2-200

法學博士梅謙次郎著

最近判例批評續編

法政大學發行

滿鮮
42 6 8
文庫

最近判例批評續編序

曩ニ法政大學校友村中清司氏ガ予ノ判例批評ヲ編纂シテ、之ヲ公ニシタノデアルガ、爾來年ヲ閲スルコト三、同ジク法政大學校友奥村信夫氏ハ之ガ續編ヲ編纂シテ、亦之ヲ公ニセンコトヲ請ハレタノデ、予ハ直チニ之ヲ諾シタノデアル、顧フニ法律ハ如何ニ完備シテ居ッテモ、其適用ヲ誤レバ、忽チ惡法トナルノデアル、況ヤ我諸法典ノ如ク急速ニ編纂シタルモノハ、固ヨリ缺點モ尠クナイノデアルカラ、解釋ヲ以テ其不備ヲ補ハネバナラヌ場合モ多イノデアル、故ニ實際ニ於テ種種困難

ナル問題モ起ルノデアル、而シテ問題ガ一タビ法廷ニ見ハレタル以上ハ、之ヲ解決スルノハ固ヨリ裁判所デアルケレドモ、其裁判ニ不當ト見ユル點ガアレバ、之ヲ批評シテ法官ノ參考ニ供シ、以テ裁判例ヲシテ最モ正鵠ヲ得セシムルコトヲ力ムルノハ、蓋シ學者ノ任デアル、予ハ不敏ナリト雖モ、身ヲ斯學ノ講究ニ委スル者デアルカラ、多年判例ノ批評ヲナスヲ以テ自ラ課業ノ一ニ數ヘ居ルノデ、今後モ永ク之ヲ繼續スル積デアル、唯判例隨ッテ出ヅレバ、隨ッテ之ヲ批評スルノデアルカラ、本書ノ如ク之ヲ分類シテ編纂シタルモノガ出デタナラバ、或ハ世ノ便益ヲ助クルデアラウト思フ、茲ニ一言ヲ卷端ニ述ベテ、以テ序トナスノデアル

明治四十二年五月

梅謙次郎識ス

最近判例批評續編目次

（明治三十九年ヨリ同四十一年マテ）

第一編　民法

甲　總則

一　約束手形ノ振出ハ必スシモ借財ニ非ス……一
二　妻ノ行爲ノ相手方ハ妻カ夫ノ許可ヲ得タルコトヲ證明スル責任ナシ……三
三　不動產ノ從タル動產ハ抵當權ノ目的タルコトヲ得……七
四　借地證書中明渡ニ關スル約款ハ羈束力アリ……一一
五　無權代理人ノ相手方ハ本人ノ追認ヲ求メテ拒絕セラルルカ又ハ契約ヲ取消スニ非レハ自稱代理人ニ對シテ請求ヲ爲スコトヲ得ス……一六

六　遲延利息ノ時效期間モ五年ナリ……一八
七　辯護士ノ債權ノ消滅時效ニ付テ……二〇
八　受任者ノ名ヲ以テ取得シタル權利ハ更ニ之ヲ委任者ニ移轉スルコトヲ要ス……二四

乙　物權

一　相續ニ因ル物權移轉モ之ヲ登記スルニ非サレハ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス……二九
再　民法施行前ヨリ占有ヲ爲ス者ノ取得時效ハ民法施行ノ日ヨリ起算スベシ(民法施行法ノ一)……一三〇
二　共有ノ性質ヲ有スル入會權トハ地盤カ其有ニ屬スルモノヲ謂フ……三五
三　再ヒ共有ノ性質ヲ有スル入會權ヲ論ス……三八

四　民法第二百七十六條ニ依ル地上權、永小作權ノ消滅ハ土地所有者ノ意思表示ノミニ因ッテ行ハル……四一
再　不動產ノ從タル動產ノ抵當權(甲ノ三)……七
五　民法第三百八十八條ハ强制的規定ニ非ス……四五
六　民法第三百九十二條第二項ノ場合ニ於テ抵當權者カ一部ノ辨濟ヲ受ケタルトキト雖モ次順位ノ抵當權者ハ代位ヲ爲スコトヲ得……四七

丙　債權

一　租稅モ亦債權ナリ……五五
二　「無記名公債證書」ト云ヘハ目的物ノ種類ヲ示シタルモノナリ……六一
三　作爲ヲ目的トスル義務ノ履行ヲ裁判上請求スルコトヲ得……六五

四　連帶債務者ノ一人ニ對スル免除ヲ他ノ債務者ニ享受セシメサルノ特約ハ必スシモ不法ニ非ス……六八
五　再ヒ虛僞行爲ヨリ生スル債權ノ讓渡ヲ論ス……七二
六　辨濟ノ提供ハ供託ノ前提條件ニ非ス……七五
七　民法第五百四條ニ依リ責任ヲ免ルル第三取得者ハ抵當登記ノ變更ヲ求ムルコトヲ得……七九
八　相殺ヲ爲スニハ債權ノ辨濟期ニ在ルコトヲ證明スルコトヲ要セス……八四
九　贈與ノ目的タル財產ハ第三者ニ屬スルモ可ナリ……八六
一〇　督促手續ハ民法第五百九十一條第一項ノ催告ト視ルコトヲ得ス……九三
一一　賃借人ハ借家ノ失火ニ付キ常ニ責任アリ……九八
再　受任者ノ名ヲ以テ取得シタル權利ハ更ニ之ヲ委任者ニ移轉スルヲ要ス(甲ノ八)……二四

丁　親族

一　隱居屆出ノ手續ノ違法ハ必スシモ隱居無效ノ原因タラス……一〇三
再　民法施行前ハ登記ナキ婚姻ハ無效ナリ(民訴ノ一)……一七五
二　夫カ妻ノ非行ヲ言フモ離婚ノ原因タル侮辱トナラス……一〇九
三　違約金其他損害賠償ノ豫定ハ重要ナル動產ニ關スル權利ノ喪失ヲ目的トスル行爲タルコトアリ……一一一
四　禁治產者及ヒ準禁治產者ハ親權ヲ行フコトヲ得サルニ非ス……一一五
五　四タヒ親族會ノ決議ニ對スル不服ノ訴ヲ論ス……一二四

戊 相續

再 相續ニ因ル物權移轉モ之ヲ登記スルニ非サレハ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス(乙ノ一)……一二九
一 遺留分減殺ノ訴ハ適法ナリ……一二八

己 民法施行法

一 民法施行前ヨリ占有ヲ爲ス者ノ取得時效ハ民法施行ノ日ヨリ起算スヘシ……一三〇

庚 不動產登記法

一 虛僞行爲ニ因ル所有權移轉ノ登記ヲ復舊スルニハ之ヲ抹消スルヲ以テ足ル……一三二
二 共有權ノ登記ニ就イテ……一三四

第二編 商法

甲 會社

一 株金拂込ノタメニ振出シタル手形ハ無效ナラス……一三七
二 取締役ノ選任ハ單獨行爲ナルカ將タ承諾ヲ待チテ始メテ成立スルカ……一三九
三 取締役ハ辭任スルコトヲ得……一四九
四 「取締役辭任論」ニ關シ松波君ニ答フ……一五五
五 取締役ハ會社ヲ代表シ自己ト取引ヲ爲スコトヲ得……一六一

乙 商行爲

一　金錢ノ貸付ハ銀行取引ナリ……一六五
二　婚姻出産兒童ノ學齡等ヲ機會トシテ一定ノ金額ヲ支拂フノ契約ハ保險契約ナリ……一六七
再　約束手形ノ振出ハ必スシモ借財ニ非ス(民法甲ノ一)……一
再　株金拂込ノタメニ振出シタル手形ハ無效ナラス(商法甲ノ一)……一三七

丙　保險業法
一　保險業法ノ過料ハ會社ニ科スヘキモノニ非ス……一七二

第三編

甲　民事訴訟法
一　民法施行前ハ登記ナキ婚姻ハ無效ナリ……一七五
再　督促手續ハ民第五百九十一條第一項ノ催告ト視ルコトヲ得ス(民法丙ノ一〇)……九三

乙　人事訴訟手續法
一　人事訴訟手續法第三條ハ無能力者カ被告タル場合ニモ適用アリ……一七八

丙　破産法
一　會社ノ破産ハ株金拂込ノ義務ヲ變更スルモノニアラス……一八二
二　再ヒ破産ノ場合ニ商法第九十二條ヲ適用スヘカラサルヲ論ス……一八六

丁　刑事訴訟法

一　犯罪ヲ構成スル不法行爲ノ時效ハ刑事訴訟法ニ依ル　……一九〇

最近判例批評續編目次

法學博士　梅謙次郎著

第一編　民法

甲　總則

一　約束手形ノ振出ハ必スシモ借財ニ非ス

依テ案スルニ民法第十二條第一項第二號ニ謂フ借財トハ獨リ消費貸借ノミヲ指稱シタルモノニアラス約束手形ヲ振出ス行爲ノ如キモ亦右借財ナル文詞中ニ包含シタルモノト解スヘキヲ至當トス何トナレハ約束手形ノ振出人ハ其振出行爲ニ因リ一定ノ金額ヲ支拂フヘキ債務ヲ負擔スルモノニシテ其行爲者カ金錢支拂ノ債務ヲ負擔スル點ニ於テハ金錢ノ消費貸借ト異ナル處ナク共ニ重大ナル行爲ナレハ同意ヲ得ヘキ點ニ於テ二者ノ間其規定ヲ異ニスヘキ理由存セサレハナリ而シテ後見人カ被後見人ニ代リ如上ノ行爲ヲ爲スニ方リ親族會ノ同

意ヲ得サリシトキハ被後見人其代理人又ハ承繼人ニ於テ之ヲ取消シ得ヘキコトハ民法第九百二十九條第九百三十六條並ニ第八百八十七條ノ規定ニ因リ明ナリ又其取消權ハ其行爲ヲ追認シ得ル時ヨリ五年間若クハ或場合ニ於テハ行爲ノ時ヨリ二十年間ハ之ヲ行使シ得ルモノナルヲ以テ本訴ノ場合ハ無能力者カ手形振出ノ行爲ヲ取消ス普通ノ場合ニ該當スルモノトス商法第四百三十八條ニ「無能力者カ手形ヨリ生シタル債務ヲ取消シタルトキト雖モ云々トアルハ手形振出ノ當時無能力者タリシ者カ其取消權ノ存續中手形ヨリ生シタル債務ヲ取消シタルトキト雖モ」云々トノ意義ニシテ敢テ無能力者自ヲ手形ヲ振出シタル場合ニ未タ行爲能力ヲ得サル時ニアラサレハ其振出行爲ヲ取消シ得サル旨ヲ定メタルモノニアラサルヲ以テ本上告論旨ハ共ニ理由ナシ(明治三十九年オ第百二十一號同年五月十七日大審院第一民事部判決)

此問題ハ既ニ二回本誌ニ論ジタル所デアッテ(五三號三一頁、五九號五一頁)、竊ニ裁判例ノ變更アランコトヲ期待シテ居ッタノデアルガ、不幸ニシテ今以テ其變更ヲ見ルコトガ出來ヌノハ甚ダ遺憾トスル所デアル、三十九年五月十七日大審院判決トシテ法學志林(八卷一〇號九五頁)ニ載スル所ニ據レバ相變ラズ「借財トハ獨リ消費貸借ノミヲ指稱シタルモノニアラス約束手形ヲ振出ス行爲ノ如キモ亦右借財ナル文詞中ニ包含シタルモノト解スヘキ(元ノ儘)ヲ至當トス何トナレハ約束手形ノ振出人ハ其振出行爲ニ因リ一定ノ金額ヲ支拂フヘキ債務ヲ負擔スルモノニシテ其行爲者カ金錢支拂ノ債務ヲ負擔スル點ニ於テハ金錢ノ消費貸借ト異ナル所ナク共ニ重大ナル行爲ナレハ同意ヲ得ヘキ點ニ於テ二者ノ間規定ヲ異ニスヘキ理由存セサレハナリ」ト云フ見解ヲ執ッテ居ルノデアル、此議論ニ對シテハ前論既ニ完膚ナキマデニ論駁シ去ッタ積デアルカラ、更ニ言フヘキ所モナイヤウデアルガ、唯此論ヨリスレバ當ニ約束手形ノ振出ノミナラズ、其裏書デモ爲替手形ノ振出、裏書就中引受デモ皆借財トナッテ仕舞フ、何トナレバ之ニ因ッテ一定ノ金額ヲ支拂フベキ債務ヲ負擔スルモノデアルカラデアル、豈ニ當其ノミナランヤ、手形以外ニ於テ一定ノ金額ヲ支拂フベキ債務ヲ負擔スル行爲ハ澤山アルノデアルガ、是レ皆借財トナッテ仕舞フノデアル、予ハ民法ノ正當ナル解釋ノタメニ大審院判事諸公ノ再考ヲ煩シタイノデアル

二　妻ノ行爲ノ相手方ハ妻カ夫ノ許可ヲ得タルコトヲ證明スル責任ナシ

案スルニ原判決理由ノ冒頭ニ「有夫ノ婦カ借財ヲ爲スニ付テハ夫ノ許可ヲ要スルコトハ民法第十四條第十二條ノ規定ニ依リ明ナレハ有夫ノ婦タル被控訴人カ控訴人ヨリ本訴ノ金員ヲ借入レ之カ擔保トシテ被控訴人所有ノ不動産ニ付キ抵當權設定登記ヲ爲シタルコトカ當事者間ニ爭ナキ以上ハ此等ノ行爲ハ一應夫ノ許可ヲ得テ爲シタルモノト推定スルヲ相當トス」トアルハ一見原院カ事實ニ基キ推定ヲ爲シタルニ過キサルカ如シト雖モ其下文ニ「故ニ若シ果シテ被控訴人主張ノ如ク夫仁平ハ入夫戸主ナレハ其許可ハ必要ナラスト誤信シ其承諾ヲ得スシテ借財シタルモノナリトセハ其事實ハ原告タル被控訴人ニ於テ之カ證明ヲ爲スノ責アルコト論ヲ俟タス云々」ト承接シタル所ヨリ之ヲ推考スレハ原院ハ有夫ノ婦カ法律行爲ヲ爲シタル事實アレハ反證アラサル限リハ常ニ夫ノ許可ヲ得タルモノト推定スルヲ以テ法理ノ當然ト爲シタルモノト謂ハサルヲ得ス抑有夫ノ婦カ民法第十四條ニ列記シタル行爲ヲ爲サントスルニハ必スヤ夫ノ許可ヲ受クルコトヲ要スルモノナレハ有夫ノ婦ノ意思表示アリタルト雖モ其意思表示アリタル事實アレハトテ夫ノ許可ヲ受ケタル事實アルモノト當然推定スヘキ法理存セサルコトハ自明ナリ由是之ヲ觀レハ有夫ノ婦カ原告タル場合ト被告タル場合トヲ分タス其意思表示ニ因リテ權利ヲ取得シタリト主張スルモノハ相手方カ夫ノ許可ヲ受ケタル事實ヲ立證スル責ニ任スルヲ以テ當然トスヘキコト復疑ヲ容ルヘキニ非ス故ニ前示原判旨ハ失當タルコトヲ免レス原判決理由ノ後段ニ至リ抵當物ノ賣却ニ因リテ債務ヲ辨濟スルコトヲ仁平カ承諾シタル事實ニ依リ借財ノ當初其許可アリタルコトヲ推定スル旨ノ判旨アルモ全然事實上ノ推定ナレハ其前段ノ判旨失當ナルニ拘ラス主文ヲ維持スルニ足ル外觀ナキニ非ス然レトモ原判決主要ノ理由ハ其前段ノ判旨ニシテ後段ノ判旨ハ要スルニ前段判旨ノ餘勢ニ出テタルニ外ナラサルコトハ原判文ヲ通覽スルトキハ之ヲ察知スルニ難カラスシテ原判決ハ到底破毀ヲ免レス(明治三十九年太第三百六十四號同年十二月十八日大審院第一民事部判決)

明治三十九年十二月十八日大審院判決トシテ法學志林(九卷四號一〇三頁)ニ掲グル所ニ據レハ「有夫ノ婦カ原告タル場合ト被告タル場合トヲ分タス其意思表示ニ因リテ權利ヲ取得シタリト主張スルモノハ相手方カ夫ノ許可ヲ受ケタル事實ヲ立證スル責ニ任スルヲ以テ當然トス」ト云ッテ居ルヤウデアルガ、是ハ確ニ誤ッテ居ルト思フ、抑、妻ガ夫ノ許可ナクシテ民一四、一項ニ掲グタル行爲ヲナシタル場合ニ於テ其行爲ハ有效ナリヤ無效ナリヤト問ヘバ、是ハ有效ナリト答ヘナケレバナラス、何トナレバ同條第三項ニ於テ明カニ妻ガ夫ノ許可ナクシテ第一項ノ行爲ヲナシタルトキハ之ヲ取消スコトヲ得ベキ旨ヲ規定シテ居ルノデアルガ、無效ナル行爲ヲ取消スコトノナイノハ言フヲ待タナイ所デアルカラ、先ヅ其行爲ハ有效デアルニ因ッテ、之ヲ無效ニ歸セシメヤウト思フナラ、之ヲ取消スコトガ出來ルト規定シ

タモノト謂ハヲバナラヌカラデアル、尚ホ民一九、一項ニ於テ無能力者(妻ヲ包含ス)ガ能力者トナリタル後(妻ニ就イテ言ヘバ、婚姻解消ノ後)相手方ノ催告ヲ受ケテ期間内ニ確答ヲ發セザルトキハ、其行爲ヲ追認シタルモノト看做スノモ、其行爲ハ本來有效ナルモノデアッテ、唯無能力者其他ノ者ニ之ヲ取消ス權利ヲ與ヘテアルニ過ギヌノデアルカラ、苟モ無能力者ガ取消ノ意思ヲ表示セザル限ハ之ヲ有效ト視ルカラデアル、殊ニ民一二五、一號、二號、六號ニ據レバ取消權者(本件ニ於テハ妻)ガ異議ヲ留メズシテ此等ノ行爲ヲナシ又ハ之ヲ甘受シタナラバ、追認ヲナシタルモノト看做サルベキニ因ッテ、妻ガ原告トナッテ履行ノ請求ヲナス場合ハ勿論、被告トナッテ履行ノ請求ヲ受クル場合デアッテモ、畢竟其行爲ノ全部若クハ一部ヲ履行シ又ハ強制執行ヲ受クルトキハ追認ヲナシタルモノト看做サレテ、最早其行爲ヲ取消スコトサヘモ出來ナクナルノデアル、故ニ相手方ガ夫ノ許可アリタルコトヲ信ズルナラバ、固ヨリ妻ノ行爲ヲ有效トシテ其履行ヲ求ムルニ差支ナイノデアルガ、若シ夫ノ許可ナカリシコトヲ信ズルナラバ、同ジク其履行ヲ求ムルニ差支ナイケレドモ、後日取消ニ遭フコトヲ恐ルヽナラバ、訴訟ノ進行中ニ民一九條二項ニ依ッテ夫ニ對シ催告ヲ爲シテモヨイノデアル、兎ニ角判決ニ言フガ如ク、妻ガ「原告タル場合ト被告タル場合トヲ分タス相手方カ夫ノ許可ヲ受ケタル事實ヲ立證スル責ニ任スル」コトハナイノデアル

三　不動産ノ從タル動産ハ抵當權ノ目的タルコトヲ得

依テ案スルニ民法第一編總則第八十七條末項ニ從物ハ主物ノ處分ニ從フトアリ故ニ建物ノ所有者カ其建物ニ抵當權ヲ設定シタルトキハ之ニ附屬セル從物タル動産ニモ亦抵當權ヲ設定シタルモノト看做サルヘキカ如シト雖モ抵當權ハ獨リ不動産ノミニ設定スルコトヲ許サレ動産ニハ之ヲ設定スルコトヲ許ササルコトハ民法第二編物權第十章第三百六十九條ノ規定スル所ニシテ動産カ抵當權ノ目的物ト成リ得ルハ抵當權ノ目的物タル不動産ニ附加シテ之ト一體ヲ成シタル場合ニ限ルコトハ同第三百七十條ノ法意ニ徴シテ明晰タリ蓋シ抵當權ハ其設定者ニ於テ物ノ占有ヲ債權者ニ移サスシテ單ニ之ヲ債務ノ擔保ニ供スルモノナルニ動産ハ其性質トシテ唯タ類似品多ク甲ヲ以テ乙ニ代ヘ得ルノミナラス此ヨリ彼ニ轉シ容易ニ其所在ヲ失シ債權辨濟ノ擔保トスル目的ヲ達シ難ク當事者間常ニ紛議ヲ生シ爲メニ訴訟ヲ惹起シ公私共ニ其弊ヲ受クルニ至ルハ理ノ當然ナルヲ以テ動産ニ對シテハ抵當權ヲ設定

スルコトヲ許サス而シテ動産カ不動産ニ附加シテ之ト一體ヲ成シ動産タルコトヲ變シテ不動産ノ一部分ヲ成スニ於テハ前顯ノ如キ弊害ヲ生スル虞ナキニ依リ之ニ對シテ抵當權ヲ設定スルコトヲ許シタルモノトス然レトモ動産ニシテ不動産ニ附加シテ之ト一體ヲ成サス依然動産トシテ存在スル以上ハ獨立ノ動産タルト不動産ノ從物タルトヲ問ハス之ヲ以テ抵當權ノ目的物ト爲スコトヲ許スニ於テハ共ニ前顯ノ弊害ニ陷ルハ二者同一ニシテ毫モ擇フ所ナキヲ以テ獨リ前者ニ禁シテ後者ニ許スノ理アルヲ視ス是ニ由テ之ヲ觀レハ民法第二編物權第十章第三百六十九條抵當權ニ關スル規定ハ同第一編總則第八十七條末項ノ原則ニ對スル除外例タルコトヲ知ルニ足レリ然ラハ則チ動産カ不動産ニ附加シテ抵當權ノ目的ト成シルヤ否ヲ識別センニハ該動産カ抵當物タル不動産ニ附加シテ之ト一體ヲ成スヤ否ヲ以テ標準トセサルヘカラサルハ言ヲ俟タサル所ナリ然ルニ原院ニ於テハ事茲ニ出テス本訴動産タル器械カ抵當物タル建物ノ從物タルヤ否ヲ審判シ右器械ヲ以テ建物ノ從物ナリトシ既ニ本訴建物ノ從物タル以上ハ共ニ抵當權ノ目的物トナリタルモノナリト判定シタルハ違法ニシテ破毀ノ原由アル不法ノ判決ナリトス(明治三十八年オ第五百八十八號同三十九年五月二十三日大審院第二民事部判決)

此問題モ既ニ屢〻本誌ニ論シタル所デアッテ(三六號八頁、三八號六頁、四七號六頁)是レ亦竊ニ裁判例ノ變更アラシコトヲ期待シテ居タノデアルガ不幸ニシテ今以テ其變更ヲ見ルコトガ出來ヌノハ甚ダ殘念デアル、予ガ殊ニ殘念ニ感ズルハ先年予ガ論シタル所ニ對シテ二言ノ答辯モナイコトデアル、三十九年五月二十三日大審院判決トシテ法政大學講義錄(三十九年度三八號雜錄四一頁)ニ掲グル所ニ據レバ「抵當權ハ獨リ不動産ノミニ設定スルコトヲ許サレ動産ニハ之ヲ設定スルコトヲ許ササルコトハ民法第二編物權第十章第三百六十九條ノ規定スル所ニシテ動産カ抵當權ノ目的物ト成リ得ルハ抵當權ノ不動産ニ附加シテ之ト一體ヲ爲シタル場合ニ限ルコトハ同第三百七十條ノ法意ニ徵シテ明晰タリ云々」トアレドモ、民三七〇ノ抵當權設定當時ニ於テ其權利ノ目的タルヘキ物ニ就テ規定シタル箇條ニ非ザルコトハ既ニ本誌三八號ニ詳論シテ置イタカラ、讀者ニ其再讀ヲ請フニ止メテ置イテ、茲ニハ專ラ判決ニ言フガ如ク民三六九ガ同八七、二項ノ除外例ニ非ズシテ却テ民八七、二項ガ同三六九ノ除外例タルコトヲ論セシモノト思フ、判決ニハ「動産ハ其性質トシテ唯タ類似品多ク甲ヲ以テ乙ニ代ヘ得ルノミナラス此ヨリ彼ニ轉シ容易ニ其所在ヲ失シ債權辨濟ノ擔保トスル目的ヲ達シ難ク當事者間常ニ紛議ヲ生シ爲メニ訴訟ヲ惹起シ公私共ニ其弊ヲ受クルニ至ルハ理ノ當然ナルヲ以テ動産ニ對シテハ抵當權ヲ設定スルコトヲ許サス云々」トアレドモ、是ハ動産ノミ

ヲ抵當權ノ目的トナスコトヲ得ナイ理由トシテ正シイノデアッテ、不動產ノ從タル動產ヲ主タル不動產ト共ニ抵當權ノ目的トナスコトヲ得ナイ理由トスルニハ足ラヌノデアル、例ヘバ疊、建具ノ如キ家屋ノ從物ハ其家屋ト共ニ用フベキ物デアッテ、若シ之ヲ分離スレバ不便ガ多イカラ、家屋ヲ處分スレバ必ズ疊、建具モ共ニ處分セラルルヲ本則トシタノデアル、今抵當權ノ設定及ビ就中其實行ニ伴フ賣却ガ處分デアルコトハ何人ト雖モ爭ハナイ所デアラウト思フ、而シテ此場合ニ家屋ト疊、建具トヲ分離スルノ不便ナルコトハ他ノ處分ノ場合ト毫モ異ナルコトハナイノデアルカラ、Ubi eadem legis ratio, eadem legis dispositio（法ノ理由同ジケレバ、其規定亦同ジ）ナル格言ニ據リ此場合ニモ八七、二項ノ規定ヲ適用スベキコト明カデアル、如何ニモ判決ニ言フガ如ク動產ハ此ヨリ彼ニ轉ジ易キ物デハアルケレドモ、疊、建具ノ如ク之ナクテハ殆ド一日モ家屋ニ住フコトノ出來ナイ物ハ容易ニ之ヲ他ニ移スモノデハナイ、若シ之ヲシモ移ス恐レガアルカラ、家屋ト共ニ抵當權ノ目的トナスコトガ出來ヌト曰フナラバ、家屋ト一體ヲナス所ノ敷居、鴨居ノ如キ物モ亦之ヲ移スコトガ出來ルカラ、共ニ抵當權ノ目的トナスコトガ出來ヌト謂ハヲバナルマイ、

以テ右ノ判決ガ正鵠ヲ得ナイコトヲ知ルニ足ルト思フノデアル

四　借地證書中明渡ニ關スル約款ハ羈束力アリ

控訴人ハ本訴係爭ノ地所ヲ貸借セルコト甲第一號證ヲ被控訴人ニ差入レタルコト及ビ被控訴人ハ甲第一號證中「貴殿御入用ノ節ハ（中略）三ケ月內ニ無異議引渡可申云々」ノ約旨ニ基キ本訴請求ヲ爲スモノナルコトハ當事者ニ爭ナシ、控訴人ハ右甲第一號證中三ケ月云々ノ記載ハ東京市內一般ノ慣習ニヨリ記載サレタルモノニシテ當事者ヲ羈束スル意思ニ出テタルモノニアラサレハ本訴ノ請求ハ不當ナリト云ヒ被控訴人ハ東京市內ニ此ノ如キ慣習ナク且ツ右三ケ月云云ノ記載ハ全ク當事者ヲ羈束スヘキ特約ナリト主張スルヲ以テ本訴ニ於テ判斷スヘキ要點ハ第一、借地證書ニ例文トシテ地主入用ノ節ハ示談ノ時ヨリ三ケ月內ニ無異議明渡可申云々ト記載スル慣習アリヤ、第二、甲第一號證中ニ於ケル右記載ハ慣習ニ依ラサル特約ナリヤ否ヤニ在リ

依テ先ツ第一點ニ付キ之ヲ案スルニ信用スヘキ鑑定人松岡喜三郎、飯島健之助、宇津治三郎、福島幸次郎、石川順、浦田治平ノ陳述ニヨリ東京市內ニ於テ借地證ニ證書作成上ノ例文トシテ地主入用ノ節ハ示談ノ時ヨリ三ケ月若クハ之ヨリ少シ長期間內ニ無異議明渡可申ト記載ヲ爲ス慣習アリトノ事實ヲ認メ得ヘキヲ以テ之ニ反スル鑑定人春日利兵衛、永井勝輔ノ陳述ハ信

用セス、被控訴人ハ新甲第六號證乃至第十一號證ヲ以テ此ノ如キ慣習ナク反テ證書ニ三ケ月若クハ六ケ月ノ期間ヲ付スルトキハ當事者ヲ羈束スル慣習アルコトヲ立證セントスレトモ同號證ハ何レモ學者ノ著書ニシテ悉ク正確ニ事實ニ適合シタルモノト認メ難ク例之甲第六號證ニハ現ニ東京ニハ建物ノ存在スル土地ヲ使用スルニハ貸主ニ於テ必要アルトキハ何時ニテモ之ヲ退去セシメ得ル特約アルノ外ハ借主ハ其建物ノ存在スル間ハ土地ハ使用シ得ルノ慣習アルカ如シトノ說明ノ如キハ全ク著者ノ意見ニ外ナラス要スルニ同證ハ學者ノ意見ヲ說明シタルモノニシテ裁判所ニ於テ宣誓ノ上陳述シタル鑑定ト自ラ其選ヲ異ニスルカ故ニ採テ以テ事實タル慣習ノ存否ヲ判斷スル資料ト爲シ難シ又被控訴人ハ新甲第十二號證ヲ以テ三ケ月云々ノ文書ハ例文ナリトノ慣習ニ對スル反證ナリト主張スレトモ該證ノ趣旨ハ從來借店及ヒ借地ノ取扱規則不相立ニ付テ概略借店ニ付テハ三ケ月、借地ニ付テハ六ケ月内ニ引拂フコトニ定メ度シト云フニ在リテ明治九年ノ當時ヨリ今日マデ實際行ハレタルヤ否ヤ明確ナラザレハ之ヲ以テ前記認定ヲ覆スニ足ラザルモノトス、次ニ第二ノ點ニ付キ案スルニ前既ニ說明スルカ如キ慣習ノ東京ニ存在スル點及ヒ甲第一號證ハ普通坊間ニ於テ販賣スル借地契約用紙ヲ用ヒ作成セル者換言スレハ慣習ニ反シ特約ヲ爲シタルモノニ非スト認ムルヲ相當トス故ニ此反對ノ事實ヲ陳述スル關口定吉ノ證言ハ之ヲ信用セス以上說明スル所ニヨリ被控訴人カ特約アリトシテ本訴明渡ノ請求ヲ爲スハ失當ニシテ控訴ハ理由アリトス

依テ民事訴訟法第四百二十條第七十二條ニ依リ主文ノ如ク判決ス(明治三十八年子第百六十號同年十二月二十日東京控訴院民事第一部判決)

從來借地證書中「貴殿御入用ノ節ハ何ヶ月内ニ明渡可申」ト曰フガ如キ約文ヲ載スルノ例ガ多イノデアルガ、此約文ノ效力ニ付テハ民法施行前ヨリ裁判例ハ之ヲ無效トスル方ニ傾イテ居ッタヤウデアルケレトモ、予ハ其理由ヲ知ルニ苦シンデ居タノデアルガ、民法施行後ノ今日仍ホ同樣ノ裁判例ハ尠クナイケレトモ、又反對ノ裁判例モ見ユルカラ、其内正當ノ見解ガ勝ヲ制スルコトデアラウト思フテ今日マデ之ニ關スル鄙見ヲ公ニシナカッタノデアルガ、兎角裁判例ガ定マラナイノミナラズ、動モスレバ民法施行前ヨリノ裁判例ガ勝ヲ占メサウナ模樣ガアッテ、近クハ法學志林八卷三號(二百六頁)ニ掲載シタル東京控訴院判決ノ如キ「貴殿御入用ノ節ハ三ケ月内ニ無異議明渡可申」ト記載シタルハ羈束力ナキモノトシテ居ルヤウデアルカラ茲ニ鄙見ヲ述ブル必要アリト思フノデアル、今右ノ判決ノ理由トスル所ヲ見ルニ、要點ハ第一、借地證書ニ例文トシテ地主入用ノ節ハ示談(「談示」カ)ノ時ヨリ三ケ月内ニ無異議明渡可申云々ト記載スル慣習アリヤ、第二、甲第一號證中ニ於ケル右記載ハ慣習ニ依ラサル特約ナリヤ否ヤニ在リ、依テ先ヅ第一點ニ付キ之ヲ案ズルニ信用スベキ鑑定人ノ陳述ニヨリ東京市内ニ於テ借地證ニ證書作成上ノ例

文トシテ地主入用ノ節ハ談示ノ時ヨリ三ケ月若クハ之ヨリ少シ長期間内ニ無異議明渡可申ト記載ヲ爲ス慣習アリトノ事實ヲ認メ得ヘク「次ニ第二ノ點ニ付キ案スルニ慣習ニ反シ特約ヲ爲シタルモノニ非スト認ムル」ト曰フニ過ギナイヤウデアル、予ハ第一ニ裁判所ハ慣習ヤ特約ノ事ヲ論ズル前ニ右ニ引用シタル約文ガ契約ノ一部ヲ成スヤ否ヤヲ判斷シナケレバナラヌト思フ、然ルニ苟モ目ニ一丁字ナキ者ニ非ザル以上ハ假令地主ガ印刷シタル契約證ヲ持參シテ之ニ署名、調印セヨト曰ッタカラトテ、其内容ヲ了解セズシテ之ニ署名、調印シタルモノトハ信シ難イノデアル、若シ之ヲ一覽セズシテ署名、調印シタト曰フナラバ、(第一)其證據ヲ提出シナケレバナラナイノミナラズ、(第二)之ヲ一覽セザルハ重大ナル過失デアルカラ之ニ因ッテ生ズル錯誤ハ之ヲ相手方ニ對抗スルコトハ出來ヌノデアル(民九五)、又文盲ニシテ之ヲ讀ムコトノ出來ヌ者ハ他人ニ讀ンデ貰フベキデアル、然ラバ其約文アルニ拘ハラズ、是ガ契約ノ一部ヲ成サヌト曰フナラバ、其コソ特約ガ入ルノデアル、東京控訴院ハ右ノ文言ハ例文トシテ記載スル慣習ガアルカラ羈束力ガナイト曰フケレドモ、是ハ奇妙ナ事デアル、右ノ約款ガ例文トナル程ナラバ、多分慣習ニ適合シタモノト視ナケレバナラヌ、然ラズンバ一人ヤ二人ノ粗漏ナル借地人ガ其約款ヲ看落シテ契約ヲナスコトガアルトシテモ、東京中ノ借地人ガ皆悉ク之ヲ看落シテ契約ヲナシタモノトハ信ジラレヌカラ、少クモ大多數ノ借地人ハ皆右ノ約款ヲ承知ノ上ニテ契約ヲナシタモノト視ナケレバナラヌニ因ッテ、若シ其ガ慣習ニ反スル事ナラバ之ヲ爭フ者ガ多クアッテ、自然例文トハナラヌ筈デアルカラデアル、殊ニ判決中了解シ難キ點ハ慣習ニ從フタル例文ナレバ羈束力ガナイガ、慣習ニ異ナッタル特約ナレバ羈束力ガアルト曰フノ點デアル、予ハ寧ロ反對デアラウト思フ、慣習ニ從フタル例文ナレバ其意義明カデアルカラ、當事者ノ別段ノ意思ヲ證明セヌデモ宜シイノデアルガ、若シ慣習ニ異ナッタル特約デアルナラバ、却テ其意思ヲ證明スベキ場合ガ多イノデアル、何トナレバ當事者ハ多數ノ場合ニ於テ慣習ニ依ル意思ヲ持ッテ居ッタモノト視ナケレバナラヌカラデアル、抑、東京ニ於テハ借地人ガ地主ヨリ適法ニ土地ノ明渡ヲ請求セラレテモ種々ノ口實ノ下ニ明渡ヲ拒ンデ、竟ニ不當ノ金錢ヲ強請スルノ惡弊ガアッテ、往々教育アリト稱セラルル人士マデガ此醜劣ナル行爲ヲ敢テシテ而モ恬トシテ恥ヂナイノハ實ニ言語同斷デ

アルト思フノ余、今裁判所ガ此ノ如キ奸猾ノ徒ヲ助ケテ不當ノ便益ヲ得セシムルノハ予ガ甚ダ怪ム所デアル

五　無權代理人ノ相手方ハ本人ノ追認ヲ求メテ拒絶セラルルカ又ハ契約ヲ取消スニ非レハ自稱代理人ニ對シテ請求ヲ爲スコトヲ得ス

案スルニ被告等ハ河原子町ノ爲メ公借スルト詐稱シ同町ヲ代表スルモノノ如ク裝ヒ民事原告人ヲ欺キ金錢貸借ノ契約ヲ爲シタル事實ナレハ即チ代理權ヲ有セサル者カ他人ノ代理人トシテ契約ヲ爲シタルモノナレハ本人ノ追認ヲ得サル以上ハ民法第百十七條ノ規定ニ依リ相手方ノ選擇ニ從ヒ之ニ對シテ履行又ハ損害賠償ノ請求ヲ爲スニ付キ契約取消ノ意思ヲ代表スルノ必要毫モ存スルコトナシ然ルニ原院ハ其意思表示ヲ爲ササルヲ不當トシ民事原告人ノ私訴ヲ不適當トシテ却下シタルハ失當ノ判決ニシテ破毀ノ理由アリ本論旨ハ結局其理由アルモノトス而シテ原判決ハ私訴ニ關スル事實ヲ確定セサルヲ以テ本院ニ於テ直チニ判決ヲ爲スニ由ナシ（明治三十八年れ第一〇九號同年二月二十日大審院第一刑事部判決）

「法律新聞」三六四號十三頁以下ニ三十八年二月二十日大審院判決トシテ掲ゲテ居ルモノニ據レバ「代理權ヲ有セザル者ガ他人ノ代理人トシテ契約ヲ爲シ……本人ノ追認ヲ得ザル以上ハ民法第百十七條ノ規定ニ依リ相手方ノ選擇ニ從ヒ之ニ對シテ履行又ハ損害賠償ノ責ニ任ズベキハ當然ノ筋合ナレバ」相手方ガ其者ニ對シ損害賠償ノ請求ヲ爲スニ付契約取消ノ意思ヲ代表（表示ノ誤カ）スルノ必要毫モ存スルコトナシ」トアルガ、右ノ判決中ニハ相手方ガ本人ニ對シテ一應追認ヲ求メタカドウカヲ明言セヌケレドモ、多分追認ヲ求メナカッタモノト想像セラルル（兎ニ角此點ヲ明カニセザルハ不完全ナル判決タルヲ免レナイ）、左スレバ民一一七ニ據ッテ本人ノ追認ヲ得ナカッタカラ損害賠償ヲ求ムルト曰フ譯ニハ往カヌ、唯同條ニ據ラズトモ、自稱代理人ニ由ッテ欺カレタル相手方ハ民一一五ニ據ッテ契約ヲ取消シタル上、自稱代理人ノ不法行爲ニ因ッテ受ケタル損害ノ賠償ヲ請求スルコトガ出來ル（民七〇九）、故ニ自稱代理人ニ對シテ請求ヲナスニハ或ハ本人ノ追認ヲ求メテ拒絶セラルルカ（民一一四參照）或ハ契約ヲ取消スコトガ必要デアル

六　遲延利息ノ時效期間モ五年ナリ

本訴ニ於ケル利息ノ請求ハ總テ遲延利息即チ損害賠償ノ請求ナルコトハ請求自體ニ徵シ明確ニシテ此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第百六十七條ニ依リ其消滅時效ノ期間ハ十年ナリトス而シテ本訴ノ元金ニ付キ地所ヲ書入レ其登記ヲ經タルコトハ甲第一號證ニ依リ認メ得ヘキヲ以テ民法施行前ニ於テ生シタル遲延利息ノ債權ハ元金債權ト等シク出訴期限ナキ權利ニ該當シ民法施行法第三十二條第三十一條但書民法第百六十七條ニ則リ民法施行後十年ヲ經過スルニ因リ消滅スヘキモノトス故ニ其期間ノ經過セサル今日ニ於テハ本訴遲延利息ノ債權ハ全部消滅セサルコト論ヲ俟タス(明治四十一年ネ第百二十七號同年四月十四日東京控訴院第二民事部判決)

