

ノ批難ヲ受ケタルト同一轍ナリトス
 民法カ職業中營業ハ第八八六條ヲ設ケテ親族會ノ同意ヲ要ストナシ非營業タル職業
 ハ之ヲ要セサルモノトナシタルハ營業ハ財產ニ直接且ツ重大ナル關係アルモ非營業
 タル職業ハ然ラス而シテ母則チ女子ハ男子(父)ニ比シテ財產ニ關スル智識普通ニ乏シ
 キカ故ニ母ノ親權行使ニ制限ヲ加ヘタルモノナリ例ヘハ官廳又ハ會社ノ事務員トナ
 ルハ一ノ職業ナリ此ノ場合ニ於テ母カ未成年ノ子ニ之ヲ許可スルニ付キ親族會ノ同
 意ヲ要スト云フ如キハ不當ト云ハシヨリ寧ロ滑稽ナリト評ス可シ
 島田法學士明治大學講義錄親族法ニ曰ク
 營業トハ資本ヲ用ヒテ職業ヲ營ムコトヲ云フ云々(三四五頁)
 營業ニ非サル職業トハ資本ヲ用ヒサル職業ヲ云フ云々(三四六頁)
 營業ニ非サル職業ヲナスコトハ此限リニ在ラス(三五二頁)

法律行為
ノ要素
錯誤

此ノ如キハ要素ノ錯誤ナリ

九五 意思表示ハ法律行為ノ要素ニ錯誤アリタルトキハ無効トス但シ表意者ニ重大ナル過失アリタルトキハ表意者
 自ラ其無効ヲ主張スルコトヲ得ス
 原告ノ主張ニ係ル金百拾圓ノ連帶借用證書ヲ原告ニ交付シタルコトハ爭ハサルモ證
 書ハ原告ノ便宜ニ基キ原告ノ抱娼妓中村カヲ被告トラ方ニ住替セシムルニ當リ原
 告ト被告トラノ間ニ締結セラレタル住替契約ノ對價トシテ原告ニ交付スヘキ金額ヲ
 目的トシ爲サレタル準消費借貸契約ニ係リ而シテ被告トラカ原告ト住替ノ契約ヲ爲
 シタル所以ノモノハタカカ被告トラ方ニ於テ依然トシテ娼妓稼ヲ爲シ得ヘク換言ス
 レハ原告カ實父ヨリノ承諾書(タカカノ實父ヲ指ス)ヲ徵シ之ヲ被告トラニ交付スヘシト

確信シタルカ爲メナルヘシ然ルニ原告カ之カ引渡ヲ爲ササル結果タカカナシテ被告ト
 ラ方ニ於テ娼妓稼ヲ爲スコト能ハサルニ終ラシメタルモノナリ……審案スルニ民法
 第九十五條ニ所謂法律行為ノ要素ニ錯誤アリトノ意義ニ關シテハ講義上議論ノ存ス
 ル所ナレトモ我民法ニ於テハ法律行為ノ當事者カ行爲ニヨリテ違セント欲スル利益
 カ自己ノ意思表示ノ内容ニ關係シ若シ其點ニ於テ錯誤ナカリセハ決シテ意思表示ヲ
 爲ササリシモノト認メ得ヘク而シテ意思表示ヲ爲ササリシコトハ客觀的ニ正當ナリ
 ト謂ヒ得ヘキ場合ヲ指稱スルモノト解スルハ相當トス本件ニ於テ被告トラカ原告ト
 住替契約ヲ爲シ因テ違セント欲スル利益ハ中村萬次郎承諾書ノ現存スルコト即チ
 タカカ原告家ニ於ケルト同様被告トラ方ニ於テ娼妓稼ヲ爲スニアレナシテ若シ夫レ
 當初ヨリ此點ニ付キ錯誤ナカリセハ契約ヲ爲ササルヘク又一般取引ノ觀念上爾クア
 ルヘキチ相當ト認メ得ヘシ茲ニ於テ鑑定證人西野房吉ノ證言ヲ稽ヘ法理ヲ研ムルト
 キハ被告等ニ於テ法律行為ノ要素ニ錯誤ヲ理由トシ前顯說示ニ係ル消費借貸契約ノ
 無効ヲ主張シ得ルコトハ當然ノ筋合ト認ム(舞鶴區裁判所四五(ハ)第一號判決法律新聞
 八三三號二六頁)

法律行為ノ要素ニ關シ一般ノ趨勢ハ折衷說ニ傾ケルモノノ如シト雖參考ノ爲ニ
 左ニ學說ヲ紹介セン
 主觀說

法律行為ノ要素トハ表意者カ其意思ノ必要の内容トナシタルモノナリト解ス茲ニ意
 思ノ必要の内容トナシタルモノトハ表意者カ其内容トナセルモノヲ包含スル意思ニ
 非レハ絕對ニ之ヲ表示セサルヘシトナシタルモノヲ謂フ(川名法學博士民法總論三五

客觀說

法律行為ノ要素ハ客觀的ニ取引上ノ觀念ニ從ヒ行為者カ法律行為ノ成立ニ必要ナル
元素ト爲ス意思ヲ有シタリト認ムルコトヲ得ヘキ事項ニシテ主觀的ニ意思ヲ有シタ
リト認ムルコトヲ得ヘキ事項ニ非ス蓋シ行為者ノ意見ハ明確ヲ缺クテ以テナリ故ニ
主觀的及ヒ客觀的ニ行為者カ必要ナル元素ト爲ス意思ヲ有スルヤ否ヤニ依リ法律行
爲ノ要素ヲ定ムトノ見解ハ失當ナリトス(松岡氏民法論總則四六〇頁要領)

折衷說

法律行為ノ要素トハ其内容中ノ要部ト云フト同一ニシテ畢竟表意者カ其或點ニ付キ
有スル利益ノ輕重ニヨリテ之ヲ決スルノ外ナカルヘシ即其利益カ意思表示ノ内容ニ
關係シ若シ其點ニ於テ錯誤ナカリセハ意思表示ヲ爲サリシモノト認ムヘク且之ヲ
爲サリシコトハ世上一般ノ觀念ヨリスルモ正當ト認ムヘキ場合ニ限リ法律行為ノ
要素ニ錯誤アリタルモノト解スヘキナリ(富井博士民法原論三六六頁)
主觀的ニ要素ナリトスル點ヲ客觀的ニ見テ要素ニ非レハ意思表示ニ影響ヲ及ボサス
故ニ大體客觀主義ト結果チ一ニス其異ナル點ハ客觀的ニ要素アリトスルモ主觀的ニ
要素ニ非ストセハ其意思表示ヲ有效トナシ得ルニ在リ要スルニ法律行為ノ要素ノ意
義ハ諸種ノ事情ヲ參酌シ右折衷主義ノ標準ニヨリ主觀的カ利益ノ存スル點ニ關スルヤ
否ヤニヨリ決スヘシ(中島博士民法釋義五〇四頁以下要領)
客觀的標準ヲ制限シ取引ノ通念カ其錯誤ヲ重大トスルコトヲ相當ト認ムル場合換言
スレハ普通ノ智識及經驗ヲ有スル者ヲ表意者ノ地位ニ置キ之ヲシテ合理的判斷ヲ下
サシムルモ錯誤ト意思表示トノ間ニ因果連絡アリト認ムヘキ場合ニ於テ其錯誤ヲ重

條件付
除ノ意思
表示一
同時履行
抗辯ノ責任
遲延

大ナル錯誤ト解ス(鳩山氏法律行為乃至時效一四二頁以下要領)

五三三 双務契約當事者ノ一方ハ相手方カ其債務ノ履行ヲ提出スルマテハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得但相手
方ノ債務カ辨濟期ニ在ラサルトキハ此限ニ在ラス
五四一 當事者ノ一方カ其債務ヲ履行セザルトキハ相手方ハ相當ノ期間ヲ定メテ其履行ヲ催告シ若シ其期間内ニ履
行ナキトキハ契約ヲ解除スルコトヲ得

豫メ相當期間ヲ定メテ履行ノ催告ヲ爲シ其期間内ニ履行ナキニ於テハ契約ヲ解
除スヘキ意思表示ヲナシタル場合ニ於テ其期間内ニ履行ナキトキハ直チニ解除
ノ效力ヲ生スルモノトス

一日ノ猶豫期間ト雖トモ事情ニ依リテ相當期間ト爲スヲ妨ケス

双務契約ニ於ケル同時履行ノ抗辯ハ相手方カ履行ノ提供ヲ爲ササル間ハ自己ニ
債務履行ノ責任ナシトノ意ニアラス

原告カ明治四十四年十一月二十一日被告ニ對シ同月二十二日迄ニ該馬鈴薯二十束ヲ
引渡シ被告スルト同時ニ若シ引渡シ爲ササルトキハ契約ヲ解除スル旨ノ意思表示ヲ
爲シタルコトハ當事者間ニ爭ヒナキ所ナリ被告ハ凡ソ債務ノ不履行ヲ原因トシテ契
約ヲ解除スルニハ債務ノ不履行アリタル後更ニ債務ヲ履行スルニ足ル相當ノ期間ヲ
定メ被告ヲ爲シタルニ拘ハラヌ尙不履行アリタルコトヲ必要條件トス然ルニ原告ハ
履行ノ催告ヲ爲スト同時ニ被告ノ不履行ヲ條件トシテ契約解除ノ意思ヲ表示シタル
ハ右ノ法則ニ反シタル無效ノ解除ナリト論スレトモ不履行ヲ條件トセル解除ノ意思

表示ト雖トモ被告カ催告シタル期間内ニ尙履行セサル場合ニ始メテ其效力ヲ生スルモノニシテ被告カ履行ヲ爲サシテ履行期間ヲ徒過シタル後直ニ解除ノ意思表示ヲ爲ス場合ト其法律上ノ效果ニ於テ毫モ異ナル所ナシ然ラハ斯クノ如キ意思表示ヲ無効トス可キ理由ナキナリ以テ被告ノ該所論ハ之ヲ採用スルコト能ハス被告ハ右催告ハ相當ノ期間ヲ存セサルモノト爲シテ該催告ノ無効ヲ主張スレトモ被告カ原告ニ對シテ同月二十日横濱市佐藤清三郎ヨリ本訴物件二千依テ受取ラレタキ旨申込ミタルコトハ當事者間ニ争ヒナキ所ニシテ甲第十六號附ハ既ニ横濱ニ遺憾ナク積出シ居リ保管候ラハ共云々殘二千ノ御指定無之候間引渡兼ニ候ト記載アルト……ヲ綜合考覈スレハ被告ハ履行ノ場所タル横濱市ニ於テ契約品ヲ原告ニ引渡ノ準備十分調ヒ居リタルニ拘ラス被告ノ意思ニ依リテノミ其履行ヲ見サルモノナルコトヲ認メ得ヘキカ故ニ新クノ如キ事情ノ下ニ在リテハ原告カ被告ニ催告スルニ際シ存シタル右ノ期間ハ之ヲ相當ト爲ササルヲ得ス

被告ハ原告カ前示ノ引渡ヲ求ムルニ際シ目的物件ノ代金及運賃ヲ現實ニ提供セザリシヲ以テ其引渡ノ請求ニ應ズルノ義務ナシ故ニ假令被告カ約定期日ニ引渡ヲ爲サザシトスルモ決シテ不履行ノ責ニ任ス可キ者ニアラスト主張スルモ其所謂同時履行ノ原則ヲ規定シタル民法第五百三十三條ニ依レハ双務契約ノ當事者ノ一方ハ相手方ノ其債務カ辨濟期ニアルトキニ限り相手方カ其債務ノ履行ヲ提供スルマテハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ミ得ル權利ヲ有スルニ止マリ相手方カ其債務ノ履行ヲ提供セサル場合ニハ當然自己ニ債務履行ノ責任ヲキコトナシ規定シタル者ニ非サルカ故ニ被告ノ該論旨ハ毫モ其理由アルヲ見ス況ンヤ同條ノ履行拒絶權ヲ行使セントスル者ハ必ス相手方カ其債務ノ履行ヲ提供セサルコトヲ理由トシテ履行拒絶ノ意思ヲ表示セサル可カラサルニ被告ハ其履行期日ニ於テ斯クノ如キ意思表示ヲ爲シタリト認ムヘキ何等

ノ資料ナキヲ以テ該拒絶權ヲ行使シタリトハ認メ得ヘカラサルニ於テチヤ(横濱地方裁判所四四年(ワ)三七七號民二判決法律新聞八三三號一九頁以下要領)

條件付解除ノ意思表示ニ付テハ同趣旨ノ判例アリ(四五年大審院判決錄四四頁)尙ホ

民法一八一頁ヲ參照スヘシ

催告ニ猶豫期間ヲ存セシムルハ相手方ニ履行ノ準備ヲ爲サシメンカ爲メニ外ラズ然ラハ本件ノ如キ事情ノ下ニ在テハ一日ト雖モ相當期間ト云フヘシ

同時履行ノ抗辯ト遲滯責任ニ付テハ議論アリ

尙ホ西川學士モ同趣旨ノ説明ヲ爲セリ曰ク双務契約ニ於ケル双方ノ債務ハ交換的ニ履行セラルヘキ性質ヲ有スルモノト解スル以上ハ當事者ノ一方カ自己ノ給付ヲ履行スルコトハ反對給付ヲ請求スル必要條件トナラス從テ自己ノ債務ヲ履行セス又ハ提供スルコトナクシテ相手方ニ對シ其債務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得(法學新報一九卷八號九五頁參照)

之ニ反シ横田博士及飯島學士ハ各當事者ハ反對給付ノ提供アルニ非サレハ給付ノ責任ナク從テ遲滯ノ效力ハ反對給付ノ提供アル迄停止サルト爲ス(横田博士一〇八頁飯島學士明治大學講義錄契約法總論一〇六頁參照)純理ヨリ謂フトキハ同時履行ノ抗辯ハ當事者ニ履行ノ責任アルコトヲ前提トシ之ニ對シテ拒絶權ヲ認メタルニ過キス從テ拒絶權ヲ行使セサル以上ハ反對給付ノ提供アルト否トニ拘ラス自己ノ責任ヲ免ルルコ

トヲ得サルカ如シ然レトモ同時履行ノ抗辯ハ雙務契約ニ於ケル給付義務ノ交換性ニ基クモノニシテ一方ニ於テ拒絶權ヲ行使シ得ルニ拘ラス他方ニ於テ不履行ノ責ヲ負フト爲スハ此ノ交換性ヲ無視シタルモノト謂フ可ク極メテ不條理ノ結果ヲ生スルニ至ルヘシ故ニ吾人ハ反對說ニ贊セントス

六〇一 貸借債權當事者ノ一方カ相手方ニ或ル物ノ使用及ヒ收益ヲ爲サシムルコトヲ約シ相手方カ之ニ其資金ヲ拂フコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ス

貸借債權設定者ハ其契約ト同時ニ當然之レカ登記ヲナス義務ヲ負擔スヘキヤ

法曹會ハ本問ニ付貸借債權契約ニ於ケル登記ノ義務ハ貸借債權自體ヨリ生スル必然ノ效果ニアラスシテ貸借債權ニ伴フ別個ノ意思表示ニ依ルモノト解セサル可カラス然カレトモ既ニ民法カ登記ヲ前提トシテ特別ノ效力ヲ付與スル以上ハ當事者カ別段ノ意思表示ヲ爲ササルニ於テハ常ニ登記ヲ爲スノ意思ヲ暗黙ニ表示シタルモノト認ムルヲ正當トスヘシト決議シタリ(法曹記事二二卷一二號四七頁要領)

不動産貸借ノ登記義務ハ別個ノ意思表示ニ依ル可キモノニアラス貸借契約ノ效果トシテ當然其登記義務ヲ發生スルモノト解スルヲ正當ト信ス則チ契約當事者ハ之ヲナスニ當リテ一方ハ不動産貸借ヨリ生スル權利ヲ相手方ニ完全ニ取得セシメ他方モ亦タ完全ニ之ヲ取得スルノ意思ナリト解ス可ク双方共ニ不

完全ナル貸借關係ヲ創設セントスル意思ナリト看ル可カラサルハ多言ヲ俟タス果シテ然ラハ契約當事者カ登記義務ニ關スル特別ノ意思表示ヲナササル以上ハ其當然ノ效力トシテ發生スルモノト解スルハ當事者ノ意思ニ適シ且ツ實際上並ニ立法上ノ精神ニ合スルモノト云フヘシ故ニ決議ニ贊同ヲ表スルコト能ハス

四三三 債權者ハ自己ノ債權ヲ保全スルため其債務者ニ屬スル權利ヲ行フコトヲ得但シ債務者ノ一身ニ專屬スル權利ハ此限ニアラス

甲カ其所有地ヲ乙ニ賣渡シ乙ハ之ヲ丙ニ賣渡シ而シテ孰レモ其所有權移轉ノ登記ヲ爲サス仍テ丙ノ債權者丁ハ丙ニ對スル債權保全ノ爲メ甲乙間ニ於ケル右所有權移轉ノ登記ト乙丙間ニ於ケル所有權移轉登記トヲ代位ニヨリテ申請セリ受理シテ登記スルコトヲ得ルヤ

本問ニ關シ法曹會ハ

債權者(丁)ハ其債務者(丙)ノ權利ヲ行使スルため丙ニ對スル賣主(乙)ニ對シテ所有權移轉ノ登記手續ヲ爲スヘキコトヲ請求シ且ツ之ト共ニ登記所ニ出頭シテ其登記ノ申請ヲ爲スコトヲ得可シ債務者丙ト乙(丙ニ對スル賣主)ニ對シテ賣買ニヨル所有權移轉ノ登記申請ノ手續ヲ爲スヘキコトヲ目的トスルノ債權者有シ此債權ヲ保全スルカ爲メ民法第四百二十三條ノ規定ニ從ヒ乙カ甲(乙ニ對スル賣主)ニ對シテ有スル同種ノ權利ヲ行

使スルコトヲ得斯ノ如クニ順次丙乙甲ハ民法第四百二十三條ニ所謂債務者ニ他ナラサルヲ以テ丁ハ均シク其權利ヲ行使スルコトヲ得ヘシトナセリ(法曹記事第二二卷一二號四七頁以下要領)

右法曹會ノ決議ハ至當ナリ則チ乙丙ハ順次其前者ニ對シテ登記ヲ請求スルノ權利ヲ有ス而シテ丙ノ債權者丁ハ丙ニ對シテ之カ請求ヲナシ得ヘキハ勿論乙甲ニ對シテモ自己ノ債權ヲ保全スルタメ債務者ノ債務者ニ對シテ其請求ヲナシ得スンハアル可カラス是レ債權者ヲ保護スルタメ債務者ニ屬スル權利ヲ行使セシムル便宜の規定ナル立法ノ精神ニ徴シテ窺知スルヲ得可シ

同趣旨判例

甲者カ其所有ニ屬スル土地ヲ乙者ニ賣渡シ乙者ハ更ニ之ヲ丙者ニ賣渡シタル場合ニ於テ何レモ其賣買ニ因ル所有權移轉ノ登記ヲササルトキハ丙者ハ民法四二三、二依リ乙者ニ對スル登記手續ノ請求權ヲ保全スルタメ乙者ノ甲者ニ對スル登記手續ノ請求權ヲ行使シ得ルモノトス(四三年大審院判決錄五三七頁)

馬券ニ關スル契約ノ效力

九〇 公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為ハ無効トス(參照刑一八五) 偶然ノ輸贏ニ關シ財物ヲ以テ博戲又ハ賭事ヲ爲シタル者ハ千圓以下ノ罰金又ハ科料ニ處ス但シ一時ノ娛樂ニ供スル物ヲ賭シタル者ハ此限ニ在ラス
馬券發賣ニ關スル事務ヲ請負ヒ其證トシテ競馬會社ニ金員ヲ貸與シ馬券發賣ノ利益ヲ以テ辨濟ヲ受クヘキ旨ヲ約シタルトキハ馬券發賣ニ關スル契約ハ消費貸借契約ノ一内容ヲ爲スモノト認ムルヲ相當トス

借契約ノ一内容を爲スモノト認ムルヲ相當トス

馬券ニ關スル行為ハ刑法ノ賭博行為ニ相當スルモノナルヲ以テ之ヲ其一内容トセル右消費貸借ハ公秩良俗ニ反スル無効ノ契約ナリトス

甲第一號證ノ契約ハ消費貸借ニ關スルモノナルコト明白ニシテ又同號證ノ約旨ニ基キ田中龜之助カ武州競馬會ニ金貳萬圓ヲ交付シタルコトハ被告ノ認ムル處ナルヲ以テ該金員ハ消費貸借ヲ成立セシムルカ爲メ授受セラレタルモノト謂フヘシ而シテ甲第一號證ニ依レハ其第一條乃至第十二條中ニ武州競馬會ニ於テ舉行スル競馬ニ關シ競馬場ニ於テ馬券ノ發賣計算配當及ヒ之ニ伴フ一切ノ事務ヲ同競馬會ハ田中龜之助ニ請負ハシメ其事務ニ關スル總テノ費用ハ同人ニ於テ之ヲ負擔シ以テ同人ハ武州競馬會ノ指揮監督ノ下ニ馬券ノ發賣ヲ爲シ其手数料ヲ控除シテ計算スヘキ旨ノ約款アリ又割合ニヨリ之ヲ取得シ總收益中ヨリ其手数料ヲ控除シテ計算スヘキ旨ノ約款アリ又其第十三條ニハ前記ノ如ク田中龜之助ハ右請負ノ證トシテ金貳萬圓ヲ武州競馬會ニ貸與シ其期限ヲ二ケ年トシテ競馬舉行毎ニ約五千圓宛ノ返済ヲ受クヘク但シ臨時舉行ノ場合ニハ協議上實行スル旨ノ約款アルトニ依リ之ヲ考フレハ前記ノ消費貸借ト馬券ノ發賣ニ關スル契約トハ全然獨立セル別個ノ契約ニ非スシテ武州競馬會ハ其馬券ノ發賣計算配當ニ關スル一切ノ事務ヲ田中龜之助ニ擔當セシメ其手数料トシテ一定ノ利益ヲ得ルコトヲ承諾シ同人ハ之ヲ要件トシテ右競馬會ニ金貳萬圓ヲ貸與シ同競馬會ハ馬券ノ發賣ニ因ル收益中ヨリ之カ返還ヲ約シタルモノ換言スレハ右馬券ニ關スル事務ノ擔當ハ單ニ消費貸借ヲ爲スニ至リタル緣由タルニ止マラス又單ニ之ヲ以テ消費貸借ニ因ル債務ノ履行方法ヲシムルノ約旨ニ非ス同人カ右ノ事務ヲ擔當シ且馬券ノ發賣ニ因リテ一定ノ手数料ヲ取得スヘキ權利ヲ取得シ又同競馬會ハ其收益

未成年者
親権者
利害相
反トスル
場合

得ルコトヲ以テ一定金額ヲ貸付ケ又競馬會ハ收得シタル利益ヲ以テ辨濟ヲナスノ義務ヲ負フト同時ニ利益ヲ以テ返還スルヲ得ルコトヲ消費貸借ノ約旨トシタルモノトス
(四) 此如ク賭博ヲナス馬券發賣ニ關スル行爲ト之ヲ内容トスル消費貸借契約トハ一行爲ナルヲ以テ民法第九〇條ニ依リ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル行爲トシテ無効ナルコト勿論トス從ツテ本件貸與金請求事件ニ於テ原告ニ敗訴ヲ言渡シタル判決ハ正當ナリト云フ可シ

參考トナル判例學說左ノ如シ

- 一 本書民法二〇八頁
賭博ニ資スルノ情ヲ知リテ金圓ヲ貸與シタル行爲ハ其内容カ公ノ秩序ニ反スルヲ以テ法律上無効トス(四四一、一九、仙地民、判決要錄第三卷二八二頁)

- 七三七 戸主ノ親族ニシテ他家ニ在ル者ハ戸主ノ同意ヲ得テ其家族ト爲ルコトヲ得但し其者カ他家ノ家族タルトキハ其家ノ戸主ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス(下略)
- 八八八 親權ヲ行フ父又ハ母ト其未成年ノ子ト利益相反スル行爲ニ付テハ父又ハ母ハ其子ノ爲メニ特別代理人ヲ選任スルコトヲ親族會ニ請求スルコトヲ要ス
- 月籍法一四六 民法第七百三十五條第一項若クハ第七百三十七條ノ規定ニ依リ他家ノ家族トナラント欲スル者又ハ民法第七百三十八條ノ規定ニ依リ自己ノ親族ヲ婚家、養家又ハ自家ノ家族ト爲サント欲スル者ハ左ノ諸件ヲ具シテ入籍ノ届出ヲ爲スコトヲ要ス
- 一 入籍スヘキ家ノ戸主ノ氏名出生ノ年月日職業及本籍地
- 二 入籍スヘキ家ノ戸主又ハ家族ト入籍スヘキ者トノ親族關係
- 三 入籍スヘキ者カ他家ニシテ他家ニ入ルトキハ其旨
- 四 入籍スヘキ者カ家族ナルトキハ其去ルヘキ家ノ戸主ノ氏名出生ノ年月日職業本籍地及其戸主ト入籍スヘキ者ト

ノ續柄

親權者タル家族カ親族入籍ノ手續ニ依リ其家ヲ去ルニ付キ戸主タル未成年者ノ同意ヲ得ントスル場合ニ於テハ特別代理人ヲ選任スルコトヲ要ス

家族カ其家ヲ去リテ他家ノ家族ト爲ラントスルニハ其去ラントスル家ノ戸主並ニ新ニ家族タラントスル家ノ戸主ノ承諾ヲ要スルコトハ民法第七百三十七條ノ規定スル所ナリ又其去ラントスル家族カ未成年者タル戸主ノ父又ハ母ニシテ其戸主ニ對シ親權者タル關係アル場合ニ於テハ其家ヲ去ルコトハ其未成年者ノ戸主ト利害相反スル場合ナルヲ以テ戸主ノ同意ニ付テハ民法第八百八十八條ニ依リ特別代理人ヲ選任シテ之ヲ爲サシメサル可カラズ然ルニ本件ニ於テ被控訴人トメカ新ニ家族タラントスル實家戸主ノ承諾ヲ得タル事實並ニ未成年者タル戸主眞明カ其親權者タル被控訴人トメノ其家ヲ去テ他家ノ家族タルコトノ同意ニツキ右特別代理人ヲ選任シ其同意ヲ與ヘタル事實アルコトハ何レモ當事者ノ絶テ主張セサル所ナレハ其點ニ付キ適法ナル同意ノ行ハレタル事實ヲ認ムルヲ得ス從テ單ニ被控訴人トメカ實家ニ復歸スヘキ意思ヲ控訴人ニカ又ハ遠矢三治ニ對シ表示シタリトスルモ右兩家ノ戸主ノ適法ナル同意ノ一チモ缺ク以上ハ其表示ニ因テ被控訴人トメカ遠矢家ヲ去リタル效果ヲ發生シタルモノト謂フヲ得ス(長崎控訴院元年(ネ)二〇二號民二判決法律新聞八三一號二五頁以下要領)

親族入籍ニ關スル行爲ハ一ノ要式行爲ナルヲ以テ法律ニ於テ其要式ニ欠缺アルモ尙ホ效果ヲ生セシムル場合アル彼ノ婚姻又ハ養子縁組(民法七七六、八四九)ノ如キ規定ナキニ徴シ本件行爲ヲ無効ナルモノト解スル判決ハ至當ナリトス又親權

者カ其家ヲ去ルヘキコトハ子ト利害相反スルモノニシテ特別代理人ノ選定ヲ要スルモノトスルモ正當ト信ス

參考判例左ノ如シ

月主ノ親族ニシテ甲家ヨリ乙家ニ轉籍セントスル場合ニ於テ兩家ノ戸主ノ同意ヲ缺カカ如キ違法アルトキハ其轉籍ハ後日之ニ關スル登記取消ノ手續ヲナシタルト石トニ拘ハラヌ兩家ノ戸主ニ對シテ無効ナリトス(三八年大審院判決錄八五九頁)

本人死亡
後無權
代理並
認ニ

- 一 代理權ノ消滅ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス但第三者カ過失ニヨリテ其事實ヲ知ラザリシトキハ此限ニ在ラス
- 二 代理權ヲ有セサル者カ他人ノ代理人トシテ爲シタル契約ハ本人カ其追認ヲ爲スニ非サレハ之ニ對シテ其效力ヲ生セス
- 三 追認又ハ其拒絕ハ相手方ニ對シテ之ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ其相手方ニ對抗スルコトヲ得ス但シ相手方カ其事實ヲ知リタルトキハ此限ニ在ラス

民法第一一二條ハ代理權ノ存セシ時ニ限り適用セラレ

本人死後無權代理ノ發生スヘキ理由ナク從テ民法第一一三條ノ追認ヲ生スルコトナシ

原告ノ先代間宮仁三郎カ明治三十七年十一月十日清國遼陽ニ於テ死亡シ原告カ明治三十八年二月九日附テ以テ其家督ヲ相續シタルコト明白ニシテ證人間宮ツルノ僕述ニ依レハ仁三郎ノ妻タル同證人カ明治三十七年十二月十九日日本件係争土地ヲ仁三郎

名義ニテ被告容彦ニ賣却シタルコトヲ認メ得ヘシ前掲ツルハ家政上天仁三郎ヨリ不
動產賣却ノ權限ヲモ授與セラレ居リタル旨ノ證言ヲ爲スモ………悲
況ニ在リシ者ト認メ難キニ依リ其當時ツルハ斯カル代理權限ヲ有セス擅ニ仁三郎名
義ヲ以テ前掲土地ヲ賣渡シタルモノト認定スルヲ相當トス然ラハ該賣買ニ關シ代理
權ノ存在ヲ前提トスル第二抗辯被告ハ善意無過失ノ取得者ニシテ原告ハ右代理權ノ
消滅ヲ以テ對抗スルコトヲ得スノ失當タルハ勿論仁三郎ノ死後同人ノ爲メニ無權代
理行爲ノ發生スル餘地ナキ本件ニ於テコレカ追認ニ關スル第三ノ抗辯(假ニ右賣買ヲ
以テ不適式ナリトスルモ原告ハ其當時十八歳以上ニシテ爾來本訴提出ニ至ル迄七年
間被告ニ對シ何等交渉スル所ナカリシ事實ニ徴スルモ原告ハ該行爲ヲ追認シタルモ
ノト認ム亦失當タリトス(東京地方裁判所民事第四部四年(ワ)一五四八號法律日日
第一八四號判例集一六一頁)

同趣旨

無權代理行爲ハ代理權欠缺以外ノ點ニ於テハ總テ代理行爲成立ノ要件ヲ備ヘサルヘ
カラサルコト之ナリ詳言スレハ契約ノ成立セルコトヲ要シ契約ハ本人ノ名ニ於テ爲
サレタルコトヲ要シ又契約當時本人ノ存在シ云々之ヲ追認ノ效果ノ方面ヨリ論スル
モ追認ノ效果トシテ契約成立ノ當初ヨリ本人相手方間ニ法律關係ノ成立スルニ至ル
モノナレハ又其當時ニ於テ本人ノ存在シ云々鳩山氏法律行爲乃至時效三四八頁以下)
追認ハ代理權ニ基カサル代理行爲ニ付キ代理權ヲ與ヘタルト同一ノ效力ヲ生スル單
獨行爲ナリ而シテ其目的ト爲ルヘキ行爲ニ關スル要件ハ無權代理人カ現ニ生存スル
特定人ノ代理人トシテ爲シタル行爲ナルコトヲ要ス(富井氏民法原論四四四頁)
前段ハ當然ノコトニシテ後段ハ追認ノ性質ヨリ論シ至當ノ判決ナリト信ス

數回株式ノ賣買ヲ委託シタル場合ニ於テ其都度證據金ノ差入ヲ爲サス數度ニ之ヲ分納シタルトキハ該證據金ハ全部ノ賣買取引ニ對シ共通ニ擔保シタルモノト認ムルヲ相當トス

本件株式定期賣買ノ委託ハ右ノ如ク八回ニ渉レルニ拘ハラズ原告ハ其都度證據金ノ差入ヲ爲サス單ニ前後五回ニ之ヲ納入シ居ルニ依テ見レハ該證據金ハ前記各注文毎ニ即チ個々ノ委託契約ニ付キ各獨立ニ差入レタルモノニ非スシテ原告ノ委託シタル右第一乃至第八ノ全部ノ賣買取引ヲ共通ニ擔保スルモノト認ム果シテ然ラハ被告ニ於テ第六第七第八ノ注文ニ付テハ完全ニ之ヲ履行シ居ラサルモノトスルモ第一第二第四第六第七第八ノ注文ニ付テハ完全ニ之ヲ履行シタルモノナルヲ以テ右ノ取引ニ付キ計算ヲ承ケ本件證據金ヲ以テ填補セラレハキ損失ナキコトヲ明確ニスルニアラザレハ原告ハ其證據金ノ返還ヲ求ムル事ヲ得サル筋合ナリ(大阪地方裁判所四五(ワ)二三二號民三判決法律新聞八三五號二四頁次下要領)

事實認定ノ問題ニシテ最モ穩當ナル解釋ト信ス

證書ニ「不得止御回復ノ期ヲ待ツコトニ可致候ヘ共一日モ早ク何程ナリトモ御入金被下度云々」トアルハ一時恩惠的ニ支拂猶豫ヲ與ヘタルニ止マリ身代持直シ次第ト云フノ意ニ非スト解ス可キモノトス

被告ハ本件債權ニ付テハ田川ト支拂延期ノ特約成立シタルモノナリト抗辯シ乙第ニ號證書以テ此點ノ立證ニ供ス仍テ同號證書ニ「不得止御回復ノ期ヲ待ツコトニ可致候得共一日モ早ク何程ナリトモ御入金被下度云々」ナル記載アリ而シテ證人田川ノ供述ニ徴セハ右文書ハ「相場ニテ幾何程ニテモ儲ケタル時ハ幾何程ニテモ支拂ハルヘシ」トノ意味ニシテ身代持直シ次第ト云フ意ニアラサルコトヲ知ルニ足ル然ラハ同號證書ノ右文書ハ相場ニ儲カル迄テ永遠ニ無限ニ延期シ若シクハ相場ニ儲カラサレハ必ラス支拂ヲ義務ナシト云フカ如ク殆ント無制限ニ期限ヲ延ハシタルモノニ非ラスシテ率口單純ニ田川カ一時恩惠的ニ被告ニ對シ手數シキ催促ヲ爲ササル旨ヲ約シタルニ過キスト解スルテ正當トス從テ此點ニ對スル被告ノ抗辯モ理由ナシ(東京地方裁判所四五(ワ)五〇號民三判決法律新聞八三〇號二二頁)

本件延期證書ハ單純ナル支拂猶豫ヲ與ヘタルニ止マリ敢テ債務者ノ資産ヲ得ルコトヲ以テ債務履行ノ停止條件トナシ又ハ財産ヲ得サルコトヲ以テ解除條件トナシテ債務ヲ免除スルカ如キ合意ニアラサルコトハ判示ノ如シ從ツテ正當ナル見解ト云フヘシ

九一 法律行為ノ當事者カ法令中ノ公ノ秩序ニ關セサル規定ニ異ナリタル意思ヲ表示シタルトキハ其意思ニ從テ
三三八 土地及ヒ其上ニ存スル建物カ同一ノ所有者ニ屬スル場合ニ於テ其土地又ハ建物ノミナシテ抵當ト爲シタルトキハ抵當權設定者ハ該賣ノ場合ニ付キ地上權ヲ設定シタルモノト看做ス但地代ハ當事者ノ請求ニ因リ裁判所之ヲ定ム
同一所有者ニ屬スル土地又ハ其上ニ存スル建物ノミニ對シ抵當權ヲ設定シタル

者カ競賣ノ場合抵當地ニ付地上權ヲ設定セサルヘキ旨ノ特約ヲ爲シタルトキハ
民法第三八八條ノ適用ナキヤ否ヤ

法曹會ハ本問ニ付民法第三八八條ノ規定カ當事者ノ意思ヲ推測スルノ規定ナリ
トセハ反對ノ意思表示アル場合ニ之ヲ適用セサルハ當然ナリ然レトモ意思推測ノ規
定ニ對シ反對ノ許サザル理ナキヲ以テ地上權ヲ設定シタルモノト看做スト規定セル
民法ノ趣旨ハ當事者ノ意思ヲ付度セルモノニアラスト解スルヲ至當トス故ニ同條ノ
規定ハ地上權設定ノ意思ヲ推測スルニアラスト國家經濟上ノ必要ニ基キ當事者ノ
意思ニ拘ハラス地上權ノ設定アリタルモノトスルノ趣旨ニ外ナラスト決議シタリ(法
曹記事二二卷一二號四三頁以下要領)

然リ民法第三八八條ニ所謂地上權ヲ設定シタルモノト看做ストハ國家經濟上ノ
理由ヨリシテ設ケラレタル強行的公益規定ナリトス故ニ當事者間ニ於テ反對ノ
意思表示ヲナスモ其適用ヲ左右スルヲ得可キニアラスト法曹會カ積極説ヲ採リタ
ルハ至當ナリト云フヘシ
同趣旨判例

民法三八八ノ規定ハ公益上ノ理由ニ基キ法律ヲ以テ地上權ノ設定ヲ強制スルモノナ
レハ縱令抵當權設定ノ當事者間ニ於テ抵當地ニ付地上權ヲ設定セサル特約ヲナスモ
之カタメニ同條ノ適用ヲ妨クルモノニ非ス(四一年大審院判決録六七七頁)

民法第一七七條ニ所謂第三者ノ意義(法津上ノ)

一七七 不動産ニ關スル物權ノ得喪及ヒ變更ハ登記法ノ定ムル所ニ從ヒ其登記ヲ爲スニアラサレハ之ヲ以テ第三者
ニ對抗スルコトヲ得ス
一七八 土地及ヒ其上ニ存スル建物カ同一ノ所有者ニ屬スル場合ニ於テ其土地又ハ建物ノミヲ抵當ト爲シタルトキ
ハ抵當權設定者ハ競賣ノ場合ニ付地上權ヲ設定シタルモノト看做ス但地代ハ當事者ノ請求ニ因リ裁判所之ヲ定ム

民法第七七七條ニ所謂第三者トハ登記欠缺ヲ主張スルニ付キ正當ノ利益ヲ有スル
者ヲ云フ故ニ上告人所謂ノ如ク敢テ同一不動産ニ付キ物件取得ノ競合スルヲ必要ト
スルモノニアラス又敢テ對抗權ヲ爭フ第三者カ建物不動産ノ物件移轉ノ當時業ニ已
ニ建物所在地ノ土地ニ付キ所有者タル地位ニアルヲ必要トスルモノニアラス苟モ其
登記欠缺ヲ主張スルニ正當ノ利益ヲ有スル場合ナリセハ之レヲ主張スルヲ得ヘキ原
因ノ發生力爭ヒニ係ル物件ノ得喪ノ前後ニ關係ナキモノトス本件ニ付テ之ヲ見ルニ
上告人ノ主張スルカ如ク係争建物ハ其土地ト共ニ上告人ヨリ明治二十七年中ニ訴外
伊東團次ニ之レヲ賣渡シ同人ハ單ニ土地ノミニ付キ抵當權ヲ設定シ其後被上告人カ
該土地ヲ競落スルニ至リタルコトハ原審ニ於テ確定セル事實ナリトス左レハ此ノ場
合ニ民法第三百八十八條ノ規定ニ依リ該土地ニ付キ法定ノ地上權設定セラレタルノ
結果トナルヘキモノトス然ルニ建物ノ所有權移轉ノ登記欠缺ヲ主張シテ建物ハ依然
原所有者タル上告人ノ所有ニアルモノノ如ク看做ス時ハ同條ノ適用ヲ見サルニ至リ
競落人タル被上告人ハ權限ニ基カスシテ建物ヲ其土地ノ上ニ存立セシムル所有者ニ
對シ其除去ヲ求ムルコトヲ得ルコトナルヲ以テ登記ノ有無ハ被上告人ノ土地所有
權ノ行使ニ多大ノ影響ヲ及ホスモノナルヲ以テ民法第七十七條ニ所謂第三者ナリ
トス(東京控訴院四五(ナ)五四號民一判決法律新聞第八三五號二一頁)

第三者ノ意義ニ付テハ從來屢々議論サレタリ民法一、一一、二二五頁等ヲ参照スヘシ

民法

五八三

- 一三六 期限ノ利益ノ放棄ノ表示ニ定メタルモノト推定ス
- 四六八 債権者カ異議ヲ留メシテ前條ノ承諾ヲ爲シタルトキハ讓渡人ニ對シテ得ヘカリシ事由アルモ之ヲ以テ讓受人ニ對シテ得スルコトヲ得ズ但シ債権者カ其債権ヲ消滅セシムル爲メ讓渡人ニ拂渡シタルモノアルトキハ之ヲ取返シ又讓渡人ニ對シテ負擔シタル債務アルトキハ之ヲ成立セシムルモノト看做スコトヲ妨ケス
- 五〇五 二人互ニ同種ノ目的ヲ有スル債務ヲ負擔スル場合ニ於テ双方ノ債務カ辨濟期ニアルトキハ各債務者ハ其對當額ニ付キ相殺ニ依リテ其債務ヲ免ルルコトヲ得但債務ノ性質力之ヲ許ササルトキハ此限ニアラス

債權讓渡ノ通知アリタル後債務者カ其債務ニ付キ期限ノ利益ヲ放棄スルモ該拋棄ハ遡及效ヲ有セサルカ故ニ讓渡人ニ對シテ有スル債權ヲ以テ讓受人ニ對シ相殺ヲ以テ對抗スルコトヲ得ス

案スルニ民法第四百六十八條第二項ニハ讓渡人カ通知ヲ爲シタルニ止マルトキハ債務者カ其通知ヲ受タル迄ニ讓渡人ニ對シテ生シタル事由ヲ以テ讓受人ニ對抗スルコトヲ得トアルカ故ニ此規定ニ從テ債務者カ讓渡人ニ對シテ有スル債權ヲ以テ自己ノ

債務ト相殺ヲ爲サントスルニハ債權讓渡ノ通知ヲ受クル迄ニ双方ノ債務カ相殺ヲ爲スニ適シタルコトヲ要ス而シテ双方ノ債務カ辨濟期ニ在ルニ非サレハ相殺ニ適セサルコトハ同法第五百五條第一項ノ規定ニ依リ明白ナルヲ以テ債務者カ債權讓渡ノ通知ヲ受クルマテ自己ノ債務カ未タ辨濟期ニ在ラサルトキハ相殺ヲ以テ讓受人ニ對抗スルコトヲ得サルモノト解スルヲ當然トス是レ從來本院判例ノ示ス所ナリ而シテ法律ハ期限ヲ以テ債務者ノ利益ノ爲メニ定メタルモノト推定シ債務者ト相手方ノ利益ヲ害セサル限リハ期限ノ利益ヲ放棄シテ直ニ辨濟期ヲ爲スコトヲ妨ケサルコトハ洵ニ上告人所論ノ如シト雖トモ斯ノ如キ場合ニ於テハ債務ノ辨濟期ハ其期限ノ利益ヲ放棄ノ當時ニ在ルモノニシテ債權讓渡ノ通知後ニ爲シタル相殺ノ意思表示ハ之ト同時ニ暗ニ期限ノ利益ニ付テモ拋棄ノ意思アルコトヲ認メ得シトスルモ之ヲ以テ其讓渡ノ通知前ニ期限ノ利益ノ拋棄アリタルモノト看做スコトヲ得ス蓋シ相殺ノ意思表示ハ既往ニ遡リテ其效力ヲ生スルモ期限ノ利益ノ拋棄ハ斯ノ如キ遡及效ヲ有セサルヲ以テ辨濟期ニ在ラサル債務ハ讓渡ノ通知アルマテニ期限ノ利益ヲ放棄ノ事實アルニアラサレハ未タ相殺ニ適セサルモノト謂ハサルヲ得サルナリ本件ニ於テハ債權讓渡ノ通知ノ當時上告人ノ讓渡人ニ對シテ債權ハ既ニ辨濟期ニアラサレハ被上告人カ讓渡ヲ受ケタル本訴請求ノ債務即チ上告人ノ債務ハ未タ辨濟期ニアラサレシコトハ本院ノ認定シタル事實ニシテ上告人カ讓渡ノ通知ヲ受クルマテニ期限ノ利益ヲ放棄シタルコトハ原院ノ認メサリシ所ナリ然レハ原院カ本件債務ヲ以テ相殺ニ適セサルモノトシ上告人ノ相殺抗辯ヲ排斥シタルハ正當ニシテ上告論旨ハ其理由ナキモノトス(大審院四年(オ)一〇號元年一月八日民二判決)

同趣旨判例(大審院判決錄三五年一四頁) 同上三八年三六七頁等

五八四

民法

買戻ノ特約ニ在テハ代金ノ外尙契約ノ費用ヲモ返還スル旨ヲ定ムルヲ通例トス
從テ單ニ代金ノミノ支拂ニ依テ借地權ノ再買買ヲ約シタルトキハ反證ナキ限リ
賣渡シノ豫約ナリト認定スヘキモノトス

案スルニ第一ニ被控訴人ハ本件ノ契約ヲ賣買ノ豫約ナリト主張シ控訴人ハ之レヲ買
戻シノ特約ナリト主張スルヲ以テ先ツ此點ニ付キ審究スルニ本件ノ建物及借地權
ノ賣買代金カ金三千三百圓ナルコトハ當事者間ニ爭ナキトコト又甲第一號證ニ
ハ被控訴人カ明治四十三年十月三十日迄ニ金三千三百圓ヲ持參支拂フトキハ控訴人
ヨリ被控訴人ニ本件ノ建物及借地權ヲ賣渡スヘキ旨ノ文旨アルニ止マリ契約ノ費
用ヲモ返還スヘキ旨ノ文旨見ス而シテ買戻ノ特約ニアリテハ代金ノ他ニ尙ハ契約
ノ費用ヲモ返還スル旨ヲ定ムルヲ通例トス故ニ反證ナキ限リハ本件ノ契約ハ被控訴
人主張ノ如ク賣渡シノ豫約ナリト認定セサル可カラズ(東京控訴院四五(九)九八號民二
判決法律新聞第八三一號二〇頁)

事實認定ノ場合ニ於テハ特別ノ事情ノ明カナラサル限リ一般ノ例ニ依リタルモ
ノト認定スルヲ正當トス本判決ノ見解亦此趣旨ニ出ツ

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

他人ノ不動産ヲ冒認シ之ヲ抵當トシテ代理店ヲ通シ銀行ヨリ金員ヲ騙取シタル
場合ニ於テ該代理店カ契約ニ基キ銀行ニ損害金ヲ賠償シタルトキハ該代理店ハ
更ニ騙取者ニ對シテ賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヘシ

判示事實ニ依レハ被告ハ相被告連豪及亡森隆次ト共謀シ北村篤之助ヲ債務者ナル如
クナシ同人ノ所有地及建物ヲ抵當トシ株式會社日本勸業銀行ヨリ金員借入方ヲ同銀
行ノ代理貸付ヲ爲ス民事原告人ニ申込ミ篤之助ノ氏名ヲ冒シ同人名義ノ文書ヲ偽造
シ公正證書ヲ作成シ抵當權設定登記ヲナシ因テ金五千五百圓ヲ日本勸業銀行ヨリ騙
取シ而シテ民事原告人ハ右銀行ト契約上同銀行損害金五千五百圓ヲ賠償スルノ已ム
ヲ得サルニ至ラシメタルモノナレハ民事原告人ノ財產權ヲ侵害シタルモノニ非スト
云フコトヲ得ス左レハ該損害ハ事實上被告等ノ不法行為ニヨリ生シタル結果ニ外ナ
ラスシテ其間因果關係ナシト云フコトヲ得サレハ原院ニ於テ民事原告人ノ私訴請求
ヲ認容シタルハ正當ナリ(大審院四五(九)一九四一號同年一月二一日刑二宣告)

妥當ノ解釋ナリ尙ホ本問ニ關シテ民法三一八頁不法行為ノ意義ヲ參照スヘシ

隱居ノ取消前ニ家督相續人ノ債權者ト爲リタル者ハ其取消シニ依リテ戸主タル者ニ對シテ辨濟ノ請求ヲ爲
スコトヲ得但シ家督相續人ニ對スル請求ヲ妨ケス
債權者カ債權取得ノ當時隱居取消ノ原因ノ存スルコトヲ知リタルトキハ家督相續人ニ對シテノミ辨濟ノ請求ヲ爲ス
コトヲ得家督相續人カ家督相續前ヨリ負擔セル債務及ヒ其一身ニ專屬スル債務ニ付キ亦同

無効ノ隱居ニ因リテ戸主タリシ者ノ債權者ハ隱居無効ノ宣告ニ依リテ戸主トナ

リタル者ニ對シ辨濟ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス

案スルニ純理ヲ以テ論スルトキハ隱居ノ取消ニ因リテ戸主タル者ハ隱居ニヨリテ家督相續人タリシ者ノ相續人ニ非サレハ其債務ヲ承繼スヘキ者ニ非サルコト隱居ノ無効宣言ニ因リテ戸主タル者ト異ナレバ所ナシト雖トモ隱居取消ノ場合ニ在テハ其取消サレザリシ間ハ隱居ニ因ル家督相續人ノ相續ハ有效ナリシヲ以テ善意ノ債權者ヲ害セシヨリハ寧ロ隱居ノ取消ニ因リテ戸主タル者ヲシテ債務ヲ辨濟セシムルヲ以テ公平ヲ得ルモノトシ民法第七百六十號第一項ハ此觀念ニ基ク便宜ノ規定ナレハ之ヲ類推シテ本來無効ナル隱居ニ因リテ家督相續人タリシ者ノ債權者ト爲リタルモノモ隱居ノ無効宣言ニヨリテ戸主タル者ニ對シテ辨濟請求ヲ爲スコトヲ得ルモノト解スルヲ得ス故ニ隱居取消ニ因リテ家督相續人タリシ者ノ相續カ初ヨリ無効トナル點ヨリ見テ本來無効ナル隱居ノ場合ニ於テモ民法第七百六十號第一項ノ規定ニ準據スヘキモノト爲ス論旨ハ理由ナシ(大審院大正元年(オ)一〇三號同年一月二日民事判決)

本問ニ關シテハ從前會テ判例ナク學者亦此ノ點ニ付テ説明シタルヲ見ス思フニ第七六〇條ハ一般原則ニ對スル便宜の例外規定ナルヲ以テ之ヲ嚴格ニ解スヘク類推ヲ許サストスル本判決ハ穩當ノ解釋ナルヘシ

民法施行前子認知

八三五 子其直系卑屬又ハ此等ノ者ノ法定代理人ハ父又ハ母ニ對シテ認知ヲ求ムルコトヲ得(參照)民法施行法一 民法施行前ニ生シタル事項ニ付テハ本法ニ別段ノ定アル場合ヲ除ク外民法ノ規定ヲ適用セス

民法施行前ニ生レタル私生子ハ民法施行後ト雖トモ父ニ對シテ認知ノ請求ヲ爲

スコトヲ得ス

案スルニ民法施行前ニ生シタル事項ニ付テハ民法施行法ニ別段ノ定アル場合ヲ除ク外民法ノ規定ヲ適用セザルコトハ民法施行法第一條ノ明規スル所ナレバ民法施行前ニ生シタル事項ニシテ特ニ民法ヲ適用スヘキ旨ノ規定ナキモノニ付テハ民法施行後ト雖トモ猶ホ舊法ノ支配ヲ受クヘキコト論ヲ俟タサル所ナリ而シテ民法施行前ニ於テ私生子ノ親子關係ニ付適用スヘキ法則即チ明治六年大政官第二十一號布告ニハ妻妾ニアラサル婦女ニシテ分曉スル兒子ハ一切私生ヲ以テ論シ其婦女ノ引受ケタルヘキ事但男子ヨリ己レノ子ト見留メ候上ハ婦女住所ノ戸長ニ請テ免許ヲ得候者ハ其子男子ト父トスルヲ可得事トアリ此規定ニ依レハ私生兒ハ其產婦タル女子ノ引受ケルヘキモノニシテ其出生ニ關係アル男子ニ對シテハ男子自ラ其子タルコトヲ認メ右所定ノ手續ヲ經タル場合ニアラザレバ子タル地位ヲ得ルコト能ハス換言スレバ私生兒ハ其出生ニ關係アル男子ヨリ認知セラレ其子トナルコト能ハス換言スレバ私生兒ハテ自己ヲ其子ナリト認知セシムル權利ヲ有セザル法意ナリト解スルヲ至當トス而シテ民法施行前ノ私生兒ノ親子關係ニ付テハ民法施行法中新法ヲ適用セシムル趣旨ノ規定ナキヲ以テ民法施行前ニ出生シタル私生兒ト其出生ニ關係アル男子トノ關係ハ依然舊法ニヨリ之ヲ定メサルヲ得ス(長崎控訴院四五年(ホ)六一號民一部判決法律新聞第八三三號二四頁)

異論ナシ同趣旨ノ判例及學說ヲ左ニ紹介ス

四〇年四月十日東京地方裁判所民一部判決判例彙報一卷五三頁
牧野氏日本親族法論三一五頁

七〇九 故意又は過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責任ス
 一〇八 條件付法律行為ノ各當事者ハ條件ノ成否未定ノ間ニ於テ條件ノ成就ニ因リ生スヘキ相手方ノ利益ヲ害スル
 コトヲ得ル
 一一九 條件ノ成否未定ノ間ニ於ケル當事者ノ權利義務ハ一般ノ規定ニ從ヒ之ヲ處分、相續、保存、又ハ擔保スル
 コトヲ得

第三者カ條件成就ニ因リテ受クヘキ利益ヲ侵害シタル場合ニ不法行為成立スヘキヤ

民法第七百九條ニ所謂「權利」トハ物權其他既成ノ對世權ヲ指シ條件付法律行為ノ當事者ノ享有スル形成權ノ如キハ其中ニ包含セス條件付法律行為ニ在テハ條件ノ成就未定ノ間ト雖モ其當事者間ニ於テ一種ノ權利義務ヲ生シ法律ハ之ヲ保存シ擔保スルコトヲ許スモ是レ唯條件ノ成就シタル場合ノ爲メニ豫シテ其權利ヲ保全スルニ必要ナル行為ヲ爲スコトヲ認許スルニ止マリ現在ニ於テ其權利ヲ主張スルコトヲ認許シタルニアラス從テ第三者ニ對シテ其權利ヲ主張センニハ常ニ其條件ノ成就ノ後タラサルヘカラス例之甲停止條件ヲ附シテ其所有ノ家屋ヲ乙ニ賣渡シタリトセンニ其條件ノ成就ニ先ダチ丙其家屋ヲ破壊又ハ燒燬シタルトキハ丙ハ甲ノ所有權ヲ侵害シタルモノトシテ不法行為ノ責任ニ任スヘキ乙ハ條件ノ成就ニ因リテ將來取得スルコトヲ得ヘキ所有權ヲ基礎トシ若クハ現ニ其所有權ヲ未だ取得スヘキ權利アリトシテ丙ニ對シテ其責任ヲ問フコトヲ得ス乙ハ唯條件ノ成就シタル場合ニ於テ乙ニ對シテ其所有權ヲ主張シ其不法行為ヨリ生シタル損害ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得ルニ止マル加之前例ノ場合ニ於テ乙カ第三者ニ對シテ其權利ヲ主張スルコトヲ得ルニハ條件ノ成就カ適及效ヲ有スル場合ニ限ル(横田博士法學新報二三卷一一號九九頁以下要領)

