

法定ノ推定家督相續人タル女子ト雖他ノ男子ト合衆ノ式ヲ舉テ事實上ノ婚姻ヲ爲シ爾來之レト同様シ其間相和合シ相續人被相續人共ニ廢除ヲ欲スルトキハ民法第九七五條第二項ニ所謂廢除ニ付キ正當ノ事由アルモノトス

被告ハ原告ノ長女ニシテ其法定ノ推定家督相續人タルコト及ヒ原告家ニハ被告ノ外五女美代子以下數名ノ子女アルコトハ甲第一號證ノ一、二ニ依リ又被告ハ大正八年五月十八日訴外田島某ノ媒酌ニ依リ訴外篠原五郎ト合衆ノ式ヲ舉テ事實上ノ婚姻ヲ爲シ再來之ト同様シ其間好ク和合シ居ルヲ以テ被告ハ自ラ原告ノ法定ノ推定家督相續人タル地位ヲ去リ右辰五郎ト適式ノ婚姻ヲ爲サンコトヲ切望シ居リ原告モ亦之ヲ希望スルモノナルコトハ被告本人訊問ノ結果ニ徴シ執レモ明カナリ以上ノ事實關係ノ下ニ於テハ被告原告ノ法定ノ推定家督相續人タルコトヲ排除シ訴外篠原五郎ト適式ノ婚姻ヲ爲サシムルハ同人將來ノ利益ヲ圖ル所以ナリト謂フヘク又原告家ニ於テハ此際被告ヲ廢除スルモ其相續人ノ曠缺ヲ來ス虞ナキヲ以テ原告カ此際被告ヲ廢除シ同人ヲシテ右篠原五郎ト入ラシムルハ洵ニ己ムヲ得サルノ情ニ出テタルモノト謂フヘク此ノ如キハ民法第九七五條第二項ニ所謂相續人廢除ニ付キ正當ノ事由アル場ニ該當スルモノナルコト明カナリ而テ原告カ本訴提起ニ付親族會ノ同意ヲ經タルコトハ甲第二號證ノ一、二ニ依リ明白ナルヲ以テ原告ノ本訴請求ヲ相當トス(東京地方大正八年(タ)第三三五號同年一月二日民一部大森裁判長山田佐藤各判事判決法律新聞第一六二四號一九一五)

【關係事項】 被告敗訴○家督相續人排除請求事件○原告田島三代太郎○被告田島某  
【法定推定家督相續人ノ廢除原因ト正當ノ事由ニ關スル參照學說判例】

本卷民法一一二頁以下同上二〇七頁同上二八七頁同上四六二頁

三二六

七〇九 故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス  
七一〇 他人ノ身體自由又ハ名譽ヲ害シタル場合ト財産權ヲ害シタル場合トヲ問ハス前條ノ規定ニ依リテ損害賠償ノ責ニ任スル者ハ財産以外ノ損害ニ對シテモ其賠償ヲ爲スコトヲ要ス  
七二三 他人ノ名譽ヲ毀損シタル者ニ對シテハ裁判所ハ被害者ノ請求ニ因リ損害賠償ニ代ヘ又ハ損害賠償ト共ニ名譽ヲ回復スルニ適當ナル處分ヲ命スルコトヲ得

善觀應善觀甲カ新聞記者ニ對シ乙ハ十數人ノ商人ヨリ米味噌醬油等ノ日用品其他ノ物品ヲ騙取シタル事實及家賃ヲ支拂フ意思ナクシテ住宅ヲ借受ケタル事實並ニ現住宅ニハ家主ノ承諾ヲ得スシテ移住シ居ル事實等ニ依リ告發シタレハ檢事局ニ於テ取調中ナル旨話シタル事局ニ於テ取調中ナル旨ヲ話シ其談話カ新聞ニ記載サレタリトスルモ斯ノ如ク單ニ檢事局ニ告發シタルカ故ニ檢事局ニ於テ取調中ナル旨話シタルノ事實ハ未ダ以テ乙ノ名譽ヲ故意又ハ過失ニ因リ毀損シタルモノト做スニ足ラス  
官吏ト雖モ其職權執行ニアラスシテ他人ノ名譽ヲ故意又ハ過失ニ因リ毀損シタル事實アルトキハ不法行爲者トシテ被害者ニ對シテ責ヲ負フヘキハ勿論ナリトス

被告カ善觀應善觀ニシテ大正八年七月一九日同雜誌ノ東京市內各新聞記者ニ對シ原告ハ大正五年以來十數人ノ商人ヨリ米味噌醬油等ノ日用品其他ノ物品ヲ騙取シタル事實及家賃ヲ支拂フ意思ナクシテ住宅ヲ借受ケタル事實並ニ現住宅ニハ家主ノ承諾ヲ得スレテ移住シ居ル事實等ニ依リ告發シタレハ檢事局ニ於テ取調中ナル旨話シ其



東京控訴院

大阪控訴院

東京地方裁判所

談話カ東京市內各新聞ニ掲載サレタルコトハ被告ノ認ムル所ニシテ又大阪毎日新聞第一二九五號ニ右記事ノ轉載サレタルコトハ甲第二號證ニ依リ之ヲ認メ得ヘシト雖モ斯クノ如ク單ニ檢事局ニ告發シタルカ故ニ檢事局ニ於テ取調中ナル旨話シタルノ事實ハ未タ以テ直チニ原告ノ名譽ヲ故意又ハ過失ニ因リ毀損シタルモノト做スニ足ラス因ヨリ官吏ト雖モ其職務執行ニアラスシテ他人ノ名譽ヲ故意又ハ過失ニ因リ毀損シタル事實アルトキハ不法行為トシテ被害者ニ對シ責ヲ負フヘキハ勿論ナレトモ本件被告ノ行為ハ前記認定ノ如ク原告ノ名譽ヲ故意又ハ過失ニ因リ毀損シタルモノト謂フヲ得サルヲ以テ原告ノ請求ハ理由ナシ(東京地方裁判所大正八年(ワ)第一六二三號大正八年一月二日民二部三橋裁判長神垣芝崎各判事判決)

【關係事項】原告敗訴○名譽回復請求事件○原告大杉榮訴訟代理人辯護士山崎今朝彌被告正力松太郎訴訟代理人辯護士磯部尚

【判旨第一點新聞紙掲載ト名譽毀損ニ關スル參照判例】

- 一 官吏ノ行動カ職務規律ニ違背スルヤ否ヤハ監督官廳ノ認定スヘキ事項ニシテ假令其行動ノ不當ニシテ社會公衆ヲ阻害スルモノアリトスルモ公益上新聞紙上ニ於テ之レカ評論ヲ爲ス場合ニ於テ虛構ノ事實ヲ公ニシテ其名譽ヲ侵害シ得キモノニ非ス東京控訴院明治四十二年第三八七號同四年七月六日判決法律・新聞第六六九號一頁)
- 二 長野縣第三部長カ検査官分拆ノ結果其骨粉ハ保證票ト適合セザル不良品ナリト通牒シタルハ全ク被控訴人カ殊更ニ多量ノ土砂ヲ混淆シタル骨粉ノ分拆ヲ出願シタルモノナリトイフ意味ヲ新聞ニ廣告シ又ハ印刷物ヲ配布シタル行為ハ被控訴人ノ名譽毀損トナル自己ノ商品タル肥料ノ信用ヲ維持スル自衛ノ必要ナレハトニ事實ノ調査ヲモ爲サズ輕信シテ如上ノ廣告印刷物ヲ配布シテ他人ノ名譽ヲ毀損セハ之カ責ニ任セサルヘカラス(同上明治四〇年六月二日判決・判例彙報第一卷一四一頁)
- 三 新聞紙ニ於テ事實ニ反スル記事ヲ掲載シ或者ノ名譽ヲ傷ケタル場合ニ於テハ其者ニ對シ損害賠償ノ責任アルモノトス(大阪控訴院明治四十二年第五二〇號同四年四月八日判決・法律新聞六四〇號一四頁)
- 四 詐欺取財ノ罪名ヲ以テ不實ノ告訴ヲ爲シ官廳ノ取調ヲ受ケタルニ至ラシムルトキハ其被告人タル者ノ名譽毀損トナルハ勿論被告人カ會テ名譽職ヲ勤メ相當ノ信用アル者ニ對シ斯ル告訴ヲ爲セハ世間ノ惡評ヲ受ケ傷心痛苦ノ境ニ立タシム(同上明治四十二年一月二日判決・判例彙報一四卷四五頁)
- 五 他人ノ名譽又ハ信用ヲ毀損スヘキ記事ノ材料ヲ新聞記者ニ供給シテ之ヲ新聞紙ニ掲載セシメタル者ハ其事實ノ眞偽如何ニ關セス他人ノ權利ヲ害シタルモノナルヲ以テ之ニ因リテ生シタル損害又ハ毀損又ハ毀損セラレタル名譽信用ノ回復ニキ其責ニ任スヘキモノトス(東京地方大正四年第七八號同五年二月七日判決・本書第五卷民法一三五頁)

神戸地方裁判所

大審院

清水博士

横田博士

磯谷博士

菱谷學士

末弘學士

【同上名譽毀損ノ判定標準ニ關スル參照判例】

或行為カ他人ノ名譽ヲ毀損スヘキモノナルヤ否ヤヲ決スルニハ單ニ其行為ノ性質上一般ニ人ノ名譽ヲ毀損スヘキモノナルヤ否ヤヲ以テ足レリトセス尙ホ名譽毀損セラレタリト主張スル人ノ社會ニ於ケル位置狀況等ヲ參酌シ以テ其行為カ特ニ人ノ名譽ヲ毀損スヘキモノナルヤ否ヤヲ審査セサルヘカラス(大審院明治三八年才第二九八號同年一月二日判決・民錄一輯一六六五頁)

【判旨第二點官吏ノ職務外ニ於ケル不法行為責任ニ關スル參照學說判例】

- 一 官吏カ其權限外ノ行為ニ依リ第三者ニ損害ヲ與ヘタルトキハ官吏トシテノ行為ニアラスシテ一私人トシテノ行為ニ依リタルモノト見ルヘキモノナルニ依リ之ニ付テハ全ク民法ノ規定ヲ適用スヘキモノナリ(法學博士清水澄氏行政論上ノ上六七頁)
- 二 官吏カ其職務ノ範圍外ニ出テテ他人ノ權利ヲ侵害シタルトキハ被害者ニ對シ賠償責任ヲ負擔ス(法學博士横田秀雄氏債權各論八五三頁)
- 三 若シ全然職務ノ範圍内ニ亙リテ私人ノ權利ヲ侵害シタルトキハ是レ固ヨリ國家ノ行為ニアラサルカ故ニ其官吏自ラ賠償責任ヲ負フ責任アルヤ否ヤハ例ハ文部省ノ官吏カ臨檢査引引ヲ爲シ又ハ内務省ノ官吏カ會社銀行ニ出張シテ帳簿ヲ差押フルカ如キハ全ク其職務ノ範圍外ニ屬ス(法學士磯谷幸次郎氏債權原因論明治四一中大講義一四二頁)
- 四 職務ノ行使ハ職務ノ範圍ニ限定セラルヘカラス換言セバ職務以外ニ涉ルノ行為ハ權利タルヲ得サル行為ナリ官吏ノ不法行為ニ關シテハ我法令ニ於テ一般ノ規定ヲ設ケタルモノナシ特ニ官吏ノ行為ニ對シテ國家其義務ヲ負フヘキヲ定メタルモノナシト雖トモ官吏カ官吏ノ資格ニ於テ不法行為者タルコトハ須臾ク之ヲ措クモ官吏ノ地位ヲ濫用シタル一私人トシテノ不法行為ハ之レカ責任除却ヲ認容スルヲ得ス之レニ對シ一般私法ノ規定ヲ適用シテ賠償責任ヲ負擔セシムヘキハ勿論ナリトス(注學博士菱谷精吉氏不法行為論五二五二頁)
- 五 官吏ノ權限外ニ於テ爲シタル行為ハ純然タル官吏一私人ノ行為ニシテ國家機關ノ行為ニ非サルヲ以テ民法上ノ不法行為ニ關スル規定ノ適用ヲ受クヘク行政上ノ問題ニ非ス(法學士末弘太郎氏行政法一四一頁)



六 行爲ナル場合ニ於テハ其行爲カ形式上ニ於テモ亦職權行爲ニアラス從ヒテ官吏カ其行爲ヲ爲スニ至レル原因カ其故意過失アルト否トナ問ハス其職權逸脱ハ官吏ノ責任ナルカ故ニ其行爲ニ依リ故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害セルトキハ民法ノ一般原則ニ依リテ賠償義務ヲ負擔セサルヘカラス(同上債權各論一〇四頁)

七 然レトモ此公權執行行爲ノ行爲自體ハ執行行爲ニ非ス單ニ執行行爲ヲ爲スニ際シ又ハ之ヲ爲スニ乘シテ爲シタル加害行爲トハ之ヲ區別セサルヘカラス後者ノ場合ニハ違法阻却原因存在セサルカ故ニ加害官吏ハ其責任ヲ免ルルコトヲ得サルナリ例ヘ豫審判事カ或住宅ヲ搜索スルニ關聯セサルニ拘ハラズ該住宅附近ニ於ケル他人所有ノ畑地ニ立入り農作物ヲ蹂躪シタルカ如シ(關野新之氏損害賠償論一一〇頁)

八 刑事訴訟法一四條不動産登記法一三條戸籍法六條等ノ規定ヲ以テ官吏ノ公權執行行爲ニ因リ一人ニ損害ヲ加フルモ責任ナシトノ原則ニ對スル例外ナルカ如ク主張スル者アリト雖モ刑事裁判所書記執達吏司法警察官又ハ巡查憲兵卒カ刑事被告人ニ對シ故意ヲ以テ損害ヲ加ヘ又ハ刑法ニ定メタル罪ヲ犯シタルカ如キ場合ニ於ケル行爲ハ公權執行行爲其モノニ非スシテ執行行爲ヲ爲スニ際シ又ハ之ヲ爲スニ乘シテ爲シタル加害行爲即越權的行爲ナリ純然タル公權執行行爲其モノハ其行爲ノ當時ニ於ケル行爲者ノ故意又ハ惡意ノ有無ニ因リテ其性質ヲ變更スルモノニ非ス又決シテ刑罰法規ニ抵觸ナラスヘキ失態ヲ呈スルモノニ非ス從テ之ニ因リ一人ニ損害ヲ加フルコトアルモ常ニ違法ト爲ル事ナシ而シテ不動産登記法及ヒ戸籍法ノ規定ニ至リテモ亦加害行爲ハ公權執行行爲者自體ニ非スシテ叙上ノ區別ヲ存スルコト明白ナルカ故ニ是等ノ規定ハ上記原則ニ對スル規定ヲ設ケタルニ非スシテ反ツテ其條則ヲ明カニシ且之ト同時ニ常ニ人民ノ權利義務ニ關スル事務ヲ處理スル職責アル是等官吏ナシテ安シテ職業ヲ盡サシムル公益上ノ理由ニ基キ民法不法行爲ノ原則ニ對スル特別ナク設ケタルモノト解スヘキナリ(同上)

九 個人ノ不法行爲ニ付テハ其私人トシテ爲シタルト官吏トシテ爲シタルトニ論ナク民法第七〇九條ニ所謂不法行爲トシテ行爲者自カ責任ニ任スヘク從テ官吏カ職務執行上他人ニ加ヘタル損害ニ付テモ個人トシテ之カ賠償ノ責ニ任スヘキモノト謂ハサルヲ得ス(東京地方明治三六年ヲ第三〇號判決法律新聞・第二五六號一九頁)

三二七

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

賠償額ノ豫定ハ履行又ハ解除ノ請求ヲ妨ケス違約金ヘ之ヲ賠償額ノ豫定ト推定ス

民事訴訟法七二第一項 敗訴ノ原告若クハ被告ハ訴訟ノ費用ヲ負擔シ殊ニ訴訟ニ因リテ生シタル費用ヲ相手方ニ辨濟ス可シ但其費用ニ裁判所ノ意見ニ於テ相當ナル權利伸張又ハ權利防禦ニ必要ナリト認ムルモノニ限ル

利息制限法五 返還期限ヲ違フルトキハ負債主ヨリ債主ニ對シ若干ノ償金罰金違約料等ヲ差出スヘキコトヲ約定スルコトアルモ概シテ損害ノ賠償ト看做シ裁判官ニ於テ該債主ノ事實受ケタル損害ノ補償ニ不當ナリト思量スルトキハ之レニ相當ノ減少ヲ爲スコトヲ得

民事訴訟ニ於テ其一方ノ當事者ニ訴訟費用ヲ負擔セシムルハ當事者カ相手方ニ對シ他ノ私法上ノ原因ニ基キ相手方ノ支出シタル訴訟費用ヲ賠償スヘキ確定債務アルコトヲ裁判スルモノニアラスシテ裁判所カ訴訟關係法則ヨリ孰レノ當事者ニ訴訟費用ヲ負擔セシムヘキヤヲ定メ依テ該負擔者カ相手方ニ對シ之ヲ賠償スヘキ私法上ノ義務アルコトヲ宣言スルモノトス

民事訴訟ニ於テ其一方ノ當事者ニ訴訟費用ヲ負擔セシムヘキ私法上ノ義務發生ノ原因ハ一ニ訴訟關係上ノ原則ニヨリテ定マリ債務不履行又ハ不法行爲ニ因ル損害賠償請求權ト其發生ノ原因ヲ異ニスルト共ニ債務ノ範圍亦必スシモ同一ノモノニアラス

特別ノ規定ナキ限り訴訟費用ニ關スル法規ノ存在ハ他ノ私法上ノ原則ヨリ發生スヘキ債務ノ存在ヲ妨ケサルモノトス

債務不履行ノ爲メ訴訟ニ因リ發生シタル債權者ノ損害ハ訴訟上訴訟費用トシテ相手方ヨリ請求シ得ヘキモノハ勿論其他ノモノト雖モ苟モ私法上請求權ノ存在スル限り相手方ヨリシテ之ヲ賠償セシメ得ルモノナルコト疑ナク其金額ヲ豫定シテ違約金ヲ定ムルモ該特別ハ素ヨリ有效ナリトス

右ノ如キ特別ヲ認ムルモ違約金ノ數額ニシテ適當ナラサル限り濫訟ノ弊ヲ助長スルコトナキモノトス



一ノ訴訟ニ關シテ債權者カ被ル可キ精神上財産上ノ損害ハ必スシモ請求金額ノ多少ニ比例スルモノニ非スシテ金二百圓ノ違約金ハ其數額ニ照シテ決シテ適當ナリト謂フヘカラサルヲ以テ右特約ハ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スル無効ノ契約ニ非ス

利息制限法第五條ハ違約金ノ數額カ適當ナリトノ認定ヲ受クヘキ場合ニ適用セラルキ可モノトス

案スルニ甲第一號證ニ依レハ本件契約ヲ成立ニ關スル控訴人ノ主張ハ悉ク之ヲ認ムルヲ得ヘク被控訴人ハ或ハ右契約中違約金ノ特約ハ當事者ノ真意ニ出テタルモノニアラスト稱シ或ハ控訴人カ被控訴人ノ窮迫ニ乘シ適當ナル約束ヲ爲サシメタルモノナリト謂フモ被控訴人ノ援用スル今堀卯之助ノ證書ニ依ルモ此ノ如キ事實ヲ認ムルニ足ラス其他之ヲ認メ得ヘキ何等ノ證據ナキヲ以テ右ノ如キ理由ニ依リ前記特約カ無効ナリト被控訴人抗辯ハ之ヲ採用スルニ由ナシ而シテ控訴人ハ其度々ノ催足ニ不拘被控訴人カ右貸金ノ辨濟ヲ爲ササルカ爲メ遂ニ其辨濟ヲ求ムル訴訟ヲ提起スルノ止ムヲ得サルニ至リタル事ハ甲第二號證ノ一、二並ニ本件訴訟ニ照シ明白ナルヲ以テ若シ前記ノ特約ニシテ法律上有效ナルモノトセハ被控訴人等ハ控訴人ニ對シ當然金二百圓ノ違約金ヲ支拂フ可キ義務アルモノトス仍テ通テ右ノ如キ違約金ノ特約カ法律上有效ナリヤ否ヤニ付キ審究スルニ民事訴訟ニ於テ其一方ノ當事者ニ訴訟費用ヲ負擔セシムルハ素該當事者カ相手方ニ對シ他ノ私法上ノ原因ニ基キ相手方ノ支出シタル訴訟費用ヲ賠償スヘキ確定債務アルコトヲ裁判スルモノニアラスシテ裁判所カ訴訟關係法則ヨリ執レノ當事者ニ訴訟費用ヲ負擔セシムヘキヤヲ定メ依テ該負擔者カ相手方ニ對シ之ヲ賠償スヘキ私法上ノ義務アルコトヲ宣言スルモノナルヲ以テ

其義務發生ノ原因ハ一ニ訴訟關係上ノ原則ニヨリテ定マリ債務不履行又ハ不法行爲ニ因ル損害賠償請求權ト其發生ノ原因ヲ異ニスルト共ニ債務ノ範圍亦必スシモ同一ノモノニアラサルモノナリ故ニ特別ノ規定ナキ限リ訴訟費用ニ關スル法規ノ存在ハ決シテ他ノ私法上ノ原則ヨリ發生スヘキ債務ノ存在ヲ妨クルノ理ナキモノニシテ從テ債務不履行ノ爲メ訴訟ニ因リ發生シタル債權者ノ損害ハ訴訟上訴訟費用トシテ相手方ヨリ請求シ得ヘキモノハ勿論其他ノモノト雖モ苟モ私法上請求權ノ存在スル限リ相手方ヲシテ之ヲ賠償セシメ得ルモノナルコト疑ナク其金額ヲ豫定シテ違約金ヲ定メタル本件特約ノ有效ナルコト蓋明白ナリト謂フヘシ被控訴人ハ若シ此ノ如キ特約ヲ認ムルトキハ濫訟ノ弊ヲ助長スルカ如ク論辯スルモ違約金ノ數額ニシテ適當ナラサル限り毫モ被控訴人主張ノ如キ弊害ヲ認ムル能ハサルモノニテ本件特約上ノ金額ハ元本タル請求權ニ比シ一見甚ダ適當ナル如ク見ユルモノ一ノ訴訟ニ關シテ債權者カ被ル可キ精神上財産上ノ損害ハ必スシモ請求金額ノ多少ニ比例スルモノニ非スシテ金二百圓ノ違約金ハ其數額ニ照シテ適當ナリト云フヘカラサルヲ以テ右特約カ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スヘキ無効ノ契約ナリト被控訴人ノ主張ハ理由ナキモノナリ然リ而シテ被控訴人ハ更ニ本件特約ハ商事債務ニアラサルカ故ニ利息制限法第五條ノ適用ヲ受ク可キモノナリト謂フモ同法條ハ違約金ノ數額カ適當ナリトノ認定ヲ受クヘキ場合ニ適用セラレ可キモノニシテ本件違約金ノ數額カ適當ト謂フヘカラサルコトハ前段所說ノ如クナルヲ以テ本件特約カ商事債務タルヤ否ヤヲ審案スルモモナク右抗辯ノ採用スルニ足ラサルコト明白ナリ被控訴人ハ尙控訴人カ本件違約金ノ請求ヲ爲シナカラ本件訴訟ニ付キ訴訟費用ハ被控訴人ノ負擔トストノ判決ヲ求ムル申立ヲ爲スハ二重ノ請求ヲ爲スモノナリト謂フモ前示ノ如ク債務不履行ニ基ク損害賠償ノ債務ト訴訟費用ノ負擔義務トハ全然其債務發生ノ根據及其範圍ヲ異ニスルモノニシテ然モ控訴人本件違約金ハ訴訟上當然訴訟費用トシテ言渡サルモノ以外ノ損害ニ關スル旨ヲ主張シ反證ナキ限リ右違約金ノ契約ハ控訴人所說ノ如ク解釋ス



板倉博士

大審院

土方博士

川名博士

石坂博士

ルニ至當トスヘキカ故ニ本件ニ關スル訴訟費用負擔ノ債務ハ何等本件違約金ノ請求權ト重復スルモノニアラス以上說示ノ如ク被控訴人ノ抗辨ヘ一モ其理由ナリ本件違約金ノ特約ノ有效ナルコト極メテ明白ニシテ被控訴人ハ該特約ニ依ル金圓ヲ控訴人ニ支拂フヘキ義務アルモノナルヲ以テ之ヲ排斥シタル原判決ト此點ニ於テ其當ヲ得サルモノト謂ハサルヘカラス(東京地方裁判所大正七年(レ)第三五九號同年六月七日民五部井野裁判長吉田判事判決)

【關係事項】 破棄○貸金請求控訴事件○控訴人高木金太郎訴訟代理人辯護士佐藤有恭被控訴人荻原慶太郎外三名訴訟代理人辯護士柳田宗一郎

【判旨第二點訴訟費用ノ請求權ニ關スル參照學說判例】

一 訴訟費用ハ公法上ノ行爲ヨリ生ズルモノトシテ不法行爲ヲ原因トスルモノニ非サルカ故ニ私法上ノ損害賠償ノ法理ヲ以テシテハ此義務ノ性質ヲ説明スル能ハサルナリ訴訟費用ノ請求權ハ普通ノ私法上の請求權ナラズ訴訟上ノ請求權ナルカ故ニ訴訟法ニ定メタル特定ノ形式ニ依ルニ非スルハ之ヲ主張スル能ハス所謂特定ノ形式トハ主たる事物ニ付隨シテ其主張ヲ爲スコトナリ換言スレハ獨立ノ訴ヲ以テ訴訟費用ノ請求スルコトハ法律ノ許ササル所ナリ裁判所カ當事者ノ申立ナキモ主たる事物ニ付キ裁判スルト同時ニ訴訟費用ニ付キ裁判ヲ爲スノ責任ヲ負フハ訴訟費用ノ請求權カ私法上ノ請求權ニ非サルヲ以テナリ(法學博士板倉松太郎氏民事訴訟法綱要一七一頁)

【判旨第四點違約金ニ關スル參照學說】

一 違約金即契約上ノ債務履行セザル場合ニ於テ一定ノ金額ヲ支拂フヘキ事ヲ約スルモノナリ(法學博士土方孝氏債權法大正五東大講第一七四頁)  
二 違約金ハ只債務履行不能ノ場合ノミニ對シ又給付スヘキ時期ニ於テ全部ノ給付ヲ爲ササルコトニ對シテ之ヲ約スルコトヲ得ルハ勿論ナリ(法學博士川名兼四郎氏債權要論二二五頁)  
三 違約金契約ハ債務不履行ノ場合ニ其制裁トシテ債務者カ或給付ヲ爲スヘキコトヲ約スル契約アリ(法學博士石坂普四郎氏日本民法債權下二〇一六頁)

鳩山博士

民刑局長

石坂博士

須賀學士

加古學士

東京地方裁判所

松岡博士  
法曹  
會  
決  
議  
1133(民法)

四 違約金ト謂フモ契約ニ違反シタル場合ニ限ルニアラス總テノ債務不履行ニ付テ之ヲ定ムルコトヲ得(法學博士鳩山秀夫氏日本債權法七六頁)

【判旨第七點利息制限法ノ利率超過ノ違約金ニ制限法適用アリトノ同趣旨參照學說】

一 金錢借貸契約ノ債務不履行ニ因ル損害賠償額増減ニ付テハ明治一〇年布告六六條利息制限法ノ廢止セラレザル限リハ同法五條ニ依ルヘキモノニシテ民法四二〇條ハ適用スルヲ得ス(民刑局長明治三八年八月五日一〇四〇號回答・法曹記事第一六二號三八頁)  
二 商事ニハ商法施行法一一七條ノ規定ニ依リ利息制限法五條ハ適用スヘカラサルヲ以テ金錢貸付ヲ營業トスル者ハ金錢借貸契約ニ付キ爲シタル損害賠償額ハ民法四一〇條ヲ適用スルモノトス(同上)  
三 當事者カ契約ヲ以テ損害賠償ヲ豫定シタル場合ニ於テハ其豫定額ニ從ヒテ賠償スルコトヲ要スルモノトナササルヲ得ス唯金錢消費貸借ニ關シテハ利息制限法五條ノ制限ヲ受ク(法學博士石坂普四郎氏京都市法學會雜誌第一〇卷一三五頁)  
四 我法制ノ下ニ於テモ金錢債務ニ限リ利息制限法五條ノ規定ニ依リ例外ノ場合トシテ裁判所ヲシテ其豫定賠償額ヲ増減スルコトヲ得セシメタリ(法學博士須賀喜三郎氏債權大正五年度中大講第一四六頁)  
五 民法四二〇條ニ依レハ裁判所ハ當事者ノ豫定シタル賠償額ヲ増減スルコトヲ得スト雖モ今日ハ尙ホ明治一〇年布告六六條利息制限法カ廢止ニ歸セサルカ故ニ裁判所ハ債權者カ受ケタル實際ノ損害額ニテ豫定賠償額ヲ減少スルコトヲ得ヘシ(法學士加古貞太郎氏法典質疑問題一九頁)  
六 明治一〇年九月布告六六條利息制限法五條ニ依レハ返還期限ヲ違フトキハ負債主ヨリ債主ニ對シ若干ノ償金、違約金、料等ヲ差出スコトヲ約定スルコトアルモ概シテ損害ノ補償ニ不當ナリト思量スル時ハ之ニ相當ノ減少ヲ爲スコトヲ得トアルヲ以テ金錢消費貸借ニ於テハ裁判所ハ當事者カ債務不履行ニ付キ豫定シタル損害賠償額ヲ減少スルコトヲ得ルモノト云フヘシ(東京地方明治三七年レ第一〇〇號同年五月二〇判決・法律新聞第二一一號二三頁)

【同上異趣旨參照學說】

一 「損害賠償ノ額ヲ豫定スルコトヲ得」當事者ハ如何ナル多寡ニモ之ヲ豫定スルコトヲ得故ニ金錢ヲ目的トスル債務ニ付テモ前條ノ制限ニ依ルヲ要セス(法學博士岡松參太郎氏民法理由債權一〇三頁)  
二 金錢債務ノ不履行ニ付キ豫定シタル損害ハ賠償額カ利息制限法ノ利率ヲ超過スルモ無効ニアラス(法曹會明治四十六年六月一八日六九號決議・法曹記事第二〇卷一(一)號五一頁)



四八二 債務者カ債権者ノ承諾ヲ以テ其負擔シタル給付ニ代ヘテ他ノ給付ヲ爲シタルトキハ其給付ハ辨済ト同一ノ效力ヲ有ス

五一三 當事者カ債務ノ要素ヲ變更スル契約ヲ爲シタルトキハ其債務ハ更改ニ因リテ消滅ス  
條件附債務ヲ無條件債務トシ無條件債務ニ條件ヲ附シ又ハ條件ヲ變更スルハ債務ノ要素ヲ變更スルモノト看做ス債務ノ履行ニ代ヘテ爲替手形ヲ發行スル亦同シ

既存債務ニ付キ債務者カ債権者ニ對シテ約束手形ヲ振出シタル場合ニ於テ或ハ既存債務ヲ消滅セシメ手形上ノ權利關係ノミヲ存續セシムル趣旨ニテ振出ス場合アルヘク又之ニ反シテ既存債務ノ辨済ヲ確保スル目的ヲ以テ振出ス場合アルヘク其何レニ屬スルヤハ當事者ノ意思ニヨリテ之ヲ決スヘキモノナリト雖モ若シ當事者ノ意思不明ナル場合ニ於テハ既存債務ノ辨済ヲ確保スル爲メニ振出シタルモノニシテ既存債務ヲ消滅セシムル目的ヲ以テ振出シタルモノニ非スト認ムルヲ相當トス

既存債務ノ辨済ヲ確保スル目的ヲ以テ振出シタル手形ニ付キ債権者カ其満期日ニ支拂場所ニ於テ債務者ニ對シテ手形ヲ呈示シテ其支拂ヲ求ムルモ債務者カ其支拂ニ應セザリシトキハ債権者ハ債務者ニ對スル既存債權ヲ行使スルコトヲ得ルモノトス

原告ハ商人ニシテ大正七年四月中被告ニ對シテ送炭機一臺及ヒ鐵板材料ヲ賣渡シ代金一千九百二十四圓中一千二百圓ノ支拂アリタルコトハ被告ノ認ムル所ナリ而シテ殘金

七百二十四圓ニ對シテ被告カ大正七年九月二七日金額七百二十四圓満期四大正七年一〇月二六日支拂場所株式會社第百銀行振出地東京市ト定メタル約束手形一通ヲ原告ニ宛テ振出シタル事實ハ當事者間ニ爭ナキ所ナリ案スルニ既存債務ニ付キ債権者カ債権者ニ對シテ約束手形ヲ振出シタル場合ニ於テ或ハ既存債務ヲ消滅セシメ手形上ノ權利關係ノミヲ存續セシムル趣旨ニテ振出ス場合アルヘク又之ニ反シテ既存債務ノ辨済ヲ確保スル目的ヲ以テ振出ス場合アルヘク其何レニ屬スルヤハ當事者ノ意思ニヨリテ之ヲ決スヘキモノナリト雖モ若シ當事者ノ意思不明ナル場合ニ於テハ既存債務ノ辨済ヲ確保スル爲メニ振出シタルモノニシテ既存債務ヲ消滅セシムル目的ヲ以テ振出シタルモノニシテ原告ノ主張スル如ク被告ノ抗辯ハ理由ナキモノトシテ之ヲ排斥ス而シテ右手形ニ付キ原告カ其満期日ニ其支拂場所ニ於テ被告ニ對シテ手形ヲ呈示シテ支拂ヲ求メタルモ被告ハ其支拂ニ應セザリシ事實ハ當事者間ニ爭ナキ所ナルヲ以テ此如キ場合ニハ原告ニ對スル既存債權タル本件賣掛代金債權ヲ行使スルヲ得ヘキコト當然ナルヲ以テ被告ハ原告ニ對シテ右金七百二十四圓及之ニ對スル大正八年五月四日ヨリ商法所定ノ利率方令ノ割金ニヨル損害金ヲ支拂フヘキ義務アルヤ明ナリ(東京地方裁判所大正八年(ワ)第六八七號同年一月一三日民二部三瀧裁判長井上小藤各判事判決)

【關係事項】賣掛代金請求訴訟事件○原告猿子辰三郎訴訟代理人辯護士牧野賤男丸山良策同並木信政被告吉田恒訴訟代理人辯護士丸岡東治

【判旨第一點約束手形ノ振出ト既存債務ノ關係ニ關スル内外參照學說判例】

本卷商法一五三頁同一五五頁以下同二四一頁

既存債權ニ付キ約束手形ヲ振出シタル場合ニ何等特別ノ意思表示ナキトキハ之ヲ以テ直ニ既存債務ヲ消滅セシメテ手形債務ノミヲ負擔シタルモノト推測スヘ



キニ非スシテ一應既存債務ノ支拂ヲ確保スル爲メ振出サレタルモノト認ムルヲ相當トスル(第七卷民法七七八頁評論)判旨第一點ハ全然吾人ノ見解ト一致吻合スルモノニシテ賛同スルニ吝ナラス從テ此場合ニ於テハ爾後債權者ハ其選擇ニ從ヒ既存債權又ハ手形上ノ債權ヲ行使スルノ自由ヲ有シ約束手形ノ支拂拒絶アリタル爲メ手形上ノ債權ヲ喪失スルコトナキハ勿論既存債權ノ行使ヲ妨ケサルヤ言ヲ俟タス判旨第二點ハ此趣旨ニ出ツルモノニシテ因ヨリ正當ナリ

(三二九)

七八 清算人ノ職務左ノ如シ

一、現務ノ終了ニ、債權ノ取立及ヒ債務ノ辨濟三、殘餘財産ノ引渡

清算人ハ前項ノ職務ヲ行フ爲メニ必要ナル一切ノ行爲ヲ爲スコトヲ得

六七〇 組合ノ業務執行ハ組合員ノ過半数ヲ以テ之ヲ決ス組合契約ヲ以テ業務ノ執行ヲ委任シタル者數人アルトキハ其過半数ヲ以テ之ヲ決ス

組合ノ業務ハ前二項ノ規定ニ拘ハラズ各組合員又ハ各業務執行者之ヲ專行スルコトヲ得但其執行前ニ他ノ組合員又ハ業務執行者カ異議ヲ述ヘタルトキハ此限ニアラス

六八八 清算人ノ職務及ヒ權限ニ付テハ第七八條ノ規定ヲ準用ス

殘餘財産ハ各組合員ノ出資ノ價額ニ應ジテ之ヲ分割ス

組合ハ法人ニ非スト雖モ民法第六八八條ハ組合清算人ノ職務及ヒ權限ニ付キ第七八條ノ規定ヲ準用スルカ故ニ組合ノ清算人ニ裁判上組合ヲ代表スル權限アルコト疑ヒナシ

清算人ハ組合解散後ニ於ケル組合ノ代表者タリ業務執行者ハ解散前ニ於ケル組

合ノ代表者タリ既ニ解散後ノ代表者タル清算人ニ裁判上ノ代表權アリトセハ解散前ノ代表者タル業務執行者ニ裁判上ノ代表權ナカルヘキ道理ナキカ故ニ其代表權ヲ認ムル特別ノ明文ナシト雖モ民法ハ其精神ニ於テ組合ノ業務執行者ニ裁判上組合ヲ代表スル權限アルコトヲ認メ居ルモノト解スルヲ相當トス

先ツ本件債權者及債務者ヨリ成ル組合ノ自光社カ匿名組合ナリヤ將タ民法上ノ組合ナリヤヲ按スルニ凡ソ匿名組合員ノ出資ハ營業者ノ財産ニ歸スヘキモノナルニ乙第二號證契約書ニ依レハ自光社ノ組合契約ニ於テ債務者ヲ營業名義人ト爲シタルコトハ之ヲ認メ得レトモ債權者等ノ出資カ營業名義人タル債務者ノ財産ニ歸スヘキ約旨ナルコトノ疎明ナク同證ニ依レハ却ツテ各組合員ノ出資ハ組合員ノ共有ニ歸スヘキ約旨ニシテ該組合カ民法上ノ組合ナルコト疎明セラレタルヘキヲ以テ事件組合ノ性質ニ關スル債務者代理人ノ抗爭ハ理由ナキモノト謂フヘシ次ニ組合ノ業務執行者ニ裁判上組合ヲ代表スル權限アリヤ否ヤヲ考フルニ民法第七八條第二項ニ依レハ法人ノ清算人ニ裁判上法人ヲ代表スル權限アルコト明瞭ニシテ組合ハ法人ニ非スト雖モ民法第六八八條ハ組合清算人ノ職務及ヒ權限ニ付キ第七八條ノ規定ヲ準用スルカ故ニ組合ノ清算人ニ裁判上組合ヲ代表スル權限アルコト疑ヒナシト云フヘシ而シテ清算人ハ組合解散後ニ於ケル組合ノ代表者タリ業務執行者ハ解散前ニ於ケル組合ノ代表者タリ既ニ解散後ノ代表者タル清算人ニ裁判上ノ代表權アリトセハ解散前ノ代表者タル業務執行者ニ裁判上ノ代表權ナカルヘキ道理ナキカ故ニ其代表權ヲ認ムル特別ノ明文ナシト雖モ民法ハ其精神ニ於テ組合ノ業務執行者ニ裁判上組合ヲ代表スル權限アルコトヲ認メ居ルモノト解スルヲ相當トスヘキ道理ナキカ故ニ其代表權ヲ認ムル特別ノ明文ナシト雖モ民法ハ其精神ニ於テ組合ノ業務執行者ニ裁判上組合ヲ代表スル權限アルコトヲ認メ居ルモノト解スルヲ相當トス



梅博士  
岡松博士  
横田博士

人ニシテモ其訴訟ヲ欲セサルモノアル時ハ其者ヲ除名セサル限リ裁判上其權利ヲ行使スルコトヲ得サルカ如キ不都合ナル結果ヲ生シ組合ノ制度ヲ認メタル民法ノ趣旨ハ殆ト没却セララルニ至ルヘシ右説明スル如クナルヲ以テ組合ノ業務執行者ニ裁判上ノ代表權ヲシトスル債務者ノ抗爭ハ理由ナキモノト云ハサルヘカラス仍チ進シテ本件假處分ノ當否ニ關スル他ノ要件ニ付キ按スルニ本件假處分ノ目的物件カ債權者及ヒ債務者ヨリ成リタル組合自光社ノ財産ナリシコト及ヒ現ニ債務者ノ占有ニ在ルコトハ當事者間爭ナキ所ニシテ債權者六名カ一致シ決議ヲ以テ債務者ヲ除名シ高本嘉數ヲ業務執行者トナシ高本嘉數ヨリ其餘名ヲ債務者ニ通知シ本件假處分ノ目的物件ノ引渡ヲ債務者ニ請求シタルモ債務者之ニ應セス債權者カ本案訴訟ノ判決ヲ待ツトキハ八催利ノ實行カ不能トナリ又ハ困難トナルヘキ事情ルコトハ甲號各證ニ依リ一應説明セラレタルヲ以テ本件組合ノ業務執行者タル高本嘉數カ組合ヲ代衛シテ本件假處分ノ申請ヲ爲シタルハ擔當ニシテ債務者ノ異議申立ハ理由ナク本件假處分ハ之ヲ認可スヘキモノトス(東京地方裁判所大正八年(サ)第三九六號同年八月二三日民四部岡村裁判長山崎細川處判事判決)

【關係事項】假處分ニ對スル異議由立事件○債權者高本嘉數外五名訴訟代理人辯護士石川勝彌同吉岡千代吉○債務者附榮助次郎許訟代理人辯護士狩野山義一

【判旨第一點組合清算人ノ權限ニ關スル參照學說判例】

一 清算人ノ職務ハ(一)現務ヲ終了シ(二)債權ヲ取立テ且債務ヲ辨濟シ(三)殘餘ノ財産ヲ分配スルニ在リ而シテ其權限ハ右ノ職務ヲ行フ爲メ必要ナル一切ノ行爲ヲ爲スコトヲ得ルニ在リ(法學博士梅謙次郎氏民法要義債權八二八頁)  
 二 (職務)イ組合ノ現務ヲ終了スルコト(ロ)組合ニ關スル債權ヲ取立ルコト(ハ)組合ノ負擔スル債務ヲ辨濟スルコト及ヒ(ニ)殘餘ノ組合財産ヲ分割シテ之ヲ各組合員ニ引渡スコト(ヘ)權限一清算人タル職務ヲ行フカ爲メ必要ナル一切ノ行爲ヲ爲スコトヲ得ル權利是ナリ(法學博士岡松參太郎氏民法理由債權次三三六頁)  
 三 清算人ハ現務ヲ終了(一)債權ヲ取立及ヒ債務ヲ辨濟(三)殘餘財産ノ引渡ヲ爲スノ職務ヲ行フカ爲メ必要ナル一切ノ行爲ヲ爲スコトヲ得(法學博士横田秀雄氏債權各論七五一頁)

三博士

鈴木博士  
嘉山學士  
飯島博士  
學村士上  
1139 (民法)士

四 清算人カ組合ノ債權ヲ取立テ其債務ヲ辨濟シタル後組合ノ所有ニ屬スル殘餘財産アルトキハ其財産ヲ持分即チ出資ノ割合ニ應ジテ之ヲ組合員ニ分配スルコトヲ要ス(同上七五二頁)  
 五 我民法ニハ各組合員ニ對スル出資ノ返還ニ付キ特別ノ規定ナキヲ以テ現物ニテ之ヲ返還スルト之ヲ換價シテ其代金ノ一部ヲ各組合員ニ返還スルトハ一組合員ノ契約其過半数ノ決議若クハ清算人ノ自由裁量若クハ其過半数ノ決議ニ依リテ定マルモノトス且組合員ノ承諾アルトキハ殘餘財産ヲ組合員ノ個別的共有ニ變シテ清算ヲ終了スルモ敢テ不可ナシト然レトモ動産不動産其他ノ財産ノ使用収益カ組合員ノ出資ノ組成ニ於テハ其所有名義ヲ組合ニ移轉シタルト否トニ拘ハラズ之ヲ出資者ニ還スルコトヲ要スルハ勿論ナリ(同上七五三頁)  
 六 組合ノ總財産カ其總債務ヲ辨濟スルニ足サルトキハ其不足ヨリ生スル損失ハ各組合員ノ出資即チ負擔部分ニ應ジテ之ヲ總員ニ配當スルコトヲ要シ清算人ハ總組合員ヨリ各自ノ負擔部分ヲ取立テ之ヲ債權者ニ辨濟スル責任アリ(同上)  
 七 清算人ハ主トシテ組合ノ現務ヲ終了シ組合ノ債務ヲ辨濟シ其債權ヲ取立テ爲シ且ツ殘餘財産ノ分割ヲ爲ス職務ヲ有ス(法學博士松波仁一郎氏同仁保 松氏同仁保 井田益太郎氏民法正解債權一三六七頁)  
 八 清算人ハ組合財産ヲ調査シ組合ノ債權及ヒ債務ヲ明ニセサル可カラス若シ辨濟期ノ既ニ到來シタル組合ノ債權アルコトヲ知リタルトキハ直ニ其取立ヲ爲ササル可カラス又組合ノ債務ハ組合員ノ共同ノ債務ナルカ故ニ清算人ハ總組合員ノ爲メ組合財産ヲ以テ債權者ニ辨濟ヲ爲ササル可カラサルナリ(同上二六三八頁)  
 九 組合ノ財産カ其債務ヲ完済スルニ足ラサルトキハ各組合員ハ損失分ノ割合ニ應ジテ其不足額ヲ填補ス可キモノナルカ故ニ清算人ハ各組合員ノ負擔部分ノ拂込ヲ請求シ以テ組合ノ債務ヲ完済ス可キモノナリ(同上二六八三頁)  
 一〇 殘餘財産カ出資ノ總額ニ超過スルトキハ其超過額ハ組合ノ利益ナルカ故ニ利益分配ノ割合ニ應ジテ先ツ之ヲ各組合員ニ分配シ然後各組合員ノ出資ノ價額ニ依リテ定マリタル其組合財産ニ對スル持分ニ應ジテ之ヲ分配ス只利益分配ノ割合及ヒ殘餘財産分割ノ割合ハ反對ノ意思表示ナキ限ハ其ニ各組合員ノ出資ノ價額ニ依リテ定マルモノナルハ故ニ通常各別ニ之ヲ分配スルヲ要セサル(同上)  
 一一 組合契約ニ非スシテ清算人ト爲リタル者ハ其職務ヲ要フニ付キ當然組合員全體ヲ代理スル權限ヲ有シ又組合員ニシテ清算人ト爲リタル者ハ其職務ヲ行フニ付キ當然他ノ組合員ヲ代理スル權限ヲ有ス(同上二六六七頁)  
 一二 債權ノ取立債務ノ辨濟殘餘財産ノ分配及ヒ之等ノ目的ヲ達スルカ爲メニハ或ハ換價處分ヲ爲シ或ハ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得ルナリ(法學博士鈴木嘉三郎氏債權各論日大講第二五九頁)  
 一三 清算人ハ現務ヲ終了債權ヲ取立及ヒ債務ノ辨濟殘餘財産ノ引渡ヲ爲スノ職務ヲ有シ且ツ是等ノ職務ヲ行フ爲メ必要ナル一切ノ行爲ヲ爲スノ權限ヲ有ス(法學博士嘉山幹一氏債權各論明治三十四年度日大講第三三九頁)  
 一四 清算人ノ權限ハ(一)現務ヲ終了(二)債權ヲ取立及ヒ債務ヲ辨濟(三)殘餘財産ノ引渡及ヒ是等ノ老務ヲ行フ爲メ必要ナル一切ノ行爲ヲ爲スニ在リ(法學博士鳥喬平氏民法要論七九二頁)  
 一五 現務ヲ終了(二)債權ヲ取立及ヒ債務ヲ辨濟(三)殘餘財産ノ引渡清算人ハ右ノ職務ヲ行フ爲メ必要ナル一切ノ行爲ヲ爲スノ



權限ヲ有スルモノトス技ニ一切ノ行爲ト云フハ裁判上及裁判外ノ行爲ヲ包含スルコト勿論ナリ (法學士村上恭一氏債權各論七九二)

一六 分割ノ方法ニ付テハ一般ノ規定ニ依ル即チ分割ハ先ツ總組合員ノ協議ニ依リテ之ヲ爲シ其ノ協議調ハサルトキハ之ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得裁判所ハ現物ノ分割ヲ爲シ難キトキハ其ノ變賣ヲ命スルコトヲ得 (同上七九三頁)

一七 清算人ノ職務及權限ハ清算人選任ノ行爲ニ於テ任意ニ之ヲ定メ得ヘシト雖モ特ニ何等ノ定メナキ限リハ (一) 現務ノ終了 (二) 債權ノ取立及債權ノ辨濟及 (三) 殘餘財產ノ引渡ノ三者ヲ職務トシ而シテ是等ノ職務ヲ行フ爲ニ必要ナル一切ノ行爲ヲ爲スノ權限ヲ有スルモノトス (法學士末弘嚴太郎氏債權各論大正四年中大講第一四一頁)

一八 殘餘財產ハ特約ナキ限り各組合員ノ價額ニ應ジテ之ヲ分割スルモノニシテ其分割方法ハ通常ノ共有分割ノ規定ニ依リテ定ムルヘク特約アル場合ハ外清算人ノ任意ニ之ヲ以テ定ムルコトヲ得サルハ勿論組合員ノ過半数ヲ以テスルモノ之ヲ決スルコトヲ得ヘキモノニアラサルナリ蓋分割方法ノ如何ハ各組合員ノ利害ニ對シテ重大ナル關係ヲ有スルヲ以テナリ (同上四一七頁)

一九 私立銀行ハ一ノ組合ニシテ組合解散後ハ組合員全體ノ外訴訟ヲ爲ス資格ナシト雖モ殘務委員ナル者ハ殘務ニ關スル事務ヲ處理スヘキ責任ヲ有スル者ナレハ殘務ニ關係アル訴訟ニ付解散シタル銀行ヲ代表スヘキ權アルハ論ヲ俟タス (大審院明治二八年三月二三日判決・民錄第一二四五頁)

二〇 組合ノ債權ハ組合全體ニ於テ行フヘキモノニシテ組合ノ債務取投入カ自カラ原告トシテ組合ノ債權ニ付キ請求ヲ爲シ得ヘキ法規及ヒ慣行アルコトナシ (東京控訴院明治三九年五月二二日判決・法律新聞第三六五號七頁)

二一 組合ハ私法人格ヲ享有スルモノニ非サレハ外部ニ對シテハ組合契約ノ當事者タル組合員ノ名ヲ以テセサルヘカラス從テ何々組合清算人何某ト表示シテ總組合員ノ氏名ヲ掲ケサル訴訟ハ不適法ナリ (前橋地方明治四年第一三三號同年四月二日判決・法律新聞第四九三號一〇四頁)

【判旨第二點組合ノ業務執行者ノ權限ニ關スル參照學說判例】

本卷民法九四五頁

【判旨第三點同上代理權限ノ範圍ニ關スル同趣旨學說判例】

本卷民法九四二頁同上九四五頁

一點贊同ス二點業務執行ト代理權トハ觀念上相違スル所ナルモ通常業務執行ノ委任ハ代理權授與契約ヲ包含スル者トシ判例ノ趣旨ヲ肯認ス而シテ三點代理權ノ範圍ニ付テハ業務執行ニ關スル者ナル限り裁判上ノ行爲タルヲ妨ケスト解ス

(三三〇)

七二八 繼父母ト繼子ト又嫡母ト庶子トノ間ニ於テハ親子間ニ於ケル同一ノ親族關係ヲ生ス

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

九七二 第七三七條及ヒ第七三八條ノ規定ニ依リテ家族ト爲リタル直系卑屬ハ嫡出子又ハ庶子タル他ノ直系卑屬ナキ場合ニ限リ第九七〇條ニ定メタル順序ニ從ヒテ家督相續人ト爲ル

戸主ノ妻カ其實家ニ在ル前夫ノ子男ヲ入籍セシメタル場合其妻ノ連子ハ戸主ノ繼子ナリトス

右ノ者ト戸主ノ嫡出子男ニシテ分家ヲ廢シテ入籍シタル者トノ間ノ相續順位ハ嫡出子男ニ在リトス

實子ト繼子トノ間ニ於ケル相續順位ニ付キ前後ノ區別アルモノナルヤ否ヤ例令ハ戸主ノ妻カ其實家ニ在ル前夫ノ子男ヲ入籍セシメタルモノ (即チ戸主ノ繼子) ト戸主ノ嫡出子男ニシテ分家ヲ廢シ入籍シタル者トアル場合ノ相續順位ハ如何戸主ノ妻カ其實家ニ在ル前夫ノ子男ヲ入籍セシメタル場合ニ於テハ其子ハ所謂妻ノ連子ニシテ其子ト戸主タル後夫トノ間ニ於テモ繼父母ノ關係ヲ生スルコトハ舊慣ノ認ムル所ナリ民法ニ於テ之ヲ變更シタルニアラスト解スルヲ相當トスルヲ以テ妻ノ連子モ亦繼子ナリト謂フヘキモノトス而シテ妻ノ連子タル繼子カ後夫ノ實子ト同ク其親權ニ服スヘキハ論ナシ (七二八) ト雖モ後夫ノ實子ト同ク相續權ヲ有スヘキヤニ付テハ多少ノ疑ナキニアラサルヲ以テ之ヲ案スルニ妻ノ連子ハ民法第七三八條ノ規定ニ依リテ家族ト爲リタル者ニシテ民法第九七二條ニ於テ第七三八條ノ規定ニ依リテ家族ト爲リタル直系卑屬ハ嫡出子又ハ庶子タル他ノ直系卑屬ナキ場合ニ限リ家督相續人トナルコト



内務省  
令  
牧野博士

穂積博士  
島田博士

穂積博士

ヲ得ヘシト定メタル法意ハ家ニ關係深キ者ヲシテ家ニ關係淺キ者ヲ排斥シテ家督相  
續人ヲラシムルニアリト解スルナ相當トス而テ戸主ノ嫡出子男ニシテ分家ヲ廢シテ  
入籍シタル者ハ民法第七三條ノ規定ニ依リテ家族トナリタ者ナレトモ戸主ノ血  
統ヲ有シ且ツ嘗テ其家ニ在リタル者ニシテ家トノ關係深キニ反シ妻ノ連子ハ家トノ  
關係甚タ淺キ者ナレハ民法第九七二條ノ法意ニ依リテ考フルトキハ前者ハ後者ニ對  
シ優先ノ相續順位ニ在ル者ト解スヘキモノトス故ニ妻ノ連子ハ其家ニ嫡出子又ハ庶  
子アルトキハ繼令其者カ民法第七三條ニ依リテ家族トナリタル者ナリトモ之ヲ排  
斥シテ家督相續人トナルコトヲ得サルモノト謂ハサルヲ得ス(法曹會大正八年四月九日委員會  
第一科決議案(六)第八九號決議法曹記事第二九卷第八號二二頁)繼親子關係及繼子ノ相續權ニ關スル件(要領)

【連子ハ繼子ナリヤ否ヤニ關スル同趣旨學說】

一 父死後母他へ再婚スルニ隨テ其家ニ居ル子ハ母ノ後夫ヲ稱シテ繼父ト云フヤ繼父ヨリ其連子ヲ妻ノ前夫ノ子ト稱スルヤ何  
ノ通り但母ノ再婚ニ從テ入籍スル者ニ限リ候事(內務省明治八年一月一四日何同年二月二七日指令)  
二 民法施行前ニ於テハ婚姻消後其一方カ再婚シテ他家ニ入ルト同時ニ子ヲ婚家ニ入ラシメタルトキハ之ヲ連子ト稱シ父  
又ハ母ノ後妻又ハ後夫トノ間ニ繼親子ノ關係ヲ生セシムルモノノ如シ民法ハ所謂連子ナルモノヲ認メサレトモ民法第七三  
八條ノ規定ハ此連子ヲ入籍ト同一ノ結果ヲ生セシムルモノナレハ如上ノ場合ニ積極ノ斷定ヲ下スハ亦舊慣ニ適合スト謂フヘク  
民法ハ此慣習ニ異リタル主義ヲ採リタルモノト想像スルコト能ハス(法學博士牧野菊之助氏親族法論五五頁)

【同上ニ關スル反對學說】

一 所謂連子ト稱子トナルカ連子トナルトスル通説ヲ採ラスシテ家附ノ子ナルコトヲ以テ繼子タルノ要件ト爲サント欲  
ス(法學博士穂積重遠氏親族法大意二九頁)  
二 民法施行前ニ於テハ父母ノ婚姻消後其一方カ婚姻ニヨリテ他家ニ入ルニ當リ同時ニ子ヲ婚家ニ入ラシメタルトキハ之ヲ  
連子ト謂ヒ父又ハ母ノ新配偶者ト連子トノ間ニハ繼父母繼子トノ關係ヲ生セシメタルカ如キモ民法ハ連子ナル入籍原因ヲ認メ  
ス(法學士島田鐵吉氏親族法大講義錄六六頁)

【同上連子ト舊慣ニ關スル參照學說】

連子ヲ以テ繼子ナリトスル論者ハ舊慣ヲ以テ一論據ト爲ス而テ其舊慣ノ標準タルモノハ明治七年十月第一〇八號布告ニ依リテ

採用セラレタル舊慣ノ服忌令ナルコト前述ノ如シ其正文トシテ內川義章氏ノ法規大全ニ載スルモノニハ「母ノ連子ニシテ後夫  
ニ養ハルモノハ(養子ニ非ス)又之ヲ繼父ト稱ス」トノ字句アリ連子論ノ根據トスルニ足ラ然レトモ明治七年十一月十八  
日京都府何ニ「服忌令ノ儀ハ追テ被仰出ノ所可有之云々本年第一〇八號ヲ以テ御布告相成右武家制服忌令ノ儀ハ元禄年中改  
正文年中増補ノ別冊相用ノ可然哉相念伺」トアルニ對シ「何之通」ナル指令ヲ得タル所謂別冊正文ニハ此字句ナシ服忌令撰註  
(安永十年永山庄右衛門著)服忌令撰註(嘉永元年須知尙秀著)服忌令集成(安政五年森協孝著)等ノ諸書ニ掲ケタル正文モ亦然  
リ依テ思フニ「母ノ連子云々」ハ服忌令ノ正文ニ非スシテ單ニ其解釋論ニ止マルモノニアラサルカ然ルニ此點ノ解釋論ハ必スシ  
モ一致セザリシカ如ク前述服忌令撰註及ヒ明治八年十二月二十七日指令等ハ積極説ヲ採ルモ服忌令撰註ハ連子ノ事ニ言及セス  
服忌令集成ニハ却ツテ「夫死後家子ヲ連レ他へ再嫁致シ候テモ子ハ父ニ屬候故繼父ニテハ無之」トアリ余ハ服忌令ノ正文ノ如何  
ヲ解釋論ノ如何トナ問ハス現行民法ノ法文上ヨリ前述ノ如ク解釋スルノ釋當ナルヲ信スルモノナリ只茲ニ舊慣モ必スシモ連子  
ヲ繼子ト見ルニ一致セサルモノアラサルヘキヲ附言スルノモ服忌令ノ解釋トシテモ動カスヘカラサル處ニシテ探テ以テ現行民  
法ニ於ケル繼父母ノ定義トスヘキハ服忌令撰註ノ解釋ナルヘキカ「繼父トハ父ノ死後母ニ入籍ヲ取テ其後夫ト同居スルトキノ  
稱ナリ繼母トハ前妻ノ子ヨリ後ヲ指シテ云フナリ(法學博士穂積重遠氏法學協會雜誌第二七卷第四號八六頁)」

所謂連子モ亦繼子ト謂フコトヲ得ルヤ決議第一點ハ舊慣ヲ援用シテ之ヲ積極ニ  
解スト雖モ此點ニ關スル舊慣亦必スシモ一定シタルモノト謂フヲ得ス(前掲穂積  
博士所論參照)且ツ民法ハ入籍原因ニ付キ連子ナル制度ヲ認メサルカ故ニ之ヲ積  
極ニ解スルハ穩當ニ非ス況ンヤ連子ヲ繼子ト解スルニ於テハ親權關係ニ於テ連  
子ノ保護ヲ缺キ相續關係ニ於テ家族制度ヲ紊亂スルノ弊アルニ於テヲヤ既ニ連  
子ハ之ヲ繼子ト謂フコトヲ得サル以上連子ト戸主ノ嫡出子男ニシテ分家ヲ廢シ  
入籍(七三八)シタル者トノ間ノ相續順位ハ當然嫡出子男ニアリト謂ハサル可カラ  
ス(九七二)蓋シ民法第九七〇條第九七二條ニ所謂直系卑屬中ニハ姻族ヲ含マスト  
解スルコト殆ント通説ノ一致スル所ニシテ茲ニ所謂連子ハ單ニ戸主ノ姻族タル  
ニ過キサレハナリ(戸主ノ連子カ親族人籍(七三八)ニヨリ家族トナリタル場合ト雖



モ該連子ハ戸主ノ繼子トシテ相續スルニ非ス戸主トノ血族關係ニ基キ相續スルモノトス果シテ然ラハ決議第二點ハ結果ニ於テ吾人ト同一ナリト雖モ全然其理由ヲ異ニスルモノト謂フヘシ

(三三一)

- 五三三 雙務契約當事者ノ一方ハ相手方カ其債務ノ履行ヲ提供スルマテハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得但相手方ノ債務カ辨濟期ニ在ラサルトキハ此限ニ在ラス
- 六三二 請負ハ當事者ノ一方カ或仕事ヲ完成スルコトヲ約シ相手方カ其仕事ノ結果ニ對シテ之ニ報酬ヲ與フルコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ス
- 六三三 報酬ハ仕事ノ目的物ノ引渡ト同時ニ之ヲ與フルコトヲ要ス但物ノ引渡ヲ要セサルトキハ第六二四條第一項ノ規定ヲ準用ス
- 六三四 仕事ノ目的物ニ瑕疵アルトキハ注文者ハ請負人ニ對シ相當ノ期限ヲ定メテ其瑕疵ノ修補ヲ請求スルコトヲ得但瑕疵カ重要ナラサル場合ニ於テ其修補カ過分ノ費用ヲ要スルトキハ此限ニ在ラス

大審院判

請負人カ既ニ爲シタル工事ニ瑕疵アリタルトキハ注文者ハ其瑕疵ニ付キ損害賠償ヲ請求シ又同時履行ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得ルモ其抗辯ニ因ラスシテ漫然報酬ノ支拂ヲ拒ムコトヲ得サルモノトス

請負人カ既ニ爲シタル工事ニシテ未完成ノ爲メ引渡ヲ了セス因テ注文者ニ於テ工事代金ノ支拂ヲ拒ムモノナルトキハ須ク其理由ヲ明確ニ判示セサル可ラス

案スルニ請負人カ既ニ爲シタル工事ニ瑕疵アリタルトキハ注文者ハ其瑕疵ニ付キ損害賠償ヲ請求シ又同時履行ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得ルモ其抗辯ニ因ラスシテ漫然報酬

ノ支拂ヲ拒ムコトヲ得サルハ當院判例ノ存スル所ナリ(大正元年十二月二十日第二民事部判決)本件ニ於テ原告ハ乙第一號證第六條ノ工事ノ施行竣功シタルトキハ請負人ノ届出ニ依リ組合長ハ請負人立會ノ上之ヲ検査シ合格ト認ムルトキハ之カ受渡ヲ爲スモノトス但シ揚水器ハ試運轉ヲ了シ受渡ノ後代金ヲ支拂フモノトストノ規定ヲ援用シテ本件工事代金ハ検査合格ノ上引渡ヲ了セサルハ支拂フノ義務ナキモノナルニ本件揚水器ハ試運轉ノ結果揚水能力不十分ニシテ到底契約ノ趣旨ニ適セサル不合格ト認ムヘク且本件工事及ヒ揚水器ニ付キ異議ナク引渡ヲ了シタリト見ルヘキ事實ノ證據ナキ旨ヲ判示シタルモ本件工事カ外形ニ於テ仕様設計圖ノ通り出來上リタルコトヲ原告ニ於テ被告組合ノ認ムルコトハ原告ノ事實トシテ摘示セル如クナレハ注文者タル被告組合カ本件工事ニ對シ異議ヲ述ヘ引渡ヲ了セサルハ其未完成ナルニ基クモノニ非スシテ施行シタル工事等ニ疵瑕アルニ因ルモノトセンカ被告組合ハ請負人タル原告人ニ對シ瑕疵ノ修補ヲ請求スルカ又ハ其瑕疵ニ付キ損害賠償ヲ請求シ同時履行ノ抗辯ヲ爲スハ格別單ニ工事ニ瑕疵アルノミヲ以テ工事代金ノ支拂ヲ拒ムコトヲ得ス然レトモ工事未完成ノ爲メ引渡ヲ了セス因テ被告組合ニ於テ工事代金ノ支拂ヲ拒ムモノナランニハ原告ハ須ク其理由ヲ明確ニ判示セサル可カラズ然ルニ原告カ前示ノ如ク判示シ工事ニ瑕疵アルカ爲メ被告組合ニ異議アリ引渡ヲ了セサルモノノ如キ理由ヲ付シタルノミニテ原告人ノ本訴請求ヲ棄却スヘキモノト爲シタルハ法則ヲ不當ニ適用セサルカ若クハ理由不備ノ不法アル判決スシテ破毀スヘキモノトス(大審院大正八年(オ)第四五九號同年十月一日民三部横田裁判長大倉磯谷松岡鬼澤各判事判決)

【關係事項】 破毀差戻○原審函館控訴院○工事請負金請求事件○原告人關廣告訴訟代理人辯護士秋山常吉同菊江久治被告原告西古丹別土切組訴訟代理人辯護士峰木銀次郎

【判旨第一點民法第六三四條第二項後段ノ解釋ニ關スル參照學說】  
一 本項ノ場合ニ於テ契約ノ同時履行ニ關スル五三三條ノ規定ヲ準用スル所以ハ請負人ハ瑕疵ノ修補又ハ損害賠償ヲ履行スル



マテハ注文者ハ報酬ノ給付ヲ拒ムコトヲ得之ニ依リテ損害賠償ノ報酬ヲ相殺スルコトヲ得セシムルヲ以テ正當ニシテ且便利ナリト認ムト雖モ此二種ノ債務ハ其發生ノ原因ヲ異ニスルモノナレハ五三三條ニ規定スル如ク同一ノ契約ヨリ生スル債務ノ同時履行ニ關スル原則ハ本項ノ場合ニ當然之適用スルコト能ハサレハナリ(民法修正案理由書第六三三條)

二 蓋シ五三三條ノ規定ハ雙務契約ヨリ生スル雙方ノ義務ニ關スルモノナルカ故ニ特ニ明文ヲ以テ之ヲ本條ノ場合ニ準用セシナリ而シテ其精神ニ至リテハ五三三條ニ於ケルト毫モ異ナルコトヲ專ラ公平ヲ旨トシタルモノナリ(法學博士梅謙次郎氏民法要義債權七〇八頁)

三 請負人カ瑕疵ヲ修繕シ又ハ損害ノ賠償スルマテ注文者ヲシテ報酬ノ給付ヲ拒絶スルコトヲ得セシムルハ正當且便利ナリト雖モ此等ノ債務ハ其發生原因ヲ異ニスルヲ以テ當然五三三條ノ規定ヲ適用スルコトヲ得ス故ニ本項後段ハ此場合ニ於テ五三三條ノ規定ヲ準用スヘキモノト爲シタリ(法學博士岡松太郎氏民法理由債權次二五八頁)

四 本條二項前段ニ因リテ請負人ノ負擔スル債務ト請負契約ニ因リテ注文者ノ負擔スル報酬支拂ノ債務トハ互ニ其原因ヲ異ニスルト雖モ雙方同時ニ其債務カ履行セシムルヲ以テ相互ノ利益ヲ保護スル至當ノ方法ト認ムルニ因リ本項後段ノ規定ハ即チ注文者カ瑕疵ノ修繕又ハ損害賠償ノ請求ヲ爲ス場合ニ於テモ雙務契約ノ同時履行ニ關スル五三三條ノ規定ヲ準用スヘキ旨ヲ明示セリ(法學博士松波仁一郎氏同仁保龜松氏同仁井田益太郎氏民法正解二二四頁)

五 損害賠償ノ義務ノ履行ニ付テハ結果ノ公平ヲ期スル爲メ雙務契約ニ關スル五三三條ヲ準用シ報酬ノ支拂ト同時ニ之ヲ爲スヘキモノトセリ(六三四二項)(法學博士嘉山幹一氏債權各論明治三十四年度日大講義二六五頁)

六 修繕義務ハ請負人ノ請負契約上ノ債務ニ外ナラサルカ故ニ之ヲ注文者ノ報酬債務トノ間ニハ同時履行ノ抗辯アリ得ヘキコト上述ノ如クト雖モ(五三三)賠償義務ハ經濟上修繕義務ニ代ルヘキ性質ヲ有スルノミテ法律上之ニ代ルヘキモノニアラサルコト上述ノ如クナルカ故ニ之ヲ報酬債務トノ間ニハ純理上第五三三條ノ適用ヲ受クヘキ關係ナシ然レトモ法律ハ特ニ公平ノ觀念ニ基キテ此場合ニモ亦第五三三條ヲ準用アル旨ヲ定メタリ(法學博士末弘學士債權各論七二二頁)

【判旨第二點ニ關スル參照學說】

一 便宜ヲ以テ名稱ヲ附スレハ瑕疵履行トス然ラハ瑕疵履行ト不履行トノ別如何トク請負人カ仕事ヲ完成シ又ハ終了セサルトキハ是不履行ナリ完成シ又ハ終了シタル仕事ニ瑕疵履行トナリ瑕疵履行ト不履行トノ性質ニ關シ不履行ハ其分量ニ關シ是二者ノ別ナリ吾人ノ欲スル所ニ依レハ我民法ハ此區別ヲ認ム六三七條二項ニ依レハ擔保履行使ノ期間ノ仕事終了ノ時ヨリ之ヲ起算ス所謂仕事ノ終了ハ瑕疵履行トナリ仕事ヲ爲シ終リタルトキニ非ス擔保履行使ノ期間ノ仕事終了スルコトヲ示ス又同條一項ニ依レハ仕事ノ目的物ノ引渡ヲ以テ擔保履行使ノ期間ヲ定ムル標準トス引渡ハ仕事ノ完成ヲ豫想ス若シ仕事ニシテ完成セザラシカ其引渡ハ何等ノ效果ヲ生セス不履行ノ申立ハ期限ノ到來ヲ待タサルヘカラサル然ルニ瑕疵履行保ニ基キテ請求權ハ仕事ニ瑕疵履行アラハ即チ之ヲ爲スコトヲ得請負人カ家屋ノ品位ニ不相應ナル床柱ヲ用キントスルコトヲ注文者ハ即時ニ之ニ異議ヲ稱フルコトヲ得此ノ解釋ハ大ニ重要ナリト何トナレハ家屋落成ノ後ニ床柱ヲ取換ニルコトヲ請求セン乎

【同上報酬支拂ノ拒絶ト同時履行ノ抗辯ニ關スル參照學說判例】

請負人ハ之レニ過分ノ費用ヲ要スルコトヲ申立テテ之レヲ拒ミ得ルノ結果ヲ生スヘキヲ以テ之レヲ取換ニルコトノ容易ナル中ニ注文者ニ之ヲ請求シ得ルモノトスル必要アリ特ニ地盤一瑕疵履行場合ノ如キ特ニ必要アリ勿論此等ノ場合ニ注文者ハ損害賠償ヲ得可シト雖モ契約ノ解除スル能ハサルカ故ニ結局瑕疵履行家屋ヲ得テ満足セサルヘカラサルニ至ルハ是レ不都合ナラスヤ吾人ノ解釋ニヨレハ此ノ弊ヲ免ル(法學士伴房次郎氏契約各論京郡法政講義第二六七頁)

一 六三四條ハ民法五三三條ノ履行拒絶ニ關スル規定ニ準用セルヲ以テ注文者ハ請負人ニ支拂フヘキ報酬金額中損害賠償トシテ請求スヘキ金額ニ相當スル部分ニ付キテハ支拂ヲ拒絶シ之ヲ自己ノ掌裡ニ抑留スルノ權利ヲ有シ報酬力不可分ナルトキハ其全部ノ支拂ヲ拒絶スルコトヲ得(法學博士横田秀雄氏債權各論五九八頁)

二 當事者ハ五三三條ノ明文ノ如ク損害ノ賠償額ヲ提供シテ更ニ報酬ヲ受クルヲ要セス報酬ト賠償額ト差引シ得(法學士伴房次郎氏契約各論京郡法政講義第二七〇頁)

三 請負人カ既ニ爲シタル工事ニ瑕疵アリタルトキハ注文者ハ其瑕疵ニ付キ損害賠償ヲ請求シ又同時ニ履行ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得ルモ其抗辯ニ因ラスシテ漫然報酬ノ支拂ヲ拒ムコトヲ得ス(大審院明治四五年(オ)第一八〇號大正元年一月二〇日判決民銀第一八輯一〇六六頁本書第一卷民法六一五頁)

三三三

一六七第一項 債權ハ十年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅ス

一七四 左ニ掲ケタル債權ハ一年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅ス

四 旅店料理店貸席及ヒ娯遊場ノ宿泊料飲食料席料木戸錢消費物代價並ニ立換金

七〇二 管理者カ本人ノ爲メニ有益ナル費用ヲ出ダシタルトキハ本人ニ對シテ其償還ヲ請求スルコトヲ得

管理者カ本人ノ爲メニ有益ナル債務ヲ負擔シタルトキハ第六五〇條第二項ノ規定ヲ準用ス

管理人カ本人ノ意思ニ反シテ管理ヲ爲シタルトキハ本人カ現ニ利益ヲ受クル限度ニ於テノミ前二項ノ規定ヲ適用ス

他人ノ爲メ義務ヲクシテ遊興代金ノ立換支拂ヲ爲シタル行爲ハ事務管理ノ一種ト看做スヘキモノナレハ之カ返還請求ノ債權ハ一年ノ短期時効ニヨルヘキモノニ非ス普通債權トシテ十年ノ時効ニヨルヘキモノトス

