本債權法八二頁)

四 債務不履行ノ場合ニ於テハ債權者ニ過失アリタルトキハ損害賠償ノ有無ニ付テモ裁判所ナシテ之ヲ斟酌スルヲ得セ
 シメタルニ拘ラス不法行為ノ場合ニハ之ニ相當スル規定ヲ存セサルヲ以テ縱令損害共同ノ懈怠ニ因リテ生シタル場合ト雖モ
 加害者ハ常ニ其責ヲ免レサルモノト云ハサルヘカラス(法學博士馬場恩治氏債權原因論明治三十九年度中大講義二〇二頁)

五 第四一八條ニ依リテ其損害賠償ノ責任ノ有無ヲ定ムルニ付テモ亦債權者ノ過失ヲ斟酌スヘキモノナリトモ不法行為
 ノ場合ニハ單ニ其額ヲ定ムルニ付キ之ヲ斟酌スルコトヲ得ヘキノミ(法學博士磯谷幸次郎氏債權原因論明治四一年度中大講義二
 〇四頁)

六 不法行為ニ因ル損害賠償ニ付テハ被害者ニ過失アルトキ唯其賠償額ヲ定ムルニ付斟酌セラルルニ止リ責任ニ關シテハ斟酌
 セラルルコトナシ(法學博士西川一男氏法學新報第二一卷第一號八五頁)

七 第四一八條ノ場合ニハ損害賠償ノ責任ノ有無ニ付テモ之ヲ斟酌ストアルニ反シ本條ノ場合ニハ賠償額ニ付テノミ之ヲ斟酌
 ストアルヲ以テ我民法ハ英米法ノ如ク被害者ノ過失カ全然不法行為ノ責任ヲ阻却スル場合ヲ認メサルナリ(法學博士上兵治氏
 債權法政論義二二五頁)

八 債務不履行ニ在リテハ裁判所ハ損害賠償ノ責任ノ有無及其ノ額ヲ定ムルニ付債權者ノ懈怠ヲ斟酌スルモ不法行為ニ在リ
 テハ單ニ損害賠償ノ責任額ヲ定ムルニ付被害者ノ懈怠ヲ斟酌スルニ止マル(法學博士村上恭一氏債權各論九八七頁)

九 裁判所ハ賠償金額ヲ定ムルニ付テノミ之ヲ斟酌シ得ルニ過キスシテ債務不履行ノ場合ノ如キ賠償責任ノ有無ニ付アマテ之ヲ斟酌スルコトヲ得サルモノトス(法學士末弘殿太郎氏債權各論一一二頁)

三一〇

九〇 公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為ハ無効トス
七〇九 故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス
電話規則八九 加入者電話使用料附加使用料電話番號表重複掲載料通話料呼出料及通知料ヲ規定ノ期日迄ニ納付セサルトキ又ハ前條ニ依リ辨償スヘキ費用ヲ納付セサルトキハ其納付ノ日迄通話ハ停止ス
同九一 加入者第九條ニ違反シタルトキ第九條ニ依リ通話ヲ停止セラレタル日ヨリ起算シ三十日內ニ滞納ノ金額ヲ納付セサルトキ又ハ一年三回以上通話ヲ停止セラレタルトキハ加入ヨリ除名スルコトアルヘシ

債權擔保ノ目的ヲ以テ甲ニ屬スル電話加入權ヲ乙ニ信託的ニ讓渡シ第三者ニ對シテハ乙ヲ權利者トシ甲乙間ニ於テハ其權利ヲ甲ニ留保スルコトヲ約シタル場合ニ於テ乙ノ怠慢ノ爲メ電話法規ニ依リ除名處分ヲ受クルニ至リ甲ヲシテ其加入權ヲ回復スルノ道ナキニ至ラシメタルトキハ乙ハ甲ノ電話加入權ヲ侵害シタルモノトシテ甲ニ生シタル損害ヲ賠償スルノ義務アルモノトス

被告ハ本件信託讓渡契約ハ被告ト訴外今村倉三間ニ締結セラレタルモノニシテ其當事者カ原告ト爲リ居ルハ形式ニ過キサル旨主張スルモ證人諸橋吉治塚本ふで今村倉三ノ各供述並ニ當事者間ニ争ナキ契約ノ内容ヲ綜合スレハ原告ハ大正五年一月一日三日被告ヨリ金四百圓ヲ借受ケ其返済義務ノ擔保ニ供スルノ目的ヲ以テ原告ニ屬スル電話加入權ヲ被告ニ信託的ニ讓渡シ第三者ニ對シテハ被告カ其權利者トナルモ原告被告ノ關係ニ於テハ其權利ヲ原告ニ留保スルコトヲ契約シタル事實ヲ認ムルニ至リタ
原告被告ノ關係ニ於テハ其權利ヲ原告ニ留保スルコトヲ契約シタル事實ヲ認ムルニ至リタ
分ナリ而シテ右被告名義ノ電話加入權ハ被告カ同加入權並ニ其他同人ノ有スル電話ノ料金納入ヲ延滞シタル理由ヲ以テ電話當局ヨリ其除名處分ヲ受ケ依テ被告カ之ヲ喪失シタル事實ハ當事者間ニ争ナク被告ハ右使用料ハ本件電話ノ架設場所タル今村倉三方ニ於テ之ヲ支拂フノ約ナリシニ同人ノ不納ニ依リ除名處分ヲ受クルニ至リタルモノナリト主張スルモ被告ノ授用スル今村倉三庄司幸藏ノ各證言ニ依ルモ此ノ如キ事實ヲ認ムルニ由ナク右各證言ニ依レハ却テ被告加入ノ他ノ電話ニ付キ被告ニ料金ノ怠慢アリテ本件電話モ其加入權カ被告名義ト爲リ居ル爲メ除名處分ニ連座シタルモノナル前後ノ事情ヲ認定スルニ足リ被告原告間ノ關係ニ於テハ被告ハ原告ノ爲メニ其加入權ヲ善良ノ管理者ノ注意ヲ以テ保管シ原告ニシテ其債務ヲ完済シタル時ハ何時ニテモ右加入權ヲ原告ノ名義ニ恢復セシムヘキ義務ヲ負擔スルモノナルニ一
朝被告ノ怠慢ノ爲メ電話法規ニ依リ除名處分ヲ受クルニ至リ原告ヲシテ右ノ如キ事由ノ下ニ途ニ其加入權ヲ恢復スルノ道ナキニ至ラシメタルハ實ニ被告ニ重大ナル過失ノ責アリト謂ハサル可カラサルモノトス果シテ然ラハ被告ハ其過失ニ因リ原告ノ電話加入權ヲ侵害シタルモノニ他ナラサルヲ以テ被告ハ原告ニ生シタル損害ヲ賠償スヘキ義務アルモノトス(東京地方裁判所大正七年(ワ)七六五號同八年一月一六日民五部井野裁判長遠藤吉田各判事判決)

【關係事項】 被告敗訴○損害賠償請求事件○原告今村みね訴訟代理人辯護士原孫六被告府川常吉訴訟代理人辯護士九山良策

三一〇

五五五 買買ハ當事者ノ一方カ或財產權ヲ相手方ニ移轉スルコトヲ約シ相手方カ之ニ其代金ヲ拂フコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ス
六〇一 貸貸借ハ當事者ノ一方カ相手方ニ或物ノ使用及ヒ收益ヲ爲サシムルコトヲ約シ相手方カ之ニ其賃金ヲ拂フコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ス

六〇五 不動産ノ貸借ハ之ヲ登記シタルトキハ爾後其不動産ニ付キ物權ヲ取得シタル者ニ對シテモ其效力ヲ生ス
 貸家拂底ノ時ニ於テ借家人アルコトヲ知り乍ラ其家屋ヲ買受ケタル者ハ依然賃
 貸スルコトヲ甘シ所謂負擔付ノ儘其家屋ヲ買受ケタルモノト認ムルヲ相當トス

家ヲ購フ者誰カ先ツ其家ヲ看サランヤ其家ヲ看ル者其内ニ借家人アル場合ニ誰カ其
 之アルコトヲ看過センカ故ニ本件ニ在リテモ原告カ右藤太郎ヨリ本訴家屋ヲ購フニ
 當リ被告カ其家ニ居住シ居レル事實ハ原告ニ於テ當時既ニ之ヲ知ラセシモノト認ム
 ヘキヤ勿論ナリ而シテ目下當區ニ於テ借家ノ拂底劇甚ナルコト當裁判所ニ於テ顯著
 ナル事實ニシテ短期間ニ相當借家ヲ發見スルコトハ殆ント至難ニ屬ス故ニ借家人ア
 ルコトヲ知り乍ラ其家ヲ購ヒ而モ直ニ之カ明渡ヲ請求シ得ルモノトセハ借家人ノ不
 時ノ困憊思フヘク殊ニ囊中錢ナク且身ヲ投スヘキ親戚故舊ナキモノハ何等ノ過失ナ
 クシテ乍ラ路頭ニ迷フノ外ナキニ至ルヘシ目下ノ寒天ニ當地ノ路頭ニ迷ハシム是殆
 ノト死地ニ致スナリ思フニ一般人心ノ殘忍酷薄是ニ至ラス尙一片相憐ノ情アリテ此
 ノ如キ場合ニ於テ宿ルニ家ナキ借家人ヲ追立ツルハ我レ之ヲ忍ビストノ意思アルモ
 ノト認ムヘキハ社會ノ通誼ニ照ラシ相當ナリ此意思ハ即チ引續キ賃貸スルコトヲ甘
 シタル意思ニシテ換言スレハ所謂負擔付ナルコトヲ認容スル意思ニ外ナラス一言以
 テ之ヲ蔽フ本件ノ如キ場合ニ在リテハ新家主ハ負擔付ノママ其家屋ヲ購ヒタルモノ
 ト看ルヘキナリ既ニ家主ニ於テ義務負擔ノママ其家ヲ購ヒシモノトセハ其間不法占
 據ノ觀念ヲ容ルル餘地ナシ本件ノ場合亦然リ不法占據ヲ理由トスル本訴家屋明渡並
 ニ損害金請求ハ執レモ不當ナリ依テ之ヲ棄却スヘキモノトス(函館區大正七年(ハ)第五八五號
 同八年甲斐判例判決)

【關係事項】原告敗訴○家屋明渡並損害金請求事件○原告池田勝太郎訴訟代理人辯護士黒住成章○被告田中直平外一人
 敢テ謂フ本判例ノ批判ヲ下スニ當リ嚴正ナル傳習ノ典型法理ヲ以テスルノ不用

意ナルト共ニ理由ナキコトヲ夫レ然リ近來固定的の成典ノ法理ヲ脱却シ自由ナル
 理想的法律解釋世上漸ク行ハル刑事法上ニ於テハ舊法ノ下曩ニ電流竊盜事件ニ
 付テ該行爲規律ノ法條ナキ法制上新シキ電流財物視ノ判例下サレタリ(明治三六
 年五月二一日大判)次イテ新刑法定後所謂一厘事件トシテ聞エタル葉烟草竊盜
 事件ニ付テ該行爲規律ノ法條アルニ拘ラス適用ヲ避ケタル判例ヲ見ル(大判一六
 輯一九卷一六二〇頁)民事法ノ方面ニ於テモ婚姻豫約ニ關スル新判例(大正四年一
 月二六日)ヲ開キ一世ノ視聽ヲ惹ク然ルヲ今亦同一系統ノ本判例ヲ見テ法律解釋
 ニ對スル新氣分ヲ玩味シ得ヘシ何レモ法律解釋ニ關スル特殊ノ見地ヨリ出ツル
 產物ニシテ淺薄ナル法ノ現實解釋ヲ採ツテ以テ一蹴シ去ルヲ得ス蓋シ現實解釋
 重スヘシト雖モ社會的理想方法ヲ輕視スヘキニアラス社會的理想方法尊重スヘ
 クシテ現實解釋ヲ無視スヘキニ非ラサレハ也夫レ成典ノ特徴ハ法的生活ノ靜的
 安全ヲ期待シ確保シ得ヘキ長所アレトモ社會變遷ノ動狀ヲ規律スルニ不適當ナ
 ル短所アリ法ノ目的解釋理想方法茲ニ萌芽スル所以ナリ社會的法ノ理想方法ハ
 時勢ノ推移社會ノ變調ニ順應シテヨク法的生活ノ動的の安全ヲ確保セントノ趣旨
 ヲ置ク何人ト雖成典固定ノ萬能ヲ歐歌スルヲ得サルト同時ニ放漫極端ナル自由
 解釋ヲ認ムルコトモ考量ヲ必要ト爲ス吾人ハ何レノ極端ニモ坐セス偏セス中正
 至公ナル態度ヲ持センノミ已ニ這般ノ態度ヲ持スル以上法ノ缺陷補足ヲ趣意ト

スル判例ノ顯ハルルコトヲ目シテ必ラスシモ不思議ト爲サス過酷冷評ナル形式
論理ヲ操リ意義アル判旨ヲ沒却セサルモノナリ

三一

乙男ハ甲女ト華燭ノ典ヲ舉ケタル後旬日ヲ出テスシテ遊蕩ニ耽リ甲ハ遂ニ乙ノ
淋毒ニ感染シテ子宮内膜炎ニ罹リ且乙方ニテハ兎角甲ニ對シ温情ヲ缺キ甲ハ非
常ノ苦境ニ在リタルヲ以テ丙ハ乙カ遊蕩ヲ止メ甲ト圓滿ナル共同生活ヲ爲スヘ
キコトニ付キ百方斡旋盡力シタルニ不拘同人ハ遊蕩ノ爲メ常ニ外泊勝ニシテ甲
ヲ顧ミルコトナカリシモノニシテ畢竟乙ハ甲ニ對シ前記態度ニ依リ暗黙ニ婚姻
豫約ノ履行ヲ拒絕シタル事實ヲ認ムルニ十分ナリトス」
右ノ如キ事情ノ下ニ於テ百方斡旋盡力アリタルニ不拘乙カ婚姻豫約ノ履行ヲ一
旦拒絕シタルトキハ相手方タル甲ノ婚姻豫約義務ノ履行ハ其性質上不能ニ歸ス
ルモノナレハ乙カ後甲ニ對シ其入籍手續ヲ爲スヘキコトヲ申出ツルモ甲ニ於テ