條件ノ成否未定中ニ於ケル當事者ノ法律關係カ一種ノ權利義務トシテ認メラルルコトニ付テハ學說ノ一致スル所ナリ然レトモ此權即チ學者ノ所謂希望權又ハ期待權ナルモノカ絶對權ナリヤ否ヤハ未タ定説ナシ本論「既成ノ對世權」ニ非ストノ理由ヲ以テ消極ニ決セラレタルモ對世權ナルモ既成ニ非ストノ意カ又ハ相對權ナリトノ意カ明カナラス何レニスルモ吾人ハ本論ニ贊同スル能ハス民法第七百九條ニ所謂權利ハ物權タルト債權タルト其他ノ權利タルトヲ問ハス苟モ權利タル以上ハ總テ對世力ヲ有スルモノナルコトハ吾人カ嘗テ「不法行為ノ意義」ニ於テ論シタル所ナリ此前提ニ於テ希望權ナル一種ノ權利モ亦權利ナル以上ハコレニ對シテ不法行為成立ストナスラ正當ト信スルモノナリ然レトモコノ權利ノ侵害ナリトシテ損害ヲ請求セントスルニハ條件ノ成就スルコトヲ要スルハ勿論ナリ

本論ニ於テ希望權ヲ形成權ナリト説明セラルルモ形成權ハ單獨行為ニヨリ法律關係ヲ形成スルモノナリトナスラ通説トス故ニ條件付權利ヲ形成權ナリト云フハ穩當ニ非スト信ス參照スヘキ學說左ノ如シ

調乙民法ノ解釋トシテ多數ノ學者ハ不法行為ノ成立ヲ認ム我民法ノ解釋トシテハ民法第七百九條ニ所謂權利ナル語ノ解釋問題ニ歸ス余ハ同條ニ所謂權利ハ債權ヲ包含

セサルモノト解シ而シテ條件附ニ債權ヲ取得スヘキ權利ハ債權其モノヨリ優レル効力ヲ有スヘカラサルカ故ニ此ノ如キ條件附權利ニ付テハ第三者ノ侵害ニ因ル不法行為ノ成立セサルモノト解ス其他ノ條件附權利ニ付テハ頗ル疑問ナリト雖余ハ條件附權利ナルモノハ條件附法律行為ヨリ生スル法律行為の結果ニハアラサシテ法律ニヨリ認めラレテ始メテ權利トナルモノト解シ而シテ我民法ハ唯法律行為ノ當事者ニ付テ條件附義務ヲ認メタルニ過キササルヲ以テ第三者ニ對シテハ條件附權利ナク之カ侵害ニ因ル不法行為成立スルコトナシト解セント欲ス(鳩山氏法律行為乃至時効五一五頁以下)

第三者カ條件成就ノ效果ヲ妨グ可キ行為ヲナシタル場合例之第三者カ停止條件附ニテ賣却シタル物ヲ奪去リ又ハ解除條件付ニテ讓受ケタル物ヲ毀滅セル場合ノ如シ本條ニハ「各當事者」トアリ故ニ此場合ハ本條ノ全ク想像セサル所ナリ若シモ條件成就ノ效果已往ニ過ルトナス主義ヲ取リタルナラハ始メテ買主後ノ場合ニハ讓渡人ニ於テ條件ノ成就後ニ至テ不法行為ノ訴權ヲ有スルヤ明ナリト雖モ本法ハ不遑及テ以テ原則トナスカ故ニ買主又ハ讓渡人ハ其目的物ノ奪取毀滅ニヨリ權利ヲ害セラルコトナキカ故ニ不法行為ノ訴ヲ起ス能ハサルヘシ然レトモ條件ノ決定以前ニ於テ買主又ハ讓渡人ハ條件附權利ヲ有スルヲ以テ第三者ノ行為ハ其條件附權利ノ侵害トナル可キカ故ニ此ノ理由ニヨリ不法行為ノ訴權ヲ有ス可シ但シ其訴權ハ條件ノ成就ヲ以テ第二ノ要件トナス何トナレハ此時ニ於テ始メテ損害ヲ生シ不法行為ノ要件ヲ完備スルニ至ル可ケレハナリ(中島博士民法釋義七四三頁)

九四 相手方ト通シテ爲シタル虛偽ノ意思表示ハ無効トス

前項ノ意思表示ノ無効ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス
 此限ニ在ラス
 債權者ハ其債權ノ期限カ到来セザル間ハ裁判上ノ代位ニヨリ非ラサレハ前項ノ權利ヲ行フコトヲ得ス但シ保存行為ハ此限ニ在ラス

登記義務者ノ意義

假裝登記ハ無効ナリト雖トモ利害關係アルモノハ凡テ抹消ノ請求權アルモノト云フコトヲ得ス

民法四二三條ニ依ル債權者ノ代位權ハ債務者ニ代テ債務者ノ權利ヲ行使シ得ヘキニ止マリ債權者自己ノ權能トシテ第三者ニ對シテ行為ヲ要求スルコトヲ得サルモノトス

被控訴人卯三郎ニ對スル登記抹消請求ノ當否ヲ按スルニ抹消登記ノ義務者トハ其抹消ノ目的タル登記ニ付キ利益ヲ有スル者ヲ指稱スルノ義ナレハ登記簿上權利者トシテ表示セラレタル登記名義人ハ抹消登記ノ義務者タルコト勿論ナリト雖トモ其抹消ノ目的タル登記ニ付キ當テ登記義務者ナリシ者ハ登記簿上權利者トシテ表示シタルニアラサルヲ以テ其登記ノ抹消セラレルト否トハ其利害ニ關係ナキモノナレハ抹消登記ノ義務者ニアラス本訴ハ被控訴人卯三郎カ被控訴人「クマ」ニ對シテ爲シタル賣買登記ノ抹消ヲ求ムルニ在レハ其抹消登記ノ義務者タルモノハ賣買登記ニ因リ所有名義者トナリタル「クマ」ナリト云フヘク從テ其抹消手續ハ「クマ」ニ對シテノミ之ヲ求ムヘキモノニシテ卯三郎ニ對シテハ之ヲ訴及スヘキモノニアラサレハ卯三郎ニ對スル本

訴請求ハ失當タルヲ免レヌ被控訴人「クマ」ニ對スル請求ニ付キ之ヲ審究スルニ凡ソ他人間ニ爲サレタル登記カ當事者相通シテ爲シタル虛偽ノ意思表示ナランニハ其登記ハ無効ニシテ何人モ其無効ヲ主張シ得ヘキハ無論ナリト雖トモ其無効ヲ主張シ得ルノ故ヲ以テ何人ヨリモ自由ニ其登記ノ抹消ヲ請求シ得ヘキモノト云フヲ得ヌ故ニ第三者カ他人間ニ爲サレタル假裝登記ニ付キ其抹消手續ヲ求メシハ必スヤ其行爲ヲ他人ニ要求スルノ權利ナカレハカラス土地所有者ハ所有權ノ作用トシテ其土地ニ付存スル假裝登記ノ抹消ヲ要求シ得ヘク又所有者ノ債權者ハ民法第四百二十三條ニ基キ所有者ニ代位シテ抹消ヲ請求シ得ヘキモ債權者ハ自己ノ權能トシテ債權者カ第三者トノ間ニ爲シタル假裝登記ニ付キ第三者ニ對シ其抹消手續ヲ要求スルノ權利ナキヲ原則トス蓋シ債權ノ效力ハ相對的ニシテ民法第五百八十一條第六百五條ニ因リ買戻權若クハ貸借權ノ登記ヲ經タル場合及民法第四百二十四條ニ因リ詐害行爲廢除權ヲ行使スル場合ノ如ク法律上特ニ第三者ニ對スル債權者ノ權利ヲ認容シタル場合ハ格別然ラサレハ單ニ債權者ニ對シ行爲不行爲ヲ要求シ得ルニ過キサルモノナレハナリ(長崎控訴院大正元年(ネ)第一八五號民一部判決法律新聞八三三號二四頁以下要領)

右判決ハ之ヲ二分シテ觀察スルヲ便宜トス

- 一 登記抹消義務者トハ何人ナク云フヤ
- 二 債權者ハ第三者タル登記義務者ニ對シ自己固有ノ資格ニ於テ抹消請求ヲナスコトヲ得ルヤ
- 一 不動産登記法ニ於テハ登記權利者又ハ登記義務者ト云フモ同法ハ勿論他ノ法規ニ於テモ之ニ關スル一般的规定ヲ示サス而シテ各法規ニ於テ特別規定アルモノハ之ニ

破産者ノ詐害行爲ノ取消權

依ルヘキ然ラサル場合ニ於テハ其登記ニ就キ利害關係ヲ有スル者ヲ以テ之カ權利者並ニ義務者ト解セサル可カラズ其利害關係ハ現在ナルモノヲ指シ會ツテ利害關係アリタルモ現在之ナキ者ハ包含セス故ニ本件判決ニ於テ抹消ノ目的タル其登記義務者ハ抹消登記ノ義務者ニアラサル旨判示シタルハ正當ナリ

二 本件判旨ハ正當ナリ何トナレハ債權者ハ民法第四百二十三條ニ依ラス自己固有ノ資格ニ於テ登記義務者ニ對シ其抹消ヲ請求スルハ債權ノ本質上ナシ能ハサルトコロナレハナリ

二四 債權者ハ債務者カ其債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル法律行爲ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但シ其行爲ニ依リテ利益ヲ受ケタル者又ハ轉得者カ其行爲又ハ轉得ノ當時債權者ヲ害スヘキ事實ヲ知ラザリシトキハ此限リニ在ラス

前項ノ規定ハ財產權ヲ目的トセサル法律行爲ニハ之ヲ適用セス

(參照)商九九〇 支拂停止後又ハ支拂停止前三十日內ニ破産者カ爲シタル贈與其他ノ無價行爲又ハ之ト同視ス可キ有價行爲期限ニ至ラサル債務ノ支拂期限ニ至リタル債務ノ代物辨濟及從來負擔シタル債務ノ爲メ新ニ供スル擔保ハ財團ニ對シテハ當然無効トス

同九六一 前條ニ據ケタルモノノ外債務者カ支拂停止後破産宣告前ニ財團ノ損害ニ於テ爲シタル總テノ支拂及ヒ權利行爲ハ相手方カ支拂停止ヲ知リタルトキニ限リ財團ノ計算ノ爲メ之ニ對シテ異議ヲ述フルコトヲ得

然レトモ手形支拂ヒタル場合ニ於テハ爲替手形ヲ振出シ又ハ振出サシムル際支拂停止ヲ知リタル振出人又ハ振出委託人ヨリ又約束手形ニ在テハ裏書讓渡ノ際支拂停止ヲ知リタル第一ノ裏書讓渡人ヨリ其支拂金額ヲ償還スルコトヲ要ス

同九九六 債務者カ債權者ニ損害ヲ加フル目的ヲ以テ爲シタル權利行爲ハ相手方カ情ヲ知リタルトキニ限リ其日附ノ如何ヲ問ハス之ニ對シテ異議ヲ述フルコトヲ得

同〇一三 管財人ハ破産主任官ノ監督ヲ受ケ且ツ其指揮ニ從フ義務アリ若シ管財人ノ行爲又ハ決斷ニ對シテ異議ヲ述フルモノアルトキハ破産主任官命令ヲ以テ之ヲ決ス此命令ニ對シテハ破産裁判所ニ即時抗告ヲ爲スコトヲ得

民法

破産者カ破産財團又ハ債權者ニ損害ヲ及スヘキ行爲ヲ爲シタル場合ニ於テハ舊
 商法破産編ノ規定ニ從ヒ否認權ヲ行使スヘキモノニシテ詐害行爲取消ノ規定ヲ
 適用スヘキモノニアラス

右ノ場合ニ於テハ破産管財人ノミ否認權ヲ行使スルコトヲ得ルモノトス

訴外赤木柳平カ明治四十三年十月二十日破産宣告ヲ受ケ其後ニ至リ被控訴人カ本訴
 ナ提起シタルコト及右破産手續中ニシテ被控訴人ハ破産債權者トシテ其手續ニ參加
 セルコト並ニ控訴人カ金四百三十五圓ノ債權ノ爲メ明治四十三年五月二十四日本件
 不動産ニ對シ抵當權ノ設定登記ヲ受ケタルコトハ執レモ當事者間ニ争ヒナキ所ニシ
 テ控訴代理人ハ破産手續開始後ニ於テハ破産債權者ハ破産手續ニ依ルニ非ラサレハ
 其權利ヲ行フ能ハサルモノナレハ債權者ノ單獨權利行使ハ破産宣告ト同時ニ絶止セ
 ラルヘキモノニシテ殊ニ本件ノ如キ總債權者ノ利益ノ爲メニ行使スヘキ否認權ハ破
 産法上破産管財人ノ職權ニ專屬スヘキモノナレハ本訴請求ハ此點ニ於テ失當ナリト
 抗爭スルニ依リ先ツ此點ニ付案スルニ抑モ民法第四百二十四條ニ規定スル詐害行爲
 取消權ナルモノハ債權者カ債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル法律行爲ヲ取消シ
 以テ債務者ノ辨濟資力ヲ回復スル目的ト爲スモノニシテ明治二十三年法律第三十
 二號舊商法第九百九十一條第一項第九百九十六條ニ規定スル否認權ナルモノモ亦債
 務者カ破産財團ニ損害ヲ加フル目的ヲ以テ爲シタル權利行爲ヲ取消シ以テ破産財團ノ辨濟資力ヲ
 回復スル目的ト爲スモノナレハ破産手續繼續中ハ特別法ナル右破産ニ關スル規定
 ナ適用シ債務者ノ行爲ヲ否認スヘキモノニシテ一般法ナル民法詐害行爲取消ニ關ス

ル規定ヲ適用スヘキモノニ非スト解スルヲ相當トス而シテ現行破産法規定ニ於テハ
 何人カ右否認權ヲ行使スヘキヤナ明定セスト雖トモ破産手續ナルモノハ破産債權者
 ナシテ破産財團ヨリ公平迅速ナル辨濟ヲ得セシムル目的トスル一種ノ清算手續ナ
 ルカ故ニ該手續ニ付統一執行ヲ爲ス職務ヲ有スル破産管財人ニ於テノミ之カ行使
 ナ爲シ得ル法意ナリト解セサル可カラス(廣島控訴院四五(本)一三五號民事判決八三一
 號二三頁以下要領)

右ノ判決ハ至當ナル見解ト信ス其理由左ノ如シ

則チ破産債權者ハ破産手續中ニ於テ單獨ニ其權利ノ行使ヲナス能ハサルハ特別ノ明
 文ナキモ破産手續カ一般ノ強制執行タル性質ヨリ之ヲ知ルヲ得可シ然ラストモ
 ナキ破産ハ一般ノ執行手續ニアラサルコトナリ民事訴訟法上ノ執行手續ト稱フ所
 ナキナキニ至レハナリ故ニ破産手續中ニ債權者ハ其權利ノ行使ハ共同ニナシ又ハ
 管財人ニ於テ之ヲナスヘキ者ト解セサル可カラス而シテ破産者カ其權利行爲ニ因リ
 財團ニ損害ヲ及シタルトキハ右一般ノ執行手續ナル性質ヨリシテ共同ニ其取消ヲ
 ナスコトヲ得ルハ舊商法破産編第九一條ニ照シ疑ナク民法第四百二十四條ニ該當スル
 場合ト雖トモ既ニ一般ノ執行手續トシテ特別ナル規定アル以上ハ之ニ準據スヘキハ
 特法ハ通法ニ優ルノ法理上ノ原則ヨリ生スル當然ナル結論トス此理由ニヨリ破産手
 續中ハ管財人ニ於テ右第九一條ニ規定セル權利ノ行使ヲナス可ク其結果ハ破産者
 及債權者ノタメニ歸スキモノトス從ツテ共同ニ之ヲ行使スル債權者ノ權利ノ行使ハ管財人
 ニ於テナスヘキモノナリ本件判決カ單獨債權者ノ權利行使ヲ不當ナリト云ヒシハ妥
 ナ請求スレハ足ル故ニ斯ク解スルモ債權者ニ歸ナルコトナキナリ

虛無家屋ノ保存登記ノ侵害

七〇九 故意又は過失ニヨリテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責任ス。他人ノ借地上ニ虛無ノ家屋ノ保存登記ヲ爲シタリトテ借地權ニ何等ノ影響ヲ及ボササルカ故ニ之ヲ以テ不法行爲ナリト謂フコトヲ得ス。

控訴代理人カ其請求原因トシテ陳述スルトコロハ要スルニ控訴人ノ賃借地上ニ被控訴人仁一即カ虛無ノ家屋ヲ所有スル者ノ如ク保存登記ヲ爲シ該家屋ヲ目的物トシテ抵當權ヲ設定シタルハ控訴人ノ賃借權(占有權ヲモ)ヲ侵害スル不法ノ行爲ナルカ故ニ不法行爲ヲ原因トシテ登記ノ抹消ヲ求ムルモノナリト謂フニ在リ然ルニ控訴人主張ノ如ク保存登記ノ目的物タル家屋ノ實在セサルモノトセハ被控訴人等ハ控訴人ノ賃借地ヲ不法ニ占據シタリト云フヲ得サルハ勿論控訴人カ賃借地上ニ本訴登記ト同一ノ家屋ヲ新築シタリトテ其保存登記ヲ爲ス上ニ何等ノ妨ケトナルヘキ管ナク家屋ノ實在セサル以上ハ被控訴人等カ右家屋ニ付キ如何ナル登記ヲ爲スモ控訴人ノ賃借權ヲ侵害スルコトナキヲ以テ不法行爲ヲ原因トスル本訴ハ控訴人ノ主張自體ニ於テ失當ナリ(大阪地方裁判所四四年レ第一七一號民三判決法律新聞八三三號二三頁)

右ノ判決ハ不當ナリ、判決ハ賃借權ハ債權ナリ其内容ニ於テ借地ヲ使用收益スルコトヲ賃借人ニ請求スルヲ得ルニ止マルトノ前提ヨリ立論シタルモノナリ然レトモ債權ト雖トモ他人カ侵害シ得可カラサルモノニ非サルコトハ多數學者ニヨリテ主張セラルル所トス而シテ本件事實タル借地上ニ虛無家屋ノ保存登記ヲ

注文者ノ場所選定ト請負契約ノ解除

ナシ且ツ之ニ對シテ抵當權ヲ設定シ其登記ヲナシタルトキハ第三者ハ其登記ヲ信賴シ從ツテ該地上ニ家屋アルモノト認ムルニ至ル如キハ同地ニ對シテ賃借權ヲ有スル者ニ迷惑ヲ感セシムルコト蓋シ鮮少ナラス例セハ賃借人カ其權利ヲ讓渡サント欲スル場合ニ他人ハ之ヲ嫌忌スル如キ又ハ抵當權(假裝)ヲ實行セントシテ同地上ヘ執達吏等カ立入ルニヨリテ占有ノ妨害セララルル如キ其數ノ枚舉ニ遑アラズ此ノ如キ關係ニ於テ賃借權ヲ侵害スルモノト云ハサル可カラス從ツテ之ニ附帶スル登記抹消請求ヲモ許ササリシハ至當ナル見解ト云フ可カラサルナリ

六三二 請負ハ當事者ノ一方カ或ル仕事ヲ完成スルコトヲ約シ相手方カ其仕事ノ結果ニ對シテ之ニ報酬ヲ與フルコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ス
四九三 辨濟ノ提供ハ債務ノ本旨ニ從ヒテ現實ニ之ヲ爲スコトヲ要ス但其ノ債權者カ豫メ其受領ヲ拒ミ又ハ債務ノ履行ニ付キ債權者ノ行爲ヲ要スルトキハ辨濟ノ準備ヲ爲シタルコトヲ通知シテ其受領ヲ催告スルヲ以テ是ル

注文者カ一定ノ場所ヲ選定シ請負人其選定セラレタル場所ニ工作物ヲ建築スヘキ場合ニ注文者契約締結後其場所ヲ選定セサルトキハ請負人ハ其請負契約ヲ解除シ得ルヤ

注文者ハ仕事ノ結果ニ對シテ請負人ニ報酬ヲ與フヘキ義務ヲ負フノミ從テ注文者が民法

建築場所ノ選定ヲ爲ササルモ債務不履行ノ理由トシテ請負人ハ契約ヲ解除スルコトヲ得本場合ハ第四百九十三條但書中「債務ノ履行ニ付キ債權者ノ行爲ヲ要スルトキ」ニ屬ス故ニ請負人ハ注文者カ場所選定ヲ爲スヘキコトヲ催告シ注文者(債權者)ナシテ遲滞ノ責ニ任セシメ不履行ヨリ生スル一切ノ責任ヲ免ルルコトヲ得ヘシ(石坂法學博士法學志林一四卷第一二號七五頁以下要領)

然リ注文者ノ負擔スル所ノ義務ハ單ニ報酬支拂ノ義務アルノミ一定ノ場所ヲ選定シテ請負人ヲシテ建築工事ヲナサシムルハ注文者ノ權利ナリ故ニ注文者カ其場所ノ指定ヲナササルハ權利ヲ行使セサル者ニシテ義務ノ不履行ニアラス然レトモ債務者タル請負人カ其債務ヲ履行スルニハ債權者タル注文者ノ協力則チ行爲ヲ要ス場所ノ選定是レナリ債權者タル注文者カ場所ヲ選定セサルトキハ請負人ハ其債務ヲ履行スル能ハス其不能ハ結局債權者ノ責ニ歸ス可キ事由ナレハ民法ハ第四九三條但書ヲ以テ債務者ヲ保護ス從ツテ債務者ニ對シ此ノ場合ニ契約ノ解除權ヲ認ムルノ理由ヲ存セス或曰債務履行ノ準備等ヲナスヘキニヨリ債務者ヲシテ解除權ヲ有セシムルヲ至當トスト非ナリ右ニ述ヘタル如ク注文者ハ其債務ノ不履行ニアラサレハ如何ナル理由ヲ以テ有效ナル契約ヲ消滅セシムルヲ得ンヤ之レ吾人カ本論ニ賛同スル所以ナリ

土地賃貸
人ノ證明
義務

流質ニ因
ル盜品ノ
取得

六〇一 賃貸借ハ當事者ノ一方カ相手方ニ或物ノ使用及收益ヲ爲サシムルコトヲ約シ相手方カ之ニ其賃金ヲ拂フコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ス
(參照)不動産登記法一〇六 未登記ノ建物所有權ノ登記ハ左ニ掲ケタル者ヨリ之ヲ申請スルコトヲ得
三 既登記ノ敷地ノ所有者又ハ地上權者ノ證明書ニ依リ自己ノ所有權ヲ證スル者

土地ノ賃借人カ借地上ノ建物ニ付キ保存登記ヲ爲サントスル場合ニ於テハ賃貸人ハ敷地所有者トシテ證明ヲ爲スヘキ義務アルモノトス

按スルニ土地ノ賃貸人ハ其賃借人ニ對シ完全ニ賃借地ヲ使用又ハ收益セシムヘキ義務ヲ負フ者ナルヲ以テ賃借人カ其地所ノ上ニ建物ヲ所有シ其保存登記申請ヲ爲サントスルニ付キ不動産登記法第六條ノ規定ニヨリ其申請ニ必要ナル敷地所有者ノ證明ヲ求ムヘキ場合ニ於テハ所有者タル賃貸人ハ其請求ニ應シ證明ヲ與フヘキ義務アルヤ勿論ニシテ被控訴代理人ノ抗辯ハ理由ナシ(長崎控訴院(ホ)一五一號民一判決法律新聞第八三二號二七頁以下要領)

正當ナル解釋ナリ

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

九二三 前條ノ場合ニ於テ占有物カ盜品又ハ遺失物ナルトキハ被害者又ハ遺失主ハ盜難又ハ遺失ノ時ヨリ二年間占有者ニ對シテ其物ノ回復ヲ請求スルコトヲ得
(參照)質屋取締法一一 質屋ハ流質期限經過ノ後何時タイトモ其ノ質物ヲ處分スルコトヲ得

盜品ト雖モ質屋營業者カ善意無過失平穩且公然ニ其占有ヲ始メタルトキハ流質

期限ノ經過ト共ニ其所有權ヲ取得スヘキモノナリヤ

本訴物件カ盜品ナルコト及控訴人ニ於テ該物權ヲ質ニ取リ其際平穩公然且善意無過失ニ其占有ヲ始メタルコトハ當事者間ニ爭ナキ所ナリ果シテ然ラハ控訴人ハ民法第百九十二條ノ規定ニヨリ即時ニ該物件ノ上ニ質權ヲ取得シ右質權ハ被害者ヨリ民法第百九十三條ニヨリ返還請求權ヲ對抗セサル限り適法ニ之ヲ有スルモノト謂ハサルヘカラス然リ而シテ本訴物權ノ流質期限カ經過セルコト當事者間ニ爭ヒナク控訴人カ質屋營業ヲ爲スコトモ當事者ノ各主張自體ニヨリ爭ヒナキ事實ト認ムルヲ得控訴人ハ前記質權ニ基キ質屋取締法第十一條ノ規定ニヨリ流質期限ノ經過ト同時ニ質物タル本訴物件ヲ處分スルコトヲ得ルニ至リ從テ右物件ノ上ニ所有權ヲ取得シ被害者ノ前記返還請求權ハ既ニ之ヲ對抗スルコトヲ得サルニ至リタルモノトシ蓋シ民法第百九十三條ノ規定ハ同法第百九十二條ノ規定ニヨリ權利ヲ取得シタル場合ニノ適用スル規定ニシテ法律ノ規定ニ依リ所有權ヲ取得シタル右ノ場合ニ適用ナキコト法文上明カナレハナリ(東京地方裁判所レ一七〇號民一判決法律新聞八三六號二六頁)

右ノ判決ハ不當ノ見解ナリト信ス

蓋シ盜品ニ對シテ質權ヲ設定シタル場合ニ於テ質屋ハ其質物ニ對シ質權ヲ取得スル能ハサルハ民法第一九三條ニ明定スル所タリ或ハ同條ハ第一九二條ノ例外規定ニシテ權利ハ取得スルモ所有者ヨリ返還請求アリタルトキハ之ニ應スヘキモノナリト説クモノアルモ非ナリ何トナレハ第一九三條ハ前條ノ例外規定ナルコトハ疑ナキモ然カモ即時ニ權利ヲ取得スルモノト解スルハ不當ナリ同條ハ其沿革ヨリ考フルモ即時ニ權利ヲ取得スルモノト解スルハ正當トスヘク獨逸民法九三五ヲ參照スルトキハ之ヲ知リ得可シ我カ法典上ニ於テモ亦タ第一九五條トノ比較解釋上然ラザル可

反對學說

(横田法學博士物權法二三三頁)

吾人ト同一見解ノ學說

一 權利者ニ取リテハ實ニ意外ノ災害ナルカ故ニ之ニ因リテ直チニ其權利ヲ失ハシムルハ聊カ酷ニ失スルノ虞アリ云々(梅博士要義第二卷五四頁)
二 遺失物又ハ盜品ニ於テハ占有者(…)ハ直ニ其所有權ヲ取得スル能ハス云々(岡松博士民法理由中卷八七頁)
三 占有者ハ即時ニ其占有セル盜品又ハ遺失品上ニ行使スル權利ヲ取得スルコトヲ得ヌ云々(松岡法學士民法論物權一八四頁)

一七六 物權ノ設定及ヒ移轉ハ當事者ノ意思表示ノミニ因リテ其效力ヲ生ス
一七七 不動産ニ關スル物權ノ得喪及ヒ變更ハ登記法ノ定ムル所ニ從ヒ其登記ヲ爲スニアラサレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス
(參照)不動産登記法一 登記ハ左ニ掲ケタル不動産ニ關スル權利ノ設定、保存、移轉、變更、處分ノ制限又ハ消滅

ニ付キ之ヲ爲ス(下略)
一〇四 不動産ヲ華族世襲財産ト爲スコトヲ認可シタルトキハ當該官廳ハ遲滞ナク世襲財産ノ創設ノ登記ヲ登記所
ニ屬託スルコトヲ要ス

華族世襲財産ト雖トモ登記ヲ爲スニアラサレハ其世襲財産ナルコトヲ第三者ニ 對抗スルコトヲ得ス

華族世襲財産法第十三條ニハ世襲財産ハ之ヲ賣却譲與買入書入ト爲スコトヲ得サル
旨又其第十四條ニハ世襲財産ハ負債ノ抵償トシテ差押フルコトヲ得サル旨夫々規定
シアルニヨリ之ヲ觀レハ華族世襲財産ヲ創設スルコトハ不動産ニ關スル權利ノ行使
ニ制限ヲ加フルモノニシテ物權ノ處分ノ制限ト謂ハサル可カラズ尙不動産登記法
第一條ニ依レハ不動産ニ關スル物權ノ處分ノ制限ハ之ヲ登記スルコトヲ得キノミ
ナラス同第四百四條ニ依レハ不動産ヲ華族世襲財産ト爲スコトヲ認可シタルトキハ當
該官廳ハ遲滞ナク世襲財産創設ノ登記ヲ登記所ニ屬託スヘキコトヲ要スル旨規定シ
アルニ依リ世襲財産ノ創設ハ不動産登記法ノ規定ニヨリ登記スヘキ事項タルコト論
ナク又民法第七十七條ニ所謂物權ノ變更トハ處分ノ制限其他廣ク權利ノ狀態ニ關
スル變動ヲ意味スルモノト解スルヲ相當トスルヲ以テ世襲財産ノ創設モ亦同條ニ所
謂物權ノ變更ニ該當ス然ラハ抗告論旨第四第五第七點ノ理由ナキコト自ラ明カナリ
抗告人ハ民法第七十七條ノ所謂物權ノ變更ニハ物權ノ處分ノ制限ヲ包含セスト主
張スルモ權利ノ處分ノ制限ハ權利ノ狀態ニ關スル一變動ニ外ナラザルヲ以テ之レヲ
權利ノ變更ト謂フニ妨ケナシ同條ハ單ニ概括的ニ得喪變更ト謂ヒ變更ナル語ヲ特ニ
狹義ニ解スルノ謂レナシ不動産登記法第一條ハ權利ノ變更ナル語ヲ權利ノ設立保存
移轉處分ノ制限消滅等ノ語ヲ對立セシメアルヲ以テ同條ニ謂フ變更トハ之ヲ狹義ニ

本判決ニ對シテハ大體ニ於テ異論ナシ仍テ參考トナル可キモノヲ左ニ掲ク

一 不動産登記法第一條ハ民法一七七條物權ノ得喪變更ヲ分拆シタルニ過キス(梅博士
民法

解スルヲ相當ナリトス可ク右第一條ノ變更ナル語ノ意義ヲ以テ直ニ民法第七十七
條ノ變更ナル語ヲ解セントスルカ如キハ妥當ナリト爲ス又民法第七十六條
ハ物權ノ得喪變更ノ事實ニ於ケル當事者ト其得喪變更ニ干與セサル三者トノ關係
ヲ規定シタルモノナルカ故ニ第七十七條ノ第六條ノ次條ニ在リトノ一事ヲ
以テ第七十七條ノ意思表示ニ因リ物權ノ得喪變更ヲ來タス場合ニ限リ適用セラル
ヘキモノナリト解スルヲ得而シテ其得喪變更ノ原因ニ關シ何等制限ヲ設クルコト
ナキヲ以テ意思表示ニ因ルト將タ公私ノ法規ニ因ルト同ハサル者ト謂フ可ク相續
ノ場合ノ如キモ第三條ニ對抗スルニハ登記ヲ必要トスル勿論ナリトス
次ニ官內大臣ノ認可ヲ得テ初メテ世襲財産ヲ創設スルコトヲ得ルモノニシテ該財產
ヲ創設スル者ハ實ニ其所有者タル華族自身ナルカ故カカル華族ヲ世襲財産創設ノ當
事者ナリト解スルニ何等ノ妨ケナキノミナラズカノ相續ノ如キ法律規定ニ因リテ物
權ノ得喪ヲ來タス場合ニ於テモ第七十七條ヲ適用スヘキモノナル以上ハ當事者ナ
ル語ヲ狹義ニ解スルノ妥當ナラサルコト明白ナリ又不動産登記法第四百四條ハ當該官
廳ニ登記囑託ノ義務ヲ負擔セシメタルニ過キスシテ該官廳ヲ以テ所謂不動産登記法
上ノ登記義務者トナシタルモノニアラサルノミナラス偶々官廳ノ怠慢ニヨリ登記ノ
囑託ヲ爲サザリシ爲メ世襲財産ノ所有者ニ損害ヲ及スカ如キコトアリトスルモ是當
該官廳カ義務ヲ履行セザリシ結果ニ過キスシテ責任ヲ財產所有者自身ニ負ハシメタ
ルモノト論スルヲ得サルナリ右說示スルカ如クナルヲ以テ本件抗告ハ何等ノ理由ナ
シ(東京地方裁判所(ソ)一六五號民五判決法律新聞第八三二號一九頁以下要領)

續法典實錄一六頁以下)
 一當事者及第三者ナル意義ニ付テハ議論アリ一派ノ學者ハ一七七條ハ一七六條ヲ承
 ケタルモノトシ當事者ヲ法律行為ノ當事者ニ限定シ其當然ノ結果トシテ時効ニ因ル
 場合ノ如キハ登記ナクシテ對抗力アリトナス(横田博士物權法六七頁、松岡學士物權法
 上卷五七頁、鳩山氏法律行為乃至時効六〇三頁)反之一派ノ學者ハ一七七條得喪變更ノ
 意義ヲ廣義ニ解シ從テ又當事者及第三者ノ意義ニ付テモ之ヲ廣義ニ解ス即チ相續又
 ハ時効ニ因ル場合ト雖モ登記ヲ必要トス(四一年大審院判決錄一三〇一頁、梅博士法學
 志林九卷三號一頁以下、富井博士物權上卷七〇頁、乾學士法學協會雜誌三〇卷六號及七
 號、民法二三九頁)

九五

意思表示ハ法律行為ノ要素ニ錯誤アリタルトキハ無効トス但表意者ニ重大ナル過失アリタルトキハ表意者自
 ラ其無効ヲ主張スルコトヲ得ス
 利息制限法ニ契約上ノ利息トハ人民相互ノ契約ヲ以テ定メ得ヘキ所ノ利息ニシテ元金百圓以下ハ一年ニ付キ百分
 ノ二十(二割)百圓以上ハ百分ノ十五(一割五分)千圓以上百分ノ十二(一割二分)以下トス若シ此制限ヲ超過スル分ハ
 裁判上無効ノモノトシ各制限ニマテ引直シムヘシ

高利ノ消費貸借ニ非スト信シテ保證ヲ爲シタルニ其實高利ナリシ場合ト雖トモ
 法律行為ノ要素ニ錯誤アリタルモノト云フコトヲ得サルヤ

案スルニ本件ニ於テ上告人ト主タル債務者朝比奈知泉トノ間ニ明治四十一年三月九
 日金額二千圓ノ消費貸借ヲ爲シ其利息ヲ三月縛リ二割ト契約シタルコトハ原院ノ確
 定シタル事實ナリ利息制限法第二條ニ依レハ元金千圓以上ノ貸借ニ付テハ契約上ノ
 利息ハ年率一割二分ヲ超過スルコトヲ得ス若シ之ヲ超過スルトキハ其超過部分ニ限

利息ノ契約ハ無効トナリ法律上ノ存在ヲ失フモノナルヲ以テ有效ノ法律行為トシ
 テ上告人ト主タル債務者朝比奈知泉トノ間ニ年率一割二分ノ利息附キ金二千圓ノ
 消費貸借成立シタルモノト謂ハサルヘカラス而シテ被上告人ノ代理人山本米一ハ其
 權限ニ基キ年率一割二分ノ利息附金二千圓ノ消費貸借ヲ保證スルノ意思ヲ以テ朝比
 奈知泉ノ債務ニ付キ保證契約ヲ爲シタルモノナレハ主タル債務ノ内容ハ正ニ其意思
 ニ適合スルモノニシテ主タル債務ノ内容ニ關シ錯誤ノ存スヘキ餘地ナシトス勿論注
 意ル債務ニ於ケル利息ノ約束力利息制限法ノ制限ヲ超過スル高利ノモノナラニハ
 主タル債務者ハ最初ヨリ天引等ノ名稱ヲ用ヒテ高利ヲ差引カレ又ハ辨濟額ヲ高利ニ
 充當スルコトヲ餘儀ナクセラレ過重ノ負擔ニ苦ムコトアルヘキモ利息制限法ノ制限
 ヲ超過セル部分ノ利息ヲ支拂フハ債務アルカ爲メ之ヲ支拂フモノニアラスシテ債務
 ナキニ之ヲ支拂フ者ナレハ其支拂ハ法律上保證セララル主タル債務ノ範圍内ニ屬セ
 サル事項ナリ主タル債務者カ高利ノ結果元本ノ辨濟ニ時日ヲ要シ延ヒテ保證人カ永
 ク債務ヲ免カレサルニ至ルコトアリトスルモ是レ保證セララル主タル債務其モノニ
 存スル原因ニ基クモノニアラス全然別箇ノ原因ニ基クモノナリ恰カモ主タル債務者
 カ無用ノ贈與其他ノ消費ヲ爲シ自己ノ財産ヲ減少シタル場合ト異ナルコトナキナリ
 主タル債務者ニシテ高利ノ約束ヲ爲シタルト異ナル所ナク其制限超過ノ部分ハ主タル債務ノ内
 ノ制限内最高ノ利息ナリシタルト異ナル所ナク其制限超過ノ部分ハ主タル債務ノ内
 容其モノト何等關スル所ナシ果シテ然ラハ本件ニ於テ被上告人ノ代理人山本米一カ
 上告人ト主タル債務者朝比奈知泉トノ間ノ貸借ノ利息カ年率一割二分ナルコトヲ保
 證契約ノ主觀的要素ト爲シタリトスルモ主タル債務ノ利息ハ法律上一年率一割二分ニ
 シテ之ニ適合スルモノナレハ毫末モ要素ノ錯誤ナキモノナルニ拘ハラズ原院カ其錯
 誤アリトシタルハ法律ニ違背シタルモノニシテ原判決ハ破毀ヲ羣レサルモノトス(大

本院四五(オ)二四一號大正元年一月二八日民一判決)

本件ニ付テ曩ニ東京控訴院ハ要素ニ錯誤アルモノトシテ保證契約ヲ無効ナリトシ吾人ハ之ヲ穩當ナル解釋ナリト認メ贊同ノ意ヲ表シタリ該判決ハ今次大審院ニ於テ本判決ヲ以テ破毀サレタリト雖モ吾人不幸ニシテ未タ之ニ服スル能ハス依然東京控訴院ノ判決ヲ以テ法理及ヒ取引ノ實際ニ適シタルモノト信ス

(民法三五二頁「高利貸借ノ保證」參照)

二四七

前九條ノ規定ニ依リテ物ノ所有權ヲ消滅シタルトキハ其物ノ上ニ存セル他ノ權利モ亦消滅ス

四一五

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

附合ニ因リテ物ノ所有權ヲ消滅シタル場合ニ於テ其物ニ關シテ債權ヲ有スル者ハ如何ナル影響ヲ受クルヤ

二四七條

依リ消滅スヘキ權利ハ質權ノ如キ物權ナルコトハ其文理ニ徴シテ明カニシテ債權ノ如キ債務者ノ行爲不行爲ヲ目的トスル權利ハ當然消滅スルコトナシ故ニ債權ニ及ホス影響如何ハ債權一般ノ原則ニ依リテ決スヘキモノトス

附合ノ影響

殺害ノ行爲ニ對スル賠償請求ノ法理

生命權ノ侵害(不法)ニ依ル損害賠償請求ノ法理

七〇九

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

七一

他人ノ生命ヲ害シタル者ハ被害者ノ父母、配偶者及ヒ子ニ對シテハ其財產權ヲ害セラレザリシ場合ニ於テモ損害ノ賠償ヲ爲スコトヲ要ス

人格ハ生命ト相終始ス生命絶ユレハ則チ人格亡フ人カ生命ヲ奪レタルトキハ其殺害ノ原因タル事實發生スルヤ忽チ存在ヲ失ヒ其人格消滅スルヲ以テ生命權ノ侵害ニ對スル損害賠償ノ請求權ハ被害者自身ニ對シテ發生スルニ餘地ナク其相續人カ死亡者ニ代テ賠償ヲ請求スルコト能ハサルハ勿論承繼人トシテ其賠償請求權ヲ行使スルコトヲ得サルモ亦明カナリ然レハ則チ生命權ノ侵害ハ刑罰ニ處セララル外加害者ハ民事上ノ責任ヲ負擔スルコトナキニ至ラン然リト雖モ人ノ生命ヲ奪ヒタル者ハ直接ニ被害者ノ生命權ヲ侵害シ同時ニ又被害者ノ親族ニ固有ナル權利ヲ害スル結果ヲ生スルヤ必セリ然ラハ被害者ノ親族ハ縱令死者ノ生命權ニ付キ權利ヲ有セストモ自己ノ權利ニ基キ加害者ニ對シテ其因テ生シタル損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得スルハアル可ラス此故ニ民法ハ第七一條ニ於テ之ヲ規定ス蓋シ親子夫妻ハ法律上互ニ其關係ヲ保持スル權利ヲ有シ生命ノ奪取ハ其必然ノ結果トシテ親子夫妻ハ關係ヲ絶テ右被害者ノ親族ハ權利ヲ害スルニ至リ其權利ノ侵害ヲ受ケタル者ハ精神上ノ害ヲ蒙ルコト決シテ財産上ノ損失ニ劣ルコトナケレハ加害者ヲシテ金錢ニ依リ其無形ノ損害ヲ賠償セシメ以テ之ヲ慰藉セシムルニ外ナラス英國ハ一八四六年 Lord Campbell's Actヲ制定シ被害者カ猶生存シタリシナラハ自ラ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得ハカリシ場合ニ死亡シタルニ於テハ遺產管財人ハ被害者ノ父母夫又ハ妻及子ノ爲メニ賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノトナシタリ又獨逸民法(八四四、八四五)ニ於テ生命權ノ

侵害ニ付第三者カ賠償請求權ヲ有スルハ結局財產權ノ侵害ヲ基礎トシタルコトニ歸着スヘシ(法學士西川一男氏法學新報第二三卷第二號七六頁以下要領)

生命權侵害ノ場合ニ於テ被害者ノ父母配偶者及子ハ常ニ親族權並ニ親族關係ヲ保持スルノ權利ヲ害セラルモノナリト云フハ疑問ナリ即チ親族權ハ第三者カ之ヲ侵害シ得ルヤ否ヤハ議論ノ存スル所ニシテ特ニ親族關係ヲ保持スル權利アリトハ尙ホ一層ノ疑問ニ屬ス此點ヲ解決セスシテ侵害アリトノ前提ヨリ本間ノ法理ヲ斷セラレタルハ聊カ足ラサルノ感ナキ能ハス

吾人ハ第七一條ハ其前二條ノ例外規定ニシテ權利侵害ヲ要素ト爲ササルモノト解シ右ノ所論ニ反對ス即チ第七一條〇條ニ於テ總テノ權利侵害ニ對シテ賠償請求ヲ認ムルヲ以テ更ニ第七一條ニ於テ財產權侵害云々ノ規定ヲ置クノ要ナク單ニ賠償請求權者ノ範圍ヲ定ムレハ足ル然ルニ法ハ第七一條ニ於テモ財產權ヲ害セラレサリシ場合ニ於テ云々ト謂ヒ以テ之ト前條トノ比較上ヨリ何等ノ權利侵害ナクシテ不法行爲ノ成立ヲ認ムルモノト解セサル可カラス換言スレハ權利侵害ノ理論ニ拘泥セスシテ第七一條所定ノ者ヲ慰藉センカ爲メ特別ナル賠償請求權ヲ認メタルモノト解ス

若シ親族權又ハ之ヲ維持スルノ權利ヲ侵害スルモノトセハ此權利ハ各人甲乙ノ

差ナク從ツテ其侵害ニ基ク賠償額ハ同一ナラサル可カラス然ルニ實際上各人甲乙ノ差アル可キニ徴スレハ其非ナルヲ窺知シ得可シ吾人ト同一見解ナル判例學說左ノ如シ

- 一 不法行爲ニ因ル損害ノ賠償ヲ請求シ得ル者ハ侵害ヲ受ケタル權利ノ主體ニシテ第三者ハ其被害者ノ子タルト否トニ拘ハラズ要債權ナキヲ原則トシ只被害者カ生命ヲ害セラレタル場合ニ例外アルノミトス(東京地方民事三部判決法律新聞一七五號一七頁)
- 二 被害者ノ生死ニ付權利ヲ有セサルヲ通例トナスカ故ニ或其倚賴スル者ヲ失ヒ或非常ノ悲哀ヲ感シ害ヲ蒙ルコトハ普通ノ權利侵害ニ比シ決シテ劣ル所ナキニ賠償ヲ受クル能ハサル如キハ立法ノ宜ヲ得タルモノニ非ス是レ本條ヲ設ケ其財產權ヲ害セラレサリシ場合ト雖トモ加害者ニ對シテ賠償請求權ヲ認ムル所以ナリ(岡松博士民法理由下卷大四七二頁)
- 三 民法正解債權編一五四八頁以下

反對說

横田法學博士債權各論八六四頁以下參照要旨ハ本所論ト殆ント同一ナリトス

六九七

義務ナクシテ他人ノ爲メニ事務ノ管理ヲ始メタル者ハ其事務ノ性質ニ從ヒ最モ本人ノ利益ニ適スヘキ方法ニ依リテ其管理ヲ爲スコトヲ要ス

民法

相續人
管理事務

相續人曠缺セル財産ニ對スル事務管理

此場合事務管理ヲ爲スコトヲ得ヘシ相續人ノ曠缺セル相續財産ハ法人ナルカ故ニ之レカ管理ハ即他人ノ事務ノ管理ナリ而シテ事務管理者ハ相續財産ニ屬スル債權ヲ保存シ又ハ取立ツルコトヲ得ヘシ通説ニ從ヘハ債權ノ取立ヲ以テ處分行爲ナリトナス然レトモ債權者カ之ヲ受領セザルトキハ受領遲滞ノ責ニ任シ寧ロ不利益ヲ受ク債權ノ取立ハ債權者ニ利益ヲ與フルモ損害ヲ與フルコトナシ故ニ吾人ハ通説ニ反シ債權ノ取立ハ處分行爲ニアラスシテ財産ノ保存行爲ナリト解ス從テ裁判所ノ選任セル相續財産ノ管理人モ債權ヲ取立ツルコトヲ得ヘシ蓋事務管理ノ範圍ハ第六九七條ノ規定スル所ニシテ管理行爲ヨリモ其範圍廣ク場合ニ依リ處分行爲ヲ含ムコトアルヘシ事務管理者ハ相續財産ニ屬スル債權ノ取立ヲ爲スコトヲ得ルモノト云ハサルヘカラス(法學博士石坂晋四郎氏法學志林第一卷第一號九三頁)

相續人曠缺セル財産ト雖モ無主物ニハ非ス法人カ其財産ノ主體ナリ故ニ義務ナクシテ之カ管理ヲナセハ事務管理トナルハ民法第六九七條ニ照シ右所論ノ如シ然レトモ債權ノ取立カ管理行爲ナリト謂フハ疑問ナリ債權取立行爲ノ結果カ本人ニ利益ナルト否トハ之カ非處分行爲トナルノ理由トナラス若シ之ヲ以テ處分行爲ト管理ノ兩行爲ヲ區別スル標準ト爲サハ或物ヲ賣却スルカ本人ニ利益ト爲リ且ツ賣却セザルコトカ不利ナルトキハ如何ナル貴重物ヲ賣却スルモ管理行爲トナル豈ニ如此理アラシヤ

第六九七條ノ事務則チ事務管理者ノ爲シ得可キ行爲ハ博士所論ノ如ク必ラスシモ管理行爲ノ範圍ニ限局セラレス或處分行爲ト雖モナシ得可シ此場合ニ處分行爲カ變シテ管理行爲トナルニ非ス均シク處分行爲タリ故ニ此點ニ付テハ博士ノ所見ニ反ス要ハ管理者ノナシ得可キ行爲ハ本人ニ利益ニシテ且ツ其意思ニ反セタル限りハ之ヲ爲シ得可キモノト解ス

同趣旨判例

事務管理人ハ管理行爲ノ外必要ノ場合ニ於テ本人ノ意思ニ反セザルトキハ處分行爲モ亦之ヲ爲スコトヲ得(三十二年大審院判決第一一八頁)

四一四二項 債務ノ性質カ強制履行ヲ許ササル場合ニ於テ其債務カ作爲目的トスルトキハ債權者ハ債務者ノ費用ヲ以テ第三者ニ之ヲ爲サシムルコトヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但シ法律行爲ヲ目的トスル債務ニ付テハ裁判所ヲ債務者ノ意思表示ニ代ユルコトヲ得

(參照)民訴七三三 民法第四一四條第二項及ヒ第三項ノ場合ニ於テハ第一審ノ受訴裁判所ハ申立ニ因リ民法ノ規定ニ從ヒテ決定ヲ爲ス

債權者ハ同時ニ其行爲ヲ爲スニ因リ生ス可キ費用ヲ豫メ債務者ニ支拂ヲ爲サシムル決定ノ宣言アラシムコトヲ申立ツルコトヲ得但シ其行爲ヲ爲スニ因リ此ヨリ多額ノ費用ヲ生スルトキ後日其請求ヲ爲ス權利ヲ妨ケス

新聞紙法一七 新聞紙ニ掲載シタル事項ノ錯誤ニ付テハ本人又ハ直接關係者ヨリ正誤又ハ正誤書辯駁書ノ掲載ヲ請求シタルトキハ其請求ヲ受ケタル後次回又ハ第三回ノ發行ニ於テ正誤ヲ爲シ又ハ正誤書辯駁書ノ全文ヲ掲載スヘシ

同三五 第一七條第一項第二項又ハ第一八條ニ違反シタルトキハ編輯人ヲ五十圓以下ノ罰金又ハ科料ニ處ス

謝罪廣告ハ名譽回復ノ手段トシテ缺クル處ナキヤ(不法)

債務者カ自己名義ノ謝罪廣告ヲ新聞紙上ニ廣告スヘキ旨ノ確定判決ヲ受ケタルモ任意ニ履行セズ從テ債權者ハ民法四一四條第二項ニ從ヒ廣告ヲ爲サント欲スルモ新聞紙カ掲載ヲ爲ササルトキ若クハ或新聞紙ハ掲載ヲ爲シタルモ他ノ新聞紙ニ於テハ却テ被告ヨリ爲セル非謝罪廣告ヲ掲載シタル場合ニ於テハ債權者カ法權ヲ蔑視シ確定判決ノ效力ヲ尊重セサルノミナラス之ニ反抗シタルモノニシテ所謂法廷侮辱ナシタルモノナルモ其責任ヲ問フ可キ規定ハ我制法上全ク之ヲ闕如スルヲ以テ債務者カ確定判決ニヨリ謝罪廣告ト相駢ンテ所謂謝罪セサルノ廣告ヲ掲載スルカ如キ不穩當ノ行爲ヲ爲シテ謝罪廣告ノ目的ヲ没却スルカ如キ行動ヲ爲スモ之ヲ處罰スル能ハス而カモ斯クノ如キ不穩當ノ廣告依頼ヲ受ケタル新聞紙ニ於テ該廣告ノ掲載ヲ拒絕セントスルモ新聞紙法第一七條ニヨリ同法第三五條ノ制裁アルヲ以テ右ノ如キ廣告依頼者カ確定判決ニ依ル廣告ハ自己ノ眞意ニ出テタル者ニ非サル事實ヲ辯明スル爲メ辯駁廣告ナリト論シ來ルトキハ之カ掲載ヲ拒絕スルニ付テハ多小ノ危險ト考慮トナ要スルノ事情アルヲ免レシ固ヨリ同條第三項ニハ正誤辯駁ノ趣旨法令ニ違反スルトキ(中略)ハ之ヲ掲載スルコトヲ要セス」ト規定シアルヲ以テ如此所謂辯駁廣告ハ其趣旨法令ニ違反スルモノト認ムルニ何等ノ差支ナシト雖トモ東京地方裁判所檢事局ノ如キハ反對ノ解釋ヲ採ルモノノ如キヲ以テ新聞紙ニ於テハ勢ヒ如此不穩不當ノ廣告ヲ掲載スヘキハ當然ナリ

加之新聞紙ハ他人ヨリ依頼セラレタル廣告ヲ必ス掲載スヘキ義務アルコトナク之ヲ掲載スルト否トハ全ク其隨意ナリ故ニ余輩ハ名譽回復ノ裁判上ノ救濟手段トシテ謝罪廣告ヲ命スルハ我國ノ制法上適當ナル處分ナルヲ否ニ付キ多大ノ疑惑ヲ懷抱スルニ至レリ(岸法學博士辯護士會錄事第一七一號三〇頁以下要領)

吾人モ亦本論ト同シク憶カニ法ノ一大缺點ナリト信ス適當ノ時期ニ於テ新聞紙法ノ改正ヲ行ヒ新聞紙ハ判決ニヨリ新聞廣告ヲ掲載スヘキ義務アル旨ヲ規定スル要アルヘシ

履行不能
請求人
報酬

五三六

前二條ニ掲ケタル場合ヲ除ク外當事者双方ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニヨリテ債務ヲ履行スルニ至ラサルトキハ債權者ハ反對給付ヲ受ケル權利ヲ有セス

六三二

債權者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ履行ヲ爲スコト能ハサルトキハ債權者ハ反對給付ヲ受ケル權利ヲ失ハス但自己ノ債務ヲ免レタルニ因リテ利益ヲ得タルトキハ之ヲ債權者ニ償還スルコトヲ要ス

