

決議不服ノ訴禁屬中ニ會員ノ死亡

此ノ死亡ハ本件訴訟ニ如何ナル影響ヲ爲スヤチ案スルニ親族會員ノ相續人ハ會員ノ死亡ニ因リ相手方當事者トノ關係ニ於テ何等ノ承繼スヘキ實體上ノ權利義務ヲ有セス親族會員タル權利ハ一身ニ專屬スルモノニシテ相續人ノ承繼スヘキモノニアラス又新タニ補缺セラレヘキ親族會員ハ新ニ親族會員タル資格ヲ取得スルモノニシテ前記親族會員ノ資格ヲ承繼スヘキモノニアラス(東京控訴院民一部判決法律新聞七九七號二四頁)

相手方タルヘキ親族會員カ訴訟中死亡シタル場合ニ於テ訴訟受繼ノ規定ナキハ法ノ不備缺點ナリ(牧野氏日本親族法論四七九頁參照)故ニ假リニ三名ノ會員ヲ相手トシテ訴ヲ爲シ其繫屬中一人又ハ二人カ死亡シタルトキハ其殘存スル者ノミヲ相手トシテ進行スルノ外ナク而カモ此場合ニ於テハ訴ノ目的ヲ達シ得ヘキモ若シ全員カ事變其他ニ因リ死亡スルトキハ如何ントモナシ難キ結果トナルヘシ

未成年者ト親權者間ノ手形爲

八八八 親權ヲ行フ父又ハ母ト未成年ノ子ト利益相反スル行爲ニ付テハ父又ハ母ハ其子ノ爲メニ特別代理人ヲ選任スルコトヲ親族會ニ請求スルコトヲ要ス
父又ハ母カ數人ノ子ニ對シテ親權ヲ行フ場合ニ於テ其一人ト他ノ子トノ利益相反スル行爲ニ付テハ其一方ノ爲メ前項ノ規定ヲ準用ス

未成年者ト其親權者トノ間ニ於テ手形行爲ヲ爲スカ如キハ利益相反スル行爲ナルヲ以テ特別代理人ノ選任ヲ要スヘキモノトス

未成年ノ子カ親權ヲ行フ父又ハ母ニ對シテ約束手形ヲ振出スカ如キハ之ニヨリテ振出人タル未成年ノ子ハ手形上ノ義務ヲ負ヒ受取人タル親權ヲ行フ父又ハ母ハ手形上ノ權利ヲ取得スルコトトナリ未成年ナル子ノ利益ト親權ヲ行フ父又ハ母ノ利益ト利益相反スル關係ニアラサテ此場合ニ於テハ民法ニ從ヒ親權ヲ行フ父又ハ母ハ其子ノ爲メニ特別代理人ノ選任ヲ親族會ニ請求スヘキモノニシテ被告右振出行爲ハ未成年者ノ法律行爲ノ效力ニ關スル民法ノ通則ノ適用ニ依リ取消シ得ヘキ行爲ナリト論斷セサルヘカラス(大阪地方裁判所民三部判決法律新聞七九六號二六頁)

當然ノ解釋ナリ子ハ取消シニヨリ振出人タル義務ヲ免ルルモ親ハ手形上ノ義務ヲ免ル、能ハス(商四三八條)

隱居ヲ爲ササル戸主ノ養子縁組

七五四

戸主カ隱居ヲ爲サスニテ婚姻ニ因リ他家ニ入ラント欲スルトキハ前條ノ規定ニ從ヒ隱居ヲ爲スコトヲ得婚姻ノ日ニ於テ隱居ヲ爲シタルモノト看做ス

八五一

縁組ハ左ノ場合ニ限リ無効トス
一 人違其他ノ事由ニヨリ當事間ニ縁組ヲ爲ス意思ナキトキ
二 當事者カ縁組ノ届出ヲ爲ササルトキ但シ其届出力第七百七十五條第二項及ヒ第八百四十八條第一項ニ掲ケタル條件ヲ缺クニ止マル時ハ縁組ハ之レカ爲メニ其效力ヲ妨ケラレコトナシ
八六一 養子ハ縁組ニ因リテ養親ノ家ニ入ル

民法

戸主タル身分ヲ有スル者カ隱居ヲ爲サスシテ他家ノ養子トナリ戸籍吏カ誤テ之ヲ受理シタルトキハ其養子縁組ヲ有效ナリト見ルハ不當ナリヤ

本問ニ付岡村博士ハ東京控訴院民三部カ有效ナリト判定シタルヲ非難セラレタルカ(民法一六一頁以下参照)今又法曹會モ之ヲ無効ナリト決議シタリ其理由ハ略岡村博士ノ所論ト同一ニシテ(一)養子縁組ニ付テハ七五四條ニ規定ナシ(二)婚姻ト養子縁組トハ其性質ヲ異ニス類推解釋ヲ許サス(三)例外的規定ナリ嚴格ニ解釋セサル可カラストナシ此場合戸籍上ノ救済ハ身分登記變更申請ノ手續ニヨルヘキモノナリトセリ(法曹記事二二卷六號四七頁以下)

吾人ハ岡村博士ノ説明ニ賛同ヲ表セザリシト同一ノ理由ニヨリ本論ニ賛同セス之ヲ再言スレハ(一)身分法規ト雖トモ絶對ニ類推解釋ヲ許ササル理由ナシ(二)例外規定ヲ嚴格ニ解釋スヘキハ勿論ナリト雖トモ之ヲ廣義ニ解スヘキ理由カ著明ナル場合ニ於テハ必スシモ之ニ服スヘキ理由ナシ(三)實際上ニ於テハ家ヲ廢シテ迄モ又ハ隱居シテ迄ト云フ如キ養子縁組ハ殆ント十中十迄婚姻ヲ伴フヲ常トス故ニ婚姻ト縁組トハ性質ヲ異ニス從ツテ類推解釋ヲ許サスト云フハ實際ニ反ス法カ婚姻ヲ有效トスル必要アリト見ル以上ハ縁組モ亦之ヲ有效トスヘキ必要アリ(民法一六頁参照)

地主ハ慣習ヲ理由トシテ地代値上ノ請求ヲ爲シ得ヘキヤ

地代増額ヲ請求セントスルニハ(一)地代増額ノ慣習アルコト(二)此慣習ハ公ノ秩序ニ反スルモノニアラサルコト(三)當事者カ此慣習ニヨル意思表示ヲ爲シタルコト(民法九一、九二)ヲ要ス
大審院ノ採用スル地代増額ノ慣習ハ公序ニ反セサル慣習ナリヤ否
借地權ノ經濟上ノ作用ヲ案スルニ(一)社會問題ト密接ノ關係ヲ有シ或ハ貧富ノ懸隔ヲ甚タシカラシメ或ハ土地併合ヲ斷行セシムル結果ヲ來タシ(二)或ハ地震寧買行ハレ借地人ノ地位ハ不安ニ在リト言ハサル可カラス(三)借地人ハ充分ナル建築ヲ爲スコト能ハス其結果建築術ノ進歩ヲ阻害スル等借地權ノ安固ヲ害スルモノナルヲ以テ此慣習ハ公序ニ反スルモノト言ハサル可カラス從ツテ地主ハ地代増額ノ請求權ナキモノトセサル可カラス(添田辯護士法律新聞七九七號五頁以下要領)

地代値上ノ慣習ハ其性質上公序ニ反スヘシトノ見解ニハ賛同スルコト能ハス若シ之ヲ濫用シ之ヲ曲解シテ適用セハ然ランモ適正ナル値上ヲ認ムルハ反ツテ經濟ノ原理ニ合シ公平ヲ保ツモノナリ吾人ハ現在ニ於テ一般ニ裁判上認メラルル値上ノ標準ニ付テハ甚タシキ弊害ヲ認メス(民法一九五頁地代値上ヲ請求スヘキ權時期同一二六頁地代増額判決ノ性質)及ヒ同一九五頁地上權ノ地代(參照)

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ツ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
 一六三 所有權以外ノ財產權ヲ自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ平穩且ツ公然ニ行使スル者ハ前條ノ區別ニ從ヒ二十年又ハ十年ノ後其權利ヲ取得ス
 一七七 不動產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ラサレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

不動産物權ノ取得時効ヲ第三者ニ對抗スルニハ登記ヲ要スヘキヤ
 「第三者ノ意義」

緒言

我現行法ニ於テ時効ニ因ル不動産物權ノ取得ヲ以テ第三者ニ對抗スル爲メニ登記ヲ要スルヤ否ヤ學說一ナラス各判決ノ結論理由共ニ必シモ一ナラス

第一節 余ノ主張

余ハ此問題ニ對シテ積極說ヲ主張ス即チ第三者ニ對抗スルニハ登記ヲ要スルコトヲ信ス(同說富井博士民法原論二卷三版七一頁以下、梅博士民法要義一七七條同博士民法第七十七條ノ適用範圍)ヲ論ス法學志林九卷四號四五頁、京都法學會雜誌所載岡松博士說、大審院判例要旨彙報一三頁以下、法曹記事二一卷七號所載、司法省民刑局長回答明治四十四年三月二五日發行法律新聞七〇四號所載長野地方裁判所判決)
 一、民法第一七七條ハ廣ク不動産物權ノ得喪變更ヲ以テ第三者ニ對抗スル爲メニハ登記スヘキ旨ヲ規定シ其得喪變更ノ原因如何ヲ問ハス
 二、同條立法ノ精神ハ第三者ヲシテ不慮ノ損失ヲ蒙ルコトナカラシメントスルニアリ第

三者保護ノ必要アル點ニ於テハ時効ニ因ル取得ノ場合モ設定又ハ移轉ニ因ル取得ノ場合モ全然同一ナリ

第二節 反對說及其批評

消極說ハ頗ル多種多樣ナリ今之ヲ一般的ノ理由ニ基クモノト時効ニ特別ナル理由ニ基クモノトノ二圖ニ分類ス

第一款 一般的ノ理由ニ基ク反對說

此部類ニ基ク消極ニ五種アリ

第一項 第一說及ヒ其批評

此說ニ依レハ民法第七十七條ノ規定ハ當事者ノ意思表示ニ因ル不動産物權ノ得喪變更ノ場合ニ限リ適用アリ從テ時効取得ノ場合ニハ適用ナシトイフ
 (一) 或ハ曰ク民法第七十七條ハ同第七十六條ヲ承ケテ規定セラレタルモノナリ然ルニ第七十六條ハ意思表示ニヨル物權ノ變動ノミニ付規定セリ從テ第七十七條ニハ法文上別ニ物權變動ノ原因ヲ制限スル所ナシト雖モ前條トノ關係上意思表示ニヨル場合ノミニ規定シタルモノト解セサルヘカラスト(明治三十六年二月二〇日大坂地方裁判所判決、同三十八年四月八日東京控訴院判決)然レトモ第七十六條ハ物權ノ變動ヲ目的トスル意思表示其物ノ實質的效力ヲ規定シ第七十七條ハ物權ノ變動ヲ以テ第三者ニ對抗スル爲メノ條件ヲ規定シタルモノノ加之一ハ設定及ヒ移轉ナル文字ヲ用ヒ一ハ廣ク得喪及ヒ變更ナル文字ヲ使用ス
 (二) 或ハ曰ク意思表示ニ依ル不動産物權ノ取得ノ場合ニ於テハ取得者自ラ其取得ノ事實ヲ了知スルカ故ニ登記スルニアラサレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サ

此判決ハ其理由ヨリ推考スルトキハ獨リ此特定ノ場合ノミナラス不動產物權ノ時効
 取得ノ對抗問題ニ對シテハ甲ノ所有ノ未登記ノ場合ニ付同一ノ斷定ヲ與ヘタルモノト認
 得ヘキカ如シ例ヘハ(イ)甲ノ所有ノ未登記ノ場合ニ付同一ノ斷定ヲ與ヘタルモノト認
 取得シタルモノ未タ其登記ヲ爲ササル間ニ甲自己ノ爲メニ保存登記ヲ爲シタル後丙
 ノ爲メニ其不動產ノ上ニ地上權ヲ設定シテ取得シタル場合(ロ)甲ノ所有ノ既登記
 ノ不動產ノ所有權ヲ乙カ取得時効ニ因リテ取得シタル場合(ハ)甲ノ所有ノ既登記
 ニ甲其所有權ヲ丙ニ讓渡シテ取得シタル場合(ニ)甲ノ所有ノ既登記ノ不動產ノ所
 有權ヲ乙カ取得時効ニ因リテ取得シタル場合(ホ)甲ノ所有ノ既登記ノ不動產ノ所
 ノ上ニ丙ノ爲メニ地上權ヲ設定シテ取得シタル場合ノ如シ是等ノ場合ハ皆同一
 ノ結論ニ到達スヘク即チ時効取得ノ對抗問題ノ場合ノ大部分ニ當レリ余ハ以下單ニ此
 判決ノ場合ニ付テハ聊カ評論ヲ試ミントス
 若シ甲ノ所有ノ未登記ノ不動產ノ上ニ乙カ時効ニ因リ地上權ヲ取得シタルモノ未タ
 其登記ヲ爲ササル間ニ甲自己ノ爲メニ所有權ノ保存登記ヲナシタル後其不動產ヲ丙
 ニ讓渡シ丙其登記ヲ爲シタル場合ニ付テハ大審院ハ果シテ如何ナル判決ヲ下ス可キ
 カ前掲第一判決ノ理由中ニ「同一ノ不動產ニ關スル所有權……正當ナル權原ニ因リ
 テ取得シタル者ノ如キハ登記ノ欠缺ヲ主張スルニ依リテ之ヲ見レハ不動產ノ所有者ニシ
 テ第七十七條ニ所謂第三者ナリト例示セルニ依リテ之ヲ見レハ不動產ノ所有者ニシ
 ヲリ正當ナル權原ニ因リテ其所有權ヲ讓受ケタル丙ハ乙ノ地上權取得ノ登記ノ欠缺
 ヲ主張スルコトヲ得ヘシト爲スモノノ如シ果シテ然ラハ第一例ノ丙ハ第七十七條
 ノ適用ニ依リテ所有權ヲ逸シ之ニ反シテ第二例ノ丙ハ同條ノ適用ニ依リテ所有權ノ
 制限ヲ免ルヘシ加之此判決ノ筆法ヲ以テスレハ對抗問題ノ最モ煩繁ナルヘキ不動產
 ノ二重讓渡ノ場合ニ於テモ第一讓受人ハ登記ヲ爲サスレバ對抗問題ノ最モ煩繁ナルヘキ不動產
 ノ二重讓渡ノ場合ニ於テモ第一讓受人ハ登記ヲ爲サスレバ對抗問題ノ最モ煩繁ナルヘキ不動產

トナ得ト云フ結論ヲ生スルニ至ラン
 既ニ此ノ如キ不都合ナル結論ヲ生スル以上ハ溯リテ其前提ニ誤謬アリト論斷セサル
 コトヲ得ス果シテ然ラハ第一判決ニ於テ第七十七條ニ所謂第三者トハ登記ノ欠缺
 ナ主張スルニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者ヲ指稱スト斷定シタルハ正當ナル解釋ニ非
 スト論斷セサルコトヲ得サルナリ然ラハ第七十七條ニ所謂第三者トハ當事者及其
 包括承繼人ニ非ラサル者ノ總稱ナリト解スヘキカ文理解釋ノ上ニ於テハ一應然リト
 言フノ外ナシ而シテ此解釋ヲ是認スル學者亦固ヨリ少ナシトセ(富井博士前掲六一
 頁梅博士前掲、横田博士前掲七五頁乃至七八頁、松岡學士前掲四三頁、トトル神戶物權
 重復論「法學協會雜誌」二八卷三號八五頁以下、明治四〇年一月六日大審院判決)然レト
 モ此解釋ニヨルトキハ到底忍フヘカラサル不都合ナル結果ヲ生スルニ至ラン今左ニ
 其重要ナルモノヲ例示セン
 (一)死亡相續ノ場合ニ不都合ナル結果ヲ生ス(第三者ヲ廣ク解セハ何人ニ對シテモ對抗
 シ得サルヲ以テ)即チ物上請求權ニ基キ返還ノ請求ヲ爲スコト能ハス尙相續不動產ニ
 對スル不法行為ノ場合ニ於ケル不都合アリ
 (二)相續人ノ曠缺セル相續財產カ國庫ニ歸屬シタル場合(民一〇五九條)ニ登記前ニ於テ
 ハ第三者トノ關係ニ於テハ國庫ニモ屬セス又相續財產ノ法人格ハ一定ノ期間(民一〇
 五八條)ノ經過ト同時ニ消滅スヘキカ故ニ結局何人ニモ屬セサル不動產ノ存在ヲ認メ
 サルヘカラサルノ不都合ヲ生ス物上請求權ニ基キ返還ノ請求ヲ爲スコト能ハサル不
 都合及ヒ其不動產ニ對スル不法行為ノ場合ニ於ケル不都合モアリ
 (三)不動產物權ノ取得者ハ登記前ニ於ケル不法行為者ニ對シ其權利ヲ對抗スルコトヲ
 得サルニ至ル
 (四)未登記新築家屋ノ所有者ハ其權利ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルニ至ル

所有権カ地上權ノ制限ヲ受ケサル事ヲ認メラル可キ地位ニアリ故ニ丙ハ地上權ノ設定ニ付キ第三者タリ(ホ)土地ノ所有者甲カ乙ノ爲メニ其土地ノ上ニ抵當權ヲ設定シタルモ乙未タ其登記ヲ爲ササル間ニ甲ハ丙ノ爲メニ其土地ノ上ニ抵當權ヲ設定シ丙之ヲ登記シタル場合ニ於テ丙ハ乙ノ登記ノ欠缺ヲ主張スルコトニ因リテ自己ノ抵當權カ地上權ノ爲メニ其效力ノ制限ヲ受ケサルコト(地上權ノ附着セル土地ハ賣價下落スル意味ニ於テ)認メラルヘキ地位ニアリ故ニ丙ハ地上權ノ設定ニ付キ第三者タリ(四)同條ニ所謂第三者タルニハ法律ニ依リテ少クモ實體的ニ自己ノ權利狀態ヲ認メラルヘキ地位ニアル者タルコトヲ要ス少クモ實體的ニ自己ノ權利狀態ヲ認メラルコトヲ要ス即チ第三者ハ自己ノ權利ヲ以テ更ニ他人ニ對抗シ得ルヤ否ヤハ問ハサルハ一ニ登記ノ有無ニ因リテ決セラル未タ登記ヲ經サルトキハ更ラニ他人ニ對抗スルコトヲ得サルニ止マリ自己ニ對抗セントスル他人ノ權利ニ付キ登記ノ欠缺ヲ主張スルニハ何等ノ支障アルコトナシ他人ノ權利ニ付キ登記ノ欠缺ヲ主張シ得ルコトト自己ノ權利ヲ以テ他人ニ對抗シ得ルコトトハ全ク別個ノ觀念ニ屬ス混同スヘカラス

第三者ノ意義ヲ此ノ如ク縮少シテ解釋スルトキハ之ヲ廣義ニ解スルニ因リテ生スヘキ種々ノ不都合ヲ避ケ得ヘキニ似タリ即チ既ニ前ニ例示シタル死亡相續ノ場合相續人ノ曠缺セル相續財產ノ國庫ニ歸屬ノ場合及ヒ新築ニ因ル家屋ノ所有權ノ取得ノ場合ニ於テハ登記ノ欠缺ヲ主張スルニ因リテ自己ノ權利ノ存在又ハ無制限ヲ認メラルヘキ地位ニアルモノ即チ第三者ナルナキカ故ニ第七十七條ノ適用ナク從テ登記ヲ爲ササルモ何人ニモ對抗シ得ルコトトナル

最後ニ第三者ノ意義ニ關スル上述ノ標準ヲ試ニ取得時効ノ問題ニ適用スレハ消滅時効ノ爲ニ甚タ不利ナル結果ヲ生スルヲ見ル例ヘハ甲ノ所有ニ屬スル不動産ノ所有權ヲ

乙カ時効ニヨリテ取得シタルモ未タ其登記ヲ爲ササルニ當リ甲之ヲ丙ニ讓渡シタル場合ニ於テ丙ハ乙ノ登記ノ欠缺ヲ主張スルコトニ因リテ始メテ自己ノ權利ノ存在ヲ認メラルルコトヲ得ヘキ地位ニアリ甲ノ所有權ハ乙ノ時効取得ニヨリテ消滅シタリト雖モ乙ノ時効取得ト甲ノ所有權消滅トノ間ニハ因果關係アリ即チ時効ニ因リテ乙ノ爲メニハ所有權發生シタルカ故ニ之ト相容レサル甲ノ舊所有權ハ消滅スルナリ(本款第三項三參照)故ニ今若シ丙カ乙ノ時効取得ノ登記ノ欠缺ヲ主張スルコトヲ得ルモノトセハ丙ヨリ見レハ乙ノ取得即チ甲ノ所有權消滅ノ原因ナキコトトナリ從テ甲ノ所有權消滅ノ結果ヲ生セサルコトトナリ從テ丙ハ所有權タル甲ヨリ所有權ヲ讓受ケタルコトトナルカ故ニ所有權ヲ有スルコトトナル故ニ丙ハ乙ノ取得ニ付キ第三者タリ從テ乙ハ登記ヲナスニ非ラサレハ其時効取得ヲ以テ丙ニ對抗スルコトヲ得サルナリ

第三項 第三說及ヒ其批評

第三說ニ曰ク民法第七十七條ハ承繼取得ニノミ適用アリ從テ原始取得ニ屬スル時効取得ニハ適用ナシト(横田博士前掲六七頁以下、松岡學士前掲五七頁以下)

一 其理由ノ一ニ曰ク第三者ナルモノハ當事者ノ存在ヲ前提トス原始取得ニハ當事者ナク從テ之ニ對スル第三者アルコトナシト(明治四二年一月三日東京地方裁判所判決、四三年五月一日東京控訴院判決)之レ非ナリ何者(イ)或ハ權利其物ヲ基礎トシテ第三者ヲ定ムルコトアリ例ヘハ所有權ニアリテハ所有權ニアラサル總テノ人ヲ以テ第三者ト爲ス(民一七九條)又先取特權ニアリテハ先取特權者及ヒ債務者ニアラサル總テノ人ヲ以テ第三者ト爲ス(民三三三條三三六條)又債權ニアリテハ債權者及ヒ債務者及ヒ債務者以外ノ者ヲ總テ第三者ト爲ス(民四一一條四一四條四七四條)或ハ代理關係ヲ基礎トシテ第三者ト稱スルコトアリ(民一〇七條一〇一條一〇八條)或ハ契約利ノ得喪變更ノ原因タル法律事實ヲ基礎トシテ第三者ヲ定ムルコトアリ例ヘハ契約

ニ付テハ當事者及ヒ其包括承繼人以外ノ者ヲ第三者ト稱シ(民五三七條五四條)遺贈
 ニ付テハ遺贈者受遺者及遺贈義務者以外ノ者ヲ第三者ト稱シ(民一〇二條)相續ニ付
 テハ被相續人及ヒ相續人以外ノ者ヲ第三者ト稱ス(民一〇〇條一〇〇九條一〇一〇條)
 又時効ニ付テハ之ニ因リテ直接ニ利益又ハ不利益ヲ受クル者ヲ以テ當事者ト爲ス是
 ニ由リテ之ヲ見レ。當ニ第三者ナル文字必ラスシモ統一の意義ナキコト明カナル
 ノミナラス尙ホ原始取得就中時効取得ニ付テモ亦第三者ナルモノノ存在スルコト疑
 ナ容レス

二 第二ノ理由ニ曰ク新築ニ依リテ家屋ノ所有權ヲ取得シタル者ハ登記ヲ爲サスシ
 テ其權利ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ヘシ而シテ是レ實ニ原始取得ノ一ノ場合
 ナリ故ニ之ヨリ推シテ原始取得ノ總テノ場合ニ於テ登記ヲ要セサルモノト結論セサ
 ルヘカラスト然レトモ之レ特例ノ場合ヨリ一般ヲ推サントスルモノニシテ論理解釋
 ノ措ナルモノナリ

民法物權編ノ規定ニ依ル先取特權下公用徵收ニ因ル所有權ノ取得トハ共ニ原始取得
 ナルニモ拘ラス猶且民法第七十七條ニ從ヒ登記ヲ要スルコト法文上明白ナル以上
 ハ同條力單ニ承繼取得ニ付テノ適用アリトイフハ誤謬ナリト論斷セサルコトヲ得
 ス論者或ハイハシ此二個ノ場合ハ例外タルニ過キス原則トシテ原始取得ニ付テハ登
 記ヲ要セスト是レ固ヨリ一種ノ見解タルヲ失ハス然レトモ(イ)第七十七條ノ規定ノ
 形式上ニ於テ特ニ原始取得ノ場合ヲ除外シタル形迹アラサルコト(ロ)同條立法ノ精神
 カ前ノ如クナルコト(ハ)原始取得ノ或場合ニ於テハ實際上登記ヲ以テ對抗ノ條件トス
 ル必要アルコト例ヘハ一人私人タル土地所有者甲カ其所有權ヲ拋棄シタルニ因リ國庫
 カ之ヲ取得シタルモ國庫力未タ登記ヲ爲ササルニ乘シ甲其所有權ヲ拋棄シタルニ因リ國庫
 ル場合ニ於テ原始取得タルノ理由ヲ以テ國庫力其所有權ノ取得ヲ以テ乙ニ對抗スル

(二二六頁缺ク)

コトヲ得サルカ如シ

第四項 第四說及其批評

第四說ニ曰ク我現行法ニ依レハ公信主義(materialis publicitatis principium)ニ據リタル獨法(獨民八
 九二條八九三條)ト其趣ナ異ニシ登記ハ不動產物權得喪變更ノ公示方法タルニ過キサ
 ルヲ以テ真正ノ權利ニ基カサル登記ハ實體上何等ノ效力ヲ生セサルノミナラス其登
 記ヲ信シテ取引ヲ爲シタル第三者モ亦法律ノ保護ヲ受クルコトヲ得ヘシ例ヘハ甲カ登記簿上乙ノ
 ササルモ其得喪變更ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ヘシ例ヘハ甲カ登記簿上乙ノ
 所有名義ニ屬スル不動產ノ所有權ヲ時効ニ依リテ取得シタルトキハ乙ノ權利ハ絕對
 的ニ消滅シ乙ハ最早其不動產ノ所有權ニ非サルカ故ニ之ヲ他人ニ讓渡スルコトヲ得
 サルハ勿論其不動產カ登記簿上乙ノ所有名義ニ屬スルハ眞ノ事實ニ符合セサルモノ
 ナレハ他人カ其登記ヲ信シテ之ヲ讓受クルニ因リテ其不動產ノ所有權ヲ取得スルコ
 トヲ得ス從テ又甲ノ登記ノ欠缺ヲ主張スルコトヲ得スト(横田博士前掲六九頁明治四
 三年五月一日東京控訴院判決)然レトモ公信主義ヲ採用セザリシ事實ヨリシテ直チ
 ニ此結論ニ到達スルコト能ハス加之此場合ニ類スル二重賣買ノ場合ニ於テ第二讓受
 人ハ第一讓受人ノ登記ノ欠缺ヲ主張シ得ルノミナラス第一讓受人ニ先シテ登記ヲ爲
 シタルトキハ完全ニ所有權ヲ取得シ第一讓受人ニ對シテモ之ヲ對抗シ得ルコトハ學
 說及判例ノ齊シク認ムル所ナリ

第五項 第五說及其批評

第五說ニ曰ク不動產物權ニハ登記ヲ要セサルモノアリ從テ此種ノ物權ノ取得時効ノ
 對抗ニハ登記ヲ要セスト此說ハ總テ不動產物權ノ時効取得ノ對抗ニハ登記ヲ要セス
 ト云フニ非ラサルカ故ニ之ヲ制限の消極說トモ稱スヘキナリ今此說ノ當否ヲ檢セン
 ニ先ツ占有權及ヒ留置權ハ登記ヲ要セスト雖モ何レモ時効ニヨリテ取得スヘカラサ

ル權利ナルカ故ニ本問題ト没交渉ナリ次ニ稍問題トナルヘキハ入會權ナリ而シテ主
ナル學說及ヒ判例ハ入會權ニ付テハ登記ヲ要セストナスモノノ如シ(富井博士前掲六
九頁明治三四年五月八日東京控訴院判決同三六年六月一九日大審院判決)是亦不當ノ
見解ト信ス

第二款 時効ニ特別ナル理由ニ基ク反對說

此部類ニ屬スル消極說ニ四種アリ

第一項 第六說及ヒ其批評

第六說ニ曰ク時効完成前ニ於テ舊權利者ノ處分行爲ニ因リテ權利ヲ得タル第三者ト
時効完成後ニ於テ舊權利者ノ處分行爲ニヨリテ權利ヲ得タル第三者トハ其第三者タ
ル點ニ於テ毫末モ差異ナシ然ルニ時効取得ヲ以テ完成前ノ第三者ニ對抗スル爲メニ
登記ヲ要セサルコトハ學者間ニ異論ナキ所ナリ故ニ完成後ノ第三者ニ對抗スル爲メ
ニモ亦登記ヲ要セサルモノト解セサルヘカラスト(横田博士前掲六八頁鳩山學士法律
行爲乃至時効六〇二頁以下明治四三年五月一日東京控訴院判決)余思ヘラク然ラス論
者カ所謂完成前ノ第三者トハ實ハ時効ノ受働的當事者(即チ時効ニ因リテ不利益ヲ受
ケル當事者)ニ外ナラス時効ハ法律上ノ效果ノ發生原因タル法律事實ナリ此法律事實
ハ期間ノ滿了ニ因リテ始メテ完成ス其效力ハ週及スレトモ其事實ハ週及セス故ニ時
効ナル法律事實ノ受働的當事者ハ期間滿了ノ時期ニ於ケル現在ノ權利者ナリ果シテ
起算日ニ於ケル權利者ト同一人タルト將々其包括若クハ特定ノ承繼人タルトハ敢テ
間フ所ニアラサルナリ論者カ時効ノ效力カ其起算日ニ週及ル(民一四四條)ノ故チ以テ起
算日ニ權利者タリシ者ノミカ其受働的當事者ニシテ其特定承繼人ハ完成前ノ行爲ニ
因ルト否トナ問ハス悉皆第三者ナリト思ヘルハ要スルニ事實ト其效力トノ間ノ重要
ナル差異ヲ看過シタルノ結果ニ外ナラス

第二項 第七說及ヒ其批評

第七說ニ曰ク取得時効ハ繼續セル公然ノ占有チ以テ其要件ト爲スカ故ニ自ラ第三者
ニ對スル公示ノ要件ヲ具備シ更ニ登記ヲ以テ之チ公示スルノ必要アルコトナシト(横
田博士六八頁以下明治四二年一月三日東京地方裁判所判決)然レトモ一方ニ於テハ
公然ノ占有ノミチ以テシテハ公示方法トシテ事實上不十分ナルモノアリ又他方ニ於
テハ一旦時効完成セル後ニ於テハ占有ノ繼續ヲ必要トセス故ニ此理由ハ未タ以テ登
記ノ不要ヲ證スルニ足ラサルナリ

第三項 第八說及ヒ其批評

第八說ニ曰ク我カ民法ハ獨逸民法ト異ニシテ登記ヲ以テ不動產物權ノ取得時効ノ效
果發生ノ要件ト爲サス其結果トシテ時効ニヨル不動產物權ノ取得ヲ以テ第三者ニ對
抗センカ爲メニハ登記ヲ要セスト(横田博士前掲七〇頁鳩山學士前掲六〇三頁)然レト
モ物權ノ取得ト其對抗トノ間ニハ明カニ區別アリ

第四項 第九說及ヒ其批評

第九說ニ曰ク不動產物權ノ得喪變更ハ不動產登記法ノ定ムル所ニ從ヒテ登記スルコ
トヲ要スルノ(民一七七條)然ルニ登記スヘキ事項ヲ限定セル同法第一條ニハ時効取
得チ意味スヘキ文字ヲ包含スルコトナシ故ニ時効取得ハ同法ニ登記ノ手續ヲ規定セ
サルノ理由チ以テ登記ヲ要セサルモノト斷定セサルナリ(下クトル神戸前掲六四
頁)明治四二年一月三日東京地方裁判所判決此說亦一理ナキニ非スト雖モ元來同法
第一條ニ所謂設定云々ノ文字ハ民法第百七十七條ニ所謂得喪變更ナル文字チ分析シ
タルニ過キサルコトハ疑ナ容レス(續法典實錄一六頁以下所載梅博士解答)從テ時効
取得モ亦其中ノ何レカニ該當スルモノト解スルチ正當ト信ス原始取得タル時効取得ニアリテハ
利ノ移轉ニ該當スルモノト解スルチ正當ト信ス原始取得タル時効取得ニアリテハ

利ノ發生アレトモ其移轉アルコトナシ此正確ナル意義ニ於テハ時效取得カ移轉ニ該當セサルコト固ヨリナリ然レトモ讓テ考フレハ移轉ナル語カ從來必スシモ常ニ此ノ如キ本來ノ狭義ニノミ解セラレサリ形迹モ亦之ナキニ非ス例ヘハ公用徵收ニ因ル物權ノ取得カ原始取得ナルコトハ前述ノ如シ然ルニ普國公用徵收法(一八七四年制定)第四十四條ニハ所有權ノ移轉(Ubergang)ナル語ヲ用ヒタリ而カモ同法ノ解釋トシテモ公用徵收ニ因ル取得ヲ以テ原始取得ナリトイフヲ通説トス現ニ我カ不動產登記法第百三條及ヒ第四百九條ニ於テモ「土地收用ニ因ル所有權移轉」ナル語ヲ用ヒタルニ非スヤ是ニ由リテ之レヲ見レハ同法第一條ニ所謂移轉ナル語ハ單ニ承繼取得ノミナラス原始取得ヲモ包含スルモノト解スルヲ妥當トス(乾政彥法學士法學協會雜誌第三〇卷第六號一頁以下同第七號六〇頁以下要領)

本論ニ於テ骨子ノ問題ハ「第三者ノ意義如何」ニ歸着ス而シテ法典ニ於ケル或意義ヲ決定スルニ當リテ多種多樣ノ見解アル場合ニ於テハ法律生活ノ實際ヲ察シ弊害ヲ認メサル(少ナクトモ弊害)見解ヲ求ムヘキハ法學者ノ任務ニシテ又法律解釋ノ根本義ナリ本論ノ說者ハ最モ爰ニ意ヲ注キ總テ此根本義ヲ中心トシテ解説ヲ試ミタルハ吾人ノ大ニ敬意ヲ表スヘキ所ナリ

一七七條ヲ當事者ノ意思表示ニ基ク場合ニ局限シ而シテ第三者ノ意義ヲ廣義ニ解セハ死亡相續ノ場合相續人ノ曠缺セキ相續財產カ國庫ニ歸屬シタル場合新築家屋ノ場合等ニ付テハ其弊害ヲ認メサルヘシト雖トモ登記前ニ於ケル不法行為

ニ對シテ對抗力ナキ弊害ヲ生シ又時效其他ノ原始的取得ニ就テ第三者ノ保護ヲ缺クヘキ結果ヲ生シ登記制度ノ根本的感念ニ背クヘシ故ニ一七七條ヲ當事者ノ意思表示ニ基ク場合ニ局限スルハ絕對ニ不可ナルコト明白ナリ果シテ然ラハ殘ル所ハ第三者ノ範圍ヲ如何ニ決定スヘキカノ問題ナリ而シテ此範圍ヲ決定スルニ就テ本論ハ前述ノ原則ヲ中心トシ有ラユル判例學說ト對照シテ之ヲ決定セント試ミタリ之レ吾人カ本論ニ贊同ヲ表スル所以ナリ

取得時効ニ因ル取得者カ失權者ニ對シテ對抗スルニ就テハ登記ヲ要セサルコト勿論ナリ故ニ時効ニヨル取得者ハ時効カ完成シタル後直チニ保存登記ヲ爲シ又ハ移轉登記ノ(失權者名義ニ)假處分ヲ爲サハ其利益ヲ完フスルコトヲ得ヘシ從ツテ第三者ニ對抗スルニ就キ登記ヲ要スルモノトスルモ敢テ甚タシキ弊害ヲ認ムルコトナシ

養子縁組
成立要件

養子縁組ノ成立要件

民法

(參照)民八五一 縁組ハ左ノ場合ニ限り無効トス
一、人違其他ノ事由ニ因リ當事者ニ縁組ヲ爲ス意思ナキトキ
二、當事者カ縁組ノ届出ヲ爲ササルトキ但シ其届出カ第七十五條第二項及ヒ第八百四十八條第一項ニ掲ケタル條件ヲ缺クニ止マルトキハ縁組ハ之レカ爲メニ其效力ヲ妨ケラレルコトナシ

縁組ハ當事者ノ一方カ相手方ヲ養子ト爲スノ意思ヲ表示シ相手方又ハ其父母カ代リテ之ヲ承諾スルノ意思ヲ表示スルニ因リ成立スル契約ナレハ當事者ノ此意思表示ハ實ニ縁組ノ法律上ノ組成要素タリ故ニ當事者カ此意思ヲ表示シ其表示シタル意思ハ其眞意ナルニ於テハ縁組契約ハ成立シ當事者ニ縁組ヲ爲スノ意思ナキモノト謂フ可カラズ當事者カ或ル約款ノ下ニ縁組ヲ爲シ其約款カ之ヲケレハ縁組ノ意思ヲ表示セサル可キ者ニシテ縁組契約ノ所謂主觀的要素ヲ成ス場合ニ於テモ其約款ノ内容カ縁組ノ法律上ノ組成要素タル意思表示ノ内容ト相容レヌシテ其存在ヲ失ハシメ縁組ノ法律上ノ性質ヲ變セサルニ於テハ約款ヲ附シタルハ故チ以テ縁組ヲ爲シタルモハニ非ラズト爲スチ得ス本件縁組ハ養子タル上告人チシテ養父久右衛門ノ推定家督相續人タル資格ヲ取得セシメス養父カ遺言ヲ以テ家督相續人ト爲シタル養母即チ被上告人チ家督相續人タラシムル約款ノ下ニ成立シ其約款ハ本件縁組ノ主觀的要素ナルコト原院ノ確定シタル所ニシテ其約款タルヤ縁組ノ間接ノ效果タル上告人ノ法律上ノ相續資格ヲ變更スルヲ以テ其内容ト爲シ縁組ノ法律上ノ要素タル意思表示ヲ變シテ他ノ意思表示ヲ示シタルヘキモノニ非サレハ其約款カ縁組ノ主觀的要素ナルカ爲メニ縁組契約ノ成立ニ妨クル所ナク從テ當事者間ノ契約ヲ以テ縁組ニ非スト論スルヲ得ス尤モ推定家督相續人タル資格ノ得喪ハ法律ノ定ムル所ニシテ契約ヲ以テ之ヲ變更スルヲ許サレハ其變更ノ内容トシタル如上ノ約款ハ法律上不能ノ事項ヲ以テ之トスルモノト謂フ可クシテ無効タルヲ免レス其無効ハ法律行爲ノ一般原則ヨリ論スレハ縁組行爲全體ノ無効ヲ來スヘシト雖モ縁組ニアリテハ特ニ民法第八百五十一條ニ於テ無効ノ場合ヲ限定シタルカ故ニ一般ノ原則ニ從ヒテ之ヲ無効ナリトスルヲ得ス(大審院四五年(三)三九號同年六月一日民一宣言)

本問ハ興味深キ問題ナリ參考トスヘキ學說判例左ノ如シ

一、民法八百五十一條第一號ノ規定ニヨリ縁組ノ無効トナルハ其意思ノ全ク存在セザルトキナルコトヲ要ス單ニ瑕疵アルニ過キサル場合ニ於テハ詐欺、強迫ヲ以テ取消ノ原因トナスニ止マリ無効ヲ來スヘキモノニアラス故ニ相手方ノ身分、性質、財産等ヲ誤リタル場合ニ於テ縁組ノ效力ニ影響ヲ來スモノニアラス(故信岡辯護士法學志林十卷五號二八頁以下、奥田博士親族法論三〇三頁及ヒ一四二頁、牧野氏日本親族法論三四一頁及ヒ一九九頁)

一、當事者カ特ニ或ル事項ヲ以テ縁組ヲ爲ス要素トナシタル場合ニ於テ之レアルカ爲メニ縁組ヲ爲ス意思アルモ之レナカリモハ縁組ヲ爲ス意思ナキ如キ主要ナルモノチ欠缺シタルトキハ第八百五十一條ニ因リ縁組ヲ爲ス意思ナキモノトシテ無効ナリ故ニ相手方ヲ華族ナリト信シタル場合ニ眞實華族ニアラサリシトキハ縁組ノ無効ヲ來スモノトス(四〇年大審院判決錄一二〇七頁)

不當ノ告
訴ヲ爲シ
タル不法
行爲

七〇九 故意又ハ過失ニヨ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ス(參照)刑訴一三 被告人免訴又ハ無罪ノ言渡ヲ受ケタル場合ニ於テ其訴訟ノ原告告訴人告發人、又ハ民事原告人ノ惡意若クハ重過失ニ出テタルトキハ是等ノ者ニ對シ損害ノ償ヲ要ムルコトヲ得 被告人刑ノ言渡ヲ受ケタリト雖モ告訴人告發人又ハ民事原告人ヨリ惡意若クハ重過失ニヨリ其犯罪ニ付キ過實ノ中
立ヲ爲シタルトキ亦同シ
民事原告人上訴ヲ爲シ敗訴ヲ爲シタルトキハ被告人其上訴ニ因リ生シタル損害ノ償ヲ要ムルコトヲ得
要償ノ訴ハ本案ノ判決アル迄何時ニテモ其裁判所ニ之ヲ爲スコトヲ得

不當ノ告訴ヲ爲シタル不法行爲ニ因ル損害賠償ノ請求ニハ不法行爲者ニ故意又ハ重過失アルコトヲ要件トス

被控訴人カ控訴人等ノ爲メ恐喝セラレ甲第二號證(金百圓ノ借用證書)ヲ騙取セラレタ

ル旨ノ告訴ヲ長野地方裁判所上田支部ノ檢察ニ對シテ爲シタルヨリ控訴人ハ刑ノ訴
追ヲ受ケ六十三日間長野監獄上田分監ニ拘禁セラレタリシカ結局東京控訴院ニ於テ
無罪トナリタルコトハ當事者間ニ爭ヒナキ處ナリ然レトモ刑事訴訟法第十三條第一
項ニヨレハ被告人無罪ノ言渡シヲ受ケタリトスルモ其訴訟ノ原因告訴人ノ惡意若ク
ハ重過失ニ出テタルニアラサルトキハ其告訴人ニ對シ損害ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得
サルヲ以テ本件ノ場合ニ於テハ告訴人タル被控訴人ニ惡意若クハ重過失アリタリヤ
否ヤヲ審究スルコトヲ要ス(東京控訴院民一部判決法律新聞七九九號二四頁)

同趣旨判例(三五年大審院判決錄九卷一〇九頁)同說(豐島博士刑新論五〇一頁富田氏刑
訟法玄義)尙ホ刑訴二六頁告訴告發ニ因ル不法行爲參照

地代増額
請求

地代増額ハ地主カ地上權者ニ對シテ増額請求ノ意思表示ヲ爲シタル時ヨリ效力
ヲ生スヘキモノニシテ判決確定ノ時ヨリ起算スヘキモノニアラス

地主カ地上權者ニ對シテ地代ノ増額ヲ請求シ得ル場合ニ於テ其相當増額ハ固ヨリ裁判
所ノ裁判ニ因リ定マルヘキモノナルモ其増額スヘキ時期ニ至リテハ地主カ地上權者
ニ對シテ意思表示ヲ爲シタル時ヨリ起算スルヲ以テ相當トシ判決確定ノ時ヨリ起算ス
ヘキモノニ非ス何トナレハ若シ然ラズトセハ一般慣習法ノ認ムル公租公課ノ増徴地
價ノ騰貴等ニ因リ地代増額ノ事由既ニ發生シ地主ニ於テ増額ノ意思表示ヲ爲スニ拘
ハラス地上權者ニ異議アリテ上訴ヲ爲シ其他裁判手續ノ遅延ノ爲メ地代増額ノ後ル
ル不條理ニ陥ル可ケレハナリ被上告人ノ援用スル明治四十年(を)第百六十九號同年七
月九日附當院ノ判決ハ地代ノ増加スヘキ額カ裁判ニ因リ定マルヘキコトヲ判示セタ

ルニ止マリ増額ノ時期ニ付テ判示シタルモノニアラス(大審院(を)四三〇號四五年五月
一三日民二判決)

本件ニ關シテ過般東京控訴院ハ判決又ハ全意アリタルトキヨリ値上ゲノ效力ヲ
生スト判決シタルニ對シ本書ハ本論ト同様ノ見解ノ下ニ判決ノ不當ヲ詳論シタ
リ(民法六頁)値上ノ效力ヲ生スル時期參照尙ホ本問ニ關シテハ民法一二六頁地代
増額判決ノ性質及ヒ同一九五頁地上權ノ地代參照

一〇八 何人ト雖モ同一ノ法律行爲ニ付キ其相手方ノ代理人ト爲リ又ハ當事者雙方ノ代理人ト爲ルコトヲ得ス但シ
債務ノ履行ニ付テハ此限ニ在ラス

委任代理人ハ自己カ選任シタル復代理人ヲシテ本人ヲ代理セシメ自己ト本人ト
ノ間ノ法律行爲ヲ爲スコトヲ得ルヤ

代理人カ一般的ニ復代理人ヲ選任スルコトヲ許サレサル場合ニ於テハ本問ハ消極的
ニ之ヲ解スヘク又代理人カ特ニ本人ノ許諾ヲ得テ本人ヲ代表スヘキ復代理人ヲ選任
シタルトキハ之ヲ積極的ニ解スルヲ可ナリトスルニ付キテハ異論ナシト信ス
代理人カ一般的ニハ復代理人ヲ選任スルノ權限ヲ有スルモ己レ自ラ法律行爲ヲ爲ス
ニ臨ミ其對手人トシテ本人ヲ代表スヘキ復代理人ヲ選定スルニ付キテハ本人ノ許諾
ヲ得サリシ場合ニ於テハ本問ハ之ヲ消極ニ解スヘキヤ又ハ積極ニ之ヲ解スヘキヤニ
付キテハ異論アルヲ免カレスト雖モ余ハ消極說ヲ可ナリト信ス
積極說ヲ支持スルノ理由トシテハ(一)民法第百八條ニハ「何人ト雖モ同一ノ法律行爲ニ

復代理人カ
代理人トシテ
委任代理人ト
爲スル法律行
爲

付キ其相手方ノ代理人ト爲リ又ハ當事者双方ノ代理人ト爲ルコトヲ得スト規定シ代理人カ復代理人ヲ選任シ之ヲ對手人トシテ自カラ法律行爲ヲ爲ス場合ニ付キテハ何等ノ禁止規定ナキヲ以テ代理人ト復代理人トノ間ニ於テ法律行爲ヲ爲スコトハ適法ナリト解スルヲ得ヘシ(二)復代理人ハ代理人ノ代理人ニアラスシテ直接ニ本人ヲ代理スルモノナレハ代理人カ復代理人ヲシテ本人ヲ代理セシムルモ之カ爲メニ代理人ハ復代理人ニ因リ間接ニ本人ノ代理人トナリテ法律行爲ヲ爲シタルモノト謂フコトヲ得ス從テ民法第百八條ノ規定ニ依リ其法律行爲ヲ爲シタルモノト謂フコトヲ得トナ得ヘシ然レトモ本問ノ如ク代理人カ復代理人ヲ選任シ之ト法律行爲ヲ爲スコトヲ得ルニ於テハ民法第一〇八條カ禁止シタルト同一ノ結果ヲ生スルヲ免レス何トナレハ代理人ハ往々ニシテ其腹心ノ者ヲ復代理人ニ選任スヘク復代理人ハ專ラ自己ヲ選任シタル代理人ノ爲メニ動作シ本人ノ利益ハ措テ之ヲ顧ミサルニ至レハナリ故ニ本問ノ場合ハ民法第百八條中ニ明カニ規定セスト雖モ同條ノ精神解釋ニ依リ代理人ハ自カラ委任ノ目的タル法律行爲ノ當事者タリ代理人タルコトヲ得サルハ勿論其選任シタル復代理人ヲ相手方トシテ法律行爲ヲ爲スコトヲ得サルモノト斷定スルヲ可ナリト信ス(横田博士法學新報二二卷七號九一頁以下要領)

本論ニ於テ想像シタル場合ハ(一)本人ノ許諾ヲ得テ選任シタル場合(二)本人カ唯タ一般的ニ選任ノ權限ヲ與ヘタルモ而カモ自己ト代理人トカ行爲ヲ爲ス爲メニ選任スルコトアルヲ知ラサル場合ナリ(一)ニ就テ異論ナキハ勿論ナリ(二)ニ就テハ絶對ニ反對ナシトハ云フ能ハサルヘク尙ホ(三)本人カ選任ニ付許諾ヲ與ヘタルニアラサルモ代理人カ自己ト行爲ヲ爲ス爲メ選任スルコトアルヘキコトヲ知リ一般

的ニ選任權ヲ與ヘタル場合ヲ想像シ得ヘシ本論ノ如ク一〇八條ト同一ノ理由ニヨリ(二)ノ場合ヲ無効ナリトスレハ此(三)ノ場合モ亦同一ニ論セサル可カラス何者一〇八條ハ公益的規定ナルヲ以テ本人カ知ルト知ラサルトニヨリ左右スヘキモノニアラサレハナリ然レトモ一〇八條ト同一ニ解スヘキヤ否ヤハ問題タルヘシト思惟ス

七三三

子ハ父ノ家ニ入ル

父ノ知レサル子ハ母ノ家ニ入ル

父母共ニ知レサル子ハ一家ヲ創立ス

八三二

認知ハ出生ノ時ニ適リテ其效力ヲ生ス但シ第三者カ既ニ取得シタル權利ヲ害スルコトヲ得ス

認知ハ親子關係ヲ確定スルノミニ止マラスシテ被認知者ノ家籍ニ變動ヲ生スヘキヤ

吾人ノ見解ハ家籍ニ變動ヲ及ササルモノトスルニ在リ被認知者カ戸主ナルモ又家族ナルモ……然ルニ通説ハ變動ヲ認メントス而シテ(一)認知ノ時ヨリ變動ヲ生ストナス說ハ七三三條ヲ根據トシ(二)出生ノ時ニ適及シテ變動ストナス說ハ八三二條及七三三條ヲ根據トス
長崎控訴院判決(法律新聞七九三號)ハ認知ハ單ニ法律上親子關係ヲ確定スル效力ヲ有スルニ止マルトナス然リ之レ以外何等ノ效力ヲ生スヘキ理由ナシ
右(一)說ハ七三三條ヲ解釋スルモノナリ同條ハ出生當時ニ於ケル家籍ノ關係ヲ規定ス

ルモノ認知ノ場合ニ適用ナシ若シ同條カ無制限ニ適用アルモノトスレハ七四三條二項七三八條二項ハ何ノ爲メニ設ケテレタリヤ解スルコト能ハス加之若シ被認知者カ戸主タルトキハ如何ン絶對說ハ此場合猶家籍ノ變動アリトナス不當モ亦甚タシ右(二)說ハ認知カ遡及スト云フ規定ナ理由トシテ家籍ノ變動モ遡及スト設クモノナリ然レトモ民法ハ家籍ノ遡及スヘキコトナ一言モセス之ナ一言モセサルニ遡及ストトナスハ此レ牽強附會ノ說ナリ況ンヤ家籍變動ニ關シ戸籍法中何等ノ規定ナシ更ニ被認知者カ他家ニ縁附キタル場合ハ如何ン夫婦同居ノ義務ハ履行シ難カルヘク婚姻ハ父ノ同意ナキ爲メニ無効トナルヘシ養子縁組ノ場合亦同一ノ不都合ヲ生セン要スルニ理論上實際上認知ハ親子關係ノ確定ヲ爲ス效力ノミニ止マリ家籍ニ變動ヲ及ササルモノト解セサル可カラズ(齋藤「嚴」辯護士法律新聞七九七號三頁以下要領)

八三二條ノ規定ニヨリ認知カ遡及スルモノトスル以上ハ家籍ノ變動ヲ生シ其變動モ亦遡及スルヲ原則ト解スルヲ可ナリト信ス而シテ被認知者カ戸主ナル場合ノ如キハ我民法カ或一定ノ場合ニアラサレハ戸主權喪失ヲ認メサル結果トシテ變動ヲ及ホサス又婚姻若クハ養子縁組ニヨリテ他家ニ入りタル場合ノ如キハ其變動ヲ認ムルモノトスレハ既ニ第三者ノ得タル權利即チ婚姻ニ就テ云ヘハ夫權縁組ニ就テ云ヘハ親權ヲ害スヘキ結果ヲ生スルヲ以テ是等ノ場合ニ於テハ八三二條但書但シ第三者カ既ニ取得シタル權利ヲ害スルコトヲ得スト云フ規定ノ適用ニヨリ家籍ノ變動ヲ生セサルモノト解スルヲ正當ト信ス(民法一七〇頁戸主タル私生子ノ認知參照)