九〇 公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為ハ無効トス
四二第三項 債務ノ履行ニ付キ期限ヲ定メザリシトキハ債務者ハ履行ノ請求ヲ受ケタル時ヨリ遲滞ノ責任ニ任ス
七〇九 故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責任ニ任ス
七一〇 他人ノ身體自由又ハ名譽ヲ害シタル場合ト財産權ヲ害シタル場合トナ問ハス前條ノ規定ニ依リテ損害賠償
ノ責任ニ任スル者ハ財産以外ノ損害ニ對シテモ其賠償ヲ爲スコトヲ要ス
七二二第一項 子カ婚姻ヲ爲スニハ其家ニ在ル父母ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス(下略)
七二五第一項 婚姻ハ之ヲ戶籍更ニ届出ツルニ因リテ其効ヲ生ス

之ニ應スヘキ義務ナキモノトス」
乙ノ甲ニ對スル態度ニシテ右ノ如ク冷酷ナル以上假令甲カ擅ニ乙方ヲ退去シタ
リトスルモ之ヲ以テ乙カ婚姻豫約ヲ拒絕スルニ付キ正當ノ理由アルモノト謂フ
ヲ得サルモノトス」
男子タル乙ノ婚姻豫約ノ不履行ニヨリ相手方タル婦女ノ精神上ノ苦痛ヲ蒙ルコ
ト洵ニ明白ニシテ該苦痛ニ對スル慰藉料ハ當事者ノ社會上ノ地位並ニ甲罹病ノ
事情ヲ斟酌シテ金參千圓ヲ相當トス」
婚姻豫約不履行ニ因ル損害賠償請求權ハ期限ノ定メナキモノニシテ催告アリテ
初メテ遲滞ノ效力ヲ生スルモノトス」
婚姻ニ關スル父母又ハ戸主ノ同意ハ婚姻當事者カ婚姻ヲ爲スヘキ場合ニ於テ初
メテ生スルモノニシテ婚姻豫約ノ當事者カ其履行ヲ拒絕シタル場合ニハ同意ノ
目的物ヲ缺クニ至ルヲ以テ假令同意義務ヲ有シタルモノト雖モ斯ノ如キ場合ニ
同意セサルニ付キ何等ノ責任ナキモノトス」

案スルニ原被告兩者ノ社會上ノ地位婚姻豫約及ヒ同棲ニ關スル原告ノ主張事實ハ當事
者間ニ爭ヒナシ仍テ先ツ被告伊兵衛ニ本件婚姻豫約不履行ノ責アリヤ否ヤニ付キ審
案スルニ甲第一號證并ニ證人須田茂三郎吉井五金子胤徳ノ各證言ヲ綜合スルトキハ
被告伊兵衛ハ大正六年五月一四日原告ト華燭ノ典ヲ舉ケタル後旬日ヲ出テスシテ遊
蕩ニ耽リ原告ハ遂ニ同人ノ淋毒ニ感染シテ子宮内膜炎ニ罹リ且被告方ニテハ兎角原
告ニ對シ温情ヲ闕キ原告ハ非常ノ苦境ニ在リタルヲ以テ訴外吉井五ハ被告カ放棄ヲ

止メ原告ト圓滿ニ共同生活ヲ爲スヘキコトニ付キ百方斡旋盡力シタルニ不拘同人
 ハ放棄ノ爲メ常ニ外泊勝ニシテ原告ヲ顧ミルコトナカリシモノニシテ畢竟被告伊兵
 衛ハ原告ニ對シ前記態度ニ依リ暗黙ニ本件婚姻豫約ノ履行ヲ拒絕シタル事實ヲ認ム
 ルニ十分ナリトス被告訴訟代理人ハ原告ニシテ被告家ニ歸來セハ何時ニテモ其入籍
 手續ヲ爲スヘキヲ以テ被告伊兵衛カ本件婚姻豫約ヲ拒絕シタルモノト謂フヲ得サル
 旨主張スレトモ前段認定ノ如キ事情ノ下ニ於テ百方斡旋盡力アリタルニ不拘被告カ
 婚姻豫約ノ履行ヲ一旦拒絕シタルトキハ相手方タル原告ノ豫約義務ノ履行ハ其性質
 上不能ニ歸スルモノナレハ被告等カ今ニ及ンテ原告ニ對シ其入籍手續カ爲スヘキコ
 トヲ申出ツルモ原告ニ於テ之ニ應スヘキ義務ナキヤ勿論ナリトス尙モ被告訴訟代理
 人ハ假リニ被告伊兵衛カ本件豫約ヲ履行セザリシトモ被告等ハ被告ニ對シ其生
 家ニ歸ルヘキコトヲ強要シタルコトナキハ勿論同人ヲ冷遇シタルコトナキニ不拘原
 告ハ擅ニ被告家ヲ退去シタルモノナレハ被告伊兵衛ハ豫約ノ履行セザルニ付キ正當
 ノ理由アルモノニシテ之カ不履行ニ付キ何等責任ナキ旨抗爭スレトモ被告等ノ原告
 ニ對スル態度ニシテ前段説示ノ如ク冷酷ナル以上假令原告カ擅ニ被告方ヲ退去シタ
 リトスルモ之ヲ以テ被告伊兵衛カ本件婚姻豫約ヲ拒絕スルニ付キ正當ノ理由アルモ
 ノト謂フヲ得サルヤ論ヲ俟タサルカ故ニ同人ハ原告ニ對シ豫約不履行ニヨリテ生シ
 タル損害ヲ賠償スルノ義務アルモノトス仍テ更ニ進ンテ數額ノ點ニ付テ審究スルニ本
 件ノ如ク男子タル被告ノ婚姻豫約ノ不履行ニヨリ相手方タル婦女ノ原告カ精神上ノ
 苦痛ヲ蒙ルコト洵ニ明白ノ事理ニシテ該苦痛ニ對スル慰籍料ハ前段認定ノ事件當事
 者ノ社會上ノ地位并ニ原告罹病ノ事情ヲ斟酌シテ金參千圓ヲ相當トスヘキカ故ニ被
 告伊兵衛ハ原告ニ對シ右金額ヲ支拂フヘキ義務アルモノ原告其餘ノ慰籍料ニ關スル請
 求ハ之ヲ棄却スヘキモノトス尙ホ原告ハ本件婚姻豫約ノ爲メニ支出シタル費用金六
 百五圓八拾錢并ニ前記罹病ノ治療費金五拾圓ノ賠償ヲ請求スレトモ原告ノ提出スル
 諸證ヲ以テハ未ダ以テ原告主張ノ如キ損害アリタルコトヲ認メ得サルヲ以テ該請求

ハ之ヲ排斥スヘキモノトス次ニ原告請求ノ年五分ノ遲延賠償ノ點ニ付キ案スルニ原
 告ハ大正六年一月一日ヨリ之ヲ請求スレトモ本件ノ如キ婚姻豫約不履行ニヨリ損
 害賠償請求權ハ期限ノ定メナキモノニシテ催告アリテ初メテ遲滞ノ效力ヲ生スルモ
 ノニシテ而シテ原告ハ事件賠償請求權ニ付キ被告ニ對シ催告ヲナシタルコトハ全然
 其主張セザルトコロナルヲ以テ原告ハ前記認定ノ損害額參千圓ニ對シ本件訴訟送達
 ノ翌日タル大正七年二月二〇日ヨリ完済ニ至ル迄法定利率タル年五分ノ損害金ヲ請
 求シ得ルニ過キスシテ其以前ニ係ル分ノ原告ノ請求ハ之ヲ棄却スヘキモノトス次ニ
 被告藤兵衛ニ對スル原告ノ請求ニ付キ案スルニ婚姻ニ關スル父母又ハ戸主ノ同意ハ
 婚姻當事者カ婚姻ヲナスヘキ場合ニ於テ初メテ生スルモノニシテ婚姻豫約ノ當事者
 カ其履行ヲ拒絕シタル場合ニハ同意ノ目的物ヲ關クモノナルカ故ニ假令同意義務ヲ
 有シタルモノト雖モ斯ノ如キ場合ニ同意セザルニ付キ何等ノ責任ナキモノトス而シ
 テ本件ニ於テハ前段認定ノ如ク被告伊兵衛ハ本件婚姻豫約ノ履行ヲ拒絕シ居タルモ
 ノナレハ婚姻ニ關スル同意ノ對象存在セザリシモノト謂フヘク從テ被告藤兵衛カ假
 ニ本件婚姻ニ同意スルノ義務ヲ有シタルニ不拘同意セザリシトモ固ヨリ當然ニ
 シテ何等カ爲メニ責任ヲ負フヘキ理ナキヲ以テ婚姻ノ締結ニ同意セザルコトヲ理
 由トスル被告藤兵衛ニ對スル原告ノ請求ハ失當ナリ(東京地方裁判所大正八年(ワ)第六號同年九月
 一八日民五部并野裁判長吉田芝崎各判事判決)

【關係事項】 被告敗訴○損害賠償請求事件○原告阿部登代訴訟代理人辯護士小林龜郎被告小野藤兵衛同小野伊兵衛訴訟代理人
 辯護士水野博徳

【判旨第三點婚姻豫約履行拒絕ニ關スル參照學說判例】

本書本卷民法八八七頁

【判旨第四點婚姻豫約不履行ニ基ク慰籍料請求金額ニ關スル參照判例】

一 年齢四十一歳ノ三等運轉手ニシテ日給一圓十錢ヲ給與セラレツツアリシ男子カ電車ノ爲メ横死シタルトキハ被害者ノ過失ヲ斟酌シ其家族ノ精神上ノ慰藉料トシテ金七百圓ヲ賠償スルヲ相當トス(東京控訴大正六年(キ)第二八八號同七年九月二六日民一部判決本書第七卷民法七一〇頁)

二 甲男ハ乙女ト婚姻ノ豫約ヲ爲シ慣習ニ從ヒ婚姻ノ式ヲ行ヒ爾後夫婦トシテ同棲シ兩人ノ間ニハ既ニ一男ヲ擧ゲタルニモ拘ラス甲男ハ或ハ夫婦ノ愛情ナシト云ヒ或ハ性ニ合ハスト云ヒ種種ノ口實ヲ設ケテ乙女ヲ實家ヘ立テ去ラシメ正當ノ理由ナクテ婚姻ノ豫約ヲ履行セズ遂ニ乙女ト婚姻ヲ爲スコトヲ背シタルトキハ之ニ因リ乙女ノ被リタル精神上ノ苦痛ニ對シ慰藉金ヲ支拂ヒ其損害ノ賠償ヲ爲スノ義務アルモノトス而シテ斯ノ如キ事實アリ且甲家及ヒ乙女ノ實家カ執レモ其地方ニ於テ相當ノ地位名望ヲ有スルモノナルニ於テハ右慰藉金ハ五百圓ト爲スヲ相當トス(東京控訴大正五年(キ)第二五〇號同六年二月五日民三部判決本書第六卷民法二三三頁)

三 慰藉料ノ數額ハ被害者ノ教育程度地位年齢等ヲ斟酌シテ決定スヘキモノトス(同上大正五年七月一二日判決本書第五卷民法四九三頁)

四 勞働者ニ於テハ男子ハ滿十七歳ニ達スルトキハ通常自己ノ勞務ニ因リテ自活シ得ルコト經驗則ノ示ス所ナリトス而テ年齢十七歳ニ達スル最愛ノ子ノ變死ニ因リテ精神上ニ苦痛ヲ感スル慰藉料ハ金五百圓ヲ相當トス(大阪控訴大正六年(キ)二九四號同七年三月六日民一部判決本書第七卷民法一二六頁)

五 慣習ニ從ヒ結婚式ヲ擧ケ滿三ヶ年餘ニ亙リ夫婦トシテ同棲シナカラ何等正當ノ理由ナクシテ既ニ其子ヲ懷妊セル女ヲ除外シ他女ト婚姻シタルハ該婦人ニ對シ重大ナル侮辱ヲ加エタルモノトス

右ノ場合ニ於テ當事者ノ身分地位教育ノ程度ヲ參酌シテ男ハ女ニ對シ其精神上ノ苦痛ヲ慰藉スル爲メ一千圓ヲ交付スヘキモノトス(名古屋控訴大正四年控第二二〇號同五年一〇月三日判決本書第五卷民法八二六頁)

六 屈從ノ青年カ婚姻豫約ノ相手方タル一婦人ノ不義背德ニ依リ豫約ヲ破斷サレタルトキハ青年ノ一家及社會上ノ地位其他諸般ノ狀況ヲ斟酌シ其損害額ヲ金百圓トスルヲ相當トス(盛岡區裁判所大正六年(キ)第四二〇號同七年五月三〇日法律新聞一四一六號一八頁本書第七卷民法五〇七頁)

婚姻豫約ヲ以テ有效ナリトノ前提ノ下ニ於テハ判旨各點ハ正當ナリ蓋シ婚姻豫約ノ性質上當事者ノ一方カ其履行ヲ拒絕シタルトキハ之ヲ強制スルニ由ナキヲ以テ相手方ハ單ニ慰藉料ヲ請求スルノ外ナク該請求權ノ遲滯ノ時期ハ催告アリタルトキト解スヘキハ勿論ニシテ敢テ多言ヲ俟タス然レ共吾人ハ婚姻豫約ヲ以テ常ニ無効ト解スルカ故ニ此見解ニ從ハス

三三三

五二一第一項 當事者カ債務ノ要素ヲ變更スル契約ヲ爲シタルトキハ其債務ハ更改ニ因リテ消滅ス

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

利息制限法二 (前略)若シ此制限ヲ超過スル分ハ裁判上無効ノモノトシ各其制限ニマテ引直サシムヘシ

更改ニ因リテ債務カ同一性ヲ失フハ更改ト債權讓渡又ハ債務引受トノ異ル要點ナリトス

更改ハ有因契約ナレハ舊債務ニ付テ存在セル瑕疵カ債務ノ存在ニ關スル瑕疵ナルトキハ更改ニ因リテ其瑕疵ヲ追完スルコトヲ得サルモノトス

利息制限法第二條ハ自然債務ヲ認メタルモノニ非ス

更改ハ有因契約ニシテ之ヲ辨濟ト同一視スルヲ得ス

第五一七條ハ不法原因其他ノ原因ノ爲メニ新債務カ不成立ナルカ又ハ取消サレタル場合ニ於テ更改ノ無効ナルヘキコトヲ特ニ規定センカ爲メニ設ケラレタルニハソラスシテ不法以外ノ原因ノ爲メニ新債務カ不成立ナルカ又ハ取消サレタル場合ニ當事者カ更改當時其不成立ナルカ又ハ取消サルヘキコトヲ知りタルトキハ新債務ハ成立セサルモ舊債務ハ尚消滅スヘキコトヲ規定セントスル趣旨ナリ