次ニ控訴人ハ(一)大正三年一月六日日本訴債權ノ讓渡人タル館部館吉ノ爲メニ登記料



及汽車賃合計金拾九圓ヲ立替ヘ支拂ヒタル事アリ(二)明治四〇年一〇月ヨリ大正六年五月迄ノ間ニ同銀吉カ小田原町花月ニ於テ控訴人ト共ニ遊興シタル代金合計千四十四圓七十七錢ノ内控訴人ノ負擔ニ屬スル右金額ノ半額ヲ控訴人ノ爲メニ立替ヘ支拂ヒタルヲ以テ控訴人ハ同銀吉ニ對シ右二口ノ立替債權ヲ有スルカ故其對當額ニ於テ本訴ノ債權ト相殺ヲ爲シタル旨抗辯スルヲ以テ按ズルニ控訴人主張ノ前記(一)ノ立替債權ハ控訴人ノ立證ニヨリテハ其成立ヲ認ムルニ足ラサルカ故其存在ハ之ヲ否定セサルヲ得ス(二)ノ立替債權ニ付キ證人吉村ヨシノ原審及當審ニ於ケル證言ニヨリテ成立ヲ認ムルニ足ル乙第二號證乃至一二號證ヲ參照スルニ前記館部銀吉ハ小田原町料亭花月ニ於テ控訴人ト兩名ニテ(イ)明治四〇年一〇月九日金拾五圓六十二錢(ロ)……遊興シタル全部ヲ合算シ合計金百八拾三圓五十三錢一厘六毛ハ控訴人カ同銀吉ノ爲メ好意上立替ヘ支拂ヒタル金額ナリト認定スヘク其餘ノ控訴人主張ノ立替金ハ之ヲ認ムルニ足ル證據ナキヲ以テ排斥ス而シテ控訴人カ同銀吉ニ對シ有スル右立替金債權ハ本件ノ債權讓渡ノ通知前ニ發生シタルモノニシテ控訴人ハ該債權ヲ以テ原審ノ口頭辯論中相殺ノ意思表示ヲ爲シタルコト爭ナキカ故該意思表示ハ有效ニシテ控訴人ハ前記債權額ノ限度ニ於テ本件ノ債務ヲ免レタルモノトス被控訴人ハ右控訴人ノ主張スル相殺債權ハ代位辨濟ニヨリ控訴人ノ得タル遊興代金請求ノ債權ナレハ一年ノ短期時効ニヨリ消滅スヘキモノナル旨抗辯スレトモ他人ノ爲メ義務ナクシテ遊興代金ノ立替支拂ヲ爲シタル行爲ハ事務管理ノ一種ト看做スヘキモノナレハ之カ返還請求ノ債權ハ一年ノ短期時効ニヨルヘキモノニ非ス普通債權トシテ十年ノ時効ニヨルヘキモノト解スヘキカ故ニ被控訴人ノ所論ハ正當ニ非ラス而シテ前記立替債權中(イ)(ロ)ノ二口ハ大正六年一月二七日控訴人カ原審ノ口頭辯論ニ於テ相殺ノ意思表示ヲ爲シタル日迄ニ既ニ十年ヲ經過シ時効ニヨリ消滅シタルモノト認メ得ヘキモ其消滅以前ニ於テ本訴請求ノ債權ト相殺スルコトヲ得ヘカリシモノナルコト上來ノ説示ニ依リ明カナルカ故該二口ノ債權ニ付テモ控訴人ノ相殺ハ有效ナリト爲ササルヘカ

ラス(東京控訴院大正七年第三三八號同八年一月二日民三部若本裁判長宇野水口各判事判決)

【關係事項】一部變更○賣掛代金請求ノ控訴及附帶控訴事件○控訴人鈴木吉訴訟代理人辯護士横山野太郎同竹久小市郎被控訴人赤城重松訴訟代理人辯護士濱口喜一

三三三

七二八 繼父母ト繼子ト又嫡母ト庶子トノ間ニ於テハ親子間ニ於ケルト同一ノ親族關係ヲ生ス  
八五一 縁組ハ左ノ場合ニ限り無効トス  
一 人違其他ノ事由ニ因リ當事者間ニ縁組ヲ爲ス意思ナキトキ

明治一二年當時家督相續人タルモノハ徵兵ヲ免ルルコトヲ得タルニヨリ甲ハ乙ノ養嗣子トナリ同人ノ家督相續人タル身分關係ヲ取得セントシテ兩人間ニ養子縁組ノ行ハレタル以上其縁組ハ養親子關係ヲ發生セシムル意思ヲ以テ爲サレタルモノト認ムルコトヲ得ルヲ以テ其養子縁組ハ有效ナリトス  
實子甲カ養子トナリテ他家ニ入りタル後實父ニ後妻乙ノ在ルニ至リタリトスルモ甲ト乙トハ其家ヲ同フセサルニヨリ兩人間ニハ繼親子關係ヲ發生セサルモノトス

繼子ト繼父ノ後妻トノ間ニモ繼親子關係ヲ發生スルモノトス

小川甚之丞ニ控訴人長平同イロ及小川儀三郎ノ三子アリテ同一家籍ニ在リタルカ控訴人長平ハ戶籍簿上明治一二年一月一日小川傳五郎ノ養子トナリテ其家ニ入りタル後明治一三年八月一日小川ヒサ小川甚之丞ノ後妻トナリテ甚之丞ノ家ニ入りテ控訴人イワ及ヒ小川儀三郎ト其家ヲ同シクスルニ至リタル事實及ヒ控訴人長平ハ小川



甚之返ノ實子ナルモ控訴人イワ及ヒ小川儀三郎ハ共ニ甚之返ノ繼子ナル事實ハ當事者間ニ爭ナク控訴人ハ同長平ハ徵兵ヲ免ルニ爲メ戸籍上届出ヲ爲シタルニ止リ當事者間ニ養親子關係ヲ發生セシムル意思ヲ缺クカ故ニ同人ト傳五郎トノ養子縁組ハ無効ナリト主張スレトモ右養子縁組ニ付其當事者間ニ養親子關係ヲ發生セシムル意思ヲ缺キタル事實ハ控訴人ノ立證ニ依リテ之ヲ認ムルニ足ラス却テ控訴人採用ノ各證言ニ依レハ當時家督相續人タルモノハ徵兵ヲ免カルコトヲ得タルヲ以テ控訴人長平ハ傳五郎ノ養嗣子トナリ同人ノ家督相續人タル身分關係ヲ取得セントシテ兩人間ニ養子縁組ノ行ハレタル事實明白ニシテ其縁組ハ養親子關係ヲ發生セシムル意思ヲ以テ爲サレタルモノト認ムルコトヲ得ヘキヲ以テ其養子縁組ハ有効ニシテ控訴人長平ハ小川ヒサト其家ヲ同フセサルニヨリ長平トヒサ間ニハ繼親子關係ヲ發生セサルモノトス被控訴人ハ控訴人イワ及ヒ小川儀三郎ハ小川甚之返ノ繼子ニシテ實子ニアラサルヲ以テ小川ヒサトノ間ニ繼親子關係ヲ發生スルコトナレト主張スレトモ繼子ト繼父ノ後妻トノ間ニモ亦繼親子關係ヲ發生スルモノナルヲ以テ小川ヒサト控訴人イワ及ヒ小川儀三郎トノ間ニハ繼親子ノ關係ヲ發生シタルモノト爲スヘキモノトス而シテ小川甚之返ハ明治一五年一月二四日隱居シ小川儀三郎其家督ヲ相續シ同日甚之返ハ其妻ヒサト共ニ分家シ明治四年二月二三日被控訴人イワ及ヒ養子ト爲シタル事實及ヒヒサカ大正六年四月一日死亡シ儀三郎カ明治二五年五月一四日死亡シタル事實並ニ控訴人純一ハタイト……五名カ儀三郎ノ子ナル事實ハ當事者間ニ爭ナキトコロナルヲ以テ控訴人イワ被控訴人イワ各三分ノ一控訴人純一ハタイト……各五分ノ一ノ相續分ヲ有スルイサノ遺産相續人ナリト認ムヘキモノトス而シテ本件ノ土地並ニ建物カ小川ヒサトノ遺産ニ屬スルコトハ甲第二號證ニ依リテ之ヲ認ムルニ足リ被控訴人ハ本件不動産中既登記ノ土地建物ハ甚之返ノ所有ナリシヲヒサ名義ニ假シ置キタルニ過キス又爾餘ノ未登記ノ建物ハ甚之返カ建築設計中ニ死亡シタルヨリ同人ノ養子タル被控訴人カ家督相續後建築セルモノニシテ共ニ現今ニテハ家督相

牧野博士  
鳥田學士

續ニヨリ被控訴人ノ入夫タル小川隆平ノ所有ニ歸シタリト主張スレトモ被控訴人ノ立證ニ依リテハ未タ其事實ヲ認メテ以テ前記ノ認定ヲ續スニ足ラサルニ依リ本件ノ不動産ハ長平ヲ除キタル各控訴人及被控訴人ニ於テ之ヲ相續シタルモノト爲スヘキモノトス……以上說示ノ如クナルヲ以テ控訴人長平ノ請求ハ其理由ナク爾餘ノ控訴人ノ請求ハ正當ナリ(東京控訴院大正八年(ホ)第一七五號同年一月二八日民三部岩本裁判長宇野水口各判事判決)

【關係事項】 遺産相續確認並ニ登記手續請求控訴事件○控訴人小川長平外六名訴訟代理人辯護士中村徳重郎同佐藤博被控訴人小川ヒサ訴訟代理人辯護士長峯安三郎同清松林太郎

【判旨第一點ニ關スル參照學說判例】

本卷民法一三五頁以下

【判旨第二點繼親子關係ト家ノ同一ニ關スル參照學說】

本卷民法一五八頁

【判旨第三點再繼親子ニ關スル同趣旨學說】

一 繼父ノ後妻又ハ繼母ノ後夫モ均シク繼父母ナリトス何トナレハ繼父母ハ實父母ト同シキ關係ヲ生スルモノナレハ實父ノ後妻又ハ實母ノ後夫ト繼父母ノ後ノ配偶者トニ何等ノ差別ヲ付スヘキモノニアラサレハナリ(法學博士牧野菊之助氏親族法論五二頁)

二 繼子ハ其父母ノ嫡出子ナレハ父母ノ地位ニ代ハリタル繼父母ニ對シテハ其者ノ嫡出子ニ等シキ身分ヲ取得ス然レハ繼父ノ配偶者タル母又ハ繼母ノ配偶者タル父ノ死亡後繼父母ノ新配偶者ト爲リタル者ハ父母ノ新配偶者ト爲リタル者ニ異ナラサルカ故ニ其者ト繼子トハ更ニ繼父母繼子トナル(法學士鳥田健吉氏明大親族法講義録六八頁)

(三三四)

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

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



廢嫡ナルモノハ法定ノ推定家督相續人ノ相續權ヲ剝奪シ之ヲシテ將來其家ニ於タル家長タルノ資格ヲ喪失セシムルモノニシテ其被相續人ニ對スル關係ニ於テノミ其資格ヲ失フモノニアラサレハ假令其後ノ戸主トノ間ニ如何ナル身分關係ヲ生スルトモ廢嫡ノ取消ナキ以上ハ當然相續權ヲ回復スルモノニ非ス」

法定ノ推定家督相續人ノ地位ハ法律ノ保護スル相續權ナレハ確認訴訟ノ目的ト爲スコトヲ得ルモノトス」

控訴人ハ藤野嘉兵衛ノ法定ノ推定家督相續人ナリシ處明治二十二年七月十三日廢嫡セラレ同日嘉兵衛隱居シ長女キミ家督ヲ相續シ被控訴人ハ其長女ニシテ法定ノ推定家督相續人トナリタル處明治三十八年九月九日キミハ控訴人ヲ養子トナシ被控訴人ハ同年十月十九日一旦分家シ大正五年三月二十七日廢家復籍シタルコトハ爭ナキ事實ナルヲ以テ當事者何レカキミノ法定ノ推定家督相續人ナリヤナ案スルニ廢嫡ナルモノハ法定ノ推定家督相續人ノ相續權ヲ剝奪シ之レヲシテ將來其ノ家ニ於ケル家長タルノ資格ヲ喪失セシムルモノニシテ其被相續人ニ對スル關係ニ於テノミ其資格ヲ失フモノニアラサル事ハ廢嫡ハ其家ヲ保護スルカ爲メニスルニ外ナラサルニ因リテ明カナリ故ニ一旦廢嫡セラレタルモノハ假令其後ノ戸主トノ間ニ如何ナル身分關係ヲ生スルトモ廢嫡ノ取消ナキ以上ハ當然相續權ヲ回復スルモノニアラス然ラハ控訴人ハ藤野家ニ於テ既ニ廢嫡セラレ其ノ廢嫡ノ取消アリタル事ハ控訴人ノ主張セザル所ナレハ假令現戸主キミノ養子トナリタルトモ之カ爲メニ法定ノ推定家督相續人タル地位ヲ回復スル事ナキヲ以テ控訴人ハキミノ法定ノ推定家督相續人ニアラス而シテ控訴人カ法定ノ推定家督相續人ニアラス以上ハ被控訴人以外ニ先順位者アル事ハ當事者ノ主張セザル所ナレハ長女タル被控訴人ハキミノ法定推定家督相續人ナリ

ト謂フヘシ而シテ法定ノ推定家督相續人ノ地位ハ法律ノ保護スル相續權ナル事ハ民法第九百七十三條第九百七十五條ニ依リテ明白ナルヲ以テ確認訴訟ノ目的ト爲ス事ヲ得ベキハ勿論控訴人ノ如ク身分關係ヲ有スル者カ之ヲ爭フニ於テハ被控訴人ノ身分ヲ紛更セシメ其法律上ノ地位ニ對シテ妨害ヲ受クヘキカ故ニ之ヲ除法スルカ爲ニ確認判決ニ因リテ之ヲ爭フ事ハ能ハサラシムルハ其適當ノ手段ナレハ本訴確認訴訟ハ權利保護ノ要件ヲ缺如スルモノト謂フヘカラス然ラハ被控訴人カ控訴人ニ對シテキミノ法定推定家督相續人タル事ノ確定ヲ求ムル本件ノ請求ハ正當ニシテ控訴ハ理由ナシ(大阪控訴院大正八年(ネ)第四六七號同年一〇月一六日民一部中尾裁判長櫻田織田各判事判決法律新聞第一六一九號一八頁)

【關係事項】 控訴棄却○推定家督相續人確認請求事件○控訴人藤野嘉十郎訴訟代理人辯護士佐久間七郎○被控訴人藤野キミ訴訟代理人辯護士尾崎保同赤木章生

【判旨第一點廢嫡ノ效力ニ關スル參照學說判例】

本卷民法四二六頁以下

【判旨第二點相續開始前ニ於ケル相續權ノ性質ニ關スル參照學說判例】

本卷民法三九七頁同上八七三頁

【同上相續開始前ニ於ケル推定相續人ノ地位ハ確認訴訟ノ客體タル適格ヲ有ストノ同趣旨學說】

一 右ニ述ヘタル二種ノ相續權(現ニ相續ヲ爲ス權利及ヒ將來相續ヲ爲スヘキ權利)ハ何レモ被相續人ノ權利、義務ヲ一體トシテ其目的トスルモノトス而シテ何レモ一般ノ規定ニ依リテ確認ノ訴ノ目的タルコトヲ得ヘシ(法學博士仁井田益太郎氏親權法相續法論三九〇頁)

二 相續開始前ト雖モ相續順位ニ在ル者ニ對シ相續ニ關スル權利ヲ認ムル結果トシテ必要アルトキハ其者ハ自己ノ地位ニ基キ裁判上其權利ノ積極的確定ヲ求ムル事ヲ得ヘシ(法學士柳川勝二氏相續法要論二三頁)



三 相續人カ相續開始前ニ於テ有スル相續權ニ基キ享有スヘキ利益カ不確定ニシテ且將來ニ繫ルモノトスルモ現實ニ之ヲ侵害セムトスル者アル場合ニハ相續人ハ即時ニ其存在ノ確證ヲ求ムヘキ利益ヲ有スルモノトス(橫濱地方大正五年(ワ)第一〇三號同年一月一七日民二部判決本書第六卷民法四五頁)

判旨第一點廢嫡ノ效力ニ關シテハ吾人曩ニ評論シタルカ如シ(本卷民法四三〇頁第七卷民法一一二四頁判旨ハ吾人ノ素論ト同一趣旨ニ出スルモノニシテ異見ナシ同第二點相續開始前ニ於ケル相續權カ固有ノ意義ニ於ケル權利ト謂フコトヲ得ルヤ否ヤハ多少疑問ナリト雖モ法律ハ斯ル權利モ亦一ノ權利ト見タルコトヲ法第九七三條第九七四條ニヨリテ明ナレハ(第六卷民法三六〇頁評論)當該相續權ノ存否ニ付キ利害關係ヲ有スル者ハ之カ確證訴訟ヲ提起スルコトヲ得ルヤ勿論ニシテ判旨ハ正當ナリ

三三五

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

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

五四五第三項 解除權ノ行使ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ケス

大正五年八月二七日既ニ引渡期限ヲ經過セルモ引渡ヲ爲ササル爲メ甲カ乙ニ對シ同年九月二日午後四時迄ニ契約殘品ノ引渡ヲ爲スヘキ旨催告シ同時ニ其期間内ニ引渡ヲ爲ササルトキハ賣買契約ヲ解除スル旨ノ意思表示ヲ爲シタルモ乙カ

其期間内ニ殘品ヲ引渡サザリシトキハ右期間ノ經過ト共ニ賣買契約ノ解除セラレタルモノニシテ乙ハ右不履行ニ因リ甲ノ蒙リタル損害ヲ賠償スヘキ義務アルモノトス

契約解除ニ基ク賠償請求權ノ目的タル損害カ苟モ債務不履行ニ因リテ通常生スヘキモノナルニ於テハ縱令契約解除後ニ生シタルモノト雖モ普通ノ取引觀念ニ於テ其間ニ因果關係ノ存スルモノト認ムヘキ以上ハ賠償ノ請求ヲ爲スヲ妨ケザルモノトス

案スルニ本件ニ於テハ被控訴人主張ノ本件二個ノ賣買契約ノ成立控訴人ノ被控訴人ニ其目的物件(晒シヤツ)ノ一部ヲ引渡シタル個數竝ニ被控訴人ノ控訴人ニ對シ其主張ノ如キ履行ノ催告ヲ爲シタル事實ニ付テハ當事者間ニ爭ナキ所ナリ控訴人ハ右引渡ヲ爲シタル殘品ニ付テハ大正五年七月十四日當事者ノ合意解約ヲ爲シタル旨抗辯スレトモ控訴人ノ援用ノ證據ニ依ルニ此事實ヲ認ムルニ足ラス而シテ甲第二號證ニ依レハ被控訴人ハ控訴人ニ對シ大正五年八月二十七日既ニ引渡期限ヲ經過セシセ控訴人ニ於テ引渡ヲ爲サハル爲メ同年九月二日午後四時迄ニ本件契約殘品ノ引渡ヲ爲スヘキ旨催告シ同時ニ其期間内ニ引渡ヲ爲ササルトキハ本件賣買契約ヲ解除スル旨ノ意思表示ヲ爲シタルコトヲ認メ得ヘシ然ルニ控訴人ハ其期間内ニ殘品ヲ引渡サザリシコトハ爭ナキ所ナルヲ以テ右期間ノ經過ト共ニ本件賣買契約ノ解除セラレタルモノニシテ控訴人ハ右不履行ニ因リ被控訴人ノ蒙リタル損害ヲ賠償スヘキ義務アルモノトス而シテ被控訴人カ右契約解除後ナル大正六年九月中旬ニ於ケル相場ヲ求ムルニ對シ控訴人ハ本件ノ如キ被控訴人カ賣買契約ヲ解除シ其損害賠償ヲ求ムルモノナル以上必ス右契約解除當時ノ相場ヲ標準トシテ之カ賠償ヲ請求スヘキモノニシテ



鳩山博士

飯島學士

末弘學士

大審院

【判旨第一點同趣旨學說判例】

【關係事項】

控訴棄却○損害賠償請求事件○控訴人牧岡福藏訴訟代理人辯護士田中與之助○被控訴人合名會社田村雄商店法定代理人田村顯三訴訟代理人辯護士秋田信太郎

解除後ニ於ケル最高相場ヲ標準トシテ其損害ノ賠償ヲ求ムルハ不當ナル旨抗辯スレトモ契約解除ニ基ク賠償請求權ノ目的タル損害カ有モ債務不履行ニ因リテ通常生スヘキモノナルニ於テハ縱令契約解除後ニ生シタルモノト雖モ普通ノ取引觀念ニ於テ其間ニ因果關係ノ存スルモノト認ムヘキ以上ハ賠償ノ請求ヲ爲スヲ妨ケサルモノニシテ控訴人カ契約ニ從ヒ正當ニ履行セントセハ被控訴人ハ以後何時ニテモ本件ノ物品ヲ賣却シ得ヘキモノナルヲ以テ縱令賣買契約解除後ナリト雖モ其價格騰貴ニ因リ被控訴人ノ蒙リタル損害カ何時特別ノ事情ニ因リテ生シタルモノト認メラレサル本件ニ於テハ其損害ハ亦控訴人ノ不履行ニ因リテ通常生スヘキ損害ナリト認ムヘキヲ以テ控訴人ハ之カ賠償ノ義務アルモノニシテ右控訴人ノ抗辯ハ理由ナキモノトス(大坂控訴院大正七年(ホ)第一四號同八年七月二日民三部多喜澤裁判長辻天野各判例決法律新聞第一六二〇號一五頁)

【關係事項】 控訴棄却○損害賠償請求事件○控訴人牧岡福藏訴訟代理人辯護士田中與之助○被控訴人合名會社田村雄商店法定代理人田村顯三訴訟代理人辯護士秋田信太郎

一 債務者カ履行ノ催告ヲ爲スト同時ニ若シ期間内ニ履行ナキトキハ契約ヲ解除ストイフ意思表示ヲ爲シタルトキハ如何ナル效果ヲ生スヘキカ此意思表示ノ意義カ催告ヲ發スト同時ニ期間内ニ履行ナキトキ停止條件トシテ解除ノ意思表示ヲ存スモノナルトキハ期間ノ經過ニヨリテ當然契約ハ解除セラルモノト解セサルヘカラス(法學博士鳩山秀夫氏日本債權法二二八頁)

二 民法カ解除權ノ行使ニ付キ前提トシテ催告ノ意思表示ヲ必要トシタル趣旨ヨリ論ズルトキハ苟クモ催告ノ意思表示ヲ爲シタル以上ハ解除ノ意思表示ヲ後日ニ至リテ爲スト又催告ノ同時ニ豫メ之ヲ爲ストハ毫モ解除權行使ノ效果ニ影響ナシ故ニ催告ノ意思表示中期間内ニ履行ナキトキハ契約ヲ解除スル旨ノ意思表示ヲ爲ストキハ期間ノ經過ニヨリ解除權ノ發生ト同時ニ契約ハ解除セラレタルモノトナリトス(法學博士松島春三氏契約總論明大講一四九頁)

三 將來解除權ノ發生スルコトヲ豫期シテ其發生セル場合ニハ直ニ之カ效果カ發生ヲ欲スル者ノ意思表示ハ素ヨリ之ヲ有效ト認メサルヘカラス而シテ余輩ハ此場合ニ於テハ發生シタル解除權カ豫メ爲ラレタル意思表示ニヨリテ直ニ行使セラルモノナリト解ス(法學博士末弘毅太郎氏債權各論二二六頁)

四 期間ヲ定メテ契約履行ノ催告ヲ爲スト同時ニ其期間内ニ履行ナキトキハ契約ヲ解除スル旨ノ意思表示ヲ爲シタル場合ニハ其期間ノ經過ニ因リ契約解除權發生スルト同時ニ契約ハ解除セラルモノ也(大審院明治四五年(オ)一一一號同年五月四日判決民錄第一八輯四四六頁)

名古屋控訴院  
東京地方裁判所  
裁判所

大阪地方裁判所

大審院

【異趣旨判例】

決民錄第一八輯四四六頁)

五 契約當事者ノ一方カ民法五四一條ニ依リ爲ス所ノ契約解除ハ必スシモ催告ヲ爲スニ方リ定メタル期間内ニ相手方カ債務ヲ履行セサルヲ俟ツテ始メテ爲スコトヲ得ルモノニ非ス其期間内ニ履行セサルコトヲ條件トシテ催告ト共ニナレタル解除ノ意思表示亦有效ナリトス(同上明治四三年(オ)第二九四條同年二月九日判決法律新聞第六九五號二七頁)

六 契約解除ノ意思表示ハ催告書ニ定メタル履行期日ヲ滿了前ナル相手方ニ於テ其以前ニ履行セサルコトヲ確答セル場合ニ在リテハ其効アリ(名古屋控訴院判決法律新聞第一〇八一號一四頁)

七 履行ノ催告期間内ニ債務者カ其債務ノ履行ヲ爲ササルトキハ履行期間ノ終了ト共ニ解除ノ効果カ發生セシムヘキ條件解除ノ意思表示ハ有效ナルトス(東京地方大正四年(ワ)第一三七號同五年三月一日民四部判決本書第五卷民法三九八頁)

八 家屋等ノ借賃人カ賃料ノ支拂ヲ怠リタル場合ニ於テ賃貸人カ賃借人ニ對シ滯賃料ヲ一週間内ニ支拂フヘク之ニ應ゼサルトキハ賃借人カ解除スヘキ旨ノ催告ヲ爲シタルトキハ斯カル意思表示ハ債務ノ履行ノ催告並ニ催告ニ應ゼスシテ履行期間ヲ經過シタル場合ニ於ケル解除ヲ豫メ通知セルモノナレハ催告及ヒ解除ノ意思表示トシテ有效ノモノナリ(同上大正三年(シ)第一九號同年一月六日判決法律新聞第九八五號一九頁)

九 債務不履行ニ基ク契約ノ解除ハ債務者ノ不履行ヲ俟テ後初メテ解除ノ意思表示ヲ爲スコトヲ要セス履行ノ催告期間内ニ債務者カ履行ヲ爲ササルトキハ其履行期ヲ終了トモニ解除ノ效果カ發生セシムヘキ條件附解除ノ意思表示モ亦有效ナリ(同上大正二年(ワ)第一一六九號同三年一月三日判決法律新聞第九二八號二四頁)

【判旨第二點同趣旨判例】

未ダ解除權ノ發生セサル以前即チ義務履行ノ催告ヲ爲スト同時ニ期間内ニ其履行ナキトキハ契約ヲ解除スル旨ノ通知ヲ爲シタル場合ノ如キハ只ダ解除ノ預告ヲ爲シタルモノニ過キスシテ解除ノ意思表示ヲ爲シタルモノト云フヲ得サルモノトス(大阪地方明治三七年(ワ)第八三號同年六月一三日判決法律新聞第二一七號三頁)

契約解除ニ基ク賠償請求權ノ目的タル損害カ有モ債務不履行ニ因リテ通常生スヘキモノナルニ於テハ縱令契約解除後ニ生シタルモノト雖モ普通ノ取引觀念ニ於テ其間ニ因果關係ノ存スルモノト認ムヘキ以上ハ賠償ノ請求ヲ爲スヲ妨ケサルモノトス(大審院大正七年(オ)第一四日民二部判決民錄第二四輯二一六九頁)

判旨第一點ハ現時學說判例ノ殆ント一致スル所ニシテ至當ノ見解ナリト信ス同第二點ハ契約解除ニ基ク損害賠償請求權ヲ以テ債務不履行ニ基ク損害賠償ト解



大阪控訴  
院判決

スルヲ當然ノ歸結ニシテ固ヨリ妥當ノ見解ナリ

(三三六)

七二八 繼父母ト繼子ト又嫡母ト庶子トノ間ニ於テハ親子間ニ於ケル同一ノ親族關係ヲ生ス  
 民法施行法一 民法施行前ニ生シタル事項ニ付テハ本法ニ別段ノ定アル場合ヲ除ク外民法ノ規定ヲ適用ス

民法第七二八條ノ繼母子ノ關係ヲ生スルニハ子ノ實父又ハ實母カ後妻ヲ娶リ又ハ後夫ヲ迎ヘタル當時ニ在リテ其後妻又ハ後夫ト子ト家ヲ同フスルコトヲ要スル趣旨ト見ルヘク民法施行前ニ於テモ亦同一ナリトス

右ノ如ク政カ卯兵衛ト婚姻シ卯兵衛ノ後妻トナリタル明治二十六年七月十四日當時及ヒ其以後ニ於テハ控訴人ハ卯兵衛夫婦ト同一家籍ニ在ラザリシコトハ乙一、二號各證ニ徴シ明カナルヲ以テ政ト控訴人トノ間ニハ法律上繼母子ノ關係ナキモノト謂ハサルヘカラス蓋シ民法第七二八條ノ繼母子ノ關係ヲ生スルニハ子ノ實父又ハ實母カ後妻ヲ娶リ又ハ後夫ヲ迎ヘタル當時ニ在リテ其後妻又ハ後夫ト子ト家ヲ同フスルコトヲ要スルノ趣旨ト見ルヘシ民法施行前ニ於テモ亦同一ナリト解スヘキ者ナレハナリ(大阪控訴院大正七年(ホ)第四一四號同八年九月二日民三部多喜演裁判長中込古川各判事判決法律新聞第一六一五號一三頁)

【關係事項】 控訴棄却○相續財産分割請求事件○控訴人深田新太郎訴訟代理人辯護士中村集次郎同岩本政市○被控訴人深田政太郎訴訟代理人辯護士守屋孝藏

【繼親子關係ヲ生スルニハ家ヲ同フスルコトヲ要スルヤ否ニ關スル積極學說】

一 先夫ノ子カ母ノ後夫ト家ヲ同ウスルコトキハ先夫ノ子ヨリ母ノ後夫ヲ指シテ繼父ト謂ヒ先妻ノ子カ父ノ後妻ト家ヲ同ウスルトキハ先妻ノ子ヨリ父ノ後妻ヲ指シテ繼母ト謂フ而シテ繼父又ハ繼母ヨリ子ヲ指シテ繼子トハ謂フナリ故ニ繼父ハ母ノ後夫ニ

仁井田博

穂積博士  
坂本博士

奥田博士

【同上ニ關スル消極學說】

服忌令ノ註釋書ニ依レハ繼親子關係ヲ生スルニハ父又ハ母ノ再婚ニ因リ配偶者トシテ對スル子ト同居シ又ハ同居シタルコトヲ以テ要件ト爲シタルカ如シ然レトモ民法ニ於テハ繼親子關係ヲ認ムルノ本旨既ニ一家組織ノ基礎ニ鑑ミ倫常ニ基ツク親子關係ノ常態ニ擬スルモノト爲ス從テ父又ハ母ノ再婚ニ因リ配偶者トシテ對スル子ト同居シタル者ナラバ再婚後ニ於テハ當然ナリ殊ニ如クテハ父又ハ母ノ再婚ニ因リ配偶者ト家ヲ同シタル者ナラバ否ト問フコトナキモノト解釋スヘキハ當然ナリ殊ニ如ク解釋スルニ非ラズムハ同一ノ家ニ生マレタル嫡出子又ハ養子ト爲リタルモノニシテ父又ハ母ノ再婚後ニ婚姻養子縁組他ノ原因リテ其家ヲ去リタル者ハ繼子ナルニ其再婚前ニ其家ヲ去リタル者ハ繼子ニ非ラサルカ如キ非倫ノ結果ヲ生セサルナリ(法學博士奥田義人氏日本親族法二二〇頁)

シテ繼母ハ父ノ後妻ナリト雖モ何レモ子ト家ヲ同ウスル者ナラサルヘカラス繼父母ト繼子トノ關係ハ前述ノ如ク同一ノ家ニ在ル者ノ間ニ非サレハ存在セズ是レ繼父母ト繼子トノ間ニ於テハ後ニ説明スルカ如ク親子間ニ於ケル同一ノ親族關係ヲ生スルモノニシテ新親族關係ハ一家ノ融和ヲ計ルカ爲メニ之ヲ認メタルモノナルカ爲メナリ然レトモ一旦生シタル繼父母ト繼子トノ親子關係ハ繼子カ繼父又ハ繼母ノ家ヲ去ルニ因リテ消滅スルモノニ非サルカ故ニ(七二九、一) 繼子カ繼父又ハ繼母ノ家ニ在リタル間ニ生シタル繼親子關係ハ繼子カ繼父又ハ繼母ノ家ヲ去ルモ尙ホ存續スルモノト謂フヘシ(法學博士仁井田益太郎氏相續法親族法論二二頁、二二頁)

二 繼親子關係トハ繼父又ハ繼母ト繼子トノ間ニ生スル法定血族關係ナリ(七二八) 繼父又ハ繼母トハ何ソヤ母ノ後夫又ハ父ノ後妻ニシテ自己ト家ヲ同シクスル者ヲ云フ：家ヲ同シクスルコトカ常ニ必要ナルカ積極ニ解決ス(法學博士穂積重遠氏親族法大意二九頁—三〇頁)

三 繼親子ハ其家ヲ同シウスルコトヲ要スルコトキハ家籍ヲ同シウスルノ義ニシテ居所ヲ同シウスルノ謂ニアラス故ニ居所ヲ異ニスルモ家籍ヲ同シウスル以上ハ家ヲ同シウスルコト云フヘキナリ繼親子關係ヲ生スルニハ繼子カ嫡出子トシテ本家籍ヲ有スル場合ニ限ル原則トシ養子縁組ニヨリテ入籍シタル場合ハ之ニ準シテ繼親子關係ヲ生スルモノトスレトモ其他ノ獲得家籍ヲ有スル者ハ總テ繼子タル身分ヲ獲得スルモノニアラス故ニ嫡出子ト雖モ本家籍ヲ有セスシテ他家ニ在ル場合若クハ他家ヨリ入籍シタル場合ハ實父ノ後妻又ハ實母後夫ニ對シテ繼母子又ハ繼父子ノ關係ヲ生シタルコトナシ故ニ注意スヘキハ嫡出子カ婚姻又ハ養子縁組ニヨリ他家ニ入りタル後其實母死去シ實父カ後妻ヲ娶リタル場合ニ於テハ嫡出子ト父ノ後妻トノ間ニ繼母子ノ關係ヲ生スルコトナキモ若シ其子カ離婚又ハ離縁ニヨリ實家ニ復籍シタルトキハ其時ヨリ繼母子ノ關係ヲ發生スルコト是レナリ何トナレハ後妻ト嫡出子トハ其復籍前ニ於テハ家ヲ同シウセザレハナリ之ニ反シ嫡出子カ他家ニ入ル前父カ後妻ヲ迎ヘタル場合ニ於テハ其者ト嫡出子トノ間ニ繼母子ノ關係ヲ生シ其後嫡出子カ婚姻又ハ養子縁組ニヨリ他家ニ入ルモ依然シテ繼母子ノ關係ヲ繼續スヘシ何トナレハ一旦發生シタル準血族關係ハ家籍ヲ異ニスルトモ消滅スルモノニアラザレハナリ(ドクトルユリス坂本三郎氏親族法二二頁—三四頁)



牧野博士

島田學士

【同上ニ關スル折衷說】

一 繼父母トハ自己カ生マレ又ハ養子ト爲リタル後母又ハ父ノ配偶者ト爲リタル者ニシテ自己カ其家ニ屬シ又ハ其家ニ入りタル者繼子トハ自己ノ婚姻前ニ配偶者カ生レ又ハ養子ト爲シタル者ニシテ自己ノ家ニ屬シ又ハ其家ニ入りタル者ヲ云フ夫婦ノ一方ノ死亡ノ後他ノ一方カ其家ヲ去ルコト是ナリ例ヘハ夫カ死亡シタル場合ニ於テ妻カ其家ニ在ル間ハ姻族關係ハ決シテ消滅スルコトナシト雖モ若シ實家ニ復籍スルカ又ハ更ニ他家ニ嫁スルキハ(七三九乃至七四一)其夫ノ父母兄弟姊妹姻姪等ニ對スル姻族關係ハ消滅スヘク又父カ死亡ノ後嫡母カ其家ニ在ル間ハ其嫡母ト庶子トノ親子關係ハ消滅スルコトナシト雖モ若シ嫡母カ其家ヲ去ルトキハ其庶子ニ對スル關係ハ自ラ消滅スヘキカ如キ即チ是ナリ是レ從來ノ慣習ニ仍リタルモノナリ(法學博士梅博士次郎氏民法要義八頁)

二 所謂同一ノ家ニ在ルトキハ父母カ婚姻ヲ爲スノ當時ニ於テ家ニ在ルヲ要スルノ義ナルヤ將タ又婚姻後同一ノ家ニ在ルニ至リタル場合分ニテモ可ナラバ慣例上明ナラサルモノノ如シ故ニ繼親子關係ノ有無ニ付テハ各場合ニ付テハ民法ノ規定ニ照シ又之ヲ從來ノ慣例ニ鑒ミ適當ノ斷案ヲ下スノ外ナキナリ後夫又ハ後妻ヲ迎フル前既ニ他家ニ入りタル子ト後夫又ハ後妻トノ間此場合ニ付テハ亦多少ノ議論存スルヲ免レト雖モ積極ノ斷定ヲ下スナラバ相當トスヘキニ非サルナキカ(法學博士牧野菊之助氏親族法論四九頁—五〇頁—五二頁)

三 父又ハ母ノ新配偶者(後妻又ハ後夫)ト雖モ茲ニ必スシモ繼父母タルニ非ス繼父母ト繼子トノ間ニ親子關係ヲ生セシムルハ法律カ一家ノ秩序ノ維持ヲ圖ルカ爲メニ外ナラサルカ故ニ父又ハ母ノ新配偶者ト子トカ繼父母繼子ト爲ルニハ家ヲ同シタルニ依ルコトヲ要ス父又ハ母ノ新配偶者ト子ト家ヲ同シタルニ至リタルトキト雖モ必スシモ茲ニ繼父母繼子ト爲ルニ非ス父ト子トカ家ヲ同シタルトキハ父母間ノ婚姻消滅シ(離婚又ハ一方ノ死亡)父母ノ一方ト子トカ尙ホ其家ニ在ル間ニ其一方ニ新配偶者アルニ至リタルトキハ新配偶者ト子トハ繼父母繼子ト爲ル父母ノ一方ト子トカ家ヲ同シタルトキハ新配偶者アルニ至リタル後子カ其家ニ復籍シタルトキモ亦新配偶者ト子トハ繼父母繼子ト爲ル父母ノ婚姻消滅後其一方カ他家ニ入りテ新配偶者アルニ至リタル後子カ其家ニ復籍シタルトキモ亦新配偶者ト子トハ繼父母繼子ト爲ラス蓋シ民法施行以前ノ慣例ニ於テ然リシノミナラス民法ハ此慣例ニ異リタル主義ヲ採用シタルコト能ハサルニ因ル(法學博士島田鐵吉氏親族法六四頁—六六頁)

繼親子關係ヲ生スルニハ婚姻當時家ヲ同フスルコトヲ要スルヤ否ヤハ難問ナリ民法第七二八條ハ單ニ繼父ト繼子トノ間ニ於テハ親子關係ニ於ケルト同一ノ親族關係ヲ生スト規定スルノミニシテ何等此點ヲ明言セス舊民法亦然リ(舊民法人事編第二三條或ハ舊慣並ニ一家ノ融和ヲ理由トシテ之ヲ積極ニ解スル說アリト

雖モ舊慣亦一定セサルカ如シ一家ノ融和云々モ亦消極說ノ引用スルトコロニシテ必スシモ有力ナル根據ト謂フヲ得ス然モ之ヲ積極ニ解スルヤ否ヤハ親權並ニ相續ニ及ホス影響大ナルモノアルカ故ニ之ヲ輕々ニ論斷スルヲ得スト雖モ吾人ハ暫ク親族法上並ニ相續法上法律效果ノ比較的穩當ナリト思考スル積極說ニ左祖セント欲ス(穗積博士法協第二七卷第四號五七三頁以下繼子ト相續參照)

三三七

東京市內本通りニ於テ商店ト爲ス爲メ家屋ノ賃貸借契約ヲ締結スル場合ニ於テハ賃貸借期間ハ少クトモ十年ヲ下ラス且ツ賃貸人ニ於テ賃貸借契約ヲ解約シ家屋ノ明渡ヲ請求スルニハ豫メ賃借人カ營業上取得シタル信用其他一切ノ利益ヲ買收スルコトヲ要シ之カ買收ヲ爲シタル後ニアラサレハ明渡ヲ請求シ得サル慣

- 九二 法令中ノ公ノ秩序ニ關セサル規定ニ異ナリタル慣習アル場合ニ於テ法律行為ノ當事者カ之ニ依ル意思ヲ有セサルモノト認ムヘキトキハ其慣習ニ從フ
- 九四 債權者カ辨濟ノ受領ヲ拒ミ又ハ之ヲ受領スルコト能ハサルトキハ辨濟者ハ債權者ノ爲メニ辨濟ノ目的物ヲ供託シテ其債務ヲ免ルルコトヲ得辨濟者ノ過失ナクシテ債權者ヲ確知スルコト能ハサルトキ亦同シ
- 六〇一 賃貸借ハ當事者ノ一方カ相手方ニ或物ノ使用及ヒ收益ヲ爲サシムルコトヲ約シ相手方カ之ニ其賃金ヲ拂フコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ス
- 六一七 當事者カ賃貸借ノ期間ヲ定メサリシトキハ各當事者ハ何時ニテモ解約ノ申入ヲ爲スコトヲ得此場合ニ於テハ賃貸借ハ解約ノ申込ノ後左ノ期間ヲ經過シタルニ因リテ終了ス
- 二 建物ニ付テハ三ヶ月
- 七〇九 故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス
- 民事訴訟法二一八 裁判所ニ於テ顯著ナル事實ハ之ヲ證スルコトヲ要セス



習ノ存在セサルコトハ東京地方裁判所ニ於テ顯著ナル事實ナリトス」  
賃借人カ賃料ヲ賃貸人ニ提供シタルモ賃借人カ其受領ヲ拒ミタル爲メ賃借人ニ於テ之カ供託ヲ爲シタルトキハ賃借人ハ右供託ニヨリ賃料支拂ノ債務ヲ免カルルモノトス」

控訴人カ大正三年九月一日其所有ニ屬スル主文第一項表示ノ家屋ヲ賃料一ヶ月金二五圓毎月末日拂ニテ賃貸期間ノ定メナク被控訴人ニ賃貸シタル事實大正七年七月五日控訴人カ被控訴人ニ對シ右賃貸契約ノ解約申入ヲ爲シタル事實ハ孰レモ當事者間ニ爭ナシ然リ而シテ被控訴人ハ右解約申入ハ非眞意ノ意思表示ニシテ無効ナリト抗辯スレトモ何等之カ立證ヲ爲ササルヲ以テ被控訴人ノ右抗辯ハ採用セス果シテ然ラハ本件賃貸契約ハ解約申入ノアリタル大正七年七月十五日ヨリ三ヶ月ノ期間ヲ經過シタル同年一〇月一十五日ヲ以テ終了シタルモノト謂フヘク被控訴人ハ控訴人ニ對シ本件家屋ヲ明渡スヘキ義務アルヤ明ナリ被控訴人ハ本件家屋所在地ノ如キ東京市内本通りニ於テ商店ト爲ス爲メ家屋ノ賃貸契約ヲ締結スル場合ニ於テハ賃貸期間ハ少クトモ十年ヲ下ラス且ツ賃貸人ニ於テ賃貸借契約ヲ締結シ家屋ノ明渡ヲ請求スルニハ豫メ賃借人カ營業上取得シタル信用其他一切ノ利益ヲ買收スルコトヲ要シ之カ買收ヲ爲シタル後ニアラサレハ明渡ヲ請求シ得サル慣習存在スルコトヲ控訴人ハ被控訴人カ雜貨營業ニヨリ取得シタル信用其他ノ利益ヲ買收セサルカ故ニ未ダ本件家屋ノ明渡請求ヲ爲シ得ヘキニアラスト抗辯スレトモ被控訴人ノ如キ主要

慣習ノ存在セサルコトハ當裁判所ニ於テ顯著ナル事實ナルヲ以テ被控訴人ノ抗辯ハ理由ナシ此點ニ關スル原告鑑定人土屋倫啓ノ鑑定ハ措信セス次ニ賃料並ニ損害ノ請求ニ付キ按スルニ被控訴人カ大正七年一〇月一日以降ノ賃料ヲ控訴人ニ提供シタル處控訴人カ其受領ヲ拒ミタル爲メ被控訴人カ之カ供託ヲ爲シタル事實ハ控訴人ノ認ムル處ナルヲ以テ被控訴人ハ右供託ニヨリ賃料支拂ノ債務ヲ免カレタルモノト謂フヘク從テ控訴人ノ本訴ニ於ケル賃料ノ請求ハ理由ナレト雖モ本件賃貸借契約カ大正七年一〇月一十五日ヲ以テ終了シタルコトハ前示ノ如クナルカ故ニ翌一六日以降ノ被控訴人ノ本件家屋ノ占有ハ何等法律上ノ根據ナク不法ニシテ該占有ニヨリ控訴人ハ右家屋ヲ賃貸シテ得ヘキ賃料ニ相當スル損害ヲ蒙リ居ルモノト謂フヘク本件家屋ノ賃料カ一ヶ月金二五圓ナルコトハ被控訴人ノ認ムル處ナルヲ以テ被控訴人ハ控訴人ニ對シ大正七年一〇月一六日以降一ヶ月二五圓ノ割合ニ依ル損害金ヲ支拂フヘキ義務アルヤ明ナリ(東京地方裁判所大正八年レ)第五一號同年四月二一日民四部宮内裁判長島渡邊各判事判決)

【關係事項】 廢棄○家屋明渡請求控訴事件○控訴人新海とく法律上代理人親權者新海彦次郎被控訴人行町半治訴訟代理人辯護士木村半之助

【判旨第二點同趣旨學說】

例ハ一ヶ月三十圓ノ家賃ヲ以テ家屋ヲ賃借セル者カ契約ノ期日ニ該金額ヲ賃貸人ノ住宅ニ持參シタルニ賃貸人ハ不當ニモ賃貸借契約ハ既ニ解除シタリト稱シテ賃料ヲ請取ラザリトセハ遲滞ノ責ハ賃借人ニ在ルヲ以テ賃借人ハ右金額ヲ供託シテ義務ノ免脱ヲ受クルコトヲ得ルノミナラス其後ニ於ケル賃料ニ對シテモ賃貸人カ受領拒絶ノ意思ヲ表シタルモノト認ムルコトヲ得ル場合ニハ爾後更ニ賃料ノ提供ヲ要セス凡テ供託ニ因リテ其實ヲ免ルルコトヲ得ルモノトス(法學士磯谷幸次郎氏債權法論下卷五六三頁)

【判旨第三點同趣旨學說】

賃貸人カ賃貸借終了シタルニ拘ハラズ不法ニ賃借物ノ占有ヲ繼續スルトキハ債務不履行ノ責任トノ併立競合ヲ生シ賃貸人ハ或ハ債務不履行ノ原因トシ或ハ不法行為ノ原因トシ不法占有ニ因リテ被控訴人カ損害賠償ヲ求ムルコトヲ得ルモノ



士猪股辯護

大審院判

トス  
 賃借人カ賃借終了シタルニ拘ハラズ不法ニ賃借物ノ占有ヲ繼續スル場合ニ賃借人カ不法行為ヲ原因トシテ損害賠償ヲ求ムル  
 トキハ(一)賃借終了後ニ生シタル賃借物ノ滅失毀損ニ因ル損害ハ民法第七〇九條ニ依リ又賃借物ヨリ生セル果實ニ關シテ受  
 ケタル損害ハ民法第一九〇條ニ依リ(二)其他ノ損害ハ民法第七〇九條ノ一般規定ニ依リテ之ヲ請求スルコトヲ得ルモノトス  
 (法學博士藤道文藝氏京都法學會雜誌第一三卷第一〇號九一頁本書第七卷民法八一五頁)  
 二 惡意ノ占有ハ其性質不法行為ナリ民法第一八九條乃至第一九一號ノ規定ハ特ニ占有者トシテ負擔スル義務ヲ定メタルニ過  
 キシテ之レアルカ爲メ他ノ原因ニ基テ責任ヲ免除スルモノニアラス故ニ例ヘハ占有者ノ行為カ債務ノ不履行トナル場合ニ  
 ハ其責任アルヘク不法行為トナル場合ニハ亦其責任アルヘシ只之等ノ請求權ハ互ニ競合スルカ故ニ被害者ニ於テ其一方ヲ行使  
 シテ満足ヲ得タルトキハ他ノ一方ノ請求權ハ所謂請求權競合ノ理由ニヨリ消滅ニ歸スルニ過キス(辯護士猪股清氏日本辯護  
 士協會錄第二一四號五五頁)  
 三 判決ノ說明スル如ク民法第一八九條乃至第一九一號ノ規定ヲ以テ不法行為ニ對スル特別規定ニシテ此ノ規定ノ適用ヲ以テ  
 足ル範圍内ニ於テハ不法行為ノ規定ノ適用ヲ排除スルモノナリトスルモ本件ニ於ケル被告等ハ共同シテ壹個ノ家屋ヲ占有シ居  
 ルモノナルヲ以テ共同占有者ナリ而シテ何等ノ權原ナク占有スルモノナルカ故ニ共同不法占有ナリ原告ハ被告等ノ共同不法占  
 有ニ因ル損害ノ賠償ヲ請求スルモノナリ然ルニ民法第一八九條乃至第一九一號ニハ共同惡意占有者ノ責任ニ關シ何等規定スル  
 所爲シ故ニ之等規定ニ依リテハ共同不法占有者ノ責任カ連帶ナリヤ分割的ナリヤ將亦全部のナルヤヲ定ムルニ由ラシ然ラハ本  
 件ハ之等特別規定ノ適用ヲ以テ定ル場合ニ非ス宜シク本則タル不法行為ノ規定即チ民法第七一九條ヲ適用セサルヘカラサル場  
 合ニ屬ス殊ニ民法第一八九條乃至第一九一號ノ規定スル果實トハ天然果實ヲ指シ法定果實ヲ包含セス然ルニ本件ハ家屋使用ノ  
 對價タル法定果實ノ損害賠償ヲ求ムルニアリ然ラハ之レ前記法條ニ依ルヘキ場合ニ非スシテ全ク不法行為ノ規定ニ依ラサルヘ  
 カラサル場合ナリ(同上)  
 四 不法ニ他人ノ所有物ヲ占有シ因テ其所有者ニ損害ヲ被ラシメタル者ハ民法第七〇九條ノ規定ニ從ヒ所有者ニ對シテ其損害  
 ヲ賠償スルノ義務アルモノトス  
 家屋ノ賃借人カ賃借終了シテ賃借物占據ノ權利ナキニ拘ラス之ヲ賃借人ニ返還セズ不法ニ其占有ヲ繼續シテ賃借人ニ損害  
 ヲ被ラシメタルトキハ賃借人ハ一面ニ於テ賃借物返還ノ義務ヲ履行セサルモノナルト同時ニ賃借人ノ權利ヲ侵害スル不法行為  
 タルヲ以テ賃借人ハ債務不履行ノ原因トシテ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘキモ又不法行為ノ原因トシテ損害ノ賠償ヲ請求  
 スルコトヲ得ヘシ(而シテ其不法行為ノ原因トシテ損害ノ賠償ヲ請求スルニ當リテハ民法第一九一條所定ノ場合ニハ同條ヲ適  
 用スヘク(失火ノ場合ニハ明治三十二年法律第四〇號ヲ適用スヘキハ勿論ナリ)其他ノ場合ニハ民法第七〇九條ヲ適用スヘキモ  
 ノナルヲ以テ賃借人ハ不法占據ニ對スル損害トシテ從前ノ賃料ヲ標準トシテ之ヲ賠償セシメ得ヘク其他ノ損害アラハ尙ホ之ヲモ  
 賃借人ヲシテ賠償セシメ得ヘキモノトス(大審院大正六年(オ)第一〇〇二號同七年五月一八日民事聯合部判決本書第五卷民法  
 三二九頁)

大審院

東京地方  
裁判所

中島博士

藤道博士

【同上異趣旨判例】

一 民法ハ他人ノ物ノ所有者カ所有者ニ對シテ負フヘキ義務ニ付特別ノ規定ヲ設ケタリ是レ債務關係ニ關スル一般ノ規定ヲ適用  
 スルハ占有者ヲ保護スルニ適當ナラズト爲スニ由ルモノ也今占有者ニシテ其占有物カ他人ノ所有ナルコト及ヒ之ヲ占有スヘキ  
 權利ナキコトヲ知レル惡意ノ占有者ナルトキハ其占有ハ他人ノ所有權ヲ侵害シタルモノト謂フヘキモ之ニ不法行為ノ規定ヲ適  
 用シテ損害賠償ノ義務判例ヲ負ハシムヘキモノトセンカ民法一九〇條第一項及ヒ一九一條前段ノ義務ヲ負フヘキハ當然ニシテ  
 特ニ之ヲ規定スルノ要ヲ見ス元來民法カ惡意ノ占有者ニ負ハスニ此ノ如キ義務ヲ以テシタルハ惡意ノ占有者ハ占有物ヲ返還ス  
 ル迄ハ所有者ノ爲メニ占有物ノ保存及ヒ果實ノ取得ニ付キ注意ヲ爲スヘキ義務アリト爲スニ職由スモノナリ亦以テ民法ノ精  
 神カ惡意ノ占有者ニ不法行為ノ規定ヲ適用セサルニ在ルヲ知ル可シ(大審院大正二年(オ)第五三五號同四年四月二七日判決民  
 律第二一號五八五頁評論本書第四卷民法三八四頁)  
 二 民法カ占有者ノ責任ニ關シ不法行為ニ關スル規定以外特ニ民法第一八九條乃至第一九一號ノ規定ヲ設ケタル律意ヲ考察ス  
 レハ後者ハ前者ニ對シ特別規定ヲ爲シ後者ノ適用ヲ以テ足ル範圍内ニ於テハ前者ノ適用ヲ排除スルモノト認ムルヲ相當トス  
 (東京地方大正五年(ワ)第一二七號同年十月二十五日判決本書第五卷民法九四九頁)

【同上參照學說】

一 本條ハ占有者カ占有者トシテ負擔スル義務ヲ定メタルモノナリ之レニヨリ他ノ原因ニ基テ責任ヲ免除スルモノニ非ス故ニ  
 例ヘハ占有者ノ行為カ債務不履行トナル場合ニハ其責任アルヘク不法行為トナル場合ニハ又其責任アル可シ例ヘハ賃借人カ過  
 失ニヨリ賃借物ヲ滅失セシメタルトキハ本條ノ責任ト債務不履行ノ責任アリ劫盜カ贓品ヲ滅失セシメタル場合ニハ本條ノ責任  
 ト不法行為ノ責任アルカ如シ(法學博士中島玉吉氏民法釋義卷ノ二物權篇上一七八頁)  
 二 惡意ノ占有者ノ責任ニ關スル民法ノ規定ハ占有物ヨリ生スル果實ニ關スル責任及ヒ占有物ノ滅失毀損ニ關スル責任ニ付キ  
 不法行為ノ一般規定ニ對シ特別法タルノ關係ニアルモノトス  
 不法占有ニ因リテ生シタル損害ノ責任ハ當該損害賠償責任ノ原因タル法律要件カ占有者ノ定ムル所ニ該當スレハ特別法タル占  
 有法ノ定ムル所ニ從テ定ムルヘク否ラザルトキハ一般規定タル不法行為ノ規定ノ定ムル所ニ從テ定ムルヘキモノトス(法學博  
 士藤道文藝氏京都法學會雜誌第一三卷第一〇號八九頁本書第七卷民法八一七頁)  
 三 占有者ノ爲ス權利ナキ占有者ノ責任ニ關スル民法第一八九條以下ノ規定ト不法行為ニ關スル規定トノ關係ニ付キ民法ニ何等  
 ノ明言ナシト雖モ余輩ハ前者ハ後者ニ對シ特別規定ヲ成シ前者ノ適用ハ後者ノ適用ヲ除外スルモノト見ル(同上第一卷第三  
 號一〇四頁)  
 四 民法第一八九條以下ノ規定ハ占有者ノ爲ス權利ナキ他人ノ物ノ占有者カ其者ノ所有者ニ對シテ負フヘキ責任ニ關スル規定ヲ  
 盡シタルモノニ非ス從テ民法上ニ占有者ノ爲ス權利ナクシテ他人ノ物ヲ占有スル者ハ即チ其所有者ニ對シテ如何ナル場合ニ民法  
 第一八九條以下ノ定ムル責任ヲ負ヒ如何ナル場合ニ不法行為上ノ責任ニ付スヘキモノナルカノ問題ヲ生セルヲ得ス而シテ此間



末弘 學士

伊藤判事

梅博士

横田博士

川名博士

題ハ占有チ爲テ權利ナクシテ爲サル他人ノ物ノ占有カ民法第一八九條以下ノ定ムル法律要件ニ該當スルヤ否ニ依リ決セラル之ヲ要スルニ發行強迫等ニ因ル占有者ノ責任ニ付キ占有者カ善意ナルトキハ占有法規ハ全然其適用ナシ占有者カ善意ナル場合ニハ果實ニ關スル責任ニ關シテノミ占有法規ノ適用アリト雖モ占有物ノ滅失毀損ニ關スル責任ニ關シテハ占有法規ハ全然適用ナシ(同上二〇五頁)

五 占有權侵害ト雖トモ賠償請求權ノ發生原因タルノ點ニ於テハ毫セ他ノ權利侵害ト區別セラルヘキモノナク其異ナル所ハ單ニ占有權カ假リノ地位ヲ定ムルコトヲ目的トスル權利ナルノ點ニ存スルニ過キサルカ故ニ發生要件ノ點ニ付テハ凡テ一般原則タル七九條ノ適用アリト解スルヲ正當トス(法學士末弘氏債權各論第三分冊一〇二〇頁)

六 (一) 占有權ニ於ケル請求權ト不法行爲ニ因ル請求權トカ其内容ニ於テ同一ナル經濟上ノ利益ニ對スルモノナルトキハ其一チ行使シテ満足ヲ得ルニ於テハ他ノ權利ハ當然消滅スヘク其何レチ行使スルヤハ固ヨリ權利者ノ任意選擇スル所ニ委スヘキモノトス(二) 故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ占有權ヲ侵害シタル場合ニ於テハ一面占有權ヲ生シ他面ニハ不法行爲ヲ構成スルモノトス(伊藤三郎氏本書第三卷民法九二二頁)

【同上民法第一八九條以下ノ解釋ニ關スル參照學說】

一 本條ハ占有者ノ占有物ニ關スル責任ヲ明カニシタルモノナリ蓋シ純理ヨリ言ヘハ若シ占有者カ眞ノ權利者ニ非サルトキハ其占有者ハ占有物ヲ眞ノ權利者ニ返還スルノ責ヲ負フモノニシテ從テ若シ其所爲又ハ過失ニ因リ占有物ヲ滅失又ハ毀損シタルトキハ常ニ賠償ノ責ヲ負フヘキカ如シ而シテ惡意ノ占有者ニ付テハ專ラ此原則ニ依ルヘキコト固ヨリ然リト雖モ善意ノ占有者ニ至リテハ第一八九條ニ付テテ述ヘタル如ク法律ハ概シテ之ヲ過失ナキ者ト看做シ却テ眞ノ權利者ヲ以テ怠慢アル者ト認ムルカ故ニ占有者ハ占有物ニ付テテ損失ヲ被ムルヘカラザルモノトセリ然ルニ占有者ニシテ自ラ眞ノ權利者ナリト信スル以上ハ其權利ノ目的物ヲ隨意ニ處分スヘキハ當然ニシテ殆ソト之ヲ咎ムルコト能ハス故ニ假令故意ニ其物ヲ滅失毀損シタルモ又保存ニ注意ヲ怠リ爲メニ滅失毀損スルモ總ヘテ責任ナキモノトセサルコト得テ然ラズシテ然ラズシテ然ラズシテ之レヲ價還セサルコト得テ爲メニ損失ヲ被ムルニ至ルベケレハナリ(法學博士梅謙次郎氏民法要義卷ノ二五七頁本書第五卷民法九五頁)

二 所有者地上權者永小作人及ヒ質權者ハ法律ニ依リ物ヲ占有スル能力ヲ附與セララルヲ以テ占有者ニ對シテ其回復即チ返還ヲ求ムルノ權利ノ有ル民事實體權者ヨリ回復ノ請求ヲ受ケタル占有者ハ其所有物ヲ返還スルノ義務アリ是レ我民法ニ所謂「回復」ナル法律關係ノ内容ヲ成スモノニシテ占有物回復ノ問題ハ主トシテ所有者ト占有者トノ間ニ於テ生スルモノナリ又茲ニ所謂占有者トハ法律上ノ原因ナクシテ物ヲ占有スル者ヲ謂ヒ貸借其他正當ナル法律關係ニ基ツキ物ヲ占有スル者ニ付テハ其法律關係ニ固有ナル法律ヲ適用スヘク第一九一條第一八六條ノ規定ヲ適用スルコト得ス(法學博士横田秀雄氏物權法二五五頁本書第五卷民法九五頁)

三 惡意ノ占有者ハ果實ノ所有權ヲ取得スルコトナシ果實ノ所有者ニ對シ其現ニ所持スル果實ヲ返還スルノ義務ヲ負擔シ且ツ

飯島學士

東京地方 裁判所 決定

判旨各點ハ至當ノ見解ナリト信ス

三三八

追認ハ必スシモ追認ナル語字ヲ使用スルノ要ナク苟モ取消權ヲ拋棄スル意思ノ表示アルトキハ之ヲ追認ナリト認ムヘキモノトス

次ニ抗告人ハ本件公正證書記載中抗告人ノ曩ニ爲シタル法律行爲ヲ確認スヘキ旨ノ記載アルハ抗告人ノ爲シタル消費貸借契約ノ追認ヲ爲シタルモノニアラス單ニ抗告人カ無能力ナリシトキ爲シタル取消シ得ヘキ行爲ノ存在ヲ認メタルニ過キスニ取消權ハ依然トシテ消滅セスト謂フニ在レトモ追認ハ必スシモ追認ナル語字ヲ使用スルノ要ナク苟モ取消權ヲ拋棄スル意思ノ表示アルトキハ之ヲ追認ナリト認ムヘキモノナリ而シテ甲第一號證ニヨレハ確認ナル文字アレトモ其前後ノ關係ヨリ右確認ナ

一 二三 取消シ得ヘキ行爲ハ第一二〇條ニ掲ケタル者カ之ヲ追認シタルトキハ初ヨリ有效ナリシモノト看做ス但第一三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス

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

既ニ消費シタル果實ニ因リテ毀損シタル果實又過失ニ因リテ收取ヲ怠リタル果實ノ代價ヲ償還スル債務ヲ負擔ス此返還ノ債務ハ不法行爲ノ適用トシテ生スル債務ニアラス第一九〇條ノ規定アルカ故ニ生スル特別ノ債務ナリ強暴又ハ隱秘ニ因ル占有者ハ必スシモ惡意ノ占有者ニ限ラス然シ果實ノ返還及ヒ代價償還ノ債務ニ付キテハ惡意ノ占有者ト同視セラルヘキモノトス(法學博士川名俊四郎氏物權法學倫三五頁本書第五卷民法九五頁)

四 占有者カ占有ニ付キ正當ノ權利ヲ有セサルトキハ眞正ノ權利者ニ對シ占有物ヲ返還スヘキハ勿論ニシテ此場合ニハ占有者ノ善意タルト惡意タルトナリト問フコトナシ而シテ若シ占有者カ自己ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ占有物ヲ滅失又ハ毀損セシメ以テ占有物ノ返還ヲ爲ス能ハサル場合ニ於テハ之カ賠償ノ責ニ任セサルヘカラザルナリ當然トス乍併賠償責任ニ付テハ占有者ノ善意ナルト惡意ナルトニ因リ其範圍ヲ異ニス(法學士飯島喬平氏明治大學講義錄物權法一三九頁本書第五卷民法九五頁)



鳩山博士

鳩山博士

嘉山學士

ル文字ハ原告人ノ法定代理人ナル澤田市松カ農ニ爲シタル原告人ノ消費貸借契約ノ取消權ヲ拋棄シ其辨濟方法ヲ約シタルモノナルコトハ明白ニ之ヲ認メ得ヘキヲ以テ之ヲ追認ノ意思表示ナリト認ムルニ充分ナリ從テ本論旨モ理由ナシ(東京地方裁判所大正八年(ソ)第一二號同年一〇月三〇日民五部井野裁判長遠藤吉田各判事決定)

【關係事項】 棄却○原告人澤田一男代理人辯護士平堀健助相手方小野澤勇藏同倉田兼藏

【同趣旨學說】 追認ノ意思表示ハ取消權拋棄ノ意思ノ認識スルニ適當ナルヘキコト論テ候タス而シテ其必シモ追認ト謂ヒ又ハ取消權拋棄ト言フ文字ヲ必要トセサルコト又取消ニ同シ(法學博士鳩山秀夫氏法律行爲乃至時效四三五頁)

【參照學說】

一 取消ノ意思表示カ取消ノ意思ヲ認識スルニ適當ナルモノナルヘキハ其意思表示タル性質上疑ヲ容レサル所ニ屬ス然レ共之カ爲メニ常ニ取消ナル文字ヲ使用セサルヘカラスト言フ理由ナシ或ハ詐欺ヲ受ケテ賣却シタルモノナレハ返還スヘシト言ヒ又ハ無能力者ノ爲シタル契約ナレハ義務ヲ負ハスト言フカ如キ文句ヲ使用スルモ取消ノ意思ヲ認識スルニ適當ナルコトアルヘシ(法學博士鳩山秀夫氏法律行爲乃至時效四三〇頁)  
二 取消ノ意思表示ニ依リテ之ヲ爲ス其意思表示ハ特定法律行爲ノ意味ヲ有スルコトヲ知ルニ足ルヲ以テ十分トシ必スシモ取消文字ヲ用ユルヲ要セス(法學士嘉山幹一氏民法總論中大講義卷三〇〇頁)  
取消シ得ヘキ行爲ノ追認ノ性質ニ付テハ追認權ノ行使ナリトスル說取消權ノ拋棄ナリトスル說トアリ判旨ハ後說ヲ採ルト雖モ吾人ハ此點ニ付キ多少異見ヲ有ス第七卷民法一二五四頁第三卷民法六一九頁評論然レ共判旨カ追認アリト謂フカ爲メニハ必スシモ追認ナル語ヲ用フルヲ要セスト解スル所說ハ正當ニシテ贊同セント欲ス蓋シ追認モ亦意思表示ニ外ナラサルカ故ニ意思表示タルノ性質上追認ノ意思ヲ認識スルニ適當ナルヲ以テ足レハナリ案件ハ確認ナル文字ヲ使用

シタルニ對シ判決カ前後ノ關係上追認ノ意思表示アリト認定シタルモノニシテ素ヨリ至當ノ認定ナリ

三三九

東京地方  
裁判所  
判決

民法第五八〇條ハ公益ニ關スル規定ニシテ當事者ノ意思ヲ以テ其適從ヲ左右シ得サルモノトス  
買戻期間經過後債務者カ買戻ノ目的物件ヲ他ニ轉賣シタリトスルモ債務者ニ契約違背アリト謂フヲ得ス  
所有權移轉ノ目的カ債權ノ擔保ニアリトスルモ買戻約款付賣買ノ形式ヲ採リタル以上凡テ買戻約款付賣買ニ關スル民法ノ規定ニ依ラサルヘカラス

按スルニ大正七年九月二五日本件物件ニ付キ原告ヨリ被告ニ其所有權ヲ移轉シ且登記ヲ經タルコトハ當事者間ニ爭ナシ原告ハ同日被告ヨリ金五百圓ヲ借受ケ之ニ其辨濟期迄ノ利子金百圓ヲ加ヘ單ニコノ債權ヲ擔保スル爲メ本件不動産ノ所有權ヲ移轉シタリト云フモ證人加藤藤次郎荒畑徳次郎ノ證言ニヨリテハ未ダ右主張ヲ認定スルニ足ラス而シテ本件所有權ノ移轉カ賣買ノ形式ニヨリタルコトハ原告ノ認ムルトコロニシテ證人種村今朝吉ノ證言ヲ綜合シ甲第一號證ニ依レハ原告被告間ニ本件物件

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

五八〇 買戻ノ期間ハ十年ヲ超ユルコトヲ得ス若シ之ヨリ長キ期間ヲ定メタルトキハ之ヲ十年ニ短縮ス

買戻ニ付キ期間ヲ定メザリシトキハ五年内ニ之ヲ爲スコトヲ要ス

五八三第一項 賣主ハ期間内ニ代金及ヒ契約ノ費用ヲ提供スルニ非サレハ買戻ヲ爲スコトヲ得ス



買買シ右賣買ニ基キ其所有權ヲ移轉シタルモノニシテ只賣買契約ニ買戻期間ヲ大正八年三月末日迄ト定メテ買戻約款ヲ附シタルモノト認定スルヲ相當トス右認定ノ如ク本件所有權ノ移轉カ買戻約款付賣買ノ形式ニヨリ而シテ其期間ノ定メアルニ於テハ其期間ヲ伸長シ得サルハ民法第五八〇條第二項ノ規定スルトコロニシテ且同條ハ公益ニ關スル規定ニシテ當事者ノ意思ヲ以テ其適從ヲ左右シ得サルノ規定ナリト認ムヘキヲ以テ被告ニ於テ本件物件ヲ他ニ轉賣シタルノ事實アルモ右轉賣力大正八年三月末日以後ナルコト當事者間爭ナキヲ以テ之カ爲ニ被告ニ契約違背アリト云フコト能ハス假ニ原告主張ノ如ク本件物件所有權ノ移轉ノ目的カ債權ノ擔保ニアリトスルモ買戻約款付賣買ノ形式ヲ採リタル以上スヘテ買戻ニ關スル民法ノ規定ニ依ルテ要スヘク而シテ本件所有權ノ移轉カ買戻約款付賣買ノ形式ニヨリタルコト以上認定ノ如ク又買戻期間經過後ハ買戻權ヲ行使シ得サルコト又叙上說示ノ如キヲ以テ何レノ點ヨリスルモ被告ニ契約違背アリト云フコト能ハサルヲ以テ原告ノ請求ハ失當ナリ(東京地方裁判所大正八年(ワ)八一〇號同年一月一日民六部近藤裁判長小林立松各判事判決)

【關係事項】 原告敗訴○損害賠償請求事件○原告各内富三郎訴訟代理人辯護士長坂勝太郎被告宮崎增五郎訴訟代理人辯護士北村藤

(三四〇)

四二七 數人ノ債權者又ハ債務者アル場合ニ於テ別段ノ意思表示ナキトキハ各債權者又ハ各債務者ハ平等ノ割合ヲ以テ權利ヲ有シ義務ヲ負フ  
四三二 數人カ連帶債務ヲ負擔スルトキハ債權者ハ其債務者ノ一人ニ對シ又ハ同時若クハ順次ニ總債務者ニ對シテ全部又ハ一部ノ履行ヲ請求スルコトヲ得

連帶債務ニ於テ連帶者間ニ何等ノ特約ナキトキハ債務ヲ各自平分シテ之ヲ分擔スヘキ意思ナリシモノト推定セラルルヲ通則トナスモ若シ連帶債務ヨリ受クル

利益ニシテ各割合ヲ異ニスルカ如キ場合ニアリテハ其債務ノ負擔部分モ亦之ニ應シテ相異レルモノト爲スヲ相當トス

仍テ右連帶債務ニ付キ被控訴人ハ幾何ノ負擔部分ヲ有スルヤニ付キ審案スルニ凡ソ連帶債務ニ於テハ連帶者間ニ於テ何等ノ特約ナキトキハ債務ヲ各自平分シテ之ヲ分擔スヘキ意思ナリシモノト推定セラルルヲ通則トナスモ若シ連帶債務ヨリ受クル利益ニシテ各割合ヲ異ニスルカ如キ場合ニアリテハ其債務ノ負擔部分モ亦之ニ應シテ相異レルモノト解スヘキヲ相當トスルモノニシテ而モ今本件ニ付キテ之ヲ看ルニ前記上野ノ證言ニヨレハ本件債務ニヨリ受益者ハ訴外兵頭定一人ノミニシテ本件當事者等ハ右契約ニヨリ何等ノ利益ヲ享受シタルモノニアラサルコトヲ肯定スルヲ以テ此ノ如キ場合ニ於テハ特約ナキ限リ被控訴人ハ債務者間ノ關係ニ於テ本件債務ニ付キ何等ノ負擔ヲ有セサルモノト認ムヘキモノナリ此點ニ付キ控訴人ハ本件當事者間ニ三分ノ一宛ヲ平等分擔スヘキ特約アリタルカ如キ主張ヲナシ證人上野博之ハ之ニ照應スル供述ヲナスモ該證言ハ之ヲ措信シ難ク其他控訴人ノ提出援用ニ係ル諸證ヲ以テ看ルモ右主張ヲ認容スヘキ證左ナキヲ以テ前記連帶債務ニ於ケル被控訴人ノ負擔部分カ三分ノ一ナリトノ控訴人ノ主張ハ之ヲ採用シ難キニ歸スルモノトス(東京地方裁判所大正七年(レ)第九二號同年九月九日民五部井野裁判長吉田芝崎各判事判決)

【關係事項】 棄却○控訴人柳嘉一訴訟代理人辯護士安藤正臣被控訴人佐々木みつ訴訟代理人辯護士山崎佐六

【負擔部分ノ意義ニ關スル參照學說】

一 負擔部分トハ各債務者ノ連帶債務ニ依リテ實際得タル利益ニ相當スル債務負擔ノ割合ヲ指スモノトス故ニ各債務者ノ負擔部分ノ事情ニ從ヒテ一株ナラサルモノト謂フヘキナリ(法學博士松波仁一郎氏同仁保龜松氏同仁井田益太郎氏民法正解債權二〇二頁)  
二 負擔部分ト稱スルハ債務者相互ノ間ニ於テ若シ連帶ナントセハ各自力債務者ニ辨濟セサルヘカラサル部分ヲ意味ス故ニ負擔部分ハ債務者相互ノ間ニ於テ定ムル也(法學博士川名兼四郎氏債權要論三三三頁)