六三三

請負ハ當事者ノ一方カ或仕事ヲ完成スルコトヲ約シ相手方カ其仕事ノ結果ニ對シテ之ニ報酬ヲ與フルコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ス

六三四

報酬ハ仕事ノ目的物ノ引渡ト同時ニ之ヲ與フルコトヲ要ス但物ノ引渡ヲ要セサルトキハ第六二四條第一項ノ規定ヲ準用ス

六三五

仕事ノ目的物ニ瑕疵アルトキハ注文者ハ請負人ニ對シ相當ノ期限ヲ定メテ其瑕疵ノ修補ヲ請求スルコトヲ得但瑕疵カ重要ナラサル場合ニ於テ其修補カ過分ノ費用ヲ要スルトキハ此限ニアラス

六三六

注文者ハ瑕疵ノ修補ニ代ヘ又ハ其修補ト共ニ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得此場合ニ於テハ第五三三條ノ規定ヲ準用ス

民法

請負人カ其工事ノ一部ヲ爲シテ全部完成セザリシ一事ハ未タ以テ其報酬請求權ナキ理由トナスニ足ラス

其履行ノ不能カ被上告人ノ責ニ歸ス可キ事由ニ原因シタリトセハ上告人ハ民法第五三六條第二項ノ規定ニ依リ自己ノ債務ヲ免レタルニ因リテ得タル利益ヲ被上告人ニ償還スルコトヲ要スルモ請負ノ報酬ヲ受ケル權利ハ之ヲ失ハサルヘタ又若シ其履行

ノ不能カ上告人ノ責メニ歸スヘキ事由ニ原因シタリトセハ被上告人ハ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ルモ上告人ノ既ニ爲シタル工事ノ部分ニ對シ報酬ノ幾分ニ相當スル金額ノ支拂ヲ免ルルコトヲ得サルヘク又若シ上告人ノ既ニ爲シタル工事ニ瑕疵アリトセハ被上告人ハ其瑕疵ニ付キ損害賠償ヲ請求シ又民法第六三四條第二項ニ依リ同時履行ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得ルモ其抗辯ニ因ラスシテ漫然報酬ノ支拂ヲ拒ムコトヲ得サルヘシ故ニ前ニ說示シタルカ如ク被上告人カ上告人ニ請負ハシメタル本件工事ヲ既ニ他人ヲシテ完成セシメテ目的物ヲ占有シ尙ホ上告人ノ履行スヘキモノ存セサル以上ハ單ニ上告人カ其工事ハ一部ヲ爲シテ全部完成セザリシ一事ハ未ダ以テ其報酬請求權ナキコトノ理由ト爲スニ足ラス(大審院四五年(オ)一八〇號元年一月二〇日民二判決)

請負契約ト雖モ一部ノ結果ニ對シテ其報酬支拂ヲナスノ要アルコト右判旨ノ如シ單ニ一部ノ結果ナリトノ理由ノミヲ以テ漫然其報酬支拂ヲ要セスト云フカ如キハ吾人ノ採ラサル所ナリ然ルニ全部ノ結果ニ在ラスハ原則トシテ報酬支拂ヲ要セサル如ク解スル者アルハ誤謬ノ見解ナリ本書商法ノ部二五三頁東京控訴院四四年(ネ)第二六六號第二民事部異趣旨判決ヲ參照セラル可シ

權限外代理
及其
債權
請求
ノ
辨
別

一〇〇 代理人カ其權限外ノ行爲ヲ爲シタル場合ニ於テ第三者カ其權限アリト信スヘキ正當ノ理由ヲ有セシトキハ前條ノ規定ヲ準用ス
七〇五 債務ノ辨別トシテ給付ヲ爲シタル者カ其當時債務ノ存在セサルコトヲ知りタルトキハ其給付シタルモノノ返還ヲ請求スルコトヲ得ス

七〇七 債務者ニアラサル者カ錯誤ニヨリテ債務ノ辨別ヲ爲シタル場合ニ於テ債權者カ善意ニテ證書ヲ毀滅シ擔保ヲ拋棄シ又ハ時效ニ因リテ其債權ヲ失ヒタルトキハ辨別者ハ返還ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス前項ノ規定ハ辨別者ヨリ債務者ニ對スル債權ノ行使ヲ妨ケス

代理人カ權限ヲ超越シタル行爲ニ付キ本人ヲシテ負責セシムルニハ本人カ第三者ヲシテ代理人ニ權限アリト信セシムル過失アルヲ要ス(本件ハ相手方ニ過失)債務ノ存在ヲ疑ヒナカラ強要ニ應シ已ムナク支拂ヲ爲シタル如キハ民法第七〇五條ノ適用アリヤ(不當)

如上ノ場合ニ於テ之カ證書並ニ擔保品ノ返還ヲ受ケタル事實アルトキハ民法第七〇七條ヲ適用スヘカラサルヤ

元來代理人カ代理權限ヲ超ヘテ爲シタル行爲ニ付キ本人ヲシテ其責ニ任セシムルニハ第三者カ代理人ニ其行爲ヲ爲ス權限アリト信スヘキ正當ノ理由ナカルヘカラス從ツテ何人ト雖トモ法律上罪トナルヘキ行爲ヲ行フ權利ヲ有セサルコト勿論ナレハ犯罪行爲ニ付キ代理關係ノ存スヘキ理由ナキ故ニ代理人ノ行爲カ犯罪タル以上ハ之レハ權限内ノ行爲ト謂フ可カラサルハ多言ヲ要ヤス而シテ貸借ヲ爲ス權限アリトスルニハ本人タル被控訴人ニ於テ控訴會社ヲシテ代理人タル道太郎ニ貸借ヲ爲ス權限アリト信セシムルニ至レル過失ナカルヘカラス被控訴人カ道太郎ニ家事一切ノ處理ヲ委任シタルモ終始其行動ヲ監視スヘキ責任アルモノニアラサレハ道太郎カ被控訴人ノ私印私書ヲ偽造シ控訴會社ヨリ金員ヲ詐取シタル行爲ニ付テハ其過失ニ出テタルモノト謂フヘカラス之ニ反シ控訴會社ハ甲第三號證ノ一、二ノ借用證書ヲ道太郎ヨリ受取ルニ當リ其證書ノ被控訴人名下ノ印影カ其擔保ニ供セラレタル黒羽銀行株券

裏面ニ押捺サレアル被控訴人名下ノ印影ト相異ナルコトハ二者ニ對比スレハ容易ニ
 發見シ得ルニ拘ラス漫然之カ取調ヲ疎漏ニ付シテ道太郎ニ金員ヲ渡シタルカ如キハ
 控訴會社ニ過失アリト謂ハサルヘカラス夫レ此クノ如ク本人タル被控訴人ニ何等過
 失ノ實ムヘキモノナク却テ控訴會社ニ過失アル場合ニ於テハ假令控訴會社カ道太郎
 ニ代理行爲ヲ爲ス權限アリト信シタレハトテ所謂正當ノ理由アリト謂フヲ得ス從
 テ本人タル被控訴人ナシテ其責ニ任セシムルヲ得ス
 甲第二號證ノ借用證書寫ヲ示シ被控訴人名下ニハ實印ノ押捺アリ支拂ヲ拒ムニ於テ
 ハ出訴スヘク又ハ擔保ニ供セラレアル定期預金ヲ引出シ處分スヘシ等ノ取調ヲナシ
 タルヨリ被控訴人ハ新江道太郎ニ家事一切ノ處理ヲ委任シ置キタルヲ以テ同人ニ事
 實ヲ訊ネントスルモ同人ニ會合スルヲ得サリシ爲メ遂ニ其債務ノ存在ヲ確メス疑
 抱キナカラ控訴會社ノ強要ニ應シ已ムナク其支拂ヲナシ後ニ證書ヲ受取リ熟視シタ
 ルニ被控訴人ノ實印ニアラサルモノ押捺サレアルヲ發見シタル事實ヲ窺知シ得ヘキ
 ナリ以テ被控訴人カ支拂ノ當時自己ニ債務ノ存在セザリシコトヲ知リテ支拂ヒタルモ
 ノト謂フヘカラサルハ勿論支拂後ニ至リ債務ノ存在セザリシコトヲ知リシモノト謂
 フヲ得ヘシ況ンヤ被控訴人カ錯誤ニヨリ支拂ヒタルノ事實ノ如キハ到底之レヲ認
 ムルヲ得ス而シテ民法第七〇五條ハ給付者カ債務ノ存在セザルコトヲ知ルニ拘ハラ
 ス殊更ラニ債務ノ名義ニ依リテ給付シタルモ其給付者カ債務ノ存在セザルコトヲ知
 テ爲シ自ラ損失ヲ受ケルコトヲ承認シタルモシテハ斯ル給付者ニ對シテ法律ノ保護
 ナスルハ必要ナシトハ趣旨ニヨリ定メラレタルモノナラシ以テ本件ノ如キ債務存
 在スルハ否ニ付キ疑ヲ抱キ其存在ヲ確メサル間ニ支拂ヲ爲シ支拂後債務ノ存在セ
 サリシ場合ニハ同條ノ適用ナキヤ多言ヲ俟タスルモ債務者タル被控訴會社ハ被控訴人ナ
 錯誤ニ依リ本件債務ノ辨濟ヲ爲シタリトスルモ債務者タル被控訴會社ハ被控訴人ナ

右ノ判旨ハ正當ノ見解ナリ之ニ關スル判例學說ヲ紹介ス可シ

ノ債務者ナリト信シ辨濟ト同時ニ善意ニテ證書ヲ返戻シ擔保ヲ拋棄シタルヲ以テ被
 控訴人ハ返還ノ請求ヲ爲スコト能ハサル旨抗辯スルモ民法第七〇七條ハ其第一項ニ
 於テ債務者カ善意ニテ證書ヲ毀滅シ擔保ヲ拋棄シ又ハ時效ニヨリテ其債權ヲ失フ
 ル場合ニ於テ辨濟者ニ返還請求權ナキ旨ヲ規定シタル趣旨ヨリ推考スレハ同條ハ返還請求拒絶
 ル債權者ニ與ヘタル止マラズ尙ホ辨濟者カ債務者ノ爲メニ辨濟ヲ爲シタルト同
 一ノ效果ヲ生セシメ其辨濟ヲ有視シ之レニ因テ一面債權ヲ消滅セシメ一面辨濟者
 ナシテ債務者ニ對スル債權成立シタル行使モハナラサルヘカラス而シテ非債務者カ錯誤ニヨリ
 辨濟シタル債務ハ正當ニ成立シタル行使モハナラサルヘカラス而シテ非債務者カ錯誤ニヨリ
 社トノ間ニハ何等ノ債務關係存在セズ從テ被控訴人ニ於テ本訴金員ヲ支拂フノ義務
 アルコト明カナルノミナラス第四抗辯中ニ說示シタル趣旨ニヨリ被控訴人ノ控訴會
 社ニ對シ爲シタル支拂ハ控訴會社カ被控訴人ニ對シ甲第三、五號證ノ證書及擔保品ヲ
 返還シタル事實アレハトテ民法第七〇七條カ本件ノ場合ニ適用スルヲ得サルヤ論
 俟タサルナリ(東京控訴院四五(ホ)五一五號民三判決 律日々第一八六號判例集一八九
 頁以下要領)

一 代理人ノ行爲カ犯罪ヲナス場合ト雖モ第三者ニ於テ代理人ノ權限ヲ有スルコト
 ナ信ス可キ正當ノ理由ヲ有シ而シテ本人ニハ第三者ヲシテ代理人ノ權限ヲ有スルコ
 トヲ信セシメタル過失アルトキハ民法一一〇ニ依リ本人ヲシテ其實ニ任セシム可キ
 モノトス(大審院刑事判決錄三九年二三八頁)

二 民法第七〇五條ニ債務ノ存在セサルコトヲ知リタルトキト在ルハ債務ノ辨濟ト

民法

シテ給付ヲ爲シタル者カ其當時法律ノ規定上之カ存在セサルコトヲ知ラザリシ場合
ト單ニ事實上之ヲ知ラザリシ場合ト包含ス(四三年大審院民事判決録五六八頁)
三 東京控訴院四一年五月一二日判決法律新聞五〇七號二二頁同趣旨
四 岡松博士民法理由下卷次四五二頁以下及次四六〇頁參照同趣旨
五 松波、仁保、仁井田各博士著民法正解債權編一四三六頁及一四四一頁參照同趣旨
六 横田博士著債權各論八三一頁以下參照同趣旨

一六七 債權ハ十年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅ス
債權又ハ所有權ニ非サル財産權ハ二十年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅ス

一七三 左ニ掲ケタル債權ハ二年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅ス
一 生産者、卸賣商人及ヒ小賣商人カ賣却シタル產物及ヒ商品ノ代價
二 居職人及ヒ製造人ノ仕事ニ關スル債權
三 生徒及ヒ習業者ノ教育、衣食及ヒ住宿ノ代料ニ關スル校主、塾主、教師及ヒ師匠ノ債權
五八八 消費貸借ニ因ラスシテ金錢其他ノ物ヲ給付スル義務ヲ負フ者アル場合ニ於テ當事者カ其物ヲ以テ消費貸借
ノ目的ト爲スコトヲ約シタルトキハ消費貸借ハ之ニ因リテ成立シタルモノト看做ス

賣掛代金ヲ借用證書ニ改メタルトキハ準消費貸借ヲ成立セシムルヤ(其時効ハ消
ヘキヤ)

控訴人ハ賣掛代金カ消費貸借ニ引直サレタリト主張シ被控訴人ハ依然賣掛代金ナリ
從テ賣掛代金ニ關スル時効ニヨリ已ニ債務消滅セリト主張スルヲ以テ其當否ヲ案ス
ルニ甲第一號證ニヨレハ借用金證書ト題シ其内容ニ於テモ金錢ノ消費貸借ニ引直サ
レタル者ト認ムルヲ相當トス最モ同證中三金一千圓也但シ機械殘額ナル記載アリト
雖トモ之レハ機械代金殘額ヲ目的トシテ本件消費貸借ヲ成立セシメタル由來ヲ記載

事實ノ認定ヲナスニ當リ特別ナル事情ナキ限りハ一般事例特ニ其行爲ノ外形等
ニヨリテ判定ヲナス可キナリ故ニ本件借用證書トアル事案ヲ民法第五八八條ノ
適用ニヨリ消費貸借ノ成立ヲ認メ以テ短期時効ノ適用ナシト判示シタルハ正當
ナリ參考トナル可キ判例學說

- 一 大審院四一年民事判決録五一九頁四〇年同上三八六頁同趣旨
- 二 岡松博士民法理由下卷次一七八頁横田博士債權各論四三四頁同趣旨

九六第一項 詐欺又ハ強迫ニ因ル意思表示ハ之ヲ取消スコトヲ得
七〇九 故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責任ス
(參照)刑法二四六 人ヲ欺罔シテ財物ヲ竊取シタル者ハ十年以下ノ懲役ニ處ス
前項ノ方法ヲ以テ財産上不法ノ利益ヲ得又ハ他人ヲシテ之ヲ得セシタル者亦同シ

一個ノ詐欺カ刑事上及ヒ民事上ノ不法行爲ヲ組成シ且ツ同時ニ法律行爲ノ成立
セル場合ニ於ケル被害者ハ損害賠償權ノ行使ト取消權ノ行使ハ一ニ其選擇ニ屬
スヘキモノトス

一個ノ行爲ニシテ不法行爲タルト同時ニ法律行爲タルヲ得ルモノニ非サル旨抗辯ス
レトモ凡ソ一個ノ詐欺行爲カ刑事上及民法上ノ不法行爲ヲ組成シ且ツ法律行爲ノ成

民法

立スルコト稀ナリトセス其刑法上ノ不法行為即チ犯罪行為ハ國家刑罰權ノ運用上犯人ヲ處罰スルニ依リテ十分ニ其目的ヲ達シ得ヘク其行為ヨリ生スル民法關係ニ於テ如何ナル效力ヲ有スルヤ否ヤハ敢テ問フ處ニアラサルニ反シ法律行為ニ關シテハ一ニ民法ニ依リテノミ其效果ヲ決スヘキモノナルヲ以テ犯罪行為タル觀念ト法律行為タル性質トハ相抵觸スル者ニアラサルカ故ニ此二者ハ絕對ニ兩立スルヲ得サルモノニアラス又詐欺ニ因ル意思表示ニシテ民法上ノ不法行為ノ要件ヲ具備スル場合ニ於テ民法第七〇九條ノ規定ニ從ヒ損害賠償ヲ請求スルヲ得ヘキノミナラス之ト同時ニ一面民法第九六條ノ要件ヲ具備スルトキハ同條ニ基キ詐欺ノ原因トシテ之カ意思表示ヲ取消スコトヲ得ヘシ蓋シ民法第七〇九條ノ規定ト民法第九六條ノ規定ト抵觸スルモノニアラサルノミナラス各其規定スル處ニ從ヒ其效果ヲ異ニシ不法行為ナル觀念ト法律行為ナル觀念トハ相矛盾スルモノニアラスシテ兩立スルヲ妨クルモノニアラサルカ故ナリ依テ斯ル不法行為ト法律行為トノ兩立シ得ル場合ニ於テハ損害賠償ヲ請求權ヲ行使スルト取消權ヲ行使スルトハ一ニ被詐欺者(被害者)ノ任意選擇ニ屬スルモノナルカ故ニ本件ニ於テ被控訴人等カ控訴人ニ對シ取消權ヲ行使セスシテ不法行為ノ原因トシ之カ損害賠償ヲ請求メタルハ何等支障ナキニヨリ本抗辯モ亦採用スルヲ得ス又本件ノ訴訟物ニ付テハ貸金辨濟請求ナル訴名ノ下ニ該判決ハ既ニ確定シ當事者ヲ福東スルモノナルヲ以テ之ニ反スル被控訴人ノ主張ハ許スヘカラサルモノニシテ本件ハ一事再理ナル旨抗辯スト雖トモ確定判決ノ效力ヲ及ボス可キ範圍ハ前後ノ兩訴ニ於テ當事者双方同一タルヘキコトハ勿論之ト同時ニ訴訟物ノ同一即チ請求ノ目的及ヒ原因モ亦同一ニシテ前訴ノ裁判ト同一ナルトキニ限リ其要件ノ一ヲ缺クトキハ既判力ノ抗辯ハ爲シ得ヘキモノニアラス……次ニ控訴人ハ被控訴人等ヨリ金員騙取ノ手段トシテ被控訴人等ニ對シ貸借關係ノ成立ニ必要ナル意思ヲ表示シ且ツ故

意ニ事實ヲ詐リ被控訴人等ヲシテ錯誤ニ陥ラシメ意思表示ヲ爲サシメタル上其效果トシテ金員ノ交付ヲ受ケ以テ詐欺ノ目的ヲ遂ケ被控訴人等ノ財產權ヲ侵害シタル事實ヲ認メ得ヘキヲ以テ其一ノ行為ニ因リ本件當事者間ニ於テハ一面法律行為ノ存在ヲ觀ルト同時ニ不法行為ノ存在ヲモ觀ルヲ得ヘシ而シテ此二者ノ兩立ヲ妨ケサルコトハ前段ニ説示シタル如クナルヲ以テ被控訴人等カ特ニ選擇シテ不法行為ニ基キ損害ノ賠償ヲ請求ムル本訴請求原因ハ正當ナリト謂ハサル可カラス(東京控訴院四(本)五三九號民三判決法律新聞八三八號二一頁以下要領)

右ノ判旨ハ一部正當ナルモ一部不當ナリ則チ一個ノ行為カ不法行為タルト同時ニ法律行為タルコトアリト云フハ誤レリ實際上ニ一團トシテ生シタル法律事實カ其一部不法行為ニシテ他ノ部分ニ於テ法律行為ヲ成立セシムルコトハ吾人ノ屢屢目撃スル所ナルモ此場合ハ一個ノ行為ナルニアラス數箇ノ行為カ自然上又ハ目的上結合セラレ一箇ノ事實トシテ生スルニ過キス法規ニ於テ不法行為タル法律事實ト法律行為トシテノ法律事實トハ各其支配ス可キ範圍ヲ異ニス判示事實モ此狀態ニアルモノナランカ果シテ然ラハ結果ニ於テ大差ナキモ理論トシテハ一個ノ行為カ不法行為タリ且ツ法律行為タルコトヲ認ム可カラサルハ二者相容レサル觀念ニ徴シテ窺知シ得可シ

取毀命令中ニ表示ヲ缺クモ獨立シテ存在シ得ヘカラサル厩舎ヲ取毀ツカ如キハ
建家取毀シノ必然ノ結果ニシテ不法ニアラストス

右厩舎ノ構造ハ二本ノ杭ヲ建テ丸木ヲ以テ斜メニ之レヲ持タセ右ノ建家ニ立掛ケル
ル一尺四方ノ屋根モナキ物干様ノモノニシテ一方ヲ建家ニ打チ付ケ建家ヲ取毀ツト
キハ自然ニ倒ルヘキモノニシテ設備上建家一部トシテ包含セラレ獨立ノ建物トシテ
存在シ得ヘカウサルコトヲ認メ得ヘキカ故ニ建家ト共ニ其包含物トシテ之ヲ取毀ツ
ハ悉モ差支ナキノミナラス右建家ニヨリ支持セラレル厩舎ノミチ存セシメ獨リ建家ノ
取毀ヲ爲スカ如キハ全ク不可能事ニ屬スルヲ以テ本件ノ建家取毀ニ因リ必然ノ結果
トシテ該厩舎ノ倒壊ヲ來シタルモノトモ認定シ得ヘク當厩ノ點ニ付テハ證人ノ證言
ニ依レハ建家取毀ノ際控訴人ノ依頼ニ基キ取毀チタルモノナルコトヲ認ム可キカ故
ニ右厩並ニ厩ノ取毀ニ付テハ被控訴人ニ何等不法ノ點ナキノトス(東京控訴院四五
三三六號民之部判決法律新聞第八三八號二三頁以下要領)

右ノ判旨ハ妥當ナリ蓋シ獨立ノ存在ヲ認ム可カラサル物ナルトキハ厩厩タルト
其他ノ物タルトヲ問ハス基本タル建物ノ取毀ニ當リ均シク之ヲ崩壞セシムルモ
何等不法ナル可キ筈ナシ何トナレハ獨立ノ存在ナキ物ハ則チ之ニ對シテ權利侵
害ヲ要素トスル不法行爲ヲ成立セシムルコトアル可カラサレハナリ

債能財產處分
力ト價分

民法三 滿二十年ヲ以テ成年トス
(參照) 法例二 公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサル慣習ハ法令ノ規定ニ依リテ認メタルモノ及法令ノ規定ナキ事項

ニ關スルモノニ限リ法律ト同一ノ效力ヲ有ス

能力者ハ其所有財產ヲ處分スルニ親戚等ノ承諾ヲ要スル慣習行ハルルモ如斯ハ
公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スル慣習ナリトス

我國殊ニ山梨縣ニ於テハ人カ其ノ所有財產ヲ處分スルニ當リテハ親戚ノ承諾ヲ得サ
レハ爲ス能ハス若シ親戚ノ承諾ヲ得スシテ處分シタルトキハ親戚ハ訴ヲ提起シ得ル
慣習行ハレ而シテ此慣習ハ法例第二條ニヨリ法律ト同一ノ效力ヲ有スルカ故ニ控訴
人等ハ固ヨリ訴權アリト云フニ歸着スルモ人カ行爲無能力ナルカ如キ場合ニアラサ
ル限リハ其所有財產ヲ處分スルニ當リ親戚ノ承諾ヲ要スト云フカ如キハ我カ民法全
般ノ趣旨ニ微シ許サレサル所ナリ從テ假令此ノ如キ慣習行ハルルトスルモ其慣習ハ
公ノ秩序並ニ善良ノ風俗ニ反スルモノト認ムヘキヲ以テ法例第二條ノ適用ヲ受クヘ
キモノニアラス(東京控訴院四五三三六號民三判決法律日々第一八六號判例集一八
五頁)

行爲能力ニ關スル法律規定ハ公益的強行法規ナリ故ニ之ニ反スル慣習則チ行爲
能力ノ伸長又ハ短縮ハ慣習ニヨリテ左右スル能ハス此理由ニヨリ如斯慣習無效
ナリト判示シタルハ正當ナリ之ニ關スル學說

法律行爲能力ニ關スル規定ハ凡テ強行規定タリ契約ヲ以テ制限シ又ハ拋棄スルヲ得
ス(中島博士民法釋義卷ノ一、一〇三頁)

買主ノ不
履行ト契不

四一九 金錢ヲ目的トスル債務ノ不履行ニ付テハ其損害賠償ノ額ハ法定利率ニ依リテ之ヲ定ム但約定利率カ法定利
民法

買賣契約ヲ解除セサル以上ハ假令買主カ契約ニ違反シテ目的物ヲ引取ラサルモ賣主ハ約定ノ代金ヲ請求スルコトヲ得ヘキヲ以テ其目的物ノ時價低落シタリトスルモ該價額ト時價トノ差額ヲ損失スルコトナキヨリ買主ニ對シ其差額ヲ損害賠償トシテ請求スルコトヲ得ス

仍テ原判文ヲ閱スルニ原院ハ本件當事者間ニ天津總ノ賣買契約成立シ賣主タル被上告人ハ契約ニ從ヒテ天津總ノ引取及ヒ代金ノ支拂ヲ求メタルニ買主タル上告人ハ契約ニ違背シテ其引取及ヒ代金ノ支拂ヲ拒ミタルヨリ被上告人ハ最早上告人ニ履行ノ意ナキヲ看取シ明治四四年一月一日日該總ヲ低價ニ賣却シタル當時ノ時價ニテ他ハ賣却シタル爲メ約定ノ代金ト他ハ賣却シタル代價トノ差額ニ相當スル損害ヲ被リタリト認定シ其差額ハ即チ上告人ノ債務不履行ニ因ル損害ニ外ナラズトシ之カ支拂ヲ損害賠償トシテ上告人ニ命シタルモノナリ然レトモ賣買契約ノ解除セラレサル限りハ假令買主カ契約ニ違背シテ目的物ヲ引取ラサルモ賣主ハ約定ノ代金ヲ請求スル事ヲ得ルヤ旨ヲ俟タス從テ其目的物ノ時價力低落シタルハトテ賣主カ約定ノ代金ト低價シタル時價トノ差額ヲ損失スルコトナキヲ以テ買主ニ對シ其差額ヲ損害賠償トシテ請求シ得ヘキ理由アルコトナシ且ツ買主カ契約ニ違背シテ代金ヲ支拂ハサルカ爲メニ賣主ニ損害ヲ被ラシメタリトセハ其損害賠償ノ額ハ民法第四一九條第一項ノ規定ニ從ヒ法定利率又ハ約定利率ニ依リテ之ヲ定ムヘキモノニシテ賣主ハ實際ノ損害如何

ニ拘ラス右利率ニ相當スル賠償額ノ外請求スルコトヲ得サルモノトス(大審院四五年(オ)二一〇號大正元年一月一日民二判決)
右ノ判例ハ正當ナリ

九七五 法定ノ推定家督相續人ニ付キ左ノ事由アルトキハ被相續人ハ其推定家督相續人ノ廢除ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得
一 被相續人ニ對シテ虐待ヲ爲シ又ハ之ニ重大ナル侮辱ヲ加ヘタルコト
二 疾病其他身體又ハ精神ノ狀況ニヨリ家政ヲ執ルニ堪ヘサルヘキコト
三 家名ニ汚辱ヲ及ホスヘキ罪ニ因リテ刑ニ處セラレタルコト
四 浪費者トシテ準禁治産ノ宣告ヲ受ケ回復ノ望ミナキコト
此他正當ノ事由アルトキハ被相續人ハ親族會ノ同意ヲ得テ其廢除ヲ請求スルコトヲ得

正當事由ニ基ク家督相續人ノ廢除(相續人ノ身體虛)

廢除理由アリキ否キ甲第二號證及ヒ證人ノ證言ニヨレハ被告ハ稟性虛弱多病ニシテ特ニ數年前ヨリ重キ神經衰弱ニ罹リ回復ノ見込ナキモノナリ而シテ證人ハ濠澤男爵家ノ家憲トシテ原告家ニハ多數ノ末家アリテ總家タル原告家ノ戶主ハ各末家ヲ統御シ其家族團體ヲ率ヘテ濠澤家ニ關スル一切ノ事務ヲ決議處理シ總家利得利益ノ幾分ヲ末家ニ分配スヘク且ツ從來經營セル公共事業ニ當ラサルヘカヲサレハ前記ノ如キ身ノ狀況ニヨレハ原告家ノ家政ハ甚ダ復雜多端ナルコト明カナリサレハ前述ルナ相當トス(東京地方裁判所元年(タ)二〇二號民一判決法律新聞八三九號二三頁以下要領)

右ハ全然事實問題ニシテ至當ノ判決ナリ參照ス可キ判例

- 一 法定ノ推定家督相續人カ身體虛弱ニシテ祖先以來ノ農業ヲナシ能ハサルヲ魚商トナリテ親族ノ家業ヲ繼カント欲シ幼少ヨリ親族ニ行キテ其戸主ニ愛育サレ魚商ヲ習得シ双方嗣子トナリ、ナサンコトヲ希望スルカ如キ場合ニハ其相續人ヲ廢除スルニ正當ノ理由アルモノトス但シ實家ニハ其家業ヲ繼クヘキ子女アルヲ要ス(東京控訴院民事二部四一年七月法律新聞五二六號一三頁)
- 二 同趣旨四二年四月大阪控訴院判決法律新聞第五六八號一四頁)

七〇九

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

他人ノ所有地上ニ權利ナキ建物所有(占有妨害ト)

土地ノ利用妨害ハ事實上利用ヲ妨害シタル全部ニ付テ賠償責任アリ

之ヲ不法ニ占有シタルコトヲ認ムルヲ得ヘシ故ニ控訴人ハ該家屋ヲ占有セス從テ其家屋ノ敷地ヲ占有セサルモノト云フヲ得ヘキモ控訴人カ其地上ニ建設シタル家屋ノ所有者ナルコト前示ノ如クニシテ家屋ハ土地ニ定着シタルモノニシテ地上ヲ離レテ存在スルコトヲ得サルモノナルヲ以テ該家屋ニ付キ所有權ヲ有スル以上ハ其建設セラルアル敷地ノ使用ヲ妨害シタルモノト云ハサルヲ得ス又鑑定人ノ鑑定書及附屬圖面ニヨリハ家屋數棟ニ分レテ邸宅内ノ全部ニ散在シ空地ハ其間ニ介在セルコト及ヒ西方ヨリ西北一帶ノ地ハ帷地ナルコト明カニシテ之ト係争地カ一區劃ヲ爲ス事實トニ依レハ空地ハ該家屋ノ所有者以外ノ者ニ於テ獨立シテ之ヲ使用スルコトヲ得サル

他人ノ所有地上ニ權利ナキ建物所有(占有妨害ト)

抵當權ノ效力ト永小作權

右ノ判決ハ正當ナリ則チ他人ノ所有地上ニ權利ナクシテ家屋ヲ所有シ爲メニ土地所有者ヲシテ其使用收益ヲ爲サシメサルハ不法ナリ土地所有者被害者ハ民法第一九八條ニ依リ保護ヲ求ムルト民法第七〇九條ニ依リ救済ヲ求ムルトハ其任意ナル可シ而シテ其被害ノ範圍ハ家屋ノ敷地ノミナラス之ニ接續セル他ノ部分ト雖トモ事實上占有ヲ妨害スルニ於テハ其賠償ノ責任アルハ多言ヲ要セス

二七〇

永小作人ハ小作料ヲ拂ヒテ他人ノ土地ニ耕作又ハ牧畜ヲ爲ス權利ヲ有ス

二七三

永小作人ノ義務ニ付テハ本章ノ規定及ヒ設定行為ヲ以テ定メタルモノノ外貸借ニ關スル規定ヲ準用ス

三六九

抵當權者ハ債務者又ハ第三者カ占有ヲ移サシメテ債務ノ擔保ニ供シタル不動産ニ付キ他ノ債權者ニ先チテ自己ノ債權ノ擔保ヲ受クル權利ヲ有ス

三九五

第六〇二條ニ定メタル期間ヲ超ヘサル貸借ハ抵當權ノ登記後ニ登記シタルモノト雖トモ之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得其實質債力抵當權者ニ損害ヲ及ボストキハ裁判所ハ抵當權者ノ請求ニ因リ其解除ヲ命スルコトヲ得

抵當權ノ效力(所有權ノ移轉若クハ地上權、永小作權ノ設定ヲ阻止スルコトヲ得ルヤ)

抵當權ト永小作料ノ低廉ナル其設定行為トノ關係

本訴ハ抵當不動産ニ付キ設定シタル永小作權カ其小作料低廉ニシテ土地ノ價格ヲ減
 少シ從テ抵當權者ヲ害スルニヨリ之レカ解除並ニ其登記ノ抹消手續ヲ求ムルニ在リ
 仍テ案スルニ抵當權者ハ其物ニ追隨シテ優先辨濟ヲ受クル權利ヲ有スルニ過キスシ
 テ所有權ノ移轉若クハ地上權永小作權等ノ設定ヲ阻止スル權利ヲ有スルモノニアラ
 ス被告等ノ永小作權設定ハ永小作料ノ廉不廉ニ拘ハラズ固ヨリ有效ニシテ只被告サ
 トカ抵當權ノ濫除ヲ爲ササルニ於テハ原告等抵當權者ハサトノ永小作權ニ關セズ抵
 當物件ヲ競賣スルコトヲ得ヘク而シテ永小作權ハ競落ニ依リテ當然消滅スヘキモノ
 トナシ是レ民法第三九五條ノ如キ規定ヲ有セサル所以ニシテ抵當權者ハ其抵當權ヲ
 實行スルニ先チ豫メ抵當物ヲ目的トスル永小作權ノ消滅ヲ請求シ得ヘキモノニアラ
 ス(前橋地方裁判所元年(ワ)第一〇五號民事判決法律新聞第八三九號二六頁要領)

當然ノ解釋異論アル可キ筈ナシ之ニ關スル學說判例ノ參照ス可キモノナシ

特約ト慣習

九二 法令中ノ公ノ秩序ニ關セサル規定ニ異ナリタル慣習アル場合ニ於テ法律行為ノ當事者カ之ニ依ル意思ヲ有セ
 ルモノト認ム可キトキハ其慣習ニ從フ
 九三 意思表示ハ表意者カ其眞意ニアラサルコトヲ知リテ之ヲ爲シタル爲メ其效力ヲ妨ケラレルコトナシ但相手方
 カ表意者ノ眞意ヲ知リ又之ヲ知ルコトヲ得ヘカリシトキハ其意思表示ハ無効トス
 非常類焼等ノ節ハ貴殿ノ損失トシテ敷金悉皆返還セストノ特約ハ當事者ニ於テ
 之ニ羈束セラルル意思ヲ表示シタルモノト認ムルヲ得ス
 敷金返還ノ場合ニハ二割ヲ差引クトノ特約ハ眞意ニ出テタルモノトハ認メ難シ

敷金領收證書ニハ非常類焼等ノ節ハ貴殿ノ損失トシ悉皆返還セストノ記載アリ然レ
 トモ甲第三號ノ一鑑定人訊問調書其二鑑定人訊問調書及其三鑑定人訊問調書ノ記載
 ニ依レハ從來大阪市ニ於ケル家屋ノ賃貸借ノ場合ニハ敷金預リ證書ニ家屋焼失スル
 トキハ敷金返還セサル旨ノ條款ヲ記載スル事通常ナルモノ之レ單ニ借家人ヲシテ火災
 ニ對スル注意ヲ怠ルコトナカラシムル爲メニ記載シ來リシ文例ニ過キスシテ當事者
 カ眞實斯クノ如キ特約ヲ爲スノ意思ヲ以テ記載シタルモノニ非ス從テ此條款ノ有無
 ニ不拘賃貸家屋焼失スルトキハ類焼ノ場合ハ勿論家主ハ實際敷金ヲ返還セルヲ常
 セル事實ヲ認ムルニ餘リアリ故ニ甲第一二號證ノ記載モ亦大阪市内ニ於ケル家屋賃
 貸借ノ場合ニ慣用セララルル形式文タルニ止マリ當事者ニ於テ之ニ羈束セララルル意思
 ヲ表示シタルモノト認ムルヲ得ス
 次ニ控訴人ハ敷金返還ノ場合ニハ二割ヲ差引ク可キ特約アリト抗辯シ其立證トシテ
 援用セル甲第一二號證ニハ但二割引トノ記載アリ然レトモ斯ノ如キ特約ハ何等ノ理
 由ナクシテ家屋ノ貸主ニ財産上ノ利益ヲ得セシムル事トナリ當事者互ニ自己ノ利益
 ヲ目的トシテ締結スルヲ通常トスル賃貸借契約ニ於テハ他ニ特別ノ事情ナキ限り之
 ヲ以テ當事者ノ眞意ニ出テタルモノトハ認メ難シ故ニ此點ニ關スル甲第一二號證ノ
 記載モ亦當事者之ニ羈束セララルルノ意思ヲ以テ記載シタルモノニ非ス(大阪控訴院四
 五(ホ)第三六六號民一判決法律世界第一二四號九頁要領)

右ノ判決ハ其一半ニ於テ大阪市ニ於ケル慣習ノ存在ヲ確定シタルモノニシテ各
 地ニ於テモ其慣習ノ如何ハ注意ス可キコトナリ又其後半ハ敷金二割引ノ上返還
 スル旨ノ特約ハ眞意ヲ以テ其拘束ヲ受クルノ意思ナカリシモノト認定シタルモ

事實上ノ問題ナルヲ以テ爰ニ論ス可キ點ナシトス

民法第九六六條ニ所謂相續權侵害ノ事實ヲ知ルノ意義ニ就キ

九六六 家督相續回復ノ請求權ハ家督相續人又ハ其法定代理人カ相續權侵害ノ事實ヲ知リタル時ヨリ五年間之ヲ行ハサルトキハ時効ニ因リテ消滅ス相續開始ノ時ヨリ二十年ヲ經過シタル時亦同シ

民法第九六六條ニ所謂相續權侵害ノ事實ヲ知ルトハ相續人ニ於テ自己ニ相續人タル權利ヲ有ストノ認識ヲ有シ又法定代理人ニ於テモ斯ル認識ヲ有スルノ謂ナリ蓋シ此請求權ハ其權利アルコトヲ認メ併セテ相續ニヨリテ取得シタルモノノ返還ヲ目的トスルモノナレハナリ(法學士松岡義正氏法學志林第二五卷一號九六六頁要領)

然リ民法第九六六條ニ所謂相續權侵害ノ事實ヲ知ルトハ正當相續人ニ非サル者カ相續ヲナシ以テ自己又ハ被代理人ニ於テ其有スル相續權ヲ侵害セラレタルコトヲ主張スルモノナレハ其權利アルコトヲ認識セサル可カラサルヤ勿論トス
同説 自己ニ相續權アルコトヲ主張シ他人ノ不法相續ヲ排除セントスルニハ必ず相續回復ノ訴ニ依ル可シ云々(法學士牧野菊之助氏著日本相續法論九一頁)

七二七 土地ノ工作物ノ設置又ハ保存ニ瑕疵アルニ因リテ他人ニ損害ヲ生シタルトキハ其工作物ノ占有者ハ被害者ニ對シテ損害賠償ノ責任ヲ負フ但占有者カ損害ノ發生ヲ防止スルニ必要ナル注意ヲ爲シタルトキハ其損害ハ所有者之ヲ賠償スルコトヲ要ス

前項ノ規定ハ竹木ノ栽植又ハ支持ニ瑕疵アル場合ニ之ヲ準用ス
前二項ノ場合ニ於テ他ニ損害ノ原因ニ付キ其責任ニ任スヘキ者アルトキハ占有者又ハ所有者ハ之ニ對シテ求償權ヲ行使スルコトヲ得

民法七二七條工作物ノ意義

民法第七二七條ノ土地ノ工作物トハ建物塙壁地窖ノ如ク土地ニ接着一テ築造セル設備ヲ指稱シ本件機械ノ如ク工場内ニ据付ケラレタルモノハ之ニ包含セス(大審院元年(一九〇四)號同年一月二十六日民二判決)

穩當ナル見解異論アル可キ筈ナシ之ニ關スル學說左ノ如シ

- 一 土地ノ工作物トハ土地ニ附着スル工作物(其材料ノ如何ヲ問ハス)例之各種建物、堤防、道路、橋梁、堰、ナリ(岡松博士民法理由下卷次四八八頁)
- 二 所謂工作物トハ家屋工場其他ノ建物堤防溝渠貯水池等土地ノ上ニ施ス一切ノ建築物ヲ意味ス(横田博士債權各論八七九頁)

四二四 債權者ハ債務者カ其債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル法律行為ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但シ其行為ニ因リテ利益ヲ受ケタル者又ハ轉得者カ其行為又ハ轉得ノ當時債權者ヲ害スヘキ事實ヲ知ラザリシトキハ此限ニアラス
前項ノ規定ハ財產權ヲ目的トセサル法律行為ニハ之ヲ適用セス

所謂「轉得者」トハ不動産上ニ受益者ヨリ地上權永小作權又ハ抵當權等ノ設定ヲ受ケタル者モ亦含ムヤ

詐害行為取消權者タル債權者ノ債權額カ取消ヲ求ムル行為ノ價格ヨリ寡少ナルモ取消請求權ニ影響ヲ及ボサス」

被告ハ本訴不動産ノ贈與ヲ受ケタル後善意ノ第三者タル池木長二郎ニ抵當權ヲ設定シタルヲ以テ原告ノ請求ヲ認容スルニ於テハ池木長二郎ノ權利ヲ侵害スルノ恐れアリト抗爭セリ民法ニ所謂轉得者トハ債務者ト受益者間ノ法律行為ノ目的トナリタル物又ハ權利ヲ直接又ハ間接ニ讓受ケタル特定承繼人ヲ指稱スルモノニシテ轉得者カ受益者ノ讓受ケタル要件トモテ受利益ノ全部ヲ讓受ケタルハ普通ハ狀態ナルモ敢テ同一ノ內當權ノ設定ヲ受ケタルモ亦轉得者ナリ
被告ハ本件不動産ハ如何ニ低廉ニ見積ルモ五百圓内外ノ價額ヲ有スルヲ以テ原告カ改良ニ對シ百圓餘ノ債權ヲ有スルヲ理由トシテ本件贈與契約ノ取消ヲ求ムルハ必要以上ニ超越スル適當ノ請求ナリト抗辯セリ保爭不動産ニ對シ設定セラレタル抵當權ノ基本タル債務カ合計金四百五十四圓ナルコトヲ甲第二號證ノ一ニ依リ認メ得ル事實ヨリスレハ保爭不動産ノ價格カ被告抗辯ノ如キモノナルコトヲ推知シ得ヘシト雖トモ詐害行為ノ取消ハ總債權者ノ利益ノ爲メニ其效力ヲ生スルモノナルヲ以テ取消ニ依リテ回復シタル財產カ取消ヲ求メタル債權者ノ債權ニ比シテ如何ニ多額ナリトシテ得ルニ過キサルコトモ之レナキニアラス去レハ債權者カ自己ノ債權ヲ完全ニ保全セントモハ勢ヒ債務者ノ行為ヲ取消シ其行為ニヨリテ債務者ノ資産ヨリ取出シタル全財產ノ回復ヲ求ムルノ必要ヲ生スヘシ加之民法ニ於テハ單ニ債權者ニ與フルニ債務者ノ行為ノ取消ヲ求ムル權利ヲ以テシ決シテ債權ノ額ト法律行為ノ目的ト爲ル

親權者タル資格ノ喪失トノ關係

本件ハ轉得者ノ取得シタル權利カ前者即チ受益者ノ權利ニ基クモ其内容ヲ異ニスル場合ニ於テモ猶轉得者タルコト及ヒ廢罷訴權者ノ債權額カ取消行為ノ價格ヨリ寡少ナルモ權利行使ヲ妨ケサルコトノ二點ヲ判斷シタルモノニシテ何レモ正當ノ見解ナリ」

本判決ト同一學說

- 一岡松博士廢罷訴權論法學新報一一九號一八頁參照
- 二石坂博士日本民法第三編債權第二卷七四三頁參照

八一二 協議上ノ離婚ヲ爲シタル者カ其協議ヲ以テ子ノ監護ヲ爲ス可キ者ヲ定メザリシトキハ其監護ハ父ニ屬ス
 父カ離婚ニ因リテ婚家ヲ去リタル場合ニ於テハ子ノ監護ハ母ニ屬ス
 前二項ノ規定ハ監護ノ範圍外ニ於テ父母ノ權利義務ニ變更ヲ生スルコトナシ
 八七七 子ハ其家ニアル父ノ親權ニ服ス但獨立ノ生計ヲ立ツル成年者ハ此限リニ在ラス
 父カ知レサルトキ、死亡シタルトキ、家ヲ去リタルトキ又ハ親權ヲ行フコト能ハサルトキハ家ニ在ル母之ヲ行フ
 八七九 親權ヲ行フ父又ハ母ハ未成年ノ子ノ監護及教育ヲナス權利ヲ有シ義務ヲ負フ

親權者タル資格ノ喪失ト子ニ對スル監護權ノ消滅」

協議上ノ離婚者カ其協議ヲ以テ子ノ監護者ヲ定メタル場合ニ於テハ親權ノ一部タル

ル物又ハ權利ノ價格トノ間ニ權衡上何等ノ制限ヲ設ケサルヲ以テ此點ニ對スル被告ノ抗辯亦理由ナシ(大阪地方裁判所四五(四)一五號民三判決法律新聞第八四一號二三頁以下要領)

監護權ハ其職務ト共ニ監護者ニ歸屬シ其監護權ノ對世權ナルコト上告人所見ノ如シトスルモ子ノ監護者ヲ定ムルハ親權者カ監護ヲ爲スハ子ノ爲メニ不利ナルニ依リ他ノ適當ナル者ヲシテ其任ニ當ラシメ以テ子ノ利益ヲ保護セントスルニ出テタルモニシテ親權者ヲシテ監護ヲ爲サシメサルニ在レハ離婚者中ノ親權者カ親權者タルノ資格ヲ喪失シタルトキハ縱令監護者ヲ定メザリシトスルモ監護ヲ爲スコト法律上不能トナリ最早監護ヲ爲スノ虞ナク監護者ヲシテ監護ヲ爲サシムルノ必要存セザルヲ以テ監護者ノ監護權モ亦當然消滅ニ歸スヘキモノトス(大審院大正元年(オ)二五號同年一月二十九日民一判決)

自カラ監護ヲナシ又ハ他人ヲシテ之ヲ爲サシムルコトヲ得ルハ親權者タル資格ヲ前提トスル趣旨ナルハ民法第八七九條ニ於テ親權ヲ行フト冠シタルニ徴シテ其法意ヲ窺知シ得可シ然リ本件ノ如ク離婚ヲナスニ當リテ其子ノ監護者ヲ定メ其後子カ養子縁組ヲナシタルタメ親權者ニ變更ヲ生シタルトキハ從來ノ監護者ハ失格ト同時ニ當然監護權ヲ喪失スルモノト解セサル可ラス若シ然ラストセシカ養子縁組ニ因ル新タニ親權者トナリタル者ハ第八七九條ニ則トリ其權利アルト同時ニ他面ニ於テ監護ス可キ義務ヲ負擔スルモノナレハ義務者ハ其履行ヲナスヲ得ス而カモ其責ヲ免ル能ハサルカ如キ不條理ノ結果ヲ生スレハナリ如上ノ理由ヲ以テ吾人ハ右判旨ニ贊同スル所以ナリ參照ス可キ學說判例ナシ

日掛積立
會ノ性質
及會員間
ノ法律關係

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

四二八 債權ノ目的カ其性質上又ハ當事者ノ意思表示ニ因リテ不可分ナル場合ニ於テ數人ノ債權者アルトキハ各債權者ハ總債權者ノ爲メニ履行ヲ請求シ又債務者ハ總債務者ノ爲メ各債權者ニ對シテ履行ヲ爲スコトヲ得

六六七 組合契約ハ各當事者カ出資ヲ爲シテ共同ノ事業ヲ營ムコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ス
出資ハ義務ヲ以テ其目的ト爲スコトヲ得

如斯債權(日掛積立會ニ於ケ)ハ性質上ノ不可分債權ナリ
日掛積立會ノ會員ハ共同ノ利益ノ爲メニ如上ノ債權ヲ保全スルヲ目的トスル行爲ヲ爲シ得ヘキハ權利者タル資格ニ基ク當然ノ結果ナリ

多數當事者ノ債權債務ニ付テハ別段ノ意思表示ナキトキハ平等ノ割合ヲ以テ權利及義務ヲ有スルモノナルコト上告論旨ノ如シ然レトモ之レ單ニ原則タルニ止マリ例外ヲ許ササルモノニアラス當事者間別段ノ意思表示アル場合ハ勿論債務ノ性質上分割ヲ許ササル場合若クハ法律ノ規定上分割ヲ認メサル場合ハ假令債權債務ノ當事者カ多數ナリト雖トモ其債權債務ハ平等ニ分割セラレルコトナキモノトス原判決ヲ見ルニ其理由中ニ本件積立會ハ互ニ日掛積立テ爲シ金圓ノ融通ヲ圖ルヲ目的トストサレハ組合類似ノ集團ナリト認メ得ルヲ以テ該會ノ權利ハ會員共同ニ之ヲ有スルモノト爲スナ安當トス

而シテ本件債權ハ積立會ニ屬スルノ權利ナリト認メ各會員ハ共同ニ之レヲ有スルモノト説示シアルヲ以テ本件債權ハ單純ナル多數當事者ノ債權トセシテ右債權ハ各會員カ自由ニ處分スルコトヲ得サル不可分の性質ヲ有スルモノト認定シタルモノト解スヘシ然ラハ右債權ニ付キ各會員カ自己ニ對スル給付ノ請求ヲ爲スコトナクシテ

單ニ其會員共同ニ有スル債權ノ保全ノ方法トシテ債權ノ轉付命令ヲ受ケタルモノニ對シ債權移轉ノ無効確認ヲ求ムル處ハ各會員カ其資格ニ基キ全員ノ爲メニ之レヲ爲スモ何等ノ違法アルヲ見ス凡ソ個人ト個人トノ間ニ法律關係ノ發生スルニハ法律直接ノ規定ニ基キ或ル法律事實ヲ以テ債權發生ノ原因ト爲シタル場合力然ラザレハ其個人ト個人トノ間ニ法律行為ノ行ハルル場合タルコトヲ要ス積立會ノ會員ハ共同利益ノ爲メニ其債權ノ保全ヲ目的トスル行為ヲ爲シ得ヘキハ權利者タル資格ニ基ク當然ノ權利ナリ(東京控訴院四五(一)七二號民一判決法律新聞第八三七號二一頁以下要領)

右判例ノ見解ハ正當ナリ蓋講ハ其性質組合契約若クハ少クトモ準組合契約ナレハナリ

同一學說

本書民法一四頁二〇三頁無盡講及石坂博士本書第一卷六九八頁講ノ法律上ノ性質參照

講ノ性質ニ關スル直接ノ判例ナシト雖モ講ニ於テ當籤又ハ競落ニヨリ講金ヲ使用セル者ト講其モノトノ法律關係ノ性質ヲ定メタル判例アリ左ノ如シ

- 一 賴母子講ニ於テ當籤者カ講金ヲ領收スルヤ異日掛戻ヲ爲ス義務ヲ負フ者ナレハ其辨濟方法ハ普通ノ消費貸借ト異ナルコトハ勿論ナリト雖其權利關係ハ性質ハ消費貸借ナルヲ以テ通例トス(明治三十五年六月一日大審院判決)
- 二 賴母子講ノ當籤ニ基キ因スル消費貸借ノ權利關係ハ債務者タル當籤者ト未當籤者タル他ノ講員トノ間ニ直接ニ成立スルヤ或ハ其關係ハ當籤者ト會主若クハ世話人等

トノ間ニ成立シ云々(明治三十五年六月一日大審院判決)

三 競落ノ方法ニ依ル無盡講金ハ普通金融ノ必要上不利益ノ競落ヲ爲シ之ヲ借用スルモノナレハ其性質消費貸借ナリトス云々(明治四一年一月一日大審院判決)

四 賴母子講ニ於ケル講員相互ノ權利關係ハ消費貸借關係ナルコトハ其通有ノ性質タルニ止マリ必然的ニ消費貸借ノ關係スルコトヲ要スルモノニアラサルハ云々(明治四四年三月二七日大審院判決)

乳牛ノ賣買ト重要事項

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

乳牛ノ賣買契約ハ年齡ヲ其要素ト爲ササルモ乳孕ノ多少ハ其要素トナス慣習ナリ

東京府下若クハ其附近ニ於テ乳牛ヲ賣買スルニ當リテハ一孕二孕三孕ト云フコトハ契約ノ重要事項トシ事實上容易ニ判明セサル年齡ヲ重要事項ト爲スコトナシ又乳牛ハ其ノ出乳ノ分量ニ因リテ價額ヲ定ムルモノナレハ賣買證書ニ乳牛ノ年齡ヲ記載シタルトキト雖トモ其年齡ニ相違アル一事ヲ以テ當事者カ何等ノ苦情ヲ申出スルコト能ハサル旨ノ慣習ナリ(東京控訴院四四(六)二號民二判決法律新聞第八四〇號二二頁要領)

右ノ判旨ハ東京附近ニ於テ乳牛ノ賣買契約ヲナスニ當リ乳孕ノ數ヲ其要素トナス旨ノ慣習アルニトヲ認メタルモノ即チ事實認定ノ問題ニシテ法理上ヨリ論ス

寺院ノ代表
及其負債
債權並ニ
其時効中
ニ

可キ點ナシトス
民法

民法一五三 催告ハ六ヶ月内ニ裁判上ノ請求、和解ノ爲メニスル呼出若クハ注意出頭、破産手續参加、差押、假差押
又ハ假處分ヲナスニ非サレハ時効中斷ノ效力ヲ生セス
四三三 連帶債務者ノ一人ニ對スル履行ノ請求ハ他ノ債務者ニ對シテモ其效力ヲ生ス
四三九 連帶債務者ノ一人ノ爲メニ時効力完成シタルトモ其債務者ノ負擔部分ニ付テハ他ノ債務者モ亦其義務ヲ
免ル
四四〇 前六條ニ掲ケタル事項ヲ除ク外連帶債務者ノ一人ニ付シタル事項ハ他ノ債務者ニ對シテ其效力ヲ生セス
明治一〇年太政官布告第四三號 神社寺院ニ於テ其社寺ノ爲メ金穀ヲ借入ルルトキ若クハ金穀ヲ借入ルル爲メ社
附地所(除稅地ヲ除ク外)建物什器(寶物古文書類ヲ除ク外)等ヲ抵當トナストキハ必ラス氏子檀家ト協議シ總代
二名以上ノ連署ヲ要スヘシ若シ此連署ナキトキハ總テ該社寺神官僧侶ノ私債ト看做シ縱令右ノ抵當アルモ其效力ナキ
モノトナスヘシ此旨布告候事