更改カ有因契約ナルハ第五一三條ニ依リテ明ニシテ第五一七條ハ表面上ニ於テ

ハ其有因契約タル效果ノ一部ヲ規定セルニ過キス

大審院大正八年三月七日民一部判決本卷民法四〇二頁所載

改ニ因リテ債務カ其同一性ヲ失フハ更改ト債權讓渡又ハ債務引受トノ異ル要點ニ更シテ其正當ナルハ固ヨリ疑ヲ容レサル所ニ屬ス債務カ同一性ヲ失フト謂フハ更改カ有效ニ成立セルコトヲ前提トス然ルニ更改ハ有因契約ナルコト明カナルカ故ニ舊債務ニ付テ存在セル瑕疵カ債務ノ存在ニ關スル瑕疵ナルトキハ更改ニ因リテ其瑕疵ヲ追完スルヲ得サルハ明カナリ原審判決カ破毀セラレタルハ固ヨリ其所ナリ原判決ノ理由ニハ明言セラレサルカ利息制限法第二條ニ所謂裁判上無効トシタル六字ヲ根據トシテ新債務ノ完全ニ有效ナルコトヲ主張スルモノアルヘシ利息制限法ニ超過スル利息ヲ債務者カ裁判上請求セル場合ニハ裁判所カ職權上之ヲ制限ニマテ引直スヘキノナルコト同法第二條ニ依リテ明カナルモ債務者カ任意ニ制限外ノ利息ヲ支拂ヒタル場合ニ其辨濟カ有效ナリヤ或ハ受益者ノミニ不法ナル原因ノ存スル不法給付トシテ第七〇八條但書ニ依リテ返還スルコトヲ要スルカハ解釋上疑問ノ存スル所ニ屬ス而シテ制限外ノ利息ノ辨濟ヲ有效ナリト解ヘル論者ハ制限外ノ利息ノ更改ニ付テモ同一ナル論法ヲ採ル者ナキニアラサルヘシ此問題ハ判決ニ現レスト雖モ余ハ利息制限法第二條ヲ以テ自然債務ヲ認メタルモノト解スルヲ不當ト信スルノミナラス殊ニ更改ハ有因契約ニシテ之ヲ辨濟ト同一視スルハ不當ナルカ故ニ此理由ニ依リテモ亦原審判決ヲ支持シ得サルモノト信ス民法第五一七條ハ「新債務カ不法ノ原因ノ爲メ又ハ當事者ノ知ラサル事由ニ因リテ成立セス又ハ取消サレタルトキハ舊債務ハ消滅セス」ト規定スルニ止マリ舊債務ハ不法其他ノ原因ニ因リテ成立セス又ハ取消サレタル場合ニ付テハ特ニ規定ナシタルコトナレ然レトモ第五一七條カ新債務ノ不成立又ハ取消ノ場合ノミヲ規定シタルカ爲メニ更改ノ有因契約タル效果ハ此點ノミニ止マルモノト解スルコトヲ得ス蓋シ第五一七條ハ不法原因其他ノ原因ノ爲メニ新債務カ

【論旨第三點利息制限法第二條ト自然債務ニ關スル同趣旨學說】

利息制限法第二條ハ利息カ法定ノ制限ニ超過スル部分ハ裁判上無効タルヘキ旨ヲ規定ス此規定ハ多少疑アリ即制限ニ超過スル部分ハ當然無効ナリヤ或ハ裁判上訴フルコトヲ得サルニ止マルヤ之ヲ文字ヨリ解スレハ後ノ如ク解シ債權者カ裁判上超過部分ノ履行ヲ請求スルヲ得サルニ止マリ債務者カ任意ニ之ヲ履行シタルトキハ其給付ノ返還ヲ請求スルヲ得サルモノト爲スヘク從テ所謂自然債務ノ性質ヲ有スルモノトナスヘキカ如シ然レトモ必スシモ自然債務ノ觀念ニ依ルヲ要セス七〇八條ト同一ニ論スルコトヲ得(債權上四二)

【論旨第一點舊債務ノ消滅ト更改ノ效力ニ關スル參照學說】

本書本卷民法四〇三頁以下

【論旨第二點舊債務ニ存在スル瑕疵ト更改ノ效力ニ關スル參照學說】

本書本卷民法四〇二頁以下

【論旨第二、四、六點更改カ有因契約ナリトノ同趣旨學說】

今日ノ更改契約ハ債權ヲ消滅セシムルニ因リテ新ニ債權ヲ發生セシムル契約ナルカ故ニ有因契約タル性質ヲ有スルハ疑ナシトシテ蓋シ更改契約ニ因リテ債權者カ新ナル債務ヲ負擔スルハ舊債務ヲ消滅セシムルカ爲メナルヲ以テ舊債務ノ消滅ヲ以テ新債務ヲ負擔スル原因ト爲ササルヘカラス即原因ハ主觀的ニ云ハ舊債務ヲ消滅セシムル意思ニシテ客觀的ニ云ハ舊債務ヲ消滅セシムルコトナリトス而レテ更改ノ意思若クハ舊債務ノ消滅ヲ以テ更改契約ノ原因トナスハ從來一般ニ認メラルル所ナリ(法學

博士石坂晋四郎氏日本債權下一六五〇)

【論旨第三、參照判例】

利息制限法所定ノ利率ヲ超過シタル利息ハ債權者ニ於テ任意ニ支拂ヲ爲シタル場合ハ格別然ラサル以上ハ債權者ハ債權者ニ對シテ裁判所履行ヲ強要スルコトヲ得サルモノニ保リ支拂ニ代ヘ單ニ約束手形ヲ振出シタル如キ場合ニ於テハ素ヨリ現實ニ支拂ヲ爲シタリト謂フヲ得サルヲ以テ斯クノ如キ原因ニ基キ振出シタル手形ニ付テハ振出人ハ商法第四四〇條但書ノ規定ニ準據シテ之カ支拂ヲ拒否シ得ヘキモノトス(明治四五年ヲ第五七號大正二年二月一日判決本書第二卷商法一〇一頁)

【論旨第五點同趣旨參照學說】

- 一 更改ノ當時ニ在リテ當事者カ既ニ不成立若クハ取消ノ原因アルコトヲ知リテ更改ヲ爲スコトヲ知リテ更迭ナルトキハ或ハ純然タル更改ニ非ス單ニ舊債務ノ消滅ヲ約スルモノニシテ唯是ニ法律上效力ナキ一種ノ約束ヲ加ヘタルニ過キサルモノト觀ルヘキカ又ハ舊債務ヲ取消サルコトヲキ性質ノモノナリシニ特ニ取消得ヘキ債務ヲ以テ之ニ代ヘンコトヲ約シタルモノニシテ其行爲ノ效力ハ敢テ新債務ノ不成立又ハ取消ニ因リテ妨ケララルコトアルヘカラサルカ故ニ此場合ニ於テハ舊債務ハ全ク消滅スヘキモノトセザルコトヲ得ス(法學博士梅謙次郎氏民法要義債權三六二頁)
- 二 新債務カ他ノ事由ノ爲メニ成立セシメ又ハ取消サルルコトキハ當事者カ其事由ノ存スルコトヲ知リタルト知ラサルトニ依リ區別ヲ爲ササルヘカラス若シ當事者カ其事由ヲ知ラザリシトキハ前提トナルヘキ新債務カ發生セシメ又ハ效力ヲ失フモノニシテ舊債務モ隨テ消滅セシメ又ハ消滅セサル以前ノ有様ニ復活ス然レトモ當事者カ其事由ノ存スルコトヲ知ルトキハ特ニ新債務ノ效力ヲ失フニ拘ハラズ舊債務ヲ消滅スルコトヲ約シタルモノト看做シテ可ナリ故ニ當事者ノ意思ノ推測上消滅ノ效力ヲ完カラシメサルヘカラス(法學博士平沼博士債權總論早大講義三四三頁)
- 三 新債務者カ當事者ノ知ラサル事由ニ因リテ成立セザル場合例ヘハ乙ハ甲ニ對シテ金千圓ヲ支拂フ債務ヲ負擔シ居リシヲ變シテ特定ノ酒悉皆ヲ以テセント約シタルニ契約ノ當時其酒ハ既ニ全ク腐敗シテ濁水トナリ居レリトスレハ新債務ハ成立セシメテ千圓支拂ノ債務ハ舊ノ如ク依然タルヘシ乙ハ金千圓ヲ支拂フ代リニ甲ノ長子ニ家屋ヲ贈與スヘシト約シタル際其長子ハ既ニ遠隔ノ地ニ於テ死亡シ居リシ場合モ亦此例ナリ(法學博士松波仁一郎氏同仁保龜松氏同仁井田益太郎氏民法正解債權七六七頁)
- 四 新債權カ當事者ノ知ラサル事由ニ因リテ成立セザル場合はレ新債權カ不法以外ノ原因ニ基キテ成立セザル場合ニ關ス例ヘハ新債權ノ物體タル給付カ不能ナルカ爲メ成立セザル場合ノ如シ(法學博士石坂晋四郎氏日本民法債權下一六五六頁)
- 五 當事者カ新債權ノ不成立ヲ知ラザリシ場合ニハ舊債權ハ消滅セスト雖モ新債權ノ不成立ノ原因ヲ知リシ場合ニハ舊債權ハ消滅スルモノトス(同上二六五九頁)
- 六 不法原因ノ爲メ新債務カ成立セシメ又ハ取消サレタルトキハ舊債務ハ絕對ニ消滅セザルモノトシ其他ノ原因ニ因ル場合ニ於

梅博士

平沼博士

三博士

石坂博士

飯島博士

律師
寺
士

論旨各點ノ至當ナルコト吾人既ニ大審院判決ニ對シ評論シタルカ如シ(本卷民法四〇四頁)

(三一四)

五五五 賣買ハ當事者ノ一方カ或財產權ヲ相手方ニ移轉スルコトヲ約シ相手方カ之ニ其代金ヲ拂フコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ス

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

甲カ乙ヨリ乙所有ノ土地ヲ買受ク其代金支拂ノ方法トシテ現金五百圓ヲ乙ニ支拂ヒ殘額ノ代金ハ乙カ丙ニ對シテ負擔スル債務ヲ引受ク其辨濟ニ充ツヘキ旨ヲ約シタル場合ニ於テ該契約カ乙ノ土地所有權移轉ニ對シ甲カ金五百圓ト乙ノ丙ニ負擔スル債務額トノ和ニ相當スル金額ヲ代金トシテ支拂フヘキ契約ナルトキハ純然タル賣買契約ナリ

如上ノ約旨カ乙ノ土地所有權移轉ノ對價トシテ甲ハ金五百圓ヲ乙ニ支振ヒ及ヒ乙カ丙ニ負擔セル債務ヲ引受クル債務ヲ乙ニ對シ負擔スル契約ナルトキハ夫ハ純然タル賣買ニ非スシテ賣買ト請負トノ混合契約ナリ

大審院大正八年五月三日民三部判決本卷民法七〇〇頁所載
本判決ヲ研究スル前ニ本件事案ノ内容ヲ明カニシテ置キタイ原判決ノ認定シタル所

ニ依レハソレハ甲カ乙カラ乙所有ノ土地ヲ買受ケ其代金支拂ノ方法トシテ現金五百圓ヲ乙ニ支拂ヒ殘餘ノ代金ハ乙カ丙ニ對シテ負擔スル債務ヲ引受ケ其辨濟ニ充ツヘキ旨ヲ約シタト云フノテアツテ本判決ハ乙ハ依然トシテ賣買代金請求權ヲ有スルコトヲ明言シテ居ナイノテアルカ其說明ノ全體カラ推ストキハ當然其事カ包含サレテ居ルモノト余輩ハ解スル本意義ニ於テ余輩ハ本判決ノ趣旨ニ賛同スル若シ之ニ反シスノ如キ契約ニ因リ乙ハ代金請求權ヲ自ラ取得スル意思ヲ有セス第三者丙ヲ直ニ接ニ之ヲ取得セシムル意思ヲ有スルナラハソレハ後ニ述ヘル如ク賣買ニ非スシテ賣買類似ノ契約テアルスル如ク本件契約ハ賣買代金債權ヲ賣主乙ニ附著セシメルモノニシテ第三者丙ニ直接ニ附著セシメルモノテハナイト解シ得ルトスルモ其契約ハ果シテ如何ナル内容ヲ有スル契約テアルカ本件ヲ以テ乙ノ土地所有權移轉ノ對價トシテ甲ハ金五百圓ヲ乙ニ支拂ヒ及ヒ乙カ丙ニ負擔セル債務ヲ引受ケ債務ヲ乙ニ對シ負擔スル契約ト解スルナラハソレハ純然タル賣買ト請負ト混合契約ト見ルコトハ困難ナル何ト見ナケレハナラヌ然レ本件ヲ賣買及ヒ請負ノ混合契約ト見ルコトハ困難ナル何トナレハ原判決ノ認定シタルトコロニ依レハ甲乙間ニ土地賣買契約成立シ其代金支拂ニ關シテ格別ノ合意カ行ハレタト云フノテアルカ茲ニ於テカ余輩ハ之ヲ賣買契約トシテ考案シナケレハナラヌ即チ本件ヲ目シテ乙ノ土地所有權移轉ニ對シ甲カ金五百圓ト乙ノ丙ニ負擔スル債務額ト和ニ相當スル金額ヲ代金トシテ支拂フヘキ契約ト解スルナラハソレハ純然タル賣買テアル余輩ハ本件ハ賣買契約タル性質ヲ失ハナイモノト爲ス本判決ニ賛同スルモノテアル(法學士藥師寺傳兵衛氏法學志林第二卷第一號四九頁賣買代金ノ支拂方法ニ關スル特約要領)

本論ハ甲カ乙ヨリ乙所有ノ土地ヲ買受ケ其代金支拂方法トシテ現金五百圓ヲ乙ニ支拂ヒ殘餘ノ代金ハ乙カ丙ニ對シ負擔スル債務ヲ引受ケ其辨濟ニ充ツヘキ旨ヲ約シタル場合ニ乙カ依然トシテ賣買代金請求權ヲ有スルコトヲ前提トシテ各

(三一五)

