

權移轉の登記を申請するもこれによりて公正證書たる登記簿謄本を作製せしむるも本罪は成立せず

### 一六八 自己の相手方の代理と登記の效力

一、乙は個人にて金融業を営み居りしが、都合により甲なる合資会社を組織せり、乙は代表無限責任社員となり乙の妻丙は有限責任社員となり、營業の目的は金融業にて去月末設立登記を受けたリ、乙は金融業を廢業し甲は乙の金融業を繼承したる旨稅務所に届出を爲したり

二、乙名義の貸付金の内には抵當權付のものあり、これを甲會社に移轉するために「債權と共に抵當權讓渡證書」を作製したり

三、その讓渡人は乙にて甲會社代表社員も乙なり、而して登記所に債權と共に抵當權移轉に付き、登記申請したる處登記所にては登記を済ましくれたりしが、後に至り代表社員は法定代理人なるが故に民法第八八條によりこの登記は無効なりと感付きその後事件は受理せず、すでにかくの如き登記は無効なりとせば、登記簿に登記しあるも無きと同一の結果とならん

四、よつて代表無限責任社員一人を増員し合資会社變更登記を受けたり

本を作製せしむるも本罪は成立せず

五、前に無効の「債權と共に抵當權讓渡證書」によりて「債權と共に抵當權移轉の登記を受けあり、十有餘件の登記を比較的手数を掛けずして確實有效ならしむる方法御教示被成下度し

一、乙が甲會社の代表者として自己の債權の讓渡を受くる行爲はその前に乙の債權を甲會社に賣買又は贈與等による債權契約あり、この債權の履行の爲にするものと見るを正當とす

二、而して債務の履行に付ては相手方の代理人となることを許すものなるが故に本件讓渡契約は有效なるを以てその登記も又有效なりと言はざるべからず

三、右債權を擔保する抵當もまた同様なり

四、併しながらその前行々爲たる賣買または贈與なるものは履行々爲にあらざるが故に、乙の甲會社を代表してなしたる行爲は會社を害するや否やによりて區別するを要するものと信ず負擔なき單純の贈與等無償行爲なるときは會社を害する虞なきを以て、有效なれども有償行爲なるときは會社と利害相反する行爲なるを以て無權代理行爲として民法第一〇八條第一一三條

の無權代理に關する法則の適用を受くべきものと解す、即ち本人たる甲會社の追認を得るにあらざれば、會社に對して效力を生ぜざるものとなる

五、而して登記法の規定によれば登記は土地その他の不動産の權利の設定、保存、移轉、變更處分の制限、消滅に付爲すものなれば賣買贈與、出資、交換等の原因は絕對の要件にあらず本件は抵當權なる不動産物權の移轉の爲になす登記なればその主たる債權の移轉は前提として必要なものとす、然れどもその債權の移轉の原因が賣買たると交換たると、將た又贈與その他の無償行爲たるとは直接登記の效力に關係なきものとす、故に本件が會社を害すべき性質の債權契約に係らざる以上はこのままにして置くも後來無効となることなし

六、乙が出資として自己の抵當債權を會社に讓渡するものなるにおいては、會社を害することなきを以てその出資は有效なりと信ず

七、けだし本件の如き民法第一〇八條の規定は明治三十七年頃は大審院は無効説をとり、大正八年頃より無權代理説をとつて、絕對無効説を改め追認すれば有效となる(民法第一一三條)との説をとり今日に至れるも最近昭和二年頃東京地方裁判所民

事第三部においては「相手方本人(本件甲會社)にのみ利益あるの法律行爲にありてはたとへ相手方の代理人となりてこれを爲すも本人に對し何等の損害を生ぜざるを以て毫もこれを禁ずるの必要なく、従つてかかる法律行爲に付いては本條(民法第一〇八條)の適用なきものと解せざるべからず」云々と極めて時代に適合する合理的判決を下すに至り、本社もこの見解を援用し、本件登記は、乙の出資契約その他の會社を利するのみの登記原因なれば有效なりと解するものなり、債權契約が直接登記の效力に影響を及ぼさざるを以て登記は有效なるものと解し又登記原因關係が會社にのみ利益なる行爲なるときは之亦有效とし、又利益なる無權代理行爲として、新代表者に於て追認すれば原則としてその行爲の時に遡つて有效となるものとす(但し第三者の權利を害せざることを條件とす)

八、之を要するに本件債權關係が會社にのみ有利なる場合はこのまゝにして置いて可、若し然らざるときは右債權契約を追認して置けば可なり、しかして何れにしても登記そのものは有效なれば之れを動かす必要なし

因に本件登記が假りに無効なりとせば關係者は登記の抹消を申請するか、職權抹消を促すか登記官更を動かして(不動産登記

法第一四九の二、五、四第四九條參照) 兎も角も、登記抹消をなして然る後、新規まきなほしに甲會社の新代表者名義にて登記するを要す、追認の登記を爲す手續きなしと思はる(附記

登記の附記登記は許さず本件追認の登記はこの登記になる故に可なりと思ふ)

### 一六九 遺産を單獨に登記

共有者の持分拋棄を證する書面さへ添付すれば一人の單獨名義にて相續の登記出来るものとす

法曹會決議(大正十五年五月二十六日)

問 遺産相續に依り甲乙二人が或る不動産を共有せる場合に、甲が其の持分を乙に贈與する目的を以て之を拋棄し、(民法第二百五十五條) 而して乙は甲の拋棄を證する書面を添付して自己一人の名義に遺産相續の登記を爲すも差支なきや

從來の取扱ひは甲より裁判所に對し遺産相續拋棄の申述を爲し此の申述の承認證を添付して乙一人の名義に遺産相續の登記を

爲すか、又は一應甲乙名義に遺産相續登記を経たる上にて甲より乙に對する贈與の登記を爲す等、多大の税額を支出し來りしが前段の如き登記差支なしとせば申請人の爲にも頗る便宜なるも一面より畢竟變則の取扱ひなるを以て貴會の御決議を仰ぐ次第に候  
決 中間登記省略の法律上有效なること及び不動産登記法第四十二條の法意等に徴するときは、貴見の如く登記差支なし

### 一七〇 登記義務履行催告には日時等を示せ

昭和四年(オ)第千二百二十二號

凡そ登記は原則として権利者及義務者又は其代理人登記所に出頭して之を申請するを要す、故に登記義務を履行せんとするときは當事者双方登記所に出頭すべき日時を協定せざるべからず

其の之を定めざりし場合に相手方に不履行の責を以てすることの果して相當なりや否や、开は殆ど言を俟たざらむなり、蓋債權者に於て單に辨済を受領することに依りて以て履行の完了を見る場合は、債權者は唯拱手して債務者の來りて辨済を爲すを

待つのみにて足るが故に、何日間に履行すべしと云ふ單純なる催告も有效なるを失はずと雖、債權者に於て受領以上の或行爲を爲すに依りて始めて履行の完了を見る場合に在りては、債權者は宜敷當該行爲を爲すべき日時場所等債務者に示して其の履

行を催告し、以て債務者に於て之に應じて其の義務たる給付を爲し得るの素地を作り置かざる可からざるは蓋論を須ひざればなり

### 一七一 建物保護法を知らぬ裁判

昭和七年(ク)第二十四號

建物の所有を目的とする土地の賃貸借に因り賃借人が其の土地の上に登記したる建物を有するときは、土地の賃貸借は其の登記なきも之を以て、爾後其の土地に付抵當權を取得したるもの其他第三者に對抗するを得べきものなることは明治四十二年

法律第四十號建物保護に關する法律第一條の規定するところに於て、抵當權に基く土地の競買に於て競買期日の公告には抵當權者並競落人に對抗することを得べき賃貸借の期限並借賃を掲記すべきものなることは競買法第二十九條と民事訴訟法第六百五十八條の規定上明瞭なり(原審は建物保護法を忘る)

### 一七二 共有者の一人を登記名義人とするの弊害

問 某組合員三十人にて山林二反歩を或人より買うけ今より四十年前この土地を組合員甲の名義に登記をなしたり爾後組合員一同にて年々納税もし山林立毛も數度に渡り、一同にて賣却したり、甲は三十年以前死亡しその子乙が相續して右山林に抵當權を設定し丙より金子を借用したり、この度丙より競賣申請を

されたり、これに對し組合員一同は右土地を取戻し得るや、抵當權設定の效力有效なりや否や、丙は右抵當權設定が若し無効とならば非常なる損失を蒙る事となるが乙に對する良法如何  
答 一、甲一人の名義にて登記し、甲の相續人乙の名義に相續に因る移轉登記を爲し丙がこの乙に對して貸金をなし、而して

その擔保として三十名の共有に係る山林二反歩の抵當權を設定せしめ、これを登記したりとせば丙は右共有に係ることを知ると否とを問はず、右貸金の辨濟を受けざる時は右抵當山林を競賣して債權の満足を得るものとす

二、これに對して他の共有者は登記名義人にあらざるを以て丙に對しては勿論競賣人に對して何等の權利なきものといはざるべからず、蓋し抵當權の登記なるものは第三者に對抗することを得る對抗要件にして丙は第三者たる相續人乙以外の組合員に對抗する權利を有するものなればなり

### 一七三 隱居の名義を幸ひ賣る

隱居する以前より隱居の所有に係る家屋、宅地、山林、田畑等あり、此等の多くは新戸主に於て所有權保存登記又は所有權移轉登記をなしたるも、其の一部例へば家屋其の他の建物は依然として隱居者の名義（何等留保せず）にして未だ新戸主に移轉登記をなさざる内に隱居が死亡したりとせば、右の家屋等は遺産として新戸主及其の兄弟姉妹に分與せらるゝやと尋れたるに、右は、隱居前よりの分は家督權即ち幾十年後でも家督一

三、登記を以て第三者に對抗することを得るの要件とし且登記當事者の善意惡意を問はずりし法の精神に鑑み、本件は右の如く斷するを相當と信す

四、又乙が他の組合員に對し自己名義なるを奇貨として借金の抵當に供し、丙に競賣せられ、その山林を失ふに至りしとするもそは乙と他の組合員との内部關係において或は背任罪或は横領罪は成立することあらんも、丙に對しては右犯罪の教唆または幫助たるが如き犯意なき以上は全く何等の制裁なきものと信す

### 第三者の買受が登記済の時相續人回复權なし、孰れも未登記の時は權利取得の先後で決定が可

人にて單獨登記出来る、唯隱居後取得せる隱居者の財産並に借財は別のこととなるが、左の場合如何、即ち隱居の留保せざる家屋等を特に新戸主に於て所有權保存登記をなさずして、單に村長又は郡長に宛贈與者隱居と被贈與者たる新戸主と連署し建物贈與届を差出し置くのみの場合多々あり、然るに此の届出あるにも拘はらず、隱居が新戸主に秘し賣拂をなしたる場合に於て新戸主が善意の第三者に對し右建物の所有權を取戻し得る

や、矢張登記法の定むる所に依り登記せざる以上は對抗出来ざるや

警 村役場に對し家屋を新戸主に譲れる届を爲しても之を以て登記と同一の效力を與ふるを得ず、故に隱居者が登記簿上自己名義なるを幸ひとして之を第三者に賣渡しの登記を爲したる時は相續人たる新戸主は之を回復するに由なし、第三者の買受も登記出来居らざるものなる時は、孰れも登記對抗の問題なきにより、實質により判斷の外なし、乃ち隱居者は既に自己の權

### 一七四 登記が先で借金が後

大正十五年(オ)第五百六十號

將來發生すべき消費貸借上の債務の履行を確保する爲、豫め抵當權を設定し、其の發生したる債務不履行の場合に於ける擔保責任を引受くることは、固より之を爲し得べく、唯斯る抵當權は將來消費貸借上の債務發生したる場合に其の效力を發現し得べきものなるも、右債務發生前と雖も抵當權は現實に有効に設定せらるゝものなるが故に、之を設定して其の登記を爲すときは該登記も亦有效なることを俟たず、而し其の抵當權は後日

### 借金成立前の抵當登記は事實に符合せざるもの故無効など、云ふ屁理届は成立せざると當然

約旨に従ふ右の債務發生せざること確定したる場合には當然消滅すべきものとす、而して消費貸借上の債務は後に發生すべきものなるに拘はらず、既に發生したるものとして右の抵當權設定登記を爲したるときは、此の點に於て登記が實際と符合せざる缺點ありと雖も、抵當權の設定其のものに付ては右の登記は實際と符合するものなるが故に其の登記は有効にして只後に發生すべき消費貸借上の債權擔保の爲の設定なることを示すべき登記に更正の登記を求め得るに過ぎざるものと解するを隱當と

す(當院明治三十九年(オ)第四百十九號同四十年三月二十五日  
言渡の判決参照)然るに本件に於て上告人(控訴人)兩名が大  
正十一年七月五日連帶して被上告人(被控訴人)より金八百圓を  
借受くべきことを約し、未だ其の金錢の授受なきに先立ち同日  
上告人等に於て之を擔保の爲上告人米吉所有の本件不動産上に

### 一七五 轉付と抵當の登記

債權と共に抵當權の轉付命令を得たりとするも  
之が移轉登記は單獨不能故同意か判決必要なり

問 甲(債權者)は乙(債務者)が丙(第三債務者)に對し有せる極  
度金十萬迄の不動産を擔保とする根抵當權附債權の實在額金五  
萬圓を轉付命令に因り、抵當權と共に取得したる債務者が登記  
申請を爲さざる爲め登記上支障を生じたり

一、此場合該轉付命令のみを以て債權者單獨に抵當權移轉登  
記を申請する途ありや  
二、若し訴を以て登記手續を爲すべしとの判決を求むるとせ  
ば、裁判籍は何れなりや

三、何れの方法に依るも抵當權移轉登記後に於て、第三債務  
者が債權者に轉付債務額金五萬圓を辨済したるときは、債權者  
と第三債務者即ち不動産所有者との双方にて抵當抹消の登記を

申請すれば、同極度額十萬圓の根抵當權は抹消せらるべきや  
右事項に對し貴見と共に判例、條文等の根據をも至急御回示下  
され度候

答 轉付を受けたる債權者に對し轉付債務者が抵當權移轉登記  
申請に調印せざる時は、更に訴へを起し判決を以て書替ふるの  
外なし、轉付命令も裁判所の決定故、登記法二十七條の判決と  
同様に扱ひ、單獨にて登記申請を可能とすること常識に合し又  
斯く解釋する學者もあれど、通説並に實例としては不採用の如  
く思はる(不能と云ふ判決は大正五年二月一日大阪區裁判所に  
ありたり)訴訟中の保全策として假登記假處分命令(保證金を  
要せざる登記法上の手續)を仰ぎ其旨登記し置く可とす、管

轄裁判所は不動産所在地とす、而して右の抵當權移轉は五萬圓  
の實在債權と共に伴ふ抵當權に過ぎず之が爲他の五萬圓迄の

### 一七六 登記の脱漏と對抗

登記官吏の過誤にて脱漏ありし時は脱漏され  
たる人が損害を受く可く第三者は影響無き也

法曹會決議(大正十四年十二月二日)

問 茲に甲なる者宅地十筆を抵當とし金五千圓を貸與し其設定  
登記を爲したるに登記官吏が誤つて八筆の登記簿に登記を爲し  
二筆には登記を脱漏したり其後乙なる者右八筆に對し二番  
二筆に對し一番の抵當にて金三千圓を貸與し、次で丙なる者右  
八筆を三番にして二筆を二番抵當とし金二千圓を貸與し各設定  
の登記を了せり、此場合甲は脱漏せる二筆に對し一番抵當の設

根抵當權消滅するものに非ずと解せざる可からず、故に全部抹  
消する場合は甲乙兩名の調印を要することとなるべし

定登記を求め第三者に對抗せんとす、如何なる手續に依るべき  
や、且甲乙丙の債權に及ぼす影響如何、併せて詳細回答を望む  
決 設例の場合に於ては甲は乙及丙の承諾書又は之に對抗し得  
べき裁判の謄本を添付して抵當權設定者と共に遺漏せる二筆に  
付更正登記の申請を爲すことを得べし、但乙は更生登記を承諾  
する義務なし

### 一七七 競賣申立後登記前の登記

之を不問に附して競賣手續進行  
可也然らずんば申立者迷惑也と

昭和七年(ク)第四十一號  
民法第三百八十一條に依れば抵當權者が其の抵當權を實行せん  
とせば、第三百七十八條に掲ぐる第三取得者に其旨を通知する  
を要し、第三取得者が其の權利取得に付本登記を経たる者なる

ときは素より、單に假登記を経たるのみの者なりとも之に對し  
通知を爲すことを必要とするものなること洵に所論の如しと雖  
(昭和六年一月十三日附同年(リ)第一三七五號當院判決参照)  
此所に所謂第三取得者とは競賣申立前に其地位を得、且其の事

實を抵當權者に對抗し得べき者に限らるるものにして、競買申立後に其地位を得たる者は勿論、競買申立後に於て始めて抵當權者に其事實を對抗し得るに至りたる者をも包含せざる趣旨なりと解す可きものとす、蓋同條は抵當權者が抵當權を實行せんとするとき豫め通知を爲し得べき第三取得者の存在することを前提とし、競買に先ち之に濬除の機会を與ふることを目的とするものにして、抵當權の實行に着手したる後の事項を規定したるものにあらざることは法文上明白なるのみならず、若し抵當權實行着手後に其地位を取得し、又は之を抵當權者に對抗し得るに至りたる者に對しても尙叙上通知を爲すことを要するものと爲す時は、競買申立記入登記を経るに至る迄の間に於て自由に第三取得者の假登記を爲し此者に通知なかりし故を以て當該競買手續を無効ならしめ、因て抵當權の正當なる實行を阻害するの弊を生ずるに至るべきなり

一七八三十年も登記洩れ

登記洩れの證據なくも二十年以上所有意思の占有繼續ある時は時効取得を主張して登記請求可

問 一、甲の亡祖父が卅年以前に於て乙の亡父より買取り自己所有地とし、周圍に樹木の垣根を圍ひ庭園の一部とし來れる土地、今回移動地測量の節計らずも右土地には卅年以上前甲が買取りし際右一筆登記洩れせしものか乙の亡父名義となり居れり現に乙に於て其租税を負擔し居るを發見し、乙より突然故障云ひ出し右土地の使用料及返還方を請求せられたるも、事實上卅年以前に於て確に乙の父より甲の祖父が他の土地と一所に買取りしものなるが、右土地一筆如何なる誤りにや、登記もれか故意か、乙の亡父名義となり居り、當時立合たる證人も今は死

亡して一人もなし

既に祖父以來卅年以上も垣根を圍らし甲の所有地として占有し未だ一回の故障をも申出られざる土地なれば民法の占有による所有權確定せざるものによ

左の點御説明願ひ度し

(イ)占有による不動産所有權確認訴訟は相手乙の故障申出によりて取消となるべきものなるか

(ロ)右事實は民法百六十二條の(其占有の始め善意にして且過失なかりしとき)と云ふ條項に當らざるか

(ハ)訴訟に多額の費用を要するものにや(時價二百圓位の土地也)多額の費用を要すとせば右占有による所有權を拋棄する意思あるも乙より卅年間の使用料等請求せらるゝ虞れなきものにや(乙は地方の所謂三百代言の如き人物也)尙乙が負擔し來りたる租税は甲が辨濟すべき性質なるものならんか

事實に於て乙も今迄自分の所有地にて自分が租税を負擔し來れることを知らざりしものなれども、今に至つては以前より知り居たりといふ(甲に對しては一回も故障を云ひたる證據は全然なし)

右如何に善處すべきかも併せて御解説願ひ上候  
二、町村収入役の身元保證擔保登記料は町村の負擔とすべきものなるか、収入役の負擔とすべきものなるか  
又町村負擔としても差支なきものなるか

答 甲の先代が乙の先代より買受けたりと云ふ證人か又は書類を必要とす此證明材料なければ乙の所有なりと認むるの外なし但右事實の立證なしとするも甲は先代以來三十年間も自己の所有なりとして、支配し來れるもの故假に乙の所有權なること確實のものとして今日にては既に甲の所有權に歸し居るものと

なるべし、占有の始め善意にして過失なき時は十年にて時効取得となれど、本件は現に乙先代名義になり居るを以て其れを甲のものなりと信じて占有し居る事は善意なりとしても過失の占有者とも言はざる可らず、故に本件は惡意の占有でも將た過失の占有でも可なる處の二十年の時効を適用して甲の所有地に歸せることを主張するの外なし、而して之を甲名義に変更せんとせば乙を相手取り時効取得を理由として登記書替手續の請求を爲すべきものとす、損害地代云々は關係なし、假に責任ある場合でも十年以上の分は時効により責任なし税金は不當利得として返還義務あり、之も十年分迄也

町村へ身元保證の擔保登記は町村の爲めにするもの故、町村が之を負擔するを道理とすべし特約あれば別也

(賢者の登記、愚者の後悔・國民法律社)

### 一七九 鑛業登録と中間省略

大正十四年(オ)第二百五十四號

鑛業権は其移轉登録を爲すに非ざれば當事者にも權利の移轉の效力を生ぜざるも、之を目的とする賣買契約は有効に之を爲し得べきこと既に論旨第四點に付説明したる如く、而して其の賣買契約に基き爲す移轉登録は契約履行の爲めにする權利移轉の要件なるを以て、同一工業権を甲より乙、乙より丙に順次轉賣したる場合に、關係當事者協議の上中間登録を省略して甲より丙に直接移轉の登録を爲したる場合には、甲は乙に對し權利移轉に必要な行爲を爲す義務を負擔するため、乙に代り乙の丙に對する義務たる權利移轉に必要な行爲を爲すべき趣旨の下に之を爲したるものと解すべきものとす、故に、鑛業権は其の登録に因り直接に甲より丙に移轉するものなるは毫も疑ひなく

甲より乙、乙より丙に賣買したる時甲より丙に合意上登録すること有効也不動産登記も然る也

甲は元來其の鑛業権を丙に移轉するの義務を負ふものに非ずと雖も、甲は其の鑛業権を乙に移轉する義務を負擔し、乙は又之を丙に移轉するの義務を負擔すること前示の如くなる以上、當事者協議の上甲より丙に鑛業権を登録移轉するに於ては、甲は乙に對し乙は丙に對し鑛業権を登録移轉するの義務を履行したるものに外ならざるを以て、此場合に於ける甲丙間の鑛業権移轉の登録は適法なる原因を有し權利移轉の要件を具備するものと謂はざるべからず、是即本件の場合なるを以て原審が論旨に摘録する如く判示し中間登録を省略して爲したる登録に因り權利移轉の效力を生ずるものと爲したるは正當にして、論旨は總て理由なきものとす

### 一八〇 選定相續登記の書類

法曹會決議(昭和三年四月十八日)

選定相續人の後見人が此相續を承認した場合其相續登記申請書には親族會の同意書添付が普通

問 ある人の相續人に選任せられたる某なるもの、後見人がこ

の相續を承認したる場合に相續登記の申請書には、親族會の同意(民法九二九)を證する書面(不登法三五、一、四號)の添附を必要とするや

卑見に依れば登記申請書に之等書面の添附を命じたるは登記原因の存否を認定する資料を具へしむる趣旨なるべく、而も右の場合においては申請書添附の戸籍簿本(不登法四一)に依り親族會の同意ありたることは自ら之を認むるに充分なるを以て、(戸五八、一)前記書面の添附は必要ならずと思料せらる  
決 登記は登記官吏の獨立なる判断に従ひてこれを爲す不登法三五、一、四號はこの判断の一資料を供せしむる法意に外ならず、本間に於ける親族會の同意を證する書面の如きも亦此一に屬すること勿論なり、故にこれを具へざる可らず、抑々戸籍に關する事務は戸籍吏がその獨立の判断に従ひて爲すところなる

### 一八一 登記を信用は無過失

大正十五年(オ)第六百五十一號

相續人なりと濫稱したればとて之に依りて當然相續人たる地位を贏ち得るものに非ず、又相續財産に屬する權利を取得するも

登記を信用して買受けたればとて的確に權利を得るものに非ざれど無過失取得とは云ひ得る也

のにも非ず、こは猶所有権者なりと主張したればとて之に依りては當然所有権を取得せざると何の撰ぶところなし、故に或者が相續人なりや否やとのこと、又従ひて此のものが相續財産に

屬する権利の主體なりや否やとのことは確認判決の對象たり得べく、又潛稱相續人が相續財産の全部若しくは一部を占有せるが如き場合にはその返還請求權は給付判決の對象たり得べしと雖も、その創設判決の如きは前記の諸點に對し固より之を爲し得べき性質のものにも非ず、相續回復の請求權と云ひ又其の訴へと云ひ、如何に之を解釋するにせよ此の訴へに於ける判決なるもの固より前叙法理の外に出づべくもあらず、原裁判所は或は之を以て創設判決なりと認め、之に依りて初めて眞正の相續人をして相續人の地位につきしむると共に潛稱相續人を其地位より退斥するもの、如く解せるには非ずやと疑はしむる判示ありと雖も此點は今姑く之を措く、然るに原判決の確定するところによれば喜兵衛は明治三十九年六月中相續登記を爲し同四十二年に眞り傳吉及常三郎にそれ〴〵當該不動産を賣渡したりと云ふに在り、凡そ特別の事情なき限り不動産の取引は登記簿の記載に措信して之を爲すを普通とするが故に、何等の反證なき以上右傳吉常三郎に於ては亦喜兵衛の相續登記を信じて當該不動産を買受けたるものと認めざるを得ず、然り而して吾現行の登記には公信力なしとの言は往々にして聞くところなるが、此の趣旨、例へば彼の獨逸民法(第八百九十二條第八百九十三

條)に於けるが如き強き效力は吾法律の認めざるところなりと云ふに在らば或は可ならむも、若し然らずして登記簿の記載なるものは何等の信憑力をも有せざるものなりと云ふに在らば、それは甚しき誤りなり、果して斯の如くならば吾現行の登記制度は擧げて無用の一長物たるに了らむ、抑々不動産に關する物權の得喪變更は何が故に其の登記を爲すことに依りて第三者に對する對抗力を生ずるや、そは他に非ず、如何なる人が如何なる權利を當該不動産に對して有するやとの點に關しては登記簿の記載は殆んど之に全幅の信用を措きて可なるが故に非ずや、然らば即ち登記上所有者と表示せられある者を以て其の眞の所有者なりと信ずるは特別の事情なき限り何等の過失ありと云ふを得ざることも亦殆んど論を俟たず

### 一八二 保存は未登記で對抗

法曹會決議(大正十五年十一月四日)

問 建物を新築したるものは之が保存登記なくして其の所有權を第三者に對抗するを得との判例あり、然れども質疑者は本問の如き場合も亦等しく登記を爲さざれば第三者に對抗する能はざるものなりと思考す如何

決 民法第七十七條には不動産に關する物權の得喪變更は云

登記の對抗力は物權の變動に關して也新築の建物所有權は保存登記なくも第三者に對抗力あり

★登記を爲すに非ざれば第三者に對抗するを得ずと規定しありて、登記を以て物權變動の第三者に對する對抗要件と爲せり、然るに建物を新築したるに止まり未だ之を移轉せざる場合に於ては物權に關する得喪變更を生せず、即ち物權の變動を生ぜざるを以て同條の適用を受くることなし、従つて保存登記を爲さざるも其の所有權は第三者に對抗することを得べきなり

### 一八三 貰つた物を家督が登記

學士我妻榮氏判例評釋(大正一四(オ)二〇一號一五・四・三〇、民二集五卷六號三四四頁)

(判旨) (1)「相續人は被相續人の法律上の地位の承繼者として其の權利義務を包括的に承繼するものなれば、被相續人が不動産を他人に譲り渡し未だ其の登記義務を履行せざる間に相續開始したる場合に於ては、相續人は被相續人の右登記義務をも承繼し

書面によらざる贈與は相續人から取消し出來るが引渡しを了せる物件に就ては取消し不能とす

讓受人に對し所有權移轉の登記手續を爲すべき義務を負擔するものである

(2) この場合に若し「相續人が該不動産に付既に相續登記を爲したる場合に於ては、讓受人は直に相續人に對し讓渡の登記手續を求め得るものと解すべく、上告人所論の如く相續人に對し先づ相續登記の抹消手續を求め、被相續人の登記名義に復歸せしむるに非ざれば所有權移轉登記手續を求むることを得ざ

るものと爲すを得ず、蓋し、相續人の爲したる相續登記は必ずしも之を無効の登記と謂ふべからざるのみならず、讓受人が所有權移轉登記義務の承繼人たる相續人より移轉登記を受くるに當り、相續人を登記名義人として登記を受くと被相續人を登記名義人として登記を受くるとは、其の權利の取得を公示する目的を達するに於て何等の逕庭を見ざるを以てである

(3)「上告人は、相續人名義のまま、贈與に依る移轉登記を爲し得るものとせば上告人は其の登記を了るまでに支出せる地租並に相續税等を負擔すべく、爲に損害を被るに至る旨主張すれども、此の如きは上告人の所有權移轉登記義務の履行とは自ら別個の問題に屬し、上告人に於て之に依り其の登記義務の履行を拒み得べきものに非ず」

〔評釋〕 大審院最初の判決らしいから、實際上重要な意義を有する判決といふべきであるが、理論としては登記に對する從來の判例の理論の歸結と見なければならぬ、即ち、

(1) 被相續人の贈與による移轉登記義務を相續人が承繼するは云ふ迄もないから、これを如何にして實現すべきかといふことのみが問題となる

(2) 然るに判例は、所謂省略の登記を有効とするに當つて

登記は「不動産に關する現在の眞實なる權利狀態を公示する」を目的とするものであるとなし、その理論を一貫して居るのであるから(一〇・四・一一、判例民法五七事件の拙評參照)本事

件に於ても、勿論現在の名義人から直接現在の眞實の權利者に移轉するを以て我國登記制の目的に適ふと云ふべく、從つてこれを請求された被告側から拒むことは出來ないと云はればならぬ、——判例は甲より乙、丙と輾轉した場合には、丙より直接甲に對する中間省略の登記請求權は當然には發生せず、甲乙丙間の契約によつてのみ發生すると解してゐるが(一一・三・二五判例民法二四事件拙評參照)本件の如き場合には此の問題は宛も前段(1)の登記義務の相續でも解決せられて居る譯である

(3) 判旨は相續人の登記は「必ずしも之を無効の登記と謂ふべからざるのみならず」といつて居る、其の意味は、恐らくは此の際相續人が更に第三者に譲り渡して移轉登記をすれば、その譲り受人は完全な所有權を取得し、被相續人から贈與を受けた原告の未登記の所有權に優先することを意味して居るのであらう(一五・二・一聯合部判例民法法種積氏評釋參照)そしてそれは上告論旨が實際と異なる登記を爲すは犯罪なりと主張するのに答へてゐるのであらう

然し犯罪なりとする刑事部の判決は到底民事部の理論と一致しないものであるのみならず(前掲十年度の拙評參照)民事部の理論を貫くに於ては登記請求權は現在の實質上の權利者から登記簿上の名義人に對して發生するものであつて、その現在の登

### 一八四 不動産の出資と登録

司法省同答

問 株式會社を設立するに當り、不動産を出資して設立登記を爲し其の不動産の價額に相當する株式割當を受けたる場合に於て、該不動産所有權移轉の登記を爲すに付登録税の徴收に關し左記疑義相生に候に付至急御同示相煩はし度候

(一) 登録税は一種の課税にして株式會社設立登記の際其の出資したる不動産に對しては登録税法第六條第三號により、既に登録税を徴收しあるを以て後日所有權移轉登記を爲すに際し更に登録税を徴收するは同一財産の取得に對し、二重の課税を爲すの嫌ひありて、税法の精神に反するを以て移轉登記の際に登録税を徴收するを得ざるものとす

(二) 所有權移轉登記の登記原因は出資にあるを以て登記税法

第一章 民法 第四節 登記の部

記が必ずしも無効と謂ふべからざる」ものであると、全然無効のものであることを問ふ必要はないと謂はればならない、從つて要するに私はこの被告の登記の效力についての判旨の説明は結局不要なものだと考へる

會社財産として商業登録税と出資せる不動産の移轉登記税とは全然別也、後者は賣買と同税也

第二條第三號無償名義による所有權の取得として、不動産價額の千分の六十を徴收すべきものとす

(三) 不動産出資は贈與の如く無償にて財産を移轉するものに非ず、現に株の割當を受くるものなるを以て(二)の場合に該當せず、同條第四號により千分の三十五を徴收するものとす

同答 本月十三日第一、五一三號問合登録税徴收に關する件は登録税法第二條第四號に依り徴收すべきものと思考致し候、此の段同答に及び候也



### 一八五 會社の目的分離登記

會社の目的たる營業項目を分離して登記すると  
差支なし性質上不可分に非ざる限り禁止無要也

司法省回答

問 定款に數種の營業を目的として定めたる會社の設立登記に付き、其の營業の一部に官廳の許可を要する事項ある場合未だこれが許可を受くるに至らざる爲め（許可が會社の設立要件又は前提條件にあらざるもの）其部分を分離し他の部分を會社の目的事項として之が申請を爲すことを得るや

會社は定款に定むる目的の範圍内に於て、一個の權利能力者たるものなれば、其目的の幾部に付て登記を申請するは即ち一個の人格者と謂ふことを得ざるのみならず、會社の根本規則たる定款の定めを分割して登記を申請する結果、定款と申請書との不一致を生ぜしむるものなるを以て、目的たる營業が事業の性質上不可分的關係を有せざる場合に於ても斯かる申請は受理すべき筋合にあらず、若し之を受理すべきものとせば定款に定めたる數種の營業が孰れも官廳の許可を要せざるに當事者の都合に依り其の一部に付き登記申請を保留せんとする場合に於ても之を受理せざるべからざるの結論を生ずべしとの説あるも、會

社の目的が事業の性質上不可分關係を有せざるものを分割するも、尙權利會社の目的として獨立性を有するときは其目的の幾部分を分離するも會社の存立を害すべきものにあらず、故にこれが登記には其分離したる旨を釋明したるときは受理し差支なしとの説も之有、大正八年（タ）第一七九號同年十二月廿七日大審院第三民事部の決定の次第もあり、疑義相生じ候に付御垂示相仰ぎ候

追つて右は目下差掛りたる事件之有候に付電信にて御回答相煩はし度候

答 本月十日第一四六〇號問合の件、目的が互に可分的關係にある以上之を分離し登記することを得る義と思考す

### 一八六 外國が土地の取得

外人土地法により外國私法人のみならず公法人  
たる行政區劃及國自身も取得登記するを得べし

司法省回答

問 首題の件に關し左記の事項に付取扱上疑義相生じ候條至急何分の御回答願はし度此の段及御問合候也

一、外國人土地法に依れば外國又は其の行政區劃は土地所有權を取得することを得べきものと解せらるるも、同法第一條には「帝國臣民又は帝國法人に對し土地に關する權利の享有云々の國に屬する外國人又は外國法人」とありて國其の者は外國法人中には包含せずして、明治四十三年法律第五十一號外國人の土地所有權に關する法律第一條の外國人法と同一意義に於ける外國の私法人を指稱したるものと解せられざるに非ず、疑義を生ず

二、前項土地所有權の登記に付、外國の行政區劃には果して申請の如き行政區劃ありや否やに付疑ひを生ずるもの多かるべきを以て、之が所有名義に付何等かの證明を爲さしむべき必要なきや

三、前項所有權取得の登記に付國又は國の行政區劃の代表者

は何人なりや、而して其の代表者は國の法制により定まるものとせば、之に關する各外國の法制を知悉するの必要あり、實際取扱上如何にすべきや

四、前項登記は關係當事者（又は其の代理人）出頭して申請手續を爲すべきものなること勿論なりと思料せらるるも果して然るや

五、本問に關する登記に付ては登録税を要することは勿論なりと思料す、果して然るや

六、以上の登記に關し提出すべき外國官憲の作製に係る文書に付ては、其の資格又は署名其の他の正確なりや否やに付何等の證明も必要とせざるや

答 本月十四日付第一八〇五號御問合に係る標記の件は左の通思考致候  
一、外國又は其の行政區劃と雖も土地の所有權を取得することを得、但外國の行政區劃は其の本國に於て法人として獨立の人格を有するものに限る

二及三、本邦駐在の大使又は領事より之に關する書面(當該本國に於て申請に係る行政區劃ある旨、右行政區劃は其の本國に於て法人たる旨及當該外國又は行政區劃の代表者は何人なる旨の書面)を徴し該書面にて一應其の事實を窺ふに足るものと

認めらるゝに於ては其のまま申請を受理するを妨げず

四、五 貴見の通

六、二及三の回答にて御了知相成度右及回答候也

### 一八七 破産と假登記の效力

假登記でも破産宣告の爲其の效力を害せらるるとなし即ち本登記を管財人に對し請求し得る也

博士 加藤正治氏判例評釋(大正一五年(オ)一五八號、一五・六・二九、民二、判例集第五卷九號六〇二頁)

依つて不動産が破産財團に組入れられたる場合には破産管財人に對し假登記に依り保全したる權利に付、本登記手續を請求し得る

〔判旨〕(一)所有權移轉の假登記を爲したる不動産に付第三者が所有權取得の本登記を爲したる結果、假登記權利者に於て登記義務者に對し本登記手續を求むること能はざるに至りたるときは、假登記權利者は假登記の效力として其の第三者に對し本登記の抹消を求むることを得(大正六年(オ)第一三五號同年九月二十日第二民事部判決參照)

(二)破産法第五十五條第一項には不動産に關し、破産宣告前の原因に基き破産宣告後爲したる假登記は之を以て破産債權者に對抗することを得ずとあるから、破産宣告前の原因に基き破産宣告前爲したる假登記は之を以て破産債權者に對抗し得る

〔評釋〕予は判旨に賛成である、假登記の效力に付ては不動産登記法第七條第二項に「假登記を爲したる場合に於ては本登記の順位は假登記の順位に依る」と規定してあるから、假登記により後日行ふところの本登記の順位が保全せらるることになる、然し假登記權利者が後日本登記を爲すには登記義務者の協力を要することは同法第二六條の規定する所である、故に第三者が所有權取得の本登記を爲したる場合には、假登記權利者は其の第三者に對し本登記の抹消を請求し、其の抹消ありたる後從前の假登記義務者の協力により本登記を申請し得ることと爲

さればならぬ、大審院は大正六年九月二十日の判決(民録二三輯一四四五頁)に於て此の趣旨を認め、本件判旨(一)に於ても此の趣旨を踏襲したに外ならぬ

而して本件に於ては假登記の後第三者が本登記を爲したのではない、唯所有權が破産の宣告を受け、當該不動産が破産財團に組入れられたるに過ぎぬ、而も假登記は破産宣告前であつて、破産法第五條第一項による破産債權者に對抗し得るのであるから、本件の假登記權利者が破産財團の管理の責に任ずる破産管財人に對し、所有權移轉の本登記を請求し得るは當然と云はればならぬ、故に判旨(二)も亦正當である

然し前掲(事實)に於て説明せる通り、本件の賣買契約は未成年者の行爲であり、之に同意を與ふるにつき母たる親權者は親族會の適法の決議を経て居らぬから、民法第八百八十七條により子又は其の法定代理人に於て其の契約を取消すことを得たのである、而して未成年者の破産宣告後に在りては財團の管理及處

分の權利は破産管財人に專屬するから(民第七條)破産管財人に於て其の契約を取消し、結局に於ては管財人が勝訴の判決を得べき管であつたのである、又管財人は取消しの意思表示を爲して居つたのに、何故に控訴審は此の點を採用せざりしか、吾人は之を解するに苦しむ、又上告審に於ても此の點は問題となつて居らぬ、或は控訴審にては取消權は未成年者の一身專屬の權利と認められたのかも知れぬ、然し破産宣告後にありては財團所屬の管財賣買に關する取消の行使は管財人の專屬に屬する、破産者に於て取消權を行使すると否との自由を有して居らぬ、尤も管財人の地位に關しては學説が區々であるが、之を法定代理人と見れば民法第八百八十七條により當然取消權を行使し得る、予は管財人は公吏であつて法定代理人とは見て居らないけれども、法律の規定より破産者に代つて財團の管理及び處分の權利を行ふものであるから、取消權の如きも管財人が之を行使すべきは當然のことである

### 一八八 會社合併と移轉登記

會社合併の場合に所有權移轉登記を爲すには合併を證する登記簿の謄本又は抄本を添付すべし

法曹會決議

問 合併により新に設立されたる會社が合併により消滅したる

會社の所有に屬せし不動産に付き、所有權移轉登記の申請を爲す場合に合併に因る設立登記の管轄登記所と右の移轉登記所と同一なるときと雖も、申請書には不動産登記法第四十一條の準用上合併を證する登記簿の謄本又は抄本を添附することを要するや否やに付左の兩説あり、何れを可とすべきや

甲説 本件の場合には不動産登記法施行細則第四十四條の四を準用し、合併を證する登記簿の謄本又は抄本の添附を要せず蓋し當該登記所は同一なるを以て登記官吏は其の登記所に存在する會社登記簿により、容易に合併の事實を知悉し得べく、不動産登記法第四十一條の場合の如く、他の機關の證明を俟ちて始めて之を知るを得る場合と其の趣きを異にするを以てなり

乙説 不動産登記法施行細則第四十四條の四は、不動産登記

法第三十五條第一項第五號のみに關する例外規定なるを以て本件の如き場合に類推適用するを許さず

答 乙説を可とす  
不動産登記法第三十五條列記の各書面は適法なる申請を構成するものとして、孰れ輕重なきにも非ずと雖も、第五號の書面は登記の基本たる物權の得喪變更、其のものを證するものには非ず、唯單に登記申請そのもの、代理權限を證するものに止まるが故に、同一登記所に於て容易に其の權限の有無を知了するを得る以上、此の書面は特に之を提出するを要せず、これ不動産登記法施行細則第四十四條の四を設けたる法意なり、故に此の規定を擴張し登記原因そのものを證する書面にまで及ばざんとするは相當ならず

### 一八九 第三者より差押登記抹消方法

問

第一抵當權者  
強制執行債權者  
債務者

甲 乙 丙

一、丙は債務元利金全部返済したるに付、競賣手續を取消す

べき事を主張し、乙は元利受取りたるも競賣費用不足なる故競賣終了との理由なりしも、乙は第一審に敗訴し更に控訴中和解成立し、乙は右費用を裁判所より配當を受けたり  
然るに右不動産に對し強制競賣にて差押たる登記を取消さず、

其ま、現在に及びたり

三、右不動産に對し甲が抵當權の實行を爲すに如何なる方法によるか、此の法律上の手續如何

四、甲が強制競賣申立者乙に對し強制競賣差押の登記を取消すべく、再三交渉に及びたるも乙は取消を爲さざるものなり、故に甲は若し抵當權の實行を爲すに於ては最後の二ヶ年以外の二ヶ年以上の利子の損害、及擔保不動産の時價低落による損害を請求し得るや

五、現に強制競賣差押の登記を解除するに付甲より乙に對し抹消登記手續の請求を爲すに如何なる方法にて其の手續きを取るべきか、其手段御教示を乞ふ

### 一九〇 二重の登記用紙

昭和二年(オ)第八十九號

不動産登記法が不動産一用紙主義を採用せることは、同法第十五條の規定に徴し明かなるを以て、或不動産に付一旦登記用紙の起されたる以上、爾後該不動産上の權利に關する登記は總て右用紙上に爲さるべく、別に登記用紙を起して登記を爲すべ

一方は當然對抗力なきも他方が後日閉鎖さるゝに至るときは其時より效力を發生するものとす

きものに非ざれども、元來不動産登記法が不動産一用紙主義を採れる所以は登記の混亂紛糾を避けんとするに出でたるものなれば、既に或不動産に關する登記用紙の起され之が未だ閉鎖されざるに先だつて後日偶別異の登記用紙が起され、同一不動産に關し登記の爲されたる場合と雖、其の前後の登記用紙にし

て閉鎖されんか、後の登記用紙に爲されたる登記を有効と認むること敢て不可なし、蓋法律は只同一不動産に付同時に二個の登記用紙の併立を許さざるに止まるものなるを以て、右の如く前の登記用紙が閉鎖されたるより始めて後の登記用紙に於ける登記を效力あらしむることば、一不動産一用紙主義を採用せる法の精神に反することなければなり、原判決が「第四號建物としての所有権保存登記は先取特権の登記用紙閉鎖前に爲された

るものなるにより無効たるを免れず」と云へるは、右所有権保存登記は大正十一年三月二十五日爲されたものにして此時は係争不動産に關し先取特権の登記の爲された用紙が未だ閉鎖されざる以前に係るが故に、斯の如き場合には一不動産一用紙主義により所有権保存登記は當時對抗の效力を生ぜざるに過ぎずとの趣旨に外ならず、固より登記が全然存せざる白紙と同一視するを得ず

### 一九一 役場に届けた建物

役場に届けただけで其登記なき建物は第三者に對抗できぬから、安心して居てはいけぬ

問 (一) 自己の父甲本年一月死亡自分儀一月十日役場に相續届をなしたり、同日父名義になりたる家屋を丙に現在のまゝ賣渡したり、依つて自分は賣渡たる家屋を丙より賃借して自分及び家族共暮らし居れり、尤もその家屋は建立當時より役場に届けるのみにて未だ登記を経たることなし

(二) 自分丙間の賣買行為は如何なる效力を有するものか

答 一、貴下と丙との賣買契約は、貴下が父より相續した家屋の所有権を丙に譲り渡したことの效力があります

二、登記がなくとも所有権は其家屋の建立の際に發生して居

りますから右の次第となり、併し丙は保存登記をしておかないと建物保護法の保護を受けることが出来ないから危険です(建物保護法第一條)

三、そして貴下も賃貸借の登記をして置く方が安全です、それは丙から他人に土地を賣られたとき買手に對抗が出来ず、登記してないと買手から「おれのうちだからあけてくれ」と云はれても「いやです」と言へない、出て行かなければならぬことになり(民法第六〇五條)

(參照) 一、建物保護法第一條の要旨

借地人が登記した建物を借地上に有するときは、借地の登記なきも他人に對抗できる(下略)

二、民法第六〇五條の要旨

不動産の賃貸借を登記すると後の其不動産の物権取得者に對

### 一九二 代人が印を濫用で登記

問 甲 債權者 自分

乙 債務者

丙 右代理人 委任状を持參せる者

丁 委任者 自分も知己の者

甲は昨年六月中乙に土地を擔保として金圓を貸付たり、(知人丁の仲介にて乙より金融を申込まる、丁は乙の親戚なる丙を同伴し委任状と土地権利證を持參の上登記すべしとの事故甲是を諾し、丁と共に一應現場を検査に行く、此時も乙は見えず、然して翌日登記して金を貸與へたり)尤も自分は乙丙と一面識なかりしも、丁の申込と権利證と乙の實印を捺印せる委任状に依り、之を信じて貸與せしものなり、然るに其後丙は何處へか逃亡して今尙行衛不明なり、本年六月末日期限に付請求せしに返

他の件にて實印を託せしものとするも第三者から見れば一應代人と信せらるる故被害は本人也

濟之無きに付競賣を申請せり、是に對し乙は異議の申立をなしたり

第一回の裁判に乙の曰く、印は丙に託したるも金融の件は依頼せず、他の件にて印を託したるものにて金は更に知らず、従つて使用もせぬものに付登記を抹消すべしと

一步退いて乙が不知にして丙が之を横領使用せしものとせば如何なるものか御鑑定願上候

印形は本人乙の實印に相違なしと認め居るも、要は金融に頼みたるものでなくして他の件にて託したりと申し居る者に候

答 丙が乙の印形を濫用したるものとするも甲より見れば丙が乙の代理人たることを信するに付過失なし、即ち乙は丙の代理を否認するを得ざる也、殊に印を託す時は總ての場合に於て代

理者と認定さるゝを例とす、乙は丙に對し濫用に基く文書偽造を訴ふるの外なし、甲に對しては其の債務を否認するを得ず、

乙の印が全然偽造なる時は被害者は甲になる、本件の如く印が眞實なる以上託せし乙が被害者となるべき也

### 一九三 登記が抹消で迷惑

甲名義の土地を抵當として貸金せし處甲名義になれるは戊の代位登記に基づく其が後日無効として取消されても責任は考へ物

問 一、茲に甲なる者乙と共同債務者として丙より金二百圓を去る大正四年二月各人の共有持分に係る土地を擔保として、登記手續を経て借受け辨済期限を懈怠中、昨年九月四日該擔保に提供したる土地の共有持分取得登記を抹消登記すべしとの判決を、甲は乙よりの訴へに依り言渡しを受け確定した

結果、抵當權を爲したる次第なれば其の代位登記が法の保護せざる戊の責に歸すべき不法の代位登記に原因するが故に之に基因して抵當權設定を爲したる甲と戊とを被告として請求し得べきや右諒解し得らる可き様至急御回答を願ます

元來乙は實體上の土地所有權を有したるものにして、該共有持分として取得登記したるは甲そのものにあらずして甲乙と共に兄弟にあたる丁なるもの、債權者戊なるものが、民法四二三條に依り所有權移轉の代位登記を爲したるに原因したるものなりし處、甲なるものは代位登記によりたる共有持分の土地を前述の如く丙なるものへ乙と共同擔保に提供したるものなり、而して丙は甲の擔保物件の所有權が消滅せし爲、甲の分の抵當權を實行し能はざる場合に達したるを以て、此の場合戊なるものゝ行爲により代位登記をなし而して甲なるものが所有權取得の

答 戊なる者の代位登記申請行爲が法の解釋上の相違により不適法のものなる事判明したりとするも、之を以て直に戊に過失ありと即斷するを得ず、戊が普通人の注意を拂つて爲したるものなる時は無過失となる故責任なし、假りに戊過失ありとしても之を受理せる登記所又過失ありしやも知れず、即ち丙は登記所の過失行爲に依り被害したるものとも云へる、然る時は戊の過失が直接原因として條件不充分の事となるべし、而して登記官吏の過失は重大の場合に限り責任あるものなる事は、登記法第十三條に明定する所也 故に本問の損害賠償請求權は殆ど成立に餘地なき案件と信ぜらる

### 一九四 後妻が勝手に書替

亡夫の承諾なしに登記せるものなる時は處分の上全部抹消さる可く承諾でも長男から半分取戻

問 一、甲者に長男乙者ありしが妻死亡の爲甲者は丙女を後妻となし連れ子二人共甲家に入籍を爲したり、然るに甲者重病中に在る中後妻丙は他人と共謀し、甲者の所有の不動産全部を後妻の丙又は連れ子なるものへ賣買名義を以て所有權の移轉登記を爲したる後、十日内外にて甲者病死したる後に至り右賣買の登記を爲したること發覺せり

答 贈與を賣買名義にて登記せるは事實に反する登記なれど、所有權を移轉する事實に於ては虚偽に非ざる故、此の移轉登記を無効とする訴は成立せず、故に相続人の遺留分權即ち被相続人の意思如何に拘らず、強制的に相続し得る權利二分の一に付贈與を受けたる後妻並に連れ子等に對し半分丈返還すべしとの民法千百三十條以下の減殺請求を訴ふるの外なきものとす、若し後妻等が甲の承諾なしに勝手に登記したるものなる時は文書偽造罪として罰せらるるのみならず、當然無効として全部の登記抹消を訴へらるゝこととなるものとす

二、右の次第なるを以て乙者(家督相續人)より丙丁を相手取り賣買無効登記抹消の請求權ありや、又如何なる訴名を以て請求するものなるや  
右御明示を希ふ

### 一九五 登記官吏の重大過失

所有權移轉登記脱漏の爲前主が土地を他に抵當に入れた場合後主に登記抹消損害賠償請求權有

問 甲乙の兄弟あり、何れも成年者にして乙は甲家より分家して一戸をなし双方とも戸主たり、大正十二年二月甲は宅地一筆(五十坪)を乙に賣り渡し所有權移轉の登記を爲し、乙は登記所