寺院ト其代表資格(代表ヲ明記セザル)

民法第四三四條及第一五三條ニ所謂請求又ハ催告ナル語ノ意義(時効中斷)

連帶債務者ノ負擔部分ノ特約ト時効トノ關係
布告ニ寺院ノ金銀借入レニ際シ別ニ寺院代表者ノ記名捺印ヲ要スル旨趣ノ規定ナキ
ヨリ推考スレハ甲六七號及ヒ甲一號證ノ一、二作成當時ニ於テハ文書上特ニ寺院ヲ
代表スヘキ旨ノ記名捺印ナキモ檀家總代二名以上ノ連署ト寺名下ニ寺院ノ捺印アル
以上ハ當時ノ住職ニ於テ正當ニ寺院ヲ代表シタルモノト認メ有效ニ取扱ハレタル事
例アリタルコトヲ認メ得ヘシ
連帶債務者ノ一人ニ對スル履行ノ請求ハ他ノ債務者ニ對シ時効中斷ノ效力ヲ生スト

右判旨前段ニ付同趣旨判例

本書諸法六八頁大阪地方判決及同六九頁大審院判決參照

右判旨後段連帶債務者ニ對スル請求ニ付同一趣旨ノ判例

宮城控訴院判決四二年判例彙報五卷一〇八頁參照

民法

主張スルモ同代理人ノ稱スル請求トハ裁判外ノ請求タル民法第一五三條ノ催告ノ請
ニシテ該催告ハ之ヲ爲シタルヨリ六ヶ月以内ニ裁判上ノ請求其他同條規定ノ手續ヲ
爲スニアラサレハ時効中斷ノ效力ヲ生スヘキ者ニアラサルニ控訴代理人カ其催告ヲ
爲シタル證左也ト云フ甲第四號證作成後六ヶ月内ハ勿論其後本訴支拂命令ノ申請ニ
至ル迄ノ間同號證ニ連署セル以外ノ被控訴人ニ對シ控訴人ヨリ同條規定ノ手續ヲ爲
シタリト認ム可キ何等證左ナキニヨリ單ニ右催告ノミニテハ時効中斷ノ效力ヲ生セザ
ルモノト謂ハサルヘカラス
民法第四三九條ニヨリ連帶債務者ノ一人ノ爲メ時効ノ完成シタル時ハ其債務者ノ負
擔部分ニ付テハ他ノ債務者モ又其義務ヲ免ルルヲ以テ被控訴人福持寺及ヒ好六ハ被
控訴人妻太郎千代松三之助國藏ノ免レタル債務ノ部分ニ付テハ其義務ヲ免ルヘキモ
ノトス而シテ甲一號證ノ一ニヨレハ本訴ノ貸借ノ連帶債務者ハ本訴當事者以外金澤
萬漸土屋五郎平ノ八名ナリシコト明白ニシテ各債務者間ニ於ケル負擔部分ニ付キ何
等特約ノ認ムヘキモノナキヲ以テ右八名ハ各平等ノ負擔ヲ爲シタルモノト看做サル
ヘカラス本訴貸借金二三〇圓ニ付キ金二〇圓ノ入金アリタルコトハ控訴代理人ノ認ム
ル所ナルヲ以テ結局各債務者ノ負擔部分ハ各二六圓二五錢ナリトス(東京控訴院四四
年六五三、六六一號民三判決法律日々第一八七號判例集一八六頁以下要領)

同一學說

- 一 債務者ノ一人ニ對シ履行ノ請求ヲナシタルトキハ總テノ債務者ハ連帶ノ責任アリ又請求ニヨリ時效中斷ノ效力ヲ受ク(川名博士債權總論二二〇頁)
- 二 横田博士者債權總論五一九頁以下岡松博士者民法理由下卷一三八頁民法正解債權編二六九頁以下同說

連帶債權者各自ノ負擔部分ノ意義ニ關シ異趣旨ト認ム可キモノ

民法第四三七條ニ所謂連帶債務者ノ負擔部分ハ債務者間ノ合意又ハ各債務者カ其債務ニ付實際利益ヲ受ケタル割合等債務者ノ間ニ存スル事實ニ依リテ定マルモノトス(大審院民事判決錄四二年六九七頁)同上三七年民事判決錄六五頁亦然リ

吾人ハ大審院ノ如ク債務者ノ負擔部分ハ特約又ハ事實上各債務者カ利益ヲ受ケタルモノヲ標準トシテ決定ス可ク特約ナキトキハ各平等負擔トナス可キ理由カ何レニアルヤヲ知ラサルナリ何トナレハ民法ハ連帶債務ニ可キ所々ニ於テ負擔部分ナル語ヲ使用ス而シテ其全體ヲ綜合シテ考察スルトキハ右ノ如ク解スルカ妥當ナレハナリ例ヘハ第四四二、四四四條ノ如キ其適例トナス故ニ右控訴院ノ此點ニ付テノ判旨ハ不當ナリトス(但シ特約モナク又事實上ノ負擔部分モ存セサル場合ハ格別)

買賣契約

四九三

辨濟ノ提供ハ債務ノ本旨ニ從ヒテ現實ニ之ヲ爲スコトヲ要ス但シ債權者カ豫メ其受領ヲ拒ミ又ハ債務ノ履

目ノ目的
ト處分
止ノ假處
分ノ假處
處分物

行ニ付キ債權者ノ行為ヲ要スルトキハ辨濟ノ準備ヲ爲シタルコトヲ通知シテ其受領ヲ催告スルヲ以テ足ル
四九四 債務者カ辨濟ノ受領ヲ拒ミ又ハ之ヲ受領スルコト能ハサルトキハ辨濟者カ債權者ノ爲メニ辨濟ノ目的物ヲ
供託シテ其債務ヲ免ルルコトヲ得辨濟者ノ過失ナクシテ債權者ヲ通知スルコト能ハサルトキ亦同シ
四九五 供託ハ債務履行地ノ供託所ニ之ヲナスコトヲ要ス
供託所ニ付キ法令ニ別段ノ定メナキ場合ニ於テハ裁判所ハ辨濟者ノ請求ニ因リ供託所ノ指定及供託物保管者ノ選任
ヲナスコトヲ要ス
三項略

五五六

買賣ノ一方ノ契約ハ相手方カ買賣ヲ完結スル意思ヲ表示シタル時ヨリ買賣ノ效力ヲ生ス
前項ノ意思表示ニ付キ期間ヲ定メザリシトキハ契約者ハ相當ノ期間ヲ定メ其期間内ニ買賣ヲ完結スルヤ否キヲ確答
スヘキ旨ヲ相手方ニ催告スルコトヲ得若シ相手方カ其期間内ニ確答ヲ爲ササルトキハ契約ハ其效力ヲ失フ

四九八

債務者カ債權者ノ給付ニ對シテ辨濟ヲナス可キ場合ニ於テハ債權者ハ其給付ヲナスニ非サレハ供託物ヲ受
取ルコトヲ得ス

賣渡豫約ノ目的物タル家屋カ處分禁止ノ假處分ヲ受ケタルカ爲メニ其期限ニ代
金ノ提供ヲ爲サス單ニ辨濟準備ノ通知ヲ爲シタルハ正當ナリヤ

賣渡豫約ニ基テ被控訴人ノ權利ハ被控訴人ニ於テ明治四二年一〇月三〇日迄ニ代金
三千三百圓ヲ辨濟セサレハ消滅ニ歸スルコト甲第一號證ニ依リテ明白ナリ被控訴人
ハ右期日ニ至リ右代金ヲ提供シテ控訴人ニ其履行ヲ求メントシタルモ當時本件ノ建
物ハ訴外加藤要蔵ヨリ本件ノ當事者及方ニ對スル詐害行為取消請求控訴事件ノ爲メ
處分禁止ノ假處分ヲ受ケ爲メニ控訴人ニ於テ其義務ヲ履行スル事能ハサリシナリ
被控訴人モ又代金ノ提供ヲ爲シタル旨ヲ明治四二年一〇月三〇日民法第四九三條ニ期
金ノ辨濟ノ提供ト同視スト雖トモ斯カル事由ハ同條ニ所謂債權者カ豫メ辨濟ノ受領
ヲ拒ミタルトキニハ勿論債務ノ履行ニ付キ債權者ノ行為ヲ要スルトキニ該當セズ何

トオレハ本件ノ代金ノ辨濟ハ甲第一號證ニ依ルモ被控訴人ヨリ控訴人ノ住所ニ持參
 シテ之レヲ爲スヘク控訴人カ被控訴人ノ住所ニ至リテ之レヲ受ケヘキモノニアラザ
 ルヲ以テ債權者タル控訴人ノ行爲ヲ要スルモノト云フコトヲ得ナレハナリ故ニ被控
 訴人ノ爲シタル前示ノ通知ハ辨濟ノ提供トナラス(東京控訴院四五(九)八號民二判決
 法律日々第一八五號判例集一七六頁)

本件ノ如キ場合ニ豫約權利者カ其權利ヲ保全セント欲セハ宜シク供託辨濟(四九
 四、四九五、四九八)等ヲ爲ス可ク單ニ民法第四九三條但書ニ則トリ其手續ヲナスノ
 ミニテ其權利ノ保全ヲナス能ハサルハ當然ナリ此理由ニ出ツル右判決ハ正當ナ
 リトス

ノ總效力

或期間娼妓稼ヲ爲スニ當リ一定ノ金額ヲ借受ケ其稼高ノ中ヨリ之レヲ辨濟スル
 約束ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トセルモノナリト云フヲ得ス

甲第一號證申控訴人ノ署名ハ控訴人自カラ認ムル所ニシテ同證ニヨレハ訴外平原キ
 クカ借主本人トナリ控訴人カ連帶債務者トナリ被控訴人ヨリ金二百六十圓ヲ借受ケ
 利息ヲ十圓ニ付キ一ヶ月十五錢ト定メタル旨ノ記載アリテ證人平原キクノ證言ト對
 照スレハ右ノ如キ契約カ成立セルコト明カナリ控訴人ハ抗辯トシテ右契約ハ平原キ
 カ娼妓稼ヲ爲ス身代金ニ關スルモノナレハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トシ無

九〇 公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行爲ハ無効トス

致ナリト論スレトモ證人和田ナチテ除クノ外控訴人ノ援用スル證人ノ供述ニヨレハ
 平原キクカ被控訴人方ニ於テ一定ノ期間娼妓稼ヲ爲スニ當リ右金額ヲ借受ケ稼高ノ
 中ヨリ辨濟スル約束ナルコトヲ認メ得ルニ止マリ身代金ナリトハ之レヲ認メ
 難シ而シテ和田ナチテ證言ハ信ヲ措キ難シ然ラハ則クコノ事實ヲ以テシテハ未ダ善良
 ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トセルモノト云フヲ得ス(東京控訴院四四(ネ)三一五號民
 三判決法律新聞第八四一號二一頁以下要領)

右ノ判例ハ正當ナリ而シテ之レト同一趣旨ノ判例アリ

娼妓營業ハ公認セラレ居ルヲ以テ債務者タル娼妓カ債權者ニ對シ自己ノ營業ヨリ生
 スル收益ヲ以テ其債務ノ辨濟ニ供スヘキコトヲ約スルモ公ノ秩序若ク善良ナル風俗
 ニ反スル所ナシ(明治三五年大審院判決錄二卷一八頁)

三四二 債權者ハ其債權ノ擔保トシテ債務者又ハ第三者ヨリ受取リタル物ヲ占有シ且其物ニ付他ノ債權者ニ先チテ
 自己ノ債權ノ辨濟ヲ受ケル權利ヲ有ス

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

全三〇 民法施行前ニ出訴期限ヲ經過セサル債權ニ付テハ民法中時効ニ關スル規定ヲ適用ス

全三四 第三〇條乃至第三二條ノ規定ハ時効期間ノ性質ヲ有セサル法定期間ニ之ヲ準用ス

全三六 民法ニ定メタル物權ハ民法施行前ニ發生シタルモノト雖トモ其施行ノ日ヨリ民法ニ定メタル效力ヲ有ス

民法實施前ニ於ケル質物受戻期間ト質權ノ存續期間

依テ案スルニ民法實施前ニ於テ質物ノ受戻ニ付キ期間ヲ定メタルトキハ質取主ハ其
 期間満了前ニ債務ノ辨濟ヲ質置主ニ請求スルコトヲ得サルト同時ニ質置主モ亦其期
 間ノ満了前ニ債務ヲ辨濟シテ質物ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ス其期間到來ヲ待テ之

民法實施
 前ニ於ケル
 質物受戻
 期間ト質
 權ノ存續
 期間

カ受戻ヲ爲スコトヲ得ルニ過キス而シテ其受戻期間ハ(流質ノ場合ヲ除キ)現行民法ニ於ケルカ如ク物止擔保ニ終期ヲ附シタル存續期間ノ性質ヲ有セサルモノナレハ其期間到來スルモ爲メニ質權ノ消滅ヲ奉タスコトナク質置主カ債務ノ辨濟ヲ爲ササル限リ質權ハ依然トシテ存續シ質取主ハ質物ニ對シテ其權利ヲ行フコトヲ得ヘシ然レトモ現行民法ハ質權ノ存續期間ヲ其設定又ハ更新ヨリ起算シ之ヲ十年ニ制限シタル結果舊法ノ下ニ於テ設定セラレタル質權ハ民法施行後十年内ニ限り其效力ヲ有スヘキコトハ同施行法第三〇條第三四條第三六條ノ規定ニ徴シテ明カナル所ナルヲ以テ質取主ハ民法實施ノ日ヨリ起算シ十年内ハ尙質權者トシ其權利ヲ保有スルモノナルヤ明カナリ而シテ本件ノ質權ハ明治三十一年三月三十一日ノ設定ニ係リ其存續期間ハ明治四十一年三月三十一日ナルコトハ原院カ事實トシテ確定シタル所ナレハ該質權ハ明治四十一年三月三十一日ニ至ルモ民法實施後十年ヲ經過セサルモノナレハ其日ヲ以テ當然消滅スルモノニアラスシテ其以後ニ於テモ尙ホ效力ヲ有スヘキモノトス(大審院四五年(一)八六號元年一月二〇日民二判決)

舊民法ハ現行法ニ於ケルカ如ク質權ノ存續期間ニ付終期的規定ヲ設ケサルカ故ニ其設定行爲ヲ以テ定メタル期間ノ到來ト同時ニ直チニ消滅ス可キモノニ非サルコトハ洵ニ判示ノ如シ從ツテ民法實施後ニ到ルモ流質トナラス又ハ債權カ消滅セサル以上ハ其質權カ民法ノ定メタル期間ノ範圍内ニ於テ存續ス可キハ當然ニシテ右ノ判旨ハ正當ナリ參考ス可キ學說判例ナシ

信託行爲ハ外部關係ニ於テハ權利移轉ノ效力ヲ生シ内部關係ニ於テハ完全ナル權利移轉ノ效力ヲ生セス

九四 相手方ト通シテ爲シタル虛偽ノ意思表示ハ無効トス
前項ノ意思表示ノ無効ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

抑モ債務者カ其債務ヲ擔保スル目的ヲ以テ其目的ヨリモ著大ナル效果ヲ有スル或ル權利ノ讓渡ヲ爲ス所謂信託行爲ナル者ニ於テハ外部ノ關係ニ於テハ權利移轉ノ效力ヲ生シ内部關係ニ於テハ讓受人タル債權者ハ第三者ニ對シ權利者トシテ完全ナル權利移轉ノ效力ヲ生セス讓渡人タル債務者ハ依然權利者タル者ト論スルヲ相當トス或ハ其權利ハ内外兩關係ニ於テ讓受人ニ移轉シタル者ニシテ當事者間ニ於テハ其效果ヲ制限スル權利關係ノ附隨スルニ過キスト論スル者アリト雖モ此ノ如クストキハ讓受人タル債權者破産シタル場合ニ讓渡人タル債務者ハ債務ノ辨濟ヲナスモ之レヲ破産財團ヨリ取戻スコトヲ得サルニ至リ甚ダ當事者ノ意思ニ反シ且ツ條理ニ適セサルヲ以テ採用スルニ足ラス故ニ債務擔保ノ目的ヲ以テ之レヲ債權者ニ交付シタルトキハ其交付ヲ受ケタル債權者ハ外部ニ對シテハ完全ナル手形上ノ權利者タルモ内部ニ對シテハ則チ債務者トノ關係ニ於テハ然ラスシテ債務者ハ依然手形上ノ權利者トリトス從テ債務者カ期日ニ至リ債務ノ辨濟ヲ爲ササルトキハ債權者ハ外部ノ關係ニ於テ有スル權利ニ基キ其手形ヲ處分シテ辨濟ニ充當シ以テ經濟上擔保ト同一ノ目的ヲ達スルコトヲ得ヘキモノニシテ當然内部關係ニ於ケル手形上ノ權利者ナル者ニアラス(四四年(一)六〇號東京控訴院民一判決)

以下要領)
本件ハ信託行為ノ效力ヲ内部ニ於ケル效力ト外部ニ對スル效力トニ區別スル判
決ニシテ本書ノ屢々評論シタル說ニ一致ス(本書民法一四七頁、四七〇頁、三三
二頁、三六七頁、商法七七頁參照)

民法第三
目四條ノ
失ノ物滅
義

三〇四 先取特權ハ其目的物ノ賣却、質貸、滅失又ハ毀損ニ因リテ債務者カ受クヘキ金銀其他ノ物ニ對シテ之ヲ行
フコトヲ得但先取特權者ハ其拂渡又ハ引渡前ニ差押ヲ爲スコトヲ要ス
債務者カ先取特權ノ目的物ノ上ニ設定シタル物權ノ對價ニ付キ亦同シ

民法第三〇四條ノ目的物滅失トハ物ヲ燒毀シタルカ如キ場合ヲ云フモノニシテ
材木ヲ建築工事ノ材料ニ供シタル如キ場合ヲ包含セス

同人ハ果シテ差押ノ目的タル債權ノ上ニ優ニ先權ヲ有スルヤ否ヤヲ審案スルニ同人
ハ松下岩藏ニ對シ材木ヲ供給シ松下岩藏ハ被控訴人ヨリ火藥庫ノ建築工事ヲ請負セ
其建築ヲ爲スニ當リ伊藤角兵衛ヨリ供給セラレタル右材木ヲ其建築材料ノ一部ニ供
シタルモノトス然ラハ松下岩藏ハ被控訴人ニ對シ謂ハ代金ヲ請求シ得ヘキ權利ヲ有
スルモ開ハ請負契約ニ因リ之ヲ有スルモノニシテ其請負契約ハ民法第三〇四條ノ賣
却貨物滅失又ハ毀損ノ何レニモ該當セス控訴人ハ其內滅失ニ該當スト論スレトモ滅
失トハ物ヲ燒燬シタルカ如キ場合ヲ謂フ可キモノニシテ材木ヲ建築工事ノ材料ニ供
シタルカ如キ場合ヲ包含セサルカ故ニ控訴人ノ所論ハ失當ナリ然ラハ伊藤角兵衛ハ
差押ノ目的タル債權ノ上ニ優先權ヲ有スルコトナキヲ以テ同人ノ受ケタル轉付命令
ハ全ク無効ニシテ差押ノ目的タル債權ヲ同人ニ轉付スルノ效ナキナリ(大阪控訴院元
年(本)第四四五號民二判決法律新聞第八四一號二五頁)

本件判例ハ正當ナリ尙本書民法四〇七頁參照

民法第一
九二條ノ
適用範圍

- 一九二 不穩且公然ニ動産ノ占有ヲ始メタル者カ善意ニシテ且過失ナキトキハ即時ニ其動産ノ上ニ行使スル權利ヲ
取得ス
- 一九三 前條ノ場合ニ於テ占有物カ盜品又ハ遺失物ナルトキハ被害者又ハ遺失主ハ盜難又ハ遺失ノ時ヨリ二年間占
有者ニ對シテ其物ノ回復ヲ請求スルコトヲ得
- 八六 無記名債權ノ之ヲ動産ト看做ス
- 八九 善意ノ占有者ハ占有物ヨリ主スル果實ヲ取得ス
- 九〇 善意ノ占有者カ本權ノ訴ニ於テ敗訴シタルトキハ其起訴ノ時ヨリ惡意ノ占有者ト看做ス
- 八二 占有權ノ讓渡ハ占有物ノ引渡ニヨリテ之ヲ爲ス
- 八三 讓受人又ハ其代理人カ現ニ占有物ヲ所持スル場合ニ於テハ占有權ノ讓渡ハ當事者ノ意思表示ノミニ依リテ之ヲ爲ス
コトヲ得
- 八三 代理人カ自己ノ占有物ヲ爾後本人ノ爲メニ占有スヘキ意思ヲ表示シタルトキハ本人ハ之ニ因リテ占有權ヲ
取得ス
- 八四 代理人ニ依リテ占有ヲ爲ス場合ニ於テ本人カ其代理人ニ對シ爾後第三者ノ爲メニ其物ヲ占有スヘキ旨ヲ命
ジ第三者之ヲ承諾シタルトキハ其第三者ハ占有權ヲ取得ス

民法第一九二條ノ適用範圍(即時取得)

民法第一九二條ノ要旨ハ動産ノ所有者ヨリ其占有又ハ所持ヲ得ル者即チ質借人、使
用借主、受寄者質權者等ニ對スル返還請求權ヲ制限スルニアラスシテ更ニ此等ノ者ヨ
リ其動産ヲ讓受ケタル第三者ニ對シテ所有權ノ回復(Bevindacht)ヲ否認スルニアリ蓋右
ニ列舉スル者ノ如キハ所有者ニ對シテ債務者ノ地位ニ在リ故ニ所有權ハ契約上ノ返
還請求權ヲ有スルコトハ勿論尙所有者トシテ物上請求權ヲ實行シ其動産ノ取戻ヲ爲
民法

スコトヲ得ヘシ要スルニ所有者ニ對シテ特ニ此等ノ者ヲ保護スヘキ理由ハ毫モ存在
 スルコトナシ唯是レ等ノ者ヨリ其無權利者ナルコトヲ知ラヌシテ動産ヲ讓受ケタル
 者ニ對シ所有者ノ追及權ヲ制限スルノ必要アリ是即チ本制ノ起レル所以ナリ
 民法第一九二條ノ本旨果シテ上述セル如シトモハ之ニ基キ其適用ノ範圍ヲ定メサル
 ヘカラス即チ此規定ハ曩ニ例示シタル如キ所有者ノ意思ニ基キ動産ヲ所持スル者
 其動産ヲ讓受ケ之ヲ占有スル者ヲ保護スル主旨ニシテ讓渡人ニ權利ナキ瑕疵ニ對
 スル救済ニ外ナラス權利取得ノ障礙ト爲ルヘキ一切ノ事由ニ付キ善意ニシテ過失ナ
 キ占有者ヲ保護スル規定ニ非サルナリ蓋本條ノ規定ハ所有者カ任意ニ他人ヲシテ動
 産ヲ所持セシメタル場合ニ於テ第三取得者ニ對スル回復權ヲ否認スルニ在ルコト古
 來存テ疑ナキ所ニシテ盜品及遺失物ニ之ヲ適用セサルハ即チ此理由ニ外ナラス(民一
 九三)若シ夫レ上記ノ範圍以外ニモ尙其適用アルモノトセハ不動産ヲ除キ獨リ動産ニ
 付テノミ此規定ヲ設ケタル所以ヲ解スルコトヲ得ヌ又無能カ其他ノ事由ニ由ル法律
 行爲ノ取消等ニ關スル規定ハ其適用ノ大部分ヲ失フ結果ト爲ルヘキナリ
 然リト雖トモ所有者カ最初他人ヲシテ動産ヲ所持セシメタル原因ノ如何ハ之ヲ問フ
 コトナシ例ヘハ取消シ得ヘキ行爲ニヨリテ他人ノ動産ヲ占有スル者カ更ニ其動産ヲ
 善意ノ第三者ニ讓渡シタル場合ノ如キハ本條ノ適用ヲ受テ可キ範圍内ナリトス民法
 第一九二條ノ適用範圍ハ左ノ三要件ヲ具備セサルヘカラス
 第一 占有物カ所有者ノ意思ニ反シテ其占有ヲ離脱シタルニ非サルコト
 第二 占有物カ特定ノ動産ナルコト
 第三 一定ノ性質ヲ具備セル占有ノ成立スルコト
 第一ノ要件ハ上來論述セル所ニ依リテ其必要ナル所以ヲ了解スルコトヲ得ヘシ即チ
 盜品、遺失物及ヒ家畜外ノ動物ニハ本條ノ適用ナキモノトス(一九三乃至一九五條)

第二ノ要件ハ當然ノ事ニシテ法文ニモ明示スル所ナリ但此點ニ於テモ特例ナキニ非
 ス即チ前記ノ盜品、遺失物ヲ外ニシ船舶、公用物等ニハ本條ノ適用ナキモノトス土地ノ
 定着物其他不動産ニ密着シテ其一部ヲ爲ス物ハ之ヲ動産ト見ルヘカラサルコト勿論
 ナリ立木ニ關シテハ反對說ナキニ非スト雖トモ其誤レルコト曾チ候タス又無記名債
 權ハ之ヲ動産ト見ルヘキモ(八六條三項)本條ニ因リテ直ニ債權ヲ取得スルモノナルヤ
 ハ別問題ニ屬ス
 第三ノ要件本條ニ因ル權利取得ノ要件タル占有ハ現實ノモノニ限ルヤ又ハ其以外ノ
 方法(一八二條二項乃至一八四條)ニ依リテモ之ヲ取得スルヲ得ルヤハ一ノ疑問ナリ是
 主トシテ占有ノ改定(一八三條)ニ付キ其實用アルモノトス佛國ノ學者ハ一般ニ現實ノ
 占有ヲ必要ト爲ス如シ然レトモ法律ニ特別ノ規定ナキ限りハ此見解ヲ採ルコト至當
 ナラス唯占有カ現實ナラサルトキハ「公然」ノ要件ヲ缺クモノトシテ其效力ヲ否認スヘ
 キコトアルノミ
 占有ニ因ル動産權ノ即時取得ハ所有權ニ付其適用ヲ見ルコト最モ多シト雖トモ必ず
 シモ所有權ニ限ルコトニ非ス故ニ法文ニハ汎ク占有物ノ上ニ行使スル權利ト曰ヘリ
 但實際上ニ於テ所有權以外ノ權利トシテハ質權及賃借權ノ外ニ殆ト其適用アルコ
 トナシ
 民法一九二條ノ適用範圍ニ關スル最後ノ一問題ハ現占有者ノ善意且無過失ナルコト
 ノ外ニ尙正權原ヲ必要トスルヤ否ニアリ換言スレハ現占有者カ過失ヲシテ讓渡人
 ヲ權利者ナリト誤信シタルヲ以テ足レリトスヘキヤ又ハ之ト共ニ讓渡行爲(買賣、贈與
 等)其モノカ有效ニ成立セルコトヲ要スルヤ決定スルコト即チ是ナリ我國ノ學者中
 ニハ此ニ所謂正權原ノ存在ヲ必要トスル者ナキニ非ス其結果トシテ假令讓受人カ讓
 渡人ノ無權利ニ關シテ善意且無過失ナルモ讓渡行爲ニ無能カ其他ノ故障存スルトキ

ハ此點ヨリシテ權利ヲ取得スルコトヲ得サルモノト爲スナリ(石坂博士民法研究一巻六一六頁以下松岡氏民法論物權法一七九頁)故ニ此見解ヲ探ルトキハ本條ハ更ニ其適用ノ範圍ヲ狹縮セラルルモノト謂フヘシ
此ノ學說ハ我民法ノ解釋トシテハ之ヲ採用スルコトヲ得サルモノト信ス蓋舊民法ニ正權原ヲ必要トシタルニモ拘ハラズ(證一四四條)民法第一九二條ニ之ヲ掲ケサルハ即チ其必要ナキモノトスル趣旨ト解セサルヘカラス是近時ニ於ケル佛國學者ノ通說ニシテ余輩ハ此見解ニ贊同スルモノナリ其理由ハ他ナシ權原ニ瑕疵アルヤ否ヤハ讓渡行爲ノ當事者間ニ於ケル問題ニシテ之ニ干與セサル所有者ノ爭フ可キ事項ニ非ズ讓渡産權ノ即時取得ハ現占有者ト所有者トノ間ニ生ズル事項ニシテ現占有者カ前占有者(讓渡人)ノ無權利ニ關シ善意且無過失ナリシ故ヲ以テ所有者ノ主張ヲ排斥スルコトヲ得ルニ在リ是動產取引ノ安固ヲ保持スルニ必要ナルカ故ニシテ此目的ヲ貫徹スルニハ當事者間ノ契約關係ニ付キ第三者ノ容喙ヲ認容スヘキニアラサルナリ(富井博士法學協會三一二號一頁以下要領)

民法第一九二條適用ノ範圍ニ付テハ學說判例未タ一致セサル處ナリ而シテ本件ニ付テテ先ニ石坂博士ノ一九二條論アリ今又富井博士ノ一九二條ノ適用範圍論出テハ其範圍ヲ闡明ナラシメタルヲ喜フ然レモ猶聊カ不明ノ點ナキニシモアラスト信スルヲ以テ左ニ博士ノ論點ニ付贊否ヲ示シ更ニ不明ナリトスル點ヲ指適セント欲ス

本論中(イ)無權利者カ第三者ニ讓渡行爲ヲナシタル場合ニ適用アリトセラルル點(ロ)法

律行爲ノ無効取消解除ノ結果無權利者トナル者ト第三者トノ間ノ讓渡行爲ニモ適用アリトセラルル點ニ付テハ博士ト同一ノ見解ヲ有スルモノナリ(本書民法五五頁)然レトモ(ハ)立木ニ付テハ本條ヲ適用セストセラルル點ニ反對ス其理由ハ他ナシ本條ハ占有物カ占有ノ當初ヨリ動産タリシ場合ノミノ規定ニアラス初メ動産タリシモ後日動産トナリタル場合ニモ適用アルコトハ法ニ何等區別スヘキコトヲ定メサレハナリ(同說梅博士最近判例批評法學志林四〇號一頁)反對說大審院判決民法判決實例二一五頁(二)現實ノ占有ノミナラス占有ノ改定ノ場合ニモ適用アリトセラルル點(ホ)所有權利ニ付テハ質權質借權ニ付テモ適用アリトセラルル點(ヘ)然ラハ權利質ニモ適用アリヤ此點ニ付博士ノ說明ヲ聞クヲ得サルヲ遺憾トスルモ恐ラク消極ニ決セラルルナラント信ス同趣旨判例アリ(東京地方民事三九年四月一〇日民事判決實例二一七頁)曰ク民法第一九二條ノ規定ハ動産ノ上ニ行ハル權利ノミニ適用セラルヘキ者ニシテ之ヲ權利質ノ場合ニ準用スルヲ得スト蓋シ權利質ハ物ヲ目的トセサルヲ以テ本判決ハ正當ナリ(ハ)一九二條ノ適用セラルルニハ正權原ヲ必要トセスト然レトモ吾人ハ之ニ反對ナリ蓋讓渡行爲ハ少クモ形式上ニ於テ成立スルコト要スレハナリ(同說石坂博士民法研究六一三頁)松岡學士民法論物權法一七九頁參照終リ二一九二條ハ記名株券ニ適用アリヤ吾人ハ消極ニ決ス趣旨判例アリ(民法判決實例二一五頁二一六頁)

參照スヘキ學說
本書(民法五五頁)

一一〇六 遺言書ノ保管者ハ相續ノ開始ヲ知リタル後遲滞ナク之ヲ裁判所ニ提出シテ其檢認ヲ請求スルコトヲ要ス
遺言書ノ保管者ナキ場合ニ於テ相續人カ遺言書ヲ發見シタル後亦同シ
前項ノ規定ハ公正證書ニヨル遺言ニハ之ヲ適用セス
第三項略

遺言書檢認ノ性質(遺言書ノ有效無効ヲ判)

上告人ハ甲第二號證ノ原本タル遺言書ノ檢認決定ニ對シ前橋地方裁判所ニ抗告ヲ爲
シタル結果該遺言書ハ無効ノモノト決定セル旨ヲ主張スレトモ遺言書ハ檢認ハ遺言
書(公正證書ニ依ル遺言書ヲ除ク)ノ形狀様式模樣等ヲ調査スルハ一種ノ檢認ニ外ナラス
シテ裁判ニアラサルヲ以テ遺言書ハ有效無効ヲ判定スヘキモノニアラス故ニ假令裁
判所カ檢認ノ方法ニ依リ遺言書ヲ有效ナリト判定シ又ハ之ヲ無効ナリト判決スルモ
之レカ爲メ遺言書ノ効力ニ影響ヲ及ホスヘキモノニアラス然ラハ假ニ前橋地方裁判
所カ抗告裁判所トシテ甲第二號證ノ原本タル遺言書ヲ無効ナリト判定シタルトスル
モ之カ爲メ右遺言書ヲ右左スルコトヲ得ス(東京訴訟院元年(十)一〇三號民一判決法律
新聞第八四二號二三頁)

本件ハ遺言書檢認ノ性質ト其効力トヲ判斷シタルモノニシテ檢認ハ一ノ檢證ニ
外ナラサルコト從テ裁判所カ或遺言書ヲ有效ナリ又ハ無効ナリト判定スルモ之
レカ爲メニ其効力ニ影響ヲ及ホサスト云フニアリテ要スルニ正當ノ判決ナリ同
趣旨ノ學說(牧野學士日本相續)
(法論四九六頁參照)

擔保ノ意思ヲ以テセル假裝買賣契約ノ効力(信託行爲)

九四 相手方ト通シテ爲シタル虛偽ノ意思表示ハ無効トス
前項ノ意思表示ノ無効ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

原告ハ被告彌三郎ニ對シ負擔セル四萬三千三百圓ノ債務ノ履行ヲ確實ナラシムルカ
爲メ保件物件ヲ賣買ニ假裝シ之ヲ擔保ニ供シタルモノニシテ眞實當事者所有權ヲ移
轉スル意思ナカリシコト明白ナリ故ニ甲第一號證賣買契約ハ表面ヲ賣買ニ假裝シ裏
面ニ眞正ナル擔保契約ヲ包藏スル一種ノ法律行爲ニシテ其假裝シタル賣買ノ意思表
示ハ無効ナルカ故ニ所有權ハ依然トシテ原告ニ存在スルモノト云ハサルハカラス被
告ハ保件賣買契約ハ名義ノミニ止マリ賣券擔保ナリトスルモ債務ヲ擔保シ擔保物
ノ釋放請求權ノ發生セサル以上本訴請求ハ全ク理由ナキ旨抗辯スルモ保件物件ノ賣買
契約カ假裝シタルコトハ前證示スル處ノ如クナルヲ以テ保件物件ノ所有權ハ被告ニ
移轉スルコトヲ被告ハ保件物件ニ對シ單ニ擔保權ヲ有スルニ過キササルヲ以テ擔保
物ノ之ヲ處分スルコトハ不法行爲ノ責ヲ免レス而シテ原告ハ本訴ニ於テ被告兩名カ擔保
物件ヲ不法ニ處分シタルカ爲メ之ニ依テ發生シタル損害ノ賠償ヲ求ムルニアリテ其賠
償請求權ハ債務ノ辨濟ヲ前提トスル擔保ノ釋放請求權ト異ナリ被告兩名カ擔保物件
ヲ不法ニ處分スルハ賣却シタルトキヨリ發生スルモノナルヲ以テ敢テ如何テ問フヲ
要セス

擔保附消費貸借ヲ賣買ニ假裝シタル場合ハ單ニ債務ノ履行ヲ確實ナラシムルニ在リ
テ特ニ其ノ擔保物件ノ使用收益ノ權利ヲ債權者ニ付與スルモノニ在ラサルカ故ニ原
告カ保件物件ヲ使用シ得サルノ理毫モ存スルコトヲ甲第一號證約旨自體ニ徵スル
モ原告カ其使用收益ノ權利ヲ有スルコト明カナリ被告ハ保件賣買契約ヲ擔保契約ナ
ク

トトセハ一旦引渡ヲ受ケ一種ノ質權ヲ設定シタル商法上流質ノ法則ヲ適用スヘキ旨
 批辦スルモ保爭物件ノ假裝賣買ニ包藏セラレタル擔保契約ス一種ノ債權關係ヲ生ス
 ルニ過キスシテ物權的效力ヲ有スル質權ヲ以テ之ヲ論セントスルハ其當ヲ得ハ而シ
 テ保爭物件ニ對シ質權ヲ設定シタルト點ニ付テハ何等見ルヘキモノナキヲ以テ假
 令七被告ハ商人ナリトスルモ商法上流質ノ法則ヲ適用スヘキ限リニアラス(函館地方
 裁判所大正元年(丙)第六八號民判決法律新聞第八四二號二四頁以下要領)

本件ノ内容ヲ案スルニ被告ハ所有權ヲ取得スル意思アルコトヲ認メ得ルモ原告
 ハ自己ノ動產不動産ヲ移轉スル意思更ニ之ナキカ如シ蓋被告カ原告ヨリ返リ證
 ヲ請求シ若クハ他ニ高價ニ買取ル者アルモ之ヲ願スシテ被告ニ賣買契約ヲ爲シ
 タル點ヨリ推知スルコトヲ得果シテ然リトセハ假裝賣買ニシテ信託行爲ニアラ
 スト云ハサルヲ得ス

信託行爲ト信託行爲トノ區別セラルル點ハ效力意思ノ有無ニアリ即チ信託行
 爲ニアリテハ當事者間ニ法律行爲ノ效力ヲ發生セシメントスル效力意思アリ且ツ之
 ナ表示ス然ルニ虛偽行爲ニアリテハ此效力意思ヲ欠缺シ只表示意思アルノミ而シテ
 信託行爲カ普通ノ法律行爲ト異ルハ當事者カ效力意思ヲ表示スルト同時ニ一方カ
 内部關係ニ於テ法律行爲ノ效果ヲ亂用セサルノ義務ヲ負擔スル點ニアリ今本件ノ場
 合ニ付テ之ヲ見ルニ賣買契約ニ付キ當事者ノ一方タル原告ハ效力意思ヲ欠缺セルモ
 ノノ如シ故ニ假令被告ニ之アリトスルモ結局賣買行爲ニ付テハ效力意思ノ欠缺
 ナリ信託行爲ノ性質及效力ニ就テハ本書ニ於テ屢之ヲ論シタリ參照サルヘシ
 參照スヘキ學說(本書信託行爲ノ效力 頁鳩山學士法律行爲乃至時效一二四頁川名
 博士民法釋義一卷四九四頁)

債權讓渡
除契約ノ解除

債權讓渡契約ノ解除

四六七 指名債權ノ讓渡ハ讓渡人カ之ヲ債務者ニ通知シ又ハ債務者カ之ヲ承認スルニ非サレハ之ヲ以テ債務者其他
 ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス(二項略)
 四五五 當事者ノ一方カ其解除權ヲ行使シタルトキハ各當事者ハ其相手方ヲ原狀ニ復セシムル義務ヲ負フ但當事者
 ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス
 前項ノ場合ニ於テ返還スヘキ金額ニハ其受領ノ時ヨリ利息ヲ附スルコトヲ要ス
 解除權ノ行使ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ケス

明治四十五年一月二十五日大審院判決ニ曰ク
 指名債權ノ讓渡ニ付讓渡人カ之ヲ債務者ニ通知シ若クハ債務者カ之ヲ承認シタル以
 上債務者其他ノ第三者ニ於テ讓受人ヲ以テ真正ノ債權者ト認ムヘキコト勿論ナレハ
 假令讓渡契約カ解除セラレルモ其事實ヲ債務者ニ通知スルニ非ラサレハ之ヲ以テ債
 務者其他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモナルコト多言ヲ俟タズ然リ而シテ債
 務者其他ノ第三者ニ於テ之ヲ爲スナリテ足レリトモ或ハ讓渡人カ讓渡ノ事實ヲ
 其通知ハ讓渡人ニ於テ之ヲ爲スナリテ足レリトモ或ハ讓渡人カ讓渡ノ事實ヲ
 主要シテ債務者ニ於テ之ヲ爲スナリテ足レリトモ或ハ讓渡人カ讓渡ノ事實ヲ
 ナ判別シ難キカ爲メニ債務者其他ノ第三者ニ不測ノ損害ヲ被ラシムルニ至ルコト
 生ヘキヲ以テ一旦債權者ノ地位ニ在リシ讓受人ニ於テ之ヲ爲ササル可カラサルモ
 トスルヲ至當トス然レハ債權讓渡契約カ解除セラレタルトキハ當事者間ニ於テハ債
 權ハ解除ノ意思ヲ表示シテ之ヲ因リ讓渡人ニ復歸スルコトヲ得セシメシムルニハ讓
 受人ニ於テハ讓渡人カ讓渡ノ事實ヲ通知セシメンニハ讓受人ニ於テハ讓渡
 人カ讓渡ノ事實ヲ通知セシメンニハ讓受人ニ於テハ讓渡人カ讓渡ノ事實ヲ通知
 人カ讓渡ノ事實ヲ通知セシメンニハ讓受人ニ於テハ讓渡人カ讓渡ノ事實ヲ通知
 民法第五百四十五條第一項ニ依リテ負フ所ハ其通知ヲ爲ササル可カラサルニ讓受人カ其ノ義務

テ履行セザルトキハ讓渡人ハ之ヲ強要スルヲ得ルコトハ勿論ナレトモ未タ之ヲ履行セザル限リ讓渡人ハ解除ノ事實ヲ以テ債務者其ノ他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルコト前段ノ説明ノ如シ

之ニ依レハ債權讓渡契約ノ解除ニ依リ債權ハ讓渡人ニ復歸スルモノトシ更ニ其解除ノ債務者ニ通知スルニアラサレハ之ヲ以テ債務者其他ノ第三者ニ對抗スルヲ得ザルモノトス此判決ハ果シテ當テ得タルモノナリヤ

債權讓渡契約ハ之ヲ解除スルコトヲ得ルハ是レ吾人カ第一ノ疑問トスル所ナリ債權讓渡契約ハ直接ニ債權ヲ移轉スル契約ナリ物權ヲ移轉スル契約(物權契約)ト其性質同フス債權ヲ移轉スル契約ニシテ處分契約ナリ物權ヲ移轉スル契約ハ因ヨリ其ノ原因タル債權契約(即債權讓渡契約)ニ依リ債權ヲ生スル契約例ハ買賣贈與ノ如シ存スヘシ然レトモ債權讓渡契約ト債權讓渡ノ債務ヲ生スル契約トハ之ヲ區別スルコトヲ要ス債權讓渡契約ハ債權讓渡ノ債務ヲ履行トシテ爲サルモノナリ而シテ契約ノ解除ハ債權契約ノミニ適用アルモノニシテ處分契約ニ適用アルモノニアラス契約解除力債權契約ノミニ適用アルハ之ヲ債權契約ノ規定中ニ規定セルヨリ見(要法典)債權發生ノ原因トシテ契約ノ規定ヲ設ク又第五百四十條以下ノ規定ノ内容ヲ見レハ明カナリ又從來ノ立法ニ於テモ單ニ債權契約ノ解除ノミナシテ處分契約ノ解除ヲ認ムルモノナシ此ノ如ク契約ノ解除ハ債權契約ノ解除ヲ云フモノナルカ故ニ解除ノ規定ハ物權契約ニ適用ナキカ如ク又債權讓渡契約ニ適用ナシ故ニ債權讓渡ノ場合ニ於ケル契約解除ハ債權讓渡契約ノ解除ニアラサシテ讓渡契約ノ原因タル債權契約(即債權)ノ買賣贈與等ノ解除ヲ云フモノト解セザルハカラス判例ハ債權讓渡契約カ解除シ得ヘキモノナリトナリト否ニ關シテハ何等說ヲ所ナク當然解除シ得ヘキモノト

テ履行セザルトキハ讓渡人ハ之ヲ強要スルヲ得ルコトハ勿論ナレトモ未タ之ヲ履行セザル限リ讓渡人ハ解除ノ事實ヲ以テ債務者其ノ他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルコト前段ノ説明ノ如シ

之ニ依レハ債權讓渡契約ノ解除ニ依リ債權ハ讓渡人ニ復歸スルモノトシ更ニ其解除ノ債務者ニ通知スルニアラサレハ之ヲ以テ債務者其他ノ第三者ニ對抗スルヲ得ザルモノトス此判決ハ果シテ當テ得タルモノナリヤ

債權讓渡契約ハ之ヲ解除スルコトヲ得ルハ是レ吾人カ第一ノ疑問トスル所ナリ債權讓渡契約ハ直接ニ債權ヲ移轉スル契約ナリ物權ヲ移轉スル契約(物權契約)ト其性質同フス債權ヲ移轉スル契約ニシテ處分契約ナリ物權ヲ移轉スル契約ハ因ヨリ其ノ原因タル債權契約(即債權讓渡契約)ニ依リ債權ヲ生スル契約例ハ買賣贈與ノ如シ存スヘシ然レトモ債權讓渡契約ト債權讓渡ノ債務ヲ生スル契約トハ之ヲ區別スルコトヲ要ス債權讓渡契約ハ債權讓渡ノ債務ヲ履行トシテ爲サルモノナリ而シテ契約ノ解除ハ債權契約ノミニ適用アルモノニシテ處分契約ニ適用アルモノニアラス契約解除力債權契約ノミニ適用アルハ之ヲ債權契約ノ規定中ニ規定セルヨリ見(要法典)債權發生ノ原因トシテ契約ノ規定ヲ設ク又第五百四十條以下ノ規定ノ内容ヲ見レハ明カナリ又從來ノ立法ニ於テモ單ニ債權契約ノ解除ノミナシテ處分契約ノ解除ヲ認ムルモノナシ此ノ如ク契約ノ解除ハ債權契約ノ解除ヲ云フモノナルカ故ニ解除ノ規定ハ物權契約ニ適用ナキカ如ク又債權讓渡契約ニ適用ナシ故ニ債權讓渡ノ場合ニ於ケル契約解除ハ債權讓渡契約ノ解除ニアラサシテ讓渡契約ノ原因タル債權契約(即債權)ノ買賣贈與等ノ解除ヲ云フモノト解セザルハカラス判例ハ債權讓渡契約カ解除シ得ヘキモノナリトナリト否ニ關シテハ何等說ヲ所ナク當然解除シ得ヘキモノト

如ト云ヘリ、然レトモ債權譲渡契約ノ解除ヲ以テ債務者其他ノ第三者ニ對抗スルカ爲
 マニハ債務者ニ解除ノ通知ヲ爲スコトヲ要スルヤ、判例ハ假令譲渡契約カ解除セラレ
 モ其事實ヲ債務者ニ通知スルニ非サレハ之ヲ以テ債務者其他ノ第三者ニ對抗スルカ
 ヲ得サルモノナルコト多量ヲ認メ、又ハ債權譲渡ノ通知ハ債務者其他ノ第三者ニ對抗
 必要トスル法上ノ要件ニ非ズ、然レモ債權譲渡ノ通知ハ債務者其他ノ第三者ニ對抗
 必要トスル法上ノ要件ニ非ズ、故ニ債權譲渡ノ通知ハ債務者其他ノ第三者ニ對抗
 必要トスルモノトナサズ、判例ハ如何ナル根拠ニ依リテ解除ノ通知ヲ必要トスルヤ否
 ハ全然之ヲ解スルコト得ズ、若シ解除ノ通知ヲ必要トセハ債權譲渡契約カ無効力其他
 ノ原因ノ爲メ取消タレタル場合、通知力ナク有スル解除條件附債權譲渡契約ニ於テ條件
 成就セキ場合ニ於テモ取消又ハ條件ノ成就ヲ債務者ニ通知スルコトヲ要ス、然レト
 モ此等ノ場合ニ通知ヲ必要トセザルハ何人モ疑ハサル所ナルヘシ、解除ノ場合モ亦之
 ナリ、以テ債務者其他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルモノト解セザルヘカラス。
 之ニ反シ第二説ニ從ヒ債權譲渡契約ノ解除ニ依リ債權譲受人ヨリ譲渡人ニ移轉ス
 ルモノトナスコトキ、第四百六十七條ノ規定ニ依リ債務者ニ債權譲渡ノ通知ヲ爲ス
 事ヲ爲スコトヲ要スルヤ否ヤノ問題ヲ議スルノ餘地アリ、而シテ吾人ハ假令契約ハ解
 除ニ依リ債權移轉アリトナスモ、第四百六十七條ノ規定ノ適用ナキモノト解ス、此問題
 ハ債權ノ移轉カ當事者間ノ契約ニ依リ行ハルル場合ノミニ第四百六十七條ノ適用ア
 リヤ、又ハ債權ノ移轉カ契約ニ依ラス法律ノ規定ニ依リテ爲サルル場合ニ於テモ同様
 ノ適用アリヤニ依リテ定マレ、吾人ノ解スル所ヲ以テスルル第四百六十七條ハ當事者
 間ノ契約ニ依リ債權移轉ノ場合ハ適用アリトス。蓋法律ノ規定ニ依リテ債權カ移轉
 スル場合ハ當事者ノ意思ニ基カシテ債權移轉ヲ生スルカ故ニ債權移轉ノ通知ヲ要
 スルモノトナスコト得、又從來ノ立法ニ於テモ契約ニ依リ債權譲渡ノ場合ハミニ譲渡
 ノ通知ヲ認ム、又我法典ノ解釋ヨリ云フモ第四百六十七條ハ契約ニ依リ債權移轉ノ場合
 ノミニ適用アルモノトナサザルを得、是レ同様ノ前提タル第四百六十六條ハ明ニ當
 事者ノ契約ヲ以テ債權カ譲渡シ得ヘキコトヲ定メタルモノニシテ、從テ通知モ亦契約
 ニ依リ債權移轉ノ場合ノミニ必要トナシタルモノト解セザルヲ得サルカ故ナリ、更ニ
 法律上ノ債權移轉ニ通知ヲ必要トセザルハ代位ノ場合ニ通知ヲ必要トセザルニ依リ
 テ明カナリ、代位ノ場合ニ通知ヲ必要トセザルハ代位ノ場合ニ通知ヲ必要トセザルニ依
 リテ債權カ譲渡人ニ移轉スルモノトナサズトキハ、債權移轉ノ法律ノ規定ニ基クモノト
 解セザルヘカラス、蓋契約ノ解除ハ當事者ノ一方ノ意思表示ノミニ依リテ爲サレ、其結
 果トシテ債權ハ當然譲渡人ニ移轉スルモノトナスカ故ニ當事者間ニ債權譲渡契約ア
 ルコトヲ要セス、從テ債權カ移轉ハ法律カ解除ノ效力トシテ附與スルモノトナサザル
 ヘカラス、此ノ如ク解除ノ效力トシテ生スル債權カ移轉ハ法律ノ規定ニ基クモノトナ
 ストキハ上述スル所ニ依リ債權譲渡ノ通知ヲ要セザルモノト解セザルヘカラス。

ハ契約ニ依リ債權移轉ノ場合ハミニ適用アリトス。蓋法律ノ規定ニ依リテ債權カ移轉
 スル場合ハ當事者ノ意思ニ基カシテ債權移轉ヲ生スルカ故ニ債權移轉ノ通知ヲ要
 スルモノトナスコト得、又從來ノ立法ニ於テモ契約ニ依リ債權譲渡ノ場合ハミニ譲渡
 ノ通知ヲ認ム、又我法典ノ解釋ヨリ云フモ第四百六十七條ハ契約ニ依リ債權移轉ノ場合
 ノミニ適用アルモノトナサザルを得、是レ同様ノ前提タル第四百六十六條ハ明ニ當
 事者ノ契約ヲ以テ債權カ譲渡シ得ヘキコトヲ定メタルモノニシテ、從テ通知モ亦契約
 ニ依リ債權移轉ノ場合ノミニ必要トナシタルモノト解セザルヲ得サルカ故ナリ、更ニ
 法律上ノ債權移轉ニ通知ヲ必要トセザルハ代位ノ場合ニ通知ヲ必要トセザルニ依リ
 テ明カナリ、代位ノ場合ニ通知ヲ必要トセザルハ代位ノ場合ニ通知ヲ必要トセザルニ依
 リテ債權カ譲渡人ニ移轉スルモノトナサズトキハ、債權移轉ノ法律ノ規定ニ基クモノト
 解セザルヘカラス、蓋契約ノ解除ハ當事者ノ一方ノ意思表示ノミニ依リテ爲サレ、其結
 果トシテ債權ハ當然譲渡人ニ移轉スルモノトナスカ故ニ當事者間ニ債權譲渡契約ア
 ルコトヲ要セス、從テ債權カ移轉ハ法律カ解除ノ效力トシテ附與スルモノトナサザル
 ヘカラス、此ノ如ク解除ノ效力トシテ生スル債權カ移轉ハ法律ノ規定ニ基クモノトナ
 ストキハ上述スル所ニ依リ債權譲渡ノ通知ヲ要セザルモノト解セザルヘカラス。

上述スル所ヲ以テスレハ契約ノ解除ハ通知力有シ、當初ヨリ債權譲渡ナカザル結果
 生ストナスモ、又ハ將來ニ向ウテノ通知力カ生シ、從テ譲受人ヨリ譲渡人ニ債權カ移
 轉ストナスモ、解除ノ通知ハ必要ニアラズ。

(二) 判例ハ譲受人ニ於テ通知ヲ爲サザル可ラサルハ譲受人カ民法第五百四十五條第
 一項ニ依リテ負フ所ノ義務ナリトス、原狀回復ノ義務ハ果シテ通知義務ヲ云フモノカ
 ルカ、吾人ハ判例ノ採ル物權效力說ヨリスレハ、第五百四十五條第一項ハ到底解スルテ
 得ストナスモノナリ、同様ハ「各當事者ハ其相手方原狀ニ復セシムル義務ヲ負フ」ト云

