

ハ明治二十一年七月九日生ニシテ同二十七年十月一日芳平ノ養子トナリ同日更ニ堺市大濱通四丁目十八番屋敷ニ分家ヲ爲シタル旨戸籍上ノ記載アルコトハ何レモ争ナキ事實ニ屬ス而シテ控訴代理人ハ亡芳平モ被控訴人ノ父松次郎モ共ニ眞實被控訴人ヲ養子ト爲ス意思無カリシモノナルカ故ニ前掲被控訴人ト芳平トノ養子縁組ハ無効ナリト主張スルヲ以テ先ツ此點ヲ審究スルニ當テ證人川島熊吉池田藤次郎玉置格常持爲治ノ各證言ニ甲第一號證同第七號證ノ一、二ヲ綜合シテ考覈スルトキハ(イ)亡川島芳平カ初テ堺市大濱ニ於テ川島芳平ナル名稱ヲ以テ料理店ヲ營ミタル當時ニ於テハ其營業極メテ微々ルモノナリシカ爾來同人ハ能ク其家族ヲ指導監督シテ精勵其業ニ從事シタル結果漸次營業ノ繁盛ヲ來スニ至リシモ芳平ハ之ヲ以テ満足セス尙一層川島一家ノ發展ヲ企圖シ其基礎ヲ強固ナラシメントノ目的ヨリ且又他ノ一面ニ於テハ其弟妹等カ自己ノ營業ニ貢獻シタル功勞ニ酬ユルノ意味ニ於テ弟ナル治郎吉熊吉ニハ各自川島樓ノ暖簾ヲ分與シテ大濱ニ於テ料理店ヲ營マシメントシ而シテ其妹サエニ對シテモ亦同一方針ニ出テシタルモ同人ハ先之明治二十一年八月金正松次郎ニ嫁シ川島家ノ家籍ニ在ラザリシヨリ芳平ハサエノ子タル被控訴人ヲ養子ノ名義ニテ川島姓ヲ名乗ラセ更ニ分家ノ形式ヲ取リテ將來川島樓ノ暖簾ノ同人ヲ分與シテ如上ノ目的ヲ達セントシ松次郎夫婦ニモ其旨ヲ説示シ明治二十七年十月十日形式上一旦被控訴人ヲ養子トシテ入籍セシメタル上同日更ニ堺市大濱通四丁目十八番地屋敷ニ分家ヲ爲シタル旨ノ届出ヲ爲シタル事實ヲ認メ得タリ(ロ)川島芳平ハ右ノ如ク戸籍上被控訴人ヲ養子トシタルモ親族知己等ニ對シテハ養子縁組ノ披露等ヲ爲シタルコト無ク又被控訴人ハ入籍後モ依然實父母ト同居シ養父母タル芳平夫婦トハ起居ナ同フセス後年芳平カ死亡スルニ至ル迄同人夫婦ヲ呼ビテ伯父伯母ト云ヒ芳平夫婦モ亦被控訴人ヲ遇スルニ子ヲ以テセス斯クノ如クニシテ芳平夫婦ト被控訴人トノ間ニハ事實上尙モ親子タルノ關係存セザリシノミナラス被控訴人カ表面上分家届ヲ爲シタル後モ分家ノ戸主トシテ被控訴人ヲ待遇セザリシ事實ヲ認メ得ク(ハ)川島芳平カ

【關係事項】

家督相續回復請求控訴事件○控訴人川島一郎法律上代理人後見人川島こま訴訟代理人辯護士吉長正好外二人被

被控訴人ヲ養子トシテ入籍セシメタル當時ニ於テハ芳平ハ尙壯年ニシテ一、二ノ妾ヲスラ有シ實子ヲ得ルノ希望十分ナリシヨリ幼少ノ子ヲ養子ト爲スノ眞意ナカリシコトヲ認メ得ヘキヲ以テ如上(イ)乃至(ハ)ノ事實ヨリ推究スルトキハ亡川島芳平ハ川島一族ノ繁榮ヲ計リ將來被控訴人ニ川島樓ノ暖簾ヲ分與シテ料理店等ヲ營マシメントノ計畫ヲ樹テ此計畫ヲ實行スルカ爲ニ眞實被控訴人ト養子縁組ヲ爲スノ意思ナキニ拘ラス單ニ表面上被控訴人ヲ養子トシ被控訴人ノ父母モ亦芳平ノ意ヲ諒シテ眞實養子縁組ヲ爲スノ意思ナキニ拘ラス表面上被控訴人ト養子縁組ヲ承諾シテ相通シテ養子縁組ヲ假裝シタルモノニ外ナラスト認定スルヲ相當トス甲第一號乃至第三號證ハ右認定ヲ覆ヘスニ足ラス證人春木志津同小とらノ如上認定ニ反スル供述部分ハ信用セス被控訴代理人ハ控訴人カ亡芳平ノ眞實ノ養子ナルコトニ付テハ控訴代理人ニ於テ原審以來自認シ居リタルモノナリト主張スレニモ其ノ立證ニ供セシ第一審大正七年六月十七日ノ口頭辯論調書並ニ當審ニ於ケル控訴代理人ノ準備書面ノ記載ニ依リテハ必スシモ被控訴代理人主張ノ如キ明確ナル趣旨ナリト解スルヲ得サルモノニシテ之カ爲メニ控訴代理人ハ其後ノ口頭辯論ニ於テ芳平ト被控訴人トノ養子縁組ハ其眞實ニ出テダ目茲ニ在リト解スヘク從ツテ被控訴代理人ノ前示主張ハ理由ナキモノトス如上認定ニ從ヘハ亡芳平ト被控訴人トノ養子縁組ハ當事者ニ於テ眞實右ノ如キ縁組ヲ爲スノ意思ナキニ歸シ該縁組ハ之カ爲メニ無効タラサルヲ得ス而シテ本件ハ民法施行前ノ事項ニ係ルモ如上ノ點ニ付テハ民法施行後ト其法理ヲ異ニスルモノニ非スト解スルヲ正當トス果シテ然ラハ被控訴人ハ即チ亡芳平ノ養子ニ非サルヲ以テ右養子タルコトヲ前提トスル被控訴人ノ本訴請求ハ既ニ此點ニ於テ失當タルコトヲ免レス(大阪控訴大正七年(ネ)第三四一號同八年二月十五日中尾裁判長佐藤久保田各判事判決)

【參照學說】

控訴人川島源吉訴訟代理人辯護士千葉誠一外一人

一 舊民法ニ於テハ意思ノ欠缺ニ因リテ婚姻ノ無効ナルヘキ事由チ人違衷心及ヒ強暴ノ三ニ限定シタリ(舊民法五五第一項)而モ當事者間ニ婚姻ヲ爲ス意思ナキコトノ明白ナルニ於テハ事由ノ如何ニ拘ハラズ其婚姻ノ無効ナルヘキハ當然ニシテ法ヲ以テ其事由ヲ限定スルカ如キハ至當ト云フヘカラス故ニ現民法ニ於テハ廣ク「人違其他ノ事由ニ因リ當事者間ニ婚姻ヲ爲ス意思ナキトキハ之ヲ無効トス」ト規定シ以テ婚姻ヲ爲スノ意思ノ有無ハ事實ニ依リテ之ヲ決スヘキモノトシタリ(法學博士典田義人氏日本親族法一六一頁)

二 人違其他ノ事由ニ因リ當事者間ニ婚姻ヲ爲ス意思ナキトキ婚姻ノ届出アリタルニ拘ラス當事者ノ一方カ人違ニ因リ他ノ一方ト婚姻ヲ爲ス意思ナキ有セザリシトキハ婚姻ハ無効ナリ婚姻ノ届出ヲ爲シタル當事者カ全ク婚姻ヲ爲ス意思ナキ有セザリシトキ亦同シ例ヘハ當事者カ養子縁組ノ届出ナリト誤信シテ婚姻ノ届出ヲ爲シタル場合ノ如シ(法學博士仁井田益太郎氏親族法相續法論一三四頁本書民法四二頁)

三 當事者ニ婚姻ヲ爲スノ意思ナキ場合ニ種類アリ或ハ全ク意思ノ欠缺セルモノアリ或ハ人違例之ハ甲女ト婚姻セントスルモノ乙女ト甲女ト誤リテ婚姻シタルトキ或ハ肉性ノ錯誤アリテ兩男又ハ兩女ノ間婚姻シタルトキノ如キ是ナリ是等ノ場合ハ其當事者間ニ全ク婚姻ヲ爲スノ意思ノ存在サルモノナレハ之ヲ無効トセザルヘカラス唯彼ノ意思ノ全ク存在セザルニ非スシテ單ニ瑕疵アルニ過キササルモノノ如キハ之ヲ無効トスヘキニ非ス又茲ニ所謂人違トハ人ニ關スルノ錯誤ナク云フモノナレハ人ノ性質身分若クハ財産等ニ關スル錯誤ハ決シテ無効ノ原因ト爲ルモノニ非ス(法學博士牧野菊之助氏日本親族法論二二八頁本書六卷民法四二頁)

四 特定ノ男女カ婚姻ヲ爲ス旨ノ意思表示ヲ爲シタルモ兩人共ニ其兩人間ニ婚姻ヲ爲ス意思ナカリシトキ又ハ其一方ノミカ相手方トノ間ニ婚姻ヲ爲ス意思ナカリシトキハ其意思表示ハ無効ナリ(法學士島田鐵吉氏明治大學講義親族法一八四頁本書六卷民法四二頁)

判旨ハ至當ナリ蓋シ民法第八五一條第一項第一號ノ如キハ當然自明ノ理ニシテ敢テ本條ノ規定ヲ俟ツテ始メテ然ルニアラス而シテ本條ノ如キハ寧ろ注意的規定ト解スヘク當事者間ニ縁組ヲ爲ス意思ナキトキニ該縁組ノ無効ナルコトハ民法施行前タルト其ノ後タルトニ依リテ其ノ理ヲ一ニスヘキニアラサルヲ以テナリ

四〇〇 債權ノ目的カ特定物ノ引渡ナルトキハ債務者ハ其引渡ヲ爲スマテ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ其物ヲ保存スルコトヲ要ス

物ノ同一性ハ一般取引觀念ニ依リテ之ヲ定ムヘキモノトス」
生繭ノ如キハ時日ヲ經過スルニ從ヒ發蛾生蛆發生等ノ虞アルカ故ニ之ヲ冷藏庫ニ貯ヘ又ハ乾燥スヘキニ貯ヘ又ハ乾燥スヘキハ民法第四〇〇條カ命スル善良ナル管理者ノ注意ヲ以テスル保管方法ヲ探リタルモノト稱スルヲ得ヘク之ヲ以テ物ノ同一性ニ變化アリタルモノト爲スヲ得ス(法學博士三浦信三氏法學協會雜誌第三七卷第二號一二六頁「債務ノ目的消滅ト爲ラサル事由」要領)

大審院大正七年七月三十一日民三部判決本書第七卷民法八五二頁

判決ハ妥當ナリ物ノ同一性ハ一般取引觀念ニ依リテ之ヲ定ム可ク而テ生繭ノ如キハ時日ヲ經過スルニ從ヒ發蛾生蛆等ノ虞アルカ故ニ之ヲ冷藏庫ニ貯ヘ又ハ乾燥スヘキハ當然ノ保存行爲ニシテ民法第四〇〇條カ命スル善良ナル管理者ノ注意ヲ以テスル保管方法ヲ探リタルモノト稱スルヲ得ヘク之ヲ以テ物ノ同一性ニ變化アリタルモノト爲スヲ得ス(法學博士三浦信三氏法學協會雜誌第三七卷第二號一二六頁「債務ノ目的消滅ト爲ラサル事由」要領)

【特定物ノ給付ト善良ナル管理者ノ注意ニ關スル學說】

一 民法四〇〇條ハ即チ保存ノ債務ヲ規定シタルモノナリ特定物ノ引渡ヲ爲ス債務ヲ示セハ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ保存スルヲ要シ保存ニ關シテ用フヘキ注意ノ程度ヲ定ム裏面ヨリ云ヘハ過失ノ輕重ヲ定メタルモノナリ即チ善良ナル管理者ノ注意ト云フ抽象的ノ標準ヲ定メタリ故ニ一人ノ注意深キ人アリト假定シ其ノ者ノ用フル注意ヲ要スルナリ裏面ヨリ云ヘハ輕過失ノ責任ヲ規定シタルモノナリ(法學博士富井政章氏債權總論明治四十五年東京帝國大學講義一九九頁)

二 「善良ナル管理者ノ注意」ト抽象的精密ノ注意ヲ云フ即チ自己ヲ標準トセシ一般人ヲ標準トシタル精密ノ注意ヲ云フモノトス故ニ債務者カ自己ノ可及的精密ナル注意ヲ用キルヲ以テ是レリトセシ通常人ノ探ルヘキ深重ナル注意ヲ用ユル事ヲ要ス(例之債務者カ元來粗漏ナル人ナルトキ自己ノ力ノ及フ限りノ注意ヲ用キ其物ヲ保存シタルニ拘ラス其物ニ損失ヲ來シタル場合ニ於テ其注意ノ度通常人ノ注意トシテハ未ダ精密ナラサルモノナルトキハ債務者ハ其實ニ任セザルヘカラス(法學博士岡松參太

郎氏民法註釋理由書下卷債權編初版二〇頁)

三 善良ナル管理者ノ注意ハ吾人カ一般ニ事務ノ管理上ニ於テ用ユヘキ注意ニシテ又吾人カ財産ノ管理ニ付キテ一般ニ用ユル所ノ注意ナルヲ以テ特約ナキ限リハ當事者モ亦此注意ヲ爲スヘキモノト豫想シタルモノト認メ得ヘキニ依リ之ヲ以テ保管ニ關スル注意ノ標準ト爲シタルモノニシテ此規定ハ當事者ノ意思不明ナル場合ニ之ヲ補充スルコトヲ目的トセルノ推定の規定ナリ(法學博士橫田秀雄氏債權論十三版一三三頁)

四 本條ニ於ケル債務者ノ注意ノ程度ハ吾人ノ通常用フヘキ注意ノ程度ニ依リテ之ヲ定ムヘキモノニシテ債務者カ自己ノ財産ヲ管理スルニ當リテ用ユル注意ノ程度ハ以テ本條ニ於ケル債務者ノ注意ノ標準ト爲ス可キモノニ非ス故ニ債務者カ特定物ノ保存ニ付キ自己ノ物ヲ保存スルト同一ノ注意ヲ用キタルノミニテ未ク以テ其實ヲ免ルルニ足ラサル場合アリ(法學博士松波仁一郎仁井田益太郎仁保龜松氏帝國大學民法正解第一卷初版三九頁)

五 善良ナル管理者ノ注意ハ抽象的ニ之ヲ定ムルコトヲ要ス從テ各個人ノ特別ノ事情ニ依リテ其程度ヲ定ムヘカラス即其實最身體ノ強弱注意深キ人ナリヤ輕忽ナル人ナリヤ等ハ之ヲ顧慮スルヲ要セス(法學博士石坂晉四郎氏日本民法第三編債權總論上卷本訂正八版四三頁)

六 各個人ノ特別ノ事情ニ依リテ注意ノ程度ヲ定ムルコトヲ要セスト雖モ一般ノ典型的事情ニ從ヒテ之ヲ定ムルコトヲ要ス即(一)箇箇ノ場合ノ客觀的持質トシテ認メラルモノハ之ヲ斟酌スルコトヲ要ス例ヘハ有價證券高價ナル裝飾物ヲ保管シ又ハ送付スル場合ニハ通常ノ手紙價格ナキ物體ヲ保管シ又ハ送付スル場合ヨリモ更ニ大ナル注意ヲ用ユルコトヲ要スルカ如シ又ハ送付カ他人ニ損害ヲ與フル危險多キ場合例ハ自轉車ヲ走ラス場合ニハ特ニ注意ヲ用ユルコトヲ要スルカ如シ(二)更ニ社會見解ニ依リテ區別セラルル階級ニ依リテ注意ヲ用ユルノ程度與テラサルヲ得ス殊ニ職業ニ關シテ然リトス(同上四四四頁)

七 善良ナル管理者ノ注意トイフハ民法カ抽象的經過失ノ標準ヲ定ムルニ付テ使用シタル觀念ニシテ羅馬法ニ於テ良家父ノ注意ト言ヘルニ相當シ獨逸法ニ於テ取引上必要トスル注意ト言フニ當ル個々ノ債務者ノ通常用フル注意又ハ其力ニ應ジタル注意ト言フニ非スシテ客觀的ニ取引ノ一般觀念ニ從ヒテ相當ナル管理者ト認ムル者即チ相當ナル知識經驗及ヒ誠意ヲ有スル者ノ通常用フル程度ノ注意ヲ謂フナリ之我民法上謂フ所ノ經過失即チ抽象的又ハ客觀的經過失ノ觀念ニシテ主觀的ニ債務者カ此注意ヲ用フル能力ナリヤ否ヤヲ顧ミルコトナシ(法學博士鳩山秀夫氏日本債權總論初版二〇頁)

八 善良ナル管理者ノ注意ハ客觀的標準ニ依リテ注意ヲ意味シ世上一般ニ善良ナル管理者ナリト信セラルヘキモノ即チ誠實勤勉ニシテ經驗アル人カ此場合ニ用フヘキ注意即チ取引上必要ナル注意ヲ謂フ(法學士須賀喜三郎氏債權總論大正五年度中央大學講義錄二二頁)

九 民法第四〇〇條ニ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ其物ヲ保存スル事ヲ要ストアルニ依リ債務者ハ抽象的過失ニ付キ責任ヲ有スルモノトス是故ニ例ヘハ買賣ニ於テ賣主ハ其物ノ引渡ヲ了ルマテ其人トシテハ用意周到ナル注意ヲ用ヒテ之ヲ保存シタリトスルモ元來其賣主タル平素極メテ粗放ニシテ其自ラ慎重ナル注意ト信スル所モ他ノ善良ナル一般管理者ノ注意ニ比シ劣ル所アルニ於テハ是レ即チ善良ナル管理者ノ注意ヲ缺クモノナルカ故ニ若シ之カ爲メニ損害ヲ生シタルトキハ彼ハ尙其責任ヲ負擔學講義錄二二頁)

セサル可ラス(法學士磯谷幸次郎氏債權論一三三頁)
一〇 不法行為ノ規定ニ於テ過失ノ有無ヲ定ムヘキ注意ノ程度ヲ明示セサルモ其精神ハ何人ニ對シテモ普通注意ヲ用ユル人カ事物ノ狀況ニ應ジテ通常爲スヘキ注意ヲ要求スルニ止マリ其ノ程度ヲ超エル注意ヲ以テ責ムルモノニ非スト解スルヲ當然トス(大審院明治四四年(オ)第一三四號同年一月一日判決民錄一七冊六七頁)
一一 貴金屬ノ如キハ其内容ノ小ナルニ比シ價格大ニシテ紛失又ハ盜失シ易ク殊ニ其保管ノ場所ニシテ戸締ノ設ナキ家屋ノ場合ニ於テハ其危險一層多カルヘキカ故ニ夜間硝子戸欄ニ藏メテ就眠スルカ如キ場合ニハ之ニ鎖鑰ヲ施シ又ハ其他在中物件ニ接觸スルヲ得サル設備ヲ爲シ他人ナシテ容易ニ奪取スルコトヲ得サル方法ヲ講スヘキハ普通人カ普通ニ加フヘキノ注意ナリトス(長崎控訴明治四〇年(ホ)第八號同年四月八日判決法曹記第一七卷第五號八二頁)
一二 特定物ヲ保管ヘルニ付キ善良ナル管理者ノ注意ヲ加フヘキ責任アル場合ニ在テハ抽象的ニ普通人カ其物ヲ保管スルニ該リ普通ニ加フヘキ注意ヲ以テ其滅失毀損紛失又ハ盜奪ヲ豫防セサルヘカラス(同上明治四〇年四月八日判決法律新聞第四二五號七頁)

論旨第一點ハ正當ナリ蓋シ物カ同一性ヲ有スルヤ否ヤヲ物理的ニ觀察センカ物ハ時々刻々内外ノ影響ト相俟テ變化シツツアルヲ以テ到底法律上謂フ所ノ同一物ナルモノヲ觀察シ得サルヘシ從テ法律上所謂物カ同一性ヲ有スルヤ否ヤハ結局社會ノ一般觀念ニ依リテ定ムルニ非サレハ法律生活ノ目的ヲ達スルヲ得サルニ至ルヘケレハナリ論旨第二點ノ正當ナルコト多言ヲ俟タサルヘシト信ス

二八

一〇三五 相續人ハ相續ニ因リテ得タル財産ノ限度ニ於テノ被相續人ノ債務及ヒ遺贈ヲ辨濟スヘキコトヲ留保シテ承認ヲ爲スコトヲ得

被相續人無資産ナリシ場合ト雖モ限定承認ヲ爲スコトヲ得ルモノトス

被相續人無資産ナリシ場合ニ限定承認ヲ爲シ得ルヤニ付積極消極二說アリト雖モ積極說ヲ可トス蓋シ民法第一〇二五條ニ相續ニ因リテ得タル財産ノ限度ト云フハ相續

財産ノ有ル丈ケト解スヘキモノニシテ被相続人無資産ナルトキト雖モ限定承認ヲ爲シ得サル理由ナキノミナラス却テ斯ル場合ニ於テ其利益大ナルモノアリトス(法曹記事 第二九卷第二號三六頁被相続人無資産ノ場合ニ於ケル限定承認ニ關スル件「要領」)

決議ハ正當ナリ蓋シ限定承認ナル制度ハ家系ノ維持ト相続人保護ノ爲メニ設ケラレタルモノナレハ民法第一〇二五條ノ如キハ被相続人ニ多少財産ノ存在スル通常ノ場合ニ著眼シテ規定シタルニ止マリ被相続人ノ無資産ナル場合ヲ除外シタル趣旨ニ非サルヤ明ナリトス從テ此場合ニ於テモ決議ノ如ク解スルヲ以テ正解ナリト信ス

二九

一九二 平穩且公然ニ動産ノ占有ヲ始メタル者カ善意ニシテ且過失ナキトキハ即時ニ其動産ノ上ニ行使スル權利取得ス

民法第一九二條ノ規定ハ動産ニ付キ權利ヲ有セサル者ヨリ占有ヲ取得シタル者ヲ保護スルノ主旨ニ出テタルモノナレハ同法ニ所謂過失ナキトキトハ主トシテ占有取得ノ相手方ニ權利ナキ事實ヲ知ラサルニ付キ過失ナキ場合ヲ指スモノト解スルヲ相當トス故ニ占有取得ノ相手方カ真正ノ權利者ニ非サル場合ニ於テ占有取得者カ當初相當ノ注意ヲ加フレハ相手方ノ無權利者ナルコトヲ知り得ヘカリシトキハ其占有取得者ニ過失アルモノト謂ハサル可ラス

民法第一九二條ノ規定ハ動産ニ付キ權利ヲ有セサル者ヨリ占有ヲ取得シタル者ヲ保護スルノ主旨ニ出テタルモノナレハ同法ニ所謂過失ナキトキトハ主トシテ占有取得ノ相手方ニ權利ナキ事實ヲ知ラサルニ付キ過失ナキ場合ヲ指スモノト解スルヲ相當トス故ニ占有取得ノ相手方カ真正ノ權利者ニ非サル場合ニ於テ占有取得者カ當初相當ノ注意ヲ加フレハ相手方ノ無權利者ナルコトヲ知り得ヘカリシトキハ其占有取得者ニ過失アルモノト謂ハサル可ラス本訴ノ物件ハ質屋營業者タル上告人カ訴外信田由太郎ヨリ質物トシテ受取リタル木綿類數十疋ナルコトハ當事者間ニ争ナキ事實ニシテ原裁判所ハ證據ニ依リ右由太郎カ被上告人ノ所有ニ係ル本訴物件ニ付キ同人ヨリ染色加工ノ依託ヲ受ケ占有中擅ニ之ヲ上告人ニ質物トシテ交付シタル處其當時上告人カ由太郎ノ紺屋業者ナルコトヲ了知シ居リタル事實及ヒ凡ソ紺屋業者ハ唯注文者ノ提供スル材料ニ就キ染色加工スルニ過キスシテ原料ヲ請負フコトナキヲ通常トスル事實ヲ認定シタルコト判文上明白ナリ然レハ質屋ヲ營業トスル上告人カ由太郎ノ紺屋業者ナルコトヲ知リナカラ其染色加工ノ材料タルヘキ木綿類數十疋ヲ由太郎ヨリ質ニ取ルニ當リ其物件ハ由太郎カ單ニ染色加工ノ爲メニ他人ヨリ委託ヲ受ケタルニ過キサルモノニ非サルヤ否ヤ從テ同人カ果シテ之ヲ入質スルコトヲ得ヘキ權利ヲ有スルヤ否ヤニ付キ相當ノ注意ヲ加フルハ斯ル場合ニ於ケル情況ニ照シ當然ノ事ナレハ上告人カ其注意ヲ爲サザリシハ過失アルモノト謂フ可シ原判旨ニ於テ上告人ニ過失アリト爲シタルハ畢竟上ノ趣旨ニ基キタルモノニ外ナラザレハ原判決ニ違法アルコトナシ(大審院大正七年(オ)第八二八號同年十一月八日民一部田部裁判長橋原尾古柳川成道各判事判決)

【關係事項】 上告棄却○原審德島地方裁判所○物品引渡請求事件○上告人武井勇訴訟代理人辯護士高津住胤同池田卓二同岸田常吉被上告人向亦次郎

民法第一九二條ハ原始取得ニ適用ナキモノトス

【同上ニ關スル異趣旨學說】

四 善意ト云フハ占有物ノ上ニ行使スル權利ノ取得ヲ妨クル故障ノ存在ヲ知ラサルコトヲ云フ而シテ第一九二條ニ所謂善意ハ單ニ無權利者ヨリ權利ヲ讓受クル場合ニミ適用アリ又過失ナキトキハ此善意カ過失ニ基サルコトヲ謂フ(法學博士石坂博士四郎氏帝大物權法講義稿一二頁民法研究第一卷六〇〇頁)

民法第一九二條ニ所謂「善意」ハ占有者カ權利ヲ取得スヘキ正權原アリト信スルコトヲ意味シ且法律ハ占有者ノ無過失ヲ以テ條件ト爲スヲ以テ占有者ニ之ヲ信スヘキ正當ノ理由ノ存スルコトヲ必要トス(法學博士横田秀雄氏物權法二二二頁)

判旨第一點ハ正當ナリ民法第一九二條ノ適用範圍ニ付テハ多少議論ノ存スル所ナリト雖モ現占有者タル讓受人カ無權利者タル讓渡人ヨリ權利ヲ取得セル場合ニノミ適用アリト解スルヲ以テ正當トス第五卷民法二四二頁第四卷民法四三二頁第三卷民法四五四頁第二卷民法四六八頁第一卷民法六五一頁評論然リ而テ讓渡人讓受人間ニ權利取得ノ適用アルハ單ニ承繼取得ノ場合ニ限り原始取得ノ場合ヲ包含セスト解スル博士論旨第一點亦正當ナルコト吾人ノ會テ詳論シタルカ如シ(第二卷民法四六九頁評論)然ラハ同條ニ所謂無過失ノ意義如何通説ハ讓渡人ノ無權利者ナル事實ヲ知ラサルニ付キ過失ナキ場合ヲ謂フモノト解ス而シテ判旨第一點カ特ニ「主トシテ」ナル文字ヲ使用シタルヨリ見レハ之ヨリモ廣義ニ解スルモノノ如シ然レ共本條ニ所謂無過失トハ讓渡人ノ無權利者ナル點ニ關スル不知カ過失ニ基カサリシコトノミヲ謂フモノト解スルヲ正當トス判旨第二點亦正當ニシテ贊同スルニ吝ナラス

五三七

契約ニ依リ當事者ノ一方カ第三者ニ對シテ或給付ヲ爲スヘキコトヲ約シタルトキハ其第三者ハ債務者ニ對シテ直接ニ其給付ヲ請求スル權利ヲ有ス
前項ノ場合ニ於テ第三者ノ權利ハ其第三者カ債務者ニ對シテ契約ノ利益ヲ享受スル意思ヲ表示シタル時ニ發生ス

(一) 民法第五三七條第一項ニ所謂第三者ハ必スシモ契約當時既ニ存在セル者タルヲ要セスシテ將來出現スヘシト豫期シタル者ヲ以テ第三者ト爲シタル場合ニ於テモ其契約ハ同條ニ於テ爾第三者ノ爲メニスル契約ナリトス

如上ノ場合ニ於テハ第三者ノ出現ト受益ノ意思表示トノ法律條件ノ下ニ契約ハ有效ニ成立シ唯條件ノ成立スル迄ハ其效力ヲ發生セサルモノトス

契約ニ依リ利益ヲ受クヘキ者カ廢家ヲ再興スヘキモノナル場合ニ於テ契約當時再興者カ未タ確定セサリシ故ヲ以テ民法第五三七條第一項ニ該當セザル契約ナリト謂フヲ得サルモノトス

(二) 請求權カ訴ノ提起當時存在セザルモ訴訟中ニ發生スルニ至ルトキハ茲ニ訴權ヲ生スルヲ以テ訴提起當時請求權ノ未タ發生セサリシ故ヲ以テ訴權ヲ否認シ訴ヲ却下スヘキモノニ非ス

第三者ノ爲メニスル契約ニ於テ第三者ノ債務者ニ對スル受益ノ意思表示ハ民法上ノ意思表示ナリト雖モ訴訟上ニ於テモ之ヲ爲スコトヲ得ルモノトス

一 民法第五三七條第一項ニ規定スル契約ニ於ケル第三者ハ必スシモ契約當時既ニ存在セル者タルヲ要セス將來出現スヘシト豫期シタル者ヲ以テ第三者ト爲シタルカ

如キ場合ニ於テモ其契約ハ同條ニ於ケル第三者ノ爲メニスル契約タルヲ失ハス此場
 合ニ於テハ第三者ノ出現ト受益ノ意思表示トノ法律條件ノ下ニ契約ハ有效ニ成立シ
 唯條件ノ成立スル迄ハ其效力ヲ發生セサルノミ故ニ契約ニ依リ利益ヲ受クヘキ者カ
 廢家ヲ再興スヘキモノナル場合ニ於テ契約當時再興者カ未タ確定セザリシノ故ヲ以
 テ其契約カ民法第五三七條第一項ノ契約ニ該當セサルモノト論ハルハ當ラズ原判決
 ニ於テ第三者ノ爲メニスル契約ナリト言フ所ノモノハ上告人ト藤井ナカ間ノ契約ヲ
 稱スルモノナルニ上告人ト一戸むら間ノ契約ヲ第三者ノ爲メニスル契約ニ非スト論
 シ以テ原判決ヲ云爲スルハ標的ヲ誤レルノ攻撃ニシテ上告論旨ハ理由ナシ

二 第三者ノ爲メニスル契約ニ於ケル第三者ノ債務者ニ對スル給付請求權ハ債務者
 ニ對シテ受益ノ意思ヲ表示シタル時ニ於テ發生スルモノナレハ其意思表示ナキニ於
 テハ給付請求權ハ存在セズ從テ訴權ヲ生セズト雖モ請求權カ訴ノ提起當時存在セザ
 ルモ訴訟中ニ發生スルニ至リタルトキハ該ニ訴權ヲ生スルヲ以テ訴ノ提起當時請求
 權ノ未タ發生セザリシノ故ヲ以テ訴權ヲ否認シ訴ヲ却下スルヲ得ス何トナレハ判決
 ハ判決當時ニ於ケル當事者ノ權利狀態ニ基キ爲スヘキモノナレハナリ然リ而シテ第
 三者ノ債務者ニ關スル受益ノ意思表示ハ民法上ノ意思表示ナリト雖モ民法上ノ意思
 表示ヲ訴訟上ニ於テ爲シ得ルコトハ當院從來ノ判例ニ於テ認ムル所ナレハ原裁判所
 カ訴狀ノ送達ニ依リ受益ノ意思表示セラレタリト爲シタルハ正當ナリ(大審院大正七年(オ)
 第六五一號同年十一月五日民一部田部裁判長榊原尾古柳川成道各判例判決)

【關係事項】

上告棄却○原審青森地方裁判所○土地所有權移轉登記請求事件○上告人松山彌助訴訟代理人辯護士菊江久治同梅
 村大被上告人松尾直次郎

一將來出現スヘキ者ノ爲メニ第三者ノ爲メニスル契約ヲ爲スコトヲ得ルモノト
 ス

(二) 將來第三者ノ出現スヘキコトヲ豫見シ其出現シタル場合ニ之ニ債權ヲ取得セ
 シメントスル契約ハ其性質尙特殊ノ停止條件附法律行為ト謂フヲ妨ケサルモ
 ノトス

(三) 相殺ノ意思表示ノ如キハ裁判上ニ於テ之ヲ爲スヲ妨ケサルモノトス

一 將來出現スヘキ者ノ爲メニ第三者ノ爲メニスル契約ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤニ
 付テハ民法ニハ明文ナレ惟フニ第三者ノ爲メニスル契約ニ於ケル第三者ハ此契約
 ノ當事者ニハ非シテ單ニ其契約ニ因リテ生スヘキ權利ヲ取得スヘキ者タルニ止マ
 ル然ルニ第三者カ權利ヲ取得スヘキ時期カ契約成立ノ時ト同時ナルコトヲ要セザル
 ハ法律行為ノ成立ト其效力發生トハ同時ナルコトヲ要セストイフ一彼原則ニ依ルモ
 將タ民法第五三七條第二項ニ依ルモ疑ヲ容レサル所ナルカ故ニ第三者ノ確定セルコ
 ト又ハ第三者ノ現存スルコトハ此契約ノ成立要件ニ屬セザルノミナラス契約成立ノ
 際ニ存在スルコトヲ要セザル事實ナリト解セサルヘカラス

二 將來第三者ノ出現スヘキコトヲ豫見シ其出現シタル場合ニ之ニ債權ヲ取得セシ
 メントスル契約ハ其性質上最モ停止條件附契約ニ類似セルコト疑ヲ容レス然レトモ
 之ヲ以テ民法總則謂フ所ノ停止條件附法律行為ト全然同一ノ效力ヲ有スルモノト解
 センカ爲メニハ二個ノ支障アリ其一ハ條件附權利ヲ生セサルコトニシテ其二ハ題及
 効ノ意思表示ヲ許ササルコト是ナリ此ノ如ク將來ノ人ノ爲メニスル契約ハ民法總則
 謂フ所ノ條件附法律行為ト全然同一ノ效果ヲ生スルモノニハアラスト雖モ尙將來且
 不確定ナル事實ノ發生スルマテ法律行為ノ效力ヲ停止スルモノナルカ故ニ尙特殊ノ
 停止條件附法律行為ト謂ヒテ支障ナカルヘシ本判決カ普通ノ條件ト異レルコトヲ謂
 フノ義ナリトセハ余ハ之ニ左袒セントス

三 第三點ハ正當ナリ實體法上ノ意思表示カ訴訟上ニ於テモ爲シ得ルコトハ學者ノ

疑ハサル所ニシテ債權ノ意思表示ノ如キハ裁判所ニ於テ之ヲ爲スコトヲ妨ケサルコト論ヲ俟タサルナリ(法學博士鳩山秀夫氏法學協會雜誌第三七卷第四號一一二頁)將來出現スヘキ第三者ノ爲メニスル契約(要領)

【判旨第一點第一項論旨第一點第三者ノ爲メニスル契約ト第三者ノ確定ニ關スル參照學說】

- 一 第三者ハ畢竟ハ特定人ナラサルヘカラサルモ契約ノ時ニハ必シモ特定スルコトヲ要セス例ヘハ生命保險ニ於テ豫メ保險金ヲ受取ル者ヲ定メサレカ如キ即チ其者カ未タ出生シ居ラサル如キハ契約ノ有效ヲ決シテ妨ケスト考フ(法學博士富井政章氏債權各論明治四五年東大講一〇六頁)
- 二 債權者カ客觀的ニ確定セサル場合ニ於テモ供託ヲ爲スコトヲ得ルカ故ニ一般ニ將來確定シ得ヘキ第三者ノ爲メニスル契約ヲ締結スルコトヲ得ルモノト云ハサルヘカラス然レトモ此場合ニハ第三者カ確定スルニ至リテ始メテ第三者ノ爲メニスル契約ハ效力ヲ生スルモノトス而シテ第三者カ確定スルニハ或ル約束者若クハ受約者ノ意思ニ基キテ確定セシムル方法ヲ採ルコトヲ得ヘク或ハ或一定ノ事實ノ發生ニ依リテ第三者カ確定スルノ方法ヲ採ルコトヲ得ヘシ(法學博士石坂晋四郎氏債權下二二〇五頁)
- 三 第三者ハ初ヨリ確定スルコトヲ要スルヤ否ヤハ我法典ニ於テ何等明言スル所ナシト雖モ契約ノ當時第三者カ確定スルコトヲ後ニ至リテ之ヲ確定スヘキコトヲ留保スルモ敢テ支障アルコトナシト信スアル事實ノ發生セサルカ爲ニ第三者ノ不定ナル場合アリ其著シキモノハ契約締結ノ當時未タ出生セサルモノニ給付ヲナスヘキ契約ナリトス(法學博士植月愛明氏大家論文集下三九一頁)
- 四 給付請求權ヲ取得スル者ハ第三者ナル以上ハ必シモ現存ノ第三者ニ限ラス未タ出生セサル胎兒又ハ未タ成立セサル會社ノ爲メニ其出生又ハ成立ヲ條件トシテ此等ノ者ノ利益ノ爲メニ爲シタル契約モ亦民法上第三者ノ利益ノ爲メニスル契約トシテ民法五三七條以下ノ適用ヲ受ク(法學博士清瀨一郎氏債權各論四五頁)
- 五 茲ニ第三善トハ現在存在セサル人例ハ將來成立スヘキ法人ノ爲ニスル契約亦素ヨリ有效ナリ(法學博士末弘嚴太郎氏債權各論大正四中大講九〇頁)
- 六 然レトモ具體的ノ何人カ其第三者ナルカハ之ヲ契約中ニ確定スルコトヲ要スルモノニ非シテ或ハ將來契約所定ノ資格ヲ取得スヘキ人ヲ以テ第三者ト爲スヲ得ヘク又或ハ其確定ヲ要約者若クハ局外者ノ指定ニ一任スルコトヲ妨ケサルヘシ加之現在存在セサル人例ヘハ將來成立スヘキ法人又ハ將來成立スヘキ人ノ爲メニスル契約亦素ヨリ有效ナリ(同上債權各論一九〇頁)

【判旨第一點第二項受益ノ意思表示ヲ以テ條件ト爲メ參照學說】

富井博士

一 一項ニヨリテ第三者ハ直接ニ諾約者ニ對シテ給付ヲ請求スル權利ヲ取得スルモノニアラサルカ何時ニテモ受益ノ意思表示ヲ爲シテ其ノ權利ヲ取得スルノ權利ヲ取得スト解セントス之ヲ他ノ法律狀態ニ例フレハ停止條件附法律行為ニ於テ條件ノ成否未定ノ間ニ見ル法律關係ニ類似セリト考フ或ハ停止條件附見テモ可ナルヤモ知レズ即チ受益ノ意思表示ハ條件ノ成就ナリ夫レマテハ條件ノ成就ニヨリテ權利ヲ取得スルノ權利存在スル條件ノ成就マテハ何モノモナシト云フニアラス(法學博士富井政章氏債權各論明治四五東大講一〇四頁)

植月學士

二 五三七條二項ノ規定ハ次ノ如ク解ス債務者ハ當事者間ノ契約ニ因リテ第三者ニ對シテ給付ヲ爲スヘキ債務ヲ負擔ス然レトモ此第三者ニ對スル債務ハ第三者カ債務者ニ對シテ契約ノ利益ヲ享受スル意思ヲ表示スルヲ以テ停止條件ト爲シ此條件成就スル時ニ於テ債務發生シ以テ第三者ハ債權ヲ取得スルコトヲ得ヘシ(法學博士岡松參太郎氏法理由書債權四九二頁)

村上學士

三 第三者ハ直接ニ權利ヲ取得スルコトヲ得ルト雖モ利益ヲ享受スル旨ノ意思ヲ表示セサル間ハ第三善ノ權利發生セザルヲ以テ第三者ニ對シテ給付ヲ爲スヘキ債務ハ第三者ノ意思表示ヲ以テ停止條件トナシ此條件成就スル時ニ於テ債務發生シ以テ第三者ハ直接ニ債務者ニ對スル債權ヲ取得スルモノト爲ヘコトヲ得ヘシ(法學博士植月愛明氏大家論文集三九二頁)

末弘學士

四 我法典ニアリテハ第三者カ意思ヲ表示セサル以上ハ權利ヲ取得スルコトナカルヘク從テ第三者ノ意思表示アルトキハ停止條件ノ成就トナリ其時ヨリ權利取得ノ效力ヲ生スヘシ(民法一二七一項)(法學博士植月愛明氏大家論文集三九二頁)

石坂博士

五 我民法ノ規定ニ依レハ(一)第三者ハ獨立シテ原始的ニ債權ヲ取得スルモノトシ又(二)利益享受ノ意思ヲ表示スルコトニ因リ其ノ債權ヲ取得スルモノナリ而シテ此ノ意思表示ノ性質ニ付テハ固ヨリ何等ノ明文ヲ存セザルモ之ヲ停止條件ノ成就ト解スルヲ至當トス我民法ノ見解ニ依レハ第三者ハ利益享受ノ意思ヲ表示シタル時ニ其ノ債權ヲ取得シ又停止條件成就ノ效力ハ原則トシテ既往ニ遡ラサルカ故ニ斯ノ如ク解スルコトニ於テ一層ノ便利アルモノナリ(法學博士村上恭一氏債權各論二六六頁)

【同上ニ關スル權利發生條件說】

- 一 二項ハ單ニ第三者ノ權利發生ノ條件ヲ定メタルモノト解スルノ外ナシ即一項ノ規定ニ依リテ第三者ノ權利ハ當事者ノ契約ノミニ依リテ發生スト雖モ尙其條件トシテ第三者ノ受益ノ意思表示ヲ必要トス(法學博士石坂晋四郎氏日本民法債權下卷二二三頁)
- 二 二項ハ單ニ契約ノ效力トシテ第三者ノ權利ヲ當生スルニ付テノ條件並ニ時期ヲ定メタルニ止マリ其謂所契約ノ利益ヲ享受スル意思ノ表示ハ單ニ契約ノ效力發生ノ條件タルニ過キスシテ決シテ權利取得ノ法律的原因ヲ爲スモノニアラサルナリ(法學博士末弘嚴太郎氏債權各論大正四年中大講九六頁)

【同上ニ關スル承諾說】

第三者ノ受益ノ意思表示ハ承諾ニシテ之ニヨリ債務者トノ間ニ新契約成立シ其效力トシテ第三者ハ債權ヲ取得スルモノニシテ

鈴木博士

鳩山博士
馬場博士

石坂博士

仁井田博士

當事者ノ契約ノ効力トシテ債權ヲ取得スルモノニアラズ蓋當事者間ノ契約ハ同時ニ第三者ニ對シ債務者ヨリ爲セル默示ノ申込ナリ其申込ハ默示タルカ故ニ第三者ノ認知ニヨリ申込タルノ効力ヲ生スルモノニシテ第三者ニ對シ利益享受ノ意思表示ヲ爲スハ即チ承諾ナリ此承諾ニ付テハ「契約ノ利益ヲ享受スル意思ヲ表示シタル時」トノ明文ニヨリ特ニ契約ノ成立ニ關シ表白主義ヲ採リタルモノト認ムルコトヲ得ヘシ右ノ解釋ハ民法ノ規定ヲ調和シ且學理ニ適スルモ之ハ余輩ノ私言ニシテ立法者ノ意向ハ寧ロ第三者ノ權利ハ當事者間ノ契約ノ効力ナリトノ意見ヲ採リ之ヲ第二款契約ノ効力中ニ規定シタルニアルカ如シ(法學博士鈴木喜三郎氏債權各論日大講七六頁)

【同上ニ關スル參照學說】

一 第三者ノ意思表示ハ權利ノ取得ヲ欲スル意思ノ表示ニシテ第三者ノ意思表示ヲ以テ第三者ノ爲メニスル契約ノ効力發生要件ト爲ス(法學博士鳩山秀夫氏日本債權法各論一九〇頁)
二 申込説ヲ可トセンカ第三者カ債務者ニ對シテ權利ヲ取得スルハ即チ其第三者ト間ニ新ナル契約ヲ取結フカ爲ナルヲ以テ所謂第三者ハ實ハ第三者ニアラスシテ當事者ナリト云ハサルヘカラサルニ至ル是豈民法ノ正解ナランヤ按スルニ此規定ハ單ニ便宜ニ出テタルモノニシテ別ニ法理ノ存スルモノニアラス(法學博士馬場鳳治氏債權原因論明治三十九年中大講一〇五頁)

【判旨第一點第二項法定條件説ニ對スル批難ニ關スル參照學說】

法定條件説ニ從ヘハ(一)第三者ノ權利ハ當事者ノ契約其モノニ依リテ生セトナスモノニシテ第三者ノ爲メニスル契約ナル觀念ヲ否認スルモノナリ(二)此見解ハ契約ノ効力ヲ生スルカ爲メニ何故ニ當事者ノ契約以外ニ第三者ノ受益ノ意思表示ヲ必要トスルヤ其理由ヲ明カニスルヲ得ス(三)五三八條ニ依リテ第三者カ條件附權利ヲ取得スルコトハ之ヲ認ムルコトヲ得ス(四)此見解ニヨレハ五三七條ノ規定ハ法律カ直チニ第三者ヲシテ權利ヲ取得セシムル場合(供託、保險、運送契約等)ト矛盾スルニ至ルヘシ(五)尙當事者間ニ於テハ第三者ノ利益ノ意思表示以前ニ於テ既ニ約束ハ其効力ヲ生セサルモノトナスコトヲ要スルハ明カナリ故ニ此解ヨリ見ルモ此見解ハ探ルコトヲ得ス(法學博士石坂博四郎氏債權下二二二頁)

【判旨第二點第一項訴權ノ存在時期ニ關スル同趣旨學說】

一 裁判所カ訴權ノ有無ニ基キテ判決ヲ爲スニ當リテハ之ニ接續スル口頭辯論ノ終結スルマテニ發生シタル事實ニシテ當事者カ其終結ニ至ルマテニ提出シタルモノニ依リテ訴權ノ有無ヲ定ムヘキモノトス蓋シ訴權ノ存在ニ影響ヲ及ボスヘキ事實ハ訴訟ノ進行中ト雖モ尙ホ其効力ヲ生スルノミナラス判決ヲ爲スニ當リテハ之ニ接續スル口頭辯論ノ終結ニ至ルマテニ當事者ノ提出セル事實ヲ斟酌スヘキモノナルヲ以テナリ(二〇九)果シテ然ラハ訴權ノ有無ニ基キテ爲スヘキ判決ニ接續スル口頭辯論ノ終結スル際ニ原告カ現ニ訴權ヲ有スルモノト認ムヘキトキニ限り訴ノ申立ニ從ヒテ之ニ利益ナル判決ヲ爲スヘキモノト謂フヘシ(法

鳩山博士

東京控訴院
東京區裁判所

學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論五一頁)
二 訴ノ提起ノ時ニ於テ權利保護要件カ具備セザリシ場合ニ於テモ尙ホ判決ニ接續セル口頭辯論終結ノ時ニ於テ具備セル場合ニハ原告又ハ被告ハ自己ニ有利ナル判決ヲ受クルコトヲ得例ヘハ履行期ノ到來前ニ現在ノ給付ノ訴ヲ起シタル場合ニ於テ尙モ判決ニ接續セル口頭辯論ノ終結ノ時ニ履行期ノ到來シタルトキハ被告ニ現在ノ給付ヲ命スル判決ヲ受クルコトヲ得ルカ如シ(法學博士鳩山秀夫氏民事訴訟法上卷大正五年度京大講義附錄二五〇頁)

【判旨第二點第二項訴訟上ニ於ケル第三者ノ受益ノ意思表示ニ關スル同趣旨學說判例】

一 意思表示ハ必スシモ明示タルコトヲ要セス默示タルコトヲ得ヘシ從ツテ第三者カ直接ニ債務者ニ對シテ給付ヲ請求シ若クハ給付ノ訴ヲ提起スルニ依リテ受益ノ意思ヲ表示スルコトヲ得ヘキモノトス(法學博士石坂博四郎氏日本民法債權下二二一六頁)
二 利息享受ノ意思表示ハ訴狀ニコリテ爲スコトヲ得(東京控訴院明治四二年(ネ)第五六〇號同四三年六月二七日判決法律新聞第六六九號一六頁)
三 第三者ノ爲メニスル契約ハ其第三者カ訴訟ニ於テ債務者ニ對シ利益享受ノ意思表示ヲ爲シタルトキハ之ト同時ニ債務者ニ對シ直接ニ給付ヲ請求スル權利ヲ有スルモノトス(東京區裁判所大正四年(ハ)第一四七一號同五年三月九日判決法律新聞第一一一三號二七頁)

判旨第一點第一項並ニ博士論旨第一點ハ正當ナリ第三者ノ爲メニスル契約ヲ爲スニ當リ第三者ハ契約ノ當初ヨリ特定シ且現存スルコトヲ要スルヤ否ヤ吾民法ハ何等明言スル所ナキカ故ニ多少ノ問題ナリト雖モ第三者ハ該契約ノ當事者ニ非ス又該契約ノ成立要件ヲ爲スモノニ非スシテ却テ其効力要件タルニ過キスト解スルヲ以テ理論上正當トス從テ將來出現スルコトアルヘキ第三者ノ爲メニスル契約ハ有效ニ成立スルモノト謂ハサル可ラス唯本契約ニ於ケル第三者ハ契約ノ内容ヲ爲スモノナルカ故ニ確定又ハ確定シ得ヘキモノナルコトヲ要スルヤ勿

論ナリ然リ而テ判旨第一點第二項ハ此場合ノ第三者ノ出現ヲ以テ該契約ノ法律條件ヲ爲スモノト爲シ其如何ナル性質ヲ有スルヤヲ明ニセスト雖モ之ニ對シ註釋的解釋ヲ試ミラレタル博士論旨第二點ハ將ニ之カ肯綮ニ當レルモノナランカ然レトモ判旨カ第三者ノ受益ノ意思表示ヲ以テ等シク法律條件ナリト解シ該條件ノ下ニ契約ハ有效ニ成立シ云々ト爲シタルハ之レ亦其意ノ何レニ存スルヤヲ知ルニ困ムト雖モ若シ第三者ノ受益ノ意思表示ヲ以テ該契約ノ法定條件ト爲スノ意ナランカ吾人直ニ贊同スルニ躊躇スルモノナリ蓋シ該契約ハ當事者間ニアリテハ直ニ其效力ヲ生シ第六卷民法三〇〇頁評論唯第三者ノ受益ノ意思表示ハ單ニ第三者ノ爲メニスル契約ノ一效力タル第三者ノ權利發生ノ條件ヲ爲スモノニ過キスト解スレヲ以テ解釋ノ當ヲ得タルモノト信スレハナリ(同上)

判旨第一點第三項ノ正當ナルコト上述スル所ニ依リ明ナルヘシ

判旨第二點第一項ハ至當ノ見解ナリ蓋シ請求權カ何時マテニ存在スルコトヲ要スルヤ否ヤニ關シテハ吾民事訴訟法上何等直接ノ明文ナシト雖モ所謂權利保護ノ要件ハ判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時マテニ具備スルコトヲ要シ又之ヲ以テ足ルコト民訴第二〇九條二八四條四〇八條四一五條四四四條四四六條及ヒ第五四五條等ノ規定ノ趣旨ヨリシテ間接ニ推知スルコトヲ得ヘキカ故ニ給付ノ訴ニ於ケル私法上ノ請求權ハ始メヨリ存在スルコトヲ要セス判決ニ接着スル口頭

辯論ノ終結ノ時期迄ニ存在スルヲ以テ足ルモノトス從テ判旨カ訴提起當時請求權ノ未タ發生セザリシ故ヲ以テ訴權ヲ否認シ訴ヲ却下スヘキモノニ非スト爲セラルハ正解ナリトス

判旨第二點第二項並ニ博士論旨第三點亦正當ナリ蓋シ訴訟上ニ於テ實體法上ノ意志表示ヲ爲スコトヲ得サルノ理ナク又之ヲ禁シタル趣旨ノ明文存セサルヲ以テナリ

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

(三一)

電車ノ運轉手ハ通行人カ尋常ノ態度ニ於テ踏切ニ向ヒ來ル場合ニ在テハ通行人ニ於テ電車ノ通過ヲ待ツヘシト期待スヘキ理由アルヲ以テ通行人ノ踏切ニ向ヒ來ルヲ覺知シタルノミニテハ未タ電車ノ進行ヲ停止シテ萬一ノ危険ニ備フルノ注意ヲ爲スヲ要セス從テ通行人カ踏切ノ通過ヲ敢テシ衝突ノ災害ヲ招キタルトキハ運轉手ニ過失ノ責ヲ歸スルヲ得サルモノトス

危険ヲ伴フ電車ヲ操縦スル運轉手ハ常ニ進路ノ前方ヲ警戒スヘキハ勿論危険ノ生スルコト無キヤニ注意シ危険ノ生スヘキコトヲ豫想シ得ヘキ場合ニ於テハ電車ノ進行ヲ緩徐ニシ又ハ停止シテ危険ヲ未然ニ防止スルノ處置ヲ執ラサル可ラス故ニ通行人カ電車ノ進行ニ留意セスシテ踏切ノ通過ヲ敢テスルモノト豫想ス

ヘキ事情ノ存スル場合ニ之ヲ察セスシテ如上ノ處置ヲ執ラス通行人ニ電車ヲ衝突セシメタルトキハ通行人ニ過失アルト否トヲ問ハス過失ノ責ニ任ス可キモノトス

電車カ進行シテ踏切ニ近ツキ來ルニ方リ踏切ヲ通過セントシテ進ミ來ル通行人アリ若シ其歩ヲ止メスシテ踏切ヲ通過スルニ於テハ電車ノ衝突スル虞アル場合ニ在テ電車ノ運轉手ハ電車ノ進行ヲ停止シ通行人ノ踏切ヲ通過スルヲ待タサル可ラサル公衆ノ通行機關トシテ可成其進行ノ滯留セザランコトヲ期スヘキ電車ニ望ム可ラサル所ナルノミナラス電車ノ進行ハ通行人カ其歩ヲ止ムルカ如ク直チニ停止シ得ヘキモヨリ否定スヘキニ非ス故ニ電車ノ運轉手ハ通行人カ率常ノ態度ニ於テ踏切ニ向ヒ來ル場合ニ在テハ通行人ニ於テ電車ノ通過ヲ待ツヘシト期待スヘキ理由アルヲ以テ通行人ノ踏切ニ向ヒ來ルヲ覺知シタルノミニテハ未ダ電車ノ進行ヲ停止シテ衝突ノ災害ヲ招クニ備フルノ注意ヲ爲スヲ要セス從テ通行人カ踏切ノ通過ヲ敢テシ衝突ノ災害ヲ招キタルトキハ運轉手ニ過失ノ責ヲ歸スルヲ得ス然レトモ危險ヲ伴フ電車ヲ操縦スル運轉手ハ常ニ進路ノ前方ヲ警戒スヘキハ勿論危險ノ生スルコト無キヤニ注意シ危險ノ生スヘキコトヲ豫想シ得ヘキ場合ニ於テハ電車ノ進行ヲ緩徐ニシテハ停止シテ危險ヲ未然ニ防止スルノ處置ヲ執ラサル可ラス故ニ通行人カ電車ノ進行ニ留意セシテ踏切ノ通過ヲ敢テスルモノト豫想スヘキ事情ノ存スル場合ニ之ヲ察セスシテ如上ノ處置ヲ執ラス通行人ニ電車ヲ衝突セシメタルトキハ通行人ニ過失アルト否トヲ問ハス過失ノ責ニ任セサル可ラス原判決ノ確定シタル所ニ依レハ電車ノ被害者酒井三喜藏ニ衝突シタル踏切ノ手前ニ小湊電車停留場ノ本牧行電車乗客ノ昇降場アリテ之ト對シテ踏切ヲ越ヘタル所ニ横濱電車乗客ノ昇降場アリ本牧行電車ノ運轉手ト告人小林長松ハ電車カ踏切ヲ距ルコト約五間ノ手前即本牧行電車乗客ノ昇降場赤柱ノ

【關係事項】 上告棄却○原審東京控訴院○損害賠償請求事件○上告人横濱電氣鐵道株式會社外一人訴訟代理人辯護士築谷徳平 被告酒井三喜藏訴訟代理人辯護士吉住英三同宮森庄太郎

注意汽笛ハ汽車ノ進行ニ因ル危險ヲ覺知セスシテ線路ニ差蒐ラントスル者ニ警

立テル所迄進行シ來リタル時ニ被害者カ其前面左手ヨリ踏切ニ向ヒ踏切ヲ距ルコト僅カニ一間半ノ路上ヲ疾走シツツアルヲ覺知シタルモ其以前車掌ヨリ小湊停車場ニ昇降客ナキ旨信號ヲ以テ通知セルニ依リ電車ヲ同所ニ停留セシメスシテ其進行ヲ繼續シ踏切ニ接近セル際其速度ヲ加ヘタルモノナリ是ニ由テ之ヲ觀レハ被害者ハ本牧行電車ノ停留場ニ停留スルヲ豫想シ無難ニ踏切ヲ通過スヘク疾走スルモノト豫想スヘキ事情ノ存スルアリテ上告人長松ハ電車ノ進行ヲ停止スルニ非サレハ被害者ニ衝突スルノ危險ヲ生スヘキヲ豫期セサル可ラサル所ナルニ注意ノ此ニ及ハスレテ電車ノ進行ヲ停止セシメサルニ其速度ヲ加ヘ爲メニ電車ヲ被害者ニ衝突セシメタルハ運轉手タル者ノ用ユヘキ注意ヲ怠リタルモノニシテ過失ノ責アリト謂フヘシ被害者ニ過失アルコトハ被害者ノ過失ノ有無ニ關係スル所ナキハ既ニ說示シタルカ如クナレハ被害者カ踏切ヲ通過シタルコトカ神奈川県電氣鐵道取締規則ニ違反スルト否トハ之ヲ問フヲ要セス又原判決ハ電車ノ被害者ニ衝突シタル地點ヲ踏切ニ當ル軌道上ナリト認メタルコト判示ニ照シテ之ヲ窺知シ得ヘク上告人長松カ被害者ノ疾走シツツアルヲ覺知シタル地點ヨリ踏切迄ノ距離ヲモ判示シタルハ上告人長松カ相當ノ處置ヲ執ルニ於テハ衝突ヲ避クルコトヲ得ヘキヤ否ヤヲ考慮ニ置カスシテ裁判シタルモノト謂フ可ラス然リ而シテ原判決カ上告人長松ニ過失アリトシタル理由ハ上ニ說示シタル所ト大體ニ於テ同趣旨ニ歸スレハ電車ノ衝突ヲ以テ上告人長松ノ過失ニ基因スルモノト爲シタル原判決ハ正當ナリ(大審院大正七年(オ)第九五一號同八年二月七日民一部田部裁判長榊原尾古鈴木三宅各判事判決)

東京控訴院

東京地方裁判所

ルノ途ヲ講スヘキハ正ニ電車運轉手ノ採ルヘキ相當ナル注意ナリト謂フヘク其注意ヲ缺クトキハ則チ過失アリト爲ササル可カラサルモノトス(同上大正四年(オ)第九五〇號同五年一月二二日判決民錄第二二輯一一二頁本書第五卷民法四二九頁)

三 運轉手ハ電車ノ前方ニ於テ線路ヲ横斷スヘキ方向ヲ執リ進行シ來ル通行人ヲ認メタル場合ト雖モ警笛ヲ鳴ラシ其他危險注意ヲ與フル方法ヲ執リテ警笛ヲ鳴ラシテ妨ケサルヲ以テ萬一通行人カ危險ヲ冒シ電車ノ前方ニ於ケル線路ヲ横斷スルニ因リ傷害ヲ受クルモ之ヲ以テ運轉手ノ過失ニ歸スルコトヲ得サルモノトス(同上大正三年(レ)第五四九號同年四月二四日刑一部判決本書第三卷刑法六五頁)

然レトモ電車進行ノ前方ニ於テ通行人カ故意若クハ無意識ニ線路ヲ横斷スルノ冒險的行爲ヲ爲サントスル情狀アリテ之カ爲メニ電車ト衝突ヲ惹起スヘキ虞アルコトヲ疑ヘシムヘキ相當ノ理由存在スル場合ニ於テハ特ニ停車又ハ其他危險ヲ豫防スヘキ臨機ノ手段ヲ講セサルヘカラス(同上)

四 現ニ通行シツツアル電車ノ前路ニ於テ線路ヲ横斷セントスル通行人カ衝突ノ虞ナキ時期ヲ選擇シテ線路ニ入ルコトヲ要シ衝突ノ危險存スル場合ニ於テハ電車ノ通過スルヲ待テ其線路ニ入ルヘク運轉手ハ進行中ノ電車ヲ停止シ通行人ヲシテ先ツ線路ニ入りテ之ヲ横斷セシメ其通過スルヲ待テ電車ノ進行ヲ繼續スルノ義務ナキモノトス(同上大正二年(レ)第二六七六號同三年三月一日刑三部判決本書第三卷刑法一一二頁)

運轉手ハ電車ヲ操縦スルニ當リテハ常ニ其進路ノ前方ヲ警戒シ危險ヲ未然ニ豫防スルノ周到ナル注意ヲ爲スコトヲ要スルハ其業務上ノ義務ナルヲ以テ通行人カ其姿勢態度其他ノ情況ニヨリ電車ノ進行ニ介意セシテ線路ヲ横斷セントスルトキハ通行人ノ過失ノ責アルト否トニ拘ハラズ臨機電車ヲ停止シ又ハ其速力ヲ減シ通行人ト電車トノ交叉點迄ノ間ニ於テ電車ヲ停留セシメ衝突ヲ豫防スヘキ應急處分ヲ爲ササルヘカラス(同上)

五 電車カ乗客昇降場ニ停車セシテ其儘踏切ヲ通過セントスルトキハ運轉手ハ特ニ踏切ニ向ヒテ進行シ來ルモノナキヤ否ヤニ注意シ踏切上ニ於テ危險事項ノ發生セザル様ニ適當ノ措置ニ出テサルヘカラス(東京控訴大正六年(オ)第二八八號同七年九月二六日民一部判決本書第七卷民法七一〇頁)

六 交通頻繁ト認メラルヘキ鐵道ノ踏切ニハ番人ヲ置クカ然ラサルモ相當ノ設備ヲ爲シ以テ通行者ノ危害ヲ豫防スルハ鐵道經營者ノ當然施スヘキ注意ナリトス又踏切番人モ無ク且通行人カ汽車ノ進行ヲ望見シ能ハサル障礙物ノ存スル踏切ヲ進行スル汽車ハ汽笛ヲ鳴ラシ通行人ニ警告ヲ與フルヲ以テ乘組機關手ノ正ニ執ルヘキ適當ノ注意ナリトス(同上大正四年(オ)第二一四號(オ)第三二〇號同五年六月一五五日判決本書第五卷民法五一七頁)

七 想フニ電車ノ運轉手トシテ車體ノ操縦ニ從事スル者ハ常ニ須ラク業務上必要ナル注意ヲ拂ヒテ過ナキ時期スヘキハ當然ノ事理ニシテ而シテ本件ノ如ク電車ノ進行スル方面ニ向ヒ線路ニ沿フテ歩行スル者アルヲ覺知シタル場合ニアリテハ或ハ行人カ電車ノ近ツキ來リタルコトニ氣付カサルコトアルヘキナ慮リ宜シク相當ノ距離ヨリ警笛ヲ鳴ラシテ警戒スル所アルヘキハ運轉手ノ業務上正ニ執ルヘキ措置トシテ期待スヘキモノニ屬ス訴外岡玉吉ハ事故ニ出テテ前段説示ノ如ク進路ニ渡邊清吉ノ歩行スルヲ認メナカラ警笛ヲ鳴スコトナクシテ漫リニ車體ヲ進行セシメタルハ明ニ業務上必要ナル注意ヲ拂ハサル過失アリト論斷セ

大審院 東京控訴院

【列車機關手ト過失責任ニ關スル參照判例】

サルヲ得ズ則チ右清吉ノ死亡ハ結局岡玉吉ノ過失ニ出テタルモノト謂フ可シ(東京地方大正三年(オ)第五〇號同四年一〇月一五五日判決本書第四卷民法六五四頁)

一 鐵道車掌ハ列車進行中絶ヘス前方ヲ警戒スヘキハ勿論其進行ヲ始ムル前ト雖モ運轉ノ前途支障ナキヤ否ヤ特ニ各種規定ノ標識ヲ確認シ危險ヲ防止スルノ注意ヲ怠ル可ラサルハ業務上當然ノ職責ナリトス(大審院大正三年(レ)第五二一號同年五月二三日刑三部判決本書第三卷刑法一三四頁)

二 列車カ甲驛ヲ發シテ乙驛ニ赴ク途中積雪ニテ進行シ能ハサル爲メ乗客中列車ヲ下リ徒歩シテ乙驛ニ到達シタル者アルヲ目撃シタル上該列車救援ノ爲メ排雪機關車ヲ運轉スル者ハ尙他ニ線路ヲ徒歩スル乗客アルヘキヲ豫想シ得ヘキモノナルヲ以テ持ニ線路ニ意ヲ注キ斯ル徒歩者ニ危害ヲ及ボササルコトニ留意スヘク之ヲ怠リタルキハ過失ノ責ニ任セサルヘカラス(東京控訴大正元年(オ)七八四號同二年一月一五五日判決本書第三卷民法二三五頁)

前判決判旨第一點至當ナリト雖モ後段ノ如キ論結ヲ採ルハ果シテ當ヲ得タルモノナリヤ疑ヒナキ能ハス蓋シ電車運轉手ノ如キハ業務上用意周到ナル注意ヲ以テ運轉ヲ爲スコトヲ要スルハ勿論事案ノ如キ何等踏切番ノ存セサル踏切ヲ通過セントスルニ當リテハ特ニ萬一ノ危險ニ備フル所ナカルヘカラス從テ此注意ヲ缺クトキハ等シク過失ノ責ヲ免ルルヲ得サルヘシ然レ共通行人ニシテ敢テ踏切ヲ通過シ衝突ヲ惹起シタル場合ニハ法律ハ不能ヲ責メサルノ理ニ基キ運轉手ニ對シ過失ノ責ニ任セシムヘキニ非サルヤ論ヲ俟タス故ニ判旨ハ結果ニ於テ正當ナリトス判旨第二點及ヒ後判決ハ正當ナリ

七三八

婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入りタル者カ其配偶者又ハ養親ノ親族ニ非サル自己ノ親族ヲ婚家又ハ養

家ノ家族ト爲サント欲スルトキハ前條ノ規定ニ依ル外其配偶者又ハ養親ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス

八六〇 養子ハ縁組ノ日ヨリ養親ノ嫡出子タル身分ヲ取得ス

八六一 養子ハ縁組ニ因リテ養親ノ家ニ入ル

八七七 子ハ其家ニ存ル父ノ親權ニ服ス但獨立ノ生計ヲ立ツル成年者ハ此限ニ在ラス

八七八 父カ知レサルトキ死亡シタルトキ家ヲ去リタルトキ又ハ親權ヲ行フコト能ハサルトキハ家ニ在ル母之ヲ行フ

養子ハ實父母ノ親權ニ服スルモノニアラスシテ養親ノ親權ニ服スルモノナレハ即チ第一ニ養父ハ親權ヲ行ヒ養父カ知レス又ハ死亡シ又ハ家ヲ去リ若クハ親權ヲ行フ能ハサルトキハ第二ニ養母之ヲ行フヘク其以前養父カ後妻ヲ娶リタルトキハ後妻即チ繼母ハ親權ヲ行フヘキモノトス

民法第八七七條ニハ子ハ其家ニ在ル父ノ親權ニ服スヘク父カ知レス又死亡シ又ハ家ヲ去リ若クハ親權ヲ行フ能ハサルトキハ家ニ在ル母ノ親權ニ服スヘキ旨ヲ規定シ其父母ノ實父母タルト養父母タルト將タ又繼父母タルトニ付キ區別ヲ爲サス一ニ其家ニ在ル父母ハ母ノ親權ニ服スヘキモノト爲レ且ツ養子ハ縁組ノ日ヨリ養親ノ嫡出子タル身分ヲ取得シ又縁組ニ因リ養親ノ家ニ入ルモノト爲セル民法八六〇條第八六一條ノ法意ニ照シテ之ヲ觀レハ養子ハ實父母ノ親權ニ服スルモノニアラスシテ養親ノ親權ニ服スルモノト謂フヘク即チ第一ニ養父ハ親權ヲ行ヒ養父カ知レス又ハ死亡シ又ハ家ヲ去リ若クハ親權ヲ行フ能ハサルトキハ第二ニ養母之ヲ行フヘク其以前養父カ後妻ヲ娶リタルトキハ後妻即チ繼母ハ親權ヲ行フヘキモノトス故ニ養家ノ繼母ハ子ノ實父アルトキト雖モ親權者ト爲ルモノニシテ繼母カ親權者ナル以上ハ實父カ其

家ニ入りタルノ一事ニ因リ當然親權ヲ喪失スルモノニアラサルナリ繼父母ト實父母トハ子ニ對スル愛情ニ於テ厚薄ナキニアラスト雖モ民法第八七八條ニ於テ繼父母ノ親權行使ニ制限ヲ加ヘタルヲ以テ子ノ受クヘキ不利益少カルヘク且ツ民法第八七七條ハ實父母及ヒ繼父母間ニ親權行使ニ付キ前後ノ順位ヲ設ケサルヲ以テ養子カ縁組ニ因リ養家ニ入りタル以上ハ養父母又ハ其家ノ繼父母ノ親權ニ服セサルヲ得サルナリ故ニ本件ニ於テ原院カ石原義廣カ石原八右衛門及同トラト養子縁組ヲ爲シ其家ニ入りタル後養母トラハ家ヲ去リ上告人ハ八右衛門ノ後妻トシテ其家ニ入りタルヲ以テ義廣ハ繼母タル上告人ノ親權ニ服スヘキモノニシテ實父三郎ハ親族入籍ニ因リ其ノ家ニ入りタルトテ上告人ハ親權ヲ失フヘキモノニアラスト判示シタルハ相當ニシテ上告論旨ハ理由ナシ(大審院大正七年(オ)第九八七號同年一月二四日民一部田部補原尾吉柳川成道各判事判決)

【關係事項】 上告棄却○原審官城控訴○親權喪失請求事件○上告人石原シシ辯護人新妻風嘉○被上告人石原龜次郎

【判旨第一點養子ニ對スル親權者ニ關スル參照學說】

一 家ニ在ル父又ハ母カ親權ヲ行フヘキモノトセルカ故ニ他ニ實父若クハ實母ノ在ルト否ト問ハス繼父繼母又ハ嫡母カ親權ヲ行フコトアルハ殆ント言テ決タル所ナリ(法學博士梅謙次郎氏民法要義四卷親族編三四九頁)
二 親子ハ必スシモ當同一ノ家族團體ニ屬スルモノニ非ス養子トナリ又ハ婚姻ニ因リテ他家ニ入りタル者ハ實家ノ父母ト家ヲ異ニス故ニ養子ハ養父又ハ養母ノ親權ニ服スルモノニ非ス實父母ノ親權ニ報スルコトナシ其家ニ在ル父又ハ母ナルトキハ其實父母ナルト繼父母又ハ嫡父母ナルト若クハ養父母ナルト問ハス等シク其繼權ニ服ス(法學博士眞田義人氏日本親權法四三九頁)
三 子ノ家ニ在ル父又ハ母ハ實父又ハ實母ニ非サルトキト雖モ親權ヲ有スルコトヲ得ヘシ故ニ養父母繼父母ト雖モ以上述ヘタル所ニ從ヒテ親權ヲ有スルモノトス(法學博士仁井田益太郎氏親族法相續法論二八九頁)
四 養子縁組ハ親子關係ヲ生セシムルコトヲ目的トスル法律行為ナリ之ヲ以テ獨民法ノ如キハ當事者ノ意思ヲ重シシ縁組ニ因リテ實父母ハ親權ヲ失フ旨ノ規定ヲ設ケタリ我民法ニハ明文ナシト雖モ同一理由ニ因リ養父母ハ實父母ニ先チテ親權者トナル未成釋スルコトヲ得ヘシ(法學博士島田鐵吉氏親族法三五三頁)
五 未成年者アリ同一戸内ニ於テ養父ト實母アリ何レノ親權ニ服スヘキヤノ解釋ハ養父ニ於テ親權ヲ行使スヘキモノトス(民刑局面答法曹會明治四二年五月一四日法曹記事第一九卷第九號八五頁)