より登記濟證を受け稅務署にも通知があり、従つて町役場の臺帳までが完全に移轉となり、勿論納稅も乙に於ていたし來りたるものなり、然るに大正十四年五月に至り甲は右の乙に移轉し

たる宅地一筆と別に甲所有の宅地一筆（これ五十坪）とに抵當權の設定をして丙銀行より金千八百圓を借り入れたるものなり右乙の土地は既に大正十二年乙名義に移轉登記したるは前述の通なるに、十四年に甲の抵當權設定に供せられ甲は完全に設定登記が出来て借金したるものである、乙は最近に至り自己所有の土地に丙銀行の抵當權設定しあるを發見し調査せし處、右は登記官吏が他の事實は一切完了せし甲區の移轉登記事由を失念したるための結果なる事判明せり、此の場合に於て善意の丙銀行に對する抵當權設定の效力有無、及び乙より抵當無効の訴へを起して抹消せしめ得べきものなるや、又登記官吏に對する過失に依る賠償責任等詳細御教示願度候

答 乙の所有權移轉登記に誤謬ありとて所有權の移轉そのものに效力を及ぼさず、蓋し物權の設定移轉は意思表示によりて成立するを以てなり

次に第三者に對する效力の問題なり、乙に移轉せる土地所有權は登記なきときは第三者に對抗するを得ず、故に丙が甲の所有なりと信じてこれを擔保としたる行爲即ち抵當權設定行爲の登記は乙なる所有權者に對しても效力あり唯その效力は抵當權者としての效力なり、乙がその所有權に基きて登記排斥を主張す

る登記排斥權をも失はしむるにあらず

故に乙は登記官吏をして更正登記をなすことを促し得るを原則とすれども、丙なる利害關係人が登記をなし居る故、丙及び甲を相手取り抵當權抹消の訴を提起し勝訴の上にてこれを抹消せしめ、然る後登記官吏をして更正を爲さしむることを得べし、但し登記官吏は登記法第六三條に依り地方裁判所長の許可を受くることを要す、かくて變體の登記は正常の登記に變更更正せらるゝなり

乙はそれにて可なるも丙の不利を如何に處理すべきや、丙は甲に對して貸金の減額を請求するを得るや、甲は道徳上丙に對してこれに應ずるが當然なり、若し應ぜざれば不當利得による損害賠償請求または消費貸借契約の無効（民法第九五條）を主張してこれに基く不當利得を主張するも一方法なり、甲若し惡意なりとせば不法行爲に基く損害賠償請求權成立するは勿論刑事問題をも惹起すべし、即ち刑法第二四六條に該當するものなる

右の結果尙丙に損害あらば乙に移轉登記をなしたる登記官吏に對し賠償請求をなすも一方法なり、但し重大なる過失あることを理由とせざるべからず

以上は第一次に乙を保護する論法なり、丙を第一次に保護する法理をも指示すべし

乙は丙と同じく善意なりと雖も、その登記が登記官吏の過失に依り欠缺せるときは第三者に對抗するを得ざるが故丙に對して所有權を主張することを得ず、丙は正當に抵當權設定登記を完了しこれに付過失なきものなればこの登記は第三者に對抗することを得、故に登記なき乙に對してはこの抵當權設定なきもなほこれに對して抵當權を行使することを得べく、乙はこの所有

權を以て對抗するを得ず、乙の損害は登記官吏に對してのみ賠償を求むるの外なし、なほこれに對しては諸種の請求をなし得べし

右は丙を保護する論法なるも今日は兩説ありて判例は登記に公信力なしとの原則を執り、乙保護に傾くもの如し、故に乙は訴へを起してこの所有權を主張し抵當權を抹消して登記の完璧を期するを得るものと鑑定す、丙の對策は甲に迫るの一途あるのみ（故に貸出係員は實體的眞實發見主義を忘るべからず）

一九六 抵當抹消を逆に急ぐ

辨濟結了に拘らず持主が抹消を肯んせざる爲め債權者が所得稅關係で迷惑の件、出訴の外なし

問 私は甲に抵當權を設定せしめ金圓を貸し付けたり、然るに甲は右設定のまゝ乙に賣渡したる處今回乙死亡せり、甲は私に元利金辨濟したるを以て右抵當權抹消登記を爲さんとせしに、乙なる者の相續人は何等かの事情の爲め故意に相續届を爲さず其爲抹消登記不能なり、故に私は事實有せざる貸金にて所得稅を課せらるに至る、右に付私は如何なる方法にて抹消登記をなせば可なる哉、法文を示し最良方法を御教示下され度御願申上候

乙の一家は乙死亡乙の長男も死亡長男の子あり二十一歳、乙の二男へ妻を迎へ二三人の子供を有し一家を生計し居れり、然して長男の子廿一歳は、二男へ妻を迎へる際廢嫡届出ある哉に聞く、甲と乙家とは兄弟にて私は辨濟書及權利書を甲に渡したる者なり

答 抵當權抹消登記は、乙の方に於てこそ急ぐべきを普通とするに、本件は反對に債權者の方より所得稅關係の爲め急ぐ逆の場合なり、若し此の場合でも此の登記には双方の調印を要する

故（常識に反すれど）乙側に於て投げやりにし手續を講ぜざる時は馬鹿／＼し次第なれど、債権者に於て代りに其の手續を爲し、乃ち乙及び乙長男の死亡を證する戸籍謄本を以て長孫の所有權に歸せる事の相續登記手續を爲し、而して現戸主たる長孫を相手取り抹消登記手續請求の訴訟を起し、其の判決を以て抹消登記申請の外なし、但し之が爲めに要せる損害及訴訟費用

### 一九七 登記抹消と關係者

昭和二年（ク）第三十號

不動産登記法第四十六條には登記の抹消を申請する場合に於て其の抹消に付登記上利害の關係を有する第三者あるときは、申請書に其の承諾書又は之に對抗することを得べき裁判の謄本を添附することを要すとありて、登記上利害の關係を有すると否とを問はず、登記簿に自己の權利を登記したるものにして、登記簿に依れば登記の抹消に依りて權利上の損害を受け又は受くべき虞れある者を云ふ、故に抹消すべき權利の競賣其の他の事由に依り抵當權が消滅したる場合と雖も、其の登記が抹消せられざる以上は抵當權者として登記せられたる者は地上權の抹

實際上無權利たると明かなりと雖も登記ある以上其者の同意又は判決なき限り抹消は不受理也

は更に其の長孫に對し請求出来るを以て、或は其不動産に對し強制競賣を申立するの必要も生ずることあるべき也、斯くなりては乙家の不利益故甲をして能く話さしめ、速に其の手續をする様説くべきなり、尙稅務署に對しては債權消滅の事實を上申し將來此の分の課稅を減ぜらるゝやう取計らひを求め得べき也

令實體法上地上權の消滅を以て抵當權者に對抗し得べき場合と雖も、前記判決は單に地上權者として登記せられたるものに其の抹消登記手續に必要な意思表示を命じたる判決たるに過ぎず、其の確定力は判決を受けたる當時者以外の抵當權者に及ぶものに非らざるが故に、其の確定力を以て抵當權者に對抗し得ざるは言を俟たざるところにして、此の如き判決を以て本件地

上權の消滅を抵當權者に對抗し得べき裁判なりと稱するを得ず原裁判所が本件抹消登記申請は登記上利害關係を有する第三者に對抗し得べき裁判の謄本の添附なきものと判定したるに毫末の違法あるなく、本件抗告は其の理由なきを以て主文の如く決定したり

### 一九八 登記の更正と關係者

大正十四年（オ）第八百二十四號

按ずるに登記に錯誤又は遺漏ある場合に於て之が登記を更正するは本來の登記の申請に副ふべき登記を爲さしむるの趣旨に外ならざるとは所論の如しと雖も、此場合に登記上利害關係を有する第三者の承諾書又は之に對抗することを得べき裁判の謄本を添附する外、所謂本來の登記權利者及義務者の申請を必要とするものは、畢竟登記更正の事たる單に本來の登記權利者のみならず之が義務者にも利害の關係を及ぼすものなることに基因するものに外ならず、若し所論の如く本來の登記權利者のみにて登記上利害の關係を有する第三者の承諾書又は之に對抗する

錯誤や遺漏を更正する登記でも關係者の承諾書のみならず登記義務者の連印必要故請求訴訟可

ことを得べき裁判の謄本を添附して之が更正登記の申請を爲すことを許容するものとせんか、其の間弊害を生じ時に或は本來の登記義務者の利益を害することなしとせず、抑々登記は登記權利者及義務者又は其の代理人が登記所に出現して申請するは登記法第二十六條の規定に徴して明なる所にして、唯明白疑ひなき若しくは輕微なる事項例へば同法第二十七條第二十八條等に規定せる事項の如き例外の場合に於て、登記權利者又は登記名義人のみにて之が申請を爲すことを許容するに過ぎずして、登記義務者に直接利害關係ある事項に付登記權利者のみの申請を以て更正登記を爲すが如きは登記法の精神に背馳するものに

係り到底之を許容することを得ず、然らば原院が本件に於て被上告人の申請する更正登記に付登記上利害關係を有する第三者たる上告人「エマ、エス、ジョセフ」は之が登記を爲すべき義務あることを認むると同時に、本来の登記義務者たる上告人「

ボットルローラ」合資会社に對し右上告人の爲す更正登記の申請に協力すべきことを命じたるは洵に相當なりと謂はざるべからず

### 一九九 土地賃貸借假登記はいつまで本登記が出来るか

問 小生儀某氏に對し原野を第一抵當として登記貸金致したるが期日に至るも返済せず、再三交渉の末仕方なく之を競賣に附したるが買人なく、小生に於て之を競落し名義も小生のものとなりたり

然るに該土地は拙者へ第一抵當の登記後に於て、その某氏は或人に參々年分の賃貸料を前納せしめて滿拾ヶ年間の賃貸契約を爲し、之が假登記をなし居たるなり、(其の假登記にはその土地を何の目的に使用するかを明記せず、因に其の土地は現在原野、牧場にて自然の立木も少しくありて天然造林を爲すもよく又開墾すれば畑等にもなり得る所なり、併し兩者契約はしたるも何等開墾も手入もせず、そのまゝ地棄しありたり)而して拙者は競賣の際、此の契約の假登記あるを知り居たるも登記順も拙者の抵當の後、且假登記なれば、競落後は當然無効

と信じ居たるを以て、何等意に留めず競落したるが、最近之の假登記契約を取消されば都合悪しきことありて、其の賃借人たる或人に交渉したるも應諾せず、故に某辯護士に頼みてその解除を裁判所に訴へたるが、果してその假登記契約は解除し得らるものなりや否や、追而その辯護士は

1 抵當權登記後の賃借權はその抵當權に對抗し得ざるを原則とすれども、民法第六〇二條の期間を超えざる賃借權は、同法第三百九十五條に依て抵當權に對抗し得るものなれば此の抵當權實行後の競落人に於てその賃借權を解除せしむること能はず、但し君が未だ抵當權者たりし時に於て此の如き賃貸借契約は抵當權者に不利なれば、その解除方を裁判所に訴へるとよかりしが、競落人となつた今日に於ては解除不可能なりと云ふが果して然るか

2 されど此の場合、その賃貸借契約が假登記なり假登記は本登記をなして初めてその順位を確保するの準備行為に過ぎざれば、之を以て直ちに第三者に對抗することを得ず、殊に此の場合は何時迄も本登記せぬ内に競落せられたるものなれば、最早何等の對抗力なく、従つて此の如き契約は解除する事易々たりと云ふが果して然るか

答 一、某辯護士の言ふ通りなり

二、即抵當權者は樹木の栽植伐採を目的とする山林の賃貸借が十年以下其の他の土地の賃貸借が五年以下なるときは、後に登記したる場合と雖も抵當權者に對抗し得るも、其の賃貸借が抵當權者に損害を及ぼすときは抵當權者の請求により裁判所は其の解除を命ずることを得るものとす

故に貴下は其の賃貸借が果して樹木の伐採又は栽植の目的なるや否やを確め、然る時は其の損害を及ぼす事情を述べて解除を裁判所に請求することを得べき筈なりしなり、又目的が右と異り而も十年なるときは五年に短縮を請求する權ありと爲す説と全然無効として對抗し得る説とあり、本社は五年説を可と認め居れり

三、右は抵當權者に對し附與したる權利なれば、競落人とし



第五節 連帶債務の部

二〇〇 連帶保證人の性質

「主たる債務者」と連帶する也、二人以上の連帶保證人ありとも連帶保證人間に連帶は生ぜず

(イ)各別に主債務者、乙に對し各一千圓宛の連帶保證をなすものなりや

(ロ)丙、及び丁保證人は双方が共同の連帶(債権者に對しても保證人相互間の意味)にて乙主債務者に對し連帶保證をなせるものなるや

答 一、連帶保證人は主たる債務者が債務を履行せざるときはその債務の全額を履行する責任あるものにして、連帶保證人が數人ありたりとするも其の間に連帶は生ぜず、連帶債務者間におけるが如き求償権の問題も生ぜざるなり、只主たる債務者と特定の保證人との間においてのみ連帶及求償権の問題を生ずるに過ぎず

二、本件甲は先づ乙が債務を履行せざることを立證して、これを以て丙及び丁に對し債務全額をテノクに辨濟せよと「同時または順次」に請求することを得べくまた債務の一部の辨濟

問 甲債権者は乙債務者に對し極度金一千圓の當座貸付契約をなすに當り、丙丁の二人を連帶保證人として右極度額まで貸與し、現在利息を計算すれば一千二百餘圓に相成り居り候處、直接債務者に對し請求するも久しく入金なざるため解約通知を差出し元利請求するも入金をなさず、現在辨濟の資力無し、依つて右丙丁の連帶保證人に對し請求したる處丙は半額入金致す故保證責任免除云々を要求し居り、丁はなほ半額を請求するも言を左右にして直に保證義務履行するの意志なし  
甲は丙保證人より半額の履行を受け、同人の保證責任を免除致すも丁保證人よりこれに對する異議の生ずるものなりや否やまたは債権者において入金または無入金のみ、丙または丁何れも自由に免除する權限有無御知らせ下されたく、御參考までに當人の借用證書御送り申置き候  
別紙證書の如き保證人は

を求め他を免除することも自由なり、全額を丙に免じ丁に課するも反對に丁を免じ丙に課するも、更にまた丙に半額を免じ丁

に残りの半額を課するも自由なり、唯感情や利害のみに走らず信義の常道に立脚して善處せられよ

二〇一 約手の二人以上の保證人は非連帶

手形行為獨立の原則上各保證人は各全部義務者也

問 約束手形の振出人の保證人あり、此二人の保證人は保證人相互間に於ても、當然(別に連帶の意思を表示する文句を入れざるも)連帶責任あるものと思せらる、果して如何に候哉  
答 一、手形には「保證」と云ふ手形行為あるも、之は「普通保證」にして連帶保證に非ず

二、手形保證は獨立の手形行為なれば手形所持人は先づ主たる債務者に支拂を求むるも可、先づ保證人に對して請求するも可なり、即ち手形保證人は各全部義務者なり

三、然れども之は連帶債務者なるが爲に非ず(大審院同説)反對説は商法第二七三條第二項の規定によりて手形保證人は主債務者と連帶すべきものとなす、然れども同條は通常の商行為たる保證契約が連帶なるの規定にして手形保證に適用なきものとす  
四、手形保證人同志の間に於ても亦然り、蓋し手形保證も亦獨立なるが爲なりとす

二〇二 無限の債務と保證

甲乙間に生ずる債務保證と云ふ如き茫漠たるものでも不確定に非ず、故に保證有效、解約は別

大正十四年(オ)第七百九號  
債務の内容として如何なる給付を爲すべきか、全然之を確定するを得ざるときは、債務は成立するに由無きこと言を俟たざる

と共に、給付の如何なる細部に涉りても毫末も確定せざること無きに至りて、始めて債務は成立すと云はば是亦實際に違きの論たるを免れず、確定と云ひ不確定と云ふも竟に程度の問題に

して、一般取引上の通念に基きて決するの外あるべからず、故に給付の内容に尙若干未確定の點を留むるも他日此の點を確定し得るの方法に定まれる以上、之を以て直ちに何等の債務も存在せずと云ふの誤れるは蓋し多く云ふを須ひず、這は夫の條件附債権が已に一の債権として取扱はるゝこと、將來成立すべき債務に就き抵當權の設定せらるゝこと所謂補充手形の流通は何人も之を怪しまざることに徴し思ひ半ばに過ぎざるなり本件を案するに主たる債務は訴外中越電氣工業株式會社の振出に係り、被上告人に於て割引したる爲替手形若くは約束手形に基き前記會社が被上告人に對して負擔する債務なることは原判決の確定するところなるを以て、如何なる債務を保證するやの點に於ては何等確定せざるところあるを見ず、其の確定せざるところは結局主債務の額に外ならず、而も這は保證債務に在りては殆んど異とするに足らざることに屬す、此の債務は主債務に關する利息違約金損害賠償、其の他總て債務に從たるものを包含するに於て、保證債務は唯單に其の最低限度が定まれるに過ぎず特別の定めなき限り、其の最高額の幾許に上るべきやは之を豫知するを得ざること大多數の場合に於て即ち然りと云ふべければなり、但本件にありては此の最低限度すら定まるところ無く

又何時より何時迄に成立する主債務に限るとの定めも無く、不確定の程度は一般の場合に比し聊か強きものあるは論無きが故に、其の保證すべき主債務は幾許の巨額に達するやも測られざるの觀なきに非ずと雖も、抑々會社の經營者に於て故なく手形を濫發するが如きは通常有り得べからざる事に屬するのみならず、凡そ將來成立すべき主債務に付其の時期を制限しあらざる場合は反對の事情の認むべきもの無き限り保證人は相當の日時經過後は解約權を行使するを得べく（此の解約權は相當の豫告期間を存すべきか否やは各場合の事情に依る）若し又主債務の成立に先だち主債務者の財産状態に著しき缺陷を生じたる時は保證人は直に解約權を行使するを得と解すべきは此の種の取引に於ける當事者の意思解釋よりするも、又信義の觀念に訴ふるも殊に此の後の點は民法第五百八十九條の法意を類推するも當然の事に屬するが故に、本件の如き保證に在りては保證人は過大なる負擔の下に苦しまざるを得ざる虞れありと云ふが如きは寧ろ一片の杞憂に過ぎずと云ふべきなり

### 二〇三 前父の保證と責任

死亡後直ぐ相續人に話さぬからとて其義務を免れ得べきでない之等の心配あるなら限定相續可

問 前戸主父が債務保證致し置き死亡せし場合に何等債権者より交渉之れ無く、後日長男相續人に該件に付保證責任之れ有候哉否や御鑑定相成度御願ひ申上候

答 亡父の保證の件に付死亡後遅滞なく相續人に請求又は通知せざるも權利に別段變りなし、相續人拒むを得ず、保證が眞實なる事を立證され代つて辨濟せしめられたる時は主債務者に對し

求償を圖るの外途なく、斯かる保證其他の義務澤山ある様な場合には相續の限定承認なるものを死後三ヶ月内に裁判所に届出づれば債権の届出を催告せしめ、遺産だけにて打切る方法もあるものなり、之を爲さざる場合は無限に責任あるものとす、身元保證の如きは本人死亡せば當然其後の責任は消滅すべき也

### 二〇四 母と娘の連帶借用

母死亡の時他の子等も責任あり娘が分家して入夫を迎へたる時は其の夫戸主も義務承繼すべし

法曹會決議（大正十四年九月二十八日）

問 甲太郎の戸籍中家族に母乙子妹丙子あり、其丙子は大正元年十一月二十八日日本家甲太郎の家より分家して乙種料理店を開業し、其の時母乙子も共に分家の方に來りて手傳へり、大正十一年九月四日戸籍上分家届出を爲して丙子戸主と爲りたる處へ丁次を入夫婚姻として迎へ同年十月二十八日丁次戸主と爲る、母乙子大正十三年二月十二日死亡後調査する處に依ると、入夫

丁次戸主と爲りたる以後に於て乙子が借財を爲したる事を發見せり、其の非儀は丁次宅に於て行ひたるにも拘はらず乙子の位牌は籍元であると云ふて之を甲太郎が持ち、其の費用は甲太郎百五十圓丁次五十圓出金したるも母乙子の遺物は甲太郎相續人であると云つて全部取得して、少なり供丁次に分配せず、甲太郎の家も乙種料理店業にて其の營業名は母乙子なり、此場合乙子の借金は甲太郎丁次何れが返済するの責任を有するや

前項甲太郎が乙子の借金返済の責任を有すとせば乙子と丙子連帯人の借入金返済は甲太郎が半分丙子半分にて差支之無く候哉  
 決 乙子死亡當時に於ける其の直系卑屬は、甲太郎及び丙子なれば遺産相続人は此兩者なり、従つて乙子の遺物は二分の一の割合を以て甲太郎丙子に於て之を取すべきものなりと同時に乙子の借財も亦同一の割合を以て此兩者に於て返済の責に任す

### 二〇五 身元保証は一代限り

問 頃日東京の某會社より小生の亡父宛に書留郵便來る、何事ならんかと之を受取り開封せるに、貴殿身元保証に係る何某なる者昨年來當會社の地方より取立金約六百圓程横領費消したること今回發覺し、某は既に何々警察に留置取調中なり、就ては此際貴殿に於て辨償せらるゝに於ては警察の方も多分無事に済むべきかと思はるゝ故至急右金圓會社宛御送附相成度若し其御履行なき時は乍遺憾貴殿に對しても辨償の訴訟を提起すべく條左様御了承相成度此段一應得貴意候也云々と云ふ出し抜けの驚き入つたる請求文句也、其雇人某と云ふは拙者父存命中一二年使用したることある人物にて其後上京して某會社に就職する際

べきものとする、但し問題の趣旨に依れば丙子は乙子と俱に借入金に付連帯債務者たりしものなれば丙子の責任には移動を生ずることなし、丁次は遺産相続開始前に於て入夫婚姻に因り丙子の家督相続を爲したるものなれば乙子の遺産に對し權利義務を有せず、従つて借入金返済の責に任することなし（丙子連帯借入分が入夫婚姻前に係るときは丁次も責任あるものとする）

斯る無限的義務を相続人にまで及ぼすは聊か酷なりとの解釋也但し既に發生分は飽迄責任あり

父に於て身元保証しやりたるものと存せられ候、之は今より七八年前のことに屬し、而して拙者父は一昨年秋死亡したるものに候、果して飽迄責任を負はざる可らざるものに候哉否や至急伺ひ度候也

答 徳義上は責任有之候へど法律上では其の會社に氣の毒ながら賠償請求權なかる可しと鑑定せられ候、其は身元保証の如きは其の内容無限のもの故、其責任關係も其人一代のものとする方適當なるべしとの社會通念上の條理より解釋するもの也、既に判例も一二あるものに候（二、六、四、大民一判決）、乃ち斯る無限の保證責任なるものは被保證者、保證人間の特別信用關

係に基き爲され居るもの故、斯る無限的義務を保證人の相続人にまで及ぼすと云ふことは聊か酷なる可しとの情けある解釋から來るものに候、故に此保證義務は先代死亡と同時に消滅し其の相続人に承繼義務なきものと斷定さるゝものとす、但し既に生存中右横領費消の損害發生し居るものなる時は假令其發覺は死亡後たる今日にせよ、既に生じ居れる先代の賠償義務を相続

### 二〇六 身元保証の解約

期間の定めなき保証にて永久を束縛するは條理に反する故相當期間の豫告で解約可能は定説也

問 某銀行に對し知人の身元保証を爲し既に數ヶ年を経過せるが保証には引受年限を明示し居らざるが故に本人勤務中は永久保証の義務存するか若し義務あるものとせば萬一本人に不正行為等あり、銀行に對し損害を與へたる場合保證人は損害全部を賠償せねばならざるか  
 答 身元引受の保證書に別段期間の定めなき限り永久に保證責

任あるべし但し斯かる無期限の保証にて永久束縛するは實際の條理に反する故保證人は何時でも一方的に解約し得べき事になり居れり（判例もあり）即ち都合に依り何某の身元保証を向ふ一ヶ月限りにて解約致し度候間然る可く御取計ひ相成度旨雇主側に對し通知すれば可也、然る時は其期間經過後の不都合行為に對しては保証の責任なきこととなる可き也

### 二〇七 相続人の身元保証責任

身元保証は保證人及被保證人の相互信用が基故保證人死亡後の事故に付相続人は無責任が原則

昭和二年（オ）第三百九十七號

第一章 民法 第五節 連帯保證債務の部

身元保証契約に在りては保證人の責任の範圍は特定の債務に付

之が従たる義務者として負擔する普通の保證債務と異なり廣汎なる範圍に於て責任を負はざるべからざるに至るべきものなれば、右契約は保證人たるべき者との相互の信用を基礎として成立するものにして專屬的性質を有するものと云はざるべからず従つて特別事由の存せざる限り右契約は保證人其人に終始し保

證人の死亡に因り相續開始するも、其の相續人に於て契約上の義務を承繼し相續開始後に於て生じたる保證契約上の事故に付其の責に任することなきものと解すべきは本院判例の存する所なり(昭和二年(オ)第三十三號同年七月四日第二民事部判決參照)

### 二〇八 身元保證と金額一定せる保證

前者は責任期間を限ること必要後者に主債務の存する限り責任あり

昭和六年(オ)三一七九號

被告 原審に於ける抗辯の一作、本件保證契約は期限を定めず永久に其の義務を負担すべき約旨の契約なれば、公序良俗に反し無効のものなりと云ふにあり、而して原審は此の點に關し其の内容限度が定まりある以上は、假令無期限なるも之を無効となすべきの理あることなしと判斷し、以て上告人の抗辯を排斥したり、然れども永久に義務を負担することは慘酷極りなきことにして、假に吾人が輕率にも數百萬數千萬と云ふ如き莫大なる金額につき、他人の保證のため無期限に永久的に之が支拂義務を負担したりと假定せよ、債務者は終生社會に生存するを得ざる場合生ずべし、否其の者は尙忍ぶべしとするも家督相續

せし其の子孫は幾十年幾百年幾千年に至るも未來永劫之が保證債務より離脱するを得ざることなる是をしも尙公序良俗に反せずと云ふを得るか、假令保證の内容限度が定まりあるとは云へ斯の如きは國家及社會の秩序を棄すこと甚だしきものに非ざるか、原判決は内容限度定まりある場合は何等差支なしと云ふも、是は其の内容の金額の左程巨額ならざる場合を豫想したるに非ざるか、前陳の如き莫大なる金額の場合を考ふるときは吾人は慄然として其の結果は夫の身元保證の如きも是と殆んど同一にして而かも現今頻々として行はれ居るも、何等支障なく遂行せらるるを以て彼此殆んど同じき本件の場合の契約も少しも差支なしと云ふものあらんも、是は思はざるの甚しきものな

り、何となれば身元保證の如きは其の被保證者一代限りのものなれば決して永久に其の義務を負担することなし、故に彼と此とは霄壤の差あること明なり、要するに期限の定めなく永久に債務を負担する契約は、明に公秩良俗に反するものなれば、原告の此の點に關する判斷は明に不當なるを以て當然破毀せる可きものと思料すと云ふに在り、然れども身元保證の如く其責任

の範圍如何に擴大するや始めより不明なるものありては責任を負ふ可き期間を限ること、或は必要なるべきも一定の金額を定め此範圍内に保證責任を負担する場合に於ては合意上特に期間の定め無き以上主たる債務の存在する限り、保證責任も亦繼續す可きは保證の性質上殆んど當然自明の事に屬す固より公秩良俗に反するところなし

### 二〇九 連帶の免除對策

問 一、甲乙丙丁あり、甲のために親類なる乙丙は丁に依頼し(丁は資産家) 戊より甲乙丙丁無擔保連帶借用證書に依て金額を借入れたリ、然るに其後甲は破産したり

二、乙は戊の請求を恐れ密かに四分の一金額を戊に支拂ひ同時に連帶借用證書より乙の名義を抹消したり、右抹消に付甲丙丁は何等相談を受けたることなし

丁は證書に捺印したるも金額及現金を見たることなし、丙丁は四分の一義務なりや、甲破産せしため三分の一義務ありや又戊は無斷に證書より一名を抹消して差支なきや、連帶證書の效力其他此後の丙丁の採るべき手續

答 一、本件は特約もなく又甲の外この借財行爲により利益を

受けたる者なきが如し、然らば負擔部分は甲の外何人も負擔部分有せざる連帶債務なりと云ふべきなり

二、而して戊が乙の連帶を免除することは戊の自由にして、甲丙丁の同意を要するものに非ず

三、乙が四分の一を支拂たる以上殘額四分の三に付甲丙丁は全責任を負ふこととなる、乙が之を支拂はざれば甲丙丁は四分の四を負担するものなる處、乙の支拂の爲甲丙丁に利益を與へたる結果となる

四、甲が破産せりと云ふは無資力となれる意なるべし、而して甲の負擔部分は四分の四なる處、乙が四分の一を辨済したるを以て四分の三となり、之を乙丙丁に分擔せしむれば各自四分

の一づゝとなり、而して乙は連帯の免除を得たる者なるを以て右の四分の一は戊に於て負擔する結果となる（民法四五條）従て丙丁は戊に對して四分の二即半額づゝ辨濟する義務を負ふこととなる

五、例へば甲乙丙丁にて四千圓を戊より借入れ甲のみ使用したりとせよ、乙は四分の一の千圓を戊に返還して連帯の免除を得たる故残り四分の三即三千圓が甲の負擔部分となり、甲が無資力となる爲之を乙丙丁に分擔せしむれば各三分の一即千圓づゝを負擔することとなる、然るに乙は免除せられたるを以て

### 二二〇 商人の保證債務は連帯なり

問 甲運送店へ支拂ふべき乙商店の運賃百餘圓を丙商店が保證しました、乙が拂はぬ爲甲は丙を訴へやうとしてゐます

甲の營業所は九州です、九州の營業所の裁判所に出訴したならば丙は是へ出頭せざるならぬでせうか

答 一、本件百餘圓の運賃を甲に送金すべき義務者乙はこの義務を怠りたる爲、甲は丙店に對して全額を請求せりとのことなり、しかして丙店が乙の爲めに支拂保證義務を有する以上丙店

乙の負擔すべき三分の一、即千圓は戊に於て負擔すべきものとなる（民法四五條）残り四分の二即半額の二千圓が戊に對する丙丁の全連帯債務額となりたるものとす、されば丙丁は乙の脱退後右二千圓を連帯負擔すれば可なる結果となる

六、尙戊が借用證書より乙を抹消したる行爲は文書變造罪を構成するものと思はる、唯實害を個人に及ぼさざる以上は不起訴處分に附せらるるものと信ず

七、丁は全額を承知して證書に捺印したる以上は金額及現金を見ざるも責任を免るるを得ざるものとす

### 管轄は義務履行地にて、多くは債權者の營業所又は住所地の裁判所也

と乙とは連帯債務を負擔することとなる（商法第二七三條第二項）従て甲が丙店に對して全額支拂を請求したるは正當なり、商事保證が民事保證と異なる處なり

二、次に裁判管轄は甲の住所地なればその裁判所に出訴せらるゝも抗辯の餘地なきものとす、民法第四八四條商法第二七八條（營業所又は住所）民訴第五條（義務履行地の裁判所）管轄裁判所を強ひて丙地に移轉せしむる方法なし

### 二二一 先夫と連帯の債務と再婚後の責任 夫婦でも貸借は他人

問 一、前年夫婦連帯之證書により金圓貸付しましたが、この妻は後妻で有り、然るにその後遂に離縁になり、今は先夫の行衛も不明、居所判明しても無一物にて支拂ふ當てなき故連帯者たる先妻に請求したが同婦は今は別に後夫あり、又料理店を營んで居ります、右儘告に對し同人においては、今に至りて返還するの義務なきものゝ如く申します、婦人のこと故放任し置きしも、當然訴訟上勝利の見込あるものと思料せり、萬一不利になるが如き事ありては遺憾と存じ素人の事故念の爲右の件可否を確實に御明示下され度切に願ひ上候、但し前姓とは異り離縁後の姓は別姓を名乗り姓を改め申居候に付一寸申添候也

ばあとで夫婦分れをして乙は丙といふ他の男と夫婦になつたとて甲と夫婦時代のときの連帯債務を免れてしまふことば決してできないものである、なぜならば金の貸し借りにば、前の夫婦も後の夫婦も全然夫婦といふことは關係がないからである

二、従つて貸主は前の夫甲に對してとれる見込がなければ乙に催促ができることは勿論である、それには前と後の戸籍謄本を添へて訴へることです

三、但し乙の後夫丙は本件連帯債務には全然無關係であるから、貸主は丙に返せと迫ることばできない筋合のものであることとを注意せねばならない、但し丙が乙のために代償してくれば、それは代位辨濟といふて有効の辨濟となる

### 二二二 債務の引受は自由

原債務者を脱退せしむる引受乃ち更改の如きは其債務者の同意必要なれど併存的引受は保證と同一故原債務者の承諾不必要也

大正十四年（オ）第千六十四號  
所謂併存的若しくは重疊的債務引受とは、第三者が債務關係に

加入して更に債務者となり原債務者と相並びて其の債務を負擔する行爲を指稱するものに外ならず、従つて併存的債務引受は

實質的に債権の効力を確保する作用を有するものにして、叙上債権の効力を確保する作用を有することは保證債務と毫も異ることなし、然り而して保證は債務者の意思に反するるときと雖も爲し得べきことは民法第四百六十二條第二項の規定により明瞭

### 二二三 復活債務と連帶債務

昭和二年(オ)第八百四十七號

凡そ保證債務者は主たる債務者が債務の履行をなさざる場合において、その履行をなすの義務を負担するものなるが故に、主たる債務者の同意を経るを要せずして債務を消滅せしめ得る事勿論なりと雖も、主たる債務者の同意を経たる事なくして一旦有効に消滅したる債務を復活せしむる機能を有するものにあらず、これ民法の明文と保證債務本来の性質とに照し蓋し誤りなしと信す、しかしてこの關係は右の債務消滅の原因が保證人に依つて與へられたると否とによりて軒輊あるべからず、然るに今原判決の所説に従へば、保證人たる笹島彦右衛門は債権者師田甚兵衛との合意を以て主たる債務者竹内實五郎及び被上告人等の同意を経ることなく、一旦有効に消滅したる係争債務を復

連帶保證人と貸金債権者とが合意上消滅せしめ更に又合意で之を復活した場合他の連帶債務者其責なし

活せしめ既往に遡りて効力を保有せしめ得べしといふにあり、これ前掲保證債務なるもの、本来の性質を遺忘し法規の明文を逸出して、保證債務者の機能を擴大したる違法あり、破毀を免れずと信すといふに在り、原判決は「訴外師田甚兵衛は被上告人の先代彌兵衛及び訴外竹内實五郎を連帶債務者とし訴外笹島彦右衛門を連帶保證人として金一千圓を利息付にて貸付けたること、及右笹島彦右衛門は債権者師田甚兵衛と合意の上、自己が同人に對して有する賣買代金債権の一部を以て右貸金元利金の債権と相殺し該債権全部を消滅せしめしがその後更に笹島及び師田は合意を以て右の相殺をなさざりしことに取極めたるを以て、之に因り貸金元利金は總て消滅せざりしことに歸せしものなる旨」を判示せり、然れども上記の如く右貸金債権にして

當事者の合意に因り一旦消滅に歸せしものとせば、之を同時に被上告人先代はその連帶債務を免れしものなるが故に、後に至り笹島及び師田の合意を以てして一旦消滅せし債権債務そのものを復活し、以て消滅前における同一の權利状態に復せしめ被上告人先代をして再びその従前の連帶債務を負担せしむるが如きは右兩名のなし得ざるところなり、蓋し同一のものを遡及

### 二二四 主債務者への時効中斷は連帶保證人にも效力及ぶ

昭和五年(オ)第九百三十六號(五、十、卅一、二民)

民法第四百五十八條に依り連帶保證に適用せらるべき同法第四百四十四條乃至第四百四十條の規定は連帶保證人に生じたる事由が主たる債務者に及ばず關係に付適用せらるるに止り、主たる債務者に生じたる事由が連帶保證人に及ばずべき關係に付適用あるものに非ざるものなるを以て、主たる債務者に對する時

して再生せしむることは事實上不能にして契約自由といふと雖も、事實上不能なることは之をなす由なければなり、但し右兩名の合意に因り舊債権債務と等しき別個のものを成立せしむるは不可なく然して被上告人先代若しくは被上告人にして右の合意に同意し従前と等しき連帶債務を負担するに異議なきときは同様の債務を是認し得べきのみ

効の中斷に付、同法第四百四十條を適用して連帶保證人に其の効力を生ぜざるものと解することを得べきに非ず、却つて保證に付ては民法第四百五十七條の特則あるを以て、同條第一項に依り連帶保證の場合も主たる債務者に對する時効の中斷は保證人に對しても其の効力を生ずるものとす

### 二二五 時効の拋棄と連帶保證

昭和五年(オ)第三千二百五十九號

債権の消滅時効完成の後に債務者が債権者に對し債務履行の延

主債務者が時効の拋棄又は承認を爲しても連帶保證人は無關係

期を求めたる場合に於ては、反證なき限り債務者は時効完成の事實を知りて債務を承認したるものと認むべく、若此の如き事

實あるときは債務者は時効の利益を拋棄したることとなり最早其の援用を爲し得ざるべきものなるが故に（大正十年二月十四日言渡同年（オ）第十四號事件當院判決參照）原審が時効完成後債務者に於て債權者に延期證を差入れたる事實ありたりとするも、开は時効完成の效力を左右せずとし、債務者は依然當該時効を援用し得るが如き判斷を下したるは、其の當を得ざる事洵に所論の如しと雖、原判決の認定したる事實に依れば本件債務中十四圓の口に附きては被告人は訴外三代善太郎と共に連帯債務者の地位に在り、九圓二十四圓の二口に付きては三代善太郎が主債務者にして被告人は連帯保證人の地位に在り、而も時効は兩人の利益に於て完成したるに、其の中三代善太郎のみ

が債權者たる被告人に對し延期證を差入れ、時効の利益を拋棄したるものなりと云ふに在りて時効の利益を拋棄したりと云ふか如き事項は民法第四百三十四條乃至第四百三十九條に掲げたるものに該當せざること明なるが故に、如上債務關係に在りては同法第四百五十八條第四百四十條に依り、連帯債務者の一人又は主債務者たる三代善太郎が時効の利益を拋棄するも其の事實は他の連帯債務者又は連帯保證人たる被告人に對しては何等の影響を興へざるものと解すべきに相當とし、被告人は本件に於て時効を援用し得べきものなることは多言を要せざるを以て原判決の判斷は結局相當とす、（六、六、四、大民一）

### 二二六 連帯人へ保證と求償

甲乙連帯債務者の一人甲のみに付保證し辨済したる時若し乙に負擔部分なき場合求償の代位否

大正一五年（オ）三六七號、一五・六・三、民一集五卷七號四四四頁  
 【事實】一、井上利吉大林喜代藏兩人は井内仁三郎を連帯保證人として兩人連帯にて利息一ヶ月一分の約にて金三百圓を川人磯次から借りた  
 二、所が兩人はその後二箇年利息損害金の支拂をなしたのみ

でその餘の履行を爲さない爲め、川人は連帯保證人仁三郎に向つて元利の支拂を訴求し、その結果仁三郎は終に敗訴して金四百四十圓を辨済した  
 三、依つて仁三郎は債權者に代位し、利吉に向つて右金額の償還を訴求した所、利吉は「自分は大林の依頼によつて連帯借

主となつたけれども負擔部分がない、而して仁三郎は又大林の委託により、同人のためのみ保證を爲したるものであるから、自分に對して求償權を有しない」と言ふ抗辯を提出した  
 原審は被告利吉の抗辯を認めて原審の敗訴を言ひ渡した、依つて原告から上告した所、大審院も亦左記の理由に依つて上告を棄却した

權利を有するときに非ざれば、債務者の有せし權利を行使し得ざるものと謂はざるべからず

【判旨】一、「民法第五百條の規定に依りて債權者に代位する場合に於ても、其の代位する者は自己の權利に基き求償を爲すことを得べき範圍内に於てのみ債權者の有せし一切の權利を行使し得べきものなることは、同法第五百一條の規定する所なるを以て、其の代位する者が債務者に對し求償を爲し得べき

二、「民法第四百六十四條に依れば連帯債務者の一人の爲めに保證を爲したる者は他の債務者に對し、其の負擔部分のみに付求償權を有するものなるを以て、連帯債務者の一人の爲に保證を爲したる者が債務者に代り辨済を爲したるときは、該保證人は自己の保證を爲したる主債務者に對しては、當然債權者に代位して債權者の有せし權利を行使し得べしと雖も、負擔部分なき他の債務者に對しては求償權なきを以て債權者に代位して債權者の有せし權利を行使し得ざるものと爲さざるべからず」

### 二二七 債權讓渡は全連帯債務者に通知を要するや（被通知者にのみ對抗し得）

昭和五年（レ）第一〇三一號  
 連帯債務にありては各債務者は各自全部の給付を内容とする債務を負擔するものなれば、債權者は連帯債務者の内の或者に對する債權のみを獨立して讓渡することを得べく、及連帯債務者全員に對する債權を讓渡したる場合に於ても、其全員に對し讓渡の通知を爲すことを要せず、其内の或者に對し其通知ありた

る以上は讓受人は其者（被通知者）に對し讓受を對抗し得るものとす

（不動産は登記、債權讓渡は通知・國民法律社）

### 二二八 連帶債務者の免除効

昭昭二年(オ)第五百十六號  
債權者が連帶債務者の一人となせし裁判上の和解といへども、その内容にして債務の免除に相當する部分あるときは、その部

裁判上の和解で連帶債務者の一人に債務の一部を免除せば其部分に付ては他債務者にも及ぶ也

分は債務の免除としてこれが効力は民法第四百三十七條の定めるところに従ひ、當該債務者の負擔部分を限度として、他の債務者に及ぶものと解するを相當とす

### 二二九 時効中斷と連帶への効力

昭昭六年(オ)第二百六十號  
民法第四百三十四條には「連帶債務者の一人に對する履行の請求は他の債務者に對しても其の効力を生ず」と規定するに止まるを以て、民法第四百七條に列記する他の中斷事由中「就中」差押は他の債務者に對して其の効力を生ぜざるが如きも、凡そ「差押」は債權者が債務者に對して權利の實行として爲す強制執行を指すものなれば、其の訴の方法に依る權利の實行たる點に於て何等選ぶ所なく、否寧ろ民事訴訟法第五百四十五條には「判決に因りて確定したる請求に關する債務者の異議」とありて差押を一種の請求と認めたるが如し、殊に差押は履行の催告に

履行の請求は一人に爲せば他へも影響あれど差押其他は無關係なり

比し、更に強力なる中斷事由なることは民法第五百三十三條の明規する處なるを以て、既に履行の催告にして他の連帶債務者に對して時効中斷の効力を生ずるものとせば、更に之より強力なる中斷事由たるべき差押が斯かる効力を生ぜざる理由は之を了解するに苦しまざるを得ず、或は民法第四百七條には時効中斷の事由として請求と差押とを判然區別せられざるに、民法第四百三十四條には單に「履行の請求」とのみあるを以て連帶債務者の一人に對する請求以外の時効中斷の事由に付ては其の効力を生ぜざらしむる法意なりと論ずるものあれど、これは餘りに法文の字句に拘泥する議論にして採るに足らず、蓋法文の

語句には往々にして其の妥當を缺く場合存す、例へば同じく民法第五百三十三條には「催告は六ヶ月以内に裁判上の請求和解の爲にする呼出、若は任意出頭破産手續参加差押又は假處分を爲すに非ざれば時効中斷の効力を生ぜず」と規定し支拂命令及承認を脱り、然れども支拂命令の申立又は債務の承認が此の場合に時効中斷の効力あることは、何人も異論なき處なり、夫れ斯の如き民法總則編時効の總則中に於てすら、既に斯の如しとせば、民法總則編の規定と其の債權編の規定との間に法文の字句に齟齬したる處あればとて必ずしも怪むに足らざるなり、或は差押は債權者が其の債權の辨濟を得んが爲に行ふものにして債務者に對する意思表示の方法とせるものにあらざるを以て、債務者に對し履行を受けんことを欲するの意思表示たる請求と同一視すべきものに非ずと論ずるものあれども、催告と云ひ、

### 二二〇 連帶の負擔分と其變更

昭昭六年(オ)第二百四十七號  
連帶債務の負擔部分は、債務成立當時の事情に依りて決定すべきものにして、成立後に於て債務者間の契約のみに依り之を自

負擔分の變更に付ては債權者の關與を要せずして有効となる、其結果不合理の結果を來すなり

由に變更移轉し得べきものにあらず、若し之を爲し得べきものとせんか、連帶債務の負擔部分に債務者間に於て自由に變更せられ債權者は其の事實を知る事能はざるにより不則の損害を蒙



るに至るべし、即ち本件の如きに於ても連帶債務者たる被控訴人は更に訴外奥久蔵の契約に依り本債務の負擔部分を無資産なる同人に移轉することを得べく、連帶債務の一人に付時効完成又は債務の免除等他の連帶債務者が利益を享くべき原因發生したる場合に於て、他の連帶債務者は其の負擔部分全部を時効完成、又は債務免除等の原因ある債務者に移轉し連帶債務者の免脱を得るの不合理を生ずるに至ればなり、若し夫れ原判決の趣旨は本件負擔部分の移轉は單に債務者間の契約のみならずして、債務者も之に關與し之を承諾したるものにして、當事者双方の合意に依るものなりと云ふにあらば、そは單なる負擔部分の移轉にあらずして、民法第五百十四條の債務者の變更に依る債務の更改又は訴外奥東右京に對する連帶債務の免除と見るべきものなるに拘らず、單純に負擔部分のみが移轉したるものと認定したるは法律の適用を誤りたるか又は法律の解釋を誤りたるものにして、違法の判決なりと云ふに在り

然れども原判決は、債權者關與の下に負擔部分の變更せられたる事實を認めたるものに非ず、而して連帶債務者間の負擔部分は元來連帶債務者間の内部關係に於て定めらるべきものなれば當初定められたる負擔部分も債權者の關與を要せず、連帶債務

者間の約定のみに依り自由に之が變更を爲し得ること疑なく、民法第四百三十九條に所謂負擔部分に付ても敢て之と異りたる解釋を下すべき理由存せざるが故に論旨採用に値せず

上告論旨第三點は本件消費貸借の債務は「商行爲に因り生じたるもの」なること當事者間に争なき所なり、商人たる訴外奥東右京が商行爲に因り全部を負擔部分として生じたること當事者間に争なき所なり右債務の消滅時効に付ては商法第二百八十五條を適用せらるべきものなること洵に明白なり、訴外奥東右京が商人なること當事者に争なく、債權成立の當時同人が債務の全部を負擔したりしことも亦當事者間に争なく即商人の商行爲に因りて生じたる債務なることの争なき本件債務は、當然商法第二百八十五條に遵由すべきものなり、故に當初より本件債務は同條に因り五年にて時効完成すべきものなり、縱令爾後訴外奥東右京と上告人との間の契約に因り負擔部分を移轉したりとするも商法第二百八十五條の適用を離脱すべきものにあらず、況んや商人たる訴外奥東右京の負擔部分を承繼したる上告人に對し、新に民法第六十七條を適用せらるべき理由なく、債權の同一性なる限り同一債權が成立の際短期時効により消滅すべきものが長期時効の債權に變化すべき謂れなし、と云ふに在り

然れども連帶債務者の債務が商法二百八十五條所定の五年消滅時効に罹るべきや否は連帶債務者各自に付之を決すべく、縱令其の一人に付右五年の時効に罹るべき場合に於ても他の者の爲

商行爲に因りて生じたる債務に非ざる限、同一時効に罹るべきものに非ず、而して右は連帶債務者間の合意に依り負擔部分を變更したる場合に於ても何等差異を生ずべき筋合のものに非ず

### 二二二 超過法定利と保證人

昭和二年(オ)第千三百九十九號

上告理由第十點は原告は上告人に對し百六十圓の借入金に對し年一割五分の債務の承認を強要したり、明かに利息制限法に違反する不當の判決なりといふにあり

本訴において原告たる被告上告人は上告人に對し被告上告人が契約に基き取立講に支拂ふべき借入金、百六十圓及びこれに對する年一割五分の利息に付き上告人において連帶保證人たることを承認し、かつこれに關する證書に連帶保證人として署名捺印せんことを求むるといふにあるも、借入金百六十圓に付年一

連帶保證人は假令元金利息の支拂には保證を約すも利息制限法の超過分に付ては責任なしとす

割五分の利息を支拂ふ契約は強行法規たる利息制限法の禁止に違反し、その違反部分は裁判上無効なるを以て(明治三十七年(オ)五〇六號同年十二月二十六日言ひ渡し當院判決並び大正二年(カ)四一號同年三月廿七日言ひ渡し當院判決參照)假令上告人において被告上告人等に對し右元金及び利息の支拂に付き連帶保證人たる事を約諾したる事實ありとするも、右の違反部分に關しては被告上告人は裁判上保護を請求し得ざるものなりといはざるべからず

### 二二三 會社が關係者へ保證

運送會社が客の木材賣買に付保證した後法人の目的外行爲とし否認は無理關聯事業行爲で有效

問 甲と乙との間に木材一萬五千石を賣却することを契約しま

した、而して他地方にある丙なる運送株式會社が乙の爲めに保

證したのです

然るに該契約は乙の義務不履行に因つて解約になつたのであり  
ます、依つて甲は乙が資力なきを以て保證者たる丙運送株式會  
社を相手取り契約に因つて生ずる損害の賠償を求むる爲めに訴  
訟を提起したいと思ひます

然るに丙運送株式會社は、保證を爲したることば之を認むるも  
併し會社は海陸の運送を目的とする會社なれば、會社の目的以  
外の行爲たる他人の保證行爲は會社に於て其責なきものなりと  
主張して居ります

甲も丙會社は運送株式會社なることは承知して居りましたが、  
其の目的は如何なるものか定款も見ず、新聞廣告も知らず分ら  
んで有力なる會社であるから安全であると思ふて保證を認  
容したのであります

右の如く丙運送株式會社の主張は果して法律上正當な見解であ  
りませうか

### 二二三 貸越契約の保證責任

【事實】 一、中越銀行は大正八年八月八日松尾善一郎と下記の

銀行との當座貸越契約に於て特約なき以上取引  
の通念上相當なる超過額のみ保證人は責任あり

諸條件を以て當座貸越契約を結び、石黒平吉外一名は松尾の爲

めに連帶保證人となつた、(イ)松尾の「借越し得べき金額は金  
二千圓を以て極度とすること」但右金額を超過して小切手が振  
出された場合に於ても、若し銀行に於て其の支拂を爲したると  
きは本契約を適用すること (ロ)「本契約は雙方共一週間前の  
豫告を以て解約することを得、此の場合には豫告期間の満了と  
同時に借越金元利金を辨済すること」等(其他の契約條件省略)