明治四十一年四月十四日東京控訴院判決(法律新聞第四九八號二一頁)ニ據レバ遲延利息ノ「債權ハ年又ハ之ヨリ短キ時期ニ支拂ハルヘキモノニ非ザルヲ以テ民法第百六十七條ニ依リ其消滅時效ノ期間ハ十年ナリ」トシテ居ルガ、是ハ誤ッテ居ルト思フ、民一六九ニハ決シテ「年又ハ之ヨリ短キ時期ニ支拂ハルヘキ債權」トハナイ、「年又ハ之ヨリ短キ時期ヲ以テ定メタル……給付ヲ目的トスル債權」トアル、然ルニ遲延利息モ年五分又ハ六分(民四〇四、四一九一項、商二七六)デアルノガ本則デアル、即チ「年ヲ以テ定メタル給付ヲ目的トスル債權」デアル、故ニ民一六九ニ依ッテ五年ノ時效ニ罹ルベキモノデアル、約定利息デモ年ヲ以テ定メテ置イテ、月割デ拂フベキコトモアリ、月ヲ以テ定メテ置イテ、元金ト共ニ纏メテ拂フベキコトモアル、而モ約定利息ハ此等ノ場合ニ於テモ五年ノ時效ニ罹ルベキモノデアルコトハ、東京控訴院ト雖モ之ヲ認ムルデアラウト思フ、然ラバ遲延利息モ亦五年ノ時效ニ罹ルベキコトハ疑ヲ容ルル餘地ガナイデハナイカ、舊民法證據編一五六、一項一號ニハ明カニ塡補又ハ遲延ノ利息トアッタケレドモ、第二項ニ汎ク「此他一般ニ一个年毎ニ又ハ更ニ短キ時期ヲ以テ定メタル金額云云」トアッテ、第一項ニ掲ゲタルモノハ皆例示ニ過ギナカッタカラ、新民法ニ於テハ例示ハ成ルベク之ヲ避クルノ方針ヲ執ッテ、單ニ「年又ハ之ヨリ短キ時期ヲ以テ定メタル……給付云云」ト改メタニ過ギナイノデ、マサカ遲延利息ヲ此中ニ包含セヌト云フ解釋ガアラウトハ立法者モ想像シナカッタノデアラウ、「ボワッソナード」氏ノ佛文草案ニモ同一ノ意味ヲ有スル文字ヲ用ヒテ居ルガ、併シ佛文ノ方ガ一層明瞭ナルヤウニ思フカラ玆ニ擧ゲヤウ(……dettes de sommes ou valeurs *payées par année*……: *Projet*, art. 1493, 2e alinéa)

七　辯護士ノ債權ノ消滅時效ニ就テ

案スルニ民法第百七十二條ハ辯護士公證人執達吏ノ職務ニ關スル債權ノ消滅時效ニ關スル規定ニシテ假令辯護士ノ債權タリト雖モ其職務ニ關スルモノニ非サレハ之ニ該法條ヲ適用スルヲ得サルナリ辯護士法第一條ニハ辯護士ハ當事者ノ委任ヲ受ケ又ハ裁判所ノ命令ニ從ヒ通常裁判所ニ於テ法律ニ定メタル職務ヲ行フモノトス但シ特別法ニ因リ特別裁判所ニ於テ其職務ヲ行フコトヲ妨ケスト規定セルカ故ニ辯護士ノ職務ハ裁判所ニ於テ之ヲ行フモノタルコト疑ヲ容ルルノ餘地ナシ而シテ本件ニ於テ上告人ノ主張スル債權ハ第一破產者池岡音次郎ニ對シテ上告人ノ債權屆出方第二梅田繁次郎債權屆出取消方第三浦江墓地競賣ニ付テノ全權第四該墓地ノ將來ニ關スル共有方法並ニ法律顧問ノ行爲ノ委任ニ關スルモノナレハ之ニ對シテ民法第百七十三條ヲ適用センニハ先ツ此等ノ行爲カ裁判所ニ於テ行ハルルモノナルコトヲ確定セサルヘカラサル筋合ナリ第一第二ノ行爲ハ破產事件ニ關連スルモノナレハ破產手續中ノ債權屆出及ヒ債權屆出ノ取消ヲ云フモノニシテ裁判所ニ於テ行フモノタルヤ自明ナリトスルモ第三第四ノ如キハ如何ナル行爲ヲ指示スルモノナルヤ甚タ明白ナラス寧ロ裁判所ニ於テ行フ行爲ニ非サルモノノ如シ然ルニ原判決カ其如何ナル行爲ナルカヲ確定セス卒然民法第百七十二條ヲ適用セルハ判決ニ理由ヲ具備セサルノ不法アルモノニシテ上告理由第二點第五點第六點ハ何レモ原判決カ民法第百七十二條ヲ適用セル點ニ關スル非難ナレハ結局理由アルニ歸着シ原判決ハ之ニ依テ破毀スヘキモノトス故ニ他ノ上告理由ニ關シテハ判斷ヲ爲サス(明治三十九年オ第二號同四十年五月十四日大審院第一民事部判決)

明治四十年五月十四日大審院判決トシテ法學志林(九卷八號八三頁)ニ掲グル所ニ據レハ「辯護士ノ職務ハ裁判所ニ於テ之ヲ行フモノタルコト疑ヲ容ルルノ餘地ナシ而シテ本件ニ於テ上告人ノ主張スル債權ハ第一破產者池岡音次郎ニ對スル被上告人ノ債權屆出方第二梅田繁次郎債權屆出取消方第三浦江墓地競賣ニ付テノ全權第四該墓地ノ將來ニ關スル共有方法並ニ法律顧問ノ行爲ノ委任ニ關スルモノナレハ之ニ對シテ民法第百七十二條ヲ適用センニハ先ツ此等ノ行爲カ裁判所ニ於テ行ハルルモノナルコトヲ確定セサルヘカラサル筋合ナリ」ト云ッテ居ルヤウデアルガ、是ハ必ズシモ誤ッテ居ルトハ曰ハヌ、併シ理由ニ不備ナル點ガアルヤウニ思ハレル、辯護士ノ職務ガ裁判所ニ於テ行フモノデアルコト、ハ如何ニモ辯護士法一ニ依ッテ明カデアルガ、右ノ債權中「第一破產者池岡音次郎ニ對スル被上告人ノ債權屆出方」及ビ「第二梅田繁次郎債權屆出取消方」ニ關スルモノハ明カニ裁判所ニ於ケル行爲ニ關スルモノデアラウ、何トナレバ債權ノ屆出ハ破產主任官ニナ

スベキモノデ、破産主任官ハ裁判所ヲ代表シテ居ル者デアル、而シテ其取消モ亦破産主任官又ハ裁判所ニ對シテナスベキモノデアルカラデアル(舊商九八〇、一項二號、九八三、一〇二三、一項、一〇二七……判決中ニ言ヘル「債權屆出取消方」トハ梅田繁次郎ノ債權屆出ヲ本人ニ代ッテ取消スコトト解シテ本文ノ如ク論ジタノデアルケレドモ、或ハ被上告人ニ代ッテ梅田ノ債權屆出ヲ不當トシテ無效ニ歸セシムルコトヲ言フノカモ知レヌガ、其レデモ矢張裁判上ノ行爲デアル、何トナレバ之ヲ不當トスルニハ先ヅ調査會ニ於テ異議ヲ述ベネバナラヌ、然ルニ調査會ハ破産主任官ガ開クモノデアル(舊商一〇二五、一項、一〇三六)又異議ノ結果債權者ガ其債權屆出ヲ取消サヌナラバ破産裁判所ニ於テ判決ヲナスベキモノデアルカラデアル(舊商一〇二七)故ニ本文ノ結論ハ變ラヌノデアル)「第三浦江墓地競賣ニ付テノ全權」ニ關スルモノハ如何ナル性質ノモノカ不明ナレドモ、若シ競賣ガ私法上ノモノデアルナラバ、必ズ民事訴訟法又ハ競賣法ニ依ラネバナラヌ、然ルニ此等ノ法律ニ依レバ不動産ノ競賣ハ區裁判所ニ於テナスベキモノデアルカラ(民訴六四一、競賣法二二)、是レ亦裁判上ノ行爲デアル、唯「第四該墓地ノ將來ニ關スル共有方法並ニ法律顧問ノ行爲ノ委任ニ關スルモノ」ニ至ッテハ固ヨリ辯護士ノ法律上ノ職務以外ノ債權デアルカラ、民一七二ノ適用範圍ニ屬セザルモノデアル、是ニ由ッテ之ヲ觀レバ本件ノ債權中ニハ民一七二ノ適用範圍ニ屬スルモノト屬セザルモノトアル、若シ其金額ヲ區別スルコトガ出來ルナラバ、甲ハ民一七二ノ消滅時效ニ罹リ、乙ハ之ニ罹ラヌノデアル、若シ又其金額ヲ區別スルコトガ出來ヌナラバ、其債權ノ中裁判上ノ行爲ニ因ルモノト然ラザルモノト孰レガ主デアルカヲ視ナケレバナラヌ、若シ甲ガ主デアルナラバ民一七二ヲ適用シ、乙ガ主デアルナラバ、之ヲ適用スルコトガ出來ヌノデアル、我我ハ簡短ナル判決文ノ摘要ノ外ヲ知ラヌカラ、此等ノ問題ヲ判斷スルコトガ出來ヌケレドモ、判事ハ一切ノ書類ヲ覽ルコトガ出來ルカラ、多分之ヲ判斷スルコトガ出來タデアラウト思フ、若シ書類ニ由ッテ之ヲ知ルコトガ出來ヌナラバ、控訴院ニ於ケル事實ノ調査ガ不十分デアルカラ、事件ヲ差戻シ又ハ移送スルノ外ナイノデアルガ、其差戻又ハ移送ヲナスニハ右ノ諸點ヲ明カニシナケレバ破毀ノ理由ガ不備デアル、今法學志林ニ掲ゲタル判決文ノ摘要ニ據レバ、唯漫然ト「民法第百七十二條ヲ適用センニハ先ヅ此等ノ行爲カ裁判所ニ於テ行ハルルモ

ノナルコトヲ確定セサルヘカラサル筋合ナリ」ト曰フニ止マリ、初ノ二項ガ明カニ裁判上ノ行爲デアルコトサヘモ知ラヌ顏ナルハ予ガ了解ニ苦シム所デアル

八　受任者ノ名ヲ以テ取得シタル權利ハ更ニ之ヲ委任者ニ移轉スルコトヲ要ス

依テ案スルニ原判文ヲ見ルニ「原院ハ被告甕太郎カ若松藤吉ヨリ買戻條件付ニテ納谷留藏ヘ賣渡シタル本件ノ地所ヲ買受クルコトトシ若干ノ金額ヲ拂ヒテ買戻證書ヲ取戻シタルモ殘金ノ支拂ニ窮シタルヨリ巖吉ノ周旋ヲ以テ白濱ハツニ該地所買取方ヲ申込ミタルコトヲ叙シタル後ハツハ云々總代價二千五百圓ヲ以テ該地所完全ノ所有權ヲ買受クルコトヲ承諾シ數次ニ其代金悉皆ヲ巖吉ニ交付シ買受ニ關スル一切ノ事項ヲ委任シタルヨリ巖吉ハ其委任ニ依リ右賣買ヲ了シ登記ヲ爲スニ當リ後日融通ニ供スル便宜ノ爲メ自己ヲ買主名義ト爲シ之カ登記ヲ受ケ置キタルヲ奇貨トシ茲ニ兩名ハ該地所ハ幾太郎ノモノナルカ如ク冒認シ以テ他ヘ差入レンコトヲ共謀シ」云々ト判示シタリ右原院ノ認メタル事實ニ從ヒ上告論旨ノ適否ヲ案スルニ第一、白濱ハツハ本件ノ地所ヲ受クルコトヲ承諾シ買受ニ關スル一切ノ事項ヲ被告巖吉ニ委任シ巖吉ハ委任ノ本旨ニ從ヒ賣買ヲ完了シタルコトハ原院カ事實トシテ認ムル所ナレハ若松藤吉ヨリ納谷留藏ヘ賣渡シタル本件ノ地所ハ白濱ハツニ於テ之ヲ買受ケ其所有權ヲ取得シタルモノナルコトヲ知ルニ足ル尤モ白濱ハツノ代理人タル被告巖吉ハ登記ヲ爲スニ當リ自己ヲ買主名義トナシテ其登記ヲ受ケタルモノニシテ直接ニハツノ名義ヲ以テ之ヲ買受ケタルモノニアラサルコトハ原判決ノ記載ニ依リ之ヲ推知スルコトヲ得ヘシト雖モ之カ爲メ本件地所ノ所有權名義人タル巖吉ノ所有ニ白濱ハツハ單ニ其所有權ヲ移轉セシムヘキ債權ヲ有スルニ止マリ直接ニ其所有權ヲ有スルモノニアラスト主張スルコトヲ得ス何トナレハ被告巖吉ハ初ヨリ白濱ハツニ代リ同人ノ爲ニ本件ノ地所ヲ買取リタルモノニシテ一旦巖吉ニ於テ其所有權ヲ取得シ更ニ之ヲ本人タル白濱ハツニ移轉スルノ約ナルコトハ原院ノ認メサル事實ナルノミナラス其地所ヲ被告巖吉ノ名義トナシタルハ被告巖吉トハツトノ間ノ協議ヲ以テ便宜上之ヲ假裝シタルモノニ過キサルコトハ原判文上明白ナルヲ以テ該地所ハ受任者タル被告巖吉ニ於テ自己ノ名義ヲ以テ之ヲ買取ルト同時ニ當然ハツノ所有ニ歸シタルモノト謂ハサルヘカラサルヲ以テナリ但シ民法第六百四十六條ニハ「受任者ハ委任者ノ爲メニ自己ノ名ヲ以テ取得シタル權利ハ之ヲ委任者ニ移轉スルコトヲ要ス」トアリ此規定ニ依ルトキハ受任者ハ委任者ノ爲メニ自己ノ名ヲ以テ權利ヲ取得シタルトキハ其權利ハ別段ノ意思表示アルマテハ委任者ニ移轉セサルカ如シト雖モ委任者ト受任者トノ間ニ於テ初メヨリ委任者ノ爲メニ權利ヲ取得スルノ約ナルトキハ受任者カ自己ノ名ヲ以テ權利ヲ取得シタル場合ト雖モ受任者ニ於テ其權利ヲ取得スルト同時ニ其權利ハ當然委任者ノ所有ニ歸シ之レカ爲メ特別ノ意思表示ヲ爲スノ必要ナシ何トナレハ我民法ニ依ルトキハ物權ヲ設定移轉スルノ義務ハ成立ト同時ニ當然其設定移轉ノ效果ヲ發生スルモノニシテ之ヲ發生

セシムルカ爲メニ特別ノ意思表示ヲ爲スノ必要ナキヲ以テ受任者カ委任者ノ爲メニ權利ヲ取得シ委任者ニ對シテ之ヲ移轉スルノ義務カ完成スルト同時ニ當事者間ニ於テ當然其權利ヲ移轉スルノ效果ヲ生スヘキハ事理ノ當然ナルヲ以テナリ故ニ本件ノ地所ハ受任者タル嚴吉ノ名ヲ以テ買受ケタルニ拘ラス白濱ハツニ於テ之レカ所有權ヲ取得シタルコトハ爭フヘカラサルノ事實ニシテ唯被告嚴吉ハ眞正ノ所有者タル白濱ハツノ請求ニ應シ登記名義ノ書替ヲ爲スノ義務ヲ負フニ過キサルモノトス故ニ本件白濱ハツニ所有權ナシトスル上告論旨ハ其當ヲ失スルモノト謂ハサルヘカラス第二、原院ノ認メタル事實ニ依レハ被告嚴吉ハ白濱ハツヨリ本件地所ノ賣買ニ關スル一切ノ事項ヲ委任セラレテ之ヲ完了シ自己ヲ買主名義トナシ之レカ登記ヲ受ケタルモノナレハ本件ノ地所ハ被告嚴吉カ白濱ハツヨリ委託ヲ受ケテ保管スルモノニシテ刑法第三百九十五條前段ニ所謂委託ヲ受ケタル物件ニ該當スルヲ以テ被告嚴吉カ被告幾太郎ト共謀シ更ニ之ヲ幾太郎ノ名義トナシタル上拓殖銀行ニ對スル債務ノ擔保トシテ其上ニ抵當權ヲ設定シ以テ該地所ニ付キ處分行爲ヲ爲シタル所爲ハ受寄物費消罪ト云ヒ冒認販賣罪ト云ヒ何レモ他人ノ所有物ヲ不正ニ處分スルニ因リテ成立スル犯罪ナルモ委託關係ニ基キテ保管スル所ノ物ヲ不正ニ處分スルノ行爲ハ常ニ受寄物費消罪ヲ構成シ冒認罪ハ目的物ニ付キ委託保管ノ關係ナキ場合ニアラサレハ決シテ成立スルコトナケレハナリ故ニ原院カ被告嚴吉カ委託ニ付キ本件ノ地所ヲ保管スルノ事實ヲ度外ニ措キ嚴吉及ヒ其共犯人タル被告幾太郎ニ擬スルニ刑法第三百九十三條ヲ以テシタルハ失當ニシテ此點ニ關スル上告論旨ハ理由アリ(明治三十八年れ第五三〇號同年五月十六日大審院第二刑事部判決)

明治三十八年五月十六日大審院判決(法學志林七卷七號五九頁)ハ「委任者ト受任者トノ間ニ於テ初メヨリ委任者ノ爲メニ權利ヲ取得スルノ約ナルトキハ受任者カ自己ノ名ヲ以テ權利ヲ取得シタル場合ト雖モ受任者ニ於テ其權利ヲ取得スルト同時ニ其權利ハ當然委任者ノ所有ニ歸シ之レカ爲メ特別ノ意思表示ヲ爲スノ必要ナシ何トナレハ我民法ニ依ルトキハ物權ヲ設定移轉スルノ義務ハ成立ト同時ニ當然其設定移轉ノ效果ヲ發生スルモノ」デアルカラト曰ッテ居ルガ、是ハ思フニ民一七六ヲ誤解シタモノデアラウ、民一七六ニハ決シテ大審院ノ言フガ如ク「物權ヲ設定移轉スルノ義務ハ成立ト同時ニ當然其設定移轉ノ效果ヲ發生スル」トハ曰ハヌ、唯「物權ノ設定及ヒ移轉ハ當事者ノ意思表示ノミニ因リテ其效力ヲ生ス」ト曰ッテ居ル、故ニ必ズ「當事者ノ意思表示」ガナケレバナラヌ、但其意思表示ハ固ヨリ明示デナクテモヨイノデアルカラ、例ヘバ普通ノ慣習ニ於テ賣買契約ニ由ッテ或權利ヲ賣リ、之ヲ買フト曰フトキハ當事者ノ意思ニ於テ暗ニ之ニ由ッテ權利ヲ移轉スル雙方ノ意思ヲ表示セント欲シタモノデアルト認ムベキガ故ニ、賣買ノ意思表

示ノ外特別ニ權利移轉ノ意思ヲ表示スル必要ハナイケレドモ、本件ノ場合ノ如ク唯「委任者ト受任者トノ間ニ於テ初メヨリ委任者ノ爲メニ權利ヲ取得スルノ約ガアッタカラト云ッテ、假令暗默ニモセヨ、權利移轉ノ意思表示ガアッタモノト視ルコトヲ得ナイノミナラズ、其理由トシテ單ニ權利移轉ノ義務ガ成立スレバ當然其移轉ガ行ハルルモノデアルト曰フニ至ッテハ、斷ジテ首肯スルコトガ出來ヌノデアル

乙 物權

一 相續ニ因ル物權移轉モ之ヲ登記スルニ非サレハ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

依テ審案スルニ登記ヲ爲スニ非サレハ不動產ニ關スル物權ノ取得ヲ第三者ニ對抗スルコトヲ得サル民法第百七十七條ノ規定ハ其移轉カ當事者ノ意思表示ニ依ル場合ノ如ク之ヲ取得シタルモノカ之ヲ了知セル時ニ適用スヘキモノニシテ相續ニ因リテ相續人カ不動產ヲ取得スル場合ノ如キハ相續人カ所有權移轉ノ原因タル相續ノ開始ヲ知ラサルコトアルニ拘ラス其所有權ハ當然相續人ニ移轉スルモノナレハ此ノ如キ場合ハ法律上除外セラルルモノトスルコトハ當院ノ判例トセル所(明治三十八年第二百三號同年十二月十一日言渡)ナレハ本件ニ於テ被上告人カ相續ニ因リテ取得シタル係爭家屋ノ登記ヲ爲ササル場合ニ於テモ其權利ヲ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルモノトス依テ本論旨ハ上告ノ理由ト爲スヲ得ス(明治三十八年ナ第四百一號同三十九年一月三十一日大審院第二民事部判決)

大審院ノ判例ニ據レバ相續ニ因ッテ不動產上ノ物權ノ移轉ガアッタ場合ニハ之ヲ登記セズトモ以テ第三者ニ對抗スルコトガ出來ルトシテ居ルノデアルガ(三十

八年十二月十一日判決(法政大學講義錄三十九年度一三號雜錄三一〇三十九年一月三十一日判決(法學志林八卷四號九九頁等)、今其理由ヲ聞クノニ、權利ノ移轉ガ當事者ノ意思ニ因ル場合ニ於テハ民一七七ヲ適用スベキデアルケレドモ、相續ノ場合ニ於テハ相續人ガ相續ノ開始ヲ知ラナイコトガアルカラ、之ヲ適用スベキモノデナイト云フニ過ギヌヤウデアルガ、(第一)法文中ノ如何ナル字句カラ權利ノ移轉ガ當事者ノ意思ニ因ル場合ニ限ッテ登記ガナケレバ第三者ニ對抗ガ出來ヌト云フ意味ガ出ルダラウカ、民一七七ニハ汎ク「不動產ニ關スル物權ノ得喪及ヒ變更」トアッテ決シテ「當事者ノ意思ニ因ル得喪、變更」トハ書イテナイ、而シテ他ニ此ノ如キ規定ノアルコトハ予ハ知ラヌノデアル、否不動產登記法ニ於テハ相續モ他ノ權利得喪原因ト同ジク之ヲ登記スベキモノデアルト云フコトヲ前提トシテ規定ヲ設ケテ居ルノデアル(不動產登記法二七、四一、四二等)、成程登記ノ效力ハ不動產登記法ニハ定メテ居ラヌケレドモ、同ジク不動產上ノ物權ノ得喪ニ關シテ登記ヲナスベキデアッテ、若シ其間ニ效力ノ差異ガアルナラバ其規定ガ何處カニナケレバナラヌ、然ルニ民法ハ唯不動產上ノ物權ノ得喪ハ之ヲ登記シナケレバ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ナイト規定スルノミデアル、然ラバ文理解釋ニ於テ是ハ相續ノ場合ニモ適用スベキ規定デアルト謂ハヌバナラヌ、(第二)大審院ハ權利ノ移轉ガ當事者ノ意思ニ因ル場合デナケレバ、當事者ガ登記原因ノ發生ヲ知ラナイコトガアッテ、之ニ登記義務ヲ負擔セシメ、其制裁トシテ權利ヲ對抗スルコトヲ得セシメナイト云フノハ不條理デアルト曰フヤウデアルガ、先ヅ大審院ハ登記制ノ第三者保護ノタメニ設ケラレタルモノデアルト云フコトヲ忘レテ居ルヤウニ見ユル、大審院ハ頻ニ相續人ニ對シテ同情ヲ寄セルケレドモ、其デハ登記ニ由ッテ保護セントト欲シタル第三者ガ意外ノ損失ヲ蒙ムル恐ノアルコトヲ考ヘナケレバナラヌ、大審院ハ「相續カ隱居若クハ入夫婚姻ニ因リテ開始シタル場合ニ於テ第三者カ隱居者又ハ女戸主タリシ者ト不動產上ノ物權ヲ取得セントスルトキハ戸籍簿ニ因リ身分上ノ變更ヲ知ルコトヲ得可ク又不動產ニ付テハ登記簿ニ因ルコトナク如上ノ本人ニ就キ確定日附アル證書ヲ以テ之ヲ留保シタルヤ否ヤヲ調査スルコトヲ得ルカ故ニ此場合ニ於テハ相續人カ相續ニ依ル移轉登記ヲ爲サザルトモ第三者ノ利益ヲ保護スル爲メ不都合ナルコトナシ」ト斷言シテ居ルケレドモ、是ハ亦迂濶ナ話デアル、隱居

ヤ入夫婚姻ガ官報ヤ新聞ニ公告スベキ事項デハナシ、世人ガ一般ニドウシテ之ヲ知ルコトガ出來ヤウカ(殊ニ入夫婚姻ノ場合ニハ相續ノ開始セザルコトモアル、民七三六)、又之ヲ知ラヌ者ガ物權ヲ取得セントスルニ方ッテドウシテ通常緣モユカリモナキ戸籍簿ヲ覽ニ行クデアラウカ、又相手方ガ隱居者、入夫婚姻ヲナシタル女戸主デアルト云フコトヲ知ラヌ者ガドウシテ確定日附アル留保證書ノ有無ヲ調査スルデアラウカ、我立法者ハ斯程マデ迂濶デハナカッタラウト思フ、蓋シ第三者ハ概シテ隱居、入夫婚姻ノ事實ヲ知ラヌ者ト思ハネバナラヌ(隱居者、入夫婚姻者ガ第三者ニ不動產上ノ權利ヲ不當ニ讓渡サントスル場合ニハ隱居、入夫婚姻ノ事實ヲ隱ス分デモ、態態之ヲ其第三者ニ告知スル氣遣ハナイト思ハネバナラヌ、何トナレバ其者ガ事實ヲ知レバ大審院ノ言フガ如ク留保證書ノ有無ヲ調ベ、之ナケレバ取引ヲセヌコトニナルカラデアル)、左スレバ不動產上ノ權利ノ唯一ノ公示方法タル登記ヲ覽テ、現ニ隱居者、入夫婚姻ノ名義ヲ以テ登記シテアレバ、之ヲ眞實トシテ取引ヲナスノ外ナイノデアル、然ルニ其登記ガ事實ニ反シテ居ッタタメ其者ガ損失ヲ蒙ラナケレバナラヌヤウデハ、登記ハ第三者ヲ保護スル制度デナクテ、却テ之ヲ欺クノ具トナルト謂ハネバナラヌ、之ニ反シテ隱居、入夫婚姻ノ場合ニ於テハ決シテ相續人ガ之ヲ知ラナイコトハアリ得ナイ、何トナレバ「隱居ハ隱居者及ヒ其家督相續人ヨリ之ヲ戸籍吏ニ屆出ツルニ因リテ其效力ヲ生ジ(七五七)、婚姻ハ當事者雙方即チ女戸主ト入夫(即チ家督相續人)トヨリ「戸籍吏ニ屆出ツルニ因リテ其效力ヲ生ス」ベキモノデアルカラデアル、而シテ相續開始ノ普通ノ原因タル被相續人ノ死亡(遺產相續ニ在ッテハ是ノミガ相續開始ノ原因デアル、民九九二)ハ相續人ガ之ヲ知ラナイコトハ稀デハナイガ、是ハ理論上矢張登記ガナケレバ權利ノ移轉ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ナイケレドモ、實際登記ガナクテモ損失ヲ蒙ムル者ハナイ、何トナレバ登記上被相續人ガ權利者トナッテ居ルニハ相違ナイケレドモ、本人ハ既ニ死亡シテ世ニ存在セザル者デアッテ、其權利ハ當然相續人ニ移轉スベキモノデアルカラ(民九八六、一〇〇一)、自然ニ相續人ヲ以テ權利者トスルノ外ナイカラデアル、唯受遺者ハ速ニ登記ヲナサザレバ、相續人ト取引ヲナシタル第三者ハ受遺者ノ權利ヲ認メヌコトガアルデアラウ、右樣ノ次第デアッテ相續ノ場合ニモ登記ナケレバ權利ノ移轉ヲ第三者ニ對抗スルコトヲ得ナイトシテモ決シテ相續人ニ

氣ノ毒ナ事ハナイト謂ッテ宜シイノデアル、若シ夫レ稀ナル國籍喪失ナドノ場合ニ(民九六四、一號)相續人ガ之ヲ知ラヌタメ損失ヲ蒙ムルコトハアリ得ルケレドモ(但此場合ニ相續人ガ不動産權ヲ取得スルコトハ稀デアル、民九九〇)、其ヲ言ヘバ法律行爲ニ因ッテ權利ノ移轉スル場合デモ權利取得者ガ之ヲ知ラヌタメ損失ヲ蒙ムルコトハ却テ其ヨリモ多イノデアル、例ヘバ受遺者ハ遺言者死亡ノ當時遺贈ノアルコトヲ知ラヌコトガ多イノデアル(ヨモヤ大審院ハ遺贈ニ付テモ登記ナクシテ之ヲ第三者ニ對抗スルコトガ出來ルトハ曰フマイ)、又權利喪失ノ場合ニハ所有權ヲ除クノ外物權ノ拋棄ハ權利者ノ單獨行爲ヲ以テ之ヲナスコトヲ得ルガ故ニ、其受益者ガ知ラヌ間ニ拋棄ノ行ハルルコトハ稀デハナイノデアルガ、此等ノ場合ニ皆登記ガナケレバ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ナイノデアル、西洋ニ於テハ今日相續ノ開始原因ハ死亡ニ限ッテ居ルカラ(失踪ヲ以テ死亡ニ準ズルノ例ハアレドモ是ハ失踪者ヲ死亡者ト視ルノデアルカラ、別ノ原因ト視ルコトハ出來ヌ)、前ニ述ベタル理由ニ因ッテ登記ナクシテ之ヲ第三者ニ對抗スルコトヲ得セシメテモ差支ナイカラ、通常登記ヲ要セヌモノトシテ居ルノデアルガ、大審院ハ或ハ之ニ誤ラレタモノデハナイカ、尙ホ外國ノ登記法ニハ我登記法ヨリ不完全ナルモノガ多イカラ、濫ニ外國ノ例ニ拘泥シテ比較的完全ナル我登記法ヲ不完全ニ解釋シテハ困ルノデアル(本號法典質疑錄ノ欄及ビ法學志林五〇號一二頁、六四號一頁ヲ參觀セヨ)

因ニ云フ、隱居及ビ入夫婚姻ノ場合ニ登記ヲ要スルコトハ民法ノ初稿ニハ明カニ之ヲ規定シタノデアルガ、一方ニ於テハ民一七七ノ規定ガ餘ニ明カデアルカラ重複ノ嫌ガアルノト、他ノ一方ニ於テハ他ノ原因ニ因ッテ相續ガ開始スル場合ニ於テモ之ヲ登記スベキモノトシテ差支ナキコト本文ニ言フガ如クデアルカラ、是ハ總テ民一七七ニ依ルベキモノトシテ別段ノ明文ヲ置カヌ方ガヨイト云フノデ削ルコトニナッタノデアル

二　共有ノ性質ヲ有スル入會權トハ地盤カ共有ニ屬スルモノヲ謂フ

審案スルニ民法實施前ニ在リテハ多數ノ者カ共同シテ林野ニ於テ收益ヲ爲ストキハ其地盤

及ビ毛上トモニ共同收益者ノ共有ニ屬スル場合ト地盤ハ第三者若クハ共同收益者中ノ一二ノ者ノ所有ニ屬スル場合トヲ問ハス齊シク其收益者ヲ入會權利者ト云ヒ其權利ヲ區別ナク入會權ト稱セシコトハ當院ノ判例ニ於テモ屢々散見スル所ナリト雖モ民法第二百六十條ニ所謂共有ノ性質ヲ有スル入會權トハ地盤毛上トモニ入會權利者ニ屬スル場合ヲ指シタルモノニアラスシテ地盤ハ第三者若クハ入會權利者中一二ノ者ニ屬シ其毛上ノミ入會權利者カ共有シテ共同收益スル場合ヲ指シタルモノト解釋セラルヘキニ付キ民法實施後ハ此法意ニ從ヒ之ヲ適用セサルヘカラス若シ之ニ反シテ被上告人答辯ノ如ク地盤毛上トモニ共同收益者ノ共有ニ屬スルモノナランニハ是レ全ク純然タル共有ニ外ナラサルヲ以テ直接ニ共有ニ關スル規定ノ適用ヲ受クルモノニシテ右第二百六十三條ニ依ルヘキモノニ非ス左スレハ共有ノ性質ヲ有スル入會權ヲ有スル場合ハ地盤ノ所有權ハ第三者若クハ入會權利者中ノ一二ノ者ニ屬シ毛上ノミ共同收益者ニ於テ共有スル場合ニ限ルカ故ニ本件ノ如ク入會權ノ目的物タル栗樹ノ存在スル山林即チ係爭山地ノ地盤カ入會當事者一方ニ屬スル場合ヲ以テ共有ノ性質ヲ有セサル入會權ト云フヲ得ス此ノ種ノ入會權中ニハ地役權ノ性質ヲ有スルモノモアルヘクシテ原判決ノ如ク當然地役權ノ性質ヲ有スルモノト云フコトヲ得ス依テ原判決カ本件係爭山林ノ地盤カ被上告蘆ノ牧區ニ屬スルノ故ヲ以テ本件ノ入會權ヲ直チニ地役權ノ性質ヲ有スルモノト斷定シタルハ民法第二百六十三條ヲ誤解シ入會權ニ關スル法則ノ適用ヲ誤リタル瑕疵アルモノニシテ原判決ハ上告論旨ノ如ク此點ニ於テ破毀スヘキモノトス(明治三十七年オ第三百九十四號同年十二月二十六日大審院第二民事部判決理由)

明治三十七年十二月二十六日大審院判決ハ予ヲシテ一驚ヲ吃セシメタノデアル、其判決ニ據レバ「民法實施前ニ在リテハ多數ノ者ガ共同シテ林野ニ於テ收益ヲ爲ストキハ其地盤及ビ毛上トモニ共同收益者ノ共有ニ屬スル場合ト地盤ハ第三者若クハ共同收益者中ノ一二ノ者ノ所有ニ屬スル場合トヲ問ハズ齊シク其收益者ヲ入會權利者ト云ヒ其權利ヲ區別ナク入會權ト稱セシト雖モ民法第二百六十三條ニ所謂共有ノ性質ヲ有スル入會權トハ地盤毛上トモニ入會權利者ニ屬スル場合ヲ指シタルモノニアラズシテ地盤ハ第三者若クハ入會權利者中一二ノ者ニ屬シ其毛上ノミ入會權利者ガ共有シテ共同收益スル場合ヲ指シタルモノト解釋セラルベキニ付キ民法實施後ハ此法意ニ從ヒ之ヲ適用セザルベカラズ若シ之ニ反シテ地盤毛上トモニ共同收益者ノ共有ニ屬スルモノナランニハ是レ全ク純然タル共有ニ外ナラザルヲ以テ直接ニ共有ニ關スル規定ノ適用ヲ受クベキモノニシテ右第二百六十三條ニ依ルベキモノニ非ズ」トシテ居ルノデアルガ(法律新聞第二五八號一一頁、法政大學講義錄三十八年度二二號雜錄四三頁)是ハ謬ッテ居ルト思フ、勿論地盤ガ共有ニ屬シテ居ル場合ニハ純然タル共有デアッテ、若シ民二六三ノ

規定ガナカッタナラバ全然民法ノ規定ガ缺マルノデアル、民二六三ハ恰モ其ヲ避ケヤウトシテ設ケタ箇條デアル、即チ地方ノ慣習ガアレバ成ルベク之ニ依ラシメ、其慣習ナキトキニノミ民法ノ規定ヲ適用スベキモノトシタノデアル、サレバコソ「本節ノ規定ヲ準用ス」ト曰ハズシテ「……適用ス」ト曰ッタノデアレ、蓋シ是ハ純然タル共有デアルカラ、共有ノ規定ハ當然缺マルベキデアルガ地方ノ慣習ナキトキニノミ之ヲ適用スルノデアルゾト定メタノデアル、若シ夫レ地盤ガ共有デナイ場合ニハ毛上ノミガ共有(copriété Miteigenthum)デアルト謂ヘルカドウカハ疑問デアル、寧ロ毛上ヲ採取スル權利ガ共有ニ屬シテ居ルト曰フノガ正シイデアラウト思フ(民二六四)然ルニ此意味ニ於テハ入會權ハ皆共有デアルト謂ッテ宜シイカラ、終ニ「共有ノ性質ヲ有セサル入會權」(民二九四)ト云フモノハナクナッテ仕舞フ譯デアル、故ニ所謂毛上ノミガ共有ニ屬スル場合ハ民二九四ヲ適用スベキ場合デアッテ民二六三ヲ適用スベキ場合デハナイノデアル

三　再ヒ共有ノ性質ヲ有スル入會權ヲ論ス

因テ按スルニ林野ノ地盤カ數人ノ共有ニ屬スル場合ニ於テ各共有者カ其毛上ニ付キ共同收益ヲ爲スハ純然タル共有權ノ效力ニシテ入會權ヲ有スルモノニアラス地盤ニ付キ共有權ヲ有セサル第三者カ之ニ加ハリテ共有者ト共ニ毛上ニ付キ收益ヲ爲ストキハ其第三者ノミ入會者ニシテ共有權ハ之カ爲ニ入會權ニ變スヘキモノニアラス本件ニ於テ原判決ノ認ムル所ニ依レハ係爭秣場ノ地盤ハ當事者双方ノ共有ニ屬シ而シテ文化六年以來當事者ノ外地盤ニ付キ共有權ナキ龜田外數字カ之ニ入會シ其毛上ニ付キ共同收益ヲ爲シ來リタルモノノ如シ然レハ本訴ノ當事者ニ於テ係爭秣場ノ收益ヲ爲スハ共有權ノ效力ニ外ナラスシテ入會權ヲ有スルモノニ非サルヤ明ナリ然ルニ原判決カ上告人等ニ於テ今尚ホ依然トシテ入會權ヲ有スルモノト判示シタルハ原野ノ共有權ニ關スル法則ヲ誤解シタル不法アルモノニシテ原判決ハ破毀ヲ免カレサルモノトス(明治四十年オ第三三二號同年十二月二十日大審院第二民事部判決)

此問題ニ關スル從來ノ判例ハ確ニ誤ッテ居ルト思フニ因ッテ、既ニ法學志林第八卷第三號(五七頁)ニ之ヲ論ジタノデアルガ爾來大審院ハ未ダ其判例ヲ悛メズ、近ク明治四十年十二月二十日ノ判決トシテ法學志林(一〇卷三號八四頁)ニ掲グル所ニ據レバ「林野ノ地盤カ數人ノ共有ニ屬スル場合ニ於テ各共有者カ其毛上ニ付共同收益ヲ爲スハ純然タル共有權ノ效力ニシテ入會權ヲ有スルモノニアラス地盤ニ

付共有權ヲ有セサル第三者カ之ニ加ハリテ共有者ト共ニ毛上ニ付收益ヲ爲ストキハ其第三者ノミ入會權者ニシテ共有者ノ共有權ハ之カ爲メニ入會權ニ變スヘキモノニアラス云云」ト云ッテ居ルヤウデアルガ、本件ノ場合ニ於テハ地盤ノ共有者ガ共同收益ヲナスハ共有ノ性質ヲ有スル入會權デアッテ、其共同收益ニ加入セル第三者ノ權利ハ共有ノ性質ヲ有セザル入會權デアルコトハ一點ノ疑モナイ所デアルト思フ(民二六三、二九四)其理由ハ簡短ナガラ前論ニ悉シテ居ルト思ヒ、且大審院ハ何等ノ理由ヲモ附シテ居ラヌヤウデアルカラ、新ニ論駁スベキ材料モナイノデアルガ、唯前論ニ一言セシ事ヲ繰返シテ大審院ノ反省ヲ促スノ外ナイノデアル、右ノ判例ニ據レバ共有ノ性質ヲ有スル入會權ト共有ノ性質ヲ有セザル入會權トノ區別ヲ認メナイコトニナルノデアルガ、其デハ民二六三ト民二九四トノ適用ヲ如何ニスル積カ、予ハ民二六三ニ所謂「共有ノ性質ヲ有スル入會權」トハ如何ナルモノデ民二九四ニ所謂「共有ノ性質ヲ有セサル入會權」トハ如何ナルモノデアルカヲ、大審院ニ問ハント欲スルノデアル

四　民法第二百七十六條ニ依ル地上權、永小作權ノ消滅ハ土地所有者ノ意思表示ノミニ因ッテ行ハル

依テ地上權及ヒ永小作權ニ關スル民法ノ規定即チ其第二百六十六條及ヒ第二百七十四條乃至第二百七十六條ノ規定ヲ案スルニ同第二百七十四條第二百七十六條等ニ規定セル請求ナル用語ノ法意ハ單ニ一片ノ通知ヲ以テ足レリトスベキ旨趣ニアラスシテ求需ノ意ヲ包含スルモノ換言スレハ相手方ニ承認ヲ請ヒ若シ肯セサレハ請求スルノ趣旨ト解釋セサルヲ得ス然ルニ原判決ハ其理由中ニ「控訴人ニ對シ地上權消滅ノ通知ヲ爲シタル事實ハ甲第一號證ノ一、二及ヒ證人柴田勇次郎ノ證言ニ依リ之ヲ認メ得ヘキヲ以テ民法第二百六十六條第二百七十六條ノ規定ニ依リ被控訴人ノ地上權ハ消滅シタルモノト爲ササルヘカラス云々」ト判示シ本訴請求ハ總テ正當ナル旨ヲ以テ上告人ノ主張ヲ排斥シタルハ請求ト通知トヲ混同シテ法則ヲ不當ニ適用シタル不法ヲ免レス即チ上告其理由アリ(明治三十八年ガ第九十五號同年六月五日大審院第二民事部判決)

因テ案スルニ民法第二百六十六條第二百七十六條ニ規定セル土地所有者ノ權利ハ地上權ナル物權其ノモノヲ消滅セシムルモノニシテ土地所有者ト地上權者間ニ存スル契約關係ヲ解除スル結果地上權ノ消滅スルモノニアラサルヤ明ナリ加之同條ノ權利ハ地上權者カ引續キ