場合ニ岐チ該契約ノ性質ヲ論及セラレタルモノニシテ素ヨリ妥當ノ見解ト謂フヘク敢テ蛇足ヲ加フルヲ要セサルヘシ

一七九 同一物ニ付キ所有權及ヒ他ノ物權カ同一人ニ歸シタルトキハ其物權ハ消滅ス但其物又ハ其物權カ第三者ノ權利ノ目的タルトキハ此限ニ在ラス
所有權以外ノ物權及ヒ之ヲ目的トスル他ノ權利カ同一人ニ歸シタルトキハ其權利ハ消滅ス此場合ニ於テハ前項但書ノ規定ヲ準用ス
前二項ノ規定ハ占有權ニハ之ヲ適用セス
三六九 抵當權者ハ債務者又ハ第三者カ占有ヲ移サシテ債務ノ担保ニ供シタル不動産ニ付キ他ノ債權者ニ先チテ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クル權利ヲ有ス
地上權及ヒ永小作權モ亦之ヲ抵當權ノ目的トナスコトヲ得此場合ニ於テハ本章ノ規定ヲ準用ス
不動産登記法二六 登記ハ登記權利者及ヒ登記義務者又ハ其代理人登記所ニ出頭シテ之ヲ申請スルコトヲ要ス
回一四六 登記ノ抹消ヲ申請スル場合ニ於テ其抹消ニ付キ登記上利害ノ關係ヲ有スル第三者アルトキハ申請書ニ其承諾又ハ之ニ對抗スルコトヲ得ヘキ裁判ノ謄本ヲ添付スルコトヲ要ス

大審院判

抵當債權ノ辨濟ニ因リテ消滅ニ歸シタル第一順位甲者ノ抵當權設定登記カ尙依然トシテ登記簿上ニ存在スルニ於テハ次順位ニ在ル抵當權者乙ハ形式ニ於テ甲ノ次位ニ在ルカ爲メニ抵當權ノ行使其他諸般ノ取引上種々ナル障礙ヲ受クルコトヲ免レサルヲ以テ乙ハ甲ニ對シ其消滅セル抵當權ノ設定登記ノ抹消ヲ請求スルノ利益ヲ有シ又甲ハ其請求ニ應シテ其消手續ヲ爲スノ義務ヲ有スルモノトス
民法第一七九條第一項但書ノ規定ハ同一物ニ付キ所有權及ヒ他ノ物權カ混同ニ依リ同一人ニ歸シタル場合ヲ規定シタルノニシテ他物權タル抵當權カ辨濟ニ因

リテ消滅シタル場合ニ適用スヘキモノニ非ス

案スルニ原判決ノ認定シタル事實ニ依レハ本件係争地ハ訴外山野井龜次郎ノ所有ニシテ上告人ハ同人ニ對スル貸金百四十圓ノ爲メニ明治四十三年四月二十三日右地所ニ對シテ抵當權ヲ設定シテ之カ登記ヲ爲シ以テ被上告人モ亦龜次郎ニ對シ大正二年四月二十八日貸金五十圓ノ爲メニ同地所ニ付キ次順位ノ抵當權ヲ設定シ之カ登記ヲ爲シタル處上告人ハ其後大正三年三月二十四日右抵當權ノ辨濟ヲ受クルト共ニ係争地ヲ訴外龜次郎ヨリ買受ケ所有權取得ノ登記ヲ受ケタルニモ拘ハラス上告人ハ自己ノ抵當權設定登記ヲ抹消スルノ手續ヲ爲サスト云フニ在リテ斯クノ如ク既ニ辨濟ニ因リテ消滅ニ歸シタル本件抵當權ノ設定登記カ當依然トシテ登記簿上ニ存在スルニ於テハ被上告人ノ如ク登記簿上次順位ニ在ル抵當權者ハ形式ニ於テ上告人ノ次位ニ在ルカ爲メニ抵當權ノ行使其他諸般ノ取引上種々ナル障礙ヲ受クルコトヲ免カレサルハ當然ナルヲ以テ被上告人ハ七告人ニ對シテ其消滅セル抵當權ノ設定登記ノ抹消ヲ請求スルノ利益ヲ有シ又上告人ハ其請求ニ應ジテ抹消手續ヲ爲スノ義務ヲ有ススモノト云ハサル可カラス尙上告代理人ハ民法第一七九第一項但書ノ規定ヲ引用シテ本件抵當權ノ消滅セサルコトヲ論スト雖モ同法文ハ同一物ニ付キ所有權及ヒ他ノ物權カ混同ニ依リ同一人ニ歸シタル場合ヲ規定シタルモノニシテ本件ノ如ク他物權タル上告人ノ抵當權カ辨濟ニ因リテ消滅シタル場合ニ適用スヘキモノニ非ス(大審院大正八年(オ)第七一四號同年十月八日民三部横田裁判長大倉磯谷松岡電澤各判事判決)

【關係事項】 上告棄却○原審長野地方裁判所○抵當權設定登記抹消請求事件○上告人綿田佐藏訴訟代理人辯護士大野毅一被上告人山野百一

九九年一項 代理人カ其權限内ニ於テ本人ノ爲メニスルコトヲ示シテ爲シタル意思表示ハ直接ニ本人ニ對シテ其效力ヲ生ス

代理人カ本人ノ爲メ相手方ト賣買契約ヲ爲シタル場合ニ於テ本人ヲ代理スル權限ヲ有シタリシヤ否ヤハ右賣買ニ關スル意思表示ヲ爲シタル時ヲ標準トシテ決定スヘク賣買契約成立後ニ於ケル其契約證書作成ノ時ヲ標準トスヘキモノニ非サルヲ以テ契約ノ相手方カ其代理人ニ本人ヲ代理スル權限アリト信スヘキ正當ノ理由アリヤ否ヤヲ判斷スルニ當リテモ亦此時ヲ以テ存否ヲ決定スルヲ相當トス

一〇〇 代理人カ其權限外ノ行爲ヲ爲シタル場合ニ於テ第三者カ其權限アリト信スヘキ正當ノ理由ヲ有セリトキハ前條ノ規定ヲ準用ス

【上告理由】 原判決ハ不動産賣買成立ノ時期ヲ實際則ニ反シテ認定シタル結果民法第一一〇條ヲ不當ニ適用シタル不法アルモノト思料ス凡ソ不動産ノ賣買ニ於テ買主カ賣主ヲ代理スル者ニ賣渡ノ權限アリト信スヘキ正當ノ理由ヲ有セシヤ否ヤハ賣買契約書作成ノ時ニ於テ賣買契約書ノ作成セラレタルコトハ登記ヲ爲シタルニ依リテ推知シ得ヘク第一審證人水主要藏李代修一ノ證言ニ依レハ該契約書ハ大正八年二月十四日即チ登記ヲ爲シタル日ニ石井勇次郎カ被上告人ヨリ預リタル實印ヲ押捺シテ作成セラレタルコトヲ認メ得ヘシ然ルニ原判決カ賣買交渉ノ時ニ於テ石井勇次郎カ被上告人ノ實印又ハ委任狀ヲ示サリシコトヲ理由トシテ上告人ノ抗辯ヲ排斥シタルハ不法ナリト思料ス

【判決理由】 然レトモ代理人カ本人ノ爲メ相手方ト賣買契約ヲ爲シタル場合ニ於テ本人ヲ代理スル權限ヲ有シタリシヤ否ヤハ右賣買ニ關スル意思表示ヲ爲シタル時ヲ標準トシテ決定スヘク賣買契約成立後ニ於ケル其契約證書作成ノ時ヲ標準トスヘキモノニ非サルヲ以テ契約ノ相手方カ其代理人ニ本人ヲ代理スル權限アリト信スヘキ正當ノ理由アリヤ否ヤヲ判斷スルニ當リテモ亦此時ヲ以テ存否ヲ決定スルヲ相當トスヘシ然ラハ原審カ所論ノ如ク説明シ訴外石井勇次郎カ賣買交渉ノ際被上告人ノ實印又ハ委任狀ヲ示サリシコトヲ理由トシテ上告人ノ抗辯ヲ排斥シタルハ不法ニ非サルノミナラス本件ニ於テ原裁判所ハ右ノ事實以外證據ニヨリテ認メタル判示諸般ノ

事情ヲ斟酌シテ上告人ハ右勇次郎カ被上告人ヲ代理スル權限アリト信スヘキ正當ノ理由ヲ有スト判斷シタルモノナレハ原判決ハ正當ニシテ本論旨ハ之レカ破毀ノ理由ト爲スニ足ラサルモノトス(大審院大正八年(オ)第八四五號同年十一月三日民二部馬場裁判長田上柳川菰田成道各判事判決)

【關係事項】 上告棄却○原審東京地方裁判所○所有權取得登記抹消登記手續事件○上告人澁市福松訴訟代理人辯護士北村勝被上告人石井孫三郎

三一七

四六七 指名債權ノ讓渡ハ讓渡人カ之ヲ債務者ニ通知シ又ハ債務者カ之ヲ承諾スルニ非サレハ之ヲ以テ債務者其他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

前項ノ通知又ハ承諾ハ確定日付アル證書ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ以テ債務者以外ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス
債權讓渡ニ付キテ其對抗條件タル通知ノ行ハレサル場合ニ於テハ債權讓受人ハ債務者ニ對シテ其債權ヲ對抗スルコトヲ得サルヲ以テ債務者ニ對スル關係ニ於テハ債權者ニ非ス
債權讓渡ニ付キテ其對抗條件タル通知ニシテ實現センカ他ニ何等ノ事情ナキ限り債權讓受人ハ其債權ヲ債務者ニ對抗スルコトヲ得ルニ至ルヘシト雖モ其條件ノ實現以前ニ於テ債權カ時効ニ因リ消滅セハ債權讓受人カ其債權ヲ取得スルコトヲ得サルハ明白ニシテ其條件ノ實現ハ遡リテ時効中斷ノ効力ヲ生スルモノニ非ス

然レトモ債權讓渡ニ付キテ其對抗條件タル通知ノ行ハレサル場合ニ於テハ債權讓受人ハ債務者ニ對シテ其債權ヲ對抗スルコトヲ得サルヲ以テ債務者ニ對スル關係ニ於

テハ債權者ニ非スト謂ハサルヘカラス勿論後日其對抗條件ニシテ實現センカ他ニ何等ノ事情ナキ限り債權讓受人ハ其債權ヲ債務者ニ對抗スルコトヲ得ルニ至ルヘシト雖モ其條件ノ實現以前ニ於テ債權カ時効ニ因リ消滅セハ債權讓受人カ其債權ヲ取得スルコトヲ得サルハ明白ニシテ其條件ノ實現ハ遡リテ時効中斷ノ効力ヲ生スルモノニ非ス故ニ上告論旨ハ理由ナシ(大審院大正八年(オ)第七六八號同年十月十五日民三部横田裁判長大倉磯谷松岡鬼澤各判事判決)

【關係事項】 上告棄却○原審熊本地方裁判所○貸金請求事件○上告人田島巳之吉訴訟代理人辯護士島津兼三郎被上告人織村佐吉

【同上第一點民法第四六七條ニ所謂對抗スルヲ得ス】ノ意義ニ關スル參照學說】

本書本卷民法二六頁以下

【判旨第二點債權讓渡ニ關スル參照學說】

本書本卷二五九頁以下

【判旨第二點債權讓渡ノ通知ノ性質ニ關スル參照學說】

本書本卷民法八三八頁以下

【判旨第一、二點通知ノ效力ニ關スル參照學說】

本書本卷民法二六五頁以下

【判旨第一點債權讓渡ト否認權ニ關スル參照學說】

本書本卷二六六頁以下

判旨第一點ハ債權讓渡ノ對抗要件タル通知ノ存セサル債權讓渡契約ノ效力如何ノ問題ニ歸スヘシ而シテ此ノ問題ニ就キテハ對抗要件ヲ具備セサル物權變動ノ

效力ニ關スル法理ヲ應用スルヲ以テ比較的正解ヲ得ヘシト信ス蓋シ債權讓渡契約モ現實處分行爲ノ一種ニ屬シ準物權的契約ナレハナリ債權ノ讓渡ヲ目的トスル債務ヲ負フニ非スシテ現實債權ノ直接移轉ヲ主眼トスル契約ナリ而シテ債權讓渡ノ對抗要件ヲ具ヘサル債權變動ノ效果如何ニ付キ異ル三ツノ見解ヲ想像シ得ヘシ即チ(イ)債務者其他ノ第三者ニ對シテ效力ナシト云フト同義ニ非ス只當事者ノ方面ニ於テ債權ノ得喪ヲ否認シ得ヘク又或ハ之ヲ是認シ得ヘシトノ見解ロ債務者其他ノ第三者トノ關係ニ於テハ效力ナシト同義ナリトノ見解ハ債務者其他ノ第三者ハ債權ノ得喪アリタルコトヲ否認シ得ヘキ抗辯權ヲ要スルモノナリトノ見解之レナリ判旨ハ債權讓受人ハ債務者ニ對シテ其債權ヲ對抗スルコトヲ得サルヲ以テ債務者ニ對スル關係ニ於テハ債權者ニ非スト爲スヲ以テ(イ)(ロ)何レカノ意義ヲ示シタルモノナルヘク(ハ)ノ意義ナリトハ俄ニ信スルヲ得ス之レ吾人ノ贊同シ難キトコロ逐次評論ヲ試ミント欲ス判旨ノ如ク當事者間ニミ債權讓渡ノ效力ヲ生スルモノト爲サンカ爲メニハ當事者ノ意思ノ内容ハ當事者間ニミ債權ノ變動ヲ生セシメントノ意思ノ存在ヲ要ス何者意思表示ノ效果ハ意思ノ内容ト精密ニ一致スルコトヲ要スレハナリ然ルニ之ハ事實ニ符合セス之レ判旨ニ容ルヘキ疑義ノ一點ナリ若シ當事者間ノ意思カ單ニ當事者間ニ於テノミ債權變動ヲ生セシメント欲スルニアレハ債務者其ノ他ノ第三者ニ對スル關係ハ法律

行爲ノ内容ヲ爲ササル理ニシテ(イ)ノ見解ノ如ク債務者其ノ他ノ第三者ハ債權讓渡ノ事實ヲ承認スルコトヲ得サルナリ何者無効ノ部分ハ何人モ認メテ有效ト爲スヲ得サレハナリ從テ當事者間ニ於テノミ債權ノ變動ヲ生シ所謂相對的移轉効果アルノミト解スルハ法理上認ムヘカラサルナリ尙法文ノ文理解釋上ヨリスルモ「對抗スルコトヲ得ス」トアリテ毫モ效力ナシト言ハサルナリ又實際ノ取扱上ヨリシテモ債權存否確認ノ訴ニ於テ原告タル債權讓受人カ對抗要件タル通知承諾以外ノ方法ヲ以テ債權ノ存在ヲ立證シタリトセヨ判旨ノ如キ見解上ヨリスレハ尙之ヲ債權者ト爲スヲ得サル不合理ヲ現出スヘシ吾人ノ如ク債務者其他ノ第三者ハ抗辯權ヲ有スルモノトノ見解ヲ採レハ如斯不合理ヲ容易ニ避ケ得ヘシ蓋被告カ抗辯權ヲ行使セサレハ裁判所ハ原告勝訴ノ判決ヲ下シ得レハナリ或ハ所謂債權ノ二重讓渡ノ場合ニ於テ第二ノ讓受人カ第一讓受人ニ先チ對抗要件ヲ具備シタル場合第二讓受人カ第一讓受人ノ承繼人トナルニ非スシテ直接讓渡人ノ承繼人ナリトノコトハ一般ニ認メ得ラルヘキトコロナリ而シテ此事實ハ債務者其ノ他ノ第三者ニ對スル關係ニ於テハ第一ノ讓渡ハ效力ナク從テ讓渡人カ尙權利者ナリト云フニアラサレハコレヲ矛盾ナク説明スルニ難シト謂ハンモ必スシモ當ラス吾人ノ如キ見解ヲ採ルモ決シテ第一讓渡ノ結果トシテ讓渡人ハ絶對ニ無權利者トナルニ非ス讓渡ハ準物權的意思表示ノ成立ト同時ニ一應ハ其效力ヲ生ス