二、銀行は大正九年十月十四日、十日の豫告期間を以て右貸  
越契約を解除する旨を通知し、其の通知は同日松尾方に到着し  
たから、同人は之が貸越金元利全部に付き大正九年十月二十五  
日限りに返済せねばならぬことになつた、而して貸越金高は大  
正九年十月二十九日現在に於て金六萬二千六百四十二圓五十七  
錢、其の利息金五千八百四十九圓九十四錢、合計金六萬八千四  
百八十七圓五十錢であるが、其中松尾の擔保に供してゐた有價  
證券等を競賣した外國人から辨済された金額等を差引くと、結  
局銀行は金五萬八千四百六十五圓六十錢及之に對する大正九年  
十月三十日以降の遅延利息の請求権を有することになつた、依  
つて銀行は連帶保證人たる石黒外一名に對し其の辨済を求めた  
のである

三、被告はこれに對して左の抗辯を提出した

第一章 民法 第五節連帶保證債務の部

甲は會社に對し對抗し得ざるものでありませうか  
右に對する判例又は學說を御教示下さい

答 會社は法人として目的たる事業の範圍内の行爲に付、人格  
を有す、乃ち其範圍内に於てのみ權利義務の資格を有するもの  
也、然れども目的事業に關聯するものとは直接たる間接たる  
とを問はず皆包含するものとす、保險會社が利殖の爲めに或會  
社の株主となり又はビルディングを設計して賃料を得る行爲の  
如き、兎に角目的事業と全然無關係なる別個の事業に非ざる限  
り當然附屬關聯の一切の行爲に付人格を有するものと解せざる  
可からざるものとす、本件運送業會社が其の運送關係者の爲め  
に保證を爲すが如き、又會社の適法行爲として有效とする方至  
當とす、萬一全然無關係無效のものとせんか、實際契約せる者  
が個人の資格にて其責任を有する事となるべし、本件は當然會  
社を相手取りて可なるものと信ぜらる

(イ)彼等の「責任は極度内の金額に止まり極度を超過したる金  
額に付ては責任なし」

(ロ)「假に極度を超過したる分に付いても保證人として其の責  
に任すべきものとするも、過振に關する商慣習、當座貸越契約  
並に之に附帶する保證契約の性質、信義公平の原則經驗の法則  
及本件契約締結の來歴等に鑑み、貸越極度額二千圓に對する二  
三割乃至五割を超過せざる範圍内に於て支拂はるゝ貸越極度超  
過金額に限定せらるゝ趣旨なり」云々

四、原院は被告の此抗辯を認めなかつたのに反し、大審院は  
左記の理由によつて彼等の上告を容れた

【判旨】 一、「第三者が一定の極度を定めたる信用契約の一種  
に屬する當座貸越契約に基く債務を保證したるときは、其の極  
度超過したる部分の債務に付いては責任なき」ことを原則とせ  
ねばならぬ

二、無論「其の契約に於て與信用者か極度を超過して受信用  
者に信用を與ふる旨を約し、第三が此の部分に付いても保證を  
爲す」旨を特約し居れば、第三者に於て超過部分の債務につい  
ても責任を負はねばならぬけれども、それすら「特に其の超過  
せる部分が如何に多大の金額に達するも尙且之を保證する旨の

意思表示なき以上は當事者の意思は取引の通念に於て相當なりと認め得べき範圍内に限り保證する趣旨に過ぎざるものと爲すを以て相當」とし、濫りにそれ以上超過部分の金額に對して責任を負はしむべきではない、蓋し「一定の極度を定めたる當座貸越契約に於て時に與信用者たる銀行が極度以上の信用を受信

用者に與ふることある旨を約する」のは畢竟例外的行爲であつて「與信用者たる銀行が極度を超過して信用を與ふる限度は自ら制限せられ、其の範圍は取引の通念に照し相當なりと認め得べき部分に止まるもの」と謂はねばならないからである（大正十五年（オ）第二八六號、一五、一二、二、民一判決）

### 二三四 單純の保證人と抗辯

主債務者に對し遲滞なく手續せば回収し得る事を證明したるに拘らず等閑にしたる時責任輕減

問 一、保證とは主たる債務者が辨済の資力なき場合に於て始めて辨済の義務を負ふ條件付契約なるを以て、債権者が主たる債務者の無資力なることを證明するにあらざれば保證人は債権者の請求を拒むことを得るにあらざるか

二、先きに保證人が債権者より履行の請求ありたる時保證人は債権者に對し、債権者は先づ主たる債務者に對し催告をなすべく、且又主たる債務者が辨済の資力を有し、且つ執行容易なることを證明したるに拘はらず、債権者は催告又は執行を爲さざりし爲、辨済を得る事能はざる状態に陥りたとせば其責任は債権者に於て負ふべく保證人は義務を免れ得るにあらざるか  
三、債務者及保證人三名にて債務を分割して負擔する所謂分

割の利益は此場合採用せらるべきや

答 保證人より債権者に對し主たる債務者は此の際手續を爲せば容易に回収し得る事を證明したるに拘はらず、債権者が等閑に附し、後日回収不能となれる時は、最初なせば回収し得たる限度に於て保證人は其の責任を免ることを得るものとす（民法第四五五條）保證人に於て分割債務の主張成立せず、債権者と債務者と共謀して保證人を苦めんとする時は、保證人は主たる債務者に對し自己の辨済に先だちて豫めの求償權を行使し債務者より取立つ方法もあるものとす（民法第四六〇條）故に別段心配する程のものに非ざる也

### 二三五 債權讓渡の通知と保證人

昭和六年（オ）第七百二十六號  
債權讓渡人が主たる債權の讓渡を、其の債務者に通知したる以上、特に保證人に之を爲さざるも主たる債權讓渡の效力として讓受人は保證人に對しても債權の讓渡ありたることを主張し得ることは既に當院判例の是認するところなれば、（大正六年（オ）第四六七號同年七月二日言渡判決）、本件に於て債権者小瀬尙保より主債務者植野次左衛門に對し讓渡の通知ありたることを原

讓渡の通知は債務者に爲せば足る保證人へしなくも對抗力あるなり

判決確定の如くなる以上、保證人たる上告人等に對しては時に其の通知なきも、讓受人たる被告人は讓渡ありたることを主張し得べきものとす、又主債務者植野次左衛門に對する讓渡の通知が確定日附ある證書を以て爲されず、從て上告人等には對抗し得ざるものなりと云ふ如きは、上告人等より毫も主張せざりしところなるを以て原審が之を顧みることなく、上告人等に對し讓渡の效力を是認するも違法に非ざるや勿論なり

### 二二六 保證人たる女の結婚と保證債務

結婚は保證債務に影響なし普通保證人は借主と共同被告とせよ

問 一、別紙借用證寫の通りの條件にて借主甲は戰友〇〇生命保險會社より（保證人乙と連署金參百四十圓五拾五錢借用し借主は辨済期限後五回に涉り金壹百七圓參拾五錢を返金し殘額貳百參拾四圓貳拾錢未拂債務あり  
二、去る十月二十日日本訴を提起せらる（支拂請求訴訟）最後一回だけは金參拾壹圓五拾五錢を大正拾九年十二月二十五日（昭和五年十二月二十五日）に該當す）迄返済の約定なるに右最後

の支拂期日前に残額金額に對し支拂請求訴訟を提起したるは不當ならずや  
三、一回にても支拂ひを怠りたる時は期限の利益を失ふとの特約なきものなり、從て右請求訴訟は不當なりと思はる  
四、而して保證人乙は借用證寫にある通り、普通の保證債務者なるに訴狀には連帶保證人として借主と共に右請求訴訟を提起せられたり、借主は借用證寫を保存し居れり、乙は應訴すれ

は結果如何

五、乙は保證當時は未婚なりしも目下結婚者なり、未婚の時になしたる保證は結婚により辨済の資力なきものとなり、辨済する義務なしと思ふ

六、未婚當時の保證債務は夫に於て拒むことを得るや

七、乙は不動産を所有し三筆は訴訟提起後善意の第三者訴訟中負債等のことを知らざる方に譲渡移轉登記なり、之れは詐害行為として取消されるものなるや

答 一、期限前と雖出訴は有效なり（民訴第二二六條五二八條第二項第五二九條参照）

二、普通保證人を連帶保證人とし債主と一所に訴ふれば、該保證人が催告及び檢索の二抗辯を提出しても勝訴するものに非ず、唯貸主が借主を訴へずに保證人のみを出訴するときは、一時は敗訴の外なし

三、未婚當時の保證債務負擔は結婚により何等の影響を受くることなし、即ち結婚により當然無資力となる理由なく又保證

### 三三七 保證人に對する借主の擔保は有效か

昭和三年（ク）第二百九十四號

債務の消滅すべき謂はれなきものとす、但し夫に辨済の義務なし（夫婦も借金は他人）

四、保證人が財産を他に賣渡したりとて、唯それのみにては詐害行為とならざらんし、保證人が債権者を害する事を知りて賣却をなしたるものにあらざる以上は詐害行為とならず、又假りに保證人にこの詐害行為ありとするも、之により利益を受けたる者又は轉得者が行爲當時其の詐害の事實を知らざりしときは債権者は取消權を行使することを得ざるものとす、この受益者又は轉得者が善意なりしと云ふ立證責任者は受益者又は轉得者なりとす（民法第四二四條）

五、保證人となつて印を押した以上は、責任を免れんとするは不都合なり、その位ならば何故保證の印を押すか、保證人たる者の反省を望む

六、保證人となるべく依頼されるとき「この保證をすると金を拂はねばならぬのだ」と云ふことを今少し強く、否大に強く（考へ抜いてから保證せられよ（借用證書寫は略）

（限定相續人の保證の如き例外の外無効）

凡そ保證の制度は主たる債務の履行を確保するために認められ

たるものなるに主たる債務者が保證人の債務に付、更に保證するも、例へば限定承認をなしたる相續人甲が被相續人乙の債務を保證したる保證人丙の債務に付、甲が保證するが如き保證の實益ある例外の場合を除き、その保證に因りて主たる債務の履

### 三三八 借金珍風景、別口の責任

問 一、甲は昭和六年中丙より金參千圓を限度とし乙の連帶保證を以て借用し目下千圓を借出せり

二、甲は昭和七年更に丙より金五千圓を限度として丁の連帶保證人と抵當權を設定して借用したる處、其後甲は一文も支拂はざる爲抵當物を賣却せられ、其結果金二千圓の不足を生じたり

三、依て丙は該二千圓を甲丁に請求すべき筋合なるも、甲丁は支拂能力なき爲め乙に對し甲乙甲丁の借入金全部の支拂方を要求せり

四、依て右五千圓口の甲丁の不足金をも乙の責任に歸せしめ得べきものなりや御伺ひ申上候

五、拙者思ふに甲丁借入金五千圓の不足金二千圓は甲丁の契

別口の分まで保證人に責を負はせ得るか

行は毫も確保せらるゝものに非ざるが故に、保證債務に付主たる債務者のための保證は右例外の場合を除き、法律の認めざる所にして無効のものなりと解するを相當とす

約による借用にして、甲乙の契約を以て借用せしにあらず、乙は唯この契約の分の借出殘額千圓のみの支拂義務あるに過ぎずと信ず、如何

答 一、本件三千圓口を「甲約」とし「五千圓」の方を「乙約」と名づけて以下法理と運用とを説明する

二、甲約の保證人乙は甲約だけの範圍の義務しかない、乙約の義務を履行する責任はないものである、されば乙は甲約の殘金千圓の責任しかなく、乙約の不足金二千圓の履行義務はないのである、なぜならば乙は甲約を以て其の義務のみの履行責任を負担したのに外ならぬからである

三、そこで甲は甲約の限度たる金三千圓迄は借りられるのだから、乙約の二千圓の不足を丙に辨済する爲、甲約の追加借入

二千圓を申込んで手形を丙に對し振出したりとせよ、この手形債務は甲約に屬する故、乙はこの債務の履行を拒む譯にはいかぬ、かかる次第故乙が右丙の乙約の不足額請求は不當なりと主張して、之が支拂を拒むこと誠に法律上正當ではあるが、結局甲丙妥協せば右乙の拒否の主張は唯單に一時的のものに外ならぬものとなる、蓋し三千圓限度迄は甲約の口で甲が丙から借入

れが出来から、この口の分として明示して借出しをしたならば、乙は之を拒む法律上の理由を奪はれてしまふからである  
四、併し甲乙妥協して甲は丙より借入をなさざるときは丙は乙約の口の不足金を乙に支拂はしむる法律上の根據がないから丙は乙に手は出せない事となり、微妙、テリケートの珍事案ではある 以上

### 二二九 借金の延期と保證人

延期は保證人に關係なくも保證人の利益の爲めに主張差支なし

法曹會決議

問 甲者乙を保證人として（連帶保證に非ず）丙より金千圓を借用せり、其の後辨濟期に至るも辨濟を爲すこと能はざる爲、債權者は保證人の承諾を得ず、獨斷を以て延期を承諾したり、此の場合保證人は其の延期を認むる必要なく、從て保證人及其の承繼者は延期より生ずる一切の關係に付責任を免かるべく、又時効の如きも最初に保證したる辨濟期より進行し、當事者間に於て時効の中斷等の事由あるも、保證人には何等關係なく、時効は完成すべきものなりや

決 保證債務は從たる債務として主たる債務に付生したる事項

の影響を受けることを以て原則とす、從て本問の如く辨濟期後債權者が主たる債務者に對し延期の承諾を爲したる場合に、保證人も亦其の利益を受け期限の許與を以て對抗することを得べし、然れども之を以て保證人に對抗するを得ざるを以て（民法第四百六十條第二號）、保證人より云へば最初の辨濟期より消滅時効進行すべしと雖、民法上主たる債務者に對する時効の中斷は保證人に對し其の效力を生ずるが故に（民法第四百五十七條第一項）實際に於ては本問の如き場合に保證債務が主たる債務に先立ち消滅時効に罹るが如きことなるべし

## 第六節 賣買、贈與の部

### 二三〇 賣買と引渡す迄の果實

昭和六年（オ）第五百六號

民法第五百七十五條第一項は本來賣買目的物の引渡前に於て賣主と買主との間に生ずる諸種の錯雜なる關係を相消せしむる爲設けられたる規定に相違なきも、而も尙衡平の觀念を度外視したるものには非ざるが故に、賣主をして代金の利用と果實の

引渡す迄賣主の收入なりとは代金未済の場合也既済の時は反對

取得との二種の利益を獲得せしむるが如きは其の法意に適合せざるものと云ふべく從て既に代金の支拂を受けながら尙且引渡すべき目的物を引渡さずして占有する賣主は、其の目的物より生ずる果實を取得し得ざるものと爲すを以て右法條の律意に副ふものと云ふべし

### 二三一 建物の賣却と樹木

樹木は土地の一部に非ず獨立の不動産也土地と離れて建物と共に所有權を移轉すると差支なし

法曹會決議（大正十四年六月二十九日）

問 甲所有建物（甲は敷地も有す）乙に賣買するに當り、其の契約書の但書に同敷地上樹木一切附屬する旨を記載し、更に同一趣旨の契約を以て乙より丙に賣買したり、丙は其の敷地上立木に對し完全なる所有權を取得する哉否やに付き、左記兩説あり、何れを可とするや

甲説 立木は土地に定着せる從物なるを以て民法八七條二項により主物たる土地の處分に隨ひ、土地と分離して權利の目的たることを得ず、故に丙は樹木に付き所有權を取得すべきものにあらず  
乙説 立木は土地の構成部分に非ず、獨立の物なり、而して土地に定着せるものなるを以て建物と同様一個の獨立なる不動産

に屬す、集團たる立木以外の立木に付き登記法の定めなしと雖も之が爲め個々の立木は不動産たる性質を失ふべきものにあらず(大正十二年大審院判決)依つて土地と分離して獨立の財産

を形成し別に立木に付き権利の目的と爲ることを得可し、故に丙は樹木に付所有權を取得するものとす  
決 乙説を可とす(大正十二年七月二十六日大審院判決參照)

### 二二三 立木賣買と土地使用

土地の所有者が伐採の目的で其立木を賣れば其伐採等の爲め買主に土地を使用せしむる義務有

昭和二年(オ)第七十三號

伐採の目的を以てする立木の賣買に付、當該土地の所有權が賣主に屬する場合に於ては、賣主は該立木の伐採、加工、搬出の爲に買主をして該土地を使用せしむべき債務を負擔するものにして、該債務は立木賣買契約の内容を構成する賣主の債務に屬すること明かなり、而して原審は本件賣買物件たる立木は、賣

主たる被上告人に於て引渡を受けたる事實を認定したるも、賣主たる上告人が其の土地を被上告人に引渡し、該土地を使用せしむべき債務が履行済なりとの上告人の抗辯事實は、之を肯認せざりしものにして、立木の引渡と土地の引渡とは之を別個に觀察し得べきものなるを以て立木の引渡ありたる以上は必然的に土地の引渡ありたるものと認定せざるべからざるものに非ず

### 二二三 土地と共に立木の讓受

此場合は立木に付別段公示手段要なし先の立木讓受人にも對抗

昭和六年(オ)第八六五號

立木に關する法律の適用を受けざる立木を土地と分離して獨立して讓渡したる場合に、其讓受人は其所有權取得に付公示方法を爲すに非ざれば、之を以て第三者に對抗することを得ず、而

して其公示方法とは一般不特定の第三者をして讓受人の所有權取得を明認せしむるに足るべき行爲を云ふものにして、單に特定の第三者に所有權取得を通知するが如きは公示方法に屬せず之に反する見解を前提とする論旨は理由なし

尙土地と其の上に生立する立木(立木に關する法律の適用を受けざる)とが同一人の所有に屬する場合に其者より立木と共に土地を讓受けたる者は土地に付所有權移轉登記を爲したる以上特に立木に付公示方法を爲さざるも、立木の所有權取得を第三者に對抗し得べきものとす(大正八年(オ)第九百五十五號同年一月二十日當院判決參照)故に土地及立木の所有が先づ立木のみを讓渡し、次で更に立木と共に土地を他の者に讓渡したる場合に第一の讓受人が立木の所有權取得の公示方法を爲すに先

ち、第二の讓受人に於て土地所有權移轉の登記を受たる以上、第二の讓受人は同一人に屬する土地及立木を其の所有者より讓受け、已に土地に付之が登記を経たる者として特に立木に付公示方法を爲さざるも第一の讓受人に對し立木の所有權取得を對抗し得るものと云はざるべからず、之と反對の見解を前提とする論旨は理由なし

昭和六年十月六日

大審院第五民事部

### 二三四 代金未拂家屋の持主は賣主か買主か

代金未拂家屋にても之を買主が登記して第三者に對し抵當に供與したる行爲は有效なり

問 (1)甲は家屋の保存登記を爲せり

(2)乙は之れに對して貸金をなし抵當權設定の登記を了した

(5)この場合において乙は丙その他に對し抵當權を以て對抗し得るや

(3)その後丙は甲に對して「保存登記を抹消し其の家屋を丙に引渡すべし」との請求をなすに至れり

答 一、乙は丙に對抗し得るものとす、代金未拂なりとて賣つた家屋の取戻しをなす權利なし

(4)その理由は丙は甲に對し未登記の右家屋を賣渡したるものなるが、甲は代金の皆済をなさずしてこれを改築して保存登記をなしたるがためなりといふにあり

保存登記は原所有者がこれをなし、買主は賣買による移轉登記をなすべきが順序なれども、買主が保存登記をなしたりとて違法にあらず、故に甲はこれを抹消せしめらるべき謂はれなきものとす

二、唯甲は未拂代金辨済の債務を負ふに過ぎず、これを他に  
 抵當に差入るゝとも何等の故障なきものなり  
 三、従つて乙がこれを抵當として甲に貸金したる行爲に何等

### 二三五 假處分と物件買受者

法曹會決議（大正十五年二月八日）

處分禁止の假處分登記ありたる土地を買受けたる第三者は、其  
 所有權を以て假處分登記名義人に對抗する能はざるに因り假處  
 分登記名義人が該土地に損害を加ふるも、所有者は假處分登記  
 名義人に對し損害賠償其他救済方法を求むることを得ざるべし  
 と思考す、如何  
 右の場合前所有者より假處分登記名義人に對し賠償を求むるこ

### 二三六 賣掛代金を貸金に直したときの時効

問 甲が乙に對し大正十年に木材を金五百圓に賣却したるに、  
 乙は期日に支拂ひなきにより之れを貸金證書に改正せしめたる  
 に、乙は返済期日に至るも更に返済せざるのみならず、却て乙  
 は甲に對し賣掛代金の借金を借金證書に改正せるに過ぎざるに

より、時効となり支拂ひの義務なしと抗辯せり、此場合何年に  
 して時効となるものなるや

答 一、人から物を買つて代を支拂はず、その爲貸金證書にし  
 てもらい、結局拂はずにすめばこんなよい事はない、併し相手

がたまらないではないか

二、法律はそんなするい人物を保護はしない、なぜならば法  
 律は倫理を離れて存在しないから、と云ふのが本社の理想であ  
 ります

三、當事者は賣掛代金債務を消費貸借に更改して、準消費貸  
 借契約なる法律要件を成立せしめたものである、されば時効は  
 この貸金を請求することを得るとき例へば期限の日の翌日より  
 十年の時効によりて消滅するものである、即賣掛代金たる性質  
 は右準消費貸借契約成立と同時に失はれ貸金たる新債務に更改

### 二三七 電話の讓渡と名義權

大正十四年（オ）第七百九十八號

按ずるに電話加入權の讓渡は讓渡人より譲り受人に對し其の加  
 入名義の變更手續を爲すに非ざれば、之を以て電話官廳其他  
 の第三者に對抗することを得ざるものなれば、電話加入權の讓  
 り受人は、契約に依り電話加入權を取得すると同時に、其の取  
 得を完全ならしむる爲に、讓渡人に對し加入名義を自己に變更  
 せしむる權利を有するものなり、而して此の權利は契約に依り

の過失なく、法の保護を受け、その抵當權を何人にも對抗し得  
 べく、従つて前述の如く斷定したる所以なり、但し特約あれば  
 別。（例へば代金と引換にあらざれば所有權は移轉せず）

假處分中の物件を買受たる者は假處分者に所有  
 者としての對抗力なき故其者の加害に賠償不能

とを得るや

決 處分禁止の假處分登記ありたる土地を買受けたる者は、其  
 の所有權の取得を假處分登記名義人に對抗すること能はざるを  
 以て、假處分登記名義人が該土地に對し損害を加ふるも、右  
 の買受人は自己の所有權を侵害されたりとして、損害賠償其他  
 救済方面を求め得べからず、前主をして損害賠償を求めしむる  
 の外途なし

するものなれば、時効も民法第一六七條によるべく、第一七三

條の短期時効制度によるべきものにあらずと云ふ結果となる、  
 而して本件は大正十年賣買契約により、其の後貸金證書に書換  
 へ、期限をいつにしたか知れざるも未だ十年の時効には罹らぬ  
 故安心してこのするい男をへこましておやりなさい

四、尙債權者にも注意して置きたいのは、九年もたつ間何  
 をして居たのか「權利の上になれむ」と云ふことがある、今こ  
 の「スピード」時代に兎のまねをしてねむつて居ては其のこ  
 事態がよくない、これ時効制度のある所以であります

電話の讓渡と名義變更請求權は共に附隨して移轉  
 せず故に名義變更は直接讓渡人へのみ請求のこと

發生するものにして、譲り受人が法律上當然取得するものに非  
 ざるを以て、別段の契約あらざる限り譲り受人の特定承繼人に於  
 て直接讓渡人に對し加入名義の變更を請求し得べからず、然れ  
 ば本件に於て上告人が福見庄藏より同人が被上告人に對し有す  
 る加入名義變更請求權を譲り受たる事實なること上告人主張の  
 如くなりとせば、其の後上告人が右電話加入權を訴外小松初五  
 郎に讓渡したればとて、其の加入名義が被上告人に變更せられ

更に之が初五郎に移轉し、若くは上告人及初五郎間に於て被上告人より直接初五郎の名義に變更する契約を爲すに非ずして、其の加入名義變更請求權が電話加入權讓渡の一事に依り當然初五郎に移轉すべきものに非ず、然るに原院が上告人より初五郎に對する本件電話加入權の賣買書に依り上告人が該電話加入權を五郎に讓渡したることを認め、之と共に其の加入者名義變更請求權は法律上當然同人に移轉したるものとし、從つて同證

書但書の文詞を以て電話加入權が初五郎名義に變更せられたるときは、上告人に於て電話器設置の移轉に付盡力すべき旨を言明したるに過ぎざるもの如く解釋し、上告人は最早本件電話加入者名義變更請求權をも有せざるものと爲し、上告人の請求を排斥したるは、電話加入權の讓渡に關する法則に違背し、不當に事實を確定したる不法ある判決にして破毀し差戻すべきものとす

二三八 債務者と保證人とを一所に訴へる賣掛代金請求訴訟

普通保證人と借主は共同被告適法

問 一、甲出荷主(問屋)

二、乙 荷受人(買人、甲の得意先)

三、丙 乙の保證人(左記保證々文を甲に與ふ)

右の乙は甲より品物を二百圓買入れその代金に充つべく、所有の畑を二番抵當に差入れ登記を了したり、丙はこれを知らず、然るに一番抵當權者(債務額二百圓也)が抵當權を實行し競賣代金二百圓也にて甲は一文の配當も受くることを得ず、よつて甲は保證の證文により丙に辨償さすべく手續きせんとす、右出訴方法御教示を乞ふ

記

保證書

今般乙と貴方と商取引を爲すに付き乙がその代金を支拂はぬ場合その他迷惑を掛くるが如き事有之候時は拙者全責任を以てその責を負ひ、一切御迷惑相掛け申すまじく右保證書如件

年 月 日

丙

甲 殿

答 一、甲は乙丙を共同被告として賣掛代金請求訴訟を起すことをすめる、これが一番簡單なる方法なり  
二、丙が甲に對して差入れたる保證書を見るに連帶保證ではなく普通保證である、これでは甲には損である

三、右訴狀の様式を示すこととする

七圓印紙

訴 狀

住所	原告	甲
住所	被告	乙
住所	被告	丙

賣掛代金請求の訴

請求の目的物

何年月日右原告が被告乙に賣渡したる物品代金二百圓也の辨濟

請求の趣旨

被告等は原告に對し何年月日原告が被告乙に賣渡したる何物品代金貳百圓也を支拂ふべし訴訟費用は被告等の負擔とするの判決を求む

請求の原因

一、原告は被告乙に對し何物品何程を金二百圓也にて賣渡し代金は月賦辨濟の方法等分割拂とせず即金の約定にて右物品は契約の通り何年月日之が引渡を了したり  
二、然るに被告乙は今日に至るもその支拂を爲さず、依て甲

第一章 民法 第六節 賣買贈與の部

は再々その支拂の請求をなしたるも言を左右にして支拂をなさず  
三、被告丙は甲第一號證の保證書の如く右乙の債務を保證したる者なる處、今日まで再々右保證債務の履行を催促せるも之又支拂を爲さざる次第なり  
四、依て被告兩名に對し右賣掛代金請求の爲本訴に及びたり

證據方法

一、保證書を以て丙の保證債務の存在を立證す  
一、何々

附屬書類の表示

一、保證書(寫)

一通

一、何々

何通

右訴提起候也

昭和 年 月 日

右原告 甲印

何區裁判所監督判事何某殿

(連判は首とかげがひ・國民法律社)



### 二三九 賣買と目的物の轉換

委任狀付で讓受た株券が合併により他の株に變じたる時は其株式に對する名義書替の請求手續

大正十五年(オ)第百十號

債務者の責に歸すべからざる事由に依り履行不能を生じたる場合に、債務者をして通常債務を免れしむる所以のものば、之に對し其債務を認めて損害賠償義務を負担せしむべき根據なきに至りたるが爲の故なれば、債務者の責に歸すべからざる事由に依り履行不能を生じたる事由のみに依り、直に債務者が其の履行不能の發生に依り本來の給付の殘留せるもの、又は其の代りとして取得したる物又は權利に付債權者に對し之が給付を爲すの責任なしと斷するを得ず、若し此の種の給付義務を認めざるときは、債務者が履行不能に依り其の債務を免れたる結果債權者は損害を被るに反し、債務者は履行不能に依り却て本來の給付物體の殘留せるもの又は其の代りとして取得したる物又は權利を取得して利得することとなり、極めて不公平なる結果を生ずべし、斯くの如きは立法の趣旨なりと首肯することを得ず、而して民法第三百四條が第三百五十條第三百六十二條第二項、第三百七十五條に依り質權權利質及抵當權に準用せられ、質權

又は抵當權の目的物が滅失又は毀損し權利質の目的たる權利が滅失する場合に於ても質權又は抵當權を消滅せしめず、其の滅失又は毀損に因り債務者が受くべき金錢其の他の物に對して其の權利を行ふことを得る旨を定め又民法第五百三十六條第二項は双務契約に於て債權者の責に歸すべき事由に因り履行不能を生じたる場合に於ても尙ほ債務者は其の履行不能の結果其の得たる利益を債權者に償還することを要する旨定めたる趣旨に徴するときは、双務契約に於けると片務契約に於けるとを問はず債務者は履行し得べき限りは履行せざるべからざるものにして本來の給付が履行不能となりたる場合に於ても其の給付の物體の殘留せるもの又は其の代りとして取得したるものあるときは債權者が之に付利益を有し、其の給付を求めたる場合に之に應ずべき義務あるものと解するを妥當なりとす、而して商法第二百二十五條第二項第二百二十條の五には株式會社の合併に因る株式を目的とする質權は合併に因り株主が受くべき株式及金錢の上に存在する事を定むるが故に株式の賣買に於ける賣主の

義務に付いても賣買の目的たる株式が株式會社の併合に因り消滅したる場合にありては、之と同じく賣主は其併合に依り従前株式に對し割當られて取得した株式を賣主に移轉する義務を負担するものと論斷するを相當なりとす、而して本件に付之を觀るに、訴外日比野新藏は上告人より同人名義の本件名古屋電燈株式會社株式二十株を株券に白紙承諾書添付の儘大正十三年八月八日迄之を借受け、同一株券を返還すること能はざるときは同種類の株券を上告人名義に書替の上返還することを定め、他に之を讓渡し得ることの承諾を得て之を訴外杉浦鐵次郎に讓渡し、同人は更に之を被上告人に讓渡したる所、其後名古屋電燈株式會社は關西水力電氣株式會社に合併せられて前株式會社の株主は後の株式會社の株式を三株に對し四株の割合を以て取得

### 二四〇 見本賣買と特定物

特定物の賣買契約に於ては多少見本と相違する處ありても受領拒絶權なし解除又は損害權のみ

大正十五年(オ)第五十八號

特定物の賣買に於て見本品を定めたるときは、賣主は賣買の目的物が見本品に適合する性質を具有することを確保するものにして、従つて其の給付したる物が見本品と異りたるときは瑕疵

擔保の責に任すべきものなると同時に、買主は民法第五百七十七條第五百六十六條の規定に基き或は契約を解除し又は損害の賠償を請求し得べきも、債務の本旨に従ひたる履行にあらずとして之が受領を拒むことを得ざるものとす

### 二四一 果實收取權を賣渡擔保

問 賃借権者は、未だ賃借物に耕作せざる前に果實收取権ありといふことを得るや、若し果實取得権ありとせば、この権利を賣渡し擔保に供することを得るや、若し得るとせば賣渡擔保にとりたる貸主は第三者に對抗し優先辨濟(案第六條)を受くることを得るや等の點御教示を請ふ

金錢消費貸借契約案

住所職業

貸主 甲 某

住所職業

借主 乙 某

右當事者間において金錢の消費貸借のため左の契約を締結す

第一條 貸主甲某は金何圓を借主乙某に貸渡し借主乙某はこれを借受けたり

第二條 前條の貸金の利息は一ヶ月何圓として借主より貸主に支拂ふべきことを約せり

第三條 借主が爲すべき元利息の辨濟期は昭和五年十一月末日とす

第四條 元本及利息の辨濟の場所は其の當時における貸主の住所とす

第五條 借主は本債務の擔保として左記財産權を信託的に貸主に移轉し貸主は之を取得したり

地主は何縣何郡何村大字何字何番地何某より賃借し居る何縣何郡何村大字何字何番地何某何反歩の昭和五年秋の果實收取權

第六條 期限に至り本貸借の元利息を辨濟せざるときは何等の通知または催告を要せず、貸主において自由に果實を收穫し適宜處分するも借主において異議なきものとす

第七條 本貸借の元利息を完済したるときは第五條の果實收取權の移轉は解除せらるゝものとす

第八條 借主は本貸借の元利息辨濟期限まで貸主の爲め第五條記載の畑地を無報酬にて打起し、播種施肥除草等一切善良なる管理者の注意を以て耕作を爲すべきものとす

第九條 借主が前條の耕作を爲すに要する費用は貸主において負擔すべきものとす

右契約を證する爲めこの證書二通を作り各署名捺印し各その一通を保存す

答 一、面白い問題ですれ、果實收取權といふ權利は占有權か本權か又は本權の内容から流出する權利か大に検討を要する問題ですが、本件小作契約即ち賃貸借契約においては、使用收益の權が該契約成立の瞬間に地主から借主へ移轉します(民法第六〇一條)

この収益權が果實收取權に該當するものであります

二、この収益權は靜態における所有權の一内容物であります。が所有權が他物權等により制限を受けるとこの収益權は所有權より遊離して該制限物權等の内容中に移行するものである

三、右の移行はこれを「一方に停止、一方に原始的に取得する」と見るかまたは移轉的、承繼的と見るか。はまた一の問題です、しかし私は「占有」に移轉なしと解すると同じ筆法で「収益」は移轉せぬと解しますが「占有權」は移轉すると同様に「収益權」も亦移轉するものと解します、依て本件果實收取權も地主より借主へ移轉するものと解します

四、この収益權は前述の如く小作契約成立の瞬間に移轉しますからこの移轉と同時に小作人の有に歸し、小作人が未だ耕作

をせぬ前にも小作人に果實收取權があるのであります

五、この果實收取權は獨立して取引の客體となるかならぬか。も一の疑問です、併し物の一部が取引の客體となる如くこの權利も取引の客體となり得るものと純理上首肯し得られます、たゞ特別の明文がなければこれを認むる契約は當事者のみ有効であるが、對世的の效力がないものと見るべきであります、即ち債權的效力はあるが物權的效力はないと信するのであります

六、從つて今日の法律觀念にては果實收取權の賣渡擔保性を認むるは尙早といふべきであります、小作權即ち賃借權より獨立したる經濟性はないものと見るのが妥當の見解でせう

七、民法を案するに第八九條には天然果實はこれが元物より分離するとき、該果實收取權を現有する者に歸屬する旨を定むる結果、本件賣渡擔保を以て第三者に對抗することを得る筋合となるのであります

八、こゝに善意の第三者があつて例へば稻の成熟期前一ヶ月内に該稻立毛を差押へたとします(民訴第五六八條)この物の競賣を申請すると執達吏は成熟の後之を許すこととなり(民訴第五八四條)第三者は債權の満足を得ることとなりますが、本件を以て第三者に對抗し得るものとするに金貸はこれに付賣渡

し擔保契約があるから果實收取権者であり、従つて之を收獲せる瞬間即ち分離時において、その果實は該金貨の物となるのであります、さすれば法律上果實差押えを認めたる趣旨は没却せられ、善意の第三者は不測の損害を蒙ることとなる、かくては取引の安全を害することとなり、尙早説を私は是なりと信じます、併し「スピード時代」の今時、こんな隱健説ははやりないによつて即時断行するといふ御意見ならそれも一理がおりますから試みられるも一策でしょう、但し大審院の新判決を作り得る段になるとやはり尙早説が鼻を高めることとせう

### 二四二 再賣買契約締結の義務

一、私は本年一月十日より畑十町歩と漁船十艘を代金四千五百圓にて買受け、畑は同日移轉登記を了し漁船は五月十日まで賣主保管の條件にて賣買の公正證書を作り、金を渡しましたその時私は甲に對し、五月十日までならば原價にて買戻しの要求に應ずる旨の念證を交付しました、更に本年五月廿日私は甲より朋録二百五十石の賣渡し證書と該物件の保管證書とを受取つて、その代金二千五百圓を渡し、同時に甲に對し本年八月廿日までに原價の買戻に應ずる旨の念證を交付し、かつ前回

九、依つて第三者に對抗できぬものとしてこの賣渡擔保を契約し、而して別に第三者に對抗する方法を講ずることです、その方法は(一)小作人をしてこの契約を遵守し、第三者に對抗すべき現實の方法即ち果實を債主(金貨)に賣渡し、擔保になれる旨を公示する方法(明認方法を講ずる義務を負担せしむるため)の契約を小作人との間に確約すること (二)その明認の方法を果實發生前より行ふこと (三)その明認の文句は「果實發生せば」その果實は何某の所有たることを立札等によつて明にするを良策と考へます

の分の買戻し期日の八月廿日まで延期の承諾を與へました、然るに甲は右期日に至るも買戻しを履行せざる爲私は右二件の履行催告をかけたる契約解除通知を内容證明て出しましたところが甲は九月廿日來宅し買戻し再契約を強要しましたから、私は甲から従來の買戻し契約解除の同意書を取つた上改めて甲の親族乙を買主とし右二件の不動産及動産を一括したる物件の賣買契約書を作成し、その代金七千四百圓の支拂期日を十一月廿日と協定しました、但し賣買物件の船とか朋録は頗る大量のもの

で、運搬費用が掛かりますから便宜上甲を受寄者として乙を保證人として寄託契約證を作りました、然るに彼等は履行期日が過ぎて少しも入金しませぬから數日前私は内容證明で催告書を發しましたが、その内にといつて未だ履行しませぬ、依つてこの上は最早裁判所を煩らばすより外に方法はありませんが如何なる手續きを履めば宜しきや、詳細御教示を願ひます又萬一彼等が一部入金の上賣買の再契約を要求して來た場合は如何なる形式の契約が適法なるや、併て御教示を願ひます

答 一、本件は頗る混雜の事件ですが、丁寧に説明及鑑定をいたします

先づ貴下が買戻し履行催告を爲し兼て契約を解除したることとして見れば畑外二物件の所有權は如何になりしかを考へればなりませぬ然るに買戻し契約の解除の承諾をとつたとありますがこれは「買戻し條件付」の契約を爲しその「買戻し条件」だけを解除したといふ意味らしく思はれますから、その邊の契約の性質を十分御研究下さい、若し全部の契約即ち「買戻し条件付賣買契約」と云ふ契約の全部を解除されたとすれば所有權は貴下になりはせぬかと思はれますからこの點御注意願ひます

二、乙を買主として代金支拂日を定め、目的物の動産を甲に寄託し乙を保證人とするとの契約の中で、乙の保證といふは甲の如何なる債務の保證なるか、若し「返還債務」なりとせば甲は何時まで返還すべき約なりしか、またその返還時期を定めざりしか

三、十一月廿日に代金を支拂ふ約に違背しその後の催告にも言を左右にして應ぜぬとすると出訴するより外ないことになり、それには「土地その他の物件賣買契約履行請求の訴へ」なる訴へを起して代金支拂を求むるため、貴地地方裁判所に訴することです

次に萬一一部入金の上賣買再契約を要求した場合は、之に應ずる義務ありや否やは契約書の内容に當事者が意思表示をなしたるや否やによりて定まるものです

(恐ろし連帯、危ふし保證・國民法律社)

### 二四三 法禁賣買で手附損

外人の土地買受契約は公序違反故其手付も不法原因の給付となり契約無効でも返還不能となる

大正十四年(オ)千五十九號

按ずるに民法第七百八條の所謂不法の原因とは給付の原因自體が公の秩序又は善良の風俗に反する場合を謂ふものなることは當院の判例(大正七年(オ)第三十八號大正七年二月二十一日第二民事部判決參照)とする所なり、而して外國人は現に我國に於て土地を所有することを得ざるは明治六年太政官布告第十八

號地所買入書入規則第一條に明規する所にして、該規則たるや公の秩序に關する強行的法規なるを以て、之に違背し外國人を以て土地の所有權を取得せしむる行為の無効たるは勿論、其行為を原因として爲したる給付は其原因が公の秩序に反するものなるを以て、民法第七百八條の所謂不法原因の給付に該當するものと解せざるべからず

### 二四四 賣買抵當の效力と執達吏の職務違背

問 甲者あり、乙にその所有動産を擔保に取り金員を貸付けたるも動産は抵當權の目的となすことを得ざるにより乙よりその動産を甲に信託的に賣渡し、しかして第三者に對抗するため更に甲より其動産を乙に貸貸をなしたり、しかるに乙は丙より借金あり、強制執行のため右の動産を差押へられたり、乙は右賣買のこと及び貸貸借のことを契約書私書證書を示して物の提出を拒みたるも執達吏は動産の占有者の所有物と推定さるゝものなり、不服ならば異議申立つべしと強て差押へ競賣せられた

り  
一、果して執達吏の言の如く動産は占有者の所有物なりと推定せらるゝものとせば、その主文または大審院判例を示され度  
二、右賣買及び貸貸借を確定日付ある契約書または公正證書を證據として主張するも矢張り效力なきや  
三、一體執達吏に右賣買及び貸貸借を假裝のもの又は詐害行為を認むる權限あるものなるや  
所謂賣渡抵當なるものは學說判例の認むる所と信ず、しかるに

執達吏は異議の申立をなし得ざるものと見送り委任債權者の歡心を買はんがため無理に差押へをなすこと滔々しかり、如上執達吏の考へ一つにて自由に差押へを爲し得るものとせば、賣渡

抵當なるものは何等の實益なきものとなる此場合民訴第五三二條により執達吏に對し損害賠償の請求をなし得ざるものなるや  
答 一、賣渡擔保なるものが有効なるが爲めには、賣買が眞實に行はれ、しかして債務の辨濟が債務の本旨に従つて履行せられたる以上は、債權者はその目的たる動産を返還すべく、債務が辨濟せられざるときは債權者は之を處分して終局の目的を達するといふことによりて、經濟上擔保の目的を達せんとする意思を存することを要す、その法上の構成が買戻し約款附賣買なると、再賣買の豫約によると、信託行為(債權的なる)と物權的なるとは之を問はず)の方法によると、賣渡抵當によるとの別なく、悉く有効なるものとす(物權的信託行為には論あるも判例は有效なり)

二、然らば本件賣買なるものが眞實に行はれたる以上は、乙の本件目的物は乙の所有に歸したるものなるや勿論なり  
三、たゞ動産物件の移轉は、民法第一七八條によりてその引渡あるにあらざれば第三者に對抗することを得ず、本件は果し

てこの引渡ありしや否や

四、然るに乙は右動産を甲より貸貸して之を使用し居れりといふ、こゝにおいて所謂引渡とは何ぞやの問題を生ず、引渡なるものは占有權の移轉なりとするは學說判例のほとんど一致する所なり、しかして占有權移轉に四の種類あり、現實引渡簡易の引渡、占有改定、指圖に依る引渡是なり、民法第一七八條の引渡に右の四者を包含することは又學說判例のほとんど一致する所なり、(大正十一年判例要旨——引渡とは占有權の移轉をいふ、故に簡易の引渡、占有の改定に出でしとするも甲は兎に角一旦は本訴目的物の占有權を有したりしものなり——大正十年浦和地方——甲が乙にその物件を賣渡し同時にこれを乙が甲に貸貸したる場合においてはその當事者各自の默示に基き右目的物に付民法第一八三條の占有の改定あり、従つて乙は同第一七八條の引渡しを受けたるものと解するを相當とす)

五、されば本件は貸貸借によりて甲より引渡を受けたりとせば、甲は乙より賣買と同時に引渡しを受けたるものなることは理論上明にして、それが引渡しは民法第一八三條の占有の改定ありしものにして、貸貸借により更に甲より乙に簡易の引渡しありしものと見るを相當とす、果してしからば本件賣買及貸貸借

は有效なるのみならず、第三者對抗要件をも具備するものなりとす

六、しかるに執達吏がある債権者の鼻息を窺ふべく、此を無視して差押さへをなしたるときは甲は民訴第五四九條の目的物に付、所有權を主張して強制執行に對する異議を主張することを得、但しこの訴は債権者を相手方とすべく、執達吏に對するものにあらず

七、執達吏が賣買又は貸借を信用せずして、執行をなすと

### 二四五 賣渡擔保と代物辨濟

昭和二年(オ)第七十六號

債務辨濟を確保する爲めになす、所謂賣渡擔保なるものは、當事者の合意により種々の内容を有し、一様ならざること所論の如しと雖も、通常賣渡の目的たる物または権利より債務の辨濟を得ることを目的とするに過ぎざるが故に、債務者が其の債務の支拂を爲さざるときは擔保物または權利を處分し、よつて得たる金銭より債務の辨濟を受くる趣旨の合意ありたるものと解するを相當とし、反證なき限り擔保の目的たる物又は權利を

### 賣渡擔保は畢竟するに支拂ひ確保目的也代物辨濟の如き確保外の効果は特約なき限り包含せず

否とは元よりその自由にして、たゞこれのために職務上の義務に違背する場合を生ぜざるを保せざるものとす、その義務違背となるや否やは右第三者の目的物に關する異議の訴への成果如何に待たざるべからず、若し右の執達吏が不法に假裝なりと斷定したりとせば執達吏は損害賠償の責に任すべく、本件の如く第三者たる債権者の鼻息を窺ひ故なく甲乙間の正當の法律行爲を無視するが如きは許すべからざる職務上の義務違背と斷するを相當とす(民訴第五三二條民訴第九八條參照)

以て債務不履行の場合に債務の代物辨濟と爲す趣旨の合意ありたるものと解すべきにあらず、蓋し若し代物辨濟の合意をも包含すと爲すときは債務の辨濟期に於て賣渡擔保物または權利が債務額以上の價格を有するときは債権者は債權の辨濟を得たるより以上に利益を得ることとなり、之に反し物または權利が債務額以下の價格を有するに過ぎざるときは債権者は之により債權の辨濟を得ると同一の利益を得るに至らず、斯の如きは辨濟の確保以外の効果にして、債務の辨濟を確保する爲めに爲さ

る、賣渡擔保契約に辨濟確保以外の効果を目的とする趣旨の合

意ありたるものと解すべからざればなり

### 二四六 南米の一角から財産贈與

關 一、兄は南米「アルセンチン」に出稼ぎ送金して内地の土地を澤山買込み、相當成功者でありましたが不幸病にかゝり「ベノスアイレス」の「フロリダ」縣で客死しました

二、死の三日前に弟に當て財産の半分に當る土地を定めてこれを贈與するとの通知書を出しました、その書面は五十日目に弟に届きましたので、直に弟は所有權移轉登記をしました、それは本年五月のことでした

三、兄は弟に生前買印保管方の依頼状を送り、かつ自由に使用し得る旨の書面及電報を出して弟はこれを所持してゐること故、登記所の代書人を兄の代理人として右贈與の登記をしたのでした

四、然るに本月になつて右登記は兄死亡後の登記なれば無効なりとの訴訟を兄の相続人戸主甲より起されて目下係争中であります

五、右登記は無効なりとせばその理由御教示を乞ふ

### 死亡者の登記協力行爲は無効の爲抹消になつても原因たる移轉自體は依然として有效なり

六、弟は右登記の場合如何にして兄より貰ひ受けし土地を自分の土地にすることができずか、伺ひます

答 一、死亡後の日附で兄の名義で代書人を委任代理人として登記したこと故登記手續きの基礎が無効になつたのであります死人が委任状をかけますか、無効であることは事理明白でせう

二、併し若し弟に贈與された事實が要件を具備して居れば、土地所有權は弟に移轉するは勿論であるから登記手續きが不備のために登記が無効で抹消されても驚くがものはありません

三、抹消されたらまた登記することです、それにはその相続した現戸主甲を相手取つて逆に所有權移轉登記協力義務履行の訴へを起すことです、必ず勝ます

四、兄は南米「アルセンチン」より贈與の申込を日本國內に居る弟に對して發したのだから、國際私法の問題を惹起して居る兄が日本の法律に依る意思にて申込をなし、弟の意思も日本の法律による意思にて贈與受諾の意思實現をして居ることは吾人

の實驗則に照らして少しも疑ひはないからこの點はかく解すべきである

五、幸にして民法は「隔地者間の契約は承諾の通知を發したるときに成立す」とあるから弟が兄の死亡を知る前にこの通知を出せばそれで有効に贈與契約は成立するのであるが、弟は果

してこの通知を出したかどうか

六、併し假りに出さぬとしても承諾の「意思實現があればそれで贈與の契約は成立する」と見てよいと思ふ、弟は登記をなす爲に種々の承諾意思實現行爲(承諾と認むべき事實)をして居るから其の日に於て契約成立したとみてよい(民法第五二六條)

### 二四七 未登記建物の買受と注意

昭和六年(オ)第七百二十七號

未登記の建物を、其の所有者より買受けたる者は、自ら保存登記を爲し得ること勿論なるも、賣渡人は元來該建物に付保存登記を爲し、之が所有權移轉の登記を爲すべき義務あるものなれば、買受人に於て有效なる保存登記を爲さざる以上、賣渡人の爲したる保存登記は素より有效なるものと解すべく、從て斯る場合に於て賣渡人が更に之を第三者に賣渡し、之が所有權移

買人が保存登記せざる内に賣人が保存登記して他へ賣却せば其方勝

轉の登記を爲すに於ては、第一の買受人は該建物の所有權を以て第二の買受人に對抗し得ざるべく、而して建物の保存登記は其の内容が多少實在のものと同通するも其のもの登記と認め得べきときは之が更正登記を爲し得るものなれば登記として效力を有するも、其の内容が甚しく實在のものと同通するときは縱令後に更正登記を爲すも其の建物の登記として何等の效力を有せざるものと解せざるべからず

### 二四八 賣渡 抵當

大正十五年(オ)第三百十四號

賣渡抵當の内容は當事者の意思に依りて定まる

所謂賣渡抵當なるものは其の内容必すしも一様ならず、當事者

は或は内部關係に於ても外部關係に於ても財産權を債務者に移轉する意思を有する場合あり、或は内部關係に於ては財産權を移轉せず、外部關係に於てのみ之を移轉する意思を有する場合あり、又外部關係内部關係共に移轉する場合に於ても、被擔保債權の辨濟に因り財産權が當然に債務者に復歸するか又は債權

者は單に債務者に對し、財産權の移轉を爲すべき債務を負擔するに過ぎざるかは一に當事者の意思に依り決定すべきものなるを以て、所謂賣渡抵當の事實を認定するには、須らく當事者の意思を探究し其の内容たる權利關係を具體的に列示することを要するものとす

### 二四九 賣渡擔保の處分と差額

昭和五年(オ)第二百五十六號

原判決は被告人が大正十三年二月二十六日上告人より金一萬圓を借受け、其の所有に屬する本件三筆の山林に生立する竹木を賣渡擔保となし、其の辨濟期を同年七月二十五日、利息年一割と定め辨濟期迄の利息を前拂を爲し、辨濟期迄に借入金一萬圓を辨濟したるときは買戻名義に依り擔保物件の返還を受くべく、上告人は擔保物件を他に轉賣せざるべきことを約し、其の後辨濟期を二回延期し結局大正十四年四月二十五日迄延期したる事實を認定したるものなり、從て上告人は前示約旨に従ひ辨濟期に辨濟を受けたるときは擔保物を返還すべき債務を負擔するものなるを以て、上告人が契約に違反して辨濟期前に擔保物