保證人ハ時効ヲ援用スルコトヲ得ルヤ

時効ハ當事者カ之ヲ採用スルニ非レハ裁判所之ニ依リテ裁判スルコトヲ得ス

時効ノ當事者トハ時効ニ因リテ直接ニ利益ヲ受クヘキ者及ヒ其包括又ハ特定承繼人ナリ時効ニ因リテ間接ニ利益ヲ受クルニ過キサル者ハ此處ニ所謂當事者ニ非ス取得時効ニ因リテ權利ヲ取得スヘキ者消滅時効ニ因リテ義務ヲ免ルヘキ者ハ即チ時効ノ當事者ナリ連帶債務者連帶保證債務者ニ付テノミ規定ヲ存シ保證人ニ付テハ何等ノ規定ナキカ爲メ保證人ニ時効援用權ナキカ如クナルモ保證人ハ主タル債務者ノ不履行ノ場合ニ履行ノ責任ニ任スヘキ者ニシテ主タル債務ノ時効ニ罹リタルトキハ其當然ノ結果トシテ其實ヲ免ルヘキモノナレハ之ヲ本條ニ謂フ當事者中ニ包含セシムルヲ可トス(富井博士民法原論五五五頁岡松博士民法理由一四五條平沼博士民法總論六九三頁鳩山學士法律行爲乃至時効六一〇頁然ルニ中島博士ハ之ニ反對シ保證人ノ利益ハ間接ノ利益ナリ殊ニ連帶債務者及連帶保證債務者ノミニ規定アリテ保證人ニ規定ヲ缺クヨリ見テ明白ナリト說明セリ(民法釋義一四五條)本問ニ關スル大審院判決僅カニ一個アルノミニシテ之ヲ摘載スレハ

民法第四百五條ニ所謂當事者トハ時効ニ因リ直接ニ利益ヲ受クヘキ者ヲ指稱ス從テ抵當權ヲ設定シタル第三者ノ如キ債權ノ消滅時効ニ付キ間接ニ利益ヲ受クル者ハ之ヲ包含セス(四三年大審院判決錄二二頁)

ト云フニ在リ聊カ中島博士ノ說明ニ類スル所アルカ如キモ民法ハ第三編第一章第三節多數當事者ノ債權「ナレ」一節中ニ不可分債務連帶債務者ト併セテ保證債務者ヲ規定シタルヨリ見ルモ又主タル債務ト保證債務トヲ比較シ主タル債務者ニ之ヲ與ヘ固ト實輕カルヘキ保證人ニ之ヲ與ヘサルハ不合理ナル等ニヨリ通說ニ從フテ正當ト信ス

過失ナキ不法行為論

最近吾人ノ耳目ヲ聳動セシメタル慘害ハ北米合衆國ニ於ケル水力電氣用貯水堰場ノ破壞ニヨル住民ノ大損害ナリ我邦又現今水力電氣ノ發達セルヲ見ル之ヲ民法上ノ問題トシテ研究スヘキ要アルヤ勿論ナリ

不法行為ノ責任ニ關シ過失主義ハ羅馬法ニ發シ原因主義ハ日耳曼古法ノ取リシモノ中世以降獨佛ノ羅馬法承繼ヨリ歐洲大陸諸國一般ニ過失主義ヲ原則トスルニ至リ我民法亦之ヲ原則トシ(イ)工作物所有者ノ責任(民七一七條)(ロ)客ノ來集ヲ目的トスル場屋ノ主人ノ責任(前三五四條)ヲ例外トシテ原因主義ヲ認ム(中略)

余ハ爰ニ民法七一七條ノ規定ニ就テ貯水堰場ノ破壞ニ因ル水電企業者ノ民事責任ヲ研究セント欲ス

所謂土地ノ工作物中ニ堰堤ヲ包含スヘキコトハ一般ニ之ヲ認ム(岡松博士民法理由七一七條)横田博士中央大學講義債權各論六三八頁)菱谷學士不法行為論三〇三頁殊ニ民法二一六條カ貯水排水又ハ引水ノ爲メ設ケタル工作物(テ)文字ヲ使用セルヨリ見ルモ決シテ不當ナル解釋ト言フヘカラス而シテ本條ノ責任ニハ占有者及ヒ所有者ノ過失アリタルコトヲ要件トセス唯タ被害者ハ工作物ノ設置又ハ保存ニ瑕疵アリタルコトヲ證明スヘキ責任アルノミ(川名博士帝國大學四十一年講義)然ルニ若シ占有者カ損害ノ發生ヲ防止スルニ必要ナル注意ヲ爲シタルトキハ占有者ハ其責任免ルルモノナリト雖モ此場合ニハ所有者カ責任ヲ負フヘキモノニシテ而カモ所有者ノ責任ハ絕對嚴正ナル最後責任ナリ即チ自己ニ過失ナカリシコトヲ證明スルモ尙ホ其責任免ルルコトヲ得ス(川名博士前掲)石坂博士民法研究第一卷六二二頁)横田博士前掲(六二九頁)小澤政許氏(不法行為一頁)ハ之ニ反對シ占有者ニ責任ナキトキハ一般ノ原則即チ七〇九條ノ規定ニヨリ所有者ニ故意又ハ過失アル場合ニアラサレハ責任ナシトナスハ誤レリ本條所有者ノ責任ハ過失ヲ要件トセサルヲ以テ不法行為上ノ責任ニアラスハ律ノ特ニ認メタル責任ナリ(川名博士前掲)

以上ノ解釋ハ企業者ニトリテ極メテ過酷ナルカ如キモ自己ノ利益ノ爲メニ不當ニ他人ノ利益ヲ危險ニ陥ラシメタル者チシテ斯カル責任ヲ負ハシムルハ寧ロ反テ正義公平ノ要求ニ適合スルモノトナスヘク利益ノ前ニハ往々ニシテ他人ノ生命財產ノ眼中ニ置カサル現代企業者流ノ思潮ヲ抑壓シ人道ト工業トノ調和ヲ計ラント欲セハ實ニ止ヲ得サルノ至ス所余輩ハ寧ロ工作物設置又ハ保存ノ瑕疵ニ關スル立證責任ヲ顛倒シ之ヲ占有者ニ移スナ正當ト信ス(末弘法學士法學協會雜誌三〇卷七號一一七頁以下要領)

至當ノ見解異論ノ餘地ナシ

トチ證明スヘキ責任アルノミ(川名博士帝國大學四十一年講義)然ルニ若シ占有者カ損害ノ發生ヲ防止スルニ必要ナル注意ヲ爲シタルトキハ占有者ハ其責任免ルルモノナリト雖モ此場合ニハ所有者カ責任ヲ負フヘキモノニシテ而カモ所有者ノ責任ハ絕對嚴正ナル最後責任ナリ即チ自己ニ過失ナカリシコトヲ證明スルモ尙ホ其責任免ルルコトヲ得ス(川名博士前掲)石坂博士民法研究第一卷六二二頁)横田博士前掲(六二九頁)小澤政許氏(不法行為一頁)ハ之ニ反對シ占有者ニ責任ナキトキハ一般ノ原則即チ七〇九條ノ規定ニヨリ所有者ニ故意又ハ過失アル場合ニアラサレハ責任ナシトナスハ誤レリ本條所有者ノ責任ハ過失ヲ要件トセサルヲ以テ不法行為上ノ責任ニアラスハ律ノ特ニ認メタル責任ナリ(川名博士前掲)

以上ノ解釋ハ企業者ニトリテ極メテ過酷ナルカ如キモ自己ノ利益ノ爲メニ不當ニ他人ノ利益ヲ危險ニ陥ラシメタル者チシテ斯カル責任ヲ負ハシムルハ寧ロ反テ正義公平ノ要求ニ適合スルモノトナスヘク利益ノ前ニハ往々ニシテ他人ノ生命財產ノ眼中ニ置カサル現代企業者流ノ思潮ヲ抑壓シ人道ト工業トノ調和ヲ計ラント欲セハ實ニ止ヲ得サルノ至ス所余輩ハ寧ロ工作物設置又ハ保存ノ瑕疵ニ關スル立證責任ヲ顛倒シ之ヲ占有者ニ移スナ正當ト信ス(末弘法學士法學協會雜誌三〇卷七號一一七頁以下要領)

七六二 新ニ家ヲ立テタル者ハ其家ヲ廢シテ他家ニ入ルコトヲ得
家督相續ニ因リテ戸主トナリタルモノハ其家ヲ廢スルコトヲ得ス但シ本家ノ相續又ハ再興其他正當ノ事由ニ因リ
列所ノ許可ヲ得タルトキハ此限ニ在ラス

九三四 被後見人カ戸主ナルトキハ後見人ハ之ニ代リテ其權利ヲ行フ但家族ヲ離籍シ其復籍ヲ拒ミ又ハ家族カ分家ヲ爲シ若クハ廢絶家ヲ再興スルコトニ同意スルニハ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス
後見人ハ未成年者ニ代リテ親權ヲ行フ但シ第九百十七條乃至第九百二十一條及七前十條ノ規定ヲ準用ス

後見人カ戸主權ヲ行フ場合ニ廢家ヲ爲スコトヲ得ヘキヤ

民法第九百三十四條第一項ニハ被後見人カ戸主ナルトキハ後見人ハ之ニ代ハリテ其權利ヲ行フトアリテ被後見人ニ意思能力アル場合ト否ラサル場合トヲ問ハス均シク後見人ニ戸主權ヲ代リ行ハシムル旨規定スルニ因リ或ハ該規定ニ基キ後見人ハ被後見人ニ代リ其家ヲ廢スルコトヲ得トノ説ヲ爲スモノナキニアラサレトモ廢家トハ即チ戸主權其物ヲ拋棄スルコトヲ意味シ戸主權ヲ行使スルコトトハ其間當然タル差別アルカ故ニ右規定ニ依リテハ當然後見人ニ斯ル權限アルコトヲ斷定スルコトヲ得ルヤ更ラニ疑ヲ容レズ然ラハ即チ廢家即チ戸主權ノ拋棄ハ戸主自身ニ於テ之ヲ爲シ得ルニ止マリ後見人ハ之ニ代リ斯ル行爲ヲ爲シ得ヘキモノニアラサルコトハ明シナリトス尙抗告人ハ戸主カ未成年者ニシテ意思能力ヲ有セサル場合ニ於テ其意思ヲ代表スヘキ親族會ノ決議ヲ經ルトキハ後見人ハ該決議ニ基キ廢家ヲ求ムルコトヲ得可キ旨主張スレトモ是レ全ク法ノ認メサル所ナレハ結局本件抗告ハ毫モ其理由ナク原決定ハ相當ナルヲ以テ主文ノ如ク決定シタリ(東京地方裁判所民一判決法律新聞八〇〇號二三頁)

本件判決ハ正當ナリ左ノ判例學說ヲ一讀スル要アリ

一、後見人ハ幼者ノ利益保護ノ爲メニ設クルモノナレハ民法施行以前ト雖モ廢居ノ如キ身分ニ關スル重要事項ハ幼者ニ代テ之ヲ爲ス權利ヲ有セス(三十七年大審院判決

錄一一五五頁)
一、意思能力ナキ未成年者ハ法定代理人ニ據リテモ廢家ヲ爲スコトヲ得ス若シ意思能力ヲ有スルトキハ法定代理人ノ同意ヲ得テ廢家ヲ爲スコトヲ得但届出ニ付テハ戶籍法第四十六條ヲ適用ス可シ(牧野氏日本親族法論九三頁、三十七年十二月二日民刑局長回答)

樹木ハ不動産ナリ

八六 土地及ヒ其定着物ハ之ヲ不動産トス此他ノ物ハ總テ動産トス
無記名債權ハ之ヲ動産ト看做ス
二四二 不動産ノ所有者ハ其不動産ノ從トシテ之ニ附合シタル物ノ所有權ヲ取得ス但シ權原ニヨリテ其物ヲ附屬セシメタル他人ノ權利ヲ妨ケス

樹木ハ土地ヲ使用スル權利ヲ併有セザレハ獨立シテ不動産タルコトヲ得ス

土地ノ定着物タル樹木ハ共ニ不動産トシテ各自別個ノ所有權ノ目的トナリ得ヘシト雖トモ素ト樹木ノ不動産タルハ土地ニ附著シ其ノ所在ヲ變更セサルモノト看ルニ因ル故ニ特ニ該樹木ニ付キ登記セハ格別土地ヲ使用スル權利ヲ併有スルコトナク獨立ノ不動産トシテ其所有權ヲ認メ難ク民法第二百四十二條ノ規定ニ徴スルモ然ル所以ヲ知ルニ足ル然ルニ上告人ハ曾テ本件桑樹ハ上告人自ラ其所有地ニ植付ケタルモノナルヲ主張ヲ爲サス而シテ原判決ニハ桑樹ハ上告人自ラ其所有地ニ植付ケタルモノナルコトヲ判示シタル上、甲第六號證土地賣渡證ニハ明治四十三年一月十六日控訴人(上告人)ヨリ被控訴人(被上告人)ニ對シ本件三筆ノ土地ヲ代金七百五十圓ニテ賣渡シタル旨ノ記載アルノミニテ其地上桑樹ヲ除外シタル旨ノ記載ナク甲第一號證ニハ證人田中房吉カ本件三筆ノ土地ノ相當價格ハ金六百五十圓位ナリシヲ右地上ノ桑樹モ土地ト

共ニ賣渡シタルモノナル旨ノ記載アリテ其供述ハ信憑スルニ足ルヲ以テ本件桑樹ハ土地ト共ニ代金七百五十圓ニテ控訴人ヨリ被控訴人ニ賣渡サレタルモノト認ムト説示シ唯ニ甲第六號證ニ其地上ノ桑樹ヲ除外シタル旨ノ記載ナシトコトノミニヨリテ該桑樹ヲ賣渡シタルモノト爲セシモノニアラス甲第一號證ノ證言ト相待テ賣買ヲ認メ尙引渡シテ爲シ同時ニ小作契約ヲ取消シ上告人ニ本地使用ノ權利無キコトヲモ認定シ桑樹ノ所有權移轉セリト判斷シアルヲ以テ上告人所謂ノ如キ違法ノ判決ニアラサルコト明カナリ(東京控訴院民一判決法律新聞七九八號二三頁)

全趣旨判例

一、土地ノ定着物タル立木ノミヲ買受ケ爾後之ヲ立木トシテ其地上ニ存立セシムルノ目的ニテ其所有權ヲ取得シタル者ハ其土地ニ對シ地上權又ハ賃借權ヲ設定セサルヘカラス然ラザレハ該立木ハ之ヲ動産視シ伐採スヘキ目的ヲ以テ買得シタルモノト看做ササルヲ得ス(三十七年大審院判決錄三八三頁)

一、立木ハ其土地ニ密着シテ離ルヘカラサルモノナルヲ以テ伐採ノ目的ヲ以テ賣買スルモ伐採セサル間ハ不動産ノ性質ヲ變スルモノニアラス(三十四年全上四卷五七頁)

立木法第一條第二條ノ解釋上保存登記ヲ爲ササル立木ハ獨立シテ不動産タルコトヲ得サルハ明ナルヘシ尙ホ本論ニ關シテハ民法四六頁立木ノ原始的取得參照

推定地上權

三三三法律第七十二號一 本法施行前他人ノ土地ニ於テ工作物又ハ竹木ヲ所有スル爲メ其土地ヲ使用スル者ハ地上權者ト推定ス

登記ナキ移轉地上權ノ

推定地上權
登記ナキ推定地上權ノ移轉ト地主ニ對スル對抗力

二 第一條ノ地上權者ハ本法施行ノ日ヨリ一箇年內ニ登記ヲ爲スニ非ザレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス
前項ノ規定ハ本法施行前ニ善意ニテ取得シタル第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス
四二年法律第四〇號一 建物ノ所有ヲ目的トスル地上權又ハ土地ノ賃借權ニ因リ地上權者又ハ土地ノ賃借人カ其土地ノ上ニ登記シタル建物ヲ有スルトキハ地上權又ハ土地ノ賃借權ハ其登記ナキモノ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得(下略)

被告カ本訴ノ家屋ヲ買得所有シ之カ登記名義人ナルコトハ當事者間ニ爭ナキ處ナリ而シテ被告カ該家屋ヲ使用スル爲メ原告所有ノ本訴土地ノ使用ハ原告主張ノ如ク何等權限ナクシテ使用シ來リタルモノナルヲ被告抗辯ノ如ク訴外上村トミノ有セシ地上權ヲ承繼シテ之ニ基キ使用スルモノナリト按スルニ此證言ニ依レハ本訴ノ土地ハ明治二十年頃訴外上村トミニ於テ原告先々代ヨリ借受ケ家屋ヲ新築シ該家屋賣渡ノ時即チ明治四十四年六月迄家屋ヲ所有シ該土地ヲ使用シ來リタルコト明カニシテ家屋ヲ所有スル爲メ他人ノ土地ヲ使用スル場合ニ僅々五年ノ短期間ヲ以テ借受クルカ如キハ普通ノ事例ニ反スルヲ以テ同人カ原告先々代ヨリ最初本訴ノ土地ヲ借受クルニ際シ定メタル五年ノ期間ハ單ニ證書切替ノ爲メニ過キスシテ別ニ借地期間ヲ定メサリシモノト解スルヲ其眞意ニ合致スルモノト認ム然レハ同人ノ有スル借地權ハ明治三十三年法律第七十二號ニ依リ地上權ト推定セラレヘキモノトス而シテ他人ノ土地ニ地上權ヲ有スル者カ其地上ニ存スル家屋ノ所有權ヲ賣買ニ依リ他ニ移轉スルニ當リ特ニ地上權ト分離シテ之ヲ讓渡スヘキ意思表示ヲ爲シタルトキハ格別否ラサル場合ニ於テハ其地上權ハ家屋ト共ニ其買主ニ移轉シタルモノト認ム可キハ當

然ノ筋合ナルヲ以テ本訴土地ニ對シ地上權ヲ有スル右村上村トミカ特別ノ意思表示ナクシテ訴外竹林辰次郎ニ賣渡シタルヲ以テ其地上權ハ家屋ト共ニ右竹林辰次郎ニ移轉シテ同人ヨリ該家屋ヲ買受ケタル被告ハ前主ノ有スル地上權モ共ニ取得シタルモノト解スヘキモノナリ而シテ該地上權取得ニ關シ登記ナキコトハ爭ナキモ被告所有ノ家屋ハ明治三十年頃前所有者タル村上トミカ所有權保存登記ヲ爲シタルコトハ同人ノ前掲證言ニ依リ明カニシテ次テ竹林辰次郎ヲ經テ現今被告名義ノ所有權ノ登記アルコトハ爭ヒナキ事實ナルヲ以テ被告ハ明治四十二年法律第四十號第一條第一項ノ所謂建物ノ所有ヲ目的トスル地上權ヲ有スルモノニシテ該地上ニ登記シタル建物ヲ有スルモノニ該當スルニ依リ被告ハ登記ナキ地上權ヲ以テ原告ニ對抗シ得ヘキモノナレハ被告カ該地上權ニ基キ本訴ノ土地ヲ使用スルハ正當ニシテ原告ノ請求ハ失當ナリ(大阪地方裁判所民二判決法律新聞七九八號二三頁以下)

四二年法律四〇號建物保護ニ關スル法律ハ地主ノ變更アリタル場合ニ新地主タル第三者ニ對シテ對抗シ得ヘキ趣旨ニシテ本件ノ如ク地主ニ變更ナク地上權者ニ變更アリタル場合ニ適用スヘキ趣旨ニアラス此場合ニ於テハ地上權移轉登記ヲ爲スニアラサレハ地主ニ對シテ對抗シ能ハサルモノト見ルヲ正當トスヘシ又左ニ掲クル判例ハ地主ノ變更アリタル場合ニシテ地上權者ニ變更アリタル場合ニアラサルニ拘ラス全然右法律四〇號ヲ顧ミサル缺點アリ但シ地主ノ變更カ四十一二年中ト云フヲ以テ或ハ該法施行前ナリシヤモ計ル可カラスト雖トモ此點

ニ關シ何等ノ説明ヲ爲ササルハ失當ナリ

右推定地上權ハ登記ナキノミナラス前示證人ノ供述ニ依レハ同人ハ右土地ヲ明治四十一二年中原告ニ賣却シタルコトヲ認メ得ルヲ以テ被告ハ該地上權ヲ以テ第三者タル原告ニ對抗シ得サルヲ勿論ナリ然ルニ被告ハ右地上權ハ原告ニ於テ之ヲ承認シタリト主張スレトモ證據ナキヲ以テ之ヲ認ムルニ足ラサルノミナラス却テ證人氏家仙藏同田中喜兵衛同森清吉ノ證言ヲ綜合スレハ被告ハ原告トノ間ニ本件土地ヲ同番地借地ト同シク原告ヨリ賃借シタルコトヲ認メ得ヘシ(東京地方裁判所民四判決法律新聞第八〇〇號二四頁)

電氣鐵道
ノ震動ト
不法行為

電氣鐵道ノ家屋ニ及ホス震動ハ不法行為ニアラサルカ

原告ハ土地收用ニ於テ認ムルカ如ク被告會社カ土地ヲ收用又ハ使用スルニ因リ生シタル損失ノ補償ヲ請求スルニアラスシテ土地ノ收用又ハ使用ニ直接ニ關係ナキ電車運轉ノ震動ニ基因シ收用地以外ノ地上ニ存スル原告所有ノ工作物ニ及ホス損害ノ賠償ヲ請求スト云フニ外ナラサルカ故ニ本訴ハ土地收用法ニ基ク請求ニアラサルコト明白ニシテ民法上不法行為ニ因ル損害賠償ヲ請求スルモノト謂ハサルヘカラス仍テ右損害賠償請求權ノ存否ニ付キ審案スルニ凡ソ不法行為アリト言フニハ故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シ以テ其他人ニ損害ヲ加ヘタルコトヲ要ス然ルニ前記示ノ如ク本訴ハ將來ノ事實ニ基キ發生スルコトアルヘキ損害ハ賠償ヲ求ムルモノナレハ未タ被告會社カ故意又ハ過失ニ因リ原告ノ權利ヲ侵害シタリト云フコトヲ得サ

ルノミナラス被告會社ノ設備ノ如何ニ依リテハ原告主張ノ如キ震動ニ因ル損害カ發生スルヤモ未確定ナルヲ以テ此ノ如キ事由ニ基キ不法行為ニ因ル損害賠償ノ請求ヲ得ヘカラサルヤ言テ俟タス(東京地方裁判所民三乙判決法律新聞八〇〇號第二二頁)

本件ハ鐵道カ未ダ運轉ヲ爲サス單ニ將來震動アルヘキコトヲ豫想シテノ請求ナリトスレハ判決説明ノ通り不當ノ請求ナルコト勿論ナリ既ニ運轉ヲ爲シ震動ヲ及ホシツツアルモノトスルモ而カモ會社カ工事命令ヲ遵守シテ其工事ヲ爲シタリトスレハ損害賠償請求權ナク此場合ニ於テハ行政處分ニヨリ會社ニ對シテ工事變更ヲ命スヘキ方法ヲ執ルノ外ナシ何トナレハ二〇六條二〇七條ノ規定ニヨリ一般ニ所有權ハ命令ニヨリテモ其制限ヲ受クルヲ免レサレハナリ

船舶衝突
ニ因ル
損害賠償

船舶衝突ニヨル損害賠償

運送營業者ハ荷物占有者トシテ荷物ノ滅失ニ付損害賠償請求權ヲ有スヘキヤ

被告汽船第三浪速丸カ安治川筋下航ノ際原告船ニ衝突シ其船ノ沈没シタルコトハ當事者間ニ争ナキ所ニシテ該衝突ハ被告船乗組員ノ過失ニ基因シタルヤ將タ原

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賠償スル責任ス
 (參照) 商三三七 運送人ハ自己若クハ運送取扱人又ハ其使用人其他運送ノ爲メ使用シタル者カ運送品ノ受取、引渡、保管及ヒ運送ニ關シ注意ヲ怠ラサリシコトヲ證明スルニ非サレハ運送品ノ滅失毀損又ハ延着ニ付キ損害賠償ノ責ヲ免ルルコトヲ得ス

魯船乗組員夫ノ過失ニ基因シタルモノナルカナ接スルニ係争ノ原告所有ノ船船ヲ運航スルニハ明治三十四年大阪府令第八十五號河川取締規程第一條ノ一第十號ニ依リ船夫一人ニテ運航スルコトヲ得ス必スヤ二人以上ノ船夫ヲ要スヘク又同十條及同二十五年法律第五號海上衝突豫防法ニ依リ他船ニ接近スルニ際シ紅綠二燈ヲ表示セサル可カラス……………ニ依レハ原告船ニハ衝突當時右八十吉竹松ノ二人乗組居リタルコト明カナルノミナラズ……………ヲ參照スレハ當時原告船ニハ紅綠ノ舷燈ヲ點火シアリタルコトモ亦認ムルニ足ル前掲河川取締規程第九條海上衝突豫防法第二十五條ハ船航行違フトキハ互ニ右方ニ避ケ汽船狹隘ナル水道ヲ無難通過シ得ヘキトキハ其中流ノ右側ヲ航行スヘキモノトス……………證言ヲ綜合スレハ被告汽船ハ航法ニ違背シ濤筋ノ南方ヲ航行シタルコト明ナリ……………次ニ又被告汽船カ原告船ニ接近シタル際適宜ノ信號ヲ爲シタルヤ否ヤヲ審按スルニ……………別ニ汽笛ヲ鳴シテ信號ヲ爲シタルコトナシト記憶スル旨ノ證言……………ヲ參照スルニ被告船ハ原告船ニ接近セル際何等信號ヲ爲サザリシコトモ亦認定スルニ足ル……………然ラハ該衝突タルヤ被告汽船々員ノ南岸航行ト原告船ニ接近セル際信號ヲ爲サザリシ過失ニ基クモノト言フヘク從テ此過失ニ依リ原告ノ蒙リタル損害ハ被告ニ於テ賠償スヘキ義務アリトス……………原告ハ營業トシテ運賃ヲ得ルノ目的ニテ前掲船ニ自己ノ使用人タル船夫ヲ乘組マシノ係争ノ荷物ヲ積載シテ運送中ニ係ルコト明カナレハ原告ハ該積荷ニ對シ自己ノ權利トシテ其物ヲ所持スルモノト云フヘク從テ原告ハ其積荷ニ對シ所有權ヲ有セサルモ占有權ヲ有スル以上ハ其占有利益ノ侵害ニ對シ損害賠償請求權アルヤ勿論ナレハ……………積荷ノ流失又ハ濡損ニ因リ原告カ各荷主ニ對シ甲第一乃至第四號證記載ノ如ク合計金六百七拾八圓五十錢ヲ賠償シタルコト……………請求スルヲ得(大阪地方裁判所民二部判決法律新聞第七九六號二五頁以下)

運送人ノ有スル占有權ノ侵害トシテ運送人カ荷主即チ所有者ニ支拂ヒタル賠償額ヲ運送人ニ支拂フヘシト判決シタルハ失當ト信ス運送人ノ有スル占有利益ハ何ノ理由ニヨリテ運送人カ賠償シタル賠償金ト一致スルヤ
 本件ハ運送人ノ何等過失アリタルニアラサルコトヲ説明スルカ故ニ運送人カ商法三三七條ノ責任ニヨリ荷主ニ賠償シタルモノノ代位ヲ認ムルモノニアラサルコト明カナリ
 本件ノ如キ場合ハ運送人カ利害關係アル第三者トシテ代位辨濟ヲ爲シ債權者ニ代位シテ不法行為者ニ請求スル場合ナレハ格別唯タ占有利益アルモノトシテ前記ノ賠償ヲ得セシムルハ失當ナリ

履行ヲ終
 リタル契
 約ノ解除

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

權利讓渡ノ契約ヲ履行シタル後ニ至リ當事者カ其讓渡契約ヲ解除スルコトヲ合意スルハ有效ナリヤ

權利讓渡ノ契約ヲ履行シタル後ニ至リ當事者カ其讓渡契約ヲ解除スルコトヲ合意スルカ如キハ其所謂解除ハ固ヨリ法律上正確ナル意義ニ於テ謂フ所ノ解除ニ非スト雖モ其實契約解除ノ法律上ノ效果ト同一ノ結果ヲ生セシメント欲スル趣旨ニ出テタル

選定相續
 義族ノ家
 意

大審院ハ四四年(三三七號事件)ニ於テハ權利讓渡契約ノ解除ヲ明白ニ認メタルモ(民法二〇〇條)債權(讓渡ノ解除參照)今回ハ大ニ其説明ヲ變更シタリ其當否ハ石坂博士債權讓渡契約ノ解除本書民法六五六頁參照

モノト解スヘキハ當然ナリ而シテ凡ソ契約解除ノ效果ハ聊カモ第三者ノ權利ヲ害スルコトナク唯タ當事者相互ノ間ニ於テ恰モ當初ヨリ契約ヲ締結セザリシカ如キ狀態ニ回復セシムル法律關係ヲ生スルニ在ルヲ以テ如上讓渡契約解除ノ合意ハ畢竟之ト同一ノ效果ヲ生セシムルコトヲ目的トスルモノニ外ナラス斯クノ如キ事項ヲ目的トスル法律行為ハ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スルモノニ非ラサルヲ以テ契約自由ノ法律ニ依リ其效力ヲ有スルモノト謂ハサルヲ得ス(大審院四五年(三三〇號)同年五月二十九日民二判決)

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、父アラサルトキ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

- 第一 配偶者但シ家女ナルトキ
- 第二 兄弟
- 第三 姉妹
- 第四 第一號ニ該當セサル配偶者
- 第五 兄弟姉妹ノ直系卑屬

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シ第三者カ既ニ取得シタル權利ヲ害スルコトヲ得ス選定相續ノ場合ニ家族ハ被相續人其人ノ家族ニシテ且ツ相續開始當時家族タル

者ヲ意味ス」
相續開始後選定相續人選定前ニ離縁ニヨリ復籍シタル者ノ如キハ被相續人ノ家
族ト云フヲ得ス」

凡ソ家督相續人タルノ資格ハ主トシテ被相續人其人ヲ標準トシテ定メラレ被相續人
ニ對スル血縁ノ親疎若クハ被相續人ノ意思等ニ重キヲ置クモノナルコトハ民法第九
百七十條第九百七十九條等ノ各規定ニ徴シ明カナルヲ以テ同第九百八十二條ノ被選
定資格ヲ有スル家族ノ如キモ亦之ヲ被相續人其人ノ家族ノ意義ナリト解スヘキコト
勿論ナリ而シテ民法第八百七十五條ニハ養子ハ離縁ニ因リ其實家ニ於テ有セシ身
ヲ回復スル旨ノ規定アルモ右ハ唯養子ハ離縁復籍ノ場合ニ實家ノ現存戸主及家族ト
ノ間ニ會テ有セシ身分關係ヲ回復スルノ趣旨ニ外ナラスシテ例ヘハ養子縁組ト其ノ
離縁トノ間ニ實家ノ戸主ノ變更アリシ場合ニ養子ハ全然其ノ既往ノ身分ヲ回復スル
結果新戸主ノ家族トナラスシテ既ニ現存セサル舊戸主ノ家族トナルモノナリト云フ
ヲ得サルコト勿論ナルヲ以テ舊戸主死亡後戸主未選定ノ場合ニ於テモ亦之ト同シク
復籍セル養子ハ既ニ現存セサル舊戸主ノ家族トシテ家族ノ籍ニ復スル者ト解スルノ外ナク從テ
將來選定セラレヘキ新戸主ノ家族トシテ家族ノ籍ニ復スル者ト解スルノ外ナク從テ
之ヲ既ニ死亡セル被相續人其人ノ家族ト云フヲ得サルヲ以テ斯カル復籍者ハ民法第
九百八十二條ノ被選定資格ヲ有スルモノナリト解スルヲ得ス加之我民法ニ於テハ戸
主ノ死亡其他民法第九百六十四條所定ノ事由アルトキハ直チニ家督相續開始シ相續
ニ關スル各般ノ規定ハ總テ此相續開始ノ時ヲ以テ標準トシ殊ニ家督相續人ノ順位ニ
備スル民法第九百七十條ノ規定ニ所謂相續人ノ家族トハ右相續開始當時ニ於ケル家
族ヲ指稱スルモノナルコト多言ヲ要セス而シテ同第九百八十二條ニ所謂家族ノ意義

モ亦特ニ之ト解釋ヲ異ニスヘキ理由ナキノミナラス相續法全體ノ趣旨ヨリ之ヲ見テ
相續開始ノ時ニ於ケル家族ノ意義ニ解スルヲ相當トス之ヲ要スルニ民法第九百八十
二條ニ所謂家族トハ相續開始ノ時ニ於ケル被相續人ノ家族ノ意義ニシテ相續開始後
ニ復籍セル養子ハ之ニ包含セラレサルモノト云ハサルヘカラス然ラハ本件抗告人利
三郎ノ如キハ右民法第九百八十二條ノ規定上家督相續人トシテノ被選定資格ナキモ
ノニシテ其選定ハ違法ナルヲ以テ淺草區戶籍吏カ其ノ家督相續届ヲ處理セザリシハ
固ヨリ相當ニシテ抗告人主張ノ如キ違法アルモノニアラス(東京地方裁判所民一部判
決法律新聞七九八號二一頁)

參照スヘキ判例及論文ナシ、牧野菊之助學士ハ同趣旨ノ説明ヲ爲シ

九八二條ニ所謂家族トハ單ニ被相續人ノ家ニ在ル者トノ意味ニ解釋スヘク從テ相續
開始後ニ於テ被相續人ノ家ニ入りタル者ノ如キハ被選定人タル資格ナキモノト謂ハ
サルヘカラストナス(日本親族法論一五〇、一五二頁)

思フニ尙ホ聊カ研究ノ餘地アル問題ト信ス

仲繼相續

明治九年六月五日太政官第五八達 實子アル者養子ヲ以テ相續人トナシ子女アルノ寡婦夫ヲ迎ヘテ前夫ノ跡相續人
ト定ムル等ハ一般繼養許定規ニ候得共華士族ヲ除クノ外現實極貧或ハ老病等ニテ實子孫アリト雖モ幼少ナルカ又ハ
有子ノ寡婦タリト雖モ極貧或ハ其子女幼少且後見スヘキ者モ無之様ノ場合ニテ親族協議ヲ以テ願出候節不得止事情
ニ係ル者ハ地方官限リ聽許不否此旨相違候事
(參照)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

控訴代理人ハ仲繼相續ナルモノハ戸主老衰又ハ疾病ニシテ且其嗣子幼少ナル爲メ共ニ家政ヲ執ルコト能ハサルカ如キ場合ニ於テ官廳ノ許可ヲ得テ始メテ之ヲ爲シ得ヘキモノナル旨主張スレトモ華士族ヲ除キ一般平民間ノ家督相續ニ關シ控訴人主張ノ如キ制限ヲ設ケタルハ實ニ明治九年六月太政官第五十八號ノ發布ヲ以テ嚆矢トシ其以前ニアリテハ一ニ被相續人ノ自由ニ任カセ官廳ノ許可ヲ必要トスルカ如キ法令又ハ慣行アルコトナシ而シテ恒三郎カ増右衛門ノ家督ヲ相續シタル時期ハ前示ノ如ク明治元年四月頃若クハ其以前ナルヲ以テ控訴人ノ主張ハ毫モ其理由ナシ要スルニ本件恒三郎ノ仲繼相續ハ其當時ノ慣例ニ從ヒ正當ニ行ハレタルモノト認ム

仲繼相續人ノ場合ニ於テハ其相續ヲ爲シタル者ノ死亡又ハ退隱ニ因リ先代ノ實子カ當然其家督ヲ相續スルコト古來一般ニ行ハレタル慣例ニシテ仲繼相續人ノ子ハ之カ相續權ヲ有セサルヲ以テ前示太政官第五十八號ハ此場合ニ適用ス可キモノニアラス然ラハ本件ニ於テ仲繼相續ヲ爲シタル大塚恒三郎カ退隱スルニ當リ其長男タル控訴人ヲ差措キ先代増右衛門ノ實子庄太郎ヲシテ其家督ヲ相續セシメタルハ即チ仲繼相續ノ性質上當然ノ措置ニシテ此點ニ關スル控訴人ノ抗辯モ亦採用スルコトヲ得ス

(長崎控訴院民一判決法律新聞第八〇〇號二六頁)

全趣旨

一、明治ノ初年ニ於テハ法定ノ家督相續人カ被相續人死亡ノ當時幼少ナル爲メ其母ノ入夫ヲシテ仲繼相續ヲ爲シタル場合ハ華士族ヲ除ク外其筋ノ許可ヲ要セザリシモノトス(四三年大審院判決錄六三九頁)

二、民法施行以前ニ在テ所謂仲繼相續ハ實親子ノ相續ト同シク養嗣子カ家督ヲ相續シタル後死亡シ又ハ老年ニ至リ隱居スルニ及ヒテ先代ノ實子若クハ嫡孫カ養嗣子ニ繼テ其家督ヲ相續スルモノニシテ是レ古來一般ノ習慣ナリトス(三五年同上)一〇卷

尙ホ本問ト關聯シテ左ノ問題アリ

一、仲繼相續人タリシ者ハ民法施行後ニ相續開始シタル場合ニ於テモ相續權ヲ有スルヤ

宮城控訴院ハ仲繼相續ハ民法ノ認メサルヲ理由トシテ先代(被相續人)ノ實子ニ相續權アリ(三十五年判決)トシタルニ對シ大審院ハ民法施行法第一條ニ因リ仲繼相續人ノ相續權ハ動カス可ラサルモノト判決シタル(三十五年同院判決錄一八九頁)

二、民法施行以前仲繼相續ニ因テ戸主ト爲リタル者ノ相續カ民法施行以後ニ生シタルトキハ先代ノ子孫ハ相續權ヲ有スルヤ

東京控訴院及ヒ東京地方裁判所ハ民法ノ規定ニ從テ其相續順位ヲ定ムヘシト判決シタル(四十一年五月二十九日東京控訴院判決法律新聞五〇五號一〇頁、同年一月二十日東京地方裁判所判決法律新聞四八六號二〇頁)尙ホ辯護士石山彌平氏仲繼相續論法學新報一一三號一〇頁以下參照)

地代値上ノ慣習

公租公課比隣地代ノ増加地價ノ騰貴其他地代増加ヲ來スヘキ原因ノ存スル場合ニ於テ地主ヨリ地代ノ相當ナル増額ヲ申込ムトキハ借地人ハ之ヲ承諾スルコトノ慣習カ東京市ニ存スルコトハ當裁判所ニ顯著ナル事實ナルヲ以テ被告ニ於テ反對ノ事實ヲ立證セサル以上本訴借地關係ニ付テモ當事者ハ此慣習ニ依ル意思ヲ有シタルモノト認メサルヲ得ス(東京地方裁判所民三部乙判決法律新聞第八〇〇號二二頁)

本件ニ關シテハ幾多ノ判例論文アリ但シ地主ニ值上ノ請求權アルコトハ單ニ地方慣習タルニ過キササルヤ又ハ慣習法トシテ認メラレタルモノナリヤニ關シ大審院ハ近時慣習法トシテ之ヲ認メタリ(民法二七頁)值上效力發生時期(二二六頁)地代増額請求判決ノ性質(一九五頁)地上權ノ地代參照)

供託辨濟ノ效力發生時期

四九四 債權者カ辨濟ノ受領ヲ拒ミ又ハ之ヲ受領スルコト能ハサルトキハ債權者ノ爲メニ辨濟ノ目的物ヲ供託シテ其債務ヲ免ルルコトヲ得辨濟者ノ過失ナクシテ債權者ノ確知スルコト能ハサルトキ亦同シ
四九五 供託ハ債務履行地ノ供託所ニ之ヲ爲スコトヲ要ス供託所ニ付キ法令ニ別段ノ定メナキ場合ニ於テハ裁判所ハ辨濟者ノ請求ニ因リ供託所ノ指定及ヒ供託物保管者ノ選任ヲ爲スコトヲ要ス
供託者ハ遲滞ナク債權者ニ供託ノ通知ヲ爲スコトヲ要ス

供託辨濟ハ供託ヲ爲シタル時ヨリ辨濟ノ效力ヲ生スヘキカ又ハ通知及ヒ供託書ノ引渡シヲ要スヘキカ

供託證書カ現ニ被告ノ手ニ存スルニ因リ原告ハ右供託金ヲ現時尙ホ受領スルコト能ハサルコトハ明カナレトモ斯カル供託ノ通知及ヒ供託證書交付ノ遅延ハ供託ノ效力ニ何等ノ影響ナク唯之カ爲メニ生シタル損害ノ責任ニ付キ別箇ノ關係ヲ發スルニ過キス然ラハ原告ノ此部分ノ請求ハ到底認容スルヲ得ス(大坂地方裁判所民二判決法律新聞第八〇〇號第二五頁)

至當ノ見解ナリ民法一一三頁供託辨濟參照

法律上其取得ノ手續ノ登記ノ請求

三八八 土地及ヒ其上ニ存スル建物カ同一ノ所有者ニ屬スル場合ニ於テ其土地又ハ建物ノミヲ抵當トナシタルトキハ抵當權設定者ハ競賣ノ場合ニ付地上權ヲ設定シタルモノト看做ス但シ地代ハ當事者ノ請求ニヨリ裁判所之ヲ定ム
土地ト建物トカ同一ノ所有者ニ屬スル場合ニ於テハ其双方タルト又ハ一方ノミヲ抵當ニ供シタルトヲ問ハス該建物ノ競落人ハ地主又ハ土地ノ競落人ニ對シ法律上ノ地上權ヲ取得スヘキモノトス
右ニ因リ取得シタル地上權ノ範圍ハ該建物ヲ一邸宅トシテ所有スルニ必要ナリト認ムル範圍ニ及フヘキモノトス
右ノ地上權取得者ハ地主又ハ土地ノ競落人ニ對シテ地上權設定登記申請ノ手續ヲ爲スヘキ請求權ヲ有スヘキモノトス

民法第三百八十八條ハ狹義ニ解シ土地又ハ建物ノ一方ヲ抵當トナシ競賣ノ結果其ノ所有者ノ分立ヲ來タセル場合ニ限り適用スヘキモノナリト主張スレトモ同條ノ主旨タル抵當不動産ノ競賣ニ依リ土地ト建物ノ所有者ヲ異ニスルニ至リタル場合ニ建物ノ競落人ヲシテ土地ノ使用ノ權利ヲ得セシムルニ非ラサレバ該競落人ハ建物ヲ撤去シ地所ヲ明渡ササルヲ得サルニ至ルヘク而カモ此ノ如キハ取毀シノ爲メニコレヲ競落人タル稀ナル特例ヲ除キ一般建物競落人ニ對シ多大ノ損害ヲ來タスヘキノミナラス國家經濟ノ上ヨリ見ルモ取毀シニヨリ建物トシテ獨立ノ存在ヲ失ハシムルハ顯ル不利益ナルニ依リ特ニ建物ノ競落人ヲシテ法律上地上權ヲ取得セシメタルニ外ナラス果シテ然ラハ土地又ハ建物ノ一方ヲ抵當トナシタルト其双方ヲ抵當トナシタルトヲ問ハス苟クモ競賣ノ結果其所有者ヲ異ニスルニ至リタル場合ニハ均シク同條ノ適用

アルコト疑ヲ容レサルヲ以テ被告ニ於テ原告ハ建物ヲ取毀ノ爲メ競賣シタルコトヲ主張セサル限リ右被告ノ抗辯ハ理由ナキモノトシテ之ヲ排斥スヘキモノトス次キニ被告ハ上示建物ハ其建坪二十三年二合五勺ニシテ原告ハ該建物ノ所有ニ必要ナル範圍ニ於テ地上權ヲ取得スルニ過キサレハ本件土地全部ニ付キ地上權ヲ主張スルハ失當ナリト抗爭スレトモ檢證ノ結果ニ因レハ上示建物ノ前面ニハ種々ノ庭石樹木等散在シテ庭園ヲナシ其後方ハ直チニ原告ノ所有地ニ隣接シ其間ヲ區劃スル障壁等ノ設ケナクシテ一廓ヲナシ該建物ノ一方東北部ニ於ケル空地ハ其幅員僅カニ一間ヲ出テス其西南部ニ於ケル空地ハ幅員四間餘ニシテ稍廣濶ナリト雖モ其西部南部ニ於ケル境界ニ接シ樹木ノ並立セル状態等ニ因リ觀察スレハ庭園其他ノ空地ヲ併セ本件土地全地積ハ洵ニ該建物ヲ中心トシテ上示原告ノ所有地ト相俟チテ一邸宅ヲナシ該建物ヲ所有スル爲メ必要ナル範圍ナリト認ムルヲ相當トス被告ハ登記法上登記義務者トハ設定行爲ニ因リ登記義務ヲ有スルモノヲ指稱シ法律上物權ヲ取得シタルモノハ單獨ニ之レカ登記手續ヲ申請シ得ヘシト主張スレトモ凡ソ登記ノ申請ニ關シテハ登記權利者ト登記義務者トハ設定行爲ニ因ルト法律ノ規定ニ因ルトヲ問ハス廣ク登記ニ因リテ權利ノ喪失シ又ハ義務ヲ負擔スルモノト解スヘキニ依リ原告ハ單獨ニテ右ノ登記手續ヲ爲シ得ルモノニ非ラス從テ原告カ被告ニ對シ本件登記手續ヲ要求シ得ヘキコト言チ俟タス(東京地方裁判所民四判決法律新聞八〇三號二二頁)

地上權取得ニ付テノ判例

一、同一ノ所有者ニ屬スル土地及ヒ建物ヲ併セテ抵當ト爲シタル場合ニ於テモ競賣ノ際單ニ其土地又ハ建物ノミ競落セラレタルトキハ民法第三百八十八條ヲ適用スヘキモ

ノトス(四十三年大審院判決錄二三三頁)
 一、所有者カ土地及ヒ建物ヲ併セテ抵當トナシタルトキト雖モ競賣ノ際其土地ト建物トカ各競落人ヲ異ニスルトキハ民法第三百八十八條ニ依リ其建物ノ爲メニ當然地上權ノ設定アルモノトス(三十八年同上二一九七頁)
 一、所有者カ土地及ヒ其上ニ存スル建物ヲ抵當ト爲シタル場合ニ於テ競賣ノ結果土地建物共ニ一旦同一ノ人ニ競落シタルモ爾後建物ノ競落取消サレタルトキハ民法第三百八十八條ノ規定ニ依リ其建物ノ爲メニ當然地上權ノ設定アルモノトス(三十九年同上二二〇頁)

地上權取得ニ付テノ同說(横田博士物權)

地上權ノ範圍ニ付テ同說

三八八條ニ依ル地上權ノ範圍ハ當事者ノ協議ヲ以テ定ムヘク協議調ハサルトキハ裁判所ハ建物所有ノ爲メニ必要ナル限度内ニ於テ其範圍ヲ確定スルモノトス(横田博士前掲八四九頁)

地上權取得ニ就テ反對判例アルモ願ルニ足ラス(長崎控訴院判決法律新聞二七六號一〇頁參照)
 地上權ノ範圍ハ建物ノ狀況ニヨリ決スヘキ事實問題ナリト雖トモ其建物ノ種類性質ニ從ヒ建物所有ノ爲メ必要ナル範圍ニ及フヘキモノトスルハ法律問題ナリ而シテ本件説明ニ異論アルヲ聞カス

登記請求權ニ就テハ判例學說ナシト雖トモ之ヲ認メサレハ法律上與ヘタル地上權ヲ他人ニ對抗スルコト能サルコトアルニ至ルヘシ而シテ登記申請ニ就テ登記

義務者ノ同意又ハ判決ヲ要スヘキハ言ヲ俟タス

民法

四六七 指名債權ノ讓渡ハ讓渡人カ之ヲ債務者ニ通知シ又ハ債務者カ之ヲ承諾スルニ非サレハ之ヲ以テ債務者其他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス
 前項ノ通知又ハ承諾ハ確定日附アル證書ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ以テ債務者以外ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス
 五四五 當事者ノ一方カ其解除權ヲ行使シタルトキハ各當事者ハ其相手方ヲ原狀ニ復セシムル義務ヲ負フ但シ第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス
 前項ノ場合ニ於テ返還スヘキ金銭ニハ其受領ノ時ヨリ利息ヲ附スルコトヲ要ス
 解除權ノ行使ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ケス

債權讓渡契約ノ解除

凡ソ指名債權ノ讓渡契約カ解除セラレタルトキハ其當事者間ニ於テ債權ハ讓渡人ニ復歸スト雖トモ讓渡人ナシテ讓渡以前ノ狀態ニ於テ債務者其他ノ第三者ニ對シ其債權ヲ主張セシメントスルニハ先ツ其ノ前提トシテ讓受人ニ於テ解除ノ事實ヲ債務者ニ通知スルカ若ハ債務者カ之レヲ承諾シタル事實ナカルヘカラス蓋シ指名債權ノ讓渡ニ付キ讓渡人カ之レヲ債務者ニ通知シ若クハ債務者カ承諾シタル以上ハ債務者其他ノ第三者ハ讓受人ヲ以テ真正ノ債權者ナリト認ムルト同様ニ讓渡契約解除ノ場合ニ於テモ亦解除ノ事實ヲ讓受人(即チ一旦債權者ノ地位ニアリシ債權讓受人)ヨリ債務者ニ通知スルカ若クハ債務者ニ於テ承諾シタル事實アルニアラサレハ之レヲ以テ債務者其他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルハ言ヲ俟タサルトコロナレハナリ依テ讓受人ニ於テ其解除ノ事實ヲ債務者ニ通知セサルカ若クハ債務者ノ承諾ナキ間ハ讓渡人ハ解除ノ事實ヲ以テ債務者其他ノ第三者ニ對抗スルヲ得サルヤ論ナキナリ今本件

ニ於テ債務者タル齋藤長吾ニ對シ讓受人タル五十嵐彌三郎ヨリ債權讓渡契約解除ノ旨ヲ通知シタル事實及ヒ齋藤長吾ニ於テ解除ヲ承諾シタル事實ノ認ムヘキ證據ナク却テ齋藤長吾カ其通知ヲ受ケタル事實ナキコトハ當審ニ於ケル同證人ノ證言ニヨリ疑ナキヲ以テ讓渡人タル被控訴人ハ解除ヲ主張シテ讓渡以前ノ債權者タル地位ニ於テ其有スル債權ヲ以テ第三者タル扣訴人ニ對抗スルコトヲ得サルハ前段說示スル所ノ如シ(東京控訴院民三判決法律新聞第八〇五號二四頁)

本件判決ノ當否ヲ見ルニハ頗ル複雑ナル法理ヲ研究セサル可カラズ即チ(一)我民法ハ獨法ノ如ク債權契約以外ニ物權契約ヲ認ムヘキヤ…債權ヲ讓渡スヘキ契約ト債權讓渡契約(處分契約)即チ買賣契約ノ如キハ賣買ヲ爲スヘキ契約ト所有權ノ移轉(約ノ外債權ヲ移轉ス)…又ハ佛法ノ如ク物權契約ヲ認メサルヘキカ(二)契約ノ解除ハ遡及力ヲ有シ當事者間ノ法律關係ヲ全然消滅ニ歸セシムヘキカ又ハ原狀ニ回復スヘキ權利義務ヲ生セシムルニ過キサカラ主要ノ論點トス而シテ大審院判例ハ本件判決ト同趣旨ノ說明ヲ爲シ(民法二〇)債權讓渡契約ヲ一個ノモノト見且ツ解除ハ遡及的效力ヲ有シ當事者間ノ法律關係ヲ全然消滅セシムルモノトナス(第三卷ニ對スル)此見解ハ故梅博士モ唱道シタリト雖トモ我邦大多數ノ學者カ反對スル所ナリ(民法九頁契約解)加之石坂博士ハ債權讓渡ヲ爲スヘキ契約ハ之ヲ解除シ得ヘキモ債權讓渡契約其モノハ處分契約ニシテ解除シ能ハス即チ債權讓

民法

渡ヲ爲スヘキ契約ヲ解除シタルトキハ當事者ハ原狀ニ回復セシムヘキ義務ヲ負
 フカ爲メ讓受人タリシ相手方ハ更ニ再ヒ之ヲ讓渡人ニ讓渡スヘキ義務ヲ有スル
 モノナリ故ニ解除ノ結果當然債權ハ復歸スヘキモノニアラスト説明ス(本書民法
 六五六頁)吾人ハ博士ノ説明ヲ正當ト信シ本件判決ニ賛同セス

遅延利息
ノ意義

遅延利息モ亦利息ノ性質ヲ有スルモノトス

四一九 金銭ヲ目的トスル債務ノ不履行ニ付テハ其損害賠償ノ額ハ法定利率ニ依リテ之ヲ定ム但シ約定利率カ法定
 利率ニ超ユルトキハ約定利率ニ依ル
 前項ノ損害賠償ニ付テハ債權者ハ損害ノ證明ヲ爲スコトヲ要セス又債務者ハ不可抗力ヲ以テ抗辯ト爲スコトヲ得ス
 金銭債務ノ債務者カ履行ヲ遅延シタルトキハ民法第四百十九條ニ依リ損害賠償トシ
 テ支拂フ金額ハ所謂遅延利息ニシテ利息タルノ性質ヲ具有ス蓋シ利息トハ流通資本
 ナリ生スル所得ニシテ元來債務ノ從トシテ支拂ハルモノナリ謂ヒ特リ約定利息ノミ
 ナラス遅延利息其他ノ法定利息ヲ包含スルモノナレハナリ加之民法第四百十九條
 ニ於テハ利息ナル文字ヲ使用スルコトナキモ他ノ法條ニ於テ同條ニ依リ支拂フヘキ
 金額ヲ指スニ利息ナル文字ヲ以テセリ例ヘハ第六百六十九條ノ如キ是レナリ斯クノ
 如ク債務者カ民法第四百十九條ニ依リ支拂フヘキ金額ノ利息ナルコトハ性質上及法
 文上ノ根據ヲ有スルモノナレハ原院カ債務履行ノ遅延ノ爲メ上告人ニ利息支拂ノ義
 務アリト爲シタルハ正當ナリトス(大審院四五年(一)一七一號同年六月一五日日民一宣告)