仁井田博士

名古屋地方裁判所

法曹會

【判旨第二點ニ關スル參照學說判例】

六 甲被相続人遺言ニテ乙ヲ相續人ニ指定シ乙相續シテ戶主ト爲レリ然ルニ其指定相續人ハ未成年者ナルニ因リ右被相續人甲ノ遺妻カ相續開始以來親權ヲ有シ居リタリ其相續人カ被相續人ノ父ト養子縁組ヲ爲ストキハ遺妻ノ親權ハ當然消滅シ爾後養親ニ於テ親權ヲ行フ(同上九七號二七頁)

一 第八七條ノ規定ニ依レハ民法繼父繼母又ハ嫡母ヲ以テ十分子ノ利益ヲ維持スルニ足ラスト謂ハサルヘカラザカ故ニ右ノ場合ニ於テハ他ノ父ハ繼父ニ先テ又他ノ母ハ繼母又ハ嫡母ニ先テテ親權ヲ有スルモノト爲スヲ以テ民法ノ精神ニ適フモノト謂フ(レ)法學博士仁井田益太郎氏親權法相續法論二九一頁)

二 嫡母カ親權者トナリ居ル場合ニ於テ實母カ其家ニ入籍シタリトスルモ直チニ實母ニ親權ノ移ルヘキモノニ非ス然レトモ親權中財產管理權ハ之ヲ分離シテ他ノ親權者若クハ後見人ニ依リ行フコトヲ得ルモノナレハ該權ノミチ實母ニ移スハ不法ニ非ス(名古屋地方裁判所民部判決法律新聞第五八〇號一五頁)

三 實父カ養家ニ入籍シタル場合及ヒ戶内ニ於テ養子縁組アリタル場合ニ於ケル養子ノ親權者ハ養方ノ父又ハ母ナリトス(法曹會決議明治四三年三月一二日法曹會記事第二〇卷四號四四頁)

四 養親ハ養子ニ對シテ親權ヲ行フヘキモノニシテ實父母ノ入籍ニ因リテ其權利ノ行使ヲ妨ケラルルコトナキモノトス(民法刑局回答明治四二年五月一四日法曹記事第九〇號三一頁)

判旨第一點ハ至當ノ見解ナリト信ス蓋シ養子カ縁組ヲ爲シタルトキハ茲ニ養親トノ間ニ親子關係ヲ生シ(八六〇)養子ハ養親ノ家ニ入ル(八六一)カ故ニ我民法上特別ノ明文ナシト雖モ當然養親カ親權ヲ行使スルモノニシテ假令實父母在ルモ之カ爲メ其行使ヲ妨ケラルルモノニ非スト解スルヲ以テ穩當ナリトス(八七七)從テ親權ヲ行フ養父カ知レズ又ハ死亡シ又ハ家ヲ去リ若クハ親權ヲ行フ能ハサルトキハ養母ハ當然親權ヲ行使スルモノト謂フヘキナリ唯問題トナルハ如上ノ事由發生前養父カ後妻ヲ娶リタル場合ニ於テモ尙後妻即チ繼母ハ親權ヲ行使スヘキヤ又此場合後ニ至リ實父カ入籍シタル場合ニ於テハ何人カ親權ヲ行使スヘキ

ヤ否ヤノ問題之ナリ反對論者ハ民法第八七八條ヲ根據トシ同條カ繼父繼母又ハ嫡母ヲ以テ子ノ利益ヲ保護スルニ不充分ナリトシテ特別ノ規定ヲ設ケタルモノナレハ同條立法ノ精神ニ鑑ミ上述ノ場合ニ於テハ實父母ニ於テ親權ヲ行使スヘキモノナリト論斷スト雖モ民法ハ親權喪失ノ原因ヲ明規スルニ係ラス(第四編第五章第三節)之等ノ場合ヲ以テ何等親權喪失ノ原因ト爲ササルノミナラス民法第八七七條ハ親權者間ニ何等法定ノ順位ヲ設ケス且ツ反對論者ノ根據トスル第八七八條ノ如キハ却テ繼父繼母嫡母ノ親權者タルコトヲ前提トシ之ニ對應スル爲メ本條ノ如キ保護規定ヲ設ケタル趣旨ナリト解スルヲ得ヘキヲ以テ吾人ハ判旨第二點ニ贊同シ此場合ニ於テモ尙養家ノ繼母ハ養子ニ對シ親權ヲ行使スルモノナリト解セント欲ス

三三三

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

大審院判

民法第七一五條第一項ニヨリ或事業ノ爲メ他人ヲ使用スル者ヲシテ被用者カ其事業ノ執行ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害ヲ賠償スルノ責ニ任セシムルニハ被用者カ使用者ノ命令若ハ委任シタル事業執行ノ範圍内ニ於テ故意又ハ過失ニ因リ第三者ニ損害ヲ生セシメタル場合ナルコトヲ要スルモノトス

加害者タル被用者乙ハ使用者甲ヨリ單ニ所謂見習運轉手トシテ必ス他ノ運轉手ト同乘シ其指揮監督ノ下ニ自動車ヲ操縦スルコトヲ許可セラレタルモノニ止リ單獨操縦スルコトハ絕對ニ許可セラレザリシモノナレハ同人カ使用者甲ノ得意先ヨリ注文アリタル爲メ獨斷ニテ操縦シ丙ヲ轢傷シ遂ニ死ニ致ラシメタル行爲ハ一般ニ自動車ヲ單獨操縦スルコトヲ命令若クハ委任セラレ只之ヲ實行スルニ付キ或制限ニ服スルコトヲ命セラレタル者カ其制限ニ服セスシテ操縦シタルカ如キ場合ト同一ニ論スヘキモノニアラス

民法第七一五條第一項ニヨリ或事業ノ爲メニ他人ヲ使用スル者ヲシテ被用者カ其事業ノ執行ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害ヲ賠償スルノ責ニ任セシムルニハ被用者カ使用者ノ命令若クハ委任シタル事業執行ノ範圍内ニ於テ故意又ハ過失ニ因リ第三者ニ損害ヲ生ゼシメタル場合ナルコトヲ要スルハ當院判例ノ認ムル所ナリ(大正四年(九)第五九六號大正五年五月九日判決參照)從テ被用者ノ行爲ハ縱令使用者ノ業務ニ屬スルモノナリトスルモ苟モ使用者カ命令若クハ委任シタル事實ナキニ於テハ使用者ハ被用者カ第三者ニ被ラシメタル損害ニ付キ業ヨリ之カ賠償ノ責ニ任スヘキモノニアラスサルコトハ多辯ヲ要セスシテ明カナリ原判決ノ認メタル事實ハ被上告會社ハ大正七年二月十三日夜被上告會社ノ爲メニ自働車ヲ操縦シ名古屋市東區長坂町ノ街路ヲ進行中過失ニ依リ上告人領雄俊男秀夫ノ父ニシテこまノ夫タル勝部繁太郎ヲ轢傷シ遂ニ死ニ致シタル渡邊可之ニ對シ獨立シテ自働車ノ操縦方ヲ命令委任シ若クハ許可シタル證據ナク却テ同人ニ對スル警察及檢事ノ第一回聽取書ニ依リハ渡邊可之ハ技能不十分ニシテ未タ運轉手ノ免許ヲ受クル能ハス被上告會社ヨリ單獨ニテ自働車ヲ操縦スルコトヲ許サレサルニモ拘ハラス當夜運轉手不在中被上告會社ノ得意先ナル十

【關係事項】

上告棄却○原審名古屋地方裁判所○過失致死被告事件ニ附帶スル私訴事件○上告人勝部俊男外二人代理人辯護士花井卓藏同花本福次郎同三上英雄被上告人丸八自動車株式會社取締役加藤市

【判旨第一點事業執行ノ範圍ニ關スル同趣旨判例】

一 民法第七一五條ニ所謂被用者カ其事業ノ執行ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害トハ被用者カ使用者ノ命令若クハ委任シタル事業執行ノ範圍内ニ於テ故意又ハ過失ニ因リ第三者ニ對シ生ゼシメタル損害ヲ謂ヒ其範圍ニ屬セサル行爲ニ因リ生シタル損害

洲樓ヨリ注文アリタル爲メ獨斷ニテ操縦シタルモノナルコトヲ認メ得ヘシト云フニ在リテ畢竟渡邊可之カ勝部繁太郎ヲ轢傷シ遂ニ致シタルハ全ク被上告會社ノ指揮命令ノ範圍外ニ於テ同人ノ單獨意思ニ基ク行爲ノ結果ニ外ナラサルモノト認メタルニヨリ民法第七一五條ノ場合ニ適合セス從テ被上告會社ハ本件損害賠償ノ請求ニ應スヘキ理由ナキコト論テ俟タス然ラハ原判決力カ之ト同一ノ理由ニ基キ民事原告人等ノ請求ヲ排斥シタルハ至當ナリ上告代理人ニ於テ本件ノ加害者タル渡邊可之ハ被上告會社ノ被用者トシテ自働車ニ乘リ之レカ操縦ノ任ニ當ルヘキ命令ヲ受ケ居ルモノニシテ只之レヲ操縦スルニ際シ單獨ニテ爲スコトヲ禁セラレタルモノニ過キサルモノニ係リ同人ノ本件行爲ハ畢竟被上告會社ノ命令ヲ實行スルニ付キ附セラレタル制限ヲ超過シタルニ止マルモノナレハ尙ホ被上告會社ノ命令ノ範圍内ニ屬スルモノナリト主張スレトモ原判決ノ確定シタル事實ハ之ヲ要スルニ本件加害者タル渡邊可之ハ被上告會社ヨリ單ニ所謂見習運轉手トシテ必ス他ノ運轉手ト同乘シ其指揮監督ノ下ニ自動車ヲ操縦スルコトヲ許可セラレタルモノニ止リ單獨操縦スルコトハ絕對ニ許可セラレザリシモノナレハ同人ノ這般行爲ハ一般ニ自動車ヲ單獨操縦スルコトヲ命令若クハ委任セラレ只之ヲ實行スルニ付キ或制限ニ服スルコトヲ命セラレタル者カ其制限ニ服セスシテ操縦シタル即チ上告代理人カ例示スルカ如キ場合ト同一ニ論スヘキモノニアラサルニヨリ右主張ハ採用セス(大審院大正七年(九)第二四一二號同八年一月三十一日刑一部末弘裁判長遠藤波瀾各判事判決)

東京地方
裁判所

學道博士

東京控訴
院

ハ之ヲ包含サルモノナレハ被用者カ事業ノ執行トシテ爲スヘキコトノ存在セサル場合ニ於テ單ニ自己又ハ他人ノ利益ヲ目的トシ其地位ヲ濫用シテ擅ニ爲シタル行爲ニ因リ第三者ニ損害ヲ加フルカ如キハ假令其行爲カ外形上使用者ノ事業ト異ナルコトナレトスルモ之ヲ以テ其事業ノ執行ニ付キ損害ヲ加ヘタルモノトシ使用者ヲシテ賠償ノ責任セシムヘキニ非ス(大審院大正六年(オ)第一〇二號同年六月一日民二部判決本書第六卷民法七一六頁)

二 民法第七一五條ニ所謂被用者カ其事業ノ執行ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害トハ被用者カ使用者ノ命令又ハ委任シタル事業ノ執行ノ範圍内ニ於テ故意又ハ過失ニ因リ第三者ニ對シテ惹起シタル損害ヲ謂フモノトス從テ同條ニ依リ使用者ヲシテ被用者ノ惹起シタル損害ニ對シ賠償ノ責任ヲ負ハシムルハ其損害ヲ惹起シタル被用者ノ行爲カ使用者ノ事業ノ執行自體ナルカ若ハ其事業ノ執行ト相關聯シテ之レト一體ヲ爲シ不可分ノ關係アルモノナルコトヲ要シ被用者カ使用者ノ事業ノ執行トシテ何時爲スコトノ現存セサル場合ニ單ニ自己ノ目的ノ爲メ其地位ヲ濫用シテ擅ニ爲シタル行爲ニ因リ第三者ニ損害ヲ加フルカ如キハ假令行爲カ外形上使用者ノ事業ノ執行ト異ナルコトナシトスルモ之ヲ以テ其事業ノ執行ニ付キ損害ヲ加ヘタルモノトシ使用者ヲシテ之カ賠償ノ責任セシムヘキモノニアラス(大審院大正五年(レ)第九二六號同年七月二十九日刑三部判決本書第五卷民法九二二頁)

三 民法第七一五條ニ所謂被用者カ其事業ノ執行ニ付加ヘタル損害トハ使用者ノ命令又ハ委任シタル事業ノ執行行爲自體若クハ其執行ニ必要ナル行爲ヨリ生シタル損害ヲ指稱スルモノニシテ其事業ノ執行ニ際シ被用者カ單獨ノ意思ニ基キ別ニ不正ノ行爲ヲ爲シタル結果他人ニ加ヘタル損害ノ如キハ縱令使用者ノ利益ノ爲メナシタルコト雖モ右法條ニ所謂損害ノ中ニ包含セス(同上大正四年(レ)第二五九六號同年五月九日刑一部判決本書第五卷民法五二二頁)

四 使用者カ其被用者ノ第三者ニ加ヘタル損害ニ付キ其責任ニハ被用者カ事業ノ執行ニ付キ使用者ノ意思ニ隸屬スルトヲ要ス從テ被用者カ自己ノ意思ニ依リ行動シタル場合ヲ包含セス(東京地方大正四年(ワ)第八一號同年八月一四日民三部判決本書第五卷民法九二七頁)

【同上ニ關スル反對學說】

使用者ノ責任ニ歸スヘキ被用者ノ加害行爲自體ハ使用者カ其事業ノ執行ノ爲メ命令又ハ委任シタルモノナルコトヲ要セス事業執行行爲ト加害行爲トノ間ニ後者カ前者其自體ヲ利用シテ爲サレタル關係アルヲ以テ是ルモノトス(法學博士學道文藝氏京都法學會雜誌第一三卷第三號八四頁本書第七卷民法一四三頁)

【同上ニ關スル異趣旨判例】

會社ノ用人カ業務ノ執行ノ權限アリテ何時ニテモ是ヲ爲シ得ヘキ狀態ニアリ居常其準備ヲ爲シ居ル時ニ際シ外觀上其執行ノ異ナルナキ執行ノ下ニ爲サレタル株券偽造行使ノ如キハ是ヲ以テ業務執行ニ付キテ爲シタル者ト認ムヘク真正ナル職務ノ執行カ存在シタルト否トヲ問フヲ要セサルモノトス(東京控訴大正五年三月二四日刑一部判決法律新聞第一一〇九號二三頁本書第

五卷民法五四八頁)

【所謂「事業執行ニ付キ」ノ意義ニ關スル内外參照學說判例】

本卷民法一〇頁以下

所謂「事業ノ執行」ノ範圍如何ニ付テハ未タ定説アルヲ見ス大審院ハ從來使用者ノ意思ヲ標準トシ使用者ノ命令又ハ委任シタル事業ノ執行又ハ其執行ニ必要ナル行爲ヨリ生シタル損害ニ對シテノミ使用者ハ其責任ニ任ストノ見解ヲ把持ス本判旨亦然リ然レ共此見解ハ其範圍ヲ認ムルコト極メテ狭少ナル爲メ第三者ノ利益保護薄ク現時ノ社會狀態ニ適セサル見解ナリト謂ハサルヲ得ヌ吾人ハ寧ロ被用者ノ行爲カ使用者ノ事業ノ執行自體ナルカ若クハ其事業ノ執行ト相關聯シテ不可分ノ關係アル以上加害行爲自體ハ使用者カ其事業執行ノ爲メニ命令又ハ委任シタルト否トヲ問ハス其責任ニ任セシムルヲ以テ實際ニ適スルモノナリト信ス(第七卷民法一四五頁評論從テ本件見習運轉手カ得意先ニ獨斷操縦シ途中他人ヲ轢死セシメタルカ如キ場合ニハ假令夫レカ使用者ノ命令又ハ委任ノ範圍ニ屬セストスルモ尙該運轉手ハ使用者ノ事業ノ執行ニ付キ他人ニ損害ヲ生セシメタルモノト爲スニ妨ケ無カルヘク使用者ハ見習運轉手ノ該加害行爲ニ對シ其責任ニ任スト爲スヲ相當トス若シ夫レ判旨第一點ノ如キ前提ニ立タンカ判旨第二點ハ正當ナルヘシト雖モ斯ノ如キ微妙ナル差異ヲ設ケ使用者ノ責任ヲ輕減スルカ如キハ現時ノ社會狀態ニ鑑ミ吾人ノ採ラサル所ナリトス

八一三 夫婦ノ一方ハ左ノ場合ニ限り離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得
六 配偶者ヨリ惡意ヲ以テ遺棄セラレタルトキ

大正六年五月中夫タル甲ハ福島縣所在鑛山ニ赴クニ際シ妻乙ヲシテ東京市内丙方ニ間借りセシメ置キ乍ラ然カモ一婦女ヲ伴ヒテ右鑛山ニ至リ其後甲ハ乙ニ對シ殆ント生活費ノ送付モ爲サス同年十月頃甲ハ上京シタルモ乙方ヲ訪レス同年十一月頃丙方ニテ甲乙會見シタルモ甲ハ更ニ乙ノ爲メニ生活ノ途ヲ立テス大正七年一月ニ至リ遂ニ甲ノ所在全ク不明ト爲リタル事實ニ在リテハ乙ハ其配偶者タル甲ヨリ惡意ヲ以テ遺棄セラレタルコト洵ニ明白ナリトス

甲第一號證ニ依レハ明治三十四年四月十八日原告ハ婚姻ヲ爲シ現ニ夫婦關係ニ在ルコトヲ認メ得ヘク甲第二號證及第三號證ノ一、二並ニ證人林政徳ノ證言ニ依レハ大正六年五月中被告ハ福島縣南會津郡八總鑛山ニ赴クニ際シ原告ヲシテ東京市牛込區西五軒町二十番地訴外高崎存吉方ニ間借セシメ置キ而カモ被告ハ一婦女ヲ伴ヒテ右鑛山ニ至リ其後被告ハ原告ニ對シ殆ト生活費ノ送付モ爲サス同年十月頃被告ハ上京シタルモ原告方ヲ訪レス同年十一月頃訴外林政徳方ニテ原告會見シタルモ被告ハ更ニ原告ノ爲メニ生活ノ途ヲ立テス大正七年一月ニ至リ遂ニ被告ノ所在全ク不明ト爲リタル事實並ニ原告カ右事實ヲ覺知シタルハ大正七年一月ナル事實ヲ認定スルニ十分ナリ而シテ以上ノ如キ事實關係ニ在リテハ原告ハ其配偶者タル被告ヨリ惡意ヲ以テ遺棄セラレタルコト洵ニ明白ニシテ斯ノ如キハ民法八百十三條第六號ニ該當シ原告ヨリ被告ニ對スル離婚ノ原因ト爲スニ足ルモノト云ハサルヘカラス尙原告カ右惡意遺棄ノ事實ヲ覺知シタルヨリ一年內ニ本訴ヲ提起シタルコトハ大正七年一月原

【關係事項】 離婚事件○原告花房きみ訴訟代理人辯護士小山愛司被告花房鏡太郎
【離婚原因ト配偶者ノ遺棄ニ關スル參照判例】

一 民法第八一三條ニ所謂惡意ノ遺棄ハ扶養義務ノ如何ニ關セス夫婦ノ一方カ惡意ヲ以テ他ノ一方ヲ遺棄スルヲ謂フ(大審院明治三三年一月六日民一部判決民錄第六輯第一〇卷一六頁)
二 夫カ約三年前自家雇人其女ヲ伴ヒ家出シ妻ヲ顧ミヌ妻ハ不得已其家ニ歸リ其後或人ニ依頼シ夫ニ協議上ノ離婚ノ交渉ヲ爲シタルニ夫ハ當時右某女ト同棲シ居リテ其人ニ對シ暴言ヲ吐キ妻ヲ顧ミヌ更ニ歸家スルノ意思ヲカリシトキハ夫ハ惡意ヲ以テ妻ヲ遺棄シタルモノトス(東京控訴院大正三年(ホ)第二二二號同四年三月二三日判決本書第四卷民法二一四頁)
三 家出後二十年ノ久シキ間妻ヲ顧ミヌ妻ト共ニ一家ヲ構ヘ居ルカ如キハ惡意ヲ以テ妻ヲ遺棄シタルモノト認ムヘキモノトス(同上大正二年(ホ)第七二號同年九月二六日判決本書第二卷民法四八八頁)
四 別居セル妻カ人ヲ介シ離婚ヲ求ムルカ如キ口吻ヲ以テ夫ニ同居ヲ求メタルニ對シ夫カ之ヲ拒絕シ尙ホ一時ノ感情ニ驅ラレテ妻タル關係上已ムナク引取りタルトキハ遺棄ニシテ激語シタルトスルモ之ヲ以テ直ニ惡意ノ遺棄トシテ離婚ノ原因トナスコトヲ得サルモノトス(同上明治四五年(ホ)第四五〇號大正三年二月六日判決本書第三卷民法二六六頁)
五 夫カ一ヶ年前家出ヲ爲シ爾來一回ノ通信モ爲サス其所在ヲ晦シ(家出ノ際他ノ婦女ヲ伴ヒタル如キ事實アル場合)夫ハ家出ノト惡意ヲ以テ其妻ヲ遺棄シタルモノトキ認定スルヲ相當トス(同上明治四三年七月六日民三部判決書第七卷一六一頁)
六 妻病身ニシテ家貧給與一分ナラサル場合夫カ之ヲ他家ニ依頼シ引取ラシメタリトスルモ直ニ同居拒絕又ハ惡意ノ遺棄ト認ムルヲ得ス(同上同年六月二七日民一部判決例彙報第七卷七二頁)
七 夫カ一年餘以前ヨリ東京某所ニ於テ一婦人ト夫婦トシテ同棲シ所轄戶籍吏ニ對シテハ妻モ共ニ同居ニ寄留スル旨ノ虚偽ノ届出ヲ爲シ置キ而シテ郷里ナル妻ヲハ毫モ顧ミルコトナク又妻ノ弟ノ求メニ依リ説諭ヲ加ヘタル警察官ニ對シテハ自分ハ約十年以前ヨリ大坂名古屋東京ニ居住シテ妻ヲ顧ミヌ且現時ハ内縁ノ婦ト同棲シ一家ノ私情ヲ顧ミル暇ナク歸國不能ナル旨申立テタルカ如キ事由アルトキハ其夫ハ惡意ヲ以テ妻ヲ遺棄シタルモノトス(東京地方大正三年(タ)第一九三號同四年二月一五日日判決本書第四卷民法九一頁)
八 妻ノ其家ニ白痴盲目ナル子女アルニ拘ラス併優等ニ親ミ娛樂ニ耽リ遂ニ逃亡シテ數ヶ月ヲ經ルモ歸來セス毫モ其夫ヲ顧ミサルカ如キ場合ニハ其夫ハ惡意ヲ以テ遺棄シタルコトヲ理由トジテ離婚ノ請求ヲ爲シ得ヘキモノトス(東京地方明治四二年七月七日民二部判決法律新聞第五八七號一〇頁)

告カ右事實ヲ覺知シタリトノ前條認定事實及本件記録添付ノ訴狀ニ徴シテ明白ナルヲ以テ原告ノ本訴請求ハ理由アリ(東京地方大正七年(タ)第二四八號同八年二月二八日民一部大森裁判長與山細川各判事判決)

至當ノ判決ナリトス

三五

七二〇 他人ノ不法行為ニ對シ自己又ハ第三者ノ權利ヲ防衛スル爲メ已ムコトヲ得スシテ加害行為ヲ爲シタル者ハ損害賠償ノ責任ニ任セズ但被害者ヨリ不法行為ヲ爲シタル者ニ對スル損害賠償ノ請求ヲ妨ケス
前項ノ規定ハ他人ノ物ヨリ生シタル急迫ノ危難ヲ避ケル爲メ其物ヲ毀損シタル場合ニ之ヲ準用ス

權利者カ權利防衛ノ爲メニ他人カ不法ニ設置シタル工作物ヲ除去スルニ當リ法律ノ許ササル手段ヲ用キタルトキハ其他人ハ右權利者ニ對シ之ニ因リ生シタル損害賠償ノ責ヲ問フコトヲ得ルモ除去セラレタル工作物ノ復舊ヲ請求スルコトヲ得サルモノトス

上告理由ハ本件ニ於ケル上告人ノ請求ハ田用分水灌溉スヘキ權利アルコトノ確認ヲ求ムルノ外水路復舊ノ爲メ同溜池中縣道ノ北方ニ現存セル底樋ヨリ北方ヘ斜ニ五尺ニ至リ其所ヨリ縣道ノ北方ニ沿フテ西方ハ縣道ヲ横斷セル底樋ニ通スル迄テ長サ五間一尺幅一尺七寸ノ堰ヲ設クヘシト謂フニアリテ右水路復舊ニ關スル請求ハ被上告人ハ認メテ争ハサルカ如ク原告カ開墾シタル堰ヲ取潰シ權利ノ侵害ヲ防禦シタル次第ナルヲ以テ請求ニ應スルコト能ハサル旨答辯シ原告モ亦右水路ノ堰ヲ取潰シタル事實ヲ認メテ被控訴人ノ保爭水路復舊ノ請求ニ應スヘキ義務ナク被控訴人ハ之ニ對シ其復舊ヲ要求スルノ權利ヲ有セサルモノト斷セサルヘカラスト判示シテ上告人カ本件ノ用水權ハ堰ヲ設ケテ分水灌溉シ居リタルモノナ被上告人等ハ公法上訴訟法上ノ權利ニ依ルコトナク自力ヲ以テ堰ヲ取潰シタルモノニシテ其取潰行為ノ正當ナラサルヲ論テ俟タヌ元來我法上ニ於テハ民法第七二〇條又ハ刑法第三六條ノ外ニ

【關係事項】 上告棄却○原審秋田地方○田水分水權確認並ニ堰筋復舊工事請求事件○上告人米澤與之助辯護人小林龜郎○被上告人板橋倉松外八名

自救行為ヲ認メタルモノナリ從テ當該場合ニ該當セサルモノハ自力救済行為ヲ以テ正當トナニス故ニ此ノ正當ト爲ササル行為ニ對シテ其相手方ハ現狀回復即チ復舊ヲ求ムルハ當然ニシテ法律上モ亦之ヲ認容スヘキモノトス自救權ヲ認メタル獨逸法制ノ下ニ於テモ或特種ノ條件ノ下ニミ自力救済ヲ認容スルモノニシテ其相手方ハ我國法ノ下ニ於テハ本件ノ場合ニ之ヲ認ムヘキ法律の根據ヲ有セザレハ其正當ナラサル行為ニ對シ現狀ノ回復即チ復舊ヲ求メシムルハ法律秩序ヲ維持スル上ニ於テ當然ノ處置ナリト信ス然ラハ假リニ本件堰ノ設定ハ不法ノモノナリトスルモ之ヲ取潰サントスレハ法ノ力ニ依リテノミ之ヲ爲スヘク漫然自力ヲ以テ取潰シタルモノニ對シテハ正ニ其復舊ヲ請求スルハ原權ノ如何ニ拘ハラズ之ヲ許容スヘキ筋合ナルヘシ然ルニ原審ハ事茲ニ出テス漫然復舊ヲ請求スルノ權利ナリトシテ上告人ノ請求ヲ棄却シタルハ不法ナル自力救済ヲ認メタル不法ノ權利ナリトシテ破毀ヲ免レサルモノトスト云フニアリ然レトモ權利者ハ其權利防衛ノ爲メニ他人カ不法ニ設置シタル工作物ヲ除去スルニ當リ法律ノ許ササル手段ヲ用キタルトキハ其他人ハ右權利者ニ對シ之ニ因リテ生シタル損害賠償ノ責ヲ問フテ得ヘシト雖モ除去セラレタル工作物ノ復舊ヲ請求スルコトヲ得サルモノトス蓋シ斯ル場合ニ於ケル工作物ノ復舊ハ右權利者ノ權利侵害ト爲ルヲ以テナリ故ニ原裁判所カ被控訴人(被上告人)カ自己ノ權利防衛ノ爲メ保爭水路ヲ取潰シタルトスルモ云云被控訴人ノ保爭水路復舊ノ請求ニ應スヘキ義務ナク被控訴人ハ之ニ對シ其復舊ヲ要求スルノ權利ヲ有セサルモノト斷セサルヘカラスト判示シ上告人ノ敗訴ノ判決ヲ言渡シタルハ正當ニシテ所論ノ違法ナシ從テ論旨理由ナシ(大審院大正七年(オ)第八六〇號同年一月一六日民三部横田裁判長大倉松岡岩田鬼澤各判事判決民錄第二四輯第三〇卷二二一〇頁)

七五五 女戸主ハ年齢ニ拘ラズ隠居ヲ爲スコトヲ得
七五六 無能力者カ隠居ヲ爲スニハ其法定代理人ノ同意ヲ得ルコトヲ要セス
隠居ニ付テノ意思能力トハ隠居者ニ於テ隠居ノ意義ヲ了解シ之ニ伴ヘル意思ノ表示ヲ爲スノ能力ヲ指稱スルモノニシテ假令滿一五年一ヶ月ノ幼者ナリト雖モ隠居ノ當時ニ於テ家庭ノ事情ヲ知悉シ自己カ隠居ヲ爲サハ其戸主權ヲ喪失スヘキコトヲ知りナカラ家庭ノ平和ヲ維持スル爲メニ隠居ヲ爲シタル以上隠居ノ當時ニ於テ隠居ノ意思能力アリタルモノト認定ス

被控訴人きみよハ大正六年十月二十三日其ノ隠居ノ表意ヲ爲セシ當時ニ於テ隠居ヲ爲スノ意思能力アリタリヤ否ヤノ争點ニ付キ之レヲ案スルニ本件ニ於テ被控訴人きみよカ大正六年十月二十三日隠居ニ關スル表意ヲ爲シ其ノ届出ヲ爲シタルコト及ヒ當時同人ハ年齢滿十五年一ヶ月ノ幼者ナリシコトハ當事者間ニ争ナキ所ナルノミナラス甲第一號戸籍謄本ノ記事ニ徴シ洵ニ明白ナリ而シテ本件ニ於ケル隠居ニ付テテノ意思能力トハ隠居者ニ於テ隠居ノ意義ヲ了解シ之レニ伴ヘル意思ノ表示ヲ爲スノ能力ヲ指稱スル義ナルヲ以テ果シテ被控訴人きみよハ隠居ノ意義ヲ了解シタル上其ノ表意ヲ爲シタルモノナリヤ否ヤヲ考究スルニ原審ニ於ケル被控訴人きみよノ供述ノ全趣旨並ニ當審證人藤田包吉ノ供述ヲ彼此綜合シ尙ホ之レニ原審證人板倉敬藏藤田敏治當審證人藤田まつノ證言ニ對照スレハ被控訴人きみよハ性質稍々遲鈍ニシテ學業ノ成績良好ナラサリシコトハ之レヲ認メ得ヘキモ其ノ隠居當時ニ於テハ家庭ノ事情ヲ知悉シ自己カ隠居ヲ爲サハ其戸主權ヲ喪失スヘキコトヲ知りナカラ家庭ノ平和ヲ維持スル爲メニ隠居ヲ爲セシモノニシテ隠居ニ對スル意思能力ヲ否定スヘキ事

實ノ存在ハ之ヲ認メ難キニ付キ被控訴人きみよハ右隠居當時ニ於テ隠居ノ意思能力アリタルモノト認定セサルヲ得ス(長崎控訴院大正七年(ア)第一一七號同年一月二六日民部谷岡判長中根駒田各判事判決法律新聞第一五一五號二三頁)

【關係事項】 棄却○隠居無效請求事件○控訴人伊藤角三郎訴訟代理人辯護士本田英作○被控訴人藤田きみよ外一人訴訟代理人辯護士齋藤巖

【參照判例】
一 未成年者カ隠居ヲ爲スニハ自ラ其事ノ利害得失ヲ判斷スル能力ヲ具備スレハ足ル未成年者ニ如上ノ能力アリヤ否ヤヲ判定スルハ事實承審官カ年齢其他ノ狀況ヲ考察シテ定ムヘキ事實問題ニ屬スルモノトス(大審院明治四二年一月一日判決民事判決録第一五輯八二五頁)
二 隠居者カ既ニ年齢十八歳餘ニ達シタルトキハ隠居ヲ爲スニ付キ利害關係ヲ判斷スルニ十分ナル能力ヲ有スルモノト認ム(大阪控訴明治四二年四月一九日民三部判決例彙報第四卷一四二頁)

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

債權ハ債權者カ債務者ノ特定ノ行爲ヲ要求スル權利ニシテ其行爲ハ債權者ニ於テ之ヲ債務者以外ノ第三者ニ要求スヘカラサルモノナルト同時ニ債務者モ亦債權者以外ノ第三者ヨリ要求セラルヘキモノニアラス
債務者ニ代位シ債權者ノ爲ス債務者ノ權利ノ行使ハ其效果ヲ直接ニ債務者ニ及ホスヘキモノナラサルヘカラスシテ債權者ト債務者間ノ權利關係ハ法律ノ規定ニ基ク代理ノ關係ニ外ナラス

所謂債權ノ保全ノ必要トハ債務者ノ財産カ債權ヲ辨済スルコト能ハサルニ至ルカ又ハ之ヲ辨済スルニ困難ヲ生スルノ恐アリ之カ爲メニ債權者カ全然其債權ノ實價值ヲ喪失スルカ如キ危険ヲ見ル場合ノミヲ指スモノトス

債務者ニ對シ特定物ノ引渡ノ債權ヲ有スル債權者ハ其債權ノ辨済ヲ保全センカ爲メニ債務者ニ代位シ其第三者ニ對スル其物上ノ權利ヲ行使スルヲ要スル場合ニ於テモ直ニ債權者ハ債務者ニ代位シ右權利ヲ行使スルコトヲ得ス唯債務者カ資産ヲ有セスシテ損害賠償債務ヲ辨済スル能ハス若クハ辨済スルニ困難ヲ生スル虞アル場合ニ於テ初メテ損害賠償債權ニ基キ右債務者ノ權利ヲ行使シ得ルニ止マルモノトス

【事實】原告訴訟代理人ハ被告ハ東京市麹町區三番町十番地一木造瓦葺二階建一棟建坪二十二坪五合外二階十七坪ノ建物ヲ城井道太郎ニ明渡スヘシ訴訟費用ハ被告ノ負擔トストノ判決並ニ保證ヲ條件トスル假執行ノ宣言ヲ求ムル旨申立テ其請求原因タル事實トシテ東京市麹町區三番町十番地一木造瓦葺二階建一棟建坪二十二坪五合外二階十七坪ノ建物ハ訴外城井道太郎ノ所有ニシテ從前訴外大森セイカ右城井道太郎ヨリ賃借シ居住シタルトコロ大森セイハ大正六年十一月申中他ノ建物ヲ買受ケ之ニ轉住スルコトナリタルヲ以テ原告ハ大正七年二月五日城井道太郎ト契約シ右建物ヲ同入ヨリ賃借スルコトシ其賃借期間ハ大森セイカ右建物ヲ立退明渡ヲ爲シタル時ヲ以テ始マル事トシ同日約定金トシテ金二十圓其後同年五月二十五日數金トシテ金二百圓ヲ夫レ夫レ原告ヨリ城井道太郎ニ支拂ヒ置キタリ而シテ大森セイハ大正七年七月四日城井道太郎トノ間ノ賃借關係ヲ終了セシメ右建物ヲ立退キ明渡シタルニ被告ハ大森セイノ立退後何等權原ナクシテ右建物内ニ居住シ不法ニ右建物ヲ占有シ居レリ原告ハ前記城井道太郎トノ賃借契約ニ基キ同入ニ對シ大森セイノ明渡後直チニ右建物ヲ使用スヘキ權利ヲ有スルニ拘ラス被告カ占有スル爲メ其目的ヲ達スル能ハス而シテ原告ニ於テ城井道太郎ニ對シ同入ヨリ其所有權ニ基キ被告ニ對シ右建物ノ明渡ヲ請求スヘキ要求スル同入ハ要領ヲ得タル解決ヲ爲ササルヲ以テ茲ニ原告ハ前記賃借契約ニ基キ城井道太郎ニ對シ右建物明渡請求權ヲ保全スル爲メ城井道太郎ニ代位シ同入ノ被告ニ對スル前記建物明渡請求權ヲ行使スル爲メ本訴ニ及フト陳述シ被告及城井道太郎間ニ於ケル賃借契約ノ成立ヲ否認シ甲第一第二號證ヲ提供シ證人城井道太郎ノ訊問ヲ求メタリ

被告訴訟代理人ハ原告ノ請求ヲ棄却スル判決ヲ求メ原告主張ノ家屋カ訴外城井道太郎ノ所有ナルコト被告カ現ニ之ヲ占有スルコトハ之ヲ認ムルモ城井道太郎ト原告間ニ賃借契約ノ成立シタルコトハ之ヲ知ラス而シテ被告ハ城井道太郎トノ間ニ賃料一ヶ月四十圓數金二百圓ノ定メニテ右建物ヲ賃借スルコトノ契約ヲ締結シ右契約上ノ權利ニ基キ右建物ニ居住スルモノナルカ故ニ城井道太郎ニ對シ右建物ヲ明渡スヘキ義務ナク原告ノ本訴請求ハ謂レナシト陳述シ甲第一第二號證ハ不知ト述ヘタリ

【理由】債權ハ債權者カ債務者ノ特定ノ行爲ヲ要求スル權利ニシテ其行爲ハ債權者ニ於テ之ヲ債務者以外ノ第三者ニ要求スヘカラサルモノナルト同時ニ債務者モ亦債權者以外ノ第三者ヨリ要求セラレヘキモノニアラス而シテ我民法ハ債權者ヲシテ特定ノ場合債務者ニ代位シ其第三者ニ對スル權利ヲ行使スルコトヲ得シメタリト雖モ之ヲ以テ右ノ例外ヲ規定シタリト爲スハ誤ニシテ債權カ第三者ニ對シ其效力ヲ及ホスヘカラサルノ理ハ毫モ變更セラレタルニアラスト謂フヘク從テ此場合權利ヲ行使スル債權者ハ其第三債務者ニ對スル關係ニ於テ債務者ノ地位以外ノ地位ヲ保存スヘキ餘地ナシ即チ債權者ノ爲ス債務者ノ權利ノ行使ハ其效果ヲ直接ニ債務者ニ及ホスヘキモノナラサルヘカラスシテ債權者ト債務者間ノ權利關係ハ法律ノ規定ニ基キ代理ノ關係ニ外ナラズト謂ハサルヘカラス若シ然ラズシテ債權者ハ第三債務者ニ對シ全然債務者ト異ル別ノ地位ヲ有ストセハ第一ニ債權者ノ權利行使ノ爲メニ債務者カ其權利ノ處分ヲ禁セラレルノ理ヲ説明スルニ困難ヲ生スルノミナラス一面ニ於テ債權者ノ權利行使ノ成績カ裁判外ノ行爲ニ就テハ善惡トナク直接債務者ニ及フニ拘ラス裁判上ニ於テハ其效果債務者ニ及ハス從テ順次ニ内容ニ於テ同一ナル幾多ノ訴ノ提起ヲ見ルニ至リ終ニ内容ニ於テ相抵觸スル幾多ノ確定判決ヲ見ルニ至ルヘク之カ爲メニ第三債務者ハ數量ノ手數ト費用トヲ忍ハサルヘカラスシテ非常ナル不利益ノ地位ニ立ツヘク此ノ如ク單ニ代位權行使ノ爲メニ第三債務者ヲシテ一層ノ負擔ヲ負フニ至ラシムルハ法ノ認メサルコトコト謂フヘシ果シテ然ラハ債權者ノ行爲ハ直チニ已ニ債權者ノ行爲カ直接債務者ニ效果ヲ生スルモノニシテ而モ債務者自ハ其行爲ヲ

爲メ禁セラルルモノトモハ是明ニ債務者ノ權能ニ對スル異常ノ制限ニシテ之カ爲メニ債務者ハ極メテ大ナル苦痛ニ甘ンセサルヘカラスト謂フヘク從テ債權者ヲシテ之ヲ行使セシメンニハ須ク債務者ヲシテ此甚大ナル苦痛ニ甘ンセシムヘキタケノ格段ナル責任アル場合ナラサルヘカラス茲ニ於テカ法律ハ債權者カ其債權ヲ保全スルコト能ハサルニ至ルカ又ハ之ヲ保全スルニ困難ヲ生スルノ虞アル場合ニ於テ初メテ債權者ニ此權利ノ行使ヲ許スモノニシテ其趣旨ハ債務者ノ側ニ右ノ苦痛ヲ甘受セサルヘカラス從テ所謂債權ノ保全ノ必要トハ債務者ノ財產カ債權ヲ辨濟スルコト能ハサルニ至ルカ又ハ之ヲ辨濟スルニ困難ヲ生スルノ恐アリ之カ爲メニ債權者カ全然其債權ノ實價值ヲ喪失スルカ如キ危險ヲ見ル場合ノミヲ指スモノト謂フヘク此解釋ハ我民法四百二十三條ノ規定ノ法條ニ徴シテモ亦之ヲ首肯セサルヘカラス所タリ果シテ然ランニハ債務者ニ對シテ特定物ノ引渡ノ債權ヲ有スル債權者ハ其債權ノ辨濟ヲ保全センカ爲メニハ債務者ニ代位シ其第三者ニ對スル其物上ノ權利ヲ行使スルヲ要スル場合ニ於テモ直ニ債權者ハ債務者ニ代位シ右權利ヲ行使スルコトヲ得ス唯債務者カ資產ヲ有セスシテ損害賠償債務ヲ辨濟スル能ハス若クハ辨濟スルニ困難ヲ生スル虞アル場合ニ於テ初メテ損害賠償債務ニ基キ右債務者ノ權利ヲ行使シ得ルノミ今本件ニ於テ原告ハ城井道太郎トノ貸借契約ニ基キ貸借物タル本件建物ノ引渡債權ノ保全ノ必要アリトシ城井道太郎ニ代位シ同人カ其所有權ニ基キ被告ニ對シ有スル右建物ノ明渡請求權ヲ行使セントスルモノニシテ單ニ原告ノ右ノ主張ヲ以テシテハ原告ハ右代位權ヲ行使スルコトヲ得サルコト前述セルトコロニヨリ明ナルカ故ニ原告ノ主張自體ニ於テ原告ノ請求ヲ理由ナキモノト認定ス(東京地方大正七年(ワ)第一〇一〇二號同八年二月二十七日民四部三宅裁判長宮内古川各判事判決)

【關係事項】 請求棄却○家屋明渡請求事件○原告小島四七郎代理人辯護士吉野子代官外一人被告中野タマ訴訟代理人辯護士伊勢勝藏外一人

【判旨第二點債權者代位權ト代理說ニ關スル同趣旨學說】

富井博士 岡松博士 三博士 名博士 榊原學士 横田博士

一 債權者ハ債務者ノ法律上ノ代理人トシテ其ノ權利ヲ行ヒタルモノナリ之ヲ以テ見レハ債務者自ラ訴訟ヲ起シタルト同一ニ見サルヘカラス(法學博士富井政章氏債權總論明治四五東大講一〇〇頁)

二 間接訴訟ニ在リテハ債權者ハ債務者ノ法律上ノ代理人トシテ債權者ノ權利ヲ行使スルモノタリ(法學博士岡松太郎氏法學新報第一四卷第三號二七頁)

三 債權者カ行使スルモノハ債務者ノ權利ナリ故ニ此點ニ於テ債權者ハ債務者ノ名ニ於テ行動ス然レトモ此債務者ノ權利ヲ行フノ權利ハ債權者カ法律ニ依リテ得ルモノタリ債務者ノ權利ヲ行フハ債務者ノ利益ノ爲メニ之ヲ行使スルニ非ス全ク自己ノ利益ノ爲メナルカ故ニ單純ナル債務者代理人ヲ以テ目スルコトヲ得ス則債權者ハ債務者ノ法律上ノ代理人トシテ自己ノ利益ノ爲メニ債務者ノ名ニ於テ債務者ノ權利ヲ行フモノナリ(同上第一號五頁)

四 債權者カ債務者ニ代位スルニ當リテハ自己ノ名ヲ以テ債務者ノ權利ヲ行使スルモノニ非スシテ債務者ノ名ヲ以テ之ヲ行フモノトス故ニ第三債務者ハ債務者ニ對シテ有スル抗辯ヲ以テ債權者ニ對抗スルコトヲ得ヘキナリ(法學博士仁井田益太郎氏同仁保龜松氏同松波仁一氏民法正解債權一九二頁)

五 債權者カ債務者ノ權利ヲ行フヲ得ト云フコトハ債權者カ債權ヲ有スルカ故ニ法律ニヨリテ與ヘラレタル固有ノ權利ナリト見ルヘキカ又ハ債務者ノ代理人トシテ其權利ヲ行フ所ノ代理權ヲ意味スルモノナルヘキカ已ニ問題ナリ余ハ嘗テ其ノ權利ハ債權者固有ノ權利ナリト思ヒシモ之ヲ代理權ト解スルコトカ穩當ト思ハル(法學博士川名兼四郎氏債權要論二五〇頁)

六 間接訴訟ハ之カ爲メニ債務者ノ實體上ノ權利カ債權者ニ移轉シタルニアラス從ツテ債務者ト第三債務者間ニ成立シタル債權關係ハ主體内容共ニ何等ノ變更ヲ受タルトコナキヲ以テ債權者ハ第三債務者ニ對シ債務者ノ資格ニ於テ請求ヲ爲ササルヘカラス即チ論理當然ノ結果トシテ債權者ハ債務者ノ名ニ於テ出訴セサルヘカラスコトトナルナリ(法學士榊原幾久若氏法律新聞第四二九號二頁)

七 民法四二五條カ四二四條ノ廢詔訴訟ノ結果カ債權者ノ利益ノ爲メニ效果ヲ生スル旨ヲ規定セルヨリ見ルモ四二三條ノ場合ハ債務者ノ名ニ於テ出訴セサルヘカラスコトカ極メテ明瞭ナリト信ス何トナレハ四二三條ニ於テ四二四條ト同様ニ其ノ效果カ債權者ノ利益トナル旨ヲ規定スル必要アリ然レニ四二三條ヲ除外シタルハ一ハ債務者ノ名ニ於テ出訴ヘルカ故ニ何人モ其ノ效果ニ付キ疑ヲ挿ムモノナキモ一ハ債權者ノ名ヲ以テ出訴スルカ故ニ疑ヲ生セシコトヲ懼レテ此ノ如キ規定ヲ設ケタルヲ推知スルニ難カラサレハナリ(同上)

【同上ニ關スル固有權說】

一 債權者カ第三債務者ニ對シテ權利ヲ行使スルハ第三債務者ニ對スル自家固有ノ權利ヲ行使スルニアラスシテ債務者ニ代リテ債務者ノ權利ヲ行使スルニ過キヌ又他方ニ於テ債權者ハ其固有ノ利害關係ニ基キ債務者ノ權利ヲ行使スルモノニシテ債務者ノ爲メニ其權利ヲ行使スルモノニアラサルヲ以テ債務者ノ法律上代理人ナリト云フコトヲ得ス(法學博士横田秀雄氏債權總論)

一 債權保全ニ必要ナル場合ナラサル可ラス即チ此ノ權利ノ行使ニヨリテ多少債務者ノ財產増加スルカ又ハ減少スルヲ防クト云フ結果ナカレバ(法學博士富井政章氏債權總論明治四五年東大講九三頁)
二 債務者カ有スル權利ヲ行ハサルモ債務者ハ充分ナル實力ヲ有シ債權ノ辨濟ヲ得ルノ點ニ於テ何等ノ恐ナキ場合ニハ債權者ハ其債權ヲ保全スルノ必要ナキカ故ニ債務者ノ權利ニ關涉スルヲ得ズ若シ債務者任意ノ辨濟ヲ爲ササルトキハ直ニ其現有スル財產ニ對シ強制執行ノ許サテ以テ是レ只其現存セル財產ノミニテハ辨濟ニ不足ナル可キ場合ニミ間接辨濟ノ許サスノ要アリ(法學博士岡松太郎氏法學新報第一四卷第一號六頁)
三 債務者ノ權利行使ハ債權保全ノ爲メニ必要ナルコトヲ要ス(法學博士横田秀雄氏債權總論三八九頁)
四 債權者ハ債權者ノ名ニ於テ債務者ノ權利ヲ行使スル權利ナリ(法學博士石坂晋四郎氏日本民法債權上六四頁)
五 代位權ハ債權者自己ノ名ニ於テ行使スルヘキ權利ナリ故ニ代理權ト異レル其結果トシテ代位權行使ニ基ケル判決ノ效力ハ當然債務者ニ及フコトナシ(法學博士堀山一郎氏日本債權法一五七頁)
六 代位權ハ債權者カ債權ノ效力トシテ當然債務者ニ代リテ行使スルモノニシテ債務者ノ承諾ヲ要スルモノニ非ス又固ヨリ債務者ノ代理人トシテ之ヲ行使スルモノニ非ス自己當然ノ權利トシテ債權者ノ名ニ於テ之ヲ行使スルモノトス(法學博士堀谷幸次郎氏債權法論上卷五〇四頁)
七 間接辨濟ハ債權者カ債務者ノ代理人トシテ之ニ屬スル權利ヲ行フモノニ非ス法律上債權者ト債務者トノ間ニ代理關係存スルコトナク債權者ハ常ニ自己ノ名義ニ於テ債務者ノ權利ヲ行フモノナリ(法學博士村上恭一氏法學新報第一九卷第六四八頁)
八 民法四二三條ニ債權者ハ自己ノ債權ヲ保全スル爲メ其債務者ニ屬スル權利ヲ行フコトヲ得トアルハ債權者ニ於テ第三債務者ニ對シ或權利ヲ有スル場合ニ債權者カ債務者ニ代リ其地位ニ立テ第三債務者ニ係リ債務者ノ有スル權利ヲ行フニ過キサルモノトス(大審院明治三六年(オ)第三三二號同年七月六日判決民錄第九輯八八四頁)
九 民法四二三條一項ハ債權者カ債務者ニ代リテ債務者ノ權利ヲ行フコトヲ得ルトノ法意ナリトス(同上明治三三年(オ)第五〇號同三四年二月二日判決民錄第七輯第二卷一〇一頁)
一〇 代位訴訟ハ權利者カ其權利ノ效力トシテ保有スル自己固有ノ訴訟ヲ行使スルモノニシテ債務者ノ行爲ヲ代理スルモノニアラス又代位訴訟ハ債權者ニ於テ債務者カ第三債務者ニ對シテ有スル權利ヲ行使スルモノナレハ其求ムル所ノ第三債務者ノ給付又ハ表意タルヘキハ勿論ナリトス(大阪控訴院明治四三年(ネ)第四二二號同四四年一月三十一日判決法律新聞第七〇一號二五五頁)
一一 債權者カ債務者ノ權利ヲ行使スルハ債務者ノ利益ノ爲メニ之ヲ爲スニアラス自己ノ債權ノ效力トシテ之ヲ保全スル爲メ爲スモノナルヲ以テ此場合ニ於ケル債權者ノ資格ハ債務者ノ代理人ニアラス自己固有ノ資格ト認ムルハ相當トス(東京地方明治三九年(ワ)第三九號同年四月六日判決法律新聞第三六三號二四四頁)

一 債權者カ其債權ヲ保全スル爲メトハ其債權ノ履行ヲ確保センカ爲ニスルヲ謂フ(法學博士梅謙次郎氏民法要義債權七八頁)
二 代位權ニ在リテハ債權ヲ保全スル必要アルヲ以テ是レ權利者カ現ニ辨濟ヲ受クルコト能ハタルコトヲ要セズ辨濟ヲ受クルコト能ハサル危險アルヲ以テ是レ權利者カ現ニ辨濟ヲ受クルコト能ハタルコトヲ要セズ得ル點ヨリ見ルモ支拂不能ノ危險アルヲ以テ是レ權利者カ現ニ辨濟ヲ受クルコト能ハタルコトヲ要ス(法學博士堀山一郎氏日本民法債權上六五三頁)
三 債權保全ノ必要アルコト自己ノ債權ヲ保全スル爲メト謂フハ債務者ノ財產カ債務ノ辨濟ヲ爲スニ充分ナラサルニ因リ債權ノ充分ナル滿足ヲ得サルヘキ危險ノ存スルコトヲ謂フ此必要ナクシテハ債權者ノ關涉ヲ許スヘキニ非ス(法學博士堀山秀夫氏日本債權法一五八頁)
四 債權者カ債務者ニ代リテ其權利ヲ行フハ萬止ムヲ得サル場合ニ於ケル救正ノ方法ニ外ナラス故ニ債務者カ其權利ヲ行使セザルモ債權者ニ危險ヲ及ボササルコトヲ證明シ且ツ充分ノ注意ヲ以テ自己ノ財產ヲ管理スルコトヲ證明シタルトキハ債權者ノ代位ヲ拒ムコトヲ得ヘシ(法學博士仁井田益太郎氏同仁保龜松氏同松波仁一郎氏民法正解債權一九一頁)
五 債務者ノ財產カ債權ヲ辨濟スルコト能ハサルニ至ルカ又之ヲ辨濟スルニ困難ヲ生スルノ恐アル場合ニ於テ債務者ノ權利ヲ行フノ必要ヲ生ス(法學博士川名兼四郎氏債權要論一五四頁)
六 此際債權保全ノ爲メニ必要ナル場合ニ許スモノナルカ故ニ其必要ナキ場合ニハ債權者ハ此權利ヲ行使スルヲ得ズ例之ハ債務者ノ財產優力ニ債權者ノ債權ヲ辨濟スルニ足リ第三者ニ對スル債務者ノ債權ヲ取立ツル必要ナキトキハ債權者ハ此訴權ヲ有セス(法學博士鈴木喜三郎氏民法要論三七六頁)
七 代位ニ依リ債權者ハ債務者ノ權利ヲ行使スルカ故ニ其必要ナキニ之ヲ許サテ得ズ故ニ債權者ハ自己ノ債權ヲ保全スル必要アル場合ニミ債務者ノ權利ヲ行使スルコトヲ得ルモノトス(法學博士石坂晋四郎氏日本民法債權上六五二頁)
八 代位權ハ強制執行ノ準備トシテ存スル點ヨリ論スレバ債權者カ満足ヲ受クルコト能ハサル危險アル場合ニミ債務者ノ權利ヲ行使スルコトヲ得ルモノト解セサルヘカラス(同上六五三頁)
九 債務者ノ辨濟實力不十分ニシテ債務者ノ第三者ニ對シテ有スル權利ヲ行使スルニ非サレバ他ニ適當ナル辨濟ヲ受クル途ナキ場合ニ限リ始メテ代位權ノ行使ヲ爲スコトヲ得ルモノトス(法學博士磯谷幸次郎氏債權法論上卷五〇五頁)
一〇 債權者ハ債權保全ノ爲メ必要ナル場合ニ限リ債務者ノ權利ヲ行フコトヲ得其保全ニ必要ナル場合トハ債務者ノ辨濟實力不十分ナラサル場合ヲ云フ(法學博士飯島喬平氏民法要論五二六頁)
一一 債權者ハ債務者ノ辨濟實力不十分ナル場合ニ在ラサレバ代位訴訟ヲ行フコトヲ得ズ從テ債務者カ爲シタル行爲ノ無効ヲ確認セシムルニハ其實力ノ不足ト爲リタルコトヲ立證セサルヘカラス(大審院明治三九年(オ)第五一號同年一月二二日判決民錄第一二輯一五三七頁)

【同債權者代位權ノ場合ニ於ケル債務者ノ資力ニ關スル參照學說判例】

四 債權保全ト云フハ債權ノ辨濟ヲ受クル能ハサル危險アル場合ニ其危險ヲ除却シテ辨濟ヲ確實ナラシムルコトヲ謂フ即チ債權者ノ共同擔保タル債務者ノ現實ノ財產カ債務者ノ辨濟ヲ爲スニ不足ナル場合又ハ其現實ノ財產カ今ヤ將ニ減少セントシテ爲ニ債務者ノ危險ヲ生シタル場合ニ其現實ノ財產ヲ増加セシメ又ハ之カ減少ヲ防キテ其債務者ノ辨濟ヲ確實ナラシムルコトヲ謂フ(法學博士須賀喜三郎氏債權大正五年中大講一五八頁)

一 債務者ノ資力充分ニシテ辨濟ヲ受クル能ハサル危險毫モ存セザルトキハ債權者ノ干渉ヲ許スヘキニアラス(法學博士富井政章氏債權總論明治四五年東大講義錄九二頁)

二 債務者カ充分ナル資力ヲ有シ債權者ノ辨濟ヲ受クルノ點ニ於テ何等ノ虞ナキ間ハ債權者ハ其債權ヲ保全スルノ必要ナキヲ以テ間接辨濟ヲ行フ能ハス(法學博士岡松參太郎氏債權總論京都法政講義一八一頁)

三 債務者ニ屬スル權利ノ行使ハ債務者ノ給付能力缺乏ノ場合ニ限定セララルヘキモノト論セサルヲ得ス(法學博士横田秀雄氏債權總論三九〇頁)

四 不動産ノ移轉登記請求權ニ付キテハ必ラスシモ債務者ノ無資力ヲ必要トセス當該ノ債權ノ保全ニ必要ナルヲ以テ是レモノトナセリ沿革ヨリイフトキハ「フランス」法ニ於ケル間接辨濟ハ共同擔保ノ維持ヲ目的トシ從ツテ債務者ノ辨濟資力不十分ナルコトヲ條件トセルモノナルモ我民法ニハ特ニ之レヲ條件トスルノ法文ナク而シテ此場合ニハ第三者ニ及ホスヘキモノニアラス即チ債權ノ性質ニ反スルコトナキヲ以テ判例ノ如ク解スルヲ正當トスヘシ(法學博士鳩山秀夫氏日本債權法(總論)一五八頁)

五 乙ナル富豪カ甲ヨリ買入レテ未ダ引渡ヲ受ケザル骨董品ヲ丙ニ賣渡シタル場合ニ乙ハ甲ニ對シテ其引渡請求權ヲ行使セシトセハ丙ニ代位シテ之ヲ行使スルコトヲ得(同上二五六頁)

六 債務者ノ辨濟資力ノ缺乏ハ普通ニ代位權ノ行使ノ要件ニシテ我舊民法財產編又ハ佛國民法ニテハ獨リ此場合ニノミ代位權ノ行使ヲ認メタリト雖モ現行民法ニテハ總テノ代位權ノ行使ニ必スシモ債務者ノ資力缺乏ヲ必要トスルモノニ非ス(法學博士磯谷幸次郎氏債權法論上卷五〇六頁)

七 甲カ其所有地ヲ乙ニ賣渡シ乙ハ之ヲ丙ニ賣渡シ且何レモ賣買ニ依ル所有權移轉登記ヲ爲ササル場合ニ於テハ丙ノ債權者丁ハ甲乙間ニ於ケル右所有權移轉ノ登記ヲ申請スルニ得ルモノトス(法曹會大正元年二月一日委員會第一科決議案四第五八六號決議法曹記事第二二卷第一二號一五五頁)

八 甲ヨリ乙ニ對スル賣買ニ因ル所有權移轉ノ假登記ノ申請カ假登記ニ對スル假登記ニシテ許容スヘキモノニアラストスルモ丙ニ對スル申請ハ甲カ乙ニ代位シ乙丙間ノ賣買ニ因テ所有權移轉ノ請求權保全ヲ目的トシテ之ヲ爲スモノナルトキハ乙ニ對スル假登記ノ前從タリトモ其申請ノ許容セラレザルモノトス(大審院大正四年七月一日判決法律新聞第一四四〇六號同年五月二十九日決定本書第四卷法一三三頁)

【判旨第四點ニ關スル參照判例】

九 債權者カ債務者ノ資力ノ有無ニ關係ナキ債權ヲ保全セントスル場合ト雖モ苟クモ債務者ノ權利行使カ其保全ニ適切ニシテ且必要ナル限リハ民法四二二條ノ適用ヲ妨ケザルモノトス從テ債務者ノ無資力ナルコトハ必スシモ同第適用ノ要件ニ非ス(大審院明治四三年第一五二號同年七月六日判決民錄第一六卷五三七頁)

一〇 債務者カ無資力ニシテ其債權者ニ對スル債務ヲ履行シ得ザルトキハ債權者ハ自己ノ債權ヲ保全スル爲メ債務者ノ第三者ニ對スル債權ヲ行使スルコトヲ得ルモノトス(大阪區裁判所大正七年(八)一九七六號同年七月一日判決法律新聞第一四四〇一九號頁本書第七卷三五六頁)

【判旨第一點ノ至當ナルコト多言ヲ俟タスト雖モ判旨第二點ニ至リテハ吾人ノ贊同セサル所ナリ判旨ハ債權者代位權ノ場合ニ於ケル債權者債務者間ノ關係ヲ以テ代理ノ關係ナリト爲スト雖モ其不當ナル事會テ評論シタルカ如シ(第五卷民法四九二頁)然ルニ本判旨カ吾人ノ採用セル所謂債權者固有權說ヲ駁シテ曰ク債權者ノ權利行使ノ爲メニ債務者カ其權利ノ處分ヲ禁セラルルノ理ヲ説明シ得スト爲ス然レトモ非訟法第七六條ニ依レハ辨濟期前ニ於ケル債權者ノ裁判上ノ代位申請アリタル場合ニ債務者ニ其旨ノ告知アリタルトキハ爾後債務者ハ其權利ノ處分ヲ爲スヲ得サル旨ヲ規定セリ然ラハ辨濟期ノ既ニ到來セル債權ニ付テハ一

層強キ理由ヲ以テ債務者ハ其權利ヲ處分スルコトヲ得スト論斷セサル可ラス故ニ此反駁ハ採ルヲ得ス次ニ第二ノ理由トシテ曰ク債權者ノ權利行使ノ成績カ裁判外ノ行為ニ就テハ善惡トナク直接債務者ニ及フニ拘ラス裁判上ニ於テハ其效果債務者ニ及ハス從テ順次内容ニ於テ同一ナル幾多ノ訴ノ提起ヲ見ルニ至リ終ニ内容ニ於テ相牴觸スル幾多ノ確定判決ヲ見ルニ至リ第三債務者ハ非常ナル不利益ノ地位ニ立ツニ至ルヘク此ノ如キハ法ノ認メサル所ナリト然レトモ之亦何等反駁ノ理由ト爲ラス蓋シ債權者ノ裁判外ノ權利行使ノ效果カ債務者ニ及フハ債權者ノ行使スル權利カ債務者ノ權利ナルカ爲メナリ然ルニ裁判上ニ於ケル權利行使ノ場合ニアリテハ訴訟ノ效力ハ當事者ニ及フヲ以テ原則ト爲スノ結果債權者ノ受ケタル訴訟ノ效力カ債務者ニ及ハサルヤ之亦多言ヲ須ヒサルヘシ何ンスレソ裁判上ノ判決ノ效力ト裁判外ノ權利行使ノ效果ト日ヲ同フシテ論スルヲ得ン且ツ夫レ債務者カ訴ヲ提起シタルトキハ債務者次テ訴ヲ提起シ得サルコト債權者代位權ノ性質ニ照シ明ナルヲ以テ二箇以上ノ確定判決ヲ想像シ得ルハ先ツ債權者訴ヲ提起シタル後債務者自ラ訴ヲ提起シタルカ又ハ他ノ債權者カ訴ヲ提起シタル場合ナリトス而テ此場合ニ於テ債權者勝訴シ債務者敗訴スルモ又之ト反對ニ債權者敗訴シ債務者勝訴スルモ各自獨立シテ判決ノ效果ヲ收ムルニ止マリ爲メニ判決相互間ニ牴觸ヲ來スモノニ非ス又第三者ハ之カ爲メニ多

少ノ不利益ヲ蒙ルノ虞レナキニ非スト雖モ斯ノ如キ不利益ヲ甘受スヘキハ辨濟期到來後ニ於テハ寧ロ當然ナリト爲ササルヘカラス果シテ然ラハ之亦其理由ニ乏シキモノト謂フヘシ從テ吾人ハ尙ホ債權者代位權ハ法律ノ規定ニ因ル債權者固有ノ權利ナリト解ス第七卷民法一〇〇五頁第五卷民法四九三頁評論

判旨第三點ハ大體ニ於テ妥當ノ見解ナリト信ス蓋シ債權者代位ノ場合ニ於テハ必スシモ債務者ノ無資力ナルコトヲ要件トセスト雖モ徒ニ他人ノ權利ニ干渉ヲ許スヘキニ非サルカ故ニ其辨濟資力不十分ニシテ債務者ノ第三者ニ對シ有スル權利ヲ行使スルニ非サレハ他ニ適當ナル救濟ヲ受クル途ナキ場合又ハ斯ル虞レアル場合ニ於テ始メテ債權ヲ保全スル必要アリト爲スヘキヲ以テナリ
判旨第四點債權者ノ權利カ特定物ノ引渡ノ債權ナル場合ニ債權者ハ代位權ヲ行使スルコトヲ得ルヤ判旨ハ此點ニ關シ頗ル不明瞭ナリト雖モ消極ニ解スルモノノ如シ蓋シ民法四二三條ノ沿革ヨリシテ共同擔保ノ維持ヲ以テ目的トシ代位權行使ノ結果共同擔保ノ維持ノ目的ト爲ラサルモノハ保全セラルヘキ債權タルヲ得ストノ理ニ基クモノナルヘシ然レトモ之レ沿革タルニ止リ何等法文上ノ根據ヲ有スルモノニ非ス蓋シ民法第四二四條ニ關シテハ第四二五條ノ如キ規定存スルニ係ラス第四二三條ニ關シテハ何等斯ノ如キ規定ナク債權者ノ代位權ニ付テ

三浦博士

ハ債権者取消權ノ如ク無資力ナル條件ヲ要セサルヲ以テ前述ノ如キ債權保全ノ必要アルトキ債権者ハ代位權ヲ行使スルコトヲ得ヘシサレハ判旨說示ノ如キ場合ニ非サレハ全然代位權ヲ行使スルコトヲ得スト爲ス見解ニハ全然賛同シ難シ

三八

七〇九 故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責任ニ任ス
七〇七 土地ノ工作物ノ設置又ハ保存ニ瑕疵アルニ因リテ他人ニ損害ヲ生シタルトキハ其工作物ノ占有者ハ被害者ニ對シテ損害賠償ノ責任ヲ負フ但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其損害ハ所有者之ヲ賠償スルコトヲ要ス

水道設備ナル市ノ營造物ハ市カ私法上ノ關係ニ於テ所有及ヒ占有スルモノナレハ該工作物ノ設置ニ瑕疵アルコトニ基ク民法上ノ不法行為トシテ之ヨリ生スル損害ニ付キ市ハ其責任ヲ回避シ得サルモノトス

大審院大正七年六月二九日民三部判決本書第七卷諸法三〇二頁

本判決ニ贊ス國家カ公法關係ニ於テ土地所有權其他ノ私法上ノ權利ヲ有シ得ルト同シク市町村ノ如キ團體モ亦一定ノ地域ノ上ニ公法的ノ力ヲ行ヒ得ルト同時ニ其地域内ニ於テ所有權占有權等ヲ有シ得ルコト勿論ナルカ故ニ水道設備ナル市ノ營造物ハ市カ私法上ノ關係ニ於テ所有及ヒ占有スルモノナリ此點ハ水道敷設行為カ行政行為ナリヤ否ヤニ關セサルモノトス從ツテ若シ不適當ナル設備ヲ以テ行政行為ナリト稱シ得ヘキヤ否ヤノ論争ハ暫ク之ヲ措クトスルモ尙ホ工作物ノ設置ニ瑕疵アルコトニ基ク民法上ノ不法行為トシテ之ヨリ生スル市ノ責任ヲ回避シ得ヘカラサルモノトス
(法學博士三浦信三氏法學協會雜誌第三七卷第一號一一五頁以下要領)

論旨ノ正當ナルコト多言ヲ俟ダス

三九

九二 法令中ノ公ノ秩序ニ關セサル規定ニ異リタル慣習アル場合ニ於テ法律行為ノ當事者カ之ニ依ル意思ヲ有スルモノト認ムヘキトキハ其慣習ニ從フ
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

書面ニ依ル契約ノ内容(意味)ハ契約書ニ記載セラレタル條項ノ示ス所ニ依リテ定マルモ當事者カ之ニ羈束セラルルノ意思内心的意思ヲ有セザリシコトヲ立證シタルトキハ該契約ノ效力ハ錯誤ニ關スル規定ノ定ムル所ニ依リテ定ムヘキモノトス

判旨前段ハ意思表示解釋ノ法則ヲ正當ニ適用シタルモノニシテ之亦余ノ贊成スル所ナリ判旨後段ハ妥當ニアラス申見ニ依レハ契約ノ内容(意味)ハ判決ノ云フカ如ク契約書ニ記載セラレタル條項ノ示ス所ニ依リテ定マル當事者カ之ニ羈束セラルルノ意思(内心的意思)ヲ有セサルコトヲ主張センニハ契約ノ内容ノ異ル内心的效果意思カ存シタルコトノ事實ヲ立證セサルヘカラス之ヲ立證セラルトキハ意思表示ニ錯誤アリタルコトナルヲ以テ契約ノ效力ハ錯誤ニ關スル規定(民法第九五條)ノ定ムル所ニ依リテ定マルモノトス(法學博士三浦信三氏法學論叢第一卷第一號一三〇頁「契約ノ解釋」要領)

【參照學說判例】

大卷民法八八頁以下

論旨概ネ妥當ナリト信ス(本卷民法八九頁)

四〇

三浦博士

解除條件附ニテ讓渡シタル權利カ條件成就後讓渡人ニ復歸スルハ原始取得ナリトス

一二七第二項 解除條件附法律行為ハ條件成就ノ時ニ其效力ヲ失フ
當事者カ條件成就ノ效果ヲ其成就以前ニ題フシムル意思ヲ表示シタルトキハ其意思ニ從フ

解除條件附ニテ讓渡シタル權利カ條件成就後讓渡人ニ復歸スルハ原始取得ナリヤ承
繼取得ナリヤ余ハ多數說ニ依リテ承繼取得ヲ排斥セントス蓋シ承繼取得ト原始取
得トノ差異ハ前者ハ前主ノ權利ニ基キ後者ハ前主ノ權利ニ基カサル點ニ存ス換言ス
レハ前者ニ在テハ權利ノ取得ハ前者ノ權利ノ作用ニ基キ後者ニ在テハ權利ノ取得
ハ前主ノ權利ノ作用ニ基キスルコトナシ從テ前者ニ在テハ取得者ハ自己カ正當ニ權
利ヲ取得シタルモノナルコトヲ主張スルカ爲メニハ前主カ正當ナル權利ノ取得者ナ
ルコトヲ立證スルヲ要スルモ後者ニ在テハ取得者ハ此ノ如キ事ヲ立證スルヲ要セス
今本問ノ場合ニ付キフルニ解除條件附ニテ讓渡シタル者ハ條件ノ成就ニ依リ
其權利ヲ取得スルモノニシテ換言スレハ解除條件附法律行為ノ效力ノ消滅ニ依リ更
ニ換言スレハ當該法律行為ヲ爲ササル以前ニ自己カ有シタル權利ノ作用ニ依リ其權
利ヲ取得スルモノニシテ解除條件附法律行為ニ依リ權利ヲ取得シタル者(假ニ前主ト
名付ク)ノ權利ノ作用ニ依リ當該權利ヲ取得スルモノニ非ス精確ニ非サルモ譬喻的ノ
語ヲ用ユレハ當該解除條件附法律行為ハ從前ノ法律狀態ヲ制限スルモノナリ條件ノ
成就ニ因リ其制限ハ撤廢セラレ從前ノ法律狀態ハ自己ノ彈力ニ其舊態ニ復スルモノ
トス從テ條件ノ成就ニ因リ權利ヲ取得シタル者ハ自己カ正當ノ權利取得者ナルコト
ヲ主張スル爲メニハ前主カ正當ノ權利者ナルコトヲ證明スルコトヲ單ニ自己カ當
該法律行為以前ニ正當ナル權利者タリシコト及解除條件ノ成就ニ因リ當該法律行為
カ效力ヲ失ヒタルコトヲ證明スルヲ以テ足ル(法學士長島毅氏法學新報第二九卷第二號一〇四頁以下
「解除條件ノ成就ニ因リ權利讓渡人ニ復歸スル場合ト原始取得」要領)