アカ故ニ解除ニ依リ該受人カ讓渡人ナシテ再々債權ヲ取得セシムル義務、換言スレハ讓受人カ讓渡人ニ同一債權ヲ移轉スヘキ義務ヲ負フモノト解セサルヘカラス、若シ解除ニ依リ當然債權ハ讓渡人ニ復歸ストナストキハ、既ニ原狀ニ回復スルモノニシテ回復ノ義務ナルモノナシ、故ニ吾人ハ理論上及ヒ法典ノ文字解釋上第五百四十五條第一項ハ解除カ債權的效力ヲ生スルニ過キサルコトヲ定メタルモノト解スルノ外他ニ解釋ノ道ナキモノトナス、故ニ吾人ハ判例ト全然異ナリタル見解ヲ採ル、假ニ判例ノ見解ニ從フモ讓受人ノ通知義務ハ之ヲ認ムルヲ得ス、蓋既ニ論セルカ如ク通知ヲ以テ解除ノ通知トナスモ又ハ債權移轉ノ通知トナスモ、解除ヲ以テ債務者其他ノ第三者ニ對抗スルカ爲メニハ通知ヲ必要トセサルカ故ナリ、通知義務ヲ認ムルカ爲メニハ通知ヲ以テ契約解除ヲ債務者其他ノ第三者ニ對抗スルカ爲メニ必要ナル要件トナササルヘカラス而シテ通知カ對抗要件ニアラサル以上ハ又原狀回復ノ義務トシテ通知義務ヲ認ムルヲ得サルハ論セシテ明カナリ、若シ夫レ第五百四十五條第一項ニ規定スル原狀回復義務ヨリシテ通知義務アリトナサハ是レ本末ヲ顛倒スルモノナリ。

以上ハ假ニ判例ニ從ヒ解除ニ物權的效力ヲ認メ通知ヲ必要トセサル所以ヲ論セリ、然レトモ吾人ハ根本的ニ見解ヲ異ニシ解除ハ債權的效力ヲ生スルモノトナスカ故ニ其結論ニ於テハ此ニ違フル所ト全然異ナル、吾人ノ解スル所ヲ以テナスレハ契約解除ハ債權讓渡契約ノ原因タル債權契約(例ハハ賃借)ヲ解除シ其效果トシテ第五百四十五條第一項ニ依リ讓受人ハ其債權ヲ讓渡人ニ移轉スヘキ義務ヲ負フ此義務ノ履行トシテ讓受人ト讓渡人トノ間ニ債權讓渡契約ハ締結セラレタル原讓受人ハ讓渡人ト爲リ原讓渡人ハ讓受人ト爲ル、從テ原讓受人ハ讓渡人トシテ第四百六十七條ノ規定ニ從ヒ債權讓渡(契約ノ解除)ヲ債務者ニ通知スヘキ義務ヲ負フモノトス。(石坂博士法律評論一巻)

參照スヘキ學說

第二號一八九頁及三號一六五頁以下要領)

例ハハ買賣契約カ解除セラレタルトキハ其契約ヨリ生シタル債權的效力ト物權的效力トナシテ消滅セシムルヲ以テ契約ニ因リ一旦買主ニ移轉シタル所有權ハ當然買主ニ回復セラレ其回復ニ付キ別段ノ意思表示ヲ必要トスルコトナシ、故ニ於テ買主カ已ニ目的物ノ引渡ヲ爲シ又ハ所有權移轉ノ登記ヲナシタルトキハ目的物ヲ返還セシメ登記ヲ抹消セシムルノ必要アルヲ以テ原狀回復ノ權利義務ハ故ニ其效用ヲ爲スコトトナル(横田博士債權各論二〇〇頁以下)

原狀ニ回復セシムルト云フコトカ早ニ登記手續又ハ物件ノ引渡ヲ爲スコトヲ云フモノト論スルカ如キハ契約解除ノ本質ニ反ス物權ノ移轉ハ意思表示ニ因ルヘキコトハ民法ノ規定ナルヲ以テ民五四五條ノ文理解釋トシテ物權移轉ノ意思表示ヲ要スルモノト解釋セサルヘカラス(飯島法學士明治大學講義錄一六二頁)

民法五百八十八條ニ依ル消費貸借ノ成立

五八七 消費貸借ハ當事者ノ一方カ種類品等及數量ノ同シキ物ヲ以テ返還ヲ爲スコトヲ約シテ相手方ヨリ金錢其他ノ物ヲ受取ルニ因リテ其效力ヲ生ス

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

一八二 所有權ノ讓渡ハ占有物ノ引渡ニ依リテ之ヲ爲ス
讓受人又ハ其代理人カ現ニ占有物ヲ所持スル場合ニ於テハ占有權ノ讓渡ハ當事者ノ意思表示ノミニ依リテ之ヲ爲スコトヲ得

民法第五八八條ニ依レハ、消費貸借ニ因ラスシテ金錢其他ノ物ヲ給付スル義務ヲ負フ者アル場合ニ於テ、當事者カ其物ヲ以テ消費貸借ノ目的ト爲スコトヲ約シタルトキハ、消費貸借ハ之ニ因リテ成立シタルモノト看做スヘキ旨ヲ規定ス。同條ノ規定スル契約ノ性質ニ關シテハ從來議論岐ルル所ニシテ重ナル見解三アリ。

(一)債務存続説 此説ニ從ヘハ、既存ノ債務ヲ消費貸借上ノ債務ニ變更スルコトヲ約定ノ適用ヲ受ケンコトヲ欲スル意思ヲ有スルニ過キス。故ニ名ハ消費貸借ト稱スルモ實質的ニ消費貸借上ノ債務ニ變更スルコトナク、既存ノ債務ハ依然トシテ存続シ、其ノ擔保モ亦消滅セザルモノトナス。(Klemperer, Grunohls Heirthege B. 43a, 57a, Eoitus, Grunohls Beitrage B. 47a, 15a, Planck s. 546) 此説ノ説カカ如キ契約カ有效ニ成立スルコトヲ得ルハ明カナリ。然レトモ此説ハ第五八八條ノ解釋トシテハ正當ニアラス。同條ハ實質的ニ消費貸借カ成立スル場合ヲ定メタルモノニシテ、此説ノ説カカ如ク消費貸借ニアラサル債務ニ消費貸借ニ關スル規定ヲ適用スル場合ヲ定メタルニアラサルカ故ナリ。是レ同條ニ「消費貸借ハ之ニ因リテ成立スルモノト看做スト」云ヘルニ依リテ明カナリ。

(二)無因債務説 此説ニ從ヘハ、當事者カ既存ノ債務ヲ消費貸借上ノ債務ニ變更スルハ、有因債務ヲ無因契約ニ變更スルニ外ナラス。當事者カ消費貸借ナル名義ヲ用ユルモ是レ單ニ名稱ノミニ止マリ、當事者ノ眞意ハ無因債務ヲ約スルニアリ。此説ノ説カカ如ク當事者カ無因債務ヲ生スル者ト解スヘシ。然レトモ當事者カ既存ノ債務ヲ消費貸借上ノ債務ニ變更スル場合ニハ、常ニ無因債務ヲ生スル者トナスヲ得ス。寧當事者カ此ノ如キ意思ヲ有スルハ稀ナリ。且此説ハ第五八八條ノ解釋トシテ其當ヲ得サルハ云フヲ快マス。

(三)消費貸借説 此説ハ當事者カ既存ノ債務ヲ消費貸借上ノ債務ニ變更スル場合ニハ、實質的ニ消費貸借成立スルモノトス。此説ニ從ヘハ第一説ト異ナリ、既存ノ債務ハ消滅シ新ニ消費貸借成立ストナス。從テ既存ノ債務ニ從テ其擔保モ亦消滅スルモノトス。此説ハ從來ノ通説ニシテ今日ニ於テ多數ノ學者ハ此説ニ依ル。然レモ當事者ノ眞意ヲ論スレバ、此説ノ説カカ如ク消費貸借ヲ成立セシムル意思ヲ有スルヲ適當トスヘキ。又第五八八條ノ解釋トシテハ此説ヲ以テ最モ當テ得タルモノトス。

以上述べアル所ニ依リ、既存ノ債務ノ變更ニ依リ、消費貸借成立ストナスモ、第五八八條ノ法律的文義ハ必シモ容易ニアラス。蓋シ消費貸借ハ要物契約ニシテ、其成立ニハ目的物ノ授受ヲ必要トス(第五八七條)。然ルニ第五八八條ノ場合ニハ、目的物ノ授受カ既にテ消費貸借成立ストナスカ故ニ、第五八七條ト矛盾ス。若シ消費貸借ハ諾成的ニ成立スルコトヲ得ルモノトナストキハ此問題ハ容易ニ解決セラルヘシ。然レトモ法典ハ消費貸借ヲ以テ要物契約トナスカ故ニ第五八八條ヲ之ト調和セシムルコトヲ要ス。從テ之カ爲メニ從來種々ノ學說ヲ生セリ。以下簡單ニ各學說ヲ批評シ、且吾人ノ解カカ所ヲ述ベン。

或ハ第五八八條ノ場合ニハ債務者カ一旦債權者ニ擔保ヲ爲シ、更ニ債權者(貸主)カ債務者(借主)ニ同一額ヲ消費貸借ノ目的トシテ交付スルコト即法律ノ擬制ニ依リ二重ノ授受アリタルモノト看做シ、之ニ依リテ要物契約タル性質ヲ保ツコトヲ得ルモノトス。然レトモ擬制ハ説明ニアラス、擬制ヲ用ユルハ即説明ヲ爲スコトヲ得サルコトヲ明白スルモノナリ。故ニ此説ニ依ルヲ得ス。又簡易ノ引渡(第一百八條)ニ依リテ第五八八條ヲ説明セントスル説モ此説ト同シク擬制ヲ用ユルモノニシテ探ルヲ得ス。且簡易ノ引渡ハ債務者カ債權者ニ給付スヘキ物カ特定セル場合ヲ説明スルヲ得ヘシト雖モ、然ラサル

場合ハ之ヲ説明スルヲ得ス。
 或ハ相殺ニ依リテ説明セントスル説アリ、即既存ノ債務ト消費貸借ノ目的物ヲ交付スヘキ債務(即消費貸借ノ契約)ト相殺スルモノトナシ、以テ目的物ノ交付ヲ省略スルコト得ルモノトナス。然レトモ此説ハ當事者ノ意思ニ合セサルノミナラス、消費貸借ノ契約ハ常ニ存在スルモノニアラサルカ故ニ凡テノ場合ヲ説明スルヲ得ス。
 或ハ第五八八條ノ契約ヲ以テ更改ナリトシ、更改ニ依リテ既存ノ債務ハ消滅シ、消費貸借上ノ債務發生スルモノトス。然レトモ更改ニ依リテ有因債務ヲ他ノ有因債務ニ變更スルコトヲ得ス。單ニ有因債務ヲ無因債務ニ變更スルコトヲ得ルニ過キサルハ、從來國法學者ノ一般ニ認ムル所ニシテ此説ノ探ルヲ得サルハ云フテ俟タス。消費貸借上ノ債務ハ消費貸借契約ニ基キテ發生スルコトヲ要シ、更改契約ニ基キテ發生スルコトヲ得ス。
 (此説ニ關シテハ拙著民法研究第一卷四九二頁以下參照)
 以上ノ諸説ハ第五八八條ヲ説明スルヲ得サルカ故ニニシテオクテハ同條ヲ解シテ債務變更ノ契約ナリトス。此説ニ從ヘハ今日ニ於テハ羅馬法ト異ナリ、當事者ハ債權ノ讓渡又ハ債務ノ引受ニ依リ、債務ノ同一ヲ害セス債權者又ハ債務者ヲ變更スルコトヲ得。又債務ノ主要ナル内容ト雖モ之ヲ變更スルコトヲ得。既存ノ債務ヲ消費貸借上ノ債務ニ變更スルハ即債務變更ノ一場合ナリトナス。此説ハ先ニ舉ケタル債務存続説ニ似タリト雖モ、更ニ一步ヲ進メ、單ニ既存ノ債務カ外形上消費貸借ノ名義ヲ以テ存続スルモノトナスニ止マラス、實質的ニ消費貸借上ノ債務ニ變更スルモノトス。換言スレバ消費貸借上ノ債務ニ變更スルモ尙既存ノ債務カ存続シ、從テ既存ノ債務ニ附從スル諸保貸借契約ニ因リテ發生スルモノトナス。此説ニ從ヘハ變更セル債務ハ消費貸借上ノ債務ナルモ、消滅クモコトヲ得ヘシ。然レトモ此説ハ原因ノ變更アルモ債務ノ同一ヲ害セストナス

モノニシテ之ヲ探ルヲ得ス。蓋債務ノ獨立ハ其原因ニ依リテ定マル。一債務カ他ノ債務ト區別セラルル所以ハ一ニ其原因ノ異ナルニ依ル。故ニ債務ノ主體又ハ内容カ變更スル場合ニハ單ニ債務ノ變更ヲ生シ、其同一ヲ害セスモノトナスコトヲ得ヘシト雖モ、債務ノ原因カ變更スル場合ニハ債務ノ同一ヲ害スルモノトナササルヲ得ス。從テ他ノ債務ヲ消費貸借上ノ債務ニ變更スル場合ニ既存ノ債務カ存続スルモノトナスヲ得ス。且此説ニ依レハ消費貸借上ノ債務ハ必シモ消費貸借契約ニ基キテ發生スルコトヲ要セストナス。然レトモ凡テ債務ハ獨立セル特別ノ契約ヨリ發生スルコトヲ要ス消費貸借上ノ債務ハ消費貸借契約ノみに依リテ發生スルコトヲ得。若シ此説ニ從フトキハ各種契約ノ獨立ハ之ヲ認ムルコトヲ得サルニ至ルヘシ。故ニ此説ニ從フヲ得ス。
 吾人ハ一派ノ學者ト共ニ第五八八條ヲ解シテ、既存ノ債務ヲ免ルルニ代ヘテ消費貸借上ノ債務ヲ負擔スル場合ヲ定メタルモノト解ス。即既存ノ債務ヲ免除シ之ニ基キテ消費貸借契約ヲ締結スルモノトス。蓋債務ノ免除モ亦一個ノ給付ナリ。免除カ給付タルハ、例ヘハ免除カ贈與トシテ爲ササル場合ヲ見レハ明カナリ。第五八八條ノ場合ニハ債權者ハ債務發生ノ目的ノ爲メニ給付即既存債務ノ免除ヲ爲スモノニシテ目的物ノ交付ニ該當ス。之ニ基キテ消費貸借契約ヲ締結スルモノトス。因ヨリ此場合ニ現實ニ物ノ給付ヲ爲スニアラス、從テ又債權者ハ其給付ヲ受ケタル物ト同種ノ物ヲ返還スル債務ヲ負擔スモノニアラス、故ニ通常ノ消費貸借ノ成立ト全ク同一ナリト云フヲ得ス。然レトモ債權者カ一定ノ給付ヲ爲スニ依リテ始メテ契約成立スルカ故ニ廣義ニ於ケル要物契約タル性質ヲ失ハス。從テ消費貸借契約ノ成立ヲ認ムルヲ得ヘシ。而シテ既存ノ債務ハ消費貸借契約ニ基キテ新ナル債務ヲ生スルカ故ニ、前説ト異ナリ既存ノ債務ニ從タル擔保モ亦消滅スルモノトス。(石坂博士法律評論第一卷四號一三三頁以下要領)

參照スヘキ學說

一 同一當事者間ニ於テ他ノ債務ヲ消費貸借ノ債務ニ變スルハ所謂債務ノ更改ニテラサルモ之ト同一ナル法律上ノ效果ヲ生スルモノトス(横田博士債權各論四三四頁)

二 舊民法ニ於テハ五八八條ノ場合ヲ以テ更改ノ場合トセリ然レトモ其當テヤルコトハ既ニ……本條ノ規定ニ依レハ例ヘハ買主ハ代價支拂ノ義務ヲ履行シ更ニ同一ノ金額ヲ消費貸借トシテ受取リタルト同シク前債務ハ當事者ノ意思ニ因リ消滅シ(免除)更ニ買主ハ借主トシテ新ナル義務ヲ負フモノト謂フヘシ(梅博士民法學義第三卷五九一頁)

消費貸借ハ真正ニ成立シタルモノニアラスト雖モ法律ノ解釋ヲ以テ成立シタルモノト假定ス(岡松博士民法理由下卷次一七八頁)

不法行為ノ意義

不法行為ノ意義

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

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

七一 他人ノ生命ヲ害シタル者ハ被害者ノ父母、配偶者及ヒ子ニ對シテハ其財產權ヲ害セラレザリシ場合ニ於テモ損害ノ賠償ヲ爲スコトヲ要ス

七一七 土地ノ工作物ノ設置又ハ保存ニ瑕疵アルニ因リテ他人ニ損害ヲ生シタルトキハ其工作物ノ占有者ハ被害者ニ對シテ損害賠償ノ責任ニ任ス但占有者力損害ノ發生ヲ防止スルニ必要ナル注意ヲ爲シタルトキハ其損害ハ所有者之ヲ賠償スルニトヲ要ス

七一八 動物ノ占有者ハ其動物力他人ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責任ニ任ス但畜及ニ項略

一 不法行為ハ違法行為ノ一種ナリ凡ソ違法行為ニシテ責任アル行為ト責任ナキ行為トアリ違法行為ニシテ責任ナキ行為トハ例ヘハ法律行為ニ不法ノ條件ヲ附シ又ハ代理行為當事者双方ノ代理ヲ爲スルカ如キ類ノ行為ナリ此種ノ行為ハ民法商法中ニ多數アルハ勿論訴訟法等ニモ多數存在スヘキハ論ヲ俟タス

二 次ニ違法行為ニシテ責任アル行為ハ大體シテ二トナスハシ即チ一ハ刑罰又ハ過料ヲ制裁アル行為ニシテ其重ナルモノハ犯罪及行政法違反ノ行為ナリ又其一ハ損害賠償ノ制裁アル行為ニシテ不法行為ハ此部門ニ屬スル行為ナリ然レトモ此區別ハ必ズシテ明確ナル區別トナラス何トナレハ就ル行為ハ犯罪ヨリト同時ニ復テ不法行為トシテ明瞭ナル區別ニアラスト雖トモ而カモ不法行為ハ賠償責任アル違法行為ナリト云フ意途ハ明確ナリトス

三 不法行為ハ違法行為ナリ故ニ法律行為ト區別スルヲ要ス從テ法律行為ト區別スル損害賠償責任同視可カク又單獨行為トモ稱スルモノト得テ少シク明白ナリ然レトモ不法行為タルト同時ニ連約行為タルトモ得テ少シク明白ナリ例ヘハ運送人又ハ受寄者力其運送物件又ハ受寄物ヲ故意又ハ過失ニ因リテ毀損シタルトキハ不法行為タルト同時ニ連約行為タルトモ(民法四一五條)又此場合ニ於テハ同時ニ刑法上ノ責任ヲ構成スルハ英國法ニ於テハ傳私犯(Quasi Tort)トシテ履信契約ニ違反スル場合ニ於テハ原告ノ損害賠償責任ハ明白ナリ(Underhill's Tort, 26)

不法行為ハ權利侵害ノ行為ナリ。權利ノ侵害ヲ大別スレハ對人權ノ侵害ト對世權ノ侵害トノ二者トナルヘシ。對人權ノ侵害即チ債務ノ不履行及債務者ノ責ニ歸スヘキ履行ノ不能ハ契約違反ニシテ不法行為ニアラス。然ラハ不法行為ノ目的タルヘキ對世權ノ意義如何ト云フニ、苟モ權利タル以上ハ一トシテ對世權ノ力ヲ有セサルモノハナシ。即チ何人ト雖トモ法律ノ認ムル權利ハ決シテ之ヲ否認スルコト能ハサルハ明白ナル所ナリ。權利ノ本質ニ關シテハ古來種々ナル學說アリト雖トモ、今其何レニ據ルヘシトスルモ世人カ之レヲ否認スルコト能ハサルハ即チ一ナリ。故ニ權利ハ其種類性質ノ如何ニテ問ハス、當然對世權ノ力ヲ有シ、其債權タルト物權タルト問ハス、又財產權タルト身分權タルト問ハス、然レテ對人權利トモ對物權利トモ、其債權者債務者間ノ關係即チ內面的關係ニ於テ對人權利トモ對物權利トモ、此關係者以外ニ對シテハ純然タル對世權ニシテ、即チ第三者ト雖トモ之ヲ否認スルコト能ハス。故ニ之ヲ侵害スレハ不法行為ナリ。英國法ニ於テモ亦之ヲ純然タル私犯トス (Lunley v. 570 3E&B. 210)。

○七 我民法カ侵害サルヘキ權利トシテ明示シタルモノハ身體權自由權名譽權財產權以上廣ク一觀ニ權利ト規定ス。故ニ私法上ノ權利ハ勿論公法上吾人ノ有スル權利例之選舉權ノ如キ、公權ヲ侵害セラレタルカ如キ場合ニ於テモ、尙ホ不法行為トシテ其救済ヲ求ムルコトヲ得ヘシ (英法ニ於テハ明カニ之ヲ認ム (Ashby v. White, 15 M. L. D. 251))。

四 不法行為ハ對世權侵害ノ行為ナリ。然レトモ假令對世權侵害ノ行為ナルモ之レカ爲メニ損害ヲ生セシメサルトキハ不法行為トナラス (大審院判決三頁三) 併愛ニ所謂損害ノ意義ハ必スシモ金錢上ノ損害ニ局限セズ、民法第七百十條ニ曰ク、他人ノ身體自由又ハ名譽ヲ害シタル場合ト財產權ヲ害シタル場合ト問ハス、前條ノ規定ニ依リテ損害賠償ノ責ニ任スル者ハ財產以外ノ損害ニ對シテモ其賠償ヲ爲スコトヲ要ス。即チ身體自由名譽等ヲ害シタル場合ニ於テハ金錢上ノ損害ヲ生スヘキ場合モアリ。例之身體損傷ノ爲メ醫藥ノ料ヲ要シ、又ハ休業、技藝ノ不能等ヨリ、損失ヲ起シ、又ハ拘禁ニ依リ自由ヲ妨ケラレタル結果、收益其他ノ得ヘキ利益ヲ失ヒ、又名譽ヲ害セラレタルカ爲メニ辯明ノ費用ヲ要スル等此等ノ場合ニ於テハ金錢上ノ損害隨件スヘキモ、又或場合ニ於テハ全然金錢上ノ損失件ハサル場合アリ、其場合ノ多クハ名譽又ハ自由ヲ害セラレタルトキニ起ルヘシト雖トモ、財產權ヲ害セラレテ而カモ金錢上ノ損害件ハサル場合モアルヘシ。例ヘハ甲者アリ乙者ヨリ或ル教授ヲ受クヘキ債權ヲ有スル場合ニ於テ、丙者之ヲ妨ケ、其債權ヲ害シタルカ如キ場合ハ、之ニ該當スキモノト信ス (英法ニ於テハ權利侵害アレハ足り、損害ヲ要件トセス Ashby v. White, 15 M. L. D. 251.)

五 不法行為ハ對世權侵害ノ行為ナリト雖トモ、若シ其行為カ正當防衛(七二〇條)物ヲ生シタル急迫ナル危險ヲ避ケル場合(同上)又ハ權利實行キ爲ナルトキハ不法行為トナラス (大審院判決三頁三) 六卷九頁

不法行為ハ對世權侵害ノ行為ナリト雖トモ、若シ其行為ヲ爲スニ就テ故意又ハ過失ヲ缺クトキハ不法行為トナラサルヲ原則トス (七九條) 但シ左ノ場合ニ於テハ故意過失ヲ要件トセサルノミナラス、尙ホ行為ヲ要セスシテ不法行為トナル場合アリ。故ニウイヘルム。ミラー氏ノ如キハ如斯場合ハ不法行為ト稱スヘキモノニアラスト説明ス。

(一) 土地ノ工作物ノ設置又ハ保存ニ瑕疵アルニ因リ、又ハ竹木ノ栽植又ハ支持ニ瑕疵アルニ因リテ、他人ニ損害ヲ生シタルトキ (七一條) 又ハ竹木ノ栽植又ハ支持ニ瑕疵アルニ因リテ、他人ニ損害ヲ生シタルトキ (七一條) (法律評論一卷五)

(二) 動物カ他人ニ加ヘタル損害ヲ、其占有者カ賠償スル場合 (八一條) (法律評論一卷五)

第一三七頁以下

右ハ吾人ノ私見ナリ掲ケテ參考ニ資ス參照ス可キ學說

横田博士著債權各論八四〇頁以下不法行為ノ性質

梅博士著民法要義債權編八九九頁以下

岡野氏著訂改債權論六三七頁以下

斐谷學士著不法行為論三〇二頁以下

第三者ノ

第三者ノ意義

一七六 物權ノ設定及移轉ハ當事者ノ意思表示ノニ因リテ其效力ヲ生ス
一七七 不動産ニ關スル物權ノ得喪及ヒ變更ハ登記法ノ定ムル所ニ從ヒ其登記ヲ爲スニ非サレバ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

賣ツ第三者ト云フトハ當事者及ヒ其一般被承繼人以外ノ凡ソテ者ヲ指稱ス然レドモ民法第一七七條ニ所謂第三者トハ如斯實況ナル意義ニ非ラズシテ余ハ之ヲ範圍ヲ制限シ物權ノ得喪變更ニ關シテ當テ利害關係ヲ有スル者トシテ解釋ス或ハ同法第一七七條ニハ單ニ第三者トシテ何等制限ノ文字ヲキテ以テ之ヲ解釋ス解ナリト此說ハ文理解釋トシテ一見正當ナル由如キモ實ハ否テラ蓋シ所謂當事者トハ物權ノ得喪變更ヲ來ス原因ヨリ觀察シテ立言シタルモノナレハ之ト對立スル第三者ナル點モ亦法律上利害關係ヲ有スル者ヲ以テ其界限ヲ定ムルコトノ兩者ノ對照上至當ト爲スルノモナラズ元來我民法ニ於ケル物權契約ノ法ト異テ單ニ當事者ノ意思表示ノニ依リテ權利移轉ノ效力ヲ生シ登記ノ唯ヨリ第三者保護ノ公家

方法タルニ過キス換言スレハ不動産ニ關スル權利ノ得喪變更ニ付法律上正當ノ利益ヲ有スル者ニ對シ意外ノ損失ヲ被ラサラシメン爲メ登記ニ依リテ權利狀態ヲ明確ナラシムルモノニ外ナラズ果シテ然ラハ同條ハ別異ノ法律行為ニヨリ全一不動産ニ付キ利害關係ノ相反スル權利ヲ取得セシ者數名アル場合ニ於テノミ適用スルキモノニシテ當該權利關係ニ法律上何等ノ交渉ヲ有セサル者ニ對シテハ直チニ第一七六條ノ原則ヲ以テ主張シ得ヘク敢テ對抗云云ノ要ヲ見サルヘシ若シ夫レ第三者ノ意思ニ付其善惡ヲ區別シテ惡意者モ一七七條第三者中ニ包含スヘキヤ否ヤニ付テハ余ハ立法論トシテハ蓋シテ善意ノ第三者ノミニ制限スルノ權利狀態ヲ知ル第三者ヲ保護スルノ其々無意義ニシテ善意ノ第三者ノミニ制限スルノ最モ理論ニ適スト信スルモノナルモ我民法ノ解釋トシテハ之レヲ區別セズ惡意ノ第三者モ亦同條ノ保護ヲ享クルモノト解セサルヘカラス蓋シ我民法ノ用例ニ依レハ第三者ノ意思ノ善惡ヲ區別スル場合ニハ必ラス之レヲ法文ニ明記スルヲ常トス(九四ノ二、九六ノ三、一一二、一八九、等)然レニ一七七條ニハ此區別ヲ爲ササルノミナラス舊民法ニハ明カニ善意ナル文字ノ本條相當ノ條文中ニ存在シタルニ拘ハラズ新民法ノ之レヲ削除シタルヨリ見レハ立法者ガ其趣旨ヲ變更シ意思ノ善惡ヲ區別セザリシモノト見サルヘカラサルヲ以テナリ要之余ハ第一七七條ノ所謂第三者ノ意義ニ付其範圍ノ廣狹ニ付テハ法文中單ニ第三者トシテアリ之レヲ制限スルノ具體的數字ナキニ拘ハラズ論理的解釋ニヨリテ之レヲ狹義ニ解シ意思ノ善惡ニ付テハ之レヲ法典ニ於ケル字句ノ慣用ト法案ノ字句トヲ對照シテ其善惡ヲ區別セサルモノト解ス蓋シ法律解釋ニ於ケル所謂文法解釋及論理解釋ハ必ラス之レヲ併セ用ヒサルヘカラス單純ニ其一方ノミニ依リタル解釋ハ往往不富ノ結果ヲ生スヘケレハナリ以上ヲ約言スレハ余ハ民法第一七七條ニ所謂第三者トハ當事者(一般承繼人ヲ含ム)以外ニ於テ物權ノ得喪變更ニ付法律上正當ノ利益ヲ有ス

ル者ノ全體ナリト解スルノ正鵠ヲ得タルモノト信ス(小川吉久氏法律評論卷七號一頁)
 第三者ノ意義ニ就テハ本書民法一四〇頁二二五頁二七八頁四九一頁ヲ參照セラ
 ルヘシ

信託行爲

信託行爲論

信託行爲トハ内部關係ニ於テハ其行爲ノ效力ヲ一定限度ニ制限スヘキ特約ヲ附シタ
 ル財產權ノ移轉ヲ目的トスル法律行爲ヲ謂フ。例之債權擔保ノ目的ヲ以テ所有權ヲ讓渡
 シ、手形裏書ヲ爲シ、取立委任ノ目的ヲ以テ債權ヲ讓渡スルカ如シ。而シテ權利ヲ讓渡
 スル者ヲ信託者ト云ヒ、之ヲ受クル者ヲ受託者ト稱ス。信託行爲ノ性質ニ付テハ讓渡
 レトモ、余ハ之ヲ以テ權利移轉行爲ト稱ス。包括セルモノトナス。此行爲ノ特徵
 ハ法効ノ當事者ノ經濟上ノ目的ヲ超越スル點ニ在レトモ、其當事者間ニハ眞面目ニ法
 效ヲ欲スル意思及其表示存ス。故ニ表示ノミ存シ、效果意思ヲ欠缺セル虛偽行爲ト區別
 スヘク、又當事者ノ經濟上ノ目的ニ相當スル行爲ヲ隱蔽スルモノニ非ス。故ニ假裝行爲
 フ以テ當事者ノ眞ニ欲シタル行爲ヲ隱蔽スル隱匿行爲ト混同スヘカラス。是等ハ全然
 沒交渉タリ、更ニ又信託行爲ハ單ニ當事者カ其經濟上ノ目的ヨリ一層有力ナル法律上
 ノ手段ヲ選ビタルニ止マリ、取テ法規ノ回避手段ニ非サルカ故ニ、強行法ノ回避手段
 ル脫法行爲ト觀念ヲ異ニス。
 如斯信託行爲ハ虛偽行爲ニ非ス、脫法行爲ニモ非ス、從テ其有效ナルコト論ナシト雖、若
 シ信託者カ其債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル時ハ、詐害行爲トシテ取消サルル
 コトアルヘク(詐害ノ目的ニ出テタル時ハ假裝行爲若クハ虛偽行爲トシテ無効ナリ)又

舊商法九九〇條ニ該當スル時ハ財團ニ對シテ當然無効タルヘキナリ。
 信託行爲ニ於テ信託者ヨリ受託者ニ信託的ニ讓渡セララルル財產權ヲ基礎權ト稱ス。而
 シテ此基礎權ノ歸屬者如何ハ本論ノ骨子ニシテ學者論議ノ焦點ナリ。余ハ讓渡行爲ニ
 因リ當然受託者ニ歸屬シ爾後受託者ハ完全ナル權利者タルモノト解ス。從テ受託者ノ
 處分行爲ハ對手方ノ善意惡意ヲ問ハス有效ナリ。又受託者破産ノ場合ニ信託者ハ取戻
 權及別除權ヲ有セサルハ勿論、若シ基礎權カ未タ引渡又ハ登記前ナル時ハ財團ノ請求
 ニ應シテ之カ引渡又ハ登記ヲ爲ササルヘカラス。信託者ハ其契約カ信託的性質ノモノ
 ナルコトヲ理由トシテ之ヲ拒ムコトヲ得ス。更ニ又其基礎權カ受託者ノ債權者ニ差押
 ラレタル時ニ於テモ民訴第五四九條ニ基ク第三者異議ノ訴ヲ提起スルコトヲ得サル
 ナリ。此見解ハ理論上ニシテ是ナルノミナラス、實際上然ラサルヲ得ス。蓋讓渡行爲ハ外部ニ顯
 ハルルモノニシテ第三者カ之ヲ信用スルハ當然ナリ、此故ニ第三者ニ對シテハ完全ナ
 ル權利トナルニ非サレハ延テ取引ノ安全ヲ害スルニ至ルヘシ。
 如上ノ見解ニ對スル反對說ノ主ナルモノヲ一形式的權限移轉說ニ相對的權利移轉說
 トナス。前說ハ受託者ハ其名ニ於テ他人ノ權利ヲ行使スル形式的權限ヲ有スルニ止マ
 リ、實質的權利ハ依然信託者ニ屬ストナシ。後說ハ信託行爲ノ效力ヲ内外二面ニ分チ、外
 部關係ニ於テハ權利ハ受託者ニ屬シ、内部關係ニ於テハ信託者ニ屬スト見解ス。
 理論上權利ヲ分チテ實質的權利ト形式的權利ト爲スノ當否ハ研究ノ餘地アリト雖、少
 グトモ我民法ノ之ヲ認メ居レルハ疑フヘカラス。例之不可分債權關係ニ於テハ數人ノ
 債權ハ各獨立ノ債權ヲ有スルモ(民四二九條二項)履行請求權其他債權ヲ行使スル權能
 ハ總債權者ニ屬ストナシ(全四二八條)又代位權アル債權者ニ固有權トシテ其名ヲ以テ
 債務者ニ屬スル權利ヲ行使セシムル所謂間接訴權(全四二三條)如キ即是ナリ。然レト
 モ斯ノ如キハ法ノ明文アリテ初メテ認メ得ヘク、又第三者ニ對抗シ得ルナリ。故ニ斯ル

權能ヲ附與スル契約ハ當事者間ニ於テハ有效ナルヘキモ之ヲ以テ第三者ヲ羈束シ得ヘキニ非ス。而シテ又後説ノ如ク一個ノ權利ニ付内的主體ト外的主體トヲ認ムルハ法理上不當ニシテ一物ニ主ヲ容レサルノ原理ニ反ス。論者ノ根據トスル民法一七六條乃至一七八條及四六七條ハ決シテ一個ノ權利ニ付二以上ノ主體ヲ認メタルモノニ非ス。假リニ論者ノ見解是ナリトスルモ是等ノ規定ハ前掲法條ト同シク特別規定ナルカ故ニ之ヲ類推擴張シテ一般ノ場合ヲ説明セントスルハ法律解釋ノ範圍ヲ脱ス。

反對説ノ不當ナルコト夫レ叙上ノ如シ。而シテ尙之ヲ主張セントスルハ何故ゾヤ。惟フニ是法律論上ト法律の公平トヲ調和セントスルニ在ルヘシ。然レトモ公平ハ立法政策上ノ觀念ニシテ成法上ノ觀念ニ非ス。現今ノ私法組織ニ於テ又法律見解ニ於テ公平ヲ以テ法律ヲ抑壓セントスルノ不當ナルコト言フヲ俟タサルナリ。

信託行為ニ於テ基礎權カ受託者ニ歸屬スルモノナルコト叙上ノ如シ。然レトモ信託行為ニハ反面ニ於テ當事者間ニハ其行為ノ效力ヲ一定限度ニ制限セントスル債權契約隨伴ス。於テ受託者ハ基礎權ヲ信託ノ目的以外ニ處分シ、又ハ濫用スヘカラサル義務ヲ負擔ス。去レハ受託者ハ信託ノ目的以外ニ基礎權ヲ處分シ、又ハ濫用スヘカラサルハ勿論、自己ノ財産ニ對スル同一ノ注意ヲ加ヘテ之ヲ保存シ、又ハ行使セサルヘカラス。若シ之ニ違反シテ(一)基礎權ヲ第三者ニ讓渡シ、或ハ故意若クハ過失ニ因リ、基礎權又ハ其目的物ノ全部若クハ一部ヲ滅失毀損セシメタル時(其權利カ經濟上無價值トナリタル場合例之債務ノ取立委任ヲ受ケタル受託者カ其取立ヲ怠リタル爲メ債務者カ無資力トナリタル場合ヲ包含ス)ハ債務不履行トシテ(不法行為ニ非ス蓋基礎權ノ主體ハ受託者ニシテ受託者ノ是等ノ行為ハ所謂他人ノ權利ノ侵害ナラサレハナリ)積極的損害ノミナラス、消極的損害ヲモ賠償セサルヘカラス。但賠償範圍ニ付テ特約アラハ之ニ從フヘキハ勿論ナリトス。或ハ(一)ノ場合ニ於テ第三者惡意ナル時ハ之ニ追及スルコト得ト

論スル者アレトモ、理論上不當ナルノミナラス、信託者ハ受託者ヲ信任シ敢テ危險ナル行為ニ出テタルモノナルカ故ニ、此結果ハ甘受セサルヘカラス。

茲ニ一ノ疑問アリ、基礎權ハ受託者ニ屬スルモノナルヲ以テ、前(一)ノ場合ニ於テ信託者カ所謂物上代位權ヲ有セサルハ勿論ナルモ、所謂代價請求權ヲ有スルヤ否ヤノ點之ナリ。代價請求權トハ債務者カ給付不能ヲ生シタル事由ニ因リテ給付ノ物體ノ代價タルヘキ利益ヲ取得シタル場合ニ債權者カ債務者ニ對シテ其利益ノ償還ヲ請求スル權利ヲ謂フ。民法ハ之ニ關シ直接ニ規定スル處ナク、唯近時有力ナル學者ニ依リテ主張セラルルノミ、當否ハ後日ノ研究ニ俟タシ。

次ニ債權擔保ノ目的ヲ以テ權利ヲ讓渡シタル場合ニ於テモ債務ハ未タ消滅セサルカ故ニ債務者タル信託者ハ依然利息支拂ノ義務アリ、又債務カ辨濟其他ノ事由ニ依リ消滅シタル時ハ債權者タル受託者ハ基礎權ヲ又債務不履行アリタルニヨリ受託者カ其權利ノ目的物ヲ賣却シタル時ハ元利并費用ヲ控除シタル殘賣得金ヲ又取立委任アリタル時ハ取立タル元利及費用并取立以後ノ果實ヲ何レモ返還セサルヘカラス。

民法上ヨリ觀察セル受託者ノ責任ハ概略以上ノ如シ。更ニ眼ヲ轉シテ刑法上ノ責任ヲ觀察スルニ受託者ハ自己ノ物ヲ他人ノ爲メニ占有スルモノニシテ他人ノ物ヲ占有スルニ非サルカ故ニ假令基礎權ノ目的物ヲ處分スルモ橫領罪毀棄罪等成立セスト雖モ所謂背任罪成立スヘキハ疑ナシ。

最後ニ受託者ハ基礎權ノ保存并行使ニ支出シタル費用ノ償還ヲ求ムルコトヲ得ヘク、其償還ヲ受クル迄ハ一般ノ規定ニ從ヒ、留置權ヲ有スルハ勿論場合ニ依リ、報酬ヲ請求スルコトヲ得ヘシ。

以上ハ一般信託行為ノ概論ナリ。此他效力ノ詳細并ニ信託行為ノ形式、就中信託行為ハ單獨行為殊ニ死後行為ニヨリ爲シ得ルヤ、又第三者ノ爲メニスル信託行為成立シ得ル

ヤ、若シ成立ストセハ其第三者ノ地位如何等、論及スヘキ點尠ナラスト雖モ、是等ハ後
研日ノ究ニ讓ル。(升本順一氏法律評論一卷九號五頁以下)

信託行爲ニ就テハ本書民法一四七頁二〇一頁二七三頁三三二頁三六七頁四四八
頁五一六頁六四六頁六五四頁ヲ參照セラルヘシ

權利質論

權利質ノ性質ヲ論ス

一 權利質ノ觀念、權利質ノ本質ニ關シテハ從來二個ハ見解行ハル。權利物體主義ハ其
ニシテ物上質ヲ以テ質權ノ典型ト爲ス所ノ因襲ヨリ生シタル見解ナリ。讓渡主義ハ權
利質ノ目的タル權利カ第三者ニ接觸シ之ニ效果ヲ及ホス點ヲ觀察シテ讓渡ナル見解
ヲ胚胎シタルモノナリ。民法ハ第三六四條ニ於テ指名債權ヲ質權ノ目的ト爲ス場合ノ
要件ヲ定メ一見讓渡主義ヲ採レルカ如キモ之レ寧ロ立法上ノ便宜ニ出テタルモノニ
シテ何等權利質ノ本質ヲ解決シタルモノニアラスト稱セラル。權利物體主義ハ質權ヲ
物若クハ債權ヲ以テ目的ト爲スコトヲ前提トシ權利ハ權利ヲ目的ト爲スヲ得ルコト
ヲ肯定スルモノニシテ權利質權者ハ設定者カ權利ノ上ニ設定セシ新權利ヲ取得スル

三六二

質權ハ財產權ヲ以テ其目的ト爲スコトヲ得

三六四

指名債權ヲ以テ質權ノ目的ト爲シタルトキハ第四百六十七條ノ規定ニ從ヒ第三債務者ニ質權ノ設定ヲ通知

シ又ハ第三債務者カ之ヲ承諾スルニ非サレハ之ヲ以テ第三債務者其他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス
前項ノ規定ハ記名ノ株式ニハ之ヲ適用セス

モノナリト解スルニテアリ。民法カ讓渡主義ニ依ラヌシテ權利物體主義ヲ採用シタルモ
ノナルコトハ敢テ吹々々ト要セサルヘシ。然ラハ權利質ノ觀念ハ如何ニ之レヲ定ムハキ
カ。解シテ曰ク權利質ハ保全サレタル債權カ適當ニ履行セラレサル場合ニ於テ之レカ
目的タル財產的貨物ヲ處分シテ満足ヲ得ルコトヲ目的トスル權利ナリ。
二 權利質ノ本質、讓渡主義ヲ採ル學者ハ質入サレタル權利ノ實質ヲ標準トシ其ノ債
權ナル場合ハ質權モ亦債權ニシテ其物權ナル場合ハ質權モ亦物權ナリト爲ス。物體主
義ヲ採ル學者カ權利質ヲ以テ物權ナリト解スルハ當然ノ結論ナリト雖モ單リ債權質
ノ性質ニ關シテハ見解ノ一致ヲ缺キ之レヲ以テ債權ナリトナスモノナキニアラス。然
レトモ物體主義ヲ採リ乍ラ一面債權的觀念ヲ認メ以テ權利質ノ效力ヲ決定セントス
ルカ如キハ不當ノ論斷タルヲ免レス。物權ハ物ヲ支配スル權利ニシテ民法上ノ物ハ有
體物ナリ。故ニ權利ノ物權ナリヤ否ヤハ目的物ノ有體タルヤ否ヤニ依リ決定シ得ヘキ
カ如シト雖モ必スシモ然ラス。何トナレハ近代ノ法制ハ單ニ目的物ノ有體タルノミチ
以テ物權的特性ヲ附與スルコトナク立法政策ノ必要ニ應シ其目的物ノ有體タルト否
トニ拘ラス之レヲ附與シ附與セサルコトアレハナリ。我民法ニ於テモ實質上物體ナラ
サルモノニ物權性ヲ附與シタルモノトシテ標準占有ノ如キアリ。實質上物體ナリトス
ルニ拘ラス物權性ヲ附與セサルモノトシテ質借權ノ如キ有リ。故ニ民法ニ於テハ權利
カ物ニ關係ナ有スルヤ否ヤヲ以テ物權性ヲ附與スルト否トノ標準ヲ貫徹シタリト爲
スヲ得ス。今民法上ニ於ケル權利質ノ規定ヲ見ルニ權利ニ對スル權利ナル觀念ハ之レ
ヲ認メタリト雖モ債權質ニ關シ僅少ノ規定ヲ設ケタルニ止リ他ノ事項ハ總テ物上質
ノ規定ヲ準用スヘキモノト定メタリ。此等法制ノ跡ニ徵スルモ民法權利質ヲ以テ純然
タル債權ト認メサルコト明瞭ニシテ立法者カ許多ノ準用ヲ許スト同時ニ物上質ニ於
ケル性質ノ或部分ハ之レヲ權利質ニ附與スルノ意思ヲ有シタルモノト解セラル。然レ

トモ吾人ハ權利質ヲ以テ純然タル物權ナリトナスモノニアラス。蓋シ質權ノ典型タル物上質スラ果シテ物權ナルヤ否ヤハ論争ヲ絶タサル所ニシテ殊ニ權利質カ權利ナ目的トスルハ物上質カ物ヲ目的トスルニ比シ形式上ノ意味ヲ異ニスルモノアレハナリ。一面權利質ハ其債權カ質權ニ接觸シ獨特ノ關係ヲ有スル點ニ於テ純然タル債權ト異ル。之レヲ要スルニ權利質ハ物權又ハ債權ニアラサル別種ノ權利ニシテ民法上其目的ノ必要ナル範圍内ニ於テ之レニ物權性ヲ附與セラレタル權利ナリト解ス。(福田市太郞氏法律評論一卷八號三頁以下)

本論ニ就テハドクトルユリス神戸寅次郎氏ノ權利質論ヲ參照セラルヘシ

辨濟者ノ調査事項

- 四七〇 指圖債權ノ債務者ハ其證書ノ所持人及ヒ其署名捺ノ眞偽ヲ調査スル權利ヲ有スルモ其義務ヲ負フコトナシ但債務者ニ惡意又ハ重大ナル過失アルトキハ其辨濟ハ無効トス
- 四七二 指圖債權ノ債務者ハ其證書ニ記載シタル事項及ヒ其證書ノ性質ヨリ當然生スル結果ヲ除ク外原債權者ニ對抗スルコトヲ得ヘカリシ事由ヲ以テ善意ノ讓受人ニ對抗スルコトヲ得ス
- 四七八 債權ノ準占有者ニ爲シタル辨濟ハ辨濟者ノ善意ナリシトキニ限り其效力ヲ有ス
- (參照)商法二七八 指圖債權及ヒ無記名債權ノ辨濟ハ債務者ノ現時ノ營業所、若シ營業所ナキトキハ其住所ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要ス
- 四七九 指圖債權又ハ無記名債權ノ債務者ハ其履行ニ付キ期限ノ定メアルトキト雖モ其期限力到來シタル後所持人カ其證券ヲ呈示シテ履行ノ請求ヲ爲シタルトキヨリ遲滞ノ責ニ任ス
- 四八二 第四百四十一條第四百四十九條ノ二、四百五十七條第四百六十一條及第四百六十四條ノ規定ハ金錢其他ノ物又ハ有價證券ノ給付ヲ目的トスル有價證券ニ之ヲ準用ス
- 四八四 何人ト雖モ惡意又ハ重大ナル過失ナクシテ手形ヲ取得シタル者ニ對シ其手形ノ返還ヲ請求スルコトヲ得
- 四八九 振出人ハ爲替手形ニ受取人ノ氏名又ハ商號ト共ニ爲替手形ノ所持人カ支拂ヲ受タルコトヲ得ヘキ旨

民法第四百七十七條ト第四百七十八條トノ關係

本問題ニ入ルニ先チ、指圖債權ノ辨濟者カ其辨濟ヲ爲スニ當ツテ調査スヘキ事項ハ、三ニ分類スルコトカ出ケテ簡單ニ之ヲ説明セネハナラヌ。何トナレハ我邦多數ノ學者ハ是等ノ事項ニ付キ的確ナル觀念ヲ有セヌ、之ヲ混同セル結果後ニ述フルカ如キ誤解ニ陷テ居ルモノト考ヘルカラテアル。

指圖債權ノ辨濟者カ其辨濟ヲ爲スニ當ツテ、調査スヘキ事項ハ、三ニ分類スルコトカ出來ル。第一所持人ノ形式的資格第二所持人ノ實質的資格第三所持人ノ眞偽テアル。

所持人ノ形式的資格ノ調査トハ、證券ノ形式的外觀ニ於テ所持人カ證券受取人又ハ最後ノ被裏書人トシテ記載セラレタル者テアルカ否ノ調査ヲ謂フ。若シ裏書ノナイ指圖證券ニ於テ受取人トシテ記載セラレタル者以外ノ者カ所持人トシテ辨濟ヲ求ムル場合ニ於テハ、其相續、會社ノ合併等ノ原因ニ因リテ正當ニ證券ヲ取得シタル者ナルコトノ證明ナキ限りハ、之ニ辨濟ヲ爲スヘカラサルハ當然テアル。又裏書アル指圖證券ノ最後ノ被裏書人トシテ記載セラレタル者以外ノ者カ所持人トシテ辨濟ヲ求ムル場合モ同然テアル。又裏書ニ連續ノ欠缺カアル場合、例ヘハ受取人以外ノ者カ第一ノ裏書ヲ爲シタル場合、若クハ或裏書ニ於ケル被裏書人以外ノ者カ次ノ裏書ニ於ケル裏書人タル場合ノ如キモ、相續其他ノ原因ニ因リテ、裏書ノ連續ヲ缺クニ至ツタコトノ證明ナキ限りハ、所持人ニ辨濟ヲ爲スヘカラサルハ當然テアル。總テ是等ノ場合ニ於テ形式的資格ヲ具備セサル所持人ニ辨濟シタルトキハ、辨濟者ハ之ニ因ツテ實ヲ免ルルコトヲ得ナイ。

換言スレハ辨濟者ハ形式的資格ノ調査義務ヲ有スルモノテアル。但裏書ノ連續ニ付テハ商法ハ手形其他金錢其他ノ物又ハ有價證券ノ給付ヲ目的トスル指圖證券ニ付キ、白地裏書ナル制度ヲ認メテ居ルノテアルカラ、白地裏書アルトキハ次ノ裏書人ハ其白地裏書ニ因リテ證券ヲ取得シタル者ト看做サレ、裏書ノ連續ヲ缺カサルモノト觀察セラレルノテアル。

所持人ノ實質的資格トハ、所持人カ指圖證券ノ真正ナル權利者テアルカ否ノ調査ヲ謂フ。假令所持人カ形式的資格ヲ具備スル場合ニ於テモ、其裏書ノ一カ偽造ナルトキ又ハ無能力其他ノ事由ニ因リ、無効ナルカ若クハ取消サレタルトキハ、所持人ハ真正ナル權利者タルコトヲ得ナイノテアル。尤モ手形其他金錢其他ノ物又ハ有價證券ノ給付ヲ目的トスル指圖證券ニ付テハ、商法ニ特別規定カアツテ、其證券ノ取得者カ惡意又ハ重大ナル過失ナクシテ證券ヲ取得シタル者ナルトキハ、真正ナル權利者ト爲ルノテアルカ(商法二八二條、四四一條)若シ惡意又ハ重大ナル過失アリテ證券ヲ取得シタル者ナルトキハ、矢張真正ナル權利者タルコトヲ得ナイノテアル。指圖證券ノ辨濟者ハ實質的資格ヲ有セサル所持人即チ真正ナル權利者ニ非サル所持人ニ辨濟シタル場合ニ於テ常ニ其實ヲ免ルルコトヲ得ナイモノテアルカ、換言スレハ辨濟者ハ實質的資格ノ調査義務ヲ有スルモノテアルカト謂フニ、後ニ述フル如ク、余ハ民法第四百七十八條ノ規定ニ依リテ之ヲ否定スルノテアル。多數ノ學者ハ民法第四百七十八條ヲ引イテ同一ノ論結ニ達セント欲スルノテアルカ之ハ誤テアルト思ウ。

所持人ノ眞偽ノ調査トハ、形式的資格ヲ有スル者ト所持人トノ同一人テアルカ否ノ調査、詳言スレハ證券ノ受取人又ハ最後ノ被裏書人トシテ記載セラレタル者ト證券ヲ呈示シテ辨濟ヲ求ムル者トカ符合スルヤ否ノ調査ヲ謂フ。若シ甲ナル者カ最後ノ被裏書人タルニ拘ハラズ、乙ナル者カ甲ト稱シテ辨濟ヲ求メタル場合ニ於テ、乙ニ辨濟シタル

トキハ辨濟者ハ之ニ因リテ其實ヲ免ルルコトヲ得ナイモノテアルカ否、換言スレハ辨濟者ハ所持人眞偽ノ調査義務ヲ有スルモノナルカ否ト謂フニ、獨逸法ノ解釋トシテハ爭アリ。通説ハ寧ロ辨濟者ニ此調査義務アリトスルニ在ルノテアルカ、我民法第四百七十條ハ此調査義務ナキモノトシテ居ルノテアル。

以上ヲ以テ指圖債權ノ辨濟者カ其辨濟ヲ爲スニ當ツテ、調査スヘキ事項ニ付キ、其三種ノ區別ノ大體ヲ明ニスルニ足リヤウト思フ。我邦ノ民法著書ハ此區別ヲ混同セルモノ比比トシテ概ネ皆然リ、其正鵠ヲ得タル解釋ニ到達スルヲ得ナイノハ當然テアルトイハネハナラヌ。

二

民法四百七十條ハ「指圖債權ノ債務者ハ其證書ノ所持人及ヒ其署名、捺印ノ眞偽ヲ調査スル權利ヲ有スルモ、其義務ヲ負フコトナシ、但債務者ニ惡意又ハ重大ナル過失アルトキハ其辨濟ハ無効トス」ト定メテ居ル。我邦ノ民法著書ハ所持人ノ實質的資格調査ト其眞偽ノ調査トヲ混同セル結果、本條ノ規定ヲ以テ辨濟者ニ實質的調査義務ナキ旨ヲモ定メタルモノト解シテ居ル。換言スレハ指圖債權ノ債務者ハ其所持人ノ真正ナル權利者テアルカ否ノ調査ヲ爲サスシテ辨濟スルモ、其辨濟ハ本條ノ規定ニ依リ、原則トシテ有效テアルモノト解シテ居ルノテアル。我大審院ノ判例中ニモ亦此見解ニ依レルモノト認ムヘキモノカアル。併シ乍ラ余ノ解スル所ニ依レハ、辨濟者ニ實質的資格ノ調査義務ナキコトハ民法第四百七十八條ノ定ムル所テアルカラ、第四百七十條ニ付キ如上ノ解釋ヲ採レハ此二條ノ間ニハ指圖債權債務者ノ實質的資格調査義務ニ關シテ無用ノ重複アリト謂フコトニ歸着セサルヲ得ナイ、此重複ノ結果ノ不都合ハ次節ニ述フルコトトシ、本節ニハ先ツ第四百七十八條ノ規定カ指圖債權ノ辨濟ニ付テモ適用アルヘキ理由ヲ説明シヤウト思フ。