信託行爲

至當ノ説明ト信ス學者ハ皆遅延利息ヲ利息ノ一種トシテ説明ス(石坂博士日本民
 五〇頁、川名博士債權總論七一頁、一七六頁、岡松博士
 民法理由四一九條、梅博士民法要義四一九條參照)

(參照)九四 相手方ト通シテ爲シタル虛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

債務擔保ノ目的ヲ以テ不動産ノ所有權ヲ移轉セルハ信託行爲ノ一種ニシテ第三
 者ニ對スル關係ニ於テハ勿論當事者間ニ於テモ所有權ノ移轉ヲ生シ唯タ債務辨
 濟ノ場合ニ於テ之ヲ賣主ニ返還スヘキ義務アルニ過キストスルハ正當ナリヤ
 被告牛松ハ原告ニ對シ金五百圓ノ債務ヲ負擔シ此ノ債務ヲ擔保スルノ目的ヲ以テ明
 治四十二年十二月二十二日日本訴各物件ヲ原告ニ賣渡シ之ニ明治四十三年三月三十一
 日ヲ期限トスル買戻約款ヲ附シ以テ當事者間ニ所謂信託的法律行爲ヲ成立セシメタ
 ルモノニシテ原告ハ一旦該物件ノ所有權ヲ取得シテ其引渡シテ受ケ其後被告牛松ニ
 明治四十三年三月三十一日迄其保管方ヲ託シ置キタル所牛松ハ右期間到來スルモ其債
 務ヲ辨濟スルコト能ハサリシヲ以テ同年五月三十一日迄保管期限延期ノ契約成立シ
 茲ニ甲第四號證ノ作成ヲ見ルニ至リタルモノニシテ物件ノ保管期限ハ又牛松ニ於テ
 右物件ヲ買戻シ得ル期限タルト同時ニ債務ノ辨濟期ナリト認定スヘク而シテ如斯當
 事者カ擔保ノ目的ヲ達センカ爲メニ之ヨリ有力ナル手段ヲ選ビ信託的ニ賣買行爲ヲ
 爲シタルトキハ第三者トノ關係ニ於テハ勿論當事者間ノ關係ニ於テモ該物件ノ所有
 權ハ賣主タルモノヨリ買主タルモノニ移轉スルモノナレトモ賣主買主相互ノ關係ニ

於テハ何レモ擔保ノ目的ニ拘束セラレルモノナレハ買主ハ債務ノ辨濟期及ヒ買戻シ
 期限迄其物件ヲ處分スル能ハサルハ勿論期限後ト雖モ買主(債務者)ニ於テ其債務ヲ辨
 濟スルトキハ右物件ヲ返還セサルヘカラス買主(債務者)ニ於テ之ヲ處分シ得ヘキ時期
 ニ達シタル後ニ於テ之ヲ處分シタルトキト雖モ其買得金中ヨリ債務額ヲ控除シテ其
 殘額ヲ賣主(債權者)ニ返還セサルヘカラサル債務ヲ買主ニ於テ賣主ニ對シテ負擔スル
 ニ過キサルモノトス從テ乙第三號證ノ成立及ヒ内容ニ依テ之ヲ相矛盾スルモノニア
 ラサルコトヲ認メ得ヘシ果シテ然ラハ本訴物件ノ所有權カ原告ニ存スルヤ勿論ニシ
 テ被告兩名ハ右賣買ハ虛偽ノ意思表示ニ基ク無効ノ法律行為ニシテ從テ甲第一號證
 モ無効ノモノナリト抗辯スト雖モ之ヲ認ムルニ足ルヘキ何等ノ立證ナキヲ以テ右抗
 辯ハ排斥セサルヲ得ス(東京地方裁判所民三判決法律新聞八〇三號二四頁)

當事者間ニ於テハ權利移轉ノ效力ヲ生セス第三者ニ對シテ權利移轉ノ效力ヲ生
 スルコトカ信託行為ノ特質ナルニ不拘本件判決ハ信託行為ハ當事者間ニ於テモ
 亦權利移轉ノ效力ヲ生シ唯賣主タル債務者カ債權ノ辨濟ヲ爲シタルトキハ買
 主タル債權者ハ之ヲ返還スヘキ義務アルモノトナシタルハ吾人ノ贊同ヲ表スル
 コト能ハサル所ナリ若シ斯クノ如クハ再賣買ノ豫約ト區別スルコト能ハサルニ
 至ルヘシ

信託行為ノ性質及ヒ效力ニ關シテハ民法一四七頁二〇一頁參照(大審院判例ハ信
 託行為ノ判例ハ之ヲ認ム)

妻ノ同居
義務

七八九 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

妻ノ同居義務

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夫ハ何時タ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タル事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
 セサル事ヲ理由トシテ之ト同居スル事ヲ拒ミ得ヘキモノニアラス(大阪地方裁判所民
 一判決法律新聞第八〇二號二六頁)

妻ノ同居義務ハ必スシモ夫ニ住所アルコトヲ必要トセス夫ノ居所ニ於テモ亦同
 居義務アルモノト解スルヲ正當トス若シ本件判決ノ如ク夫カ住所ヲ有スルコト
 ヲ要件ト見ルナラハ少ナクトモ判決當時夫カ之ヲ有スルコトヲ要スヘシ故ニ說
 明ハ失當ナリト信ス(他ニ判例學說ノ參照スヘキモノナシ)

截取シタ
 隣地竹
 木ノ根

二三三 隣地ノ竹木ノ枝カ疆界線ヲ踰ユルトキハ其竹木ノ所有者ヲシテ其枝ヲ剪除セシムルコトヲ得
 隣地ノ竹木ノ根カ疆界線ヲ踰ユルトキハ之ヲ截取スルコトヲ得

疆界線ヲ踰ユルニヨリ截取シタル隣地竹木ノ根ハ截取者タル土地所有者ノ所有
 ニ歸屬スヘキヤ
 我民法ニハ其歸屬ニ付テ明文ヲ缺ケリ明文ナシトセハ剪除セシメタル枝モ自カラ截

取シタル根モ其所有權ハ竹木ノ所有者ニ在リト謂フノ外ナシ立論トシテハ獨及ヒ
瑞ノ如ク隣人カ自己ノ費用ヲ以テ根ヲ截取シタルニ對シテ之カ所有權ヲ得セシムル
ヲ適當ナリト考フ(法學士三瀧信三氏法學志林一四卷七號七六頁)

横田博士ハ之ヲ反對ニ解シ

民法二三三條ニ所謂截取トハ截斷シテ之ヲ取得スルコトヲ意味ス根ハ隣地内ニ入ル
ニ非レハ之ヲ截斷スルコト能ハサル場合多キノミナラス竹木ノ所有者チシテ截斷シ
タル根ノ返還ヲ請求スルコトヲ得セシムルハ徒ラニ紛擾ヲ醸シ實益ナク隣地ノ所有
者チシテ之カ所有權ヲ取得セシムルハ相隣者相互ノ爲メニ最モ穩當ナリトス(横田博
士物權法三二八、三二九頁)

ト説明ス吾人ハ博士ノ説明ヲ正當ト信ス

繼母ノ離
婚復籍

七二九 姻族關係及ヒ前條ノ親族關係ハ離婚ニ因リテ止ム
夫婦ノ一方カ死亡シタル場合ニ於テ生存配偶者カ其家ヲ去リタルトキ亦同シ

甲戸主乙繼母ノ一家アリ繼母乙ハ婚姻ニ因リ一旦他家ニ入りタルモ又離婚ニ因
リテ甲家ニ復籍シタル場合ハ再ヒ繼母子關係ヲ回復ス

法曹會ハ右ノ如キ決議ヲ爲シタリ(法曹記事二二卷七號三九頁)蓋シ當然ノ見解ナリ別
ニ判例學說ノ見ルヘキモノナシ

消費貸借

九五

意思表示ハ法律行爲ノ要素ニ錯誤アリタルトキハ無効トス但表意者ニ重大ナル過失アリタルトキハ表意者自

成立ニ
何人ナ
ルヤ
其要
素ニ
アラス

消費貸借ノ成立ニ貸主ノ何人ナリヤハ其要素ニアラス

自ラ其無効ヲ主張スルコトヲ得ス
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效力ヲ生ス

固ヨリ現金消費貸借ノ取引觀念ニ於テ貸主ノ何人ナリヤト云フコトハ重要ナラサル
チ以テ借主ハ假令甲者ヨリ借受ケタリト思惟スルモ實際ハ乙者カ貸主タル場合ニ於
テモ貸借ノ成立ヲ妨ケス又貸借ノ當時貸主タルモノノ果シテ何人ナルヤト云フ事カ
借主ニ分明ナラサルモ苟モ第三者ニシテ貸主タル者ニ代リテ契約ヲ爲セハ有效ナル
チ以テ是レ又貸借ノ成立ヲ妨ケス然レトモ此等ノ場合ニ於テモ貸主カ假裝サレタル
トキハ其ノ假裝サレタル者カ債權ヲ取得スヘキ理ナシ又或ル者カ他人ノ計算ニ於テ
自己ノ名チ以テ貸借契約ヲ爲スコトハ固ヨリ之レヲ妨ケスト雖トモ此場合ニ於テハ
其者ハ始メヨリ契約ノ當事者タル意思アルナリ(東京控訴院民三判決法律新聞第八〇
二號二六頁)

至當ノ見解ナリ參考トナルヘキ判例學說左ノ如シ

一、金錢ヲ目的トスル消費貸借ノ連帶債務者ノ一人カ唯其意中ニ於テ他ノ債務者ノ言チ
信シ貸主トナルヘキ人ノ性格營業等ニ重キヲ措キテ他ノ債務者ニ對シテ連帶債務者
ト爲ルコトヲ承諾シタル場合ニ後者カ其性格營業等ニ付キ前者ノ意ニ反スル者ヨリ
金員ヲ借受ケタレハトテ之ヲ以テ前者ノ法律行爲ノ要素ニ錯誤アルモノト謂フコト
ヲ得ス(四十二年大審院判決錄一〇〇八頁)

民法

債行為ハ通常特定ノ當事者ニ付テ法律關係ヲ成立セシムルヲ以テ法律行為ノ内容ト
スルモノナレハ之レニ關スル錯誤ハ所謂要素ノ錯誤ヲ爲スモノトス(鳩山氏法律行為
乃至時効一四四頁、仁井田博士法典質疑問答第一編二六〇頁以下)

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ラサレハ之ヲ以テ第三者
ニ對抗スルコトヲ得ス

家督相續ニ因リ取得シタル不動産ト雖トモ登記ヲ爲スニアラサレハ第三者ニ對
抗スルコト能ハス

第三者ノ意義

家督相續ニ因ル不動産ノ所有權移轉ニ付テモ其登記ヲ爲スニアラサレハ之ヲ以テ第
三者ニ對抗スルコトヲ得スト雖トモ被告ハ本訴ノ地所及ヒ建物ニ付キ何等ノ權利ヲ
有セサルコトハ上段説明ノ如クナルヲ以テ被告ハ原告ノ所有權取得登記ノ欠缺ヲ主
張スルニ付キ正當ノ利益ヲ有スルモノト謂フヲ得テ被告ハ民法第一七七條ニ所
謂第三者ニ該當セサルヲ以テ原告ノ登記欠缺ヲ理由トスル被告ノ抗辯モ亦之ヲ採用
セス(東京地方裁判所民五判決法律新聞第八〇四號二四頁)

全趣旨判例 四十一年大審院判決錄一三〇一頁

反對判例

三十九年大審院判決錄一〇五八、九一頁、三十八年同上 一七三六頁

全說

家督相續ニ因リ取得シタル不動産ノ
對抗力
第三者ノ
意義

梅博士法學志林九卷三號一頁以下、富井博士民法原論物權上卷七〇頁
反對說 横田博士六三頁以下

本件判決説明ハ至當ノ見解ナリ其理由ハ民法一頁「不動産ノ二重轉賣同二二四頁
取得時効ト登記參照殊ニ取得時効ト登記」ハ此問題ヲ論究シテ餘ス所ナシ

連帶債務
者ノ求償
權

四二七 數人ノ債權者又ハ債務者アル場合ニ於テ別段ノ意思表示ナキトキハ各債權者又ハ各債務者ハ平等ノ割合ヲ
以テ權利ヲ有シ又義務ヲ負フ

四二八 連帶債務者ノ一人カ債務ヲ辨濟シ其他自己ノ出捐ヲ以テ共同ノ免責ヲ得タルトキハ他ノ債務者ニ對シ其各
自ノ負擔部分ニ付キ求償權ヲ有ス
前項ノ求償ハ辨濟其他免責アリタル日以後ノ法定利息及ヒ避クルコトヲ得サリシ費用其他ノ損害ノ賠償ヲ包含ス

連帶債務者ノ一人カ辨濟ヲ爲シタルニ因ル求償ノ場合ニ於テモ反證ナキ限り平
等負擔ノ原則ニヨルヘキモノニシテ平等負擔ニ付キテハ何等ノ立證ヲ要セサル
モノトス

民法

ノ割合ヲ以テ求償權ヲ有スルモノト云ハサルヘカラス民法第四百四十二條ノ規定ハ連帶債務者間ニ契約アルカ又ハ各債務者ノ受益ノ限度同シカラサル等ノ事實アルトキハ負擔部分ハ之ニ依テ定マルコトヲ明カニシタルニ過キサルモノニシテ契約モナク受益ノ限度モ明カナラス實際ノ關係明瞭ナラサル場合ハ全然返償債務者ノ負擔トシテ平等負擔ノ推定ヲ禁止スルノ精神ニ非ス抑々連帶債務ハ或效果ヲ以テ各債務者カ債務全部ノ返償義務ヲ負擔スルニ過キス而シテ其義務ヲ履行シタルトキハ其債務ハ返償債務者ノ利益ノ爲メニ生シタルモノト推測スヘキ法律ノ規定アルトキハ其債務亦タ斯カル推測ヲ下タスヘキ道理モ之ナケレハ返償債務者ニ於テ證據ヲ舉ケサレハ絕對ニ求償ノ途ヲ喪失スヘキ理由ナキニミナラス原告見解ノ如クセハ連帶債務者間ニ何等ノ契約ナク且ツ其全部ハ受益セサル場合ニ於テハ求償ノ途全ク之ナキ不條理ナル結果トナリ殊ニ保證債務ニ關スル民法第四百六十五條ノ規定ハ律意ノアル所ヲ審カテ上告人ノ立證十分ナラサルモノトシテ排斥シタルハ法律ノ見解ヲ誤リタルモノニシテ上告ハ理由アリ(長崎控訴院民二判決法律新聞第八〇三號二五頁)

至當ノ見解ト信ス同趣旨判例(三九九年大審院判例錄一〇七九頁同上三七年一二頁參照)

貸借ノ解除ノ條件行使

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行セサルトキハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得

土地賃貸借ニ於テ貸借人カ地代値上ヲ通告シ從前地代ノ受領ヲ拒ミタルカ如キ場合ニハ賃借人ハ遲滯ノ責ニ在ラス故ニ貸借人其不履行ヲ原因トシテ解除權ノ

行使ヲ爲スコトヲ得サルモノトス

賃借ノ解除ハ適法ナルヤ否ヤヲ案スルニ原告ノ主張ニ依レハ被告ハ明治四十四年五月一日以降ノ賃料ヲ支拂ハサルヲ以テ同年十二月二十六日被告ニ對シ三日ノ期間ヲ定メテ其履行ヲ催告シタルモノニ應ゼサル爲メ右契約ヲ解除シタルト謂フニ在レトモ證人田中龜次郎尾崎民藏ノ證言及ヒ乙第一號證ニ依レハ被告主張ノ如ク原告ハ明治四十四年五月以降賃料ノ増加ヲ要求シ以テ被告ノ提供シタル同年十二月マテノ期間内ニ從前ノ賃料全部ヲ原告ニ提供シタルモ原告ノ代理人カ之レヲ受領セサル爲メ被告ハ原告ニ對シ辨濟ノ準備ヲナシ且ツ其通知ヲ爲シタルコト明カニシテ證人加藤文輔ノ證言ニ依ルモ此認定ヲ覆スニ足ラサルヲ以テ被告ハ右辨濟ノ提供ニ因リ不履行ニ因ル一切ノ責任ヲ免ルルト同時ニ原告ハ遲滯ニ付セラレタル者ト謂ハサルヲ得ス而シテ辨濟ノ提供ハ辨濟ノ如ク債務免脫ノ效力ヲ生スルモノニアラスト雖モ民法第五百四十一條カ債權者ニ債務者ノ不履行ニ因ル解除權ヲ付與シタル所以ハ債務者ノ遲滯ニヨル債權者ノ不利益ヲ救済スルノ法意ニ外ナラサルヲ以テ債務者ニ遲滯ナク却テ債權者ニ遲滯アル場合ニ於テハ同條ノ解除權ハ未タ發生セサルモノト解セサルヘカラス從テ原告カ明治四十五年一月二十二日ニ爲シタル解除ノ意思表示ハ其效ナキコト明白ナルヲ以テ解除ニヨル賃借ノ終了ヲ原因トスル本件地所明渡及損害金ノ請求ハ全部失當ナリト認ム(東京地方裁判所民四判決法律八〇三號二六頁)

地代増額ノ請求權ハ判決ヲ候テ始メテ確定スヘキモノナリ(民法二四四頁地代増額請求同一二六頁)地代増額判決ノ性質同一九五頁)地上權ノ地代(參照)故ニ單ニ賃借人ヨリ増額ニ付一片ノ通告ヲ爲シタルノミニ過キサル本件ノ如キニ於テハ賃借人ノ催告アリタル後賃借人ノ爲シタル從前地代辨濟ノ提供ハ有效ニシテ賃借人ハ遲滯ニ在ルモ

ノニアラサルヲ以テ貸貸人ニ解除權ナキコト勿論ナリト云フヘシ

一〇 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

辯護士選定ノ委任ヲ受ケタルモノハ辯護士トノ報酬契約ヲ締結スヘキ權限アルモノト見ルヲ正當トス

依テ按スルニ自己ノ名ヲ以テ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ辯護士ニ委任スルコトヲ他人ニ委託シタルモノハ受託者カ委託ノ本旨ニ從ヒ辯護士ニ訴訟委任ヲ爲スニ當リ本人ノ名ヲ以テ之レト報酬契約ヲ締結シタル場合ニ付キ之カ履行ヲ爲スノ責任ニ蓋シ辯護士ハ其業務トシテ訴訟事務ヲ取扱フモノニシテ訴訟委任ハ有償ナルヲ以テ一般取引上ノ慣例トスル所ナルニ依リ訴訟代理ヲ辯護士ニ委任スルコトヲ他人ニ委託シタル者ハ其訴訟委任ニ關スル報酬契約ヲ爲スノ權限ヲモ授與シタルモノト推定スヘキハ事理ノ當然ナルヲ以テナリ加之訴訟當事者本人ト訴訟代理ヲ辯護士ニ委任スルコトヲ委託セラレタル代理人トノ間ニ於テ其訴訟ハ代理人ノ計算ニ於テ遂行スヘキ本人ハ之ニ要スル費用ノ負擔ニ任セサルコトヲ特約シタル場合ト雖モ其特約ハ之ヲ知リテ訴訟代理ヲ受任シタル辯護士ニ對シテハ其效力ヲ生スヘキモ斯カル特約ノ存在ヲ知ラスシテ代理人ヨリ訴訟ヲ委任セラレ之ト報酬契約ヲ締結シタル辯護士ニ對シテ該契約ニ基ク辯護士ノ報酬ノ請求ヲ拒ムコトヲ得ス蓋シ訴訟代理ヲ委任スルノ委託中ニハ之ニ關スル報酬契約ヲ締結スルノ權限ヲ包含スルモノト認ムヘキハ前項

説明スル所ノ如クニシテ辯護士ハ代理人ヨリ訴訟ノ委任ヲ受クルニ當リ其代理人ニ報酬契約ヲ締結スヘキ正當ノ權限アリト信スヘキ正當ノ理由ヲ有スルモノナレハ民法第百十條ノ規定ニ準據シ其契約ハ本人ニ對シ其效力ヲ生スルモノト斷定セサルヘカラス(大審院四五年(を)一二六號同年七月一日民二判決)

參考判例

民法第百十條ニ所謂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トハ第三者カ代理人ト取引ヲ行フニ當リ代理人ハ本人ノ爲メニ取引ヲ爲スノ權限ヲ有スルモノトノ觀念ヲ惹起スルニ足ルヘキ事情ノ存在ヲ指稱ス而シテ其事情ノ係争取引ニ關聯シタルモノハ勿論他ノ取引ニ關聯セルモノト雖モ亦正當ノ理由タルニ妨ケナキモノトス(三十九年大審院判決録七〇六頁)

取締役員不當ノ告訴ヲ爲シタルニヨリ銀行カ賠償責任ヲ負フ場合

法人カ不法行爲ヲ爲スノ能力アルヤ否ヤハ一個ノ問題ニシテ民法ハ之レカ解決ヲ學說ニ譲リ只第四十四條ニ於テ法人ノ代理人カ他人ニ損害ヲ加ヘタル場合ニ付キ法人ノ賠償ノ責任ヲ規定スルニ止マルモノトス同條第一項ニ依レハ法人ハ其代理人カ職務ヲ行フニ付キ他人ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責任ニ任スヘキモノニシテ被控銀行

四四 法人ハ理事其他ノ代理人カ其職務ヲ行フニ付キ他人ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責任ニ任ス
法人ノ目的ノ範圍内ニ在ラサル行爲ニ因リテ他人ニ損害ヲ加ヘタルトキハ其事項ノ議決ヲ賛成シタル社員理事及ヒ之ヲ履行シタル理事其他ノ代理人連帶シテ賠償ノ責任ニ任ス
七〇九 故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタルモノハ之ニヨリテ生シタル損害ヲ賠償スル責任ニ任ス

ノ取締役タル濱村與吉カ被控訴銀行ノ債權ヲ實行スル爲メ控訴人ニ對シ裁判上及ヒ
 裁判外ノ請求ヲ爲スコトハ其職務ノ範圍内ニ屬スルコト論テ俟タス
 然ラハ其民事裁判所ニ於ケル訴訟ノミニテハ未ダ確實ナル見込立タスト思惟シ債權
 實行ノ間接ノ方法トシテ債務者ノ有力ナル反證ヲ打破スルノ目的ヲ以テ刑事ノ告
 訴ヲ爲スカ如キハ又銀行ノ職務範圍内ニ屬スル行爲ヲナスモノト謂ハサルヲ得ス即チ
 濱村與吉カ控訴人ニ對シ私書偽造行使ノ告訴ヲナシタルハ貸金請求事件ニ於テ控訴
 人ヨリ提出シタル有力ナル甲第三號證ノ一ノ證據力ヲ打破スル爲メナルコト甲第一
 號證ノ一ニヨリ之ヲ認ムルニ難カラサルヲ以テ其告訴ヲ爲スニ付キ前示ノ如ク少ク
 モ重大ナル過失ニ因リ真正ナラサル事實ヲ主張シ控訴人ノ權利ヲ侵害シタル以上ハ
 所謂法人ノ代理人カ職務ヲ行フニ付キ他人ニ損害ヲ加ヘタルモノナレハ被控訴銀行
 ニ於テ之レカ賠償ノ責ニ任セサルヲ得ス故ニ被控訴代理人主張ノ如ク法人ニハ不行
 爲能力ナク濱村與吉ノ不行爲力權限外ノ行爲ナリヤノ問題ハ姑ク之レヲ措キ民
 法第四十四條ニ依リ被控訴銀行ハ同人ノ行爲ニ付キ責任ヲ免ルハコトヲ得サルナリ
 (東京控訴院民一判決法律新聞第八〇四號二二頁)

至當ノ見解ト信ス但シ本論ハ法人ニ不行爲能力アリヤ否ヤヲ決シタルモノニ
 アラスシテ理事ノ爲シタル告訴カ職務執行ニ關スルヤ否ヤヲ決シタルモノナリ
 參考トスヘキ説明左ノ如シ(判例)

一、民法第四十四條ニ理事カ其職務ヲ行フニ付キ他人ニ加ヘタル場合トハ例ヘハ劇場ノ理
 事カ興業ノ爲メニ他人ノ著作權ヲ侵害シ又ハ病院ノ理事カ其設備ニ關シ他人ノ特許
 權ヲ犯スカ如キ或ハ法人ノ爲メニ法律行爲ヲナスニ當リ詐欺ヲ行フカ如キ之ナリ(中

島博士民法釋義卷ノ一、二七五、二七六頁)
 一、職務ヲ行フニ付キトハ「職務ヲ行フニ際シ」ト同一意義ニ非ス即チ單ニ職務ノ執行力不
 法行爲ヲ爲ス機會ト爲リタルノミナリテ是レトセズ職務ノ執行ニ關スルコトヲ要
 ス例ヘハ理事カ法人ノ目的ノ範圍内ニ於テ代理行爲ヲ爲スニ當リ詐欺若クハ強迫ヲ
 行ヒ又ハ受託金ヲ費消セルカ如シ(富井博士民法原論第一卷上二二、二一三頁)

親族會
 決議書

九四七

親族會ノ議事ハ會員ノ過半数ヲ以テ之ヲ決ス

會員ハ自己ノ利害ニ關スル議事ニ付キ表決ノ數ニ加ハルコトヲ得ス

九四八

本人、戸主、家ニアル父母、配偶者、本家並ニ分家ノ戸主、後見人後見監督人及ヒ保佐人ハ親族會ニ於テ
 其意見ヲ述フルコトヲ得

親族會ノ招集ハ前項ニ掲ケタル者ニ之ヲ通知スルコトヲ要ス

親族會ノ決議ハ會員會合シテ爲スコトヲ要シ單ニ書面上ノ同意アルモ決議アリ
 ト言フコト能ハス

抑モ親族會ノ決議ハ會員相會合シ互ニ意見ヲ交換シ之ヲ爲スヘキモノニシテ單ニ其
 書面上ノ意見ヲ聚集シテ之ヲ爲スヘキモノニアラサルコトハ本法第九百四十七條第
 九百四十八條ノ法意ニ照ラシテ之レヲ知ルニ難カラス(東京控訴院民一部判決法律新
 聞第八〇四號二三頁)

至當ノ見解贊同ヲ表ス牧野氏及奥田博士モ亦タ同趣旨ノ説明ヲ爲ス

親族會ハ會員カ招集ニ應ジテ參集スルニヨリ斯ニ成立シ親族會成リ斯ニ初メテ會議
 アリ會議ノ結果斯ニ親族會ノ決議アルモノトス故ニ親族會員ハ必ス自ラ招集ノ場所

ニ參集スルコトヲ要シ代理人ヲ差出スコトヲ得ス(牧野氏日本親族法論四七〇、四七一頁、奥田博士民法親族法論四八二頁)

尙ホ本書「取締役會決議過半数ノ意義」參照

共有者ノ一人カ死亡シ相續人ナキ場合

共有者ノ一人カ死亡シ相續人ナキトキハ民法第五十一條以下ノ手續ヲ經タル後ニアラサレハ他ノ共有者ハ同法第二百五十五條ニ因ル持分取得ノ登記ヲ爲スヲ得ス

二五五 共有者ノ一人カ其持分ヲ拋棄シタルトキ又ハ相續人ナクシテ死亡シタルトキハ其持分ハ他ノ共有者ニ歸屬ス
法曹會ハ民法第五十一條以下ノ規定ハ相續人アルコト分明ナラサルトキハ常ニ之ヲ適用スヘキモノニシテ土地ノ共有者ノ一人カ死亡シ其相續人アルコト分明ナラサル場合ニ於テモ此手續ヲ盡ササレハ共有者ニ其取得登記ヲ爲スコトヲ得サルモノト決議シタリ(法曹記事第二二卷七號四〇頁)蓋シ至當ノ見解ナリトス他ニ判例學說ノ參照スヘキモノナシ

地主ノ變更ノ土地賃借ノ證明ノ解釋

地主ノ變更アリタルモ借地關係カ承繼サレタルモノト認ムヘキ場合
建物所有ノ爲メノ賃貸借ニ於テ二年未滿ノ短期間ヲ約スルカ如キハ假令公正證書ヲ以テシタルトキト雖モ畢竟例文ニ過キスシテ當事者ヲ拘束セサルモノト解スルコトヲ得

自己ノ營業ニ要スル工作物建設ノ爲メ他人ノ土地ヲ買受ケタル旨主張スルニ拘ラス
二年以上ノ久シキニ亘リ其土地ニ於ケル在來ノ借地人ニ對シ地所明渡シノ催告ヲ爲シタル事實ノ見ル可キモノナク且ツ或ル期間内在來ノ借地關係ノ存在ヲ認ムルカ如キ場合ニ土地返還ヲ受クルコトヲ要スル事情ノ存スルモノト認メ難ク在來借地關係ノ繼承セラレ居ル者ト認ムルヲ相當トス家屋所有ノ目的ヲ以テ他人ノ土地ヲ賃借セ
ル者カ僅僅二年ニ滿タサル短期ノ滿了ト共ニ其借地關係ヲ消滅ニ歸セシメ家屋ヲ取
去シ地所ヲ明渡ササル可カラサルカ如キ契約ヲ爲シタルモノト見ル可カラサルニ依
リ特約ノ事情ナキ限リ斯カル短期ノ定メハ私署證書ニ於ケルト公正證書ニ於ケルト
ナ問ハス其期間ハ畢竟例文ニシテ當事者ハ之ニ羈束セラレル意思ナキモノト解釋ス
ヘキモノトス(東京地方裁判所民四部判決法律新聞八〇一號二二頁)

同趣旨判例

家屋所有ノ爲メ他人ノ土地ヲ使用スル場合ニ僅々五年ノ短期間ヲ以テ借受ルカ如キハ普通ノ事例ニ反スルヲ以テ如此場合ニ於テハ別ニ借地期間ヲ定メサリシモノト解スルヲ穩當トス(大阪地方裁判所判決、民法二五四頁「推定地上權」參照)

民法 二八八
稍ヤ異論ヲ容ルヘキ餘地ナキニアラサルヘキモ如斯解セサレハ社會ノ實際ニ適
セス賛同ヲ表ス

地主ノ入用ニ應シ何時ニテモ明渡ヲナス可シト云フ如キ文言ハ貸借證ノ例文ニ
過キスシテ當事者ヲ拘束セサルモノトス

甲第一號證ノ借地證ニ依レハ原告主張ノ如ク原告ニ於テ該土地入用ノ節ハ被告人六
ケ月以内ニ立退ケ旨ノ記載アリト雖モ他人ノ地上ニ家屋ヲ有スル者カ其敷地ヲ貸借
スルニ當リ單ニ地主ニ於テ入用アルトキハ其通知ニヨリ貸借ヲ消滅セシメ同時ニ
其地上ノ建物ヲ收去シテ該敷地ヲ明渡スヘキ旨ノ特約ヲナストキハ其賃借人ハ一日
モ安ンシテ該家屋ヲ所有シ能ハサルヲ以テ特別ノ事情ナキ限りハ當事者ハ新カ爾特
約ヲ爲スノ意思ナキハ通常ノ狀態ナルノミナラス證人大神松之助ノ證言ニ依リ被告
ハ本件地上ニ存在スル建物ヲ買受ケケル所有スル爲メ右土地ヲ借受ケケル同時ニ慣
行ノ文例ニ從ヒ甲第一號證ヲ作成シタルモノニシテ當時該當事者カ如上ノ特約ニ拘
束セラレルノ意思アラサルコトヲ認メ得ルヲ以テ右ノ特約ハ眞ニ成立セザリシモノ
ト謂ハサルヘカラス從テ其特約ニ基キ原告ノナシタル解除ノ意思表示ハ其效ナキモ
ノトス(東京地方裁判所民四判決法律新聞第八〇四號二四頁)

借地關係ノ實際ニ適スル判決ナリ尙ホ——民法二五四頁推定地上權及ヒ同一七

貸借證
ノ解釋

實體法上
ノ權利
有セサルヲ
登記

入頁貸借契約書ノ解釋同一三七頁貸借契約ノ解釋等參照何レモ同趣旨

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ナスニアラサレハ之ヲ以テ第三者
ニ對抗スルコトヲ得ス

實體法上ノ權利ヲ有セサル登記名義人ノ設定シタル抵當權ハ無効ナリトス

政府ヨリ拂下ヲ受ケタル土地係争地カ大山周造外五名ノ共有名義ノ所有權登記ヲ爲
セル登記原因ハ保存登記ニシテ前所有者ヨリノ移轉登記ニアラサルコトモ當事者間
ニ争ナキ事實ナリトス而シテ當時被控訴人等ハ右所有權保存登記ニ干與シタリト認
ムヘキモノナキヲ以テ其登記ハ單ニ名義上ニ止マリ被控訴人等ハ依然共有者トシテ
眞正ナル所有者タリト認メラレ保存登記ハ少クトモ所有者タル被控訴人等ノ爲メ大
山周造外五名カ從來拂下名義人タル關係上ヨリ之ヲ爲スニ至リタルモノト認ム或
ハ又所有權ヲ登記名義人ニ歸スルコトナカリシトモ何等カ之レヲ處分スルノ權
利若クハ權限ヲ與ヘタル事實ノ存否如何ヲ調査スルモ此點ニ付斯カル事實アリシモ
ノト認ムヘキモノナシ左レハ登記名義人タル大山周造萩原藤一郎外四名ノ共有名義
ヲ以テ爲シタル係争地ノ所有權保存登記ハ眞實ノ所有者タル被控訴人等ト登記名義
人ノ間ニ於ケル權利移轉ノ法律原因ニ基ツキタルニアラスシテ名義人カ單獨ニ所有
者ノ爲メニ爲シタルニ過キサルヲ以テ登記名義人タル大山周造萩原藤一郎カ右登記
ニヨリテ係争地ヲ處分スルノ權ナキハ當然ナリ左レハ右同人カ其債權者タル谷中庄
作鈴木儀一郎ニ對シ本件不動産ノ六分ノ一ノ共有持分ニ付キ抵當權ヲ設定シタリト
スルモ之レニ依リ抵當權設定ノ效力ヲ生スヘキモノニアラスシテ係争地上ニ設定シ

民法

二八九

タル抵當權ハ無効ニシテ抵當權者ハ之ヲ以テ眞實ノ所有者タル被控訴人等ニ對抗シ得ヘキモノニアラス從テ控訴人カ登記簿ニ依テ行ハレタリトスルモ已ニ其抵當權ノ設定ノ無効ナルコト前述ノ如クナルヲ以テ依リ取得シタリトスルモ已ニ其抵當權ノ設定ノ無効ナルコト前述ノ如クナルヲ以テ被控訴人等眞實ノ所有者ハ登記名義人ノ爲シタル抵當權設定行爲ノ無効ヲ主張シ何人ニモ之レヲ對抗シ得ヘキモノトス蓋シ外觀上權利者タルカ如キモ其實質上何等ノ權利ヲ有セサル其權利者ヨリ權利ヲ繼承センコトノ不能ナルハ一般ノ原則ニシテ動産ニ付テハ民法第九十二條ヲ以テ此原則ニ對スル例外ヲ規定シ眞正ナル所有者タルサルモノヨリ所有權ヲ取得シ得ル場合ヲ定ムルモ民法上不動産ニ付テハ斯ル例外ノ規定ナシ(東京控訴院民一判決法律新聞第八〇五號二二頁)

至當ノ説明ナリ同趣旨判例(四二年大審院判決錄一〇四七頁同上六六〇頁參照)同說(博七頁以下)即チ本件ノ如キ場合ハ信託行爲(效力民法一四七頁)不動産ノ信託行爲(參照トシテ見ルコト能ハサル場合ニ屬ス)

供託辨濟
ハキ條件

四九三 辨濟ノ提供ハ債務ノ本旨ニ從ヒテ現實ニ之ヲ爲スコトヲ要ス但シ債權者カ豫メ其受領ヲ拒ミ又ハ債務ノ履行ニ付キ債權者ノ行爲ヲ要スルトキハ辨濟ノ準備ヲ爲シタルコトヲ通知シテ其受領ヲ拒告スルヲ以テ是ル

四九四 債權者カ辨濟ノ受領ヲ拒ミ又ハ之ヲ受領スルコト能ハサルトキハ辨濟者ハ債權者ノ爲メニ辨濟ノ目的物ヲ供託シテ其債務ヲ免ルコトヲ得辨濟者ノ過失ナクシテ債權者ヲ確知スルコト能ハサル時亦同シ

供託ニヨリテ債務ヲ免レ得ルニハ給付ノ準備ヲ爲シ之ヲ債權者ニ通知スルコトヲ要スルモ債務者カ債務ノ履行ヲ提供シテ反對給付ヲ訴求シ又ハ債務ノ履行ヲ

前提要件トシテ他ノ給付ヲ訴求シ相手方カ之ヲ拒絕シタル場合ノ如キニ於テハ給付準備ノ通知ヲ要セス直チニ供託ニ因リ債務ヲ免レ得ヘキモノトス

債權者カ債務者ニ對シ債權ノ目的タル給付ノ受領ヲ拒ミタル場合ニ債務者カ目的物ノ供託ニヨリテ其債務ヲ免脱スルコトヲ得ルカ爲ニハ先以テ給付ヲナスニ必要ナル準備ヲナシ之ヲ債權者ニ通知シ債權者ヲシテ其意思ニヨリ之ヲ受領スルコトヲ得セシムヘキ事實上ノ狀態ヲ作爲スルコトヲ要スルハ當院判例ノ示ス所ナリ然レトモ此手續タルヤ債務者カ供託前ニ遵守スヘキ通則タルニ止マリ場合ノ如何ニ拘ハラス常ニ格守セサルヘカラサル絕對的必要條件ニアラス蓋シ債務者カ現實ニ履行ノ準備ヲ爲スコトト債權者ニ對シテ其受領ヲ求ムルコトトハ債權者ヲ遲滞ニ付シ債務者ノ爲メニ供託ニヨル債務免脱ノ權能ヲ授與スルカ爲メニ必要ニシテ欠クヘカラサルモノナリト雖トモ履行ノ準備ヲ爲シタルコトヲ通知スルコトハ何等特別ノ事情ノ存セサル通常ノ場合ニ於テハ之ヲ必要トスルモ其通知ヲ必要トセス又ハ其通知ヲ爲スモ其效ナキコト明確ナル場合ニ於テハ債務者ハ特ニ之ヲ爲スコトヲ要セス直ニ供託ヲ爲シテ其債務ヲ免ルコトヲ得ヘシ債權者カ債務者ノ爲シタル現實ノ提供ヲ拒絕シタル場合ハ前者ニ屬シ債務者カ債務ノ履行ヲ提供シテ相手方ニ反對給付ヲ訴求シ又ハ其債務ノ履行ヲ前提要件トスル他ノ給付ヲ訴求シ相手方カ其提供ヲ拒絕シタル場合ノ如キハ後者ニ屬ス何トナレハ後ノ場合ニ於テハ相手方ハ訴ニ於テ債務者ノ提供ヲ拒絕スルモノナレハ假令辨濟ノ準備ヲ爲シタルコトヲ通知スルモ相手方ハ自己ノ主張ヲ維持スルノ必要上之ヲ受領セサルヘキヲ以テ其通知ハ結局無用ノ手數ニ屬スルニ依リ債務者ヲシテ供託ニヨリ其債務ヲ免カルルノ道ヲ開カサルヘカラサルヲ以テナリ而シテ本件ニ在テハ原告人カ被告原告人ニ對シ債務ノ辨濟トシテ金參百五圓ノ受

領ヲ求メタルハ第一審ノ訴狀ニ明記スル處ニシテ上告人カ其金額ノ準備ヲ爲シタル
コトハ上告人カ現ニ同額ノ金錢ヲ現實ニ供託シタルニ依リテ之ヲ確認スルコトヲ得
ルヲ以テ被上告人ノ提供シタル辨濟ノ受領ヲ拒ミタル以上ハ上告人ハ供託ニ因リ其
債務ヲ免ルルコトヲ得ルハ毫モ疑ヒナシ(大審院四五年(一)〇六號同年七月三日民二
判決)

民法

(參照)大政官達五八號

實子アル者養子ヲ以テ相續人トナシ子女アルノ寡婦夫ヲ迎ヘテ尙夫ノ跡相續人ト定ムル等
ハ一般許難定規ニ候得共華土族ヲ除クノ外現實極貧或ハ老病等ニテ實子孫アリト雖モ幼少ナルカ又ハ有子ノ寡婦
タリト雖モ極貧或ハ其子女幼少且後見スヘキ者モ無之様ノ場合ニテ親族協議ヲ以テ願出候節不得止事情ニ係ル者ハ
地方官限リ聽許不苦此旨相達候事

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

民法施行前ニ於テ實子ヲ廢嫡シ養子ヲ家督相續人トナスヘキ許可ヲ得タルトキ
ハ假令該實子ニ實弟アリトスルモ相續權ハ養子ニ在ルモノトス

明治九年六月五日大政官達第五十八號ニ依レハ實子孫アル平民戶主ニシテ極貧老病
等ニテ實子孫アルモ幼少ナルカ如キ止ムヲ得サル事由アルトキハ親族協議ヲ以テ出
願シ地方官ノ許可ヲ得テ實子孫ヲ廢嫡シ養子ヲ以テ相續人ト爲スコトヲ得タルモノ
ニシテ此達ニ基キ實子ヲ廢嫡シ養子ヲ以テ相續人トナスコトヲ許可セラレタルトキ
ハ假令其實子ニ弟アルモ相續權ハ其弟タルモノニ移ラス養子カ嗣子トナリ家督相續
人タル地位ヲ取得スヘキハ勿論ナルヲ以テ太郎兵衛ニ於テ前記ノ如キ出願ヲナシテ
許可ヲ受ケ其出願并ニ許可ノ趣旨ニ基キテ控訴人ヲ長女カメノ婿養子トナシタル以
上ハ前示兼吉カ太郎兵衛ノ家督相續人タル地位ヲ喪失シタルハ勿論右兼吉ノ弟ニシ
テ太郎兵衛ノ三男タル被控訴人ニ於テモ太郎兵衛ノ家督相續人タル地位ヲ占ムルコ

トヲ得スシテ控訴人ハ太郎兵衛ノ長女カメノ婿養子トシテ今宮家ニ入籍スルト同時
ニ當然太郎兵衛ノ家督相續人トナリタルモノト謂ハサルヘカラス(東京控訴院民二判
決法律日百七十五號最近判例集第拾一卷五頁)

至當ノ見解ト信ズ尙ホ民法二六三頁仲繼相續參照

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ナスニアラサレハ之ヲ以テ第三者
ニ對抗スルコトヲ得ス

登記ノ欠缺ヲ主張セサル場合ニハ裁判所ハ職權ヲ以テ此事項ヲ裁判スヘキモノ
ニアラス

民法第七十七條ノ規定ハ不動産ニ關スル物權ノ得喪變更アリタル場合ニ其登記ノ
欠缺ヲ主張スル正當ノ利益ヲ有スル第三者ヲ保護スル爲メニ設ケタルモノナレハ其
登記ノ欠缺ニ付キ利益ヲ有スル第三者ハ同條ノ保護ヲ受ケント欲スル趣旨ヲ主張ス
ルニ非サレハ同條ノ適用ヲ受クルコトヲ得サルモノトス蓋物權ノ得喪變更ハ其登記
ノ欠缺ヲ主張スル第三者ニ對シテハ同條ノ規定ニ依リ效力ヲ及ボササルコトヲ得ル
モ第三者カ特ニ之ヲ主張セスシテ實際ノ事實ニ基キ其得喪變更ヲ論争スル場合ニ於
テ尙ホ同條ヲ適用スヘキ理由存セサレハナリ本件ニ付キ原審ニ於テ争點トナリタル
所ハ係争ノ溜池ハ上告人單獨ノ所有ナリヤ將タ上告人及ヒ被上告人ノ共有ニ屬スル
モノナリヤニ在リシト雖モ上告人ハ專ラ實際ノ事實ニ基キ之ヲ論争シタルニ止マリ
特ニ被上告人ノ共有權取得ニ關スル登記欠缺ノ形式ニ基キ所論ノ如キ民法第七十
七條ノ對抗要件關如ノ趣旨ヲ主張セサリシコト記録上明白ナリ然レハ原院カ所論ノ

民法

如キ同條ノ對抗要件ニ關スル事項ニ論及セザリシハ當然ノ事ナレハ之ヲ以テ違法ナリト謂フコトヲ得ス(大審院四五年(一)〇〇號同年六月廿八日民二判決)

不法條件

一三三 不法ノ條件ヲ附シタル法律行為ハ無効トス不法行為ヲ爲ササルヲ以テ條件トスルモノ亦同シ

破産宣告抗告事件ニ於テ其宣告ヲ受ケタル抗告人ノ主張ヲ争ハスシテ破産宣告ノ取消ヲ爲サシムヘキ旨ヲ約スルカ如キハ裁判所ヲシテ事實ノ審理ヲ誤ラシムヘキコトヲ目的トスル不法行為ナルヲ以テ若シ之ニ背キタルトキハ違約金ヲ支拂フヘシトスル契約ハ無効ナリトス

川上正右衛門ハ白井儀兵衛カ抗告審ニ於テ爲スヘキ支拂停止ヲ爲シタルコトナシトシテ虚偽陳述ヲ認メテ争ハサルヘキコトヲ約シタルモノト謂ハサルヘカラス債權者又ハ債務者ヨリ破産申請ヲ爲シタル場合ニ破産裁判所ハ職權ヲ以テ破産手續ヲ進行セシメ且必要ナル事實上ノ調査ヲ爲スヘキモノナルヲ以テ固ヨリ債權者又ハ債務者ノ陳述ニヨリ拘束ヲ受クルモノニアラサルコト論ナシト雖トモ當事者間ノ事實上ノ陳述カ破産裁判所ノ事實上ノ調査及破産手續ニ影響ヲ及ホスヘキコトモ亦明カナリトス故ニ債權者債務者間ニ於テ債務者ハ虚偽ノ事實ヲ主張シ債權者ハ之ヲ認ムヘキコトヲ約スルカ如キハ破産裁判所ヲシテ事實ノ認定ヲ誤ラシメ以テ破産手續ノ進行ヲ阻止スルコトヲ直接ノ目的トスルモノト謂ハサルヘカラス故ニ本件契約ハ不法ノ條件ヲ附シタルモノト認ムルコトヲ得若シ又白井儀兵衛ニシテ眞ニ支拂ヲ停止シタルコトナシトセンカ支拂停止ナキ故ニ支拂停止ナキヲ争ハサルヲ約シテ事實當然ノ事項ヲ

失火ノ責任

約シタル如シト雖トモ又一方ヨリ之ヲ見レハ支拂停止ナキニヨリ支拂停止アリト争ハサルヘキコトヲ約シタルモノノ換言スレハ破産裁判所ノ事實ノ認定ヲ誤ラシメ破産手續ヲ進捗セシムルカ如キ行為ヲ爲ササルコトヲ約シタルモノト認メ得ヘシ故ニ又本件契約ハ不法ノ行為ヲ爲サ、ルヲ以テ條件トスル契約ノ無効タルハ民法ノ明規スル所隨テ此契約上ノ債務不履行ノ場合ニ關スル違約金ニ付テノ契約無効ナルコト亦論ナキ所ナリトス(東京地方裁判所民三判決法律新聞第八〇五號二三頁)

破産宣告申立事件ニ於テモ申立人ハ必スヤ其宣告ヲ得ヘキ爲メニ又ハ宣告ヲ維持スヘキカ爲メニ眞實ニ合スル主張ヲ爲サ、ル可カラサル義務ヲ負フコトナシ加之事件審理ニ付テ其抗辯權ヲ豫メ拋棄スルハ決シテ不法ニアラスシテ之ヲ有效ニ拋棄シ得ヘキハ言ヲ俟タサル所ナリ果シテ然ラハ抗辯權ノ拋棄ヲ不法條件ト解シタルハ失當ト信ス

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

六一六 ……第五百九十八條ノ規定ハ貸借借ニ之ヲ準用ス

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

失火ノ責任ニ關スル法律(三十二年法律四〇號)民法第七百九條ノ規定ハ失火ノ場合ニハ之ヲ適用セス但シ失火者ニ重大ナル過失アリタルトキハ此限リニアラス

(參照)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

貸貸家屋カ失火ニヨリ滅失シタル場合ニ於テモ賃借人ハ其家屋ヲ返還スヘキ賃

借人トシテノ責任ヲ免ル、コト能ハサルカ即チ返還スルコト能ハサルコトカ自
己ノ責ニ歸スヘキモノトシテ家主ニ對シ賠償セサルヘカラサルモノナルカ

賃借人カ其借家ニ失火シタル場合ニ關シ大審院ハ明治三十八年二月十八日ノ判決ヲ
以テ賃借人ニ重大ナル過失カナケレハ賠償ノ責ナシト言渡シタ我輩ハ該判決ヲ以テ
頗ル穩健ナル好判例トセル一人テアツタ然ルニ本年三月二十三日ニ前判例ヲ覆シテ
賃借人ハ失火ニ因リ家屋ヲ返還スル能ハサルニ至リタル契約違反ニ基ク賠償ノ責ア
リト云フ新判例ヲ與ヘタ此判決ハ我國ノ實情ニ適セサルノミナラス又法律ノ解釋ト
シテモ中正ヲ得スト信セラレ抑モ失火ニ付テ責任ヲ輕減スル法律第四十號ナルモ
ノハ(一)失火ヨリ生スル損害ハ實ニ不測テアツテ從令巨萬ノ富チ有スルモノト雖モ到
底賠償ノ責任ヲ盡ス能ハサルモノナルコト(二)元來我國ノ家屋ハ燃料質ヨリ成立スル
カ故ニ火事ノ多キコト世界ニ其比ナク萬戶一夕ニシテ灰燼トナルコト往々アリテ古
來ヨリ火災ヲ以テ殆ント天災同様ニ諦メ來リタル慣習アルコト(三)何人モ自己ノ住ス
ル家屋又ハ財産ヲ滅盡スヘキ失火ノナイ様ニ注意ヲ怠ラサルハ勿論テアルケレトモ
一朝火ヲ失スルトキハ殆ント常ニ自己ノ財産モ共ニ燒失スル譯テアツテ實ニ憫諒ス
ヘキ災害ナリト云フ理由ノ下ニ舊刑法附則第五十九條但書ヲ復活セシムヘク制定セ
ラレタル法律テアル從テ重大ナル過失ニアラスシテ失火ナルモノニ對シテハ「民
法第七百九條ノ規定ハ失火ノ場合ニハ之ヲ適用セス」ト規定シ右失火ノ行為ハ不法行
爲ト看做サスシテ民法第七百九條以外ニ置クト云フノテアル尙詳シク云ヘハ法律第
四十號ノ規定アルカ故ニ重大ナル過失ニアラスシテ生シタル失火ハ民法第七百九條
ニ所謂他人ノ權利ヲ侵害シタル行為ト看做サナイノテアツテ權利侵害テハアルカ損
害賠償ノ責任ヲ免除スルト云フ趣旨テハナイノテアル語弊カアルカモシレンカ假リ

ニ之レヲ準テ不可抗力ト名ツケタラ良カロウト思フ己ニ賃借物ノ滅失カ法律上ニ於テ
不法トセサル準テ不可抗力ノ結果テアルトセハ其無責任ハ絕對テアルトセネハナラヌ
即チ我輩ハ法律第四十號ノ解釋ニ付キ根本ヨリ大審院ト見解ヲ異ニスル次第テアル
或ハ賃借人ハ民法第六百十六條第五百九十七條第一項ニヨリ賃借物返還ノ義務アリ
然ルニ失火ニヨリテ之ヲ滅失セシメ返還不能トナリタルトキハ不法行為ニ基ク責ナ
シトスルモ賃借物契約ニ基キ民法第四百十五條末段ニ因リテ義務アリト云フカモ知
レナイカ已ニ論シタ通リ失火其物カ法律ノ擬制ニヨリテ準テ不可抗力トシテ失火者ニ
責任ナキ行為ナリトノ前提カ是ナリトスレハ民法第四百十五條ニ該當セサルコト明
白ナルノミナラス其借家ハ法律上債務者ノ責ニ歸セサル事即チ失火ニヨリテ滅失ス
ルト同時ニ返還義務モ消滅スルカラ從テ賠償ノ責任ナキニ歸スルノテアル右判例ニ
ハ「殊ニ商法第三百二十二條第三百三十七條第三百七十六條第五百九十二條ニ依レハ
運送取扱人運送人倉庫營業者船舶所有者ハ使用人ノ過失ニ付テモ其責ニ任セサルヘ
カラス又同法第三百五十四條ニ依レハ客ノ來集ヲ目的トスル場屋ノ主人ハ不可抗力
ニアラサル一切ノ事由ニ付キ其責ニ任セサルヘカラサルモノナルカ若シ此等ノ責任
カ不法行為ノ責任ノ影響ヲ受ケ其程度マテ輕減セラル、トセハ上告人所論ノ如ク右
商法ノ規定ハ全ク蹂躪セラル、ニ至ラン故ニ不法行為ノ責任ノ輕減ハ契約違反ノ責
任ニ影響ヲ及スコトナキハ明白ニシテ賃借人ガ失火ニ依リ賃借家屋ヲ返還スル能ハ
サルニ至リタル責任ハ毫モ右法律第四十號ノ規定ノ影響ヲ受クヘキモノニアラス」ト
判示シタルモ商法ハ民法ノ特別法テアルカラ民法ノ一部ナル法律第四十號ハ商法ニ
先ツ適用セラル、モノニアラサルハ言ヲ俟タナイノミナラス右第三百二十二條第三
百三十七條第三百七十六條ニ「注意ヲ怠ラサリシコトヲ證明スルニアラサレハ滅失
ニ付キ損害賠償ノ責ヲ免カル、コトヲ得ス」ト規定シアリ又第五百九十二條ニ「船舶

