

右ハ通説ト一致スル判決ナリ

受任者  
カ  
受領シタ  
ル金銭ノ  
所有權

六四七 受任者カ委任者ニ引渡スヘキ金額又ハ其利益ノ爲メニ用ユヘキ金額ヲ自己ノ爲メニ消費シタルトキハ其消  
費シタル日以後ノ利息ヲ拂フコトヲ要ス尙ホ損害アリタルトキハ其賠償ノ責ニ任ス  
受任者カ委任者ノ爲メ金銭ヲ受領シタルトキハ其所有權ハ當然委任者ニ屬スベ  
キヤ又ハ委任者ニ引渡ヲ爲スベキ債務ヲ負フニ止マルベキヤ

抑受任者カ委任者ノ爲メニ受取リタル金銭ハ之ヲ委任者ニ引渡スヘキ義務アルコト  
ハ勿論ナレハ其受取リタル金銭ノ所有權ハ委任者ニ屬スルヲ以テ原則トス民法第六  
百四十七條受任者カ委任者ニ引渡スヘキ金額ヲ自己ノ爲メニ消費シタルトキハ其消  
費シタル日以後ノ利息ヲ拂フコトヲ要ストノ規定ハ竊リテ以テ此理ヲ闡明スルニ足ル  
何ントナレハ若シ委任者ニ引渡スヘキ金額ノ所有權委任者ニ屬シテ委任者ニ屬セサ  
ル者トセンカ委任者カ之ヲ自己ノ爲メニ消費シタルトキハ委任者ニ損害アリ  
テ之ヲ賠償スルハ格別ナレトモ毎ニ必ス利息ヲ拂フヘキ理アルヘカラサレハナリ(大  
審院四四年(オ)三七三號)

本件判決ニ就テハ反對ノ學說アリ左ノ如シ聊カ疑義アルヲ免レス

一、委任ハ必スシモ代理ヲ目的トスルモノニアラサルカ故ニ受任者カ自己ノ名ヲ以テ  
權利ヲ取得シタル場合ハ假令委任者ノ爲メニ取得スルモノ且自己カ權利者トナリ  
唯速カニ委任者ニ權利ヲ移轉スヘキ義務ヲ負フノミ故ニ受任者カ委任者ノ爲メニ  
取得シタル權利ハ常ニ委任者ニ屬スルモノトナスヘカラス(梅博士民法要義卷三、七

三四頁)

二、全說(横田博士債權各論四四八)

解除權ノ  
消滅

五四八 解除權ナ有スル者ガ自己ノ行爲又ハ過失ニ因リテ著シク契約ノ目的物ヲ毀損シ若クハ之ヲ返還スルコト能  
ハサルニ至リタルトキ又ハ加工若クハ改造ニヨリテ之ヲ他ノ種類ノ物ニ變シタルトキハ解除權ハ消滅ス  
目的物ノ一小部分ニ對スル加工又ハ改造ノ如キハ本條ノ適用ヲ生セス

民法第五百四十八條第一項ノ規定ハ契約當事者一方ノ解除權行使ニ因リ相手方ヲ原  
狀ニ復セシムルニ付不確實ナル損害賠償ノ方法ニ依ルノ外適當ニ其目的ヲ達スルコ  
ト能ハサルニ至リタルカ如キ場合ヲ豫想シタルモノナレハ契約ノ目的物數多アル場  
合ニ其中重要ナラサル僅少ノ部分ニ加工シテ之ヲ他ノ種類ノ物ニ變シ又ハ之ヲ返還  
スルコト能ハサルニ至リタルモ尙ホ多大ノ部分殘存シ一般取引ノ觀念ニ於テ原狀回  
復ノ目的ヲ適當ニ達スルコトヲ得ヘキトキノ如キハ全法條ノ規定ニ依リ解除權ヲ消  
滅セシムル法意ニ非ラスト解スルヲ至當トス(大審院明治四十四年(オ)三六四號)

法律行爲  
取消ノ  
果

二二一 取消シタル行爲ハ初ヨリ無効ナリシモノト看做ス但シ無能力者ハ其行爲ニヨリテ現ニ利益ヲ受クル限度ニ  
於テ償還ノ義務ヲ負フ  
七〇三 法律上ノ原因ナクシテ他人ノ財産又ハ勞務ニヨリ利益ヲ受ケ之レカ爲メニ他人ニ損失ヲ及ホシタル者ハ其  
利益ノ存スル限度ニ於テ返還スルコトヲ要ス

取消ノ結果給付ヲ受ケタル者ニ對シ其受ケタル利益ノ返還ヲ請求シ又ハ不當利

民法

得ヲ原因トシテ請求スルモ請求者ノ自由ナリ

按スルニ民法百二十一條ノ規定ニ依レハ取消シタル法律行為ハ初ヨリ無効ナリシモ  
ノト看做テ以テ第一ニ取消アリタル法律行為ノ効力ハ當然未ダ曾テ發生セザリシト  
全一ノ狀態即チ原狀ニ復スルモノトス故ニ該行為ニヨリテ利益ヲ取得シタルモノハ  
悉ク之ヲ相手方ニ返還セサルヘカラス從テ法律行為ニヨリテ給付ヲ爲シタル者ハ行  
爲取消ノ後其効力トシテ相手方ニ對シテ給付ニ因リテ取得シタル利益ノ返還ヲ請  
求スルコトヲ得ヘカ第二ニ當事者ノ一方カ他方ニ對シテ財産ノ給付ヲ爲スノ原因タ  
ル法律行為カ取消サレタルトキハ財産上ノ給付ヲ受ケタル者ハ法律上ノ原因ナクシ  
テ他人ノ財産ニ因リ利益ヲ受ケ之カ爲メニ他人ニ損失ヲ及ホシタル者ト爲ル從テ斯  
ル行為ニヨリテ財産上ノ給付ヲ爲シタル者ハ之ヲ受ケタル相手方ニ對シテ不當利得ノ  
原則ニ基キ利益ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ヘシ而シテ法律行為ニヨリテ財産上ノ給  
付ヲ爲シタル者ハ法律上別段ノ制限ナキヲ以テ其行為取消ノ後自己ノ撰擇ニ從ヒ取  
消ノ効力トシテ利益ノ返還ヲ請求シ又ハ不當利得ノ原則ニ基キテ利益ノ返還ヲ請求  
スルヲ得ルコト言テ俟タサル所トス(大審院明治四十四年オ三八三號)

右ハ學說上異論アルヲ聞カス然レトモ唯タ注意スベキハ法律行為ノ取消ハ常ニ  
不當利得ヲ伴フモノニハアラサルコト是レナリ

離婚ノ原  
因タル重  
大侮辱

全居ノ蓄妾ハ妻ニ對シ重大ナル侮辱トナルヤ

八三三 夫婦ノ一方ハ左ノ場合ニ限リ離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得  
五 配偶者ヨリ同居ニ堪ヘサル虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキ

妻カ家出ノ後夫カ他ノ婦女ヲ雇入レ之ヲ妾トシテ全居シ妻ハ如ク遇シ家事上ノ事項  
一切之レニ委託セルニ至リタル其動機カ妻ノ家出アリタル爲メ生シタルモ其家出  
タルヤ夫カ妻ヲ遇スルコト苛酷ニシテ妻カ夫ト同居ヲ爲スニ堪ヘザリシ場合ニ於テ  
右夫ト他ノ婦女トノ關係行為ハ妻ニ對スル重大侮辱ナリトナスニ足ル(大坂控訴院判  
決要旨法律新聞七七四號二十二頁)

如斯亂行ハ世間ニ對シ妻ノ面目ヲ害スルコト甚タシキモノニシテ重大侮辱タル  
ハ勿論ナリト云フヘシ

債權讓渡  
ト惡意ノ  
第三者

債權讓渡ハ惡意ノ第三者ニ對シテモ通知又ハ承諾ヲ要スルヤ

四六七 指名債權ノ讓渡ハ讓渡人カ之ヲ債務者ニ通知シ又ハ債務者カ之ヲ承諾スルニア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ス  
前項ノ通知又ハ承諾ハ確定日附アル證書ヲ以スルニアラサレハ之ヲ以テ債務者以外ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス  
債權ノ讓渡ヲ知ラサル場合ニ限リ債務者ニ對スル通知又ハ承諾ヲ以テ之ニ對スル條  
件トナシタルニアラス却テ民法ハ取引ノ安全ヲ保ツノ必要上第三者ノ意思ノ善惡ヲ  
問ハザリシコトハ法文ニ何等此點ニ關スル區別ヲ爲サザリシニ依リテ之ヲ確認スル  
コトヲ得ヘシ(大審院四十四年オ四二八號)

債權上  
ノ效力ヲ  
生ズル時  
期

地代値上ノ慣習

値上ノ効力ヲ生ズル時期ハ請求ノ時ヨリナルカ將タ借地人ノ全意又ハ判決アリタル時ヨリナルカ  
東京控訴院民事第二部ニ於テハ從來ノ判例ニ反シ地主ノ一片ノ通知ニヨリ直チニ効力ヲ生ズルモノニアラズシテ全意又ハ其判決アリタル時ヨリ値上ノ効力ヲ生ズルモノト判決シタリ(法律新聞七七一號一九頁)

此判決ノ適否聊カ疑義ナキ能ハス蓋シ値上ノ原因ハ承諾又ハ判決ニアルニアラスシテ慣習ニ在ルコト明白ナレバ該慣習上値上ノ事實發生シ之ヲ請求シタル時期ヨリ效果ヲ生スベキモノト解スルヲ正當ト信ス

相續人ノ被相続人ノ死亡  
除取消ノ戸主  
除取消ノ戸主ノ死亡

九七八 推定家督相續人ノ廢除又ハ其取消ノ請求アリタル後其裁判確定前ニ相續カ開始シタルトキハ裁判所ハ親族利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ因リ戸主權ノ行使及遺產ノ管理ニ付キ必要ナル處分ヲ命ズルコトヲ得廢除ノ遺言アリタルトキ亦全シ

推定家督相續人廢除取消ノ訴ニ於テ訴訟繫屬中原告タル被相續人(戸主)死亡シタルトキハ其訴訟手續ヲ如何ニスヘキカ

本條規定ノ趣旨ヨリ見ルモ訴訟ガ當然消滅スベキモノト解スル能ハズ又人事訴訟法第三九條第四項ニ於テ同法第二條三項ノ規定ヲ準用スルガ故ニ檢事ガ訴訟手續ヲ承繼スベキモノナリト法曹會ハ決議シタリ(法曹會記事二二卷二號四一頁以下參照)至當

賣買ノ豫約ニ基キ權利ノ性質

ノ見解ト信ズ

五五六 賣買ノ一方ノ豫約ハ相手方ガ賣買ヲ完結スル意思ヲ表示シタル時ヨリ賣買ノ効力ヲ生ズルコトヲ得ルニ因リテ消滅ス  
一六七ノ二 債權又ハ所有權ニ非ラザル財産權ハ二十年間之ヲ行ハザルニ因リテ消滅ス

賣買豫約ヲ完結セシムルノ權利ハ債權ナリヤ將タ債權又ハ所有權ニアラサル財産權ナリヤ

民法第五五六條第一項ニ依レバ賣買ノ一方ノ豫約ハ相手方ガ賣買ヲ完結スル意思ヲ表示シタルトキヨリ賣買ノ効力ヲ生ズルコトヲ得ルニ因リテ消滅ス  
被上告人ニ對シ單ニ一定ノ代金ヲ以テ本件地所ヲ買受ケル旨ノ意思表示ヲ爲スニヨリ賣買ノ効力ヲ生セシムルコトヲ得ベク然ラバ本件ノ場合ニ於テ賣買ノ豫約ニ基クテ上告人ノ權利ハ被上告人ニ對シ一定ノ代金ヲ以テ本件地所ヲ買受ケル旨ノ意思表示ヲ爲シ以テ有効ニ賣買ヲ成立セシムルコトヲ得ルノ權利タルニ止マリ被上告人ナシテ意思表示ヲ爲サシムル權利ニアラザルナリ  
凡ソ債權ハ特定人ヲシテ特定ノ事ヲ爲シ又ハ爲サバシムルノ權利ニシテ本件ノ賣買ノ豫約ニ基クテ上告人ノ權利ハ特定ノ人ヲシテ特定ノ事ヲ爲サシメ又ハ爲サザラシムルモノニアラズ單ニ權利者ノ意思表示ノミニ因リ法律行爲ヲ成立セシムルコトヲ得ルノ權利ニ外ナラザレバ所謂形成權ノ一種ニ屬シ債權ニアラザルモノト謂ハザルベカラズ  
民法ハ財産權ナル文詞ヲ使用スト雖モ財産權ノ何タルヤニ付テハ直接ニ之ヲ定義シタル規定モ存セザルヲ以テ民法ノ規定ニ依リテハ直接ニ其意義ヲ定ムルコトヲ得ズ又之ヲ學說ニ徵スルニ或ハ財産權ヲ以テ金錢上ノ價值ヲ有スル權利トナシ或ハ處

分スルヲ得ヘキ權利ナリト云ヒ又或ハ各人カ處分スルコトヲ得ヘキ目的ヲ有スル權利ナリト主張スル等頗ル多岐ニ涉レトモ權利者カ自己ノ意思ヲ表示スルコトノミニ因リ賣買ヲ成立セシムルコトヲ得ルノ權利ハ財產權ノ一種ナルコト疑ヒナキテ以上告人ノ右ノ權利ハ財產權ノ一種ナリト云フ事ヲ得ヘシ

右ノ如キ權利ハ前掲取消權ノ如ク二十年ヨリ短キ時効ニ因リ消滅スル旨ノ規定毫モ存スルコトナキテ二十年ノ時効ニヨリ消滅スヘキモノト爲スヘク從テ民法施行ノ日ヨリ未タ二十年ヲ經過セサル今日ニ於テハ民法施行法第三十二條第三十一條但書及右民法ノ法條ニ依リ本件賣買ノ豫約ニ基ク告人ノ權利(即チ舊法ニ所謂出訴期限ナキ權利)ハ未タ時効ニ因リテ消滅セサルモノト謂ハサルヘカラス(東京控訴院判決法律新聞七七四號二四頁)

本件判決ハ賣買豫約ニヨル權利ノ性質ヲ頗ル明晰ニ闡明シ學者ノ好參考トナルヘキ有力ナルモノニシテ更ニ異論ヲ容ルヘキ余地ナシト信ス

自働車運轉手ノ過失

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

自働車運轉手ノ守ルヘキ注意ノ程度

自働車ヲ運轉スル者ハ常ニ精密ナル注意ヲ拂ヒ專ラ公衆ノ生命身體及財產ニ對シ危害ヲ及ボサ、ランコトニ留意セサルベカラス若シ然ラサルニ於テハ自働車ノ運轉手トシテノ相當ノ注意ヲ怠リタルモノト認メ賠償責任ヲ負ハサル可カラス而シテ本件ニ於テ精密ニ自働車ハ進行スル前方ヲ注視シタランニハ廣キ公道ニ於テ必ス被害ヲ

他人ノ物ヲ以テ爲物シタル効力辨

避ケ得タルモノト認定ストノ判決アリ(東京控訴院民事一部法律新聞七七二號一九頁)

自働車カ適度ノ速力ヲ以テ前方ニ注意ヲ拂ヒツ、進行セハ事變ヲ生スルハ稀ナルベシト雖トモ笛又ハベルヲ強ク鳴ラシテ進行スル以上ハ前方ヲ注視スル責任ナク通行人ヲ一掃スベキ權利アル如ク解スルハ誤謬ニシテ其性質上必ス前方ヲ注視スヘキ責任アルモノト見ルヲ至當トス英國ニ於テモ一般舉證ノ原則ニ反シ自働車ノ事變ニ付テハ駁者ニ過失ナカリシコトノ立證責任ヲ負ハシムルハ危險ノ性質ヨリ來ル結果ト云フベシ

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

四七五 辨濟者カ他人ノ物ヲ引渡シタルトキハ更ニ有效ナル辨濟ヲ爲スニ非サレハ其物ヲ取戻スコトヲ得ス

辨濟トシテ他人ノ物ヲ債權者ニ引渡シタル場合ニ於テ債權者其物ニ付キ民法第一九二條ニ因リ其物ノ所有權ヲ取得シタルトキハ其辨濟ノ効力如何

債權者ハ其意思如何ニ拘ラス辨濟トシテ引渡サレタル物ノ所有權ヲ取得シ之ニ依リテ債權ハ消滅ス其消滅ノ理由ニ付テハ二說アリ

一 說ニ曰ク辨濟ハ無効ナルモ債權ハ目的ヲ達シタルカ故ニ消滅ス辨濟ハ債務ノ内容

タル給付ヲ實現スル債務者ノ行爲ナルカ故ニ所有權ノ取得カ債務者ノ所爲ニ因ラサル本問ノ場合ハ辨濟ニ非ス目的ノ實現ニヨリ債權消滅スルモノナリ  
 二說ニ曰ク我民法ハ第三者ノ辨濟モ亦辨濟トナスカ故ニ債務者ノ行爲ニ因ルコトヲ以テ辨濟成立ノ必要條件トナササルモノト云ハサルヘカラス本問ノ如キ債務者ノ行爲ヲ直接ノ原因トシテ債務ノ目的カ實現セラレタルニアラスト雖モ債務者ノ行爲ニ胚胎スルモノナルカ故ニ之ヲ辨濟ト解シテ妨ケナキモノナリ  
 余ハ二說ヲ探ル(鳩山氏法學志林十一卷第十一號七〇頁要領)

辨濟ノ性質ニ關シテハ議論紛々トシテ揆一セス辨濟カ債權消滅ノ效果ヲ生スル理由ヲ債權ノ目的到達ニ歸スル目的到達説アリ之ヲ當事者ノ意思ニ求ムル法律行爲説アリ又之ヲ債務内容ノ實現ニ求ムル内容實現説アリ目的到達説ニヨルトキハ強制執行ニ依リ債務消滅スル場合モ辨濟ナリトノ結論ヲ生シ廣キニ失スルヲ以テ賛スルヲ得ス又法律行爲説ニ依ルトキハ債權者カ債務者ノ辨濟トシテ爲シタル給付ヲ辨濟トシテ受領セス贈與トシテ受領セル場合ニハ辨濟ハ成立セサルコトトナリ我民法カ債務者ニ辨濟充當權ヲ認メタル趣旨ニ反スルヲ以テコレヲ排斥セサルヘカラス吾人ハ内容實現説ヲ正當ト信シ本問ノ場合ニ於テ假令間接ナルモ尙債務者ノ行爲ニヨリ債權ノ内容ヲ實現セシメタルモノナルカ故ニ辨濟ハ有效ナリトノ説ニ賛同ヲ表スルモノナリ

停止條件  
 付土地ノ  
 買賣假登  
 記ノ效力

二二七

停止條件附法律行爲ハ條件成就ノ時ヨリ其效力ヲ生ス

二二八

解除條件附法律行爲ハ條件成就ノ時ヨリ其效力ヲ失フ

當事者カ條件成就ノ効果ヲ其成就以前ニ選ラシムル意思ヲ表示シタルトキハ其意思ニ從テ  
 二二八 條件附法律行爲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其行爲ヨリ生スヘキ相手方ノ利益ヲ害スルコトヲ得ス

停止條件付ニテ土地ノ賣買ヲ爲シ假登記ヲナシタル後所有者カ更ニ之ヲ他人ニ賣渡シ登記ヲ經タリ然ルニ其後ニ至リ條件成就シタル場合ニ最初ノ買主則假登記上ノ權利者ハ權利ヲ得ヘキヤ否

此問題ニ付法曹會ハ一二七條第二項ノ規定ニヨリ當事者カ條件成就ノ效力ヲ遡及セシメントシタル場合ニハ最初ノ買主カ權利ヲ得ヘキモ然ラサル場合ニ於テハ縱令假登記アリトスルモ權利ヲ得ルコト能ハスト決議シタリ(法曹記事二二卷三號五二頁以下)

法曹會カ本問題ヲ決議スルニ付單ニ條件ノ遡及ト不遡及ノ關係ヨリ見テ之ヲ斷定シ次條則第一二八條希望拘束ノ權利ヲ侵害シ條件ノ成就ニヨリテ受クヘキ相手方ノ利益ヲ廢滅シタル賣主ノ第二賣買ノ效力如何シテ願ミル所ナカリシハ重大ナル遺漏ニアラサルナキカ蓋シ第一二八條ノ解釋トシテハ僅カニ中島博士カ全條ニ反スル行爲ハ單ニ損害賠償ノ責任アルニ過キスシテ行爲自體ハ有效ナリ

ト解スルニ過キスシテ(中島博士民法釋義卷一、七四二頁通説ハ損害賠償責任ノ外  
 其行爲自體ヲ無効ノ行爲ナリト解ス(富井博士民法原論五〇四頁、平沼博士民法六  
 二八頁、岡松博士民法理由上卷三一〇頁、鳩山氏法律行爲乃至時效五一四頁)果シテ  
 此行爲自體ヲ無効ナリトスレハ問題トシテ起ルハ第一ノ買主ハ此無効ヲ第二ノ  
 買主ニ對シテ對抗シ得ヘキヤ否ニ在リ而シテ本問題ハ第一ノ買主カ條件成就ニ  
 ヨリテ權利ヲ得ヘキ假登記ヲ爲シアリタルモノナルニヨリ此假登記ノ效力ヲ以  
 テ第二買主ニ對抗シ得ヘキモノト解セサルヲ得ス何トナレハ若シ此場合對抗シ  
 得ストセハ停止條件付法律行爲ニ付キ登記法カ假登記ヲ許シタル制度ハ全ク何  
 等ノ效用ナキニ終ルヘキヲ以テナリ

債務ノ引  
 受

我民法ノ解釋トシテ債務ノ引受ヲ認メ得ヘキヤ

石坂博士ハ羅馬法以來ノ沿革ヲ詳論シ債權讓渡債務引受ヲ對照シテ其學說及立法例  
 ナ紹介シ佛伊其他佛法系ニ屬スル立法、索遜民法ヘツセン民法草案及ツレステン民法

(參照)五一四條 債務者ノ交替ニ因ル更改ハ債權者ト新債務者トノ契約ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得但シ舊債務者ノ意  
 思ニ反シテ之ヲ爲スコトヲ得ス

草案等ハ債務ノ更改ノミヲ認メ債務引受ヲ認メサルモ普國々法、バイエルン民法草案  
 英國民法等ハ種々ナル形式ニ於テ債務引受ヲ認メ獨乙民法(四一四條以下)ハ一般的規  
 定ヲ設ケ瑞西債務法ハ獨乙民法ニ倣ヒ匈牙利民法草案モ亦債務引受ヲ認ムル如ク一  
 般ノ立法例ハ之ヲ認ムル傾向ヲ有スルコトヲ說明セラレ我民法ハ佛法系ノ立法ト全  
 シク債務者ノ交替ニヨリ更改ノミヲ規定スルモ理論上債務引受ヲ認ムヘキコトニ解  
 釋シ得サルニアラズトシ其根據トシテ(一)債權ノ移轉ヲ認ムル以上ハ債務ノ移轉モ之  
 ナ認ムルヲ得サル可カラズ債權者ノ全意ヲ以テ債務ノ移轉ヲ認ムルハ何等妨クル所  
 ナシ(二)債務移轉ヲ認ムヘキ重要ナル根據ハ相續ニ依ル債務移轉ナリ固ヨリ相續ノ場  
 合ハ法律ノ規定ニヨリテ移轉ス然レトモ假令法律ノ規定ニヨリテ移轉ノ場  
 カ移轉スル以上ハ觀念上債務ハ移轉スルコトヲ得ルモノト言ハサル可カラズ云々ト  
 說明セラレ反對ノ學說ヲ舉ケテ一々其根據ナキコトヲ論駁シ且ツ債務移轉カ更改ト  
 異ナルハ從來ハ債務ニ附隨セル權利又ハ抗辯等其儘存續スヘキ實益アルコトヲ明カ  
 ニセラレタリ(法學協會雜誌三〇卷四號一頁以下)

吾人ハ博士ノ所論ニ賛全ヲ表ス蓋シ一方ニ於テ法律生活ノ必要上債務引受ヲ認  
 ムル實益アリ又一方ニ於テ之ヲ認ムルモ公ノ秩序及善良ノ風俗ニ反セス而シテ  
 純理上其可能ナルコト明白ナルト全時ニ我國法明カニ之ヲ禁止シタルモノト見  
 ルヘキナキ以上ハ勿論之ヲ認容スルモノト解スルヲ當然トスレハナリ本問ニ付  
 參考トナルヘキ學說及判例ヲ左ニ掲ク

○債務者カ他人ヲシテ其債務ヲ引受ケシムヘキコトヲ契約セル場合ニ於テ債權者カ  
 民法

○ 其他人ニ對シ直接ニ債務ノ履行ヲ請求スルニハ自己モ亦其契約一般ノ規定ニ從ヒ該契約ノ當事者ニ加入シタル事實ナカルヘカラス(四十二年大審院判決第一頁)

○ 債務ノ引受ヲ認メ得ヘキヤ否ヤハ債務其物ノ性質如何ニヨリテ定マル當事者ノ何人ナルヤハ債務關係ノ成立ニ影響セストノ說ヲ採レハ債務關係ヲ其儘存續セシメ債務者ヲ變更スルノ契約ハ債務ノ性質ニ反セス又公序良俗ニ反スルコトナキヲ以テ有效ナリ我民法ニ於テモ債務者ノ更替ニヨル更改ノ外ニ債務ノ引受ヲ認ムルコトヲ得ヘシ(横田博士債權各論日本大學講義錄八四九頁)

○ 我民法ニ於テモ債務ノ引受ヲ認ムルコトヲ得ヘシ

一、民法六九九條ニ明カニ債務引受ノ語ヲ使用セリ其意義亦債務者ノ交替ニヨル更改ト異リ毫モ債務ノ要素ニ變更ナク只同一内容ノ債務カ甲ヨリ乙ニ移轉スルニ過キス且ツ右引受ニ付キ債務者ノ意思ノ如何ヲ問ハサルニ徴スルモ債務ノ引受ヲ認メタル證左ナリ

二、民法五三七條ハ第三者ニ權利ヲ附與スル場合ノ規定ニシテ義務ノ免責ニ付テハ何等ノ規定ナキヲ以テ第三者ハ契約ノ成立ト全時ニ其效力トシテ義務ヲ免ル民訴六九九條ノ債務引受ハ此原則ノ適用ニ外ナラス

然レトモ第三者ノ權利ノ處分ヲ目的トスル合意ハ當然第三者ニ效力ヲ及ボスモノニ非ルカ故ニ新舊債務者間ノ契約ニヨリ債權者ハ直チニ新債務者ニ對シテ履行ヲ請求シ得サルモ此場合前ニ新債務者ト債權者トノ間ニ契約成立シタルトキハ舊債務者ハ其債務ヲ免レ債權者ハ新債務者ニ對シ履行ヲ請求シ得ヘシ

三、債務者ノ交替アルトキハ凡ヘテ更改ナリト云フヘカラス既ニ債權關係ト其主體トヲ分離シ債權ノ讓渡並ニ第三者ニヨル辨濟ヲ認ムル以上ハ當事者自體ハ常ニ債務ノ要素ト解スヘカラス五一四條五一五條ハ共ニ債務者又ハ債權者其人ニ重テ置カ

債務關係ニノミ適用アルモノニシテ五一三條ノ原則ノ例示ニ過キサル注意的規定ト解スヘキモノナリ(里見列事法律新聞五六三號三頁以下)

夫ニ對スル侮辱

斯クノ如キ行爲ハ夫ニ對スル重大ナル侮辱トナル

八一三 夫婦ノ一方ハ左ノ場合ニ限り離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得  
五 配偶者ヨリ同居ニ堪ヘサル虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキ

明治四十二年十二月末頃當事者ノ長女サナエハ控訴人ノ意ヲ受ケ情夫ト共ニ東京ニ奔リタルヨリ被控訴人ハ在京中木下賢一郎ニ打電シ取押エ方ヲ委託シ以テ木下ヨリ所在發見ノ報アルヤ被控訴人自ラ出京シタル其翌日明治四十三年一月三日控訴人ハ夫ノ不在ニ乘シ自宅ニ於テ森田淺吉ナル明治十五年四月生レノ男子ト深更ニ至ル迄酒肴ヲ共ニシテ歡樂ニ耽リ淺吉ヲ宿泊セシメ翌日相携エテ芝居見物ニ赴キタリ事實ハ當審ニ於ケル當事者双方ニ對スル本人訊問ノ結果森田淺吉ノ證言及原審ニ於ケル木下賢一郎ノ證言ヲ對照シテ之レヲ認ムルヲ得ヘシ志村フサ綿貫義三郎ノ原審證言ヲ綜合スレハ控訴人ハ病夫介抱ノ爲メ歸省スルニ當リ被控訴人カ同年四月十七日出張先ヨリ歸宅スルヲ豫期シ被控訴人ノ衣服食器等ヲモ他家ニ預ケ其實事ヲ被控訴人ニ秘シ次男正也(當時八歳)一人ヲ家ニ殘シ置キ同日被控訴人ノ歸宅セサルニ先チ出發シタルコトヲ認メ得ヘク乾長太郎木下賢一郎ノ原審證言ニヨレハ同年九月中控訴人ハ新聞紙代ノ受拂ニ差支エタリトテ之レカ支拂ヲ求ムル爲メ被控訴人ノ勤務先ナル静岡縣廳ニ至リ被控訴人ニ面會ヲ求メ謝絶セラレ、ヤ馬鹿ノコト故遇ワヌ事ナラント暴言ヲ吐キ被控訴人ノ下僚タル右兩名ノ證人ヨリ金若干ノ立替ヲ受ケテ歸宅シタルコトヲ認メ得ヘシ(中略)奥谷五十吉津田彌久茂百瀬親惠ノ當審ニ於ケル證言ニヨリ

テハ控訴人ノ縣廳ニ到リタル當時被控訴人ハ控訴人ト別居シ生活費ヲ控訴人ニ支給セザリシ事ヲ認メ得ヘシト雖モ新聞紙代ノ如キハ控訴人ニ取リテハ生活ノ必要費ト爲スヲ得サルヲ以テ之レカ支給ヲ迫ル爲メ夫ヲ其公務所ニ訪フカ如キハ不當モ又甚シト爲ササル可ラス當時靜岡縣技師タリシ被控訴人ノ地位ニ鑑ミレハ其妻タル控訴人ノ如上ノ所行ハ夫ニ對シ重大ナル侮辱ヲ加エタルニ外ナラスト旨フヘシ(東京控訴院民三部判決法律新聞七七八號二六頁)

本件事實ノ大體ヲ見ルニ其裏面ニ於テ夫モ幾分ノ責ヲ負フヘキ事情アルカ如クニ推察シ得サルニアラス然レトモ假令夫ニ如何ニ責ムヘキ點アリトスルモ又如何ナル事情アリトスルモ本件ノ如キ妻ノ行動ハ慥カニ離婚ニ値スル原因ナリト云フヘシ

雇傭契約  
違背ノ違  
約金  
豫定賠償  
金ト立證  
ノ立證

四二〇 當事者ハ債務ノ不履行ニ付損害賠償ノ額ヲ豫定スルコトヲ得此ノ場合ニ於テハ裁判所ハ其額ヲ増減スルコトヲ得ス  
賠償額ノ豫定ハ履行又ハ解除ノ請求ヲ妨ケス違約金ハ之レヲ賠償額ノ豫定ト推定ス

損害賠償ノ額ヲ豫定シタル場合ニ於テハ損害ノ事實ヲ立證スルコトヲ要セス單ニ債務不履行ノ事實アリタルコトヲ立證セハ足ル

期間内被控訴人ノ爲ニ洋服裁縫業ノ裁方主任兼支配人トシテ勞務ヲ供シ全力ヲ擧ケテ之レニ從事シ勤勉且ツ從順ニ右營業ニ關スル控訴人ノ指揮命令ヲ遵奉シ控訴人ノ

承諾ナクシテ業務上ノ秘密若クハ取扱事項ヲ他人ニ漏洩セサルコト執務時間ハ休日以外ノ各日ニ於テハ午前九時ヨリ午後七時迄トシ各執務日ニ於テ晝食ノ爲一時間宛店舖ヲ離ルルコトヲ得ヘキコト被控訴人ニ於テ右契約ヨリ生スル義務ノ何レノ部分ニテモ故意ニ其履行ヲ怠リタルトキハ控訴人ニ對シ損害賠償トシテ金五千圓ヲ支拂フ可キコトヲ約シタルコト明ナリ被控訴人ハ被控訴人カ右契約ニ基キ豫定損害金ヲ支拂フ場合ハ控訴人ニ損害ヲ加エル意思ヲ以テ右契約ニ依ル債務全部ヲ履行セサル場合ニ限ルモノ、如ク主張シ被控訴人ニ於テ嘗テ不履行ヲナシタル事實ヲシテ主張スレトモ乙第一號證ニハ單ニ故意ニ其履行ヲ怠リタルトキハ云々トアリテ故意トハ行爲ノ結果ヲ豫見シテ之レヲ希望シ又ハ少クトモ之レヲ認許シタル意思ノ狀態ヲ謂フモノナレハ右前段ノ主張ハ到底之レヲ採用シ難シ  
被控訴人代理人ハ債務不履行ニ付損害賠償ノ額ヲ豫定シタル場合ト雖モ之レカ支拂ヲ求メントスル債權者ハ不履行ニヨリ現實損害ノ生シタルコトヲ立證セサル可カラハ單ニ債務不履行ノ事實アラハ債務者ハ之レカ爲損害ノ生シタルト否トヲ問ハス直ニ之レカ支拂ヲ爲ササルヘカラサルモノナルヲ以テ控訴人ニ於テ右不履行ノ結果現實ニ損害ヲ蒙リタルコトヲ立證スルノ要ナキナリ(東京地方裁判所民一部判決法律新聞七七八號二二頁)

本件ハ通説ト一致スル判決ナリ全趣旨ノ判例左ノ如シ

當事者カ契約不履行ノ際違約者ノ支拂フ可キ金額ヲ豫定セル場合ニハ反對ノ契約ナキ限り違約者ヨリ其豫定額ヲ支拂フヘキモノニシテ損害ノ有無又ハ多少ヲ問フヘキニアラス(四十年大審院判決録三六頁)



五八〇 買戻シノ期間ハ十年ヲ超ユルコトヲ得ス若シ之ヨリ長キ期間ヲ定メタルトキハ之レヲ十年ニ短縮ス  
買戻ニ付キ期間ヲ定メタルトキハ後日之ヲ伸長スルコトヲ得ス  
買戻ニ付キ期間ヲ定メザリシトキハ五年内ニ之レヲ爲スコトヲ要ス

買戻契約カ停止條件付ノ場合ニハ其買戻期間ハ十年トスヘキカ又ハ五年トスヘキカ

公益規定ナリト雖モ其效力絶對的ニ非ラスシテ只制限期間ヲ超過スル部分ニ限り無効ト爲ス而シテ同條ニ於テ公益ニ反スルモノト認メタルハ其第一項所定ノ如ク十年ヲ超過スル部分ナリ同條第三項ヲ以テ單純ナル意思補充ノ規定ナリト解スヘカラサルハ明カナルモ少クトモ公益ヲ斟酌スルト同時ニ當事者ノ意思ヲ補充シタル規定ニシテ公益ニ反スルノ故ヲ以テ期間ヲ五年ニ制限シタルモノニアラス然レハ民法第五百八十条第三項ハ無條件買戻契約ニ於テ當事者ノ解除權ハ發生シタルニ拘ラス其行使ノ期間ヲ一定セザル場合ニ適用スヘク停止條件付買戻契約ノ如ク其性質上期間ノ無制限タルヘキ場合ノ如キハ第一項ノ制限内ニ於テ其希望ヲ保護シ第三項ヲ適用スヘキモノニ非ス是レ予カ冒頭ノ如ク斷スル所以ナリ否乎本件ノ如キハ事實問題トシテハ稀有ナリ然レ共法律上ニ於テハ重大問題ナリト信ス(渡邊判事法律新聞七七九號三頁要領)

本書民法二三頁停止條件付買戻契約ト買戻期間ト題シ評論アリ吾人ハ依然五年說ヲ是ナリト信ス

子其直系尊屬又ハ此等ノモノ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

法定代理人ヨリ爲ス認知請求ニ代理人自身ヲ原告トシタルコトハ失當ナリ

原告カ嬰兒ノ親權者トシテ提起シタルモノニアラスルヲ以テ不適法ナリトノ抗辯ニ付キ按スルニ凡ソ法定代理人カ無能力者ノ爲ニ爲ス行爲ハ法定代理人カ其資格ニ於テ有スル自己固有ノ權利ヲ行フモノニ非ラスシテ其代表スル無能力者ニ代テ之レヲ行フニ過キス而シテ認知ノ請求權者ヲ規定シタル民法第八百三十五條ニ所謂法定代理人モ亦此ノ解釋ノ範圍ヲ出ス可キモノニアラス然ルニ本件訴訟ニ依レハ原告ハ本訴ヲ提起スルニ該リ其私生兒男彌太郎ノ親權者タル資格ニ於テ同人ヲ代表シテ之レヲ爲シタルモノニアラスシテ直ニ自己ノ資格ニ於テ被告ニ對シ認知ノ請求ヲ爲スモノニシテ其失當タルヤ前段説明ニ照シテ明ナリ(大阪地方裁判所判決要旨法律新聞七七號二二頁)

全趣旨列例

民法八百三十五條ニ依レハ無能力者ノ法定代理人ハ獨立シテ認知ノ請求ヲ爲シ得ヘキカ如キモ之レ民法ノ主義ニ反スルモノナリ法定代理人ハ無能力者ノ財産ニ關スル行爲ニ付テハ常ニ之ヲ代表スルモ身分ニ關スル行爲ニ付テハ特別ノ規定アル場合ニ限り之ヲ代表スルノ主義ヲ探リタルモノニシテ八百三十五條ハ此主義ニ基キ代表權アルコトヲ認メタルニ過キス(三十五年大審院判決錄五四頁)

本件ニ就テハ有力ナル反對說ナシ一二アリト雖トモ願ルニ足ラス吾人ハ本件判

決ニ賛全ヲ表ス

條件ト期

四二 債務ノ履行ニ付キ確定期限アルトキハ債務者ハ其期限ノ到來シタル時ヨリ遲滞ノ責ニ任ス  
債務ノ履行ニ付キ期限ヲ定メザリシ時ハ債務者ハ履行ノ請求ヲ受ケタル時ヨリ遲滞ノ責ニ任ス

「松板買入ニ付正ニ借用受取候處實正也返濟ノ義ハ右品賣捌次第但新潟市鹽谷太平賣込ニ付該代金受取次第急度返金仕候」ト言フカ如キハ之レヲ條件ト解スヘキカ將タ期限ト解スヘキカ

法律行為ノ附款タル條件及ヒ期限ハ共ニ法律行為ノ效果ヲ制限スルヲ目的トシ條件ハ未來且ツ不確定ノ事實ノ成否ニ繫リ期限ハ未來且ツ確定ノ事實ニ繫ルモノナルコトヲ原則トスト雖モ敢テ絕對的ノモノニアラス素ト法律行為當事者ノ意思表示ノ一部ナレハ其意思ヲ參酌シテ定メサルヘカラス當事者力未來且ツ不確定ノ事實到來セサルモ尙債務ノ支拂ヒヲ爲シ又ハ消滅スヘキコトヲ希望シタルモノナルトキハ之レヲ期限付法律行為ト見ルヘク唯未來且ツ不確定ノ事實ニ繫レリトノ故チ以テ當事者ノ意思ニ反シ條件ナリト斷言スヘキモノニアラス原判決ハ甲第一號證ニ「一金百七十五圓也右者今般相川ヨリ松板買入ニ付借用正ニ受取候處實正也返濟ノ義ハ右品賣捌次第但シ新潟市鹽谷太平ニ賣込ニ付該代金請取次第急度返金仕候」トアリテ其趣旨タルヤ右百七十五圓ノ債務ハ被控訴人(被告)ニ於テ正ニ之レヲ負擔スルモ被控

訴人カ松板ヲ訴外鹽谷太平ニ賣込其ノ代金ヲ同人ヨリ請取タルトキニ於テ辨濟スヘシト言フニ在リテ右事實ノ到來スル迄ハ支拂ノ債務ヲ負擔セス若クハ右事實ノ到來セサルコト確定シタル時ハ其債務消滅シテ支拂フコトヲ要セストノ趣旨ニモアラスト解スヘキカ故ニ右事實ノ到來チ以テ期限ヲ定メタルモノト認ムヘキコトハ洵ニ控訴代理人(原告)主張ノ如シト雖モ控訴人カ其松板賣込代金ヲ受領スヘキ時期ニ付何等約定ナカリシ事ハ控訴人自認スル處ナレハ右債務ノ辨濟期ハ未來且ツ不確定ノ事實ノ到來ニ繫ラシメタルモノト言フヘシ從テ右事實ノ到來シタル場合ハ勿論到來セサルコト確定シタル場合ニ於テモ控訴人ハ履行ノ請求ヲ爲シ得ヘキコト論テ俟タスト説示シ明ラカニ被告上告人カ訴外鹽谷太平ニ松板ヲ賣込ミ其代金ヲ受領シタルトキナリテ已ニ負擔セル本件債務ノ辨濟期即チ期限ナルコトヲ斷定シアリ此斷定タルトキ誤認ナリト爲ス能ハサルノミナラス違法ナリト云フチ得サルモノトス(東京控訴院民一部判決法律新聞七七八號二三頁)

正當ナル見解ト信ス參考トナルヘキ判例及學說左ノ如シ

全趣旨判例

不確定ナル事實ノ發生ヲ以テ債務履行ノ時期ト爲ストキハ條件ヲ定メタルモノニアラスシテ期限ヲ定メタルモノナリ(三十二年大審院判決錄)  
消費貸借ニ因ル債務ニ付キ借主ノ立身ナル不確定ノ事實ヲ以テ其履行ノ期限ト爲スハ違法ニアラス(四十三年大審院判決錄七三九頁)  
客觀的ニ到來スヘキコトノ確定セサル事實ト雖モ當事者力其事實ノ到來チ俟テ既存ノ債務ノ履行ヲ約シ且其事實ノ到來セサルトキト雖モ常ニ其債務ヲ履行セント欲スル場合ニ於テハ當事者ハ條件ヲ約シタルニアラスシテ期限ヲ約シタルモノナ

此ノ場合ニ於テハ其事實ノ發生シタルコト及ヒ發生セサルコト確定シタルトキ  
ニ期限到來シタルモノトス(東京控訴院判決法律新聞四八〇號一七頁)

全説  
某事實カ發生スルカ又ハ發生セスシテ一定ノ期間ヲ經過スルモ尙ホ履行スヘキ意  
思アルトキハ期限ヲ付シタルモノナリ然レトモ之レ敢テ將來發生スヘキヤ否ヤ不  
確定ノ事實ヲ以テ期限トナシタルモノニアラスシテ此ノ事實ニ他ノ事實ヲ附加シ  
テ確定ノ事實トナシ其事實ヲ以テ期限トナセルモノナリ單純ニ不確定ナル事實ノ  
到來ニ係ラシムルハ條件ニシテ期限ニアラス(鳩山氏法律行為乃至時效四八二頁以  
下)

四三二

債權者カ損害賠償トシテ其債權ノ目的タル物又ハ權利ノ價格ノ全部ヲ受ケタルトキハ債權者ハ其物又ハ  
權利ニ付當然債權者ニ代位ス  
(參照)貯蓄銀行條例四 貯蓄銀行ハ貯蓄預金拂渡ノ擔保トシテ預金總額ノ四分ノ一ヨリ少ナカラサル金額ヲ利付國  
債證券又ハ地方債券ニテ備ヘ置キ之ヲ供託所ニ預ケ入ルヘシ(下略)

貯蓄銀行カ國庫ニ供託スル預金支拂保證金ノ供託行為ハ私法上ノ行為ナルヤ又  
ハ公法上ノ行為ナルヤ

貯蓄銀行條例第四條ニ依レハ貯蓄銀行ハ其貯蓄預金拂渡ノ擔保トシテ預金總額ノ四  
分ノ一ヨリ少ナカラサル金額ヲ利付國債證券又ハ地方債券ニテ備ヘ置キ之レヲ供託  
所ニ預ケ入ル、コトヲ要シ預金者ハ同條例第六條ニ依リ右供託證券ノ上ニ優先權ヲ  
有スルモノトス而シテ金庫ハ供託法第一條ニ依リ右供託物ヲ保管スルモノニシテ