民法第四百七十八條ハ債權ノ準占有者ニ爲シタル辨濟ハ辨濟者ノ善意ナリシトキニ限リ其効力ヲ有スト定メテ居ル。債權ノ準占有者トハ真正ノ債權者ニ非スシテ而モ債權者ノ如ク自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ債權ヲ行使スル者ヲ謂フ。指圖證券ニ付キ形式の資格ヲ有シテ而モ真正ノ權利ヲ有セサル所持人カ其證券ヲ呈示シテ辨濟ヲ求ムル場合ニ於テハ之ヲ其債權ノ準占有者ト觀ルコトヲ得ヘカラサルノ理由ハナイノアル。而シテ此解釋ハ本條ノ沿革ヲ一見スレハ其正當ナルコトヲ知ルニ難クナイノアル。

第四百七十八條ハ實ニ舊民法財産編第四百五十七條ニ出テタルモノテアル。同條ハ二項ヨリ成リ第一項ニ「眞ノ債權者ニ非サルモ債權ヲ占有スル者ニ爲シタル辨濟ハ債務者ノ善意ニ出テタルトキハ有效ナリ」第二項ニ「表見ナル相續人其他ノ包括承繼人記名債權ノ表見ナル譲受人及ヒ無記名證券ノ占有者ハ之ヲ債權ノ占有者ト看做ス」トアル。新法カ此第二項ヲ削除シタノハ其趣旨ヲ改廢シタノテハナク單ニ此ノ如キ例示ノ制限の列舉ト誤解セラレル虞アルヲ慮ツタノニ因ルノテアル(岡松博士民法理由四七八條參照)。然ルニ此第二項ニ所謂記名債權ノ表見ナル譲受人中ニハ指圖證券ノ形式の資格ヲ有スル所持人ハ勿論包含セラルヘキモノテアル。舊民法ノ所謂記名債權又ハ記名證券中ニ裏書ヲ以テ譲渡スヘキモノ即チ指圖證券ヲ包含スルコトハ財産編第三百四十七條ニ照シテ明テアルノミナラス財産編四百五十七條ノ原文タルボアソナード氏草案第四百七十八條ノ註解ニハ裏書ヲ以テ譲渡スヘキ記名證券タル手形小切手等ニ付キ無權利者ノ署名ニ因ル裏書アル證券ノ所持人ニ辨濟シタル場合ヲ舉ケテ説明シテ居ルノテアル。又更ニ溯テ財産編第四百五十七條ノ粉本タル佛國民法第一千二百四十四條ヲ觀ルニ恰モ財産編第四百五十七條第一項ト其趣旨ヲ一ニシテ居ルノテアル。解釋上指圖證券ノ辨濟ノ場合ニ及フヘキモノテアル。故ニ佛國商法第四百四十五條カ手形

ニ付キ略々同様ノ規定ヲ爲シテ居ルノハ其満期日ニ於テ支拂ハレタルモノナルコトノ要件ヲ附加セル點ニ於テ特別ナル規定カアツテ亦民法第一千二百四十條ノ趣旨ノ應用ノ一場合ト觀ラレテ居ルノテアル。

上述スル所ニ依リ指圖債權ノ辨濟者ニ所持人ノ實質的資格調査義務即チ所持人カ真正ノ債權者テアルカ否ヲ調査義務ナキコトカ民法第四百七十八條ノ規定ノ解釋上出ツル結果ナルコト明白テアラウト思フ。果シテ然リトスレハ敢テ第四百七十七條ヲ曲解シテ之ヲ主張スルノ必要ハナイノテアル。余ハ此ノ如キ解釋ヲ曲解ト稱スルノテアル。

三

民法第四百七十七條ノ所謂指圖證券ノ所持人及ヒ其署名捺印ノ眞偽ヲ調査スル義務トハ之ヲ其儘讀ンテ生スル如ク所持人カ眞ノ所持人テアルカ偽ノ所持人テアルカ及ヒ所持人ノ署名捺印カ眞ノ署名捺印テアルカ偽ノ署名捺印テアルカヲ調査スル義務ヲ謂フノテアル。即チ證券上ノ所持人トシテ記載セラレタル者ト證券ヲ呈示シテ辨濟ヲ求ムル者トカ一致セルカ否ノ調査(Identifizierung, verification de l'identité)ヲ爲スノ義務ヲ謂フノテアル。之カ文理上最も自然的ナ解釋テアツテ之ヲ解シテ所持人カ真正ナル債權者テアルカ否ノ調査義務ヲ包含スルモノトスル說ハ曲解ト言ハネハナラヌ。左ニ余カ解釋ノ根據ヲ列記シテミヤウト思フ。

(一) 文理解釋トシテ其證券ノ所持人及ヒ其署名捺印ノ眞偽トハ所持人ノ眞偽及ヒ所持人ノ署名捺印ノ眞偽ト解スルノカ最も穩當テアル。否他ノ解釋ヲ容ル餘地ハナイノテアル。

(イ) 若シ多數學者ノ如ク所持人ノ眞偽ノ調査中ニ所持人ノ實質的資格ノ有無ノ調査及ヒ所持人ノ眞偽ノ調査ノ二種ノ調査ヲ包含スルモノト觀察スレハ所持人ノ署名捺印ノ眞偽ノ調査ト權衡ヲ失スルノテアル。所持人ノ署名捺印ノ眞偽ノ調査ハ單ニ署名捺

印ノ眞偽ノ調査タルニ止マリ、實質的資格ノ調査トハ没交渉テアル。同一ノ眞偽ノ調査ナル文字カ所持人ニ付テハ二種ノ意味ヲ有シ、其署名捺印ニ付テハ一種ノ意味ヲ有スルニ過キナイモノト解スルハ妥當テナイ。要スルニ此解釋ハ實質的資格調査ト眞偽調査トノ二種別個ノ觀念ヲ混同セルノ誤ニ出ルモノタルニ外ナラスト謂フヘシ。

(ロ)是ヲ以テ多數ノ學者ハ「其署名捺印」ヲ解シテ單ニ所持人ノ署名捺印ヲ指スニ止マラス證書中ノ總テノ署名捺印ヲ包含スルモノトシ、裏書人ノ署名捺印ノ眞偽ノ調査義務ナキ旨ヲ定メタルモノトス。併シ乍ラ此解釋ハ明カニ文法ニ反スルモノテアル。其證書ノ所持人及ヒ其署名捺印「トアル後」其「證書」ヲ受ケタルモノト稱スルハ通常ノ文法上ノ到底考ヘ及フヘカラサルコトアル。而モ此解釋ヲ探ルトキハ、前ノ所持人ノ眞偽ヲ廣ク解シテ實質的資格ノ有無ヲ包含ストセル結果ト重複スルニ至ルノテアル、既ニ所持人ノ眞偽調査中ニ所持人カ眞正ノ債權者テアルカ否ノ調査ヲモ包含スルモノトスレハ裏書ノ眞偽調査ノ如キハ此調査中ニ包含セラレテ居ルノテアルカラ、別ニ改メテ之ヲ言フ必要ハ尠モナイノテアル。

(ハ)若シ上述セル重複ヲ避クル爲メ、後ノ署名捺印ノ眞偽ノ調査中ニ裏書人ノ署名捺印ノ眞偽ノ調査ヲ包含スルコトトスルト同時ニ、前ノ所持人ノ眞偽ノ調査ハ單純ナル眞偽調査ノミヲ指スモノト解スレハ、裏書ノ眞偽以外ノ理由ニ因ル效力ノ有無ノ調査ハ第四百七十條ニ規定セラレサルコトト爲ツテ、實質的資格ノ調査義務ナキ趣旨ハ此點ニ於テ缺漏アルモノト爲ルノテアル。故ニ此不都合ヲ避ケントスレハ余ノ解釋ノ如ク、第四百七十條ハ眞偽調査ノミニ關シ、實質的資格調査ハ第四百七十八條ノ規定スル所ト觀察スルノ外途ハナイノテアル。

(ニ)之ヲ法文ノ沿革ニ徵スルニ、第四百七十條ハ舊民法中ニ該當規定ヲ有セス、却ツテ舊商法第四百條ニ出テタルモノテアル。同條ニハ「指圖證券ノ發行人ハ呈示人ノ眞偽ヲ調

査スル權利アルモ其義務ナシ、然レトモ惡意又ハ甚シキ怠慢ニ付テハ此カ爲メ損害ヲ受ケタル者ニ對シテ其責ヲ負フ」トアル。此規定ハ明文上余ノ所謂所持人ノ眞偽調査ノミニ關スルモノタルコト一讀シテ何人ニモ明白テアラウト思フ。尙ホ同條ニ該當スルロニスレル事案第四百五十九條ノ理由ヲ視ルニ「所持人カ眞ニ證券上ニ示サレタル人ナリヤ否、其署名カ眞實ナリヤ否又ハ權限アル代理人若クハ使者ナリヤ否ハ發行者之ヲ調査スルコトヲ要セス何トナレハ發行者ハ其個人ヲ親知スルノ義務ヲ負フモノニ非サレハナイ」トアル其所持人眞偽ノ調査ニ關スル規定タル趣旨ハ一點ノ疑ヲ容レナイノテアル。之ニ依ツテ余ノ解釋ノ法文沿革上モ正當ナルコトヲ知ルニ難クナイコトト思フ。

(三)上述セル所ヲ以テ余ノ解釋說ヲ支持スルニ十分テアルトハ考ヘルカ、念ノ爲メ反對說ヨリ生スル不都合ヲ二三指摘センニ、反對說ニ依レハ第四百七十條ハ指圖證券ニ關スル實質的資格調査義務ヲ定メタルモノト爲ルノテアルカラ、勢第四百七十八條ト重複スルニ至ルノテアル。此重複ノ結果ハ想フニ第四百七十條ヲ以テ指圖證券ニ特別ナル規定ト觀之ニ規定ナキ事項ニ付キ第四百七十八條ノ適用アリトスルノ外ハアルマイト考ヘル。然ルニ第四百七十條ハ指圖債權ノ債務者ノ調査義務ノミヲ規定スルモノテアルカラ、債務者以外ノ者カ辨濟スル場合ニハ第四百七十八條ノ適用カアルコトニ爲ルノテアル。今第四百七十條ト第四百七十八條トヲ比較スルニ、前者ハ辨濟者ノ善意ニシテ且重大ナル過失ナキコトヲ要求シテ居ルニ拘ハラズ、後者ハ善意ノミヲ要求シテ居ルノテアル。其結果ハ指圖債權ノ債務者カ辨濟スル場合ニハ實質的資格ノ調査ニ付キ重大ナル過失アルトキハ辨濟ハ無効ト爲ルモ第三者カ辨濟スル場合ニハ有效ト爲ルトイフ奇觀ヲ呈スルノテアル。

(四)假シ上述セル重複ノ不都合ヲ避クル爲メ、第四百七十條カ指圖債權ノ辨濟ニ關スル

唯一ノ規定テアツテ第四百七十八條ハ全然指圖債權ニ適用ナキモノトスレハ其結果ハ債務者以外ノ者カ指圖債權ノ辨濟ヲ爲スニ當ツテハ所持人ノ實質的資格ヲ調査スル義務ヲ負フコトニ爲ツテ實ニ指圖債權ノ本質ニ背反スル結果ヲ生スルノテアル。例ヘハ未ダ引受テ爲ササル支拂人カ手形ノ支拂ヲ爲スニ當ツテハ一所持人ノ眞正ノ權利者テアルヲ否テ調査セネハナラヌコトト爲ル。此ノ如キ結果ハ到底認容スヘカヲサルモノテアル。

(五)反對説ニ從ツテ第四百七十條ハ實質的資格調査義務ヲモ定メタルモノト解スレハ無記名債權ニ關シテ之ニ該當スル規定ナキコトハ極メテ奇妙テアルト言ハネハナラヌ。無記名債權ノ辨濟ヲ爲スニ當ツテ一其所持人カ眞正ノ權利者アルト否ハ詳細ニハ金錢其他ノ物又ハ有價證券ノ給付ヲ目的トスル無記名證券ニ付キテハ其所持人カ惡意又ハ重大ナル過失ナクシテ其證券ヲ取得シタル者テアルカ否其他ノ無記名證券ニ付テハ其所持人カ所謂即時時効ニ關スル規定ノ條件ヲ具備シタル取得者テアルカ否ヲ調査シタル後テナケレハ有故ナル辨濟ヲ爲スコトヲ得ナイト解釋スルコトハ到底許スヘカラサル所テアル若シ無記名債權ノ辨濟ニ付キ第四百七十八條ノ適用アリトスレハ何カ故ニ指圖債權ノ辨濟ニ付キ同條ノ適用アリトスルヲ得サルカ其意味カ解スヘカラサルニ至ルノテアル。之ニ反シテ余ノ如ク第四百七十條ハ所持人ノ眞正ノ調査ノミニ關スル規定テアルト解スレハ無記名證券ニ付テ之ニ該當スル規定ノナイノハ當然テアル。何トナレハ無記名證券ノ權利者ハ證券上ニ示サレナイノテアルカラ所持人ノ眞正調査ノ觀念ノナイノハ言フテ俟タナイ所テアル。

四 民法第四百七十條ハ次條ニ依ツテ證書ニ債權者ヲ指名シタルモ其證書ノ所持人ニ辨濟スヘキ旨ヲ附記シタル證券即チ「甲又ハ持參人」ノ形式ヲ有スル證券ニ準用セラレテ

居ル。此準用ニ付キ余ノ解釋説ト多數學者ノ反對説ト何レカ適合スルモノテアルカヲ觀察スル爲メニハ此種ノ證券ノ性質ヲ論述スル必要ヲ生スルカ之ハ餘リニ大問題ナアルカラ詳説セ他日二期スルコトトシ結論ノミチ一言シヤウト思フ。

「甲又ハ持參人」ノ形式ヲ有スル證券ノ性質ニ付テハ從來種種ノ争カアツタノテアルカ商法改正ニ依ツテ其性質ハ略ホ明白ニ爲ツタノテアル。借テ商法改正法ノ規定ニ依レハ同ク「甲又ハ持參人」ノ形式ヲ有スル證券中ニ全然二種別性質ノモノカアルコトニ明定セラレタノテアル。即チ手形其他金錢其他ノ物又ハ有價證券ノ給付ヲ目的トスル有價證券タル「甲又ハ持參人」證券ハ無記名證券ト同一ノ效力ヲ有スルモノテアツテ法律上無記名證券ト全然同一ノ取扱ヲ受クルモノテアル(商法二八二條、四四九條ノ二)之ニ反シテ其他ノ「甲又ハ持參人」證券ハ指名證券ノ一變態テ單純ナル免責證券タルニ過キナイノテアル。從テ有價證券ヲハナイノテアル。故ニ前者即チ有價證券タル「甲又ハ持參人」證券ハ無記名證券ノ規定ニ從フノ結果第四百七十條ノ適用ヲ受クルノテアル。先ツ此趣旨ノ前提ヲ設ケ其下ニ論議セネハナラヌ。

有價證券ニ非サル「甲又ハ持參人」證券ハ指名證券ノ變態タルニ過キヌ。證券ノ讓渡ニ因ツテ權利ヲ移轉スルノ觀念ハナク權利者ハ常ニ證券ニ記載セラレタル特定人又ハ債權讓渡ノ規定ニ依ツテ之ヨリ權利ヲ讓受ケタル者テアル所持人ノ證券ノ所持ニ因ツテ權利者タル資格ヲ有スル者テハナク唯所持人ニ辨濟スルニ因ツテ債務者カ常ニ債務ヲ免ルル點ニ於テ通常ノ指名證券ト異ルニ過キヌ。此種ノ證券ノ抗辯ニハ債務者ノ制限ニ關スル民法第四百七十二條ノ準用ハナイノテアル。是レ即チ之ヲ指名證券ト觀テ居ル結果ト謂ハネハナラヌ。第三ニ此種ノ證券ニハ商法第二百七十八條第二項及ヒ第二百七十九條ノ準用ハナイノテアル。即チ此種ノ證券ハ所謂取立債務ヲ表スルモノ

ニ非ス、催告債務ヲ表スルモノニ非ス、却テ一般指名債權ト同ク持參債務タリ又期限カ人ノ爲メニ催告スノ原則ニ從フチ本則トスルモノテアル。總テ是等ノ諸點ヨリ觀レハ、有價證券タル「甲」又ハ持參人「證券」カ無記名證券ト同一視セララルニ對シ、有價證券ニ非サル「甲」又ハ持參人「證券」ハ指名證券ノ一種ニシテ全ク前者ト性質ヲ異ニスルモノタルノ趣旨ヲ明ニスルニ足リヤウト思フ。

有價證券ニ非サル「甲」又ハ持參人「證券」ハ上述セル如ク、指名證券テアルカラ所持人ト權利者トノ符合ノ調査即チ所持人ノ眞偽調査ヲ爲スヘキモノテアルカ、發行者ノ「又」ハ持參人「文句」ヲ附記セル意思ハ勿論此調査ヲ爲サス所持人ニ辨濟スルニ因ツテ其責ヲ免ルルニ在ルヤ明カアルカラ、民法第四百七十一條ハ所持人ノ眞偽ノ調査義務ニ關スル第四百七十條ノ規定ヲ此種ノ證券ニ準用シタノテアル。

民法起草當時ニ於ケル當局者カ、所持人ノ實質的資格調査ト其眞偽ノ調査ノ區別ヲ明カニシテ、余ノ解説ノ如キ趣旨ヲ以テ、第四百七十條、第四百七十一條及ヒ第四百七十八條ノ規定ヲ設ケタノテアルカ否ハ、余ノ測知スル所トナリ得ナイ所テアルカ、民法ノ法條ニ付キ其文理ニ依リ論理ヲ按シテ余ノ解釋スル所ハ以上ノ通りテアル。此解釋方法ニ從ツテ始メテ是等規定間ニ支吾桿格ナキヲ得ルニ至ルト考ヘルノテアルカ其結果ハ大ニ從來ノ通説ト異ツテ居ルノテアルカラ、敢テ之ヲ公表シテ博雅ノ是正ヲ乞ハント欲スルノテアル(松本博士法律評論一卷六號一二九頁七號六頁以下要領)

參照スヘキ學說

岡松博士民法理由下卷二三八頁二五八頁
 横田博士債權總論七九七頁以下
 川名博士債權總論二九四頁

梅博士民法要義債權二二二頁二四六頁

五五五 賣買ハ當事者ノ一方カ或財產權ヲ相手方ニ移轉スルコトヲ約シ相手方カ之ニ其代金ヲ拂フコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ス

二四六 他人ノ動産ニ工作ヲ加ヘタル者アルトキハ其加工物ノ所有權ハ材料ノ所有者ニ屬ス但工作ニ因リテ生シタル價格カ若シク材料ノ價格ニ超フルトキハ加工者其者ノ所有權ヲ取得ス

加工者カ材料ノ一部ヲ供シタルトキハ其價格ニ工作ニ因リテ生シタル價格ヲ加ヘタルモノカ他人ノ材料ノ價格ニ超スルトキニ限り加工者其物ノ所有權ヲ取得ス

六三二 請負ハ當事者ノ一方カ或ル仕事ヲ完成スルコトヲ約シ相手方カ其仕事ノ結果ニ對シテ之ニ報酬ヲ與フルコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ス

請負契約ヲ論ス

一 請負ノ性質 請負トハ當事者ノ一方カ一定ノ仕事ヲ完成スルコトヲ約シ相手方カ之ニ對シ報酬ヲ支拂フコトヲ約スル契約ナリ而シテ仕事ノ完成ヲ約スルモノヲ請負人ト云ヒ報酬ヲ與フルコトヲ約スル者ヲ注文者ト云フ、請負カ双務契約ニシテ有價契約ナルコト及ヒ諾成契約ニシテ不要式契約ナルコトハ深ク論スル必要ナカルヘシ故ニ茲ニハ請負カ履修及賣買ト異ナル點ヲ說明シテ其性質ヲ明ニセン

A 請負ト履修トノ差異 請負ハ當事者ノ一方カ或仕事ヲ完成スルコトヲ約スル契約ニシテ履修ハ當事者ノ一方カ或勞務ニ服スルコトヲ約スル契約ナリ即チ履修ハ勞務其モノヲ目的トシ請負ハ仕事ノ結果其モノヲ目的トス、又請負ハ仕事ノ完成ヲ目的トスルモノナルカ故ニ苟モ其仕事ヲ完成セシムルニ於テハ其完成ハ請負人自身ノ主眼トスルヲ以テ勞務者カ他人ヲシテ自己ニ代テ勞務ヲ供セシメント欲セハ使用人

ノ承諾ヲ受クルコトヲ要ス之レ兩者間ノ差異ナリ
 B 請負ト買買トノ差異 請負ハ又請負人カ材料ヲ提供シタル場合ニ於テ買買ト混
 同スル據ナキニアラス則チ請負人カ材料ヲ提供シタル場合ニ於テ買買ト混
 物ヲ引渡シテ對價ヲ受クル點ニ於テ買買ト混同シ其仕事ヲ完成シタル場合ニ於テ買買ト混
 ニ於テ請負ニ酷似スレハナリ、如斯一面ニ於テ請負トナリ他ノ一面ニ於テ買買トナル
 然レトモ一個ノ意思表示ニヨリテ同一當事者間ニ同時ニ二個ノ異ナル契約關係ノ存
 スルコトハ我民法上之ヲ認ムルコトヲ得サルトコロナリ然ラハ此場合ヲ如何ナル契
 約ト看做スヘキカ學者間ニ議論ノ存スルトコロナリト雖モ結局當事者ノ意思ヲ探究
 シテ其契約關係ヲ定ムルノ外ナカル可シ
 然ラハ電氣瓦斯ノ供給契約ノ性質ハ如何此點ニ付テモ學者間ニ議論ノ存スル處ニシ
 テ或ハ之ヲ以テ請負ナリト論シ或ハ之ヲ買買ナリト論ス然シテ余輩ハ請負ニ左祖
 セント欲ス蓋シ請負ト買買トノ區別ハ請負ハ仕事ノ結果其モノニ重キヲ置キ買買ハ
 財產權ノ移轉其モノニ重キヲ置ク點ニアリ從テ電氣瓦斯ノ供給契約カ請負ナリヤ買
 買ナリヤヲ定ムルニ付テモ又之ニ依テ區別セサル可カラス而シテ電氣瓦斯ノ供給契
 約カ財產權ノ移轉ニ重キヲ置カスヲ勞務ノ結果即チ電氣瓦斯ノ供給其モノニ重キヲ
 置クコトハ何人モ異論ナカルヘシ何トナレハ被供給者ハ電氣又ハ瓦斯ノ供給ヲ受ケ
 テ之ヲ使用シ得ルヲ以テ足リ財產權ノ移轉アルト否トハ敢テ關スル處ニアラサレハ
 ナリ然レニ又或論者ハ電氣ト瓦斯トハ區別シ瓦斯供給契約ハ瓦斯其モノカ民法上物
 ナルヲ以テ買買ナリト云ヒ得ルモ電氣ハ民法上物ニアラサルヲ以テ電氣供給契約ハ
 買買ニアラスト然レトモ余輩不幸ニシテ此說ニ左祖スルヲ得ス何トナレハ瓦斯供給
 契約モ電氣供給契約モ等シク電氣又ハ瓦斯ヲ供給使用セシムルコトヲ目的トスル契
 約ナリ然ラハ其目的物カ物タルト否トニ依リテ契約ノ性質ヲ異ニスル理由ハ之ヲ發

二

見スルヲ得ス殊ニ買買ハ當事者ノ一方カ或財產權ヲ相手方ニ移轉スルコトヲ約スル
 ナリ以テ足リ其財產權カ物ヲ目的トスル財產權タルト否トナ間ハス苟モ處分シ得ヘキ
 利益ヲ目的トシ吾人ノ資產ヲ構成スルモノナレハ足ル而シテ電氣カ物權ニモ債權ニ
 モアラサル一種特別ナル財產權ノ目的トナリ得ルコトハ異論ナカルヘシ蓋シ電氣モ
 吾人ノ資產ヲ構成シ且ツ之ヲ處分スルニ付財產的利益ヲ有スルモノナレハナリ故ニ
 瓦斯ノ供給契約カ買買ナレハ電氣ノ供給契約モ又買買ナラサルヘカラス電氣供給契
 約ハ電氣其モノカ有體物ニアラサルヲ以テ請負ニシテ瓦斯供給契約ハ買買ナリト
 論ハ正當ニアラサルナリ
 二 請負契約ノ効力 請負ハ請負人カ一定ノ仕事ヲ完成スルコトヲ約シ相手方カ報酬ヲ
 支拂フコトヲ約スル契約ナルカ故ニ注文者ハ報酬支拂ノ義務ヲ負擔シ請負人ハ一定
 ノ仕事ヲ完成スルノ義務ヲ負擔ス若シ又仕事カ目的物ヲ有シ而モ其目的物ノ引渡ヲ
 要スルトキハ其目的物ノ引渡ヲ爲ササルヘカラス之レ請負人ノ引渡義務ナリ
 三 問題タルハ其目的物ノ引渡ヲ爲ササルヘカラス之レ請負人ノ引渡義務ナリ
 權ハ何時注文者カ取得スルヤ是ナリ此點ニ關シ學者間ニ議論ノ存スル處ニシテ或學
 者ハ仕事完成ノ時ニアリトシ他ノ學者ハ引渡ニ依リテ其效ヲ生ストナス而シテ又仕
 事完成ノ時ニ取得スト主張スル學者ハ材料取得ノ原因ハ原始的取得ナリトシ引渡ニ
 依リテ效力ヲ生スト主張スル學者ハ材料取得ノ原因ハ原始的取得ナリトシ引渡ニ
 テ權利ヲ原始的ニ取得スト主張スル說ニ左祖セント欲ス蓋シ請負ハ權利移轉ノ方法ニア
 ラス若シ反對論者ノ主張スルカ如ク權利カ移轉スルモノトスル時ハ注文者カ物ヲ原
 始的ニ作成シタルニ係ハラス其物ハ承繼取得トナリ家屋ヲ建築シタルモノハ家屋ノ
 移轉登記ヲ爲ササルヘカラス其物ハ承繼取得トナリ家屋ヲ建築シタルモノハ家屋ノ
 人カ材料ヲ供給シテ工作ヲナシタル場合ニ注文者カ其所有權ヲ取得スルハ原始取得

ニシテ承継取得ニアラス然ラハ注文者カ其材料ニ對スル所有權取得ノ法律上ノ原因如何曰ク余輩ハ民法二四六條ノ規定ニ基キ加工ノ結果ニ依ルト解セント欲ス斯ク論スル時ハ論者或ハ謂ハン加工ハ請負人ノ爲メニ注文者ハ加工者ニアラスト然レトモ之レ非ナリ何トナレハ請負人カ加工ヲナスハ注文者ノ注文ニ基ク換言スレハ請負人ハ注文者ノ爲メニ加工ヲ爲スモノニシテ請負人自身ノ爲メニ加工ヲ爲スモノニアラス即チ注文者ニ代テ爲スモノナリ從テ請負人ノ加工ハ注文者ノ加工ナリト謂フコトヲ得ヘシ之レ余輩カ材料ノ取得ヲ加工ニヨル原始的取得ナリトシ其取得時期ヲ仕事完成ノ時ナリト謂フ所以ナリ蓋シ仕事完成ノ時ハ即チ加工完了ノ時ナレハナリ尙報酬ノ請求權擔保義務其他ノ効力ハ法文上明瞭ナルヲ以テ茲ニ之カ説明ヲ爲サス

三 請負契約ノ終了 請負人カ契約ナルカ故ニ契約解除ニヨリテ終了スルハ勿論解除ノ外(一)請負人カ請負ノ目的物アリタル場合ニ仕事ヲ完成シテ目的物ノ引渡ヲ爲シタル時(二)請負ノ目的タル仕事ノ完成不能トナリタル時(三)注文者カ破産ノ宣告ヲ受ケタル時ノ四場合ニシテ當事者ノ死亡ニ關シテハ佛國民法ハ其一七五條ニ於テ請負契約終了ノ原因タル規定存スト雖モ我民法ニハ斯ル規定ナシ(村上三州氏法律評論一卷十號九頁以下)

參照スヘキ學說

請負人カ一旦加工物ノ所有權ヲ取得シ更ニ引渡ニ因リ之ヲ注文者ニ移轉スルモノナリヤ請負人ハ注文者ノ爲メニ注文者ノ材料ニ加工ヲ爲スモノナレハ其加工ハ注文者自身ニ之ヲ爲シタルト同一ノ効ヲ生スルモノニシテ民法二四六條ニ依ルハキニ非スノ家屋其他ノ建物ノ新築カ請負契約ノ目的タル場合ニ其家屋建物ハ何レノ時ニ注文者ノ所有ニ歸スルヤ曰ク請負人カ其材料ヲ土地又ハ建物ニ定着セシムルニ從ヒ漸次ニ

其所有權ヲ取得シ工事ノ變成又ハ引渡ヲ待テ初メテ其所有權ヲ取得スルモノニ非ス換言スレハ注文者ノ權利取得ハ原始取得ニシテ繼承取得ニ非ス(橫田博士債權各論五八四頁以下要領)

廢罷訴權ヲ行使スルニハ債務者ノ行為ノ當時債權カ存在スルヲ要スルヤ

余ハ本問ニ對シ消極說ヲ提唱ス其理由左ノ如シ

一 民法第四二四條ハ「債權者ハ債務者カ其債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル法律行為ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得」ト規定ス故ニ論者之ヲ解シテ廢罷訴權ヲ行使スル債權者ハ債務者カ其行為當時其行為ニ因リテ害スルコトヲ知リタル債權者ニ限ルトナスモノアルモ余ハ法典カ其債權者ト云フハ單ニ債務者ノ債權者ヲ云フニ止マリ取消權ヲ行使スル債權者ヲ害スヘキコトヲ知ルヲ要ストナスモノニアラスト解ス隨テ民法ノ文理解釋上モ之ヲ否定スルヲ得サルナリ

二 論者或云ハン債權者ハ債權發生ノ當時ニ於テ債務者ノ財産ニ着眼シ信用ヲ與フルモノナルヲ以テ債務者ノ行為ニ因リテ損害ヲ受ケルモノハ其行為以前ニ發生セル債權ノミニシテ其行為以後ニ發生セル債權ハ其行為ニ因リテ損害ヲ受ケルモノニアラ

ス故ニ前者ハ取消權ヲ行使スルコトヲ得ルモ後者ハ之ヲ行使スルヲ得サルナリト余
 ハ之ニ反シ苟モ行為ノ當時少クモ一人ノ債權者存在シ債務者ヲ害スヘキコトヲ知リ
 ナリト信ス蓋シ取消權發生ノ要件トシテ債務者ハ其行為カ債權者ヲ害スヘキコトヲ
 知ルコトヲ要スルカ故ニ其行為ノ當時既ニ債權ノ存在スルヲ要スルハ劈頭之ヲ論シ
 タルカ如クニシテ又債務者ノ行為ニ因リテ財產的損害ヲ受ケタル債權者ハ凡テ取消
 權ヲ有シ債務者カ損害ヲ生スヘキコトヲ知ル債權者ノミカ取消權ヲ有スルニアラス
 シテ債務者ハ甲債權者ヲ害スヘキコトヲ知ル債權者ノミカ取消權ヲ有スルニアラス
 行爲ヲ取消スルコトヲ得ルハ學者ノ認ムルトコロナルカ如シ夫レ債務者ノ財產ハ債權
 者ノ一般擔保タルヘキモノニシテ其財產ノ有無ハ債權者ノ利害ニ大ナル影響ヲ及ホ
 スヲ以テ債權者ハ其債權ヲ害スヘキ行為ヲ取消シ以テ其權利ヲ保護スヘキハ勿論ナ
 レハナリ果シテ然ラハ本問ノ場合ノミ之ヲ否定スルノ理アラサルナリ法文廣ク債權
 者ハト規定シ又第四二五條ニ於テ取消ハ總債權者ノ利益ノ爲メニ其效力ヲ生スト規
 定スルニ見ルモ立法ノ趣旨コトニ存スト解スルハ正當ナルヘシ
 三論者或又余輩ノ説ヲ難シテ云ハン若シ然リトモハ何ソ債權者ヲ保護スルノ新ク厚
 クシテ債務者及受益者轉得者ヲ遇スルノ薄キヤ何時取消サルヘキヤ不安ナルヲ以
 テ或ハ受益者轉得者タルヲ購置スヘク爲メニ債務者ハ其權利行使ニ制限ヲ受ケ延テ
 遂ニ其處分能力ヲ失フノ結果ヲ呈シ取引ノ安全ヲ害スルニ至ラン豈ニ之レ立法ノ本
 旨ナランヤト一理ナキニアラサルモ蓋シ杞憂ニ外ナラサルヘシ法律ハ第四二六條ニ
 於テ時効ノ制度ヲ定メ取引ノ安全ヲ害スルカ如キ永遠ノ不安ヲ防止セリ殊ニ債權者
 ナ害スルコトヲ知リテ爲シタル債務者ノ行為ハ縱シコレヲ以テ不法行為ニアラスト
 スルモ法ノ欲セサル不正不當ノ行為ニシテ何等保護スルノ要ナキニ於テヤ(債權者ヲ

本論ニ就テハ本書民法一三一頁五〇三頁ヲ参照セララルヘシ

害スヘキ事實ヲ知リタル受益者轉得者ニ對シ亦同シ若シ夫レコレヲ以テモ尙不當ナ
 リトセハ何ソ本問ノ場合ニ限ラン根本ニ於テ法カ取消權ヲ認メタルコソ不當ナルニ
 至ラン知ラス論者尙以テ不當トナスカ
 要スルニ余ハ上述ノ如ク苟モ行為ノ當時少クモ一人ノ債權者存在シ債務者カ其債權
 者ヲ害スヘキコトヲ知リテ行為ヲ爲シタル以上ハ其行為以後ノ債權者ト雖モ其行為
 ナ取消スルコトヲ得ルモノト信ス故ニ廢罷訴權ヲ行使スルニハ債務者ノ行為當時債權
 ノ存在スルヲ要セスト解ス隨テ詐害行為當時前ノ債權盡ク消滅スルコトアルモ苟モ
 行為後ノ債權發生後ナルトキハ尙廢罷訴權ノ要件具備スルヲ以テ之ヲ行使スルヲ得
 ルモノト然ルニ一度全債權消滅センカ取消權亦消滅スヘキヲ以テ其後ノ債權者ニ
 取消權存セサルハ勿論ナリ(和田正平氏法律評論一卷十二號一二頁以下)

- 五八七 消費貸借ハ當事者ノ一方カ種類品等及ヒ數量ノ同シキ物ヲ以テ返還ヲ爲スコトヲ約シテ相手方ヨリ金錢其
 他ノ物ヲ受取ルニ因リテ其效力ヲ生ス
- 六六七 組合契約ハ各當事者カ出資ヲ爲シテ共同ノ事業ヲ營ムコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ス
 出資ハ勞務ヲ以テ其目的ト爲スコトヲ得
- 六六八 各組合員ノ出資其他ノ組合財產ハ總組合員ノ共有ニ屬ス
- 六七〇 組合ノ業務執行ハ組合員ノ過半数ヲ以テ之ヲ決ス
- 組合契約ヲ以テ業務執行ヲ委任シタル者數人アルトキハ其過半数ヲ以テ之ヲ決ス
- 組合ノ業務ハ前二項ノ規定ニ拘ハラス各組合員又ハ各業務執行者之ヲ專行スルコトヲ得但し其結了前ニ他ノ組合員又
 ハ業務執行者カ異議ヲ述ヘタルトキハ此限ニ在ラス

- 六七二 組合ノ業務ヲ執行スル組合員ニハ第六百四十四條乃至第六百五十條ノ規定ヲ準用ス
- 六七三 組合ノ業務ヲ執行スル組合員ニハ第六百四十五條乃至第六百五十五條ノ規定ヲ準用ス
- 六七四 當事者カ損益分配ノ割合ヲ定メザリシトキハ其割合ハ各組合員ノ出資ノ價格ニ應ジテ之ヲ定ム
- 六七五 組合ノ債權者ハ其債權ノ發生ノ當時組合員ノ損失分擔ノ割合ヲ知ラザリシトキハ各組合員ニ對シ均一部分ニ付キ其權利ヲ行フコトヲ得
- 六七六 組合員カ組合財産ニ付キ其持分ヲ處分シタルトキハ其處分ハ之ヲ以テ組合及ヒ組合ト取引ヲ爲シタル第三者ニ對抗スルコトヲ得ス
- 六七七 組合員ハ清算前ニ組合財産ノ分割ヲ求ムルコトヲ得ス
- 六七八 組合ノ債權者ハ其債權ト組合員ニ對スル債權トヲ相殺スルコトヲ得ス

講ノ法律上ノ性質

講ノ法律上ノ性質ヲ明ニスルカ爲メニハ、講ノ意義ヲ明ニスルコトヲ要ス。凡テノ講ニ共通ナル事項ヲ舉クレハ左ノ如シ

- (一) 數人ノ當事者アルコトヲ要ス。
- (二) 凡テノ講員ハ、一定ノ時期毎ニ、一定ノ金額ヲ支出スルコトヲ要ス。當議又ハ落札前ニアリテハ、之ヲ掛金若クハ掛込金ト稱シ、其以後ニアリテハ、掛戻金ト稱スルヲ通常トス。
- (三) 凡テノ講員カ抽籤又ハ入札ノ方法ニ依リ、順次ニ財産上ノ利益ヲ受ケルコトヲ要ス。

上述スル所ニ從ヒ、講ノ定義ヲ下セハ、講ハ數人カ一定ノ時期毎ニ、一定ノ金額ヲ抽出シ、抽籤若クハ入札ノ方法ニ依リ、凡テノ當事者ヲシテ順次ニ財産上ノ利益ヲ受ケシムル

コトヲ目的トスル契約ナリトス。

上述スル所ニ依リ、講ハ講員間ニ債權關係ヲ發生セシムルハ切カナリ。然ラハ講契約ヨリ生スル債權關係ハ如何ナル性質ノモノナリヤ、

二

講ハ組合契約タル性質ヲ有スルモノト解セサルヘカラス。蓋組合ハ數人カ相互ニ其協力ニ依リ、共同ノ目的ヲ達スヘキ義務ヲ負フ契約ニシテ、講ハ恰モ此性質ヲ有スルカ故ナリ。

- (一) 講ハ共同ノ目的ヲ有ス。即共同ノ事業ヲ營ムコトヲ目的トス。
- (二) 講ハ一定ノ經濟的目的ヲ有ス。故ニ講カ組合タル性質ヲ有スルハ疑ナク容レヌ。
- (三) 講員ハ相互ニ其協力ニ依リ、講ノ目的ヲ達スヘキ義務ヲ負フ。其主要ナル義務ハ出資義務ナリトス。講ハ組合タル性質ヲ有スルカ故ニ、左ノ結果ヲ生ス。
- (イ) 講契約ハ債權契約ニシテ、當事者タル講員間ニ債權關係ヲ生ス。各講員ハ相互ニ出資ヲ爲スノ義務ヲ負フ。換言スレハ各講員ハ相互ニ他ノ講員ニ對シテ出資ヲ爲スヘキコトヲ請求スル權利ヲ有ス。
- (ロ) 組合契約カ雙務契約タルハ通説ノ認ムル所ナリ。蓋各組合員ハ他ノ組合員カ出資義務ヲ負擔スルニ對シテ自己モ亦出資義務ヲ負擔シ、双方ノ義務ハ互ニ對價タルカ故ナリ。講契約モ亦組合ナルカ故ニ雙務契約ナリトス。
- (ハ) 講員ノ出資ハ總講員ノ共有ニ屬ス(第六六八條)。故ニ講元會主等ハ、單ニ講ノ財産ヲ保管スルニ止マリ、其所有權ヲ取得スルコトナシ。
- (ニ) 講ノ業務執行ハ之ヲ講員中ノ一人又ハ數人ニ委任スルヲ通常トス。講元、會主、世話人、幹事等ト稱スルモノ是レナリ。講元等ハ即講ノ業務執行員タルモノトス。從來議論アル

ハ出資ノ取立カ業務執行ニ屬スルヤ否ヤノ問題ナリ。或ハ出資ノ請求權ハ組合換言スレハ總組合員ニ屬シシノ組合財産ヲ組成ス、故ニ出資ノ取立ハ業務執行ノ範圍ニ屬スルモノトナス(Darzburg § 338 III. Eneocern s. 398 Ann. 6.) 然レトモ組合契約ノ性質上出資ノ請求權ハ各組合員カ他ノ組合員ニ對シテ有スル請求權ナリ。且第六六八條ノ規定ヨリ云フモ、既ニ離出セラレタル出資カ、組合財産ヲ組成スルモノニシテ、出資ノ請求權ハ未ダ組合財産ヲ組成セス。故ニ出資ノ取立ハ、業務執行ニ屬セサルモノト解セサルヘカラス(Planck S. 740. 750 Ophmann S. 866 S. 7 und dort zitierte) 然レトモ固ヨリ業務執行員ニ出資取立ノ權限ヲ附與スルコトヲ得、或ハ當初ノ契約ニ依リ、明示的ニ取立ノ權限ヲ附與スルコトヲ得ヘク、或ハ默示的ニ之ヲ附與スルコトヲ得ヘシ。故ニ出資取立カ業務執行ノ範圍ニ屬セストナスモ、實際ニ於テハ不便ヲ生スルコトナシ、講ニアリテハ通常講元等ニ講金取立ノ權限ヲ附與セラレタルモノト解スルヲ得ヘシ。

(ホ)各講員ノ持分ノ處分及ヒ財産分割ノ禁止ニ關シテハ、第六七六條ノ規定ノ適用ヲ受ケ。

(ハ)組合ノ債權者ノ權利及ヒ組合ノ債務者ノ相殺ノ禁止ニ關スル規定モ亦講ニ適用アル場合アルヘシ。

組合ニ關スル規定ノ全部ハ講ニ適當アリト雖モ損益分配ニ關スル第六七四條ノ規定ハ講ニ適用ナシ。

三

大審院其他ノ判例ニ依レハ、當籤者カ講金ヲ受領スルニ依リテ消費貸借成立スルモノトス。講金ハ即貸金ニシテ、掛戻金ハ即分割辨済スルモノトス。

講ヲ以テ消費貸借トナスノ見解ハ、講ノ經濟上ノ目的ト其法律上ノ性質トヲ混同セルカ爲メ生シタルモノノ如シ。蓋講ノ經濟上ノ目的ハ、講員ニ金錢ノ融通ヲ得セシムルニ

アルカ故ニ、恰モ消費貸借ノ目的ト同シ。從テ講ヲ以テ消費貸借トナスノ見解ヲ生スルニ至リシニアラサルカ、然レトモ經濟上ノ目的ニ依リテ、講ノ法律上ノ性質ヲ定ムルハ、當ヲ得タルモノニアラス。

講ヲ以テ消費貸借トナス見解ニアリテ何人カ契約ノ當事者ナリヤ、即(甲)講員カ相互ニ當事者ト爲ルヤ、又ハ(乙)講元ト各講員トカ當事者ト爲ルカニ關シ明カナラス。

四

甲ノ見解ハ事實ニ合セス、又當事者ノ意思ニ反ス。其非ナル理由ヲ舉クレハ、

(一)消費貸借ハ要物契約ナルカ故ニ、講金ノ授受ニ依リテ始メテ成立スルモノトナサザルヘカラス。故ニ講金ノ授受ナキ以前ニ於ケル講契約ハ消費貸借ノ豫約成立スルモノト解スヘキヤ、非ナリ。本來豫約ハ豫約當事者間ニ本契約ヲ締結スヘキ債權債務ヲ生スル契約ナリ、故ニ豫約ノ成立ニ依リ、本契約ヲ締結スヘキ當事者ハ、確定スルコトヲ要ス。然ルニ此見解ニ從フトキハ、抽籤若クハ入札ニ依リテ消費貸借ヲ締結スヘキ當事者確定スルカ故ニ、此時ニ始メテ消費貸借ノ豫約成立スルモノトナスヘク、其以前ニハ消費貸借ノ豫約成立スルモノトナスヲ得ス。本來當事者ハ講契約ニ依リ、確然タル法律關係ヲ成立セシムルノ意思ヲ有ス。豫約ノ如キ效力薄弱ナル法律關係ヲ成立セシムルノ意思ヲ有スルモノニアラス。此見解カ當事者ノ意思ニ合セサルハ明カナリ。

(二)此見解ニ從ヘハ、當籤者若クハ落札者カ他ノ講員全體ニ對シテ消費貸借ヲ締結スルモノトナシ、所謂講金ヲ以テ貸金タル性質ヲ有スルモノトス。然レトモ講金ハ貸金タル性質ヲ有スルコトナシ、第一回ノ當籤者若クハ落札者カ講金ヲ受領スル場合ニハ、恰モ其講員ハ他ノ講員全體ニ對シ、借入ヲ爲スモノノ如キ外觀ヲ有ス。然レトモ最後ニ講金ヲ受領スル者ハ、借入金トシテ之ヲ受領スルコトナシ、蓋之ヲ辨済スルコトヲ要セザルカ故ナリ。寧自己ノ債權ノ辨済トシテ講金ヲ受領スルモノト云ハサルヘカラス。而シ

テ中間ノ當籤者若クハ落札者カ講金ヲ受領スル場合ニハ一部ハ既ニ支出シタル掛金ニ對スル辨濟トシテ之ヲ受ケ、殘餘ハ之ヲ借入金トシテ受クルモノト云ハサルヘカラス。從テ當籤者クハ落札ノ前後ニ依リ、講金ハ種々ノ性質ヲ有スルノ結果トナルヘシ。以テ講金ヲ貸金トナスノ非ナルハ明カナルヘシ。

(三)若シ、講金ヲ以テ貸金トナストキハ、掛金モ亦貸金タル性質ヲ有セサルヘカラス。蓋ソレ講金ハ掛金ヲ集メタルモノナリ云フニ外ナラサルカ故ナリ。然レトモ掛金ヲ以テ貸金ト爲スハ、當事者ノ意思ニ反ス。講員カ掛金ヲ拂込ム場合ニ、他ノ講員ニ對スル貸金トナスノ意思ヲ有スルコトナシ。講員カ受クヘキ者ハ、抽籤若クハ入札ニ依テ定マルカ故ニ、掛金ヲ掛込メル講員其人カ、或ハ講員カ受クヘキ者ハ、抽籤若クハ入札ニ依テ定マルカ故ニ、力存スヘキ理由ナシ。且掛金ヲ以テ貸金トナストキハ、掛金ヲ拂込メル講員カ、當籤者クハ落札ニ依リテ自己ノ掛金ヲ取得スル理由ヲ説明スルヲ得ス。

(四)此見解ニ從ヘハ、講金ヲ受領セル講員カ支出スル掛戻金ヲ以テ、消費貸借ニ基ク債務ノ分割辨濟ナリトス。然レモ掛戻金ヲ以テ分割辨濟ト爲スハ、當事者ノ意思ニ合セズ。當事者ハ消費貸借ヲ爲シタルカ爲メニ、其辨濟トシテ掛戻金ヲ支出スルノ意思ヲ有スルコトナシ。且若シ掛戻金ヲ以テ辨濟セハ、掛戻金ハ債權者タル凡テノ講員ニ平等ニ分配セラレサルヘカラス。然ルニ掛戻金ハ又他ノ講員ノ出資ト共ニ講金トシテ、次ノ當籤者又ハ落札者ニ交付セラレルモノトス。故ニ掛戻金カ分割辨濟ニアラサルハ明カナリ。

(五)上述スル所ニ依リ、講員カ消費貸借ニアラサルハ明カナルヘシ。假ニ消費貸借成立ストナスモ、一方ニ講金ヲ受領シ、債務ヲ負擔セル一人ノ債務者アリ。他方ニ之ニ對スル數人ノ債權者存スルカ故ニ、多數當事者ノ債權者一場合ニ屬ス。而シテ消費貸借説ハ、當籤者若クハ落札者ハ、他ノ各講員ト獨立セル數個ノ消費貸借ヲ締結スルモノトナスト雖モ、當籤者若クハ落札者ハ、他ノ各講員ト獨立セル數個ノ消費貸借ヲ締結スルモノトナリヤ、又ハ他ノ

講員全體ト一個ノ消費貸借ヲ締結スルモノナルヤ、必シモ明カナラス。

(六)講金ヲ受領セル者ト、他ノ講員全體トノ間ニ、消費貸借成立トナスニ止マルカ故ニ、各講員相互ノ間ニハ何等ノ法律關係ナシ。從テ講員ノ一人カ掛金ヲ怠リタル場合ニ於テモ、他ノ講員ハ其掛金ノ支出ヲ請求スルヲ得ス。

五

(乙)ノ見解ハ(甲)ノ見解ニ比シ更ニ一層非ナリ。

(一)消費貸借ハ講金ノ授受ニ依リテ始メテ成立スルカ故ニ、此見解ニ從フモ亦講金ハ授受以前ニ於ケル講員ト各講員間ノ法律關係ハ如何ナル性質ヲ存スルヤ明白ナラス。

(二)講金ハ交付ヲ以テ貸金ト見ルヲ得サルハ(甲)見解ト同シ。

(三)此見解ニ從フトキハ、掛金ハ如何ナル目的ヲ有スルヤ明カナラス。(甲)ノ見解ハ他ノ講員ニ對スル貸金トナスト雖モ、此見解ニ從ヘハ掛金ハ之ヲ講員ニ拂込ムモノナルカ故ニ、他ノ講員ニ對スル貸金トナスト得ス。強ヒテ之ヲ解スレハ、講員ニ對スル貸金トシテ説明スルノ外ナシ。然レトモ講員ニ對シテ負擔スル貸金トナストキハ、講員カ當籤者若クハ落札者ニ交付スル講金ハ、講員ニ對シテ負擔スル債務ノ辨濟タル性質ヲ有スルコトトナリ、講金ヲ以テ貸金トナスト反對ノ結果ヲ生スヘキカ故ニ、此見解ハ採ルヲ得サルノミナラス。當事者モ亦掛金ヲ以テ講員ニ對スル貸金トナスノ意思ヲ有スルコトトナシ。

(四)上述スル所ニ依リ、講員ト各講員トノ間ニ消費貸借成立スルモノトナスヲ得ス。此見解ハ講員ト各講員トノ間ニ消費貸借成立ストナスカ故ニ、法律關係ハ單純ナリ。然レトモ此見解ハ大ナル不都合ノ點ヲ有ス。即此見解ニ從ヘハ、各講員ノ掛金又ハ掛戻金ハ、所有權ハ一旦講員ニ歸屬ス。蓋講員ハ自己ノ名義ニ於テ、各講員ト消費貸借ヲ締結スルモノナルカ故ニ、講員ニ貸付タル講金ハ、講員ノ所有ニ屬スルモノトナササルヲ得サルカ故ナリ。

上來論スル所ニ依リテ、消費貸借説ノ採ルヘカラスハ明カナリ。而シテ組合ヲ以テ、講
 契約ヲ説明スルニ何等不都合ノ點ナキノミナラス、又組合以外ニ説明ノ方法ナキヲ以
 テ、講ハ組合ナリト斷セサルヲ得ス。金錢融通ヲ目的トスル講モ、亦之ト同一ノ性質ヲ有スルモノト
 ス。組合タルハ明カナリ。金錢融通ヲ目的トスル講モ、亦之ト同一ノ性質ヲ有スルモノト
 解セサルヘカラス。兩者ノ間ニ區別ヲ爲スヘキ理由ナシ尙最後ニ附加スルコトヲ要ス
 ル點アリ。近時講ノ一種ノ變體ヲ生セルヲ見ルコト之ナリ。此變體講ノ組織ニ付テ見ル
 ニ、先ツ講元アリ、一定ノ人員(講員)ヲ募集シ一定ノ時期毎ニ一定ノ金額ヲ拂込マシメ、各
 時期ニ抽籤若クハ入札ヲ行ヒ、當籤者若クハ落札者ニ、離集セル金額ヲ交付スルモノト
 ス。此種ノ講ハ組合タル講ト主要ナル差異ノ點ニアリ、即(一)組合タル講ニアリテハ、既ニ
 述ヘタルカ如ク講元ハ必シモ講ノ組織ニ缺クヘカラス、單ニ業務執行
 者タルニ過キス。之ニ反シ、此種ノ講ニアリテハ、講元ハ講ニ缺クヘカラス、單ニ業務執行
 ミナラス、寧講ノ中心點ナリ。故ニ講員相互間ニ何等ノ關係ナク、單ニ講元ト各講員ト
 ノ間ニ契約成立シ、兩者間ニ法律關係成立スルモノトス。(二)組合タル講ニアリテハ、
 離集セルラレタル掛金ハ、講員ハ共有ニ屬スト雖モ、此種ノ講ニアリテハ、其所有權ハ講元
 ニ屬ス。講元ハ其所有權ヲ有スルカ故ニ、其掛金ヲ自由ニ處分スルコトヲ得ル結果トナ
 ル。大審院判例モ亦此種ノ講ヲ認ム。(明治三十五年六月十二日判決、三十七年三月十日判
 決、四十年三月二十七日、四十二年十二月九日判決參照。)

此種ノ講ノ法律上ノ性質ハ、其實質ニ付キ觀察スルトキハ、極メテ單純ナリトス。此種ノ
 講ニアリテハ、講員相互間ニ何等ノ關係ナシ、蓋各講員ノ掛金ハ一旦講元ノ所有ニ歸
 シ、講元ハ自己ノ名義ヲ以テ當籤者若クハ落札者ニ講金ヲ交付スルカ故ニ、講員相互間
 ニ法律關係ヲ生スル餘地ナキカ故ナリ。故ニ此種ノ講ニアリテハ、講元ト各講員トノ間

ニ法律關係ヲ生スルノミ故ニ、兩者間ノ契約ハ一種ノ無名契約ナリトス。即講員相互間
 定期限附ニ講員ノ給付ノ金額ニ相當スル額(入札ノ場合ニハ多少減額セラルヘシ)ヲ講
 員ニ給付スヘキ債務ヲ負フ、而シテ雙方ノ債務ハ交換的關係即一方ノ債務ニ對シテ他
 方ノ債務カ負擔セラルルカ故ニ、講員相互間ノ債務契約ナリト云ハサルヘカラス。

上述スルカ如キ一種ノ雙務契約タル講ト雖モ、公序良俗ニ反セサル限りハ、契約自由ノ
 原則ニ依リ、有效ニ成立スルコトヲ得ヘシ。然レトモ此種ノ講ハ、組合タル講ニ比スレハ、
 講員ノ利益ヲ害スヘキ危險多シ。其危險ナル點ヲ擧クレハ、(一)講員ハ、自由ニ之ヲ處分スルコト
 ナ得ヘシ。組合タル講ニ於テ、講員全體ノ共有ニ屬スル掛金ハ、其效果ヲ異ニス、若シ講元カ
 其集マレル掛金ヲ處分シ、當籤者若クハ落札者ニ所謂貸付ヲ爲ササル場合ニハ、當籤
 者若クハ落札者ハ不利ヲ蒙ルニ至ルヘシ。