九七七條第三項ニモ「相續開始ノ後ハ之ヲ適用セス」トアルニヨリ其開始アルマテハ何時ニテモ提起シ得ヘキモノトナスハ固ヨリ當然ノ解釋ナリトス

保證人ノ抗辯

四五二 債權者カ保證人ニ債務ノ履行ヲ請求シタルトキハ保證人ハ先ツ主タル債務者ニ催告ヲ爲スヘキ旨ヲ請求スルコトヲ得但主タル債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケ又ハ其行方カ知レサルトキハ此限ニ在ラス
四五三 債權者カ前條ノ規定ニ從ヒ主タル債務者ニ催告ヲ爲シタル後ト雖モ保證人カ主タル債務者ニ辨濟ノ資力アリテ且執行ノ容易ナルコトヲ證明シタルトキハ債權者ハ先ツ主タル債務者ノ財産ニ付キ執行ヲ爲スコトヲ要ス
二〇〇 取消シ得ヘキ行爲ハ無能力者若クハ瑕疵アル意思表示ヲ爲シタル者、其代理人又ハ承繼人ニ限り之ヲ取消スコトヲ得(下略)

保證人ノ抗辯ヲ論ス

保證人ノ抗辯ハ別テ二トナス(一)普通債務者トシテノ抗辯——保證契約ノ無効履行ニ因ル消滅期限未到來等——(二)保證人タル資格ニ於テ有スル抗辯——(イ)主タル債務者ノ抗辯(ロ)催告及檢索ノ抗辯之レナリ

一 主タル債務者ノ抗辯
從來各國ノ立法ハ保證人カ主タル債務者ノ有スル抗辯ヲ用ユルコトヲ認ムルモ其根據ハ區々ニ岐ル即チ從來學者ハ第三者ノ權利ヨリ生スル抗辯(Exceptiv ex jure tertii)ヲ用ユル一場合ナリトナセトモ從來ノ通説カ保證人カ主タル債務者ノ抗辯ヲ用ユルモノトナス場合ハ實ハ主タル債務者ノ抗辯ニアラスシテ保證人自身ノ抗辯ヲ用ユル場合ニシテ第三者ノ抗辯ノ問題ニ屬セス今吾人ハ唯タ從來ノ用語ニ從ヒ主タル債務者ノ抗辯ト云フノキ

保證人カ主タル債務者ノ抗辯ヲ用ヒ得ヘキヤ否ニ付テハ我法典上何等ノ徵スヘキモノナキノミナラス我法典ニ於テハ抗辯ノ意義ニ關シ明確ナル規定ナシ獨民法ニ於テハ廣義ノ抗辯又ハ異議(Einwendung)ハ被告カ原告ノ請求ニ反對スル凡テノ事實ノ主張ヲ總稱ス而シテ之ヲ(一)權利不發生又ハ權利否定ノ抗辯(Rechtsindernde od. Rechts Exterminierende Einwendung)(二)權利消滅ノ抗辯(Rechtsaufhebende Rechtsverwirkende Einwendung)(三)狹義ノ抗辯(Einrede)トニ分ツ一ハ原告ノ權利カ當初ヨリ發生セザルコトヲ以テ抗辯トナス——內容ノ違法錯誤ニヨル無効——(二)一旦發生セルモ消滅セルコトヲ抗辯トス——履行ニ因ル消滅——(三)給付拒絕ノ抗辯——契約不履行ノ抗辯ノ如シ是等ノ抗辯ハ規定ノ如何ニ不拘理論上當然認メサル可ラサル處ナリ
相殺權、取消權、解除權ノ如キハ抗辯ト性質ヲ異ニス是等ノ權利ハ權利自體ヲ消滅セシムル效力ヲ有スル抗辯ハ一時權利ノ行使ヲ妨グルノミニシテ抗辯ト爲ラス又再ヒ權利ヲ行使スルヲ得又是等ノ權利ハ形成權ナルモ抗辯ハ然ラス

二

上來抗辯ノ意義ヲ略明カニセリ以下我法典上主タル債務者ノ有スル抗辯ヲ用ユルコトヲ得ルヤ否ヤヲ論セン
(一)權利不發生ノ抗辯 此抗辯ハ主タル債務者ニ專屬スヘキモノニアラスシテ何人ニ於テモ主張スルコトヲ得保證人カ之ヲ用ユルヲ得ヘキハ當然ナリ保證債務ハ從屬的債務ニシテ主タル債務存セザレハ保證債務力存スヘキ理由ナシ
(二)權利消滅ノ抗辯 主タル債務力辨濟相殺更改等ニヨリテ消滅セル場合ニ保證人カ其消滅ヲ主張シ得ヘキハ論ヲ俟タズ主タル債務力消滅スレハ保證債務ハ當然消滅ス
(三)狹義ノ抗辯 例ハ雙務契約ヨリ生スル債務ヲ保證セル保證人ハ契約不履行ノ

抗辯(三三)ニヨリ自己ノ給付ヲ拒ムコトヲ得ルヤ否人ハ法典上明文ヲ缺クノ理由ヲ以テ消極ニ解シ保證人ハ此抗辯ヲ用ユルコトヲ得サルモノト解ス之ヲ積極ニ解スル學說アルモ一モ吾人ノ首肯シ得ヘキモノナシ

以下吾人ハ抗辯ト同一ノ作用ヲ爲ス相殺權取消權解除權等ヲ保證人カ行使スルコトヲ得ヘキヤ否ヲ論セン

(一)相殺權 我民法ハ羅馬法及ヒ獨乙普通法カ採リタル主義ニ從ヒ四五七條ニ於テ保證人ニ相殺權アルコトヲ規定ス此規定ハ理論上非難スヘキ點アリ蓋シ保證人カ主タル債務者ノ債權ヲ處分スル結果トナリ主タル債務者ノ財產ヲ以テ擔保ヲ爲スト同ノ結果ヲ生シ又主タル債務者ノ意思ニ反シ又ハ其利益ニ反スル——擔保利息等ノ關係等ヨリ——結果ヲ生スレハナリ故ニ此規定ハ實際上ノ必要ニ基キテ生シタルモノト解スルノ外ナキモ果シテ實際上ノ必要アリヤ否是亦頗ル疑問ナリトシテ實際上ノ必要ナキコトヲ説明シ尙ホ解釋トシテ相殺スヘキ債務ハ保證人ノ債務ニアラスシテ主タル債務者ノ債務ナリトス——相殺ノ要件ハ双方ノ債務カ相互的ナルヲ要ス(二)取消權 主タル債務ノ原因タル法律行為カ取消シ得ヘキ場合ニ於テ保證人ハ其法律行為ヲ取消スコトヲ得ルヤ否——我邦ノ通説ハ之ヲ認ムル如シ——法典上明文ナキノミナラス理論上之ヲ認ムルヲ得サルカ故ニ保證人ハ取消權ヲ行使スルコトヲ得サルモノト解ス一〇條ニ於テ承繼人ニ取得權ノ行使ヲ認ムルモ保證人ハ承繼人ニアラスルハ明白ナルノミナラス理論上保證債務ハ附從的性質ヲ有スルモノナルヲ以テ主タル債務者ノ取消權ヲ行使スルコトヲ得ス若シ之ヲ認ムルモノトセハ他人間ノ法律行為ヲ消滅セシムルノ結果ヲ生ス保證人ニ如斯強大ナル權能ヲ認ムルハ當テ得ス面シテ若シ保證人ニ取消權ヲ認ムルモノトスレハ相殺權ノ如ク實際上ノ理由ニ

基クモノトナササル可カラサルモ其理由薄弱ニシテ理論ヲ曲ケテ之ヲ認ムヘキ必要ナシト説明シ尙ホ立法上保證人ヲ保護スヘキ必要アリトスルハ獨民法ノ如ク取消シ得ヘキ原因存スル場合ニハ給付拒絶ノ權利ヲ與ヘハ可ナリトセリ
(三)解除權 主タル債務ノ原因タル契約ヲ解除スルコトヲ得ヘキ場合ニ保證人ハ其契約ヲ解除シ得ヘキヤ否ニ關シテハ法典ニ規定ナク取消權ニ關シテ述ヘタルト同一ノ理由ニヨリ之ヲ行使シ得サルモノト解スヘシ

二 催告及ヒ檢索ノ抗辯

近世多數ノ立法ハ檢索ノ利益ノミヲ認メ壞民法ハ催告ノ利益ノミヲ認ム然ルニ我法典ハ此兩者ヲ併セ催告ノ抗辯及ヒ檢索ノ抗辯ヲ認ム即債權者カ保證人ニ債務ノ履行ヲ請求シタルトキハ保證人ハ先ツ主タル債務者ニ催告ヲ爲スヘキ旨ヲ請求スルコトヲ得ヘク(第四百五十二條)債務者カ其請求ニ從ヒ主タル債務者ニ催告ヲ爲シタル後ト雖トモ保證人カ主タル債務者ニ擔保ノ資力アリテ且執行ノ容易ナルコトヲ證明シタルトキハ債權者ハ先ス主タル債務者ノ財產ニ付キ執行ヲ爲スコトヲ要ス(第四百五十三條)故ニ我カ法典ハ壞民法ト同シク催告ノ抗辯ヲ認ムルト共ニ又他ノ多數ノ立法ニ倣ヒ檢索ノ抗辯ヲ認ム之ニ依リテ見レハ我カ法典獨リ他ノ立法ト異ナルモノナルコトヲ知ルヘシ我カ法典カ斯クノ如ク二個ノ重復セル抗辯ヲ認メタルハ果シテ當テ得タルモノナリヤ保證人ノ保護厚キニ失シ債權者ノ權利ヲ薄弱ナラシムルモノニシテ不當ノ立法ナル旨ヲ説明ス

以上吾人ハ檢索ノ抗辯以外ニ催告ノ抗辯ヲ認ムルノ非ナルヲ論セリ更ニ進ミテ檢索ノ抗辯ヲ認ムルノ當テ得タルヤ否ヲ論セン

既ニ述ヘタルカ如ク今日多數ノ立法ハ羅馬法ニ倣ヒテ檢索ノ抗辯ヲ認メ我法典又是レニ從ヒ檢索ノ抗辯ヲ認ム之ニ反シ獨リ奧民法ハ檢索ノ抗辯ヲ認メス而シテ學說上ニ於テモ檢索ノ抗辯ヲ認ムヘキヤ否ヤハ議論アル處ニシテ特ニウンガー(Unger, Jhering, v. B. B. 1891)ハ檢索ノ抗辯ヲ認ムヘカラサルコトヲ主張ス本來檢索ノ抗辯ハ保證債務ノ本質ニ屬スルモノニアラス檢索ノ抗辯ヲ缺クモ保證債務タルニ妨クル所ナシ故ニ法律カ檢索ノ抗辯ヲ認ムルモ當事者ノ契約ニ依リテ之ヲ除外スルコトヲ得ヘシ從テ檢索ノ抗辯ヲ認ムヘキヤ否ヤハ當事者力何等ノ意思表示ヲ爲サル場合ニ之ヲ認ムルヲ適當トスヘキヤ否ヤハ依リテ決スヘキ問題タリ吾人ハ此點ヨリ觀察シテ檢索ノ抗辯ヲ認ムルヲ以テ正當ナリト信ス檢索ノ抗辯ヲ否認スル學說ニ從ヘハ檢索ノ抗辯ヲ以テ保證債務ノ性質及目的ニ反シ債權者ニ酷ニ失シ且ツ保證人ノ意思ニ合セサルモノトナス保證人ハ主タル債務ノ履行ヲ擔保スルノ意思ヲ有シ單ニ主タル債務者ノ無責力ヲ擔保スルニ止マルス更ニ債權ノ履行力容易且迅速ニ爲サルコトヲ擔保トス故ニ荷モ主タル債務者力履行ヲ爲サル場合ニハ直ニ保證人ヲシテ履行ノ責ニ任セシムルコトヲ要ストナス故ニ債權者ハ先ツ主タル債務者ヲ訴追シ執行ヲ爲スヘキモノトナスヲ以テ公平ニ合ストナス

以上吾人ハ催告及ヒ檢索ノ抗辯ニ關スル立法的觀察ヲ下セリ以下我力法典ノ解釋ニ關シ述ヘントス

三

催告ノ抗辯トハ債權者カ主タル債務者ニ催告ヲ爲ササル間保證人カ債權者ノ請求ニ對シ其履行ニ對スル抗辯ヲ云フ(第四百五十二條)我法典ハ奧民法ト異ナリ主タル債務者ニ對スル催告ヲ以テ債權者カ保證人ニ對スル請求ノ要件トナサス保證人ノ抗辯トシテ之ヲ認ム故ニ債權者ハ先ツ主タル債務者ニ對シテ催告ヲ爲サスヲ要セス直ニ保證

三〇四

人ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲スコトヲ得唯保證人カ主タル債務者ニ對シ催告ヲ爲スコトヲ以テ抗辯ト爲シタル場合ニ始メテ債權者ハ主タル債務者ニ催告ヲ爲スコトヲ要ス

此ノ如ク催告ハ抗辯タル性質ヲ有シ之ニ依リテ保證人ハ債權者カ主タル債務者ニ對シ催告ヲ爲ササル間ハ其履行ヲ拒絕スルヲ得ルカ故ニ延期抗辯(Aufschubende Einrede)タル性質ヲ有スルモノトス

保證人ハ原則トシテ催告ノ抗辯ヲ有スト雖モ左ノ場合ニハ例外トシテ之ヲ有セス

(一)主タル債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキ(第四百五十二條但書)

(二)主タル債務者ノ行方知レサルトキ(同條但書)

(三)催告ノ抗辯ヲ拋棄セルトキ(同條但書)

(四)保證ハ即チ之ニ屬ス(第四百五十四條)

生タル債務力商行爲ニヨリテ生シタルトキ又ハ保證力商行爲ナルトキ(商第二百七十三條第二項)

四

檢索ノ抗辯トハ債權者カ主タル債務者ノ財産ニ付キ強制執行ヲ爲ササル間保證人カ債權者ノ請求ニ對シ其履行ヲ拒絕スル抗辯ヲ云フ(第四百五十三條)債權者カ保證人ニ履行ノ請求ヲ爲シタルトキハ前述セル所ニ從ヒ保證人ハ催告ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得ヘク而シテ其抗辯ニ從ヒ主タル債務者ニ催告ヲ爲シタルトキハ債權者ハ再ヒ保證人ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲スコトヲ得然レトモ此ノ場合ニ保證人ハ更ニ檢索ノ請求ヲ用ヒテ其履行ヲ拒絕スルコトヲ得又保證人ハ當初債權者ノ請求ヲ受ケタル場合ニ催告ノ抗辯ヲ拋棄シ直ニ檢索ノ抗辯ヲ用ユルコトヲ得我法典ハ多數ノ立法ト同シク檢索ヲ以テ債權者カ保證人ニ對スル請求ノ要件トナサス之ヲ以テ抗辯トナス但シ檢索

ハ債権者ノ請求權其モノヲ否定スルノ効力ヲ有セス唯請求ニ對シ履行ヲ拒絕スルノ効力ヲ有スルノミ故ニ催告ノ抗辯ト同シク延期抗辯タル性質ヲ有スルモノトス保證人ハ無條件ニ檢索ノ抗辯ヲ用フルコトヲ得ルモノニアラス今我法典ノ規定スル條件ヲ説明スレハ

(一)主タル債務者カ辨濟ノ資力ヲ有スルコト辨濟ニ供スヘキ財產ノ種類ハ之ヲ問ハス動産タルト不動産タルト其他ノ財產タルトニ關スル所ナシ債務者カ債権者ニ物上擔保ヲ供セル場合ニ債権者力之ニ依リ辨濟ヲ受クルニ充分ナルトキハ保證人ハ債権者ニ對シ先ツ其物上擔保ヲ實行スヘキコトヲ請求スルコトヲ得ヘシ

(二)執行ノ容易ノコト例ヘハ執行スヘキ財產力遠隔ノ地ニアリ争ニ係リ或ハ他人力之ニ優先權ヲ有スル場合ノ如シ執行力容易ナルヤ否ヤハ各場合ニ事實問題トシテ之ヲ決スヘシ以上ノ條件存スルコトハ保證人之ヲ證明スルコトヲ要ス

保證人ハ左ノ場合ニハ檢索ノ抗辯ヲ失フ

(一)檢索ノ抗辯ヲ拋棄セルトキ

(二)主タル債務者カ商行爲ニヨリテ生シタルトキ又ハ保證人カ商行爲ナルトキ(商第二百七十三條第二項)尙催告ノ抗辯喪失ノ原因タル主タル債務者ノ破産及ヒ行方不明ノ場合ニ於テモ保證人ハ檢索ノ抗辯ヲ用ユルコトヲ得ス

五

以上吾人ハ催告ノ抗辯及ヒ檢索ノ抗辯ニ關スル我法典ノ規定ノ解釋ノ大略ヲ述ヘ且ツ之等ノ抗辯ハ抗辯タル性質上單ニ保證人ハ之ニ依リテ自己債務ノ履行ヲ拒絕スル權利ヲ有スルニ過キサルコトヲ述ヘタリ然ルニ第四百五十二條ニ於テハ「保證人ハ先ツ主タル債務者ニ催告ヲ爲スヘキ旨ヲ請求スルコトヲ得」ト規定シ又第四百五十三條ニ於テハ「債権者ハ先ツ主タル債務者ノ財產ニ付キ執行ヲ爲スコトヲ要ス」ト規定シ更

例ノ如ク博士ノ緻密ナル研究敬服ノ外ナシ横田博士ハ同時履行ノ抗辯ニ付テ反對說ヲ主張シ

ニ第四百五十五條ニ於テハ「第四百五十二條及ヒ第四百五十三條ノ規定ニ依リ保證人ノ請求アリタルニ拘ハラズ債権者カ催告又ハ執行ヲ爲スコトヲ怠リ其後主タル債務者ヨリ全部ノ辨濟ヲ得サルトキハ保證人ハ債権者カ直チニ催告又ハ執行ヲ爲セハ辨濟ヲ得ヘカリシ限度ニ於テ其義務ヲ免ル」ト規定ス此等ノ規定ニヨリテ見レハ保證人ハ債権者カ主タル債務者ニ對シテ催告又ハ執行ヲ爲スヘキコトヲ請求スル權利ヲ有シ債権者ハ催告又ハ執行ヲ爲スヘキ義務ヲ負擔スルモノト解セサルヘカラス從テ保證人ハ催告及ヒ檢索ノ抗辯ノ効力トシテ債権者ニ對シ此ノ如キ請求ヲ爲スコトヲ得ヘキモノト解スヘキカ如シ然レトモ抗辯ハ請求權ニアラサルカ故ニ抗辯ノ効力トシテ債権者カ此ノ如キ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノト爲スナラハ吾人ノ解スル所ナリ以テスレハ第四百五十二條第四百五十三條ハ一方ニ於テハ給付拒絕ノ効力ヲ有スル催告又ハ檢索ノ抗辯ヲ規定シ同時ニ他方ニ於テハ債権者カ主タル債務者ニ對シ先ツ主タル債務者ニ對シテ催告又ハ執行ヲ爲スヘキ旨ヲ請求スル場合ニハ保證人ハ自己ノ履行ヲ拒絕スルノ意思ヲ表示スルモノニシテ此點ニ於テハ即チ抗辯タリ然レトモ保證人ハ同時ニ債権者ニ對シ先ツ主タル債務者ニ催告又ハ執行ヲ爲スヘキ旨ヲ請求スルモノトス保證人カ此ノ請求權ヲ有スルハ債権者カ保證人ニ對シ主タル債務者ニ對スル權利ヲ行使スル義務ヲ負フカ爲メナリ(石坂法學博士京都法學會雜誌七卷七號及八號論文要領)

ハ負擔ニ屬スル行爲ヲ爲ササルコトヲ理由トシテ債務ノ履行ヲ拒絕スルコトヲ得ヘシ(横田博士債權總論六五、六六一頁)

トナス即チ主タル債務サヘモ履行ヲ爲スヘキ責ナキヲ以テ從タル債務ヲ履行スヘキ責ナキハ當然ナリトナスモノナリ之レ一般ニ學者ノ説明スル從屬的性質ヲ根據トスル説明ニシテ此點ハ尙ホ研究ノ餘地アリト信ス又取消權ニ關スル説明ニ付テハ松岡氏鳩山氏川名博士ノ如キハ博士ト同説ナルモ(松岡氏民法論五六六頁、鳩山氏法律行爲乃至時效四)七百、川名博士債權總論二四九頁參照)横田博士及ヒ富井博士並ニ平沼博士ハ反對説ヲ主張シ

一、保證人ハ主タル債務ノ存在ヲ前提トシテ其履行ヲ爲ス義務ヲ負擔シ主タル債務者ニ代位シテ辨濟ノ責ニ任スルモノナレハ其債務ハ要スルニ主タル債務者ノ債務ヨリ傳來スルモノニ外ナラサルカ故ニ其負擔スル債務ニ付テハ保證人ハ主タル債務者ノ特定承繼人トシテ主タル債務者ニ屬スル取消權ヲ行フコトヲ得スンハアラス(横田博士同上六五一頁以下、平沼博士民法學論五九五頁)

一、保證人ハ正確ナル意義ニ於ケル承繼人ニ非スト雖モ主タル債務ヲ履行スル義務ヲ負フ點ニ於テ廣義ニ於ケル承繼人ト見做シ一般ニ取消權ヲ有スルモノト解スヘシ(四四九條參照)(富井博士民法要論四六四頁)

トナスモ此點ハ博士ノ立論ヲ以テ正當ナリト信ス

合意ニヨル契約ノ解除

(參照)五四四

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ノミ之ヲ爲スコトヲ得

前項ノ場合ニ於テ解除權カ當事者中ノ一人ニ付キ消滅シタルトキハ他ノ者ニ付テモ亦消滅ス

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

前項ノ場合ニ於テ返還スヘキ金錢ニハ其受領ノ時ヨリ利息ヲ附スルコトヲ要ス

解除權ノ行使ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ケス

五四六 第五百三十三條ノ規定ハ前條ノ場合ニ之ヲ準用ス

一十六 物權ノ設定及ヒ移轉ハ當事者ノ意思表示ノミニ因リテ其效力ヲ生ス

合意ニヨル契約ノ解除

我カ民法ハ獨逸民法ト同シク解除契約ニ關シ規定スル所ナシ契約自由ノ原則ハ當事者ヲシテ任意ニ其内容ヲ定ムル自由ヲ有セシム將來ニ向テ相互的ニ債權不行使ノ義務ヲ負ヒ相手方ニ抗辯權ヲ與フルニ止ルコトヲ得ヘク相互的免除ニヨリテ將來ニ向テ個個ノ債務ヲ消滅セシムルコトヲ得ヘシ債權ノ不行使ヲ約シテ相手方ニ抗辯權ヲ與フルハ通常或ル時期ニ於テ又ハ或ル前提ノ下ニ於テノミ債權ヲ行使スヘキナ契約スル場合ナリ如何ナル場合ニ於テモ全然權利ヲ行使セストノ契約ハ免除ト推定スヘキモノナリ(Planck, Komm. z. B. B. II, S. 267)更ニ又當事者ハ契約ノ初メニ適テ恰モ嘗テ存スルコトナカリシト同一ノ效力ヲ發生セシムルコトヲ契約シ得サルヘカラス之レ解除契約ナリ之ヲ説明スルニ先立チ解除權(民法五〇四條以下)ノ性質ニ一瞥ヲ與ヘサルヘカラス

解除權ノ性質ニ關シ學說岐ル

一、解除權ノ行使ニヨリテ債務關係ハ適及シテ消滅ス未タ履行セラレサル債務ハ當然消滅シ既ニ履行セラレタルモノハ其原因ヲ失ヒ不當利得(Condictio ob causam finitam)ノ

原則ニ因リ民法七〇三條以下ノ規定ニ從ヒ其返還ヲ請求スルコトヲ得トナス (Theorie der dirkten Wirkung)

二、債務關係ハ消滅スルコトナクシテ存続シ解除ノ結果既ニ履行シタル給付ノ返還請求權ヲ新ニ發生ス未タ履行ナキ債務ニ付テハ債務者ニ抗辯權ヲ與フ (Theorie der indirekten Wirkung) 竹田學士(京都法學協會雜誌三卷二七二頁以下)「ベルンブルクローメ」ヲナス」

三、未タ履行セラレサル債務關係ハ當然消滅ス既ニ履行セラレタルモノニ付テハ返還請求權ヲ生ス返還請求權ハ解除權行使ノトキヨリ將來ニ効力ヲ有ス (Mittlere Theorie) 「キツプ」

第一說ヲ以テ通説トス (Pfinck; Vorbem Nr. 1. Örtmann; S235) 我カ民法ノ解釋トシテモ亦然リ解除契約即チ合意ニヨル契約ノ解除カ債務ノ免除ト異ル結果トシテ契約當事者ノ一方又ハ双方カ數人アル場合ニハ凡テノ當事者ノ合意ヲ必要トス合意ニヨル契約ノ解除ハ契約カ誓テ締結セラレタルコトナカリシト同一ノ取扱ヲナサントスル當事者ノ合意ニ効力ヲ認メタルモノナリ從テ適及効チ有ストハ唯當事者間ニ就テ之ヲ謂フノミ民法五四五條一項但書ノ準用アルハ當然ナリ

解除權ノ行使ニ條件ヲ付スルコト能ハサルハ通説ノ認ムル所ナルモ(鳩山學士法律行為及至意時効四七〇頁法律大辭典石坂博士解除三一四頁合意ノ解除ニ條件ヲ付スルハ何等妨クル所ナシト信ス)

解除ノ合意ニヨリ當事者ノ双方ニ原狀回復ノ義務ヲ生スル場合ニハ同時履行ノ抗辯チ有スヘキハ勿論ナリ

履行後ニ於ケル契約解除ノ合意如何ノ抑モ解除ノ合意カ相互的免除ト區別アルヘキハ明カナリ合意ノ解除ヲ以テ免除ト全然其趣チ異ニスルモノニシテ債務ノ消滅ハ間

接ノ効果ニ過キス直接ニ目的トスル處ノモノハ債務發生ノ原因ノ除去ニアリトスル吾人ハ何カ故ニ履行後ニ於テハ契約ヲ解除スルコトヲ得サルヤノ理由ヲ了解スルコト能ハサルナリ (Örtmann, a. a. O. S50) 解除權ノ行使カ履行ヲ終リタル後ニ於テ有効ナルハ何人モ疑ハサル處ナリ(石坂博士法律大辭典311)何ソ獨リ合意ノ解除ニ之ヲ否認セントスルヤ

形成權ノ行使ニヨルト希望ノ變更ノ一致ニヨルトチ間ハス苟モ法律カ間接ナル法律上ノ効果ニ對スル希望ノ不存在チ是認シタル以上ハ法律ハ之ヲ目的トシテ發生セシメタル法律上ノ効果ヲ維持スルコトヲ欲セサルハ當然ナリ原因消滅ニヨル不當利得セラレタルモ後ニ至テ消滅シタル場合ナリ給付カ債務ヲ消滅セシムル目的チ以テ爲サレタル場合ハ後ニ至テ債務カ存在セサリシコトナルトキハ此ノ不當利得チ生ス債務カ存在セサリシコトナルハ契約カ除去セラレルカ故ナリ然レトモ契約ナル事實ハ即時ニ終了シ存続スルモノハ唯債務關係ナリ故ニ契約カ除去セラレルトハ之チ事實トシテハ了解スルコト能ハサルハ既ニ一言シタリ畢竟契約ノ原因即チ契約ノ當事者カ相互ニ債權ヲ取得スルカ爲メニ債務ヲ負擔スルノ一致セル目的カ變更シタルコトチ意味スルニ外ナラス之ニ依リテ債務關係ハ發生セサリシコトナリ隨テ給付ノ目的ハ存在セサリシコトナル愛ニ於テカ間接ニ不當利得ノ效果チ生スルモノナリ之チ要スルニ原因ノ除却ハ債務當事者ノ双方ニヨリテ既ニ履行セラレタルト否トナ問ハサルナリ而シテ合意ノ解除ハ解除權ノ行使ト同シク原因ノ除却チ直接ノ效果トシ債務關係ノ消滅チ其間接ノ效果トナス從テ契約ノ解除ハ合意ニヨルト解除權ノ行使ニヨルトチ論セス常ニ履行ニヨリテ債務關係ノ消滅シタル後ニ於テモ之チ爲スコトヲ得之ニ反シテ免除ハ債權ノ拋棄ナリ債權ノ拋棄ハ債務關係ノ存在チ前提トス

履行ヲ終リタル後ニ存シ得ヘカラスナルナリ

一 一部又ハ全部ノ履行アリタル後ニ契約カ合意ニヨリ解除セラレタルトキハ原状回復ノ請求權ヲ生スヘキカ之ヲ論スルニ先タチ民法五四五條ノ原状回復ノ請求權ノ内容ニ付キ一言ス

(一) 現物ヲ以テ返還シ得ヘキ場合ニ其履行トシテ所有權ノ讓渡ヲ受ケタルモノハ之ヲ返還スヘク債權ノ讓渡ニ就テモ亦然リ(石坂博士債權讓渡契約ノ解除法律評論一卷二號一九四頁)制限物權ノ設定ヲ受ケタルモノハ之ヲ消滅セシメ又ハ設定者ニ歸屬セシムル行爲ヲ要シ債權ヲ創設シタルトキハ之ヲ免除シ占有ヲ與ヘラレタルトキハ相手方ナシテ占有ヲ回復セシムルコトヲ要ス給付ノ目的物カ代替物消費物ナルトキハ現物ノ返還ヲ請求シ得ヘキ場合少カルヘシ(中島博士不當利得論京都法學協會雜誌三卷一五〇六參照)

(二) 現物ヲ以テ返還シ得サル場合 (イ) 給付カ勞務又ハ物ノ使用ナルトキハ客觀的ニ評價セラレタル價格ニ從フヘキモノト信ス(ロ) 現物カ返還義務者ノ實ニ歸スヘキ事由ニ因リ滅失毀損シ又ハ處分セラレタル場合民法一九一條ハ此ノ場合ニ其適用ヲ見ルヘキモノト信ス惡意ノ返還義務者ハ解除權者ニ對シ毀損滅失處分ニ因リ生シタル損害ノ全部ヲ賠償スル義務ヲ負フ此ノ賠償ノ義務ハ原状回復義務ノ内容ヲ爲スモノニシテ金錢ヲ以テ補償スヘキ金額ノ範圍ヲ定ムルモノナリ(ハ) 現物カ返還義務者ノ實ニ歸スヘカラスル事由ニヨリテ滅失毀損シタル場合ニハ返還義務者ハ全ク返還ノ義務ナシ

(三) 果實ニ關シテモ亦前述シタル處ニ從ヒ返還義務者ノ善意惡意ヲ區別シテ民法第一八九條第一項及一九〇條ニ則ルヘキモノト信ス

(四) 返還義務者カ返還スヘキ物ニ付キ費用ヲ支出シタル場合ハ民法一六九條ニヨリ契約解除ニ於テ法ノ欲スル所ハ當事者ナシテ契約以前ノ原状ニ回復セシムルニ在リ不當ニ當事者ノ一方ニ利得ヲ與ヘ又ハ損失ヲ蒙ラシムヘキニアラス問題ハ如何ナル範圍ニ於テ如何ナル條件ノ下ニ費用賠償ノ請求權ヲ認ムヘキカニ在リ(イ) 加ヘタル費用カ其物ノ保存利用ニ必要ノモノナルトキ (Impense necessaries) ハ物ノ返還ヲ受クルモノハ之カ賠償ヲナササルヘカラス法律上必要ナル費用例ヘハ地租ノ如キ民法二八六條ノ承役地ノ負擔セル費用ノ如キ亦然リ費用カ必要費ナリヤ否ヤハ其當時ノ狀況ニヨリテ決セサルヘカラス(ロ) 有益費 (Impense utiles) ニ付テハ返還ヲ受ケヘキ當事者ハ斯クノ如キ支出ヲ欲セサルコトアリ得ヘキナリ從テ總テノ場合ニ費用ノ全部ヲ賠償セシムルコトハ欲セサルヲ強ユルノ不當ナル結果ヲ來ス然レトモ之ニ依リテ現ニ物ノ價格ノ増加セル場合ニ於テハ増加額ノ限度ニ於テ其賠償ヲ爲サシムルモ敢テ返還請求權者ノ苦痛ヲラサルノミナラス公平ノ觀念ニ適ス(民法一九六條二九五條)

以上ヲ約言スハレ原状回復ノ請求權ノ内容ハ所有權者ノ有スル返還請求權ト全ク一致ス給付カ標準物權的行爲ナル場合例ヘハ債權ノ賣買ノ履行トシテ債權ヲ讓渡シタル場合ニ於テモ亦前述ノ原則ヲ準用シテ判斷スヘキモノト信ス(民五〇二)

解除權ノ行使ニヨリ現狀回復ノ請求權ノ範圍ハ左ノ如シ吾人ハ進テ合意ニヨリ解除ノ場合ニ移ルニ付其前提問題トシテ物權契約ノ合意ニヨリ解除ハ我民法ノ認容スル處ナルヤ否ヤヲ見シ

解除權ノ行使ニヨリ契約ノ解除ニヨリ各當事者ハ其相手方チ原状ニ復セシムル義務ヲ負フ(民五四五條)一項既ニ義務ヲ負フト云フ解除ノ效力ノ債務的ナルハ論チ俟タス而シテ物權契約ノ解除ハ其效力カ常ニ物權的ナラサルヘカラス從テ解除權ノ行使ニヨル物權契約ノ解除ハ到底認ムヘカラス然レトモ我民法ハ相對的效力ノミチ有スル

物權アルヲ認ム第三者ニ對抗スヘカヲサル物權ヲ認ムルコトニヨリテ物權ト債權トノ區別ナ不明確ナラシムルハ我民法ノ缺點ナルヘシト雖トモ而モ民法ハ斯クノ如キ物權ヲ物權トシテ認許セリ然ラハ則チ物權契約ノ解除ニヨリテ當事者間ニハ物權的效力ヲ生シ得ルモノトナスモ敢テ物權ノ性質ニ戻背スルモノト謂フヘカヲサルナリ解除權ニ就テハ既ニ明文ノ存スルアリテ如何トモスルナシト雖トモ合意ノ解除ニ付テハ法律ハ何等ノ制限ヲ設クス物權契約ノ解除ヲ認ムルニ何等妨クル所ナシト信ス例ヘハ所有權移轉ノ物權契約ヲ解除シタル場合ニ於テ所有權ハ契約當事者間ノ關係ニ於テハ當然(Congruo)前主ニ復歸シ前主ハ物上請求權ノ行使ニヨリ其返還ヲ請求スルコトヲ得ルナリ

次ニ合意ノ解除ニ於ケル原狀回復ノ範圍ハ合意ノ内容ヲ解釋シテ定ムヘキコト勿論ナリ

一、契約ノ全部又ハ一部履行アリタル後ニ合意ニヨリテ之ヲ解除スル場合ニ於テ給付力物權的契約ナルトキ例ヘハ賣買契約ノ履行トシテ物品ノ一部又ハ全部力讓渡セラレタルトキハ合意ノ解除ハ債權契約タル賣買ノ解除ト共ニ所有權移轉ノ物權契約ヲモ解除スルモノト推定スルヲ穩當トス故ニ賣主ハ所有權上ノ請求權ニ基キテ返還ヲ求ムルコトヲ得ヘシ而シテ現物ヲ以テ返還シ得ヘキ場合現物力返還義務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニヨリ滅失毀損シタル場合其責ニ任スヘカヲサル事由ニヨリテ滅失毀損シタル場合及ヒ返還義務者カ法律上ノ處分ヲ爲シタル場合ニ於テ所有權ニ基ク返還請求權ノ内容カ民法五四五條ノ原狀回復ノ請求權ノ内容ト一致スヘキハ前述シタル所ナリ從テ此ノ場合ニ於テ合意ニヨル解除ハ解除權ノ行使ニヨル場合ト異ナル處ナシ

二、給付力物權的の行為ナルトキモ亦之ト同様ニ解スルコトヲ得故ニ債權ノ賣買ヲ

解除シタルトキハ債權ノ讓渡行為ヲモ解除シタルモノニシテ債權ハ當事者間ニ於テハ當然讓渡人ニ復歸ス然レトモ之ヲ債務者ニ對抗センカ爲メニハ債務者ニ通知スルコトヲ必要トスヘキハ讓渡ニ於ケルト其理由ヲ同シクスレハナリ明治四十五年一月二十五日ノ大審院ノ判決力債權讓渡契約カ解除セラレタルトキハ當事者間ニ於テハ債權ハ解除ノ意思表示ノミニヨリテ讓渡人ニ復歸スト雖トモ讓渡人ヲシテ讓渡以前ノ如ク債務者其他ノ第三者ニ對シ其債權ヲ主張スルコトヲ得セシメンニハ讓受人ニ於テ解除ノ事實ヲ債務者ニ通知セサル可カラスト言ヘルハ合意ノ解除ニヨリ債權讓渡ノ準物權的契約其モノモ共ニ解除セラレタル場合ニ付テノミ正當ナリト信ス(石坂博士債權讓渡契約ノ解除法律評論一卷二號一八九頁以下參照)

三、給付力勞務又ハ物ノ使用ナル場合ニ於テハ唯不當利得ニヨル請求權ノ發生ヲ見ルヘシ

四、前述ノ理由ハ給付力物權的又ハ準物權的の行為ナル場合ニ解除ノ合意ノ内容カ債權關係ノミヲ消滅セシムルニ在ルトキニ適用スルコトヲ得ヘシ此ノ場合ニ債務關係ハ消滅シテ物權的又ハ準物權的契約ハ有效ニ存續ス從テ不當利得ニ關スル規定ノ適用アリ民法五四五條ヲ準用スヘキニ非ス

三、契約ノ解除ハ當事者ヲシテ全ク契約ナカリシ以前ノ狀態ニ復セシムルモノナリ契約ノ存在ヲ前提トスル債務不履行ヲ理由トシテ損害賠償ヲ請求スルコトハ性質上解除ト相容ルヘカヲサルモノナリ故ニ理論上ハ唯契約カ履行セラレヘシト信シタルニ因テ生セル損害則チ消極利益ノミノ賠償ヲ認ムルヲ正當トスヘシト雖モ我カ民法ノ解釋論トシテハ解除ト共ニ契約ニ基ク積極利益ノ賠償ヲモ許シタルモノト謂フヘキト學說ノ殆ント一致セル處ナルカ如シ(岡松博士双務契約ノ不履行ノ場合ニ於ケル損

害賠償内外論叢五卷四號、竹下學士京都法學協會雜誌三卷二七二頁)而シテ其理由トスル所ハ元來契約ノ解除ニヨル原狀回復ハ契約カ締結セラレサリシト同一ノ狀態ヲ回復スルニ在リテ債務不履行ニヨリ損害ヲ蒙リタル相手方ヲシテ完全ナル給付ヲ受ケタルト同一ノ利益ヲ得セシムルニトテ目的トスルモノニ非ス

民法五四五條三項ノ適用ナキ合意ニヨル契約ノ解除ニアリテハ之ニ從テ損害賠償ノ請求ヲ併セ許スヘキモノニアラサルハ勿論ナリ東京地方裁判所オ法律日一六八號判例集四一頁(法律評論一卷二號五六頁)合意ニヨル契約ノ解除カ契約關係ヲ始メヨリ存在セサリシモノト同一ナラシムルノ效果ヲ生スル以上ハ契約不履行ノ問題ヲ生スルノ餘地ナキヤ明カナリ故ニ原告主張ノ如ク本件契約カ合意ニヨリ解除セラレタルモノトセハ契約不履行ヲ原因トスル本訴請求ハ其當ヲ得サルモノト言ハサルヘカラスト判決シタルハ吾人ノ信スル所ト符合ス法律評論カ合意ニヨリテ契約ノ解除ヲ爲シタル場合ニ於テハ法理上損害賠償ノ請求カ不能ニ歸スヘキ理由アルヘカラストナシ右ノ判決ヲ失當ナリト論評セルハ其論評却テ失當ナリ(法學士喜頭兵一氏法學志林一四卷七號一頁以下)

頗ル困難ナル問題ニ對シテ綴密ノ研究ヲ遂ケ明快ナル説明ヲ爲シタルハ吾人ノ大ニ敬服スル所ナリ然レトモ

(一)準物權的契約ノ解除トシテ債權讓渡契約ヲ解除スルトキハ債權ハ當然讓渡人ニ復歸スヘキモノトナシタルハ吾人ノ贊同セサル所ニシテ吾人ハ石坂博士ノ主張サル、カ如ク債權讓渡ノ債務ヲ生スル契約(即債權)ハ之ヲ解除シ得ヘキモ債權讓渡契約(即處分)ハ之ヲ解除シ得サルモノト解スルヲ正當ト信ス(石坂博士債權讓渡

六卷六五)又吾人ハ同一ノ理由ニヨリ處分契約ト性質ヲ同フルスル物權契約ノ解除ヲ認メス蓋シ此種ノ契約ハ單ニ處分ノ爲メノミニ效力ヲ有シ其目的ヲ達スルト同時ニ消滅ニ歸スルヲ以テ之ヲ解除シ得ヘキモノニアラサレハナリ故ニ物權ノ復歸ヲ認ムルハ解除カ遡及的效力ヲ有ストナスカ又ハ債權的契約ヲ解除スルト同時ニ原權利者ニ再ヒ物權ヲ移轉スヘキ物權契約ヲ爲シタルモノト解スルノ外ナシトス

(二)吾人カ本書民法第一卷八七頁合意ニ因ル契約解除ト不履行損害金ニ於テ合意ヲ以テ契約ヲ解除シタル場合ニ於テハ法理上損害賠償ノ請求カ不能ニ歸スヘキ理由アルヘカラス結局當事者ノ意思解釋ニ屬スヘキ問題ナリト論評シタルハ合意解除ノ場合ニ於テ不履行ニ因ル損害賠償請求權カ法理上當然殘存スヘキコトヲ言ヒタルニアラスシテ若シ當事者カ解除ノ合意ヲ爲スニ方リ此請求權ヲ留保シタルモノトスレハ之レハ法理上不能ノコトニアラス故ニ當事者ノ意思解釋ニ屬スヘキ問題ナリト云ヒタル所以ナリ尙ホ本論ニ付參考スヘキ判例論文左ノ如

民法九頁「契約解除ノ效力」八二頁「買賣契約ノ解除ト損害賠償請求權ノ消滅」八七頁「合意ニ因ル契約解除ト不履行損害金」二四八頁「買賣契約ノ解除ト損害賠償請求權ノ消滅」二

不法行為ノ意義

既ニ振出人カ一且支拂濟ナル約束手形ナル情ヲ知リテ裏書ヲ受ケ更ニ之ヲ裏書シテ銀行ヨリ割引ヲ受ケ其結果振出人ヲシテ二重支拂ヲ爲サシムルカ如キハ不法行為ナリトス

控訴人ノ主張ヲ案スルニ本件手形振出人タル控訴人ト受取人タル松下竹五郎トノ取引關係上手形ハ已ニ支拂濟ニ屬シ居リタルコトヲ被控訴人ニ於テ知悉シナカラ其裏書ヲ受ケ更ラニ之レヲ善意ノ神田商業銀行ニ裏書シタル結果控訴人ハ已ムナク同銀行ニ對シ手形金額ヲ支拂ヒタリ以上ノ事實ニ依リ控訴人ニ對シ不法行為ノ損害賠償請求權ヲ有スト云フニアリテ此事實上ノ主張ハ第一、二審ヲ通シ同一ナリ控訴人カ此事實ヲ目シ或ハ手形返還請求權ノ侵害ト云ヒ或ハ手形所有權ノ侵害ト云フハ要スルニ前記事實ニ對スル法律上ノ陳述ニ過キス之レヲ以テ原因ノ變更ト云ヒ得サルハ明白ナリ
仍テ果シテ右ノ如キ事實アレハ之レヲ不法行為ト云ヒ得ヘキカ否ヤナ案スルハ民法第七〇九條ニハ他人ノ權利ヲ侵害云々トアリ茲ニ權利ト云フハ權利範圍換言スレハ法律ニヨリ保護セラレタル利益ト云フカ如ク廣義ニ解釋スヘク例ハ所有權買權著作權ト云フカ如キ一個特定ノ權利ノミヲ指スト解スヘカラス何トナレハ若シ然ラス

トセンカ例ハ第三者ノ詐欺ニヨリ善意ノ相手方ニ對シ無償ニテ金錢債務ヲ負擔シタルモノノ如キ右ノ法律行為ハ之レヲ取消スヲ得サル結果財産上ノ損害ヲ蒙ルコト勿論ナルト共ニ或ル特定シタル權利ノ侵害アルニ非サルヲ以テ右ノ第三者ニ對スル不法行為ノ損害賠償請求權モ又タ發生セス而カモカ、ル場合何等ノ救済タモ與ヘサル法意ナリトハ認メ得サルヲ以テ結局權利ナル文字ハ之レヲ狹義ニ解スヘカラサルコト疑ナ容レサレハナリ
法文ノ解釋ヨリ云フモ民法第七百十條ハ當面ニハ賠償スヘキ損害ハ財産上ノ其レニ止マラサルコトヲ明カニスルト共ニ裏面ニハ身體自由名譽等ニ對シテモ亦前條即チ第七百九條ニヨリ不法行為ノ存スヘキコトヲ注意的補充的ニ表示セル規定ナリ而カモ身體自由名譽等ニ對シ概括的ニ權利詳言スレハ假ヘハ所有權著作權ト云フト同一ノ意義ニ於ケル一箇特定ノ權利アリヤ俄カニ斷定シ難キモノアルト共ニ之レ等カ法律(殊ニ刑法)ニヨリ保護セラル、利益ナルコトハ多言ヲ要セス
要スルニ民法第七百九條ノ權利ト云フ事ヲ狹義ニ解スル以上ハ別ニ一般保護法規ニ違反スル行為ハ權利(狹義)ノ侵害アルト否トチ問ハス不法行為ト見做スト云フカ如キ規定ヲ設ケサル限リ不法行為ニ對スル救済ハ極メテ不十分ナルヲ免レス故ニ個々ノ財産ニ對スル侵害ハ勿論廣ク財産的利益ヲ侵害スルコトモ亦不法行為ヲ構成スルモノト云ハサルヘカラス然ラハ民法第七百九條ニ所謂侵害ノ意義如何ト云フニ不法ナル行為ニヨリ損害ヲ與フルコトヲ指ス
而シテ茲ニ不法ナル行為ト云フハ禁止法規ニ違反スル行為ノミナラス善良ノ風俗ニ反スル行為ノ如キモ亦之ヲ包含スルモノトス何トナレハカカル行為ハ縱シ禁止法規ニ牴觸セサル場合ニテモ尙ホ且ツ法律ハ一般公益上其有效ニ存在スルコトヲ許ササルモノナルヲ以テ若シ斯カル行為ノ結果他人ニ損害ヲ生セシメタル場合ニハ其賠償

責任ヲ辭スルヲ得スト解釋スヘキハ立法ノ趣旨ニ徴シ極メテ相當ナレハナリ
 例ヘハ未ダ特許權ヲ得サル技術上ノ秘密ヲ漏洩スルカ如キ行爲ハ必ラスシモ犯罪ニ
 アラス又必ラスシモ債務不履行ニモアラス固ヨリ特許權ノ侵害ニモアラス單ニ善良
 ノ風俗ニ關スル行爲タルニ過キサルコト有リ得ヘシ斯カル場合之レチ不法行爲ニア
 ラスト言ハハ秘密漏洩ノ爲メ損害ヲ蒙リタルモノハ遂ニ其救済ヲ得ルノ途ナキニ至
 ラン而カモ法律ノ趣旨カカル場合ニ救済ヲ與ヘサルモノトハ認メ得サルヲ以テ之レ
 等ヨリ見ルモ亦前示解釋ノ相當ナルヲ知ルニ足ル
 續ツテ本件ニ付キ案スルニ己ニ支拂濟トナレル手形カ善意ノ第三者ノ手ニ渡リタル
 以上之レニ對シ更ラニ其支拂ヒヲナスヘキ義務アルコトハ手形取引上同知セラレル
 所ナリ故ニ果シテ被控訴人カ支拂濟ナルコトヲ知リツ、本件手形ヲ取得セシモノト
 スレハ之レチ善意ノ神田商業銀行ニ裏書シタル結果控訴人ニ於テ二重拂ヒノ止ムナ
 キニ至ルヘキハ被控訴人ノ豫期セシ處ト認メサルヲ得ス然ラハ手形ノ裏書ヲ受ケ又
 ハ之レチ他ニ裏書スルコト自體ハ何レモ法律上認容セラレタル行爲ナルト共ニ始メ
 ヨリ惡意ニテ取得シタル手形ナ更ニ右ノ如キ豫期ノ下ニ他人ニ裏書スルコトハ即チ
 善良ノ風俗ニ反スル行爲ト云ハサルヲ得サルヲ以テ前掲論旨ニ照シ被控訴人ノ爲シ
 タル裏書ハ控訴人ノ權利ヲ侵害スルモノタルヲ明白ナリ(但シ之レカ爲メ善意ノ被裏
 書人タル神田商業銀行カ振出人タル控訴人ニ對シ手形上ノ權利ヲ取得スルコトヲ妨
 ケサルハ手形取引ノ性質上當然ナリ)從テ二重拂ヨリ生スル損害ニ對シ不法行爲ニ基
 ク賠償責任アルハ云フ迄モナキモノトス(東京控訴院民二判決法律新聞第八〇六號二
 四頁)

不法行爲ハ必スシモ權利ノ侵害ヲ要セサルカ如クニ説明シ善良ノ風俗ニ反スル

抵當債權者カ其抵當權ヲ實行セント欲スルトキハ豫メ第三百七十八條ニ掲ケタル第三取得者ニ其旨ヲ通知スルコトヲ要ス

行爲又ハ財産上ノ利益ヲ害スル行爲ハ不法行爲タリ得ヘシトナスハ贊同ヲ表ス
 ルコト能ハス吾人ハ本件ノ如キ場合ハ控訴人ノ主張セルカ如ク手形ノ返還ヲ受
 クヘキ權利ヲ侵害シ其結果損害ヲ生セシメタルモノト解スルヲ穩當ト信ス又第
 三者ノ詐欺ニヨリテ善意ノ相手方ニ債務ヲ負フニ至リタルカ如キ場合ハ債務カ
 金錢其他ノ物件ノ給付ヲ目的トスレハ其物件ノ所有權又勞務ニ屬スルトキハ身
 體權ヲ侵害シタルモノト見ルヘク又發明ノ秘密漏洩ノ如キ場合ハ發明ノ保護ヲ
 受クヘキ權利——特許權ヲ得ヘキ權利ヲ侵害シタルモノト見ルコトヲ得ヘキ場合
 モアルヘク假リニ法典ノ缺陷アルカ爲メ偶保護ヲ缺ク場合ヲ生スルコトアリト
 スルモ而カモ不法行爲ニ權利侵害ヲ要件トセサルハ吾人ノ採ラサル所ナリトス

三八一 抵當債權者カ其抵當權ヲ實行セント欲スルトキハ豫メ第三百七十八條ニ掲ケタル第三取得者ニ其旨ヲ通知スルコトヲ要ス

抵當債權者カ抵當權ノ實行トシテニアラスシテ其債權ニ基キ強制執行ヲナシ其
 結果抵當權ニヨリ優先ノ辨濟ヲ受クヘキ場合ニ於テハ第三取得有ニ對シテハ何
 等ノ通知ヲ要スヘキモノニアラス

競賣法ニ依ル競賣又ハ抵當權ニ基ク強制執行ハ所謂抵當權ノ實行ニ外ナラサレトモ

債權ニ基ク強制執行ハ單ニ債務者ノ財産ニ對スル強制執行タルニ過キスシテ抵當權ノ實行ト稱スヘキモノニアラス或ハ曰ク抵當權者カ抵當不動産ヲ競賣ニ付スルニ其競賣法ニ依ル競賣ナルト將タ民事訴訟法ニ依ル強制執行ナルトナ問ハス苟モ抵當不動産ニ付キ優先ノ辨濟ヲ受クル爲メナル以上ハ抵當權ノ實行ニ外ナラス故ニ抵當權者カ債權ニ基ク強制執行ニ因リ抵當不動産ノ強制競賣ヲ爲ス場合ニ於テモ抵當權ノ實行ヲ爲スニ過キサルモノナレハ民法第三百八十一條ノ規定ニ從ヒ豫メ第三取得者ニ強制競賣ノ申立ヲ爲ス旨ヲ通知セサルヘカラスト然レトモ債權ニ基ク強制執行ハ前示ノ如ク債務者ノ財産ニ對スル強制執行ニシテ抵當權ヲ前提ト爲スコトヲ要セス民事訴訟法カ債務ニ基キ強制執行ヲ爲スコトヲ許シタル趣旨ノ債務者所有ノ抵當不動産ニ付キ優先ノ辨濟ヲ受ケシムルモノニアラスシテ單ニ債務者ノ財産タル抵當不動産ノ賣得金ヲ以テ債權ノ辨濟ニ充當セシムルニアリ唯抵當債權者カ債權ノ強制執行ニ因リ債務者所有ノ抵當不動産ノ強制競賣ヲ爲シタル場合ニ於テ或ハ事實上其賣得金ヨリ優先ノ辨濟ヲ得ルコトナキニアラスト雖トモ之レ他ノ普通債權者カ其債權ニ基キ抵當不動産ニ對シ強制執行ヲ爲シタル場合ニ抵當債權者カ優先ノ辨濟ヲ受クルトモ異ナル事ナキナリテ債權ニ基ク強制執行ト同一視シ抵當債權者ノ債權ニ基ク抵當不動産ニ對スル強制競賣ヲ以テ抵當權ノ實行ト解スルコトヲ得ス或ハ又曰ク抵當債權者カ債權ニ基ク強制執行ニ因リ抵當不動産ノ強制競賣ヲ爲ス場合ニハ抵當債權者ハ多クハ抵當權者ノ目的ハ抵當不動産ニ付キ優先ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘク從テ此ノ場合ニ於ケル抵當債權者ノ如キ場合ハ所謂抵當權ノ實行ナリト謂フコトヲ妨ケスト然レトモ普通債權者