二年以上地代ノ支拂ヲ怠リタルトキニ於テ發生スルカ故ニ土地ノ所有者其事實アリトシテ地上權ヲ消滅セシムルニハ自己ノミノ意思表示ヲ以テ足レリトセス他ノ物權者タル地上權者ニ於テ之ニ對シテ異議ナク權利ノ行使ニ承服シテ始メテ地上權ハ消滅スヘク若シ夫レ地上權者カ土地所有者ノ要求ニ對シ異議ヲ挾マンカ土地所有者ハ訴求シテ裁判上之ヲ承認セシムルニ非レハ地上權ノ消滅シタルモノト爲ス能ハサルコトヲ知ルヘシ是レ即チ法文ニ「地上權ノ消滅ヲ請求スルコトヲ得」トアル所以ニシテ當院判例ノ採用セル解釋ナリトス乃チ原判決ヲ閲スルニ「此規定ニ依リ地主カ地上權ヲ消滅セシムルニハ單ニ地上權者ニ對スル通知ヲ爲スヲ以テ足リ敢テ地上權者ノ承諾又ハ之ニ代ハルヘキ裁判ヲ要スルモノニ非ス而シテ被控訴人カ云々地上權消滅ノ通知ヲ爲シ其通知カ云々控訴人方ニ到達シタルコトハ云々控訴人ノ地上權ハ之ニ因リテ消滅ニ歸シタルモノト判定スルヲ至當トス」トアリテ民法第二百六十六條第二百七十六條ニ依ル地上權ノ消滅ハ土地所有者カ其通知ヲ爲スヲ以テ足ルト爲シタルハ上告論旨ノ如ク法律ノ解釋ヲ誤リ法則ヲ不當ニ適用シタルモノニシテ破毀ヲ免レサルモノトス被上告人ハ上告人ニ對シ地上權消滅ノ意思表示ヲ爲シタルモ上告人カ之ヲ承諾セサルヨリ裁判上之ヲ承認セシメンカ爲メ本訴ニ及ヒタルモノナルヲ以テ原判決ハ結局正當ニ歸スル旨辯解スレトモ被上告人ノ意思表示カ上告人ノ承認ヲ乞フニ在ルコトハ原判決ノ認メサル所ナレハ此辯解ハ採用セス(明治三十九年オ第百十二號同年六月十三日大審院第二民事部判決)

大審院ノ判例ニ據レハ土地所有者ガ民法第二百七十六條ニ依リ地上權又ハ永小作權ノ消滅ヲ請求スル場合ニ於テハ其請求ノ意思表示ノミニテハ不足デアッテ必ス相手方ノ承認カ裁判所ノ判決ヲ要スルモノトシテ居ルガ(明治卅八年六月五日判決、同卅九年六月十三日判決、法學志林第七卷第八號六六頁、同第八卷第十號九八頁、法政大學講義錄三十九年度三四號雜錄四五頁)、是ハ謬ッテ居ルト思フ、苟モ民二七六ノ事實ガ生ジタナラバ土地所有者ハ地上權又ハ永小作權ノ消滅ヲ請求スル權利ヲ持ツノデアッテ、相手方ニシロ裁判所ニシロ、之ヲ止ムルコトハ出來ヌノデアル、然ルニ相手方ノ承認又ハ裁判所ノ判決ヲ待ツト曰フノハ實ニ謂レナキ事デアル、勿論相手方ガ民二七六ノ事實ヲ爭フ場合ニハ勢ヒ裁判所ヲ煩ハスニ至ルデアラウガ、是ハ總テ爭アル場合ニハ同樣デアッテ特ニ此場合ニ於テ之ヲ要スルノデハナイ、而モ判決ガ民二七六ノ事實アルコトヲ認ムルナラバ、判決ニ因ッテ地上權、永小作權ガ消滅スルノデハナクテ、土地所有者ノ權利消滅請求ノ意思表示ニ因ッテ消滅スルノデアル、而シテ當事者ノ一方ノ意思表示ニ因ッテ法律上ノ效果ノ生ズベキ場合ニ請求ノ文字ヲ用ヒタル例ハ實ニ枚擧ニ遑アラヌノデアル、例ヘバ契約ノ解除ハ當事者ノ一方ノ意思表示ニ因ッテ其效力ヲ生ズルモノトスルニ拘ハ

ラズ(民五四〇)「解除ノ請求」又ハ「解除ヲ請求スル」ナル語ヲ用ヒタル場合モアルノデアル(民四二〇、二項、五三五、三項)唯契約ノ解除ニ付テハ「契約ノ解除ヲ爲ス」又ハ「契約ヲ解除スル」ナル語ヲ用ヒタル例ガ多イノデアルケレドモ「地上權、永小作權ノ消滅ヲ爲ス」又ハ「地上權、永小作權ヲ消滅スル」デハ語ヲ成サヌカラ、已ムヲ得ズ「永小作權ノ消滅ヲ請求スル」ト書イタノデアル、成程大審院ノ言フガ如ク、消滅ノ請求ハ契約ノ解除デハナイト謂ッテモヨイケレドモ、實際解除ノ場合ガ多イノデアル、地上權、永小作權ノ設定ハ契約ヲ以テスルコトガ百ノ九十九ヨリモ多イノデアルケレドモ、極メテ稀ニハ單獨行爲ヲ以テスルコトモアリ得ルガ故ニ、民法ニ於テハ廣ク設定、消滅ト云フガ如キ詞ヲ用ヒタノデアル、然レドモ普通ノ場合即チ契約ヲ以テ之ヲ設定シタル場合ニ在ッテハ地上權、永小作權ノ消滅ハ獨立ニ行ハレテ、契約ノ效力ハ依然トシテ存シテ居ル譯ニハ往カヌノデアル、即チ契約モ解除セラルルノデアル、殊ニ民二七六ノ場合ハ賃貸借解除ノ場合ト類似ノ場合デアル、即チ賃貸借ハ若シ賃借人ガ一年デモ借賃ノ支拂ヲ怠ッタナラバ賃借人ハ之ヲ解除スルコトガ出來ルノヲ(民五四一)、地上權、永小作權ハ特ニ二年間地代又ハ小作料ノ支拂ヲ怠ッタ場合ニ於テソノミ之ヲ消滅セシムルコトガ出來ルトシ、又破産ノ場合ニ關シテモ賃貸借ノ解除ヲ許シテ居ルガ(民六二一)、地上權、永小作權ノ場合ト規定ガ少シ違フマデデアル、然ルニ賃貸借ノ方ハ一方ノ意思表示ノミニテ解除ガ出來ルノニ地上權、永小作權ノ消滅ニ付テハ必ズ相手方又ハ裁判所ノ同意ヲ要スルト云フハ果シテ何等ノ理由ガアルダラウカ、實ニ了解ニ苦シマザルヲ得ナラズ

五　民法第三百八十八條ハ強制的規定ニ非ス

民法第三百八十八條ノ規定ハ第一點ニ於テ既ニ説明シタルカ如ク公益上ノ理由ニ基キ法律ニテ地上權ノ設定ヲ強制スルモノナレハ抵當權設定ノ當事者間ニ於テ抵當地ニ付キ地上權ヲ設定セサル特約ヲ爲シタリトテ其特約ハ當事者ノ意思表示ニ因ル地上權ノ設定ヲ制限スルノ效アリトスルモ同條ノ適用ヲ妨クルモノニアラズ(明治四十一年オ第一二〇號同年五月十一日大審院第二民事部判決抄錄)

明治四十一年五月十一日大審院判決トシテ法律新聞(五〇一號一三頁)ニ掲ゲタルモノニ據レハ「民法第三百八十八條ノ規定ハ公益上ノ理由ニ基キ法律ニテ地上權ノ設定ヲ強制スルモノナレバ抵當權設定ノ當事者間ニ於テ抵當地ニ付キ地上權

ヲ設定セザル特約ヲ爲シタリトテ其特約ハ同條ノ適用ヲ妨グルモノニアラズ」トシテ居ルヤウデアルガ、是ハ誤ッテ居ルト思フ、同條ハ寧ロ當事者ノ意思ヲ推測シテ規定シタルモノデアル、蓋シ土地及ビ其上ニ存スル建物ノ所有者ガ土地又ハ建物ノミヲ抵當トナストキハ其普通ノ意思ハ抵當權實行ノ場合ニ建物ヲ取毀シ其建物トシテノ存在ヲ消滅セシムルニ在ラズシテ、仍ホ之ヲ存立セシメ抵當權設定者又就落人ヲシテ建物ノ所有者タルコトヲ得セシムルニ在ルモノト視ナケレバナラヌ、而シテ抵當權者ノ普通ノ意思モ亦同ジキコトハ言フヲ待タヌデアラウ然ルニ建物ヲ建物トシテ存立セシムルニハ通常地上權ガナケレバナラヌカラ、立法者ハ之ニ付キ當事者ガ何等ノ意思ヲ表示セザルニ拘ハラズ、「競賣ノ場合ニ付キ地上權ヲ設定シタルモノト看做ス」ノデアル、然レドモ若シ當事者ガ此結果ヲ希望セズシテ、却テ地上權ノ設定ヲ否認スル特約ヲナストキハ、法律ハ何ニ據ッテ其特約ヲ無效トスベキカ、建物ノ所有者ハ自由ニ其建物ヲ取毀スコトヲ得ルデハナイカ、抵當權者ハ自由ニ其抵當權ヲ拋棄スルコトサヘ出來ルデハナイカ、然ルニ民三八八ノ適用ヲ避クル契約ヲナストキハ、後日建物ヲ取毀サヌバナラヌコトトナルカモ知レヌカラト曰ッテ、其契約ヲ無效トスルトハ實ニ謂レナキ所デアル、然ラバ反對論者ハ何故ニ法文ニ「推定ス」ト云ハズシテ、「看做ス」ト云フカト問フカモ知レヌガ、蓋シ立法者ハ此ノ如キ特約ハ滅多ニナカラウト思ウタカラデアラウ、通常法文ニ「推定ス」ト云ヘル場合ハ事實ノ不明ナルトキ、反對ノ證據ナキ限ハ斯樣ニ視ルト云フ場合デアルガ、本條ノ場合ノ如キハ當事者ノ意思ハ通常最モ明メナルモノト視テ「看做ス」ト云ヒタルニ過ギナイノデ、反對ノ特約マデヲモ禁ズル法意ニ出デタルモノト解スルコトハ出來ヌノデアル

六　民法第三百九十二條第二項ノ場合ニ於テ抵當權者カ一部ノ辨濟ヲ受ケタルトキト雖モ次順位ノ抵當權者ハ代位ヲ爲スコトヲ得

代位權發生ノ時期及ヒ其附記登記ヲ爲ス時期ニ付キ之ヲ審案スルニ民法第三百九十二條ハ

抵當不動産ノ代價ヲ以テ先順位ノ債權ヲ辨濟スルニ足ル場合ニ於テ其競賣代金ノ配當方法ヲ定メタルモノナレハ同條第二項ニ債權ノ全部ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得此場合ニ於テハ云云トアルハ數個ノ抵當不動産中或不動産ヲ競賣ニ附シ其代價ヲ以テ先順位ノ債權者カ債權ノ全部ノ辨濟ヲ受ケタル場合ニ於テ後順位ノ債權者ヲ保護スル爲メニ設ケタル法條ナリト解スルヲ相當トス故ニ同條第二項ニ據リ代位權ヲ行フ場合ハ常ニ先順位ノ抵當權者カ競賣代金ニ依リ全部ノ辨濟ヲ受クル時ニ在リ又一面此ノ場合ニ於ケル代位權ハ先順位ノ抵當權カ辨濟ニ依リ消滅スルモ次順位ノ抵當權者ノ權利ヲ確保スル爲メ假リニ其抵當權ヲ消滅セサルモノト爲シ次順位ノ抵當權者ヲシテ此權利ヲ行ハシムヘキモノナレハ此ノ代位權ハ先順位ノ抵當權者カ其債權ニ付キ全部ノ辨濟ヲ受ケタル場合ニ發生スルモノトス尚此ノ點ニ付キ民法第五百二條ヨリ類推シ先順位ノ權利者カ一部ノ辨濟ヲ受ケタル場合ニ代位權發生スルカ如キモ同法條ハ代位ノ原則ニ於テ特別ノ條規ニ屬スルヲ以テ援テ本件ノ場合ニ之ヲ適用スルヲ得ス而シテ代位權ハ法律上附與セラルル權利ナレハ之ヲ行フニ當リ登記ヲ爲スヲ要セス同法第三百九十三條ニ附記登記ヲ爲スヲ得セシムルハ濫除ノ通知及ヒ配當ヲ受クルニ便利ナラシムルニ過キス其附記登記ハ固ヨリ既ニ發生シタル代位權ニ關スルモノナレハ本件ノ如ク先順位ノ權利者カ全部ノ辨濟ヲ受ケス即チ代位權ノ發生セサル場合ニ於テハ之カ附記登記ヲ爲スヲ得サルモノトス控訴人ハ先順位ノ抵當權者カ全部ノ辨濟ヲ受ケタルトキニ非サレハ附記登記ヲ爲スヲ得スト、セハ先順位ノ抵當權者カ全部ノ辨濟ヲ受ケタルニ依リ抵當權消滅シ其結果抵當登記ノ抹消セラレタルトキハ次順位ノ抵當權者ハ代位權ヲ主張シナカラ其權利ヲ行使スル能ハスシテ終ルヘキヲ以テ、先順位ノ權利者カ一部ノ辨濟ヲ受ケタル場合ニ附記登記ヲ爲サシムルヲ相當トスト主張スレトモ先順位ノ抵當權カ全部ノ辨濟ニ依リ消滅シタルトキ其登記ハ必スシモ抵當權ノ消滅ト同時ニ抹消セラルヘキモノニ非サルヲ以テ代位權者ハ抵當登記ノ抹消ニ先チ附記登記ヲ爲スノ餘裕アルモノトス(明治四十一年ネ第九十三號同年五月二十一日東京控訴院民事第二部判決)

明治四十一年二月二十六日大審院判決(法學志林一〇卷五號九一頁)及ヒ同年五月二十一日東京控訴院判決(法律新聞五〇四號一九頁)ニ據レバ「民法第三百九十二條第二項ハ抵當權者カ債權ノ全部ノ辨濟ヲ受ケタル場合ニ於テ次ノ順位ニ在ル抵當權者ハ第一項ノ規定ニ從ヒ右ノ抵當權者カ他ノ不動産ニ付キ辨濟ヲ受クヘキ金額ニ滿ツルマテ之ニ代位シテ抵當權ヲ行フコトヲ得ルコトヲ規定シタルモノ」デアルトシテ居ルケレドモ、是ハ誤ッテ居ルト思フ、如何ニモ法文ニハ「債權ノ全部ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得此場合ニ於テハ云云」トアルケレドモ、是ハ唯抵當權者ガ第一項ノ規定ニ從ヒ一部辨濟ヲ受ケズシテ、全部ノ辨濟ヲ受クル權利ヲ有スルコトヲ定メタルモノデ、若シ抵當財産ノ代價ガ全部ノ辨濟ニ充ツルニ足ラヌ場合ニ於テハ其代

價ダケヲ受クルノ外ハナイ、併シ其權利カラ言ヘバ「全部ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得」ル場合デアルト謂ハヲバナラヌ、「此場合」即チ「全部ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得」ル場合ニ於テ次順位ノ抵當權者ガ他ノ不動產ニ付テ右ノ抵當權者ニ代位スルコトヲ得ルノデアル、若シ右ノ全部ノ文字ニ拘泥シテ之ヲ否認スルナラバ、右ノ抵當權者ハ一部辨濟ヲ受クルコトハ出來ヌト謂ハヲバナルマイ、成程上ニ「何何スルコトヲ得」ト規定シテ、下ニ「此場合ニ於テ云云」ト云ッテ居ル場合ニ「何何シタル場合ニ於テ云云」ノ意味ニ解スベキコトモ稀デハナイガ、是ハ寧ロ文法上カラ言ヘバ變型ノ場合デアル、蓋シ一般ニ一部代位ヲ認メナイ法制ニ於テハ或ハ反對說ヲ容ルル餘地ガアルカモ知レヌケレドモ、我民法ニ於テハ代位辨濟ノ場合ニ於テモ一部代位ヲ認メタモノメテ居ルノデアルカラ(民五〇二、一項)、本條ノ場合ニ於テモ一部代位ヲ認メタモノトシテ差支ナイ、或ハ代位辨濟ノ場合ニ於テハ變例トシテ一部代位ヲ認ムルノデアルカラ、特ニ明文ヲ置イタノデアラウト云フカモ知レヌガ、是ハソウデハナイ、外國ニ反對主義ヲ執ッテ居ル例ガ少クナイカラ、念ノタメ此明文ヲ置イタノデアル、尙ホ進ンデ論ズレバ、代位辨濟ノ場合ニ於テハ一部代位ガ債權者ヲ害スルコトガ多イカラ、「何人ト雖モ己ニ反對シテ代位セシムルモノト看做サズ」(Nemo contra se subrogare censetur)ト云フ古來ノ格言ヲ濫用シテ、一部代位ヲ許サヌノモ、幾分カ理由ナキニシモ非ズト謂ヘルケレドモ、本條ノ場合ニ於テハ決シテ抵當權者ヲ害スル恐ハナイノデアルカラ、疑ノアルベキ筈ガナイノデ、明文ヲ置ク必要ガナカッタト謂ッテモ宜シイ、故ニ代位辨濟ノ場合デスラ一部代位ヲ認ムルノデアルカラ、本條ノ場合ニ於テハ猶更デアルト云フ況論法(argumentum a fortiori)サヘモ主張スルコトガ出來ル、而シテ此場合ニ於テ一部代位ガ抵當權者ヲ害スル恐ガナイトハ如何ナル譯カト云フニ、民三九二、一項ニ據レバ「債權者カ同一ノ債權ノ擔保トシテ數個ノ不動產ノ上ニ抵當權ヲ有スル場合ニ於テ同時ニ其代價ヲ配當スヘキトキハ其各不動產ノ價額ニ準シテ其債權ノ負擔ヲ分ツ」ベキモノデアル、然ルニ第二項ノ規定ニ據レバ「或不動產ノ代價ノミヲ配當スヘキトキハ抵當權者ハ其代價ニ付キ債權ノ全部ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得此場合ニ於テハ次ノ順位ニ在ル抵當權者ハ前項ノ規定ニ從ヒ右ノ抵當權者カ他ノ不動產ニ付キ辨濟ヲ受クヘキ金額ニ滿ツルマテ之ニ代位シテ抵當權ヲ行フコトヲ得」ルモノトシタノデアルガ、若シ總テノ抵當

不動產ノ代價ノ總計ガ其債權額ニ滿タヌナラバ、抵當權者ハ其全額ヲ受クルコトガ出來ルノハ固ヨリ言フマデモナイカラ、本條ノ必要ノアルノハ其代價ノ總計ガ其債權額ヲ超ユル場合デアルコトハ疑ナイノデアル、而シテ此場合ニ於テハ抵當權者ハ孰レニシテモ其債權ノ全額ノ辨濟ヲ受クルコトガ出來ルノデアルカラ、他ノ抵當權者ノ一部代位ハ毫モ右ノ抵當權者ノ利益ヲ害スルコトハナイ、今數ヲ以テ之ヲ示サンニ、甲ナル抵當權者ガ子丑ノ二不動產ノ上ニ一番抵當ヲ有シ、其債權額千圓ニ對シ兩不動產各〻八百圓ノ價ヲ有スルトセンニ、民三九二、一項ニ依レバ、兩不動產ノ代價中ヨリ各〻五百圓ヲ出ダスベキデアルガ、先ヅ子不動產ノ代價ヲ配當スベキ場合ニ於テハ、同條第二項ニ依リ、甲ハ其代價ノ全額ヲ受クルコトヲ得ル代リニ、丑不動產ニ付テ受クベカリシ五百圓ノ中三百圓ハ、乙ナル次順位ノ抵當權者ガ代位シテ受クルコトガ出來ルトシテモ、殘餘ノ二百圓ハ甲ガ受クベキモノデアッテ、畢竟甲ハ其千圓ノ債權全額ヲ受クルコトガ出來ルノデアル、故ニ大審院ガ一部辨濟ノ「場合ニ於テ次ノ順位ニ在ル抵當權者モ亦自己ノ爲メ抵當權ヲ行フコトヲ得ルモノトセハ他ノ不動產ニ付テハ唯一ノ抵當權ニ對シテ二重ノ效力ヲ認ムルコトト爲リ同一順位ニ於テ代價ヲ配當セシムルカ若クハ原抵當權者ノ殘債權ヲ辨濟シテ剩餘金ヲ生スルトキノミ辨濟ヲ受ケシムル結果ヲ生スヘシ斯ノ如キハ代位ノ本旨ニ反スルヲ以テ到底採用スルコトヲ得サルナリ」ト曰ヘルガ如キハ、未ダ法文ノ意義ヲ了解シタルモノトハ謂ヘヌノデアル、舊民法債權擔保編二四二、二項ニハ「右ノ債權者カ不動產中ノ一箇ノ代價ニ因リテ全ク辨濟ヲ受ケ云云」トアリ、「ボワッソナード」氏ノ草案ニモ略同樣ノ文字ヲ用ヒテ居ッタノデ(.....si l'ed it créancier est payé en entier sur le prix de l'un d'eux..... *Projet de code civil*, art. 1256, 2e alinéa) 大審院及ビ東京控訴院ノ解釋ヲ助クルヤウニ疑ハルルニモ拘ハラズ、「ボワッソナード」氏ノ說明ニ由ッテ一部代位ヲ認ムル趣意デアルコトヲ知ルコトガ出來ル、ナゼナレバ、同氏ハ此代位ヲ以テ代位辨濟ノ一ノ適用ニ過ギヌト云ヒ(Boisson-ade, *Projet de Code civil*, nouv. éd., IV, No. 488 *in fine*, P. 493——但是ハ謬ッテ居ル)代位辨濟ノ一般規定トシテハ新民法ト同ジク一部代位ヲ認メテ居ッタノデアルカラデアル(草案五〇八、一項——舊民財產編四八六、一項)尙ホ「ボワッソナード」氏ガ模範トシタル伊太利民法二〇一一ニハ單ニ「先順位ノ債權者ガ不動產ノ代價ニ付キ辨濟ヲ

受ケ云云」(.....un créancier antérieur *a été payé* sur le prix de ces immeubles..... (traduction française par Orsier.) ト云ッテ居ッテ毫モ全部ノ辨濟ヲ受ケタル場合ニ限ルヤウニ見ユル文字ヲ用ヒテ居ラヌノデアル(拙著民法要義四十一年版二卷五七七頁參觀)

丙　債權

一　租稅モ亦債權ナリ

租稅ノ納付ハ民法上ノ辨濟ニ非サルカユヘ義務者ニ代テ納付シタル者カ民法ノ規定ニ從ヒ國庫ニ代位スルヲ得サルハ敢テ多言ヲ俟タサル所ニシテ其代納者カ義務者ノ財產ニ付キ利害關係ヲ有スルト否トニ依リテ何等ノ影響アルナシ故ニ原院ニ於テ本件上告人カ太田昌太郎ノ差押ヘラレタル財產ニ付キ利害關係ヲ有スルニ因リ租稅ヲ代納シタル事實ヲ認メナカラ國庫ノ權利ニ代位スル本旨ニアラスト判定シタレハトテ何等齟齬スル所ナクシテ本論旨モ上告ノ理由ナシ(明治三十七年オ第五一八號同年十二月八日大審院第一民事部判決理由)

本訴ハ被上告人ヨリ上告人兩名間ニ於ケル詐害行爲ノ取消ヲ請求スル案件ニシテ其原因ハ被上告人ト上告人星德之助トハ共ニ訴外小川京四郎ノ酒造稅上納ニ付キ其納稅保證ヲ爲シ京四郎カ無資力ニシテ納稅ノ義務ヲ果スヿ能ハサリシヨリ被上告人ハ國庫ニ對シテ稅金總額ヲ辨濟シタル來曩ニ其半額ニ付キ原債權者ニ代位シ上告人德之助ニ辨償ヲ請求シ尙本訴ニ於テハ原債權者ノ權利ヲ詐害シタル行爲ノ取消ヲ請求スルニ在リ而シテ原院ハ被上告人ト上告人德之助間ニテハ甲第二號證及ヒ新甲第一號證ノ判決確定シ被上告人ハ國庫ノ徵稅權ニ代位スルヿヲ認容セラレタルヿヲ以テ其判決ノ取消サレサル限リハ適法ニ國庫ナル債權者ニ代位シテ其債權ヲ有スルモノト認メ又上告人星繁次ハ前訴ノ當事者ニ非サルモ被上告

人ト上告人德之助間ニ在リテ確的ニ債權關係アルモノト看做サルルニ於テハ第三者タル繁次ニ於テモ之ヲ否定スルヿヲ許サレサル如ク判定シタルモノナリ然レヒ確定判決ノ效力ハ如何ナル場合ト雖モ訴訟ノ當事者及ヒ其承繼人ニ對スルノ外直接ニ之ヲ裁判外ノ人ニ推及ス可カラサルヿ勿論ナレハ上告人德之助ハ被上告人カ國庫ナル原債權者ニ代位シテ其債權ヲ有スル判決確定シ本訴ニ於テ之ヲ否定シ能ハストスルモ上告人繁次ハ前審ノ當事者若ハ其承繼人ニアラサルニ付キ被上告人カ原債權者ニ代位シテ債權ヲ有スルヿハ上告人繁次ニ對シテハ固ヨリ未定ニ屬シ上告人繁次ハ本訴ニ於テ之ヲ否定スルヲ得ヘシ故ニ原院カ上告人繁次ニ對シテモ亦被上告人ニ本訴ノ請求權アリト爲サンニハ被上告人ハ確定判決ニ因ルニアラスシテ適法ニ債權ヲ有スルヿノ事實理由ヲ明確ニ判定セサル可カラス然ルニ一私人カ國庫ノ徵稅權ニ代位シ國庫ノ有セシ公權ヲ行フカ如キハ法律ノ許ササル所ナリ殊ニ國稅徵收法第十五條ハ民法第四百二十四條ト異ニシテ國庫カ詐害行爲ノ取消ヲ求ムルニハ讓受人カ情ヲ知リテ讓受ケタルヿヲモ立證スヘキモノト解釋スヘキヲ以テ若シ上告人繁次ニ對シテモ亦代位シ得ヘキモノトセハ原判決中被上告人ニ於テ繁次カ知情ノ事實ヲ證明シタル旨ヲ判示スルノ必要アルモノト謂フヘシ加之原院ハ上告人繁次ニ對シテハ前訴ニ於ケル確定判決ノ效力ヲ及ホス可カラサルヿヲ明ニ說示シナカラ其後段ニ至リ繁次ハ被上告人ト上告人德之助間ニ於ケル債權關係ヲ否定スルヿヲ得ズト判定シ之ヲ及ホシ得ヘキモノノ如ク判示シタルハ法則ヲ不當ニ適用シタル不法ノ判決タルヲ免カレス(明治三十八年オ第一九三號同年六月廿八日大審院第二民事部判決)

租稅ハ公權ニシテ債權ニ非ズトハ獨逸學者ノ一般ニ唱フル所ノヤウデアルガ(Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, I, § 27, S. 387; Georg Meyer, *Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrecht*, 2. Aufl., II, § 844, 4 S. 201) 佛蘭西デハ一般ニ之ヲ債權トシテ居ルノデアル (Unriou, *Précis de droit administratif*, 3e *id.*, P. 711) 我國法ニ於テ之ヲ債權トシテ居ルヤ否ヤハ學者間ニ議論ノアル所デアルガ予ハ債權トシテ居ルト思フ、ナゼカト云フト、現行破產法(即チ舊商法ノ殘編)一〇三二、一項二號ニ明カニ租稅ヲ以テ債權中ニ數ヘテ居ルカラデアル(獨逸ニ於テモ破產法六一、二號ニハ明カニ租稅ヲ破產債權ノ中ニ加ヘテ居ル、尙ホ Jaeger, *Kommentar zur Konkursordnung*, 2. Aufl, 3. Heft, S. 499ff. ヲ看ヨ)國稅徵收法二一ニハ「國稅ノ徵收ハ總テノ他ノ公課及債權ニ先ツモノトス」トアッテ、「總テノ他ノ」……「債權」ト讀メバ租稅ヲ債權ト看テ居ル證據ニナルケレドモ「總テノ他ノ公課」及「債權」ト讀メバ寧ロ租稅ハ債權トシテ居ラヌ證據ニモナル、故ニ孰レノ證據ニモナラヌト曰フノガ公平デアラウ、而シテ他ニ租稅ヲ債權ト看テ居ラヌ證據ハナイノデアルカラ、破產法ノ規定ニ據ッテ之ヲ債權ト看テ居ルト解スルノガ至當デアラウト思フ、殊ニ學理上ヨリ論ズルモ租稅ハ能ク債權ノ定義ニ

合ナフヤウデアル、予ハ債權ノ定義ヲ下シテ「一定ノ人ヲシテ一定ノ財産上ノ行爲ヲナサシムルコトヲ得ル法律上ノ力デアル」ト曰ハウト思フガ、他人カ下シタル定義モ大抵大同小異デアル例ヘバ舊民法財産編二九三、二項ニハ「義務ハ一人又ハ數人ヲシテ他ノ定マリタル一人又ハ數人ニ對シテ或ル物ヲ與ヘ又ハ或ル事ヲ爲シ若クハ爲ササルコトニ服從セシムル人定法又ハ自然法ノ羈絆ナリ」ト云ヒ(本條ハ義務ノ定義ヲ下シテ居ルケレドモ義務ハ債權ノ裏面ニ過ギヌコトハ同條一項ノ規定ニ依ッテモ明カデアル、又「或ル物ヲ與ヘ又ハ或ル事ヲ爲シ若クハ爲ササル」ハ予ガ謂フ「一定ノ財産上ノ行爲」デアル、尙ホ「人定法又ハ自然法ノ羈絆」ノ文字ハ穩當ヲ缺ケドモ本題ニ關係ナキガ故ニ今ハ論ゼヌ)「オーブリー」及ビ「ロー」モ「義務ハ一人ガ他人ニ對シ或物ヲ與ヘ、爲シ又ハ爲サザルコトニ强制セラルル法律上ノ必要デアル」ト云ヒ(Une obligation est la nécessite juridique par suite de laquelle une personne est astreinte, envers une autre, à donner, à faire ou à nepas faire quelque chose: Aubry et Rau, *Cours de droit civil français* 4e ed., IV, § 296, p. 2)、「ミマント」モ「他人ニ對シ或物ヲ與ヘ、爲シ又ハ爲サザルコトニ强制スル法鎖」ト云ヒ(.....un lien de droit vui nous astreint envers un autre à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose: Demante et Colmete de Santerre, *Cours analytique de Code civil*, 2e ed., V, no 1, p. 1)「クローメ」モ「債權ハ一人ガ他人ノ一定ノ行爲ノ上ニ有スル權利デアル」ト云ヒ(.....ist Forderungsrecht das Recht einer Person auf ein Bestimmtes Handel einer andren Person: Crome, *System des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, II, 1. Hälfte, § 138, S. 2)、「デルンブルヒ」モ「債務者ガ其債權者ニ經濟上ノ利益ヲ與フルタメニ行爲又ハ不行爲ノ義務ヲ負擔スルノヲ羅馬人ハ義務ト稱スルノデアル」ト云ッテ居ルガ(Die Verpflichtung des Schuldners zu einem Thun oder Unterlassen, um seinem Gläubiger einen wirt schaftlichen Vorteil zu verschaffen, nennen die Römer Obligation: Dernburg, *Das lüv jeritche Recht*, II, *1*, Abt., § *1*, 1, S. 1——是ハ羅馬法ノ定義ナレドモ「デルンブルヒ」ニ據レバ獨逸法ハ羅馬法ヲ移入シタルモノトシテ居ルノデアルカシ、之ヲ以テ著者ガ獨逸法ノ定義トシタモノト視テヨカラウト思フ)、租税ハ右ノ孰レノ定義ニ依ルモ債權デアルト謂ハヲ得バナラヌ(法學志林七卷一號一頁參觀)

然ルニ明治三十七年十二月八日大審院判決ハ「租税ノ納付ハ民法上ノ辨濟ニ非ザルガユヘ義務者ニ代テ租税ヲ納付シタル者ガ民法ノ規定ニ從ヒ國庫ニ代位スル

ヲ得ザルハ敢テ多言ヲ俟タザル所」トシテ居ッテ(法律新聞二五八號一二頁)暗ニ租稅ハ債權ニ非ザルノ說ヲ採ッテ居ルヤウニ見ユルノハ予ガ遺憾トスル所デアル、租稅ノ我國法上債權ナルコトハ右ニ論ズル如クデアルカラ、其納付ハ辨濟デアッテ納稅義務者ニ代ハッテ租稅ヲ納付シタル者ハ民四九九又ハ五〇〇ニ從ッテ國庫ニ代位スベキモノデアルト思フ、然ラズバ國庫ハ代納者カラ租稅ノ納付ヲ受クルコトモ出來ヌト謂ハズバナルマイ、唯租稅ハ債權ナルガ故ニ其納付ハ辨濟デアル、辨濟デアルガ故ニ第三者ガ代ハッテナシテモ宜シイノデアル(民四七四)、而シテ其第三者ハ本件ニ於テ主張スル如ク代位ヲ當テニシテ其辨濟ヲナスコトモアルノニ辨濟ハ受クルガ代位ハサセヌト曰フナラバ、殆ド其第三者ヲ欺クモノデアル、尤國庫ノ權利ノ中デ性質上私人ガ行フコトヲ得ザルモノモアル、即チ國稅徵收法ニ依ッテ納稅者ノ財產ヲ差押フルコトノ如キハ法律ガ特ニ收稅官吏ニ與ヘタル權能デアッテ、代納者ガ收稅官吏ニ代ハッテ差押ヲナスコトヲ得ナイコトハ說明ヲ要セヌデアラウ、故ニ本件ニ於テ上告人ガ斯ノ如キ事ヲ主張セシナラバ其敗訴ニ歸スベキハ勿論デアルガ、國稅徵收法二以下ノ規定ニ據ッテ優先權ヲ主張スルガ如キハ代位ノ當然ノ結果トシテ認許スベキ事デアルト思フ

尙ホ明治三十八年六月二十八日大審院判決ニ於テハ國稅徵收法一五ノ取消權ハ公權デアッテ代位ヲ許サヌモノトシテ居ルヤウデアルガ(法律新聞二九四號一四頁)予ハ之ヲ疑フノデアル、如何ニモ國稅徵收法一五ノ規定ハ滯納處分ニ伴ウテ存ズル權利デアルカラ、公權ノヤウニモ見ユルケレドモ、其目的ハ滯納者ガ財產隱匿ノタメニナシタル行爲ヲ取消スニ在ッテ、全ク財產上ノ權利デアルカラ、寧ロ公權ニ伴フ私權ト看ルガ正當デアラウ、而シテ手續上ニ於テモ私人ガ代ッテ行フテ何等ノ支障モナイノデアルカラ、性質上私人ガ行フコトヲ得ザル權利ト同一視スルコトハ出來ヌ、故ニ予ハ代納者ガ代位ニ由ッテ此取消權ヲ行フコトヲ得ルモノトスルノガ至當デアラウト思フ

二 「無記名公債證書」ト云ヘバ目的物ノ種類ヲ示シタルモノナリ

依テ案スルニ我國ニ於ケル無記名公債證書ハ無記名整理公債證書無記名海軍公債證書無記名

軍事公債證書無記名五分利公債證書並ニ其他幾多ノ種類アルコトハ顯著ナル事實ナリトス而シテ原院ニ於テ請求ニ關スル被上告人ノ供述ハ上告人ハ被上告人ニ對シ額面六百圓ノ無記名公債證書ヲ返還シ云々ト云フニ在リテ被上告人ハ數種ノ無記名公債證書中ノ何レノ種類ニ屬スル無記名公債證書ヲ請求スルモノナリヤヲ指示セサリシヲ以テ其請求ノ目的トスル所ハ右ノ供述ノミニテハ未タ以テ民法第四百一條ニ謂フ種類ノミヲ以テ目的物ヲ指示シタル債權ナリト云フヲ得ス何トナレハ同條ハ同一種類ノ物品中ノ或物ヲ以テ債權ノ目的物ト爲シタルニ止マリ其目的物ヲ特定セサリシ場合ニ債務者ハ如何ナル品質ヲ有スルモノヲ給付スヘキモノナルヤヲ定ムル爲メノ規定ニシテ當事者カ其目的物カ如何ナル種類ニ屬スルモノナルヤヲ指示セサル場合ニ關スル規定ニアラサレハナリ被上告人ハ原審ニ於テ「本件公債證書ハ代替物ニシテ控訴人(上告人)ニ消費ヲ許シタルモノナリ」ト供述シタルコトアルモ前段說示セシ如ク其請求スル處現ニ民法第四百一條ニ規定セル債權ニ該當セサルノミナラス原審ニ於ケル被上告人ノ右ノ供述ノ趣旨ハ係爭債權ハ民法第四百一條ニ所謂種類ノミヲ以テ目的物ヲ指示シタル債權ナリト云フニアラスシテ上告人ハ借受ケタル無記名公債證書其物ヲ返還スルニ及ハス無記名ノ公債證書ナル以上ハ其種類ノ如何ヲ問ハス之ニ代ヘテ同一額面ノモノヲ返還シ得ヘシトノ趣旨ナルヤモ亦知ルヘカラサルヲ以テ該供述ニ依リ本訴ノ目的トスル處ハ民法第四百一條ニ規定セル債權ノ行使ニアルモノト斷定セサルヘカラサルモノニアラス被上告代理人ハ本件ノ如キ場合ニ於テモ數種類ノ無記名公債證書中中等ノ價格ヲ有スルモノヲ給付シ得ヘキヲ以テ民法第四百一條ハ本場合ニモ適用スヘキモノナル旨答辯スルモ數種類ノ物件中ニ於テ中等ノ品質ヲ有スルモノヲ定ムルハ爲シ得ヘカラサルヲ以テ其答辯ハ理由ナシ如上ノ理由ナルヲ以テ原院ノ確定シタル所ノミニテハ未タ以テ本件ニハ民法第四百一條ヲ適用スヘキモノニアラス然ルニ原院ニ於テ「被控訴人(被上告人)ノ本訴無記名公債證書返還ノ請求ハ代替物トシテ之ヲ求ムルモノナルコト其主張自體ニ徵シ、明白ナルカ故ニ公債ノ種類ヲ定メテ請求セサルモ目的物不確定ナリト云フヲ得ス」云々ト說示シ漠然上告人ハ額面六百圓ノ無記名公債證書ヲ被上告人ニ返還スヘシ」云々ト判決シタルハ不確定ノ請求ヲ容レタル不法ヲ免レス(明治三十八年オ第五百七十六號同三十九年三月十日大審院第一民事部判決)

明治三十八年三月十日(三十九年ノ誤カ)大審院判決(法政大學講義錄三十九年度一九號雜錄三六頁)ハ予ヲシテ一驚ヲ喫セシメタノデアル、其判決ニ據レバ我國ニ於ケル無記名公債證書ハ其種類ガ多イ故、單ニ「額面六百圓ノ無記名公債證書」ト曰ッタ場合ニハ民四〇一ヲ適用スルコトガ出來ヌトシテ居ルノデアルガ、是ハ謬デアルト思フ、民四〇一ハ不特定物ノ給付ヲ目的トスル債權ニ付テ其品質ヲ定メナカッタ場合ニ如何ナル品質ノ物ヲ給付シタラバ債務ノ履行ニナルカト云フ問題ヲ決シタモノデアル、故ニ本件ノ場合ニ民四〇一ヲ適用スルコトガ出來ヌト曰フハ取リモ直サズ此場合ニハ目的物ガ定マラナイカラ債權ガ成立セヌト曰フニ歸著

スルノデアル、何トナレバ若シ大審院ガ此場合ニ民四〇一ヲ適用シナイナラバ、マサカ債務者ガ擇ブ所ノ無記名公債證書ヲ給付シテ宜シイト曰フノデハナカラウト思フカラデアル(講義錄ニ判決ノ全文ヲ掲ゲナイカラ大審院ノ意見ノ全豹ヲ窺フコトガ出來ナイ)、然ルニ此ノ如キ狹隘ナル意見ハ未ダ曾テ聞カザル所デアル、顧フニ「無記名公債證書」ト云ヘバ目的物ノ種類ハ既ニ定マッテ居ル、隨ッテ債權ハ成立スル、唯「無記名公債證書」ノ種類(目的物ノ種類ト混ズベカラズ)ハ大審院ノ言フガ如ク數多クアッテ、其價格モ一樣デナイカラ、其孰レノモノヲ給付シタナラバ債務ノ履行ニナルカト云フ問題ハ民四〇一ニ依ッテ決スベキデアル、即チ價ノ貴キモノハ品質ノ上ナルモノデ、價ノ低キモノハ品質ノ下ナルモノデアル、民四〇一ハ「中等ノ品質」ヲ擇ベト曰フカラ、凡ソ價ノ中等ナルモノヲ給付スレバ宜シイノデアル、(大審院ノ說ニ據レバ無記名公債證書ニハ一切民四〇一ヲ適用スルコトガ出來ヌト謂ハヌバナルマイ、何トナレバ必ズ公債證書ノ種類ヲ示サヌバナラヌト曰フニ因ッテ其品質ノ差ト云ヘバ大券ト小券トノ差ヨリ外ニナク、「中等ノ品質」ノモノハナイカラデアル)、恰モ米若干石ト曰フ場合ニ米ノ種類ハ數多クアッテ內國米モアレバ外國米モアル、又內國米ノ中デモ武州米モアレバ加賀米モアレバ肥後米モアルガ、民四〇一ニ據レバ此場合ニ各種ノ米ノ中デ價格ノ中等ナルモノヲ擇ンデ給付スレバ債務ノ履行トナルノデアルノト同ジ事デアル(獨民二四三、一項參照——尙ホ獨民二四三、一項ノ規定ガ汎ク不特定物ヲ目的トスル債權ニ關スルコトニ付テハ *S. Motive*, II, S. 10, Anm. 3; Planck, *Bürgerliches gesetzbuch*, II, S. 11 ff.)