レトモ其效力ハ對外的關係ニ於テハ尙不確定ニテ第三者ニ於テ之ヲ決定スル權
 利ヲ有スルモノレハ第三者ハ讓受人カ尙權利者ナリト決定スルコトニヨリテ此
 ヨリ自ラ權利ノ讓渡ヲ受ケ得ヘキ理ナレハナリ
 判旨第二點債權讓渡ノ對抗要件實現以前債權カ時効ニ因リ消滅スレハ讓受人ハ
 其債權ヲ取得スルヲ得スト爲ス若シ判旨ニシテ債權讓渡契約成立後對抗要件實
 現前時効ニ因リ債權消滅シタル場合讓受人ハ該債權ヲ取得スルヲ得ストノ意ナ
 レハ全然贊同シ難シ蓋シ讓渡契約ハ準物權契約ニシテ無因相對的無式ノ法律要
 件ナリ毫モ一定形式ノ履踐ヲ法ハ要求セス當事間ニ於テハ意思表示ノ合致アル
 ト同時ニ特別ノ事情條件付期限付等存セサル限り債權ハ讓受人ニ移轉ス只對抗
 要件ヲ具備セサルトキハ外部關係ニ於テ一定抗辨ニ遭遇スルノミ讓受人ハ契約
 成立ト同時ニ債權ヲ取得ス對抗要件ヲ俟テテ始メテ取得スルモノニ非ス只上叙
 ノ如キ場合債權ノ消滅時効成就スル場合ニ於テハ讓受人ハ權利ヲ喪失スルコト
 アルノミニシテ權利ヲ取得スルヲ得サリシト同一效果ニ歸スルモノナリ然レト
 モ權利ハ一旦讓受人取得シタルモノナリ對抗要件實現前時効完成スレハ債權ヲ
 取得シ得ストノ判旨ハ取得要件ナク效力要件ナキ場合ニノミ謂ヒ得ヘク前者ノ
 存在スルコト明ナル場合ニ箝當シテ解スルハ法理ヲ誤レルモノト信ス

貸借更新ノ場合ニ於テ前貸借ニ付キ約シタル保證ハ期間ノ滿了ニ因リテ消
 滅スルモ是唯前貸借ト同一ノ條件ヲ以テ更ニ爲サルル貸借ヨリ生スル債務
 ニ付キ保證人ハ其實ヲ免カルルニ止マリ前貸借ノ存續中既ニ發生シ賃借人ノ
 未タ履行セサル債務ニ付テハ其特約上ノモノタルト否トヲ問ハス保證人ニ於テ
 期間滿了ノ一事ニ因リテ之カ履行ノ責ヲ免カルヘキモノニ非ス
 賃借人カ賃借人ニ於テ賃借家屋ヲ造作模様替シタルトキハ其返還ノ場合ニ於テ
 之ヲ原狀ニ復舊シテ引渡スヘキ旨ヲ特約シ同人ハ該家屋ヲ印刷工場ニ造作模様
 替ノ上使用シタルコトヲ主張シタル以上原院ハ須ラ造作模様替ノ事實カ果シ
 テ貸借期間ノ滿了前ニ生シタルヤ否ヤヲ判示セサルヘカラス

因テ案スルニ貸借更新ノ場合ニ於テ前貸借ニ付キ約シタル保證カ期間ノ滿了ニ
 因リテ消滅スルコトハ民法第六一九條第二項ニ依リテ疑ナ容レサルモ是唯前貸借
 ト同一ノ條件ヲ以テ更ニ爲サルル貸借ヨリ生スル債務ニ付キ保證人ハ其實ヲ免カ
 ルルニ止マリ前貸借ノ存續中既ニ發生シ賃借人ノ未タ履行セサル債務ニ付テハ其
 特約上ノモノタルト否トヲ問ハス保證人ニ於テ期間滿了ノ一事ニ因リテ之カ履行ノ

四四六 保證人ハ主タル債務者カ其債務ヲ履行セサル場合ニ於テ其履行ヲ爲ス責任ニ任ス
 五九八 借主ハ借用物ノ原狀ニ復シテ之ニ附屬セシメタル物ヲ收去スルコトヲ得
 六一六 第五九四條第一項第五九七條第一項及ヒ第五九八條ノ規定ハ貸借ニ之ヲ準用ス
 六一九 貸借ノ期間滿了ノ後賃借人カ賃借物ノ使用又ハ收益ヲ繼續スル場合ニ於テ賃借人カ之ヲ知リテ異議ヲ述
 ヘサルトキハ前貸借ト同一ノ條件ヲ以テ更ニ貸借ヲ爲シタルモノト推定ス但各當事者ハ第六一七條ノ規定ニ依
 リテ解約ノ申入ヲ爲スコトヲ得
 前貸借ニ付キ當事者カ擔保ヲ供シタルトキハ其擔保ハ期間ノ滿了ニ因リテ消滅スル數金ハ此限ニ在ラス

梅博士

横山博士

嘉山學士

【關係事項】一部破毀差戻○原審東京控訴院○延滞家賃並損害賠償請求事件○上告人川上金松訴訟代理人辯護士小久江美代吉

同横山勝太郎被告上告人田中良三訴訟代理人辯護士山田善之助

【關保事項】一部破毀差戻○原審東京控訴院○延滞家賃並損害賠償請求事件○上告人川上金松訴訟代理人辯護士小久江美代吉

賣チ免カレヘキモノニ非ス本件ニ於テ上告人カ賃借人吉田要蔵ニ於テ賃借家屋ヲ
造作模様替シタルトキハ其返還ノ場合ニ於テ之ヲ原狀ニ復舊シテ引渡スヘキ旨ヲ特
約シ同人ハ明治四十三年四月中該家屋ヲ印刷工場ニ造作模様替ノ上使用シタルコト
ヲ原院ニ於テ主張シタルハ原判決ニ引用セル第一審判決ノ事實摘示ニ依リテ明白ナ
レハ原院ハ須ラク造作模様替ノ事實カ果シテ賃借期間ノ滿了前ニ生シタルヤ否ヲ
判示セサル可カラズ然ルニ事茲ニ出テスシテ漫然民法第六一九條第二項ニ依リ被上
告人ノ連帶保證債務カ明治四十三年四月一日以後三ヶ年ノ賃借期間ノ滿了ト同時
ニ消滅シタルコトヲ判示シ上告人ノ本訴請求ヲ棄却スヘキモノト爲シタルハ如上ノ
理由ニ依リ大正三年八月以後ノ延滞賃料ノ請求ニ付テハ相當ナルモ家屋復舊費用ノ
請求ニ付テハ理由不備ノ不法アル判決ニシテ其部分ヲ破毀スヘキモノトス(大審院大正
八年(オ)第五〇七號同年十一月八日民三部横山裁判長大倉磯谷瀧淵鬼澤各判事判決)

【貸借ノ更新ト保證債務ノ效力ニ關スル參照學說判例】

- 一 擔保ハ債權ノ從ニシテ債權消滅スルトキハ必ス共ニ消滅セサル事ヲ得サルモノナルカ故ニ初ノ賃借借カ終了シタルトキハ其終了ノ瞬間ニ於テ擔保ハ既ニ消滅シタルモノト謂ハサルコトヲ得ズ殊ニ保證人ノ如キハ一定ノ期間内義務ヲ負フヘキコトヲ約シタル者ナルニ其期間終了ノ後前賃借借ヨリ生シタル債務ハ總テ履行セラレテ既ニ全ク消滅シタルニ拘ハナス新賃借借ヨリ生スル債權ニ付キ尙ホ負フヘキモノトセハ當初保證契約ヲ爲シタル目的以外ノ義務ヲ負フニ至ルヘク又抵當權實現等ハ假令第三者カ之ヲ供シタル場合ニ非サルモ他ノ債權者其他ノ第三者ノ權利ニ影響ヲ及ホスコト莫大ナルカ故ニ單ニ賃借人ト賃借人トノ意思ノミニ因リテ舊債權ヨリ之ヲ新債權ニ移スコト能ハサルハ理ノ當ニ然ルヘキ所ナリ(法學博士梅謙次郎氏民法要義債權六七五頁六七六頁)
- 二 前賃借借ノ期間カ滿了シタルトキハ之ト同時ニ其賃借借ハ終了シ更ニ當事者間ニ於テ新タル賃借借關係ヲ生スルモノナレハ前賃借借ニ付キ提供セラルタル對人擔保並ニ物上擔保ハ當然消滅ニ歸シ更ニ新タル賃借借ノ擔保ニ供スルハ格別更新當然ノ效果トシテ新賃借借ニ移付セラルルコトナルヘキハ論ヲ俟タズ(法學博士横山秀雄氏債權各論五三四頁)
- 三 其擔保ハ前賃借借ノ債務ノ爲メニ存スルモノナレハ期間ノ滿了ニ因リ其債務消滅スルト同時ニ消滅スルハ當然ナリ(法學

飯島學士
村上學士
清水學士
伴學士
末弘學士
大審院

至當ノ判決ナリ(第五卷民法九二二頁)

(三一九)

士嘉山幹一氏債權各論明治三十四年度日大講義(四二頁)

四 期間ノ滿了ニ因リ賃借借カ終了シタルトキ 當事者カ供シタル擔保モ亦同時ニ消滅スルモノニシテ賃借借カ更新セラレタル場合ニモ新賃借借ニ移付セラルルコトナシ(法學士飯島喬平氏要論七四二頁)

五 元來更新ノ場合ニ於テ前賃借借カ消滅シテ新賃借借カ發生スルモノナルカ故ニ前賃借借ニ關スル擔保ハ其消滅ト共ニ當然消滅シ賃借借ニ移轉スルコトナキモノトス(法學士村上恭一氏債權各論六一五頁)

六 擔保ハ債權ニ從タルモノニシテ債權消滅スルトキハ必ラス共ニ消滅セサルヲ得サルモノナルヲ以テ前ノ賃借借カ終了スルトキハ其終了ト同時ニ擔保モ消滅セラルヲ得ズ(法學士清水一郎氏債權大講義四五頁)

七 舊賃借借ト異ナルカ故ニ之カ爲メニ供シタル擔保ハ新契約ニ其效力ヲ及ホサズ(法學士伴房次郎氏契約各論京都法政講義二三一頁)

八 擔保契約ハ本契約ニ從ヒタル契約ナリト雖モ之ト全然別箇ノ存在ヲ有スルモノナレハ溢ニ當事者ノ意思ヲ推定シテ其更新ヲ認ムヘキ限リニアラサルナリ(法學士末弘太郎氏債權各論六四五頁)

九 再度ノ賃借借ハ賃借借期間更新ノ場合ト異ナリテ從來ノ賃借借トハ全然別箇ノ契約タルニ過キサルヲ以テ從來ノ賃借借ニ付テ當事者ノ供シタル擔保ハ敷金ヲ除クノ外期間ノ滿了ニ因リテ消滅シ當然再度ノ賃借借ニ付テ存續スルコトナシ(同上六四五頁)

一〇 賃借借期間ノ定アル場合ニ於テ賃借人ノ保證人ト爲リタル者ハ期間滿了シ賃借借終了スルト同時ニ其保證債務モ亦當然消滅スヘキハ民法六一九條二項ノ規定ニ依リ明白ナレハ假令該賃借借ニ默示ノ更新アリタリトスルモ之レカ爲メ一旦消滅シタル保證債務ヲ復活セシムル效力アルモノニ非ス(大審院大正五年(オ)第四三七號同年七月一五日判決・民錄第二輯一五五二頁 本書第五卷民法九二二頁)

民法第一六二條第二項ニ所謂過失トハ占有者カ注意ヲ盡サハ自己カ所有權ヲ有

- 一六二 二十年間所有ノ意思ヲ以テ平穩且公然ニ他人ノ物ヲ占有シタル者ハ其所有權ヲ取得ス
- 十年間所有ノ意思ヲ以テ平穩且公然ニ他人ノ不動產ヲ占有シタル者カ其占有ノ始善意ニシテ且過失ナカリシトキハ其不動產ノ所有權ヲ取得ス
- 一八六 占有者ハ所有ノ意思ヲ以テ善意平穩且公然ニ占有ヲ爲スモノト推定ス
- 前後兩時ニ於テ占有ヲ爲シタル證據アルトキハ占有ハ其間繼續シタルモノト推定ス

セサルコトヲ知り得ヘカリシニ其不注意ニ因リ所有權ヲ有スト誤信シタル場合ヲ謂フモノニシテ善意トハ單ニ自己カ所有權ヲ有スト確信スルヲ謂フモノナレハ無過失ト善意トハ同一ノ意義ニアラス」

民法第一八六條第一項ニ善意トアルハ占有者カ占有ヲ正當トスル本權アリト確信スル場合ヲ謂ヒ過失ノ有無ニ關セサルモノナレハ無過失ト同一義ニアラス」

民法第一八六條第一項ノ規定ハ無過失ノ場合ヲ包含セサルモノトス」

時効ニ因リテ權利ヲ取得シタルコトヲ主張スル者ハ其時効完成ニ必要ナル條件ヲ立證スル責任アルヲ原則トスルモノニシテ民法第一八六條第一項ニ依レハ占有者ハ所有ノ意思ヲ以テ善意平穩且公然ニ占有ヲ爲スモノト推定セラルルヲ以テ此等ノ事實ハ之ヲ立證スル責任ナケレトモ同條ニ規定セサル無過失ニ付テハ民法第一六二條第二項ノ取得時効ヲ主張スル者ニ於テ之ヲ立證スル責任アルモノトス」