券ノ供託ハ貯蓄銀行カ預金者ノ權利ヲ擔保トスルカ爲ニ之レヲ爲シ金庫モ亦此財產  
上ノ關係ニ付キ供託物ヲ保管シ預金者ノ利益ヲ保護スルモノナルコト明ナリ而シテ  
金庫カ證券ノ供託ヲ受ケ之レヲ保管スルニ付テハ公力ヲ以テ之レヲ強制スルモノニ  
非ラス故ニ供託物保管ニ關スル貯蓄銀行ト金庫トノ關係ハ上告人所論ノ如ク公法的  
關係ニ非ラスシテ全ク純然タル私法的關係ナリト解スルヲ至當トス從テ金庫ハ供託  
物ノ保管ニ關シテハ民法ノ規定ニ從ヒ受託者トシテノ義務ヲ負ヒ之レカ返還ヲ爲サ  
サルトキハ銀行ニ對シ損害賠償ノ責任セサルヘカラス本件ニ於テ株式會社西濃貯  
蓄銀行ハ其貯蓄預金拂渡シノ擔保トシテ係争ノ公債證券ヲ大垣支金庫ニ供託シタル  
モノニシテ金庫ト該銀行トノ關係ハ前示ノ理由ニ依リ私法上ノ關係ナルヲ以テ原  
カ本件ニ關シ民法第四百二十二條ヲ適用シテ判決シタルハ相當ナリ(大審院四五年  
二四號)

四三三

債權者カ債務ノ履行ヲ受クルコトヲ拒ミ又ハ之ヲ受クコト能ハサルトキハ其債權者ハ履行ノ提供アリタル  
時ヨリ選滞ノ責任ス

債權者ノ選滞ニ過失ヲ要スルヤ

債權者ノ選滞ハ債務者ノ選滞ノ如ク債權者ニ故意又ハ過失アルコトヲ豫想セス從テ  
債權者カ債務ノ提供ヲ受領セサルニ於テハ其之レヲ受領セサルハ債權者ノ故意過失  
ニ起因スルト又其不可抗力ハ債權者ノ急病ノ如キ其身上ニ於テ生シタルモノナルト  
災震洪水ノ如キ其一身ニ關セサル事由ヨリ生シタルモノナルト區別スルコトナシ  
即チ債務者カ履行ノ提供ヲ爲シタルトキハ債務者ハ其義務ノ履行ニ要スル一切ノ行

爲テ完了シタルモノナレハ債務者ニ不履行ノ責任ナキヲ以テ縱令債權者カ其提供ヲ受領スルコト能ハサルカ爲メ損害ヲ蒙ルモ其損害ハ債權者ニ於テ之ヲ負擔スルコトヲ要シ債務者ヲシテ之レヲ負擔セシムル事ヲ得ス是レ民法第四百九十二條ニ辨濟ノ提供ハ其時ヨリ不履行ニ依リテ生スル一切ノ責任ヲ免レシムト規定スル所以ナリ是レ債權者ノ遲滞ヨリ生スル唯一ノ効力ニシテ債權者ヲシテ其遲滞ヨリ生シタル債務者ノ損害ヲ賠償セシムルヲ以テ目的トスルモノニ非ラス(横田法學博士法學新報二二卷四號八三頁以下要領)通説ト一致シ更ニ異論ヲ挾ムヘキ餘地ナシトス

地上權消滅ノ確認

二六六

地上權者カ土地ノ所有者ニ定期ノ地代ヲ拂フ可キトキハ第二百七十四條及至第二百七十六條ノ規定ヲ準用ス

二七六

永小作人カ引續キ二年以上小作料ノ支拂ヲ怠リ又ハ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ地主ハ永小作權ノ消滅ヲ請求スルコトヲ得

斯クノ如キ場合ニハ二ヶ年以上地代ノ支拂ヲ怠リタルモノト言フコトヲ得ス

前段摘示シタル如キ内容ヲ有スル判決ハ確定ト同時ニ其効力カ既往ニ遡リテ發生シ從テ被告ハ明治四十一年七月一日ヨリ増加地代ノ支拂ヲナスヘキ義務アルコトハ原告主張ノ如クナルモ該判決確定後直ニ其義務ヲ履行セサレハ之レヲ以テ被告ニ引續キ二年以上支拂ヲ怠リタルモノトシテ遲滞ノ責任ヲ負擔セシム可キモノニアラス蓋シ本件原告ノ主張自體ニ徴シ明瞭ナルカ如ク原告カ判決ニ認メラレタル金額ヨリ多ク増加地代ノ承認ヲ要求シタル場合ニ於テ被告カ其當時原告ノ請求ヲ承諾セサルハ至當ナルニモ拘ラス其後原告ノ請求カ全部排斥セラレザリシ爲メ判決確定後直チニ

母タル親權者ノ親權範圍

被告カ認容セラレタル金額ノ支拂ヲ爲ササルヲ以テ二年以上引續キ怠リタルモノトナシ之カ爲ニ生スル効果ヲ總シテ負擔セシムルモノトセハ被告ニ對シテ非常ニ苛酷ナル結果ヲ生スルニ至レハナリ(東京地方裁判所判決要旨法律新聞七七號一九頁)

本件ハ法理ノ解釋ヲ社會ノ實際ニ適應セシメントシタル苦心ヲ認メ得ヘク蓋シ好判決タルヲ失ハス

八八六

親權ヲ行フ母カ未成年ノ子ニ代リテ左ニ掲ケタル行爲ヲ爲シ又ハ子ノ之レヲ爲スニ同意スルニハ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス

三

不動産又ハ重要ナル動産ニ關スル權利ノ喪失ヲ目的トスル行爲ヲ爲スコト

親權ヲ行フ母カ共同遺産相續人タル未成年ノ子ニ代ハリテ遺産ノ分割ヲ爲ス行爲ハ本條第三號ニ該當スヘキヤ

此問題ニ付法曹會ハ遺産ノ分割ハ一〇一二條ニヨリ相續開始當時ニ遡リテ効力ヲ生ス(共有關係ナク單獨ニ相續シタルト同様ナル結果ヲ生ス)ルニヨリ普通共有ノ分割ト區別アリト雖トモ而カモ本問母ノ行爲ハ本條第三號ノ意思表示ニ外ナラサルモノト見ルヘキ決議ヲ爲シタリ(法曹會記事二二卷三號四二頁)蓋シ至當ノ見解ナリ

立木ノ原始的取得

二四二

不動産ノ所有者ハ其不動産ノ從トシテ之ニ附合シタル物ノ所有權ヲ取得ス但權原ニ因リテ其物ヲ附屬セシメタル他人ノ權利ヲ妨ケス

民法

立木所有權ヲ原始的ニ取得スルニハ其生立スル土地ノ使用權ヲ有スルコトヲ必要トスヘキカ

民法第二百四十二條ニ依レハ「不動産ノ所有者ハ其不動産ノ從トシテ之レニ符合シタルモノノ所有權ヲ取得ス但シ權原ニ因リテ其物ヲ附屬セシメタル他人ノ權利ヲ妨ケス」トアルヲ以テ同條ニ從フ時ハ例ヘハ他人ノ所有土地ノ從トシテ其土地ニ樹木ヲ植付タルモノカ該土地ニ對シ何等ノ權利ヲモ有セサルニ於テハ其樹木ノ所有權ハ植付ト同時ニ土地ノ所有者ニ移轉シ樹木ヲ植付タルモノハ其樹木ノ所有權ヲ喪失スルモノト云ハサルヘカラス然レテ此ノ法理ハ民法施行前ニ於テモ法律トシテ認メラレタレモノナルカ故ニ此法理ヨリ推究シテ立木ハ土地ヲ離レテハ立木トシテ存在スルコト能ハサル點ヨリ考フルトキハ條理トシテハ他人ノ土地ノ上ニ生立スル立木ニ對シ原始的ニ所有權ヲ取得スルニハ必ラスヤ其土地ヲ使用スルノ權利アルコトヲ要スルモノト解セサル可ラス民法施行前ニ於テハ此點ニ關シ成文法又ハ慣習ノ存スルナカリシヲ以テ右ノ條理ハ民法施行前ニ於ケル法律ナリト認ムルヲ相當トスヘク從テ他人所有ノ土地ニ成置スル立木ニ對シ民法施行前ニ所有權ヲ取得シタルコトヲ主張スルモノハ先ツ其土地ヲ使用スル權利ヲ有スルコトヲ立證スヘキナリ……此事タルヤ時効ニヨリ立木ノ所有權ヲ取得スル場合ニ於テモ何等異ナルコトナシ(東京控訴院民一部判決法律日々一六七號判例集一頁以下)

本件判決ハ本條當然ノ解釋ニシテ異論ナシ尙ホ參考トシテ學者ノ説明ヲ舉クレハ(横田博士物權法三六二頁梅博士民法要義卷ノ二、一五九頁岡松博士民法理由中

卷二〇九頁參照

然レトモ立木法ニヨリ所有權保存登記ヲ得タル立木ハ之ヲ獨立シタル不動産ト看做スヘキモノナリ(立木法一條二條參照)

豫約ハ如何ニ定義スヘキカ

豫約ニ期限ヲ付シ又ハ條件ニ繋ラシメ得ヘキヤ豫約ノ效力如何

豫約履行請求ノ判決主文ハ如何

豫約ノ權利ハ讓渡シ得ヘキヤ

豫約ノ後狀況ニ變動ヲ生シタル時ハ當事者ノ權利關係如何

要式行爲ノ豫約ハ要式行爲ナルカ

豫約(羅 Pactum de contrahendo, 蓋 vorvertrag)トハ當事者ハ一方カ其相手方ニ對シテ(又ハ當事者双方カ相互ニ)將來特定ノ内容ノ契約ヲ取結フヘキ義務ヲ負フ契約ヲ言フ此定義ハ又タ羅馬法以來學者並ニ法制(例ヘハ瑞西債務法及奧太利法ノ如シ)ノ採用スル所ニ屬シ豫約ヲ名付テ(Pactum de contrahendo)即チ契約ヲ取結フヘントノ約定ト謂ヒ又ハ Vorvertrag 即チ後ニ取結ハルヘキ本契約ニ對シテ前ノ契約(豫約)ト稱スルハ此ノ故ナリ實際

ニ於テモ豫約ハ將來或ル契約ヲ結フコトヲ以テ目的トスルコト最モ多カルヘシト雖モ例ヘハ將來特定ノ手形ノ支拂ヲ引受クヘシト云フカ如キ單獨行爲ヲ爲スヘキ約定ナ豫メ結フコト少シトセス故ニ廣義ニ於テ豫約トハ當事者ノ一方又ハ双方カ將來特定ノ内容ハ法律行爲(契約)又ハ單獨行爲ヲ爲スヘキ義務ヲ負フ契約ヲ謂フモノト定義スルコトヲ得ヘシ豫約ハ一ノ法律行爲ナルカ故ニ當事者ハ豫約ノ實行(即チ本契約ノ成立)ニ期限ヲ附シ又ハ之ヲ條件ニ繋ラシムルコトヲ得ヘク又タ之カ爲メニ擔保ヲ供スルコトヲ妨ケサルヤ勿論ナリ豫約ハ前陳ノ如ク將來ニ於テ特定ノ内容ノ契約ヲ取結フコトヲ目的トス故ニ豫約出版ノ如キ名ハ豫約ト稱スルモ實ハ本論所謂豫約ニ該當セズ蓋シ豫約出版ハ特定ノ代金ヲ受ケテ特定ノ出版物ヲ將來ノ特定ノ時期ニ交付スルコトヲ約スルモノニシテ契約(本契約)ニ該當スルモノハ即時ニ成立シ唯タ契約履行ノ時期(即チ出版物ノ引渡)ニ付キ期限ノ定メアルニ過キサレハナリ此他實際上豫約ト稱セラルルモ本論所謂豫約ニ非ラサルヘシ

豫約ノ効力ハ權利者ヨリ義務者ニ對シテ約定ノ本契約ノ取結ヲ要求スルコトヲ得ルニ在リテ即チ權利者ハ義務者ニ對シテ義務者カ本契約ヲ完成スル意思表示ヲ爲スニ依リテ契約(豫約)ヲ履行セヨトノ請求ヲ爲スノ權利ヲ有ス而シテ其ノ履行アルトキハ豫約ハ消滅シ之レニ代リテ第二ノ契約(即チ本契約)ヲ生ス然レトモ義務者カ履行セサルコトヲ得ヘク(第四一四條第四項)其強制執行ハ民事訴訟法第七三六條ニ從フ(乙)然レトモ又タ權利者ハ不履行ニ基キ豫約ヲ解除シテ原狀回復ヲ求メ且ツ損害ヲ賠償セシムル手段ニ出スルコトヲ妨ケサルヤ勿論ナリ(民法第五四一條第五條)豫約ハ債權者カ豫約ノ強制執行ヲ求メタル場合ニ於ケル判決主文ハ被告カ將來ハ契約ノ取結ヲ爲スコトヲ要スル旨ヲ命スヘキモノトス以上ハ通則ナリ然レトモ我民法ニ依レハ買賣

契約及ヒ其他ノ有價契約ニ於テハ權利者ニ於テ豫約ノ目的タル本契約ヲ完結スル意思表示シタル時ヨリ直ニ本契約成立ノ効力ヲ生スルモノトセララルカ故ニ例ヘハ買賣ノ一方ノ豫約ハ權利者賣買ヲ完結スル意思表示シタルトキヨリ賣買ノ効力ヲ生シ賣買ハ即チ其時ニ成立スト謂フヘシ次ニ論スヘキハ權利者ハ豫約ニ因リ得タル權利ヲ他人ニ讓渡スルコトヲ得ルヤ(丙)我民法ニ於ケル解釋トシテハ債權讓渡ノ原則ヲ規定スル第四六六條ニ從フヘキモノタルコト勿論トス蓋シ豫約ハ一ノ債權ヲ生スルコト前陳ノ如クナレハナリ隨テ豫約者カ契約當事者ノ身上ニ重キヲ置キタリト認ムヘキトキハ豫約ヨリ生シタル債權ハ性質上讓渡スヘカラサルモノト信ス豫約者カ讓渡ヲ禁シタル場合ニ於テ讓渡スヘカラサルハ言ヲ缺タス故ニ消費貸借消費寄託委任貸借使用貸借等ノ豫約ニ在リテハ豫約ヨリ生シタル權利ハ通常讓渡スヘカラサルモノト認ムヘク寄託及ヒ運送等ニ於テハ通常讓渡ヲ許スヘク大體ニ於テ「エルトマン」ノ所説ノ如クナルヘシ然シ其賣買ノ豫約ノ如キ其本契約ハ當事者双方ニ債務ヲ生スレトモ通常其豫約ヨリ生シタル權利ノ讓渡ヲ妨ケサルモノト謂フヘク此點ニ付テハ「エルトマン」ノ説ニ左袒スルコト能ハス次ニ論スヘキハ豫約成立後ニ至リ情況ニ變動ヲ來シタルトキハ各當事者ハ本契約ノ取結ヲ拒絕スルコトヲ得ルヤテフコト之ナリ按スルニ權利ハ之ヲ拋棄スルコトヲ得ルヲ原則トスルカ故ニ豫約成立後事情ニ變更ヲ生シタル場合ニ於テ權利者カ本契約ノ取結ヲ請求權ヲ拋棄シ得ヘキコトハ蓋シ言ヲ缺タサル所ナルカ故ニ問題ハ義務者カ事情ノ變更ヲ理由トシテ豫約ノ履行即チ本契約ノ取結ヲ拒絕スルコトヲ得ルヤテフコトニ歸着スヘシ此點ニ付我カ法律ノ解釋ヲ下セハ左ノ如シ

(a) 消費貸借ノ豫約ハ爾後當事者ノ一方カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ其效力ヲ失フコトハ民法第五八九條ノ規定スル所ナリ尙ホ第六六六條ニ於テ受寄者カ契約ニ依

受寄物ヲ消費スルコトヲ得ル場合(所謂消費寄託)ニ消費貸借ノ規定ヲ準用ス  
 (b) 貸借ニ關スル第六二一條ニハ貸借人カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ貸借借二期  
 間ノ定メアルトキト雖モ貸借人又ハ破産管財人ハ解約ノ申入ヲ爲スコトヲ得ル旨  
 ノ規定アリ雇傭ニ關スル第六三一條ニハ使用者カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ雇  
 傭ニ期間ノ定メアルトキト雖モ勞務者又ハ破産管財人ハ解約ノ申入レヲ爲スコト  
 ナ得トアリ請負ニ關シテハ第六四二條ニ注文者カ破産ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ付  
 キ同様ノ規定アリ委任ニ於テハ委任者又ハ受任者ノ死亡又ハ破産及ヒ受任者カ禁  
 治產ノ宣告ヲ受ケタルニ因リ當然契約ノ終了ヲ來ス旨ノ第六五三條アリ此他組合  
 ニ付キテハ第六七九條ニ終身定期金契約ニ付テハ第六八九條中ニ契約關係ノ終了  
 スヘキ原因ヲ規定セルヲ見ル故ニ豫約成立後遺囑ノ如キ本契約ヲ解除シ得ヘキ原  
 因カ當事者ニ發生シタルトキハ本契約解除ノ權利ヲ有スルヘキモノハ之レニ依リ  
 豫約其モノノ取捨ヲモ拒絶スルコトヲ得ヘク又タ契約關係カ解除ヲ待タスシテ當  
 然終了スヘキ事由カ當事者ニ生シタルトキハ當事者ノ執レモ之レニ依リ豫約ノ履  
 行ヲ拒絶スルコトヲ得ヘキヤ勿論ナリ然レトモ法律中ニ直接又ハ間接ノ明文アル  
 場合ヲ除キテハ豫約ハ縱令其後ニ於テ事情ニ變更アルモ概シテ之カ強制履行ヲ要  
 求シ得ヘキモノト信ス之レ蓋シ債務ノ存スル當然ノ結果ニシテ民法債權總則ノ規  
 定スル所ナレハナリ贈與ニ關スル第五〇條ハ贈與ノ成立ニ書面ノ作成ヲ方式  
 ナ必要トスルモノニアラス故ニ贈與ノ豫約ニモ書面ノ作成ノ必要アルヘキノ理無  
 シ此他手形行爲等ノ如キ要式行爲ニ在リテモ其豫約ニ同様ノ形式ノ必要ナキハ多  
 辯ヲ竣タサル所ナリ(吾孫子法學士法學志林一四卷三號一頁乃至二三頁拔萃)

本論ハ大體ニ於テ異議ヲ挾ムヘキ餘地ナシト雖トモ尙ホ左ノ諸點ヲ補ハント欲

ス

本契約カ要式契約、踐成契約ナル場合ニ於テハ豫約ノ必要最モ大ナルモノニシテ  
 本契約ノ締結ヲ擔保スル意味ニ於テ其價值ヲ發揮スヘシ  
 本契約カ諾成契約ナルトキハ豫約ハ本契約ヲ含ムモ要式契約又ハ踐成契約ナル  
 トキハ豫約ハ獨立シタル債權契約ナリ故ニ前者ニアリテハ豫約權利者ノ一方的  
 意思表示ニヨリ本契約ハ成立シ不履行ノ場合ニ於ケル強制執行ノ必要ヲ見サル  
 モ後者ニ在リテハ其必要アリ(中島博士京都會雜誌三卷五號二二頁參照)  
 豫約ノ内容ハ本契約ノ締結ニ在リトセハ本契約締結前ニ於テハ未タ本契約ノ目  
 的物ニ付何等保管ノ義務ヲ生セス從ツテ之ヲ處分スルモ何等責任ナキカ如キモ  
 此ノ如キ處分ハ本契約ノ成立ヲ不能ナラシムルモノニシテ豫約者ハ本契約ヲ成  
 立セシムヘキ一種ノ義務ヲ負擔スルモノナルカ故ニ若シ之ニ背カハ義務違反ト  
 シテ損害賠償ノ責任アルモノナリ(全上二八頁以下參照)  
 本論ハ豫約ヨリ生シタル權利ハ其相手方ノ人物ニ重キヲ置カサル場合ニ於テハ  
 讓渡シ得ヘシト論ス然ルニ中島博士ハ一般ニ豫約者ノ承諾ヲ得サレハ讓渡スル

コトヲ得ス何トナレハ豫約者ノ意思ハ豫約權利者其人ト本契約ヲ締結スルニアリ其人ノ辨濟資力ニ對シテ契約ヲ爲サントスルニ在リ則權利者ノ人物ハ豫約契約ノ要素ヲ成スモノナリ全様ノ理由ニヨリ豫約ヨリ生スル權利義務ハ相續ニヨリ移轉スヘキモノニアラスト説明セラル(全上三〇)此點ハ體カニ問題ニシテ更ニ研究ヲ要スヘキモノナリト雖トモ吾人ハ本論ニ贊成シ人ニ重キヲ置カサル賣買契約ノ豫約ノ場合ノ如キハ之ヲ讓渡シ得ヘキモノト解シ差支ナシト信ス蓋シ双務契約ノ場合ニ於テハ全時履行ノ抗辯アルヲ以テ辨濟資力ノ厚薄ニ因リ豫約權利者ノ利益ヲ害スル結果ヲ生セス(民法五三三條參照)又豫約義務者ヨリ履行ヲ求メ得ヘキモノニアラサルヲ以テ讓渡ナクンハ前權利者辨濟資力充分ナルニ賣買ヲ爲シ即時ニ辨濟ヲ得タリト言フコトモ惹起スヘキモノニアラサレハナリ

民法施行前ノ婚姻ト前ノ婚姻ト  
ト前ノ婚姻ト  
ト前ノ婚姻ト

民法施行前ニ於テハ事實上婚姻ノ成立シタル以上ハ戶籍登錄ノ有無ニ拘ラス夫婦關係ヲ生シ從テ其子ハ當然嫡出子トナルモノナリ

民法施行前ニ在リテハ婚姻ハ戶籍ニ登記スルコトヲ以テ其有効條件ト爲ササレハ苟

モ婚姻ノ成立シタル上ハ其後ニ於テ夫婦間ニ擧ケタル子ハ戶籍ニ婚姻ノ登記ナキ場合ト雖モ嫡出子ヲ以テ論セサル可カラス其子ヲ嫡出子ト爲ササルコト民法施行前ニ於ケル一般ノ慣例ナルコトハ之レヲ認ムル事ヲ得サルノミナラス斯ル慣例ハ戶籍ニ登記セサル婚姻ヲ有効トナセル慣例ト相容レサルモノニシテ準據セサルヘカラサルモノニアラス而シテ嫡出子カ其父ノ家ニ入ルハ民法施行前ト雖モ認メラレタル所ナルカ故ニ原判決ニ被告ノ兩親カ戶籍ニ其婚姻ヲ登記セサル前即明治二十年二月二十日ニ生レタル被上告人ノ嫡出子ト爲シ當時其父ノ家タリシ天ヶ瀬家ニ入ルヘキモノト判示シタルハ正當ニシテ不法ノ點ナシ(大審院四四年(オ)三八九號四五年三月言渡)

婚姻ノ有效ナルコトハ勿論ナルヲ以テ其子カ嫡出子タル身分ヲ取得スルハ當然ノ結果ト云フヘシ(故梅博士、法學志林第七卷第二號一六頁參照)

失踪宣告  
ト取消ト  
ト身分關係

三三 失踪者ノ生存スルコト又ハ前條ニ定メタル時ト異ナリタルトキニ死亡シタルコトノ證明アルトキハ裁判所ハ本人又ハ利害關係人ノ請求ニヨリ失踪ノ宣告ヲ取消スコトヲ得但失踪ノ宣告後取消前ニ善意ヲ以テ爲シタル行為ハ其効力ヲ變セス

戶主カ失踪宣告ヲ受ケ其相續人相續ヲ爲シタル後ニ至リ適法ノ手續ニヨリ其相續ヲナシタル家ヲ廢家シ失踪者ノ妻ト共ニ他家ニ入籍シタリ然ルニ失踪者生存シ其宣告取消シトナリタリ此場合失踪者ハ戶主權ヲ回復スヘキカ又ハ一家ヲ創立スヘキカ其妻トノ婚姻關係ハ如何ニ見ルヘキカ妻ノ戶籍ハ如何ニスヘキカ



此問題ニ付法曹會ハ(一)廢家ハ善意ヲ以テ爲シタルモノナルニヨリ本條但書ニヨリ其効力ヲ變セス(二)失踪者ハ新タニ一家ヲ創立スヘキモノナリ(三)妻カ善意ニテ他人ト婚姻シタルトキハ格別然ラサレハ失踪宣告ノ爲メ解消ヲ來サス故ニ依然失踪者ノ妻ナリ(四)身分登記變更ノ手續ヲ以テ失踪者カ創立シタル家ニ入ルヘキモノナリト決議シタリ(法曹會記事二二卷三號四四頁以下)蓋シ至當ノ見解ト信ス

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

取消シ得ヘキ法律行為ニ因リ給付シタル動産ニ付キ第三者カ民法第九十二條ニ依ル占有ヲナシタル後ハ該行為ヲ取消スモ右動産ヲ取戻スコトヲ得サルカ

曰ク然リ抑動産ハ其性質ニ於テ一定ノ所在ナク轉輾極リナキヲ以テ容易ニ其權利者ヲ確知スルコト能ハサルノミナラズ動産ニ關スル取引ハ日常頻繁ニ行ハルモノナルニ拘ラス毎ニ留意シテ眞ノ權利者タルコトヲ確メ然ル後取引スルニアラサレハ動産上ノ權利ヲ取得スルコト能ハサルモノトセンカ何人モ安シテ動産ニ關スル取引ヲ爲スモノ無キニ至リ一般取引ノ安全ヲ阻害シ國家經濟上不利益タルヤ知ルヘキノミ是レ民法第九二條ノ規定ヲ設ケ同條ニ該當スル占有者ヲシテ從令其占有ヲ爲サシメタル者カ動産ノ所有者ニ非ス又ハ之ヲ代理スル權限ナキ場合ト雖モ其動産ノ上ニ權利ヲ取得セシムル所以ナリ(西川法學士法學新報二二卷四號八五頁以下要領)

民法一九二條ハ其物件カ詐欺品又ハ横領品ノ場合ト雖トモ適用ヲ見ルヘキモノ

取消シ得ヘキ法律行為ニ因リ給付シタル動産ノ占有者

分離セサル果實ノ分處方ノ對抗法

ナルヲ以テ取消シ得ヘキ法律行為ニヨリ給付シタル物件ノ如キハ殆ント疑問ヲ生スヘキ餘地ナシトス

八六 土地及其定著物ハ之レチ不動産トス

此他ノ物ハ總テ之レチ動産トス

無記名債權ハ之レチ動産ト看做ス

八九 天然果實ハ其元物ヨリ分離スルトキニ之レチ收取スル權利ヲ有スルモノニ屬ス

法定果實ハ之レチ收取スル權利ノ存續期間日割ヲ以テ之レチ取得ス

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ラサレハ之レチ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

一七八 動産ニ關スル物權ノ讓渡ハ其動産ノ引渡アルニ非ラサレハ之レチ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

未タ分離セサル蜜柑樹ノ果實ヲ獨立シテ賣買其他ノ處分ヲ爲スコトヲ得ヘキヤ又之レヲ處分シ得ヘシトセハ其ノ公示方法ハ如何

土地ニ生育スル蜜柑樹ノ果實ノ如キ產出物ハ強制執行法上動産ト看做ス場合ト否トニ拘ラス其蜜柑樹ト分離セザル以前ハ性質上不動産ノ一部分ナリ而シテ其一部分ヲ獨立シテ處分ノ目的ト爲スコトヲ認容スルコトハ經濟狀態上極メテ必要ナルノミナラス我國法令中其獨立處分ヲ禁止シタルモノナキヲ以テ之等獨立處分ノ有效ナルコト明ナリ而シテ登記法上之レカ登記ノ方法ヲ規定セサルヲ以テ登記方法ニヨリ第三者ニ其得喪變更ヲ公示スルコトヲ得サルモ民法第七十七條第七十八條ニ於テ不動産ニ關スル物件ノ得喪變更ハ登記ヲナシ動産ニ關スル物件ノ讓渡ハ其引渡ヲ爲ス

ニアラザレハ之レヲ以テ第三者ニ對抗スルヲ得スト爲シタル所以ハ汎ク第三者ニ公示シテ權利ノ何人ナルヤヲ知了セシメ以テ第三者ヲ保護セントスル趣旨ニ外ナラサルヲ以テ右立法ノ趣旨ヨリスレハ其得喪變更ニ付他人ヲシテ之レヲ明認セシムルニ足ルヘキ行爲ヲ爲ササルニ於テハ之レヲ以テ第三者ニ對抗スルヲ得サルモノト解スルヲ相當トス而シテ原告ハ本件係争ノ蜜柑樹ノ果實ニ付テハ其ノ取得ノ公示方法トシテ賣得ノ時ヨリ番人早川政吉ナシテ晝夜番ヲ爲サシメ係争物所在地ニ番小屋ヲ建テ番人早川政吉ノ表札ヲ掲ケ置キタリト主張スレトモ原告外三四十名ノ蜜柑畑ノ番ヲ依頼セラレ一時的小ナル番小屋ヲ設ケ各畑ニハ蜜柑番早川政吉ト記シタル小札一枚宛ツテ見易キ場所ニ掲ケ晝夜各畑ヲ巡視シテ番ヲ爲シタルモノニシテ其番小屋モ原告ノ爲特ニ設ケタルモノニ非ラスシテ依頼ヲ受ケタル一體ノ蜜柑畑ノ便利ノ爲メ設ケタルモノナリト言フヲ以テ此事實ニテハ未タ以テ原告カ本訴ノ果實ヲ取得シタルコトヲ第三者ナシテ明認セシムルニ足ル可キ公示方法ナリト認ムルヲ得ス(大坂地方裁判所民二部法律新聞七七九號二一頁)

分離セザル果實ハ獨立シテ權利ノ目的トナルコトヲ得ルカ之レニ付テノ學說ヲ見ルニ通説ハ本件判例ニ反對シ之ヲ否認ス

- 一、未分離ノ果實ハ固ヨリ其元本ノ構成分子ニシテ獨立シテ所有權其他ノ權利ノ目的トナルコトヲ得ス(西川學士法學新報第十卷第八九頁)
- 二、天然果實ハ元物ヨリ分離スルニ由リ初メテ獨立ノ一體ヲ爲シ元物ト別々ノ

運命ニ從フコトヲ得ルモ未タ分離セサル間ハ元物ノ一部ニシテ之ト別個ノ成立ヲ有スルモノニアラス(平沼博士民法總論三八二、三八三頁)

三、未分離ノ果實ハ不動產タル樹木ノ構成分子ニシテ獨立ノ物ニ非ス故ニ賣買契約ニヨリテ直チニ果實ノ所有權ヲ與フルヲ得ス當事者ノ意思ハ之ヲ收取シテ動產トナリタル場合ニ之ヲ引渡ス可キ債務ヲ負ハシムルニ在ルモノナレバ未分離果實ノ賣買ハ動產ノ賣買ト見ルヘキモノナリ(中島博士民法釋義卷ノ一。三九〇、三九九頁)

吾人モ通説ヲ是ナリト信ス則此場合ニ於テハ中島博士ノ説明サルルカ如ク賣買當事者間ニ於テ債權的關係ヲ生スルニ止マリ物權的移轉ノ効果ナキモノト解スルヲ正當ト信ス

地上權ノ範圍

二六五 地上權者ハ他人ノ土地ニ於テ工作物又ハ竹木ヲ所有スル爲メ其土地ヲ使用スル權利ヲ有ス  
 地上權設定ノ際使用スヘキ土地ノ範圍ヲ定メサリシキハ如何ナル地域ヲ使用スルノ權利アリト見ル可キカ

設定行為ヲ解釋シテ定メ得ヘキ時ハ之ニ依ルコト言テ換タスト雖若シ設定行為ヲ解釋シテ決定スルコト能ハサルトキハ其工作物又ハ竹木ヲ所有スルニ經常必要トセラ  
ルル範圍ニ於テ周圍ノ地域ヲ使用シ得ルモノト解スルハ(即チ客觀的標準ニ依リテ決  
スヘキハ)當事者ノ意思ノ解釋トシテモ妥當ナルヘク又斯クノ如キハ本邦從來ノ慣習  
ナリト謂フヲ妨ケス既ニ明治三十四年七月八日ノ大審院判決ニモ(地上權ハ工作物敷  
地ノ外其周圍ニ空隙アルモ工作物ノ使用ノ爲隨時使用スル場合等ハ其權利ノ中ニ包  
合スルモノト云云)トアリ又同年十月二十八日ノ同院判決ニモ略同様ヲ示サレタル  
ノミナラス之ニ反スルニハ設定當事者ノ意思ヲ要ス(ト附加セラレタルハ誠ニ至當ノ  
コトト謂フヘシ(三)諸學士法學志林一四卷三號六五頁以下要領)

本問ノ如キ場合ニ於テハ單純ニ客觀的標準ニヨリテ決定スルハ殆ント不能ニシ  
テ設定行為ノ目的ヲ斟酌シ之ニ基キテ客觀的標準ニヨリ決定セサル可カラス例  
ヘハ住宅ノ爲メナルヤ或ハ工場ノ爲メナルヤ又工場トシテモ其種類性質ニヨリ  
土地ノ使用ニ廣狹アル如ク設定行為ノ目的カ之ヲ決定スル基本トナルヘク其目  
的全ク不明ナル場合ニ於テハ殆ント決定スルニ由ナシト云フヘシ

共有ノ性質  
ノ入會權  
ノ意義

二六三 共有ノ性質ヲ有スル入會權ニ付テハ各地方ノ慣習ニ從フ外本節ノ規定ヲ適用ス

共有ノ性質ヲ有スル入會權ノ意義

本訴山林ニ付テハ古來ヨリ大字池村字西區ニ住居シ且ツ獨立シテ部落ノ費用ヲ支出  
スルモノニ限リ共同シテ該山林ヲ支配シ其地盤ヲ共有スルト共ニ土地及毛上ノ使用  
收益ヲ爲ス可キ權利ヲ有シ一旦其村ヲ去リ住居ノ事實消滅スルカ又ハ前記ノ費用ヲ  
負擔セサルニ至ルトキハ當然右山林ニ對スル權利ヲ喪失シ其後ハ再ヒ右ノ要件ヲ具  
備スルニ非ラサレハ何等ノ權利ヲモ取得スルコトヲ得サル特殊ノ慣習存在セルコト  
ヲ認定スルニ足ルト同時ニ右共有者ノ權利ハ即チ共有ノ性質ヲ有スル入會權ナルヲ  
認定スルニ足ル(安濃津地方裁判所判決法律新聞七七號二三頁)

共有ノ性質ヲ有スル入會權ノ實例トシテ參考トナルヘキモノナリ

債務者ノ  
保存義務

四〇〇 債權ノ目的カ特定物ノ引渡シナルトキハ債務者ハ其引渡シテ爲ス迄善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ其物ヲ保  
存スルコトヲ要ス

四一三 債權者カ債務ノ履行ヲ受クルコトヲ拒ミ又ハ之ヲ受クルコト能ハサルトキハ其債權者ハ履行ノ提供アリタル  
トキヨリ遲滞ノ責任ヲ負ス

六五九 無報酬ニテ寄託ヲ受ケタル者ハ受託物ノ保管ニ付キ自己ノ財產ニ於ケルト同一ノ注意ヲ爲ス責任ヲ負

債權者ノ遲滞ニ付セラレタル以後ニ於テモ尙債務者ハ善良ナル管理者ノ注意ヲ  
以テ其目的物ヲ保存セサルベカラサル責アリヤ

此ノ場合ニ於テモ尙ホ債務者ハ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ目的物ヲ保存スルコト  
ヲ要ス我カ法典ハ債權者遲滞ノ效果トシテ債務者ヲシテ其不履行ニ因リテ生スヘキ  
一切ノ責任ヲ免レシムルニ過キス即チ債權者ノ遲滞ハ消極的ニ債務者ヲシテ履行遲  
滞ノ責任ヲ免レシムルニ止マシ積極的ニ債務者ノ義務ヲ輕減スルコトヲシ法典ニ規

定ナキ以上ハ債務者ノ注意義務ノ輕減ハ之レヲ認ムルヲ得ス一般原則ノ適用ヲ受ケ  
 債權者遲滯後ニ在リテモ債務者ハ善良ナル管理者ノ注意ヲ用フルコトヲ要スルモノ  
 ト解セサルヘカラス要スルニ我法典ハ債務者ノ遲滯ヲ認ムルモ其積極的效果ヲ認メ  
 サルカ故ニ實際ニ於テハ債權者遲滯ヲ認メサル佛法ト同一ナリ(石坂法學博士法學志  
 林一四卷三號六三頁以下要領)

川名博士債權總論一三八頁  
 反對說

債權者ノ遲滯ハ債務者ナシテ不實行ノ責ヲ免カレシムルト全時ニ債務者ノ責任ヲ輕  
 減シ債務ノ繼續ヨリ生スル負擔ノ加重ヲ免カレシムル所以ナリ  
 債權者ノ遲滯以後ニアリテハ債務者ハ目的物ノ保管ニ付キ爾後自己ノ財產ニ於ケル  
 ト全一ノ責ニ任ス之レ六五九條ヲ類推解釋ヨリ生スル結果ナリ何トナレハ其義務ニ  
 屬スル一切ノ行為ヲ完了シタル後ハ爾後債權者ノ爲メノ目的物ヲ保管スルトモ  
 モ異ル所ナキヲ以テナリ(横田博士債權總論二四五頁二五頁岡松博士民法理由下卷七  
 一頁以下)

(參照)獨逸民法三〇〇條ハ債權者ノ遲滯以後ニ於テハ債務者ハ唯故意又ハ重大ナル過失ノ責ニ任スト規定セリ

吾人ハ本論ニ贊同ヲ表サント欲ス蓋シ民法六五九條ヲ類推適用セント試ミルハ  
 聊カ當ラサル所アルヲ以テナリ

親權者  
 後見開始  
 ノ原因

八七七

子ハ其ノ家ニ在ル父ノ親權ニ服ス但シ獨立ノ生計ヲ立ツル成年者ハ此限ニ在ラス

九〇〇

後見ハ左ノ場合ニ於テ開始ス  
 一未成年者ニ對シテ親權ヲ行フモノナキトキ又ハ親權ヲ行フ者カ管理權ヲ有セサルトキ  
 二禁治產ノ宣告アリタルトキ

準禁治產者ハ親權者タルコトヲ得ヘキヤ

親權者タル者カ準禁治產者タルトキ後見ヲ開始スヘキヤ

法律ニ明文ノ據ルヘキモノナキ故ニ解釋ノ大ニ岐ルル所テアル昨年ノ實例ニ準禁  
 治產者坂口某カ其子ノ爲ニ金貸業者宮川某ト貸借及抵當權設定ノ契約ヲシタ所坂口  
 ノ死後其子ヨリ貸借契約無効確認並ニ抵當權登記抹消請求ノ訴ヲ起シタ訴訟事件テ  
 アルカ主張ノ根據ハ即チ準禁治產者ハ其子ノ親權者タリ得サルモノナリト言フニア  
 ツタ而シテ長野地方裁判所ハ此主張ヲ容レテ準禁治產者ハ親權者タリ得サルモノト  
 認メ隨テ該契約ハ無効トノ判決ヲ與ヘタ然ルニ東京控訴院民事第一一部ハ全然反對ノ  
 解釋ヲ採リ民法ノ解釋上準禁治產者ハ親權者行使スルコトヲ得ルモノトナスヲ相當  
 ト認ムト長野地方裁判所ノ第一審判決ヲ廢棄シ問題トナレル貸借及抵當權設定ノ  
 契約ハ有效ト判決シタ所カ大審院ニ至テハ更ニ一轉シ準禁治產者モ亦親權ヲ行使ス  
 ルノ能力ヲ缺クモノト謂フヘク準禁治產者カ其子ヲ代表シテ爲シタル法律行為ハ絶  
 對ニ無効タルヲ免レサルモノトス(下斷)東京控訴院ノ第二審判決ヲ破毀シタ又大審  
 院ハ三十九年四月二日ニモ同趣旨ノ判決ヲナシ四十年四月法曹會ハ準禁治產者ハ親  
 權ヲ行フコトヲ得ス(下言)決議ヲナシ故梅先生ハ同年五月ノ法學志林「最近判例批評」  
 ニ此ノ大審院ノ判決ハ予チシテ一驚ヲ吃セシメタ(下テ)之ヲ批難シ牧野菊之助氏ハ著

書ニ於テ法曹會ノ決議ニ賛成ノ意ヲ表シ尙又最近ニハ昨年ノ東京控訴院ノ判決大審院ノ判決前ニ判事鈴木虎雄氏ノ消極意見カ法律新聞ニ掲載セラレタ(四十四年十一月二十日第七五三號五頁)準禁治産者タルコトハ親權者タルニ妨ケナシト云フノハ前述ノ通り梅先生及ヒ東京控訴院ノ意見アル面シテ余ハ此ノ意見ヲ是ナリトシテ大審院ノ判決ヲ不當トスルモノテアルカラ次ニ列記スル所ハ梅先生及東京控訴院ノ意見ヲ綜合シテ交フルニ多少ノ私見ヲ以テシタモノテアル

(一)準禁治産ノ宣告ヲ受ケル程度ノ者ト雖モ事實上親權ヲ行フコトノ不能ナル者トハ首ニ明文ノ法規モナク又其趣旨ヲ推測セシムルニ足ル規定モナイ

(二)準禁治産者ハ限定能力者ニ過キヌノテアル即チ第一二條ニ規定セラレタ行爲タケニ付イテ無能力テアツテ他ノ行爲ニ付テハ特別ノ明文アル場合ヲ除キ通常人ト尙モ異ナル所ハナイノテアル

(三)自己ノ爲ニ完全ニ行爲スルコトノ出來ヌ者カ他人ノ爲ニ行爲シ得ルノ理カアルカト言フモノモアロウカ民法第一二條ハ準禁治産者自身ヲ保護スル爲メニ其行爲能力ヲ制限スルノテアツテ他人ノ爲ニモ同一行爲ヲ爲スコトヲ得ナイ旨ノ規定テハナイノテアル民法ハ却テ無能力者ト雖モ他人ノ爲メニハ有效ナル行爲ヲ爲シ得ルコトヲ認メテ居ル(第一〇二條)

(四)親權カ子ノ利益保護ノ爲メノ制度タル精神ニ適ハント雖スルテアロウカ親權者其人ノ善不善賢不賢適不適ニ因テ子ノ利益保護ニ厚薄カアルノハ已ムヲ得サル事實問題テアツテ或ル程度以上法律ノ如何トモスル能ハサル所テアル而シテ法律ハ親權者ノ不善不賢不適カ子ニ著シキ不利益ヲ及ス場合ニ裁判ニ依テ親權ノ全部又ハ財産管理權ヲ喪失セシメ得ル制度ヲ設ケテ居ル(民法第八九六條第八九七條)實際上子ノ利益保護ニ付テサシタル不都合ナカルヘク

(五)親權ノ内容トシテハ財産上ノ權限ノミナラス子ノ身上ノ監護教育ニ關スル權限モ存スルノテアツテ後者ノ方カ親權ノ性質上寧ロ其主タル成分ト見ネハナラヌ所テアリ實際上モ我國現時ノ狀態トシテ親權ノ下ニ在ル子カ多額ノ財産ヲ有スルコトハ稀テアルカラ親權者カ財産管理ニ適スルヤ否ヤハ寧ロ第二次ノ問題ト言フヘキテアル

(六)親權ハ一方ニ於テ讀テ字ノ如ク親ノ權利テアル親ノ利益ヲ満足セシムル爲メノ制度テアルト言フ所ヲ看過シテハナラヌ故ニ充分ナル法律上ノ根據ヲシテ親權ヲ剝奪シヨウト言フノハ法律カ特ニ親權喪失ノ規定ヲ設ケタル趣旨ニモ抵觸スル

(七)民法第八九五條第九三四條第二項ニ依レハ未成年者ハ自ら親權ヲ行ヒ得ヌノテアルノニ準禁治産者カ之ト異ナルノ理ハナイト論ハ全然親權又ハ後見ノ下ニ置シテ居ル未成年者ト單ニ限定能力者タル準禁治産者トチ同一視スル點カ如何カト思ハレルノミナラス引用ノ規定ハ未成年者カ親權者トナイト云フノテハナクシテ其有スル親權ヲ其親權者又ハ後見人カ代テ行使スルト云フノテアル

(八)準禁治産者ハ第九〇八條ノ規定上後見人トシテ缺格者テアルカラ親權者トシテモ缺格者トシテ見ラネハナラント云フ論モ甚々認マツテ居ル斯ク如ク言フナラハ同條列舉ノ剝奪公權者停止公權者及ヒ破産者モ同シク親權者タリ得ヌト論セネハナルマイ(穩積學士法學協會雜誌三〇卷四號六七頁以下要領)

吾人ハ左ノ理由ニヨリ本論ニ賛同ヲ表スルコト能ハス

本論(一)ニ於テ親權行使ハ不能ニアラス又之ヲ禁スル明文モナク又其趣旨ヲ推測スベキ規定モナシト主張スレトモ不能ニアラヌトスルモ危險ニシテ之ヲ行使セシムルハ立法ノ精神ニ反ス蓋シ親權者ハ財産ノ保護者ナリ然ルニ危險アル財産