【解除條件ノ成就ト權利ノ取得ノ性質ニ關スル參照學說】

一 解除條件カ成就シタルトキハ法律行為ハ之ニ因リテ其效力ヲ失フ故ニ債務者ハ其債務ヲ免レ一旦讓受人ニ移轉シタル權利
ハ讓渡人ニ復歸スルコトト爲ルナリ(法學博士富井政章氏民法原論總則五〇九頁)
二 解除條件成就スルコトキハ其法律行為ヨリ發生セシ效力ハ其以前ノ權利狀態回復サル故ニ法律行為カ債權的ノモ
ノナリトキハ條件ノ成就ニ因リ其債權消滅シ其行為カ處分ナリシトキハ條件ノ成就ニ因リ移轉サレタル權利ハ再び復歸シ設
定サレタル權利ハ其消滅ス(法學博士岡松參太郎氏民法總論三六六頁)
解除條件カ成就スルコトキハ又法律行為ハ當然其效力ヲ失ヒ則チ其成就マテ存在セシ狀態ハ直ニ絶止シ從前ノ狀態ハ當然回復ス
對人的ノ結果ヲ生セスシテ物權的ノ結果ヲ生ス是レ契約ノ解除權ト異ル要點ナリ故ニ債務契約ニ於テハ其條件成就ニ依リ債權
關係ハ消滅シ契約未タ履行セラレザルモノナルトキハ最早履行ヲ求ムルコトヲ得ス亦既ニ履行サレタルモノナキトキハ受ケ
シタル物ヲ返還セザルヘカラス(同上民法理由書總則三〇〇頁)
三 解除條件成就後法律行為ハ其效力ヲ失フ故ニ其場合ニ於テハ當然ノ原狀回復ヲ生ス解除條件附貸借ニ於テハ貸借ノ效
力ハ消滅スヘク解除條件付讓渡ニ於テハ讓渡サレタル權利ハ當然讓渡人ニ復歸ス然シテ其權利ニ付キテ讓渡人ハ讓受人
ノ承繼人トナス(法學博士川名兼四郎氏民法總論二六二頁)
四 解除條件成就ノ效果カ債權的ノ效力ヲ生スルニ過キストセハ舊主中間權利者ヨリ之レヲ「取得」セントスルノ意思ヲ有シ中間
權利者ノ承繼人トナルモノナラサズヘカラス然レトモ此ノ如キハ通常ノ場合ニ於ケル當事者ノ意思ニ非ス當事者ハ通常條件成
就セハ其權利ヲ舊主ニ「復歸」セシメントスル意思ヲ有スルモノナリ然ラハ即チ其意思ニ從ヒ條件成就ノ場合ニハ當然舊狀態ニ
復シ解除條件付取得シタル權利ハ當然舊主ニ復歸スルモノト解ス(法學博士中島玉吉氏民法釋義總則七三二頁)
五 給付行為ニ解除條件カ附セラレタル場合ニ條件カ成就シタルトキハ給付行為(物權契約)モ亦其效力ヲ失フ故ニ解除條件
ノ成就ハ物權的ノ效力ヲ有シ給付行為ニ依リテ一旦移轉シタル權利ハ當然原權利者ニ復歸ス(法學博士石坂晋四郎氏日本民法債
權六卷二二六頁)
六 解除條件カ成就シタルトキハ法律行為ノ效力カ法律上當然消滅ス故ニ解除條件附法律行為ニ因リ當事者ノ一方カ取得シタ
ル所有權ハ條件ノ成就ニ因リテ直ニ他ノ一方ニ復歸シ更ニ所有權移轉ノ行為ヲ爲スコトヲ必要トセス又解除條件附法律行為ニ
因リ當事者ノ一方カ讓受ケタル債權ハ條件ノ成就ニ因リテ直ニ他ノ一方ニ復歸シ更ニ債權移轉ノ行為ヲ爲スコトヲ必要トセス
故ニ學者稱シテ解除條件成就ノ效力カ物權的ノ效力ト云フ是解除條件ノ成就ト契約ト異ル要點ナリ(法學博士松岡義正氏民法總
則五三四頁)
七 權利ノ承繼ナルモノハ後ノ權利者ノ權利ヲ取得スルコトカ前主ノ權利ヲ有シタルコトニ原因スルヲ要スルモノニシテ解除
條件附法律行為ノ場合ニハ中間ノ權利者ノ一時ニ權利者タルコトヲ否認スヘカラスト雖モ原權利者ハ中間ノ權利者ノ權利ニ
基キ之ト同一ノ權利ヲ承繼スルニアラスシテ中間權利者ノ權利ノ消滅シタル爲メ原權利者ノ權利カ其舊態ニ復スルモノト解ス

富井博士 平沼博士 川名博士 中島博士 松岡博士 嘉山學士

ルト之ヲ當事者ノ意思ニ適スルモノト信ス(法學博士嘉山氏註釋民法註釋書第二卷法律行為乃至時效五〇二頁) 八 法律上ノ效果ハ條件ノ成就ニ因リ始メテ生スルヲ以テ解除條件ノ場合ニ前主ハ中間權利者ノ權利ヲ承繼スルモノノ如キモ 解除條件成就スルトキハ既存ノ法律行為ノ效果ハ直接ニ消滅シ直接ニ舊態ニ復スルモノナリ一旦舊態ノ中斷アリタル後之ヲ繼 續スルモノナリ故ニ前主ハ之ヲ條件ノ成否未定ノ間ノ權利者ノ承繼人ト見ルヘカラス從テ所有權カ解除條件付ニ移轉セラレタ ル場合ニ條件成就スルトキハ前主ハ當然所有者ト爲リ之カ行使ヲ爲スヲ得ルモノトス(法學士嘉山幹一氏民法總論大正三中大 講三一六)

【原始取得ノ意義ニ關スル參照學說】

- 一 原始取得トハ他人ノ權利ニ基カスシテ獨立ニ發生スルモノヲ謂フ(法學博士富井政章氏民法原論總則二九頁)
- 二 原始取得ハ他人ノ權利ニ基カスシテ其權利ヲ取得スルヲ謂フ前ニ全ク權利主體アラサルトキハ常ニ原始取得ヲ存ス前ニ權 利主體アルモ取得者ノ權利カ之ヨリ傳來スルニアラサルトキハ亦同シ後ノ場合ニ於テ取得者ノ權利カ前主體ノ權利ニ基カス故 ニ前後ノ權利主體間ニ承繼被承繼ノ關係ナシ(法學博士平沼一氏民法總論三八九頁)
- 三 原始取得トハ既存ノ權利ノ作用ニ基カスシテ權利ヲ取得スルコトヲ謂フ新權利ノ取得ナルコトアリ(法學博士川名健四郎 氏民法總論一五五頁)
- 四 原始取得トハ他人ノ權利ニ基カスシテ獨立ニ權利ヲ取得スルヲ謂フ(法學博士中島玉吉氏民法釋義總則四一七頁)
- 五 原始取得ハ他人ノ權利ニ基カサル私權ノ取得ナリ故ニ原始取得ハ獨立シテ新ニ私權ヲ取得スルニアルヲ以テ常ニ私權ノ發 生ヲ伴フ(法學博士松岡義正氏民法總則三八一頁)
- 六 原始取得トハ他人ノ權利ニ基カサル權利ノ取得ナリ(法學士嘉山幹一氏民法總論大正三中大講一八九頁)

【承繼取得ノ意義ニ關スル參照學說】

- 一 繼受ノ取得トハ他人ノ權利ニ基キテ權利ヲ取得スルコトヲ謂フ(法學博士富井政章氏民法原論總則二九八頁)
- 二 傳來取得ハ他人ノ權利ニ基キテ權利ヲ取得スルコトヲ謂フ傳來取得ニ於テハ常ニ前權利者アルコトヲ要シ後ノ權利者ノ權利ヲ 前提ト爲ス即チ前後ノ權利者間ニ承繼被承繼ノ關係ヲ生ス(法學博士平沼一氏民法總論三九〇頁)
- 三 承繼取得トハ既存ノ權利ノ作用ニ因リ權利ヲ取得スルヲ謂フ(法學博士川名健四郎氏民法總論一五三頁)
- 四 承繼取得トハ他人ノ權利ニ基キテ權利ヲ取得スルコトヲ謂フ即チ他人ノ權利ヲ以テ前提トス而シテ其權利ノ移轉ヲ名ケテ承繼 ト云フ(法學博士中島玉吉氏民法釋義總則四一八頁)
- 五 傳來取得ハ他人ノ權利ニ基キタル權利ノ取得ナリ(法學博士松岡義正氏民法總則三七八頁)
- 六 傳來取得トハ他人ノ權利ニ基キタル權利ノ取得ナリ傳來取得ハ之ヲ承繼ト稱ス(法學士嘉山幹一氏民法總論大正三中大 講一八九頁)

【原始取得ト承繼取得トヲ區別スル實益ニ關スル參照學說】

- 一 承繼人ハ前主カ有セザリシ權利ヲ取得スルコトヲ得ス創設ノ取得ハ此制限ナシニ承繼人於テ其取得シタル權利ヲ主張スルニハ前主ノ存在セシコトヲ證明セザルコトヲ得ス三承繼人ハ前主ノ權利ト共ニ其從タル權利ヲモ取得スヘシ然リト雖モ前主ノ 權利ニ優レル權利ヲ取得スルコトヲ得ス此他繼受ノ取得ハ他人ニ移轉スルコトヲ得サル權利ニ付其適用ナシ(法學博士富井政 章氏民法原論總則三〇一頁)
- 二 權利ノ取得ニ原始的ト承繼的トノ區別ヲ設クル實益ハ主トシテ證據方法ノ點ニ關ス原始的取得ヲ證明セントセハ只取得ノ 原因タル事實ヲ説明スルヲ以テ足ル反之承繼取得ヲ證明セントセハ其原因タル事實ヲ證明スルヲ以テ足レリトセス其前主ノ權 利ヲ證明セザルヘカラス尙此區別ハ民事訴訟法ニ於ケル判決確定ノ效力ニ大關係ヲ有シ民法上ニ於テモ第一二〇條第一四八條 第二〇〇條ニ於テ區別ノ實益ヲ現ハス規定アリ(法學博士川名健四郎氏民法總論一五五頁)
- 三 承繼取得ハ其如何ナル場合ヲ問ハズ前主ノ權利ニ基キ其權利ヲ取得スルモノナリ故ニ何人モ自己ノ有スル權利ヨリ大ナル 權利ヲ讓渡スルコトヲ得ストノ原則ヲ生ス原始取得ニ於テハ此制限ナシ(法學博士中島玉吉氏民法釋義四二二頁)
- 四 第一ニ傳來取得ハ後主ハ前主ノ權利カ存在セザルトキハ其權利ヲ取得スルコトヲ得ス又後主ハ前主ノ權利ヨリ大ナル權利 ヲ取得スルコトヲ得ス原始取得ニ此制限ナシ第二傳來取得ハ前主ノ權利ニ附隨セル負擔及瑕疵ハ當然後者ニ移轉ス原始取得ハ 移轉ノ觀念ナシ(法學博士松岡義正氏民法總則三八二頁)

【解除條件ノ成就ト權利ノ取得ノ性質ニ關スル外國參照學說】

一 [オヘルマン] 解除條件成就ノ後ニ於テモ歸屬權利者ハ中間權利者ノ權利承繼人ニ非ス然レトモ(ルウイヒ氏ハ斯ノ如ク 主張ス大多數ノ學者キツプ、オヘルマン、フランク、レーベイン、リッセル、ストロー、ハル等ハ同說ナリ(Oertmann §158, 2. 08))

二 [フランク] 解除條件附處分ニ付テ多數ノ學者ハ解除條件ノ成就ニ際シ歸屬權利者ハ中間權利者ノ權利承繼人ニ非ス從ツテ 民法三二五條ノ適用ナラズ(ルウイヒ、Wesen und subjektive Begegnung der Rechtskraft S. 111 ff., Lehrbuch I. 276 ff., System I. 817 ff. 之ニ異ル見地ニ立ツルルウイヒニ依ルニ解除條件付處分中ニハ同時ニ解除條件ノ發生ヲ停止條件トシテ サレタル讓渡權利ノ處分者ハ再歸屬行為存在ス條件カ成就スルト共ニ處分者ハ當該權利ヲ中間權利者ノ側ノ展讓渡ニ依リテ 取得ス此故ニ其權利承繼人ニシテ中間權利者ニ依リ繼續セラルル訴訟手續ニ於テ爲サレタル判決ハ民法三二五條ニ從ヒ其者ニ 對シテモ效力ヲ生スト爲ス。解除條件付處分カ二ツノ處分ニ分割セラルルモノト爲ス見解ハ第百五十八條第二項ト調和スル ヲ得ス。此規定ニ依ルニ法律行為ノ效果ハ條件ノ成就ト共ニ終了シ而シテ從前ノ狀態カ再ヒ發生ス。(ルウイヒ)見解ノ如ク シテ從前ノ法律狀態カ發生スルニ非スナシ全然異リタル他ノ狀態カ發生スルモノナリ。即處分者ハ自己ニ屬セシ權利ヲ失ヒ而 シテ新ナル處分ニ依リ再ヒ之ヲ取得シタルニ過ケザルコトナル。此故ニ上ニ掲ケタル見解ヲ以テ正當ナルモノト爲ス。(Pitt ak. §161, 2 b)

オニ氏

松岡博士

中島博士

富井博士

【同上ニ關スル承継取得説】

一 (ルウイヒ) 一般ノ學說ハ殆ント例外ナク解除條件ノ成就ニ因リ權利カ再ヒ歸屬スヘキ讓渡者カ中間權利者ノ權利承繼人ナルコトヲ否定セリ
此訴訟ノ關係ニ於テ頗ル重要ナル原則ハ何等聲明セララルコトナク又正當繼承セララルコトナシ
試ミニ若シ所有權又ハ債權ノ單純ナル解除條件附讓渡ノ場合ヲ探リテ考フルニ取得者カ解除ニ至ルマテハ權利者ナルコト及其取得者ニ因リテ讓渡者カ再ヒ權利者ト爲ルニ至ルコトハ先第一ニ疑ノ餘地ナキ所ナリ
何カ故ニ取得者ニ代ル讓渡者カ其權利承繼人ニ非サルヤ?
消滅説ノ理由ハ讓渡人カ一度所有者又ハ債權者タリシコトニ存スヘカラス
何トナレハ若シ然リトセハ戻取得戻承繼ハ凡テ承継取得ニ非サルコトト爲ルヲ以テナリ
同様ニ戻歸屬カ直接——或ハ現今學者カ好シテ稱フル法律上當然(Bog. iure)——ニ行ハルコトニモ其理由ヲ求ムヘカラス
戻歸屬ハ讓渡ニ結合シテ爲サレタル當事者双方ノ意思ノ合致ニ因リテ生ズルヲ以テナリ
此場合特有ナルハ戻轉ハ單純ナル移轉ノ場合ニ利害關係人ノ意思ノ合致ノ外ニ必要トスル法律形式ヲ要セサルノミ即チ殊ニ動産ノ場合ニ所有權ノ戻歸屬ニハ占有ノ移轉ヲ必要トセス之レ勿論一ツノ特異ノ點ナリ然レトモ之レ權利取得力行ハルル態様ニ關スルノミ之ヲ以テ傳來的取得ト認ムルニ妨ケナキナリ解除條件及終期ノ物權的効果カ認メラレタルトキハ當事者ハ之ニ依リ前以テ他ノ場合ニハ第二ノ法律行為ニ因リ生ズルコトヲ要スル法律上ノ效果ヲ確保スルコトヲ得ヘシ
理由書ノ主張スル重ナル理由ハ「後ノ權利取得ノ根底ハ既ニ條件附行為ニ因リ動カスヘカラサル狀態ニ定メラレタリ」トノ點ニアルモノノ如シ然レトモ此見地ヨリスレハ停止條件附行為ニ因リ權利歸屬モ權利承繼ト認メ得ヘカラサルニ至ルヘシ若シ此結論ヲ正當ナラスト爲サンカ解除條件成就ニ因ル戻歸屬ニ付テ反對説ハ之ヲ採用スルヲ得何トナレハ解除條件ノ下ニ權利者ト爲レル者ノ法律上ノ地位ハ停止條件附ノ條件成就否未定ノ間ノ讓渡人ノ法律上ノ地位ニ適合スルモノナレハ第一ノ場合ニ於テハ取得者カ物ノ所有者ニシテ讓渡人ハ所有權ノ再取得ニ付テ權利者ト有ス停止條件ノ下ニ處分セラレタル場合ニ於テハ讓渡人ハ尙所有者ニシテ他ノ當事者ハ期待權ヲ有ス此問題ヲ決スルニ付テ重要ナラサル差異ハ第一ノ場合ニ於テハ取得力戻取得ナルニ反シ第二ノ場合ニハ歸屬ナル點ノミ效果ノ廢止ト效果ノ發生トナ同一ニ取扱フコトハ第六十條及第六十一條ニ明瞭ニ

顯レタリ
戻取得者ハ權利承繼人ノ場合ノ如ク條件ノ成就未定ノ間ニ形成セラレタル權利ヲ取得スルコト歸屬權利者(停止條件附ノ場合)ノ如ク(Hellwig, Grenzungen der Rechtskraft S.111ff)
解除條件附ニテ讓渡シタル權利カ條件成就後讓渡人ニ復歸スルハ原始取得ナリ
ヤ承継取得ナリヤハ多少ノ疑問ノ存スル所ナリ而テ學士ハ原始取得説ニ左袒セラル惟フニ解除條件附讓渡ノ場合ニ於テ讓受人カ條件成就ニ至ルマテ權利者ナルコト及ヒ條件成就ニ因リテ再ヒ讓渡人カ權利者ト爲ルニ至ルコトハ何人モ異論ナカルヘシ然リ而テ此場合ニ於ケル讓渡人カ權利者ト爲ルハ前主即チ讓受人ノ權利ニ基因スルモノナリヤ或ハ又獨立シテ換言セハ前主ノ權利ニ基因セスシテ權利者ト爲ルモノナリヤ否ヤハ其見ル所ヲ異ニスルニ依リテ説ノ岐ルル所ナリトス學士ハ原始取得ト承継取得トノ差異ヲ前主ノ權利ノ作用ニ基因スルヤ否ヤニ標準ヲ求メ本問ノ場合ニ於テ讓渡人カ權利ヲ取得スルハ前主ノ權利ノ作用ニ基因モノニ非サルカ故ニ即チ原始取得ナリト論斷セラレタリ然レトモ二者ノ差異ヲ前主ノ權利ノ作用ニ基因スルヤ否ヤニ求ムルハ果シテ正當ナリヤ先ツ疑問ナリ蓋シ相續ノ如キ場合ノ承継取得ナルコト殆ント異説アルヲ聞カス然モ之ヲ以テ前主ノ權利ノ作用ニ基キタリト謂フヲ得ルヤ吾人ノ到底首肯シ能ハサル所ナリ元來原始的ト謂ヒ承継的ト謂フモ法律ハ何等其差異ヲ決スル標準ヲ規定セス從テ法律全般ヨリ歸納シ以テ之ヲ決セサルヘカラス之レ容易ノコトニ非ス

ト雖モ或權利カ前主ヨリ後者ニ誘導セラレコトヲ後者ヨリ觀察シテ權利ノ承繼ト謂ヒ或權利カ前主ノ權利ト何等誘導關係ナク獨立シテ取得セラレル場合ヲ原始取得ト謂フト爲スヲ以テ比較的正当ナル見解ナリト信ス之レニ依リテ本問ノ場合ヲ見ルニ後者カ權利者ト爲ルハ前主ヨリ權利カ誘導セラレテ權利者ト爲ルニ非スシテ法律カ條件成就ナル法律事實ニ基因シ當然其權利ヲ復歸セシメ舊狀態ヲ持續セシムルニ外ナラス果シテ然ラハ之ヲ以テ承繼取得ト爲スコトヲ得サルヘシ或ハ曰ク此場合ニ於テハ當事者ハ豫メ條件成就ニ因ル權利移轉ノ意思表示ヲ爲シタルモノナレハ條件成就後權利カ後主ニ移轉スルハ明ニ承繼取得ト謂フヘシト爲スモ之レ原始取得承繼取得ノ別ヲ意思表示ニ求メントシ又ハ徒ニ當事者ノ意思ヲ擬制セントスルモノニシテ贊同スルコトヲ得ス然ラハ之ヲ以テ原始取得ト謂フヘキカ吾人亦之ヲ肯定スルニ躊躇スルモノナリ蓋シ原始取得ト謂ハンカ爲メニハ前述ノ如ク前主ノ權利ト何等誘導關係ナク獨立シテ新ナル權利ヲ取得スル場合ナラサルヘカラス然ルニ解除條件ニアリテハ其成就後權利ハ當然ニ舊態ニ復歸スルモノニシテ之ヲ以テ新ナル權利ノ取得ト謂フヲ得サレハナリ從テ原始取得ト爲スコトヲ得サルヘシ吾人ハ暫ク或一派ノ學者ト共ニ權利中斷後ノ權利繼續ト類似ノ關係ニアルモノナリト解セント欲ス尤モ之ヲ原始取得ト解スルヤ否ヤハ大ナル實益アル問題ニ非スト雖モ例ヘハ讓渡人カ抵當權附

所有權ヲ解除條件附ニテ讓渡シタル場合ニ於テ條件成就シタルトキハ原始取得說ニ從ハンカ抵當權ハ消滅スルモノト解セサル可ラサルニ至ラン蓋シ民法第三九七條ニ依レハ抵當權ハ第三者カ抵當不動産ヲ取得時効ニ依リ原始的ニ取得シタルトキハ消滅スト爲スモ之レ唯債務者又ハ抵當權設定者ニ對シ抵當不動産ノ取得時効ニ依リ抵當權ヲ消滅セシメサラシカ爲メノ規定ニシテ原則トシテ抵當不動産ニ付キ取得時効ニ依リ原始取得アレハ抵當權ハ當然消滅セシムル趣旨ナリト解セサル可ラス從テ解除條件ノ場合ニ於テモ其成就ノ場合ヲ以テ原始取得ナリトモ之亦抵當權ハ當然消滅スルモノト爲ササル可ラサレハナリ之ニ反シ若シ吾人ノ如ク解センカ何等抵當權ノ消滅ヲ來スカ如キ不都合ヲ生セサルナリ

(四一)

- 九〇一 未成年者ニ對シテ最後ニ親權ヲ行フ者ハ遺言ヲ以テ後見人ヲ指定スルコトヲ得但管理權ヲ有セサル者ハ此限ニ在ラス
- 九〇二 親權ヲ行フ父又ハ母ハ禁治産者ノ後見人ト爲ル
- 九〇三 妻カ禁治産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ夫其後見人ト爲ル夫カ後見人タラサルトキハ前項ノ規定ニ依ル
- 九〇四 夫カ禁治産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ妻其後見人ト爲ル妻カ後見人タラサルトキ又ハ夫カ未成年者ナルトキハ第一項ノ規定ニ依ル
- 九〇五 前二條ノ規定ニ依リテ家族ノ後見人タル者アラサルトキハ戶主其後見人ト爲ル
- 九〇六 前三條ノ規定ニ依リテ後見人タル者アラサルトキハ後見人ハ親族會之ヲ選任ス
- 後見人ハ一人タルコトヲ要ス

法人ハ後見人タルコトヲ得サルモノトス

(一) 法人カ財産關係ニ付キ他人ノ爲メ自己ノ名ニ於テ又ハ代理人トシテ法律上乃至事實上ノ事務ヲ處理スルコトヲ得ルハ勿論ナレトモ身分上ニ關スル事務ハ財產ニ關スル事務ト全然其性質ヲ異ニシ法人ハ他人ノ爲メ此等ノ事務ヲ處理スルコトハ適性ヲ有セシ今後見ノ事務ヲ見ルニ被後見人ノ身上ニ關スルモノト財產ニ關スルモノトアリテ其身上ニ關スルモノハ被後見人カ未成年者ナルトキハ被後見人ノ居所ヲ指定シ之ヲ懲戒シ兵役ノ出願及營業ニ付キ許可ヲ與フル等之ヲ監督教育スルコトヲ目的トシ被後見人カ禁治產者ナルトキハ之ヲ瘋癲病院ニ入レ若クハ自宅ニ監置スル等主トシテ療養看護ヲ目的トス(九二一、九二二)尙其他後見人ハ被後見人カ戶主ナルトキ之ニ代リテ戶主權ヲ行ヒ被後見人カ未成年者ナルトキハ之ニ代リテ親權ヲ行フ等被後見人ノ家族又ハ子タル者ニ對シテモ甚ダ廣汎ナル身上ノ權利義務ヲ有スルモノトス(九三)以上列舉セル身上ノ事務ハ後見人ニ於テ被後見人乃至其家族若ハ其子タル者ニ對シテ種種ノ愛情威力ヲ有シ被後見人ノ家族其他身上ノ關係ヲ知了スルニ依リテ最適當良好ニ之ヲ處理スルコトヲ得ヘキモノナルコト一點ノ疑ナク然ルニ法人カ被後見人タル者ニ對シテ親族關係乃至特別ノ緣故ヲ有スルコトナキハ勿論被後見人又ハ其家族若ハ子タル者ニ對シテ種種ノ愛情威力信用ヲ有シ被後見人ノ家庭其他身上ニ付キ詳細ノ内情ヲ知了スル特別ノ人的關係ニ立ツ能ハサルコトモ亦言テ俟タス前述セル如ク法人ハ身上ノ事務ヲ處理スヘキ適性ヲ有セサルモ財產上ノ事務ヲ處理スルニハ不適當ナルモノニ非サルヲ以テ或ハ法人モ亦財產ニ關スル權限ノミヲ有スル後見人タルコトヲ得ヘキカ如キモ(九〇〇)第一號九三五)後見人中一般ノ後見人ト此種ノ後見人トトテ區別シ前者ニ付キテハ法人ノ指定又ハ選定ヲ禁止シ後者ニ付キテハ特ニ之ヲ許容スルカ如キハ法律ノ明文ヲ待タスシテハ到底是認シ得ヘカヲサルコトニ屬ス(二)法人カ獨リ本來ノ性質上後見人タルニ適セサルノミナラス我民法ノ趣旨モ亦後見人

【同趣旨學說】

ノ指定選定ヲ自然人ニ限定スルニ在ルコト後見ニ關スル規定ヲ通覽スルニ因リ一目瞭然タリトス今其一ニテ例示セン(イ)法定後見人ニ關スル第九〇二條第九〇三條ノ規定ヲ見ルニ後見人ハ被後見人ニ對シテ種種ノ人的關係ヲ在ル者ヲ以テ最適當ナルト爲スノ趣旨明カナリト云フヘク法律カ此ノ如キ關係ヲ絕對ニ有スル能ハサル法人ニ付キ後見人タル適性ヲ認メサルコトヲ窺知スルニ難カラス(ロ)第九〇六條ニハ後見人ハ一人タルコトヲ要スル旨ノ規定アリ法人カ後見人ノ事務ヲ處理スルニ當リ一人ノ機關ノ專斷ニ委シ而モ法人ノ存續スル限リ之ヲ變更セサルカ如キハ少クトモ事實上不能ノ事ニシテ此點ニ於テモ法人ハ第九〇六條ノ要件ニ適セサル性質ヲ有スルモノト解セサルヘカラス(ハ)第九〇八條ヲ見ルニ未成年者ハ後見人タルコト能ハサル旨ノ規定アリ稀ニハ未成年者モ亦當該機關タルコトアルヘシ(商六)此ノ如キ場合ニハ爲メニ後見人タリシ法人ハ當然缺格者トシテ後見人タラサルニ至ルヘキハ同條ノ規定自體ヨリ考フルモ同條カ法人ノ後見人タル場合アルコトヲ豫想シテ設ケラレタルモノニ非サルコト明ナリ(三)要之法人ハ本來ノ性質上後見人タルニ過キサルモノニシテ後見ノ事務ハ公益ニ關スルカ故ニ假令他人カ法人ヲ指定又ハ選定スルモ其指定又ハ選定ハ無効ナリ我民法ノ規定自體ニ徴スルモ法人カ後見人タル能ハサルノ主旨ヲ窺知スルニ難カラス(法學士長島毅氏法學新報第二九卷第三號九四頁)「法人ノ後見能力」要領)

一 法人ハ親族法上ノ權利能力ヲ有セヌ又法人ハ後見人タルコトヲ得ス(法學博士岡松太郎氏民法總則講義錄九一頁)
 二 法人ハ又自然人ノ如ク親族關係ノ當事者タルコトヲ得ス故ニ親族權ヲ享有スルコト能ハス例之法人カ親權夫權後見人ノ權ヲ取得スルコトハ想像シ得ヘカヲサルコトナリ(法學博士平沼一郎氏民法總論三〇〇頁)
 三 法人ハ其性質上親權夫權戶主權ト言フカ如キ親族權ヲ有スルコトヲ得サルハ明ナリ而シテ學者或ハ法人ト雖モ後見人トシテ親族法上ノ權利ヲ有スルコトヲ得ト主張スルモノナキニアラスト雖モ我民法上法人ハ後見人タルコトヲ得ルサモト信ス(法學士鈴木英太郎氏民法總則編二七八頁)
 四 親族關係成立ノ源泉タル婚姻ヲ爲スコトヲ得サルカ故ニ親族權ヲ有スルコトナシ例之法人ハ親族夫權後見人ノ權ヲ取得ス

ルコトアルヘカラス(法學士鳩山一郎氏大正五年度日大講義録一七五頁)
【同上反對學說】

後見人ノ權利義務ハ法人ト雖モ之ヲ享有スルコトヲ妨ケス此權利義務ハ人間ヲ要件トスルモノニアラサルカ故ナリ(法學博士川名兼四郎氏日本民法總論一〇〇頁)
論旨ハ正當ニシテ吾人之ニ贊同スルニ吝ナラス蓋シ法人カ後見人タルコトヲ得ルヤ否ヤニ關シテハ直接ノ明文ナシト雖モ法ノ全般ノ趣旨ヨリ歸納スルトキハ之ヲ消極ニ解スルヲ以テ民法ノ精神ニ適合スルヲ以テナリ

四二

- 一七九 同一物ニ付キ所有權及ヒ他ノ物權カ同一人ニ歸シタルトキハ其物權ハ消滅ス但其物又ハ物權カ第三者ノ權利ノ目的タルトキハ此限ニ在ラス
- 所有權以外ノ物權及ヒ之ヲ目的トスル他ノ權利カ同一人ニ歸シタルトキハ其權利ハ消滅ス此場合ニ於テハ前項但書ノ規定ヲ準用ス
- 三六二 質權ハ財産權ヲ以テ其目的ト爲スコトヲ得
- 前項ノ質權ニハ本節ノ規定ノ外前三節ノ規定ヲ準用ス
- 三六四 指名債權ヲ以テ質權ノ目的ト爲シタルトキハ第四六七條ノ規定ニ從ヒ第三債務者ニ質權ノ設定ヲ通知シ又ハ第三債務者カ之ヲ承諾スルニ非サレハ之ヲ以テ第三債務者其他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス
- 三六八 質權者ハ前項ノ規定ニ依ル外民事訴訟法ニ定ムル執行方法ニ依リテ質權ノ實行ヲ爲スコトヲ得
- 四六七 指名債權ノ讓渡ハ讓渡人カ之ヲ債務者ニ通知シ又ハ債務者カ之ヲ承諾スルニ非サレハ之ヲ以テ債務者其他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス
- 前項ノ通知又ハ承諾ハ確定日附アル證書ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ以テ債務者以外ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス
- 四六八 債務者カ異議ヲ留メシテ前條ノ承諾ヲ爲シタルトキハ讓渡人ニ對抗スルコトヲ得ヘカリシ事由アルモ之ヲ以テ讓受人ニ對抗スルコトヲ得ス(以下略)
- 讓渡人カ讓渡ノ通知ヲ爲シタルニ止マルトキハ債務者ハ其通知ヲ受タルマテニ讓渡人ニ對シテ生シタル事由ヲ以テ讓受人ニ對抗スルコトヲ得

指名債權ヲ目的トスル質權ヲ有スル債權者ハ質權設定者ニ對スル債權ノ強制執行トシテ同人ノ第三債務者ニ對スル指名債權ニシテ右債權ヲ擔保スル質權ノ目的タルモノヲ差押ヘタル場合ニ於テ其質權ノ效力ヲ害スル相手方ノ主張アルトキハ之ヲ排斥スル爲メ抗辯トシテ質權ヲ主張スルコトヲ得ルモノトス

指名債權ヲ質權ノ目的ト爲シタル場合ニ於テ第三債務者ニ對シ民法第四六七條ニ則リ質權ノ設定アリタルコトヲ通知シタルトキハ第三債務者ハ右ノ通知迄ニ質權設定者ニ對シテ生シタル事由ニ非サレハ之ヲ以テ質權者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトス

第三債務者ハ質權設定者ニ對シテ有スル債權ニシテ其質權ノ通知迄ニ辨濟期ニ

- 五〇五 二人互ニ同種ノ目的ヲ有スル債務ヲ負擔スル場合ニ於テ雙方ノ債務カ辨濟期ニ在ルトキハ各債務者ハ其對當額ニ付キ相殺ニ因リテ其債務ヲ免ルルコトヲ得但債務ノ性質カ之ヲ許ササルトキハ此限ニ在ラス
- 五〇六 相殺ハ當事者ノ一方ヨリ其相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ爲ス但其意思表示ニハ條件又ハ期限ヲ附スルコトヲ得
- 前項ノ意思表示ハ雙方ノ債務カ互ニ相殺ヲ爲スニ適シタル始ニ起リテ其效力ヲ生ス
- 民事訴訟法二〇九 攻撃及ヒ防禦ノ方法(反訴抗辯再抗辯等)ハ第二〇一條ニ規定スル制限ヲ以テ判決ニ接スル口頭辯論ノ終結ニ至ルマテ之ヲ提出スルコトヲ得
- 同六〇〇 差押ヘタル金銭ノ債權ニ付テハ差押債權者ノ選擇ニ從ヒ代位ノ手續ヲ要セスシテ之ヲ取立ツル爲メ又ハ支拂ニ換ヘ券面額ニテ差押債權者ニ之ヲ轉付スル爲メ命令アラントキハ申請スルコトヲ得
- 同六〇一 支拂ニ換ヘ券面額ニテ債權ヲ轉付スル命令アル場合ニ於テハ其債權ノ存スル限リハ第五九八條第二項ノ手續ヲ爲スニ因リ債務者ハ債權ノ辨濟ヲ爲シタルモノト看做ス
- 同五九四 第三者(第三債務者)ニ對スル債權者ノ債權ニシテ金銭ノ支拂又ハ他ノ有體物若クハ有價證券ノ引渡若クハ給付ヲ目的トスルモノノ強制執行ハ執行裁判所ノ差押命令ヲ以テ之ヲ爲ス

達セサルモノヲ質權ノ目的タル債權ト相殺スル爲メ辨濟期到來ノ後質權者ニ對シテ有效ニ其旨ノ意思表示ヲ爲スコトヲ得サルモノトス」

債權者カ其債權ヲ擔保スル質權ノ目的タル指名債權ヲ差押ヘ轉付命令ヲ受ケタル場合ニ之ニ基キ債權ヲ行使シ質權者トシテ其權利ヲ行使シタルニ非サルモ質權設定通知後ニ期限ト爲ル反對債權ヲ以テ相殺ノ意思表示ヲ爲ス相手方ノ主張ニ對シ質權ヲ有スル爲メ相殺ノ效力ヲ生セサル旨ノ抗辯ヲ爲シタルトキハ相殺ノ意思表示ハ其效力ヲ生セサルモノトス」

按スルニ指名債權ノ目的トスル質權ヲ有スル債權者ト雖モ其權利ヲ全ウスルカ爲メ何時ニテモ抗辯トシテ質權ヲ主張スルコトヲ得サルモノニ非サルヲ以テ右債權者ハ質權設定者ニ對スル債權ノ強制執行トシテ同人ノ第三債務者ニ對スル指名債權ニシテ右債權ヲ擔保スル質權ノ目的タルモノナラバ差押ヘタル場合ニ於テ其質權ノ效力ヲ害スル相手方ノ主張アルトキハ之ヲ排斥スル爲メ抗辯トシテ質權ヲ主張スルコトヲ得サルヘカラス又指名債權ヲ質權ノ目的ト爲シタル場合ニ於テ第三債務者ニ對シ民法第四六七條ノ規定ニ則リ質權ノ設定アリタル旨ノ通知アリタルトキハ爾後質權者ハ其權利ヲ第三債務者ニ對シテ行使スルコトヲ得ルノ筋合ナルヲ以テ第三債務者ハ右ノ通知マテニ質權設定者ニ對シテ生シタル事由ニ非サレハ之ヲ以テ質權者ニ對抗スルコトヲ得サルコト言フ俟タズ而シテ右ノ場合ニ於テ第三債務者カ質權設定者ニ對シテ有スル債權ニシテ未ダ辨濟期ニ達セサルモノハ第三債務者カ質權設定者ニ對シテ有マテニ期限ノ利益ヲ拋棄シタル事實アルニ非サレハ相殺ニ適セサルモノナルヲ以テ第三債務者カ右債權ニ因リ其辨濟期到來後ニ於テ爲ス相殺ノ意思表示ハ第三債務者ノ質權設定者ニ對シテ有スル債權ニシテ其質權ノ通知マテニ辨濟期ニ達セサルモノ

テ質權ノ目的タル債權ト相殺スル爲メ辨濟期到來後質權者ニ對シテ有效ニ其旨ノ意思表示ヲ爲スコトヲ得サルモノト云フヘシ本件ニ在リテハ上告人大正四年九月二日本訴ノ指名債權ニ付キ質權ヲ取得シ同日質權設定ノ通知アリタルコト並ニ右通知ハ被告上告人カ質權設定者ニ對シテ有スル本件反對債權ノ辨濟期前ニアリタルコト及ヒ被告上告人ハ債權者トシテ質權設定者タル上原債之丞ニ對スル債權ノ強制執行トシテ同人ノ第三債務者タル被告上告人ニ對スル指名債權ニシテ質權ノ目的タル本訴ノ債權ヲ差押ヘ轉付命令ヲ受ケタルモノニシテ質權者トシテ其權利ヲ行使シタルニ非サルモ被告上告人ノ爲シタル前示反對債權ニ因リ相殺ノ主張ニ對シ再抗辯トシテ質權ヲ有スルカ爲メ該相殺ノ效力ヲ生セサル旨ヲ主張シタルコト本件記録ニ依リ明白ナリ果シテ然ラハ上告人ノ再抗辯ノ前顯ノ法則ニ觀シ正當ニシテ被告上告人ノ爲シタル相殺ノ意思表示ハ其效力ヲ生セサルモノトス然レニ原裁判所ハ事茲ニ出テスレテ第一審被告(被告上告人)ハ訴外債之丞ニ對スル反對債權ヲ以テ其對當額ニ於テ之カ相殺スル意思表示ヲ爲シタル旨抗辯スルヲ以テ其當否ヲ審案スルニ第一審被告カ訴外債之丞ニ對シ其辨濟期大正五年二月十日ナル金二百圓ノ反對債權ヲ有スルコトハ當事者間爭ナキ所ニシテ第一審被告カ大正五年六月二十日其旨ノ意思表示ヲ爲シタルコトハ同日附第一審口頭辯論調書ニ依リ之ヲ認メ得ルヲ以テ右相殺ノ意思表示ハ有效ニシテ右轉付債權額中二百圓ハ之ニ依リ消滅スルモノトス尤モ第一審原告ハ訴外上原債之丞ノ第一審被告ニ對スル本訴債權ノ上ニ債權ヲ取得シ設定者淺之丞ヨリ其旨ノ通知ヲハ右二百圓ノ債權ノ辨濟期前ナル大正四年九月二日之ヲ爲シタルコト冒頭ニ說示スルカ如シト雖モ第一審原告ハ本訴ニ於テ質權者トシテ第一審被告ニ對シ質權ノ目的タル債權ノ履行ヲ求ムルニ非スシテ債務者タル被告上告人ノ爲シタル強行執行トシテ同人ノ第一審被告ニ對シ有スル本訴債權ヲ差押ヘ之カ轉付命令ヲ受ケタルヲ以テ前述ノ如ク二百圓ノ辨濟期ハ轉付命令ノ送達前ナル大正五年二月十日ナレハ質權

水口トク

設定ノ通知如何ニ關係ナク之ヲ相殺シ得ヘキモノト爲ササルヘカラス云云仍テ第一審被告ハ其賣買ノ目的タル前示土地三筆ノ所有權移轉登記ヲ得タルトキハ其ノ價トシテ支拂フヘキ七百二十五圓ヨリ相殺ノ意思表示ニ因リ消滅シタル二百圓ヲ控除シタル殘額五百二十五圓ヲ第一審原告ニ支拂フ義務アルモノニシテ第一審原告ノ請求ハ右ノ範圍内ニ於テハ正當ニシテ之ニ超過スル部分ノ請求ハ失當トスト判示シ原告人敗訴ノ判決ヲ言渡シタルハ違法ニシテ到底破毀ヲ免レス(大審院大正七年(オ)第八四五號同年十二月二十五日第三民部横田大倉松岡岩田泉澤各判事判決)

【關係事項】

破毀差戻○原審東京控訴院○賣買代金殘額請求事件○上告人堀越千代三新訟代理人辯護士眞野毅被上告人新井道太郎新訟代理人辯護士高野金重石井謹吾福本謙治郎後藤傳兵衛

- (一) 質權者ハ其質權ノ目的カ指名債權ナル場合ト雖モ質權設定ノ通知アリタル以後ハ質權設定者ハ勿論第三債務者ニ對シテモ之ヲ對抗シ得ヘキモノトス
- (二) 第三債務者ハ債權質設定ノ通知ヲ受クルマテニ質權設定者ニ對シテ生シタル事由ニ限り質權者ニ對抗スルコトヲ得ルモノトス
- (三) 第三債務者ノ債務者ニ對スル反對債權カ質權設定通知ノ當時未タ辨濟期ニ到來セサルトキハ債務者カ質權設定ノ通知アルマテニ期限ノ利益ヲ拋棄シタル場合ニ限り初メテ相殺ヲ以テ質權者ニ對抗シ得ルモノトス
- (四) 質權者カ債務者ニ對スル債權ノ強制執行トシテ質權設定者ノ第三債務者ニ對

スル質權ノ目的タル債權ヲ差押ヘ且券面額ニテ轉付命令ヲ受ケタルトキハ債權質ハ之ニ因リテ消滅スルモノトス

故ニ第三債務者ハ轉付命令カ效力ヲ生スル時期以前ニ於テ債務者ニ對シ有スル債權ニシテ既ニ辨濟期ニ到來セルモノヲ以テ有效ニ債權者(原質權者)ニ對シ相殺ノ意思表示ヲ爲シ得ヘク其反對債權カ質權設定ノ通知以後ニ生シタルコトハ相殺ヲ爲スノ妨ト爲ラサルモノトス

一般差押ノ結果轉付命令ヲ得タル場合ニハ債權質ハ之ニ因リテ消滅スルヲ以テ爾後抗辯ノ方法ニ依ルモ質權ヲ主張シ得サルモノトス

- (一) 質權者ハ其質權ノ目的カ指名債權ナル場合ト雖モ質權設定ノ通知アリタル以後ハ質權ヲ有效ニ取得シ質權設定者ハ勿論第三債務者ニモ之ヲ對抗スルコトヲ得ヘキモノトス而シテ債權質ト雖モ物權ナルヲ以テ之ニ物權的效力殊ニ擔保權ノ效力ヲ認メサルヘカラサルハ勿論ナリ故ニ債權質ヲ有スル質權者カ其質權ヲ以テ擔保スル主タル債權ノ強制執行トシテ質權設定者ノ第三者ニ對スル債權ニシテ質權ノ目的タルモノヲ差押ヘタル場合ニ若シ其質權ノ效力ヲ争フモノアルトキハ質權者ハ之ニ對シテ質權ヲ主張シ得サルヘカラス故ニ判旨第一ハ之ヲ正當ト爲スヘシ
- (二) 判旨二點ハ正當ナリ蓋シ民法第三六四條ハ指名債權ヲ以テ質權ノ目的ト爲シタルトキハ第四六七條ノ規定ニ從ヒ質權設定ノ通知又ハ承諾ヲ以テ所謂第三者ニ對スル質權設定ノ對抗要件ト爲スヲ以テナリ而シテ民法ハ指名債權質設定ノ效力トシテ債權讓渡ニ關スル第四六八條ノ如キ規定ヲ爲サス又之ヲ準用スルコトヲ明カニスル所ナシト雖モ指名債權ノ質權者ハ之ニ依リ質權者トシテ質權設定者ノ第三債務者ニ

對スル債權ヲ取立テ辨濟ニ充當シ得ルコト債權讓受人ノ地位ト異ルコトナキヲ以テ
 第三債務者ハ其質權設定ノ通知ヲ受クルマテハ質權設定者ニ對シテ生シタル事由ニ
 限リ質權者ニ對抗スルコトヲ得ルモ其通知後ニ生シタル事由ヲ以テ之ニ對抗シ得
 ルモノト解釋スヘキモノトス

(三) 判旨三點亦正當ナリ第三債務者カ質權設定者ニ對抗シ得ル事由ヲ以テ質權者ニ
 對抗シ得ルニハ其事由カ質權設定ノ通知前ニ生シタルモノナルコトヲ要スルヲ以テ
 質權設定者ニ對スル反對債權ヲ以テ相殺セントスルニハ其相殺ノ事由カ質權設定通
 知前ニ生シタルコトヲ必要トス若シ第三債務者ノ有スル反對債權ニシテ通知ノ當時
 未タ辨濟期到來セザルトキハ該債權ハ其時期ニ於テハ相殺ニ適セサルモノニシテ斯
 ル場合ニハ債務者カ期限ノ利益ヲ拋棄シタル場合ニ限リ然カモ其拋棄ハ質權設定ノ
 通知アルマテニ存在シタルトキニ限リ初メテ相殺ヲ以テ對抗シ得ヘキモノト爲ル第
 三債務者ノ反對債權ニシテ質權設定通知後ニ辨濟期到來シタルモノヲ以テ質權者ニ
 對シ相殺ヲ爲ス意思表示ハ質權設定後ニ相殺ヲ爲スニ適シタル事由ニシテ質權設定
 通知マテニ生シタル事由ニ非ス

(四) 上述ノ如ク判決カ事案判定ノ前提トシテ定メタル原則ハ毫モ誤レルモノニ非ス
 シテ吾人亦之ニ賛意ヲ表スルニ吝ナルモノニ非サルモ之ニ依リテ事案ヲ判定シテ判旨
 四ノ如ク論斷シタル點ニ至テハ吾人ハ之ニ贊スルヲ吝ム判決ハ事案ニ於テ上告人ハ
 質權ヲ取得シタルモノニシテ相殺ヲ以テ對抗シ得サル旨抗辯シタルモノナレハ質權
 ナ主張シタルモノト爲スヲ以テ其前提ニ於テ上告人ハ依然トシテ質權ヲ有スルモノ
 トノ立脚地ニ在ルト雖モ吾人ノ見解ニ依レハ上告人ノ取得シタル質權ハ轉付命令ノ
 爲メニ消滅シ上告人ハ單ニ債權者タル地位ヲ有スルニ過キスシテ質權者ニ非サルヲ
 以テ主張スヘキ質權ナルモノナレハ何トナレハ上告人ハ其債務者ニ對スル強制執行ト
 シテ債務者ノ被上告人ニ對スル債權ヲ差押ヘ且券面額ニテ轉付命令ヲ得タルモノナ
 レハ之ニ依リ債權者ノ被上告人ニ對スル債權ハ當然上告人ニ移轉シ上告人自ラ債權

者ト爲リタルモノニシテ其債權ハ他人ノ債權トシテ其存在ヲ保ツモノニ非ス而テ質
 權ハ他物權ナルヲ以テ他人ノ有スル債權ニシテ初テ其上ニ權利質ヲ設定シテ取得
 シ得ヘキモノニシテ自己ノ有スル權利ノ上ニ權利ノ取得ヲ爲シ得ヘキモノニシテ
 モノニ非サルナリ自己固有ノ權利ノ上ニ權利ノ取得ヲ爲シ得ヘキモノニ非ス *Kein Rechte*
 an *eigenen Rechte* トノ原則ハ法理上動カス可ラサル原則ニシテ吾民法ハ第一七九條ニ
 於テ之ヲ明カニス而シテ此原則ハ當然債權質ニモ類推適用シ得ヘキモノニシテ質權
 設定者タル債務者カ質權者ノ相續人ト爲リ質權ヲ承繼シタルトキ及ヒ質權者カ質權
 設定者ノ第三債務者ニ對シ有スル質權ノ目的タル債權ヲ取得シタルトキハ共ニ其質
 權ハ消滅シ質權ノ負擔ナキ債權殘存スルコトヲ爲ルヘシ何トナレハ債權者ハ物權ト
 シテ他人カ第三債務者ニ對シ有スル債權ノ上ニ存在シ得ヘク自己ノ債權ノ上ニ存在
 シ得ヘカラサル他物權ナレハナリ而シテ事案ノ上告人カ轉付命令ヲ得タルモノナル
 コトハ判決理由ニ依リ明カナレハ上告人ハ最早質權者トシテ主張スヘキ權利ヲ有セ
 サルモノナレハ被上告人タル第三者トノ間ニ第三債務者ノ質權設定者ニ對シ有スル
 事由ノ發生時期カ質權設定通知ノ前後ニ因リ對抗係ヲ異ニスルニ至ルカ如キ問題
 ナ生スルノ餘地ナク爾後上告人ハ單ニ債權ノ承繼人トシテ債權者タル資格ニ於テ第
 三債務者タル被上告人ニ對シ其權利ヲ行使シ得ルノミニシテ又現ニ債權者トシテ債
 務ノ辨濟ヲ求メタルモノトス從テ第三債務者タル被上告人ハ轉付命令效力ヲ生スル
 時期以前ニ於テ債務者ニ對シ有スル債權ニシテ既ニ辨濟期ノ到來セルモノヲ以テ有
 效ニ上告人ニ對シ相殺ノ意思表示ヲ爲シ得ヘク其反對債權カ質權設定ノ通知後ニ生
 シタルコトハ相殺ヲ爲スノ妨ケト爲ルモノニ非スト謂フヲ得ヘシ依是觀之一般差押
 ノ結果轉付命令ヲ得タル場合ハ債權質ハ消滅スルヲ以テ爾後主張シ得ヘキ質權ナル
 モノトク從テ又抗辯ノ方法ニ依ルモ之ヲ主張シ得ヘキ權利ヲ有スルコトヲ必要トスヘキ
 ル抗辯トシテハ其前提トシテ之ヲ主張シ得ヘキ權利ヲ有スルコトヲ必要トスヘキ
 事案ニ於テハ其前提タル權利ハ既ニ消滅シテ存在ヲ保タサレハナリ事案ニ於ケル上

鳩山博士

【債權質設定後ニ於ケル債權ト相殺ニ關スル參照學說判例】

告人ハ債權者ニ對スル強制執行トシテ債務者ノ被上告人ニ對スル債權ヲ差押ヘ轉付命令ヲ受ケ之ニ基キ其履行ヲ求ムルカ爲メ本訴ヲ提起シタルモノニシテ質權者タル資格ニ於テ請求ヲ爲シタルニ非サルコトハ確定ノ事實ニシテ質權者タルコトモ亦被上告人ノ債務者ニ對スル反對債權ヲ以テスル相殺ノ抗辯ニ對シ再抗辯トシテ之ヲ主張シタルニ止マリ質權取得ヲ以テ請求原因ニ附加シタルモノニ非ザリシモノナルカ故ニ上告人ハ被上告人ニ對シ自己ノ有スル質權ヲ行使シタルモノニ非ザリシモノナルカフヘク從テ其資格ニ於ケル質權ノ主張ナルモノ存セサルモノナレハ相殺ノ抗辯ヲ以テ對抗シ得サル旨ノ再抗辯ハ以テ上告人ノ請求ヲ正當ナラシムヘキ事由ト爲ルモノニ非ス吾人ノ觀ル所ニ依レハ第三債務者ノ相殺ノ抗辯ニ對シ其相殺ノ用ニ供セラレタル反對債權カ質權設定通知當時未タ相殺ニ適セザリシモノナルカ故ニ之ヲ質權者タル原告ニ對抗シ得サル旨ノ再抗辯ナルモノハ此抗辯ヲ爲スノ以前ニ既ニ質權ノ主張アリタル場合ニ限リ其適法ナルコトヲ認メ得ヘク若シ前提トシテ質權ノ主張ナルモノナケレハ之ヲ適法ナル抗辯トシテ原告ノ請求ヲ認容セシムルノ事由トシテ之ニ基キ判定ヲ爲スヘキモノニ非スト信ス若シ判決ノ如ク斯ル再抗辯ニシテ權利ノ主張ト爲ルモノト解センカ實ニ奇怪ナル結果ヲ生シ民法第二〇二條ノ規定ハ殆ント其適用ナキニ至ルノ結果ヲ生スヘシ之果シテ正當ナル法律ノ解釋ナリト謂ヒ得ヘキカ之ヲ疑ハスンハアララス(ドクトルニリス水口吉藏氏國家及國家學第七卷第四號一八頁大正七年(才)第八四五號大審院判例ヲ讀ム要領)

一 第三者ニ對シテ債權質設定ノ通知アリタル後第三債務者カ其債權者質權設定者ニ對シテ債權ヲ取得シタルトキト雖モ第三債務者ハ質權者又ハ質權設定者ニ對シテ相殺ヲ爲スコトヲ得ス (法學博士鳩山秀夫氏法學志林第一號二六頁以下本書第六卷五三頁)

第三債務者ノ債權カ質權設定ノ通知以前既ニ存在シ且相殺ニ適シタル場合ニ於テハ第三債務者ハ質權設定ノ通知以後ニ於テモ尙相殺ヲ爲シ得ヘク且相殺ハ質權者ニ對シテ之ヲ爲スヘキモノトス(同上)

大審院

東京控訴院

中島博士

【民法第一七九條準用範圍ニ關スル參照學說】

二 指名債權ヲ以テ質權ノ目的ト爲シタル債權者ハ第三債務者ニ質權ノ設定ヲ通知シ又ハ第三債務者カ之ヲ承諾シタル時ヨリ其質權ヲ以テ第三債務者其他第三者ニ對抗スルコトヲ得ヘキカ故ニ第三債務者ハ此時ヨリ質權者ノ取立權能ヲ害スルノ行爲ヲ爲スコトヲ得ス從テ此時以後ニ於テ第 債權者カ質權設定者ニ對シテ質權者ニ相殺ヲ對抗スルコトヲ得ス(大審院大正四年(才)一〇九八號同年九月五日民一部判決本書第五卷九七五頁)

三 第三債務者カ質權設定ノ通知ヲ受ケタル後ニ於テ質權者ニ對シテ債權ヲ取得スルモノ之ヲ以テ質權者ニ相殺ヲ對抗シ得サルモノトス(東京控訴大正四年(才)第九四五號同年十月二十日判決本書第四卷六九二頁)

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

【民法第一七九條準用範圍ニ關スル參照學說】

民法第一七九條ハ有體物ヲ目的トスル物權間ノ混同ニノ適用アリ之レ本條ニ所有權所有取次外ノ物權等ノ語アルニ因リ明ナリ然レトモ之ヲ著作權特許權實用新案權等ノ所謂無體物權トシテ目的トスル質權ノ間及ヒ債權トシテ目的トスル質權(三六二)ノ間ニ準用スルヲ得ヘシ(法學博士中島玉吉氏法學義卷三二物權論上八七頁)

【質權ト質入債權トノ混同ニ關スル參照學說】

一 混同ハ質權者ト質權設定者トノ間ニ生シタル場合ニ於テノミ債權質ノ消滅ヲ來スモノトス但設定者カ第三者ナルトキハ主タル債權消滅セサルカ故ニ必スシモ此結果ヲ生セス(法學博士富井政章氏民法原論第二卷物權五三五頁)

二 質權ト質入債權トカ混同シタルトキ例 質權者カ其質入債權ヲ相續シ又ハ讓受ケタルカ如キ場合ニ於テハ其質權ハ消滅ス但後順位ノ質權カ存在スルトキハ此限ニアラス(法學博士川名博士川名名錄四郎氏物權法要論二六二頁)

三 質權者カ質入主ヲ相續セル場合ニハ質權ハ消滅ス然レトモ質入主ナル債權ハ依然トシテ質入主ト第三債務者トノ間ニ存續ス(法學博士石坂晋四郎氏京政民法物權講義錄一八八頁)

四 質權者ト質權設定者ト同一人ナリシ場合ニハ擔保債權消滅スル故質權モ亦當然消滅ス反之質權設定者カ第三者ナル場合ニハ主タル債權ハ消滅セス(法學博士鳩山秀夫氏大正六年度帝大擔保物權法講義書二五〇頁)

五 質權ト其目的タル所有權以外ノ財產權トノ混同モ亦其消滅原因タリ然レトモ質物又ハ質入セラレタル權利カ第三者ノ權利ノ目的タル場合ニ於テハ然ラス殊ニ後順位ノ質權カ存在スル場合ヲ想像スヘシ(法學博士三浦信三氏擔保物權法三三五頁)

【轉付命令アリタル場合ト質入債權ノ混同ニ關スル參照學說】

轉付命令ハ前述ノ效力ヲ有スルモノナルカ故ニ善押債權者カ自己ニ對スル債權者ニ債務者ノ債權ニ付キ轉付命令ヲ付タル場合

富井博士
川名博士
石坂博士
鳩山博士
三浦博士
仁井博士
田博
195(民法)

ニ於テハ差押債權者ノ債權及ヒ之ニ對スル債務者ノ債權ハ轉付命令カ其效力ヲ生スルト共ニ混同ニ依リ消滅ニ歸スルモノト謂フヘシ(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論下卷二四七頁)

判旨第一第二第三點並ニドクトル論旨第一第二點ノ正當ナルコト曾テ評論シタルカ如シ第六卷民法五二六頁第五卷民法九七七頁第四卷民法六九五頁(下)クトル論旨第三點亦正當ナリ(第五卷民法三三四頁第四卷民法四一〇頁評論)而テ判旨第四點ノ不當ナルコトドクトルノ指摘大イニ力説セラレタル所ニシテ吾人亦其感ヲ同フスルモノナリ

(四三)

二二〇 或土地カ他ノ土地ニ圍繞セラレテ公路ニ通セサルトキハ其土地ノ所有者ハ公路ニ至ル爲メ圍繞地ヲ通行スルコトヲ得

池ノ共有者ハ民法第二一〇條ノ規定ニ基キ他人ノ所有地ノ水路ヲ通行スル權利ヲ有スルコト勿論ナルト同時ニ之等共有者ヨリ該池ノ泥土ヲ買受ケタル者モ亦同條ノ規定ニ基キ右水路ノ上ニ通行權ヲ享有スルモノト認ムルヲ相當トス

【上告理由】 原判決ハ其證據說明中ニ「民法第二一〇條ノ規定ニ徴スルモ本件被害者ハ袋地ナル判示官川池ヨリ泥土ヲ採取シ之ヲ運搬スル爲メ被告所有地ノ水路ヲ通行スル權利ヲ有スルモノトス」ト判示セラレタリ依テ判示事實理由ヲ見ルニ「官川池ハ其後大正七年二月馬場國太郎股部長濱渡助等七名共同シテ右地ヲ買取り同年五月十二日頃ヨリ林蔵ハ人夫十數名萬助ハ人夫一名ヲ雇入レ又右共有者ヨリ泥土ヲ買受ケタル高木源助ハ自身ニテ執レモ各自ノ田地ニ土盛用ノ泥ヲ右池ヨリ採取シ云云」ト判示セリ然ラハ高木源助ハ官川池ノ所有者ニアラサルヲ以テ民法第二一〇條ノ規定ニヨリルモ何等通行權ヲ有セサルモノト云ハサルヘカラス然ルニ原告判決カ本件被害者(高木源助モ包含ス)カ被告ノ所有地ノ水路ヲ通行スル權利ヲ有スルモノナリト判示セタルハ違法トス

【判決理由】 判示ニ據レハ所論馬場國太郎外數名ハ判示官川池ノ共有者ナルヲ以テ民

法第二一〇條ノ規定ニ基キ所論ノ水路ヲ通行スル權利ヲ有スルコト勿論ナルト同時ニ判示ノ共有者ヨリ該地ノ泥土ヲ買受ケタル所論高木源助亦同條ノ規定ニ基キ右水路ノ上ニ通行權ヲ享有スルモノト認ムルヲ相當トス可シ何トナレハ袋地ノ所有者カ叙上法文ノ規定ニ據リ之カ圍繞地ノ上ニ通行權ヲ享有スルハ畢竟スルニ公益上該地ヲ利用セシメンカ爲メニ外ナラサレハ等シク同一土地ノ利用方法タル右泥土ノ搬出ニ關シテノミ之レカ買受人ニ對シ通行權ヲ拒否スルノ謂ハレアルコトナケレハナリ左レハ論旨ハ理由ナシ(大審院大正七年(九)第三三〇六號同八年二月十九日刑三部期滿裁判長水本堀田泉二橫村各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原案岐阜地方裁判所○警察犯處罰令違反被告事件○被告人加賀藤十郎辯護人高木益太郎

四四

- 九〇 公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行爲ハ無効トス
- 四一五 債務者カ其債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲ササルトキハ債權者ハ其損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ履行ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルトキ亦同シ
- 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ナキトキハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得
- 七七五 婚姻ハ之ヲ戶籍吏ニ届出ツルニ因リテ其效力ヲ生ス
- 七七八 婚姻ハ左ノ場合ニ限り無効トス
 - 一 人違其他ノ事由ニ因リ當事者間ニ婚姻ヲ爲ス意思ナキトキ
 - 二 當事者カ婚姻ノ届出ヲ爲ササルトキ但其届出カ第七五條第二項ニ掲ケタル條件ヲ缺クニ止マルトキハ婚姻ハ之カ爲メニ其效力ヲ妨ケララルコトナシ

正式ニ婚姻式ヲ舉行セザリシ事實ハ毫モ婚姻豫約ノ成立ヲ否定スヘキ事由ト爲スニ足ラス

婚姻ノ豫約ハ一種ノ身分上ノ契約ニシテ純粹ナル債權契約ヲ以テ目スヘキモノ

ニアラス」
 苟モ其愛情ト信義トヲ骨子トスヘキ婚姻豫約ニ於テハ甲男カ乙女ヲシテ其家ニ
 入ルヲ肯セス入籍手續ヲ峻拒シタルカ如キ場合ニ於テハ右豫約ニ基ク給付ハ同
 時ニ不能ニ陥リタルモノト解スルヲ相當トス」
 右ノ場合ニ於テハ何等該豫約ヲ解除スルノ要ナク直ニ之カ履行ニ代ル賠償ヲ請
 求シ得ルモノトス」

【事實】 前略大正三年二月一日締結ノ取交セテ同月十二日被告方ニ於テ婚姻ノ式ヲ舉ケテ茲ニ原告間ニ將來婚姻ヲ
 爲ス旨ノ契約成立シ爾來大正五年四月中旬迄原告被告同棲シテ事實上夫婦關係ヲ繼續シタリ而シテ右契約成立後原告ハ大正
 三年五月頃ヨリ其實父喜左衛門及其實兄龜雄ノ手ヲ經テ被告ニ對シテ履約ノ履行トシテ原告ハ入籍ヲ催シタリモ其都度
 曖昧ノ内ニ時日ヲ経過シタリ中略爾來原告ニ於テハ書面若クハ他人ヲ介シテ契約ノ履行ヲ催シタルモ被告ハ更ニ之ニ應
 ス依テ原告ハ更ニ支度金ヲ提供シテ入籍ヲ追リタルニ被告ハ俄然態度ヲ一變シテ數次ノ交渉ニ對シテ言ヲ左右ニ構ヘテ入籍手
 續ヲ爲ササルヲ以テ原告ハ無止大正五年十一月十六日同月二十二日迄ニ婚姻豫約義務ノ履行ヲ爲スヘキ旨催告シ之ト同時ニ
 契約解除ノ豫約ヲ爲シタレトモ被告ハ遂ニ履行ヲ爲サザリシニヨリ茲ニ契約ハ解除セザレタリ
 被告訴訟代理人ハ其答辯トシテ中略原告ハ大正五年十一月十七日履行ノ催告及解除ノ豫約ヲ爲シタリト主張スルモ其催告期
 間ハ不當ナルノミナラス被告ハ未ダ解除ノ意思表示ヲ受ケタルコトナシ加之婚姻豫約ニ基ク義務ハ原告ノ協力ヲ要スル要
 式行爲ナルカ故ニ催告ノミニテハ被告ヲ遲滯ニ付スルニ由ナク從テ本件契約ノ適法ニ解除サレタルモノニアラス

【理由】 大正三年二月中訴外栗山ムメ及同小野道ノ媒介ニ依リ原告カ被告ノ妻タルヘ
 キ約東ノ下ニ被告ヨリ原告ニ結納トシテ金百圓ヲ交付シ被告家ニ於テ内親言ヲ行ヒ
 爾來大正五年四月迄原告被告同棲シ來リタル事實ハ當事者間爭ナキ處ナリ而シテ
 以上ノ事實ト眞正ニ成立シタリト認ムル甲第一號證トナシテ參酌スルトキハ大正三年二
 月中本件當事者間ニ原告主張ノ如ク將來正當ニ婚姻ヲ爲スヘキ契約成立シタルモノ
 ト認定スルヲ相當トス被告ハ未ダ正式ノ結婚式舉行ナク從テ被告ハ原告ヲ客分トシ
 テ取扱ヒタルニ過キサルヲ以テ本件當事者間ニ於テハ未ダ婚姻豫約成立シタルモノ

池田博士
 中島博士
 唯道博士

【婚姻豫約有效學說】

一 婚姻ノ豫約ハ將來ニ於テ適法ナル婚姻ヲ爲スコトヲ目的トスル債權契約ナリ(法學博士中島玉吉氏本書第四卷民法二八五
 頁)

婚姻ノ豫約ハ慣習ニ從ヒタル豫約ノ式ヲ舉ケタル時(例ハハ結納ノ交換ニ成立スルモノトス(同上))
 二 婚姻ノ約束(婚姻豫約)ハ將來當事者間ニ夫婦關係ヲ成立セシメントスル合意ニシテ現ニ夫婦タル身分關係ヲ成立セシメン
 トスル合意ニ非ス而シテ身分上ノ契約ニ非シテ單純ナル債權契約ナリ而モ其成立ニ一定ノ方式ヲ踏ム必要ナキモノトス(法
 學博士唯道氏京都市法學會雜誌二卷四號八頁本書七卷民法二〇〇頁)

三 豫約カ善良ノ風俗ニ反スルヤ否ヤハ一ニ社會道德上ノ問題タリ今日ノ我社會ニ於テハ當事者ノ合意ニ依リ婚姻スルコトヲ
 是認スル以上ハ此合意ヲ目的トスル婚姻ノ合意モ亦道義ニ反スルモノニ非サルコトヲ信セント欲ス一概ニ婚姻ニアラサル男女
 ノ關係ハ不倫ノモノナリトシテ排斥シ去ルハ事意詳ニセサル論斷タルヤノ厭アルノミナラス之ヲ論斷スルトキハ豫約ハ勿
 論婚姻自體ノ共諾モ其届出ナキ間ハ均シク不倫不徳ノ行爲ト云ハサルヘカラス豈此ノ如キノ理アラシヤ況ヤ此不倫ノ行爲カ届

【關係事項】 原告訴訟○損害金並ニ慰謝料請求事件○原告小野秀子訴訟代理人辯護士牧田影太郎被告山内喜太郎訴訟代理人
 辯護士布山彦一

嘉山學士

森辯護士

出テラレタルトキハ莊重神聖ナル夫婦ノ關係ヲ生スト云フニ至テハ道德ノ大綱ナリ片ノ届出ニヨリテ左右スルモノト云ハサル
 (カラサルヤ豫約カ公ノ秩序ニ反スト云フ者ハ其婚姻ノ自由ヲ制限スルナリトモ此制限ハ何故ニ公ノ秩序ニ害アル
 ルモノカ届出ハ婚姻ノ成立要件ナリ然レトモ是レ元來一婚姻ノ公示シニ當事者ノ意思ヲ確保シテ婚姻關係ノ堅實ヲ期スルノ
 制度ノ外ナラス故ニ婚姻ノ成立ニ形式的ニ必要トスルト否トハ毫モ其成立當事者ノ自由意思ヲ要スルト否トノ問題ト交渉ス
 ル所ナキモノナルコトヲ注意スヘシ於テ是等問題ハ結局婚姻ノ本質ニ立戻リテ當事者ハ何等法律上ノ拘束ニ依ラズシテ婚姻ヲ締
 結ヘキモノナリヤ否ヤノ點ニ歸着ス思フニ世ノ論者多クハ一概ニ婚姻ノ制限ニハ二様ノ區別アルコトヲ
 注意スルコトヲ要ス一ハ婚姻ノ相手方ニ關シテハ婚姻ノ成立ニ關スルニ換言セバ相手方ニ關スル制限ハ婚姻ノ主觀的性質ニ關
 スル制限ニシテ成立ニ關スル制限ハ其ノ客觀的ノ分量ニ關スル制限ナリト謂フコトヲ得ヘシ婚姻ノ分量ニ關スル制限ハ社會ノ
 基礎ニ危クスルコト明白ナリ之レヲトスル法律行為無効トスヘキハ多辯護士等ニシテモ婚姻ノ性質ハ固ヨリ當事者相
 互ノ間ニ主觀的ニ定マルモノニシテ其甲ヲ選擇シタルカ爲ニ乙丁ニ移ルノ自由ヲ失フモ是レ事實當然ノ性質アルモノナラ
 社會ノ全體ヨリ觀ルトキハ毫モ痛痒ト感スルモノニアラス當事者ノ選擇ハ宜シク其當事者ニ一任シテ可ナリ更ニ少進メテ論
 スルトハ婚姻ノ關係ハ假令豫約ノ程度ニ於テモ履修委任等ノ關係ト異ナリ同意ノ根底ニ深厚アル心念ノ基礎ヲ有スルモノ
 シテ故テ之レヲ破ルノ不當ナレハ多辯護士等然レニ法律ハ此關係ヲ廢棄スルコト弊廢ヲ脱スルカ如クナルヲ得ヘシト云
 フハ或ハ恐ル是レ却テ夫婦相愛ノ道ヲ盡サシムル所以ニ非サルノミナラス道德壞亂ノ端實ニ之ヨリ生センコトヲ要之婚姻ノ豫
 約ハ婚姻ニ關スル當事者ノ意思ヲ制限スルモノナレトモ此一事ヲ以テ直チニ允テ婚姻ノ豫約ハ公ノ秩序ニ反スト論スルコトナ
 得ス(法學博士池田寅二郎氏法學協會雜誌第二四卷第一二號一七一—一七六頁)

四 婚姻ハ婚姻當事者カ自由意思ヲ以テ之レヲ爲スト要スルモノナレハ婚姻ノ豫約ニ基ツキ婚姻ヲ強制スルヲ得サルコト
 又間接ニ之カ強制ノ結果ヲ生スル違約金ノ約束ノ無効ナルコト論テ俟ダスト雖(獨民二一九七號九二)契約ヲ爲シタル以上信
 義ニ基キテ之履行スヘキハ法律ノ精神トスル所ナルヲ以テ豫約者カ正當ノ理由ナクシテ違約シタル場合ニ相手方カ婚姻ノ豫期
 シテ調度ヲ買入レ職工ヲ罷ムル等其準備ヲ爲シタルコトカ徒勞ナリタルニ依リ被ムタル損害及同棲其他ニ依リ被リタル無
 形ノ損害ヲ賠償スルコト之ヲ賠償セムルヲ當然トス(法學士嘉山幹一氏縮版民法總論後編二二五—二二六頁)