カ債權ニ基ク強制執行ニ因リ債務者所有ノ抵當權ノ設定シアル不動産ニ對シ強制競賣ヲナス場合ニハ豫メ第三取得者ニ對シ其旨ノ通知ヲ爲スコトヲ要セサルコト明カナルヲ以テ第三取得者ニ對シテハ通知ヲ爲スコトナク抵當不動産ノ強制競賣ノ申立ヲ爲スコトヲ得ヘシ(東京控訴院民一部判決法律新聞八〇六號二一頁)

至當ノ見解ト信ス

藝妓稼業ノ爲メ爲シタル養子ハ無効ナリトス

八五一 縁組ハ左ノ場合ニ限リ無効トス

一、 人違其他ノ事由ニ依リ當事者間ニ縁組ヲ爲ス意思ナキトキ
 二、 當事者カ縁組ノ届出ヲ爲ササルトキ但其届出カ第七百七十五條第二項及ヒ第八百四十八條第一項ニ掲ケタル條件ヲ缺クニ止マルトキハ縁組ハ之カ爲メニ其效力ヲ妨ケララルコトナシ

原告ト被告トカ明治四十三年二月十七日養子縁組ヲ爲シタル届出ヲ爲シタル事實ハ甲第一號證ニヨリ明白ナリ依テ審究スルニ成立ニ争ヒナキ甲第二號證及被告ノ供述ヲ綜合シ本件養子縁組ハ眞實親子間ノ關係ヲ生セシムル意思ヲ以テ爲サレタルニアルメノナルコトヲ認ムルニ足リ隨テ本件養子縁組ハ無効ナリトス而シテ一定ノ期間内養子縁組ヲ爲スハ法規ノ認メサル處ナレハ斯カル縁組カ其效力ヲ生セサルコトハ極メテ明白ナリ云々(東京地方裁判所民一判決法律新聞八〇二號一七頁)

反對判例アルモ(四一年七月七日東京控訴院判)本件判決ヲ正當トス

地代増額約款ノ解釋

被告カ甲第一號證公正證書記載ノ契約ニ依リ原告ヨリ本件土地ヲ賃借シタルコトハ
當事者間ニ爭ヒナシ該證書ノ第三條ニハ明治四十四年六月一日以後ハ原告ニ於テ公
課ノ増減物價ノ高低等時勢ノ變遷ニ從ヒ任意ニ貨料ヲ増減シ得ヘキ旨ノ記載アレト
モ之レ即チ其地料額ヲ其當時ノ公課又ハ物價ニ比シテ相當ナラシムヘキ趣旨ノ特約
ナリト解スヘキモノナレハ之レニヨリテ原告主張ノ如ク公課ノ増額アルトキハ被告
ニ對シ何等ノ意思表示ヲ爲スコトナクシテ地料ヲ任意ノ額ニ増額シ得ヘキコトヲ約
シタルモノニ非ラスシテ被告ニ對シ増額ノ通知ヲ爲シタルトキヨリ相手方ノ承諾ヲ
俟タスシテ相當ノ額ニ増額シ得ヘキコトヲ約シタルモノト認メサル可カラズ(大阪地
方裁判所民事二部判決法律新聞第八〇六號二六頁)

本件ニ付テハ民法六頁値上ノ效力ヲ生スル時期及本書大審院判例ヲ參照スヘシ

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

妻ノ同居義務ト其執行

一 頃日大阪地方裁判所ニ於テ夫ヨリ擅ニ夫ノ居所ヲ去レル妻ニ對シ同居請求ノ訴ヲ起
シ勝訴ノ判決ヲ得タルモ妻尙ホ歸宅セサルヨリ夫ハ強制執行文ヲ求メタルニ同裁判
所ハ人ヲ財産視シテ強制執行ヲ爲スハ人ノ自由ヲ迫害スルモノナリトテ之ヲ拒否シ
目下再抗告中ナリトノ記事アリ大ニ其不可ヲ疑ハサルヲ得ス

二 民法七八九條ハ強行的規定ナラサルカ又之ニ反スル行動ハ公秩良俗ヲ害セサルカ夫
婦ノ結合ニ身同體ノ看念ハ我神代ノ昔ヨリ萬代不易ノ倫理道德ノ淵源ナリ國本ハ培
養隆運國民ノ連綿増殖一ニ之ニ基ク婚姻ノ根本目的ハ子孫増殖ノ爲メニスル性交ノ
充實ナル事實行爲ニ在ルコト辯チ俟タス本條ハ此目的遂行ノ爲メニスル婚姻ノ法律
上ノ效力ノ一部ヲ規定シタルノミ而カモ夫婦相互ニ同居義務ヲ命ス宜ナリ之ヲタシ
ハ爰ニソ其目的ヲ達セン而シテ民法ハ獨逸民法ノ如ク別居ノ制度ヲ認メス果シテ然
ラハ本條ハ強行的規定ナリ

三 法律ノ強行規定ニ違背シ且公秩良俗ヲ害スル行動者爰ニ自由ヲ口ニスルヲ許サン公
秩良俗ノ紊亂者ヲ國家ノ實力強制ヲ以テ原狀ニ復ス何ノ人身自由ノ迫害カ之レアラ
ン

十六條ハ同居義務ニ付テハ之カ假處分ノ執行ヲ許セルニアラスヤ況ンヤ請求ハ實體ニ付テ慎重審査シテ之ヲ認容シタル終局判決ノ確定シアルニ之カ強制執行ノ威力ナシト云フニ至リテハ國家ノ宣言ハ殆ント兒戲ニ類シ裁判ノ實益ハ何處ニカ索メン手續ノ不備欠缺ハ類推又ハ勿論解釋ニ依リテ之ヲ補充擴張スルコトヲ妨ケス其執行方法ノ如キハ適當ト認ムル具體的方法ヲ執行文ニ明記スレハ可ナリ(寺崎判事法律新聞八一號四頁以下要領)

積極說(即執行ヲ爲シ得ヘシトス)
 (牧野氏日本親族法論二二〇頁、島田氏明治大學講義錄親族法二四二頁、民法修正案參考書七八九條說明)

消極說(即執行ヲ爲シ得サルモノトス)
 (千葉地方裁判所判決法律新聞三二〇號二三頁、柳川氏日本大學講義錄親族法二一六頁、奧田博士民法親族法論一七二頁)

吾人ハ本論ニ賛同ヲ表ス

地上權
ノヤ賃
借ナリヤ

二六五 地上權者ハ他人ノ土地ニ於テ工作物又ハ竹木ヲ所有スル爲メ其土地ヲ使用スル權利ヲ有ス

六〇一 賃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支拂フコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ス

(參照)民法四四 民法施行前ニ設定シタル地上權ニシテ存續期間ノ定メナキモノニ付當事者カ民法第二百六十八條第二項ノ請求ヲ爲シタルトキハ裁判所ハ設定ノ時ヨリ二十年以上民法施行ノ日ヨリ五十年以内ノ範圍内ニ於テ其存續期間ヲ定ム

地上權者カ民法施行前ヨリ有シタル建物又ハ竹木アルトキハ地上權ハ其建物ノ朽廢又ハ其竹木ノ伐採期ニ至ル迄存續ス

地上權ナリヤ將タ賃借ナリヤ

甲第一號證ニヨレハ庄五郎ハ明治四十二年十一月六日賃借期間ヲ同日ヨリ明治四十二年五月三十日迄ト定メテ本件地所ヲ被控訴人ヨリ賃借シ同地所ヲ使用シ居リタルモノナルコトヲ認ムルニ足ルヲ以テ庄五郎カ本件地所ニ付キ有シタル權利ハ地上權ニアラスシテ賃借權ナリト爲ササルヲ得ス乙第五號證並ニ原審證人持田庄五郎ノ證言ニヨレハ明治二十五年中被控訴人先代ト持田庄五郎トノ間ニ本件地所ニ付借地關係ノ成立シタルコトハ之ヲ認メ得レトモ同證人ノ自分ハ明治二十五年以來本件地所ヲ借り居タルカ借地當時ハ口約ニテ證文ナク期限モアラサリシモ後ニ至リテ期限ヲ定メ其節公正證書ヲ作成シタリ然ルニ明治四十二年申滿期トナリテ明渡シノ請求ヲ受ケタルニ因リ請求ノ結果明治四十三年五月迄延期シ公正證書ヲ作りタリ自分カ借地ノ時ニハ下水ノ掃除ナトハ皆地主ニ於テ之レヲ爲シオリ又地主ノ方ニテ水道ヲ引キ水道ノ稅ヲ拂ヒ地所ニ關スルコトハ地主カ致シ居タリ賃料ハ一ヶ月一圓七十五錢ナリシカ後ニハ五圓五十錢トナリタリト旨ノ供述ト甲第一三號證トヲ參照セハ被控訴人先代ト庄五郎トノ間ニ成立シタル右借地關係モ又賃借關係ニシテ其賃借借款明治四十二年六月末日ヲ以テ終了シタルニヨリ庄五郎ハ同年十一月六日ニ至リ前示ノ如ク被控訴人ト新タニ賃借借ヲ締結シタルモノナルコトヲ認メ得ルヲ以テ右

民法

公法人ノ
所有物ニ
對スル取
得時効

乙號證並ニ證人持田庄五郎ノ證言ニ依リテハ庄五郎カ本件地所ニ付キ地上權ヲ有シ居リタルコトハ之ヲ認ムルニ由ナシ(東京控訴院民二判決法律新聞八一號二一頁)

明治二十五年ヨリ口約ヲ以テ借地ヲ爲シ居リタルヲ地上權ト解セサルハ失當ニシテ民法及地上權ニ關スル法律ノ精神ニ反ス四十二年ニ至リ賃貸借公正證書ヲ作成シタリトスルモ法律知識ヲ有セサル者ノ此行動ヲ標準トシテ既往權利ノ性質ヲ斷定シタルハ不當ナリトス

民法

三二八

公法人ノ所有物ニ對シテモ取得時効ノ適用アリヤ

本問ニ付三藩法學士ハ特別ノ法規ナキ以上公法人ノ所有物ニ對シテモ同條ノ適用アルヘシ但シ其物件カ公共ノ使用ニ供セラレ居ル場合ニハ假令時効ニヨリ取得スルモ其使用ノ制限ヲ受クヘシ之レ公法上ヨリ來ル制限ニシテ所有權ノ問題トハ別個ノ關係ナリト説明セリ(法學志林一四卷八號五八頁)

公法人ト雖モ私權ノ主體タルコトヲ得從テ私法關係ノ當事者タルコトヲ得ルハ

一六二 二十年間所有ノ意思ヲ以テ平穩且ツ公然ニ他人ノモノヲ占有シタルモノハ其所有權ヲ取得ス十年間所有ノ意思ヲ以テ平穩且ツ公然ニ他人ノ不動產ヲ占有シタルモノカ其占有ノ始善意ニシテ且ツ過失ナカリシトキハ其不動產ノ所有權ヲ取得ス

勿論ナルヲ以テ其所有物ニ對シテ取得時効ノ適用アルヘシ但財產權ヲ實質トスルモノト雖モ公權ハ時効ニヨリテ取得スルコトヲ得ス例ヘハ租稅ヲ徵收スル權利ノ如シ(中島博士民法釋義卷) 後段ノ見解亦正當ト信ス

一四七 時効ハ左ノ事由ニヨリテ中斷ス

- 一 請求
- 二 差押、假差押、又ハ假處分
- 三 承認

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アラサレハ時効中斷ノ效力ヲ生セス

執達吏ノ作成シタル拒絕證書カ無効ナリシトスルモ其作成ニ付爲シタル支拂催告ハ有效ナルヲ以テ時効中斷ノ效力アルモノトス

執達吏カ拒絕證書作成ノ委任ヲ受ケ得ルコトハ執達吏規則第二條ニヨリ明ラカニシテ只拒絕證書作成期間經過後ニ拒絕證書ヲ作成シタル場合ニハ其ノ拒絕證書カ手形ノ爲メニ手形ヲ呈示シテ支拂ヒテ請求スルコトヲ得ルモノニシテ又本件ニ於テハ甲第五號證ノ一乃至四第二號證ニヨリ明カナル如ク現ニ執達吏カ手形ヲ呈示シテ支拂ヒテ請求スルヲ以テ執達吏ハ手形ヲ呈示シテ支拂ヒテ請求スルコト即チ催告ノ委任ヲ受ケタルモノト解スルヲ相當トス殊ニ本件ノ如ク拒絕證書作成期間經過後ニ

民法

三二九

催告ニ
時効中
斷(無効)
ノ拒絕
證書作
成ト解
ス

於テ拒絕證書ノ作成ヲ委任セル場合ハ委任者ノ意思ハ寧ロ催告ノ點ニ重キヲ置キタルモノト解スヘキナリ而シテ執達吏カ催告ヲ爲スコトノ委任ヲ受ケ得ルコトハ執達吏規則第二條ニ依リテ明カナレハ拒絕證書作成期間經過ニ執達吏中林行篤カ拒絕證書ヲ作成シタルコトハ適法ナラズトスルモ之レ拒絕證書カ手形上ノ效力ヲ生セスト云フニ止マリ之レカ爲メ手形ヲ呈示シテ支拂ヲ請求シタルコト迄併セテ無効ナリト論スルハ失當ナリ而シテ斯クノ如キ拒絕證書ハ假令手形法上無効ナリトスルモ民法上ノ催告ノ事實ヲ證スル書面トシテ證據ニ供スルヲ妨ケサルカ故ニ前段認定ノ如ク甲第五號證ノ一乃至第四號證ニヨリ催告ノ事實ヲ認メタリ仍テ被控訴人等ノ時効ノ抗辯ハ之ヲ採用スルヲ得ス(東京控訴院民三判決法律日々一七七號判例集五四頁)

特別ノ事
情ニヨリ
生シタル
損害

特別ノ事情ニ因リ生シタル損害ノ意義

通常生スヘキ損害トハ事物ノ通常ノ進路順序トシテ生スヘキ損害ヲ指稱スルモノナルヲ以テ債務者カ第三者ヨリ得ヘカリシ利益ヲ得ル能ハスシテ被ムリタル損害ノ如キハ債務者不履行ノ通常ノ進路順序トシテ生スヘキ損害ト謂フヲ得サレハナリ然ラハ此種ノ損害ハ民法第四百十六條第二項ニ所謂特別ノ事情ニ因リテ生シタル損害ハ當事者カ其事情ヲ豫見シ又ハ豫見スルコトヲ得ヘカリシトキニアラサレハ債權者ハ其賠償ヲ求ムルコトヲ得サルモノナルカ故ニ原告ノ前示損害ニシテ特別ノ事情ニ

四一六 損害賠償ノ請求ハ債務ノ不履行ニヨリテ通常生スヘキ損害ノ賠償ヲ爲サシムルヲ以テ其目的トス
特別ノ事情ニヨリ生シタル損害ト雖トモ當事者カ其事情ヲ豫見シ又ハ豫見スルコトヲ得ヘカリシトキハ債權者ハ其賠償ヲ請求スルコトヲ得

リテ生シタルモノナルコト前述ノ如シトセハ先ツ以テ債務ノ不履行ヲ爲シタル移民ハ其事情ヲ豫見シタルヤ又ハ豫見スルコトヲ得ヘカリシヤ否ヤヲ判定セサルヘカラス此點ノ信用スヘキ證人松井淳平ノ供述ニヨレハ前示各移民ニ於テ原告カサンパウロ州政府ヨリ移民一人ニ付キ金百圓宛ノ補助金ハ移民等カ契約期間内労働ニ従事スルコトヲ條件トシ該期間内移民力逃亡シ又ハ放逐セラレタルトキハ之ヲ下付セラレサルコト之ヲ下付セラレサルトキハ原告カ其レ丈損害ヲ受クルコトノ是等事情ヲ知悉シ居タルコトヲ認ムルヲ得ヘキヲ以テ原告カ右補助金ヲ受クルコトヲ得サルニ至リシ前示特別ノ事情ハ各移民ニ於テ之ヲ豫見セルコトハ明カナリト謂フヘシ(東京地方裁判所民二判決法律新聞第八一二號四頁)

至當ノ見解ト信ス參考トスヘキモノ左ノ如シ

- 判例ニ現ハレタル特別ノ事件
- 一 賣主カ契約ノ目的タル架橋材料ヲ期限内ニ引渡ササルニ因リ買主ニ於テ其石材ノ供給ヲ約シタル第三者ニ對シ一時履行ノ猶豫ヲ求メ假架橋ノ用材ヲ供給シタルトキハ其出捐ハ民法四百十六條ニ所謂特別ノ事情ニ因リテ生シタル損害ニ外ナラス(四一年大審院判決錄四七七頁)
- 二 不當ノ假處分ニ因リ賣買契約ヲ解除シ手附借還ノ損害ヲ被ムリシコトニ付テハ假處分申請者ニ於テ其當時手附金ノ關係ヲ豫見シ又ハ豫見シ得ヘカリシ事情ナリヤ否ヤヲ確定シテ賠償責任ヲ定メサルヘカラス(三十七年同上 一七九頁)
- 三 第四回株金拂込ノ債務不履行ニ因リテ通常生スヘキ損害ハ第四回分ノ株金ノ不足額ニ過キス株式ノ賣買カ不能ニ歸シ之ニ因リテ株主タルモノナク其結果第五回以後ノ株金拂込ヲ得ルコト能ハスト云フカ如キハ特別ノ事情ニ因リテ生シタル損害ト云ハ

サルヘカラス(三十七年七月二十日東京地方裁判所判決法律新聞二二四號一七頁)

學者ノ設例
賣買ニ付キ買主カ更ニ第三者ニ約シタル轉賣、違約金ノ契約等、(石坂博士日本民法債權

三一、二頁)

破壞家屋ノ修繕ヲ約シタルニ其修繕ヲ怠リタル場合ニ於テ普通ノ風雨ノ爲メニ生シタル損害ハ通常生スヘキ損害ニシテ暴風雨ニヨリ生シタル損害ハ特別ノ事情ヨリ生シタルモノナリ

甲乙ニ對シ債務ヲ履行セサルカ爲メニ乙モ亦丙ニ對シテ其債務ノ履行ヲ爲ス能ハス爲メニ差押ヲ受ケ損害ヲ蒙リタル場合ハ特別ノ事情ヨリ生シタル損害ナリ(横田博士債權總論三四〇頁)

信託行爲

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

信託行爲ノ意義虚偽ノ意思表示トノ區別

信託行爲ニヨル賣渡抵當ハ當事者ニ於テハ所有權移轉ノ效果ヲ生セス

信託行爲ハ當事者カ其目的トスル所ヨリモ大ナル效力ヲ生スヘキ意思表示ヲ爲シタル場合ニ成立スルモノニシテ法律行爲ヲ爲ス意思存スル點ニ於テ虚偽ノ意思表示ト異リ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スルコトナキ有效ノ法律行爲ナリ今之ヲ賣渡抵當ニ付テ言ヘハ當事者ハ所有權ヲ移轉スル意思ヲ有シ之ヲ表示スルモノニシテ虚偽ノ意思表示ニ非ラサルコト勿論ナリト雖トモ其目的トスル所ハ之ニ依リ債權擔保ノ實

ヲ舉ケントスルニ在ルカ故ニ讓受人ハ此擔保ノ目的ニ從ヒ其所有權ヲ行使ス可カラサル制限ヲ受ク詳言スレハ當事者間ノ債務關係ハ此讓渡行爲ニ因リ直ニ消滅スルモノニアラスシテ債務者カ其債務ヲ辨濟セサルトキハ債權者ハ其讓受ケル目的物ヲ處分シ其辨濟ニ充當スル事ヲ得ヘシト雖トモ債務者カ辨濟ヲ爲シタルトキハ債權者ハ之ヲ債務者ニ返還スルニ必要ナル手續ヲ爲スコトヲ要シ辨濟期前ニ在リテハ自由ニ目的物ヲ處分スルコトヲ得サルモノトス此ノ如ク賣渡抵當ハ所有權移轉ノ效果ニ制限ヲ加ヘ之ニ依リテ債權擔保ノ目的ヲ達セントスルモノナルカ故ニ所有權ノ移轉ハ此ノ目的ヲ達行スルニ必要ナル範圍内ニ於テ其效力ヲ生スルモノト爲ササルヘカラス而シテ之ヲ爲スニハ所有權ハ第三三者ニ對スル外面關係ニ於テハ債權者ニ移轉スルモ當事者間ノ内部關係ニ於テハ移轉スルコトナク債務者ハ依然所有權ヲ有スル者ト爲スナ至當トス何トナレハ債權者ハ債權ノ辨濟ヲ得サルトキ有效ニ目的物ヲ處分シ得ヘキ權能ヲ取得スルヲ以テ足レリトシ債務者ニ於テモ絕對的ニ所有權ヲ債權者ニ移轉スル意思ヲ有スルモノト看ルヲ得サレハナリ(大審院(オ)一三二號同年七月八日民二判決)

信託行爲ハ當事者間ニ於テハ權利移轉ノ效力ヲ生セス第三者ニ對スル關係ニ於テ其效力ヲ生スヘキコトカ特質ニシテ又同時ニ虚偽ノ意思表示ト異ナル所ナリ大審院ハ曾テ信託行爲ノ效力ヲ認メサルカ如キ判決ヲ爲シ(三九九年判決)吾人ハ之ヲ認メサルモノト解シ私カニ其不當ヲ鳴シ居リタルニ今回之ヲ明白ニ認容シタルハ吾人ノ大ニ多トスル所ナリ尙ホ本問ニ付テハ民法一四七頁二〇二頁二七三

増加競賣
供時保提

三八四 債権者カ前條ノ送達ヲ受ケタル後一ヶ月内ニ増價競賣ヲ請求セサルトキハ第三取得者ノ提供ヲ承諾シタルモノト看做ス

増價競賣ハ若シ競賣ニ於テ第三取得者カ提供シタル金額ヨリ十分ノ一以上高價ニ抵當不動産ヲ賣却スルコト能ハサルトキハ十分ノ一ノ増價ヲ以テ自ラ其不動産ヲ買受クヘキ旨ヲ附言シ第三取得者ニ對シテ之ヲ請求スルコトヲ要ス

前項ノ場合ニ於テハ債権者ハ代價及ヒ費用ニ付擔保ヲ供スルコトヲ要ス

(參照)競賣法四〇 民法第三百八十四條ノ規定ニヨリテ抵當不動産ノ増價競賣ヲ請求スル債権者ハ第三取得者ニ競賣ノ請求ヲ送達シタル日ヨリ三日内ニ抵當不動産所在地ノ區裁判所ニ競賣ノ申立ヲ爲シ且ツ擔保ノ認許ヲ求ムルコトヲ要ス

前項ノ規定ニ依ラサル競賣ノ請求ハ無効トス

同四一 競賣ノ申立書ニハ左ノ事項ヲ記載シ請求債権者之ニ署名捺印スヘシ(中略)

申立書ニハ民法第三百八十三條ノ送達ヲ受ケタル日ヲ記スル書面ヲ添付スルコトヲ要ス

民事訴訟法第六百四十三條第一項第三號乃至第五號第二項及ヒ第三項ノ規定ハ本條ノ申立ニ之ヲ準用ス

同四二 裁判所ハ擔保ノ許否ニ付キ期日ヲ定メ決定ヲ以テ其裁判ヲ爲スヘシ

期日ニハ請求債権者及ヒ第三取得者ヲ呼出スヘシ

擔保ノ裁判ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス

同四三 競賣ノ請求ハ擔保ヲ認許セサル裁判ニ因リテ當然其效力ヲ失フ

民法第三百八十四條ニ定メタル期間内ニ第三取得者ニ對シテ競賣ノ請求書ヲ送達シタル他ノ債権者ハ前項ノ裁判アリタル日ヨリ三日内ニ第四十條ノ申立ヲ爲スコトヲ得

同四四 裁判所カ擔保ヲ認許シタルトキハ競賣手續ノ開始ノ決定ヲ爲スヘシ(下略)

増加競賣ハ第三所得者ニ對スル請求ト同時ニ擔保ヲ提供スルヲ要スルモノニアラス

民法第三百八十四條第二項ニハ増價競賣ノ請求ヲナスニハ若シ競賣ニ於テ第三取得者カ提供シタル金額ヨリ十分ノ一以上高價ニ抵當不動産ヲ賣却スルコト能ハサルトキハ十分ノ一ノ増價ヲ以テ自ラ不動産ヲ買受クヘキ旨ヲ附言スルコトヲ要スト規定シアリテ其文旨ヨリ見ルトキハ債権者ハ増價競賣ヲ第三取得者ニ請求スル際ニ擔保ヲ供スルノ義務アルカ如シト雖トモ元來民法カ該擔保ノ供與ヲ命シタルハ若シ之ヲ供セシムルニ非ラサレハ債権者カ其買取義務ヲ履行セス又ハ之ヲ履行スルコト能ハサル場合ヲ生シ且ツ無責任ナル増價競賣ノ請求ヲ豫防スルコト能ハサルニ至ランコトヲ慮リタルニ因ルモノナルヲ以テ右擔保モ右弊害ヲ防遏シ得ヘキ時期ニ於テ供レハ足ルモノナリト謂フヘク而シテ競賣法第四十條乃至第四十四條ノ規定ニ依レハ増價競賣ノ請求ヲ爲シタル債権者ハ其請求ヲ爲シタル日ヨリ三日内ニ増價競賣ノ申立ヲ爲シ且ツ擔保ノ認許ヲ求ムルコトヲ要シ該期間内ニ申立テテ爲ササルトキハ増價競賣ノ請求ヲ無効ナリトシ該申立アリタルトキハ裁判所ハ期日ヲ定メテ當事者ヲ審訊シタル後擔保ヲ認許シタルトキハ競賣手續開始決定ヲ爲スヘキモノナルヲ以テ競賣手續開始決定前ニ於テ擔保ヲ供スルハ法律ノ目的ヲ達スルニ十分ニシテ競賣ノ請求ト同時ニ之ヲ供スルノ必要ナシト謂ハサルヘカラス(東京地方裁判所民五判決法律新聞第八〇九號二六頁)

- 同趣旨判例
- 一、四十一年十二月八日東京控訴院民一判決例彙報四卷二七頁
 - 二、三十九年十二月八日大阪控訴院民一判決法律新聞四一〇號一一頁
 - 三、三十九年九月二十八日東京控訴院民三判決法律新聞三八六號七頁

横田博士物權法八三五項

反對判例アルモ(大阪控訴院民二判決法律)願ルニ足ラス

家督相續
順位

七三七

戸主ノ親族ニシテ他家ニ在ルモノハ戸主ノ同意ヲ得テ其家族トナルコトヲ得但シ其者カ他家ノ家族タルトキハ其家ノ戸主ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス

七四三

家族ハ戸主ノ同意アルトキハ他家ヲ相續シテ分家ヲ爲シ又ハ廢絶シタル本家分家同家其他親族ノ家ヲ再興スルコトヲ得但シ未成年者ハ親權ヲ行フ父又ハ母若クハ後見人ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス

九七〇

被相續人ノ家族タル直系卑屬ハ左ノ規定ニ從ヒ家督相續人トナル

九七二

第七百三十七條及第七百三十八條ノ規定ニ依リテ家族ト爲リタル直系卑屬ハ嫡出子又ハ庶子タル他ノ直系卑屬ナキ場合ニ限リ第九百七十條ニ定メタル順序ニ從ヒテ家督相續人ト爲ル

九七三

親等ノ同シキ者ノ間ニ在リテハ其近キ者ヲ先ニス

九七四

親等ノ同シキ者ノ間ニ在リテハ嫡出子ヲ先ニス

九七五

親等ノ同シキ者ノ間ニ在リテハ嫡出子及ヒ庶子ハ女ト雖モ之ヲ私生子ヨリ先ニス

九七六

前四號ニ掲ケタル事項ニ付キ相同シキモノノ間ニ在リテハ年長者ヲ先ニス

九七七

第八百三十六條ノ規定ニヨリ又ハ養子縁組ニヨリテ嫡出子タル身分ヲ取得シタルモノハ家督相續ニ付テハ其嫡出子タル身分ヲ取得シタル時ニ生マレタルモノト看做ス

孫ヲ携帶分家シタル家へ會テ分家シタル子カ其家ヲ廢シ親族入籍ノ手續ニヨリテ入家スルモ其家ノ相續人ハ其子ニアラスシテ孫ナリトス

法律上ノ
地上權取
得

此問題ニ付テ法曹會ハ分家ヲ廢シ入家シタル子ハ民法九七二條ニヨリ嫡出子又ハ庶子タル他ノ直系卑屬ナキ場合ニアラサレハ相續權ナク而シテ他ノ直系卑屬トハ孫ヲモ包含スヘキニヨリ子ニ相續權ナキ旨ヲ決議セリ(法曹記事二二卷八號五四頁以下)

至當ノ見解ト信ス參照スヘキ同趣旨ノ見解左ノ如シ

一、法曹會決議同記事一九卷四九頁

二、民刑局長回答、法曹記事八九號四六頁

三、民刑局長回答、法曹記事九〇號二六頁

四、牧野氏日本相續法論一二三頁

三八八

土地及ヒ其上ニ存スル建物カ同一ノ所有者ニ屬スル場合ニ於テ其土地又ハ建物ノミヲ抵當ト爲シタルトキハ抵當權設定者ハ競賣ノ場合ニ付キ地上權ヲ設定シタルモノト看做ス但シ地代ハ當事者ノ請求ニヨリ裁判所之ヲ定ム

土地ト建物トカ同一ノ所有者ニ屬スル場合ニ於テハ其双方タルト又ハ一方ノミヲ抵當ニ供シタルトヲ問ハス該建物ノ競落人ハ地主又ハ土地ノ競落人ニ對シ法律上ノ地上權ヲ取得スヘシトナスハ正當ナリヤ

法學士三浦信三氏ハ法學志林誌上ニ於テ東京地方裁判所民四部カ本問ノ場合ニ其双方又ハ一方ノミヲ供シタル場合ニ於テモ法律上ノ地上權ヲ取得スヘシトナシタルヲ

民法

(民法二六七頁參照)大體ナル解釋ナリトシテ非難セラレ立法ノ精神ヲ推究スルニ獨リ國家經濟ノ上ヨリ此規定ヲ生シタルニアラスシテ土地建物ノ兼有者カ其一方ノミテ抵當ニ供シタル場合ニハ競賣ノ時ニ地上權ヲ設定スヘシトノ意思推測ニ根據ヲ取リタルモノナリ故ニ同時ニ双方ヲ抵當ニ供シタル場合ニハ此意思推測ヲ生スヘキ理由ナク從テ同條ノ適用ヲ生セスト論セラレタリ(法學志林一四卷八號一一頁以下)

然レトモ此問題ニ付テハ既ニ大審院ニ於テモ同趣旨ノ判例多數存シ(四三年判決三九二年二〇頁)解釋上殆ント一定セルモノニシテ今更大膽ナル判決ナリト絶叫スルハ少シク奇ナリ(詳細ハ民法二)

時效中斷後ノ進行

一五〇 支拂命令ハ權利拘束カ其效力ヲ失フトキハ時效中斷ノ効力ヲ生セス
 一五七 中斷シタル時效ハ其中斷ノ事由ノ終了シタル時ヨリ更ニ其進行ヲ始ム裁判上ノ請求ニヨリテ中斷シタル時
 效ハ裁判ノ確定シタル時ヨリ更ニ其進行ヲ始ム

支拂命令ニヨリ中斷シタル時效ハ何時ヨリ進行スヘキモノナルヤ

此問題ニ付法曹會ハ

(一) 異議ノ申立テアリタルトキ
 訴カ區裁判所ノ管轄ニ屬スル場合ニハ判決ヲ受ケ確定シタルトキ又ハ和解アリタルトキヨリ進行シ(取下ノ時ハ中斷ノ効力ヲ失フ)地方裁判所ニ屬スルトキハ異議通知ヨリ一ヶ月ノ期間内ニ提起アリタルトキハ區裁判所ノ場合ト同一ナルヘク又提起ナキトキハ中斷ヲ生セス

地代増額ノ慣習

至當ノ見解ト信ス民法一一五頁支拂命令ト時效中斷參照

(二) 異議ノ申立ナキトキ
 執行命令ニ對スル異議申立テアレハ欠席判決ニ對スル故障ノ場合ト同一ナルヲ以テ訴カ區裁判所ノ管轄ニ屬スル上記ノ場合ト同様ナルヘク又故障ノ申立ナキトキハ執行命令確定ニ歸シ其時ヨリ進行ヲ始ムト決議ヲ爲セリ(法曹記事二二卷八號五一頁以下)

二六六 地上權者カ土地ノ所有者ニ定期ノ地代ヲ拂フヘキトキハ第二百七十四條乃至第二百七十六條ノ規定ヲ準用ス

六〇一 賃貸借ハ當事者ノ一方カ手方ニ或ル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ヨリテ其效力ヲ生ス

地代増額ノ慣習

地代ノ額ニ付テ當事者間ニ定メアリタル場合ト雖トモ地租其他公課ノ増加又ハ地價ノ騰貴等ニ因リテ相當ノ増額ヲ強要シ得ヘキトハ或ハ地方慣習トシテ或ハ慣習法トシテ大審院其他ノ裁判所カ屢々認メタル所ニシテ此慣習又ハ慣習法カ一定ノ地代ヲ定メタル當事者ノ契約ヲ左右スル效力アルコトハ一二ノ論者ヲ除クノ外何人モ異論ナキ所ニシテ余輩モ亦此判決及ヒ其理由ニ對シテ別段ノ疑ヲ挿マザシニ今法學新報紙上ニ掲ケラレタル(同二二卷六號參照)先輩中島博士ノ所說ヲ讀ミ解釋論トシテ將々又立法論トシテ有力ナル異論アルヲ知レリ

二 地代増額ノ請求權アルコトヲ事實タル慣習トシテ認メタルコト少ナカラスト雖トモ大審院ハ嘗テ純然タル慣習法ナリト認メタルコトアルノミナラス近時ニ至リテ同一趣旨ノ判決ヲ見ルコト屢々ナリ

三 翻ツテ從來ノ判例ニ對スル論議ヲ見ルニ其多數ハ殆ント之ニ異議ヲ挿マサルカ如シ富井博士ハ此判例ノ果シテ間然スル所ナキヤ否ヤヲ疑ハレタルモ而カモ判決例ノ採レル認定ノ如キハ或ハ事實ニ適合シ實際ノ必要ニ出タルモノトシテ之ヲ是認スル外ナカルヘシト附言セラレ少クトモ長期ノ存續期間ヲ有スルモノニ付テハ寧ロ事宜ニ適スルモノト認メラレタルカ如シ民法原論二卷上二版二一〇頁參照我國ノ如ク土地所有者ノ負擔ノ變化ト地價ノ變動トカ頻繁ニ行ハルル國ニ於テハ立法論トシテノミナラス斯カル慣習ノ存在スルコトモ亦當然ノ事ナリト謂ハサル可カラス

四 前掲ノ諸判例ニ對シテ最モ明白且ツ詳細ニ異論ヲ示シタルモノハ前記中島博士ノ所說ナリトス余輩亦多少ノ說ナキ能ハス

(一) 博士ノ見ル所ヲ以テスレハ地代ノ高下ノ如キハ畢竟專ラ當事者間ノ利害ニ屬スルコトニシテ毫モ公益ニ關スル所ナキカ故ニ大審院ノ認メタル地方慣習若クハ慣習法カ存在スルト見ルモノハ任意ノ性質ヲ有ス即チ當事者ノ意思ヲ以テ之ヲ破ルコトヲ得ルモノナラサル可カラズ從テ當事者カ初メ契約ヲ以テ一定ノ地代ヲ定メタル以上ハ之ニヨリテ此地方慣習又ハ慣習法ノ適用ヲ除外シタルモノト見ルヲ至當トス、トセラレハカ如シ然レトモ茲ニ所謂慣習又ハ慣習法ナルモノハ初メ地代ノ額カ定メラレアルトモ如上ノ原因カ發生スルコトニヨリテ之ヲ増減スルヲ得ヘシトノ慣習

又ハ慣習法ナリ故ニ當事者カ明ニ之ヲ除外スル意思ヲ表セサル以上ハ其適用ヲ見ルヘキコト言テ俟タサル所ナリ

(二) 地租條例ノ規定スル所ニヨレハ百年以上ノ存續期間アル地上權ニ付テハ地租ハ地上權者之ヲ負擔スヘキモノトス大審院判例ノ示ス所ノ如クハ此場合ニ於テモ亦土地ノ隆盛繁昌ニ因リテ地價騰貴シタルトキノ如キハ地代ノ増額ヲ請求セラルヘクコハ甚タ公平ヲ失ス又之ト同ク一定數量ノ玄米ヲ以テ地代ト爲シタル場合ノ如キニ於テ若シ米價下落シタリトセハ地租其他ノ公課ノ増加ナキト雖トモ地代ノ増加ヲ請求セラレ得ヘシ是レ亦公平ヲ得タルモノト謂フヘカラストハ博士ノ憂トセラレ所ナルモ是等ノ事情ハ地代ノ増加ニ付テ斟酌セラレヘキモノナリ(四〇年三月六日大審院判決四二年五月三日大審院判決其他)

(三) 地上權ノ地代ノ登記アリテ地上權ノ讓受人カ地代支拂ノ義務ヲ承繼シタル場合ニ讓受人ニ對シテ不測ノ損害ヲ與フルモノナリト博士ノ所說亦一理ナキニ非ス然レトモ地主ノ負擔ノ増加地價ノ騰貴等ノ理由ニ基ク地代ノ變動ハ地上權讓受人ノ當然豫見セサルヘカラサル事項ニ屬ス

四 民法第二百七十四條即チ不可抗力ニ因リ收益ニ付キ損失ヲ受ケタルトキト雖トモ小作料ノ免除又ハ減額ヲ請求スルコトヲ得サルノ規定ハ地上權ニ準用セラレ如此場合ニ地代ノ減額ヲ請求スルヲ得サル地上權者ト地主ノ地位トナ比較對照スルトキハ其不公平ナルコトヲ覺ユトノ博士ノ所說ハ吾人ト雖トモ亦其感ヲ等フスルモ立法論トシテ或ハ論議ノ餘地アラシク唯現行法論トシテハ裁判所カ地上權者ノ負擔地價ノ高下收穫ノ増減等ヲ參酌シテ相等ノ増額ヲ許シ又ハ全然之ヲ認メサルコトヲ得ルハ勿論ナリトス(法學士三浦信三氏法學協會雜誌三〇卷九號一三五頁以下要領)

本論ハ全然吾人ト所見ヲ一ニス民法二六五、二四四、二二四、一九五、八一頁等參照

特約付抵
當權設心
書ノ解釋

債務不履行ノ場合ニハ所有權ノ移轉ヲ爲スヘシト特約シタル抵當權設定書ノ解釋

抵當權設定ト同時ニ債務不履行ノ節ハ抵當權ヲ實行スル方法トシテ所有權移轉ノ契約ヲ爲シタルニ因リ所有權取得ヲ假登記スル旨ノ記載アリ又甲第四號證ノ借用證中特約欄内ニ期限ニ辨濟セサルトキハ元利子ニ充當スル爲メ抵當物件ノ所有權ヲ抵當權者ヘ移ス旨ノ記載アリテ之レ等ノ記載ニヨリトキハ抵當權ノ目的タル家屋カ當然控訴人ノ有ニ歸シ債務消滅スル旨ナルカ如キ觀アリト雖トモ甲第四號證ニハ右ノ特約記載アルト同時ニ他ノ一面ニ於テ其本文中ニ辨濟期ニ至リ債務ノ履行ヲ爲サザルトキハ直チニ抵當權ヲ實行セラルルトモ聊カ異議無キ旨記載シアルトコロナリテ見レハ控訴人ニ於テ抵當權ノ實行ヲモ爲スナク趣旨ナリト解セサルヘカラス横濱地方裁判所カ擔保物件ノ所有權ハ控訴人ノ有ニ歸シタルヲ以テ抵當權ハ已ニ消滅セリト開始決定ヲ失當トシテ取消セルコト明カナレトモ横濱地方裁判所カ擔保物件ノ所有權カ控訴人ノ有ニ歸セリトナス理由ハ前掲乙第一號證ノ記載ニヨリ被控訴人ノ債務不履行アルヤ當然擔保物件ノ所有權カ控訴人ニ移轉スル約東アリタリト認

定スルニ基クモノニシテ其認定ノ失當ナルコトハ前段説明セル通りニシテ乙第二號證ノ制定ハ開始ヲ取消セル裁判ニ過キサレハ例令該判決力確定セリトスルモ之ヲ以テ所有權カ實體法上控訴人ニ移轉シタルモノト謂フテ得ス而ラハ控訴人ハ民法ノ規定ニヨリ抵當權者トシテ抵當權ヲ實行スルコトモ又特約ニヨリ擔保物件ノ所有權ヲ移サシメテ辨濟ニ充ツルコトモ自由ニ選擇シ得ルモノニシテ控訴人カ明治四十三年六月中抵當權ノ實行トシテ一旦競賣ノ申立ヲ爲セシモ之ヲ取り下ケ又明治四十四年三月中再ヒ抵當權ノ實行トシテ競賣ノ申立ヲ爲セシモ却下セラレタルコトハ當事者間ニ争ヒ無キ事實ナレハ控訴人ノ貸金債權ハ尙ホ消滅セサルモノト云ハサルヘカラス(東京控訴院民三判決法律日一七七號判例集五〇頁)

親族會
增員

親族會員ノ增員

民法第九百四十五條ハ親族會員ハ裁判所之ヲ選任ス可キコトヲ規定セルノミナラス親族會員選任ニ關スル手續ハ非訟事件手續法ノ支配スル所ナルヲ以テ之レニ關スル裁判ハ所謂職權審理主義ニ則リ爲スヘキモノナルコトハ洵ニ明瞭ナリ然レトモ……

民法

九四五 親族會員ハ三人以上トシ親族其他本人又ハ其家ニ縁故アル者ノ中ヨリ裁判所之ヲ選定ス(參照)非訟九九 裁判所ハ親族會員又ハ其補員ノ選定ニ付キ申請人又ハ民法第九百四十四條ニ掲ケタル者ヲシテ會員タルニ適當ナル者ヲ指名セシムルコトヲ得

九六 無能力者ノ爲メニ設ケヘキ親族會ニ關スル事件ハ其者ノ住所地ノ區裁判所ノ管轄トス
同 裁判所カ申請ニ相當スル裁判ヲ爲シタル場合ニ於テハ其手續ノ費用ハ無能力者ノ負擔トス
九七 家督相續人ノ選定ノ爲メニ開クヘキ親族會ニ關スル事件ハ相續開始地ノ區裁判所ノ管轄トス
同 裁判所カ申請ニ相當スル裁判ヲ爲シタル場合ニ於テハ其手續ノ費用ハ相續財產ノ負擔トス

……特ニ當事者ノ申請ヲ禁止スル規定ノ存セサル限りハ裁判所ハ申請ニ基キ職權審理ノ手續ヲ開始シ得可キハ當然ニシテ何等ノ不法アルコトナシ今親族會員選任ニ關スル非訟事件手續法第九十九條第九十六條第二項及第九十七條第二項等ノ規定ヲ閱スルニ申請人或ハ申請ナル文字ヲ使用スルヲ以テ親族會員選任ノ手續開始ノ根基ハ申請ニ依リ得可キコトヲ推知スルニ難カラズ然ラハ親族會員選任ノ場合ニ之ヲ類推シテ解釋スルトキハ當事者ノ申請ヲ排斥スヘキ何等ノ理由存在セサルナリ……

：増員以前ノ親族會員三名何レモ皆未成年者小川マスノ父方親族ニシテ増員セラレタル他ノ四名カ母方親族三名ト本家戸主一名ナルコトハ一件記録ニ徴シ之ヲ認ムルコトヲ得然ルニ取寄記録ニヨレハ既ニ小川家ニシテ斯クノ如キ事情アル以上ハマスノ爲メニハ母方親族中ヨリ親族會員ヲ選任スルコト洵ニ相當ノ措置ナリトス然ラハ原裁判所カ先キニ親族會員増員ノ必要ヲ認メマスノ母方親族中ヨリ山崎伊八山崎宗三郎及ヒ山崎伊助ノ三名ヲ選ヒテ父方親族ノモノト均衡ヲ得セシメ尙其本家戸主タル小川吾一郎ヲ選任シテ以テ前後合セテ七名ノ親族會員ニ増員シタルハ最モ其當ヲ得タルモノトス(浦和地方裁判所民事部判決法律新聞八一號二六頁)

本件ハ親族會員ノ増員ハ職權ヲ以テ裁判スヘキモノナルモ申請ヲ動機トシテ其裁判ヲ爲スモ不法ト云フコトナシト説明セルモノニシテ至當ノ見解ナリ尙ホ其増員ヲ實際上必要トスル事情ノ説明ニ付テモ更ニ不當ナル點ヲ認メス

民法施行前ニ絶家シタル家

(參照民法施行法九二ノ之ヲ適用ス)

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

民法施行前ニ絶家シタル家ニ屬シタル不動産ニ關スル取得時効確認訴訟

ルニ屬シタル不動産ニ關スル取得時効確認訴訟

明治七年當時ノ慣例トシテ絶家ノ遺産ハ戸長之ヲ保管シ相續人ノ分明ナラサル遺産ニ關シテハ親族ニ保管セシメ遺産處分ニハ裁判所ノ許可ヲ要シタレトモ絶家ト同時ニ當然該遺産ヲ官ニ沒收スヘキ法規慣例カ存在セサリシヲ以テ久三郎ノ遺産ハ被告主張ノ如ク久三郎ノ死亡後明治三十一年十一月五日迄關根タツカ保管シタルモノナリト認ムルニ難カラズ從テ民法施行前ニ開始シタル久三郎ノ相續財產ノ處分完了セサル間ニ民法ノ施行ヲ見ルニ至リタル場合ニ係ルヲ以テ民法施行法第九十二條ニヨリ民法施行ノ日ヨリ民法ノ相續人曠缺人ノ場合ニ關スル規定ノ許ス限リノ範圍ニ於テ適用スヘキモノト解セサルヘカラス……該遺産ニ對シテ法律關係ノ有無ヲ主張スルモノハ該法律關係ノ當事者タル相續財產ヲ相手方トシ民千五十二條第二項ニ從ヒ相續財產ノ管理人ノ選任ヲ求メ相續財產タル法人ニ對シテ訴求ス可キモノナルコト明瞭ナリ(水戸區裁判判決法律新聞八一號二六頁)

本件ノ如キ場合ニハ相續財產管理人ヲ對手人代表者トナスヘキ旨ヲ説明シタレモノニシテ當然ノ説明ナリトス

土地賃借ノ要件

六〇一 賃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

貸貸借契約ニ於テ借主ノ支拂フヘキ貨料ハ必スシモ一定ノ額ヲ以テ明定シアルコトヲ要セス只之レヲ算定シ得ヘキ關係ノ定マリアル以上ハ右契約ノ存立ニ妨ナキモノナリ(神戸區裁判所判決法律新聞八一號二五頁)

同趣旨判例(東京地方裁判所判決法)アリ加之給付ノ内容ハ必ラスシモ初ヨリ確定スルコトヲ要セス確定セラルヘキ事情又ハ後ニ至リテ確定シ得ヘキコトノ確立セラル場合ハ債權ノ成立ヲ妨ケサルヘキハ議論ナキ所ナリ(横田博士債權各論二六七頁參照各)

七〇九

不法行為(不法行為ニヨル債權名義ニヨル強制執行)

不法ノ債務名義ニ因ル強制執行ト不法行為

公正證書ノ記載カ眞實ニ吻合セサルカ如キハ異常ノコトニ屬シ又公正證書ニ依ル債權ヲ讓リ受ケタルモノハ其正當ノ債務名義タルヘキヲ信スルハ寧ロ當然ノコトト認ムヘキヲ以テ右説明ノ如ク反對ノ立證十分ナラサル本件ニ於テハ被控訴人ハ本件執行ヲ爲スニ付キ其債務名義ノ不適法ナルコトヲ知ラス又之レヲ知ラサルニ付キ過失ナカリシモノト認メサルヲ得ス然ラハ本件執行ヲ以テ不法行為ナリトスル控訴代理入主張ハ失當トス(東京控訴院民二判決法律新聞八一〇號二一頁)

至當ノ説明ト信ス參考判例左ノ如シ

一、實際上或權利ヲ有セサル債權者カ法律ノ規定ヲ知ラス若クハ之ヲ誤解シテ其權利アリト確信シ債務者ニ對シテ財産ノ假差押ヲ爲シ之ニ損害ヲ生セシメタルトキハ一應

ハ債權者ニ過失アルモノト見ルナ當然トス然レトモ債權者ノ技ニ出テタル相當ノ理由存スルトキハ過失アリト云フコトヲ得ス(四十二年大審院判決錄八四七頁)
二、假差押ヲ爲シタル者カ債權ヲ有スルコトヲ確信シ而カモ之ヲ信スヘキ相當ノ理由アル場合ニハ假令裁判上其債權ナキニ歸スルモ他ニ特別ノ事情ナキ限りハ其假差押ヲ以テ故意又ハ過失ニ出テタルモノト爲スコトヲ得ス(三十九年同上二八九頁)

七〇九

不當假差押(不當假差押ニヨル損害)

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

不當ノ假差押ヲ受ケタルカ爲メ辯護士ヲ依頼シ其取消ヲ求ムルト同時ニ告訴ヲ爲スカ如キハ當然ニシテ之レカ爲メ辯護士ニ支拂ヒタル報酬ノ如キハ其辯護士ノ措置當ヲ得タルト否トニ拘ハラズ之カ爲メ生シタル損害トシテ請求スルコトヲ得

債權證書ヲ偽造シ債權アルカ如ク裝ヒテ被控訴人ノ不動產ヲ差押ヘ以テ被控訴人ノ權利ヲ故意ニ侵害シタルモノト云ハサル可カラズ從テ之ニヨリテ生シタル損害ヲ賠償スヘキ責任アリ仍テ其ノ損害ヲ案スルニ被控訴人カ債務ヲ負ハサルニ拘ハラズ突然假差押ヲ受ケル以上ハ之レカ救済ノ方法ヲ講スル爲メ辯護士ニ依頼シ一面ニ於テ假差押ノ取消ヲ求メ一面ニ於テ告訴ヲ爲セルハ當然ニシテ其費用トシテ辯護士ニ支拂ヒタル金額ハ不當ナル假差押ノ爲メ被控訴人ノ損害ト看做シテ可ナリ……而ラハ其後紀志嘉實カ其事務ヲ管理スルニ當リ措置宜シキヲ得サルコトアリトスルモ之レカ爲メ被控訴人ノ支拂ヒタル金額ノ返還ヲ受クレハ格別然ラサル限りハ金額ハ假差押

民法

ノ爲メ被リタル損害タルヲ妨ケス(東京控訴院民三判決法律新聞八〇八號二四頁)
報酬支拂ノ時ニ既ニ損害發生セルモノナルヲ以テ其後ノ措置良否ハ敢テ問フ所
ニアラサルナリ

賃借權移
轉(讓後)
ノ認定

賃借權移轉(譲渡)ノ認定

六二二 賃借人ハ貸賃人ノ承諾アルニアラサレハ其權利ヲ讓渡シ又ハ賃借物ヲ轉賃スルコトヲ得ス
賃借人カ前項ノ規定ニ反シ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賃人ハ契約ノ解除ヲ爲スコ
トヲ得
森トミカ前示家屋ヲ被控訴人ニ讓渡スルニ當リ控訴人ノ承諾ヲ得テ其賃借權ヲモ共
ニ讓渡シタル事實ノ存否ヲ按スルニ凡ソ他人ノ土地ニ存在スル家屋ヲ讓受ケタルモ
ノハ特別ノ事情ナキ限り其土地ニ對スル借地權ヲモ同時ニ讓受ケタリト認ムヘキハ
普通ノ狀態ナルヲ以テ何等特別ノ事情ノ認ムヘキモノナキ本件ノ場合ニ於テハ被控
訴人森トミヨリ本件地上ニ存在スル家屋ヲ讓渡スルト同時ニ同人カ其土地ニ付キ有
シタル賃借權ヲモ讓リ受ケタルモノト認ムルヲ至當トス尙ホ控訴人カ森トミヨリ有セ
シ賃借權ヲ被控訴人ニ讓渡スルコトヲ承諾シタルモノナルコトハ……賃賃ノ値上
ケヲ交渉シタル事實ニ徴シテ之レヲ推知シ得……不法占據ヲ原因トスル控訴人ノ
本訴ノ請求ハ失當ナリ(東京控訴院民三判決法律新聞第八〇九號二四頁)

本件ハ賃借權ノ讓渡ニ付賃賃人ノ承諾ヲ讓渡ノ成立要件ト見スシテ賃賃人ニ對
スル對抗條件ト解シタルモノナリ此見解ハ現今ノ通説及判例(四三年大審院判決錄
九一八頁四〇年五八