保護者ヲ定メサルハ立法精神ヨリ見テ明白ナル所トス  
 本論(二)(三)ハ末ヲ見テ本ヲ決セントスル不當アリ單ニ準禁治産者ニ關スル規定ヨ  
 リ觀察シテ親權者ノ性質及ヒ親權ノ實質ヲ度外シタル主張ト信ス  
 本論(四)ニ就テハ社會ノ實際ト間隔アル主張アリ蓋シ親權ノ濫用ヲ理由トシテ其  
 喪失ヲ求ムル訴ヲ提起スルモ裁判上ノ目的ヲ達スル迄ニハ一年二年ノ長日月ヲ  
 要シ其間財産ノ散亂ヲ見ルヲ常トス又假處分ヲ以テ之ヲ保全セント欲スルモ此  
 種ノ事件ニ於テ假處分必要ノ疏明ヲ得ルハ困難ナル場合多キノミナラス財産管  
 理者ハ親權者ナルヲ以テ別途ニ其保證金ヲ得ルコト極メテ難ク左リトテ親戚其  
 他ハ進ンテ巨資ヲ投シ爭ヲ爲スヲ欲セス結局裁判上ノ目的ヲ達セントスルコト  
 ハ頗ル困難ナル場合多シトス加之親權者カ準禁治産者タル場合ノ多クハ(甲)被相  
 續人(乙)相續人準禁治産者(丙)其ノ子ノ如キ場合ニ甲ハ生存中乙ヲ恐レ大部分ノ財  
 産ヲ丙ニ贈與シタル後ニ死亡シ其管理權ヲ乙カ得ルニ至ルカ又ハ前例ニ於テ其  
 財産ヲ丙ニ贈與ノ暇ナク且乙ヲ廢除スヘキ手續ヲ取ル暇モナキ間ニ甲カ死亡シ  
 財産全部ハ法律上乙ニ歸シタルモ母及親戚ノ者ニ嚴談セラレ其大部分ヲ丙即チ

無能力者  
 返還ス  
 利益  
 限度

自己ノ子ニ贈與シタルカ如キ事例ニ類スルモノナリ然ルニ是等ノ如キ場合ニ於  
 テ其管理權ヲ得セシムルハ頗ル危険ニシテ何人ト雖トモ安ンシテ之ヲ爲スコト  
 能ハス然ルニ法律上之ヲ許容スヘシト主張スルハ親權制度ノ根本ヲ破壊スルモ  
 ノナリ  
 以上ノ外尙ホ數點アリト雖トモ何モ枝葉ノ論點ニシテ一々之ヲ細論スヘキ要ヲ  
 見ス要スルニ本問ノ如キハ條文規定ノ字句ニ拘泥セス家族制度ノ實際并ニ親權  
 制度ノ精神ヲ推究シテ決定スヘキモノニシテ社會ノ實際ヨリ見テ親權者タルコ  
 トヲ認ムルヲ實害アル場合ニ於テハ反對ニ法規上是非共親權者ト爲ササル可カ  
 ラサルコトヲ明定シアルニアラサル限り之ヲ否定スヘキヲ當然トスヘシ  
 如上ノ論結ニヨリ本問ノ場合ニハ九〇〇條第一號ノ規定ニヨリ後見ヲ開始スヘ  
 キハ論ヲ俟ヌトス

一 取消シタル行爲ハ初メヨリ無効ナリシモノト看做ス但シ無能力者ハ其行爲ニ因リテ現ニ利益ヲ受ケル限度  
 ニ於テ償還ノ義務ヲ負フ

法律行為ノ取消ニ因テ生スル無能力者ノ償還義務ト相手方ノ被リタル損害トハ如何ナル關係アルヘキヤ

民法第二百一十一條但シ書ノ趣旨タル一方ニ於テ無能力者カ不當ノ利益ヲ受クルニ拘ハラス他方ニ於テハ取消行為ノ相手方カ謂レナク損害ヲ蒙ルニ至ル如キ不公平ナル結果ノ發生ヲ防止セントスルニ出テタルモノナレハ假令無能力者ニ於テ現ニ利益ヲ受ケタル事實アリトスルモ相手方ニ於テ何等ノ損害ヲ被ルコトナキ以上ハ無能力者ニ償還ノ義務ナキコト勿論ナルヲ以テ若シ無能力者ノ受ケタル利益額カ相手方ノ被リタル損害額ニ超過スル時ハ無能力者ハ相手方ノ被リタル損害額ヲ償還スレハ足リ又相手方ノ被リタル損害額カ無能力者ノ受ケタル利益ニ超過スルトキハ無能力者ハ其受ケタル利益額ノミヲ償還スレハ足ルヘキ筋合ナリ……(名古屋地方裁判所民二部判決法律新聞七八〇號二三頁)

本件判決ニ説明セル如ク給付者ニ損害ナキトキハ無能力者ハ返還ノ義務ナシ又給付者ノ受ケタル損害カ小ナルトキハ現ニ利益ヲ受クル限度ニ拘ラス其損害額丈返還セハ可ナリト云ヒ得ヘキカ此點ニ關シテハ判例存セサルモ學者ノ説明ヲ參照スルニ

本條償還義務ノ性質ヲ不當利得ノ法理ニ基クモノナリトスル說故梅博士民法要義一二一條七〇三條横田博士債權各論日本大學講義五八二頁富井博士民法原論

四六九頁鳩山氏法律行為乃至時効四一四頁以下ト行為カ初メヨリ無効ナルヲ以テ關係ヲ舊狀ニ復セシムヘキモノニシテ不當利得ノ原則ニ基クモノニアラストスル說中島博士民法釋義六〇八頁以下松岡氏民法論五六八頁平沼博士民法總論五九九頁トアリ前說ニ從ヘハ無能力者カ償還義務ヲ負フハ相手方ニ於テ損害アリタルコトヲ前提トスルモ後說ニ依レハ相手方ノ損害ノ有無ニ拘ハラズ無能力者ハ常ニ現ニ利益ヲ受クル限度ニ於テ償還ノ義務ヲ負フコトトナルヘシ  
本件判決ノ事實ハ無能力者タル被告カ原告ヨリ借入レタル金圓ヲ自己ノ債權者ニ辨濟シタルニヨリ現ニ其辨濟ノ利益カ存スルモ其債權ノ大部分ハ無能力者ト連帶債務者ナル他人ヨリ辨濟ヲ受ケタル場合ナリ如斯キ場合ハ給付者ノ損害ト云フ點ヨリ觀察スヘキモノニアラスシテ他ノ連帶債務者ヨリ既ニ辨濟ヲ得タル部分ハ債權存セサルヲ以テ原告ハ之ヲ請求スヘキ權利ナシト云フニ歸着スヘキモノト信セラル

五九三 使用貸借ハ當事者ノ一方カ無償ニテ使用及收益ヲナシタル後返還ヲ爲スコトヲ約シテ相手方ヨリ或ル物ヲ受クルニ依リテ其効力ヲ生ス

請負工事ノ擔保品ニ差入ル、爲メ無記名公債證書ヲ借入レタルコトハ直チニ消費貸借ナリト言フコト能ハス

無記名公債證書ヲ請負工事ノ保證金トシテ大阪市ニ提供スル目的ヲ以テ訴外横田彦左衛門カ被控訴人等ヨリ借受ケタルトスルモ此ノ一事ニ因リ該法律行為ヲ以テ消費貸借ナリト論スルコトヲ得ス該法律行為カ消費貸借ナリヤ將々使用貸借ナリヤハ專ラ當事者ノ意思カ借受ケタル公債證書其物ヲ返還スル意思ナリシヤ否ヤニ依リテ之ヲ決セサルヘカラス乙第一號證ニ依レハ本件公債證書ヲ大阪市役所ヨリ請負タル工事ノ契約保證トシテ提供スル目的ヲ以テ借受タル旨ノ記載アリテ而カモ其借受ケタル公債證書ノ額面番號ヲ精細ニ記載セル事實ト原審ノ證人横田彦左衛門ノ證言ハ被控訴人堀内千吉ヨリ國債證券額面金二千六百圓ヲ借受ケ之ヲ建築工事ノ保證金トシテ大阪市ニ差入レタリ堀内氏ヨリハ之迄度々公債證書ヲ借受ケタルコトアルカ工事力結了セハ其物ヲ常ニ返還セリ大阪市ニ差入レタル公債證書ヲ沒收セララルカ如キハ毫モ豫想セス斯カル豫想ヲ爲サハ始メヨリ借受ケサルナリ又タ證人ハ被控訴人伴傳助ヨリ借受ケ大阪府市ニ二千圓ノ國債證券ヲ差入タリ伴ヨリ借受ケタル國債證券モ其借受ケタル物ヲ返還スル考ナリシモノナル旨ノ證言トニ依レハ横田彦左衛門カ被控訴人方ヨリ借受ケタル本件公債證書ハ大阪市ヨリ請負タル工事ノ保證金トシテ使用スル目的ヲ以テ借受ケ大阪府市ヨリ該公債證書ヲ下附セラレ使用ヲ終リタルトキハ最初借受ケタル公債證書其物ヲ返還スヘキ意思ナリシコトハ一點ノ疑ヲ容レサル所ナルヲ以テ右貸借ノ法律行為ハ消費貸借ニ非ラスシテ使用貸借ナリト認ムルヲ相當トス(大阪控訴院民二部裁判法律新聞七八〇號二二頁)

適當ナル事實ノ認定ナリ此種ノ使用貸借ハ特定ノ場合ニ於テハ返還スルコトアラサルヘキコトヲ豫期スルモノナリト雖トモ而カモ使用貸借タル性質ニ毫モ矛盾スル所ナシト信ス

故意又ハ過失ニ依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

出納官吏ノ過失ニヨリ國庫ニ屬スル現金若クハ物品カ盜難ニ罹リタル時ハ出納官吏ハ會計法ノ定ムル所ニヨリ之ヲ辨償スルノ責任ヲ有ス此ノ場合ニ於テ出納官吏カ其損害ノ全部ヲ辨償シタルトキハ國庫ノ犯人ニ對スル損害賠償請求權ハ消滅スルヤ否ヤ

此ノ場合ニ於テ國家ノ犯人ニ對シテ有スル權利ハ民法第七百九條ニ基クモノニシテ明ニ私法上ノ請求權ナリ又國家ト出納官吏トノ間ニ存スル會計法上ノ關係ハ所謂公法上ノ關係ナルモ其ノ之ニ依リテ發生スル損害賠償關係ハ又私法關係ナルコト疑ナシ換言スレハ國家ハ犯人ノ不法行為ニヨリ二個ノ請求權ヲ取得セルモノニシテ損害補填ノ手段トシテ何レノ權利ヲ先ツ行使スヘキヤハ全ク國家ノ自由ナリ然レ共國家カ一度何レカノ權利ヲ行使シテ損害ノ全部ヲ補填シタルトキハ他ノ一方ノ權利モ亦之レニ依リテ消滅スヘキモノナリ何トナレハ同一ノ目的ヲ達スル手段トシテ存在セル二個ノ請求權ハ其一方ノ行使ニ依リテ目的ヲ充足セル時ハ他方モ亦存在ノ基礎タル權利ノ目的ヲ失フニ至レハナリ或ハ曰ク出納官吏ノ辨償責任ハ公法關係ナリ

不法行為ニヨル損害賠償請求權



國家ト犯人トノ關係ハ純然タル私法關係ナリ兩者ハ全然法律關係ヲ異ニスル結果出  
 納官吏ノ辨償ハ國家ノ犯人ニ對スル私法上ノ權利ニ何等影響ヲ及スコトナシ云々出  
 納官吏ノ辨償責任カ公法關係ナルコトニ就テハ吾人又異論ナシ然レ共此ノ責任ヨリ  
 發生スル所ノ第二段ノ關係タル損害賠償ノ債務ハ公法關係ニ非ラスト云フヲ以テ今  
 日ノ通説トス假リニ一步ヲ讓リテ之ヲ公法關係ナリトスルモ此說ハ何等消極説ナ  
 カスニ足ラス前述セルカ如ク國家ノ犯人ニ對スル請求權ノ目的ハ其ノ不法行為ニヨ  
 リテ生シタル缺損ヲ補填スル事ニ存ス從テ苟モ缺損力補填セラルレハ其ノ不法行為ニヨ  
 消滅スヘキモノニシテ其所謂公法上ノ損害賠償ナリヤ私法上ノ損害賠償ナリヤハ敢  
 テ問フ所ニ非ルナリ又曰ク「出納官吏ト國家トノ關係ハ政府部内ニ於ケル内部關係ニ  
 シテ之ヲ外部ヨリ見ルトキハ出納官吏ノ辨償ノ有無ニ拘ラス常ニ國庫ノ缺損アリ故  
 ニ出納官吏ノ辨償アリトスルモ外部ニ於ケル國家ト不法行為者トノ關係ハ依然トシ  
 テ存在シ決シテ内部關係ニヨリテ左右セラルルモノニ非ラス」云々此說ハ損害ノ存在  
 ナ以テ國家ノ不法行為者ニ對スル求償權ヲ前提トスル點ニ於テ第一說ニ優レルモ本  
 場合ニ於テ尙國家ニ缺損アリト斷定スル根據明カナラス又曰ク「政府ト出納官吏トノ  
 關係ハ外部ニ對シテ何等交渉ヲ有セス故ニ假令出納官吏カ辨償シタリトスルモ之カ  
 爲メ不法行為者ノ國家ニ對スル賠償義務ヲ謂フレナク免除スルノ理由ナシ本論ノ前  
 半ハ明ニ第二反論ト同一ノ誤謬ニ陥レルモノニシテ茲ニ再駁スルノ必要ヲ認メス論  
 者ハ犯人ノ賠償義務ヲ謂フレナク免除スルノ要ナシ」云々ト言フモ此ノ場合ニ於テハ  
 ニ屬シタル如ク國家ノ權利ハ出納官吏ノ辨償ト同時ニ消滅セルナリ或ヒハ說ナ  
 ナスモノアリ曰ク「或不法行為ノ發生シタル場合ニ於テハ被害者側ニ於テハ常ニ不法  
 行為ニ基ク損害賠償請求權ト不當利得返還ノ請求權ト二個ノ權利ヲ生ス而シテ此ノ  
 二權利適合スル場合ニハ其ノ何レヲ行使スヘキヤハ被害者ノ自由ナリ此ノ說ハ前數

說ニ比スレハ極メテ根據アル說ナリ然レ共惜哉論者ハ餘リニ積極論ヲ辯護セントス  
 ルニ急ニシテ辨償ニヨリテ出納官吏ト犯人トノ間ニ生スル法律關係ヲ全ク忘却セシ  
 カ如シ本問ノ場合ニ於テハ出納官吏ノ辨償ト共ニ國家ノ請求權ハ消滅スルモ此ト同  
 時ニ出納官吏ノ側ニ於テハ不當利得返還ノ請求權發生スルヲ以テ犯人ノ債務ハ尙  
 依然トシテ存在ス以上出納官吏辨償ノ場合ニ於ル出納官吏對犯人ノ法律關係ニ關シ  
 テハ數個ノ異ナレル見解アリ  
 一 連帶債務說本說ニ從フ時ハ犯人ヲシテ敢テ不當ノ利得ヲ得セシムル事ナク其結果  
 ハ頗ル妥當ナルカ如シト雖モ此ノ如キ場合ヲ連帶債務ナリト斷定スルハ稍々穩當ナ  
 缺ク  
 二 代位辨償說出納官吏ハ犯人ノ爲ニ代位辨償ヲナセルモノナレハ辨償ト同時ニ國家  
 ノ債權ハ出納官吏ニ移轉ストノ說ニシテ殆ト一顧ノ價值ナモ有セス  
 三 求償權否認說出納官吏ハ自己ノ不法行為ニヨリテ生シタル債務ヲ履行セルニ過キ  
 スシテ之カ爲ニ他人ニ對シテ何等賠償ヲ求ムル權利アルコトナシトノ說此說ノ如ク  
 ンハ犯人ハ其不法行為ノ結果タル利得ヲ永久ニ保持スル事トナリ公秩良俗ハ違ニ之  
 ナ維持シ得サルニ至ルヘシ  
 四 全部義務脫本場合同一ノ目的ノ爲ニ二個ノ債務存在シ而モ其一ハ辨償アルト  
 キハ他方ハ之ニ依リテ消滅スヘキモノナルヲ以テ是レ學者ノ所謂全部義務若クハ不  
 完全連帶債務ニ外ナラスト云フ說ニシテ頗ル穩當ナル見解ナリト信ス而シテ此ノ說  
 ハ其結論ニ於テ更ニ二派ニ分ル一ハ民法第七百十五條ヲ準用シテ出納官吏ニ求償權  
 ナ與ヘントスルモノニシテ他ハ一般ノ不當利得ノ原則ニヨリテ之カ結末ヲ付セント  
 欲スルモノナリ思フニ出納官吏ハ犯人ノ監督者ニ非ラス使用者ニアラス又犯人ハ出  
 納官吏ノ被用者ニアラス本場合同一ノ對シテ履備關係若クハ監督關係ノ存在ヲ前提トス

ル所ノ第七百十五條ヲ準用セントスルハ誤レリ然ラハ本問ニ關シテハ法ニ特別ノ規定ナキ事トナルヲ以テ結局一般ノ不當利得ノ原則ヲ適用セントスル第二説ハ最モ穩健ナル見解ト云フヘシ而シテ本問ノ場合ニ對シテハ惡意ノ受益者ニ關スル民第七百四條ノ適用アル事ハ殆ト言テ候タサル所ナリ(民法學士法學協會雜誌三〇卷四號九〇頁以下要領)

第一 本問前段國家ノ有スル賠償請求權ノ點ニ付テ之ヲ見ルニ(一)犯人ニ對シテ有スル權利ハ民法不法行爲ニヨリテ生シタル債權關係ニシテ(二)出納官吏ニ對シテ有スル權利ハ會計法ナル法律ノ規定ニヨリテ發生シタル賠償請求權ナルヲ以テ二者全ク其性質ヲ異ニシ互ヒニ獨立シテ併存スルモノト解スルヲ正當トス果シテ然ラハ國家カ犯人ヨリ辨償ヲ受クルモ又出納官吏ヨリ先以テ辨償ヲ受ケタリトスルモ之レカ爲メ一方ノ權利ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナキハ當然ナリ唯此場合國家カ二重ノ辨償ヲ得ルハ聊カ奇異ノ感アルヘシト雖トモ國家カ臨機時宜ニ適スル處置ヲ採リテ權利ノ拋棄ヲ爲スハ行政運用ノ妙ヲ以テ之ヲ鹽梅スルニ難シトセサルナリ

第二 本問後段ノ問題則加害者ト出納官吏トノ關係ニ就テ見ルモ前段ノ理論ニ

據ルヘキモノニシテ二個ノ權利義務カ各獨立シテ併存スル以上ハ加害者ノ辨償ハ出納官吏ノ義務ニ對シテ何等ノ影響ヲ及ホサス又出納官吏ノ辨償ハ加害者ノ義務ニ對シテ何等ノ效果ヲ及ホササルト全時ニ出納官吏ハ直接加害者ニ對シテ何等ノ權利ヲ有スヘキ法律上ノ原因ヲ有セス何者出納官吏ハ會計法ナル法律規定ニヨリテ負擔スル獨立ノ義務ニシテ之レカ履行ヲ爲スモ國家ノ有スル加害者ニ對スル權利ニ消長ヲ來タスヘキモノニアラサルヲ以テナリ以上ノ見地ヨリシテ吾人ハ本論ニ反對ヲ表スルモノトス

虛偽買賣  
登記抹消

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

四二四 債權者ハ債務者カ其債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル法律行爲ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但其行爲ニ因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ニ在ラス

甲債務者乙債權者ノ債務ヲ免レンカ爲メ丙ト通謀シ其所有不動産ヲ丙ニ賣却シタル如ク裝ヒ所有權移轉ノ登記ヲ了セル場合乙ハ甲丙ニ對シ虛偽ノ賣買ニ因ル無效確認並ニ其所有權移轉登記ノ抹消ヲ請求シ得ルヤ

曰ク乙ハ民法第四百二十四條ニ依リ甲丙ニ對シ賣買確認並ニ此賣買ニ因レル所有權  
 移轉登記ノ抹消ヲ請求スルコトヲ得ヘシ偏狹ナル見地ヨリシテ登記抹消ノ請求權ヲ  
 シト論スヘキモノトモ亦無効確認ノ請求權ヲシト謂ハサルヘカヲサルモノニシテ  
 一ハ積極的斷定ヲ下シ他ハ消極的ニ決スヘシトスル特別ノ理由存スルコトナシテ  
 テ本問ノ場合ニ於テ乙カ甲丙ニ對シ賣買無効確認ヲ求ムルコトヲ得ルハ債權ノ效力  
 ニシテ民法第四百二十四條ノ規定ニ基クモノナリ本條ノ規定スルモノハ無効ナラサ  
 ル加害行為ナレトモ無効ナル虛偽ノ意思表示ト雖トモ債權者ヲ害スル結果ヲ生スヘ  
 キコトハ民法第九十四條第二項ノ規定ニ徴シテ明瞭ナレハ債權者ハ其債權ノ效力ト  
 シテ本問ノ如キ無効ナル虛偽ノ意思表示ノ無効確認ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルヤ勿論  
 ナリ既ニ然リトモ右ノ如キ虛偽ノ意思表示ノ結果トシテ成立シタル賣買登記ノ取  
 消ヲ求ムルコトヲ得ルヤ當然ナリト謂フヘキナリ但右ノ場合ニ於ケル登記行為ハ民  
 法第四百二十四條ノ法律行為ニ非サレトモ虛偽ノ賣買ノ結果ニシテ債權者ヲ害スル  
 危険アルモノナルカ故ニ債權者カ債權ノ效力トシテ此登記取消ヲ求ムルコトヲ得ル  
 モノナルコトハ法律ノ精神ナルヤ疑ナキ所ナリ舊判例ニ依レハ債權者カ他人ト共謀  
 シ抵當權設定ヲ假裝シ之ヲ登記セハ債權者ハ民法第四百二十四條ニ依リ取消訴訟ヲ  
 行フコトヲ得ルモノトセリ(明治三十七年七月八日大審院第二民事部判決)新判例ハ之  
 ニ反シテ債權者ト第三者トノ賣買力眞ニ成立セル詐害行為ニ非スシテ假裝行為ナル  
 場合ニ於テハ債權者ハ民法第四百二十四條ニ依リ取消ヲ求ムル權利ヲ有セザルモノ  
 トセルハ理論上前判例ニ優レルモノト謂フヘク又全判例ニ於テ債權者カ民法第四百  
 二十四條ニ依リ法律行為ノ取消ヲ求ムル場合ニ於テ其行為ノ取消ナルハ因リ原因  
 ナキニ歸スヘキ登記アルトキハ同時ニ其登記ノ抹消手續ヲ請求スルコトヲ得ルモノ  
 ナリト説明シタルハ正當ナリ然レトモ右判例ニ於テ賣買ノ假裝ナルコトヲ主張シ登

連帶債務者一人ニ對スル時ニ  
 對スル時ニ  
 對スル時ニ  
 對スル時ニ

記原因ノ本來無効ナルコトヲ理由トシテ債權者カ債務者ニ代位スルコトヲ債務者  
 ト第三者トノ賣買登記ノ抹消ヲ求ムルハ理由ナキ請求ナリ(明治四十一年十一月十四  
 日大審院第一民事部判決)ト判示セルハ首肯スル能ハサル所ナリ(板倉學士志林一四卷  
 二號七二頁要領)

債權者ハ其行為ノ無効確認ノ訴ヲナス能ハス論者ハ此第四二四條ノ權利ヲ以テ返還請求  
 ナモ包含スト解シタル爲メナラム然トモ同條ノ權利ハ取消ノミナシ得ヘキモノナルハ  
 法文上疑ナキ處ナリ斯ク解スルモ致テ債權者ニ酷ナルニ非ラス債權者ハ取消權ニ依リテ  
 宜シク法ノ保護ヲ受ク可シ虛偽ノ意思表示ハ第九四條第二項ニヨリ表意者ハ善意者ニ對  
 テ抗スル能ハサルモノナレハ其行為ノ結果此對抗不能ナル法律上ノ關係則チ效力ノ取消シ  
 フ請求シ得スハアル可カラヌ又論者ハ登記ノ取消ヲ請求シ得可シト云フモ斯ク全ク第  
 四二四條カ確認請求ヲ許ス以上ハトノ前提ヨリ立論シタルモノトス既ニ之ヲ不當トモハ  
 後者ノ不當ハ當然ナリ然ハ如何ニナス可キヤ云ハク第四二三條ニ依リテ之ヲナス可シ

四四〇 前六條ニ掲ケタル事項ヲ除外連帶債務者ノ一人ニ付キ生シタル事項ハ他ノ債務者ニ對シテ其效力ヲ生セ

連帶債務者ノ一人ニ對スル差押又ハ承認ハ他ノ連帶債務者ニ對シテ時効中斷ノ  
 原因トナラス

連帶債務者カ差押ヲ受ケタル事實ハ之レヲ認ムルヲ得而レトモ連帶債務者ノ一人ニ  
 對スル差押ハ直ニ他ノ債務者ニ對シテモ出訴期限若クハ時効ノ中斷原因ト爲スナ得  
 ス連帶債務者ノ一人カ自己ノ債務ヲ承認シ之レカ延期契約ヲ爲スモ他ノ共同債務者

ニ對シ其效ヲ及ホスヘキモノニアラサレハ之レヲ以テ其債務者ニ對スル出訴期限若クハ時效ノ中斷アリト云フヲ得ス(大阪地方裁判所判決要旨法律新聞七七號二二頁)前六條ニ規定スル事項則(一)履行ノ請求四三四(二)更改四三五(三)相殺四三六(四)免除(四三七)五混全四三八(六)時效ノ完成四三九ノ外連帶債務者ノ一人ニ對シテ生シタル事項ハ他ノ債務者ニ效力ヲ及ホササルモノナルヲ以テ本問ノ如キ場合ニ其效力ヲ及ホササルハ當然ナリトス

土地賃借ノ解除條件

(參照)建物保護法  
第一條 建物ノ所有ヲ目的トスル地上權又ハ土地ノ賃借權ニ因ル地上權者又ハ土地ノ賃借人カ其土地ノ上ニ登記シタル建物ヲ有スルトキハ地上權又ハ土地ノ賃借人ハ其登記ナキモノヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得

賃借人カ地主ヨリ其土地ノ買受ヲ爲サスヤト交渉ヲ受ケタルトキ之ヲ買受クルコト能ハス若シ他人ニ賣渡サルレハ土地ノ明渡ヲ爲スノ外ナシト明言シタル事實アリトスルモ之ヲ以テ賃借ノ解除條件ト見ルヘキニアラス

本件地所ハ須田ヨリ控訴人ニ賣却スルコトトナリシカ愈々賣渡シノ上ハ新所有者ヨリ地所明渡シテ請求セラルヘキニ付此際被控訴人ニ於テ買取りテハ如何ト勸メシニ

控訴人ハ買受ルコト出來ヌ明渡シスルヨリ外ナシト答ヘタル旨供述セルモ右ハ執レモ建物保護法ノ規定ニ想到セス專ラ賃借本來ノ關係ヨリノミ觀察シ新所有者ニ對シテハ全然本件賃借ノ對抗シ得サルモノト思惟シ居タル結果ト認メ得ヘク此ヲ以テ直ニ賃借ノ存續ハ當事者間ノ特約上控訴人主張ノ如キ條件ニ繫リ居タルモノト認ムルニ足ラス(東京控訴院民二部判決法律日一六七號判例集一三頁)

事態ニ適シタル判決ト稱スヘシ

幼者ノ不法行為

七二二 未成年者カ他人ニ損害ヲ加ヘタル場合ニ於テ其ノ行為ノ責任ヲ辯護スルニ足ルヘキ知能ヲ具ヘサリシトキハ其行為ニ付キ賠償ノ責任ニ任セス

七二四 前二條ノ規定ニ依リ無能力者ニ責任ナキ場合ニ於テ之ヲ監督スヘキ法定ノ義務アル者ハ其無能力者カ第三者ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責任ニ任ス但シ監督義務者カ其義務ヲ怠ラサリシトキハ此ノ限ニ在ラス

監督義務者ニ代ハリテ無能力者ヲ監督スルモノモ亦前項ノ責任ニ任ス  
行為ノ責任ヲ辯護スルニ足ラサル未成年者カ弓矢ヲ以テ他人ヲ傷害シタル場合ニ於テ其親ハ之ヲ知テ制止セサル時ハ勿論之ヲ知ラサリシ場合ニ於テモ監督不行屈ノ責任ヲ負ハサル可カラサルカ

控訴人カ明治四十三年十二月十九日其左眼ニ負傷シタルコトハ爭ナキ事實ニシテ被控訴人ハ右負傷ハ過失ニ因ルモノニシテ其子政次郎ノ爲ニアラスト抗爭スレトモ控訴人ノ過失ナルコトハ被控訴人並ニ政次郎カ之ヲ主張スルノミニテ何等證據ナキニ反シ證人鹽野政義ハ現場ニ於テ政次郎ノ放テタル矢カ控訴人ノ左眼ニ命中シタル

ナ目撃シ證人カ之ヲ抜キ取リタルニ命中シタル矢ノ繼ハ木綿針ナリシト證言シ學校  
 教員角谷伊三郎カ控訴人ノ左眼ヲ射タルコトヲ自白セルニ依リ之ヲ訓戒シタルコト  
 アル旨ヲ證言シ證人梅原キトハ二十一日ノ暮方ニ鹽野伊三郎ノ妻並ニ伊三郎母カ控  
 訴人ノ眼ヲ射ラレタリト申シ來リタルヨリ被控訴人ト談合ノ上金三十圓ヲ調達シテ  
 控訴人方ニ見舞トシテ持參シタル旨ヲ證言シ證人松本龜吉ハ證人カ控訴人方ニ居合  
 セタル節梅原キト來リ内ノ幾治ニ探索セシメタルニ政次郎カ矢ヲ射タル趣ニ付不取  
 敢見舞ニ來リタリト云ヒ梅原長次ト書キテ金三十圓ヲ持參シタリト證言シ被控訴人  
 カ見舞トシテ金三十圓ヲ控訴人方ニ贈リタルコトハ之ヲ是認セル等ニ徴スレハ控訴  
 人ノ負擔ハ政次郎カ矢ヲ射込ミタルニ因ルコトハ極メテ明確ナリトス……又政次  
 郎ハ當時僅ニ九才ノ幼童ニシテ其教育又尋常小學校二年級ヲ終了シタルニ止マル事  
 實ハ原審ノ調査ニ表ハレタル同人ノ應答ノ模様並ニ前記正義ノ證言ニ依リ明カナル  
 如ク同人カ控訴人ノ方ヲ見掛ケテ木綿針ヲ藏トセル矢ヲ放チタル事實等ニ參酌スレ  
 ハ政次郎ハ其行爲ノ責任ヲ辯護スヘキ智能ヲ有セサルコト明カナリ而シテ又被控訴  
 人ニ於テハ九才ノ幼童カ右ノ如キ危險ナル弓矢ヲ弄スルコトヲ知リテ之ヲ制止セサ  
 リシトスレハ勿論又之ヲ知ラサリシトスルモ共ニ監督不行届ト謂ハサルヲ得ス單ニ  
 右ノ行爲カ被控訴人ノ視界外ニ於テ行ハレタリト一事ヲ以テ被控訴人ニ監督義務  
 ノ懈怠ナカリシト謂フヲ得ス……依テ控訴人ノ損害額ヲ審査スルニ金二圓九十一  
 錢ヲ越智醫院ニ大坂府立病院ニ金五十七圓三十錢ヲ支拂ヒタルコト被控訴人ノ認ム  
 ル所ナレハ右合計金六十圓二十一錢中控訴人カ己ニ受取リタル金三十圓ヲ控訴シタ  
 ル殘額金三十圓二十一錢ハ被控訴人ノ賠償スヘキモノト認ム……控訴人ハ尋常小  
 學校第二級ヲ卒業タルニ過キサル政次郎ト同級生ナルニ醫治月餘ニ亙リ而カモ前記  
 ノ如ク左眼ヲ盲シ將來長ク不具者トシテ世ニ交ハラサルヲ得サル懸境ニ陥リタル事

ノナレハ是等ノ苦悶ヲ慰藉スル爲メ被控訴人ヲシテ金五百圓ヲ賠償セシムルヲ相當  
 ト認ム(大坂控訴院民二部判決法律新聞七八一號二六頁)

被監督者ノ非行ハ常ニ監督ノ適切ナラサルニ出テタルモノト推定ヲ受ク從ツテ  
 監督者ノ懈怠ナカリシ事實ハ監督者ヨリ證明スヘキモノナリ(菱谷氏不法行爲論  
 二九四頁梅博士民法要義七一四頁參照然レトモ責任辯護力ヲ缺ク未成年者ノ行  
 爲ト雖トモ不法行爲トシテ監督者カ責任ヲ負フニ付テハ其行爲カ故意又ハ過失  
 タリシコトヲ要スルハ勿論ニシテ未成年者ニ故意ナク又ハ全然過失ナカリシ結  
 果ニ過キサルトキハ責任ヲ負フヘキ所以ナシ然ルニ本件判決ニ於テ其行爲ハ故  
 意ニ基クモノナリシヤ又ハ過失アリシモノナルヤヲ判定セサリシハ失當ト信ス

契約約款  
 ニヨル解除  
 權ノ行

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

約款ニヨル解除權ノ行使ヲ爲ス場合ニ其事由ヲ告ケス單ニ契約ヲ解除スル旨ヲ  
 告知シタリトスルモ其解除ハ有效ナリトス

甲第五號證ノ一二八號ヲ締結セル取扱店ノ契約ヲ本月三十一日限り止ムヲ得ス解約

候間不認御了承相成度云々ノ記載アリテ同證ニヨリテハ解除ノ原因ヲ知ルニ由ナシト雖モ解除ノ意思表示ハ其原因ヲ表示スルコトヲ要スル旨ノ規定ナキヨリ其原因ヲ明示セザルモ之ヲ以テ其意思表示ヲ無効ナリトスルヲ得サル多辯ヲ要セス(宮城控訴院判決法律新聞七八一號二八頁)之レ當然ノ理論ト云フヘシ

地代値上ケニ關スル特約

將來地代ノ値上ヲ爲スニハ借地人ノ承諾ヲ要スヘキ特約ヲ爲シタル場合ニ於テモ慣習法上地主カ値上ケノ請求ヲ爲シ得ヘキトキハ地主ニ其請求權アリヤ否

案スルニ乙第一號證明治三十一年九月十日付(ハ前略三割ノ増賃一同協議ノ上承諾致シ候此後ハ増減何事ニ不寄地代ニ係リ候儀ハ借受人一同協議ノ上決定候トアルニヨリ當時被控訴人カ其地代増減ノ承諾ヲ求メ借地人等カ之ヲ承諾シタルモ爾後ノ地代増額ニ關シテハ當事者ノ承諾ヲ要ス可キ事ヲ定メタル者トス然レハ假令本件地所ノ所在地タル若松市ニ於テ地主ノ單獨ノ意思表示ニヨリ地代増額ヲ爲シ得ヘキ慣習アルコトハ當鑑定人松本時正福西伊兵衛川島榮一郎鑑定ニ依リ之ヲ認ムルヲ得ルモ同號證ハ反對ノ特約ナリト認ム可キニヨリ被控訴人ノ單獨ノ意思表示ノミヲ以テ地代増額ヲ爲スヲ得ス然レ共本件地上權ハ無期限ニシテ一旦無地代ヲ定メタル以上ハ爾後如何ニ地租公課ノ増徴其他物價ノ騰貴アルモ地上權者カ不當ニ地代ノ値上ヲ拒ム時ハ地主ハ永遠ニ之カ地代ヲ増額スルヲ得サルモノトセハ頗ル公平ヲ失スルカ故ニ地租公課ノ増徴其他物價騰貴等ノ爲メ一般ニ地代増加シ比隣ノ地ニ比シ著シク地代ノ低廉ナル場合ニ於テハ地主ハ地上權者ニ對シ相當地代増額ノ承諾ヲ強要シ得可

キハ一般慣習法ノ認ムル處ナレハ乙第一號證ハ右一般慣習法ヲモ違由セザル事ヲ特約シタルモノトハ解スルヲ得サルニ依リ公租公課ノ増徴等ニ依リ地代ノ増額ヲ求メ得可キ事由ノ發生シタルトキニ於テハ被控訴人ハ裁判上控訴人ニ對シ地代増額ノ承諾ヲ強要スルヲ得可キモノト云ハサル可カラス(宮城控訴院判決法律新聞七八二號二四頁)

地代値上ケニ付テハ借地人ノ全意ヲ要スヘキ旨ヲ約シタル特約ハ地租公課増額其他一般ニ地代増額ノ原因生シタル場合ニ地主ヨリ地代増額ヲ請求シ得ヘキ慣習法ニ從ハサル反對契約ト認メストスレハ該特約ナルモノハ全ク無意義ニ歸スヘシ裁判所ハ該特約カ有效ニ成立シタルコトヲ認メナカラ又一方ニ於テ慣習法ヲ適用スヘシトナスハ失當甚タシキモノナリ或曰特約ハ單ニ地主一片ノ通告ノミニテハ値上ノ效果ヲ生スヘキモノニアラスト云フニ過キスシテ裁判上請求ヲ爲スニ付テハ何等妨クル所ナキモノナリト然レトモ該特約ハ明カニ借地人ノ全意ヲ要スヘキ旨ヲ定メアルニアラスヤ然ラハ之ヲ一般慣習法ニ從ハサル合意ト解スヘキヲ當然トセスヤ

五五五 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相手方ヲ原狀ニ復セシムル義務ヲ負フ但シ第三者

買取ノ契約  
解除ノ約  
損害賠償  
請求ノ權

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銭ニハ其受領ノトキ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

賣買ノ契約ノ解除ハ賣買ノ效力ヲ消滅セシムルモノナルヲ以テ縱令買主ニ於テ  
一旦遲滞ノ責ニ任スヘキ事實アリタルニセヨ其後賣買ノ契約解除アリタルトキ  
ハ遲滞ノ責ニ因ル損害賠償ヲ爲スノ義務ナキモノトス

賣買契約ノ解除ハ賣買ノ效力ヲ消滅セシメ賣主タリシモノハ買主ノ義務ヲ負ハサリ  
シト同時ニ買主タリシモノハ買主ノ義務ニ任スルコトナキモノナルハ本件ニ於テ被  
上告人カ假令一旦遲滞ノ責アルモノトシテ代金ニ利息ヲ附シテ上告人ニ支拂フヘキ  
判決ヲ受ケタルニセヨ其後賣買ノ契約解除アリタルニ因リテ被上告人ハ未ダ曾テ上  
告人ニ對シテ代金支拂ノ義務ヲ負ハサリシモノト看做スヘク隨テ遲滞ノ責ニ因ル損  
害賠償ヲ爲ス義務ナキコトハ當院ノ前判決ニ於テ既ニ判示セル所ナリ(大審院四四年  
オ第四〇六號四五年二月判決言渡)

本件ハ買主カ一旦遲滞ニ付セラレタルモ其後買主ヨリ代金ヲ提供シ更ニ賣主ヲ  
遲滞ニ付シタル後買主ヨリ解除權ヲ行使シタル場合ニ係ルモノナリ故ニ正當ナ  
ル判決ト信ス

抵當權ノ  
範圍

三七〇

抵當權ハ抵當地ノ上ニ存スル建物ヲ除ク外其目的タル不動産ニ附加シテ之ト一體ヲ成シタル物ニ及ブ但

設定行為ニ別段ノ定メアルトキ及ヒ第四百二十四條ノ規定ニ依リ債權者カ債務者ノ行為ヲ取消スコトヲ得ル場合ハ  
此ノ限リニ非ス

精米工場ニ備付ケタル精米器械ハ其工場ヲ目的物トシテ設定シタル抵當權ノ效  
力ニ服スヘキカ

精米工場ニ於ケル精米器械カ其工場タル建物ノ從物タルコト疑ヒナシ然レトモ民法  
ハ總則第八十七條第二項ニ於テ從物ハ主物ノ處分ニ從フト規定シ抵當權ニ關シテハ  
特ニ第三百七十條ニ於テ抵當權ハ云々其目的タル不動産ニ附加シテ之ト一體ヲ成シ  
タルモノニ及フト規定セリ則チ第八十七條第二項ノ規定ハ抵當權ノ性質ニ鑑ミ抵當  
權ニ對シテハ之レヲ除外シタル精神ト解釋セルカ故ニ被控訴人ノ抵當權カ本訴精米  
器械ニ及ヘルヤ否ヲ解決スルニハ本訴精米器械カ精米工場ノ從物トシテ認メラル  
ヲ以テ足レリトセス精米工場ニ附加シテ一體ヲ爲シ居タル事實ノ認ム可キモノナカ  
ル可カラズ此ノ事實ハ精米工場ノ構造ヨリ精米器械設置ノ方法ヲ審カニスルニアラ  
サレハ認定シ難キ事柄ニ屬ス蓋シ精米器械カ其工場内ニ備ヘ付ケアリシトノ事ノミ  
ナ以テ之ヲ其工場タル建物ノ一部ト認ムルノ不當ナルコト言テ俟タサル所ナリトス  
然ルニ被控訴人ハ控訴代理人ニ於テ係争物ハ工場ニ据付ケアリシ物産ニシテ工  
場ノ定着物ニハ有ラサリシト主張スルニ拘ラス係争物ハ之ヲ取除ケルニハ建物ヲ破  
壞セサル可カラズ故ニ取除後ハ建物ハ其用ヲ爲サス又敷地モ元通り田地トシテ使用  
シ能ハサル状態ヲ以テ設置セラレアリタルモノナリト陳述スルノミニテ何等ノ立證  
ヲナササルノミナラス具體的ノ説明スラ之ヲ爲ササルヲ以テ本訴精米器械ハ工場ニ對  
シ單ニ從物タル關係ヲ有セシニ止マリ被控訴人ハ之ニ對シ抵當權ヲ有セサリシモノ  
ト認定セサルヘカラス(長崎控訴院民二部判決新聞七八〇號二四頁)

全趣旨判例

動産ハ不動産ニ附加シテ其一部分ヲ成ス場合ニアラサレハ之ヲ以テ抵當權ノ目的物トスルヲ得ス(三十九年大審院判決録八八〇頁)

反對判決

從物ハ主物ノ處分ニ從フヘキコトハ民法ノ規定スル所ナルヲ以テ前段ノ意思表示ナキ限リハ抵當權ハ當然抵當不動産ノ從物ノ上ニモ及フヘキモノナリ(三十五年東京地方裁判所聯合判決、法律新聞一二〇號)

學說ハ殆ント一致シテ本件判決ニ反對ス(梅博士民法要義三七〇條、法學志林三八號四頁以下、全十卷一號三頁、富井博士民法原論第一卷二八〇頁、橫田博士物權法七七六頁、平沼博士民法總論三七二頁、中島博士民法釋義四〇四頁、松岡學士民法論總則三六七頁參照然レトモ判例ノ說明ハ寧ロ實際ニ適スルモノト信セラル

保存登記  
ナキ所有  
權ノ對抗

ニ對抗スルコトヲ得ス

從來保存登記ナキ所有權ヲ他人ニ對抗スルニ就テハ其登記ヲ要スヘキモノニアラス

被控訴人ハ第三者タル控訴人ニ對シ所有權ヲ主張シ得ヘキニアラサレトモ公簿ニ登錄シタル本件地所ノ被控訴人ノ所有權カ善ノ所有權トナリタルハ何カ不正ニ善名義ニ變換シタルモ所有權ニ於テハ勿論形式ニ於テハ被控訴人ヨリ善名義ニ右地所ノ所有權ヲ移轉シタルモ非サルコト前記ニ於テハ如ク訴人ヨリ以テ善名義ニ右地所ノ所有權ヲ移轉シタルモ非サルコト前記ニ於テハ訴人ニ對シ得ヘキ主張ハ勿論ト云フヘク本件地所ニ付キ被控訴人名義ノ保存登記ナキコトハ被控訴人ノ主張自體ニ徴シテ明白ナレトモ物件所有權カ其名義ニ保存登記ナシ爲シカサリシトテ之カ爲メニ他件ノ所有權ヲ侵害セラルヘキ謂レナク民法第百七十七條ノ規定ハ不動産ノ關スル物件ノ所有權變更ニ關スル規定ニシテ從來保存登記所有權ニ適用スヘキモノニアラスト解スヘキヲ以テ被控訴人カ控訴人ニ對シ其所有權ヲ主張シ得ヘキ當然ト謂フヘシ(東京控訴院民事第二部法律新聞七八一號二二頁)

本件ニ付テハ異論アルヲ聞カス判例及學說ヲ左ニ掲ク

全趣旨判例

民法百七十七條ハ不動産ニ關スル物權ノ得喪及ヒ變更ニ關スル規定ニシテ從來保存有スル所有權ニ適用スヘキモノニアラス(三十二年大審院判決録十卷四四頁)



第三者ニ對抗スルノ問題ハ特定セル二人間ニ權利ノ得喪アリタルコトヲ前提トス  
故ニ家屋ノ新築附加加工時効等ノ原始取得ニアリテハ登記ナクシテ權利ヲ主張ス  
ルコトヲ得ヘシ(横田博士物權法六七頁以下、富井博士民法原論論物權上卷七一頁)

合意ニ因  
ル契約解除  
行損害金

五四五 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シ第三  
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銭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