三　作爲ヲ目的トスル義務ノ履行ヲ裁判上請求スルコトヲ得

案スルニ被上告人カ上告人ニ對シテ請求スル清算ハ其趣旨單ニ損益ノ計算ヲ明ニセンコトヲ求ムルニ在ルト法人解散ノ場合ニ行フヘキ清算ト同一ノ效果ヲ求ムルニ在ルトヲ問ハス其請求ノ目的トスル所ハ相手方ノ作爲ニ外ナラサルコトハ訴訟記錄ニ徵シテ毫モ疑ヲ容ルヘキニ非ス抑相手方ノ作爲ヲ目的トスル權利ハ相手方カ任意ニ之ヲ履行セサル場合ニ於テハ裁判ヲ以テ相手方ノ意思表示ニ代フルコトヲ得ヘキ法律行爲ヲ除ク外裁判上ノ請求ヲ許スヘキモノニ非ス何トナレハ相手方ノ作爲ヲ目的トスル權利ハ其意ニ反シテ之ヲ履行セシメント欲スレハ其身體自由ヲ拘束スルニ非レハ目的ヲ達スルコトヲ得サルノミナラス假令其身體自由ヲ拘束スルモ亦尙目的ヲ達スルコト能ハサルモノ往々ニシテ在リ要スルニ民法

第四百十四條ニ所謂强制履行ヲ許サザル性質ヲ有スルモノナレハナリ然レハ則チ原院カ清算ノ請求ヲ認容シタルハ失當ノ裁判ニシテ破毀ヲ免レス但本論旨ニ於テ清算ノ請求ヲ以テ許スヘカラサル訴ナリトスル理由ハ上來判示スル所ト相異ナレトモ其論決ハ一ニ歸スルニ因リ本院ハ之ヲ採用セリ若シ夫上告趣旨ノ第一乃至第三ハ必要ナラサルヲ以テ別ニ其當否ヲ判示セス(明治四十年オ第九十七號同年六月四日大審院第一民事部判決)

明治四十年六月四日大審院判決トシテ法學志林(九卷一〇號七九頁)ニ掲グル所ニ據レバ「相手方ノ作爲ヲ目的トスル權利ハ相手方カ任意ニ之ヲ履行セサル場合ニ於テハ裁判ヲ以テ相手方ノ意思表示ニ代フルコトヲ得ヘキ法律行爲ヲ除ク外裁判上ノ請求ヲ許スヘキモノニ非ス」ト云ッテ居ルヤウデアルガ、是ハ實ニ一驚ヲ喫シタノデアル、此判決ヲ下シタ人ハ訴訟ノ當事者ガ悉ク惡意デアッテ、裁判所ノ命令ヲ奉ジナイ者デアルト視テ居ルデアラウ、然ラズバ當事者中ニ惡意ニシテ裁判所ノ命令ヲ奉ジナイ者ガアルニ因ッテ判決ノ執行ガ出來ヌコトガアルカラト云ッテ、總テノ場合ニ於テ此種ノ判決ヲ下スコトハ出來ヌモノデアル、隨ッテ斯樣ナル判決ヲ裁判所ニ求ムルコトハ出來ヌノデアルト云フ不條理ナル議論ニナルノデアル、如何ニモ裁判所ノ命令ヲ奉ジナイ當事者ハ有ルケレドモ、幸ニシテ多數ノ當事者ハ其命令ヲ奉ズルデアラウ何トナレバ善意ノ當事者ハ自己ニ義務ナシト思ヘバコソ其履行ヲ拒ムノデアレ、既ニ裁判ヲ以テ義務ガアルカラ之ヲ履行セヨト命ゼラレタル以上ハ之ヲ履行スベキ筈デアル、又當事者ノ善意惡意ヲ問ハズ、多クノ場合ニ於テ不履行ノ制裁トシテ損害賠償其他ノ義務ガ認メテアルカラ、自己ノ利益上ヨリ打算スルモ裁判所ノ命令ヲ奉ジタ方ガ得デアルコトモ尠クナイカラデアル、抑、或場合ニ於テ判決ノ執行ガ出來ナクナルコトハ稀デナイ、例ヘバ名譽回復ノ訴ニ於テ裁判所ガ被告ノ費用ヲ以テ謝罪文ヲ某新聞ニ掲グベシト命ズルコトガ多イノデアルガ、若シ其新聞社ガ其謝罪文ノ掲載ヲ拒ンダナラバ、判決ハ第三者タル新聞社ヲ羈束スル效力ハナイノデアルカラ、其判決ノ執行ハ出來ナクナルノデアルガ、併シ之ガタメニ右樣ノ判決ハ總テ下スコトハ出來ヌ、隨ッテ之ヲ裁判上請求スルコトハ出來ヌト曰フコトハ、出來マイ、成程新聞社ハ營業デアルカラ、滅多ニ掲載ヲ拒ムコトハナイケレドモ、判決ノ執行ノ出來ナクナルコトノ多少ニ因ッテ論結ヲ異ニスル譯ニハ往カヌノデアルカラ、此場合ニ裁判上ノ請求ヲ許スナラバ、彼場合ニモ之ヲ許サナケレバナラヌ、唯實際原告ノ利益ノタメニハ先ヅ作爲ノ

義務ノ履行ヲ求ムル申立ヲナシ尚ホ之ニ附帶シテ若シモ被告ガ之ヲ履行セヌナラバ被告ノ費用ヲ以テ第三者ニ其事ヲナサシメ(民四一四、二項)又ハ損害賠償ヲ拂ハシムル申立ヲナスヲ得策トスルケレドモ(Sydon u. Busch, *Civilprozessordnung*, 9. Auf., § 253 Anm. 5, S. 316; Seuffert, *Kommentar zur Civilprozessordnung*, 8. Auf., I, § 260, Anm. 1, c, S. 375)是ハ原告ノ權利デアッテ其義務デハナイ

四　連帶債務者ノ一人ニ對スル免除ヲ他ノ債務者ニ享受セシメザルノ特約ハ必ズシモ不法ニ非ズ

案スルニ本件甲第二號證ノ契約ニ付原院ノ判示セル所ニ依レハ第一、被上告人ハ金七十五圓ヲ上告人ニ支拂ヒ上告人ハ被上告人ニ對スル債權ヲ拋棄スルコト第二、上告人ハ他ノ連帶債務者ニ對シ債權全額ヲ請求シ得ヘキコト第三、若シ被上告人カ他ノ連帶債務者ニ對シ該契約證書ヲ援用セシメ又ハ契約ヲ通知シ其他被上告人ノ行爲ニ因リ上告人ノ他ノ連帶債務者ニ對スル債權ヲ喪失セシムルニ至ルトキハ契約無效ト爲リ被上告人ヨリ上告人ニ授付シタル金七十五圓ハ違約金トシテ上告人ニ於テ收得スヘキコトヲ約シタルモノノ如シ抑モ連帶債務者ノ一人ニ對シテ爲シタル債務ノ免除ハ其債務者ノ負擔部分ニ付テノミ他ノ債務者ノ利益ノ爲メニモ其効力ヲ生ストハ民法第四百三十七條ノ規定スル所ナレハ如上被上告人ノ受クル債務免除ハ被上告人ノ負擔部分カ辨濟金七十五圓ヲ超過スルトキト雖モ其負擔部分ニ付テ他ノ連帶債務者ヲシテ當然辨濟ヲ免カレシムヘキモノナリ而シテ該規定ハ當事者相互ニ轉償ヲ求ムルカ如キ無用ノ煩勞ヲ避ケ併セテ其間ニ無資力者ヲ生シ不公平ノ結果ニ陷ル虞アルニ由ルモノナレハ前顯契約ニシテ上告人カ被上告人ニ對シテ其支拂金以外ノ債務ヲ免除スル代リニ他ノ連帶債務者ヲシテ免除ノ利益ヲ受ケサラシムル爲メ被上告人カ之ヲ通知シ若クハ援用セシムルコト等ヲ禁止シ附スルニ契約全部ヲ無效ト爲シ違約金ヲ收得スル制裁ヲ以テシタルモノナランニハ是レ正ニ法律ノ豫期スル結果ヲ惹起スルコトヲ顧慮セサル者ニシテ之ヲ以テ直チニ契約ノ目的カ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ノ上ニ存ストハ謂ヒ難キモ不法ノ條件ヲ附シタル法律行爲ニシテ無效タルヲ免レス然レトモ契約ノ條項ニシテ彼此相分離スルコトヲ得テ不法條件ヲ債務ノ免除ニ附シタルモノニアラサルニ於テハ原院ハ須ク其理由ヲ判示シ契約ノ有效ナル所以ヲ明ニスヘキナリ然ルニ原判決カ前掲ノ如ク契約ノ各條項ヲ列擧シタルノミニテ「一モ社會生存保全ノ妨トナルモノナク孰レモ契約自由ノ範圍ニ於ケル事項ヲ目的トシタル法律行爲ト認ム云々」ト判示シ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサル有效ノ契約ナリト爲シタルハ法則ヲ適用セサルモノト謂ハサルヲ得ス然レトモ原判決ニシテ後段ノ趣旨ナリトセハ理由不備ノ不法アルモノニシテ破毀ヲ免レス既ニ此點ニ於テ原判決ヲ破毀スヘキモノトスル以上ハ他ノ上告論旨ニ對シ一々説明ヲ付セ

明治四十年三月十八日大審院判決トシテ法學志林(九卷七號七五頁)又法政大學講義錄四十年度二二號雜錄一五頁ニ見ユ)ニ掲グル所ニ據レバ、第一、被上告人ハ金七十五圓ヲ上告人ニ支拂ヒ上告人ハ被上告人ニ對スル債權ヲ拋棄スルコト第二、上告人ハ他ノ連帶債務者ニ對シ債權全額ヲ請求シ得ヘキコト第三、若シ被上告人カ他ノ連帶債務者ニ對シ該契約ヲ援用セシメ又ハ之ヲ通知シ其他被上告人ノ行爲ニ因リ上告人ノ他ノ連帶債務者ニ對スル債權ヲ喪失セシムルニ至ルトキハ契約無效ト爲リ被上告人ヨリ上告人ニ授付シタル金七十五圓ハ違約金トシテ上告人ニ於テ收得スヘキコトヲ約シタル行爲ハ「不法ノ條件ヲ附シタル法律行爲ニシテ無效タル」モノトシテ居ルヤウデアルガ、是ハ必ズシモ然リト謂フコトハ出來ヌノデアル、元來民四三七ノ規定ハ所謂公益規定デハナイ、故ニ他ノ連帶債務者ガ免除ノ利益ヲ享受セザル意思ヲ表示シタナラバ、其意思表示ハ有效デアル、是レ畢竟他ノ連帶債務者ノ私益ヲ保護シタルモノナルガ故デアル、故ニ此私益ヲ害セザル範圍内ニ於テ他人ガ民四三七ニ異ナッタル契約ヲナシタル場合ニ於テモ其契約ハ同ジク有效デアルト謂ハネバナラヌ、今本件ノ事實ヲ觀ルニ、法學志林ニ掲ゲタル判決文ダケニテハ詳細ヲ知ルコトハ出來ヌノデアルケレドモ、控訴院ノ認定シタル事實ダケニ據レバ、當事者ガ契約文中ニ用ヒタル字句ニハ多少穩當ヲ缺グモノガアッタヤウニ見ユルケレドモ、當事者ハ必ズシモ法律ニ通曉シテ居ル者デハナイカラ、契約ヲ解釋スルニ方ッテハ、字句ニ拘泥セズシテ當事者ノ眞意ヲ探ラネバナラヌ、然ルニ予ハシテ右ノ事實ヲ判斷セシムルナラバ、本件ノ契約ノ效力ヲ當事者間ニ止メテ、他ノ連帶債務者ニハ及ボサナイ趣意ニ外ナラヌヤウニ見ユル、而シテ此契約ニ因ル當事者ノ利益ハ、(第一)債權者ハ被上告人ニ對スル債權ヲ失フ代リニ金七十五圓ヲ受ケ、(第二)被上告人ハ金七十五圓ヲ拂フ代リニ債權者ヨリ請求ヲ受クル義務ヲ免ルルニ在ルノデアル、成程債權者ガ他ノ連帶債務者ニ對シテ全額ノ請求ヲナシタル結果、被上告人ハ其連帶債務者ヨリ負擔部分ノ請求ヲ受グベキデハアルガ、是ハ債權者ヨリ全額ノ請求ヲ受クルニ比スレバ、金額モ少ク、時期モ後日ノ事デアルカラ、被上告人ニ取ッテハ餘程利益デアルト謂ハネバナラヌ、唯法律家ニ非ザル者ガ此契約ノ效力ヲ當事者間ニ止メ、毫モ他ノ連帶債務者ノ利益ヲ害

セズ又之ヲシテ契約ノ利益ヲ受ケシメナイヤウニ、證書ヲ認ムルコトハ困難デアルカラ、自然他ノ連帶債務者ガ此契約ヲ知ッタナラバ、民四三七ノ利益ヲ受ケヤウト主張スルノデアラウ、此場合ニ於テ其主張ヲ却クルコトハ困難デアルカラ、寧ロ之ヲ他ノ連帶債務者ニ知ラシメナイヤウニセウ、若シ之ヲ知ラシメタル結果、他ノ連帶債務者ガ民四三七ヲ援用シタタメ債權者ガ被上告人ノ負擔部分ニ對スル債權ヲ失フニ至ッタナラバ、此契約ヲ無效トシ違約金トシテ金七十五圓ヲ債權者ニ於テ取得スルモノトスルト定メタニ過ギナイヤウニ見ユル、然ラバ此契約ニ不法ナル事ハ毫モナイノデアル、或ハ大審院ハ事實ヲ審査スル權限ガナイト云フカモ知レヌガ、事實ハ控訴院ガ認定シタル所ニ據ッテ、其事實ガ適法ナリヤ不法ナリヤヲ判斷スルノハ大審院ノ責任デアル、或ハ本件ノ上告人ガ高利貸等デアッテ、判決以外ノ事實ガ上告人ノタメニ不利益デアルカモ知レヌガ、是ハ予ガ十分ニ諒察スル所ナルニ拘ハラズ、タメニ法律ヲ枉グルコトハ出來ヌノデアル

五　再ビ虚偽行爲ヨリ生ズル債權ノ讓渡ヲ論ズ

案スルニ相手方ト通シテ爲シタル虚偽ノ意思表示ハ無效ハ依テ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルヲ得サルコトハ民法第九十四條第二項ニ明カナリト雖モ指名債權讓渡ノ場合ニ付テハ民法第四百六十八條ノ規定アリテ其讓渡カ債務者ニ通知セラレタルニ止マルトキハ債務者ハ通知ヲ受ク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ルモノタルヤ論ヲ俟タス而シテ本件被上告人ハ訴外木下健十郎ヨリ甲第一號證ノ債權ヲ讓受ケ上告人ニ對シテ讓渡ノ通知アリタリトテ本訴ノ請求ヲ爲スモノナルカユヘニ若シ甲第一號證契約カ上告人主張ノ如ク虚偽ノ意思表示ナルニ於テハ其無效ハ債務者タル上告人ノ爲メニハ讓渡ノ通知前ニ讓渡人ニ對シテ生シタル事由ナルコト自明ナレハ上告人ハ民法第四百六十八條第二項ニ依リ被上告人ノ善意ノ讓受人タルト否トニ拘ラス此事由ヲ以テ對抗スルコトヲ得ルモノトス(明治三六年オ第六六四號同三七年一月二十八日言渡判決參照)然ルニ原院カ虚偽ノ意思表示ノ無效ヲ以テ民法第四百六十八條第二項ニ所謂事由ナリト説明シナカラ被上告人ヲ善意ノ第三者ナリトシ民法第九十四條第二項ヲ適用シテ上告人ハ抗辯ヲ排斥シタルハ法則ヲ不當ニ適用シタル不法アルモノニシテ原判決ハ破毀ヲ免レス(明治三十七年オ第六百二十號同三十八年六月六日大審院第一民事部判決)

大審院ガ嘗テ虚偽ノ意思表示ニ因ッテ生ジタル債權ヲ讓渡シ之ヲ所謂債務者ニ

通知シタル場合ニ於テ其虚偽行爲ノ無效ナルコトハ通知前ニ生ジタル事由デアッテ讓渡人ニ對抗シ得ベキモノデアッタノダカラ、民法第四百六十八條第二項ニ據ッテ所謂債務者ハ其無效ヲ善意ノ讓受人ニモ對抗シ得ベキモノデアルト判決シタノニ對シテ(三十七年一月二十八日判決)、予ハ其不當ナルコトヲ辯ジタコトガアルガ(法學志林六一號四五頁)、大審院ハ依然前判例ヲ改メズ、而モ予ノ所論ニ答フル所ハナイノデアルカラ(三十八年六月六日判決、法學志林七卷八號六五頁)、予ハ更ニ同院ノ再考ヲ促サウト思フノデアル、其理由ハ簡短ナガラ前論ニ悉シテ居ル積デアルカラ、重複シテハ言ハヌガ、唯一言大審院ニ問ヒタイ事ガアル、同院ハ果シテ民九四、二項ヲ以テ讓渡行爲ニハ適用ナキモノトスルノデアラウカ、若シサウデナイナラバ物權ノ讓渡行爲ニハ適用スベキモノデアルト曰フデアラウ、隨テ虚偽ノ意思表示ニ因ッテ所有權ヲ移轉シタル如ク裝ヒ之ガ登記ヲナシ、又ハ地上權、永小作權、地役權、質權、抵當權等ヲ設定シタル如ク裝ヒ亦之ガ登記ヲナシタル後、其登記名義人ガ善意ノ第三者ニ此權利ヲ讓渡シテ其登記ガ濟ンダト假定シタナラバ、其第三者ハ此權利ヲ取得シ何人ヨリモ登記名義人ノ權原ガ虚偽ノ意思表示デアッタコトヲ對抗セラルル恐ガアルカナイカ、若シ其恐ガナイナラバ、何故ニ債權ノ讓渡ニ限ッテ同樣ノ結果ヲ生ゼヌデアラウカ、大審院ハ民四六八、二項ノ規定ニ因ッテ此ノ如キ差異ヲ生ズルノダト曰フダラウガ、(第一)同條ハ之ヲ明言シテ居ラナイノミナラズ前論ニ於テ述ベタル如ク同條ニ所謂「讓渡人ニ對シテ生シタル事由」トハ其性質上讓受人ニ對シテ存スル事由デナケレバナラヌノニ、虚偽ノ意思表示ノ無效ハ善意ノ第三者タル讓受人ニ對シテハ存セヌ事由デアリ、(第二)假ニ同條ノ文字ガ此事由ヲ包含シ得ル文字デアルトシテモ、此ノ如キ例外ヲ設クルニハ何等カノ理由ガナケレバナラヌ、若シ何等ノ理由モナイトシタナラバ、彼ノ「法ノ理由止メバ法ノ適用止ム」ノ格言ヲ應用シテ寧ロ民九四、二項ヲ以テ同四六八、二項ノ例外ト視ナケレバナラヌデハナイカ、故ニ予ハ民九四、二項ヲ物權ノ讓渡ニ適用シテ債權ノ讓渡ニ適用シナイ立法上ノ理由ヲ聞カント欲スルノデアル

六　辨濟ノ提供ハ供託ノ前提條件ニ非ス

案スルニ辨濟者カ辨濟ノ受領ヲ拒絶セラレタルノ故ヲ以テ辨濟ノ目的物ヲ供託シテ其債務

ヲ免ルルニハ其供託前民法第四百九十三條ノ規定ニ從ヒ辨濟ノ提供ヲ爲シタルコト及ヒ債權者カ之ニ應セスシテ辨濟ノ受領ヲ拒ミタルコト以上二個ノ事實アルコトヲ要ス何トナレハ同法第四百九十四條ニ所謂債權者カ辨濟ノ受領ヲ拒ミタルトキトハ辨濟者カ適法ナル辨濟ノ提供ヲ爲シタルニ拘ハラス債權者カ之ニ應セサリシ場合ノ謂ニ外ナラサレハナリ故ニ債權者カ豫メ辨濟ノ受領ヲ拒ミタルトキト雖モ辨濟者カ適法ノ提供ヲ爲シテ辨濟ノ受領ヲ拒絶セラレタルトキニ非レハ辨濟ノ目的物ヲ供託シテ其債務ヲ免ルルコトヲ得サルモノトス然レハ原院カ債務者ヨリ現實ノ提供ナク又ハ辨濟準備ノ通知及ヒ受領ノ催告ヲ爲シタルコトナクシテ直チニ辨濟ノ目的物ヲ供託スルモ未タ以テ其債務ヲ免ルルノ原因ト爲スニ足ラストノ趣旨ニ基キ判決ヲ爲シタルハ正當ニシテ上告論旨ノ第一點ハ其理由ナシ既ニ前ニ説明シタルカ如ク債權者カ豫メ辨濟ノ受領ヲ拒ミタルトキト雖モ辨濟者カ適法ノ提供ヲ爲シテ辨濟ノ受領ヲ拒絶セラレタルコトナキ以上ハ供託ニ因リ其債務ヲ免ルルコト能ハサルヲ以テ被上告人カ豫メ係爭地代ノ受領ヲ拒ミタル事實アリヤ否ヤヲ定ムルコトハ本件請求ノ當否ヲ決スルニ必要ナカリシ事項ナルヤ自ラ明白ナリ故ニ原院カ其事實ノ存否ヲ判定セサリシハ當然ノ事ニシテ上告論旨ノ第二點モ亦理由ナシ(明治四十年オ第百二十六號同年五月二十日大審院第二民事部判決)

明治四十年五月二十日大審院判決トシテ法學志林(九卷九號七一頁)ニ掲グル所ニ據レハ「辨濟者カ辨濟ノ受領ヲ拒絶セラレタルノ故ヲ以テ辨濟ノ目的物ヲ供託シテ其債務ヲ免ルルニハ其供託前民法第四百九十三條ノ規定ニ從ヒ辨濟ノ提供ヲ爲シタルコト及ヒ債權者カ之ニ應セスシテ辨濟ノ受領ヲ拒ミタルコトヲ要ス」ト云ッテ居ルヤウデアルガ是ハ謬デアルト思フ、法文ニハ唯「債權者カ辨濟ノ受領ヲ拒ミタルトキハ供託ニ由ッテ債務ヲ免ルルコトガ出來ルトアッテ(民四九四)毫モ提供ヲ必要トシテハ居ラヌ、然ルニ債權者ガ辨濟ノ受領ヲ拒ムニハ通常債務者ノ提供アルヲ待ツニハ相違ナイケレドモ、時トシテハ豫メ其意思ヲ表示スルコトモアル、而シテ是モ亦債權者ガ辨濟ノ受領ヲ拒ム場合デアルコトハ前條ニ明カニ之ヲ認メテ居ルノデアル、然ルニモ拘ハラズ辨濟ノ提供ニ對シテ債權者ガ其受領ヲ拒ンダ場合デナケレバ民四九四ヲ適用スベカラザルモノデアルト曰フハ、決シテ法律ノ解釋ニ非ズシテ、法律ニ追加スルモノデアル、殊ニ「債權者カ豫メ辨濟ノ受領ヲ拒ミタルトキト雖モ辨濟者カ適法ノ提供ヲ爲シテ辨濟ノ受領ヲ拒絶セラレタルトキニ非ザレハ辨濟ノ目的物ヲ供託シテ其債務ヲ免ルルコトヲ得サルモノトス」ト曰フニ至ッテハ聊カ迂濶ノ譏ヲ免レナイヤウニ思フ、此場合ニ於テハ債權者ハ豫メ辨濟ノ受領ヲ拒ンデ居ルノデアルカラ、辨濟者ガ

更ニ提供ヲナシタ所デ之ヲ受ケナイコトハ明カデアルト謂ッテヨイノデアルカラ、實ニ無益ノ手數デアルノミナラズ、前條ノ規定ニ依レバ此場合ニ於ケル提供ハ單ニ「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」ノデアルカラ、之ニ對シテ更ニ復債權者ヨリ辨濟ノ受領ヲ拒絶スル意思表示ヲナスコトハ滅多ニナカラウト思フ、サスレバ此場合ニハ民四九三ノ規定ニ依ッテ適法ニ提供ヲナシタル後ト雖モ未ダ供託ヲナスコトガ出來ヌト謂ハヂバナラヌ、舊民法ニハ佛國法ニ倣ッテ提供ヲ以テ供託ノ前提條件トシテ居リ(財產編四七七、一項——V. Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code civil*, 2e ed., V, nos 202 et s., P. 383 et s.)、又獨逸民法ニハ直接ニ提供ヲ以テ供託ノ前提條件トハシテ居ラヌケレドモ、我民法四九四中「債權者カ辨濟ノ受領ヲ拒ミ」ノ條件ニ相當スルモノハ同法三七二中「債權者カ受領ノ遲滯ニ在ルトキ」(Wenn der Gläubiger im Verzuge der Annahme ist) ノ條件デアルガ、債權者ガ受領ノ遲滯ニ在ルタメニハ債務者ノ提供ヲ要スルカラ(獨民二九(三))、間接ニ提供ガ供託ノ前提條件トナルノデアルガ、其代リ債權者ガ豫メ辨濟ノ受領ヲ拒メル場合ニ於テハ單ニ提供ノ意思ヲ表示スレバヨイノデ(同二九五)、右ノ判決ニ言フガ如ク債權者ガ更ニ受領ヲ拒ムコトヲ要セヌノデアル我民法ニ於テハ提供ヲ要件トセザル代リニ債權者カ受領ヲ拒ムコトヲ要件トシテ居ルノデ、此點ハ明カニ獨逸民法ト違フテ居ルノデアル、而シテ我民法ガ此ノ如ク規定シタル理由ハ債權者ガ豫メ受領ヲ拒メル場合ニ於テ提供ヲナサシメタ所デ、債權者ガ之ヲ受ケナイコトハ明カデアルカラ、若シ債務者ニ於テ供託ヲ爲サント欲スルナラバ、寧ロ直チニ之ヲ爲サシムルヲ便トスルカラデアル

七　民法第五百四條ニ依リ責任ヲ免ルル第三取得者ハ抵當登記ノ變更ヲ求ムルコトヲ得

依テ民法第五百四條ヲ閲スルニ「第五百條ノ規定ニ依リテ代位ヲ爲スヘキ者アル場合ニ於テ債權者カ故意又ハ懈怠ニ因リテ其擔保ヲ喪失又ハ減少シタルトキハ代位ヲ爲スヘキ者ハ其喪失又ハ減少ニ因リ償還ヲ受クルコト能ハサルニ至リタル限度ニ於テ其責ヲ免ル」トアリ依

テ按スルニ第五百條ノ規定ニ依リ抵當不動産ノ第三取得者又ハ保證人等債權ノ辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者ハ辨濟ニ因リテ當然債權者ニ代位スル者ナルカ故ニ保證人又ハ第三取得者アル場合ニ於テ債權者タル者ハ故意又ハ懈怠ニ因リテ他ノ擔保ヲ喪失又ハ減少シ以テ辨濟ニ因リテ代位スヘキ保證人又ハ第三取得者ノ權利ヲ害シ償還ヲ受クルコト能ハサルニ至ラシムルヲ得サルハ理ノ當然ナリ故ニ債權者ニ於テ故意又ハ懈怠ニ因リ擔保ヲ喪失又ハ減少シ代位スヘキ者ノ權利ヲ害シ之ヲシテ償還ヲ受クルコト能ハサルニ至ラシメタルトキハ本條ニ於テ保證人又ハ第三取得者等代位スヘキ者ヲシテ債權者ノ所爲ニ因リ害ヲ受クヘキ限度ニ於テ其責ヲ免レシメ以テ債權者ノ所爲ニ因リ害クルコトナカラシメタルモノトス是レ本條ノ法意ナリ而シテ抵當權ハ其性質不可分ナルカ故ニ債權者ノ承諾アルカ又ハ民法第三百七十七條同第三百七十八條ノ如ク明文ヲ以テ例外ヲ設ケタル場合ヲ除クノ外縱令債權ノ一部ニ變更ヲ生スルモ債權全部ノ辨濟アルニアラサレハ依然トシテ存在シ消滅又ハ變更セサルモノトス故ニ民法第五百四條ニ依リ第三取得者カ抵當權ノ一部ニ對シ辨濟ノ責ヲ免レ得ル場合ト雖モ抵當權ハ依然トシテ存在シ消滅セサルハ勿論毫モ其變更ヲ生スヘキ理ナキヲ以テ抵當登記ノ變更ヲ許シ得ヘキモノニアラス然ルニ被上告人ハ抵當不動産ノ第三取得者ニシテ民法第五百四條ニ依リ債權者タル上告人ニ代位スヘキモノナルニ上告人ニ於テ故意ヲ以テ他ノ抵當權ヲ喪失セシメタルカ故ニ其喪失ニ因リ被上告人カ辨濟ノ責ヲ免レタルコトヲ原因トシ本訴抵當權利ノ變更ヲ確認シ且其變更登記ヲ爲スコトヲ請求スルモノナルコト本件記錄ニ徵シテ明確タリ左スレハ第一審判決ニ於テ本訴上告人ノ請求ハ法律上之ヲ許シ得ヘキモノニアラストシ之ヲ却下シタルハ其當ヲ得タルモノニシテ原院カ第一審判決ヲ廢棄シ本訴被上告人ノ請求ヲ容レタルハ其當ヲ得サルモノトス既ニ此點ニ依リ原判決ヲ不當トシ之ヲ破毀スル以上ハ他ノ上告論旨ニ對シ其當否ヲ判斷スル必要アルナシ依テ之カ判斷ヲ爲サス(明治三十九年ヵ第三六號同年六月二十九日大審院第二民事部判決)

明治三十九年六月二十九日大審院判決トシテ法學志林(八卷一一號八一頁)ニ掲グル所ニ據レハ「民法第五百四條ニ依リ第三取得者カ抵當債權ノ一部ニ對シ辨濟ノ責ヲ免レ得ル場合ト雖モ抵當權ハ消滅セサルハ勿論毫モ其變更ヲ生スヘキ理ナキヲ以テ抵當登記ノ變更ヲ許シ得ヘキモノニアラス」トシテ居ルノデアルガ、是ハ謬ッテ居ルト思フ、此場合ニ於テ第三取得者ガ責任ヲ免ルルトハ如何ナル意味デアルカト云フニ、本來第三取得者ハ債務ヲ負擔スル者デナイカラ、其責任ハ單ニ抵當權者ヲシテ其抵當權ヲ行ハシムル責任ヲ負フニ過ギヌノデアル、故ニ其責任ヲ免ルルトハ其抵當權ヲ行ハシムル責任ヲ免ルルト云フコトデ、取リモ直サズ第三取得者ハ其抵當權ヲ無視スルコトヲ得ルノデアル、若シ之ヲ無視スルコトヲ得ルナラバ、其登記ヲモ無視スルコトヲ得ルノデアル、然ルニ若シ其登記ヲ其儘ニ存シ

置イタナラバ、第三者ハ之ニ據ッテ抵當權ノ存スルモノト信ジテ第三取得者ノ權利ヲ完全ニ認メヌコトトナルデアラウ、是デハ法律ガ第三取得者ヲ保護セントシタル精神ヲ沒了スルコトニナルカラ、第三取得者ハ己ノタメニハ無效ナル所ノ抵當權ノ全部又ハ一部ノ登記ノ除却、即チ抹消又ハ變更ヲ求ムル權利アルコトハ當然ノ事デアルト思フ、論者道フコトヲ休メヨ、右ノ抵當權ノ全部又ハ一部ハ第三取得者ノタメニハ無效デアルトシテモ、他ノ者就中抵當權設定者及ビ他ノ債權者ニ對シテハ依然存シテ居ルノデアルカラ、其登記ノ抹消又ハ變更ヲ爲スコトガ出來ヌト、併シ抵當權ヲ行フニハ必ズ先ヅ第三取得者ニ對シテ之ヲ行ハナケレバ他ノ者ニ對シテモ之ヲ行フコトヲ得ナイノデアル、成程抵當權ノ效力タル追及權ハ第三取得者ニ對シテ行フモノデアルケレドモ優先權ハ他ノ債權者ニ對シテ行フモノデアルカラ矢張登記ヲ存シ置ク必要ガアルト曰フ者ガアルカモ知レヌガ優先權ヲ行フニハ先ズ第三取得者ニ對シテ追及權ヲ行フテ其代價ニ付テ他ノ債權者ヨリ先ニ辨濟ヲ受クルヨリ外ハナイノデアル、故ニ既ニ追及權ヲ行フコトヲ得ナイナラバ、最早優先權ヲモ行フコトヲ得ナイノデアル、尤モ第三取得者ガ抵當權設定者ニ代價ノ全部又ハ一部ヲ支拂フヘキ場合ニ於テ民三〇四及ビ三七二ノ適用ニ因ッテ抵當權者ガ其權利ヲ行フニ付テハ其登記ガ必要デアルカラ、此場合ニ於テハ抵當權者ガ優先權ヲ行ヒ了ルマデ其登記ノ抹消又ハ變更ヲ爲スコトヲ得ナイケレドモ、本件ニ於テハ判決中果シテ此場合ニ該當スルヤ否ヤヲ審ニシナイノデアルカラ、大審院ハ汎ク登記ノ抹消又ハ變更ヲ許サヌモノトシテ居ルヤウデアル、要スルニ民五〇四ノ場合ニ於テハ抵當權ノ效力タル追及權ノ全部又ハ一部ハ當然消滅スルノデアッテ、其結果トシテ優先權モ消滅スルヲ通例トスルノデアルカラ、抵當權ノ登記ノ抹消又ハ變更ヲ爲スベキデアルガ、例外トシテ民三〇四ノ場合ニハ抵當權者ガ優先權ヲ行ヒ了ッテカラ登記ノ抹消又ハ變更ヲ爲スベキデアル（民三〇四ノ場合ニハ優先權ノタメニノミ抵當權ヲ存シ置クコトガ他ニモ其例ヲ見ルノデアル、例ヘバ建物ガ火災ニ因ッテ滅失シタル場合ニ於テ保險金又ハ損害賠償ニ付テ抵當權ヲ行フコトガアルガ、此場合ニハ本來抵當權ハ既ニ消滅シテ居ルノデアルケレドモ、民三〇四ノ規定ニ因ッテ優先權ダケガ存シテ居ルニ因ッテ抵當權ハ仍ホ存シテ居ルモノトシテ登記ヲ存置スル必要ガアルノデアル）

八　相殺ヲ爲スニハ債權ノ辨濟期ニ在ルコトヲ證明スルコトヲ要セス

上告人ニ於テハ本件債權ハ乙第一號證ノ債權ニ依リ已ニ相殺シタルコトヲ主張シ被上告人ハ右ノ主張ヲ全然爭フモノナルカ故ニ上告人ニ於テ相殺ノ事實ヲ立證セントスルニハ須ク乙第一號證ノ債權ノ成立セルコト竝ニ其債權ノ辨濟期已ニ到來シ適法ニ相殺シタルコトヲ立證セサルヘカラス然ルニ上告人ハ原院ニ於テ單ニ乙一號證債權成立ノ事實ヲ立證センカ爲メ乙一、二、三號證ノ檢眞及證人ノ訊問ヲ申請シ而テ其辨濟期到來ノ點ニ付キテハ何等立證ヲ爲スノ意思ヲ表示シタルコトナシ是ヲ以テ原院ハ其當時ニ於ケル辨論進行ノ程度ニ於テ右證據調ヲ必要トスルヤ否ヲ定ムルニ當リ乙一號證ノ債權カ已ニ辨濟期ニ到達シタルコトヲ認ムルコト能ハサルヲ以テ假令上告人主張スルカ如キ債權アリトスルモ之ニ依リ適法ナル相殺ノ成立スヘキモノニ非サルカ故ニ右證據調ノ申請ハ不必要ナリトノ理由ヲ以テ該申請ヲ却下シタルハ相當ニシテ上告人所論ノ如キ不法アルコトナシ(明治三十八年オ第二百七十號同年六月二十四日大審院第一民事部判決)

明治三十八年六月二十四日大審院判決(法學志林七卷一〇號八二頁)ニ據レバ相殺ヲナサント欲スル者ハ先ヅ其債權ノ辨濟期ニ在ルコトヲ證明シナケレバナラヌトシテ居ルヤウデアルガ、是ハ不當デアルト思フ、擧證問題ハ畢竟原則ニ反シタル事ヲ主張スル者ヨリ擧證スベキニ在ルノデアル、今甲ガ乙ニ對シ相殺ヲナスニハ自己ガ乙ニ對シテ債權ヲ有スルコトヲ證明セヲバナラヌ、ナゼナレバ甲乙ノ間ニハ債權關係ナキガ原則デアッテ何カ特別ノ原因ガナケレバ其間ニ債權ノ存スベキ筈ガナイカラデアル、然レドモ債權ハ原則トシテ期限ナキモノデアル、故ニ若シ乙ガ甲ノ債權ニ期限ガアッテ、タメニ相殺ニ適セヌト曰フナラバ、乙ヨリ其擧證ヲナサヲバナラヌ、若シサウデナイト云フナラバ、甲ハ其債權ノ辨濟期ニ在ルコトヲ證明スルノミナラズ、(一)債權ノ性質ガ相殺ヲ許スコト(民五〇五、一項但書)、(二)當事者ノ反對意思ナキコト(同二項)等ヲモ證明セヲバナラヌト謂ハナケレバナラヌ、或ハ債權ノ辨濟期ニ在ルベキコトハ民五〇五、一項本文ニ在リ、他ノ二條件ノ如キハ但書及ビ第二項ニ在ルカラ違フト云フカモ知レヌガ、是ハ拘泥モ亦太甚シト謂ハヲバナラヌ、法律上債權ノ辨濟期ニ在ルヲ條件トスル權利ハ尠クナイノデアルガ大抵但書トナッテ居ルノデアル(民二九五、一項、五三三、五七五、二項)、ヨモヤ同一ノ條件ガ本文中ニ在ルノト但書ニ在ルノトニ依ッテ甲ハ豫メ之ヲ證明スルコトヲ要シ、

乙ハ之ヲ證明スルコトヲ要セヌト曰フ人モアルマイ、抑〻法文ニ於テ或條件ヲ本文中ニ記載シ又ハ但書若クハ第二項ニ記載スルガ如キハ唯文章ノ都合ニ依ルモノデ、此ノ如キ事柄ニ重キヲ置イテ法文ヲ解釋スルノハ概シテ間違デアルト曰フノヲ憚ラヌノデアル

九　贈與ノ目的タル財産ハ第三者ニ屬スルモ可ナリ

案スルニ贈與ハ贈與者ノ財産ヲ無償ニテ相手方ニ與フルモノニシテ而シテ其財産ハ現在已ニ存在スルモノト將來取得スヘキモノナルトハ固ヨリ問フ處ニ非サルカ故ニ他人所有ノ財産タリトモ贈與者カ他日之ヲ取得シ自己ノ財産トナリタルトキハ相手方ニ供與スヘキコトヲ契約スルヲ妨ケスト雖モ此等ノ條件ヲ附スルコトナク第三者所有ノ財産ヲ直チニ贈與ノ目的ト爲スハ法律ノ認容セサル所ナリトス蓋何人ト雖モ已ノ有セサル權利ヲ他人ニ移轉スルコト能ハサルハ一般ノ通則ニシテ唯民法第五百六十條ノ如キ特別規定アル場合ニ於テハ他人ノ權利ヲ以テ賣買ノ目的物ト爲スコトヲ得レトモ贈與ニ付テハ此等ノ規定ナキノミナラス贈與ノ如キ無償行爲ニ關シ贈與者ヲシテ當然右五百六十條ニ規定スルカ如キ義務ヲ負擔セシムルハ贈與者ニ過重ノ責任ヲ負ハシムルモノニシテ贈與ノ性質ニ反スルモノト云ハサルヘカラス是レ民法第五百四十九條ニ於テ贈與ノ目的物ハ自己ノ財産タルヘキコトヲ特ニ明示シタル所以ナリトス蓋テ本件判決ヲ閲スルニ原院ハ本訴係爭物件カ明治三十六年贈與成立者ヨリ訴外須藤嘉市ノ所有ニ屬シ居ル事實ヲ認メナカラ本件契約ハ右嘉市ハ財産ヲ他日上告人ニ取得シタルトキハ之ヲ被上告人ニ贈與スルノ趣旨ナリシヤ將又單ニ第三者ノ財産ヲ贈與ノ目的物ト爲シタルモノナルヤヲ審究セス「唯贈與契約ノ效力ハ贈與者カ無償ニテ債務ヲ負フニ在ルヲ以テ假令贈與スヘキ目的物カ第三者ニ屬スルモ其贈與ハ有效ナリト云ハサルヘカラス」トノ理由ヲ以テ直ニ本訴ノ契約ヲ有效ナリト判定シタルハ如上ノ法則ニ違背シタル不法アルヲ免レス(明治三十八年ホ第三百八十七號同年十二月十四日大審院第一民事部判決)

明治三十八年十二月十四日大審院判決(法學志林八卷三號一一六頁)ニ據レバ「贈與ハ贈與者ノ財産ヲ無償ニテ相手方ニ與フルモノニシテ而テ其財産ハ……他人所有ノ財産タリトモ贈與者カ他日之ヲ取得シ自己ノ財産トナリタルトキハ相手方ニ供與スヘキコトヲ契約スルヲ妨ケスト雖モ此等ノ條件ヲ附スルコトナク第三者所有ノ財産ヲ直ニ贈與ノ目的物ト爲スハ法律ノ認容セサル所ナリトス蓋何人ト雖モ已レノ有セサル權利ヲ他人ニ移轉スルコト能ハサルハ一般ノ通則ニシテ唯民法第五百六十條ノ如キ特別規定アル場合ニ於テハ他人ノ權利ヲ以テ賣買