其他ト一致シ正當ナリトス

小作料不
拂ヨル
消滅後
ノ消滅
作料ニ
對スル
アリタル
復

二七六 永小作人カ引續キ二年以上小作料ノ支拂ヲ怠リ又ハ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ地主ハ永小作權ノ消滅ヲ
請求スルコトヲ得
五〇六 相殺ハ當事者ノ一方ヨリ其相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ爲ス但其意思表示ニハ條件又ハ期限ヲ附
スルコトヲ得ス
前項ノ意思表示ハ双方ノ債務カ互ニ相殺ヲ爲スニ適シタル始メニ適リテ其效力ヲ生ス

二ケ年以上引續キ小作料ノ不拂ニヨル永小作權消滅ノ請求ハ單獨行爲ナリトス
請求ニヨリ消滅後小作料ニ對シ相殺アリタルトキハ相殺ハ遡リテ效力ヲ生シ永
小作權ハ復活スヘキモノナリヤ
民法第二百七十六條ニ所謂請求ナル語辭ハ契約解除ト同様ノ意義ヲ有スルモノニシ
テ單ニ當事者一方ノ意思表示ノミニテ足り取テ相手方ノ同意ヲ求メ若クハ同意ヲ肯
セサルトキ之レヲ請求スルコトヲ要スルノ趣旨ニアラス蓋シ永小作人カ引續キ二年
以上永小作料ノ支拂ヒヲ怠リタルトキニ係リ其權利ノ消滅ヲ來タサシムル爲メ土地
ノ所有者カ永小作人ノ同意等ヲ要スヘキ理由毫末モ存セサルカ故ナリ……控訴代
理人ハ永小作權消滅ノ通知後ニ爲シタル被控訴人ノ相殺ノ意思表示ハ已ニ消滅シタ
ル永小作權ヲ復活セシムルノ效ナシト抗爭スルモ凡ソ當事者双方ノ債務カ相殺ノ要
件ヲ具備シテ相對スルトキニ當リ相殺ノ意思表示アリタルトキハ双方ノ債務ハ其對
當額ニ於テ互ニ相殺ヲ爲スニ適シタル始メニ適リ其效力ヲ生スルモノナルヲ以テ其
效力發生時期ニ於テ双方ノ債務ハ互ニ消滅ニ歸シタルモノト看做サレ從テ其時期以

民法

後ハ嘗テ遲滞モ亦生セザリシモノト看做サルヘキハ當然ノ筋合ナリトス……被控
 訴人ヨリ之レト小作料ト相殺チ爲ス旨ノ意思表示アリタル以上ハ被控訴代理人主
 張ノ毎年十二月十五日ノ計算期ニ於テ其對當額ニ付キ小作料ハ支拂ラハレ遲滞ナカ
 リシ效果ヲ生シ從テ被控訴人ニ於テ小作料支拂ヒノ意リナカリシ結果トナリ控訴人
 ノ永小作權消滅ノ意思表示ハ其效ナカリシコトニ歸着スヘシ(東京控訴院民三判決法
 律新聞第八〇九號二三頁)

永小作權消滅ノ請求權ニ付テハ現今ハ解釋一定ス

同趣旨判例

四十年大審院判決錄四五二

同 說

梅博士(法學志林九卷二號六頁以下)橫田博士(物權法四五七、四九一頁)

相殺ノ效力ニ付テハ特ニ參照スヘキモノナシト雖トモ條文當然ノ解釋ナルヘク
 殊ニ時効ニヨリ消滅シタル債權ト雖モ時効完成以前ニ相殺ニ適シタル場合ニ於
 テ相殺ヲ爲スコトヲ許シタル法意(五〇八條)ヨリ見ルモ至當ノ見解ナルヘシト信
 ス

流水ノ所
有權

流水ノ所有權

(參照)河川法三

河川并ニ其ノ敷地若クハ流水ハ私權ノ目的トナルコトヲ得ス

河床河岩ヲ離レ唯流水ノミハ所有權ノ目的トナリ得ヘキモノニアラス公共河川ノ流
 水カ私權ノ目的タルコトヲ得サルハ河川法ニ明文アリ但シ私有地内ニアル池沼泉井
 ノ水ニ付テハ別トス(法學志三潘信三氏法學志林一四卷八號五七頁)至當ノ說明異論ア
 ルヘキ管ナシ

賣買土地
ノ數量
(反別)不
足ト減額

五六三

賣買ノ目的タル權利ノ一部力他人ニ屬スルニ依リ賣主カ之ヲ買主ニ移轉スルコト能ハサルトキハ買主ハ其
 足ラサル部分ノ割合ニ應ジテ代金ノ減額ヲ請求スルコトヲ得
 前項ノ場合ニ於テ殘存スル部分ノミナレハ買主カ之ヲ買受ケサルヘカリシトキハ善意ノ買主ハ契約ノ解除ヲ爲スコ
 トヲ得

五六四

代金減額ノ請求又ハ契約ノ解除ハ善意ノ買主カ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ妨ケス
 前條ニ定メタル權利ハ買主カ善意ナリシトキハ事實ヲ知リタルトキヨリ惡意ナリシトキハ契約ノ時ヨリ一
 年内ニ之ヲ行使スルコトヲ要ス

五六五

數量ヲ指定シテ賣買シタル物カ不足ナル場合及ヒ物ノ一部カ契約ノ當時ニ既ニ減失シタル場合ニ於テ買主
 カ其不足又ハ減失ヲ知ラザリシトキハ前二條ノ規定ヲ準用ス

賣買土地ノ數量反別不足ナルトキハ其代金ヲ減額スヘキヲ當然トス

明治四十三年十一月中被控訴人ヨリ本件茨城縣稻敷郡牛久村大字牛久字蛇喰六百五
 十四番ノ一乃至六ノ畑地反別九十二反八畝一步ヲ代金千八百五十六圓六錢ヲ以テ控
 訴人ニ賣渡シ被控訴人ニ於テ該代金金額ヲ受領シタルコトハ其認ムル所ナリ而シテ
 成立ニ爭ナキ甲第二號證ニ金千八百五十六圓六錢也但畑地九十二反八畝一步代金ト
 掲クアリ證人野口徳治ノ本件土地賣買契約ノ内容ハ一反歩金二十圓ノ割合ニテ其地
 積ハ登録簿ニヨリ取極ニ當時實測セザリシ旨ノ證言ト相待テ控訴人ハ被控訴人ノ聲
 言ニ基キ登記簿ノ記載ノ同反別九十二反八畝一步存在スルモノト信シ一反歩金二十
 圓ニ基キ登記簿ノ記載ノ同反別九十二反八畝一步存在スルモノト信シ一反歩金二十

民法

即ノ割合ヲ以テ代價ヲ算定シテ買受ケタルモノナルコト明カナリトス斯カル買受ニ
 アリテハ當ニ一定ノ區域ノミナラス之カ反別即チ其數量ニ重キヲ置キタルモノト見
 ルヲ妥當トス從テ被控訴代理人ノ本件買受ハ一定區域ヲ目的トナシ其數量ノ多寡ニ
 重キヲ置キタルモノニアラザル旨ノ抗辯ハ之ヲ採用セス……請求ニ係ル不足反別
 二町二反八畝一步ニ對スル金四百四十五圓六錢ヲ支拂フヘキ責務アリ民法第五百六
 十五條ノ規定ハ本件ノ如キ場合ヲ包含スルコト毫モ疑ナク同條ノ規定ハ主トシ
 テ目的物ノ特定セル場合ニ適用ノ必要アリ抽象的ニ種類數量等ヲ指示シ目的物ノ特
 定セサル代替物等ノ賣買ニ關スル場合ノ如キハ一般債務不履行ノ原則ニ從ヒ救済ノ
 途アルヲ以テ寧ロ本條ヲ適用スルノ必要アルコト稀ナリト謂フヘシ(東京控訴院民一
 部判決法律新聞第八〇八號二三頁)

至當ノ見解ト信ス横田博士モ同一ノ説明ヲ爲ス(債權各論)反對判例アリ(四十年五月
 地方民三部判決法律)ト雖トモ聊カ事實ヲ異ニスル所アリ

高利貸借ノ保證

九五 意思表示ハ法律行為ノ要素ニ錯誤アリタルトキハ無効トス但シ表意者ニ重大ナル過失アリタルトキハ表意者
 自ラ其無効ヲ主張スルコトヲ得ス
 一〇一 意思表示ノ效力カ意思欠缺詐欺強迫又ハ或ル事情ヲ知リタルコト若クハ之ヲ知ラサル過失アリタルコトニ
 ヨリテ影響ヲ受クヘキ場合ニ於テ其實情ノ有無ハ代理人ニ付之ヲ定ム
 特定ノ法律行為ヲ爲スコトヲ委託セラレタル場合ニ於テ代理人ハ本人ノ指圖ニ從ヒ其行為ヲ爲シタルトキハ本人ハ
 其自ラ知リタル事情ニ付キ代理人ノ不知ヲ主張スルコトヲ得ス其過失ニヨリテ知ラザル事情ニ付亦同シ
 (參照)利息制限法二 契約上ノ利息ハ人民相互ノ契約ヲ以テ定メ得ヘキ所ノ利息ニシテ元金百圓以下ハ一ヶ年ニ
 付キ百分ノ二十(二割)百圓以上千圓以下ハ百分ノ十五(一割五分)千圓以上百分ノ十二(一割二分)以下トス若シ此限
 ナラズ超過スル分ハ裁判上無効ノモノトシ各制限ニマテ引直サシムヘシ

同法四 第二條ニ依リ定限利息ノ外總テ人民相互ノ契約ヲ以テ證金權利等ノ名稱ヲ用ル者アルモ總テ裁判上無効ノ者トス

成規利息ノ貸借ト信シテ保證ヲナシタルニ高利貸借ナリシトキハ法律行為ノ要
 素ノ錯誤ニ因リ該保證契約ハ全然無効ナリトス

利息制限法第四條ニハ「第二條ニ依リ定限利息ノ外凡テ人民相互ノ契約ヲ以テ證金
 利等ノ名目ヲ用フルモノアルモ總テ裁判上無効ノ者トス」トアリテ別箇ノ契約ヲ以テ
 金錢借受ケノ對價トシテ定限利息以外ノ金錢支拂ヲ約シタル場合ヲ包含スルモノ
 ト解スヘキヲ以テ之レ又利息制限法ノ禁スルコトニ依リ一種ノ高利貸借ナリト云
 フヘシ又乙第一號證及ヒ知泉ノ證言ニ依レハ控訴人ハ一個ノ消費貸借ニ對スル保證
 契約ヲ爲スノ意思アルコトヲ認ムルコトヲ得ヘキモ一箇ノ高利消費貸借中成規利息
 ニ關スル部分ノミニ付キ一部ノ保證ヲ爲スノ意思アリタルコトヲ認ムルコトヲ得ス
 蓋シ主タル債務者カ高利ノ貸借ヲ爲セリトセハ其債務ノ全部ヲ消滅セシムルコトヲ得ス
 サル辨濟ヲ爲シタル場合ニ於テ通常先ツ利息ニ充當セララル結果容易ニ元本ヲ辨濟
 スルコトヲ得サルコトナリ或ハ高利ハ裁判上請求スルコトヲ得サルモノナルヨリ
 シテ他日其支拂ヒテ受クルコト能ハサル場合ナ應リ往々高利貸ヨリ消費貸借成立ノ
 當初ニ於テ天引等ノ名稱ヲ用ヒ高利ヲ差引カレ債務者ハ高利ノ支拂ヲ餘儀ナクセラ
 ルルコトアリテ保證人ハ假令其成規ノ利息付貸借ノ部分ノミニ付キ保證ヲ爲シタリ
 トスルモ永ク保證債務ヲ免レサルコトナルニ反シ主タル債務者カ成規ノ利息付貸借
 ナナセリトセハ債務者カ元本ヲ辨濟スルニ容易ナルニ至ルヘク保證人ノ利害痛痒日
 ナ同フシテ論スヘカラス從テ保證人ハ高利貸借中成規ノ利息付貸借ノミニ對シテ保
 證スルノ意思アリト推測スルコトヲ得ス故ニ此點ニ關スル立證ナキ以上ハ此レカ意

至當ノ見解ト信ス參考トスヘキ判例左ノ如シ

思テ認ムルコトヲ得サレハナリ然ラハ控訴人ハ成規ノ利息ヲ付シタル貸借ナリト信シテ保證シタルニ其高利貸借ナリトセハ民法第九十五條ニ所謂法律行為ノ要素ノ錯誤ニ陥リタルモノナルヤ否ヤヲ案スルニ控訴人ノ代理人タル山本東一ハ利息制限法ノ範圍内ナル利息付貸借ニ關スル保證ヲ爲スノ權限ヲ有シタルモノナルコト前記認定ノ如クナレハ支拂ナキ限リハ被控訴人カ高利貸ナルコト並ニ被控訴人ハ知桌トノ貸借カ高利貸借ナル事實ヲ知ラザリシモノト推定スルコトヲ得ヘクシテ成規ノ利息タルコトヲ以テ意思表示ノ重要ナル内容トナシタルモノト謂フヘク且ツ普通ノ知識及ヒ經驗ヲ有スルモノヲ假リニ控訴人又ハ其代理人ノ地位ニ置ケモ若シ三月縛リニ割ノ如キ高利貸借タル事情ヲ知リ且ツ合理的ニ判斷ヲ爲シタランニハ保證契約ヲ爲サザリシ者ト認ムルヲ得ヘシ蓋シ高利貸借(利息制限法第二條ニ該當スルモノタル第四條ニ該當スル者タルトテ問ハス)ヲ保證スルト成規利息ノ貸借ヲ保證スルトハ其負擔ノ大小輕重決シテ同日ノ談ニアラス假令高利貸借ノ一部タル成規利息付ノ部分ヲ保證スルモ保證人ノ責任甚タ輕カラサルコト前記説明ノ如クナレハナリ民法第一條第一項ニヨレハ意思ノ欠缺ノ有無ハ代理人ニ付之ヲ定ムヘキモノニシテ代理人ニ於テ意思ノ欠缺スル以上ハ本人ニ於テ其欠缺ナキモ法律行為ノ效力ニ影響ヲ及ホスモノトス東京控訴院民事一部判決法律新聞八〇七號二三頁)

親族會決
取消ノ
訴

親族會決議取消シノ訴ハ招集通知ヲ受クヘキ者ニ對シ其通知ヲ缺キタルコトヲ理由トスルトキニ之ヲ許スヘキハ勿論自己ニ對シテハ通知アリタル者ト雖トモ之ヲ理由トシテ提起スルコトヲ妨ケス」
親族會決議取消ノ訴ハ取消ノ行為ヲ求ムヘキモノニアラスシテ取消ノ宣言ヲ求ムルモノナリ」

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戸主親族後見人後見監督人保佐人檢事又ハ利害關係人ノ請求ニ因リ裁判所之ヲ招集ス
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

民法第九百四十八條列擧ノ者ニ親族會招集通知ヲ缺ケル場合ニハ其者ヨリ不服ヲ申立ツルハ格別他人ヨリ之ヲ理由トシテ民法第九百五十一條ノ親族會決議不服ノ訴ヲ提起シ得サルモノナル旨抗爭スルモ民法第九百五十一條ニハ親族會ノ決議ニ對シテ親族會員又ハ民法第九百四十四條列擧ノモノヨリ不服ノ訴ヲ提起シ得ヘキ旨規定スルヲ以テ親族其他第九百四十四條列擧ノモノハ苟モ親族會ノ決議ニ不法ノ點アル場合ニハ右兩條ノ規定ニ基キ不服ノ訴ヲ提起シ得ルモノト解スヘク而シテ民法第九百四十八條所定ノ者ニ對シ親族會招集通知ヲ爲サザリシ場合ニ其親族會ノ決議カ不法ノモノナルコトハ既ニ明記セル所ニヨリ明カナルヲ以テ斯カル場合ニモ亦前記第九百四十四條列擧ノ者ハ之ニ對シ不服ノ訴ヲ提起シ得ヘキコト勿論ニシテ民法ニハ右第九百四十八條ノ場合ニハ特ニ其通知ヲ受ケザリシ者若クハ同條所定ノ者ノミヨリ不服ノ訴ヲ提起シ得ヘキ旨ノ何等ノ制限規定ナキヲ以テ既ニ原告カ西太郎ノ親族ヲ

通説ト一致シ至當ノ説明ナリ

ルコトニ争ナキ以上原告ヨリ本訴ヲ提起シタルハ固ヨリ相當ニシテ被告ノ抗辯ハ採用スルニ足ラス……凡ソ一旦親族會ノ決議アリシ場合ニハ親族會員ハ其一個ノ意思表示ヲ以テ一旦爲シタル決議ヲ恣ニ取消得ヘキモノニ非ラサルコト勿論ナルヲ以テ原告カ本訴ニ於テ親族會決議取消ノ裁判所ノ宣言ヲ求メシハ洵ニ相當ナリ(東京地方裁判所民一判決法律新聞第八〇七號二六頁)

一六九

年又ハ之レヨリ短カキ時期ヲ定メタル金錢其他ノモノノ給付ヲ目的トスル債權ハ五ヶ年間之ヲ行ハサルニヨリテ消滅ス

年ヨリ短カキ期間ヲ以テ分割辨濟ヲ約シタルカ如キ場合ハ五ヶ年時効ノ適用アルモノニアラス

被告ハ本件訴權ハ年ヨリ短カキ時期ヲ以テ定メタル金錢ノ給付ヲ目的トスル債權ナリト陳述シ五年ノ時効ヲ援用スト雖トモ民法第六十九條ニ所謂年又ハ之ヨリ短カキ時期ヲ以テ定メタル金錢其他ノ物ノ給付ヲ目的トスル債權トハ終身定期金ノ如ク一定ノ法律關係ヨリ遞次ニ發生スル各個ノ權利ヲ指稱セルモノニシテ年ヨリ短カキ時期ヲ以テ分割辨濟ノ期限ヲ定メタル債權ノ如キハ之ヲ包含セス(東京地方裁判所民三判決法律新聞八一二號一〇頁)

同趣旨判例

民法第六十九條ニ所謂年又ハ之ヨリ短カキ時期ヲ以テ定メタル金錢其他ノ物ノ給付

ヲ目的トスル債權トハ終身定期金利息等ノ如ク一定ノ法律關係ヨリ遞次ニ發生スル債權ヲ指稱セルモノニシテ年ヨリ短カキ時期ヲ以テ分割辨濟ノ期限ヲ定メタル債權ノ如キハ之ヲ包含セス(三十七年大審院判決錄三三五頁、三十六年同上二四〇、一〇二、八〇二頁、三十五年同上二卷四九頁)

同説

年又ハ之ヨリ短カキ時期ヲ以テ定メタルトハ其時期ヲ經ルニ從テ相繼キテ發生スヘキ債權ノ意ニ解スヘキモノニシテ債權ハ一時ニ發生シ其辨濟ニ付キ分割ノ時期ヲ定メルカ如キ場合ハ之ヲ包含セス(富井博士民法原論六〇三頁、岡松博士民法理由一六九條説明、松岡氏民法論五九七頁、鳩山氏法律行為乃至時効七一、七二、七三頁)

反對説

年賦又ハ月賦ニテ辨濟スヘキ債權ト雖モ一六九條ニ包含ス其理由ハ此等ノ債權ヲ五年間堆積シ一時ニ請求スルトキハ債務者ヲ苦シムルカ故ナリ反對論ニヨレハ有期ノ扶養料、年金、給與ニハ適用ナキコトトナル何トナレハ其額始メヨリ一定スレハナリ(甲鳥博士民法釋義九〇八頁)

吾人ハ通説ニ從フヲ正當ト信ス

辨濟ノ責
力アリト
ノ(檢索)
抗辯

四五三

債權者カ前條ノ規定ニ從ヒ主タル債務者ニ催告ヲ爲シタル後ト雖トモ保證人カ主タル債務者ニ辨濟ノ責力アリテ且執行ノ容易ナルコトヲ證明シタルトキハ債權者ハ先ツ主タル債務者ノ財産ニ付キ執行ヲ爲スコトヲ要ス

主タル債務者ニ辨濟ノ資力アリトハ全部ノ債務ヲ辨濟スヘキ資力アルコトヲ指
スモノトス(保人檢
索ノ抗辯)

債權者カ先ツ主タル債務者ノ財産ニ付キ執行ヲ爲スコトヲ要スル場合ハ保人カ主
タル債務者ニ辨濟ノ資力アリ且ツ執行ノ容易ナルコトヲ證明シタルトキニ限ルコト
ハ民法第四百五十三條ノ規定スル所ナリ而シテ債務者ニ辨濟ノ資力アリト云フハ債
務ノ全部ヲ辨濟スヘキ資力アル場合ト解スルナラバ故ニ該土地ニ對シ執行
ヲ爲シタレハトテ前述スル如ク本件債權全部ヲ辨濟スルニ足ラサルノミナラス尙
保人ハ本件ニ於テ其執行ノ容易ナルコトヲ證明シタリト主張スルニアラサルヲ以テ
爲メニ控訴人ハ辨濟ノ義務ヲ免ルルコトヲ得サルナリ(東京控訴院民一判決法律新聞
八一二號二頁)

同說

一、債權者ハ一部ノ辨濟ヲ受ケサルヘカラスモノニアラス從テ民法第四百五十三條ノ
主タル債務者ニ辨濟ノ資力アリト云ヘルハ債務ノ全部ヲ辨濟スヘキ資力アルノ意ナ
リトス(三十九年大審院判決錄一六五〇頁、四十二年同上六四一頁)
一、債務者ハ一部ノ辨濟ヲ強ユルノ權利ナキヲ以テ保人モ亦之ヲ主張シ得ヘキ理由ナシ
法文ニ完全ナル資力ト規定セサルハ自明ノ理ナレハナリ(梅博士法典質疑錄七號五四
四頁民法要義卷之三、四五三條說明、岡松博士民法理由下卷四五三條說明)

反對說

四五三條ニハ完全ナル資力アルコトヲ要スヘキ文字ナキノミナラス保人ハ主タル

債務者ノ辨濟セサルトキニ始メテ其實ニ任スヘキモノナレハ債務者ニ幾分ノ資力ア
ルトキハ先ツ其ニ付キ執行スヘキヲ正當トス加之四五三條ニ保人ハ債權者カ直チ
ニ催告又ハ執行ヲ爲セハ辨濟ヲ受ケヘカリス限度ニ於テ其義務ヲ免ルヘキ規定アリ
債務者ノ資力カ其債務ヲ完済スルニ足ラサル場合ニ於テモ先ツ執行ヲ爲スヘキ法意
ナリト解釋セサルヘカラス(横田博士債權總論六二九頁)
通說ヲ正當トス然ラサレハ金壹萬圓ノ借用金ニ付金百圓ノ資産アルニ過キサ
ル場合ニモ尙ホ保人ニ此抗辯權アルニ至ルヘシ從ツテ本件判決ハ正當ナリトス

八六六

縁組ノ當事者ノ一方ハ左ノ場合ニ限り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
五 養子ニ家名ヲ演シ又ハ家産ヲ傾クヘキ重大ナル過失アリタルトキ

養子カ養父ヲ被告トシ贈與契約履行請求ノ訴ヲ起シ且其準備書面ニ不穩當ノ言
辭ヲ使用シタルコトアリトスルモ之ヲ以テ直ニ離縁ノ原因アリト云フコトヲ得

被控訴人カ控訴人ニ對シ贈與契約履行ノ訴ヲ提起シタルコトハ當事者間ニ争ヒナキ
事實ナリ而シテ控訴代理人ハ贈與契約ハ已ニ消滅ニ歸シタルニ不拘不當ニモ右訴ヲ
起シタルハ即チ養家ノ家名ヲ汚スヘキ行為アリタルモノナリト主張スルモ家名ヲ演
スヘキ行為アリトスルニハ甚ダシキ道德ニ關スル行為ナルヘカラス養子カ養父ニ
對シ訴ヲ提起スルハ道德上固ヨリ嘉スヘキコトニアラスト雖トモ世上往々一家ノ平

民法

和テ缺キ或ハ利害相反シ萬止ムナク法廷ニ其曲直ヲ争フカ如キコトハ其權利ノ保護トシテ法律上許ストコロナルヲ以テ假令孝道上聊カ缺クルトコロアリトスルモ如斯行爲ヲ以テ直チニ家名ヲ潰ス行爲ナリト斷定スルヲ得ス而シテ被控訴人カ右ノ訴ヲ提起スルニ當リ惡意ニ出テタリトノ事實ノ見ルヘキ證據ナキヲ以テ寧ロ正當ナリトノ信念ニ基キ訴ヲ起シタルモノトスルヲ相當トス

準備書面ニシテ其記載事項中養子カ養父ニ對スル言辭トシテハ聊カ穩ナラサル箇所二三アリト雖トモ感情衝突ノ結果訴訟トナリ勝訴ノ判決ヲ希望スルノ餘リ相手方ノ意ニ滿タサルコトヲ開陳スルカ如キコトアルハ訴訟關係上人情ノ然ラシムル所ニシテ宥恕スヘキ情狀アリト謂ハサルヲ得ス(東京控訴院民三判決法律日一七七號判例集五三頁)

參考判例

一、養子カ養父ニ對シテ不當ノ要求ヲ爲シ之ヲ法廷ニ争ヒ一審ニ於テ敗訴シタルニ拘ハラス尙ホ無益ノ上訴ヲ敢テスルカ如キハ縱令他人ノ爲メニシタル場合ト雖モ人道ニ反スルノ甚ダシキモノニシテ家名ヲ汚瀆セル行爲ナリトス(四十二年大審院判決錄二八八頁)

銀行ノ手形保證

四三 法人ハ法令ノ規定ニ從ヒ定款又ハ寄附行爲ニ因リテ定マリタル目的ノ範圍内ニ於テ權利ヲ有シ義務ヲ負フ銀行定款ニ手形債務ノ保證ヲ爲スヘキ規定ナキモ銀行取引一般ノ感念ヨリ見テ其保證ハ有效ナリトス

控訴銀行定款第一條ニ依レハ控訴銀行ハ明治二十三年法律第七十二號銀行條例ニ準據シ銀行事業ヲ營ムヲ以テ目的トス而シテ右定款所定ノ營業科目中ニハ手形債務ノ保證ヲ掲ケスト雖トモ……銀行取引ノ觀念ニ依レハ銀行營業者カ其營業ノ爲メニスル行爲ハ其目的タル事業ヲ遂行スルニ必要ナルモノ又ハ適當ナルモノニ他ナラサルヲ以テ其目的タル事業ノ範圍内ニアリト云ハサルヲ得ス

而シテ控訴銀行力爲シタル本件手形債務ノ保證ハ商人ノ行爲ナルヲ以テ之レヲ其營業ノ爲メニシタルモノト推定セサルヲ得ス控訴銀行力其營業ノ爲メニシタル行爲ハ前示銀行取引ノ觀念ニヨリ控訴銀行ノ目的タル銀行營業ノ範圍内ニアリト認メサル可カラス(東京控訴院民二裁判決法律新聞八一二號一二頁)

至當ノ見解社會ノ實際ニ適ス

九四 相手方ト通シテ爲シタル虛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

不動産假裝賣買登記抹消ノ請求ニハ現在登記名義人ノミヲ相手方トスヘキモノニアラス

審按スルニ所有者虛偽ノ意思表示ニ依リ登記名義ヲ變更シタル不動産ニ付キ其ノ所有權ヲ主張スルカ如キ場合ニ於テハ現在登記名義人ノミニ對シテ直接ニ其抹消ヲ請求スルヲ得ヘキコトハ論旨ノ如シト雖モ其契約關係者カ所有權ノ主張ヲ爲サスシテ虛偽ノ意思表示ノ無効ヲ主張スル場合ニ於テハ法律行爲カ取消サレテ無効トナリタ

不動産假裝賣買登記抹消ノ請求ノ相手方

ルトキ其行爲が會テ存セザルト同一ノ狀態ニ復スル(明治四十五年二月三日判決明治四十四年を第三百八十三號事件判例)ト同シク假裝ノ行爲ヲ存シタル者ハ會テ其行爲ガ存セザリシ狀態ニ復スヘキ義務アルモノトス而シテ本件ニ於テハ不動産ノ第一次假裝ノ買主タル被告ハ之ヲ其賣主タル訴外徳田彌八ニ所有名義ヲ復スル義務アリ又第二次假裝賣買ノ買主タル原告ハ賣主タル被告上告人ニ登記簿上名義ヲ回復スル義務アルモノトス依テ同一ノ趣旨ニ出テタル原判決ハ相當ニシテ本論旨ハ採用スルヲ得ス(大審院四五年(全)一〇四號同年六月二十四日民二判決)

五〇〇 辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者ハ辨濟ニ因リテ當然債權者ニ代位ス
五〇四 第五百條ノ規定ニヨリテ代位ヲ爲スヘキ者アル場合ニ於テ債權者カ故意又ハ懈怠ニヨリテ其擔保ヲ喪失又ハ減少シタルトキハ代位ヲ爲スヘキ者ハ其喪失又ハ減少ニ因リ債權ヲ受クルコト能ハサルニ至リタル限度ニ於テ其責ヲ免ル

辨濟ニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者ハ辨濟ニ因リテ當然債權者ニ代位ス
債權者ノ利益ヲ有スル者ハ辨濟ニ因リテ當然債權者ニ代位ス
債權者ノ利益ヲ有スル者ハ辨濟ニ因リテ當然債權者ニ代位ス

第二抵當權者ハ第一抵當權ノ債權ヲ辨濟スルニ付キ法律上正當ノ利益ヲ有スル債權者ノ行爲ニヨリテ代位辨濟者ニ免責ヲ生スル場合ノ意義

單ニ辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者ハ辨濟ニ因リテ當然債權者ニ代位スト規定セラル故ニ他人ト共ニ又ハ他人ノ爲メニ義務ヲ負擔シタルモノハ勿論尙モ辨濟ニ依リ法律上當然生スヘキ利益ヲ有スル者ハ之ニ包含スルモノト解釋シ得ヘク從テ同一物上ニ第二順位ノ抵當權ヲ有スル債權者ノ如キモ自己ニ優先セラルヘキ第一順位ノ抵當ヲ負擔シ之レカ消長ハ自己ノ抵當權ノ擔保力ニ影響スルコト渺カラサルニヨ

第一ノ債權ヲ辨濟スルニ付キ寔ニ正當ノ利益ヲ有スルモノト謂ハサル可カラズ……第一順位ノ抵當權者カ其抵當物ノ一分ヲ故意ニ減少シ殘存スル抵當物ノ負擔ヲ重カラシメ延イテ第二順位ノ抵當權ノ效力ヲ減殺シ其ノ結果第二順位ノ債權ヲ完済スル能ハサル如キ場合ニ陥リタリトスルモ其辨濟ヲ得サリシ部分ハ之ヲ目シテ同條(五〇四條)ニ所謂債權ヲ受クル能ハサル限度ト謂フヘカラサルヤ明カナリ(前橋地方裁判所民判決法律新聞八一二號一二頁)

第一ニ付キ

同趣旨判例

東京控訴院民一判決法律新聞六六四號一三頁

第二ニ付キ

參考トスヘキ判例其他

一 債務者カ土地二筆ヲ抵當ニ供シタル後一筆ノ價格ニ相當スル入金ヲ爲シタルニヨリ抵當權者カ其一筆ノ抵當權ヲ拋棄シタル後債務者履行セサルニヨリ保證人ニ請求ヲ爲シタル場合ニ於テ若シ其拋棄ニヨリ債權ヲ受クル額ヲ減シタルトキハ五〇四條ノ適用アリ何トナレハ抵當權ハ不可分ナルヲ以テ一筆相當額ノ入金アルモ殘部ノ債權ニ付キ土地全部ニ付キ行ハルヘキモノナレハナリ(法典質疑錄四四號民二六九頁)

二 民法五百四條ハ擔保ノ喪失又ハ減少カ無條件ニテ行ハレタルト否トテ區別セザレハ縱令債權者カ一部辨濟ヲ受ケテ之ヲ行ヒタル場合ト雖モ辨濟ニ因リテ代位ヲ爲スヘキ者ハ喪失又ハ減少シタル擔保ノ價格ニ應シテ其責ヲ免ルモノトス(四十年大審院判例錄五一九頁)

三 民法五百四條ノ規定ハ代位ヲ爲スヘキ者ヲシテ喪失又ハ減少シタル擔保ニ付キ價還ヲ受クルコト能ハサル限度即チ其擔保ノ價格ニ應ジテ其責ヲ免レシムル法意ナルカ故ニ代位ヲ爲スヘキ者ニ於テ殘留擔保ニヨリテ價還ヲ受クルニ十分ナル場合ニ於テモ本條ノ適用アル者トス(四十二年四月二十七日宮城控訴院判決法律新聞六四八頁、一頁)

然ルニ本件ノ場合ハ第二抵當權者カ第一抵當權者ニ代位スルト云フ關係ハ全然起ラサル場合ニシテ唯第一抵當權者ノ行爲ニヨリテ自己ノ擔保力(即チ二番)ヲ害セラレタリト云フニ過キサレモノナルヲ以テ不法行爲ノ問題トナルハ格別五〇四條ノ適用ヲ生スヘキ筋合ニアラストス

(參照)三十三年法律第七二號一 本法施行前他人ノ土地ニ於テ工作物又ハ竹木ヲ所有スル爲メ其土地ヲ使用スル者ハ地上權者ト推定ス

同法二 第一條ノ地上權者ハ本法施行ノ日ヨリ一箇年內ニ登記ヲ爲スニ非レハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス前項ノ規定ハ本法施行前ニ善意ニテ取得シタル第三者ノ權利ヲ害スルコトナシ

登記ナキ地上權ノ承認

登記ナキ地上權ノ承認

前ヨリ控訴人ハ被控訴人ニ於テ地所買受ノ際地上權ヲ承認シ引續キ土地ヲ使用セシメタリト主張シ其證據トシテ當事者間ニ爭ヒナキ事實タル被控訴人ト前地主トハ母子ノ關係アリ且ツ同居シ居タリトノコトヲ舉グルモ之レヲ以テハ承認ノ事實ヲ認ムルニ足ラス何トナレハ地上權ハ土地ノ處分ニ對シ少ナカラサル制限トナルカ故ニ地主ハ容易ニ地上權ヲ設定セサルコト一般ノ公知ノ事實ナレハナリ……地上權ヲ承認

取締役ノ手形偽造ノ責任

會社ノ取締役カ手形ノ偽造ヲ爲シタル場合ト雖トモ會社ハ其手形ノ義務ヲ負フヘキモノトス

民法第九十三條ノ規定ニ依レハ意思表示ハ表意者カ其眞意ニアラサルコトヲ知リテ爲スモ其效力ヲ妨ケララルコトナキ本則トシ只相手方カ表意者ノ眞意ヲ知リ又ハ知ルコトヲ得ヘカリシトキニ限り其意思表示ヲ無効ト爲スモノニシテ此規定ハ代理ニ依リテ爲ス意思表示ニモ等シク適用セララルルニ因リ假令代理人ニ於テ本人ノ爲メ

參考判例

他人ノ所有地ノ上ニ建物ヲ有シ土地ヲ使用スル者ハ明治三十三年法律第七十二號ニ依リ地上權者タル推定ヲ受クヘシト雖モ土地所有者ニ於テ之カ反證ヲ舉ケタル場合ニ於テハ其法律關係ノ賃借權ナリヤ地上權ナリヤヲ決スルハ事實裁判所ノ職權ニ屬ス(三十三年大審院判決錄一巻一一五頁)

九三

意思表示ハ表意者カ其眞意ニアラサルコトヲ知リテ之ヲ爲シタル爲メ其效力ヲ妨ケララルコトナシ但相手方カ表意者ノ眞意ヲ知リ又ハ之ヲ知ルコトヲ得ヘカリシトキハ其意思表示ハ無効トス

一〇 代理人カ其權利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

ニスル意思ヲ有セサルモ苟モ代理人其權限内ニ於テ此意思ヲ表示スルトキハ相手方ニ於テ代理人ニ其本人ノ爲メニスル意思ナキコトヲ知リ又ハ知リ得ヘカリシ場合ノ外代理行爲ハ其ニ有效ニ成立シ本人ハ代理人カ本人ノ爲メニスル意思ナカリシコトヲ主張シテ其行爲ノ效力ヲ争フコトヲ得サルモノト云フヘク而シテ控訴會社ノ取締役カ手形ノ振出裏書ヲ爲ス權限ヲ有スルコトハ前示各證人ノ證言ニ徴シテ疑ナキヲ以テ控訴會社ノ取締役タル安部林右衛門カ同會社ノ爲メニスルコトヲ示シテ爲シタル前示手形ノ裏書行爲ハ其被裏書人ニ於ケル右林右衛門ハ控訴會社ノ爲メニスル意思ナキコトヲ知リタルカ又ハ知ルコトヲ得ヘカリシ事情ノ存在ナキ限リ控訴會社ニ對シテ其效力ヲ生スルモノト云フヘシ(東京控訴院民事二判決法律新聞八一二號一七頁)

同趣旨刑法一二〇頁日糖事件判決參照

八八六 親權ヲ行フ母カ未成年ノ子ニ代リテ左ニ掲タル行爲ヲナ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

- 一 營業ヲ爲スコト
- 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爲ヲ爲スコト
- 四 不動産又ハ重要ナル動産ニ關スル和解又ハ仲裁契約ヲ爲スコト
- 五 相續ヲ拋棄スルコト
- 六 贈與又ハ遺贈ノ拒絕ヲスルコト

八八七 親權ヲ行フ母カ前條ノ規定ニ違反シテ爲シ又ハ同意ヲ與ヘタル行爲ハ子又ハ其法定代理人ニ於テ之ヲ取消スコトヲ得此場合ニ於テハ第十九條ノ規定ヲ準用ス

親族會ノ同意ヲ缺キ母タル親權者カ未成年者ニ營業ノ同意ヲ爲シタル場合ニ於テ先以テ母ノ同意ヲ取消ササルモ未成年者ハ營業ノ爲メ爲シタル手形行爲ヲ取消スコトヲ得ヘシ

未成年者
手形行爲者
取消(親族會ノ同意)
營業ノ爲メ

テ先以テ母ノ同意ヲ取消ササルモ未成年者ハ營業ノ爲メ爲シタル手形行爲ヲ取消スコトヲ得ヘシ

本件手形ハ控訴人ニ於テ其營業ノ爲メ振出シタルモノト認メサルヲ得ス而ルニ前記親權者ノ與ヘタル營業ノ同意ハ親族會ノ同意ヲ得サリシモノナルコトハ當事者間ニ争ナキヲ以テ本件手形振出行爲ハ之ヲ取消シ得ヘキモノトス何者民法第八百八十六條及ヒ第八百八十七條ニ據レハ親族會ノ同意ヲ得シテ親權者タル母カ與ヘタル同意ノ下ニ未成年者自カラ爲シタル行爲ハ之ヲ取消シ得ヘク且ツ其取消ノ效力ノ遡及スルコト極メテ明白ナレハナリ……親權者松田ヒサノ與ヘタル營業ノ同意カ有效ニ取消サレタルヤ否ヤ及ヒ若シ然リトセハ取消ノ效力ハ遡及スルヤ否等ハ本件ニ於テ論究スヘキ必要ナシ何者民法第八百八十七條ノ取消ハ第八百八十六條ノ規定ニ違反シテ母ノ與ヘタル同意ヲ取消シタル後ニアラサレハ之ヲ爲スコトヲ得スト云フモノニアラサレハナリ(東京控訴院民事二部判決法律新聞第八〇九號二三頁)

同趣旨判例

親權ヲ行フ母カ民法第八百八十六條ノ規定ニ違反シテ爲シタル借財ニ付子又ハ其法定代理人カ取消ノ意思ヲ表示シタルトキハ何人ニ對シテモ其取消ノ效果ヲ援用スルコトヲ得ルモノトス(三十六年大審院判決錄八二四頁)

信託行爲

九四 相手方ト通シテ爲シタル虛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

債權擔保ノ目的ヲ以テスル所有權移轉ノ信託行爲ハ第三者ニ對スル關係ニ於テハ勿論當事者ニ於テモ所有權移轉ノ效果ヲ生スヘキカ

債權擔保ノ目的ヲ以テ所有權ノ讓渡ヲ爲ス所謂信託行爲ニ在リテハ外部第三者ニ對スル關係ニ於テ所有權移轉ノ效果ヲ生スルハ勿論内部當事者間ニ於テモ亦同様ノ效果ヲ生シ只其基本タル債務力適法ニ履行セラレタルトキハ受託者ハ委託者ニ對シ擔保物返還ノ債務ヲ負擔スルニ過キサレモノトス(東京地方裁判所民四判決法律新聞第八一〇號二五頁)

東京地方裁判所ハ曩ニ同趣旨ノ判決ヲ爲セルモ(民法二七三頁參照)當事者間ニ於テハ權利移轉ノ效果ヲ生セストスルヲ正當トス(民法一四八、二〇一頁、二七三頁)及ヒ本書大審院新判決參照

民法施行前ノ後見届

民法施行前ニ於テハ後見届ケアリタル以上ハ裁判上之ヲ取消ササル限リハ其效力ヲ失ハサルヲ以テ原狀ノ回復ノ理由トナスニ足ラサル旨抗辯スレトモ後見届ケタルモノハ民法施行前ノ慣例ニヨレハ親族協議ノ上後見人ヲ選定シタル事實ヲ届ケ出スルモノニシテ之ニ對スル官廳ノ處分行爲アルヲ俟テ效力ヲ生スルニアラス且ツ其當時ニ於テ該届出カ實質的ノ要件ヲ離レテ形式的ノ效力ヲ生スヘキ法規ナク又慣例ナキヲ以テ若シ親族ノ協議ニヨル後見人ノ選定ナカリシトキハ其届出テアルモ實質的ノ要件ヲ備エサルモノナレハ裁判上ノ取消審定アルヲ俟タスシテ當然無効ナルモノト云ハサ

民法施行前ノ後見

ルヲ得ス(東京控訴院民一判決法律新聞第八一〇號二三頁)當然ノ見解ナルヘシ別ニ參照スヘキモノナシ

契約解除ノ原狀回復

五四五 當事者ノ一方カ其解除權ヲ行使シタルトキハ各當事者ハ其相手方ヲ原狀ニ復セシムル義務ヲ負フ但第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス
前項ノ場合ニ於テ返還スヘキ金錢ニハ其受領ノ時ヨリ利息ヲ附スルコトヲ要ス
解除權ノ行使ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ケス

家屋賣買契約ノ解除アリタル場合ニ於テ家屋ノ返還ヲ受ケタル者ハ解除前ニ買主ノ支拂ヒタル地代家屋稅保險料等ヲ償還スヘキ義務アリトス
右ノ場合ニ於テ水道稅ハ償還スヘキモノニアラス

被告ハ右地代家屋稅保險料ノ如キハ原告ノ負擔スヘキモノニシテ被告カ原告ノ爲メニ立替支拂ヲ爲シタルカ故ニ原告ヨリ辨濟ヲ受ケント云フニ過キサレハ原狀回復トシテ返還スヘキモノニアラスト抗爭スト雖トモ右等ハ凡テ本件賣買契約ノ目的物タル家屋ヲ保有スル上ニ於テ必要ナルモノトシテ支拂ヒタル金員ニシテ若シ賣買契約ナカリシナラハ素ヨリ此ノ如キ支拂ナカリシコト明カナリ
而シテ契約ノ解除ハ當事者ヲシテ當初ヨリ契約ナカリシ狀態ニ回復スル義務ヲ負擔セシムルモノナレハ本件賣買契約ノ解除ニヨリ契約ノ目的物タル家屋ニ隨伴シテ現ニ支出セラレタル右金員並ニ之レヨリ生シタリト認ム可キ利息ニ付テモ契約ノ目的物タル家屋ノ返還ヲ受ケタル被告ニ於テ之ヲ相手方ニ返還スル義務ヲ負擔スルヲ相償トス

次ニ原告ハ水道税トシテ支拂ヒタル金員及ヒ之ニ對スル利息ヲ請求スルモ水道税ハ其水ノ使用ニ對シ課セラルヘキモノニ外ナラサレハ之レヲ消費シタルモノニ於テ負擔スヘキヲ通例トス(東京地方裁判所民三判決法律新聞八一二號二三頁)

判例ナキモ當然ノ解釋ナリ契約ノ解除ニ因テ目的物ノ返還ヲ受ケタル當事者ハ其物ニ付キ相手方ノ支出シタル必要費有益費ヲ相手方ニ返還スルノ義務アルハ民法第五百八十三條ノ類推解釋ヨリ生スル結果ナリ(横田博士債權各論一九三三頁參照)

四二 期間ノ末日カ大祭日日曜日其他ノ休日ニアタルトキハ其日ニ取引ヲ爲ササル慣習アル場合ニ限り期間ハ翌日ヲ以テ滿了ス

保險會社ノ休業日ニ保險金支拂ハ振替貯金ノ方法ヲ以テ爲シ得ヘシトスルモ之レカ爲メ猶豫期間ヲ失フモノニアラス

一月三日ハ休日ニ當リ此日被告會社ニ於テ終日營業ヲ爲ササル定メナルコトハ乙第四號ニ徵シ明カナルカ故ニ民法第四百十二條ニ依リ右ノ猶豫ノ期間ハ其翌一月四日ヲ以テ滿了スト爲ササル可カラズ被告ハ三日ハ休日ナルモ本件契約ニ於テハ振替貯金ノ方法ニヨリ保險料ヲ拂込ムヲ通則トシ此方法ニヨレハ休日ニ於テモ午前中ハ郵便局ニ拂込ム事ヲ得ルヲ以テ猶豫期間ハ一月三日ヲ以テ滿了スト謂フト雖トモ一月三日ニ被告會社カ營業ヲ爲ササルコトハ前記ノ如クナルヲ以テ保險契約者カ同日振替貯金ノ方法ニヨリ保險料拂込ミノ途アルコトハ未ダ以テ民法第四百十二條ノ適用

休業日
及振替貯
金トノ關
係ト

テ除外スルコト能ハス(東京地方裁判所民二判決法律新聞第八一二號九頁)至當ノ見解ナリ

廢罷訴權
ト不法原因
不當利得

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ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但シ其行為ニヨリ利益ヲ受ケタルモノ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アラス
前項ノ規定ハ財産目的トセサル法律行為ニ之ヲ適用セス
七〇八 不法ノ原因ノ爲メ給付ヲ爲シタル者ハ其給付シタルモノノ返還ヲ請求スルコトヲ得但不法ノ原因カ受益者ニ付テノミ存シタルトキハ此ノ限ニ在ラス

債務者カ債權者ヲ害スルノ意思ヲ以テ他人ニ對シ不法原因ニヨル不當利得トナル給付ヲ爲シタル場合ニ於テハ債權者ハ廢罷訴權ヲ行使スルコトヲ得サルカ
廢罷訴權ノ目的タルヘキモノハ有效ナル法律行為ニ限ラレ無効ノ行為ハ其訴權ノ目的トナラズト雖トモ給付行為ハ其原因タル行為ノ無効ナルカ爲メニ當然無効ニ歸スヘキニアラス即チ給付行為ヘキ原因タル債權行為ハ不法原因ノ爲メ無効タルモ此原因ノ爲メ物權ノ移轉ヲ爲ス給付行為ハ決シテ無効ニアラス否寧口有效ニ存立スルカ爲メニ第七百八條ノ如キ規定ヲ要スルモノト解スヘキヲ以テ右ノ場合ニ於テ民法第四百二十四條ノ條件ヲ具備スルモノトセン手債權者ハ之カ取消ヲ請求スルコトヲ得スハアルヘカラス蓋シ第七百八條ニ於テ給付者ニ返還請求權ヲ附與セサル所以ハ不法原因ヲ主張スル者ハ法律上之ヲ保護セストノ理由ニ基因シ第四百二十四條ニ於テ廢罷訴權ヲ認メタルハ專ラ債權者保護ノ目的ニ出テタルモノナレハ則チ彼レト此レトハ其立脚點ヲ異ニシ相打格スヘキニアラサルヲ以テナリ(法學士西川一男氏法

學新報二二卷八號八七頁以下要領)
不法ノ原因ニ基キ給付ヲ爲シタル物ノ權利ノ歸屬者ハ何人ナリヤ大審院ハ給付者ニアリトナス

一、不法ノ原因ノ爲メ物ノ給付ヲ受ケタル場合ニ於テ給付者ハ民法ニ依リ物ノ返還ヲ請求シ能ハサルトキト雖モ之カ爲メニ其所有權ヲ喪失スヘキモノニ非レハ被告ノ占有セル物ハ依然他人ノ所有物トシテ存續スヘキモノトス(四十三年大審院判決録刑一五三一頁)

一、公務員ニ賄賂スル目的ヲ以テ他人ニ金錢ヲ委託シタル者ハ民法第七百八條ノ規定ニ依リ其取戻ヲ爲スコトヲ得サルモ之カ爲メニ該金員ノ所有權ヲ喪失スヘキモノニアラス(同上 一三六一頁)

石坂博士ハ本論ト同趣旨ニテ左ノ理由ニ依リ所有權ハ受益者ニ移轉ストナス

民法九十條ハ公序良俗ニ反スル行爲自體ヲ無効トスルモノニシテ公序良俗ニ反スル原因ニ基ク法律行爲ハ之ニ包含セス
物權契約ハ無因契約ナルヲ以テ原因ノ如何ハ其效力ニ影響セス
而シテ民法七〇八條ハ元來有效ノ行爲ニシテ相手方ニ不法ノ原因ノ存スルト否トナ問ハス自己ニ不法ノ原因ノ存スル場合ニ於テハ之ヲ保護スヘキ必要ナキカ故ニ給付者ニ此原因ナク受益者ノミニ存スル場合ニ於テ同條但書ノ規定ニ依リ返還セシムルモノナリト説明ス(石坂博士民法第九十條ト第七百八條トノ關係、法學志林一三卷七號二二頁以下參照)
池田學士ハ民法七〇八條返還請求權不能ノ結果何人カ權利者ナルヤハ執レニ解釋ス

ルモ不當ノ結果ヲ生ストナシ之ヲ疑問トセリ同氏ハ其一例トシテ廢罷訴權ニ關聯シテ一言セリ
詐害行爲ハ債權者ヲ害スル不法ノ原因ヲ有スルモノナルカ故ニ七〇八條ニ依リ權利カ相手方ニ移轉スルモノトスレハ債權者カ之ヲ取消スモ同條ニ依リ債權者ハ其財產ヲ債權者ニ返還セシムルコトヲ得ス民法四二四條ノ規定ハ空文ニ歸ス可シ(池田學士「民法ニ關スル司法上ノ疑義」法學協會雜誌二五卷三號三九五頁以下)

吾人ハ本論ト同シク其所有權ハ受益者ニ移轉スト解スルヲ正當ト信ス

次ニ本問題ノ行爲ハ廢罷訴權ノ目的トナリ得ルヤ否ヤニ付テハ
一、民法第四百二十四條ハ法律行爲カ有效ニ成立シタル場合ニ之ヲ取消スコトヲ得セシムル規定ナレハ法律行爲カ假裝ニシテ眞ニ成立セサル場合ハ同條ヲ適用スヘキ限ニアラス(四十一年大審院判決録一七四頁、
虛偽ノ法律行爲ト雖モ善意ノ第三者ニ對シテ其無効ヲ主張スルコト能ハサルカ故ニ債權者ニ廢罷訴權ノ行使ヲ許スヘキモノトス(磯谷學士中央大學講義錄債權總則一九三頁)

然レトモ物權契約ヲ有効ナリト解スル以上ハ之ニ對シテ適用アルモノト論斷セサル可カラサルハ論ヲ俟タス

五三四 特定物ニ關スル物權ノ設定又ハ移轉ヲ以テ双務契約ノ目的ト爲シタル場合ニ於テ其物カ債務者ノ責ニ歸ス
ヘカラサル事由ニ因リテ滅失又ハ毀損シタルトキハ其滅失又ハ毀損ハ債務者ニ歸ス
五三五 前條ノ規定ハ停止條件付双務契約ノ目的物カ條件ノ成否未定ノ間ニ滅失シタル場合ニハ之ヲ適用セス
五三八 第二項 契約ノ目的物カ解除權ヲ有スル者ノ行爲又ハ過失ニ因ラスシテ滅失又ハ毀損シタルトキハ解除權ハ消滅セス

解除條件付雙務契約ノ目的物カ條件ノ成否未定ノ間ニ滅失シタル場合ニハ其危險ハ何人カ之ヲ負擔スヘキヤ

賣買カ解除條件付ニテ爲サレタルトキハ其賣買タルヤ已ニ成立シ最早契約ノ效力トシテ所有權移轉ニ關スル債權債務ハ存在セス唯條件ノ成就ト同時ニ當然賣買ハ解除セラレ舊權利狀態カ回復セラレヘキノミナレハ條件成就ノ結果ハ當事者間ニ於テ原狀回復ノ權利義務ヲ有スルニ過キス而モ此債權債務ハ契約ノ效力ニ非ス隨テ契約ノ效力トシテノ危險負擔問題ヲ生スルコトナシ本問ノ場合ニ於テハ危險ハ賣主コレヲ負擔ス或ハ曰ン此場合ニハ解除不能ナラスヤト曰ク否目的物ノ滅失ハ契約ノ解除ニ關シ何等ノ影響ナキコトハ民五四八條第二項ノ規定ニ徴シ明カニシテ原狀回復ノ不能ト解除ノ不能トハ自ラ其間ニ差異ヲ存スレハナリ(西川氏法學新報十八卷第五號八二頁以下要領)

解除條件付法律行爲ハ無條件ノ意思表示ニ之ヲ消滅セシムヘキ停止條件附意思表示ヲ附加スルモノナリトノ說アリ此說ニ依ルキハ民五三五條一項ノ適用ヲ受クルコトトナルモ我民法ハ解除條件付法律行爲ヲ以テ單一ナル意思表示トナセスルコトトナシトスル右ノ說明ハ至當ナリ