合意ニヨリテ契約ヲ解除シタル場合ニ於テハ其契約ノ不履行ニヨリ生シタリシ  
損害ノ賠償ノ請求ヲ爲シ得ヘキカ

原告主張ハ被告カ本件請負契約ヲ履行セザリシ結果當事者ノ合意ヲ以テ該契約ヲ解  
除シタルヲ以テ被告ノ不履行ノ爲メ原告ノ蒙リタル損害ノ賠償ヲ求ムルト云フニア  
リ凡ソ契約ノ解除ハ契約關係カ初メヨリ存在セザリシモノト同一ニ看做スノ效力ヲ  
生スルモノニシテ民法ニ規定スル所ハ解除權ノ行使ニ關シ合意ヲ以テスル契約ノ解  
除ハ民法ニ規定セザルトコロナレトモ之ヲ認ムルニ妨ケアルモノニアラス而シテ契  
約ノ解除カ契約關係ヲ始メヨリ存在セザリシモノト同一ナラシムルノ效果ヲ生スル  
以上ハ契約不履行ノ問題ヲ生スルノ餘地ナキヤ明カナリ故ニ原告主張ノ如ク本件契  
約カ合意ニヨリ解除セラレタルモノトセハ契約不履行ヲ原因トスル本訴請求ハ其當  
ヲ得サルモノト言ハサル可カラス(東京地方裁判所民三部判決法律日一六八號判例  
集四一頁)

合意ヲ以テ契約ノ解除ヲ爲シタル場合ニ於テハ法理上損害賠償ノ請求カ不能ニ  
歸スヘキ理由アル可カラス故ニ此ノ如キ場合ハ當事者ノ意思解釋ニ屬スヘキ問  
題ナルヤ勿論ナリ然ルニ裁判所カ合意解除ノ場合ニ於テハ法理上當然既存ノ法  
律關係ヲ一切消滅ニ歸セシメ既ニ發シタル賠償責任迄モ消滅スヘキカ如ク解シ  
タルハ失當ナリト信ス

法人ノ社  
員總會

六〇 社團法人ノ理事ハ少クモ毎年一回社員ノ通常總會ヲ開クコトヲ要ス  
六一 社團法人ノ理事ハ必要アリト認ムル時ハ何時ニテモ臨時總會ヲ招集スルコトヲ得  
ス但此定數ハ定款ヲ以テ之ヲ増減スルコトヲ得  
六二 社團法人ノ事務ハ定款ヲ以テ理事其他ノ役員ニ委任シタモノヲ除ク外總會ノ決議ニ依リテ之ヲ行フ  
六三 各社員ノ表決權ハ平等ナルモノトス  
六四 總會ニ出席セザル社員ハ書面ヲ以テ表決ヲナシ又ハ代理人ヲ出スコトヲ得  
六五 前二項ノ規定ハ定款ニ別段ノ定メアル場合ニハ之ヲ適用セズ  
六六 法人ハ左ノ事由ニ因リテ解散ス  
一、定款又ハ寄附行為ニ定メタル解散事由ノ發生  
二、法人ノ目的タル事業ノ成功又ハ其成功ノ不能  
三、破産  
四、設立許可ノ取消  
六七 社團法人ハ前項ニ掲ケタル場合ノ外左ノ事由ニ依リ解散ス  
一、總會ノ決議  
二、社員ノ缺亡

六九 社團法人ハ社員ノ四分三以上ノ承諾アルニ非サレハ解散ノ決議ヲ爲スコトヲ得ス但シ定款ニ別段ノ定アルトキハ此限リニ非ラス

定款ヲ以テ法人ノ社員總會ヲ全然廢止スヘキコトヲ定ムルハ有效ナリヤ又ハ社員總會ニ代ヘ在京社員ノ外各地方ノ支部員若干名ツツニテ總會ヲ組織スル如キ便法ヲ有效ニ設ケ得ヘキヤ

赤十字社帝國教育會愛國婦人會……等ノ如ク全國ニ涉リ數十萬乃至百萬以上ノ會員ヲ有スル會合ニアリテハ民法ニ依リ之レヲ公益社團法人ト爲シタル場合ニ於テ社員全體ノ總會ヲ開クコトハ事實上不可能タルノ觀アリ斯ル法人ノ社員總會ハ民法上必要の機關ニシテ之レヲ廢止スルコト得サルヤ否ヤノ問題ヲ生ス此問題ニ關シ岡松博士ハ社員總會ヲ設ケサルコトヲ得トノ見解ヲ採ラレ夙ニ詳細ナル意見ヲ公ニセテレタリ(京都私立法政大學發行法政時論第四卷第十四號一頁以下)頃日ハ東京帝國大學法科大學總會ニ於テ富井博士ノ出題ノ下ニ之レニ關スル討論會ヲ開キタリ予輩ハ社員總會ハ必要の機關ナリトノ見解ニ左袒シ討論ニ參加シタルカ故ニ茲ニ其論據ノ梗概ヲ述ヘント欲ス

(1) 第六〇條ニハ法人ノ理事ハ少クトモ毎年一回社員ノ通常總會ヲ開クコトヲ要スト曰ヘリ反對論者ハ本條ハ唯召集ノ回数ヲ定メタルニ過キス若シ第六三條ニ依リ法人ノ凡テノ事務ヲ定款ニテ理事其他ノ役員ニ委任シ總會ハ何等ナスヘキ事務無キニ於テハ之レヲ召集スルコトヲ要セスト説ケリ(前掲岡松博士)然レ共本條ハ召集ノ回数ヲ定メタルト同事ニ總會設置ヲ必要トスル旨ヲ定メタルモノト解スルチ至當トス而シテ本條ノ公益規定タレコトニ付テハ何人モ異議ナシ縱シ一步ヲ譲リ反對説ニ依リ本條

ハ唯召集ノ回数ノミヲ定メタルニ過キスト爲シ且ツ現在ノ定款上總會ノ事務トシテ何等強要スル所ノ事務ナシトスルモ少クモ年一回理事ハ法律上總會ノ召集ヲ強行的ニ命令セラレ居ルチ如何セン右ノ如ク總會ヲ必要トスレハ其總會ハ社員ノ會合ナルコトヲ要ス法文ニモ社員ノ總會ト曰ヘリ故ニ支部員等一同ノ社員ニテ總會ヲ組織スルコトハ不能ト謂フヘシ

(2) 第六一條第二項ニハ社員ノ五分ノ一以上ヨリ會議ノ目的タル事項ヲ示シテ請求ヲシタルトキハ理事ハ臨時總會ヲ召集スルコトヲ要ス但シ此ノ定款ハ定款ヲ以テ此レヲ増減スルコトヲ得ト曰ヘリ是レ獨民法第三七條ト同シク社員ニ總會召集ノ請求權ヲ認メタルモノニシテ殊ニ我法人ニハ但書ニ於テ唯定款ノミヲ増減シ得ル旨ヲ明言セルヨリ之レヲ見レハ本文ノ規定カ強行的性質ヲ有シ定款ニ依リ此請求權ヲ奪フコト能ハサルチ知ルニ足ルヘシ

(3) 第六三條ニハ社團法人ノ事務ハ定款ヲ以テ理事其他ノ役員ニ委任シタルモノヲ除ク外凡テ總會ノ決議ニ依リテ行フト曰ヘリ反對論者ハ本條ヲ解シテ若シ定款ニ法人ノ一切ノ事務ヲ理事其他ノ役員ニ委任セハ總會ノ決議スヘキ事項ハ全ク之レ無キニ至ルチモツテ總會ヲ開クノ必要ナシト主張セリ然レ共吾人ノ見ル所ニ依レハ茲ニ所謂法人ノ事務トハ獨民法第三六條ニ付テ述ヘタル如ク必ラスシモ現在ノ定款ニシテ定メタル法人ノ事務ノミヲ云フニ非ラスシテ法人ノ事務ノ伸縮増減シ得ヘキコトノ可能的(Potentia)ナル意味ニ於テ法人ノ事務ハ總會ノ決議ニ依リテ之レヲ行フノ意ナリ隨テ總會ノ設置ハ法人ノ豫想スル所ト謂フヘキナリ第六五條一項ニ各社員ノ表決權ハ平等ナルモノトスト曰ヒ其三項ニ定款ニ別段ノ定メアル場合ハ適用セスト曰ヘルチ以テ反對論者ハ之レヲ解シテ定款ヲ以テ社員ノ表決權ヲ全然奪フコトヲ得ト論スル者アリ然レ共是亦非ナリ第三項ハ表決權ノ平等ナラサルコトヲ定メ得ル旨ヲ規定

スルニ止リ全然表決權ヲ奪ヒ得ルモノヲ示スモノニ非ラス第六六條ハ法人ト社員トノ關係ニ付議決ヲ爲ス場合ニ於テ其社員ハ表決權ヲ有セサル旨ヲ規定セリ是レ法律カ社員ニ與ヘタル表決權ハ全然奪フコト得サルカ故ナリ社員ノ意思ハ其表決權ニ因リテ表ハル然ルニ若シ表決權ヲ全然奪フトキハ社員トシテノ要素ヲ缺クニ至リ社團法人ノ本質ト相容レズ若シ社員ノ表決權ヲ全然奪フトキハ社員ノ資格ヲ失ハシムルモノナリ之レト同理ニテ社員自ラ表決權ヲ拋棄スルコトハ之レヲ許サス或ハ曰ク表決權ヲ全然奪フコト能ハサルモ其行使ノ方法ハ直接ニスルモ間接ニスルモ可ナリ故ニ支部會ニテ表決權ヲ行ハシムル其決議ヲ以テ支部會ノ代表者ヲ定メ總會ニ出席シテ意見ヲ行ハシムレハ可ナラント然レトモ其代表者カ直ニ各社員ヲ代表スルモノナラハ則チ可ナリ然レ共其代表者カ總會ノ一員トシテ表決權ヲ行フトキハ支部ニ屬スル各社員ヲ代理スルニ非ラス代表者カ唯自己ノ表決權ヲ行フトキハ過キサルナリ隨テ斯カル代表者ニテ組織セル集會ハ法律上ニ所謂社員ノ總會ニアラサルナリ故ニ第六八條第二項ニ社團法人解散ノ一事由トシテ總會ノ決議ヲ加ヘ法人ノ解散ノ爲メニ總會ノ存置セラルヘキコトヲ豫想セリ定款ニ依リテハ此解散事由ヲ奪フコトヲ得サルナリ或ハ曰ク本條ニ解散事由トシテ總會ノ決議ヲ加ヘタルハ是亦定款ニテ總會ヲ設ケアル場合ノミニ適用アルモノナリ然レトモ是亦非ナリ定款ハ法律以下ニ立ツモノタルコトハ言フマテモナク定款ヲ以テ却テ法律ヲ制限シ得サルコトハ勿論ナリ然ルニ法律ハ解散事由トシテ總會決議ヲ舉グル以上ハ定款モ亦總會ノ決議ニ因ル解散事由ヲ認メサルヲ得サルナリ然シテ第六九條ニハ社團法人ハ總會ノ四分三以上ノ承諾アルニ非ラサレハ解散ノ決議ヲナスコトヲ得ス但シ定款ニ別段ノ定メアルトキハ此ノ限りニアラスト曰ヒ反對論者ハ此但書ヲ解シテ定款ニ別段ノ定メアルトキハ此ノ解散決議ヲ全然廢止シ得ヘシト主張スト雖モ是レ亦非ナリ蓋シ第六九條ハ第三八條第

一項ノ法文トハ全然其書キ方ヲ異ニスルコトニ注意スルヲ要ス他ノ特別法令ニ於テ本論題ノ如キ場合ニ特ニ明文ヲ設ケタルモノアリ即チ保險業法第四二條ニテハ相互會社ニ付定款ヲ以テ社員總會ニ代ルヘキ機關ヲ設ケルコトヲ得ヘキ旨ヲ明言セリ產業組合法第三八條ノ二及ヒ漁業組合規則第三五條ノ二ニモ同様ノ規定アリ以テ我國ノ成法上社員總會ニ代ルヘキ機關ヲ作成スルニハ特ニ法律ノ明文ヲ要スルコトヲ知ルヘキナリ然ルニ民法ノ社團法人ニ付テ斯カル明文ナキ以上ハ一部ノ社員ヲ以テ社員總會ニ代ハルヘキ機關ヲ組織シ得サルヤ明カナリト謂ヘシ(加藤博士法學志林一四卷三號五〇頁以下要領)

本論(1)點則理事ハ少ナクトモ毎年一回社員總會ヲ開クコトヲ要ストノ規定ハ公益的規定ナルヲ以テ定款ニ其反對規定ヲ置クモ效ナシトノ議論ハ根據明白ニシテ異論ヲ挾ムヘキ餘地ナシト信ス中島博士民法釋義三〇六頁松岡義正氏民法總則三〇八頁參照然レトモ定款規定ヲ以テ在京社員及支部員代表者ヲ以テ總代トナシ總會ノ議事ヲ議決スヘキ旨ヲ定メタルトキ此定款規定ハ當然無効ナリト云フヲ得ヘキヤ此點ハ大ニ論戰スヘキ餘地アリト信ス蓋シ社員ノ議決權行使ニ付テハ書面ヲ以テ又ハ代理人ヲ以テ爲シ得ヘキコトハ第六十五條ノ明定スル所ナリ故ニ定款規定ノ意義カ支部會員ハ其議決權ノ行使ヲ支部代表者ニ代理ヲ一任スルモノト解シ得ヘク而カモ必スシモ議決權ヲ奪フモノニアラスシテ自己出席

希望ノ場合ニ於テハ出席スルモ差支ナキコトニ解スルコトヲ得而シテ其定時總會ノ期日ハ豫メ之ヲ一定シアルニ於テハ各社員ニ對シテ其通知ヲ發スヘキ必要ナク則種々ナル方法ニ於テ便法ヲ設ケ之ヲ有效ニ定款ニ於テ定ムルコトヲ得ヘキモノト信シテ疑ハス

九七八

推定家督相續人ノ廢除又ハ取消ノ請求アリタル後其裁判確定前ニ相續力開始シタルトキハ裁判所ハ親族利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ因リ戸主權ノ行使及ヒ遺產ノ管理ニ付キ必要ナル處分ヲ命スルコトヲ得廢除ノ遺言アリタルトキ亦同シ  
裁判所カ管理人ヲ選任シタル場合ニ於テハ第二十七條乃至第二十九條ノ規定ヲ準用ス

相續人廢除ノ請求訴訟中原告タル被相續人死亡スルモ之レカ爲メ訴訟消滅ニ歸シ被告カ相續人トナルヘキモノニアラス

本件原告タル大野直知カ原判決言渡前明治四十三年六月六日死亡シ其控訴代理人ニ該判決ノ送達アリ茲ニ控訴手續ヲ中斷セシコト又大野直知ヨリ其長男大野浩ニ對スル推定家督相續人廢除ノ判決モ亦直知死亡後控訴代理人ニ送達セラレタルハ共ニ爭ヒナキ所ナリ依テ先ツ被相續人直知ノ死亡ニ依リ推定家督相續人浩ニ對スル廢除ノ訴訟ハ終了スヘキヤ否ヤチ案スルニ民法第九百七十八條ニ推定家督相續人ノ廢除ノ請求アリタル後其裁判確定前ニ相續力開始シタルトキハ裁判所ハ親族利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ依リ戸主權ノ行使及遺產ノ管理ニ付必要ナル處分ヲ命スルコトヲ得

本件ニ付テハ反對說アリ左ノ如シ

廢除ノ遺言アリタルモ又同シ裁判所カ管理人ヲ選任シタル場合ニ於テハ第二十七條乃至第二十九條ノ規定ヲ準用ストアリテ被相續人生前自カラ廢除ノ請求ヲ爲シ其裁判確定以前ニ死亡シタルトキト遺言ヲ以テ廢除ノ意思ヲ表示シタル場合トナ問ハスルニ適ク適用ヲ受ケ廢除未確定ノ推定家督相續人ヲシテ當然相續ヲ爲シテ戸主權ヲ行使シ又ハ遺產ヲ管理セシメ後日廢除ノ裁判確定シ廢除未確定ノ相續人ノナシタル行爲カ無効トナリ他ニ損害及スコトアルヘキヲ慮リ之ヲ避ケンカ爲メノ規定ナリト解スヘク非訟事件手續法第六十六條第九十三條ノ規定ノ存スルニ依ルモ然ル所以ヲ推知スルニ足レリ被相續人生前廢除ノ請求ヲ爲シ其判決確定前ニ死亡スルトキハ訴訟終了シ推定家督相續人ヲシテ當然相續ヲ爲シシムヘキモノナラシメハ前掲ノ如キ規定ヲ要セサルヲ論テ候タス然ラハ則チ直知ノ生前爲シタル廢除請求ノ訴訟ハ其訴訟ノ代理人ニ廢除ノ判決ノ送達アリタルト同時ニ中斷シ未タ終了セス浩ハ廢除未確定者ナレハ直知ノ後相續ヲ爲シ本件訴訟ノ適格ナル受繼者ナリト云フヲ得ス斯ル場合ニハ裁判所ノ選任ニ因ル管理人ヲシテ受繼セシム可キモノトス(東京控訴院民一部判決法律日一六八號判例集四頁)

九七八條ノ規定ハ訴訟受繼ノ規定ヲ前提トシテ始メテ其實用ヲ見ルヘキモノナリ然ルニ現行法上之ニ關スル規定ヲ缺カスルカ故ニ訴訟ハ被相續人ノ死亡ニヨリ自然消滅ニ歸シ廢除ノ被告ハ當然ノ力相續人トナルヘシ如此ハ被相續人ノ意思ニ反シ實際ニ適合セスト雖モ法律上如何トモスル能ハサルヘシ此ノ場合或ハ管理人ヲシテ受繼セシムヘキカ如キモ全條ニ所謂戸主權ノ行使トハ戸主カ戸主タルノ地位ニ在リテ有スル權利ノ義ニシテ家督相續ニ於ケル被相續人カ被相續人トシテノ權利ニ關シテ適



八ト第三者トノ間ニ於テ爲シタル行爲ニ付キ其責ニ任スルヲ要スルヲ以テ被上告人ニ對シ前記ノ法律行爲ニ付キ政藏ニ代理權ヲ授與スル旨ノ意思表示ヲ爲シタル以上ハ上告人ハ政藏カ其代理權ノ範圍内ニ於テ爲シタル貸借契約並ニ抵當權地上權ノ設定行爲ニ付キ其責ニ任セサルヘカラサルハ勿論ニシテ上告人ト政藏トノ間ニ於テ眞實代理權授與ノ行爲アリタルヤ否ヤハ之ヲ問フノ必要ナク又政藏ノ行爲カ犯罪ヲ構成スルコトハ上告人ニ對スル關係ニ於テ前記ノ法律行爲ハ正當ニ成立スルコトヲ妨ケサルモノトス故ニ原院カ其判文ニ掲クル事實理由ニ依リ本件ノ消費貸借並ニ抵當權地上權設定ノ行爲ナリト判示シタルハ正當ニシテ之ヲ攻擊スル上告論旨ハ何レモ理由ナシト雖モ地上權抵當權其他登記ヲ要スル權利ノ得喪變更ニ付登記ヲ爲スニハ實體上ニ於テ是等權利ノ得喪變更アリタルノミチ以テ足レリトセス登記法ニ定ムル形式上ノ要件ヲ充スコトヲ必要トシ之ヲ缺ク所ノ登記ハ不合法ナルヲ以テ登記法上其抹消ヲ請求スルノ權利ヲ有スルモノハ其登記ヲ抹消シテ之ヲ登記ヲ爲シタ以前ノ原狀ニ復セシムルヲ得ヘク登記權利者ハ更ニ正當ナル手續ヲ踐ミ登記義務者ノ承諾又ハ之ニ代ルヘキ判決ニ因リ登記ヲ爲スコトヲ要ス既ニ爲シタル登記カ形式上ノ要件ヲ缺クモ實體上ノ要件ヲ具備スルノ故ヲ以テ之ヲ適法ナリトシ形式ノ欠缺ヲ不問ニ置クコトヲ得ス何トナレハ斯クスルニ於テハ法律カ登記ニ付キ形式上ノ要件ヲ設定シ登記申請者ヲシテ之ヲ遵守セシムル所以ノ公益上ノ目的ハ之ヲ貫徹スルコト能ハサルニ至ルヘケレハナリ(大審院四年(オ)第三七八號四年二月廿日言渡)

本件ハ實際問題ニ適用多キ判例ニシテ必讀ヲ要ス類似ノ判例左ノ如シ

當事者カ虛偽ノ賣買ヲ爲シ登記ヲ經ルモ其登記ハ法律上何等ノ效力ヲ生セス故ニ後日同一ノ不動産ニ付キ當事者間ニ眞正ノ賣買成立シタルハトテ該登記ノ復活スヘキ

謂レナシ(三十九年大審院判決錄六六〇頁)

製造人ノ  
債權時効

一七三 左ニ掲ケタル債權ハ二年間之ヲ行ハサルニ依リテ消滅ス  
二 居職人及ヒ製造人ノ仕事ニ關スル債權

折箱製造人カ針箱製造ノ注文ヲ受ケ他人ヲシテ之ヲ製造セシメタル場合ニ於テモ矢張り本條所謂製造人ノ仕事ニ關スル債權ノ適用ヲ受クヘキモノトス

控訴人カ折箱製造人ナル事ハ其認ムル所ニシテ折箱製造人タル控訴人カ本件注文ヲ受クルニ至リタルハ本件針箱製造ハ控訴人ノ業トセル折箱製造ト同種類ニ屬セルカ爲メナリシモノト認ムルヲ相當トシ控訴人ハ製造人トシテ本件注文ヲ受ケタルモノト認定スヘキカ故ニ控訴人カ實際自ラ本件針箱ヲ製造シタルト將タ他人ヲシテ製造セシメタルトヲ問ハス本件債權ハ製造人ノ此事ニ關スル債權トシテ民法第七十三條第二號ノ適用ヲ受クヘキモノトス(東京控訴院民事部判決法律日一六八號判例集三二頁)

折箱ト云ヘハ専ラ料理店又ハ菓子商等ニ於テ用ユル折箱ニシテ之ヲ裁縫用ノ針箱ト全種類ノモノナリト云ヒ得ヘキヤ否ヤ頗ル疑問タルノミナラス之ヲ製造業ノ點ヨリ見レハ折箱製造業ト針箱製造業トハ全種類ノ製造業ナリト云フコト能ハスト信ス吾人ハ此點ヨリ本件判決ニ同意ヲ表スルコト能ハス



ニ付證據調ノ許可決定ヲ爲スヲ見タリ此問題ハ尙ホ大ニ研究スヘキ餘地アリト  
信ス

債權讓渡  
通知ノ方

四六七 指名債權ノ讓渡シハ讓渡人カ之ヲ債務者ニ通知シ又ハ債務者カ之ヲ承諾スルニ非サレハ之ヲ以テ債務者其  
他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス  
前項ノ通知又ハ承諾ハ確定日附アル證書ヲ以テスルニ非ラサレハ之ヲ以テ債務者以外ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得  
ス

債權讓渡ノ通知ハ相手方タル債務者ニ到達スルニ因リテ其效力ヲ生シ債務者カ  
其意思表示ヲ認識シタリヤ否ヤハ效力ニ何等ノ影響ヲ及スモノニ非ラス其書面  
カ一般取引上ノ觀念ニ從ヒ相手方ノ爲メニ之ヲ受領スル機關トナルヘキモノノ  
手裡ニ歸シタルトキニ於テ相手方ニ到達シタルモノニシテ其發送ノ方法如何ハ  
之ヲ問フノ必要ナキモノトス

債權讓渡ノ通知ハ讓渡人ヨリ債權ノ讓渡アリタルコトヲ債務者ニ知ラシムルコトヲ  
目的トスル意思ノ表示ニシテ民法第九十七條ノ規定ニ從ヒ其意思表示カ表意者タル  
讓渡人ヨリ相手方タル債務者ニ到達スルニ因リテ其效力ヲ生シ相手方タル債務者カ  
其意思表示ヲ認識シタルヤ否ヤハ意思表示ノ效力ニ何等ノ影響ヲ及スコトナシ是レ  
意思表示ノ效力ニ付キ到達主義即チ受信主義ト了知主義トノ間ニ存スル差別ノ要點  
ニシテ我カ民法カ受信主義ヲ採用シ前掲第九十七條ニ於テ之ヲ規定シタルヨリ生ス

本件ハ通説ト一致セル判決ナリ

ル當然ノ結果ナリトス故ニ此點ニ關スル上告論旨ハ其理由ナク又債權讓渡シノ通知  
ハ訴訟行爲ニアラサルヲ以テ民事訴訟法ノ送達手續ニ從フヘキモノニアラサルコト  
ハ洵ニ所論ノ如シト雖モ本件ノ如ク書面ヲ以テ通知ヲ爲ス場合ニ於テハ其書面カ一  
般取引上ノ觀念ニ從ヒ相手方ノ爲メニ其書面ヲ受領スルノ機關トナルヘキ者ノ手裡  
ニ歸シタルトキハ其通知ハ相手方ニ到達シタルモノニシテ其發送ノ方法如何ハ之ヲ  
問フノ必要ナシ(大審院四五年(オ)第六六號四五年三月十三日判決言渡)

二三四 追認ハ取消ノ原因タル情況ノ止ミタル後之ヲ爲スニ非ラサレハ其效ナシ  
二二六 取消權ハ追認ヲ爲スコトヲ得ル時ヨリ五年間之レヲ行ハサルトキハ時效ニ因リテ消滅ス行爲ノ時ヨリ二十  
年ヲ經過シタルトキ亦同シ

母タル親權者カ親族會ノ全意ヲ要スヘキ事項ニ付キ其全意ナクシテ行ヒタル行  
爲ハ未成年者カ追認ヲ爲シ得ヘキトキ則チ成年ニ達シタルトキヨリ五ケ年ヲ以  
テ時効ニ罹ルヘキモノトス

親族會ノ同意ヲ要スヘキニ拘ラス右ルイハ其同意ヲ得スシテ右特約解除ノ契約ヲ爲  
シタルモノナレハ其行爲タルヲ取消シ得ヘキモノタルコトハ論ヲ俟タサルナリ仍テ  
未成年者ノ法定代理人カ取消シ得ヘキ行爲ヲ爲シタルトキハ之ニ關スル取消權ノ時  
效ハ何時ヨリ起算スヘキヤチ案スルニ民法第二百二十六條ニ規定セル追認ヲ爲スコト  
ヲ得ル時トハ同第二百二十四條第一項ノ取消シノ原因タル情況ノ止ミタルトキヲ指ス

代理權  
欠缺アルニ  
親族會  
ノ行爲  
時効  
取消



モノニシテ未成年者ニアリテハ成年ニ達シタル時ヨリ有效ニ追認シ得ヘキモノニシテ取消權ノ時効ニ關スル期間ハ此時ヨリ起算シ五ヶ年間行ハサル時ハ時効ノ完成ニヨリ取消權ハ消滅ニ歸スヘキモノトス(東京控訴院民事部判決法律新聞第七八一號二五頁)

當然ノ判決トス全趣旨ノ判例左ノ如シ

未成年者ノ法定代理人カ取消シ得ヘキ行爲ヲ爲シタル場合ト雖モ其未成年者カ成年ニ達シタル後五年ヲ經過セルトキハ之ヲ取消スコトヲ得ス(三十九年大審院判決第一四七頁)

期限ノ定メナキ土地ノ貸借

六二七 當事者カ貸借ノ期間ヲ定メサリシトキハ各當事者ハ何時ニテモ解約ノ申入ヲ爲スコトヲ得此場合ニ於テハ貸借ハ解約申入ノ後左ノ期間ヲ經過シタルニ由リ終了ス  
一 土地ニ付テハ一年

建物所有ノ爲メニスル期限ノ定メナキ土地賃借ハ其存續期間ヲ如何ニ定ムヘキヤ

被告カ期間ノ定メナキ賃借ニ基キ本件土地ヲ使用スルコトハ成立ニ爭ナキ甲第一號證ニ依リ明確ニシテ然カモ被告ノ抗辯トスル所ハ、、、東京市ニ於テ期間ノ定メナキ土地ノ賃借ハ其地上ニ建設セル建物ノ朽廢ニ至ル迄存續スル旨ノ慣習存在シ本件土地ノ賃借契約モ亦該慣習ニ依據シ締結シタルモノナレハ原告ノ請求ハ失當ナリト言フニ在リ、、、審按スルニ明治三十一年七月十六日以前ニ於テハ我

國語般ノ事項ニ付キ法制未タ完備セス從テ人民相互ニ於ケル私法上權利關係ニ就テモ準據スヘキ法則アルコトナク一ニ舊慣ニ基キ處理シ來リシコトハ顯著ナル事實ナリシト雖モ前記年月日以後即チ民法實施後ニ於テハ準據スヘキ法則存在スルニ至リ而カモ其法則タル主トシテ舊來ノ慣行ヲ斟酌シタリト雖モ往々之ニ異ナリタル規定存在セシ爲メ漸ク他人ノ土地ノ使用關係ニ付キ世人ノ注目ヲ喚起シタル而已ナラス其後額々紛爭ヲ惹起シ爲メニ同三十三年三月廿七日ニ法律第七十二號ノ發布ヲ見ルニ至リシカ如キ經過アリシ後本件ノ如キ民法實施後滿八ヶ年有餘ノ歲月ヲ經タル明治四十年四月ニ於テ他人ノ土地ニ付キ賃借契約ヲ締結シタル場合ニ在リテハ特ニ從來行ハレタル習慣ニ依據スルコトヲ約定セサル以上ハ當事者ハ普通民法ノ規定ニ基キ其間ノ權義ノ關係ヲ律セントスルノ意思ナリトシテ認ムルヲ以テ妥當ナリトス果シテ然ラハ假令被告抗辯ノ如ク東京市ニ於テ民法實施以前ヨリ期限ノ定メナキ土地ノ賃借ハ其地上ニ存在スル建物ノ朽廢ニ至ル迄存續スルノ慣習アリ該慣習ハ民法實施後ニ於テモ依然存續スルモノナリトスルモ當事者間ニ特ニ之ニ準據スヘキ旨ノ意思表示ナキ本件ノ如キ場合ニ於テハ民法第六百十七條ニ則リ其間ノ權義關係ヲ制定スヘキハ勿論ナリトス尤モ鑑定人仁杉英同浦田治平ハ土地ノ賃借ニ關シ當事者間ニ特ニ民法ノ規定ニ準據スヘキ旨ノ意思表示アラサル以上ハ從來ノ慣習ニ依ルヘキモノナル旨ノ鑑定ヲ爲セトモ當裁判所ハ措信セス云々此判決ハ東京地方裁判所民事第四部ニ於テ爲シタルモノ之ニ對シテ横山勝太郎氏ハ社會ノ實際及法理ノ兩面ヨリ詳細ニシテ有力ナル批評ヲ加ヘラレタリ今之ヲ摘録スレハ左ノ如シ  
第一 民法ノ實施以前ニ於テハ借地關係ハ一ニ舊慣ニ基キ處理シ來リタリ  
第二 民法實施後ニ於テハ當事者カ舊慣ニ依ル意思ヲ表示セサル以上ハ民法ノ法

規ニ依リテ借地關係ヲ律セントスルノ意思ナリシモノト認定スヘキモノナリ  
 第三 借地者カ特ニ民法ノ規定ニ準據スヘキ旨ノ約束ヲ爲ササル以上ハ從來ノ慣  
 習ニ依ルヘキモノナリトノ鑑定人ノ意見ハ措信スル能ハスト言フニ歸着スルモノノ  
 如シ以下少シク論スル所アラシ  
 其二ノ論點ハ最モ論議ヲ要スヘシ國民一般ニ法律ヲ知悉ストノ推定ヲ受クヘキハ勿  
 論ナリト雖モ實際ノ事情ハ全ク之ニ反スルコトナ思ハサルヘカラス堂々タル博士學  
 士ト雖モ其專門ノ科目ニ關シテハ素ヨリ法律ノ規定ヲ知悉スヘシト雖モ其專門外ノ  
 科目ニ至リテハ法律ノ規定ニ通セサルハ普通ノ狀態ニシテ法律學者ニアラサル借地  
 ノ當事者カ其關係ヲ律スヘキ法律ニ通達セサルハ實ニ已ムヲ得サル也全國ニ涉リ數  
 百千萬ノ借地關係者カ借地ニ關スル民法ノ規定ヲ知悉セシテ漫然其關係ヲ繼續シ  
 居ルハ動カス可カラサル顯著ノ事實ナリ、  
 書ノ授受カ明治三十三年法律第七十二號ノ實施後、  
 シタル際ナルカ故ニ當事者カ民法ノ條規ニ從フノ意思ヲ有シタルモノナリト認定ナ  
 下シタル點ニ付テハ吾人ノ絕對ニ承認スル能ハサル所也吾人ハ民法實施前ト今日ト  
 時勢ニ非常ノ變遷アルコトハ之ヲ認メサルニハ非ラスト雖モ法律思想ニ幼稚ナル事  
 口權利義務ノ變遷アルコトハ我國國民カ如何ニ法律思想上ノ變遷ヲ爲シタルヤニ關シ  
 テハ乍遺憾多クノ變化ナシト斷定スルニ憚ラス蓋シ人民ノ多クハ民法ノ何タルヤチ  
 知ラス況ンヤ借地ニ關スル法規ノ如何ニ如キ素ヨリ何等智識ナク所謂形式の民法成  
 典ノ實施ト其年月トノ經過ニヨリ法律智識ニ何等差異ナク少クトモ甚シキ差異ナキ  
 ハ吾人ノ經驗上固信スル所ナレハナリ試ニ之ヲ民間ノ實際ニ就テ研究セヨ容易ニ吾  
 人ノ私言ニ非ラサルヲ看取スヘシ請フ法官ヨ試ニ民間ノ實際ニ就テ研究セヨ容易ニ吾  
 法ハ條章ニ付キ人民ニ問フ所アレ彼等ハ何ト答フ可キカ或ヒハ商法ノ規定ニ基キ民

法刑法訴訟法ニ就テノ條規ニ就キ問テ發セヨ彼等ノ答案ハ如何ニアル可キカ之レヲ  
 是レ思ハスシテ民法實施後八年ナルカニ民法ノ條章ヲ知ルヘシト推定シ從テ明  
 約ナキ限リ其ノ法條ニ依リ借地關係ヲ律セシムルノ意思ヲ有スルモノナリト認定ス  
 ルカ如キハ法官ハ實際的民情ニ迂ナルハ管見ニシテ到底吾人ノ服スル能ハサル所ナ  
 リ  
 第三 仁杉 奕浦 田治 平兩氏ノ鑑定ハ之ヲ信用セスト言フハ其理由何邊ニアリヤ兩鑑定  
 人ハ故意ニ正實ニ反スル鑑定ヲ爲シタリト言フニ在ルカ兩氏ハ人格ハ決シテ其然ラ  
 サルコトヲ證明シテ餘リアリ兩氏ハ或ヒハ公證人トシテ辯護士トシテ區長トシテ深  
 ク東京市住民ノ舊慣ニ通曉スルノ紳士ナリ裁判官カ此等人士ノ鑑定ヲ信セスト言フ  
 ハ所謂認定自由ノ法則上違法ニハ非ラサルヘシト雖モ何等ノ理由ヲ示サス又何等反  
 證ノ徵スヘキモノナキニ拘ラス漫然之ヲ排斥スルカ如キハ甚シキ失當ナリ否寧ロ妄  
 也  
 裁判官カ何等反對ノ徵證ヲ有セスシテ自家ノ法律の見解ニ據リ證據タル鑑定ヲ措信  
 セストスルカ如キハ適法ナリヤ可能ナリヤノ問題ハ別トシテ危險千萬ノ事柄ニ屬ス  
 殊ニ本件鑑定人タル仁杉浦田兩氏ノ借地問題ニ關スル鑑定ハ東京控訴院及ヒ東京地  
 方裁判所ニ於テ從來屢々信用セラレ來リタル所ニシテ本件ノ裁判官カ獨リ敢ヘテ之  
 ニ反スルハ吾徒市民最モ深ク遺憾トシテ且ツ此判決ニ對スル尊榮ノ念慮ヲ失ハシム  
 ル所以也横山辯護士日本辯護士協會錄事一六二號二八頁以下)  
 大體ニ於テ吾人ハ横山氏ノ論評ニ贊同ヲ表ス假リニ國民ノ多數ハ民法ノ規定ヲ  
 知レルモノト假定スルモ若シ民法ノ規定ヲ知ラハ全時ニ此規定タルヤ甚ダシキ

惡法ニシテ社會一般ニ行ハルル借地關係ノ實際ニ反シ到底準據スヘキモノニア  
 ラサルコトヲ知ルヘシ年々歳々國民ノ多數ハ帝國議會ニ借地法制定ノ請願ヲ爲  
 シ多數ノ法律家ハ其必要ヲ絶叫シ政府當局モ亦其必要ヲ認メ居レルニ徴スルモ  
 如何ニ現在ノ民法規定カ一般ノ不滿ヲ買ヒ居ルカヲ證スルニ餘リアリ果シテ然  
 ラハ之ヲ知ル者ハ亦之ニ服セサルモノナリ何ソ之ニ服從スヘキ愚ヲ行フモノア  
 ランヤ

借地關係ノ實際ニ付テ之ヲ見ルニ借地人又ハ地主カ假令民法ノ規定ヲ知ルモ双  
 方之ヲ遵守スヘキ意思ナク世間一段ノ慣行ニ從フ意思ヲ以テスルヲ常トス世間  
 ノ實際ハ決シテ法律ノ規定通りニ行動スルモノニアラス地主ト借地人トカ好意  
 ノ關係ニ在ルトキハ法律家ノ間ニ借地關係ヲ生スル場合ニ於テスラ必スシモ明  
 白ニ契約條件ヲ定メ又ハ期限ヲ限定セサルコト稀ナリトセス况ンヤ一般ニ法律  
 ヲ解セサル普通人民ノ間ニ於テオヤ然ルニ一旦兩者間感情ノ衝突起ルカ又ハ惡  
 徳ナル地主カ私慾ヲ逞セントスル野心ヲ持ツニ至リタルトキ爰ニ民法ノ規定ヲ  
 楯ニ取り其明渡ヲ強要セントスルモノナリ故ニ裁判官ハ宜ク其實情ヲ察シ事ノ

實際ニ適スル認定ヲ爲ササル可カラシテ事爰ニ出テサリシ本件裁決ハ失當タ  
 ルヲ免レサルモノトス

四七四 債務ノ辨濟ハ第三者之ヲ爲スコトヲ得但シ其債務ノ性質カ之ヲ許ササルトキ又ハ當事者カ反對ノ意思ヲ表  
 示シタルトキハ此限ニ在ラス  
 利害ノ關係ヲ有セサル第三者ハ債務者ノ意思ニ反シテ辨濟ヲ爲スコトヲ得ス

當事者以外ノ第三者カ債務者ノ反對ヲ受ケスシテ債權者トノ間ニ辨濟ノ豫約ヲ  
 爲シタルトキハ其豫約ハ第三者ト債權者トノ間ニ獨立シテ成立シタル有效ナル  
 契約ナリ又此ノ豫約ハ賣買ノ豫約ノ如ク更ニ當事者ノ一方ヨリ契約ヲ完結スル  
 意思表示ヲ要セシテ當然效力ヲ有スルモノトス

當事者以外ノ第三者カ債務者ニ代リテ辨濟ヲ爲スコトハ債務者ニ於テ反對ノ意思ヲ  
 表示セサル限り法律ニ認許スル所ニシテ第三者カ債權者ニ對シ債務者ニ代リテ辨濟  
 ナ爲スヘキコトヲ豫約シタル場合ニ於テモ亦同一ノ精神ニ基キ債務者ノ反對ナキ限  
 リハ其契約ヲ有效トスルコトヲ要シ之ヲ爲スニ付キ特ニ債務者ノ承諾ヲ必要トスル  
 コトナシ故ニ債務者ニ於テ反對ノ意思ヲ表示セサル第三者ノ豫約ハ債權者ト第三者  
 トノ間ニ於テ有効ニ成立シタル獨立ノ契約ニシテ第三者ハ此ノ契約ニ因リ絕對ニ  
 東セラレ債權者ノ請求ニ對シ契約ノ目的タル辨濟ノ義務アルノミナラス此義務ハ辨  
 濟ノ豫約ニ因リテ當然生スルモノニシテ賣買ノ豫約ノ如ク更ニ當事者ノ一方ヨリ契  
 約ヲ完結スル意思ノ表示ヲ爲スノ必要ナシ何トナレハ辨濟ノ豫約ニ在リテハ其豫約

ノ當時既ニ契約ノ目的タル辨濟ニ付キ當事者双方間ニ意思ノ合致アリ賣買ノ豫約ノ如ク當事者ノ一方ノミニ其賣買ノ意思アリテ相手方ハ未タ其意思ヲ決定セザル場合ト全然其性質ヲ異ニスルモノナレハナリ(大審院四四年(オ)二七八號四五年二月首渡)至當ノ見解ト信ス判例學說ナシ

寄附行為ハ之ヲ變更スルコトヲ得ルヤ

寄附行為ノ變更

民法中之ニ關スル規定ナキモ寄附行為ハ財團法人ノ基礎規定ナルヲ以テ其事項ヲ變更スルニ因テ之カ基礎ヲ破壞スルカ如キ根本的變更ハ之ヲ爲スコトヲ得サルヘシト雖モ其基礎ニ變動ヲ及ボササル限度ニ於テ之カ變更ヲ許スハ法人ノ目的ヲ遂行上ヨリ論スルモ寧ロ便宜ニシテ法ノ禁スル所ニ非スト解スヘシ例ヘハ事務所ヲ増設シ理事任免ノ方法ヲ改正スルカ如シ而シテ其變更方法ハ一ニ寄附行為ノ定ムル所ニ從フ(西川法學士法學新報二十卷第二號八二頁以下要領)

寄附行為ニ其變更ノ方法ヲ定メル場合ニ於テ寄附行為ヲ變更シ得ルコトハ多數學說ノ認ムル所ナルモ寄附行為ニ何等其變更方法ヲ定メサルトキハ一個ノ問題ナリ本論ハ此點ニ付説明スル所ナキモ其裏面ヨリ推理ストキハ消極ナルカ如シ吾人モ亦消極ニ決スルヲ可トスルモノナリ

贈與ノ取  
消與ノ取  
事實ニ合  
致セザル  
登記

一七六 物權ノ設定及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變更ハ登記法ノ定ムル所ニ從ヒ其登記ヲ爲スニ非ラザレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス  
五五〇 書面ニ依ラサル贈與ハ各當事者之ヲ取消スコトヲ得但シ履行ノ終リタル部分ニ付テハ此限リニ在ラス

不動産ノ贈與ハ口頭ヲ以テシタルトキト雖モ之ヲ取消スコトヲ得サルカ  
事實ニ合致セザル登記ノ效力如何

本件不動産及不動産上ノ權利ハ原告カ分家スル際被告ヨリ分家分ケ口トシテ原告ニ贈與シタルモノナルコトハ認定スルニ足ルヲ以テ原告名義ノ右各登記ハ其權利取得ノ原因ニ於テ事實ニ合セザルモノト謂ハサルヘカ然レトモ贈與カ本件ノ如ク不  
動產上ノ物權ノ移轉ヲ目的トシタル場合ニ於テハ民法第百七十六條ノ規定ニ依リ贈與  
契約ノ成立ト同時ニ效力ヲ生シ其履行ニ履行アリタルモノト認ムヘキモノナルヲ以  
テ本訴ニ於テ被告原告ノ訴訟代理人ノ履行ニ履行アリタルモノト認ムヘキモノナルヲ以  
テ本訴ニ依リ取得シタル原告ノ該不動産上ノ權利ハ其取消シノ意思表示ハ其效力ニ依リ  
右贈與ニ依リ取得シタル原告ノ該不動産上ノ權利ハ其取消シノ意思表示ニ依リ消長  
チ來タスモノニアラサルヲ以テ登記簿上ノ權利移轉ノ原因カ事實ニ協ハサルコト  
記認定ハ如クナリトスルモ被告山本平吉ハ既ニ其不動産ニ付キ何等ノ權利ヲ有セザ  
ルモノナルニヨリ其登記ニヨリ權利行使ニ何等ノ妨害ヲ受クヘキ筋合ノモノニアラ  
ス然ラハ之レカ無効ノ確認及登記抹消申請ノ手續ヲ請求スルコトニ於テ何等ノ利益  
ナク從テ又其權利ナキモノト謂ハサル可カラス(大阪地方裁判所第一民事部判決法律  
新聞第七八七號二二頁)

右判決ノ如ク權利移轉ノ一事ヲ以テ贈與ノ履行ヲ終リタルモノトナスコトヲ得

ルカ將タ又該引渡シナキ間ハ未タ履行ナキモノナルヤ否ト云フニ大審院判例ハ右判決ニ反對シ且ツ學說モ亦反對セルアリ

一、不動産ノ所有權移轉ノ目的トスル單純贈與ニ付キ民法五百五十條ノ適用上其履行ノ終リタルヤ否ヤヲ定ムルニハ贈與者ヨリ其目的タル不動産ヲ受贈者ニ引渡シタルヤ否ヤニ着眼スルコトヲ要ス(四十二年大審院判決錄六七三頁)  
一、贈與ハ其目的物ヲ引渡スニアラサレハ成立セサルモノニ非ス即チ引渡ハ其成立ノ有無ニ毫モ關係ナク唯贈與者ハ引渡前ニ在テハ其贈與ヲ隨意ニ取消シ得ルニ過キス(二十八年全上五二〇頁)  
不動産上ノ物權ノ設定移轉カ賣買、贈與等ノ債權契約ニ基因スルトキハ之カ登記ハ賣主、贈與者等カ相手方ニ對シ賣買贈與等ニ因リ負擔シタル債務ノ履行トシテ之ヲ爲ササルヘカラス(横田博士法典實錄中卷四四頁)