代物辨濟等の特約なき限り期限後賣却しても差額は當然に返還

を處分し其の返還義務の履行を不能ならしめたる事實あるに於ては、損害賠償の義務あるものと謂はざるべからず、而して賣渡擔保物なるものは其の擔保する債權の辨濟を受くる迄賣買名義に因り擔保物の所有權を債權者に移轉し置き、辨濟期日迄に辨濟を受くるときは債權者は之を債務者に返還すべく、若し辨濟を受けざるときは之を處分し其賣得金を以て辨濟に充當し、殘餘あらば之を債務者に返還し、不足あらば之を債務者に請求し得べきものなるを以て、特に反對の特約の見るべきものなき本件賣買擔保に付ても、債權者たる上告人は辨濟期に辨濟を受けざる時は擔保物を處分し、其の賣得金は辨濟に充當し殘餘あらば之を債務者たる被告人に返還すべきものなるを以

て、債務者たる被告に於て辨済期に辨済を爲さざる爲、債権者たる原告に於て擔保物を處分し之を金銭に換價したる場合に於ては、原告の擔保物返還の債務は賣得金より債務額を控除したる残額の返還義務に轉換せられ、債権者たる被告に於ても自己の債務の辨済を爲すことなく其の残額の返還を請求し得べきものなること論を俟たず、然り而して原判決は原告が大正十三年十一月二十七日前記擔保物を訴外山下重市に賣渡し廣瀬金十郎畑野喜太郎精谷一平池野彦平に順次轉賣せられたる事實を確定したるものなるを以て、原告は辨済期前に擔保物を處分し辨済期に於て辨済を受くるも之を返還すること能はざるに至らしめたるもの也と謂はざるべからず、從て原告人

### 二五〇 處分を制限して贈與

土地を贈與するに際し處分の時同意を求めよとの契約は有效なるも之は其相對效のみ登記不能

法曹會決議(大正十四年二月十八日)  
問 受贈者は將來本土を第三者に譲り渡賣買若しくは質權擔當權の設定、其他所有權に瑕疵を生ずべき契約を締結する場合は贈與者又は其家督相続人の同意を得ることを要す、右處分行爲を制限する負擔契約は有效なりや、有效なりとせば不動産登記

法第三十八條に因り登記簿に記載することを要するや  
決 永久に所有權の處分を禁止するは公益に反し無効なるも、本質疑の如く單に處分に同意を要すと爲すが如き特約は之を無効とすべき理由なし、然れども斯る特約は單に債權的效力を發生するに過ぎざるを以て、處分の制限として登記すべきものに

非ざるのみならず、他に之を登記すべき旨の法令存せざるを以て登記し得べからざるものと解せざるべからず

### 二五一 贈與の書面は廣義

權利移轉の事書面に記載あれば足る必ずしも贈與の文句あるを要せず他の事實にて補充可なり

大正十四年(オ)第六百一號  
贈與の有効なるが爲には書面を要すること勿論なりと雖も、其の書面なるものには必ずしも贈與と云ふ辭句の明記あることを要せざるは云ふを俟たざるのみならず、其の無價なることが書面自體に表現せらるることすら之を必要とせず、唯自己の財産を相手方に取得せしむる意思に書面自體に表示せられれると

きは、假令それと共に書面上に其の對價あるとの記載を存するも、此の點は他の證據資料に基き當事者の意思は實に無價とするにありしことの認め得らるる以上、是亦民法第五百五十條に所謂書面に依る贈與に外ならず道は、當院判例(大正三年(オ)第一六號同年二月二十五日言渡)の趣旨に照して知り得らるるところなり

### 二五二 錯誤による讓渡の畑地を轉賣

問 一、甲の親より讓られたる畑地に對して乙が甲を呼び寄せて曰く「御前の親父が生前俺の所へ来て若しこの自分が死んでこの無盡が掛けられなく成つた時は、この畑地を抵當に入れるからこの無盡を掛けて行つてくれと言ふ依頼を受けた、その後間もなくお前の親父が死んだので俺はその依頼通りに御前の親父の無盡をみんな掛けて来てやつたのだから、それですまないがこの書類に御前の判を押してくれ」といつて一通の無印の書

類を出してくれた、その際また乙が甲の親父の契約證だといつて別にまた一通の書類を出して見せ「俺もその時はいそがしいものだからそのままにしておいたが、これは御前の親父の契約證だ」といふので甲に見せたのでありますが、甲がその證文を見れば無印のものでまた父の筆跡ではない、その無盡の畑地の契約にしてもそれは眞實のものなるや否やその眞偽は未だ甲には判らない、また斯様な事は甲に對しては父は一度も話した事

もない、未だ、世事に疎い甲はそれ等を眞實の事と思つて乙の言はるゝまゝに印を押して歸つた、その畑地は乙所有のものとなつて數年過ぎました、二、その後乙は如何なる都合、如何なる理由にてかある時又甲を呼びよせて畑地の番地名を間違へて乙が「これを御前にやるから御前はそれを御前の物に登記せよ是は白紙委任状だが是は御前を信じてやるから是に書いて管轄役所へ出せよ」との事でした

三、甲はその白紙委任状を貰ひ、それに乙の言ふ通りにその番地名を書いて出し登記して貰ひました、この甲に登記したる畑地は乙が甲無盡に對する抵當として取上げた畑地である、然るにこの登記済み後に乙は周章で甲の許へ來り「あれは地名番地を間違ひて御前にやつたんだから、その代りこの畑地をやるから之を御前の物に登記して前の物を俺に返してくれ」と唯しく申します

四、甲はこの度はどうしてもこれを返さず、かくして數年経過して來たのです、この度甲は乙に無交渉で甲の思ふ意志のまゝに該畑地を他人へ賣渡して仕舞ふとするのでありますが、斯様な乙との掛合ひに成つて居るものを賣る事は何等差支へないものでせうか、賣つて仕舞つた後で面倒な苦情を持たれる様

な事に成りませんが、右畑地賣渡し後苦情起るとせば如何にしたらよろしいでせうか、御教示下され度御願ひ申上候

答 一、甲は乙にある畑を譲つて數年たつた後、乙が甲にまたその畑を譲つたのであるが、乙は間違ひて他の畑を返してしまつた、しかし甲はモ一乙がなんといつても返さないのと

二、たゞこれだけきいたゞげでは、甲は大變わるゝ人の様であるが、元々乙にだまされたのだから今度乙が何かの間違ひで返したのは罰があつた様なものだ、そこで乙は甲に返さないであらう

三、してみれば甲にわるゝい處はないからその土地を他に賣つてもかまはない

四、併し賣つたら乙から苦情がでるかもしれないが、乙はそれを丙（買ふ者）に對抗できないから苦情が起つても丙は何の心配もないことになる

五、それは甲はもとゞ乙にだまされたのだから、始めの乙に對する、畑譲渡の契約は無効で、乙は一度もその畑を所有したことがないのである、なるほど登記はしたことがあるが登記をしたからとて乙が畑の所有者となつたとは限らないもので

ある、最初の甲乙の契約が無効であつて見れば、乙に畑の所有權は移らないから始めつからその畑は甲の所有を離れないものである、登記はしても、この理屈にかはりはない

六、従つて甲は平氣で丙に右の畑をゆつてよいものである（民法第九五條、民法第一七六條、第一七七條）

二五三 賣渡擔保と期日後

期日限り買戻し失權とある以上確定的に所有權を取得すべし之等の契約なき時は賣却して精算

問 甲は乙に金錢を貸附くるに際し乙所有の土地を抵當として貸附けんとせしが、取得登記料を軽減するため双方協議の上賣渡の形式により土地賣渡の假登記をなし（本登記に必要な書類添附）別に取爲替契約として何年何月何日に賣買代金並に之れに年一割の割合を以て利子を附し、支拂ふ時は甲は即時賣戻す可きを以てせり

此場合眞の賣買價格より地價の低價なるは無論なるも、期限経過と同時に買受人甲の所有となるや或は外形賣買なるも實質擔保なる故契約期限に至りたる時は競賣に附し競落したる上に非ざれば甲の所有とならずとの説あり、如何

答 賣渡擔保なるが故に抵當競賣を爲さざる可からずといふ事なし、否斯る手續の面倒を避くる爲め賣渡擔保の形式を探るものなり、而して賣渡擔保の内容は種々あり、一概に断定出來ぬ



### 二五四 買戻期後の電話處分

電話名義を變更して或る電話屋へ千五百圓を貸與したるに電話の價格下落の爲め差金三百圓の内入れを請求するも應ぜず仍て之が請求の裁判を起して勝訴の見込みありや、契約書の電話買戻期間は昭和二年三月三十一日となり居れり、尙其期日迄買戻しをせざる時は買戻権を失ひ、貴下御隨意に處分して良いとの特約を結んであります

電話を賣渡し擔保に取つて千五百圓貸與した所、その電話の價格下落で三百圓の内入請求に應じないからとてその請求は成立ぬ、故にその内入金のみについて訴訟は出来ぬものである即ち二十圓の擔保を擔保に三十圓貸した後、十圓多いからとてそれは信用して貸したものであつて、分割的辨済義務のない債権であるから、そのみの辨済請求は出来ぬ、債權總額の仕拂期が来て居れば兎も角であるが、内入金の請求は駄目である、それよりも契約書に依れば買戻し期は二年三月三十一日であるから、念のため一應買戻しを注意し何時までも何等の回答なき時は電話を處分する意味の内容證明郵便を發し、その期日に至

電話を賣渡擔保とし其買戻期が経過すれば債權者の處分に任ずるの豫約は質權でない故有效也

るも回答なき時は移轉、賣却等貴下の自由に處分しては如何、三百圓に拘泥せざるを寧ろ得策とすべし、電話の名義變更は質權に非ずと解さる質權なる場合は民法第三百四十九條に依り流質を最初から特約する事を禁ぜざるが故、その契約條項は無効になるも電話名義書換は質權と異り、債權保全の一つの方法であるから買戻期間経過するも何等回答せざる時は債務者は茲に返還請求權(買戻し權)を喪失するものである故自由に處分して可なるものである、本件に付いては大審院の判例もある位である(大正八年七月九日大審院第三民事部判決) -

なほ電話使用の法律關係に付いては、種々異説あり、然し大正六年(オ)第八一三號事件に付き大審院の判決したる如く、最初から流質の特約は出来ぬが、質權の目的とする事は出来る但し電話局の承認を要す

(實物には一札取れ。國民法律社)

### 二五五 賣渡木の伐採を怠慢

一、甲は乙に桐樹數本を大正十一年春賣却十一年秋迄に乙に於て伐採する約束にて代金全部受取りたり

二、乙は十一年秋は不在の爲め十二年の秋迄伐採期限を延期せしめ遂に伐採せず現今に及べり

三、期限を経過すること三年以上に及びたることなれば、其間の桐の生長により玉數に大なる差を生じたり

四、大なる桐樹の枝葉により三年以上の年月間の作物の被害甚だしきものあり

- 1、然るに乙は今年に入りてより賣り切り證の請求をするに急なり
- 2、甲は期限経過につき賣買約束無効なりとて賣り切り證を與へず
- 3、甲と乙との住所は八町ばかりの隔離地なるが賣切り書の請求手紙書留郵便にて二回送達を受く
- 4、甲は數年前の約束金のみにて今日返すも賣却出来ず、且約束無効なりと甲は返金を要求す

伐採期間を経過したからとて特約なき限り當然失權とはならず催告で不履行の時契約解除のみ

- 1、賣買契約をなし満金を受取りたりと雖も期限経過後は無効なりと思ふ、其時効年月幾何か
  - 2、書留郵便物を受取りて返書を差出さざる時は私交上の禮儀には無論缺け居るならんも、其以外に法律上犯罪ありや或は訴訟上に關係を及ぼすものなりや
  - 3、時効にからずとせば受取りたる金子だけ戻し賣買破談出来ざるや
  - 4、右三項御教示下され度願上候
- 契約期間に伐採せぬからとて直にこの伐採權消滅するものに非ず、但し何年何月より何年何月迄日々伐採する權利を與へたるものなる時は期間後は失權たる事當然なるも、本件は賣買物一定し居り、唯之を持去る事に付期間を定めたるに過ぎず、故に之に違約して不履行なる時は賣人より買人に督促し尙應ぜざる時は賣買又は伐採契約を解除する事が出来るのみ也、而し

て損害あれば代金より差引いて返還すべきなり、尙一年も二年も延引し他に損害大なるものありとせば其間の地料損害と共に請求し得べきなり

書留郵便に對し返書出さぬからとて何等法律上不利を受くる事なし、犯罪など全然關係なし

### 二五六 賣渡し擔保と精算

滿期後は賣切りとなるものあり又過不足を精算すべき場合もあり各契約趣旨にて決定競賣不要

問 動産賣渡擔保のことにつき期間満了の場合辨済として買受人は其儘買受物品を所有し差支なきや、又は競賣の上其代金を以て決済するに非ざれば不可なりやの件御教示を願ひ候、尙不明の點之有候に付重ねて御手数煩はし候、前解答書に賣渡擔保なる故に抵當競賣を爲さざる可からすと云ふことなし、否斯る手續の面倒を避ける爲め賣渡擔保の形式を採るものなりと、然るに七月發行國民法律中大審院判決賣渡擔保と代物辨済の見出にて、反證なき限り擔保の目的たる物又は權利を以て、債務不履行の場合の代物辨済を爲す趣旨の合意ありたりと解すべきにあらざるとあり、之れに依つて見るときは特約なき限り代物辨済を爲すを得ず、即ち賣渡擔保其儘にて債務の辨済として賣渡物品を買受人(債權者)の所有となすを得ず、必ず競賣に附しよつて得たる代金を以て債務の辨済をなす判意と考へらるゝか如何

答 判例は賣渡擔保は必ず代物辨済と解すべきに非すと示せるのみ、即ち代物辨済に非ざる限り過不足の清算を要するのみの事也、競賣に付せざる可からすとこの事に非ず、既に債權者名義に爲り居れるものを競賣と云ふ事なし、債權者に於て之を入札其他の方法により處分し過不足を計算すれば可なるものとす、但多くの場合期限後債務者の自由處分に委し、一切債務者に於て何等異議なき旨を約する事を例とす、此場合は判例の所謂代物辨済と見らるべき也、されば本社の回答と判例の趣旨とは少しも相反する處なし

### 二五七 隱居者の財産書替

隱居者が勝手に他へ賣却しても相續人から取返すこと出来ぬ故一日も早く單獨にて書替が肝要

問 相續する長男が未だ不動産の名義書換をなさざるを幸ひに前戸主は其一部の不動産(自己名義)を賣却せんとす、法律は右の如き行爲を認むるや、且之が防止の方法如何  
答 隱居せる父が不動産の登記名義が未だ自分になり居るを利し之を賣却又は抵當に入れることは違法のことなれど、其を

無効として取返すことは出来ぬ、相續人に於て登記換ひを怠れることが悪いこととなれば也  
隱居の調印なくも乃ち相續人單獨にて名義替ひ出来る、相續を證明すべき戸籍の抄本を提出して登記所に申請すれば可なるものとす、一日も早くするを可とす

### 二五八 同時履行の抗辯と買主

昭和三年(オ)第百九十九號

抑も賣買當事者双方の債務が同時履行の關係に在るときは、賣主は代金全部の提供あるまで自己の債務の履行を拒むことを得べく、又運送人若しくは運送取扱ひ人は立替たる運賃の支拂を受くるまで運送品の留置をなすことを得るものなれば、債權者が既に物の引渡しを受けたりたるものなりや否や、若し引渡し未了なりとせば債務者の抗辯の理由なきことを明かにするに非ざれば債務者の占有を以て不法なりと斷するを得ず

【説明】

物の賣主は代金を受けとるまで物の引渡しを拒む權利がある、これを同時履行の抗辯といふのである、また運送人や運送取扱ひ人は運賃金額を受とるまで運送品を留置する權利があるだから買主や荷受人は賣主や運送人等が商品や運送品などを渡してくれないからとてその占有は不法占有だとは言はれない  
二、買主(債權者)や荷受人は賣主や運送人等に同時履行の抗辯権や留置権なきことを證明する責任があるから、この責任を盡してでなければ不法占有をしてゐるとはいはれない

### 二五九 新聞の賣捌と解約

期限の定めないからとて一方的に解約出来るものに非ず營業の讓渡と同様に永久的効あるべし

○ 拙者は北海道に於て發行する某新聞の地方販賣權を對價を拂つて取得し營業しつゝありし處、或感情上の衝突より其新聞社は他の者に新聞を供給し拙者に對し特約販賣を爲さざるに至れり、依つて其履行並に不履行に基づく損害訴訟を提起せるに第一審裁判所は無期限の供給契約故何時でも解約自由の如く判決され敗訴仕候、其判決文を御送付申上候條然る可く御鑑定御批評を願上候也

○ 質問件の所謂新聞賣捌權讓渡なるものは其地方に於ける同新聞の販賣權を永久に認むるもの、即ち

同新聞の發行する、限り讓受人に對し其購讀者の數に應ずるだけの紙數を送付販賣すること

同地方に配布さるべきものとして讓受人外の何人に對しても供給せざることを積極、消極の兩義務を負擔するものと解すべき也

而して此權利の讓渡たる契約の義務は特約上の事項又は一方の債務不履行事實なき限り解除不能のものたること一般契約上の

義務と異ならず、一審判決には無期限の契約は何時でも一方的に告知して解約することを得る旨説示しあるも、通常無期限なる語にも二種の性質あり本件の如きは永久性を帯びる無期限也然らずんば之が對價を支拂ひ權利として讓渡し又讓受くるの理あらざる也、而も此無期限たるや更に同新聞の發行せらるゝ限り又は同新聞の存続年限中と云ふ不確定並に長期の期限自ら存在し判示に云ふが如き何時でも解約し得べき性質の無期に非ず

判決理由並に被告の抗辯中には斯る永久的の契約は何時でも解除し得るを法理とすとの如き議論あるも、右は人身を永久的に束縛する如き、又は義務を無限に負擔せしむるが如き場合に適用さるる法理にして本件の如く一方が發行する限り之を供給し並に某以外に之を供給せしめずとの義務の如きは公序良俗に反する過酷の負擔に非ず、現に本件と同様なる商號並に營業讓渡の法理に徴するも明白也

讓渡人は三十年迄は一營業を爲すを得ず、其れ以上の契約のみは之を無効とする旨商法第二十二條に規定されあり、即ち此場

合三十年を超過して尙消極的義務を負はずば公序良俗に反すとして特に制限されたる也、即ち斯かる性質の權利讓渡は右の如き規定あつて始めて制限さるゝ也、本件販賣權の如きは右の讓渡と趣きを異にし讓渡人に於て苦痛を感ずべきものに非ざる故規定の適用なし、假に同一性質のものとなんか同條により二十年又は三十年の期間と解せらるべきものとす、孰れにしても判示の如き解釋は違法沒常議のものと信ぜらる

りとの論あれど、請負契約の解除は注文者よりのこと也、請負人より爲す能はざる也、判決は本件當事者の孰れを請負者と解せしや、明記なきも思ふに原告を目して販賣配布の請負者と見たるに非ざるか、果して然りとせば之亦實際に副はざる觀察也本件は新聞社が原告のため新聞の供給を請負ひ居れるものなり即ち原告よりの解除なれば首肯し得らるゝも、被告新聞社よりの解除を肯定さるゝに至りては誤判も甚だしきものと解せらるゝ也

### 二六〇 土地の賣買と社會取引の通念

昭和五年(ア)第三九九號(五、十二、十三、長控一民)

土地の讓受人が其土地の所有權を讓受けたる當時該地上に他人が建物を建設し、該土地に使用し居りたるものなる事實並に其當時の讓受人が該事實を知り居りたるものと認定するに十分なる場合に於ては凡そ斯かる事情の下に斯かる土地の所有權を讓受けんとする者に於て、先づ該土地を使用し居る者に就き一應其の使用に付ての法律關係を確むるは通常人の通常なすべきところなれば、特別の事情の徴すべきものなきに於ては賣買當時當事者間に於て其土地に付賃貸借關係の存在し居りたる事實と

該賃貸借關係の約定の内容とを知りたるものと認定すべきは洵に現今に於ける社會の取引の通念に適したるとす

第七節 債權讓渡の部

二六一 債權讓渡と非確定日付

昭和六年(オ)第二千五百四十六號  
指名債權讓渡に付ての債務者の承諾が確定日附ある證書に依りて爲さるべきことは債務者以外の第三者への對抗要件に過ぎざるを以て、當該第三者にして債權の讓渡ありたることを是認し之に基きて關係者と契約を爲したる場合には、最早債務者の承諾が確定日附ある證書に依りて爲されざりしことを云爲して其の爲したる契約の效力を認定し得ざるものとす、而して本件に付原判決の確定したるに據れば債權者石田三郎より海老

第三者に對抗力なきを原則とするも第三者が是認して之に基づき契約後之を否定不能

澤原帶刀に債權讓渡ありたるに付、上告人は債務者市村忠三と共に之を是認し且之に依據して被上告人に對し判示保證契約を爲したりと云ふに在るが故に、其の債權讓渡に付ての債務者の承諾が確定日附ある證書に依りて爲されざるも之を云爲して保證契約の效力を否定するに由なく、此點に於ける上告人の抗辯は排斥を免れざるものとす

昭和七年五月二日 大審院第一民事部

二六二 甲乙丙順の債權讓渡と對抗要件

問 先代の有せし銀行預金債權を相續人甲が預金證券と共に乙へ債權讓渡を爲したが、乙がその債權を丙に再讓渡を爲した併し甲乙共讓渡の通知を發して居ない、處が丙が甲と乙とに右の通知の送達を請求するも應じないが如何にせば宜しきや

丙が乙に對して訴求は出來ても乙が甲に對して訴求するを拒む場合の名案如何、この場合丙は銀行及甲と乙とを相手取り債權讓渡の確認を求めては如何  
答 一、丙が乙に對して有する「讓渡通知の債務を履行すべき

旨を請求する債權」を債務者たる乙に代位して行使することを得

- 二、その行使の方法は結局裁判所の裁判を得てこの裁判を送達することによりて讓渡通知(甲が銀行に對する通知)ありたるものと同一の效果を生ぜしむるにあり
- 三、丙の乙に對して有する「讓渡通知履行請求權たる債權の

行使」は丙自身より前述の方法を講ずることによりて目的を達することを得べし

- 四、銀行、甲及乙を相手取りて債權讓渡確認の訴へを起す必要なし、又之を起すことを得ざるものと信ず、蓋し銀行、甲、乙の三者は債權讓渡を否認し居るものにあらざればなり、唯「讓渡通知」なる對抗要件の欠缺したる爲銀行に對抗し得ざるのみ

二六三 債權の讓渡と解除

讓渡が通知若くは承諾等の對抗力の事實なき場合は讓渡解除も通知又は承諾無用の判例は不服

大正一四(オ)四一三號(一四、一〇・一五、民一、集四卷一〇五號)

【判旨】 「指名債權の讓渡契約が解除せられたる場合に於て讓渡が既に債務者に通知せられ、又は債務者が之を承諾したるものなるに於ては、讓受人より更に解除の事實を債務者に通知するに非ざれば、債務者其の他の第三者は不測の損害を被るることあるべきが故に、解除に付讓渡に關する民法第四百六十七條の規定を準用すべきものなるも、未だ讓渡人より債務者に讓渡を通知せず、又債務者の承諾なき以前なるに於ては讓受人より解除を債務者に通知せざるも、債務者其の他の第三者が不測の損

害を被るべき何等の虞れなきが故に、此の場合には債務者に對し解除を通知することを要せず、讓渡人は讓渡なかりし状態に於て債權を行使するを得べく、債務者は解除の通知なきことを理由として既に解除により效力を失ひたる讓渡を主張し債務の支拂を拒むを得ざるものとす」  
【評釋】 判旨に賛成することを得ぬ、債權讓渡が對抗要件を具へざる場合に於ても債務者の方から讓渡ありたることを以て對抗するの妨げなきことは勿論であるから、債務者がその對抗を爲したる場合には、債權者の方でそれを打破するだけの理由が無ければならぬ然るに其の理由たるべき讓渡契約の解除に付い

ては通知なく、即ち對抗要件が無いのであるから理論上に於ては債務者の方が勝つて然るべきである

惟ふに本件事案は銀行が原債権者に對して辨済しても何等の利益を被る虞れが無いのに、辨済を拒絶したといふことが裁判所を動かした重なる理由となつて居るのであらう、併し債務者として解除の通知なき場合に譲渡を承諾して、譲受人に辨済又は相殺をする利益を有する場合もあり得るから、大審院が一般的に譲渡に付いて通知又は承諾なくばその解除について通知を

要せずと言つて居るのは誤りである、例へば債務者が譲渡の事實は知つたが明にそれを承諾することはしないで、譲り受人に貸付をしたと云ふやうな場合には債務者は解除の通知を受くる前に譲渡を認めて相殺をするといふ利益を有するであらう、大審院の云ふ所に依れば、右のやうに譲渡の解除あり、その通知なきが故に債務者が譲渡を有効なりと信じて爲したる相殺の如きも無効となる結果となる、これ余が判旨に賛成し難き理由である(鳩山博士判例批評)

### 二六四 譲受債権の内入と承諾

問 一、先代一郎が乙に對し金一千圓の辨償金債権を有して居つた、一郎死亡後の相続人二郎は未成年者であつたので、後見人が出来て其後見人が右一千圓の債権を三郎に譲渡した

二、三郎は右債権を乙に請求した處、乙は金二百圓を支拂つた(之は乙の判取帳に三郎は受取をなして居る)

其の後支拂を爲さぬのである、然るに三郎は二郎名義の債権を後見人より受取つて居るが、債権の内二百圓は受取つた故其後も示談で支拂ひ呉れるものと信じ譲渡の通知書を送達して居な

い、其内二郎が死亡した、二郎の後には伯父と弟があるが弟は未成年者で現在行衛不明、右は如何にして其債権を完全に請求し得られますか、其手續方法を承りたい

右に付債権譲渡證は完全に受取つて内金二百圓も受取つて居る儘であるから、債権は完全に三郎の所有である、所が第三者が三郎に對し確定せる債権を有するから、其が差押轉付の手續をして轉付金支拂請求の手續を取れば完全に訴求し得らるゝの説を爲すものがある、有効であるか

### 譲渡通知がなくとも内入した以上承諾となる故改めて通知不必要

右同上候也

答 一、債権譲渡の對抗要件は「通知」と「承諾」の何れかである(民法第四六七條)而して債務者以外の第三者に對抗するには確定日附ある證書によらねばならぬが、債務者に對抗するには確定日附は要しないから、本件は其の相手方の判取帳が何よりの「承諾」の證據となることは勿論であり、乙を第三債務者にして轉付をせれば請求權の行使ができない筈はない

二、假りに轉付をしてからが根本に於て對抗できないものならば轉付自體が無効ではないか

三、本件は乙に對する三郎の殘額八百圓請求の訴訟を起せば明かに勝ち得るものと思ふ

其の理由は乙の二百圓の支拂は該債権譲渡の「承諾」を前提とするものであるから譲渡に付ては乙に對抗する要件が備はれるものと解するに疑ひなきを以てである

四、以上の如く通知の必要はないが、若し通知を出したくないならば二郎の家督相続人を決定するか、又は其相續財産管理人を選任し其者より通知せしむるの外なし

### 二六五 消滅債権の譲受と承認

昭和六年(タ)第五百二十三號

民法第四百六十八條第一項に所謂對抗することを得べかりし事由とあるは、狭義の抗辨權に止まらず廣く債権の成立存續若くは行使を阻止排斥する事由の意なるが故に、夫の辨済の如きも亦其の一なることを俟たず、從つて債務者の異議を留めざる承諾の爲め辨済の事由は又之を主張するを得ざるに至りたる場合に、這は盡に消滅したる債権と相等しき内容を有する第二の

### 債務者は譲受到其債務關係免れざるも第三者に關係を及ぼす擔保權等までは影響なしとの解釋

債権が茲に至りて新に發生したりとする法意なるか、抑亦從來の債権を以て依然存続すと看做す趣旨なるか、其解釋は如何にもあれ譲受人は則ち債務者に對し儼として一の債権を有することば之を否定す可くもあらず、斯かるは債務者として徒らに負擔を累加する好事の舉に過ぎざるが如き感なきを得ずと雖、抑債務を負擔することは固と債務者の自由に屬す、已に辨済に因り消滅したる債権の譲渡を債務者が異議無く承諾したる爲め

茲に舊債務の死灰再燃を觀るに至りたればとて、其或は詐害行爲廢罷の要件を具備せざる限り第三者殊に他の債權者に於て之を如何ともするに由なきは論無しと雖獨り夫の物上擔保權が曩に辨濟せられたる債務に對して存在せしが如き場合は之を如何にせば則ち可なりや、擔保物の所有權が偶々債務者其人にして又後順位の擔保權（他の物權は姑く之を置く）もこれ無き場合に在りては、一旦消滅に歸したる擔保債務復活も是亦債務者の自由處分の範圍に外ならずと云ひて或は已むべきも（其詐害行爲に該當するや否やは別問題なり）、其の擔保物が第三者の所有に係り（民法三七二、三五一條）若くは後順位の擔保權が存在する場合の如き果して爾く輕々に談じ去るを得べきや否や、曩に爲されたる辨濟と共に當該擔保權は擔保物の上より一掃せられ、從ひて又他の擔保權はそれだけ順位を進めたる客觀的權利狀態は當事者の不知に論無く、當然且對世的に發生せり、而も此客觀的權利狀態は後日に於ける債務者一片の行爲に因りて輒く抹殺還元せしめらるる程爾く暫定浮動の有様在りや、夫れ先順位擔保權の消滅に因り順位を進め得るは後順位擔保權者の當然の權利なり、固より不當利得を以て目すべき限りにあらず、其始めに於て一度附與せられたる順位は長へに是に居り

て以て之に安んぜざる可からずとの法理ありや、若し之を是なりとせば先順位擔保權の消滅を俟ち後順位者を排して第三者を此地位に据ゆることも亦有效なりと云はざる可からず、夫れ債權讓受人を保護す可きは論無し、而も法律上當然に取得せる第三者の對世的權利は寧ろそれ以上に之を尊重せざるべからず、左れば債務者が異議を留めずして債權の讓渡を承諾したる爲め已に爲されし辨濟の如きも債務者としては又之を讓受人に對抗するを得ざるに至るも、此の辨濟に因り右債權の從たる擔保物權の一旦消滅に歸したること及び之に伴ひて其後順位擔保權が其順位を進め得たることは又毫末も其影響を受くるところ無きものとす、其結果讓渡せられたる權利には豫期せし如き擔保權の附隨せざるに立至り甚しきは則ち讓渡の（例へば錯誤に因る）無効を惹起するやも知る可からずと雖開は實に已むを得ざるに出づ、若し夫れ當該擔保權消滅の登記無きことの如きは何等後順位者を累すに足らず、何者之等第三者の側より其消滅を主張することは此際聊も妨げらるるところ無ければなり

### 二六六 債務者對抗權なくも第三者は對抗權あり

昭和五年（ウ）第八十七號  
民法第四百六十七條第二項は同條第一項所定の債權讓渡の第三者對抗要件たる通知、又は承諾は確定日附ある證書を以てするに非ざれば、之を以て債務者以外の第三者に對抗することを得ざる旨の規定にして之と民法第四百六十八條第一項、本文の規定との間に相關聯あることなし、蓋民法第四百六十八條第一項本文は元來指名債權讓渡ありたるとき債務者は讓渡人に對抗し得べき總ての事由を以て、讓渡人に對抗し得べきものなるも、債務者が異議を止めずして讓渡の承諾を爲したる場合に之が對抗を許すに於ては讓受人をして不測の損害を被らしむる虞ある

を以て、寧ろ對抗を許さざるを相當なりとし讓受人保護の爲設けられたる規定に過ぎずして、債務者以外の第三者の讓渡人に對抗することを得べかりし事由に關し、何等規定したるものに非ざればなり、從て債務者が異議を止めずして債權讓渡の承諾を爲したるときは民法第四百六十八條第一項本文の規定により債務者は讓渡人に對抗し得べかりし事由あるも、之を讓受人に對抗し得ざること明かなり、然れども債務者以外の第三者は債務者の右承諾が確定日附ある證書を以て爲されたと否とを問はず、讓渡人に對抗し得べかりし事由を有するに於ては之を以て讓受人に對抗し得るものと謂はざるべからず

### 二六七 債權讓渡の禁止範圍

昭和二年（オ）第八百六十九號  
特約に因る債權讓渡の禁止は必しも一般的なることを要するものに非ずして、一定の範圍の人にはこれを讓渡し得るもその他の人に對しては讓渡し得ざる旨の特約もまた有效なるが故に論

債權讓渡の特約に因る禁止は或範圍の人には禁止せず其他の人には禁ずる旨の特約亦有效なり  
旨前段は理由なし

### 二六八 取立の譲渡と復譲渡

大正十五年(オ)第五百九十六號

原判決は本訴債権は訴外佐藤常吉より訴外深田捨五郎に深田捨五郎より被上告人に順次譲渡せられたるものにして右の譲渡は何れも取立の目的を以て爲されたるものなることを認め、取立の目的を以て債権の譲渡を受けたる者が更に同一の目的を以て之を第三者に譲渡するも其の譲渡は有效なりと爲したるものなること判文上明白なり、然れども所謂「取立の目的を以てする債権譲渡」の場合に債権其のものの移轉を來すや、將又其の移轉を來さずして他の法律關係を生ずるに過ぎざるやは一に當事者の意思に依りて決すべき事實問題にして、當事者の意思明かならざるときは、即ち債權移轉の意思あるものと速断することを得ず、債權取立の目的は只所謂讓受人に同人の名を以て債權を行使する權能を授與するに依りて之を達し得るものなるが故に、當事者の目的が債權の取立を爲すに存する以上當事者の意思は寧ろ單に斯る權能を授與するにありと解するを相當とす(當院大正十五年(オ)第九百九十九號同年七月二十日判決の判決參照)

債權取立の債權譲渡は債權取立の權能の譲渡なれば讓渡人の許諾なき復譲渡は權限外無効

照)されば斯る場合に其の所謂讓受人は債權其のものを取得せず、只自己の名に於て之が取立を爲す權能を取得するに過ぎずして、所謂讓受人の許諾なき限り更に第三者に對して其の債權を譲渡し又は同じく取立の目的を以て右の如き權能を授與すること能はざるものと云ふべし、然るに原院は本訴債權の所謂譲渡が債權取立の目的を以て爲されたるものなることを認定しながら、第一の所謂譲渡の當事者は眞に債權を移轉する意思なりや否、又所謂讓受人たる深田捨五郎は所謂讓渡人たる佐藤常吉の許諾の下に第二の所謂譲渡即ち被上告人に對する所謂譲渡を爲したるものなりや否やを審査せずして直に之を有效のものとして、右債權の辨濟を求むる被上告人の本訴請求を認容したるものなること判文上明白なるが故に、原判決は此の點に於て違法にして破毀を免れず

### 二六九 債權譲渡後の解除權者

昭和二年(オ)第二百八十三號

按ずるに解除權は債權契約をして初めより存在せざりしと同一の效果を生ぜしむるを目的とする權利にして、債權契約より發生したる全法律關係は解除權の行使に因り消滅するものなるが故に、解除權は債權契約の當事者または全法律關係に附その地位を承繼したる者においてのみこれを有し得べきものとす、左れば双務契約當事者の一方がその債權を譲渡したる場合に於て相手方が債務の履行をなさざるとき解除權を取得する者は契約當事者たる讓渡人たるべく單に債權のみを有する讓受人たらざるなり、蓋し民法が相手方の債務不履行を原因として當事者の一方に解除權を與へたる所以は、主としてかゝる相手方との契約上の拘束を離脱し、自由の天地に復することを得せしむるがためにして、専ら解除の規定の適用せらるゝ双務契約に就てこれを觀れば、解除權に依り保護せんとする利益の中核は當事者の一方をして相手方不履行の債務の對價たる自己の債務を免るゝことを得せしむるに存するものと謂ふべく、双方契約の當事

双務契約者は債權譲渡後も相手方不履行に基く解除權を失はず、唯此場合讓受人の同意を要す

者または全法律關係に付、その地位を承繼したる者のみかゝる保護を受けるの資格を有すること明かなればなり、あるひは讓渡人は契約當事者なるも債權を有せざるを以て、相手方の債務不履行の場合にこれまた解除權を取得することなしとの疑ひを狭む者あらん、然れども若しその疑ひを是なりとせば讓渡人の債務不履行の場合には相手方は契約を解除することを得るに拘らず相手方の債務不履行の場合には何人も契約を解除することを得ざることとなり、双務契約當事者の地位を著しく不公平ならしむるを以て讓渡人に解除權なきものとなすを得ざるなり叙上説明の如く双務契約當事者の一方は債權を譲渡するもなほ相手方の債務不履行の場合に解除權を取得するものなりと雖も、解除の結果譲渡債權は消滅するものなるが故に、若しその專ら以て解除權の行使をなし得るものとせば讓り受人の權利は蹂躪せらるゝの虞れなしとせず、自ら債權を譲渡しなから隨意にこれを消滅せしむるの行爲を取てするが如きは、著しく信義誠實に反し、法の許容せざる所なるが故に債權を譲渡したる双務

契約當事者の一方は譲り受人の同意を以てのみ解除を行使し得るものと解せざるべからず、換言すれば解除権の行使には制限あるも解除権そのものは債権譲渡人たる双務契約當事者の一方

### 二七〇 債権譲渡と其通知と立證

一、甲一號證 金圓貸借證書

二、甲二號證 債権譲渡證書

三、甲三號證 債権譲渡通知書

甲は乙に對し丙より譲り受たる債権に付き貸金の返還を求めたり、丙は乙に對し正規の譲渡通知をなしたり

甲は一號證を以て債権の存在第二號證を以て債権譲渡の事實を第三號證を以てその旨通知の事實を立證すと述べたり

乙の代理人の答辯は、原告請求棄却を求め、甲一號證の成立を認め、甲二號證は不知、甲三號證の成立のみ認むと述べたり

判事は舉證の責任として原告において先づ債権を譲り受けたる事を立證のため、前債権者丙を證人として呼び出すべしといへり

原告は債権譲渡の事實は反證なき限り債権者の爲したる債権譲渡通知により立證し、該通知以外これを譲渡したる證據を擧ぐ

の有所する所なるを以て、これを有せずとの前提の下に原告人の請求を排斥したる原判決は失當にして全部これを破毀すべきものとす

る必要なし、これ他なし、債権譲渡の通知は最早債権者が債権を有せざることを債務者に通知するものに外ならざれば如斯自己に不利なる通知は實際債権譲渡の事實を存するを常とすべく、従つて反證なき限り原告に舉證の責なしと陳述せり

判事は甲二號證が公正證書に非ざる限り不知を以て抗辯せられたれば舉證の責任ありといふ

原告は更に甲二號證は訴外人の契約行爲にして被告は不知を以て答ふるは當然なり、然れども甲三號證の成立を認めたるを以て原告は反證なき限り舉證せずと答へたり、右判事のいふ處正當なりや、御教示相願ひ度し

答 一、乙は譲渡通知の成立を認むるもその趣旨即ち債権者が果して譲渡の意思を有したりや否やは不知なりとの證據の認否の趣旨なるが如し

二、然らば乙が債権譲渡を不知なりといふは不當にあらず、

乙の證據の認否は首尾一貫せるものといふべし

三、裁判所として結核債権譲渡に付てはなほ證據を必要と認むるは、この場合當然なり、されば訴外債権者丙を證人として申請し、以て債権譲渡の事實を立證せよといふはこれまた正當なり

四、これに反して乙が債権譲渡證書の内容趣旨即ち「債権者は債権譲渡の意思を以て譲渡したることを通知せるものなり」との事實をも認めたるものなりとせば、債権の譲渡なる事實を

### 二七一 譲渡の通知と破産者

司法省回答(大正十四年九月七日)

問 甲者は大正十四年二月一日破産宣告を受け、目下破産手續進行中に之有、然るに甲者は大正十三年六月一日乙者に對して有する公正契約上の貸金債権を丙者に譲り渡したることある趣きにて、丙者は乙者に對する執行正本附與の請求を爲し來りたるが、丙者が提出したる債権譲渡のことを、乙者に通知したる郵便局の内容證明ある通知書は破産宣告後破産者たる甲者より乙者に通知したるものにして、破産管財人より通知したるもの

第一章 民法 第七節 債権譲渡の部

認めたるものなることはこれを前提とするにあらざれば右の認定をなす能はざる筋合のものなる點より見て明白なり、然らばこの不明瞭なる前後撞着せる乙の證據の認否の方法に關し、甲は裁判所にこの點を明にせられんことを次の口頭辯論の際に申出でて明白ならしむべし

五、然る上にて内容を否認せば結局甲は元債権者を證人として喚問を申請し、その供述を以て右の立證となすべき責任あるや明なりといふべし

破産前債権譲渡を爲したる件に付ても破産後は其通知を爲す能力なし管財人の権限に存すべし

に非ず、右の如き場合債権譲渡の通知は、破産者又は破産管財人の何れより之を爲すべきものに候哉

答 本月七日第三九號を以て稟伺に係る標記の件債権譲渡の通知は、破産者に於て之を爲し得ざる儀と思考仕り候、此段及回答候也



### 二七二 指名債權相殺の可否

昭和二年(オ)第五百六十六號

指名債權の譲渡に當り債務者が異議を止めずして譲渡を承諾したる場合に於ては、債務者は譲渡人に對抗し得可かりし事由あるも、之を以て譲渡人に對抗することを得ざる可く、譲渡人が債務者に對し債權譲渡の通知を爲したる場合に於ては、債務者は其の通知を受くる迄に譲渡人に對して生じたる事由を以て譲受人に對抗することを得可きものなり、故に其後の場合に於て債務者が其の通知を受くる迄に譲渡人に對し相殺に適したる債權を有したるときは、債務者は譲渡後に於て譲受人の有する債

債務者が相殺し得べき債權を一旦他に譲渡せば其利益を失ふ故其債權を受戻しても相殺不能也

權と右債權と相殺し得るは論なきところなれども、之れ債權譲渡人に對して主張し得べかりし利益を奪ひ譲渡の爲債務者の有する地位を不利益ならしむる結果を防がんとするの趣旨に過ぎざるを以て、此の如き地位に在る債務者と雖、一旦其の譲受人に對し相殺の用に供し得べき債權を他に譲渡したるときは、債務者は即自ら其の相殺を爲し得可き利益を失ひたるものにして債務者は假令其後更に此の債權を譲受け再び其の債務者となるも此の債務を以て譲受人の有する債權に對して相殺を以て對抗し得可き地位を回復し得可きものにあらざるものとす

### 二七三 債權の遞次譲渡中一譲渡の不適法と民法第四八六條第二項

昭和四年(オ)第七十號

指名債權における債權者がその債權を第三者に譲渡し、債務者に對する債權譲渡の通知、又はその承諾が確定日附ある證書に依らずして行はれたる後、更に同一債權を他の第三者に譲渡し確定日附ある證書を以て債務者に對する債權譲渡の通知を爲し

たる場合においては第二の譲受人は民法第四百六十七條第二項の規定に依りその債權譲受を以て第一の譲受人に對抗することを得べく、その結果第一の譲受人はその債權譲受を債務者に對抗することを得ざるに至り一旦取得したる債權は取得せざることとなり第二の譲受人が唯一の債權譲受人となるに至るものな

るを以て第二譲受人にして第一譲受人に對する債權譲渡を否定する以上、債務者は第二譲受人のみを債權譲受人として遇せざるべからず從て第二譲受人に對しては該債權が既に第一譲受人

に譲渡せられたることを主張し得ざるに至るべく、この事由に付ては民法第四百六十八條第二項の適用なきものといはざるべからず

### 二七四 債權者に對する債務者の債權

昭和六年(オ)第二四四三號

民法第四百六十八條第二項に依り債務者が債權の譲受人に對し譲渡人に對する自己の債權を以て相殺を對抗せんが爲には、債權譲渡の通知を受くる迄に双方の債務が相殺適法に在りたることを要するは夙に本院判例の示す所なり、(大正三年(オ)第五三四號大正三年十二月四日第二民事部判決參照) 本件に於て原判決の確定せる事實に依れば、訴外澤田澤三が上告人に對して有せし判示損害賠償の請求權を被告上告人に通知したる以前に於て、上告人が澤三に對して有せし債權は金錢債權に非ずして澤三が判示會社に對して有せし保證金返還請求權の譲渡を受くる債權に外ならざりしが故に、其の債權は澤三の有せし叙上損害賠償の請求權とは債權の目的を異にし、相殺を爲すに適せざりしものと謂はざるべからず、果して然らば原判示の如く縱令本

債權譲受人に相殺を以て對抗するには譲渡通知迄に兩債務が相殺適法に在ることを要する

訴債權の譲渡通知後他人が右保證金返還の請求權に付轉付命令を受け、澤三は之を上告人に移轉すること能はざるに至りたる爲上告人は澤三に對し金錢債權たる損害賠償の請求權を取得したりとするも、上告人は譲受人たる被告上告人に對し相殺を以て對抗することを得ざるや、叙上判例の示す所に因り明白にして論旨は採用するに足らず

### 二七五 將來發生すべき債權讓渡の對抗要件たる 通知は債權移轉後になすを要す

昭和五年(ホ)七二三號  
將來發生すべき債權に付き其發生を條件として豫め之が讓渡を爲すべき契約を爲したるときは、右債權發生と同時に何等の行爲を要せず、當然右債權は讓受人に移轉するものなりと雖も、右移轉を以て第三者に對抗する爲めには須らく右債權讓渡あり

たる事實を確定日附ある證書を以て債務者に通知することを要す、蓋し民法第四百六十七條に於て規定せられたる債權讓渡の對抗要件たる通知は、讓渡ありたる事實の通知を指稱するものにして讓渡以前に於て豫め通知することを許さざるを以てなり

### 二七六 債權讓受人に對する相殺

問 甲が乙に債權を有し乙も甲に債權を有するときは相殺することが出来るが、甲の債權を甲が丙に譲り渡した場合、乙は甲と同様丙に對して相殺出来るか

答 一、相殺なるものは當事者双方に債權がありその債權は同種にして相殺適状にある場合に、當事者の一方の意思表示により、相手方に對して相殺權を行使するといふのである  
二、その要件は甲乙互に債權を有することを主眼とするのであつて、債權なる權利の同一性の問題とは異なるものである  
三、従つて甲が乙に對し相殺せんとする間にその受働債權を

乙が丙に讓渡したとすると甲は乙に對して相殺は行使し得ないものである、乙から丙に譲つた債權は債主は變更したが債權それ自身は同一のものである、しかしこの債權は丙の有に歸したるものなれば、最早相殺するを得ない、但し甲が丙に對し別に債權あれば別である、以上は原則であつて左の如き例外があることを注意すべきである  
四、甲が乙に對して有せし債權を丙に讓渡し甲がその讓渡の通知を乙に發し、その到達以前に乙が甲に對し反對債權を取得し兩者が相殺適状にあるときは乙は丙に對する意思表示により

相殺することを得るのである(民法第四六八條第二項)

二、右の場合の外は乙は丙に對して相殺するを得ない、蓋し

相殺は當事者双方の讓渡省略の方法に外ならざるが故である(五〇五、五〇六條)

### 二七七 官吏の俸給は渡讓出來ぬ

法曹會決議(昭和七年二月十七日)

問 町村立小學校代用教員(小學校令第四十二條に依るもの)は其の受くべき俸給(町村費負擔)を豫め契約を以て他に讓渡することを得るものなりや、例之本月より向ふ三百圓に達する迄の俸給を權渡し、町村長に對し債權讓渡通知を發するが如し  
決 町村立小學校代用教員は、町村長の申請に因り府縣知事に於て之を任用するものにして、其の正教員准教員と異なるは教員

小學校の代用教員でも矢張り官吏にして給料は公法權故讓渡不能也

の免許狀を有せざるにあるのみ、之等の教員は均しく國の官吏なりと謂ふべし、而して官吏の俸給請求權は公法上の權利にして讓渡することを得ざるものなれば代用教員の將來受くべき俸給は勿論、其の支拂期日到来して未だ受取らざる部分と雖之を讓渡することを得るものとす、従て本問の讓渡契約は無効なりとす

第八節 詐害行爲代位訴權の部

二七八 道樂費に賣却は詐害

道樂費の爲め財産を賣却し債權者に迷惑を與ふる場合は詐害也情を知りて取引した分取返さる

法曹會決議(大正十四年六月二十九日)

問 多額の負債を有する債務者甲は債權者の一人乙に對する期限到來の百圓の債務辨の爲め及び自己の遊興費に充つる目的を以て、其の唯一の財産たる馬一頭を代金二百圓にて其の情を知れる丙に賣却したり、甲の債權者丁戊は右甲乙間の賣却を詐害行爲として取消し、財産の回復若くは損害の賠償を求め得

るや  
決 多額の負債を有する債務者が其唯一の財産たる馬を自己の遊興費に供する爲め其情を知れる他人に賣却するは即ち詐害行爲なり、偶其馬の賣却代金の一部が債權者中の一人に對する債務辨濟に充てらるるとのことは右の結論に影響を及ぼすものに非ず

二七九 代物辨濟は非詐害

辨濟當時の價格が債務額を超過せざる限り其後騰貴しても債權者を害する行爲とならざるなり

大正十四年(オ)第百一號

債權者が抵當物件を、既に辨濟期の到來したる抵當債務に對する代物辨濟として、抵當權者に所有權を移轉したる行爲か、詐害行爲を構成するや否やは其の行爲當事の狀態により判斷すべきものにして、行爲の當時其の目的物が相當の價額にて代物辨

濟の用に供せられ且該價額が抵當債務額に達せず、從つて一般債權者を害することなかりしに於ては、爾後物價の變動により其の價額が抵當債務以上に騰貴することあるも、之が爲に該行爲が詐害行爲となるべきものに非ず而して原判決は債務者は二千七十圓の價額を有する抵當物件を辨濟期を經過せる抵當債務

元金二千百圓及利息四百九十一圓十錢の代物辨濟として、抵當權者に所有權を移轉したりと認定せるものなれば、假に爾後該物件の價額が、右抵當債務額以上に騰貴したる事實ありとするも、原判決が右債務者の行爲を以て一般債權者を詐害するものに非ずと爲したるは相當にして、尙原判決は抵當權者の債權額は元利合計二千五百九十一圓四十錢なりと認定し、上告人の立

證によりては右認定を覆へすに足らずと爲したるものなれば、上告人が原審に提出したる抵當債權の利息は抵當不動産の得米と相殺せられて存在せざる旨の抗辯は之を排斥したるものなること自ら明白にして、論旨は結局原審の專權に屬する事實認定を批難するに歸着し探るに足らず

二八〇 處分行爲と詐害行爲

債務を履行する資金を得る爲め所有財産を處分し他の債權を害する事あるも詐害行爲に非ず

昭和二年(オ)第三百七十三號

債務者が法律上履行せざるべからざる債務を履行するに必要な資金に充てんがために、相當の價額を以て自己財産を賣却したるときは、自己の財産に對して有する處分權を正當に行使したるものと認むるを當然とし、如上の場合において數多の債權者あるときは、債務者が其の賣得金を擧げて或る債權者のみに對し辨濟を爲すに於ては、之が爲に他の債權者を害するに至ることなきに非ずと雖も、此如きは支配的權能を有せざる債權の性質上已むを得ざる所に屬し、其實却行爲は當初より他の債權者を害するの意思に出でたることを認むべき特別の事情

なき限りは、詐害行爲を以て目すべきものに非ずして、これが取消しの請求を許すべきものに非ず、かつ債務者の全財産が數多の債權者に對する總ての債務を完済するに足らざるときと雖各債權者は其の債權全部の辨濟を請求するの權利を有し、債務者もまた各債權者に對しこれが辨濟をなすことを要し、他に債權者あるの故を以て、一部辨濟の受領を強ゆることを得ざるなるが故に、債務者の賣却行爲が當初より何等債權者を害するの意思に出づることなく、單に自己の履行せざるべからざる債務履行の資に供せんが爲に爲したるものなるときは其賣得金が或債務者のみに對する辨濟に充てられたると否とに拘らず、そ