【當事者ノ特約アル場合ト連帶債務者間ノ負擔部分ニ關スル參照學說判例】

- 一 別段ノ定ハル契約ヨリ生ス此契約ハ又默示タルコトヲ得例ヘハ組合ニ於テハ各自損失負擔ノ割合ヲ異ニスル時、連帶債務ノ負擔モ亦其割合ニ從フモノト見ルヘシ(法學博士岡松參太郎氏債權總論京都法政講義二六五頁)
- 二 連帶債務者間ニ平等ノ割合ヲ以テ債務カ分割セラルルハ内部關係上特別ノ定キ場合ニ限リ或場合ニハ負擔ノ割合ヲ異シ或ハ債務者ノ一人カ全債務ヲ負擔スルコトアリ(同上)
- 三 連帶債務者ハ債權者ニ對シテハ債務ノ全額ヲ負擔スルモノナレトモ債務者各自ノ間ニ於テハ多數當事者債權ノ通則ニ從ヒ其負擔ヲ分割スヘキモノトス即チ相互ノ間ニ於テ各自負擔部分ノ外義務ナキモノトス而シテ其負擔部分ノ割合ハ各自ノ受益部分ニ因リ定マルモノニシテ其受益部分カ特約又ハ他ノ事情ニ依リ知ルコトヲ得サルトキハ均一ト看做スヘキモノナリ(法學博士鈴木喜三郎氏民法要論三八九頁)
- 四 連帶債務者各自ノ負擔部分ニ連帶債務者間ノ契約ニ依リテ定マル債務カ契約ニ因リテ生レル場合ノミナラス又法律ノ規定ニ基キテ生レル場合ニ於テモ契約ヲ以テ其負擔部分ヲ定ムルコトヲ得(法學博士石坂晉四郎氏日本民法債權八八五頁)
- 五 連帶債務者間ニ於ケル負擔部分ノ範圍ニ付テハ我民法上直接ノ明文ヲ缺ク然レトモ原則トシテハ各債務者平等ナル割合ニ於テ負擔ヲ負擔シ當事者間ニ特別ナル定アルトキハ之ニ從フモノト解セラルヘカラス(法學博士鳩山秀夫氏日本債權二二九頁)
- 六 連帶債務者相互ノ間ニ於テハ各其負擔スヘキ部分ヲ有シ通常全部ノ履行ヲ一人ニテ爲スヘキ旨ノ定キ爲スカキコトナカハク其負擔部分ハ債務者相互間ノ契約ニ因リテ定マルヘク又債權發生當時ノ狀況ニ依リテ定マルヘシ其定キ場合ニ於テハ公平上平等ノ割合ヲ以テ負擔スルモノトス外ナシ(法學博士須賀喜三郎氏債權大正五年度中大講義二二六頁)
- 七 連帶債務者間ニ於ケル各自ノ負擔部分ハ其債務ニ付キ各自ノ受ケタル利益ノ割合ニ依リテ定マルモ其割合ニ關係ナク特別ノ意思表示ヲ以テ各自負擔ノ割合ヲ定マルトキハ該特約ニ從フヘク其受ケタル利益ノ割合分明ナラス且特約存セサル場合ニ於テハ各自平等ノ割合ヲ以テ定マルモノトス(大審院大正五年(オ)第三八五號同年六月三日判決民錄第二二二二頁)

【受益ノ割合定マレル場合ト負擔部分ニ關スル參照學說判例】

- 一 債權關係ノ性質上負擔ノ割合ヲ異ニスヘキモノト見ルヘキ場合アリ例ヘハ連帶債務者ノ一人ハ單ニ他債務者ノ信用ヲ得セシムルカ爲メ負擔ヲ負擔セル場合ノ如キハ其ノ實際ノ利益ヲ得タル債務者全債務ヲ負擔ス(法學博士岡松參太郎氏債權總論京都法政講義二六五頁)
- 二 債務者間ニ明示ノ特約ナシト雖モ連帶債務者ヨリ受ケタル利益ノ割合カ各債務者ニ付テ異レル場合ニ付テハ其負擔部分モ亦之ニ應シテ相異レルモノト解スヘシ(法學博士鳩山秀夫氏日本債權二二〇頁)
- 三 甲合資會社カ乙ヨリ金員ヲ借受ケ其辨濟ノ額ヲ求ムルカ爲メ丙ナル社員連帶債務ヲ負擔スルモ爲メニ何等ノ利益ヲ受ケル所ナキトキハ假令丁ナル社員カ乙ニ對シ會社ノ債務ヲ辨濟スルニ丙ニ對シ連帶債務ヲ負擔セル關係ニ於テ償還ヲ求ムルコトヲ得ス(東京控訴院大正四年(ネ)第二一號同年四月二八日判決法律新聞第一一三七頁一九頁)

【特約又ハ受益ノ割合定マラサル場合ト負擔部分ニ關スル參照學說判例】

- 四 連帶債務者間ノ内部關係タル相互ノ負擔部分ハ一ニ債務者間ノ合意又ハ各債務者カ其債務ニ付キ現ニ利益ヲ受ケタル範圍如何ニ依リテ定ムヘキモノトス(長崎地方明治四年(レ)第三二號同四年三月八日判決法律新聞第七八三號二四頁)
- 一 連帶債務者ハ各々債權者ニ對シテハ恰モ唯一ノ債務者ノ如ク義務ヲ負フト雖モ其各自ノ間ニ於テハ多クハ債務ノ負擔ヲ分ツヘキモノトス而シテ特約又ハ特別ノ事情アルニ非サレバ四二七條ノ通則ニ從ヒ各々平等ノ割合ヲ以テ之ヲ分擔スヘキモノトス(法學博士梅謙次郎氏民法要義債權一二六頁)
- 二 債務者間ノ關係ニ於テハ各債務者ハ負擔部分ヲ分擔シ其負擔部分ハ別段ノ定メナキトキハ平等ナリト見ルコト一般ノ學說及立法例共一致ス(法學博士土方憲氏債權法上大正五年度東大講義二五六頁)
- 三 法律ハ連帶債務者間ニ一種ノ關係ヲ認メタルモノニシテ而シテ負擔ノ割合ハ内部關係ニ別段ノ定メナキ又ハ何等ノ内部關係ナキトキハ平等ノ割合ヲ以テスルモノト爲セリ(法學博士岡松參太郎氏債權總論京都法政講義二六四頁)
- 四 連帶債務者ノ負擔部分ハ即チ債務者相互間ニ於ケル連帶債務分擔ノ割合ニシテ共有者間ニ於ケル權利ノ分前タル持分ニ對當スルモノナリ而シテ債務者ノ此負擔部分ハ各自ノ受ケタル利益ト其相互ノ特約トニ依リテ定マルト雖モ反證ナキ限りハ各債務者ハ平等ニ債務ノ一部ヲ分擔スルモノト推定セラルヘカラス他ナシ數人ノ債務者カ共同シテ債務ヲ負擔セル場合ニ各債務者カ其債務關係ニ付キ同等ノ利害ヲ有スルハ普通ノ狀態ニシテ反證ナキ限りハ民法第四二七條ニ據ケタル平等分割ノ原則ヲ適用セラルヘカラスナリ(法學博士横田秀雄氏債權總論第五四一頁)
- 五 連帶債務者ノ負擔部分ノ割合ニ關シ現定テ缺カ故ニ裁判官ハ其ノ不備ヲ補充スルコトヲ要ス而シテ一般ノ條理ヨリ論シ又四二七條ノ精神ヨリ推シ連帶債務者ハ平等ノ割合ヲ以テ負擔スルモノト解ス(法學博士石坂晉四郎氏民法研究四卷五七四頁)
- 六 原則トシテ負擔部分ノ平等ナルハ直接ニ四二七條ノ適用ニ依ルニハ非ス四二七條ハ對内關係ニ關スル規定ニアラサレハナリ但シ平等分配カ民法ノ趣旨ニ適スルモノナルコトハ四二七條ニ依リテ之ヲ窺フヲ得ヘシ(法學博士鳩山秀夫氏日本債權二二〇頁)
- 七 二人ニテ連帶債務ヲ負擔シタル場合ニ於テ孰レモ其負擔ニ因リテ利益スル所ナキトキハ辨濟ヲ爲シタル債務者ハ他ノ一人ニ對シテ半額ヲ求償シ得ルモノトス(大審院明治三十九年(ネ)第二七六號同年七月五日判決民錄第一二二一(七七九頁))
- 八 連帶債務者ノ一人カ辨濟ヲ爲シタルニ因リテ求償ノ場合ニ於テモ反證ナキ限り平等負擔ノ原則ニ依ルニシテ平等負擔ニ付キテハ何等ノ立證ヲ要セザルモノトス(長崎控訴院明治四十五年五月二十九日判決本書第一卷民法二七九頁)
- 九 連帶債務者間ニ於テ債務者間ノ負擔部分ニ付別段ノ意思表示ナキトキハ其中ノ一人カ借入金ノ全部ヲ使用シタリトスルモ其負擔部分ハ各自平等ナリトス(名古屋控訴院明治三十九年二月一日判決法律新聞第四〇二號七頁)

吾人ハ右判旨ノ見解ニ賛同スルヲ躊躇セサル者ナリ蓋シ連帶債務者ノ内部關係



タル負擔部分ハ如何ニシテ之ヲ定ムヘキモノナリヤ此點ニ關シ我民法ハ直接ノ明文ヲ欠除セルカ故ニ解釋上多少ノ疑義有ル可シト雖モ當事者間ニ特約アラハ其特約ニ從フ可キハ論ヲ俟タサル所ニシテ若又連帶債務ヨリ受クル利益ノ割合ノ定マレル場合ニ於テハ其ノ負擔部分モ亦之ニ應シテ定マルモノト推測スルヲ正當トスヘケレハナリ何トナレハ利益ノ歸スルトコロ其損失モ亦之ヲ負擔スルモノト解スヘキハ當ニ一般公平ノ觀念ニ適スルノミナラス又以テ當事者ノ意思ニモ合致スルトコロナレハナリ然リト雖モ之レ素ヨリ一ノ推測タルニ外ナラサレハ假令其受クル利益ノ割合確定セル場合ト雖モ當事者ハ特約ヲ立證シテ合意上ノ負擔部分ニ依ルコトヲ得ルモノナルハ言ヲ俟タサルナリ然リ而シテ當事者間ニ特約ノ定メナク又利益享受ノ割合ノ定マラサル場合ニ至リテハ各自平等ノ割合ヲ以テ負擔スルハ一般條理觀念ニ比照シテ之ヲ相當ト爲ササル可カラサルモノト稽フ蓋シ數人ノ債務者カ共同シテ債務ヲ負擔スルニ方リテハ各債務者ハ其債務關係ニ付キ共同ノ利害ノ關係ヲ有スルヲ常態トスルノミナラス當事者ノ意思並ニ法律カ民法第四二七條ニ數人ノ債權者又ハ債務者アル場合ニ於テ別段ノ意思表示ナキトキハ各債權者ハ平等ノ割合ヲ以テ權利ヲ有シ義務ヲ負フト爲シタル所謂分割債務ノ原則ヲ認メタル立法精神ヨリシテ之ヲ推測スルニ難カラサレハナリ

八八第二項 物ノ使用ノ對價トシテ受クヘキ金錢其他ノ物ヲ法定果實トス  
 八九第二項 法定果實ハ之ヲ收取スル權利ノ存續期間日割ヲ以テ之ヲ取得ス  
 商法一九五 會社ハ損失ヲ填補シ且前條第一項ニ定メタル準備金ヲ控除シタル後ニ非サレハ利益ノ配當ヲ爲スコトヲ得ス  
 前項ノ規定ニ違反シテ配當ヲ爲シタルトキハ會社ノ債權者ハ之ヲ返還セシムルコトヲ得  
 前一九六 會社ノ目的タル事業ノ性質ニヨリ第四百一十一條第一項ノ規定ニ從ヒ本店ノ所在地ニ於テ登記ヲ爲シタル後二年以上開業ヲ爲スコト能ハサルモノト認ムルトキハ會社ハ定款ヲ以テ開業ヲ爲スニ至ルマテ一定ノ利息ヲ株主ニ配當スヘキコトヲ定ムルコトヲ得但利率ハ法定利率ニ超ユルコトヲ得ス  
 前項ニ掲ケタル定款ノ規定ハ裁判所ノ認可ヲ得ルコトヲ要ス

民法第八八條第二項ニ所謂物ノ使用ノ對價トハ物ノ使用自體ニ對スル報酬ノ意ニシテ物ノ使用ノ結果ニ對スル報酬ニ非ス  
 利益配當金ハ社員ノ讓出セル出資ノ使用ノ對價ニ非スシテ其使用ノ結果ニ對スル報酬ナルカ故ニ法定果實ニ非ス

社員カ會社ヨリ配當ヲ受クル利益ハ法定果實ナリヤ法定果實カ物ノ使用ノ對價ナルコトハ民法第八八條第二項ノ規定ニ依リ明ナルカ故ニ本問ハ配當金カ物ノ使用ノ對價ナリヤ否ヤニ依リテ決定セラルヘキナリ物ノ使用ノ對價トハ物ノ使用自體ニ對スル報酬ノ意ニシテ物ノ使用ノ結果ニ對スル報酬ニハ非ス故ニ物ノ使用ノ對價ハ當該ノ使用カ何等使用者ニ有利ナル結果ヲ齎ラサリシ場合ノ如キニ於テモ支拂ハサルコトヲ要スヘク又ハ當該ノ使用カ使用者ニ對價以上ニ有利ナル結果ヲ齎ラシタル場合ニ於テモ使用者ノ支拂フヘキ對價ハ毫モ増額セラルルコトナカルヘキナリ配當金ハ實ニ上述ノ意義ニ於テ社員ノ讓出セル出資ノ使用ノ對價ニ非スシテ其使用ノ結果ニ對スル報酬ナルカ故ニ法定果實タルコト能ハサルヘキナリ此點ニ於テ利益配當金



富井博士

梅博士

平沼博士

三博士

川名博士

ハ利息配當金ト全然別個ノ性質ヲ有ス(商一九五、一九六)法定果實ハ物ノ使用ノ對價ナルヲ以テ本來ノ性質上使用ノ時間ニ比例シテ發生スヘキモノトス若シ法定果實カ使用ノ結果ニ對スル報酬ナルニ於テハ其使用ノ結果ハ使用者ニ對シ或時期ニ於テ不利益ナルコトアリ利益ナルコトアリ而モ其利益ニモ亦大小アルヘキカ故ニ法定果實ハ使用ノ時間ニ比例シテ發生スル事ナカルヘキナリ從テ民法第八九條第二項ノ規定ハ法定果實カ物ノ使用ノ對價ニシテ結果ノ報酬ニ非サルコトヲ前提トシタルモノト解スヘク此點ヨリ考フルモ法定果實カ物ノ使用ノ對價ナルコト從テ利益配當額カ法定果實ニ非サルコトハ寔ニ明ナリトス(法學士長島毅氏法學新報第二九卷第一一號一〇九頁配當ト法定果實要領)

【論旨第一點民法第八八條ニ所謂物ノ使用ノ對價ノ意義ニ關スル參照學說】

- 一 物ノ使用ノ對價トハ利息、地代、小作料又ハ借賃ノ如キモノヲ謂フ故ニ元本ノ返還又ハ所有權移轉ノ對價ノ如キモノト使用ノ對價ト見ルヘカラサルモノ(年賦償還金、代金、配當金等)ハ法定果實ニ非ス又金錢ニ限ラズ物タルコトヲ必要トセルカ故ニ使用ノ對價トシテ供スル努力ノ如キハ之ヲ包含セザルモノト解スヘキモノナリ(法學博士富井政章氏法原論總則二九四頁)
- 二 定期金ハ果實ナルヤ否ヤハ從來大ニ學者間ニ議論アル所ナリト雖モ本條第二項ノ定義ニ據レハ其果實ニ非サルコト殆ト明カナリ蓋シ「物ノ使用ノ對價」ニ非サレハナリ但共一部ハ利息ニ相當シ之ヲ果實ト視ルヘキ場合多カルヘシ尙ホ定期金ハ理論上ハ大ニ鐵山、石坑ヨリ採取スル礦物、石坑ニ類スル所アリト雖モ亦其趣ヲ異ニスル所ナキニ非サルヲ以テ之ヲ果實トセザリシモノカ(法學博士梅謙次郎氏民法要義總則一七八頁)
- 三 法定果實ハ物ノ使用ノ對價ナリ物ノ使用ノ對價トハ物ヲ使用スル利益ニ對スル報酬ノ意ナリ例之代貸金利息ノ如シ(法學博士平沼騏一郎氏民法總論二八五〇)
- 四 法定果實トハ本來物ノ使用ヲ爲ス權利ヲ有スル者カ他人ナシテ其物ヲ使用セシムルニ當リ使用ノ對價トシテ受クル金錢又ハ其他ノ物ヲ謂フナリ(法學博士松波仁一郎氏同仁保德松氏同仁井田益太郎氏民法正解總則五三五頁)
- 五 法定果實ハ或人カ特ニ物ノ使用ヲナシ得ル對價トシテ拂フヘキ金錢其他ノ物ヲ謂フ(法學博士川名兼四郎氏民法總論一四九頁)

法定果實ハ物ノ使用ヲ許ストコロノ法律上ノ關係ニ基クモノナルコトヲ要ス利息、土地ノ使用料會社ノ利息配當ノ如シ反之權利ノ使用ヲ許シタル對價トシテ受クヘキモノハ法定果實ニアラス(同上「舊」一四九頁)

中島博士

石坂博士

鳩山博士

松岡博士

三浦博士

嘉山博士

飯島博士

鳩山學士

富井博士

中島博士

鳩山博士

六 物ノ使用ノ對價トシテ受ク可キ金錢其他ノ物ヲ法定果實トス(法學博士中島玉吉氏民法釋義總則四一頁)法定果實ハ對價タルヲ要ス故ニ消費貸借ノ元本ノ返還ハ果實ニ非ス數回ニ分割シテ返還スル場合ニ於テモ異ルコトナシ月賦等ニテ返還スル場合ニ於テハ往々元本ト利子ト數回ニ分テ返還スル此ノ場合ニ於テハ其利子ノミカ果實ナリ(同上四一二頁)

七 法定果實ハ物ノ使用ノ對價ナリ即チ他人ニ物ノ使用ヲ許シタル者カ其報酬トシテ得ヘキモノヲ云フ(利息代金、地代)反之使用ノ對價ニ非サルモノハ法定果實ニ非ス(步割濟終身定期金)(法學博士石坂晉四郎氏民法總論大正五年度東大講義二七〇頁)

八 法定果實トハ物ノ使用ノ對價トシテ受クヘキ金錢其他ノ物ヲ云フ(八八條二項)他人ニ自己ノ物ノ使用ヲ許スルニ依テ受領スヘキ對價即報酬ナリ(法學博士鳩山秀夫氏民法總論東大講義四二三頁)

九 法定果實ハ元物ノ對價トシテ永續的ニ受クヘキ金錢其他ノ物件タルコトヲ要ス(法學博士松岡義正氏民法總則一七〇頁)

一〇 法定果實ハ使用ノ對價ナリ例ヘハ家賃ノ家ニ於ケル地代ノ土地ニ於ケル利息ノ元本ニ於ケル皆法定果實ト稱スルヲ得ヘシ之ニ反シ土地家賃ヲ賣却シテ得タル代金ノ如キ物夫レ自身ノ對價ハ法定果實ニ非ス其他元本ノ一部例ヘハ年賦償還金カ法定果實ニ非サルコト勿論ナリ(法學博士三浦信三氏民法總則提要第二册二六二頁)

一一 法定果實ハ物ノ使用ノ對價トシテ受クヘキ物タルコトヲ要ス物ノ使用ノ對價トシテ受クヘキ金錢其他ノ物トハ法律關係ニ基キ物ノ使用ノ對價タル性質ヲ以テ生スヘキ金錢其他ノ物ノ意ニ外ナラス現ニ物ノ使用ノ對價トシテ受クルトノ意ニアラス元物ノ用法ニ從ヒ生スル物ナルコトヲ示スノ意ナリ(法學士嘉山幹一氏民法總論大正三年度中大講一八五頁)

一二 法定果實トハ物ノ使用ノ對價トシテ受クル物ニシテ對價トハ使用ノ報酬ト云フカ如シ例ヘハ利息地代家賃小作料ト云フカ如シ(法學士飯島喬平氏民法要論一五一頁)

一三 物ノ使用ノ對價トシテ受ク可キ金錢其他ノ物ヲ法定果實ト言フ物ノ自然的產出物ニハアラス物ニ付テ權利ヲ有スルモノカ其物ノ使用ヲ他人ニ許ス時其法律關係ト結果トシテ支拂ハル對價カ即チ法定果實ナリ獨民カ物ニ就テ存スル法律關係ニ基キ發生スル收益ト言ヘルハ此意ヲナリ例ヘハ利息地代小作料借賃ノ如シ(法學士鳩山一郎氏民法總則日大講二六九頁)

【論旨第二點利益配當ハ果實ニ非ストスル同趣旨學說】

- 一 配當金ハ法定果實ニアラス(法學博士富井政章氏法原論總則二九四頁)
- 二 株主ニ配當スル利益ハ果實ニ非ス(法學博士中島玉吉氏民法釋義總則四一二頁)
- 三 株式會社ノ配當金カ法定果實ナリヤ否ヤニ付キテハ多少議論アリ株主ハ會社ニ對シテソノ拂込タル金額ノ返還請求權ヲ有スルモノニアラサルカ故ニ之ヲ法定果實ト稱スルコトヲ得ス所謂工利利息亦然リ從テ株主ニ移動アリタル場合ニ於テ配當ハ配當決議ノ當時株主名簿ニ掲ケラレタル株主ニ移動アリタル場合ニ於テ配當ハ配當決議ノ當時株主名簿ニ掲ケラレタル株主ニ之ヲ支拂フコトヲ要ス若シ法定果實ナラハソノ出資額ノ期間ニ應シテ配當ス總金ノ決議ヲ要セス(法學博士鳩山秀夫氏民法總則帝大附字版四二七頁)



四 然レトモ代金配當金ノ如キハ元來返還ノ債務即チ使用ノ對價ニアラサルカ故ニ法定果實ニアラス(法學士鳩山一郎氏民法  
總則日大講義錄二七〇頁)

【同上異趣旨學說】

會社ノ利益配當ハ法定果實ナリ(法學博士川名名兼四郎氏日本民法總論舊一四九頁)

學士カ民法第八八條第二項ニ所謂物ノ使用ノ對價ノ意義ニ付之ヲ物ノ使用自體  
ニ對スル報酬ト解セラレタルハ畢竟物ノ使用ヲ許與シテ得タル報酬ヲ謂フト爲  
スト同義ニシテ吾人素ヨリ異論無キ所ナレトモ所謂利益配當金カ法定果實ニ非  
スト論定センカ爲メニ配當金ハ使用ノ結果ニ對スル報酬ナリ而シテ使用ノ結果  
ニ對スル報酬ハ所謂使用ノ對價ニ該ラストシテ之ヲ論議セラレシハ吾人ヲシテ  
其文詞ノ不當ヲ思ハシム蓋シ學士ノ所謂物ノ使用ノ結果ニ對スル報酬ノ意義ハ  
必ラスシモ明瞭ナラスト雖モ之ヲ物ノ使用自體ニ對スル報酬ト對立的ニ嚴明解  
說セラレタルニ徴スルトキハ使用自體ハ即チ使用ニヨリテ直接ニ得タモノヲ指  
シ使用ノ結果ト謂フハ間接ニ得タルモノヲ指シ言議必ラスシモ誤謬ニ非サルニ  
似タリト雖モ翻テ稽フルニ物ノ使用ニヨリテ直接ニ得ル報酬ハ是レ即チ物ノ使  
用ノ結果ニ對スル報酬ニ外ナラス換言スレハ物ノ使用ノ結果ニ對スル報酬ト謂  
フトキハ直接間接ノ使用對價物ヲ包含スルモノト言ハサル可ラスシテ從テ配當  
金ヲ以テ使用ノ結果ニ對スル報酬ナルカ故ニ法定果實ニ非ストノ意見ハ反面的  
ニ見テ到底正鵠ヲ得タルモノニ非サル可シト信ス吾人ハ寧ロ配當金ハ學士ノ言

ヲ籍リテ謂ヘハ物ノ使用自體ニ對スル報酬ニ非サルカ故ニ法定果實ナラストス  
ルノ平明且適正ナルニ若カスト信スル者ナリ而シテ吾人亦配當金カ法定果實ニ  
アラサルハ株主ノ拂込金額ハ會社ノ資本ヲ構成シ株主ニ於テ之カ返還請求權ヲ  
有セサルモノナルカ故ニ物ノ使用ノ對價ナル觀念ヲ容ルル余地ナク株主ノ之ヲ  
受領シ得ルハ一ニ會社ニ利益ヲ生シ其決議ニ基クモノナルニ鑑ミ明ナリト信シ  
其論結ハ學士ノソレト其軌ヲ異ニスルモノニアラサルナリ

三四二

五四〇 契約又ハ法律ノ規定ニ依リ當事者ノ一方カ解除權ヲ有スルトキハ其解除ハ相手方ニ對スル意見表示ニ依リ  
テ之ヲ爲ス  
前項ノ意思表示ハ之ヲ取消スコトヲ得ス

契約解除ノ意思表示ニ付テハ法律上何等ノ方式ヲ要スルモノニ非サレハ訴訟當  
事者ハ訴狀答辯書若クハ口頭辯論ニ於テ攻撃又ハ防禦ノ方法トシテ之ヲ爲スヲ  
妨ケサルモノトス

【上告理由】 貸賃人カ賃借人ニ對シ賃貸家屋ノ明渡ヲ求ムルニハ賃貸借契約ノ解除ヲ前提トスルコトハ今更喋々ヲ要セ  
ス而シテ本件ニハ果シテ適法ナル解除ノ事實アルヤ否ヤ第一審以來被告ノ主張ニ徴スルニ毫モ觀ルヘキモノナシ唯第一  
審辯論調書(大正七年三月三十日調書第十九葉ノ裏第十一行ヨリ第十二行ニ至ル)ニ原告訴訟代理人カ「本訴ニ於テ賃貸借  
契約解除ノ申立ヲナス旨附演シタリ」トノ記載アルモ契約ノ解除、賃借人ニ對スル意思表示ニヨリテナスヘキモノニシテ右  
記載ノ如ク裁判所ニ對スル申立ハ何等ノ效力ヲ發生スヘキモノニアラス然ルニ原判決カ契約解除アリタルモノト同視シ被告  
告人ノ請求ヲ認容シタルハ違法ナリ



石坂博士  
飯島博士  
清瀬學士  
大審院

【判決理由】然レトモ契約解除ノ意思表示ニ付テハ法律上何等ノ方式ヲ要スルモノニ非サレハ訴訟當事者ハ訴訟答辯書若クハ口頭辯論ニ於テ攻撃又ハ防禦ノ方法トシテ之ヲ爲スコトヲ妨ケサルハ當院從來ノ判例トスル所(明治三十八年十二月二十一日第一民事部判決参照)ナレハ本件ニ於テ原告大正七年三月三十日附第一審口頭辯論ニ於テ被告上告人ハ上告人ニ對シ貨貸借契約解除ノ意思表示ヲ爲シタルモノトシ被告上告人ノ請求ヲ認容シタルハ相當ニシテ論旨ハ理由ナシ(大審院大正八年(オ)第七四七號同年十一月十二日民三部横田裁判長大倉礎谷松岡鬼澤各判事判決)

【關係事項】

上告人株式會社松江銀行  
一 裁判上ニ於テ解除ノ意思表示ヲ爲スコトヲ得例ヘハ給付ノ訴ニ對シ異議トシテ解除ノ意思表示ヲ爲スカ如シ(法學博士石坂四郎氏日本民法債權下二三〇五頁)  
二 訴訟上相手方ニ對シ攻撃防禦ノ方法トシテ解除ノ意思表示ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤ通説及ヒ判例ハ適法ニ解除ノ意思表示ヲ爲シ得ルコトヲ認ム余モ亦此見解ヲ正當トス故ニ訴訟若クハ答辯書ヲ以テ解除ノ意思表示シ又ハ口頭辯論ニ於テ其意思ヲ表示スルコトヲ得(法學士飯島喬平氏契約總論明大講一四八頁)  
三 契約解除ノ意思表示ニハ方式ナシ如何ナル方法ニ依ルモ可ナリ解除ニ基ク法律上ノ效果ヲ求ムル訴訟ノ訴狀又ハ答辯書若クハ口頭辯論ニ於テ攻撃若クハ防禦ノ方法トシテ之ヲ爲スニ妨ナシ要スルニ相手方ニ到着スレハ可ナリ(法學士清瀬一郎氏債權各論三五判前五六頁)  
四 契約解除ノ意思表示ニ付テハ法律上何等ノ方式ヲ要スルモノニ非サレハ訴訟當事者ハ訴訟答辯書若クハ口頭辯論ニ於テ攻撃又ハ防禦ノ方法トシテ之ヲ爲スコトヲ妨ケス(大審院明治三十八年(オ)第五一七號同年一月二二日判決・民錄第一一輯一七一八頁)  
五 契約解除ノ意思表示ヲ爲ス方法ニ付テハ法律上一一定ノ法式アラサルヲ以テ何等ノ方法ニ依リテモ之ヲ爲シ得ヘキモノトス故ニ訴訟提起ト共ニ訴訟ニ依リテ其意思表示ヲ爲スコトハ訴訟カ相手方ニ送達セラルト同時ニ其ノ意思表示モ亦相手方ニ到達スルヲ以テ之ニ解除ノ效力ヲ發生ス(同上明治三十八年(オ)第七四七號同年五月一六日判決・民錄第九輯五九二頁)  
六 契約解除ノ意思表示ニハ法律上特ニ規定ナキニ因リ買戻契約ノ當事者間ニ於テ買戻ヲ請求スル旨ノ訴狀カ相手方ニ送達セラレタルトキハ則チ意思表示カ相手方ニ到達シタルトキナルヲ以テ買賣契約ノ解除ハ此時ニ於テ其效力ヲ生スルモノトス(同上明治三十四年(オ)第四三九號同三十五年三月五日判決・民錄第八輯三五五頁)  
七 契約解除ノ意思ヲ表示スルニハ明示ノ方法ニテモ又ハ默示ノ方法ニテモ之ヲ爲スコトヲ得ヘキニ因リ「解除權ヲ有スル者

宮城控訴  
院  
東京地方  
裁判所

東京地方  
裁判所  
1181(民法)

カ契約ノ存續ト相容レサル請求ノ訴狀ヲ相手方ニ送達シタルトキハ「解除ノ效力ヲ生スルモノトス(同上明治三十四年(オ)第九六號同年六月八日判決・民錄第七輯卷一三頁)  
八 催告等ヲ要セスシテ契約ノ解除ヲ爲シ得ヘキ特約アルモノハ其解除ノ意思表示ニ付キテ方式ハナシ故ニ強制執行シタル事實ヲ以テ解除ノ意思表示ヲ爲シタルモノト認ムルコトヲ得(明治四〇年七月二四日判決・民錄一巻一六四頁)  
九 契約解除ノ意思表示ハ相手方ニ於テ之カ受領ヲ要スル意思表示ナルカ故ニ苟クモ右意思表示ニシテ相手方ニ向テ爲サレサル限り單ニ相手方カ之ヲ知り得タリトスルモ其者ニ效果ヲ生スヘカラサルモノトス(東京地方大正四年(レ)第二一九號同年一月二八日判決本書第四卷民法三三八〇頁)  
一〇 訴狀ニ於テ買賣契約ノ解除ヲ主張シタルトキハ其訴狀ノ送達ニ依リ之カ解除ノ意思表示ヲ爲サレタルモノト認ムルヲ妥當トス(同上大正三年(ワ)第八四一號(ワ)第一二三八號同年一月二四日判決・本書第三卷民法七五〇頁)  
一一 契約解除ノ意思表示ヲ爲ス方法ニ就テハ法律上一一定ノ法式アラサルヲ以テ解除權ヲ有スル者カ訴狀ニ於テ其意思ヲ表示シ訴狀ノ相手方ニ送達セラルルヲ利用シテ解除ノ效力ヲ發生セシムルコトヲ得(同上明治三十八年(リ)第一六七號同年三月一八日判決法律新聞第二七一號六頁)

三四三

一七七 不動産ニ關スル物權ノ得喪及ヒ變更ハ登記法ノ定ムル所ニ從ヒ其登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス  
五四九 贈與ハ當事者ノ一方カ自己ノ財產ヲ無償ニテ相手方ニ與フル意思ヲ表示シ相手方カ受諾ヲ爲スニ因リテ其效力ヲ生ス  
五五五 賣買ハ當事者ノ一方カ或財產權ヲ相手方ニ移轉スルコトヲ約シ相手方カ之ニ其代金ヲ拂フコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ス  
登記法第三五 登記ヲ申請スルニハ左ノ書面ヲ提出スルコトヲ要ス  
二 登記原因ヲ證スル書面  
同五〇第二項 事項欄ニ登記ヲ爲スニハ申請書受附ノ年月日受附番號登記權利者ノ氏名住所登記原因其日附登記ノ目的其他申請書ニ掲ケタル事項ニシテ登記スヘキ權利ニ關スルモノヲ記載シテ登記官吏捺印スルコトヲ要ス  
贈與ニ因ル真正ノ所有權移轉ノ合意アリタル以上其登記カ假令賣買ニ因ル所有權移轉ノ名義ニ於テ爲サレタリトスルモ之ニヨリテ所有權取得ヲ妨グルモノニ非ス



明治三十七年五月二十六日訴外山本清翁ノ隱居ニ因リ訴外山本清藏カ家督相續サ爲シ本件三筆ノ土地ノ所有權モ右相續ニ因リテ清藏ニ移轉シ同年九月五日之カ相續登記ヲ爲シタル事實及ヒ本件ノ土地ノ内佐内町左ノ二筆ニ付テハ右相續登記ノ日又川瀬石町所在ノ一筆ニ付テハ明治三十九年七月二十六日何レモ山本清藏ヨリ訴外山本清翁ニ買買ニ因ル所在權移轉登記ヲ爲シタル事實ハ本件當事者間ニ爭無シ原告ハ右清藏ヨリ清翁ヘノ土地賣買ハ何レモ假裝ノ賣買ニシテ眞ニ所有權ヲ移轉シタルモノニ非ス本件土地ノ所有權ハ依然トシテ清藏ニ存シタルモノナリト主張シ被告等ハ之ニ對シ佐内町所在ノ二筆ノ土地ハ清翁ノ隱居財產トシテ又川瀬石町所在ノ土地ハ被告山本彌一ニ與フヘキ財產トシテ何レモ清藏ヨリ清翁ニ贈與シタルモノニシテ眞正ニ所有權ヲ移轉シタルモノナリト抗爭ス仍テ此點ニ付キ審按スルニ成立ニ爭ナキ甲第二號證一、及乙第三號證證人三橋茂兵衛大塚彌吉ノ證書ニ依リテ其成立ヲ認メ得ヘキ乙第一號證及ヒ第四號證證人三橋茂兵衛大塚彌吉ノ證言ニ徵スレハ訴外山本清翁ノ戸主タリシ當時其家督相續人タリシ被告山本彌一ヲ廢除シテ訴外山本清藏ヲ家督相續トシ次テ清翁隱居ニ因リ清藏カ相續ヲ爲シタルモノニシテ本件ノ土地ハ清藏ノ相續シタル財產中僅少ノ部分ニ過キス而カモ誠ニ被告等ノ抗辯ノ如ク佐内町所在ノ二筆ノ土地ハ清翁ノ隱居財產トシテ又川瀬石町所在ノ土地ハ被告山本彌一ニ與フヘキ財產トシテ何レモ清藏ヨリ清翁ニ贈與シタルモノニシテ從テ清藏ト清翁トノ間ニハ眞ニ所有權移轉ノ合意アリタル事實ヲ認定スルニ十分ニシテ未ダ右認定ヲ覆スニ足ル立證無シ而シテ右ノ如ク贈與ニ因ル眞正ノ所有權移轉ノ合意アリタル以上本件土地ノ所有權ハ清翁ニ歸シタルコト明カニシテ其登記カ假令賣買ニ因ル所有權移轉ノ名義ニ於テ爲サレタリトスルモ之ニ依リテ清翁ノ所有權取得ヲ妨ケタルモノニ非ス從テ訴外山本清藏ハ當時既ニ本件土地ノ所有權ヲ失ヒタルモノト謂フヘク從ツテ亦訴外山本清藏ヨリ本件土地ノ所有權ヲ讓受ケタリト主張スル原告カ本件土地ノ所有權ヲ有スル者ニアラサルコト明白ナリト云ハサルヘカラス(東京地方裁判所大正七年(ワ)第一三四六號同八年一

○月二八日民四部岡村裁判長山島細川各判事判決

【關係事項】 原告敗訴 ○ 動産登記抹消並ニ引渡請求事件 ○ 原告中村義太郎訴訟代理人辯護士松澤讓吉同大井靜雄 ○ 被告山村保全株式會社法律上代理人取締役山本タマ訴訟代理人辯護士所澤貞太郎同中山成太郎

【同趣旨判例】

一 登記ハ不動產上ノ權利ノ得喪變更ニ關スル法律事實ヲ公示スル方法ナルヲ以テ其事實カ一定ノ法律行爲ナルトキハ其法律行爲ヲ表示スヘク不動產登記法ニ所謂登記原因トハ此場合ニ於テハ其表示セラルヘキ法律行爲ヲ指稱スルモノニシテ贈與ト賣買トハ其契約ノ内容ヲ異ニシ別個ノ法律行爲ナリト雖モ權利移轉ノ效果ヲ生スル法律行爲ナルノ點ニ於テ異ナル所ナキヲ以テ贈與ニ因リ有效ニ不動產ノ所有權ヲ移轉シタル場合ニ於テ其登記原因ヲ單ニ賣買ト爲シタリトスルモ既ニ適法ノ手續ニヨリ登記セラレタル以上ハ其登記原因ナル故ノミナリテ之カ無効ヲ主張スヘキ何等正當ノ利益ヲ有セス(大審院大正五年(オ)第九五九號同年一月三日民三部判決本書第六卷附法三五頁)

二 受遺者カ遺贈ニ因リ不動產ノ所有權ヲ取得セルニ拘ハラス其事實ヲ知ラスシテ遺贈者ノ死後該不動產ヲ買受ケタリト爲シ賣買ニ依ル所有權取得ノ登記ヲ爲シタル後該當權ヲ設定シ之カ登記ヲ爲シタル場合ニ於テハ右抵當權設定ノ登記ハ事實ニ吻合スルモノナルヲ以テ無効ニ非ス(同上民錄四年八〇四頁)

三 所有權移轉ハ無償讓渡ナルニ拘ラス其登記ニ關シ賣買名義ヲ用フルモ所有權移轉行爲及ヒ其登記ハ有效ナルモノトス(東京控訴大正四年(ネ)第一〇三號同五年二月二八日判決本書第五卷民法一六三頁)

判旨ハ正當ナリ蓋シ所有權移轉ニ付キ眞正ノ合意アリタルトキハ所有權ハ之ニ基キ移轉シ登記ノ有無ハ何等所有權取得ヲ妨ケサルノミナラス苟モ適法ニ登記アルトキハ爾後第三者ハ當該所有權取得ヲ否認スルコトヲ得サルモノトス然リ而テ登記眞實ノ原則ニ反スルヤ否ヤハ登記原因ヲ債權的原因行爲ト解スルヤ又ハ物權的給付行爲ト解スルヤニ依リ其結論ヲ異ニスト雖モ吾人ハ後ノ見解ヲ正當トス(第六卷民法六四頁評論)ルカ故ニ贈與ニ依ル不動產物權ノ變動ヲ賣買名義ヲ以テ登記シタルトキト雖モ登記眞實ノ原則ニ反スルコトナケレハナリ(第六卷



諸法四二頁

(三四四)

八四三第一項 養子ト爲ルヘキ者カ十五年未滿ナルトキハ其家ニ在ル父母之ニ代ハリテ縁組ノ承諾ヲ爲スコトヲ得  
 未成年者乙ノ實母甲カ戸籍面上乙ノ母ニ非ストスルモ民法第八四三條第一項ニ  
 依レハ一五歳未滿ノ養子縁組ニ關シテハ戸籍簿ノ記載ノ如何ヲ問ハス其家ニ在  
 ル父母ハ之ニ代リテ其縁組ニ承諾ヲ爲ス權利ヲ爲スモノナレハ乙ノ實母ニシ  
 テ縁組當時乙ノ家ニ在リタル甲ハ乙ノ縁組ニ關シ承諾ヲ爲ス權利アルモノニシ  
 テ之ニ付キ利害關係ヲ有スルモノナレハ該縁組ノ無効ヲ主張スル權利ヲ有スル  
 モノトス

民法第八四三條第一項ハ一五歳未滿ノ者カ養子ト爲ル場合ニ於テハ其家ニ在ル  
 眞實ノ父母ニ對シ之ニ代リテ縁組ノ承諾ヲ爲ス權能ヲ與ヘタルモノニシテ眞實  
 ノ父母ニ非サル限り單ニ戸籍上父母ト爲リ居ルモ之カ爲メ前示ノ權能ヲ取得ス  
 ルモノニ非スト解スヘキモノトス

先ツ原告ハ本訴提起ノ權利ヲ有セサルモノナリヤ否ヤニ付キ案スルニ被告乙數及ハ  
 つノ主張スル如ク原告カ戸籍面上被告春子ノ母ニアラサルコトハ甲第一號證ノ二ニ  
 依リ明カナレトモ民法第八四三條第一項ニ依レハ一五歳未滿ノ養子縁組ニ關シテハ  
 戸籍簿ノ記載ノ如何ヲ問ハス其家ニアル父母ハ之ニ代リテ其縁組ニ承諾ヲ爲ス權利  
 ヲ有スルモノナリト解スヘク原告カ被告乙數及ハつト被告春子ト養子縁組ヲ爲セタ

ル大正五年三月一六日當時右春子ノ家ニ在リタルコト茲ニ當時春子カ一五歳未滿ナ  
 リシコトハ甲第一號證ノ一、二ニ依リ又原告カ右春子ノ實母ナルコトハ證人日置ユキ  
 ノ證言ニ徴シ執レモ明瞭ナルトコロナルヲ以テ原告ハ被告春子ノ縁組ニ關シ承諾ヲ  
 爲ス權利アルモノニシテ之ニ付キ利害關係ヲ有スルモノナリト認ムヘク從テ該縁  
 組ノ無効ナルコトヲ主張スル爲メ本訴ノ提起ヲ爲ス權利ヲ有スルモノナリヤ蓋シ謂  
 フナ俟タサルトコロナリ仍テ此點ニ關スル被告乙數及ハつト抗辯ハ其理由ナシ  
 次ニ進ンテ本案ニ付キ案スルニ甲第一號證ノ二、三ニ依レハ前示被告乙數及ハつ及春子  
 間ノ本件養子縁組ニ付キテハ戸籍簿上右春子ノ父母タル訴外獅子田辰藏及同ことニ  
 於テ全人ニ代テ該縁組ノ承諾ヲ爲シ大正五年三月一六日東京市戸籍吏全市日本橋區  
 ノ新井友三郎ニ對シ其届出ヲ爲シタルモノナルコト明カナレトモ證人日置ユキノ證  
 言ニ徴スレハ前示辰藏及ことハ執レモ春子ノ父母ニアラサルモノニシテ右戸籍ノ記  
 載ノ虛偽ナルコト明瞭ナリ而シテ民法第八四三條第一項ニ依レハ一五歳未滿ノ者カ  
 養子トナル場合ニ於テハ其家ニ在ル眞實ノ父母ニ對シ之ニ代リテ縁組ノ承諾ヲ爲ス  
 權能ヲ與ヘタルモノナリト謂フヘク眞實ノ父母ニアラサル限り單ニ戸籍上父母ト爲  
 リ居ルモ之カ爲メ前示ノ權限ヲ取得スルモノニアラスト解スヘキヲ以テ右辰藏及こ  
 とカ春子ニ代リテ承諾ヲ爲シ其届出ヲ了シタル本件養子縁組ハ權限ナキ者ニヨリ爲  
 サレタルモノニシテ從テ春子ノ側ヨリ之ヲ見レハ眞正ナル權利者タル原告ノ承諾ヲ  
 缺クモノト云フヘク右縁組ハ當然無効ナリト認メサルヘカラス(東京地方裁判所大正八年(タ  
 第一二五號同年一〇月二九日民一部大森裁判長山田佐藤各判事判決)

【關係事項】 被告敗訴○養子縁組無効確認事件○原告獅子田ヨシ訴訟代理人辯護士河合廉一被告取先乙數外二名訴訟代理人辯  
 護士渡邊武左工門同谷村唯一同野村六三郎

【民法第八四三條ノ其家ニ在ル父母ノ意義ニ關スル同趣旨判例】

民法第八四三條第一項ノ規定ハ養子ト爲ルヘキ者ノ家ニ在ル眞實ノ父母ニ養子縁組ノ承諾ヲ爲ス權能ヲ與ヘタルモノナレハ戸



籍簿上父母ナルモ眞實ノ父母ニ在ラサル者ハ右ノ權能ヲ有セサルモノトス(東京地方大正四年(多)第五八號同年五月三日判決  
本書第四卷民法三九九頁)

【同上異趣旨參照學說】

民法ニ於テ家ニ在ル父母トハ同一家族團體ノ組織内ニ在ル父母ヲ謂フ蓋シ各家族團體ノ組織ハ戶籍ニ因リテ之ヲ證明スルモノ  
ナリ故ニ同一家族團體ノ組織内ニ在ル父母ハ即チ同一戶籍内ニ屬スル父母ノ謂ナリ從テ婚姻ノ當事者タル子女ト同居ナリニス  
ルト否トナ開フコトナク生計ヲ別ニスルト否トナ論スルコトナシ(法學博士奧田義人氏日本親族法大正五中大講一三七頁)  
子女ノ婚姻ニ付キ同意權ヲ有スル者ハ其家ニ在ル父母ニ限ルコト右說述スル所ノ如シ故ニ實父母ト雖モ他家ニ在ルトキハ同意  
權ヲ有スルコトナシ(全上一三八頁)  
民法ハ養子ト爲ルヘキ者カ十五年未滿ナルトキハ其家ニ在ル父母之ニ代ハリテ縁組ノ承諾ヲ爲スコトヲ得ルモノトシタリ其家  
ニ在ル父母トハ婚姻ノ場合ニ說明シタル所ニ同シ(全上三二六頁)

【同上參照學說】

一 民法第八四三條ハ十五歲未滿ノ者カ養子ト爲ルニハ其父母ノ承諾ヲ以テ縁組ヲ爲スヘキモノトセリ其承諾ヲ爲スヘキ父母  
ハ其家ニ在ル父母タルハ恰モ結婚離婚等ノ場合ニ於ケルニ如シ(法學博士梅謙次郎氏民法要義親族二八七)  
二 養子ノ意思表示ヲ代表ヘ可キ父母ハ其家ニ在ル者ニ限ルコトハ子カ婚姻ヲ爲ス際父母ノ同意ヲ得ル場合ニ同シキナリ(法  
律學士掛下重次郎氏民法親族法政大學講義錄二〇三頁)

(三四五)

- 四一三 債權者カ債務ノ履行ヲ受クルコトヲ拒ミ又ハ之ヲ受クルコト能ハサルトキハ其債權者ハ履行ノ提供アリタ  
ル時ハ遲滞ノ責ニ任ス
- 四九四 債權者カ債務ノ受領ヲ拒ミ又ハ之ヲ受領スルコト能ハサルトキハ其債權者ハ履行ノ提供アリタ  
ル時ハ遲滞ノ責ニ任ス
- 供託シテ其債務ヲ免ルコトヲ得ル債務者ノ過失ナクシテ債權者ヲ確知スルコト能ハサルトキ亦同シ
- 五四一 當事者ノ一方カ其債務ヲ履行セサルトキハ相手方ハ相當ノ期間ヲ定メテ其履行ヲ催告シ若シ其期間内ニ履  
行ナキトキハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得
- 五九四 借主ハ契約又ハ其目的物ノ性質ニ因リテ定マリタル用方ニ從ヒ其物ノ使用及ヒ收益ヲ爲スコトヲ要ス借  
主ハ貸主ノ承諾アルニ非サレハ第三者ヲシテ借用物ノ使用及ヒ收益ヲ爲サシムルコトヲ得ス
- 借主カ前二項ノ規定ニ反スル使用及ヒ收益ヲ爲シタルトキハ貸主ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得

貸借家屋ノ構造及ヒ造作ヲ貸借人ノ承諾ヲ得スシテ著シク變更シ其價值ヲ減損  
セシメ物ノ用方ノ範圍ヲ超ヘタル使用收益ヲ爲シタル場合ニ於テモ貸借又ハ特  
約又ハ右違反行爲停止義務ノ履行遲延アリタルコトヲ原因トシテ一般規定タル  
民法第五四一條ニ依リテ契約ヲ解除スルハ格別右違反行爲ヲ原因トシテ直ニ契  
約ヲ解除スルコトヲ得サルモノトス

供託ハ債權者ノ遲滞ヲ要件トセザルノミナラス債權者カ豫メ給付ノ受領ヲ拒ミ  
法定ノ手續ヲ履踐スルモ之ヲ受領セルコト明確ナル場合ニハ斯ル手續ハ結局無  
用ノ手数ニ歸スルヲ以テ債務者ハ給付ニ必要ナル準備ヲ爲シ之ヲ債權者ニ通知  
シテ其受領ヲ催告スルコトナク直ニ供託ヲ爲スモ供託ノ效力ヲ生スルモノトス

六一六 第五九四條第一項第五七七條第一項及ヒ第五九八條ノ規定ハ貸借債ニ之ヲ準用ス

被告カ原告ヨリ原告主張ノ家屋チ一ヶ月賃料二十圓毎月末日拂ノ約ニテ賃借シタル  
コトハ當事者間ニ爭ナレ原告ハ被告ノ承諾ヲ得スシテ該家屋ノ構造及ヒ造作ヲ變更  
シ且該家屋チ他ニ轉借シタル外賃料ノ支拂ヲ遲滞シ法律上契約ノ義務ニ違反シタル  
ヲ以テ大正八年四月十七日右賃借契約ヲ解除シタリト主張スルヲ以テ按ズルニ凡  
ソ賃借又ハ契約又ハ目的物ノ性質ニ因リテ定マリタル用方ニ從ヒ其物ノ使用及ヒ收  
益ヲ爲スコトヲ要スルハ勿論ナリト雖モ民法第六百十六條ニテ同法第五百九十四條  
第三項ノ準用ナキヲ以テ原告主張ノ如ク賃借分家屋ノ構造及ヒ造作ヲ貸借人ノ承諾  
ヲ得スシテ著シク變更シ其價值ヲ減損セシメ物ノ用方ノ範圍ヲ超ヘタル使用收益ヲ  
爲シタル場合ニ於テモ貸借又ハ特約又ハ右違反行爲停止義務ノ履行遲延アリタルコ  
トヲ原因トシテ一般規定タル民法第五百四一條ニ依リテ契約ヲ解除スルハ格別、右



違反行為原因トシテ直ニ契約ヲ解除スルコトヲ得サルモノトス次ニ被告カ本件家  
 屋ヲ訴外金澤莞爾ニ轉貸シタルコトハ當事者間ニ爭ナキ事實ナリト雖モ證人桂菊次  
 郎ノ供述ニ依レハ大正七年七月頃被告カ之ヲ轉貸スルニ當リ原告ノ承諾ヲ得タルコ  
 トヲ認メ得ヘキヲ以テ被告ハ何等法律上ノ義務違背ナキモノト謂ハサルヘカラス尙  
 成立ニ爭ナキ第一號證ニ依レハ原告主張ノ如ク一回ニテモ貨料ノ支拂ヲ遲滞シタ  
 ルトキハ催告ヲ要セス直ニ契約ヲ解除シ得ヘキ特約アルコト明白ニシテ被告ハ同號  
 證ノ記載ニ付テハ之ヲ拘束セラルヘキ意思ナカリシモノナル旨抗辯スレトモ之ヲ是  
 認スヘキ何等ノ立證ナシ又乙第一號證ノ成立ハ證人山中善吉米谷俊三ノ供述ニ依リ  
 之ヲ認メ得ヘシト雖モ同號證ハ甲第一號證ノ契約後本件家屋ノ造作ヲ變更スルコト  
 ニ關シ甲第一號證ノ追加トシテ特約ヲ爲シタルモノト認ムルヲ相當トスヘク到底同  
 號證ノ契約ニ依リ甲第一號證ノ契約力廢棄又ハ變更セラレタルモノト認ムルコト能  
 ハス而シテ被告カ原告ニ對シテ大正八年一月、二月、三月ノ貨料六十圓ヲ其各月末ニ支拂ハ  
 ス同年四月八日ニ至リ内金三十圓ヲ支拂ヒタルコトハ被告ノ認ムル所ナレトモ證人  
 岡山増治ノ供述ニ依レハ同月中旬頃原告ノ代理人米谷俊三ハ殘額三十圓ニ付テハ當  
 時被告ト訴外金澤莞爾トノ間ニ生シタル紛爭ノ解決スルマテ一時其支拂ヲ猶豫スル  
 コトヲ承諾シタルモノニシテ原告主張ノ契約解除ノ意思表示カ被告ニ到達シタル同  
 月十七日ハ尙其猶豫中ナリシコトヲ得此點ニ關スル證人米谷俊三ノ供述ニ依リ被告  
 然ラハ被告ハ貨料債務ニ付キ何等ノ遲滞ノ責ヲキモト謂ハサルヲ得ス此ノ如ク被  
 告ニ法律上又ハ契約上ノ義務違背ナキ以上原告主張ノ契約解除ノ意思表示ハ其效ヲ  
 キモノト論斷スルヲ至當トス然レトモ證人石村連太郎米谷俊三ノ各供述ニ依リ  
 綜合スレハ本訴カ當裁判所ニ繫屬後ナル大正八年五月中被告ハ原告ノ承諾ヲ得スレ  
 テ訴外石村連太郎ヲシテ帽子製造營業ノ爲メ本件家屋ヲ使用セシムル目的ヲ以テ同  
 人ニ對シ該家屋ノ一部ヲ引渡スト同時ニ該家屋ニ備付ケ居リタル機械類並ニ疊建具  
 ナ老舖料ト共ニ代金三百五十圓ニテ賣却シタルヨリ同人ハ自ラ該家屋ノ造作ヲ變更

シ帽子製造用器具ヲ同家屋内ニ運搬シテ之カ製造ノ準備行為爲シ同月ノ貨料トシ  
 テ金二十圓ヲ被告ニ支拂ヒタル事實明白ナルカ故ニ被告ハ該家屋ヲ不法ニ轉貸シタ  
 ルモノト謂ハサルヘカラス而シテ原告カ之ヲ理由トシテ同年七月十五日被告ニ對シ  
 貨料契約解除ノ意思ヲ表示シタルコトハ同日ノ本件口頭辯論調書ノ記載ニ依リ明カ  
 ナルヲ以テ右契約ハ同日適法ニ解除セラレタルモノナレハ被告ハ原告ニ對シ本件家  
 屋ヲ明渡スヘキ義務アルコト勿論ナリ進テ原告ノ貨料及ヒ損害金ノ請求ニ付キ按  
 スルニ被告カ原告ニ對シ大正八年二月十五日ヨリ同年四月十七日マテノ貨料ノ内四  
 十圓ノ支拂ヲ爲ササルコトハ被告ノ認ムル所ナレトモ證人岡山増治ノ供述ニ依レハ  
 前記被告ト訴外金澤莞爾トノ紛爭ハ訴外岡山増治ノ仲裁ニ依リ解決シタルヲ以テ大  
 正八年四月末頃被告ヨリ原告ニ對シ右貨料ノ支拂方ヲ申出テタル處原告代理人米谷  
 俊三ハ本件ハ既ニ辯護士ニ一任シタル故ヲ以テ豫メ之カ受領ヲ拒絕シタル事ヲ認ム  
 ルニ足ル此點ニ關スル證人米谷俊三ノ供述ハ信憑セス而シテ成立ニ爭ナキ乙第三號  
 證ニ依レハ被告ハ大正八年五月十九日原告カ同年一月ヨリ四月マテノ貨料ヲ受領  
 拒ミタル理由トシテ金五十圓ヲ大阪本金庫ニ供託シタル事實明白ナルカ故ニ原告  
 請求ノ金四十圓ノ貨料ニ付テハ被告ハ既ニ其債務ヲ免レタルモノトス蓋シ供託ハ債  
 權者ノ遲滞ヲ要件トセサルノミナラス債權者カ豫メ給付ノ受領ヲ拒ミ法定ノ手續ヲ  
 履踐スルモ之ヲ受領セサルコト明確ナル場合ニハ斯カル手續ハ結局無用ノ手續ニ歸  
 スルコトナク直ニ供託ヲ爲スモ供託ノ效力ヲ生スルモノト解スルヲ妥當トスレハナ  
 リ次ニ前記ノ如ク大正八年四月十七日ノ契約解除ノ無効ナル以上原告請求ノ同月十  
 八日ヨリ同年七月十五日ニ至ルマテノ損害金ノ請求ノ失當ナルコト言ハタサル所  
 ナリ然レトモ前記ノ如ク同年七月十五日ノ契約解除ハ有效ナルヲ以テ原告ハ被告カ  
 該家屋ヲ占據スルニ依リ約定ノ貨料ニ相當スル損害ヲ被ルモノト謂フヘク同月十六  
 日ヨリ明渡濟マテノ一ヶ月金二十圓ノ割合ニ因ル損害請求ノ正當ナルコト是亦勿論



横田博士 鈴木博士 鳩山博士 嘉山博士 飯島博士 伴學士 清瀨學士 清水學士 末弘學士

トス(大阪區大正八年(一)第二一〇二號同年九月二五日勅使河原判事判決法律新聞第一六一九五頁)
【關係事項】一部棄却○家屋明渡家賃損害請求事件○原告米谷新助訴訟代理人辯護士辻村政治○被告松本岩之助訴訟代理人辯護士渡部

【判旨第一點貸借ト使用収益ノ範圍ニ關スル參照學說】

一 當事者カ契約ヲ以テ貸借物ノ使用収益方法ヲ定メタルトキハ賃借人ハ其方法ヲ以テ借物ノ使用収益ヲ爲スノ義務アリ契約ニ其定メナキトキハ賃借人ハ物ノ性質上自カラ定メラルル用法ニ從ヒ其使用収益ヲ爲スコトヲ要ス(法學博士横田秀雄氏債權各論五一頁)
二 借主ハ借物ヲ使用スルノ權利ヲ得ルモノナレトモ其之ヲ使用スルノ方法ニ至リテハ物ノ所有者ノ如ク隨意ニ使用スルコトヲ得ス故ニ之ハ借主ノ義務ト云ハシヨリハ寧ロ借主ノ權利ノ制限ト云フヲ以テ妥當ナリトナス(法學博士鈴木喜三郎氏債權各論目大講一六五頁)
三 使用及ヒ収益ハ契約又ハ目的物ノ性質ニ因リテ定マリタル用法ニ從ヒテ之ヲ爲スコトヲ要ス(法學博士鳩山秀夫氏債權各論中四八頁)
四 賃借人ハ貸借契約又ハ貸物ノ性質ニ因リテ定マリタル用法ニ從ヒ借物ノ使用収益ヲ爲スコトヲ要ス(六一六條五九四條一項)若シ之ニ反スル使用収益ヲ爲シタルトキハ賃借人ハ之ニ因リ生シタル損害賠償スルノ義務アリ雇人來客等カ借物ニ加ヘタル過失ニ付テハ主人ハ其雇人應接等ニ過失アラサル限りハ損害賠償ヲ爲スノ義務ナシ損害賠償ヲ爲スヘキ義務ハ不法行為ノ原則ニ從ヒ貸借物ノ所有權其他ノ權利ヲ侵害シタル雇人來客等ニアルヘシ(法學博士嘉山幹一氏債權各論明治三四年商日大講二三頁)
五 當事者ハ契約ヲ以テ使用収益ノ方法ヲ定メタルトキハ賃借人ハ其方法ヲ以テ使用収益ヲ爲スコトヲ要シ若シ契約ナキトキハ借物ノ性質ニ因リテ定マリタル用法ニ從ヒテ使用収益ヲ爲スコトヲ要ス之ニ違反シタルカ爲メ損害ヲ生シタルトキハ賃借人ノ賠償ノ責任ニ任ス(法學博士飯島喬平氏民法要論七三四頁)
六 賃借人ハ契約以外ノ方法範圍ニ於テ借物ヲ使用スルコトヲ得キハ勿論ナリ(法學博士伴學士債權各論京都法政一第一二三頁)
七 賃借人ハ契約又ハ其目的物ノ性質ニ因リテ定マリタル用法ニ從ヒ其物ノ使用収益ヲ爲スコトヲ要ス(民六一六條五九四條一項)此義務ニ違反シ目的物ノ用法以外ニ濫用スルトキハ損害賠償ノ責任ヲ負フ(法學博士清瀨一郎氏債權各論三五前六一六八頁)
八 契約又ハ借物ノ性質ニ因リテ定マリタル用法ニ從ヒ借物ノ使用収益ヲ爲スヘキ義務アルコトハ民法六一六條ノ規定ニ依リ使用収益ニ付テノ規定タル五九四條一項ヲ賃借借ニ準用シタルニ依リ明瞭ナルコトニシテ敢テ説明ヲ要セザルコトト信ス(法學博士清水一郎氏債權明大講第三六四頁)
九 借物ノ使用収益ハ賃借人ノ權利トシテ之ヲ行ヒ得ル所ナルモ其方法ハ常ニ契約又ハ借物ノ性質ニ因リテ定マリタル

横田博士 鳩山博士 村上學士 末弘學士 梅博士 伴學士 1191 (民法)

【同上貸借ト民法第五九四條第三項準用ニ關スル同趣旨學說】

方ノ範圍内ニ止マルコトヲ要スルモノニシテ賃借人若シ其範圍ヲ越ユル使用収益ヲ爲シタルトキハ債權不履行ニ基テ損害賠償ヲ爲ササルヘカラサルハ勿論其因リテ取得シタル利益ハ不當利得ノ原則ニ從テ之ヲ返還セサルヘカラス(法學博士末弘學士債權各論六〇七頁)
一〇 賃借人ノ爲シ得ヘキ使用収益ノ範圍ハ契約又ハ借物ノ性質ニ因リテ定マルモノナルコト法律ノ明言スル所ナルモ茲ニ契約トハ契約上ニ明示セラレタル文言ノミヲ謂フニアラスシテ契約締結ニ付テノ各事情ヲ基礎トシテ推論セラルル契約ノ全趣旨ヲ謂フモノトス面シテ又此場合ニ取引上ノ慣習並ニ誠實ノ要求ヲ參照スヘキコトハ法文取テ之ヲ明示セザルモ素ヨリ當然ノコトニ屬ス(同上)
一 賃借人カ契約又ハ目的物ノ性質ニ因リテ定マリタル用法ニ反シテ其物ノ使用収益ヲ爲シタル爲メ賃借人ニ損害ヲ被ラシメタルトキハ賃借人ハ債務ノ不履行ニ關スル一般ノ原則ニ從ヒ契約ヲ解除シ又ハ賃借人ニ對シテ其賠償ヲ請求スルコトヲ得(法學博士横田秀雄氏債權各論五一二頁)
二 使用収益ト異ルハ第五九四條第三項ノ準用ナク隨テ違反行為ノ結果當然解除權ヲ生セザルコトナル蓋使用借借ト異リ有償行為ナルカ故ニ此差異ヲ認メタリ隨テ賃借人ハ先ツ相當ノ期間ヲ定メテ違反行為ノ停止ヲ請求シ其債務不履行理由トシテ解除ヲ爲スコトヲ得ルニ止マル不法行為理由トスル損害賠償請求權等ニ付ハ使用借借ノ場合ト異ナラス(法學博士鳩山秀夫氏債權各論中四八頁)
三 賃借人カ用法ニ反シテ借物ノ使用及収益ヲ爲シタルトキハ如何使用借借ニ在リテハ同様ノ場合ニ於テ貸主ハ一般ノ規定ニ依ラス直ニ契約ヲ解除スルコトヲ得(五九四條三)然ルニ貸借借ニ在リテハ斯ノ如キ規定ナシ惟フニ此ノ關係ニ於テ使用借借ト貸借トハ區別スヘキ十分ノ理由ナシ然レトモ明文ナキ場合ニ於テ安ニ解釋ヲ以テ之ヲ補充スルコトヲ許サズ結局本件ノ場合ニ於テハ賃借人ハ一般ノ規定ニ依リテ契約ヲ解除スルノ外ナキモノト認ム(法學博士村上恭一氏債權各論五九一頁)
四 民法ハ使用借借ニ付テハ義務違反理由トシテ貸主ニ解除權ヲ與ヘタルモ(五九四條三)貸借借ニ付テハ之ヲ認メザルカ故ニ(六一六條)貸借借ハ單ニ違反行為中止ノ不作爲請求ニ依リテノ賃借人ノ義務違反ヲ免レ得ルニ過キサルカ如キ觀アリト雖モ實ハ五四一條ノ一般規定ニ依リテ尙解除ヲ爲ス事ヲ妨ケザルヘシ債權各論六〇七頁)

【同上異趣旨學說】

一 五九四條三項ノ規定ヲ同條一項ノ規定ノ制裁トシテ準用スヘキハ固ヨリ言フナ俟タサル所也(法學博士梅謙次郎氏民法要義債權六六八頁)
二 賃借人カ越權ノ使用収益ヲ爲シタルトキ賃借人ハ契約ヲ解除スルコトヲ得可キ乎使用借借ニ於テハ之ヲ認ムルモ六一六條ハ五九四條一項ヲ準用スルニ止メ三項ヲ準用セス從テ解除權ヲ認メザルモノト解スヘキカ如キモ此ノ如キハ法ノ主意ニ非ス



(法學士伴房次郎氏契約各論京都法政講義二二三〇)

【判旨第二點債權者ノ遲滯ハ供託ノ要件ナリヤ否ヤニ關スル同趣旨學說】

一 債權者カ履行ノ提供ヲ受ケタルト履行ノ提供ヲキ前ニ於テ豫メ辨濟ノ受領ヲ拒ミタルトテ問ハス故ニ我民法ニ於テハ債權者ノ遲滯ハ供託ヲ爲シ得ルノ條件ニ非ス獨民法三七二ト異ナル(法學博士川名兼四郎氏債權法要論五四三頁)

二 債權者カ辨濟ノ受領ヲ拒ミ又ハ之ヲ受領スルコト能ハサルトキトハ主トシテ債權者カ受領遲滯ノ責ニ任スル場合ナク云フ然レトモ必スシモ債權者ノ遲滯ノ場合同ニ限ラズ蓋債權者ノ遲滯ヲ生スルニハ給付ノ提供アルコトヲ要ス從テ辨濟者カ始メヨリ提供ヲ爲スコト能ハサル場合ハ債權者ハ受領ノ遲滯ナクシテ而モ給付ヲ受領スルコト能ハサル場合ナリ……此等ノ場合ニハ債權者ハ受領ノ遲滯ノ責ニ任セサルモ尙給付ヲ受領スル事能ハサル場合タリ從テ此等ノ場合ニハ辨濟者ハ提供ヲ爲サズレテ直チニ供託ヲ爲スコトヲ得更ニ債權者カ客觀的不確定ナル場合モ亦債權者カ給付ヲ受領スルコト能ハサル場合ナルカ故ニ辨濟者ハ直チニ供託ヲ爲スコトヲ得客觀的不確定トハ單ニ辨濟者ノミニ債權者カ不確定ナルノミナラス一般ニ不確定ナルヲ云フモノナルカ故ニ客觀的不確定ノ場合ハ主觀的ニモ不確定ナルハ云フヲ俟タス(法學博士石坂晉四郎氏民法債權論中卷一四九八頁)

三 債權者カ辨濟ノ受領ヲ拒ミ又ハ之ヲ受領スルコト能ハサル主要ナル場合ハ債權者遲滯ノ場合ナリ然レトモ必スシモ辨濟ノ提供アリタルコトヲ要セサルニヨリ債權者遲滯ヨリハ其場合廣シ(法學博士鳩山秀夫氏日本債權法三七二頁)

四 債權者遲滯ニ在ルトキハ債權者ハ供託ヲ爲シテ其債務ヲ免ルルコトヲ得ルハ言ヲ俟タサル所ナレトモ供託ノ適法ナルカ爲メニハ必スシモ債權者ニ於テ辨濟ノ提供ヲ爲シ得ルニ付遲滯ニ附スルコトヲ必要トスルモノニ非ス苟モ債權者ニ於テ辨濟ノ受領ヲ拒絶スル以上ハ債權者ハ履行ノ提供ヲ爲スコトヲ直ニ辨濟ノ目的物ヲ供託スルコトヲ得ルモノトス(法學士磯谷幸次郎氏債權法論下卷五六三頁以下)

【同上ニ關スル反對學說判例】

一 債權者カ辨濟ノ受領ヲ拒ミタルトキト謂フハ辨濟者カ債務ノ本旨ニ從テ辨濟ノ提供ヲ現實ニ爲シタルニ對シテ爲サレタルモノナラサルヘカラス然ラサル限リ債務者ノ利益ヲ保護シテ供託方法ニ依リ其債務ヲ免レシムルノ必要ヲ認ムル能ハサレハナリ(法學士須賀三郎氏債權論大正五年度中大講義錄三五頁)

二 債務者カ豫メ辨濟ノ受領ヲ拒絶シタル場合ト雖モ辨濟者ハ適法ノ提供ヲ爲シ辨濟ノ受領ヲ拒絶セラレタルトキニ在ラ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(大審院明治四〇年(オ)第一二六號同年五月二〇日四民二部判決民事判決錄第一三三頁五六頁)

三 供託ニヨリ債務ヲ免カレントセハ先ツ辨濟ノ提供ヲ爲ササルヘカラスルモノニシテ辨濟提供ノ事實ヲ立證スル能ハサルモノノ供託ハ不適法ニシテ債務免除ノ效ナキモノトス(明治三八年本五〇五號同三九年二月二日判決・新聞三四五號六頁)

【同上ニ關スル參照判例】

債權者カ債務者ニ對シテ債權ノ目的タル給付ヲ拒ミタル場合ニ債務者カ目的物ノ供託ニ因リテ其債務ノ免脱ヲ得ルカ爲メニハ給付ヲ爲スニ必要ナル準備ヲ爲シ之ヲ債權者ニ通知シ債權者ナシテ之ヲ受領スルコトヲ得シムヘキ狀態ヲ作爲スルコトヲ要スルヲ通則トス如上ノ通知ハ何等特別ノ事情存セサル通常ノ場合ニ於テハ之ヲ必要トスルモ其通知ヲ必要トセス又ハ通知ヲ爲スモ其效ナキコト明確ナル場合ニ於テハ之ヲ爲スコトヲ要セス直ニ供託ヲ爲シテ其債務ヲ免ルルコトヲ得ルモノトス(大審院明治四五年(オ)第一〇六號同年七月三日民二部判決民事錄第一八輯六八四頁本書第一卷民法二九〇頁)

判旨第一點賃借人カ賃貸人ノ承諾ヲ得スシテ賃借家屋ノ構造及ヒ造作ヲ著シク變更シ其價值ヲ減損セシメ物ノ用方ノ範圍ヲ超エタル使用又ハ收益ヲ爲シタルトキハ賃貸人ハ直ニ契約ヲ解除スルコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ多少異論ノ存スル所ナリト雖モ判旨ノ如ク消極ニ解スルヲ正當トス蓋シ民法第六一六條ハ使用貸借ニ關スル民法第五九四條第一項ノミヲ準用シ同第三項ヲ全然準用セザレハナリ或ハ曰ク貸貸借ニノミ此解除權ヲ認メサルハ法ノ趣旨ニ反スト然レ共使用貸借ハ無償行爲ナルニ反シ貸貸借ハ有償行爲ナルカ故ニ法ハ特ニ此區別ヲ設ケタルモノニシテ論者ノ說ハ反テ法ノ主意ニ非サルヘシ然レ共賃借人カ越權ノ使



用収益ヲ爲シタルトキハ貸貸人ニ對シ何等ノ救済ナキハ別個ノ問題ナリ元來  
賃借人ハ貸貸借契約又ハ目的物ノ性質ニヨリテ定マリタル物ノ用方ニ從ヒ使用  
収益ヲ爲ス義務ヲ負擔スルモノナレハ若シ違反行爲アルトキハ貸貸人ハ一般ノ  
規定ニ從ヒ相當ノ期間ヲ定メテ違反行爲ノ停止ヲ請求シ其義務不履行ヲ理由ト  
シテ契約ヲ解除スルコトヲ得ヘク又不當利得アラハ之カ返還ヲ請求スルコトヲ  
得ルヤ勿論仍ホ不法行爲ノ要件ヲ具備スルトキハ之カ賠償ヲ請求ルコトヲ得ル  
モノトス

判旨第二點供託ノ適法ニ成立スルカ爲メニハ債權者ノ遲滯ヲ要スルカ獨逸民法  
第三七二條ハ債權者カ金錢有價證券及ヒ其他ノ證書並ニ高價物ノ受領ニ付キ遲  
滯ニアルトキハ債務者ハ債權者ノ爲メニ之ヲ公設供託所ニ供託スルコトヲ得ト  
シ債權者ノ受領遲滯ヲ以テ供託ノ要件ト爲シタルト雖モ我民法第四九四條ハ之  
ニ倣ハス從テ之レト同一ニ解スルコトヲ得ス(曾テ大審院ハ獨逸民法ト同一見解  
ヲ判示シタルト雖モ正當ニ非ス明治四〇年五月二日民二部判決參照)我民法上債  
權者ノ遲滯アルコトハ供託ノ主要ナル場合ナリト雖モ之カ要件ニ非スト解スル  
ヲ正當トス從テ債權者ノ豫メ受領拒絶ノ意思明確ナル場合ニハ辨濟者ハ履行ノ  
提供ヲ爲スコトヲ要セス直ニ債權者ノ爲メニ目的物ヲ供託シテ債務ヲ免ルルコ  
トヲ得ルモノトス本判旨ハ後多少緩和セラレタル大審院明治四五年七月三日民