吾人ハ大審院判例及反對說ヲ正當ト信ス蓋シ若シ本件判決ノ說明ノ如ク意思表示ニ依ル權利移轉ノミニヨリ履行力終了スルモノトスレハ特定物ノ賣買ニ於テ買主ハ常ニ五三三條ノ全時履行ノ抗辯、五四一條ノ解除權ヲ有セサルコトナリ不條理ナリ殊ニ此場合賣主ハ契約成立ト全時ニ當然辨濟アリタルモノトナリ引渡ヲ要セサル奇觀ヲ呈スヘシ

登記ノ效力ニ關シテハ贊全ヲ表ス判例學說左ノ如シ

登記事項ニ錯誤又ハ遺漏アリテ登記カ實物ト符合セサルトキハ當事者ハ登記ノ更正ヲ申請スルコトヲ得而シテ當事者カ更正ヲ爲ササル以前ノ登記ト雖モ其效力ヲ失フヘキ旨ノ規定ナケレハ爾後全一物件ニ付キ權利ヲ取得セル第三者ハ登記セラレタル物權ノ得喪變更ヲ否認シ得サルモノトス(三十八年大審院判決錄一五〇一頁)  
全說(富井博士民法原論物權六七頁)

抵當權者  
位ノ物上代

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錢其他ノ物ニ對シテモ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  
三七二 第三百四條ノ規定ハ抵當權ニ之ヲ準用ス

抵當權ノ目的物タル不動産カ第三者ノ所有ニ屬スル場合ニ於テ他人ノ不法行爲ニヨリ滅失シタルトキハ抵當權者ハ之ニ對シ物上代位權ヲ行使スルコトヲ得ヘキカ

第三〇四條ノ規定ヲ案スルニ同條ニハ「先取特權ハ云々債務者カ受クヘキ金錢其他ノ物ニ對シテモ之ヲ行フコトヲ得」トアリ知ル可シ先取特權者カ物上代位ヲ行フコトヲ得ヘキモノハ唯債務者ハ受クヘキ金錢其他ノ物ニ對シテハミナルコトヲ斯ル例外的規定ハ之ヲ嚴格ニ解釋シ漫リニ其範圍ヲ擴張スルコトヲ許ササルハ解釋法上一般ノ原則ナリ故ニ之ヲ抵當權ニ準用センカ抵當權ハ當ニ債務者所有ノ不動産ニ付テノミナラス第三者所有ノ不動産ノ上ニモ亦存在スルコトヲ得ヘキモノナルカ故ニ(民三六九)抵當權者ハ單ニ抵當權設定者ハ受クヘキ金錢其他ノ物ニ對シテハミ物上代位ヲ行

フコトヲ得ルニ過キサレモノト解釋セサルヲ得ス(西川法學士法學新報二二卷五號六九頁以下要領)

本件ニ付テハ全趣旨ノ判例アリ

一、民法第三百七十二條ニ依リ全第三百四條ノ規定ヲ抵當權ニ準用スル場合ニ於テハ全條ノ所謂債務者トハ抵當權ノ目的タル不動産上ノ權利者ヲ指稱スルモノトス(四十年大審院判決錄二六五頁)

供託辨濟

債權者カ辨濟ノ受領ヲ拒ミタル場合ニ債務者カ其債務ヲ免ルル爲メニ目的物ヲ供託スルトキハ夫レノミニヨリテ債務ハ消滅スルヤ

債務者ハ供託ニヨリテ債務ヲ免ルルモノトス是レ第四百九十四條ニ依リテ明カナリ固ヨリ第四百九十五條第一項第二項ニ從ヒ法定ノ供託所ニ供託セル場合ナルコトヲ要スルハ勿論ナリ  
供託ハ通知ハ供託成立ノ要件ニアラス……單ニ債權者ノ利益ノ爲メニ債務者ニ通知義務ヲ負ハシムルニ過キス  
債權者カ供託證書ヲ債權者ニ交付スルニ依リテ債務消滅ストナス說ハ法典上何等ノ根據ナシ固ヨリ債務者ハ債權者ニ供託證書ヲ交付スル義務ヲ負フ然レ共供託證書ノ交付ハ債權者カ拂渡請求權ノ行使ノ手續ノ爲メニ必要ナルニ止マリ供託成立ノ爲メ

四九四 債權者カ辨濟ノ受領ヲ拒ミ又ハ之ヲ受領スルコト能ハサルトキハ辨濟者ハ債權者ノ爲メニ辨濟ノ目的物ヲ供託シテ其債務ヲ免ルルコトヲ得辨濟者ノ過失ナクシテ債權者ヲ確知スルコト能ハサルトキ亦同シ

ニ必要ナルモノニアラス(石坂博士法學志林十四卷四號四七頁以下要領)  
全 說  
供託ニヨリ債務消滅ノ效力ヲ生スルハ債權者カ供託ヲ受諾シタル時ニアラスシテ  
供託ノ有效ニ成立シタルトキニ於テ生ス民法ハ供託者ニ遲滯ナク債權者ニ供託ハ  
通知ヲ爲スコトヲ命スルモ此通知ハ供託ハ成立要件ニアラス(川名博士債權總論三  
三五、三三六頁、横田博士債權總論九〇一頁)

異論ナシ併シ實際上惑フ者少ナシトセス有益ナル論文ナリ

(參照)東京市土地貸下規則五 借地ハ轉貸スヘカラス

未登記建物ノ賣渡人ハ所轄區役所備付ケノ家屋臺帳ニ所有者名義ノ變更ヲナス  
爲メ賣買ノ届出ヲ爲ス可キ義務アリ  
市有地借地權ヲ賣渡シタル場合ニハ賣渡人ハ市ニ對シテ借地名義ノ書替手續ヲ  
爲スヘキ義務アリトス

被告ハ原告ニ對シ賣買ノ本契約ヲ締結スルノ義務アルト同時ニ本訴原告ノ請求ニ應  
シ既登記ノ家屋ニ就テハ賣買ニ依ル所有權移轉ノ登記及未登記ノ家屋ニ就テハ所轄  
京橋區役所備付ケノ家屋臺帳ニ所有者ノ變更ヲ記録スル爲メ賣買ノ届出並ニ東京市  
部共有地ニ付テハ之カ借地權ヲ讓渡スヘカラサルモノナルヲ以テ被告ハ之カ名義書  
答ハ出願手續ヲナス義務ナキ旨抗爭スルモ市カ其所有地ヲ使用セシムルハ公法上ハ

市有地質  
貸借ノ性  
質借ノ性  
未登記不  
動產賣渡  
人ノ義務

關係ニ於テ特定人ニ其使用ヲ特許スルモノニアラスシテ全ク私法上一ノ關係タル貸借契約ニ基キ貸與スルモノニ係リ從テ其借地權ナルモノハ全ク私法上一ノ關係タル貸借契約ニ過キサルモノナレハ市カ借地權ノ讓渡ヲ許ササルハ單ニ其讓渡ヲ以テ市ニ對抗スルコトヲ得サルハ謂ニ止マリ素ヨリ當事者ニ於テハ其讓渡シノ效力ヲ有シ只其讓渡ヲ以テ市ニ對抗スルコトヲ得サルノ結果讓渡人ハ其借地ヲ返還シ讓受人ニ於テ更ニ同一地所ノ借地ヲ出願スルノ形式ヲ探ルノ要アルニ過キサルモノトス(東京地方裁判所民四判決法律新聞七八四號二〇頁)

至當ノ見解ト信ス本書未登記不動産ト土地臺帳參照

支拂命令  
ト時效中

一五〇 支拂命令ハ權利拘束カ其效力ヲ失フトキハ時效中斷ノ效力ヲ生セス  
(參照)民訴三九一 請求ニ付キ起ス可キ訴カ地方裁判所ノ管轄ニ屬スル場合ニ於テハ適當ナル時間ニ異議ノ申立テアリタルコトヲ債權者ニ通知スヘシ  
債權者カ其通知書ノ送達アリタル日ヨリ起算シ一ヶ月ノ期間内ニ管轄裁判所ニ訴ヲ起ササルトキハ權利拘束ノ效力ヲ失フ

支拂命令ノ期間經過後債權者ヨリ假執行ノ申請ヲ爲サス又債務者モ異議ノ申立ヲ爲ササルトキハ時效ハ尙中斷中ニアルモノトス

支拂命令ノ送達ニ因リテ生シタル時效ノ中斷ハ該支拂命令ニ依ル權利拘束ハ其效力ヲ失フニアラサレハ其效力ヲ失ハス(民法一五〇條參照)支拂命令ニ依ル權利拘束カ其效力ヲ喪失スル場合ハ民訴法第三九一條ニ規定スル所トス而シテ本問ノ如キ場合ハ支拂命令ニ依ル權利拘束カ其效力ヲ喪失スル場合ニ屬セス故ニ時效中斷中ナリト論結

セサルヲ得ス(松岡法學士法學志林一四卷四號五三頁要領)

鳩山氏ハ之ヲ反對ニ解シ

支拂命令ニ對シテ債務者カ異議ヲ申立テサルトキハ其申立期間滿了ノ時ヲ以テ中斷事由終了シ此時ヨリ更ニ時效ノ進行ヲ始ム蓋シ此場合ニ於テ支拂命令ノ效力ノ確定ヘキコトハ一五七條第二項ニ規定セル裁判確定ノ場合ト全様ナレハナリ(鳩山氏法律行為乃至時効六三〇頁)

ト説明サル乍併之レハ甚ダシキ誤解ニシテ債權者ハ何時ニテモ假執行ノ申請ヲ爲シ得ヘク而シテ假執行ノ宣告則執行命令ハ假執行ノ宣告ヲ付シタル闕席判決ト見ラルヘキモノナリ(民訴法三)故ニ一五七條第二項裁判確定ノ場合ト全様ナリト云フ能ハサルハ明白ナリ其外本論ニハ異論アルヲ見ス

失火ノ責任

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但シ債務者ノ責任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全シ……第五百九十八條ノ規定ハ貸借ニ之ヲ準用ス

五九八 借主ハ借用物ヲ原狀ニ復シテ之ニ附屬セシメタル物ヲ除去スルコトヲ得  
(參照)七〇九 故意又ハ過失ニヨリテ他人ノ權利ヲ侵害シタルモノハ之ニ由リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス  
失火ノ責任ニ關スル法律(三十二年法律四〇號)  
民法第七百九條ノ規定ハ失火ノ場合ニハ之ヲ適用セス但シ失火者ニ重大ナル過失アリタルトキハ此限リニアラス

賃借家屋カ失火ニ因リ滅失シタル場合ニ於テモ賃借人ハ其家屋ヲ返還スヘキ賃

借人トシテノ責任ヲ免ルルコト能ハサルカ則チ返還スルコト能ハサルコトカ自  
己ノ責ニ歸スヘキモノトシテ家主ニ對シ賠償セサルヘカラサルモノナルカ

凡ソ一ノ行為ヨリ契約違反ニ因ルニ請求權ト不法行為ニヨル請求權トノ競合ヲ來スコ  
トアリヤ否ヤニ付テハ三個ノ場合ヲ想像スルコトヲ得ヘシ第一ノ場合ハ行為ト契約  
關係トノ間ニ面的ノ關係ナク契約關係ハ單ニ不法行為ノ成立ニ機會ヲ與フルニ過  
キサルモノニシテ例ハ或ル物ヲ贈與スルニ當リ過失ニ因リ之ニ傳染病菌ヲ附著セシ  
メ爲ニ受贈者ヲ感染シタル如キ之ニ屬ス此場合ニ於テハ不法行為ニ因ル請求權ノミ  
チ生スルモノニシテ契約違反ニヨル請求權チ生スルコトナシ第二ノ場合ハ行為ハ契約  
關係ノ範圍ヲ脱出セス唯タ契約上ノ義務ノ履行又ハ破壞シ易キ物ノ行使ニ付キ注意ノ責  
盡ササルニ因リ損害ヲ生スルモノニシテ例ハ破壞シ易キ物ノ賣主カ毫モ破壞ヲ防  
ク裝置ヲナサシテ之ヲ送付シタル如キ若クハ家屋ノ賃借人カ使用上過失ニ因リ壁  
ヲ汚損シタル如キ之ニ屬ス此場合ニ於テハ契約違反ニ因ル請求權ノミチ生スルニ止  
マリ不法行為ニヨル請求權チ生スルコトナシ第三ノ場合ハ行為カ主觀的若クハ客觀  
的ニ契約違反ニ因リ連シタルトスル目的ニ過シテ例ハ受寄者カ故意ニ寄託  
物ヲ破壞シ若クハ馬ノ借主カ過重ニ馬ヲ使用シ死ニ至ラシメタル如キ之ニ屬ス此場  
合ニ於テハ契約違反ニヨル請求權ト同時ニ馬ヲ使用シ死ニ至ラシメタル如キ之ニ屬  
權ノ競合ヲ來タスモノトス或ヒハ一ツノ行為ヨリハ一個ノ請求權ノ外生スルモノニ  
アルモ一ノ犯罪タルニ外ナラサルト同一ナリト見解アルモノ一ツノ行為カ數個ノ刑罰規定ニ觸  
ル要件ヲ充タストキハ同時ニ不法行為ニ因ル請求權チ生スルニ其行為カ又不法行為ノ要件ヲ  
充タストキハ同時ニ不法行為ニ因ル請求權チ生スルニ何ノ妨ケカアルハ恰モ事務

管理若クハ不當利得ニ基ク請求權カ不法行為ニ基ク請求權ト競合スルコトヲ得ルト  
異ナルノ理アル可カラス法規競合說ヲ執ル一派ノ學說ハ二個ノ法規ノ一ツカ一般法  
ニシテ他カ特別法ナルトキハ一般法ハ適用スルヲ得ス不法行為ハ一般法ニシテ契約  
法ハ特別法ナルカ故不法行為ニヨル請求權チ生スルコトナク契約違反ニヨル請求權  
ノミチ生スト爲セトモ契約法ハ不法行為ノ一般ノ例ニ據ラサラシメンカ爲メ殊ニ設  
ケラレタル法規ニアラサルヲ以テ不法行為ト契約法トハ一般法ト特別法トノ關係ニ  
立ツモノニアラス左レハ前示第三ノ場合ニ於テハ不法行為ニヨル請求權ト同時ニ契  
約違反ニ因ル請求權チ生スルモノニシテ家屋ノ賃借人カ失火ニ因リテ其家屋ヲ燒失  
セシメタル場合ハ實ニ此ニ屬ス然リ而シテ明治三十二年法律第四〇號ニハ「民法第七  
〇九條ノ規定ハ失火ノ場合ニハ之ヲ適用セシメ但シ失火者ニ重大ナル過失アリタルト  
キハ此ノ限りニアラス」下規定シ此規定ハ失火ノ損害ハ不測ニシテ失火者カ假令資産  
アルモ到底賠償スルニ耐ヘサルコトアルモノナレハ失火者ノ過失ニシテ重大ナラザ  
ル限りハ之レヲシテ不法行為ノ責チ負ハシムルコト酷ニ失火者ノ過失ニシテ重大ナラザ  
〇九條ノ責任ヲ輕減シタルモノナレハ賃借人ハ失火ニヨリ他人ノ家屋ヲ滅失セシメ  
タル點ニ於テハ故意又ハ重過失アルニアラサレハ不法行為ニ基ク損害賠償ノ責チ負  
ハサルコト勿論ナレトモ賃借人ハ失火ニヨリ賃借家屋返還ノ義務ノ履行ヲ爲スコト  
能ハサルニ至リタル契約違反ニ基ク民法第四百十五條ノ賠償責任ハ右法律第四〇號  
ノ規定ヲ援用シテ之ヲ免ルルヲ得ス不法行為ニ因ル請求權ト契約違反ニ因ル請求權  
トハ個々獨立ノ請求權ナリ契約違反ノ輕減ハ契約違反ノ責任ニ影響ヲ及ホスコトナシ  
トナキト同時ニ不法行為ノ責任ノ輕減ハ契約違反ノ責任ニ影響ヲ及ホスコトナシ  
輕減ハ互ニ影響ナキノ確證ナリ殊ニ商法第三百二十二條第三百三十七條第三百七十



六條第五百九十二條ニ依レハ運送取扱人運送人倉庫營業者船舶所有者ハ使用人ノ過失ニ付テハ其責ニ任セサルヘカラス又同法三百五十四條ニ依レハ客ノ來集ヲ目的トスル揚屋ノ主人ハ不可抗力ニアラサル一切ノ事由ニ付キ其責ニ任セサルヘカラサルモノナルカ若シ此等ノ責任カ不法行為ノ影響ヲ受ケ其程度マテ輕減セララルモノトセハ上告人所論ノ如ク右商法ノ規定ハ全ク蹂躪セララルニ至ラン故ニ不法行為ノ責任ノ輕減ハ契約違反ノ責任ニ影響ヲ及スコトナキハ明白ニシテ賃借人カ失火ニヨリ賃借家屋ヲ返還スル能ハサルニ至リタル責任ハ毫モ右法律第四十號ノ規定ノ影響ヲ受クヘキモノニアラス(大審院四四年(オ)三九五號及全二八七號四五年三月二三日判決)

全說

三十二年法律四〇號ハ不法行為ニ關スル例外規定ニシテ契約不履行ノ規定ニアラス故ニ賃借人ノ如ク物ノ返還ニ付テ債務ヲ負擔スル者ニ適用スルコトヲ得サルハ明白ナリ或ハ全法律ハ舊刑法附則五九條但書ヲ復活シタルモノトシテ借家人ノ責任ヲ輕減スルモノト論スルモノアレトモ全條ニハ明カニ「犯罪」ノ爲メ現ニ生シタル損害ハ其賠償ヲ請求スルコトヲ得但失火ハ此限ニ在ラス「下」アリテ不法行為ニ因ル損害ノ賠償權ニ付キ規定シタルモノナリ之ヲ以テ借家人ノ責任ニ適用スヘキモノトナスハ牽強附會ノ說ト謂ハサルヘカララス(故梅博士法學志林八卷五號一頁以下參照)

反對說

一、三十二年法律四〇號ハ刑法附則(舊)五九條但書ノ法意ヲ全ク復活セシムル主旨ニ出テタルモノナリ而シテ附則全條ハ失火者ノ責任ヲ輕減セシムルノ法意ニシテ自己ノ家屋ニ火ヲ失シテ他ニ延燒シタルト借家人カ其家屋ニ火ヲ失シタル場合ナル

トナ區別スヘキモノニアラス故ニ借家人ニ重大ナル過失ノ存セサル以上ハ賠償ノ責ヲ負フコトナシ(三十八年大審院判決錄一八二頁)

二、刑法附則五九條ニ云々トアリ右ハ賃借人ノ其借受ケシ家屋(中略)ヲ燒燬スルト或ハ自宅ニ火ヲ失シ人ノ家屋ニ延燒スルトノ別ナク渾テ失火ハ賠償ヲ請求スルノ限ニアラサルナリ(明治十五年三月二十三日請訓)

三、全上西川學士(法學新報十八卷七號六六頁以下參照)

本件判決ハ大ニ世人ノ注意ヲ要スヘキ新判例ニシテ失火ノ責任ニ關スル三三三法律四〇號ニ於テハ重過失アル場合ニアラサレハ失火ニ付テハ賠償責任ナシトスルニ拘ラス自己賃借ノ家屋ニ限り賃借人ハ之ヲ返還スヘキ義務アルニヨリ此契約關係ノ義務上ヨリ見テ賠償責任アリトスルモノナリ

賃借家屋カ失火ニヨリ消滅シタル場合ニハ債務ノ目的物ノ消滅ニ因リ履行不能トナリ其債務ハ消滅ニ歸ス乍併四百十五條但書ノ規定ニ依リ其履行不能トナリタルハ債務者則賃借人ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リタルモノトスレハ賠償責任アリト云フニ在リテ解釋上ニ於テハ正當ト信ス契約上責ニ歸スヘキ履行不能ニ付テハ不法行為ニ於ケル法律四〇號ノ如キ特例ナキカ故ニ責ニ歸スヘキ不能ニ就テハ責任ヲ免ル、コト能ハスト云フコトニ歸着ス失火カ債務者ノ責ニ歸スヘキ

事由ナルヤ否ヤハ大ニ審理ヲ要ス若シ賃借人自身カ失火シタル場合ニハ無論其責ニ歸スヘキ事由ナリト云ヒ得ヘキモ雇人又ハ家族等カ失火シタル場合ニハ其履行不能ハ債務者則賃借人ノ責ニ歸スヘキモノトハ斷言スルコト能ハス

六九七

職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  
管理者カ本人ノ意思ヲ知リタルトキ又ハ之ヲ推知スルコトヲ得ヘキトキハ其意思ニ從ヒテ管理ヲナスコトヲ要ス

事務管理人カ本人ノ爲メニ法律行為ヲ爲ス場合ニハ自己ノ名ヲ以テスルモ又ハ本人ノ名ヲ以テスルモ隨意ナリトス

民法ニ所謂事務管理ハ他人ノ爲メ即チ他人ノ計算ニ於テ之ヲ爲スヲ以テ足レリトシ必ラスシモ其他人ノ名ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ要セス(民法第六百九十七條參照)故ニ管理  
者ハ本人ノ名ニ於テ本人ノ爲メニ第三者ト法律行為ヲナス場合アリ又自己ノ名ヲ以テ  
以テ第三者ト法律行為ヲ爲ス場合アリト云ハサルヲ得ス(松岡學士法學志林一四卷四  
號五二頁)

至當ノ見解ナリ異論ヲ聞カス參考判例アリ左ノ如シ

事務管理者カ自己ノ名ヲ以テ其相手方ト爲シタル法律行為ノ直接ノ效力ハ常ニ  
兩者間ニ止マリ相手方ト本人トノ間ニ及フコトナシ(三十七年大審院  
判決錄六六六頁)

私生子認知ノ訴ニ於テ認知請求者ノ立證責任ノ範圍及程度

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

甲男ト乙女ト相通シテ乙女ヨリ生シタル子カ甲男ヲ以テ自己ノ父ナリトシテ認知  
請求スルニハ單ニ甲男ト乙女ト情交ヲ通シタル事實ヲ證明シタルハ以テ足レ  
リトセス乙女カ其懐胎當時ニ於テ他ノ男子ト通セザリシ事實關係ヲ乙女ハ探行其他  
乙女ノ懐胎當時ニ於ケル四圍ノ狀況ニ依リテ確立シ以テ甲男ト乙女ハ交通カ乙女懷  
胎ノ唯一ノ原因タリシ事實ニ付キテ裁判所ハ心證ヲ得ルコトヲ要シ事實證據ニヨリ  
テ乙女カ他ノ男子ニ接セザリシコトノ心證ヲ裁判所ニ起シシムルコトヲ得ザリシ原  
告ハ私生兒認知ノ訴ニ於テ敗訴スヘキモノトス(大審院四五年(オ八六號)同年四月五日  
民二判決)

消極的事實ノ立證即チ甲男ノ外他ノ男子ト一切私通セザリシ事實ノ立證責任ヲ  
婦人ニ負ハシムルハ聊カ酷ナルカ如キモ婦人ノ品行及生活狀態等ニヨリ裁判所  
ノ心證ヲ得ヘキ程度ノ立證ヲ爲スハ差シタル困難ニアラサルヘシト信ス

九〇七

後見人ハ婦女ヲ除ク外左ノ事由アルニ非ラサレハ其任務ヲ辭スルコトヲ得ス  
三 自己ヨリ先ニ後見人タルヘキモノニ付キ本條又ハ次條ニ掲ケタル事由ノ存セシ場合ニ於テ其事由カ消滅シタルコ  
ト

九〇八 左ニ掲ケタルモノハ後見人タルコトヲ得ス

- 一 未成年者
- 二 禁治産者及準禁治産者
- 三 剥夺公権者及停止公権者
- 四 裁判所ニ於テ免職セラレタル法定代理人又ハ保佐人
- 五 破産者
- 六 被後見人ニ對シテ訴訟ヲ爲シ又ハ爲シタルモノ及其配偶者並ニ其直系血族
- 七 行方ノ知レサル者
- 八 裁判所ニ於テ後見ノ任務ニ堪ヘサル事跡不正ノ行爲又ハ著シキ不行跡アリト認めタル者

九〇九

前七條ノ規定ハ之レヲ保佐人ニ準用ス(下略)

後見人又ハ保佐人等カ一旦其職ニ就キタル以上ハ縱令半途ニシテ自己ヨリ先ニ後見人若クハ保佐人タルヘキ資格アルモノ出テタル場合ハ勿論其者カ後見人若クハ保佐人タルコトヲ得サリシ事由消滅セシ場合ト雖トモ當然其任務カ消滅スヘキモノニアラス

後見人ト保佐人トノ別ナク一旦適法ニ其職ニ就キタルモノハ縱令半途ニシテ本來自己ヨリ先ニ後見人若クハ保佐人タルヘキ資格アルモノ出テタル場合ハ勿論其者カ後見人若クハ保佐人タルコトヲ得サリシ事由消滅セシ場合ト雖トモ當然其任務消滅セサルヘキコトハ民法第九百七條ニ於テ自己ヨリ先ニ後見人タルヘキモノニ付キ本條又ハ次條ニ掲ケタル事由ノ存セシ場合ニ於テ其事由消滅シタルトキハ在職ノ後見人ハ之ヲ理由トシテ其任務ヲ辭スルコトヲ得ヘキ旨特ニ規定シタル所ニ由リテ之ヲ推知スルニ難カラズ(大審院四四年(オ)三二五號四五年三月二六日民一判決)

轉付命令ニ依ル不當利得

本件ハ當然ノ解釋ト思フ例之民法九〇二條ノ規定ニヨレハ親權ヲ行フ父又ハ母ハ禁治産者ノ後見人トナルヘキモノテアル然ルニ若シ親權ヲ行フ父又ハ母カ行衛不明ノトキニハ九〇三條ノ規定ニヨリ家族ニ對シテハ戶主カ後見人トナル此戶主カ後見人トナリタル後ニ行衛ノ不明ナリシ父又ハ母カ歸來シタルトキノ如キ場合ニ該當スルノテアツテ此場合ニ於テ戶主ノ後見人ノ任務ハ當然消滅スルモノテハナイ如此場合ニハ辭任ヲ爲スハ格別當然消滅トハ言ヘヌト云フコトニナル

七〇三

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

如斯場合ニハ不當利得ニ當ラス

中井由太郎カ控訴人ニ先ツ代金ヲ辨濟シテ本件電槽ヲ三菱合資會社ニ引渡スヘキ旨ノ約ニ違背シ本件電槽ヲ三菱合資會社ニ引渡シタルモ中井由太郎ト三菱合資會社トノ間ニ於テハ中井由太郎カ右會社ニ對シテ電槽ノ引渡ニ依リ代金請求權ヲ有ハスルコトハ敢テ多言ヲ要セサル所ナレハ被控訴人カ前記控訴人ト中井由太郎トノ間ノ約旨ヲ知悉シ乍ラ自己ノ中井由太郎ニ對スル債權ニ基キ中井ノ三菱合資會社ニ對

民法

スル電積代金ニ付キ之ヲ差押ヘ轉付命令ヲ得タルトシトスルモ固ヨリ法律上ノ原因ニ基キタルモノ外ナラサレハ轉付命令ヲ得タルニ依リ不當利得ヲ爲シタルモノト論スルコトヲ得ス尤モ控訴代理人ハ右電積ハ控訴人ノ所有ニ屬スルモノナルヲ以テ控訴人ハ中井由太郎ノ三菱合資會社ニ對シテ代金請求權ニ付キ追及權ヲ有スルモノナリト主張スレ共物權ノ追及權ハ物自體ニ付キテ存在スルモ其目的物ヲ換價シタル代金ニ付キ追及權ヲ有スルモノト言フヲ得サルハ勿論控訴人ハ右代金ニ付キ先取特權ヲ有スルモノト云フコトヲ得ス假ニ先取特權ヲ有スルモノト非ラサルコトハ控訴人ハ三菱合資會社カ中井由太郎ニ拂渡前ニ差押ヘタルモノニ非ラサルコトハ控訴人ハ主張自體ニ依リ明ナルヲ以テ控訴人ハ右代金ノ上ニ優先權ヲ行使スルコトヲ得ス殊ニ三菱合資會社カ控訴人ニ對シテ直接ニ右電積代金ヲ拂渡スヘキコトヲ承諾シ居タルモノトセハ控訴人ハ三菱合資會社ニ對シテ今尙ホ其請求權ヲ有スルモノナルカ故ニ被控訴人ハ轉付命令ヲ得タルニ因リ不當利得ヲ爲シタルモノト論スルコトヲ得ス(大阪控訴院民二判決法律新聞七八號二三頁)

本件ハ當然ノ判決ナリ左ニ參考判例ヲ示ス

一、債權者カ債務者ノ債權轉付命令ヲ得ルニハ法律上ノ原因アリテ利益ヲ取得シタルモノトス故ニ若シ債權轉付ノ手續ニ違法ノ廉アリシ爲メ損害ヲ被ムリタル者アレハ不法行爲ト云フヲ得ヘキモ不當利得ト云フヲ得ス(三十二年全上九卷一一五頁)

一、確定判決ハ確定ノ債務名義ニシテ其強制執行上金錢ヲ支拂フモ法律上ノ原因ナクシテ支拂ヲ爲シタルモノニ非レハ不當利得ヲ原因トシテ之カ返還ヲ請求スルコトヲ得ス(三十八年全上一〇二頁)

地代増額  
判決ノ性  
質  
借地人ニ  
遲滞ナシ  
トノ判斷

二二六

地上權者カ土地ノ所有者ニ定期ノ地代ヲ拂フヘキトキハ第二百七十四條乃至第二百七十六條ノ規定ヲ準用ス

二二六 此他地代ニ付テハ貸借借ニ關スル規定ヲ準用ス  
二二七 永小作人カ引續キ二年以上小作料ノ支拂ヲ怠リ又ハ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ地主ハ永小作權ノ消滅ヲ請求スルコトヲ得

借地人地上權者カ地代増額請求ニ付キ争ヒアルカ爲メ地代支拂ヲ爲サス而シテ此増加請求訴訟ニ於テ増額請求ノ時ヨリ二ケ年ヲ過キタル後判決アリテ増額ノ一部ヲ認容サレ支拂ヲ命セラレタルトキハ之ヲ理由トシ二ケ年以上地代支拂ヲ怠リタルモノトシテ地上權消滅ノ請求ヲ爲シ得ヘキヤ

地代増額ヲ命スル判決ハ給付判決ナリヤ確認判決ナリヤ將又創設判決ナリヤ

東京地方裁判所第四民事部ハ明治四十四年(ワ)第五三一號地上權消滅承認事件ニ付キ(一)明治四十一年七月一日ヨリ月一坪三十三錢ニ地代増額ノ承認ヲ爲スヘシ(二)同日ヨリ明治四十三年末日迄地代金百五十五圓六十一錢ヲ支拂フヘキ旨ノ確定判決アリタル後地主ハ直ニ二年以上地代ノ支拂ヒヲ怠リタルコトヲ原因トシテ地上權消滅ノ請求ヲナスコトヲ得ス(イ)地代増額ノ判決ハ明治四十一年七月一日ニ過及シテ其効力ヲ生ス(ロ)此判決ハ其確定ニ依リ地代増額ヲ承認シタルノ効力ヲ生ス(ハ)判決確定迄ハ地代ノ増額ハ不確定ナリ(ニ)判決確定迄ハ増額地代ノ支拂義務ナシ(ホ)辨濟ノ提供ヲ認メ債務者ニ遲滞ノ責任ナシトスルハ前ニナサレタル給付判決ノ既判力ニ抵觸セストノ判決ヲ爲シタリ

予輩ハ右判決ニ關シ次ノ如キ疑ヲ抱ク

第一 地代増額ノ判決ノ性質ニ就テ  
 地代増額ニ關スル成文法ナシト雖モ慣習法ノ存在スルモノト認ムルコト最モ社會ノ實情ニ適ス當事者ノ一方ノ意思ニ依リ地代増額セシムルハ權利アリトセハ是レ所謂形成權ナルカ故ニ之カ確定ヲ爲ス判決ハ必キ創設判決タルカハ是レ然ルニ右ノ判決ハ被告ニ對シ地代増額ヲ承認スヘキコトヲ命ス之レ則チ給付判決ナリ然ラハ失當ノ判決ナリト信ス何トナレハ本問ハ場合ハ地代増額ヲ承認セシムヘキ請求權存在セサレハナリ又假リニ確認判決ナリト解センカ本問ノ場合ハ當事者一方ノ意思ニヨリ裁判外ニ於テ地代増額ノ形成權ヲ行使スルコトヲ得ス然ラハ即チ確認スヘキ法律關係ハ未タ發生セサルナリト解セン東京地方裁判所民事第四部ハ此判決ハ既往ニ遡及ストナセトモ判決ノ效力ニ遡及スルコトハ我カ民事訴訟法ノ認メサル所ナリ然トモ遡及ストハ此種ノ判決ハ確認シタルニ過キストノ意ナラハヨリ地代ハ増額サレ居リタルモノナリ判決ニ於テ確定シタルニ過キストノ意ナラハ實質ニ於テ誤リナシト雖モ用語ハ杜撰ナリト云ハサルヲ得ス若シ此ノ意味ニ於テ判決ニ遡及力アリトノ判決ノ趣旨ナリトセハ地主ハ當初ヨリ増額地代ノ請求權アリモノト云ハサルヲ得ス然ラハ此レカ支拂ノ義務アル地上權者ニシテ支拂ヲ爲ササルコトハ地代支拂ヒナ爲ササルモノト言ハサルヲ得ス然ルニ他面ニ於テ地代ノ支拂ヲ怠リタルモノニアラスト爲ラハ判決自體ニ於テ矛盾アルモノト言ハサルヲ得ス之ヲ創設判決ナリト見タルモノナリトセハ法律關係ハ形成權ノ行使ニヨリテ變更サルモノナルヲ以テ判決ノ效力カ既往ニ遡ルト言フハ誤レリ或ヒハ其形成權力遡及的ノモノナリト見解ナルヤモ知ルヘカラスト雖モ斯クテハ其見解ハ何等ノ根據ナク餘リニ獨斷タラサルナキカ

第二 給付判決ノ確定力ノ範圍ニ就テ

東京地方裁判所第四民事部ハ履行ノ提供アリタルノミニテ債務ヲ免レ得ルモノニアラス故ニ履行ヲ命スルコトト履行ノ提供ヲ認メ遲滞ナシト認ムルコトトハ矛盾セズト説明スト雖モ判決ヲ以テ給付ヲ命スルハ債務者ノ遲滞ニアルコトヲ前提トスルモノトセハ履行ノ提供ヲ認メ債務者ニ遲滞ナシト判斷スルコトハ其間矛盾アルコトハ言テ俟タス又債務者カ履行ノ提供ヲナシ債權者ヲ遲滞ニ付シタル後ト雖モ債權者ニシテ履行受領ノ意思表示ヲ爲シタルトキハ爰ニ債權者ノ遲滞ハ消滅シ再ヒ債務者ノ遲滞ヲ生ス故ニ一旦提供アリタルノ一事ヲ以テ爾後永久ニ債務者ニ遲滞ノ責任ヲ免レシムト云フヘカラスト而シテ訴ノ提起ハ裁判上ノ履行請求ニシテ當然受領ノ意思表示ト見ルコトヲ得ヘシ故ニ本問ノ場合ニ債務者ニ遲滞ナシト認ムルコトハ確定判決ノ有無ニ拘ラス失當ナリ(平田親勵氏法律新聞七八三號以下要領)

第一ニ判決ノ性質ハ給付判決テアル慣習法上地主ハ一定ノ條件カ具備スル場合ニハ地代値上ノ請求權ヲ有スルニ至リ借地人ハ正當ナル値上ヲ承認スヘキ義務カアル然ルニ借地人カ正當ナル値上ヲ承認セサルトキハ地主ハ其承認ノ意思表示ヲ請求スル裁判所ハ之ヲ審理シ正當ト認ムル程度ニ於テ其承認ヲ命スルノテアツテ其判決ハ無論給付判決ト云ハネハナラヌ故ニ既往ニ遡ルコトカ通例テアツテ其請求ヲ受ケタトギカラ正當ナル程度ノ値上ヲ承認スヘキモノトシテ判決

スルノヲアル本論ニ於ケル疑問ハ右ノ議論ヲ前提トシテ解釋ヲ試ミレハ何レモ釋然トシテ解スルコトカ出來ヨト思フユヘ一々之ヲ細說セス(本書民法四二五頁)

第二ニ如斯キ場合ニ於テ二ケ年以上土地代支拂ヲ怠リタルモノトシテ地上權消滅ノ請求カ出來ヌモノヲアルコトハ明白テアル民法第一七六條ノ規定ハ確然支拂フヘキ地代ヲ二ケ年以上怠納シタルトキノ規定テアツテ如此場合ニハ無論其適用ナキモノト云ハネハナラヌ

詐害行為ノ取消權

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  
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ル事實ヲ知ラザリシトキハ此限  
ニ在ラス  
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

債務者カ將來ノ債權者ヲ害スルノ意思ヲ以テ法律行為ヲ爲シタルトキハ其行為以後ニ債權者トナリタル者ト雖モ取消權ヲ有スルヤ

本問ニ關シテハ未タ大審院ノ判例ナキノモナラス學者ノ所說又充分ナラス一般學者ハ本問ヲ消極ニ解シ詐害行為以後債權ヲ取得シタルモノハ債務者現在ノ財產ニ着眼

シタルモノナルカ故ニ過去ノ行為ニヨリテ信用ヲ害セラレタリト謂フコトヲ得ス從テ其債權ノ侵害ヲ受クヘキ理由ナシト說明スルモ債務者ノ行為以後ノ債權者ハ果シテ絕對ニ取消權ヲ有セサルカ抑モ法律カ詐害行為ノ取消ヲ許ス所以ノモノハ債務者ノ行為ト債權者ノ損害トカ因果ノ關係ヲ有スルニ因ル果シテ然ラハ苟モ債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタルモノナラシカ債權者ノ成立カ債務者ノ行為ノ前後ヲ問ハス均シク其債權者ヲ保護スルヲ以テ最モ善ク法ノ精神ヲ得タルモノト謂フヘシ若シ然ラズンハ僅カ一日ノ前後ニ因リテ或ハ取消權ヲ得或ハ取消權ヲ得スシテ甚ダシキ不公正ヲ來シ法律カ此ノ取消權ヲ認メタル精神ハ充分貫徹スル能ハサルノ遺憾アリ或ハ日ハン此ノ如キハ債務者ノ財產ヲ精査セサル債權者ノ不注意ニ座ス法ハ權利ノ上ニ眠レル者ヲ保護セスト然レトモ注意ヲ缺キタル者ハ凡テ之ヲ保護セストハ首肯スルコト能ハス夫ノ多クハ被害者ノ不注意ニ基因スル詐欺橫領ノ如キニ於テモ法ハ之ヲ保護シテ要價ノ權利ヲ與フルニアラスヤ況ンヤ動産ノ處分ノ如キ他人カ容易ニ窺知スル能ハサル場合アルニ於テ猶其債權者ヲ保護セスト云フハ不條理モ又甚シ蓋シ法律カ詐害行為ノ取消ノ規定ヲ設ケタルハ畢竟債務者カ惡意ヲ以テ債權者ヲ害セントスルニ對シテ之ヲ救済スルノ意ニ出テタルモノナリ而シテ法文單ニ其債權者ト云ヒテ債權取得ノ前後ヲ區別セサルカ故ニ苟モ其間ニ因果ノ關係アル以上ハ債權者ノ行為以後ノ債權者モ亦取消權ヲ有スト爲ササルヘカラス或ハ行為ノ日ヨリ數年後ニ債權者ノ行為ノ前後ヲ問ハス債權者カ債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタルヤ否ヤニ依リテ取消權ノ有無ヲ決スルヲ以テ至當ナリト信ス(綿野辯護士所論要領法律新聞七八四號五頁以下)

民法

本問ニ付テノ學者ノ説明ヲ舉クレハ左ノ如クニシテ石坂博士ノ外皆反對説ヲ主張ス

- 一、債務者ノ詐害行為ハ債權發生後ニ爲サレタルコトヲ要ス未タ發生セサル債權ニ對スル詐害行為ノ存スヘキ理ナケレハナリ故ニ詐害行為以前ニ債權ヲ取得シタル者ハ勿論其行為以後ニ之ヲ讓受ケタル者ト雖モ廢罷權ヲ有ス反之債權力停止條件ニ要ル場合ニ於テ債務者ノ行為以後ニ其條件力成就シタルトキハ債權者ハ廢罷權ヲ有スルコトナシ(村上恭一氏法學新報十九卷六號五二頁以下)
- 二、詐害行為ニヨル債權ノ侵害ハ其債權ノ發生ヲ前提條件トシ未タ發生セサル債權ニ對シテ侵害行為ナルモノアルヘキ理由ナシ(横田博士債權總論四二五頁)
- 三、岡松博士民法理由四二四條說明
- 四、取消權發生ノ要件トシテ債務者ハ其行為力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者ノ存在スルコトヲ要ス然レトモ債務者ノ甲債權者ヲ害スヘキコトヲ知リテ行為ヲ爲スモ尙ホ乙債權者カ其行為ヲ取消スコトヲ得此點ヨリ論スレハ行為ノ當時少クトモ一人ノ債權者カ存スル以上ハ行為後ハ債權者ト雖モ其行為ヲ取消スコトヲ得(石坂博士日本民法債權第二卷七一〇、七一八頁)

本問ハ債務者カ將來ノ債權者ヲ害スル意思ヲ以テ爲シタル場合則惡意ヲ以テ債權者ノ利益ヲ害スヘク爲シタル場合テアル故ニ其行為ト被害トハ因果ノ關係アルコト明白ニシテ如此場合ハ取消權アリト解スルヲ正當ト思フ獨逸ノ學者ハ一

戶主カ隱居セシメタル場合ニ於テ養子トシテ他家ノ養子トシテ其戸主ノ地位ヲ繼承スル者カ隱居ヲ爲スコトナクシテ他家ノ養子トナリ戸籍吏カ

般ニ此ノ如キ場合ニ取消權アルコトヲ認メ又佛國ノ學者モ特ニ將來ノ債權者ヲ害スル意思ヲ以テシタル場合ニハ取消權アリトスルヲ多數ナリト云フ

七五四 戶主カ婚姻ニヨリテ他家ニ入ラント欲スルトキハ前條ノ規定ニ從ヒ隱居ヲ爲スコトヲ得 戶主カ隱居ヲ爲サシメテ婚姻ニヨリ他家ニ入ラント欲スル場合ニ於テ戸籍吏カ其届出ヲ受理シタルトキハ其戸主ハ八六一 養子ノ縁組ニ因リテ養親ノ家ニ入ル

戶主タル身分ヲ有スル者カ隱居ヲ爲スコトナクシテ他家ノ養子トナリ戸籍吏カ誤テ之ヲ受理シタルトキハ其養子縁組ハ有效トナルヘキヤ

戶主カ隱居ヲ爲サシメテ養子縁組ニ因リ他家ニ入ラントスル場合ニ戸籍吏カ其届出ヲ受理シタルトキハ其戸主ハ其ノ戸主權ヲ喪失スルヤ否ヤヲ決セサル可カラズ仍テ此點ヲ審察スルニ民法第八百五十一條以下ニ養子縁組ノ無効取消ニ關スル規定ヲ舉ケテ其場合ニ特ニ規定セリ之ニ由テ觀レハ本件ノ如キ戸主カ隱居ヲ爲サシメテ養子縁組ヲ爲シタル場合ハ其規定ニ洩レタルヲ以テ該縁組ハ無効又ハ取消ノ原因ト爲ラサルニシテ婚姻ニ因リ他家ニ入ラント欲スル場合ニ於テ戸籍吏カ其届出ヲ受理シタルトキハ其戸主ハ其ノ戸主權ヲ喪失スルヤ否ヤヲ決セサル可カラズ仍テ此點ヲ審察スルニ民法第八百五十一條以下ニ養子縁組ノ無効取消ニ關スル規定ヲ舉ケタル場合ニ於テ其身分上ニ重大ナル關係ヲ生スルコトハ同一ノ規定ニ據リ推究

スルトキハハ主カ隠居チ爲サシテ養子縁組ハ届出テアリタルトキニ際リ戸籍吏カ  
 之ヲ受理シタルトキハ之ニ因リテ其養子縁組ハ效力チ生シ民法第八百六十一條ニ依  
 リ其養子ハ養親ノ家ニ入ルヘキカ故ニ其縁組ノ日ニ於テ戸主ハ隠居シタルモノト看  
 做シ戸主權ヲ喪失シタルモノト解スルチ以テ民法ノ精神ニ適ヒタルモノト認ム(東京  
 控訴院民三部岩田裁判長判決法律新聞七八三號二頁)