ノ目的物ト爲スコトヲ得レトモ贈與ニ付テハ此等ノ規定ナキノミナラス贈與ノ如キ無償行爲ニ關シ贈與者ヲシテ當然右五百六十條ニ規定スルカ如キ義務ヲ負擔セシムルハ贈與者ニ過重ノ責任ヲ負ハシムルモノニシテ贈與ノ性質ニ反スルモノト云ハサル可カラス是レ民法第五百四十九條ニ於テ贈與ノ目的物ハ自己ノ財産タルヘキコトヲ特ニ明示シタル所以ナリ」トシテ居ルノデアルガ、是ハ謬ッテ居ルト思フノデアル、大審院ハ「他人所有ノ財産タリトモ贈與者カ他日之ヲ取得シ自己ノ財産トナリタルトキハ相手方ニ供與スヘキコトヲ契約スルヲ妨ケス」ト曰ッテ居ルノデアルガ、若シ當事者雙方ガ初ヨリ他人ノ財産ナルコトヲ知ッテ居ルナラバ、特ニ右ノ條件ヲ附セヌトテモ同一ノ意思ガアッタモノト視ナケレバナラヌコトガ多イデアラウ、何トナレバ贈與者ガ其財産ヲ取得シナケレバ之ヲ受贈者ニ與フルコトガ出來ヌカラデアル、而シテ若シモ當事者ガ之ヲ知ッテ居ル場合ニ右樣ノ契約ヲ結ブコトガ出來ルナラバ、何故ニ之ヲ知ラナイ場合ニモ同樣ノ契約ヲ結ブコトガ出來ヌデアラウカ、大審院ハ「第三者所有ノ財産ヲ直ニ贈與ノ目的物ト爲スハ法律ノ認容セサル所」デアルト曰ッテ居ルケレドモ、其樣ナル事ガ何處ニ書イテアルカ、大審院ハ「何人ト雖モ己レノ有セサル權利ヲ他人ニ移轉スルコト能ハサルハ一般ノ通則」デアルト曰ッテ居ルガ、成程他人ノ權利ヲ直チニ第三者ニ移轉スルコトヲ得ナイノハ勿論ノ事デアルケレドモ、苟モ其權利ノ性質ガ移轉シ得ベキモノデアル以上ハ、權利ノ移轉其者ガ不能デハナイノデアル、大審院ハ民五六〇ノ規定ヲ以テ特別規定トシテ居ルケレドモ、是レ亦謬デアルト思フ、賣買ノ規定ハ民五五九ニ依ッテ一切ノ有償契約ニ準用スベキモノデアル、而シテ契約ハ有償ナルモノガ多イカ、無償ナルモノガ多イカト云ヘバ、無論有償ナルモノガ多イノデアル、故ニ民五六〇ハ原則的規定デアッテ「特別規定」デハナイト謂ハヲバナラヌ、而シテ贈與者ガ同條ノ義務ヲ負擔シナイノハ、同條ガ特別規定デアルガタメニ非ズシテ、民五五一ノ規定アルガタメデアル、然ルニ民五五一、一項ノ權利ノ欠缺ト云フノハ本問題ノ場合ノ如キヲ言フノデアルガ、若シモ大審院ノ見解ガ正シイナラバ、此場合ニハ贈與ハ無效デアルト謂ハヲバナラヌカラ、贈與者ガ「權利ノ欠缺ニ付キ其責ニ任セス」トハ殆ド意味ノナイ事デアルノミナラズ、但書ノ「贈與者カ其欠缺ヲ知リテ之ヲ受贈者ニ告ケサリシトキハ此限ニ在ラス」、即チ其責ニ任ズルトハ如

何ナル譯デアラウカ、予等ノ眼ヨリ觀レバ此場合ニハ贈與者ハ其權利ヲ受贈者ニ移轉スル義務ガアル、故ニ若シ之ヲ取得シテ受贈者ニ移轉スルコトガ出來ヌナラバ賠償ノ責ニ任ジナケレバナラヌノデアル、大審院ハ或ハ此責任ハ不法行爲ノ責任ニ過ギヌト曰フカモ知レヌガ、其ナラバ權利ノ瑕疵又ハ一部欠缺ノ場合ニハドウデアルカ、同一ノ規定ガ是ニ就テハ不履行ノ責任ヲ定メ彼ニ就テハ不法行爲ノ責任ヲ定メタモノダトハヨモヤ大審院ト雖モ主張シナイデアラウト思フ(物ノ全部ノ欠缺ニ付テハ本條ヲ適用スベキ限デナイ、何ト大レバ此場合ニハ目的物ガ存セヌ、隨ッテ之ガ權利ヲ移轉スルコトハ絕對且客觀的ニ不能デアルカラデアル、サレバヨソ賣買ニ付テハ物ノ一部ノ欠缺及ビ權利ノ全部若クハ一部ノ欠缺ニ關シ詳細ノ規定アルニ拘ハラズ、物ノ全部ノ欠缺ニハ一言ノ及ブモノガナイノデアル、是ニ於テ殘ル所ハ民五四九ニ自己ノ財產トアルハドウカト云フ議論デアルガ是モ極メテ薄弱ナル論據デアルト思フ、元來民法ハ急速ニ起草シタルモノデ、殊ニ執筆者モ一人デナカッタノデアルカラ、往往字句ノ統一ヲ缺イデ居ル處ガアルノデアル、右ノ字句ノ如キモ其一例デアル、併シ贈與者ガ相手方ニ財產ヲ與フル時ニ

ハ既ニ「自己ノ財產」トナッテ居ラヌバナラヌカラ、必ズシモ文字ガ不正確デアルトハ謂ヘヌ、然ラズンバ米ヲ一俵モ持タヌ人ガ或人ニ無償ニテ米十俵ヲ與フル意思ヲ表示シタル場合ニモ贈與ハ成立セヌト謂ハヌバナルマイ、故ニ此文字ニ拘泥スルコトハ出來ヌノデアル、獨逸ニ於テモ贈與ハ「或人ガ自己ノ財產ヲ以テ他人ノ財產ヲ增加スル」モノデアルト曰ッテ居ルニ拘ハラズ(獨民五一六:Eine Zuwendung durch die Jemand *aus seinem Veumögen* einen Auderen bereichert.....) 他人ノ物ノ贈與ヲ有效トスルコトニ付テハ疑ガナイヤウデアル(*Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen gesetzbuches.* II § 443, *S.* 296; Planck, *Bürgerliches gesetzbuch*, II, § 523, 1, a, S. 287; Dernburg, *Das bürgerlichen Recht*, II, 2. Abt, § 207, II, 1, a, S. 126; Crome, *System des Deutschen Bürgerlichen Rechts.* II, § 231, 5, a, S. 515) 佛國ニ於テハ將來ノ財產ノ贈與ヲ禁ジテ居ルノト(佛民九四二)他人ノ物ノ賣買ヲ無效トシテ居ルノトノタメニ(同一五九九)一般ニ他人ノ物ノ贈與ヲ無效トシテ居ルヤウデアル(Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 4e éd, VII, §§ 675et 676, p. 151 *in fine*; Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, 7e éd, II, n° 485, p. 351; Demante, et Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code civil*, 2e éd., IV, n° 85 *bis* I, p. 203) 我

邦ニ於テハ大審院モ認メテ居ル如ク一方ニ於テハ將來ノ財産ヲ以テ贈與ノ目的トナスコトガ出來ルシ、他ノ一方ニ於テハ他人ノ物ノ賣買ヲ有效トシテ居ルノデアルカラ、到底佛國ノ學說ニ據ルコトハ出來ヌノデアル、抑〻他人ノ物ノ賣買ヲ無效トシタノハ蓋シ佛國民法ガ始メテデアッタラウ、(羅馬及ビ佛國舊法ニ於テハ然ラズ)、然ルニ是ハ民法編纂者ノ誤解カラ來タノデアルコトハ多數ノ學者ガ認メテ居ル所デアル(拙著民法要義增訂三卷四八八頁、Colmet de Santerre, *op. cit.*, VII, n° 28 *bis* III, p. 51; Aubry et Rau, *op. cit.*, IV, § 351, 3°, note 43, p. 354)、ソコカラシテ法文ニハ明カニ無效(nulle)トシテ居ルニ拘ハラズ、之ヲ曲解シテ取消シ得ベク(annulable *ou* rescindable: Aubry et Rau *ibid.*, note 51, p. 356; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, III, n° 503, c, p. 323)又ハ解除シ得ベキ(Résoluble: Colmet de Santerre, *ibid.*, n° 28 *bis* VI, p. 54)モノトシテ居ル者ガ最モ多イノデアル、尙ホ遺贈ハ原則トシテ「其目的タル權利カ遺言者ノ死亡ノ時ニ於テ相續財産ニ屬セサルトキハ其效力ヲ生セ」ヌコトトナッテ居ルケレドモ(民一〇九八)是ハ遺言者ノ普通ノ意思ヲ推測シタルモノデ、(第一)反對ノ意思ヲ認ムベキトキハ之ヲ有效トシテ遺贈義務者ニ「其權利ヲ取得シテ之ヲ受遺者ニ移轉スル義務ヲ負ハシメテ居ルノミナラズ(民一〇九八但書、一〇九九)、(第二)遺言者ガ生前ニ其權利ヲ取得スレバ遺贈ハ十分其效力ヲ生ズルノデアル、故ニ他人ノ物ノ遺贈ガ無效ダトハ謂ヘヌノデアル、右ノ理由アルガタメ遺贈ニ付テハ羅馬法以來各國法律ニ於テ細目ハ多少違フケレドモ大體我民法ト同一ノ原則ヲ採用シテ居ルノデアル(獨民二一六九、二一七〇、佛民一〇二一等)

一〇　督促手續ハ民法第五百九十一條第一項ノ催告ト視ルコトヲ得ス

審按スルニ返還ノ時期ヲ定メサル消費貸借ニ付キ返還ノコトヲ規定シタル民法第五百九十一條ニハ單ニ貸主ハ相當ノ期間ヲ定メテ返還ノ催告ヲ爲スコトヲ得トノミアリテ別ニ其催告ノ方法ノ定メナキカ故ニ貸主ハ如何ナル方法ニ依ルトモ相當ノ期間ヲ定メテ返還ノ催告ヲ爲スコトヲ得ルモノトス而シテ被上告人カ本件ニ付キ執リタル催告ノ方法ハ督促手續(民事訴訟法第三百八十六條)ニシテ此手續ニ依レハ催告ヲ受ケタル債務者ノ爲メニハ辨濟ヲ爲スニ付キ十四日ノ期間アルヲ以テ此方法ニ依リタルモノモ如上民法ノ規定ニ適合スルモノトス依テ以上ノ趣旨ニ出テタル原判決ハ相當ナリ(明治四十年ヵ四九六號同四十一年二月七日大審院第二民事部判決)

第一編　民法　丙　債權　一〇　督促手續ハ民法第五百九十一條第一項ノ催告ト視ルコトヲ得ス

明治四十一年二月七日大審院判決トシテ法學志林(一〇卷四號八七頁)ニ掲グル所ニ據レバ、「民法第五百九十一條ニハ單ニ貸主ハ相當ノ期間ヲ定メテ返還ノ催告ヲ爲スコトヲ得トノミアリテ別ニ其催告ノ方法ノ定メナキカ故ニ貸主ハ如何ナル方法ニ依ルトモ相當ノ期間ヲ定メテ返還ノ催告ヲ爲スコトヲ得ルモノトス而シテ督促手續ニ依レハ催告ヲ受ケタル債務者ノ爲メニハ辨濟ヲ爲スニ付キ十四日ノ期間アルヲ以テ此方法ニ依リタルモノモ如上民法ノ規定ニ適合スルモノトス」ト云ッテ居ルヤウデアルガ、是ハ誤ッテ居ルト思フ、抑督促手續ハ訴ヲ起シ得ラルル場合デナケレバ之ニ依ルコトハ出來ヌモノデアルコトハ民事訴訟法ノ規定ニ依ッテ明カデアル、例ヘバ民訴三八二、一項ニハ「債權者ハ通常ノ訴訟手續ニ依ラスシテ督促手續ニ依リ云云」トアッテ、通常ノ手續ニ依ッテ訴ヲ提起スルコトノ出來ル場合ニ之ニ依ラズシテ督促手續ニ依ルコトヲ得ルノ趣旨ヲ明カニシテ居ル、又同三八五、一項ニハ「裁判所ハ申請ヲ調査シ其申請カ……現時理由ナキコトノ顯ハルルトキハ其申請ヲ却下ス」トアッテ、申請ノ當時ニ其理由ガナケレバナラヌコトガ明カデアルノニ、民五九一、一項ニ依レバ「相當ノ期間」內ハ債務者ニ於テ返還ノ義務ガナイノデアルカラ、其期間ヲ定メテ催告ヲナスコトナク直チニ督促手續ノ申請ヲナスモ、裁判所ハ右ノ規定ニ依ッテ之ヲ却下スベキモノデアル、然ラズバ期限附ノ債務デアッテモ、殘餘期限ガ十四日未滿デアレバ、既ニ督促手續ニ依ルコトガ出來ルト謂ハヲバナラヌ、尙ホ進シテ期限ノ全部ガ十四日未滿ノ場合ニハ債務發生後直チニ督促手續ニ依ルコトガ出來ル筈デアル、以テ右ノ判決ノ不當ナルコトガ分ル、又同三八六、二項ニ依レバ「支拂命令ニハ……其手續ノ費用ニ付キ定ムル數額ヲ債權者ニ辨濟ス可……キ旨ノ債務者ニ對スル命令ヲ記載ス可」キモノトシテアルケレドモ、民五九一、一項ノ場合ニハ「相當ノ期間」經過ノ後ニ非ザレバ債務者ハ未ダ遲滯ニ在ラザル者デアルカラ、債權者ガ勝手ニ裁判上ノ手續ヲナシテ其費用ヲ債務者ヨリ支拂ハシムル權利ノ有ラウ筈ガナイ、殊ニ被告ガ遲滯ニ在ル場合デモ直チニ請求ヲ認諾シタルトキハ訴訟費用ヲ原告ノ負擔ニ歸セシムル民訴七四ノ規定ニ照シテ看テモ、此場合ニ手續ノ費用ヲ債務者ノ負擔ニ歸セシムル道理ハナイ、又同三八七、一項ニハ「權利拘束ノ效力ハ支拂命令ヲ債務者ニ送達スルヲ以テ始マル」トアルガ、是ハ恰モ普通ノ訴訟ニ於テ權利拘束ガ「訴狀ノ送達ニ因リテ生

ス」ルノト同樣デアル(民訴一九五、一項)、及同三九〇ニ依レバ「適當ナル時期ニ異議ヲ申立テタル場合ニ於テ請求ニ付キ起ス可キ訴カ區裁判所ノ管轄ニ屬スルトキハ其訴ハ支拂命令ノ送達ト同時ニ區裁判所ニ之ヲ起シタルモノト看做ス」コトニナッテ居ル、故ニ少クモ支拂命令送達ノ時ニハ訴ヲ起スコトガ出來ル場合デナケレバナラヌ、此等ノ規定ニ依ッテ觀レバ、督促手續ハ訴ヲ起スコトノ出來ル場合デナケレバ之ヲ許サヌコトハ最モ明カデアル、然ルニ民五九一、一項ノ場合ニ於テハ相當ノ期間ヲ定メテ催告ヲシテ而モ借主ガ返還ヲナサザル場合デナケレバ、訴ヲ起スコトノ出來ナイコトハ蓋シ何人モ爭ハヌ所デアラウ、然ラバ督促手續モ豫メ相當ノ期間ヲ定メテ催告ヲナシテ而モ借主ガ返還ヲナサザル場合デナケレバ、之ニ依ッテ請求ヲナスコトノ出來ナイコトモ亦明カデアルト謂ハヲバナラヌ、判決文ニハ債務者ガ辨濟ヲナスニ付キ十四日ノ期間ガアルカラヨイデハナイカト云フケレドモ、(第一)十四日ノ期間ガ果シテ常ニ「相當ノ期間」ト視ラルベキカドウカ、例ヘバ金額ノ大ナル場合ニハ予ハ之ヲ以テ短キニ失スルコト疑ナキモノト視ルノデアル、獨逸民法ノ如キハ貸金額三百馬爾克(我百四十四圓餘)ヲ超ユルトキハ三个月前、其以下ハ一个月前ニ催告ヲナスベキモノトシテ居ル(獨民六〇九、二項)、(第二)右ノ議論ガ正シイモノトスレバ、普通ノ訴訟デハ「訴狀ノ送達ト口頭辯論ノ期日トノ間ニハ少ナクトモ二十日ノ時間ヲ存スルコトヲ要ス」ルコトニナッテ居ルカラ(民訴一九四、一項)民五九一、一項ノ催告ヲナサズシテ直チニ訴ヲ起シテモヨイト謂ハヲバナルマイ、抑〻民法ガ返還時期ノ定ナキ消費貸借ニ在ッテハ貸主ハ相當ノ期間ヲ定メテ催告ヲナスベキモノトシタノハ、一ッニハ消費貸借ハ借主ガ物ヲ消費シテ之ヲ利用スルタメニナスノデアルカラ、貸主ガ之ヲ貸シテ又直チニ其返還ヲ求ムルコトガ出來ルモノトシテハ契約ヲナシタル目的ニ反スルコトガ多イノト、又一ッニハ期限ノ定ナキ貸借ニ在ッテハ借主ハ豫メ返還ノ時期ヲ知ラヌカラ、何時マデニ返還ノ準備ヲナスベキ筈ト謂フコトガ出來ナイ、故ニ立法者ハ普通ノ人情ヲ考ヘテ、借主ハ返還ノ請求ヲ受ケテカラ、其準備ニ著手スルコトガ多イモノトシテ、同ジク相當ノ期間ヲ要スルモノトシタノデアル、然ルニ突然訴ヲ起シ又ハ通常債務者ノタメニ訴ヨリモ不利益ナル督促手續ヲナスコトガ出來ルモノトシタナラバ、右ノ立法ノ精神ヲ沒了スルコトニナルカラ、斯ノ如キハ決シテ民五九一、一項ノ正

督促手續ハ民法第五百九十一條第一項ノ儘昔ト視ルコトヲ得ス

一一　賃借人ハ借家ノ失火ニ付キ常ニ責任アリ

案スルニ凡ソ失火ノ損害ハ他ノ過失ニ由リ人ニ損害ヲ加フルト同一ニ論シ難キモノアリ人家稠密ノ地ニ在テハ偶火ヲ失スルヤ數十戸或ハ數百戸ニ延燒スルコトアリ其損害不測ニシテ假令失火者巨萬ノ資産アリト雖モ到底賠償ノ責任ヲ盡ス能ハス況ンヤ資産ナキ者ハ幸ニ延燒ノ災ヲ免レ其損害多大ナラサルモ尚ホ賠償ヲ爲スニ堪ヘス何人ト雖モ自己ノ家屋又ハ財産ヲ滅盡スヘキ失火ノ過ナカランコトニ注意ヲ怠ラサルハ勿論ナルニ失火ハ殆ト毎ヲニ自己ノ家屋又ハ財産モ共ニ燒失スルモノニシテ其過失ハ責任者ニ對シテ宥恕スヘキ情態ノ存スル場合多シ故ニ失火者ニ民事上賠償ノ責ヲ負ハシメサルハ古來ノ慣習ニシテ刑法附則第五十九條ハ此慣習ヲ斟酌シ自己ノ家屋ニ火ヲ失シテ他ニ延燒シタルト借家人等カ其家屋ニ火ヲ失シタル場合トニ論ナク總テ失火ノ損害ニ對シテハ賠償ノ請求權ヲ認メサルコトヲ規定セリ然リ而シテ此刑法附則第五十九條カ民法ニ於テ削除セラレタル後明治三十二年法律第四十號失火ノ責任ニ關スル單行法ノ制定アリ而シテ此法律ノ規定タルヤ一旦削除セラレタルモ刑法附則第五十九條但書ノ法意ヲ全然復活セシムル主旨ニ出テタルモノナルコトハ該單行法案ノ提出者タル帝國議會ノ議事錄中ニ散見スル法案提出ノ理由ニ徵スルモ洵ニ明瞭ナリ然レハ本案ノ如キ賃借人カ其借家ニ失火シタル場合ニ於テモ前揭第四十號法律ニ依リ失火者ニ重大ナル過失ノ存セサル限リハ賠償ノ責ヲ負ハシムヘカラサルモノナルニ原裁判所カ本件ノ失火ニ關シ上告人ニ重大ナル過失アリシヤ否ヤヲ審究セス單ニ上告人ヨリ失火ノ過失ニ起因セサルコトヲ信認スルニ足ルヘキ立證ヲ爲サストノ理由ヲ以テ上告人ニ賠償ノ責任アリト判決シタルハ不法ニシテ原判決ハ破毀スヘキ原因アリトス(明治三十七年ヵ第四百八十號明治三十八年二月十八日大審院第一民事部判決理由)

賃貸人ガ賃借物返還ノ義務ヲ負フコトハ蓋シ何人モ爭ハザル所デアル、然ルニ物ノ返還ノ義務ヲ負フ者ガ全ク其義務ヲ免ルルニハ天災ニ因ッテ其返還ガ不能トナッタコトヲ證明シナケレバナラヌコトハ蓋シ疑ノナイ所デアル、故ニ賃借人ガ賃借物ノ返還ニ付キ全ク其責任ヲ免レウト思フナラバ必ズ其物ガ天災ニ因ッテ滅失シタルコトヲ證明セヲバナラヌ、若シ之ヲ證明スルコトガ出來ヌナラバ賃借人ハ義務不履行者トシテ損害賠償ノ責ヲ負ハヲバナラヌ、然ルニ明治三十八年二月十七日大審院判決トシテ法學志林七卷四號八七頁ニ揭グル所ニ據レバ「賃借人カ其借家ニ失火シタル場合ニ於テ失火者ニ重大ナル過失ノ存セサル限リハ賠償ノ責ヲ負ハシムヘカラサルモノ」トシテ居ルノハ頗ル其當ヲ得ナイト思フ(法政大

學講義錄三十八年度二九號雜錄五七頁、法律新聞二六八號二六頁)今右ノ判決ノ理由トスル所ヲ聞ケバ「凡ソ失火ノ損害ハ他ノ過失ニ由リ人ニ損害ヲ加フルト同一ニ論シ難キモノアリ人家稠密ノ地ニ在テハ偶火ヲ失スルヤ數十戸或ハ數百戸ニ延燒スルコトアリ其損害不測ニシテ假令失火者巨萬ノ資産アリト雖モ到底賠償ノ責任ヲ盡ス能ハス又何人ト雖モ自己ノ家屋又ハ財産ヲ滅盡スヘキ失火ノ過ナカランコトニ注意ヲ怠ラサルハ勿論ナルニ失火ハ殆ト毎子ニ自己ノ家屋又ハ財産モ共ニ燒失スルモノニシテ其過失ハ責任者ニ對シテ宥恕スヘキ情態ノ存スル場合多シ故ニ失火者ニ民事上賠償ノ責ヲ負ハシメサルハ古來ノ慣習ニシテ刑法附則第五十九條ハ此慣習ヲ斟酌シ自己ノ家屋ニ火ヲ失シテ他ニ延燒シタルト借家人等カ其家屋ニ火ヲ失シタル場合トニ論ナク總テ失火ノ損害ニ對シテハ賠償ノ請求權ヲ認メサルコトヲ規定セリ然リ而シテ此刑法附則第五十九條カ民法施行法ニ於テ削除セラレタル後明治三十二年法律第四十號失火ノ責任ニ關スル單行法ノ制定アリ而シテ此法律ノ規定タルヤ一旦削除サレタル刑法附則第五十九條但書ノ法意ヲ全然復活セシムル主旨ニ出テタルモノナ」リト曰フニ在ルノデアルガ、此理由ハ畢竟一ノ立法論ト明治三十二年法律四〇號ヲ以テ契約上ノ責任ニモ適用スベキモノトスル議論トニ歸スルノデアル、而シテ右ノ立法論ハ予ノ服セザル所デアルノミナラズ、三十二年法律四〇號ノ規定サヘモ立法論トシテハ頗ル其當否ヲ疑フノデアルガ、併シ判決ハ徒ラニ立法論ヲナスベキモノデハナク、專ラ法律ノ解釋ヲナスベキモノデアルカラ、今ハ唯右ノ法律四〇號ノ解釋ノミニ就イテ論ジヤウト思フ、然ルニ右ノ法律ハ明カニ「民法第七百九條ノ規定ハ失火ノ場合ニハ之ヲ適用セス但シ失火者ニ重大ナル過失アリタルトキハ此ノ限ニ在ラス」トアリ、民七〇九ハ正ニ不法行爲ノ規定デアッテ債務不履行ノ規定デナイコトハ言フヲ待タヌノデアルカラ、之ヲ賃借人ノ如ク物ノ返還ニ付キ債務ヲ負擔スル者ニ適用スルコトヲ得ナイノハ明カデアル、右ノ判決ニハ明治三十二年法律第四十號ハ刑法附則第五十九條但書ヲ復活シタルモノデアッテ借家人ノ責任ヲモ輕減スルモノノヤウニ論ジテ居ルケレドモ、是ハ誤ッテ居ル、舊刑法附則第五十九條ハ明カニ「犯罪ノ爲メ現ニ生シタル損害ハ其賠償ヲ請求スルコトヲ得但失火ハ此限ニ在ラス」トアッテ、不法行爲ニ因ル損害ノ要償權ニ就イテ規定シタモノデアル、然ル

ニ之ヲ以テ借家人ノ責任ニ適用スベキモノデアルト云フノハ牽強附會ト謂ハヲバナラヌ、殊ニ「失火者ニ民事上賠償ノ責ヲ負ハシメサルハ古來ノ慣習」デアルト曰フガ如キハ實ニ我最高法衙タル大審院ノ判決トモ覺エヌノデアル、古ハ法律思想幼稚デアッテ未ダ損害賠償ノ觀念ガ發達シテ居ナカッタノデアル、故ニ失火ノ場合ノミナラズ凡ソ損害賠償ナルモノハ我慣習法ニハナカッタノデアルカラ、之ヲ以テ今日ノ法律ノ解釋ノ材料トスルコトハ出來ヌノデアル

丁　親族

一　隱居屆出ノ手續ノ違法ハ必スシモ隱居無效ノ原因タラス

當事者間ノ隱居無效確認竝ニ身分登記取消請求控訴事件ニ付キ判決スル左ノ如シ

（主文）本件控訴ハ之ヲ棄却ス、控訴費用ハ控訴人ノ負擔トス

（事實）控訴代理人ハ原判決ヲ廢棄シ被控訴人ノ請求ヲ却下ストノ判決ヲ求ムル旨被控訴代理人ハ控訴棄却ノ判決ヲ求ムル旨各申立ヲ爲シタリ雙方事實上ノ供述ハ控訴代理人ニ於テ本訴ノ如キ隱居無効ノ判決確定シタル場合ニ戸籍法上何等ノ登記手續ナケレハ結局本訴ハ判決ノ執行ヲ爲ス能ハサル不適法ノ訴ナリ又人事訴訟手續法第三十六條ニ所謂隱居者トハ現ニ隱居ノ地位ニ在ルモノヲ指示スルモノニシテ隱居後分家シテ美濃部家ヲ去リ分家ノ戸主トナリタル被控訴人ノ如キヲ意味スルニ非ス同條ノ隱居無效ノ訴ハ其無效ノ判決ト同時ニ隱居者カ直ニ戸主タル現地位ニ復スルコトヲ得ル場合ニ限リ爲シ得ルモノナリト述ヘ被控訴代理人ニ於テ被控訴人カ本件ノ所謂隱居ノ事實ヲ知リタルハ明治三十六年九月九日以前ナルモ其年月ハ不明ナリ又同年十月中公簿上被控訴人カ分家シタル事實ハ之ヲ爭ハスト述ヘタル外判決ニ摘示スル所ト同一ナルヲ以テ茲ニ之ヲ引用ス

（理由）控訴人ハ抗辯トシテ第一本件ニ於テ隱居無效ノ判決確定シタル場合ニ戸籍法上何等登記手續ナケレハ結局本件ハ執行ス可カラサル不適法ノ訴ナルノミナラス家督相續回復請求ノ前提タルニ過キサレハ確認訴訟トシテ利益ナキ不適法ノモノナリト云フモ人事訴訟手續法第三十六條ニ依レハ明カニ隱居無效ノ訴ナルモノヲ認メ而シテ戸籍法第百二十二條ニハ隱居取消裁判ノ確定シタル場合ニ於テハ勿論同條ニ準據スヘキモノナルコト解釋上疑フヘキ餘地ナキヲ以テ定シタル場合ニ於テハ登記取消ニ付キ規定シアルカ故ニ隱居無效ノ裁判確木訴ハ執行シ得ルモノナルト同時ニ利益ナキ訴ナリト云フ能ハサレハ該抗辯ハ之ヲ採用セス第二人事訴訟手續法第三十六條ニ所謂隱居者トハ現ニ隱居ノ地位ニ在ル者即チ隱居無效ノ判決ト同時ニ戸主タル現地位ニ復スルコトヲ得ル隱居者ノミヲ指示スルモノニシテ隱居後分家シテ美濃部家ヲ去リタル爲メ縱ヒ隱居無效ノ裁判確定スルモ直チニ本家ノ戸主タル原地位ニ復スルコトヲ得サル被控訴人ノ如キヲ意味スルニアラスト論スルモ隱居無效ノ裁判カ確定スルニ於テハ被控訴人ハ直チニ身分登記簿上本家ノ戸主タル原地位ニ復セルノミナラス元來無效ナル隱居カ法ニ特別ノ規定ナキ限リ被控訴人ノ分家ニヨリ適法トナルヘキ理由ナケレハ同人カ分家後隱居ノ無效ヲ主張スルヲ得ルコト明カニシテ控訴人ノ前記法條ノ解釋ハ其當ヲ得サルニヨリ該抗辯モ亦採用シ難シ依テ進ンテ本件隱居カ無效ナリヤ否ヤニ付キ案スルニ凡ソ戸主カ隱居ヲ爲サントスルトキハ民法第七百五十二條以下ニ準據スルノ外同法第七百五十七條ニ依リ隱居セント欲スル者ヨリ法律ニ從ヒ相當戸籍吏ニ屆出ヲ爲ササル可カラス故ニ適法ナル屆出ナキニ於テハ隱居ハ始メヨリ無效ナルコト勿論ナリ而シテ屆出ハ口頭ニテ爲シ得ル場合ナキニアラサルモ苟モ本件ノ如ク書面ヲ以テ爲シタル屆出カ適法ナルニハ民法第七百五十六條戸籍法第四十七條同四十四條同第二百十八條ニ依リ原則トシテ屆書ニ隱居セントスルモノ自ラ署名捺印スルヲ要シ例外ノ場合ニ於テモ若シ本人自ラ署名スルトキハ必スシモ捺印若シクハ拇印スルヲ要セサルモ苟クモ名ヲ代署セシメタル場合ニハ必ス本人自ラ捺印スルカ若クハ拇印セサルヘカラス然ルニ玉津村戸籍吏ニ屆出テタル本件隱居屆ト文詞並ニ其記載方及捺印又ハ拇印ノ有無ノ同一ナルコトニ付キ當事者間ニ爭ナキト甲第三號證ノ一（隱居屆ト題スル書面）ニ依レハ其末尾ニ「右美濃部孝治郎」ト記載シアルモ該氏名カ被控訴人ノ自署ニアラサルコトハ控訴人ノ爭ハサル所ニシテ眞實ナリト認メ得ルノミナラス其名下ニ捺印又ハ拇印ナキカ故ニ縱ヒ控訴人主張ノ如ク同證中同人ノ肩書ニ「後見人」トアルハ誤記ニ出テタリトスルモ結局該屆書ハ前記法條ニ適合セサル不適法ノモノニシテ之ニ依リ爲シタル本件屆書ハ無效ナリト斷セサルヘカラス加之乙號各證及控訴人ノ引用スル證據ニヨレハ甲第三號證ノ一ノ日付（明治三十五年二月二十二日）當時ニ在リテ被控訴人カ隱居セント欲スルノ意思アリタリト推斷シ得ラレサルニアラサルモ前ニ摘書シタル本件隱居屆書（特定ノ）ヲ玉津村戸籍吏ニ屆出テントスルノ意思アリタリトハ認メ難シ而シテ屆書ニ斯ノ如キ重要ナル欠缺アル以上ハ戸籍吏カ之ヲ受理シタル爲メ直チニ有效ナリト論斷スル能ハサルコト勿論ナリトス

依テ被控訴人ノ請求ヲ認容シタル原判決ハ相當ニシテ控訴ヲ理由ナシト認メ主文ノ判決ヲ爲ス（大阪控訴院第二民事部明治四十一年ネ第四九號同年四月一日判決）

第一編　民法　丁　親族　一　隱居屆出ノ手續ノ違法ハ必スシモ隱居無效ノ原因タラス　一〇五

法律新聞四九六號(九頁)ニ大阪控訴院判決トシテ掲ゲタルモノニ據レバ、隱居者自ラ署名セザル届書ニ捺印又ハ拇印ナキトキハ其隱居ハ無效ナリトシテ居ルヤウデアルガ、予ハ之ヲ取ラヌノデアル、民七五七ニ依レバ「隱居ハ隱居者及ヒ其家督相續人ヨリ之ヲ戸籍吏ニ届出ツルニ因リテ其效力ヲ生ス」ルモノデアル、而シテ届出トハ當事者ノ意思ヲ戸籍吏ニ對シテ表示スルヲ謂フノデアル(予ハ法律行爲デアルト思ヘドモ、此說ヲ採ラザル者モ戸籍吏ニ對スル意思表示デアルコトハ爭ハヌデアラウ)、故ニ其要素ハ一ニ意思、二ニ戸籍吏ニ對スル表示デアル、唯其表示ノ方法ニ付テ戸籍法ニ詳細ノ方式ヲ定メテ居ルケレドモ、是ガ悉ク無效ノ制裁ヲ附シタルモノデナイコトハ言フヲ待タヌデアラウ、然ラバ如何ナル規定ニ違反シタルモノハ無效デアッテ、如何ナル規定ニ違反シタルモノハ無效デナイカト云フコトハ一ニ實體法ノ解釋ニ待タネバナラヌ、言換レバ「戸籍吏ニ對スル意思表示」ガアッタト謂ヒ得ラルルト否トニ依ッテ區別シナケレバナラヌ、故ニ管轄違ノ戸籍吏ニ届出ヅルガ如キハ法律上「戸籍吏ニ對スル意思表示」ト視ルコトガ出來ヌカラ無效デアル、之ニ反シテ届書ノ形式ニ關スル規定ノ如キハ戸籍吏ガ届出ヲ受クル場合ニ於テ當事者ヲシテ遵守セシムベキモノニ過ギヌノデアッテ、一旦戸籍吏ガ之ヲ是認シテ受理シタルトキハ、後日届書中ニ形式ニ缺グル所アルコトヲ發見シタレバトテ、其届出ガ無效トナリ、從ッテ隱居ノ如ク其成立ガ届出ニ因ル場合ニ於テハ其行爲其者マデガ無效トナルコトハナイノデアル、現ニ婚姻ハ最モ方式ヲ嚴ニセル行爲デアルコトハ何人モ爭ハヌデアラウ、何トナレバ民七七五、二項ニ「當事者雙方及ヒ成年ノ證人二人以上ヨリ口頭ニテ又ハ署名シタル書面ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ要ス」ルモノトシテアルカラデアル、蓋シ普通ノ身分届出ハ代理人ヲ以テ之ヲナスコトヲ得ルケレドモ(戸籍法五八)、婚姻ニ付テハ之ヲ許サヌノデアル又普通ノ身分届出ニ付テハ「届出人其他ノ者カ署名スルコト能ハサルトキハ名ヲ代署セシメ捺印スルヲ以テ足ル」トアルノニ(戸籍法二一八)、婚姻ノ届書ニハ必ズ署名即チ自ラ名ヲ署スルコトヲ要スルノデアルカラ、署名スルコト能ハザル者ガ婚姻ヲナスニハ必ズ自ラ戸籍役場ニ出頭シテ口頭ニテ届出ヲナスノ外ハナイ、又證人ニハ必ズ署名ノ出來ル者ヲ選ブカ、然ラズバ矢張戸籍役場ニ出頭セシムルノ外ハナイ、而シテ隱居モ此點ニ於テハ普通ノ届出デアルカラ、婚姻ノ如キ特別ノ方式ヲ要セヌノ

デアル、然ルニ婚姻ニ付テ民七七八、二項ハ規定シテ、「婚姻ハ左ノ場合ニ限リ無效トス」……二　當事者カ婚姻ノ屆出ヲ爲ササルトキ但其屆出カ第七百七十五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ルルコトナシ」ト曰ッテ居ルノデアル、民七七五、二項ハ實體法ノ規定デアッテ或ハ婚姻ノ屆出ノ要素カト疑ハルルノデアルガ、民七七八、二項ハ之ニ逆ヘル婚姻ノ屆出ヲ無效トセヌノデアル、況ヤ戸籍法ニ規定セル屆書ノ形式ニ關スル手續ノ如キハ之ニ違フモ婚姻ノ屆出ヲ無效トセヌコトハ明カデアル、併シ「當事者カ婚姻ノ屆出ヲ爲ササルトキハ」婚姻ハ無效デアルト規定シテアルカラ、大阪控訴院ノ說ヲ採ルト此場合ニハ屆出ナキモノト視テ婚姻ヲ無效トシナケレバナラヌコトニナルデアラウ、若シ此場合ニ婚姻ガ無效デナイト曰フナラバ、本件ノ隱居モ無效デナイト謂ハヲバナラヌ、大阪控訴院タル者請フ其一ヲ擇ベ

尙ホ本件判決ニハ「隱居屆書ヲ戸籍吏ニ屆出テントスルノ意思アリタリトハ認メ難シ」(原文ノ儘)トアレドモ、毫モ其理由ヲ示サヌカラ、此點ハ理由不備ニシテ採用シ難イノデアル

妻スルニ本件隱居ハ隱居者ニ屆出ヲナスノ意思ガナカッタト云フ證明ガナイ限ハ有效デアッテ、無效デハナイト謂ハヲバナラヌ

二　夫カ妻ノ非行ヲ言フモ離婚ノ原因タル侮辱トナラス

審按スルニ窃盜ハ一般ニ於テ最モ耻辱ト爲セル行爲ナレハ他人ノ面前ニ於テ夫カ妻ニ對シ窃盜ノ行爲アリト言フカ如キハ即チ妻ニ汚名ヲ被ラシメタルモノニシテ民法第八百十三條第五號ニ所謂重大ナル侮辱トアルニ該當スルモノトス而シテ縱令ヒ其汚名ノ事實ニシテ實際存在シタリトモ之ヲ暴露セラレタルカ爲メ妻ニ於テ大ニ耻辱ト爲セルニ於テハ同條ニ所謂重大ナル侮辱ヲ受ケタルニ該當スルコトヲ妨ケサルモノニシテ其事實ノ有無ノ如キハ問フ所ニ非サルモノトス(明治四十年才第二百九十六號同年十一月六日大審院第二民事部判決)

明治四十年十一月六日大審院判決トシテ法學志林(一〇卷二號八三頁)ニ掲グル處ニ據レバ「窃盜ハ一般ニ於テ最モ耻辱ト爲セル行爲ナレハ他人ノ面前ニ於テ夫カ妻ニ對シ窃盜ノ行爲アリタリト言フカ如キハ即チ妻ニ汚名ヲ被ラシメタルモノニシテ民法第八百十三條第五號ニ所謂重大ナル侮辱トアルニ該當スルモノトス

而シテ縱令ヒ其汚名ノ事實ニシテ實際存在シタリトモ之ヲ暴露セラレタルカ爲メ妻ニ於テ大ニ耻辱ト爲セルニ於テハ同條ニ所謂重大ナル侮辱ヲ受ケタルニ該當スルコトヲ妨ケサルモノニシテ其事實ノ有無ノ如キハ問フ所ニ非サルモノトス」ト云ッテ居ルヤウデアルガ、是ハ大ナル謬デアルト思フ、自ラ耻ヅベキ行爲ヲ敢テシナガラ、他人ガ之ヲ公言シタレバトテ、侮辱ヲ加ヘタルモノト謂フコトハ出來ヌノデアル、若シ然ラズバ、妻ガ姦通ヲナシタル場合ニハ夫ハ之ニ據ッテ離婚ヲ請求スルコトヲ得ルノデアルノニ(民八一三、二號)、若シ他人ノ面前ニ於テ之ヲ言ヘバ、反對ニ妻ノ方ヨリ離婚ヲ請求スルコトヲ得ルコトトナッテ、主客全ク轉倒スルヤウニナルデアラウ、何トナレバ姦通モ竊盜ト同ジク「一般ニ於テ最モ耻辱ト爲セル行爲」ナリト謂フコトヲ得ルカラデアル、尙ホ進ンデ論ズレバ、竊盜ニ因ッテ輕罪以上ノ刑ニ處セラレタル者ニ對シテハ配偶者ヨリ離婚ヲ請求スルコトヲ得ルノデアルノニ(同上四號)、配偶者ガ他人ノ面前ニ於テ其事ヲ言ヘバ、却テ竊盜ノ犯人ヨリ離婚ノ請求ヲ受ケネバナラヌコトトナルデアラウ、或ハ孰レカラ離婚ヲ請求シテモ同ジデハナイカト云フカモ知レヌガ、(第一)離婚權ヲ有スル者ハ決シテ離婚ヲナス義務ガアルノデハナイ、故ニ自己ノ利益ニ鑑ミテ離婚ヲナストナサザルトノ選擇權ヲ有スルノデアルカラ、若シ離婚ヲ欲セザル場合ニ相手方ヨリ之ヲ請求セラレテハ其權利ヲ害サルルノデアル、(第二)自己ニ非行アリトシテ之ニ據ッテ離婚ノ請求ヲ受クルノハ不名譽デアル、(第三)離婚ノ原因タル行爲アル者ハ離婚ノ判決アル場合ニ於テ訴訟費用ヲ負擔シナケレバナラヌ、故ニ夫婦孰レノ行爲ガ離婚ノ原因デアルカヲ明カニシナケレバナラヌ、(第四)配偶者ノ非行ニ因ッテ離婚ヲ請求スルノ已ムヲ得ザルニ至ッタ場合ニハ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ルノデアルカラ、亦孰レノ行爲ガ離婚ノ原因デアルカヲ明カニシナケレバナラヌ(人事訴訟手續法七、二項參照)、之ヲ要スルニ人ノ非行ヲ言フノガ侮辱ヲ構成スルヤ否ヤヲ判斷スルニハ事實ノ有無ヲ糺サナケレバナラヌ、而シテ若シ事實アレバ侮辱トナラズ、事實ナケレバ侮辱トナルノデアル