然レトモ民法第一六二條第二項ニ所謂過失トハ占有者カ注意ヲ盡サハ自己カ所有權ヲ有セサルコトヲ知り得ヘカリシニ其不注意ニ因リ所有權ヲ有スト誤信シタル場合ヲ云フモノニシテ善意トハ單ニ自己カ所有權ヲ有スト確信スルヲ云フモノナレハ無過失ト善意トハ同一ノ意義ニアラス又民法第一八六條第一項ニ善意トアルハ占有者カ占有ヲ正當トスル本權アリト確信スル場合ヲ云ヒ過失ノ有無ニ關セサルモノナレハ亦無過失ト同一義ニアラス故ニ民法第一八六條第一項ノ規定ハ無過失ノ場合ヲ包含スルモノト謂フヘカラス而シテ時効ニ因リテ權利ヲ取得レタル事ヲ主張スル者ハ

其時効完成ニ必要ナル條件ヲ立證スル責任アルヲ原則トスルモノニシテ民法第一八六條第一項ニ依レハ占有者ハ所有ノ意思ヲ以テ善意平穩且公然ニ占有ヲ爲スモノト推定セラルルヲ以テ此等ノ事實ハ之ヲ立證スル責任ナケレトモ同條ニ規定セサル無過失ニ付テハ民法第一六二條第二項ノ取得時効ヲ主張スル者ニ於テ之ヲ立證スル責任アルモノトス故ニ民法第一八六條第一項ニ善意ト云フハ無過失ヲ包含スルモノニシテ無過失ハ之ヲ立證スル責任ナシトノ上告人ノ所論ハ當テ得ス(大審院大正八年(オ)第七五五號同年十月十三日民二部馬場裁判長田上柳川瀧成道各判事判決)

【關係事項】 上告棄却○原審青森地方裁判所○經界確認使用禁止請求事件○上告人山崎謙一外一人訴訟代理人辯護士三上直吉同平澤均治被上告人木村吉太郎

【判旨第一點民法一六二條第二項ニ所謂過失ノ意義ニ關スル參照學說判例】

- 一 過失ナキトキトハ其實事ヲ知ラサルニ付キ普通人ノ爲スヘキ注意ヲ缺キタル事ナキヲ意義ス(法學博士富井政章氏民法原論總則五六頁)
- 二 過失ナキトキトハ普通人ノ爲スヘキ注意ヲ爲スナク云フ(法學博士梅謙次郎氏民法要義總則四〇九頁)
- 三 「過失ナカリシトキ」是レ特ニ二十年ノ時効ノ爲ニ有スル第二條件ナリ即チ占有ノ始完全ノ所有權ヲ取得シタルト信シタルハ過失ニ非サリシコト妄信ニ非サリシコト「換言スレハ不注意ニ非スシテ權原ノ瑕疵ヲ知ラサリシコト」法學博士岡松參太郎氏民法理由總則四一七頁)
- 四 占有者カ正當ノ權利ナクシテ物ヲ占有スル場合ニ占有ノ當時自己ニ正當ノ權利アリト信シテ而シテ相當ノ注意ヲ爲スモ其ノ權利ナキコトヲ知ルコトヲ得ヘカラサリシトキハ其占有ハ過失ナシトス(法學博士橫田秀雄氏物權法一二七頁)
- 五 無過失トハ之ヲ認識セサルコトニ付キ過失ナキヲ謂フ(法學博士平沼騏一郎氏民法總論六八四頁)
- 六 占有ノ初メ善意ニシテ且ツ過失ナキトキハ其不動産ノ所有權ヲ取得スルモノトス過失ナキトキハ之ヲ知ラサルニ付キ過失ナキト云フ(法學博士仁井田益太郎氏民法總論明大講義二九八頁)
- 七 無過失ハ占有取得ノ事實ニ關スルモノニ非スシテ善意ニ關スルモノナリ即チ過失ナクシテ善意ナルヲ要スルノ義ナリ過失ノ程度ハ客觀ノ標準ニヨリ之ヲ決ス(法學博士中島玉吉氏民法釋義總則八六九頁)
- 八 無過失トハ占有者カ所有權アリト信スルニ付テ過失無キコトヲ謂フ即チ善意ナル管理者ノ注意ヲ用フルモ自己ノ所有權者ニ非サルコトヲ知り得サリシコトヲ謂フ(法學博士鳩山秀夫氏民法註釋二卷六七六頁)
- 九 無過失トハ占有者カ所有權アリト信スルニ付キ過失ナキトヲ謂フ(法學士嘉山幹一氏民法總論大正三年度中大講義三五

富井博士
梅博士
岡松博士
橫田博士
平沼博士
仁井田博士
中島博士
鳩山博士
嘉山博士
學士
1109 (民法)

三頁)
一〇 無過失トハ知ラサルコトカ不注意ニ基カサルコトナク(法學士鳩山一郎氏民法總則日大講義四四二頁)
一 過失ニ因ラスト云フハ不動産ヲ自己ノ所有ナリトスル信念カ通常人ノ用ユヘキ注意ヲ用キテ尙之ヲ生シタルコト云フ故ニ通常人ノ用ユヘキ注意ヲ用ユルナラハ直ニ所有ノ信念ヲ生セサルヘキニ拘ハラス此注意ヲ用キシテ自己ノ所有ナリト信スルモ是過失アル善意ノ占有者ナレハ時効完成ノ效力ヲ認ムヘキ限ニ在ラス(法學士飯島高平氏民法要論二六一頁)
一二 民法第一六二條第二項ニ所謂「過失」ハ相當ノ注意ヲ爲スニ於テハ權限ノ取極ヲ發見シ得キニ拘ハラス注意ノ不足ニ由リ之ヲ發見シ得サリシコトヲ意味スルヲ以テ權限ノ取極ヲ發見シ得ヘカリシ事情ノ存在セサル限リハ占有者ニ過失ノ責ナキモノトス(大審院大正二年第一七〇號同年六月一六日判決・本書第二卷民法四二二頁法律新聞第八八五號二七頁)
一三 民法第一六二條第二項ニ所謂過失ナカリシトハ一般取引ノ觀念ニ於テ普通注意ヲ用フル人カ其事ニ當リ通常爲ス可キ注意ヲ怠ラサルコトヲ謂フ(同大正元年第一三六號同年四月一六日判決・本書第二卷民法一六四頁法律新聞第八六五號二七頁)

【同上善意ノ意義ニ關スル參照學說判例】

本書本卷民法五二頁以下

【判旨第三、四點前段取得時効ノ要件ト無過失ノ推定ニ關スル同趣旨學說判例】

一 占有者ニ過失アリタルヤ否ヤニ付キテハ立法上ヨリ言フトキハ無過失ヲ推定スルヲ可ナリトスルモ我民法ニハ此ノ推定ヲ設ケサルヲ以テ其無過失ナリシコトヲ主張スル占有者ニ於テ舉證ノ責任アルモノトス(法學博士横田秀雄氏物權法二〇九頁)
二 過失ノ有無ハ事實問題ニシテ無過失占有者ニ主張スル者ハ之ヲ立證スルヲ要ス而シテ法律ハ無過失ヲ推定セス(法學博士中島吉氏民法釋義物權一二五頁)
三 占有者ハ無過失ノ推定ヲ受ケスは無過失ノ立證ハ難事ニ非サレハナリ故ニ其占有者ノ無過失ヲ立證セサルヘカラス(法學博士松岡義正氏民法論物權一〇七頁)
四 物ノ占有者カ平穩公然且善意ニ占有セルコトハ民法上之ヲ推定スヘキモ占有ノ始メ過失ナカリシコトハ推定セス依テ此點ハ取得時効ノ援用者ニ於テ立證セサルヘカラス(東京控訴明治四年(ネ)二四四號判決法律新聞六九二號二二頁)
五 占有者ハ無過失ノ推定ヲ受クヘキモノニアラス(大阪控訴大正三年(ネ)三五六號新聞一〇三八號二六頁)

【同上ニ關スル異趣旨學說】

占有者ノ無過失ナル一事ハ之ヲ推定スル明文ナキ故ニ占有者ニ於テ其事實ヲ立證セサルヘカラスモノト爲ス説多シ此ノ解釋ハ全ク法文ノ不備ヨリ起レルモノニシテ一理ナキニ非スト雖モ一旦善意ヲ推定スヘキモノトスル以上ハ無過失ニ付キ決定ヲ

異ニス可キ理由アルコトヲ見ス惟フニ善意ハ無過失ヲ包含スルモノト爲スコトハ古來ノ觀念ナルヨリシテ立法者ハ此點ニ付キ注意ヲ缺キタルモノト謂フヘシ余輩ハ無過失ニ付キ明文ナキニモ拘ラス善意ト同一様ニ之ヲ推定スルコトヲ解釋セント欲スルナリ(法學博士富井政章氏民法原論物權六四四頁)

三二〇

四二四 債權者ハ債務者カ其債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル法律行爲ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但
其行爲ニ因リテ利益ヲ受ケタル者又ハ轉得者カ其行爲又ハ轉得ノ當時債權者ヲ害スヘキ事實ヲ知ラザリシトキハ此
限ニ在ラス
前項ノ規定ハ財産權ヲ目的トセサル法律行爲ニハ之ヲ適用セス

債務者カ債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル法律行爲ヲ取消スノ訴權ヲ債權者ニ附與シタル民法第四二四條ノ目的トスル所ハ其行爲ノ結果債權者ノ共同擔保タル債務者ノ財産ニ生シタル變動ヲ原狀ニ復シ以テ債權者ノ權利ヲ保全スルニ在レハ行爲ノ取消ニ依リ債務者ノ財産狀態ヲ回復シ得ル場合ニ於テノミ其適用ヲ見ルモノトス
詐害行爲ノ結果トシテ生シタル債務者ノ財産狀態ノ變動カ他ノ事由ニ依リ既ニ回復セラレタルニ於テハ取消ノ訴ニ依リ達セントスル目的ハ既ニ達セラレ取消ノ必要ハ自然ニ消滅セルヲ以テ此場合ニ於テハ固ヨリ取消ノ訴ヲ許スヘキモノニ非ス
詐害行爲ノ直接ノ效果トシテ債務者ノ財産狀態ニ變動ヲ生シタルノ外詐害行爲ノ成立ヲ前提トシテ爲シタル行爲ニ因リ間接ニ財産狀態ニ變動ヲ生シタル場合

ニ在テハ直接ノ效果タル財産状態ノ變動力既ニ他ノ事由ニ依リ回復セラレタルニ拘ラス間接ニ生シタル財産状態ノ變動ヲ回復スル爲メニハ詐害行爲取消ノ必要ハ尙存スルモノトス

案スルニ債務者カ債権者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル法律行爲ヲ取消スノ訴權ヲ債権者ニ附與シタル民法第四二四條ノ目的トスル所ハ其行爲ノ結果債権者ノ共同擔保タル債務者ノ財産ニ生シタル變動ヲ原狀ニ復シ以テ債権者ノ權利ヲ保全スルニ在レハ行爲ノ取消ニ依リ債務者ノ財産状態ヲ回復シ得ル場合ニ於テノミ其適用ヲ見ルハ固ヨリ論ナシ故ニ詐害行爲ノ結果トシテ生シタル債務者ノ財産状態ノ變動カ他ノ事由ニ依リ既ニ回復セラレタルニ於テハ取消ノ訴ニ依リ達セントスル目的ハ既ニ達セラレ取消ノ必要ハ自然ニ消滅セルヲ以テ此場合ニ於テハ固ヨリ取消ノ訴ヲ許スヘキモノニ非ス然レトモ詐害行爲ノ直接ノ效果トシテ債務者ノ財産状態ニ變動ヲ生シタルノ外詐害行爲ノ成立ヲ前提トシテ爲シタル行爲ニ因リ間接ニ財産状態ニ變動ヲ生ラレタル場合ニ在テハ直接ノ效果タル財産状態ノ變動力既ニ他ノ事由ニ依リ回復セラレタルニ拘ラス間接ニ生シタル財産状態ノ變動ヲ回復スル爲メニハ詐害行爲取消ノ必要ハ尙存スルモノトス何トナレハ詐害行爲ニシテ其效力ヲ保有スル限りハ其成立ヲ前提トシテ爲シタル行爲ニ因ル財産状態ノ變動ハ之ヲ正當ノ原因ニ基クモノト爲ササル可ラサレハナリ本件ニ於テ債務者田浦鶴之助ト上告人トノ間ニ爲シタル抵當權設定行爲ニ因リ生シタル債務者財産状態ノ變動力單ニ其目的タル不動産ニ抵當權ヲ負擔セシムルニ止マリ他ニ抵當權ノ成立ヲ前提トスル行爲ニ因リ債務者ノ財産状態ニ變動ヲ生セサリシナランニハ其抵當權ハ上告人ノ拋棄ニ由リ既ニ消滅シタルヲ以テ最早抵當權設定行爲ヲ取消スノ必要ハ存セサレトモ上告人ハ單體ニ抵當權ヲ拋棄シタルニ非ス其拋棄ニ對シ債務者ヨリ債務ノ一部四百圓ノ辨濟ヲ受ケタルモノニシテ其辨濟ハ抵當權ノ成立ヲ前提トシ其拋棄ニ原クモノナレハ抵當權設定行爲ニ

【關係事項】 上告棄却○原審長嶋控○詐害行爲取消請求事件○上告人坂本松三郎訴訟代理人辯護士松永東同名井植夫同新井近造被上告人岩淺いね訴訟代理人辯護士鈴木次郎同小山吾郎一

レテ詐害行爲トシテ取消サルヘキモノトスレハ上告人ハ無効ナル抵當權ノ拋棄ニ因リ四百圓ノ辨濟ヲ受ケタルモノニシテ法律上ノ原因ナクシテ利益ヲ受ケタルコトトナリ之ヲ債務者ニ返還セサル可カラサルヲ以テ本件ノ場合ニ於テハ抵當權カ他ノ事由ニ依リ消滅シタルニ拘ハラズ債務者タル被上告人ハ抵當權設定行爲ノ取消ヲ訴ヘ其效力ヲ消滅セシムルノ必要アリ何トナレハ之ヲ取消スニ非サレハ抵當權ハ有效ナルヲ以テ上告人カ其拋棄ニ對シ辨濟ヲ受ケタル四百圓ハ不當利得トナラス從テ其辨濟ニ因リ生シタル債務者財産ノ減少ハ之ヲ回復スルニ由ナケレハナリ故ニ原判決カ上告人ノ拋棄ニ由リ抵當權ノ消滅シタルニ拘ラス被上告人ノ請求ヲ容レテ抵當權設定行爲ヲ取消シタルハ正當ニシテ上告論旨ハ理由ナシ(大審院大正八年(オ)第五七七號同年十月二十八日民一部田部裁判長大倉尾古鈴木三宅各判事判決)