二部判決(前提)ヲ踏襲シタルヤノ觀アリト雖モ(供託ニハ債權者ノ遲滯ヲ要セスト  
明言シタル點ニ於テ異リ)吾人ハ上述ノ如ク直ニ供託ヲ爲スコトヲ得ト解スルヲ  
以テ直截且ツ簡明ナルヲ信スルモノナリ

(三四六)

四六七 指名債權ノ讓渡ハ讓渡人カ之ヲ債務者ニ通知シ又ハ債權者カ之ヲ承諾スルニ非サレハ之ヲ以テ債務者其他  
ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス  
前項ノ通知又ハ承諾ハ確定日付アル證書ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ以テ債務者以外ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス  
民事訴訟法五九八 金錢ノ債權ヲ差押フ可キトキハ裁判所ハ第三債務者ニ對シ債務者ニ支拂ヲ爲スコトヲ禁シ又債  
務者ニ對シ債權ノ處分殊ニ其取立ヲ爲スコカラサルコトヲ命スヘシ  
差押命令ハ職權ヲ以テ第三債務者及ヒ債務者ニ之ヲ送達シ又債權者ニハ其送達シタル旨ヲ通知ス可シ  
差押ハ第三債務者ニ對スル送達ヲ以テ之ヲ爲シタルモノト看做ス  
同六〇一 支拂ニ換ヘ券面額ニテ債權ヲ轉付スル命令アル場合ニ於テハ其債權ノ存スル限リハ第五九八條第二項ノ  
手續ヲ爲スニ因リ債務者ハ債權ノ辨濟ヲ爲シタルモノト看做ス

債權ノ轉付ハ指名債權ノ讓渡ノ場合ト異ナリ轉付命令カ債務者及ヒ第三債務者  
ニ送達セララルトキハ債權ノ存スル限リ其效ヲ生スルモノニシテ他ニ何等對抗  
條件ノ具備ヲ要セザレハ債務者及ヒ第三債務者ノミナラス其他ノ第三者ニモ之  
ヲ對抗スルコトヲ得ルモノトス  
指名債權ノ讓渡セラレタル後讓渡人ノ債權者カ該債權ヲ差押ヘ轉付命令ヲ得タ  
ル場合ニ於テ若シ其讓渡カ確定日附アル證書ヲ以テ通知又ハ承諾セラレタルモ  
ノナルトキハ債務者以外ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルヲ以テ轉付債權者モ其



讓渡ヲ認メサルヲ得サル結果讓渡人ノ債權トシテ爲シタル轉付命令ハ假令債務者及ビ第三債務者ニ送達セラルルモ目的債權ノ存在セサル爲メ實質上無効ニシテ債權ノ轉付アリ得ヘキニ非ス」

右ノ場合ニ於テ若シ其讓渡力確定日附アル證書ヲ以テ通知又ハ承諾セラレサルモノナルトキハ債務者以外ノ第三者ニ之ヲ對抗スルコトヲ得サルヲ以テ讓渡人ノ債權者ハ尙ホ讓渡ヲ否認スルヲ得ル結果讓渡人ノ債權トシテ爲シタル轉付命令ハ債務者及ビ第三債務者ニ送達セラレタル以上法律上有效ニシテ何人ニモ之ヲ對抗スルコトヲ得ヘク即チ轉付債權者ハ讓受人ニ比シ優勝ノ權利ヲ有スルモノナレハ真正ノ債權者ト爲ルモノトス」

轉付命令ハ債務者及ビ第三債務者ニ之ヲ送達スルニ因リ其效ヲ生スルモ未ダ送達ノ手續ナキニ於テハ債權讓渡ノ通知又ハ承諾力確定日附ヲ以テ爲サレタルト否トニ拘ラス債權力轉付セラレタリト謂フヲ得サルモノトス」

案スルニ指名債權ノ讓渡ハ讓渡人カ之ヲ債務者ニ通知スルカ又ハ債務者カ之ヲ承諾スルトキハ讓渡當事者及ビ債務者間ノ關係ニ於テハ其效ヲ生スヘシト雖モ確定日附アル證書ヲ以テ右ノ通知又ハ承諾ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ債務者以外ノ第三者ニ對抗スルヲ得サルコト民法第四六七條第二項ニ規定スル所ナリ然ルニ債權ノ轉付ハ之ト異ナリ轉付命令カ債務者及ビ第三債務者ニ送達セララルトキハ債權ノ存スル限リ其效ヲ生スルコト民事訴訟法第六〇一條第五九八條ノ法文上明カナリ而シテ債權ノ轉付ハ他ニ何等對抗條件ノ具備ヲ要セサレハ債務者及ビ第三債務者ノミナラス其

他ノ第三者ニモ之ヲ對抗スルヲ得ルコト多言ヲ要セス故ニ指名債權ノ讓渡セラレタル後讓渡人ノ債權者カ該債權ヲ差押ヘ轉付命令ヲ得タル場合ニ於テ若シ其讓渡力確定日附アル證書ヲ以テ通知又ハ承諾セラレタルモノナルトキハ債務者以外ノ第三者ニ之ヲ對抗スルコトヲ得ルヲ以テ轉付債權者モ其讓渡ヲ認メサルヲ得サル結果讓渡人ノ債權トシテ爲シタル轉付命令ハ債務者及ビ第三債務者ニ送達セラレタル以上法律上有效ニシテ何人ニモ之ヲ對抗スルコトヲ得ヘク即チ轉付債權者ハ讓渡人ニ比シ優勝ノ權利ヲ有スルモノナレハ真正ノ債權者ト爲ルモノトス」

例(大正八年三月二十八日言渡ニ示ス第二ノ讓受人ノ如ク真正ノ債權者タルモノト爲ササル可カラス然レトモ轉付命令ハ債務者及ビ第三債務者ニ之ヲ送達スルニ因リ其效ヲ生スルコト前示ノ如クナレハ未ダ送達ノ手續ナキニ於テハ債權讓渡ノ通知又ハ承諾力確定日附アル證書ヲ以テ爲サレタルト否トニ拘ハラス債權力轉付セラレタリト謂フヲ得サルコト勿論ナリ觀テ本件事實ヲ稽ノルニ上告人ハ訴外木谷清一ニ對スル債權ノ執行トシテ大正六年二月二十三日清一ノ被上告人ニ對シテ有スル賣掛代金三百圓ノ債權ヲ差押ノ上轉付命令ヲ受テタル所清一ハ其前日右三百圓ノ債權ヲ訴外山崎三郎ニ讓渡シ同日書面ヲ以テ其旨被上告人ニ通知シタルモノナルモ其通知ハ確定日附アル證書ヲ以テ爲サレタルニ非サルコト原審ニ於テ確定セル所ナリ果シテ然レハ木谷清一ト山崎三郎間ノ債權讓渡ハ債務者以外ノ第三者ナル上告人ニ之ヲ對抗スルコトヲ得サルモノナルニ反シ上告人ノ受ケタル轉付命令ハ法律上有效ナル以上之ヲ被上告人ニ對抗スルヲ得ヘキコト前説明ノ如クナルヲ以テ被上告人ハ清一トス

私問ニ於ケル債權ノ讓渡ヲ事由トシテ上告人ノ本訴請求ヲ拒ムコトヲ得サル場合ナ



岩田學士  
中込學士

東京地方  
裁判所

然ルニ原審カ民法第四六七條第二項ヲ單ニ債權ノ讓渡人カ債務者以外ノ第三者ニ對抗スルニ必要ナル條件ノ規定ニ過キサルモノトシ木谷清一ト山崎一ト間ノ讓渡ノ通知カ確定日附アル證書ヲ以テ爲サレタルニ非サルニモ拘ハラズ漫ニ上告人ノ本訴請求ヲ失當ナリト判定シタルハ法律ノ適用ヲ誤リ且理由ヲ具備セサル不法アルモノニシテ原判決ハ破毀ヲ免カレス(大審院大正七年(オ)第三六三號同八年十一月六日民二部馬場判長田上柳川菫淵成道各判事判決)

【關係事項】破毀差戻○原審廣島地方裁判所○轉付金請求事件○上告人株式會社不動貯金銀行訴訟代理人辯護士久保田堅次被上告人三上良忠

【判旨第一點轉付命令ノ效力發生時期ニ關スル同趣旨學說判例】

- 一 轉付命令ハ第三債務者及ヒ債務者ニ裁判所ヨリ送達ノ手續ヲ爲スヘク又差押債權者ハ其送達ヲ爲シタル旨ヲ通知スヘク轉付命令ハ第三債務者ニ送達シタル時ヲ以テ其效力ヲ生ス(法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論一八一頁)
- 二 取立又ハ轉付ノ命令ハ職權ヲ以テ第三債務者及ヒ債務者ニ之ヲ送達シ又債權者ニハ其送達ヲ爲シタル旨ヲ通知スヘキモノトス(六〇〇第二項)其命令ノ効力發生時期ニ關シテハ規定ノ解釋上疑アリト雖モ第三債務者ニ對スル送達ヲ以テ其效力ヲ發生スルモノト解スルハ相當トス蓋シ移付ノ命令ハ之ヲ差押命令ト結合シテ爲シ以テ手續ヲ簡易ニシ其效力ヲ差押命令ノ效力ニ保ラシムルノ主旨ニ適合スルモノト云フコトヲ得ヘキヲ以テナリ(法學士中込達氏民事訴訟法第六編以下中大講義錄二二二頁)
- 三 轉付命令ハ第三債務者ニ送達セララルニヨリ初メテ效力ヲ生スヘキモノニシテ其效力ヲ生スヘキ時ニ於テ轉付セラルヘキ權利ノ存在スル以上該命令ハ有效ナリトス(東京地方大正六年一七二五號同七年二月三日判決本書第七卷民事四四〇頁)
- 四 差押命ニハ第三債務者ニ送達スルニ依リ效力ヲ發生シ債務者ニ對スル送達ハ右効力ノ發生要件ニ非サルコトハ同法第五九八條第三項ニ照シ明瞭ナリ然ルニ轉付命令ニ付テハ同法第五九八條第三項ノ準用ナシト雖モ其性質上第三債務者ニ送達スルニ依リテ其效力ヲ發生シ債務者ニ送達スルコトヲ要件トセザルコトハ差押命令ノ場合ト同一ナリトス(東京地方大正三年(レ)第二四八號同四年四月六日判決本書第四卷民事八八頁)

【判旨第二點第三點債權讓渡ト其對抗要件ニ關スル參照學說】

本書本卷民法二五九頁二六三頁

(三四七)

大審院判  
決

民法第二四六條ニ所謂加工ハ他人ノ動産ニ工作ヲ加ヘ之ヲ新ナル物件ト爲ス事實ナレハ單ニ自己カ他人ノ動産ニ付キ材料ヲ供シ之ニ大修繕ヲ加ヘタルニ過キサル事實ヲ目シテ加工ナリト云フヲ得サルモノトス

【上告理由】

原判決ハ本訴物件中ゼンマイ二個及石臼四個ハ被控訴人(上告人)ノ競落後訴外村田久作ニ於テ新調シ其他ノ物件ニハ大修繕ヲ加ヘタルモノニシテ被控訴人カ金二十六圓八十錢餘ニテ競落後控訴人(被上告人)ハ金八十八圓ヲ以テ競落シタルモノナルヲ以テ後ノ部分ノ物件ハ村田久作ノ所有ニ歸シタルモノナラサルヘカラスト判示シ差額金六十一圓ハ一ツニ訴外村田久作ノ供シタル材料及加工ノ價額ナリト謂フニ在リ然レトモ前記八十八圓ハ其算定方法ヲ誤リタルノミナラスゼンマイ二個石臼四個ハ訴外人久作ノ新調セルモノト認定ヲ爲ス以上此價額カ何程ナリヤヲ先算出シ甲第三號證ノ被上告人ノ競落代金中ヨリ控除シ殘額代金ヲ其餘ノ物件ノ代價ト爲スヘク尙工作ノ費用及修繕ニ供シタル材料ノ價額等ヲ各算出シ次ノ材料ト目セラルヘキ物件即上告人カ競落シタル代金三十五圓中ヨリ前二種ノ物件ノ代金ヲ控除シタルモノヲ算出シ彼此トノ差カ民法第二四六條第二項ニ該當スルヤ否ヲ審査スヘキモノナリ別言スレハ(一)加工物(本訴物件)ノ價額ヲ算出シ(二)總原料(上告人カ競落シタル物件)ト訴外久作カ修繕ノ爲ニ供シタル材料ノ價額ヲ定メ(三)後者ヲ前者ヨリ控除シ其差額ヲ以テ工作ノ價トナシ(四)之ニ訴外久作ノ供シタル材料ノ價ヲ加ヘテ得タル所ノ和ヲ上告人ノ供シタル材料ノ價額比較スヘキモノトス然ルニ原判決ハ前記二種ノ新調物件中殊ニ石臼ノ定額ニ付テハ甲第三號證記載ノ他ノ八個ノ石臼ト同價額ニ算定控除シ且訴外村田久作カ大修繕ノ爲メ供シタル材料ノ價額及加工ニ因リテ生シタル價格カ何程ナリヤノ點ハ全然算定セス又一言ノ說明ヲ與ヘス唯漠然「僅ニ一ヶ月餘リノ後金八十八圓ヲ以テ競落シ居リ其代價ヲ孰レモ不相當ノモノナリシコトヲ認メ得ラレヌ且時日ノ經過ニ因リ騰貴シタルモノトモ認メラレサルヲ以テ」ト判斷セリ果シテ然ラハ原判決ハ擬律ノ錯誤少クトモ理由不備ノ不當アルヲ免レス

【判決理由】

案スルニ民法第二四六條ニ所謂加工ハ他人ノ動産ニ工作ヲ加ヘ之ヲ新ナル物件ト爲ス事實ナレハ單ニ自己カ他人ノ動産ニ付キ材料ヲ供シ之ニ大修繕ヲ加ヘタルニ過キサル事實ヲ目シテ加工ナリト云フヲ得サルコト言ヲ待タズ然ルニ原裁判所ハ事故ニ出テスレテ本物件中ゼンマイ二個及石臼四個ハ孰レモ被控訴人(上告人)ノ



梅博士  
富井博士  
横田博士  
川名博士  
中島博士

競落後訴外村田久作ニ於テ新調シタルモノニシテ被控訴人ノ所有ニ非スト認ムヘク  
又其他ノ物件ニ付テハ久作ニ於テ一部自己ノ材料ヲ供シ之ニ大修繕ヲ加ヘタルモノ  
ト認メ得ヘキヲ以テ其加工ニ因リテ生シタル價額ノ増加額ヲ案スルニ云云云云  
二個及ヒ石臼四個以外ノ物件ハ全部加工者タル村田久作ノ所有ニ歸シタルモノト認  
メサルヘカラスト判示シ本件ノ物件中センマイ二個及ヒ石臼四個以外ノ物件ニ付キ  
久作カ一部自己ノ材料ヲ供シ之ニ大修繕ヲ加ヘタル事實ヲ加工ナリト速断シ因テ以  
テ上告人敗訴ノ判決ヲ言渡シタルハ違法ニシテ到底破毀ヲ免カレサレハ論旨ハ結局  
正當ナリト云フ可シ(大審院大正八年(オ)第六四五號同年十一月二十二日民三部横田裁判長大倉磯谷松岡鬼澤各判  
事判決)

【關係事項】 破毀差戻○原審甲府地方裁判所○不當利得返還請求事件○上告人雨下金八訴訟代理人辯護士相川正造被上告人向  
山正明訴訟代理人辯護士藤山貞規

【加工ノ意義ニ關スル同趣旨學說】

- 一 加工トハ他人ノ所有物ニ工作ヲ加フルヲ謂フ例ヘハ他人ノ所有ニ屬スル象牙ヲ取テ之ニ彫刻ヲ施シ繪絹ヲ取テ之ニ字ヲ書  
シ若クハ畫ヲ抽キ木板ヲ以テ器具ヲ製スルノ類ノナリ(法學博士梅謙次郎氏民法要義卷ノ二物權編一八二頁)
- 二 加工トハ他人ノ動産ニ工作ヲ加ヘテ之ノ形狀ニ變更スルコトヲ謂フ例ヘハ他人ノ所有ニ屬スル皮ヲ以テ靴ヲ製シ又ハ  
木片ヲ以テ器具ヲ作ル如キ或ハ絹地ニ山水ヲ畫キ又ハ金石ニ彫刻ヲ爲ス如キ是ナリ此等ノ場合ニ於テ加工カ物ノ形狀ヲ一新シ且  
通常其價額ヲ增加スルニ至ルモノトス(法學博士富井正章氏民法原論第二卷物權一四八頁)
- 三 加工トハ動産ニ人加工ヲ加フルヲ謂フ例之金屬類ニ彫刻又ハ鍍金ヲ爲シ紙類又ハ布類ニ彩色ヲ施シ又ハ字ヲ書シ若クハ畫ヲ  
描クカ如シ加工ハ動産ノ形體ヲ變シテ新ニ一物ヲ爲スト同時ニ物ノ價額ヲ增加スルノ效用ヲ爲ス(法學博士横田秀雄氏物權法  
三六七頁)
- 四 加工トハ他人ノ動産ニ工作ヲ加ヘテ新ナル物ヲ生スルコトヲ謂フ例ヘハ他人ノ所有ニ屬スル木片ヲ以テ机ヲ製シ又ハ布ヲ  
以テ衣服ヲ製スルカ如シ(法學博士川名博士川名四郎氏物權法要論一〇二頁)
- 五 加工トハ他人ノ動産ニ工作ヲ加ヘテ之ヲ新物ト變スル行爲又ハ其事實ヲ云フ其ノ要件左ノ如シ(イ)加工ノ目的物ハ動産ニ  
限ル(ロ)材料ノ全部又ハ一部カ他人ニ屬スルヲ要ス(ハ)工作ニヨリ新物ヲ生スルヲ要ス(法學博士中島玉吉氏民法釋義卷ノ二  
物權篇上四一八頁)

民事訴訟法六五八 競賣期日ノ公告ニハ左ノ諸件ヲ具備スルコトヲ要ス

- 第一 不動産ノ表示
  - 第二 租稅其他ノ公課
  - 第三 賃貸借アル場合ニ於テハ其期限並ニ借賃
  - 第四 強制執行ニ因リ競賣ヲ爲ス旨
  - 第五 競賣期日ノ場所、日時及ヒ競賣ヲ爲ス可キ執達吏ノ氏名並ニ住所
  - 第六 最低競賣價額
  - 第七 競落期日ノ場所及ヒ日時
  - 第八 執行記録ヲ閱覽シ得ヘキ場所
  - 第九 登記簿ニ記入ヲ要セサル不動産上權利ヲ有スル者其債權ヲ申出ツ可キ旨
  - 第十 利害關係人競賣期日ニ出頭ス可キ旨
- 同法六六六 執達吏ハ最高價競買人ノ氏名及ヒ其價額ヲ呼上ケタル後競賣ノ終局ヲ告知ス可シ  
他ノ各競買人ハ右ノ告知ニ因リ其競買ノ義務ヲ免カレ且預ケタル保證アルトキハ即時ニ其返還ヲ求ムル權利アリ
- 競賣法七 競賣ノ場所及ヒ日時ハ豫メ之ヲ公告スルコトヲ要ス  
公告ハ競買ニ付スヘキ物ノ品質及ヒ價格ニ準シ競賣地ニ於ケル適當ノ方法ヲ以テ之ヲ爲スヘシ  
公告ニハ左ノ事項ヲ記載スヘシ
- 一 競賣委任者ノ氏名、住所
  - 二 競賣ニ付スヘキ物ノ種類、數量及ヒ品質
  - 三 競賣ノ條件ヲ定メタルトキハ其條件
  - 四 競賣ノ場所及ヒ年月日時
  - 五 競賣ノ委任ヲ受ケタル執達吏ノ氏名、住所
- 委任者カ競賣ノ條件ヲ定メサリトキハ民事訴訟法第五百七十七條第三項ノ規定ヲ準用ス  
同法二九 競賣期日ノ公告ニハ第二十二條ニ掲ケタル者ノ申立ニ因リテ競賣ヲ爲ス旨ノ外民事訴訟法第六百五十八  
條第一號乃至第三號第五號乃至第七號第九號及ヒ第十號ニ掲ケタル事項ヲ記載スルコトヲ要ス  
民事訴訟法第六百六十一條ノ規定ハ前項ノ公告ニ之ヲ準用ス  
同法三〇 競賣期日、其開始、競賣調査及ヒ競賣終局ノ告知ニ關スル民事訴訟法第六百五十九條第六百六十二條乃  
至第六百六十九條ノ規定ハ本章ノ競賣ニ之ヲ準用ス



(一) 競賣ノ廣告カ申込ナリヤ申込ノ誘引ナリヤハ各場合ニ於ケル當事者ノ意思ヲ推究シテ之ヲ定ムルノ外ナキモノニシテ若シ當事者ノ意思カ何等ノ留保ヲ爲スコトナク最高價額ノ申出ヲ爲シタル者ニ對シ必ス競落セシムルノ意思ニ出テタルモノト認ムヘキ場合ハ之ヲ申込ト解スヘク反之縱令最高價額ノ申出ナリトモ競賣人ニ於テ其價額ニ満足セサルトキハ之ヲ賣却セサルノ自由ヲ留保シタルモノト認ムヘキ場合ハ之ヲ申込ノ誘引ト解スヘク若シ當事者ノ意思不明ナルトキハ之ヲ申込ノ誘引ト解スヘキモノトス

競賣ノ廣告ニ最低競賣價額ヲ定メタルノ一事ヲ以テ直ニ法理上當然最低額以上ノ申出ヲ爲シタル者ニ對シ必ス競落セシメサル可カラサルモノト解スヘキニ非ス

競賣法又ハ民事訴訟法ノ規定ニ因ル競賣ハ一ニ法律ノ規定ニ從ヒテ執行スルモノニシテ競賣申立人タル債權者ニ於テ競賣ニ因ル賣買契約ノ締結ニ關シ何等ノ留保ヲ爲スコトノ自由ト餘地トヲ有セサルモノナルカ故ニ此場合ニ於ケル競賣ノ公告ハ申込ニシテ競買人ノ爲ス競買價額ノ申出ハ承諾ナリトス

競賣法又ハ民事訴訟法ノ規定ニ因ル競賣ニアリテハ競買價額ノ申出ニ依リテ直ニ賣買契約カ的確ニ成立シタルモノト解スヘキニ非スシテ更ニ高價ノ競買申出ナキコトヲ條件トシテ成立シタルモノト解スヘキモノトス

(二) 汽車發著時間表ノ揭示ハ唯公衆ニ其大體ノ時間及場所ヲ公告シテ乘客ノ申込ヲ誘引スルニ過キサルモノニシテ契約ノ申込ニ非ス

申込ト申込ノ誘引トハ全然其性質ヲ異ニシ學理上之ヲ區別スルコト容易ナリト雖モ之ヲ社會實際ノ事物ニ徵スルトキハ兩者ヲ識別スルコト困難ナル場合少シトセス今其實例中最モ議論ノ多キ競賣及汽車發著時間表ノ廣告ニ就キ左ニ少シク論スル所アラントス

第一競賣ノ廣告 競賣ナルモノハ買主タラント欲スル多數ノ希望者中ヨリ競賣ノ結果最高價額ノ申出ヲ爲シタル者ニ對シ賣買スルノ行爲ヲ云フモノニシテ競賣カ申込ナリヤ又ハ申込ノ誘引ナリヤニ付テハ我國ノ法制上何等規定スル所ナキナキモノト信ス即チ若シ當事者ノ意思カ何等ノ留保ヲ爲スコトナク最高價額ノ申出ヲ爲シタル者ニ對シ必ス競落セシムルノ意思ニ出テタルモノト認ムヘキ場合ハ之ヲ申込ト解スヘク之ニ反シテ縱令最高價額ノ申出ナリトモ競賣人ニ於テ其價額ニ満足セサルトキハ之ヲ賣却セサルノ自由ヲ留保シタルモノト認ムヘキ場合ハ之ヲ申込ノ誘引ト解スヘキモノトス而テ若シ當事者ノ意思不明ナルトキハ之ヲ申込ノ誘引ト解スルヲ相當トス競賣ヲ爲スニ當リ競賣者ハ往々其最低競賣價額ヲ定メテ之ヲ公示スルモノアリ斯カル場合ハ少クトモ最低價額以上ナルニ於テハ何等留保スル所ナク必ス之ヲ賣却スヘシトノ意思ヲ認ムルコトヲ得ヘキ場合寧ロ其多數ヲ占ムルコトヲ懸ハスト雖モ單ニ其最低競賣價額ヲ定メタルノ一事ヲ以テ直ニ法理上當然最低價額以上ノ申出ヲ爲シタル者ニ對シ必ス競落セシメサル可カラサルモノト解スルハ速斷ナリ次ニ入札トハ競争契約ヲ締結セントスル者カ多數ノ競争者ノ爲シタル入札ニ付キ其最モ締結者ニ有利ナル條件ヲ申出テタルモノヲ選出シ其競争者ト契約ヲ締結スルノ行爲ヲ云フモノニシテ其法理上ノ性質ニ至リテハ毫モ競賣ト異ナル所ナク唯競賣ニアリテハ他競争者ノ爲シタル申出ヲ直ニ了知スルコトヲ得ルニ反シ入札ニ在リテ



ハ他日開札ニ至ルマテ他競争者ノ爲シタル申出ノ内容ヲ互ニ了知スルコト能ハサルノ差異アルニ過キス故ニ其入札カ申出ナリヤ又ハ申出ノ誘引ナリヤハ如上論述シタル標準ニ從ヒ各場合ニ就キ之ヲ定ムヘキモノトス以上競賣又ハ入札ニ付キ論述シタル所ハ普通民間ニ行ハル私競賣ニ付キ卑見ヲ述ヘタルモノナレトモ公競賣タル民事訴訟法第六編ニ規定セル競賣及明治三十一年法律第十五號競賣法ニ因ル競賣ニ付テハ余ハ叙上ノ場合ト全然反對ナル意見ヲ提供セサルヘカラス蓋シ競賣法又ハ民事訴訟法ノ規定ニ因ル競賣ハ一ニ法律ノ規定ニ從ヒテ執行スルモノニシテ競賣申出人タル債權者ニ於テ競賣ニ由ル競賣契約ノ締結ニ關シ何等ノ留保ヲ爲スコトノ自由ト爲シタル申出ノ意思表示タル競賣ノ申出ニ對シ競賣者ノ爲ス競賣ナル承諾ノ意思表示示ニ依リテ始メテ競賣成立スルモノト解セントスルハ公競賣ノ性質ヲ無視スルモノト云ハサルヘカラス故ニ余ハ此等公競賣ノ場合ニ在リテハ競賣ノ公告ハ申出ニシテ競賣人ノ爲ス競賣價額ノ申出ヲ承諾ト解スヘキモノナルコトヲ疑ハサルナリ上來論述シタルカ如ク所謂公競賣ニ因ル競賣ノ公告ハ申出ニシテ競賣價額ノ申出ハ承諾ナリ左レト競賣ノ性質ニ鑑ミ競賣價額ノ申出ニ依リテ直チニ競賣契約カ的確ニ成立シ力ヲ喪失シテ右高價ノ競賣申出ヲ爲シタルモノニ對シテ更ニ契約成立スヘク即チ先キニ成立シタル契約ハ更ニ高價ノ競賣申出ナキコトヲ條件トシテ成立シタルモノト解スヘキモノトス 第二汽車發着時間表ノ廣告 法律ノ解釋及適用ハ場所ト時トノ異同ニヨリテ其軌ヲ一ニセサルハ言テ俟タサル所ニシテ時間ニ對スル責任觀念ノ薄弱ナル我國現時ノ狀態ニ在リテハ鐵道院ニ於テ汽車發着時間表ヲ以テ契約ノ内容ト爲スノ意思ヲ有スルモノト認ムルコト能ハサルト同時ニ乘客ニ於テモ亦之ヲ以テ契約ノ内容トナスノ意思ヲ有スルモノト認ムルコト能ハサルコト故ニ我國法ノ解釋トシテハ汽車ノ發着時間表ノ揭示ハ唯公衆ニ其大體ノ時間及場所ヲ公告シテ乘客ノ申出

ヲ誘引スルニ過キサルモノニシテ英國ノ如ク乘客カ賃金ヲ提供シテ之ニ承諾ヲ與フルニ因リ直チニ契約ヲ成立セシムルノ趣旨ニ非ラサルモノト解スルヲ妥當ナリトス (法學士磯谷幸次郎氏法曹記事二九卷八號「契約法上競賣及汽車時間表ノ性質ヲ論ス」要領)

【論旨第一點申出ト申込ノ誘引トノ區別ノ標準ニ關スル參照學說】

一 契約ノ申込ハ所謂申込ノ誘引ト區別スルヲ要ス申込ト誘引トハ他人ヲシテ自己ニ向ツテ申込ヲ爲サシメントスル意思表示ナリ故ニ略式契約ヲ締結スルヲ欲スルノ意思アルハ明カナルモ決定セル意思表示ニ非ス故ニ申込ト誘引ト對シ承諾ヲナシ眞ニ契約ヲ成立セシムヘキモノニ非ス實際或ル場合ニ於テ或人ノ意思表示カ契約ノ申込ナルカ又ハ申込ノ誘引ナルカヲ辨別スルコトハ其場合ニ付キ一般人ノ見ル所ヲ標準トシテ解釋シ決定スルノ外ナシ法律ノ規定ヲ以テコノ疑問ヲ解決スルハ不可能ナリ (法學博士土方寧氏債權法大正四年東大講義二四四頁)

二 申込ト誘引トハ契約ノ準備行為ナリ他ノ申込ト誘引トハ意思表示ナリ誘引ト受ケ申込ト爲スモノニ對シテ誘引者カ承諾シ茲ニ初メテ契約カ成立スルナリ然ラハ此ノ二ツハ如何ナル標準ニ依リテ之ヲ識別スルコトヲ得ヘキヤ明確ニ之ヲ區別スルコトハ甚タ困難ナル場合多シ宜シク各場合ニ付キテ實際ノ狀況ヲ明カニシ當事者ノ意思ニ基キテ決スルノ外ナシ取引上ノ慣習ハ此點ニ於テ有力ナル一ノ材料ト爲ルモノナラント考フ結局ハ當事者ノ意思ニヨリテ決セラレヘキモノト信ス特定人ニ對シテ爲ス場合ノ多クハ申込ト爲リ不特定人ニ對スル申込トハ其實申込ト誘引トニ過キサル場合多シト考フ殊ニ承諾者ノ何人タルコトニ多少重キテ置ク場合ハ尙更ノコトナリ (法學博士富井政章氏債權各論大正元年度東大講義一六頁)

三 貸主ハ貸家廣告ニ因リテ何人ニテモ單ニ其借賃額ヲ拂フ者ニハ之ヲ貸スヘキ意思ヲ表示シタルモノト視ルヘカラス又廣告ヲ覽タル者モ單ニ其廣告ヲ覽タルノミニ因リテ直ニ其意ヲ決スルコト能ハス更ニ他ノ條款ヲ約定シタル後始メテ貸賃借契約ヲ取結フノ意思ヲ確定スルモノトス故ニ其廣告ハ單ニ申込ト誘引トニ過キスシテ借主カ借賃ノ外他ノ條款ヲ定メテ其家賃ヲ借ルヘキ旨ヲ表示シタルトキ始メテ申込ト成立ス見ルヘク貸主カ之ニ對シテ承諾ヲ爲スニ因リテ茲ニ始メテ契約ノ成立ヲ見ルヘキモノ (法學博士梅謙次郎氏民法要義債權編三九九頁)

四 申込ト申込トハ之ヲ區別スルコトヲ要ス蓋シ申込ト相手方ノ承諾ヲ喚起シ因テ以テ相手方ノ承諾ニ因リ直チニ契約ヲ成立セシムルノ行為ナルモ申込ト誘引トハ單ニ契約ノ締結ニ關スル他人ノ申込ト誘引トハハシカ爲メニ爲ス所ノ意思ノ表示ナルヲ以テ契約ハ相手方ノ承諾ニ因リテ直チニ成立スルコトヲ要ス新ニ申込ト誘引者ト相手方トノ間ニ於テ意思ノ合致スルコト換言スレハ相手方ノ申込ト之ニ對スル誘引者ノ承諾アルコトヲ必要トス而シテ實際ニ於テハ此二者ヲ區別スルノ極メテ困難ナル場合ヲ生スルコトアルヘシト雖モ要スルニ各場合ニ於ケル實際ノ狀況ニ從ヒ表意ヲ爲シタル人ノ眞意ヲ探究シ其意思表示ハ直ニ契約ヲ成立セシムヘキ性質ノモノナルヤ否ヤニ依リテ之ヲ決スルノ外ナシ (法學博士橫田秀雄氏債權各論二九頁)

五 申込ト相手方ノ承諾ニ依リテ直チニ契約成立スルモノナルカ故ニ彼ノ申込ト誘引ナルモノト混同セサルコトヲ要ス申込ト誘引トハ是レ亦一ノ意思タルニ外ナラサルモ相手ノ應答ヲ得ハ直ニ契約ノ成立ヲ告ケルノ意ヲ以テ爲シタルモノニ非スシテ此



岡松博士

川名博士

石坂博士

神戸博士

鳩山博士

三博士

答ヲ待テ更ニ自己ノ確定意思ヲ示サレハ契約成立セザルモノナリ換言スレハ申込ニ喚起スル爲メノ意思表示ナリ例ヘハ貸家...

八 申込者ハ眞實ニ契約ヲ締結スル意思ヲ以テ申込ヲ爲スコトヲ要ス換言スレハ申込受領者ノ承諾ニ依リテ直ニ契約力成立シ...

九 申込者ハ申込受領者ノ承諾ニ依リテ直ニ契約力成立シ其拘束ヲ受クル意思ヲ以テ申込ヲ爲スコトヲ要ス此ノ如キ意思ナキ...

一〇 申込ノ内容ハ未ニ完全ニ確定セザルモ而カモ申込者ハ既ニ最終ノ決定ヲ爲シ其未ダ内容ノ確定セザル點ハ最早申込者...

榊原學士

飯島學士

清瀬學士

末弘學士

石坂博士

正ノ申込ニ非シテ通常申込ノ誘引ニ外ナラズト謂フヘキナリ例ヘハ家屋ヲ賃貸セントスル者カ家賃ヲ示シテ貸家ノ貼札ヲ爲...

一三 申込ハ相手方ノ承諾ニ因リテ直ニ契約成立セシムルノ意思ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ要ス單ニ他人ノ申込ヲ誘ハシカ爲メ...

一四 申込ハ相手方ノ承諾ニ依リテ契約成立セシムヘキ意思ナ有スルコトヲ要ス故ニ申込ノ誘引トハ之ヲ區別スルヲ要ス申...

一六 申込ハ承諾ト合致シテ契約ノ構成分子タルヘキ意思表示其モノナリ故ニ一定ノ内容ヲ有スル契約締結ノ意アルコトヲ報...

【論旨第二點最低競賣價額ヲ指示シタル競賣廣告ノ性質ニ關スル參照學說】

一 競賣締結ノ表示カ申込ナリ又ハ申込ノ誘引ニ過キサルハ各場合ニ當事者ノ意思ヲ解釋シテ之ヲ定ムルコトヲ要ス然レ...



鳩山博士

末弘博士

土方博士

【論旨第三點所謂公競賣ノ性質ニ關スル參照學說】

一 競賣法ノ規定ニヨレハ(イ)「動産ノ競賣ハ其條件ヲ告知シ各競買者ニ付キ競買ノ申込ヲ催告スルニ始マリ最高價競買ノ申込人ニ對シ競賣ノ告知ヲ爲スニ因リテ終了ス」(競賣法第一三條第一項)...

石坂博士

末弘博士

石坂博士

【論旨第四點所謂公競賣ニヨル賣買契約ノ成立ニ關スル參照學說】

一 締結者ノ表示ヲ申込タル性質ヲ有スル場合ニハ競買者ノ申出ハ承諾タル性質ヲ有シ其申出ニ依リテ契約ハ成立ス然レトモ此契約ハ競争ノ終了ニ至ルマテニ他ニ更ニ有利ナル承諾ナキトシテ承諾スルモノトス...

【論旨第五點汽車時間表ノ性質ニ關スル同趣旨學說】

一 汽車汽船ノ發着時間ノ揭示表ノ如キ或ハ出版廣告ノ如キ何レモ單純ナル申込ノ誘引ナリ(法學博士富井政章氏債權各論大正元年度東大講義一七頁)...

富井博士 橫田博士 石坂博士 1209 (民法)



【同上異趣旨學說】

法一八一二頁)  
四 定價表商品目錄見本汽車汽船ノ發者時間表等ノ送付者ヲハ揭示ノ如キハ通常之ヲ申込ノ誘引ト見ルヘシ(法學士末弘嚴太郎氏債權各論五三頁)  
廣告ニ類スルモノ其數多シ例ヘハ(1)正札附ニテ商品ヲ店頭ニ陳列スルモノ(2)家屋ニ貸家札ヲ貼附スルモノ(3)鐵道停車場ニ汽車ノ賃金及ヒ發者時限ヲ揭示スルモノ等是ナリ是等ハ果シテ契約ノ申込ト視ルヘキヤ否ヤハ亦學者間ニ議論アル所ナリト雖モ余ノ信スル處ニ據レハ第一及ヒ第三ノ例ニ於テハ契約ノ申込アルモノ第二例ハ單ニ契約ノ申込ヲ誘起スル方法ニ過キサルカ如シ(法學博士梅澤次郎氏民法要義債權四〇〇、四〇一頁)

論旨第一點ノ正當ナルヤ論亡ク從テ之カ一適用ヲ示シタルニ外ナラサル論旨第五點亦正當ナリ論旨第二點亦妥當ノ見解ニシテ多ク言議ノ挿ムヘキモノナシ論旨第三點所謂公競賣ノ公告ノ性質如何ハ是レ頗ル疑問ノ存スル所ナルモ之ヲ究明センカ爲メニハ先ツ公競賣ノ方法ニヨル賣買契約ニ於ケル賣主ノ何人ナリヤヲ決定セサルヘカラス此點ニ關シ我國ノ多數說ハ競賣被申立人タル債務者ヲ賣主トシ競賣機關ヲ以テ賣主ト爲スハ極メテ少數ノ學者ノ主張スル所トス然ルニ學士ノ見解ハ頗ル其趣ヲ異ニシ競賣申立人タル債權者ヲ以テ賣主トセラルルモノノ如シ競賣申立人タル債權者ヲ賣主トシテ右公競賣ノ公告ノ性質ヲ考フレハ洵ニ學士所論ノ如ク債權者ハ一度競賣ノ申立ヲ爲シタル以上其後ニ於テハ競賣ニヨル賣買契約ノ締結ニ關シ何等ノ留保ヲ爲スコトノ自由ト餘地トヲ有セサルモノナルカ故ニ該公告ヲ以テ賣買契約ノ申込ナリト解スルニ付サマテ支障ナカクヘキモ吾人ハ此點ニ付キテハ更ニ研究ヲ要スルモノ多クアリト信スルカ故ニ

暫ク疑問ヲ留保シテ從來ノ卑見本書第七卷民事訴訟法二八九頁評論參照ヲ維持セント欲ス論旨第三點ヲ正當ナリト假定セハ論旨第四點ノ正當ナルコト殆シト  
言フヲ俟タス

(三四九)

生體ハ物ニ非サレハ所有權ノ目的タルコトヲ得サルモ死體ハ物ナルカ故ニ所有權ノ目的タルコトヲ得ルモノトス

八五 本法ニ於テ物トハ有體物ヲ謂フ  
一七五 物權ハ本法其他ノ法律ニ定ムルモノノ外之ヲ創設スルコトヲ得ス  
二〇六 所有者ハ法令ノ制限内ニ於テ自由ニ其所有物ノ使用收益及ヒ處分ヲ爲ス權利ヲ有ス  
人體(生體死體共)ハ物ナリヤ民法第八十五條ハ單ニ物ハ有體物タルコトヲ要スル旨ヲ定ムルノミニシテ其他物ノ定義ニ何等明定スル所ナキカ故ニ結局物ノ定義ハ物カ有體物ナルコトヲ要スル點ヲ除キテハ一般取引ノ通念法學研究ノ便益等ヲ眼中ニ置キテ之ヲ定ムルノ外ナカルヘシ(一)先ツ生體ニ付キ説明スヘシ余ハ物トハ人以外ノ對象物ヲ指稱スルモノナリト信ス或ハ物トハ宇宙間ニ於ケル森羅萬象ヲ謂フカ故ニ生體モ亦物タルヲ失ハスト解セラルヘシ或ハ人ノ身體ハ吾ノ身體トハ別物ナルカ故ニ人ノ身體モ亦物タルヲ失ハスト解セラレサルニ非ス然レトモ吾人取引ノ通念ニ照ラシ虛心平氣ニ考フルトキハ生體以外ノ物ノミヲ以テ物ナリト解スルヲ最モ穩當ナリトスヘシ續テ之ヲ法律研究ノ便益ノ點ヨリ考フルニ生體ヲ以テ物ト爲スノ便益ハ之ニ依リテ身體權自由權等生體ニ對スル支配力ヲ內容トセル權利ヲ物權中ニ加ヘ此等ノ權利ニ物權ニ共通ナル原則ヲ適用スルニ在リト云ハサルヘカラス身體權自由權ヲ以テ物權ト爲ストキハ物權ハ民法其他ノ法律ニ定ムルモノノ外之ヲ創設スルコトヲ得



サルカ故ニ(一七五)此等ノ權利ハ所有權ノ一種ナリト解釋セサルヘカラスルヘシ實際ニ於テモ此種ノ見解ヲ有スル學者アリト雖モ吾人カ自己ノ身體ノ上ニ使用權能收益權能乃至處分權能ヲ有スト云フカ如キハ吾人ノ法律常識ト相容レサル所ニシテ此等ノ權利ハ其身體自身ニ對スル使用收益等ヲ内容トスルニ非スシテ寧ロ自己ノ身體ノ行動ノ自由自身ノ内容トスルモノナリト解スルヲ以テ最モ穩當ナリト爲スヘシ從テ此等ノ權利ヲ所有權ノ一種ト爲サントスルハ少クトモ吾人ノ法律常識ニ副ハサル分

類ナリト云ハサルヘカラス(二)以上生體ニ關スル說明ヲ終レリ以下死體ニ關シ説明ヲ試ムヘシ死體ハ人ニ非ス人ハ肉體ト精神トノ結合ナリ精神ヲ失ヘル肉體即死體ハ固ヨリ人ニ非ス此意義ニ於テ死體ハ一般取引ノ觀念上物タルヲ失ハス又之ヲ法學研究ノ便益ヨリ考フルモ吾人ハ死體ノ上ニ所有權ヲ有スルモノト解スルヲ相當トスヘク從テ死體ヲ以テ物ノ一種ナリト解スルハ法律研究ノ便益ニ適スルモノナリト認メサルヘカス蓋シ相續人ハ被相續人ノ死體ヲ保有シ埋葬シ又侵奪者ヨリ之ヲ回復スル權利ヲ有スルモノト云フヘク其支配力ノ範圍ハ一般ノ所有權ニ比シ公益上著シク制限ヲ受クレトモ其内容ハ一般ノ所有權ト異ニテ相續人カ被相續人ノ死體ノ上ニ有スル支配力ハ人カ生體ノ上ニ有スル其趣ナ異ニス隨テ相續人カ被相續人ノ死體ノ上ニ有スル支配力ハ人カ生體ノ上ニ有スル其趣ナ異ニス隨テ相續人カ被相續人ノ死體ノ上ニ有スル支配力ニ適用スルコトハ法律研究上便益少カラサルナリ以上ハ專ラ相續人ノ所有權ニ付キ説明セリ其他ノ者ノ所有者ニ付キテモ其理ハ一ナリ(法學士長島毅氏法學新報二九卷八號八三頁以下「人體ハ物ナリヤ」要領)

士高橋辯護  
人體ハ其生體タルト死體タルトヲ問ハス物ニシテ所有權ノ目的タルコトヲ得ルモノトス

長島學士ハ法學新報第二十九卷第八號紙上ニ於テ「人體ハ物ナリヤ」ノ質問ニ對シテ其

ノ意見ヲ公ニセラレタリ吾人ハ死體カ物ナリトノ點ニ就テハ贊同スルモ生體カ物ニアラストノ點ニ就テハ贊同スル事能ハス人ハ權利ノ主體ナルカ故ニ同時ニ客體タルコトヲ得ストノ說明ハ必スシモ誤謬ニアラス然レトモ人ノ觀念ニハ有形ノ體驅ヲ專スルモノトセハ誤謬タルヲ免レシ完全ナル體驅ヲ有セサル者モ亦完全ニ權利ノ主體タルヲ得ルヲ見ハ體驅カ權利主體タルノ要素ニアラサルコトハ歎ク容レサル所ナリ法律上物トハ有體物ヲ謂フ然レトモ物理學上ノ物必スシモ民法上ノ物ニアラス物タルニハ私權ノ客體タリ得ルモノナラサルヘカラス而シテ苟クモ私權ノ客體タルコトヲ得ルモノタル以上ハ多少制限ヲ受クルコトアルモ物タルヲ妨ケス今之ヲ人體ニ就テ見ルニ使用、收益、處分等ニ付キ著シク制限セラルルモ私權ノ客體タルコトヲ得サルニアラサルヲ以テ物タルヲ妨クルモノニアラス例之自己ノ毛髮ヲ賣買讓渡シ又ハ親子兄弟等ノ創傷ヲ癒スル爲自己ノ肉片ヲ提供スルカ如キハ毫モ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スルモノニアラサルヲ以テ之ヲ無効トスルノ理由存セス故ニ吾人ノ體驅ハ所有權ノ目的物タルヲ得ルモノト解スルモ何等ノ支障ヲ生セス即チ吾人ハ自己ノ生體ノ上ニ所有權ヲ有スルモノナリ然レトモ生體ハ人格ト不可分離ノ關係ニ在ルモノナルカ故ニ之ヲ完全ニ行使シ得サルモノトス即チ權利ハ存在スルモ其ノ行使ハ制限ヲ受クルモノナリ權利ノ存在ト行使ハ別ナリ故ニ行使ノ不可能ナルノ故ヲ以テ權利ノ存在ヲ否定スルヲ得ス

如此解スルニ因テ始メテ疑問ハ圓滑ニ説明スルコトヲ得ルモノト信ス即チ吾人カ爪髮ヲ切斷分離シ其ノ所有權カ吾人ニ歸屬スルハ決シテ先占ノ法理ニ基クモノニアラス恰モ吾人カ自己ノ所有ノ物ヲ分割シタル場合ニ於テ其ノ各部カ當然吾人ニ屬スルト其理ヲ異ニセス又被相續人ノ死亡ニ依リ其ノ死體ノ所有權カ吾人ニ歸屬スルニ至ルハ元來被相續人ノ生前有セシ所有權ヲ相續ニ因リ承繼スルモノタルニ外ナラス(辯護士高橋德太郎氏日本法政新誌一六卷一二號「人體ハ物ナリヤ」ニ就テ長島學士ニ質ス要領)



【生體ハ物ナリヤニ關スル參照學說】

- 一 生存者ノ身體ハ一種ノ不融通物ナルヘシ(法學博士富井政章氏民法原論總則二六四頁)
- 二 物ハ外界ノ一部ナリ——外界トハ人類以外ノ自然界ナリ人類ハ物ニ非ス(法學博士岡松太郎氏民法原論總則一四一頁)
- 三 人類ヲ物ト爲スハ古代ノ觀念ニ從ヘハ相當ナルモ現今ノ法律思想ト抵觸ス(法學博士平沼駱一郎氏民法論三五七頁)
- 四 生存セル人類ノ身體ノ一部分ハ物ニ非ス(同上三五七頁)
- 五 人ハ權利ノ主體ニシテ精神ト肉體ト相俟テ人ヲ成スモノナルカ故ニ人ノ生命ヲ失ハサル間ハ其肉體ハ權利ノ目的タルコト能ハサルモノト謂フヘシ(法學博士仁井田益太郎氏民法質疑問答總則二一〇頁)
- 六 生存セル人間ハ物ニ非ス身體ノ構成部分モ亦物ニ非ス從テ吾人ハ其身體ノ全部若クハ一部ニ付キテ所有權ヲ有セス(法學博士川名兼四郎氏日本民法總論一三三頁一三四頁)
- 七 生活セル人類ノ身體ハ物ニ非ス是レ吾人ノ法律思想ニ基因ス(法學博士中島玉吉氏民法釋義總則三六四頁)
- 八 人ハ自己ノ身體上ニモ所有權ヲ有スルニ非ス他人力之ヲ毀損シタルトキハ損害賠償ノ原因トナルト雖モ之ノ所有權ノ毀損ニ因ルモノニ非ス(同上同頁)
- 九 人類ハ權利ノ主體ニシテ權利ノ物體ニアラス故ニ身體ノ各部分ハ人格ノ物體タルヲ得レトモ物トシテ所有權其他ノ物權タルコトヲ得ス(法學博士石坂晋四郎氏東大講義總則二四三頁)
- 一〇 身體ハ全部又ハ一部ニ付キ私權ノ物體タルコトヲ得ス一部ヲ分離セラレタル場合ニハ其分離セラレタル部分ハ物トナリ分離セラレタル人ノ所有ニ屬ス(同上二四八頁)
- 一一 人カ自己ノ身體ニ對シテ所有權ヲ有ストノ說ノ缺點トスヘキハ若シ肉體カ所有物ナラハ之レカ毀損ハ所有權ノ侵害ナラサルヘカラスシテ之ヲ人格權ノ毀損ト云フハ如何ニモ今日ノ法律感情ニ反スル事ナリ故ニ余ハ嘗テ此說ニ贊同シタルニモ拘ラス今ハ他ノ方面ヨリ說明スルノ便ナルヲ信ス(法學博士市村光惠氏京都法學會雜誌五卷八號六七頁)
- 一二 物ハ生活セル人間ノ身體ヲ包含セス此ノ意味ニ於テ物ハ自然界即チ外界ノ一部ナルコトヲ要ス從ツテ生活セル人間ノ身體及其一部ハ所有權其他ノ物權ノ客體トナルコトヲ得レトモ人ハ唯物タラサルニ止マリ權利ノ客體タルコトヲ得ルニ非ス人ノ身體ハ只人ノ身體ヲ構成スル間ノミ物トナリ得サルニ止マリ人ノ身體ヨリ分離スル時ハ自然ノ分離スルト人爲ノ分離スルトヲ問ハス自然界ノ一部トナリ物トナル(法學博士鳩山秀夫氏東大講義總則三九四、三九五頁)
- 一三 生活セル人ノ身體及ヒ其一部分ハ法律上ニ構成スル一部ニシテ人ノ身體ニ他ナラス故ニ身體ノ全部又ハ其一部ヲ有體物トシテ財產權ノ客體ト爲スコトヲ得ス(法學博士松岡義正氏民法總則三四一頁)
- 一四 人間及ヒ其構成部分ハ物ニ非ス(法學博士三浦信三氏民法總則提要第二册二九九頁)
- 一五 人ノ身體ハ宇宙間ニ於テ一定ノ空間ヲ占ムモノナルモ物ニアラス人其者ナリ身體ヲ離レテ人ナルモノナク隨テ身體ハ法律上ニ構成スル一部分ナリ(法學博士鈴木英太郎氏東大講義總則三二四頁)
- 一六 生活セル人類ノ身體ノ全部又ハ一部ハ物ニアラス是等ハ人類ナル有機體ノ構成部分ニシテ人自體ニ外ラナス人格權ノ客體ト爲リ行ヘキモ財產權ノ客體ト爲ルヲ得ス(法學博士嘉山善一氏中大講義總論一六〇頁)
- 一七 生ケル人ハ私法上權利ノ主體ニシテ權利ノ客體ニ非ラス(民一)從テ生ケル人ノ身體ハ人ヲ構成スルノ要素ニシテ實ニ其一部ヲ爲スモノタレハ之ヲ物視スルコトヲ許サルナリ(法學博士中山成太郎氏法律新聞四三卷五八〇頁)
- 一八 人ノ身體ハ形體ヲ有スルコト勿論ナレトモ人トシテ親族權ノ目的タルノ外所有權抵當權質權等財產權ノ目的タルコトヲ得サルハ言チ俟タス(法學博士飯島喬平氏民法要論一四四頁)
- 一九 人類ノ身體及ヒ死屍ト雖モ有體ナル以上之亦法律上ノ物ト云ハサルヘカラス(法學博士二上兵治氏法學協會雜誌二三卷七號九九七頁)

【死體ハ物ナリヤニ關スル參照學說】

- 一 生存者ノ身體モ亦一種ノ不融通物ナルヘシ屍體ニ至リテハ議論ナキニ非スト雖モ是亦同一ノ部類ニ屬スルモノト見ルヘキカ如シ但屍體ノ一部分ハ學術研究等ノ爲メ財產權ノ目的ト爲ルコトヲ得ヘシ屍體ト共ニ埋葬セル物ニ付テモ一定ノ說ヲシ多數ノ人ハ相續人ノ所有物ト爲ス如キモ寧先占ノ目的ト爲ルコトヲ得サル一種ノ無主物ト見ルコト妥當ナルヘシ(法學博士富井政章氏民法原論第一卷總論上第二版二六六頁)
- 二 不融通物トハ私權ノ目的及法律行為ノ目的タルヲ得サルモノナク云ヒ其他ノ物ハ融通物ナリ不融通物ニ三種アリ(イ)宗教上ノ理由ノ基クモノ、(ロ)政治上ノ理由ニ基クモノ、(ハ)物ノ性質ニ基クモノ(1)公共物(2)死體(法學博士岡松參太郎氏民法理由總則編訂正十二版第一四三頁)
- 三 人類ノ死骸ハ物ナリ一定ノ目的ノ爲メニ其上ニ支配力ヲ及ホスコト得(法學博士平沼駱一郎氏民法總論三五七頁)
- 四 凡ソ人ハ權利ノ主體ニシテ精神ト肉體ト相俟テ人ヲ爲スモノナルカ故ニ人ノ生命ヲ失ハサル間ハ其肉體ハ權利ノ目的タルコト能ハサルモノト謂フヘシ然レトモ人ニシテ一旦生命ヲ失ヒタルトキハ其死體ハ一個ノ物ニシテ亦木石ト撰ム所ナキナリ故ニ法律ニ於テ特ニ制限ヲ受ケサル以上ハ吾人ノ權利ノ目的ト爲ルコトヲ得ルモノト謂フヘシ余ノ信スル所ニ依レハ屍體ハ財產權ノ目的ニ外ラナス即チ自己ノ爲メニ之ヲ占有スル者ハ其占有權ヲ取得シ又所有權ヲ取得スルノ意思ヲ以テ最先ノ占有ヲ爲ス



梅博士

中島博士

市村博士

川名博士

石坂博士

松岡博士

者ハ其所有權ヲ取得スルモノト言ハサルヘカラス而シテ通常死體ノ占有ヲ爲シ又ハ之ヲ先占スル者ハ死者ノ相續人又ハ親族ナリト言フヘキナリ然レトモ屍體ノ占有權又ハ所有權ヲ有スル者ハ之ヲ他人ニ讓渡スルコトヲ得ルモノニ非ス又屍體ヲ毀棄スルコトヲ得ス然レトモ屍體ノ占有者又ハ所有權ニ反セサル範圍内ニ於テ其權利ヲ拋棄スルコトヲ得ヘシ屍體ノ埋葬ハ即チ其占有權又ハ所有權ノ拋棄ニ外ナラサルナリ屍體ノ所有權又ハ折有者カ他人ノ爲メニ其權利ヲ侵害セラレタル場合ニ於テハ其救正ヲ求ムルコトヲ得ヘシ若シ他人ノ之ヲ奪フ者アラハ其取戻ヲ請求スル訴ヲ起スコトヲ得ルモノト謂フヘキナリ(法學博士仁井田益太郎氏法典實錄錄民法總則第三版二〇九頁以下要領)本文ニ對スル法學博士梅謙次郎氏ノ評ニ曰ク予ハ本文ニ同意セシ慣習法上屍體ハ所有權其他ノ財產權ノ目的タルコトヲ得サルモノナリト信ス本文ニ或ハ死者カ生前ニ於テ其屍體ヲ處分スルコトヲ得ルト云ヒ或ハ占有者カ先占ニ因リ屍體ノ所有權ヲ取得スヘシト云ヒ論旨貫徹セサルヲ見ルモ屍體ノ性質カ所有權ノ目的タルニ適セサルヲ知ルニ足ルヘキカ

五 屍體ハ物ニ非ス隨テ所有權ノ目的トナルヲ得ス又本法ノ規定ニヨリ相續セラレルモノニ非ス然ラハ如何ナル權限ニヨリ埋葬權利義務或ハ火葬ニ附スル權利義務或ハ第三者カ占有スル場合ニ於テハ其引渡ヲ請求スル權利ヲ生スルヤト云フニ余輩ノ見ル所ニ於テハ是レ財產權ノ效果ニ非スシテ慣習上ヨリ定マレル一種特別ナル死屍埋葬ノ權利義務ヲ存在スルニ因ル其權利義務ハ固ヨリ死者ニ對スルニ非ス直接ニ屍體其ノモノニ關シ一般人ニ屬シテ存ス所謂對世權ノ性質ヲ有スルモノナリ而シテ何人カ埋葬權利義務者タルカハ明ナラズト雖モ廣ク行ハルル慣習ニ於テハ第一ニ直系卑族直系卑族ナキ家族ニ於テハ戸主ナルモノノ如シ(法學博士中島玉吉氏民法釋義卷之一、三六七頁)

六 デルンブルヒハ「人ノ死體ハ物ナリ生者ハ其生存中其身體ヲ學術ノ目的ニ供スル爲メ死去ノ場合ニ於テ解剖室ニ讓渡スルコトヲ豫メ約スルコトヲ得然ラサル場合ニ於テハ死體ハ無主物ナリ但シ無主物トハ云ヘ自由ナル先占ヲ許ササルモノナリ相續人ハ之レヲ先占シテ賣却スルコトヲ得此ノ如キ善良ノ風俗ニ反スルモノナリ」ト云ヒガライスハ「吾人ハ自己ノ身體及其部分ニ對スル人格性ヨリシテ尙ホ他ノ結論ヲナス即チ死去ノ場合ニ於テ自己ノ身體ニ處分シ得ルコト是レナリ身體ハ死去ニ因テ身體ヨリ分離セル身體ノ一部ト同シク無主物ナル但シ此物ハ死者ノ遺産ノ一部ト構成スルモノニアラス」ト云ヒシユエリ

七 死體ハ物ナリ之ニ付キテ所有權ノ成立スルコトヲケケス然シナカラ其所有權ハ他ノ物ノソレト異ナリ大ニ制限ヲ受ケ唯之ヲ埋葬スルノ外事實上ノ處分ヲ爲スルコトヲ得サルヲ通例トス然シテ乍ラ之ヲ以テ死體ノ所有權ヲ否定スルコトヲ得ス(法學博士川名兼四郎氏日本民法總論一三四頁)

八 死體ニ付キテハ議論分ル物ニ非ストナス或ハ物トシテ認ムルモ無主物トナス說アリ然レトモ此說ハ死體ノ上ニ存スル法律關係ヲ説明スルコト能ハス故ニ死體ハ相續人ノ所有權ニ屬スルト説明スルヲ適當トス(法學博士石坂晉四郎氏東大講義總論二四八頁)

九 人類ノ死體ハ物ニシテ又人類ノ身體ト分離シタル手足義足亦物ナリ故ニ死體又ハ人體ト分離シタル手足義足等ハ他ノ有體物ト同シク財產權ノ客體ト爲ル從テ死體ノ遺産及ヒ人體ト分離シタル手足義足ノ賣買贈與ハ何レモ有效也(法學博士松岡義正四八頁)

氏民法論總則三四二頁

死體ハ通常先占スルコトヲ得サル無主物ニシテ所有權ノ目的物ト爲ラサルヲ通説トスト雖相續人カ被相續人ノ死體ヲ埋葬スルハ所有權ノ作用ト解スルヲ正當トスルヲ以テ此說ヲ採ラス又木乃伊及ヒ骸骨ハ所有權ノ目的物タルコト言テ待タス前示ノ通説ヲ採ラハ之ヲ説明スルニ苦ルシム(法學博士松岡義正氏民法總則三四九頁)

一〇 死體ハ生活セル身體ニ非サル故ニ之ニ付テ所有權ヲ認ムルコトハヨク理論ニ反スルコトナク又所有權ニ就テ公益上著大ナル制限アルモ其所有權タルコトヲ妨タルモノニ非ス(法學博士鳩山秀夫氏東大講義總論三九八頁)

一一 屍體ニ付テハ說岐レ少數論者ハ之ヲ物ニ非ストナスト雖モ通説ノ如ク財產權特ニ所有權ノ目的ト爲リ得ルモノト考フ(法學博士三浦信三氏民法總則提要第二冊一三九、二四〇頁)

一二 死體ハ物ノ意義ニ適合シ且之カ所有ヲ禁スヘキ理由ナキヲ以テ死體ハ相續財產ニ屬スル物ナリトス(法學博士嘉山幹一氏法學新報第二四卷第四號八四頁本書第三卷民法二九九頁)

鳩山博士  
三浦博士  
嘉山學士

人類ノ生體ハ物トシテ所有權ノ目的トナリ得ルヲ通説ハ之ヲ消極ニ解ス思フニ人ハ權利ノ主體ナルカ故ニ同時ニ權利ノ客體タルコトヲ得ストノ理由ノミヲ以テシテハ未タ以テ此問題ヲ消極ニ解スルコト能ハサルモノトス權利ノ主體ハ同時ニ權利ノ客體タルコトヲ得ストハ同一權利關係ニ付キテノミ言フモノニシテ總テノ關係ニ於テ權利ノ主體ハ同時ニ權利ノ客體タルコトヲ得ストノ趣旨ニ非ス吾人ノ人格ノ本體カ體軀其モノニ非サルコトハ法人ノ人格ヲ思ヒ又自然人ノ人格カ筋肉ノ肥瘦傷害等ニヨリ毫末ノ影響ヲ受ケサルヲ考フレハ極メテ明白ナル事理ニ屬スルヲ以テ吾人カ吾人ノ生體ノ上ニ權利ヲ有スト爲スモ權利ノ主體タル地位ト權利ノ客體タル地位トカ一ニ歸スルモノト言フヲ得ス是レ此點ヲ以テ消極論ノ根據トスル能ハスト爲ス所以ナリ

然リト雖モ元來法ハ社會ノ共同生活ニ於ケル行爲ノ規矩タルコトヲ使命トスル



モノナレハ之カ解釋ニ當リテハ共同生活ニ於ケル社會一般ノ見解ヲ無視スルコト能ハサルモノナリ吾人ノ生體ヲ物ナリトシテ吾人ノ所有權ノ目的ト爲ス見解ノ如キハ社會一般ノ見解ニ背反スルコト甚シキモノナルヲ以テ法律ノ解釋トシテハ頗ル其當ヲ失ス吾人ハ此點ニ於テ高橋辯護士ノ見解ヲ排シ長島學士ノ見解ニ從ハント欲ス毀損シタル身體ノ一部カ其者ノ所有權ニ歸シ又死亡ノ場合ニ於テ其所有權カ相續人ニ歸スルカ如キ現象ハ生體ヲ以テ物ナリトスル見解ニ從ハサルモ敢テ其說明ニ窮スルコトナシ

人類ノ死體ハ物トシテ所有權ノ目的トナリ得ルヤ否ヤニ關シ多數ノ見解ハ之ヲ積極ニ決シ長島學士竝ニ高橋辯護士ノ見解亦同様ニシテ吾人素ヨリ異論アルコトナシ

尙ホ長島學士ハ法學研究ノ便宜ニ合スルコトヲモ其論據ノ一ニ加ヘラレタリト雖モ吾人ハ輒ク之ニ贊同スルコト能ハス蓋シ法ハ法學ノ爲メ若クハ法學研究ノ爲メ發生シタルモノニ非スシテ社會共同生活ニ於ケル自然ノ要求トシテ發生シタルモノナレハ法學研究ノ便宜ノ爲メニ法律ノ解釋ヲ左右スヘカラサルコト明白ナル事理ニ屬スルヲ以テナリ

一三 準禁治產者カ左ニ掲ケタル行爲ヲ爲スニハ其保佐人ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス

- 二 借財又ハ保證ヲ爲スコト
- 五 贈與和解又ハ仲殺契約ヲ爲スコト
- 八 新築改築増築又ハ大修繕ヲ爲スコト
- 一四六 時効ノ利益ハ豫メ之ヲ拋棄スルコトヲ得ス
- 一四七 時効ハ左ノ事由ニ因リテ中斷ス
- 三 承認

時効完成ノ前後ヲ別タス債務ノ承認ハ自己カ債務者タルコトヲ表白スル觀念ノ通知ナリ

時効進行中ニ於ケル債務ノ承認ハ法ノ特別規定ニ依リ時効中斷ナル法律上ノ效果ヲ生スルモ時効完成後ノ債務ノ承認ハ特別規定ナキヲ以テ原則トシテ法律上何等ノ效力ヲモ有セサルモノトス

債務者カ時効ノ完成ニ因リ債務ノ消滅シタル事實ヲ知りテ其債務ノ存在ヲ承認シタル場合ニハ默示的ニ時効ノ利益ヲ拋棄シ其結果復活スル債務ヲ承認シタルモノト解スヘク此場合ニ限り債務ノ承認ヲ時効ノ利益拋棄ノ默示的意思表示ヲ包含スルモノトシテ理解シ得ルモノトス

時効完成後ノ債務ノ承認カ有償的ニ行ハルル場合ハ時効中斷事由ノ存否ニ付キ當事者間ニ爭アルトキ債務者カ時効ノ利益ヲ拋棄シ債權者カ其債權ノ半額ヲ免除スル等當事者雙方ノ讓歩ニヨリテ和解契約ノ成立スル場合ナリトス

無償ニテ財産權ヲ移轉スル債務ヲ負擔スル行爲ハ贈與ナルカ故ニ時効利益ノ無



債的拋棄ニヨリテ復活スル債務カ財産權ノ移轉ヲ内容トスル場合ニハ贈與ニ準  
スルヲ妥當トス  
時効利益ノ無償的拋棄ニヨリテ復活スル債務カ勞務ノ供給ヲ内容トシテ其勞務  
ノ供給カ新築改築増築又ハ大修繕ヲ目的トスル場合ニハ民法第一二條第一項第  
八號ニ準スルヲ妥當トス

大審院大正八年五月二日民二部判決本卷民法七四一頁

(一) 本判決ハ時効完成後ニ於ケル債務ノ承認ハ時効ノ利益ノ拋棄(民一四六)テアルト  
云ツタノテアル然シ余輩ハ少シク之ト異ナル見解ヲ有スル余輩ハ時効完成ノ前後ヲ  
別タス債務ノ承認ハ何處マテモ自己カ債務者タルコトヲ表白スル觀念ノ通知ヲ解  
シタイ從テ時効進行中ニ於ケル債務ノ承認ハ法ノ特別規定ニ依リ時効中斷ト云フ法  
律上ノ效果ヲ有スルモ時効完成後ノ債務ノ承認ハ特別規定ナキヲ以テ原則トシテ法  
律上何等ノ效力ヲ有サナイノテアル當債務者カ時効ノ完成ニ因ツテ債務ノ消滅シ  
タル事實ヲ知リナカラ尙ホ其債務ノ存在ヲ承認シタ場合ニハ默示的ニ時効ノ利益ヲ  
拋棄シ其結果復活スル債務ヲ承認シタモノト解スヘキテアルカラ此場合ニ限リ債務  
ノ承認ナ時効ノ利益拋棄ノ默示的意思表示ヲ包含スルモノトシテ理解シ得ルノテア  
ル(二) 次ニ時効ノ利益拋棄シテ消滅シタ債務ヲ消滅セサルモノトスルトキハ借財  
ヲ爲スト同視スヘキタト論シ去ツタ本判決ノ其無難作ナ態度ニ余輩ハ不滿テアル時  
効完成後ニ債務ヲ承認スルコトハ多ク無償ニテ爲サレルゾレカ有債ヲ行ハレル場合  
ハ極メテ稀テアル有債ヲ行ハレル場合トシテ余輩ノ想像シ得ルハ時効中斷事由ノ存  
否ニ付キ當事者間ニ争アルトキ債務者カ時効ノ利益ヲ拋棄シ債權者カ其債權ノ半額  
ヲ免除スル等ノ當事者双方ノ讓歩ニヨリテ和解契約カ成立スル場合テアル而シテ此  
場合ニハ其和解ト云フコトカ民法第一二條第一項第五號ニ該當スルカ故ニ後見人カ

【論旨第一、二、三點民法第一四七條第三號承認ノ性質ニ關スル參照學說判例】  
本卷民法四九〇頁以下  
【同上時効完成後ニ於ケル債務承認ノ性質ニ關スル參照學說判例】  
本卷民法八九三頁以下  
【論旨第四點以下時効拋棄ノ性質ニ關スル權利讓渡又ハ贈與說】

被後見人ニ代リ之ヲ爲スニハ親族會ノ同意ヲ要スルコト勿論テアル斯ノ如キ時効利  
益ノ有償的拋棄ハ必スシモ借財即チ消費貸借ト同一視スヘキテナイノテアルカ無償  
的拋棄カ借財ト同一視スヘキカ否カナ研究スルコトカ重要テアルト思フ無償ニテ完  
成シタル時効ノ利益ヲ拋棄シテ既ニ一度消滅シタ債務ヲ復活セシメルコトハ無償ニ  
テ復活債務ト同一内容ヲ有スル債務ヲ新ニ負擔スル場合ニ準セシメルコトハ無償ニ  
余輩ハ信スル而シテ無償ニテ財產權ヲ移轉スル債務カ負擔スル行爲ハ贈與ナルカ故  
ニ時効利益ノ無償的拋棄ニヨリテ復活スル債務カ財產權ノ移轉ヲ内容トスル場合ニ  
ソレハ贈與ニ準スルモノトシテ取扱フヘキモノテアルト思フ又時効利益ノ無償的拋  
棄ニヨリテ復活スル債務カ勞務ノ供給ヲ内容トシ其勞務ノ供給カ新築改築増築又ハ  
大修繕ヲ目的トスル場合ニハソレハ民法第一二條第一項第八號ニ準スルモノトシテ  
取扱フヘキテアルト思フ本件ハ後見人カ親族會ノ同意ナクシテ被後見人ニ代リ金九  
百十三圓九十錢ノ金銭債務ノ承認ヲシタト云フノテアツタ而シテ時効利益ノ拋棄ニ  
ヨツテ金銭債務ヲ復活セシメルコトハ消費貸借ニヨリ金銭債務ヲ新ニ負擔スルコト  
ニ準セシメヨウトスル判決ノ見解ハ一理アルカ如ク見エラシク然レ消費貸借ニアリテハ  
其金銭債務ヲ負擔スル對價トシテ同額ノ金銭ヲ受領スルカ故ニ之ヲ無償ニテ金銭債  
務ヲ復活セシメル場合ニ採用スルハ聊カ無理テアル余輩ハ寧ろ無償ニテ金銭債務ヲ  
負擔スル贈與ノ場合ニ準セシメルノカ妥當テハアルマイカト考ヘル(法學士藥師寺傳兵衛法  
學志林第二卷第一一號五六頁「後見人カ時効完成後債務ノ承諾ヲ爲ス要件」要領)



【同上ニ關スル追認説】

一時効拋棄ノ性質ニ付キテハ或ハ之ヲ權利ノ讓渡ト爲スモノアリ或ハ單ニ相手方ノ權利ノ追認ニ過キスト爲ス本法ハ前説ニ從テ蓋時効ハ妨訴抗辯ノ拋棄ナルヲ以テ當事者ハ已ニ其取得シタル權利ヲ拋棄シ其已ニ免レタル義務ヲ再ヒ負擔スルト同一ナルカ故ナリ(法學博士岡松太郎氏民法理由三三四頁)

二 既ニ完成シタル時効ノ利益ヲ拋棄スルノ意思表示ハ如何ナル性質ヲ有スルヤ之ヲ權利ノ讓渡又ハ新ナル債務ノ創設ト爲ス學說ハ事理ニ適ス此學說ハ取得時効ノ拋棄ヲ以テ時効ノ完成ニ因リテ既ニ取得シタル權利ヲ元權利者ニ讓渡ス效力ヲ生スルモノト爲シ消滅時効ノ拋棄ヲ以テ時効ノ完成ニ因リテ既ニ消滅シタルモノト同一ナル債務ヲ新ニ創設スルノ效力ヲ生スルモノト爲ス時効ヲ以テ權利ノ取得又ハ消滅ノ原因ト爲ストキハ此ノ如ク斷定スルノ外ナルカヘレ唯權利ノ讓渡又ハ新ナル債務ノ創設トイフトキハ時効拋棄ノ總テノ場合ヲ網羅スルコトヲ得ヌ何トナレハ取得時効ノ拋棄中權利ノ讓渡スル場合ノ外單ニ之ヲ消滅スルニ止ル場合アリ又消滅時効ノ拋棄中債權ヲ創成スル場合ノ外他ニ權利ヲ設定スル場合アレハナリ(法學博士平沼謙一郎氏法總論六九六頁)

三 時効完成後ニ於ケル時効ノ拋棄ハ時効ノ效果ヲ生セサルモノト爲スニハアラズ其生シタル效果ニ付キテ或他ノ行爲ヲ爲スモノト解ス(ハシ其行爲ハ時効ニ因リテ得タル讓渡ナルコトアルヘシ或ハ債權ノ新設贈與ナルコトアルカ如シ)(法學博士川名博士四郎氏民法總論二八七頁)