三　違約金其他損害賠償ノ豫定ハ重要ナル動產ニ關スル權利ノ喪失ヲ目的トスル

行爲タルコトアリ

第一ノ爭點タル本契約ノ無效ナルヤ否ヤニ付之レヲ案スルニ甲第一二號證第五條ノ所謂徒弟ノ年限內ハ如何ナル事情アルモ云々ト云ヒ此文字ハ或ハ無制限ニ解約權ヲ放棄セシメ人身ノ自由ヲ束縛シタルカ如キ觀アルモ其次條、即チ第六條ニ依レハ前條ノ請求致候ヨリ解約ヲ求ムル場合ノ規定モ存在シ全ク其解約ノ途ヲ杜絕シタルモノニアラサルノミナラス其第三條但書ノ病氣等已ムヲ得サル事由ヲ除外シ此等事由ノ爲メニ執務ヲ缺クモ期限滿了後引續キ之レカ補充ヲナサシメス即チ同條ニ於テ正當ナル事由ト否トヲ區別シ其取扱ヲ異ニシアル點ニ參酌セハ前記ノ如何ナル事情云々トハ民法第六百二十八條ノ規定ニ反シ病氣其他正當ノ事由ヲモ全然之レヲ無視シタルモノト解スルコト能ハス即チ正當ノ事由ヲ除外シタル其他ノ事由ヲ汎稱シタルモノト解スルヲ至當トス從テ右條項ハ人身ノ自由ヲ束縛シタル不法ノ約旨ナリト云フヘカラス次キニ毋タル親權者カ本件契約ヲ取結フニ當リ親族會ノ同意ヲ要スルヤ否ノ點ニ付案スルニ民法第八百八十六條ノ所謂親權ヲ行フ母カ未成年者ノ行爲ニ同意ヲ要スル事項中最モ疑アルハ同條第三號後半ノ規定ナルモ此規定ハ法律行爲カ直接ニ未成年者ノ動產喪失ヲ目的トスル場合ニ限ルモノト解スヘク其目的カ未成年者ノ動產ニ直接ノ關係ヲ存セサル場合ニハ親族會ノ同意ヲ要セサルモノトス即チ甲第二號證ノ契約ハ未成年者スミノ徒弟契約ヲ目的トスル契約ニシテ其第六條ノ約旨ハ其契約不履行ニヨル損害賠償ヲ豫定シタルモノニ過キサルカ故ニ其豫定セラレタル違約金ハ未成年者カ徒弟契

約ノ結果トシテ弊償義務ヲ負フモノニアラスシテ契約不履行ノ結果之レヲ負フモノナレハ前記三號ニ該當セサルハ勿論又タ其第二號ノ借財トアルニモ該當セス要スルニ本件ノ如キ徒弟契約ヲ取結フニ方リテハ親族會ノ同意ヲ要セサルモノトス次ギニ被控訴人トラ及ヒスミノ兩名カ控訴人方ヲ出家シタルハ控訴人方ノ待遇苛酷使役過度ナルカ爲メ右兩名ヲ徒弟トシテ就業セシムルニ堪ヘサラシメタルニ起因スルヤ即チ兩名ノ出家ハ甲第一二號第六條ノ所謂恣ニ出家シタルモノトアルニ該當スルヤ否ニ付キ案スルニ證人儀賀末次郎ノ證言ニ依レハ同人ト娘ヒサカ明治三十五年頃ヨリ被控訴人ト同シク控訴人方ニ於テ徒弟習業中控訴人方ノ待遇使役等苛酷ナルニ堪ヘ兼テ明治三十九年八月頃途ニ控訴人方ヲ出テ自宅ニ歸リタル所其後乙號證ノ如キ催告ヲ控訴人ヨリ受ケ種々示談ノ結果控訴人方ニ復歸スルコトトナリタル事實アリテ此事實ニ依レハ控訴人カ徒弟ニ對スル其待遇ノ宜シキヲ得サリシコトヲ知ルニ足ルノミナラス證人奥野スエ奥野ヨネノ證言ニ依レハ被控訴人トラ及ヒスミカ控訴人方ニ習業中給與セラレタル日常ノ食物ハ麥ノ最モ多量ナル麥飯及ヒ粗菜ノミニシテ食ニ堪ヘサルモノナルコト每日ノ給料ハ廿錢ニ過キス而モ勤勞時間ハ常ニ一晝半夜以上ニ亘ル事實ヲ認メ得ラルヘシ被控訴人トラ及ヒスミハ一ツノ技能ヲ習得センカ爲メ控訴人トノ間ニ徒弟契約ヲ取結ヒタルモノナルヲ以テ勵精事ニ當リ其勞務ニ服スヘキハ當然ナルモ自カラ程度ノ存スルアリテ前記認定ノ如ク粗惡ノ食物ヲ供與シナカラ一晝夜僅ニ三四時間ノ休息ヲ與ヘタルカ如キ體力ニ伴ハサル勞務ニ服セシムルニ於テハ到底普通婦女子ノ克ク久シキニ耐フル所ニアラス而カモ斯ル苛酷ノ勞務ヲ强要セラルルニ方リ之レヲ否拒スルカ

如キハ亦タ克ク婦女子ノナシ難キモノト認メ得ラルルヲ以テ此場合ニ於テ被控訴人トラ及ヒスミ等カ其苦痛ニ堪ヘスシテ控訴人方ヲ立去ルモ恣ニ出家シタル者ト云フコトヲ得ス從テ其出家ハ前記第六條ノ約旨ニ背反シタルモノト認ムルコト能ハス此點ニ於テ控訴人ノ控訴ハ理由ナシ次キニ被控訴人ノ反對請求ニ付キ案スルニ現ニ第一二點ニ於テ論定シタルカ如ク甲第一、二號證ノ契約ハ無効ナラス又タ取消シ得サルモノナル上ハ控訴人ニ於テ被控訴人トラ及ヒスミノ勞務ニヨリ得タル利益ハ假リニ之レアリトスルモ此等ノ利益ハ該證第三條ノ無給習業ノ約旨ニ基クモノナルヲ以テ之レヲ法律上ノ原因ナクシテ得タルモノトイフコトヲ得ス故ニ被控訴人カ不當利得ニ基キ其償還ヲ求ムル本件反訴ノ請求ハ失當ナリトス

（明治四十一年ネ第二號同年五月十四日大阪控訴院民事第三部判決）

明治四十一年五月十四日大阪控訴院判決トシテ法律新聞（五〇一號一九頁）ニ掲ゲタルモノニ據レバ違約金其他損害賠償ノ豫定（判決文ニ據ッテハ、違約金ナルヤ否ヤ判然セザルニ因リ、斯ク概括的ニ言フ）ハ直接ニ重要ナル動産ニ關スル權利ノ喪失ヲ目的トスル行爲ニ非ザルガ故ニ、親權ヲ行フ母ガ其契約ヲナスモ、親族會ノ同意ヲ要セヌトシテ居ルヤウデアルガ、是ハ誤ッテ居ルト思フ、如何ニモ違約金等ハ本契約不履行ノ場合ニノミ支拂フベキモノデアッテ、直接ニ或金額ヲ支拂フ契約トハ其趣ヲ異ニシテ居ルケレドモ、不幸不履行ノ場合ニ遭遇スレバ、契約ニ依ッテ之ヲ拂ハヂバナラヌノデアルカラ、其義務ハ契約ヨリ生ズルモノニ相違ナイ、故ニ直接ニ多額ノ金錢ヲ支拂フ契約ガ重要ナル動産ニ關スル權利ノ喪失ヲ目的トスル所爲デアッテ、親族會ノ同意ヲ要スルモノナラバ、右ノ違約金等ノ契約モ其金額ガ多ケレバ、同ジク重要ナル動産ニ關スル權利ノ喪失ヲ目的トスル行爲デアッテ、矢張親族會ノ同意ヲ要スルト謂ハナケレバナラヌ、然ラズバ、條件附契約ヲ以テ多額ノ金錢ヲ支拂フ義務ヲ負擔スルモ亦民八八六、三號ニ該當スルモノデナイト謂ハヂバナルマイ、以テ右ノ判決ノ不當ナルコトガ分ル、但本件ノ契約全體ガ之ガタメニ取消シ得ベキモノトナルトハ曰ハナイ、違約金等ノ約款ハ附隨ノモノデアッテ、本契約不履行ノ場合ニノミ適用アルベキ事項デアルカラ、是ガ取消サレテ無效トナッタカラト曰ッテ、本契約マデヲモ無效トスベキモノデハナイ、故ニ結局判決ハ正當デアルケレドモ、其理由中ニ一ノ不當ヲ含ンデ居ルノヲ遺憾トスルノデアル

四　禁治産者及ヒ準禁治産者ハ親權ヲ行フ

コトヲ得サルニ非ス

依テ案スルニ民法第百二條ニ代理人ハ能力者タルコトヲ要セストアルハ委任ニ因ル代理ト法定代理トヲ區別セス一般ニ通スル原則ヲ規定シタルモノナレトモ之ニ反スル別段ノ規定アル場合ニ於テハ其特別ノ規定ニ從ハサルヘカラス民法親族編ノ規定ヲ案スルニ第八百九十五條及ヒ第九百三十四條第二項ニ依レハ未成年者ハ自ラ親權ヲ行フコトヲ得ス其未成年者ノ親權者又ハ後見人代ハリテ之ヲ行フモノトシ又第九百八條ニ依レハ禁治産者又ハ準禁治産者ハ後見人タルコトヲ得サルモノトセリ此等ノ規定ヲ推シテ立法ノ趣旨ヲ考フルトキハ未成年者ノ父又ハ母カ禁治産者又ハ準禁治産者ナルトキハ亦親權ヲ行フコトヲ得サルモノト解スルヲ當然トス蓋代理人ノ能力者タルコトヲ要セサルヲ原則トスル所以ハ代理行爲ハ直接ニ本人ニ對シテ其效力ヲ生シ代理人ニ其效力ヲ及ホスコトナキヲ以テ代理人ト爲リタル無能力者ノ保護ヲ缺クノ虞ナケレハナリ然レトモ無能力者ノ爲メニ設ケタル法定代理ノ規定ハ實ニ本人カ無能力ナルノ故ヲ以テ其本人ヲ保護スル爲メニ定メタルモノナレハ若シ此場合ニモ代理人ノ能力者タルコトヲ要セストノ原則ヲ適用シ無能力者ヲシテ他ノ無能力者ヲ代理セシムルコトヲ得ルモノトセハ爲メニ代理人ト爲リタル無能力者ノ保護ヲ缺クコトナキモ本人タル無能力者ノ保護ハ之ヲ全フスルコトヲ得スシテ其本人保護ノ必要上設ケタル立法ノ目的ヲ達スルコト能ハサルヤ明ケシ是レ如上數箇ノ法條ニ於テ親權者又ハ後見人ハ能力者タルコトヲ要スル趣旨ヲ明ニシタル所以ニシテ父又ハ母カ禁治産者又ハ準禁治産者ナル場合ニ付テハ明文アルニ非スト雖モ特ニ之ヲ除外シテ親權ヲ行フコトヲ許シタルモノト解スルコトヲ得ス若シ其明文ナキノ故ヲ以テ反對ニ解スヘキモノトセンカ子ヲ有スルマテニ成長シタル未成年者スラ尚ホ親權ヲ行フコトヲ得サルニ反シ心神喪失ノ常況ニ在ル禁治産者ハ却テ右未成年者ニ代リテ親權ヲ行フコトヲ得ルカ如キ奇觀ヲ呈シ又法律ハ禁治産者又ハ準禁治産者ノ保護ノミニ厚フシテ其子ノ保護ハ毫モ之ヲ顧ミサルカ如キ不當ノ主義ヲ採リタルモノト爲ルニ至ラン斯ノ如キハ到底之ヲ是認スルコトヲ得サルナリ而シテ禁治産ノ宣告アリタルトキハ第九百條第二號ニ依リ後見開始セラルルモ其後見ハ禁治産者ノ法定代理ニシテ其子ノ法定代理ニアラス且禁治産者ニ代ハリテ親權ヲ行フコトヲ得ル旨ノ規定アルヲ見ス故ニ父又ハ母カ禁治産者又ハ準禁治産者ナルトキハ親權ヲ行フコトヲ得サルモノニシテ他ニ親權ヲ行フ者ナキトキハ第九百條第一號ノ所謂未成年者ニ對シテ親權ヲ行フ者ナキトキニ該當シ後見ノ開始アルヘキモノト謂フヘシ然ルニ原院カ準禁治産者タル山田角三郎ヲ其子ノ親權者トシテ當然法定代理ノ權限アルモノト看做シ依テ以テ結局ノ判決ヲ爲シタルハ違法ナルヲ以テ原判決ハ全部之ヲ破毀スヘキモノトス(明治三十八年カ第六百十七號同三十九年四月二日大審院第二民事部判決)

明治三十九年四月二日大審院判決(法學志林八卷七號八五頁)モ亦予ヲシテ一驚ヲ喫セシメタノデアル、右ノ判決ニ據レバ「未成年者ノ父又ハ母カ禁治産者又ハ準禁治産者ナルトキハ親權ヲ行フコトヲ得」ナイトシテ居ルノデアルガ、是ハ謬デアル

ト思フ、民八七七ニ據レバ「子ハ其家ニ在ル父ノ親權ニ服ス」ルノガ原則デアルガ、「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」モノトシ、民九〇〇、一號ニ據レバ「未成年者ニ對シテ親權ヲ行フ者カ管理權ヲ有セサルトキ」ハ後見ガ開始スルモノトナッテ居ルノデアル、ソコデ未成年者ノ父ガ禁治產者デアルナラバ親權ヲ行フコトヲ得ナイカドウカト云フ問題ヲ決スルニハ民八七七、二項ニ云フ所ノ「親權ヲ行フコト能ハサルトキ」ト謂ヘルカドウカヲ決シナケレバナラヌ、凡ソ法律ニ於テ「能ハス」ト曰フノハ事實上又ハ法律上出來ヌコトヲ意味スルノデアルガ、禁治產者ハ果シテ事實上親權ヲ行フコトガ出來ヌデアラウカ必ズシモサウデハナイノデアル、禁治產者中ニハ時時本心ニ復スル者ガアル、其本心ニ復シテ居ル間ニ於テハ事實上親權ヲ行フコトガ出來ルノデアル、若シ夫レ精神ノ錯亂シテ居ル間ニ親權ヲ行フコトヲ得ナイノハ勿論デアルガ、是ハ禁治產ノ宣告ヲ受ケテ居ルガタメニ出來ヌノデハナウテ、事實上意思ナキ者ハ親權ノ作用タル一切ノ行爲ヲナスコトガ出來ヌカラデアル、故ニ父ガ精神錯亂ノ狀態ニ陷ッタナラバ民八七七、二項ニ依リ禁治產ノ宣告ナキ內ヨリ母ガ親權ヲ行フノデアル、然ラバ禁治產者ハ法律上親權ヲ行フコトガ出來ヌノデアラウカト云フニ、禁治產者ガ親權ヲ行フコトヲ得ナイト云フ明文ノ何處ニモナイコトハ大審院ト雖モ認ムル所デアル、或ハ民九ニ「禁治產者ノ行爲ハ之ヲ取消スコトヲ得」トアルノデ、親權ヲ行フコトモ出來ヌノデアルト云フカモ知レヌガ、是ハ謬デアル、(第一)「禁治產者ノ行爲ハ之ヲ取消スコトヲ得」ルトノミアッテ、行爲ヲナスコトヲ得ナイトハナイカラ「親權ヲ行フコト能ハス」トハ謂ヘナイノミナラズ、(第二)同條ノ財產上ノ行爲ニノミ關スルコトハ多分議論ノナイ所デアラウト思フ(論據、民九二三、一項)、故ニ法律上ニ於テモ禁治產者ハ親權ヲ行フコトヲ得ナイトハ謂ヘヌ、而シテ父母ノ間ニ於テハ何等ノ形式上ノ妨碍ガナイノデアルカラ、父ガ禁治產者デアッテモ其本心ニ復シテ居ル間ハ、父ガ親權ヲ行ヒ其他ハ母ガ之ヲ行フモノトシテ毫モ差支ナイノデアル、更ニ進ンデ母ノナイトキ又ハ民八七七、二項ノ場合ニ於テ母ガ禁治產者デアルトキハドウデアルカト云フト、理論ハ同ジコトデアルガ、唯實際ニ於テハ親權者ガ精神錯亂ノ場合ニハ親權ヲ行フ者ガナイノデアルカラ民九〇〇、一號ニ依ッテ後見ノ開始ガアル、後

見ノ開始ガアレバ民九一七以下ノ手續ヲ踐マヲバナラヌ、又後見ガ終了スレバ民九三七以下ノ規定ニ依ッテ管理ノ計算ヲシナケレバナラヌ(親權ガ子ノ未成年中ニ終了シタルトキニハ矢張計算ヲシナケレバナラヌノデハアルガ、之ニ付テハ何等ノ形式ヲ要セヌノデアルカラ、例ヘバ母ガ一時親權ヲ行ッテ居ッテ、父ガ本心ニ復シタ場合ニハ帳簿ヲ示ス位デ濟ムノデ、父ガ復精神錯亂ノ狀態ニ陷ッタナラバ更ニ財産ノ管理ヲ始ムルモノトシテ毫モ差支ナイノデアル)、故ニ一タビ後見ガ開始シタナラバ親權者ノ精神病ガ粗平癒シタ場合デナケレバ後見ガ終了シタモノトシテ計算ノ手續ヲナスニ及バヌモノト謂ッテヨカラウト思フ、隨ッテ實際上ハ禁治産ノ取消アルマデ後見ガ存續スルモノト視ナケレバナラヌ場合ガ多カラウト思フ

又未成年者ノ父ガ準禁治産者デアルナラバ親權ヲ行フコトヲ得ナイカドウカト云フニ、是ハ一層疑ナク親權ヲ行フコトヲ得ルノデアル、事實上ニ於テ親權ヲ行フコトガ出來ルノミナラズ、法律上ニ於テモ準禁治産者ハ民一二ニ限定セラレタル行爲ダケニ付テ無能力デアッテ、他ノ行爲ニ付テハ特別ノ明文アル場合ヲ除キ、通常人ト毫モ異ナル所ハナイノデアル、而シテ準禁治産者ガ親權ヲ行フコトヲ得ナイト云フ明文ノナイコトハ大審院モ認メテ居ル所デアル、故ニ父ガ準禁治産者デアッテモ母ガ親權ヲ行フコトハナク、母ガナイカ又ハ民八七七、二項ノ場合ニ母ガ準禁治産者デアッテモ後見ノ開始スルコトハナイノデアル

大審院ハ民八九五、九三四、二項ニ未成年者ガ親權者ナル場合ニ於テ其親權者又ハ後見人ガ代ッテ親權ヲ行フモノトシテアルカラ、其禁治産者又ハ準禁治産者ナル場合ニ親權ヲ行フコトガ出來ズシテ後見ガ開始スルノデアルト曰フケレドモ、是ハ論理ヲ誤ッテ居ルノデアル、若シ民八九五、九三四、二項ノ規定ガ本問ヲ解決スル論據トナルナラバ、親權者ガ禁治産者デアル場合ニハ其後見人ガ代ッテ親權ヲ行ヒ、其準禁治産者ナル場合ニハ保佐人ノ同意ヲ得テ親權ヲ行フノデアルトデモ謂ハヌバナルマイノニ、親權者ガ、親權ヲ失ッテ後見ガ開始スルノデアルト結論スルノハ甚ダ了解ニ苦シム所デアル、又民九〇八ニ禁治産者、準禁治産者ガ後見人タルコトヲ得ナイトシテアルカラ、親權者タルコトヲモ得ナイノデアルト云フノモ頗ル了解シ難キ所デアル、此論據ヨリスレバ同條ニ列擧シテアル剝奪公權者、停止公

權者、破産者等モ皆親權ヲ行フコトガ出來ヌト謂ハヲバナルマイ、要スルニ大審院ノ論據ハ論據ニナラヌノデアル

大審院ハ禁治産者又ハ準禁治産者ガ親權ヲ行フノハ未成年者ノタメニ危險デアルト思フヤウデアルガ、是ハ杞憂ト謂ッテヨカラウト思フ、先ヅ禁治産者ハ前段ニ述ベタル如ク多クノ場合ニ母又ハ後見人ガ代ッテ親權ヲ行ヒ又ハ後見ノ職務ヲ行フコトトナルカラ、危險ハナイト謂ッテヨイ、然ラバ寧ロ斷然親權ヲ行フコトヲ得ナイモノトシタラバヨイデハナイカト云フ議論ガ出ルデアラウガ、(第一)是ハ立法論デアル、(第二)立法者ガ論者ノ說ヲ取ラナカッタノハ理由ノアル事デアル、抑禁治産ハ讀ンデ字ノ如ク財産ヲ治ムルコトヲ禁ズルノデアル、然ルニ親權ニ服スル未成年者ガ財産ヲ有スルコトハ例外デアルト謂ッテヨイ位デ、親權ノ重ナル效力ハ身上ニ付テ存スルノデアルカラ、禁治産者ト雖モ本心ニ復シテ居ル間ハ親權ヲ行フコトガ出來テヨイノデアル、又準禁治産者ハ猶更サウデアッテ、身分上ノ行爲ニ付テハ殆ド何等ノ制限ヲモ受ケナイ位デアル、若シ浪費者ノ如キガ「著シク不行跡ナル」者デアル場合ニハ、其親權ノ喪失ヲ宣告スルコトガ出來ルノデアル(民八九六)、若シ「管理ノ失當ニ因リテ其子ノ財産ヲ危クシタルトキハ」其管理權ノ喪失ヲ宣告スルコトガ出來ルノデアル、故ニ實際差支ハナカラウト思フ

然ラバ何故ニ禁治産者、準禁治産者ハ後見人トナルコトガ出來ヌノデアルカト云フニ、(第一)禁治産者ノ後見人ハ殆ド財産上ノ權限ノミヲ有スル者デアリ、未成年者ノ後見人モ時トシテハ財産上ノ權限ノミヲ有シ(民九三五)、其他ノ場合ニ於テモ財産上ノ權限ガ中中大切デアルコトガ多イノデアル、何トナレバ未成年者ノタメニ後見人ヲ置ク場合ハ多クハ父母ガ死亡シタル後デ、父母ノ財産ヲ相續シテ居ルコトガ稀デナイカラデアル、然ルニ財産ノ管理ハ禁治産者、準禁治産者ニ委スルノハ固ヨリ危險デアルカラ、此ノ如キ缺點ノナイ者カラ後見人ヲ選ブノハ當然デアル、(第二)親權者ハ子ニ對シテ天然ノ愛情ヲ持ッテ居ルノデアルカラ成ルベク子ノ利益ヲ圖ルベキ者ハ親權者トシテ置ク方ガヨイノデアル、殊ニ身上ノ問題ニ付テハサウデアル、又親權者ガ子ノ監護、敎育ノ任ニ膺リ、己ガ思フママニ子ノ利益ヲ圖リタイト云フノハ正當ノ希望ニシテ、法律ハ之ヲ其權利ト認ナケレバナラヌノデアル、故ニ容易ニ此權利ヲ奪フコトハセヌノデアルガ、後見ハ各人ノ義務デコリアレ、

之ヲ當然ノ權利トシテ認ムル必要ナキノミナラズ、既ニ親權者ノ子ニ對スルガ如キ天然ノ愛情ヲ有スル者ガナイ以上ハ成ルベク廣ク適任者ヲ求ムル方ガヨイノデアルカラ、禁治產者、準禁治產者ヲ選バズトモ他ノ者ヲ選ブコトトスルノハ固ヨリ當然ト謂ハナケレバナラヌ、要スルニ親權者ト後見人トヲ同視スルコトハ出來ヌノデアル

五　四タヒ親族會ノ決議ニ對スル不服ノ訴ヲ論ス

案スルニ非訟事件ノ裁判ハ抗告ノ申立アル時ト雖モ法律ニ別段ノ定アル場合ノ外執行力ヲ有スルヲ以テ之ニ從ヒテ爲シタル行爲ハ後日其裁判カ取消サレタル場合ニ於テモ法律上有效ト爲ス可キコトハ上告論旨ノ如ク當院判例ノ示ス所ナリト雖モ是レ裁判ノ取消カ行爲ノ相手方タル第三者ノ權利ニ影響ヲ及ホス場合ニ付テ判示シタルモノナリ然ルニ本件ハ之ト異ナリテ上告人ヲ家督相續人ニ選定シタル親族會員選定並ニ親族會招集決定ハ非訟事件手續法第十九條第一項ニ依リ取消サレ而シテ親族會ノ決議ハ民法第九百五十一條ノ期間經過ニ因リ形式上確定シタルモ他ニ親族會ノ決議ニ代ハルヘキ裁判ニ因リテ亡松本久次郎ノ家督相續人ニ選定セラレタル松本ヨリヲナル者ノ存スルコトハ原判決ノ認ムル所ナレハ上告人ノ家督相續人タル資格ハ右招集決定ノ取消ト同時ニ當然消滅ニ歸スルモノト云フ可シ何トナレハ親族會招集決定ノ取消サルルヤ遂ニ爲シタル親族會ノ決議ニ對シテハ民法所定ノ期間內ナルニ於テハ其無效ヲ請求シ得ヘク期間經過シタルカ爲メ實質上ノ效力ヲ生スル謂レナキノミナラス家督相續ニ於テハ同時ニ數人ノ相續人ノ存在ヲ許ササレハナリ然レハ原判決ハ相當ナリ(明治四十年オ第四百六十四號同年十二月二十五日大審院第二民事部判決)

此問題ニ付テモ從來ノ判例ハ誤ッテ居ルト思フニ因ッテ既ニ此志林欄ニ於テモ三タビ之ヲ論ジタノデアル(五一號三四頁、五六號三〇頁、七卷九號一頁、又一〇卷四號五五頁、法典質疑錄六六號四六九頁ヲ參觀セヨ)、然ルニ大審院ハ未ダ全ク其判例ヲ悛メナイノハ遺憾デアルガ、併シ近來ノ判例ハ聊カ改良スル所ガアルヤウデアル、今明治四十年十二月二十五日大審院判決トシテ法學志林(一〇卷三號八七頁、又法政大學講義錄四十一年度一六號雜錄三〇頁ヲ看ヨ)ニ掲グル所ニ據レバ、親族會ノ「決議カ期間經過ノ爲メ形式上確定スルモ其內容タル家督相續人ノ選定ニシテ本來無效ナルニ於テハ決議ハ實質上ノ效力ヲ生スヘキモノニアラス」ト云ッテ居ルヤウデアル、之ハ實質上無效ナル決議ニテモ民九五一ノ規定ニ依ッテ形式上之ヲ無效トシナイ以上ハ其決議ニ從フベキモノトセル明治三十六年四月七日、同三

十七年六月十八日、同十一月十七日等ノ大審院判決ニ比スレバ一段ノ進歩ト謂ハヌバナラヌガ、併シ一タビ實質上無效ナル決議ハ形式上存在スルモ之ニ從フベキモノデハナイト云フ見解ヲ採ル以上ハ、何故ニ今一歩ヲ進メテ、實質上無效ナル決議ハ民九五一ノ規定ニ依ッテ不服ノ訴ヲ起ス必要ナク、當然無效不成立ノモノデアルト曰ハヌデアラウカ、決議ガ法律上效力ヲ生ズルコトガ出來ヌナラバ、形式上ト雖モ成立シテ居ルトハ謂ヘヌ筈デアル、譬ヘバ遺言ガ法定ノ方式ヲ具ヘテ居ッテモ、民九六九ニ掲ゲタル者ヲ相續人ニ指定シタルガ如キ實質上無效ナルモノデアッタナラバ、果シテ遺言ガ形式上存在シテ居ルト謂ヘルデアラウカ、尙ホ進ンデ論ズレバ、實質上ノ無效ト形式上ノ無效(例ヘバ親族會ノ組織ガ違法ナル場合ノ如キ)トノ間ニ區別ヲ設クル理由ハ毛頭ナイト思フ、苟モ法律ガ效力ナシト認ムルモノナラバ、其原因ガ實質ニ存セウトモ形式ニ存セウトモ同ジ事デナケレバナラヌ、換言スレバ大審院ハ既ニ實質ノ無效ナル決議ハ民九五一ニ依ッテ不服ノ訴ヲ起サズトモ其效力ナキモノデアルコトヲ認ムルナラバ、何故ニ進ンデ民九五一ハ法律上無效ナル決議ニ對シテ訴ヲ起ス場合ニ關セズシテ、唯適法ニシテ而モ不當ナル決議ニ對シテ不服ノ訴ヲ起スコトヲ許シタルモノデアルコトヲ悟ラヌデアラウカ、何トナレバ不法ニシテ無效ナル決議ニ對シテハ民九五一ノ訴ヲ起ス必要ガナイカラデアル、尙ホ予ノ見解ノ理由ハ既ニ前三論ニ於テ略〻餘蘊ナキマデニ論ジタ積デアルカラ、更ニ茲ニ贅セヌノデアル

戊 相續

一 遺留分減殺ノ訴ハ適法ナリ

依テ案スルニ民法第千百三十四條以下ノ規定ニ依レハ遺留分ノ減殺ニ關シテハ遺留分權利者カ裁判所ニ請求シテ之ヲ確定セシムルコトヲ要スルモノニアラスシテ單ニ相手方ニ對シ相當ノ限度ヲ指定シテ減殺ヲ請求スル旨ノ意思表示ヲ爲セハ爰ニ法律上減殺ノ效力ヲ生シ之ニ因テ相手方ニハ減殺スヘキ割合ニ應シテ受贈物ヲ返還スルノ義務ヲ生スルモノトス而シテ此返還ノ義務ハ民法第千百四十四條ニ依リ價額ヲ辨償シテ之ヲ免ルルヲ得ヘキノミナラス受贈物ノ返還ヲ爲スニ當リテモ數箇ノ物件ニ就キ其何レヲ返還スヘキヤヲ定ムルニハ返還義務者ニ於テ選擇權ヲ有スルモノトス故ニ被控訴人カ本訴ニ於テ遺留分減殺ノ判決ヲ求ムルハ自己ノ意思表示ノミニテ效力ヲ生スヘキ事項ニ付キ殊更裁判所ノ干涉ヲ求ムルモノニシテ謂ハレナキ請求ナルヲ以テ之ヲ排斥スルヲ至當トス而シテ右減殺ノ請求カ裁判上排斥スヘキモノタルコトハ前述ノ如キ次第ナルノミナラス遺留分減殺請求ノ意思表示ハ之ニ依リテ遺留分權利者ヲシテ當然受贈物ノ共有者タラシムル效力ヲ生スルモノニアラサルカ故ニ被控訴人ノ登記手續請求モ亦不當ナルヲ以テ排斥スヘキモノトス(遺留分減殺及登記手續請求事件東京控訴院民事第三部判決要旨)

法律新聞第二百六十九號八頁ニ掲載セル東京控訴院判決ハ「遺留分ノ減殺ニ關シテハ遺留分權利者カ裁判所ニ請求シテ之ヲ確定セシムルコトヲ要スルモノニアラス」トシテ遺留分減殺ノ訴ヲ却下シテ居ルノデアルガ(他ニ今一ツノ理由アルニモセヨ)是ハ予ガ同意シ難キ所デアル成程遺留分減殺ノタメニハ訴ヲ起ス必要ハナイノデアルケレドモ相手方ガ之ヲ爭フ場合又ハ之ヲ爭フ恐アル場合ニ於テ訴ヲ起シテ其權利ヲ確認セシムルニ利益アルコトハ言フマデモナイコトデアルカラ、其訴ヲ許サヌ理由ハナイノデアル、獨逸ニハ明文ヲ以テ確認ノ訴ヲ制限シテ居ルケレドモ(獨民訴二五六)、我邦ニハ何等ノ制限モナイカラ、苟モ利益アレバ訴權ガアルト謂ハヲバナラヌ、尤確認ノ訴ヲ起サズシテ直チニ給付ノ訴ヲ起ス方ガ一層利益デアルコトガ常デアルケレドモ、利益ノ多少ハ當事者ノ擇ニ任スノ外ハナイ殊ニ遺留分減殺ノ權利アルコトサヘ明ニナレバ相手方ハ最早爭ハヌコトガ知レテ居ルナラバ必ズシモ給付ノ訴ヲ起サナイデモヨイノデアル

己　民法施行法

一　民法施行前ヨリ占有ヲ爲ス者ノ取得時效ハ民法施行ノ日ヨリ起算スヘシ

被告ノ代理人ハ被告ハ本訴ノ地所ヲ園部千代次カ被告ノ爲メ二十年以上代理占有ヲ爲シタルヲ以テ時效ニ因リ所有權ヲ得タリト主張スレトモ證人園部千代次ハ原告ヨリ今回本訴ノ地所ヲ被告ヨリ買受ケタルニ付キ自今以後自分ヘ小作米ヲ納メ呉ルヘシトノ申込ニテ其以前被告ヘ納メシモノ其以後二十年來原告ニ納付シ來リタリト謂フニ依テ見レハ被告ノ爲メ同人カ代理占有ヲ爲シタルコトヲ認メ得サルノミナラス假令此ノ如キ事實アリタリトスルモ取得時效ハ民法ノ規定ニ依リテ初メテ設ケラレタルモノニシテ民法施行法ニ別段ノ規定ナキヲ以テ民法施行以前ニ經過シタル時間ヲ其以後ノ時間ト通算シテ時效ノ成就シタルモノト爲スヲ得ス(所有權移轉登記請求事件山形地方裁判所民事部判決要旨)

「法律新聞」二五九號六頁以下ニ山形地方裁判所ノ判決トシテ掲ゲテ居ルモノノ理由ニ「取得時效ハ民法ノ規定ニ依リテ初メテ設ケラレタルモノニシテ民法施行法ニ別段ノ規定ナシ」トシテ居ルガ、是ハ聊カ誤ッテ居ル、民法施行法三一ニ「民法施行前ニ進行ヲ始メタル出訴期限カ民法ニ定メタル時效ノ期間ヨリ長キトキハ舊法ノ規定ニ從フ但其殘期カ民法施行ノ日ヨリ起算シ民法ニ定メタル時效ノ期間ヨリ長キトキハ其日ヨリ起算シテ民法ノ規定ヲ適用ス」トアッテ、次ノ同三二ニ「前條但書ノ規定ハ舊法ニ出訴期限ナキ權利ニ之ヲ準用ス」トアル、然ルニ本件ノ所有權(取得時效ノ場合ハ皆同ジデアル)ニ付テハ舊法ニ出訴期限ガナイカラ、民法施行ノ日ヨリ起算シテ民法ノ取得時效ノ規定ヲ適用スベキコト明カデアル、隨ッテ民法施行前ヨリ所有者トシテ不動產ノ占有ヲナス者ハ民法施行ノ日ヨリ起算シテ十年又ハ二十年ノ後時效ニ因ッテ其所有權ヲ取得スベキモノデアル

庚　不動産登記法

一　虚偽行爲ニ因ル所有權移轉ノ登記ヲ復舊スルニハ之ヲ抹消スルヲ以テ足ル

本件ノ如ク實際所有權ヲ移轉スルコトナク表面ノミ不動産ノ所有名義ヲ他人ニ移シ其登記ヲ得タル者カ惹ニ復スル爲メ自己ノ所有名義ニ書換ヲ請求スルハ即チ登記簿上所有權移轉ノ登記ヲ求ムルモノナルヲ以テ是等モ亦不動産登記法第一條所有權移轉ノ項ニ包含セシムル法意ナリ(明治三十八年ヵ第二百五十號同年六月十六日大審院第二民事部判決)

依テ審案スルニ不動産上ノ物權ヲ有スル者カ其權利ヲ二人以上ノ者ニ格別ニ移轉シタルヨリ其移付者ニ冒認賣買ノ如キ犯罪ヲ構成スルコトアリトモ之カ爲メニ登記簿上權利者ト爲リタル者ノ權利ニ消長ヲ來ス可キモノニアラス何トナレハ民法第百七十七條ハ此場合ヲ除外シタル規定ヲ設ケサレハナリ依テ本論旨モ採用スルヲ得ス

依テ審案スルニ本件ノ訴旨及ヒ原院ノ確定シタル事實ニ據レハ被上告人間ノ賣買ノ登記前ニ爲サレタル上告人及ヒ訴外青山初太郎ト被上告人川澄力トノ間ノ明治三十六年七月三日附賣買ノ登記ハ虚偽ノ意思表示ニ出テタル無效ノ行爲ニ基クモノナレハ其登記モ從テ無效タルヤ論ヲ俟タス左レハ其後ニ至リ假令ヒ同一當事者間ニ眞正ノ賣買成立シタリトモ無效登記ノ復活スルカ如キ規定及ヒ條理ナキノミナラス、後ノ取得者ハ上告人及訴外青山初太郎ノ二名ニシテ當事者ノ異レル場合ニ於テハ尚更前ノ登記カ後ノ取得ノ爲メニ復活スヘキ謂ハレアラサルモノニシテ無效ナル登記カ登記簿上存在スルトモ法律上何等ノ效力ヲ生スヘキモノニアラス而シテ登記ハ之ヲ以テ直ニ法律行爲ト云フヲ得サレトモ其行爲ノ結果ヲ直接ニ公示スル方法ナレハ之ヲ法律行爲ト同視シ其行爲ニ對シテ無效ヲ主張スルコトヲ得ル者ハ亦從テ其公示方法ニ付テモ無效ヲ主張スルコトヲ得ヘシ依テ上告人ト被上告人川澄力トノ間ノ賣買ノ無效ヲ主張スルコトヲ得ル被上告人米川龜之助カ其登記ノ無效ヲ主張スルコトヲ得ルモノト爲シタル原判決ハ相當ニシテ本論旨モ上告ノ理由ト爲スヲ得ス(明治三十九年ヵ第百十七號同年四月二十五日大審院第二民事部判決)

明治三十八年六月十六日大審院判決(法學志林七卷九號八一頁、法政大學講義錄特別法二六號雜報一〇二頁)ニ據レハ虚偽行爲ニ因ッテ甲ヨリ乙ニ所有權ヲ移轉シタルモノノ如ク裝ヒ以テ之ガ登記ヲナシタル場合ニ於テ登記名義ヲ復舊スルニハ必ズ所有權移轉ノ登記ヲセネバナラヌトシテ居ルケレドモ、是ハ謬ッテ居ルト思フ、虚偽行爲ガ當事者間ニ於テ無效ナルコトハ法律ノ明文ニ依リ疑ナキ所デアル(民九四、一項)、然ルニ登記原因ガ無效デアレバ登記其物モ無效デアッテ之ヲ抹消スベキモノデアルコトハ明カデアル、現ニ大審院モ他ノ判決ニ於テハ此說ヲ採ッテ居ルヤウデアル(三十九年四月二十五日判決、法學志林八卷七號八八頁)、尚ホ登記原

因ノ無效ナル場合ニ登記ノ抹消ヲナスベキモノデアルコトハ自明ノ理トシテ不動產登記法ニハ特ニ之ヲ掲ゲヌケレドモ、同法ノ第三條ニハ之ヲ前提トシテ居ルノデアル(豫告登記ハ登記原因ノ無效又ハ取消ニ因ル登記ノ抹消又ハ回復ハ訴云々)故ニ本件ノ場合ニ於テハ所有權移轉ノ登記ヲ爲スベキモノデハナクテ抹消登記ヲ爲スベキモノデアル(法學志林第六十四號四頁參觀)