五 婚姻ノ豫約ハ豫約トシテ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスルモノナルヤ否決シ然ラズ婚姻ノ豫約ハ婚姻
 ナル事項ヲ目的トスル婚姻ハ人類繁殖ノ爲メニ必要ニシテ現時ノ社會制度ハ人類繁殖ノ道ハ必ス婚姻ニ因ルヘキコトヲ要求シテ
 野合ヲ冀望セズ故ニ婚姻ノ目的トスル契約ハ決シテ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスルモノニ非サルナリ古ヨ
 リ今ニ至ルマテ婚姻ニハ必ス豫約アリ其豫約ノ徵表トシテ結婚ノ爲取替セサスノ習慣アリ結婚ノ取替セサスルコトハ婚姻ノ
 豫約已ニ成立シタルモノトシ正當ノ理由ノ外ニテ破棄スルコトヲ許サズ又決シテ破棄セサルナリ故ニ結婚ノ取替セサスルマシタ
 ルトキハ雙方共ニ互ニ之ヲ破棄セサルコトヲ信スルカ故ニ夫夫婦禮ノ支度準備ニ取掛ルヲ常トス然レニ正式ノ結婚ノ取替セサ
 爲シタル婚姻ノ豫約ニ法律上絕對無効トシテ違約者ヲシテ何等ノ損害ヲモ支拂ハシメサルモノトスレハ此レ古來ノ良習慣ノ破
 ルモノニシテ容易ナラサル事ナリトス(辯護士森作太郎氏法律新聞第五二號三頁)

日比谷道
人氏

大審院
東京地方
裁判所

奥田博士
仁井田博
士

【同上判例】

六 抑モ法律カ婚姻成立ノ根柢トシテ認ムル處ノモノハ何ソヤ曰ク男女ノ共諾是ナリ素ヨリ相思愛ノ情ハ理想的ニ於ケル夫
 婦ノ基礎ニシテ之レヲクンハ即夫婦ナシ然レトモ社會ノ理想ヲ去ルヤ遠ク從テ法律ノ理想ニ合スルモノニ非ス法律ハ社會ノ實
 情ニ適セシメンカ爲メ此點ニ於テ極メテ寬大ナリ之ヲ以テ法律ヨリ之ヲ論スレハ夫婦ハ婚姻ニ基ク男女ノ結合ニ過キス而シテ
 其結合ノ因タル婚姻ハ單ニ當事者カ眞ニ之ヲ爲スノ意思アレハ足ルモノニシテ敢テ其他ヲ問フコトナシ故ニ相愛ヲ云云シテ論
 結スルノ說ハ余輩ノ探ラサル處ナルノミナラス若シ失レ相愛說ヲ貫カシカ婚姻成立ニ雖モ其情念ノ消ユルニ當リテハ一方ノ
 隨意ニ之カ離婚ヲ許容セサルヘカラサルヘシ何トナレハ既ニ一方ノ意思背馳スルニ於テハ到底相愛ノ道ヲ保ツ得サルナリ
 然ラハ即チ届出ヲ以テ婚姻ノ效力發生ノ要件トナシタルハ何ソヤ蓋シ法律ハ之カ明確ニ欲シ之レカ形式ニ必要トシタルノミ
 ナリ以テ届出ナクハ當事者ノ共諾アリト雖モ法律上婚姻ノ效力生ゼサルニ歸ヘルモノモ前ノ共諾トシテ效力ナク有シ届
 出ト相俟テ婚姻ノ效力生ズヘキモノニシテ法律ノ保護スル適法行為タルヤ論チキモノナラス婚姻ハ固ト人倫ノ大道之ヲ約スル
 ナリ以テ何ソ公ノ秩序善良ノ風俗ヲ害セン(日比谷道人氏法律新聞第九一號三頁)

一 婚姻ノ豫約ハ將來ニ於テ適法ナル婚姻ヲ爲スヘキコトヲ目的トスル契約ニシテ其契約ハ亦適法ニシテ有效ナリトス(大審
 院大正四年一月二六日民事聯合判決本書四卷民法一頁)

二 婚姻豫約ハ要式行為ニ非ヤレトモ慣習上當事者間ニ婚姻豫約成立シタル後之カ成立ヲ確保スル爲メ相互ニ金員ヲ取
 替セ且婚姻ノ儀式ヲ舉行シタル上同棲スルヲ以テ通常ノ事例ニ屬スルカ故荷モ當事者間ニ於テ結婚取替式同棲ノ事實アル以
 上ハ當然ニ婚姻豫約ノ成立シタルモノト推斷スルヲ妥當トス(東京地方大正五年(ワ)第五三號同七年五月一五日日民三部判決本
 書第七卷民法三三頁)

【同上無効學說】

一 婚姻ノ豫約ハ我民法ノ認メサル所ニシテ男女ノ意思ハ婚姻當時ニ存在スルコトヲ要スルモノトセル我國ノ習慣ニ於ケル婚
 姻ハ多クハ婚姻ノ可キ男女ノ意思ニ出テサルモノニシテ其法律上全然無効行為タルハ勿論其意思ニ出テタルトモ何等ノ
 法律上ノ效果ヲ生スルコトナレ(法學博士奥田義人氏中央大學親族講義二二七頁)

二 婚姻ノ豫約トハ當事者カ後日婚姻ヲ爲スコトヲ約スル契約ヲ謂フ或民法ニ於テハ婚姻ノ豫約ニ因リテ婚姻ヲ爲スヘキ義務
 ナ生スル旨ヲ指定セサルカ故ニ婚姻ノ性質上其豫約無効ト認メサルヲ得ス凡ソ婚姻ハ夫婦ノ終生ノ結合ヲ目的トスル契約ナ
 ルカ故ニ之ヲシテ他クマテ當事者ノ自由意思ニ出ツル契約ヲラシメサルヘカラス之ヲ要スルニ當事者カ婚姻ヲ爲スニ際シ自由
 其意思ヲ決定スルコトヲ得ヘキモノトシテ之ヲシテ婚姻ヲ爲スニ付キ何等ノ拘束ヲ受クルコトナカシムルハ婚姻ノ性質ニ
 適スルモノナリ是レ婚姻ヲ爲スコトニ付キ當事者ヲ拘束スヘキ婚姻ノ豫約ハ法律ニ別段ノ規定ナキ限リ婚姻ノ性質上之ヲ無効
 ト認メサルヘカラスト謂フ所以ナリ婚姻豫約者ノ一方カ婚姻ヲ爲サル場合ニ付キ他ノ一方ニ對シ罰トシテ一定ノ給付ヲ爲ス

ヘキコトナ約スル契約ハ其一方ヲ強制スル結果ヲ生スヘキカ故ニ亦無効トス (法學博士仁井田益太郎氏親族法相續法論一〇二頁)

三 婚姻豫約ハ我法典ノ解釋上無効ナリトス從テ正當ノ理由ナクシテ婚姻ヲ爲ササルモ豫約者ハ損害賠償ノ責任ニキモノ非ス (法學博士石坂晉四郎氏法學協會雜誌三五卷一四二頁本書八卷民法二〇頁)

四 婚姻ノ豫約ニ付テハ我民法ノ解釋上頗ル議論アリ判例ハ如當時ニ於ケル當事者ノ自由意思ヲ東縛スルノ理由ニヨリ婚姻豫約及ヒ豫約不履行ノ場合ニ於ケル損害賠償豫定ノ契約共ニ公序良俗ニ反スルモノト爲ス多數學者モ亦同一ノ理由ニヨリ無効ヲ探ル之ニ反シテ豫約ハ債權契約トシテ有效ナリ而シテ其性質上強制履行ヲ許ササルモ損害賠償ノ請求權ヲ生セシムルハ取テ公序良俗ニ反スルコトナク婚姻ノ自由ト云フモ絕對ノ自由ニ非スト論者アリ外國法ニ於テハ損害賠償義務ヲ生スル債權契約ノ意義ニ於テ婚姻豫約ノ效力ヲ認ムルモノ寧ロ多數ナレト我國ニ於テハ前説ヲ可トスルモノト信ス蓋シテ債權契約トシテ豫約ノ效力ヲ認ムレハ當事者カ婚姻ナル法律行為ヲ爲ス債務ヲ負擔ヘル契約ト見サルヘカラス而シテ法律行為目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許シカ故ニ直接履行ノ方法ヲシテ謂フヘカラス從テ損害賠償ノ請求權ノミヲ生スル豫約ト解スルコトハ我民法上不能ナリ然モ之ヲ直接履行ノ請求權ヲ生スル契約トスレハ婚姻ヲ要式行為ト爲シタル趣旨ヲ没却スルノミナラス自由ノ制限ト云フ點ニ於テモ公秩良俗ニ反スルコト明ナレハナリ (法學博士鳩山秀夫氏法律行為乃至時効七二頁)

五 豫約カ有效ナルニ於テハ當事者ノ一方カ種々ノ事情ニ依リ其意思ノ變更ヲ來スコトアル可キ拘フス其豫約ニ拘束セラレ莫ニ其意思ヲ任ケテ婚姻ヲ爲スコトナキヲ保セス然ルキハ其婚姻カ當事者ノ自由ノ意思ニ背反シテ成立スルノ結果終ニ夫婦相愛ノ途ヲ保持スル能ハサルニ至ルノ恐アレハナリ (法學博士牧野篤之助氏日本親族法論一七五頁)

六 婚姻ヲ爲スコトナクシテ約シタル者ノ間ニ之カ實行ヲ爲スニ當リ理由ノ正否ヲ問ハス一方カ之ヲ實行スルコトヲ欲セサルニ於テハ強テ之カ實行ヲ爲サシムルコトヲ許ス可カラス若シ之レヲ強ニルキハ即チ人ノ自由ヲ拘束スルモノニシテ許ス可キニ非ス (法學博士掛下重次郎氏法學大家論文集下卷八三頁)

七 當事者ハ婚姻ノ豫約ニ拘束セラレ婚姻ヲ爲スコキ義務ヲ強要セララルコトナキチ原則トス是レ身上ニ關スル約束ハ直接人ノ自由ニ關スルモノナルヲ以テ通常財物上ノ契約ニ於ケルカ如ク其契約ヲ爲スコキ拘束力アル豫約ヲ結フハ公ノ秩序ニ害アルカ爲メナリ (法學博士柳川勝二氏法學大家論文集下卷八二九頁)

八 婚姻ノ豫約トハ將來ニ於テ其當事者間ニ婚姻ヲ爲スコトナクシテ目的トスル契約ヲ謂フ (法學博士島田鐵吉氏親族法講義一八五頁)

要スルニ別段ノ規定ナキ我民法ニ在リテハ婚姻ノ豫約ハ將來ニ於テ當事者カ婚姻ヲ爲スニ欲セサルニ至ルニ拘ラス間接ニ之ヲ強制シテ婚姻ヲ爲サシムルコトヲ目的トスル契約ニシテ婚姻ヲ爲ス當時ニ於ケル當事者ノ自由ナル決意ヲ必要トスル趣旨ニ適ハスト爲ササルヘカラス予ハ民法カ婚姻ノ豫約ニ付キ別段ノ規定ヲ設ケザリシコトヨリ推理シ婚姻ノ豫約ハ公ノ秩序ニ反スル事項ヲ目的トスル無効ノ契約ナリト爲スモノナリ (同上二八八頁)

同上判例

九 婚姻ノ豫約ヲ許シ人身ヲ拘束シテ其意ニ反スル婚姻ヲ強ユルハ家庭ノ平和ヲ紊亂シ惹テ公秩良俗ニ反スルノ不法アリ (辯士一瀨房之助氏法律新聞第五五六號三頁)

一 婚姻ノ豫約カ法律上效力ヲ有セサルコトハ當院ノ執レル意見ニシテ既ニ其判例ニ在ルアリ夫レ然リ婚姻ノ豫約ハ當事者ヲ拘束スルノ效力アリ之ヲ履行スルコト否トハ全ク當事者ノ自由ニシテ之ヲ履行セサルモ豫約ノ效果トシテ何等ノ責任ニ任スルコトナキハ論者俟タズ而シテ婚姻豫約ノ下ニ慣習ニ從ヒテ婚姻ノ儀式ヲ舉ゲ事實上夫婦同様に生活ヲ爲スコト數年ナレニ於テハ世人ハ豫約者ナレ女子ヲ以テ妻ト看做シテ此關係ヲ絶テハ任意ニ出アタルモノナレハ固ヨリ不法行為ヲ以テ論ス可ラス而シテラルルハ所論ノ如ク雖モ其夫婦關係ヲ生シタルハ雙方ノ任意ニ出アタルモノナレハ固ヨリ不法行為ヲ以テ論ス可ラス而シテ其關係ヲ絶ツコトモ雙方ノ自由ナルニ於テハ豫約ノ履行ヲ拒絕シタルカ爲メ女子ノ品格ヲ毀損シ其名譽ヲ傷クノ結果ヲ生スルモ不法ニ名譽ヲ侵害シタルモノト謂フ可ラス (大審院民事判決錄四年 七四頁)

二 明治八年太政官達第二〇九號 婚姻又ハ云云總令相對密談ノ上タリトモ雙方ノ戶籍ニ登錄セサル内ハ其效ナキモノト看做ス (其登記ヲ怠リシモ事實ノ存スルコトハ夫婦タルコトヲ認ムルノ例外アレトモ) トノ規定アリ又民ニ第七七五條ニ婚姻ハ之ヲ戶籍吏ニ届出ツルヲ以テ其效力ヲ生ストノ規定アリ蓋婚姻ハ人生ノ一大重大事ナルカ故ニ民法施行ノ前從テ問ハス法律ハ結婚當時ニ當事者雙方ノ自由ナル意思ノ存スルニ必要トセル故ニ其自由ナル意思ノ結合ニ因リテ戶籍吏ニ登錄シタル時又ハ戶籍吏ニ届出テタル時ヲ以テ始メテ其豫約カ有効トセリ由是觀之ハ將來婚姻ヲ爲スヘシトノ豫約ノ如キハ法律ノ認許セサルコトナリ明知シ得ヘシ何トナレハ若シ夫レ其豫約カ有効トセリ由是觀之ハ將來婚姻ヲ爲スヘシトノ豫約ノ如キハ法律ノ認許セサルコトナリモ拘ラス其豫約ニ東縛セラレ竟ニ其意思ヲ任ケテ婚姻ヲ爲スヘキヲ保セス然ルキハ其婚姻カ當事者ノ自由ナル意思ニ背反シテ成立スルノ結果竟ニ夫婦相愛ノ途ヲ保持スル能ハサルニ至ルノ恐アレハナリ：：上告人ハ婚姻ノ豫約ハ法律ノ禁スル所ニアラサルモ唯其履行ヲ強制ス可ラサルハ演習若クハ揮毫ノ契約等ト異ナルナシ云云ト論スレトモ婚姻ハ其性質上之レカ豫約ヲ認許セサルコトハ前示ノ如クニシテ其履行ヲ強制ス可ラサルカ故ニアラス而シテ演習若クハ揮毫ノ契約ノ如キハ其性質上之レカ取結ヒ得ヘキモノニシテ固ヨリ法律ノ許容スル所ナリ以テ彼此同一ニ論スルヲ得サルモノトス (同上三三三卷三九頁)

三 將來ニ於テ婚姻ヲ爲サントスル契約ハ必然的ニ婚姻ニ關スル當事者ノ意思ヲ東縛シ婚姻成立ノ當時存スルコトヲ要スル當事者ノ自由意思ヲ制限スル不當ノ結果ヲ伴フヘキ爲メ公ノ秩序ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為ハ法律上無効ナルモノトス (東京控訴大正二年ホ東一 四號同三年七月二十日判決本書第三卷民法二九八頁)

四 戶籍吏ニニ對シテ婚姻ノ届出ナキ爲メ法律上夫婦タルノ關係ヲ有スルモノナリト云フヲ得サルモノト雖モ其婚姻ノ契約カ當事者雙方ノ尊屬親ノ同意ヲ得且公然ノ媒約人アリテ正當ノ夫婦タル可キ目的ヲ以テ成立シタルモノハ偶々當事者ノ一方ト他方ノ尊屬親ト相合セザリシカ爲メ其婚姻ノ届出ヲ履行セシメ一時其實家ニ復歸シテ夫婦同様に關係ヲ繼續スルハ公然ノ夫婦ナリト云フヲ得サルモノ亦之ヲ以テ不法ノ私通關係ナリト云フヲ得サルモノトス (東京控訴三九年法律新聞第三八三號六頁)

【婚約違反反ト損害賠償ニ關スル積極學說】

五 婚約ハ之ヲ戸籍吏ニ届出ルニ非サレハ法律上其成立ヲ認ム可カラサルト同ニ其届出タルニ當事者雙方ノ自由ナル意思ニ基カサル可カラス故ニ假令婚約ヲ爲メ合意アリトモ當事者ハ之カ爲メニ拘束セザレバ其届出ヲ爲ス可ク強制セザル可キモノニ非ス(長崎控訴三八年法律新聞第三三八號八頁)

六 婚約ノ豫約ハ民法上何等ノ効力ヲ有セス(東京地方大正二年第一九號同年四月一日判決本書第二卷民法一八〇頁)

七 婚約ノ豫約ハ法律上無効ナリ(東京地方大正二年第七號同年三月三十一日判決本書第二卷民法一一四頁)

【同上判例】

一 婚約ノ豫約ハ有効ニシテ之ヲ履行セザルトキハ違約ノ原因トシテ損害賠償(消滅利益及ヒ履行利益ノ賠償)ノ義務ヲ生スルモノトス(法學博士中島玉吉氏本書第四卷民法二八五頁)

二 前掲(法學博士嘉山幹一氏編版民法論二五二頁)

三 吾國ノ法律ニハ伊獨ノ法律ノ如キ婚約ノ豫約ニ付キ特別ノ規定ナキヲ以テ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スルモノニ非ラサル以上ハ法律上固ヨリ有効ノ契約ト爲ササルヲ得ズ然レトモ其豫約者ヲ強制シテ婚約ヲ爲サシム可キモノニ非ラスシテ結局損害賠償ニ止ラシムヘキモノナリ是レ法律上ノ理由ニ基クモノナリ(婚約ノ豫約ハ民法第四一四條ニ所謂債務ノ性質カ強制履行ノ請求ヲ許ササルモノナリ而シテ婚約ハ要式ノ行爲ニシテ單純ナル意思表示ニテ爲スヘキ法律行爲ニ非サルヲ以テ裁判ヲ以テ其意思表示ニ代フルコトヲ得ヘキ性質ノモノニ非ラス然レトモ元來法律上有効ノ契約ナルヲ以テ正當ノ理由ナクテ其豫約者履行セザル者ニ對シテハ損害賠償ノ請求ヲ許ス可シ隨テ豫定損害ノ契約即チ違約金ノ契約モ亦有效ナリト論結セザルヲ得サルナリ(辯護士森野護士法律新聞第五二二號三頁)

四 婚約ノ豫約アラハ其當事者間ニ之レカ履行ノ義務發生スルハ當然ナリトス而モ其直接履行ハ其義務ノ性質上之ヲ爲ス事ヲ得サルカ故ニ之カ違約ノ場合ニ於テハ相手方ハ違約者ニ對シテ義務ノ不履行ニ基キ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヘキモノトスナリ以テ其當ヲ得タリモノト信ス(日比谷道人氏法律新聞第九一號三頁)

一 婚約ノ豫約ハ法律上之ニ依リ履行ヲ強制スルコトヲ得サルモ當事者ノ一方カ正當ノ理由ナクシテ違約シタル場合ニ於テハ其一方ハ相手方カ豫約ヲ信シタルカ爲メニ被リタル有形無形ノ損害ヲ賠償スル責任ニヘキモノトス(大審院四年一月二六日判決・民錄第二一輯四九頁本書第四卷民法一頁)

二 婚約豫約ノ當事者ノ一方カ正當ノ理由ナクシテ其義務ニ背キ婚約ヲ爲スコトヲ背セザルトキハ其違約者ハ之カ爲メ相手方ノ被リタル精神上ノ苦痛ニ對シテモ其損害ヲ賠償スル義務アルモノトス(東京控訴大正五年(ネ)第二カ〇號同年二月五日民三部判決本書第八卷民法二一四頁)

甲男ハ乙女ト婚約ノ豫約ヲ爲シ慣習ニ從ヒ婚約ノ式ヲ行ヒ爾後夫婦トシテ同棲シ兩ハノ間ニハ既ニ一男ヲ擧ゲタルニモ拘ラス

【同上消極學說判例】

甲男ハ或ハ夫婦ノ愛情ナシト云ヒ或ハ性ニ合ハスト云ヒ種々ノ口實ヲ設ケテ乙女ヲ實家ヘ立テ去ラシメ正當ノ理由ナクシテ婚約ノ豫約ヲ履行セズ遂ニ乙女ト婚約ヲ爲スコトヲ背シタルキハ之ニ因リ乙女ノ被リタル精神上ノ苦痛ニ對シテ慰籍金ヲ支拂ヒ其損害ノ賠償ヲ爲スノ義務アルモノトス而シテ斯ノ如キ事實アリ且甲家及ヒ乙女ノ實家カ執レモ其地方ニ於テ相當ノ地位名望ヲ有スルモノナリ於テハ右慰籍金ハ五百圓ト爲スナ相當トス(同上)

四 婚約豫約ノ當事者ノ一方カ正當理由ナクシテ其義務ニ背キ婚約ヲ爲スコトヲ背セザルトキハ其違約者ハ之カ相手方ノ被リタル精神上ノ苦痛ニ對シテモ其損害ヲ賠償スル義務アルモノトス(東京控訴院大正五年(ネ)二五〇號六年二月五日判決・法律新聞第一二七號二一頁)

五 婚約ハ人生ノ大事ナレハ忽ニ行フヘカアラヘカサルハ論ナシト雖モ男女カ既ニ豫約テ結ビテ婚約ノ式ヲ擧ケ同棲シ來リタル以上何等正當ノ事由ナクシテ違約ヘルナク許サス若シ正當ノ事由ナクシテ違約スルトキハ相手方特ニ婦タル者ハ之カ爲メ終生ノ不幸ヲ招クコトナシトセテ從テ豫約ノ履行ヲ拒絶スル正當ノ理由存セスシテ之ヲ拒絶シタレハ不履行ノ責アルモノナレハ相手方ニ對シテ其損害ヲ賠償セザルヘカアラサルモノトス(大阪控訴院大正六年一〇月六日民一部判決本書第六卷民法九〇四頁)

六 結婚ヲ取交シ婚約ノ儀式ヲ舉行シテ將來婚約ヲ爲スヘキコトヲ豫約シタル者カ其豫約ヲ履行セザルトキハ之カ爲メ相手方ニ生シタル有形無形ノ損害ヲ賠償スヘキ義務アルモノトス(東京地方大正四年(ワ)一四二二號同年三月六日判決本書第五卷民法二六七頁)

一 我民法ニ於テハ婚約ノ豫約ヲ履行セザルノ一事ヲ以テ損害賠償ノ原因ト爲ササルカ故ニ其豫約ヲ履行セザルノ一事ニ因リテ損害賠償ノ責任ヲ負擔スルモノト謂フヲ得サルナリ又我民法ニ於テハ獨逸民法ニ於ケル如ク別段ノ規定ヲ設ケザルカ故ニ婚約ノ豫約ヲ履行セザル者ハ相手方カ婚約ノ成立スルモノト信シタルカ爲メ財產上ノ損害ヲ被ルモノ之ヲ賠償スル責任ニ任セザルモノトス(大審院(反對)然レトモ婚約ノ豫約ヲ履行セザル者カ相手方カ欺クカ爲メ其豫約ヲ爲シタル場合ニ於テハ其者ハ不法行爲ノ原則ニ依リ相手方カ婚約ノ成立シタルモノト信シタルカ故ニ被リタル財產上ノ損害ヲ賠償スル責任ニ任セザルヘカアラサルナリ(法學博士仁井田益太郎氏親族法相續法論一一二頁一一三頁)

二 婚約豫約ヲ以テ債權契約トナストキハ一般ノ原則ニ從ヒ豫約者カ違約又ハ給付不能ニ因リ婚約ヲ爲ササル場合ニ於テ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責任スルモノトナサルヘカラス然レトモ婚約豫約不履行ニ對シテ責任ニ任スル場合ニハ此原則ヲ適用スルコトヲ得ズ是レ實ニ婚約豫約カ債權契約ト其性質ヲ異ニスルカ爲メナリ(法學博士石坂晉四郎氏法學協會雜誌第三五卷第四號一五二頁)

三 婚約ノ豫約ハ無効ナルカ故ニ豫約ヲ履行セザレハトテ契約ノ不履行ノ原因トスル賠償ノ請求ヲ爲スコト能ハサルハ勿論ナリト雖モ若シ故意又ハ過失ニ因リテ一方カ他ノ一方ノ權利ヲ侵害シタル事實アルトキハ不法行爲ノ法則ニ從ヒ賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ妨ケス例ヘハ婦女ヲ誘拐ヘル爲メノ詐欺ノ手段トシテ婚約ノ豫約ヲ爲シタルトキノ如キ是ナリ(法學士島田鐵吉氏親

【同上ニ關スル異趣旨學說】

民法講義錄一八八頁—一八九頁)
 四 婚姻ノ豫約ハ當事者ヲ拘束スルニ効力ナク之カ履行ニ爲スト否トハ全然自由ニシテ之ヲ履行セサルモ豫約ノ效果トシテ何等ノ責任スルコトナシ(大審院明治四四年三月二五判決・民錄第一十輯一六九頁)
 五 婚姻ノ豫約ハ無効ナレハ其豫約不履行ニ付キ損害賠償額ヲ豫定シタル契約モ亦隨テ無効ナリトス(同上明治三五年三月八日判決・民錄第八輯第三卷二〇頁)
 六 婚姻ノ豫約ハ無効ナルカ故ニ之ニ因リ當事者間ニ何等權利義務ノ關係ヲ生スルコトナク豫約者カ之ニ違反シタル事實アリトスルモ相手方ニ於テ債務ノ不履行ヲ原因トシテ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得サルモノトス(東京控訴大正二年第一三四號同三年七月二五判決本書第三卷民法三九八頁)
 七 婚姻ノ豫約ハ民法上何等ノ效力ヲ有セス故ニ情夫ハ配偶者ト謂フ可カラサルヲ以テ情婦懷胎スルモ之ヲ扶養スル義務ナク又私通ハ固ヨリ法律ヲ保護セサル事實ナリト雖モ直チニ情夫ニ於テ情婦ノ權利ヲ侵犯セリト謂フヲ得ス(東京地方大正二年四月(口)第一九號同年四月一日判決本書第二卷民法一八〇頁)
 四年(口)第四二三號判決本書第五卷民法一四八頁)

一 婚姻ナル契約ハ常ニ暗黙ニ届出義務ヲ負スル約束ヲ包含スルモノトス(法學博士岡松太郎氏本書第四卷民法四五六頁)
 婚姻届出ハ婚姻カ效力ヲ生スルカ爲ニ必要ナル要件ニシテ婚姻カ成立スルカ爲ニ必要ナルニアラス(同上)
 婚姻ハ終世夫婦タルコトヲ約スル親族法上ノ契約ニシテ其合致意思ハ通常婚姻ノ儀式ヲ舉グルニ依リ表示セラルルカ故ニ婚姻ハ通常此時ニ成立スルモノトス(同上)
 婚姻届出義務ノ不履行カ當事者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ生シタルトキハ其當事者ハ(婚姻實質的婚姻)カ無効ト爲リタルヨリ生スル損害ヲ賠償スヘキモノトス(同上)
 二 婚姻約束拒絕ノ爲メニ生シタル財産上ノ損害ハ拒絕者カ契約關係ヨリ脱退スニ付キ正當ナル理由ヲ有スルトキ(例相手方ノ品行不良統不正)ハ之カ賠償ノ責任ニモ然ラサル場合ニハ其責任ニ任スヘキモノトス而シテ其賠償範圍ハ婚姻準備ノ爲メニ受ケタル損害ノミニシテ履行ニ代ル損害婚姻成立セハ受ケヘカリシ利益ハ之ニ合マサルモノトス(法學博士藤道文藝氏京都法學會雜誌第一二卷第四號八五頁本書第六卷民法二一〇頁)
 婚姻ノ約束拒絕ノ爲ニ生シタル非財産上ノ損害ハ身體敢テ肉交カ不法常爲トナルニアラス精神上受ケル苦痛カ身體ニ對スル不法行爲トナル及ヒ名譽ニ關スル不法行爲ヲ原因トシテ其賠償ヲ求ムヘキモノトス(同上)

判旨ハ婚姻豫約ヲ以テ有效ト爲スノ前提ノ下ニ立論スト雖モ吾人ハ之ニ對シ全然異見ヲ有スルモノナリ(第六卷民法二二三頁第四卷九〇五頁評論)

戸主甲カ身體虛弱ナル爲メ其獨力ヲ以テ家業タル鋸業ヲ經營スル能ハサルニヨリ丙ヲ甲ノ婚養子トシ法定推定家督相續人タル乙ノ實母丁ニ配シテ甲ノ業ヲ助ケシメツツアルコト並ニ右丙ニ於テ乙カ廢嫡セラレタル上ハ之ヲ養子ト爲シ後日丙丁間ニ男子ノ出生スルコトアルモ決シテ乙ニ不利益ナル措置ヲ爲ササル意思アル以上未タ三歳ニ達セサル乙ヲ廢除スルニ付キ正當ノ事由アルモノトス

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
 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

案スルニ甲第一號證ニ依レハ被告カ原告ノ長孫ニシテ現ニ其ノ法定推定家督相續人タルコト並ニ被告カ現在尙三歳ニ達セサル幼兒ナルコトヲ認ムルヲ得而シテ證人熊谷豐吉同鈴木金次郎ノ各證言ニ依レハ原告カ身體虛弱ナル爲メ其獨力ヲ以テ家業タル鋸業ヲ經營スル能ハサルニヨリ金次郎原告ノ婚養子トシ被告ノ實母キザニ配レテ原告ノ業ヲ助ケシメツツアルコト並ニ右金次郎ニ於テ被告カ廢嫡セラレタル上ハ之ヲ養子ト爲シ後日金次郎間ニ男子ノ生マルコトアルモ決シテ被告ニ不利益ノ措置ヲ爲ササル意思アルコトヲ認ムルニ十分ナリ果シテ然ラハ右ノ如キ事情ノ下ニ於テハ未タ三歳ニ達セサル被告カ原告ノ法定推定家督相續人タルコトヲ廢除シ現在原告ト共ニ原告家ノ家業ヲ經營シツツアル被告ノ實母ノ夫チテ原告ノ繼嗣ヲラシメ被告ハ之ヲ其ノ實母並ニ其ノ夫ノ養子ト爲スハ實ニ原告家ノ家業ノ維持發展上必要ナルノミナラス兼ネテ被告ノ利益タルモノト謂フヘク本件ノ如キハ實ニ民法第九七五條第二項ニ所謂正當ノ事由アルニ該當スルモノトス而シテ原告カ本訴提起

ニ付キ親族會ノ同意ヲ得タルコトハ甲第二號證ノ一二ニ依リ明ナリ仍チ原告ノ請
チ正當ト認ム(東京地方大正七年(タ)第三一號同八年三月二六日民一部大森裁判長山田奥山各判事判決)
【關係事項】 家督相續人廢除○家督相續人廢除請求事件○原告鈴木木太郎訴訟代理人辯護士松高元治被告鈴木キコ訴訟代
理人辯護士名川侃市

【參照學說判例】

本卷民法一二十以下

至當ノ判決ナリ(本卷民法一一四項評論)

(四六)

債務不履行ニ因ル損害賠償請求ノ債權ハ原債權ト同一性ヲ有スルモノトス

債務者カ債務不履行ニ因リ債權者ニ對シテ負擔スル損害賠償ノ義務ハ債務ノ不履行
チ原因トシテ新ニ發生スル別種ノ債務ニハ非スシテ債權ノ效力トシテ其内容ヲ爲ス
所ノ義務ニ外ナラズ故ニ債權ハ債務者ヲシテ債務ノ本旨ニ從ヒ履行ヲ爲サシムルコ
トヲ目的トスルモ債務者カ完全ニ其義務ヲ履行セサル場合ニ付キ債務者ヲシテ之カ
爲メニ生シタル損害賠償セシムルノ效力ヲ具有スルモノト謂フヘク約言セハ債權
ハ債務者ヲシテ其本旨ニ從ヒ履行ヲ爲サシムル目的トスルト同時ニ未必的ニ其不
履行ヨリ生スル損害賠償セシムルコトヲ目的トスルモノト斷スルコトヲ得ヘシ果
シテ然ラハ債權ハ債務者ノ不履行ニ因リ其本來ノ内容範圍ヲ擴張變更シ債務者ハ其
本來負擔セザリシ損害賠償ノ義務ヲ負擔スルモ債權ノ同一性ハ之カ爲メニ毫モ害セ
ラルコトナク當事者間ニ於ケル債權關係ハ其内容範圍ヲ擴張變更シテ存續スルモ
ノト解セサルヘカラス(法學博士橫田秀雄氏法學新報第二九卷第三號「債務不履行ニ因ル損害賠償請求權ト原債權

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

橫田博士

トノ關係(要領)

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

富井博士 平沼博士 三博士 岡村博士 石坂博士 鳩山博士 磯谷博士 飯島博士

一 特定物ノ引渡ヲ目的トスル債務ノ履行カ債務者ノ過失ニ因リ不能ト爲リタル場合ニ於テ金錢ヲ目的トスル損害賠償債權ニ變
スル如キ是ナリ此場合ニ於テハ權利ノ内容變更スルカ故ニ從前ノ權利ハ消滅シ更ニ新ナル權利ヲ生スル觀ナキニ非スト雖モ普
通ニハ此見解ヲ採ラス原債權ハ依然存在スルモノト爲シ從テ保證ノ擔保モ亦消滅セサルモノト見ルナリ(法學博士富井政章氏
民法原論第一卷總論十四版三〇四頁)

二 客觀的變更ハ權利ノ實質ヲ變更ス權利ノ實體ノ變更ハ其實質ヲ變更スル場合ト其ノ分量ヲ變更スル場合アリ例ヘハ債務不
履行ニ因リ損害賠償請求權ヲ生スルハ前ノ場合ニ屬ス(法學博士平沼駈一郎氏民法總論六版三三八頁)

三 債權者カ債務ノ履行ヲ爲ササル債務者ニ對シテ有スル損害賠償ノ請求權ハ從來存セル債權ノ效力ニ外ナラズト雖モ二者
ノ不法行為ニ依リテ生スル損害賠償ノ請求權ハ不法行為ニ基ク獨立ノ債權ナリトス(松波仁一郎仁保龜松仁井田益太郎氏帝國
民法正解第一卷初版一三八頁)

四 債務不履行ハ債權發生ノ一原因ニ非ス債務不履行ニ原因スル損害賠償ノ債權ハ一積ノ救済權ニシテ新ナル債權ニ非ス第一
ノ債權ニ原因シ第一ノ債權カ債務不履行ニ因リテ侵害セラレタルヲ以テ之ヲ救済センカ爲メ發生スルモノナリ故ニ契約ニ原因
スル債務ヲ履行セサルニ因リテ更ニ損害賠償ノ債務ヲ生スルモ其債權ハ要スルニ契約上ノ債務ニシテ其性質ヲ變シテ不法行為
上ノ債務ト爲スモノニ非ス(法學博士岡村司氏本書六卷四號商法七八頁)

五 給付不能ニ基ク損害賠償債權ハ本來ノ債權カ單ニ其物體ヲ變更シタルモノニ過キス本來ノ債權カ消滅シ新ナル債權カ發生
セルニアラス從テ本來ノ債權ニ附從セル擔保權優先權ハ其儘ニ存續シ時効モ亦本來ノ債權ノ履行期ヨリ進行ス(法學博士石坂
香二郎氏日本民法第三編債權總論上卷合本訂正八版五〇頁)

六 債務不履行ニ因ル損害賠償請求權カ本來ノ債權ト同一ノ債權ナリヤ或ハ之レト異リタル新ナル債權ナリヤニ付テハ議論アリ同
一ノ債權ト解スルナリトス(法學博士鳩山秀夫氏日本債權法總論初版五八頁)

七 損害賠償ノ請求權ハ債權ノ效力トシテ生スルモノニシテ侵害行為アリタルカ爲メ新ニ發生スル別箇ノ債權ニ非ス換言セハ
賠償請求權ハ債權ノ效力トシテ當初ヨリ存在スルモノトス(法學士磯谷幸次郎氏債權法總論上卷三九六頁同趣旨法學新報第
二八卷第九號一頁本報第七卷民法八二一頁)

八 損害賠償ノ請求權ハ債權ノ效力ノ一過キス換言セハ不履行ノ事實タルニヨリ主タル債權ハ其内容ヲ變更シ又ハ之ニ擴張

スルモノト解スルナ正當ト信ス(法學士飯島喬平氏民法要論四九五頁)
九 債務ノ不履行ニ因リテ損害賠償ノ請求權ハ本來ノ債權カ其形體ヲ變シタルニ過キスレテ別箇ノ債權ヲ成スモノニ非ス故ニ本
來ノ債權カ履行ヲ因リテ發生シタルモノナルトキハ不履行ニ因リテ損害賠償ノ請求權モ亦然ラサルヲ得ス(大審院明治四〇
年(オ)第四〇五號同四年一月二十一日判決民事判決録第一四輯一三頁)
一〇 債務ノ不履行ニ依ル損害賠償ノ債權ハ結局前ノ債權ノ内容ヲ變更シ形ヲ換ヘタルニ止マリ敢テ別箇ノ債權トシテ新タニ
發生シタル者ニ非サルヲ以テ前ノ債權ニシテ履行爲ニ因リテ生セルモノナル以上ハ其債務ノ不履行ニヨル損害賠償ノ債權モ亦
履行爲ニ依リテ生シタル債權ナリトス(東京控訴大正二年(ホ)第一三五號同年六月十六日判決本書第二卷商法二〇六頁)

【同上ニ關スル反對學說】

一 債務ノ不履行ニヨリテ損害賠償ヲ支拂フヘキ場合ニ於テハ損害賠償ノ債權ハ新タナル債權也(法學博士川名兼四郎氏物權
要論再版二八六頁)
二 債權ニ於ケル損害賠償モ亦原權タル債權トハ全ク相異リタル請求權ナリト觀ルル至當トス(法學士菱谷精吾氏不法行爲論
二七四頁)
三 給付ノ内容ヲ異ニスル債權ハ別箇ノ債權ナリト認ムヘキヲ以テ債務不履行ニ基キテ發生スル賠償請求權ハ例ヘ舊債務ノ存
在ヲ前提トスルモノナレトモ尙之ヲ各別ノモノト考フヘク而シテ又後者ハ前者ノ消滅ナル法律事實ヲ原因トシテ法律力特ニ發
生セシメタルモノナリト考フヘキモノトス(法學士末弘太郎氏法曹記事第二四卷第五號三九頁)

【同上ニ關スル外國參照學說】

【エネクツエルス氏】 債務ハ同一ナリ既存ノ債務消滅シ其代リニ新債發生セルニアラス從ツテ保證並ニ物上擔保ハ依然トシテ
殘留ス(從ツテデルンブルヒカ債權消滅シ損害賠償請求權發生スト云(ルハ嚴格ニ云(ハ正シカラズ Derburg. B.R. II. § 6)
然レトモ更ニ重大ナラサルニアラサルハ組織的問題成立ス即チ債權ハ損害賠償債權ニ變シ從ツテ其目的變セシヤ又ハ債權ハ本
來ノ債務ノ目的物ヲ目的トシ而シテ賠償利益ノ給付ハタタ履行ノ代位ヲ形成スルヤノ問題ナリ普通法ニ從ヘハ最後ノ見解認メ
ラレタリ夫故ニ債權者ハ損害賠償ヲ請求スルトキニハ債務者ノ過失ヲ證明スルコトヲ要セス然ルニ反對ノ見解ニ從ヘハ此過失
ハ請求權カ損害賠償債權ニ變更スル條件ヲ成スモノニシテ此變更ヲ主張スル債權者ニ立證責任アルコト明瞭ナリ又債權者ハ不
能ノ生シタルニ拘ラス本來ノ給付ニ關シテ請求スルヲ得而シテ債權者ハ其請求ニ基キ金銭給付ノ代物ニヨリテ履行ヲ爲スヘキ
コト、有效ニ判決セラレヘキ事理解セラレヘキナリ又不能トナレル給付ヲ請求スル債權者ハ若シ債務者カ不能ヲ主張セルトキ
ハ損害賠償ヲ言決ス判決ヲ得ルヲ得ヘク而シテ其場合ニ訴ノ變更ノ抗辯ヲ提出セラルル虞ナキコトカ理由アリトセラルヘキ
ナリ吾人ノ見解ヲ以テスレハ更ニ又債權者ハ給付カ繼續シテ不能トナリタル場合ニ其不能ノ給付カ特別ノ事情ニ基キ再ヒ可能
トナリタルトキハ其再ヒ可能トナリタル給付ヲ請求スルコトヲ得ル事ニ合意セラルル例ヘハ債務者カ不注意ノ結果盜マレタル目

的物ヲ再ヒ取得セル場合ノ如シ然レトモ債權者カ不能ノ證明ヲ引受タルトキハ直ニ金 給付ヲ請求スルコトヲ得ヘキ事ハ決シ
テ吾人ノ見解ト矛盾スルコトナシ何トナレハ債權者ハ債務カ金銭給付ノ代物ニヨリテ履行セラルヘキ事ノ確定セル場合ニ此代
物ヲ直接ニ請求スルヲ得サルヘキ理由ナキヲ以テナリ (Eunneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts" I. 2. 7/a. Anh.
S. 128)

債務不履行ニ因ル損害賠償請求權カ原債權ト同一ノ債權ナリヤ否ヤハ多少議論
ノ岐ルル所ナリト雖モ博士ノ如ク解スルヲ以テ吾國ノ通説トシ吾人亦之ヲ以テ
正鵠ヲ得タルモノナリト信ス(第七卷民法九四四頁同八二七頁第二卷商法二〇八
頁評論)蓋シ反對説ノ理由トスル所ハ債權ハ其要素ニ變更アルトキハ常ニ必ス其
同一性ヲ失ハサルヲ得ス而テ債權ノ内容モ亦債權ノ要素ヲ爲スヲ以テ直接履行
ノ請求權カ金錢上ノ賠償請求權ニ變スルトキハ當然共同一性ヲ變スルモノト謂
ハサル可ラスト爲ス然レ共債權カ同一性ヲ有スルヤ否ヤハ然ク單簡ニ論理的ニ
決スルコトヲ得ス要ハ當事者ノ意思一般社會通念並ニ之ニ根基スル諸法規ニ根
據シテ論結セサル可ラスト先ツ債權ハ一定ノ目的ノ爲メニノミ存スルモノニシテ
且此目的ハ原債權ト損害賠償請求權トニ通シテ同一ナリト解スコト當事者ノ意
思並ニ現時ノ社會通念ニ適合スルモノト謂フヘク又保證債務或ハ擔保物權等ニ
付キ民法ノ規定ヲ見ルモ何等原債權ト損害賠償請求權ト異リタル債務ト解スヘ
キ根據ナキノミナラス債權ノ效力ヲ以テ常ニ固定的ナリト解スルハ一ノ謬見ニ
シテ債權ノ效力ハ債權者債務者間ノ事情ノ如何ニ依リ變動スヘキ性質ヲ有スル

モノナルコト例へハ履行期ニ履行ヲ爲ササルニ因リ利息ヲ増加スルモ之ヲ以テ債權ノ同一性ヲ失フモノト解スルヲ得サルカ如シ從テ債務不履行ニ因リ直接履行ノ請求權カ損害賠償請求權ニ變スルモ尙ホ其同一性ヲ失ハサルモノト解スルヲ以テ正當トシ當事者ノ意思並ニ現時ノ社會通念ニ適合スルモノト謂ハサル可ラス

(四七)

八〇四

日常ノ家事ニ付テハ妻ハ夫ノ代理人ト看做ス

夫ハ前項ノ代理權ノ全部又ハ一部ヲ否認スルコトヲ得但之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

民法第八〇四條ニ日常ノ家事ニ付キ妻ヲ夫ノ代理人ト看做スハ妻ヲ夫ノ法定代理人トスルノ意ナリ

日常ノ家事ニ付テハ妻ハ夫ノ代理人ト看做スハ法定代理ニシテ委任代理ニアラス所謂法定代理ハ法律ノ規定ニ因リ生スルモノニシテ本人ノ意思ニ基ツカサルモノナリ日常ノ家事ニ關スル妻ノ代理權ハ其夫ノ意思ニ基クモノニ非スシテ民法第八〇四條ノ規定ニ依リ妻タル法律上ノ地位ニ代理權ヲ連結シタルモノナルヲ以テ之ヲ法定代理ト云フテ至當トス夫カ第八〇四條ノ規定ニ從ヒ妻ノ代理權ノ範圍ニ制限ヲ加フルトモ代理權發生ノ原因ニシテ本人ノ意思ニ因ラス法律ノ規定ニ依ル以上之ヲ法定代理ナリト云ハサルヘカラス(法學博士牧野菊之助氏法學新報第二九卷第三號九二頁民法第八〇四條ト代理ノ種類ノ要領)

【日常ノ家事ノ意義ニ關スル參照學說判例】

梅博士 仁井田博士 奥博士 牧野博士 掛下學士 坂本トク トル 大審院 東京控訴院 213 (民法)

一 日常ノ家事ト云フハ衣食住ニ關シテ何レノ家ニ於テモ通常必要トスル法律行爲ヲ謂フ例ヘハ米鹽薪炭油ノ買入衣服ノ製製家賃ノ支拂等ノ如キ即チ是レナリ(法學博士梅澤太郎氏法要義親族論一九一頁)
二 其日常ノ家事ノ何タルヤハ事實問題ナルモ概言スレバ家族其日常ノ衣食ヲ爲スカ爲メニ爲ス行爲ナリ例ヘハ平常ノ飲食品購買家具通常ノ衣服ノ購買住居ノ小修繕ノ如キハ日常ノ家事ニ關スルモノハ管理行爲タルト處分行爲タルトナ問ハス妻カ其代理權ヲ有ス故ニ日常ノ家事ノ爲メニ妻ノ名ヲ以テ負ヒタル債務ハ夫之ヲ辨濟スルヲ義務ヲ負フ(法學博士奥田義人氏日本親族法四二七頁)
三 日常ノ家事トハ衣食住ニ關シテ通常生スヘキ事項ヲ謂フ例ヘハ日用品ノ買入其ノ代金ノ支拂住家ノ通常修繕又ハ僕婢ノ雇人若クハ解雇ノ如キ是レナリ(法學博士仁井田太郎氏親族相續法論一七五頁)
四 日常ノ家事トハ一家ノ生活ニ關スル行爲ヲ云フモノニシテ日用品ノ購買日用ノ家具又ハ衣服ノ買入等生計上ニ必要ナル行爲ヲ指シ此等ノ行爲ニ付テハ妻ハ夫ノ爲メニ權利ヲ得義務ヲ負フヘク妻ハ假令自己ノ名ニ於テ債務ヲ負フトモ夫ハ之ヲ辨濟ノ責ニ任セサルヲ得(法學博士牧野菊之助氏日本親族法五版二八二頁)
五 法律ハ日用ノ家事例ヘハ家族カ日常必要スル飲食品衣服家具炭薪油等ノ如キモノニ關シテハ夫ノ爲メ權利ヲ得義務ヲ負フコトヲ得ルモノトセリ(法律學士掛下重次郎氏民法親族一三三頁)
六 日常ノ家事トハ如何ナルモノヲ謂フカ此問題ハ吾人ノ普通觀念及習慣ニ從ヒ妻カ通常爲シ得ヘキモノト認ラルル行爲ノ總稱ナレハ之ヲ抽象的ニ定ムルコト能ハス各個ノ場合ニ於テ判定スヘキ事實問題ナリ(トクトルユリ、坂本三郎氏親族法一六七頁)例(イ)妻カ生活上必要ナル食料燃料其他ノ原料ヲ買入レルコト自己及ヒ子女ノ身分相應ナル衣類及學用品ヲ買入レルコト食堂寢室用器具ヲ備付クルコト等ハ日常ノ家事範圍ニ屬スレトモ晴衣又ハ精工ナル書架等ノ買入ハ否ラサルヘク(ロ)不用ノ食料家禽雞卵賣却等ノ行爲ハ日常ノ家事タリト雖モ其量多キニ過タルトキハ否ラサルヘク(ハ)慈善又ハ施與ノ爲メ不用品少額ノ金圓ヲ贈與スルコトハ日常ノ家事タリト雖モ赤貧洗フ如キ生活ノ下ニ衣食ノ費ヲ缺ア之ヲ爲スハ否ラサルヘク(ニ)商人ノ妻カ夫ノ爲メ必要上其營業ニ關スル申込ノ承諾ヲ爲スハ無効ナリ何トナレハ是レ日常ノ家事ニアラサレハナリ(トクトルユリ、坂本三郎氏法學志林第九卷第三號三八頁)
七 電話加入權ヲ賣渡擔保ト爲シ其名義書換ノ手續ヲ爲スカ如キ日常ノ事ニ非サル事項ニ付テハ妻ニ夫ノ代理權アリト云フコトヲ得ス(大審院大正七年四月一三日民三部判決本書第七卷民法五一九頁)
八 電話加入權ヲ賣渡擔保ト爲シ其名義書替ノ手續ヲ爲スカ如キハ民法第八〇四條ニ所謂日常ノ家事ニ非サルコト明ニシテ同條所定ノ代理權アレハトテ必スモ右ノ如キ名義書替ノ代理權限アルモノト看做シ難キハ勿論日常ノ家事ニ付キ代理權ヲ有シタル事實ノミヲ以テシテハ未タ相手方カ名義書替ノ代理權アリトシタルニ付キ正當ナル理由アリタルモノト斷定スルヲ得サルモノトス(東京控訴院大正七年一月三十一日民三部判決本書第七卷民法一四四頁)
九 日常ノ家事ト云フハ衣食住ニ關シテ各個ノ身分階級ニ應ジ通常必要トスル法律行爲ニシテ家族ノ爲メ衣服ヲ買入ルルカ如キハ勿論此中ニ包含スルモノトス(東京控訴院明治三八年二月二七日民一部法律新聞第二七〇號四二〇頁)

【民法八〇四條夫ニ對スル妻ノ代理ノ性質ニ關スル法定代理說】

一〇妻ニ白米買入ノ如キ日常ノ家事ニ付テハ夫ノ代理人ト看做ス(東京控訴院明治三六年一〇月二五号民事一部判決法律新聞第一六九號一二頁)

一 本條第一項ノ原則ハ通常ノ場合ニ於テハ固ヨリ至當ナル所ナリト雖モ妻ノ性質等ニ因リ夫力之ニ代理權ヲ與フルヲ欲セザル場合ニ於テハ純然タル委任ノ場合ニ於ケル如ク夫ハ其代理權ノ全部又一部ヲ否認スルコトヲ得ルモノトセリ例ヘハ全タ妻ヲ以テ自己ノ代理人トセサルコトヲ宣言シ又ハ一定ノ金額以下ニ限リ妻ニ代理權ヲ與フル旨ヲ定メ又ハ日常ノ食品ノ買入ニ付テハ代理權ヲ與フルモ其他ノ事項ニ付テハ一切代理權ヲ與ヘサルヲ旨ヲ定ムル等是レナリ只此制限ハ以テ第三者ヲ害スルコトアルヘカラス蓋シ法律ハ當然妻ヲ以テ夫ノ代理人ト看做スカ故ニ第三者ハ之ニ依リテ妻ト取引ヲ爲スヘキハ固ヨリ當然ナリ(中略)故ニ善意ノ第三者ニ對シテハ夫ノ否認其效ナキモノトセリ(法學博士梅謙次郎氏民法要義親族篇一九一頁)

二 第八〇四條ハ夫ニ對スル妻ノ法律上ノ代理權ヲ定ム(中略)夫ハ固ヨリ妻ニ其代理權ヲ授與スルコトヲ得ヘシト雖モ夫力一之ヲ授與スルハ事實ニ於テ豫期ス可カラサルノミナラス第三者ノ利益ヲ保護スルニ於テ又甚ダ充分ナラス本條ハ即チ日常ノ家事ニ關シテハ妻ハ法律上當然夫ノ代理權ヲ有スルモノトナセリ(法學博士奥田義人氏親族法論二〇〇頁)

三 夫カ妻ノ財產管理ニ關スル代理權妻カ夫ノ日常家事ニ關スル代理權親權者ト子トノ利害相反スル事項ニ付テハ特別代理人ノ何レモ商法定代理人ナリ(法學博士岡松太郎氏法律新聞第一三七號三頁)

四 法律上ノ代理權ハ夫ノ爲メ妻ニ對シテ制限ヲ爲スコトヲ許ササルヘカラス妻ノ性質一家ノ都台等ニ依リ夫カ妻ニ代理權ヲ與フルヲ欲セサルコトアリ又妻カ代理權ヲ爲ス能ハサルコトアリ此ノ如キ場合ニ於テハ純然タル委任ノ場合ニ於ケルカ如ク夫ハ其代理權ノ全部又一部ヲ否認スルコトヲ得ルモノトセリ(法學博士掛下重次郎氏民法親族一三三頁)

五 代理權ノ發生カ本人ノ意思ニ因ラサルモノハ法定代理人ナリ而シテ代理權カ直接ニ法律ノ規定ニ因リテ生スルコトアルヘキコト亦言テ俟タズ妻ノ代理ノ如キハ即チ之ニ屬ス(八〇四)法學博士飯島喬平氏民法要論一九四頁)

六 日常家事代理權ノ性質ハ委任代理ナルヲ將タ法定代理ナルヤニ付キテハ立法例及ヒ學說區々ニシテ一定セズ余ハ之ヲ法定代理ナリト解ス何トナレハ代理權ハ法律カ妻カ身分ニ當然賦與シタルモノナルノミナラス法律ハ此場合ノ代理權發生ヲ婚姻ノ効力ナリト認メタルヘナリ(トクトルニリス坂本三郎氏親族法一六七頁同趣旨法學志林第九卷第三號三一頁)

【同上ニ關スル委任代理說】

一 妻ハ日常ノ家事ニ付テハ夫ノ代理人ト看做サルカ故ニ日常家事ニ付キテハ夫ノ代理人トシテ夫ノ名ニ於テ意思表示ヲナシ又ハ之ヲ受クルモノト看做サルモノト從テ妻カ實際夫ノ委任ヲ受ケタルヤ否ヤヲ問ハスレバ日常ノ家事ニ付キ妻ノ爲シ又ハ受ケタルコトノ意思表示ハ直接ニ夫ニ對シテ其效力ヲ生スルモノトス妻ハ日常ノ家事ニ付テハ夫ヨリ代理權ヲ委任セラレタルモノト看做サルモノナリトセハ法定代理人ニ非シテ委任ニ因リ代理人ナリト謂ハサルヘカラス(法學博士仁井田益太郎氏親族相續法論一七五頁)

二 夫ハ妻ノ代理ノ全部又一部ヲ否認スルコトヲ得ヘキ換言スレバ妻ノ代理權ノ範圍ハ夫之ヲ定ムルコトヲ得ヘキカ故ニ妻ハ夫ノ代理人ト看做ストノ規定ハ妻ヲ以テ夫ノ法定代理人ト爲スニアラス夫カ日常ノ家事ニ關スル法律行為ヲ爲スコトヲ妻ニ委任シタルモノト看做ストノ趣旨ナリ(法學博士島田鐵吉氏親族法大正三年中大講義錄二五五頁)

【同上ニ關スル異趣旨學說】

一 妻ハ日常ノ家事ニ付キテ夫ノ代理權ヲ爲スニアラス(八〇四)此場合ニ於テハ妻ハ夫ノ名ニ於テ意思表示ヲ爲スヲ要セス苟モ日常ノ家事ニ關スル妻ノ意思表示ハ夫ニ於テ其法律上ノ效力ヲ生スルモノトス民法カ妻ヲ以テ夫ノ代理人ト看做シタルハ代理人ニハアラサルモ其意思表示ハ代理人ト同一ノ效果ヲ生スヘキコトヲ示スモノナリ(法學博士川名兼四郎氏日本民法總論二二九頁)

本條ニ所謂夫ニ對スル妻ノ代理ノ性質如何法定代理說委任代理說代理否定說等ノ諸說ニ岐レ未タ定說無シ博士ハ之ヲ以テ法定代理ナリト論斷セラル蓋シ代理否定說ハ法ノ明文ヲ無視スルニ非サレハ説明スルヲ得サルヘシ法律ハ明ニ妻ハ夫ノ代理人ト看做スト規定セルヲ以テ問題ハ如何ナル代理人ト看做スヤ否ヤニ存ス而テ民法ハ代理ニ關シ法定代理委任代理ノ別ヲ認ムルヲ以テ本條ノ代理モ亦二者其一ナラサル可ラス博士ハ單純ニ法定代理ト委任代理ノ別ヲ代理權ノ發生カ本人ノ意思ニ基クヤ否ヤヲ論據トシ妻ノ代理權ハ夫ノ意思ニ基クモノニ非サルカ故ニ法定代理ナリト説明セラル吾人亦其然ルヲ信シテ疑ハス然共之ヲ以テ間然スル所無キモノト謂フ事ヲ得ルヤ疑ヒナキヲ得ス何トナレハ委任代理說ノ理由トスル所ヲ見ルニ民法第八〇四條第二項ニ依レハ夫ハ妻ノ代理權ノ全部又ハ一部ヲ否認スル事ヲ得ルモノト爲シタルカ故ニ妻ノ代理權ハ夫ノ意思ニ因

リ發生消滅スルモノト謂フヘク隨テ妻ノ代理權ハ婚姻契約ト共ニ爲サレタル暗黙ノ委任ニ基クモノナリト爲ス(夫ノ明示ニ依ル委任ナリト解スル説ノ不當ナルコト多言ヲ俟タス)故ニ此説ニ依レハ妻ノ代理權ハ尙ホ夫ノ意思ニ基クモノト謂フヘク結局博士ノ論據モ水掛論ニ終ルヘケレハナリ然モ吾人カ法定代理説ニ贊同スル所以ノモノハ他無シ若シ妻ノ代理ヲ委任代理ナリトモハ本條ハ全ク注意規定ナルカ然ラサレハ贅文ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ夫ハ妻ニ代理ヲ委任スルコトヲ得ルハ殆ント言フヲ俟タサレハナリ又之ヲ以テ默示ノ委任ナリト解スルハ全然事實ニ反スルノミナラス當事者ノ意思ヲ擬制スルニ非サレハ説明スルコトヲ得サルヘシ或ハ論者本條第二項ヲ論據トシテ委任ナリト説明スト雖モ之亦正當ニ非ス蓋シ法律ハ代理權ヲ附與スルト同時ニ本人ヲシテ代理權ノ制限ヲ許容スルコトアルハ民法第五四條等ノ規定ニ徴シ明ナリ然モ何等法定代理タルノ本質ヲ害スルモノニ非サレハナリ故ニ委任代理説ニ贊同スルヲ得ス法律ハ妻ハ夫ノ財産ニ就キ何等處分權又ハ管理權ヲ有セスシテ爲シタルヲ以テ日常ノ家事ニ就テハ代理權ヲ有スルモノトセリ而テ此代理權ハ法律カ婚姻ト同時ニ妻ニ附與シタルモノニシテ決シテ夫ノ意思ニ基クモノニ非ス固ヨリ夫ハ妻ニ代理權ヲ授與スルコトヲ得ルモ夫カ一々之ヲ授與スルハ事實ニ於テ豫期スヘカラサルノミナラス第三者ノ保護ニ於テ缺クルモノアルヲ以テ法律ハ日常ノ家事

ニ付テハ妻ハ當然夫ヲ代理スルモノト看做シタリ然レ共妻ノ代理ヲ日常ノ家事ニ關シ絶對ニ強行スルハ夫ノ保護ニ缺クル所アルヲ以テ同條第二項ニ於テ夫ニ妻ノ代理否認權ヲ與ヘタルモノナリ然モ法律ハ一面代理權ヲ附與スルト共ニ他面ニ於テ本人ヲシテ代理權ノ制限ヲ許容スルコトアルハ前述ノ如クナルヲ以テ吾人ハ法定代理説ニ左袒セント欲ス

(四八)

四三二 數人カ連帶債務ヲ負擔スルトキハ債權者ハ其債務者ノ一人ニ對シ又ハ同時若クハ順次ニ總債務者ニ對シテ全部又ハ一部ノ履行ヲ請求スルコトヲ得

連帶債務ニ於ケル當事者ハ各自別個獨立ノ債務ヲ負擔スルモノナレハ各連帶債務者ノ債務ハ獨リ條件期限履行ノ場所等ノ給付ノ態様ニ付キ異ナルコトヲ得ルニ止マラス給付ノ物體ノ數量ニ付テモ亦異ナルコトヲ妨ケサルモノトス」連帶債務ニ於ケル各債務者ノ債務力數額ヲ異ニスルトキハ相互ニ一致スル額ニ於テノミ連帶スルモノトス」

學道博士

大審院大正七年(オ)第二二八號同年七月三日民三部判決本書第七卷民法七六六頁所載

(一) (イ)判決ハ連帶債務ノ性質ニ付キ債務單一説ヲ探ルト雖モ債務複數説ハ我國法ノ解釋上正當ノ見解ナルヤ多辯ヲ要セス(ロ)本判決カ債務ハ同一ナルモ責任ハ其程度ヲ異ニスルコトヲ得ト云ヘルハ余ノ解シ能ハサル所ナリ判決ノ云フカ如クハ單純ナル債務ニ付テモ債務額ハ千圓ニシテ責任額ハ五百圓ヲ限度トスト云フカ如キ場合アリ得ヘシト謂ハサルヲ得ス 雖モ此ノ如キ場合ヲ認ムルコト能ハサルハ辯明ヲ俟タ

富井博士
梅博士
平沼博士
三博士
仁井田博士

【論旨第一點連帶債務ノ性質ニ關スル複數學說判例】

一 連帶債務ノ性質ハ學問上ノ問題トシテハ尙ホ大ニ研究ノ餘地アルコトナルカ要スルニ同一原因ニヨリテ同一ノ給付ヲ目的
ニ密接ノ連絡ヲ保ツモノト解ス(法學博士富井政章氏民法債權總論明治四五年東京帝國大學講義一三四頁)
二 連帶債務ト雖モ各債務者ニ付一ノ債務ヲ生スルモノトシ唯其間一種ノ關係アルニ過キサルモノトセリ蓋債務ノ要索ハ當
事者ト目的トニ在ルコトハ蓋シ人ノ爭ハサル所ナリ然レニ同債務者數人アル以上ハ各自力負擔スル所ノ債務ハ必ズ別異ナラ
サルコトヲ要ス(法學博士梅謙次郎氏民法要義債權一〇六頁)
三 二人以上ノ債務者カ獨立シテ同一ノ目的ニ付キ債務ヲ負フトキハ目的唯一ナルモ債務ハ二個以上ナリト云ハサルヘカラス
(法學博士平沼駟一郎氏債權總論早大講一三五頁)
四 債務ノ人及ヒ目的ノ存スル外之カ發生ノ原因ナクシテ決シテ存在セサルモノナリ故ニ人目的及ヒ原因ノ同一ナラサルト
キハ債務モ亦同一ナリト謂フコトヲ得サルナリ是ヲ以テ債務者カ同一ノ原因ニ依リ數個ノ個々別々ナル目的ニ付キ債務ヲ負擔
スルトキハ債務ノ數ハ其目的ノ數ニ應ズルモノト謂フ可シ又債務カ數個ノ個々別々ナル目的ニ付キ存在スルトキハ當事者ノ同
一ナルトキト雖モ其債務ハ數個ナリト謂ハサル可カラス又債務ノ原因ノ數個ナル場合ニ於テハ債務ノ目的又ハ當事者ノ同一
ナルトキト雖モ債務ハ必ズ數個ナラサルヲ得ルナリ果シテ然ラハ當事者ノ數人ナル連帶債務ノ概念ニ於テモ亦債務ノ原因又ハ目
的ノ數個ナルトキト同シク當事者ノ數ニ應ズル數個ノ債務ヲ存スルモノニシテ數人ノ當事者ニ對シ債務ノ同一ナルモノト謂フ
可カラサルナリ(法學博士松波仁一郎氏債權總論早大講一三五頁)
五 債務關係ハ債權者ト債務者トノ間ノ法律上ノ關係ナルカ故ニ數人ノ債權者又ハ債務者カ各自債權ノ全部ヲ有シ又ハ債務ノ

川名博士
石坂博士
鳩山博士
磯谷學士
須賀學士
飯島學士
信岡辯護
士
大審院
橫田
博士
219(民法)

【同上ニ關スル單數學說】

全部ヲ負擔スル場合ニ於テハ論理上債權者又ハ債務者ノ數ニ應ズル數個ノ債務ノ關係ノ存在スルモノト認メサルヘカラス故ニ
數個ノ債務タル連帶債務カ一個ノ債務關係ノ内容ヲ爲スモノトシテ前述ノ如ク法律上ノ根據ナキノミナラス亦理論上ニ反スル
モノト謂フヘシ(法學博士仁井田益太郎氏法學協會雜誌三四卷一號五四頁)
六 連帶債務ハ全部ノ給付ニ付キ債務者ノ數ケ存在スル所ノ數個ノ完全ナル債務ナリ(法學博士川名名譽四郎氏債權法要論三〇
九頁債權總論二〇八頁)
七 連帶債務ニアリテハ債務者ノ數ニ應ズル數個ノ債務ヲ存ス連帶債務者ハ各全部ノ給付ヲ負擔スルカ故ニ論理上一個ノ債務存
スルモノトナシテ各債務者ニ付期限異ニスルコトヲ得ヘク又債務者ノ一人ニ付無條件ナルモ他ノ債務者ニ付條件附ナル
ヲ得各債務者ノ付キ期限條件異ニスルコトヲ得ル點ヨリ見レハ數個ノ債務存ス又連帶債務者ノ一人カ免除時効ノ完成ニ依リ
債務ヲ免レ又ハ債權者ノ一人カ其實ニ歸スヘカラス事由ニ因リ債務ヲ免ルコトヲ得ルニ依リテ見レハ數個ノ獨立セル債務
存スルモノトナスコトヲ要ス(法學博士石坂晉四郎氏本書二卷民法二八八頁法學新報二三卷六號二五頁 本債權中七九〇頁)
八 我民法ト連帶債務ハ如何ナル性質ヲ有スルカ連帶債務ノ數個ノ債務ナリ債務者數人アルトキハ債務關係モ亦複雜アリト解
スルチ自然ノ解釋トス(法學博士鳩山秀夫氏日本債權法二二〇頁)
九 連帶債務ハ債務者ノ數ニ應ズル數個ノ債務ノ集合ナリ(法學士須賀喜三郎氏債權總論大正五年中央大學講義二
一九頁)
一〇 連帶債務ノ性質ニ付テハ單一債務說ト複數債務 トノ二說ニ分ル我民法ノ解釋トシテハ複數債務說ヲ正當トス(法學士
飯島喬平氏民法要論五三九頁)
一一 二人以上ノ債務者カ各自獨立シテ同一目的ニ付キ債務ヲ負フトキハ唯一ナル目的ニ對スルモ債務ハ二箇以上ナリト謂ハ
サルヘカラス(辯護士信岡雄四郎氏法學志林第三〇號一頁)
一二 連帶債務ハ債權者ニ對シテハ一個ノ債務ノ如ク看做ササルモ各債務者各獨立ノ債務ヲ負擔スルモノナレハ數人カ商法
二七三條ノ規定ニ從ヒ連帶債務ヲ負擔セルトキト雖モ其一人ノ爲メニノ商行爲タル行爲ニ因リテ其者ノ負擔セル債務ハ商事
債務タルヘキモノ之ヲ爲メ他ノ者ノ負擔セル債務カ民事債務タル性質ヲ失フモノニ非ス(大審院大正三年(オ)第六四號四同年五
月二十九日判決民錄二二輯八五四頁)

一 債務關係ノ實質ハ其目的ニ存スルモノナレハ同一ノ目的ヲ存スル債務ハ當事者ノ單數ナルト多數ナルトニ拘ラス之ヲ單
一ノ債務ナリトスヘク從テ連帶債務ハ各債務者ヲシテ同一ノ目的ヲ有スル債務ヲ負擔セシムルモノナレハ之ヲ以テ單一ノ債務
ナリト爲ス正當ナリトス(法學博士橫田秀雄氏債權總論九九頁)
連帶債務ハ一個ノ目的ヲ有シテ債務者ヲシテ各債務ノ目的タル全給付ヲ爲スノ義務ヲ負ハシムル一個ノ債務也換言スレハ連帶

同村學士 中島博士 土方博士 岡松博士 平沼博士 横田博士

【同上ニ關スル異趣旨學說】

債務ニ在テハ數名ノ債務者ハ共同シテ一個ノ目的ヲ有スル一個ノ債務負擔シ其債務ハ其目的ニ相當スル一個ノ履行ニ因リテ消滅スルモノニシテ債務者ノ多數ナルコトハ債務關係ノ單一性ヲ害セザルモノトス近世ノ法律ニ於テ債權債務ノ移轉承繼ヲ認メラルルニ至リタルハ全ク債權債務ノ實質的ニ觀察シ債權債務ノ其主體ノ何人ナルト其主體ノ單數トニ拘ラス其固有ノ存在ヲ有スルコトヲ得ヘシトノ觀念ニ基ケルモノナリ(法學博士横田秀雄氏法學志林二卷三號七〇頁)

【論旨第一點連帶債務ノ態樣ニ關スル參照學說】

一 連帶債務ヲ以テ複數關係ナリトセハ其態樣ハ各債務者ニツキ異ナルモ差支ナシ何トナレハ單純ナル債務關係ト同時ニ附屬又ハ條件債務關係トカ併存シ得サルノ理ナケレバナリ(法學博士土方寧氏債權法上大正五年東大講二九〇頁)
二 連帶債務者ノ一人ハ單純ニ他人ハ條件附屬ハ期限附屬ニテ債務ヲ負擔シ又ハ二人異ナリタル條件若クハ期限ヲ以テ債務ヲ負擔スルコトヲ得然レトモ是等ノ場合ニハ條件成就シ期限到來スルニ依リ則チ二ツノ債務カ同一效力ヲ有スルニ至リ始メテ眞ノ連帶關係ヲ生ス又債務者ノ一人ハ利息ヲ負擔シ一人ハ之ヲ負擔スルニ依リ則チ二ツノ債務カ同一效力ヲ有スルニ至リ始メテ眞ノ妨ケトナラズト雖モ利息又ハ辨濟ノ場所ニ關シテハ連帶者ナキナリ(法學博士岡松太郎氏債權總論京都法政講二五〇頁)
三 各自ノ債務ノ態樣ハ同一ナルコトヲ要セス即チ一人ハ條件附屬ニテ債務ヲ負擔シ一人ハ無條件ニテ之ヲ約シ一人ハ期限附屬ニテ之ヲ約シ一人ハ期限付セシメシテ之ヲ約スルモ其間ニ連帶アルコトヲ妨ケス(法學博士平沼一郎氏債權總論則早大講一三八頁)
四 連帶債務者バ各別々ニ債務ヲ負擔スルヲ以テ時時場所ト異ニシテ連帶債務ヲ負擔スルコトヲ得ルハ勿論其中ノ一者ハ無期限無條件ニテ債務ヲ負擔シ他ノ者ハ期限附屬又ハ條件附屬ニテ債務ヲ負擔スルコトヲ得ヘシ又各債務者カ期限附屬又ハ條件附屬ニテ債務ヲ負擔スル場合ニ其期限又ハ條件ハ必スシモ同一ナルコトヲ要セス條件ノ解除條件ナルト停止條件ナルトハ之ヲ問フノ

三博士 仁井田博士 川名博士 中島博士 石坂博士 鳩山博士 信岡博士 富井博士 岡松博士 221 (民法)士

必要ナルトス(法學博士横田秀雄氏債權總論五一六頁)