の賣却行為は詐害の意思に出でたるものと謂ふべからざるは本院判例の存する所なり(大正十二年(オ)第六百九十一號 十三

年四月二十五日第一民事部判決参照) 二六四

### 二八一 詐害と設定の取消

合名合資の社員が詐害目的にて出資社員となれる時債権者は其會社の設立を取消す事を得べし

(博士松本丞治氏意見摘要)

合名會社又は合資會社設立行為者の債権者は、民法第四百二十四條の規定に依り會社の設立を取消すことを得べきや否や右の問題に付ては學說判例一定せず、或は會社設立行為と出資の約束とを區別し、會社の設立は之を取消すことを得ざるも、財産出貸の約束は即ち財産権を目的とする法律行為として、行為者の債権者は民法第四百二十四條の取消権を行使して之を取消すことを得べしと論ずる者あり(雉本博士法律新聞九八六號 鳩山博士日本債權法論一七七頁) 然れども會社の設立行為と出資の約束とは之を分別して觀察すべからず、社員の出資義務は即ち設立行為自體に因りて發生するものなるが故に、此説を採るべからず、元來法人の設立行為と之に對する義務負擔行為とは觀念上之を區別すること能はざるに非ざれども、合資會社又は合資會社の設立の場合に於ては、定款中に出資に關する規

定を記載し之によりて會社を設立するものにして、設立行為は單に抽象的に法人の人格を創設するに止まらず、同時に之と社員との間の權利義務を創設するものたり、設立行為と離れて出資義務創設の行為あることを豫想すべからざるなり 或は出資義務を發生せしむる設立行為は之を取消すことを得ざるも、其出資の履行行為は之を取消すことを得べしと論ずるものあり(竹田博士法學論叢二卷四一六頁以下) 出資義務負擔の基本行為と其履行の爲めにする給付行為とを區別するは、固より正當なりと雖も、出資義務の負擔を解消せず單に履行行為のみを取消すを以てしては取消の目的を達すべからず、例へば買買を取消す單に其代金の支拂を取消すも賣主は代金請求權を有すること依然たるを以て、買主の債権者は賣主と同列に立ちて其權利を行使することを得るに過ぎず、取消の目的を達するに十分ならざると一般なり、故に此説も亦採るべからず

大審院は會社設立行為自體の取消を認めたることあり(民事判例録二四輯二一九五頁、同說松波博士法律新聞九八六號)、此判決に對しては會社設立行為は相手方ある行為に非ざるを以て詐害行為たることを得ずとする非難あれども(竹田博士前掲)、相手方なき行為なるが故に之を取消すことを得ずとすべき理由なし、但行為の時に於て受益者たる會社の成立なきを以て其害意あることを想像すべからず、従つて民法第四百二十四條第一項の適用なしと謂ふは、多少の理由ある非難なり(竹田博士前掲) 大審院は受益者たる會社が債権を害する事實を知りたるや否やは會社の社員其他の代表者が之を知りたるや否やに依りて決定すべきものとし、而して設立行為に付ては設立者が之を知りたるときは會社に於て之を知りたるものと認むべきものとせり、然れども其所謂設立者とは設立行為をなしたる者全員を謂ふや否や明白ならず、事案に於ては取消の目的たる行為を爲したる債務者のみを指せるが如きも、若し然らば會社の害意の有無を問はざると同一にして、且所謂設立者が之を知りたるものと認むべきか、其理由を解することを得ざるなり 余は民法が債権者取消権を認めたる精神より推考し、會社設立行為又は財團法人寄附行為の如きは之を取消すことを得るもの

とし、此場合に於ては受益者たる會社又は財團法人の害意を要件とせざるものと解さむと欲す、茲に巨額の債務を負ふ者あり一朝財團法人を設立し、全財産を寄附したる場合に於て其債権者が財團法人寄附行為を取消すことを得ずとすれば、法律の救済に於て甚しき缺漏を感ぜずんばならず、蓋し債権者の之を取消し得べきは當然の條理にして、合名會社又は合資會社の設立に付いても亦全く之と同じ、是等の場合に於ては受益者の害意の問題なく、其行為を取消すことを得るものと解せざるべからず 會社設立行為者の一人の行為が詐害行為として取消されたる場合に於て、會社の設立が取消さるゝや否やは次に生ずる問題なり、商法は株式會社の設立に付ては株式の引受を個々の觀察し其引受の無効又は取消は會社の設立行為全體の不成立を生ぜざるものと觀たること明白なれども(商法一四二條參照) 合名會社又は合資會社の設立に付ては、之を一個統一的の行為と觀一人の意思表示の無効又は取消は會社設立行為全體の不成立を生ずるものとせること、法律が會社設立の取消に付て第百條の規定を爲したるに徴して之を知るべし、故に一人の行為が詐害行為として取消されたる場合に於ても、亦會社の設立が取消さ

るゝものと解さるべからず、詐害行為取消の效力に付ては民法の解釋上種々の學說あり（石取博士日本民法六八三頁以下、民法研究二卷八二頁以下、川名博士債權法要論二七六頁、仁井田博士法學協會雜誌三一卷一二號、横田博士債權總論四五頁、雄本博士判例批評錄一卷二二六頁、法學志林一七卷三號、一二

### 二八二 詐害行為の取消權と其行使の相手方

昭和四年（ア）第三六七六號

本來詐害行為の取消權は、債權者を害することを知りて爲したる債務者の法律行為を取消、且之によりて利益を受けたる者、又は財産の轉得者より取得財産の返還を受くるか、若くは之が賠償を得て債務者の財産状態を其法律行為を爲したる以前の狀態に復せしめ、債權者の共同擔保を確保するの内容を有する一個の權利にして、其行使は受益者又は轉得者に對してのみ爲さるべく、其法律行為を爲したる債務者に對し爲さるべきものに

號、一八卷、一號、加藤博士破産法研究四卷一三八頁以下、鳩山博士日本債權法論一六七頁等參照）其何れの說を採るかに依りて結論を異にするべきも、取消の物權的效力を認め且つ合名會社の設立を統一的に觀察する結果は詐害行為に依る取消の效力は會社の取消を生ずるものと爲るべし

あらず、蓋し詐害行為の取消權は債務者の爲したる法律行為の結果、利益を受けたる者又は財産の轉得者に對する關係に於て其法律行為を取消し、之等の者より取得財産の返還を受くるか又は其賠償を得るに於ては、遺憾なく權利の内容を實現し得べく、債務者と其他の關係人との間に於て尙法律行為の效力を存續せしむることは詐害行為の行使に消長を來たすことなければなり

### 二八三 求償權を虞れて詐害

法曹會決議（大正十四年十一月四日）

保證人間の求償權行使は豫期さるるもの故其を慮りての財産處分は矢張り詐害行為として取消さる

一 債權者無資力となりたる後其の連帶保證人の一人が將來の

連帶保證人よりする求償權を害する目的を以て、所有財産を他へ賣却したる後、他の連帶保證人より債權者に對し全額の辨済をなしたり

斯る場合辨済したる保證人は他の保證人のなしたる行為を詐害行為として、之が取消を求むることを得るや

決 取消さんとする法律行為ありたる後に始めて債權者となりたる者は、廢罷訴權を有せざること勿論にして、連帶保證人の一人が他の連帶保證人に對して有する求償權は自己が辨済を爲したる時に始めて行使し得るものなるが故に、未だ自ら辨済せ

ざる間に他の連帶保證人が爲したる所の行為に付きては廢罷訴權なきが如き觀ありと雖も、元來連帶保證人たる以上は將來債權者より辨済を請求せられ、自己の負擔分以上の辨済を爲さざるべからず、從つて保證人相互間に償還を求めざるべからざる場合の發生すべき事は連帶保證人となりたる當初より各自執れも豫期すべき所なるを以て、斯る求償權は其行使し得べき時期が、假令取消さんとする法律行為の行はれたる後に來るとも、尙之に付き廢罷訴權を行使し得るものと解するを正當とす

### 二八四 詐害と惡意の立證

債務者の惡意のみを債權者に立證せしめ受益者の善意立證を受益者に責任負はする判例は不服

（判事磯谷幸次郎氏批判摘要）

大審院從來の判例に依るときは債務者が債權者を害することを知りて法律行為を爲したるときは、其相手方たる受益者又は轉得者に於ても、亦其詐害の情を了知したるものと推定し、原告たる債權者は唯債務者の惡意を立證するを以て足るべく、若し受益者又は轉得者に於て此推定に反し善意なることを主張せんと欲せば、之が反證を提出するの責任あるものと爲し、明治三

十六年以來終始同一の判例を維持せり（明治三十六年十一月十六日、同三十七年三月二十五日、同三十九年五月二十三日判例大正七年（オ）第五百五十一號の事件に於て、上告代理人は從來の判例を失當なりとして判例の變更を申立てたるも、大審院は左記の理由に依り上告理由なきものとして之を棄却せり  
民法第四百二十四條の趣旨を按ずるに、同條第一項本文は原則として債務者が債權者を害することを知りて法律行為を爲した

る場合には、受益者又は轉得者も亦其情を知りて受益行為を爲したるものと推定し、債権者をして其行為の廢絶を請求することを得せしめ、同條第一項但書を以て受益者又は轉得者に於て行為の當時債権者を害すべき事實を知らざりし場合に限り、債権者の請求を拒否することを得べき例外を規定したるものなるを以て、其例外の場合に該當し、從つて右推定を覆へざんとするには受益者又は轉得者に於て行為當時債権者を害することを知らざりしことを主張し、且つ立證すべき責に任せしむるものなりと解すべきこと、同條の文詞に徴し明かなりとす、而して此見解は夙に當院の判例として示す所にして、今之を變更するの必要あるを見ず云々（大正七年九月二十六日判決）

大審院從來の判例が何故に債権者に於て受益者又は轉得者の惡意を立證するの責任なく、却て受益者又は轉得者に於て善意の立證を爲すの責任ありと爲すやの理由に至りては、判文上詳かに之を説明する所なきも、要するに民法第四百二十四條の文理解釋を唯一の理由と爲したるもの、如し

翻つて我國諸學者の所論を通覽するに、獨り横田博士は惡意は推定せすとの原則に依り、原告たる債権者は受益者、又は轉得者の惡意をも立證するの責任ありとの見解を表示し、（同氏著

知らざりしことを主張せんと欲せば、其例外として自ら進んで善意を立證すべきは、同法文の規定自體に徴して明かなり判例及び諸學者の見解は叙上の如くなれども、余は之に對しては全然反對の意見を有するものにして、大正六年八月發行の拙著債權法論に於て卑見の一端を披瀝したりと雖も、爾來十年未だ判例の變更を見る機會に接せざるは、頗る遺憾とする所なるを以て、茲に重ねて卑見を吐露し大方識者の教へを乞ふ所あらんとす

債務者が詐欺の惡意を有したるときは、其行為の相手方たる受益者又は轉得者に於ても亦其情を知りたるものと推定するは、果して社會の事情に適合するものなりや、余は頗る疑ひなき能はざるなり、彼の債権者を詐欺するが爲めに、債務者が第三者と共謀して自己の動産又は不動産を第三者に讓渡したるが如き行為を假裝する、所謂假裝賣買に在りては、其行為の相手方たる第三者は固より通謀して此行為を爲すものなるが故に、債権者に於て債務者の惡意を立證したるときは其相手方の惡意も亦自ら推定することを得るは固より當然なれども、之に反して詐害行為は唯債務者が辨濟の資力缺乏せるに拘はらず、債権者の共同擔保たるべき自己の財産を他人に讓渡し、以て債権者に對

債權總論）又鳩山博士は立法論として其當否を疑ふ旨を附言するの外（同氏著日本債權法）諸學者の見解、亦全然判例と其軌を一にす而して其の理由とする所を綜合するに、概ね左記三個の理由の外に出でざるもの、如し

一、債務者に於て債権者を害することを知りて、法律行為を爲したるときは、其行為の相手方たる受益者又は轉得者に於ても、亦同じく其詐害の事實を知りて受益又は轉得の行為を爲したるものと認むべきは社會普通の狀態なり

二、債権者が詐害行為の取消を請求するに當り、債務者の惡意を立證することは困難ならざれども、受益者又は轉得者の惡意を立證することは頗る至難なり、若し之が舉證を爲すに非ざれば詐害行為を取消すこと能はざるものとせば、詐害行為取消權は實際之を行ふこと能はざる場合多かるべし（梅氏民法要義卷の三）

三、民法第四百二十四條には債権者は債務者が其債権者を害することを知りて、爲したる法律行為の取消を請求することを得とあるを以て、苟くも債権者に於て債務者の惡意を立證したるときは、之が取消を爲すことを得るは詐害行為取消の本則なり、是を以て若し受益者又は轉得者に於て債権者を害すべき事實を

する辨濟を不能ならしむるか、若くは之を困難ならしむるに過ぎざるものにして、固より第三者と通謀することを必要とせず又其財産の讓渡が相當なる價格を以て爲されたるものと否とを問ふものに非ざるが故に、假令五千圓の價格を有する家屋を、眞實五千圓にて賣却し、又は時價を以て自己の商品を他人に賣却するも苟くも債務者に於て之が爲めに辨濟資力の缺乏を來し、債権者に損害を與ふるの認識ある以上は詐害行為たるを失はず、而も此場合に於て其行為の相手方たる買主が此等債務者の資産狀態を知悉し、惡意を以て之が買受を爲したるものと推定するを以て社會普通の狀態と爲すが如きは、果して社會の實生活に適合するものと云ふを得べきや、蓋し親戚故舊の間柄なりとも他人の資産狀態を知悉し、其財産の譲り渡りに依り辨濟資力に缺乏を來すや否やを察知するが如きは、到底企及し得べきことに非ず、況んや親戚故舊の關係あるに非ず、從來半面の識なき他人より物件の買受を爲す場合に於てをや、然るに偶々其賣主の資産狀態が、當時債務を辨濟するに充分ならざりし一時を以て債務者の惡意を認むることは固より當然ならんも、買主までが當然其詐害の事實を知悉し居りたるものと推定して、其買買を取消し、其の目的物を賣主に返還せしめ、若くは之に代るべき

損害金を賠償せしめんとするが如きは、實に社會の實情を無視するの甚だしきものにして、買主の危険極まるものと云はざる可からず、而して買主に於て此不慮の災厄を免れんと欲せば、反對説に依るときは買主に於て當時詐害の事情を了知せずして買受けたることを立證するの外なしと雖も、斯かる舉證の至難なることは後に至り叙述するが如くなるを以て、結局物の買入を爲さんとする者は先づ買主に就き詳に其資産状態を質問し其物を他に賣却するが爲めに賣主の資産を減少し、延いて債権者に對する辨濟資力を薄弱ならしむるの虞れなきことを確めたる後、其物の買入を爲すに非ざれば他日惡意の推定を受けて其物を賣主に返還するか、若くは之に代るべき損害金の賠償を命ぜらるゝの悲運に遭遇することを觀念せざるべからず、而して詐

### 二八五 隱居届は詐害行爲に非ず

問 一、甲銀行に株を有する乙三、四年前に二男を分家しあるも未だ財産を分與せず、最早老の身と成りたるに付、財産を夫れく分割し隱居せんとし、相續人と分家の二男に折半に財産を分與し、其の他少しく動産不動産ありたる故戸籍は異れるも實係に分與賣渡し、自分は相續人の同番地に隱居せり、相續人

害行爲たるには其債務者の商人たるは非商人たるは固より問ふ所に非ざるが故に、日常八百屋より野菜を買入れ、又は酒屋より酒を求むるに當りても、先づ其店に就き篤と其商店の資産状態を聴き取り、近頃借金は増加したることなきや、此等商品を賣却するも負債辨償に困難を來すことなきやを確めたる後に非ざれば、一壘の野菜、一瓶の濁酒を安んじて買入るゝこと能はざるものと云はざる可からず、而も此等愚問愚答を重ね入念に賣主の資産状態を探索するに非ずんば、他日惡意の推定を受けて賣買行爲を取消するゝの危険を冒さざるを得ずと云ふに至りては獨り取引の敏活を妨げ、難きを買主に責むるの苛酷あるものと云はざる可からざるのみならず、寧ろ不能を買主に強ゆるものなり

其の後に至り株金拂込みの通知を受くるも拂込むの資力なし、相續人に於て拂込みの責任ありと思考すれど相續人は全財産を他に抵當設定しありて、拂込む事を得ず、かかる時は整理案通過を受けたる後の財産の移轉は詐害行爲にならざるや、乙が甲に對抗する方法至急御教授願上候

答 一、詐害行爲の成立するが爲には、行爲者に於て債権者を害することを知りてなすことを要する、本件は假りに財産権を目的とする法律行爲なりとするも詐害の意思なきを以て詐害行爲とならず

二、本件は株主が隱居をなしたるものなれば、隱居届出の爲は財産権を目的とする行爲にあらざるを以て、詐害行爲たる適格なきものとす

三、本件相續人たる長男が相續せし財産を抵當に入れたる行爲は、財産権を目的としたる行爲なれども、右相續人には銀行を害する意思なかりしこと明かなれば、是又詐害行爲となることなし

四、本件は總て詐害行爲成立せざる故安心せられよ

### 二八六 詐害の後有資産

詐欺行爲當時は債権者被害状態に在りしも其後債務者が有資産者と爲りし時は廢罷請求棄却也

大正十五年(オ)第四百七十一號

上告理由第一點は、原判決は其理由中「右山田末藏と控訴人との間」に於ける本件不動産の賣買が、被控訴人等に對し實害を生ぜしめたるや否やを案するに、成立に争ひなき甲第三、四號證及原審證人山田豊藏の供述によれば、右賣買當時本件不動産は末藏の主要財産にして同人は之を除いては前示債権を辨濟するに足る格別の資産を有せざりしことを推認し得べく云々と説

示し以て上告人敗訴の言ひ渡したるを爲したり、然れども右の如く取消しの目的となれる行爲當時に於ては假に該行爲が債権者を害するものなりしとするも、現時に於て債務者が其の債務の辨濟を爲すに足るべき充分の資力を有するに至りし場合に於ては右取消権の行使を容認すべきものにあらずと信ず、何となれば取消権は債権者保護の特別規定なるを以て、債権者に於て右權利を行使せざるも充分債権の満足を得べき場合に於て、尙且

右權利を行使せんとするは只權利を亂用するに過ぎずして、何等の實益なく、受益者轉得者其の他の利害關係人間の權利狀態を擾亂し、延いて取引の安全を害するに過ぎざるものなるを以てなり、然るに原判決が前示の如く本件取消の目的となれる行為當時に於て本件不動産が未蔵の主要財産にして同人は之を除いては本件被上告人の債權を辨償するに足る格別の資産を有せざりしことを判斷したるに止まり、現時に於ても亦右不動産に依るにあらざれば被上告人等は其の債權の満足を得られざる状態なるや否やを判斷すべしと云ふは、斯く上告人敗訴の言ひ渡しを爲したるは違法なりと云ふに在り

債務者が其の財産を處分して得たる對價は、今や既に存せざる

### 二八七 抵當權者からの詐害訴訟

昭和六年(オ)第三千十號

按ずるに債務者の財産の處分行爲に因り、債權者を害する場合に於て、債務者の財産に對し抵當權を有せる債權者は抵當不動産を以て辨償を受くることを得ざる部分に付てのみ、詐害行為の取消權を有するに過ぎざるを以て、其の取消權の及ぶ範圍は

も現在に於ける債務者の資力は其の債務を辨償するに充分なる以上、右の處分を目するに詐害行為を以てし之を廢絶すべき何等の必要と理由とあることなし、蓋し若し然らずして専ら處分當時の資力のみを觀て以て其の詐害行為なるを否とを判定すべきものとせむか、詐害行為廢絶と云ふ制度は債權者保護の手段には非ずして寧ろ債務者に對する一の懲罰たるの觀を呈するに至らむなり、是豈現行制度の趣旨ならむや、但此のことを解して處分當時の資力如何を審案することは、全然其の必要なものなりと爲さば、そは又一の誤見に外ならず、何者債務者が其の債權者を害するの意思を有せしや否やを判斷するに付ては此の事蓋し有力なる一資料なるを失はざればなり

### 擔保物の不足による殘債權額を標準で債務者の他財産比較必要

抵當權に依りて擔保せらるる債權全額に非ずして、其の抵當不動産に依りて辨償を得られざる額なりと爲さざるべからず、從て債務者の財産處分行爲が抵當權者の爲に詐害行為取消權發生の要件たる債權を害する事實の有無を判定するには、抵當不動産に依りて辨償を得られざるべき債權の額と、債務者の他の財

産とを比照して該財産の處分に因りて右債權を辨償するに不足を生ずる事實の有無に依りて之を決せざるべからず、本件に付原審の確定したる事實に依れば、被上告人が其の債務者徳崎瀧藏に對し有する一萬五千圓の債權には抵當權の設定ありて、該抵當不動産は七、八千圓の價格を有したものとす、然らば同債務者たるの財産處分行爲たる本件不動産の讓渡に因りて、被上告人が其の債權を害せらるる結果を招來すべきや否を決するに其の債權額一萬五千圓より抵當不動産に依りて辨償を得らるべき七、八千圓を控除したる殘額と、債務者の爾餘の財産とを

對比し本件不動産を讓渡することに因りて、右債權殘額を辨償するに不足を生ずるものなることを確定せざるべからず、然るに原審は被上告人の債權は前示の如き價額を有する抵當權を以て擔保せらるる事實を顧みず、債權者の財産處分行爲の爲に被上告人が害せらるべき債權額は一萬五千圓なりとし之に基き本件不動産の讓渡が詐害行為と爲る旨判定したるは、詐害行為の法則に付誤解あるものにして論旨は理由あるものとす

昭和七年六月三日

大審院第五民事部

### 二八八 假差押後の詐害行為と認むべき賃貸借と夫婦間の賣買

昭和二年八月十日付にて乙丙二人の連帶借用證書により、甲は乙丙に金一千圓を貸與致候、昭和四年四月末頃より度々整理方請求いたし居り候處辨償をなさず、よつて九月十五日丙の所有田に對し、假差押へをなしたる處、丙は今日二十日田一反當り五斗の賃貸料にて丁に賃貸契約をなしたり、その後土地謄本を登記所より下付申上げたる處、六月末日に戊よりその田を擔保に金三千圓を借用し居たり、この田は時價合計にて五千圓位のものなれど、賃貸契約あるため二千圓餘りよりならず、他

には宅地家屋あれども賃貸契約をなしたる九月二十日に丙の妻の名義に変更したり、他に一物もなし、び本人及子供は大工にて年收一千五百圓位あり、假差押さへをなしたる田は丙一家にて耕作し居れり、乙は無一物なり、また丙は辨償するの誠意なし

- 一、假差押さへをなしたる甲は如何なる方法にて回収すればよきや
- 二、假差押さへは所有權移轉防止のみとすれば、他に假差押



さへに變るべき債權保全の良法なきや  
右御教示され下度候

答 一、甲は乙丙間の貸借及丙と丙の妻の間に爲されたる宅  
地及家屋名義變更の兩者に對して、詐害行爲取消しの訴へを起  
さるべし、假差押へが九月十五日にて右兩行爲が九月二十日な  
ること自體が詐害行爲を立證す、又貸金返還の本訴を起し勝訴  
の上本執行を爲せば戊と同列において、平等の割合による辨濟

### 二八九 債權者の代位訴權と轉付命令との差異

問 甲の乙會社に對する債權は三千百餘圓也、乙會社の丙債務  
者に對する要債債權は六千圓也

右の場合甲は債務者乙會社に代位して、第三債務者丙に對して乙  
の丙に對して有する債權を代位行使する場合、左の疑問あり

一、甲は乙に對して有する債權額三千百有餘圓の請求權限度  
においてのみ丙に對し請求する事を得るや

但し支拂を受くるまでの利息關係等ありて、その債權額を確  
定する事能はざる事情にあり(請求數額に對する疑問也)

二、甲の債務者乙會社か第三債務者たる丙に對して有する六  
千圓也の債權額全額に對し要債請求をなすも差支なきや否やの

を受くべきなり

二、また戊より三千圓借用したることも或は詐害行爲ならん  
これも證據次第にて取消しの訴へを起せば勝訴となり、意外の  
好果を齎すことなしといふべからず

三、モト／＼信用にて貸たることが冒險または不注意なり、  
今に及んでその結果を好轉せしむるは手遅れなり、たゞ以上の  
數法あるのみ

點

但し甲が乙に代位して丙に對する強制執行を行ふ場合は、勿  
論六千圓の内にて甲が乙に對する債權總額の限度において強  
制執行するか將たまた甲は乙に對して有する債權額限度にお  
いて轉付命令の申請をなしたる上、乙の丙に對して有する債  
權の内甲の乙に對して有する債權額を甲に歸屬せしめたる上  
強制執行に着手する豫定なり

因に本問題に付き丙は抗辯して曰く「甲が乙に對する債權は三  
千百餘圓なるに、乙に代位して乙が丙に對して有する債權額六  
千圓全額に對し、要債請求をなすは不當なり、宜しく甲は乙に

對して有する債權額限度において請求すべきものにして、六千  
圓を請求するは不當なりと抗辯せり」

本抗辯は理由ありや否や

答 一、甲が乙會社に代位して代位權を行使する場合は、甲は  
たゞ乙の債權者たるを以て足り、その金額が十圓にても百圓に  
ても差支あることなし、しかして乙が丙に對して有する權利は  
乙の一身專屬權にあらざる限り、また自己の債權を保全するに  
必要なる限り、その權利の價格が甲の債權額に超過すると否と

### 二九〇 土地賃借權と代位訴權

昭和三年(ワ)第一八一二號

土地に對する賃借權は土地所有者より金銭的給付を受くること  
を目的とせざること勿論なれども、民法第四百二十三條は保全  
せんとする債權に付、何等の制限を設けざるを以て直接債務者  
の資力に依り確保せられざる債權といへども、苟も債務者の權

を問はずこれを行ふことを得るものとす

二、從つて丙の抗辯は理由なし(民法第四二三條)

三、甲が代位權によらず民訴六〇〇條以下の轉付命令によら  
んとするならば、自らその結論を異にす、即ち甲は自己の元利  
金額に對するだけの轉付を受くべく、その他は他の債權者を害  
するを以て、之が轉付を受くべからず

四、蓋し代位權行使の效果は直接會社に歸屬し、轉付命令の  
場合は直接甲に歸屬するものなればなり

利行使に依り保全せらるべき性質を有すれば足るものと解す  
るを相當とすべく、土地賃借權は賃貸人の所有權の行使に依り  
保全せらるべき性質を有するを以て、固より同條の適用を妨げ  
ず

### 二九一 代位權上の債務者

抵當權は第三取得者に代位して更正登記を爲す  
を得べし純然たる債務者に非ざれど準債務者也

問 甲は先年乙に對し山林八反歩を擔保に取り抵當權設定登記

第一章 民法 第八節 詐害行爲代位訴權の部

濟の上金圓を貸付たり、其後乙は該山林を抵當のまゝ丙に賣

渡したり、然るに右山林は減歩に依り更正登記の必要あり、登記所より再應持主たる丙に對し更正登記申請方を催告せし由なるも丙は放任して顧みず、而して年餘を経過せり、偶々甲は抵當權を實行せんとするに際し、即ち更正登記の必要に迫られ丙に向ひ更正登記に承諾せられんことを交渉せしに丙は頑として應ぜず、已むを得ず甲は抵當權者の故を以て代位にて更正登記を申請せしに、登記所は丙は所有者に相違なきも債務者と認むる能はずとの理由にて却下せり、尙進んで事情を具し裁判所に抗告を爲せしも是亦同様理由にて矢張要領を得ず、甲は甚だ迷惑せり、就ては右更正登記を申請する方法如何、或ひは法律の不備にはあらざるかと云ひ、又は丙に對し承諾を求むる訴訟を起すの外策なかるべしと申す者あり、果して如何

### 二九二 債權者代位と土地妨害排除の請求權

昭和四年(オ)第八百三十五號  
債權者が自己の債權を保全する爲、債務者に屬する權利を行ふことを得るは民法等四百二十三條の規定する所なり、同條は債

に對して取るべき策御教示相煩はし度く御願申上候  
警 擔保物提供者又は擔保物取得者等は擔保權者に對する直接の債務者といふに非ざれど、矢張り其抵當權の爲めに債權に從屬せる抵當權實行を受く可き義務者にして、之を妨ぐる事を得ざる地位に在る者故、民四二三條の債務者の範圍に屬せしめて可なるものとす、然らずんば同條の代位權規定は極めて狭きものとなり、立法の趣旨に反するに至るべし、大正四年十二月の法曹會決議は反對なれど、現今の通説としては右の如く代位權を認めらるゝものとす、區裁判所の却下理由は違法と信ぜらる抗告せば必ずや採用さるべし、不能の場合に訴へを以て要求の外なし、尙多少の減歩増歩等あるも、更正登記せずして抵當權實行をも爲し得るものと解せらる、同一物と認めらるゝ程度のものに必ずしも嚴格に一致しなくも可なるものとす、兎角融通利かぬ係官に對しては關係者はいつも災難を受くる次第とす

務者が自己の有する權利を行使せざる爲、債權者をしてその債務者に對する債權の十分なる満足を得ざらしめたる場合における救済方法を定めたるものにして、債權者の行ふべき債務者の

權利に付、その一身に專屬するもの、外は何等の制限を設けず債務者の無資力たることを必要とせざるを以て、同條に所謂債權は必ずしも金錢上の債權たることを要せず、又所謂債務者の權利は一般債權者の共同擔保となるべきものたるに限らずある債權者の特定債權を保全する必要がある場合においても、同條の適用あるものと解するを相當とす(明治四十三年(オ)第五百五十一號同年七月六日大審院判決、大正九年(ク)第一百十號同年十月

### 二九三 間接訴權の行使(判例の變遷)

- 1 土地所有者甲
- 2 借地權者乙
- 3 建物所有者丙(借地權者より建物を買受けたる者)は地代を延滞し居るに付乙は甲に對して右地代を支拂ひ居れり、乙は甲に代位して丙に對し建物收去土地明渡しを求め得らるるや(甲は丙に對して建物收去土地明渡しを求むる意志無し)
- 答 一、乙は丙に土地を轉貸し居る者ならん(民法第六一三條第二項)されば甲より乙、丙何れにも地代請求ができる
- 二、丙が地代を拂はぬときは債務不履行に基き、乙は轉貸借解除建物收去土地明渡請求權がある(民六一六、五九七條)

十三日大審院決定參照)故に土地賃借人が賃貸人に對し該土地の使用収益を爲さしむべき債權を有する場合において、第三者がその土地を不法に占據し使用収益を妨ぐるときは、土地の賃借人は右の債權を保全する爲、第四百二十三條に依り右賃借人の有する土地妨害排除の請求權を行使することを得べきものとす

- 三、かゝる權利ある以上は、乙は甲を代位して丙を退去せしむる必要な故、代位權はなきものと認むる判例があつた(大正十一年大審院判例)
- 四、念のため右判例の要旨を摘録する  
他の方法により目的を達するを得るにおいては、債務者(本件甲)に屬する權利を行使するの必要なきものとす、云々  
即ち代位權行使の要件より觀察するときは、斯かる場合にはその要件なきものとの判例なり、(この判例は昭和五年に變更された、次項參照)

二九四 賃借人固有の妨害排除請求権は代位訴権を阻却せず（前項参照）

昭和五年（オ）第千三百三十二號

賃借人が賃貸人に對して妨害排除の請求権を行使し得る場合に於て、賃貸人が妨害排除に協力すべき義務を履行せざるに於ては、賃借人の債権は其の實現を見ることを得ざるを以て、賃借人は其の債権を保全する爲め、民法第四百二十三條の規定に依り、賃貸人に屬する權利を代位することを得べく、從て賃貸人が目的物の所有者として第三者に對し其の物の回復請求権を有するが如き場合に於ては、賃借人は其の權利を代位して行使することを妨げざるものにして、此の場合に於ても賃借人が直接第三者に對して其の物を回復し得る固有の權能を有することは、毫も代位權の行使を阻止すべき理由と爲すに足らざるなり

（註）大正十一年の大審院判例にては「債權者が他の方法により目的を達するを得るに於ては、債權者に於て債務者に屬する權利を行使する必要なきものである」と判示して居るが、元來代位訴權を認めたる趣旨は訴訟經濟其の他の便宜を計ることにあるのであるから本社はこの新判例の趣旨の方に賛成する（新判例は前判例を廢す、本社標語）

（法は自ら助くる者を助く・獨諺）

第九節 無効、取消、解除の部

二九五 能力者たるの詐術

仲介人若くは周旋人に對し詐術を用ひたりとて當然に本人に對し効果を及ぼさず、別箇に觀察

昭和二年（オ）第百九號

民法第二十條は無能力者保護に對する例外規定にして、詐術を以て相手方を誤信せしめ、法律行爲を爲したるときは其の取消權を失はしむる趣旨にして、一種の制裁的法規と云はざるべからず、從つて同條に詐術を用ゆるとは刑法第二百四十六條第一項と異なり、其の手段が積極的なることを要件と爲すも、其の方法たるや直接相手方に對し詐術を弄すると將た他人を介して間接に詐術を行ふとは同條に於て何等制限するところあることなし、故に周旋人により法律行爲を爲す無能力者が其の周旋人を欺罔することが相手方をして信ぜしむる要件たる場合、又は周旋人をして能力者たることを信ぜしむるは、其の法律行爲の成否に關係するが如き事情ある場合に於て、無能力者が周旋人に對し積極方法を以て詐術を行ひ、依りて周旋人をして自己が完全なる能力者なりと誤信せしめ、其の結果相手方が錯誤に陥り

第一章 民法 第九節無効、取消、解除の部

たる場合に於ては其の無能力者は間接に相手方に對し詐術を用ひたるものと云はざるべからず、而して此の場合に於ては其の周旋人等に於て敢て無能力者と共謀し又は無能力者の旨を承けて更に相手方に對して詐術を用ゆることを要せざるものとす、要は只無能力者の詐術と相手方の誤信の爲或法律行爲を爲したるや否やの關係を生ずれば足るものと云はざるべからず、翻つて今本件事案を見るに原審判決に於て認定せられたるところは無能力者たる軍治に於て本件貸借を爲すに當り自己が後備陸軍軍曹にして現在青年團長、消防組長の職に在り、又準禁治産の宣告等を受けたる事實なく、且相續登記書類並權利證等を周旋人に示し、同人が單獨權利の處分行爲を爲すべき能力あるが如く詐術を用ひる周旋人等をして能力者なりと信ぜしめたる事實は前記判示の階段に周旋人たる（中略）に對し、控訴人主張の如き言辭を以て軍治が能力者たる事を信ぜしむべき詐術を用ひたる

ことを認め得る(下略)との判示により明かなる事實なり、而して叙上の如き仲介人により貸借を爲す場合相手方は特別の注意者にあらざる限り、周旋人の言辭を信じ取引を爲すことは普通の事例なることは經驗上論を俟たざるところなり、従つて原審判決が本件上告人の抗辯を排斥するに當りては尠くとも右軍治の周旋人たる久次郎、久米治に對して爲したる詐術に依り上告人(被控訴人)が能力者と信ぜしめられたるや否、或は又右周旋人等が軍治の言辭を上告人に傳へ、依りて其の結果上告人に於て錯誤に陥り本件貸借を爲すに至りたるものなりや否は、審理を爲し、以て理由を説示せざるべからざる筋合なりとす、

### 二九六 酌婦の途中解約と損害

問 今より滿二年前、十七の娘を前借三百圓滿三ヶ年の期限にて酌婦に住込ませ候處、此程良縁あるにつき或る小商人へ嫁せんとし、先方の抱え主に其交渉したるに一年分乃ち三分一の返金にてはいかぬ、當初の約束通り手数料其他の費用ある故今日迄の嫁ぎ高約半分を引去り、其半額に對し年三割都合六割を附し、合計二百四十圓を支拂はざれば證文を返す譯に行かぬ、之

然るに原判決は此等の經驗期を無視し、事實の審理を逸脱し漫然叙上の如く判示を爲したるは、審理不盡且理由不備ある違法あるものと云はざるべからずと云ふに在り、然れども原審は訴外水間軍治が本件貸借の仲介人たる訴外千賀久次郎、同佐藤久米治に對して、自己の能力者たることを信ぜしむる爲詐術を用ひたることば之を認むることを得るも、右詐術の効果が同人等を通じて上告人に及びたるの事實は之を認むるに足るものなしと認定したること原判文上明白なるが故に、此の如き場合に於て民法第二十條を適用すべからざるは言を俟たざる所に屬す

### 年期中途解約の場合手数料及高利負擔契約は人身束縛で無効

を實行せずして連れ行く時は直ちに父並に親戚の保證人に對し強制執行を爲すべしとして頑強に反對し居れり、果して三分一だけでは叶はぬものに候哉、斯る場合の裁判例は如何になり居るものなるや、詳細御教示を賜はり度候  
答 三年期の前借と云へば其間に嫁ぎ高が借金に達せざるも免除せらるべく、反對に途中で借金に達すれば期間内でも責任な

きに至ると云ふ酌婦本人への利益に解釋すべき性質のものと思考せらる、而して本件は二年間の嫁ぎ高約半額と云ふことにつき、其殘額半分に對し制規の利息年一割二分、合計一百八十六圓也を返せば可なるものと信ぜらる、故に其以外の分に對しては執行に對し異議を申立て争ふこと出来るべし、制規外の利子は利息制限法違反として減縮を求め得るは勿論、假令最初抱えの爲め周旋料其他の損害意味にて年三割云々と契約したるものなるにせよ、之を一々憐れむ可き酌婦本人の負擔とし、苛重の責任を負はする如き契約は、取りも直さず該女の人身自由を不當に束縛する結果を生ずるもの故、此點に於て民法九十條の公序良俗に違反する契約として無効とさるべきに至るものとす、此事は屢々判例も存する處也(三、五、十二、大民三判決其他)

### 二九七 催告期間内の解除

大正十五年(オ)第九百三十五號  
隔地者に對する意志表示は其の通知の相手に到達したる時より其の效力を生ずること民法第九十七條第一項の定むる所なれば隔地者に對し民法五百四十一條に依る契約解除の場合に於ても解除の前提として爲す一定の期間を定めて爲す履行の催告が、

然れども之が爲め全部無効として一文も利子をつけずして可なるべしとの結論は穩當ならず、乃ち制規内だけは致方なきものと信ぜらる、但し一方抱え主の方は勿論公正證書を所持し直ちに父兄保證人等に差押をかけ得らるゝ地位に在り、押えらるゝと争ひ額の三分一の保證金を供託して、面倒な手續を爲さざる可らず、其失費も莫大となるべき恐れあるにより、抱主に對し斯くなるべき性質のものなること、時によれば全部不法貸借として無効論をも主張し得べき性質のものなることを談じ、互に争訴の不利を避け且つ本人の一代の幸福を左右すべき大切の場合なるを訴え、情誼上よりも其抱主の良心決斷を求め、圓滿解決に努むる様善處するが肝要なるべし

相手方に到達したる時より計算し、其期間の満了したる後に非ざれば其不履行を理由とする契約解除の意思表示は其の效力を生ずべきにあらざるや明なり、而して原審は被上告人が隔地者たる上告人に對し大正十五年四月七日、十日の期間を定めて本件買代金の支拂を催告したるも上告人が之に應ぜざりし爲、

同年同月十七日本件契約解除の意思表示を爲し、之に依り本件契約は有効に解除せられたりと説明すれども、前記の各日時は履行の催告又は契約解除の意思表示の上告人に到達したる日時なりや、或は之れ等を上告人に對し發送したる日時なりや明瞭にあらず、若し前者の趣旨なりとせば右履行の催告に定めたる期間は民法第四百十條に従ひ其の到達の翌日たる大正十五年四月八日より起算し、十日間即ち同月十七日の終了に依り滿了す

### 二九八 妻の取消權は一身專屬也

昭和五年(オ)第四百二十號

妻が民法第十四條に掲ぐる行爲を爲すには夫の許可を受くることを要し、其の許可を受けずして爲したる行爲の取消を許す所以のものは、専ら夫權を尊重し共同生活の圓滿を期するに在りて、妻の能力の缺陷又は妻の財産上の利益の保護を理由とする

### 二九九 契約解除後の催告

債權者が民法第五百四十一條の催告を爲さずして契約解除をなし、訴訟を提起してこれが進行中その缺陷を知り、こゝに始めて該條の催告を爲したる場合に、その滿了の日において提

べきが故に、同月十七日爲されたる前記契約解除の意思表示は催告期間の滿了前に爲されたる不合法のものたるべく、若し又之の後者の趣旨とせば履行の催告及契約解除の意思表示が上告人に達したる日時を更に確定するにあらざれば、解除の意思表示が果して適法なりや否を知るを得ざるを以て、何れの點よりするも原審の判決は不法にして、原判決は全部破毀を免れず、論旨は其の理由あり

ものに非ざること極めて明白なり、從て夫の許可を受けずして爲したる行爲に付、妻の有する取消權は妻たる身分に專屬する權利にして、妻の死亡に因りて消滅し其の承續人に移轉するものに非ずと解するを妥當とす

訴前に催告せると同様に債務者を遲滞に付することを得る哉、換言すればその催告、提訴の有無に依りてその效力に消長を來たさず候哉

一、法律の規定による「契約解除權發生原因に二あり、第一は當事者の一方が債務を履行せざるとき第二は債務者の責に歸すべき事由によりて債務の全部または一部が履行不能となりたるときこれなり

二、而して本件は五四一條即ち當事者の一方が債務を履行せざる場合に該當し、催告を要せずして解除權を生ずるや否やに付學說岐るゝ所とす

三、その學說は催告が解除權發生の要件なりとの説と、行使の要件たるに止まり發生の要件にあらずとする説との二説あるも未だ催告は解除權行使の前後を問はずといふ學說なし

四、蓋し解除權行使の前提として、舊民法時代より恩惠期間なるものありて常に債務者の履行意思を刺戟し、なるべく履行上の便宜を與へんとする趣旨を存し、現行民法もこの精神を承

### 三〇〇 親族會の取消と無効

大正十五年(ク)第九百六十九號

接するに民法第九百八十二條又は第九百八十五條は、親族會の決議を以て左右することを得ざる強行法規に屬し、親族會が之

規定の順序を無視せる相續人の選定決議は取消の訴によらずして無効の訴故期間に制限なし又許可裁判も抗告も無期故永久未定

に違背し裁判所の許可を得ずして爲したる順位變更の決議若くは親族あるに拘はらず他人を選定したる決議は、當然無効にして同法第九百五十一條に依り取消されるに依りて無効と爲るべ

きものに非ざることば當院判例の示す所（大正十三年オ九六八號、民事聯合部判決、同十四年二月十日民事二判決参照）にして、親族會が裁判所の許可を得ずして同法第九百八十二條の被選定順位者を選定せず、同法第九百八十五條の親族を選定する決議を爲したる場合に於ても亦同一に論定すべきものなることは、曩に當院が本件に付判示したる所なり、而して右決議が裁判所の許可を條件として爲されたる場合と雖も、其の許可を得ず、又は假令一旦許可ありたるも抗告の結果許可の裁判が廢棄せられ、其の許可が始めより無かりしことと爲りたるときは、親族會の決議は當然無効にして、民法第九〇五一條の訴へに依り無効と爲るべきものに非ざるなり、然り而して裁判所の許可を得たる後、親族會が叙上の決議を爲したる場合たるも將許可を條件として其の決議を爲したる場合たるを問はず、親族會の決議に對する民法第九百五十一條の訴へは裁判所の許可不存在の事由に基きては之を提起することを得ざること明かにして同條の訴へは親族會の決議が其の招集又は決議手續に違法等の如き法律上無効たるべき素因を有する場合に於てのみ之を提起し得べきものにして、裁判所の許可不存在の如き親族會の決議を當然無効ならしむる場合には之を提起することを得ざるものとす

とす、果して然らば親族會の決議に對する同法第九百五十一條の不服の訴へと許可の裁判に對する抗告の申立とは、各獨立關係に立てるものと云ふべく、不服の訴へに付ては一月月の法定期間内に之を提起せざるべからざるも許可の裁判に對しては非訟事件手續法第九十五條の規定に依り親族及檢事に於て何時にても抗告を爲し得るものと解せざるべからず、從つて不服の訴へを一月月の法定期間内に提起せざりしが爲に、許可の裁判に對する抗告を爲し得ざるの理由なし、或は叙上の解釋を是なりとせば裁判所の許可は勿論延いて其の許可を要件とする親族會の決議は何時にても抗告の結果を覆へざるものと爲り、從つて之に關聯する親族法相續法上の身分關係を永久に未確定の狀態に置くの不當なる結果を生ずべしとの論なきに非ざるも、之非訟事件手續法が家督相續人の選定に關する許可の裁判に對する抗告の申立に付一定の期間を定めざりしことを攻撃するものにして、同法が許可の裁判を以て即時抗告に依り不服を申立つることを得るものと爲さざりし立法上の理由に付いても相當の根據の存する所なれば、許可の裁判が未確定の狀態に置かるゝの一事に依り、必ずしも之を不當なりとするを得ざるは勿論民法第九百五十一條の期間を引援して抗告の申立に期間を限定せ

んとする解釋は到底之を是誤することを得ざるものと云はざるを得ず

を得ず

### 三〇一 權利の讓渡と解除權

買主の權利のみを讓渡しても買人の地位の讓渡とならざるが故解除權の如き移轉せざる也

大正十四年（オ）第千二十三號

解除權は契約を解除する權利なるを以て、契約當事者たる地位に在る者に非ざれば之を有すること能はざるは言を俟たざる處にして、賣買契約に基く買主の權利を譲り受けたる者は單に其

の權利を譲り受けたるに止まり、賣買契約の當事者たる地位を承繼する者に非ざるを以て該賣買契約の解除權は右權利の讓渡に當然隨伴して譲り受人に移轉するものに非ざるなり從つて買主の權利のみの讓受人の解除は無効なり

### 三〇二 身元保證の解約方

斯る無限的のものは一方的に解約を請求し得べし、雇主に於て其儘放任の時は爾後は單獨責任

問 知人の身元保證を爲し某會社へ就職せしめ候へ共、小生少々都合あり、此の際之れを解除致さん爲め手續履行仕り度候に付き、之れに對する方法様式等一切の點に付き不案内に御座候故詳細御指示相願度候

一、身元保證解約は一方的に相當豫告期間を置き申入れなば宜敷様貴誌上にて承知候、就ては此の豫告なる者は何れに發するを可とする義に御座候や（即ち本人たる被保證人と之れを使用する會社の何れか一方へなるや又は兩者へなるや）

- 二、豫告期間は如何程にすることを可とする者に候哉
  - 三、右豫告を爲すための様式
  - 四、其の他豫告手續實施に關する委細の件
- 答 身元保證人契約の解約申入は當然其雇主に爲すべきものとす、雇はれた本人にも念の爲通知すること可也、書面は左の如くにて可なるべし、後日の證據の爲め内容證明郵便にて發信すべき也

何年何月何日何某を貴社に於て雇入れの際拙者身元保證の儀引受候處其後本人との關係上都合により拙者に於て該保證を解約致し度きに付至念他の保證人を立てしむるか、又は解雇せらるるか將無保證にて繼續せらるるかは貴社の任意なるも、拙者に於ては斷じて將來保證致されず候條茲に解約申入候也

年 月 日 殿

斯くすれば雇主は至急處理せざる可からず、怠りて處理未済中損害生じても保證人責任なし、既に生じ居れる損害は責任免れず、解約の效力發生は數日乃ち遲滞なく相當處理迄の時間也、争ひあれば後日裁判所に於て決定さるべき也

### 三〇三 縁組の取消は不可分

大正十五年(オ)第四百四十六號

民法第八百四十一條に配偶者ある者は其の配偶者と共にするに非ざれば縁組を爲すことを得ずと規定したる所以のものは、他なし、養親と養子との間に養親子關係を生ずるは一に養子縁組によるものなるを以て、若し配偶者ある者其の配偶者と共にせずして養子縁組を爲すときは養親子關係は唯縁組當事者の間にのみ生じ、其の配偶者と縁組の相手方との間には生ずること能はず、此の如きは一家の秩序を紊し配偶者間の平和を害するの虞れあるを以て配偶者ある者が縁組をなさんとするには、必ずや其の配偶者と共にすることを要するものとなしたるなり、然

夫婦にて養子を貰ひたる後一方に違式の取消原因ある時は双方に對し縁組を取消すより外なし

らば配偶者ある者が其の配偶者と共になしたる養子縁組に依りて生じたる當事者間の養親子關係は、夫婦養子縁組の場合を除きては配偶者の一方のみに付消長することを得せしめざるものなることは、右法條及民法第八百七十六條の規定の精神に照して疑ひなき所にして、此の點に就ては夙に當院判例の是認する所なり、(明治三十五年(オ)第四四五號明治三十五年十二月二十日第一民事部判決、明治三十五年(オ)第六三七號明治三十六年一月二十日第一民事部判決)従つて配偶者ある者が其の配偶者と共に養子縁組をなしたる場合に於て、其の一方に付取消の原因因存するときは其の一方の養子縁組のみを取消すことを得ざる

ものにして、其の双方に付養子縁組の取消をなさざるべからざるものとす、民法第八百七十六條には夫婦が養子となりたる場合に於て妻が離縁に依りて養家を去るべきときは、夫は其の選擇に従ひ離縁又は離婚をなすことを要する旨規定しありて、夫婦養子となりたる妻に付離縁ありたる場合に於ける事後の關

### 三〇四 不完全の履行と解除

大正十五年(オ)第千三百三十九號

種類賣買に於て賣主が契約の目的物と全然種類の異りたる物を給付したる場合は格別、前記の如く同種類の物の給付を爲し買主に於て之を受領したる場合にありては、假令給付の物體が契約所定の條件に缺くる所あるも、不完全ながらも尙契約の履行

契約物件が多少條件に缺くる處あるも之を以て不履行とし解除するは非也瑕疵物として扱ふ也

係に付規定しあるに拘はらず、夫婦養子となりたる妻に付縁組の取消ありたる場合に於ける事後の關係に付き、民法が何等の規定を設けざりし趣旨に照すも、夫婦養子の一方に付き取消の原因あるときは其の双方に付き養子縁組の取消をなすことを得るものと論斷せざるべからず

### 三〇五 委任契約の半途解約

間 甲は乙に對し甲が丙に對する地代債權を譲渡し、丙の借地を甲に引渡さしむるものとす、甲は乙に對し前記契約の報酬として金四十圓也の中第一回は契約と同時に金二十圓を、第二回は昭和四年六月五日殘金二十圓を乙に支拂ふものとす、乙は

丙に對する地代の強制執行による賣得配當金を甲に支拂ふものとす、よつて甲は乙に對し先づ二十圓を支拂ひたり、乙は直ちに丙に對し地代の支拂命令申請及び執行命令を申請せり、甲は乙に對し去る六月五日に支拂ふ約束を履行せざるため乙は再

々請求するも甲はこれを支拂ふ様子なく、返つて右契約を取消してくれと申し来たれり、乙は如何せば宜しきか

答 一、甲乙間の契約は甲は四十圓を支拂ひ乙は丙より十八圓を受取り、かつ丙に土地明渡しをなさしむるといふ双務的委任契約なり

従つて乙は委任事務履行の後にあざれば報酬を請求するを得ざるを原則とす、本件は昭和四年六月五日に支拂ふといふ特約なるを以て右の規定が任意規定なるため該特約は有效なるものとす、従つて乙は今日甲に對して右の請求をなし得るは勿論なり、若し中途において委任事務が終了したるときは乙は既に爲したる履行の割合による報酬を請求すべきものとす、しかして