本件ニ就テハ未タ學說判例ナシト雖トモ右ノ解釋ハ民法ノ精神ニ適合スルモノ  
 ト信シテ疑ハス

養母子ノ  
 縁論ト離

八六六 縁組ノ當事者ノ一方ハ左ノ場合ニ限リ離縁ノ訴ヲ提起スルコトヲ得  
 一 他ノ一方ヨリ虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキ

養母カ養子ヲ離縁シタキ希望ヲ以テ種々ナル策ヲ行フ場合ニ於テハ縦令養子ヨ  
 リ爭論ヲナシタルコトアリトスルモ離縁ノ原因トナラス

控訴人ハ離縁ノ目的ヲ遂行スル爲メ種々手段ヲ構エ被控訴人ノ惡感ヲ買フニ力メタ  
 ルヨリ被控訴人ハ激昂ノ餘リ事故ニ出テタル者ト認ムルニ難カラス固ヨリ子トシテ  
 母ニ對シ敬懼ノ心ヲ抱懷スルハ孝道ヲ失シタル者ト云ハサルヘカアラサルモ被控訴人  
 ハ地位ニアリテハ人情ノ然ラシムル所又已ムナリ得サルモノ存スルアリテ寛恕スヘキ  
 事情アリト爲ササル可カラサルハ民法第八百六十六條一號ニ規定スル離縁ノ原因タル處  
 論ニ過キサレハ未ダ以テ之ヲ民法第八百六十六條一號ニ規定スル離縁ノ原因タル處  
 待又ハ重大ナル侮辱トナスコトヲ得サルモノトス(東京控訴院民三部岩田裁判長判決

法律日々一六九號判例集六六頁

参考判例

- 一、子ニシテ父母ノ命ニ從ハス其言自己ノ意ニ滿タサルトキハ之ヲ屬ルニ屬應チ以テ  
 スルカ如キハ宥恕スヘキ事情存セサル限リ父母ニ對シテ重大ナル侮辱行爲ヲ構成  
 スルモノトス(四十二年大審院判決錄二八八頁)
- 二、養子ノ品行ニ付キ非議スヘキ廉アリ又ハ孝道ニ付キ多少缺クル所アル事實アルモ  
 之ヲ以テ直ニ離縁ノ原因ト爲スコトヲ得ス(三十年全上一二二頁)

本件ハ母カ離縁ヲ希望スルニ至リタル動機如何ン若シ養子ニ不孝ノ行動アリ又  
 ハ業ヲ怠リ末ノ見込ナキカ爲メ其希望起リタルカ如キ場合ニハ假令養母カ策ヲ  
 構ヘタルカ爲メトハ云ヘ養子ニ侮辱行爲アリトスレハ之ヲ離縁セシムルヲ正當  
 ト信ス由來養子關係ニ於テ一旦當事者間ニ感情ノ衝突起リタル以上ハ此衝突ヲ  
 拭ヒ去リ得ヘキ見込アラサル以上ハ離縁ヲ爲サシムルヲ以テ事宜ニ適スルモノ  
 ト思フ併シ養子ヲ不徳義ニ排斥セントスルカ如キ場合ニハ無論之ヲ許スヘキニ  
 アラス

未登記不  
 動產ト土  
 地賣帖

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ラサレハ之ヲ以テ第三者  
 ニ對抗スルコトヲ得ス



未登記不動産譲受人ハ自ラ保存登記ヲ爲スヘキモノナル故譲渡人ニ對シテ土地  
臺帳名義更正ノ手續ヲセヨト訴フル權利アリ

不動産上ノ所有權移轉ニ對スル公示方法ハ一ニ不動産登記法ニ據ルヘキコトナルハ  
控訴代理人見解ノ如シト雖モ未登記ナルコトニ爭ヒナキ右三筆ノ土地ニ付キ所有權  
移轉ノ手續ヲ求ムル本訴ノ如キ場合ニ於テハ被控訴人カ後日自ラ不動産登記法ニ基  
キ其土地ノ所有權保存登記ヲ申請スル前提トシテ先ツ控訴人ニ對シテ土地臺帳名義ノ  
更正ヲ請求スルハ適法ノ措置ニシテ毫モ失當ノ虞アルヲ認メス(長崎控訴院民一部判  
決法律新聞七八號三二四頁)

本件譲受人カ土地臺帳名義變更ノ手續ヲセヨト云フ權利ハアルテアロト併若  
シ權利ノ移轉ヲ第三者ニ對抗スルニハ自ラ保存登記ヲシタ丈テハ不充分テアツ  
テ必ス讓渡人ト自己トノ間ニ權利移轉カアツタコトノ登記ヲセネハナラヌ本件  
ノ如ク土地臺帳名義丈變更シ自ラ保存登記ヲ爲シタ場合ニ第三者カ此不動産ハ  
汝ノモノテナク之レハ依然讓渡人ノモノテアルト主張シタトキニイヤ余ハ既ニ  
讓受ケヲ爲シ保存登記ヲ爲シタリト云フモ移轉登記ト保存登記トハ違フ事實ニ  
反スル登記ハ無効テアルト主張スル場合ニハ儘カニ一個ノ問題トナルテアロト  
ト思フ(四十二年大審院  
判決第一頁參照)

民法施行  
前ヨリノ  
取得時効

「六二」二十年間所有ノ意思ヲ以テ平穩且公然ニ他人ノ物ヲ占有シタル者ハ其所有權ヲ取得ス(下略)  
(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

民法施行前ヨリ占有シタル物ノ取得時効ハ民法施行ノ日ヨリ起算スヘキモノト  
ス

民法施行以前ニアリテハ不動産取得時効ニ關スル規定アラサリシヲ以テ民法施行前  
ヨリ其占有ヲ始メタルモノノ取得時効ハ民法施行ノ日ヨリ起算シテ民法ノ規定ヲ適  
用スヘキモノトス故ニ假リニ被控訴人主張ノ如ク本件土地ニ就テハ明治十七年以來  
建物ニ付テハ明治十三年以來被控訴人家ニ於テ占有ヲ繼續シタル事實アリトスルモ  
其取得時効ニ付テハ執レモ民法施行ノ日タル明治三十一年七月十六日ヨリ起算スヘ  
キモノナレハ被控訴人主張ニ係ル二十年ノ取得時効ハ未タ完成セリト云フヲ得サル  
ヲ以テ被控訴人ノ本抗辯又理由ナシ(東京控訴院民三部岩田裁判長判決法律新聞七八  
三號二〇頁)

本件ハ法律當然ノ適用テアル作併若シ占有ノ始メ善意ニシテ且ツ過失ナカリシ  
トキハ十ヶ年間ニ於テ取得時効ハ完成スル本件ハ占有ノ始メ惡意ナリシカ(他人  
トナルコ)又ハ過失(普通ノ注意ヲ以テスレハ他人)アリタルモノナラント思フ

賃借家屋カ火災ニ罹リタル時ハ敷金ハ全部返還セスト言フ契約ハ借家人ノ責ニ歸スヘキ事由ニ依リテ火災カ起リタル場合ノミニ限ルモノト解釋セサル可カラ

建物賃貸借契約ニ此建物賃貸借中目的物件カ原因ノ如何ヲ論セス火災ニ罹リタルキハ敷金ノ全部賃借人ノ所有トシ其返還ノ義務ヲ免ルモノトス下アルハ借家人ナシテ火災ニ對スル注意ナ怠タルコトナカラシムル目的ヲ以テ記載シタルモノニシテ借家人ノ責ニ歸スヘキ事由ニヨリテ火災ニ罹リタル場合ニ限リ敷金返還ノ義務ヲ免ルモノト解スルナ當事者ノ眞意ニ適合スルモノトス(大阪地方裁判所民二部判決法律新聞第七八三號二三頁)

至當ノ見解社會ノ實情ニ適ス

六〇一 賃貸借ハ當事者ノ一方ノ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賃金ヲ支拂フコトヲ約スルニ因リ其效力ヲ生ズ

自ラ使用收益ヲ爲サス他人ヲシテ之ヲ行ハシムルモ賃借人タルニ妨ケナキモノトス

賃貸借ハ使用收益ヲ爲サシムルコトヲ約シ一方ヨリ之レカ賃金ヲ支拂フコトヲ約スルニ因リ其效力ヲ生ズルモノナレハ賃借人カ該約旨ノ下ニ賃借人トナリ一方ニ於テ使用收益ノ義務ヲ盡シタル以上ハ賃借人タル上告人ハ本件家屋ニ付キ使用收益ヲ現

本件ノ事實ヨリ見レハ轉賃借ノ様テアル則チ甲ヨリ賃借ヲ申込ミタルモ賃借人カ之ニ應セザリシ故乙ヨリ申込ヲ爲シ之ヲ借受ケ而シテ甲ニ使用收益ヲ爲サシメタルモノテアル然レトモ假令轉賃借ヲ爲スモ賃借人タル資格ハ失フコトナクシテ依然賃借人テアル(六參照)故ニ判決ハ正當ト信ス

八九六 父又ハ母カ親權ヲ濫用シ又ハ著シク不行跡ナルトキハ裁判所ハ子ノ親族又ハ檢察ノ請求ニ因リ其親權ヲ喪失ヲ宣告スルコトヲ得

親權喪失請求ノ判決前失權ノ原因止ミタルトキハ其喪失ヲ命スヘキモノニアラス

親權喪失ヲ規定シタル民法第八百九十六條ニハ父又ハ母カ親權ヲ濫用シ又ハ著シク

不行跡ナルトキ云々トアリテ遺ハ親權濫用又ハ不行跡ノ行為カ現ニ存スル旨ヲ意味シ又第八百九十八條ニハ前二條ニ定メタル原因カ止ミタルトキハ裁判所ハ本人又ハ親族ノ請求ニ依リ失權ノ宣告ヲ取消スコトヲ得トアリテ既ニ存在セシ失權ノ原因ニシテ止ミタルトキハ失權取消ノ宣告ヲ爲スコトヲ得ヘキ規定ヲ設ケタル趣旨ニ徴スレハ原判示ノ如ク親權喪失ノ原因一旦存在シタルモ親權喪失ノ請求判決前既ニ其原因消滅シテ存セサル場合ニ於テハ裁判所ハ其喪失ヲ命セサルコトヲ得ルモノト解釋セサル可カラス(大審院四五年(オ)八四號同年四月五日民二判決)

全趣旨ノ判例アリ(四月六日長崎控訴院判決録四六三頁、四十四年七號然レトモ吾人ハ前論ニ於テ全趣旨ノ判例ヲ論評シタルカ如ク親權喪失原因ノ種類ニヨリテハ(母ハ不行跡ノ未成年者ノ教育監護上多大ノ惡影響ヲ及ホスヘキモノニシテ一家ノ家風ヲ惡化スルコト恐ルヘキモノアリ故ニ現實ノ不行跡ハ判決當時ニ在ルヲ要セス(殊ニ訴訟ニテモ起ラハハ一時假面)果シテ將來教育監護上ニ影響スヘキ狀況アリヤ否ニヨリテ決セサル可ラス此見地ヨリ見レハ却ツテ訴訟提起前ノ事實ヨリ將來ヲ推測スヘキモノナルニ拘ラス訴訟提起ニヨリ一時假面ヲ被ル狀況ヲ見テ其ノ喪失原因ナシトスルカ如キハ儲カニ法律ノ精神ニ反スルモノト信セサルヲ得ス

動産ニ關スル物權ノ讓渡ハ其動産ノ引渡アルニ非ラサレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

動産ニ關スル物權ノ讓渡ニ付キ未タ引渡ナキコトヲ理由トシテ權利ノ移轉ヲ否認シ得ヘキ第三者ハ之ヲ否認スルニ付テ法律上正當ノ利益ヲ有スルモノタルコトヲ要ス

民法第七十八條ニ所謂第三者トハ當事者若クハ其包括繼承人ニテ動産ノ引渡シノ欠缺ヲ主張シ其動産ノ對スル所有權ヲ得喪ナカサシモノトシテ法律上正當ノ利益ヲ有スルモノノ換言スレハ右動産ノ對スル所有權ヲ得喪ナカサシモノトシテ法律上正當ノ利益ヲ有セルコトヲ主張シ得ザルモノトスルモ自ラ該動産ニ對スル法律上正當ノ權利ヲ有セルコトヲ主張シ得ザルモノトスルモ引渡ノ欠缺ヲ主張スルニ付テ相當トス從テ斯如キ者ニ對シテハ動産ノ引渡シヲ要セスシテ其動産ニ對スル所有權ノ得喪ヲ適法ニ對抗スルコトヲ得ヘシ(東京控訴院民一部四五年三月一二日判決法律新聞七八六號二〇頁)

學說ハ大部分本論ニ反對シ(當七博士民法原論梅博士法學志林五〇卷一二頁)判例ハ皆本論ニ一致ス(四十四年大審院一三一頁參照)此問題ハ何レニカ一定スレハ可ナルモノニシテ何レニ一定スルモ差シタル實害ナシ而シテ現今ニ於テハ實際

上ノ解釋ハ判例ト一致セリト云フモ不可ナシトス

家族ノ取得財産

七四八 家族カ自己ノ名ニ於テ得タル財産ハ其特有財産トス  
戸主又ハ家族ノ執レニ屬スルカ分明ナラサル財産ハ戸主ノ財産ト推定ス

家族ノ取得セル財産ハ戸主ト共同行爲又ハ單獨行爲ヲ以テシタルトヲ問ハス特ニ家族ノ特有財産ト見ルヘキ原因ナキ場合ニ於テハ戸主ノ財産トナルヘキモノトス

一家ヲ組織スル戸主及ヒ家族ノ行爲ニ因リ發生セル財産ハ通常之ヲ戸主ノ所有ニ歸セシムルハ本邦古來ノ慣例タルト共ニ家族ノ特有財産ハ其家族カ自己ノ名ニ於テ得タル財産ニ限定セラレタル事ハ是レ又民法第七百四十八條ノ規定スル所ナリ是レヲ以テ觀レハ家族カ獨立ノ職業其他ノ行爲ニ因リ自己ニ歸屬スヘキ關係ニ於テ得タル財産ハ固ヨリ其家族ノ特有財産ナリト雖トモ其行爲ノ性質若クハ格段ナル意思表示ニ荷クモ家族ノ特有財産ヲ構成スヘキ原因存セサル場合ニ於テハ假令其家族ト戸主ノ共同行爲若クハ家族ノ單獨行爲ニ結果セル財産ト雖モ畢竟是レ戸主ノ名ニ於テ取得セル財産ニ外ナラサレハ其全部ニ於テ當然戸主ノ所有ニ歸スヘキモノト解スヘキカ故ニ戸主ハ即チ法律上ノ原因アリテ其財産ヲ取得セル關係ナリト謂ハサルヲ得ス(長崎地方裁判所民事部四五年四月十二日判決法律新聞七八六號二四頁)

正當ノ解釋ナリ通説ト一致ス(柳川氏日本大學講義親族法一八九頁、牧野氏日本親族法論一六五頁、奥田博士親族法論六四頁參照)

失踪宣告ノ取消

失踪宣告ノ取消ノ條件及效力

一 失踪宣告ノ取消ノ條件及效力

(イ) 失踪者ノ生存スルコト又ハ前條ニ定メタルトキニ死亡シタルコトノ證明アルコトヲ要ス但シ其證明ノ方法ニハ制限ナシ

失踪者カ失踪期間満了ノ時ト異ナリタル時ニ死亡シタルコトヲ證明スルニハ積極的ニ失踪者カ何時カニ死亡シタルコトヲ證明スルノ外消極的ニ失踪者ノ失踪期間満了ノ時又ハ其以後ニ生存セルコトヲ證明シテ失踪者カ失踪期間満了ノ時ニ死亡セルモノニ非ラサルコトヲ示スヲ以テ足レリト解セサル可カラス(川名博士民法總論一五一頁)

(ロ) 本人又ハ利害關係人ノ請求アルコトヲ要ス茲ニ利害關係人トハ失踪宣告ノ取消ニ付キ法律上ノ利害關係ヲ有スル者ヲ謂フ其範圍ハ略ホ失踪宣告請求者タル利害關係人ト近シト雖モ必ラスシモ同一ナラス例ヘハ保險金ヲ支拂ヒタル生命保險會社ハ宣告ノ取消シテ請求スルコトヲ得ヘシ

三 失踪宣告ノ取消ノ手續ハ人事訴訟手續第七十條以下ニ之ヲ定ム  
效力ハ絶對的ニシテ何人ノ爲メニモ何人ニ對シテモ同様ニ發生スルコト失踪ハ宣告

ト同シ失踪宣告ノ取消ニ因リテ失踪ノ宣告ニ因リテ生シタル凡テハ法律關係ハ消滅スヘキヲ以テ失踪ノ宣告ニ因リテ開始スルニ至リタル家督相續若クハ遺産相續又ハ其效力ヲ發生シタル遺言ハ始メヨリ其效力ナカリシモノト爲ルヘク失踪ノ宣告ニ依リテ解消シタル婚姻ハ解消セザリシモノト爲ルヘク其他失踪ノ宣告ニ因リテ生シタル一切ノ法律現象ハ始メヨリ發生セザリシモノト爲ルヘシ然レトモ法律ハ便宜ノ爲メニ例外ヲ規定シタリ

(イ) 失踪ノ宣告後其取消前ニ善意ヲ以テ爲シタル行爲ハ其效力ヲ變セス然レ共此制限ハ失踪宣告後ノ行爲ニノミ適用アリ善意ヲ以テ爲シタル行爲トハ失踪ノ宣告力事實ニ合セサルコトヲ知ラスシテ爲シタル行爲ヲ謂フ契約ニ付テハ當事者双方ノ善意ヲ必要トス當事者ノ一方カ善意ナルトキハ之ヲ善意ヲ以テ爲シタル行爲ト看ルコトヲ得ス

(ロ) 失踪ノ宣告ニ因リテ財產ヲ得タルモノハ其取消シニ依リテ權利ヲ失フモ現ニ利益ヲ受クル限度ニ於テハ其財產ヲ返還スル義務ヲ負フ本條ニ所謂現ニ利益ヲ受クル限度ト民法第七百三條ニ所謂其利益ノ存スル限度トノ間ニ範圍ノ廣狹ノ差異アリヤ否ニ付テハ學說必ラスシモ一定セサルナリ範圍ヲ異ニスル說ハ梅博士民法要義七〇三條富井博士民法原論一卷四七〇頁以下法典質疑問答一編三五八頁以下仁井田博士ノ說範圍ヲ同クストスル說ハ鳩山法學士民法全書二卷一二一條ノ二乙京都法學會雜誌三卷一五一三頁以下中島博士ノ說

■ 失踪ノ宣告ノ判決ニ對シテハ人事訴訟手續法ノ規定ニヨリ利害關係人ヨリ不服申立ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ同法七〇條七八條七九條民事訴訟法七七四條七七五條(不服申立ノ訴ニ於テ原告勝訴トナリタル場合ニ付テハ民法第三十二條第一項但書及第二項ノ適用無キカ如キモ其適用ヲ除外スルノ理由ナク且ツ人事訴訟手續法カ

民法第三十二條ニ依ル失踪ノ宣告ノ取消シテ不服申立ノ訴ニ依リテ請求スルコトヲ許セルコト及ヒ戶籍法カ失踪ノ宣告取消シノ場合ノミ規定ヲ爲スコトニヨリ之ヲ觀レハ此場合ニ付テモ少クトモ民法第三十二條ノ類推適用アルモノト解スルヲ可トスヘシ

五 失踪ノ宣告ノ取消シアリタルトキハ其取消シテ請求シタルモノハ戶籍法ノ規定ニ依リ裁判確定ノ日ヨリ一ヶ月内ニ登記ノ取消シテ申請スルコトヲ要ス(戶籍法第一二四條)(松本博士法學新報二二卷五號二二頁以下要領)

本論ハ穩健ナル説明ニシテ異論ヲ狭ムヘキ餘地ナシ但シ失踪宣告ノ取消アリタル場合ニ於テ善意ヲ以テ爲シタル行爲ハ取消ノ影響ヲ受ケサルモ相續ニ限り然ラスシテ善意ヲ以テ爲シタル相續ト雖モ當然無効トナルヘキモノトス何トナレハ相續ハ行爲ニアラスシテ法定處分ナルヲ以テナリ

八九六 父又ハ母カ親權ヲ濫用シ又ハ著シク不行跡ナルトキハ裁判所ハ子ノ親族又ハ檢事ノ請求ニヨリ其親權ノ喪失ヲ宣告スルコトヲ得

限定承認ヲ爲シ得ヘキ場合ニ之ヲ爲サスシテ相續届出ヲ爲シタリトテ親權濫用ナリト云フコトヲ得ス

未成年者ノ爲メニ相續ノ開始シタル場合ニ於テ其相續力相續人ノ爲メニ不利益ナルトキト雖モ親權者ハ限定承認ヲ爲ササル可カラサルカ如キ法則ナク而シテ原院ニ於

テ法律ノ知識ニ暗クシテ相續ニ付單純承認限定承認ナルモノノ存在及其區別ヲ知ラサルモノト認メラレタル被上告人カ何心ナク相續ノ届出ヲ爲シタルハ原判示ノ如ク親權ノ濫用ト云フヲ得ス(大審院四五年)三四號同年三月二日民二判決)

惡意ヲ以テ限定承認ヲ爲サス而シテ相續届出ヲ爲シタル場合ニアラサレハ濫用ト云フコト能ハス然レトモ如斯キ事實ノ發生ハ想像スルコト能ハス

登記手續  
性請求權ノ

一六七 債權ハ十年間之ヲ行ハサルニ依リ消滅ス  
債權又ハ所有權ニアラサル財産權ハ二十年間之ヲ行ハサルニ依リテ消滅ス

登記手續請求ノ權利ハ所有權ノ效力ニアラスシテ一種ノ債權ナリ故ニ十年ノ時効ニ依リ消滅スヘキモノトス

移轉登記ノ義務ハ其性質上固ヨリ所有權ノ移轉ヲ前提トシテ發生スル關係ナリト言ヘトモ既ニ所有權ノ移轉ト同シク俱ニ賣主ノ意思表示ニ基クモノタル以上ハ其移轉ノ目的タル所有權ハ存在セル限り之カ消滅ヲ來タササル義務ナリト解スヘキ理由ナキヲ知ルニ足ル故ニ買主カ賣主ニ對シテ移轉登記手續ナル特定行爲ヲ請求スル權利ハ所有權自體ノ效力ニアラスシテ賣買契約ニ原因スル債權ナルニ依リ其性質ニ於テ消滅時効ノ適用アルモノト謂ハサルヲ得ス(長崎地方裁判所民事部判決法律新聞七八八號二一頁)

正當ノ見解ト信ス學說左ノ如シ

登記ヲ爲スコトハ設定移轉ノ行爲ニ因リテ負擔シタル一種ノ債務ナリト謂ハサルヘカラス而シテ此債務ハ物權ノ設定移轉カ債權契約ニ基因スルト又ハ單ニ物權的意思表示ノミニ因ルト將タ法律ノ規定ヨリ生スルトキニ從ヒ區別アルコトナシ(横田博士法典質疑錄中卷四五頁)  
松本博士ハ債權ノ意義ヲ更ラニ廣義ニ解シ物權ノ對世の效力タル物上請求權ヲモ尙ホ債權ナリトシ所有物返還ノ請求權ヲ以テ債權中ニ包含セシメタリ(松本博士人及物六九頁)

未成年者  
妻ニ對ス  
ル夫ノ後  
見

七九一 妻カ未成年者ナルトキハ成年ノ夫ハ其後見人ノ職務ヲ行フ  
九二一 未成年者ノ後見人ハ第八百七十九條乃至第八百八十三條及ヒ第八百八十五條ニ定メタル事項ニ付キ親權ヲ行フ父又ハ母ト同一ノ權利義務ヲ有ス但シ親權ヲ行フ父又ハ母カ定メタル教育ノ方法及ヒ居所ヲ變更シ未成年者ヲ懲戒場ニ入レ營業ヲ許可シ其許可ヲ取消シ又ハ之レヲ制限スルニハ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス  
未成年者タル妻ニ對シ成年ノ夫カ後見人ノ職務ヲ行フ場合ニハ後見機關ヲ設クルコトヲ要セス

未成年者ノ妻ニ對シ成年ノ夫カ後見人ノ職務ヲ行フ夫ハ妻ハ後見人トナルニアラス唯其後見人タルノ職務ヲ行フモノニ過キスシテ即チ民法第九百二十一條ニ定メタル權利義務ヲ有シ未成年者ノ妻ノ保護者タルヘキノミ故ニ後見機關ノ必要ナク唯第九百二十一條ニヨリ親權ヲ行フ父又ハ母ト同一ノ權利義務ヲ有シ同條但書ノ場合ニ付テノミ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要スヘシ(法曹會決議要旨全記事二卷四號四一頁)  
本問ニ付テハ全趣旨ノ判例アリ(三六年大審院判)又牧野氏モ全一ノ説明ヲ爲ス(日本

親族法論) 故梅博士及奥田博士ノ反對説アリト雖トモ(法學志林四九號一頁以下、) 本論ノ説明ヲ正當ト信ス

不動産ノ  
信託行為

(參照) 民九四 相手方ト通シテ爲シタル虚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

債務ヲ擔保スル意味ヲ以テ不動産ノ名義替ヲ爲シタル所謂信託讓渡シノ場合ニ於テハ第三者ニ對スル關係ニ於テ所有權移轉ノ效果ヲ生スルモ當事者間ニ於テハ其效力ヲ生セスシテ舊名義人カ依然所有者ナリ此場合ニ讓渡人カ買戻契約ヲ爲シ又ハ賃貸借契約ヲ結ヒ利息ニ相當スル賃料ヲ支拂ヒタル事實アリタリトスルモ亦然リトス

前記説明ノ如ク本件不動産ハ控訴人ノ被控訴人ニ對スル債務ヲ擔保スル爲メ及ヒ控訴人ノ債權者ヨリ差押等ヲ受クルヲ豫防スル爲メ並ニ長野實業銀行ニ對シ抵當權ヲ設定スルノ都合上被控訴人ニ其所有權ヲ移轉シタルモノニシテ債務ヲ擔保スル爲メ所謂信託的讓渡シテ爲ス場合ニ於テハ第三者ニ對スル關係ニ於テハ所有權讓渡ノ效力ヲ有スルモ當事者間ニ於テハ其效力ヲ生セスシテ讓渡人ハ依然權利者タルヲ通常トシ本件ニ於テモ當事者ノ別段ノ主張ナキヲ以テ又然ルモノト認ム只之レ慣習セザル結果尙ホ之レヲ確實ニスル方法トシテ買戻契約及ヒ賃貸借契約ヲ爲シタルモノト解

スヘシ(東京控訴院民一部四五年三月十四日判決法律新聞七八五號二三頁)  
判例ハ反對シ(三九年大審院判決錄九七五頁大) 學説ハ賛全ス(岡松博士内外論叢一卷四三七〇號) 吾人ハ本件説明ニ賛全ヲ表ス

月末支拂  
ノ慣習

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力之ニ依ル意思ヲ有セ  
ルモノト認ムヘキトキハ其慣習ニ從フ  
(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ヒ法令ニ規定ナキ事項ニ關スルモノニ限り法律ト同一ノ效力ヲ有ス

物品引渡ノ月末ニ代金ノ支拂ヲ爲スコトハ顯著ナル慣習ナリトス

物品引渡シノ月末ニ其代金ノ支拂ヒテ爲スコトヲ要スル商慣習アルコトハ當院ニ顯著ナル事實ナルニ依リ被控訴人ノ本訴賣掛代金并ニ明治四十二年七月一日以後ノ年六分ノ損害金請求ハ其理由アルモノト認ム(東京控訴院民二判決法律新聞七八八號廿頁)

東京市並ニ其附近ニ於テ此慣習アルコトハ無論ナリ但シ地方ニ於テハ然ラス或ハ二ヶ月目拂トスルアリ或ハ六ヶ月ノ場所モアリト聞ク

賣買契約  
ノ解除ト  
損害賠償

五四五 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相手方ヲ原狀ニ復セシムル義務ヲ負フ但シ第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス(中略)

解除權ノ行使ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ケス

縦令買主ニ於テ一旦遲滞ノ責ニ任スヘキ事實アリタルニモセヨ其後買主ヨリ更ニ賣主ヲ遲滞ニ付シ賣買契約ノ解除ヲ爲シタル時ハ買主ハ遲滞ノ責ニ因ル損害賠償ヲ爲スヘキ義務ナキモノナルヤ

大阪山口銀行西村孝三氏ハ大審院四年(オ)第四〇六號事件ニ就テ法律新聞紙上ニ批評ヲ寄セラレ同事件ノ事實關係ハヤヤ複雑ナルモ判決全體ヨリ之ヲ推知スルニ當事者間ニ賣買契約成立シ始メニ上告人(賣主)ハ目的物ノ提供ヲナシ且ツ被上告人ニ代金支拂ヒヲ求メタルニ被上告人(買主)ハ之カ履行ヲ遲滞シタルニ依リ上告人ハ代金支拂及ヒ損害賠償請求ノ訴ヲ提起シ勝訴ノ判決確定シタルカ其後ニ至リ被上告人(買主)ハ代金ヲ提供スルト共ニ上告人ニ物ノ引渡シヲ求メタルモ上告人カ履行ヲ爲サズ故ニ於テ被上告人ヨリ不履行ヲ原因トシテ賣買ヲ解除セリ然ルニ上告人ハ自己ノ不履行行ニヨリ契約解除セラレタルモ前ニ被上告人カ代金支拂ノ義務ヲ遲滞シタルヲアルチ原因トシ之ニ因リテ生シタル損害ノ賠償義務(判決確定セルモノ)ノ履行ヲ求ムルニアル如シ之ニ對シ大審院ハ大略賣買契約ノ解除ハ賣買ノ效力ヲ消滅セシメ賣主タリシモノハ買主ノ義務ヲ負ハサリシモノトナルヲ以テ被上告人カ一旦遲滞ノ責アリタリトスルモ其後賣買契約ノ解除アリタルニ依リ被上告人ハ未ダ曾テ上告人ニ對シテ代金支拂ノ義務ヲ負ハサリシモノト看做スヘク隨テ遲滞ノ責ニヨル損害賠償スルノ義務ナシトノ判決ヲ爲シタリ

大審院ハ不履行ニ依ル賠償請求權ヲ有セシ上告人カ後ニ自己ノ不履行ニヨリ契約ヲ解除セラレタルニ至リシカ故ニ被上告人ニ於テ損害賠償スルノ義務ナシト言ヒタルニアラス單ニ何レノ場合ニモ契約解除ノ效果トシテ遲滞ニヨル賠償責任ハ消滅スルモノトシタルハ判決ノ示ス處ニヨリ明カナリ然シテ此場合被上告人カ辨濟ノ提供ヲナシタル時ヨリ以後ニハ遲滞責任ヲ免ルヘク上告人カ此時ニ於テ自己ノ義務ヲ履行セサル時ハ更ニ遲滞ノ責ニ任スヘキハ言テ俟タスト雖モ之カ爲ニ被上告人ノ最初ノ遲滞ニヨリテ生シタル責任ハ毫モ免ル可キ理由ナシト信スト批評シ尙ホ契約解除ノ性質ヲ物權的效果アルモノト見ルモ然カモ既ニ發シタル遲滞ノ責任カ消滅スヘキ理由ニモナシト主張シ第五四五條ノ規定ニ付キ評論サレタリ(法律新聞七八五號六頁以下參照)

吾人ハ前論ニ於テ本件ハ買主カ一旦遲滞ニ付セラレタルモ其後買主ヨリ代金ヲ提供シ更ニ賣主ヲ遲滞ニ付シ賣主カ履行ナキヲ理由トシテ買主ヨリ解除權ヲ行使シタルモノナレハ結局正當ナル判決ナルヘシト云ヒタリ(本書民法八)蓋シ本條第三項ハ解除權ノ行使ヲ爲シタル者(本件ニ就テ)ヨリ損害賠償ノ請求ヲ爲スヘキ場合ノ規定ト解スルヲ正當ト信シ又賣買ノ解除ハ本件判決説明ノ如ク當事者間ニ何等ノ權利關係存在セサリシモノト看做スヘキ效力アリテ唯タ第三項ニヨリ解除權者ノミカ不履行ヲ爲シタル者ニ對シテ賠償請求權アリト解スルヲ正當ト信シタレハナリ但シ横田博士ノ如キハ本論ト全說ニシテ買主モ亦賠償支拂ノ義務アリト説明スレトモ(横田博士債權各論二〇五頁以下)其根據明確ナラスト然ルニ吾人カ斯



ク解スルヲ何故ニ正當トスルカト云フニ買主ハ一旦其相場カ下落シタルカ爲メ引渡ニ際シ之ヲ受取ラス其後相場カ騰貴シタルカ爲メ代金ヲ提供シ引渡ヲ求メ賣主ヲ遲滯ニ付スルカ如キハ自儘勝手ノ如キ嫌ヒアリト雖トモ然カモ買主ハ其契約ノ存続スル限リ此權利アルモノニシテ買主ニ自儘ノ行動アルカ爲メニ契約上ノ權利義務ニハ何等ノ影響ヲ受ケス變更ヲ來タサス則買主カ解除權ヲ行使スル時ニ於テ安キ相場ヲ以テ高キ物品ヲ受取ルヘキ權利ヲ有シタルモノナリ故ニ賣主カ斯カル自儘ヲ爲サラシメント欲セハ最初買主カ引取ヲ爲ササル時直チニ自己ノ權利ニ屬スル解除權ヲ行使シ契約解除ヲ爲スト全時ニ遲滯ニ依ル損害ヲ請求(本條第三項ニヨリ)ヲ爲セハ可ナリシニ此權利ヲ行使セサリシカ爲メ其内ニ相場カ騰貴シ自己カ不利益ヲ被ルニ至リタルモノニシテ買主ノ自儘ハ全ク賣主自ラ招キタル結果ナリト言ハサル可カラス

如斯ク何時モ賠償ヲ請求スヘキハ解除權者ノ方ニアルモノナリ故ニ解除ハ當事者間ノ權利義務ヲ一切消滅ニ歸セシムルモ特ニ解除權者ニ限リ例外的ニ賠償請求權アルコトヲ規定シタルモノニアラサルナキカ(解除權者ハ解除カ不利益ト見レハ之ヲ解除セシメテ則法律關係

チ消滅セシメスシテ賠償ヲ請求スヘキ自由アリ

以上吾人ノ私見ニシテ本問題ハ尙ホ一層研究スヘキ餘地アルヲ疑ハス

遅延利息モ五ヶ年ノ時効ニ因リ消滅スヘキヤ

利息及ヒ遅延利息ノ給付目的トスル債権カ五年ノ短期時効ニ因リテ消滅スルヤ否ヤチ案スルニ年ヲ以テ定メタル利金ノ給付目的トスル債権ハ其利金カ遅延利息ナルト否トニ拘ハラス民法第百六十九條ニ規定セル年ヲ以テ定メタル利金ノ給付目的トスル債権ニ該當スルコト同條ニ於テ此ノ點ニ付キ何等ノ區別ヲ設ケサル法意ニ徴シ明瞭ナルヲ以テ同條ノ適用ニ依リ五年ノ短期時効ニ因リテ消滅スト解セサルヘカラス(東京控訴院民二判決法律新聞七八八號一九頁)

反對説アリ反對説ヲ正當ト信ス

一、遅延利息ノ債権ハ年又ハ之ヨリ短キ時期ニ支拂ハルヘキモノニアラサルヲ以テ民法一六七條ニ依リ其消滅ノ期間ハ十年ナリトス(東京控訴院民一部四十一年四月十日判決法律新聞四九八號鳩山氏法律行為乃至時効七一四頁)

不存在ナル權利登記ト其抹消請求權

抑モ不動産登記法ハ不動産ヲ以テ登記ノ主體ト爲シ其上ニ存スル權利ノ設定移轉變更チ順次ニ登録スルモノナレハ登記ノ主體タル不動産ニシテ登記スヘキモノ存セサルニ拘ラス其存スルモノノ如ク登記シタル場合即チ復登記ノ場合ニ於テハ夫ノ登記スヘキ不動産ヲ登記スルニ方リ地目地番坪數表示ヲ誤リタル等ノ場合ト異ナリ其復タリ間タル登記ヲ抹消シ其登記用紙ヲ閉スルニアラサレハ登記ハ其作用ヲ完成スル能ハサルニ至ルヘキハ熱慮ヲ要セスシテ明白ナリ而シテ被控訴人ハ甲第一號證第二號證乙第一號證ニヨリ明カナル如ク前掲合併ノ三ノ全體及ヒ右十五番ノ三ノ地所チ合併セテ競落ニ因リ之ヲ取得シ其登記チナセルモノナレハ右不法登記ノ存スル限リ其所有權ノ存在チ曖昧ナラシメ被控訴人ハ現ニ控訴人等ノ爲ス如ク不法ニ所有權チ主張セラレ侵害ヲ受クルノ慮アルカ故ニ被控訴人ハ之カ抹消ヲ請求スルニ付キ法律上ノ利益チ存スルモノトス(大阪控訴院民二判決法律新聞七八七號二三頁)

至當ノ見解ト信ス全趣旨判例アリ

不動産登記ハ不動産ニ關スル物權ノ得喪變更ノ公示方法ナルヲ以テ物權ノ得喪變更ナキニ拘ラス獨リ形式上ニ於テ登記ノ存スルハ不法ナルコト勿論ナルヲ以テ之カ權利チ侵害セラルヘキ恐アル權利者ハ其抹消ヲ請求スルノ權利アリ(四十三年大審院判決錄四二二頁)

不履行ニ因ル損害賠償ノ額

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

起訴當時ニ於ケル目的物ノ價格カ債務履行遲滞ノ責ヲ生シタル當時ノ價額ヨリ下落シタル場合ニハ遲滞ノ責ヲ生シタル當時ノ價格ニ換算シタル全額ヲ賠償スヘキモノトス

本件ニ於ケルカ如ク起訴當時ニ於ケル目的物ノ價格カ債務履行遲滞ノ責ヲ生シタル當時ノ價格ヨリ下落シタル場合ニハ遲滞ノ責ヲ生シタル當時ノ價格ニ換算シタル金額ヲ賠償スヘキモノト解スルチ相當ト去レハ本訴被告ニ於テ右證券ヲ返還スルコト能ハサルトキハ該證券返還義務ニ付キ履行遲滞ノ責ヲ生シタル明治四十三年十二月末日ニ於ケル時價ニ換算シタル一株金百四十圓五十錢合計金千四百五圓ヲ賠償スヘキモノトス(大阪地方裁判所第三民判決法律新聞七八六號二四頁)

本件ノ問題ニ付テハ石坂博士モ亦本判決ト全趣旨ニ説明サル(日本民法債權第一頁參)乍併聊カ疑ナキ能ハス如何トナレハ返還ノ義務アル者ハ判決當時ニ其證券ヲ返還スヘキ義務ヲ有シ假令一旦遲滞ノ責ヲ生シタリトスルモ此遲滞アリタルカ爲メニ義務其モノニハ何等變更ヲ來スヘキニアラスシテ判決當時其證券ヲ返還スル義務ニ外ナラス故ニ其判決當時ノ價格ニヨリ賠償ヲ命スルヲ正當トセス

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

請負人ト注文者トノ間ニ下請負禁止ノ契約アルモ該請負人ト下請負人間ニ於ケル下請負契約ノ效力ニハ何等ノ影響アルモノニ非ストス

契約ハ當事者以外ニ其效力ヲ及ササルモノナレハ鈴木三郎ト砲兵工廠間ニ下請負禁止ノ契約アルニセヨ鈴木ト上告人間ノ下請負契約ノ效力ニ何等ノ影響アルモノニ非ラサルヲ以テ請負人ト注文者トノ間ニ下請負禁止ノ約アルコトヲ理由トシ下請負契約ヲ無効ナリトスル上告人所論ハ探ルニ至ラス(大審院四五年(オ)七號三月十六日民一判決)

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ヨリテ其債務ヲ免ルルコトヲ得但シ債務ノ性質カ之ヲ許ササルトキハ此ノ限リニ在ラス(下略)

消費貸借豫約ニ因リ金錢ヲ借受クヘキ權利アル者ト雖モ其豫約カ本契約トナラサル間ニハ自己ノ該豫約者ニ對シテ負擔スル支拂債務ト相殺ヲ主張スルコト能ハス

民法第五百五條ニ依レハ相殺ハ双方ノ債務カ同種ノ目的ヲ有スル場合ニアラサレハ之ヲ爲スコトヲ得然ルニ消費貸借ノ豫約ニ依リ豫約者ノ負擔スル債務ハ消費貸借ヲ成立セシムルノ債務ニシテ此債務ヲ履行シ消費貸借ヲ成立セシムルニハ金錢其他

豫約ノ性質ニ關シテハ本書民法四八頁豫約參照

ノ代替物ノ授與ヲ爲スルカ爲メ豫約者ハ其授與ヲ爲スモノナリ左レハ相手方カ豫約者ニ對シ有スル金錢其他ノ代替物ノ授與ノ請求權ノ實質ハ金錢其他ノ代替物ノ支拂ノ債權ニハアラスシテ消費貸借ヲ成立セシムルノ債權ナルカ故ニ相手方ハ之ヲ豫約者ニ對シ自己ノ負擔スル金錢其他ノ代替物ノ給付ノ債務ト相殺セントスルモ双方ノ債務ノ目的同種ナラサルヲ以テ相殺スルコト能ハサルナリ(大審院四五年(オ)七一號四五年三月一六日民一判決)

七〇九

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

他物上權ノ負擔アル未登記不動産ノ所有權ヲ移轉シ他物上權者ヲ侵害シタル行爲ハ不法行爲ナリトス

土地ノ所有者カ其權利範圍内ニ於テ土地ヲ處分スルハ其處分權内ニ屬スル行爲タルカ故ニ不法行爲ヲ構成スルコトナシト雖モ其所有土地ニシテ他物上權ノ目的トナリ地役權地上權等ヲ負擔セル場合ニ於テハ所有權ハ之ニ因リテ使用處分等ニ關スル制限ヲ受クヘキコト當然ナレハ或ハ土地カ他物上權ノ目的トナリ地役權地上權等ヲ負擔セルニ拘ハラス土地所有者ニ於テ未登記ニ係ル他物上權ヲ侵害スルノ目的ヲ以テ該權利ヲ無視シ完全ナル所有權ヲ保有スルモノトシテ之ヲ處分シ他物上權者ヲ以テ第三者タル新所有者ニ對抗スルコトヲ得サルニ至ラシメ因テ損害ヲ生セシメタルトキハ土地所有者ノ處分行爲ハ其權利ノ範圍ヲ超越シテ他人ノ權利ヲ侵害シ因テ損害

ヲ被ラシメタルモノニ外ナラサルカ故ニ不法行為ヲ構成スルコト論テ俟タス(廣島控  
訴院民事判決法律新聞七八八號二四頁)

至當ノ見解ト信ス本書民法一頁二重賣買ノ效力不法行為ノ責任參照

占有權ノ  
移轉

- 一八〇 占有權ハ自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ物ヲ所持スルニ因リテ之レヲ取得ス
- 一八一 占有權ハ代理人ニ依リテ之ヲ取得スルコトヲ得
- 一八二 占有權ノ讓渡ハ占有物ノ引渡ニ依リテ之ヲ爲ス(下略)

當座拂込委託ノ爲メ銀行ノ窓口ニ傳票ヲ添へ取鉢ニ現金ヲ入レテ差入レタルニ  
行員之ヲ受取リ金網内部ニ置キ他ノ係員ニ交代中紛失シタルトキハ其紛失ハ何  
レノ責ニ歸スヘキカ

京都地方裁判所カ原告方雇人土川久太郎カ一宮銀行ニ對スル原告名義ノ當座預金ニ  
振込方ヲ委託スル爲メ紙幣銀貨取交セ金七百三十五圓ヲ被告銀行西陣支店ニ持參シ  
同支店受付ニ於テ傳票ヲ貰ヒ右金七百三十五圓ノ現金ヲ添へテ入金口ト掲札シアル  
場所ニ差出シタル所其係員ハ右金員傳票ノ入レアリシ容器ヲ受取リ自己ノ現箱ノ前  
面ニ置キタル旨甲第三號證(刑事)巡査カ當紛失金事件ノ犯罪搜查報告書トシテ所屬警  
察署長ニ差出シタルモノ)ニヨリ認定シ續シテ計算未了前ナリトスルモ既ニ該金員ハ  
客タル土川久太郎ノ支配ヲ離レテ被告銀行員濱村保二郎ノ支配内ニ入レタルモノト  
認ムヘシトナシ被告ノ敗訴ニ歸セシメタルニ對シ京都淺木氏ハ刑事巡査ノ報告書カ  
直ニ民事責任ノ分界ヲ判定スルニ絶對的證據力ヲ有スルモノトシテ適切ナルモノナ