一七六 物權ノ設定及ヒ移轉ハ當事者ノ意思表示ノミニ因リテ其效力ヲ生ス
一七八 動産ニ關スル物權ノ讓渡ハ其動産ノ引渡シアルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス
五三四 特定物ニ關スル物權ノ設定又ハ移轉ヲ以テ双務契約ノ目的ト爲シタル場合ニ於テ其物カ債務者ノ責ニ歸ス
ヘカラサル事由ニヨリテ滅失又ハ毀損シタルトキハ其滅失又ハ毀損ハ債務者ノ負擔ニ歸ス
五三五 不特定物ニ關スル契約ニ付テハ第四百一條第二項ノ規定ニヨリテ其物カ確定シタル時ヨリ前項ノ規定ヲ適用ス
五五五 賣買ハ當事者ノ一方カ或ル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

甲カ其所有動産ヲ乙ニ賣渡シ其引渡前更ニ之ヲ丙ニ賣渡シ引渡ヲ爲ササル間ニ不可抗力ニ因リテ滅失シタル場合ニ於テハ其危險ハ何人ノ負擔ニ歸スヘキカ

賣買直接ノ效力ハ其目的タル財產權ヲ賣主ヨリ買主ニ移轉ス可キ債務關係ヲ發生スルニ過キスト雖トモ(民五五五)特定物ヲ目的トスル賣買ニ在テハ所有權移轉ノ時期ニ關シ當事者間別段ノ定メヲ爲ササル限りハ所有權移轉ノ意思表示ハ單一ノ賣買契約中ニ包含セラレテ即時ニ所有權移轉ノ效果ヲ生ス(民一七六、一七八)我民法ハ特定物ニ關スル物權ノ移轉ヲ以テ双務契約ノ目的ト爲シタルトキ危險ノ負擔ニ付キ所有者主義又ハ債務者主義ヲ採ラスシテ債權者主義ニ據リタルヲ以テ單ニ所有權ノ移轉ヲ標準トシテ本問ヲ決スルコト能ハサルノミナラス(民五三四)前述ノ如ク特定ノ動産ヲ賣買ノ目的トナシタルトキハ多クノ場合ニ於テ其所有權ハ即時ニ移轉スヘキモノナリト雖トモ併ナカラ引渡シナケレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サル結果引渡ニ因リ買主ハ初メテ確固不動ノ權利ヲ取得スルニ至ルヘキヲ以テ賣主ハ買主ニ對シ其目的物ノ引渡シヲ爲スニアラサレハ未タ完全ニ其義務ヲ履行シタルモノト謂フヲ得サルヘシ隨テ特定ノ動産ヲ賣買シタル場合ニ在テモ亦危險負擔ノ問題ハ上示民法第五百三十四條ニ基キ之ヲ決スルヨリ外ナキカ如キモ元來同條ノ規定ハ唯

一般原則ヲ示シタルニ止マリ同一物ニ付キ多數ノ賣買行ハレタルトキノ如キ直ニ該條ニヨリ之ヲ解決スルコト難シ加之斯ル場合ニ於ケル危險負擔者ノ何人タルカハ學者間議論ノ存スル所ナリ我民法ハ絕對的意思主義ニ據ラス引渡ヲ以テ第三者ニ對抗スル條件トナシタルカ故ニ第三者トノ關係ニ於テハ引渡ヲナス迄ハ恰モ第一ノ賣買ナカリシト同一ノ狀態ニ在ルモノト謂ハサルヘカラサルヲ以テ引渡前ニ一旦賣却シタル動産ヲ更ラニ再ヒ他人ニ賣渡シタルトキハ第二ノ買主ハ第一ノ賣買ニ關係ナク全然原所有者ヨリ其權利ヲ取得スルモノト解釋セサルヲ得ス然レトモ原所有者ト第一ノ買主トノ間ニ在テハ其目的物ノ所有權ハ既ニ第一ノ買主ニ移轉シタルモノナレハ法律ハ須ラク之カ效果ヲ保護セサル可カラス去レハ若シ其引渡前原所有者カ更ニ再ヒ同一ノ物件ヲ他人ニ賣却シタルトキハ原所有者ハ必ラス橫領若クハ詐欺ヲ取テシタルモノトシテ刑法上ノ責罰ヲ免ルルコト能ハサルナラシテ然ラハ第二ノ買主ニシテ惡意ナラシテ其者ハ元來第一ノ買主ニ引渡サルヘキモノナルコトヲ知テ目的物ヲ買受ケタルモノニシテ而カモ不正行為ヲ助成セシメタルモノト謂フキカ故ニ目的物ノ滅失ニヨリ危險ハ之ヲ第二ノ買主ニ負擔セシムルコトハ公平ノ觀念ニ適スルモノト謂フ可ケレ之ニ反シ第二ノ買主カ善意ナルトキ即チ例ハ原所有者カ第一ノ賣買アリタルコトヲ秘シテ賣却シタル場合ノ如キハ第二ノ買主ハ何等責ムヘキ廉ナク而シテ第一ノ買主ハ本來第二ノ賣買アリタルト否ニ拘ラス賣主ニ對シ目的物ノ引渡シテ強要スル權利ヲ有シ且ツ其代金ヲ支拂フヘキコトモ亦豫期シタル所ナルヲ引テ此場合ニ於ケル危險ノ負擔者ハ第一ノ買主ナリト論斷スルコト公平ノ觀念ニ合スルモノト謂フヘシ(法學士菱谷精吾氏法學新報二卷九號九〇頁以下要領)

本問題ニ付テハ判例ナキモ學者ハ第一ノ買主ヲシテ其危險ヲ負擔セシムルヲ正

當ト論ス即チ左ノ如シ

- 一、數多ノ買主間ニ在リテハ登記又ハ引渡シナキ間ハ互ニ其所有權ノ移轉ヲ否認スルコトヲ得從テ危險問題ニ付テモ買主間ノ關係同一ナリト雖モ各賣買ニ付テ觀察スルトキハ第二以後ノ賣買ニ於テ賣主ハ他人ノ權利ヲ目的ト爲スモノニシテ所有權ハ既ニ第一ノ買主ニ移轉セラレタルモノナリ故ニ此者ヲシテ危險ヲ負擔セシムルヲ以テ最モ公平ノ觀念ニ合スルモノナリ(横田博士債權各論一〇二頁以下)
- 二、第一ノ買主ナシテ危險ヲ負擔セシムヘキモノナリ或ハ第二以後ノ買主モ均シク債權者ニシテ且ツ第一ノ賣買ニヨリ所有權ノ移轉ヲ否認スルコトヲ得ルモノナルカ故ニ其間甲乙ナキカ如キモ第二ノ買主ナシテ危險ヲ負擔セシムント欲セハ賣主カ權利ヲ移轉シ得ヘキ場合ナルニ拘ラス不可抗力ニ因リテ移轉スルコト能ハサリシコトヲ主張セサルヘカラス然レトモ賣主ハ第一ノ賣買ヲ否認スルコトヲ得ス從テ自己ノ有セサル權利ノ移轉ヲ約シタルモノニシテ此ノ主張ヲ爲スコトヲ得ス却テ第二ノ買主ハ第一ノ賣買ヲ認メ所有權ノ移轉ヲ主張スルコトヲ得ルモノナルカ故ニ第二ノ買主ハシテ危險ヲ負擔セシムヘキモノニアラス(梅博士法學志林十卷三號四三、四四頁)

吾人ハ稍ヤ別途ノ立論ヨリ第一ノ買主ニ危險ヲ負擔セシムルモノトスルヲ正當ト信ス蓋シ第一ノ買主ト賣主トノ法律關係ハ民法五三四條ヲ適用スヘキ普通ノ場合ト同一ナル關係ニシテ其後ニ二重賣買ヲ爲シタル爲メニ此關係ニ何等ノ變化ヲ來タサス反之第二ノ買主ト賣主トノ法律關係ハ他人ノ物ノ賣買ニシテ其法律關係ハ民法五三四條ヲ普通適用スヘカラサル關係ナリ(他人ノ物ノ賣買ニハ危險負擔ノ問題ヲ生セズ)

故ニ唯タ公平ナリト云フ見地ヨリ見テ此法理ヲ曲クヘキモノニアラスト信ス從
ツテ本論ニ賛同ヲ表スルコト能ハス

一三四 遺留分權利者及其承繼人ハ遺留分ヲ保全スルニ必要ナル限度ニ於テ遺贈及ヒ前條ニ掲ケタル贈與ノ減殺
ヲ請求スルコトヲ得

遺留分ニヨル減殺權ノ目的物カ不可分ナルトキハ其全部ニ對シテ贈與ノ取消ヲ
請求シ得ヘキヤ

遺留分ニ反スル贈與ハ其取消ヲ訴求スヘキモノニアラス

減殺權ハ遺留分ノ保全ニ必要ナル限度ニ於テ之ヲ行ハサル可ラサルコト民法第千
三十四條ノ明定スル所ナルヲ以テ目的物カ可分ナルトキハ保全ニ必要ナル限度ヲ超
越シタル減殺ノ請求ハ不當ナルコト論ヲ俟タスト雖トモ目的物カ不可分ニシテ然カ
モ其一部ヲ減殺スヘキ場合ハ右ノ理論ヲ絕對ニ貫徹スルコトヲ得ス蓋シ我民法ハ遺
留分減殺ノ場合ハ受贈者又ハ受遺者ヲシテ現物ヲ權利者ニ返還セシムルヲ原則トス
然シテ目的物カ性質上不可分ナルトキハ之ヲ分割シテ其一部ヲ返還セシムル事能ハ
サルカ故ニ斯カル場合ハ其目的物ノ全部ヲ返還セシムルハ却テ減殺請求ノ本旨ニ適
合スルモノト解スルヲ相當トスレハナリ唯此場合ニ於テハ之レカ爲メニ遺留分權利
者ヲシテ不當ニ利得セシムル事能ハサルカ故ニ權利者ハ其超越部分ニ對スル價格ヲ
返却スルコトヲ要スルニ過キス本件係争ノ不動産ハ何レモ性質上不可分ニシテ然カ
モ減殺スヘキ目的カ數個存在スル場合ニハ先ツ其何レヲ選擇スヘキカハ遺留分權利

遺留分ノ減殺
ヨル不可分
物カ不可分
分ナラザル
合分ナラザ
遺留分ニ
反スル贈
與ノ取消
訴求

者タル原告ノ權利ニ屬スル以テ本件原告カ先ツ地所ヲ選擇シ其不可分ニ對シ殘餘ノ
建物ニ付キ全部ノ減殺ヲ請求セルハ相當ニシテ此點ニ關スル被告ノ抗辯モ理由ナシ
……遺留分減殺權ハ權利者ノ意思表示ニ依リテ直チニ減殺ノ目的タル贈與取消
ノ效果ヲ發生シ敢テ裁判所ノ判決ヲ待ツヘキモノニアラス換言スレハ遺留分減殺請
求ニ對スル判決ハ創設ノ效果ヲ發生スルモノニアラスシテ單ニ認定ノ效果ヲ發生ス
ルニ過キサレハ權利者ハ單ニ目的物ノ引渡シ若クハ抹消登記申請ノミノ判決ヲ請求
スレハ足り贈與若クハ遺贈取消ノ判決ヲ求ムヘキモノニアラス(金澤地方裁判所民二
部判決法律新聞八一五號二四頁)

減殺ノ目的物カ不可分物ノ場合ニハ其全部ニ對シ請求權ヲ有シ而シテ之レカ爲
メ不當利得トナル場合ニハ其利益ヲ返還スヘシトノ見解ハ正當ト信ス次ニ
減殺スヘキ目的ノ數個アル場合ニ於テハ其選擇權ハ何人ニアリヤニ關シテハ左
ノ反對判例アリ

減殺ニ因リ受贈物ヲ返還スルノ義務ハ其價格ヲ辨濟シテ之ヲ免ルルヲ得ヘキノミナ
ラス受贈物ノ返還ヲ爲スニ當リテモ數個ノ物件ニ付キ其何レヲ返還スヘキヤヲ定ム
ルニハ返還義務者ニ於テ選擇權ヲ有スルモノトス(東京控訴院民三判決法律新聞二六
九號八頁)

然レトモ返還義務者ノ義務ハ減殺請求ニ遭ヒテ初メテ生スルモノニシテ減殺權
行使ニ對スルモノナルヲ以テ本件判決ノ如ク其選擇權ハ減殺權者ニ在リト解ス
ルヲ正當ト信ス次ニ減殺權ノ行使ニハ訴訟ヲ要スヘキモノニアラスシテ意思表

示ヲ以テ足ルヘキコトニ付テモ正當ノ見解ニシテ同趣旨ノ判例及學說アリ(前掲
控訴院判例、奥田博士相續法論四一八頁、
牧野氏日本相續法論三八六頁等參照)

解除權ノ
消滅

立木約一萬本ノ賣買契約ニ於テ買受人カ其内五十餘本ヲ伐採シタルニ過キサル
カ如キ場合ニハ之レカ爲メ買主ノ有スル契約解除權ノ消滅ヲ來タスヘキモノニ
アラス

本件賣買ハ山林五丁一反一畝五歩ニ成立スル立木悉皆(其數一萬本位)ヲ代金二千圓ニ
テ賣買セラレ其目的トナリタル立木五十七本伐採セラレタルモノニシテ賣買目的物
全部ニ比シ伐採木ハ其數極メテ僅少ノ部分ニ屬シ其部分カ重要ニシテ殘部ニ重キヲ
措カサルカ如キ特別ノ事情ナキ限リハ一般取引ノ觀念上之レカ爲メ契約解除權ノ消
滅ヲ來タササルモノトスルナ相當トス蓋シ民法第五百四十八條第一項ノ規定ハ本件
ニ付大審院ノ判旨シタルカ如ク解除權行使ノ結果現狀回復ニ關シ損害賠償ナルモノ
ノ不確實ナル方法ニヨルノ外其目的ヲ達スルコト能ハサルニ至リタルカ如キ場合ヲ
豫期シタルモノニシテ若シ契約ノ目的ノ數量數多アルトキニ際シ其僅少ノ部分ニ對
シ或ル事情ニヨリ返還スルコト能ハサルニ至リ殘餘ノ部分ニ付キ一般ノ取引ノ觀念
上原狀回復ノ目的ヲ達スルコトヲ得ヘキカ如キ場合ニハ解除權ヲ消滅セシムルノ趣

旨ニアラサルカ故ナリ(東京控訴院民三部判決法律新聞八一四號二〇頁)
五四八條ニハ(一)著シク契約ノ目的物ヲ毀損シタル場合(二)目的物ヲ返還スルコト
能サル場合(三)他ノ種類ノ物ニ變シタル場合ニ限り解除權消滅スヘキモノトナシ
タルヲ以テ本件ノ如キ場合カ其何レニモ屬セサルハ明白ナルニヨリ解除權ノ消
滅スヘキ理由ナシ

連帶債務
者間ノ求
償

四四四 連帶債務者中ニ償還ヲ爲ス資力ナキ者アルトキハ其償還スルコト能ハサル部分ハ求償者及ヒ他ノ資力アル
者ノ間ニ其各自ノ負擔部分ニ應シテ之ヲ分割ス但シ求償者ニ過失アルトキハ他ノ債務者ニ對シテ分擔ヲ請求スルコ
トヲ得ス
四二七 數人ノ債權者又ハ債務者アル場合ニ於テ別段ノ意思表示ナキトキハ各債權者又ハ各債務者ハ平等ノ割合ヲ
以テ權利ヲ有シ又ハ義務ヲ負フ
負擔部分ナキ數人ノ連帶債務者アル場合ニ於テ無資力ナル連帶債務者アルトキ
ハ其負擔部分ハ資力アル連帶債務者ノ各自ニ平等ノ割合ニ於テ求償ニ應スヘキ
義務アルモノトス

民法第四百四十四條ノ規定ハ連帶債務者中ニ償還ヲ爲ス資力ナキ者ヲ生シタルトキ
ハ其償還スヘキ部分ハ他ノ資力アル者ノ間ニ各自ノ負擔部分ニ應シテ之ヲ分割負擔
セシメ又負擔部分相等シキ者若クハ共ニ負擔部分ナキ者ノ間ニ於テハ平等ニ分擔セ
シメ其各自ノ損害ヲ公平ナラシムル法意ナルコトハ該法條ノ文言ニ照シ之ヲ各自ノ

負擔部分ナキ連帶保證人ノ一人カ債務ノ全額ヲ辨濟シ他ノ保證人ニ對シ其求償ヲ爲ス場合ニ於テ同法第四百六十五條カ右第四百四十四條ノ規定ヲ準用シタル趣旨ニ鑑ミ洵ニ明瞭ナルヲ以テ前段法律上求償權ナシトノ抗辯ハ其理由ナシ(大阪地方裁判所 民三判決法律新聞第八一五號二一頁)

同趣旨判例

民法第四百四十四條ハ連帶債務者中ニ償還ヲ爲ス資力ナキ者ヲ生スルトキハ其償還スヘキ部分ヲ他ノ資力アル者ノ間ニ分割シ負擔部分多キ者ヲシテ多ク分擔セシメ其少キ者ヲシテ少ク分擔セシメ又負擔部分相等シキ者若クハ共ニ負擔部分ナキ者ノ間ニ於テハ之ヲ平等ニ分擔セシムルノ法意ナリ(四十二年大審院判決錄一四九頁)

債權讓渡ト保證人

四六七

指名債權ノ讓渡シ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アラサレハ之ヲ以テ債務者其他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス
前項ノ通知又ハ承諾ハ確定日附アル證書ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ以テ債務者以外ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

主タル債務者カ承諾シ又ハ之ニ對シテ通知シタル債權讓渡ハ保證人ニ對シテ當然對抗スルコトヲ得

主タル債權ノ讓渡ヲ其債務者ニ通知シ若クハ債務者カ承諾セシ以上ハ特ニ保證人ニ對シ其通知ヲ爲ササルモ主タル債權讓渡ノ效果トシテ當然保證人ニ對シ其從タル債權ノ讓渡ヲ主張シ得ルモノトス(東京控訴院民一判決法律日日第一七八號判例集六七頁)

同趣旨判例

四十二年大審院判決錄六四一頁、四十年同上四二一頁、三十九年同上四三五頁、其他控訴院以下判例アリ

同說

梅博士法學志林五五號一頁以下、横田博士債權總論七七〇頁

名古屋ノ不正手形事件

名古屋不正手形事件ニハ民法一一〇條ノ適用アリヤ

一一〇 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

辯護士山本佐一郎氏ハ法律新聞紙上ニ於テ民法第一百十條ノ適用アリヤ否ヤニ關シ第一 民法第一百十條ハ所謂無權且ツ表現代理人ノ行爲ニ對シ第三者ノ利益ヲ保護スル法ノ精神ヲ以テ規定セラレタル條項ニ外ナラサルヘシ詳言セハ四方都カ約束手形ヲ發行スルニ對シ實際上權限ナキニ拘ハラス振出人三井物産名古屋支店代理人四方郁ト云フカ如キ表示即チ署名ノ下ニ振出シタル場合ニ適用セラレヘキ法條ニアラサルナキカ
第二 民法第一百十條ハ法律行爲ニ限り適用アルヘキモノナルヲ以テ不正手形振出所爲ノ如キ犯罪行爲ニ適用ナシト解スルナ正當トスト述ヘラレタリ(法律新聞八一三號二頁以下)

然レトモ手形ノ代作ナル事實行爲即チ機械的行爲ヲ爲サシムルト同時ニ振出行

爲ノ一部ト見ルヘキ交附行爲ヲ代理セシムルコトヲ得此交附行爲ハ純然タル法律行爲ナリ故ニ四方某カ從來此交附行爲迄ヲ擔當シ居リタルモノトスレハ同條ノ適用アルコト勿論ナリ本論ハ單ニ代作ナル事實行爲ノミヨリ見タル見解ニシテ失當ト信ス

契約ノ目的不能ノ意義

先ツ第一争點ヲ案スルニ宮内省ニ於ケル詠進歌チ一般民間ニ歌集トシテ刊行スルコトハ不能ノ事項ナリト云フヲ得何トナレハ其詠進歌ノ原稿ハ勿論契約當事者ノ一方ノ手中ニ存セスシテ宮内省ノ手中ニ存スト雖トモ其他人ノ手ニ存スルノ事實ハ其第三者ニ於テ苟クモ之レニ承諾ヲ與フルトキハ當事者間ノ契約ノ目的トシテ履行ノ目的トナルニ支障ナキモノトス本件ニ於ケル詠進歌集ノ刊行ノ如キ宮内省ニ於テ之レカ許可ヲ爲ストキハ當然之レヲ爲シ得ヘキ事項トス唯之レカ許可ナキトキ之レハ爲スコト能ハサルニ過キス故ニ事實ノ性質上履行不能ノモノニアラス從テ本契約ハ無効ナリト云フヲ得ス(東京控訴院民一判決法律新聞八一三號二頁)

債務者ノ主觀的不能ハ特殊ノ事情ナキ限りハ契約ノ目的ノ不能トナラサルコトハ一般學者ノ説明スル所加之他人ノ權利ヲ以テ賣買ノ目的トナシ得ル規定アルヲ以テ本問ノ如キ場合ニ於ケル當事者ノ契約ハ無論有效ナルヘシ

契約不能ノ目的不能ノ意義

土地賃借證
解例文ノ

土地賃借證ニ期限ヲ五ヶ年トストアルハ例文ニシテ當事者ヲ拘束セザルヤ

借地證ニ賃借期間ヲ五年ト記載シアリトコトハ被控訴人ノ明カニ争ハス又他ニ之ヲ争フノ意思顯カナラサルトコロナリ然ルニ斯カル記載ハ賃借ノ存続期間ヲ表示スル意味ナルコトモアリ又所謂例文ニ過キスシテ此期間満了ト共ニ當然賃借ハ消滅スルモノニアラサルコトモアリ結局斯カル一片ノ記載ノミニヨリテ孰レトモ判斷シ難ク其ノ他ノ事情ヲ參酌考覈シテ當事者ノ意思ノ存スルトコロヲ闡明スルノ外ナキコトハ當裁判所ニ顯著ナル事實ナリ(東京控訴院民二判決法律新聞八一三號二三頁)

借地證ニ五ヶ年ノ期限ヲ定メ返地可致候ト規定シアルモ之レ畢竟一般借地證ノ例文ニシテ地主モ借地人モ必ス五ヶ年後返地スヘキ意思ヲ以テ契約シタルモノトハ解スルコト能ハストスルヲ現今ノ通説トス然レトモ絕對ニ例文ト解スヘキモノニモアラスシテ場合ニヨリテハ真正ニ其期限ヲ定ムルコトアルヲ以テ其契約當時ノ事情ヲ斟酌シテ定メサル可カラス故ニ結局何レトモ其主張者ニ於テ事情ノ立證ヲ爲スヘキ責アリトス(民二八八、二八七、一七八頁說明參照)

東京市内ニ於ケル地代値上ノ慣習

地代値上ケノ時期

地代値上ノ請求訴訟ニ於テ同時ニ其値上地代ノ支拂ヲ求メ得ヘキヤ

本件土地カ原告ノ所有ニ屬シ被告力之ニ對シ地上權ヲ有スルコト從來ノ地代カ原告主張ノ如クナルコト並ニ地代値上ニ付キ原告主張ノ如キ慣習カ東京市内ニ存スルコトハ被告ノ自白セシトコロナリ而シテ該地代値上ニ付キ當事者間ニ右慣習ニ依ラサル旨ノ特別ノ契約ノ存在セサル限りハ當事者ハ該慣習ニ依ルノ意思ヲ有セルモノト認ム

次ニ地代値上ノ時期ニ付テハ土地ノ所有者ヨリ地上權者ニ對シ地代値上ノ意思ヲ表示シタル時ヨリ起算スヘキモノニシテ原告ハ地代値上ケテ明治四十四年四月十四日ヨリ實行スヘキ旨ノ意思表示ヲ同月十三日被告ニ對シシタルコトハ本件訴訟狀並ニ本件記録添付ノ被告ニ對スル訴訟狀送達證書ニ依リ明瞭ナルヲ以テ右四月十四日ヨリ原告ノ値上ノ請求モ亦正當ナリトス(東京地方裁判所第三民事部乙判決法律新聞八一三號二三頁)

本件判決ノ説明ハ何レモ正當ナリ地代値上ノ慣習ニ付テハ民法三三九、二六五、二四、一九五、八一頁參照又値上ノ效力發生時期ニ付テハ二四四、二八頁參照何レモ詳論シアリ唯之ニ關聯スル問題ハ地代値上ヲ請求スルト同時ニ其支拂ヲ求メ得ヘキヤ(即チ地代値上ヲ承諾スヘシノ類)否ニアリ地代値上ノ請求訴訟ハ給付判決ナリ

親族ハ養子縁組無効ノ訴ノ當事者トナリ得ヘキモノトス

縁組無効ノ訴ニ付テハ特ニ當事者ヲ限定シタル法規ナキヲ以テ縁組ニ付キ利害關係ヲ有スルモノハ之レヲ提起シ得ルモノト解スヘシ而シテ被控訴人カ謙吉ノ實弟ナルコトハ甲第一號證戶籍除籍簿謄本ニヨリ明カナルモノニシテ本件縁組ノ結果被控訴人ハ控訴人ト親族關係等多大ノ利害ヲ生スルモノナレハ被控訴人ハ本訴ヲ提起シ得ルモノト爲ス(東京控訴院民事二判決法律〇〇第七一九號判例七八頁)

八五一

縁組ハ左ノ場合ニ限り無効トス
一 人遺其他ノ事由ニ因リ當事者間ニ縁組ヲ爲ス意思ナキトキ
二 當事者力縁組ノ届出ヲ爲ササルトキ但シ其届出カ第七十五條第二項及ヒ第八百四十八條第一項ニ掲ケタル條件ヲ缺クニ止マルトキハ縁組ハ之レカ爲メニ其效力ヲ妨ケラレルコトナシ
(參照)人訴二六 第一條第二項第三項第三條及ヒ第五條乃至第十八條ノ規定ハ養子縁組事件ニ之ヲ準用ス
同二 夫婦ノ一方カ提起スル婚姻ノ無効又ハ取消シノ訴ニ於テハ其配偶者ヲ以テ相手方トス
第三者カ提起スル前項ノ訴ニ於テハ夫婦ヲ以テ相手方トシ夫婦ノ一方カ死亡シタル後ハ其生存者ヲ以テ相手方トス(下略)

ヤ確認判決ナリヤ將タ又創設判決ナリヤハ多少ノ議論存スル處ナルモ吾人ハ給付判決ト解スルヲ正當ト信ス(眞説明參照)即チ地代値上承認ノ意思表示ヲ求ムル判決ト信ス故ニ其承認カ確定セサレハ支拂ノ義務發生セス從ツテ同時ニ其支拂ヲ求ムルコトヲ得サルモノトス

ル者ハ無効確認ノ訴ヲ提起シ得ヘシ

抵當權ノ
消滅ノ

三八三

第三取得者カ抵當權ヲ消滅セント欲スルトキハ登記ヲ爲シタル各債權者ニ左ノ書面ヲ送達スルコトヲ要ス
一 取得ノ原因、年月日、讓渡人及ヒ取得者ノ氏名住所、抵當不動産ノ性質、所在、代價其他取得者ノ負擔ヲ記載
シタル書面

二 抵當不動産ニ關スル登記簿ノ謄本但シ既ニ消滅シタル權利ニ關スル登記ハ之ヲ掲クルコトヲ要セス
三 債權者カ一月内ニ次條ノ規定ニ從ヒ増價競賣ヲ請求セザルトキハ第三取得者ハ第一號ニ掲ケタル代價又ハ特
ニ指定シタル金額ヲ債權ノ順位ニ從ヒテ辨濟又ハ供託スヘキ旨ヲ記載シタル書面

第三取得者カ抵當權消滅ノ通知ヲ爲シ抵當權者カ之ニ對シテ増加競賣ノ申出テ
ヲ爲ササリシトスルモ第三取得者カ消滅ニ就キ申出テタル金額ノ辨濟又ハ供託
ヲ爲ササルトキハ抵當權者ハ尙抵當權ヲ行使スルヲ妨ケス

第三取得者カ民法第三百八十三條ニ依リ消滅ノ通知ヲ爲シ債權者カ法定ノ期間内ニ
増價競賣ノ請求ヲ爲ササル爲メ同法第三百八十四條第一項ニヨリ第三取得者ノ提供
ヲ承諾シタルモノト看做サレタル場合ニ於テ第三取得者カ辨濟又ハ提供ヲ爲ササル
トキハ如何ナル結果ヲ生スヘキカ第三取得者ノ消滅ハ辨濟又ハ供託ヲ爲ササルニヨ
リ當然消滅スヘキカ又ハ依然トシテ存續スヘキカ此點ニ付キ民法其他ノ法令中何等
ノ明文ナキモ特ニ消滅權利ノ喪失セシムル趣旨ノ規定アラサルヲ以テ第三取得者ノ消
スル消滅權利ハ辨濟又ハ供託ヲ爲ササルニ拘ラス尙存續スルモノト爲ササルヲ得サル
ヘシ然レトモ之レカ爲メ直チニ第三取得者ハ抵當權ノ實行ヲ妨クル權利ヲ有スルモ
ノナルカ又ハ抵當權者ハ其權利ヲ實行スルコトヲ得ストノ論結ヲ生スルモノニアラ

抵當不動
產増價競
賣ニ要ス
ル擔保時
期提

至當ノ見解ト信ス固ト消滅ノ規定ハ抵當權者ト第三取得者ト公平ニ保護セン
カ爲メニ生シタル規定ナルヲ以テ本問ノ如キ場合ニ於テ第三取得者ノ不履行ア
ルニ不拘徒ラニ抵當權ノ行使ヲ制限スルヲ許サス故ニ正當ノ見解ナリト信ス

ス元來抵當權者ハ完全ナル權利ヲ有スルモノナルヲ以テ本來何等ノ制限ナク其權利
ヲ實行スルコトヲ得ヘキ管ナルモ民法ハ第三取得者ニ對シ辨濟又ハ消滅ニ因リ抵當
權ヲ消滅セシムルノ權利ヲ認メ其權利ヲ行使セシムル爲メ第三百八十七條ニ於テ
定ノ期間内抵當權ノ實行ヲ爲スコトヲ得サル旨ヲ爲メ過キス故ニ第三取得者
カ一旦消滅ニ着手シ民法第三百八十三條ニ依リ書面ノ送達ヲ爲スモ同條第三號ニ定
メタル金額ヲ辨濟又ハ供託セザルニ於テハ抵當權ハ未ダ消滅ニ因リ消滅シタルモノ
ニアラサルヲ以テ抵當權者ハ其債權ノ辨濟ヲ受クル爲メ其ノ權利ヲ實行スルコトヲ
得ルモノト謂ハサルヘカラス(東京控訴院民一部判決法律日々一七八號判例集六六頁)

三八四

債權者カ前條ノ送達ヲ受ケタル後一ヶ月内ニ増價競賣ヲ請求セザルトキハ第三取得者ノ提供ヲ承諾シタル
モノト看做ス

増價競賣ハ若シ競賣ニ於テ第三取得者カ提供シタル金額ヨリ十分ノ一以上高價ニ抵當不動産ヲ賣却スルコト能ハサ
ルトキハ十分ノ一増價ヲ以テ自ら其不動産ヲ買受クヘキ旨ヲ附言シ第三取得者ニ對シテ之ヲ請求スルコトヲ要ス

三八二

第三取得者ハ前條ノ通知ヲ受ケタル後一ヶ月内ニ次條ノ送達ヲ爲スニ非サレハ抵當權ノ消滅ヲ爲スコトヲ得
第三取得者カ前條ノ通知ヲ受ケタル後一ヶ月内ニ次條ノ送達ヲ爲スニ非サレハ抵當權ノ消滅ヲ爲スコトヲ得
前條ノ通知アリタル後ニ第三百七十八條ニ掲ケタル權利ヲ取得シタル第三者ハ前項ノ第三取得者カ消滅ヲ爲スコト

民法

ヲ得ル期間内ニ限り之ヲ爲スコトヲ得

(參照)競賣法四〇 民法第三百八十四條ノ規定ニ依リテ抵當不動産ノ増價競賣ヲ請求スル債權者ハ第三取得者ニ競賣ノ請求ヲ送達シタル日ヨリ三日内ニ抵當不動産所在地ノ區裁判所ニ競賣ノ申立ヲ爲シ且擔保ノ認許ヲ求ムルコトヲ要ス

前項ノ規定ニ依ラサル競賣ノ請求ハ無効トス

同四一 競賣ノ申立書ニハ左ノ事項ヲ記載シ請求債權者之ニ署名捺印スヘシ

一 債務者ノ氏名住所

二 抵當不動産ノ表示

三 第三取得者及ヒ讓渡人ノ氏名住所

四 擔保ノ表示

五 第三取得者カ提供シタル金額

六 請求者カ定メタル増價金額

七 年月日

八 裁判所

申立書ニハ民法第三百八十三條ノ送達ヲ受ケタル日ヲ證スル書面ヲ添付スルコトヲ要ス

民事訴訟法第六百四十三條第一項第三號乃至第五號第二項及ヒ第三項ノ規定ハ本條ノ申立ニ之ヲ準用ス

同四二 裁判所ハ擔保ノ許否ニ付キ期日ヲ定メ決定ヲ以テ其裁判ヲ爲スヘシ

期日ニハ請求債權者及ヒ第三取得者ヲ呼出ス可シ

擔保ノ裁判ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス

抵當不動産増價競賣ニ要スル擔保提供ノ時期

抵當債權者カ増價競賣ヲ爲スニ當リ提供スル擔保ハ何時ニ於テ爲スコトヲ要スルヤ
第三取得者ニ對スル増價競賣ノ請求ヲ爲スト同時ニ提供セサルヘカラサルヤ或ハ
競賣ノ申立ヲ爲ス際ニ提供セサルヘカラサルヤ將タ又裁判所ノ命令アリタル後ニ提
供スルモ可ナルヤ

一 裁判所ノ命令ニ從ヒ擔保ヲ提供セハ足レリトノ論アルモ競賣法第四十條第四十一條
第四十二條等ノ規定ヲ無視シタル解釋ナリト信ス蓋シ此等ノ規定ニヨレハ少ナク
モ競賣申立ノ際ニハ既ニ擔保ノ提供アルコトヲ前提トス

二 債權者カ第三取得者ニ對シ増價競賣請求ヲ爲スト同時ニ擔保ヲ供セサル可カラスト
論スルモノハ舊民法ニ於テハ保證人又ハ擔保ヲ供スル旨ノ陳述トテ添フルコトヲ要
ストアリテ單ニ陳述ヲ添フルヲ以テ足レリト爲シタルモ新民法ハ擔保ヲ供スルコト
ヲ要スト改メタリ(民法修正案第十卷二八頁草案第三百八十一條ノ修正理由)即チ
現實ニ擔保ヲ供セサル可カラサルノ法意ナルコト明カナリト云フニアリ新舊民法及
其修正ノ理由書ノミテ對照スルトキハ一理ナキニアラスト雖トモ實際ニ於テ極メテ
不便宜ナル解釋ニシテ難キキテ抵當債權者ニ強ムルモノト云ハサル可カラスト何トナレ
ハ増價競賣申立以前ニ於テハ供託法及供託物取扱規程ニ依リ金庫ニ供託セントスル
モ法律ニ此規定ナク又裁判所ハ増價競賣申立以前ニ於テハ何等ノ手續ヲ開始セサル
カ故ニ新カナル納付ヲ受理セス又理論上ヨリ考フルモ競賣ノ申立以前即チ未タ競賣手
續ノ始マラサル以前ニ於テ擔保ノ必要ナキコト極メテ明カナリ加之競賣法第四十條
以下ノ規定ニ副ハサル論ナリ

三 率見ニ依レハ債權者カ増價競賣ノ申立ヲ裁判所ニ爲スト同時ニ提供スヘキモノトス
蓋シ此以前未タ競賣ニ關スル手續ニ着手セサルニ拘ラス之ニ擔保ヲ供セシムルノ要
アルコトナシ此見解ハ第三取得者カ民法第三百八十二條ノ規定ニ依リ濫除ヲ爲サン
トスル場合ト對照シテ第三取得者及抵當債權者ヲ平等ニ保護シヨク立法ノ精神ニ合致

スヘシト信ス(辯護士松本靜史氏法律新聞八一四號四頁以下要領)
 至當ノ見解ト信ス蓋シ裁判所カ擔保ノ認否ヲ決定スルニ付テハ擔保ノ當否ヲ審
 案セサル可カラズ故ニ此決定前ニ於テ既ニ提供アルコトヲ必要トスヘシ尙本問
 ニ付テ民法三三四頁增加競賣ノ擔保提供時期參照

要素ノ錯
誤ト由

九五 意思表示ハ法律行為ノ要素ニ錯誤アリタルトキハ無効トス但シ表意者ニ重大ナル過失アリタルトキハ表意者
 自ラ其無効ヲ主張スルコトヲ得ス
 告訴ヲ受ケタルカ爲メ處罰セラルヘシト信シ不利益ナル條件ヲ以テ和解契約ヲ
 爲シタルニ不起訴處分アリタルモノナルヲ以テ要素ノ錯誤ニヨル無効ナリト云
 フモ如斯ハ畢竟緣由ノ錯誤ニ過キスシテ契約ハ無効ニアラス

該契約締結ノ際被告會社ヲ代表シ之カ締結ノ衝ニ當リタル同會社ノ代表社員タリシ
 中彌兵衛カ原告ノ爲シタル告訴ニヨリ犯罪成立スルモノト信シ檢事ノ言ニ因リ災厄
 ノ身ニ及ハンコトヲ虞レタルカ爲メ本件ノ契約ヲ締結スルニ至リタルコトハ證人
 彌兵衛ノ證言ニヨリ之ヲ認メ得ヘク而カモ該告訴事件力不起訴ニ終リタルコトハ原
 告ノ爭ハサル所ナルモ右中彌兵衛ニ於テ犯罪成立スルモノト信シタルハ全ク該契約
 ナ締結スル意思ヲ作ルニ至レル事實ト意思其モノトノ間ニ横ハル不一致ニ外ナラス
 シテ要素スルニ法律行為ノ緣由ニ關スル錯誤ニ過キサレハ之ヲ以テ直ニ法律行為ノ要
 素ニ錯誤アリト爲スヲ得サルニヨリ該契約ハ之カ爲メ無効ヲ來タスモノニアラス(大

阪地方裁判所民一判決法律新聞第八一五號二三頁)
 至當ノ見解異論ナシ

前法人設立
ノ贈與對立
スル贈與力
右ノ贈與カ
虛偽ノ場
合ニ於テ

三人 法人ハ本法其他法律ノ規定ニヨルニアラサレハ成立スルコトヲ得ス
 九四 相手方ト通シテ爲シタル虛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
 法人設立前之ニ對スル贈與契約ヲ爲シタルトキハ其設立ニヨリ法人ニ對シ贈與
 契約ノ效力ヲ生ス
 右ノ贈與カ虛偽ノ意思表示ナルトキハ當然無効トス

被告ハ右贈與ハ相手方ナキ意思表示ナルヲ以テ無効ナリト抗爭スレトモ凡ソ法人ノ
 設立以前ニ其設立者カ其設立ニ關シ爲シタル行為ハ爾後法人ノ設立シタル場合ニ於
 テ法人ニ對シ其效力ヲ生スヘキモノナルニヨリ被告先代通稱カ原告法人ノ設立者ナ
 ル鳥海經吉ト爲シタル原告法人ノ資産ニ關スル右贈與契約ハ原告ニ對シ其效力ヲ生
 スルモノト謂フヘク從テ此點ニ於ケル被告ノ抗辯ハ理由ナシ然レトモ證人橋本正作
 ハ自分モ原告法人設立許可申請書ニ署名捺印シタルカ其際設立者ナル鳥海經吉ヨリ
 同人ハ被告先代通稱ヨリ原告法人設立ノ上ハ是ニ二千圓贈與ノ旨ノ書面ヲ受取リタ
 ルモ是原告法人ノ寄附金募集便宜ノ爲メ懇請ノ結果交付受ケタルモノニシテ其實
 之カ履行ヲ受ケサル契約ナル旨ヲ聞キタリト證言シ該證言ハ措信スルニ足ル...
 ...將來成立スヘキ法人ナシテ權利ヲ取得セシムルノ意思ナク虛偽ノ意思表示ヲ爲

シタルトキハ其設立者ニヨリ設立セラレタル法人カ其虚偽ノ意思表示ニヨリ權利ヲ取得スヘキ謂レナキヲ以テ原告ハ被告ニ對シ本件ノ請求ヲ爲スノ權利ナシト謂ハサルヘカラス(東京地方裁判所四五年(ワ)五三號民三乙判決法律新聞第八一七號二二頁)

本件判決カ

凡ソ法人ノ設立以前ニ其設立者カ其設立ニ關シ爲シタル行爲ハ爾後法人ノ設立シタル場合ニ於テ法人ニ對シ其效力ヲ生スヘキモノナルヲ以テ云々其設立前爲シタル贈與契約ハ有效ナリ

ト説明シタルハ失當ニシテ此種ノ贈與契約ノ如キハ決シテ設立行爲ノ一部ヲ爲スヘキモノニアラスシテ設立行爲トハ全然關係ヲ有セサル獨立シタル行爲ナリ(法人ノ設立行爲ノ性質ニ付)故ニ此場合ニ於テハ第三者ノ爲メニスル契約ノ法理ヲ以テ解決セサル可カラス之ニ關スル大審院ノ判例アリ即チ左ノ如シ

他日成立スヘキ會社ノ爲メニ締結スル契約ハ其會社ノ成立ヲ條件ト爲シタル契約ニ外ナラスシテ斯ル場合ニハ其利益ヲ享受スヘキ第三者ハ其契約當時必スシモ現存スルコトヲ要セス(三十六年大審院判決錄二九九)

本件判決第二點ニ付テハ更ニ問題ヲ生セス

債務ノ引受ト保證

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

トノ關係

テ之ヲ爲スコトヲ得

債務ノ引受ハ債權者及ヒ新債務者間ノ合意ニヨリ之ヲ爲スコトヲ得
舊債務者ノ保證ハ債務ノ引受ケニヨリ消滅スヘキモ保證人カ新債務者ノ爲メニ尙保證ヲ爲スコトニ同意シタルトキハ存續ス

債務ノ引受ハ後ニ説明スル如ク債務者ノ意思ニ反セサル限りハ債權者ト引受人間ノ契約ニヨリテ之ヲ爲スコトヲ得ヘキモノナルモ原債務カ保證ニ依リテ擔保セラレタルトキハ第三者カ保證人トナルハ債務者其人ヲ信スル爲メニシテ特定ノ債務者ノ債務ヲ保證スルノ意思ヲ有シ其以外ノ者ノ債務ヲ保證スルノ意思ヲ有セサルヲ通常トスル者ナレハ債務引受アルニ當リ引受人即チ新債務者ノ爲メニ保證ヲ爲スモノトナスヲ得ス故ニ債務ノ變更アルトキハ保證債務ハ消滅スヘキモノト謂フヘシ然レトモ保證人カ引受人即チ新債務者ノ債務ヲ保證スヘキコトノ同意ヲ與ヘタルトキハ原債務者以外ノ者ノ債務ヲ擔當スルノ意思ヲ表示シタルモノナレハ其保證債務ハ存續シ引受人ノ債務ヲ擔保スル者ト云フコトヲ得ヘキナリ
羅馬法ニ於テハ債權關係ハ債權發生ノ當時ニ特定シタル債權者債務者間ニ於テノミ生スルモノニシテ債權關係ノ主體即チ債權者又ハ債務者ヲ變更スルトキハ債權關係ハ其存在ヲ失フモノトナシ從テ債務ノ移轉ハ勿論債權ノ移轉ヲモ認メサリシカ近世ノ法律ハ債權關係ハ必スシモ債權發生當時ニ特定シタル債權者債務者間ニ於テノミ存在スルコトヲ要セサルモノトナシ其結果トシテ法文上債權ノ移轉ヲ認メタリ我民法モ亦然リトス即チ債權ノ移轉ヲ認ムルハ債權關係ノ主體ニ變更アルモ債權債務ノ同一ヲ失ハストナシタルカ爲ニシテ換言スレハ債權債務ノ主體ヲ除キ目的カ同一ナ

レハ同一ノ債權關係アリトシタル者ナリト謂ハサルヲ得ス然ラハ債權ノ移轉ヲ認
 メタルト同一ノ論法ヲ以テ債務ノ移轉シ得ヘキコトヲモ認メサル可カラズ即チ債務
 者ニ變更アルモ債務ノ同一ヲ害スルコトナキモノト謂ハサルヲ得サルナリ只舊債務
 者ト新債務者即チ引受人トノ間ニ於テノミ債務移轉ノ契約ヲ爲ストキハ債務者自ラ
 債務ノ性質ニ反シ且ツ債權者ノ經濟上ノ利益ヲ害スルヲ以テ之ヲ許ササルモノトス
 故ニ債務ノ引受ニ付テハ債權者ノ同意ヲ必要トスヘク新債務者ハ債務ヲ引受タヘキ
 モノナルヲ以テ亦其同意ヲ必要トスヘキモ舊債務者ハ債務ヲ免ルヘキモノナレハ舊
 債務者ノ意思ニ反セサル限リハ其同意ヲ要セサルモノト解釋スルヲ相當トスヘキナ
 リ蓋シ債務者ハ他人ノ行爲ニヨリテ債務ヲ免ルルコトヲ欲セサルコトアルヘキヲ以
 テ其同意ヲ必要トスト云フハ一理ニアラスト雖トモ我民法ハ第三者ハ債務者ノ意思
 ニ反セサル限リハ其同意ヲ得ルコトヲ要セスシテ其債務ヲ辨濟スルコトヲ得ヘシト
 ナシ又債務者ノ交替ニ因ル更改契約ハ債務者ノ意思ニ反セサル限リハ其同意ヲ得ル
 コトヲ要セスシテ之ヲ爲スコトヲ得ト爲シタル法意ニヨリテ之ヲ見ルトキハ債務ノ
 引受モ亦債務者チシテ債務ヲ免レシムルモノニシテ其更改ト異ナルハ原債務ヲ存續
 セシムルト新債務ヲ發生セシムルトニアルニ過キサルヲ以テ此ノ場合ニ於テモ舊債
 務者ノ意思ニ反セサル限リハ其同意ヲ要セスシテ之ヲ爲スコトヲ得ルモノト解釋ス
 ルヲ相當トスヘケレハナリ(東京控訴院四五年(オ)四三號民一判決)

至當ノ見解ト信ス債務ノ引受ニ關シテハ民法三三頁及同一八二頁ニ詳論アリ就
 中一八二頁石坂博士ノ論文ニハ擔保トノ關係ヲモ詳説セリ又右ノ部ニ於テハ別
 件ニ付同趣旨ノ判決ヲ爲シタリ(四五年(ナ)四三號
 民一部判決)

九七七 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
 一 被相續人ニ對シテ虐待ヲ爲シ又ハ之ニ重大ナル侮辱ヲ加ヘタルコト
 二 疾病其他身體又ハ精神ノ狀況ニ因リ家政ヲ執ルニ堪ヘサルヘキコト
 三 家名ニ汚辱ヲ及ホスヘキ罪ニヨリテ刑ニ處セラレタルコト
 四 浪費者トシテ準禁治産ノ宣告ヲ受ケ改悛ノ望ナキコト
 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

法定推定家督相續人ニ廢除ノ原因タル犯罪アリタル以上ハ其被相續人カ破廉恥
 罪ヲ數度犯シタル事實アリテ既ニ家名ヲ汚シ居ル事實アリトスルモ廢除ヲ爲ス
 ノ妨ケトナラサルモノトス

案スニル控訴人壽仙ハ本訴猿田家ノ戸主即チ被相續人ニシテ被控訴人ハ右壽仙ノ法
 定ノ推定家督相續人タルコト當事者間ニ爭ヒナク而シテ甲第五號證ニ依レハ被控訴
 人ハ明治二十三年以降同二十八年六月迄ノ間窃盜罪ニ因リ三回重禁錮ノ刑ヲ受ケ
 (其刑期二年ニ至ルモノアリ)尙ホ監視及ヒ懲兵令違反ノ罪ニヨリ數回處分ヲ受ケタル
 モノニシテ斯ク破廉恥ナル窃盜罪ニ因リ處刑セラレタルハ民法第九百七十五條第三
 號ニ該當スル家名ニ汚辱ヲ及ホスヘキ罪ニ因リテ刑ニ處セラレタルモノト謂ハサル
 ヘカラス而カルニ控訴人(原告)即被相續人(被告)詐欺取財罪等ニ因リ重禁錮ノ刑等ニ
 處セラレ又明治四十四年十二月十四日當院ニ於テ文書偽造罪ニ依リ懲役一年ニ處ス
 トノ宣告ヲ受ケ尙ホ偽證被告事件ノ爲メ拘禁セラレシコトハ其認ムルコトコトニシテ
 同人モ又家名ニ汚辱ヲ及ホスヘキ罪ニ因リ刑ニ處セラレタルモノナルコト明カナリ
 ト雖トモ之レカ爲メ家名ニ汚辱ヲ及ホスヘキ罪ニ依リテ刑ニ處セラレタル法定ノ推
 民法

定家督相續人ヲ廢除シ得サルモノニアラス之ヲ廢除スルヲ得ストシ依然家督相續人
 タラシメハ彌々家名ニ汚辱ヲ及ホスコトナ増長シ其家名回復ヲ阻止シ遂ニ家族制ノ
 趣旨タル家名ヲ尊重維持スヘキ良習ヲ滅却スルニ至ルノ虞ナキヲ保シ難シ……
 其家名ノ狀態優良ナラス且ツ控訴人ノ性質濃厚ナラサルコトヲ知ルニ足ルト雖トモ
 之レ等ノコトハ本件請求ヲ排斥スルノ理由トナスニ足ラス(東京控訴院四四年(ホ)一五
 九號民一判決法律目日第一八〇號判例集一〇二頁)

離婚ニ於ケル八百十五條ノ如キ規定ノ存セサルヲ以テ本判決ノ如ク解スルヲ正
 當ト信ス

第三取得者ニ對シテ
 通知ヲ要セザル抵當權實行
 明渡請求
 登記抹消
 請求ノ相手

三八一 抵當權者カ其抵當權ヲ實行セント欲スルトキハ豫メ第三百七十八條ニ掲ケタル第三取得者ニ其旨ヲ通知スルコトヲ要ス

三八二 第三取得者ハ前條ノ通知ヲ受ケルマテハ何時ニテモ抵當權ノ廢除ヲ爲スコトヲ得

第三取得者カ前條ノ通知ヲ受ケタルキハ一ヶ月内ニ次條ノ送達ヲ爲スニ非サレハ抵當權ノ廢除ヲ爲スコトヲ得ス

前條ノ通知アリタル後ニ第三百七十八條ニ掲ケタル權利ヲ取得シタル第三取得者ハ前項ノ第三取得者カ廢除ヲ爲スコトヲ得ル期間内ニ限リ之ヲ爲スコトヲ得

三八三 第三取得者カ抵當權ヲ廢除セント欲スルトキハ登記ヲ爲シタル各債權者ニ左ノ書面ヲ送達スルコトヲ要ス

一 取得ノ原因、年月日、讓渡人及ビ取得者ノ氏名、住所、抵當不動産ノ性質、所在、代價其他取得者ノ負擔ヲ記載シタル書面

二 抵當不動産ニ關スル登記簿ノ謄本但既ニ消滅シタル權利ニ關スル登記ハ之ヲ掲ケルコトヲ要セス

三 債權者カ一ヶ月内ニ次條ノ規定ニ從ヒ増價償買ヲ請求セザルトキハ第三取得者ハ第一號ニ掲ケタル代價又ハ特ニ指定シタル金額ヲ債權ノ順位ニ從ヒテ辨濟又ハ供託ス可キ旨ヲ記載シタル書面

第三取得者ニ對シテ抵當權ノ實行ヲ通知シタル後ニ更ニ該權利ヲ取得シタル第三

取得者ニ對シテハ更ニ通知ヲ要スルコトナク抵當權ノ實行ヲ爲シ得ヘキモノトス

抵當權ノ實行ニヨリ地上權消滅シタル場合ニ地上權者ヨリ土地ノ賃貸ヲ爲シアル場合ト雖トモ其土地所有者ハ地上權者タリシ者ニ對シ明渡シノ請求ヲ爲シ得ヘキヤ

右ノ場合ニ於ケル地上權抹消登記請求ノ相手方

抵當權者カ抵當權ノ實行ヲナサントスルニ當リ抵當不動産ニ付キ所有權地上權又ハ永小作權ヲ取得シタル第三取得者アルトキハ此等ノ第三取得者ニ豫メ其實行セントスル旨通知スルヲ要スルハ民法第三百八十一條ノ規定ニシテ此通知ヲ受ケタル第三取得者ハ其ノ之ヲ受ケタル日ヨリ一ヶ月内ニ同第三百八十三條所定ノ手續ヲ爲スニアラサレハ抵當權ヲ廢除スルノ權利ヲ喪失ス而シテ右通知アリタル以後ニ於テ更ニ前記ノ權利ヲ取得シタル第三取得者ノ廢除權モ亦前同一期間内ニ限リ之ヲ行使スルコトヲ得ルニ止マルモノナルコト同第三百八十二條第三項ノ規定ニシテ行使スルコトヲ通知後ニシテ且前記期間經過後ニ於ケル前記權利ノ第三取得者ハ結局廢除權ヲ有セサルモノト謂フヘク然シテ特ニ規定ナキ以上其第三取得者カ其權利取得ノ當時既ニ右通知ノアリタルコトヲ知レルト否トニヨリ何等區別ナカルヘキナリ且一旦廢除權ヲ認メテ第三取得者ヲ保護スルト同時ニ一面抵當權者ノ利益ヲ看過スヘカラサルモノアルニヨル果シテ廢除權ヲ有セサル第三取得者アルコト叙上ノ如シトセハ斯カル第三取得者ニ對シ故ラニ抵當權實行ノ通知ヲ爲スノ要アルコトナク又從テ之ヲ爲スノ