### 三〇六 請負の怠慢と解除

請負人怠慢にて約定期日に不竣成明白の場合註  
文者は期限前と雖契約を解除して自ら續行可也

大正十五年(オ)第二百五十號

工事請負契約に於て請負人の既に爲したる事に付、設計に符合せざる瑕疵あるときは注文者は瑕疵の修補に代へ又は其の修補と共に損害の賠償を請求し得ることは、民法第六百三十四條第二項に規定する所にして、又今後尙請負人に於て爲すべき工事

あるに拘はらず、漫然放擲して顧みず、而も之が爲取引の通念に照して約定期限到来迄に到底其の工事を請負人に於て完成せしむること能はざる事實が明確となりたる場合の如きは同法第五百四十三條に所謂履行の全部又は一部が債務者の責に歸すべき事由に因りて不能となりたるときはとあるに該當する

を以て債権者たる注文者は假令竣工期限の到来以前と雖も、同條により契約を解除することを得るものと謂はざるべからず、蓋し叙上の如く請負人に於て今後尙爲すべき工事あるに拘はらず、捨て、顧みず従つて約定期限到来以前に於て既に業に其の期限迄に到底請負人に於て其の工事を完成せしむること能はざる事實が明確となりたるときは、注文者は同法第六百四十一條の規定に従ひ請負契約を解除し得べきを言を俟たずと雖も、同條は請負契約の性質に鑑み注文者に一般の契約解除権以外に特種の解除権を與へたるに過ぎざるものにして、之が爲に

一般の契約解除権の適用を除外したるものにあらず、而して債務者の責に歸すべき事由に因り、履行不能を生じたる場合に、債権者は履行期到来を待たずして直に契約を解除し得ることに付ては右第五百四十三條には何等制限する所なきのみならず、履行期限の到来前に於て既に業に債務者の責に歸すべき事由に因り、履行期に於て履行を爲すこと能はざることが明確となりたるに拘はらず、債権者は履行期限到来したる後にあらざれば契約を解除することを得ずと爲すが如きは、債権者を遇するに酷に失し到底採用すべきものにあざればなり

### 三〇七 事業を許されたる未成年者の借金は取消不能

問 甲は本年九月二十日を以て成年に達したれ共、甲が未成年中に事業を始め失敗し、かつ遊蕩に費消したるため負債あり(その負債には乙なる成年保証人あり)(借金の證)事業を始める當時母と親族會は甲が未成年の故を以て、訓戒したるも甲は聞き入れず、止むなく親権者なる母と親族會は事業を始めること承諾して甲の請求よりも金一千圓多く出金して事業を始めさせたるものなり、甲はその間において乙なる成年の保証人と金圓又は物品を借受たり、(金圓借用證となす)(この借

は母と親族會は一切知らぬもの)甲が事業を始めたる當時親権者たる母同意の負債は大部分家財を賣却して返済したり、たゞ今の處甲と乙保証人とが借たるもののみ残留しあり  
民法第二百四條及び同法第二百六條によれば、甲が成年に達してから五年内に債権者に對し負債取消し出来得ること  
又同法第七百五條の裏面解釋としては支拂ひたる金圓は不當利得として返還請求出来得ることとなり、甲が負債取消すべき書式詳細御教示願ひ申す



一、甲が未成年時代に親者たる母と親族會とは甲が事業を始めることを承諾したる由、然らば甲は民法第六條の規定によりその承諾の事業に關して成年者と同一の能力を有するものとす、従つてその事業のための甲の金圓借入行爲は有効にして取消すことを得ず

二、されば甲が成年に達したると否とを問はず、右借入金金の返還を爲すの義務あり、甲若し無資力なりとせば保證人は甲の履行せざる債務を履行する義務あるものとす、若し連帶保證なりとせば甲の資力如何にかゝらず乙も連帶して返金すべき義務あるものなり

三、假りに甲が民法第六條に該當せざる者にて取消し得べき行爲により負債せるものとするも、乙がその未成年者なることを知れる以上は甲の行爲は取消されることあるべく、その際乙は取消し得ざる同一目的の債務を獨立して負擔したるものと推定せらるゝなり(民法第四四九條)

### 三〇八 元無能力者なるも今は能力者也との言明も詐術也

昭和四年(オ)第九百六十四號

民法第二十條に「所謂詐術を用ゐたる」ときは無能力者が他

四、民法第七〇五條は「非債辨濟と稱するものにして、たとへば時效に罹りてこれを一旦援用し債務消滅したるに係らず、これを知りてなほ辨濟として給付したる金員は、これを返還する権なきが如きものなり、例へば本件甲が假りに「無能力者なりしに係らず借用せる金員」を一旦取消して債務なきに至れるにこれを知りつゝ氣の毒なりとして、辨濟せるが如き場合に甲は後にその返濟せる金員を返還請求をなす權なしといふが如き場合をさすものにして本件の場合には何等未だ關係を生ぜざるものとす

五、甲が無能力者と假定しその間に取引せる行爲は成年に達してよりこれを行ふことを得、また時效を中斷し中斷するときは百年にても取消し得る筋合のものなり

六、しかし本件は質問だけでは甲は獨立の能力あるものと認めらるゝに付取消し權なきものとす

人をして能力者たることを誤信せしむる爲自己の能力者たることを陳述し、因て以て其の目的を達したる場合をも指稱し、積

極的詐欺の手段として相手方に或る物を示し錯誤に陥らしむるに足る術策を講じたる場合のみを指稱するものと解すべきに非ず、故に準禁治産者たる甲が乙と消費貸借を爲すに當り、乙に對し自分は元準禁治産なりしも父死亡後其の宣告は取消され、一級の選舉權をも有し居るものなれば、必ず迷惑は掛けざるべ

しと明言し乙は之を借用して甲に對し金員を貸與したる場合に於ては甲は無能力者たるに拘らず、消費貸借を爲すに付能力者たることを信ぜしむる爲民法第二十條に所謂詐術を用ひたるものに外ならず

### 三〇九 妻の借財と抵當權實行後の取消

問 昨年三月妻が土地を買ふて夫の承諾なくして同年七月これを他に抵當に入れて借金したが、期限に返さぬので抵當權實行で競賣し、債權者が競落した、この問題に對し夫は取消權があると聞きしが如何なる方法をとれば宜しきや

答 一、借財をなす妻は夫の許可を受くることを要す、これに反する借財は夫これを取消すことを得(民法第十四條第十二條)

第二號第一二〇條)然れども追認すれば最早取消すことを得ず

二、強制執行あるときは取消權者の追認ありたるものと看做さる(民法第一二五條第六號)而して本件は強制執行ありたるものなれば最早取消しの道なし(同說多數、反對仁井田氏曰く、債務者が取消權を有する場合を含まず)

### 三二〇 子又は法定代理人の取消權の性質

子の一身專屬權なるを以て破産財團に屬せず

大正十五年(オ)第九百五十八號

所有權移轉の假登記を爲したる不動産に付第三者が所有權取得の本登記を爲したる結果、假登記權利者に於て登記義務者に對し本登記手續を求むること能はざるに至りたるときは、該登記

權利者は假登記の效力として其の第三者に對し本登記の抹消を求むることを得るは當院の判例(大正六年(オ)第一三五號同年九月二十日第二民事部判決參照)とする所にして、破産法第十五條第一項には不動産又は船舶に關し破産宣告前に生じたる

登記原因に基き破産宣告の後爲したる登記又は不動産登記法第二條第一號の規定に依る假登記は之を以て破産債権者に對抗することを得ずと規定するを以て、不動産に關し破産宣告前に生じたる登記原因に基き破産宣告前に爲したる所有權取得の假登記は之を以て破産債権者に對抗し得るものなること明かなり  
民法第八百八十七條第一項の規定に依る取消し權は子の一身に專屬する權利にして、子又は其の法定代理人に限り之を行ふことを得べきものと解すべく、從つて未成年の子に對する債権者

### 三二一 未成年者死亡と行爲の效力

問 十九歳の未成年者の債権をその後見人が同意して他へ譲渡したが、その際通知書を發せぬ間に右未成年者は死亡した、併し後見人は生前より右通知を爲す事を債權譲渡と共に引受け居たので、死亡後直ちに右通知を發した、この通知は有效なりや、若し無効なりとせば讓受人は特別代理人を申請して、債權譲渡の通知を發すべしと訴求しては如何、また右債權讓受人に對し雖判決を有する他の債権者が讓受人の債權に轉付、差押へ等を爲して然る後訴求しては如何  
答 一、未成年者が意思表示をなす場合において、後見人の同

は同法第四百二十三條第一項但書に依り、債務者に屬する如上の取消し權を行ふことを得ざることば、當院の判例（大正七年（オ）第二五五號大正七年六月十九日第三民事部判決参照）とする所なるを以て、原判決が右取消し權を以て子の一身に專屬する權利にして其の破産財團に屬せざるものと解し、從つて破産管財人に於て之を行ふことを得ざるものと爲し、此の點に關する上告人の抗辯を排斥したるは相當にして本論旨は理由なし

### 死亡により後見人の資格も消滅し其の後の代理行爲は無効

意なくばその行爲は取消さるゝことあるべき瑕疵あるものとなる、しかし後見人が代理すれば勿論有効である、但し發信前にその本人が死亡することあらば、その意思表示は無効である、債權譲渡通知にもこの法理は適用される  
二、この場合債權譲渡の通知を後見人が發しても、最早後見人たる資格消滅して權限なき者なればその通知は無効なるものである（民法第一一一條）  
三、而してこの場合讓受人が民法第五六條により特別代理人の任設を請求することはできない、なぜならば同條は本人が

生存し居つて、法定代理人がない場合の規定であるのに、本件は本人死亡して相續開始し居る場合であるからである

四、また確定判決を有する債権者が、その未成年者より譲り受たる債權を差押ふるも、轉付を受くるも死亡者に對して如何

### 三二二 契約解除と特約

問 民法五四一條の規定に反したる「期日に貸金を支拂はざる」ときは催告通知を要せずして契約を解除す」との契約は有効に候や、又無効に候や

答 有效なり、蓋し解除權なるものは法律の規定又は契約により發生するものとす（民法五四〇）而して民法五四一條の規定は強行規定にあらず、特約を以て別段の約旨を定むるも何等違法

### 三二三 取消の通告は元の相手へ

昭和五年（オ）第二千八百六十七號  
取消し得べき行爲の相手方が確定せる場合に於ては、其の取消は相手方に對する意思表示に依りて之を爲すべきものなることは民法第二百二十三條の規定する所なるを以て、未成年者が法定

とする能はざるものである、只未成年者の相續人あるべくこの相續人に對して債權譲渡通知をなすべき旨の訴へを起し得るのみである

となるものにあらず、されば催告通知をなさずして直に解除すべき旨を約するは正當なり（同趣旨昭和二年東區）

こゝに注意すべきは坊間一般に行はるゝ例文なり、當事者がこれを嚴守すべき意思なきため契約たる效力ありと見る能はざる場合においては、解除權發生の法律要件として成立せざるものと見るを正當とす

### 未成年者の借金取消を債權讓受人に爲すも無効、元の貸主に爲す事

代理人の同意を得ずして金錢を借入れたるときは、之を理由として取消の意思表示を爲すべき相手方は貸主なりとす、此の原則は貸主が其の債權を第三者に讓渡したる場合に於ても適用せらるるものとす、即ち其の取消の意思表示は該債權の讓受人に

對して爲すべきに非ずして、依然其の讓渡人たる當初の貸主に對して之を爲すべきものとす、故に其の讓受人に對して取消の意思表示を爲すも其の效なしと謂はざるを得ず、而して當初の貸主に對して取消の意思表示を爲したるときは、消費貸借の效力は既往に遡り消滅するを以て借主は之を理由として讓受人の貸金の請求を拒絶することを得べきものとす

Nothing is law that is not reason.

(條理は法也・法諺)

When law ends, tyranny begins.

(法は惡政を防ぐ・英法諺)

### 第十節 損害賠償の部

#### 三三四 不法行爲の範圍擴大

法規命名の具體的權利侵害以外でも苟も法的思想に於て救済を與へる必要あるものは總て包含

(博士末弘殿太郎氏判例批評)

大正一四(オ)六二五號、一四、一一、二八、民三特集四卷一一二號六七〇頁)

(判旨) 一、不法行爲とは債務の不履行として救済を與へらるる場合及び絶対權に基づく請求權(例之物權的請求權)に依りて救済が與へられる場合以外にして、法規違反の行爲より生じたる惡結果を除去する爲め被害者に損害賠償請求權を與ふることが吾人の法律觀念に照して必要なりと思惟せらるる場合を云ふ

二、古來不法行爲に關する法制には(一)一般定義を下さず、唯仔細に個々の場合を列擧するに止むるもの、(二)廣汎なる抽象的規定を掲げ其の細節に涉らざるもの、(三)其の衷を執り數大綱を設けて他の餘を律せむとするもの三種があるが、吾國法は其の中第二類に屬するものである、故に同法第七百九條は

第一章 民法 第十節 損害賠償の部

故意又は過失に因りて法規違反の行爲に出で、他人を侵害したる者ば之に因りて生じたる損害を賠償する責に任ずとは云ふが如き廣汎なる意味に外ならず、其の侵害の對象は或はかの所有權地上權債權無體財用權名譽權等所謂一の具體的權利なることあるべく或は此と同一程度の嚴密なる意味に於ては、未だ目するに權利を以てすべからざるも、而も法律上保護せらるる一の利益なることあるべく、否詳しく云はば吾人の法律觀念上其の侵害に對し不法行爲に基く救済を與ふることを必要とすると思惟する一の利益なることあるべし、(中略)當該法條に他人の權利とあるの故を以て必ずや之を夫の具體的權利の場合と同様の意味に於ける權利の義なりと解し、凡ての不法行爲ありと云ふときは、先づ其の侵害せられたるは何權なりやとの穿鑿に腐心し、吾人の法律觀念に照らして大局の上より考察するの用意を忘れ、求めて自ら不法行爲の救済を局限するが如きは思はざる

も亦甚だしと云ふべきなり

三、老舖が賣買贈與其の他の取引の對象と爲るは言を俟たざるところなるが故に、若し被告等にして法規違反の行爲を敢てし以上告人先代が之を他に賣却することを不能ならしめ其の得べかりし利益を喪失せしめたる事實あらむか、是猶或人が其の所有物を賣却せむとするに當り、第三者の詐術に依り賣却は不能に歸したる爲所有者は其の得べかりし利益を喪失したる場合と何の選ぶ所かある、此等の場合侵害の對象は賣買の目的物たる所有物若くは老舖そのものに非ず、得べかりし利益即ち是れなり、斯かる利益は吾人の法律觀念上不法行爲に基く損害賠償請求權を認むることに依りて之を保護する必要あるものなり云々

(評釋) 一、民法第七百九條に所謂權利を解して特に法律に於て何々權と命名したる「具體的權利」のみなりとし、その侵害ある場合にのみ不法行爲成立し得べしとするときは、救済を與へ得べき範圍狭少に失して、結果の不當なること從來の學者も均しく痛感した所である、其の結果茲に所謂「權利」の意味を成るべく寛かに解釋することによつて不都合を緩和せむとする種々な試みが多數の學者に依つて企てられ居ること吾人周知の

名稱をつけて居る「具體的權利」のみが第七百九條に所謂「權利」なりと解するが如きは抑そも根本的に誤つた態度であると云はればならぬこと實に本判決の力説する通である(拙著民法講話上一一二頁以下参照)

三、然らば第七百九條に所謂「權利」の範圍を限定する標準如何判決は之に答へて、吾人の法律觀念上其の侵害に對し不法行爲に基く救済を與ふることを必要とすると思惟する利益、即ちこれなりと謂うて居る、即ち民法その他が特に具體的權利として規定して居ない利益であつても其の侵害に對して不法行爲に基く損害賠償の救済を與へることが吾人の法律觀念の要求に適

### 三一五 損害賠償の一連託生

問 甲は丙に貸金あり、甲は丙よりその貸金を取るため乙を欺きて金員を貸與せしめて取立てたり、甲は乙より詰問されても言を左右にして更に應ぜず、依つて詐欺行爲として刑事上の手續きせんとす、甲は有罪となる見込ありや、右乙が甲に欺かれしと云ふば左の如き手段にかゝりしなり、甲乙は近隣にて親類の如く懇意間なる處、或時甲は其の知己なる丙が貸家を持ち、

事實である、然るに今や本判決は此等の姑息なる緩和策の何れにも従ふことなく苟くも、吾人の法律觀念上不法行爲に基く損害賠償の請求權を認むることに依りて保護する必要ある利益である以上、すべて第七百九條に所謂「權利」なりと主張して居るのであつて、吾國の不法行爲法上頗る注目し値すべき劃時代的の重要な判例と云はればならない

抑そも法律が所有權其の他物權債權等特に特別の名稱を附したる諸權利を認めて之に關する法規を置いてゐるのは、それ等の權利の内容、效力讓渡等其の積極的の方面に關して特別の規定を置く必要がある場合に限るのであつて、其等の規定がないからと云うて第七百九條に所謂「權利」があることまでも否認すべき理由は少しもない、何故なれば權利の内容效力等に關しては特に何等の規定を置く必要がなくとも第三者の侵害に對し賠償請求權を認めて法律的保護を與へねばならない「權利」も又決して少くないからである、現に民法自らも「他人の身體自由又は名譽を害したる場合」についても不法行爲の成立を認め以て此等の個人的利益も亦第七百九條に所謂「權利」たることを明にして居る、それにも拘はらず此等の權利の内容效力等積極的内容については民法其の他の法律が特に規定を設けて各種權利の

合するならばすべてこれを「權利」なりと解せむとするのであつて、吾人はこれに依つて初めて營業信用等の侵害が不法行爲となる所以を容易に説明することが出来、「詐欺」の不法行爲となる所以を説明するについても其の根據を特に吾人の意思の「自由」の侵害なりと言ふが如き廻り遠い説明を試みる必要がなくするのである

四、畢竟は從來學者間の通説が不法行爲の成立について特に何等か具體的權利の侵害を要求したことが抑々根本的の誤謬であつた(素人にも支人にも張膽明目に値する判例である)

### 共謀に依る詐欺罪の共同被告は連帶して不法行爲より生ずる損害を賠償する義務あるものなり

今住み居る家も丙の物雇人も使用し居れり、なほ保證人も付けさせ、私が引受ける、併し甲自身は保證人とならぬ、其の理由は丙の心が緩み我儘になる故、甲でなく丁を保證人に立てさせるとの事故、乙は金數百圓を甲立會にて丙丁連帶證書に依り貸渡したるなり、然るに丙は全くの無資産にて借財あるなり、丙は期限に至り支拂はず、連帶者丁も無一文の人物故手の出し様

なく、丙は遂に逃走せり、甲は刑事上の責任の外民事上の責任ありや

答 乙は一種の詐欺にのせられたものである、甲と丙とがぐるになつて乙を欺き、甲は乙より丙に貸金させ、その金で甲が丙に對して有する債權を消滅せしめ、依つて以つて甲は丙の無資力に依る損失を免れたことになる、甲丙は此の一事にて利得詐欺罪に問はるべきである

乙が丙に貸した金の一部は甲が取り残り丙が取つてしまひを見てにげてしまつたのであるから、丙はこの點で詐欺取財罪に問はるべきものだ

なぜならば丙は計画的に詐欺を企てたもので、逃走も豫定の行動と見られるからである

丙は丁と連帯だと云ふから、丁も情を知つて丙から若干受取つてゐるだらうと思ふ、然らば之も一味の者、甲丙丁は共同して

### 三一六 雇主の賠償を擴張

社員などの不法加害行為につき會社の賠償義務を従前より廣く認むる解釋然らざれば世間迷惑大審院民刑總部聯合の新裁判例也

大正十五年(オ)第三百七十二號  
 原判決の確定したる事實に依れば、被告會社の被用者住秀

三郎は同會社の庶務課長として同會社の株券發行等の事務に従事中、自己の金融を圖るが爲に其の保管に係る同會社の株券

用紙及印章並に社長印を會社外に搬出使用し、且株主の氏名を冒書し其の印章を偽造捺捺して、同會社優先株式一株五十圓十株券二枚を偽造し、之を大阪米穀取引所取引員たる上告人に證據金代用として交付行使し、上告人を欺罔し、定期米取引の委託を爲したるところ、其の取引の結果損失に歸し、秀三郎の無資力と相俟ちて上告人に千五百六十圓の損失を生じしむるに至りたるものなりと云ふに在り、之に對し原判決は住秀三郎の使用者たる被告會社及び之に代りて其の事業を監督する被告會人大槻龍治が、民法第七百十五條の規定に依り損害賠償の責に任するに被用者住秀三郎が其の事業の執行に付、上告人に加へたる損害、即ち其の事業の範圍に屬する行為又は之と關連して一體を爲し、不可分の關係にある行為より生じたる損害に限るべきこと同條の解釋上疑ひを容れざるところにして、本件の如く本来株券を發行すべき場合に非ざるに拘らず、被用者が其の地位を濫用し、株券を偽造し依つて以つて他人に損害を被らしめたる場合は、之に屬せざること勿論なりとして、被告會人等に對する上告人の本訴請求を排斥したるものなり、而して當院從來の判例に依れば、民法第七百十五條に所謂被用者が使用者の事業執行に付第三者に加へたる損害とは被用者の行為

が使用者の事業の範圍に屬し、而も其の事業の執行として爲すべき事項の現存せる場合に、被用者が其の執行を爲すに當りて生じたる損害を指稱し、從つて被用者が使用者の事業の執行として何等爲すべきこと現存せざるに拘らず、自己の目的の爲其の地位を濫用して擅に爲したる行為に依り、第三者に損害を加へたるときは、假令其の行為が外形上使用者の事業執行と異なる所なしとするも、使用者にして賠償の責に任ぜしむべきに非ずと爲したるものにして、原院も亦右の當院從來の判例の趣旨を踏襲して判決を爲したるものに外ならず、然れども本件の如く被用者が使用者たる株式會社の庶務課長として、株券發行の事務を擔當し且株券用紙及印章を保管し、何時にても自由に株券發行の事務を處理すべき地位に置かれたる場合に在りては、假令其の者が地位を濫用し株券を發行したりとするも要するに不當に事實を執行したるものに外ならずして其の事業の執行に關する行為たることを失はざるものなれば、民法第七百十五條に所謂「事業の執行に付」なる文詞は叙上説明の如く之を廣義に解釋するを至當とすべく、當院從來の判例の如く嚴格なる制限的解釋を採り使用者の事業の執行として具體的に爲すべき事項の現存せざる場合に於ける被用者の行為に付いては、總て使用

者に於て全然責任なしと爲すが如きは同條立法の精神に鑑み且一般取引の通念に照し、狹隘に失するものと云はざるべからず蓋し本件の如き場合に於ては被上告會社及之に代りて其の事業を監督する被上告人大槻龍治は、其の庶務課長たる者の選任を嚴にするは勿論、絶へず其の行動を監視し、其の者が職務上の地位を濫用して不正に株券を發行し、他人に損害を及ぼすの危険を豫防するの責に任すべきは當然にして、被上告人等が注意を怠り爲に被用者をして其の地位を濫用して株券を發行することを得せしめ、他人をして損害を被らしめたりとせば、被上告人等は其の責を辭することを得ざるは論を俟たざればなり、然

らば原審が株券發行の必要ある場合に非ざるの故を以て、本件和住秀三郎の株券を偽造して行使したるに因り被りたる上告人の損害は、被上告會社及被上告人大槻龍治に於て之を賠償するの責なしと判示せるは違法にして、原判決は此の點に於て破棄せらるべきものとす、依つて當院從來の判例（大正七年六月二十二日第三民事部判決、大正十年七月七日刑事部判決）は之を變更するの必要ありと認め、爰に裁判所構成法第四十九條に則り當院民事訴訟法の聯合審判を開き、民事訴訟法第五百七十七條民事訴訟法第四百四十七條第一項第四百四十八條第一項に依り主文の如く判決す

### 三二七 不法行爲成立には權利侵害の意思不要也

昭和五年（オ）第五百六十八號

不法行爲の成立するが爲には加害者に於て他人の權利を侵害すべき意思あることを必要とせず、其の權利侵害と爲るべき事實が其の認識の下に爲さるるを以て足り、且假令故意なき場合と雖過失ある場合には不法行爲の成立を認め得べきものなるを以て一定の行爲が不法行爲と爲るべきや否を推定するが爲には、加害者に於て他人の權利の侵害の來たすべき事實の認識、若く

は過失に因り之を認識せずして爲したるものなるやを明にせざるべからず

### 三二八 致死と損害の算定

大正十四年（オ）第七百三十二號

他人に對し即死を引起すべき傷害を加へたる場合にありても、其の傷害は被害者が通常生存し得べき期限に獲得し得べかりし財産上の利益享受の途を絶止し、損害を生ぜしむるものなれば右傷害の瞬時に於て被害者に之が賠償請求權發生し、其の相續人は該權利を承繼するものと解するを相當なりとせざるべからず

一日純益二圓とせば其を一定年限迄の積算額を賠償せしむべく生活費を控除したる殘額に非ず

然して人を傷害し死に至らしめたるときは、被害者が通常生存し得べかりし期間に獲得し得べかりし財産上の利益、即ち純收

益を喪失せしめたるものに外ならざれば、其の損害額は右純收益を算定して之を定むるを相當とし、右收益中より被害者の生活費を控除して之が算定を爲すべきものにあらず、蓋し生活費は通常生命享樂の費用に外ならざれば、必ずしも右收益より之が支拂を爲すものにあざればなり、而して原審は證據に依り亡岩崎重太郎は本件被害なかりせば營業上の費用を控除し、一日平均金二圓宛の純收益を得べかりしことを認定し、右金額の割合により本件損害の數額を算定したること判文上明かなるが故に、論旨は理由なし

### 三一九 失火で家主への賠償論

問 甲家主、乙借家人、丙轉借人、乃ち乙借家人は丙に轉貸して他に移轉し、而して甲の承諾を得て、家賃も丙より甲家に直接届けしめあり、斯くて約二年も經過し、乙は該家屋につき何等關係なきものと思惟し居りしに、茲に圖らずも丙の過失によ

過失の不法行爲責任免除でも貨物返還債務不履行で賠償責任ありとの現判例學説は正當に非ず

り該家屋焼失するに至れり、而して生憎火災保險なかりし爲め甲家主は全擔となりしとて丙及乙の兩人に對し之が損害賠償を請求し來れり、丙過失者は兎も角として、乙借家人も此の責任を免れざるものなるや否や、元來失火に就て賠償の話し聞き

し事なし、況んや舊借家人まで引合に出さるゝとは到底解し難し、責任の有無並に確的な根拠御説明を乞ふ  
 警 如何にも一應御尤もの質問也、失火に就ては其損害の餘りに莫大にして一度び過ては一生其辨償を爲し能はざるに至り、且つ其被害結果も測る可らざる額に達するを常とするが故に法律は特に民法過失の損害賠償の責任に對する例外法を設け、乃ち明治三十二年法律第四十號失火の責任に關する件を公布し、普通の過失でなく極めて重大なる過失ある場合にのみ、賠償の責任を負はする事になり居れるもの也、故に此點から論ずる時は丙の失火責任は家主に對すると附近の類焼者に對するを問はず、其義務なき事となるものとす  
 然れども右は過失による不法行為上の賠償責任なしと云ふのみ更に別方面なる賃借人は賃借人の行為か、又は不可抗力の原因に非ざる限り、乃ち賃借人の責任以外の原因による場合の外は其賃借物の返還の義務を免る可きと非ずとする事、又民法債務不履行の規定原則に照し己むを得ざる結論也、(判例學說皆然り)然れども記者は翻つて考ふるに、右の議論は餘りに法律解釋を技巧的に爲すものに非ざるかと思はる、失火の責任が測る可らざる結果の莫大なるに鑑み、過失責任に對する特例を設け

あるに、一面債務不履行上の責任は別なりとして、其失火の賠償義務を負はするは果して右特別法律の精神に戻らざるものか斯る技巧的解釋を容るゝ結果は、失火者は近隣の被害者に對しては責任なく、單に家主に對してのみ賠償責任を有する事となる可し、家主こそ斯る粗忽者に貸した責任上賠償權利なしとして附近の迷惑者に對し賠償せしむること世の正義感念に一致するものに非ずや、然るを現行の判例學說は此結果を顛倒せしめて毫も怪しまず、記者の浩嘆に堪えざる處也、故に學說並に判例の變更を希望する處也、己むなくば立法上の變革を爲すの外なき也、然らざれば法律の正義は維持されざる也  
 扱て右の結論は現在に於て己を得ずとせんか、本件の場合乙も其責任免れざる也、何となれば舊借家人乙とあれど、本件に於て乙は甲との賃借關係から脱退し、甲内兩者間に賃借關係を結ばしむるに非ず、依然として乙は甲よりの賃借人も、而して丙は甲の承諾を得たる適法の轉借人に過ず、不適法の轉借なれば乙の責任情に於て重き事一層也、甲の承諾を得た適法の轉借なりとしても、乙は之が爲め其賃借關係から離脱すべきに非ず賃料に就ては勿論賃借物返還の義務に對しても、他迄責任を有するものとす、乃ち乙の支配下に在る轉借人の過失により返還

不能を生じたるものにて、前述の家主の行為又は不可抗力の原因に基づくものに非ざる故、甲に對する賃借物返還と云ふ債務不履行の義務を免れざるものとす(四、六、一四、大民四判例其他)

### 三三〇 雇人の行為と主人

被用者の行為に付き使用者其責に當然任ずる場合は主として服從關係存する場合也其他は過失の立證責任被害者に在りとの論

昭和二年(オ)第六十一號  
 自己の爲或人をして或事に當らしむる者は如何なる場合たるを問はず、其の人が其の事を行ふに付第三者に加へたる損害を賠償するの責に任ぜざる可からずとせんか、被害者にとりては多々益々便なるも本人にとりては酷に失せずと云ふ可からず、殊に此の方針を貫くときは凡そ他人を使用する者は思はざる責任を負擔する覺悟無き限り、初中終とも被用者に對し深甚の注意を拂はざる可らざるに至り、唯使用者と被用者に於て其の弊を受くるに止まらず、延いて一般社會の活動を阻害するの患蓋少しとせず、夫使用者なるものは被用者の當該不法行為に對しては間接の原因を成したるものに外ならず斯かる者の責任を論定するに當りては宜しく特に意を用ひて前後の事情とを商榷斟酌

以上要するに失火の責任に關する特法上、債務不履行としての責任を負はすこと不合理と信ずれど、現行の判例學說上では其責任認めらるゝ故、然る時は丙は因より乙轉借人も甲家主に對し其賠償義務を免れずと結論さるゝ也  
 し、過不及無きの中を採りて、以て規矩を立つるを要す、只管被害者を恤むに急なるの餘り、知らず識らず使用者の責任を過重ならしむるが如きは努めて之を避けざる可からず、然らば即ち民法第七百五十條の規定は如何なる場合にその適用を見る可きか、开は單に或事業の爲に何人を使用すると云ふ關係あるに止まらず、使用者は被用者に對し事業の執行に付必要なる命令を下し得られ、而して被用者に在りては此の命令に従ふ可き關係が兩者の間に存する場合、即ち要するに被用者は事業の執行に付多少の程度に於て使用者の意思に服す可き場合を云ふと解するを相當とす、何者斯かる關係に立つ以上被用者が事業の執行として爲すところの行為そのものは、結局使用者其の人の行為なりと云ふも、亦過言に非ざればなり、故に之を反面より云

は他人の爲或事(即ち所謂事業)を成す可き地位に在るも、其の事を成すに付如何なる順序と方法を採る可きや、即ち所謂事業の執行に關しては全く自己の自由裁量に依る可き場合の如きは前記法條を適用す可き限りに非ざることを甚だ明瞭なり、夫れ然り、然らば即ち前者の如き服従の關係は如何なる場合に存し、後者の如き獨立の關係は如何なる場合に存するや、開け竟に各場合の事實問題に外ならず、雇傭關係のみか決して前者の場合を獨占するにも非ず、又請負契約と稱するものは當に後者の場合に屬し、絶えて前者の場合に入らずと斷言し得るものにも非ず、蓋し請負なればとて事業執行の或一二の細則に至りては注文者の命令を遵奉す可きことを約定するも、之に依りて直に其の請負契約たるの性質を變するものに非ざればなり、之を要するに各場合に就き仔細に關係の内容を吟味して後、始めて能く孰れの場合に該當するやを知るを得可く、唯概括的抽象的に如何なる種類の契約に屬するやを見て以て、直に兎角の判斷を下すが如きは誤らざるもの蓋し稀なり、故に例へば使用者と被用者間に存在すと思惟せし法律關係は或事由の爲有效に成立するに至らず、當事者は唯單なる事實關係に立てるに過ぎざる場合に於ても亦民法第七百十五條は其の適用を妨げらるゝこと

る無し、然らば即ち以上列示の如き意思服従の關係無き限り、使用者は被用者の不法行為に付全然其の責に任ぜざるべきか、焉ぞ然らん、使用者の行為と被用者の加へたる損害との間に因果の關係あり、而も使用者の當該行為は自己の責に歸す可きものなる場合は使用者も亦固より損害賠償の義務を負担せざるを得ず、例へば被用者の其の事に任ずるに堪えざるに拘はらず、使用者が故意又は過失に依りて之を選任したる場合の如し、唯其の民法第七百十五條の場合と異なるは右の如き故意過失の立證責任は一般の原則に従ひ、被害者即ち損害賠償請求權者に存するの點に在るものとす、夫れ爾り、本件に於て水上ちか代の不法行為に對し、上告人は果して如何なる關係を有するものなりや、原判決を閱するに唯總に上告人は「同居人水上ちか代に對し右藥品の所在を告げをはんの母が受取りに來りし節は、之を同人に交付すべき旨委託し置き」たり、而してちか代は上告人の「實父廣瀨五郎の雇人にして被告(上告人)の雇人にあらずること」を確定せるに過ぎず、如何なる關係に於て同居人なりやの點に付ても一も説示するところ無く、況んや其の所謂委託事務の遂行に付ちか代が上告人の意思に服従す可き關係の有無の如きに至りては毫末も言及するところ無く、而して直に以て

上告人の責任を肯定したるものなり、此等の點に關しては却て第一審判決の寧ろ盡せるものあるを觀る原判決の如きは法律の誤解に非ずんば即ち理由の不備なるもの、本件上告は其の理由

あるに依り民事訴訟法第四百十七條、第四百四十八條各第一項を適用し主文の如く判決したり

三二一 壽命は五十七歳

傷害又は致死せられた時は人生五十七歳迄生存のものとして其損害を計算請求すべきものとす

大正十四年(オ)第六百九十九號

原判決の認定したる所によれば、被上告人は負傷當時八歳にして、將來四十九年間即ち五十七歳迄生存し得べく、被上告人が本件負傷を受けざりしものとせば、二十一歳より五十七歳迄少くとも一日平均二圓の収入を受くべかりしに、負傷に因り其の収入は一日平均一圓三十錢に減額し、即ち一日平均七十錢、一少年二百五十五圓五十錢の損害を受けたるものなりと云ふに在りて、被上告人は二十一歳より五十七歳に至る迄に生ずべき級上の損害の賠償を八歳の現在に於て上告人に對し請求し得る筋合にして、論旨第五點所論の如く被上告人が二十一歳に達したる時を待ちて、支拂を開始することを必要とするものに非ず、而して被上告人が二十一歳より五十七歳に至る迄、年々生ずべき損害額を八歳の現在に於て一時に之が支拂を受くるに付ては

相當の割引を爲すことは固より當然にして、之が割引の方法としてホフマン式計算法に準據するも何等不可あることなし、然らば原判決がホフマン式計算法に依るを相當とし、同法により損害額の算定を爲したるは相當にして、原判決に何所論の如き理由不備の不法あることなく、ホフマン式計算法は破産債權に關する計算法にして本件の如き場合に關する計算法に非すとする論旨は、之を採用せず、又ホフマン式計算法の如何なる計算法なるやは裁判所に顯著なる事實なるを以て、右計算法に準據するに當りては計算の基礎たる數額を確定したる以上、進んで其の計算の方式を判示することを必要とせず、而して原判決の確定したる計算の基礎たる數額に基き、年五分の割引割合に依りホフマン式計算法を実施するときは、原判決の計算したる三千八百八十三圓八十七錢二厘の計算を得べきこと、算數上



明かなるを以て此の點に關する論旨は理由なし

### 三三二 不法行爲の第一次的損害賠償

抑不法行爲による損害賠償の方法は金錢賠償を原則とし（民法第七百二十二條第一項第四百十七條）例外として同法第七百二十三條に名譽回復に適當なる處分を命じ得るものと爲すを通説とす、尙此外假の權利たる占有權の侵害の場合に金錢的損害賠償請求權の外妨害除去（原狀回復）又は妨害豫防（不法行爲不作爲）の請求權を許す法意を類推し本權たる諸種の絕對權に付ても此の請求權を許すべしとする見解あり（反對説あり）凡そ權利の侵害を爲したる不法行爲者をして、其相手方に生じたる損害を賠償せしむるに付、其方法として原狀に回復することの可能なるに拘らず之を爲さしめずして、被害者をして呆然之を眺めしむるに止め、以て常に之を金錢に見積り加害者をして該金額を被害者に支拂はしむべきのみとなし、又は將來該不法行爲の反覆せらるべき虞あるに拘らず、豫め之が不作爲を命ずるの舉に出でずして、徒に該不法行爲の反覆せらるゝを俟ちて後甫めて之による損害を換價したる金錢的賠償のみを爲さしめんとする實益そも何處に存するや、殊に通説の如くならんには不

法行爲者に金錢支拂の資力無きときは被害者は單に金錢的賠償請求權を有するのみにして、其實效を得ざるを如何せん、之果して完全なる損害賠償の實を擧ぐることを得せしむる方法なりと爲すを得んや、被害者に於て原狀回復又は將來の不法行爲を求め得るものと爲すに於て、甫めて完全なる損害賠償方法の實を擧ぐるに至るべく、之に勝るべき損害賠償方法は恐らくは他に存すること無かるべし、已生の損害を金錢に換價し以て相手方に之を支拂はしむるは右直接の賠償を爲し得ざるが爲の止むを得ざるに出でたる第二次的救済なりと謂ふに何の妨がある、原狀回復と將來の不法行爲とは其性質同一にして通説が例外的賠償なりとする民法第七百二十三條には、寧ろ原狀回復並將來の不法行爲不作爲を求め得る趣旨を規定するものと解すべく、之こそ即損害賠償の原則規定にして第七百二十二條第一項は第四百十七條を適用するものに非ず、單に之を準用するに過ぎざるものにして、文理解釋上に於ても尙之は第二次的救済を定めたるものと解するを正當とすべし、舊刑事訴訟法第二條の民法

に従ひ、損害賠償を求むる私訴は不法行爲による原狀回復請求をも包含するものと爲すに觀るも亦右解釋を正當とする一助た

るべし（東京區裁判所、昭和四年（ハ）第三四一三號判決、借地權確認土地明渡請求事件）

### 三三三 苛酷なる豫定損害賠償特約も有效也

昭和五年（オ）第千四百十一號（六、二、十三、五民）  
金錢貸借上の債務不履行に因る損害賠償豫定の特約は、其の損害額算定の基準たる率が著しく高きに失するの一事を以て直に不法の特約なりと速断するを得ず、蓋損害賠償豫定の特約にして、著しく不當苛酷なる場合之を爲すに充分なる理由の認むべきもの存せざるときは、其の内容の善良なる風俗に反するの故を以て不法となり、又は當事者に之を爲すの眞意を缺くが爲、無効となるが如き場合なきにあらざるべしと雖、若し之に反し

其の特約を諾約したる當事者に於て、其の頗る苛酷なるに拘らず尙且之に因る不利益を甘受しても金借を敢てするを利とするが如き特別の事情存する爲、相手方の要求するに委せ其の苛酷なる特約を承諾して借金を爲さんとする意思を有したる場合に於ては其の意思に従て契約の效力を生ぜしむるは契約自由の範圍内に屬し何等善良の風俗に反するものと爲すべきものにあらずされざなり

### 三三四 飛火の損害と賠償

失火飛火の爲め延焼被害を受けたりとするも火元へ損害賠償請求立たぬ但し重大過失は有責任

同 甲家 昨春寢室より出火、四棟建坪八十坪を焼失し罰金三十圓を科せらる  
眞の原因は不明

乙家 甲家火災の際飛火したるを知り居らずして、甲家鎮火後

二時間後發火し納屋を半焼しし損害約三百圓を受く  
右の如き場合甲家乙家間に於ける損害賠償の關係は如何なるものに候や、又徳儀上は如何になすが相當に候や  
因に甲家は資産十萬、乙家は五千圓位なり、甲家よりは火災見

舞として金四十圓を贈與せり  
右御教授を乞ふ

警 乙家納屋の半焼が甲家出火による飛火に基くものとしても又續いての延焼にしても、法律上甲家に賠償責任なきものとす即ち普通民法上の理論よりすれば、甲家の過失によるるときは其賠償責任あるを原則とすれど、斯くては大火の如き全部賠償せざる可からざることとなり、甚だ酷なる結果を來すを以て「出

火の責任に關する法律」なる特別規定を以て民法の除外例となし、唯故意の放火又は重大なる過失(甚だしき怠慢の過失)の時は別とし然らざる限り普通の失火のときは火災の賠償責任なきことになり居るものとす

但甲家十萬もあり、乙家五千圓位のものとなせば見舞として尠くも三百圓の半額以上を支拂ふを徳義上當然かと考へらる

### 三二五 男の不貞と賠償義務

大正十五年(れ)第二三三號

本件公判請求に書摘録したる公訟事實は、被告は大正十三年九月二十五日大分縣東大野郡和田スミより、同人の贅養子和田熊夫が家田を爲し、同郡上井田村大字下野渡邊リヨウ方に下男として雇はれ中、同人と情交關係を生じ、自宅を顧みざる爲子女の養育費にも窮し居るに付、和田熊夫に對し相當出金方の交渉を依頼せられ、即日和田スミを伴ひ渡邊リヨウ方に到り、同人及和田熊夫に對し同人等が情交を結び同棲するは姦通罪を構成するを以て、告訴すべし、併し相當の出金を爲すに於ては告訴

妻子を顧みず情婦と同棲するは婦に對する不法行爲也故に夫及情婦を責めて金を取るも罪なしとの婦權尊重上注目する、判例

を見合はすべき旨申附け、兩人を恐喝したる上和田熊夫と同人妻との手切金名義にて渡邊リヨウより現金百圓、及同人和田熊夫兩名連帯に子女の養育費として毎月九圓宛五ヶ年間支拂ふべき旨を記載せる契約書を和田スミに交付せしめたるものなりと云ふにあり

即ち本件に於ては和田熊夫が其妻たる和田スミに對する貞操義務に違背し、渡邊リヨウと情交を通じて妻子を遺棄し、之に對する扶養義務を等閑に付して顧みざるのみならず、渡邊リヨウとの關係を絶ちて其家庭に復歸し、夫として又父として其妻子

に對する義務を果すの意思なく、遂に和田スミは夫たる和田熊夫の不法行爲に依り夫婦の關係を斷絶するの止むを得ざるに立至りたるものなれば、和田熊夫は其結果に對して責に任すべく之れが爲に生じたる損害を、和田スミに賠償するの義務あるは當然にして、被告人が和田スミの委託を受け和田熊夫に對し和田スミの爲に其子女の教育料を請求するは社會の通念に於て正當とする所にして、其請求額も亦適當にあらざるを以て、之を以て不法行爲なりとすることを得ざるものとす、蓋し此種の費用は結局和田熊夫の不法行爲を原因とする離婚の結果、將來其子女扶育の責に任すべき和田スミの被りたる損害なりと謂はざるべからざるを以てなり、又渡邊リヨウが和田熊夫に妻子あることを知りて熊夫と情交を通じ之れと同棲したるは和田スミの權利を侵害したるものに外ならずして、和田スミは其權利を侵害せられたるの救済として民法第七百九條同第七百十條に依

り相當の慰籍料を請求し得るのみならず、渡邊リヨウは和田熊夫との共同の不法行爲に依り和田スミをして離婚の已むなきに至らしめ、之をして損害を被らしめたる本件の場合に於ては、共同行爲者たる熊夫と共に、之が賠償を爲すの義務ある者なれば被告人が熊夫をして子女の養育料の支拂を約せしむると同時に渡邊リヨウをして保證人として其責に任すべきことを約せしむるも是れが爲不法に財産上の利益を得るものと謂ふことを得ず、随つて被告人渡邊リヨウをして慰籍料の支拂を爲さしめ且和田熊夫及び渡邊リヨウの兩名をして如上の契約を爲さしめ之をして其證書を交付せしむるが爲に、應用したる手段が不當にして、右兩名が畏怖の結果其慰籍料及び契約證書を交付するに至りたるものとするも被告人の所爲を以て恐喝罪なりとして之を問擬することを得ざるものとす

### 三二六 工場の不衛生と損害

法曹會決議(昭和二年三月三十一日)

同 工場法による會社の募集に應じ被備者たる職工等疾病に罹

第一章 民法 第十節 損害賠償の部

之が爲め病氣になれる時は療養費請求権あり工場主過失ある時損害義務あるは工場法外も同一

りたる者を自宅治療を勧め、歸國を命じたりとせば、其の疾病が工場衛生の不完全なる作業に原因せるものとせば、會社に對

し損害賠償請求可能なりと信す  
又病院に於て募集せる看護婦試験に及第し、採用せられたる者が死亡又は結核の如き疾病に罹り、其の原因衛生設備の不完全より生じたるものとせば前同様損害賠償請求権ありと信す  
右は反対の意見あり、疑團決し兼ね候間御高示下され度願上候  
決 工場法の適用を受くる會社の職工が、疾病に罹り其の疾病が工場衛生設備の不完全に原因せるときは、當該職工の重大なる過失なき限り工業主たる會社に對し工場法及同法施行令の定むる所に準據して、療養又は療養費請求を爲すことを得べし

(工場法第十五條工場法施行令第四條第五條)尙該職工被害の事由にして民法に基き工業主に對し損害賠償を求め得べし、但し損害賠償を受けたる金額の限度に於て扶助金額は控除せらるべし、病院は工場と云ふを得ず、從つて此處に備はれたる看護婦は假令病院の衛生設備の不完全なるが爲め疾病に罹れりとするも、工場法に依りて扶助を受くるの權利なし、只民法不法行為の要件を具備するとき病院經營者に對し損害賠償を請求し得るに過ぎず

### 三二七 煙突より煙粉飛來する損害甚大

臺灣氣節風の時のみの損害にても不法行為成立す

問 甲は今より四十年前より澱粉製造業をなし來り乙は今より約三十年前に甲の製造所の北へ離れたる十二町の處に、製糖工場を設けたり、乙工場設置當時は一時石炭を燃料として使用し何等甲に消長を及ぼす所なかりしも、今より約十年前に至り、乙は甘蔗の粕を燃料に使用してより乙の工場煙突より飛來する燃え屑が、臺灣氣節風により甲の製造せる澱粉に散落し、甲はこれがため澱粉賣價を損し、年に數萬圓の損害を蒙りたり、

甲は乙に對し十年以來の損害に付賠償並びに乙の工場煙突に防護設備をなすべき、設備をなさざる場合は第三者をして設備をなさしめ、該費用は乙に負擔せしむることを得べきや  
答 一、勝訴の見込みあり、蓋し吾人共同生活をなせる以上、些細なる權利自由に制限を受け損害を生ずることありとするも各人は他の營業行為等に對して一々自己のみ權利自由を主張す

るが如きは、信義の原則上可なる所以にあらず、互に忍ばざるべからずと信す

二、然れども本件の如く一の營業家が年々數萬圓といふが如き多額の損害を受け、しかも加害者は防護設備をなさざるが如きはその防護設備をなさざるといふ不作爲によりて、他人の權利を侵害するものと言はざるべからず  
三、民法を案するに第七〇九條に故意または過失により他人の權利を侵害したるものは、之により生じたる損害を賠償すべ

### 三二八 賠償を減縮の傾向

得べかりし利益並に昂騰價格による賠償を認めし從來の判例を特に豫見又は期待せし時に制限大審院判事總聯合で判例を變更

大正十二年(オ)第三百九十八號、五百二十一號  
(一)不法行為に因り物を滅失又は毀損せられたる者は、現實の損害に對する賠償を請求することを得るの外、其の物を使用収益することを得ざるに因りて生ずべき損害の賠償を請求することを得べきものなれば、被害者は現實損害に對する賠償を受けるが爲、不法行為微りせば取得することを得べかりし利益の喪失に對する損害賠償の請求権を失ふべきものに非ずと雖も、物の滅失毀損したる當時の價格に依りて之を定むることを要し

き義務ありとの規定あり、本件乙は即ち故意または過失によりて澱粉業者甲に年々數萬圓の損害を與へつゝあるものなれば、甲の營業上の利益、即ち營業權益を侵害したるものと言はざるべからず(同說大正十四年(オ)第六二五號大審院)  
四、併し本件は十年前よりの損害なる由、これは三年前以前の分は時效に罹れるを以て請求権なし(民法第七二四條)(最後の三年間のみ請求し得るなり)

且其の價格は交換價格に依りて定まるべきものとす、然り而して物の交換價格は通常其の物の使用収益を爲し得べき價格に對應するものにして、其の物の通常の使用價格を包含するものと謂ふべく、換言すれば現在及將來に於て其の通常の使用収益に因る利益を得べきことが其の物の現在の價格を爲すものと謂はざるべからず、茲に被害者が滅失毀損當時に於ける物の價格を標準として定められたる賠償を得るときは、其の被害者は將來其の物に付通常の使用収益を爲し得べき利益に對する賠償を

も得たるものと謂ふべく、更に斯る賠償を請求することを得ず加害者が賠償金の支拂を阻延したる場合に付、唯被害當時より賠償を受ける迄の間に於ける決定利息を請求することを得るに過ぎざるものとす、之に反して被害者が其の獨特の技能特殊の僱用収益に依り異常の利益を得べかりし特別の事情ある場合に於て、不法行為に依り使用収益を妨げられ、爲に其の得べかりし利益を失ひたるときは不法行為と損害との間に相當因果關係存する限り該利益喪失に對する被害者の賠償請求權を認めざるべからず、蓋し不法行為に因りて生ずる損害は自然的因果關係より論ずるときは、通常生じ得べきものなるを特別の事情に依りて生じたるものなるを問はず、又豫見し若くは豫見し得べかりしものなるを否と論ぜず、加害者は一切の損害に付責任を負べきものと謂はざるを得ずと雖、其の責任の範圍廣きに過ぎ加害者をして無限の負擔に服せしむるに至り、吾人の共同生活に適せず、共同生活の關係に於て其の行為の結果に對する加害者の責任を問ふに當りては、加害者をして一般的に觀察して相當と認め得る範圍に於てのみ其の責に任せしめ、其の以外に於て責任を負はしめざるを以て法理に合し、民法第七百九條以下の規定の精神に適したるものと解すべきものなればなり、