- 二四九 各共有者ハ共有物ノ全部ニ付キ其持分ニ應シタル使用ヲ爲スコトヲ得
- 二五〇 各共有者ノ持分ハ相均シキモノト推定ス
- 九八八 隱居及ヒ入夫婚姻ヲ爲ス女戸主ハ確定日付アル證書ニ依リテ其財産ノ留保ヲ爲スコトヲ
- 一一三〇 法定家督相続人タル直系卑屬ハ遺留分トシテ被相続人ノ財産ノ半額ヲ受ク
- 此他家督相続人ハ遺留分トシテ被相続人ノ財産ノ三分ノ一ヲ受ク
- 民法施行法一 民法施行前ニ生シタル事項ニ付テハ本法ニ別段ノ定アル場合ヲ除ク外民法ノ規定ヲ適用セス
- 不動産登記法一 登記ハ左ニ掲ケタル不動産ニ關スル權利ノ設定保存移轉變更處分ノ制限又ハ消滅ニ付キ之ヲ爲ス
- 一 所有權
- 同二六 登記ハ登記權利者及ヒ登記義務者又ハ其代理人登記所ニ出頭シテ之ヲ申請スルコトヲ要ス
- 同四一 登記シタル權利カ或人ノ死亡ニ因リテ消滅シタル場合ニ於テ申請書ニ其死亡ノ證據スル戸籍更ノ書面其他ノ公正證書ヲ添付スルキハ登記權利者ノミニテ登記ノ抹消ヲ申請スルコトヲ得
- 同四六 登記ノ抹消ヲ申請スル場合ニ於テ其抹消ニ付キ登記上利害ノ關係ヲ有スル第三者アルトキハ申請書ニ其

承諾書又ハ之ニ對抗スルコトヲ得ヘキ裁判ノ附本ヲ添付スルコトヲ要ス

(一) 民法施行前ニ在テハ隱居ニ因ル家督相續ノ場合ニ於テ隱居者カ相續財産ノ一部ヲ留保シ家名ノ維持ニ必要ナル財産ヲ遺留スルノ慣例アリト雖モ家名ノ維持ニ必要ナル財産ヲ遺留セスシテ全部ノ財産ヲ留保シタルトキニ於テモ其留保ハ全部無効トナルニアラスシテ家名維持ニ必要ナルヲ限度トシ家督相續人ノ滅殺請求權ニ服セシメタルニ過キサルモノトス

(二) 共有ハ數人カ共同シテ一ノ所有權ヲ有スル状態ニシテ共有者ハ物ヲ分割シテ其一部ヲ所有スルニアラス各共有者ハ物ノ全部ニ付キ所有權ヲ有シ他ノ共有者ノ同一ノ權利ニヨリテ滅縮セラルルニ過キス從テ共有者ノ有スル權利ハ單獨所有者ノ權利ト性質内容ヲ同フシ只其分量及範圍ニ廣狹ノ差異アルニ止マルモノトス

各共有者ノ持分ハ一ノ所有權ノ一分子トシテ存在スルニ止マリ別個獨立ノ存在ヲ有スルモノニアラス
單獨所有權ノ登記ハ一所有權ノ一個ノ登記ニシテ多數ノ共有權ノ集合登記ニアラサルヲ以テ單獨所有權ノ登記中或部分ノ共有權ノ登記ノミヲ殘存セシメテ他ノ共有權ノ登記ヲ抹消スルコトヲ得サルモノトス
單獨所有權ノ登記ハ共有權ノ登記ニ改ムル爲メ之ヲ抹消スルコトヲ得ルモノ

トス

遺產相人カ家督相續ニ因ル所有權取得登記ヲ爲シタル場合ニ之ヲ遺產相續ニ因ル共有權取得ノ登記ニ改メシムル爲メ家督相續ニ因ル登記ノ抹消ヲ求メ或ハ賣買ニ因リ共有權ヲ取得シタル者カ單獨所有權ノ取得登記ヲ爲シタル場合ニ之ヲ所有權取得登記ニ改メシムル爲メ所有權取得登記ノ抹消ヲ求ムルハ不當ニ非ス

(一) 然レトモ民法施行前ニ在テハ隱居ニ因ル家督相續ノ場合ニ於テ隱居者カ相續財産ノ一部ヲ留保シ家名ノ維持ニ必要ナル財産ヲ遺留スルノ慣例アリト雖モ家名ノ維持ニ必要ナル財産ヲ遺留セスシテ全部ノ財産ヲ留保シタルトキニ於テモ其留保ハ全部無効トナルニアラスシテ家名維持ニ必要ナルヲ限度トシ家名相續人ノ滅殺請求權ニ服セシメタルニ過キサルコトハ當院判例ノ認ムル所ナリ(明治四十四年(オ)第九二號同年十二月一日當院判決大正四年(オ)第一一〇號同年六月二日當院判決參照)故ニ原院カ井上莊三郎ノ爲シタル財産ノ留保ヲ無効ニアラサレハ原告人ハ原判旨ヲ誤解シタルモノト判決ハ全部留保ノ慣例ヲ認メタルニアラサレハ原告人ハ原判旨ヲ誤解シタルモノトス
(二) 然レトモ原判決ノ確定シタル事實ニ依レハ本件申動産ハ隱居者井上莊三郎ノ留保シタル財産ニシテ家督相續ノ目的タルモノニアラス從テ原告人利作ハ家督相續ニ因リ其單獨所有權ヲ取得シタルモノニアラスシテ被告等ト共ニ莊三郎ノ遺產相續人トシテ共有權ヲ取得シタルニ過キサルモノトス故ニ原告人常留ハ原告人利作トノ賣買ニ因リ其不動産ニ付キ單獨所有權ヲ取得セサルモ其共有權ヲ取得シタルモノト謂フヘシ然リト雖モ共有ハ數人カ共同シテ一ノ所有權ヲ有スル状態ニシテ共有者

【判旨第一點民法施行前隱居者ノ財産全部ノ留保ノ效力ニ關スル同趣旨判例】

ハ物ヲ分割シテ其一部ヲ所有スルニアラズ各共有者ハ物ノ全部ニ付キ所有權ヲ有シ他ノ共有者ノ同一ノ權利ニヨリテ減縮セララルニ過キス從テ共有者ノ有スル權利ハ單獨所有者ノ權利ト性質内容ヲ同フシ只其分量及ヒ範圍ニ差異アルノミ故ニ各共有者ノ持分ハ一ノ所有權ノ一分子トシテ存在ナ有スルニ止マリ別箇獨立ノ存在ヲ有スルモノニアラス而シテ單獨所有權ノ登記ハ一所有權ノ一箇ノ登記ニシテ多數ノ共有權ノ集合登記ニアラサルヲ以テ單獨所有權ノ登記中或部分ノ共有權ノ登記ノミヲ殘存セスシテ他ノ共有權ノ登記ヲ抹消スルコトヲ得ス故ニ其單獨所有權ノ登記ハ共有權ノ登記ニ改ムル爲メ之ヲ抹消スルコトヲ得ヘキモノトス從テ遺產相續人カ家督相續ニ因ル所有權取得登記ヲ爲シタル場合ニ之ヲ遺產相續ニ因ル共有權取得ノ登記ニ改メシムル爲メ家督相續ニ因ル登記ノ抹消ヲ求メ或ハ賣買ニ因リ共有權ヲ取得シタル者カ單獨所有權ノ取得登記ヲ爲シタル場合ニ之ヲ所有權ノ取得登記ニ改メシムル爲メ所有權取得登記ノ抹消ヲ求ムルハ不當ト謂フ可カラズ是ニ由テ之ヲ觀レハ上告人常留ハ賣買ニ因リ上告人利作ノ有シタル持分ニ相當スル共有權ヲ取得シタルヤモ知レサルモ單獨所有權ヲ取得シタルニアラサレハ被上告人カ上告人兩名ニ對シ其所有權ノ移轉登記ヲ抹消スヘキコトヲ請求シタルハ相當ナリ然ラハ原院カ上告人兩人間ノ賣買ハ全部無効ナリト判斷シタルハ不法ナルモ其爲サレタル所有權移轉登記ニ付キ抹消登記ヲ爲スヘキモノト判示シタルハ結局相當ナルヲ以テ上告論者ハ理由ナシ(大審院大正八年(オ)第四八五號同年十一月三日民二部馬場裁判長田上菫淵鬼澤成道各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審廣島控訴院○不動產所有權移轉登記抹消請求事件○上告人井上利作外一人訟訴代理人辯護士丹四郎同水野博徳同八坂雅亮被上告人河本まき訟訴代理人辯護士龜山要同草光萬平

【判旨第一點民法施行前隱居者ノ財産全部ノ留保ノ效力ニ關スル同趣旨判例】

一 民法施行以前ニ於テ女戸主カ夫婚姻ヲ爲シ家督相續ノ開始スル場合ニ相續財産ノ一部ヲ留保スルコトハ慣習上認許セラレタル所ナルヲ以テ女戸主カ相續財産ノ全部ヲ留保シ家名ヲ維持スルニ必要ナル財産ヲ家督相續人ニ遺留セサルコトト雖モ女

【同上民法施行前ニ於ケル隱居者ノ財産留保ニ關スル參照學說判例】

戸主ノ留保ハ全部無効ナルモノニ非スシテ家名ノ維持ニ必要ナルヲ限度トシ相續人ノ減殺請求權ニ服セシメタルニ過キサルモノトス(大正四年六月二日民三判決本書四卷民法四七五頁)

一 民法施行前ニ在リテハ隱居者ノ財産留保ニ付キ別段ノ方式ヲ必要ト爲サザリシヲ以テ隱居ノ當時或財産ヲ留保スル意思ヲ表示スル以上ハ其表示ノ明示シタルト默示タルトナ問ハス財産留保ノ效力ヲ生スルモノトス(同上四四年三七一頁)

二 民法施行前ニ在リテハ隱居ニ因ル家督相續ノ場合隱居者カ相續財産ヲ留保スルニ當リ家名ノ維持ニ必要ナル財産ヲ遺留セサルコトハ隱居者ノ留保ハ全然無効ト爲ルモノニ非スシテ家名維持ニ必要ナルヲ限度トシ家督相續人ノ減殺請求權ニ服セシメタルニ過キサルモノトス(同上四五年七四五頁)

三 民法施行前ニ於ケル隱居ニ因ル家督相續ノ場合ニ隱居者カ相續財産ヲ留保スルニ當リ家名ノ維持ニ必要ナル財産ヲ遺留セサルコトハ於テモ隱居者ノ留保ハ全部無効ト爲ルモノニ非スシテ家名維持ニ必要ナル限度ニ於テ家督相續人ノ減殺請求權ニ服セシムルモノトス(東京控訴院大正五年(キ)第五九〇號同七年三月九日民二部判決本書七卷民法一九四頁)

四 民法施行前ニ於テ假令隱居者カ其財産ノ全部ヲ留保シタル場合ト雖モ其留保ハ當無無効ニアラスシテ相續人ヲシテ其家名ヲ維持スルニ必要ナル限度ニ於テ減殺請求權ヲ行使セシムルニ過キス(大正四年二月二六日判決四卷民法七九〇頁)

【同上民法施行前ニ於ケル隱居者ノ財産留保ニ關スル參照學說判例】

一 民法實施以前ノ慣例ニ依レハ相續財産ノ幾分ヲ隱居分トシテ貯藏スルニ付テハ其意思表示ニ一定ノ形式ナカリシ故ニ暗黙ニ其意思表示アリタルト認ムヘキ事實存スルヲ以テ足レリトス公證記名ノ財産ニ付キ相續人ノ名義ニ書換テ爲ササルカ如キハ蓋シ留保ノ意思ヲ推定スヘキ一例ナラン(法學博士柳川勝二氏日大講義一五九頁)

二 民法施行以前ニ於テハ其當時ノ法規ニ遵ヒ名義書換ノ手續ヲ經サル不動產ハ一應隱居者ノ留保財産ト認ムヘキモノトス(法曹記事二六卷一〇號本書五卷二二八頁)

三 民法施行前ニ在リテハ隱居者ノ財産留保ニ付キ前段ノ方式ヲ必要ト爲サザリシヲ以テ隱居者カ隱居ノ當時或財産ヲ留保スル意思ヲ表示スル以上ハ其表示ノ明示タルト默示タルトナ問ハス財産留保ノ效力ヲ生スルモノトス(大審院民事判決四三五頁)

四 民法施行以前ニ在リテモ隱居ニ因ル家督相續ノ場合ニ於テハ家督相續人ハ隱居者ノ有セシ一切ノ財産ヲ承繼スルヲ以テ通則トシ唯隱居者カ隱居料トシテ其財産ノ一部ヲ留保スルコトハ之ヲ認許シタルモ其全部ヲ舉ケテ留保スルカ如キハ慣例ノ許容セサル所ナリ(大審院民事判決四三五頁)

五 戸主カ隱居者カ爲ス場合ニ於テ特ニ其財産ノ一部ヲ留保シテ依然自己ノ所有ト爲シ得ルハ本邦ノ慣例ナリ(大審院民事判決三二二卷九頁)

六 民法施行前ニ在リテモ隱居ニ因ル家督相續人ノ場合ニ於テハ家督相續人隱居者ノ有セシ一切ノ財産ヲ承繼スルヲ以テ通則トシ唯隱居者カ隱居料トシテ其財産ノ一部ヲ留保スルコトハ之ヲ認許シタルモ其全部ヲ舉ケテ留保スルカ如キハ慣例ノ許容セザ

ル所ナリ(同上四〇年七〇五頁)
七 明治一六年當時ニ在リテハ隱居ニ因ル家督相續ノ場合ニ於テ前主ノ留保セサル公證記名ノ財產ハ必ス讓渡ノ公證ヲ受ク
ヘキモノナルカ故隱居ニ因ル家督相續ノ場合ニ於テ公證記名ノ財產ニシテ讓渡ノ公證ヲ經サリシモノハ凡テ前主ノ留保シタ
ルモノト認ムヘキモノトス
民法施行前ニ在リテハ隱居者ノ財產留保ニ付キ別段ノ方式ヲ必要トセサルカ故隱居者カ隱居ノ當時特定ノ相續財產ヲ留保スル
場合ハ必スシモ相續人ニ對シ其度ニ於テ爲サルルヲ以テ足ルモノトス(東京控訴院大正九年(キ)第五九〇號同七年三月九日民
二部判決本書第七卷民法一九三頁)
八 民法施行前ニ於ケル隱居者カ其財產ヲ留保スル場合ニ於テハ民法所定ノ如キ方式ヲ要セス苛モ明示又ハ默示ノ意思表示ニ
ヨリ相續財產ヲ有效ニ留保シ得ヘキモノトス(大正四年二月二六日判決本書四卷民法七五〇頁)
九 民法施行前ニ在リテハ隱居者カ其財產ノ一部ヲ留保スルニハ默示ノ意思表示ニ依リテモ亦之ヲ爲スコトヲ得タルモノトス
(大正三年二月二五日日判決本書四卷民法一七七頁)
十 隱居者カ其不動產ノ一部ヲ相續人ノ名義ト爲シ其他ノ部分ヲ依然自己ノ名義トナシ置キテキリキ是單ニ隱居者カ相續人ノ
名義ニ書換ヘサル不動產ヲ留保シタルコトノ一應ノ推定ヲ爲シ得ヘキ資料タルニ止マル(大正三年二月二五日日判決本書四卷
民法一七七頁)