四 時効ハ權利ヲ取得シ又ハ之ヲ消滅セシムルノ效力ヲ生スルヲ以テ取得時効ノ拋棄ハ時効ノ受益者ヲ該時効ニ因リテ消滅シタル義務ヲ新ニ創設シタル權利ヲ前權利者ニ讓渡スルノ效力ヲ生シ又消滅時効ノ拋棄ハ時効ノ受益者ヲ該時効ニ因リテ消滅シタル義務ヲ新ニ創設シタル權利者ノ爲メニ負擔スルノ效力ヲ生ス(法學博士松岡義正氏民法總論六二五頁)

我民法ニ於テハ時効ヲ以テ權利得喪ノ原因ト爲シタルカ故ニ取得時効ノ拋棄ハ讓渡ト爲リ消滅時効ノ拋棄ハ新ナル債務ノ負擔ト爲ルモノト解スルコト一見當然ナル如シ然リト雖モ如此ナルトキハ擔保ノ消滅其他不都合ナル結果ヲ生シ時効ノ目的及ヒ當事者ノ意思ニ反スルコト明ナルカ故ニ到底之ヲ採用スルコトヲ得ヘキニ非ス惟フニ我國法ノ說明トシテハ拋棄ハ時効カ一旦其ノ效力ヲ生シタル後ニ於テ嘗テ之ヲ生セザリシモノト爲ス一種ノ追認ト解スルノ外ナシ(法學博士富井政章氏民法原論總則四五頁)

【同上ニ關スル法律狀態回復説】

一時効利益拋棄ノ性質本法ニ於テハ時効ハ(一)單ニ抗辯權ヲ發生セシムルモノニ非ス(二)又援用ヲ以テ效力發生ノ要件トナスモノニ非スシテ時効ハ其完成(時効期間ノ滿了)ニヨリ當然權利取得消滅ノ效果ヲ來スモノナリ時効拋棄ノ性質ヲ明ニスルニハ先ツ右ノ時効完成ノ效果ヲ了知スルコトヲ必要ナリ余輩ノ信スル所ニ於テハ拋棄ハ時効完成セルニモ拘ハラズ完成セルモノトナス意思表示ナリ此ノ如ク解釋スルニヨリ消滅時効取得時効ニ共通ノ說明ヲ與フルヲ得ヘク又拋棄ノ豫期ニ適合スル結果ヲ得ラルヘシ(法學博士中島玉吉氏民法釋義總則八〇七頁)

二 拋棄ノ結果タル決シテ一旦消滅シタル權利ノ贈與又ハ一旦消滅シタル義務ノ負擔ト同シカラス從來ノ權利義務ハ其儘ニ存續シ質權抵當權ノ如キモ亦依然存續スルモノナリ蓋シ時効ノ效果ヲ以テ其完成後ニ於テモ當事者ノ援用ヲ俟テ始メテ實體上確定スヘキ條件ノモノト解スルヲ以テ從テ又援用權ヲ有スル當事者カ消滅時効ノ利益ヲ受ケサルノ意思ヲ表示スルニヨリテ時効ノ效果ヲ發生セシメサルコトヲ得ルモノトモ何等ノ矛盾ヲ生セサルナリ(法學博士鳩山秀夫氏註釋二卷六一四頁)

三 時効拋棄ノ意思表示ハ時効ヲシテ效力ヲ生セザラシメントスル内容ヲ有スルモノニシテ權利ヲ讓渡シ又ハ債務ヲ負擔スルノ内容ヲ有スルモノニアラス時効完成セザル狀態ヲ維持セントスルモノナリ(法學博士嘉山幹一氏民法總論六三三中大講三四八頁)

四 時効ノ利益ヲ拋棄シタルトキハ時効ハ初メヨリ進行セザルト同一ノ結果ヲ生ス(法學博士鈴木英太郎氏民法總則講義錄五六四頁)

五 時効ノ拋棄ハ權利ノ移轉ニモアラス一種ノ追認ニモアラス援用權ヲ拋棄シテ時効ヲ完成セザリシモノトスル一種ノ意思表示ナリト解ス從ツテ新債務ヲ負擔スルニアラサレハ擔保權ノ如キハ固ヨリ存續スルモノナリ(法學博士鳩山一郎氏總則日大講四三三頁)

六 時効拋棄ハ一ノ處分行爲ニシテ所謂追認ニモアラス讓渡ニモアラス時効完成ニ依リテ生シタル法律上ノ效果ヲ解消シテ時効完成以前ノ法律關係ニ復活スル事ヲ内容トスル一種ノ處分行爲ナリト謂フ欲ス而シテ此處分行爲ハ無償行爲ニシテ一方の意思表示ニ依リ其效力ヲ生ス從テ一面ニ於テハ拋棄者ニ處分ノ能力又ハ權限アルヲ要スルト同時ニ一面ニ於テハ時効ニ因リテ得タル利益ハ之ニ依リテ取消サレ當事者ハ再ヒ時効完成以前ノ法律關係ニ復活スルニ至ル其結果原權利者ハ原權利ハ間斷ナク終始繼續シテ保有スル事トナリ彼ノ權利ヲ讓渡シ又ハ債務ヲ創設スルト全ク其關係ヲ異ニスルモノトス(近藤治郎氏法律新開第三一三號五頁)

【同上債務ノ承認ト時効ノ拋棄ニ關スル參照學說判例】

一時効ノ完成シタルコトヲ知リテ爲シタル辨濟承諾又ハ擔保ノ供與ノ如キハ時効ノ拋棄ト見ルノ外ナシ(法學博士富井政章氏民法原論總則五四七頁)

其給付シタルモノヲ取戻スコトヲ得ヘキハ當然ナリトス(同上原論總則五四七頁)

二 主タル債務者カ時効ノ利益ヲ申立テ免責ヲ主張セハ其義務ヲ免カレ得ル場合ニ於テ其權利ヲ有シナカラ之ヲ主張セス却テ債務ヲ追認シタルハ所謂時効ノ拋棄ナリ時効ノ拋棄ハ自ラ之ヲ爲シタル者若クハ其承認人ニ對シ效力ヲ有スルノミニシテ從タル債務者即チ保證人ニハ其效果ヲ推シ及ホシ得ヘキモノニ非ス(六審院明治二七年一月二七日判決民錄五四六頁)



三 時効ノ完成シタル債務ノ一部ヲ辨濟シタルトキハ時効ノ利益ヲ拋棄シタルモノトス債務承認ニ因リテ完成シタル時効ノ利益ヲ拋棄スルニハ債務承認ノ事實以外ニ債務力時効ニ因リ消滅シタル事實ヲ認知シ居リタル事實ヲ必要トセス(東京控訴明治四三年(ホ)二一號同年五月一五日判決法律新聞六六三號一三頁)

四 時効完成ノ債務承認ハ時効ノ利益ヲ拋棄スルニアラザレハ爲シ能ハサル所ナルカ故ニ前項ノ如ク債務者カ既ニ時効ノ完成シタル債務ヲ爲シタル以上ハ所謂時効ノ利益ヲ拋棄シタル結果ヲ生ス(同上明治四三年七月五日判決判例彙報第七卷七一頁)

五 時効完成後ノ承認タルヘキ行爲ハ概テ支拂意思ノ表示ヲ伴フテ通常トスルニヨリ此支拂意思ノ表示ニヨリ時効ノ利益拋棄ト認メラルルヲ普通トスルモノトモ之レ承認自體ノ性質效力ニハ非ラズシテ承認ト同時ニ爲サレタル拋棄其モノノ時効ノ意思表示ニヨルモノト解セサル可カラズ(青森地方大正二年(レ)第一四號判決本書第二卷民法三五七頁)

六 債務者カ債權者ヨリ其金錢債務履行ノ請求ヲ受ケタル場合ニ於テ其債權者ノ債權ヲ承認シツツ之カ支拂延期ヲ求メタル時ハ時効ノ利益ヲ拋棄シタルモノト認メラルヘシ(熊本地方明治三九年(ハ)二〇八號法律新聞四四六號六頁)

時効完成前ニ於ケル債務ノ承認カ觀念通知ナルハ吾人素ヨリ異論ナシト雖モ時効完成後ニ於ケル債務ノ承認ヲ以テ觀念通知ト爲ス學士ノ論旨第一點ニハ贊同スルヲ得ス蓋シ觀念通知ハ事實ノ通知ナリ債務ノ存在事實ノ通知ナリ然ルニ時効完成後ニアリテハ債務ハ消滅スルカ故ニ之ニ對シ債務ノ存在スル事實ナルモノ在ルヲナシ從テ之ニ對シ觀念通知ナルモノ存スヘカラス且時効完成後ニ於ケル債務ノ承認ハ時効ノ完成ニヨリ時効利益ヲ受クヘキ當事者カ其利益ヲ受ケサル旨ノ意思表示ナレハ(本卷民法八九四頁評論此點ニ關シ效果意思ヲ要スルモノニシテ之ヲ要セサル觀念通知ト同一視スヘキニ非サレハナリ從テ時効完成後ニ於ケル債務ノ承認ハ原則トシテ何等ノ法律上ノ效果ヲ生セスト解スル論旨第二、三點ニハ贊同スルヲ得ス(債務者カ時効完成ノ事實ヲ知ラスシテ爲シタル場合ニ就テハ本卷民法八九四頁評論參照然ラハ時効拋棄ノ法律上ノ性質如何諸說紛々

トシテ歸一スル所ナシ學士カ之ヲ各場合ニ岐テ論及セラレタルハ我民法ノ解釋上傾聽スヘキモノナリト信ス然リ而テ學士ハ時効利益ノ無價的拋棄ニヨリテ復活スル債務カ財產權ノ移轉ヲ内容トスル場合ニ付キ贈與ニ關スル規定ヲ準用スヘキモノナリト論セラレタリ之レ素ヨリ論理上正當ナリト雖モ當事者ノ意思ニ反スルノ嫌ヒナキカヲ疑ハシム大審院ハ案件ヲ解シ一定金員ノ債務ノ承認ハ之ヲ民法第一二條ニ所謂借財ト謂フヲ得スト雖モ債務ノ承認ハ完成シタル時効ノ效力ヲ消滅セシメ既ニ消滅シタル權利ヲ未タ消滅セサルモノト爲スモノナレハ之ヲ借財ト同一視スヘキ行爲ナリト爲シタリ之レ時効利益ノ拋棄ニ關スル法理ヨリスルモ當事者ノ意思ヨリスルモ至當ノ見解ニシテ吾人ハ寧ロ大審院ノ見解ニ贊同スルモノナリ(本卷民法七四三頁評論他ノ點ニ關スル學士所論ニ付テハ吾人之ニ贊同セント欲ス)

(三五二)

四一五 債務者カ其債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲ササルトキハ債權者ハ其損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ由リテ履行ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルトキ亦同シ  
民事訴訟法二三第一項 各當事者ハ事實上ノ主張ヲ證明シ又ハ之ヲ辯駁セン爲ニ用キントスル證據方法ヲ開示シ且相手方ヨリ開示シタル證據方法ニ付キ陳述ス可シ

甲乙二種ノ米利堅針二百萬本ノ引渡ヲ目的トスル契約ニ於テ債權者カ目的物ノ内甲四〇萬本乙六〇萬本ノ引渡ヲ受ケタルモ債務者ニ於テ殘甲四〇萬本乙六〇



萬本ノ引渡ヲ爲ササル爲メ得ヘカリシ利益ヲ失ヒタルコトヲ主張シ債務不履行ヲ原因トシテ其損害賠償ヲ求ムルニ對シ債務者ハ引渡濟ノ百萬本ハ總テ乙ナル旨抗辯シ以テ債權者ノ主張ヲ争ヒタルトキハ不履行ニ係ル目的物カ甲四〇萬本乙六〇萬本ナルコトヲ證明スヘキ責任ハ原告タル債權者ニ在ルモノトス

案スルニ大正六年四月十六日當事者間ニ米利堅針二百萬本(内八十萬本ハ%記號百二十萬本ハ%記號)ノ買賣契約カ締結セラレタルコトハ争ナキ事實ニシテ被告上告人ハ其目的物ノ内%記號四十萬本%記號六十萬本合計百萬本ノ引渡ヲ受ケタルモ上告人ニ於テ殘リ百萬本即%記號四十萬本%記號四十萬本ノ引渡ヲ爲ササル爲メ得ヘカリシ利益ヲ失ヒタルコトヲ主張シ上告人ノ債務不履行ヲ原因トシテ其損害ノ賠償ヲ請求スルモノナリ而シテ上告人ハ之ニ對シ引渡濟ノ百萬本ハ總テ%記號ナル旨抗辯スルヲ争フモノナレハ其不履行ニ係ル目的物カ%記號四十萬本%記號六十萬本ナリトノ被告上告人主張ヲ證明スヘキ責任ノ原告タル被告上告人ニ在ルヤ更ニ多言ヲ俟タサル所ナリ然ルニ原告カ控訴人ハ第一契約ノ履行濟一百萬本ハ全部%記號ノモノノミナリシト主張スレトモ之ヲ認ムヘキ證據ナキヲ以テ採用セスト判示シ直ニ被告上告人ノ主張ヲ容レ%記號四十萬本%記號六十萬本ノ引渡ナカリシ事實ヲ認メタルハ立證責任ノ所在ヲ誤リテ事實ヲ確定シタル不法アルモノト爲ササルヲ得ス尤モ此不法ハ第一契約ノ不履行ニ因ル損害ノミニ關スルモノナレトモ原告ハ損害額ヲ判定スルニ當リ第一契約ノ不履行ニ因ルモノト第二契約ノ不履行ニ因ルモノトヲ判然分別セサルヲ以テ原判決ハ結局全部ノ破毀ヲ免カレサルモノトス(大審院大正八年(才)第五一八號同年十月二十日民二部馬場裁判長田上柳川菴淵成道各判事判決)

【關係事項】

破毀差戻原審大阪控訴院○損害賠償請求事件○上告人小鍛市左衛門訴訟代理人辯護士澤邊浩同吉田三市郎同田

坂貞雄同阿保淺次郎同佐々木藤市郎同長町國助同自川龍一被告上告人ラルフベンジャマンレームンド訴訟代理人辯護士大島恒後郎同大島好太郎

後見人免職ハ必スシモ後見人ニ對スル懲罰ノ爲メニハ非ス專ラ被後見人ノ利益保護ノ趣旨ニ出ツルモノニ外ナラサルカ故ニ後見監督人ハ固ヨリ其他被後見人ノ親族及ヒ親族會ノ一員タルモノ等凡ソ被後見人ノ利益ヲ計ルヘキ正當ナル關係アル者ハ孰レモ免職ノ訴ニ於ケル原告ト爲リ得ルモノトス

- 九〇八 左ニ掲ケタル者ハ後見人タルコトヲ得ス
  - 八 裁判所ニ於テ後見ノ任務ニ堪ヘサル事跡不正ノ行爲又ハ著シキ不行跡アリト認メタル者
  - 九一〇 後見人ヲ指定スルコトヲ得ル者ハ遺言ヲ以テ後見監督人ヲ指定スルコトヲ得
  - 九一一 第一項 前條ノ規定ニ依リテ指定シタル後見監督人ナキトキハ法定後見人又ハ指定後見人ハ其事務ニ着手スル前親族會ノ招集ヲ裁判所ニ請求シ後見監督人ヲ選任セシムルコトヲ要ス若シ之ニ違反シタルトキハ親族會ハ其後見人ヲ免職スルコトヲ得
  - 九一二 後見人就職ノ後後見監督人ノ缺ケタルトキハ後見人ハ遲滞ナク親族會ヲ招集シ後見監督人ヲ選任セシムルコトヲ要ス此場合前條第一項ノ規定ヲ準用ス
  - 九一七 後見人ハ遲滞ナク被後見人ノ財産ノ調査ニ着手シ一ヶ月内ニ其調査ヲ終リ且目錄ヲ調製スルコトヲ要ス但此期間ハ親族會ニ於テ之ヲ伸長スルコトヲ得
  - 九一九 第三項 後見人カ被後見人ニ對シ債務ヲ負フコトヲ知リテ之ヲ申出テサルトキハ親族會ハ其後見人ヲ免職スルコトヲ得
- 民事訴訟法一一二第二項 明カニ争ハサル事實ハ原告若クハ被告ノ他ノ陳述ヨリ之ヲ争ハントスル意思カ顯レサルトキハ自白シタルモノト看做ス
- 同一三〇第二項 調書ニ記載シテ明確ニス可キ諸件ハ左ノ如シ
- 第一 自白諸拋棄及ヒ和解



凡ソ裁判上ノ自白ノ撤回ハ自白セラレタル事實カ事實ニ吻合セザルコト及ヒ自白カ誤リテ爲サレタルコトヲ立證セザル限リ無効ナルモノトス」

後見人ノ免職ナルモノハ專ラ被後見人ノ利益保護ノ目的ニ出ツルモノナルカ故ニ果シテ免職ノ事由アリヤ否ヤハ後見人ト被後見人トノ關係關係人ノ社會上ノ地位其職業其生活狀態等諸般ノ事情ヲ參酌考察シテ之ヲ決スヘク夫ノ地位アリ教養アル人士ノ間ニ於テ始メテ行ハレ得ヘキカ如キ高尚ナル處世上修身上ノ軌範ヲ執テ一律ニ之ニ臨マントスルカ如キハ蓋シ其目的ニ副ヘルモノト謂フヘカラス」

後見人免職ハ必スレモ後見人ニ對スル懲罰ノ爲メニ非ス專ラ被後見人ノ利益保護ノ趣旨ニ出ツルモノニ外ナラサルカ故ニ後見監督人ハ固ヨリ其他被後見人ノ親族及ヒ親族會ノ一員タルモノ等凡ソ被後見人ノ利益ヲ計ルヘキ正當ナル關係アル者ハ執レモ免職ノ訴ニ於ケル原告ト爲リ得ルモノトス訴外岩崎たつか控訴人ノ後見ノ下ニアル未成年者ナルコトハ當事者間ニ爭ナク而シテ被控訴人加納松兵衛カ前記被後見ノ養母ケンノ妹ノ夫ナルコトハ當事者間ニ爭ナク而シテ被控訴人蓮池宗超ノ供述ニ依レハ前記松兵衛カ曾テ其後見監督人タル地位ヲ辭セントスル意思アリシモ後之レヲ讓シタルコトヲ認ムヘキカ故ニ此點ニ關スル控訴人ノ供述ト相俟テ同人カ現在尙後見監督人ノ地位ニアルコト甚明白ナリ被控訴人剛力長松カ被後見人ノ養母ケンノ姉ノ子ナルコトハ原審證人剛力むらノ供述ニ依リ之ヲ認ムルヲ得ヘシ而シテ被控訴人高橋實太郎カ被後見人ノ親族會員ナルコトハ原審ニ於テ控訴人ノ自白スルトコロナリ但此自白ハ當審ニ於テ撤回セラレタルモ凡ソ自白ノ撤回ハ自白セラレタル

事實カ事實ニ吻合セザルコト及ヒ自白カ誤リテ爲サレタルコトヲ立證セザル限リ無効ナルカ故ニ斯カル立證ナキ控訴人ノ自白撤回ハ何等ノ效力無シ要之被控訴人等カ本訴ニ於ケル適法ナル當事者ナルコトハ之ヲ是認セザルヘカラス

原審證人伊藤文次郎……等ノ供述ニ依レハ控訴人ハ大正七年春頃ヨリ植枝某ト私通セリトノ風評アリシコトヲ認ムルヲ得ヘキモ果シテ風評ノ如キ事實アリシヤ否ヤニ付テハ多少ノ明確ヲ缺クトコロアリ原審證人齋藤いそノ證言ニ依レハ控訴人ト馬喰ノ金ナルモノト私通シタルトノ噂カ一時人口ニ上リシコトアリシモ右ノ金カ控訴人方ニテ遊興シ歸宅セザリシ爲メ巡查ノ説諭ヲ受ケタルコトアリシニ基クモノニシテ根據アル沙汰ニハ非サリシコトヲ認ムルヲ得ヘシ此外ニシテ被控訴人主張ノ如ク控訴人カ幾多ノ男子ト私通シタリト云フカ如キ事實ハ之ヲ認ムヘキ何等ノ證據ナシ原審證人山下俊平ノ供述ニ依レハ大正六年一二月中控訴人ハ旅人宿營業ノ許可ヲ其筋ニ出願セシカ直チニ許可ナカリシカ爲メ保ノ巡查ニ金二圓ヲ贈賄セントシ處罰セラレシ事實及ヒ大正七年八月中小澤レン外一名カ控訴人方ニテ賣買中檢舉セラレシ事實ヲ認ムルヲ得ヘク原審證人伊藤文二……ノ供述ニ依レハ大正元年九月中即控訴人ノ亡夫宗作カ自ラ待合及湯屋ヲ營業シ居タル際宗作方ニテ賭博ヲ爲シタル鈴木某等カ檢舉セラレシ事實ヲ認ムルヲ得ヘシ被控訴人主張ニ係ル財產目錄云云以下ノ事實ハ是ヲ認ムヘキ何等ノ證據ナシ

夫レ後見人ノ免職ナルモノハ冒頭説示ノ如ク專ラ被後見人ノ利益保護ノ目的ニ出ルモノナルカ故ニ果シテ免職ノ事由アリヤ否ヤハ後見人ト被後見人トノ關係關係人ノ社會上ノ地位其職業其生活狀態等諸般ノ事情ヲ參酌考察シテ之ヲ決ス可ク夫ノ地位アリ教養アル人士ノ間ニ於テ始メテ行ハレ得ヘキカ如キ高尚ナル處世上修身上ノ軌範ヲ執テ一律ニ之ニ臨マントスルカ如キハ蓋シ其目的ニ副ヘルモノト謂フヘカラス

前段認定ニ係ル事實ニ徴スレハ控訴人ハ其操行端正ニシテ他ノ儀表タルヲ辱メサル淑女貞婦ナリトハ云ヒ得サルト共ニ又一面控訴人ハ被後見人たつノ實母ナリトノ當



奥田博士

仁井田博士

牧野博士

德續博士

島田學士

阪本トク

法曹會

仁井田博士

雄本博士

岩田學士

事者間ニ争ナキ事實原審證人蓮池宗超ノ供述ニ依リテ認メ得ラルル如ク被後見人ト  
 つハ控訴人ノ亡失宗作カ存生中ヨリ宗作ノ後見ヲ受ケ居タルカ其死後控訴人カ引續  
 キ其後見ヲ爲シ居ル事實原審證人山下俊平ノ供述ニ依リ認メ得ラルル如ク控訴人ハ  
 現在待合及湯屋業ヲ營ミ居レルコト及ヒ遺ハ其亡夫宗作ノ營業ヲ繼續シタルモノナ  
 ルコト等ヲ考察參酌スルトキハ今ニシテ控訴人ノ後見ヲ免職スルニ非サルヨリハ被  
 後見人ノ利益ヲ保護スルニ由無シト云フオ如キ事由ハ未タ以テ之有リト認ムルニ足  
 ラス其他本件ニ於ケル總テノ材料ニ依ルモ免職ノ事由ハ竟ニ之ヲ認ムルヲ得サルカ  
 故ニ本訴請求ハ失當ニシテ控訴ハ其理由アリ(東京控訴院大正八年(ネ)第二二五號同年一月三日民一  
 部前田裁判長谷川渡邊各判事判決)

【關係事項】 廢業○後見人免職控訴事件○控訴人岩崎つる訴訟代理人辯護士岩崎勳同後藤傳兵衛被控訴人加納松兵衛外二名訴  
 訟代理人辯護士礪原周次郎

【判旨第一點後見人免職ノ訴ト原告ニ關スル參照學說】

一 民法ハ既ニ後見ノ任務ニ堪ヘサル事跡不正ノ行爲又ハ著シキ不行跡アルコトヲ以テ後見人タル資格ヲ消滅セシムル訴ノ原  
 因ト爲ス從テ解職ノ訴モ亦之上一ノ原因ニ因ルヘク其訴ヲ提起スルコトヲ得ヘキ者モ亦資格消滅ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ル  
 者ト同シカルヘキ當然ナリ(法學博士奥田義人氏中大親族法講義錄八三七頁)

二 後見人免職ノ訴ハ後見人ニ對シテ之ヲ提起スヘキモノトシテ此訴ヲ提起スルコトヲ得ヘキ者ハ其免職ニ付キ法律上ノ  
 利益ヲ有スル者ナラサルヘカラス蓋シ原告ト被告ト反對ノ利益ヲ有スル者ナラサルヘカラス蓋シ原告ト被告ト反對ノ利益ヲ有ス  
 ル者ナラサルヘカラスナルヲ以テナリ故ニ被後見人後見監督人親族會員及ヒ被後見人ノ親族等ハ此訴ヲ爲スコトヲ得ヘシ(法  
 學博士仁井田益太郎氏親族法相續法論三三七頁)

三 後見人免職ノ手續果シテ如何親族權喪失ノ宣言ニ付テハ第八九六條第八九七條ノ規定アリ後見人免職ノ請求權ハ果シテ何  
 人ニ屬スヘキヤ被後見人親族後見監督人ハ執レモ之カ請求ヲ爲シ得ヘキカ從前ノ慣例亦其範圍ヲ限定セサルモノノ如クナルヲ  
 以テ總テノ利害關係人ハ後見人ノ免職ヲ請求シ得ヘシト謂ヒ得ヘク然ラズト謂ヒ得ヘク解釋區々ニ岐ルルモ畢竟法ノ不備  
 之カ原因タルモノトス然ルニ法曹會ハ未成年者ノ後見人ハ親權ヲ行フ父又ハ母ト始メ同一ノ權利義務ヲ有スルモノナルヲ以  
 テ後見人免職ニ關シテハ親權喪失ノ場合ノ規定ヲ準用シ未成年者ノ親族又ハ檢事ニ限リ此訴ヲ提起シ得ヘク(八九六)後見監督  
 人ハ被後見人ノ親族ニ非サル者ナリトモ後見人ノ事務ヲ監督スル職責上當然後見人免職請求權ヲ有スルモノト解スヘク禁治產

者ノ後見人ニ付テモ同一ノ論結ヲ下スモノト決議セリ是レ蓋シ至當ナリト謂フヘキナリ(法學博士牧野菊之助氏親族法論四  
 七九頁)

四 後見人免職ノ訴ヲ起シ得ル者ハ被後見人後見監督人親族會員被後見人ノ親族及ヒ檢事ナルヘキカ(九一五、八九六)(法學  
 博士德續重遠氏親族法大意一三四頁)

五 後見人免職ノ訴ハ被後見人後見監督人親族會員其他利害關係人ヨリ之ヲ提起スルコトヲ得ヘク此訴ニ於テハ後見人ヲ被告  
 ト爲スヘキモノトス(法學博士島田鐵吉氏明大親族法講義錄三三七頁)

六 免職ノ訴ハ何人カ提起シ得ルヤ民法ハ此點ニ付キ何等規定スル所ナシト雖モ元來未成年者ノ後見ハ親權ノ補充ナレハ民法  
 第八九六條第八九七條ヲ準用シ未成年者ノ親權及ヒ檢事カ此訴ヲ提起シ得ヘシ尙後見監督人モ其職責上此訴權アリトスヘク禁  
 治產者ノ後見人免職ニ付テハ利害關係人ハ此訴ヲ提起シ得ヘキモノト解スルヲ相當ト信ス(ドクトルユリス阪本三郎氏早大親  
 族法講義錄二六四頁)

七 未成年者ノ後見人免職ノ訴ニ於テハ民法第八九六條ヲ準用シテ未成年者ノ親族又ハ檢事ニ限リ其訴ヲ提起シ得ヘキモノト  
 謂フヘシ但シ後見監督人ハ被後見人ノ親族ニ非サル者ナリト雖モ後見人ノ事務ヲ監督スル職責上當然後見人免職請求權ヲ有ス  
 ルモノト解セサルヘカラス是レ後見人免職ノ場合ニハ民法第八九六條ノ規定ヲ適用スルモノニアラスシテ之ヲ準用スヘキモノ  
 タル當然ノ結果ナリ禁治產者ノ後見人ニ付テモ同一ノ論結ヲ下ササルヘカラス(法曹會明治四〇年九月二一日決議法曹記事  
 第一七卷第一〇號二七頁)

【判旨第二點裁判上ノ自白ノ意義ニ關スル參照學說判例】

本卷民訴二九九頁以下

【同上裁判上ノ自白ノ撤回ニ關スル參照學說判例】

一 裁判上ノ自白ハ之ヲ爲シタル當事者ヲ羈束シ之ヲシテ其取消ヲ爲スコトヲ得サラシムルモノナリ然レ共相手方ノ承諾アル  
 トキハ此限ニ在ラス蓋シ裁判上ノ自白ニ付キ利益ヲ有スルモノハ相手方ナルヲ以テナリ又裁判上ノ自白カ當事者ノ代理人又ハ  
 相手方若クハ其代理人ノ犯罪ニ基クトキハ之ヲ取消スコトヲ得ルモノトス然レ共錯誤ニ基キテ之ヲ取消スコトヲ得サルモノト  
 謂フヘシ(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要綱上卷二四二頁)

二 裁判上ノ自白ハ眞實ニ反シ且錯誤ニ出テタル場合ニ限リ之ヲ撤回スルコトヲ得トスル明文ノ存スル法制ノ下ニ於テハ固ヨ  
 リ其明文ニ依ルヘキナリト雖モ斯ル明文ナキ我現行法ノ下ニ於テハ他ノ事實ノ陳述ニ於ケルト等シク自白ノ陳述モ亦之ヲ撤回  
 シ得ルモノト解スルヲ至當トスヘシ(法學博士雄本朝造氏判例批評第一卷四六〇頁)

三 推定自白ハ當事者ニ於テ之ヲ追完スルヲ得ヘシト雖モ明示ノ自白ハ錯誤ニ基クコトヲ理由トスルニ非サレハ取消スコトヲ  
 得サルモノトス(法學士岩田一郎氏民事訴訟法學論三八八頁)



四 裁判上自白ヲ爲シタル場合ニ於テ其自白ニ係ル事實カ眞實ニ適セス且ツ自白カ錯誤ニ出テタルコトヲ證明スルニ於テハ自白者ハ之ヲ取消シ得ヘキモノトス(大審院大正三年(オ)九六五號同四年九月二九日民三部判決本書第四卷民訴二八五頁)

五 取消ス可ラサル自白ハ當事者ノ爲シタル明示ノ自白ニ限ルモノニシテ民事訴訟法第一一條ニ依ル自白ハ取消スヘカラサルモノニ非ス(同上明治四五年三月九日判決)

六 錯誤ニ出テタルモノニ非サル限りハ既ニ爲シタル一定ノ裁判上ノ自白ヲ取消スコトヲ得ス(大阪地方大正二年(ワ)第三九五號民二部判決法律新聞第九三九號五六頁)

判旨第一點民法カ後見人免黜ノ訴ヲ認メタルコト民法第九〇八條第四號第八號ニ依リ明ナリト雖モ後見人免黜ノ請求權ハ何人ニ屬スルヤハ親權喪失ノ訴ニ關スル民法第七九六條第七九七條ノ如キ直接ノ明文ヲ缺クカ故ニ疑問ナリ或ハ訴訟法ノ一般ノ法理ニ從ヒ後見人ノ免黜ニ付キ法律上ノ利害關係ヲ有スル者ハ凡テ原告タルコトヲ得トシ或ハ後見人ハ親權ノ補充ナルカ故ニ親權喪失ニ關スル民法第八九六條ヲ準用スヘシト爲ス本判旨ハ前說ニ從フモノノ如シ惟フニ後見人ハ民法上殆ント親權者ト同一ノ權利義務ヲ有スルカ故ニ後見人ノ免黜ニ關シテモ親權喪失ニ關スル民法ノ規定ヲ準用スヘシト爲スハ一理ナキニ非スト雖モ民法第八九六條第八九七條ハ親子間ノ事項ニ關スル訴訟ナルカ故ニ特ニ親子間ノ訴訟ヲ避クル爲メ請求權者ヲ限定シタル趣旨ト解シ得ルノミナラス民法施行前ニ於テハ總テノ利害關係人ハ後見人免黜ノ訴ヲ提起スルコトヲ得タルニ考ヘ又禁治產者ノ後見人ノ免黜ノ請求權者ニ關シテハ全然依ルヘキ法文ノ根據ヲ缺クカ故ニ此場合ニ於ケル訴ハ一般理論ニ從ヒ苟モ免黜ニ付キ利害關係ヲ有スル者

ニ於テ之ヲ提起シ得ルモノト解スヘキハ殆ント疑ヲ容レサルニ鑑ミルトキハ單リ未成年者ノ後見人ノ免黜ノ訴ニ付テノミ民法第八九六條ヲ準用スヘシト爲スハ理論ヲ一貫セサル嫌ヒナキニ非ス果シテ然ラハ訴訟法ノ一般理論ニ從ヒ苟モ後見人ノ免黜ニ付キ利害關係ヲ有スル者ハ凡テ請求權ヲ存スト解スルヲ正當トセサルカ二者何レニスルモ民法カ之ヲ明言セサリシハ立法上ノ缺點タルヲ失ハス

判旨第二點裁判上ノ自白ノ撤回ニ關シ我大審院並ニ我國學者ノ多數ハ獨逸民事訴訟法第二六三條ト等シク自白ハ自白セラレタル事實カ眞實ニ適セス及ヒ自白カ錯誤ニ因リテ爲サレタルコトヲ立證セサル限り撤回スルコトヲ得スト解ス我訴訟法ハ自白ノ撤回ニ關シ何等規定セサルカ故ニ獨逸訴訟法ト全然同一ニ解スルコトヲ得ルヤ否ヤハ疑問ナルヘシ蓋シ自白ヲ以テ意思表示ト爲セハ格別吾人ノ如ク自白ヲ以テ事實ノ陳述換言セハ認識ノ表示ト解スル(本卷民訴三〇一頁)ニ於テハ效果意思ニ關スル錯誤ヲ以テ自白ノ要件ト爲スハ全然當ラサレハナリ果シテ然ラハ問題ハ裁判上ノ自白モ亦一ノ事實ノ陳述ナル以上事實ノ陳述ハ之ヲ撤回スルコトヲ得ルヤ否ヤノ一般訴訟法ノ理論ニヨリテ決スヘキ問題ニハ非サルカ若シ然リトセハ更ニ攻究ヲ要スヘキ問題タルヘシ判旨第三點ハ穩當ノ見解ニシテ贊同セント欲ス



九五 意思表示ハ法律行為ノ要素ニ錯誤アリタルトキハ無効トス但表意者ニ重大ナル過失アリタルトキハ表意者自ラ其無効ヲ主張スルコトヲ得ス  
 四四六 保證人ハ主タル債務者カ其債務ヲ履行セサル場合ニ於テ其履行ヲ爲ス責ニ任ス  
 五八七 消費貸借ハ當事者ノ一方カ種類品等及數量ノ同シキ物ヲ以テ返還ヲ爲スコトヲ約シテ相手方ヨリ金錢其他ノ物ヲ受取ルニ因リテ其效力ヲ生ス

保證人カ債務者ノ委託ヲ受テ債權者トノ間ニ保證契約ヲ締結スルニ至リタルハ債務者ノ言ニ依リ第三者カ連帶債務者ト爲ルヘキ旨ヲ誤信シタルニ因ルトスルモ斯ノ如キハ保證人カ保證契約ヲ爲スニ至リタル緣由ノ錯誤タルニ止マリ其意思表示ノ内容ニ關スルモノニアラサルヲ以テ該保證契約ノ要素ノ錯誤ナリト謂フヲ得ス

右ノ場合保證人カ特ニ債權者ニ對シ如上ノ性狀ヲ具ヘタル消費貸借ニ付キテノミ保證契約ヲ成立セシメントスル意思ヲ表示シタルトキハ右事實ノ實在ハ該保證契約ノ要素ト爲ルモノトス

本訴ニ於テ大正三年四月一九日訴外宮崎俊八カ被控訴人ヨリ金百七十圓ヲ借受タルニ當リ右債務ニ付キ控訴人ハ被控訴人ニ對シ保證契約ヲ爲シタルコト並ニ右消費貸借ニ付キ訴外中浦九萬太郎カ連帶債務者タラサルコトハ當事者間爭ナシ仍テ本件保證契約ハ其要素ニ錯誤アルモノナリヤ否ヤニ付キ案スルニ成立ニ爭ナキ甲第一號證ノ記載並ニ證人山下千山及山口茂助ノ原審ニ於ケル證言並ニ右山下千山ノ當審ノ證言ヲ照合スレハ控訴人カ訴外宮崎俊八ノ委託ヲ受ケテ被控訴人トノ間ニ本件保證契約ヲ爲スニ當リ俊八ノ言ニ依リ訴外中浦九萬太郎カ連帶債務者トナルヘキ旨ヲ誤信シタル

ルモノナルコトヲ窺知スルヲ得ヘシ然レトモ斯クノ如キハ控訴人カ本件保證契約ヲ爲スニ至リタル緣由ノ錯誤タルニ止マリ其意思表示ノ内容ニ關スルモノニアラサルヲ以テ該保證契約ノ要素ノ錯誤ナリト謂フヲ得ス但シ彼上ノ場合ニ於テモ控訴人カ特ニ被控訴人ニ對シテ前述ノ性狀ヲ具ヘタル消費貸借ニ付キテノミ保證契約ヲ成立セシメントスル意思ヲ表示シタルトキハ右事實ノ實在ハ該保證契約ノ要素ト爲リタルモノナリト解スヘシト雖モ證人山下千山ノ當審及原審ニ於ケル證言並ニ同山口茂助ノ原審ニ於ケル證言ニ依リテハ控訴人カ俊八ニ對シ訴外中浦九萬太郎ヲシテ連帶債務ヲ負擔セシムヘキコトヲ要望シタルコトアル事實ヲ認ムルヲ得ルニ止マリ未ダ控訴人カ被控訴人ニ對シテ前示ノ如キ意思表示ヲ爲シタル事實若クハ俊八ヲシテ被控訴人ニ對シ右ノ意思ヲ傳達セシメタル事實ヲ認ムルニ由ナク其他控訴人提出ノ總テノ證據ヲ以テスルモ之ヲ明認スルニ足ルヘキ證左ナキヲ以テ結局右事實ノ實在ハ本件保證契約ノ要素トナリタルモノニアラスト解スヘク此事實ニ付キ錯誤アリタル爲メニ該保證契約ヲ無効トスルモノニアラス(東京地方裁判所大正七年(レ)第二五六號同八年一〇月二九日民一部山田裁判長佐藤細川各判事判決)

【關係事項】 棄却○保證債務無効確認事件○控訴人富永文都訴訟代理人辯護士杉本藤一同赤井幸夫控訴人友永かつ訴訟代理人辯護士小野富雄外一人

【保證契約ト要素ノ錯誤ニ關スル參照學說判例】

一 意思ノ欠缺及ヒ意思表示ノ瑕疵ニ關シテハ一般原則ニ從テ若シ保證人カ契約ノ要素ニ關シ錯誤アリタルトキハ保證契約ハ無効トス(法學博士石坂普四郎氏日本債權中卷一〇一五頁)  
 二 保證人カ債權者ニ對シ保證契約ヲ爲スニ至リタル緣由ニ錯誤アリタル場合ニ在リテハ保證人カ債權者ニ對シテ特ニ該緣由ノ實在ヲ保證契約ノ要素ト爲ササル限リハ其要素ニ錯誤アリト云フヲ得ス(大審院大正七年才第三一八號同年六月一日判決本書七卷民法四六九頁)  
 三 主タル債務ノ利息ノ制限法ニ依ル制限ニ超過スル場合ニ於テ保證債務者カ該制限内ノ利息ヲ保證契約ノ主觀的要素ト爲シタルトスルモ制限超過ノ部分ハ主タル債務ノ内容ヲ成スモノニ非サルヲ以テ保證契約ハ要素ニ錯誤アリト云フヲ得ス(大



審院明治四十五年オ二四一號號大正元年一月八日判決民錄一八輯一〇一〇頁  
四 當事者カ保證契約ヲ締結スルニ至リタル緣由ニ錯誤ヲ生シタル場合ト雖モ特ニ其緣由ノ實在ヲ以テ契約ノ要件ト爲ザル以上ハ法律行爲ノ無効ヲ惹起スヘキモノニ非ス(同上明治三十八年オ四〇號同年一月十九日判決・民錄一八輯一七八六頁)  
五 成規利息ノ貸借ト信シテ保證ヲナシタルニ高利貸借ナリシトキハ法律行爲ノ要素ノ錯誤ニ因リ該保證契約ハ全然無効ナリトス(東京控訴院明治四十四年オ五〇七號同四年五月三〇四判決・本書一卷民法三五三頁)  
六 自己ノ債務ヲ保證シタル報酬トシテ金圓ヲ支拂フヘキ契約ヲ爲シタルトキハ保證人ノ辨濟實力如何ニ關スル觀念ノ相違ノ如キハ報酬契約ノ内容ニ關スルモノニアラサルカ故ニ要素ノ錯誤ト稱シ得ヘキモノニアラス徒テ債務者カ契約締結ニ際シ錯誤ニ陥リタリトスルモ右報酬契約ハ要素ニ錯誤アル無効ノ契約ニアラス自己ノ債務保證ニ對シテ報酬契約ヲ爲シタルトキハ相手方カ已ニ保證契約ヲ爲シタル以上其者ニ辨濟實力アリヤ否ヤ又ハ已ニ保證債務ヲ履行シタルヤ否ヤハ報酬金支拂義務ニ付何等影響ヲ及ホスモノニアラス(東京地方大正四年オ六三二號同五年二月一日判決・本書五卷民法四六二頁)  
判旨正當ナリ蓋シ法律行爲ノ要素ハ抽象的ニ之ヲ定ムルコトヲ得ス各個ノ法律行爲ニ付キ表意者ノ意思表示ノ内容ト取引上ノ通念トニ因リ具體的ニ定マルヘキモノナリ彼ノ緣由若クハ條件タル事實ト雖モ或ハ要素タルコトアルヘク又典型的法律行爲ノ成立要件ト雖モ或ハ要素タラサルコトアルヘキハ自明ナリトスルコト學說判例ノ認ムルトコロナリ(第七卷民法一一一二頁評論參照)

三五四

- 七三三第一項 子ハ父ノ家ニ入ル
- 八二〇 妻カ婚姻中ニ懷胎シタル子ハ夫ノ子ト推定ス
- 八二二 前條ノ否認權ハ子又ハ其法定代理人ニ對スル訴ニ依リテ之ヲ行フ但夫カ子ノ法定代理人ナルトキハ裁判所ハ特別代理人ヲ選任スルコトヲ要ス
- 八三五 子其直系卑族又ハ此等ノ者ノ法定代理人ハ父又ハ母ニ對シテ認知ヲ求ムルコトヲ得

民法第八二〇條ニ依レハ婚姻解消後再婚ヲ爲ササル女カ婚姻解消ノ日ヨリ三百日以内ニ出生シタル子ハ婚姻中ニ懷胎シタルモノト推定セラレ妻カ婚姻中ニ懷胎シタル子ハ夫ノ子ト推定セラルルモノナレハ其胎兒カ婚姻解消後出生シタルニ拘ラス出生ト同時ニ嫡出子トシテ當然前夫ノ家ニ入ルモノトス  
右ノ推定カ事實ニ反シ其子カ前夫ノ胤ニ非サルトキト雖モ民法第八二二條第八二三條ノ規定ニ依リ前夫ニ於テ嫡出子否認ノ訴ヲ提起シ子カ自己ノ嫡出子ニ非サルコトノ確定判決ヲ受ケサル限りハ其子ハ依然トシテ前夫ノ嫡出子タル身分ヲ持續スルモノトス  
法律ハ前夫ノミニ嫡出子否認訴權ヲ付與シ以テ法律上ノ推定ニ對シ反證ヲ舉ゲ得ルコトヲ認メタルニ止マリ他人ヲシテ右推定ニ反シ私生子ナリト主張スルコトヲ許ササル法意ナリト解スヘキモノトス  
事實上ノ母ト雖モ子ト家ヲ異ニシ同人ニ對シ親權ヲ行フモノニ非サル以上同人ノ法定代理人タル資格ナキモノナレハ民法第八三五條ニ依リ私生子認知ノ訴ヲ提起シ得ヘキ適格ヲ有セサルモノトス

甲第一號證戶籍謄本ニ依レハ被控訴人ノ母スエハ義ニ北海道檜山郡即澤邊村大字館村字濁川御料地三浦利助ト婚姻ヲ爲シ居タル處大正七年十月十八日戶籍吏ニ協議離婚ノ届出ヲ爲シ同日ヲ以テ婚姻ノ解消シタルコトスエハ其後再婚ヲ爲ササルコトスエハ大正八年三月十九日被控訴人ヲ出生シタルコトヲ認メ得ヘク本訴ハスエカ被控



訴人ノ親權者トシテ法定代理人タル資格ニ於テ被控訴人ヲ私生子ナリトシテ控訴人ニ對シ其子タルコトノ認知ヲ求ムルニ在ルヲ以テ果シテ被控訴人カ私生子ニシテ母スエカ其親權者タルヤ否ヤニ付之ヲ案スルニ民法第八百二十條ニ依リハ婚姻消後再婚ヲ爲ササル女カ婚姻消後日ヨリ三百日以内ニ出生シタル子ハ婚姻中ニ懐胎シタルモノト推定セラレ妻カ婚姻中ニ懐胎シタル子ハ夫ノ子ト推定セラレルモノナレハ其胎兒カ婚姻消後出生シタルニ拘ラス出生ト同時ニ嫡出子トシテ當然前夫ノ家ニ入ルヘキモノナルコト同法第七百三十三條第一項ニ依リ疑ナキ所ナリ而シテ右ノ推定カ事實ニ反シ其子カ前夫ノ胤ニ非サルトキト雖モ同法第八百二十二條第八百二十三條ノ規定ニ依リ前夫ニ於テ嫡出子否認ノ訴ヲ提起シ子カ自己ノ嫡出子ニ非サルコトノ確定判決ヲ受ケサル限リハ其子ハ依然トシテ前夫ノ嫡出子タル身分ヲ持スヘク他方ニ於テ法律ハ前夫ノ胤ニ否認訴權ヲ付與シ以テ前夫推定ニ對シ反證ヲ舉ゲ得ルコトヲ認メタルニ止マリ他人ナシテ右推定ニ反シ私生子ナリト主張スルコトヲ許ササル法意ナリト解スヘキモノトス然レハ則チ被控訴人ノ母スエカ前夫利助ト事實上離婚ヲ爲シタル後被控訴人カ利助ノ胤ニ非サルコトハ當事者間爭ナキ處ナリト雖モ事實上離婚ノ如何ニ關スル利助トノ婚姻ハ前夫協議離婚ノ届出アリタル大正七年十月十八日ヲ以テ法律上解消シタルモノト爲スノ外ナキモノナレハ其後三百日以内ナル大正八年三月十九日出生ニ係ル被控訴人ハスエト利助トノ婚姻中ニ懐胎シタルモノニシテ利助ノ子ナリト推定セラレ結果被控訴人ハ出生ト同時ニ利助ノ嫡出子トシテ法律上當然同人ノ家籍ニ入りタルモノト云ハサルヘカラス而シテ利助ヨリ被控訴人ニ對シ否認訴權ヲ行使シタル事跡ノ認ムヘキモノナキヲ以テ被控訴人ハ今尙ホ利助ノ嫡出子トシテ同人ノ家籍ニ在ルト同時ニ被控訴人ハ勿論其母スエニ於テモ被控訴人カ私生子タルコト前叙ノ如クナルヲ以テスエハ被控訴人カ私生子トシテスエノ家籍ニ在ルモノト主張スルヲ得ス從テスエハ被控訴人ト家籍異ニシ同人ニ對シ親權ヲ行フモノニ非サル結果同人ノ法定代理人タル資格ナキモノナレハ民法第八

百三十五條ニ依リ私生子認知ノ訴ヲ提起シ得ヘキ資格ヲ有セサルモノトス然レハ同人ノ提起ニ係ル本訴ハ不適法トシテ却下スヘキモノナルニヨリ被控訴人ノ請求ヲ採用シタル原判決ハ失當ニシテ控訴ハ其理由アルモノトス(宮城控訴院大正八年(ホ)第一四九號同年一月二〇日民部内藤裁判長上野岸各判事判決法律新聞第一六二六號一九頁)

【關係事項】

廢棄○原審仙臺地方古川支部○私生子認知請求事件○控訴人白鳥源三郎訴代理人辯護士金子龜太郎○被控訴人佐藤新一法定代理人佐藤平松訴代理人辯護士佐々木幸助

【判旨第一點同趣旨學說】

一 妻カ婚姻中懐胎シタル子ハ夫ノ子ト推定スル旨ノ規定ナリ是レ固ヨリ當然ト謂ハサルヘカラス妻ハ稀ニ有夫姦ヲ犯スコトナキニ非スト雖モ是レ幸ニシテ例外中ノ例外ナルカ故ニ苟モ有夫姦ニ因リテ生レタル證據ナキ以上ハ其子ヲ夫ノ子ト推定スルハ固ヨリ當然ト謂ハサルコトヲ得ス既ニ妻カ懐胎シタル其子カ夫ノ子ナル以上ハ其嫡出子タルコト固ヨリ言フヲ缺ダサルコトナリ然リト雖モ妻カ果シテ婚姻中ニ懐胎シタルヤ否ヤハ往々ニシテ明ナラサルコトアリ婚姻ノ初又ハ婚姻消後ニ生マレタル子ニ付テハ乃チ然リ故ニ八二〇條第二項ニ於テハ法律ヲ以テ一般ノ推定ヲ設ケ婚姻成立ノ日ヨリ二百日後又ハ婚姻ノ解消若クハ取消ノ日ヨリ三百日以内ニ生マレタル子ハ婚姻中ニ懐胎シタルモノト推定セリ(法學博士梅謙次郎氏民法要義親族篇二四〇頁)

二 嫡出子トハ妻カ夫婦關係ノ繼續中夫ヨリ受胎シタル子ヲ謂フ而シテ其子ノ分娩ハ父母ノ夫婦關係ノ繼續中ニ在ルト其解消後ニ在ルトナク問フコトナシ(法學博士奧田義人氏日本親族法大正五年中大講義錄二二二頁)

三 民法ハ通常ノ場合ヲ取リテ分娩ノ最モ早キハ懐胎ノ後二百日其最モ晚キハ懐胎ノ後三百日トシ此兩期間中ニ於テ生育シ得ヘキ子ノ分娩ハ之アルヘシトシ婚姻届出ノ日ヨリ二百日後又ハ婚姻ノ解消若クハ取消ノ日ヨリ三百日以内ニ生マレタル子ハ妻カ夫婦關係ノ繼續中ニ懐胎シタルモノト推定セラレ(同上三二七頁)

四 婚姻中ニ妻ノ懐胎シタル子ハ嫡出子ナルカ故ニ其子ハ婚姻ノ解消又ハ取消後ニ生マレタル場合ニ於テモ嫡出子ナリト謂フヘシ妻カ婚姻中ニ懐胎シタル子ナルコト及婚姻中ニ妻ノ懐胎シタル子カ夫ノ子ナルコトハ子カ嫡出子タルニ必要ナル條件トス而シテ此等ノ事實ハ他ノ事實ニ依リテ間接ニ證明スルコト能ハサルニ非スト雖モ此ヲ證明スルコト通常困難ナリ故ニ爭アル毎ニ此等ノ事實ヲ證明スル必要アルモノトスレハ嫡出子ノ地位ハ安定ナラスト謂フヘシ故ニ法律ハ左ノ推定ヲ設ケタリ(一)婚姻成立ノ日ヨリ二百日後又ハ婚姻ノ解消若クハ取消ノ日ヨリ三百日以内ニ生マレタル子ハ婚姻中ニ懐胎シタルモノト推定セラレ(二)妻カ婚姻中ニ懐胎シタル子ハ即チ嫡出子ト推定セラレルモノニ外ナラス(法學博士仁井田益太郎氏親族法相續法論二〇六頁)

五 婚姻成立ノ日ヨリ二百日後又ハ婚姻ノ解消若クハ取消ノ日ヨリ三百日以内ニ生マレタル子ハ婚姻中ニ懐胎シタルモノト推定セラレ(法學博士牧野菊之助氏日本親族法論三二三頁)



【判旨第二點同趣旨參照學說判例】

一 妻ノ分産シタル子ハ單ニ其出生前二百日乃至三百日ニ至ルマテノ間ニ於テ其母ト其夫トノ間ニ夫婦關係アリタルコトノ證明ヲ爲ストキハ他何等ノ證明ヲ要セスシテ其母ノ夫カ自己ノ正當ナル父ナルコトヲ主張シ得ヘク其父ハ否認權ノ行使ニ依ルニ非ラサレハ之ニ對抗スルコトヲ得サルナリ(法學博士奧田義人氏日本親族法大正五年中大講義錄二二七頁)  
二 妻カ婚姻中ニ懐胎シタル夫ノ子ト推定セラルルハ是レ即チ嫡出子ト推定セラルルモノニ外ナラス而シテ嫡出ノ推定ヲ受クル子ハ其嫡出ナルコトカ法律ノ規定ニ從ヒテ否認セラルルマテハ法律上嫡出子ト認メラルモノトス故ニ嫡出ノ推定ヲ受クル子カ適法ニ否認セラレサル限ハ其父ハ法律上定マルモノト謂フヘシ(法學博士仁井田益太郎親族法相續法論二〇八頁)

【判旨第三點否認權行使ノ主體ニ關スル同趣旨學說】

一 八二二條ニ於テハ何人カ八二〇條ノ推定ニ對シテ反證ヲ舉クルコトヲ得ルカヲ定メタリ乃チ原則トシテハ夫ノミ此反證ヲ舉クルコトヲ得ルモノトセリ蓋シテ子カ何人ノ胤ナルカハ父母ニ非サレハ之ヲ知ルコトヲ得ス而シテ母ハ此場合ニ於テ子カ其夫ノ子ニ非ラサルコトヲ主張スルハ則チ有夫姦ヲ犯シ又ハ婚姻ノ前後ニ於テ私通ヲ爲シタリト主張スルニ同シ故ニ實際ニ於テ此ノ如キ反證ヲ舉ケシムルコトノ難キヲ示ス其不品行ヲ法廷ニ主張スルノ權利ナシ之ニ與フルハ風教ニ害アルトコロナルカ故ニ夫ノミ此權利ヲ與ヘタルナリ(法學博士梅謙次郎氏民法要義親族篇二四五頁)  
二 否認權ハ其本質ニ於テハ夫ニ專屬スヘキ私權ナリ蓋シテ夫ハ嫡出子タル推定ヲ受クル子ノ父トシテ推定セラルル故ニ第三者ニ於テ之ヲ容喙スヘキモノニ非ラサレハナリ(法學博士奧田義人氏日本親族法大正五年中大講義錄二四四頁)  
三 嫡出ノ否認ヲ爲スコトヲ得ル者ハ本則トシテ父ニ限ル(親族法相續法論二〇八頁)  
四 否認權ノ屬スル人ハ否認權ハ婚姻中ニ懐胎シタル子ノ夫ノ子ニアラサルコトヲ主張スルモノナレハ此權利ノ原則トシテ夫タル者ノミ之ヲ行フコトヲ得蓋シテ自己ノ子ナリヤ否ハ自己ノミ之ヲ知ルヲ得ヘキモノナレハ此權利ノ夫ニ屬スヘキモノタルヤ當然ナリ(法學博士牧野菊之助氏日本親族法論二二一頁)

【判旨第四點認知請求權者タル母ハ親權者タルコトヲ要ストノ同趣旨學說】

一 母ト雖モ法定代理人ニ非ラサルニ於テハ其子ハ認知ヲ求ムルコトヲ得ス而モ親權ヲ行フ父又ハ母カ未成年ノ子ニ代ハリテ親權ヲ行フ場合ニ於テハ其親權ニ服スル私生子ノ爲メニ認知ヲ求ムルコトヲ妨ケス蓋シテ父又ハ母カ未成年ノ子ヲ代表スルハ親權ノ效力ニ外ナラサレハナリ(法學博士奧田義人氏日本親族法大正五年中大講義錄二九三頁)  
二 母ハ自己ノ權利トシテ父ニ對シ私生子ノ認知ヲ求ムルコトヲ得サルモ私生子ノ法定代理人ナルトキハ之ニ代リ父ニ對シテ認知ヲ求ムルコトヲ得(法學博士仁井田益太郎氏親族法相續法論二二三頁)

法人ニ關スル寄附ハ單獨行爲ニシテ其法人ニ寄附者ヨリ財産ヲ出捐スヘキ債權關係ヲ生スルモノトス

指圖債權ハ單獨行爲トシテ債權關係ヲ生スルモノトス

無記名債權モ亦單獨行爲トシテ債權關係ヲ生スルモノトス

記名式所持人拂債權ハ有價證券ニ非サル下足札鐵道荷物ノ「チエツキ」ノ如キヲ除

ク外單獨行爲トシテ債權關係ヲ生スルモノトス

生前ノ單獨行爲ハ我民法上果シテ債權發生ノ原因タルヲ得サルヤ單獨行爲トハ意思表示ノミニテ法律上效力ヲ生スル行爲ヲ謂フ(一) 寄附 法人ニ關スル寄附ハ單獨行爲ニシテ其法人ニ寄附者ヨリ財産ヲ出捐スヘキ義務ヲ生ス故ニ債權關係ヲ生ス(二) 指圖債權(四六九)ハ亦單獨行爲トシテ債權ヲ生ス指圖ハ其債務者ト爲セル者ニ債權ヲ有セルト又ハ資金ヲ供セルト否トニ拘ハラズ其信用ノミニ依リテ之ヲ爲スコトヲ得ルニ依リ之ハ全ク其指圖人ノ指圖權ヨリ生ス指圖債權ハ此ノ指圖權ヨリ生スル單獨行爲トシテ生スルコトヲ得ルモノトス(三) 無記名債權(四七三)亦同シ(四) 然レトモ記名式所持人拂債權(四七一)ニ關シテハ議論アリ之ハ特種ノ證券的債權ナリト雖モ讓渡ハ其證書ノ交付ノミニテ效力ヲ生シ無記名債券ト同一ニ取扱フ故ニ其債權ハ單獨行







行為ノ要素ヲ缺クカ故ニ當然無効ナリトス

我民法上錯誤ト不知トハ如何ナル差異アリヤ(イ)錯誤トハ對象タル意思表示ト之ニ對  
スル實質的認識又ハ形式的認識ノ齟齬ヲ云フ例ハ甲カ乙ノ所有セル鍍金ノ時計ヲ金  
時計ナリト誤認シタル爲メ乙ニ對シ右時計ヲ指示シ此ノ時計ヲ賣却シ吳レヨト申込  
ミテ乙カ之ヲ承諾シタル場合ニハ甲ハ此時計ヲ賣却シ吳レヨトノ陳述自體ニ付キテ  
ハ何等誤リタル認識ヲ有スルコトナク只右ノ陳述ハ實際ニ於テハ鍍金ノ時計ヲ賣却  
シ吳レトノ意味ヲ有スルニ拘ハラズ甲ニ於テ其陳述カ金時計ヲ賣却シ吳レトノ意味  
ヲ有スルモノノ如ク誤解シタルモノニシテ畢竟甲ノ意思表示ノ意義即チ實質ト之ニ  
對スル甲ノ認識即實質的認識トカ一致セサルカ故ニ此場合ニハ錯誤存スルモノト云  
フヘシ又甲カ乙ノ鍍金ノ時計ヲ賣却セントノ申込ヲ金時計ヲ賣却セントノ申込也ト  
誤認シ之ニ對シ「諾」ト答ヘタル場合其他甲カ自己ノ署名スヘキ連帶保證ノ證書ノ文言  
ハ全部之ヲ知悉シタルモ連帶保證ハ單純ナル保證ト法律上同一效果ヲ有スルモノト  
誤解シ其證書ニ署名シタルカ如キ場合ニ於テモ同様ナリ又例ハ甲カ金時計ヲ賣却リ吳  
レト云ヒタル積ニテ「銀時計ヲ賣却リ吳レ」ト言ヒ誤タル如キ場合ニハ甲ハ自己ノ言葉  
夫自身ニ付キ誤リタル認識ヲ有スルモノニシテ對象タル甲ノ意思表示ノ外形ト之ニ  
對スル認識即形式的認識トカ一致セサルカ故ニ錯誤存スルモノト云フヘキ其他甲カ  
自己ノ署名スヘキ連帶保證ノ證書ノ文言自體ヲ見誤リ單純ナル保證ノ證書也ト信シ之  
ニ署名シタル如キ場合モ同様也(ロ)不知トハ對象ニ對スル認識ノ不存在ヲ云フ不知ニ  
ハ只對象及之ニ對スル形式的認識ノ不存在アルノミ何トナレハ若シ當該對象ニ付キ  
形式的認識ノ存在スル以上ハ必スヤ何等カノ實質的認識存在スヘキ錯誤ノ場ニ於ケ  
ルカ如ク形式的認識ニ付テハ對象ト認識トノ齟齬ナク實質的認識ノミニ付キテ對象  
ト認識トノ齟齬ノ存スルカ如キコトナシ例ハ自己ノ意思表示ヲ認識セサル程度ニ於  
テ心神喪失ノ狀態ニ在ル甲カ偶然甲乙ニ對シ家屋ヲ買入レ度キ旨ヲ申込ミ又ハ睡眠

【論旨第一點錯誤ノ意義ニ關スル參照學說判例】

一 錯誤トハ不慮ニ眞意ニ非サル意思表示ヲ爲スコトヲ謂フ(法學博士富井政章氏民法原論總則三五七頁)

中ノ甲カ乙ノ家屋買入ノ申込ニ對シ反射的ニ承諾ノ旨ヲ答ヘタル如キ場合ニハ甲ハ  
自己ノ意思表示ニ付キ全然形式的認識ヲ有スルコトナク從テ全然認識ヲ欠クカ故ニ  
不知存スルモノト云フヘキ反之甲カ苟モ自己ノ意思表示ニ付キ形式的認識ヲ有スル  
以上ハ必スヤ其意思表示ニ付キ何等カノ實質的認識ヲ有スヘキ故不知存セス蓋對象  
ト認識トノ齟齬ハ即對象ニ對スル一部ノ不知ヲ包含スルト云ハサルヘカラス然レ  
トモ苟モ誤リタル認識ノ存スル以上ハ其認識ノ如何ナル種類ノモノタルヲ問ハス之  
ヲ以テ等シク錯誤ナリト解スルヲ以テ一般ノ用語例ニ適スルモノト信スルカ故ニ余  
ハ當該意思表示ニ對スル形式的認識ノ存スル場合ニハ不知存セスト解(ハ)或ハ普通  
ノ用語トシテ錯誤トハ對象ト認識トノ齟齬ヲ云ヒ不知トハ認識ノ不存在ヲ意味スレ  
トモ法律上ニハ兩者ヲ區別スル必要ナキカ故ニ兩者ハ等シク錯誤ナリト説明スル學  
者アレトモ此說明ハ論者自ラ認ムル如ク普通ノ用語例ニ反スル缺點アリ且不知ノ意  
義ヲ前述セル如ク嚴格ニ解スルトキハ錯誤ト不知トニ付キ法律上同一ノ取扱ヲ爲ス  
ノ必要ナキカ故ニ結局此說ハ正當ナラス或ハ錯誤トハ效果意思ノ存在ニ關スル問題  
ナルカ故ニ當該效果意思ノ欠缺カ苟モ對象ニ對スル正當ナル認識ノ不存在ニ基因ス  
ル以上ハ等シク錯誤タラサルヘカラスト説明スル學者アレトモ前述セルト同一ノ理  
由ニ因リ此說明モ亦失當ナリ(二)以上ノ如ク錯誤ハ意識ノ存スル行為ニ付キテノミ  
存シ不知ハ其意識ノ行為ニ付キテノミ存スルカ故ニ兩者ノ性質ハ全然相異レルモノ  
ト云フヘキ前者ニ付キテハ第九四條ノ適用アリ從テ其但書モ亦適用セルヘキ表意者  
ニ重大ナル過失アル場合ニハ表意者ハ當該法律行為ノ無効ヲ主張スルコトヲ得サル  
モ後者ニ付キテハ全然同等ノ適用ナク只無意識ノ行為ハ法律行為ノ要素ヲ缺クカ故  
ニ當然無効ナリトス(法學博士長島毅氏法學新報第二九卷第一〇號一〇五頁「錯誤ト不知ノ差異」要領)



【論旨第二第三點不知ト錯誤トノ差異及ヒ不知ノ效果ニ關スル參照學說】

- 二 錯誤トハ當事者カ誤解ニ因リ眞實ニ異リタル意思表示ヲ爲スヲ謂フ(法學博士梅謙次郎氏民法要義總則一九八頁)
- 三 錯誤トハ眞實ニ適合セザル認識ヲ謂フ(法學博士岡松參太郎總則講一四四頁)
- 四 意思ト表示トノ不一致ニ付キ故意ナキ場合ハ其不一致カ表意者ノ錯誤ニ因リ惹起サレタル場合也錯誤ハ觀念ト對象トノ齟齬ナリ換言セハ當事者ノ認識カ事實ト附合セザルヲイフ(法學博士平沼一郎氏民法總論四六六頁)
- 五 凡ソ錯誤トハ眞實ニ反スル觀念ヲ謂フ故ニ錯誤ハ畢竟誤解ノ意ニ外ナラス果シテ然ラハ意思表示ノ内容ニ關スル錯誤ハ其内容ノ誤解ナリト謂フヘシ(法學博士仁井田益太郎氏大講一六〇頁)
- 六 錯誤トハ事物ノ誤解ヲ意味ス或事物ト之ニ對スル認識トノ不合ヲ謂フ(法學博士川名兼四郎氏日本民法總論二一三〇頁)
- 七 廣義ニ於クル錯誤ハ分テ左ノ二トナス(イ)意思ト之カ對象タル事實ノ間ニ於ケル不一致(ロ)意思ト表示ノ間ニ於ケル不一致：本來規定スル所ハ後者ナリ(法學博士中島吉吉氏法義總則四九七頁)
- 八 錯誤トハ不眞實ノ觀念ヲ云フ觀念ト事實(現象)トノ齟齬ヲ云フ(法學博士石坂普四郎氏東大講總則三五七頁)
- 九 錯誤ハ事物ニ關スル觀念ノ不合又及ヒ缺乏ナリ故ニ錯誤即チ事物ノ眞實ニ反スル認識即チ事物ニ對スル認識ノ缺乏ヲ總稱ス(法學博士松岡義正氏民法論總則四五六頁)
- 一〇 錯誤トハ誤リタル認識ヲ謂フ換言スレバ認識ト對象トノ不一致ナリ(法學博士鳩山秀夫氏註釋民法二卷一三二頁)
- 一一 錯誤トハ事實ノ誤リタル觀念ナリ(法學博士嘉山幹一氏總論中大講二四六頁)

六 ムルチ正當トス通説亦然リ(法學博士鳩山秀夫氏註釋民法二卷一四七・一四八頁)

六 錯誤トハ事實ノ誤リタル觀念ナリ故ニ不知即チ觀念ノ不在ハ之ヲ錯誤ト云フヘカサレトモ正當ノ觀念ノ存セザル點ハ二者同一ナレハ錯誤ニ關スル規定ハ不知トモ包含スルモノト解釋セザルヘカラス(法學博士嘉山幹一氏中大講總則二四六頁)

錯誤カ認識ト對象トノ齟齬ナルコトニ付キテハ何人ト雖モ之ヲ疑ハス而シテ從來多數ノ學說ハ齟齬ハ意思表示ノ内容ヲ構成スル事實トノ間ニ存スト爲シタリシニ長島學士ハ是レト觀察ノ方面ヲ異ニシ齟齬ハ意思表示自體ト認識トノ間ニ存ストセラレタリ其結果ニ於テハ多ク通説ト異ナラサルカ如シ學士ハ通説ニ比シ優レルモノアリトセラシムルモ吾人ハ果テ然ルヤ否ヤヲ疑ハサルヲ得ス意思表示ノ内容ニ關スル錯誤ト意思表示ノ理由ニ關スル錯誤トノ區別ハ前者ハ錯誤ノ結果效果意思ノ缺乏ヲ生スルニ反シ後者ハ效果意思ヲ決定スル動機ニ錯誤存スルニ止マルカ故ニ效果意思ハ毫モ缺乏スル所ナキモノナレハ兩者ノ區別ハ寔ニ明白ナリ故ニ右兩者ノ觀念ヲ明ニスル上ニ於テ學士ノ説明方法カ大ナル貢獻アルモノトハ認メ難シ錯誤ト法律行為ノ結果トノ關係ヲ明ニスル上ニ於テ亦然リ意思表示ノ内容ニ關スル錯誤ト表示上ノ錯誤トニ付キ共通ノ觀念ヲ與フルコトヲ得トノ點ハ恐ラク學士ノ説明方法カ通説ニ優レルモノアリトセラシムルモ最有力ナル理由タルヘシ然リト雖モ所謂表示上ノ錯誤カ民法ニ所謂錯誤ニ屬スルヤ否ヤ又民法第五十五條ノ規定ノ支配ヲ受クルモノナリトスルモ當然ノ適用ニヨルモノナリヤ將タ又類推適用ニヨルモノナリヤニ付キテハ更ニ一段ノ考慮ヲ要ス



錯誤ト不知トノ間ニ觀念上明確ナル差異ノ存スルコト學士所論ノ如クナルモ此  
コトヨリシテ直チニ民法第九五條ハ當然不知ノ場合ニ適用セラルヘキモノニ非  
スト爲スハ早計ニ失スルノ嫌ナキヲ得ス惟フニ表示ニ對スル效果意思ノ不存在  
ト言フ點ニ於テハ二者ノ間ニ差異ノ認ムヘキモノナク且ツ同條ハ單ニ錯誤アル  
場合ノ規定ニ非スシテ之ニ因リ效果意思ノ欠缺ヲ生シタル場合ニ關スル規定ナ  
ルカ故ニ假ニ多數說ノ如ク不知ニ對シ同條ノ當然ノ適用ヲ認ムル事不可ナリト  
スルモ同條ノ類推適用ヲモ否定スルハ其當ヲ得サルモノト言ハサルヘカラス同  
條ノ適用又ハ類推適用ヲ認ムルニ於テハ所謂動的の安全ノ保護ノ爲メニ設ケラレ  
タル同條但書ノ規定ノ支配ヲ受クルコトトナリ其實際上ノ結果亦適當ナリト信  
ス

三五七

- 四二七 數人ノ債權者又ハ債務者アル場合ニ於テ別段ノ意思表示ナキトキハ各債權者又ハ各債務者ハ平等ノ割合ヲ以テ權利ヲ有シ義務ヲ負フ
- 四四六 保證人ハ主タル債務者カ其債務ヲ履行セザル場合ニ於テ其履行ヲ爲ス責ニ任ス
- 四五二 債權者カ保證人ニ債務ノ履行ヲ請求シタルトキハ保證人ハ先ツ主タル債務者ニ催告ヲ爲スヘキ旨ヲ請求スルコトヲ得但主タル債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケ又ハ其行方カ知レザルトキハ此限ニ在ラス
- 四五三 債權者カ前條ノ規定ニ從ヒ主タル債務者ニ催告ヲ爲シタル後ト雖モ保證人カ主タル債務者ニ辨濟ノ資力アリテ且執行ノ容易ナルコトヲ證明シタルトキハ債權者ハ先ツ主タル債務者ノ財産ニ付キ執行ヲ爲スコトヲ要ス
- 四五四 保證人カ主タル債務者ト連帯シテ債務者ヲ負擔シタルトキハ前二條ニ定メタル權利ヲ有セス
- 四五六 數人ノ保證人アル場合ニ於テハ其證人カ各別ノ行爲ヲ以テ債務ヲ負擔シタルトキト雖第四二七條ノ規定ヲ適用ス

數人ノ保證人カ各自債務者ト連帯シテ債務ヲ負擔シタル場合ニ於テハ保證人相互ノ間ニ連帯ノ特約ナキトキニ於テモ債權者ニ對シテハ分別ノ利益ヲ有セスシテ各自債務ノ全額ヲ辨濟スル責ニ任スヘキモノナリト雖モ保證人相互ノ間ニ於テハ特約ナキ限り平等ノ負擔部分ヲ有スヘキモノトス」  
右ノ場合ニ保證人カ債務ノ全額又ハ自己ノ負擔部分以上ノ辨濟ヲ爲シタルトキハ他ノ保證人ニシテ未タ負擔部分ヲ辨濟セザル者ニ對シ求償ヲ爲スコトヲ得ルモノトス」  
數人ノ保證人カ主タル債務者ト連帯シテ保證ヲ爲シタル場合ニ於テモ保證人相互ノ負擔部分ハ別段ノ約束ナキ限り平等ナルモノトス」

- (一) 然レトモ數人ノ保證人カ各自債務者ト連帯シテ債務ヲ負擔シタル場合ニ於テハ保證人相互ノ間ニ連帯ノ特約ナキトキニ於テモ債權者ニ對シテハ分別ノ利益ヲ有セスシテ各自債務ノ全額ヲ辨濟スル責ニ任スヘキモノナリト雖モ保證人相互ノ間ニ於

- 四五八 主タル債務者カ保證人ト連帯シテ債務ヲ負擔スル場合ニ於テハ第四三四條乃至四四〇條ノ規定ヲ適用ス
- 四六二 主タル債務者ノ委託ヲ受ケシテ保證ヲ爲シタル者カ債務ヲ辨濟シ其他自己ノ出捐ヲ以テ主タル債務者ニ其債務ヲ免レシメタルトキハ主タル債務者ハ其當時利益ヲ受ケタル限度ニ於テ賠償ヲ爲スコトヲ要ス
- 主タル債務者ノ意思ニ反シテ保證ヲ爲シタル者ハ主タル債務者カ現ニ利益ヲ受クル限度ニ於テノミ求償權利ヲ有ス但主タル債務者カ求償ノ日以前ニ相殺ノ原因ヲ有セシコトヲ主張スルトキハ保證人ハ債權者ニ對シ其相殺ニ因リ消滅スヘカリシ債務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得
- 四六五 數人ノ保證人アル場合ニ於テ主タル債務力不可分ナル爲メ又ハ各保證人カ全額ヲ辨濟スヘキ特約アル爲メ一人ノ保證人カ全額其他自己ノ負擔部分ヲ超ニル額ヲ辨濟シタルトキハ第四四二條乃至第四四四條ノ規定ヲ適用ス前項ノ場合ニ非スシテ互ニ連帯セザル保證人ノ一人カ全額其他自己ノ負擔部分ヲ超ニル額ヲ辨濟シタルトキハ第四四六二條ノ規定ヲ準用ス