然り、而して民法第四百十六條の規定は共同生活の關係に於て人の行為と其の結果との間に存する相當因果關係の範圍を明かにしたるものに過ぎずして、獨り債務不履行の場合にのみ限定せらるべきものに非ざるを以て、不法行為に基く損害賠償の範圍を定むるに付ても同條の規定を類推して其の因果律を定むべきものとす、而して物の通常の使用収益に因りて得べき利益の喪失は不法行為に因りて通常生ずべき損害を包含するものなれば、被害者が物の特殊の使用収益に因り得べかりし利益を失ひたりとして之が賠償を請求するには、民法第四百十六條第二項の規定に準據し、不法行為の當時に於て將來斯る利益を確實に得べきことを豫見し、又は豫見し得べかりし特別の事情ありしことを主張し、且立證することを要するものと謂はざるを得ず（此の判旨は當院從來の判例大正三年オ第七〇八號、大正四年二月八日判決、大正五年オ第六六一號、大正六年六月四日判決に反するを以て之を變更すべきものとす）

(二)不法行為に因りて減失毀損したる物が後に價格騰貴し、被害者が之に因りて得べかりし利益を喪失したるときは、尙之に基く損害即ち消極損害の賠償を請求することを得べきは論を俟たずと雖も、被害者に至る迄の間に價格の騰貴したる一事に因

りて直に騰貴價格に相當する消極的損害の賠償を請求することを得るものに非ず、其の騰貴が假令自然の趨勢に因りたるものとするも、被害者に於て不法行為微りせば、其の騰貴したる價額を以て轉賣其の他の處分を爲し、若くは其の他の方法に依り該價額に相當する利益を確實に取得したるべき特別の事情ありて、其の事情が不法行為當時豫見し又は豫見し得べかりし場合に非ざれば、斯る損害賠償の請求を爲すことを得ざるものとす（大正十二年（オ）第三九八號事件の説明参照）蓋し被害者に於て該騰貴價額に依る利益を取得し得べき希望は、必ずしも之が實現を期することを得ざるを以て、物の價額が騰貴したる場合に付被害者に於て之に依る利益を取得すべき希望を有したるの一事のみに因りては、未だ確實に之を取得すべき情況に在りたるものと推測することを以てなり、故に騰貴したる價額に依り、損害の賠償を請求する債權者は、價額騰貴の事實を立證するの外、尙騰貴したる價額に依りて物を處分し又は其の他の方法に依り該價額に依る利益を確實に取得したるべき事情ありたることを、及其の事情が不法行為の當時豫見し又は豫見し得べかりしものなることを主張し、且之を立證するの責任あるものとす、故に不法行為の時と判決の時に於て其の物の價額が

不法行為の時より高價となりたる場合に於て、債權者が此等の事實に關する主張及立證を爲したるときは、減失毀損の當時に於ける其の物の價額の外に右騰貴の時期に於ける其の物の利用に因り得べかりし利益に相當する金額を損害賠償として請求することを得べし、果して然らば原告が自然の趨勢に因り昇騰したる其の最高價額を損害賠償として請求し得るものと解して、之を訴求し、其の事實を主張し、其の價額を立證する所ありとするも、未だ其の最高價額に依る利益を確實に保有し得たりし事情の主張及立證と爲すに足らざるを以て、是に依りては最高價額の時を標準として、損害賠償の範圍を定むることを得ざるものと謂はざるべからず

此判旨は當院從來の判例（大正五年（れ）第一二四八號同年十一月十七日第一刑事部判決大正九年（オ）第九〇二號大正十年四月四日第二民事部判決）に反するを以て之を變更すべきものとす以上説明の如くなるを以て、裁判所構成法第四十九條に依り民事及刑事の總部を聯合して審理を爲し、民事訴訟法第二百二十七條に依り大正十二年（オ）第三九八號事件の上告論旨第七點、第八點參加人の上告論旨並に同年（オ）第五二一號事件の上告論旨第一點乃至第三點に付中間判決を爲すべきものとす、主文の

如く評判したり

### 三二九 震動する業務と隣人の對策

問 甲は昭和五年八月一日より住宅建築に着手し同九月末より居住せり、其間九月四日乙なる近所の者精米所用電動機二馬力にて營業致す爲近接家主たる甲に承諾の印を請求せり、甲は父親不治の病氣故音及び震動のある仕事希望せざるに付、其事を述べしも乙はたつて請求し居れり

- 一、甲以外の近隣者承諾せば、事業許可さるるや
- 二、甲と乙との距離は九尺なり
- 三、乙は事業準備の爲小額費し居れり、甲の對策御教示下され度候

答 一、甲に病人ある爲乙は營業の許可を受くる能はざることなしと信ず、近所全體が反對せば乙の營業は不許可となるやも知れず

- 二、甲の對策は近所全體の不同意を求めて、乙の事業の許可に反對するを可とす
- 三、併し營業を許すべきや否やは許可官廳の裁量によるものなれば、全體が反對したりとて其の反對理由が合理的なるにあ

らざれば許可するやも知れざるものとす

- 四、甲に不治病者一人ありし爲不許可にすることはなかるべし、乙より相當の設備をなし迷惑を少なからしむる様方法を爲すこと、若し之に反するときは何時にても營業中止することを條件として、承諾の印をとり、一朝右の方法に違反し且營業を廢止せざるときは、一日何程と云ふ損害金を請求し得ることとする契約は有效なれば、若し違約の節は右損害にて甲が満足する様乙に契約せしむること一方法ならん
- 五、或は甲の病人を適當の病院等に入院せしめて、治療費を乙に約せしむるも一方法ならん

六、甲は乙が右に應ぜざれば甲自身事情を具して、乙の營業許可に不同意なること並其理由を述べて不許可又は許可延期を當局に陳情せられよ、其の陳情書は代書人に依頼せられよ



### 三三〇 慰藉金請求權の移轉

昭和二年(オ)第七百十一號

上告理由第一點は原判決は被害者たるナチが第一審被告に對し慰藉料請求の意思を表示したることは第一審原告等の主張せざるところなりと雖も、被害者は他人の不法行爲に因りて精神上の苦痛を蒙りたるときはこれに對する損害賠償は別段の意思表示なき限り、金錢を以て其の額を定むべきものなれば、精神上の苦痛に對する損害賠償請求は金錢の給付を目的として、一般金錢債權と毫も異るところなし、従つて被害者が加害者に對し損害賠償の意思を表示したると否とに拘らず、その發生と同時に移轉性を有するものと解すべきものとす、蓋し被害者があるひは損害賠償請求權を行使するを欲せざることあるべきも、斯の如きは他の債權に付いても敢て異なる所なきが故に、これを以て直に請求權を一身に專屬せる權利なりと斷するに由なく、殊に若しこの種の請求權にして專屬權なりとせば、假令請求の意思を表示したりとするも依つて以てその債權の專屬的性質を失ふべき理由なきこと多言を俟たずとして、被害者ナチ

傷害の慰藉金請求權は被害者專屬性のもの故請求の意思表示せず死亡せば相續財産とならぬ

の精神上的苦痛に對する慰藉料は金一千圓を以て相當なりと認め、しかして右ナチの慰藉料請求權は同人の死亡に因り、その直系卑屬たる第一審原告俊雄、キケ、春雄ツルにおいて遺産相續をなし、平等の割合においてこれを承繼したるものと謂はざるべからずと判決したるも、右は不當に法律を適用したるものと信ず、按ずるに被害者の苦痛を慰藉するを以て唯一の目的とする請求權は、被害者その人に專屬し被害者にして初めてこれを享有せしむべきものにあらず、上告人はかくの如き請求權は承繼すべからざるものと信ずるが故に、原判決は不當に法則を適用したるものと信ず、假に一步を譲りこれを承繼し得とするも、右請求權は被害者の一身に專屬せるものなるを以て、相手方に對し請求の意思を表示し、その請求權が金錢の支拂を目的とする債權となるに非ざれば、相續人は相續によりてこれを承繼することを得べきものに非ず、即ち被害者その人の心神を慰藉するを得べきや否やは専ら被害者その人の決定すべき問題に屬するものなれば、その請求權は被害者の死亡と共に消滅に歸

し、相續人と雖これを承継し得べきものに非ず、本件に就ては身體傷害を受けたる被害者において慰謝金を請求する意思を表せずして死亡したるものなれば、本訴慰謝金の請求はこれを許すべからざるものなるに拘らず、原判決において本件損害賠償の額を定むるに付右の請求を許すべきものとして、斟酌をなしたるは不當なるを免れざるを以て、この點に付いて原判決は破棄を免れざるものといはざるべからず（明治四十三年（オ）第一五〇號、同年十月三日御院第二民事部判決大審院判決録民事第十六輯六二五頁大正十二年（オ）第一七二號同年十月二十日御院第二民事部判決大審院判決録第十九輯九一〇頁大正八年（オ）第八〇號同年六月六日御院第二民事部判決法律評論第八卷民法八六九頁參照）といふに在り

### 三三一 事業外の通常の雑務の執行に付使用者責任あり

昭和五年（オ）第九百九十九號（五、十二、十八、一民）  
自轉車の製造販賣業者が其の業務比較的大規模にして、被用者の事務の分擔を明定せるが如き、特別の事情の存せざる限り其の被用者たる雇人は自動車製造販賣の事務のみならず、廣く主家の一般の雑務に服することを通例とすべく、其の通常の雑

按ずるに他人の不法行為に依り、身體を傷害せられ爲に精神上の苦痛を受けたる者は損害賠償として加害者に對し、その苦痛を慰藉する爲慰謝金を請求し得べきも、この慰謝金請求權は性質上被害者其の人の心身の慰藉を目的とするが故に、被害者の一身に專屬し、被害者の死亡と共に消滅すべく相續人は之を承継すべきものに非ず、唯被害者が加害者に對し其の慰謝金請求の意思を表示したる場合には該請求權は金錢の支拂を目的とする債權と爲るが故に、移轉性を有するに至り被害者死亡の場合に相續人之を承継すべきものとす  
これ風に當院の判例とする所なり、（大正八年（オ）第八十號同年六月五日判決大正二年（オ）第百七十一號、同年十月二十日判決明治四十三年（オ）第百五十五號同年十月三日判決）

務の範圍内に於て其の執行に付第三者に損害を加へたるときは民法第七百十五條の規定に依り使用者に於て賠償の責に任ずべき場合を生ずるが故に、被用者が主家の爲に飯米の注文に赴き其の歸途他人に傷害を加へたるときは使用者は同條の責任を負担すべきものとす

### 三三二 人の壽命の標準と勞動し得る年齢 工場労働者は五十歳位迄

問 甲が乙の工場に於て從業中機械の爲め左手を切斷され、廢人になりたり、そのとき甲乙間協議の上乙が甲を生涯雇傭することを契約したり、然るに今般乙が突然甲に對し御用濟解備の通知を發したるを以て甲は乙に對し契約不履行に依る損害賠償請求訴訟を提起せんとするも、終身契約は法律上何歳まで請求し得るや、六十歳まで請求し得るや  
答 一、我國人は六十歳位を壽命の標準とし、精神的勞動は六十歳位迄即終生之を繼續し得るも、肉體勞動は五十歳位迄繼續

し得るものと解するを正當なりと信す  
二、大正九年（リ）第二四六號損害賠償請求事件、大阪地方裁判所第二民事部大正十年五月三日の判決によれば「十六歳の普通健康體を有する男子が、今後四十三年の生存年數を有する」とは當裁判所に顯著なる所なり」と云へり、本社も同感なり  
三、本件は工場労働者なれば五十歳位迄働き得るものと見て可ならん、從て損害額も之を標準として算定すべきものと信す

### 三三三 通帳の盜難と貯金局

大正十四年（オ）第百五十一號  
原判決は本件貯金の拂出は手續上重大なる過失あるを以て、郵便貯金法第十三條に成規の手續を経て郵便貯金を拂出たるべきとあるに該當せず、從つて正當なる拂出しの效なきものと爲し其の結果被上告人の貯金拂戻しの請求を認容したり、而して

前夜着電があつても翌朝係員迄廻送調査済となるに餘程時間を要し引出された件裁判遣り直し  
原判決の説明に依り之を考ふるに、被上告人の貯金通帳及印影が尙取せられたることの電報を受取りたる貯金局宿直員が、翌朝貯金拂渡開始の時迄に電報を預入原簿係員に交付し、同係員に直に原簿の當該箇所に其の旨の付箋を爲したらんには拂渡郵便局が郵便貯金規則第八十三號に従ひ、拂戻し貯金受領證と預

人原簿とを對照するに當り之に目を觸れて被告人の代理人と稱し、局待拂を請求したる者の代理権に疑ひを挟み、拂渡を爲さざる可きに、貯金局員が右の手續を爲す事を怠りたるは重大なる過失にして、之が爲拂渡郵便局をして何等の調査を爲さずして拂渡を爲すに至らしめたる者なれば、拂出手續に重大なる過失ありと爲す者の如し、然れども貯金局宿直員は翌朝預入原簿係員の登帳を待つて直接に電報を同係員に交付すべきものなりや、將他の該當係員の手を経由すべきものなりや、換言すれば預入原簿係員が原簿に付箋を爲し得る迄には、實際の取扱上幾許の時間を要するや、及被告人の代理人と稱する者が局待拂を請求したるは翌日の午前中の何時なりしやを知るに非ざれば、果して宿直員及預入原簿係員は拂渡郵便局の拂渡開始の時迄若くは遅くとも拂戻し局が拂戻し貯金受領證と預入原簿とを對照したる時迄に右の手續を爲し得たるかを知ることを得ざるが故に、此等の點を審究するに非ざれば其の時迄に付箋を爲さざりしことを以て未だ重大なる過失なりとは斷じ難し、然るに原裁判所が此等の點に付何等考慮する所なく、宿直員は翌朝遅くとも拂渡開始の時迄に電報を預入原簿係員に交付すべく、同係員は直に原簿に付箋を爲すべきものなりとの理由を以て、重過失を斷定し延いて拂渡郵便局が被告人の代理人と稱する者に爲したる貯金の拂戻しを無効なりと論結し、以て被告人の請求を是認したるは理由を盡さざるものと謂はざるべからず

### 三三四 自動車運轉手と注意義務

昭和三年(ワ)第六八五號(東地)

自動車の運轉手が電車軌道に沿ひ進行中、自動車の進行に氣付かずして電車軌道において作業に従事するものあるを自認したるが如き場合に於いて、之に接近して自動車を運行せば自動車の警笛音響等の爲め時に之をして狼狽の結果、避讓の處置を誤らしめ、事故を惹起することあるは往々散見する事例なるを以

て、その避讓を待ち又は除行しつつ迂迴し、その他斯る事故を惹起せしめざる爲め咄嗟の間にも停車の處置を誤らざる様、深甚の注意を拂ひつつ進行すべきは自動車運轉手として應に採るべき義務なりとす

### 電車軌道上進行の自動車と、軌道作業者とは互に注意せよ

電車軌道において作業に従事する者が電車、自動車を安全に避讓する爲めそれ等の進行に注意し居るべきは當然爲すべきこと

るなりとす

### 三三五 自動車に觸れ損害金請求と相手方

問 甲なる女年齢十八歳が雨降りの日雨傘をさして、家政學校門より街路に出でたる所、突然西より東に行く自動車來り、傘に當り直ちに甲女はその場にたふれ人事不省に陥り、右足をちりよけのために足表より裏につき通るまでの重傷を負ひ、骨は折れ肉は破れ居たり、甲女の父母現場に急行し直ちに加療、今日迄六十七日に至るも全治せず、目下自宅にて就床加療中も今迄に入院費三百圓を消費せり然るに乙運轉手及丙自動車營業主は言を左右に託して一文の治療費も辨償せず、人を介して交渉せしに、營業主と相談の上何とか致す云々にて、去る一月十六日午後一時右重傷せし日より今日まで百十五日間、誠意ある返答を爲さざるものなり、乙運轉手は當地方裁判所にて本件に付き罰金八十圓を言渡され、目下控訴中なりと聞く、右の如き場合に學校の門より街路に出でたる處、笛をならさずして自動車疾走し來り、甲女をたふし一生の不具者にいたしたるを以て治療費及いしや料として運轉手及營業主に對し請求(損害)し得るものと思料いたし候が、疑點は乙運轉手の行爲に付營業主に

右損害賠償の義務ありや、甲女は不具となることば判然たるものなり、治療費もなき爲め目下醫療を受くるを得ざるものなり右請求し得るものとせば何程の金額を要求し得るや

答 一、本件は雨降りの日に傘をさして校門を出でたるとき、横合より自動車疾走し來り甲女を轢き倒し、足部に重傷を負はしめたる行爲は、民法第七〇九條に該當し、過失によりて他人の身體權を侵害し依つて入院治療を加へ、多大の出費損害を生ぜしめたる不法行爲なりと斷定す

二、右不法行爲者は運轉手乙にして乙は右の損害を賠償すべき義務あるものとす、權利者たる甲女は未成年者なればその父たる親權者代理にて民事訴訟を起し、右の損害金を請求することを得るものとす

三、然る處右乙は丙なる營業主に雇傭せらるるものなれば、丙は右乙の不法行爲に對しては損害賠償義務あるを通常とす、即ち民法第七一五條により或事業の爲に他人を使用するに該り、運轉者たる被用者がその事業執行たる自動車運轉の爲第三者た

る甲に加へたる損害を賠償する責に任すべきものとす、但し右營業主が右の運轉手を雇入るるに當り、其の選任方法に過失なく、又事業たる運轉上の監督に付き相當の注意を爲したるときは責任を負はざるものとす

四、依つて甲女の父は右の運轉手と營業主を共同被告とし、その不法行為たる事實と運轉手乙の不注意なりし事實を立證して、損害の賠償を請求すべし

五、右損害賠償の請求權は損害額を立證してこれを爲さざるべからず

### 三三六 鐵道の踏切と警戒

大正十五年(オ)第六百八十七號

凡そ如何なる踏切にも番人を配置し、而かも終日終夜監視の任に當らしむるは、其の萬全の策たること固より論なきも、要は經費の問題なり、有限の資を運らして爲すべきの事と、擧ぐべきの積り一にして足らざるに於て、其の間自ら緩急の別なきを得ず、危害の減少と云ふことの爲めには公衆の側に於ても亦當に自發的に執らざるべからざるの注意あることを斟酌し、以て或る時或る處に於ける施設を増減節度することは、經營者とし

夜間番人を置かず又燈を掲げずとて直に鐵道側の不注意とすべきに非ず世人の警戒心肝要也

べからず  
六、損害の立證方法は病院の治療費明細書、自宅にて治療したる費用の明細書、將來不具となりたる後の諸種の影響を金錢に見積り更に財産以外の損害即ち精神的苦痛不安等を客體とする慰藉料千圓位をも請求することを得るものとす  
七、不法行為の事實は検事局又は警察署に、その不法行為ありたる日時、場所、負傷の程度等を證明してもらひ、これを以て右の事實を立證することを忘るべからず

て決して失當の措置と云ふべからず、況んや其の馳走するに一定の軌道あり、臆然として隨所に来りて人に迫るものならざるに於て之を避くるが爲めに用ふべき注意は決して爾く高度のものたるを要せざるに於ておや、而も尙動もすれば事故の發生を見る所以のもの開は多くの場合公衆に於て其の物に押るるの餘り危険を敢てするの致す所にならずんばならず、彼の汽車に注意すべき旨若しくは或時間内は踏切に番人を置かざる旨の榜示の如き畢竟此の種不注意漢の爲にせる一の好意的警告に外なら

ざる場合蓋し少しとせず、夫れ汽車に注意すべきことは童蒙と雖も之を知る、彼の公衆なるものは汽車に注意すべしとの注意を俟ちて後能く之に注意するものなりと爲さば、开は公衆を待つこと童蒙にだも如かざるなり争で可ならむ、唯夫れ其の附近の狀勢として例へば行路の斗折、軌道の彎曲、突如として踏切に逢着し、思はざるに汽軌に衝突する虞れある境地にありては、權の如き榜示を爲すは勿論多少の距離を隔て題既に其の踏切なることを明認し得べき設備を施すことも亦經營者として當に盡さざるべからざる注意に屬すること固より有り得べき所たり、今原判決を觀るに原裁判所は先づ夜間と雖も行人の少からざる踏切に在りては「公衆に對し汽車に注意せしめ、且つ交通の危険を防止する相當の手段を施すべき注意義務」を鐵道經營者に於て負擔するものなりとの前提を構へ、更に進みて當該踏切を横切る街路は、幅員一間にして沿道大概人家あり、事故

### 三三七 自動車が無過失

大正十五年(オ)第五百五十四號

按ずるに交通頻繁なる街路に於て自動車を操縦するに當りては

子供が前を遮らんとしたるより後ろに廻らんとしたるに子供も戻りたる爲め衝突賠償責任なし

絶へず、其の前方を注視し隨時緩急に應じ危険の發生を防止する處置を採り得べき状態にて運轉を爲さざるべからざるは洵に



所論の如しと雖も、本件に於て原院の認めたる所は被告會社の被用者たる石橋義策は本件事故發生當時一時間約十哩の速力にて自動車を運轉中、其の前方約二間の距離に於て被害者たる上告人助七の次男耕作が突然道路の右側(西側)より左側(東側)に向つて横斷せんとしたりと云ふに在りて、前示の如き速力を以て疾走せる自動車は急停車の處置を探るも尙其の地點より二十四尺乃至三十一尺迄前進し、始めて停車するに過ぎざる事實は是亦原院の認定したる事實なるにより、當時石橋義策に於て

急停車を爲すも尙且耕作と衝突を爲すの危険ありたるに依り、之が處置を探らず、同人の後方に出でんとし把手を右に探りたるに、耕作が急遽後方に戻りたる爲之と衝突し遂に本件事故を惹起するに至りたるものにして、叙上の如き狀勢の下に於ては前示の如き處置に出るより他に途なかりしことを推斷するに難からず、果して然らば原院が右の事實を認め、運轉手たる石橋義策に過失の責任なしとなしたるは洵に相當なりと謂はざるべからず

### 三三八 偽造の被害と賠償額

大正十五年(オ)第三十八號

按ずるに登記せられたる土地所有名義の文書を偽造して、自己の所有名義に所有權移轉登記手續を爲し、更に之を他人に賣買して其の登記を爲したる者ありとするも、土地所有者は之が爲め其の所有權を喪失するものに非ず、乃ち物上請求權を行使して其の登記名義を自己に回復し得べきものなれば、右違法行為者に對し登記名義の變動に依り所有者に生じたる損害については、之が賠償を請求し得るも、土地所有權を喪失したりとし

文書を偽造され登記名義を移轉されたとしても回復權あるもの故此全部を損害とし請求は非

て所有權の價格に相當する損害の賠償を請求し得るものに非ず然るに原審は上告人が本件土地の所有者たる被告上告人名義の文書を偽造して、本件土地の所有名義を登記簿上自己に移轉せしめ更に訴外人に之を賣買して其の登記手續を爲したる事實を認定し、上告人は最早や被告上告人をして登記簿上の所有名義を回復せしめ得ざるものなりとの理由に依り、直に土地所有權を喪失せしめたる場合と同様に、被告上告人は本件土地の全價格に相當する損害を蒙りたるものと判定し被告上告人の本訴請求を許容

もたるは不法にして、原判決中此の點に關する部分は破棄を免

れず

### 三三九 工事で被害と責任者

現實の下請負人は賠償責任あるものとす第一の請負人又は注文者の指圖あるものは之等も責任

某地方廳準地方費道路開鑿工事其の廳土木事務所に於て工事入札執行の結果甲請負人之を落札せり

右家屋所有者に於て法律上の救済を仰がんとするに當り請求の權利あるか、請求の權ありとせば被告は其の地方廳か、甲請負人か、下請負人か?

甲請負人は此の工事を乙請負人に請負せたり、此の道路工事は山腹を削り崩し道路を作るものなり、目下工事土工中にして其の直下五間若しくは七間の下に各人家建物並立しあり此の人家建物の土地は道路工事による土地收用法に據るべき以外の土地なり  
目下下請負人は土工を以て切崩し、其の土石を各人家の後に拋棄す、家屋は土石の爲め埋没若しくは倒壊の危険あるにより自費を以て家屋を數間前方に引出し、其の危険を免れんとするも猶危険に付家屋は引出したるままにし、家財と家族を纏めて他に一事避難せり

答 下請負人に於て損害賠償の責任あり、斯の如きは腦力を以つて差止むる事を得るものとす、當家屋の損壞を豫見しつゝ土石を拋棄するものなる時は、刑法上の損壞罪をも構成するもの故、警察の手を以ても之を中止せしめ且犯人として處罰を求むることを得るものとす、注文者又は第一の請負人が土石の拋棄又は仕末方に付指圖を爲したるものなる時は、此者に於ても賠償の責任あるものとす、注文者に指圖上の過失なき限り現實の請負人のみ賠償責任あるものとす(民七一六條)

道路完成後、土石拋棄の憂ひなきに至りたるときは自費を以て其の土石を棄て復舊し、家族を舊位置に引戻す等多大の損害となる

Laws were made for the rogue.

(不良は法令を作る。伊諺)

### 三四〇 債務履行に關する被用者の行爲と使用者の責任

昭和四年(オ)第七十七號

債務を負担する者は契約又は法律により命ぜられたる一定の注意の下にその給付たる行爲をなすべき義務あるを以て、債務者が債務の履行に付その義務たる注意を盡したるや否は、總て債務の履行たる行爲をなす可き者に付、之を定むべく從て債務者が債務履行の爲他人を使用する場合に在りては、債務者は自らその被用者の選任監督に付過失なきことを要するは勿論、この外尙ほその他人を使用して債務の履行をなさしむる範圍に

おいては、被用者をしてそのなすべき履行に伴ひ、必要な注意を盡さしむべき責を免れざるものにして、使用者たる債務者はその履行に付被用者の不注意より生じたる結果に對し、債務の履行に關する一切の責任を回避することを得ざるものと云はざるべからず、蓋債務者は被用者の行爲を利用してその債務を履行せんとするものにして、この範圍内における被用者の行爲は即ち債務者の行爲そのものに外ならざるを以てなり

### 三四一 砂地崩れと其責任

天然の土地が自然に崩れたのだから責任なしとは一概に言へぬ過失を立證する時は矢張責任

開 甲地砂地の高さより乙地の低きに自然に砂崩れを生じ、乙地に建てある家屋に障礙を來す、此際甲地所有者は人爲に非ずとの理由により放任するを得るや、此時乙地主は崩れる砂を防止するの義務あるや、詳細の判定を仰ぐ  
答 砂地の所有者は雨又は多少の震動にても隣地に崩壊すべき虞れある時は之を防備する義務あるものとす、之を爲さずして

隣人に損害を與へたる時は、矢張り過失に基く不法行爲として賠償義務あるものとす、或は曰く、然らば民法七一七條に工作物の保存に瑕疵あるに依り損害を與へたる時、賠償の規定を設けあるは何の爲めか、即ち法律は土地の上の工作物に付いて責任を規定せるのみ、天然の土地自體に付いては責任を問はざる趣旨に非ずやと、然れども之は此の如き工作物の場合被害者は

所有者の過失を立證する責任なくして賠償を求むる権利ある事を規定せるもの也、即ち民法七〇九條一般の故意過失に依る不法行爲を以て立證し得ざる場合でも責任ある事を明かにせんが

爲めに規定されたるもの也、過失ある場合は土地たる與其他の物件によるとを問はず、所有者又は占有者に於て賠償の責任あるものとす

### 三四二 同僚救助死も業務上死亡

昭和六年(オ)第二二五六號

原判決の認むる所に依れば、本件工場に於ては夜間五人の職工勤務する規定となり居るも、右人員全部同時に従業する必要なきを以て、職工間に於て隔時一時間若は二時間交替に働き居るものにして、本件事故發生當時訴外與儀實保(被上告人の亡夫)は休憩すべき番に當り居りしも、訴外古型宗男は水の中に空氣の入るべきパイプの取扱方を誤り、感電したるにより之を救助せんとして反て自ら感電死亡したるものとす、右の事實に依れば、右工場に於て職工中隨時休憩するは他の職工と交替に

交替休憩中他の者の災害を救助せんが爲の死亡も業務上死亡なり

作業を爲すに因るものにして、職務を離れたるものと謂ふを得ず、而して與儀實保が本件事故發生當時休憩し居りたるは偶々休憩の番に當り居りたるが爲なれば、依然工場の職務に従事せるものと謂ふべきものとす、然り而して職工は其の従事せる作業に關し災害を生じたる場合に於て之を除去することに努むべき義務あるものと稱するを相當とするを以て實保が他の職工宗男の作業中感電したるを見て救助するに努めたるは、其の職務を執行したるものと謂ひ得べく、從て之が爲に死亡したる實保は工場法に所謂業務上死亡したるものと做すに妨なきものとす

### 三四三 運送の迷ひ中に焼失

發驛運送店が着驛の運送店を間違ひたる爲め荷物引渡延引中天災にて焼失せり責任は免れず

開 一、甲者鹿兒島驛乙運送店に金物類を宮崎驛丙運送店次ぎ

第一章 民法 第十節 損害賠償の部

荷受人甲者本人として託送したり、託送運送店に物品元價の記

載なし、従つて印紙の貼用なし

二、然るに發送乙運送店に於て荷札を間違ひ、現貨物に丁運送店次ぎと指定して發送したり、運送状には丙運送店と記載しありたり、故に着驛運送店に於ては貨物は丁運送店に入り送状は丙運送店に入り居りたり、發送人兼荷受人たる甲右貨物を受取らんと荷送状に記載の丙運送店に出頭受取らんとせしに、荷送状丈け着し居り貨物着し居らず、爲に他の運送店取調べしも不明なりき、然るに驛構内の貨物倉庫火災の爲焼失したり、焼失後又取調べし結果焼失後四日前驛より丁運送店に貨物引渡し濟となり居り、右貨物焼失して金物に付残骸は残り居れり、乙丙丁の三者に屢々懸け合をなすも今に何れ共要領を得ず、三、乙、丙、丁、何れの運送店に責任ある者に候や、又損害金額に附元價の記載なき爲に如何と相成申候や損害額全部責任者に對し請求の權之有り候や、右各項に付理由及適用條項御教示相成度此段御願申上候

### 三四四 被害者の過失と裁判所の斟酌義務

昭和二年(オ)第八百二號

裁判所が不法行爲に因る損害賠償の額を定むるに付、被害者に

警 乙運送店が過つて丁運送店に送り、爲めに引取を延引ならしめ、其間に焼失したりとせば、焼失は不可抗力にせよ、乙が債務の本旨に適せざる不履行より間接に生ぜる事となるを以て此場合乙は其損害を賠償する責任あるものとす  
着驛運送店丙も甲乙間の運送契約に参加しあるもの、即ち乙丙の相次運送行爲に該當するものなる時は、右損害に付連帶義務あるものとす、商法(三三九條)、然る時は甲は乙丙を共に訴へ又ば選擇して一方のみ訴ふる事も隨意也、丁は過つて送られたるもの、他人の過失の爲めに賠償の仲間入りする道理なし、無責任なり  
物件價格の記載なくも相當の立證さへあれば請求出来る、但し高價品ありとしても其分の賠償まで求むる權なし、高價品は明告なき以上責任なきものなれば也(商法三三八條)、高價品とは有價證券貨幣など、同様のものを云ふ也

過失ありたるときはこれを斟酌することを得べきことは民法第七百二十二條第二項の規定する所なり、この規定に依れば被害者

の過失は賠償額の範圍に影響を及ぼすべき事實なると同時に、法律はこれを以て賠償義務者の抗辯權となしたるものに非ざるが故に、裁判所は訴訟に現れたる資料に基き、被害者に過失ありと認むべき場合には賠償額を判定するに付、職權を以てこれを斟酌し得べく、賠償義務者よりこの旨の主張あることを必要とするものに非ず、(唯この場合の立證責任は被害者に過失ありと主張する者に存すること勿論なり、然れば裁判所が訴訟に現れたる資料に基き、被害者に過失ありと認めざるか、又は被害者に過失あるも賠償額に別段の影響を及ぼさずと認めたる場合においては賠償主義者よりこの點に付何等の主張なき限り判決理由中特にこれを説明するの要なきこと勿論なりと雖も訴

### 三四五 溜池の上を開墾する

問 一、甲は溜池の下に田を所有す、乙はその溜池の上を開墾して田にしたため甲の田には水一滴も來なくなつた、甲は泣き寝入りの外なきや、尤も乙が開墾するとき甲は拒否したが乙は曰く、ほんの苗代一枚だからと言ふて遂に數反の開墾をして更に曰く、政府は水田獎勵しなる故差支なし云々、併し甲の

溜池の眞下にある田に水が引けない様になるのを知りつつ溜池の上に田を開墾する者は責任有

田を荒廢に歸せしめては國家から見れば一を得て一を失ふに過ぎない  
二、右は調停裁判にかけられるや  
三、甲は乙に作付け停止の内容證明郵便を出したら、十年の時效中斷の效力ありや

四、右甲は地役権がありますか

答 一、甲は該溜池を獨占して居るものと鑑定します  
乙は自己の土地を開墾する自由権がある、この権利を行使したために甲の田を荒廢に歸せしめたとすると、乙は権利の濫用となるかどうか、濫用だとすれば乙は甲の権利を故意に侵害して損害を與へたる不届き者であるから、甲はその作付を停止せしめ損害金を見積つて乙に賠償せしむることが出来る、併し濫用でないとするれば、甲は作付停止の權もなくまた損害金を請求することもできない

二、本件は乙が始め苗代一枚だけといふて甲を欺き居る故、甲はこの點を主張し立證して乙は債務不履行である、苗代一枚といふ約束に違反した故苗代一枚のほかは作付停止をする、また今日まで甲の田を荒廢に歸せしめた損害金を支拂ひといふ内容證明を送つて、若し返事がなければ訴へてみるがよい、勝訴の見込もある、その訴訟は

### 三四六 郵便物の損害は不成立

問 郵便局の集配人が過つて小包物件を損傷したり、主人たる

書留郵便の亡失のみ賠償其他の過失  
行爲は不問故意の行爲は不法行爲也

局長に對し損害の請求出来るや否や、局長は陳謝するのみにて

賠償を承諾せず、果して法規上賠償しなくも良いものか  
答 然り、官廳の行爲に就て賠償すべき場合は特に其規定存するものとす、民法の不法行爲の規定は官廳の公法的行爲には不適用のものなれば也、而して郵便局の賠償は書留、通常郵便の亡失に就て一定の金額を辨償するのみ也、其他に就ては何等定めなき故賠償要求出来るものとす、此事は屢々事件となり何同となく大審院の判例も存する處也、然れども局長が故意に破

壞したとか、窃取したとか云ふ場合は官廳の行爲と目するを得ず、個人の不法行爲となる故此場合は民法刑法の規定により夫々刑罰又は損害の制裁を與へ得るや勿論とす、過失行爲は公法的行爲中に包含さるべく、故意の場合は其個人の私行爲と目して民法を適用すべきなりとは、今日實際に肯定せられ居る解釋なりとす

### 三四七 工作物の瑕疵と責任者

昭和三年(オ)第三百四十一號

土地の工作物の設置または保存に瑕疵あるに因りて、他人に損害を生じたるときは第一次にその占有者において、第二次にその所有者においてこれが賠償の責に任すべきものなることは、民法第七百七十七條第一項の規定する所に於て、占有者は損害の發生を防止するに必要な注意をなしたることを立證して、その責任を免るゝことを得るも、所有者はかかる瑕疵ある工作物を所有することに因りてその責に任すべきものにして、その瑕疵を生じたることに付過失なかりしことを立證して責を免るゝことを得ざるものとす、これ民法第七百七十四條第一項、第七百

十五條第一項、第七百七十八條第一項に各但し書の規定あるも第七百七十七條にかゝる規定なきに依りて明かなり、故に工作物の所有者は自らこれを設置せず、從つてその設置または保存に因る瑕疵が前所有者の所有したる際に生じたる場合においても、現に工作物を所有するの一事に因りてその瑕疵に對する責任を負担すべきものと謂はざるを得ず

Laws are not made for the good

(善人は法を作らず・ソクラテス)

### 三四八 手附外の損害契約も有効

問 數ヶ月前家屋を二千圓にて賣却することを契約し、買入より手附金二百圓を受領し、残金取引は一ヶ月内と契約しあり、而して若し期間内に之を實行せざる時は手付没收は勿論のこと、更に五百圓を損害として買入より貰ふことを確約しあり、然るに不況續きと最初買入の計劃せし營業が見込なきに至れる爲め終に破約するに至れり、然るに買入は手附流れ以上の契約は暴利に屬し高利貸の不履行罰金と同様法律上無効のものとして裁判上では取れぬもの故ホンの違約罰金の印として一割の五十圓に負けて呉れ、然らずんば一文も支拂はぬと云ふ強硬意見也、果して法律上取れぬものなるや、聊か疑問にも考へられ候につき伺ひ候次第也

答 疑問に非ず、約束通り全部請求権あり、右特約なき場合は賣入が買主の違約の爲め當時他にも買手あり其を逃がしたとか其他物件が俄かに下落したとかにて、手付以上に損害を來したとしても買約者は手付損以外に其責任なきを原則とすれど(民五五七條)本件の如く特に其違約損害を豫定し、契約した場合

常識上餘り不當額としても減額されず金銭貸借の契約制限は別

は其間見積に大なる差額ありとしても之を一々過大だとか暴利だとか云ふて争ふことを許さざる也民法四二〇條に裁判所は其豫定の損害額を増減するを得ざる旨規定しあるに徴し疑を要せざる也、或は曰く、然らば金貸して借人が期限に拂はぬ場合の不履行損害高日歩契約も全部有効となるに非ずやと、否ならんす、民法の右規定は一般債務不履行に關しての定め也、然るに同じ債務不履行でも金銭貸借の不履行罰金に付ては契約の際金借りる弱き地位の者が債権者の言ふが儘に兎角押し付けらるゝ弊風あるにより、特に利息制限法と云ふ別の法律を以て此種の契約にのみ制限外の利子や又は違約の罰金を取つては爲らぬと保護せられあるもの也、乃ち右民法規定に對する例外法ある故斷定が違ふことに爲るものとす、然し買入が洵に氣の毒の立場にあるもの故、情けを以て半分以下に負けてやるが可なり、寢ざめの良からぬ金は有害と知らる可き也

### 三四九 運送と高價品の關係

高價品の明告なき時は運送上の特別義務なきも過失に依る所有權侵害責任は免るるを得ざる也

大正十四年(オ)第九百五十四條  
商法第三百三十八條は高價品の運送なるに於ては運送人は特別の注意を施す可かりしに、荷送人より此の點の明告なかりしに付、普通品と同一の取扱を爲したる結果、滅失毀損を生じたるものとせば此の場合に尙運送人に損害賠償の責を負はしむるは苛酷なりとし、運送契約上の責任を免れしむるに止まれり而して凡そ荷送人が同時に貨物の所有者なる場合に於て、其の

貨物が運送人の過失に因り滅失したるときは、運送人は荷送人に對し債務不履行と爲ると同時に、所有者に對し不法行爲と爲り、契約上の請求權と不法行爲の請求權とが相競合するものなれば、如上高價品の運送に於て運送人が債務不履行の責任を免るゝも一般普通人の爲すべき注意を怠りたるが爲に、所有者に生ぜしめたる不法行爲上の責任を免れ得べきものに非ず

### 三五〇 村仕事の請負師が通學兒を負傷

刑事にはならぬが民事責任はのがれぬ所

問 事件の内容は去る二月下旬當年九歳の男生通學の途中、村道を横斷せるトロの線を通過せんとする矢先、丁度土砂取場より發せしトロと衝突なし、右手を轢かれ骨は僅の傷なりしも筋肉に大裂傷を負ひ、この地の醫師では治療の見込なく、應急手當の上、直様宇治山田の病院へ入院し、六週間に全快退院歸村の上當地醫師にて手當中、請負師側からは歸村後一人見舞

にきましたとけ也、病院の入費三百圓餘の損害賠償及び慰藉料等を請求する權利有無と、その手續きを御一報煩はし度、なほ該事業は村營にて海岸道路造築のための起業也  
問 一、請負師が不注意にて他人に對し身體に負傷せしめたる行爲は、民法第七〇九條及び第七一〇條に該當し、第一に物質的損害たる金三百圓(治療費)及び第二に精神的損害の賠償た

る慰養料適當額を右請負師において支拂はざるべからず

二、右は請負師が直接「トロ」を押して仕事をなしたるときは右の損害は該請負師が直接第七〇九條七一〇條により支拂ふ義務を負ふものとす

三、併し普通の場合に請負師が下請負師または直接自己の使用人を使用して「トロ」を押させる事を命ずるものなれば、この場合の不法行為は「トロ」を現に押して其の「トロ」により小兒に負傷せしめたる使用人なり（この使用人を法律は被用者といふ）

四、請負師は被用者がその仕事の執行に付、他人に加へたる損害賠償の責に任ずるものとす、但し請負師はその被用者を雇入るゝに當り、また仕事を監督するに當り、相當の注意をなしだりとすも、結局損害生ずるものなることに運命づけられ居る場合は責任なきものとす（民法第七一五條）

五、されば本件は右の原則に照らして、果して如何に決すべきものなるか、以下鑑定を試むべし

六、本件は村が菜に土砂運搬を請負はせたるものとせば、請負師は獨立に仕事の完成を目的とする者故、その仕事に關しては村は他人に對して法律上の責任を負ふべき筋合のものにあらず蓋しその仕事を一任したるものなれば、請負師は村の被用者に

あらざればなり

七、然らば請負師の責任如何、責任ありとせば之れを負つて三百圓の辨償と慰養料とを賠償する義務あるものとす、責任なしとせば右損害は該小兒の天災として諦むるの外なきなり

八、しかし質問書及び圖面に徴するに、右請負師に損害賠償義務ありと斷するに難からず、若し通路を横斷する「トロ」道即ち「レール」軌道敷設の場所には番人を置きて通行人を警戒するか、または警笛を鳴らして「トロ」通行時を知らしむる等適當の措置に出でざるべからず、然るにその一も行はず、漫然として「トロ」運搬を續行したるは明かに設備に缺點あり、請負師はこの設備缺陷の過失あるものといはざるべからず、従つて請負師はその被用者の選任監督の責以外に、この不十分なる設備のために他人に損害を生ぜしめたるものといふべく、損害の責任を免る能はざるものとす

九、以上の次第なるを以て、本人たる小兒の法定代理人より裁判所に對し右不法行為による損害賠償及び慰養料請求訴訟を提起せらるべし

十、その前請負師にあて右の請求の内容證明一本を送ること

### 三五一 雇人の借主が賠償

甲が給料を拂ふ雇人を乙が借りて事業執行中雇人の過失に依り第三者に加へた損害は借主責任

大正十五年（オ）第九百七號

按ずるに原審は上告人は余市水産組合の事業とする鱈密漁取締の用に供する爲、上告人所有の石油發動機船第二神辻丸に船員を附し、之を同組合へ賃貸したる事實、及同船が右取締の爲め警察官之に乗組航行中同船員の過失に因り、被上告人所有の第六寅丸と衝突したる結果、被上告人に損害を被らしめたる事實を認定したる後上告人は賃貸中に於ても第二神辻丸船員に對し給料等を支給したるが故に、同船員は上告人の雇入にして従つて同船の操縦に關することは上告人の事業なりと判示し、右衝突に因りて生じたる損害に付ては、使用人たる上告人に其の責任ありと判示したり、然れども上告人が組合に對し第二神辻丸を賃貸せるものなる以上、特別の理由なき限りは、同船の占有は組合に移り、其の指揮命令の下に組合の事業たる鱈漁取締の爲にする航行は組合の事業執行爲に外ならずと謂ふべく、従つて其の航行中に於ける船員の過失に因り生じたる損害に付、民法第七百十五條に依り事業主として其の責に任すべきものは

組合にして上告人に非ずと爲さざるべからず、上告人が船員に對し第二神辻丸賃貸中に於ける給料等を支給したればとて、此の一事に依り鱈密漁取締の爲にする同船の航行操縦に關する事項を以て上告人の事業なりと爲すの理由とするに足らず、然らば原審が第二神辻丸の操縦に關する事項を上告人の事業なりとし、本件損害に付上告人に其の責任ありとするには、他の特別の理由あることを説明せざるべからざるに事技に出でず單に右の一事に依り叙上の如く判示し、上告人に敗訴を言ひ渡したるは理由不備の違法あるものにして本論旨は其の理由あり、原判決は破毀すべきものとす

Justice is never angry.