五 數人ノ連帶債務者ハ各々體裁ヲ異ニシテ債務ヲ負擔スルコトヲ得ルモノナリ此事タルヤ取テ連帶ノ性質ト相容レザルモノニ非ス連帶債務ハ數人ノ當事者ニ對シテ同一ナリト主張スル學者ト雖モ亦數人ノ連帶債務者ハ各自體裁ヲ異ニシテ債務ヲ負擔スルコトヲ得ルモノト爲セリ(法學博士仁井田益太郎氏同仁龜松氏同松波仁一郎氏民法正解債權二六六頁)
六 一人ノ連帶債務者ハ期限附屬又ハ條件附屬ニテ債務ヲ負擔シ他ノ連帶債務者ハ無期限又ハ無條件ニテ債務ヲ負擔スルコトヲ得ルモノト謂フ可キナリ(同上)
七 連帶債務者カ無條件ニテ債務ヲ負擔シ又ハ期限附屬ニ非スシテ債務ヲ負擔スルニ他ノ連帶債務者カ條件付又ハ期限附屬ニテ債務ヲ負擔スルコトハ我民法上取テ妨ケナシト謂ハサルハカラス(法學博士仁井田益太郎氏法學協會雜誌第三四卷第一號五一頁)
八 給付ノ體裁ハ異ルコトヲ得ルハ勿論ナリ甲ノ債務ノ履行ノ時間場所ト乙ノ債務履行ノ時間場所トハ異ルコトヲ得ルナリ(法學博士川名名四郎氏債權要論三二五頁)
九 連帶債務者ノ一人ノ契約ハ無條件ニシテ他ノ一人ノ契約ハ條件附屬ナルコトヲ得可ク一人ノ契約ハ期限附屬ニシテ他ノ一人ノ契約ハ單純ナルコトヲ得從テ之ヨリ生スル各債務者ノ債務ハ其體裁ナニセス(法學博士中島玉吉氏法學志林第一二卷第八號七頁)
一〇 連帶債務ノ態樣ハ各債務ニ付キ異ナルコトヲ得ヘシ即チ一ハ條件附屬ニシテ他ハ無條件ナルコトヲ得然レトモ此場合ニハ條件附屬ニ付キ條件カ成就シタルトキ始メテ連帶債務ハ成立スルモノトス又履行ノ時期履行ノ場所ニ關シテモ各債務ハ異ナルコトヲ得又一箇ノ債務ノミニ擔保ヲ供スルコトヲ得(法學博士石坂晋四郎氏日本民法債權中八〇七頁)
一一 各債務者ノ有スル給付義務カ全然同一ノ體裁ヲ有スルコトハ必要ニアラス條件附屬附屬ナル給付義務ト無條件無期限ナル給付義務トカ相結合シテ連帶債務ヲ成立セシメ得ヘキコトハ學說立法例ノ一般ニ認ムル所ニシテ我民法ノ解釋上亦之ヲ是認セサルハカラス(法學博士鳩山秀夫氏債權二一四頁)
一二 各自ノ債務ノ體裁ハ同一ナルコトヲ要セス即チ一人ハ條件附屬債務ナルモ他ノ一人ハ無條件ニテ債務ヲ約スルヲ得ヘシ又一人ハ期限附屬ニテ他ハ無期限ニテ之ヲ約スルモ其間ニ連帶アルコトヲ妨ケス數人ノ債務者カ異別ノ條件又ハ期限ヲ以テ之ヲ約スルトキ亦同シ(辯護士信岡雄四郎氏法學志林第三〇號九頁)

【論旨第二點同趣旨學說】

一 目的物ノ數量相違セル場合ニ於テモ連帶ハ存立スルコトヲ得例ヘハ甲ハ一千圓ヲ負擔シ乙ハ五百圓ヲ負擔スル場合ニモ連帶ハ全ク存シ得サルニアラス只少額ノ限度トシ即チ五百圓ニ付キテ連帶成立ス(法學博士富井政章氏債權總論明治四五東大講義二二三七頁)
二 連帶債務カ同一給付ヲ物體トシ只其數量ニ於テ異ナルトキハ連帶タルニ妨ケナシト雖モ實ハ共同ノ數量ニ對シテノ連帶アルニ過キス例ヘハ一人ハ千圓一人ハ五百圓ヲ負擔スルコトハ五百圓ノ連帶ニシテ他ノ五百圓一人ノ債務ナリ(法學博士岡

博士
平沼博士
富岡博士

【同上時又ハ場所ノ異同ニ關スル參照學說】

松參太郎氏債權總論京都法政講義錄二四九頁

一 各債務者ニツキ連帶債務ノ原因ナ同シクスルコトヲ要セストセハ各債務者カ其債務ヲ負擔スル時ヲ異ニシ得ヘキコトハ疑ナカルヘシ(法學博士土方寧氏債權法上大正五年東大講二九八頁)

二 各債務ハ同一ノ時若クハ場所ニ於テ之ヲ創設スルヲ要セス(法學博士平沼博士一邱氏債權總論早大講一三八頁)

三 各債務ハ同一ノ時又ハ同一ノ場所ニ於テ之ヲ創設スルコトヲ要セス(辯護士信岡雄四郎氏法學第志林三〇號一〇頁)

連帶債務ノ性質ニ付テハ單一債務說ト複數債務說トノ二說アリト雖モ我民法ノ解釋トシテハ後說ヲ以テ通說トスルコト博士所說ノ如ク又之ヲ以テ正當トス各自獨立別個ノ債務ヲ負擔ストセハ各自債務ノ體様ヲ異ニスルコトヲ得ルヤ勿論ナリ(第七卷民法七三二頁第五卷民法三七五頁)然ラハ各自給付ノ物體ノ數量ニ付テモ亦之ヲ異ニスルコトヲ得ルヤ學者ノ多ク論セサル所ナリ而テ博士ハ之ヲ肯定シ從テ各債務者ノ債務カ數額ヲ異ニスルトキハ相互ニ一致スル額ニ於テノミ連帶スト解セラル吾人亦其歸結ニ贊同セント欲ス蓋シ連帶債務ノ各債務ハ目的ノ同一ナルヲ要スルニ止マルヲ以テ苟モ此要件ヲ具備スル以上假令其數額ヲ異ニスルモ之ヲ以テ直ニ連帶債務ノ成立ナキモノト謂フヲ得ス從テ此場合ニ於テハ相互ニ一致スル額ニ於テノミ連帶債務ノ成立アルモノト謂ハサル可ラス故ニ此場合ヲ解シテ直ニ給付ノ物體ノ數量ヲ異ニスルコトヲ妨ケス從テ各債務ニ付キ連帶アルモノトストノ論結ハ正確ナラス博士論旨第一點後段ハ此點ニ關シ多少ノ語弊ナキニ非ス

九八六

家督相續人ハ相續開始ノ時ヨリ前戸主ノ有セシ權利義務ヲ承繼ス

家督相續開始ト相續人選定トノ間ニ被相續人ニ屬セシ權利義務ハ假令一旦ナリトモ假リニナリトモ消滅シタルモノト見ルコトヲ得ス

穂積博士

家督相續開始後相續人カ選定セラルルマテハ假令如何ニ速ニ家督相續人カ選定サレ
ルニシテモ相續ノ開始ト相續人ノ選定トカ同時ニ行ハレルト謂フ事ハ有リ得ヌ所テ
アルカラ其中間期タル家督相續人ナキ期間ニ於テ戸主權及相續財產ノ主體ハ誰テア
ルカ今日ノ權利論ノ通説ハ無主體權利ノ觀念ヲ認メナイカ然ラハ此現象ヲ如何ニ説
明スルカ川名博士ハ「相續人カ選定セラルルマテノ間ニ於テハ被相續人ニ屬セシ權利
義務ハ何人ニモ屬セスシテ存在スルノ觀アリ然シ此場合ニ於テモ此等ノ權利義務ハ
選定セラル可キ相續人ニ付キテ蘇生スヘキ傾向ニ於テ消滅スルモノト見サルヘカラ
ス」ト答ヘテ即チ被相續人ニ屬セシ權利義務ハ一旦消滅シテ權利ノ目的物タリシ動產
不動產カ無主ノ財產トナリ相續人選定ニ至ツテ其權利義務カ蘇生シテ相續人ニ歸屬
スルニ至ルトノ論旨ト思ハレル併シナカラ債權債務ニ在テハ權利義務其モノカ財產
其モノト觀念スル外ナク權利義務ノ消滅ハ即チ財產ノ消滅テアツテ權利義務カヤカ
テ蘇生スヘキ種子マテモ殘ラヌコトナルノテアル況ンヤ戸主權ニ至ツテハ假リニ
モ一旦消滅スルト云フコトカ既ニ家督相續ノ本旨ニ反スルト云ハネハナラヌ且又家
督相續人未定ノ間ニモ戸主權カ親族會ニ依テ代理行使セラレハナラヌコトモアリ
(七五)財產上ノ權利義務カ消滅シテハ前述相續財產管理人ノ任務ハ動產不動產ノ番
人タルニ過キヌコトナル故ニ被相續人ニ屬セシ權利義務ハタトヒ一旦ナリトモ假
リニナリトモ消滅シタルモノト見ルコトハ出來ヌ斯ク被相續人ニ屬セシ權利義務ハ
家督相續人選定前ト雖モ存在セネハナラヌカ故ニ其權利義務ノ主體如何ノ問題カ殘

梅博士

奥田博士

牧野博士

柳川學士

島田學士

岡松博士

【相續ノ開始ト權利義務ノ承繼ニ關スル參照學說】

ルノテアルカ此問題ハ既ニ民法ニ依テ答ヘラレテ居ルノテハアルマイカ即チ第九八六條カソレテアル(法學博士種積重遠氏法學新報第二九卷第二號一一頁)家督相續開始ト相續人選定トノ間ニ於ケル權利義務ノ歸屬(要領)

一 相續人ノ權利義務ハ法律上ニ於テハ相續開始ノ時直チニ生スルモノニシテ敢テ承認ノ有無ナクハサルモノトシ(中略)又相續ハカ地業ヲ爲シタルトキハ法律ノ假定ニ依リ其效力ヲ相續開始ノ時ニ溯ラシメ其相續人ハ初ヨリ相續人トシテササリシモノノ如ク看做シ之ニ代ハリテ相續人ト爲ス者ハ相續開始ノ時ヨリ相續人ト爲リタル者ト看做セリ(中略)新民法ハ相續人ノ權利義務ノ歸屬ヲ除クノ外法人ノ存在ヲ認メス(一〇五)此場合ニ於テモ若シ後日相續人出ツルトキハ法人ハ存立セザリシモノト看做シ以テ其錯誤ヲ避ケタリ(法學博士梅澤次郎氏法學要義相續編七七頁以下)

二 前戸主ノ有セシ權利義務ハ相續開始ノ時ヨリ承繼ノ效力ヲ生スルモノナリ相續人ニ於テ相續ノ開始ヲ知ラスシテ數年ヲ經過セルモ又家督相續回復ノ請求ニ付利益ナル確定判決ヲ得タルハ相續開始後數年ノ後ニアリトスルモ家督相續ノ效力ハ相續開始ノ時ヨリ發生スヘク胎兒ノ如キハ相續開始ノ時未ダ生レザリシトスルモ猶ホ相續開始ノ時ヨリ家督相續ノ效力ヲ發生シ前戸主ノ有セシ權利義務ヲ承繼スヘシ(法學博士奥田義人氏相續法論一三八頁)

三 家督相續ノ效力ハ相續開始ノ時ヨリ發生ス故ニ假令相續人カ遠隔ノ地ニ在リ相續開始ノ事實ヲ知ラス數日若クハ數月ノ後ニ至リ相續ノ單純承認若クハ限定承認ノ意思ヲ表示スルトモ其者ハ相續開始ノ時ヨリ前戸主ノ權利義務ヲ承繼シタルモノト看做サル(法學博士牧野菊之助氏相續法論一六四頁)

四 家督相續ノ效力ハ法律ノ規定ニ因リテ生シ相續人ノ意思表示ニ因ルモノニ非サルカ故ニ相續人ノ承認如何ニ係ラス相續開始ト同時ニ確定スルモノトス故ニ家督相續開始後數月ヲ經過シテ相續人承認シタルトキト雖モ相續人ハ前戸主ノ死亡等相續開始ノ當時ニ選リテ前戸主ノ權利義務ヲ承繼スルモノトス(法學博士柳川勝二氏相續法註釋四三四頁)

五 相續人ハ相續開始ノ時ヨリ相續ノ目的ヲ承繼スルコトハ民法第九八六條及第一〇〇一條ノ規定スル所ナリ故ニ相續開始後選定其他ノ事由ニ由リ相續人アルニ至リタルトキハ其者ハ相續開始ノ時ニ選リテ主體ト爲ルモノトス(法學博士島田鐵吉氏中大相續法講義錄二二八頁)

【無主體權利ノ存否ニ關スル參照學說】

一 權利ハ法律カ附與スル法律上ノ力則許容ナルカ故ニ何モノカ此力ヲ受ケ許容ノ物體タルモノアルヲ必要トス從テ權利ノ存在ニハ現ニ其權利ノ歸屬スル主體アルヲ原則トス然レトモ權利ノ觀念ヨリ云ヘハ權利ノ存在ニハ必シモ現ニ其力ヲ有シ其許容ノ屬スルモノアルコトヲ要セス其力ヲ受ケヘク其許容ノ屬スヘキモノアルヲ以テ是ル從テ法律上或ル場合ニハ現ニ權利ノ歸屬スル主體ナクシテ權利ノ存在スルコトアルヲ見ル例ヘハ相續開始シ相續人タルヘキ者カ懷胎中ナル場合(民九六八)又ハ失踪者カ未ダ失踪ノ宣告ヲ受ケス然カモ實際死亡シ居ル場合等ノ如シ(法學博士岡松參太郎氏富井先生選歴祝賀法律論文集五三七頁)

二 私權ニハ主體ノ必要トス主體ナキ權利ハ之ヲ想像スルコト能ハス或ハ相續人タルヘキ者カ未ダ出生セザル場合ノ如ク只一時權利ノ主體タルヘキ者ノ現存セザルコトナキニアラサズ是レ近世法カ其必要上權利ニ多少ノ客觀ノ存在ヲ認ムルヨリシテ生スル變態ニシテ之カ爲メニ私權ノ主體ナクシテ存在スルヲ得ト云フ能ハス(同上民法總則二二頁)

三 權利ハ主體ノシテ之カ爲メニ私權ノ主體ナクシテ存在スルハ當然享有者アルコトヲ意味ス或ハ主體ナキ權利アルコトヲ主張レ相續財產ヲ以テ其適例ト爲ス然ルニ我國ニ於テハ民法第一五一條ノ規定ニ依リ相續人アルコト分明ナラザルトキハ相續財產ヲ法人ト爲スヲ以テ主體ノ缺如セル財產權ヲ存スル場合アルコトナシ(法學博士平沼謙一郎氏民法總論一一七頁)

四 權利ハ吾人ノ有スル法律上ノ力ナリ故ニ權利ハ其性質上之ヲ有スル者即チ其主體ナクシテ存在スルコトヲ得ザルモノトス然シテ法律カ例外トシテ主體ナキ私權ノ存在ヲ認ムルコトアリ胎兒カ相續權ヲ有スルコトヲ得ルカ如キ是レナリ(法學博士仁井田益太郎氏民法總論大正七年度中大講義五四頁)

五 權利ハ主體アル權利ト主體ナキ權利トニ分類ヘルコトニ贊セス權利ハ或行爲ヲ爲スコトヲ許ササルコトニ存ス故ニ其許容ナル主體ナキ權利アルコトヲ要スルカ如キナリ尤モ主體ナキ權利ヲ認ムルノ必要アルカ如キ場合ナキニアラサズ(一)吾民法上家督相續ノ開始後ニ於テ相續人ナキ場合ヲ生ス(九八二、九八五)故ニ相續人カ選定セラルルマテノ間ニ於テハ被相續人ニ屬セシ權利義務ハ何人ニモ屬セシテ存在スルノ觀アリ然シテ此場合ニ於テモ此等ノ權利義務ハ選定セラルルヘキ相續人ニ付キテ發生スヘキ傾向ニ於テ消滅スルモノト見サルヘカラス(2)胎兒カ權利ヲ有スルカ如キ場合アリ胎兒ハ損害賠償ノ請求ニ付キテハ既ニ生シタルモノト看做サル(七二)故ニ胎兒カ此請求權ノ主體カ如シ(胎兒ハ權利主體タルニ適セザルヲ以テ其請求權ハ主體ナクシテ存スルカ如ク見ユ然シテ此場合ニ於テモ唯賠償ノ請求權カ發生ス)故ニ請求權カ主體ナクシテ存スルノ餘地ナキモノト云フヘシ相續ニ付キテ胎兒カ生レタルモノト看做サル場合(九六八、九九三)此場合ニ於テモ胎兒ハ現實ニ相續人ト爲ルニアラサズ相續人ト爲ルノ準備初マリ之カ爲メニ他人カ相續人ト爲ルコトヲ得ザルノミ胎兒カ生キテ生レタルトキニ於テ相續人ト爲ルヘキモノトス其時マテハ被相續人ニ屬セシ權利義務ハ相續人ニ於テ發生スヘキ傾向ヲ爲シテ消滅ス只此法律上ノ傾向カ殘存スルモノトス(3)無記名證券ノ所有者カ其證券ノ所有權ヲ拋棄シ未ダ其所有權ヲ消滅スヘキ場合ニ於テ其證券上ノ權利ハ何人ニモ屬セシテ存在スルノ觀アリ然シテ此場合ニ於テモ權利ハ存立セズ只其證券ノ所有者ニ於テ發生スヘキ法律上ノ傾向カ殘存スルノミ要之主體ナキ權利ハ之ヲ認ムルコト能ハス(法學博士川名博士日本民法總論二七頁)

川名博士

仁井田博士

平沼博士

松本博士

六 主體ナキ權利ハ存在スルカ權利ヲ以テ法律ノ與ヘタル力トスレハ其力主體ヲ離シテ之ヲ觀念スル事ヲ得ヘカラス例ハ相續人ノ權利カ於ケル相續財產ノ如キモ我民法ハ其主體タル法人ヲ認ム(一〇五)此規定ハ立法上ハ余之ヲ不可トストモ民法カ主體ナキ權利ヲ認メサルノ趣旨ヲ知ルノ一證トスヘシ又我民法カ特定ノ權利ニ付テ胎兒ヲ既ニ生レタルモノト看做ス(七二)九六八條九三條一〇六五條)亦相續財產ヲ法人トスルノ同様に擬制ニシテ主體ナキ權利ヲ認メサルノ趣旨タリ又前權利者カ拋棄シテ他人カ先占ニ因リテ之ヲ取得セザル間ノ無記名證券ノ如キモ之ヲ以テ無主ノ權利カ存在スルノ證據トスヘカラス(八六條三項二三九條)此場合ニハ權利ハ存在スルコトナク只權利ノ發生ノ起因タルヘキ貨物ノ拘束ノ存在アルノミ之ヲ

要スルニ權利ハ其主體ナクテ存在スルコトナキモノト解スルヲ正當トス(法學博士松本丞治氏人法人及物五〇頁)
七 我國ノ相續法ニ於テハ被相續人ニ屬セシ一切ノ權利義務ハ相續ノ開始ニヨリ法律上當然相續人ニ移轉ス取テ相續人ノ承認
ヲ必要トセサルナリ故ニ苟モ相續人カ客觀的ニ存在スル以上ハ假令其所在不明ナリトスルモ甲乙何レカ相續人ナルヤニ付キ
主觀的不明ニシテ爭存スルモ新ナル權利主體ハ其時ニ於テ當然決定セラルヘシ又客觀的ニ相續人カ存在セザルコト確實ナルト
キハ相續財產ハ國庫ニ歸屬スヘシ(民一〇五九)是レ又相續財產カ主體ヲ缺ク場合ニハ非サルナリ第一〇五一條以下ニ於テ相續
人アルコト分明ナラサルコト云フハ客觀的ニハ相續人カ存在スルコト否トサ問ハス主觀的ニ不確定ナル場合ナリ換言スレハ相
續人ノ存在セザルコトヲ確定セル場合ハ包含セラレズ不確定ノ場合ヲ指スモノナリ而シテ此場合ニハ財產管理ノ便宜上之ヲ法
人トナシ管理人ヲ置イテ財產管理セシムルモノナリ此ノ故ニ我民法上ハ相續財產カ其主體ヲ缺ク場合ヲ生ゼサルナリ法典ハ
相續人ノ缺ト題セルモ恐クハ正シカラス宜シク相續人ノ不確定ト顯スヘカリシナリ(法學博士中島玉吉氏土方教授在職二十
五年紀念私法論集二〇〇頁)

八 元來主體ナキ權利ハ法律上存在スルヲ得ス蓋シ主體ナキ類ノ權利ハ人利益保護ノ手段タルコトヲ得サルヲ以テ權利ノ觀念
ニ反ス(法學博士松岡義正氏民法論總則一三二頁)

九 所謂主體ナキ權利ナルモノ法律上存在スルヲ得ルカ此問題ハ法學者間ノ一大問題ナリ余輩ハ國ニ依リ法律上主體ナキ權利
ヲ認メタルモノアリト信ス例ハ羅馬法ノ如キハ其一例ナルヘシ尙ホ我民法ニ於テモ主體ナキ權利ナク理想スルコトヲ得サルニ
アラス例ヘハ或人カ既ニ死亡シ未ダ相續人定マラサル場合ノ如シ(法學博士鈴木英太郎氏民法總論一一二頁)

一〇 主體ナキ權利ハ存在スルカウキンドシヤイド及ヒレীগル等ハ之ヲ肯定スレトモ通説ニ非ス余ハ權利主體ノ
不明ナル場合ハ之ヲ認メ得レトモ全然主體ノ欠缺セル場合ニハ權利自體モ存在スルヲ得サルモノト解ス(民一〇五一條一〇五
九條)吾民法上主體ナキ權利ヲ認メサルノ證據トシテハ特定ノ權利ニ付キ胎兒ヲ既ニ生シタルモノト看做ス規定アリ(民七二
一條九六八條九三條一〇六五條)他人カ拋棄シテ未ダ先占ニ依リテ何人ニモ取得セラレサル間ノ無記名債權主體ナキ權利
ト解ス可カラス無記名債權ハ此場合ニハ無主ノ遺產トシテ存在スルニ過キサルナリ(早稻田大學教授遊佐氏民法論第一
卷總論二五四)

論旨ハ素ヨリ正當ナリト雖モ博士カ家督相續開始後相續人カ選定セラルル迄ノ
間ニ被相續人ニ屬セシ權利義務ヲ選定ナル結果ヨリ觀察シ該主體ハ民法第九八
六條ニ依リテ解決セリトセラル然レ共之レ結果ヨリノ觀察ニシテ固ヨリ正當ナ
リト雖モ相續開始後即相續人確定前被相續人ニ屬セシ權利義務ハ何人ニ屬スル
ヤノ問題ハ依然トシテ問題タルナリ今日ノ權利論ノ通説ハ無主體權利ノ觀念ヲ

認メスト雖モ然ラハ何カ故ニ權利ニ主體アルコトヲ要スルヤ否ヤ未知ノ問題ニ
テ難問ナリ本問亦之ニ連關セル一箇ノ問題ナリトス吾人亦博士所説ノ如ク家督
相續開始ト相續人トノ間ニ被相續人ニ屬セシ權利義務ハ假令一時ナリトモ消滅
スルモノニ非スト信ス然モ此間無主體ノ權利ヲ認メストセハ法律ノ擬制ニ依ラ
サル可ラス之レ果シテ正當ナリヤ疑ヒナキ能ハス之レニ反シ權利ハ或主體ニ歸
屬スルヲ以テ本則トスト雖モ法律ハ必スシモ歸屬關係アルヲ以テ絕對ノ要件ト
セス歸屬スヘキ傾向アルヲ以テ足ルト爲スヲ妨ケサルヘシト爲サンカ苟モ或權
利カ或主體ニ歸屬スヘキ傾向ノ存スル以上權利ハ無主體ノ狀態ニ於テ繼續スル
モノト解スルヲ得ヘシ果シテ然ラハ本問ハ此場合ニ屬スルモノト論斷スルコト
ヲ得サルカ民法第九八六條ハ斯ク解スルニ依リテ法律ノ豫期シタル目的ヲ達ス
ルモノト謂フヲ得サルナキカ尙ホ此點ハ幾多ノ疑問ノ存スル所アルヲ以テ詳細
ハ後日ノ研究ニ俟タント欲ス

(五〇)

- 四一五 債務者カ其債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲ササルトキハ債權者ハ其損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得債務者
ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ履行ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルトキ亦同シ
- 五三三 債務契約當事者ノ一方ハ相手方カ其債務ノ履行ヲ提供スルマテハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得但相手
方ノ債務カ辨濟期ニ在ラサルトキハ此限ニ在ラス
- 五五五 賣買ノ當事者ノ一方カ或財產權ヲ相手方ニ移轉スルコトヲ約シ相手方カ之ニ其代金ヲ拂フコトヲ約スルニ
因リテ其效力ヲ生ス

當事者カ相當代價ヲ以テ一定ノ物品ヲ賣買スヘキ契約ヲ爲シタル場合ニ於テ賣主カ契約ノ履行トシテ其物品ヲ買主ニ提供シタルトキハ買主ニ於テ相當代價ナリト思惟スル金額ヲ明示スルト否トヲ問ハズ買主ハ相當代價ヲ買主ニ支拂フヘク代價カ明確ナラサルコトヲ理由トシテ支拂ヲ爲ササルトキハ買主ハ義務不履行ノ責任ヲ負フモノトス

相當代價ノ額ニ付キ當事者カ意見ヲ異ニスルトキハ裁判所ハ取引上ニ於ケル通常ノ價格ニ基キテ物品ノ相當代價ヲ確定スヘキモノニシテ賣主カ物品ノ提供ヲ爲ストモ相當代價ナリト思惟スル金額ヲ明示セスンハ買主ニ代金支拂ノ義務ナシト判定スヘキモノニ非ス

當事者カ相當代價ヲ以テ一定ノ物品ヲ賣買スヘキ契約ヲ爲シタル場合ニ於テ賣主カ契約ノ履行トシテ其物品ヲ買主ニ提供シタルトキハ買主ニ於テ相當代價ナリト思惟スル金額ヲ明示スルト否トヲ問ハズ買主ハ相當代價ヲ買主ニ支拂フヘク代價カ明確ナラサルコトヲ理由トシテ支拂ヲ爲ササルトキハ買主ハ義務不履行ノ責任ヲ負フモノトス

若シ其代價ノ額ニ付キ當事者カ意見ヲ異ニスルトキハ裁判所ハ取引上ニ於ケル通常ノ價格ニ基キテ物品ノ相當代價ヲ確定スヘキモノニシテ賣主カ物品ノ提供ヲ爲ストモ相當代價ナリト思惟スル金額ヲ明示セスンハ買主ニ代金支拂ノ義務ナシト判定スヘキモノニ非ス然ルニ原判決ハ「甲第一號證ノ契約書中第十六條ニ明規セラレタルカ如ク被控訴人(被告)ハ相當代價ヲ以テノミ之カ買受ヲ爲スノ義務アルニ過キサルカ故ニ被控訴人ニ不履行ノ責アリト爲スニハ單ニ是等ノ物件ヲ被控訴人カ買受ケサリシト主張スルノミニテハ足ラス控訴人(原告)ニ於テ相當代價ヲ以テ是等ノ物

件ヲ提供シタルノ事實ナカルヘカラス然ルニ控訴人ハ只消耗品中醬油樽ニ大樽ハ一個三十錢小樽ハ新調ノ價格ヲ以テ提供シタリト主張スルノミニシテ其他ノ物件ニ付テハ全然其提供價額ヲ主張スルコトナシ而シテ右醬油樽ニ付テモ叙上ノ如ク其提供價額ヲ主張スルモ證人黒川岩太郎ノ此點ニ關スル價額ノ供述ハ曖昧ニシテ眞實ト認メ難ク其他右主張ヲ認ムヘキ證憑ナキニヨリ果シテ其主張價額ヲ以テ提供セラレタリヤ明カナラス然レハ其提供價額カ相當ナリヤ否ヤノ判斷ヲ爲スコト能ハサルニヨリ結局此點ニ關スル控訴人ノ主張ハ之ヲ排斥セサルヲ得スト説明シ賣主タル上告人カ物品ヲ提供ストモ代價ノ額ヲ明示セザレハ買主タル被告人ハ代金支拂ノ義務ナキカ如ク判示シタルハ賣買契約ニ關スル法則ニ違背シタルモノトス原判決ハ右説明ヲ以テ假定ノ説明ト爲スモノノ如クナレトモ右物件ノ幾分ニ付キテハ假定ノ説明ニ非サルコトハ判文前後ノ關係ニ照シテ明カナレハ原判決ハ此點ニ於テ破毀ヲ免レザルモノトス(大審院大正七年(ケ)第三號同八年一月二十九日民三部横田裁判長大倉磯谷松岡見澤各判事判決)

【關係事項】 關席判決維持○原審高松地方裁判所○家屋退去請求事件欠席判決ニ對スル故障申立事件○上告人中川頼隆訴訟代理人辯護士中村徳重郎被告上告人多田羅庄八訴訟代理人辯護士戸澤民十郎

(五一)

五四九 贈與ハ當事者ノ一方カ自己ノ財産ヲ無償ニテ相手方ニ與フル意思ヲ表示シ相手方カ受諾ヲ爲スニ因ツテ其效力ヲ生ス

五五〇 書面ニ依ラサル贈與ハ各當事者之ヲ取消スコトヲ得但履行ノ終ハリタル部分ニ付テハ此限ニ在ラス

贈與者カ受贈者ノ氏名ト目的地所ノ地番地目及ヒ反別ヲ記載シタルニ止マリ他ニ何等ノ記載ナク贈與ノ意思ナリシコトヲ知ルニ由ナキ文書ヲ作成交付シタル事實アルモ書面ニ依リテ贈與ノ意思ヲ表示シタルモノト謂フヲ得サルモノトス

民法第五〇條ニ所謂取消ハ他ノ瑕疵アル意思表示ト同シク贈與ヲ始メヨリ無効ト看做サシムル旨趣ニシテ解除ト同一ノ旨趣ヲ有スルモノニ非ス

上告論旨ハ民法第五〇條ニ所謂書面ニ對シテハ我法律上何等其方式ヲ示ササルヲ以テ原判決ノ認定シタルカ如ク被控訴人ハ大正二年八月其次男清二三男秀吉ノ兩名ニ對シテ口頭ヲ以テ各別個ニ一定ノ地所贈與スル旨ノ意思表示ヲ爲シ其際訴外木下小吉ヲ受贈者ノ氏名及現ニ贈與ノ意思表示ヲ爲シタル目的の地所ノ地番地目及反別ノ記載シタル上之ヲ受贈者ニ交付シタルモノナリトセハ假令右ノ文字以外同書面ニハ何等ノ文詞ナシトスルモ該贈與ヲ以テ之ヲ書面ニ依ラサルモノナリト謂フヘカラス換言セハ被上告人ハ訴外木下秀吉(第一審ノ被告)ニ本件不動産ヲ贈與スルニ當リ訴外木下小吉ニ命シ被贈與者ノ氏名ト贈與不動産ノ地番地目反別ヲ筆記セシメ之ヲ被贈與者ニ交付シタルモノナレハ該文書ヲ以テ何等意味ヲ有セサル反古ト同一視セントスルハ常識上ヨリ見テ甚ダ謂ナキモノト斷言セサルヲ得ス斯ル場合ニ於テ授受セラレヘキ文書其物ニ付キ何等形式ヲ要スヘキモノト定メタル法規ナキハ前述セシ如クナルヲ以テ原裁判所ノ如ク前顯書面ハ專ラ贈與不動産ノ區別ヲ明確ナラシムル旨ニ於テ之ヲ作成セル目錄ナリト認メ得ヘキ程度ノ文書ナリトセハ之ヲ以テ民法第五〇條ニ所謂書面ニ非ストスルハ不當ニ書面ナル文字本來ノ意義ヲ制限シタル解釋ナリト云フニアリ然レトモ民法第五〇條ノ書面ニ依ラサル贈與トハ書面ニ依リテ意思表示ヲ爲ササル贈與ノ謂ヒナルコト勿論ナリ然レ原院ノ確定セル所ニ依レハ被上告人カ大正二年八月其三男秀吉ニ本訴地所ヲ贈與スルニ際シ訴外木下小吉ニ作成セシメテ交付シタル文書ニハ單ニ受贈者ノ氏名ト目的の地所ノ地番地目及反別ノ記載アルニ止マリ他ニ何等ノ記載ナクシテ贈與ノ意思ナリシコトヲ知ルニ由ナキモノナレハ假令斯ル文書ヲ作成交付シタル事實アレハトテ書面ニ依テ贈與ノ意思ヲ表示シタルモノト謂ヒ得ヘキニ非ス故ニ原院カ被上告人ノ爲シタル贈與ヲ書面ニ依ラサ

ルモノト判定シタルハ正當ニシテ本論旨ハ理由ナシ
上告論旨第二點ハ民法第五〇條ニ於ケル贈與ノ取消ハ贈與ヲ以テ契約ト認メタル法制上當然ノ結果トシテ之ヲ契約ノ解除ト解セサルヘカラス從テ其解除ノ效果モ亦契約ノ總則タル同第五四五條ノ規定ニ從ハシメサルヘカラス然ルニ原院ハ民法第五〇條ニ所謂贈與ノ取消ハ其性質贈與契約ノ解除ニアラスシテ民法總則ニ規定セル法律行爲ノ取消ニ該當スルヲ以テ既ニ贈與ノ取消アリタル以上ハ其贈與契約ハ當初ヨリ無効ナリシモノト看做サルヘクト説明セラレタルハ不當ナリ蓋シ民法第四章第四節ニ於ケル取消ハ無能力者若クハ瑕疵アル意思表示ヲ爲シタルモノナレハ本件規定ニシテ總テ其法律行爲ニ瑕疵アル原因トスル場合ニ限ララルモノナレハ本件ノ如ク法律行爲トシテハ何等ノ瑕疵ナキ贈與契約ノ取消ニ當然適用セラルヘキモノニアラス且ツ純理上ノ見地ヨリスルモ完全ナル意思能力者カ一旦贈與契約ヲ爲シタル後ニ至リ其贈與ヲ悔イタルカ爲メ之ヲ取消シ得ヘキモノトスルニハ多少恕スヘキ所アルニヨリ其贈與ノ悔イタルカ爲メ之ヲ取消シ得ヘキモノトスルニハ多少恕スヘキル必要ナキハ勿論ナレハ此取消ヲ以テ法律行爲ニ瑕疵アルカ爲メ特ニ許容セラレタル取消ノ效果ト同一ナラシメントスルニハ法ノ明文ヲ要スルモノナリト信ス果シテ然ラハ本件ヲ以テ假リニ原裁判ノ認メタルカ如ク書面ニ依ラサル贈與契約ナリトスルモ特定物ヲ目的トスル贈與契約ハ其成立ト同時ニ當然所有權移轉ノ效果ヲ生スヘキモノナレハ本件ノ不動産ノ所有權ハ大正二年八月贈與契約成立ト同時ニ被上告人ヨリ受贈者木下秀吉(第一審被告)ニ移轉シタルハ言テ候タス從テ同年十月十四日右不動産ノ所有權タル秀吉ト上告人トノ間ニ爲サレタル抵當權設定契約モ亦有效ナルニヨリ假令其所有權取消ノ登記手續ニ違法アリトスルモ贈與契約ノ解除者トシテ唯單ニ原狀回復ヲ以テ満足セサルヘカラス被上告人ハ其解除即チ取消意思表示以前既ニ有效ニ成立シタル抵當權ノ效力ヲ左右スルヲ得サルハ勿論ナルニ原院ハ説明彼ノ如クナルハ法律ノ解釋ヲ誤リタルモノナリト云フニ在リ然レトモ贈與ハ無償ニテ

鳩山博士
末弘學士
大審院
廣島控訴
院
東京地方
裁判所
大阪地方
裁判所

相手方ニ財産ヲ寄贈スル契約ニシテ贈與者ノ爲メ不利ナル法律行爲ナルヲ以テ贈與者ハ其覺悟ナカルヘカラス然ルニ口頭又ハ暗黙ノ如キ極メテ簡易ナル方法ニ依リ意思表示ヲ爲ササル爲メ後日ノ紛争ヲ惹起スルコトアルヲ免レス是レ民法カ書面ニ依ラサル贈與ヲ有効トスルト同時ニ之ヲ不確實ナルモノトシテ第五〇條ニ於テ取消スコトヲ得ル旨規定セル所以ナレハ同條ニ所謂取消ハ他ノ瑕疵アル意思表示ノ取消ト同シク贈與ヲ初ヨリ無効ト看做サシムル趣旨ノモノニシテ解除ト同一ノ趣旨ヲ有スルモノニ非サレハ本論旨モ理由ナシ(大審院大正七年(オ)第九一三號同年十一月十八日民二部馬場裁判長田上磯谷鈴木三宅各判事判決民錄第二四輯第三〇卷二二七頁)

【關係事項】 上告棄却○原審長崎控訴院○土地所有權取消登記抹消並ニ抵當權設定登記抹消登記手續請求事件○上告人白井平一郎外二名辯護人本田桓虎○被上告人木下政太郎

【判旨第一點贈與ノ意思ト書面ノ記載ニ關スル參照學說判例】

- 一 書面ニ依ラサル贈與トハ贈與者ノ意思カ書面ニテ表示セラレサルモノヲ謂フ(法學博士鳩山秀夫氏日本債權法各論二七頁)
- 二 書面ハ贈與ノ意思表示其モノヲ包含スルモノナラサルヘカラス依リ單純ナル一片ノ通信文ニテ贈與ノ意思ヲ漏シタルカ如キハ之ヲ贈與約ノ書面ト云ヘカラス(法學士末弘學士氏債權各論三一三頁)
- 三 民法第五〇條ハ主シテ一方ニハ贈與者カ贈與ヲ爲スニ當リテ其意思ノ明確ナルコトヲ期シ他ノ一方ニハ輕忽ニ贈與ヲ爲スコトヲ豫防セントスルノ旨趣ニ出テテ規定ニシテ當事者雙方ノ意思表示ニ付キ書面ヲ作成スヘキコトヲ命シタルモノニ非ス(大審院明治四十年五月六日民二部判決錄第一三輯五〇三頁)
- 四 贈與契約ニ要スル書面ハ敢テ法式ヲ要セズ雖モ其書面ハ少クとも贈與契約ノ成立ヲ説明スルノ意義ニ於テ作成セラレタルモノナルヲ要ス一片ノ通信文ニシテ偶々贈與ノ意思ヲ漏シタルニ過キサルモノノ如キハ之ヲ以テ贈與契約ノ書面ナリト爲スヲ得ス(廣島控訴四十二年六月一日民事判決例彙報第三卷三三頁)
- 五 民法第五四九條ハ贈與契約ノ本質ヲ定メタル強行の規定ナルヲ以テ書面ニ依ル贈與契約締結ニ際シテハ契約書ハ同條所定ノ成立要件ヲ具備スルコトヲ要スヘク從テ之ヲ具備シタル契約書ナキニ於テハ未ダ該契約ハ成立セズシテ後日書面ニヨリ之レカ追完ヲ爲シタル時ヨリ始メテ該契約ハ成立スヘキモノトス
- 六 書面ニ依ル贈與契約ニ於テハ其成否ハ一ニ唯契約書ノミニ依リ之ヲ決スヘク其他ノ事實ニ依リテハ之ヲ決スヘカラスモノトス(東京地方大正三年十二月二十八日民三部判決本書第三卷民法六九〇頁)
- 六 民法五五〇條ハ主シテ贈與者ノ意思即チ贈與ノ約束力明確ナルコトヲ期シ輕忽ナル財産ノ無償處分ヲ豫防スル趣旨ニ基

千葉地方
裁判所

大審院判

ク規定ナレハ完全ナル贈與ノ成立ニハ當事者雙方若クハ少クとも贈與者ノ意思カ書面ニ依リテ明確ニ表示セラレルコトヲ要ス從テ贈與者ノ意思カ書面ニ因リテ表示セラレサル贈與契約ハ其贈與者ノ取消ノ意思表示ニ依リ最初ヨリ無効ナリシモノト看做サルヘキモノトス(大阪地方明治四十二年六月三十日民二部判決法律新聞第五九四號一四頁)

(五二)

- 九〇 公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項目的トスル法律行爲ハ無効トス
- 四二三 債權者ハ自己ノ債權ヲ保全スル爲メ其債務者ニ屬スル權利ヲ行フコトヲ得但債務者ノ一身ニ專屬スル權利ハ此限ニ在ラス
- 四二四 債權者ハ債務者カ其債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル法律行爲ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得
- 六五一 委任ハ各當事者ニ於テ何時ニテモ之ヲ解除スルコトヲ得

債務者カ自己ノ負債ノ整理ヲ他人ニ委任シ且之カ爲メニ必要ナル事項トシテ自己ノ不動産ノ所有權ヲ其他人ニ移轉スルモ這ハ債權者總員ノ利益ノ爲メニ爲シタル行爲ナルノミナラス債權者中ノ或者カ債務者ノ斯ル行爲ヲ不利ナリト信スルニ於テハ民法第四二三條ノ規定ニ則リ該委任ヲ解除シ且受任者タル他人ヲシテ整理ノ爲メニ所有權ヲ取得シタル財産ヲ返還セシメ因テ以テ容易ニ執行ヲ爲スコトヲ得ルカ故ニ斯ル行爲ヲ目シテ一部債權者ノ執行ヲ選ケンカ爲メニ爲シタル行爲ニシテ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル無効ノモノナリト云フコトヲ得ス

債務者カ自己ノ負債ノ整理ヲ他人ニ委任シ且之カ爲メニ必要ナル事項トシテ自己ノ

不動産ノ所有權ヲ其他人ニ移轉スルモ違ハ債權者總員ノ利益ノ爲メニ爲シタル行爲ナルノミナラス債權者中ノ或者カ債務者ノ斯ル行爲ヲ不利益ナリト信スルニ於テハ民法第四二三條ノ規定ニ則リ該委任ヲ解除シ且受任者タル他人ヲシテ整理ノ爲メニ所有權ヲ取得シタル財産ヲ返還セシメ因テ以テ容易ニ執行ヲ爲ス事ヲ得ルカ故ニ斯ル行爲ヲ目シテ一部債權者ノ執行ヲ避ケンカ爲メニ爲シタル行爲ニシテ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル無効ノモノナリト云フコトヲ得ス是ヲ以テ原裁判所カ被控訴人(上告人)ハ明治四十二年十月負債整理ヲ控訴人(被上告人)ニ委託シテ之カ整理ヲ遂行スルニハ被控訴人ノ全財産ヲ處分シ換價スルノ必要アルモ若シ其財産ヲ被控訴人ニ屬セシムルニ於テハ或ハ債權者ノ嚴重ナル督促ニ依リ適當ノ時期ニ相當價格ヲ以テ之ヲ換價スルコト能ハサルノ恐アルノミナラス一債權者ノ爲メニ財産ヲ差押ヘラレ公平ニ一般債權者ニ辨濟スルコトヲ妨ケララルノ事情アリシヲ以テ一面ニ於テハ如上不都合ノ結果ノ發生ヲ避ケルカ爲メ又他ノ一面ニ於テハ受任者カ委任事務ノ處理ニ付キ生スルコトアルヘキ立替金等ノ債權ヲ確保シ受任者ヲシテ安シテ委任ノ本旨ニ從ヒタル適當ノ處置ヲ爲サシムル必要上云云前示不動産ノ所有權ヲ被控訴人ヨリ控訴人(被上告人)ニ移轉シタル事實關係ナリト認定スルヲ相當トスト判示シ上告人敗訴ノ判決ヲ言渡シタルハ正當ナリ(大審院大正七年(オ)第九九二號同八年二月八日民三部横田裁判長大倉松岡岩田鬼澤各判事判決)

【關係事項】 上告棄却○原審大阪控訴院○土地建物所有權取得登記抹消手續請求事件○上告人服部善之助訴訟代理人辯護士堀官雄顧問加藤悌次同田島熊太同作間耕逸同重信喜太郎被上告人服部實藏訴訟代理人辯護士岡崎正也同濵川謙喜智

五三

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催告スルヲ以テ足ル

【一】債權者カ豫メ辨濟ノ受領ヲ拒ミタル場合ニ於テ債務者カ辨濟ノ準備ヲ爲シタルコトヲ通知シテ其受領ヲ催告スルニハ常ニ必スシモ辨濟ヲ爲スヘキ場所ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要セス其場所以外タリトモ債權者ニ出會シ其面前ニ於テ受領ヲ催告スルヲ以テ足ルモノトス然レハ原院カ被上告人ノ催告カ現實ニ上告人本人ノ面前ニ於テ爲サレタル以上ハ其住所ニ於テ爲サレタルト否トナ問ハス催告ハ固ヨリ有效ナル旨ヲ判示シタルハ相當ナリ

【二】民法第五三七條ノ第三者ノ爲メニスル契約ニ於テ其契約ノ利益ヲ受クヘキ第三者ノ權利ハ必スシモ單純ナルコトヲ要スルモノニ非スシテ之ニ反對給付ノ件フコトヲ妨ケサルモノトス

【一】債權者カ豫メ辨濟ノ受領ヲ拒ミタル場合ニ於テ債務者カ辨濟ノ準備ヲ爲シタルコトヲ通知シテ其受領ヲ催告スルニハ常ニ必スシモ辨濟ヲ爲スヘキ場所ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要セス其場所以外タリトモ債權者ニ出會シ其面前ニ於テ受領ヲ催告スルヲ以テ足ルモノトス然レハ原院カ被上告人ノ催告カ現實ニ上告人本人ノ面前ニ於テ爲サレタル以上ハ其住所ニ於テ爲サレタルト否トナ問ハス催告ハ固ヨリ有效ナル旨ヲ判示シタルハ相當ナリ

【三】上告理由 原判決ハ民法第五三七條ノ規定ヲ誤解シタル違法アリ被上告人主張ノ本訴請求原因タル契約ハ民法第五三七條ニ規定セル第三者ノ爲メニスル契約ナルヤ勿論ナリ然レニ右民法第五三七條ノ規定ニヨリ其契約上ノ利益ヲ享受スヘキ第三者ノ權利ハ單純ナルコトヲ要シ被上告人主張ノ如キ代金ノ支拂ヲ要スル双務且有價契約上ノ權利ノ如キハ包含セザル法意ト解スルヲ至當トス故ニ被上告人主張ノ如キ契約ハ我民法上第三者ノ爲メニスル契約トシテ何等效力ナキモノナルニ拘ラス原判決カ之ヲ有效トシテ上告人ニ敗訴ノ判決ヲ言渡シタルハ違法ナリ

【判決理由】 民法第五三七條ノ第三者ノ爲メニスル契約ニ於テ其契約ノ利益ヲ受クヘキ第三者ノ權利ハ必スシモ單純ナルコトヲ要スルモノニ非スシテ之ニ反對給付ノ件

【一】直接ニ其給付ヲ請求スル權利ヲ有ス
前項ノ場合ニ於テ第三者ノ權利ハ其第三者カ債務者ニ對シテ契約ノ利益ヲ享受スル意思ヲ表示シタル時ニ發生ス

横田博士

大審院

東京地方
裁判所

池田博士

飯島博士

フコトナ妨ケルモノニ非サルヲ以テ本論旨ハ理由ナシ(大審院大正七年(オ)第一〇三二號同八年二月一日民三部横田裁判長大倉磯谷松岡鬼澤各判事判決)

【關係事項】 上告棄却(原審宮城控訴院) 地所賣買登記履行請求事件(上告人鐵本文吉訴訟代理人辯護士青山巖之助同部彦兵衛同高木益太郎同菊江久治同同部喜藤治同池田卓二同額賀二郎被上告人大沼善治)

【判旨第二點同趣旨學說】

一 甲乙ニ對シ金百圓ニテ其所有ノ時計ヲ丙ニ賣渡スコトヲ約スル契約ハ第三者ノ爲メニスル契約ニアラサルナキカ疑ナシヘシト雖モ其契約ハ單純ニ給付義務ノミチ負擔セシムルコトヲ目的トスルニテ第三者ノ利益享受ノ條件トシテ之ニ給付義務ヲ負擔セシムルニ過キサルヲ以テ結局第三者ノ爲メニスル契約ノ一體様タルヲ失ハス(法學博士横田秀雄氏債權各論一四一頁)

二 民法五三七條ハ當事者カ第三者ノ利益ノ爲メニスル場合ハ勿論第二者カ契約ヨリ生スル利益ヲ享受セント欲セハ自ラ反對給付ヲ爲ササルヘカササルカ如キ場合ヲ併セテ規定シタル法律ナリトス(大審院明治三十五年(オ)第六六三號同三六年三月一日判決民錄第九輯二九九頁)

三 第三債務者カ債務者ニ對シ反對給付ヲ爲シテ利益ヲ享受スルカ如キ場合(例之賣買)ト雖モ本條一項ニ依リ契約ヲナスコトヲ妨ケサルハ五三九條ノ規定ニ對照スルモ之ヲ推知スルニ難カラズ果シテ然ラハ當事者ノ一方カ第三者ニ對シテ或物ヲ貸貸スヘキ旨ヲ契約スルコトヲ得ヘキハ勿論ニシテ第三者カ其契約ノ利益ヲ享受スル意思ヲ表示スルニ依リテ當然貸借權ヲ取得スルモノト云ハサルヘカラス(東京地方明治三十九年四月一二日判決法律新聞第三五三號九頁)

【同上反對學說判例】

一 第三者ニ義務ヲ負擔セシムヘキ法文ノ根據ナキノミナラス尙本條ニ於テハ古來ノ觀念ヲ排シテ契約ノ效力カ第三者ニ擴張スルノ必要ヲ認メタルニ拘ラス權利カ第三者ニ付與スル場合ト雖モ其者ノ意思ニ基カスシテ強テ之ヲ獲得セシムルハ不當ナリトノ思想ニ基キ同條二項ヲ加ヘテ獨法ノ範ニ從フヲ躊躇シタルハ規定自體ニ依リ明瞭ナルトコロニシテ況ヤ當事者ノ契約ニ依リ第三者ニ義務ヲ負擔セシムルニ不當ナルハ勿論ニコトトシテ同條一項中ニ包含セラレ居ラサルハ疑ナシナル所ナレハ同項ニ對シ寧ロ制限ヲ加フルノ趣意ヲ以テ置カレタル第二項ノ存スルカ商メ義務ノ負擔モ敢テ不可ナラストノ結果ヲ生スルハ民法ノ本旨ニ非ス(法學博士池田寅二郎氏法學協會雜誌第二五卷第六號八二六頁)

二 第三者ノ反對給付ニ對シ或給付ヲ第三者ニ爲ヘキコトヲ約シタルトキハ之ヲ以テ第三者ノ爲メニスル契約ト稱スルコトヲ得ルヤ余ハ全ク是認セス蓋シ第三者ノ利益ノ爲メニスル契約ト第三者ノ負擔ヲ生セシムヘキ契約トハ全然之ヲ區別スルモノナリコト一般學者ノ認ムル所ナルノミナラス我民法ニ於テモ治文上或明付ヲ爲スコキコトヲ約シ云々トアリテ第三者カ契約ヨリ

村上學士

東京地方
裁判所

鳩山博士

末弘學士

生スル利益ヲ享受スルニ付反對給付ヲ爲スヘキ義務ヲ負擔スヘキカ如キ趣旨毫モ存セサレハナリ(法學士飯島喬平氏契約論
論明大講一三〇頁)

三 本契約ハ專ラ第三者ノ利益ノミチヲ以テ目的ト爲スモノナリ專ラ第三者ノ利益ノミチヲ目的トスル契約又ハ第三者ノ利益ノ不利ヲ目的トスル契約ハ孰レモ本契約ノ種別ニ屬スルモノニ非ス(法學士村上學士債權各論二五三頁)

四 當事者間ノ契約ニヨリ第三者ニ義務ヲ負擔セシムルコトヲ得サルハ勿論ニシテ縱令第三者カ其ノ契約ノ利益ヲ享受スヘキ旨ノ意思表示ヲ爲スモ之ニ對シ效力ヲ生セサルハ論テ決ス故ニ當事者ノ一方カ相手方ニ對シ一定ノ貨料ヲ取リテ第三者ニ地所ヲ使用セシムルコトノ契約ヲ爲シ第三者カ之ニ對シ受益ノ意思表示ヲ爲スモ第三者ト債務者間ニ右契約ノ效力ヲ生スルモノニ非ス(東京地方明治四一年(ワ)第一九號同年六月一九日判決法律新聞五〇八號二二頁)

五 第三者ノ爲メニスル契約ハ當事者(即チ債權者債務者)間ノ契約ニシテ當事者ノ雙方又ハ一方ト第三者ノ間ノ契約ニ非サルコト及ヒ第三者ノ受益ノ意思表示ノ單獨行爲ナルコトヲシテ又法律上何等ノ關係ナキ第三者ヲシテ義務ヲ負擔セシムルコトヲ約スルノ如キハ民法五三七條ノ所謂契約トシテ效力ヲ有セサルモノナルコトモ亦論ナキコトトス故ニ未登記ノ貸借契約アル地所ヲ賣買スルニ當リ買主ト賣主ト債權人即チ其地上ニ在ル建物所有者トニ契約サレタル同一ノ條項ヲ以テ引續キ貸貸スルトノ意思表示ヲ爲シタリトスルモ買主ト建物所有者間ニ貸借契約ハ成立セサルナリ(同上明治四〇年五月一日判決判例彙報第一卷七六頁)

【同上ニ關スル參照學說】

一 第三者ノ爲メニスル契約ハ第三者ヲシテ債權ヲ取得セシムル事ノミチヲ目的トスル契約ナルコトヲ要セス諸約者ヲシテ第三者ニ對シ無因ノ債務ヲ負擔セシムルコトヲ目的トスル契約モ亦民法上無効ニアラスト雖モ當事者ハ諸約者カ此如キ出捐ヲ爲ス法律上ノ原因タル當事者間ノ法律關係即チ所謂補償關係ヲ加ヘテ一個ノ有因契約ヲ爲スナ原則トスヘク而シテ此ノ如キ有因ノナル第三者ノ爲メニスル契約ノ有效ナルハ固ヨリ言テ俟タズ例ヘハ當事者間ノ賣買契約ニ於テ買主カ代金債務ヲ第三者ニ對シテ辨濟スヘキコトヲ約スルトキハ賣買契約ト第三者ノ爲メニスル契約トノ二者併合スルニテ一個ノ特殊ナル賣買契約ノ存スルカ如シ(法學博士鳩山秀夫氏日本債權法各論一七八頁)

二 通商ノ第三者ノ爲メニスル契約ニ附加スルニ「第三者一定ノ行爲ヲ爲スヘキコトヲ承諾スルニ於テ」ナル條件ヲ以テスル契約ハ之ヲ有效ト見ルヘキカ否ヤ第三者ノ爲メニスル契約ト雖モ之ニ條件ヲ附スルナラザルコト既ニ上述ノ如クナルカ故ニ(一)若シ當該ノ契約ノ主旨カ特ニ第三者ヲシテ義務ヲ負擔セシムルコトヲ條件トシテ契約ノ效力ヲ發生セシムルヘキコトニ存スルトキハ何等ノ契約ヲ否認セサルヘカササルノ理ナシ(二)反之契約ノ内容カ第三者ヲシテ債權ヲ取得セシムルト同時ニ之ト雙務ノ關係ニ立テテ反對債務ヲ負擔セシムルコトニ存スルトキハ畢竟契約ヲ以テ佛人ニ債務ヲ負擔セシメントスルモノナレハ之ヲ無効ナリト解セサルヘカラス然レトモ(三)第三者ヲシテ負擔セシムル債務カ雙務ノ反對債務タル性質ヲ有セスシテ單ニ負擔タルニ過キサルトキハ此種ノ契約ト雖モ尙有效ナリト認メサルヘカラス(四)又契約自身ヲ以テ債務ヲ負擔セシムルコトヲ

大審院判

セシテ單ニ通常ノ第三者ノ爲メニスル契約ニ附加スルニ「第三者若シ一定ノ義務ヲ負擔スルコトヲ承諾スルニ於テハ」ナル條件ヲ以テスルコトハ毫モ差支ナキカ故ニ此種ノ契約ハ尙之ヲ有效ト見サルヘカラス但シ此場合ニ於テハ其義務ノミハ第三者諾約者間ノ契約ニ因リテ發生スルモノニアラス故ニ此場合ニ於テハ諾約者ノ義務トハ其發生原因ヲ異ニスルモノト云フヘク從ヒテ二者ハ發生ノ點以外ニ於テハ特別段ノ意思表示ナキ限り互ニ双務關係ナキモノト云ハサルヘカラス(法學士末弘兼太郎氏債權各論二一九頁)

五四

九〇五 母カ財産ノ管理ヲ辭シ後見人カ其任務ヲ辭シ親權ヲ行ヒタル父若クハ母カ家ヲ去リ又ハ戶主カ隱居ヲ爲シタルニ因リ後見人ヲ選任スル必要ヲ生シタルトキハ其父母又ハ後見人ハ遲滞ナク親族會ヲ召集シ又ハ其召集ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ要ス

未成年者ノ親權者カ財産管理ノ任ヲ辭シ戶主モ亦直ニ後見人ノ任務ヲ辭シ全然就職セサル場合ニ於テハ必スシモ民法第九〇五條ニ規定セル順位ニ依リ後ニ辭任シタル戶主ヨリ親族會召集ノ申請ヲ爲スコトヲ要セスシテ財産管理ノ任ヲ辭シタル親權者ヨリ其申請ヲ爲スモ之ヲ以テ申請ノ效力ナキモノト謂フヲ得サルモノトス

然レトモ原判決ハ上告人ノ親權者タル武井井けいハ財産管理ノ任ヲ辭シ而シテ戶主タル武井惣左衛門モ亦直ニ後見人ノ任務ヲ辭シテ全然就職セサル事實ヲ認定シタルモノナルヲ以テ斯ル場合ニ於テハ必スシモ民法第九〇五條ニ規定セル順位ニ依リテ後ニ辭任シタル惣左衛門ヨリ親族會召集ノ申請ヲ爲スコトヲ要セス財産管理ノ任ヲ辭シタル親權者ヨリ其申請ヲ爲スモ之ヲ以テ申請ノ效力ナキモノト謂フコトヲ得ス蓋シ民法第九〇五條ノ規定ハ母カ財産管理ヲ辭シ後見人カ其任務ヲ辭シ親權ヲ行ヒタル父若クハ母カ家ヲ去リ又ハ戶主カ隱居ヲ爲シタルニ因リ後見人ヲ選任スル必要ヲ

東京控訴院

【同趣旨判例】

民法第九〇五條ハ必スシモ相次テ辭任シタル者アル場合ニ後順位ノ辭任者ヨリ後見人選定ノ爲メニスル親族會召集申請ヲ爲スヘキモノト限リタル法意ニ非ス(東京控訴大正五年(ホ)第二九二號同七年四月六日民二部判決本書第七卷民訴一六五頁)

五五

七五九 隱居者又ハ家督相續人カ詐欺又ハ強迫ニ因リテ隱居ノ届出ヲ爲シタルトキハ隱居者又ハ家督相續人ハ其詐欺ヲ發見シ又ハ強迫ヲ免レタル時ヨリ一年内ニ隱居ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但シ追認ヲ爲シタルトキハ此限ニ在ラス

東京地方裁判所判

「甲ハ乙家ニ入りタル後同家ノ戶主タラムト企テ當時其戶主タリシ乙ニ對シ七〇歳以上ニ達スレハ法律ノ規定ニヨリ必ス隱居セサル可ラサル旨申欺キ乙ヲシテ右詐欺ニ因リ隱居ノ届出ヲ爲スニ至ラシメタル以上乙ノ隱居ハ全ク甲ノ詐欺ニ因リタルモノト謂ハサル可ラス」

【事實】 被告ハ原告ヲ隱居セシメテ自ラ戶主タラムト企テ原告ノ無智ナルニ乘シ原告ニ對シ戶主カ七十歳以上ニ達スルトキハ法律ノ規定ニヨリ當然隱居セサル可ラサル旨申欺キ因テ原告ヲシテ隱居ノ手續ヲ爲サシメ自ラ戶主ト爲リタルモノナリ然レトモ原告ハ右ノ如キ規定ナシトスレハ全ク隱居ヲ爲スノ意思ナク唯々被告ノ詐欺ニ因リテ隱居ノ届出ヲ爲シタルモノナリ

ルヲ以テ民法七百五十九條ニ依リ之カ取消ヲ求ムル爲メ不訴ニ及ヒタリト陳述シ立證トシテ甲第一號證ヲ提出シテ證人石田庄太郎ノ喚問ヲ求メタリ

〔理由〕被告カ原告ノ二男ニシテ大正七年一月十七日齋藤家ニ入り其法定ノ推定家督相續人ト爲リタルモノナルコト及同年三月十二日當時齋藤家ノ戸主タリシ原告ノ隱居ト共ニ其家督相續ヲ爲シ同家ノ戸主トナリタルコトハ甲第一號證ニ依リ明カナリ仍テ原告ノ隱居ハ被告ノ詐欺ニ基クモノナルヤ否ヤニ付キ案スルニ被告本人訊問ノ結果ニ徴スレハ被告ハ同七年一月十七日齋藤家ニ入りタル後同家ノ戸主タラムト企テ當時其戸主タリシ原告ニ對シ七十歳以上ニ達スレハ法律ノ規定ニヨリ必ス隱居セサル可ラサル旨申欺キタルコト明カニシテ又原告カ被告ノ右詐言ニ因リ隱居ノ届出ヲ爲スニ至リタルモノニシテ右被告ノ虚構ナクシテハ勿論隱居セザリシモノナルコトハ證言石田庄太郎ノ證言ニ依リ之ヲ認メ得ヘキヲ以テ本件隱居ハ全ク被告ノ詐欺ニ因リタルモノナリト謂ハサル可ラス果シテ然ラハ原告ノ本訴請求ハ正當ナリ(東京地方大正七年(夕)第二六八號同八年三月二六日民一部大森裁判長山田奥山各判事判決)

【關係事項】

隱居取消○隱居取消事件○原告齋藤藤藏訴訟代理人辯護士竹村川二被告齋藤茂三治訴訟代理人辯護士太田貢

一部辨濟ノ提供ハ債權者ノ同意ナキ限りハ債務ノ本旨ニ從ヒテ現實ニ爲シタル

- 四一五 債務者カ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
- 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
- 五三三 雙務契約當事者ノ一方ハ相手方カ其債務ノ履行ヲ提供スルマテハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得但相手方ノ債務カ辨濟期ニ在ラサルトキハ此限ニ在ラス
- 五四一 當事者ノ一方カ其債務ヲ履行セザルトキハ相手方ハ相當ノ期間ヲ定メテ其履行ヲ催告シ若シ其期間内ニ履行ナキトハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得
- 五四五第三項 解除權ノ行使ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ケス

提供ト爲ラサルヲ以テ賣主ハ全部辨濟ノ提供ヲ爲ササル限りハ代金ノ支拂ヲ請求スルコトヲ得サルモノトス

契約當事者(商人)カ大正七年二月一〇日ヲ以テ最終納期ト定メタル場合ニ債權者カ債務者ニ對シ同年二月二五日ニ於テ同日ヨリ同月二八日正午迄ノ間ニ生葛城三百反壹反ノ長サ四二碼巾三〇吋ノ物代金合計四四〇〇圓ヲ引渡スヘキ旨ノ催告ヲ爲スト同時ニ右期間内ニ履行ナキトキハ賣買契約ヲ解除スル旨ヲ通知シタルトキハ該契約ハ同月二八日ニ於テ適法ニ解除セラレタルモノトス

當事者雙方毛織物綿布商ナルコト及ヒ被告カ大正六年十二月二十二日原告ニ對シ大正七年二月十日ヲ最終納期ト定メテ生葛城三百反壹反ノ長四十二碼巾三十吋ノ物ヲ一反ニ付キ代價金十四圓八十錢合計金四千四百圓ノ値段ニテ賣渡ス契約ヲ爲シタルコトハ當事者間ニ爭ナキトコトナリ

仍テ先ツ被告主張ノ如ク本件賣買契約ハ大正七年二月十日解除セラレタルモノナリヤ否ヤニ付キ按スルニ賣買契約ニ於テ當事者カ履行ヲ爲サスシテ履行時期ヲ經過シタルニ因リ當然ニ解除ノ效果ヲ生スル場合ハ商法第二百八十七條ニ該當スル場合ニ限ル然ルニ本件賣買契約ニ付テハ當事者間ニ履行ヲ爲サスシテ履行時期ヲ經過シタルトキハ當然ニ解除サルヘキ旨ノ特約アリタリトノ證據ナク及其性質同條ニ規定スル定期行爲ニモアラサルヲ以テ原被告何レニ不履行ノ責アリトスルモ履行期ノ經過ニ因リ當然ニ解除セラレタルモノト看做サルヘキニアラサレハ被告ノ主張ハ到底採用スルヲ得ス故ニ辨濟ノ方法ニ付キ按スルニ證人西野吉藏ノ證言及ヒ成立ニ爭ナキ乙第一號證ヲ綜合スレハ被告ハ本件物品ノ内先ツ四十五反ヲ期限前原告ノ營業所ヘ持參シ代金ノ支拂ヲ求メタルモ原告ニ於テ之カ受領ヲ拒ミタル事實ヲ認メ得ヘシト雖モ

一部辨済ノ提供ハ債權者ノ同意ナキ限りハ債務ノ本旨ニ從ヒテ現實ニ爲シタル提供ト爲ラサルヲ以テ賣主ハ全部辨済ノ提供ヲ爲ササル限りハ代金ノ支拂ヲ請求スルコトヲ得サルモノトス而モ本件賣買ニ於テハ被告ノ一部辨済ノ提供ニ對シ原告ノ力受領ヲ拒ミタルコトハ被告ノ認ムル所ナルヲ以テ被告ハ原告ニ對シ最終納期迄ニ本件物品全部ノ提供ヲ爲ササル限りハ代金支拂ノ請求ヲ爲スコトヲ得サル筋合ナリトス此點ニ付キ被告ハ「最終納期迄ニ原告ヨリ現金ヲ持參シ被告店舗ニ來リ本件物品ノ引渡ヲ受クル」旨ノ原告ノ言ヲ信シ本件物品全部何時ニテモ原告ニ引渡スヘキ様店舗ニ準備シ置キタリト抗辯スルモ之ヲ認ムヘキ證據ナシ然ルニ被告カ本件契約ノ履行期タル大正七年二月十日迄ノ間ニ原告ニ對シ本件物品全部ノ引渡ヲ爲サザリシコトハ被告ノ認ムル所ニシテ而シテ原告カ被告ニ對シ大正七年二月二十五日ヲ以テ相當ノ期間ト認ムヘキ同日ヨリ同月二十八日正午迄ノ間ニ本件物品ヲ引渡スヘキ旨ノ催告ヲ爲スト同時ニ右期間内ニ履行ナキトキハ本件賣買契約ヲ解除スル旨ノ通知ヲ爲シタル事實並ニ右期間内ニ於テ被告カ履行セザリシ事實ハ共ニ被告ノ自白スル所ナルヲ以テ本件賣買契約ハ遂ニ大正七年二月二十八日適法ニ解除セラレタルモノト謂フヘシ然リ而シテ「契約ノ解除ハ契約不履行ニ因ル損害賠償ノ請求ヲ妨ケサルヲ以テ本件契約不履行ノ爲メ原告ニ生シタル損害ハ被告ニ於テ之カ賠償ヲ爲スヘキ義務アルヤ勿論ナリトス仍テ進シテ損害ノ數額ニ付キ按スルニ本件賣買ノ目的物ナル生葛城長四十二碼幅三十吋物ノ大正七年二月廿二日於ケル時價ハ一反拾九圓六十三錢五厘ナリシコトハ證人齋藤年次郎ノ供述ニ依リ認メ得ルトコロニシテ商品ハ當時ノ相場ニテ他ニ轉賣シ得ルチ普通通トナスカ故ニ前記時價ニ依リテ積算シ得タル本件賣買總量三百反ノ價額五千八百九十圓五十錢ト本件約定代金四千四百圓トノ差額金一千四百九十四圓五十錢ハ被告ノ債務不履行ノ爲メニ原告ノ得ヘクシテ而カモ喪ヒタル利益ト見ルヘキモノナルヲ以テ被告ニ於テ之カ賠償ヲ爲ス義務アリト謂ハサルヘカラス三シテ當事者雙方ノ商人ナルコトハ前叙ノ如クナルヲ以テ本件賣買契約ハ之ヲ商行為

ナリト認定スヘク從テ本件損害賠償債務ハ商行為ニ因リテ生シタル債務ニシテ本件訴訟カ大正七年六月一日被告ニ送達アリタルコトハ當裁判所ニ顯著ナル事實ナルヲ以テ其翌日ヨリ本件判決執行濟ニ至ル迄ノ右金額ニ對スル年六分ノ遅延利息ノ請求モ亦之ヲ認容シ爾餘ノ請求ハ之ヲ理由ナシトシテ棄却スヘキモノトス(東京地方大正七年(ワ)第七三〇號同八年四月四日民三部三橋裁判長推野大原各判事判決)

【關係事項】原告勝訴○損害賠償請求事件○原告合資會社浪速商會法律上代理人代表社目瀧波重太郎訴訟代理人辯護士有馬忠三郎外一人被告齋藤賢之助訴訟代理人辯護士久我善四郎外一人

【判旨第一點 一部辨済ノ提供ノ效力ニ關スル參照學說判例】

- 一 債權者ノ提供シタル給付カ債務ノ本旨ニ適スルカ爲メニハ提供ニ係ル給付ハ全部タルコトヲ要シ一部給付ヲ爲スコトヲ得ス(法學博士横田秀雄氏債權總論八八五頁)
- 二 一部辨済ノ提供ハ債權者ノ承諾ナキ限り提供トシテ有效ナラス之ヲ供託スルモ辨済ノ効ヲ生スルモノニアラス(大審院明治四四年一月一六日判決判例彙報第二三卷一〇一頁)
- 三 債務一部辨済ノ受領セサルヘカフサルモノニアラス從テ債務者カ債務ノ一部ヲ供託スルモ債務免脱ノ効力ヲ生セサルカ故ニ請求債權額ヨリ其供託ヲ控除スヘキモノニアラス(東京控訴明治四四年二月二四日判決判例彙報第八卷四九頁)

【判旨第二點 相當期間決定標準ニ關スル參照學說判例】

本卷民法六五頁以下
判旨ハ正當ナリ

(五七)

九五四 被相続人ノ直系卑屬ハ左ノ規定ニ從ヒ遺產相續人ト爲ル

民法施行前ニ於テハ遺產相續ノ開始ノ時家ニ在ル直系卑屬ノミ之カ相續權ヲ有

シ當時既ニ他家ニ在ル者ハ之カ相續權ナカリシモノトス

被告先代原富藏カ原告主張ノ月日死亡シ被告カ右富藏ノ所有ニ係ル本件不動産ヲ遺
産相續シタル事實ハ當事者間爭ナシ面シテ原告ハ右富藏ニ被告姉ノゆき妹よしノ二
子アリシヲ以テ右富藏ノ遺産相續開始ノ結果其相續財產ハ前記三子タル被告ゆきよ
シノ各持分三分ノ一宛ノ共有ニ屬スルヘキモノナリト主張スレトモ前記富藏ノ死亡
シタル時期ハ民法施行前タル明治廿九年九月二日ナル事實ハ當事者間爭ナク從テ右
富藏ノ遺産相續ハ同日開始シ且成立ニ爭無キ乙第一、二證據ニ徵スレハ被告主張ノ如
ク右遺産相續當時既ニ前記ゆきよしハ他家ニ嫁シ居リ右富藏ト家ヲ同フスル直系卑
屬ヲ措テ他ニ無キ事實ヲ認ムルニ充分ニシテ此ノ如キ場合ニ於テハ民法施行前ノ慣
例トシテ右遺産ハ前記富藏ノ家ニ在ル被告ノミ之レヲ相續スヘク當時既ニ他家ニ在
リシ原告兩名ノ母よしニ之カ相續權ナキモノナル事實ニ被告ノ抗辯スルカ如クニシ
テ原告ハ此點ニ關シ明治十九年十一月當時前記富藏ハ其財產ヲ原告兩名ノ母よし等
ニ分配スルノ意思ヲ明示シタリ被告相續人ニ於テ此ノ如ク特ニ其永ク同居セシ子女
ニ其財產ヲ分與スルノ意思ヲ明示シタル場合ニ於テハ民法施行前ノ慣習トシテ其遺
産相續ノ當時他家ニ在ル直系卑屬ト雖モ右遺産ヲ相續スヘキ權利アリトシ原告兩名
ノ母よしニ其相續權アルコトヲ主張スレトモ民法施行前ニ於テ原告主張ノ如キ慣習
ノ存在セサルコトハ當裁判所ニ於テ顯著ナルヲ以テ原告ノ前記主張ハ容ルル能ハス
從テ前記認定ノ如ク原告主張ノ遺産タル本件物件ニ對シテハ原告兩名ノ母よしニ相續
權ナク之レニ基ク原告ノ本件請求ハ失當ナリトス(東京地方大正七年(ワ)第二三八號同年二月二四
日民四部三宅裁判長官内古川各判事判決法律新聞第一五一〇號一五頁)

【關係事項】 棄却〇共有權確認共有物分割所有權移轉登記手續請求事件〇原告田中英雄中村末雄法定代理人中村隆英訴訟代理
人辯護士竹内金太郎平澤均治〇被告原富次郎訴訟代理人辯護士森澤野村文吉