二　共有權ノ登記ニ就イテ

依テ審按スルニ從來登記簿上本件ノ不動產カ上告人及ヒ被上告人等ノ共有名義ナルニ於テハ上告人カ共有權ヲ喪失シタル今日ニ在リテハ唯タ其共有名義ヲ抹消スレハ足ルヘシト雖モ本件ノ不動產ハ實質上本件當事者及ヒ其他ノ貸座敷營業者ノ共有ナリシヲ共有者ノ協議ヲ以テ上告人ノ所有名義ニ登記シアルモノナレハ上告人所論ノ如ク登記簿上上告人ノ所有名義ヲ抹消スルヲ得スシテ上告人ヨリ被上告人等ニ所有權移轉登記ヲ爲スヨリ外途アラサルナリ而シテ此ノ如キ請求ハ法律上禁セラレタルモノニアラサレハ裁判所カ原告タル被上告人ノ請求ヲ是認シ所有名義書換ノ登記手續ヲ爲スヘキコトヲ命スルニ於テハ被上告人ハ其判決ニ基キ所有權移轉ノ登記ヲ申請スルハ是即チ登記法ニ所謂登記原因ニ該當スルモノナルカ故ニ原院カ本件不動產ノ所有權移轉登記ノ請求ヲ是認シタルハ相當ニシテ本論旨モ

採用スルヲ得ス(明治三十八年オ第百五十一號同年六月二十三日大審院第二民事部判決)

明治三十八年六月二十三日大審院判決(法學志林七卷九號八二頁、法政大學講義錄特別法二六號雜報一〇四頁)ニ據レバ共有者中ノ一人ノ所有名義ニテ登記ヲナシタル後其名義人ガ共有權ヲ失ヒタルトキハ所有權全部ノ移轉登記ヲナスベキモノトシテ居ルノデアルガ、是ハ不當デアルト思フ、前登記ニ付テハ變更登記ヲナシ(不動產登記法五六)、更ニ所有權ノ一部移轉ノ登記ヲナスベキデアル(同七八)、(第一)何故ニ前登記ニ付テ變更登記ヲナスベキデアルカト云フニ、前登記ニハ一人ノ所有ニ係ル不動產ノ如ク登記シテアッタケレドモ、是ハ僞デ數人ノ共有ニ係ッテ居ッタノデアルカラ、之ヲ變更スル必要ガアルノデアル、(第二)何故ニ所有權ノ一部移轉ノ登記ヲナスベキデアルカト云フニ、一人ノ共有權ガ消滅シタ結果其持分ヲ他ノ共有者ガ取得スルノデアルカラ、是レ取リモ直サズ所有權ノ一部移轉デアルカラデアル、共有權ハ所有權ノ一部デナイト云フ說ガアルケレドモ我民法ガ此說ヲ取ラナカッタコトハ少クモ民法ノ施行ノタメ制定セラレタル不動產登記法七八ノ明文ニ由ッテ明カデアル、判決文ニハ若シ共有權ノ登記トナッテ居ルナラバ「共有名

義ヲ抹消スレハ足ル」ト云ッテ居ルケレドモ、是ハ謬デアルト思フ、之ヲ抹消シタノミデハ其持分ガ無主トナッテ仕舞フ道理デアルカラデアル

第二編　商法

甲　會社

一　株金拂込ノタメニ振出シタル手形ハ無效ナラス

被告ノ主張ニ係ル本件手形カ株金ノ拂込及其利子ノ支拂ニ代ヘテ拂出サレ若ハ裏書讓渡セラレタル事實ハ原告ノ認メサル處ナルモ乙第一號乃至第五號證及證人椎名弘平ノ證言ヲ綜合シ考覈スルニ如上ノ事實アリト認ムルヲ當レリトス抑株主カ會社ニ對シテ負擔スル株金拂込ノ債務ハ株式會社ノ性質特ニ株式ノ性質上必スヤ金錢ヲ以テ辨濟スルヲ要シ其履行ニ代ヘテ手形ヲ授受スルカ如キハ商法ノ認メサル處ナルカ故ニ假令當事者間ノ合意ニ出ツルモ法律上ノ效果ヲ發生スルモノニ非スト謂ハサルヲ得ス是ニ由テ之ヲ觀レハ本件手形ハ商法ノ公益的規定ニ違犯シテ振出サレ若ハ裏書讓渡セラレタルモノニシテ即チ債務ノ原因不適法ニ歸着シ原告ニ對シ固ヨリ直接對抗スルヲ得ヘキ事由ナルニ依リ此點ニ於テ被告等ノ抗辨ハ理由アリ原告ノ請求ハ不當ナルニ依リ他ノ爭點ニ付テハ判斷セス(明治三十七年ヲ第一一〇九號東京地方裁判所第四民事部判決理由)

「法律新聞」二五一號(一七頁)ニ掲ゲタル東京地方裁判所ノ判決ハ不當デアルト思フ、其判決ハ「株主カ會社ニ對シテ負擔スル株金拂込ノ債務ハ株式會社ノ性質特ニ株式ノ性質上必ズヤ金錢ヲ以テ辨濟スルヲ要シ其履行ニ代ヘテ手形ヲ授受スルガ如キハ商法ノ認メザル處ナルガ故ニ假令當事者間ノ合意ニ出ヅルモ法律上ノ效果ヲ發生スルモノニ非ラズ」トシ、其「手形ハ商法ノ公益的規定ニ違犯シテ振出サレ若クハ裏書讓渡セラレタルモノニシテ即チ債務ノ原因不適法ニ歸著」スルノ理由ヲ以テ右ノ手形ノ支拂ノ請求ヲ却下シタノデアル、如何ニモ株金ノ拂込ハ金錢ヲ以テシナケレバナラヌニ因ッテ、手形ヲ振出シ又ハ裏書讓渡シテモ拂込ニハナラヌケレドモ手形ノ支拂ガアッタナラバ、其時ニ拂込ガアッタモノデアル、故ニ若シ其支拂ナキ内ニ拂込ガアッタモノトシテ創立總會又ハ增資後ノ株主總會ヲ開イタナラバ、發起人又ハ取締役ハ連帶シテ其拂込ヲナス義務ヲ負フケレドモ、(第一三一、一項、一三六、二一三、二一六)手形ノ振出又ハ裏書ガ當然無效トナルノデハナイ、故ニ會社ノ選擇ニ從ヒ手形ノ支拂ヲ求メテモ發起人又ハ取締役ニ向ッテ株金ノ拂込ヲ求メテモ宜シイノデアル、東京地方裁判所ノ言フヤウデアレバ、小切手ヲ以テ株金ノ拂込ヲナスコトモ出來ヌヤウニナッテ、經濟狀態ノ進歩シタル土地ニ於テ或金額以上ノ支拂ハ大抵小切手ヲ以テスル場合ト雖モ株金ノ拂込ニ限ッテハ態態銀行カラ正金ヲ引出シテ會社ニ持ッテ往カネバナラヌコトトナルデアラウ、併シ立法者ガ斯ク迂遠ナル事ヲ命ズルモノデナイコトハ別ニ辯明ヲ要セヌト思フ、唯此場合ニ於テモ何時株金ノ拂込ガアルカト云ヘバ、小切手ノ支拂ハレタル時デアル、以上ハ佛國抔デハ一般ニ認メラレテ居ル所デアル (Thaller, *Traité Elémentaire de droit com, Mercial*, 2eéd, No 519, P. 287; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit Commercial*, 2eéd, No 698, P. 502)

二　取締役ノ選任ハ單獨行爲ナルカ將タ承諾ヲ待チテ始メテ成立スルカ(法學志林第十卷第六號所載)

本編ハ明治四十一年五月二十四日當大學ニ於テ開催セル五大學聯合討論會ニ於テ梅博士ノ演述セラレタルヲ筆記シタルモノナリ――編輯者識

本問ニ付テハ大審院其他ノ判例アリ學者ノ意見ノ公ニセラレタルモノアリ予モ亦曩ニ一二判例ノ批評ヲ試ミタルコトアリト雖モ何レモ斷片零屑ニ過ギズシテ論旨ヲ盡サザルモノアレバ茲ニ此會ヲ機トシテ聊カ說明スル所アラントス而シテ本問ヲ解說スルニ方リ先ヅ諸君ノ注意ヲ乞ハザルベカラザルモノアリ他ナシ外國法ニ於ケル法理論及ビ解釋論ハ直チニ採ッテ以ッテ我國法律ノ解釋ニ應用スベカラザルコト即是ナリ固ヨリ我國法典ノ起草者ハ孰レモ外國法ヲ研究シタル人人ナレバ勢ヒ軌範ヲ彼ニ採リタルモノ少カラザルガ故ニ外國法ヲ參考トスルハ大ニ可ナリ然レドモ參考ハ所謂盲從ト異ナリ試ニ獨佛ノ法律ヲ參照セバ我國ノ法律ト其規定ノ趣旨ヲ同ジウスルモノ甚ダ多シト雖モ往往相異ナルモノアルヲ見ルベク而シテ其異ナルモノハ別ニ理由ノ存スルモノナクンハアラズ濫ニ外國ノ法律ニ盲從シ强テ我國ニ於ケル法理及ビ解釋ヲ彼ニ一致セシメントスルハ謬ノ甚シキモノナリ愼マザルベケンヤ

依テ本問ニ付キ參考トシテ外國ニ於ケル法律並ニ學說ヲ見ルニ獨佛ノ如キ一ト シテ明文ノ據ルベキナシト雖モ學說ハ殆ト契約說ニ一致セリ然ラバ第一、佛蘭西ニ於テハ何故ニ契約說ニ傾ケルカ思フニ佛語ノ mandat ハ委任者ト受任者トノ間ニ契約ヲ成立セシムルニ過ギズ然ルニ代理ニ付キ同ジク mandat ナル語ヲ用ヒタルハ誤解ヲ招クノ主因タリシナラン即チ取締役ハ mandataire légal ナルガ故ニ委任關係ヲ生ズト解スルニ至リシナリ元來佛蘭西ノ立法ハ百年ノ古ニ行ハレタルモノニシテ進歩セル法理ニ後ルルコト甚シク偶、民法改正意見アルモ行ハレズ現今ニ迨ビテモ尙ホ代理ニ關スル一般規定ヲ缺ケリ爲メニ學者ハ解釋ノ名ノ下ニ種種ノ推斷ヲ試ムルニ至レリ蓋シ代理ニ關スル事項ハ「マンダー」ノ名ノ下ニ規定セルモ其一部ハ委任ニ關スルモノニシテ他ノ一部ハ純然タル代理ニ關スルモノナリ隨ッテ取締役ノ權限ニ關シテハ此中代理ノ部分ノミヲ適用スルヲ以テ予ハ正當ナリト信ズ然ルニ此兩者ノ區別明カナラズ「マンダー」ト言ヘバ兩者ヲ包含スルガ爲メ實際上悉ク之ヲ適用シ殊ニ此兩者ヲ併セ適用スルハ甚便宜ナリシヨリ遂ニ一般ノ例ヲ成シ裁判例、學說共ニ委任ノ適用ヲ認メテ怪マズ由ッテ以ッテ取締役ノ選任ハ委任契約ナリト解スルニ至レリ第二、獨逸ニ在ッテハ前述ノ如ク明文ナキモ學者多クハ契約說ヲ採リ雇傭又ハ委任ナリト爲ス蓋シ現今ノ獨逸法ニ於テ

ハ雇傭ト委任トニ相當スル文字ハ有償ト無償トノ區別アルガ故ニ取締役ノ選任ニ付テモ有償、無償ノ區別ニ從ヒ雇傭又ハ委任ナリト解スルニ至レリ此ノ如ク獨佛多數ノ學者ハ殆ド契約說ニ一致セリ然レドモ是レ果シテ正當ナル見解ナリヤ否ヤ

凡ソ契約ト言ヘバ申込及ビ之ニ對スル承諾ナカルベカラズ隨ッテ取締役ノ選任ヲ契約ナリトセバ何ヲ以ッテ申込ノ意思表示ト見ルベキカ承諾ハ何人ニ對シテ爲スベキカノ問題ヲ生ゼザルヲ得ズ尤モ佛國ニ於テハ多クハ此問題ヲ生ゼズ何トナレバ佛國民法ノ總テノ法文ノ趣旨ヨリ見レバ意思ハ必ズシモ之ヲ表示スルヲ要セザルガ故ニ決議ハ即チ意思ニシテ此意思ハ直チニ申込タル效果ヲ生ズルモノナレバナリ之ニ反シテ獨逸ニ在リテハ申込ノ成立ニ付キ學說ノ分派ヲ生ジ或ハ總會又ハ監査役會ノ決議其レ自身ヲ以テ申込ナリト爲シ或ハ會社ノ代表者ガ決議ヲ齎シテ被選者タル株主ニ傳達スルヲ以テ申込ナリト云フニ至レリ

然ルニ予ガ茲ニ獨逸ニ於ケル通說ニ反シテ取締役選任行爲ノ性質ヲ以テ單獨行爲ナリト斷ズルノ理由ニ至リテハ唯リ一部ノ會社法規ノミニ據リテ說明スルコトヲ得ズ廣ク私法ノ全體ニ亘リテ之ヲ論究セザルベカラザルナリ蓋シ商法ハ民法ト均シク私法ノ領域ニ在リテ而モ普通法ト特別法トノ關係ニ立ツモノナルガ故ニ本問ノ如キハ立法當時多少ノ問題タリシニモ拘ハラズ特ニ規定ヲ設ケズ民法ノ規定ニ依リテ之ヲ決セントシタルモノ實ニ立法者ノ意思ナリシナリ而シテ私法上ノ代理ニ關シ獨逸民法ノ如キハ代理(Vertretung)ノ規定ニ於テ所謂委任代理ヲ規定シタルニ止マリ法定代理ヲ包含セザルニ反シ我民法ノ代理ニ於テハ廣ク各種ノ代理ニ關スル通則ヲ規定セルガ故ニ取締役モ亦此通則ノ支配ヲ受クルモノト謂ハザルヲ得ズ(此處ニ於テ代理ト代表トヲ區別スル說ニ付キ述ブル所アリタレドモ略ス)然リ而シテ我民法上代理ハ其原因ニ依リ之ヲ二種ニ分ツ法定代理及ビ委任代理即チ是ナリ法定代理ハ直接ニ法律ノ規定ニ依リ或ハ法律ノ規定ニ依ル特定ノ機關ノ行爲ニ因リ委任代理ハ委任契約ニ因ルモノナリ知ルベシ法律ノ規定ニ依ル特定ノ機關タル總會ノ選任セル取締役ハ即チ法定代理人タルコトヲ已ニ法定代理人ナリトセバ委任代理ノ觀念ヲ容ルベキニ非ザルガ故ニ當ニ委任代理ト謂フヲ得ザルノミナラズ法定代理ト委任代理トノ兩者ヲ兼ストノ觀念

モ亦不當ナリトス(獨逸民法ハ代理ノミナラズ委任ニ關スル規定モ亦我民法ト相異ナル所アレドモ此ニハ之ヲ述ベズ)是レ予ガ我國現行私法全體ノ精神ヲ討究シテ單獨行爲說ヲ採ラザルベカラズト主張スル所以ナリ

取締役選任ノ方法ハ總會ノ決議ニ依ルコトハ商法ノ明文ニ依リ明カナリ而シテ其決議ノ性質ニ付テハ議論ノ存スル所ナリト雖モ予ハ意思表示ナリト解ス只夫レ意思表示ト云フト雖モ法人ノ意思表示ナリト爲シ或ハ株主總會ノ意思表示ナリト爲スハ非ナリ予ハ各株主カ有スル意思ヲ表決シタルモノハ即チ此決議ナル意思表示ヲ構成スルモノニシテ恰モ賣買ノ當事者ガ數人アル場合ニ於テ其數人ノ意思ニ因リ一個ノ意思表示ヲ構成スル場合ト何ノ擇ブ所ナシト思惟ス已ニ決議ヲ以テ意思表示ナリトセバ之ニ對スル相手方アリヤ曰ク否ナ强テ言ヘバ不特定人ニ對スル意思表示ナリ而シテ我民法ニ於テハ佛國民法ト異ニシテ申込ハ必ズ特定セル相手方ノ存在ヲ要スルモノナルガ故ニ斯ル意思表示ヲ以テ申込ト爲スコトヲ得ザルナリ此ノ如ク決議ハ意思表示ニシテ而モ特定ノ相手方ニ對スル申込ニ非ズトセバ到底契約ノ成立スルニ由ナク單獨行爲ナリト斷ズルノ外ナカルベシ「スタウヴ」ノ如キハ決議ハ即チ申込ナリト言ヘルモ予ハ如上ノ見解ニ因リ之ヲ採ラズ尙ホ決議ハ一ノ事實ニシテ意思表示ニ非ズト謂フガ如キハ其不當ナルコト上述セル所ニ依リテ明カナルベシ

決議其レ自身ヲ申込ナリトスルノ非ナルヲ悟レル者ハ曰ク總會ノ代表者ガ其決議ヲ被選任者ニ傳達シタルトキ申込ヲ成スモノナリト然レドモ是レ實際上或場合ニ於テ不可能ナル議論ニ非ザルナキカ蓋シ會社成立後ノ株主總會ニ於テ選任セラレタル者ニ對シテハ前任取締役假ニ取締役トシテ之ヲ通知セバ則チ可ナランモ少クトモ創立總會ニ在リテハ其發起人ガ全株ヲ引受ケタル場合ト株主ヲ募集シタル場合トヲ問ハズ所謂代表者ナルモノナシ固ヨリ被選者タル株主ガ議場ニ在ル場合ニ於テハ直ニ其決議ヲ了知シ得ベキモ然ラザル場合ニ於テハ何人ガ果シテ其決議ヲ齎シ以テ論者ノ所謂申込ヲ爲シ得ベキカ或ハ承諾論者相澤君ノ如ク相當ナル方法ニ依リ之ヲ傳達スベク議長ヲシテ通知セシムルモ可ナリト曰フ者アランモ議長ハ法人ノ代表者ニ非ズ焉ゾ法人ト被選者トノ間ニ契約ヲ成立セシムルコトヲ得ンヤ知ルベシ此說モ亦到底契約ノ成立ヲ證スルニ由ナキコト

ヲ或ハ株主以外ノ者ガ被選者タル場合ニ於テハ契約ノ觀念ニ依ルニ非ザレバ理解スルコトヲ得ズト曰フモノアレドモ是レ我邦ニ於テハ根據ト爲ラズ蓋シ我商法ニ於テハ斯ル場合アルコトヲ認メザレバナリ故ニ予ハ之ヲ論ゼズ尙ホ承諾論者中無名契約說ノ如キハ著シキ誤謬ナルベシ何トナレバ民法上代理ノ發生原因ハ法定代理ノ場合ノ外ハ必ズ委任ナルガ故ニ假ニ契約說ヲ採ルモノトセバ之ヲ委任契約ト謂ハザルベカラザルナリ

論者或ハ曰ク何人ト雖モ他人ノ意思ニ因リテ義務ヲ負擔セザルヲ以テ原則トス何人ト雖モ自ラ知ラザル行爲ニ付キ責任ヲ負フコトアルベカラズ然ルニ若シ取締役選任ノ決議ハ直ニ其效力ヲ生ズルモノトセバ被選者ハ自ラ取締役タルコトヲ知ラザルニモ拘ハラズ懈怠ノ責任ヲ負フコトアルベク非理モ亦甚シト然リ若シ論者ノ言ノ如クナラシメバ洵ニ不當ナリト謂ハザルベカラズ然レドモ取締役タルコトト懈怠ノ責ニ任ズルコトトハ其間自ラ區別ヲ存スベシ例ヘバ「登記ヲ爲スコトヲ怠リタルトキ」トアル場合ニ於テ從來多數ノ裁判所ノ見解ニ依レバ義務者カ或期間ヲ過ギテ登記セザレバ即チ懈怠者ナリト爲スガ如シト雖モ苟モ特別規定ナキ限ハ知ッテ而シテ爲サザル者ハ之ヲ怠慢者ナリト爲スベク知ラザル者ニ對シ之ニ科スルニ怠慢ノ罰ヲ以テスベカラズ故ニ今取締役ガ登記期間經過後自己ガ義務者(取締役)タルコトヲ知リタリトセバ其知リタルーキ直ニ登記セバ可ナリ知ラザル行爲不行爲ニ付キ責ヲ負フコト勿ルベシ若シ夫レ責任重キ故ヲ以テ取締役タルコトヲ欲セザル者ノ如キハ直ニ辭任セバ則チ可ナリ予ノ說ニ從ヘバ辭任モ亦直ニ效力ヲ生ズルガ故ニ選任ヲ知ルト同時ニ辭任セバ由ッテ以ッテ自己ノ欲セザル重キ責任者タルコトナキヲ得ベシ或ハ取締役ハ辭任スルコトヲ得ズト云フ者アレドモ偏見ニ非ザルナキカ蓋シ彼ノ後見人及ビ親權者ノ如キハ辭任ヲ許サザルヲ本則トスルモ是レ公益上民法ニ特別ノ明文ヲ設ケタルニ因ルモノニシテ(親權者ニ付テハ間接ニ之ヲ規定セリ)斯ル特別規定ナキ場合ニ於テハ同一ニ論ズルコトヲ得ザルナリ思フニ株主ノ主タル義務ハ株金ノ拂込ニシテ取締役タルコト其他株主權行使ノ如キハ附隨ノ權義ナルガ故ニ之ヲ强要スルコトヲ得ズ今取締役ノ辭任ヲ認ムルトキハ株主ノ全員皆辭任スルコトアリ爲メニ業務ヲ執行スル能ハザルガ如キ不都合ヲ生ズベシト言フ者アリト雖モ之ヲ言ハバ

定款ニ記載セル定足數ニ達セザル爲メ株主總會ヲ開クコト不能ナル場合モアルベシ斯ノ如キ杞憂ニ基キテ本問ノ解決ヲナサントト欲スルガ如キハ駁論ノ價値モナキモノナリ其他株主ノ平等待遇、經濟上ノ理由等ニ基ク反對論ノ主張アリト雖モ苟モ株主タル者ノ多數ハ取締役タルコトヲ拒マズ却テ其地位ニ就カンコトヲ欲スルハ普通ノ狀態ナルヲ思ヘバ斯ル主張ハ採ッテ以ッテ之ヲ論ズルニ足ラザルベシ

終ニ單獨行爲說ノ根據ヲ確ムル爲メ民法ノ規定ニ比較論及セン(第一)民法上ノ法人ノ理事ニ付テ言ハバ(討論者ノ詳論セル所ハ省略ニ從フ)財團法人ハ暫ク措キ單ニ社團法人ニ付テ見ルモ例ヘバ其定款ニ於テ一定ノ官職ヲ帶ブル者ヲ以テ理事ト爲スモノアリ斯ル場合ニ於テモ尙ホ且論者ハ契約ノ觀念ヲ以テ之ヲ律セントスルカ其他官廳ニ於テ理事ヲ選任スル場合ノ如キハ如何(第二)後見人ノ如キハ如何無能力者ハ申込人ニ非ザルベク其他何人ガ果シテ申込者タルベキ(第三)親族會員ハ裁判所之ヲ選任シ或ハ遺言ニ因リテ之ヲ指定スルコトアリ此等ハ何レモ契約ノ觀念ヲ以テ說明シ得ベキモノニ非ザルベシ

上述セル所ヲ要約スルニ本問ニ付キ單獨行爲說ヲ採ル所ノ理由ニ至リテハ獨佛ニ於テモ將タ我國ニ於テモ唯リ會社ニ關スル規定ノミナラズ廣ク私法全體ノ規定ノ趣旨ヲ討究シテ始メテ之ヲ明カニスルヲ得ベク而シテ單獨行爲ニ因リ取締役タル資格ヲ得ルモノト爲スモ辭任シ得ベキコトヲ認メ辭任ハ直チニ其效力ヲ生ズルモノト解スルトキハ何等ノ不條理ヲ來サザルモノト謂フベシ

本論ハ梅博士ガ當日演述セラレタル所ノ大要ヲ摘錄シタルニ止マリ精粗其宜ニ適セザルモノアルベシ大體ニ於テ博士ノ査閱ヲ經タリト雖モ匆忙掲載セルヲ以テ誤謬アラバ其責一ニ筆記者ニ在リ　(森原嘉逸)

三　取締役ハ辭任スルコトヲ得

案スルニ取締役ハ株主總會ニ於テ株主中ヨリ之ヲ選任スルモノナルコトハ商法第百六十四條ニ規定スル所ナリ而シテ此選任ノ方法カ法令ニ背カス適正ニ爲サレタル以上ハ直チニ選任ノ效力ヲ生シ敢テ被選任者ノ承諾ヲ待ツテ效力ヲ生スルモノニアラス是レ選任カ單獨行爲タル性質ヨリ流出スル當然ノ了ナリトス然レトモ此選任ハ直チニ被選任者ヲ羈束セス被選任者カ其選任ニ服シテ取締役タル事務ヲ執ルト否トハ素ヨリ其自由意思ニ依ルノ外ナキ

カ故ニ取締役カ其選任ニ服シタルトキハ以テ選任ノ效力確定スルノ感ナキニアラスト雖モ選任ノ效力ト選任ノ效力ノ確定トハ劃然之ヲ區別スルヲ要シ會社ト取締役トノ間ノ法律關係ハ委任又ハ雇傭契約ノ如ク一方ノ承諾ヲ待テ其效力ヲ生スルモノニアラス會社及取締役タル性質ヨリ生スル特種ノ法律關係ナリ故ニ一度取締役ニ選任サレタル以上ハ合意ヲ要セス特別ノ意思表示ヲ俟タス法律ニ於テ規定シタル權利義務ハ當然之ヲ有スルモノナルカ故ニ此點ヨリ之ヲ見ルトキハ取締役ハ外部ニ對シ會社ヲ代表スル法定代理人ナルヿ明カナリ左レハ定欵ニ從ヒ取締役カ報酬ヲ受クルト否トニヨリ雇傭又ハ委任ニ關スル規定ヲ準用ストノ法文ナキ限リハ取締役ト會社トノ間ノ關係ニ付テハ全然雇傭又ハ委任ニ關スル法條ハ之ヲ準用スルヿ能ハサルヤ勿論ナリトス而シテ我商法及民法ノ法人ニ關スル總則ニ於テ雇傭又ハ委任ニ關スル法條ヲ準用スルノ明文ナシ之ニ反シテ會社取締役解任ニ付テハ特ニ商法第百六十七條ニ於テ規定ヲ設ケ會社ハ何時ニテモ株主總會ノ決議ヲ以テ取締役ヲ解任スルヿヲ得ヘシ只正當ノ理由ナクシテ解任シタルトキハ會社ハ之ニ因テ生シタル損害ヲ賠償スルノ義務アリト言ヒタルノミニシテ取締役カ何時ニテモ辭任ヲ爲シ得ルヿ及ヒ若シ正當ノ理由ナク辭任シタルトキハ會社ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ請求スル權利アルコトソ規定ハ商法中一モアルヿナケレハ我商法ハ取締役ノ解任ノミヲ認メ辭任ハ之ヲ認メサルモノナリト解釋セサルヘカラス從テ取締役ノ任務ヲ辭セントスルモノハ株主總會ニ向ヒ解任ヲ求ムル外他ニ途ナキヿ辯ヲ俟タスシテ明カナル所ナリトス然ラハ本件ニ於テ取締役ハ單獨ナル意思表示ヲ以テ辭任ヲ爲スヿヲ得ヘシトノ抗告人ノ主張ハ之ヲ採用スルヿ能ハサルノミナラス假リニ數歩ヲ讓リ單獨ノ意思表示ヲ以テ辭任スルヲ得ルモノトスルモ本件ノ如ク取締役員會ニ向ヒ爲シタル意思表示ハ有效ナラス何トナレハ取締役ハ外部ニ對スル代表機關ニシテ內部ニ於テ取締役ノ選任又ハ解任ノ事項ヲ議決スル決議機關ニアラス而シテ解任ノ意思表示ハ此議決機關タル株主總會ニ向ツテ之ヲ爲ササレハ表示タル效力ヲ生セサルヿ明カナル所ナレハナリ

之ヲ要スルニ抗告人カ凡ソ會社取締役員會ニ向ヒ爲シタル辭任申出ハ之ヲ以テ直チニ任務終了ノ效力アリト見做シ登記申請ヲ爲シタルハ法律ノ解釋ヲ誤リタルモノナレハ其申請ハ採用スヘカラサルモノナリ左レハ横濱區裁判所カ之ヲ却下シタルハ相當ニシテ從テ原裁判所カ抗告人ノ抗告ヲ棄却シタルハ亦相當ナリ(明治三十七年ラ第三六四號株式會社取締役變更登記申請却下ニ對スル再抗告事件東京控訴院民事第一部判決理由)

「法律新聞」二五七號二〇頁ニ揭ゲタル東京控訴院ノ裁判ニ據レハ「我商法ハ取締役ノ解任ノミヲ認メ辭任ハ之ヲ認メザルモノナリト解釋セザルベカラズ從ッテ取締役ノ任務ヲ辭セントスルモノハ株主總會ニ向ヒ解任ヲ求ムル外他ニ道ナシ」トシテ居ルガ、予ハ此裁判ヲ不當トスルノデアル、抑ヒ人ガ其意思ニ因ラズシテ一定ノ任務ニ就クノ義務アルノハ文明國ニ於テハ原則トシテ認メヌノデアッテ、其必要ノアル場合ニハ特ニ明文ヲ以テ之ヲ定ムルヲ例トシテ居ルノデアル例ヘバ、民一

一一二、二項ニ據レバ裁判所ニ於テ「選任シタル遺言執行者ハ正當ノ理由アルニ非サレハ就職ヲ拒ムコトヲ得ス」トシ又市制八、町村制八ニ據レバ市町村公民ハ法定ノ「理由アルニ非サレハ名譽職ヲ拒辭シ又ハ任期中退職スルコトヲ得ス」トシテアルガ、裁判所其他公法上ノ機關ガ選任シタル者デスラ、其辭任ヲ許サザル場合ニ於テハ此ノ如キ明文ヲ必要トシ、殊ニ市町村ノ名譽職ノ如キ公務スラサウデアルノニ、私法上ノ機關タル株主總會ガ選任シタル者デ其職務モ亦一ノ私法的事務ニ過ギナイ所ノ取締役ガ何等ノ明文ナキニ其任務ヲ辭スルコトガ出來ヌト曰フハ予ガ信ゼザル所デアル、然ラバ何故ニ商一六七ニ於テ解任ノ事ノミヲ規定シタカト云フニ、解任ハ取締役ニ有形、無形ノ損害ヲ加フル恐ガアリ、殊ニ株主總會ガ一旦任期ヲ定メテ(或ハ定款ニ定メタル任期間ノタメニ)選任シタル取締役ヲ半途ニ解任スルコトヲ得ルヤ否ヤハ多少ノ疑問デアル、且我我ノ解スル所ニ據レバ此解任ノ自由ハ公益的ノモノデアッテ、假令定款又ハ株主總會ノ決議ヲ以テ此自由ヲ拋棄シテモ、其ハ無效デアルノダカラ、(Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 2e éd., II, n° 812, p. 603; Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, 2e éd., n°650, p. 348; Staub, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 6. Aufl. I, § 231, Anm. 14, S. 692; Cosack, *Lehrbuch des Handelsrechts*, 6. Aufl., § 116, I, 2, C, S. 573; Endemann, *Handbuch des Deutschen Handels-See-und Wechselrechts*, I, § 122, S. 579) 特ニ本條ノ必要ガアルノデアル、尙ホ取締役ガ辭任スルコトヲ得ルノハ西洋各國ニ於テモ疑ノアルコトヲ聞カヌ所デアル (Lyon-Caen et Renault, *op cit.*, n°s 811 *bis*, 812, p. 602, 604; Thaller, *op cit.*, n° 650, p. 349 *in prine*; Staub, a. a. O., Anm. 18, S. 693; Cosack, a. a. O., *B*, S. 572) 唯獨逸ニ於テハ取締役ト會社トノ關係ハ委任又ハ雇傭ノ關係デアルト云フ說ガ一般ニ行ハレテ居ルカラ、タメニ多少ノ制限ハアルモノトシテ居ルノデアル、又佛國ニ於テハ法定代理又ハ法定委任 (mandat légal) ニモ民法ノ代理又ハ委任 (mandat) ニ關スル規定ヲ適用スベキモノトスルノガ通說デアルカラ、「リヨン、カン」及ビ「ルノー」ノ如キハ民法ノ委任ヲ辭スルトキノ條件ヲ要スルモノトシテ居ルノデアルガ、我商法ノ解釋トシテハ取締役ニ委任又ハ雇傭ノ規定ヲ適用スベカラザルコトハ既ニ判決例ノ認ムル所デアルカラ、取締役ノ辭任ニハ何等ノ制限モナイノデアル、而シテ予ヲシテ言ハシムレバ委任、雇傭ノ如キ受任者又ハ勞務者ノ承諾ニ因ッテ成立シタルモノデサヘ或制限ヲ以テ辭任ガ出來ルノ

ニ(民六二八、六五一)取締役ノ意思ニ拘ハラズ之ヲ選任シタルモノガ絶對ニ辭任ガ出來ヌトハ殆ドアリ得ベカラザル事デアルト謂ハヲバナラヌ、是ヲ觀テモ右ノ裁判ガ誤ッテ居ルコトガ分ルデアラウト思フ

或ハ取締役ハ必ズ株主ノ中ヨリ選ブモノデアルカラ、株主トナル者ハ皆何時取締役ニ選バルルカ知レヌト覺悟シテ居ルベキ筈デアッテ、決シテ其意ニ反シテ選バレタモノト視ルコトハ出來ヌト云フカモ知レヌガ、株主ノ多數ハ金錢利殖ノ方法トシテ株式ヲ買フノデアルノニ、皆責任ノ重キ取締役ヲ勤ムベキ義務ガ附隨シテ居ルモノデアルトシタナラバ、迂濶ニ株式ヲ買ッコトモ出來ヌ譯デ、全ク株式會社ノ性質ニ反スルト謂ッテモヨカラウト思フ

偖一旦取締役ノ辭任ガ出來ルモノトスレバ、其意思表示ハ取締役ガ代表スル所ノ本人タル會社ニ對シテナスベキデアルト謂ハヲバナラヌ、從ッテ會社ヲ代表スル他ノ取締役ニ對シテ之ヲナスベキデアッテ(商一七〇、一項)本件ノ辭任ハ有效デアルト信ズルノデアル

四 「取締役辭任論」ニ關シ松波君ニ答フ

松波博士所論抄錄

博士カ之ヲ草セラレタルハ東京控訴院ニ於テ取締役ノ任務ヲ辭セントスル者ハ株主總會ニ向ヒ解任ヲ求ムヘシト言ヘルニ反對センカ爲メニシテ即チ控訴院ノ取締役ハ隨意ニ辭任スルヲ得スト言ヘルニ反對シ取締役ハ隨意ニ辭任ストノ說ヲ吐露シタルモノナリ控訴院ノ判決ハ明治三十七年末ニ生シタルモノニシテ其際余ハ或點ヲ批評シタルコトアリシモ此點ヲ論セサリキ一年有餘ヲ經タル今日梅博士カ突然之ヲ批評スルニ至リシ動機ハ那邊ニアルカヲ知ラサルモ恰モ好シ余カ本誌ノ前々號ニ於テ取締役選任論ヲ揭ケ解任論ハ他日ニ爲サント稱シテ擱筆シタル際ナルヲ以テ今梅博士ノ評説ノ生シタルヲ機トシテ取締役ノ解任論ヲ草スルコトトシタリ本論ハ梅博士ノ說ヲ批評スルハ主ニアラスシテ余ノ辭任論ヲ示スハ主タリ唯同時ニ梅博士ノ如キ先輩ノ說ト東京控訴院ノ說トヲ參照對比シテ論評スルコトヲ得ルハ余ノ幸トスル所ナリ云々

余ノ意見ハ左ノ如シ

取締役ハ隨意ニ其職ヲ辭スルヲ得ス

取締役カ取締役タルコトヲ辭セントスルニハ會社ノ承諾ヲ要ス

右ノ決論ヲ說明スル爲メニ數段ニ區別シ先ツ取締役選任ノ性質ヨリ論シ次テ商法ノ法文ノ解釋ヨリシ而シテ後ニ外國ノ規定及ヒ外國學者ノ說ヲ揭ケテ外國ニテモ取締役ハ隨意ニ辭

任スルヲ得スト言フ者アルヲ示シ梅博士カ「取締役カ辭任スルコトヲ得ルノハ西洋各國ニ於テモ疑ノアルコトヲ聞カヌ」トノ言ノ正確ナラサルヲ證セン云々

博士ハ取締役カ其任務ヲ辭スルコトヲ得ルハ當然ニシテ明文ヲ要セスト言ハルルナリ取締役ノ選任ニ關シテハ博士ハ單獨行爲説ナルカ無名契約説ナルカヲ知ラサルヲ以テ(委任説ニモ雇傭説ニモアラスト言ハレタリ)解任ニ關スル博士ノ説ヲ根底ヨリ批評スルヲ得サルモ兎ニ角本條ノ規定ヲ維持セラルル理由ハ不十分ナリ又此規定ハ有要ニシテ取締役ノ隨意辭任ノ規定ハ不要ナリトセラルル理由ハ不明ナリ博士ハ此規定ナキトキハ會社ハ隨意ニ取締役ヲ解任シ得ルヤ否ヤノ疑ヲ起ス者アランヲ以テ之ヲ明カニシタリ此規定ハ即チ老婆的規定ナリト言ハルルナリ然レトモ余ハ之ヲ有要ノ規定ナリトシ此レナクンハ會社ニ自由解任權ナシトスル者ナルヲ以テ博士トハ正反對ナルモ假ニ之ヲ老婆的ノ規定ナリトセハ法律ハ何故ニ取締役ノ辭任ニ關シテ老婆的ノ規定ヲ置カサリシカ會社ノ自由解任ニハ疑アルモ取締役ノ隨意辭任ニハ疑ナシトスルカ取締役ノ隨意辭任ニ關シテハ博士ト余トハ現ニ其説ヲ異ニシ而モ兩説トモニ多數ノ贊成者アルニアラスヤ解任ハ取締役ニ損害ヲ加フル恐アリ殊ニ一旦任期ヲ定メテ選任シタル者ヲ半途ニ解任スルコトヲ得ルヤ否ヤハ疑アリトスレハ辭任ハ會社ニ損害ヲ加フル恐アリ殊ニ一旦任期ヲ定メテ就任シタルニ半途ニシテ辭任スルコトヲ得ルヤ否ヤハ疑アリトイフヲ得ヘク決シテ此問ニ軒輊ナシ云々(法學新報第十六卷第六號取締役辭任論要旨)

益友松波君ハ「法學新報」一六卷六號ニ「取締役辭任論」ナル一篇ヲ掲ゲラレタノデアルガ、中ニ予ガ同意シ難イ議論ハ數多クアル、就中君ノ選任契約説及ビ委任、雇傭ノ性質論ハ最モ感服セザル所デアルケレドモ、予ハ君モ知ラルル如ク此節特ニ多忙ヲ極メテ居ッテ、予ガ課業トシテ殆ド毎號掲グル所ノ「判例批評」サヘモ當月ハ掲載ヲ休ム位デアルガ故ニ、之ヲ論ズルノハ他日ニ讓ッテ今ハ唯君ガ予ノ判例批評ヲ批評セラレタル辭ニ付キ聊カ事實上ノ訂正ヲナサント思フノデアル

(第一)松波君ハ予ガ明治三十七年末ノ東京控訴院判決(予ガ覽タル法律新聞ニハ其年月日ヲ示サズ、又「判決」トハナイ、決定ノヤウニ見ユルケレドモ)ヲ一年有餘ヲ經タル今日突然「批評スルニ至リシ動機ハ那邊ニアルカ」ト怪シマルルケレドモ、他人ハ知ラズ、予ハ特別ノ動機ニ因ッテ判例ヲ批評スルノデハナイ、唯雜誌等ニ散見スル判例ノ中デ其意ヲ得ナイト思フモノノアル度毎ニ、之ニ印ヲ附シテ置イテ、公務ノ餘暇ヲ以テ順次之ヲ批評スルヲ學者ノ務トシテ居ルノデアルガ、近年益〻多忙トナッテ、判例ノ批評ガ段段後レ、一年前ノ判例ヲ今以テ批評スル順序ニ至ラヌノハ予ガ頗ル遺憾トスル所デアルカラ、將來ハ力メテ大問題ニ關スル判例ノミヲ選ンデ批評スルコトニセウト思ウテ居ルノデアル、併シ本年三月發行「法學志林」八卷三號

ノ「判例批評」中ニ右ノ東京控訴院裁判ヲ批評シタノハ別段ノ動機ニ因ッタノデナイコトハ同時ニ批評シタル三十七年十二月二十六日大審院判決ガ同ジク一年有餘ヲ經タルモノデアルノヲ見ラレテモ、又從來予ガ始ド毎號掲グ來ッテ居ル「判例批評」ノ材料トナリシ裁判ガ多ク皆舊イモノデアルノヲ見ラレテモ分リサウナモノデアルト思フ

(第二)松波君ハ予ガ「取締役ガ辭任スルコトヲ得ルノハ西洋各國ニ於テモ疑ノアルコトヲ聞カヌ所デアル」ト曰ッタノヲ捉ヘテ、恰モ予ガ取締役ガ隨意ニ辭任スルコトヲ得ルノハ西洋各國ニ於テモ疑ノナイ所デアルト曰ッタカノ如ク攻擊セラレタノデアルガ、思フニ松波君ハ予ガ短篇ノ全文ヲ讀マレナカッタノデアラウ、元來予ガ批評シタル裁判ハ取締役ハ株主總會ノ承諾ヲ得ナケレバ絶對ニ辭任スルコトガ出來ヌト云フ說ヲ執ッテ居ルカラ、斯ノ如キ例ハ西洋各國ニ於テモ未ダ聞カヌ所デアルト云フ趣意ヲ述ベタノデアル、故ニ松波君ガ引カレタ文章ノ次ニ獨逸、佛蘭西等ニ於テ辭任權ニ制限ヲ附スルノガ通說デアルコトヲ附言シテ居ルノデアル、而シテ松波君ガ引用サレタル諸書ニモ皆無制限ニテ又ハ多少ノ制限ヲ以テ取締役ノ辭任權ヲ認メテ居ルノデアルカラ、予ガ言ノ少シモ不正確デナイコトハ認メテ呉レナケレバナラヌ筈デアル