(正義に怒りなし。ヤン、シモンソン)

### 三五二 地主の證明と責任

地主が建物の證明を二度交付したる爲め家主が二重の保存登記を爲し抵當借りせる時被害債權者より地主へ損害要求成立せん

問 凡例 甲地主、乙家主、丙債權者（丁抵當債權者）  
（イ） 乙は甲の地所を借入れ家屋を建築し、完成の上甲の證明書を得て保存登記を了し、抵當權を設定して丙より借金をした

（ロ） 然るに乙は尙同一物件に（家屋）對して、甲の證明書を徴し「註甲は證明書を其物件に對して交付したることは覺えてゐたれ共、無意識に二重に製作交付したるなり但し共犯の意思はなかりしなり」符號（家屋）を換へて保存登記を了し、丁より借金をすべく同一物件を實地に案内見分せしめ、丁に對して抵當權を設定し借金をした

（ハ） 丙の項は事實存在せざる家屋の保存登記（空）を爲したり）右二題例に對して

イ、ロ、の抵當權效力は日附の順序による故、イの分有效にしてロは無効に歸すべきは法文上明かなるが如し、茲に御伺ひしたきは丁より甲に對して過失を原因として損害賠償の要求を爲し得るや否やの點にして、畢竟因果關係がそこ迄及ぶべきや

の點を明細に法律論及判決例を引用して御意見御同示下され度願上候

答 保存登記に要する地主の證明は偶々地上の建物が誰某の所有なることを證明するものなり、然るに同一物件に對し二重の證明を與ふるは穩かならず、紛失とか焼失とかを調査して更に發行すべきが相當也、然らざれば之を悪用して二重の登記を爲し、延いて第三者に迷惑を與ふることあるべきを豫想せざる可からざるものとす、乃ち因果關係の條件は、相當原因あるを以て充分なりとすること一般の通説也、故に本件の場合其被害に對し地主の二重證明書交付の過失は相當原因を爲すものとして責任を負はして可なりと信ぜらる、後の保存登記及抵當登記は無効也、尙因果關係に付いては左の如き判例あり

（大正二年九月二十二日大審院刑事一部）或行爲が或結果を生じ又は發生することあるべきことが、吾人の智識經驗に依り之を認識し得べき場合は其行爲者は結果に付責任あり  
（大正九年四月二日大審院民事二部）或行爲が具體の場合に

於て一定の損害を生ずる原因を爲したる場合、之を抽象的に觀察して一般的に同種の損害を生じ得る可能性を有する場合は、

### 三五三 無能の誤診と過失

妊娠を胃潰瘍と誤診せしことが醫師の未熟無能の爲とせば天災と諦めの外なし過失の時賠償此の鑑定は醫學社會の常識判斷也

其損害が直接の結果たると間接の結果たるとを問はず、責任あり云々

問 甲斐上野原町〇〇病院に當年二十三歳の婦人診斷を受け候處、胃潰瘍兼蛔蟲病なれば入院致さざればと申され、入院致し候て二十三日間も居りたれ共其效なく、日々衰弱仕り候故退院仕り候て、同町△△病院に入り診斷を受け候處以ての外にて、妊娠四ヶ月悪阻の診斷にて、一命不安と申され、人工早産術を施したる後でなくば治療の道なし、依つて人工早産を致したれ共身體衰弱の爲め遂に死亡したり、如何にも残念に御座候、最初の〇〇醫院が誤診の結果なる事は明瞭なり、是れ何とか損害請求出來ざるものに候や、子供四人も残り家族は其日送りの困難なるは氣の毒のもの也

證據は△△醫院宅に出産見アルコールに漬けて是在り候  
答 妊娠四ヶ月の者を胃潰瘍とか蛔蟲病とかと見誤りしこと普通醫師の智識と常識とを以て容易に發見し得らるゝ状態なるに甚だしき不親切の診察、又は重大なる過失又は不注意ありし爲

め、妊娠を發見せざりしものとすれば、其醫師は過失により死を招來せしめたることとして其遺族等に對し夫々其身分地位に應じたる慰養料を支拂ふ義務あることとなる可し、若し此の醫師が相當の注意を拂ひ親切に診察したるものなりしも、根が無學鈍感、未熟の爲め發見せられざりしものとすれば、之は其技量なき人にかゝりしを不運と諦むるの外致し方なし、要は斯かる無能の士に非ざれど、不注意不親切なりし爲めの誤斷と認定さるゝ時は損害賠償の責任ある可く、此過失あるや否やは一般醫學社會の鑑定に俟たざる可からざることなる可し、普通の常識上の過失と異り事専門に屬する故、裁判所も結局右醫學社會の信用ある士に鑑定を命じ然る後判決さるゝこととなるものとす

Little thieves have iron chains, great thieves gold ones.  
（小盜には鐵鎖、大盜には金鎖・蘭諺）

### 三五四 運轉手の注意義務

自動車運轉手は狹隘な街路では自轉車の如き小車には同方向でも側面を離れる迄留意義務あり

大正十五年(ア)第三四五四號

抑々自動車運轉手が自動車を運轉するに當りては、進路の前方及び左右に細心の注意を拂ひ、緩急に應じ隨時危険を未然に防止すべき義務あるものにして、殊に本件の如き狹隘なる街路において同方向に進行中の自轉車の側方を通過する場合は、動もすればその尅大なる車體が自轉車に接觸するのおそれあり、若し接觸するに於ては本件の如き砂利滿載の重量大なる自動車に依り如何なる危険の發生すべきやば、容易に看取し得べきところなるを以て、果して安全に通過し得たりや否やを自轉車の側面を離れ去るに至るまで十分に留意して進行すべき義務あるに拘らず、前示の如く自動車の運轉臺が小野の自轉車と一尺五寸乃至二尺の間隔を存し、併行したるを看、その際小野が自轉車の方向に右手を差出したるを認めながら何等これに懸念するところなく、漫然危険なかるべしと輕信し、同人が顛倒し自動車の車輪に挟壓せられたるにも氣付かず、尙も進行を繼續したるは重大なる過失といふべく、本件事故は和久井が被告の事業の

執行に付惹起したるものなること前示の如くなれば、被告は同人を使用する者としてその責に任ぜざるべからず

### 第十一節 民法雜の部

#### 三五五 白紙委任狀を濫用

權限を超えて委任文句を記載しても此代人を信認した本人が落度也取引せる第三者保護は當然

(學士 平井三次氏判例評釋)

(大正一四(オ)八八七號、一四・二・二一、民一、集四卷一二號七四三頁)

(判旨)『白紙委任狀を交付する者は代理人をして自己に代りて之に委任事項を記入して完全なる委任と爲し、代理權を證明せしむるの趣意に出でたるものなれば、其の代理人を信頼するに非ざれば容易に之を交付せざるを通常とす、故に白紙委任狀の交付を受けたる代理人が之を示し、之に委任事項を記載して相手方と法律行爲を爲したる場合に於ては、假令其の記載事項が本人より委任せられたる權限を超越せる場合に於ても、其の相手方は其の委任狀所持人を本人の信頼せる代理人と認め之に記入せられたる委任事項に付ては該代理人が本人より適當に權限を授與せられたるものと判斷するは事理の當然なるを以て其の相手方は民法第一百四條に所謂第三者が其の權限ありと信すべ

き正當の理由を有するものと解するを相當とす』

(評釋) 一、民法第一一〇條に關しては種々と問題が起るが本件は其内で唯或事實について、第三者が權限ありと信すべき正當の理由ありと見るべきや否の點を決めたに過ぎない、

私は判旨に賛成する、白紙委任狀と云ふものが世間に行はれ、代理人自ら委任事項を記入して相手方と取引する慣習——其自體の當否は別として——が廣く認められ居る場合に、代理人が偶々權限外の事項を記入し、しかして相手方が善意無過失としたならば、本人と其第三者との内果して孰れを助くべきであらうか、公平の見地からばどうしてもそう云ふ不心得な者を信用して白紙委任狀等を書いて與へた方が悪いので、何にも知らず代理人を信用した第三者は一〇條に所謂正當な理由を有せるものとして之を保護せねばなるまい、代理取引の安全を維持する爲には一旦白紙委任狀を出した本人は後に至つて内部關



係を主張することを禁ぜらるゝものと解せねばならない、白紙委任状の場合は一〇條に規定する表見代理の最もタイプカルな實例の一と云ふべきで、學者も其著書に之を掲げ（鳩山氏日本民法總論下四五二頁、川名氏日本民法總論二四三頁、中島氏

民法釋義總論六一七頁參照）判例も無論風には認して居る、併し法律問題として大審院迄來たのは實印に關するものを除き今回が始めて、他は凡て下級審の判例である

### 三五六 確實性委任状の書方

給料等の受取委任状を書かせて金を貸附ける場合に其委任状に從來よりも確實性を持たせる法

勤め人に金銭を貸し附けその給料受取方の委任を受け該委任に基き給料日に勤め先より受任者直接受取證と引換に給料を受取りその金で貸金の辨済を受けんとしても借主自身が逸早くその給料を受取り貸主に損害を掛けるので困り居れる故確實に取れる委任状の書方を教示されたい

委任状を唯一の引當てにして貸金するのば頗る危険である、それは委任契約は信任を主とするので當事者双方より何時にても解約が出来ることになつて居るからである（民法六一條）併し左の如く約定すれば從來の委任状より確實性が増すのである。

#### 委任状

拙者儀貴殿を代理人として左の事項を委任す

一、何々の件

右委任状に候に付いてはこれが解約（または解任）は貴殿の同意を得るにあらざればその解約（または解任）の效力なきものとす  
事の特約致し候  
住所  
年月日  
氏名

何某殿（債權者即ち給料等を受取る權限ある者）

右の委任状は委任契約を解除せぬといふ意思を表示せしめたので若しこれに違反する解除をしてもその解除行為は無効となるのである、これには反對論も立つが大審院の判例は右と同趣旨であるから其要領を摘録する

受任者が事務を處理するは委任者の爲のみにあらずして受任者の利害にも關係あるときは委任者に解除權を拋棄せしめて受任

者自身その事務を處理し結了するの必要あり、この委任者解除權の拋棄は有効にして委任者は謂はれなく受任者を解任することを得ずその解任は法律上無効なり

（大正三年「オ」第四四六號）

惟ふに右判例は正當である、委任契約は當事者何時にても解除が出来るとある民法規定は反對の特約を禁じてないから右委任

### 三五七 有效なる双方代理

債務を加重輕減することなき履行の方  
法のみに関する事項を委任し之に基き  
なしたる相手方の代理人選任は有效也

昭和六年（オ）第三千五百四十一號

原審の確定したる事實に依れば、上告人は被上告人兩名に對し夫々手形債務を負擔し居たる關係上、上告人は被上告人に對し白紙委任状及印鑑證明書を交付し、若上告人が満期日に手形金額の支拂を爲さざるときは、被上告人に於て任意に上告人の代理を選任し、該白紙委任状及印鑑證明書に依り被上告人の選擇に従ひ、前手手形債務の辨済に關し準消費貸借又は債務辨済契約を右代理人と締結し、且、上告人並被上告人間に協定せられたる最高限度の範圍内に於て損害金の率を定め、右契約上の金銭債務の履行に付、直に強制執行を受くるも異議なき旨を記載

第一章 民法 第十一節 民法雜之部

したる公正證書を作成し得べきことを約諾し、該約諾に基き被上告人兩名は夫々訴外、山中克己を上告人の代理人に選任して本件公正證書を作成したりと云ふに在り、而して右確定に係る事件關係の下に於ては、債務者たる上告人の代理人は債權者たる被上告人の選任に係る者なりと雖、其の代理權の範圍は上告人が既に被上告人に對して負擔せる債務の辨済に關し、上告人が當然其の責に任すべき限度に於て、單に履行の方法を定むるものに過ぎず、換言すれば代理人自身の裁量の下に毫も上告人の責任を加重又は輕減することを得るものに非ず、上告人が爲さざるべからざることを爲すべしとするの外に出でず、故に上

告人に於て斯る代理人の選任を相手方たる被告に一任したりとするも敢て民法第百八條の規定の趣旨に背反するものと云

ひ難く、前掲約旨を無効とするの理由なきものとす  
昭和七年六月三十日  
大審院第一民事部

### 三五八 相手方の代理人選任は双方代理

(即決和解注意)

貸借人が將來貸貸する爲豫め貸  
貸人に代理人選任を委任するも  
之に基く貸貸人の委任は無効

昭和六年(オ)第千八百三十六號

法律行為の當事者は代理人をして其の行為を爲さしむることを得べく、又代理人の選任は必しも自ら之を爲すことを要せずして他人に委任して之を爲さしむることを得べきを以て契約當事者の一方は相手方にも其の選任を委任することを得るもの如くなれども、單に形式的に契約證書のみを作成するが如き委任者が豫め代理せしむべき事實を諒解せる場合に於ては格別なるも、代理人をして相手方と交渉して契約事項を商議協定せしむるが如き場合に於て相手方に其の選任を委任するときは、相手方は他の一方の當事者と反對の利害關係を有する爲、之に不利益なる者を代理人に選任することなきに非ず、又其の選任せられたる者も誠意正心を以て本人たる他の一方の爲に任務を盡すや否に付疑あるのみならず往々相手方と通謀して故らに本人の不利益を圖ることなきに非ず、然るときは相手方が他の一方の

當事者の代理人として法律行為を爲すと結果に於て大差なきを以て、民法第百八條の趣旨に準據して斯る委任は無効にして其の選任せられたる者は代理權を有せず、從て其の者が代理人として爲したる契約は本人の追認あるに非ざれば之に對して其の效力を生ぜざるものと解するを相當とす、本件に於て原裁判所は甲第二號證と證人山崎喜八の證言に依つて上告人(被控訴人)は被告(控訴人)より家屋を賃借するに際し、將來右賃借に關し當事者に於て争を生じたる場合に其の紛争を解決する爲豫め訴外山崎敬治に對し、上告人を代理して和解を爲すべきことを依頼して其の權限を與へたるを以て被告は上告人の右代理人と裁判上の和解を爲したりと認定したり、原判決の趣旨が若し上告人が將來被告と和解を爲す場合に於て豫め被告の代理人たるべき者を選任することを被告に委任し、被告は此の委任に基き山崎敬治を上告人の代理人に選任し、

裁判所に於て同人と裁判上の和解を爲したりと云ふに在りとせば、其の委任は前示の理由に依り無効にして從て裁判上の和解の基本たる和解契約は無効なれば、原裁判所が該和解は上告人の適式なる代理人との間に爲されたるものにして有效なりと認定したるは不法なりとす、若し夫れ原判決の趣旨にして上告人が自ら山崎敬治を代理人に選任して和解を爲したる事實を認定したるものとせば、其の憑據と爲したる甲第二號證及證人山崎喜八の證言を綜合したる結果に反するものと謂はざるを得ず、何となれば證人山崎喜八は「其の貸貸する時は證人と父とが相

談して貸したものでありますが、將來一回でも家賃を延滞するときは裁判上の和解を勝手に作成すると云ふ印刷した委任状を原告(上告人)より取り其の後原告は三ヶ月も家賃を延滞しましたから、右委任状に依り原告に無斷で裁判上の和解調書を作成したり」と證言せるに過ぎずして甲第二號證は右證言中の委任状に外ならざればなり、然らば原判決は不法にして破毀を免れざるを以て他の論旨に對する説明を省略し民事訴訟法第四百七條第一項に依り主文の如く判決す

### 三五九 無權代理が本人相續

大正十五年(オ)第千七百七十三號

案するに訴外田村正治が祖父源太郎の承諾を得ず、擅自に同人の所有せし係争不動産の登記證書を持出し自ら其の代理人なりと稱して本件の貸借又は貸越並に抵當權設定契約をなし、久下村役場に届出ありたる同人の印章と酷似せる印章を偽造し之を押捺して契約證書並に登記申請委任状を偽造し、以て抵當權設定登記をなしたる事實は原審が原判決舉示の各證據に依り認定す

先代の委任状を偽造して抵當登記を爲した無權代理でも相續せば追認と同様也區別論は複雑弊

る所にして、而して源太郎が追認又は追認の拒絶をなすことな  
くして大正十一年五月三十一日を以て死亡し、正治が其の家督相續をなせる事實も亦原審が證據に依り認定する所に係り斯くの多き場合に於ては或は原判決説示の如く前掲貸借又は貸越並に抵當權設定契約は正治のなしたる無權代理行為なるにより本人たる源太郎の追認なき限り同人に對し其の效力なく、而して正治は本人源太郎の相續人として之が追認をなさざる限りは無

無代理人として民法第十七條第一項所定の責任を負担すべきに止まり、相續により前記無權代理行為が當然追認せられたるものと爲ることなしとの説なきに非ざるべしと雖も、前記の如き無權代理人が本人を相續し本人と代理人との資格が同一人に歸するに至りたる以上本人が自ら法律行為をなしたるものと同様の法律上の地位を生じたるものと解するを相當とす、恰も權利を處分したる者が實際其の目的たる權利を有せざる場合と雖も其の後相續其の他により該處分に係る權利を取得し處分者たる地位とが同一人に歸するに至りたる場合に於て、該處分行為が完全なる效力を生ずるものと認めざるべからざると同様なりと謂ふべく、之に反し單に無權代理行為なりとの理由に基き叙上の如く無權代理人が本人を相續したる場合と雖も同人は其本

### 三六〇 訴訟能力と報酬契約

未成年者が養父との人事訴訟上獨立して訴訟及代理委任權を有し乍ら報酬契約の否定は非也

(博士 穂積重遠氏判例反駁摘要)  
大正一四(オ)四八一號、一四・一〇・三、民三)  
(事實) 所司原五郎と云ふ未成年者が其養親から離縁の訴へを起されたので、自身で辯護士松澤清を訴訟代理人に選任して應

人たる資格に基き追認を拒絶し得べく從つて又無權代理人たる資格に於て損害賠償の責に任ずることを得べしと謂ふが如きは徒らに相手方を不利益なる地位に陥る結果を生ずることを免れ難く其許すべからざること言を俟たざる所にして、斯くの如きは民法第十七條第一項の辭句に拘泥し同條項を正解したるものと謂ふべからざるが故に、原審が前掲理由の下に正治の相續により同人の無權代理行為が當然追認せられたるものとなること無しと認め、以て本件貸借又は貸越並に抵當權設定契約の無効確認を求むる本訴請求を認容すべきものとし本件控訴を棄却したるは法律の解釋並に適用を誤りたる違法あるを免れざるものにして論旨理由あり

と抗辯した、而して第一審第二審共原告の勝訴になつたのであつて、第二審裁判所たる大阪控訴院は

『未成年者と雖意思能力を有する以上、本件の如き人事訴訟に付いては法定代理人の同意を得ずして有効に訴訟委任を爲し得べきことは、人事訴訟手續法第三條第二十六條の明規する所に於て、右の如き訴訟委任に於て受任者の受くべき報酬に關する約款は、委任契約の一部分を爲し不可分の關係あるものと解すべきものなるが故に、未成年者が法定代理人の同意を得ずして爲したる報酬に關する特約も有效なり』

と判決した、それに對して被告側から上告したのであるが、大審院は左の判旨で原審判決を破毀し、事件を差戻した  
(判旨) 『民事事件に於ける訴訟代理權の授與は訴訟行為たるに論無きが故に、之を爲すの能力其の方式其の效力の如き一に訴訟法に準據して之を定めざるべからざると同時に、本人と代理人との間に締結せられたる報酬契約は法律行為(詳言すれば實體法上の法律行為)たるに論無きが故に、之を爲すの能力其の方式其の效力の如き一に實體法に準據して之を定めざるべからざるが、殆ど當然の歸結と云はざる可からず、今夫れ實體法上の限定能力者は原則として訴訟能力を有せずと雖、人事訴訟に

訴し、且自身で松澤と報酬金に關する契約を締結した、所が其約束の報酬を支拂はぬので松澤からそれを訴求した處、所司側では、右の報酬契約は未成年者が法定代理人の同意を得ずにしたもの故法定代理人から相手方に對して取消の意思表示をした

於ては斯る者も亦訴訟能力者として遇せらるゝ結果、訴訟代理權の授與の如きも自ら有効に之を爲すを得るは、人事訴訟法第三條の適用若くは準用に依り明白なり、而も其のこれあるが爲に前記の如き限定無能力者は當然自ら訴訟代理の報酬に關する契約を代理人と有効に締結するを得ること、此の點に於て實體法上の能力者と何等選ぶところ無しと云ふに至りては蓋し誤りなり、何となれば斯る報酬契約は純然たる實體法上の法律行為なるを以て有効に之を締結する能力の有無の如き、固より一に實體法に準據して之を解決せざるべからざるを以てなり然らば即ち原裁判所が、本件報酬契約は人事訴訟の訴訟代理に關するものなりとの唯一の理由に依り、其の取消の無効なることを斷定したるは失當なり』

(評釋) 此判決は、訴訟行為と實體法上の法律行為との區別と云ふ抽象論に捉われて、制度の目的を忘却したものであるまいか、成程訴訟行為は法律行為ではないが民法は訴訟行為を法律行為と並べて無能力者の行為の制限中に加えて居るのであつて(一二條一項四號一四條一項一號)其制限が解除されて無能力者が訴訟行為をなし得る以上、其訴訟を充分に行ふための附隨的法律行為が有効に出來なくては、訴訟能力を與えたことが

徹底しないのである、民法第六條に「營業を許されたる未成年者に其營業に關しては成年者同一の能力を有す」とある様な趣旨が此場合にも含蓄されて居るものと解すべきではあるまいか

即ち未成年者に訴訟を許す以上「訴訟能力者」と同じく任意に訴訟代理人を選任し得るものとしなくては、やはり「或範圍に於て訴訟無能力を認むるもの」で、既に任意に訴訟代理人を選任出来るとしながら、報酬契約は有効に出来ないと云ふのでは實際上再び「或範圍に於て訴訟無能力を認むるもの」たらざるを得ない、殊に本件に於ては、法定代理人たる養親が訴訟の相手方面も原告であつて、未成年者たる養子がこれに對して防禦するために辯護士と報酬契約を結ぶのであるから、其報酬契約を有效ならしめるために當の對手たる法定代理人の同意を求めよと云ふのは迂遠千萬實行不可能な話である、それでは親族會

に特別代理人を選任して貰つて其同意をと云ふかも知れぬが、民法第八八條による特別代理人選任は親権者の方から請求すべきものであるから、これ亦此場合實行不可能である、隨つて被告たる未成年者は結局人事訴訟手續法第三條第二項又は第三項によつて裁判所に辯護士を選任して貰う外ないことになるがそれでは未成年者に訴訟能力を與へた制度の目的に適はぬこととなる、本件の事實は充分明白でないが、離縁の訴への原告たる養親が敗訴し又は訴へを取下げた被告たりし養子の法定代理人たる資格で養子が辯護士に約した報酬を取消したものでない、果して然らば不當極まる次第であつて、大審院が抽象的論に提はれて此不當を是認したことは、確に反省に値する、もし又辯護士が依頼者の未成年者なるに乗じて不當に高い報酬を約せしめたと云ふならばそれは又別問題である

### 三六一 保證人の辨濟と代位

大正十五年(オ)第三六七條

民法第五百條の規定に依り、債權者に代位する場合に於ても其

保證されたる者のみ負擔部分を有し他の連帶者になき時は之に對し辨濟による代位求償權無し

の代位する者は單に自己の權利に基き求償を爲すことを得べき範圍内に於てのみ債權者の有せし一切の權利を行使し得べき

のなることは同法第五百一條の規定する所なるを以て、其の代位する者が債務者に對し求償を爲し得べき權利を有するときに非ざれば債權者の有せし權利を行使し得ざるものと謂はざるべからず、而して民法第四百六十四條に依れば連帶債務者の一人の爲に保證を爲したる者は他の債權者に對し其の負擔部分のみに付求償權を有するものなるを以て、連帶債務者の一人の爲に

### 三六二 供託を素人兎角勘違ひ

間 家主と借家人との間に紛議を生じたれど調停裁判にて無事落着し今後月々斯く／＼入金すべく、三回以上滞れる時執行を受けるも異議なきことになり居れり、然るに兎角相互間圓滿を缺ける爲め近頃は何人の智慧に基づきしか知らざれど、郡部から懸々東京日比谷の供託局迄出頭し、月賦金を其都度供託し、供託局より其旨通知し來るに至れり、されど債務者は意地悪く其供託受領證を債權者に送付せざる爲め、右毎月の金圓を受領するに由なし、乃ち先方が義務を履行せずして家主にも受取らしめず困らかすことのみ腐心し居るものゝ如し斯る場合如何にせば可なるものなるや

債權者を困らかす目的にて供託沙汰あり拒絶なき供託は無効也

管 成る程供託すれば辨濟と同一の效あり、而して供託受領證を送付すると否とは、其後の手續にして供託の效力に關係なしとは既に判例の存する處なれど(四、三、一一大民一)元來此判決は聊か失當と信ぜらるゝ也、供託は債權者が受領を拒む故己むを得ず手續するもの故、供託證の如きも債權者に交付し何時でも受取れる様運ぶべきが條理なるに、斯くせざるも可なりと云ふ趣旨の判例は吾人の不服とする處也、然れども此條は今致方なし、此上は債權者より債務者に對し其供託證の交付を出訴するか、又は今後の供託を明確に無効たらしむる様、債務者に對し拙者は受領を決して拒絶するものに非ず、故に今後は必

す現貨に提供されたし、若し此提供を爲さずして供託せんか、其供託は無効のものなりとして、乃ち滞納せるものとして和解調書の執行文を得、以て強制執行を爲すべし、内容證明郵便にて通知するが可也、受領を拒絶したる證據なきに供託する如きは明かに民法四九四條に違反するものなれば也、素人は兎角供

### 三六三 第三者の履行準備は相手方を遅滞に付す

昭和四年(オ)第千八百八十七號

同時に履行すべき債務を負担する双務契約の當事者双方が其の債務の履行を爲さざる場合に於て當事者の一方が相手方を遅滞に附するに己の債務の履行を提供し相當の期間を定めて履行を催告する事を要するものにして此の手續を履踐し相手方を遅滞に付したる後に非ざれば契約の解除を爲す事を得ざるものなりと雖如何なる場合に於て債務の履行の提供ありと爲すべきやは取引の通念並實驗則を參酌して之を判斷すべきものとす、履行の提供は債務の本旨に従ひ現實に之を爲すを原則とすることは民法第四百九十三條の規定に依り明にして現實の提供即ち所謂事實上の提供とは債務者が履行の爲に必要なる一切の行爲を完了することを謂ふものなれば金錢債務に在りては債務者は

託供託と云ふけれど受領拒まれざるに供託と云ふ法なし、拒まれた時已むを得ず認めたる手段を近頃は何か債権者を困らさず意味にて手段するもの多々あるやうに見受けらる、飛んでもなき手数の掛つた間違ひ沙汰也、双方の勘違ひを覺らしむべく敢て茲に其供託の性質を聊か詳述せる所以也

支拂を爲すべき金錢を履行の場所に持参して何時にても之が支拂ふ爲し得べき準備を爲す事を要するものとす、然れども商人が商品買入の契約を爲すに當りては轉賣の目的を以て之を爲すを通例とするものなれば其の買入の契約を爲したる目的物に付既に轉賣主定まり商人たる買主が其の轉賣主と同行して賣買契約履行の所に到りたる場合に於て轉賣主が其の轉賣の爲にする代金を携帶し當初の賣主より履行の提供ありたらんに直に之を買主即ち轉賣主に交付し買主をして之を賣主に支拂はしむべき準備調ひたるときは縱令買主自己に於て代金を携帶せざるも買主は代金支拂の債務に付き履行の提供を爲したるものと解するを相當とす

### 三六四 以下と未滿と迄の義

改正登録税法第二條第六號に地上權永小作權又は賃借權の取得存続期間十年以下のもの不動産價格千分の一

同 二十年以下のもの同千分の二(以下略)

とあり、此以下の文字を十年未滿二十年未滿なりと解釋する人と十年を二十年なりと解釋する人とあり(細説すれば存続期間十少年間は千分の一なりとの説)右は何れを可とするや

差掛り居る事之有候間特別御急報願上候

審 常議では十年以下と云へば十年未滿の如くにも思はるゝも

十圓以下十圓迄と云ふ場合は十圓をも包含する也未滿とは違ふ以下とは其を以て下るの義なり

法律上の嚴格なる解釋としては十年迄即ち十年をも包含するものとす、以下とは以て下るの義也、十年と其下と云ふ事になる也、故に十年未滿と十年迄とは又異なる事となるものとす、今日迄の規則に百圓以下は云々百圓以上は云々と云ふ文句往々ありたり、之は百圓を双方に包含する事となり不條理とす、若し以下といふ文字を使用する時は次には超ゆると云ふ文字を使用するを合理とし未滿の次には以上を使用すべきである、斯くせば重複の不合理なき事となる也

### 三六五 辨濟期と相殺適狀

問 甲が乙に對する債務辨濟期は昭和五年十二月三十一日なり乙が甲に對する債務辨濟期は昭和六年十二月三十一日とし利息は昭和五年十二月二十五日より毎年十二月二十五日毎に支拂ふこと若し利息一回たりとも支拂はざる時は直に元金の請求を受くるも異議なきことを定めたるが利息は初回より何等支拂ひなし、然れども乙は甲に對し未だ元金辨濟方請求したることなし

此度甲は債権を丙に讓渡し讓渡通知は昭和六年一月三日乙が受領し丙より乙に對し支拂請求訴訟を起し乙は甲に對する債権にて相殺を主張したるところ(履行期は昭和五年十二月二十六日に到來したりと主張し理由は利息一回も支拂なしと云ふにあり利息支拂なきこと相手方も認めたり)裁判所は乙の甲に對する債権は利息支拂なき故いつにても請求し得るに止まり未だ請求

したることなき故相殺を爲すを得ずとし乙敗訴したり、乙の債権は請求したることなき故履行期に在らずと云ふものの如し思ふに乙の債権は利息辨済なき故恰かも辨済期の定めなき債権となりたりとするも辨済の請求をなし得る時が即ち辨済期と解すべく判決は失當と存候控訴して相殺を認めらるゝものに候や

答 一、乙の甲に對する債権の辨済期を「昭和六年十二月三十一日」とし若し昭和五年十二月二十五日に利息を支拂はざるときは右の辨済期は昭和五年十二月二十五日とす」と定めたる意思なりや

二、或は昭和五年十二月二十五日利子不拂の事實あるときは其の翌二十六日より期限に二つあることとなるの意なるや即ち確定期限は昭和六年十二月三十一日にして其外に乙が元金の請求をなしたるときは始めて期限が確定すると云ふ債権者の意思次第にて請求の通知の到達により辨済期が定まるべき不確定期限

### 三六六 第三者の爲の豫約

第三者より直ちに債務者に對し利益享受並に豫約完結の意思表示を爲し給付請求權を生ずべし

法曹會決議(大正十五年五月十七日)

契約當事者の一方が第三者に或給付を爲すべきことの豫約

を爲したる場合に於て、其の豫約中其の第三者が債務者に對し受益の意思表示を爲したるとき其の効力に關し、左の三説あり、

何れが妥當なりや

甲説「本同の場合に於ては何等の効力を生ずることなし、尤も要約者に對し契約完結の意思表示を爲したるときは其の時に於て第三者の諸約者に對する給付請求權が発生すべし」と

乙説「第三者は要約者に對し諸約者に契約完結の意思表示を爲すべきことを求め得るに過ぎず」と

丙説「第三者は必然的に要約者の契約上の地位を承継し自ら契約完結の意思表示を爲し、完全に其の権利者となることを得べし」と

### 三六七 第三者の爲にする物權契約は有效也

昭和五年(オ)第九百八十七號(五、十、二、一民)

民法第五百三十七條は單に契約に依り當事者の一方が第三者に對して或給付を爲すべきことを約したるときは其の第三者は債務者に對し直接に其の給付を請求する權利を取得することを定むるのみにして契約に依り當事者の一方が第三者をして直接に物權を取得せしむる事を得る旨を規定せざるも債權契約に關する規定に反對の事情なき限り物權契約にも亦之を準用し得るを

決定 當事者の一方が相手方に對し第三者に或給付を爲すべき豫約を爲したる場合に於ては第三者は其債務者に對し豫約より生ずる利益を享受するの意思を表示することを得べく、此意思を表示したるときは豫約を完結するの權利(形成權)を取得すべし、從つて第三者は債務者に對し豫約完結の意思表示を爲すことを得るものとす、然るに此二個の意思表示は同時に之を爲すことを得るを以て第三者は債務者に對し豫約に基く利益享受の意思表示を爲すと同時に豫約完結の意思表示を爲すことを得べきものとす、故に丙説の論結は結局相當なり

原則とし且右の場合に於ては何等其の準用を妨ぐべき事情を認め得ざるを以て前記法條は物權契約に付いても亦第三者の爲にする契約の効力を是認すべきものとす

### 三六八 天災で履行の不能

其不可抗力なる事實に於ては債務者に於て立證責任あること履行遅滞の場合に準じ當然の結論也

(學士 藤田東三氏判例評釋)  
(大正一三(オ)五六九號一四・二、二七、民二、集四卷三號九七頁)  
(判旨)

一、給付の不能に基く損害賠償の請求權は給付不能に因り新に發生するものに非ずして本来の權利と同一權利にして單に其の内容を變更したものと解すべきを以て給付の不能夫自體は給付義務を免れしむるものに非ず  
二、從つて債務者に於て給付義務を免れんとせば給付の不能が自己の責に歸すべからざる理由に因ること主張し且つ立證せざるべからざるものと解するを相當とす、蓋し給付不能の事實存するに於ては一應債務者の過失を推定するを得べく又之を履行遅滞の場合と對比するに債務者が履行遅滞の責に任ずるには其の不履行に付債務者に過失あることを要すべく、此の場合に於ては民法四百十九條第二項に於て金錢債務の履行遅滞に付いては特に不可抗力の抗辯を爲すことを得ざる旨を規定せるが故に金錢債務に非ざる債務の履行遅滞には不可抗力の抗辯を爲し

得るものと解せざるべからず、從つて債權者が履行遅滞に因る損害賠償の請求をなすには履行遅滞が債務者の過失に基けることを證明することを要せず、債務者に於て義務を免れんとせば不可抗力に基ける旨の證據を擧ぐることを要するものなることを解釋上疑ひなき所なるを以て、前示舉證責任の問題に付き遅滞の場合と給付不能の場合との間に解釋上區別を爲すべき理論上の理由なく既に遅滞の場合に債務者に立證責任ありと爲す以上給付不能の場合に於ても亦同様なりと解するを妥當とすればなり、

(評釋) 判旨の謂ふ『給付の不能が債務者の責に歸すべからざる事由に因ることは債務者に於て證明することを要す』といふ點に關しては先例は見當らない、債務の履行が不能でありや否やが當事者間に於て争ひとなつた時は債務の履行不能に因り賠償を求むる債權者はその履行不能の事實に關して立證の責任を負はねばならない、債權者が履行不能の事實を立證した場合その不能が債務者の責に歸すべから

ざる事由に因ることを主張して其の賠償責任を免れんとせばその舉證の責任は債務者に在りといはねばならない、後の點については上告論旨でも云ふ通り獨逸民法は明文を以て舉證責任を債務者に負はしめて居る、我民法には直接の規定はないが民法四百十九條二項の解釋上履行遅滞に因り損害を生じた場合債務者は不可抗力を以て抗辯することを得る從つて抗辯せんとする債務者に於て不可抗力と認めらるべき事實の存在を立證せねばならない、履行不能は履行遅滞と同じく債務不履行の一種であるからこの不可抗力の立證責任の負擔についても性質上同様に解すべきであつて、判決理由の云ふ所至極尤もだと思ふ信義誠實の原則からもこの結論が支持せられねばならないと信ずる債務者の側から云へば、履行不能が債務者の責に歸すべき事由に因るか然らざるかは債務者側の事情であつて知る事を得ないのを通常とする、若し債務者に立證の責任ありとすれば多くの場合その調査立證は困難不可能であるに違ひない、反之債務者は若しその履行不能にして自己の責に歸すべからざる事由に因るならば自己の側に於ける事態故調査立證も亦容易である、私はこの實質上の理由と民法四百十九條第二項とに基いて、大審院に賛成するに躊躇しない、鳩山博士(日本債權法總論一六

〇頁)及石坂博士(日本民法債權總論五八〇頁)は大審院の見解と同一の意見を採られて居る、唯茲に問題となるのは七百十五條と四百十五條との關係である或る事業のために他人を使用する者は被用者がその事業執行に付き、使用者が第三者に對し負擔して居る債務を履行不能たらしめた場合に、七百十五條を類推適用すべきか否かの問題である、私は不法行為と債務不履行とは性質上同一のものと解するか故に類推適用すべきであると信ずる、然らば本件に於て原告はこの點を主張して訴訟したならば被告に於て被用者の選任事業の監督に付き相當の注意をなした事實の立證責任があること明かであつて訴訟のテクニクとしても更に巧妙ではあるまいかと考へらる

### 三六九 姦通の宥恕と居村追放

昭和六年(オ)第三千六十號

原院は被上告人が上告人の妻と姦通して一旦上告人に損害賠償の請求權發生したるも昭和二年十月二十五日上告人と被上告人の實父中村清次郎との間に乙第一號證並甲第二號證の各書面交換せられ、茲に上告人より右損害賠償の債權を免除したるものと認定し以て上告人の本訴請求を排斥し去りたり、而して上告人は上告人が其妻を離婚するか若は婚姻を繼續するか兼に對する處置に付上告人の意思を決定する迄、被上告人に於て一時生家の所在地を離れて歸村せざる旨を確定し、若之に違背せば當然に免除は其效力を喪ふものなりと主張したるところ、原院は乙第一號證及甲第五號證に於ける上告人主張の契約を解除して上告人が被上告人の行爲を宥恕し之に對し被上告人等は上告人が妻と復縁するか又は他より後妻を迎ふる等一家の圓滿を來す迄被上告人に於て生家に入居せざることを誓約したるものと做しながら、此等の文書中に記載しある條件なる文字は別段法律上の意義に使用せられたるものにあらず、從て上告人が

之に違約した時損害請求をするといふ事は條件として有效なり

同誓約に違背して自由に生家に入居するも之れが爲めに本件債務の免除に何等の消長を及ぼすべき筋合なしと判示したるものとす、然れども他人の妻と姦通し其の夫の名譽を毀けたる者が被害者に對し謹慎謝罪の誠意を示さんとし、一時居村を離れて他郷に入り其間生家に入居することを遠慮すべしと約するが如きことは、時として被害者の受けたる精神上の苦痛を慰藉するの手段たらざるなきを以て被害者が金錢賠償を求めざる代りに特に斯種の特約を取結ばしめたりとせば契約者に於ても其約旨を遵守するの責務あるや論なし、然らば乙第一號證に依り上告人が被上告人の行爲を宥恕し損害賠償を求めざる代りに被上告人より前陳の如く一時生家に入居せざることを誓約したるものとせば、一應同誓約の事項は之を損害賠償請求の免除と關係を有せしめたるものと認むるを相當とすべし

昭和七年五月三日

大審院第五民事部

### 三七〇 住所は一人一個也

住所は生活の本據、生活の全般の中心點故一個にして數個なし

法曹會決議 (昭和七年六月二十九日)

問 各人の生活の本據を以て住所となしたるが住所に一箇説と二箇説とあり、貴會の決議を仰ぐ

決 民法に所謂生活の本據は全般的生活の中心點を意味し、特種の生活の中心點を意味せず、特種の生活の中心點例へば營業生活の中心點たる營業所、事務生活の中心點たる事務所(辯護士事務所公證人役場等)は一般的生活の中心點の外に別に存在

### 三七一名板貸の無効と保證金

取引員の名板を貸す契約は無効故之が爲め提供せる保證金も不法原因の給付となり返還不能也

(博士松本丞治氏判例評釋)(大正一四(オ)八三五號、一五・四・二一、民三、集五卷五號二七一頁)

(判旨) 取引所の取引員たる爲には、取引所法第十一條に規定せる一定の資格ある者に於て政府の免許を受けることを必要とし、又取引所が其の定款に於て取引員たるに要する條件を定むるときは、其の條件を具備することを前提とする等法律は取引

し得べく、又次々數箇存在し得るも一般生活の中心點は實際上數箇あり得ることなし

或は民法に所謂生活の本據を以て獨り全般的生活の中心點のみならず、特種の生活の中心點をも併せ意味するものと解せられざるに非ざるも、民事訴訟法等に住所の外に營業所事務所等の觀念を認めたと取引の劃一を保持せる必要とに鑑み、右の解釋は其の當を得ざるものとす

員の資格に關し頗る嚴密なる制限を設け、此の如き資格を有するものに非ざる限り取引所に於て取引を爲すことを得ざる旨を明かにしたり、蓋し取引員は、業務上一面に於て取引委託者

並に取引所に對し取引より生ずべき私法上の責任一切を負擔せざるべからざるのみならず、其の業務たる取引は他面經濟上甚だ重要なる取引所の機能を左右するものなるを以て、其の資格



の銓衡に當てば單に取引より直接に生ずべき財産關係を處理し得べき能力を標準とするに止まらず、更に取引員たるべき者が果して取引所なる經濟機關の運用に與るべき資格を有するや否やを考慮して、其の許否を決するを必要としたればなり、此故に取引所法の規定したる資格は取引所の取引員として其の業務を主宰するに付缺くべからざるものにして、其の資格を有せざる者をして取引員の名義の下に獨立經營の衝に當らしめんとするが如きは、假令資格を有する名義人が其の背後に於て總て取引上の責任を引受くるも、公益上到底之を許容し難きところにして、此の如き事項を目的とする契約は、正に前顯取引員の資格に關する公益規定に背反する行爲にして、其の無効なることを言ふ俟たず、原判決の確定するところに依れば（中略）取引員たる被告人は其の營業たる取引に關與せず取引員に非ざる上告人をして取引員たる被告上告人の名義を藉り、自己の損益計算に於て仲買業の獨立經營に當らしむべしと云ふ條項も、將信認金の寄託と云ひ準消費貸借の締結と云ふも畢竟一個不可分の契約の内容を組成するものに外ならざること明白なるを以て、上來説述する如く前記條項にして既に無効なる以上は、信認金の寄託、準消費貸借の締結は孰れも無効なることを言ふ俟たざる

又本判決は名板貸契約と信認金の寄託及び準消費貸借とは全部一個不可分の契約の内容を爲すものであるとして、信認金の寄託及び準消費貸借は孰れも無効なりとして居るが、之は事實に反する觀方であるかと思はれる、少くとも準消費貸借の締結は後日行はれることは判例集の記述より觀て明白である、且單に信認金の寄託及び準消費貸借が無効であるとするのみでは、中村が笹木に對し別に不當利得に基いて五千圓の返還請求を爲し得るや否やの問題は殘存せねばならぬ、此點に於て原審が中村は不法原因に因つて給付したる五千圓の返還請求權を有せず、従つて之を目的とする準消費貸借は無効であるとして居る方を優れりと考へる

### 三七二 出世證文の役立つ時期

問 十年前程散々に家賃をためた揚句移轉料迄やつて立退かした者、此頃府下の發展地にて飲食店を營み居り、數人の子女も中學校女學校等に通はせ居れり、而して拙者は十年前後日の爲めとして滞り家賃並に移轉料等を合計し、約三百圓許りを所謂出世證文にして貰ひあり、之を以て今日請求すること差支なき

ところにして、之と同主旨に出たる原判決は相當にして論旨は總て理由なし

（評釋）取引所の取引員（舊法に所謂仲買人）が他人に名義を貸し之をして其營業を經營せしむる契約は、俗に名板貸と稱するものであつて、昔から事實上相當多く行はれて居る、現に名板借人の爲したる取引の效力に付いては二三の大審院判決がある（民錄四輯九卷四九頁、五輯五卷一三二頁、二五輯一〇三二頁參照）併し乍ら名板貸契約自體の效力に關する事件としては此判決が初めてのものであるかと思はれる、而して本判決は名板貸契約を以て取引所法中の公益規定に背反する無効の行爲なりとして居るのであつて、其趣旨には贊成するに躊躇しない、但之を高調する爲め述べて居る理由中動もすれば取引員たる個人の資格に重きを置くが如き語氣あるは、取引所法第十一條（改正法）が法人たる會社の取引員たることを認めたと多少輕觸する嫌があることを惜むものである、凡そ一定の資格を定め政府の免許を要件とする營業に於て、免許なき者をして事實上營業者たる質を收めしむるが如き契約は常に脱法行爲として無効でなければならぬ、名板貸契約の無効なることは右の理由を以て十分であると思ふ

尙ほ本判決及び原審が所謂信認金の寄託を不法、従つて無効と觀て居る點に對しては多少の異論を生ずる餘地がある、即ち名板貸契約は無効であり、従つて之に依つて定められたる一定の報酬の授受は不法原因に因る給付であるが、將來の損害擔保の爲めにする信認金の交付は之と離れて存する別個の行爲であつて、其給付行爲を不法とすべき理由はないと觀るは確に一論であると思ふ、上告理由の述べて居る所も亦其趣旨かと解される併し乍ら名板貸契約と信認金の寄託とは不可分的に行はれたものであると觀て、之に依る五千圓の給付は不法原因に依るものであるから、返還請求權なしとするも恐らくは不當でないかと思はれる

生活して多少にても餘裕の出る様な状態の時辨  
濟期到來其から時効も進行又遲滯の損害も發生

や伺ひ候

答 差支なし、出世證文故時効にかゝり居らず、時効の年限を計算するのは其者が出世したる時、乃ち生活上多少にても餘裕生じ負債を幾分づゝでも償却出来る様になりし状態の時より數ふべきものとす、而して家賃の如き債權は時効五ヶ年故其者が

出世した時より未だ滿五年に達して居らざれば時効消滅と云ふことなき故、請求しても差支なし、假りに六年前より裕福になり居りしとするも、斯る恩借につき時効を援用する否とは其本人の良心によりて決せらる可きものなれば、或は右の如き抗辯を爲さざるやも知れず、兎に角幾分宛でも可なる故辨濟すべ

き旨を交渉するが良し、尙其出世証文は無利子のものとしても出世なる辨濟期到來後督促を受けて尙支拂はざる時は、其遲滞の責任として年五分の法定利子に相當する損害金を今後支拂はざる可らざることとなるものとす

### 三七三 遺骸の引渡し請求

遺骸を協議上親族の方に埋葬したからとして其所有權を拋棄したること、ならず斯ること、は認められず相續人は何時でも引渡し請求可

大正十五年(オ)第千二百八十六號  
依つて按ずるに遺骨は有體物として所有權の目的と爲ることを得べきものにして、其の所有權は相續人に歸屬するものなることは當院の判例(大正十三年(オ)第百二十二號、同年七月二十五日第二民事部判決参照)とする所なるを以て、前戸主の遺骸も亦其の家督相續人の所有に歸屬し従つて其の家督相續人に於て之が管理を爲す權利を有するものと解せざるべからず、然れども遺骨又は遺骸に對する所有權は事物の性質上他の財貨に對する所有權と大に趣きを異にし、特殊の制限に服すること論を俟たず、蓋し遺骨又は遺骸は單に埋葬管理及祭祀供養の客體たるに止まり、之が所有權を認むるも實は叙上の目的を達するが

爲に外ならず、従つて遺骨又は遺骸の所有者は他の財貨の所有者と異り、其の所有權を拋棄するが如きは之を許さざるものと云はざるべからず、何となれば遺骨又は遺骸の所有權を拋棄するときは祖先の祭祀供養を廢すること爲り、善良の風俗に反するを以てなり、然らば原判決が論旨摘録の如く判示し上告人の前戸主亡江尻寛の遺骸を埋葬するにあたり、上告人家の墓地に埋葬すべきか或は被上告人家の墓地に埋葬すべきかに付意見の衝突ありしも、親族協議の結果被上告人家の墓地に埋葬することに決定し、上告人も之に同意し異議なく其の葬儀に列したるものにして、上告人は之に依り亡寛の遺骸に對する所有權を拋棄したるものとなし、右遺骸の所有權に基く上告人の本訴請

求を排斥したるは失當にして、論旨は孰れも理由あり

### 三七四 共同金の貸付と責任

共有金を一人が代表して貸付けたるものとせば損失は分擔なり借りて貸したものとせば全責任

問 甲乙丙丁の共有金あり、甲は世話人となり此の共有金を他の人々へ貸付及返済等の取扱ひをなし(利子付)年度毎に決算報告し居れり、然るに本年はある債務者に於て返済期經過すれども返済せざる故、甲は再三督促すれども返済せず、而して乙丙丁の方にて甲世話人に向ひ年度決算までに貸付金取立出來ざる部分に世話人甲に於て辨償せよと云へり、是は甲が辨償するの義務有るか、無きか御解答下さい、但し右甲乙丙丁の共有金貸付又は返済金取扱ひに就きては規約等は一切無し  
答 甲乙丙丁の共有金を甲が代表して他に貸付たるものとせば

之が同收不能の場合甲に於て代りて乙丙丁等に決済をつける義務なし、甲が乙丙丁より借りて他へ貸付けたるものとせば、取立の能不能に關せず支拂ひ義務あり、此方は乙丙丁等に取りて便利なれど、其代り甲が取立たるものを私消して乙丙丁等に返金出來ぬ事となりても横領罪とならず、前者の場合乃ち共有金を代表して貸付けたる場合は、其取立金を私消すれば横領罪となるべし、一利一害は免れず、本件甲の貸付に大過失ありし時は他の人々に對し損害責任を生ずることとあれど(民法第六四四條)然らざる限り共有者一同の損害と見るの外なし

### 三七五 恩給の委任不解除は無効

受任者の利益の爲めの不解除は有效なれど恩給委任上では無効

昭和六年(オ)第千六百二十二號  
民法第六百五十一條第一項の規定は受任者が委任者の利益の爲

にのみ事務を處理する場合に適用あるものにして、其の事務の處理が委任者の利益の爲のみならず、受任者の利益をも目的と

するときは、委任者は同條に依り委任を解除することを得ざるものなることは、所論採用の當院判例の認むる所なり、而して本件に於て上告人と被上告人との間に締結したる扶助料受領に關する委任契約は、上告人より被上告人に對する貸金債權の辨濟に充當する爲に爲されたるものなること、原判決の確定したる事實にして、從て右扶助料受領の委任は委任者たる被上告人の爲のみならず、受任者たる上告人の利益をも目的とするものなりと認むべしと雖、恩給法第十一條には恩給を受くるの權は之を擔保に供することを得ずと規定するを以つて、本件の如く恩給の受領に關する委任が受恩給者の債務の辨濟に充當する爲に爲されたる場合に於ては、其の債務の完済に至る迄は委任を解除せざる旨の特約ありたりとするも、斯る特約の效力を認む

### 三七六 偽造でも債權の準占有

昭和二年(オ)第七十條

債權の準占有者とは自己の爲にする意思を以て債權を行使する者の義に外ならざれば、苟くも自己の爲にする意思を以て債權を行使する者たる以上假令其の者が偽造證書を用ひ、債權者本

ることは實質的には恩給を受くるの權利を擔保に供すると異なる所なきに至るを以て、其の特約は前記恩給法の規定の精神に照し無効なりと解すべきのみならず、右委任が受任者の利益をも目的とするものなることを理由として債務の完済に至る迄其の委任を解除することを得ざるものとせんか、同じく右恩給法の精神に反すること明なるを以て、本件の如き場合に在りては委任者は何時にても其の委任を解除することを得るものなりと解するを相當とすべく、從て原判決が民法第六百五十一條第一項の規定に依り上告人の抗辯を排斥したるは相當にして、本論旨は理由なし

昭和七年三月二十五日

### 偽造の受領證でも印鑑届から之を使用し拂渡會社に於て過失と見られざる時は債權の準占有者に支拂を爲したるものと見る論

人なりと冒稱せし事實ありたりとて、之が爲直に債權の準占有者に非ずと解すべからず、斯る者にては辨濟者より觀察し社會一般の取引觀念に照して、眞實債權を有するものと思想するに足る外觀を備ふるに於ては、債權、準占有者と看做すべきなり

從つて辨濟者が善意なる以上、其の辨濟は民法第四百七十八條に依り有效なりと云はざるべからず、而して本件に就て考ふるに被上告人の名義を用ひて何人が先づ横濱市長の印鑑證明書を添へて改印届を上告會社に爲し、次で其の印鑑と符合する印章を被上告人名義の配當金領收證に押捺し、之を上告會社の配當金取扱銀行に提出し配當金の支拂を請求せし爲、配當金の支拂はれたるものなることは原審の確定せる事實とす、然るに原審は斯の如く配當金請求權者に非ざる者が配當金を騙取する目的を以て、自ら配當金請求權者の名義を冒用し偽造に係る印章を押捺して配當金領收證を偽造し、之を提出して配當金の請求を爲したる場合は、假令該印章が所轄官署の證明書を添付し、豫め會社に届出られたる場合と雖、一般取引觀念上配當金請求權を有するものと認め得べき外觀を保有するものと認め難しと斷定し、以て上告會社の配當金取扱銀行が爲したる前記辨濟を無効と判せり、然れども株式會社又は之に代り配當金の取扱を爲す銀行が利益配當金を支拂ふには株主の印鑑と符合する印章を配當金領收證に押捺し、之を提出せる者に支拂ふは一般の慣例にして顯著なる事實とす、從つて會社に備へ付けたる印鑑と配當金領收證に押捺せる株主の印章とが符合する以上、其の領

收證の提出は一般取引觀念上眞實配當金請求權を有するものと思想するに足る外觀を備へたりと云はざるべからず、其の領收證が偽造に係りて當時配當金取扱銀行が之を知れるか、其の他何等か特別の事情存せば格別、然らざる限り取扱銀行としては領收證に押捺せられたる印章と印鑑とを對照し、其の符合する以上眞實配當金請求權者なりと思想するの外なかるべし、從つて之に對し配當金を支拂へるは即ち債權の準占有者に對し善意にて辨濟したるものと解して可なり、原判決の如く斯かる場合尙配當金請求權を保有するものと認むべき外觀なしとなすには、須らく何等か特別の事情を示すことを要す、之を爲さずして右の如く判決せる原判決は理由不備と云ふべく、此の點に於て破毀せらるべく本件上告は理由あり

### 三七七 他人の物を三者へ賣約

博士鳩山秀夫氏判批摘要(大正一四(オ)三〇九號、一四・七・一〇、民二、集四卷一二號六二三頁)

(判旨) 「第三者の爲にする契約ありたる場合に於ては要約者は第三者に給付を爲すべきことを諾約者に對して請求することを得、又第三者は自己に對して給付を爲すべきことを諾約者に對して求むる事を得るものにして、兩者の債權の目的は同一の給付にして第三者が諾約者に對して給付を求むることを得るは要約者に於て第三者に給付を爲すべきことを諾約者に對して求むることを得るによる利益を享受するの意思を第三者が表示するに依るものなれば、諾約者に於て契約に基因する抗辯を有し要約者の前記の債權の履行を拒むるときは、諾約者は第三者に對しても其の債權の履行を拒むることを得るものとす、而して第三者の爲に他人の所有權を賣買し第三者に其の所有權の移轉することを當事者が契約したる場合に於ては、要約者は買主にあらざれども第三者に目的物の所有權を移轉することを諾約者に對して請求することを得るものなれば、買主と同視す

甲が他人所有物件を丙に賣却すべきことを乙と約し乙が其事情を知れる時丙も損害請求不能の件

るを相當とするを以て、諾約者が其の目的物の所有權を第三者に移轉すること能はざる場合に於て、要約者が契約の當時其の目的物の所有權が諾約者に屬せざることを知りたるときは要約者は損害の賠償を第三者に爲すべきことを諾約者に對して求むることを得ざると同時に、第三者も亦損害の賠償を諾約者に對して求むることを得ざるものと解すべきものとす」

(評釋) 判決の結果には賛成だが前掲の判決理由には首肯し難い點がある、判決理由に依ると第三者の爲にする契約に因る第三者の權利は、契約當事者間に於て要約者が第三者に給付を爲すべきことを諾約者に對して求むることを得るによる利益を享受する權利なりとするので、即ち當事者間に於ける要約者の權利が第三者の爲にする契約に於ける本質的效果なりとするのであるが、それは第三者の爲にする契約の性質を誤つた見解なりと信する、第三者の爲にする契約に於ては第三者が權利を取得することが本質的效果であつて、要約者も亦第三者に給付を爲すべきことを請求し得ることは單に通常の場合に生ずる效果た

るに過ぎぬ、即ち特約に依つて當事者間に於ける要約者の權利を認めざる場合にも尙第三者の爲にする契約たることを妨げぬ故に大審院が要約者の權利を主たるものとし、第三者の權利は此の要約者の權利の内容が同一ならざるべからざるものとし、本件に於て要約者は民法第五百六十一條に依つて損害賠償を請求し得ざるが故に、第三者も亦損害賠償を請求し得ずとしたる法律上の理由は賛成が出来ぬ、併し上告理由の言ふ所の法律の規定に依る抗辯であるから契約に基因する抗辯にあらずといふ

### 三七八 質入の債權にて相殺

大正十四年(オ)第五百九十三號

按ずるに原判決が其の理由前段に於て控訴銀行(上告人)が其の申立の如き確認の判決を受くるも、之に因りて第三者たる債務者岡田丑松の資産状態を毫も良好ならしめ、又は其の悪化を妨ぐべきものに非ず、代位の必要は之を認め得ざるが故に、本訴請求は此の點に於て失當なりと判決したるは所論の如く法律の解釋を誤りたる違法ありとするも、原判決は其の後段に於て丑松が相殺に供したる被上告人に對する預金債權は、大正九年

如此相殺は無効也、後に質權者が之を承認したりとするも其相殺は有効となるものに非ざる也

ことは民法第五百三十七條の解釋として不當なること勿論であるから、判決は結果に於ては正當である、契約に付て法律の與へたる抗辯は第五百三十九條に謂ふ所の契約に基因する抗辯に包含せらるゝ事明白である、例へば第三者の爲にする契約が雙務契約たる場合に諾約者の有する同時履行の抗辯の如きも、民法第五百三十三條の與ふる抗辯であつて、法律の規定に依る抗辯であるが第五百三十九條の謂ふ所の抗辯に包含せらるゝは明であらう、大審院は此理由で上告を棄却すべきであつたと思ふ

五月二十四日上告人に對し質權を設定し、即日被上告人に其の旨を通知せるが故に、丑松は該預金債權に付いては取立を爲すの權なく、従つて大正九年八月十一日同人の被上告人に對し爲したる相殺は其の效なき旨、及質權者たる上告人が後日右丑松の相殺を承認したりとするも右無効の相殺は斯る後日の承認に依り之を有效とすることを得ざる旨説示し、被上告人の丑松に對する本件抵當債權は右丑松の相殺に依り消滅せずと判決せるものにして、右丑松の爲したる相殺の無効なること洵に原判決