【同趣旨學說】

民法施行前ニ在リテハ家族ノ遺産ハ同一家族團體ニアル卑屬親之ヲ相續ス(法學博士松岡義正氏法學志林第一五卷第三號六五
頁)

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

第三者ヲシテ一定ノ行為ヲ爲サシムヘキコトヲ契約ノ目的ト爲スニ二個ノ場合
アリ其一ハ第三者ニ債務ヲ負擔セシムルコトヲ目的トセス單ニ第三者ヲシテ一
定ノ行為ヲ爲スコトヲ承諾セシムル様盡力スヘキコトヲ約スル場合ニシテ其二
ハ第三者ヲシテ一定ノ行為ヲ爲スヘキ債務ヲ負擔セシムルコトヲ目的トスル場合ニ
ハ第三者ヲシテ一定ノ行為ヲ爲スヘキ債務ヲ負擔セシムルコトヲ目的トスル場
合是ナリ

案スルニ第三者ヲシテ一定ノ行為ヲ爲サシムヘキコトヲ契約ノ目的ト爲スニハ二個
ノ場合アリ其一ハ第三者ニ債務ヲ負擔セシムルコトヲ目的トセス單ニ第三者ヲシテ
一定ノ行為ヲ爲スコトヲ承諾セシムル様盡力スヘキコトヲ約スル場合ニシテ其二
ハ第三者ヲシテ一定ノ行為ヲ爲スヘキ債務ヲ負擔セシムルコトヲ目的トスル場合ニ
ナリ右第一ノ場合ニ於ケル契約ハ不能ノ事項ヲ以テ契約ノ目的ト爲シタルモノニア
ラサルヲ以テ該契約ハ常ニ有效ナリト雖モ第二ノ場合ニ於ケル契約ハ全ク第三者ノ

自由意思内ニ存スル事項ヲ以テ契約ノ目的ト爲スモノニシテ其目的不能ナルカ爲メ該契約ハ常ニ無効ナリ然ルニ今本件ニ於テ原告代理人ノ主張スル所ニ依レハ被告ハ大正七年貳月七日原告ニ對シ訴外大井伊助ヲシテ原告ト一定申立記載ノ家屋ヲ目的トシ貨料壹ヶ月金五圓四拾九錢毎月末日拂トシ貨貸借存續期間ヲ定メサル貨貸借契約ヲ締結セシムヘキ旨約定シタルヲ以テ茲ニ被告ニ對シ原告ト訴外大井伊助トノ間ニ前記ノ貨貸借契約ヲ締結セシムヘキトノ判決ヲ求ムル者ニシテ被告ニ對シ右貨貸借契約ヲ締結セシムル様盡力スヘキコトヲ求ムルモノニ非スト謂フニ在ルヲ以テ原告主張ノ契約カ訴外大井伊助ヲシテ右貨貸借契約ヲ締結スヘキ債務ヲ負擔セシムルコトヲ目的トスルモノナルコト主張其自體ニ於テ明白ナリ而テ斯ル事項ヲ目的トスル契約ノ無効ナルコトハ前段說示スル所ニ依リ自ラ了解シ得ヘキヲ以テ原告ノ右請求ハ失當ナリ從テ右請求ノ正當ナルコト前提トシ始メテ認容セラルヘキ損害賠償ノ請求ノ失當ナルコト固ヨリ論ヲ俟タサル處ナリ(大阪地方大正七年(ロ)第二八六號同年七月二〇日民一部神原裁判長三田高木各判事判決法律新聞第一五一六號二二頁)

【關係事項】 却下○契約履行及損害賠償請求事件○原告齊川福雄訴訟代理人辯護士岩井章文被告森齋次郎訴訟代理人辯護士阿部直藏

【參照判例】

甲カ乙ニ對シテ第三者タル丙ノ自由ヲ強制シ丙ヲシテ滿六個年問乙ノ爲メニ藝妓稼業ニ從事セシメ之ニ因テ生シタル財産上ノ利益ヲ丙ノ意思ニ關係ナク乙ノ所得ト爲サシムル契約ハ第三者タル丙ノ自由ヲ強制シ同人ノ藝妓稼業ヨリ生スル利益ヲ不法ニ領得セントシテ目的トスルモノニシテ公ノ秩序ニ關スル法規ニ違背スル無効ノ契約ナリ謂フ可ク乙ハ其契約ニ因リ甲ニ對シ何等ノ債權ヲ取得スルモノニ非ス從テ丁カ丙ヲ誘拐シタルトスルモノ同人カ乙方ニ於テ事實上藝妓稼業ヲ爲シ居リタルト否トナ問ハス之ニ因テ甲ニ對スル乙ノ債權ヲ侵害スル結果ヲ惹起スヘキ理由ナキモノトス(大審院大正七年(オ)第五一六號同年一月一日民三部判決本書第七卷民法一一七五頁)

甲カ乙ニ對シ第三者タル丙カ乙ト藝妓稼業契約ヲ爲シ六個年問其稼業ニ從事スルコトヲ以テ目的ト爲シタル契約ヲ締結シタルトキ甲ハ第三者タル丙ノ藝妓稼業契約ノ締結及其契約ノ履行ヲ乙ニ對シテ契約シタルコトトナルヲ以テ其契約ハ法律上有效ナリトス

特別事情ノ豫見ハ債務ノ履行期マテニ履行期後ノ事情ヲ前知スルノ謂ニシテ豫見ノ時期ハ履行期マテナリト解スヘキモノトス

【批評判例】 民法第四一六條第二項ニ所謂特別事情ノ豫見ハ債務ノ履行期迄ニ履行期後ノ事情ヲ前知スルノ義ニシテ豫見ノ時期ハ債務ノ履行期迄ナリト解スヘキ債務ノ原因タル契約成立ノ時ヲ標準ト爲スヘキモノニアラス(大審院大正七年八月二七日民一部判決本書第七卷民法九四九頁)

特別事情ノ豫見ハ判旨ノ示ス如ク債務ノ履行期マテニ履行期後ノ事情ヲ前知スルノ謂ニシテ豫見ノ時期ハ履行期マテナリト解スヘキ而シテ豫見主義ヲ採リタル當然ノ結果トシテ常ニ契約成立當時ニ於ケル豫見ナリト斷スルコト能ハサルモノニシテ佛伊及ヒ我舊民法等ノ如ク契約成立ノ時ニ當リ云々ノ明文ナキトキハ反テ廣ク履行期マテニ豫見スルノ義ナリト解スルヲ以テ當レリトスヘシ(法學博士三浦信三氏法學協會雜誌第三七卷第五號九八頁特別事情豫見ノ時期「要領」)

損害ノ原因タル特別事情ヲ豫見シ又ハ豫見スルコトヲ得ヘカリシヤ否ヤヲ決スルノ時期ハ債務成立ノ原因タル事實發生ノ時ト爲ササル可ラス

特別ノ事情ヲ豫見シ又豫見スルコトヲ得ヘカリシヤ否ヤヲ決スルノ時期如何上告人ハ特別事情ノ豫見ハ契約成立ノ時ヲ標準トシテ決スヘキモノナリトノ上告論旨ヲ主張シ原審判決ノ破毀ヲ求ムル申立ヲ爲シタルニ對シ大審院判決ハ特別事情ノ豫見ノ時期ハ債務ノ履行期迄ナリト說示ス餘置ハ本判決ニ贊同スルヲ得ス(一)債務者カ其債務ヲ履行セサルトキハ債權者ニ對シ不履行ノ結果トシテ通常ノ事情ノ下ニ生スヘキ損害ノ外尙特別ノ事情ニ因リテ生スル損害ヲモ賠償スヘキ義務ヲ生ス此後ノ場合ニ

於ケル損害賠償ノ義務ハ當事者ノ意思表示ノ效力トシテ成立スルモノニ非スシテ直接法律ノ規定ニ因リテ生スルモノトス特別事情ニ因リテ生スル損害モ亦通常ノ事情ニ因リテ生スル損害ト同シク特ニ損害ヲ引受クヘキ意思表示ナキ場合ニ於テモ法律ハ債務不履行ノ責任ヲ負フヘキ債務者ニ之カ賠償義務ヲ認ムルモノトス然レモ法律カ此場合ニ特別事情ノ豫見ヲ必要トシタル理由ハ必スシモ明確ナラス然レトモ余輩ノ觀ル所ニ依レハ(イ)債務者カ債務負擔ノ當時特別事情カ豫見スルコトヲ得サリシ爲メ債務ノ負擔ヲ拒絶シ又ハ特別ノ賠償ヲ要求スルノ機會ヲ有セサリシニ拘ハラス尙且特別事情ニ因ル損害ニ付テモ賠償ノ責ヲ免ルルヲ得スト爲スハ債務者ニ對シテ苛酷ニ失ス(ロ)加之何人ト雖モ全然自己ニ過失ナキヲ保シ難キト同様自己ノ債務ニ付キ全然不行ノ事實ナカルヘキコトヲ保スルヲ得サルカ故ニ債務成立ノ當時全然豫見スルコトヲ得サリシ特別事情ニ基ク損害ニ付テモ賠償ヲ要ストセハ債務者ハ萬一不行ノ場合ニハ豫見スルコトヲ得サリシ特別事情ノ生スルカ爲メ如何ニ莫大ナル損害ヲ賠償スルヲ要スルヤニ至ルヤモ計リ難キヲ慮リ容易ニ債務ノ負擔ヲ背セサルヘク從テ之カ爲メ取引ノ自由ト敏活ハ阻害セララルルノ結果ヲ生セサルヲ得ス是レ民法カ不法行為ニ因ル損害賠償ニ付テハ特別ニ制限ヲ設ケサルニ拘ハラス債務不履行ニ因ル損害賠償ニ關シ第四一六條第二項ヲ以テ特別事情ノ豫見ヲ要スト定メタル所以ナリトス然ラハ即チ損害ノ原因タル特別事情ヲ豫見シ又ハ豫見スルコトヲ得ヘカリレヤ否ヤヲ決スルノ時期ハ理論上債務成立ノ原因タル事實發生ノ時ト解セサルヘカラス(ニ)更ニ又實際ノ適用ニ付テ之ヲ覽ルモ特別事情豫見ノ時期ハ債務成立ノ原因タル事實發生ノ時ト爲スニ非サレハ不公平ナル結果ヲ生セサルヲ得スト何トナレハ若シ債務者ニ於テ債務成立後ニ於テ始メテ豫見スルコトヲ得ルニ至リタル特別事情ニ基ク損害ニ付テモ賠償ノ義務ヲ免カルルヲ得ストセハ債權者ハ債務成立後ニ於テ自ら作爲シ又ハ自然ニ生シタル特別事情ヲ單ニ債務者ニ通告スルニヨリ債權者一方ノ意思ニ因リ債務者ノ責任ヲ著シク加重スルヲ得ルコトトナルヲ以テナリ單ニ債權者カ其

後斯ル特別ノ事情ヲ通告スルニ依リ債務者ノ責任カ加重セラレ之等特別ノ損害ニ付テモ債務者ニ賠償ノ義務アリト爲スハ尠クトモ取引ノ通念ニ反スルモノト謂ハサルヘカラス(三)英米ノ判例ハ特別事情ノ豫見ヲ必要トシ且豫見ノ時期ハ債務成立ノ原因タル契約ノ時トナス我民法カ獨乙法ノ主義(獨民二五二)ニ依ラスシテ特別事情ノ豫見ヲ必要トスル主義ヲ採リタルハ佛及英米ノ主義ニ從ヘルモノト謂ハサルヲ得ス然ラハ我民法ノ解釋トシテ債務成立ノ原因タル事實發生ノ時ヲ以テ豫見ヲ決定スルノ標準時トナササルヘカラス(法學博士菅原春二氏民法學論叢第一卷第三號一〇頁「不履行ノ責ヲ負フ債務者カ賠償スヘキ損害ノ原因タル特別事情豫見ノ時期」要領)

【特別事情ノ豫見ノ時期ニ關シ債權成立ノ時トスル參照學說】

當事者カ特別ノ事情ヲ豫見シ又ハ豫見スヘカリシトキト如何ナル時期ニ付テ云フカ債務ノ發生期ニ付テ云フカ或ハ其ノ履行期ニ付テ云フカハ法文上明カナラス損害賠償ノ責任ハ債務ノ不履行ニヨリテ生スルモノナレハ其責任ノ範圍ハ不履行ノ當時即チ債務ノ履行期ニ定マルモノト解スヘキカ如シ然レトモ損害賠償ノ責任ノ範圍ヲ定ムルハ即チ債權ノ效力ヲ限定スルコトニ均シキモノナレハ損害賠償ノ責任ノ範圍即チ債權ノ效力ハ寧ろ債務ノ發生期ニ定マルモノトスルヲ適當ナリトセン殊ニ契約ニヨリテ發生セシ債務ノ如キハモト當事者ノ意思ニ基クモノナレハ債務ノ效力ハ契約ノ當時ニ定マリ不履行ニヨリテ生スル賠償責任ノ範圍モ亦契約ノトキニ定マリシモノト解スルヲ至當ナリト信ス(法學博士土方寧氏債權法上卷大正六年東京帝國大學講義錄二二六頁)

【同上ニ關シ債務不履行ノ時迄トスル參照學說】

一 四一六條三項ノ所謂「豫見」トハ債權發生ノ時ニ付テ言フニ非スシテ債務者カ不履行者ト爲ル際ニ付テ云ヘルモノナリ(法學博士梅澤次郎氏民法債權第一章大正二年法政大學講義錄二一九頁)
 二 豫見シタルコト又ハ豫見シ得ヘカリシコトカ賠償責任ノ原因タル行為ノ當時ニ於テ存スルコトヲ要ス賠償責任ノ原因タル債務不履行ノ責任ヲ生シタルトキヨリ現實ノ履行ヲ爲スマナ即債務者ノ遲滞ニアル間繼續ス故ニ豫見シタルコト若クハ豫見シ得ヘキコトカ此時期ノ間ニ存シタル場合ニ非サレハ賠償ノ責任ヲ生セス(法學博士平沼麒一郎氏債權法總則早稻田大學講義錄一〇六)
 三 債務者カ損害ノ生スヘキ特別ノ事情ヲ豫見シ又ハ豫見シ得ヘカリシヤハ何レノ時ヲ標準トシテ之ヲ定ムヘキヤノ問題ニ關シテハ債務不履行ノ當時ニ於ケル債務者ノ意思ノ狀態ニ基キテ之ヲ定ムルコトヲ要ス(法學博士横田秀雄氏債權總論第一三版)

土方博士

梅博士

平沼博士

横田博士

川名博士

鈴木博士

石坂博士

鳩山博士

磯谷博士

飯島博士

修正案理由書

三四四頁

四 特別ノ事情ト債務者ノ不履行ト併存シタルカ爲メ害ノ生シタル場合ニ於テ債務者カ其特別ノ事情ヲ豫見シ又ハ豫見スルヲ得ヘカリシトキハ債務者カ契約ノ成立ニ際シ又ハ債務發生ノ原因タル其他ノ事實ノ生スルニ際シテ其事情ヲ豫見シ又ハ豫見スルヲ得ヘカリシトキハ債務者ノ履行ヲ爲ス可キ時ニ當テ之ヲ豫見シ又ハ豫見スルヲ得ヘカリシトキハ依リテ區別ヲ生スコトナシ(法學博士松波仁一郎仁井田益太郎仁保龜松氏帝國民法正解一五一頁)

五 特別ノ事情ヲ豫見シ又ハ豫見スルコトヲ得ヘカリシトキハ債務不履行マテノ時ニ於テ之ヲ決スヘシ其時マテニ豫見シタルカ又ハ豫見スルコトヲ得ヘカリシトキハ特別ノ事情ニヨリテ生スル損害ハ其事情カ債務不履行後ニ生シタル場合ト雖モ其損害ト不履行トノ間ニ因果關係ヲ有ス(法學博士川名兼四郎氏債權法要論一九五頁)

六 不履行ノ當時トハ履行時期ノ當時ノミナラズモ履行時期ノ狀態ニ在ル間ヲモ云フモノトス(法學博士鈴木喜三郎氏民法要論三七頁)

七 債務者ノ特別ノ事情ヲ豫見シタルヤ又ハ豫見シ得ヘカリシヤ否ヤヲ定ムルハ債務不履行ノ當時ニ於ケル債務者ノ意思ノ狀態ニ在リ故ニ債務成立ノ當時ニ於テ知ラサルモ不履行ノ當時ニ於テ知ル時ハ特別損害ヲ賠償スヘキモノトス(同上三七頁)

八 豫見ハ必シモ債權發生ノ時タルヲ要セス不履行ニ至ルマテ豫見シ又ハ豫見スルコトヲ得ヘカリシヲ以テ足ル(法學博士石坂晋四郎氏日本民法第三編債權總論上卷合本三一五頁)

九 豫見云云ノ時期ニ付テハ債權成立ノ時ト解スルモ不履行ノ時ト解スルモ正シトス(法學博士鳩山秀夫氏日本債權法總論六五頁)

一〇 債務者カ豫見シ又ハ豫見シ得ヘカリシヤ否ヤハ債權發生當時ニ於テ定ムヘキヤ又ハ債務不履行ノ時期ニ至ルマテノ間ニ於テ其特別事情ノ存スルコトヲ知ルヲ以テ足ルヤト云フニ余ハ債權發生ノ當時ニ於テ豫見セサルモ其以後債務不履行ノ時期ニ至ルマテノ間ニ於テ之ヲ知ルニ於テハ債務者ハ賠償ノ責任ヲ負ハサルコトヲ信ス(法學博士磯谷幸次郎氏債權法論上卷四四〇頁)

一〇 豫見シ又ハ豫見シ得ヘカリシト云フハ債務ノ履行ノ當時ノ狀態ヲ標準トシテ之ヲ決スヘキモノナリトス(法學博士飯島喬平氏民法要論初版五一三頁)

一一 既成法典ハ豫見ナルコトハ之ヲ合意ノ當時ニ於テ定メタリト雖モ頗ル狭キニ失スルモノニシテ豫見ノ事實ハ獨リ損害其モノニ止マラス又合意ノ當時ニ限ラスシテ合意後ニ於テ之ヲ豫見シ又ハ豫見シ得ヘカリシトキト雖モ損害賠償ノ責任スルハ當然ナリ(民法修正案理由書債權一八頁)

所謂特別事情ノ豫見ハ何時迄ニ存スルコトヲ要スルカニ付テハ說ノ岐ルル所ニシテ吾國通說ハ債務不履行ノ時迄ニ存スルヲ以テ足ルト爲ス然ルニ菅原博士ハ

此通說ニ反シ債務成立ノ原因タル事實發生ノ時ヲ以テ決スヘキモノナリト主張セラル其論據トスル所主トシテ債務者保護ノ點ニ着眼セラレタルモノノ如シト雖モ未タ一般學者ヲシテ反省セシムヘキ論據アルヲ見サルノミナラス損害賠償ノ成立ニ關スル理論及ヒ債權ノ效力ノ發展性ヲ認ムル現時ノ法律解釋ヨリスルモ又債權者保護ノ點ヨリスルモ到底賛同スルヲ得ス吾人ハ通說ニ從ヒ三浦博士ノ論旨ヲ以テ正當ナリト信ス(第七卷民法九五頁)

六〇

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ナキトキハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得

催告ヲ解スルモ如何ナル債務ニ對スル催告ナルカヲ知ルコト能ハス又其意味不明瞭ナルトキハ其催告ハ無効トス
取引ノ慣習ニ從ヒテ催告ヲ解釋スレハ如何ナル債務ニ對スル催告ナルカヲ知り得ル場合ニハ假令催告ノ内容ト其債務ノ内容トノ間ニ多少ノ差異アルモ必スシモ無効ナラス

三浦博士

大審院大正七年七月三日民三部判決本書第七卷七九六頁

判決ハ法律又ハ契約ニ依リテ定マレル債務履行ノ場所ト異ル場所ヲ履行ノ場所ニ指定シテ爲サレタル催告ハ無効ナリト斷スルモ内容不備ノ催告ノ效力ハ場合ノ如何ニ依リテ異ナル若シ催告ヲ解釋スルモ如何ナル債務ニ對スル催告ナルカヲ知ルコト能

石坂博士

鳩山博士

末弘學士

東京控訴院

ハス其意味不明瞭ナルトキハ催告ハ無効ナリ之ニ反シテ取引ノ慣習ニ從ヒテ催告ヲ解釋スレハ如何ナル債務ニ對スル催告ナルカヲ知ル事ヲ得ル場合ニハ假令催告ノ内容ト其債務ノ内容トノ間ニ多少ノ差異アルモ催告ハ必スシモ無効ナラス其有效無効ハ更ニ各場合ノ事情ノ如何ニ依リテ決セラルヘキモノトス即チ(一)此場合ニ債務者カ催告ノ内容ニ適合セル給付ニアラサレハ之ヲ受領セサルノ意思ヲ以テ履行カ請求セラレタリト解釋セララルル債務ノ内容ト異ナレル内容ノ催告ヲ爲シタルコトノ證明アルトキハ催告ハ無効ナリ(二)債務者カ正確ナル催告ヲ受ケタルモ給付ヲ爲ササルヘシト推定シ得ル事情存スルトキハ假令催告ノ内容カ債務ノ内容ト一致セサル所アルモ催告ハ有效ナリト爲ササルヲ得ス(三)催告ノ内容ト債務ノ内容トノ間ニ差異アルモ債務者カ其催告ニ應ジテ其債務ヲ履行スヘキコトカ取引ノ慣習又ハ信義ニ適スト見ラレル場合ニハ催告ハ有效ナリト爲サルヘカラス以上述ヘタル所ハ民法第二一二條第二項ノ附連帶ノ爲メノ催告ニ全部之ヲ適用スルコトヲ得(法學博士暉道文藝氏法學論叢第一卷第一號一二七頁)支拂ノ場所ヲ變更シテ爲サレタル履行催告ノ效力(要領)

【催告ノ内容不備ニ關スル參照學說判例】

- 一 催告ニ依リ債務者カ履行ノ場所ニ於テ履行ヲ爲スヘキコトヲ請求スルコトヲ要ス他ノ場所ニ於テ履行ヲ爲スヘキコトヲ請求スルトキハ催告ハ無効ナリ然レトモ債務者カ他ノ場所ニ於テ履行ヲ爲スヘキコトヲ催告スルモ事情ニ依リ債務者ハ必スシモ其場所ニ於テ履行ヲ受ケルコトヲ要スルコトナスノ意思ヲ有スルコトヲ認メ得ヘキ場合ニハ催告ハ有效ナリト解ス(法學博士石坂四郎氏日本民法債權上四七九頁)
- 二 催告ノ内容ト當該ノ債務トノ間ニ多少ノ差異ノ存シタル場合ニ於テ有效ナル催告アリヤハ各個ノ場合ニ付テ之ヲ決スヘシ具體の場合ニ於テ其債務ノ意味セルモノト客觀的ニ推斷シ得ヘキ場合ニ於テノミ有效ナル催告ト爲スコトヲ得(法學博士鳩山秀夫氏日本債權法總論一六六頁)
- 三 催告ノ内容ハ之ニ依リテ請求スル債務ノ内容ト符合スルコトヲ要ス但シ其一部カ符合セサルモ爲メニ請求ノ目的タル債權ノ同一性ヲ認認セシムルノ虞ナキニ於テハ尚ホ之ヲ以テ有效ナル催告ナリト爲ササルヘカラス(法學士末弘學士末弘氏債權各論二四七頁)
- 四 履行催告中ノ一部ニ不穩當ノ廉アルモ之レカタメ其催告ヲ無効トシ契約解除ノ原因タラスト云フヲ得ス(東京控訴院明治四

四年一月二五日判決判例彙報第八卷六五頁)

五 契約解除ノ前提トシテ爲スヘキ債務履行ノ催告ハ債務ノ不履行アル場合ニ之レカ履行ヲ促ス目的ニ出ツルヲ以テ苟クモ債務者ニ不履行ノ事實アリテ其債務ニ關スル履行ノ催告ナルコトヲ認メ得ヘキ場合ニ於テハ假令當事者間ニ債務額ニ爭ヒアルカ爲メ多少實際ニ即ハサル數額ニ付キ支拂ヲ求メタリトスルモ此ノ一事ヲ以テ直チニ其催告ハ不合法ニシテ法律上ノ效力ナキモノト云フヲ得ス(同上明治四四年第一二七號判決法律新聞七五五號二二頁)

六 契約履行ノ催告ハ契約ノ趣旨ヲ超過シタルカ爲メ常ニ無効トナルモノニアラスト雖モ相手方ニ於テ其負擔セル債務ノ履行ヲ以テシテハ催告者カ之ヲ受領セサルヘキコト明カナル場合ニアリテハ其催告ハ契約解除ノ前提要件トシテ效力ヲ有スルモノニ非ス(同上明治四二年(ホ)第五四一號同三月一二日判決法律新聞六四〇號一三頁)

論旨第一點ハ正當ナリ論旨第二點亦概ネ妥當ノ見解ナリト信ス蓋シ契約解除ノ前提トシテ爲スヘキ債務履行ノ催告ハ債務不履行アル場合ニ之カ履行ヲ促ス目的ニ出ツルモノナレハ該催告ノ内容ハ債務ノ内容ニ適合スルニ非サレハ催告ハ其效無キモノト謂ハサル可ラス然レトモ該催告ノ内容ト債務ノ内容トノ間ニ多少ノ差異ノ存スル場合ヲ以テ之亦當然無効ナリト謂フヲ得ス斯ル場合ニハ取引ノ一般通念又ハ慣習ニ從ヒ債務者カ其催告ニ應ジテ其債務ヲ履行スヘキ意思アリト推斷スヘキ場合ニハ催告ハ有效ナリト解セサル可ラス博士所論本文(二)ノ場合ハ多少疑問ニシテ尙ホ研究ヲ要スル問題ナリト信ス

(六一)

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催告スルヲ以テ足ル

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

五八三 賣主ハ期間内ニ代金及ヒ契約ノ費用ヲ提供スルニ非サレハ買戻ヲ爲スコトヲ得ス
買戻代金及ヒ契約費用ノ提供ハ買戻權行使ノ要件ナルカ故ニ其給付ノ提供ハ縱
令嚴正ナル意味ニ於テ辨濟ノ提供ニハアラストスルモ之ニ辨濟提供ニ關スル民
法第四九三條ノ規定ヲ類推適用スルヲ正當トス

買戻代金及ヒ契約費用ノ提供ハ買戻權行使ノ要件ニシテ買戻權行使ノ結果ニアラス
隨テ此給付ノ提供ヲ以テ債務辨濟ノ提供ナリト解スルハ理論上不當ナリ從テ民法第
四九三條ハ其當然ノ適用ナキモノト言フヘク原審判決モ一理ナキニアラス然レトモ
余ハ結果ニ於テ大審院ノ判決ヲ正當ナリト信ス蓋シ買戻代金ノ提供ハ買戻權行使ノ
要件ニシテ買戻ノ效果發生シタル債務ノ辨濟ニアラサルコト上述ノ如シト雖モ法典
カ買戻代金ノ提供ヲ以テ買戻權行使ノ要件トナシタルハ買戻權行使ノ結果發生スヘ
キ原狀回復義務ニ付テ買主保護ノ爲メニ豫メ其提供ヲ爲スコトヲ必要トシタルニ外
ナラサルコト明ナルカ故ニ其給付ノ提供ハ縱令嚴正ナル意味ニ於テ辨濟ノ提供ニハ
アラストスルモ之ニ辨濟提供ニ關スル民法第四九三條ノ規定ヲ類推適用スルヲ正當
トスルカ故ナリ(法學博士鳩山秀夫氏法學協會雜誌第三七卷第四號一一八頁買戻權ノ行使ト民法第四九三條適用ノ
要領)

大審院判
民法第五八三條ハ辨濟ノ提供ニ關スル民法第四九三條ノ適用ヲ除外スルモノニ
非サレハ買主ニ於テ豫メ買戻代金及ヒ契約ノ費用ノ受領ヲ拒絶スルノ意思ヲ表
示シタルトキハ賣主ハ買戻權ヲ實行スルニ付キ現實ニ代金竝ニ契約ノ費用ヲ提
供スルコトヲ要セス其辨濟準備トシテ認ムルニ足ルヘキ行為ヲ爲シタルコトヲ
買主ニ通知シテ其受領ヲ催告スルヲ以テ足ルモノトス

【關係事項】 破毀差戻○原審大坂控訴院○不動産買戻請求事件○上告人向山香吉訴訟代理人辯護士牧野充安○被上告人吉川
政次郎訴訟代理人辯護士大森保國
買戻ノ意思表示ハ原則トシテ賣買代金及契約ノ費用ヲ現實ニ提供シテ之ヲ爲ス
ヲ要シ單ニ其辨濟準備ノ通知並ニ之カ受領ノ催告ヲ爲スコトノミヲ以テ法律上
現實ノ提供ト同一效果ヲ生セシメ得ヘキ場合ハ例外トシテ唯債權者タル買主カ
豫メ債務ノ本旨ニ適合スル辨濟ノ受領ヲ拒ミ又ハ債務ノ履行ニ付キ債權者タル
買主ノ行為ヲ要スルトキニ限ルモノトス

按スルニ賣主カ買戻ヲ爲スニハ買戻期間内ニ賣買代金及ヒ契約ノ費用ヲ提供スルコ
トヲ要スルハ民法第五八三條ノ規定スル所ナレトモ同法文ハ辨濟ノ提供ニ關スル民
法第四九三條ノ適用ヲ除外スルモノニ非サルハ言ナク依テ依テ所ナレトキハ買主
ニ於テ豫メ買戻代金及契約ノ費用ノ受領ヲ拒絶スルノ意思ヲ表示シタルトキハ賣主
ハ買戻權ヲ實行スルニ付キ現實ニ右代金並ニ契約ノ費用ヲ提供スルコトヲ要セス其
辨濟ノ準備トシテ認ムルニ足ルヘキ行為ヲ爲シタルコトヲ買主ニ通知シテ其受領ヲ
催告スルヲ以テ足ルモノトス然ルニ原判決ハ賣主タル上告人ニ於テ買主タル被上告
人カ豫メ買戻代金及契約費用ノ受領ヲ拒ミタルヲ以テ買戻期限内ニ代金及契約ノ費
用ヲ奈良支金庫ニ供託シ其受領ヲ催告シタル旨ヲ主張シタルニ對シ「現實提供ハ買戻
權行使ノ要件ナリ(中略)假令斯クノ如キ事實存在スルトモ供託ハ提供ニ非ス又豫メ買
戻人カ受領拒絶ヲ爲スコトハ買戻人ノ現實提供ヲ必要ナラシムルモノニ非サルノ
ミナラス供託金ノ受領ノ申入ハ現實提供ト爲ルモノニアラサレハ斯ル事實ニ據テ控
訴人ハ買戻權ヲ適法ニ行使シタルト謂フヲ得ス」ト判示シタルハ失當ニシテ破毀ヲ免
レス(大審院大正七年(オ)第六五二號同年一月一日民二部馬場裁判長田上磯谷鈴木三宅各判事判決)

本件ニ於テ被控訴人カ大正二年七月十日控訴人藤重ヨリ保爭宅地並ニ建物ヲ買受ケ其買契約ト同時藤重ヨリ被控訴方ニ於テ代金七千三十三圓及月二十四圓割ノ損害金ヲ支拂フトキハ大正三年六月末日迄ノ間ニ買戻シヲ爲スコトヲ得ヘキ旨ノ特約ヲ爲シタルコトハ當事者間ニ爭ナク又控訴人源太郎訴外井手乙松及同古賀モリカ大正二年十二月中控訴人藤重ヨリ當該不動産ノ買戻權ヲ讓受ケ大正三年六月藤重ヨリ被控訴人ニ對シ右讓渡ノ通知ヲ爲シタルコトハ甲第二號契約書ノ記載並甲第六、七、八號證各調書ニ錄取セラレタル柴原勝次郎、古賀モリ、及井手乙松ノ供述中斯點ニ關スル部分ヲ綜合シテ之ヲ認容スルヲ得ヘシ因テ本件買契約ハ大正三年六月二十九日右買戻權ノ行使ニ因リテ解除セラレタルモノナリヤ否ヤヲ審究スルニ右買戻權者カ被控訴人ニ對シ現實ニ其代金及契約費用ノ提供ヲ爲サザリシコトハ控訴代理人ノ自認スル所而シテ同代理人ハ該買戻權ノ讓受人タル前示三名ハ何レモ大正三年六月二十九日買戻代金及契約費用ヲ準備スルト同時ニ被控訴人ニ對シ之ヲ受領レタル上所轄登記所ニ出頭シテ買戻ニ因ル登記手續ヲ爲スヘキコトヲ要求シタルモ被控訴人ニ於テ之ヲ拒絕シタルニヨリ更ニ同日書面ニ依リ買戻代金及契約ノ費用ノ支拂ハ何時ニテモ之ヲ爲スニ付キ其受領ヲ爲シタル上同月三十日午後一時ヲ期シ前述ノ如ク登記所ニ出頭シテ登記手續ヲ爲スヘキコトノ催告ニ及ヒ以テ買戻ノ意思表示ヲ了シタル旨主張スレトモ(一)元來買戻ノ意思表示ハ原則トシテ買戻代金及契約ノ費用ヲ現實ニ提供シテ之ヲ爲スヲ要シ單ニ其辦濟準備ノ通知並之カ受領ノ催告ヲ爲スハトノミヲ以テ法律上現實ノ提供ト同一ノ效果ヲ生セシメ得ヘキ場合ハ例外トシテ唯債權者タル買主カ豫メ債務ノ本旨ニ適合スル辦濟ノ受領ヲ拒ミ又ハ債務ノ履行ニ付キ債權者タル買主ノ行為ヲ要スルトキニ限ルト解スヘキコトハ民法第五七九條第五八三條並第四九三條ノ規定上毫モ疑ヲ容レサル所ナリ然ルニ買主カ未タ有效ナル買戻ノ意思表示ニ因リテ登記義務ヲ負擔スルコトナキ以前ニ於テ買戻權者タル前示三名ヨリ被控訴人ニ對シ買戻代金並ニ契約費用ヲ受領ノ上登記手續ヲ爲サンコトヲ要求スルカ如

キハ之ヲ以テ本件買戻ニ關スル債務ノ本旨ニ適合スル辦濟ヲ爲スモノトハ認メ難ク隨テ縱令控訴代理人主張ノ如ク被控訴人ニ於テ斯ル要求ヲ拒絕シタル事實アリタレハトテ未タ直ニ債權者(被控訴人)カ豫メ債務ノ本旨ニ適合スル辦濟ノ受領ヲ拒ミタルモノトナスヲ得サルノミナラス當該買戻ノ爲メ債務者(買戻權者)ノ爲スヘキ債務ノ履行即チ代金及損害金ノ返還ニ付テハ何等債權者ノ行為ヲ必要トセサルコトモ亦前述約旨ニ參照スレハ極メテ明瞭ナルカ故ニ係爭買戻ノ爲メ現實ノ提供ヲ爲サザリシコトニ爭ナキ本件ニ在リテハ假リニ控訴代理人主張ノ如キ意思表示アリタリトスルモ其意思表示ハ之ヲ適正ナラサレモト論定スルノ外ナキコトハ前段說明ノ法理ニ就キテ之ヲ了解スヘク控訴代理人舉出ノ證據方法ニ依リテハ之ニ反スル認定ヲ生セス故ニ本件不動産ノ買戻ニ付キ大正三年六月二十九日買戻カ有效ニ行ハレタル事實ハ到底之ヲ肯定スルニ由ナキモノトス(長崎控訴院大正七年(ア)第一八四號同年一月二十四日民部各岡裁判長中根駒田各判事判決法律新聞第一五一五號二二頁)

【關係事項】 控訴棄却○所有權移轉登記手續請求事件○控訴人田川藤重外一人訴訟代理人辯護士光村義忠齋藤巖○被控訴人臨山タカ訴訟代理人辯護士白田正胤石橋友吉

【買戻權行使ニ關スル參照學說判例】

- 一 本條ハ雙方ノ爲メニ最モ公平ナル規定ヲ設ケ賣主ハ代金及ヒ契約ノ費用ヲ提供スルニ非サレハ買戻ヲ爲スコトヲ得サルモノトセリ(法學博士梅謙次郎氏民法要義債權五六四頁)
- 二 買戻ハ單純ナル意思ノ表示ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ス其意思表示ハ常ニ必ラス買戻ノ期間内ニ之ヲ爲スコトヲ要スルハ勿論賣主ノ義務ニ屬スル代金及契約ノ費用ヲ提供シテ之ヲ爲スコトヲ必要トス從テ此要件ヲ缺ケル買戻ノ意思表示ハ買契約ヲ解除スルノ效力ヲ生セサルモノトス(法學博士横田秀雄氏債權各論四〇三頁)
- 三 賣主ニ於テ買戻ノ要求ヲ爲スニハ先ツ買戻期間内ニ此金額ヲ準備シ之ヲ提供セサルヘカラス若シ之カ提供ヲ爲サスシテ買戻ノ要求ヲ爲シ其意思ヲ發表スルモ何等ノ效力ヲ有セザルナリ故ニ提供ヲ爲サスシテ買戻ヲ申入ルルモ買主ハ之ヲ拒ムノ權利ヲ有スヘシ(法學博士仁井田益太郎氏同仁保龜松氏同松渡仁一郎氏民法正解債權一〇四六頁)
- 四 買戻ハ前段ノ期間内ニ買主カ拂ヒタル代金及ヒ契約ノ費用ヲ提供スルニアラザレハ之ヲ爲スコトヲ得ス(法學士嘉山幹一

氏債權各論明治三十四年日大講一八三頁)
 五 賣主ハ代金及費用ヲ提供スルコトヲ要スルノミ之ヲ引渡スコトモ要セス(法學士仲學大氏契約各論京都法政講一七〇頁)
 六 買戻ニ付特別ノ條件アリ即チ賣主カ買戻ヲ爲スニ當リテハ其意思表示ヲ爲スノ外買主ニ返還スヘキ代金(利息ヲ含ム)及契約ノ費用ヲ期間内ニ提供スルコトヲ要ス(法學士村上恭一氏債權各論四七九頁)
 七 (一)其意思表示ハ必ス上述セル買戻期間内ニ相手方ニ到達スルヲ要スヘク又(二)必ス買戻期間内ニ代金及契約ノ費用ヲ解除ノ相手方ニ提供スルヲ要ス(法學士末弘太郎氏債權各論四六七頁)
 八 不動産ノ買戻ハ買主カ拂ヒタル代金及契約ノ費用ヲ賣主ヨリ返還シテ賣買ノ解除ヲ爲スモノニシテ賣主ハ契約期間内ニ其代金及契約ノ費用ヲ提供スルニ非サレハ買戻ヲ爲スコトヲ得サルヲ通例トス(大審院明治四三年(オ)第四二號同年五月二三日判決・民錄第一六輯四一八頁)
 九 買戻特約附不動産ノ買主カ其賣買解除ノ意思表示ヲ爲スニハ之レト同時ニ其代金及ヒ契約費用ヲ現實ニ提供スルノ義務アリ(同上明治三五年(オ)第一二三號同年四月二三日判決・民錄第八輯第四卷八三頁)
 一〇 買戻特約ヲ爲シタル買戻權利者カ買戻義務者ノ未成年者ナル家督相續人ニ對シ買戻特約ノ履行ヲ求ムルニハ單ニ民法五七九條五四〇條ニ依リ該契約期間内ニ代金費用ヲ返還シテ右賣買解除ノ一方ノ意思表示ヲ爲スヲ以テ足リ何等相續人タル未成年者ノ爲其親族會ノ同意ヲ求ムヘキ必要ナキモノトス蓋相續人ハ相續開始ト共ニ被相續人ノ爲シタル契約ニ關シテハ當然其效果ヲ負擔スヘク親族會ノ同意不同意ハ毫モ其權利義務ニ消長ヲ來スヘキ者ニアラス而シテ民法八八六條三號ハ新ニ法律行爲ヲ爲ストキニ限り既定ノ契約履行ノ場合ヲ包含スル者ニ非サレハナリ(前橋地方大正三年(オ)第七〇號同年三月一六日判決法律新聞第九三五號二五頁)

買主カ豫メ買戻代金及ヒ契約ノ費用ノ受領ヲ拒絕スルノ意思ヲ表示シタルトキニ於テモ尙ホ賣主ハ買戻權ヲ實行スルニ付キ現實ニ代金並ニ契約ノ費用ヲ提供スルコトヲ要スルカ長崎控訴院ハ例外トシテ其辨濟準備ノ通知並ニ之カ受領ノ催告ヲ爲スコトノミヲ以テ足ルコト民法第五七九條第五八三條並第四九三條ノ規定上毫モ疑ヲ容レスト爲シ大審院ハ民法第五八三條ハ辨濟ノ提供ニ關スル民法第四九三條ノ適用ヲ除外スルモノニ非スト爲シ之レト同一見解ヲ採ル蓋シ民法第五七九條第五八三條ニ依レハ買戻權ヲ行使スルニ當リテハ必ス現實ニ代金及

ヒ契約ノ費用ヲ提供シテ爲スコトヲ要スルカ故ニ此點ニ就テ本條ハ辨濟ノ提供ニ關スル一般規定民法第四九三條ノ特別ヲ爲スモノト言ハサル可ラス然レトモ斯ク嚴正ニ解センカ實際ノ要ハ得テ望ム可ラス若シ夫レ此不都合ヲ避ケント欲セハ博士所論ノ如ク民法第四九三條ノ規定ヲ類推適用シ前二判決ト同一論結ヲ採ルノ外ナカルヘク吾人亦其歸結ニ贊同セント欲ス

六二

四六六 債權ハ之ヲ讓渡スルコトヲ得但其性質力之ヲ許ササルトキハ此限ニ在ラス
 前項ノ規定ハ當事者カ反對ノ意思ヲ表示シタル場合ニハ之ヲ適用セズ但其意思表示ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

四六七 指名債權ノ讓渡ハ讓渡人カ之ヲ債務者ニ通知シ又ハ債務者カ之ヲ承諾スルニ非サレハ之ヲ以テ債務者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

指名債權ニ付キテ讓渡契約アリノルトキハ契約當事者間ニ於テハ讓受人ハ特約ナキ限り契約ト同時ニ其債權ヲ取得スト雖モ之ヲ以テ債務者其他ノ第三者ニ對抗スルニハ民法第四六七條所定ノ手續ヲ履踐セサルヘカラス
 民法第四六七條ハ讓受人カ其債權ヲ債務者ニ對抗スルニハ讓渡人ヨリ債務者ニ對シ債權讓渡ノ事實ヲ通知シ又ハ債務者カ之ヲ承諾シタルコトヲ要シ更ニ其債權ヲ債務者以外ノ第三者ニ對抗スルニハ叙上ノ通知又ハ承諾カ確定日附アル證書ニ依リ行ハルルコトヲ要スル旨ヲ規定シタルモノトス

指名債權者カ其債權ヲ第三者ニ讓渡シ債務者ニ對スル債權讓渡ノ通知又ハ其承諾力確定日附アル證書ニ依ラスシテ行ハレタル後更ニ同一債權ヲ他ノ第三者ニ讓渡シ確定日附アル證書ヲ以テ債權讓渡ノ事實ヲ債務者ニ通知シタルトキハ第二ノ讓受人ハ民法第四六七條第二項ノ規定ニ依リ爾後其債權ヲ以テ第一ノ讓受人ニ對抗スルコトヲ得ヘク其結果トシテ第一ノ讓受人ハ其債權ヲ債務者ニ對抗スルヲ得スシテ其一旦取得シタル債權ヲ取得セサルコトト爲リ第二ノ讓受人ハ唯一ノ債權者ト爲ルニ至ルモノトス

民法第四六七條第二項ノ立法ノ趣旨ハ債權讓渡ノ場合ニ於テ債務者其他ノ利害關係人カ共謀シテ其通知又ハ承諾ヲ爲シタル日時ヲ遡ラシメ以テ第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ豫防センカ爲メニ確定日附アル證書ニ依ル通知又ハ承諾ヲ以テ權利優劣ノ標準ト爲シタルモノトス

第二ノ債權讓渡ニ付キ確定日附アル證書ヲ以テ通知ヲ爲シタル以前ニ於テ債務者カ第一ノ讓受人ニ對シテ爲シタル辨濟ノ有效ナルハ勿論ナレトモ尙其債權力殘存スル場合ニ於テハ債務者ハ第二ノ讓受人ニ對シテ之ヲ辨濟セサルヘカラス

【上告理由】 (一) 原判決ハ其理由説明ニ於テ(前略)確定日附アル證書ヲ以テ爲サレタルモノニアラスト雖モ榮三郎カ被控訴人ニ對シ該債權ヲ讓渡シタル旨ヲ控訴人ニ通知スル以前ニ於テ行ハレタルモノナラシメ以テ被控訴人ノ讓受當時ニ於テハ既ニ榮三郎該債權ハ政吉ニ移轉シ居タル筋合ニシテ控訴人ハ其移轉ヲ以テ第三者タル被控訴人ニ對抗シ得ヘキモノナレハ後ニ榮三郎カ確定日附アル證書ヲ以テ被控訴人ニ對スル讓渡ト控訴人ニ通知シタルハトテ被控訴人ヨリ(中略)控訴人ニ對シ前債權ノ移轉ヲ否認シ得ヘキモノニ非サルヲ洵ニ明白ニシテ云々ト判示シタリ然レトモ民法第四六七條ノ對抗條件ハ債權讓渡

渡ノ對外的效力發生ノ要件ニ關スル規定ナルコト同條ニ債務者及其以外ノ第三者ナル文句アリテ債權讓渡當事者ヲ除ク一切ノ者ヲ包含セルニヨリテ知ル可ク從テ此ノ條件ヲ完全ニ具備スルニ非サレハ債權移轉ノ法果ヲ生シタリトテモ讓渡契約ノ當事者以外ノ者ニ對シ其效力ナキモノト解セザル可カラズ原判決ノ判示ニ依レハ榮三郎ヨリ政吉ニ對スル債權移轉ハ確定日附ノ證書ニ依ラスシテ承諾セラレタルモノナレハ債務者タル被控訴人以外ノ第三者ニ對シテ對抗ノ效力ナキコト民法第四六七條第二項ノ規定ニ依ル所ニシテ債權讓渡ノ對外的效力發生條件ハ未ダ絕對完備ナラサルヲ以テ控訴人モ亦第三者タル被控訴人ニ對シ債權移轉ヲ主張スルコトヲ得サルハ民法第四六七條ノ法旨ヲ誤解シ其ノ債權讓渡ノ對外的關係ノ一切ヲ規定シ對ノ斷定ヲ與ヘ因テ上告人ニ敗訴ヲ言渡シタルハ民法第四六七條ノ法旨ニ對シテ敗訴ノ言渡ヲ爲シタルハ結局民法第四六七條第一項ニ依リ債務者タル被控訴人ニ付債權讓渡ノ通知又ハ承諾アルトキハ確定日付ニ依リタルト否トニ不拘讓受人トノ間ニ債務關係存立スルヲ以テ他ノ債權ヲ主張スルモノアラハ之ヲ排斥スルノ權アルコト當然ナリト見解ニ基クモノナリ然レトモ確定日付ニ依ラサル通知又ハ承諾ハ讓受人ト債務者ノ間ニ於テノ効力ヲ有スヘキモノナルコト同條ニ規定スル所ニシテ債務者ト讓渡當事者以外ノ第三者ノ關係ニ付テハ確定日附アル證書ニ依ルコトヲ必要トスルモノト解釋スルカ同條本來ノ法旨ニ適合スルモノト謂ハサル可カラズ去レハ原判決カ此ノ要件ヲ備ヘサル債務者ノ承諾ヲ以テ其以外ノ第三者ニモ對抗力アリトシタルハ不法ナリト信ス

【判決理由】 指名債權ニ付キテ讓渡契約アリタルトキハ契約當事者間ニ於テハ讓受人ハ特約ナキ限り契約ト同時ニ其債權ヲ取得スト雖モ之ヲ以テ債務者其他ノ第三者ニ對抗スルニハ民法第四六七條所定ノ手續ヲ履踐セザルヘカラス而シテ同條ハ讓受人カ其債權ヲ債務者ニ對抗スルニハ讓渡人ヨリ債務者ニ對シ債權讓渡ノ事實ヲ通知シ又ハ債務者カ之ヲ承諾シタルコトヲ要シ更ニ其債權ヲ債務者以外ノ第三者ニ對抗スルニハ叙上ノ通知又ハ承諾力確定日附アル證書ニ依テ行ハルルコトヲ要スル旨規定シタルノミニシテ指名債權者カ其債權ヲ第三者ニ讓渡シ債務者ニ對スル債權讓渡ノ通知又ハ其承諾力確定日附アル證書ニ依ラスレテ行ハレタル後更ニ同一債權ヲ他ノ第三者ニ讓渡シ確定日附アル證書ヲ以テ債權讓渡ノ事實ヲ通知シタル場合ニ於テ真正ノ債權者第一ノ讓受人ナリヤ將タ第二ノ讓受人ナリヤニ付キテハ直接ニ之ヲ明定セスト雖モ同條ノ法意ヲ考究スルニ第一ノ讓受人ハ同條第一項ノ規定ニ依レハ其債權ヲ債務者ニ對抗スルコトヲ得ルモノノ如シト雖モ同條第二項ノ規定ニ依リ第二ノ

譲受人ニ對抗スルコトヲ得ザル結果トシテ債務者ニモ其債權ヲ對抗スルコトヲ得ザルニ至ル詳言スレハ第二ノ譲受人ハ確定日附アル證書ヲ以テ債權譲渡ノ事實ヲ債務者ニ通知シタルカ故ニ同條第二項ノ規定ニ依リ爾後其債權ヲ以テ第一ノ譲受人ニ對抗スルコトヲ得ヘク其結果トシテ第一ノ譲受人ハ其債權ヲ債務者ニ對抗スルコトヲ得シテ其一旦取得シタル債權ヲ取得セザルコトト爲リ第二ノ譲受人ハ唯一ノ債權者ト爲ルニ至ルモノト解スルヲ相當トス加之同條第二項ノ立法ノ趣旨ハ債權譲渡ノ場合ニ於テ債務者其他ノ利害關係人カ共謀シテ其通知又ハ承諾ヲ爲シタル日時ヲ避ラシメ以テ第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ豫防センガ爲メニ確定日附アル證書ニ依リ通知又ハ承諾ヲ以テ債權譲渡ノ通知ヲ爲シタル第二ノ譲受人ヲ唯一ノ真正ノ債權者トスルハ立法ノ精神ニモ合スヘシ若シ夫レ法文ノ字句ニ拘泥シテ第一ノ譲受人ハ債權譲渡ノ通知若ハ其承諾アリタルニ因リ其債權ヲ絶対ニ債務者ニ對抗スルコトヲ得ルモノトシ同條第二項ヲ以テ債權譲受人ト債務者以外ノ第三者トノ關係ヲ規定シタルモノトセハ第一ノ譲受人ハ債務者ニ對スル關係ニ於テハ債權者ナレトモ第三者ニ對スル關係ニ於テハ債權者ニ非サルコトト爲リ權利ノ本質ニ反スル奇觀ヲ呈スルノミナラス債務者ノ實力ヲ信賴シテ債權ヲ譲受ケタル第二ノ譲受人ハ法律ニ定メタル嚴格ノ手續ヲ履踐シタルニ拘ラス第一ノ譲受人カ債務者ヨリ辨濟ヲ受ケ之ヲ費消シテ無資力ト爲リタル場合ニ於テハ教濟ヲ受クルノ途ナキニ至ルヘシ然リ而シテ第二ノ債權譲渡ニ付キ確定日附アル證書ヲ以テ通知ヲ爲シタル以前ニ於テ債務者カ第一ノ譲受人ニ對シテ爲シタル辨濟ノ有效ナルハ勿論ナレトモ尙其債權カ殘存スル場合ニ於テハ債務者ハ第二ノ譲受人ニ對シテ之ヲ辨濟セザルヘカラス然ルニ原判決ニ於テ上告人ハ債權者服部榮三郎ヨリ債權ヲ譲受ケ債權者ハ確定日附アル證書ヲ以テ債務者ナル被上告人ニ債權譲渡ノ通知ヲ爲シタルレトモ其以前既ニ第三者カ服部榮三郎ヨリ債權ヲ譲受ケ債務者ニ於テ之ヲ承諾シタル事實アルヲ以テ上告人ハ債權者ニ非サル旨判

【關係事項】

破毀差戻(原審名古屋地方裁判所)貸金請求事件(上告人杉山慈作訴訟代理人辯護士頓宮雄藏同加藤悌次同田島熊太郎同作問辨逸同重信喜太郎被告上告人豊谷安治訴訟代理人辯護士山崎今朝綱)

【判旨第一點ニ關スル參照學說】

一 債權ノ譲渡ハ物權ノ如ク當事者ノ意思表示ノミニ因テ其效力ヲ生スヘキコトハ蓋シ何人モ爭ハヌテアラウ(法學博士梅澤太郎氏法學志林一巻四號三八頁)

二 譲渡ノ意思表示ニ因リ譲受人ハ權利者タルモ此意思表示ハ未ダ第三者ニ對スル譲渡人ノ地位ヲ覆スノ效力ナク從テ第三者ハ譲渡人ニ對シ其已ニ權利者タルコトヲ主張スルヲ得ス然カレ譲受人ニ對シテハ其已ニ權利者タルコトヲ主張スルヲ得ルモノト爲ササル可ラザラン乎(法學博士岡松參太郎氏法學論叢第二巻第三號五六頁)

三 債權ノ譲渡ハ譲渡人ト譲受人トノ間ニ於テ何等ノ方式ヲ要セス當事者ノ意思表示ノミニテ充分ナルハ物權ノ移轉モ尙當事者ノ意思表示ノミニテ足レリトスル今日之ヲ明言スルノ要ナシ(同上民法理由書債權二二五頁)

四 債權ノ譲渡ハ當事者ノ意思表示ノミニ因リ其效力ヲ生スルコト物權ノ設定移轉目目的トスル意思表示トモ異ナルコトナシ故ニ譲渡人タル債權者カ相手方ニ其債權ヲ譲渡即チ移轉スル旨ノ意思ヲ表示シ譲受人タル相手方カ承諾ノ意思表示即チ其債權ヲ譲受タルノ意思ヲ表示シタルトキハ瞬間ニ於テ債權ハ原權利者ヲ去リテ相手方ニ移轉シ他ニ何等ノ手續ヲ履踐スルコトヲ要セズ(法學博士横田秀雄氏債權總論七五九頁)

五 譲渡ハ譲渡人ト譲受人トノ合意ニ因テ成ル此二人ヲ譲渡ノ當事者トシ其他ノ者ヲ總テ第三者ト稱ス權利ノ譲渡ヲ當事者間ニノミ效力ヲ生セシムルコト廣ク第三者ニ對シテモ效力ヲ生セシムルコトニ於テ其效力ヲ生セシムル方法及效力ヲ生スルノ時期ヲ

異ニス(法學博士松波仁一郎氏同仁保松氏同仁井田益太郎氏民法正解債權四二〇頁)
 六 債權ノ讓渡ハ讓渡人讓受人ノ間ニ於テハ合意ノミニ依リテ完成シ何等ノ手續ヲ經ルコトヲ要セス而シテ讓受人ノ效力ハ讓受人カ讓渡人ノ有セシ債權ノ主體トナルニ依リテ故ニ證書又ハ擔保物ハ讓受人ニ引渡ササルヘカラス(法學博士鈴木喜三郎氏民法論四〇一頁)
 七 此種ノ債權ノ讓渡ハ當事者ノ間即チ讓渡人(舊債權者)及讓受人(新債權者)ノ間ニ於テハ其意思表示ノミニ依リテ直チニ權利移轉ノ效力ヲ生ス(法學博士今井嘉幸氏民法通論二六八頁)
 八 讓渡ノ當事者間ニ於テハ債權ノ讓渡契約ノミニヨリ移轉ス所謂對抗要件ノ備ハルヲ要セス但シ讓渡契約カ條件附ナル場合ハ將來ノ債權ヲ目的トセル場合ニハ直チニ債權移轉ノ效果ヲ生セス條件成就シ債權成立シテ始メテ移轉ノ效果ヲ生スルコト勿論ナリ(法學博士鳩山秀夫氏日本債權法二九五頁)
 九 指名債權ノ讓渡ハ債權及讓受人間ニ於ケル債權讓渡契約ノ成立ニ依リテ其效力ヲ生ス從テ其債權ノ讓渡ハ當事者間ニ於ケル債權讓渡契約ニ因リテ完成スルモノト云フヘシ(債權大正五中大講二九八)
 一〇 指名債權讓渡ノ契約ハ當事者ニ於テハ意思表示ノミニ依リテ其效力ヲ生ス讓渡ノ效果トシテ債權ノ讓受人ニ移轉スルハ勿論債權ニ從ヒタル權利例之對人若クハ對物ノ擔保權モ亦讓受人ニ移轉ス(要論五四四)
 一一 讓渡人及讓受人間ノ法律關係ハ讓渡ノ原因タル買賣贈與等ノ法律行為ニ依リテ定マルト雖モ讓渡ハ讓渡人カ負擔シタル債權移轉ノ目的トスル給付行為ナリ故ニ讓渡人ナリ債權カ讓渡スル意思ヲ表示スルニ因リ讓渡契約成立シ何等ノ方式ヲ要セス且當然債權移轉ノ效力ヲ生ス(新報二五卷七號二二)
 一ニ 債權ヲ主張スル者アラハ之ヲ排斥スルノ權アルヘキハ自明ノ理ナリト云ハサルヲ得ス(大審院明治三六年(オ)第一六〇號同年四月一八日民一部判決民錄第九輯四五九頁)

【判旨第三點ニ對スル異趣旨判例】

【同民法四六七條ニ所謂對抗スルヲ得スノ意義ニ關スル參照學說】

一 對抗スルヲ得スト云ハ已ニ物權ノ讓渡ノ場合ニ違タルト同シク第三者ニ對シテ其效力ナシト云フ意味ナリ決シテ第三者ヨリ其效力コトヲ主張セシムルノ意味ニ非ス(法學博士川名兼四郎氏債權要論四五七頁)
 二 第三者ニ對シテ對抗スルヲ得スト謂フハ當事者ヨリ第三者ニ對シテ債權讓渡アリタルコトヲ主張シ得サルノ謂ナリ第三者ニ對スル關係ニ於テハ絕對ニ讓渡ノ效果ヲ生ズルモノトシテ從テ對抗スルヲ得ス(法學博士鳩山秀夫氏日本債權法二九九頁)
 三 對抗要件ニ關スル規定ハ第三者ノ保護ヲ目的トスルモノニシテ從テ當事者ノ契約ヲ以テ適用ヲ排除スルコトヲ得ズ既ニ讓渡ノ事實ヲ承認セル第三者ノミニ對シテ關係ニ於テ尙債務者ニ對シテ對抗要件トナスノ必要ナシ蓋シ通知承認ノ讓渡ノ事實ヲ債務者其他ノ第三者ニ公示スルコトヲ唯一ノ目的トスルモノナレハナリ故ニ余ハ通説ニ從ヒ對抗スルコトヲ得ストトフハ單ニ當事者ヨリ讓渡アリタルコトヲ主張スルヲ得ストトフノ意義ヲ有スルニ止マリ第三者ヨリハ或ハ讓渡ノ事實ヲ認メテ之ヲ主張スルヲ得ヘク又或ハ之ヲ承認スルコトヲ得ヘキモノト解ス(同上三〇〇頁)
 四 民法四六七條一項カ(云々)之ヲ以テ債務者其他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得スト規定シ其第二項ニ於テ前項ノ通知又ハ承認ノ確定日附アル證書ヲ以テスルニ非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ト規定シタルハ本問ノ場合ニハ債務者ヨリ讓渡當事者ニ對抗スルコトヲ得ルモノト解釋スルヲ以テ文理解釋上正當ナルモノト信ス(辯護士藤田氏法律新報三五九號二頁)
 【同債權讓渡ノ通知ノ效力ニ關スル參照學說】
 一 有數ナル讓渡アリタル場合ニモ通知ハ單ニ之ニ依リテ讓渡ヲ債務者其他ノ第三者ニ對抗スルヲ得セシムルノ效力アルニ過キス通知ノ爲ニモ債權者ノ地位ニ變更ヲ生ズルコトナシ(法學博士同松太郎氏法學論叢書第二卷第三號六〇頁)
 二 債權讓渡ノ通知ニ依リテ債權讓渡ヲ以テ債務者其他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルノ效果ヲ生ス從テ讓渡ノ通知アルマテハ讓渡人間ニ於テノ債權讓渡ノ效力ヲ生ズルニ止マル故ニ通知前ニ在リテハ讓渡人カ債權者タルコトヲ主張スルヲ得ヘシト雖モ讓受人カ債權者タルコトヲ主張スルヲ得ス通知ニ依リテ始メテ讓受人カ債權者タルコトヲ主張スルヲ得ルモノトス(法學博士石坂番四郎氏日本民法債權中一二二六頁)
 三 債權讓渡ノ通知カ讓受人ノ其債務者ニ對スル對抗要件ナル結果債權讓渡アリタルトキ其通知アラザリシ場合ト雖モ債務者ヨリ其讓渡アリタルコトヲ主張スルコトヲ換言スレハ進テ自己ニ對抗セシムルヲ妨ケサルコトハ疑ナシ故ニ債務者ハ讓渡人ノ履行請求ヲ拒絶スルヲ得ルハ勿論其讓受人ニ對シテ有效ニ辨濟ヲ爲シ得ヘク且ツ之ニ依リ債務消滅シタル旨ヲ以テ讓渡人ニ對

横田博士

鳩山博士

富井博士

梅博士

土方博士

横田博士

【同債權讓渡ト否認權ニ關スル參照學說】

抗シ得ヘキコト一點ノ疑ナシ(ドクトルユリス水口吉藏氏法學新報第二五卷第五號二七頁)

一旦其讓渡ノ通知ヲ受ケタルトキハ讓受人ハ其讓渡ノ效力ヲ債務者ニ對抗スルヲ得ヘキヲ以テ債務者ハ讓受人ニ債權移轉シテ債務者ト認メサル可ラサルノ義務アリ從テ債務者ハ讓受人ノ請求ヲ排斥シ得サルハ勿論通知後ニ其讓渡人ニ對シタル辨濟ヲ以テ讓受人ニ對抗シ得サルノ效力ヲ生ス(同上二八頁)

一 是レ法律カ債務者其他ノ第三者ニ許スニ債務者ニ對スル通知又ハ其承諾ナキ限りハ債權ノ讓渡ヲ否認シ原權利者ヲ以テ真正ナル債權者ナリト看做スノ權利ヲ以テスル所以ナリ(法學博士横田秀雄氏債權總論七六二頁)

三 債權讓渡又ハ物權契約カ對抗要件ヲ備ヘサル場合ニ第三者ハ對抗要件ノ備ハラサルコトヲ理由トシテ讓渡ヲ否認スル權利(二種ノ反對權)ヲ有ス(法學博士鳩山秀夫氏法學新報第二七卷第一號一二七頁本書第六卷民法八〇七頁)

【判旨第四點民法第四六七條第二項ノ制定理由ニ關スル參照學說】

一 此ノ條件ヲ必要トシタル所以ハ債權者ト債務者トカ通謀シテ讓渡ノ日附ヲ變更ラシメ第三者ヲ害スル虞レアリ公正證書ヲ以テスレハ讓渡ノ日附正確ナリ後ニ虛偽ヲ行フコトハ甚タ困難ナリ(法學博士富井政章氏債權總論明治四五年東大講二二二頁)

二 第三者ニ對シテハ確定日附アル證書ヲ以テスルコトヲ要スルモノトセリ是レ他ナシ通知若クハ承諾ニ付テハ詐欺欺メテ行ハレ易ク債務者ハ讓渡人ト通謀シテ通知若クハ承諾ノ時日ヲ繰上ケテ以テ第三者ノ權利ヲ害セント計ルコトアリ例ヘハ明治二十九年一月五日ニ於テ讓渡ノ通知ヲ受ケ又ハ其承諾ヲ爲シタリトセンニハ其前日即チ一月四日ニ既ニ同一ノ債權ニ付キ讓渡ノ通知又ハ承諾アリタルヲ以テ後ノ讓渡ハ全然無効ナラサルヘカラス然レニ債務者ハ債權者ト通謀シテ五日ニ通知若クハ承諾アリタルモノヲ偽テ一月三日ニ之アリタリト曰ハンニ第三者ハ其反對ノ證據ヲ舉クルコト能ハサルコト最モ多クハシ故ニ本條二項ニ於テ右ノ通知若クハ承諾ヲ以テ第三者ニ對抗セント欲セハ必ス確定日附證書ヲ以テスヘキモノトセリ(法學博士梅謙次郎氏民法要義債權二二二頁)

本條一項ハ讓渡ニ關スル規定ナレハ單ニ第三者ト謂ヘハ純理上債務者ヲ包含スヘク同條二項ノ通知又ハ承諾ニ關スル規定ナレハ單ニ第三者ト規定スルモ債務者ヲ除外スヘキモノナルコト明瞭ナリト雖モ世上往々債務者ヲ以テ債權讓渡ニ於ケル當事者ノ一人ト爲シ第三者ニ非ラカク疑ヲ懷クカ故ニ特ニ債務者其他ノ第三者ト明規セリ而シテ一項ニ於テ債務者ヲ以テ第三者ト明規セシノ故ヲ以テ二項ニ於テモ債務者ヲ第三者ト包含セシムヘキモノナルカノ疑ヲ起サシムル虞アルカ故ニ再々債務者以外ト明規セシモノトス(法學博士梅謙次郎氏法典質疑問答八七頁)

三 目的ハ確實ナル證據ヲ準備セシムルニアラサレハ公示方法トシテノ目的ヲ達スルヲ得ス或ハ詐欺ヲ行ハルルナキヲ保セストノ理由ノ如シ(法學博士土方孝氏債權法上大正二年東大講四一六頁)

四 債權者以外ノ第三者ニ對シテハ債務者ニ對スル通知又ハ承諾ハ確定日附アル證書ヲ以テ之ヲ明確ナラシムルコトヲ要ス

川名博士

今井博士

レ四六七條二項ニ規定スル所ニシテ債務者ト債權者ト通謀シ讓渡ノ日附ヲ變更ラシメ第三者ヲ害スルノ弊ヲ豫防スルノ目的ニ出テタルモノナリ何トナレハ單純ナル私署證書ヲ以テ此事實ヲ說明シ得レトスルコトハ債權讓渡ノ日附ヲ變更ラシムルコトハ債務者ト債權者トノ間ニ於テ容易ニ行ハレ得ヘキモ確定日附アル證書ニ在リテハ其日附ノ確定不可動ノ性質ヲ有シ債權讓渡ノ真正ノ日時ハ其日附ニ依リテ之ヲ確認スルコトヲ得ヘキニ依リ利害關係人相互ノ間ニ於テ權利ノ優劣ヲ定ムルニ付キ證據スヘキ最モ確實ナル標準トナリ債權讓渡ノ日時ヲ變更ラシメテ不正ニ第三者ヲ害スル詐欺的行爲ハ行ハレ得ヘカラスナルヲ以テナリ是レ民法カ債務者以外ノ第三者ニ對シテハ債務者ニ對スル通知又ハ承諾ニ付キ確定日附アル證書ヲ要求スル所以ナリ(法學博士横田秀雄氏債權總論七六六頁)

五 何故ニ民法カ斯クノ如キ通知承諾ヲ必要トナシタルカ之ヲ案スルニ讓渡人ト債務者ト通謀シテ第三者ヲ害スルノ虞アルコトヲ妨ケンカ爲ナリ蓋シ通知又ハ承諾ハ何時ニ於テ債權ノ讓渡アリタルカノ通知又ハ承諾ナリ故ニ之ニヨリテ債權ノ讓渡ノ日附ヲ確定スル根據トナル然レニ讓渡人ト債務者ト通謀シテ其債權讓渡ノ日附ヲ繰上ケテ通知又ハ承諾ヲナストキハ之カ爲ニ第三者者ハ之ニ反對ナル證明ヲナスコトハ頗ル困難ナル例ヘハ債權者カ先ヅ其債權ヲ甲ニ讓渡シタル後又之ヲ乙ニ讓渡シタリ而シテ讓渡人ハ債務者ニ對シ何日ニ於テ其債權ヲ甲ニ讓渡シタルコトヲ通知シタリ同時ニ債務者ハ讓渡人ニ對シ乙ニ何日附ノ債權讓渡アリタルコトヲ承諾シタリト假定セヨ此場合ニ於テハ同ヨリ甲カ債權者トナルナリ乙ハ債權者トナラサルナリ茲ニ於テ乙ハ讓渡人及債務者ト通謀シテ自己ニ對スル債權讓渡ノ日附ヲ繰上ケテ通知又ハ承諾ヲナシタルモノトシテ第一ノ讓受人ナシテ先自己カ先キニ債權ノ讓受人ナシタルコトヲ證明スルコトヲ困難ナラシムル事トナル然レニ確定日附アル證書ニヨリ債權讓渡ノ通知又ハ承諾アルトキハ之ニヨリ債權讓渡ノ日附亦確定スルコトナリ從テ其日附上ケテ損害ヲ甲ニ及ホスコトナキニ至ルモノト考ヘタルナリ併作此確定日附アル通知又ハ承諾書ヲ作成スルニ當リ債權讓渡ノ日附上ケルコトヲ得ル故ニ此場合ニハ如何トモスル能ハス然レニ確定日附アル證書ニヨリ通知又ハ承諾ナシタル後ニ於テ讓渡ノ日附ヲ改メントスルコトハ之ヲ防クコトヲ得ルカ故ニ斯カル規定ヲ設ケタルナラン(法學博士川名餘四郎氏債權要論四六二頁)

六 債權讓渡ハ債務者ニ對スル通知若クハ債務者ヨリスル承諾ニヨリ對世的效力ヲ生スルモノナレトモ尙ホ一考ヲ要スヘキコトアリ債務者カ債權者ト通謀シテ實際ノ時日以前ニ讓渡ノ日附ヲ偽作シテ第三者ノ權利ヲ害スルコトナキカ之ヲ豫防スル方法トシテ確定日附ノ制度アリ即チ債權ノ讓渡ヲ債務者以外ノ第三者ニ對抗セシムルカ爲メニハ前記ノ通知若クハ承諾ノ上ニ尙ホ此等ノ通知若クハ承諾ノ確定日附アル證書ヲ以テ明確ナラシムルコトヲ必要トスルナリ(法學博士今井嘉幸氏民法通論二六九頁)

七 抑債權ノ讓渡ヲ債務者以外ノ第三者ニ對シテ主張セントスルニハ何故ニ確定日附アル證書ヲ以テ通知又ハ承諾ヲ爲スコトヲ要スルヤト云フニ普通ノ證書ニ在リテハ後日作成シタルモノナルニ拘ラス其日附ヲ變更ラシムルコト極メテ容易ニシテ往々債權者ト債務者ト共謀シテ債權讓渡ノ通知又ハ承諾書ヲ作成スルノ日附ヲ變更シ以テ善意ナル第三者ヲ害スルノ虞アルヲ免レス(中略)是レ法律カ此設計ヲ防止スルカ爲メニ日附ニ付キ完全ナル證據力ヲ有シ不正手段ヲ施スニ由ナキ確定日附アル證書ヲ以テ債權讓渡ノ通知又ハ承諾ノ意思表示ヲ證明スルコトヲ必要トシタル所以ナリ(法學博士磯谷幸次郎氏債權法論下卷三六八頁)

八 確定日附アル通知又ハ承諾狀ヲ以テ債務者以外ノ第三者ニ對スル對抗條件ト爲シタルハ全ク其通知又ハ承諾ノ日附ヲ不

正ニ繰上ケ之カ爲メ債務者以外ノ第三者カ不當ニ損害ヲ蒙ルカ如キコトナカラシメンカ爲メタリ(法學士須賀喜三郎氏債權大正五年中大講二〇二頁)

六三

三六二 質權ハ財産權ヲ以テ其目的ト爲スコトヲ得
四二二第二項 債務ノ履行ニ付キ不確定期限アルトキハ債務者ハ其期限ノ到來シタルコトヲ知リタル時ヨリ遅滞ノ責ニ任ス

四六六 債權ハ之ヲ讓渡スルコトヲ得但其性質カ之ヲ許ササルトキハ此限ニ在ラス
利息制限法二 契約上ノ利息ト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ケ年ニ付百分ノ二十(二割)百圓以上千圓以下百分ノ十五(一割五分)千圓以上百分ノ十二(一割二分)以下トス此制限ヲ超過スル分ハ裁判上無効ノモノトシ各其制限ニマテ引直サシムヘシ
民事訴訟法一九〇 訴ノ提起ハ訴訟ヲ裁判所ニ差出シテ之ヲ爲ス
第三 一定ノ申立