【判旨第二點共有ノ性質ニ關スル參照學說判例】

本卷民法九六二頁以下

【判旨第三點持分ノ意義ニ關スル參照學說】

一 共有ハ數人カ一定ノ分前チ以テ所有權ヲ有スル狀態ナルコトハ上述セシ如シ持分トハ即チ其分前チ謂フモノニシテ畢竟各
共有者カ共有物ノ上ニ行フコトヲ得ヘキ一般支配權ノ範圍ニ外ナラス(法學博士富井政章氏民法原論一六一頁)
二 持分トハ共有者カ共有物ニ關シテ行フコトヲ得ヘキ權利ノ分前チ謂フ持分ハ各共有者カ他ノ共有者ト競合シテ共有物ノ上
ニ有スル總體的支配權ノ範圍ナリ蓋シ共有ニ在リテハ所有權ノ主體ハ一人ニアラスシテ數人ナルヲ以テ目的物上ニ行ハル支配
權ノ全量ハ之レヲ權利ノ主體タル數人ノ共有者ニ分配セサルヘカラス而シテ共有者各自ニ分配セラレタル一般支配權ノ分配的
一部ハ各共有者カ共有物ニ關シテ行フコトヲ得ヘキ物上の權能ノ內容ヲ組成スルモノニシテ即チ其持分ナリトス(法學博士橫
田秀雄氏物權法三三〇頁)
三 持分ハ所有權ノ一部ナリ其成分ハ所有權ト異ナラス只量量的ニ完全ナル所有權ニ如カサルノミ而シテ所有全體トシテハ數
人ニ分屬スルモ其各持分ハ各共有者ニ專屬ス此二點ハ我共有制度ノ根本觀念ナリ其結果トシテ(イ)持分ハ所有權ノ一形式ニシ

民法第八九五條ノ規定ニ據レハ未成年ノ子ノ親權者ハ前者ニ代リテ其親權ヲ行フモノナルカ故ニ結局此前者ノ未成年ノ子ニ對スル法定代理人ハ即チ右ノ親權者ニ外ナラサルモノトス

民法第八百九十五條ノ規定ニ據レハ未成年ノ子ノ親權者ハ前者ニ代リテ其ノ親權ヲ行フモノナルカ故ニ結局此前者ノ未成年ノ子ニ對スル法定代理人ハ即チ右ノ親權者ニ外ナラス甲第一號證ノ一ニ據レハ被控訴人カ未成年者ニシテ其親權者タル可キ母也イモ亦未成年者ナルコト及ヒ右ノちイノ親權者ハ即チ本勝治ナルコト明白ナルカ故ニ從ヒテ右勝治カ原告タル被控訴人ノ法定代理人トシテ本件訴訟ノ原裁判所ニ差出シタルハ即チ其適法ナル代理權限ニ基クモノニシテ此點ニ關スル控訴人ノ抗辯ハ何等ノ理由ナキコト多言ヲ俟タス
甲第一號證ノ一及ヒ原告證人岩本ちイノ借信スヘキ供述及ヒ真正ニ成立シタリト認ム可キ甲第一號證ノ一ニテ綜合スルトキハ岩本ちイハ大正六年舊八月頃ヨリ控訴人ト

テ特種ノ物權ニ非ス從テ其處分ノ方法登記及第三者ニ對スル關係等ニ於テ總テ所有權ニ關スル規定ニ從テ加之持分ハ所有權ノ一形式ナルカ故ニ彈力性ヲ有シ共有者ノ一人カ持分ニ拋棄スルトキハ其持分ハ無主物トナラスシテ當然他ノ共有者ニ歸屬ス(二五五)即チ持分ハ互ニ擴大シテ完全所有者トナラントスルノ潜在力ヲ有シテ互ニ相競合シテツアルモノナリ(ロ)持分ハ各共有者ニ專屬ス(法學博士中島玉吉氏民法釋義物權四三七頁)
四 各共有者ノ有スル權利ハ完全ナル所有權ニアラスシテ分數的ノ所有權ナリ換言スレハ完全ナル所有權ノ內容カ數個ニ分割セラレ各共有者ハ各其一部ヲ内容トスル所有權ヲ有スコノ各共有者ノ有スル權利ヲ我民法上持分ト云フ故ニ持分ハ分數的ノ所有權ニテ所有權ト異リタル他ノ物權ニ非ス又困ヨリ債權ニモアラス所有權ノ內容ヲ分割スト云フハ一人カ使用權ヲ有シ一人カ收益權ヲ有シ又他ノ一人カ占有權ヲ有ストイフカ如ク所有權ノ內容タル各種ノ權能カ數人ニ分屬スルノ意ニハアラス所有權ノ內容タル一支配權ノ全部カ分割的ニ數人ニ屬スルコトヲ云フ(法學博士鳩山秀夫氏物權法上二五八頁)

八九五

親權ヲ行フ父又ハ母ハ其未成年ノ子ニ代ハリテ戸主權及ヒ親權ヲ行フ

私通シ情交経續中大正七年一月中旬經ノ閉止ヲ見被控訴人ヲ懐胎スルニ至リ次テ同年十月五日被控訴人ナ分鏡シタル事實ヲ認定シ得キヲ以テ他ニ反證無キ限リ被控訴人ハ控訴人ノ子ナリト認定セサルヲ得ス原審證人瀨能惣七、瀨能梅藏ノ供述ヲ始メ其一右ノ反證ト爲ス可キ何等ノ資料無シ仍テ本訴請求ハ相當ニシテ控訴ハ其理由ヲシト認メ訴訟費用ニ付テハ民事訴訟法第七十七條ヲ適用シ主文ノ如ク判決ス(東京控訴大正八年四月九號同一一月二八日民一部前田裁判長谷川渡邊各判事判決)

【關係事項】

棄却○私生子認知請求控訴事件○控訴人瀨野庄次訴訟代理人辯護士高野八郎被控訴人岩本さの法律上代理人岩本勝治代理人辯護士龜山要

【參照學說判例】

- 一 父母共ニ未成年ナル爲メ其子ニ後見人選任ヲ爲スニ付キ親族會ノ招集アリト雖之ヲ却下スヘキモノトス蓋シ其家ニ父母共ニ在ルトキハ後見開始スヘカラス而シテ其父母共ニ未成年者ナリトスルモ民法第八九五條第九三四條第二項ニ依リ其親權者又ハ後見人ニ於テ未成年者ニ代ハリテ親權ヲ行フヘキカ故ニ此場合ト雖モ親權ヲ行フ者ナキト謂フニ該當セサルコト勿論ナレハ也(法曹會決議法曹記事二八卷第五號二六頁本書七卷民法一〇一六頁)
- 二 民法九〇〇條第一條ニ所謂親權ヲ行フ者トハ親權者ニ代ハリテ其親權ヲ行フ者ヲモ包含スルモノトス(大審院大正三年(タ)第六〇三號同年十二月十日民一部決定本書第三卷民法六五一頁)

大審院

長崎控訴院決定

債務者カ法律上辨濟スヘキ義務アル債務辨濟ノ爲メニ爲シタル法律行為ハ債務者カ之ニヨリ得タル金員ヲ以テ右債務ノ辨濟ニ充テタル以上ハ通常民法第四百二十四條ノ規定ニ依リ取消シ得ヘキ詐害行為ヲ構成セスト雖トモ債務者カ多數ノ債務ヲ負擔シ其財產ヲ以テハ到底之ヲ完済スルニ足ラサルコト分明ナルニ拘ラス故ラニ一部債權者ノ損害ニ於テ他ノ債權者ニ完全ノ辨濟ヲ爲サンカ爲メニ各債權者ノ共同擔保タルヘキ財產ヲ減少スヘキ法律行為ヲ爲サシモトスルモ右法律行為ハ尙ホ取消シ得ヘキ詐害行為ヲ構成スルモノトス

債務者カ多數ノ債務ヲ負擔シ其財產ヲ以テハ到底之ヲ完済スルニ足ラサルコト分明ナルニ拘ラス故ラニ一部債權者ノ損害ニ於テ他ノ債權者ニ完全ノ辨濟ヲ爲サンカ爲メニ各債權者ノ共同擔保タルヘキ財產ヲ減少スヘキ法律行為ヲ爲サシモトスルモ右法律行為ハ尙ホ取消シ得ヘキ詐害行為ヲ構成スルモノトス

仍テ案スルニ債務者カ法律上辨濟スヘキ義務アル債務辨濟ノ爲メニ爲シタル法律行為ハ債務者カ之ニヨリ得タル金員ヲ以テ右債務ノ辨濟ニ充テタル以上ハ通常民法第四百二十四條ノ規定ニ依リ取消シ得ヘキ詐害行為ヲ構成セスト雖トモ債務者カ多數ノ債務ヲ負擔シ其財產ヲ以テハ到底之ヲ完済スルニ足ラサルコト分明ナルニ拘ラス故ラニ一部債權者ノ損害ニ於テ他ノ債權者ニ完全ノ辨濟ヲ爲サシモトスルモ右法律行為ハ尙ホ取消シ得ヘキ詐害行為ヲ構成スルモノトス

共同擔保タルヘキ財産ナカリシノミナラズ、債務者ハ抗告人等ニ一般債權者ノ協定ヲ經テ負債整理ヲ爲スコトヲ約セルニ不拘一部債權者ノ請求ニ應シ他ノ多數債權者ヲ害スル爲メ該商品中約五千圓餘ノモノニ付キ被申請銀行ニ質權ヲ設定シテ金四千圓ヲ借入レ右一部債權者ニ辨濟シタリト云フニ在ルカ故ニ債務者ノ右質權設定行爲カ抗告人等一般債權者ヲ害スル詐害行爲タルコト明白ナリ然リ而シテ右抗告人ノ主張事實及本假處分ヲ爲スニアラサレハ抗告人等ノ權利ノ實行ヲ爲シ難キ狀況ニ在ルコトハ申請書附屬ノ各甲號證ニヨリテ一應疏明セラレタルモノト認ムルノミナラズ本申請ノ趣旨ニヨレハ急迫ノ場合ナルコト明白ナルニヨリ民事訴訟法第七百五十六條第七百四十一條第七百五十八條第七百五十七條第七百五十九條等ニ則リ口頭辯論ヲ經スシテ相當保證ヲ立テシメ假處分命令ヲ發スヘキモノトス然ルニ原決定茲ニ出テス抗告人等ノ申請ヲ却下シタルハ失當ニシテ本抗告ハ其理由アリ(長崎控訴院大正八年(サ)第八號同年一月一日民一部淺沼裁判長吉村前田各判事決定法律新聞第一六一七號一七頁)

【關係事項】 廣業彦辰○原審福岡地方久留米支部○假處分申請事件○抗告人小堂藤吉外二人訴訟代理人辯護士吉田睦一郎

【參照學說判例】

本卷民法七六七頁以下同五九九頁以下

案件ハ多數ノ辨濟期ニ達シタル債務ヲ負擔スル債務者カ一部債權者ノ請求ニ應シ多數債權者ヲ害スル爲メ爲シタル質權設定行爲ニ因リテ得タル金員ヲ以テ一部債權者ニ辨濟シタル場合ニ如上ノ行爲カ詐害行爲ヲ構成スルヤ否ヤト謂フニアリ惟フニ債務者カ法律上辨濟スヘキ義務アル債務辨濟ノ爲メニ爲シタル法律行當カ詐害行爲取消權ノ目的ト爲ルヤ否ヤハ其行爲カ債權者取消權ノ要件タル共同擔保ヲ害スヤ否ヤニヨリテ決セララルヘキ問題ニシテ一概ニ論定スルヲ得

ス(第五卷民法三二二頁評論參照)ト雖モ斯ノ如キ場合ニ於テハ債權者ノ共同擔保ノ保全ヲ害セサル限リ詐害行爲ヲ構成セサルモノト解スルヲ穩當トス然レ共若シ債務者ノ行爲ニシテ債權者ノ共同擔保ヲ害スルニヨリテ一部債權者ノ利益ノ爲メニ爲サレタルトキハ假令法律上履行スヘキ債務ノ爲メニ爲サレタル行爲ト雖モ債權者ノ共同擔保ヲ害シ債權者ノ利益ヲ害スルニ於テハ尙ホ詐害行爲ノ成立ヲ認メサルヲ得ス判旨各點ハ此趣旨ニ基クモノニシテ素ヨリ至當ノ見解ナ

(三二四)

自己ノ費用ヲ以テ建築シタル家屋ハ反對ノ事情存セサル限リ之ヲ同人ノ單獨所有ニ屬スルモノト認ムルヲ相當トス

仍テ保爭家屋ノ所有權歸屬如何ニ付テ之ヲ案スルニ控訴人ハ保爭家屋ハ訴外牧下イ及亡同人ノ夫タリシ牧下由藏ノ共有ニ屬セシモノナル旨爭フモ原審證人田中平太郎勝崎又右衛門久保田タニ船見彌四郎徳田良三ノ各證言並ニ甲第四號證ヲ綜合考覈スレハ保爭家屋ハ訴外亡牧下由藏ノ自己ノ費用ヲ以テ建築シタルモノナルコトヲ認メ得ルヲ以テ反對ノ事情存セサル限リ之ヲ同人ノ單獨所有ニ屬セルモノト認ムルヲ相當トス(東京控訴院大正七年(ネ)第四六三號同八年一月二日民二部岩本裁判長宇野水口各判事決定法律新聞第一六二四八一—三頁)

【關係事項】 控訴棄却○所有權確認並ニ保存登記抹消請求事件○控訴人石塚榮吉訴訟代理人辯護士品川英一同高島晴雄○被控訴人牧下増太郎法定代理人牧下よせ訴訟代理人辯護士濵澤昇三

(三二五)