(二)講元カ所謂貸付ヲ爲ス場合ニハ、講員ナシテ擔保ヲ供セシムルヲ常トスルカ故ニ、
 損失ヲ蒙ルコトナシ、然ルニ講員カ掛金ヲ爲ス場合ニハ、講元ナシテ擔保ヲ供セシムル
 カ如キコトナシ、從テ若シ掛金拂込後抽籤若クハ入札前ニ講元カ破産シ、其他無資力ト
 爲リタル場合ニハ、掛金ヲ拂込メル講員ハ、損失ヲ蒙ルノ結果ト爲ルヘシ。

(三)更ニ契約ニ定メタル時期到來スルトキハ、凡テノ講員カ掛金ヲ拂込ムト否トナ間ハ
 ス、抽籤若クハ入札ヲ爲シ、當籤者若クハ落札者ニ對シ金額ヲ交付スヘキモノナリヤ、又
 ハ凡テノ講員カ掛金ヲ拂込ミタル場合ニ於テノ抽籤若クハ入札ヲ爲スヘキモノナリヤ、各
 講規約ノ内容ニ依リテ定ムルノ外ナシ、若シ前者ノ如ク、時期到來ト共ニ必抽籤若クハ
 入札ヲ爲スヘキモノナル場合ニハ、既ニ掛金ヲ拂込メル講員ハ利益ヲ害セラルルコト
 ナシト雖モ、若シ後者ノ如ク、講員全體カ講金ノ拂込ヲ爲シタルトキ始メテ抽籤若クハ

入札ヲ爲スヘキモノトナストキハ、拂込ヲ爲シタル講員ハ頗ル不利益ナル地位ニアリ。豊組合タル講員ニアリテハ、各講員ハ相互ニ掛金ヲ爲スヘキコトヲ請求スル權利ヲ有スルカ故ニ、掛金ヲ爲ササル講員ニ對シ、掛金ヲ拂込ムヘキコトヲ請求スルコトヲ得ヘシ。然ルニ此種ノ講員ニアリテハ、講員ハ掛金ヲ爲ササル他ノ講員ニ對シテ拂込ヲ爲スヘキコトヲ請求スルヲ得ス。又講員ニ對シ、講員カ掛金ヲ爲ササル講員ニ對シテ拂込ノ請求ヲ爲スヘキ旨ヲ請求スルヲ得ス。從テ抽籤若クハ入札ハ講員全體ノ拂込ヲ條件トスル結果トナリ、講員ノ不利益ナルハ明カナリ。

(四)組合タル講員ニアリテハ、講員ハ講員ノ業務執行ヲ監視スルコトヲ得ト雖モ、此種ノ講員ニアリテハ、講員ト各講員トノ間ニ獨立セル數個ノ契約ヲ締結スルニ過キサルカ故ニ、組合ノ如キ、業務執行ナルモノナシ。講員ハ講員ノ業務ヲ監視シ、又ハ干涉スルヲ得ス。上述スル所ニ反シ、組合タル講員ハ組織上ノ缺點ナキカ故ニ、此ノ如キ弊害ヲ生スルコトナシ。本來我國ニ於ケル講員ハ親戚知已相會シ、一時資金ニ窮セル者ニ資金ヲ供シ、同時ニ凡テノ講員ニ平等ノ利益ヲ得セシムルヲ主眼トス。講員以テ講員ノ營利事業トナスニ至リタルハ全ク從來ノ講員ヨリ脱化シ、本來ノ講員ハ性質ヲ失ハルモノナリ故ニ、組合タル講員ト同一視スルヲ得ス(石坂博士法律評論一卷八號一頁九號一九百一十一號六三頁以下要領)

參照スヘキ學說判例

無盡講員ハ金錢等ノ融通ヲ目的トシ我國古來ノ慣習ニ基ツク多數當事者ノ一種ノ無名契約ヨリ成立ス(横田博士法典實錄中卷民法一七〇頁以下要領)
本書民法二二頁二〇三頁六三七頁

一七七 不動産ニ關スル物權ノ得喪及ヒ變更ハ登記法ノ定ムル所ニ從ヒ其登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

第三者ノ惡意ナルトキト雖モ登記ヲナスニ非サレハ物權ノ得喪變更ヲ以テ對抗スルコトヲ得ス

然レトモ不動産ニ關スル物權ノ得喪變更ハ登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルハ民法第一七七條ニ規定スル所ニシテ第三者ノ意思ノ善惡ニ拘ラサルハ上告人ノ指示スル本院判例ニモ説明スル所ナレハ原院カ「永小作權ニシテ登記ナキ以上ハ第三者タル被控訴人ノ善意ナルト惡意ナルトニ拘ラス之ヲ以テ對抗スルコトヲ得サルモノナレハ云々」ト判示シタルハトテ之ヲ不法ト謂フ可カラズ(大審院明治四五年(オ)一四七號同四五年六月一日民一判決)

一四五 時效ハ當事者カ之ヲ援用スルニ非サレハ裁判所之ニ依リテ裁判ヲ爲スコトヲ得ス

時效援用ノ基本トスヘキ事實ニ付テハ必スヤ當事者ノ主張アルコトヲ要ス

原判決及其援用シタル第一審判決ノ事實摘示ニ依レハ時效ニ關シテ上告人カ原審ニ於テ主張シタル所ハ係争地ニ付テハ明治七年以來又係争建物ニ付テハ明治一三年以來上告人カ各自己ノ所有物トシテ占有シ居タルヲ以テ土地ハ明治二七年又建物ハ明治三三年各二〇年ノ取得時效完成シタル旨ト及ヒ本件土地ハ明治一七年以來上告人ノ先代カ占有シ明治三七年ニ於テ二〇年ノ取得時效完成シタル旨トノ二項ニ外テラズシテ一〇年ノ取得時效完成スヘキ基本ノ事實ニ付テハ原審ニ於テ上告人ノ主張シタル形蹟存スルコト無シ抑當事者カ時效ヲ援用スルニ當リ其一〇年ノ時效ナルヲ時

二〇年ノ時効ナルヤ特ニ之ヲ明示スル要ナキコトハ固ヨリ論ヲ俟タスト雖トモ時効採用ノ基本トスヘキ事實ニ付テハ必スヤ當事者ノ主張アルヲ要スルコトモ亦多言ヲ俟タス然レハ則チ原院カ一〇年ノ取得時効完成シタルヤ否ヤノ點ニ付テ判示スル所アラザリシハ誠ニ當然ナリト謂ハサルヲ得ス(大審院明治四五年(オ)一三五號局四五年五月二三日民一判決)

六〇四 貸貸借ノ存続期間ハ二十年ヲ超ユルコトヲ得ス若シ之ヨリ長キ期間ヲ以テ貸貸借ヲ爲シタルトキハ其期間ハ之ヲ二十年ニ短縮ス
前項ノ期間ハ之ヲ更新スルコトヲ得但更新ノ時ヨリ二十年ヲ超ユルコトヲ得ス

貸貸借存続期間ノ認定

原院ハ本件係争ノ借地關係ヲ以テ係争家屋ノ朽廢若クハ天災火災ニ因ル滅失ニ至ルマテ貸貸借ヲ爲スヘキ契約ニ基クモノト認定シ即チ其貸貸借ハ該家屋ノ朽廢若クハ天災火災ニ因ル滅失ニ至ル迄存続スルモノト認メタルコト判文上明白ナリ然ルニ民法第六〇四條第一項ノ規定ニ依レハ貸貸借ノ存続期間ハ二〇年ヲ超ユルコトヲ得サルヲ以テ原判旨ハ如上家屋ノ朽廢若クハ滅失ニ至ルマテハ二〇年ヲ超フルモ尙ホ貸貸借終了セサル事實ヲ確定シタルモノトセハ右規定ニ違背スヘク若シ又其貸貸借ノ存続期間ハ二〇年ヲ最長ノ限度トシ二〇年以内ニ於テ該家屋ノ朽廢若クハ滅失スルマテ存続スル場合ノ如キ右規定ニ抵觸セサル事實ヲ認メタルモノトセハ其事實ヲ確定シ以テ適法ナル存続期間存スル所以ノ趣旨ヲ明ニスルニ非ザレハ判決ノ理由完備スルモノト謂フコトヲ得ス(大審院明治四四年(オ)第二九二號同四五年三月一日民二判決)

貸貸借ノ存続期間

五七九 不動産ノ賣主ハ買賣契約ト同時ニ爲シタル買戻ノ特約ニ依リ買主カ拂ヒタル代金及ヒ契約ノ費用ヲ返還シテ其買戻ノ解除ヲ爲スコトヲ得但當事者カ別段ノ意思ヲ表示セザリシトキハ不動産ノ果買ト代金ノ利息トハ之ヲ相殺シタルモノト看做ス

買戻約款付賣買ハ唯一不可分ニ非サルヲ以テ賣買契約ヲ認メテ買戻約款ヲ認メサルモ違法ニ非ス

按スルニ本件當事者間ノ争點ニ付テハ上告人ニ於テハ本件地所ハ買戻約款附ニテ被上告人ニ賣渡シタルト主張シ被上告人ニ於テハ單ニ保管ノ爲メ所有名義ヲ移轉シタルニ止マリ眞正ノ賣買ヲ爲シタルニアラスト主張シタルハ上告論旨ニ謂フ所ノ如シ此場合ニ於テハ事實裁判所ハ上告人主張ノ如ク買戻約款附賣買契約アリトスルカ若クハ被上告人主張ノ如ク全然賣買契約ナカリシモノトスルカ此二箇ノ主張事實中必ス其何レカ一ヲ確定セサル可カラサルノ責務アルモノニアラスシテ上告人カ本訴請求ノ原因ト爲シタル事實ヲ分割シテ本件ノ地所ハ當事者間ニ於テ眞正ニ賣買アリタルヤ否ヤ若シ賣買アリタルモノトセハ之ニ買戻ノ約款ノ附帶セルヤ否ヤヲ争點トシ上告人ノ請求ノ當否ヲ斷スルコトヲ得ヘク買戻ノ事實ヲ肯定シ買戻約款附帶ノ事實ヲ否定スルモ當事者ノ主張ニ反シテ事實ヲ確定シタルノ違法アリト謂フコトヲ得ス何トナレハ買戻約款附賣買ハ唯一不可分ナル事實關係ニアラスシテ賣買契約ト買戻契約トハ別々ニ之ヲ觀察スルヲ得ヘキヲ以テ賣買契約アリトノ上告人ノ主張ヲ採用シ買戻契約アリトノ上告人ノ主張ヲ排斥スルモ是唯タ請求ノ原因トナリタル上告人主張事實ノ一部ヲ認メ他ノ一部ヲ認メザリシモノニシテ當事者ノ全然主張セサル事實ヲ認メタルモノニアラサルヲ以テナリ而シテ請求ノ原因タル數個ノ事實カ相俟テ其請求ヲ正當ナラシムル場合ニ各箇ノ事實ヲ證明シ得ザリシ原告ハ其請求ニ付キ敢

買戻約款付賣買ノ認定

訴スヘキハ論ヲ俟タザルヲ以テ原院カ上告人主張事實中單ニ賣買ノ事實ヲ認メ買戻約款ノ存在ヲ否定シ上告人ノ請求ヲ排斥シタルハ相當ニシテ上告論旨ハ理由ナシ(大審院明治四五年オ(一)四六號同四五年五月二九日民二判決)

二〇六ハ所有者ハ法令ノ制限内ニ於テ自由ニ其所有物ノ使用收益及處分ヲ爲ス權利ヲ有ス
民訴五四九 第三者カ強制執行ノ目的物ニ付キ所有權ヲ主張シ其他目的物ノ讓渡若クハ引渡ヲ妨グル權利ヲ主張スルトキハ訴ヲ以テ債權者ニ對シ其強制執行ニ對スル異議ヲ主張シ又債權者ニ於テ其異議ヲ正當ナリトセサルトキハ債權者及ヒ債務者ニ對シテ之主張ス可シ(下略)

相當ノ時期ニ執行異議ノ申立ヲ爲スコトヲ得サリシトテ所有權ノ消長ニ影響ナキモノトス

然レトモ所論ノ如キ執行手續ノ不法ハ異議ノ原因タルニ止マルコト實ニ原判決ニ判示シタルカ如クナルノミナラス本訴ノ如ク所有權ヲ主張シテ物權ノ引渡ヲ請求スル場合ニアリテハ相當ノ時期ニ異議ノ申立ヲ爲スコトヲ得サリシトテ權利ノ消長ニ關係スヘキ處ナシ(大審院明治四五年(オ)第六七號同四五年三月一二日民一判決)

錯誤ニ因ル辨濟ノ效力

七〇七 債務者ニ非サル者カ錯誤ニ因リテ債務ノ辨濟ヲ爲シタル場合ニ於テ債權者カ善意ニテ證書ヲ毀滅シ擔保ヲ拋棄シ又ハ時効ニ因リテ其債權ヲ失ヒタルトキハ辨濟者ハ返還ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス
前項ノ規定ハ辨濟者ヨリ債務者ニ對スル債權ノ行使ヲ妨ケス

仍テ按スルニ民法第七〇七條ニハ辨濟者ハ返還ノ請求ヲ爲スコトヲ得ストアリテ特ニ其辨濟ヲ有效ト看做スヤ否ヤ明言セスト雖モ其法意ハ辨濟者カ本來同法第七〇三條ノ規定ニ因リテ有スヘキ返還請求ノ權利ハ全然之ヲ失ハシメ以テ債權者ニ完全ナル辨濟アリタルト同一ノ利益ヲ享受セシメ結局其辨濟ヲ有效ト看做シタルモノト解スルヲ相當トス蓋シ債務者ニ非サル者カ錯誤ニ因リテ債務ノ辨濟ヲ爲シタルトキハ債務者ノ爲メニ辨濟ヲ爲シタルモノニ非サルヲ以テ其辨濟ハ必スシモ有效ナリト謂フヲ得サルコトハ所論ノ如シト雖モ民法第七〇七條第一項ニ債務者カ善意ニテ證書ヲ毀滅シ擔保ヲ拋棄シ又ハ時効ニ因リテ其債權ヲ失ヒタル三箇ノ場合ヲ列舉シ其三箇ノ場合ニ於テハ等シク辨濟者ニ返還請求ノ權利ナキ旨ヲ規定シ且同條第二項ニ辨濟者ヨリ債務者ニ對スル債權ノ行使ヲ妨ケサル旨ヲ規定シタル所ヲ以テ之ヲ考フレハ同條ノ規定ハ單ニ所論ノ如キ返還請求拒絶ノ權ヲ債權者ニ與ヘタルニ止マラス恰モ辨濟者カ債權者ノ爲メニ辨濟ヲ爲シタルト同一ノ結果ヲ生セシムル趣旨ヲ以テ其辨濟ヲ有效ト看做シ之ニ因リテ其債權ヲ消滅セシメ之ト同時ニ辨濟者ヲシテ債務者ニ對シ求償權ヲ行使スルコトヲ得セシメタルモノニシテ斯クノ如クニシテ以テ債權者及ヒ一般取引ノ安全ヲ保護スルノ主意ニ出テタルコトヲ知ルヘシ本件ノ事實ハ原審ニ於テ確定シタル所ニ依レハ債權者ニアラサル訴外人小林橋郎カ手形上ノ債務者タル被上告人先代ノ家督相續人ナリト誤信シテ債務者タル上告人ニ辨濟ヲ爲シ上告人カ之ヲ受領シ善意ニテ其手形證券ヲ毀滅シタルモノナレハ同條ノ規定ニ依リ橋郎ハ全ク返還請求ノ權利ナク其辨濟ハ有效ニシテ之ニ因リテ上告人ノ債權ハ既ニ消滅ニ歸シ從テ被上告人ハ其債務ヲ免レタルコト明カナリ其債權ニシテ既ニ右辨濟ニ因リ消滅ニ歸シ被上告人カ其債務ヲ免レタル上ハ其後ニ至リ上告人カ橋郎ト合意上其辨濟ヲ取消シ橋郎ニ返還シタリトスルモ其行爲ハ單ニ上告人ト橋郎トノ間ニ別箇

商

法

民法

七一三

ノ關係ヲ生スルコトアルニ止マリ被上告人ニ對シ既ニ消滅シタル債權ヲ復活シ辨濟
取消ノ效力ヲ生スヘキ理由ナク從テ上告人ト被上告人トノ間ニ又不當利得ノ關係ヲ
生スル謂レナキヲ以テ本件上告人ノ請求ハ到底之ヲ維持スルコトヲ得サルモノトス
原判旨モ亦結局叙上ノ趣旨ニ外ナラサルコト判文上明白ナレハ原判決ハ相當ノ理由
ヲ具備スルモノニシテ毫モ所論ノ如キ違法アルコトナシ(大審院明治四四年(★)第二八
二號同年十一月二十七日民二判決)

商法

第一編 總則

第一章 法例

- 一〇賣買代金ト月末支拂ノ慣習……………民法一四八頁
- 〇運貨受取前貨物引渡ノ慣習……………商法一四三頁
- 〇辨濟充當ニ關スル慣習……………商法二五七頁

第二章 商人

- 四〇營利法人ハ商人ナリヤ……………商法二二七、二六九頁

第三章 商業登記

第四章 商號

- 一六〇商號ヲ以テスル訴訟行爲……………商法二二六頁
- 二〇〇類似商號區別ノ標準……………商法三〇〇頁
- 二二〇營業ノ讓渡ト債務ノ承繼……………商法一五六頁

第五章 商業帳簿

- 二六〇貸借對照表ニ於ケル創業費……………商法二七七頁
- 二七ノ二〇商業帳簿ノ提出義務……………商法八二、二一一頁

第六章 商業使用人

- 三〇〇取締役中ヨリ支配人ノ選任……………商法二一三頁

商法

〇銀行ノ支配人ト不動産ニ關スル訴訟ノ代表權……………商法一七一頁

第七章 代理商

- 四一〇代理商ト二個ノ留置權……………商法一五一頁

第二編 會社

〇手形ノ裏書ト會社ノ目的……………商法一五六頁

〇銀行ト借入金ノ權能……………商法一六六頁

〇銀行ノ手形保證ト會社ノ目的……………民法三六〇頁

〇會社ノ營業ノ範圍ニ屬セサル行爲ト取締役ノ代表……………刑法二二頁

第一章 總則

- 四二〇民事會社ノ意義……………商法二六九頁

〇民事會社ハ商人ナリヤ……………商法二二七、二六九頁

四七〇會社開業ノ意義……………商法一四三頁

第二章 合名會社

第一節 設立

第二節 會社ノ内部ノ關係

第三節 會社ノ外部ノ關係

第四節 社員ノ選任

第五節 解散

商 法

第六節 清算

- 九一〇 殘餘財産支拂請求權…………… 商法一八五頁
- 〇清算中ニ爲ス社員功勞金ノ贈與…………… 商法一八五頁
- 一〇三〇 期間内ニ一旦請求ヲ受ケタルトキハ其責任ヲ免ルルヲ得サルヤ…………… 商法二九頁

第三章 合資會社

- 一一八ノ二〇 組織變更ト不動産登記…………… 諸法七三頁

第四章 株式會社

- 〇會社營業中其營業設備其他ノ財産ヲ全部一括シテ賣却スルハ有效ナリヤ…………… 商法九六頁

第一節 設立

- 〇株式會社設立行爲ノ性質…………… 商法一四〇頁
- 〇設立行爲者ト會社トノ間ノ法律關係…………… 商法一四一頁
- 〇會社發起行爲以外ノ組合契約ト認ムヘキヤ否ヤ…………… 商法二〇三頁
- 一一九〇 會社ト雖モ發起人トナルコトヲ得ルヤ…………… 商法二二四頁
- 一一三三〇 現物出資履行ノ時期…………… 商法三三三頁
- 〇現物出資ノ株式發行時期…………… 商法三三三頁
- 〇現物出資ノ株式ト讓渡…………… 商法三三三頁
- 〇現物出資ト同一結果ヲ生スヘキ契約ノ效力…………… 商法三三三頁

第二節 株式

- 〇株主權ノ性質…………… 商法二八四頁
- 一四四〇 株金拂込相殺契約ノ效力…………… 商法一〇〇頁
- 〇會社債務ト株金拂込債務トノ相殺契約…………… 商法五〇頁
- 〇解散後ニ於ケル株金拂込ト相殺…………… 商法五八頁
- 一四七〇 株券ノ發行ハ法律ノ強制スル所ナリヤ…………… 商法一七四頁
- 〇現物出資ノ株式發行時期…………… 商法三三三頁
- 一四八〇 記名株式ノ性質…………… 商法二〇三頁
- 一四九〇 株式讓渡…………… 商法一三五頁
- 〇株式ノ信託ノ讓渡ノ效力…………… 商法七三頁
- 〇現物出資ノ株式ト讓渡…………… 商法三三三頁
- 〇會社解散後ノ株式ノ讓渡…………… 商法二〇五頁
- 〇未拂込株式ノ讓渡ト讓受人ノ責任…………… 商法二五九頁
- 一五〇〇 株式讓渡論…………… 商法一三五頁
- 〇白紙委任狀付株式ノ讓渡…………… 商法一三五頁

商 法

第三節 會社ノ機關

- 一六一〇 重役ノ議決權…………… 商法一四、二九六頁
- 一六二〇 株主ノ議決權…………… 商法一八八頁

第一節 株主總會

- 一五五〇 本條ニ反スル定款規定ノ效力…………… 商法五三頁
- 一五五〇 本條ニ反スル定款規定ノ效力…………… 商法五三頁

一五三〇 失權株主ノ拂込義務

- 〇白紙委任狀付株式ノ流通ト承諾書…………… 商法一三九、一九一、一九九頁
- 〇相續ニ因ル株式ノ移轉ト對抗要件…………… 商法八五頁
- 〇株式讓渡ニ對スル會社ノ承認ト對抗要件…………… 商法八五頁
- 〇名義書換前ト雖モ會社及第三者ヨリ其移轉ヲ對抗シ得ヘキヤ…………… 商法一六四頁
- 一五二〇 株主ノ一部ヲ除外シタル株金拂込ノ請求…………… 商法二〇二頁
- 一五三〇 失權株主ノ拂込義務…………… 商法二二七頁
- 〇催告期間ノ起算日…………… 商法一七頁
- 〇讓渡人ノ責任ノ性質…………… 商法三一頁
- 〇讓渡人カ會社ノ請求ヲ受ケテ辨濟シタルトキハ讓受人ニ對シテ其償還ヲ請求シ得ヘキヤ…………… 商法三一頁
- 〇白紙委任狀付株式讓渡ノ場合ニ於テ讓渡人中會社ニ對シ株式讓渡代金ノ不足額ヲ辨濟シタルトキハ何人ニ對シテ求償權ヲ行フヘキヤ…………… 商法二五九頁
- 〇催告ナキニ拘ハラス不足額ノ拂込ヲ爲シ讓受人ニ求償ヲ求メ得ルヤ…………… 商法一五五頁
- 一五五〇 本條ニ反スル定款規定ノ效力…………… 商法五三頁

第二節 取締役

- 一六三〇 株主總會決議無効確認ノ訴…………… 商法九〇、九六頁民訴八一頁
- 〇取締役中ヨリ支配人選任…………… 商法二一三頁
- 〇重役ノ議決權…………… 商法一四、二九六頁
- 〇會社ノ營業ノ範圍ニ屬セサル行爲ト取締役ノ代表…………… 刑法二二頁
- 〇權限外ノ行爲ト取締役ノ會社代表…………… 刑法二二頁
- 〇取締役又ハ監査役ノ選任又ハ辭任登記ト承諾書添付ノ要否…………… 諸法七〇頁
- 一六四〇 取締役ノ法律上ノ性質…………… 商法一七二頁
- 〇取締役ノ選任…………… 商法七九ノ二頁
- 一六五〇 取締役ノ辭任ト取締役會決議ノ效力…………… 商法二〇頁
- 一六九〇 取締役會決議過半数ノ意義…………… 商法一二二頁
- 一七六〇 監査役ノ承認ヲ缺ク手形書替ノ效力…………… 商法一二六頁
- 〇取締役會社間ノ手形行爲…………… 商法一七六頁
- 一七七〇 取締役ノ違法決議執行ト其責任…………… 刑法一二二頁
- 〇虛偽ノ財産目錄及貸借對照表ヲ公告シタル取締役ノ責任…………… 民法一六八頁
- 〇取締役ノ手形偽造ト會社ノ責任…………… 民法三六五頁
- 〇取締役カ會社ノ營業ニ付キ爲シタル不法行爲ト會社ノ責任…………… 刑法二二頁
- 〇取締役ノ告訴ト會社ノ責任…………… 民法二八三、三五五頁

商法

第三款 監査役

○監査役ノ推選……………商法七九ノ二頁
○取締役又ハ監査役ノ選任又ハ辭任登記ト承諾書添付ノ要否……………諸法七〇頁

第四節 會社ノ計算

一九二○虚偽ノ財産目録貸借對照表ヲ公告シタル取締役及監査役ノ責任……………民法一六八頁
一九五○配當金支拂請求權……………商法二八四頁
一九七○配當金支拂請求權……………商法二八四頁
○事業年度中途ノ拂込ニ對スル利益配當……………商法三〇三頁

第五節 株式

二二三○増資株式申込ノ取消時期(改正前)……………商法七四頁
二二七○現物出資ノ株券發行時期……………商法三三頁
○本條第三項ノ規定ハ合併ノ場合ニ於ケル新株ノ發行ニハ適用ナキヤ……………商法一頁
二一九○已ニ拂込アリトシ總會ノ決議ヲ經テ之カ登記ナラシメタル後ハ引受ノ取消ヲ爲シ得サルヤ(改正前)……………商法四〇頁
二二五○合併ノ場合株主ハ解散會社ノ株券ヲ提供セサルモ新株券ノ交付ヲ求メ得ルヤ……………商法五七頁

第八節 清算

二三四○殘餘財産支拂請求權……………商法一八五頁

○清算中ニ爲ス社員功勞金ノ贈與……………商法一八五頁

第五章 株式合資會社

○外國會社ノ意義……………商法一五二頁

第七章 罰則

第三編 商行爲

二六三○株式賣買ノ仲買人ニ委託スルハ商行爲ナリヤ……………商法一四四頁

○締糸ノ定期買建又ハ賣建ヲ取引所仲買人ニ委任スルハ商行爲ナリヤ……………商法一八、一九頁

○直取引モ亦取引所ノ帳簿ニ登錄ヲ要スルヤ……………諸法五三頁

○商業證券ノ意義及商業證券ニ關スル行爲ノ範圍……………商法二一八頁

二六四○貸金業及質屋營業ハ商行爲ナリヤ……………商法二五、一三二頁

二七三○本條第一項ノ適用範圍……………商法四四頁

○手形債務ノ保證ト連帶……………商法一四九頁

○同伴投宿ト宿泊料支拂義務ト連帶……………商法一六〇頁

商法

第八章 運送營業

第一節 物品運送

二八四○代理商ト二個ノ留置權……………商法一五一頁
二八五○商事債權ナリヤ民事債權ナリヤ……………商法一五〇頁
○商人ノ借入金ト時效……………商法四二頁

第二章 賣買

二八八○賣買代金ト月末支拂ノ慣習……………民法一四八頁
二八八○品質ノ保證ト惡意ノ意義……………商法一六七頁
○惡意ノ意義……………商法二一六頁

第三章 交互計算

第四章 匿名組合

第五章 仲立營業

第六章 問屋營業

第七章 運送取扱營業

○運送取扱人ト仲立運送取扱人又ハ下受運送取扱人間ノ法律關係……………商法一四六頁
三二一○運送取扱人カ運送人ニ對シテ有スル權利ノ移轉……………商法一二五頁
三二二○不可抗力ノ意義……………商法二九一頁
○運送人ノ過失ト運送取扱人ノ責任……………商法一四四頁
三二四○運送貨ノ意義……………商法一四四頁

○運送營業者ハ荷物ノ占有者トシテ他人ノ加ヘタル不法行爲ニ因ル荷物ノ滅失ニ付損害賠償請求權アリヤ……………民法二五九頁

○運賃先拂ノ指定アル貨物ヲ運賃支拂前ニ引渡ス慣習……………商法一四三頁

○運送貨ノ記載ハ貨物引換證ノ要件ナリヤ……………商法一七〇頁

○運賃先拂トアル貨物引換證ノ效力……………商法一七〇頁

○貨物引換證ハ選擇持參人式又ハ無記名式ニテ發行スルコトヲ得ヘキヤ……………商法一五頁

○貨物引換證記載ノ文書ト責任……………商法二〇頁

○貨物引換證ト引換ヲ爲サスシテ貨物ヲ交付シタル運送人ノ責任……………商法一八三頁

三三七○不可抗力ノ意義……………商法二九一頁

三三九○相次運送ノ意義……………商法三五、二五一頁

三四三○運送貨ノ意義……………商法一四四頁

三四四○貨物引換證ト引換ヲ爲サスシテ貨物ヲ交付シタル運送人ノ責任……………商法一八三頁

三五〇○旅客運送營業者ノ賠償責任……………商法二〇九頁

○運送人ノ不法行爲ニ依リ損害ヲ被リタル場合ニモ本條ノ適用アリヤ……………商法一四四頁

○列車顛覆ニシテ死亡ト賠償額……………商法六九頁

商法

第九章 寄託

第一節 總則

三五四 ○旅店ト旅客トノ權利關係…………… 商法二〇六頁
○不可抗力ノ意義…………… 商法二九一頁

第二節 倉庫營業

三五九 ○倉庫證券ハ選擇持參人式又ハ無記名式ニテ發行スルコトヲ得ヘキヤ…………… 商法一五五頁
三六二 ○倉庫證券記載ノ文言ト責任…………… 商法二〇頁
三七六 ○不可抗力ノ意義…………… 商法二九一頁

第十章 保險

○休日ト保險料ノ拂込期間…………… 民法三七〇頁

第一節 損害保險

第二節 生命保險

二八八 ○生命保險代理店ノ權限…………… 商法一四七頁
二八八ノ四 ○被保險者ノ死亡後ニ爲シタル保險金受取人ノ指定…………… 商法一八八頁
四二九 ○被保險者ノ身分ニ關スル不實ノ告知…………… 商法二二八頁
○肺結核ヲマラリア熱ナリト信シ居リタル場合ト告知義務…………… 商法一六六頁
○保險醫ノ過失ト會社ノ責任…………… 商法一〇四頁

○會社醫ノ過失ニ因ル肺結核及喉頭癌ノ現在症ノ不知ト保險契約ノ效力…………… 商法三頁
○保險醫ノ過失ト注意ノ標準…………… 商法四九二頁
○氣管支加答兒ノ危險性ト立證責任…………… 商法一〇四頁
四三一 ○生命保險ト自殺ニ關スル特約ノ效力…………… 商法一一二頁

第四編 手形

○白地手形…………… 商法八〇、二六七頁
○手形振出行爲ノ代作ト代理…………… 商法一四四、一六二、二一九頁
○取締役會社間ノ手形行爲…………… 商法一七六頁
○監査役ノ承認ヲ欠ク書替手形ノ效力…………… 商法二二六頁
○取締役ノ手形偽造ト會社ノ責任…………… 民法三六五頁
○高利ノ支拂ニ代ヘテ振出シタル約束手形ノ效力…………… 商法九二頁
○手形ニ記載シタル損害支拂ノ特約ト指圖債權トシテノ讓渡…………… 商法三四、八四、一三四頁
○支拂會社ヲ以テセル手形金請求ト呈示…………… 商法四六、七二、一四八頁
○執達吏ハ差押ヘタル手形ニ付キ引受又ハ支拂ヲ求ムル爲メ呈示ノ手續ヲ要スルヤ…………… 民訴二〇二頁
○破産宣告ト手形期日ノ到來…………… 商法三頁
○手形割引ニ關スル慣習…………… 商法五頁
○手形占有者ト所持人ノ推定…………… 商法七七頁

商法

○他人ヲシテ不當ニ手形上ノ義務ヲ負ハシメタル不法行爲…………… 民法三一八頁

第一章 總則

四三五 ○白地手形ノ效力…………… 商法八〇、二六七頁
○手形責任ハ署名ノ外交付ヲ要スルヤ…………… 商法二二一頁
四三六 ○振出行爲ノ代理ト代作…………… 商法一四五、一六二、二一九頁
四三七 ○偽造ノ裏書ト裏書ノ連續…………… 商法五五頁
四三九 ○手形ニ記載シタル損害支拂ノ特約ト指圖債權トシテノ讓渡…………… 商法三四、八四、一三四頁
四四一 ○手形責任ハ署名ノ外交付ヲ要スルヤ…………… 商法二二一頁

○白地手形ト善意ノ第三者…………… 商法八〇、二六七頁
四四四 ○請求權ノ性質…………… 商法七六頁
○手形利得償還請求權ノ時效起算點及時效期間…………… 商法七五頁

第二章 爲替手形

○荷爲替手形ノ性質及效力…………… 商法二二二頁

第一節 振出

四四五 ○爲替手形ノ振出人ハ自己ヲ支拂及受取人ト爲スコトヲ得ルヤ、又同一人ヲ以テ支拂及受取人ト爲スコトヲ得ルヤ…………… 商法二四四頁

四五〇 ○一覽拂手形ノ所持人カ破産手續ニ於テ其債權届出ヲ爲シタルトキハ其時ヲ以テ滿期日ト見ルヘキカ…………… 商法一二三頁

第二節 裏書

四五三 ○支拂擔當者ト支拂場所…………… 商法八六頁
○某銀行ト記シタルトキハ支拂場所ト見ルヘキヤ又ハ支拂擔當者ト見ルヘキヤ…………… 商法一八七頁
四五四 ○支拂擔當者ト支拂場所…………… 商法八六頁
○某銀行ト記シタルトキハ支拂場所ト見ルヘキヤ又ハ支拂擔當者ト見ルヘキヤ…………… 商法一八七頁

○信託裏書ノ效力…………… 民法六四六頁
四六二 ○所持人カ滿期日ニ支拂ノ呈示ヲナシ其翌日受取人ニ對シテ償還ノ請求ヲ通知ヲ爲シタルトキハ該手形ノ讓渡人ハ受取人ニ對シテ償還請求權ヲ有スルヤ…………… 商法二六一頁
四六四 ○手形占有者ト所持人ノ推定…………… 商法七七頁
○偽造ノ裏書ト連續…………… 商法五五頁

第三節 引受

○執達吏ハ差押ヘタル手形ニ付キ引受又ハ支拂ヲ求ムル爲メ呈示ノ手續ヲ要スルヤ…………… 民訴二〇二頁
四七二 ○本條ノ適用範圍…………… 商法八七頁
○支拂擔當者ト支拂場所…………… 商法八六頁

商 法

第四節 擔保ノ請求

第五節 支拂

- 支拂命令ヲ以テセル手形金請求ト呈示……………
- 執達吏ハ差押ヘタル手形ニ付キ引受又ハ支拂ヲ求ムル爲メ呈示ノ手續ヲ要スルヤ……………
- 一覽拂手形ノ所持人カ破産手續ニ於テ其債權届出ヲ爲シタルトキハ其時ヲ以テ滿期日ト見ルヘキカ……………

第六節 價還請求

- 四八六 ○所持人カ滿期日ニ支拂ノ呈示ヲナシ其翌日受取人ニ對シテ價還ノ請求ノ通知ヲ爲シタルトキハ該手形ノ讓受人ハ受取人ニ對シテ價還請求權ヲ有スルヤ……………
- 滿期日ニ於ケル所持人カ受取人ニ對スル價還請求權ノ保全ヲ履踐シタル事實アルトキハ所持人ノ甲ナルチナリト主張スルモ價還請求ヲ是認スルニ妨ケナキカ……………

第七節 保險

- 四九〇 ○本條ノ適用範圍……………
- 支拂擔當者ト支拂場所……………
- 手形ノ保證債務者ニ對スル請求ノ要件……………
- 手形債務ノ保證ト連帶……………

第八節 參加

第九節 拒絶證書

- 五二五ノ二 ○別紙ヲ以テセル拒絶證書ノ效力……………

第十節 爲替手形複本及ヒ謄本

- 五二五 ○約束手形ノ振出人ハ自己ヲ受取人ト爲スコトヲ得ルヤ……………
- 振出地ノ記載方……………

第四章 小切手

- 小切手支拂保證ノ性質ト振出人ノ破産……………
- 日附カ事實ニ反スル小切手……………
- 小切手支拂委託ノ取消……………
- 小切手價還請求ノ方法……………

第五編 海商

第一章 船舶及ヒ船舶所有者

- 五三八 ○船舶ト海商法ノ適用……………
- 五四四 ○支拂猶豫ヲ求メタルコトト交付ノ權利……………
- 五四八 ○大修繕及修繕ノ意義……………
- 船舶持分ノ買取請求權……………
- 大修繕及修繕ノ意義……………

第二章 海難救助

- 六五四 ○海上危險ト不可抗力……………
- 六七一 ○委付ノ當否……………
- 不實ナル價格協定ノ效力……………
- 六七五 ○一部保險ノ委付ノ割合……………

第七章 船舶債權者

- 六八〇 ○救助費用ノ範圍……………
- 保存費ニ屬セサル船舶ノ修繕費ト先取特權……………

舊商法破産編

- 九七八 ○支拂停止ノ意義……………
- 破産宣告ト實力ノ有無……………
- 債權ノ存否ニ付キ審判ヲ爲サシテ支拂猶豫ヲ認メ支拂停止ナシトノ決定ノ適否……………
- 破産時期ノ認定……………
- 破産宣告ノ效力……………
- 小切手ノ支拂保證ト振出人ノ破産……………
- 破産宣告抗告事件ニ付テ爲シタル不法ノ和解契約……………

第二章 船員

第一節 船長

- 五六六 ○本條ニ所謂航海ノ意義……………
- 堪航能力ノ缺損ニヨル修繕ト航海ニ必要ナル行爲……………
- 五六八 ○大修繕及修繕ノ意義……………
- 五七一 ○不實ナル船舶價格協定ノ效力……………

第二節 海員

第三章 運送

第一節 物品運送

- 六一三 ○船主ノ過失ニ因ル船舶ノ沈没ト割合運賃ノ請求……………
- 六一四 ○不可抗力ノ例……………

第二款 船荷證券

- 六二二 ○船荷證券ハ撰擇持參人式又ハ無記名式ニテ發行スルコトヲ得ルヤ……………
- 六二九 ○船荷證券記載ノ文言ト責任……………

第二節 旅客運送

第四章 海損

商 法

商 法

- 九八八 ○破産宣告ト手形期日ノ到来……………民法二九四頁
- 一覽拂手形ト債權届出……………商法一二三頁
- 九九一 ○破産者ノ爲シタル詐害行爲ト否認權……………民法五九五頁
- 否認權ヲ行使スルコトヲ得ル者……………民法五九五頁

會社ノ合併
時券ノ發行

商 法

二二七 會社ハ第二百十三條ノ規定ニ依リテ招集シタル株主總會招集ノ日ヨリ二週間内ニ本店及支店ノ所在地ニ於テ左ノ事項ヲ登記スルコトヲ要ス(中略)

第一項ノ規定ニ從ヒ本店ノ所在地ニ於テ登記ヲ爲ス迄ハ新株券ノ發行及新株ノ讓渡又ハ其豫約ヲ爲スコトヲ得ス

合併ノ時ハ合併登記完了前ト雖ドモ其増資新株券ノ發行及ビ新株ノ讓渡又ハ豫約ヲ爲スコトヲ得ルヤ

本條ハ通常ノ資本増加ノ場合ニ關スル規定タリ其登記ノ手續ハ非訟事件手續法第八十九條之ヲ定ム然ルニ合併ニ因ル資本増加ハ合併ニ關シテ生ス其登記ハ商法第八十一條第二百二十五條第一項及ヒ非訟事件手續法第九十三條ノ二之ヲ定ム此二者ハ全然別物ニシテ相交渉スル所アルコトナシ故ニ本條第三項ノ規定ハ合併ノ場合ニ於ケル新株ノ發行ニハ其適用ナキモノト認ム(松本法學博士法學新報二二卷三號七八頁要領)

然ラハ合併ノ場合ニ於テハ合併登記前新株券ノ發行及讓渡等ヲ爲シ得ベキカ吾人ハ合併ノ性質ハ契約ナルコトヲ知ルト雖ドモ而モ之レ立法手段ニヨリテ生シタル契約ノ效力ニシテ其立法手段ハ手續ノ省略ニヨル契約ニ效力ヲ生セシメタルモノ則チ吸收合併ノ例ニ付テ云ヘバ解散權利義務ノ讓渡清算手續ト資本増加、

商 法

權利義務ノ讓受ト云フ手續ヲ省略シ之ヲ合併契約ニヨリテ一舉其效ヲ生セシメタルモノト解ス從ツテ合併ニ關シ特別ナル規定ヲ缺ク場合ニ於テハ各其手續ニ付存スル規定ニ從フベキモノニシテ本問ニ付テモ亦本條第三項ノ適用ヲ受クベキモノト信ゼラル

無資力ノ
株主ヲ除
外シタル
ハ有効ナ
リ

無資力ト認メ得ヘキ株主ヲ除外シ他ノ株主ニ對シ株金拂込ヲ請求シ得ヘキヤ

一五二 株金ノ拂込ハ二週間前ニ之ヲ各株主ニ催告スルコトヲ要ス
株主カ期日ニ拂込ヲ爲サ、ルトキハ會社ハ更ニ一定ノ期間内ニ其拂込ヲ爲スベキ旨及其期間内ニ之ヲ爲サ、ルトキハ株主ノ權利ヲ失フベキ旨ヲ通知スルコトヲ得(以下略)

清算ヲ爲ス場合ニ於テ拂込ヲ爲サ、ル株主ニ對シテ必スシモ裁判上ノ請求若クハ競賣手續ヲ爲スコトヲ要セス或株主ニシテ無資力ト確認シ得ラル、者ハ之ヲ除外シ他ノ資力アル者ノミニ對シテ拂込ノ請求ヲ爲スコトヲ妨ケサルモノトストノ列決アリ(大審院判決)

株主ノ一部ニ對シテハ一株ニ付金五圓宛他ノ一部ニ對シテハ一株ニ付金十圓宛ノ拂込ヲ請求スルカ如キハ明カニ株主全等ノ原則ニ反スルモノナルモ本件ノ如ク一般ノ株主ニ對シテ平等ノ拂込ヲ請求シ其内特ニ無資力ナルコト確實ナル株主ヲ除外シ又ハ一旦拂込請求後示談和解ニヨリ請求權ヲ拋棄スルガ如キハ決シテ株主全等ノ原則ニ反スルモノニアラサルナリ

保險契約
ノニ付疾病
隠蔽

會社醫カ其症狀ヲ知り得ヘカリシトキハ契約ハ有效ナリ

四二九 保險契約ノ當時保險契約者又ハ被保險者ガ惡意又ハ重大ナル過失ニ因リ重要ナル事實ヲ告ケス又ハ重要ナル事項ニ付不實ノ事ヲ告ケタルトキハ保險者ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得但シ保險者ガ其事實ヲ知り又ハ過失ニ因リテ之ヲ知ラザリシトキハ此限リニ在ラス

被保險者ニ肺結核及喉頭結核ノ現在症アリシコトハ認め得ベキモ當審鑑定人ノ供述ニヨレバ會社検査醫ガ相當ノ注意ヲ以テ検査シタランニハ假令告知ナクとも知り得ベキモノナリト云フニヨリ契約ハ有效ナリト言ハサル可カラストノ判決アリタリ(東京控訴院民事第二部—法律新聞七七—號二四頁)

右ニ付會社検査醫ガ知了セル事實ハ保險會社ガ知了セルモノト看做スベキ判例アリ至當ナリト謂フベシ

保險者カ診査醫ヲ機關トシテ保險契約ヲ締結シタル場合ニハ其診査醫カ知了セル事實ハ保險者ニ於テモ亦之ヲ知り得ベキ狀態ニ在ルモノトス(四十年大審院判決錄四八三頁)

手形ノ破産
日ハ破産
宣告ニ當
然トスベ
キ

手形ノ期日ハ破産宣告ニヨリテ當然到來シタルモノト看做スヘキヤ

九八八 辨濟期限ノ未タ至ラサル破産者ノ債務ハ破産宣告ニ依リテ辨濟期限ニ至リタルモノトス
爲替手形ノ引受人又ハ引受ナキ爲替手形ノ振出人又ハ約束手形ノ振出人ガ破産宣告ヲ受ケタルトキハ其償還義務ニ付テモ前項ノ規定ヲ適用ス

東京控訴院民事第三部ハ右九八八條ノ規定ハ民法一三七條第一號債務者ガ破産宣告

ヲ受ケタルトキハ債務者ハ期限ノ利益ヲ主張スルコトヲ得スト云フ規定ト全趣旨ニシテ債權者ハ必スシモ右規定ニ服スルコトヲ要セス利益アルトキハ到來シタルモノト主張シ得ベク之ヲ主張シ不利ヲ受ケタルトキハ期限到來ナキコトヲ主張シ得ベシ蓋シ若シ然ラストセバ債權者ハ破産宣告ヲ知ラサルガ爲メ往々債權請求權ヲ失フベキ危險アルヲ以テナリト云フ趣旨ノ判決ヲ爲シタリ(法律新聞七七二號二頁)

右ハ至當ノ判決ナリ判例及學說左ノ如シ

約束手形ノ振出人カ破産宣告ヲ受ケタルトキハ手形所持人ノ利益ノ爲メニ破産宣告ノ日ヲ滿期日ト爲スモ之カ爲メニ手形面ノ滿期日ニ至リ債權請求ヲ爲スガ爲メニ其請求ヲ爲スノ權利ヲ失フモノニアラス(三十七年大審院判決錄三〇九頁)
九八八條ハ破産債權者ヲ保護スル規定ニシテ之ヲ拘束スルモノニアラス(松波博士日本手形法六〇九頁)

一五三

譲渡人カ拂込ヲ爲サ、ルトキハ會社ハ株式ヲ競賣スルコトヲ要ス

(參照)競賣法

八 競賣ノ場所及ヒ日時ハ競賣ニ付キ利害ノ關係ヲ有スル者ニ對シテ其通知ヲ發スルコトヲ要ス

一七 競賣ニ付キ利害ノ關係ヲ有スル者ハ競賣ノ完結ニ至ルマテ其手續ニ關スル執達吏ノ處分ニ付キ其所属區裁判所ニ異議ノ申立ヲ爲スコトヲ得

利害關係人ニ通知ヲ缺ク株式競賣ノ效力

競賣法第八條ニ違背シテ競賣ノ場所及ヒ日時ヲ利害關係人ニ通知セサル事由ハ同法第十七條ニ所謂異議申立ノ原因ト爲ルニ止マレハ本件ノ株式ノ競賣ニ付キ利害關係

ヲ有スル上告人ニ其競賣ノ場所及ヒ日時ヲ通知セサル一事ハ上告人ニ對シ本訴ノ請求ヲ爲スノ妨ケト爲ラス故ニ本論旨ハ結局上告ノ理由トナラス(大審院四四年第三〇一號)
(參考判決)
競賣法中利害關係人ニ關スル規定ハ其利益ヲ保護スルノ目的ニ過キスシテ公益規定ニアラザルガ故ニ假令其規定ニ違反シタル事實アルモ當然無効ニアラス(四十年大審院判決錄三〇七)

銀行手形取引ノ慣習

案スルニ銀行取引ニ於テ手形取引ノ場合ニ當事者間ノ手形金額ヲ貸付金トシ割引日歩ハ之ヲ利息ノ前拂ト看做シ手形關係ノ外ニ消費貸借關係ヲ成立セシメ手形ハ其支拂ヲ確保スル具ニ供シテ手形債務ト消費貸借ノ債務トナ併セ存セシムルコトハ普通行ハル、所ナリト云フ判決アリ(東京控訴院民事第二部判決—法律新聞七七二號二〇頁)
判決趣旨ハ別段鑑定人ノ意見ヲ採用シタルニアラスシテ裁判所ガ公知ノ慣習トシテ之ヲ判決ノ基礎トナシタルモノナリ然レトモ銀行手形取引ニ於テ決シテ如斯一般ノ慣習ヲ認ムルコト能ハスシテ寧ロ一般ノ取引ハ單純ナル割引關係トシテ行ハレツ、在リ此判決理由失當ナリト信ス

支拂停止ノ意義

明治三十六年五月二十六日大審院ノ決定ニ依レハ支拂停止トハ債務者ノ無資力ナルト否ト將タ故意ナルト否ト問ハス理由ナクシテ辨濟期ニ辨濟ヲ爲サ、ル事實ヲ指スモノト曰ヒ四十四年十二月廿二日大審院決定ニ依レハ支拂停止トハ債務者ガ支拂ヲ爲スヘキ場合ニ於テ正當ノ理由ナク其支拂ヲ爲サザルノ謂ヒニシテ債務者ガ支拂有無ハ問フ所ニアラズ故ニ被申立人ニ於テ支拂ヲ停止シタル事實アル以上假令當時多少ノ資産ヲ有シタリシモ破産申立テ却下スベキニ非ズト曰ヘリ

此等ノ判決要旨ニ依レバ債務者ノ客觀的財産上ノ狀態如何ヲ問ハス又債務者ノ主觀的の意思ノ決定如何ヲ問ハス苟クモ正當ナル理由ナクシテ辨濟期ニ辨濟ヲ爲サザル事實アルハ之ヲ支拂停止トスルモノノ如シ

然リト雖モ正當ノ理由ナクシテ辨濟期ニ至リタル債務ヲ辨濟セサル場合ヲ以テ常ニ支拂停止ト爲シ得ヘクシテハ是レ不履行トモ擇ム所ナシ

殊ニ三十二年十二月七日ノ大審院決定ニ依レハ支拂停止トハ支拂ヲ行ハルノ意ニシテ、單ニ期日ニ支拂ヲ爲サザリシ事實ノミニテハ未ダ以テ支拂ヲ停止シタリト爲スナシ、得スト曰ヒ不履行ト支拂停止トハ明カニ之ヲ區別セリ蓋シ不履行トハ辨濟期ニ於テ債務ノ本旨ニ從ツテ履行ヲ爲ササルコトヲ云ヒ支拂停止トハ同一視スヘカラサルコトハ今日何人モ異議ナキ所ナリ即チ此判例ト前記ノ判例等ヲ對比スレハ二者其ノ均衡ヲ得タリト云フベカラサルナリ

法律新聞四五號二四頁全一五四號八頁三七年大審院判決一四八、七頁判例彙報十六卷四三頁法律新聞二六二號九頁三十九年大審院判決一〇〇六頁及一〇〇九頁法律新聞

三七一號一頁法律日日社最近判例集第一卷一六〇頁等多數ノ判例ニ依レハ支拂ノ請求ヲ受ケタル債權其ノニ付争アリ又ハ未ダ辨濟期ニ至ラズ又ハ延期ノ承諾アリ其他正當ノ理由アリテ辨濟ヲ爲ササル場合ハ支拂ヒ停止ト爲ラスト解ス

法律新聞十六號八頁法律新聞九一號七頁等ニアル判例ニ依レハ支拂ヲ爲スコト能ハサルコトノ觀念ヲ以テ支拂停止ノ一要素トセリ予輩モ後述ノ如ク債務者ノ支拂ヲナスコト能ハサルヲ以テ支拂停止ノ觀念ニ欠クヘカラサル要件ト信スルカ故ニ此等ノ判例ノ趣旨ニ賛成ス

法律新聞五三號一頁最近判例集二卷四五頁最近判例集二卷一四一頁等ニアル判例ニ依レハ債權者ニ對シ一般支拂ヲ停止ムルニ至リタルコトヲ以テ支拂ヒ停止ノ要件ト爲スモノナリ

予輩モ亦支拂停止ノ觀念トシテ一般支拂ヲ停止ムルコトヲ信スルモノナリ蓋シ停止(Einstellung)ト云フ文字ノ意義ヨリ見ルモ唯一箇債務ニ付テ云フニ非スシテ今後支拂フコトヲ要スル時々ノ債務ノ支拂(Laufende Zahlungen)ニ付キ繼續的ニ支拂ヲ停止スル意味ナルコト明カナレハナリ

然レトモ支拂停止ノ爲メニ現實ニ一切ノ債務ヲ一時ニ取立テラザル事ヲ必要トセス唯一箇ノ債務ニテモ其額巨大ニシテ請求ニ對シテ債務者支拂ヲ爲スコト能ハス其旨ヲ表示シテ支拂ヲ拒絕セハ支拂停止トナル

例之銀行ノ預金ノ如キモ逐次之ヲ引出サルトキハ銀行ハ停止ヲ爲ササルモ縱令少額ノ預金者ニテモ多數者カ一時ニ取リ附ケテ爲ストキハ銀行ハ支拂停止ノ已ムナキニ至ル之レト同シク普通ノ債務者ニアリテモ少額ノ債權者カ逐次支拂ヲ請求スレハ順次ニ支拂ノ準備ヲ爲スカ故ニ支拂停止ヲ爲サスシテ済ムコトアリ然ルニ縱令一箇ノ債務ニテモ巨額ノモノヲ先ヅ請求サルレハ唯タ其巨額ノ債務ヲ支拂フコト能ハサ

ルノミナラス他ノ小額ノモノモ一般ニ支拂ヲ爲スコト能サルニ至ルモノナリ
 法律新聞九一號六頁最新判例集第六卷一七七頁等ニアル判例ニ依レハ支拂停止ハ必
 スシモ破産申立人ノ債權ニ對スルコトヲ要セスト爲セリ是レ洵ニ至當ノ見解ニシテ
 予輩ノ贊成スル所ナリ蓋シ支拂停止ハ閉店逃亡等ノ行爲ニ依リテモ亦表示セラレ
 モノナレハナリ
 三十七年大審院判決錄三八頁法律新聞一九二號一〇頁判例彙報十五卷九八頁法律新
 聞二五五號六頁全二五七號一〇頁等ニアル判例ニ依レハ一旦支拂停止カ爲サレタル
 トモ破産宣告ノ時マテ支拂ヲ停止シツツアル状態即チ其效力ノ持續キ居ルコトヲ必要
 トスルナリ予輩モ亦此判例ノ趣旨ヲ贊成スルモノナリ蓋シ一旦支拂ヲ停止シタルモ
 其當時ニ於テ何人モ破産ヲ申立ツル者ナク長日月ヲ經過シ債務者カ支拂能力シ恢復
 シ支拂停止ヲ解キ一般ニ支拂ヲ繼續シツツアルノ時ニ當リ從前爲サレタル支拂停止
 ナ原因トシ破産ヲ宣告スヘカフサルハ勿論ナリ(四)
 三十三年度大判六輯十一卷四九頁法律新聞一五四號八頁全二五八號一〇頁三十九年
 度大判一〇〇六頁法律新聞四四四號八頁等ニアル判例ニ依レハ資金缺乏、財産不足、融
 通閉塞ト云フカ如キ債務者ノ客觀的財産又ハ信用ノ状態ヲ以テ支拂停止ノ觀念ヲ定
 ムル一要件トセラルルモノノ如シ然レトモ予輩ハ後ニ説明スルカ如ク支拂停止ヲ以
 テ債務者ノ行爲ナリトシ實際上ヨリ云ヘハ債務者カ支拂停止ヲ爲シタル場合ハ十中
 ノ八九マテハ客觀的ニ見テモ亦資金缺乏、財産不足、融通閉塞等ノ状態ニ在ルヘキモ支
 拂停止其モノノ觀念ヲ定ムル要件トシテハ此等ノ客觀的要素ハ必スシモ必要ニ非ス
 ト信ス
 三十三年度大判六輯十一卷四九頁法律新聞一五八號九頁法律新聞二六二號九頁三十
 八年度大判一五〇頁法律新聞二六八號一三頁三十八年度大判五三六頁法律新聞二七