(第三)松波君ハ予ガ「單獨行爲說ナルカ無名契約說ナルカヲ知ラ」ヌト曰ハレタ、是ニ於テ予ハ益〻君ガ予ノ短篇ノ全文ヲ讀マナカッタコトヲ信ゼント欲スルノデアル、予ガ單獨行爲說ヲ採ッテ居ルコトハ前掲「法學志林」五六頁ニ「委任、雇傭ノ如キ委任者又ハ勞務者ノ承諾ニ因ッテ成立シタルモノデサヘ或制限ヲ以テ辭任ガ出來ルノニ、取締役ノ意思ニ拘ハラズ之ヲ選任シタルモノガ絶對ニ辭任ガ出來ヌトハ殆ドアリ得ベカラザル事デアル」ノ文字アルニ由ッテ明カデアルダラウト思フ、唯予ガ此點ヲ詳論セナカッタノハ從來大審院ノ判例ガ單獨行爲說ヲ採ッテ居リ、予ガ批評シタル東京控訴院裁判モ單獨行爲說ヲ採ッテ居ルコトハ松波君モ認メラレテ居ル通リデアルカラデアル(前掲「法學新報」五頁)、是ハ更ニ論ズル機會モアラウト思フガ、今簡短ニ予ガ說ノ論據ヲ示セバ、株主總會ハ會社ナル法人ノ代表機關デハナイ、殊ニ其決議ハ取締役ニ選ンダ株主ニ對スル意思表示デハナイ、故ニ是ガ契約ノ申込トナラウ筈ハナイ、或ハ議長其他ノ者ガ決議ヲ齎シテ取締役ニ選バレタ

ル株主ニ交渉スル時ニ契約ノ申込ガ成立スルト云フカモ知レヌガ、其議長其他ノ者ガ會社ノ代表者デナイコトハ説明ヲ要セヌデアラウト思フ、或ハ取締役又ハ前任取締役ノ一人ガ決議ヲ齎シテ申込ヲナスノデアルト云フカモ知レヌガ、是ハ少クモ會社創立ノ際ノ取締役ニハ嵌ラヌ議論デアル、何トナレバマダ取締役又ハ前任取締役ハナク、發起人ハ會社ノ代表者デナイコトハ是レ亦説明ヲ要セヌデアラウト思フ、殊ニ多數ノ場合ニ於テハマダ會社其物サヘ成立シテ居ラヌカラデアル(商一三九)然ラバ取締役ハ會社トノ契約ニ因ッテ其職ニ就ク者デハナク、株主總會ノ決議ナル單獨行爲ニ因ッテ其權限ノ發生スルモノデアルト謂ハヲバナラヌノデアル

(第四)松波君ハ予ガ商一六七ノ規定ヲ老婆的規定トシテ居ルヤウニ論ゼラルルケレドモ、是ハ君自身ガ引用セラレタル予ノ文章ニ由ッテ明カナル如ク、全クノ誤解ト謂ハナケレバナラヌ、予ハ明カニ本條ノ必要ヲ説イテ居ルノデアル、蓋シ此等ノ誤解ハ君ガ予モ亦契約説ヲ採ル者トシテ立論セラルルヨリ來ル所ノモノデアルヤウダカラ、深ク論ズル必要ハナイト思フノデアル

五　取締役ハ會社ヲ代表シ自己ト取引ヲ爲スコトヲ得

案スルニ民法第百八條ニ「何人ト雖モ同一ノ法律行爲ニ付キ其相手方ノ代理人ト爲リ又ハ當事者双方ノ代理人ト爲ルコトヲ得ス」トアリテ此規定ニ違背シタル行キハ其法律行爲ノ無效タルコト勿論ナリトス本件ニ於テ原院ノ認メタル所ハ小澤武雄ハ被上告會社ノ取締役トシテ之ヲ代理シ而シテ一個人タル小澤武雄ニ對シ手形行爲ヲ爲シタルモノナルカ故ニ小澤武雄ハ同一ノ法律行爲ニ付キ相手方ノ代理人ト爲リタルモノナルコト明カナレハ其手形行爲ノ無效ナルコト勿論ナリトス商法第百七十六條ハ會社ノ取締役ノ職ニ在ル者カ自己又ハ第三者ノ爲メ會社ト取引ヲ爲ス場合ヲ規定シタルモノニシテ本件ノ場合ノ如ク取締役カ一面會社ヲ代表シ一面自己ノ資格ヲ以テ一個ノ法律行爲ヲ爲シタル場合ヲ規定シタルモノニアラス本論旨ニ引證スル所ノ本院判例ハ前段ノ場合ニ於ケルモノナレハ本件ノ場合ニ引證スヘキモノニ非ス然ルニ原院カ本件ノ場合ヲ商法第百七十六條ニ擬シ監査役ノ承認ヲ得サル手形行爲ナルヲ以テ全然無效ナリト説示シタルハ違法タルコト論ヲ俟タサルナリ然リト雖モ本件ノ手形行爲ハ民法第百八條ノ規定ニ照シテ無效ナル以上ハ原判決ハ結局正當ニシテ民事訴訟法第四百五十三條ノ規定ニ從ヒ本論旨ハ原判決ヲ破毀スヘキ理由トナラス(明治三十八年ヵ第五號同年二月七日大審院第一民事部判決)

明治三十八年二月七日大審院判決(法學志林七卷四號九〇頁)ニ據レバ株式會社ノ取締役ハ商一七六ノ規定ニ依ルモ會社ヲ代表シテ自己ト取引ヲナスコトヲ得ナイトシテ居ルヤウデアルガ、予ハ此說ヲ採ラヌノデアル、同條ハ一面ニ於テ取締役ガ會社ト取引ヲナスニハ監査役ノ承認ヲ必要トスル旨ノ一條件ヲ加フルト同時ニ、他ノ一面ニ於テ此條件サヘ具フレバ民一〇八ノ通則ニ依ラザルモノトシタノデアル、抑、民一〇八ニ「何人ト雖モ同一ノ法律行爲ニ付キ其相手方ノ代理人ト爲ルコトヲ得ナイモノトシタ理由ハ一人ニシテ雙方ノ利益ヲ圖ルコトガ出來ヌカラデアル、今商一七六ニ據レバ監査役ノ承認ヲ必要トシテ居ルノデアッテ、法律ハ監査役ガ會社ノ利益ヲ圖ルカラ、取締役ハ此際自己ノ利益ノミヲ圖ッテモ差支ナイト視タノデアル、然ラバ此場合ニハ民一〇八ヲ設ケタル理由ハ存セヌノデアッテ彼ノ「法ノ理由止メバ法ノ適用止ム」(Cessante ratione legis, cessat lex ipsa)ト云ヘル格言ハ斯樣ナル場合ニ應用スベキモノデアル、要スルニ民一〇八ハ一般規定デアッテ、商一七六ハ特別規定デアル、故ニ株式會社ニ在ッテハ專ラ商一七六ニ據ルベキデアル(法學志林五〇號一六頁參觀)、大審院ハ一方ニ於テハ取締役ガ監査役ノ承認ヲ經ズシテ會社トナシタル取引デサヘモ單ニ取消シ得ベキモノトセルニ拘ハラズ(三十六年十月三日判決、三十七年六月二十一日判決、三十八年二月七日判決等、法學志林五〇號一八頁、同七卷三號三八頁、同四號八九頁參觀)取締役ガ監査役ノ承認ヲ經テ會社トナシタル取引ヲ全然無效トスルノハ如何ニモ前後權衡ヲ得ナイ判決ノ樣デアル、サレバト云ッテマサカ此取引ヲモ取消シ得ベキモノトスルコトハ出來マイ、何トナレバ大審院ガ右ノ取引ヲ無效トスルノハ民一〇八ニ據ルノデアルカラ、之ヲ取消シ得ベキモノトスルニハ民一〇八ノ制裁モ亦取消ニ在ルト曰ハヌバナラヌガ、是ハ大審院ト雖モ主張スルコトガ出來マイ、第一此場合ニ於テハ當事者ノ孰レヲ保護スルタメニ此規定ヲ置イタノデアルカ、予ハ雙方ヲ保護スルタメニ之ヲ置イタモノデアルト謂ハヌバナルマイト思フ、然ラバ取消權ハ雙方ニ在ルノデアルガ、併シ民法中此取消權ニ付テ何等ノ規定ヲモ設ケテ居ル處ハナイ、或ハ民一三〇以下ノ規定ヲモ適用スベキデアルト云フカモ知レヌガ、之ヲ適用スルノハ頗ル困難デアル、例ヘバ民一二〇ハ嵌ラヌノデアル、何トナレバ當事者雙方トモ「無能力者」又ハ「瑕疵アル意思表示ヲ爲シタル者」デナイカラデアル、殊ニ民法ニ於テハ親權者

又ハ後見人ガ親族會ノ同意ヲ得ズシテナシタル行爲ハ無能力者ガ其法定代理人ノ同意ヲ得ズシテナシタル行爲ト酷似セルニ拘ハラズ、特ニ八八七及ビ九一六ノ明文ヲ置キ、剩ヘ一二一乃至一二六ノ適用アルベキコトサヘモ明言スル位デアルノニ、一〇八ノ場合ニ關シテ何等ノ規定ヲ置カヌ道理ハナイカラ、到底此場合ニ取消權ヲ認メタルモノトスル譯ニハ往カヌ、顧フニ大審院ノ判決ハ兩ナガラ其當ヲ得ナイノデアッテ取締役ガ監査役ノ承認ヲ經ズシテ會社ト爲シタル取引ハ全然無效デアルト同時ニ、取締役ガ監査役ノ承認ヲ經テ爲シタル取引ハ假令會社ヲ代表シテ自己ト爲シタルモノト雖モ全然有效デアルト謂ハヲバナラヌ

乙　商行爲

一　金錢ノ貸付ハ銀行取引ナリ

案スルニ商法第二百六十四條第八號ニ銀行取引トアルハ法令ノ規定ニ依リ行フ處ノ法律行爲ヲ云フモノニシテ日本銀行農工銀行等特種ノ銀行ニ付テハ特別ノ法規ニ依ルベキモ普通ノ銀行ニ關シテハ明治二十三年八月法律第七十二號銀行條例ノ支配ヲ受クベキモノトス而シテ同條例第一條ニ依レハ證券ノ割引ヲ爲シ又ハ爲替事業ヲ爲シ又ハ諸預リ及ヒ貸付ヲ併セ爲スノ行爲ヲ銀行取引ト爲スモノナルヲ以テ上告人ノ如ク營利ノ目的ヲ以テ單ニ金銀ノ貸付ヲ爲ス者ハ之ヲ銀行取引ヲ爲スモノト稱スルコト能ハサルハ明カナリ(明治三十七年オ第四百九十八號同年十二月二十四日大審院第一民事部判決理由)

明治三十七年十二月二十四日大審院判決ニ據レバ、商法ニ銀行取引ト云フハ銀行條例ニ列擧セル行爲デアル、然ルニ同條例一ニハ「諸預リ及貸付ヲ併セ爲ス者」デナケレバ銀行トシテ居ラヌ、故ニ單ニ營利ノ目的ヲ以テ金錢ノ貸付ヲナス者ハ「銀行取引」ヲナス者トスルコトハ出來ヌトシテ居ルヤウデアルガ(法學志林七卷三號八八頁、法律新聞二五七號、一一頁)、是ハ予ガ採ラザル所デアル、銀行條例ニ於テハ單

ニ同條例ヲ以テ取締マルベキ營業ヲ明カニシタルモノデアッテ、商法ノ意義ヲ限定シタモノデハナイ、其最モ著シキ證據ハ、商二六四、八號ニ「兩替其他ノ銀行取引」トアッテ、兩替モ亦「銀行取引」ノ中ニ包含スルモノトシテ居ルガ、銀行條例ハ之ヲ營業トスル者ヲ「銀行」トシテ居ラヌコトデアル、恰モ是ガタメニ商法ニ於テ特ニ兩替ダケヲ例示シタノデモアラウガ、(獨商一、二項四號ニハ「銀行及ヒ兩替ノ取引」(Bankier-und Geldwechslergeschäfte) トアルケレドモ、學者ハ之ヲ批難シテ、兩替モ亦銀行取引ノ一デアルコトヲ論ジテ居ル (Staub, *Kommentar Zum Hondels gesezbuch*, 6, Aufl., I, § 1, Anm. 64, S. 55) 併シ其ト同時ニ商法ノ「銀行取引」ノ範圍ハ銀行條例ノ範圍ト同一デナイコトヲ最モ明瞭ニ示シタモノデアル、然ラバ如何ナルモノガ「銀行取引」デアルカト云フニ、元來「銀行」(banque, Bank) ナルモノガ西洋ノ業務ニ倣ウテ出來タモノデアルカラ、其性質ハ西洋ノ慣例ニ因ッテ定マルモノト看ナケレバナラヌ、然ルニ西洋ニ於テ金錢ノ貸付ヲ「銀行取引」opération de banque, Bankgeschäft) トシテ居ルコトハ異論ノナイ所デアラウト思フ (Lyon-Caen et Ren anet, *Traité de droit commercial*, 2e éd., IV, n° 683, p. 459; Staub, a. a. O. Anm. 65, S. 56). 故ニ我商法ノ解釋トシテモ之ヲ「銀行取引」ノ中ニ包含スベキモノトスルガ至當デアル

二　婚姻、出產、兒童ノ學齡等ヲ機會トシテ一定ノ金額ヲ支拂フノ契約ハ保險契約ナリ

案スルニ本件抗告會社ハ營利ヲ目的トスル社團法人ニシテ株式會社設立ノ條件ニ從ヒ明治三十七年八月二十七日資本金ヲ一萬圓ト定メ埼玉縣入間郡原市場村大字赤澤三十二番地ニ本店ヲ置キ普ク會員ヲ募集シ其會員中結婚出產及就學兒童アリタル場合ニ他ノ會員ヨリ一口ニ付キ金十五錢ヲ醵出セシメ其集金ノ三分ノ二ヲ事故發生者ニ給與シ其他ヲ會社ノ利得ト爲スノ目的ヲ以テ設立シタルモノニシテ而シテ右ノ行爲ハ保險業法ニ違反スル不法ノ行爲ナリトシテ浦和地方裁判所ハ檢事ノ請求ニ依リ抗告會社ノ解散ヲ命シ抗告ノ末抗告裁判所タル東京控訴院ニ於テハ本會社ノ業務ハ保險類似ノ行爲ニシテ保險業法ノ精神ニ違背スルモノナリトシテ抗告棄却ノ決定ヲ與ヘ抗告會社ハ茲ニ再ヒ右決定ニ對シ抗告ノ申立ヲ爲シタルモノトス依テ先ツ抗告會社ノ目的ト爲ス業務ハ之ヲ保險行爲ト云フヘキモノナリヤ否ヲ審案スルニ抑生命保險契約ハ當事者ノ一方カ被保險者ノ生死ニ關シ一定ノ金額ヲ支拂フヘキコトヲ約スルモノナルコトハ商法第四百二十七條ノ規定スル所ナリトス而シテ其生

死ナルモノハ被保險者ノ生存及死亡ノ謂ニシテ出生ヲ包含スルモノニアラス何トナレハ生命保險契約ハ被保險者ノ生命又ハ健康ヲ以テ其目的ト爲スヘキモノニシテ未タ出生セサル者ノ生死ニ關シ保險契約ヲ締結スルコトヲ許サヽレハナリ其他被保險者ノ結婚又ハ就學兒童ノ成育ノ如キ孰レモ皆被保險者ノ生死ニ關スル事故ニアラサルカ故ニ此等ノ事故ノ發生ヲ條件トシテ一定ノ金額ヲ給付スルノ契約ハ生命保險契約ノ種類ニ屬セサルコトハ自ラ明カナリ然ラハ損害保險契約ノ目的ト爲ルコトヲ得ルヤト云フニ抑損害保險契約ハ當事者ノ一方カ偶然ナル一定ノ事故ニ因リテ被保險者ノ金錢ニ見積ルコトヲ得ヘキ利益ニ關シ生スルコトアルヘキ損害ヲ塡補スルコトヲ約スルモノニシテ而シテ其保險利益ナルモノハ必スシモ契約成立ノ當時現ニ存在スルモノナルコトヲ必要トセスト雖モ保險事故發生ノ當時金錢上測定スルコトヲ得ヘキ價額ヲ有スル一定ノ利益ナラサルヘカラサルハ商法第三百八十四條、三百八十五條、三百八十六條、三百九十二條、三百九十三條等ノ規定ニ徵シ明瞭ナリトス而シテ婚姻又ハ就學ノ如キハ偶然生スヘキ事故ニアラサルノミナラス結婚ヲ爲シ子女ヲ出生シ若クハ就學年齢ニ達スルトキハ婚姻費出産費若クハ教育費ヲ要シ又ハ生計費ヲ增加スルニ至ルヘキハ勿論ナルモ未タ之ヲ以テ損害ヲ被リタルモノト謂フヘカラス何トナレハ此等ノ事故ノ爲メ一面ニ於テ家庭ヲ作リ子女ノ教育ヲ全フシ有形無形ノ利益ヲ得ルコト鮮少ニアラサレハ費用增加ノ一面ノミヲ觀テ直チニ損害ヲ被リタルモノト爲スコトヲ得サルハ猶ホ或事業ニ資本ヲ投シ又ハ學術研究ノ爲メ金錢ヲ費スモ直ニ之ヲ以テ損害ヲ蒙リタルモノト謂フコトヲ得サルト一般ナレハナリ故ニ本件抗告會社ノ事業ハ損害保險ノ種類ニ屬スヘキモノニアラス然レハ則チ本件ノ如ク會員中結婚出生又ハ就學兒童アル場合ニ一定ノ金額ヲ給付スヘキコトノ契約ハ保險行爲ニ類似スル一ノ條件ハ法律行爲ト稱スルコトヲ得ヘキモ保險業法ハ保險行爲ニ關シテ準據スヘキ法律ニシテ保險類似ノ行爲ヲ爲ス者ヲシテ遵守セシムヘキ規定ニ非サルカ故ニ原院カ抗告會社ノ事業ヲ以テ保險業法ノ精神ト相容レサルモノト判示シタルハ法律ノ解釋ヲ誤リタル不法ヲ免レサルモノトス(明治三十八年ク第四十六號同年四月八日大審院第一民事部決定)

明治三十八年四月八日大審院判決(法學志林七卷六號七一頁)ニ據レハ婚姻、出産、兒童ノ學齢等ハ人ノ生死ニ關セザルモノナルガ故ニ「此等ノ事故ノ發生ヲ條件トシテ一定ノ金額ヲ給付スルノ契約ハ生命保險契約ノ種類ニ屬セ」ヌトシテ居ルノデアルガ、是ハ頗ル了解ニ苦シム所デアル、商四二七ニ生死トアルハ「生存及死亡」ノコトデアルコトハ大審院ガ言フマデモナイ、而シテ出生ハ生存ノ初ナルコトハ生理學者ヲ待タズシテ明カナル所デアル、然ルニ大審院ハ生存ノ中ニ出生ヲ含マヌト云フノハ實ニ奇怪ト謂ハヲバナラヌ、婚姻ガ人間生存中ノ一大事項デアルコトハ疑ナキ所デアル、又兒童ガ學齢ニ達スルコトハ其者ノ生存中ノ一大時期ヲ示スモノデアッテ、此等ノ事項ガ人ノ生存ニ關セヌト曰フナラバ、如何ナル事項ガ生存ニ

關スルト謂ヘルデアラウカ、病傷保險ガ生命保險ノ一種デアルコトハ多分爭ノナイ所デアラウト思フ、大審院モ「生命保險契約ハ被保險者ノ生命又ハ健康ヲ以テ其目的ト爲スヘキモノ」デアルト云ッテ居ルカラ病傷保險ハ生命保險ノ一種デアルコトハ認ムルデアラウ、舊商法ニハ此種ノ保險ヲ生命保險ト竝ベテ掲ゲテ居ッタケレドモ(一編一一章五節)、是ハ生命保險ノ定義中ニ含ンデ居ルコト明カデアッテ又別段ノ規定ヲ必要トセヌカラ、新商法ニハ之ヲ削ッタノデアル、併シ疾病傷痍ガ人ノ生存ニ關スル事デアルナラバ、婚姻モ人ノ生存ニ關スル事デアル(出産モ母ヨリ視レバ疾病傷痍ニ類スルモノデアル)、養老保險モ今日生命保險ノ一種トシテ何人モ爭ハヌヤウデアルガ(Chaufton, *Les assurances*, I, n° 180, p. 322 et s.)、例ヘバ滿六十歳ニ達シタラバ金若干圓ヲ拂ハウト云フノハ養老保險ニシテ生命保險ノ一種デアルガ、滿六歳ニ達シタラバ金若干圓ヲ拂ハウト云フノハ兒童ノ學齡ヲ機會トシタル契約デアッテ生命保險ノ種類ニ屬セザルモノデアルト曰ッタナラバ、蓋シ三尺ノ童子ト雖モ其不道理ヲ覺ラヌ者ハナカラウト思フ、又徵兵保險ナルモノハ今日生命保險ノ一種トシテ現ニ行ハレテ居ルモノデアルガ(Chaufton, *op. cit.*, I, p. 322, note 1)

是モ徵兵適齡ニ達シテ兵役ノ義務ニ服スル者又ハ其親族ニ一定ノ金額ヲ支拂フコトヲ約スルモノデアッテ、或ハ兒童ノ學齡ニ達スルガ如ク、或ハ婚姻ヲナスガ如キ、人ノ一生中ニハ原則トシテ遭遇スベキ事故ノ發生ヲ條件トシテ一定ノ金額ヲ支拂フノ契約デアル、然ルニ此ハ生命保險デアルガ、彼ハ生命保險デナイト曰フノハ何ヲ標準トシテ居ルノカ分ラヌノデアル、抑〻本問題ノ如キ事項ヲ目的トスル保險契約ハ實際ニ必要ノ少イモノデアラウカラ、西洋ニ於テハ之ヲ營業トスル保險會社ガアルカドウカ知ラヌノデアルガ、之ニ類スル契約ヲ目的トスル保險會社ハ尠クナイノデアル、例ヘバ既生ノ子ガ獨立ノ生計ヲ立テ若クハ婚姻ヲナスベキ時期ヲ見込ンデ其時期ニ保險金ヲ受取ルコトトスル契約(Chaufton, *op. cit.*, I, n° 180 p. 322)又ハ未生ノ子ガ各或年齡ニ達スレバ保險金ヲ受取ルコトトスル契約(*ibid.*, p. 323)等ハ頻繁ナルモノデアルヤウニ聞イテ居ルノデアルガ、是ガ生命保險ノ種類ニ屬スルモノデアルコトハ未ダ爭ノアルト云フコトヲ聞カヌ所デアル

丙　保險業法

一　保險業法ノ過料ハ會社ニ科スヘキモノニ非ス

保險業法第九十七條ニハ免許ヲ受ケスシテ保險ノ業ヲ營ム者ハ十圓以上千圓以下ノ過料ニ處セラルトアリテ法人ヲモ處罰スヘキ律意ナルコトハ其營ム者ノ中ニハ法人ト自然人トヲ區別セサルノミナラス其以下ノ條ニ於テ會社ノ取締役等ヲ處罰スル各場合ノ規定アルニ拘ハラス本件ノ如キ會社カ無免許營業ヲ爲シタル場合ノ處罰規定ナキニ對照スルモ明カナリ故ニ抗告會社カ免許ヲ受ケスシテ保險ノ業ヲ營ミタル事實ヲ認メ原裁判所カ會社其者ニ對シ過料ニ處シタルハ相當ニシテ抗告ハ理由ナシ(明治三十七年ヲ第三二二號明治三十八年一月十九日大阪控訴院民事第二部決定要旨)

「法律新聞」二六二號八頁ニ三十八年一月十九日大阪控訴院決定トシテ掲ゲテ居ルモノニ據レバ「保險業法第九十七條ニハ免許ヲ受ケズシテ保險ノ業ヲ營ム者ハ十圓以上千圓以下ノ過料ニ處セラルトアリテ法人ヲモ處罰スベキ律意ナルコトハ其營ム者ノ中ニハ法人ト自然人トヲ區別セザルノミナラズ其以下ノ條ニ於テ會社ノ取締役等ヲ處罰スル各場合ノ規定アルニ拘ハラズ本件ノ如キ會社カ無免許營業ヲ爲シタル場合ノ處罰規定ナキニ對照スルモ明カナリ」トアレドモ、是ハ誤ッテ居ル、我カ保險業法ガ民法、商法等ト同一ノ主義ヲ執ッテ過料ヲ法人ニ科セズシテ其職員ニ科スルコトハ同法中會社ニ命ジタル事項ニ違反シタル場合ニ於テ皆會社ヲ過料ニ處セズシテ其職員ヲ處シテ居ルノデ分ル(保險業法三、四、九乃至一二、一八、一九、二二、二四、三五、五六乃至六〇、六四、七五、九五、九八、一號乃至三號、六號乃至八號、九九、一號、一〇〇、二號、四號、一〇四、一〇九、一一四、一項、商一五、三一、七六、七八乃至八一、一四一、一項――參照、民四五、四六、二項、四八、五一、八四、一號、二號、商四六、五一乃至五三、七六、七八乃至八一、八五、二項、一〇七、一一八、二項、一四一、一四七、一項、一五一、一五五、一項、一九四、一九五、一項、一九六、二〇〇、二一七、二二〇、二項、二二五、二四二、二四七、二項、二五三、二項、二五四、二五五、二五九、二六〇、二六一、一號、五號、七號、二六二、二號、四號、五號、七號乃至九號)、然ラバ何故ニ同法九七ニ漠然「保險事業ヲ營ム者」ト云ッタカト云フニ、是ハ個人モアルノデアルカラ、次條以下ノ如ク「會社ノ取締役」等ノ文字ヲ用フルコトガ出來ナカッタカラデアル、併シ會社ニ在ッテハ業務ヲ施行スル社員又ハ取締

役ガ「保險事業ヲ營ム者」デアルコトハ次條ノ二號ニ取締役ガ「生命保險ト損害保險トヲ併セテ營ミタルトキ」ニ之ヲ過料ニ處シテ居ルノデ明カデアル、蓋シ保險業法一ニ依レバ主務官廳ノ免許ヲ受ケズシテ保險事業ヲ營ムコトハ出來ヌノデアルカラ、株主其他ノ社員ノ意思如何ニ拘ハラズ會社ノ代表者ハ之ヲナスコトヲ得ナイノデアル、然ルニ之ヲ敢テシタノデアルカラ處罰ヲ受ケナケレバナラヌノデアル

第三編

甲　民事訴訟法

一　民法施行前ハ登記ナキ婚姻ハ無效ナリ

依テ審案スルニ當院ニ於テ島原區裁判所判事ニ囑託シテ訊問セシメタル證人金澤福四郎井村榮吉井村源七井村陸松等ノ供述ニ據レハ木村兵衛ハ今ヨリ凡ソ十八九年前控訴人ノ叔母井村ツシト入夫婚姻ヲ爲シ其關係ハ凡ソ十三四年以前井村ツシ死亡スル迄繼續セシコト明カナリトス而シテ民法實施前ニ在リテハ縱令戸籍簿上婚姻ノ事實ヲ登記セサルトモ當事者間ニ其事實アルニ於テハ之ヲ裁判上夫婦ト認ムヘキ慣例ナルカ故ニ本件ノ如ク井村ツシ及ヒ木村兵衛間入夫婚姻ノ事實戸籍簿ニ登記シアラサルコトモ夫婦タリシモノト認ムヘキモノトス左スレハ抗告人カ民事訴訟法第三百三條及ヒ第二百九十七條第一號ノ規定ニ依リ控訴人ノ姻族タリシ木村兵衛ヲ證人トシテ忌避スルハ相當ニシテ其申請ハ原因アリトス然ルニ原院カ忌避ノ原因ナシトシテ其申請ヲ棄却シタルハ失當ナルヲ以テ民事訴訟法第四百六十四條ニ依リ原決定ヲ廢棄シ忌避ノ原因アリト裁判スル所以ナリ（明治三十七年ポ第三百三十二號明治三十八年二月二十四日大審院第二民事部決定理由）

明治八年第二百九號太政官達ニハ明カニ「婚姻又ハ養子養女ノ取組若クハ其離婚

離縁縦令相對熟談ノ上タリトモ雙方ノ戸籍ニ登記セサル内ハ其效ナキ者ト看做スヘク云々」ト規定シ(此達ハ輪廓附ニシテ「永ク遵守スヘキモノ」タルコトハ明治六年第三百九十三號太政官達ニ由ッテ明カナリ)、爾後民法制定ニ至ルマデ之ヲ廢シ又ハ變更スル法令ノ出タコトハナイノデアル、尤明治十年司法省丁四六號達ハ有馬判事ノ伺指令ヲ載セ、其指令ニハ「八年第二百九號ノ諭達(「諭達」ノ文字穩カナラズ)後其登記ヲ怠リシ者アリト雖トモ既ニ親族近隣ノ者モ夫婦若シクハ養父子ヲ以テ論ス可キ儀ト相心得ヘシ」トアレドモ、是ハ(第一)司法省ヨリ大審院上等裁判所地方裁判所ヘ「爲心得」達シタル丁號達ニ過ギナイカラ、固ヨリ太政官達ヲ廢スル效力ノアルベキモノデナク、(第二)有馬判事ノ伺ハ專ラ刑事問題ニ關スルモノデアッテ民事問題ニハ關係ナキモノデアル(刑法施行後水戸輕罪裁判所檢事ノ請訓ニ對シ明治十六年十月二十六日司法省内訓ハ明治十年丁四六號達ニ依ルベキコトヲ答ヘテ居ルケレドモ、固ヨリ内訓ノ事デアルカラ、論ズル價値モナイガ、併シ是モ刑法ノ適用ノミニ關スルモノデアル)、然ルニ大審院ハ多年明治十年司法省丁四六號達ノ趣旨ヲ民事ニモ及ボシ登記ナキ婚姻ヲ有效ト認メテ、近クハ明治三十八年二月二十四日ノ判決(法律新聞二六九號九頁)ニ於テ「民法實施前ニ在リテハ縱令ヒ戸籍簿上婚姻ノ事實ヲ登記セザルトモ當事者間ニ其事實アルニ於テハ之ヲ裁判上夫婦ト認ムベキ慣例ナリト」放言シテ憚ラヌノデアルガ、是ハ以ノ外ノ事デアル、明治八年一〇三號布告(是モ輪廓附デアル)裁判事務心得三ニハ明カニ「民事ノ裁判ニ成文ノ法律ナキモノハ習慣ニ依リ云々」(法例二ニモ同一ノ主義ヲ取ル)トアッテ、本問題ノ如ク立派ナ成文ノ法律アル場合ニ慣例ニ依ルコトハ出來ヌノデアル、予ハ切ニ大審院ガ其過ヲ改ムルニ吝ナラザルコトヲ望ムノデアル(法學志林七卷二號一五頁參觀)

乙　人事訴訟手續法

一　人事訴訟手續法第三條ハ無能力者カ被告タル場合ニモ適用アリ

仍テ先ツ訴ノ適否ニ付審案スルニ人事訴訟手續法第三條ノ規定ハ事實上行爲能力アル未成年者カ同條又ハ第三十六條ノ如キ訴ヲ自ラ進ンテ提起スル場合ノ規定ニシテ本件ノ如ク不能力者ニ對シ他人ヨリ訴ヲ提起スヘキ場合ヲ包含セサルモノトス蓋シ人ノ身分上ノ關係ハ猥リニ他ノ容喙ヲ許ササルモノアルカ故ニ假令無能力者ト雖トモ自己ノ身分上ニツキテハ其現狀ニ滿足スルト進ンテ之カ變更ヲ求ムルトハ一ニ本人ノ任意ニ從ハシムルコト右第三條ノ趣旨ナルヲ以テ他人カ身分上ノ關係ニ付未成年者ニ對シテ自己ノ權利ヲ伸張セントスル場合ハ素ヨリ該條項ノ豫期セサル所ニシテ此等ノ場合ハ民事訴訟法ニ從ヒ權利伸張ノ方法ヲ把ルヘキヲ當然トス隨テ本件ニ於テ原告カ同法第四十六條ノ規定ニ從ヒ特別代理人ノ選任ヲ求メ之ニ基イテ訴訟行爲ヲ爲シタルハ其當ヲ得タルモノニシテ訴却下ノ抗辯ハ其理由ナシ次ニ本案ニツキテ見ルニ一方ニ於テ民法第七百五十七條ハ隱居ハ隱居者及其家督相續人ヨリ戸籍吏ニ屆出ツルニヨリテ其效力ヲ生スト規定シテ毫末ノ例外ヲ認メス他方ニ後見人ノ職務ヲ規定シタル同法第九百十七條以下ニ於テハ後見人カ家督相續ノ屆出ニツキ未成年者ヲ代表シ得ル規定ヲ存在セス去レハ兩箇規定ノ結果トシテ隱居ノ屆出ハ必ス隱居者及家督相續人親ラノ屆出ヲ要スルモノト云ハサルヘカラス然ルニ本件隱居屆出ニハ後見人渡邊米四郎カ未成年者ナル家督相續人ヲ代表シ屆出ニ署名シアルヲ以テ此屆出ハ家督相續人ノ連署ヲ缺如セルモノト認ムル外ナク結局屆出ハ無效ニ歸スヘキモノトス被告ハ推定ス家督相續人アル場合ハ承認ヲ要セサルカ故ニ云々抗辯スレトモ此隱居ノ許可ヲ求ムルコト隱居ノ屆出トハ事自ラ別箇ニ屬スルヲ以テ隱居許可申請ニ相續人ノ承認ヲ要セサル故ヲ以テ直チニ隱居屆出ニモ亦之ヲ要セストノ論斷ヲ生スヘキニアラス此抗辯モ亦不當ナリ以上說明スル所ニ於テ既ニ原告ノ請求ヲ至當ト認ムルニ充分ナルヲ以テ自餘ノ爭點ニツキテハ逐一說明ヲ加ヘス主文ノ如ク判決ス(明治四十一年タ第一號明治四十一年五月十六日札幌地方裁判所民事部)

明治四十一年五月十六日札幌地方裁判所判決ハ予ヲシテ一驚ヲ喫セシメタリデアル、右ノ判決ニ據レバ「人事訴訟手續法第三條ノ規定ハ事實上行爲能力アル未成年者ガ同條又ハ第三十六條ノ如キ訴(原文ノ儘)ヲ自ラ進ンデ提起スル場合ノ規定ニシテ……不能力者(同上)ニ對シ他人ヨリ訴ヲ提起スベキ場合ヲ包含セザルモノトス」トシテ居ルノデアルガ(法律新聞五〇二號一二頁)、是ハ大ナル謬デアル、訴訟行爲ナル文字ガ訴ノ提起其他原告ノ行爲ノミヲ意味セズシテ、汎ク答辯其他被告

ノ行爲ヲモ包含スル意味ヲ有スルコトハ、既ニ顯著ナル事項デアルケレドモ、札幌裁判所ノ判事諸公ヲシテ最モ確カニ之ヲ首肯セシムルタメニ、恰モ判決文中ニ引用セル民訴四六、五項ノ「訴訟行爲ナル文字ヲ援用セウト思フ、同條ハ判決ニ認ムル通リ、無能力者等ガ被告タル場合ニ關スル規定デアル、然ルニ其特別代理人ハ「訴訟行爲」ニ付キ法律上代理人ノ權利及ヒ義務ヲ有ス」ト規定シテアルカラ、被告ノ行爲モ「訴訟行爲」ト謂フコトハ最モ明カデアル、(判決文中ニモ「訴訟行爲」ナル文字ヲ此意味ニ用ヒテ居ル)然ルニ人事訴訟手續法三ニハ汎ク「訴訟行爲」トアッテ、「訴ノ提起」又ハ「原告ノ訴訟行爲」トハ書イテナイ、其ヲ如何ナル理由ニ據ッテ無能力者ガ原告タル場合ニ限ル規定デアルト解スルコトガ出來ルデアラウカ、判決文ニハ「人ノ身分上ノ關係ハ猥リニ他ノ容喙ヲ許サザルモノデアルガ故ニ假令無能力者ト雖ドモ自己ノ身分上ニッキテハ其現狀ニ滿足スルト進ンデ之ガ變更ヲ求ムルトハ一ニ本人ノ任意ニ從ハシムルコト右第三條ノ趣旨ナリ」トアレドモ(本判決ニハ「訴訟行爲」ヲ「訴ノ提起」ト讀ンデ居ルヤウニ見ユル)、若シ判決ニ言フガ如ク、「人ノ身分上ノ關係ハ猥リニ他ノ容喙ヲ許サザルモノ」ナラバ(而シテ是ハ正シイ)、豈ニ當原告トシテ之ニ關スル訴ヲ提起スル場合ノミデアラウカ、必ズ被告トシテ之ニ關スル訴ニ付キ訴訟行爲ヲナス場合ト雖モ同ジデナケレバナラヌ、例ヘバ未成年者ガ私生子トナッテ居ルノヲ、父ノ認知ヲ求メテ庶子トナラウトスル場合ニ「猥リニ他ノ容喙ヲ許サ」ヌナラバ、父ガ其嫡出子トナッテ居ル未成年者ニ對シテ否認ノ訴ヲ起シタル場合ニモ「猥リニ他ノ容喙ヲ許サ」ナイ筈デハナイカ、未成年者ガ庶子トナルト否トニ付テハ他ノ容喙ヲ許サヌガ、其嫡出子タルト否トニ付テハ他ノ容喙ヲ許スト云フ道理ガ何處ニ在ルデアラウカ、以テ判決ノ誤レルコトヲ知ルニ足ルデハナイカ

丙　破産法

一　會社ノ破産ハ株金拂込ノ義務ヲ變更スルモノニアラス

被告訴訟代理人ハ原告會社ノ定款第九條ニ依レハ株金ノ拂込ハ一回ニ金十圓以内明治四十年マテノ期間内ニ於テ之ヲ爲ス旨ノ規定アルニ拘ラス一時ニ未拂込株金全部ノ請求ヲ爲スハ不當ナリト云フト雖モ元來我商法破産編ニ於テハ株金拂込等ニ關シ何等ノ規定ナキヲ以テ商法會社編ノ規定ヲ準用シテ種々ナル問題ヲ解決セサル可ラス例ヘハ破産ノ場合ニ於ケル未拂込株金拂込ニ關スル手續ニ付キ商法第百五十二條第百五十三條等ノ規定ヲ準用スヘキヿハ商法ノ解釋上一般ニ認メラルル處ナリトス而シテ本問題タル會社ニ現存スル財産カ其債務ヲ完濟スルニ不足ナル場合ニ於テ破産管財人ハ株主ヲシテ未拂込株金ヲ拂込マシムルヿヲ得ルヤ否ヤニ付テモ破産編ニ於テハ何等ノ規定ナキヲ以テ亦會社編ノ規定ヲ準用スルヲ相當トス會社編株式會社ノ清算ニ關スル規定ヲ見ルニ商法第二百三十四條第九十二條ニ依レハ會社ニ現存スル財産カ其債務ヲ完濟スルニ不足ナルトキハ清算人ハ辨濟期ニ拘ラス株主ヲシテ株金ヲ拂込マシムルヿヲ得ル旨ノ規定アリ然ルニ清算ナルモノハ破産ト同シク會社解散後ニ於ケル財産處理ノ一方法ニシテ二者ノ性質大ニ相類似スルモノナルヿ明ナリ特ニ右未拂込株金ノ拂込ニ關スル規定ノ如キハ立法上清算ノ場合タルト破産ノ場合タルトニ依リ其規定ヲ異ニスヘキ理由ナキヲ以テ之ヲ破産ノ場合ニ準用スルハ立法ノ精神ニ適合スルモノト謂ハサルヲ得ス故ニ假令原告會社ノ定款第九條ニ株金拂込ニ關スル特別ノ規定アリトスルモ破産ノ場合ニハ之ヲ適用スルヿヲ得サルモノト爲スヲ相當ナリト判定ス以上ノ理由ナルニ依リ原告ノ株金支拂ノ請求ハ正當ナリト認ム(明治三十四年ヲ第二三二五、二三二六、二三二九號東京地方裁判所第二民事部判決理由)

明治三十七年十一月十一日東京地方裁判所判決トシテ「法律新聞」二五二號(一七頁)ニ掲グル所ニ據レバ「被告訴訟代理人ハ原告會社ノ定款第九條ニ依レバ株金ノ拂込ハ一回ニ金十圓以内明治四十年マデノ期間内ニ於テ之ヲ爲ス旨ノ規定アルニ拘ハラズ一時ニ未拂込株金全部ノ請求ヲ爲スハ不當ナリト云フト雖モ元來我商法破産編ニ於テハ株金拂込等ニ關シ何等ノ規定ナキヲ以テ商法會社編ノ規定ヲ準用シテ種種ナル問題ヲ解決セザル可ラズ例ヘバ破産ノ場合ニ於ケル未拂込株金拂込ニ關スル手續ニ付キ商法第百五十二條第百五十三條等ノ規定ヲ準用スベキコトハ商法ノ解釋上一般ニ認メラルル所ナリトス而シテ本問題タル會社ニ現存スル財産ガ其債務ヲ完濟スルニ不足ナル場合ニ於テ破産管財人ハ株主ヲシテ