テハ特約ナキ限り平等ノ負擔部分ヲ有スヘキモノニシテ此點ハ保證人間ニ連帶ノ特約アリタル場合ト異ナル所アルコトナキヲ以テ右ノ保證人ノ一人カ債務ノ全額又ハ自己ノ負擔部分以上ノ辨濟ヲ爲シタルトキハ他ノ保證人ニ對シテ爲スコトヲ得ヘシ然レトモ他ノ保證人中既ニ自己ノ負擔部分ヲ辨濟シタル者ニ對シテハ求償ヲ爲スニ由ナキヲ以テ未ダ負擔部分ヲ辨濟セサル者ニ對シテ求償ヲ爲スノ外ナキモノトス故ニ本件ニ於テ主タル債務者増淵豐市ト連帶ノ責任ヲ有スル三人ノ保證人ノ一人タル上告人カ自己ノ負擔部分以上ノ辨濟ヲ爲シタルトキハ他ノ連帶保證人タル被上告人等ニ對シテ求償ヲ爲スコトヲ得ヘキモ被上告人ニシテ既ニ自己ノ負擔部分ヲ辨濟シタルトキハ之ニ對シテ求償ヲ爲スコトヲ得サルモノト謂フヘシ原判決ノ認定シタル所ニ依レハ上告人ハ自己ノ負擔部分ヲ辨濟シタルモ被上告人モ亦既ニ自己ノ負擔部分ヲ辨濟シタルモノナレハ原裁判所カ上告人ハ他ノ連帶保證人タル増淵利三郎ニ對シテ其負擔部分ニ付キ之カ求償ヲ爲スハ格別控訴人(被上告人)ニ對シテハ何等ノ求償ヲ爲スコトヲ得スト判斷シ上告人ノ請求ヲ棄却シタルハ相當ナリ

(二) 然レトモ主タル債務者タルト保證人タルトナ間ハ多數ノ債務者カ債權者ニ對シテ連帶責任ヲ以テ債務ヲ負擔スル場合ニ於テ債務者相互間ニ於ケル負擔部分ハ特約ナキ限り平等ト看做スナ法律ノ精神トスルコトハ民法第四二七條ノ規定ノ設ケラレタル立法ノ趣旨ニ徴シテ之ヲ窺知スルコトヲ得ヘシ故ニ數人ノ保證人カ主タル債務者ト連帶シテ保證ヲ爲シタル場合ニ於テモ保證人相互間ノ負擔部分ハ別段ノ約束ナキ限り平等ナルモノト謂フハカラス何トナレハ保證人間ニ連帶ノ特約ナシト雖モ主タル債務者ト連帶ノ特約アル以上ハ保證人ノ責任ニ軒輊スル所ナキヲ以テ(大正六年(オ)第二七一號同年四月二十八日當院判決參照)其相互間ノ負擔部分ニ付テモ彼此相區別スヘキ理由ナケレハナリ故ニ原裁判所カ本件連帶保證人間ノ負擔部分ヲ平等ナリト認定シタルハ不法ニアラス(大審院大正八年(オ)第八八七號同年十一月十三日民二部馬場裁判長田上柳川菰淵成道各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審宇都宮地方裁判所○辨償金請求事件○上告人小林吉次郎訴訟代理人辯護士今井千代松同廣瀨和四郎被上告人見目元吉

【論旨第一點連帶保證ノ對外關係ニ於ケル分別ノ利益ニ關スル同趣旨學說判例】

一 唯聊カ疑アルハ保證人カ皆同一ノ行爲ヲ以テ一齊ニ債務ヲ負擔セス別別ニ之ヲ負擔シタル場合ニ於テハ(一人ハ東京ニ於テ他ノ一人ハ横濱ニ於テ債務ヲ負擔シ又ハ一人ハ今日他ノ一人ハ明日債務ヲ負擔シタルカ如キ是ナリ)其各自又ハ一人ハ大低全額ニツキ責任アルモノト信シテ保證ヲ爲シタルカ故ニ此場合ニ於テハ或ハ分別ノ利益ナキカヲ疑ハシムルト雖モ元來保證人ハ皆同一ノ債務ノ履行ノ責任ニ任ズルコト故ニ共同債務者(codebiteurs)即チ連帶債務者(Debiteurs conjoints)ナルカ故ニ特ニ連帶等約セサル以上ハ第四百二十七號ノ總則ニ從フヘキモノトセサルコトヲ得ス是レ本條(四五六)ノ規定アル所以ナリ(法學博士梅澤次郎氏民法要義卷之三債權編一六七頁一六八頁)

分別ノ利益ニ對シテハ特約ヲ爲スコトヲ得ルコト右ニ述ヘタルカ如シ而シテ其特約ノ一ト見ルヘキモノヲ連帶保證トス蓋シ連帶ハ右債務者ヲ唯一ノモノト看做スルモノナルカ故ニ保證人間ニ連帶等約シタルトキハ各保證人ハ唯一ノ保證人ノ如ク看做サレ隨テ分別ノ利益ヲ有セサルナリ數人ノ保證人カ主タル債務者ト連帶セル場合亦然リ此等ノ場合ニ於テハ主タル債務者カ債務ヲ履行セサルトキハ保證人ハ一人ニテモ債務金額ヲ辨濟セサルヘカラス各保證人カ箇別別ニ主タル債務者ト連帶シテ保證ヲ爲セリトスルモ亦同シ即チ此場合ニハ保證人各自カ主タル債務ヲ通シテ連帶スルコトト爲ルナリ(同氏大正二年法政大學講義錄民法債權四一四頁)

二 請負ハ獨立ノ業ナリ注文者ハ使用者ニアラス從テ請負人ハ被用者ニアラス請負人ハ通常注文者ノ指揮監督ノ下ニアルモノニアラス從テ注文者ニ過失アルヘキニアラス故ニ一般ノ原則トシテハ注文者ニ責任ナシ但シ注文者ハ指圖ニ付イテ注文者ニ過失アリタル場合ハ此限りニアラス即チ第二者ニ損害ヲ加フル如キ指圖ヲナシタル請負人カ夫レニ基キテ請負ノ目的タル行爲ヲナシテ第三者ニ損害ヲ生シタル場合ヲ指ス(第七一六條)併シ之レハ元ヨリ例外ニシテ注文者主タル債務者ト連帶セル場合ニ於テハ債務者カ保證人ニ對シテ請求ヲ爲スニ方リ其請求ヲ受ケタル保證人ハ唯一ノ債務者ノ如ク義務ヲ負フ者ナルカ故ニ先ツ主タル債務者ニ請求ヲ爲スヘキ旨ヲ主張スルコト能ハサルノミナラス檢索ノ利益ヲモ對抗スルコト能ハス(四五二乃至四五四)又保證人カ二人以上アルトキト雖モ分別ノ利益ヲ對抗スルコト能ハス(四二七・四五六)阿氏法學志林第一卷第一號二頁注文者ニ一應過失アリト推定スルニアラス反對ニ被害者ヨリ注文者ニ委ニ云フ過失アルコトヲ證明セサルヘカラス其證明ナキ間ハ注文者ニ何等ノ過失ナキモノト見ルナリ(法學博士富井政章氏四五年度東大講義錄債權各論一九九頁二一〇頁)

三 保證人カ主タル債務者ト連帶スルハ保證債務ノ體裁ニ外ナラス即チ主タル債務者ト連帶シタル保證人ハ主タル債務者カ其債務ヲ履行セサル場合ニ於テ其履行ヲ爲スヘキ責任ニ關シテハ債權者ニ對スル關係上主タル債務者ナクシテ獨リ債務ヲ負擔スルモノト看做サル故ニ此ノ保證人ハ後ニ説明スルカ如ク催告ノ抗辯及ヒ檢索ノ抗辯ヲ有スルコトヲ得ス且分別ノ利益ヲ有スルコトヲ得ス連帶保證カ保證人ニ及ホス效果ハ之ニ過キサルナリ而シテ他ノ點ニ於テハ連帶保證ト

梅博士

富井博士

士田仁  
博井  
1251 (民法)



通常保證トノ間ニ何等ノ差異ナシ之ヲ要スルニ連帶保證ハ保證債務ノ從タル性質ヲ害セスシテ單ニ其補充性ヲ除クニ過キサ  
 ナリ(法學博士仁井田益太郎氏本書第三卷民法五五七頁以下法學新報二四卷十號三七頁)  
 四 保證債務ハ數人ノ債務者間ニ分割セラルヘキコト以上ノ如シト雖モ時ニ或ハ例外トシテ分割セラレザル場合ナキニ非ス即  
 チ(イ)明示又ハ默示ニテ分割セラル旨ノ合意アリタルトキ(ロ)連帶保證ノトキ(ハ)不可分債務ニ付數人ノ保證アルトキ四二八  
 是レナリ(法學博士岡松太郎氏民法理由下卷一六六頁)  
 五 同一ノ債權ニ付キ保證人數名アルトキハ各保證人ハ平等ノ割合ヲ以テ債務ヲ負擔シ其以上ニ於テ責任ヲ負フコトヲ平等  
 分割ノ原則ハ此場合ニ適用セラルコトハ既ニ説明シタル所ナリ而シテ連帶保證ハ即チ此等債務ノ效力ニ影響ヲ及ボスモノ  
 シテ主タル債務者ト連帶シテ債務履行ノ責任ヲ負フ所ノ保證人ハ債務者ニ對シテ催告ノ抗辯檢索ノ抗辯ヲ對抗シ保證債務平等  
 分割ノ權利ヲ主張スルコトヲ得ス是レ民法第四三二條ノ規定ト保證人カ主タル債務者ト連帶シテ債務ヲ負擔シタルトキハ前二  
 條ノ權利ヲ有セストアル同法第四四條ノ規定ヨリ生スル結果ニシテ之ヲ以テ保證人ト主タル債務者ノ連帶力保證債務ニ及ホ  
 ス唯一ノ效果トス(法學博士横田秀雄氏債權總論六七頁)  
 六 數人ノ保證人カ主タル債務者ト連帶シテ債務ヲ負擔セル場合ニハ分別ノ利益ヲ拋棄セルモノト解スヘキカ故ニ第四五六條  
 ノ適用ナシ(法學博士石坂普四郎氏日本民法一〇七五頁)  
 七 (ロ)保證人カ主タル債務者ト連帶シテ保證シタルトキハ各保證人ハ全部辨濟ノ義務ヲ負フ(法學博士鳩山秀夫氏日本債權  
 法總論二七三頁)  
 連帶保證ハ一ノ保證債務ニシテ連帶ハ即チ其體裁タルニ過キス換言スレバ連帶保證ハ保證債務ト連帶債務ノ併立ニアラスシテ  
 連帶ノ體裁ノ附著スル爲メ多少其效力ヲ變更セラルル保證債務ナリトス蓋シ連帶ハ同一ノ債務關係ニ付キ數人ノ當事者アル場  
 合ニ於テ生スル法律關係ニシテ債務ノ連帶ノ體裁ノ附著スル爲メ其效力ヲ變更セラルモノナリ何トナレハ普通ノ場合ニ於テ  
 ハ同一ノ債務關係ニ付キ數人ノ債務者アルトキハ民法第四百二十七條ノ規定ニ依リ各債務者ハ平等ノ割合ヲ以テ義務ヲ負擔ス  
 ルモノナルニ法律ノ規定又ハ當事者間ノ特約ニ依リテ債務者間ニ連帶ノ關係アルトキハ各債務者ハ債務ノ全部ニ付キ義務ヲ  
 負擔シ債權者ハ民法第四百三十二條以下ノ規定ニ從ヒ債務者ノ一人ニ對シ又ハ同時若クハ順次ニ總債務者ニ對シテ全部又ハ一  
 部ノ履行ヲ請求スルノ權利ヲ有スルヲ以テナリ(同氏法學志林九卷四號五〇頁一五一頁)  
 八 連帶保證人數名アルトキハ各自皆主債務者ト連帶シテ全部ノ義務ヲ負擔スルモノナルカ故ニ債務平等分割ノ利益ヲ受タル  
 コトナキハ勿論ナリ(法學博士磯谷幸次郎氏債權法論總論下卷二二四頁)  
 九 同一ノ債務ニ付キ數人ノ保證人アル場合ニ於テハ債權者及其保證人間ニ別段ノ意思ナキ限り各保證人ハ平等ノ割合ヲ以テ  
 保證債務ヲ負擔スヘキモノトス(法學博士須賀喜三郎氏明大講義債權法論總論二五〇頁)  
 一〇 連帶保證ハ一方ニ於テ保證債務ニシテ他ノ一方ニ於テ連帶債務ナルカ故ニ保證債務ニ關スル規定ト雖モ先  
 斷ノ抗辯檢索ノ利益ニ關スル規定ノ如キハ連帶保證ニ適用スルヲ得ス(法學博士飯島喬平氏民法要論五六二頁)  
 一一 保證人カ主タル債務者ト連帶シテ債務ヲ負擔セル場合ニ於テハ他ノ保證人トノ相互間ニ連帶ノ特約ヲキト雖モ其保

【同上反對學說】

證人ハ分別ノ利益ヲ有スルモノニアラス(大正六年四月二十八日大審院民三部本書第六卷四九九頁)  
 一 二 數人カ身元保證人トナシ將來ノ債務ニ付キ主タル債務者連帶シテ債務ヲ負擔シタル場合ニ於テハ分別ノ利益ハ之ヲ拋棄  
 シタルモノト解スヘキモノトス(東京地方大正五年四月十八日民二判決本書五卷民法三三八頁)  
 一三 數人ノ保證人アル場合ト雖モ保證人カ主タル債務者ト連帶ナル場合ニ於テハ分別ノ利益ヲ有セス各保證人ハ全額ノ請求  
 ナ拒ムコトヲ爲ス(東京地方民三判決本書一巻二一八頁)

【同上連帶保證ノ對内關係ニ於ケル分別ノ利益ニ關スル同趣旨學說】

主タル債務力不可分ナル場合又ハ各保證人カ主タル債務者ト若クハ各保證人カ相互ニ連帶シテ保證ヲ爲セル場合ニハ對外關係  
 ニ於テ分別ノ利益ヲ生スルコト能ハスト雖モ別段ノ定メナキトキハ對内關係ニ於テハ尙ホ分別ノ利益ヲ生スルモノトス(法學  
 博士藤道文藝氏京都法學會雜誌一三卷五號二〇頁本書第七卷民法二四八頁)  
 判旨第一點連帶保證人ノ對外關係ニ於テ分別ノ利益ヲ有セザルコトニ付キテハ  
 吾人既ニ論定セシ所本書第六卷民法二六二頁素ヨリ異論ヲ有セス連帶保證人カ  
 對内關係ニ於テハ分別ノ利益ヲ有ストノ點ニテハ多少疑問ノ餘地ナキニ非スト  
 雖吾人ハ此點ニ關スル判旨ニモ贊同セント欲ス惟フニ民法第四百二十七條ハ素  
 ヲリ對外關係ニ關スル規定ニシテ對内關係ヲ規律スルモノニアラスト雖モ法カ  
 對内關係ニ於テモ特約其他特別ナル事情ノ存セザル限り同様ノ法則ヲ認メント  
 スル趣旨ヲ窺知スルニ難シトセザルカ故ニ本件ニ付キ保證人ノ對内關係ニ於ケ  
 ル分別ノ利益ヲ認ムル事ハ能ク同條ノ趣旨ニ適合スルモノト言フヘク(此點ニ付



テハ本書本卷民法一一四頁評論ヲ參照セラレタシ之ト同様ノ理由ニヨリ判旨  
二點及同第三點ノ正當ナルヤ勿論ニシテ吾人亦此點ニ付テモ贊同セント欲ス  
ナリ

(三五八)

七一五 或事業ノ爲メニ他人ヲ使用スル者ハ被用者カ其事業ノ執行ニ付テ第三者ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責任  
ス但使用者カ被用者ノ選任及ヒ其事業ノ監督ニ付キ相當ノ注意ヲ爲スモ損害カ生スヘカリシトキハ此限ニ在ラス  
使用者ニ代ハリテ事業ヲ監督スル者モ亦前項ノ責任ニ任ス  
前二項ノ規定ハ使用者又ハ監督者ヨリ被用者ニ對スル求償權ノ行使ヲ妨ケス

凡ソ銀行業者カ其營業ニ屬スル金錢ノ貸付行爲ヲ爲スニ付キ被用者ニ於テ擔保  
品ノ眞實ヲ甄別スルハ銀行業者自身ノ利益ノ爲メ之ヲ爲スニ止マリ銀行業者ハ  
普通ノ如キ鑑定ヲ爲スコトヲ業務トシテ行フモノニ非サルハ勿論貸付行爲ノ  
前提トシテ相手方タル借主ノ爲メ之ヲ行フモノニモ非サルハ被用者カ偶々借主  
ノ依頼ヲ受ケテ借主カ銀行ヨリ借入レタル金錢ヲ更ニ第三者ニ貸付クルニ付キ  
其第三者ヨリ供與セルヘキ擔保品ヲ鑑定シ之カ甄別ヲ誤リタル結果借主カ更ニ  
貸付行爲ヲ爲シ爲メニ損害ヲ蒙ルニ至ルトスルモ之ヲ以テ民法第七一五條ノ  
被用者カ事業ノ執行ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害アリト謂フヲ得ス

然レトモ原院ノ確定セル所ニ依レハ明治四十一年四月中株式會社第八十五銀行志本  
支店ニ於テ店員小高玉吉カ上告人ノ依頼ヲ受ケ本件株券ノ眞實ヲ鑑定スルニ當リ之  
カ甄別ヲ誤リテ偽造ノモノヲ眞正ノモノナリト斷シタル結果上告人ハ之ヲ信シ該株

券ヲ擔保トシテ金錢ノ貸付ヲ爲サント決意シ茲ニ上告人ト島田成徳トノ間並ニ第八  
十五銀行志本支店ト上告人トノ間ニ擔保附消費貸借ノ成立ヲ見ルニ至リタルモノニ  
シテ上告人カ成徳ニ交付シタル金員ハ右支店ヨリノ借入金ヲ以テ之ニ充當シタルモ  
ノナルコト及ヒ玉吉ニ於テモ該借入金カ上告人ト成徳間ノ擔保附消費貸借ノ資金ニ  
充テタルモノナルコトヲ知悉シ居リタル事實ニシテ凡ソ銀行業者カ其營業ニ屬スル  
金錢ノ貸付行爲ヲ爲スニ付キ被用者ニ於テ擔保品ノ眞實ヲ甄別スルハ銀行業者自身  
ノ利益ノ爲メ之ヲ爲スニ止マリ銀行業者ハ普通ノ如キ鑑定ヲ爲スコトヲ業務トシ  
テ行フモノニ非サルハ勿論貸付行爲ノ前提トシテ相手方タル借主ノ爲メ之ヲ行フモ  
ノニモ非サルハ被用者カ偶々借主ノ依頼ヲ受ケテ擔保品ヲ鑑定シ之カ甄別ヲ誤リタ  
ル結果借主カ更ニ他ト貸付行爲ヲ爲シ爲メニ損害ヲ蒙ルニ至ルトモ之ヲ以テ民法  
第七一五條ノ被用者カ事業ノ執行者ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害ナリト謂フヲ得ス原  
院カ使用シタル株式會社第八十五銀行ニ代ハリテ其ノ事業ヲ監督スル被上告人等ニ  
上告人主張ノ損害ヲ賠償スル責任ヲキコトナリ示シタルハ結局相當ナリ(大審院大正八年  
オ)第七一一號同年十月一五日民三部横田裁判長大會松岡鬼澤各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審東京控訴院○損害金請求事件○上告人山下善右衛門訴訟代理人辯護士岡本駒之助同菊地俊岡原  
孫六被上告人山崎嘉七外一人

【事業ノ執行ニ付キテノ意義ニ關スル内外參照學說及ヒ判例】

本卷本卷民法一〇頁乃至一四頁

(三五九)

九五 意思表示ハ法律行爲ノ要素ニ錯誤アリタルトキハ無効トス但表意者ニ重大ナル過失アリタルトキハ表意者自  
ラ其無効ヲ主張スルコトヲ得ス

法律行爲ノ目的タル給付カ客觀的ニ不能ナルトキハ當事者ニ於テ誤テ之ヲ可能



ナルヘシトノ信念ヲ有シタルト否トニ拘ラス法律行為ノ成立ヲ阻却スルモノナ  
レハ當事者ノ內心的效果意思如何ヲ問フノ要ナク從テ法律行為ノ要素ノ錯誤ニ  
關スル法理ハ其適用ナキモノトス

案スルニ法律行為ノ要素ノ錯誤ト稱スルハ當事者ノ爲シタル意思表示ノ内容ノ要部  
ニ錯誤ノ存スル場合ヲ謂フモノニシテ其ノ存スルヤ否ヤ決セントセハ主觀的ニ表  
意者ノ意思カ果シテ之ヲ以テ法律行為ノ内容ト爲シ若シ其錯誤ナカリセハ法律行為  
ヲ爲スノ意思ヲ有セザリシヤ否ヲ審究スルト同時ニ一般取引上ノ觀念ニ從ヒ表意者  
カ之ヲ以テ法律行為ノ内容ト爲シタルモノト認ムルヲ相當トスヘキヤ客觀的ニ觀  
察スルヲ要ス單ニ客觀的觀察ニ依リテノ判斷スヘキモノニ非ス叙上ノ法理ハ其法  
律行為ノ目的タル給付カ可能ナル場合ニ適用セラルヘキモノニシテ若シ其給付カ客  
觀的不能ニシテ絕對ニ法律行為ノ目的タルコトヲ得サル場合ニ在リテハ當事者ノ內  
心的意思如何ハ毫モ之ヲ問フノ要ナキヤ明カナリ蓋法律行為ノ成立ニハ其目的ノ可  
能シルコトヲ必要トスルモノニシテ既ニ其目的カ絕對ニ不能ナル以上ハ當事者ニ於  
テ誤テ之ヲ可能ナルヘシトノ信念ノ有シタルト否ニ拘ラス法律行為ノ成立ヲ阻却ス  
ヘキハ當然ナレハナリ原判決ノ認定スル所ニ依レハ本件讓渡契約ノ目的タル青竹紅  
色ナル染料ハ上告人主張ノ土砂ト藥品ニ依リテ製出スルコト全然不能ニシテ即チ本  
件讓渡契約ハ不能ノ給付ヲ目的トシタルモノナルカ故ニ當初ヨリ無効ニシテ從テ之  
ニ附隨セル本件違約金契約モ亦其效力ヲ生セサルヘキヤ言ヲ俟タサル所ナルヲ以テ  
右契約ノ成立ヲ前提トスル本件違約金請求ノ失當ナルヤ明カナリ既ニ此點ニ於テ上  
告人ノ請求ヲ排斥スルニ足ル以上ハ原判決力第二段ノ說明トシテ被上告人カ本件讓  
渡契約ヲ上告人ト締結スルニ至リタルハ第三者タル飛知輪善次郎ノ詐欺ニ因リタル  
モノニシテ而テ上告人ハ其事實ヲ知悉シ居タリトノ判斷並ニ被上告人カ右善次郎ノ  
詐欺ニ因リテ錯誤ニ陥リタルコトヲ上告人ニ於テ承知シ居リタリトノ判斷ノ如キハ

【關係事項】

上告人吉田吉吉  
大倉磯谷鈴木鬼澤各判事判決  
全然蛇足ニシテ毫モ級上判決ノ結果ニ影響ヲ及ス所ナキヲ以テ此等原判決ノ說明ニ  
關スル上告論旨ハ凡テ之ヲ採用スルニ由ナシ(大審院才第八〇一號同年十一月十九日民三部廣田裁判長  
大倉磯谷鈴木鬼澤各判事判決)  
【同趣旨判例】  
民法第九十五條ノ規定ハ錯誤ノ事由存セザレハ法律行為成立スヘキ場合ニ限り適用スヘキモノニシテ他ノ事由ニ依リテ其成立  
セザル場合ニ適用スヘキモノニ非ス(明治三四年一〇月三十一日大審院判決民錄七輯九卷一九一頁)

三六〇

五四九 贈與ハ當事者ノ一方カ自己ノ財産ヲ無償ニシテ相手方ニ與フル意思ヲ表示シ相手方カ受諾ヲ爲スニ因リテ  
其效力ヲ生ス  
五五三 負擔附贈與ニ付テハ本節ノ規定ノ外雙務契約ニ關スル規定ヲ適用ス

負擔附贈與契約ニ於テ受贈者ノ負擔スル給付ノ履行時期ニ付テハ民法ハ何等制  
限スル所ナキヲ以テ贈與者ノ給付ニ先チ受贈者先ツ給付スヘキコトヲ約スルモ  
負擔附贈與契約タルコトヲ妨ケサルモノトス

【上告理由】 原判決ハ本件贈與契約ニハ受贈者タル上告人ニ於テ先其負擔タル金四百圓ノ給付ヲ履行シタル後被上告人  
ニ於テ契約ヲ履行スヘキ特約アリタル旨「說明シタリ然レトモ本件當事者間ニ成立シタル契約ノ内容カ原判決認定ノ如シト  
ハ右契約ハ一種ノ有償契約ニシテ負擔附贈與契約ニアラス何トナレハ負擔附贈與トハ贈與契約ニ附加スルニ受贈者ヲシテ一  
定ノ給付ヲ爲スヘキ債務ヲ負ハシムルコトヲ内容トスル附隨約款ヲ以テ爲スモノナル處本件契約ハ上告人ヲシテ先被上告人  
ニ對シ金四百圓ヲ給付セシムルコトヲ約シ上告人カ其ノ義務ヲ履行スルニ於テハ反對給付トシテ被上告人ハ上告人ニ對シ保  
爭土地二筆外數筆ヲ給付センコトヲ約シタルモノニシテ上告人ノ金四百圓ヲ給付スルノ義務ハ被上告人ヨリ右土地ノ贈與ヲ  
受ケルニ附加セラレテ課セラレタル義務ニアラス然ルニ原判決ハ右契約ヲ負擔附贈與契約ナリト認メ取消ヲ許容シタルハ決



仁井田博士  
嘉山學士  
末弘學士

件學士

當ナリ

【判決理由】然レトモ負擔付贈與契約ニ於テ受贈者ノ負擔スル給付ノ履行時期ニ付テハ民法ハ何等制限スル所ナキヲ贈與者ノ給付ニ先タテ受贈者先ッ給付スヘキコトヲ約スルモ負擔付贈與契約タルコトヲ妨ケサルヲ以テ原審力受贈者タル上告人ニ於テ先ッ四百圓ノ給付ヲ爲スニアラサレハ被上告人ニ於テ本訴係争ニ筆ノ贈與物件ノ引渡ヲ爲スノ義務ナキコトヲ認定シタリトテ何等不法ナケレハ論旨ハ理由ナシ(大審院大正八年(オ)第六三四號同年十月二十八日民一部田部裁判長大倉尾古鈔木三宅各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審名古屋地方裁判所○所有權移轉登記手續請求事件○上告人加藤廉訴訟代理人辯護士齊藤最被上告人加藤千代松

【同趣旨學說】

一 受贈者カ其負擔タル義務ヲ履行セザルトキハ授益者ハ其義務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得ヘレ但負擔無償行為ノ趣旨ニ從ヒテ授益者カ先ッ其義務ヲ履行スヘキトキハ此限ニ在ラス(法學博士仁井田益太郎氏大正七年中大民法總論講義錄三〇七頁)  
二 負擔附贈與モ亦贈與ノ一般ノ規定ニ從フ故ニ贈與者ハ受贈者カ負擔ノ履行ヲ爲スニ至ルマテ贈與ノ履行ヲ拒ムコトヲ得ヘク受贈者ハ贈與者ノ贈與ノ履行ヲ爲スニ至ルマテ負擔ノ履行ヲ拒ムコトヲ得ヘシ但シ特約又ハ負擔ノ性質ニ從ヒ先ッ何レカ一方ノ給付ヲ要スヘキ場合ハ此限ニ在ラス(法學士嘉山學士一氏明大債權各論講義錄一〇〇頁)  
三 第五三三條カ準用セラルル結果贈與者受贈者互ニ同時履行ノ抗辯ヲ有スルヲ原則トス(一)然レ其負擔ハ多クノ場合ニ於テ贈與セラレタル物ヲ利用シテ之ヲ履行スヘキモノナルコトヲ通例トシ而テ此場合ニハ贈與者先ッ自己ノ履行ヲ爲シタル上ニアラサレハ負擔ノ履行ヲ請求シ得ザルヘシ然レ此場合ニ於テハ自己ノ履行ヲ爲ササル限リ負擔ノ事實上其履行ヲ爲シ得ザルモノナルカ故ニ贈與者其請求ヲ貫徹シ得ザルハ履行期到來セザルカ爲メニシテ單ニ受贈者ニ於テ抗辯權ヲ有スルカ爲メニアラス故ニ贈與者自己ノ請求ヲ自己ノ債務ヲ履行シタルコトヲ主張シ且ツ之ヲ立證セザルヘカラス(二)尙此種ノ場合ニアラスト雖モ贈與者カ特ニ自ラ先ッ履行ヲ爲スヘキコトヲ約シタルトキハ受贈者自ラ負擔ノ履行ヲ提供セシテ贈與ヲ請求スルモ贈與者之ニ對シテ同時履行ノ抗辯ヲ主張スルコト能ハサルヘシ(法學士末弘學士末弘氏債權各論三三八頁)

【異趣旨學說】

一 負擔附贈與ニ對シ雙務契約ノ規定ヲ適用ストセハ贈與者ハ受贈者カ其負擔ヲ實行スルマテ贈與ヲ拒ミ得ルカ如ク見エ又此ク説ク人アリ是負擔ノ本義並ニ沿革ニ反スルモノニシテ取ルニ足ラス受贈者ハ履行ニ因リ始メテ負擔實行ノ責ヲ負フナリ(法

清澤學士

學士伴房太郎都政契約各論講義錄一七頁)  
二 同時履行ノ法則カ負擔附贈與ニ適用セラルヘキヤ否ヤハ疑ハシ負擔ハ附隨的義務ヲ以テ負擔義務者ハ贈與ノ履行ヲ受ケタル後ニアラサレハ其負擔ヲ實行スルノ義務ナキモノトセザルヘカラス乃チ同時履行ノ法則ハ負擔的ニハ贈與ニハ適用ナキモノト解ス(法學士清澤一郎氏債權各論前篇七六頁)

負擔附贈與契約ニ於テ受贈者ノ負擔スル給付ノ履行時期ニ付テハ民法ハ何等規定スル所ナシ此點ニ關スル獨逸民法第五二五條第一項ハ負擔附贈與ヲ約シタル者ハ自ラ給付ヲ爲シタルトキハ負擔ノ實行ヲ請求スルコトヲ得トシ贈與者ハ自己ノ債務ノ履行ヲ爲シタル後ニ非サレハ負擔ノ請求ヲ爲スコトヲ得サル旨ヲ規定シ負擔ノ本質ニ合セシメタリト雖モ我民法ハ之ニ倣ハス反テ民法第五三三條ハ負擔附贈與ニ付テハ雙務契約ニ關スル規定ヲ適用スル旨ヲ規定スルカ故ニ雙務契約ノ一般解釋ニ從ヒ贈與者ノ給付ニ先チ受贈者先ッ給付スヘキコトヲ約スルモ負擔附贈與契約タルヲ妨ケスト爲ス判旨ハ蓋シ妥當ノ見解ナルヘシ

(三六一)

九一 法律行為ノ當事者カ法令中ノ公ノ秩序ニ關セサル規定ニ異ナリタル意思ヲ表示シタルトキハ其意思ニ從フ  
九二 法令中ノ公ノ秩序ニ關セサル規定ニ異ナリタル慣習アル場合ニ於テ法律行為ノ當事者カ之ニ依ル意思ヲ有セルモノト認ムヘキトキハ其慣習ニ從フ

五五七 買主カ賣主ニ手附テ交付シタルトキハ當事者ノ一方が契約ノ履行ニ著手スルマラハ買主ハ其手附テ拋棄シ賣主ハ其倍額ヲ償還シテ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得  
第五百四十五條第三項ノ規定ハ前項ノ場合ニハ之ヲ適用セス

賣買契約ノ際買主カ賣主ニ手附テ交付シタル場合ニ於テハ縱令證書ニ相場ノ高



低ニ拘ラス無限金品受渡ノコトナル文言ノ記載アリシトスルモ單ニ其一事ノミ  
ヲ以テ其實質ニ於テハ相場ノ高低如何ニ拘ラス手金流シ若クハ手金倍戻シニ依  
ル契約ノ解除ヲ禁止スヘキ特約アリタルモノト認ムルコトヲ得サルモノトス

當事者間ニ被控訴人主張ノ如ク前後二回ノ米賣買契約ノ成立シタルコト及控訴人カ  
該契約ノ履行期前タル大正三年五月二日ニ被控訴人ニ對シテ控訴人ヨリ契約ノ際交付  
シタル手附金四百圓ヲ拋棄シテ右賣買契約ヲ解除スル旨ノ意思表示ヲ爲シタルコト  
ハ當事者間爭ナキ所也依テ本件賣買契約ハ右控訴人ノ契約解除ノ意思表示ニヨリ解  
除セラレタリヤ否ヤニ付キ按スルニ甲第一二號證及當審證人田中勘吉ノ證書ヲ綜合  
スレハ本件賣買契約成立ノ際控訴人ヨリ被控訴人ニ交付シタル第一第二ノ取引ニ對  
スル各二百圓ノ金員ハ手附トシテ交付セラレタルモノナルコトヲ認ムルニ足リ被控  
訴人授用ノ各證據ニ依ルモ右認定ヲ覆スニ足ラス而シテ甲第一二號證ニハ各相場ノ  
高低ニ拘ラス無限金品受渡ノコトト記載アリ控訴人ハ該記載ノ文言ニ依リ本件賣買  
ニ於テハ相場ノ高低如何ニ拘ハラス手金流シ若クハ手金倍戻シニ依ル賣買ノ解除ヲ  
禁止スヘキ特約アリタルモノナリト主張スレトモ右記載文言自體ノミニ依リテハ未  
タ被控訴人主張ノ如キ趣旨ノ特約アリタルモノト認メ難ク原審及當審ニニ於ケル證  
人勝島寅太郎ノ此點ニ關スル證言ハ輕ク信テ措キ難ク其他被控訴人授用ノ各證據ニ  
係ルモ右主張ヲ認ムルニ足ラス却テ當審ニ於ケル證人藤藤吉大竹安太郎田中勘吉及  
鑑定證人田邊市右工門ノ各證言ヲ綜合スレハ控訴人主張ノ如ク無限金品受渡ノコト  
トハ單ニ空米ノ取引ニアラスレテ現米ノ取引タルコトヲ明示シタル趣旨ニシテ民法  
第五七七條ノ手金若クハ手金倍戻ニ依ル賣買ノ解除ヲ禁止スルノ約旨ニアラサルコ  
トヲ認ムルニ十分ナリ然ラハ他ニ何等ノ反證ナキ本件賣買ニ於テハ既ニ其履行着手  
前ニ於テ控訴人ヨリ手附金ヲ拋棄シ解約ノ意思表示アリタルカ爲メ適法ニ解離セラ

【關係事項】 廢棄○損害金請求控訴事件○控訴人柳澤三造訴訟代理人辯護士中村泰治被控訴人平野鹽太郎訴訟代理人辯護士  
古尾谷鐵太郎同弘茂一二

四七四 債務ノ辨濟ハ第三者之ヲ爲スコトヲ得但其實務ノ性質カ之ヲ許ササルトキ又ハ當事者カ反對ノ意思ヲ表示  
シタルトキハ此限ニ在ラス  
七〇二 管理者カ本人ノ爲メニ有益ナル債務ヲ負擔シタルトキハ第六百五十五條第二項ヲ準用ス  
管理者カ本人ノ意思ニ反シテ管理ヲ爲シタルトキハ本人カ現ニ利益ヲ受クル限度ニ於テノミ前二項ノ規定ヲ適用ス

第三者ノ辨濟ハ夫レ自體債務者ノ爲メニ有益ナル事柄ナルヲ以テ反證ナキ限り  
債務者ノ爲メニ有益ニシテ且ツ其ノ意思ニ反セザリシモノト認ムヘキ力故ニ債  
務者ハ事務管理ノ爲メ辨濟者ノ爲シタル出捐ト及ヒ之ニ對スル出捐以後ノ法定  
利息トヲ返還スヘキ義務アルモノトス

被控訴人カ訴外山口林之七ニ對シテ控訴人主張ノ如キ債務ヲ負擔シ居タルコトハ被控  
訴人ノ自白スルトコロナリ而レテ當審證人山口俊ノ供述ト此供述ニ依リ眞正ニ成立  
シタリト認ムヘキ甲第二號證ノ全部及甲第二〇號證ト並ニ甲第二號證カ控訴人ノ手  
ニ存スル事實トヲ綜合考慮スルトキハ控訴人及前記林之七及ヒ其子俊ノ三人カ協働  
ノ結果控訴人ハ本件不動産ヲ金千九百四十圓ニテ俊ニ賣渡シ此代金支拂ノ際即大正



二年二月二日林之七ヨリ被控訴人ニ對スル前記債權及ヒ之ニ對スル控訴人主張ノ如キ利息合計金千二百二十九圓四十二錢六厘ハ之ヲ右代金中ヨリ控除シ殘金七百十圓五十七錢四厘ノミナリ林之七ヨリ控訴人ニ交付シタルコト其後右賣買ノ目的物ハ被控訴人ノ爲メ進奪セラレタル結果茲ニ再ヒ控訴人及林之七及ヒ俊ノ三名協議ノ末前記代金千九百四十圓ハ之ヲ控訴人ヨリ俊ニ拂戻スコトナリタルコト但此内金五百九十圓ハ之ヲ免除シ大正五年一月二日殘金千三百五十圓ヲ俊ニ於テ受取リ以テ右ノ進奪ヨリ生シタル始末ハ一切ノ解決ヲ告ケタルコトヲ認ムルヲ得ヘク此認定ヲ覆スヘキ何等ノ證據ナシ

以上ノ事實ニ依レハ被控訴人ヨリ林之七ニ對スル債務合計千二百二十九圓四十二錢六厘ハ第三者タル控訴人カ大正二年二月四日共出指ヲ以テ一旦該金額ヲ右林之七ニ支拂ヒタルコトニ依リテ皆濟セラレタルコト及ヒ控訴人ノ此出指ハ其後大正五年一月二日一日ニ至リ金八百五十五圓五十二錢八厘ニ減スルニ至リシコトヲ認ムルヲ得ヘシ…中略…控訴人ノ主張ニ依レハ以上ノ辨濟ハ被控訴人ノ委任ニ基クモノノ如クナシ…モ此事實ヲ認ムヘキ何等ノ證據ナシ仍ツテ控訴人ノ爲シタル辨濟ハ反證ナキ限り純然タル事務管理ニ外ナラズト認メサルヲ得ス而モ辨濟ナルモノハソレ自體債務者ノ爲メ有益ナル事實ナルヲ以テ反證ナキ限り本件辨濟ハ債務者タル被控訴人ノ爲メ有益ナリシモノト認ムヘク又從ヒテ反證ナキ限り此辨濟ハ被控訴人ノ意思ニ反セザリシモノト認ムヘキカ故ニ被控訴人ハ事務管理ノ爲メ控訴人ノ爲シタル出指ト及ヒ之ニ對スル出指以後ノ法定利息トヲ返還スヘキ義務ヲ辨濟シタルトノ事實ニ基キ依リテ生シタル求償權ヲ主張スルモノニ外ナラサルコトハ其主張ノ全體ヨリ見テ極ハメテ明白ナルヲ以テ其委任タル事務管理タルトハ訴ノ變更ヲ惹起スルニ足ラズト認定ス

若夫控訴人カ被控訴人ノ印ヲ盜用シテ本件不動產カ被控訴人ヨリ控訴人ニ賣渡サレタルカ如キ證書ヲ作成シ其登記ヲ經由セシ事實アリヤ否ヤハ控訴人ノ爲シタル本件

【關係事項】 一部變更○不當利得金請求控訴事件○控訴人飯岡友之助訴訟代理人辯護士小沼操被控訴人稻葉友次訴訟代理人辯護士田中岩之助

【參照學說判例】

一 第三者カ有效ニ辨濟ヲ爲シタル場合ニ於テハ債務者ハ之ニ因リテ其債務ヲ免ルルカ故ニ必ス其辨濟ヲ爲シタル者ニ對シテ賠償ヲ爲ササルヘカラス唯其賠償ノ程度ニ至テハ各場合ニ依リテ同シカラス例ヘ連帶債務者カ辨濟ヲ爲シタル場合ニ於テハ四二條ニ依テ求償ヲ爲スヘク保證人カ辨濟ヲ爲シタル場合ニ於テハ四五九條及四六二條ニ依リテ求償ヲ爲スヘシ而テ保證人カ主タル債務者ノ委託ヲ受ケタルト之ヲ受ケサルト又主タル債務者ノ意思ニ反スルト之ニ反セサルトニ因リ其程度同シウセス自己ノ財產ヲ以テ債務ノ擔保ニ供シタル第三者カ辨濟ヲ爲シタル場合ニ於テハ三五一條及三七二條ノ規定ニ依リ保證人ト同一ノ求償權ヲ有スヘク其ノ他ノ者ニ至リテハ或ハ事務管理者ノ求償權ヲ有スヘク或ハ單ニ不當利得ニ因ル求償權ヲ有スヘキノミ(法學博士梅澤次郎氏民法要義卷之三債權編三五版二二七頁)

二 利害關係ナクシテ辨濟ヲナス第三者ハ債務ノ委任ヲ受ケタル代理人タルコト多カルヘシ代理人ハ本人ニ對シテ求償權ヲ有シ且ツ債權者ノ承諾ヲ得テ之レニ代位スルコトヲ得舊財四五四條二項現行民法四九九條六五〇條又第三者ハ代理人ニアラス參テ事務管理人トシテ辨濟ヲナスコトモアルヘシ此ノ場合ニハ不當利得ノ原則ニ基ツキ求償權アリ又其ノ範圍内ニ於ケル代位シアリ(法學博士土方憲氏債權法下卷大正二年東京帝國大學講義録八頁)

三 「之ヲ爲スコトヲ得」辨濟ヲ爲スコトヲ得即チ其辨濟ハ有效ナルカ故ニ債務者ニ對シテ求償ヲ生スヘシ(法學博士岡松參太郎氏註釋民法下卷債權編初版二五三頁)

四 管理者ノ支出シタル費用カ本人ニ利益トナラザリシトキハ管理者ハ本人ニ對シテ償還ノ請求權ヲ有セサルモノトス何トナレハ管理者ハ其事務管理ニ因リ本人ニ利益ヲ與ヘタルヲ理由トシテ其利益ノ償還ヲ請求スルコトヲ得ルニ過キスシテ其支出シタル費用カ本人ノ利益トナラザルトキハ何等本人ニ對シテ其償還ヲ請求スヘキ法律上ノ原因ヲ缺クヲ以テナリ(法學博士橫田秀雄氏債權各論訂正八版七九六頁)



判旨正當ナリ

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

五 債務者ノ委託ニ依リ爲シタルトキハ委任契約ノ法則ニ依リ其範圍ヲ定ム (法學博士平沼一博士債權總則早稻田大學講義 二八三頁)  
委託ニ依ラサル場合ハ事務管理ノ原則ニ從フ (同上)  
六 辨濟ヲ爲シタル第三者ト債務者トノ關係ハ一ニ兩者間ニ於ケル法律關係ニ係リテ定マル兩者間ニハ委任贈與マダハ事務管理等ノ關係存スヘク第三カ債務者ニ對スル債權ハ此等ノ關係ニ依リテ定マル (法學博士石坂晋四郎氏日本民法第三編債權總論中卷合本訂正七版一三八七頁)  
七 第三者ト債務者トノ關係ハ所謂對內關係ニシテ當事者間ニ於ケル法律關係ニ依リテ之ヲ決ス委任關係ナルコトアリ又事務管理ノ關係ナルコトアリ或ハ又贈與ノ意思ニ基クコトヲ得ヘシ前二者ノ場合ニハ求債權ヲ成立セシム (法學博士鳩山秀夫氏日本債權法總論三三八頁)  
八 蓋シ事務管理ハ本人ノ利益ノ爲メニスル好意ニ基クモノニシテ之ニ因リテ管理者ハ報酬ヲ受ケ或ハ私利ヲ營マントスルモノニ非スト雖モ管理上必要又ハ有益ナリシ費用ハ管理者ニ於テ之ヲ本人ニ惠與スル意思ヲ以テ支出シ又ハ之ヲ引受クルニ限ラズシテ寧ロ後ニ至リ其辨濟ヲ求ムル意思ニ出ツルヲ以テ普通ノ狀態トス故ニ本人ニ對スル管理者ノ請求權ヲ認メサルヘカラザルコト更ニ辨明ヲ要セサルノミナラス若シ之ヲ認メサルニ於テハ即チ本人ヲシテ不當利得ヲ受ケシムルニ至ルヘキナリ此ニ於テ本條一項ハ先ツ管理者カ本人ノ爲メニ支出シタル有益ナル費用ニ付テ償還請求權ヲ有スル旨ヲ明示ス (松波仁一郎氏井田益太郎氏保德松各法學博士帝國民法正解債權一四二二頁)  
九 事務管理ハ何等本人ノ行爲ヲ待タズシテ成立スルモノナレハ管理者之カ爲メニ費用ヲ出ダスモ特別ノ規定ナキ限ハ不當利得ノ原則ニ依ルノ外之カ返還ヲ請求スルコトヲ得ス然レトモ事務管理カ本人ノ意思ニ反セス且其費用カ本人ノ爲メニ有益ナリシ場合ニ於テ單ニ不當利得ノ原則ニ依リテ之ヲ返還ヲ請求シ得ルニ過キサルコトスルカ如キハ事務管理ノ制度ヲ認メタル精神ニ合致セサルカ故ニ民法ハ此點ニ付テ別段ノ規定ヲ設ケタリ (法學士末弘學士債權各論中央大學講義四六一頁)  
一〇 第三者ノ辨濟ハ一種ノ事務管理ニ外ナラサルカ故ニ辨濟者ハ債務者ニ對シテ事務管理ノ法則ニ從ヒ其立替ヲ爲シタル金額及立替ヲ爲シタル日以後辨濟ニ至迄年五分ノ法定利率ニ依リ利息ノ償還ヲ求ムルノ權利ヲ有スルモノトス (大正七年三月六日裁已裁判所本書第七卷民法四四八頁)

甲乙養子縁組ヲ爲シ甲ハ乙ノ養女トシテ専ラ乙ノ看護ニ從事シ勞務ヲ提供シタル以上後日養子縁組ノ無効ナルコト確定シタルトキハ乙ハ法律上ノ原因ナクシテ甲ノ勞務ニ因リ不當ニ利益ヲ受ケタルモノトス

控訴人カ明治四一年一〇月七日被控訴人先代米良せいノ養子トナリ同年一月二六日ヨリ大正四年八月二七日迄引續キ右せい方ニ同居シ居リタル事其後被控訴人ノ實父米良市松カ提起シタル養子縁組無効確認訴訟ニ於テ右せい方ト控訴人トノ養子縁組カ無効ト確定シタルコト及右せい方カ性來白痴ニシテ日常生活ニ他人ノ看護ヲ要スル程度ノ低能者ナリシコトハ當事者間ニ爭ナシ而シテ控訴人カせい方ニ同居中養女トシテ専ラ右せい方ノ看護ニ從事シセイノ爲メ勞務ヲ提供シタルコトハ原審及ヒ當審證人野村金太郎ノ證言ニ依リテ之ヲ認メ得ヘク被控訴人ノ採用シタル原審及ヒ當審證人荒木繁次郎當審證人白山るいノ各證言ニ依テハ右認定ヲ覆スニ足ラス左レハ前記ノ如ク右せい方ト控訴人トノ間ノ養子縁組カ無効ナル以上せい方ハ法律上ノ原因ナクシテ控訴人ノ勞務ニ因リ利益ヲ受ケタルモノト謂フヘク右控訴人ノ勞務ハ之ヲ他ニ提供セハ當然報酬ヲ得ヘキ性質ノモノトナルコト極メテ明瞭ナルカ故ニ之カ爲メ控訴人ニ損失ヲ及ホシタルコトモ亦論ナシ依テ右せい方カ受ケタル利益額如何ヲ案スルニ當審證人野村金太郎ノ控訴人ノ爲シタルカ如キ看護又ハ雜役ヲ他人ニ賃シテ之ヲ爲サシムレハ當時一日金五六拾錢ヲ支給セサルヘカラストノ證言ヲ當審及原審證人荒木繁次郎ノ證言ニ依リ認ムヘキ控訴人カせい方ニ同居中女學校ニ通學シ其他養女トシテ相當ノ待遇ヲ受ケ居リタル事實及右證言ト甲第一號證トニ依リ認ムヘキせい方ノ資産ノ程度ヲ參酌シ一ヶ月金四圓相當ノモノト認定ス依テ控訴人カ勞務提供期間タル明治四一年一月二六日ヨリ大正四年八月二七日迄合計六年九ヶ月間一ヶ月金四圓ノ割合ヲ以テ合計金參百貳拾四圓ハ被控訴人先代せい方ニ於テ不當ニ利得シタルモ



ノトシ何等反證ナキ本件ノ場合ニ於テハ右利得ハ現存スルモノト認メ右限度ニ於ケル控訴人ノ本訴請求ヲ正當トシ其餘ハ不當トス(東京控訴院大正六年(ネ)第六四六號同八年一月六日民二部須賀裁判長野澤和野各判事判決)

【關係事項】 廢棄○不當利得返還請求控訴事件○控訴人小川みち訴訟代理人辯護士益田太郎被控訴人米良孝法律上代理人後見人米良八十二郎訴訟代理人辯護士原案太郎同高調芳太郎

【同趣旨學說】

緣組無効ナリト判決確定スルトキハ緣組ハ初メヨリ無効ナル從テ之ニ因テ財産上ノ利益ヲ得タルモノハ不當利得ノ原則ニ從ヒテ之ヲ返還スル義務アリ(ドクトルユリス阪本三郎氏早大親族法講義録二二三頁)

判旨ハ正當ナリ蓋シ養子緣組ノ無効ヲ宣言スル判決ハ創設的効力ヲ有セスシテ確認的効力ヲ有スルニ止マルカ故ニ無効ナル緣組ニ因リ不法ニ財産上ノ利益ヲ收得シタル者ハ不當利得ニ基ク返還ノ責ニ任スヘキハ勿論ナレハナリ

(三六四)

七〇九 故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス  
七二三 他人ノ名譽ヲ毀損シタル者ニ對シテハ裁判所ハ被害者ノ請求ニ因リ損害賠償ニ代ヘ又ハ損害賠償ト共ニ名譽ヲ回復スルニ適當ナル處分ヲ命スルコトヲ得

甲カ外國會社ト其會社製造ニ依ル自働消火器ニ付キ唯一ノ代理店トシテ一手販賣ノ權利ヲ得タルニ拘ラス過失ニ因リ乙カ雜誌上ニ於テ當該物品ニ付キ右外國會社ノ總代理店ナル旨ノ虛偽ノ事項ヲ廣告シタルトキハ不法ニ甲ノ營業ヲ妨害シ且其名譽ヲ毀損スルモノニシテ不法行為ノ責ニ任スヘキハ勿論甲ハ名譽回復ニ適當スル處分ヲ請求スル權利ヲ有スルモノトス

控訴人カ雜誌紡織界(紡織業者ノ専門雜誌)ノ大正六年十月號及ヒ十一月號ニ於テキマン自働消火器ニ付キホフマンズプリンクラー會社ノ日本總代理店ナル旨ヲ廣告シタルノハ第一號證ノ一二ニ依テ明白ナリ眞正ナリト認ムヘキ甲第三號證ノ一二三ニ依リ被控訴人ハ西曆千九百十四年(大正三年)三月二十五日英國ホフマンズプリンクラー株式會社トノ契約ニ依リ爾來現今ニ至ル迄同會社ノ製造ニ係ル前記消火器ニ付キ日本朝鮮及ヒ滿洲ニ於テ唯一ノ代理店トシテ一手販賣ノ權利ヲ得タルト認ムヘキ證人宇野米吉ノ證言ニ依レハ被控訴人ハ爾來一手販賣代理店トシテ右ノ消火器ヲ販賣シ來リタルコトヲ認ムヘキニヨリ若シ右ノ廣告カ虛偽ノ事項ナランニハ控訴人ハ不法ニ被控訴人ノ營業ヲ妨害シ且其名譽ヲ毀損スルモノナルヲ勿論ナリ控訴人ハ廣告内容ノ如ク總代理店ノ特約アリト抗辯スレトモ乙第一二號證ニ依リテハ英國ストレ一會社カ仲介人トシテ控訴人ヲホフマンズプリンクラー代理店ト爲スコトトナシタル者ノ通知ヲ爲シタルコトヲ認メ得ルニ過キス之ヲ以テ直チニ控訴人トホフマンズプリンクラー會社トノ間ニ日本總代理店ノ特約成立シタルコトヲ認メ難ク却ツテ甲第三號證ニ徵スレハ控訴人カホフマンズプリンクラー會社ノ總代理店ナル旨ノ廣告ハ虛偽ノ事項ナリト認ムヘキ乙第三四號證ハ右ノ認定ヲ覆スニ足ラス加之前記證人ノ證言ニ依レハ被控訴人カ右ノ消火器ニ付キ日本朝鮮滿洲ニ於テ一手販賣ノ權利ヲ有シ其現ニ其販賣ニ從事セルコトハ一般消火器販賣業者ノ知了セル處ニシテ控訴人モ亦之ヲ知悉シ居タル事實ヲ認ムヘキニ依リ前記ノ如ク一片ノ通知ノミニテ輕ク特約ノ成立ヲ信シテ虛偽ノ事項ヲ廣告シタルハ其過失ニ外ナラサルヲ以テ不法行為ノ責ニ任スヘキ被控訴人ハ名譽回復ニ適當スル處分ヲ請求スルノ權利アリトス而シテ其ノ處分ハ前記ノ廣告ヲ斟酌シテ原判決主文ノ如キ謝罪廣告ヲナサシムルヲ相當ト認ム(大阪控訴院大正八年(ネ)第二三號同年六月一七日民一部中尾裁判長佐藤織田各判事判決法律新聞第一六〇三號一七頁)

【關係事項】

控訴棄却○信用回復請求事件○控訴人金井賢訴訟代理人辯護士山下雄太郎○被控訴人大倉商事株式會社法定代



理人山田馬次郎

(三六五)

八五 本法ニ於テ物トハ有體物ヲ謂フ  
三七〇 低當權ハ低當地ノ上ニ存スル建物ヲ除ク外其目的タル不動産ニ附加シテ之ト一體ヲ成シタル物ニ及フ但設  
定行爲ニ別段ノ定アルトキ及ヒ第四二四條ノ規定ニ依リ債權者カ債務者ノ所爲ヲ取消スコトヲ得ル場合ハ此限ニ在  
ラス

或モノカ他ノ物ノ一部ヲ構成スルモノナリヤハ物理上ノ考察ヲ爲スト共ニ經濟  
上ノ必要ニ鑑ミサルヘカラス換言スレハ吾人カ取引上要求スル一般ノ觀念ニ基  
キテ之ヲ決定スヘク若シ或モノカ他ノ物ニ對シ物理上密接ナル存在ノ關係ヲ有  
シ且其モノヲ他ノ物ヨリ分離スルニ因リ他ノ物ノ經濟上ノ價值若クハ效用ヲ減  
失シ若クハ著シク減少又ハ變更スルカ如キ状態ニ在ルトキハ其モノヲ以テ他ノ  
物ノ一部ナリト斷スヘキモノトス」  
或モノニ或モノヲ附着セシメテ其物ノ一部ト爲シ得ルコトハ勿論ニシテ物ノ一  
部ノ成立カ物ノ成立ヨリモ遲キコトノアリ得ヘキハ當然ナリ」  
或物件カ建物ニ附加シテ一體ヲ成ス以上假令抵當權設定後ニ附加セラレタルモ  
ノナリトスルモ其效力ハ當該物件ニ及フモノトス」

被控訴人先代陸次郎カ大正四年一〇月二〇日本物件ノ存在スル建物ヲ競賣手續ニ  
於テ競落シ之カ取得ノ登記ヲ爲シタルコト右建物カ湯屋營業ノ目的ノ爲メ建築セラ  
レタルコト及被控訴人カ右陸次郎ノ家督ヲ相續シタルコトハ當事者間ニ爭ナレ然リ

而シテ本物件カ該建物ノ一部ヲ構成スルモノナリヤ否ヤニ付キ審案スルニ或モノ  
カ他ノ物ノ一部ヲ構成スルモノナリヤハ物理上ノ考察ヲナスト共ニ經濟上ノ必要ニ  
鑑ミサルヘカラスコトニシテ即チ換言スレハ吾人カ取引上要求スル一般ノ觀念  
ニ基キテ之ヲ決定スヘク若シ或モノカ他ノ物ニ對シ物理上密接ナル存在ノ關係ヲ有  
シ且其モノヲ他ノ物ヨリ分離スルニ因リ他ノ物ノ經濟上ノ價值若クハ效用ヲ減失シ  
若クハ著シク減少又ハ變更スルカ如キ状態ニ在ルトキハ其モノヲ以テ他ノ物ノ一部  
ナリト斷スヘキモノトス」  
一方ニ於テハ原審ニ於ケル檢證ノ調査(大正六年四月四日付)及當審並原審證人日置末  
吉ノ證言ニ依レハ本件ハ執レモ前示建物ノ内部若クハ之ニ密接シタル個所ニ設置セ  
タレ場所的ニ彼此一體ヲ組成スル状態ニ在ルトキハ其モノヲ以テ他ノ物ノ一部  
他方ニ於テハ前示日置末吉ノ證言ニ依リ同カ本物件カ建物ニ於テ本物件ヲ用ヒ湯屋  
營業ヲ爲スカ爲メニ相前後シテ前示建物及ヒ本物件カ建物ニ建設及ヒ設置シタル事實ヲ  
認メ得ヘク且ツ本物件カ湯屋營業ニ付キ浴場ノ構成ニ必要缺クヘカラスルモノナ  
ル事ハ明治三三年警視廳令第四八條湯屋營業取締規則ニ依リ明白ノ事理ニ屬シ又原  
審ニ於ケル鑑定人鈴木久作山名篤義ノ各鑑定ノ結果ニ徴スルニ東京府下ニ於テ本件  
ノ如キ物件カ經濟上獨立ノ物トシテ賣買又ハ貸借ノ目的ト爲ス慣習ナキ事ヲ認ム  
ルニ足ルカ故ニ本物件ハ前示建物ノ一部ヲ構成スルモノニ外ナラスシテ物トシテ  
ノ獨立性ヲ具有スルモノニ非スト云ハサルヘカラス而シテ第一ノ二號證ニ依レハ控  
訴人カ大正二年一二月二三日本物件訴外日置末吉ヨリ買受クルノ約定ヲ爲シタル  
コトヲ證スルヲ得ト雖モ單ニ偶々控訴人カ本物件ニ付キ他ト賣買契約ヲ締結シタ  
ル事實アレハトテ既ニ前示建物ノ一部ヲ構成セル本物件カ右契約ニ依リ獨立性ヲ  
帶フルニ至ルモノト云ヒ難ク又右賣買ノ事實ニ依リテ直ニ以テ本物件カ前示建物  
ノ一部ニ非ストハ目シ難ク更ニ又當審證人日置末吉ノ證言ニ依レハ本物件ハ前示  
建物建築ノ後ニ至リテ設置セラレタルモノナルコトヲ推斷シ得ト雖モ或モノニ或



梅博士

ノテ附着セシメテ其物ノ一部ト爲シ得ルコトハ勿論ニシテ物ノ一部ノ成立カ物ノ成立ヨリモ遅キコトアリ得ヘキハ當然ナルカ故ニ之亦以テ前示斷定ニ消長ヲ來スコトナク尙原審ニ於ケル鑑定人齋藤市藏當審ニ於ケル鑑定人赤塚五郎ノ各鑑定ノ結果及ヒ乙第三號證ノ二乃至三第四五號證ヲ以テスルモ前示斷定ヲ翻シ以テ本件物件カ前示建物ノ一部ニ非スト斷セシムルニ足ラス次ニ控訴人ハ假ニ本件物件カ本件建物ノ一部ヲ組成スルモノナリトスルモ被控訴人主張ノ本件物件ノ取得原因タル競賣ハ訴外日置末吉カ大正元年一月二日八日控訴人ノ爲メ本件建物ニ付キ設定シタル抵當權ノ實行トシテ爲サレタルモノニシテ當時本件物件ハ未タ建設セラレズ其後右建物ニ附加セシメラレタルモノナリトシテ當時本件物件ハ未タ建設セラレズ其後右建物ニ基ク競賣ニ依リ被控訴人ハ本訴物件ノ所有權ヲ取得スル理ナレト抗爭シ本件物件カ右抵當權設定當時存在セズ其後前示建物ニ附加セシメラレタルモノナリトシテ前示日置末吉ノ證書ニ依リ之ヲ認メ得ヘキモ前示建物ニ附加セシメラレタルモノナリトシテ一體ヲ爲スモノナリトスルコトハ前段判定ノ如クナルヲ以テ假令抵當權設定ノ後ニ附加セラレタルモノナリトスルモノナリトスルモ其效力カ本件物件ニ及フコト勿論ナルヲ以テ右抗爭人ノ抗爭ハ理由ナク假令前示認定ノ如ク後ニ控訴人ニ對シ讓渡サレタリトスルモ右抵當權ノ實行トシテ爲サレタル競賣手續ニ於テ競落ニ依リ本件建物ヲ取得セル被控訴人ニ本訴物件カ屬スルコト明白ナリトス然ラハ被控訴人ノ本訴請求ハ正當ニシテ控訴人ノ控訴ハ理由ナキモノトス(東京地方裁判所大正七年(レ)第一一四號同八年七月一六日民一部大森裁判長山田佐藥各判事判決)

【關係事項】

控訴棄却○所有權確認請求控訴事件○控訴人仲西菊之助訴訟代理人辯護士山中被控訴人鈴木貞吉訴訟代理人辯護士野村大五郎

【論旨第三點同趣旨學說】

一本條(第三七〇條)ハ抵當權ノ目的物カ附屬セル場合ニ於テ抵當權ハ其全部ニ付テ存スヘキコトヲ定メタルモノナリ例ヘハ

富井博士

岡松博士

横田博士

川名博士

鳩山博士

三浦博士

東京地方  
裁判所  
判決

土地ニ樹木ヲ植エタル場合建物ニ建増テ爲シタル場合等ニ於テ其土地若クハ建物ノ目的トスル抵當者ハ其樹木建増等ニモ及フヘキモノトス(法學博士梅謙次郎氏民法講義物權五〇七頁)

二 抵當權ノ設定後其目的物カ附屬セル場合ニ於テモ抵當權ハ抵當不動産ニ附加シテ之ト一體ヲ成シタル物ニ及フテ原則トス而シテ其實カ自然ニ生シタル人爲ニ出テタルトナシ例ヘハ土地ニ樹木ヲ栽植シ又ハ建物ニ増築ヲ爲シタル場合ニ於テ其土地又ハ建物ノ目的トスル抵當權ハ其樹木又ハ増築シタル部分ニモ及フカ如シ但此效果ヲ生スルニハ其附加物カ抵當不動産ニ定著シ之ト一體ヲ成スコトヲ要ス故ニ一時ノ目的ヲ以テ不動産ニ附著セシメタル物又ハ容易ニ取除クコトヲ得ヘキ物ハ其部類ニ入ラサルモノトス(法學博士富井政章氏民法原論總則五四四頁本書第五卷民法八〇四頁)

三 抵當ノ目的タル不動産ハ自然ノ原因ニ由リ若クハ人爲ノ原因ニ由リテ増加改良スルコトアリ此等ノ場合ニ於テハ抵當權ハ如何ナル影響ヲ受クヘキ乎是レ本條(第三七〇條)ニ定ムル所ナリ(法學博士岡松太郎氏民法理由物權五四〇頁)

四 抵當權カ土地ノ目的トスル場合ニ土地ノ所有者カ其土地ニ樹木ヲ栽植シタルトキハ抵當權者ハ土地ト共ニ其ノ樹木ノ上ニ抵當權ヲ行フコトヲ得ヘシ然レトモ抵當權者カ附加物ノ上ニ其權利ヲ行フニハ附加物カ不動産ニ定著シテ之ト一體ヲ成スコトヲ要ス(法學博士横田秀雄氏物權法七七頁本書五卷民法八〇四頁)

五 抵當權ハ不動産ヲ以テ其物體ト爲ス故ニ不動産ノ各部ハ其抵當權ノ效力範圍内ニ在ルハ當然ナリ其一部カ抵當權設定前ヨリ存スルモ亦設定後ニ於テ附加シタルトナシ(法學博士川名名義四郎氏物權法要論二七一頁)

六 抵當權設定以後抵當不動産ノ從物トセラレシモノハ抵當權ノ目的トナルコト無キモ之レニ附加セラレテ一體ヲ爲セルモノハ抵當權ノ目的トナル原則トス(三七〇條)(法學博士鳩山秀夫氏東大講義擔保物權法二六三頁)

七 抵當權ハ設定後目的不動産ニ附加シテ之ト一體ヲ成シタルモノニ及フモノトス(三七〇條)(法學博士三浦信三氏擔保物權の四一七頁)

七〇九

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

自動車運轉手ノ如キ危險事業ノ局ニ當ル者ハ自己操縦ノ自動車力疾走シ來ル他自動車ノ前方ニ在ル場合ニ於テハ其附近ニ歩行者アルヲ目撃スル以上該歩行者カ疾走自動車ヲ避タンカ爲メニ自己ノ前方ニ其位置ヲ轉スルコトアルモ方向變換停車其他ノ手段ニヨリ直ニ危險ヲ避ク得ヘキ方法ニ出ツルコトヲ得ヘキ狀態



ニ於テ繰縦スルコトヲ要スルモノトス

〔理由〕訴外中野原カ大正七年三月七日午後七時過廻町區日比谷公園裏海城中學校前  
 通路ニ於テ被告ノ使用人タル運轉手合田久治ノ操縦ニ係ル被告所有ノ自動車ノ泥除  
 ニ觸レ重傷ヲ負ヒ翌日午前二時遂ニ死亡シタル事實被告カ自動車二三臺ヲ使用シ之  
 ニ因リ旅客ヲ運送スル自動車層營業者ニシテ右ノ被害ハ前示久治カ被告ノ營業タル  
 旅客運送中ニ生シタルモノナル事實及ヒ中野原ハ被告自動車ノ後方ヨリ疾走シ來レ  
 ル他ノ自動車ヲ避ケンテシテ被告自動車ノ進行路ニ當ル自動車ヨリ向テ左側ニ其位  
 置ヲ轉シタルコトハ當事者間ニ爭ナク中野原カ其位置ヨリ轉セシ當時ニ於テハ同人  
 ハ自動車ヲ去ルコト遠カラサル前方道路ノ中央ニ於テ被告自動車ト同一方向ニ歩  
 シツツアリタルコト其當時被告自動車ハ通常ノ速度ニテ進行シ居タルコト及ヒ中野  
 原カ前示道路ノ中央ヨリ被告自動車ノ前面ヲ横リ其左側ニ轉シタル際被告自動車ノ  
 左側泥除ニ觸レ危害ヲ蒙リタルコトハ證人上保清次郎河村知亮ノ證言ヲ綜合シ之ヲ  
 認ムルコトヲ得ヘシ元來一自動車カ高速度ヲ以テ歩行者ノ後方ヨリ疾走シ來ル場  
 ニ於テハ歩行者ハ其音響ニ驚キ突嗟ノ間ニ其急迫ナル危險ヲ避クヘキ行動ヲ採ラサ  
 ル必要ト當該危險ニノミ因ハレ前後左右ヲ注視シ適當ナル方法ニ出ツルコトヲ得サ  
 ルハ往々ニシテ存在スル事例ニ屬ス殊ニ本件ノ如ク歩行者カ道路ノ中央ヲ自己ノ自  
 動車カ道路ノ左側ヲ進行スル場合ニ於テハ歩行者カ疾走自動車ヲ避ケンテ自己ノ自  
 動車ノ進行路ニ其儘足テ轉シ來ル事アルヘキハ左側通行ノ原則上當ニ期待ハサル  
 へカラサル事項タリ從テ自動車運轉手ノ如キ危險事業ノ局ニ當リタル者ハ自己操縦  
 ノ自動車カ疾走シ來ル他自動車ノ前方ニ在ル場合ニ於テハ右ノ事例ニ鑑ミ其附近ニ  
 歩行者アルヲ目撃スル以上該歩行者カ疾走自動車ヲ避ケンカ爲メニ自己ノ前方ニ其  
 位置ヲ轉スルコトアルモ方向變換停車其他ノ手段ニ依リ直ニ危險ヲ避ケン得ヘキ方法  
 ニ出ツルコトヲ得ヘキ狀態ニ於テ繰縦スルコトヲ要スルモノトナリト謂ハサルヘカラ

ス今本件ニ付テ見ルニ本件被害ハ中野原カ道路ノ中央ヨリ左側ニ轉シ來ル被告自動  
 車ノ前面ヲ横リ終ラントスル際ニ於テ發生シタルモノナルコト前段認定ノ如クナル  
 事ヲ以テ中野原ノ方向轉換ト衝突トノ内ニハ多クノ時間存在シタルコト勿論ナリ從テ  
 別段ノ事情存在セサル限リ前示合田久治ニシテ前述ノ如キ注意ヲ用ヒテ繰縦シ居リ  
 タランニハ本件危險ヲ避シ得ヘカリシモノナリト謂ハサルヘカラサルヘク右合田  
 久治カ斯ル注意ヲ用ヒ居タリト認メ得ヘキ何等ノ證左アルコトナク且斯ル注意ヲ用  
 ヒ居タリトスルモ尙本件危險ヲ避ケ得サリシモノト認ムルニ足ルヘキ證左アル事ナ  
 シ此ノ點ニ關スル證人内山信輔ノ證言ハ以テ反對認定ノ資料ト爲スニ足ラス叙上ノ  
 理由ニヨリ本件中野原ノ死ニ付テハ前示合田久治ハ其ノ過失ヲ免ルルヲ得サルモ右  
 中野原モ亦疾走自動車ニ驚キタル際ト雖トモ尙ホ多少ノ注意ヲ用ヒタランニハ其前  
 方自己ニ接近シ被告自動車カ自己ノ左側ニ進行シツツアリテ左側ニ轉スルノ危險ナ  
 ルコトヲ知り得ヘカリシハ言テ待タサル所ナレハ本件ハ被害者ノ過失モ亦該合シ被  
 告ハ右合田久治ノ撰任監督ニ付キ何等過失ナシト主張スルモ證人内山信輔ノ證言ニ  
 ヲリテハ之ヲ認ムルニ足ルコトナシ次ニ原告等ト右中野原トノ身分關係ニ付テハ被  
 告ノ認ムル所ニシテ右原カ其當時株式會社日本勸業銀行職員ニシテ月収手當金廿七  
 圓以上アリ且ツ原告等生活ノ中心トナリシコトハ證人河原知亮ノ證言ニヨリ之ヲ認  
 ムルコトヲ得ヘク以上ノ事實ト被告カ自動車二三臺ヲ用ヒテ自動車屋ヲ經營スル者  
 ナル當事者間ニ爭ナキ事實トナシ且右原ノ過失ヲ斟酌シ原告等ニ對スル慰養料  
 ハ各金三百圓ヲ以テ相當ナリト認ム又中野原カ其死亡當時三十九歳ナリシコトハ成  
 立ニ爭ナキ第一號ニヨリ明白ニシテ普通一般ノ健康狀態ニ在ル三十九歳ノ男子ハ  
 將來特種ノ事由ナキ限リ尙五年以上ヲ生存スルヲ通常トスルコトハ吾人ノ生活經驗  
 ニ照シ顯著ナル事實ニシテ前認定ノ原カ原告等ノ生活ノ中心タリシ事實及ヒ其月収  
 ニ照シ原ノ家督相続人タル原告過失多額ノ財産上ノ損害ハ年額百五十圓以上ナリト謂  
 ハサルヘカラサルカ故ニ右原ノ過失ヲ斟酌スルモ右原告ノ財産上ノ損害金五百圓ノ



請求ハ至當ナリ(東京地方大正七年(ワ)第一一三〇號同八年七月二一日民三部近藤裁判長小林立松各判事判決法律新  
開第一六〇三號一三頁)  
【關係事項】一部棄却〇損害賠償請求事件〇原告小澤水外四人訴訟代理人辯護士横山勝太郎同竹久小太郎〇被告石渡豊一  
訴訟代理人辯護士村上喜政同村上與惣太)

(三六七)

四一五 債務者カ其債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲セザレトキハ債權者ハ其損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得債務者  
ノ實ニ歸スヘキ事由ニ因リテ履行ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルトキ亦同シ  
四一六 損害賠償ノ請求ハ債務ノ不履行ニ因リテ通常生スヘキ損害ノ賠償ヲ爲サシムルヲ以テ其目的トス  
特別ノ事情ニ因リテ生シタル損害ト雖モ當事者カ其事情ヲ豫見シ又ハ豫見スルコトヲ得ヘカリシトキハ債權者ハ其  
賠償ヲ請求スルコトヲ得