義務ナキコト勿論ナリ然レテ被告矢野重吉カ本訴ノ地上權ヲ取得シタルハ明治四十三年六月二十九日ナルニ原告カ抵當權實行ノ通知ヲ爲シタルハ之ヨリ前同四年十二月二十五日ナルコト當事者間ニ争ヒナキ所ナルヲ以テ其間前期間ヲ經過シタルコト明白ニシテ同被告ニ對シテハ抵當權實行ノ通知ヲ爲サスシテ之ヲ實行スルモ毫モ違法ニアラサルナリ

第三ノ點ニ付キ案スルニ被告本件之助カ原告主張ノ如ク本訴地上權ヲ被告矢野重吉ヨリ讓受ケ其權利ヲ取得セルコト當事者間ニ争ヒナキ所ナルヲ以テ同被告カ地上權者トシテ本件不動産ヲ現ニ占有使用セルモノニ推定スヘキコト當然ナリ然ルニ被告ハ自ラ之ヲ占有セシメテ訴外株式會社本銀行ニ貸貸シ同銀行カ現ニ之ヲ占有使用セル旨主張スレトモ此點ニ關スル何等立證ヲ爲ササルカ故ニ之ヲ認ムルニ由ナシサレハ被告ハ本件不動産ノ占有者トシテ原告ノ請求ニ應シ之ヲ明渡ササルヘカラサルコト論ナシ尙ホ假リニ被告主張ノ如ク被告ヨリ右本銀行ニ貸貸シタル結果現ニ同銀行カ本件不動産ノ占有使用ヲ爲シ被告ハ之ヲ占有セサルモノトスルモ違ハ畢竟被告自身ノ行爲ニ原因セル被告ト本銀行間ノ内部關係ニ止マリ原告ノ關知セサル所ナルヲ以テ原告ニ對シテハ被告自ラ其責ニ任シテ之ヲ明渡スノ義務アリト謂フコトト得ヘキナリ

次ニ被告矢野重吉ニ對スル請求ノ當否ヲ案ツルニ登記簿上本件地上權カ被告矢野重吉ヨリ被告本件之助ニ移轉登記セラレアルコト甲第二號證ニヨリ明ナル所ニシテ該地上權ハ實體上原告所有權ニ對抗シ得ヘキモノニアラサルコトハ既ニ説明スルトコロナルモ被告本件之助ハ最後ノ該權利ノ登記名義人ナルヲ以テ登記簿上之ヲ存スルトキ原告主張ノ如ク一見尙被告本件之助カ該權利者ナル如ク思惟セラレ原告ノ所有權行使ニ障礙ヲ來スノ虞アルヲ免レサルニヨリ所有權保全ノ爲メ被告本件之助ニ對シ之カ抹消登記手續ヲ求ムルハ正當ナリト雖トモ被告重吉ハ本訴地上權ヲ既ニ被告本件之助ニ讓渡シ其後登記ヲ經タルモノナルカ故ニ同人ハ現ニ效力アル該權利ノ登記名義人ニアラサルコト明ニシテ該登記ハ只單ニ既往ノ歷史上存在スルニ止マルカ故ニ之ヲ抹消セサルモ原告ノ所有權行使ニ何等妨ケトナルヘキモノニアラサルヲ以テ唯形式上現ニ效力ヲ存スル最後ノ名義人タル被告本件之助ニ對シテ其登記抹消ヲ求ムレハ足り被告矢野重吉ニ對シテハ之ヲ求ムルノ要ナキモノトス(兩館地方裁判所四五年(ワ)五號民判決法律新聞八一八號二八頁)何レモ至當ノ說明ナリ異論ナレ

家督相續
人廢除
取消ノ訴

之助ニ對シ之カ抹消登記手續ヲ求ムルハ正當ナリト雖トモ被告重吉ハ本訴地上權ヲ既ニ被告本件之助ニ讓渡シ其後登記ヲ經タルモノナルカ故ニ同人ハ現ニ效力アル該權利ノ登記名義人ニアラサルコト明ニシテ該登記ハ只單ニ既往ノ歷史上存在スルニ止マルカ故ニ之ヲ抹消セサルモ原告ノ所有權行使ニ何等妨ケトナルヘキモノニアラサルヲ以テ唯形式上現ニ效力ヲ存スル最後ノ名義人タル被告本件之助ニ對シテ其登記抹消ヲ求ムレハ足り被告矢野重吉ニ對シテハ之ヲ求ムルノ要ナキモノトス(兩館地方裁判所四五年(ワ)五號民判決法律新聞八一八號二八頁)何レモ至當ノ說明ナリ異論ナレ

九七〇

被相續人ノ家族タル直系卑屬ハ左ノ規定ニ從ヒ家督相續人トナル

- 一 親等ノ異ナリタル者ノ間ニ在リテハ其近キ者ヲ先ニス
- 二 親等ノ同シキモノノ間ニ在リテハ男ヲ先ニス
- 三 親等ノ同シキ男又ハ女ノ間ニ在リテハ嫡出子ヲ先ニス
- 四 親等ノ同シキ嫡出子庶子及ヒ私生子ノ間ニ在リテハ嫡出子及ヒ庶子ハ女ト雖トモ之ヲ私生子ヨリ先ニス
- 五 前四號ニ掲ケタル事項ニ付キ相同シキ者ノ間ニ在リテハ年長者ヲ先ニス

九七二 第七百三十七條及ヒ第七百三十八條ノ規定ニヨリテ家族トナリタル直系卑屬ハ嫡出子又ハ庶子タル他ノ直系卑屬ナキ場合ニ限リ第九百七十七條ニ定メタル順序ニ從ヒテ家督相續人トナル

九七三 法定家督相續人ハ其姉妹ノ爲メニスル養子縁組ニヨリテ其相續權ヲ害セラルルコトナシ

九七四 第九百七十條及第九百七十二條ノ規定ニ依リテ家督相續人タルヘキ者カ家督相續ノ開始前ニ死亡シ又ハ其相續權ヲ失ヒタル場合ニ於テ其家ニ直系卑屬アルトキハ其直系卑屬ハ第九百七十條及ヒ第九百七十二條ニ定メタル順序ニ從ヒ其者ト同順位ニ於テ家督相續人トナル

九七七 推定家督相續人廢除ノ原因止ミ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第九百七十五條第一項第一號ノ場合ニ於テハ被相續人ハ何時ニテモ廢除ノ取消ヲ請求スルコトヲ得

前二項ノ規定ハ相續開始ノ後ハ之ヲ適用セス
前條ノ規定ハ廢除ノ取消ニ之ヲ準用ス
(參照)人事訴訟手續法三四 廢除ノ取消ノ目的トスル訴ニ付テハ廢除ニ因リテ推定家督相續人又ハ推定遺產相續人
ト爲リタル者ヲ以テ相手方トス

家督相續人廢除取消ノ許否

此訴ヲ提起スルコトヲ得ルモノハ推定家督相續人タルヘキ者ニシテ廢除ニヨリテ當
然此權利ヲ回復スルコトヲ得ヘキ場合ニ限ルモノト謂ハサルヲ得ス蓋シ推定家督相
續人カ相續開始前ニ於テ相續開始セハ相續人タルヘキ地位ニ在ルトキハ民法ニ於テ
之ヲ相續權ト稱シタルコト明ニシテ(民法第七百七十三條第九百七十四條等參照)一ノ
權利ナリト謂フ可ク而シテ此權利ハ相續開始セハ直ニ家督相續人トナル可キ者即
チ第一順位ノ者ノミ之ヲ有スルモノニシテ第二順位以下ノ者ハ單純ナル希望ヲ有ス
ルニ過キスシテ右ノ權利ヲ有セサルモノトス故ニ第二順位以下ノ者ハ推定家督相續
人ト云フコトヲ得サルモノトスルヲ相當トスヘク從ツテ廢除取消ノ訴ヲ許ササルモ
ノト解スヘキモノナリ故ニ廢除セラレル當時推定家督相續人タリシ場合ニ於テモ後
ニ他家ニ入りタル等ノ事由ニヨリ推定家督相續人タルコトヲ得サルニ至リタルトキ
ハ再ヒ推定家督相續人タル權利ヲ回復スヘキ事情發生スルニアラサレハ廢除ノ取消
ヲ請求スルコトヲ得サルモノトス從テ第九百七十七條第一項ニヨリ廢除取消ノ訴ヲ
爲スニハ廢除ノ裁判(民法施行前ニ係ルモノ)ニ在テハ廢續許可當時存在シタル廢除ノ
事由止ミタルコトヲ要スルハ勿論ナルモ尙其後右ノ如キ新ナル事情發生シテ推定家
督相續人タルヲ得サルニ至ラサルコトヲ要ス若シ右ノ如キ新ナル事情發生シタルト
キハ更ラニ推定家督相續人タルコトヲ得ヘキ事情發生スルニアラサレハ其訴ヲ爲ス
コトヲ得サルモノト解釋セルヲ相當トス若シ夫レ右ノ事情發生シタルカ爲メ推定家

督相續人トナルコトヲ得サルニ至リタルモノト雖トモ將來家督相續人タルヘキコト
ヲ豫想シテ廢除取消ヲ請求スルコトヲ得ヘキモノトセハ民法第九百七十七條ノ法意
ニ悖ルニ至ルヘキナリ加之人事訴訟手續法第三十四條ニ廢除取消ノ訴ニ付テハ廢除
ニヨリテ推定家督相續人トナリタル者ヲ以テ被告トナスヘキ旨規定シタルハ廢除取
消ノ結果推定家督相續人タル權利ヲ回復スヘキ者ト廢除ニ因リテ推定家督相續人ト
ナリタルモノト常ニ利害相反シタルモノト爲シタルカ故ニ外ナラサルヲ以テ此規定
ニヨリテ推論スルモ亦以上ノ解釋ヲ相當トセサルヲ得ス而シテ民法第九百七十二條
ニハ第七百三十七條及ヒ第七百三十八條ノ規定ニヨリテ家族トナリタル直系卑屬ハ
嫡出子又ハ庶子タル他ノ直系卑屬ナキ場合ニ限リ第九百七十條ニ定メタル順序ニ從
ヒテ家督相續人トナルト規定シテ同條第九百七十條ト相俟テ家督相續人トナル
可キ順序ヲ定メタル規定ニシテ他家ニアル親族ニシテ戶主ノ同意ヲ得テ入籍シ家族
トナリタル者ハ其以前ニ有シタル身分ノ如何ヲ問ハス即チ嘗テ其家ニ嫡出子又ハ庶子
督相續人タリシモノト雖トモ均シク同條ノ適用ヲ受ケ他ニ其家ニ嫡出子又ハ庶子
ル直系卑屬アル場合ニ於テハ家督相續人トナルコトヲ得サルモノトス(東京控訴院明
治四五年(ネ)二八四號民一部判決法律新聞八一八號二二頁)

親族入籍ノ手續ニヨリテ入家シタル場合ニ於テハ相續權ヲ回復スヘキモノニア
ラサルコトハ明白ナリ(民法三三六頁說明參照)
次ニ廢除取消ニヨリ相續權ヲ直チニ回復スル場合ニアラサレハ此ノ訴ヲ許サス
ト云フ見解亦正當ナルヘシ同趣旨判例アリ左ノ如シ

相續人廢除取消ノ訴ハ廢除ニ因リ其廢止セラレタル相續人ノ地位ヲ回復シ廢除ニ因

リテ相續人ト爲リタル者ハ其地位ヲ失却スル場合ニ限リ提起スルコトヲ得ヘキモノトス故ニ一旦廢除ノ上他家ニ入りタル者カ其原因全ク止ミタリトスルモ既ニ被相續人ノ家ニ嫡出子其他直系卑屬ノ存スル場合ハ廢除取消ニヨリテ相續ノ地位ヲ回復シ得サルモノナルヲ以テ廢除取消ノ訴ハ之ヲ許サス(四十一年十月十三日名古屋控訴院民二判決同彙報四卷二三號)

登記名義書替請求

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アラサレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

甲カ乙ヨリ贈與ヲ受ケタル不動産ヲ其登記前丙ニ讓渡シタル場合ニ於テ丙ハ直接乙ニ對シテ其登記名義書替ヲ請求スヘキ權利ナキモノトス

右贈與契約ノ趣旨ハ控訴人ノ主張スル所ニ依ルモ被控訴人ハ「スミ」ニ對シ本訴不動産ヲ其所有名義ニ書替登記手續ヲ爲スト云フニ在リテ控訴人ニ該地所ヲ贈與シ控訴人名義ニ登記手續ヲ爲ス可シトノ約旨ニアラサルコト明カナリ而シテ不動産登記ハ不動産ニ關スル權利ノ移轉等ニ付キ登記法ノ定ムル所ニ依リ其事項ヲ公示シ第三者ノ利益ヲ保護シ一般取引ノ安全ヲ期スルモノナレハ其登記關係モ亦事實ニ適合スル事ヲ要スルヲ以テ控訴人カ「スミ」ヨリ該地所ノ贈與ヲ受ケ被控訴人ニ對スル右契約上ノ權利ヲ讓受ケタルニセヨ被控訴人ニ對シ直接該地所ノ所有權移轉登記ヲ請求スヘキ權利ヲ取得セサルヤ當然ノ筋合ナリトス然ラハ控訴人カ被控訴人ニ對シ直接控訴人名義ニ贈與手續ヲ爲スヘク請求シタルハ固ヨリ其當ヲ得サルモノナレハ被控訴人カ右控訴人ノ催告ニ應セザリシトテ毫モ契約違反ナリト云フヲ得ス(長崎控訴院四五年

(*) 六九號民一部判決法律新聞第八一七號二四頁) 判決説明ノ根據ハ登記ハ實體法上ノ權利關係ト合致スルコトヲ要ス從ツテAヨリBBヨリCニ移轉アリタル場合ニCハBヲ除外シテ直チニAニ登記手續ヲ請求スルハ失當ナリトスルニ在リテ至當ノ見解トス

建物認度ムヘキ程度

八六 土地及ヒ定著物ハ之ヲ不動産トス 此他ノ物ハ總テ之ヲ動産トス 無記名債券ハ之ヲ動産ト看做ス

未成建物ト建物ト認ムヘキ程度

當審ニ於ケル檢證ノ結果ニヨレハ本件差押物件ハ整然タル礎石ノ上ニ柱梁桁等ヲ組立テタルモノニシテ柱ニハ各抜ヲ入レ已ニ棟上ヲ終ヘタル程度ニ於テ現存シ只爾後屋根天井ノ板張階上階下ノ床板ヨリ壁付瓦葺等ノ工事ヲ終了セハ以テ工事ノ竣成ヲ達クヘキ狀態ニ在リテ已ニ之ヲ建物ト稱シ得ルコト明カナリ(大阪控訴院四五年六月一五日民一判決法律新聞第八一七號二三頁)

至當ノ説明ナリ尙ホ民法二三頁建築中ノ家屋參照

賃借人ノ權利

六〇一 賃貸借ハ當事者ノ一方カ相手方ニ或ル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

賃借地ニ他人ノ建物存在シ賃借ノ目的ヲ達スルコト能ハサル場合ニハ賃借人ニ對シ其土地ノ引渡又ハ損害賠償ヲ請求スヘキモノニシテ家屋占有者ニ對シテ占有妨害ノ訴ヲ提起スヘキモノニアラス

賃借ハ當事者ノ合意ノミニヨリ成立ス賃借物ノ引渡シハ賃借ノ履行トシテ爲サルルニ過キス故ニ敷地賃借ノ成立ノ一事ヲ以テハ控訴人カ右敷地ヲ占有セルコトヲ認定スルニ足ラス……又控訴人ノ所謂占有權妨害トハ控訴人ハ敷地ヲ賃借シタルカ故ニ其引渡シヲ受ケ之ヲ占有スヘキ權利アリ而カモ被控訴人所有ノ本件家屋カ敷地上ニ存セル爲メ現ニ土地ノ引渡シヲ受ケタル得ス故ニ被控訴人ハ控訴人ノ占有スヘキ權利ヲ妨害シタル者也トノ趣旨ナルカ此ノ如クナレハ控訴人ハ宜シク賃借人ニ對シ敷地引渡シテ請求シ其履行ヲキニ於テ之レニ對シ損害賠償ヲ求ムヘキノミ第三者タル被控訴人ニ對シ賠償請求權ヲ主張スルヲ得サルハ債權タル賃借權ノ性質上當然ノコトニ屬ス……控訴人カ敷地ノ占有權ヲ有セリトスルモ地上ニ存スルノ故ヲ以テ直ニ家屋ヲ占有スルハ法律ノ許サル所ナリ……假令地上ニ存スルノ故ヲセヨ他人所有ノ家屋ヲ當然占有スヘキ何等ノ權利アルコトナシ(東京控訴院四五年(ホ)四一三號民二判決法律日日第一八〇號判例集九九頁)

三〇四

先取特權ハ其目的物ノ賣却貨貸減失又ハ毀損ニヨリテ債務者カ受クヘキ金錢其他ノ物ニ對シテモ之ヲ行フ

請負人カ買受木材ヲ材料トシテ建築ヲ爲シ之レカ爲メ注文主ヨリ受クヘキ代金ノ如キハ目的物ノ減失ニヨリ受クヘキ金錢ト云フヲ得ス即チ此代金ニ對シテハ先取特權ノ效力及ハサルモノトス

コトヲ得但シ先取特權者ハ其拂渡シ又ハ引渡前ニ差押ヲ爲スコトヲ要ス
債務者カ先取特權ノ目的物ノ上ニ設定シタル物權ノ對價ニ付キ亦同シ
三三三 動産賣買ノ先取特權ハ動産ノ代價及ヒ其利息ニ付キ其動産ノ上ニ存在ス

先取特權ヲ有スルヤ否ヤヲ調査スルニ原告代理人ハ伊藤角兵衛ハ債務者松下岩藏ニ對シ材木ヲ供給シ同人ハ該材木ヲ以テ第三債務者タル被告ノ建築ヲ請負ヒタルモノナルヲ以テ松下岩藏カ被告ヨリ受クヘキ該受負代金ハ材木ニ代位シ民法第三〇四條ニ所謂目的物ノ減失ニ依リ債務者ノ受クヘキ金錢ニシテ伊藤角兵衛ハ右受負金ニ付テ先取特權ヲ有スル旨抗爭スレトモ同條ノ規定ハ他ノ一般物權共通ノ性質ニ對スル一個ノ例外規定ヲ爲スモノナレハ最モ嚴密的ニ解釋スヘキモノニシテ同條ノ目的物ノ減失ニヨリテ債務者カ受クヘキ金錢其他ノ物トアルハ其減失トハ唯タ物理的ノ減失ニ限リタルニ非ラサルコトハ勿論ナレトモ然カモ其金錢其他ノ物ハ目的物ノ減失自體ニ因リ受取ル可キモノナラサル可カラシテ本件ノ如ク債務者カ先取特權者ヨリ供給セラレタル材木ヲ以テ第三債務者ヨリ請負ヒタル建物建築工事ノ完成ノ爲メニ其材料トシテ使用シ其工事完成ノ報酬トシテ受クヘキ請負金ノ如キハ目的物タル材木ノ減失自體ニヨリ債務者カ受クヘキ金錢ニ該當セサルモノト認ムルヲ相當トス(大阪地方裁判所四五年(ワ)四九五號民三判決法律新聞八一六號二四頁)

至當ノ見解異論アルヘキ筈ナシ

不法行為
詐欺
詐欺
手段ニヨ
リテ行政
裁判勝訴

七〇九 故意又は過失ニヨ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ヌ
山林下戻ニ付詐欺手段ニヨリ行政裁判ノ勝訴ヲ得確定判決トナリタル後刑事訴
追ヲ受ケ有罪判決アリタル場合ノ如キハ不法行為トシテ國家ニ對シ賠償責任ヲ
免レサルモノトス

民事裁判所ノ判決ノ本領ハ私權ノ保護ニアリ行政裁判所ノ判決ノ本領ハ行政法規ニ
ヨリテ與ヘラレタル個人ノ權利ノ保護ニアリ等シク權利ノ存在不在ヲ宣言シ之ヲ
確定スルモノニシテ之ヲ創設シ消滅スルモノニアラス然ルニ裁判所カ實際存在スル
權利ヲ存在セスト宣言シ實際存在セサル權利ヲ存在スルモノト宣言シ客觀的ノ眞實
ニ背反スル不當認定ノ判決ヲ爲シタル場合ニ於テハ恰モ實在ノ權利ヲ消滅シ不在
ノ權利ヲ創設スルカ如キ判決ノ本領ニ悖リタル結果ヲ生スルハ免レスト雖トモ不當
認定ノ判決モ亦判決タルヲ失ハサルカ故ニ其確定ニヨリテ既判力ヲ生スルハ止ム
得サル處ナリトス然レトモ訴訟當事者カ右ノ如キ不當認定ノ判決ヲ得ルニ至リタル
手段方法カ刑事裁判所ニ於テ犯罪行為トシテ處罰スヘキモノナルコト明確トナリ
ル以上勝訴者ハ故意ヲ以テ國家ノ裁判機關ヲ通シ敗訴者ノ權利ヲ侵害シ之レニ損害
ヲ加ヘタルモノトシテ不法行為ノ責任ニ任スヘキモノト論定セサル可カラズ若シ夫レ
斯クノ如キ有責違法ノ行為ニヨリテ他人ノ權利ヲ侵害シ損害ヲ加ヘタルモノカ徒ニ
不當認定判決ノ既判力ノ威力ヲ藉リテ不法行為ノ責任ヲ免ルルコトヲ得ルモノトセ
ハ違ニ民法第七百九條ノ適用ヲ故ナク局限シ不法行為者ヲ保護シ被害者ヲ救済セザ
ル不當ナル結果ヲ生スルニ至ルヘシ(和歌山地方裁判所民判決法律新聞第八一六號二

至當ノ見解異論ナシ而シテ如斯行為カ詐欺罪ヲ構成スヘキコトハ刑法七三頁支
拂命令ノ申請ニヨル詐欺罪參照

選定相續
人順位ニ
反スル決
議

九八五 前條ノ規定ニ依リテ家督相續人タル者ナキトキハ親族會ハ被相續人ノ親族家族分家ノ戶主又ハ本家若クハ
分家ノ家族中ヨリ家督相續人ヲ選定ス
前項ニ掲ケタル者ノ中ニ家督相續人タルヘキ者ナキトキハ親族會ハ他人ノ中ヨリ之ヲ選定ス
親族會ハ正當ノ事由アル場合ニ限リ前二項ノ規定ニ拘ハラス裁判所ノ許可ヲ得テ他人ヲ選定スルコトヲ得
九五 親族會ノ決議ニ對シテハ一个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

選定相續ノ順位ニ反スル決議ハ當然無効ニアラスシテ裁判所ノ宣言ニヨリ無効
トナルモノトス

案スルニ被控訴代理人ハ本訴決議ハ民法第九百八十五條第一項ニ違背シ實質上決議
ノ效力ナキコトヲ理由トスルモノナレハ決議無効ノ訴ヲ爲スハ格別決議取消ノ訴ヲ
爲ス可キモノニアラスト抗爭スルモ民法第九百八十五條第一、二項ハ絶對的規定ニア
ラサルコトハ同條第三項ニ裁判所ノ許可ヲ受クル時ハ右條項ニ拘ハラス他人ヲ選定
スルヲ得ル旨規定セルニ依リ明カナリトス從テ同條ノ規定ニ違背シタル決議ハ民法
第九百五十一條ノ訴ニ依リ無効トナルヘキ素質ヲ有スル者ト云フヲ得ヘキモ實質上
無効トス可キ重大ナル瑕疵アル決議ナリト看做スコトヲ得ス(長崎控訴院四四年(ホ)三
三號民一判決法律新聞八一八號二七頁)

判例ハ當然無効ニアラストノ説即チ本判決ト同趣旨ナルモ(三七年大審院判決錄九〇年同上五)有力ナル學者ノ反對アリ(頁說明參照)

民法四百
條ノ性
質
如何
強制
履行
ノ意
義如
何

四一四 債務者カ任意ニ債務ノ履行ヲ爲ササルトキハ債權者ハ其強制履行ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但シ債務ノ性質カ之ヲ許ササルトキハ此限リニアラス
債務ノ性質カ強制履行ヲ許ササル場合ニ於テ其債務カ作爲目的トスルトキハ債權者ハ債務者ノ費用ヲ以テ第三者ニ之ヲ爲サシムルコトヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但シ法律行爲目的トスル債務ニ付テハ裁判ヲ以テ債務者ノ意思表示ニ代フルコトヲ得
不作爲目的トスル債務ニ付テハ債務者ノ費用ヲ以テ其爲シタルモノヲ除却シ且將來ノ爲メ適當ノ處分ヲ爲スコトヲ請求スルコトヲ得
前三項ノ規定ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ケス
(參照)民訴七三三 民法第四百十四條第二項及ヒ第三項ノ場合ニ於テハ第一審ノ受訴裁判所ハ申立ニ因リ民法ノ規定ニ從ヒテ決定ヲ爲ス
債權者ハ同時ニ其行爲ヲ爲スニ依リ生ス可キ費用ヲ豫メ債務者ニ支拂ヲ爲サシムル決定ノ宣言ヲランコトヲ申立ツルコトヲ得但シ其行爲ヲ爲スニ因リ此ヨリ多額ノ費用ヲ生スルトキ後日其請求ヲ爲ス權利ヲ妨ケス
同七三四 債務ノ性質カ強制履行ヲ許ス場合ニ於テ第一審ノ受訴裁判所ハ申立ニ因リ決定ヲ以テ相當ノ期間ヲ定メ債務者カ其期間内ニ履行ヲ爲ササルトキハ其遲延ノ期間ニ應シ一定ノ賠償ヲ爲スヘキコト又ハ直チニ損害ノ賠償ヲ爲スヘキコトヲ命スルコトヲ要ス

民法四一四條ハ訴權ニ關スル要件ヲ規定シタルモノナリヤ
同條ニ所謂強制履行ノ意義如何ン

第一項 民法四一四條ノ規定ノ性質
本條ハ所謂訴權(訴權ノ意義種々ニ用ヒラルルト雖トモ予ハ之ヲ狹義ニ用ヒ國家ノ裁

判機關即チ裁判所ニ對シテ判決ヲ請求スル權利即チ判決請求權ノ意義ニ用ユニ關スル要件ヲ規定シタルモノナリヤ否ヤ大審院ハ本條ハ訴權ニ關スル要件ヲ規定シタルモノナリトノ見解ヲ取リ公正證書作製ノ手續ヲ爲スヘキ債務ハ即チ作爲ノ債務ニシテ其性質トシテ強制履行ヲ許ササルモノナルヲ以テ本訴請求ハ法律上之ヲ許ス可カラサルモノナリトスト云ヒ明治三十八年(オ)第八十四號又上告人ニ對シテ請求スル清算ハ……相手方ノ作爲ニ外ナラサルコトハ訴訟記録ニ徴シテ毫モ疑ヲ容ルヘキニアラス……要スルニ民法第四百十四條ニ所謂強制履行ヲ許ササル性質ヲ有スルモノナレハナリト(明治四十年(オ)第九十七號)又廣島控訴院モ亦同一趣旨ノ判決ヲ爲セリ(法律新聞四八〇號八頁所載)
此等ノ判例ノ趣旨ニ依レハ強制履行ノ爲メニ非ス單ニ債權ヲ確定シ給付ヲ命シテ貫フタケノ目的ノ爲メニモ即チ訴ヲ提起スルコトヲ得ス唯リ損害賠償ノ請求トシテ訴ヲ提起スヘキモノト爲スナリ
此等ノ判例ノ誤レルコトハ多言ヲ要セス故梅博士及ヒ川名博士ノ夙ニ其非ヲ唱導セラレタル所ナリ(法學志林十卷四號七頁法學協會雜誌二十七卷十一號八二一頁以下)
民法第四百十四條第一項但書ハ訴權ニ對スル制限ニアラスシテ強制履行ノ制限ト解セサルヲ得ス隨テ未必條件ハ判決ヲ求ムルコトヲ得ヘシ即チ或ル行爲ヲ爲スヘシ若シ之レヲ爲ササルトキハ金何圓ノ損害金ヲ支拂フヘシトスルカ如シ本條ノ解釋ニ關シ明治三十四年中東京地方裁判所カ民法第四百十四條ハ遲滯ノ效力トシテ強制履行ノ訴ヲ許スヤ否ヤニ關スルモノニアラスシテ強制履行ニ關スル規定ナリト判決シタルハ洵ニ其當ヲ得タメルノト云フヘシ(法律新聞四七號十頁所載)
第二項 制履行ノ意義
民法第四百十四條第一項乃至第三項ハ強制執行ニ關スル規定ナリトスルモ同條ハ凡ソ

債務ハ之ヲ二分シ強制履行ヲ許スモノト然ラサルモノトノ二種トナセリ又民訴七百三十四條ハ汎ク債務ノ性質カ強制履行ヲ許スモノニ付テノ執行ノ方法ヲ規定セリ故ニ強制履行ナル文字ノ意義ヲ定メサル可カラズ

第一説 茲ニ債務ノ性質カ強制履行ヲ許ストキハト云フハ直接間接ノ強制手段ヲ問ハス強制執行ヲ許スノ意ナリト最モ廣ク解スルモノ石坂博士ノ見解之レナリ(同博士日本民法債權篇七八頁)然レトモ第二項ノ場合即チ第三者ヲシテ代リテ爲サシムル場合ハ間接ノ強制手段ナルモ而カモ法文ハ強制履行ヲ許ササル場合ト爲セリ故ニ法文ニ反スル結果ヲ生ス

第二説 強制履行トハ間接ノ強制手段ニヨリテ債務者ノ意思ヲ抑壓シテ債務者ヲシテ自ラ債務ノ履行ヲ爲サシムルコトヲ謂フト解セリ(明治大學創立三十年記念號學叢二四頁仁井田博士論文)然レトモ此ノ見解ハ強制執行ノ中ニ包含セサルコトナリ不都合ナルノミナラス同條第二項ニ於テ代替的作爲ノ義務ノ執行ヲ規定シ之ヲ以テ債務ノ性質上強制履行ヲ許ササルモノト見タル主意ト相反ス

第三説 茲ニ強制履行トハ直接ノ強制執行ノ意ニ外ナラス之ニ相對スルモノハ間接ノ強制(Vis Compulsiva)ニシテ例ヘハ罰金拘留一定ノ賠償ニヨリテ債務者ノ意思ヲ抑壓シテ債務ヲ履行スルノ已ムヲ得サルニ至ラシムルコトヲ云フト解セリ(川名博士法學總會雜誌二六卷論說欄八二七頁(Senffert, J. et auct. IHS.569; Fitting 12 te aufl.575f)) 然リト雖モ第三説ニヨルトキハ民訴七百三十四條ノ強制履行ノ意義ヲ解スルコト能ハサラシム

予輩ハ第四説トシテ強制履行ナル文字ハ民法ト民事訴訟法トニ於テ別々ノ意味ニ解スルヲ至當ト信スルナリ即チ民法ノ強制履行トハ直接ノ執行ヲ許ス場合ト解シ民訴第七百三十四條ハ間接ノ執行ヲ許ス場合ト解スルナリ是レ恐ラクハ民法立案者ト民事訴訟法立案者トカ強制履行ナル文字ノ使用解釋ニ付キ異ナリタル見解ヲ持シタル

カ故ナルヘシ(加藤法學博士法學志林一四卷九號三八頁以下)

民訴學者ハ大體ニ於テ本論ト同趣旨ニ解スルモノノ如シ殊ニ板倉學士ハ或ル事業ノ報告ヲ爲ス義務又ハ俳優ノ演技義務ノ如キハ強制履行ヲ許ス不代換的ノ作爲ヲ目的トスル債權ニシテ之カ執行方法ハ民訴七三四條ノ間接ノ執行方法ニ依ルヘキモノト説明シ岩田學士モ亦同趣旨ノ説明ヲ爲セリ(板倉氏法政大學講義錄六編以下三三八頁岩田氏民訴法原論下卷二九二、三九四頁)即民法四一四條ニ履行ヲ許ササルモノナルモ民訴七三四條ニ於テハ之ヲ許スト解スルモノナリ

債務履行
場所
履行
損害

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實ニ歸スヘキ事由ニ因リテ履行ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルトキ亦同シ

四一六 損害賠償ノ請求ハ債務者ノ不履行ニ因リテ通常生スヘキ損害ノ賠償ヲ爲サシムルヲ以テ其目的トス特別ノ事情ニ因リテ生シタル損害ト雖トモ當事者カ其事情ヲ豫見シ又ハ豫見スルコトヲ得ヘカリシトキハ債權者ハ其賠償ヲ請求スルコトヲ得

四一七 賠償ヲ爲ス可キ場所ニ付キ別段ノ意思表示ナキトキハ特定物ノ引渡ハ債權發生ノ當時其物ノ存在セシ場所ニ於テ之ヲ爲シ其他ノ場所ハ債權者ノ現時ノ住所ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要ス

履行ノ場所以外ニ送先場所ヲ特約シタルトキト雖トモ履行ノ場所ニ於テ引渡ヲ爲サハ其履行ヲ完了シタルモノトス

債務不履行ニヨル損害ト云フヲ得サル場合

債務不履行ニヨル損害ノ立證責任
特別ノ事情ニヨリテ生シタル損害

第一號證ニ受渡場所トアルハ如何ナル意義ナルヤヲ審究スルヲ要ス凡ソ物ノ所有權
移轉ヲ目的トスル債務ニ付テハ履行ノ場所以外ニ特約ニヨリ目的物ヲ送付スヘキ送
先場所ヲ定ムルコト往々之レアルモノトス是レ債權者カ其目的物ヲ履行ノ場所以外
ニ於テ使用スルノ必要アルトキニ多ク見ル所ナリ履行ノ場所ト云フハ債務ノ履行ヲ
爲スヘキ地點ニシテ物ノ所有權ヲ移轉スヘキ債務ニアリテハ引渡シテナスヘキ場所
ヲ云フ故ニ右ノ場所ニ於テハ債務者ハ履行ノ場所ニ於テ引渡シテ爲スノ外特約ニ基キ
送先場所ニ送付スルノ義務アルモ履行ノ場所ニ於テ引渡シアルトキハ已ニ其物ノ權
利及ヒ占有ヲ移轉スヘキ債務ノ履行ヲ完了シタルモノト云フヘシ從テ民事訴訟法第
十八條ノ裁判管轄民法第四百三條ノ爲替相場ノ標準其他損害賠償價格計算ノ標準等
ハ此履行場所ヲ包含スル履行地ニ於テ定マルモノニシテ送先地ニ於テ定マルモノニ
アラス

被控訴人ハ明治四十年八月一日ヨリ同年八月二十日マテ石工一日七人ツツヲ募集シ
置キタルニ石材ノ送致ナカリシ爲メ石工ヲシテ徒ラニ時間ヲ空過セシメタルヲ以テ
其間ニ支拂ヒタル工賃百二十六圓ヲ損害トシテ賠償ヲ求ムルモ乙第一號證ノ契約ハ
控訴人カ明治四十年八月一日ヨリ石材切出シニ着手シ同年九月二十日迄ニ引渡シテ
了スヘキコトヲ約シタルモノニシテ必ラス八月一日ヨリ毎日若干額宛ノ石材ヲ引渡
スヘキコトヲ約シタルモノニアラス同年八月一日以後八月二十日迄ニ石材ノ送致ナ
カリシトスルモ債務ノ不履行トナラス故ニ假令被控訴人カ石材送致前八月一日ヨリ
八月二十日迄石工ヲ雇入レ仕事ヲサシメスシテ工賃ヲ支拂ヒタリトスルモ控訴人

ノ債務不履行ノ結果生シタル損害ナリト云フコトヲ得ス
被控訴人ハ明治四十年九月二十七日ノ竣工期限ニ工事竣成シタランニハ直チニ請負
金ノ下附ヲ得ヘカリシニ控訴人カ石材ノ送致ヲ遅延シタルニヨリ工事ノ竣成遅レ從
テ請負金ノ下附遅レタルヲ以テ其間ノ年五分ノ利息ヲ損害トシテ賠償ヲ請求スルヲ
以テ之ヲ案スルニ假令控訴人ヨリ石材ヲ乙第一號證契約ニ定メタル明治四十二年九
月二十日迄ニ滞リナク送致シタリトスルモ被控訴人ハ工事ニ必要ナル石材以外ノ諸
材料ノ買入石工土工等ノ雇入其他諸費用ノ支出ヲ爲スニアラサレハ工事ヲ完成シテ
所定ノ請負金ノ下附ヲ受クルコトヲ得サルモノナレハ控訴人ノ債務不履行ノ結果ト
シテ被控訴人ハ工事竣成遅延ノ爲メ請負金ノ利息ヲ得ルコト能ハサル損失ヲ被ムル
ト共ニ此等各費用支出ノ猶豫ヲ爲スコトヲ得テ其利息ヲ收ムルノ利益ヲ獲タルモノ
ト推測セサルヲ得ス茲ニ於テカ從來損得相殺ト稱スル問題ニ一瞥ヲ與フルノ必要ヲ
生ス即チ損害賠償義務發生ノ事實ニ依リ被害者カ損害ト共ニ利益ヲ得ルノ事情アル
トキハ舉證ノ責任ハ何レニアルカヲ考フルニ或ハ利益ノ生シタルコトハ債務者之レ
ヲ立證スヘキモノナリト論スルモノナキニアラサレモ利益カ損害ヨリ後レテ發
生スヘキモノナルトキハ其說一理ナキニアラサレモ利益カ損害ト同時ニ若クハ之レ
ヨリモ早ク發生スヘキモノナルトキハ損害ハ全ク打消サレ又ハ減殺セララルモノナ
レハ全然損害ナキカ又ハ利益ニヨリ減殺セラレタル殘餘部分ノミ損害トナルモノナ
リ其利益ヲ顧ミスシテ單ニ損害ヲ云爲スルハ皮相觀察タルニ過キス故ニ當事者ノ陳
述ヨリ利益カ損害ト同時ニ若クハ損害ニ先キテ發生シタリト推測セラレヘキ事情
顯ラハレタルトキハ此事情ハ債權者ノ主張スル損害ノ存否ニ關係スルモノナレハ債
權者ニ於テ損害ノ存在即チ利益不發生ノ立證ヲ爲ス責任アリト云フハ解ス可カラサルナリ故ニ前顯ノ問題ニ付テ
利益發生ノ立證ヲ爲ス責任アリト云フハ解ス可カラサルナリ故ニ前顯ノ問題ニ付テ

ハ一ノ區別ヲナシ利益ノ發生カ損害ノ發生ヨリ後ルル場合ニハ一旦存在シタル損害カ後ノ事實ニ依リ消滅又ハ減少ス可キモノナレハ當事者ノ陳述ヨリ此ノ如キ事實アリト推測セラルル事情アル場合ニ於テハ債權者ノ主張スル損害ノ消滅即チ利益發生ノ事實ヲ立證スルノ責任アリトス之レニ反シテ利益力損害ノ發生ト同時ニ若クハ之ニ先テ推測セラルルヘキ事情顯ラハレタル場合ニ於テハ損害ノ存否ニ關スル問題ナレハ前記説明ノ理由ニヨリ債權者ニ於テ損害ノ存在スルコト即チ利益ノ發生セサル事實ヲ立證スルノ責任アリト謂フヘキナリ本件ニ付テ之ヲ見ルニ被控訴人カ工事ヲ落成セシムルニ付キ要スル各費用ノ支出ヲ差加ヘ其利息ヲ收ムルコトヲ得タリト推測セラルル利益ハ決シテ工事竣成遅延ノ爲メ請負金ノ利息ヲ受クルコトヲ得サリト損害ノ後ニ發生シタルモノト云フヘカラス控訴人ノ債務不履行(假リニアリトスルモ)ノ結果工事ヲ爲スコトヲ得サルニ至リ工事ヲ爲スコトヲ得サル結果一方ニ於テハ其竣功期ノ遅延及ヒ請負金下附ノ遅延ヲ生シ爲メ被控訴人ハ其利息ノ損失ヲ被ムルニ至リタルト同時ニ他ノ一方ニ於テハ其石材ヲ用ヒテ工事ノ完成ヲ爲スコトヲ得ヘキ諸ヲナシ其利益ヲ收ムルコトヲ得ルノ利益ヲ有シタルモノト推測セラルル事情アリトモノナルヲ以テ利益ト損害トハ同時ニ發生シタルモノト推測セラルル事情アリト解スルヲ相當トス故ニ債權者タル被控訴人ニ於テ此ノ如キ利益ヲ得タルコトナク其主張スル如キ損害カ現在シタルカ若クハ利益ヲ獲タルモ損害ヨリ少クシテ其ノ差額ノ損害ヲ被リタルカノ事實ヲ立證スルノ責任アリトス

降雪ニヨリ已成ノ石垣ノ破壊センコトヲ慮リ其防衛ノ爲メ明治四十年十二月一日ヨリ馬場重太郎ニ託シ外一名ト共ニ工場ヲ監視セシメタル人夫賃金九十七圓六十錢ノ賠償ヲ請求スルモ假令控訴人ニ債務不履行ノ責アリトスルモ證人馬場重太郎ノ證言ニヨレハ此ノ如キ工場監視ヲ必要トスルニ至リタルハ數地ノ窪地ニ水カ溜リ又タ降

何レモ至當ノ見解ト信ス

雪ノ早カリシヲ以テ雪水ノ爲メ石垣ヲ積ミアル部分ヲ崩ス虞レアリタルニ因ル故ニ之ヲ豫防スル爲メニ費用ヲ要シタルハ通常ノ事情ニヨツテ生スヘキ損害ナリト云フコトヲ得ス且ツ控訴人ニ於テ之レヲ豫見シ又ハ豫見シ得ヘキモノナルコトノ立證ナキヲ以テ其賠償ノ請求ハ理由ナシトス(東京控訴院四一(ホ)四五二號民一部判決法律新聞八一七號一九頁以下)

假處分供託金ノ性質

第三者ノ供シタル假處分供託金

假處分供託金ノ供託ハ法律上質權ノ設定ニ準スル效力ヲ生スヘキモノトス

第三者カ假處分命令申請人ノ爲メニ供託ヲ爲スコトハ敢テ違法ニアラサルカ故ニ本件供託ハ之ヲ無効ナリト論スルハ失當ナリ

我法律ニハ供託シタル金錢又ハ有價證券ニ對スル被假處分者ノ權利ニ付キ特ニ明言スルトコロナシト雖トモ供託行爲自體ニヨリテ法律上質權ヲ設定シタルト同一ノ效力ヲ生スルモノト解セサルヘカラス而ラハ供託ノ效果ハ供託物自體(若シ供託物カ一且金庫ノ所有ニ移ルトキハ其返還請求權)ヨリ損害ノ填補ヲ受クル權利ニシテ供託物ヲ離レ其價格ヲ限度トシテ一種ノ對人的擔保義務ヲ發生セシムルモノニアラスト云ハサルヘカラス故ニ被控訴人ハ須ラク質權實行ノ方法ニ準シテ供託物ヲ賣却シ其賣却金中ヨリ損害ノ填補ヲ爲スヘシ然ルニ專茲ニ出テス控訴人カ供託セル社債權ノ價

格ノ範圍内ニ於テ法律上保證義務ヲ負擔スルト同一ノ效果發生セルモノト解シ之レニ基キ金員ノ支拂ヲ求ムルハ失當ニシテ之レヲ認容シタル原判決モ亦失當ナリ(東京控訴院四五年(ホ)七〇號民三判決法律日第一八〇號判例集一〇一頁)

假處分保證金ハ他ノ債權者ノ左右シ能ハサル所ニシテ優先的效力ヲ生スルカ故ニ之ヲ質權ニ準スル效力アリト解シタルハ正當ナルヘシ

準消費貸借ノ成立

五八八

消費貸借ニ因ラスシテ金錢其他ノモノヲ給付スル義務ヲ負フ者アル場合ニ於テ當事者カ其物ヲ以テ消費貸借ノ目的ト爲スコトナリシタルトキハ消費貸借ハ之ニ因リテ成立シタルモノト看做ス

準消費貸借ノ成立スルニハ給付義務ヲ負フ者ニ於テ給付スヘキ金錢其他ノ物ハ確定セル數量ノ物ナラサル可カラズ然ルニ甲第一號證ノ一被控訴人日勝ノ收入財産中ヨリ毎月金八十三圓三十三錢三厘ヲ控除シタル殘額ノ二割五分ニシテ其額ハ收入財産ノ多寡ニ應シ毎月増減スヘク決シテ確定不動ノモノニアラス其給付スヘキ物ノ總額ハ金二萬七千八百圓ナリト認ムルニ由ナク結局民法第五百八十八條ニ依リ金二萬七千八百圓ノ準消費貸借ノ成立スヘキ理由ナキカ故ニ甲第七號證ノ契約ハ到底無効ニシテ該號證ハ債務名義タルニ適セルモノトス(大阪控訴院明治四四年(ホ)三〇九號民二判決法律新聞八一八號二四頁)

民法第五百八十八條ニ依リ準消費貸借ノ成立スルニハ給付義務ヲ負フモノニ於テ給付スヘキ金錢其他ノ物ハ確定セル數量ノ物ナラサル可カラズ然ルニ甲第一號證ノ一被控訴人日勝ノ收入財産中ヨリ毎月金八十三圓三十三錢三厘ヲ控除シタル殘額ノ二割五分ニシテ其額ハ收入財産ノ多寡ニ應シ毎月増減スヘク決シテ確定不動ノモノニアラス其給付スヘキ物ノ總額ハ金二萬七千八百圓ナリト認ムルニ由ナク結局民法第五百八十八條ニ依リ金二萬七千八百圓ノ準消費貸借ノ成立スヘキ理由ナキカ故ニ甲第七號證ノ契約ハ到底無効ニシテ該號證ハ債務名義タルニ適セルモノトス(大阪控訴院明治四四年(ホ)三〇九號民二判決法律新聞八一八號二四頁)

契約解除ニ於ケル原狀回復ハ不當利得ノ法理ニ基ク

五四五

當事者ノ一方カ其解除權ヲ行使シタルトキハ各當事者ハ其相手方ノ原狀ニ復セシムル義務ヲ負フ但シ第三者ノ權利ヲ害スルコトナリ得ス
前項ノ場合ニ於テ返還スヘキ金錢ニハ其受領ノ時ヨリ利息ヲ附スルコトヲ要ス
解除權ノ行使ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ケス

契約解除ニ於ケル原狀回復ハ不當利得ノ法理ニ基クヤ

本問ニ付キ西川法學士ハ契約解除ハ其效果トシテ既存ノ契約ヲ除却シ其契約ニ依リ發生シタル債權關係ヲ消滅セシム故ニ未タ履行セラレサル債務ハ消滅シ又解除サレタル契約ニ基キ給付アリタル場合ニハ給付行為ハ解除ニ因テ其原因ヲ失フニ至ルヲ以テ不當利得ノ返還請求權ヲ生スヘシ何トナレハ給付ノ原因缺如シタルニ拘ラス其儘之ヲ放任スルニ於テハ受益者ハ法律上ノ原因ナクシテ他人ノ損害ニ於テ自己ヲ利得スル不公平ノ結果ヲ來タセムナリ民法第五百四十五條第一項ニ於テ原狀回復ノ義務ヲ認メタル所以モ亦茲ニ存スヘク隨テ同條規定ノ根據ハ不當利得ニ關スル原則ノ適用ニ外ナラスト解スルヲ相當トスヘシト説明サル(法學士西川一男民法學新報二二卷一〇號一〇五頁以下要領)

同說

五四五條ハ元來不當利得ノ法理ニヨルモノナレトモ單ニ不當利得ノ規定ニ從テノミ返還セシムルハ正當ナラサルカ故ニ法律カ特ニ嚴格ナル返還義務ニ服スヘキモノト爲シタルモノナリ(竹田學士京都法學協會雜誌三卷二號九四頁以下)

反對

五四五條ノ原狀回復ノ義務ハ不當利得ノ返還義務ニ類似スルモ其性質效果共ニ重要

民法

抵當權ノ
附屬セシ
土地ニ對
スル強制
執行ト永
小作權ノ
關係

ナル差異アリ原狀回復ノ義務ハ各當事者ヲシテ契約成立以前ノ狀態ニ復セシムルコトヲ目的トスルモ不當利得ノ返還請求權ハ相手方ノ受ケタル利益又ハ現ニ存スル利益ヲ返還セシムルヲ目的トシ利得者ハ其受ケタル利益ヲ返還スルハ足ル返還權利者ノ財産上ノ地位カ原狀ニ復スルト否トチ問ハス故ニ原狀回復ノ義務者ハ自己ニ何等ノ利得ナキ場合ト雖モ相手方ノ損失ニ付キ返還義務ヲ負擔ス又惡者ノ受益者ハ一切ノ利益ヲ返還スル義務ヲ負フモ原狀回復ノ義務者ハ其責ニ歸スヘカラサル事由ニ因ル回復ノ不能ニ付テハ一般ノ原則ニ從ヒ其責ヲ免ル(横田博士債權各論一九三頁以下岡松博士法學新報一九卷三號八二、八三頁參照)

吾人ハ反對説ヲ正當ト信ス

三八一 抵當權者カ其抵當權ヲ實行セント欲スルトキハ豫メ第三百七十八條ニ掲ケタル第三取得者ニ其旨ヲ通知スルコトヲ要ス

(參照)民法六四九 差押債權者ノ債權ニ先タツ債權ニ關スル不動產ノ負擔ヲ競落人ニ引受ケシムルカ又ハ賣却代金ヲ以テ其負擔ヲ辨濟スルニ足ル見込アルトキニ非サレハ賣却代金ヲ爲スコトヲ得ス

同六五六 裁判所ハ最低競賣價格ヲ以テ差押債權ニ先タツ不動產上ノ總テノ負擔及ヒ手續ノ費用ヲ辨濟シテ剩餘アル見込ナシトスルトキハ差押債權者ニ其旨ヲ通知ス可シ(下略)

抵當權ノ設定セラレタル土地ニ對シ永小作權ヲ取得シタル者アル場合ニ於テ其後土地所有者ノ一般債權者ヨリ其土地ニ對シテ競賣ノ申立ヲ爲シ競落許可ノ決定アリタルトキハ永小作權ハ消滅スヘキモノナリヤ

本問題ニ付テ曩ニ東京控訴院ハ判決理由中ニ永小作權ハ消滅スト列示シタルニ對シ

(法律新聞八〇六號二頁參照)大阪山口銀行員西村孝三氏ハ左ノ理由ノ下ニ反對ノ意見ヲ發表セラレタリ

(一)永小作權設定後ニ於テ一般債權者ノ申立ニ因テ土地カ競賣ニ附セラレルモ永小作權ノ效力ニ影響ヲ及ボササルヘキハ一般ノ原則ナリ本問ノ場合ニ於テハ永小作權ニ優先スヘキ抵當權ノ設定アリ競賣ノ結果民法六四九條ニ依リ抵當權ノ消滅ヲ來スカ故ニ其必然ノ結果トシテ永小作權モ消滅スト解スルカ如キモ之レ非ナリ蓋シ抵當權ノ實行ニ因テ永小作權ノ消滅スルハ實體法上抵當權ノ效力トシテ追及權ヲ有スルカ故ニ永小作權ノ消滅カ抵當權ノ消滅ニ因ル必然ノ結果ニアラサルナリ

(二)本問ノ場合ハ抵當權ノ實行ニアラスシテ一般金錢債權者カ債權ノ效力ニ基キ強制競賣ヲ爲スモノナリ即チ抵當權ト永小作權トカ相抵觸スル場合ニ非サルカ故ニ抵當權ヲ害スルカ故ニ永小作權ハ消滅ストノ理論ハ適用スヘキモノニ非ス此場合ニ抵當權ノ消滅スルハ民法六四九條ノ規定ニ因ルニ外ナラス而シテ民法上斯ノ如キ場合ニ永小作權ノ消滅スヘキ規定ナク又實體法上登記シタル永小作權者ハ後ニ一般債權者ノ權利行使ニヨリテ不利益ヲ蒙ルヘキ規定ナシ

(三)一般債權ニ基ク強制競賣ノ場合ニハ競賣申立者ニ於テ民法三八一條ノ通知ヲ爲スノ義務ナキハ明ナリ蓋シ此競賣ハ第三取得者ノ權利ニ影響ヲ及ボスコトナキカ故ナリ本問ノ場合ニ於テ通知ヲ要セサルモ猶ホ永小作權ハ消滅スヘシトセハ民法三八一條ト矛盾スルニ至ル何トナレハ抵當權ノ實行ニ付テモ此通知ヲ要スルニ一般債權ノ實行トシテ此通知ヲ要セスシテ永小作權ヲ消滅セシムトセハ等シク第三取得者ノ權利消滅ニ關シ甚シキ不權衡ヲ生スヘケレハナリ

以上ノ理由ニヨリ余ハ抵當權ハ消滅シ永小作權ハ消滅セサルモノト解ス但シ永小作權者ハ大ナル利益ヲ得ヘシト雖モ之レ一般債權者ニ優先スル當然ノ結果ニシテ之カ