リヤ云々

占有權移轉ノ場合ニ於テハ所謂體素及ヒ心素ナル二個ノ事實ヲ以テ之カ要件ト認メ  
サルヘカラス然ルニ右判決ニ徴スルニ或ル物件カ一人ノ支配ヲ脫シテ他人ノ支配下  
ニ屬スルヲ以テ法律上占有移轉ヲ認ムルニ十分ナリトシ心素ノ要件ヲ度外視セルモ  
ノノ如シ或ヒハ之ニ依テ單純ナル占有移轉ノ事實ヲ認得サルニ非ラサルモ獨逸民  
法ハ姑ク措キ我カ現行民法ノ解釋上其意思ノ之ニ伴ハサルハ果シテ法律上ノ效果ヲ  
附與シ得ルモノナリヤト難セラレタリ(法律新聞七八七號三頁以下)

然レトモ刑事巡査ノ報告書ヲ證據ニ採ルモ違法ナリトイフコト能ハス(往々不當  
ノ自由裁量ニ屬ス)又本件ノ場合未タ其數額ヲ計算セストスルモ窓口ヨリ差出  
シタルヲ受領シタル以上ハ占有ノ心素ヲ缺クモノト云フハ根據ニ乏シキモノト  
言ハサル可カラス

連帶債務  
者ノ地位

五〇〇

辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者ハ辨濟ニ因リテ當然債權者ニ代位ス

五〇一

前二條ノ規定ニ依リテ債權者ニ代位シタル者ハ自己ノ權利ニ基キ求償ヲ爲スコトヲ得ヘキ範圍内ニ於テ債  
權ノ效力及ヒ擔保トシテ其債權者ノ有セル一切ノ權利ヲ行フコトヲ得但左ノ規定ニ從フコトヲ要ス

- 一、保證人ハ豫メ先取特權、不動産質權又ハ抵當權ノ登記ニ其代位ヲ附記シタルニ非レハ其先取特權、不動産質權  
又ハ抵當權ノ目的タル不動産ノ第三取得者ニ代位セス
- 二、第三取得者ハ保證人ニ對シテ債權者ニ代位セス
- 五、保證人ト自己ノ財產ヲ以テ他人ノ債務ノ擔保ニ供シタル者トノ間ニ於テハ其頭數ニ應スルニ非レハ債權者ニ代  
位セス(下略)

民法

連帶債務者ハ民法第五百條ノ規定ニ依リテ代位權ヲ有スヘキヤ

本問ニ付テハ判例ナシ學說左ノ如シ

積極說

連帶債務者ハ各自全部ノ辨濟ヲ爲スノ義務ヲ有シ其爲シタル辨濟ハ自己ノ債務ヲ履  
行シタルモノニ外ナラス然レトモ連帶債務者ハ債權者ニ對シテハ恰モ唯一ノ債務者  
タルカ如ク見做サルルモ其相互ノ間ニ負擔部分ノ定メアリテ各一部ヲ履行スルノ責  
ニ任スル場合ニ於テ全部辨濟ヲ爲シタル者ハ自己ノ負擔ヲ超過シタル部分ニ付キ他  
ノ債務者ニ代テ辨濟ヲ爲シタルモノニ外ナラス之ヲ辨濟スルニ付キ法律上正當ノ利  
益ヲ有スルモノナレハ他ノ債務者ニ對シテ有スル本債權ヲ確保スルノ必要上代位權  
ヲ享有スヘキハ當然ナルノミナラス法文ハ「辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スル  
者」ト規定シ何等ノ區別ヲ設ケサルヲ以テ辨濟者ノ第三者タルト共同債務者タルト  
區別スヘキモノニアラス(横田博士債權總論九一六、九一七頁、同說岡松博士民法理由三  
〇七頁、故梅博士民法要義三卷、三〇三頁)

消極說

連帶債務者ハ自己ノ債務ヲ辨濟スルモノニシテ債務者ノ爲メニ辨濟ヲ爲スモノニア  
ラサルカ故ニ代位ヲ爲スコトヲ得ス(川名博士債權總論三四二頁)

代位ノ效力ハ債權者ヲ離レテ辨濟者ト債務者トノ法律關係ナリ連帶債務者ハ債  
權者ニ對シテ全部辨濟ノ義務ヲ負擔スルモ各債務者間ニ在リテハ一定ノ負擔部

分アリテ既ニ求償權ノ行使ヲ認ムル以上ハ全然債權者トノ關係ヲ離レタル代位  
關係ニ於テ第三者ト何等區別スル必要ナク又之カ爲メニ債務者ノ利益ニ消長ヲ  
來スコトナシ

若シ五〇一條ニ連帶債務者ニ關スル權利ノ優劣ヲ規定セザルノ理由ヲ以テ本問ヲ消  
極ニ解スヘシトスレハ不可分債務者モ亦代位權ナシト言ハサルヘカラス然レトモ不  
可分債務者ハ元來獨立ノ負擔部分ヲ有シ只其履行ニ付キ全部履行ノ義務ヲ負擔スル  
ニ過キスシテ辨濟ニ因テ代位權ヲ有スルハ勿論(横田博士全上九一五頁參照)ナルヲ以  
テ五〇一條ニ規定セザルノ一事ハ未タ以テ本問ヲ消極ニ解スルノ理由トナラス  
五〇一條ノ一、二、五號ノ如キハ何レモ例外的規定ニ屬スルヲ以テ之ヲ狹義ニ解スヘキ  
ハ當然ナリトス  
第三取得者ニ保證人ニ對シテ代位權ヲ認メサル理由ハ素ト登記ニヨリテ不動產ニ負  
擔アルヲ知リツツ買得シタル者而シテ保證人アルコトハ登記スヘキ事項ニ屬セザル  
ニヨリ保證人ノ負擔ヲ全然眼中ニ置カスシテ之ヲ取得スルヲ常トス故ニ保護スヘキ  
理由ナキヲ以テナリ  
保證人ハ既ニ代位權ヲ認ムヘキ者タルコト明カナルモ僅少ノ手數ニヨリテ付記登記  
ヲ行ヒ得ヘキヲ以テ之ヲ命シタルニ外ナラス然ルニ連帶債務者ニ付キ此僅少ナル手  
續ニ關スル規定ヲ缺クカ爲メニ根本ノ法理ヲ無視シテ代位權ヲ否認スルカ如キハ吾  
人之ヲ探ラス

八三九 法定ノ推定家督相續人タル男子アル者ハ男子ヲ養子ト爲スコトヲ得ス但女婿ト爲ス爲メニスル場合ハ此限ニ在ラス  
九六八 胎兒ハ家督相續ニ付テハ既ニ生マレタルモノト看做ス  
前項ノ規定ハ胎兒カ死體ニテ生マレタルトキハ之ヲ適用セス

推定家督相續人タルヘキ胎兒ノ懷胎中ニ於テ男子ヲ養子トナスコトヲ得ルヤ

法定ノ推定家督相續人タル男子アル者ハ男子ヲ養子ト爲スコトヲ得ス然レトモ胎兒アル者ハ縁組ヲ爲スコトヲ得サル旨ノ規定存セサルカ故ニ假令胎兒カ推定家督相續人タルヘキ場合ト雖男子ヲ養子ト爲スニ妨クル所アルナシ加之後日男子出生シタリトスルモ縁組ノ取消シヲ請求シ得ヘキニ非ス若シ然ラストセンカ胎兒ノ性ノ不分明ナルニ拘ハラヌ又生産死産ノ執レナルカ未確定ナルニモ關セス相續人ヲ得ル能ハサルニ至ルヘシ然レトモ家督相續開始ノ場合ニ於テ養實兩男子ノ執レカ家督相續人タルヘキ乎ハ自ラ別問題ニ屬シ民法九六八條第一頁ノ解釋如何ニヨリ其論結チ異ニスヘシ余ハ九六八條第一項ノ適用ヲ受ケヘキモノハ家督相續開始ノ當時胎兒タルモノニ限ルト解スルヲ正當トス(牧野法學士法學志林第十卷第十二號六〇頁以下要領)  
至當ノ見解ト信ス然レモ後段相續ノ順位ニ就テハ議論ノ存スル所ニシテ家督相續開始シタルト否トヲ問ハス常ニ實子ニ相續權アリトノ説アリ(梅博士法典實疑)或ハ相續開始ノキト雖モ養子ハ實子ヨリ前ニ生レタルモノナルカ故ニ養子ニ相續權アリトスル説アリ(島田學士明治大)又本論ノ如ク相續開始ノ時ト否トニヨリ決スル説アリ吾人ハ本論ニ賛同ヲ表ス

戸主タル身分ヲ有スル者カ隱居ヲ爲サシテ他家ノ養子トナリ戸籍吏カ誤テ之ヲ受理シタル時ハ其養子縁組ヲ有效ナリト見ルハ不當ナリヤ

七五四 戸主カ婚姻ニヨリテ他家ニ入ラント欲スルトキハ前條ノ規定ニ從ヒ隱居ヲ爲スコトヲ得  
戸主カ隱居ヲ爲サスシテ婚姻ニ因リテ他家ニ入ラント欲スル場合ニ於テ戸籍吏カ其届出ヲ受理シタルトキハ其戸主ハ婚姻ノ日ニ於テ隱居ヲ爲シタルモノト看做ス  
八五一 縁組ハ左ノ場合ニ限リ無効トス  
一 人選ヒ其他ノ事由ニヨリ當事者間ニ縁組ヲ爲スノ意思ナキトキ  
二 當事者カ縁組ノ届出ヲ爲ササルトキ但シ其届出カ第七百七十五條第二項及ヒ第八百四十八條第一項ニ掲タケル條件ヲ缺クニ止マルトキハ縁組ハ之レカ爲メニ其效力ヲ妨ケララルコトナシ  
八六一 養子ハ縁組ニ因リテ養親ノ家ニ入ル

岡村博士ハ本問ニ付東京控訴院民事三部カ右七五四條八六一條ノ解釋并ニ養子縁組ノ無効及取消シノ場合ハ民法第八百五十一條乃至第八百五十九條ニ規定セラレ此ノ規定以外ニ於テ無効及ヒ取消トナルコトナシトシテ有效ナリト裁決シ(民法一三二頁参照)タルヲ非トセラレ  
(一) 民法第七百五十四條第二項ノ規定ハ類推適用ヲ許サス若シ第七百五十四條第二項ノ規定ヲ養子縁組ノ場合ニモ適用スルノ旨意ナランニハ立法者ハ必スヤ婚姻若クハ養子縁組ノ數文字ヲ加フルニ吝ナラザラン且ツ決シテ之レヲ遺忘脱洩セルモノト見ルコトヲ得ス  
(二) 而シテ第七百五十四條第二項ノ規定カ養子縁組ノ場合ヲ排除スルハ又其ノ理由ナクシテハアラス蓋シ二人者ノ間ニ婚姻ヲ爲シ且ツ既ニ其届出ヲ了シタルトキハ其間ニ試フ可カラサルノ損所ヲ生シ之ヲ婚姻以前ノ清白ナル狀態ニ復歸セシメンコトハ絶對的ノ不可能ノ事ニ屬ス甚タシキハ既ニ子ヲ妊娠シ若クハ分娩セルモアララン故ニ

若シ其婚姻ヲ無効トナストキハ其ノ間ニ非常ノ擾亂ヲ生スルコトハ固ヨリ多言ヲ用キス夫レ戸主ノ地位モ重シムル所ニシテ然シ其婚姻モ又更ニ重シムル所ニシテ是レ戸主ノ地位ヲ繼任トシテ婚姻ヲ成立セシメタル所以ナリ然ルニ養子縁組ニ至リテハ大ヒニ之ト其趣ヲ異ニス其養子縁組ヲ無効トナスモ單ニ當事者間ニ親子關係ヲ生セザラシムルニ止マリ何等ノ混雜ヲ生スルコトナシ

(三) 且第七百五十三條以下ハ隱居ニ關スル特別ノ場合ヲ規定ス第七百五十四條ハ正ニ此ノ特別ノ場合ノ一ツナリ即チ戸主カ婚姻ニヨリテ他家ニ入ラント欲スル場合ニ於テハ右ノ二條件ヲ具備スルコトヲ要セス而カモ家督相續人アルコト及裁判所ノ許可ヲ得ルコトノ二條件ヲ以テ隱居ヲ爲スコトヲ得是レ同條第一項ノ規定スル所ナリ若シ養子縁組ニヨリテ他家ニ入ラント欲スル戸主アリテ此ノ規定ニ因リテ隱居ヲ爲サント欲スルトキハ裁判所ハ之ヲ許可スルコトヲ得ヘキカ是レ決シテ能ハサルナリ何トナレハ裁判所ハ法律ノ規定ニ依ラスシテ許可ヲ與フルコトヲ得サレハナリ既ニ同條第一項ノ規定ニシテ養子縁組ノ場合ニ類推適用スヘカラサルトキハ獨リ同條第二項ノ規定ノミチ之ニ類推適用スルノ理ナシ且ツ同條第二項ハ例外ノ規定ナリ例外ノ規定ハ嚴格ノ解釋ヲ要シ決シテ之ヲ敷張スヘカラス

(四) 然ラハ戸主カ隱居ヲ爲サシテ他家ニ入ル可キ養子縁組ノ届出ヲ爲シ戸籍吏カ之ヲ受理シタルトキハ其養子縁組ハ有效ナルカ將タ無効ナルカ

第八百五十一條ニ縁組ハ左ノ場合ニ限り無効トス

(一) 人違其他ノ事由ニヨリ當事者間ニ縁組ヲ爲ス意思ナキトキ

(二) 當事者カ縁組ノ届出ヲ爲ササルトアリテ戸主カ隱居ヲ爲サシテ養子縁組ヲ爲シタル場合ヲ包マス又第八百五十二條ニ縁組ハ後七條ノ規定ニ依ルニアラサレハ之ヲ取消スコトヲ得ストアリテ後七條ノ規定ヲ案スルニ此場合ヲ取消シ得ヘキモノト

吾人ハ曩ニ本件判決ハ民法ノ精神ニ適合スルモノナルヘシト述ヘタリ(民法一三頁參照)

今博士ノ反對論ヲ見ルヲ得タルモ尙ホ前説ヲ正當ナリト信ス蓋シ

(一) 成就テ 身分法規ハ絕對ニ類推解釋ヲ許サスト云フノ理由ナシ

(二) 成就テ 實際上ニ於テハ家ヲ廢シテ又ハ隱居シテ迄ト云フ養子縁組ハ殆ント

スルノ規定ナシ既ニ無効ニアラス又取消シ得ヘキモノニアラサルトキハ此ノ養子縁組ハ之ヲ有效ト爲ササルコトヲ得ス既ニ之ヲ有效トナストキハ養子トナレバ戸主ノ家ハ戸主ヲ失フノ結果ヲ生ス而カモ第七百五十四條第二項ノ規定ハ此ノ場合ニ準用スヘカラサルコト前述スル所ノ如クニシテ戸主カ養子縁組ニヨリテ他家ニ入ル場合ハ家督相續開始ノ原因ニアラサル故ニ此ノ場合ニ於テハ家督相續ヲ開始スルコト能ハス結局其家ハ絶家トナルノ外ナシ是レ豈民法ノ精神ナランヤ(九六四條七六四條)之ニ反シテ若シ此ノ養子縁組ヲ無効トスルトキハ單ニ當事者間ニ親子關係ヲ生セザラシムルニ止マリテ絶家ト來スコトナシ

(五) 或ハ曰ハン然ラハ第八百五十一條ニ縁組ハ左ノ場合ニ限り無効トストアリテ戸主カ隱居ヲ爲サシテ養子縁組ヲ爲シタル場合ヲ掲ケサルモノハ何ソヤト然レトモ此ノ規定ハ養子縁組ノ無効ニ關スル一般ノ場合ヲ舉示スルモノニシテ事物ノ性質若クハ法律ノ他ノ規定ヨリ生スル無効ノ場合ヲ排除スルモノニ非ス

(六) 或ハ又曰ハン然ラハ戸主カ他家ニ入ルヘキ養子縁組ヲ爲スノ必要アル場合ニ於テハ到底之ヲ爲スコトヲ得サルカト何ソ其レ然ラン戸主トシテハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入ルコト能ハスト雖モ法定ノ條件ヲ具備シテ隱居若クハ廢家ヲ爲シタル後之ヲ爲スコトヲ得ヘシ(岡村博士京郡法學會雜誌七卷六號一〇三頁以下要領)

- 十ノ十迄婚姻ヲ伴フヲ常トス博士ノ議論ハ實際ニ反ス
- (三)ニ就テ 縁組ノ當事者カ民法ノ規定ヲ知ラス既ニ養家ノ女ト婚姻ヲ爲シ懷妊
- 又ハ分婉ヲ爲シタルカ如キ場合ハ裁判所ハ養子縁組ノ爲メ其隱居ヲ許可ス
- (四)(五)(六)ハ以上ノ議論カ正當ナリトスレハ更ニ論スヘキ必要ナシ

豫メ履行不能ヲ通告シタル契約相手方ニ對シテモ尙相當ノ期間ヲ置キ履行ノ催告ヲ爲ササレハ解除權ヲ行使シ得サルヘキカ

豫メ履行不能ヲ通告シタル契約相手方ニ對シテモ尙相當ノ期間ヲ置キ履行ノ催告ヲ爲ササレハ解除權ヲ行使シ得サルヘキカ

五四一 當事者ノ一方カ其債務ヲ履行セザルトキハ相手方ハ相當ノ期間ヲ定メテ其履行ヲ催告シ若シ其期間内ニ履行ナキトキハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得  
 (參照)五四三 履行ノ全部又ハ一部カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ不能ト爲リタルトキハ債權者ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得

豫メ履行不能ヲ通告シタル契約相手方ニ對シテモ尙相當ノ期間ヲ置キ履行ノ催告ヲ爲ササレハ解除權ヲ行使シ得サルヘキカ

到底買契約ハ履行ヲ爲スコト能ハサル旨ハ意思表示ヲ爲シ以テ何等ノ手續ヲ要セズ直ニ契約ノ解除ヲ爲スト否トナ相手方ハ自由ニ任シタルモハ被告ハ原告ニ對シ單ニ解除ノ意思表示ノミヲ爲シ手附金ヲ沒收シ得ルハ權能ヲ有スルモ被告力更ニ原告ニ對シ金調ノ爲メ二日ノ猶豫ヲ與ヘ尙金調シ能ハサルハ原告ノ申出ノ如ク解除セント欲シ同日付ヲ以テ催告書送達ノ時ヨリ二日以内ニ履行ヲ爲スヘク若シ其期間内ニ履行セザルトキハ契約ヲ解除スル旨催告シタルハ原告ノ利益ヲ圖リタル最モ寬大ナル處置ニシテ其催告ハ毫モ不當ニアラサルノミナラス原告ハ今更ラ其期間ノ長短ヲ抗爭スルヲ得サルハ勿論本訴買契約ノ目的物ニ設定シアル地上權及抵當權ノ登記ハ之ヲ抹消シテ引渡ス契約ナリシコト原告主張ノ如クナリトスルモ原告ハ之

レニ基キ被告カ其登記抹消ノ手續ヲ爲サスシテ自己ノ權利タル買代金ノ支拂ノミヲ催告スルハ双務契約同時履行ノ原則ニ反スルモノナリトシテ其催告ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得サルモノニシテ斯カル原告ノ主張ハ其理由ナキモノトス(大阪地方裁判所民二判決法律新聞七九二號二三頁)

反對ノ判例學說アリ左ノ如シ

一、民法第五百四十三條ハ契約ノ履行カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ依リ絶體ニ不能ト爲リタル場合ヲ規定シタルモノニシテ其履行カ單ニ困難ト爲リタル場合又ハ債務者ニ於テ其債務ヲ履行セザルコトヲ明言シタル場合ヲ規定シタルモノニ非ス依テ如此場合ニ於テモ第五百四十一號ノ規定ニ從ハサルヘカラス(三十七年大審院判決錄一四五三頁)

一、債務ノ履行カ可能ナルトキハ債務者カ之ヲ履行セザルノ意思ヲ表示スルモ債務者ハ何時ニテモ其意思ヲ變シテ履行ヲ爲シ得ヘキカ故ニ履行期限ノ到來スル迄ハ不履行ノ責ニ任セス(横田博士債權各論一七六頁)

吾人モ亦本論ニ賛同ヲ表スルコト能ハス蓋シ權利ノ拋棄ヲ認ムル以上ハ利益ハ拋棄ヲ認メサルノ理由ナキカ如キモ此場合ハ單ニ債務者ノ利益ノ拋棄ニアラスシテ若シ債務者ノ明言ニヨリテ直チニ解除權ヲ行使シ得ヘキモノトスレハ債務者ノ明言ハ債權者ニ特別解除權ヲ與フル結果トナルヘシ之レ不當ナルヲ以テナ



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

當事者間ニ金錢債務ノ關係存スル場合ニ於テ合意ノ上其債務ヲ辨濟シタルコトニ看做シ更ニ之ヲ債務者カ交付ヲ受ケタルコトトスルカ如キ場合ニ於テモ消費貸借ハ成立スルモノナリヤ

元來消費貸借ナルモノハ必ラスシモ現金ヲ授受スルコトヲ要スルモノニアラス縱令現實ニ金錢ヲ授受セサルモ經濟上現金授受ト同一視スヘキ方法ニヨリテ即チ例ヘハ已ニ當事者間ニ金錢債務ノ關係存スル場合ニ於テ當事者合意ノ上債務者カ一旦其債務ヲ辨濟シタルコトトナシ更ラニ債務者カ其辨濟ヲ受ケタルモノヲ債務者ニ交付シタルコトトスルモ消費貸借ハ之ニ因リテ成立スルモノニシテ民法第五百八十七條ハ此ノ如キ場合ヲモ包含スルモノト謂フ可シ(東京控訴院民一判決法律新聞七八九號二頁)

至當ノ見解全趣旨ノ判例左ノ如シ

一、既ニ成立シタル消費貸借及ヒ其不履行ニ因リテ金錢其他ノ物ヲ給付スル義務ヲ負フ場合ニ於テ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スルモノトス(四十年大審院判決録五一九頁)  
一、民法第五百八十七條ハ必スシモ現實ニ金錢其他ノ物ノ授受アルコトヲ必要トセル趣旨ニ非ス故ニ當事者カ簡易ナル手續ニ依リ其授受ヲ爲スモ借主ニ於テ經濟上現實ノ授受ト同一ノ利益ヲ受クルトキハ消費貸借ヲ成立ス(四十年全上五六〇頁)

受任者ハ特約アルニ非レハ委任者ニ對シテ報酬ヲ請求スルコトヲ得ス(下略)  
(參照)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力之ニ依ル意思ヲ有セルモノト認ムヘキトキハ其慣習ニ從フ

辯護士ニ告訴事件ヲ委任シタル場合ノ如キハ有償委任ニシテ金錢ヲ以テ報酬ヲ爲スヘキモノト認ムルヲ相當トス

辯護士トシテ該告訴事件ヲ委任シタルコトハ當事者間ニ爭ヒナキ事實ナレハ辯護士ニ對スル訴訟等ノ委任ハ有償ナリト認ムヘク又反證ナキ限り金錢ヲ以テ報酬トスルハ當事者ノ意思ナリト認メ得ヘキモノナリ  
告訴事件ニ付キ控訴人カ東京ヨリ長野地方裁判所ニ數回出張シタル事ハ被控訴人モ之ヲ認ムレトモ其回数ニ付控訴人ニ於テ之レカ立證ヲ爲ササルヲ以テ複數ノ程度ニ回ナリト認メ今村力三郎ノ證言ニ依リ松尾綱太郎告訴再抗告訴事件水野助次郎松尾綱太郎外數名告訴事件同抗告訴事件同再抗告訴事件ハ每件五十圓長野地方裁判所ヘ二回ノ出張旅費ニ付キ一回金百五十圓ヲ以テ相當ノ額ナリト認ム可キモノトス(東京控訴院民一部法律新聞七八九號二〇頁)

本件ハ慣習上正當ナリ參考トナルヘキ學說左ノ如シ

九十二條ニ之ニ依ル意思ヲ認ムヘキトキトハ敢テ事實タル慣習ニ依ル旨ノ意思表示ヲ要スルニアラス事情ヲ參酌シテ之ニ依ルノ意思アリト認ムルコトカ正當ナルコトヲ要スルノミ如何ナル場合ニ正當ナル事情アリトスヘキカハ各個ノ場合ニ付キ裁判官ノ認定ニ俟タサルヘカラス(鳩山氏法律行為乃至時效八八頁中島博士民法釋義卷ノ一、四七一頁)

(參照)九八八 隱居者及ヒ入夫婚姻ヲ爲ス女戶主ハ確定日附ケアル證書ニ依リテ其財產ヲ留保スルコトヲ得但シ家督相續人ノ遺留分ニ關スル規定ニ違反スルコトヲ得ス

民法施行前ニ於テハ隱居ハ財產ノ全部ヲ留保スルモ不法ニアラザリシヤ

民法施行前ニアリテハ隱居ニ因ル家督相續ノ場合ニ於テ隱居者カ假令相續財產全部ノ留保ヲ爲シタルトスルモ當然之レヲ無効トスヘキ法令慣習ノ認ムヘキモノナケレハ本件被控訴人惠藤治ノ財產留保ハ有效ナリト言ハサル可カラス(東京控訴院民三判決法律日々第一七一號一二九頁要領)

判例及學說ハ本件說明ニ反對ヲ表ス吾人モ贊同ヲ表スルコト能ハス

民法施行以前ニ在テモ隱居ニ因ル家督相續ノ場合ニ於テハ家督相續人ハ隱居者ノ有セシ一切ノ財產ヲ承繼スルヲ以テ通則トシ唯隱居者カ隱居料トシテ其財產ノ一部ヲ留保スルコトハ之ヲ認許シタルモ其全部ヲ舉ケテ留保スルカ如キハ慣例ノ許容セサル所ナリ(四十年大審院判決錄九〇五頁、牧野氏日本親族法論一七〇、一七一頁)

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

虛偽ノ財產目錄貸借對照表ヲ公告シタルニヨリ他人ニ損害ヲ及ホシタル會社ノ取締役ハ不法行爲ノ責任アリヤ

同銀行ハ實際無資力ノ狀況ニ在リシニ拘ハラズ取締役タリシ被上告人二名ハ銀行ノ業務ヲ全然支配人ノ爲スママニ放任シ虛偽ノ營業報告及ヒ貸借對照表ヲ新聞紙上ニ公告シタルヲ以テ上告人等ハ其報告ヲ信シテ預金ヲ爲スニ至リ爲メニ本件ノ損害ヲ

至當ノ見解贊同ヲ表ス參考トナルヘキ判例學說左ノ如シ

一、他人ノ不法行爲ヲ原因トシテ損害ノ賠償ヲ請求スルニハ其不法行爲ト損害トノ間ニ因果ノ關係アルコトヲ要ス故ニ被害者ノ蒙リタル損害カ事物ノ通常ノ經過ニ於テ其不法行爲ヨリ生スヘキモノニ非サルトキハ該行爲ハ唯其損害ノ發生ニ機會ヲ與ヘタルニ過キサルヲ以テ被害者ハ賠償請求スル權利ナシ(四十二年大審院判決錄二四四頁)

一、不法行爲成立ノ當時ニ於テ人力ニ因リ豫メ認識シ得ル損害ニアラサレハ(過失ノ範圍ニアラサレハ)責任ノ範圍ト爲スコトヲ得ス(菱谷氏不法行爲論一七六頁)

一、加害者ノ賠償責任ノ範圍ハ債務不履行ノ場合ト同シク通常生スヘキ損害ト特別ノ事情ヨリ生シタル損害ニシテ其豫見シ又ハ豫見シ得ヘカリシモノヲ以テ其範圍トスルヲ正當トス(横田博士債權各編九〇〇頁)

八二七 私生子ハ其父又ハ母ニ於テ之ヲ認知スルコトヲ得  
 父力認知シタル私生子ハ之ヲ庶子トス  
 八三二 認知ハ出生ノ時ニ適リテ其效力ヲ生ス但第三者力既ニ取得シタル權利ヲ害スルコトヲ得ス

戸主タル私生子ヲ認知スルモ認知ニヨリテ戸主權ヲ失ヒ父ノ家ニ入ルヘキモノ  
 ニアラス

認知ハ法律上親子關係ヲ確定セシムル效力アルニ止マリ戸主權ヲ喪失セシムルモノ  
 ニアラサルヲ以テ他家ニアル男子カ戸主タル私生子ヲ認知シタル場合ニ於テ該私生  
 子カ父ノ家ニ入ルヘキモノトセハ一家二人ノ戸主ヲ認容セサル可カラス然ルニ家ト  
 ハ戸主ノ統轄セル家族團體ヲ謂フモノニシテ一家ニ二人ノ戸主アルコトハ家族制度  
 ニ於ケル家ノ觀念ニ反スルニ至ルヘケレハナリ然ラハ控訴人ガ縱令戸籍上久野家ニ  
 入籍登錄セラレタルニモセヨ法律上何等其效力ナキモノト謂ハサル可カラス(長崎控  
 訴院民一判決法律新聞七九三號二二頁當然ノ解釋異論アルヘキ管ナシ)

七〇九 故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタルモノハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責任ニ任ス  
 七一〇 他人ノ身體自由又ハ名譽ヲ害シタル場合ト財産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

他人ノ名譽又ハ信用ヲ害スヘキ事項ヲ新聞紙上ニ寄稿シ又ハ材料ヲ記者ニ供給  
 シテ新聞紙ニ掲載セシメタル不法行為ノ責任

横須賀市ニ於テ發行セラレタル横須賀タイムズ新聞ニ、才取檢生ト稱スル醫師ニ  
 對シ「數醫ノ痼癩大工ヲ走ラス」ナル題號ノ下某婦女ト私通ヲ爲シ、高利貸、

村長某ノ妻ト密通シ、愚婦愚夫ヲ誘キ奇セント欲シ家宅ノ新築ニ着手シタルモ大  
 工等ニ對シ賃錢ノ支拂惡シク、又「瘋癲醫者」ト題號ノ下ニ藥局生カ無斷  
 ニテ少量ノ散藥ヲ服用シタルコトアリシヨリ同藥局生ニ對シ暴行ヲ加ヘ又ハ抱車夫  
 カ病家ヨリ得タル金錢ヲ不正ニ領得シタル等強慾非道ノ没德漢ナリ或ハ郵船會社ニ  
 雇醫トシテ勤務中淫猥ノ行為アリタリ或ハ醫學上ノ智識ハ皆無ノ者ナル旨ヲ叙述ア  
 アリテ何人ト雖モ右記事ヲ一讀スルトキハ才取檢生ナルモノノ私行ヲ摘發シテ其人  
 ノ品位身分職業等ニ對シ誹毀ヲ爲シ以テ名譽ヲ毀損シタルコトヲ認ムルヲ得ヘシ而  
 シテ其才取檢生ハ被控訴人ヲ指稱シタルモノナルコトハ其發音ノ被控訴人ノ氏名ト  
 相通スルノミナラス、齋藤研精ノコトヲ指スモノナリト云ヒ居リシ旨ノ證言ニ  
 照シテ疑ナ容レス被控訴人カ浦郷村ニ於テ醫業ヲ爲シ齋藤病院ヲ經營シ居ル事實ハ  
 被控訴代理人自陳ニ徴シテ明ニシテ被控訴人ノ其地位信用職業等ヲ考察參酌スルト  
 キハ正ニ前示記事ハ被控訴人ノ名譽ヲ毀損シタルモノナルコト論ヲ俟タサルナリ、  
 此等ノ措信シ得ヘキ證言彼是綜合スルトキハ前記ノ材料ハ控訴人ヨリ提出セラレ  
 タルモノ、然レハ控訴人ハ前示ノ記事ヲ右新聞ニ掲載セシメ被控訴人ノ名譽ヲ毀  
 損シタルモノニシテ之ニ關シ被控訴人カ名譽ヲ毀損セラレタルニ因リ感受シタル精  
 神上ノ苦痛ヲ慰ムル爲メ爲シタル慰藉料及ヒ名譽回復ニ適當ナル處分ノ請求ハ洵ト  
 ニ正當ニシテ控訴人ハ之ニ應スヘキ義務アルモノトス(東京控訴院民三部判決法律新  
 聞七九三號一九頁)至當ノ見解贊同ヲ表ス

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

費用ヲ元本ニ組入レ更ニ保證人ヲ加ヘ證書ノ書替ヲ爲シタルカ如キハ債務ノ更改ニアラス

凡ソ舊債權カ新債權ノ成立ニヨリ消滅スルハ更改ノ外之レアラサルヲ以テ原審ニ於テハ本訴債權ハ更改ニヨリ生シタルモノト認メラレタルモノナルコト自ラ明カナリ然レトモ更改ハ債務ノ要素ヲ變更スルヲ要件トス而シテ費用ヲ元本ニ組入レ之ヲ更ニ返済期限ヲ約シテ證書ヲ書換フルハ債務ノ要素ヲ變更シタルモノト云フコトヲ得ス又債務者ノ債務ヲ負擔セル甲保證人アル場合ニ於テ乙保證人カ更ニ其債務ノ保證ヲ約スルハ債務ノ體様ヲ變シタルモノト認メ得ヘケンモ債務ノ體様ヲ變スルコトハ是レ又要素ノ變更ニアラスシテ更改ニアラス(東京控訴院民一部判決法律新聞七八九號二一頁)

全趣旨判決(四〇年大審院判決録八一七頁參照)全說(橫田博士債權各論)當然ノ解釋異論ヲ聞カス

共有不動產ノ登記

二五六 各共有者ハ何時ニテモ共有物ノ分割ヲ請求スルコトヲ得但シ五年ヲ超エサル期間内分割ヲ爲ササル契約ヲ爲スコトヲ妨ケス

(參照)不動產登記法四九 登記官吏ハ左ノ場合ニ限リ理由ヲ附シタル決定ヲ以テ申請ヲ却下スルコトヲ要ス但申請ノ欠缺カ補正スルコトヲ得ヘキモノナル場合ニ於テ申請人カ即日ニ之ヲ補正シタルトキハ此限ニ在ラス

二 事件カ登記スヘキモノニ非サルトキ

五ヶ年以上ニ亘リ共有物不分割ノ契約ヲ爲シタル登記ノ申請ハ之ヲ却下スルコ

トヲ要ス

法曹會ハ右ノ如ク決議ヲナシ其理由トシテ第一項但書ノ期間ヲ超ユル共有物ノ不分割ノ契約ハ法律上有效ニ非ラサルヲ以テ斯カル契約ニ關スル登記ノ申請ハ不動產登記法第四十九條第二號ニ所謂「事件」登記スヘキモノニ非ラサルトキニ該當ス(法曹記事第二五卷五號六七頁要領)トナセリ至當ノ見解ト信ス

選定相續人ノ法定順位ニ反シ

九八三 家督相續人ヲ選定スヘキ者ハ正當ノ事由アル場合ニ限リ裁判所ノ許可ヲ得テ前條ニ掲ケタル順序ヲ變更シ又ハ選定ヲ爲ササルコトヲ得

法定順位ニ反シ選定相續人ヲ選定シタリトスルモ不服ノ訴ヲ起シ取消シノ裁判ヲ受ケサル限り當然無効ナリト云フコト能ハサルカ

家督相續開始ノ場合ニ於テ指定ノ家督相續人ナク且其家ニ被相續人ノ父母アラサルヨリ親族會カ家督相續人ヲ選定シタルトキハ其選定ノ決議ハ假令相續順位ノ變更ニ關スル民法第九百八十三條ノ規定ニ違背セル瑕瑾アルニモセヨ不服ノ訴ヲ提起シ取消シノ裁判ヲ受ケサル限りハ之ヲ無効ト爲スヘキニ非ス是レ同法第九百五十一條ノ規定アル所以ニシテ本院ノ判例(明治三十六年(オ)第一三七號同年四月七日言渡)トスル所ナリ今本件ノ事實ヲ考フルニ上告人ノ夫伊藤岩男ノ死後四日市區裁判所ノ招集ニ係ル親族會カ明治四十二年六月七日上告人ヲ岩男ノ家督相續人ニ選定シタルコトハ當事者間ニ爭ヒナクシテ原院ニ於テ確定シタル事實ナリ然レハ其選定ハ民法第九百八十三條ノ規定ニ從ヒ裁判所ノ許可ヲ得テ爲シタルモノニ非ラサルノ故ヲ以テ之ヲ無効ト謂フヲ得ス然ルニ原院カ被上告人ノ主張ニ係ル親族會員中ニ欠格者有リヤ否

民法

ヤチ審究セス唯タ上告人ヲ選定シタル親族會ノ決議カ民法第九百八十二條ニ定ムル  
順位ニ違フルニ依リ之ヲ無効ト判定シタルハ不法ニシテ原判決ハ破毀ヲ免カレス(大  
審院四五年(オ)六一號同年五月二日民一判決)

全趣旨判例

三十七年大審院判決錄九五頁、同上一四七二頁、四十一年全上五〇六頁、

反對說

親族會ノ決議ニ對スル不服ノ訴ハ有效ナル決議ニ對シ其實質ノ不當ナル場合ノミニ  
限ルヘキモノナリ裁判所ノ許可ヲ得スシテ九八二條ノ順序ヲ變更スルカ如キハ當然  
無効ニジテ特ニ不服ノ訴ヲ起スコトナク何人モ之ヲ主張スルコトヲ得ヘシ大審院ノ  
見解ノ如ク九五一條以外ニ親族會ノ決議ニ對シテ不服ヲ主張シ得ヘキ規定ナキヲ根  
據トシテ實質上無効ナル場合モ全條ニ依ルヘシトセハ債權者カ債務者ノ行為ヲ攻撃  
シ得ルハ四二四條ノミナルカ故ニ無効ノ法律行為ト雖モ債權者ハ全條ニ依ラサルヘ  
カラサルニ至ラン無効ノ行為ハ唯利害關係人ノ之ヲ爭フトキ豫メ之ヲ確定スル爲メ  
所謂確認ノ訴ヲ提起スルノ必要アルニ過キス(故梅博士法學大家論文集下卷一〇〇五  
頁以下)親族會ノ違法決議(三)タヒ親族會ノ決議ニ對スル不服ノ訴ヲ論ス(牧野氏日本親  
族法論四七六頁)尙ホ民法九九頁親族會ノ豫選ニ反スル相續人ノ選定參照

理論上反對說ヲ正當ト信スルモ大審院ハ飽迄其說ヲ固執シ容易ニ之ヲ變スヘキ  
模様ナシ遺憾ナリ

七六二 新ニ家ヲ立テタルモノハ其家ヲ廢シテ他家ニ入ルコトヲ得  
家督相續ニ因リテ主ト爲リタルモノハ其家ヲ廢スルコトヲ得ス但シ本家ノ相續又ハ再興其他正當ノ理由ニヨリ裁  
判所ノ許可ヲ得タルトキハ此限リニ在ラス

分家ノ財産ヲ横領セントスル者アリテ危險ナルヲ以テ廢家ノ上本家ノ家族トナ  
リ保護ヲ受ケタシト云フカ如キハ廢家事由トシテ不充分ナリ

民法第七百六十二條第二項ニ所謂廢家ニ付正當ノ理由アリト云フハ本家ノ相續又ハ  
再興其他貧困ニシテ獨立シテ生計ヲ立ツル能ハサルカ如ク他家ニ入ルノ必要カ其  
生家ヲ繼續スヘキ必要ニ比シ一層大ナル場合ヲ指スモノト然ルニ今被抗告人カ廢  
家ノ申請理由トスル所ヲ見ルニ單ニ抗告人并ニ親族會員中被抗告人ノ財産ヲ横領セ  
ントシ親族間ノ紛爭ヲ生シ其財産ニ危險ヲ及ホス虞アルヲ以テ此等ノ者ノ關係ヲ避  
ケ實父中田源治ノ家族トナリ其保護教育ヲ受ケタシト云フニアリテ毫モ其ノ家ヲ廢  
シテ迄モ他家ニ入ラサルヘカラサル必要ノ存在ヲ認ムルコトヲ得ス況ンヤ抗告人方  
ニハ動産不動産少ナカラサル財産ヲ有シ其一家ヲ繼續スルニ十分ナル基礎ヲ有スル  
ニ於テオヤ(奈良地方裁判所判決法律新聞七九二號二四頁)至當ノ見解異論ナシ

九五二 親族會ノ決議ニ對シテハ一月内ニ會員又ハ第九百四十四條ニ掲ケタル者ヨリ其不服ヲ裁判所ニ訴フルコ  
トヲ得

- 一 會議ヲ開カスシテ決議書ヲ作成スルモ決議アリタリト云フコト能ハス
- 二 當然無効タルヘキ決議ハ不服ノ訴ヲ爲スヘキモノニアラス
- 三 無効タルヘキ瑕疵アル決議ノミナラス内容ノ不當ナル場合ト雖モ不服ノ訴ヲ

爲シ得ヘキヤ

四 不服ノ訴ハ親族會員全員ヲ必要的共同訴訟トシテ提起スヘキモノナリヤ  
 五 無能力者ノ爲メニ設ケラレタル親族會ニ付キ不服ノ訴當時ノ會員ニヨラサル決議則チ既ニ退職シタルモノノ決議ト雖モ現在ノ會員ヲ被告ト爲ス可キモノナリヤ

凡親族會ノ決議ハ親族會員カ召集ニ應シ一定ノ場所ニ集合開會シ議事ヲ討論評決スルニ因リテ成ルモノニシテ親族會ヲ開クコトナク單ニ決議書ヲ作成シタルノミニアリテハ其決議ノ成レルモノト爲スコトナク得ヘキモノニ非ス當然無効ナル決議ニアラスシテ無効タルヘキ瑕疵アル決議ニ付其無効ノ宣言ヲ求ムルニ在ルト將内容ノ不當ナル決議ニ付其取消ヲ求ムルニ在ルトハ同シク是レ親族會ノ爲シタル決議ヲ攻撃スルニ在ルトナリ以テ其親族會ヲ組成スヘキ親族會員ノ全體ヲ必要的共同訴訟人トシテ是レニ對シテ起訴スヘキモノト論斷セサルヘカラサルヘシ而シテ無能力者ノ爲メニ設ケタル親族會ハ民法第九百四十九條ニ規定セル如ク其無能力ノ止ムニ至ル迄繼續スルモノナルヲ以テ中途會員ニ交迭アルコトアルモ是レ唯其親族會ノ組成員ノ變動ニ止マリ其時々別個ノ親族會ノ成立スルニ非ラスシテ終始一個ノ親族會ノ存立スルモノト解ス可キモノナルニ付キ其決議ハ交迭前ノ會員ニヨリ組成シタル親族會ノ爲シタルモノナルト現在ノ會員ニ依リ組成シタル親族會ノ爲シタルモノナルトハ執レモ凡テ其訴求當時同會ヲ組成スヘキ現在ノ全會員ニ對シテ提起セサルヘカラサルモノト認ム(廣島控訴院民事部判決法律新聞七九〇號二四)

不法行為ニ付使用爲者ノ責任

- 一ニ就テ 當然ナリ會議ニ出席シテ意見ヲ述フヘキ者ニ通知ヲ要スル點ヨリ見ルモ明白トス(民法九)
- 二ニ就テ 全趣旨判例(四十二年大審院判決錄四〇)全說(牧野氏親族法)反對判例(三十七年全上一四七二頁三)
- 三ニ就テ 判例ハ内容不當ヲ理由トスル訴ヲ許サストシ學說ハ之ヲ許スヘキモノトス(民法〇頁參照)尙ホ講究ノ餘地アリ
- 四ニ就テ 全趣旨判例(三十七年全上二五二頁參照)全說(飯島氏法學協會雜誌二號五頁以下參照)
- 五ニ就テ 全說(飯島氏親族法論四七八頁)

七二五

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

土木人夫ノ不法行為ニ付キ受負業者ノ責任ヲ負フ場合

土木受負業者カ工事ヲ完成スルニ當リ之レヲ他人ニ下請負セシメシテ唯他ヨリ人夫ノ供給ヲ受ケ之レヲ使役スル事例アルヲ認メ得ヘシカ、ル場合ニ於テ若シ多數人

夫ヲ使役スルトキハ請負業者ニ代リテ人夫ヲ指揮監督スヘキ者ヲ要スル事普通ナル  
ヘシ此時ニ營リ人夫カ其工事ニ從事中第三者ニ損害ヲ加ヘタルトキハ該監督者ハ勿  
論人夫ノ使用人タル諸負業者モ亦其責任スヘキモノトス(東京控訴院民三部判決法  
律新聞七九二號二二頁)當然ノ解釋異論アルヘキ筈ナシ

質貸借契  
釋約書ノ解

「家屋御入用ノ時ハ何時ニテモ明渡シ可申候」ト云フ如キ契約文ノ記載ハ借家證常  
套ノ文言ニ過キスシテ當事者ヲ拘束スヘキモノニアラサルコト東京市ニ於ケル  
慣習ナリトス

家屋御入用ノ節ハ何時ニテモ明渡可申候事トアルモ是レ東京市内ニ多ク行ハレアル  
借家證常套ノ文言ニ過キスシテ當事者ハ直ニ之ニヨルノ意思ヲ有セサルモノト解ス  
ルヲ相當トス(東京地方裁判所民一判決法律新聞七九二號二〇頁)