同五九四 第三者(第三)債務者ニ對スル債務者ノ債權ニシテ金錢ノ支拂又ハ他ノ有體物若クハ有價證券ノ引渡若クハ給付ヲ目的トスルモノノ強制執行ハ執行裁判所ノ差押命令ヲ以テ之ヲ爲ス
同五九八 金錢ノ債權ヲ差押フ可キトキハ裁判所ハ第三債務者ニ對シ債務者ニ支拂ヲ爲スコトヲ禁シ又債務者ニ對シ債權ノ處分殊ニ其取立ヲ爲ス可カラサルコトヲ命スヘシ

大審院判

(一) 不確定期限ノ場合ニ於テハ當事者ノ意思ヲ以テ不確定ナル甲ノ事實到來スル時若シ甲ノ事實到來セサルトキハ他ノ不確定ナル乙ノ事實到來スル時ヲ以テ辨濟期ト爲スヘキコトヲ定ムルコトヲ得ヘク是レ辨濟期ヲ二個ト爲シタルニアラス何レカ一個ノ不確定ナル事實ノ到來スル時ヲ以テ辨濟期ト爲シタルモノニシテ不確定期限ノ性質ニ牴觸スルコトナキモノトス
債權ノ辨濟期ハ債務者カ埋立地ノ分割ヲ受タタル時又ハ其分割不能トナリタルトキハ之ニ代ルヘキ賠償金ノ支拂ヲ受タタル時ニ到來スルモノト認メタル

ハ不法ニ非ス

(二) 主タル債務ノ利息カ利息制限法所定ノ利率ヲ超過スル場合ニ於テハ利息ノ契約ハ超過ノ部分ニ付テハ無効ナルモ制限利率ノ範圍内ニ於テハ有效ナルヲ以テ之ヲ擔保スル契約モ亦制限利率ノ範圍内ニ於テハ有效ナルモノトス

(三) 債務者カ債權者ヨリ差押命令ニ因リ財産權ノ處分ヲ禁セラレタルトキト雖モ債務者ハ差押債權者ノ權利ヲ害セサル限度ニ於テ第三債務者ニ對スル債權ヲ處分スルコトヲ得ヘキモノニシテ差押命令ニ違反シテ爲シタル債務者ノ處分ハ無効ニアラサルモノトス
埋立免許權カ第三者ヨリ差押ヘラレタリトスルモ債務者ノ爲シタル右免許權ノ讓渡ハ無効ニアラス

(四) 給付ノ訴ハ原告ノ被告ニ對スル現ニ行使スルコトヲ得ヘキ請求權ノ存在ヲ確定シ被告ニ對シテ其義務ノ履行ヲ命スル判決ヲ求ムル訴ニシテ確認ノ訴ハ法律關係又ハ請求ノ成立又ハ不成立ヲ確定スル判決ヲ求ムル訴ナレハ現ニ行使スルコトヲ得サル請求權ニ付テハ確認ノ訴ヲ起スコトヲ得ヘキモ給付ノ訴ヲ起スコトヲ得サルノミナラス兩者其訴ノ種類ヲ異ニスルヲ以テ給付ノ訴ヲ爲シタル原告ノ申立ニハ現ニ行使スルコトヲ得サル請求權ノ確認判決ヲ求ムルノ申立ヲ包含セサルモノトス

大審院

梅博士

岡松博士

横田博士

川名博士

石坂博士

行使スルコトヲ得サルノ故ヲ以テ被告ニ對シ給付ノ判決ヲ爲スコトヲ得サル場合ニ於テハ裁判所ハ進ンテ其請求權ニ付キ原告ノ爲メ確認判決ヲ爲スニ由ナキモノトスル本件ニ於テ原告人原告ハ上告論旨ニ述フル趣旨ノ確認判決ヲ求メタルニアラスシテ初メヨリ給付ノ判決ヲ求メタルモノナレハ原院カ辯濟期未到來ノ故ヲ以テ原告人ノ本訴請求ヲ棄却シ更ニ確認判決ヲ爲サザリシハ相當ニシテ上告論旨ハ理由ナシ(大審院大正七年(オ)第一〇五四號同八年二月六日民二部馬場裁判長尾古柳川岩田成道各判事判決)

【關係事項】 上告棄却(原審長崎控訴院○貸金請求事件○上告人前田清治訴訟代理人辯護士安達元之助同齊藤巖被上告人松尾京治)

【判旨第一點同趣旨判例】

債務履行ノ時期ヲ定ムルニ當リ債務者ノ婚嫁又ハ分家シタル時ヲ以テ履行ノ時期ト爲スコトヲ約シタルトキハ債務ノ履行ニ付キ不確定期限ヲ定メタルモノニシテ債務ノ消滅ヲ條件ニ繋ラシメタルモノト云フヲ得ス(大審院大正三年(オ)如五一號同年二月一九日判決本書第四卷民法一六八頁)

【判旨第二點利息制限超過ト利息契約ノ效力ニ關スル參照學說判例】

一 制限ヲ超エタル契約ハ全部無効ニアラスシテ單ニ其期間ヲ制限マテニ短縮スルノテアル是同シヤウニ利息制限法ニ反キタル契約ハ全然無効ニアラスシテ單ニ之ヲ制限マテハ引直スヘキモノトセルコトハ十年六六號布告利息制限法二條ニ明文アル所テアル(法學博士梅澤二郎氏法學志林第四一號一四頁)

二 利息制限法ノ制限ヲ超過スルノ利息ヲ約スルトキハ其超過部分ハ裁判上無効トシ各制限ニ引直サシムヘキモノトス(法學博士岡松參太郎氏債權總論京都法政講七七八頁)

三 當事者ハ常ニ必ス制限内ニ於テ利率ヲ定メサル可ラス但約定利率カ法定制限ヲ超過シタル場合ト雖モ其約束ハ全部無効トナラスシテ唯其制限ニ超過シタル部分ノ其效力ヲ生ゼサルモノトス例之金五十圓對シ年三割ノ利息ヲ約シタルトキハ債務者ハ之レヲ制限額ニ引直シ年二割ノ利率ヲ支拂フノ義務アルモノトス(法學博士横田秀雄氏債權總論一八三頁)

四 當事者カ其最高額ヲ超過スル約束ヲ支拂フノ義務アルモノトス其制限ヲ超過スル部分ノ裁判上無効ノモノトシ各其制限マテ引直サシムルモノトセリ故ニ當事者ハ此範圍内ニ於テノ自由ニ利息ノ額ヲ定ムルコトヲ得ル(法學博士川名兼四郎氏債權總論七四頁)

五 利息制限ヲ超ヘテ利息ヲ約シタル場合ニハ其超過セル部分ハ無効ニシテ其制限マテ引直ホスヘキモノトス故ニ此ノ場合ニ

鳩山博士
磯谷學士
須賀學士
大審院

大審院
宮城控訴
院大阪
所裁地方
273 (民法)

【判旨第三點同趣旨判例】

一 債權ノ差押アリタル場合ト雖モ債務者ハ差押債權者ノ權利ヲ害セサル限度ニ於テ其第三債務者ニ對スル債權ヲ處分スルコトヲ妨ケス(大審院明治四二年(オ)第二四三號同年七月二七日休部判決大審院民事判決第一五輯六八一頁)

二 債權差押ハ差押債權者ノ利益ニ於テ爲スヘキモノナルカ故ニ之ヲ第三者ニ讓渡スモ差押債權者ニ對シテハ固ヨリ其效力ナシト雖モ其以外ノ者ニ對シテハ有效ナリ(宮城控訴明治四二年五月五日判決判例彙報第五輯二二二頁)

三 假差押中ノ債權ト雖モ之ヲ讓渡シ得サルモノニアラス唯其讓渡ヲ假差押債權者ニ對抗スルコトヲ得サルニ止マルモノトス(大阪地方明治四四年(ワ)第二四七號判決法律新聞第七三二號二三頁)

五〇五 二人互ニ同種ノ目的ヲ有スル債務ヲ負擔セル場合ニ於テ雙方ノ債務カ辨濟期ニ在ルトキハ各債務者ハ其對
當額ニ付キ相殺ニ因リテ其債務ヲ免ルコトヲ得
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
前項ノ意思表示ハ雙方ノ債務カ互ニ相殺ヲ爲スニ適シタル始ニ起リテ其效力ヲ生ス

縱令二人互ニ同種ノ目的ヲ有スル債務ヲ負擔スル場合ト雖モ各債務者ハ當然相
殺ニ因リ其債務ヲ免ルルモノニ非スシテ相殺ニ因リ債務ヲ免カルルニハ必ス相
殺ノ意思表示アルコトヲ要スルモノトス

上告理由ハ原判決ハ法則ヲ適用セザルノ違法アリト信ス民第五〇五條「二人互ニ同種
ノ目的ヲ有スル債務ヲ負擔スル場合ニ於テ雙方ノ債務カ辨濟期ニ在ルトキハ各債務
者ハ其對當額ニ付キ相殺ニ依リテ其債務ヲ免ルルコトヲ得但シ反對ノ意思ヲ表示シ
タルトキハ之ヲ適用セズ」トアリ然ルニ上告ハヨリ被告上告人ニ對スル乙第一、二號證ノ
熊本行旅費及ヒ宿泊料第一回分十四圓十二錢第二回分十三圓四十六錢計金二十三圓五
十八錢ハ被告上告人ヨリ上告人ニ對シ辨濟ヲ爲スヘキ債務アルト同時ニ上告人ハ亦被
上告人ニ對シ本件百五十圓ノ元利金支拂債務アルヲ以テ何等ノ特別ナル事情ナキ本
件ノ債權債務ハ對當額迄消滅スヘキハ勿論ナルニ因リ本件被告上告人ヨリ上告人ニ對
スル本案百五十圓ノ債務ノ一部ハ既ニ明治四十年二月、三月中被告上告人ノ債權ハ上告人
ノ債權ト共ニ相殺ニ依リ消滅スヘキハ當然ナルニ原裁判所カ被告上告人ヨリ被告上告人ニ
對スル熊本行立替金二十三圓五十八錢中十二圓九十三錢ハ被告上告人ヨリ被告上告人ニ對
スル公債利札金ト相殺充當シタルモノト判定セラレタルハ前記法條ニ背反シタル判
定ニシテ違法タルヲ免レス蓋シ債務ノ相殺ハ雙方ノ債務カ相殺ヲ爲スニ適シタル始
メニ起リテ其效力ヲ生スルハ民法第五〇六條第二項ノ規定ナルカ故ニ本件ノ債務モ
亦明治四十年二月、三月中ノ發生ナルヲ以テ其當時既ニ相殺ニ因リ債權債務ハ消滅シタ

ル筋合ナルヲ以テ其債權債務ヲ再ヒ復活スヘキ理由ナキニヨリ其後大正元年十二月
末頃公債利子ト相殺スヘキ事實ナキハ當然ナルニ原裁判所ハ證人藤本健三ノ仲裁ニ
ヨリ公債利札券ト相殺シタルモノト判定セラレタルハ前記法條ニ背反シタル裁判ナ
リト信スト謂ニ在リ然レトモ假令二人互ニ同種ノ目的ヲ有スル債務ヲ負擔スル場合
ト雖モ各債務者ハ當然相殺ニ因リ其債務ヲ免ルルモノニ非ス相殺ニ因リテ債務ヲ免
ルルニハ必ス相殺ノ意思表示アルコトヲ要スルモノトス然ルニ原裁判所ハ被告上告人ノ
主張債權中金十二圓九十三錢ノ債權アルコトヲ認ムルニ過キサルノミナラス此部分
ニ付テモ會テ相殺ノ意思表示アリタルコトヲ認メタルモノニアラザレハ大正元年十
二月末頃藤本健三ノ仲裁ニ依リ契約ヲ以テ右金十二圓九十三錢ノ債權ハ利札取戻債
權ヲ以テ計算濟ト爲シタリト認定スルモ敢テ不法ニアラス(大審院大正七年(オ)第八九五號同年
十一月二日民二部馬場裁判長田上磯谷鈴木三宅各判事判決民錄第二四輯第九號三二二六頁)

【關係事項】

上告棄却○原審長崎地方裁判所○貸金請求事件○上告人赤永吳辯護人山崎今朝彌經上告人陶山萬吉

(六五)

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

賠償額ノ確定ハ履行又ハ解除ノ請求ヲ妨ケス

六二三 雇傭ハ當事者ノ一方カ相手方ニ對シテ勞務ニ服スルコトヲ約シ相手方カ之ニ其報酬ヲ與フルコトヲ約スル
ニ因リテ其效力ヲ生ス

八八四 親權ヲ行フ父又ハ母ハ未成年ノ子ノ財産ヲ管理シ又其財産ニ關スル法律行為ニ付キ其子ヲ代表ス但其子ノ
行為ヲ目的トスル債務ヲ生スヘキ場合ニ於テハ本人ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス

民法第八八四條ハ親權者カ未成年ノ子ヲ代表シテ法律行為ヲ爲スニ當リ其財産
ニ關スルモノニ付テ自カラ之ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ其子ノ行為ヲ目的ト

スル債務ヲ生スヘキモノニ付テハ本人ノ同意ヲ得ルコトヲ要スルモノト解スルヲ相當トス」
右ノ場合ノ本人ノ同意ハ自己ノ行爲ノ何タルヤヲ辨識スル意思能力アルヲ以テ足レリトシ其行爲ニ因リ財産上發生スヘキ效果ヲ辨識スル能力アルコトヲ必要トセサルモノトス」

甲ノ親權者カ甲ニ代リ乙方ニ大工見習トシテ一定ノ期間住込ムヘキ雇傭契約ヲ締結シ同時ニ違約ノ場合ニ於ケル白米支拂ノ義務ヲ約シタルトキト雖モ其雇主乙方ニ住込ミ大工見習ニ從事スヘキ債務ヲ生スヘキモノニ付テハ甲ノ同意ヲ得ルコトヲ要スルモ他ノ制裁的約款ハ純然タル財産關係ニ止マルカ故ニ甲ノ親權者ハ甲ノ同意ヲ要セスシテ甲ニ代リ之ヲ約スルコトヲ妨ケサルモノトス」

民法第八八四條ハ親權者カ未成年ノ子ヲ代表シテ法律行爲ヲ爲スニ當リ其財産ニ關スルモノニ付テハ自カラ之ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ其子ノ行爲ヲ目的トスル債務ヲ生スヘキモノニ付テハ本人ノ同意ヲ得ルコトヲ要スルモノト解スルヲ相當トス
隨テ其本人ノ同意ハ自己ノ行爲ノ何タルヤヲ辨識スル意思能力アルヲ以テ足レリトシ其行爲ニ因リ財産上發生スヘキ效果ヲ辨識スル能力アルコトヲ必要トセサルモノトス故ニ本件ノ如ク被上告人ノ親權者カ被上告人ニ代リ上告人ノ前主阿部時太方ニ大工見習トシテ一定ノ期間住込ムヘキ雇傭契約ヲ締結シ同時ニ違約ノ場合ニ於ケル白米支拂ノ義務ヲ約シタルトキト雖モ其雇主方ニ住込ミ大工見習ニ從事スヘキ債務ヲ生スヘキモノニ付テハ被上告人ノ同意ヲ得ルコトヲ要スルモノト解スルヲ相當トス

然タル財産關係ニ止マルカ故ニ被上告人ノ親權者ハ被上告人ノ同意ヲ要セスシテ被上告人ニ代リ之ヲ約スルコトヲ妨ケス而シテ被上告人カ本件契約ノ當時十三年八月月ニ滿タサル年少者ナルモ意思能力ヲ有スル者ナルコトハ原審ノ認ムル所ナレハ被上告人ノ同意アルニ於テハ本件契約ハ有效ノモノト謂ハサル可カラズ然ルニ原審カ被上告人ニ於テ大工見習トシテ住込ムニ當リ違約ノ場合ニ白米支拂ヲ約スルカ如キ財産關係ヲ生スルモノニ付テモ被上告人ノ同意ヲ要スルモノノ如ク誤解シタル結果被上告人ノ親權者カ被上告人ヲ代表シテ爲シタル本件契約ハ被上告人ノ同意ヲ得タルト否トテ問ハス無効ナリト判示シタルハ法則ヲ不當ニ適用シ理由不備ノ不法アル判決ナリ(大審院大正七年(オ)第九三八號同八年三月一日民三部横田裁判長大倉磯谷松岡鬼澤各判事判決)

【關係事項】 破産差戻(原審大分地方裁判所)損害賠償請求事件(上告人大谷鑑吉訴訟代理人辯護士石川作造同田島藤太同作問耕逸同頼宮雄藏同加藤悌次被上告人山上柳造訴訟代理人辯護士堀之内松十郎同水野豊)

【參照學說判例】

理由書
梅博士
奥田博士
277 (民法)

一本條ハ既成法典民法人事編第一五三條ニ同シ同條ニハ父ハ子ノ總テノ行爲ニ付テ之ヲ代表スト云フニ止マリシテ本條ニ於テハ父ハ其子ヲ代表スルコトモアレハ又子ノ自ラ爲ス行爲ニ同意ヲ與フルコトモアリトシタリ(中略)子ノ行爲ヲ目的トスル債權ヲ生スヘキ法律行爲ニ付テハ其子ノ同意ナクシテ之ヲ爲スハ獨リ不當ニ子ノ自由ヲ束縛スルノ結果ヲ生スヘキノミナラス人情ニ悖ルモノナルヲ以テ本條ニ但書ヲ加ヘテ代理權ノ濫用ヲ止メントセリ(民法修正案理由書一四七頁)
二本條ハ親權者ノ子ノ財産ニ關シ有スル權限ノ原則ヲ定メタルモノナリ抑モ親權者ノ子ノ財産ニ關スル權限ハ之ヲ大別シテ左ノ三ト爲スコトヲ得ヘシ(一)子ノ財産ヲ管理スルコト(二)子ノ財産ニ關スル法律行爲ニ付キ其子ヲ代表スルコト(三)子ノ法律行爲ニ同意ヲ與フルコト是ナリ財産ノ管理ハ利益ヲ圖ルノ謂ナリ而シテ母ニ付テハ第八八六條ノ制限アリト雖モ父ニ付テハ一切ノ制限アルコトナシ故ニ荷モ第八八九條ニ定メタル注意ヲ缺カサル以上ハ如何ナル行爲ト雖モ皆獨斷ニテ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ況ヤ代表權ニ至リテハ最モ概括ナルモノナルカ故ニ荷モ事ノ財産ニ關スル以上ハ常ニ子ヲ代表スルコトヲ得ルモノトス唯一ノ制限トモ稱スヘキハ子ノ行爲ヲ目的トスル債務ヲ生スヘキ場合ニ於テ本人ノ同意ヲ要スルコト是ナリ(法學博士梅謙次郎氏民法要義親族編三五八頁)
三 親權者ヲ父又ハ母ハ財産ニ關スル法律行爲ニ付キ子ノ法定代理人トナル(一)其代理權ノ範圍ハ財産ニ關スル一切ノ行爲ニ及ブ(二)財産行爲ニ關スル代理權ハ全ク無制限ナルヲ原則トスルモノニ一ノ例外アリ「子ノ行爲ヲ目的トスル債務ヲ生スヘキ行爲ヲナストキ是レナリ(法學博士奥田義人氏親族法論三五六頁)」

四 未成年ノ子ニ對シテ親權ヲ行フ父又ハ母ハ其子ノ財産ノ管理ノ範圍内ニ於テ自己ノ名ヲ以テ意思表示ヲ爲シ又ハ之ヲ受クルコトヲ得ルノミナラス財産管理ノ範圍外ニ於テ子ノ名ヲ以テ所謂財産ニ關スル法律行為ノ内容タル意思表示ヲ爲シ又ハ之ヲ以テナリ親權ヲ行フ父又ハ母ハ所謂財産ニ關スル法律行為ニ付キ子ヲ代理スル權利ヲ有スルモノナルヲ爲テ目的トスル債務ヲ生スヘキ場合ニ於テハ本人ノ同意ヲ得ルコトヲ要スルモノナルカ故ニ未成年ノ子ニ對シテ親權ヲ行フ父又ハ母カ其子ノ行為ノ目的トスル債務ヲ生スヘキ法律行為ヲ爲スニ當リテハ其法定代理權ノ行使ニ付キ制限ヲ受クルモノニシテ本人ノ同意ナクシテ實際ニ代理スルコトヲ得ス(法學博士仁井田益太郎氏親族法相續法論三〇〇頁)

五 財産ニ關スル法律行為ニ付キ之ヲ代表スルノ權 財産ニ關スル法律行為トハ財産上ノ權利ノ得喪ニ關スル一切ノ行為ヲ指シ此等ノ行為ニ付テハ未成年ノ子ハ常ニ父又ハ母ニヨリ代表セラルルニ非ス父母ハ或ハ其子ヲ代表スルコトアリ(第八四條)或ハ子ノ自ラスル行為ニ同意ヲ與フルコトアリトス(第四條)此ノ如ク財産ニ關スル行為ニ付テハ親權者ニ代表權アリトセルハ畢竟未成年者ハ思慮經驗未ダ不十分ナルカ故ニ往他人ノ爲メニ陷害セラルルコトアルヘキヲ以テ之ヲ保護センカ爲メニ外ナラス而シテ唯一ノ制限トシテ親權者ハ其子ノ行為ノ目的トスル債務ヲ生スヘキ法律行為ニ付テハ其子ノ同意ナクシテ之ヲ爲スコトヲ得ザルモノトス(法學博士牧野菊之助氏日本親族法論四三三頁)

六 親權者ハ財産ニ關スル法律行為ニ付キ未成年ノ子ヲ代表ス故ニ親權者ヲ財産ニ關スル法律行為ニ付テノ未成年者ノ法定代理人トイフ民法カ親權者ヲ法定代理人トイフハ此意義ニ於ケルモノタリ(法學士島田鐵吉氏民法親族法講義三二九頁)

七 親權者ハ未成年ノ子ノ財産ニ關スル法律行為ニ付キ其子ヲ代表ス(第八四條)代表トハ法定代理人トシテ子ノ財産ニ關スル一切ノ行為ヲ處理スル權能ヲ謂フ親權者ハ子ノ財産ニ關シテ代表スル權モ子ノ行為ノ目的トスル法律行為ハ子ノ身體ノ自由ヲ驅逐スル者ナルカ故ニ親權者ハ子ヲ代表シテ此ノ行為ヲ爲スヲ得ス(ドクトルユリス坂本三郎氏親族法二二九頁)

八 民法第八四條ニ所謂未成年ノ子ノ財産ニ關スル法律行為トハ現ニ其子ノ所有ニ屬スル財産ニ付キ爲シタル法律行為ノミニ限ラス廣ク子ノ財産ニ影響ヲ及ボスヘキ財産權上ノ法律行為ヲ指スモノトス(大審院大正三年(オ)第六五九號同四年三月一三日判決本書第四卷民法二五六頁)

九 親權者タル母カ其子ノ爲メニスルコトヲ示シテ第三者トノ間ニ爲シタル買賣ニ付テハ其目的タル財産權ノ屬スル場合ハ勿論假令其子ニ屬セス且ツ其事實ヲ知悉シタルトキト雖モ法律行為ノ效果ハ直接ニ本人タル其子ノ爲メニ生ス(ク從テ親權者タル母カ子ノ爲メニ其對價ヲ受領シタルトキハ其利益モ亦子ノ財産ニ附屬スヘキヲ以テ若シ本人タル其子カ右ノ行為ニ依リ他人ノ財産上ノ損害ニ於テ不當ニ利益ヲ獲得シタル場合ニハ其利益ノ存スル限度ニ於テ他人ニ對シテ之レカ返還ヲ爲スヘキ義務アルモノトス(同上))

一〇 合名會社ノ設立行為ハ財産上ノ行為ニシテ且社員ノ有スル業務執行ノ權利義務ハ法定代理人ニヨリテ之ヲ行使シ又ハ履行スルコトヲ得ルカ故ニ意思無能力者ト雖モ其法定代理人ニヨリテ之ヲ爲スコトヲ得ルモノトス(東京控訴院大正二年(オ)第三八〇號同三年二月一九日判決本書第三卷民法一〇五頁)

六六

八一三 夫婦ノ一方ハ左ノ場合ニ限リ離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得
八 配偶者カ自己ノ直系尊屬ニ對シテ虐待ヲ爲シ又ハ之ニ重大ナル侮辱ヲ加ヘタルトキ

甲ハ乙ニ對シ消費貸借ニ因ル債務アルニ拘ラス其債務ヲ免ルル爲メ乙ノ親權者
丙ニ欺カレ虚偽ノ債權證書ヲ作成交付シタリト主張シ丙ニ對シ證書無効確認ノ
訴ヲ提起シ且取消ノ意思表示ヲ爲シタル場合ニ於テ丙ハ相當資産ヲ有スル家庭
ニ在リ其社會上ノ身分地位ハ中流程度ニアルヲ以テ甲ノ叙上ノ行為ハ丙ノ社會
上有スル身分地位ニ對スル名譽ヲ毀損スルコト大ナルモノニシテ同人ニ對シ重
大ナル侮辱ヲ與ヘタルモノトス

原判決ノ認メタル事實ニ依レハ上告人ハ村井潤徳ニ對シ一萬八百八十圓ノ消費貸借
ニ因ル債務アルニ拘ラス其債務ヲ免カルル爲メ村井潤徳ノ親權者村井井才カニ欺カレ
虚偽ノ債權證書ヲ作成交付シタリト主張シ村井井才カニ對シ證書無効確認ノ訴ヲ提起
シ且ツ取消ノ意思表示ヲ爲シタルモノナリトス而シテ原判決ノ說明ニ依レハ被上告
人ノ母ナル村井井才カハ相當資産ヲ有スル家庭ニ在ル者ナルコト自ラ明カナルヲ以テ
其社會上ノ身分地位ハ中流ノ程度ニアルコトヲ推知スルニ難カラス故ニ上告人ノ叙
上ノ行為ハ村井井才カノ社會上有スル身分地位ニ對スル名譽ヲ毀損スルコト大ナルモ
ノニシテ同人ニ對シ重大ナル侮辱ヲ與ヘタルモノト謂ハサルヲ得ス故ニ原院カ上告
人ノ爲シタル行為ヲ以テ同人ニ對スル重大侮辱ナリト判斷シタルハ相當ナリ(大審院大
正七年(オ)第七四二號同八年二月二十四日民二部馬場裁判長田上柳川岩田成道各判事判決)

【關係事項】 上告棄却○原審長崎控訴院(離婚請求事件)○上告人松尾武雄訴訟代理人辯護士井本常治被上告人松尾しよう

妻カ夫ノ實父ニ對シ賣溜金ヲ盜ム泥棒ナリト放言スルカ故キハ明ニ配偶者ノ尊屬ニ對スル重大ナル侮辱ナリトス

本件當事者カ大正五年二月四日ヲ以テ婚姻ヲ爲シタルコトハ甲第一號證ノ戶籍謄本ニ依リ明白ナリ然リ而シテ大正七年中當事者ノ交情其圓滿ヲ缺キ屢々爭論ヲ爲シタル事實ハ證人坂田岩山下政吉ノ證言ニ依リ之ヲ推斷スルニ十分ニシテ被告ハ右ハ原告カ女中某ト私通シタルカ爲メナリト陳辯スト雖證人瀧澤二郎ノ證言ハ措信シ難ク證人大塚竹ノ供述ハ明確チ缺キ右被告主張ノ事實ハ到底之ヲ肯定シ能ハサルノミナラス却テ之ヲ證人山下政吉ノ證言ニ徵スルニ被告ハ性執拗ニシテ原告ハ尋常ニ被告ノ意ヲ迎フルニ努メ居タル事實ヲ認メ得ヘク更ニ進ンテ證人關根仁三郎ノ證言ニ依レハ被告ハ大正七年三月中當時同居中タリシ原告ノ實父タル同證人ニ對シ賣溜金ヲ盜ム泥棒ナリト放言シタル事實ヲ認定スルニ十分ニシテ右ノ一事ハ明カニ配偶者ノ尊屬親ニ對スル重大ナル侮辱ナリト言フヲ得ヘク本訴カ右ノ當時ヨリ一ケ年ヲ經過セサル期間内ニ提起セラレタルモノナルコトハ訴狀ノ記載ニ依リ明確ナルヲ以テ本件ハ右仁三郎ニ對スル侮辱ノ點ニ於テ既ニ理由アルモノトス(東京地方大正七年(タ)一四〇號同八年四月七日民一部大森裁判長山田山各判事判決)

【關係事項】 原告勝訴○離婚請求事件○原告關根喜一郎訴訟代理人辯護士丸山良策被告關根つる

【參照判例】

- 一 民法第八一三條第八號ニ所謂重大ナル侮辱トハ配偶者ノ一方カ他ノ一方ノ直系尊屬ニ對シテ爲シタル行爲自體ノ狀態ニ付キ判斷スヘキモノニシテ行爲ノ場所ニ第三者ノ存在スルコト否トハ毫モ相關スルコトナシ(大審院明治三六年二月七日民一部判決民事判決第九輯一七頁)
- 二 夫ハ其妻カ尊屬親ヲ凌辱シ一家ノ親睦ヲ破ルノ行爲アリタルトキハ以テ離婚ヲ求ムルコトヲ得タリシハ我慣習ノ許ス所ナリトス(同上明治三四年一〇月五日民部判決裁判誌第六卷三二五頁)
- 三 夫カ第三者ニ宛テ妻ノ父ハ犬猫同歸云々人面獸心實ニ畜生モ同歸ナル旨ノ書狀ヲ送リタルトキハ妻ノ直系尊屬ニ對シ重大ナル侮辱ヲ加ヘタルモノトス(東京控訴大正四年(ホ)第二四三號同年一〇月一九日判決本書第四卷民法六五六頁)

養親甲ハ養女乙ニ下女奉公ヲ爲スコトヲ強ヒ一日僅ニ二回ノ粗食ヲ給スルニ過キサルノミナラス乙ニ對シテ下女奉公ヲ強要シタル上突然乙ノ胸ヲ蹴リ其背部ヲ亂打シ且實家ニ復歸スヘシト脅迫シ爲メニ乙カ夜中他人ノ居室ニ難ヲ避ケザルヘカラサルニ至ラシメタルカ如キハ民法第八六六條第一號ニ所謂同居ニ耐エサル虐待ニ該當スルモノトス

原告カ被告ノ養子ナルコトハ甲第一號證ニ依リ明白ナリ而シテ本件緣組ヲ爲スニ當リ被告ハ原告ニ説クニ被告ハ一萬圓内外ヲ有スルニ付キ原告ニ對シテモ相當ノ教養ヲ爲スヘキ旨ヲ以テシ原告カ之ヲ信シテ其緣組ヲ爲シタルモ原告カ被告ト同居スルニ及ヒテハ被告ハ原告ニ下女奉公ヲ爲スコトヲ強ヒ一日僅ニ二回ノ粗食ヲ給スルニ過キザリシ事實並ニ大正七年十月十五日午後九時頃被告ハ原告ニ對シテ下女奉公ヲ強要シタル上突然原告ノ胸ヲ蹴リ其背部ヲ亂打シ且實家ニ復歸スヘシト脅迫シ爲メニ原告カ夜中他人ノ居室ニ難ヲ避ケザルヘカラサルニ至リシ事實ハ甲第二、三號證及證人三宅利三郎宮野熊次郎ノ各證言ニ依リテ之ヲ認定スルニ十分ナリ而シテ右

ナル侮辱ヲ加ヘタルモノトス(東京控訴大正四年(ホ)第二四三號同年一〇月一九日判決本書第四卷民法六五六頁)
四 假令控訴人及ヒ其實父カ控訴人ニ對シ同人チシテ不滿ヲ懷カシムルカ如キ處置アリシニセヨ故ラニ控訴人ノ實母ニ對シ詐欺師又ハ人面獸心ノモノ或ハ芋虫同様ノモノナリト罵リタル書面ヲ發送シタルカ如キハ即チ控訴人ノ直系尊屬タル者ニ對シ重大ナル侮辱ヲ與ヘタルモノニシテ民法第八一三條第八號ニ該當セシ離婚ヲ請求スル原因アルモノトス(廣島控訴院明治四四年(ホ)第二〇六號判決本書第一卷民法二二二頁)

(六七)

八六六

緣組ノ當事者ノ一方ハ左ノ場合ニ限リ離婚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

東京控訴院

長崎控訴院

定ニ係ル暴行ノ事實ノ如キハ民法第八百六十六條第一號ニ所謂同居ニ耐エサル虐待ニ該當スルモノナリト認ムルヲ相當トスヘク原告ノ本訴請求ハ理由アリ(東京地方大正七年(タ)二四〇號同八年三月三十一日民一部大森裁判長山田細川各判事判決)

【關係事項】

原告勝訴○離縁請求事件○原告直谷リカ訴訟代理人辯護士相川久太郎外一人被告直谷亥之助

【參照判例】

- 一 養女タル控訴人ヲ屢強要シ再度姦姦ノ如キ賤業ヲ營マシメ又ハ金錢ノ爲ニ其節操ヲ破ルヘキ行爲ヲ爲サシメト勉メタルモノト認ムルコトヲ得ヘシ而テ尊屬親ヨリ如上ノ如キ強制ヲ受クルハ婦女ノ極メテ苦痛ヲ感スル所ナレハ被控訴人ノ意思ニ反シテ前示ノ如ク強要スルニ於テハ被控訴人ハ養女タル控訴人ニ對シテ離縁ノ原因トナルヘキ虐待ノ行爲アリタルモノト認ムルニ足ル(東京控訴院三八年六月一日民一部判決法律新聞二八七號一六頁)
- 二 養子カ養親ヨリ暴行ヲ受タルニ當リ之ヲ防衛スル爲メ養親ヲシテ傷ニ四五日ノ經過ニ依リ治癒スヘキ創傷ヲ負ハシメタリトスルモ民法第八六六條第一號ニ所謂虐待ニ該當セザルモノトス(長崎控訴大正二年(キ)第一三八號同三年三月一九日判決本書第三卷民法三一頁)

(六八)

- 九〇 公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行爲ハ無効トス
 - 四一五 債務者カ其債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲ササルトキハ債權者ハ其損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ履行ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルトキ亦同シ
 - 四一六 損害賠償ノ請求ハ債務ノ不履行ニ因リテ通常生スヘキ損害ノ賠償ヲ爲サシムルヲ以テ其目的トス特別ノ事情ニ因リテ生シタル損害ト雖モ當事者カ其事情ヲ豫見シ又ハ豫見スルコトヲ得ヘカリシトキハ債權者ハ其賠償ヲ請求スルコトヲ得
 - 五四一 當事者ノ一方カ其債務ヲ履行セザルトキハ相手方ハ相當ノ期間ヲ定メテ其履行ヲ催告シ若シ其期間内ニ履行ナキトキハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得
 - 七七二 子カ婚姻ヲ爲スニハ其家ニ在ル父母ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス但シ男カ滿三十年女カ滿二十五年ニ達シタル後ハ此限ニ在ラス
 - 七七五 婚姻ハ之ヲ戶籍吏ニ届出ツルニ因リテ其效力ヲ生ス
- 前項ノ届出ハ當事者雙方及ヒ成年ノ證人二人以上ヨリ口頭又ハ署名シタル書面ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ要ス

東京控訴院判決

婚姻豫約ハ當事者間ニ於テ將來婚姻ス可キコトヲ約諾スルニ依リ成立シ何等特別ノ方式ヲ必要トスルモノニ非ス

婚姻豫約ニ付キ豫約當事者カ其家ニ在ル父母ノ同意ヲ得ルコトハ法律上必要ニ非ス

婚姻豫約締結後他ノ女ト婚姻ヲ爲シタルトキハ當事者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ婚姻豫約上ノ義務ノ履行ヲ不能ナラシメタルモノナレハ當事者ノ一方ハ之ニ因リテ相手方ニ蒙ラシメタル損害ヲ賠償ス可キ義務アルモノトス

當事者ノ一方カ其責ニ歸スヘキ事由ニ因リ婚姻豫約上ノ義務ノ履行ヲ不能ナラシメタル以上其相手方ハ婚姻豫約ノ解除手續ヲ爲スノ必要ナク直ニ其蒙リタル損害ノ賠償ヲ請求シ得ルモノトス

婚姻豫約ノ如キ人ノ身分ニ影響ヲ及ボス人事上ノ契約違背ノ場合ニ於テハ獨リ財産上ノ損害ノミニ止マラス當事者ノ身分信用地位等ヲ參酌シテ精神上ノ損害迄モ賠償セシム可キハ契約ノ性質上當然ノコトナリトス

按スルニ成立ニ争ナキ甲第一號證ノ一乃至八原審證人矢部竹次郎當審證人吉澤スイノ各證言ヲ綜合スルトキハ控訴人ハ其父母ノ知己タル被控訴人ノ懇請ニ應シ家事手傳ノ爲メ被控訴人方ニ寄寓中大正三年四月頃被控訴人ト婚姻ノ豫約ヲ爲シ爾來夫婦ノ交情ヲ繼續シ其間ニ一女ヲ舉タルニ至リタル事實ヲ認定スルニ足ル被控訴人ハ右婚姻豫約締結ノ事實ヲ否認シ單ニ控訴人ト私通關係アリタルニ過キサル旨抗爭スル

モ其立證ニ供スル乙第一號證ノ一乃至三原審證人根本常之助ノ證言ニ依テハ之ヲ認
 メ難ク其他被控訴人ノ提出採用シタル各證據ニ依ルモ之ヲ認定スルニ足ラサルヲ以
 テ右主張ハ排斥ヲ免レズ次ニ被控訴人ハ婚姻豫約ハ當事者間ニ於ケル婚姻豫約ニ關
 スル合意アリタル後地方慣習ニ從ヒ婚姻式ヲ舉クルニアラサレハ未ダ法律上成立シ
 タルモノト爲スヲ得ス從テ未ダ婚姻式ノ舉行ナキ本件ニ於テハ法律上婚姻ノ豫約成
 立セサル旨抗爭スルモ婚姻豫約ハ當事者間ニ於テ將來婚姻ス可キコトヲ約諾スレハ
 之ニヨリ成立シ何等特別ノ方式ヲ必要トスルモノニアラサル事論ヲ俟タサルカ故ニ
 前記抗辯ハ失當タルヲ免レズ次ニ被控訴人ハ本件婚姻豫約當時滿三十年ニ達セザリ
 シヲ以テ右豫約ニ付キ家ニアル父母ノ同意ヲ必要トスルニ拘ラス其同意ヲ得シテ
 本件豫約締結セラレタルカ故ニ法律上其效ナシト抗爭スルモ婚姻豫約ニ付キ豫約當
 事者カ其家ニアル父母ノ同意ヲ得ルコトヲ法律上必要トセサルハ論ヲ俟タサル所ナ
 ルカ故ニ右抗辯モ亦失當ナリ而シテ被控訴人ハ本件婚姻豫約締結後他ノ女ト婚姻ヲ
 爲シタルコト當事者間ニ爭ナキヲ以テ被控訴人ハ其責ニ歸ス可キ事由ニ因リ本件婚
 姻豫約上ノ義務ノ履行ヲ不能ナラシメタルモノト認ムヘク之ニ因リテ被控訴人ニ蒙ラ
 シメタル損害ヲ賠償ス可キ義務アルヲ勿論ナリ被控訴人ハ控訴人カ本件婚姻豫約ヲ
 解除セスシテ直ニ損害賠償ノ請求ヲ爲スハ失當ナル旨抗辯スルモ被控訴人カ其責ニ
 歸スヘキ事由ニヨリ本件豫約解除ノ義務ノ履行ヲ不能ナラシメタルコト前段認定ノ如
 クナル以上控訴人ハ本件豫約解除ノ手續ヲ爲スノ必要ナク直ニ其蒙リタル損害ノ賠
 償ヲ請求シ得ヘキハ論ヲ俟タサル所ナルカ故ニ右抗辯モ亦失當ニシテ採用スヘキ限
 リニアラス更ニ進ンテ損害ノ數額ニ付キ案スルニ婚姻豫約ノ如キ人ノ身分ニ影響ヲ
 及ボス人事上ノ契約違背ノ場合ニ於テハ獨リ財產上ノ損害ノミニ止マラヌシテ當事
 者ノ身分信用地位等ヲ參酌シテ精神上ノ損害迄モ賠償セシム可キハ契約ノ性質上當
 然ノコトトス而シテ當審證人吉澤スイノ右證言ニ顯ハレタル控訴人ノ身分職業年齢
 等ヲ參酌シテ考慮スルトキハ被控訴人ノ前記婚姻豫約上ノ義務違背ニ因リ蒙リタル

損害ハ金參百圓ヲ以テ十分慰藉スルニ足ルモノト認定シ得可キヲ以テ此部分ニ對ス
 ル控訴人ノ請求ヲ許容シ其餘ノ部分ノ請求ハ失當ニシテ排斥ス可キモノトス(東京控訴
 大正七年(ホ)第一九七號同八年一月三〇日民二部須賀裁判長前田細野各判事判決)
【關係事項】 被告敗訴○損害賠償請求控訴事件○控訴人吉澤たけ法律上代理人親權者吉澤勝次郎訴訟代理人辯護士松本重敏
 外一人被控訴人野原哲三訴訟代理人辯護士鈴木徳太郎

【參照學說判例】

本卷民法一九九頁乃至二〇六頁

本問ニ關シテハ吾人ノ曩ニ評論シタル所ナルヲ以テ再ヒ贅セサルヘシ(本卷民法
 二〇六頁)

六九

九九 代理人カ其權限内ニ於テ本人ノ爲メニスルコトヲ示シテ爲シタル意思表示ハ直接ニ本人ニ對シテ其效力ヲ生
 ス
 前項ノ規定ハ第三者カ代理人ニ對シテ爲シタル意思表示ニ之ヲ準用ス
 五四〇 契約又ハ法律ノ規定ニ依リ當事者ノ一方カ解除權ヲ有スルトキハ其解除ハ相手方ニ對スル意思表示ニ依リ
 テ之ヲ爲ス
 五五七 買主カ買主ニ手附ヲ交付シタルトキハ當事者ノ一方カ契約ノ履行ニ著手スルマア買主ハ其手附ヲ拋棄シ
 賣主ハ其倍額ヲ償還シテ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得
 八〇四 日常ノ家事ニ付テハ妻ハ夫ノ代理人ト看做ス

妻ハ其夫ノ不在ニ際シテハ日常普通ノ用務ニ付キ之ヲ代理スヘキモ賣買契約ノ
 解除ニ關スル法律行為ニ至リテハ之ヲ日常普通ノ用務トハ解シ難ク從テ當然其
 夫ヲ代理スル權限ヲ有スルモノト認ムルヲ得サルカ故ニ右夫ノ不在中其妻ニ對

シテ爲サレタル解除ノ意思表示ハ夫ニ對シテ其效力ヲ生セサルモノトス

本件買賣契約ニ關シテハ手附ノ授受ニ因リ其雙方ニ契約ノ解除權ヲ留保シタル事實者間ニ爭ナキ所ナリ依テ該買賣契約ハ控訴代理人主張ノ如ク果シテ大正七年六月十三日ヲ以テ適法ニ之カ解除ヲ來セシモノナルヤ否ヤナ案スルニ控訴人カ同日訴外佐土原熊五郎ヲ代理人トシ其債權者タル被控訴人宅ニ於テ同人不在ノ際其妻ニ對シ手附倍額金二百圓ヲ償還シテ買賣契約ヲ解除スヘキ旨ノ意思表示ヲ爲サシメタル事實ハ原告證人佐土原熊五郎、山口清次郎、中川市卯郎ノ各證言並ニ甲第一號證及原告口頭辯論調書ノ各記載ニ觀シテ是認シ得ヘキト同時ニ被控訴人ニ於テ代金支拂義務ノ履行ニ著手シタル時期ハ大正七年六月十五日ナルコトハ被控訴代理人ノ自陳スル所ナルヲ以テ右控訴人ノ解除權行使ハ其時期及場所ノ關係ニ於テハ被控訴人ノ不在如何ニ拘ラスモ間然スル所ナク從テ若シ其際現實ニ手附金信額ノ辨濟ヲ爲シ得ヘキ狀態存在シ且其ノ契約解除ノ意思表示ニ對スル相手方ニシテ適正ナリシトセハ該買賣契約ノ解除ヲ來セルコト疑ナク容レスト雖モ控訴代理人ノ舉證殊ニ前記佐土原熊五郎及山口清次郎ノ各證言中現ニ償還金員ヲ持參シテ之ヲ辨濟スヘキ狀態ニ置キタル旨ノ供述ハ之ヲ信憑スヘキ心證ヲ惹起セサルヲ以テ結局有效ナル提供ノ事實ハ之ヲ認容スルヲ得ス又被控訴人ヨリ其妻ニ對シ本件買賣契約ノ解除ニ關スル特段ノ授權ヲ爲シタル事實ハ控訴代理人ノ主張セサル所而シテ元來妻ハ其夫ノ不在ニ際シテ日常普通ノ用務ニ付キ之ヲ代理スヘキモ本件ノ如キ買賣契約解除ニ關スル法律行為ニ至リテハ之ヲ日常ノ普通ノ用務トハ解シ難ク從テ當然其夫ヲ代理スル權限ヲ有スルモノト認ムルヲ得サルカ故ニ右被控訴人ノ妻ニ對シテ爲サレタル解除ノ意思表示ハ被控訴人ニ對シテ其效力ヲ生セサルコト論テ俟タス(長崎控訴院大正七年(ア)第三三三號同年二月二六日民部谷山裁判長中根駒田各判事判決法律新聞第一五一六號二頁)

【關係事項】

棄却○契約不存在確認並ニ杉木俊禁止請求事件○控訴人高良政信訴訟代理人辯護士陳內惣三郎○被控訴人安藤

熊右衛門訴訟代理人辯護士中原諒

(七〇)

九七五第二項

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

乙ハ甲ノ長男ニシテ現ニ其法定推定家督相續人タルモ甲家ニハ甲ノ長女ノ夫ニシテ其婿養子タル丙カ明治三四年以來入家シ居ル事實及ヒ乙ハ數年前ヨリ分家戸主丁方ニ於テ其家業タル海苔業ヲ助ケ來リ大正八年丁死亡後ハ同人ノ相續人タル女戸主ト事實上ノ婚姻ヲ爲シテ其夫ト爲リ兩人ノ交情圓滿ニシテ乙ハ熱心ニ丁ノ遺業ヲ繼續經營シ居ル事實ハ洵ニ相續人廢除ニ付キ正當ノ事由アルモノトス

案スルニ被告カ原告ノ長男ニシテ現ニ其ノ法定ノ指定家督相續人タル事實及原告家ニ長女トシテ夫ニシテ原告ノ婿養子タル熊五郎カ明治三四年六月一日以來入家シ居ル事實ハ甲第一號證ノ一ニ依リ又訴外職戶濱吉カ大正八年一月五日死亡シ其長女トシテ夫トシテ原告ノ相續シテ戸主ト爲リ居ル事實ハ甲第一號證ノ二ニ依リテ明カナリ然リ而シテ亡濱吉カ原告ノ實弟ニシテ原告家ノ分家タル事實並被告ハ數年前ヨリ右亡濱吉方ニ於テ其家業タル海苔業ヲ助ケ來リ大正八年一月濱吉死亡後ハ同人ノ相續人トシテ事實上ノ婚姻ヲ爲シテ其夫ト爲リ兩人ノ交情圓滿ニシテ被告ハ熱心ニ亡濱吉ノ遺業ヲ繼續經營シ居ル事實ハ證人安藤作次郎ノ證言ニ依リテ認ムルニ十分ナリ果シテ然ラハ今原告カ被告ノ法定ノ推定家督相續人タルコトヲ廢除スルモ原告家ニ於テハ別ニ家督相續人ニ支障ヲ生セサルノミナラス被告ヲ廢除ノ上之ヲシテ分家ノ女戸主ノ入夫ヲラシメ右分家ニ在リテ其ノ年來習得シ來レム技能ヲ以テ分家

ノ家業ノ維持發展ヲ圖ラシムルハ本家並分家ノ兩全ヲ期シ且被告ノ幸福ヲ所期スル所以ナリト謂フヘク本件ノ如キハ洵ニ民法第九七五條第二項ニ所謂相續人廢除ニ付キ正當ノ事由アルニ該當スルモトノス而シテ原告カ本訴提起ニ際シ親族會ノ同意ヲ得タルコトハ甲第二號證ノ一二ニ依リ明瞭ナリ仍テ原告ノ本訴請求ヲ理由アリト爲ス(東京地方大正八年(タ)第三六號同年四月一六日民一部大森裁判長山田與山各判事判決)

【關係事項】

相續人廢除○相續人廢除請求事件○原告織戸文太郎訴訟代理人辯護士德岡梅吉被告織戸喜太郎

乙ノ私生子ニシテ其法定推定家督相續人タル甲ハ丙ノ庶子ナルコト及丙ハ生前甲ヲ愛撫シタル事實又丙死亡シタルモ後嗣ナキ爲メ親族會ハ甲ヲ丙ノ相續人ニ選定シタルコト並ニ甲モ丙家ヲ嗣クコトヲ切望シ乙ニ於テハ改メテ自己ノ相續人ヲ選定スルコトトシ甲カ丙家ヲ相續スルコトニ異議ナキ事實ハ民法第九七五條第二項ニ所謂相續人廢除ニ付キ正當ノ事由アルモノト認ムルヲ相當トス

被告カ原告ノ私生子ニシテ現ニ其法定ノ推定家督相續人ナルコト並訴外亡堀口彌吉ノ庶子ナルコトハ甲第一號證ニ依リ明カナリ而シテ右彌吉ハ大正八年一月六日死亡シタルモ其生前常ニ被告ヲ愛撫シ居リタル事實彌吉ニ後嗣ナキ爲メ同年二月四日其親族會ハ被告ヲ同人ノ相續人ニ選定シタル事實並被告ハ彌吉ヲ嗣クコトヲ切望シ原告ニ於テハ改メテ自己ノ相續人ヲ選定スルコトトシ被告カ彌吉ノ家ヲ相續スルコトニ異議ナキ事實ハ本人訊問ノ結果ニ依リ之ヲ認ムルニ十分ナリトス果シテ然ラハ原告ハ別ニ相續人ヲ定メテ之ヲ嗣カシムルコトトシテ被告ハ之ヲ原告ノ法定ノ推定家督相續人タル地位ヨリ廢除シテ以テ右彌吉ノ後嗣タラシムルコトハ被告ヲシテ其實父ノ家ヲ繼承セシムル所以ニシテ又之レ原告カ本訴提起ニ依リ自ラ之カ成就ヲ希望スル所ナルカ故ニ斯ノ如キハ民法第九百七十五條第二項ニ所謂相續人廢除ニ付キ

【關係事項】

相續人廢除○家督相續人廢除請求事件○原告關根トミ訴訟代理人辯護士山口重明被告關根世貴男

正當ノ事由アルモノト認ムルヲ相當トス尙原告カ本訴提起ニ際リ親族會ノ同意ヲ得タルコトハ甲第二號證ノ一二ニ依リ明白ナルヲ以テ原告ノ本訴請求ハ理由アリトス(東京地方大正八年(タ)第四五號同年三月三十一日民一部大森裁判長山田與山各判事判決)

【參照學說判例】

本卷民法二一三頁乃至一四頁

(七一)

妻カ夫ノ同意ヲ得スシテ戸主ヨリ贈與ヲ受ケタル後戸主死亡シタル後ト雖モ夫ハ贈與契約ノ取消ヲ爲スコトヲ得而シテ其取消ノ意思表示ハ贈與者ノ相續人ニ對シテ之ヲ爲スヘキモノトス

妻カ夫ノ同意ヲ得スシテ戸主ヨリ贈與ヲ受ケタル後戸主死亡シタルトキト雖モ夫ハ贈與契約ノ取消ヲ爲スコトヲ得贈與者ノ生存中ニ在リテハ之ニ對シテ取消ノ意思表示ヲ爲スヘキハ論ヲ俟タズト雖モ其死亡後ニ於テハ包括承繼人タル相續人ヲ相手方トスルノ外ナシ從テ其取消ノ意思表示ハ贈與者ノ相續人ニ對シテ之ヲ爲スヘキモノトス(法學博士牧野菊之助氏法學新報第二九卷第四號一〇八頁)夫ノ同意ヲ得スシテ妻カ夫ヨリ贈與ヲ受ケタル場合ト戸

一四 妻カ左ニ掲ケタル行爲ヲ爲スニハ夫ノ許可ヲ受クルコトヲ要ス

二 贈與若クハ遺贈ヲ受諾シ又ハ之ヲ拒絕スルコト

前項ノ規定ニ反スル行爲ハ之ヲ取消スコトヲ得

二〇 第二項 妻カ爲シタル行爲ハ夫モ亦之ヲ取消スコトヲ得

二三 取消シ得ヘキ行爲ノ相手方カ確定セル場合ニ於テ其取消又ハ追認ハ相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ爲ス

主死亡後ニ於ケル取消權ノ行使(要領)

妻カ夫ノ許可ヲ得スシテ爲シタル法律行爲ノ取消權ハ夫妻タル身分ヲ前提トシテ發生及存續スル權利ナルヲ以テ其夫妻タル關係ノ消滅ト同時ニ消滅スルモノトス

被告ノ取消抗辯ニ付キ案スルニ妻カ夫ノ許可ヲ得スシテ爲シタル法律行爲ノ取消權ハ夫妻タル身分ヲ前提トシテ發生及存續スル權利ナルヲ以テ其夫妻タル關係ノ消滅ト同時ニ消滅スルモノナリ而シテ被告カ夫ノ先代七郎平カ大正五年二月十九日死亡シ婚姻關係消滅シタルコトハ當事者間爭ナキ所ナレハ之レト同時ニ夫タル七郎平ノ取消權並ニ妻タル被告カ夫ノ取消權ハ共ニ消滅ニ歸シタルモノニシテ本件ニ於ケル取消ノ意思表示ハ何等法律上ノ效力ヲ生スルモノニアラサルノミナラス許可ノ有無ニ關スル事實ニ付キ見ルモ許可ナカリシ事實ハ取消權ヲ主張スル被告ニ於テ之カ立證ナラスヘキニ拘ラス何等之ヲ認ムヘキ證明ナク却テ證人宮城佐之助ノ證言ニヨレハ被告カ夫七郎平ノ生存中ニ於テモ七郎平ハ家務ヲ見ス被告カ夫七郎平ノ許可ノ下ニ之ヲ爲タルモノト推認スルヲ妥當トスヘキニヨリ此點ニ於ケル被告抗辯モ其理由ナシ(名古屋地方裁判所大正七年(通)第二〇六號同年一月五日民一部赤堀裁判長野田相澤各判事判決法律新聞第一五〇二號一七頁)

【關係事項】 被告收訴○保證債務履行請求事件○原告近藤誠訴訟代理人辯護士加藤正彌 被告磯谷數馬被告磯谷かず訴訟代理人辯護士伊藤光彦

【婚姻ノ解消ト夫ノ取消權ノ消滅ニ關スル參照學說判例】

一 此取消權ハ他ノ無能力者ノソレト異リ親族權ニ屬スヘシ從テ夫妻ノ身分ノ消滅ト共ニ消滅ス(法學博士川名榮四郎氏民法總論二七六頁)

川名博士

松本博士

鳩山博士

嘉山學士
鳩山學士

宮城控訴
院

梅博士

加古學士

藤田判事

二 夫ハ婚姻解消ノ後ト雖モ尙ホ取消權ヲ有スルヤ否ヤハ多少ノ疑問ニシテ或ハ他ニ取消權消滅ノ事由アラサル限りハ仍ホ取消權ヲ有スルモノトスル説アレトモ夫ノ取消權ハ夫タル地位ニ伴フモノナルヲ以テ離婚ノ場合ニハ前夫ニ取消權ヲキモノトス(法學博士松本泰治氏民法註釋一卷一八一頁)
三 民法カ妻ノ行爲ニ對シテ夫ニ許可權ヲ與ヘ其結果トシテ之ニ背キタル場合ニ取消權ヲ與ヘタル財產的關係ニ基キタルモノニアラスシテ夫タリ妻タル身分關係ヲ理由トシタルコト明ナリ之カ故ニ身分ノ消滅ト共ニ取消權モ亦消滅スヘク或ハ之ニ反對シテ離婚後ニ於テ前夫ニ取消權ヲ與フルコトカ夫權ノ圓滿ナ期スル所以ナリト論スル者アリト雖モ夫權尊重ノ點ヨリ見ルモ自ラ夫權ヲ放棄シタル人ニ夫權ヲ行使セシムルノ必要ナキモノト考フ(法學博士鳩山秀夫氏民法註釋二卷四〇九頁)
四 此取消權ハ夫婦關係ノ解消シタル後ニ於テ存セサルモノトス(法學博士嘉山幹一民法總論大正三年中大講三〇〇頁)
五 夫ノ取消權ハ婚姻解消ニヨリテ消滅スルヤ否ヤノ問題アリ反對説アルモ余ハ積極説ヲル夫ノ取消權ハ夫ノ許可權ト同シク一身ニ專屬スルモノト解スルカ故ナリ(法學博士鳩山一郎氏民法總論日大講三八二頁)
六 妻カ夫ノ許可ヲ得スシテ爲シタル法律行爲ニ付キ法律カ其取消權ヲ夫妻ニ附與セル所以ノモノハ夫權ヲ保護シ夫婦間ノ平和ヲ保持スル目的ニ出テタルモノナレハ該取消權ハ性質上夫妻タル身分ニ專屬シ他人ノ之ヲ承繼シ得サルハ勿論夫妻關係ノ解消ト同時ニ消滅ニ歸スル者ト云ハサルヲ得ス(宮城控訴大正元年(ホ)第一四八號判決法律新聞第八六八號三〇頁本卷第二卷民法二五九頁)

【同上ニ關スル反對學說判例】

一 夫ハ離婚後ト雖モ妻ノ行爲ノ取消權ヲ有ス取消權ヲ認メサレハ離婚ヲナサントスル前ニ於テハ妻ハ夫ノ許可ヲナシテ一切ノ行爲ヲ爲シ夫ノ之ヲ知ルニ逸アラスシテ遂ニ離婚ヲ爲スコト多カク實際妻ヲシテ夫權ヲ蔑如セシムルコトナレヘキヲ以テナリ夫ノ取消權ハ夫權ヲ重スルニ出テタルモノナリ此理由ヨリ官ハ婚姻解消後ト雖モ仍ホ夫ニ取消權ヲ與フルヲ至當トスルナリ(法學博士梅謙次郎氏法典實證總則四六頁)
二 夫ノ許可ヲ得スシテ爲シタル行爲ヲ何時マテ夫カ取消スルヲ得ルヤ否ヤニ關スル標準ハ之ヲ離婚ニ求ムルコトヲ得スシテ取消權ノ時効ニ關スル規定ニ依リテ判斷セサルヘカラス離婚後ト雖モ一定ノ期日ヲ經過セサル以前ナレハ夫ハ取消權ヲ行使スルコトヲ得ヘキモノナリトス(加古學士法典實證總則四五頁)
三 妻カ夫ノ許可ヲ受ケシテ爲シタル行爲ハ假使アル行爲ノ當時一旦夫ニ取消權ヲ與ヘタル以上ハ民法第一二六條ノ規定ニ依リ時効ニ因リテ消滅ニ歸スルカ又ハ夫ニ於テ取消權ヲ放棄シ若クハ取消シ得ヘキ行爲ヲ追認シタリト認ムヘキ事實ナキ限りハ前ニ取得セル夫ノ取消權カ爾後ニ於ケル妻ノ死亡又ハ離婚ニ因リ當然消滅スヘキ謂レナシ若シ此場合ニ於テモ取消權ヲ消滅セシムル法意ナリトセハ別ニ民法第七百八十一條ノ規定スルカ如ク不適當者カ適齡ニ達シタルトキハ婚姻ノ取消ヲ請求スルコトヲ得サルト同趣旨ノ明文ヲ設クヘキハ法制上當然探ルヘキ順序ナルニ拘ハラス民法第一編第四章第四節無效及ヒ取消ノ項下ニ於テ第二百六條ニ取消權ノ消滅時効ニ關スル特別規定アルノ外何等法文ノ徵スヘキモノナキニ依リテ之ヲ觀レハ婚姻解消

後ニ於テモ其取消權ヲ行使スルコトヲ得ルモノト論定シ得ルニ離カラス(判事藤田貞次郎氏法律新聞第四三五號二頁)
 四 妻ノ行爲ニ因リ夫ノ財産上ノ利益ヲ害セラレタルトキハ夫ノ取消權ハ婚姻ノ解消後ニ於テモ尙ホ存在スルモノトス(大審院大正二年(オ)第三三五號同年一月二五日判決本書第二卷民法六一三頁)
 五 婚姻解消後ニ夫カ爲シタル妻ノ行爲ノ取消ヲ有效ナリト主張セントスルニハ妻ノ行爲カ夫ノ財産上ノ利益ヲ害スルコトヲ主張シ證明セサルヘカラス(同上大正二年三三五號同年一月二五日判決本書第二卷民法六一四頁民錄一九輯八六四頁)
 六 妻カ夫ノ許可ヲ得シテ爲タル法律行爲ハ妻ノ死後ト雖モ其夫ニ於テ之ヲ取消スコトヲ得ヘシ(廣島控訴院明治四〇年一月一九日判例彙報第二卷一六頁)
 七 夫ノ許可ヲ得サル妻ノ行爲ニ付キテ有スル夫ノ取消權ハ妻ノ死亡ニ拘ハラズ存在ス(東京控訴院法律新聞第三七五號二二〇)

妻カ夫ノ同意ヲ得シテ戸主ヨリ贈與ヲ受ケタル後戸主死亡シタル後ト雖モ夫ハ尙ホ該贈與契約ヲ取消スコトヲ得ト解セラレタル博士論旨前段ハ民法第一四條第一二〇條ノ解釋上正當ナリ而シテ此場合ニ於ケル取消ノ意思表示ハ其相續人ニ對シテ爲スヘキコト之亦博士所論ノ如シ
 判旨亦正當ナリ蓋シ妻ノ無能力ハ他ノ無能力者ト全然其理由ヲ異ニシ夫婦間ノ平和維持ノ爲メニ設ケラレタル制度ナレハ夫及ヒ妻ノ取消權ハ孰レモ其身分ニ專屬スルモノトス即チ此取消權ハ夫婦關係ノ存續ト終始スルモノト謂フヘク夫婦關係消滅シタルトキハ之レニ因リ絶對ニ取消權モ消滅スルモノト解スルヲ正當トスヘケレナリ從テ假令其相續人ト雖モ之ヲ承繼スルコトヲ得ヌ又夫タリシ者ハ爾後取消權ヲ喪失スルモノト謂ハサル可ラス(第二卷民法二六一頁六一六頁評參照)

遲延利息債權ハ民法第一六七條ノ規定ニ從ヒ主タル債權ト共ニ時効ニ因リテ消滅スヘキモノトス

一六七 債權ハ十年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅ス
 一六九 年又ハ之ヨリ短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ハ五年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅ス
 四一九 金錢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

遲延利息請求權ハ十年ノ消滅時効ニ罹ルモノナリヤ將タ五年ノ消滅時効ニ罹ルモノナリヤ利息ノ債權ニ付キ第一六九條ノ規定ヲ適用スルニハ其ノ債權ハ主タル債權ト分離シテ取立テ得ヘキモノニシテ其ノ取立期限カ年又ハ之レヨリ短キ時期ヲ以テ定メアルコトヲ前提トス之ニ反シテ利息ノ債權ト雖モ其支拂ニ付キ特別ニ期限ノ定メナク主タル債權ノ從トシテ之レト共ニ取立ツヘキモノナルトキハ主タル債權ト分離シテ獨立シテ消滅時効ニ依ラシムルノ必要ナク其本來ノ性質ニ從ヒ主タル債權ト其運命ヲ同ウセシメ之ト共ニ消滅時効ニ罹ラシムルヲ相當トス而シテ本問ノ遲延利息ニ付キテハ其支拂ニ付キ期限ノ定メナク主タル債權ト共ニ取立ツヘキモノナレハ民法第一六九條ノ規定ハ此場合ニ之ヲ適用スルヲ得ヌ同法第一六七條ノ規定ニ從ヒ主タル債權ト共ニ時効ニ因リテ消滅スヘキモノトス(法學博士橫田秀雄氏法學新報第二九卷第五號一〇九頁「遲延利息ト消滅時効」要領)

【遲延利息債權ト消滅時効ニ關スル同趣旨參照判例】

一 債務不履行ニ基ク遲延利息ハ民法第一六七條第一項ニ依リ十年ノ時効ニ因リテ消滅スヘキ債權ニシテ同第一六九條ニ依リ五年ノ時効ニ因リ消滅スヘキモノニ非サルモノトス(大審院大正七年(オ)第六〇五號同年一月九日民三部判決本書第七卷民

東京控訴

宮城控訴

東京區裁
判所

東京控訴

大阪控訴

鳩山博士

法一一二六頁)

- 二 遲延利息ノ債權ハ民法第一六九條所掲ノ債權ニ屬セス從テ五年ノ時効ニ因リ消滅セスシテ十年ノ時効ニ因リ消滅スヘキモノトス(同上大正六年(オ)四一七號同年七月二日民三部判決本書第八卷民法八二二頁)
- 三 元金ノ辨濟期ニ於テ一度々拂ハルヘキ利息及ヒ債務不履行ニ因ル損害金ハ民法一六九條ノ短期時効ニ因リ消滅スヘキ債權ニ非シテ同一六七條一項ニ從ヒ十年ノ時効ニ因リテ消滅スヘキモノナリ(同上明治四二年(オ)一六三號同一年一月六日判決民錄一五輯八九二頁)
- 四 債務不履行ニ因ル損害賠償債權ハ民法第一六九條ノ短期時効ニ屬ルモノニ非シテ同一六七條一項所定ノ十年ノ時効ニ屬ルモノトス(同上明治四二年(オ)一四二號同年五月二八日判決民錄第一五輯五三六頁)
- 五 損害金ハ民法一六九條ノ範圍外ニ屬スヘキモノトス(東京控訴明治四三年(ナ)九八號同四年二月二三日判決法律新聞七〇六號二二頁)
- 六 遲延利息即チ損害賠償ノ債權ハ年又ハ之ヨリ短キ時期ニ支拂ハルヘキモノニ非サルヲ以テ民法一六七條ニ依リ其消滅時効ノ期間ハ十年ナリトス(同上明治四一年(ネ)一二七號同年四月一日判決法律新聞四九八號二二頁)
- 七 期間後ニ生シタル利子ハ其性質契約ノ不履行ニ基ク損害金ニ外ナラス且ツ斯ル損害ハ年又ハ之ヨリ短キ時効ヲ以テ定メタル債權ニモアラサルカ故ニ其利子請求權ハ五ヶ年ノ經過ニ因リテ消滅時効ニ屬ルモノニアラス(宮城控訴明治四三年五月四日判決報第八卷五〇頁第七卷二七頁)
- 八 返濟期間後ニ生シタル利子ハ其性質契約ノ不履行ニ基ク損害金ニ外ナラサルカ故ニ五年ノ時効ニヨリ消滅スルモノニアラス(明治四一年(ネ)二一八號法律新聞第六六五號一四頁)
- 九 遲延利息ハ年又ハ之ヨリ短キ期間ヲ以テ定メタル債權ト謂フ可カラサルカ故ニ十年ノ時効ニ係リ消滅スヘキモノトス(東京區明治四四年(ハ)三六四號判決本書第一卷民法四九八頁)

【同上反對參照判例】

- 一 遲延利息モ五ヶ年ノ時効ニ因リ消滅スヘキモノトス(東京控訴明治四四年(ネ)三八〇號同四年三月二七日判決本書第一卷一五二頁)
- 二 民法一六九條ハ年又ハ之ヨリ短キ時期ニ支拂ハルヘキモノニシテ時ノ經過ニ從ヒ遞次ニ發生スル債權ヲ債務者保護ノ必要ヨリ短期時効ト爲シタルモノナリ從テ消費貸借ニ關スル約定利息ハ勿論遲延利息ノ如キ債務不履行ト同時ニ發生シ辨濟期ニアルモノヲ包含スルモノトス(大阪控訴明治四二年二月二四日判決世界三號)

【同上參照學說】

遲延利息ノ債權ハ第一六九條ニ該當セスト言フ判決アリ外國ノ法律ニハ利息ト言フカ故ニ之ヲ包含スト解スルナ當トスレト包

合セスト言フチ正當トス(法學博士鳩山秀夫氏法律行爲乃至時効七一四頁)

論旨ハ妥當ノ見解ナリトス(第七卷民法一一三〇頁第六卷民法八二四頁同民法三〇五頁評論)

(七三)

九七 隔地者ニ對スル意思表示ハ其通知ノ相手方ニ到達シタル時ヨリ其效力ヲ生ム
 表意者カ通知ヲ發シタル後ニ死亡シ又ハ能力ヲ失フモ意思表示ハ之カ爲メニ其效力ヲ妨ケララルコトナレ
 五二六 隔地者間ノ契約ハ承諾ノ通知ヲ發シタル時ニ成立ス
 申込者ノ意思表示又ハ取引上ノ慣習ニ依リ承諾ノ通知ヲ必要トセサル場合ニ於テ契約ハ承諾ノ意思表示ト認ムヘキ事實アリタル時ニ成立ス

磯谷學士

契約成立ノ要素タル二箇ノ意思表示ハ必スシモ申込及ヒ承諾ナル形式ニ依リテ爲サルコトヲ要セス苟モ當事者雙方ノ爲シタル二箇ノ意思表示カ全然其内容ニ於テ一致スル以上ハ之ニ依リテ契約ハ成立スルモノトス」
 契約ハ其内容ヲ同ウセル二箇ノ意思表示ノ合致ニ因リテ成立スルモノナレハ交又セル申込ノ二箇ノ意思表示ハ必スシモ其一ヲ申込ト爲シ其他ヲ承諾ト爲スノ要ナキモノトス」

交又申込ニ因ル契約成立ノ時期ハ意思表示ノ效力發生ノ時期ニ關スル民法第九七條ノ原則ニ從ヒ二箇ノ意思表示ノ内其何レカ先キニ發セラレタルヲ問ハス其後ニ到達シタル意思表示ノ到達時期ヲ以テ契約成立スルモノト爲スヘキモノトス」

交又申込ニ依リテ契約成立スルヤ否ヤ學者ノ説ク所區區ニシテ歸一スル所ナレ
 余ノ見ル所ヲ以テセハ契約ナルモノハ相對立セル當事者カ私法上ノ效果ヲ生セシム
 ルヲ以テ目的ト爲シタルニ箇ノ意思表示ノ合致ニ依リテ成立スルモノニシテ而シテ
 其先キニ爲シタル意思表示ヲ申込ト稱シ又之ニ應シテ爲サレタル意思表示ヲ承諾ト
 唱フルヲ普通トスレトモ契約成立ノ要素タル二箇ノ意思表示ハ必スシモ申込及承諾
 ナル形式ニ依リテ爲サルコトヲ要セス苟モ當事者双方ノ爲シタル二箇ノ意思表示
 カ全然其内容ニ於テ一致スル以上ハ之ニ依テ契約成立スルモノト論セサルヘカラス
 今消極説ヲ唱フル學者ノ論據ト爲リ得ヘキモノト思量スル數箇ノ理由ヲ擧ケテ之カ
 批評ヲ試ミンニ(第一)我民法ハ其第五二一條以下ニ於テ申込及承諾ノ二者ニ付キ規定
 ナシテ申込ハ只獨立セル二箇ノ申込ノ並立スルモノニ過キサルカ故ニ之ニ依リテ契約ヲ
 成立セシムルコトナシト云フニ在リ然レトモ民法第五二一條以下ハ普通ノ場合ニ於
 ケル契約成立ノ要素タル申込及承諾ノ二者ニ付キ其規定ヲ設ケタルニ過キサルモノ
 ニシテ此規定アルノ故ヲ以テ申込及承諾ノ形式ニ依ラサル二箇ノ意思表示ノ合致ニ
 因テハ契約ヲ成立セサルモノト解スルハ速斷ナリ要スルニ此反對説ハ契約ノ成立ニ
 申込及承諾ノ二者ヲ要スルコトヲ獨斷的ニ前提ト爲シタルモノニシテ而カモ此前提
 ノ當レルヤ否ヤハ本問ノ骨子タル論點ナリ(第二)相手方乙ニ於テ一方甲ヨリ申込ヲ爲
 シタルコトヲ知ラス全ク之ニ没交渉ニテ意思表示ヲ爲シタル場合ハ甲ト乙トノ間ニ
 ハ何等意思ノ了解ナキモノニシテ即チ乙ノ行爲ハ甲ノ意思表示ニ基キタルモノニア
 ラサルカ故ニ相互意思ノ了解ヲ以テ契約成立ノ基礎トスル觀念上斯カル場合ノ契約
 成立ヲ認ムルコト能ハスト云フニ在リ契約ノ成立ニハ當事者双方ニ於テ相互ニ意思
 ノ了解アルコトヲ要スルハ理論トシテハ固ヨリ正當ナルモ此理論ノ全部ハ決シテ立
 ノ時期ニ付テハ發信主義ヲ採用スルヲ以テ申込者ノ爲シタル意思表示ハ被申込者ニ