甲ハ乙ニ對シ七千五百圓ノ債權擔保ノ爲其所有不動産上ニ抵當權ヲ設定シタル  
後其抵當權ハ一定期日迄ニ甲ニ於テ消滅セシムヘキ旨ニテ丙ヲ保證人トシ其不  
動産ヲ丁ニ賣渡シタル場合ニ於テ甲ハ右抵當權消滅義務履行期間内ニ其義務ヲ  
履行セサル爲丁ハ乙ヨリ抵當權ヲ實行スヘキ旨ノ通知ヲ受テ止ムナク乙ト協議  
ヲ遂ケ金二千二百圓ヲ支拂フニ於テハ右不動産ノ抵當權ヲ消滅スヘキ旨ノ諾約  
ヲ得甲丙ニ對シ適法ノ催告ヲ爲シタルモ尙義務ヲ履行セサルヨリ該金圓ヲ支拂  
ヒテ右抵當權ノ濶除ヲ爲シタルトキハ丁ノ支拂ヒタル金額ハ甲ノ債務不履行ニ  
因リ生シタル損害ニシテ甲丙ハ其履行ノ當時右損害ノ發生ヲ豫見シタルモノナ  
ルヲ以テ之ヲ賠償スヘキ義務アルモノトス

原告ト被告重一トノ間ニ本件土地及建物ノ賣買契約ノ成立シタルコト當時右賣買ノ

目的物タル不動産ハ外數筆ノ不動産ト共ニ日本勸業銀行ニ對スル七千五百圓ノ債權  
擔保ノ爲メ抵當權設定シアリ該抵當權ハ重一ニ於テ明治四十四年九月三十日迄ニ消  
滅セシムヘキ約定ナリシコトハ當事者間ニ爭ナキコトニシテ右抵當權ヲ消滅セシム  
ヘキ債務ニ付被告民次郎及同助右衛門カ保證人トナリタルコトハ成立ニ爭ナキ甲第  
一號證ニ載シ明白ナリ乙第一號證ヲ以テハ右認定ヲ覆スニ足ラス而シテ證人矢野祐  
義ノ供述成立ニ爭ナキ甲第二號證第四號證ノ一乃至三ニ依レハ前記訴外銀行ノ被告  
重一ニ對スル債權ハ前記抵當權ト共ニ其後株式會社神奈川縣農工銀行ヲ經テ大正五  
年十二月下旬株式會社戸部貯蓄銀行ニ轉々讓渡セラレ之ト前後シテ原告ハ被告重一  
ノ爲メニ前記抵當權消滅義務ノ履行期ヲ大正六年一月二十日ニ延期スヘキ旨承認シ  
タル處重一ハ右履行期ヲ經過スルモ尙之カ履行ヲ爲サス一方原告ハ右戸部銀行ヨリ  
抵當權ヲ實行スヘキ旨ノ通知ヲ受ケ止ムナク同銀行ト協議ヲ遂ケタル結果漸ク金二  
千二百圓支拂フニ於テハ本件不動産上ノ抵當權ハ消滅セシムヘキ旨ノ諾約ヲ得大正  
七年十一月二十五日右銀行ニ對シ該金圓ヲ支拂ヒテ右抵當權ヲ濶除シタル事實及若  
シ原告ニ於テ右濶除ヲ爲サザリセハ其後幾何モナク右訴外銀行ハ抵當權ノ實行トシ  
テ本件不動産ヲ競賣シタルシナルヘク之ニ因リ原告カ右不動産上ノ權利ヲ喪失スル  
結果蒙ルムヘキ損害ハ右金額ヲ超過スルコト僅少ナラザリレコト洵ニ明瞭ナリ而シ  
テ原告カ右訴外銀行ニ對スル辨濟ヲ爲スニ先テ被告等ニ對シ右抵當權消滅ニ付訴外  
銀行ニ支拂フヘキ金額ヲ二千二百圓ト協定シタルニ付十月三十日迄ニ該金額ヲ支拂  
ヒテ抵當權ヲ消滅セシムヘキ旨催告スルト同時ニ若シ被告等ニシテ右行爲ヲ怠ルニ  
於テハ原告ハ自ラ右金圓ヲ支拂ヒ抵當權ヲ濶除スヘキ旨通知シタルコトハ當事者間  
ニ爭ナキ所ナルヲ以テ右原告ノ支拂ヒタル金額ハ畢竟被告重一ノ債務不履行ニ因リ  
生シタル損害ニシテ被告等ハ其不履行ノ當時右損害ノ發生ヲ豫見シタルコト明ナル  
カ故ニ被告重一カ之ヲ賠償スヘキ義務アルハ勿論被告民次郎同助右衛門亦保證人ト  
シテ之ヲ賠償スヘキ責アルモノト謂ハサルヘカラス被告等ハ原告カ速ニ濶除ヲ爲ス



ニ於テハ右損害ヲ生セス又ハ少額ノ損害ニ止ムルヲ得タルヘキ旨抗辯スレトモ原告ハ前記買買ニ於ケル約旨ニ基キ重一ニ對シ抵當權ヲ消滅セシムヘキコトヲ請求スル權利コソ有スレ自ラ之ヲ濫除スヘキ義務ヲ負擔セシム唯最後ニ至リ自ラ濫除セサルニ於テハ一層損害ノ増大スヘキコトヲ慮リ損害ヲ最少限度ニ防止スル爲メ濫除セサルニ於テモノナルコト前記認定ノ如クナルヲ以テ右被告ノ抗辯ノ理由ナキコト更ニ疑テ容レサル所ナリ唯原告ハ濫除ノ爲メニ出損後ノ遅延利息ヲ請求スレトモ原告ハ其後被告等ニ對シ右損害ノ賠償ヲ請求シ遲滞ニ附シタル事跡ノ見ルヘキモノナキヲ以テ右遅延利息ノ請求ハ當裁判所ニ顯著ナル本件訴訟狀送達ノ翌日大正七年十二月十八日以降ノ部分ノミナ理由アリトシ其他ハ之レヲ排斥スヘキモノトス(横濱地方大正七年五月第二七七號同八年七月四日民一部中島裁判長玉井白方裁判判決法律新聞第一六一二條一八頁)

【關係事項】 被告敗訴○損害賠償請求事件○原告相田鶴吉訴訟代理人辯護士兵頭守時七被告鈴木重一外二人訴訟代理人辯護士山本重治

七〇九 故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ヘ之ニ因リノ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス  
 七一五第一項 或事業ノ爲メニ他人ヲ使用スル者ハ被用者カ其事業ノ執行ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス但使用者カ被用者ノ選任及ヒ其事業ノ監督ニ付キ相當ノ注意ヲ爲シタルトキ又ハ相當ノ注意ヲ爲スモ損害カ生スヘカリシトキハ此限ニ在ラス

甲カ警鈴並ニ制動機ノ裝置ナキ自轉車ニ乘リ急坂ヲ下降スルニ際シ程速カラザル前方ニ通行人乙ヲ認メタルニ拘ハラズ危險防遏ニ必要ナル手段ヲ採ラス其儘進行シテ乙ニ衝突シタル場合其衝突ハ甲ノ過失ニ基因スルモノトス

雇人カ主命ヲ帯ヒ營業ノ爲メ醬油味噌等ヲ其得意先ヘ運搬中過失ニ因リ第三者

ニ加ヘタル損害ハ民法第七一五條第一項ニヨリ雇主之ヲ賠償スヘキモノトス

本件ニ於テ原告先代松太郎カ原告主張ノ日時場所ニ於テ訴外尾崎太知ノ乗用セル自轉車ニ轢キ倒サレ原告主張ノ如キ創傷ヲ負ヒタル事實及之カタメ右原告先代ハ治療費トシテ金三十五圓ヲ要シタルコト茲ニ本件當事者双方カ原告主張ノ如ク各其先代ノ家督ヲ相続シタル事實ハ當事者間ニ争ナク證人尾崎太知同櫻井新三郎同石田新治ノ各證言ニ依レハ訴外尾崎太知ハ本件衝突アリタル當時ニ於テ被告先代重助ノ雇人ナリシコトヲ認メ得ヘキヲ以テ此點ニ付キ被告ノ抗辯ハ之ヲ排斥ス依テ右衝突ハ右太知ノ過失ニ起因スルヤ否ヤニ付キ審按スルニ前示各證人並ニ證人鈴木信一ノ各證言ヲ綜合スルトキハ本件衝突場所タル通稱〇〇坂坂ハ相當急坂ニシテ屢々衝突事故ヲ來シタル個所ナル處訴外尾崎太知ハ警鈴並ニ齒止等ノ制動機ノ裝置ナキ自轉車ニ乘リテ同所ヲ下降シ來リ恰モ其前方ニ當リ原告先代松太郎カ同所ヲ下坂スルヲ覺知シナカラ危險防遏ニ付キ豫メ相當處置ヲ採ラス其儘進行シテ突然同ノ後方ヨリ掛摩シタルニヨリ同ノハ之ヲ右方ニ避ケタルモ既ニ遅ク遂ニ衝突ヲ受ケ重傷ヲ負ヒタル事實ヲ認メ得ヘシ之ニ反スル證人櫻井新三郎同尾崎太知ノ供述部分ハ之ヲ措信セシ蓋シ警鈴並ニ制動機ノ裝置ナキ自轉車ニ乘リ前示認定ノ如キ急坂ヲ下降スルトセハ漸時其速度ヲ加ヘ一般通行人ニ封シ危害ヲ及ホス懼極テ多キコトハ何人ト雖モ之ヲ認識スヘキコトアレハ右太知ハ同所ヨリ下降スルニ當リ宜敷下車スルカ然ラストスルモ程遠カラサル前方ニ通行人ヲ認メタル以上直チニ停車スル等危險防遏ニ必要ナル手段ヲ採ル可キニ拘ハラズ其注意ヲ欠キ其儘進行シテ遂ニ本件衝突ヲ惹起シタルニアレハ其過 責任ハ之ヲ右太知ニ歸セサルヘカラス而テ證人尾崎太知同櫻井新三郎ノ證言ヲ綜合スルトキハ右太知ハ當時主命ヲ帯ヒ營業ノ爲メ醬油味噌等ヲ其得意先キニ運搬中ナリシコトヲ認メ得ヘキヲ以テ被告先代ハ民法第七一五條第一項ニヨリ右太知カ業務ノ執行ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害ハ之ヲ賠償セサルヘカラス



岡松博士

川名博士

(東京地方裁判大正七年(ワ)第二四〇號同年一月二日民六部近藤裁判長小林立松各判事判決)

【關係事項】

原告勝訴○損害賠償請求事件○原告渡邊たけ訴訟代理人辯護士平澤均治同吉岡千代吉被告松消長次郎訴訟代理人辯護士飯岡竹三郎

【民法第七一五條ニ所謂被用者ノ意義ニ關スル參照學說判例】

本書本卷民法八九六頁以下

【民法第七一五條ニ所謂業務ノ執行ニ付キノ意義ニ關スル參照學說判例】

本書本卷民法一〇頁以下一五五頁以下

【民法第七一五條ニヨル使用者ノ責任ハ被用者ノ過失ヲ要件トスルヤ否ヤニ關スル參照學說判例】

一 電車カ人ヲ傷ケタル場合ニ運轉手ニ過失ナケレハ電車ノ企業者ニ責任ナシトスルハ(我國法ノ如ク)不當ナリ此點ニ於テハ近時外國ノ法制ハ改良セラレ企業者ハ運轉手ニ過失ナキ場合ニモ責任アリトス(法學博士岡松參太郎氏無過失損害賠償論一四頁)
二 或ル事業ノ爲メ他人ヲ使用スル者ハ被用者カ其事業ノ執行ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス故ニ被用者ノ加害行爲ニヨリテ自己カ賠償ノ義務ヲ負擔スル如シト雖モ其實然ラス此場合ニ於テモ使用者カ其實ニ任スルノ要件トシテ被用者ノ選任及其事業ノ監督ニ付テ被用者カ相當ノ注意ヲ加ヘタルコトヲ必要トスル故使用者ハ自己ノ過失ニ基キ相當ノ注意ヲ以テ他人ニ生スル損害ヲ防止セストイフ不行爲ニヨリテ成立スル所ノ不行爲ノ責任ヲ負擔ス故ニ其責任ハ使用者ノ不行爲ヨリ生スル責任ニシテ從テ被用者カ其不行爲ニヨリテ他人ニ損害ヲ加ヘタルコトヲ必要トセザルナリ故ニ現ニ民法第七一五條ニ於テモ只被用者カ第三者ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責任ニ規定シテ不行爲ノ成立ニ必要ナル故意又ハ過失ニ因リテ被用者カ第三者ニ損害ヲ加フルコトヲ必要トセザルナリ然レトモ其被用者ノ加害行爲カ不法ナル場合ニ於テノミ使用者ニ責任アルモノト解スルヲ要ス(法學博士川名參四郎氏東大講義債權各論一三一頁)

九六 詐欺又ハ強迫ニ因ル意思表示ハ之ヲ取消スコトヲ得

或人ニ對スル意思表示ニ付キ第三者カ詐欺ヲ行ヒタル場合ニ於テハ相手方カ其事實ヲ知りタルトキニ限り其意思表示ヲ取消スコトヲ得

詐欺ニ因ル意思表示ノ取消ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得

七〇八 不法ノ原因ノ爲メ給付ヲ爲シタル者ハ其給付シタルモノノ返還ヲ請求スルコトヲ得但不法ノ原因カ受益者ニ付テノミ存シタルトキハ此限ニ在ラス

長島博士

民法第七〇八條ハ給付ヲ爲シタル原因カ公序良俗ニ反スル場合ノ規定ナルカ故ニ詐欺ニ因ル意思表示ニ基キ詐欺者カ相手方ニ給付セル物ニ對シテ有スル返還請求權ニ付キテハ同條ノ適用アルコトナク詐欺者ハ當該意思表示ノ取消アリタルトキハ之カ返還ヲ請求シ得ルモノトス

詐欺者ハ詐欺ノ手段トシテ相手方ニ給付シタル物ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ルカ余ハ民法第七〇八條ノ解釋上將又實際ノ便益殊ニ公平ノ見地ヨリシテ積極說ヲ採用ス(一)詐欺ニ因ル意思表示カ公序良俗ニ反スル事項ヲ目的トスルモノナルニ於テハ該意思表示ハ第九〇條ノ規定アル結果當然法律上ノ效果ヲ有セザルヘキナリ詐欺ニ因ル意思表示カ當然無効ニ非サル以上ハ該意思表示ハ第九〇條ニ所謂公序良俗ニ反スルモノニアラスト解セザルヘカラス而シテ第七〇八條ハ當該ノ原因カ公序良俗ニ反スル場合ノ規定ナルヘク從テ詐欺ニ因ル意思表示ニ基キ詐欺者カ相手方ニ給付セル物ニ對シ有スル返還請求權ニ付キテハ第七〇八條ノ適用アルコトナク結局詐欺者ハ當該意思表示ノ取消アリタル結果カ返還ヲ請求シ得ルモノト解セザルヘカラス(二)詐欺ニ因ル意思表示ヲ以テ取消シ得ヘキモノト爲シタル趣旨ハ之ニ依リテ當該法律關係ノ締結ヲ防止セントスルニ在リ而シテ意思表示取消ノ效果ハ表意者(被詐欺者)ナ



シテ當該意思表示ナカリシト同一ノ狀態ヲ回復セシムルヲ以テ目的トスヘク此意味ニ於テ詐欺者ハ取消ノ結果詐欺ニ因ル意思表示ニ基キ相手方ニ給付シタル物ノ返還ヲ求ムルコトヲ得サルヘカラス若シ然ラストセハ表意者ハ當該意思表示ヲ取消スコトニ因リ右意思表示ナカリシ以前ノ狀態ヨリ一層有利ナル狀態ニ立ツニ至ルヘク此ノ如キハ詐欺ニ因ル意思表示ノ取消ヲ認メタル法律ノ精神ニ副ハサル結果ナリト云ハサルヘカラス第七〇八條カ不當利得ニ關スル規定ナルコトハ一點ノ疑ヲ容レズ從テ同條ノ一應ノ解釋トシテハ詐欺ニ因リ物權的意思表示ヲ爲サレ該意思表示ハ取消サレタル場合ニ於ケル取消ノ效果ハ第七〇八條ノ適用ヲ受ケル事ナク從テ此場合ニハ詐欺者ハ物權的請求權ニ基キテ既ニ給付シタル物ノ返還ヲ求ムルコトヲ得サルヘカラス然レトモ此ノ如ク解スルニ於テハ債權的意思表示ノミカ取消サレタル場合ニ比シ彼此權衡ヲ失スルコト著シト云フヘク結局消極説ヲ採用スルニ於テハ物權的的意思表示カ詐欺ニ因リ取消サレタル場合ニ於テモ第七〇八條ノ適用アリトノ解釋ヲ採ラサルヘカラス積極説カ當事者ノ公平ニ反スルコト著シキニ於テハ此種ノ解釋モ亦已ムナカルヘキモ積極説カ敢テ當事者ニ不公平ノ結果ヲ齎スモノニアラサルニ拘ハラス此ノ如キ擴張解釋ヲ試ムルハ余ノ探ラサルトコロナリ錯誤アルニ至リタル場合ニハ當該法律行為ハ當然無効ナルヘク詐欺者ハ表意者ノ取消ヲ待タズシテ自ら進ンテ自己ノ給付セル物ノ返還ヲ求ムルコトヲ得ヘク積極説ハ此點ニ於テ聊カ穩當ヲ缺ク餘ナキニ非サルモ當該行為ハ無効ナルニ因リ表意者カ損害ヲ蒙リタル場合ニハ當該表意者ハ相手方ノ不法行為ニ基キ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヘク從テ積極説ハ當事者間ニ不公平ノ結果ヲ齎ラスモノニアラス(法學士長島毅氏法學新報第二九卷第一一號一〇三頁「民法第七〇八條詐欺者ノ給付シタル物ニ對スル返還請求權」要領)

【參照學說判例】

一 本書本卷諸法一〇二、一〇三頁。法學士 鹽田環氏法學志林二卷一號六一頁本卷諸法三五五頁

富井博士

土方博士

横田博士

川名博士

中島博士

鈴木博士

石坂博士

二 不法原因ノ爲メニ給付ヲ爲スコトハ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反シタル目的ノ爲メニト云フニ等シク殊ニ強行的法規ニ反スルカ如キハ其ノ最著シキ場合ナリ例ヘハ人ヲ殺害スルニ用ヒントスル兇器ヲ貸シ又ハ官吏ニ賄賂ヲ贈リ賭博ノ費用ヲ支拂ヒタル如キ凡テ本條ノ適用ヲ受ケル場合ナリ(法學博士富井政章氏債權各論明治四五東大講一六九頁)

三 不法ノ原因ニ基ク給付ノ意味ニツイテハ少シク曖昧ナリ此ノ字句ハ廣狹何レニモ解セラルヘシ然レモ法律ノ禁止命令ニ違反スル原因ニ基ク給付ノミヲ指シモノト解スルハ更ニ七〇八條ヲ廣解シ必ラスシモ法律カ禁止セル場合ニ限ラス公益ニ反スルコトヲ得テ以テ法律ハ保護セザル即チ無効トスル所ノ法律行為ニ基ク給付亦不法ノ原因ニ基クモノトシテ其ノ返還ヲ請求スルコトヲ得スト得スト適當ナルヘキヲ信ス私見ヲ以テハ民法九〇條ハ必ラスシモ法律行為ノ目的其ノ物カ公序良俗ニ反スル場合ノ外目的適法ナルモ法律行為ノ當事者雙方カ公序又ハ良俗ニ反スルコトヲ爲サントスル趣旨ヲ有セシ場合ニハ其法律行為ヲ無効トスト解スルハ穩當トナスヘシ此レト同條ニ七〇八條ニ於テハ必スシモ刑法上ノ犯罪民法上ノ不法行為ノミニ限ラス九〇條ト其ノ範圍ヲ同シクスルモノト見ルヲ得(法學博士土方寧氏債權下大正四東大講三五三頁)

四 不法ノ原因ノ爲メ給付ヲ爲スコトハ給付者カ法律上ノ原因ニ基キテ給付ヲ爲シタルニ其原因カ不法ナリシト換言スレハ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スルヲ謂フ(法學士横田秀雄氏債權各論八三四頁)

法律行為カ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル爲メ成立セザルキハ常ニ七〇八條ノ適用アリヤ否ヤノ問題ニ付キテハ一ノ區別ヲ爲スコトヲ要ス即チ給付ノ原因タル事實カ夫レ自體ニ於テ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スルキハ七〇八條ノ意義ニ於テ不法ノ原因ニ基ク給付アリトスヘク反之當事者一方ノ負擔ニ屬スル給付ノ原因タル事實ハ夫レ自體ニ於テハ不法ニアラサルモ其原因ニ基ク法律行為ニ效力ヲ與ヘ當事者ヲ羈束スルコトカ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル場合ニ於テハ其給付ハ所謂不法ノ原因ニ基ク給付ニアラス(同上八三七頁)

五 此處ニ不法ト云フハ強行法ノ規定又ハ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スルコトヲ意味ス給付ヲ爲シタル者ノ之ヲ爲スニ至リタル心理上ノ理由カ不法ナル場合ニ於テ其給付カ不法ノ原因ノ爲メノ給付ト稱セラルルナリ(法學博士川名兼四郎氏債權要論六九八頁)

六 不法原因トハ九〇條ニ規定スル處ノ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスルモノニ外ナラス(法學博士中島玉吉氏民法論文集八四頁)

七 不法原因トハ刑罰法規ニ違反シタル行為ノミニ限ラスシテ廣ク不適法ナル行為ハ皆爰ニ包含スルモノトス即チ換言スレハ縱令刑罰ニ觸レサル行為ト雖モ事公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スルモノハ皆不法原因ト謂フコトヲ得(法學博士鈴木喜三郎氏債權各論二九四頁)

八 九〇條ニ依リ法律行為カ無効ナルニハ法律行為其ノ即法律行為ノ内容カ良俗ニ反スルコトヲ要ス法律行為以外ニ存スル原因若クハ動機カ良俗ニ反スルモ法律行為ノ無効ヲ來スコトナシ然ルニ七〇八條ニ於ケル不法ノ原因ハ法律行為ノ内容ヲ爲スモノニアラス法律行為以外ニ在ル動機ヲ云フモノナリ是レ法典カ不法ノ原因ノ爲メナル文字ヲ用ユルヲ見ルニ依リテ明カナルノミナラス不法ノ原因カ受益者ニ付テノミ存シタルトキハト云ヘルニ依リテ見ルモ法律行為其ノカ良俗ニ反スル場合ニアラ



磯谷 學士  
嘉山 學士  
二上 學士

村上 學士

スレテ當事者ノ一方又ハ雙方カ良俗ニ反スル場合ニ七〇八條ハ適用アルモノト解セサルヘカラス(法學博士石坂晋四郎氏民法研究三卷三九頁)  
九 法律ノ許ササル之ヲ不法ト云フ法律カ當事者ノ意思ニ一任セサル事項ノ凡テ法律ノ許ササル所ナリ故ニ宏ク之ヲ解スルトキハ強行ノ規定ニ違反スルハ凡テ之ヲ不法ト云フヲ妨ケス本條ノ規定ヲ解シテ此ノ如ク論スル者ナキニアラズ然レトモ法律ノ強行ノ規定ハ必スシモ之ニ反スル行為ヲ禁止妨礙スルカ爲メノミニ存スルモノニアラス亦法律行為ノ成立若クハ權利義務ノ發生ノ要件ヲ定ムル目的ヲ有スルモノ少ナカラス此場合ニ於テハ法律ノ規定ニ反シテ給付ヲ爲スモ所謂不法原因ノ給付ニアラザルヤ勿論ナリ(法學士池田寅二郎氏法學協會雜誌二五卷三號三九七號)  
法律カ一定ノ行為ヲ防制禁止スル場合ニ於テモ其行為カ公益ニ害アルカ爲メナルヤ又其行為自體ニハ斯カル性質ナシト雖モ之ヲ放任スルトキハ引テ公益ニ有害ナル他ノ事實ヲ誘起スルノ虞アルカ爲メナルトノ區別アルチ注意スルチ要ス民法七〇八條ニハ單ニ不法ノ原因ト云フニ止ルチ以テ解釋上種々ノ疑問ヲ生スルチ免レスト雖モ吾人ハ前者ヲ意味スルモノト解ス(同上三九七三九九頁)

一〇 本條ニ所謂不法ノ原因トハ必スシモ刑法上禁セラレタル不法行為ノミチ謂フニ非スシテ民法ニ所謂公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スル行為ハ總テ不法ノ原因タリ(債權原因論明治四一中大講二二三)  
一一 不法ノ受領トハ給付ヲ受領シタル原因カ法律ニ反シ又ハ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スル場合ヲ謂フ(法學士嘉山幹一氏債權各論明治三四日大講二六八頁)

一二 或ハ不法原因ノ給付ヲ解シテ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル目的ヲ有スル法律行為ニ基ク給付ト爲スト雖トモ若シ斯ノ如クシテ權利移轉ノ實質其他讓渡ヲ禁止シタル財產ノ讓渡ハ其目的カ公序良俗ニ反スルカ爲メ無効ナリト雖モ之ニ基キテ爲シタル給付ハ七〇八條ニ依リ之カ返還ヲ請求スルコト能ハサルコトナリ法カ讓渡ヲ禁止スル趣意ヲ没却スルコトトナルヘシ又詐欺取財ノ場合ニ於テハ其行為ハ公序良俗ニ反スル目的ヲ有スルニ非サレトモ詐欺者ノ利得ハ不法原因ノ給付ニ因ルモノナルハ論ナキ所ナリ故ニコレ亦探ルニ足ラサル證明ナリ余ハ給付ノ目的カ受益者ノ之ヲ受クルコトカ禁止法又ハ善良ノ風俗ニ反スルモノナルトキ其給付ヲ不法原因ノモノナリト解ス(法學士二上兵民債權各論法政講一五二頁)

或ハ最廣義ニ之ヲ解シテ法ノ欲セザル一切ノ給付ヲ不法原因ノ給付ト爲シ目的カ公序良俗ニ反スルカ爲メ無効ナル行為ノミチ行爲自體カ公序良俗ニ反スル爲メ取消ヲ許ス行為ニ基ク給付ヲ包含スルモノナリトスルモノアリ然レトモ民法四二四條ニ依ルトキハ債務者カ債權者ヲ害スルコトヲ知テ或法律行為ヲ爲ストキハ債權者ハ其法律行為ヲ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得今債務者カ債權者ヲ害スルノ意思ヲ以テ第三者ニ或給付ヲ爲シタル場合ニ就テ若シ債權者カ四二四條ニ依テ其給付行為ヲ取消ストキハ其給付カ無効トナリ給付シタル權利カ給付者即チ債務者ニ復歸ス又復歸スルニアラザレハ四二四條ノ目法ハ達セラレス然ルニ若シ不法原因ヲ以テ前記ノ如キモノナリトセハ此給付ハ不法原因ノ爲メノ給付ナルカ故ニ縱ヒ其ノ行為ヲ取消サルルモ給付シタル權利ハ債權者ニ復歸セサルコトナル豈ニ斯ノ如キ理アラザルヤ(同上五一頁)

一三 茲ニ不法ト云フハ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スルモノノ謂ナリ(法學士村上恭一氏債權各論二大講八八二頁)

西脇 學士

清瀬 學士

末弘 學士

一四 七〇八條ノ不法原因ニ云フ所ノ不法ナル意義ハ公ノ秩序若クハ善良ノ風俗ヲ害スル行為ノミチ意味ス蓋シ若シ法律カ不法原因ニヨリ給付シタルモノノ返還請求ヲ認ムトスレハ不法ノ行為ヲ爲シタルモノカ漫ニ自己ノ行為ノ不法ナルコトヲ主張スル弊害ヲ生シ從テ不法ノ行為ヲ獎勵スル結果トナリ公益ヲ害スルノ恐レアラヘナリ(法學士西脇晋氏法學志林一二卷九號二五頁)

法ノ禁制ニ違反スル行為中公ノ秩序若クハ善良ノ風俗ヲ害セサル場合アルカ無シ蓋シ法律カ或行為ヲ禁制スルハ公ノ秩序若クハ善良ノ風俗ヲ害スルチ以テナリ(同上二六頁)

法律ノ禁制ニ違反シタル行為ニ因リ爲シタル給付ノ中取戻スコトヲ得ルモノアルカ無シ法律ノ禁制ニ違反スルモノハ總テ公ノ秩序若クハ善良ノ風俗ヲ害スルチ以テナリ從テ法ノ禁制ニ違反シテ爲シタル行為ニ因リ給付ハ不法原因ナルチ以テ民法七〇八條ニ依リ之ニ依リ之レヲ取戻スコトヲ得スト信ス(同上二九頁)

一五 茲ニ不法ト云フハ要スルニ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スルチ言フ而シテ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反ストハ民法九〇條ニ於ケルト同一意義ニシテ次ノ三種ノ場合ニ分テ之ヲ觀察スルコトヲ得ヘシ(イ)或行為自體カ公序良俗ニ違反スル場合(ロ)本來自由意思ヲ以テ決定スヘキコトヲ強制スルカ爲メ公序良俗ニ反スル場合(イ)本來正當ノ行為ナレトモ之ニ對價ヲ約スル爲メ公序良俗ニ反スル場合是ナリ(法學士清瀬一郎氏不當利論七七頁)

一六 所謂「不法」ノ意義ハ必シモ明瞭ニアラズト雖モ廣ク法律ノ禁止ニ反スル一切ノ場合ヲ包含スルモノト解スルチ適當トスヘシ而レテ公序良俗ニ違反スルコトハ法律ノ禁止スル所ナレハ(九〇條參照)是レ亦不法ノ觀念中ニ入ルヘキコト素ヨリナリ學者或ハ不法トハ公序良俗ニ反スルコトヲ謂フモノニシテ縱令法律ノ禁止ニ反スルモノ公序良俗ニ反セサルモノハ尙ホ之ヲ不法ト云フヘカラスト説ク者アリト雖モ吾人ハ其法律上ノ理由ヲ理解スルニ苦シムモノナリ(法學士末弘嚴太郎氏債權各論中大講八七四)

詐欺者カ詐欺ノ手段トシテ相手方ニ與ヘタルモノハ法律行為ノ取消アリト雖モ之カ返還ヲ請求シ得サルモノトス蓋シ不法ノ原因ノ爲メ給付セラレタルモノナレハナリ(同上債權各論九八五頁)

【參照外國條文】

本書本卷諸法一〇三—一〇四頁

民法第七〇八條ニ所謂不法トハ公序良俗ニ反スルノ意ニ解スヘキコトハ吾人ノ會テ評論セシ所ナレハ(本書第七卷民法一八四頁本卷諸法三六七頁)更ニ贅セス然ラハ右ノ意義ニ於ケル不法ハ(一)給付行為ニ存スルコトヲ要スルヤ(二)原因行為ニ



存スルコトヲ要スルヤ或ハ三給付ノ目的(動機)ニ存スルコトヲ要スルヤニ付キテハ頗ル議論アレトモ給付ノ目的(動機)ニ存スルヲ要スルコト吾人ノ夙ニ抱懷スル所ノ見解ニシテ曾テ詳論セシ所ナリ(本書第五卷民法六三六頁以下)此點ニ付キ學士ハ特ニ説明セラル、所ナキカ如キモ詐欺ニ因ル意思表示其モノカ公序良俗ニ反スルコトナキヲ理由トシテ其意思表示ニ基キ相手方ニ給付セル物ニ對スル返還請求權ニ付キ第七〇八條ノ適用ナシトセララルニ徵スレハ前記ノ意義ニ於ケル不法ハ原因行為ニ付キ存スルコトヲ要スルモノト解セラルルニ似タリ果シテ然リトセハ素ヨリ吾人ト其見解ヲ異ニスル所ニシテ本問ニ對スル解答亦必スシモ同一ナルヲ得ス惟フニ詐欺ニ因ル意思表示ト雖モ其内容ニシテ公序良俗ニ反スルトキハ第九〇條ニヨリ當然無効ナルカ故ニ第九六條ノ適用ヲ受クルハ公序良俗ニ反セザル場合ニ限ルハ勿論トス然レトモ此事ヨリシテ直ニ詐欺ニ因ル意思表示ニ基キ詐欺者カ相手方ニ對シテ爲シタル給付ノ動機カ公序良俗ニ反セザルモノト爲スヲ得ス他人ヲシテ錯誤ニ陥ラシメ或意思表示債權的及物權的ヲ爲サシメントスル目的ハ現代ニ於ケル社會一般ノ道德觀念ニ背馳スルモノナルヲ以テ少クトモ善良ノ風俗ニ反スルモノト言フヘク從テ此目的ノ爲メニ爲シタル給付ハ假令當該法律行為ノ取消アリト雖モ第七〇八條ニ所謂不法原因給付トシテ其返還請求ハ之ヲ許ササルモノト解スルヲ妥當ナリト信ス

數人ノ連帶債務者時ヲ同フシ又ハ時ヲ異ニシテ破産シタル場合ニ於テハ債權者ハ破産手續ニヨリ一部ノ辨濟ヲ受ケタルトキニ在リテモ其債權ノ全額ヲ以テ破産財團ノ配當ニ加入スルコトヲ得ルモノトス

連帶債務者中ノ或者カ一部辨濟ヲ爲シタルトキハ他ノ債務者ハ其部分ニ付キ債務ヲ免ルルヲ以テ債權ノ殘額ニアラサレハ他ノ債務者ニ對シテ請求ヲ爲スコトヲ得サルナリ原則トスト雖モ連帶債務者ノ全員又ハ其中ノ數人カ破産シタル場合ニ於テハ債權者ヲシテ此原則ニ依リ破産財團ノ配當ニ加入セシムルハ債權者ノ保護全キヲ得タルモノニアラス故ニ民法四四一條ニ於テ之カ例外規定ヲ設ケタリ而シテ連帶債務者ノ破産カ同時ナルト否トハ之レヲ區別セサルヲ以テ時ヲ異ニシテ其ノ破産カ開始セシレタル場合ニ於テモ債權者ハ債權ノ全額ヲ以テ配當ニ加入スルコトヲ得ヘキモノト解スルヲ相當トス蓋シ連帶債務者カ時ヲ同フシテ破産シタル場合ニ債權ノ全額ヲ以テ配當ニ加入スルコトヲ得セシムル以上ハ破産カ時ヲ同フスルヤ否ヤハ全ク偶然ノ事實ナレハ時ヲ異ニシテ破産シタル場合ニ於テモ債權ノ全額ヲ以テ配當ニ加入スルコトヲ得セシメサレハ債權者ノ保護全シト云フヘカラサレハナリ然レトモ連帶債務者ノ何人ニ對シテモ破産開始セサル場合ニ於テ債務者ヨリ一部辨濟アリ其後債務者ノ全員又ハ數人ニ對シテ破産開始シタル場合ニ於テハ民法第四四一條ノ關スル所ニアラサレハ原則ニ依リ辨濟ヲ受ケタル金額ヲ控除シタル殘額ニ付キ財團ノ配當ニ加入

四四一 連帶債務者ノ全員又ハ其中ノ數人カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ債權者ハ其債權ノ全額ニ付キ各財團ノ配當ニ加入スルコトヲ得  
舊商法破産篇一〇三二第一項 二人以上ノ共同義務者カ破産シタルトキハ其各義務者ノ破産ニ於テ債權ノ全額ヲ届出ツルコトヲ得



石坂博士

鳩山博士

富井博士

ス可キモノトス(法曹會大正八年九月二七日委員會第一科決議案(七)第一二四號決議)數人ノ連帶債務者カ時ヲ異ニシテ破産シタル場合ノ配當加入ニ關スル件(要項)

【連帶債務者ノ破産手續ニヨリ一部ノ辨濟ヲ受ケタルトキニ在リテモ債權者ハ債權ノ全額ニ付キ配當加入ヲ爲シ得トスル同趣旨學說】

一 連帶債務者ノ全員又ハ其中ノ數人カ全然時ヲ同フシテ破産ノ宣告ヲ受ケ又ハ連帶債務者ノ一人カ破産ノ宣告ヲ受ケ其手續未ダ終了セザル間ニ他ノ連帶債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケタル場合ニハ債權者ハ其債權ノ全額ニ付キ各財團ノ配當ニ加入スルコトヲ得(法學博士石坂普四郎氏民法債權中卷八二二頁)

連帶債務者ノ破産カ時ヲ同フスルヤ又ハ時ヲ異ニスルヤ全ク偶然ノ事實ニ屬スルカ故ニ之ニ依リ債權者ノ權利ニ差異ヲ生スヘキ理由ナシ且時ヲ異ニシテ破産セル場合ニ債權者カ各財團ニ對シ債權ノ全額ヲ以テ加入スルコトヲ得トナスモ債務者ハ相互ニ求償ヲ行使スルコトヲ得ルカ故ニ債務者間ニハ不公平ナル結果ヲ生スルコトナシ而シテ破産ノ宣告ヲ受ケタル連帶債務者ノ他ノ債權者(即連帶債務ノ債權者ニアラサル債權者)モ亦連帶債務ノ債權者カ全額ヲ以テ配當ニ加入セルカ爲メ不當ニ利益ヲ被ルモノトナスヘカラス蓋連帶債務ノ債權者ハ其選擇ニ從ヒ執レノ債務者ニ對シテモ全部ノ給付ヲ請求スルコトヲ得ルカ故ニ破産セル債務者ニ對シテモ全部ヲ請求スルコトヲ得ヘク從テ他ノ債權者ハ連帶債務ノ債權者カ債務ノ全額ヲ以テ配當ニ加入スルモノヲ拒ムコトヲ得サルカ故ナリ(同上八二六頁)

連帶債務者ノ何人ニ對シテモ破産ノ開始ナキ場合ニ債務者カ一部辨濟ヲ受ケ其後ニ至リ連帶債務者ノ數人又ハ一人カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ他ノ債務者モ亦其部分ニ付キテハ債務ヲ免ルルカ故ニ債權者ハ其債權ノ全額ニ付キ履行ヲ請求スルコトヲ得故ニ他ノ債務者カ破産セル場合ニ於テモ債權者ハ殘額ノミニ付キ其破産財團ノ配當ニ加入スルコトヲ得ルモノナリトナササルヘカラス(同上八二八頁)

二 數人又ハ全員ノ債務者カ同時ニ破産シタル場合ニ於テハ債權者ハ其債權ヲ以テ各財團ノ配當ニ加入スルコトヲ得ヘク數人ノ債務者カ時ヲ異ニシテ破産セル場合ニハ債權者カ甲債權者ノ破産財團ヨリ五分ノ配當ヲ受ケタル後ノ債務者モ亦破産シタルトキハ債權者ハ債權ノ全額ニ付テ配當ニ加入スルコトヲ得(法學博士鳩山秀夫氏日本債權法總論二一九頁)

債權者カ破産外ニ於テ一部辨濟ヲ受ケタル後破産ノ開始シタルトキハ殘額ニ配當ニ加入シ得ルモノト解スルヲ正當トス(同上二二〇頁)

【異趣旨學說】

一 債權者ハ各財團ヨリ其ノ辨濟ヲ得ヘキ金額ヲ受ケルコトヲ得ルモノトス之ハ連帶債務ノ性質ニ適スルノミナラス破産債權者ノ權利ハ破産開始ノ當時ニ定マル破産法ノ原則ニモ適合スルコトナリ細カキ事ハ破産法ノ問題ナルカ大體ハ辨濟シ得ヘキ債權總則早大講一五二頁)

二 連帶債務者ノ一人カ破産宣告ヲ受ケタル場合ニ於テ債權者カ其債權ノ全額ニ付キ破産財團ノ配當ニ加入シテ一部ノ辨濟ヲ得タル後ニ至リ他ノ連帶債務者カ破産宣告ヲ受ケタルトキハ債權者ハ其債權ノ殘額ニ付テノミ財團ノ配當手續ニ加入シ其殘額ニ對スル辨濟ヲ受ケルコトヲ得ヘキモノナルコト敢テ論テ俟タル所ナリ(法學博士松波仁一郎氏同仁保險松氏同仁井益太郎氏民法正解債權二九五頁)

三 債權者ハ各債權者ニ對シテ全部ノ履行ヲ求ムル債權者有スルヲ以テ債務者ノ一人カ破産シタルトキハ債權者ノ全額ニ付キ其財團ニ加入スルコトヲ得ヘシ故ニ前例(甲乙丙ノ三人連帶シテ丁ヨリ金三百圓ヲ借用シタル場合)ニ於テ甲カ破産シタルトキハ債權者ノ全額三百圓ニ付キ其財團ニ加入スルノ權利ヲ有シ清算ノ結果五割ノ配當ヲ爲シ得ヘキモノト假定スルトキハ丁ノ債權額ハ配當ノ結果百五十圓ニ減スルヲ以テ丁ハ爾後乙丙ニ對シテ百五十圓ノ辨濟ヲ請求スルノ權利ヲ有シ其後ニ至リ乙モ亦破産シタルトキハ右ノ金額ニ付キ其財團ニ加入スルコトヲ得(法學博士橫田秀雄氏債權總論五〇八頁)

六 共同債務者中ノ一員若ハ全員ノ破産宣告前ニ一部ノ任意辨濟アリ又ハ破産手續ニ依ル一部ノ配當アリタルトキハ破産債權ハ如何ナル額ニ於テ共同債務者ノ各破産財團ニ對シテ其權利ヲ行フコトヲ得ヘキカ……我民法ニ現行破産法(民四四一舊商一〇三一第一項)ニハ單ニ其債權ノ全額ト云フト雖モ債權成立當時ノ全額ニアラスシテ破産宣告當時ノ現存額ト解セサルヲ得ス(法學博士加藤正治氏破産法講義一〇二頁)

七 連帶債務者ノ全員又ハ數人カ時ヲ異ニシテ破産シタルトキハ債權者ハ乙債務者ノ破産財團ヨリ配當ニ依リ一部ノ辨濟ヲ受ケタルニ拘ラス丙債務者ノ破産財團ニ對シ尙債權全額ニ付キ配當加入ヲ爲スコトヲ得ルヲ積極說ヲ採ル法制又ハ學說アリト雖モ余ハ此場合ニハ乙財團ノ配當ニ依リ辨濟ヲ受ケタル一部ノ入金ヲ控除シタル殘額ニ付テノミ兩財團ニ對シ配當加入ヲ爲スヘキモノト任ス(法學博士磯谷幸次郎氏債權總論下卷二四頁二五頁)

數人ノ連帶債務者カ時ヲ異ニシテ破産シタル場合ニ債權者カ最初破産シタル連

磯谷學士 1287 (民法)

加藤博士

橫田博士

三博士

平沼博士

岡松博士



帶債務者ノ破産財團ニ對シ宣告當時ノ債權金額ニ付キ配當加入ヲ爲シ得ヘキコトニ付キテハ破産法及民法ノ解釋上爭ノ存セサル所ナリト雖モ其財團ヨリ一部ノ配當ヲ受ケタル後第二以下ノ破産手續開始セラレタル場合ニハ債權者ハ第二以下ノ破産財團ニ對シテハ第一ノ破産財團ヨリ受ケタル配當額ヲ控除シタル殘額ニツキテノミ配當加入ヲ爲シ得ヘキモノナルヤ(獨法主義)將タ又最初ノ破産宣告當時ノ債權全額即チ一部ノ配當額ヲ控除セサル全額ニ付キテ配當加入ヲ爲シ得ヘキモノナリヤ(佛法主義)ニ付キテハ頗ル爭ノ存スル所ニシテ民法第四四一條ノ解釋トシテ我邦多數ノ學者ハ此點ニ付キ獨法ノ主義ニ從ヘルモ佛法主義ニ從フ一二ノ學者アリ決議ハ此少數ノ見解ニ從ヒ第一ノ破産財團ヨリ受ケタル配當額ヲ控除セスシテ第二以下ノ破産財團ニ對シ配當加入ヲ爲シ得ヘキモノトセリ惟フニ實際ノ結果ヨリセハ決議及其他ノ少數ノ見解ヲ以テ適當ナルモノトスヘキニ似タルモ(石坂博士日本民法債權總論中卷八一五頁以下參看破産法及民法連帶債務ニ關スル理論ヨリセハ苟クモ第一ノ破産財團ヨリ一部ノ配當ヲ受クルニ於テハ債權ハ其部分ニ付キ消滅スヘキコト勿論ナレハ第二以下ノ破産財團ニ對シテハ破産法ノ原則ニ從ヒ其破産宣告當時ニ於ケル債權全額即チ配當額ヲ控除シタル殘額ヲ以テ配當加入ヲ爲シ得ルモノトセサルヘカラス同條ノ法文亦比一般ノ理論ニ例外ヲ設ケタルモノト解スル能ハス若シ連帶債務ノ效力ヲ強大ニシ

債權者ノ利益ヲ保護スルカ爲メニ一般ノ理論ニ例外ヲ設ケ決議其他少數ノ見解ノ如キ曲折アル内容ヲ規程セシモノト解センカ爲メニハ第四四一條ノ法文ハ餘リニ平明坦々タルニ過ク茲ニ於テ乎吾人ハ暫ク一般多數ノ見解ニ從ヒ決議ノ趣旨ニ反對セント欲ス

(三七二)

四三三第一項 債權者ハ自己ノ債權ヲ保全スル爲メ其債務者ニ屬スル權利ヲ行フコトヲ得但債務者ノ一身ニ專屬利ハ此限ニ在ラス

假差押債權者ハ債務者ニ代位シテ稅務署ニ在ル土地臺帳ノ訂正ヲ申請スルコトヲ得ルモノトス

民法第四二三條ニ依リ債權者カ行使シ得ヘキ債務者ノ權利ニ付テハ同條但書ヲ以テ一身ニ專屬スルモノヲ除外シタルニ止マリ其他ニ制限ヲ置カス且ツ債務者ノ資力ノ有無ニ關係ヲ有セサルヲ以テ一般債權者ノ共同擔保ト爲ルヘキモノタルコトヲ必要トセス特定債權ノミノ保全ニ必要ナル場合ニ於テモ此代位權ヲ行フコトヲ得ルモノトス

甲債權者ハ乙債權者ニ對シ債權不履行ノ爲メ其所有ニ係ル不動産ヲ假差押セントシタルモ其不動産ハ未登記ノ土地ニシテ町村役場ノ臺帳面ハ債務者タル乙名義ニシテ又事實上ノ所有者モ同一人ナルモ稅務署ノ土地臺帳面ノ所有者名義ノミ丙トアリテ錯誤ヲ生シ居レリ此場合甲債權者ハ民法第四二三條ノ規定ニ因リ其債權保全ノ爲メ債務者ニ代位シテ丙ト共ニ稅務署ノ債務者兼所有者タル乙名義ニ臺帳面訂正ノ申請



横田博士  
鳩山博士

磯谷學士

【論旨第二點同趣旨學說判例】

チ爲スコトヲ得ルヤ土地臺帳記載ノ所有者ノ氏名ニ誤謬アリタル場合ニ於テ真正ノ所有者ハ之カ訂正ヲ申請スルコトヲ得ルモノト解スルヲ相當トスヘク債務者ノ所有スル未登記ノ不動産ニ付キ假差押ヲ爲シタル場合ニ於テハ土地臺帳ノ原本ヲ提出スルニアラサレハ登記手續ヲ爲スコトヲ得サルヲ以テ債務者乙所有ノ土地ニ關スル土地臺帳ニ誤テ丙ノ氏名カ記載セラレタルトキハ假差押債權者ハ自己ノ債權ヲ保全スル爲メ債務者乙ニ代リテ丙ニ對シ土地臺帳ノ訂正手續ヲ爲スヘキコトヲ請求レ丙ト共ニ又ハ丙ノ陳述ニ代ルヘキ判決ヲ得テ甲ノミ稅務署ニ出頭シ訂正ノ手續ヲ爲スコトヲ得ヘキモノト解スルヲ相當トス蓋シ債權者ハ自己ノ債權ヲ保全スル爲メ債務者ニ屬スル權利ヲ行フコトヲ得ルハ民法第四二三條ニヨリ明ニシテ債權者ノ行使シ得ヘキ債務者ノ權利ニ付テハ同條但書ヲ以テ一身ニ專屬スルモノヲ除外シタルニ止マリ其他ニ制限ヲ置カス且債務者ノ責力ノ有無ニ關係ヲ有セサルヲ以テ一般債權者ノ共同擔保ト爲ルヘキモノタルコトヲ必要トセス特定債權ノミノ保全ニ必要ナル場合ニ於テモ此代位權ヲ行フコトヲ得ヘケレハナリ法曹會大正八年五月二四日委員會第一科決議案第(三)一四號決議法曹記事第九卷第九號一六頁「債權者ハ債務者ニ代位シテ土地臺帳ノ訂正ヲ申請シ得ルヤ否ノ件」(項)

一 法學博士横田秀雄氏法學新報二九卷七號八六頁本書本卷八一頁)  
 二 不動産ノ移轉登記請求權ニ付テ必スシモ債務者ノ無責力ヲ必要トセス當該ノ債權ノ保全ニ必要ナルヲ以テ足レルモノトセリ沿革ヨリイフトキハ法ニ於ケル間接訴權ハ共同擔保ノ維持ヲ目的シ從ツテ債務者ノ辨濟責力十分ナルモノトセルモノモ我民法ニハ特ニ之ヲ條件トスルノ法文ナク而シテ此場合ニハ三者ニ及ホスヘキモノニアラス債權ノ性質ニ反スルコトナキヲ判例ノ如ク解スルヲ正當トスヘシ(法學博士鳩山秀夫氏日本債權法總論一五八頁)  
 乙ナル富豪カ甲ヨリ買入レテ未ダ引渡ヲ受ケサル骨董品ノ丙ニ賣渡シタル場合ニ乙ハ甲ニ對シテ其引渡請求權ヲ行使セストセハ丙ハ乙ニ代位シテ之ヲ行使シ得(同上二五五頁)  
 三 債務者ノ辨濟責力ノ缺乏ニ普通ニ代位權行使ノ要件ニシテ其舊民法財產編又ハ佛國民民法ニテハ獨リ此場合ニノミ代位權ノ行使ヲ認メタリト雖モ現行民法ニテハ總テノ代位權行使ニ必スシモ債務者ノ責力缺乏ヲ必要トスルモノニ非ス(法學士磯谷幸

大審院

富井博士

岡松博士

横田博士

大審院

【同上異趣旨學說判例】

次郎氏債權法編總論上卷五〇六頁)  
 四 債權者カ債務者ノ責力ノ有無ニ關係ナキ債權ヲ保全セントスル場合ト雖モ苟クモ債務者ノ權利行使カ其保全ニ適切ニシテ且必要ナル限ハ民法四二三條ノ適用ヲ妨ケサルモノトス從テ債務者ノ無責力ナルコトハ必スシモ同條適用ノ要件ニ非ス(明治四三年七月六日大審院判決民錄一六輯五三七頁)

一 債務者ノ責力充分ニシテ辨濟ヲ受ケル能ハサル危險毫モ存セサルトキハ債權者ノ關涉ヲ許スヘキニアラス(法學博士富井政章氏債權原論明治四東大講九三頁)  
 二 債務者カ充分ナル責力ヲ有シ債權ノ辨濟ヲ受ケルノ點ニ於テ何等ノ虞ナキ間ハ債權者ハ其債權ヲ保全スルノ必要ナキヲ以テ間接訴權ヲ有ス能ハス(法學博士岡松參太郎氏債權總論京政政講一八一頁)  
 三 債務者ニ屬スル權利ノ行使ハ債務者ノ給付能力缺乏ノ場合ニ限定セラルヘキモノト論セサルヲ得ス(法學博士横田秀雄氏債權總論三九〇頁)  
 四 明治三九年一月二日大審院判決民錄一二輯一五三七頁本書本卷民法一六九頁)

【同上參照學說】

本書本卷民法一六八頁以下  
 論旨第二點ハ正當ニシテ吾人ノ素見ト一致スル所ナルヲ以テ(本書本卷民法一七三頁以下)再ヒ贅セス既ニ論旨第二點ヲ正當ト爲スニ於テハ論旨第一點ノ正當ナルコト敢テ喋々ヲ要セサル可シ

八八八第一項 親權ヲ行フ父又ハ母ト其未成年ノ子ト利益相反スル行爲ニ付テハ父又ハ母ハ其子ノ爲メニ特別代理人ヲ選任スルコトヲ親族會ニ請求スルコトヲ要ス  
 戶籍法一八 戶籍ニハ左ノ事項ヲ記載スルコトヲ要ス  
 一 戶主前戶主及ヒ家族ノ氏名  
 六 戶主及ヒ家族ト爲リタル原因及ヒ年月日



戸籍上父又ハ母トシテ記載セラレタル者カ其子トシテ戸籍ニ記載セラレタル未成年者ニ對シ自己ノ子ニアラサルコトヲ確定スル訴訟ヲ提起セントスル場合ハ民法第八八八條ニ依リ未成年者ノ特別代理人選任ノ手續ヲ爲シ其特別代理人ニ對シ訴訟ヲ提起スヘキモノトス

戸籍上親權ヲ行フ父又ハ母ト爲リ居ル者カ其子トシテ戸籍ニ記載セラレタル未成年者ニ對シ自己ノ子ニ非サルコトヲ主張シ戸籍ノ記載ノ訂正ヲ目的トスル訴訟ヲ起サントシ民法第八八八條ニ依リ未成年者ノ特別代理人選任ノ爲メ親族會員選定及親族會招集ノ申請ヲ爲シタルトキハ常ニ必ス其ノ申請ヲ許容スヘキヤ(該訴訟ノ確定判決ヲ以テ原告ノ主張ヲ是認セラレタルマテハ父又ハ母ニ非ストコトカ未定ナリトシテ)將タ其申請ヲ受ケタル區裁判所ニ於テ戸籍ノ記載ニ拘ラス申請人カ果シテ未成年者ト親子ノ關係アリヤ否ヤヲ調査シ關係アリト認メタルトキハ之ヲ許容シ關係ナシト認メタルトキハ之ヲ却下スヘキモノナリヤ本問ノ場合ハ確定判決アル迄ハ戸籍ノ記載ニ依リ一應兩者ノ間ノ親子關係ヲ認メサルモノトシテ當然民法第八八八條ノ適用ヲ負フ父又ハ母ハ未成年者タル子ノ爲メニ特別代理人ノ選任ヲ親族會ニ請求セザルヘ

七 戸主並ニ家族ノ實父ノ氏名及ヒ戸主並ニ家族ト實父母ノ續柄  
同六九 出生ノ届出ハ十四日以内ニ之ヲ爲スコトヲ要ス届出ニハ左ノ事項ヲ記載スヘシ  
一 子ノ氏名及ヒ男女ノ別

四 父母ノ氏名本籍及ヒ職業

同六四 戸籍ノ記載カ法律上許スヘカラサルモノナルコト又ハ其記載ニ錯誤若クハ遺漏アルコトヲ發見シタル場合ニ於テハ利害關係人ハ其戸籍ノ存スル市役所又ハ町村役場ノ所在地ヲ管轄スル區裁判所ノ許可ヲ得テ戸籍ノ訂正ヲ申請スルコトヲ得

同六七第一項 確定判決ニ因リ戸籍ノ訂正ヲ爲スヘキトキハ訴訟ヲ提起シタル者ハ判決確定ノ日ヨリ一箇月内ニ判決ノ謄本ヲ添附シ訂正ノ申請ヲ爲スコトヲ要ス

カラス蓋シ本問ハ事實親子ナリヤ否ヤ疑ヒアリテ必スモ戸籍記載ノ錯誤ナリトコトヲ直チニ鑑定シ能ハサル場合ナルコト確定判決ニ因リ戸籍ノ訂正ヲ爲サントスルモノナルニ徴シ明ナリ從テ本問ノ場合ハ其未成年者タル子ノ實父母(同籍者タル)アルコト若クハ其實父母不明ニシテ且其親權者ナキコトヲ未ダ以テ法律上及事實上確定シ能ハサル場合ト認ムヘキカ故ニ其實父母ト目スヘキ者ヲ其未成年者ノ法定代理人トシテ之ニ對シ訴訟ヲ提起シ得ラレサルト同時ニ亦親權者ナキ場合トシテ後見人選定ノ爲メニスル親族會招集申請ヲ爲シ得ラレサルコトモ勿論ナレハナリ然リ而テ上述特別代理人選任ノ爲メニスル親族會員ノ選定及ヒ其親族會招集ノ申請アリタル以上裁判所ハ其申請カ手續上違背ノ廉ナキコトヲ認メタル限り適法ノモノトシテ常ニ其申請ヲ許容セザルヘカラス此場合ニ於テ裁判所カ適テ事實親子關係ヲ有セザルヤ否ヤノ實體問題ニ立入り其申請ノ許否ヲ決スル能ハサルハ當然ノコトナリトス(法曹會大正八年四月一九日委員會第一科決議々案(七)第八五號決議法曹記事第二九卷第八號一五頁(民法第八八八條ニ關スル件)要項)

決議ノ趣旨ニ賛同ス戸籍簿上誤テ自己ノ子トシテ記載セラレタル未成年者ニ對シ自己ノ子ニ非サルコトノ確定ヲ求ムル訴ハ民法上及人事訴訟法上所謂否認ノ訴ニ非サルコト明ナルヲ以テ民法第八二三條又ハ人事訴訟法中ノ否認ノ訴ニ關スル規定ハ適用ナキモノト言フヘク從テ戸籍簿上ニ於ケル未成年者タル子ニ對シ前記ノ訴ヲ提起スルカ爲メニハ民法第八八八條ニ依ルノ外其方法ナカルヘシ同條ハ實體上親子ノ關係アリテ其事ニ付争ナキ場合ニノミ適用アル規定ナリト爲スカ如キハ法文ヲ徒ニ窮窟ニ解シテ實際上ノ便宜ニ遠サカラントスルモノニシテ吾人ノ與ミセザル所ナリ



父ノ認知シタル私生子ハ父ニ對シテハ庶子ナルモ母ニ對シテハ依然私生子ナリトス

八二七 私生子ハ其父又ハ母ニ於テ之ヲ認知スルコトヲ得  
父カ認知シタル私生子ハ之ヲ庶子トス

父ノ認知シタル私生子ハ父ヨリモ母ヨリモ庶子ト稱スルヲ得サルカ民法第八二七條第一項ニハ私生子ハ其父又ハ母ニ於テ之ヲ認知スルコトヲ得トアリテ其第二項ニハ父カ認知シタル私生子ハ之ヲ庶子トストアルニ由テ之ヲ觀レハ母ノ認知シタル私生子ハ依然私生子ノ稱呼ヲ有シ庶子トハ單ニ認知シタル父ニ對スルノ稱呼タルニ過キサルモノト解スルヲ相當トス蓋シ父母ト私生子間ノ法律上ノ親族關係ハ事實上ノ關係ノ確定ニ因リテ發生スルモノニアラスシテ認知ニ因リテ發生シ母ノ認知シタル私生子ニ對シテハ特別ノ稱呼ヲ與ヘテ父ノ認知シタル私生子ニ對シテハ特ニ之ヲ庶子ト名付ケ相續關係等ニ付キ普通ノ私生子ヨリモ大ナル權利ヲ與ヘタルモノナレハナリ故ニ父ノ認知シタル私生子ハ父ノ爲メニハ庶子ニシテ母ノ爲メニハ常ニ私生子タルモノトス(法曹會大正八年九月二七日委員會第一科決議案(四)第五七號決議法曹記事第二九卷第一〇號四五頁)庶子及私生子ノ意義ニ關スル件(要項)

【同趣旨學說】

- 一 庶子ハ父ニ對スル名稱ニシテ母ニ對シテハ皆私生子ナリ(法學博士梅謙次郎氏民法要義親族二五八頁)
- 二 我民法ニ於テハ父カ私生子ノ認知ヲ爲シタルトキハ父ニ對シテ之ヲ其庶子トシ以テ父ノ知レサル子ト區別ス即チ庶子トハ父ノ私出子ヲ意味ス之ニ反シテ私生子ハ母カ當然明ナル場合ナルト認知ヲ爲シタル場合ナルト問ハス又父ノ知レタルト否トニ拘ラス母ニ對シテハ之ヲ私生子トス(法學博士奥田義人氏日本親族法中六二六頁)
- 三 民法ハ從來ノ慣習ニ從ヒテ庶子ナルモノヲ認メタリ庶子トハ父ノ認知シタル私生子ヲ謂フ故ニ庶子ハ父ノ知レタル私生子ニ外ナラス而シテ父ノ認知シタル私生子ハ父ニ對シテハ庶子ナリト雖モ母ニ對シテ依然私生子ナリ(法學博士仁井田益太郎氏親族法相續法論二一九)

決議ノ正常ナル一點ノ疑ヲ容レヌ

(三七四)

七一九第一項 數人カ共同ノ不法行爲ニ因リテ他人ニ損害ヲ加ヘタルトキハ各自連帶ニテ其賠償ノ責ニ任ス共同行爲者中ノ孰レカ其損害ヲ加ヘタルカヲ知ルコト能ハサルトキ亦同シ

民法第七一九條ノ規定スル共同不法行爲ヲ組成スルニハ其不法行爲ヲ爲シタル加害者間ニ必スシモ通謀意思ノ連絡アルコトヲ要セスト雖モ其數名ノ加害者ハ同一ノ不法行爲ニ關與シ之ニ依リテ被害者ニ同一ノ損害ヲ與フルコトヲ要スルモノトス

案スルニ民法第七一九條ニ規定スル共同不法行爲ヲ組成スルニハ其不法行爲ヲ爲シタル加害者間ニ必スシモ通謀意思ノ連絡アルコトヲ要セスト雖モ其數名ノ加害者ハ同一ノ不法行爲ニ關與シ之ニ依リテ被害者ニ同一ノ損害ヲ與フルコトヲ要スルモノニシテ即チ加害者各自ノ行爲ト之ニ因リテ生シタル損害トハ其間ニ因果ノ關係ヲ有スルモノナラザル可カラズ原判決ノ判示スル所ニ依レハ上告會社カ本件埋立工事ニ



着手スル以前即チ大正五年春頃ヨリ其當時ノ經營者ノ工事請負人タル訴外三上文太郎ハ被上告人ノ家屋ニ近接セル田戸崎ノ懸崖ヨリ土丹岩ヲ採掘シタルカ爲メニ岩石土塊被上告人所有ノ家屋ノ上ニ崩落シテ該家屋ヲ損壞シ其後上告會社ノ經營ニ移リタル後ニ於テモ上告會社ハ同シク三上文太郎ニ該工事ヲ請負ハシメタルカ爲メニ同人ハ大正五年秋頃ヨリ從前ト同一ナル方法ニテ土丹岩ヲ採掘シ其結果トシテ該家屋ハ益損壞シ且其間他ニモ又同上ノ家屋ヲ毀損スル者ヲ生シ之カ爲メニ被上告人所有ノ家屋ハ前記土砂崩落前ニ有シタル價格ニ比シ原判決ニ認ムルカ如キ損害ヲ被リタルモノニシテ而シテ三上文太郎カ上告會社ノ請負人トシテ工事ニ從事中右ノ損害ニ對シ果シテ幾何ノ原因ヲ爲シタルヤ不明ナルモ三上文太郎ノ行為ハ前記他ノ行為ト相待チテ共同ノ不法行為ヲ爲シタルモノナルカ故ニ右工事ノ注文ニ付キ過失ノ責アル上告會社ハ民法第七一九條第一項前段ノ規定ニ依リ他ノ行為者ト連帶シテ全部ノ損害ニ付キ賠償ノ責ニ任セサル可カラスト云フニ在リテ右認定シタル事實ニ依レハ大正五年春頃土砂崩落ノ爲メニ被上告人ノ家屋ニ與ヘタル損害ハ三上文太郎カ前記經營者ノ請負人トシテ爲シタル不法行為ヨリ生シタルモノニシテ其後大正五年秋季ニ至リ同ク文太郎カ上告會社ノ請負人トシテ爲シタル損害ヨリ生シタル損害トハ全然別箇ノモノニ屬シ從テ大正五年春頃三上文太郎ノ爲シタル不法行為ニ因リテ生シタル損害ト同年秋頃三上文太郎カ上告會社ノ請負人トシテ爲シタル行為トハ他ニ特別ナル事情ナキ限りハ其間ニ何等ノ因果關係ヲ有セサルモノト云ハサル可カラスト而シテ又原判決ニ他ニモ亦之ヲ毀損シタル者アリト稱スルハ果シテ上告會社ノ經營ニ移リタル以後爲シタル不法行為ニ關與シタルモノナリヤ毫モ其事實ニ付判定スル所ナキニ拘ハラズ原判決ハ漫然凡テ此等一切ノ損害ニ付テハ上告人ハ共同不法行為者トシテ其全部ノ損害ニ付キ賠償ノ責任アルモノト判決シタルハ失當ニシテ共同不法行為ニ關スル法則ノ解釋ヲ誤リタル不法アルモノトス(大正八年(一)第六五四號同年十一月二十二日民三部橫田裁判長大倉野谷鬼澤三宅各判例決)

【關係事項】

破毀差戻○原審東京控訴院○不法行為損害賠償請求事件○上告人合名會社保善社訴訟代理人辯護士宮古啓三郎同新堀精二郎被上告人加藤德治郎外一人訴訟代理人辯護士日能修太郎

【論旨前段共同不法行為ノ成立ニ主觀的要件ヲ必要トセストスル同趣旨學說判例】

一 加害者相互間ニ於テ客觀的行為ノ合同アリテ同一ナル損害ヲ生シタル以上ハ共同不法行為ニ因リテ他人ニ損害ヲ加ヘタルモノト謂フコトヲ得ヘク其相互間ニ於テ主觀的ニ通謀意思ノ連絡アルコトヲ必要トセス(法學博士橫田秀雄氏債權各論八八四頁)

二 數人ノ間ニ於テ意思ノ共同ナキ場合ニ於テモ亦共同不法行為ト爲ルヘシ(法學博士川名兼四郎氏債權法要論七四三頁)

三 共同不法行為ノ意思狀態ニ付テハ特別要件ナシ(法學博士上兵治氏法政講義二一頁法學新報一七卷五號二七頁)

四 苟ク多數人カ共同ノ目的ノ爲メニ或所爲ヲ爲シタルトキハ其意思ノ連絡ノ有無ニ拘ラス共同ノ不法行為ヲ構成スルモノト解ス(法學博士村上恭一氏債權各論九七頁)

五 民法七一九條第一項前段ハ客觀的の共同ノ不法行為ニ因リテ損害ヲ生シシメタルコトヲ要スルニ止マリ共謀其他主觀的の共同ノ原因ニヨリテ損害ヲ生シタルコトヲ要スルコトナシ(大正二年四月二六日大審院判決本書第二卷商法三一頁)

六 民法七一九條共同不法行為ハ行為者ニ不法行為ヲ爲スヘキ意思ノ聯絡アルコトヲ要セス單ニ數人カ共ニ不法行為ヲ爲シタル事實アルヲ以テ足ルモノトス(大正二年七月三十一日判決本書第三卷民法四二〇頁)

【同上共同不法行為ノ成立ニ通謀ヲ要ストスル異趣旨學說判例】

一 第七一九條ハ意思ノ通謀ヲ要ス故ニ其行為ノ何タルコトヲ知ラサルカ又ハ之ヲ知ルモ共ニ之ヲ行フノ意思ナキ場合ニハ本條ノ適用ヲ見ルコトナク各自其加ヘタル損害ノ部分ニ付キ賠償ノ責任ニ任スルノミ若シ此場合ニ其損害ノ部分ヲ判別シ能ハサルトキニ付テハ現行法ハ何等規定スル所ナシ(法學博士坂田氏法典質疑錄五三號一四四頁)

二 民法七一九條第一項前段ハ數人カ互ニ他人ノ行為ヲ認識シテ之ニ加功スルノ意思ヲ以テ他人ニ損害ヲ加ヘタルトキ即チ共同不法行為ニ關スル場合ノ規定ナリトス(明治四二年函館地方裁判所判決新聞六五〇號一三頁)

【同上共同不法行為ノ成立ニ相互認識ヲ要ストスル異趣旨學說】

一 共同不法行為ト云フコトナリ之レ二人以上ノ者カ共同ノ意思ニ基キテ不法行為ヲ爲シタル場合ヲ言フ必スソノ間ニ通謀ナカルヘカラスト言フ迄ノコトニアラス即チ何レモ同一ノ不法行為ヲ實行スル目的ヲ有セサルコト即チ其點ニ於テ意思ノ共通ナルヘカラスト而シテ其目的ヲ以テ各行爲岡松博士ニ干與シタルコト必要ナリイサト云フ場合ニ手ヲ出ササル者アレハソハ共同行為ニアラス要スルニ意思ノ共通即チ同一ノ行為ヲ爲サント欲シタルコトヲ要ス(法學博士富井政章氏債權各論東大講二〇七頁)

橫田博士

川名博士  
村上學士

大審院

大阪地方

坂田學士

函館地方

富井  
博士



鈴木博士

磯谷博士

菱谷博士

飯島博士

末弘博士

團野判事

横田博士

岡松博士

菱谷博士

二上博士

末弘博士

勝本博士

二 主觀的條件トシテ其數人間ニ連合アルコトヲ要ス即チ(イ)他人カ行ハントスル所ノ行爲ノ何タルコトヲ知リ共ニ之ヲ行フノ意思アルコトヲ要ス若シ他人ノ行ハントスル行爲ノ何タルコトヲ知ラサルトキハ共ニ之ヲ行フノ意思アルヘキ理由ナキヲ以テ全然主觀的條件ヲ缺キ從テ個々ノ行爲存スルニ止マリ共同行爲成立セザルモノトテ言フヘシ假令他人ノ行ハントスル行爲ノ何タルコトヲ知ルニ進ンテ之ヲ行フノ意思ナキトキハ(ロ)ノ條件ヲ缺キ從テ個々ノ行爲存スルニ止マリ共同行爲成立セザルモノト謂フヘシ(法學博士岡松太郎氏民法理由債權次四九二頁)

三 共同ノ意思ハ數人ノ各事ヲ相共ニスルノ意思ヲ以テ爲シタルコトヲ謂フモノニシテ共謀ノ有無ニ關係ナキモノナリ故ニ互ニ他ニ不法行爲アルコトヲ知リ其行爲ニ加功スルノ意思アルヲ以テ是ル(法學博士鈴木博士三郎氏債權各論日大講二一四頁)

四 共同行爲ナルモノハ必スシモ共謀ノ場合ニ限ルモノニアラスシテ苟クモ共ニ爲スノ意思アルニ於テハ行爲者ハ連帶ノ責任ヲ免ルルコトヲ得サルモノトス民法ニ所謂共同不法行爲ト稱スルモノハ此二個ノ場合ヲ包含ス(法學博士磯谷幸次郎氏債權原因論中大講二九二頁)

五 (一)相互ニ他ノ一方ノ行爲ノ目的ヲ認識シタルコト(二)及其認識ニ基キ其目的ニ對シテ加行スルコトヲ要ス若シ甲カ或事ヲ爲スヲ認識シテ乙カ其行爲ニ加行スルモ甲カ乙ノ加行ヲ認メテ更ニ乙ト目同クシテ行動スルノ意思ナクハ甲乙間ニ故意ノ共通アリト謂フヲ得ス更ニ乙カ甲ノ或ル事ヲ爲スヲ認識シタルモノ乙ノ行爲ハ甲ノ行爲ニ加行スルニアラスシテ別個ノ行爲ヲ爲スモノナルトキハ甲ハ假リニ乙カ甲行爲ニ加行スルモノト認識シタルトモ爲メニ甲乙間ニ故意ノ共通アリト謂フヲ得ス(法學士菱谷精吾氏不行爲論一四六頁)

六 共同ノ意思ヲ以テ不法行爲ヲ爲スルハ加害者相互ノ間ニ通謀アリテ不法行爲ヲ爲ス場合ハ勿論其行爲者自ラ他人ノ不法行爲ヲ爲スコトヲ知リテ其行爲ニ加功スルノ意思ヲ有シ而シテ各自不法行爲ヲ爲シタル場合ヲ言フモノナリ(法學士飯島喬平氏民法要論八三二頁)

七 共同行爲者相互間ニハ意思ノ共同即チ通謀ヲ必要トスヘキカ學者或ハ之ヲ必要トスヘキ旨ヲ説クモノアリト雖モ行爲者各自ニ於テ他ノ者ト共同ナル意識アルニ於テハ敢テ通謀ヲ必要トセザルモノト解セザルヘカラス(法學士末弘太郎氏債權各論一〇九九頁)

九 共同實行ノ場合ニ於テハ不法行爲ニ付キ故意アルト同時ニ協力ノ認識即チ共同ノ故意アルコトヲ要ス(主觀的要素但通謀アルヲ要セス)不法行爲ノ當時不法行爲者ニ意思ノ共通アリ而シテ各自力同一ノ不法行爲ヲ實行シタルトキ(客觀的要素)ニ非サレハ共同ノ關係ヲ生スルコトナシ故ニ不法行爲ニ故意ヲ缺ケタル場合又ハ第一第二ノ實行行爲者カ各故意アルモ其第二ノ實行行爲者カ偶々第一ノ實行行爲者ノ發起シタル結果ヲ利用シタルニ過キスシテ共同ノ故意ナキ場合ニ於テハ共同實行ナルモノ存セス(判事團野新之氏損害賠償論五九一頁)

【論旨後段共同不法行爲ノ客觀的要件ニ關スル參照學說】

一 數人カ共同ノ行爲ニ因リ他人ニ損害ヲ加フルトキハ數人カ共同シテ同一ノ不法行爲ニ干與シタル場合ニ於テ各自ノ行爲ニ因テ生シタル損害トノ間ニ因果ノ連絡アルコトヲ意味シ數人ノ行爲ノ共同スルコトヲ必要トス(法學博士横田秀雄氏債權各論八八四頁)

二 共同不法行爲トハ數人連合シテ一ノ不法行爲ヲ爲スノ謂ニシテ客觀的條件トシテ各自カ不法行爲ヲ爲スコトヲ要ス(法學博士岡松太郎氏民法理由債權次四九二頁)

三 共同不法行爲ノ物の要素トシテ共同不法行爲ニ依ル損害ノ發生スルコトヲ要ス一行爲ニシテ多方面ノ侵害ヲ來スコト少カラサルカ故ニ權利ノ損害ハ必スシモ一ナルヲ要セスト雖モ物の損害ハ必ス客觀的ニ一ノ事實トシテ發生スルコトヲ必要トス不法行爲ニ損害ノ發生ヲ必要トスルハ當然ナリ而シテ共同不法行爲トナルニハ其損害ハ共同行爲ノ結果ニ出テサルヘカラスハ重要ナル點ナリトス(法學士菱谷精吾氏不行爲論一四五頁)