九號一頁等ニアル判例ニ依レハ支拂停止ヲ以テ廢業、閉店、罷等支拂ヲ停止
 スル意思ヲ表シ、行爲ト爲セリ是レ至當ノ見解ニシテ予輩ノ贊成スル所ナリ(五)
 以上支拂停止ノ意義ニ關スル吾國從來ノ判例ヲ蒐集彙類シテ之レニ贊否ノ批評ヲ試
 ミタリ左ニ予輩ノ卑見ヲ述ント欲ス予輩ハ支拂停止ヲ定義シテ左ノ如ク言ハント欲
 ス曰ク支拂停止トハ債務者カ豫見の繼續シテ一般ニ金錢債務ノ支拂ヲ爲スコト能
 ハスシテ其旨ヲ表示シタル行爲ヲ云フト(六)
 (一)支拂停止ハ債務者ノ行爲ナリ支拂停止(Zahlungseinstellung)ハ行爲(Handlung)ニシテ狀態
 (Zustand)ニ非ス此點ニ於テ支拂不能(Zahlungsunfähigkeit)ノ觀念ト異ル所ニ行爲トハ即
 チ意志ノ決定ニ基キテ外形ニ表ハルル所ノ行爲(Willensakt Willbetätigung)ヲ云フ其支拂
 停止スル意思表示タル行爲ハ或ハ明示的ニ債權者ニ對スル書面又ハ口頭ニ依ル通
 知廻狀又ハ新聞廣告等ニ依リテ爲サル、コトアリ或ハ默示的ニ廢業、閉店逃亡、罷
 債權免除又ハ支拂猶豫ノ運動等トシテ表ハル、コトアリ(二)債務者カ支拂ヲ爲スコト
 能サル旨(Nichtkönnen)ヲ表示スル行爲ナリ債務者カ支拂ヲ爲スコト不能トハ當リ何等
 ノ理由ナク故意又ハ過失ニ依リ唯獨リニ支拂ヲ爲ササル場合ハ不履行タルニ止マリ
 支拂停止ニハ非ス予輩ノ見ル所ニ依レハ支拂停止ハ債務者カ主觀的ニ支拂ヲ爲スコ
 ト能ハスシテ其旨ヲ表示シタル行爲ナリト信スルナリ(七)
 之レヲ式ニテ表セハ「支拂停止ニシテ其旨ヲ表示シタル行爲ナリト信スルナリ」トナルナリ獨逸學者
 モ支拂停止カ行爲ニシテ狀態ニ非トハ點ニ付テハ今日殆ト異論ナキカ如シ既ニ行爲
 ナリトセハ意思ノ決定ニ出テ主觀的ナルコトモ亦明カナリト言フヘシ予輩ハ支拂停止
 止ヲ以テ全然債務者ノ主觀的行爲ト解セント欲スルモノナリ隨テ上述ノ支拂不能、資
 金缺乏、財産不足、融通閉塞等ノ客觀的状態ニ關スル要素ハ支拂停止ノ觀念ヲ定ムル上
 ニ於テ必要ナリト考フルナリ凡ソ的財產カ換價シ易クシテ支拂ニ充テ得ル財産ナリ

本論(六)ニ於テ博士ハ支拂停止トハ債務者カ豫見的ニ繼續シテ一般ニ金錢債務ヲ支拂ヲ爲スコト能ハスシテ其旨ヲ表示シタル行爲ヲ云フト定義セラレタリ博士ガ行爲ナリトセラレタルハ疑義ナキ能ハズ蓋シ債務者ハ支拂停止ヲ爲スノ意思ナク必ズ融通ヲ得テ難關ヲ切抜ケント確信シツ、或債務ノ不履行ヲ爲シタル場合ニ於テモ一方客觀的ニ融通閉塞ノ事實アル以上ハ債權者ハ破産申立ヲ爲スヘキ權利アルコト疑ヲ容レス又番頭ガ主人ニ一時身ヲ隱スニ於テハ其留守中ニ必ス難關ヲ切抜クヘシト誓ヒ主人ハ之ヲ可能ト信シ身ヲ隱シ居リタルニ遂ニ不拂ヲ爲シ而シテ客觀的ニ融通閉塞ノ事實アルトキハ亦全様債權者ハ申立ノ權利アリ支拂停止トナルヘキヲ疑ハス故ニ支拂停止ハ行爲ニアラスシテ事實ト見ルヲ正當トセスヤ殊ニ債務ノ不履行ハ行爲ニアラスシテ事實ナリ則債務不履行ト云フ事實ト融通閉塞ト云フ事實トカ結合シテ支拂停止ノ意義ヲ成スモノニアラサルナキカ况ンヤ一般ニ債務ノ不履行ハ事實ナルニ支拂停止ノ不履行ノ場合ニ限リ之ヲ行爲ト見ルヘキ何等ノ理由ヲ認ムルコト能ハス故ニ何レノ方面ヨリ見ルモ余ハ博士ノ所論ニ服スルコト能ハサルヲ遺憾トス

支拂停止ノ意義

九七八

商人カ支拂ヲ停止シタルトキハ裁判所ハ本人又ハ債權者ノ申立ニ因リ決定ヲ以テ破産ヲ宣告ス裁判所ハ口頭辯論ヲ經シテ裁判ヲ爲スコトヲ得此裁判ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得

破産宣告ハ資産ノ有無ニ關係スヘキモノニアラス

破産ノ宣告ハ商人カ支拂ヲ停止シタルトキハ本人又ハ債權者ノ申立ニ因リ之ヲ爲スヘキモノニシテ支拂停止トハ債務者カ支拂ヲ爲スヘキ場合ニ於テ正當ノ理由ナク其支拂ヲ爲ササルノ謂ニシテ債務者ノ資力ノ有無ハ問フヘキ所ニアラス故ニ被申立人ニ於テ支拂ヲ停止シタル事實アル以上假令當時多少ノ資産ヲ有シタリシニモ破産ノ申立ヲ却下スヘキニ非ラズ原院カ破産財團中五百ニ拾壹圓參拾五錢ノ現金アリテ申立人ノ債權ヲ辨濟シテ餘リアレハ支拂ヲ停止シタリト稱セラレル明治四十四年三月廿日頃被申立人カ支拂不能ノ狀態ニ在ラリシトノ理由ヲ以テ破産ノ申立ヲ却下シタルハ失當ナリ(大審院四四號(一)一六二號)

電車傷人ノ實例

三五〇

旅客ノ運送人ハ自己又ハ其使用人カ運送ニ關シ注意ヲ怠ラサリシコトヲ證明スルニ非サレハ旅客カ運送ノ爲メニ受ケタル損害ヲ賠償スル責ヲ免ルルコトヲ得ス
損害賠償ノ額ヲ定ムルニ付テハ裁判所ハ被害者及ヒ其家族ノ情況ヲ斟酌スルコトヲ要ス
(參照)民法七二五條 或事業ノ爲メニ他人ヲ使用スル者ハ被用者カ其事業ノ執行ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責任ヲ負フ但使用者カ被用者ノ選任及ヒ其事業ノ監督ニ付キ相當ノ注意ヲ爲シタルトキ又ハ相當ノ注意ヲ爲スモ損害カ生スヘカリシトキハ此限ニ在ラス
使用者ニ代ハリテ事業ヲ監督スル者モ亦前項ノ責任ヲ負フ

斯カル場合ハ車掌ノ過失ニ付會社カ責任ヲ負フヲ當然トス

被控訴會社ノ經營ニカ、ル電車第七號カ品川町八ツ山停留場ヲ發シ神奈川ニ向フ途
中明治四十一年十月十三日午後六時頃大森海岸停車場ヲ距ル數丁ナル鈴ヶ森附近ニ
於テ先行ノ電車ニ衝突シハツ山ヨリ神奈川迄ノ乗客タル控訴人ハ之カ爲メ右下腿部
ニ同日以後翌年一月十八日迄入院治療ヲ要スル挫傷ヲ負ヒタルコトハ被控訴會社ノ
認メテ異議ナキ處ナリ而シテ被控訴會社ノ運送事業ハ通常ノ例ニ從ヒ使用人ニ於テ
直接其衝ニ當リ擔任セリト認ム可ク商法第三百五十條ノ規定ハ運送契約ニ基ク義務
不履行ノ場合ノミナラス旅客カ運送人ノ不法行爲ニ依リ損害ヲ被リタル場合ニモ適
用セラルルモノト解スベキカ故ニ控訴人カ被控訴會社ノ運送ノ爲メ被リタル負傷ハ
被控訴會社ノ使用人ノ過失ニ基因スルモノト推定スルヲ得可シ加之甲二號證ノ三(被
控訴會社ノ事故屬)七、八、九、十一、十二、十四、(一)ビークラツク、奥野恒藏、青木キ、高塚晴吉、
水野長藏、伊藤彌七郎ニ對スル檢事ノ開取書(十五)(高塚晴吉、水野長藏ニ對スル過失傷害
被害事件ノ公判始末書)ニ依リハ右第七號電車及ヒ先行ノ電車四五臺ハ線路ニ故障ア
リテ上リ線路ニ移換ノ爲メ一時立會川停留場附近ニ輻湊シ順次發車シ第七號ハ二十
二號車發後約三分ヲ經テ發車シタルモノニシテ被控訴會社ノ運轉手高塚晴吉ハ當時
七號車ニ乗組シ此事實ヲ知悉セルニ拘ラス(斯カル場合ニハ衝突ヲ防ク爲メ通常ノ速
力ヲ超フヘカラザルコト論ヲ俟タス)急遽力ヲ用ヒテ電車ヲ運轉シタルヨリ七號ハ忽
チ前車ニ近ツキ相距約三十間ニ至リ晴吉ハ前車ヲ認メ「エイヤブレイキ(空氣制動機)
ヲ用ヒタルモ停車スル能ハスシテ前車ニ衝突スルニ至リタルコト當時「レバズブレ
キ(非常停止)ヲ使用セハ停車セシメ得ベカリシニ晴吉ハ之ヲ使用セザリシモノナルコ
トヲ認メ得ベキカ故ニ電車ノ衝突ハ被控訴會社ノ使用人タル運轉手ノ過失ノ結果ナ
リト云ベフシ被控訴代理人ハ會社ハ不法行爲能力ナシト主張スルモ商法第七十條

第六十二條民法四十四條第一項第七百十五條ノ規定ヲ對照スレハ會社ノ被用者カ會
社ノ業務ノ執行ニ付キ過失ニヨリ第三者ニ損害ヲ加ヘタルトキハ會社ハ之ヲ自己ノ
不法行爲トシテ賠償ノ責ニ任スベキコト明ラカナルヲ以テ被控訴人ノ抗辯ハ採用セ
ス(東京控訴院判決法律日々一六五號二〇六頁)

本條規定ノ運送人ノ責任ハ他人タル使用者ノ不法行爲ニ付テモ其責ニ任スベキ
モノニシテ民法七一五條ノ立法精神ト全然其感念ヲ異ニシ民法不法行爲ノ原則
ニ對シテ例外ヲ爲スモノナリ故ニ本件判決ニ民法七一五條ヲ引用シタルハ失當
ナリトス(松本博士中央大學講義錄商行為二二〇頁二三八頁) 頁、田坂學士法政大學講義錄商行為一八四頁參照)

二八二 ……第四百四十九條ノ二…規定ハ金錢其他ノ物又ハ有價證券ノ給付ヲ目的トスル有價證券ニ之
ヲ準用ス
四四九ノ二 振出人ハ爲替手形ニ受取人ノ氏名又ハ商號ト共ニ其爲替手形ノ所持人ガ支拂ヲ受クルコトヲ得ベキ旨
記載スルコトヲ得
前項ノ爲替手形ハ無記名式ノモノト全一ノ效力ヲ有ス

船荷證券、貨物引換證、倉庫證券等ハ撰擇持參人式ニテ發行スルコトヲ得ルヤ

是等ノ證券ガ右第二八二條ニ規定スル有價證券中ニ屬スベキ以上ハ右第四四九條ノ
二ノ準用ニヨリ此式ニテ發行シ得ベキハ論ヲ俟タス而シテ右第二八二條ニ所謂有價

貨物引換
證券ノ持
參人ハ式
撰擇シテ
發行シ得
ベキヤ
無記名式
ニテ發行
シ得ベキ
ヤ

テ消滅ス但他ノ法令ニ之ヨリ短キ時効期間ノ定メアルトキハ其ノ規定ニ從フ
某會社ノ支配人タル者ガ商品取引所ニ於テ自己ノ爲メ綿糸定期買付ヲ爲シタル
行爲ハ商行爲ナリヤ之ニ對シ綿糸商ガ資金ノ貸與ヲ爲シタルハ商行爲ニシテ五
ケ年ノ時効ニ罹ルベキモノナルヤ

某會社ノ支配人ト雖トモ自己ノ爲メ商品取引所ニ於ケル綿糸ノ定期買建又ハ賣建ヲ
取引所仲買人ニ委任スル行爲ハ商法第二百六十三條第一號ニ該當スル商行爲ニシテ
相手方ハ此取引ハ總テ差金取引ニシテ現物ヲ引取リタルコトナシト主張スレトモ市
場狀況ニヨリ時々買建テタルモノヲ賣戻シタルコトアリトスルモ之ヲ以テ商行爲ニ
アラスト謂フヲ得ヌ又一人カ數業ヲ兼ヌルコトハ不能ニアラサルカ故ニ會社ノ支配
人ニシテ大阪支店長タリシトスルモ差支ナシ云々又綿糸商名俊治カ此綿糸買建資金
ヲ貸與シタルハ自己ノ營業ノ良果ヲ收ムルカ爲メ必要又ハ有益ナリト認メ其營業ノ
爲メニシタルニアラサルナキヲ保セス商人ノ爲シタル行爲ハ反證ナキ限り其營業
ノ爲メニ爲シタルモノト推定スヘク而シテ其ノ營業ノ爲メニ爲シタル行爲ハ商行爲
ナルカ故ニ反證ナキ限りハ此ノ貸付ハ商行爲ト認メサルヲ得ヌシテ五ケ年ノ時効ニ
罹ルヘキモノナリ云云トノ判決アリ(大阪控訴院判決法律新聞第七七三號二一頁以下)

商行爲ハ必ズシモ商人タルヲ要セズ極端ニ云ヘバ官吏ト雖ドモ之ヲ爲サバ商行
爲ナリ故ニ本件ノ如ク會社支配人ト雖ドモ自己ノ爲メ商行爲ヲ爲シ得ベキハ勿
論ナリトス又後段資力貸與ニ付明確ナル反證ナキ以上ハ商行爲ト推定サルハハ

止ヲ得サルベシ

四九七 爲替手形ヨリ生シタル債務ヲ保證スル爲メ爲替手形其際本又ハ補箋ニ署名シタル者ハ其債務力無効ナルト
キト雖モ主タル債務者ト同一ノ責任ヲ負フ
(參照)民法第四百五十二條 債務者カ保證人ニ債務ノ履行ヲ請求シタルトキハ保證人ハ先ツ主タル債務者ニ催告ヲ
爲ス可キ旨ヲ請求スルコトヲ得但シ主タル債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケ又ハ其行方知レサルトキハ此ノ限りニアラ
ズ

手形保證ハ主タル債務者ト全一ノ責任ヲ負フヘキモノトス

按スルニ手形上ノ債務ヲ保證スル者ハ主タル債務者ト同一ノ債務ヲ負フヲ以テ手形
ノ所持人ガ保證人ニ對シ其債務ノ履行ヲ求ムルニハ豫メ債務者タル振出人ニ對シテ
支拂ヲ求ムル爲メ手形ヲ呈示スルノ必要ナキモノトス(大審院明治四十四年(オ)三二一
號)

商人カ支拂ヲ停止シタルトキハ裁判所ハ本人又ハ債權者ノ申立ニ因リ決定ヲ以テ破産ヲ宣告ス

廢業期間ハ事實ニ依リ決スヘク届出ノ時期ヲ以テ直チニ廢業ノ時期ナリト斷ス
ルコト能ハス(大阪控訴院決定法律
新聞七七六號二二頁)

理論トシテハ明白ナリト雖ドモ實際ニ於テハ困難ナル問題ナリ吾人ノ信スル所
ニヨレバ既ニ廢業届出ヲ爲シ且ツ店舖ヲ閉鎖シ及廢業ノ告白ヲ爲シタリトスル

モ其閉鎖又ハ告白ガ破産宣告ヲ免レンガ爲メノ意思ヲ以テ爲シタル狀況アリ又ハ融通閉塞ノ爲メ閉鎖又ハ告白アリタル如キ場合ハ尙ホ商人タル資格ヲ失フヘキモノニアラストス

三三〇 貨物引換證券作りタルトキハ運送ニ關スル事項ハ運送人ト所持人トノ間ニ於テハ貨物引換證券ノ定ムル所ニ依ル
三六一 預證券及買入證券作りタルトキハ寄託ニ關スル事項ハ倉庫業者ト所持人トノ間ニ於テハ其證券ノ定ムル所ニ依ル
六二九 第三百三十四條……ノ規定ハ船荷證券ニ之ヲ準用ス

貨物引換證券預證券質入證券船荷證券等ノ發行者ハ其記載ノ文言通り絕對ノ責任ヲ負フヤ

貨物引換證券ハ有因証券タルヲ以テ運送契約カ有效ニ成立セザリシトキハ證券上ノ責任ヲ負フコトナシ但發行ノ過失ニ付一般ノ原則ニ從ヒ賠償責任アルハ勿論ナリ(松本博士法學志林一二卷三號六八頁)トノ説アルモ之レ證券的性質ト相容レス運送人ハ其記載事項ニ付テハ絕對ニ其責任ニ任セザル可ラサルハ債權カ所謂證券的債權タルコトヲ認メタル當然ノ結果ナリ蓋シ貨物引換證券カ有因証券ナリト云フハ證券上ノ債權カ證券ノ記載ニ於テ單純ナル給付約束ニアラスシテ運送契約ニ因ル返還義務ナリト云フニ過キス故ニ原因關係ニ於ケル事項ハ證券面ノ記載カ許ス範圍ニ於テノミ債權ノ效力ニ影響スルニ止マリ運送品カ受取ラレタリト記載アル以上ハ實ハ之ヲ受取ラス

ハ物品カ異ナルコトナリ理由トシテ證券ノ效力ヲ左右シ得ヘキニアラサルコト恰カ原因關係ト手形行為トカ無關係ナルト同一ナリ(竹田學士京都法學會雜誌第七卷三號九四頁以下要領)

本論ト稍ヤ一致ノ見解ヲ採ルハ岡松博士ナリ則チ原則トシテ證券面ノ記載ニヨリ責任ヲ負ハサル可カラズ但シ不實ノ記載カ證券發行者ノ過失ニアラサルトキハ然ラズト云フニ在リ(論叢三卷二號一〇九頁)然ルニ通説ハ本論ニ反對シ手形ガ其文言ニ從ツテ責任ヲ負フト云フ無因證券ト異ナリ要因證券ナリ要因證券ノ意義ハ本論ノ如ク解セシテ運送契約又ハ寄托契約其モノト解シ若シ是等ノ契約ガ成立セス又ハ物件カ異ナルトキハ發行者ハ其契約限度ニ於テ義務ヲ負フノミニシテ記載ニヨリ義務ヲ負ハス但シ過失アリタルトキハ別ニ過失ノ責任ヲ負フヘシトナシ證券轉々ノ場合ニ於テモ然リトナス(片山學士中央大學講義商行為編一頁松本博士中央大學講義) 一行爲編九三頁以下參照) 吾人ハ通説ニ賛ス殊ニ本論カ手形關係ト對照シテ全一ニ見タルハ失當甚ダシキモノト信ス 振出人破産シタルトキハ保證ヲ爲シタルコトヲ理由トシテ銀行ハ破産財團ニ對

シ該保證額支預金ノ支拂ヲ拒ミ得ヘキヤ

小切手ノ支拂保證ハ商法中何等規定ノ之ヲ認ムルモノナキニ拘ハラズ實際上慣行セラル、モノ、如シ而シテ手形法中之ヲ認ムル規定ナキヲ以テ其手形法上ノ效力ナキハ明白ナリ(大審院判決第一七輯一四六頁)然レトモ其果シテ單純ニ振出人ト支拂人トノ間ニ資金關係ノ存在スルコトヲ明記シテ銀行内ノ關係ニ於テ支拂アルヘキコトノ記號ヲ附シタルモノニ過キザルカ又一種ノ法律關係ヲ生スヘキ法律行為アリタルコトヲ表スルモノナルカ疑問ナリ法律規定ノ之ヲ解決スルモノアルコトナシ今假ニ法律上ノ效力アル記載トスルモ之ヲ大審院ノ解釋スル如ク支拂人カ支拂ヲ爲スヘキ絕對的債務ヲ負擔シタルモノト觀ルヘキカ又ハ支拂人カ振出人ノ保證ヲ爲シ之レニ因リテ振出人ノ連帶保證人ト爲リタルモノト觀ルヘキカ(商法二七三條二項)ハ疑問ナリ

法律規定ノ之ヲ解決スルモノアルコトナシ故ニ是等ノ問題ハ畢竟スルニ當事者ハ意思解釋ノ事實問題ニ歸着スルモノト謂ハサルヘカラス而シテ大審院ノ見解ノ如キ商慣習ニシテ假シ存在スルモノトスレハ一應ハ其慣習ニ從ヒテ當事者ノ意思ヲ解釋スヘキモノト謂フヘシ

假ニ支拂人カ支拂保證ニ因リテ支拂ノ絕對的義務ヲ負フモノト觀察シ之ト振出人トノ間ニ於テ質疑ノ謂フ如キ契約ヲ爲セリトスレハ其契約ハ何人ニ對シテモ效力アルヘク其效力ヲ否認スヘキノ理由ナキカ如シ然レトモ破産財團ニ對シテハ之ヲ以テ對抗スルコトヲ得サルモノナルヘシ(民法九〇條九一條)(松本博士論說法學志林一四卷二號六五頁以下要領)

本論前段ニ付テハ其説明ノ如ク法律上何等ノ規定ナキヲ以テ頗ル疑問ナリト雖

トモ而カモ當事者ノ意思解釋ニ屬スル問題ニハアラサルヘキ様ニ思ハル蓋シ小切手ハ數人ノ所持人ニ轉々スベク而シテ法律行為ノ當事者ハ振出人ト銀行ノミニシテ權利者タル所持人ハ更ニ關與セサルモノナルヲ以テ所持人對支拂人ノ權利義務ノ關係ニハ更ニ意思解釋ヲ生スベキ餘地ナク左リトテ又振出人ト銀行トノ間ノ意思解釋ヲ所持人ニ及ホスヘキハ不當ナルヲ以テナリ故ニ結局大審院判例ノ如ク支拂人タル銀行ハ小切手面ニ之ヲ記載スルニ因リテ所持人ノ何人ニ對シテモ之ヲ支拂フヘキ商慣習法存在スルヤ否ヤニヨリテ決スルノ外ナク而シテ現今ニ於テハ既ニ此慣習法存在スルモノト見ルヲ正當ト信ス

本論後段ノ問題ニ付テハ保證ヲ記入スルト同時ニ預金ヲ引去ルヘキ契約アル以上ハ又其契約ニ從ヒ既ニ預金ヲ引去リタリトスル以上ハ此契約ノ效力ハ何人ニ對シテモ對抗シ得ヘキハ明白ナリト信ス

六一四 航海又ハ運送ガ法令ニ反スルニ至リタルトキ其他不可抗力ニ因リテ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサルニ至リタルトキハ各當事者ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得
前項ニ掲ケタル事由ガ發航後ニ生シタル場合ニ於テ契約ノ解除ヲ爲シタルトキハ備給者ハ運送ノ割合ニ應ジテ運送貨ヲ支拂フ事ヲ要ス

判決ノ執行ニヨリ契約目的物ヲ失ヒタルガ如キ場合モ不可抗力ト云フコトヲ得
ヘシ』

貨物ヲ積載シテ東京ヘ向ケ航行中明治三十九年一月二十六日志摩國鳥羽港附近ニ於
テ座礁シタルヨリ被上告人ハ其都合ニ依リ積荷タル櫓木三十七挺ヲ除クノ外ハ之ヲ
他船ニ積移シテ東京ニ送附シタルレハ上告人カ運送スヘキ貨物ハ右櫓木三十七挺積存
スルニ過キサルコト、爲リタリ然ルニ其積存櫓木モ明治四十年六月二十五日上告人
ハ訴外人崎田儀平ヨリ保ル櫓木引渡請求事件ノ判決ノ假執行トシテ此櫓木ノ占有ヲ
喪失スルニ至リタルモノニシテ此ノ櫓木ノ占有ヲ喪失シテ契約ヲ爲シタル目的ヲ達
スルコト能ハサルニ至タルハ原判旨ノ如ク之ヲ不可抗力ト稱シ得可キカ故ニ本件ニ
於テハ商法第九百十四條ヲ適用シテ上告人ノ請求ヲ認容スヘキモノナルニ原院カ同
條ヲ本件ニ該當セサルモノトシタルハ法律ノ解釋ヲ誤リタルモノニシテ上告人其理
由アリトス(大審院明治四十四年(オ)第三〇四號判決)

貸金業
質屋業ノ性

貸金業及質屋營業ハ商行爲ナリヤ否ヤ』

原裁判所カ商法二百六十四條第八號ノ所謂銀行取引トハ要スルニ金融ノ媒介行爲ヲ
ルコトヲ要スルモノニシテ單ニ金錢ノ貸付ケノミナ營業トスルカ如キハ銀行取引中
ニ包含セサルモノナレハ被控訴人先代貸借關係發生當時質屋營業金錢貸付業ヲナシ
タルコト争ヒ無シト雖モ本訴貸付ハ商行爲ニアラサルヲ以テ商法ノ規定ヲ適用スヘ
キモノニアラスト説示シ即チ貸借ノ資金ノ預リ又ハ貸付ヲ併セナスニアラスト單ニ金
錢貸付ノミナ營業トスルカ如キハ商行爲ニアラスト判定シタルハ固ヨリ相當ナリト
云フハ不當トス商法第二百六十四條第八號ニハ貸金業質屋營業ヲ包含セストスルモ
抑モ斯ル營業ハ古來我國ニ於ケル唯一ノ金融機關タリシコトハ更ニ疑ナキ處ニシテ
銀行ノ如キハ明治以來泰西ヨリ輸入セシモノニ過キス左レハ今商法ニ於テ直接ニ
恰當スヘキ明文ナシトスルモ類推解釋ニヨリテ之ニ該當スルモノアラハ比較上商行
爲ト看做ササルヘカラス云々(中略)全條第一號ニハ貸貸スル意思ヲ以テスル動産ノ有
價取得行爲及其貸貸行爲ハ何レモ其ノ商行爲タルコトヲ認ムルヲ以テ損料貸業(貸貸
借業)ノ如キハ商行爲タルコトモ亦疑ナ容レ果シテ然ラハ一定ノ利息ヲ得テ金錢(動
産ノ一種)ヲ貸與スルモノ(消費貸借業)ノ如キハ均シク商行爲トスルニ妨ナキカ如シ云
々(中略)

商法

二六四 左ニ掲ケタルニ行爲ハ營業トシテ之ヲ爲ストキハ之ヲ商行爲トス但專ラ貸金ヲ得ル目的ヲ以テ物ヲ製造シ
又ハ勞務ニ服スル者ノ行爲ハ此限ニアラス
一 貸貸スル意思ヲ以テスル動産若クハ不動産ノ有價取得若クハ貸借又ハ其取得若クハ貸借シタルモノノ貸貸ヲ目
的トスル行爲
八 兩換其他ノ銀行取引

人ニ交附シ貸借終了ノ後其物ノ返還ヲ受クルモノナルニ拘ラス金錢貸借ノ場合ニ於テハ貸主ハ金錢ノ所有權ヲ借主ニ移轉シ辨濟期ニ至リ之ト全額品等及數量ノ等シキ他ノ物ノ返還ヲ受クルニ過キサルヲ以テ貸借ト金錢貸借トノ間ニ大差アルモノト謂ハサルヘカラス加之本件ニ付テハ原審ノ確定スル所ニヨレハ金錢貸付ノ事實ノミアリテ其貸付ヲ爲ス意思ヲ以テ資金ノ借入ヲ爲シタルカ又ハ之ヲ有價的ニ取得シタルノ事實ナキヲ以テ商法第二百六十四條ヲ本件ノ場合ニ適用スルコトヲ得サルハ勿論全條ヲ類推解釋シテ本件貸借ヲ商行爲ト認ムルコトヲ得サルモノトス(東京控訴院民事第一部判決法律新聞七七八號一九頁)

本問ハ左ノ如ク二段ニ分チテ研究スルヲ便宜トス

金貸業ハ銀行取引ナリヤ則チ商行爲ナリヤ否ヤ

消極說

二六四條ニ銀行取引トアルハ銀行業者ノ爲ス取引ヲ意味ス通常銀行ノ爲ス金錢貸付ハ金錢融通ノ媒介行爲タルカ爲メニシテ金錢貸付ハ常ニ商行爲ナリト云フコトヲ得ス故ニ單ニ金錢ノ貸付ノミヲ業トスルモノハ商行爲ニアラス(四十一年大審院判決錄七八〇頁)

銀行取引トハ法令ノ規定ニヨリ銀行ニ於テ行フ所ノ法律行爲ヲ謂フモノニシテ諸預リ及ヒ貸付ヲ併セ行フモノニアラサレハ銀行取引ニアラス(三十七年大審院判決錄一六七七頁)

積極說

銀行條例ニ於テハ單ニ全條例ヲ以テ取締ルヘキ營業ヲ明ニシタルニ止マリ商法ノ意義ヲ限定シタルモノニアラス何トナレハ二六四條八號ニ兩換其他ノ銀行取引トアリテ兩換モ亦銀行取引中ニ包含サルニ拘ラス銀行條例ハ兩換營業ヲ銀行トセサレハナリ商法ノ銀行取引ノ範圍カ銀行條例ノ範圍ト同シカラサル證左ニシテ銀行取引ナル意義ハ銀行條例ヲ離レテ解釋セサルヘカラス元來銀行ナルモノハ西洋ノ業務ニ模シテ輸入サレタルモノナレハ西洋ニ行ハルル意義ニ從ヒ金錢ノ貸付モ我商法ノ銀行取引ト解スルヲ正當トス(梅博士法學志林第八卷第二號五〇頁)

全說(松本博士改正日本商法論四九〇頁)

全說(松本博士中央大學講義錄商行爲四二頁)

本問ハ右ノ如ク判例ト學說トカ全然反對ヲ示シ居レリ吾人ハ學說ニ贊同ヲ表シ金貸業ハ商行爲ナリト解ス蓋シ金貸業ノ實際ヲ見ルニ之ヲ營業トスルモノハ年々數十萬又ハ數萬圓ノ運轉ヲ爲シ純然タル商業ノ狀態ニ於テ業務ヲ行ヒ稍ヤ頭角ヲ顯シタル「ビルプロカー」ノ如キハ年々數百萬圓ノ巨額ノ貸付ヲ爲スモノアリ之ヲ社會ノ實際ヨリ見ルニ純然タル商業ナリ果シテ然ラハ今商法ノ明文解釋上肯否ニ途ニ説ヲ立テ得ヘキ場合ニ於テハ社會ノ實際ニ副フヘキ見解ヲ採ルヲ法律家ノ任務ト信ス吾人ハ此見地ヨリ判例ニ反對ヲ表サント欲ス

「質屋營業ハ商行爲ナリヤ則チ質屋營業ハ銀行取引ナリヤ」

消極說

質屋營業トハ質物ヲ擔保トシテ金錢ヲ貸付タル營業ナリ而シテ其金錢ノ貸付ハ二六三條ノ商行爲ニモアラス又二六四條ニ掲ケタル商行爲ニモアラス(毛戸博士法典質疑錄第五編一七九頁)
質屋カ自己ノ資本ノミ貸付クル場合ニ於テハ商行爲ニアラサルモ他ヨリ其資本ノ全部又ハ一部ヲ低利ニ預リ又ハ借入レタルトキハ二六四條第八號ニ所謂銀行取引ナルヘシ(梅博士法典質疑錄第五編一七九頁)

積極說

質屋營業ハ銀行條例ニアル銀行業者ニアラサルコトハ勿論ナリ然レモ二六四條第八號兩替其他ノ銀行取引トアルハ獨逸舊商法二七二條第二號「銀行家又ハ兩換屋ノ取引」トアルモノ及ヒ全新商法一條第二項第四號「銀行家及ヒ兩換屋ノ取引」トアルモノニ該當スルモノナリ而シテ獨逸ニ於テモ銀行家ノ取引ナル意義頗ル曖昧ナルモ多數ノ學說ニ從ヘハ金錢及ヒ有價證券ノ轉換ニ關シテ生スヘキ需要ヲ充スル目的トスル行爲トナシ之ヲ廣義ニ解セリ我商法モ亦獨逸商法ニ倣ヒタルモノニ外ナラサレハ質屋營業ノ如キ金錢ノ轉換ニ關スル重要取引行爲ハ之ヲ銀行取引ノ一種ナリト解スヘキモノナリ(松本博士法典質疑錄第五編一八四頁、全中央大學講義錄商行爲四二頁)

質屋營業モ亦社會ノ實際ヨリ見レハ純然タル商業ナリ吾人ハ金貸業ニ就テ論シタルト全一ノ見地ヨリ積極說ニ贊同ヲ表サント欲ス

會社解散
後ニ於ケル
社員ノ責任

一〇三 第六十三條ニ定メタル社員ノ責任ハ本店ノ所在地ニ於テ解散ノ登記ヲ爲シタル後五年ヲ經過シタルモ消滅ス
前項ノ期間經過ノ後ト雖モ分配セサル殘餘財產尙存スルモ會社ノ債權者ハ之ニ對シテ辨濟ヲ請求スルコトヲ得

會社ノ解散登記ノ時ヨリ五ヶ年間債權者ヨリ何等ノ請求ヲ受ケサリシ時ハ社員ノ責任ハ絕對ニ消滅スヘキモノナルト同時ニ其期間内ニ一旦請求ヲ受ケタルトキハ縱令其期間内ニ辨濟ヲ了セサルモ其責任ヲ免ルルヲ得サルモノトス

商法第百三條ニ於テ同法第六十三條ニ定メタル合名會社員ノ責任ハ會社解散ノ登記ヲ爲シタル後五年ヲ經過シタルモ消滅スト規定シタル所以ノモノハ社員ヲシテ永ク不定ノ地位ニ在ラサラシメンカ爲ニ外ナラス故ニ法意ノ存スル所ハ社員ヲシテ如上五年ノ期間内ニ在リテ其責任ノ有無輕重ヲ知ラシムルニ在リト謂ハサルヲ得ス何トナレハ其五年ノ期間經過シタル後ニ至リ清算ノ結果解散シタル會社ノ財產狀態ハ債務ニ屬スル部分債權ニ屬スル部分ニ超過シタル事實五年ノ期間内ニ存在シタル理由トシテ社員ヲシテ其辨濟ノ責任ニ任セシメンカ社員ハ五年ノ期間經過シタル後ト雖モ尙不安定ノ地位ニ在ルコト其期間内ト異ナラス法律ニ於テ法定期間ヲ設ケタル目的ハ大半之ヲ殺クニ至ル可シ由是之ヲ觀レハ社員ハ五年ノ法定期間内ニ會社ノ債權者ヨリ請求ヲ受ケサルトキハ永ク辨濟ノ責任ヲ免ルト同時ニ其期間内ニ一旦請求ヲ受ケタルトキハ假令其期間内ニ辨濟ヲ了セサルモ其責任ヲ免ルルヲ得サルモノト謂ハサルヲ得ス(大審院四四年(オ)二八三號四五年二月判決)

參考トナルヘキ學說左ノ如シ

六三條各社員ノ負擔スル責任ハ自己固有ノ債務トシテ會社が債務ヲ負擔シタル當時ヨリ既ニ成立スルモ會社カ債務完済不能ナル條件ノ到來ニヨリテ始メテ履行ノ義務ヲ生スルモノナリ此ノ義務ハ會社解散ノ登記後五年ヲ經過スルトキハ消滅ス(松波博士改正日本商法論一六八頁)

一〇三條五年ノ期間ハ各社員カ會社債權者ニ對シテ負擔スル責任ノ存続期間ナリ會社債權者ノ債權ノ消滅時効期間ニアラス故ニ固ヨリ時効中斷ノ問題ヲ生セス又一般ノ債權ノ時効期間ハ此ノ規定ニヨリテ何等影響スル所ナシ(五年ノ經過ニヨリテ會社債權者ノ債權ハ消滅スルニアラサルハ全條第二項ニヨリテ明ナリ(片山氏會社法原論一一〇頁))

株式ノ競賣

一五三 會社カ前條ニ定メタル手續ヲ竣シタルモ株主カ拂込ヲ爲ササルトキハ其權利ヲ失フ

前項ノ場合ニ於テハ會社ハ株式ノ各讓渡人ニ對シテ二週間ヲ下ラサル期間内ニ拂込ヲ爲スヘキ旨ノ催告ヲ發スルコトヲ要ス此場合ニ於テハ最モ先ニ滯納金額ノ拂込ヲナシタル讓渡人株式ヲ取得ス

讓渡人カ拂込ヲ爲ササルトキハ會社ハ株式ヲ競賣スルコトヲ要ス此ノ場合ニ於テ競賣ニ於テ得タル金額カ滯納金額ニ滿タサルトキハ從前ノ株主ヲシテ其不足額ヲ辨濟セシムルコトヲ得若シ從前ノ株主カ二週間内ニ之ヲ辨濟セサルトキハ會社ハ讓渡人ニ對シテ其辨濟ヲ請求スルコトヲ得

前三項ノ規定ハ會社カ損害賠償及定款ヲ以テ定メタル違約金ノ請求ヲ爲スコトヲ妨ケス

株式競賣ニ依リテ生シタル不足金ヲ讓渡人カ會社ニ對シテ支拂ヒタルトキハ自己ノ讓受人ニ對シテ求償權ヲ有ス可キヤ

按スルニ商法第百五十三條第三項ニ從ヒ會社カ株式ヲ競賣シタル場合ニ於ケル不足額ヲ從前ノ株主カ辨濟セサルトキニ各讓渡人カ會社ニ對シテ其不足額ヲ辨濟スルノ責

任ハ同時ニ發生スルモノニシテ其間ニ前後アルナク後位ノ讓渡人カ辨濟ノ請求ニ應セサルヲ待テ順次ニ前位ノ讓渡人ノ責任ヲ生スルモノニ非ス是レ會社ハ讓渡ノ順位ニ拘ラス其選擇スル讓渡人ニ對シテ辨濟ヲ請求スルコトヲ得ル法意ニ徴シ疑ヲ容レザル所ナリ斯ノ如ク各讓渡人ハ併立シテ不足額全部ヲ辨濟スヘキ責任ヲ負フカ故ニ其一人カ不足額ヲ辨濟シタルトキハ其辨濟ハ自己ノ會社ニ對スル法律上ノ義務ヲ履行シタルモノニシテ他ノ讓渡人ノ會社ニ對スル責任ヲ代テ盡シタルモノニ非ラス其辨濟ニ依リテ他ノ讓渡人ハ其責任ヲ免ルルニ至ルト雖モ是レ會社ハ重複ノ辨濟ヲ請求スルヲ得サルノ結果ヨリ生スル反射的効力ニ過サレハ此點ヨリ見ルトキハ他ノ讓渡人カ責任ヲ免ルルモ之レカ爲辨濟ヲナシタル讓渡人カ他ノ讓渡人ニ對シテ求償權ヲ有ス可キ理由ヲ生セサルモノトス然レ共凡ソ株式ノ讓渡人ニ對シテ求償權ヲ有ス可キモノナキ限リハ讓受人ハ未拂株主ノ拂込ヲ讓渡人ニ代リテナス可キ義務ハ勿論後ノ轉得者カ拂込ヲササル場合ニモ累テ讓渡人ニ及ササルノ責任ヲ引受ケタルモノト認メサル可ラス何トナレハ讓渡人ハ最早株主トシテノ利益ヲ收ムルコト能ハサルニ其利益ヲ增加ス可キ株主ノ拂込ノ責任ニ任スルカ如キハ普通アリ得ヘカラサルコトニ屬シ又轉得者カ拂込ヲ爲ササル場合ニモ直接會社ニ對シテ責任ヲ負フニ依リ此ノ場合ニ於ケル擔保責任ヲ讓受人ニ負擔セシムルノ事理ニシテ讓渡契約當事者ノ意思ニモ適スレハナリ株式ヲ競賣シタル場合ニ於ケル不足額ノ辨濟ノ責任ハ讓受人又ハ轉得者カ株主カ拂込マサルニ胚胎シタルモノナレハ讓受人ノ讓渡人ニ對シテ株金拂込ニ付キ負擔スル責任ハ不足額ノ辨濟ニモ及フヘキヤ論ヲ俟タス是レニ依テ之ヲ觀レハ讓渡人ハ會社トノ關係ニ於テハ自己ノ責任トシテ不足額ヲ辨濟スルノ責任ヲ負フト雖モ讓受人トノ關係ニ於テハ會社ニ對シテ不足額ヲ辨濟シタルトキハ讓受人トノハ讓受人ナルカ故ニ讓渡人カ會社ヨリ請求ヲ受ケテ辨濟シタルトキハ讓受人トノ

關係ニ於テハ讓受人ノ辨濟スヘキモノヲ代テ辨濟シタルコトナルヲ以テ讓受人ニ對シテ之レカ償還ヲ請求シ得ヘキハ當然ノ筋合ナリトス(大審院四四年(オ)三九三號四五年二月判決)

全趣旨ノ判例

株式ノ讓渡人カ不足金ヲ支拂ヒタルトキハ其讓渡人ハ求償權ヲ有スルハ勿論ナリ然レトモ其求償權タルヤ自己直接ノ讓受人ニ對シテノミ之ヲ有スルモノニシテ之ヲ論越シテ其後ノ讓受人ニ對シテ直接ニ求償ヲ爲シ得ヘキモノニアラス但シ不當利得ヲ原因トシテ從前ノ株主ニ對シテ求償シ得ルハ勿論ナリ(三十七年大審院判決錄一三七頁)

反對説

株式ノ讓渡人ハ不足額ヲ支拂ヒタルトキト雖モ別段ノ規定アルニアラサレハ自己ノ讓受人又ハ從前株主ニ對シテ求償權ヲ有スヘキモノニアラス(松波博士改正日本商法論二七八頁)

然レトモ株式ニ付テノ一切ノ利害ヲ移轉スルモノト見ルハ當事者ノ意思ニ適シ社會ノ實際ニ副フモノニシテ反對説ハ單ニ商法ノ規定ノミヨリ立論シタルモノ賛同ヲ表スルコト能ハス

金銭以外ノ財産ヲ以テ出資スル株式

左ニ掲ケタル事項ヲ定メタルトキハ之レヲ定款ニ記載スルニアラサレハ其ノ効ナシ

四 金銭以外ノ財産ヲ以テ出資ノ目的トシタル株式ハ之レヲ讓渡シ得ルヤ

現物出資ハ原則トシテ設立又ハ資本増加ト同時ニ全部ノ履行ヲ爲サルヘキモノナリ佛蘭千八百九十三年八月一日法ハ實ニ明文ヲ以テ全部ノ履行ヲ必要トスル旨ヲ定ム我商法ノ解釋トシテ此說ヲ採ルモノ無キニアラサルカ如シ若シ此說ヲ採ルトキハ本問發生ノ餘地ナキモ余ハ此說ヲ採ラス商法ニ明文ナキ以上ハ定款ヲ以テ別ニ履行ノ時期ヲ定メ又ハ分割シテ履行スヘキコトヲ定ムルヲ妨ケス然レトモ現物出資ハ特定ノ現物ニ付特定株主ノ履行ヲ必要トスヘキハ當ニ其性質上當然ナルノミナラス我カ商法モ又之ヲ豫想スル所ナルヲ以テ(商法第一二二條第四號第一二六條第二項第二號第二二條ノ二第二二條ノ三第一項第六號參照)之ニ對スル株券ハ全部履行ノ後ニ非ラサレハ之ヲ發行スルコトヲ得ヘカラス株券ノ發行時期ニ關スル商法第四百七條第一項及ヒ第二十七條第二項ノ規定ハ現物出資ニ關スル株式ニハ其適用ナキモハト謂ハサル可カラス(Karl Lehmann, Das Recht der Aktiengesellschaft, S. 376)又現物出資者ニ與サルヘカラス(松本法學博士法學志林一四卷三號六八頁以下要領)

現物出資ハ一時ニ全部拂込ムコトヲ要スト主張スルハ青木博士會社法論三〇三頁)又本論ト全一ナルハ片山氏會社法原論二四三頁)ニシテ其他ノ學者説明シタルモノアルヲ見ス然レトモ實際上安全ナルハ一時全部拂込説ニシテ若分割拂込ヲ認ムルモノトシ其拂込物件ノ價格則チ株式ヲ與フル數ノ決定上將來拂込ムヘキ物

件ノ價格ヲ評價シ現在拂込ミタル物件ト將來拂込ムヘキ物件トヲ合セテ金壹萬圓ノ價格アリトシ之ニ對シテ五十圓券二百株ヲ與フヘキモノトセンニ後日其物件ノ價格下落シ半額トナリタル如キ場合ニハ金七千五百圓ノ出資ニ對シテ額面金一万圓ノ株ヲ與フヘキ不當ノ結果ヲ生スヘシ故ニ其拂込物件ノ價格ヲ決定スヘキ必要上一時全部拂込説ヲ取ルヲ安全トスルノミナラス實際上ニ於テハ會社創立ニセヨ又資本増加ノ場合ニセヨ全部一時拂込ヲ完了スルニアラサレハ他ノ株主ハ安シテ株ノ引受ヲ爲ササルヘク現ニ比較的手續ノ復雜ナルコトヲ恐レ現今尙ホ現物拂込ノ實行ヲ見サルヨリ考フルモ然ルヘシト信ス

四三九

本編ニ規定ナキ事項ハ之レチ手形ニ記載スルモ手形上ノ効力ヲ生セス

利息又ハ損害賠償ノ支拂又ハ指圖文句等ヲ手形ニ付記シタル効力

本件約束手形ヲ普通約束手形ナリト信シ之ニ署名捺印シタルモノニシテ各署名捺印ヲ爲シタル當時該手形ニ被控訴人主張ノ如キ特約ノ記載アルコトヲ知ラザリシモノナリト抗辯スルモ(中略)之レチ知ラスシテ署名捺印シタルモノト認ムルヲ得ス(中略)指圖債權ハ所謂證券的債權ニシテ證券ヲ離レテハ其權利存在セサルヲ以テ證券ノ存在ハ實ニ指圖債權成立ノ要件ナリト云ハサヘルカラス然ルニ約束手形モ又證券的債權

約束手形
記載特別
効力

約束手形
記載特別
効力

ニシテ法律ニ特定セル形式の要件ヲ具備スルニ依リ成立シ右要件ヲ具備スル證券ハ約束手形タルノ性質及ヒ効力ヲ有スルカ故ニ之レニ手形金額以外ノ金額ヲ支拂フ旨ヲ記載シ且指圖文句ヲ付記スルモ手形ノ性質及ヒ効力ニ對シ何等ノ影響ヲ及スコトナク其證券ハ依然約束手形ナルヲ以テ他ノ點ハ指圖債權ノ成立要件タル證券存在セサル結果指圖債權トシテ全然無効ノモノト言フヘク從テ該手形ヲ裏書譲渡スルモ被裏書人ハ之レニ依リ指圖債權ノ所持人トシテ權利ヲ取得セサルヘシ本件約束手形ノ裏面ニハ本件債務者カ支拂ヲ遲滞シタルトキハ法定利息ノ外本金額ノ十分ノ二ノ金額ヲ豫定ノ損害賠償トシテ相加ニ振出人保證人及ヒ裏書人連帶シテ貴殿又ハ貴殿ノ指圖人ニ支拂ヒ可申候事ヲ特約スル旨ノ記載アリ同上手形裏面ニハ被裏書人ニ對シ表面ノ特約ヲ承認シ特ニ振出人及ヒ前署名ノ爲ニ保證スル旨ノ記載アリ(中略)本件法定利息及豫定損害金ハ前段説明ノ如ク指圖債權成立ノ要件タル證券存在セサルニ依リ指圖債權タルノ効力ナク從テ右手形ヲ裏書譲渡スルモ被裏書人タル被控訴人ハ指圖債權ノ所持人トシテ權利ヲ取得セサルヲ以テ本件約束手形ノ振出人又ハ裏書人タル控訴人ニ對シ本件金額ニ對スル請求權ヲ有セサルヲ勿論ナリ(廣島控訴院判決要旨)法律新聞七七號二四頁本問ニ付テハ異論アルカス同趣旨ノ判例左ノ如シ

法定ノ要件ヲ具備セル約束手形ニ指圖文句ノ記載アルモ之カ爲メニ他ノ指圖證券タル性質及ヒ効力ヲ發生スヘキモノニアラス振出人カ假令手形カ其効力ヲ失ヒタル場合ニ於テモ手形所載ト同金額ノ支拂ヲ約スル指圖證券トシテ効力ヲ保有セシムル停止條件付意思表示ヲ爲スモ無効ナリ(四十二年大審院判決録二〇八頁)

三三九

數人相次テ運送ヲナス場合ニ於テハ各運送人ハ運送品ノ滅失毀損又ハ延滞ニ付キ連帶シテ損害賠償ノ責ニ任ス

數人相次
運送ノ責
任

後ノ運送人カ荷送人ノ爲メニスルノ意ナクシテ前ノ運送人ノ下請負ヲ爲スカ如キ場合ハ數人相次ク運送ニアラスシテ後ノ運送人ハ直接荷送人ニ對シテハ何等ノ責任ヲ負ハス

商法第三百三拾九條ニ所謂數人相次テ爲ス運送即チ相次運送ハ或ル運送人カ荷送人ヨリ引受ケタル運送ニ付キ他ノ運送人カ荷送人ノ爲ニスルノ意思ヲ以テ相次テ運送ヲ引受ケタル場合ヲ謂フモノニシテ當初ノ運送人カ運送ノ全部ヲ引受ケ後ノ運送人カ荷送人ノ爲ニスルノ意思ナク當初ノ運送人ノ受託者若クハ下請負人トシテ爲ス運送ヲ包含セス蓋スル運送ニ在リテハ後ノ運送人ハ當初ノ運送人カ其ノ運送ノ爲ニ使テ用スルモノニシテ荷送人ノ爲ニスルノ意思アルモノニアラサレハナリ被告鐵道院ハ前段説明ノ如ク原告ト被告理三郎トノ運送契約ニ加入シタルモノニアラサルカ故ニ相次運送人ニ非ス單ニ理三郎カ運送義務履行ノ爲メ橫濱驛ヨリ栗橋驛迄ノ下請負ヲナサシメタルモノニ過サルヲ以テ原告ハ鐵道院ニ對シ何等賠償請求權ナシト判示シタルハ正當ナリ(大審院四四年(オ)三四一號四十五年二月判決)

通説ト一致ス松波博士改正日本商法論六〇四頁松本博士法典質議錄第五編二二八頁參照

小切手支拂銀行

五三三ノ二 小切手ノ振出人ハ呈示期間經過前ニハ支拂ノ委託ヲ取消スコトヲ得ス支拂人ハ呈示期間經過後ト雖モ小切手ノ支拂ヲ爲スコトヲ得

小切手振出人カ振出後十日以内ニ其支拂委託ヲ取消シタル場合ニ銀行ハ該小切手ノ支拂ヲ爲ササルコトヲ得キヘカ

第一項ノ規定ハ小切手支拂人ニ何等カノ義務ヲ負ハシメタルモノナルヲ解釋ニムニ説テ生スル事ヲ想像シ得ヘシ第一説ハ單ニ小切手振出人ハ委託ノ取消ヲ爲スコトヲ得ス故ニ又支拂人ハ其取消ノ申出ニ拘ラス有効ニ支拂ヲ爲シ得ヘキコトヲ規定シタルニ止マリ支拂人ニ何等ノ義務ヲ負ハシメタルニ非ス元來支拂人ハ手形上何等ノ義務ナキモノナルコトハ我カ手形法ノ原則ナリ(改正商法理由第四三八頁以下)然レトモ斯ク解スルトキハ本條ノ規定ハ殆ト實際存在ノ價值ヲ失フコトナル何トナレハ支拂人ト振出人トハ平常ノ取引關係上互ニ利便ヲ謀ルコト通常ナルモ支拂人ハ小切手取得者ニ對シテハ所謂赤ノ他人タルコト多キヲ以テ支拂人ハ振出人カ取消ヲ爲サントスルニ當リ法律上義務ナキ限リハ其希望ヲ容ルヘク所持人ノ利害ノ如キハ顧ル處ナカルヘキハ明ナリ

予輩ハ第二説トシテ次ノ解釋ヲ取ラントス本條ノ立法ノ主旨ハ小切手ノ信用ヲ維持シ其所持人ノ利益ヲ保護セントスルニアルハ論ナシ即チ本條ハ公益的規定ニシテ之ニ違反スル行為ハ無効ナルモノナリ換言セハ振出人ハ支拂ノ委託ヲ取消スコトヲ得サルモノナルヲ以テ之レニ違反シテ取消ストモ法律上効力ヲ生セサルハ固ヨリニシテ支拂人モ又無効ナル取消原因トシテ支拂ヲ拒絶スルコトヲ得サルモノト解シ得ヘシ(西村氏說法律新聞七七九號五頁要領)