【交又申込ノ意義ニ關スル參照學説】

於テ之ヲ了解スルコトヲ得ルモ被申込者ノ爲シタル承諾ノ意思表示ハ申込者ニ到達
 スルヲ待タス其意思表示ヲ發シタルトキニ於テ既ニ成立スルカ故ニ申込者ニ於テ何
 等ノ了解ナキヤ明カナリ要スルニ此説ハ了知主義ニ基礎ヲ置クモノニシテ民法ノ解
 トシテハ之ヲ首肯スルコト能ハサルナリ(第三)若シ申込ノ交又ニ依リテ契約成立スル
 モノトセハ相手方ノ爲シタル申込ノ到達セサル以前ニ契約成立スルコトアルヘシ然
 ルニ申込ハ到達ニ依リテ其效力ヲ生スルモノニシテ到達以前ニ在リテハ申込者ニ於
 テ何時タリトモ之カ取消ヲ爲スコトヲ得ルモノナルニ右契約ノ成立ニ依リ取消權ヲ
 喪失シ豫期ニ反シテ契約成立ノ時期ヲ早ムルノ虞アリト然レトモ交又セル二箇ノ申
 込アリタル場合ニハ其互ニ申込ヲ爲シタル時期ノ前後ヲ問ハス最後ニ到達シタル意
 思表示ニ依リテ契約成立スルモノト信スルカ故ニ當初爲シタル申込カ未タ相手方ニ
 到達セサル以前ニ契約成立スルカ如キ場合ヲ生スルコトナシ交又セル申込ノ二箇ノ
 意思表示ノ内何レヲ以テ申込ト爲シ又承諾ト爲スヘキヤハ民法第九七條ニ依リ意思
 表示ノ到達ノ前後ニ依リテ之ヲ定ムヘキモノナリト主張スルモノアリ然レトモ既ニ
 契約ハ其内容ヲ同ウセル二箇ノ意思表示ノ合致ニ因リテ成立スルコトナシ是認スル以
 上ハ必スシモ其一ヲ申込ト爲シ其他ヲ承諾ト爲スノ要アルコトナシ次ニ攻究スヘキ
 ハ交又申込ニ因ル契約成立ノ時期ナリ然レトモ契約ノ成立ハ申込及承諾ノ合致ニ因
 リテ成立スルモノニアラサルカ故ニ民法第五二六條隔地者間ノ契約ハ承諾ノ通知ヲ
 發シタルトキニ成立ストノ規定ヲ適用スヘキモノニ非スシテ意思表示ノ效力發生ノ
 時期ニ關スル民法第九七條ノ原則ニ從フヘキモノニシテ即チ右二箇ノ意思表示ノ内
 其何レカ先キニ發セラレタルヲ問ハス其後ニ到達シタル意思表示ノ到達時期ヲ以テ
 契約成立シタルモノト爲スヘキハ當然ナリ(法學士磯谷幸次郎氏法學新報第二九卷第五號七五頁)交又セ
 ル申込ノ效力(要領)

【論旨第一點交叉申込ト契約ノ成立ニ關スル積極學說】

一 交叉申込トハ例ヘハ甲カ千圓ニテ馬一頭ヲ購買スヘキコトヲ乙ニ申込ミタルト同時ニ乙カ甲ニ馬一頭ヲ千圓ニテ賣渡スヘキコトヲ申込ミタル場合ノ如シ(法學博士石坂博士日本民法債權下一八〇三頁)

二 二個ノ意思表示カ同時ニ爲サル場合ハ所謂交叉申込ト稱スル場合ナリ即チ例ヘハ東京ノ甲カ大阪ノ乙ニ對シ一ノ机ヲ金十圓ニテ賣ルノ決意ヲ爲シ之ヲ書面ニ認メ乙宛ニテ郵送シ而シテ大阪ノ乙モ亦東京ノ甲ヨリ同一ノ机ヲ金十圓ニテ買フノ決意ヲ爲シ之ヲ書面ニ認メ甲宛ニテ郵送セルカ如シ(法學博士神戸實次郎氏契約總則七一頁)

三 甲カ乙ニ對シテ契約ノ申込ヲ爲シタル場合ニ乙モ亦甲ニ對シテ之レト同一ノ内容ヲ有スル契約ノ申込ヲ爲スコトアリ之ヲ交叉ノ交叉ハ申込ノ物ト言フ(法學博士鳩山秀夫氏日本債權法各論上六一頁)

四 各意思表示ノ時期ニ前後アルモ其間ニ何等相繼因果ノ關係ナク偶然合當者カ同一ノ内容ノ意思表示ヲ爲シタルニ止マル場合ニ於テハ各當事者共ニ申込ヲ爲スノ意思ヲ以テ意思表示ヲ爲セルモノナルカ故ニ學者ハ一般ニ之ヲ稱シテ交叉ト云フ(法學博士末弘學士氏債權各論一三頁)

一 我民法ニ於テモ同シク契約ノ成立ニ妨ケナキモノト考フ普通ノ場合トハ異ナルト雖モ此場合ニ於テモ申込承諾ノ意思表示アリ何レカ申込ニシテ何レカ承諾ナルカハ一般ノ原則ニ依リテ意思表示存在ノ前後ニ依リテ之ヲ定ム可シ(法學博士川名博士氏債權要論五九〇頁)

二 契約ノ成立ハ必シモ申込承諾ノ形式ニ依ルコトヲ要セス特ニ婚姻親子縁組等ニ在リテハ申込ノ承諾トチ區別スルコトヲ得ス且契約ニ於ケル意思表示カ前後シテ爲サルハ通常ノ狀態タルニ止マリ必シモ前後シテ爲サルコトヲ要セス故ニ同一ノ内容ヲ有スル二個ノ意思表示カ同時ニ爲サル場合ニ於テモ亦契約ノ成立スルコトヲ得(法學博士石坂博士日本民法債權下一八〇二頁)

三 申込及ヒ承諾ニ依ル方法ノミカ單ニ契約締結ノ唯一ノ方法ニシテ絕對ニ他ニ方法ナシト爲スコトヲ得且ツ民法ノ法文ニ依ルモ此以外ノ締結方法ヲ禁止スルノ明文ヲ設クルコトナキノミナラス其ノ規定自身モ亦其實質上他ノ締結方法ヲ禁止スル強行法タルノ性質ヲ有スルコトナシ故ニ此場合ニ於テモ契約ノ成立スルモノト爲スナ正當トス(法學博士神戸實次郎氏民法註釋契約總則七三頁)

四 申込ノ交叉ノ場合ニ於テモ意思表示ノ客觀的合致及ヒ主觀的合致ノ存スルコト明ナルカ故ニ理論上契約ノ成立ヲ認ムルコト正當トスルノミナラス實際上ノ結果ニ於テモ亦此場合ニ契約ノ成立ヲ認ムルカ妥當トスルヲ以テナリ(法學博士鳩山秀夫氏日本債權法各論上六一頁)

五 契約ヲ構成スル意思表示ハ常ニ必ス申込承諾ノ相互關係ヲ要スルモノト解スヘカラス故ニ契約ヲ構成スル意思表示カ全然時・同ウシテ爲サレタル場合ハ勿論縱令各意思表示ノ時期ニ前後アルモ其間ニ何等相繼因果ノ關係ナク偶然合當者カ同一ノ内容ノ意思表示ヲ爲シタルニ止マル場合ニ於テモ亦契約ヲ成立セシメ得ヘキナリ(法學博士末弘學士氏債權各論一三頁)

【同上ニ關スル消極學說】

一 契約ハ當事者ノ一方カ申込ヲ爲シ他ノ一方カ承諾ヲ爲スニ因リテ生スルモノナリ是レ契約ノ他ノ法律行爲ト異ル所ナルヲ以テ本款ニ於テハ主トシテ此點ニ關シテ契約ノ成立ノ要件ヲ規定セリ(第二章二〇頁)

二 偶々同一ノ目的ヲ有スル二ツノ意思表示カ同時ニ生スルモノトシテ二ツノ意思表示併立シタリト云フニ過キス契約ノ要素トシテ云フ所ノ合意ニハアラスト信ス(法學博士富井政義氏債權論明治四五年東大講一三頁)

三 本條ノ規定ニ依リテ隔地者間ノ契約ハ先ツ甲ヨリ乙ニ對シテ申込ヲ爲シ乙カ其申込ヲ受ケタル後ニ對シテ承諾ノ通知ヲ發スルニ因リテ成立スルモノトセルコト明ナリ故ニ雙方同時ニ同一ノ契約ニ付キ申込ヲ爲シタル場合ニ於テハ契約ハ右ノ申込ノ中後ニ發シタルモノニ因リテ成立スルモノト爲スコトヲ得ス(法學博士梅謙次郎氏民法要義債權三九二頁)

四 新民法ハ本款ニ題スルニ契約ノ成立ナル名稱ヲ以テ其成立方法ヲシテハ(一)申込ニ對シテ承諾アル場合(二)廣古ノ場合ノミナラズケタルヲ以テ申込承諾ノ順序ヲ經シテ契約成立スルコトヲ認メサルモノト解釋スルコト却テ解釋ノ當ヲ得ルニ似タリ(法學博士岡松參太郎氏民法理由債權三九七頁)

五 當事者相互間ニ於テ意思ノ合致アリトスルニハ當事者ノ一方カ意思ノ表示ヲ爲シ相手方カ其意思表示ヲ知リ之レニ同意ヲ表シタルコトヲ必要トス故ニ互ニ相對當スル意思ノ表示カ互ニ相交又スルモ所謂意思表示併立ノミナラテ意思ノ投合即チ合致ナキヲ以テ契約ハ未ダ成立スルニ至ラズ(法學博士横田秀雄氏債權論二頁)

六 當事者ノ一方カ相手方ノ或法律上ノ效果ヲ生セシメントスル意思表示ヲ爲シタルコトヲ知リテ之ニ對シテ法律上ノ效果ヲ生セシメントスル意思表示ヲ爲シタル場合ニ限リ當事者雙方ノ意思ノ投合アリタルモノト謂フ可キナリ從テ當事者雙方カ偶然同意旨ノ意思ヲ表示シタルノミニテハ未ダ以テ意思ノ投合アリタルモノト爲スニ足ラサルナリ(法學博士松波仁一郎氏同仁保龜松氏同仁井田益太郎氏民法正解債權七九〇頁)

七 承諾ハ申込ニ對シテ爲シタル意思表示ナルコトヲ要ス故ニ申込アルコトヲ知ラスシテ偶々其内容ヲ同ウスル意思表示ヲ爲スコトアルモ是レ二個ノ申込併合スルニ過キサルモノニシテ一ノ承諾ノ意思表示トスルヲ得ス從テ契約ハ成立セサルモノトス(法學博士末弘學士氏債權各論日大講一八頁)

八 申込ト承諾ノ意思表示ハ實ニ合意ヲ成立セシムルニ必要ナル方法ニシテ從テ申込及承諾ナクシテ合意ノ成立スルコトアリトナスハ蓋誤謬ノ見解タルヲ疑ハス我民法ニ在リテモ亦此理論ヲ認メタルコトハ其五二一條以下ノ規定殊ニ五二六條ノ規定ニ徴シテ明ナリ(法學博士馬場恩治氏債權原因論明治三九中大講三一頁)

九 意思ノ合致ハ先ツ申込アリ之ニ對シテ承諾アルニアラサレハ之ヲ見ルコトヲ得ヘカラス何トナレハ相互ニ連絡ヲ有スル二個ノ意思表示ノ斯クアリテ初テ存在スルコトヲ得ヘケレハナリ同時ニ若クハ交叉セル二個ノ意思表示ハ假令其内容ニ於テ同一ナルモ二個ノ意思表示ノ併存ニ過キスシテ相互ニ連絡ヲ有スルニアラサス故ニ之ニヨリ契約ノ成立シ得ヘキ理由アラサルナリ(法學博士嘉山幹一氏債權各論明治三四大講一六頁)

一〇 同一ノ内容ヲ有スル數個ノ意思表示カ申込及ヒ之ニ對スル承諾ノ性質ヲ以テ當事者相互間ニ交換セラレルコトカ契約ノ

飯島學士

村上學士

清瀬學士

石坂博士

神戸博士

川名博士

石坂博士

成立ニ缺クヘカラサル一大要件ナリ之レ即チ我民法ノ文字(五二一條—五二八條)ヨリ見ルモ疑ナキ所ニシテ單ニ數個ノ意思表示カ其内容即チ目的ヲ同クスルコトアルモ此要件ヲ具備セザレハ契約ハ成立セサルコト解釋上論ナキ所ナリ(法學士二上兵治氏債權各論法大講四〇頁)

一 申込アルコトヲ知ラスシテ爲シタル意思表示ハ偶然ニ申込ノ内容ト符合スルコトアルモ承諾ト謂フナ得ス例ヘハ甲カ所
有ノ馬一頭ヲ百圓ニテ賣却センコトヲ乙ニ申込ミタル處其申込カ未ダ乙ニ到達セサルニ先チ乙ハ甲ニ對シテ甲所有ノ馬一頭ヲ百圓ニテ買受ケタリト申送リタリトスルモ甲乙間ニ未ダ契約ハ成立セズ(法學士飯島喬平氏契約總論明大講四五頁)

二 契約カ成立スル爲ニハ申込及ヒ承諾アリ且其申込及承諾カ合致スルヲ要ス然ルニ交又申込ノ場合ニハ此意味ニ於ケル當事者雙方ノ意思表示ノ合致アルニ非ス故ニ契約成立セズ蓋各本條ニ於テ契約ニハ常ニ申込及ヒ承諾ノ二種ノ意思表示アルコトノ趣旨ヲ明示スルヲ以テナリ(法學士村上恭一氏債權各論六〇頁)

三 契約タルニハ二個以上ノ意思表示カ以上ノ意味ニ於テ合致スルコトヲ要スルカ故ニ交又申込ノ場合ニ於テハ契約ハ成立スルコトナシ何トナレハ此場合ニ於テハ各當事者ハ各客觀的ニ同一内容ヲ有スル意思ヲ表示シタリトモ何レモ他ノ意思表示ニ對シ一致スルノ自覺ヲ以テ之ヲ爲シタルモノニアラザレハナリ(法學士清瀬一郎氏債權各論六三頁)

【論旨第二點交又申込ト申込承諾ノ有無ニ關スル同趣旨學說】

一 交又申込ノ場合ニハ雙方ノ申込共ニ申込タル性質ヲ有セス契約ヲ構成スル單純ナル意思表示トシテ契約ヲ成立セシムルモノトス(法學博士石坂晉四郎氏日本民法債權下一八〇四頁)

二 此場合ニ於ケル意思表示ハ法典上ノ所謂申込ニモ承諾ニモアラス法典上特別ノ名稱ヲ有セザルモノナルカ故ニ契約的的意思表示ト云フノ外ナシ(法學博士神戸寅次郎氏民法註釋契約總則七三頁)

【同上ニ關スル異趣旨學說】

一 契約ノ申込承諾共ニ意思表示ニシテ其性質ニ於テ異ナル處ナシ其意思表示カ前後スルニ依リテ申込承諾ト稱スル別名ヲ附セラルルニ過キス法律上存スル意思表示カ申込ニシテ後ニ存スルモノヲ承諾ト稱スルニ外ナラス故ニ交又申込ニヨリ契約ノ成立スルヲ妨ケス而シテ何レカ承諾ナルカヘ一般ノ原則ニ依リ意思表示存在ノ前後ニ依リテ之ヲ定ムヘシ乃チ後ニ相手方ニ到達シタル意思表示カ承諾トナルヘシ(法學博士川名兼四郎氏債權要論五九〇頁)

【論旨第三點交又申込ト契約成立ノ時期ニ關スル同趣旨學說】

一 交又申込ニ依リテ契約ハ成立スト雖モ雙方ノ申込又ハ承諾ニアラサルカ故ニ五二六條ヲ適用スルコトヲ得ス九七條ヲ適用シ雙方ノ意思表示カ到達ニ依リテ效力ヲ生シタル時契約ハ成立スルモノトナサザルヘカラス從テ後ニ到達シタル意思表示ノ到達ノ時ニ契約ハ成立スルモノトス(法學博士石坂晉四郎氏日本民法債權下一八〇五頁)

鳩山博士

末弘學士

川名博士

【同上ニ關スル異趣旨學說】

何レカ承諾ナルカヘ一般ノ原則ニ依リテ之ヲ定ムヘシ乃チ後ニ相手方ニ到達シタル意思表示カ承諾トナルヘシ故ニ其契約成立ノ時期ハ五二六條ニ依リ其意思表示ヲ爲シタル時ニ在リト云ハサルヘカラス(法學博士川名兼四郎氏債權要論五九〇頁)

所謂交又申込ニ因リテ契約ノ成立スルコトヲ得ルヤ否ヤ直接ノ明文ヲ缺ク吾民法ノ解釋トシテハ議論ノ岐ルル所ナリト雖モ理論上ヨリスルトキハ積極說ヲ以テ竿頭一步ヲ進メタル議論ト謂フヘク法文解釋ヨリスルトキハ消極說稍有力ナル根據アルカ如シ然レトモ此點ニ關シ學士所論ノ如ク積極說ヲ支持スルニ足ル以上實際ノ適用並ニ取引上ノ必要ニ合シ且其實益ノ多キヲ以テ法文解釋ノ要ヲ得タルモノト謂フヘク此點ヨリスルトキハ積極說ヲ以テ妥當ナリト爲サザルヘカラス故ニ吾人ハ學士論旨第一第二點ニ贊同セント欲ス然ラハ交又申込ニ因リテ契約ノ成立スヘキ時期如何積極說ヲ採ル學者中ニアリテモ說ノ岐ルル所ナリ然レ共交又申込ヲ以テ民法ニ所謂申込承諾ノ關係ニ立タスト解スルトキハ第五二六條第一項ニ依リ決スヘキニ非スシテ第九七條意思表示ノ一般原則ニ依リ雙方ノ意思表示カ共ニ效力ヲ生シタル時ヲ以テ契約ハ成立スルモノト爲サザルヘ

法曹會決

カラス從テ此點ニ關スル通說並ニ學士論旨第三點ヲ以テ正當ナリト信ス

七四

九五一 親族會ノ決議ニ對シテハ一個月内ニ會員又ハ第九四四條ニ揭ケタル者ヨリ其不服ヲ裁判所ニ訴フル事ヲ得ル親族會ヲ設クヘキモノニアラス

親族會カ一旦有效ナル決議ヲ爲シタルトキハ縱令其決議カ民法第九五一條ニ定メタル決議ニ對スル不服ノ訴ニ基ク判決ニ因リ取消サレタルトキト雖モ親族會ハ既ニ其任務ヲ終了シ解散シタルヲ以テ更ニ決議ヲ爲スコトヲ得ス新ニ親族會ヲ設ケサルヘカラサルモノナレトモ家督相續人選定ノ決議ハ當然無効ニシテ民法第九五一條ノ訴ニ依ラス無効確認ノ訴ニ依リ無効ト宣言セラレタルトキハ新ナル親族會ヲ設クルノ必要ナク從前ノ親族會ニ於テ更ニ家督相續人選定ノ決議ヲ爲スヘキナリ(法曹會大正七年一月二日 日委員會第一科決議案(七)第三號判決法曹記事第二九卷第三號一八頁)親族會ノ決議ニ關スル件ニ付キ再議ヲ求ムル件(要領)

【同趣旨學說判例】

一 親族會ノ決議カ裁判ニヨリテ無効ト宣言セラレタルトキハ更ニ新ナル親族會ヲ設クヘキモノニ非ス(法曹會大正四年一月三日○日決議法曹記事第二六卷第二號五六頁)
二 凡ソ親族會アルモノハ其目的タル特定ノ事項ニ關シテ完全有效ナル決議ヲ爲ス迄ハ繼續存在ス假令一旦決議ヲ爲シタルトスルモ其決議ニシテ無効若クハ取消トナリタルトキハ初メヨリ決議ヲ爲ササルト何等選フ所ナキ故ニ引續キ更ニ之カ任務タル有效ノ決議ヲ爲シ得ヘキモノト解釋スルヲ相當トス(長野地方大正元年(ワ)第一一九號民事判決法律新聞第八四六號二六頁本省第二卷民法六〇頁)

【反對判例】

一 相續人選定ノ爲メニ召集セラレタル親族會ハ其任務ニ召集ノ目的タル相續人選定ノ決議ヲ爲スニ在ルヲ以テ既ニ其決議ヲ爲シタルトキハ其任務終了スルト同時ニ其決議ノ有效ナルト否トチ問ハス當然解散スルモノナレハ假令其決議ノ無効ナル時ト雖モ其親族會ハ存続スルモノニ非ス(大審院大正三年(オ)第九三二號同四年九月二八日民一部判決本書第四卷民法六七四頁)
二 相續人選定ノ爲メニ召集セラレタル親族會ハ其任務唯一ニ召集ノ目的タル相續人選定ノ決議ヲ爲スニ在ルヲ以テ既ニ之ヲ決議シタルトキハ其任務終了シ其決議ノ有效ナルト否トチ問ハス當然解散スルモノニシテ假令其決議無効ナルトキト雖モ爾後其親族會ハ存続スルモノニアラス(同上大正二年(オ)第四八五號同三年一月二日民一部判決本書第四卷民法二七頁)
三 家督相續人選定ノ爲メニ召集セラレタル親族會ハ其決議カ無効ナリシトキト雖モ決議事項ノ議了ト共ニ解散スルヲ以テ親族會ノ存続ヲ前提トスル代決議ノ裁判ハ之ヲ求ムルコトヲ得ス(同上大正二年(ク)第二六一號同九年九月一五日民一部決定本書第二卷民法四九〇頁)
四 親族會ハ無能力者ノ爲メニ設ケタル者ヲ除ク外其召集ノ目的タル事項ヲ決議スルトキハ縱令異日裁判ニ因リ決議無効ノ宣言ヲ受タルコトアルモ其決議ヲ爲シタル時ヲ以テ自ラ解散スヘキモノトス(同上民錄明治三十七年九月一頁同二六年(三九頁))
五 民法第九四九條ニ據レハ無能力ノ爲メニ設ケタル親族會ハ其者ノ無能力ノ止ムマテ繼續ストアリテ其ノ親族會ニ關シテハ何等ノ規定ヲ爲ササルカ故ニ無能力者ノ爲メニ設ケタル親族會ノミ例外トシテ無能力ノ止ムマテ繼續スヘキモ其他ノ親族會ハ其召集ノ目的タル事項ヲ決議スルニ因リテ解散スルモノト解スルヲ正當トスヘク其決議カ後日裁判上取消サレ若クハ無効ニ歸シタルト否トニ依リテ其解釋ヲ異ニスヘキモノニ非ス(廣島控訴院判決本書第二卷民法四九二頁)

【參照學說】

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

決議ニ贊同スルヲ得ス蓋シ本決議ニ依レハ無効ナル決議ハ決議ヲ爲ササルニ等シキヲ以テ親族會ハ未タ其任務ヲ完了シタルモノト謂フコトヲ得サルカ故ニ決

大審院

廣島控訴院

奧田博士

仁井田博士

牧野博士

議無効ノ確認判決アリタル場合ニ於テモ新ニ親族會ヲ設クヘキモノニ非スト爲
スト雖モ家督相續人選定ノ爲メニ招集セラレタル親族會ハ無能力者ノ爲メニ設
ケラレタル親族會ト異リ其決議事項ヲ議了スルト同時ニ當然解散スルモノニシ
テ本決議ノ如ク其決議ノ有效ナルト否トニ依リ區別スヘキニ非サレハナリ從テ
決議カ確認判決ニ因リ當然無効ナリト宣言セラレタルトキハ更ニ新ナル親族會
ヲ設クルコトヲ要スルモノト解セサルヘカラス(第四卷民法六七六頁同三四頁評
論參照)

(七五)

七一五第一項 或事業ノ爲メニ他人ヲ使用スル者ハ被用者カ其事業ノ執行ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル
責ニ任ス但使用者カ被用者ノ選任及ヒ其事業ノ監督ニ付キ相當ノ注意ヲ爲シタルトキ又ハ相當ノ注意ヲ爲スモ損害
カ生スヘカリトキハ此限ニ在ラス
民事訴訟法二三〇 判決ハ辯論ヲ經タル總テノ攻撃及ヒ防禦ノ方法ヲ包括ス
然レトモ數個ノ獨立ナル攻撃又ハ防禦ノ方法中其一箇ヲ適切ナリトスルトキハ裁判所ハ他ノ方法ニ付キ判斷スル義
務ナレ
同四〇八 右ノ外控訴ノ訴訟手續ニハ地方裁判所ノ第一審ノ訴訟手續ノ規定ヲ準用ス但本章ノ規定ニ依リ差異ノ生
スルモノハ此限ニ在ラス
同四三四 上告ハ法律ニ違背シタル裁判ナルコトヲ理由トスルトキニ限り之ヲ爲スコトヲ得

(一) 上告人ノ主張ハ被上告人自身カ甲等ノ背任行爲ニ加擔シテ乙ニ被ラシメタル
損害ノ賠償ヲ求ムト謂フニ在ルニ係ラス原院ハ被上告人先代カ甲等ノ背任行
爲ニ加擔シ乙ニ加ヘタル損害ヲ相續人タル被上告人ニ對シ請求スル旨上告人

ニ於テ主張シタルモノト爲シ其結果被上告人先代カ甲等ノ背任行爲ニ加擔シ
タル事實ヲ認ム可ラストノ理由ヲ以テ請求ヲ排斥シタルハ上告人ノ主張ヲ誤
解シタルノ結果其主張ニ基カスシテ裁判シタルノ不法アルモノトス
(二) 雇主カ日常雇人ト衣食起居ヲ共ニスルハ雇人ノ行動ノ監督ニ關シ相當ノ注意
ヲ爲シタルモノトス
(三) 民法第七一五條ニ事業ノ執行ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害トアルハ事業ノ執
行ト内部的關係ヲ有スル行爲ニ因リ加ヘタル損害ノ謂ナレハ甲カ乙ノ先代丙
ノ代理人トシテ山林立木ノ買受行爲ヲ爲スニ當リ賣主代理人ノ背任行爲ニ加
擔シテ過廉ニ賣買代金ヲ定メ賣主ニ損害ヲ加ヘタルハ事業ノ執行ニ付キ損害
ヲ加ヘタルモノト謂フ可シ

【判決理由】(一) 按スルニ本訴第一請求ニ付キ上告人ノ主張シタル所ハ原判決ニ引用レ
タル第一審判決ノ事實摘要ニ徴シ明ナリ然ルニ第一請求ニ關スル裁判ハ他ノ上告論
旨ノ當否ヲ論スルヲ待タズ既ニ此點ニ於テ破毀免レス
(二) 然レトモ乙第一號證ノニハ被上告人先代ハ材木商ニシテ日常雇人ト衣食並
起居ヲ共ニ爲シタル旨ノ記載アリ又同證ノ一ニハ精谷清九郎ハ上告人先代ノ雇人ナ
ル旨ノ記載アリ雇主カ日常雇人ト衣食起居ヲ共ニスルハ雇人ノ行動ノ監督ニ相當ノ
注意ヲ爲シタルモノト謂フヘケレハ原院カ乙第一號證ニ依リ被上告人先代ヲ以テ被
用者タル精谷清九郎ノ爲シタル事業ノ監督ニ付キ相當ノ注意ヲ爲シタルモノト判定
シタルハ相當ナリ
(三) 按スルニ民法第七一五條ニ事業ノ執行ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害トアルハ事

業ノ執行ト内部的關係ヲ有スル行爲ニ因リ加ヘタル損害ノ謂ナレハ精谷清九郎カ被
上告人ノ先代ノ代理人トシテ本件山林立木ノ買受行爲ヲ爲スニ當リ賣主代理人ノ背
任行爲ニ加擔シテ過廉ニ賣買代金ヲ定メ賣主ニ損害ヲ加ヘタルハ事業ノ執行ニ付キ
損害ヲ加ヘタルモノト謂フ可ク原審カ之ニ該當セサルモノト爲シテ上告人ノ第二請
求ヲ排斥シタルハ失當ナリト雖モ原判決ノ確定シタルカ如ク被上告人先代カ被用者
精谷清九郎ノ選任及ヒ事業監督ニ付キ相當注意ヲ爲シタル以上ハ被上告人先代ハ精
谷清九郎ノ加ヘタル損害カ事業ノ執行ニ付キ加ヘタルモノナルト否トニ拘ハラズ損
害賠償ノ責任ナキヲ以テ原院カ第二請求ヲ排斥シタルハ結局正當ナリ(大審院大正七年イ)
第一〇一號同八年二月二十一日民一部田部裁判長藤原尾古鈴木三宅各判事判決)

【關係事項】 一部破毀差戻○損害賠償請求事件○原審名古屋控訴院○上告人鈴木勇訴訟代理人辯護士廣瀬繁太郎被上告人今井
善六訴訟代理人辯護士磯部四郎同西平

【判旨(三)事業執行ニ付キ加ヘタル損害ノ意義】

本卷民法一〇頁以下

七三八 婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入りタル者カ其配偶者又ハ養親ノ親族ニ非サル自己ノ親族ヲ婚家又ハ養
家ノ家族ト爲サント欲スルトキハ前條ノ規定ニ依ル外其配偶者又ハ養親ノ同感ヲ得ルコトヲ要ス

九六四 家督相続ハ左ノ事由ニ因リテ開始ス

一 戸主ノ死亡、隱居又ハ國籍喪失

九七〇 被相続人ノ家族タル直系卑屬ハ左ノ規定ニ從ヒ家督相続人ト爲ル

九七二 第七三七條及ヒ第七三八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
キ場合ニ限り第九七〇條ニ定メタル順序ニ從ヒテ家督相続人ト爲ル

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

民法施行ノ際家族タル者ハ民法ノ規定ニ依レハ家族タルコトヲ得サル者ト雖モ之ヲ家族トス

相続ノ順位ハ相續開始ノ時ヲ標準トシテ其當時ノ法規ニ從フヘキモノナレハ民
法施行後ニ生シタル隱居ニ因リ家督相続人ト爲ルヘキ者ハ民法ノ規定ニ依リテ
定マルヘキモノトス」
民法施行前ニ甲家ニ入籍シ民法施行ノ際同家ノ戸主乙ノ家族タル丙ハ民法第七
三八條ニ依リテ家族ト爲リタル者ニ非スシテ民法施行法第六二條ニ依ル家族ナ
レハ家督相続ノ順位ヲ定ムルニハ民法第九七二條ノ適用アルコトナク一ニ同第
九七〇條ヲ適用スヘキモノトス」

本件ノ事實ハ原裁判所ニ於テ確定シタル所ニ依レハ被上告人ハ亡卯之吉ノ長男ニシ
テ明治十一年七月十二日父卯之吉カ内河家ノ戸主ナリ養子ト爲リ同家ニ入籍スル
ニ當リ之ニ從ヒテ共ニ同家ニ入籍シ卯之吉ハ養女カハ養子ト爲リ同家ニ入籍スル
五月十四日養母ナリテ隱居ニ因リ家督ヲ相續シ上告人ハ卯之吉トシテ同家ニ入籍
十五年十二月二十四日出生シ大正六年六月二十九日卯之吉ノ隱居ニ付キ同家ト共ニ
其法定ノ推定家督相続人トシテ戸籍吏ニ本件係争ノ隱居ノ届出ヲ爲シタルモノニシ
テ被上告人カ内河家ニ卯之吉ニ從ヒ共ニ入籍シ其家族ト爲リタルハ民法施行前ノ事
ニ屬シ本件係争ノ卯之吉ノ隱居ニ因ル家督相続ノ開始ハ民法施行後ノ事ニ係ルモノ
トス而シテ相續ノ順位ハ相續開始ノ時ヲ標準トシ其當時ノ法規ニ從フヘキモノナレ
ハ民法施行後ニ生シタル事項タル本件係争ノ卯之吉ノ隱居ニ因リ家督相続人ト爲ル
ヘキモノハ民法ノ規定ニ依リテ如マルヘキモノニシテ民法施行前ニ内河家ニ入籍シ
民法施行ノ際同家ノ戸主卯之吉ノ家族タル被上告人ハ民法第七三八條ノ規定ニ依リ
テ家族ト爲リタル者ニ非スシテ民法施行法第六二條ニ依リ家族タル者ナレハ本件係
争ノ家督相続ノ順位ヲ定ムルニハ民法第九七二條ノ適用アルコトナク一ニ同法第九

七〇條ヲ適用スヘキモノト謂ハサル可カラズ蓋民法第七三八條及第九七二條ハ何レモ其施行前ニ家族ト爲リタル者ニ付テ規定シタルモノニ非サルコト法文上明白ニシテ民法施行法ハ其第一條ニ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ト規定シ民法施行前ニ他家ニ入り其家族ト爲リタル者ニ付テハ民法施行ノ際家族タル者ニ對シ第六二條ヲ以テ之ヲ家族トスル旨ヲ規定シタル外ニハ何等別段ノ規定ヲ設ケサレハ民法施行前ノ慣例如何ニ拘ラス民法第九七二條ノ規定ハ之ヲ本件ノ場合ニ適用スルコトヲサレハナリ故ニ同一ノ趣旨ニ基キタル原判決ハ正當ナリ(大審院大正七年(ネ)第九八四號同八年二月十四日民一部田部裁判長橋原尾古録木三宅各判事判決)

【關係事項】 上告棄却○原審大阪控訴院○隱居無效確證請求事件○上告人内河國太郎訴訟代理人辯護士菅原喬被上告人内河源造訴訟代理人辯護士松芝誠藏

【參照學說判例】

柳川學士
民刑局長
回答
東京控訴
院

- 一 第九七二條ノ規定ハ民法施行前ニ被相続人ノ家ニ入籍シタル被相続人ノ直系卑屬ニハ適用ナキモノト謂ハサル可ラス(法學七柳川勝二氏相續法註釋二四一頁)
- 二 民法實施前ニ分家者ニ從ヒ家族ト爲リタル嫡出子ハ施行後戸主ノ死亡セル場合ニ於テ分家後ニ出生シタル他ノ嫡出子アルニ拘ラス民法第九七〇條ノ規定ニ從ヒ直ニニ家督相續權ヲ有スヘキモノトス(民刑局長明治三四年一月一四日民刑第一〇七一號回答法曹記事第一二〇號三二頁)
- 三 民法第九七二條ハ民法施行後ノ事項ニ適用スル規定ニシテ施行前ニ復籍シタル場合ニハ之ヲ適用セス(東京控訴明治四二年一月七日民二部判決判例彙報第六卷七頁)

本判決ハ民法施行法第一條第六二條ノ解釋上寔ニ止ムヲ得サルニ出テタルモノト謂フヘク此點ニ關シ何等非議スヘキモノアルヲ見ス唯法ノ精神解釋ヨリスルトキハ民法カ他家ヨリ入りタル者ヨリモ其家ニ生レタル者ヲシテ可成的ニ相續

セシメントシタルニ係ラス事案ノ如キ場合ニ對シ何等處スルトコロナキノミナラス却テ反對ニ解セサル可ラサルカ如キハ甚タ不徹底ト謂フヘク此點ニ關シ過渡的規定ヲ設ケサリシハ法ノ缺點ナリト謂ハサルヘカラス

(七七)

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

大審院判
決

權利ノ行使ト雖モ法律ニ於テ認めラレタル適當ノ範圍内ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要スルモノナレハ權利ヲ行使スル場合ニ於テ故意又ハ過失ニ因リ其適當ナル範圍ヲ超越シ失當ナル方法ヲ用ヒタルカ爲メ他人ノ權利ヲ侵害シタルトキハ侵害ノ程度ニ於テ不法行爲成立スルモノトス

權利ノ行使カ社會觀念上被害者ニ於テ認容スヘカラサルモノト一般ニ認めラルル程度ヲ越ヘタルトキハ權利行使ノ適當ナル範圍ニ非サルヲ以テ不法行爲ト爲ルモノト解スルヲ相當トス

汽車ヲ運轉スルニ當リテ石炭ヲ燃燒スルノ必要上煤煙ヲ附近ニ飛散セシムルハ鐵道業者トシテノ權利行使ニ當然件フヘキモノニシテ蒸汽鐵道カ交通上缺クヘカラサルモノトシテ認めラルル以上ハ沿道ノ住民ハ共同生活ノ必要上之ヲ忍容スヘキモノトス從テ之カ爲メ住民ニ害ヲ及ホスコトアルモ不法ニ權利ヲ侵害シタルニ非サレハ不法行爲成立セザルモノトス

係争松樹力鐵道沿線ニ散在スル樹木ヨリモ甚シク煤煙ノ害ヲ被ムルヘキ位置ニ在リテ且其害ヲ豫防スヘキ方法アルニモ拘ラス鐵道業者カ煤煙豫防ノ方法ヲ施サス煙害ノ生スルニ任セ之ヲ枯死セシメタルハ社會觀念上一般忍容スヘキモノト認メラルル範圍ヲ超越シタルモノニシテ權利行使ニ關スル適當ナル方法ヲ行ハサルモノト解スルヲ相當トス

然レトモ權利ノ行使ト雖モ法律ニ於テ認メラレタル適當ノ範圍内ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要スルモノナレハ權利ヲ行使スル場合ニ於テ故意又ハ過失ニ因リ其適當ナル範圍ヲ超越シ失當ナル方法ヲ行ヒタルカ爲メ他人ノ權利ヲ侵害シタルトキハ侵害ノ程度ニ於テ不法行為成立スルコトハ當然ノ理ナリ然レトモ他人ノ權利ノ侵害アルモノト爲スヘカラス其他ハ共同生活ヲ爲ス者ノ間ニ於テハ一人ノ行為カ他人ニ不利益ヲ及ボスコトアルハ免ルヘカラサル所ニシテ此場合ニ於テ常ニ權利ノ侵害アルモノト爲スヘカラス其他ハ共同生活ノ必要上之ヲ認容セサルヘカラスナリ然レトモ其行為カ社會觀念上被害者ニ於テ認容スヘカラサルモノト一般ニ認メラル程度ヲ越ヘタルトキハ權利行使ノ適當ナル範圍ニアルモノト云フコトヲ得サルヲ以テ不法行為ト爲ルモノト解スルヲ相當トス抑モ汽車ノ運轉ハ音響及ヒ震動ナ近傍ニ傳ヘ又之ヲ運轉スルニ當リテハ石炭ヲ燃焼スルノ必要上煤煙ヲ附近ニ飛散セシムルハ已ムヲ得サル所ニシテ注意シテ汽車ヲ操縦シ石炭ヲ燃焼スルモ避クヘカラス所ナレハ鐵道業者トシテノ權利ノ行使ニ當然伴ヘキモノト謂フヘク蒸汽鐵道カ交通上缺クヘカラスモノト認メラルル以上ハ沿道ノ住民ハ共同生活ノ必要上之ヲ認容セサルヘカラス即チ此等ハ權利行使ノ適當ナル範圍ニ屬スルヲ以テ住民ニ害ヲ及ボスコトアルモ不法ニ權利ヲ侵害シタルニアラサレハ不法行為成立セス從テ汽車進行中附近草木等ニ普通飛散スヘキ煤

煙ニ因リ害ヲ被ラシムルモ被害者ノ其賠償ヲ請求スルヲ得サルモノトス然レトモ若シ汽車ノ運轉ニ際シ權利行使ノ適當ナル範圍ヲ超越シテ失當ナル方法ヲ行ヒ害ヲ及ボシタルトキハ不法ナル權利侵害ト爲ルヲ以テ賠償ノ責ヲ免ルルヲ得サルナリ原院ノ認メタル事實ニ依レハ本件松樹ハ停車場ニ接近シ鐵道沿線ヨリ僅カニ一間未滿ノ地點ニ成立シ其枝條ハ線路ノ方向ニ張り常ニ汽鐵車ノ多大ナル煤煙ニ曝露セラレタル爲メ枯死ノ害ヲ被リタルモノニシテ其煤煙ヲ防クヘキ設備ヲ爲シ得レサルニアラサルコト第一點ニ説示シタルカ如クナルヲ以テ彼ノ鐵道沿線ノ到ル所ニ散在スル樹木カ普通ニ汽鐵車ヨリ吐出スル煤煙ノ害ヲ被リタルト同一ニ論スルヲ得サルモノトス即チ本件松樹ハ鐵道沿線ニ散在スル樹木ヨリモ甚ダシク煤煙ノ害ヲ被ルヘキ位置ニ在リテ且ツ其害ヲ豫防スヘキ方法ナキニアラサルモノナレハ上告人カ煤煙豫防ノ方法ヲ施サスシテ煙害ノ生スルニ任セ該松樹ヲ枯死セシメタルハ其營業タル汽車運轉ノ結果ナリト云ヘク社會觀念上一般ニ認容スヘキモノト認メラルル範圍ヲ超越シタルモノト謂フヘク權利行使ニ關スル適當ナル方法ヲ行ヒタルニアラサルモノト解スルヲ相當トス故ニ原院カ上告人ノ本件松樹ニ煙害ヲ被ラシメタルハ權利行使ノ範圍ニアラスト判斷シ過失ニヨリ之ヲ爲シタルヲ以テ不法行為成立スル旨ヲ判示シタルハ上告人カ沿道到ル所ニ散在スル樹木ト同一視シテ原判決ヲ攻撃スルハ原判決ニ副ハサルモノニシテ探ルニ足ラス(大審院大正七年(オ)第八九八號同八年三月三日民二部馬場裁判長田上柳川岩田成道各判事判決)

【關係事項】 上告棄却○原審東京控訴院○損害賠償請求事件○上告人國代表者中村是公指定代表者中原東吉外一人○被上告人清水倫茂訴訟代理人辯護士藤卷嘉一郎

【前審判決】

故意又ハ過失ニ因リ鐵道路上ニ於テ汽車ヨリ煤煙ヲ噴出セシメ因リテ鐵道線路ヨリ一間未滿ヲ距ツル他人ノ土地ニ生立スル樹木ヲ枯死セシメタルハ他人ノ所有權ヲ侵害シタル違法ノ行為ナルヲ以テ行為者ハ他人ニ對シ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償ス

松本博士

川名博士

鳩山博士

二上學士

村上學士

末弘學士

菱谷學士

大審院

ヘキ義務アルモノトス
 石炭ノ煤煙カ樹木ニ害ヲ及ホスコトハ世上實例ニ乏シカラサル所ナルヲ以テ鐵道運送ニ從事スル者ニ在リテ機關車ヨリ噴出シタル煤煙カ樹木ニ害ヲ及ホスコトヲ知ラサル管ナク若シ之ヲ知ラスシテ煙害豫防ノ爲メ特ニ相當ナル方法ヲ施サザリシトセハ是レ其事業ヨリ生スル結果ニ對スル注意ヲ不當ニ怠リタルモノトス
 鐵道運送經營者ニ在リテ汽車ノ運轉ヲ爲スコトハ權利ノ行使ナリト認メ得サルニ非サルモ此故ヲ以テ汽車運轉ノ際濫ニ他人ノ權利ヲ侵害シ得ヘキ理由ナク從テ汽車運轉ノ際故意又ハ過失ニ因リ持テ煙害豫防ノ方法ヲ施サスシテ煤煙ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタルトキハ其行爲ハ權利行使ノ範圍ヲ脱シタル權利ノ濫用ニシテ違法ノ行爲ナリトス(東京控訴大正七年(ホ)第一二二號同年七月二十六日民一部判決本書第七卷民法五八七頁)

【權利濫用ト不法行爲ニ關スル參照學說判例】

一 凡ソ社會的共同生活ニ於テ一人ノ行爲カ他人ニ不利益ヲ及ホスハ避クヘカラサル所ニシテ此場合ニ於テ常ニ權利ノ侵害アルモノト斷スルハ不可ナリ隣家ノ琴ノ音ハ學者ノ沈思ヲ妨ク路上ノ自動車ノ噪響ハ病人ノ健康ヲ害ス汽車ノ煤煙ハ衣服ヲ汚シ其震動ハ家屋ヲ損ス然レトモ是等ノ場合ハ通常ハ權利ノ侵害アルモノト目スヘカラサルナリ法律上ノ意義ニ於ケル權利ノ侵害即チ侵害セラレタル權利者ニ法律上ノ救済ヲ與フル原因タルヘキ權利ノ侵害ハ單純ナル事實以外ニ違法性ノ要件ヲ具セザルヘカラス彈琴自動車ノ騒音汽車ノ通行ハ通常ノ場合ニ於テハ毫モ違法性ヲ有セザルヲ以テ他人ニ多少ノ損害ヲ與フルモ權利ノ侵害アルモノト言ヒ難キハ猶ホ松籟カ沈思ヲ妨ケ雷鳴カ病者ヲ驚カシ風雨カ衣服ヲ汚シ地震カ家屋ヲ損スルト一般ナリ果シテ然ラハ何ヲ以テ違法性ト謂フカ余ハ違法性ノ有無ノ唯一ノ判定者ハ一般社會見解ニ外ナルサルモノトス單ニ他人ニ損害ヲ蒙ラシムル目的ヲ以テスルトキハ權利ノ行使ト雖モ仍ホ違法ナリ況テ例ヘハ夜中ノ彈琴隣人ノ睡眠ヲ妨ケルカ如キ汽車ニ不相容ニ粗惡ナル石炭ヲ用ヒタル結果多大ノ煤煙ヲ吐キテ沿線ノ人民ニ損害ヲ與フルカ如キハ社會見解上違法ヲ以テ目スヘキモノニシテ從テ權利ノ侵害ノ行爲アルモノト謂ハサルヘカラス(法學博士松本浩治氏法學志林第一卷八號七九頁)

二 權利ハ他人ノ損害ニ於テ之ヲ行使スルコトヲ得但シ公益ヲ害シ善良ノ風俗ニ反スル方法ニ於テ之ヲ行使スルコト(權利濫用)ヲ得其實ハ其範圍ニ於テ權利ナキモノト考テ可シ權利ノ職分ハ法律ノ職分ト一致シ公益ヲ害シ善良ノ風俗ニ反スルコトヲ排斥スルニ在ルカ故ナリ從テ只隣地ノ竹木ヲ枯ラシシメシカメノミニ其ノ根ヲ截取スルハ截取權(二三三條二項)ノ行使ニ非ス之ニ因リテ生スル損害ヲ賠償スルコトヲ要ス飛行機飛行船ニ依リテ土地ノ所有者ニ取リテ何等ノ實益ナキ高サヲ飛行スルモノアルモ所有者ハ之ヲ禁スルコトヲ得サルヘシ(法學博士川名博士日本民法總論三〇頁)

三 我民法ヲ見ル仍チ如何直接ノ明文ナキハ勿論間接ノ條文ノ之ヲ推論スヘキモノ又アルナシ而シテ我大審院ハ未ダ權利ノ濫用ヲ不法行爲トシテ認メタルコトナク却テ權利ノ行使ハ不法行爲トナルコトヲ判決シタルコトアリ(明治三十五年五月十六日大判)ト雖モ判決ニ上リタル場合ハ敢テ權利行使ノ適當ノ範圍ヲ越タルモノニアラザレハ之ヲ以テ權利濫用ニ關スル判決トナスニ足ラス而シテ學說上未ダ詳細ニ論セラレタルコト之無キカ故ニ頗ル通說ノ存スル所ヲ知ルニ苦シムト雖モ普通ニハ

權利行爲ト不法行爲トハ相矛盾スルモノナルカ故ニ權利行爲ハ全ク不法行爲トナルコトナシト說明セラルルカ如シ然レトモ余輩ハ此說ニ反シ權利ノ行使モ唯適當ノ範圍内ニ於テノ權利ノ行使トナルモノニシテ其適當ノ範圍ヲ越ユル場合換言スレバ善良ノ風俗ニ反スルモノト認ムヘキ場合ニハ既ニ權利ノ行使ニ非ス即チ權利行爲ニハ非スシテ轉シテ不法行爲トナルモノト主張セント欲ス(法學博士鳩山秀夫氏法學協會雜誌第二九卷第四號一〇四頁)

四 私等ノ解釋スル所ニ依リマシレバ我日本ニ於テハ獨逸民法ノ如キ規定ハアリマセケレトモ明文ノ存在ヲ待タナイ權利ノ行使ト云フモノハ他人ニ損害ヲ加ヘルト云フコトヲ唯一ノ目的トナスヘカラスト云フ一般ノ制限ヲ受ケテ居ルモノテアルト確信シテ居ルノテアリマシ(法學士二上兵治氏法學新報第一七卷第四號四三頁)

五 權利ノ行使ハ常ニ正當ナル範圍ニ限定セラルヘキカ故ニ其ノ範圍外ニ於テハ權利ノ行使ハ寧ろ權利ノ濫用ニシテ不法行爲ヲ構成スルコトアルモノトス(法學士村上恭一氏債權各論九二二頁)

六 權利侵害カ侵害ノ權利ヲ有スルトキハ其侵害ハ違法ニアラス而シテ其權利ハ公法上ノモノナルト私法上ノモノナルトナ間ハ但其行爲カ權利ノ許與スル範圍ヲ逸脱セル場合ニハ勿論違法性アリト云フヘク又權利ノ濫用ハ法律之ヲ許ササルカ故ニ權利ノ行使タルコトナリ理由トシテ違法性ノ不存在ヲ主張スルコトヲ許サス(法學士末弘學士債權各論一〇五一頁)

七 權利行使ノ範圍ヲ超過シテ他人ニ損害ヲ與フルトキハ往々ニシテ他人ノ權利侵害ヲ來タシテ不法行爲ノ成立ヲ觀ルニ至ルヲ以テナリ然リト雖モ此ノ範圍制限ハ法カ自ラ各種ノ場合ニ付キ之ヲ明定スルノ困難ナルト等シク爰ニ余輩ハ具體的ニレカ原則ヲ說述スルハ寧ろ適當ナル難シ故ニ爰ニ抽象的ノ原則ヲ以テ其界限ヲ領得スルヲ可トス其原則トハ即チ公ノ秩序ニ反スル行爲ハ權利ノ活動範圍トシテ認ムルヲ得ストノ一般觀念是レナリ(法學士菱谷精吾氏不法行爲論二五一頁)

八 權利ノ行使ハ法律ニ於テ認ムル範圍内ニ於テ適當ノ方法ヲ以テスヘキモノナレハ權利行使ノ場合ト雖モ故意又ハ過失ニ因リ其ノ範圍ヲ超過シ失當ナル方法ヲ行ヒタルカ爲メニ他人ノ權利ヲ侵害シタルトキハ侵害ノ程度ニ於テ不法行爲タルモノトス(大審院大正五年(オ)第七一八號同六年一月二二日民二部判決本書第六卷民法一五五頁)

九 土地明渡請求ノ確定判決ニ基キ其執行トシテ民事訴訟法第七三三條ノ決定ニ依リタル家屋取拂行爲ハ其方法ノ適當ナル限リ權利ノ行使ナルモ其方法カ亂暴ニシテ爲メニ諸材料ヲ甚ク毀損シ再築ノ用ニ堪ユサルニ至ラシメタルトキハ其行爲カ故意又ハ過失ニ出テタル以上損害ノ賠償ヲ爲ササルヘカラス(同上)

一〇 凡ソ官有ノ堤防ハ特別ノ法令又ハ慣習ノ存スル場合ノ外、一私人カ官ノ許可ヲ經シテ隨意ニ之ニ工事ヲ施スコトヲ得サルモノナレハ一私人カ官ノ許可ヲ經テ之ニ工事ヲ施ス場合ニ於テハ其許可ノ範圍内ニ於テ工事ヲ爲スコトヲ得ルモ其範圍ヲ越ニテ工事ヲ爲スカ如キハ之ヲ目シテ權利ノ行使ナリト謂フナ得サルナリ故ニ河川ノ官有ノ堤防ニ接續スル土地ノ所有者カ特別ノ法令又ハ慣習ニ依ルニ非スシテ其堤防ニ官ノ許可シタル範圍ヲ越ヘテ増築工事ヲ爲シ爲メニ對岸ニ接續スル他人ノ田地ニ水害ヲ及ホシ又ハ其危險ヲ加フルニ至リタルトキハ不法ノ工事ヲ爲シタルモノニ外ナラザレハ不法行爲ノ原則ニ從ヒ其ノ他人ニ對シテ損害賠償ノ責ニ任ス(同上明治四〇年(オ)第四八二號同四二年五月一〇日判決法律新聞民錄第一五輯四六六頁)

一〇 權利行使ノ爲メ他人ニ損害ヲ加フルモ賠償ノ責ヲ負フヘキモノニ非ス(同上明治三五年五月十六日判決民事判決錄五輯

六九頁) 一 隣地ノ境界線近傍ニ於テ土砂ノ探掘等穿地の行為ヲ爲スニ當リテハ相隣者ハ隣地土砂ノ必要ナル支持ヲ失フカ如キ行為ヲ爲スヘカラサルハ當然ナレハ隣地所有者ハ相隣者ニ對シテ地盤支持ノ權利アルモノト謂フヘク從テ相隣者カ故意又ハ過失ニ因リテ右ノ權利ヲ侵害シタルトキハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償セサルヘカラス(東京控訴明治四一年一月八日判決法律新聞第五三二號一八頁) 二 假令權利者ナリト雖モ單ニ他人ニ損害ヲ加フコトノミノ目的ヲ以テ其權利ヲ行使スルコトヲ得ス(東京控訴明治四〇年六月六日判決法律新聞第十七卷第六號七〇頁)

【外國參照學說】

一 【ウキルフ氏】 廣キ範圍ニ於テ帝國營業條例第二六條ハ土地所有者ノ排除權ヲ縮少セリ或ル營業ノ設備カ營業條例第十六條及第二四條ニ依リ公權ニ依リ認可セラレタルモノナルトキハ相隣者ハ著シキ而シテ其場所ノ使用ト一致セサルカ如キ侵入ニ對シテモ營業ヲ爲スコトノ停止ヲ要求スルヲ得ス其者ハ唯凡テノ避クルコトヲ得ヘキ侵入ヲ止ムヘキコト必要アル場合ニ於テハ防止ノ設備(例ヘハ高キ煙突音響節抑設備)ヲ爲スコトヲ請求スルヲ得ヘシ避クル能ハサル侵入ニ對シテハ土地所有者ハ損害賠償請求權ヲ有スルニ止マル(註營業條例第二六條ハ聯邦法ヲ以テ鐵道汽船ノ如キ交通企業ニモ擴張セラレタルコトヲ得施行法第一二五條「バイエルン」「ザクセン」「ウニルテンベルヒ」「ヘッセン」ニ於テハ然リ「プロイセン」ニ於テハ然ラス然レトモ「プロイセン」ニ於テモ國家ニ依リテ認許セラレタル鐵道營業ニ對シテ營業停止ノ請求ヲ爲スコトカ許サレサルコトハ疑ナシ唯損害賠償ノ請求ヲ爲シ得ルノミナリ(例ヘハ花火ノ飛散ヨリ生スル損害)(Wolf, Sachenrecht, S. 156) 二 【デルンブルヒ氏】 營業條例第二六條ニ依レハ公權ノ認許ニヨリ設立セル營業ノ設備ハ損害ヲ生スヘキ侵入ノ爲ニ其損害ヲ生スル營業ノ停止ヲ來サシメラルコトナキモノニシテ營業者ハ寧ロ損害ヲ生スル侵入ヲ除去スル設備ヲ爲スコトヲ要シ若シ斯ル設備カ不可能ナルトキマタハ營業ノ實行上之ヲ爲スコト能ハサルトキハ損害賠償ヲ爲スヘキモノトス(Dernburg, Dürgerisches Recht, III, § 31)

【參照獨逸法條文】

獨逸民法第九〇六條 土地ノ所有者ハ瓦斯蒸氣臭氣煤煙熱氣音響振動其ノ他他ノ土地ヨリ來タル類似ノ侵入カ土地ノ利用ヲ妨ケス又ハ妨クルコト少キトキ又ハ土地ノ關係上他人ノ土地ノ通常ノ使用ニ基キテ生シタルモノナルトキハ之ヲ禁スルコトヲ得ス特別ノ傳導ニ依ル輸入ハ不合法ナリ

判旨ハ正當ナリ殊ニ判旨所論ニ至リテハ吾人カ曩ニ前審判決ニ對シ評論シタル所ト殆ント一致吻合スルヲ以テ茲ニ再評セス(第七卷民法五九二頁仍ホ第六卷民

法一三二頁第五卷民法一一七頁第二卷民法四七三頁參照)

(七八)

- 四四第一項 法人ハ理事其他ノ代理人カ其職務ヲ行フテ付キ他人ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス
- 九〇 公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為ハ無効トス
- 七〇九 故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス
- 七二五 或事業ノ爲メニ他人ヲ使用スル者ハ被用者カ其事業ノ執行ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス但使用者カ被用者ノ選任及ヒ其事業ノ監督ニ付キ相當ノ注意ヲ爲シタルトキ又ハ相當ノ注意ヲ爲スモ損害ヲ生スヘカリシトキハ此限ニ在ラス
- 商法六二第二項 民法第四四條第一項及ヒ第五四條ノ規定ハ合名會社ニ之ヲ準用ス
- 同一七〇第二項 第三〇條ノ第二項及ヒ第六二條ノ規定ハ取締役ニ之ヲ準用ス
- 同一七七 取締役カ其任務ヲ怠リタルトキハ其取締役ハ會社ニ對シ連帶シテ損害賠償ノ責ニ任ス
- 取締役カ法令又ハ定款ニ反スル行為ヲ爲シタルトキハ株主總會ノ決議ニ依リタル場合ト雖モ其取締役ハ第三者ニ對シ連帶シテ損害賠償ノ責ニ任ス

縱令甲銀行カ乙會社使用人丙ノ偽造シタル株券ヲ擔保トシテ提供セラレタルカ爲メ割引金貸付金利息等ヲ交付シ其金錢ノ所有權ヲ喪失シタリトスルモ斯ル金錢所有權ノ喪失ニ因ル損害ハ(イ)乙會社取締役カ右丙ヲ同會社ノ使用人トシテ雇入レタル作爲及ヒ(ロ)右取締役カ丙ノ株券偽造行為ヲ防止セザリシ不作爲トノ間ニ法律上所謂適當因果ノ關係アルモノト謂フヲ得ス」 權利者ノ承諾ヲ得テ爲ス權利ノ侵害行為ハ特別ノ事由ナキ限りハ違法ノ性質ヲ阻却スルニ至ルモノニシテ權利者カ其承諾スルニ至リタル動機カ他ノ詐欺ニ因リ錯誤ニ陥リタル結果ナルト否トヲ問ハサルモノトス」

民法第七〇九條商法第一七七條ニ依ル損害賠償ヲ請求スルニハ不法行為ト損害賠償トノ間ニ法律上所謂適當因果ノ關係アルコトヲ要シ且ツ其行為ハ違法性ヲ有スルコトヲ要スルモノトス」

會社使用人カ自身ノ爲メニ株券ヲ擅ニ作成偽造シ之ヲ他ニ交付スル行為ハ外形上同人ノ擔當セル事務ノ執行ニ類スルモ其實右使用人ノ行為ハ使用者タル會社ノ委任シタル事業ノ執行トシテ何等爲スヘキコトノ現存セサル場合單ニ自己ノ目的ノ爲メニ其地位ヲ濫用シ擅ニ爲シタル行為ト認ムヘキカ故ニ該行為ハ右會社カ使用人ニ委任シタル事務ノ執行自體ニアラス又其事務ノ執行ト相關聯シ之ト一體ヲ爲シ不可分ノ關係アルモノト謂フヲ得サルヲ以テ之レニ因リ損害ヲ蒙リタリトスルモ民法第七一五條ニ所謂被用者カ使用人ノ事業ノ執行ニ付キ加エタル損害ト謂フヲ得ス」

民法第七一五條ニ所謂被用者カ其事業ノ執行ニ付キ加ヘタル損害トハ使用者カ被用者ニ委任シタル事業ノ執行ノ範圍内ニ於テ爲シタル行為則チ執行行為自體又ハ事業ノ執行ト相關聯シ之レト一體ヲ成シ不可分ノ關係ニアル行為ニ因リ生シタル損害ト解スヘキモノトス」

取締役カ職務ヲ行フニ付キ他人ニ加ヘタル損害ヲ其屬スル會社ニ於テ賠償スル義務アル場合ハ取締役ノ加害行為ト之ニ因テ生シタル損害トノ間ニ法律上適當

因果ノ關係存スルコトヲ要ス」

被告石川昌次同松方正熊同田邊貞吉同松江春次同王雪農等ハ斗六製糖株式會社ノ創立當時(明治四十三年九月二十五日)ヨリ本件原告等主張ノ各不法行為ニヨル損害發生當時ニ互リ同會社ノ取締役タリシコト右ノ者等カ右取締役在任中訴外益田卓等會社ノ使用人トシテ雇入レ同會社東京出張所ニ於テ同會社ノ一旦發行シタル株券ノ分割合併再發行ノ爲メ株券ノ作成書替ヲナス事務ヲ擔任セシメタルコト並ニ右益田卓カ明治四十五年四月ヨリ大正二年八月ニ互リ同會社備付ノ株券用紙ヲ取出シ且ツ社印並ニ取締役印ヲ濫用シ同會社ノ株券多數ヲ偽造シタルコト及右斗六製糖株式會社ハ大正三年八月三十日被告東洋製糖株式會社ニ合併セラレ被告東洋製糖株式會社ニ於テ斗六製糖株式會社ノ權利義務ヲ承繼シタルコト右王雪農ハ原告主張損害發生後本件各原告訴訟提起前死亡シ被告王雪農ニ於テ同人ノ一切ノ權利義務ヲ相續ニヨリ承繼シタルコト等ハ本件當事者間ニ爭ナキコトナリ而シテ第一原告小林清一郎ノ被告田邊貞吉松方正熊ニ對スル請求並ニ其他原告等ノ右被告等及被告石川昌次松江春次王雪農等ニ對スル各請求ニ付キ按スルニ右原告等ハ前記取締役等カ右益田卓等斗六製糖株式會社ノ使用人トシテ雇入レタル作爲並ニ右益田卓カ同會社ノ株券ヲ偽造スルニ當リ右取締役等カ監督其他適當ナル方法ニヨリ之カ偽造行使ヲ防止スヘキ職務アルニ拘ラス之ヲ防止セザリシ不作爲ノ事實アリタルカ爲メ原告橋本駒三郎等除キタル其餘ノ原告等及訴外株式會社報德銀行等カ夫々原告等主張ノ如ク益田卓其他ノ者ニ對シ右偽造株券ヲ擔保トシテ手形ノ割引貸金又ハ利息ノ支拂ヲ爲シ依テ割引金貸付金支拂利息ノ金錢ノ所有權ヲ喪失シ損害ヲ蒙ルニ至リタリト各主張スルヲ以テ此點ニ付キ審査スルニ假ニ原告等(橋本駒三郎等)除キタルカ爲メ原告等主張ノ如ク等カ益田卓ノ偽造シタル株券ヲ擔保トシテ提供セラレタルカ爲メ原告等主張ノ如ク割引金貸付金利息等ヲ交付シ其金錢ノ所有權ヲ喪失シタリトスルモ一斷ル金錢所有

第三、原告株式會社勸業貯蓄銀行同福岡福太郎同橋本駒三郎同小林清一郎同合名會社紅葉屋銀行等ノ被告東洋製糖株式會社ニ對シテ請求ニ付キ按スルニ民法第四十四條ノ準用ニ依リ取締役カ職務ヲ行フニ付キ他人ニ加ヘタル損害ヲ其屬スル會社ニ於テ賠償スル義務アル場合ハ取締役ノ加害行爲ト之ニ依テ生シタル損害トノ間ニ法律上適當因果ノ關係存スルコトヲ要スト解スヘキモノナルニ於テ斗六製糖株式會社ノ取締役タリシ田邊貞吉松江春次石川昌次松方正熊王雪農等カ訴外益田卓ヲ同會社ノ雇人トシテ選任シ且ツ同人ヲ適當ナル方法ニヨリ監督セシメ同人カ同會社ノ株式偽造スルニ至ルヲ防止セザリシ職務懈怠ノ行爲ト原告等(橋本駒三郎ヲ除ク)及訴外株式會社報德銀行カ右偽造株券ヲ擔保トシテ手形ノ割引貸金利息ノ支拂等ヲナシ依テ被リタル各損害トノ間ニハ前記第壹ニ述ヘタルト同一理由ニヨリ法律上適當因果ノ關係ナキヲ以テ原告等ハ右取締役等ノ行爲ニヨリ民法第四十四條ノ準用ニ基キ斗六製糖株式會社ニ對シ其主張ノ如キ損害ノ賠償ヲ請求シ得サルモノト謂ハサルヘカラス(東京地方大正五年(ワ)一八三八、一八五六、一七七八、一七九九、一八〇三、一八〇八、一八〇九、一八三七、同六年(ワ)六〇號同八月三日民三部三橋裁判長本間細川各判事判決)

【關係事項】 請求棄却○損害賠償請求事件○原告株式會社勸業貯蓄銀行法律上代理人取締役寺田梅次郎原告福岡福太郎訴訟代理人辯護士佐藤有恭外原告六名訴訟代理人十名被告東洋製糖株式會社法律上代理人取締役下飯藤太郎外五名訴訟代理人辯護士岡崎正也外二名

【事業執行ニ付キノ意義ニ關スル内外參照學說判例】

本卷民法一〇頁乃至一四頁

【會社使用人ノ行爲ト會社責任ニ關スル參照學說判例】

本卷民法一四頁以下

【事業執行ノ範圍ニ關スル參照學說判例】

本卷民法一五五頁以下

判旨ハ概ネ妥當ノ見解ナリト信ス(本卷民法一五五頁同一五七頁)

(七九)

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

賠償額ノ豫定ハ履行又ハ解除ノ請求ヲ妨ケス

違約金ハ之ヲ賠償額ノ豫定ト推定ス

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

五四五 當事者ノ一方カ解除權ヲ行使シタルトキハ各當事者ハ其相手方ヲ現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

違約金ノ請求權ハ損害ノ有無ニ關セス遲延ノ事實ノミニヨリ直ニ發生スヘク而テ一旦發生セル請求權ハ契約ノ解除ニヨリ消滅スヘキモノニ非ス

乙カ契約ニ違反シ工事ヲ遲延シ且ツ全然中止シ居リタルニ對シ甲カ七日ノ期間ヲ定メ工事ノ進行ヲ促シ右催告期間内ニ工事ニ着手セザリシトキハ契約ヲ解除スヘキ旨ノ意思表示ヲ爲シタルモノナレハ甲ノ定メタル七日ノ期間ハ相當ナリ

大正四年四月十五日被告カ原告ト請負代金銀八萬千七百十兩工事完成期限迄ニ工事完了セザルトキハ期限後ハ一日ニ付違約金銀五十兩宛テ原告ニ支拂フ可キコトノ約款ノ下ニ小學校舎建築ノ請負契約ヲ締結シタル事實並ニ右契約ハ日本法ニ據ル可キ意思ヲ以テ締結セラレタリトノ事實及大正四年十一月三十日迄ニ請負工事完成セザ

リシ事實ハ孰レモ當事者間ニ争ノ存セサルトコロナリ
而シテ前掲工事遅延ニヨル一日五十兩宛ノ契約上ノ違約金ハ其性質違約金罰ナルコ
トハ成立ニ争ナキ甲第一號(契約書第十五條)ニ徴シ明カニシテ違約金ノ請求權ハ
損害ノ有無ニ關セズ遲滞ノ事實ノミニヨリ直ニ發生スヘク而シテ一旦發生セル請求
權ハ契約ノ解除ニヨリ消滅スヘキモノニ非ス從テ本件被告ハ其遲滞發生ノ日ヨリ一
日五十兩宛ヲ遲延日數ニ應シ原告ニ支拂フ可キ義務アルコト勿論ナリ
原告ハ更ニ被告カ工事完成ヲ遲延セルノミカ其後工事ノ進行ヲ中止シタルヲ以テ大
正五年八月一日被告並ニ被告ノ代理人タル田代彌輔ニ對シ同年八月八日迄ニ右工事
ニ着手サル可ク若シ被告カ右催告期間満了迄ニ之ニ應セザレハ契約ヲ解除ス可キ旨
ノ催告並ニ契約解除ノ意思表示ヲ爲シタルモ被告之ニ應セザル故右契約ハ當然解除
セラレタリト主張スルニヨリ右催告並ニ契約解除ノ意思表示ノ適否ニ付キ案スルニ
…被告ハ訴外田代彌輔ハ本件契約ニ關シ催告並ニ契約解除ノ通知ヲ受領スル權限
ナキヲ以テ原告ノ田代彌輔ニ對シ爲シタル右催告並ニ契約解除ノ意思表示ハ無効ナ
リト抗辯スルモ被告ノ授用セル甲第一號證ノ二ニ據ルモ被告ハ訴外田代彌輔ニ
對シ本件契約上一切ノ事項ニ關シ代理權ヲ授與シタル事實ヲ認ムルニ足レリ被告カ
特ニ催告並ニ契約解除ノ通知受領ニ關シ代理人ノ代理權ニ制限ヲ加ヘタル事實ノ認
ム可キモノナク尙證人田代彌輔ノ此點ニ關スル證言ハ措信セス其他凡テノ立證ニ依
ルモ右抗辯ヲ維持スルニ足ラス尙被告ハ右催告ニ附シタル豫猶期間短カキニ矢シ該
催告ハ無効ナリト言フモ前述ノ如ク被告ハ契約ニ違反シ工事ヲ遲延シ且ツ全然中止
シ居タルニ對シ原告カ七日ノ期間ヲ定メ工事進行ヲ促シタルモノナルコト前述ノ如
クナルヲ以テ原告ノ定メタル七日ノ期間ハ相當ト認ムヘキニヨリ被告ノ抗辯理由ナ
シ(東京地方入正六年(ワ)第四三一號同八年三月二八日民三部三橋裁判長推津大原各判事判決)

【關係事項】損害賠償請求事件○原告上海居留民團法律上代理人藤村義朗訴訟代理人辯護士岩田宙造外一人被告鈴木延太郎

訟代理人辯護士吉田新太郎外一人

(八〇)

九七五 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
此他正當ノ理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

乙ハ甲ノ法定推定家督相續人ナリト雖モ乙ハ甲ト丁トノ私通關係ニ因リ生シタ
ル男子ニシテ甲及ヒ甲ノ養家ニ於テハ最初ヨリ乙ヲ甲ノ家ニ入籍セシムルヲ喜
ハス乙ニ歳ノ時ヨリ丙方ニ引取り養育セラレ而モ甲ハ資産ト稱スル程ノモノナ
キノミナラス乙ヲシテ甲家ヲ相續セシムルコトハ甲家ノ平和ヲ害スル虞アリ且
甲家ニハ數人ノ女子アリ乙ヲ廢除スルモ家督ヲ相續セシムルニ支障ナク一方丙
ニハ二三萬圓ノ資産ヲ有シ而モ丙ノ妻ハ乙ノ伯母ニシテ共ニ乙ヲ養受タルコト
ヲ望ミ且高等ノ教育ヲ授ケント計畫シ居ルトキハ家督相續人ヲ廢除スルニ付キ
正當ノ事由アルモノトス

被告カ原告ノ法定推定家督相續人ナルコトハ其成立ニ争ナキ甲第一號證戸籍謄本ニ
依リテ明カナリ而シテ同號證及證人村松又助鈞田繁吉ノ各證言ニ據レハ被告ハ原告
ト前尾惠津ト私通關係ニ因リテ生シタル男子ニシテ原告及原告ノ養家ニ於テハ最初
ヨリ被告ヲ原告家ニ入籍セシムルコトヲ喜ハス被告ニ歳ノ時ヨリ村松又助方ニ引取
リ養育セシムルモ原告ハ資産ト稱スル程ノモノナキノミナラス被告ヲシテ原告家ヲ
相續セシムルコトハ原告家ノ平和ヲ害スル虞アリ且原告家ニ數人ノ女子アリテ被告
ヲ廢除スルモ家督ヲ相續セシムルニ支障ナク一方村松又助ハ二三萬圓ノ資産ヲ有シ