四 數人ノ不法行爲ニ因リテ他人ニ一損害ノ生シタル場合ニ於テ其ノ數個ノ不法行爲ヲ總稱シテ共同不法行爲ト名クルノミ即チ他人ニ一損害ノ生シタルヲ要ス(法學士二上善治氏法學新報一七卷五號二六頁)

五 共同不法行爲ノ特別要件(一)其數人ノ不法行爲ニ因リテ他人ニ一個ノ損害ヲ生シタルコトヲ換言スレハ此等ノ不法行爲ノ各個ト損害トノ間ニ因果關係アルコト是ナリ(同上)

五 茲ニ共同ノ不法行爲トハ數人カ同一ノ損害ノ原因タル出來事ニ參與セルコトヲ謂フ(法學士末弘太郎氏債權各論一〇九九頁)

【共同不法行爲ハ一個ノ不法行爲ナリヤ否ヤニ關スル參照學說】

共同不法行爲ニ於ケル不法行爲ノ單位ヲ定ムルニ當リテハ先ツ共同不法行爲カ果シテ一個ノ不法行爲ナルカ數個ノ不法行爲ナルカヲ以テ先決問題トス

獨逸民法第八三〇條第一項ハ「多數ノ者カ一ノ共同的ニ爲サレタル不法行爲ニ因リテ損害ヲ加ヘタルトキハ各自其賠償ノ責任ヲ負フ」(Haben mehrere durch eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung einen schaden verursacht, so ist jeder für den schaden verantwortlich)ト云々明白ニ共同不法行爲ハ一個ノ不法行爲ナルヲ認メタリ從テ獨逸ニ於テハ此點ニ付テハ「共同不法行爲」ト見ス故ニ獨逸民法上共同不法行爲ニ數人カ干與セル場合ヲ云フモノト解セザルヘカラス(Staudinger, Komm. II. 2. 830 S. 1754; Orome, Vorer Solidartat aus unerlaubten Handlungen, Theings Jahrbücher, Bd. 35 S. 100 Binder, Korrenlobligation, S. 583 Träger, Kausbegriff, S. 286; Oertmann, II. § 830 S. 1087. 2. a. 昔一共同行爲説ナリ)

惟フニ共同不法行爲ノ要件トシテ數人間ニ於テ共同ニ爲ス意思又ハ認識ト損害ノ同一ナルヲ要スルコトニシテ學說又ハ判例ト一致サルヲ以テ見レバ(Staudinger, aal. S. 1754) (Oertmann) 〆意思ノ共通 (Willungsgemeinschaft) ナルコトヲ要セザルモノ單ニ損害カ單一ナルノミナリ以テハ足ラス必ス損害發生行爲ノ共同 (Gemeinschaft der Herbeiführung) ヲ必要トス共同云フニ共通ナル意圖ヲ以テスル多數ノ具體的行爲アルヲ以テ足ルト云フ(cao, S. 1088) 苟クモ此意思又ハ認識ト同一ナ



ル損害アルトキハ之ヲ總括シテ一個ノ不法行為ト見ルコト立法論トシテモ亦正當トナスヘシ  
 數人共同シテ不法行為ニ依リ一ノ損害ヲ發生セシメタル場合ニ依リテハ之ヲ數個ノ不法行為ノ共合シテ一ノ損害ヲ發生セシメ  
 タルモノト見ルヨリモ共同シタル一個ノ不法行為ニ依リ一ノ損害ヲ發生セシメタルモノト解スヘキヲ以テ妥當ナリト信ス而  
 シテ此點ハ民事責任ト刑事責任トノ本質ノ相異ルヨリ當然ノ結果ニシテ刑事責任ニアリテハ犯人ノ主觀的危險性ヲ以テ  
 科刑ノ目的トスルヲ以テ共犯ノ二個ノ犯罪ト解シテ各自ヲ獨立シテ制裁セサルヘカラサルモ民事責任ニアリテハ損害ノ額補ヲ  
 第一次ノ目的トス故ニ一ノ損害アルトキハ一ノ額補ヲ以テ必要ニシテ充分ナリトス故ニ純理上共同不法行為ニ於ケル各自ノ責  
 任ハ其加功ノ程度ニ依リ分擔セラレサルヘカラスト雖モ唯立法政策トシテ被害者保護ノ立場ヨリ特ニ責任ノ分擔ニ關スル難問  
 ナシク之ヲ連帶責任トナシタルモノニ外ナラス然ルニ此政策的手段タル連帶責任ノ觀念ヨリ連帶責任ニ於テ各自獨立ニ不法行為ヲ  
 爲シ單ニ損害カ同一ナルノ理由ヲ以テ之ヲ連帶トナシタルモノト解スルカ如キハ本末ヲ顛倒シタル論ナリト信ス尤モ共同不法  
 行為ニ於ケル各人ニ就テ不法行為ノ要件具備セサルヘカラサルハ云フテ俟タスト雖モ之ヨリシテ共同不法行為ハ數個ノ不法行  
 爲ナリト論斷スルヲ得サルハ明カナリトス(法學士藤本正晃氏)

(三七五)

六四八

受任者ハ特約アルニ非サレハ委任者ニ對シテ報酬ヲ請求スルコトヲ得ス  
 受任者カ報酬ヲ受クヘキ場合ニ於テハ委任履行ノ後ニ非サレハ之ヲ請求スルコトヲ得ス但期間ヲ以テ報酬ヲ定メタ  
 ルトキハ第六二四條第二項ノ規定ヲ準用ス  
 受任力受任者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リ其履行ノ半途ニ於テ終了シタルトキハ受任者ハ其既ニ爲シタル履行  
 ノ割合ニ應ジテ報酬ヲ請求スルコトヲ得

乙カ甲ニ對シ金額ノ取立委任ヲ爲スニ當リ報酬契約ヲ締結シ乙カ中途擅ニ解任  
 スルカ又ハ擅ニ拋棄和解ヲ爲シタルトキハ之ヲ成功ト看做スヘキコトノ定アル  
 場合ニ於テ乙ハ和解條項ニ付テハ豫メ甲ノ同意ヲ得ヘキモノナルニ拘ラス之ヲ  
 無視シ和解ノ内容ニ付キ何等甲ニ計ル所ナク直ニ債務者トノ間ニ和解契約ヲ締  
 結シタルトキハ乙ハ甲トノ報酬契約ニ所謂相手方トノ間ニ擅ニ和解契約ヲ爲シ  
 タルモノニ該當シ從テ甲ニ對シ成功ノ場合ト同様ニ報酬金ノ支拂ヲ爲スヘキ義

務ヲ負擔スルモノトス

控訴人カ被控訴人ヨリ同一ノ訴外ジエー、シーウキルキンソンニ對シ有スル債權金二  
 千六百八十五圓及ヒ之ニ對スル明治三十七年十月十一日ヨリ辨濟當日ニ至ル迄年五  
 分ノ利息金ノ内ヨリ金六百三十一圓十六錢ヲ控除シタル金額ノ取立委任ヲ受ケ大正  
 四年十二月三日被控訴人トノ間ニ報酬契約ヲ締結シ被控訴人カ中途擅ニ解任スルカ  
 又ハ擅ニ拋棄和解ヲ爲シタルトキハ之ヲ成功ト看做スヘキコトノ定メタルコト並ニ  
 被控訴人カ大正五年一月中右債權ニ付キシエー、シーウキルキンソント和解ヲ爲シタル  
 コトハ當事者間ニ爭ナキトコロナリ仍テ右和解ハ被控訴人ニ計ルトコロナク擅ニ爲  
 シタルモノナルヤ否ヤノ爭點ニ付キ先ツ審案スルニ當リ審判人森本清ノ證言ニ依レハ  
 五控訴會社ノ代表者タル下田菊太郎ハ和解ノ條項ニ對スル債務者ノ意向ヲ探究スヘ  
 ク債務者ジエー、シーウキルキンソント會見シタル際和解條項ニ付キテハ豫メ控訴人  
 ノ同意ヲ得ヘキモノナルニ拘ラス之ヲ無視シ和解ノ内容ニ付キ何等控訴人ニ計ルト  
 コロナク直ニ債務者トノ間ニ和解契約ヲ締結シタルコトヲ認メ得ヘク被控訴人ハ控  
 訴人トノ前示報酬契約ハ所謂相手方トノ間ニ擅ニ和解ヲ爲シタル者ニ該當シ控訴人  
 ニ對シ成功ノ場合ト同様ニ報酬金ノ支拂ヲ爲スヘキ義務ヲ負擔スルモノト謂ハサル  
 ヘカラス(東京控訴院大正七年第五三九号同年六月一日民一部神谷裁判長長谷川渡邊各判事判決法律新聞第一六〇一  
 六〇一號一七頁)

【關係事項】一部變更報酬金請求事件○控訴人石黒行爲訴訟代理人辯護士田坂貞雄○被控訴人下田築造合資會社代理下田菊  
 太郎訴訟代理人辯護士内藤庄吉同出消清格

(三七六)

七〇九

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

材木商甲カ其買受タタル材木ヲ自己ノ往來ニ面セル軒先ニ立掛ク置キタル場合



ニ之カ傾倒ヲ防ク方法ヲ講セザリシ爲メ其材木カ倒レ折柄同所通行中ノ乙ニ當リ乙カ負傷ヲ受ケタルトキハ賣主タル丙ヨリ該材木ノ未タ引渡ヲ了セザリシモノナリシト否トヲ問ハス甲ニ過失アルモノニシテ甲ハ損害賠償ノ責ヲ免レ得サルモノトス

控訴ハ適法ナリ

大正六年一月二十九日被控訴人方ノ往來ニ面セル軒先ニ立掛ケアリタル材木カ倒レ折カラ同所通行人ノ控訴人ニ當リ控訴人ハ之レカ爲メ其主張ノ如キ負傷ヲ受ケタル事實ハ當事者間ニ争ナキトコロトス而シテ被控訴人ハ右材木ハ當日他ヨリ買受ケタル引渡ヲ了セザルモノナレハ右材木傾倒防止ノ爲メ如何ナル設備ヲ施スカハ被控訴人ノ關スルトコロニアラス之カ倒レタルコトニ付テハ何等過失ナシト抗爭スレトモ右材木カ未タ引渡ヲ受ケサルモノナリトノ事ハ之ヲ認ムヘキ證據ナク已ニ他ヨリ買受ケタルモノト認ムルナ正當トス從テ被控訴人カ往來ニ面セル處ニ立掛ケ置ケカ如キ場合ニハ之カ傾倒ヲ防ク爲メ適當ノ方法ヲ講スヘキコトハ云フマテモナレ然ルニ本件材木ニ件テハ細テ懸ケ置ケコトヲ爲サザリシ爲メ傾倒シタルコトハ證人後藤民藏ノ證言ニ據シ之ヲ認メ得ヘキカ故ニ被控訴人ハ過失ノ責アリト謂ハサルヘカラス假リニ右倒レタル材木ハ被控訴人主張ノ如ク當日未タ被控訴人ニ於テ之カ引渡ヲ了セザリシモノトスルモ被控訴人カ材木商タルコトハ證人後藤民藏ノ證言ニ據シ明カナレハ自己ノ買受ケタル材木カ自分方ニ持テ込マレ往來ニ面セル軒先カ立掛ケラレタル以上ハ之カ通行人ニ對シ危險ナカラシムル様相當ノ注意ヲ爲スヘキコトハ當然ナリト謂ハサルヘカラス然ルニ何等注意ヲ爲サザリシナ以テ被控訴人ノ過失ト云ハサルヘカラス從テ被控訴人ハ須ラク控訴人ニ對シ不法行為者トシテ損害賠償ノ責ニ任セサルヘカラス被控訴人ハ控訴人ノ負傷當日控訴人ノ母ヲ通シ金十五圓ヲ與ヘ控

【關係事項】 廢棄○損害賠償請求控訴事件山田ハル法律上代理人親權者山田アイ訴訟代理人辯護士各村唯一被控訴人藤谷庄太郎訴訟代理人辯護士大橋一鐵

(三七七)

六第一項 一種又ハ數種ノ營業ヲ許サレタル未成年者ハ其營業ニ關シテハ成年者ト同一ノ能力ヲ有ス

萬一借用人ニ於テ辨濟不能ノ場合ニハ連帶人ニ於テ其實ニ任シ云々ノ約旨ハ連帶保證ヲ爲シタルモノト認ムヘク連帶借用證並ニ連帶人等ノ文字ハ右認定ヲ覆スニ足ラス  
未成年者カ獨立シテ營業ヲ爲シ居リタルトキハ其法定代理人ハ未成年者ニ對シ營業許可ヲ暗黙ニ與ヘ居リシモノト認ムルヲ相當トス

訴人ニ於テ以後何等損害賠償ノ請求ヲ爲ササルコトヲ約シタル旨抗爭スレトモ成立ニ争ナキ乙第一號證及ヒ當審ニ於ケル山田アイノ訊問ニ徴スレハ該金ハ單ニ見舞金トシテ控訴人ノ受領セルニ止マルモノト認ムヘク損害賠償ノ請求權ヲ拋棄シタルモノト認ムルニ足ラス仍テ損害額ヲ按スルニ控訴人カ本件負傷ノ爲メ其主張ノ如ク治療代及ヒ車賃ヲ支出シタルコトハ證人長谷五郎ノ供述ニヨリ眞正ニ成立セリト認ムヘキ甲各號證ニヨリ明白ナリ被控訴人ハ非醫者ノ治療ヲ受ケタル治療代ノ請求ハ失當ナリト謂フモ骨折ノ際ニ接骨醫ノ治療ヲ受ケタルコトハ世間普通ノ狀態ナレハ接骨醫ノ治療ヲ受ケタレハトテ之ニ要セシ治療代ヲ損害金トシテ計算スルニ何等妨ナシ而シテ控訴人カ本件負傷ノ爲メ精神上蒙リタル苦痛ノ慰養料トシテハ五十圓ヲ以テ相當トスヘク而シテ本件慰養料ノ請求ハ右金額以内ナルヲ以テ結局控訴人ノ請求ハ總テ正當ト云フヘク從テ控訴ハ理由アリ(東京地方裁判所大正八年(レ)第一八八號同年二月一七日民三部三橋裁判長○崎太田各判事判決)



大正六年二月二十七日訴外杉浦鶴吉及篠崎縫治間ニ控訴人主張ノ契約アリシコトニ付テハ當事者間ニ争ヒナシ而シテ右債務ニ關シ野口利助淺田定カ連帶債務ヲ負擔シタルヤ連帶保證債務ヲ負擔シタルヤニ付キテ按スルニ證人榮崎一雄ノ證言並ニ甲第一號中萬一借用人ニ於テ辨濟不能ノ場合ニハ連帶人ニ於テ其責ニ任シ云々ノ文字ニ徴セハ右八同人等ニ於テ連帶保證ヲ爲シタルモノト認ムヘク甲第一號證中ノ連帶債務並ニ連帶人等ノ文字及此點ニ關スル證人杉浦鶴吉ノ證言ハ未タ以テ右認定ヲ覆スニ足ラス被控訴人等カ連帶債務ヲ負擔シタリトノ原審裁判上ノ明白ハ錯誤ニ出テタルモノト認ム次ニ篠崎縫治ハ本件契約當時未成年者ニシテ法定代理人ノ同意ヲ得スシテ爲シタル契約ナルヲ以テ大正八年一月一六日附テ以テ訴外杉浦鶴吉ニ對シカ取消ノ意思表示ヲナシタリト云フモ篠崎縫治カ當時獨立シテ營業ヲナシオリシハ證人榮崎一雄杉浦鶴吉ノ證言ニ依リテ之ヲ認定シ得ヘキヲ以テ其法定代理人ハ未成年者タル縫治ニ對シ營業許可ヲ暗黙ニ與ヘオリシモノト認ムヘク而シテ本件契約カ其營業ニ關シテ爲サレタルモノナルコトハ證人榮崎一雄ノ證言ニヨリテ之ヲ認ムヘキヲ以テ右被控訴代理人ノ抗辯ハ採用スル能ハス然リト雖モ證人榮崎一雄杉浦鶴吉ノ證言並ニ甲第一號證ニ徴セハ本件契約ハ訴外杉浦鶴吉ヨリ篠崎縫治ニ對シ毎月五百圓内外ノ材木ヲ懸賣シ其賣却ニヨリテ得タル利益ヲ以テ本件債務ノ内ヘ金十圓宛月賦返濟スヘキ條件ノ下ニ締結セラレタルモノト認ムルヲ相當トスヘク而シテ訴外杉浦鶴吉ニ於テハ一回材木ノ供給ヲ爲ササリシコトハ控訴人之チ争ハス控訴人ハ被控訴人篠崎縫治カ其居所ヲ不明ニシタルニ依リ締結シ能ハサリシ旨主張スルモ之ヲ認ムヘキ立證ナシ徒ツテ控訴人ニ於テ右附款ヲ無視シテ直チニ本訴請求ニ及フハ其理由ナキコト既ニ明ラカナルヲ以テ爾餘ノ争點ニ付キ之カ判斷ヲ省キ本件控訴ハ其理由ナキモノト認ム(東京地方裁判所大正七年レ第三〇三號同八年一〇月六日民六部近藤裁判長小林立松各判事判決)

【關係事項】棄却○貸金請求控訴事件○控訴人江藤彦馬被控訴人野口利助外二人訴訟代理人辯護士古岡力太郎

【判旨第一點ニ關スル參照學說】

横田博士

所謂保證人カ主タル債務者ト連帶シテ債務ヲ負擔スル場合トハ保證人カ債權者ニ對シテ主タル債務者カ債務ヲ履行セザル場合ニ其履行ノ責ニ任スヘキコト及ヒ債務ノ履行ニ關シテハ主タル債務者ト連帶シテ其責ニ任スヘキコトヲ約シタル場合ニシテ連帶保證ト稱スルモノ即チ是レナリ(法學博士横田秀雄氏債權總論六六四頁)

【判旨第二點ニ關スル參照學說判例】

中島博士

一 營業ノ許可ハ未成年者ニ對シテ與フル一方的ノ意思表示ニシテ無形式ナリ又明示タルヲ要セス(法學博士中島玉吉氏民法釋義總則一一一頁)

松岡博士

二 許可ハ法定代理人カ未成年者ニ對シ營業ヲ爲サシムル意思表示ニシテ明示又ハ默示ニテ之ヲ爲シ得ヘク許可ハ特別行爲ニシテ法律行爲ニアラス(法學博士松岡義正氏民法總則一七四頁)

大審院

三 未成年ノ子カ職業ヲ營ムニ當リ親權者ノ許可ヲ得ルニ付テハ別段ノ方式ナシ從テ親權者カ其監督ヲ爲シ居ル事實ヲ以テ承諾アリシモノト爲スコトヲ得(大審院明治三四年レ一一五號同年三月二二日判決刑錄第三卷三七頁)

(三七八)

貸主カ借主ニ對シ貸貸家屋ノ買受方ヲ申込ミタルモ拒絕セラレタルニ依リ更ニ他ニ賣却スヘキ旨通知シタルニ借主カ之ヲ承諾シタルトキハ該承諾ノ結果其時「右家屋ヲ他ニ賣却セハ貸主及ヒ借主間ニハ當事者ノ一方ヨリ之ヲ解除セント欲セハ相手方ニ對シ一ヶ月以前ニ於テ豫メ其旨通知スヘキコトヲ要スル旨ノ約款ノ存スルニ拘ラス貸貸借契約ヲ當然解除スヘキ旨ノ特約成立シタルモノト解スルヲ相當トス」

仍テ先ツ本件貸貸借契約ハ右家屋明渡ノ假處分執行當時ニ於テ尙存續シタルモノナルヤ否ヤニ付キ按スルニ成立ニ争ナキ乙第一號證家屋貸貸五契約證書ニ依レハ其第五條ニ當事者双方ノ都合ニ依リ此契約ヲ解除セントスルトキハ一ヶ月以前ニ通知ス

東京地方  
裁判所判



ルヲ要スル旨ノ記載アルヲ以テ本件貸借契約ハ當事者ノ一方ヨリ之ヲ解除セント欲セハ相手方ニ對シ一ヶ月以前ニ於テ豫メ其旨通知スヘキコトヲ要スル旨ノ約款存シタルモノト謂フヘク而シテ被告右家屋ヲ賣却スルニ當リ原告ニ對シ一ヶ月以前ニ本件貸借契約ヲ解除スヘキ旨格別ノ意思表示ヲ爲サザリシコトハ叙上ノ如クナルヲ以テ本件貸借契約ハ右家屋明渡ノ假處分執行當時ニ於テ尙依然トシテ存續シタルモノノ如シト雖モ證人佐々木喜長及杉山菊三郎ノ各證言ヲ綜合スルトキハ被告ハ同年三月中原告ニ對シ右家屋ノ買受方ヲ申込ミタルモ拒絶セラレタルニ依リ更ニ他ニ賣却スヘキ旨通知シタルニ原告ハ之ヲ承諾シタルコトヲ認ムルニ足ルヲ以テ該承諾ノ結果原告及被告間ニハ其時右家屋ヲ他ニ賣却セハ前記乙第一號證第五條ニ定メラレタル約款ノ存スルニ拘ラス本件貸借契約ヲ當然解除スヘキ旨ノ特約成立シタルモノト解スルヲ相當トス此點ニ關スル原告總テノ立證ヲ以テスルモ右認定ヲ覆スニ足ラス而シテ被告カ同年七月三日右家屋ヲ賣却シタルコトハ前叙ノ如クナルヲ以テ本件貸借契約ハ同日右特約ニ基キ合意上解除セラレタルモノト謂フヘシ然ラハ則チ右家屋明渡ノ假處分執行當時ニ於テ本件貸借契約ハ最早存在セザリシコト洵ニ明カナルカ故ニ其存在ヲ前提トスル原告ノ本訴請求ハ此點ニ於テ既ニ失當ナリ(東京地方裁判所○大正八年(ワ)第六七五號同年一月一日民部三審部判長神垣芝崎各判事判決)

【關係事項】

賣却○損害賠償請求事件○原告中井半三郎訴訟代理人辯護士赤沼貞次郎被告岡田八十吉訴訟代理人辯護士堀田龍三郎

【參照判例】

(三七九)

貸借期間ノ定メナカリシ場合ニ於テ大正八年二月十七日貸借人カ貸借人ニ對シ解約ノ申入ヲ爲シタルトキハ大正八年五月十八日當事者間ノ貸借契約ハ終了スルモノトス

家屋ノ貸借人ヨリ貸借人ニ交付シタル數金ノ返還ハ貸借人カ貸借人ニ對シ完全ナル明渡ヲ爲シタル後始メテ請求シ得ルモノナルヲ以テ未タ明渡ヲ爲サザル前ニ於テハ貸借人ハ數金ヲ以テ貸借人ヨリ請求ヲ受ケタル損害金ト相殺スルコトヲ得サルモノトス

控訴人カ大正四年六月一九日被控訴人所有ノ東京市深川區東森下町六〇番地所在木造トタン葺平家二戸建ノ内南向テ右側ノ一戸建坪一三坪ヲ賃料一ヶ月金七圓五十錢毎月末日拂ノ約ニテ存續期間ヲ定メシテ被控訴人ヨリ借受ケタルコト大正六年八月一日右賃料一ヶ月金七圓七拾錢ニ合意成立シタルコト及大正八年二月一七日被控訴人ヨリ控訴人ニ對シ右賃借契約ノ申入ヲ爲シタルコトハ當事者間ニ爭ナキトコトナリ控訴人ハ大正六年八月一日賃料値上ヲセサル特約アリテ大正八年二月一七日

三二六

貸借人カ數金ヲ受取リタル場合ニ於テハ其數金ヲ以テ辨濟ヲ受ケサル債權ノ部分ニ付テノミ先取特權ヲ有ス

五〇五

第一項 二人互ニ同種ノ目的ヲ有スル債務ヲ負擔スル場合ニ於テ双方ノ債務ヲ辨濟期ニ在ルトキハ各債務者ハ其對當額ニ付キ相殺ニ因リテ其債務ヲ免ルコトヲ得但債務ノ性質カ之ヲ許サザルトキハ此限ニ在ラス

六一七

第一項 當事者カ貸借ノ期間ヲ定メザリシトキハ各當事者ハ何時ニテモ解約申入ヲ爲スコトヲ得此場合ニ於テハ貸借ハ解約申込ノ後左ノ期間ヲ經過シタルニ因リテ終了ス

- 一 土地ニ付テハ一年
- 二 建物ニ付テハ三ヶ月
- 三 貸借及動産ニ付テハ一日



富井博士

【關係事項】 棄却○家屋明渡並損害金請求控訴事件○控訴人と田秀太郎訴訟代理人辯護士久田博人被控訴人上原金次郎

控訴人カ貨料値上ヲ承認セサルコトヲ條件トシテ解約ノ申入レアリタルモノニシテ單純ノ解約ノ申入レニ非スト抗辯スルヲ以テ先ツ此點ヲ按スルニ成立ニ爭ナキ甲第一號證ニ依レハ被控訴人ヨリ控訴人ニ爲シタル解約ノ申入レ單純ノ申入レニシテ條件付キニアラサルコト明ナリ乙第一、二號證ヲ以テハ未タ前示認定ヲ覆スニ足ラス果シテ然ラハ右解約ノ申入レ後法定期間ノ經過ニ依リ大正八年五月一八日右當事者間ノ本件貸借契約ハ終了シタリト云ハサル可カラズ次ニ控訴人ハ本件家屋ハ大正八年一月一五日月明渡ヲナシタルカ故ニ控訴人ヨリ被控訴人ニ對シ數金トシテ交付シアル金三十圓ト本件損害金ト其對當額ニ於テ相殺スト抗辯スルヲ以テ此點ヲ按スルニ右明渡ノ事實ハ之ヲ認ムヘキ證據ナク假リニ控訴人カ他ニ轉居シタル事實アリトスルモ之ヲ以テ直ニ其賃借セル家居ヲ明渡シテ貸主ニ返還シタリト云フコトヲ得ス乙第三、四、五號證ヲ以テハ未タ其明渡ノ事實ヲ認ムルニ足ラサルナリ而シテ數金ハ完全ナル明渡ヲナシタル後始メテ之カ返還ヲ請求シ得ルモノナルコト其性質上明白ニシテ上述ノ如ク未タ明渡ヲ完了シタリト認ムルコトヲ得サル本件ニ於テハ控訴人カ其數金ヲ以テ本件損害金ト相殺スルコトヲ得サルヤ多ク言フナ俟タサルコトナリ控訴人ノ抗辯ハ理由ナシ(東京地方裁判所大正八年二月二四號同年二月二七日民四部岡村裁判長山崎細川各判事列決)

【論旨第二點前段數金ノ返還ヲ請求シ得ル時期ニ關スル參照學說判例】

一 數金ノ授受ハ貸借ニ從タル一種ノ諾成契約ニシテ賃借物ニ關シテ生スルコトアルヘキ賃借人ノ債務ヲ擔保スル目的ニ出ツルモノトス而シテ此契約ハ通常封金ニ非サル一定ノ金額即チ代替物ヲ以テ其目的ト爲スカ故ニ貸借人ニ於テハ直チニ其所有權ヲ取得シ且隨意ニ之ヲ處分スルコトヲ得又貸借人ハ貸借關係ノ存続ニ關シテ其返還ヲ求ムルコトヲ得ス賃借人ノ債務ニ於テハ履行ノ事實ナキトキハ其金額ノ返還ヲ受クヘク反對ノ場合ニ於テハ貸借人ハ其債務ヲ消滅スルコトヲ得ル其辨濟ニ充テ返還ノ義務ヲ免ルモノトス故ニ貸借人ハ果シテ數金ノ返還ヲ受クルコトヲ得ルヤ又其返還セシムルコトヲ得ヘキ金額如何ハ貸借關係ノ終了ニ至ルマテハ確定セサルモノト謂フヘシ上述セル所ニ依レハ數金契約ハ解除條件附消費寄託ノ性質ヲ有ス

梅田博士

岡松博士

横田博士

土田仁  
博井

契約トシテ混合シタル如キモノトス普通ノ消費寄託ト相異ナル所ハ貸借人ノ債務ヲ擔保スルコトヲ目的トシ賃借人ノ爲メニ其目的物ヲ保管スルコトヲ主眼トセサルニ在リ即チ此點ハ契約ト其效用ヲ同フスルモノニシテ貸借人ハ數金ニ付キ優先辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘク而シテ賃借人ノ一般債權者ハ之ニ對シテ其返還ヲ求ムル債權ヲ差押フルコトヲ得ス是數金契約ノ本旨ニシテ當事者ノ意思モ亦此ニ在ルモノトス故ニ此契約ハ決シテ一部學者ノ主張スル如キ相殺ノ豫約トノ見レヘキニ非サルナリ(法學博士富井政章氏民法原論第二卷物權三七四頁)

二 數金ノ性質ニ付テハ或ハ讓渡アルヘシト雖モ余ノ信スル所ニ據レハ數金ナルモノハ擔保ノ目的ヲ以テテスル解除條件附債權ヲ生スルモノナリ若シ賃借人カ數金ヲ受取ルハ賃借人ニ對シテ賃借權消滅ノ時ニ之ヲ返還スルノ義務ヲ負フモノナリ然レトモ此債權ニハ若シ賃借人カ借入ノ支拂ヲ怠リタルトキハ其債務消滅スヘシト云ヘル解除條件アリテ若シ賃借人カ借入ノ支拂ヲ怠リタルトキハ其金額數金ノ金額ニ達スルトキハ其債務全部消滅シ其一部ニ當ルトキハ其一部分ヲ限リテ其債務消滅スルコトヲ得ス故ニ其性質附權利質ニ肖タル所アリト雖モ是レ眞ノ權利質ニ非サルカ故ニ權利質ニ關スル次章ノ規定ヲ適用スルコト能ハス身元保證金ノ如キモノ亦之ト同一ノ性質ヲ有スルモノナリ(法學博士梅田博士民法要義卷ノ二物權編訂正増補改訂版三三五頁)

三 數金ハ金錢ノ所有權ヲ移轉スルト同時ニ若シ家賃ノ延滞其他ノ債務ヲ生スルコトナケレハ其ノ金額ヲ返還シ若シ如斯キ債務ヲ生セハ之レヲ差引キ殘額ヲ返還ス可キ契約ヲ爲スモノニシテ之ニ依リ家ノ借主ハ其金額ニ對シテ停止條件附債權ヲ取得スルモノト認ムヘシ此ノ場合ニハ貸借終了ノ際家賃ノ延滞其他ノ債務ナクハト云フコト及若シ如斯キ債務ヲ生セハ之ヲ差引キ殘額アラハト云フ停止條件ニシテ若シ第一ノ條件成就シ即チ何等ノ債務ヲ生セザリシナラハ其初メテ全額ノ返還ヲ請求スル債權ヲ生シ又第二ノ條件成就スルトキハ殘額ノ返還請求權ヲ生ス而シテ賃借人ノ終了迄ハ借主ハ唯條件附債權ヲ有スルモノニ(法學博士岡松太郎氏内外論叢五卷二號一七一頁)

四 數金ハ貸借契約締結ノ際賃借其他ノ債務ノ辨濟ヲ確保スル爲メ豫メ賃借人ヨリ貸借人ニ交付スル金銀ニシテ所謂契約保證金ナルモノノ一種ニ屬シ賃借人ノ場合ニ限リテ特ニ使用セラルル名稱ナリ蓋シ數金ハ貸借關係ノ存続ニ關シテ賃借人ニ於テ其返還ヲ賃借人ニ要求スルコトヲ得サルモノニシテ賃借人ハ何時ニテヒ延滞借入ト數金ト相殺スルノ權利ヲ有シ賃借人ニ於テ其殘額ヲ賃借人ニ返還スルモノトス：余ノ信スル所ニ依レハ保證金ハテレンフルヒ其他ノ學者ノ主張スル如キ當ニ當事者間ノ權利關係タルニ止マラスシテ物上擔保タルノ性質ヲ有シ場合ニ從ヒ或ハ動産質トナリ或ハ債權質トナルモノ也(法學博士横田秀雄氏物權法改訂増補一九版六三三頁)

五 數金契約ノ内容及ヒ效力ハ當事者ノ意思ニ依リテ定マルモノト雖トモ當事者ハ數金契約ヲ取結フニ當リテ明カニ其ノ内容及ヒ效力ニ關シテ意思ヲ表示セサルナラバ是レ蓋シ當事者ハ慣習ニ依ル意思ヲ有スルカ爲メニ外ナラサルナリ余ハ一般ニ行ハルル慣習ヲ基礎トシテ數金契約ノ内容及ヒ效力ヲ説明スヘシ賃借人ハ貸借人ノ債務履行ヲ遲滞スルヤ否ヤ且ツ其ノ債務ノ額カ數金ノ額ヨリ少キヤ否ヤ不確定ナルカ故ニ貸借人ノ債務ハ契約ノ趣旨ニ從ヒテ一ノ停止條件ニ數ルモノト謂フヘシ又賃借人ノ數金ノ返還ノ義務ハ貸借人カ賃借人ノ債務ヲ完了シタル場合ニ發生スルモノナルカ



中島博士

石坂博士

鳩山博士

三浦博士

尾道區裁  
判所

故ニ貸借ノ存續中債借人カ其義務ヲ完全ニ履行スルモ未ダ敷金ノ返還ヲ爲ササル限度ニ於テ契約ノ趣旨ニ從ヒ當然債務ヲ免  
カルモノナルカ故ニ敢テ何等ノ意思表示ヲ爲スコトナクシテ債務ヲ免カル結果ヲ生スルモノト謂フヘシ今貸借人ノ債務ヲ  
以テ一ノ停止條件附債務ト爲ストキハ貸借人ノ債權者カ差押ニ依リ貸借人ニ對シテ敷金ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ス且ツ貸借  
人カ敷金ノ返還ヲ求ムル條件附債務ノ讓渡ヲ爲スコトヲ妨ケサル所以ヲ最モ七箇滑ニ説明スルコトヲ得ヘク且ツ貸借人カ敷金ニ  
依リテ貸借人ニ對スル自己ノ債權ヲ確保セントスル目的ニ符合スルモノト謂フヘシ(法學博士仁井田益太郎氏内外論叢三卷四  
號一六七頁)

六 敷金ハ將來ノ債務ノ擔保ニシテ所謂根抵當ノ一種ナリ我民法ハ抽象的ノ將來ノ債務ニ對シテハ擔保權ヲ設定スルコトヲ認  
メサルモ既ニ債務發生ノ可能カ客觀的ニ存スル場合ニハ擔保權ノ設定ヲ認ム(拙文根抵當論法學協會雜誌三三卷三號二四頁以  
下)而シテ既ニ貸借關係カ成立セル以上ハ借貸遲滞ノ可能ハ客觀的基礎ニヨリ之ヲ推斷シ得ルカ故ニ此ノ場合ニハ擔保權ヲ  
設定スルコトヲ得ルナリ而シテ貸借關係ノ債務ヲ擔保スル場合ニハ習慣上特ニ之ヲ敷金ト稱ス敷金ハ又貸借人カ貸借人ニ對  
シテ貸借人ニ對シテ金額ノ返還ヲ請求スル債權ヲ目的トスルモノニシテ其性質ハ所謂債權質ナリトス(法學博士中島玉吉氏民  
法釋義卷ノ二物權篇下六八九頁)

七 敷金ハ其ノ交付ニ依リ其ノ所有權ハ貸借人ニ移轉ス故ニ貸借人ハ自由ニ處分スルコトヲ得ヘシ然レトモ其ノ目的ハ債權ノ  
擔保ニアリ即チ貸借契約ノ存續中貸借人カ貸借人ニ對シテ負債ノ擔保ト爲スニ在リ故ニ貸借人カ其ノ債務ヲ辨濟ス  
ルトキハ貸借人ハ其ノ交付ノ目的ナキニ至ルカ故ニ之レヲ貸借人ニ返還セサルヘカラス而シテ敷金ノ所有權ハ一旦貸借人ニ移  
轉スルカ故ニ貸借人ハ此場合ニ於テハ返還ノ請求權即チ債權ヲ取得スルモノトス之レニ反シテ債務者カ其ノ債務ヲ辨濟セサル  
トキハ其ノ債權額ニ相當スル敷金ハ之レヲ返還スルヲ要セス此ノ如ク敷金ハ債權擔保ノ性質ヲ有スルモノナリ(法學博士石坂  
晋四郎氏物權京郡法政論六九頁)

八 余ハ敷金契約ヲ以テ停止條件付返還債務ヲ伴フ所有權讓渡行爲ニシテ一種ノ無名契約ナリト解ス敷金ノ授受ニヨリテ貸  
人カ敷金ノ所有權ヲ取得スルハ全テノ學者ノ爭ハサル所ニシテ敷金契約カ所有權讓渡ノ物權契約ヲ包含スルハ明カナリ然レト  
モ敷金契約ハ單純ナル所有權讓渡ニ非ス一定ノ制限ヲ有スル所有權讓渡ナリ即チ貸借人ニ債權不履行ナク又債務不履行アルモ  
其額カ敷金ノ額ニ達セサル時ハ返還ノ債務ヲ有スヘキ所有權讓渡ナリ(法學博士鳩山秀天氏東大講義物權法九四頁)

九 余單ハ敷金ノ上ノ權利ヲ以テ債權質ト見ル説ニ贊セント欲ス即チ貸借人ハ貸借人ニ對シテ敷金ノ返還ヲ求ムル債權ヲ有スル  
カ故ニ貸借人ハ此債權ノ上ニ權利質權ヲ得ルモノナリト見ルナリ(法學博士三浦信三氏擔保物權法一五〇頁)

一〇 敷金ナルモノハ貸借契約ニ從テ交付シテ擔保ノ目的ヲ以テ貸借人カ貸借人ニ交付スルモノニシテ貸借人ハ之ヲ受取  
ルト同時ニ其所有權ヲ取得シ貸借契約終了ノ際ニ於テ借賃其他借入ノ債務カ完済セラルトキハ其金額ヲ返還スヘク若シ之  
ニ反シテ其債務ノ完済ナキ時ハ敷金中ヨリ其對等額ヲ控除シ其殘額ヲ返還スルモノニシテ契約保證金又ハ質權ニ類似シ其目的  
物ニ付キ他ノ債權者ニ對シ優先辨濟ヲ受クル權利ヲ有セルモノト認ムヘキカ故ニ單ニ貸借契約カ解除セラレタルノ一事ヲ以  
テ直ニ貸借人ハ其敷金ノ返還ヲ求メ得ヘキモノニアラス(大正六年五月三十一日尾道區裁判所判決本書第六卷民法八二五頁)

七〇九 故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責任ニ任ス  
七一〇 他人ノ身體、自由又ハ名譽ヲ害シタル場合ト財產權ヲ害シタル場合トト問ハス前條ノ規定ニ因リテ損害賠  
償ノ責任ニ任スル者ハ財產以外ノ損害ニ對シテモ其賠償ヲ爲スコトヲ要ス

甲カ假裝ノ法律行爲ニ基ク虚偽ノ債權ヲ善意ノ第三者丙ニ讓渡シ乙ノ損害ニ於テ其權利ヲ取得セシメタルトキハ甲ハ  
テ其權利ヲ取得セシメタル行爲ハ乙ノ自由權民法七一〇又ハ故ナク債務ヲ負擔  
セシメラレサル權利同法七一〇ノ侵害トシテ不法行爲トナルモノトス

士  
醫師  
寺學

甲カ假裝ノ法律行爲ニ基ク虚偽ノ債權ヲ善意ノ第三者丙ニ讓渡シ乙ノ損害ニ於テ其權利ヲ取得セシメタルトキハ甲ハ  
該法律行爲ノ當事者タル乙ニ對シテ不法ニ財產上ノ損害ヲ被ラシメ以テ不法行爲ヲ爲シタルモノトス(大正七年(オ)第八〇三  
號同年一〇月一九日大審院民三部判決本書第七卷民法一一〇九頁)

(一) 案件ハ乙カ甲ニ對シテ虚偽ノ意思表示ニ依ツテ債務ヲ負擔シタ(民九四)トコロカ  
甲ハ此虚偽債權ヲ善意ノ第三者丙ニ讓渡シ丙カ乙ニ對シテ負擔セル債務ト甲カラ讓  
受ケタ債權ト相殺シタト云フノテアツタ(二) 先ツ本判決ニ付キ研究シテ見タイ故  
ナク他人ヲシテ債務ヲ負擔セシムルコトハ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スル事柄テアル  
我民法ハ獨民法(八二六)ノ如ク善良ノ風俗ニ反スル方法ヲ以テ他人ニ損害ヲ加ヘルコ  
トカ不法行爲ナルトハ規定シカッタ故ニ我民法上不法行爲ノ成立ニハ必スヤ  
權利ノ侵害ヲ要スル(民七〇九)他人ニ對シテ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スル行爲ニ依リ損  
害ヲ與ヘル行爲ハ必スシモ其權利ヲ侵害シタルモノトハ言ヘナイ從テ夫レ丈ケテハ  
未ダ不法行爲カ成立シナイト云フノカ通説テアル近頃民法第七〇九條ノ解釋トシテ  
此心持カニツノ形式ヲ探テ現ハレタノテアル(イ) 民法第七〇九條ハ權利侵害ヲ要ス  
ルカ故ニ權利侵害ナクシテ不法行爲ヲ認メ得スト爲ス見解ヲ飽クマテモ把持シツ  
一般の財產不可侵權ナル人格權ヲ認メ何人ト雖モ自己ノ一般財產狀態ノ侵害セラレ



ナル權利ヲ有ストノ説カ提唱サレタ然シ此説ニ依レハ民法カ不法行為ノ成立要件トシテ權利ノ侵害ト損害ノ發生トヲ舉ケタル理由ヲ解スルヲ得ス(ロ)不法ノ財產侵害ハ不法行為成立ノ客觀的條件ノ全部テアルト爲シ權利侵害ハ必要テナイトスル説テアル本判決ノ如キ夫レテアル然シ民法カ明文ヲ以テ不法行為ノ成立ニハ權利ノ侵害ヲ要スルト云フ以上(民七〇九)蓋ニ不法行為ノ問題カラ權利侵害ノ觀念ヲ取去ルコトヲ得ナイ茲ニ於テカ原則決ノ如キ見解カ生スル即チ他人ヲシテ債務ヲ負擔セシメルコトハ夫レ文ケテハ未ダ權利侵害テハナイ債權者カ其債權ト債務者ニ對シ負擔スル債務トヲ相殺シタ場合ニハ債務者ノ債務カ消滅スル而シテ此債權ノ侵害(消滅)ハ反對債權ヲ負擔セシメタル行為ト因果關係ヲ有スルカ故ニ債務ヲ負擔セシメシ行為ハ即チ債權ヲ侵害スル行為トシテ不法行為トナルト爲スノテアル此説ハ不法行為ノ要件トシテ權利侵害ヲ必要ト爲ス點ニ於テ正當ナルカ「債務ヲ負擔セシメルコト」天テハ未ダ權利侵害ナシト解スル點ニ於テ余輩ハ疑カアル余輩野シテ感スル事ハ(イ)他人ヲシテ或債務ヲ負擔セシメルコトハ不法行為ト爲ルニ拘ラス或債務ヲ負擔セシメルコトハ不法行為トナラヌ點ニ存スル債務ヲ負擔スルコト云フコトハ債務者ニ取リテ一ノ拘束テアリ苦痛テアル故ニ何人ト雖モ法規ノ命スル一定ノ場合ヲ除イテハ其意ニ非スシテ他人ニ對シ債務ヲ負擔スルコトヲ要シナイ又若シ他人ノ行為ニ依ツテ負擔スル債務ヲ負擔セラルヘキ地位ニアルナラハ其人ハ安シテ法律生活ヲ樂シムコトハ出來ナイ故ニ人ハ故ナク他人ヨリ債務ヲ負擔セシメルコトヲ要スル蓋シ人ヲシテ債務ヲ負擔セシメルコトハ其人ノ肉體及精神的自由(民七一〇)ノ拘束ト見ハ見ラレナイコトハナイ法律ニ依リテ債務ノ履行ヲ命セララル點ニ於テ債務ハ少クモ法律上精神的拘束ヲ云ヒ得ル故ニ余輩ハ之ヲ自由權ノ侵害トシテ不法行為トシテハナイカト考ヘルノテアルカ若シ此解釋カ許サレナイトシテモ法カ人ノ自由ヲ保護シ名譽ヲ尊重スル(民七一〇)其精神カラ考察シテ故ナク債務ヲ負擔セサルコトヲ內容トスル一種ノ享益權カ我民法ノ解釋上認メ得ヘキモノタト信スル以上説明ノ如ク余輩ハ他

人ヲシテ故ナク債務ヲ負擔セシメル行為ハ自由權又ハ債務ヲ負擔セシメル權利ノ侵害トシテ一ノ權利侵害テアル從テ其結果損害ヲ發生シタ場合ニ於テハ不法行為ノ問題ヲ生スヘキテアル茲ニ一言シテ置キタイノハ債務ヲ負擔セシメルコトハ必スシモ損害ノ發生ヲ將來スルモノテハナイト云フコトテアル(法學士藥師寺傳兵衛氏法學志林第二一卷第七號七三頁「虛偽ノ債權ノ讓渡ト不法行為ノ成立」要領)

【參照學說】

梅博士  
梅田博士  
磯谷學士  
嘉山學士  
鳩山學士  
1313 (民法)

一 前條(七〇九)ニ於テハ廣ク「他人ノ權利ヲ侵害シタル者云云」ト云ヘリ而シテ其權利ハ敢テ財產權ト云ハサルカ故ニ一切ノ權利ヲ包含スヘシ而シテ人ノ身體自由又ハ名譽ヲ害シタル場合ハ勿論財產權ヲ害シタル場合ニ於テモ單ニ財產上ノ損害ニ止マラス財產以外ノ損害ニ對シテモ亦其賠償ヲ爲スヘキモノトセリ(法學博士梅謙次郎氏民法要義債權八八五頁)

二 不法行為アリトスルニハ他人ノ私權ヲ侵害スル行為アルコトヲ必要トスルモ其私權ノ何タルヤハ之ヲ問フコトヲ要セス故ニ財產權ハ勿論人格權(生命權名譽權自由權稱號權)親族權モ亦不法行為ニ因ル侵害ノ目的タルヲ得ヘシト雖モ民七〇九條以下ニ規定スル不法行為ハ常ニ必ス對世的關係ニ於ケル權利ノ侵害タルコトヲ要シ對人的權利關係ノ當事者間ニ於ケル權利ノ侵害ハ其何レノ方面ヨリ來ルヲ問ハニ常ニ不法行為トシテ債權發生ノ原因トナルモノ債權親族權ノ如キ對人的權利ニ在テハ對人タル義務者ノ義務違反ハ債務ノ不履行又ハ親族法上ノ義務違反トシテ其當事者間ニ權利義務ノ關係ヲ生スルニ止マリ不法行為トシテ別ニ債權發生ノ原因ト成ササルモノトス(法學博士梅田秀雄氏債權各論八四二頁)

三 七〇九條ニ所謂權利トハ總テ或人ニ利益ナル法律上ノ地位ヲ意味スルモノト解ス人ノ生命身體自由名譽等ニ付キテ亦此意義ニ於ケル權利カ存スルモノト言フコトヲ爲ルナリ(法學博士川名兼四郎氏債權法要論七〇七頁)

四 不法行為ニ於ケル侵害ノ目的タル權利ハ私權タル以上ハ物權債權等ノ如キ財產權タルト生命身體自由名譽ノ如キ人格權タルト或ハ親權夫權戶主權者ノ如キ親族權タルト其他特許權者訴權商標權等ノ如キ特別權利タルトヲ問ハサルナリ(法學士磯谷幸次郎氏債權原因論中大講義一七二頁)

五 他人ノ權利トハ侵害ヲ受ケタル者ニ屬シ且私法上認メラレタル權利ヲ言ル其權利ハ財產權親族權ハ勿論人格權ヲモ亦包含ス人格權トハ人ノ人タル資格ニ伴フ權利ナリ例ヘハ生命健康自由名譽等ノ權利ナリ(法學士嘉山幹一氏債權法各論日本法律學校講義三七二頁)

六 民法第七〇九條ニ所謂權利トハ固有ノ意義ニ於ケル權利ナレトモ其權利ハ之ヲ或人ニ直ニ行為ヲ爲スコトヲ正當トスルノミニ限局スヘキモノニ非ス一身體權名譽權自由權等ノ所謂人格權ハ固有ノ意義ニ於ケル權利也トス(法學士鳩山一郎氏日本法律學校講義第二二〇號五頁以下本書六卷民法三三四頁)



七 第七〇九條ニ所謂權利ノ意義ニ付テハ學者間爭ノ存スル所ナリト雖モ吾人ハ之ヲ嚴格ナル意義ノ權利ノミニ限ルノ必要ヲ見サルモノニシテ苟クモ法律ニヨリテ特ニ保管セラレタル利益即チ法律力權利者以外ノ人ニ對シテ其ノ侵害ヲ禁止セル利益タル以上ハ之ヲ第七〇九條ニ所謂權利ナリト言フコトヲ信スル者ナリ(法學士末弘氏法學協會雜誌三四卷第三號二三頁)所謂權利ヲ嚴通ナル意義ニ於ケル權利ノミヲ指スモノナリヤ又ハ更ニ一層廣キ意義ニ於テ使用セラレタルモノナリヤハ解釋上頗ル疑問ニシテ遺說ハ本ヨリ前說ヲ以テ正當ナリト爲スルカ如キモ少數ノ學者ハ之ニ反對シテ後ノ見解ヲ採リ而シテ余輩ハ我民法ノ解釋上後說ノ正當ナルコトニ信ス(同上債權各論五〇四頁)

八 民法第七〇九條ニ所謂權利ハ之ヲ嚴正ナル意義ニ於ケル權利ト解セシテ廣ク法令ニヨリ世間一般ノ人ニ對シテ侵ササル義務ヲ負擔セシムル法律上ノ利益アル状態ノ如キモ亦所謂權利ト解ル身體若クハ健康ニ對スル侵害ノ如キハ所謂權利ヲ侵害シタルモノト解スヘキモノトス(法學士和田一次氏國家國家學第五卷第一號三九頁以下本書第六卷二二二頁)

權利侵害カ不法行爲成立ノ一要件ナルコトハ我民法第七〇九條ノ解釋トシテハ一點ノ疑ヒナク從來多數ノ學說亦殆ント一致スル所ナリ然リト雖トモ同條ニ所謂權利ナル語ヲ嚴格ニ解スルトキハ權利ヲ構成セサル法律上保護セラレタル利益ハ假令之ヲ侵害スルモ不法行爲ヲ構成セサルニ至リ其結果ノ不當ナルコト明ナリ茲ニ於テ乎不法ニ他人ノ財產ヲ侵害スル以上何等權利侵害ナクトモ不法行爲ヲ構成ストノ一派ノ見解ノ因テ生スル所以ナルヘシト雖モ此ノ如キ見解ハ民法第七〇九條ノ規定ノ儼存スル限り失當タルヲ免レス之ト同一ノ結論ニ到達セシカ爲メニ一般的財產不可侵權ナルモノヲ認ムル見解ノ當ヲ得サルコト亦學士所論ノ如シ

惟フニ民法第七〇九條ノ權利ノ意義ヲ嚴格ニ解スヘカラサル事ハ同法第七一〇

條ノ例示的規定ナル趣旨ニ徴スルモ殆ント疑ヒヲ容レサルヲ以テ吾人ハ學士ノ論旨ヲ以テ正鵠ヲ得タルモノナリト信ス

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

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

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

民法第七一五條ニ所謂事業ノ執行ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害トハ使用者ノ事業執行ノ内容ヲ組成スル行爲ト相關聯シテ一體ヲ爲ス行爲ニ基キ第三者ニ加ヘタル損害ノ意ニ解スヘキモノトス

甲カ乙先代ノ代理人トシテ山林立木ノ買受ヲ爲スニ際シ賣主丙ノ代理人丁ノ背任行爲ニ加擔シテ過廉ニ賣買代金ヲ定メ賣主丙ニ損害ヲ加ヘタルトキハ丙ノ自由權又ハ故ナク債務ヲ負擔セシメラレサル權利ヲ侵害シタルモノナルカ故ニ不法行爲トナルモノトス

大正七年(オ)第一〇一號同八年二月二日大審院民一部判決本書本卷三〇四頁

(一) 案件ハ甲カ乙先代ノ代理人トシテ山林立木ノ買受ヲ爲スニ際シ賣主丙ノ代理人丁ノ背任行爲ニ加擔シテ過廉ニ賣買代金ヲ定メ賣主丙ニ損害ヲ加ヘタル爲メ丙ハ乙ニ對シ此損害ハ乙先代ノ使用人甲カ事業ノ執行ニ付加ヘタルモノナルカ故ニ其賠償ヲ



求ム(民七一五)ト云フノテアル而シテ原判決カ其買受行爲ハ即チ使用人タル乙先代ノ事業執行ヲアルケレトモ丙ノ代理人丁等ノ背任行爲ニ加擔スルカ如キハ使用人ノ事業執行ノ範圍ニ屬シナイト論シタルニ對シ本判決ハ「事業ノ執行ト内部的關係ナ有スル行爲ト云フ言葉ヲ使用シテ甲ノ爲シタル背任行爲ノ加擔ハ買受ト云フ事業ノ執行ト内部的關係ナ有スルカ故ニ甲ハ事業ノ執行ニ付キ丙ニ損害ヲ加ヘタルモノト云ヘルト論シテ居ル余輩ハ此内部的關係ナル語ヲ「事業執行」ノ内容ヲ組成スル行爲ト相聯繫シテ一體ヲ爲ス關係」ノ意ニ解シテ本判決ニ贊成シタイ即チ本件ニ於テハ甲ノ過廉買受ハ本件ノ相手方ノ代理人丁ノ過廉買渡ト云フ背任行爲ニ對スル加功行爲ヲアツタノテアルカヲ事業ノ執行ト背任ノ加功トハ一體不可分ノ關係ナ有スルモノト云ハネハナラヌ從テ背任ノ加功ニ因リ發生セシメル損害ハ事業ノ執行ニ付キ加ヘタル夫レテアルト云ヒ得ル(二)民法第七一五條ハ不法行爲ノ規定ニシテ權利侵害ヲ前提トスルコト(民七〇九)ハ異論アルヲ聞カナイ從テ同條ニ依リ使用者ノ責任ヲ問ハントセハ被用者カ事業ノ執行ニ付キ損害ヲ加ヘタルノ外相手方ノ如何ナル權利ヲ侵害スル事ニ依ツテ損害ヲ發生シタカチ吟味シナケレハナラヌ余輩ハ此場合ニ於ケル權利ノ侵害ハ被害者ノ有スル自由權又ハ故ナク債務ヲ負擔セシメラレサル權利ニ關スルモノニアルト信スル即チ本件ニ於テ丙ハ代理人丁ト乙先代ノ代理人甲トノ共同不法行爲ニ因リテ乙先代ニ對シ適當ノ物品引渡債務ヲ負擔セシメラレタノテアル成程丙ノ代理人丁ハ委任契約ノ範圍内ニ於テ正當ニ丙ヲシテ買主ニ對シ債務ヲ負擔セシメ得ル機能ヲ有スルモノテアルカ委任ノ本旨ニ反シテ丙ヲシテ債務ヲ負擔セシメルコトハ出來ヌ從ツテ丁カ委任ノ本旨ニ反シテ丙ヲシテ債務ヲ負擔セシメタ場合ニハ之レ即チ丙ノ有スル自由權又ハ故ナク債務ヲ負擔セシメラレサル權利ヲ侵害シタモノテアル

(法學士藥師寺傳兵衛氏法學志林第二卷第七號八〇頁)民法第七一五條ノ解釋並ニ背任行爲ノ加功ト不法行爲ノ成立ニ要領

【論旨第一點民法七一五條ニ所謂事業執行ノ意義ニ關スル參照學說】

本書本卷民法一〇頁乃至一五頁同一五五頁

【論旨第二點參照學說】

本書本卷民法一三一至一三三四頁

論旨第一點ハ吾人ノ所見ト一致スル所ニシテ(本卷民法一五七頁第七卷民法一四五頁評論)素ヨリ正當ナリ論旨第二點ニ付キテモ亦吾人ハ之ヲ正當ナリト信ス(本卷民法一三三四頁評論)

四一五 債務者カ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲ササルトキハ債權者ハ其損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得  
 債務者ノ實ニ歸スヘキ事由ニ因リテ履行ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルトキ亦同シ  
 五四一 當事者ノ一方カ其債務ヲ履行セサルトキハ相手方ハ相當ノ期間ヲ定メテ其履行ヲ催告シ若シ期間内ニ履行ナキトキハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得

債權者カ債務者ノ履行遲滞ニ因リ契約ヲ解除スル權利ヲ取得シタル場合ニ之カ權利ノ行使ナキ間ハ契約ハ依然存續スルヲ以テ債務者ノ履行遲滞ニ因リ當然解除セラルヘキ特別ノ事由ナキ限り債權者ハ尙ホ債務者ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ルト同時ニ債務者モ亦其債務ヲ履行スルヲ妨ケサルモノトス

債務者ノ履行遲滞後解除權行使前ニ於ケル債務ノ履行ハ債權者之ヲ拒ムコトヲ得スト雖モ此場合ニ於ケル債務者ノ履行提供ハ債務ノ本旨ニ從フコトヲ要シ且遲延ニ因ル賠償ヲ併セテ提供スルコトヲ要スルモノナレハ債務者カ債務ノ本旨ニ從ヘル履行ヲ提供スルモ遲延ニ因ル賠償ヲ提供セサルトキハ債權者ハ之カ受



領ヲ拒絶シテ解除ヲ爲スコトヲ得ルモノトス

案スルニ債権者カ債務者ノ履行遅滞ニ因リ契約ヲ解除スル權利ヲ取得シタル場合ニ之カ權利ノ行使ナキ間ハ契約ハ依然トシテ存続スルヲ以テ債務者ノ履行遅滞ニ因リ當然解除セラルヘキ特別ノ事由ナキ限りハ債権者ハ尙ホ債務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ルト同時ニ債務者モ亦其債務ヲ履行スルコトヲ妨ケサルモノト謂ハサルヘカラス故ニ原則トシテ債務者ノ履行遅滞後解除權行使前ニ於ケル債務ノ履行ハ債権者之ヲ拒ムコトヲ得サルハ當院判例(大正六年(オ)第三五九號同年七月十日判決參照)ノ認ムル所ナリト雖モ此場合ニ於ケル債務者ノ履行提供ハ素ヨリ債務ノ本旨ニ從フコトヲ要シ且遲延ニ因ル賠償ヲモ併セテ提供スルコトヲ要スルハ論ヲ俟タサル所ナルヲ以テ債務者カ債務ノ本旨ニ從ヘル履行ヲ提供スルモ遲延ニ因ル賠償ヲ提供セサルキハ債権者ハ之カ受領ヲ拒絶シテ解除ヲ爲スコトヲ得ルモノト謂ハサルヘカラス抑モ原院カ本件ニ付キ上告人カ大正六年三月二十七日爲シタル解除ノ意思表示ヲ無効ト認メタル所以ノモノハ本件不動産ノ買主ニシテ被上告人ノ前主タル觀前末松カ買主代金參千九百六拾圓ノ支拂ニ關シ僅カニ四百九拾五圓ヲ支拂ヒタルノミニシテ其餘ノ月賦金ノ支拂ヲ遲延シタルニヨリ上告人ハ當事者間ノ特約ニ基キ何等ノ催告ヲモ爲サズ要セスシテ契約ヲ解除シ得ヘキ權利ヲ取得シタルモ之カ行使ヲ爲ササル内大正六年十二月二十八日ニ至リ右末松ノ權利ヲ讓受ケタル被上告人カ上告人ニ對シ殘代金參千四百六拾五圓支拂ノ爲メ之カ提供ヲ爲シタルモ上告人ニ於テ之カ受領ヲ拒絶シタルモノニシテ而カモ本件不動産ノ買主契約ハ其性質又ハ當事者ノ意思表示ニヨリ約定ノ期日ニ買主カ代金ノ支拂ヲ爲スニ非サレハ契約ノ目的ヲ達スルコトヲ得サルモノニアラサルニヨリ右被上告人ノ爲シタル殘代金ノ提供ヲ有效ナリトナシタルヲ以テ最早解除權ヲ喪失シタルモノト認メタルカ爲メニ外ナラス然レトモ被上告人カ前記日時ニ上告人ニ對シ殘代金支拂ノ爲メ之カ提供ヲ爲ス以前既ニ業ニ被上告

【判旨第一點履行遅滞ニ因ル解除權發生後ノ履行及履行ノ請求ニ關スル同趣旨學說判例】

【關係事項】 破産管財人辯護士菊池俊輔同氣仙忠治同安積伊二郎 人内城作太郎訴訟代理人辯護士菊池俊輔同氣仙忠治同安積伊二郎

人ノ前主タル買主觀前末松ハ代金ノ月賦支拂ヲ遲延シ從テ上告人ハ特約ニ基キ何等ノ催告ヲモ爲サズ要セスシテ契約ヲ解除シ得ヘキ權利ヲ取得シタルモノナルニヨリ右末松ノ權利ヲ讓受ケタル被上告人ハ叙上說示シタル趣旨ニヨリ遲延ニ因ル賠償金ヲモ包含スル意義ノ下ニ殘代金ノ提供ヲナスニ非サレハ上告人ハ之カ受領ヲ拒絶シ尙ホ解除權ヲ行使シ得ヘキモノナルヲ以テ上告人ニ於テ右權利ヲ喪失シタルモノト爲スニハ被上告人ノ殘代金全部ノ提供ハ遲延ニヨル賠償金ヲモ併セテ提供シタル趣旨ナルコトヲ判示セサルヘカラス然ルニ原院ハ事技ニ出テス漫然上告人カ右被上告人ノ殘代金全部ノ提供ヲ拒絶シタル一事ニヨリ既ニ取得シタル解除權ヲ喪失シタルモノトシ其後大正七年三月二十八日ニ爲シタル上告人ノ解除ノ意思表示ヲ無効ト爲シ敗訴ノ旨渡ヲ爲シタルハ理由不備ノ不法アルモノニシテ上告ハ結局理由アリ(大審院大正八年(オ)第四〇號同年十一月二十七日民二部最高裁判長田上柳川瀧源成道各判事判決)

【關係事項】 破産管財人辯護士菊池俊輔同氣仙忠治同安積伊二郎 人内城作太郎訴訟代理人辯護士菊池俊輔同氣仙忠治同安積伊二郎

一 我民法(五四一)ニ於ケル催告ハ債權關係ヲ損害賠償又ハ解除ニ關スルモノニハアラサズ契約上ノ直接履行請求權ニハ何等ノ影響ヲ及ボササルモノナルコト明ナリ故ニ債權者カ催告ヲ爲シタル後ニ於テモ債權者ハ尙履行ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヘク債務者モ亦履行ヲ爲ス債務ヲ負フ(法學博士鳩山秀夫氏法學協會雜誌第三五卷一二號本書第六卷一一八三頁)

二 民法第五四一條ノ規定ニ從ヒ相當ノ期間ヲ定メテ債務ノ履行ヲ催告シタル場合ニ於テ若シ其期間内ニ履行ナキハ該解除權ヲ發生スルニ止マリ其解除權ノ行使ナキ間ハ契約ハ依然トシテ存続スルヲ原則トスルヲ以テ其期間内ニ履行ナキノ一事ヲ以テ當然解除セラルヘキ特別ノ事由ナキ限りハ債權者ハ尙ホ債務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ルト同時ニ債務者モ亦其債務ヲ履行スルコトヲ妨ケサルモノト爲ス故ニ原則トシテハ其期間經過後解除權行使前ニ於ケル債務ノ履行ハ債權者之ヲ拒ムコトヲ得サルモノニシテ既ニ其履行アリタルトキハ解除權ヲ行使スルコトヲ得サルモノト解セサルヘカラス(大正六年七月十日大審院民一部判決本書第六卷民法七八〇頁)



【判旨第二點履行遲滯ニ因ル解除權發生後ノ履行ノ提供ト契約ノ解除ニ關スル同趣旨學說】

債權者カ履行遲滯ニ因ル解除權ヲ取得シタル後債務者カ履行又ハ履行ノ提供ヲ爲シタル場合ニ於テ債權者ハ尙解除ヲ爲スコトヲ得ルカ此點ニ付テハ法律ニ規定ナシト雖モ解除權ノ成立ハ當然契約ヲ解除セシムルモノニアラサルノミナラス此場合ノ解除ハ履行遲滯ヲ理由トスルモノナラカ故ニ履行又ハ履行ノ提供ニヨリ遲滯ノ效果ヲ消滅シタル後ニ於テハ解除ヲ爲シ得サルモノト解スルヲ正當トス但シ履行ノ提供ハ固ヨリ債務ノ本旨ニ從ヘルモノナルコトヲ要スルカ故ニ遲延シタル履行力尙契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルニ適スルモノナルコトヲ要シ且債務者ノ遲延ニ因ル賠償ヲモ併セテ提供スルコトヲ要ス然ラサル場合ニ於テハ債權者ハ受領ヲ拒絶シテ解除ヲ爲スコトヲ得ヘシ(法學博士鳩山秀夫氏日本債權法各論上二二七頁)

【判旨第一二點參照學說】

一 債務者カ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ノ提供ヲ爲シタルトキ債務者ノ遲滯ハ消滅ス然レトモ債務者ハ必ス遲滯ノ爲メニ増大セル一切ノ給付ヲ提供セサルヘカラス元來ノ給付ノミナ提供スルモ債權者ハ之ヲ拒絶スルコトヲ得(法學博士岡松太郎氏債權論京都法政講一六〇頁)  
二 債務者カ完全ナル履行ヲ提供シタルトキ即チ債權者カ更ニ遲滯ニ付セラレタルトキハ債務者ノ遲滯ハ除去セラレルモノナリ(法學博士橫田秀雄氏債權論二四二頁)  
三 債務者カ適當ノ時ト場所トニ於テ完全ナル履行ノ提供ヲ爲シタルトキハ債務者ハ最早遲滯ノ責ヲ負ハサルニ至ルモノナリ而シテ此提供ハ履行ヲ爲サントスル意思ヲ事實ニ依リテ表彰シタルモノナラサル可カラス故ニ債務者カ單ニ言語又ハ書簡等ヲ以テ履行ヲ爲サントスル旨ヲ債權者ニ通知シタルモノニテハ未ダ履行ノ提供アリタルモノト認ム可カラサルナリ(法學博士仁井田益太郎氏同松波仁一郎氏同仁保龜松氏正解債權一六六頁)  
四 給付ノ提供アリタル場合ニ債權者カ給付ヲ受領スルトキハ債權ハ消滅スルカ故ニ遲滯力消滅スヘキハ云フナ俟タズ債權者カ受領セサルモ債權者ハ受領遲滯ノ責任ヲ債務者ハ不履行ニ因リテ生スヘキ一切ノ責任ヲ免ルルカ故ニ遲滯モ亦消滅ス(法學博士石坂晋四郎氏債權上五一六頁)  
提供ニ依リ遲滯ハ將來ニ對シテノ消滅スルモノニシテ既ニ發生セル遲滯ノ效力ハ之カ爲メニ消滅スルコトナシ故ニ債權者ハ履行ヲ遲延セル間ニ生セル損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得從テ債務者ハ給付ト共ニ遲滯ノ爲メニ生セル給付ノ擴張即損害賠償ヲモ同時ニ提供スルコトヲ要ス若シ同時ニ其擴張セルモノヲ提供セサルトキハ債權者ハ一部給付トシテ其受領ヲ拒ムコトヲ得同上債權上五一六頁)  
五 債務履行ノ提供ニ依リ債權者ノ遲滯成立スルト同時ニ債務者ノ遲滯ハ之ニ依リ當然消除セラレルニ至ルナリ(法學博士須賀喜三郎氏債權大正五中大講八九頁)

五〇〇 辨濟ヲ爲スニ付テ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  
抵當不動産ノ第三取得者ハ同不動産ノ負擔スル債務ノ辨濟ヲ爲スニ付テ正當ノ利益ヲ有スルモノナレハ右辨濟ノ適法ニ爲サルルコトニ依リ第三取得者ハ當然債權者ニ代位シ債權ハ第三取得者ニ移轉シ辨濟ニ依リ當然消滅ニ歸シタルモノニ非サレハ債權者ハ第三取得者ニ對シ該債權ニ從タル抵當權ノ移轉登記ヲ爲スヘキ義務アルモノトス

不動産ニ對シ實體上ノ權利ナキ場合ト雖モ事實ニ吻合セシムヘキ義務履行ノ爲メニスル登記手續ハ固ヨリ許容セラルヘキモノトス

本件ニ付テ上告人ノ主張スル所ヲ見ルニ被上告人先代橋本安右衛門ハ訴外坂本辰五郎ニ對シ本訴抵當權附金二百圓ノ債權ヲ有シ上告人ハ安右衛門ヨリ右債權ノ讓渡ヲ受ケ安右衛門ハ未ダ抵當權移轉登記手續ヲ經由セスシテ死亡シ被上告人ハ其家督相続ニ依リ右登記義務ヲ承繼シタリ然ルニ訴外馬目嘉太郎ハ抵當不動産ヲ訴外坂本辰五郎ヨリ買得シタル後右債權ノ元利金全部ヲ上告人ニ代位辨濟シタルヲ以テ上告人ハ同人ニ對シ抵當權移轉登記ヲ爲ス爲メ被上告人ニ對シ先ツ自己ニ對スル移轉登記手續ヲ請求スト云フニ在リテ被上告人先代ノ右債權讓渡及ヒ被上告人ノ相續ニ依リ登記義務承繼ノ事實ハ原審ノ確定スル所ナリ如上ノ事實ニ依リ之ヲ見ルニ訴外馬目嘉太郎ハ抵當不動産ノ第三取得者ナルヲ以テ同不動産ノ負擔スル本件債務ノ辨濟ヲ爲スニ付テ正當ノ利益ヲ有スルモノナレハ右辨濟ノ適法ニ爲サルルコトニ依リ同人ハ當然債權者タル上告人ニ代位シ右元利金ノ債權ハ同人ニ移轉シ辨濟ニ依リ當然消



減ニ歸シタルモノニアラザレハ上告人ハ同人ニ對シ該債權ニ從タル抵當權ノ移轉登記ヲ爲スヘキ義務アルヤ勿論ナルヲ以テ先ツ之カ履行ヲ被上告人ニ訴求スルハ正當ナリト謂ハサルヘカラス然ルニ原審ハ本訴債權ハ訴外馬目嘉太郎ノ辨濟ニ依リ當然ニ消滅シ抵當權モ亦消滅ニ歸シタルモノナレハ既ニ消滅ニ歸シタル物權變動ニ付キ過及的ニ公示センカ爲メニ登記ヲ求ムルハ許容スヘキモノニアラスト判示シ即チ代位ノ法則ヲ適用セザル失當アルノミナラス不動産ニ對シ實體法上ノ權利ナキ場合ト雖モ事實ニ吻合セシムヘキ義務履行ノ爲メニスル登記手續ハ元ヨリ許容セラレヘキモノナルニ之ヲ誤解シタルハ不法アルヲ以テ本件上告ハ理由アリ(大審院大正八年(オ)第七〇六號同年十二月五日民一郎田部裁判長橋原尾古鈴木三宅各判事判決)

【關係事項】 破毀差戻○原審福島地方裁判所○抵當權移轉登記手續請求事件○上告人中根貞次郎訴訟代理人辯護士富澤效被上告人橋本よし

本卷民法四五七頁

【論旨第二點實體上ノ權利ナキ者カ事實ニ吻合セシムヘキ義務履行ノ爲メニスル登記手續ノ許否ニ關スル異趣旨判例】  
辨濟ノ引受ト債務ノ引受トハ各別個ノ法律行為ニシテ前者ハ引受者ヲシテ既存ノ債務關係外ニ立ツ第三者ノ地位ニ於テ債務者ノ債權ヲ辨濟スルノ義務ヲ負ハシムルニ反シ後者ハ引受者ヲシテ既存ノ債務關係ニ入ラシメ其債務者トシテ辨濟義務ヲ負ハシムルモノナレハ契約ニ依リ當事者ノ一方カ相手方ノ債務ヲ其債權者ニ辨濟スヘキ義務ヲ負擔スルハ辨濟ノ引受ニシテ債務ノ引受ニ非ス

案スルニ契約ニ依リ當事者ノ一方カ相手方ノ債務ヲ其債權者ニ辨濟スヘキ義務ヲ負擔スルハ所謂辨濟ノ引受ニ過キスシテ債務ノ引受ヲ以テ論ス可ラス何トナレハ辨濟ノ引受ト債務ノ引受トハ各別個ノ法律行為ニ屬シ前者ハ引受者ヲシテ既存ノ債務關係外ニ立ツ第三者ノ地位ニ於テ債務者ノ債權ヲ辨濟スルノ義務ヲ負ハシムルニ反シ後者ハ引受者ヲシテ既存ノ債務關係ニ入ラシメ其債務者トシテ辨濟義務ヲ負ハシムルモノナレハ契約ニ依リ當事者ノ一方カ相手方ノ債務ヲ其債權者ニ辨濟スヘキ義務ヲ負擔スルハ辨濟ノ引受ニシテ債務ノ引受ニ非ス(大審院大正八年(オ)第六一六號同年十一月二十五日民一部田部裁判長橋原尾古鈴木三宅各判事判決)

【關係事項】 上告棄却○原審東京控訴院○金員支拂義務確認並ニ履行請求事件○上人中山岩楠訴訟代理人辯護士野村此平被上告人合資會社千曲銀行

【辨濟履行引受契約ト債務引受契約トノ差異ニ關スル參照學說判例】

- 一 債務引受契約ハ或人カ債務者ニ對シテ其債務ノ引受ヲ約スル契約ト之ヲ區別セザルヘカラス此契約ハ債務ノ引受ヲ爲スヘキ義務ヲ債務者ニ對シテ負擔スル結果ヲ生セルニ過キサルナリ(法學博士仁井田益太郎氏法學新報二卷六號五頁)
- 二 本書本卷民法四三六頁四三七八頁

至當ノ判決ナリ(本書本卷民法四三七八頁)