土地所權  
ト溫泉ト  
ノ關係

溫泉及溫泉營業者ノ私法及公法上ニ於ケル權利關係ヲ論ス

溫泉地トシテ最モ有名ナル熱海ニ於テ數年前ヨリ行政官廳ノ許可ヲ受ケスシテ擅  
ニ自己所有土地ニ溫泉ヲ開鑿スル者續出シ遂ニ同地溫泉宿ノ一大溫泉源地ニシテ而

二〇六 所有者ハ法令ノ制限内ニ於テ自由ニ其所有物ノ使用收益及ヒ處分ヲ爲ス權利ヲ有ス  
二〇七 土地ノ所有權ハ法令ノ制限内ニ於テ其土地ノ上下ニ及フ  
(參照憲法二七 日本臣民ハ其所有權ヲ侵サルコトナシ公益ノ爲メ必要ナル處分ハ法律ノ定ムル所ニ依ル)

カモ帝室御料溫泉ノ本源タル大湯ノ噴出量ヲ著シク減少スルニ至リタルヨリ各營業  
者及引用者間ニ一大恐慌ヲ惹起シ結局熱海町溫泉一帶ノ枯渴盛衰ニ影響ヲ及スヘキ  
大問題ナリトシテ町民一同不安ノ念ニ驅ラレ紛騷ヲ極メタルヲ以テ靜岡縣知事ハ縣  
令ヲ制定シ溫泉開鑿工事ノ取締法ヲ設ケ不認可開鑿ノ溫泉ニ付テハ特ニ説諭ヲ加エ  
概シテ之ヲ埋没セシメタリ然ルニ該縣令ニ依リテ溫泉ノ試掘其他液澤ヲ名トシテ開  
鑿ヲ目的トスル工事ノ出願ヲ許可セラレサリシ者ニ於テ該縣令ノ不法ヲ鳴ラシ先キ  
ノ亂掘營業者ノ多數又々之レニ雷同附加シテ現ニ憲法上所有權ノ不可侵ヲ保障セラ  
レアル土地所有者カ單純ナル命令ノ規定ニ依リテ害セラルヘキ理由ナシトテ行政訴  
訟ヲ提起シ行政裁判所ニ於テハ審査ノ結果現ニ公安ヲ保護スル爲メニ縣令ヲ以テ溫  
泉ノ開鑿工事ヲ制限スルノ方法ヲ設ケ且ツ之レニ依リ亂掘ノ取締ヲ爲メニ縣令ヲ以テ溫  
泉法第二十七條ニ所謂所有權ノ侵害トハ認メスト云フニ歸着シ原告敗訴ノ裁判宣告  
ヲ與ヘタルモ元來溫泉ニ關シテハ何等直接ナル法定ノ根據ナキヲ以テ之ヲ開掘引用  
シテ溫泉宿ヲ營業スルモノノ權利關係ノ如キモ殆ント漠然タル觀アルニ由リ以上行  
政裁判所ノ宣告ニ對シテ或ハ其判旨ノ如何ニ多少ノ疑義ヲ狹ム者之ナキヲ保セス  
抑モ溫泉ニ關シテハ從來我カ國法上毫モ規定スル處ナキニ依リ其權利關係明瞭ナラ  
ス佛國ニ於テハ鑛泉トシテ石油其他ノ湧出物ト同一ニ鑛業法中ニ規定シ之レヲ固有  
ト見ルモノナルモ我カ鑛業法ニ於テハ何等鑛泉ニ關スル規定ヲ存セス惟フニ溫泉ト  
ハ普通意義ニ依レハ地中ヨリ湧出ツル湯ノ謂ニシテ直接又ハ間接ニ之レヲ引用シテ  
浴場ヲ設ケ客ヲ接待宿泊ヲ營業トセルモノヲ溫泉營業者トス然シテ普通ノ法理ヨリ  
積ルトキハ地中ヨリ出ツル湯ハ同シク地中ヨリ出ツル水ト自然物タル性質ニ於テ相  
異ナル所ナキニ依リ所謂溫泉ハ恰カモ井水溜池ノ類ト一般ニ民法ノ規定ニ從ヒ一人  
又ハ數人(公共團體)ノ所有物トナルコトヲ得ルト同時ニ直接所有者ノ外間接ニ之レヲ

引用スルモノ多數アル場合ニ於テ例ヘハ或ル池水カ上水トシテ一部住民ノ飲料ニ用ヒラル、トキ用惡水トシテ部落農民ノ田畑ニ灌漑セラ、ルトキノ如キ其源泉タル池水カ個有ナルト公共團體ノ所有ニ屬スルトナリトハ一般ニ其利害關係者ノ共全便益(即チ公共ノ利益)ヲ保護スル目的ノ爲メニ其池水ノ維持保存(修築改造)使用ノ方法等ニ付キ土地所有者及引用者ニ對シテ公法上ヨリ必要ナル制限ヲ加ヘ得ヘキハ論ヲ俟タサルナリ又民法第九十條乃至第九十二條ノ各法文ニ徴スルモ公ノ秩序ニ關スル規定ニ異ナリタル法律行為ハ凡テ之ヲ無効ト爲セルノミナラス所有權ノ限界ヲ定メタル條項ニ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、分第二百六條「土地ノ所有權ハ法令ノ制限内ニ於テ其土地ノ上下ニ及フ」(法令第二〇七條)ト各明文ヲ掲ケアルニ依ルモ所有權ハ全ク絶對的無限的ノモノニ非ラズシテ「公益ニ關スル法令(公法)ノ範圍内ニ於テ自由ニ物ヲ處分シ得ルニ過キスト解セサルヘカラス然シテ此ノ民法ニ所謂「法令ノ制限」トハ廣ク法律及ヒ命令ノ規定ニヨレル制限ヲ指稱セルモノニシテ即チ所有權ノ限界ヲ定ムルハ獨リ法律ノミニ止マラス命令ノ規定ヲ以テモ之レヲ爲スコトアルノ主旨自ラ明瞭ナルヘシ或ハ所有權ノ制限ヲ定ムルニ於テハ憲法第二十七條ノ保障アルヲ以テ必ラス法律ニ據ラサルヘカラス然シテ命令ヲ以テ之レヲ規定スル場合ハ特ニ法律ノ委任ニ基ケル命令ヲ以テ所有權ノ限界ヲ定ムル場是レ大ナル誤解ニシテ特ニ法律ノ委任ニ基ケル命令ヲ以テ所有權ノ限界ヲ定ムル場果ニアラス立法ノ趣旨果シテ此ノ如キモノナリトセハ民法ニ於テ單ニ「法令ノ制限内ニ於テ」云々ト規定シテ相當ナルニ然ラスシテ廣ク「法令ノ制限内ニ於テ」云々ト規定スルニ至リタルハ特ニ顯著ナル理由アリテ存スルモノトス(松本行政裁判所評定官日本辯護士協會錄事一六四號五三頁以下要領)

全趣旨ノ説

梅博士民法要義第二卷九二頁、加古氏法典質疑錄第二編一一頁、三瀨氏所有權乃至地役權二四頁以下、穂積博士憲法提要八二頁、清水博士憲法編一三二頁、法典質疑錄第七編三五頁、上杉博士帝國憲法二五六頁、同博士法學新報一五卷三號九頁、

反對説

民法二〇六條ヲ以テ委任命令ト解スルハ非ナリ法律ノ委任ハ法律ヲ以テ規定スヘキ特定事項ノ細目ヲ命令ニ委任スルモノナリ漫然法律ヲ以テ所有權ハ命令ヲ以テ之ヲ制限スト云フカ如キ規定ハ憲法違反ナリ又憲法二七條ヲ以テ公用徵收ノ場合ノミニ限定スルハ不可ナリ若シ民法二〇六條ヲ解シテ命令ヲ以テ自由ニ所有權ヲ制限シ得ヘク其範圍内ニ於テノミ所有權アリト爲サハ公用徵收ノ如キモ必スシモ法律ニ因ルコトヲ要セス憲法二七條ハ全ク無意味ニ歸スヘシ何トナレハ公益ノ場合ニハ收用セララルコトアルヘシト云フモ亦所有權ノ範圍ニ外ナラス其得喪ノ原因ヲ定ムルコトモ所有權ノ侵害ニ非レハナリ民法二〇六條ノ法意ハ其所有權ノ行使トシテ一面他人ノ權利ヲ侵害スル場合ニ限リ命令ヲ以テ之ヲ制限スルコトヲ得ト解セサルヘカラス(市村氏憲法要論二九六頁以下、内外論叢四卷一號一三頁以下「違法ノ屋上制限令」法學新報十五卷四號七〇頁以下所有權ト所有權ヲ侵サレサル自由權トノ區別參照)

吾人ハ多數ノ學者ト共ニ本論ノ説明ヲ正當ト信ス

契約解除ノ通知ノ形式

五四一 當事者ノ一方カ其債務ヲ履行セサルトキハ相手方ハ相當ノ期間ヲ定メテ其履行ヲ催告シ若シ其期間内ニ履行ナキ時ハ契約ヲ解除スルコトヲ得







ルチ得ス  
 法律上ノ擔保即チ法律ノ規定ニ基ク擔保ハ債務引受ニヨリテ消滅スルコトナシ蓋シ  
 法律上ノ擔保ハ法律ノ規定ニ基キ當然發生シ擔保者ノ意思ニ關スル所ナキ故ニ債  
 務者ノ變更アルモ擔保力消滅スヘキ理由ナキカ故ナリ吾國法ニ於テ法律上ノ擔保ト  
 シテ認メラルモノハ留置權及先取特權ナリ  
 引受人ハ債權者ト債務者トノ法律關係ニ基ク抗辨ヲ採用スルコトヲ得ルヤ權利不發  
 生ノ抗辨 (Rechtsverneinende Einwendung) 例ヘハ契約ノ内容ノ不法錯誤等ノ爲メ債務力發生  
 セサルコトヲ以テ抗辨トナスカ如シハ引受人力採用スルコトヲ得ルハ言ヲ俟タス之  
 ニ反シ引受人ハ實體法上ノ抗辨 (Einrede) 即チ給付拒絶ノ抗辨ヲ採用スルコトヲ得ルヤ  
 否ヤハ多少議論ノ餘地アリ給付拒絶ノ抗辨ハ契約不履行ノ抗辨第五百三十三條ナリ  
 債權ノ讓渡シノ場合ニ債務者ハ讓受人ニ對シ讓受人ノ反對債務ノ不履行ヲ以テ抗辨  
 ト爲スコトヲ得ルカ如ク引受人モ又讓受人ト同シク債權者力原債務者ニ履行ヲナサ  
 サルコトヲ以テ抗辨トシ其引受ケタル債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得ルモノトナササル  
 ナリ蓋シ既ニ論セルカ如ク双務契約ヨリ生スル債務ハ假令他人ニ移轉スルモ依然  
 トシテ双務契約ヨリ生セル債務タル性質ヲ失ハサレハナリト説カレ  
 (三) 法律上ノ移轉 債務ハ法律ノ規定ニヨリ當事者ノ意思ニ關セテ移轉スル場合  
 アリ其主要ナル場合ハ相續トシ登記セル賃借權ノ負擔アル不動産ノ取得者ハ貸貸人  
 ノ義務ヲ承繼シ第六百五條合併後存續セル會社又ハ合併ニヨリテ設立シタル會社ハ  
 合併ニヨリテ消滅シタル會社ノ義務ヲ承繼シ(商第八十二條)承役地ノ所有者ノ特定承  
 繼人カ承役地ニ於ケル工作物ノ設置修繕ノ費用ヲ負擔シ(第百八十六條)共有者ノ特定承  
 定承繼人ハ共有者力共有物ニ付キ他ノ共有者ニ對シテ負擔スル債務ヲ負擔(第百五  
 十四條)スルカ如シ

法律ノ規定ニ基キ債務カ移轉スル場合ト見ルニ單純ニ債務ノミ移轉スル場合ナシ必  
 ス財產又ハ權利ニ伴フテ移轉スト言ヒ又此ノ如ク法律力財產ノ移轉ニ伴フテ債務ヲ  
 移轉セシムル場合ヲ認ムルヨリ推論スレハ一般ニ財產ノ移轉アル場合ニハ必然的  
 ニ債務モ亦之ニ伴フテ移轉スルモノト爲サレカト疑問ヲ起シ近世ノ學說及ヒ  
 立法ハ財產ノ移轉ニ伴フテ債務力必然的ニ移轉スヘキコトヲ認ムルノ傾向ヲ有スル  
 コトヲ舉ケ我國法ニ於テハ一般債務引受ニ關スル規定ヲ缺クト共ニ財產移轉ニ伴フ  
 債務移轉ニ關シテモ亦規定スル所ナキハ大ナル不備ト云ハサルヘカラスト論結サル  
 (法學協會雜誌三〇卷六號四四頁以下)立論明確異論ヲ狭ムヘキ餘地ナシ尙民法三四頁  
 「債務ノ引受」參照

親族會決  
 議不服  
 起算點  
 期間

親族會決議不服ノ訴ノ一ヶ月ノ期間ハ何時ヨリ起算スヘキモノナリヤ

九五一 親族會ノ決議ニ對シテハ一ヶ月内ニ會員又ハ第九百四十四條ニ掲ケタル者ヨリ其不服ヲ裁判所ニ訴フルコト  
 ナリ得  
 民法ノ全體ヲ通覽スルニ期間ニ關スル規定中其起算點ヲ明示セサル場合ニ於テハ之  
 ニ掲ケタル法律行爲其他ノ事由發生シタル時ヨリ起算スヘキチ原則トナシ之レニ異  
 ナリタル時ヨリ起算スヘキ場合ニ於テハ一々之レヲ明記シアルヲ見ル例ヘハ不法行  
 爲ニ依ル損害賠償ノ請求權ノ時効ハ損害及ヒ加害者ヲ知リタル時ヨリ三年トナシ(第  
 七百二十四條)詐害行爲取消權ノ時効ハ取消原因ヲ覺知シタル時ヨリ二年トナシ(第  
 百二十六條)取消シ得ヘキ行爲ノ取消權ノ時効ハ追認ヲ爲スコトヲ得ル時ヨリ五年ト  
 ナス(第百二十六條)カ如シ故ニ特ニ起算點ヲ明示セサルモノ例ヘハ第二百七十八條、第  
 三百六十條、第六百二條ノ期間ノ如キハ法律行爲アリタル時ヨリ起算シ第百五十一條

ノ期間ハ相手方カ出頭セス又ハ和解不調トナリタルトキヨリ起算スヘキハ疑ヲ容レサル處ナリ第九百五十一條ノ期間ニ付テモ又特ニ起算日ヲ明示セサルヲ以テ決議ノ時ヨリ起算スヘキモノト解釋スルヲ相當トス蓋シ民法カ決議ノトキヨリ一ヶ月ノ期間内ニ不服ノ訴ヲ提起スヘキコトヲ要求シタルハ親族會ノ決議ハ人事上財産上ニ直接ノ影響ヲ爲スヲ以テ永ク之レヲ不確定ノ地位ニ置クヲ以テ害アリトナシタルニ因レハナリ(東京控訴院民判決法律一七一號一二三頁)

牧野氏ハ之ニ反對ス吾人モ亦同氏ノ說ヲ正當ト信ス

親族會ハ公開スルモノニ非ス又決議ハ公告スルモノニアラサルカ故ニ會員以外ノ者ハ何時決議アリタルカヲ知ルニ由ナシ故ニ九五一條ノ期間ノ起算點ハ會員ニ付テハ決議ノ日ヨリ其他ノ者ニ付テハ決議ヲ知リタル日ヨリ一ヶ月内ト解セントスト云ヘリ(牧野氏日本親族法論四七五、四七六頁參照)

金錢ノ債務ノ損害ノ賠償ノ額ト違約金ノ額

- 四一九 金錢ヲ目的トスル債務ノ不履行ニ付テハ其損害賠償ノ額ハ法定利率ニ依リテ之ヲ定ム但シ約定利率カ法定利率ニ超ユルトキハ約定利率ニ依ル
- 前項ノ損害賠償ニ付テハ債權者ハ損害ノ證明ヲ爲スコトヲ要セス又債務者ハ不可抗力ヲ以テ抗辯ト爲スコトヲ得ス
- 四二〇 當事者ハ債務ノ不履行ニ付キ損害賠償ノ額ヲ豫定スルコトヲ得此場合ニ於テハ裁判所ハ其額ヲ増減スルコトヲ得ス
- 賠償額ノ豫定ハ履行又ハ解除ノ請求ヲ妨ケス
- 違約金ハ之ヲ賠償額ノ豫定ト推定ス
- (參照)利息制限法一 凡ソ金錢貸借上ノ利息ヲ分テ契約上ノ利息ト法律上ノ利息トス
- 五 返還期限ヲ違フルトキハ債主ヨリ債主ニ對シ若干ノ債金罰金違約金料等ヲ差出スヘキヲ約定スルコトアルモ概シテ損害ノ補償ト看做シ裁判官ニ於テ該債主ノ事實受ケタル損害ノ補償ヲ不當ナリト思量スルトキハ之ニ相當ノ減少ヲ爲スコトヲ得

違約金ヲ定ムルニ付テハ金錢債務ノ場合ト雖モ法定利率ノ制限ニ從フコトヲ要セサルヤ又利息制限法トノ關係如何

民法第四百十九條ハ債務ノ不履行ニ關シ何等當事者間ニ特約ナキ場合ニ於テノミ其適用アルニ過キスシテ當事者カ豫メ違約金ヲ特約セル本件ニ於テハ其適用ナキコト言テ俟タヌ又利息制限法ハ金錢貸借ノ場合ニ限リ適用スヘキモノニシテ金錢貸借以外ノ原因ニ其キ發生シタル債權ニ付テハ之ヲ適用スヘキモノニアラス然ルニ事件甲第一號證ノ債權五百七圓ハ同號證及同第三號證ニ依リ明カナルカ如ク明治三十八年五月十二日被控訴人ト控訴人外數名間ノ鹿兒島地方裁判所約定手形金請求事件ニ關スル裁判上ノ和解契約ニヨリ發生シタルモノニ係リ金錢貸借ニ因リ生シタルモノニアラサレハ同法ハ本債權ニハ其適用ナキカ故ニ該違約金ノ契約ハ毫モ違法ノ廉ナキモノト云ハサル可カラス長崎控訴院民一判決法律新聞七九〇號二四七頁)

學說及判例ト一致ス左ノ如シ

- 一、民法第四百二十條ノ規定ハ其債務ノ種類ニ付キ區別ヲ設ケサルヲ以テ金錢債務ニ付キテモ亦右ノ規定ヲ適用スルコトヲ妨グルコトナク損害額ノ豫定ハ必ラスシモ第四百十九條ノ規定ニ準據スルコトヲ要セス(横山博士債權總論三六七、三六八頁、石坂博士日本民法債權第二卷五一五頁參照)
- 一、利息制限法ハ金錢貸借ノ場合ニ限リ適用ヲ受クヘキモノトス(三十四年大審院判決錄九卷一〇一頁、三十一年全上二卷三〇頁)

七六二 新家ヲ立テタルモノハ其家ヲ廢シテ他家ニ入ルコトヲ得  
 家督相續ニ依リテ戸主トナリタルモノハ其家ヲ廢スルコトヲ得ス但シ本家ノ相續又ハ再興其他正當ノ事由ニヨリ裁  
 判所ノ許可ヲ得タルトキハ此限リニアラス  
 七六三 戸主カ適法ニ廢家シテ他家ニ入リタルトキハ其家族モ亦其家ニ入ル  
 (參照)戸籍法一五二 廢家ヲ爲サント欲スル者ハ左ノ諸件ヲ具シ家督相續ニ因リテ戸主ト爲リタル者ニ非サルコト  
 ノ證明書又ハ廢家ノ許可ニ關スル裁判ノ謄本ヲ添ヘテ之ヲ届出ツルコトヲ要ス  
 一 廢家シタル者カ入ルヘキ家ノ戸主ノ氏名、出生ノ年月日職業及ヒ本籍地  
 二 廢家シタル者ニ隨ヒテ他家ニ入ル者ノ名、出生ノ年月日及ヒ職業

戸主ハ遺言ニヨリ廢家ヲ爲ス能ハス遺言執行者ヨリ爲シタル廢家届出ハ戸籍吏  
 ニ於テ之ヲ受理スヘキモノニアラス

本問ニ付キ法曹會ハ右ノ如ク決議ヲ爲シ其ノ理由トシテ分家戸主ニシテ新タニ家ヲ  
 立テタル者ナル以上家ヲ廢シ得ル自由アルヘキモ必ラス生前行爲ナルコトヲ必要ト  
 シ遺言ニ依テ之ヲ爲スコトヲ得サルモノト解セサル可カラス民法第七百六十三條ニ  
 ハ戸主カ適法ニ廢家シテ他家ニ入リタルトキハ其家族モ其家ニ入ルト規定シ又戸籍  
 法第五十二條ニハ廢家届出ノ要件ヲシテ廢家シタルモノカ入ル可キ家ノ戸主ノ氏  
 名云々廢家シタルモノニ隨ヒテ他家ニ入ルモノノ氏名云々ト規定シ廢家後廢家シタ  
 ルモノカ必ラス他家ニ入ラサル可ラサルコトヲ要求スルカ故ニ廢家ハ廢家ヲ爲サン  
 トスルモノノ生存ヲ條件トシテ其效力ヲ生スヘキモノト認メ得ルヲ以テナリ又遺言  
 執行者ヨリ届出ハ廢家ヲ爲ス可キ者又ハ其代理人ノ爲シタル届出ニ當ラズ(法曹記事  
 二五卷五號六五頁以下要領)ト云ヘリ

至當ノ見解ト信ス牧野氏亦全趣旨ノ説明ヲ爲ス(日本親族法 論九二、九三頁)

買主カ引取ヲ怠リ居ル内ニ賣買物件ノ相場カ下落シタルトキト雖モ賣主ハ其下  
 落ノ額ヲ損害賠償トシテ請求スルコトヲ得ス

他人ニ賣渡シタル物品カ未ダ買主ニ引渡サ、ルトキト雖モ賣主ニ代金請求權ノ確立  
 セル以上ハ其賣買ノ目的物ノ價格カ騰貴スルモ將タ下落スルモ通常賣主ニ損害ナキ  
 モノナルカ故ニ買主カ目的物ヲ引取ラサルモ價格ノ低落其モノニ因リテ賣主ニ損害  
 ナシタルモノト認ムルヲ得ス

買主カ目的物ヲ引取ラサル爲メ賣主ニ於テ倉敷料其他ノ保管料ヲ出損シタリトセハ  
 其部分ニ付テハ賣主ハ買主カ引取ラサル爲メ損害ヲ生タリト謂ヒ得ヘキモ目的物ヲ  
 引取ラサル爲メ賣主ハ賣買價格ト低落シタル價格トノ差額ノ損害ヲ被リタリトハ云  
 フコトヲ得ス(大阪地方裁判所民三部判決法律新聞第七九〇號二〇頁)

例之金百圓ニテ賣渡シタル物件カ引渡シ期日ニ於テハ金百圓ノ價格ヲ保チタル  
 モ買主カ之ヲ引取ラサル爲メ事實引渡ノ時ニハ金五十圓ニ下落シタリトスルモ  
 賣主ハ依然金百圓ノ代金請求權ヲ有スルヲ以テ其下落ニヨリ何等ノ損害ヲ蒙ル  
 ヘキモノニアラス

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

法定代理人カ認知ノ請求ヲ爲スニハ代理人トシテ爲スヘキモノトス

民法第八百三十五條ニハ子其直系ノ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ト規定シアルヲ以テ子其直系卑屬ノ法定代理人ハ自己ノ權利トシテ父又ハ母ニ對シテ認知ヲ求メ得ル權利ヲ有セス單ニ法定代理人タル資格ニ於テ其直系卑屬ヲ代表シテ父又ハ母ニ對シテ認知ヲ求メ得ルニ過キサルモノト解

釋ス(大阪控訴院民二判決法律新聞七九〇號二二頁)

當然ノ解釋ナリ民法四〇頁私生兒認知ノ請求參照

工場主ノ責任

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

七二二ノ二 被害者ニ過失アリタルトキハ裁判所ハ損害賠償ノ額ヲ定ムルニ付キ之ヲ斟酌スルコトヲ得

工場主カ取締規則ニ命セラレタル義務ヲ怠リタル事實アル場合ニ職工ノ過失ニ因リ其職工カ器械ニ觸レ慘死シタルトキハ工場主ニ賠償責任アルモノトス

第四號室及第五號室ハ何レモ用品貯藏ノ場所ナルコトハ檢證……證言ニヨリ明カナレハ工場主タル被告ハ元ヨリ人ノ該シヤフトテ跨越シ又ハ之ニ接近シテ此等各室ニ出入スヘキコトヲ豫知シ居タルモノト認ム可ク而カモ右ノ如キ危害豫防ノ裝置ヲ成サザリシハ明治二十九年大阪府令第二十一號製造場取締規則第五條ニヨリ注意ノ義務ヲ怠リタルモノニシテ過失アリト謂ハサルヘカラス此等取締法規ニ違反シテ危険ナル機械ノ裝置ヲ爲シタルハ亦被告ノ過失ナルヤ言テ俟タス而シテ公平カ(ソ)點ノ聯軸器ノ突出セル(ボ)ールトナツト三(三)艘(レ)身體ヲ捲キ込マレ床板ニ打ち付ケラレテ

慘死シタルモノナルコトハ甲第二號證一及……證言ト檢證ノ際(一)點ニ近キ板床ノ一枚取替ヘラレタル形跡アリ且ツ第三號室西側板壁ノ(二)點及ヒ第一號室東側板壁ノ(三)點ニ暗黄色ノ血痕ト認ムヘキ暗赤色ノ斑點數多アリシヲ認メ得タル事ニ依リ疑ヒナキ所ナレハ同人ノ慘死ハ即右被告ノ過失ニヨルモノハニシテ被告ハ之ニ因リテ原告先代ニ生シタル損害ヲ賠償スヘキ責アルモノトス……證言并ニ檢證ノ結果ニヨレハ公平遭難ノ場所タル階上第三號室ニ入ル可キ階下室ノ入口ノ板戸ニ(ホ)點ニ於テ其當時ヨリ常ニ鎖輪ヲ施シテ其鍵ハ用度掛清家兼之ヲ保管シ用品ノ出納又ハ機械油差ノ外鎖輪ヲ開カス出入ヲ禁止シテ明白ナリ被告ハ之ヲ以テ危害ヲ豫防スルコト充分ニシテ被告ニ過失ナカリシ旨抗辯スレトモ已ニ其鎖輪ヲ開キテ人ノ出入スルコトアルヘキヲ豫見セル以上ハ此鎖輪ヲ設ケタルコトノミヲ以テ危害ヲ豫防ノ適當ナル設備ナリト認メ難シ唯公平ハ當時階下ニ於テ製品ニ商標ヲ押捺スルヲ職務トシ毫モ階上ニ昇ルヘキ必要ナカリシニ拘ラス偶々梅吉文吉カ階上ヨリ昇紙ヲ取出ス爲メ鎖輪ヲ開キタルヲ以テ平素ノ禁止ヲ犯シテ階上ニ昇リ遂ニ此奇遇ニ罹リタルコトハ……證言乙……各證ニヨリ明白ニシテ斯クノ如ク何等ノ必要ナキニ拘ハラズ平素ノ禁止ヲ犯シテ危険ナル機械ニ接近シタルハ公平ノ過失タルヲ免レシ

而シテ被害者ノ此過失ハ原告ノ過失ト共ニ損害發生ノ共同原因ヲ爲シタルモノナレハ原告ノ受クヘキ損害賠償ノ額ヲ定ムルニ付キ之ヲ斟酌スヘキモノナルモ之カ爲メニ被告ニ全ク賠償ノ責ナキモノト爲ス能ハス(大阪地方裁判所民二判決法律新聞七八九號二四頁)

危険性アル事業ノ執行者ハ危険豫防ノ責任アリトスルヲ當然トシ此責任ヲ怠リタル過失ト損害トカ因果ノ關係アルニ於テハ不法行爲トシテ責任ヲ負ハシムル

ヲ可トス唯タ我民法ノ解釋トシテハ單ニ取締規則ニ違反シタル事實ノミニテハ未タ不法行爲トナラスシテ規則違反ハ其生シタル結果ニ對シテ過失ト見ルコトヲ得ヘキ場合ナラサル可カラス本件ハ規則違反ハ結果ニ對シテ過失ト見ルヘキモノト認定シタルモノ、如シ尙ホ商法六九頁鐵道轢殺ト賠償參照

保證ノ解釋

四四六 保證人ハ主タル債務者カ其債務ヲ履行セサル場合ニ於テ其履行ヲ爲ス責ニ任ス  
證書ニ保證人タル明記ナキモ「引受人」又ハ「私辨等」ノ文字使用シアル場合ハ保證人ト認ムヘキヤ

證書ニ記載セラレタル契約文詞ノ意義ヲ解釋スルニ當リテハ必ラスシモ其使用セラレタル文字ニ拘泥スヘキモノニアラスシテ當事者ハ眞意ヲ探究シテ之ヲ決スヘキモノトス故ニ從金保證又ハ「辨償」ノ文字使用セラレアラサルモ保證債務ヲ約シタル趣旨ヲ認メ得ヘキ文字使用セラレアルニ於テハ斯クノ如ク解釋スルニ於テ不法アルコトナシ而シテ本件第一號證ニ「引受人」又ハ「私辨」等ノ文詞ヲ使用シアルハ經驗上ノ原則ニ照スモ保證債務ヲ約シタルト認メ得ラレサルニ非ラス(東京控訴院民一判決法律新聞七八九號二頁)

至當ノ說明ト信ス但シ「經驗上ノ原則ニ照シ」ト云フハ聊カ耳觸リノ感アリ

買戻期

五八〇

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

買戻ニ付キ期間ヲ定メタルトキハ後日之ヲ伸長スルコトヲ得ス  
買戻ニ付キ期間ヲ定メザリシトキハ五年内ニ之ヲ爲スコトヲ得ス  
買戻期間ハ必ス買戻特約ノ時ヨリ起算スヘキモノナリヤ又其起算點ヲ特約ノ後生スヘキモノトシテ定ムルコトヲ得ルヤ

本條立法ノ根據ハ權利關係ノ永ク不確定ナル狀態ニ在ルコトヲ避ケ不動産ノ融通ヲ圓滑ナラシメントスルニ在ルヲ以テ特約成立ノ時ヨリ起算セサル可カラスト云フヲ通説トスルモ法律ノ解釋ハ必スシモ立法者ノ意思ニ從フヘキモノニアラスシテ明文ニヨリテ之ヲ解セサル可カラス本條ノ規定カ假令強行法規ナリトスルモ明文上單ニ期間ハ制限ヲ置キタルノミニシテ其始期ニ付テハ何等ノ制限ナシ故ニ例ヘハ今日ニ於テ明治八十五年一月一日ヨリ全月三日迄ノ間ニ買戻ヲ爲スヘシトノ特約アリトセハ此特約ハ有效ナリト言ハサル可カラス(法叢學人法律新聞七八九號三頁以下要領)

本論ノ如ク期間ノ起算點ハ何時ニテモ可ナリトセハ本條ノ規定ハ全ク空文ニ歸スヘシ天下恐ラク本論ニ全意ヲ表スル者アラサルヘシ  
買戻期間ニ關シテハ民法一五頁三九頁停止條件付買戻契約ト買戻期間參照

地上權ノ地代

(參照)二六六 地上權者カ土地ノ所有者ニ定期ノ地代ヲ拂フトキハ第二百七十四條及至第二百七十六條ノ規定ヲ準用ス  
其他地代ニ付テハ貸借ニ關スル規定ヲ準用ス

六二三 賃借人カ適法ニ賃借物ヲ轉貸シタルトキハ轉借人ハ賃借人ニ對シテ直接ニ義務ヲ負フ此場合ニ於テハ借賃  
民法

ノ前拂ヲ以テ貸貸人ニ對抗スルコトヲ得ス  
前項ノ規定ハ貸貸人カ貸借人ニ對シテ其權利ヲ行使スルコトヲ妨ケス

地上權ノ地代增加額請求權ヲ認ムルハ正當ナリヤ

中島博士ハ羅馬法及奧太利民法ハ地代債務ヲ以テ物上負擔ト解シ地上權移轉ノ場合ニ隨伴スヘキモノトナスモ獨逸民法ハ反對ノ主義ヲ取リ當然地上權ニ追從スルモノニ非ラサルヲ原則トシ當事者カ特約ヲシタルトキハ登記スルヲ必要トナシ英法亦之レニ類スル旨ヲ見解カレ我カ民法ノ解釋論トシテ富井博士(民法原論二卷二〇九)ハ英國普通法ト同様ノ見解ヲ持シ「地代ノ請求權ハ純然タル債權ナリ故ニ地上權者カ其權利ヲ他人ニ讓渡シタル場合ニ於テハ土地ノ所有者ハ直接ニ讓受人ニ對シテ地代ノ支拂ヲ請求スルコトヲ得ス」地代ハ地上權ニモセヨ既ニ一定セル上ハ該地代ノ支拂ハ地上權者ト契約ヲ以テ定メタルモノナルニモセヨ既ニ一定セル上ハ該地代ノ支拂ハ地上權者ノ義務ニシテ之カ收受ハ土地ノ所有者ノ權利タルモノナレハ特ニ之ヲ變更セサル限リハ地上權ニ從屬シテ之ト運命ヲ共ニスヘキモノナリ隨テ相續ノ場合ハ勿論賣買讓與ニ因リテ地上權若クハ土地ノ所有者カ取得スル者ニ於テ之ヲ變遷スルモノトナサザルヘカラス云云」三十九年才第二百七十二號地料增加額認定支拂請求事件ト説示シ其論旨恰モ羅馬法奧太利民法ト相酷似スルヲ見ル

ルハ不可ナリ試ミニ問ハン當事者ニ於テ地代ノ定アリテ而シテ其登記ナキ場合ハ如何ニ大審院ノ論法ニヨレハ此場合ト雖モ亦當然地上權ト其運命ヲ共ニセサル可カラサルニ至ラン然レトモ登記ナクシテ地上權ニ從屬スルモノトナサハ地上權ノ受人ハ其領ヲ知ル能ハス其存否ヲ知ル能ハス爲メニ不測ノ損害ヲ蒙ルコトアル可キハ火災見ルヨリ明ナラシク余輩ハ寧ロ登記ニ重キナ置キ地上權ノ地代ハ登記能力アル權利ナルカ故ニ其登記アリタル場合ニハ地上權ト結合シテ之ト運命ヲ共ニスルモノト信ス其地上權ト結合スルノ理由ハ其性質ニアラスシテ登記ニアル大審院カ一言之ニ論及スル所ナクシテ地代ノ性質ヨリ直ニ其效果ヲ斷定シタルハ誤謬ト認メサル可カ

(一) 其登記ナキ場合ニ於テハ、當然地上權ト結合セ、地上權ノ讓渡ノ場合ニ於テハ讓渡人カ依然其ノ債務者ニシテ讓受人其債務ヲ承繼スルコトナシ此場合ニ關シテハ富井博士ノ説ニ贊ス

(二) 其登記アル場合ニ於テハ、地上權ト結合シ、地上權ノ讓渡ノ場合ニハ之ト運命ヲ共ニス可シ即チ登記アル場合ニ關シテハ大審院ノ所見ヲ正シトス

次ニ博士ハ當事者カ一定ノ地代ヲ約定セルニ爾後地租ノ他、公課ノ増加或ハ土地ノ價格ノ騰貴ヲ理由トシ地主ハ地代(借地料)ノ增加ヲ請求シ得ルヤ否余ハ消極的ハ意見ナシ從來我カ大審院ノ持セル見解ヲ非ナリトス地上權ノ經濟上ノ作用ヲ按ズルニ社會問題ト密接ノ關係ヲ有スルモノノ如ク羅馬法ニテハ地上權ハ土地兼併貧富懸隔ノ弊ヲ救済センカ爲メニ發生シタルモノ獨法亦借地人ヲ保護スル爲メニ羅馬法ヲ承繼シテ地上權ノ觀念ヲ輸入シタルモノナルコトヲ明ニシ英國ノ借地權亦其ノ傾向アリト説キ而カモ現今借地人カ保護セララルニ至リタル状態並ニ地主カ増額請求ヲ行ヒ得ヘカラサルコトヲ説明シ專ラ社會上經濟上ノ見地ヨリシテ大審院ノ見解ノ有否



ナル所以ヲ論シ而カモ余輩ノ目的ハ政策ヲ論スルニ在ラスシテ現行法ノ解釋ヲ試ムルニアリト云ヒ而シテ余輩ハ現行法ノ解釋トシテモ亦大審院ノ見解ノ誤謬ナルヲ信スルモノナリ此ノ問題ニ關スル大審院ノ判決ハ明治二十二年以來一定(明治二十二年七百五十八號)シ更ニ明治四十年才第六十九號ニヨリ一層明カニ認メラルルシテ以テ兩判決ノ觀示スル所ヲ要スルニ(一)地主ハ地租其他ノ公課ノ増加セル場合ノミナラス土地ノ隆盛繁昌等ニヨリ附近ト共ニ地價ノ騰貴セルカ如キ事由ノ發生セル場合ニモ亦地代ノ増加ヲ裁判上ニ強要シ得ルモノト爲シ(二)其論據ハ前ノ判決ニ於テハ地方慣習ニアリトシ後ノ判決ニ於テハ大審院ハ前述ノ如キ場合ニハ地主ハ借地人ニ對シテ増額ヲ強要スルヲ得ルコト即チ訴訟上ノ請求ヲナシ得ルコトハ本院ノ一級慣習法トシテ認ムル所ナリ云云ト説キ大ヒニ變化シタリ前判決ハ勿論民法ノ施行前ノモノナレトモ地方ノ慣習ニ根據スル以上ハ當事者ノ意思ヲ以テ最終ノ根據トナスモノナラサル可カラス後ノ判決ハ之ニ反シ一般慣習法ヲ認ムルモノナリ余輩ハ前示何レノ説ニヨルモ大審院ノ判決ハ誤レリトナスモノナリ即チ其所謂地方慣習又ハ一般慣習法ナルモノハ成之ヲ破ルコトヲ得ルモノナラサルヘカラス蓋シ地代ノ高下ハ専ラ當事者ノ間ノ利害ニ屬シ毫モ公益ニ關スル所ナクハナリ果シテ其慣習又ハ慣習法カ任意的ノモノナリトモ當事者カ契約ヲ以テ一定ノ地代ヲ定メタル以上ハ之ニヨリテ其適用ヲ排斥シタルモノト見ルチ至當トス可シ然ルニ大審院カ此法理ヲ誤リ其慣習又ハ慣習法ニ強行的效力ヲ認メ當事者間ノ契約ニ優ル効力ヲ認メタルハ百害アリテ一利ナキ所ナリ要之大審院ノ判決ハ其結果不公平ニシテ徒ラ地主ノ利益ヲ偏愛シ地上權者ノ地位ヲ危險ナラシメ引イテ社會政策上多大ノ障害ヲ來スモノナリ而シテ其原因ハ一ニ慣

習法ト當事者意思ノ關係ヲ誤認セルニアリト斷言シテ可ナリト説カル(法學新報二二卷六號一頁以下)

吾人ハ遺憾ナカラ博士ノ所論ニ賛同スルコト能ハス蓋シ

(一)地代ハ地上權ノ對價トシテ支拂フヘキモノ則地上權者カ支拂ヲ爲スヘキモノナルコトハ二六六、二七四、二七五、二七六條ノ規定ニヨリテ明白ナリ然ラハ地上權ノ移轉ヲ認ムル以上ハ移轉ニヨリ地上權者トナリタル者カ支拂ヲ爲スヘキ義務アルハ當然ナリ

(二)登記カ無償ノ地上權ニアラサル以上ハ地代ノ定メナシト雖トモ相當地代ヲ支拂フヘキハ當然ナリ登記ノ有無ニヨリテ博士ノ如キ論結ニ到達セス

(三)地代増額請求ニ付テノ慣習ハ當事者カ一定ノ地代ヲ約束スルモ其後慣習ニ認ムル事實カ發生シタルトキハ増額請求ヲ爲シ得ヘシト云フ慣習ニシテ大審院ノ見解モ慣習ニ從ハサル契約アルモ増額請求ヲ爲シ得ヘシト云フニアラス判例ノ場合ハ何レモ慣習ニ從ハサル特約ナトアラサル場合ナリ此點ハ博士ノ誤解ニアラスヤト思ハル尙ホ地代増額請求ニ就テハ(民法二七頁値上效力發生時期及ヒ一

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  
五五三 負擔附贈與ニ付テハ本節ノ規定ノ外雙務契約ニ關スル規定ヲ適用ス

永久ニ物ノ處分ヲ禁スルコトヲ目的トスル契約ハ無効ナリ

負擔付贈與ニ於テ負擔約款カ無効ナルモ贈與其モノハ有效ナリヤ

契約ヲ以テ永久ニ所有物ノ處分ヲ禁スルハ所有者及ヒ其子孫ヲシテ絕對ニ所有者タルノ實ヲ失ハシムルノミナラス物ノ改良融通ヲ阻遏スルニ至リ社會經濟上ノ利益ヲ害スルヲ以テ公益ニ反スル契約トシテ無効ナルモノトス而シテ原判決ノ確定セル所ニ依レハ當事者ノ贈與ハ負擔附贈與ニシテ負擔ノ内容ハ受贈物ヲ永遠ニ保全セシカ爲メ處分セサルニ在レハ其負擔契約ハ無効タルヲ免レスト雖モ負擔契約トハ別個ノ法律行為ニシテ其間唯彼ハ此ノ從タル關係アルニ過キサレハ負擔契約ノ無効ナルカ爲メニ贈與契約ノ無効ヲ伴フ可キモノニ非ス(大審院四五年(オ)一一九號同年五月九日民一判決)

負擔付贈與契約ハ雙務契約ナリヤ將タ片務契約ナリヤ若シ之ヲ雙務契約ナリトスレハ一方ノ義務即受贈者ノ負擔義務カ不成立ノ場合ニ於テハ之ニ對立スル贈與契約モ亦當然成立ヲ見サルコトハ雙務契約ノ解釋ニ關スル通說ナリ故ニ雙務ナルヤ片務ナルヤヲ見ルヘキ要アリ

一、雙務契約ナリトスル說

五五三條法文解釋上雙務契約ナルコトハ明カナリ唯負擔附贈與ニ在リテハ當事者ノ意思幾分カ贈與ニ關スル規定ニ從フヘキモノト看做サルルカ故ニ特ニ贈與ニ關スル

前三條ノ規定ヲ合併セテ適用スヘキ趣旨ニ外ナラス(梅博士民法要義第三卷四七一頁)理論上ハ與ニシテ負擔ハ之ニ附シタル約款タルニ過キサレモ二者ハ互ニ交換スヘキ性質ヲ有スルヲ以テ民法ハ之ヲ雙務契約トナシタルモノナリ(横田博士債權各論二四八頁)

二、片務契約ナリトスル說

當事者ハ別ニ負擔ノ約款ヲ爲スニ拘ラス贈與其者ニ付テハ尙ホ無償ニテ財産ヲ授受スル意思ヲ有スルモノナルカ故ニ贈與タルニ妨ケナシ(仁保博士法典質疑問答第三編一六二頁)

負擔附贈與契約ハ贈與契約ト之ニ附加シタル負擔ノ約款トノ二個ノ契約ナリ故ニ受贈者ノ義務ハ負擔ノ契約ニ因テ生スルモノニシテ贈與ノ契約ニ因テ生スルモノニアラス從テ無償ニシテ又片務タル贈與ノ性質ニ反スルモノニアラス五五三條ニ適用ノ文字アルモ準用ト解スヘキモノナリ(乾學士法學志林九卷一一號)

大審院ハ本契約ヲ片務契約ト解釋シタルコト明カナリ此當否ハ研究ノ餘地アリトス

(參照)民法九四 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  
共有不動産ヲ信託行為ニヨリ他人ノ所有名義ニ登記シ置キタル場合ニ登記名義人ニ對スル債權者ヨリ該不動産ニ對シ強制執行ヲ爲シタル場合ニ眞ノ所有者ハ

異議ノ訴ヲ爲スヘキ權利アリヤ

租母子講ノ共有不動産ヲ信託行爲トシテ其講主名義ニ登記シアルトキハ内部關係ニ於テハ講主ハ何時ニテモ請求ニヨリ所有名義變更ノ登記ヲ爲ササルヘカラサルモ第三者ニ對スル外部關係ニ於テハ講主ハ完全ニ其所有權ヲ取得スルモノナルヲ以テ第

當事者間ニ於テハ權利移轉ノ效果ヲ生セス第三者ニ對シテ權利移轉ノ效力ヲ生スルコトカ信託行爲ノ性質ナリ之ヲ認メサル判例(三九年大審院判決法律新報九七五頁)ト之ヲ認ムル判例(東京控訴院第一四一號三月十四日)トアリ而シテ學說ハ之ヲ認ム(岡松博士内外論叢一卷四號六頁)森(辯)吾人ハ此效力ヲ認ムルヲ正當ト信ス既ニ第三者ニ對シテ其效力ヲ認ムル以上ハ第三者ヨリ之ヲ主張スル場合ニ於テモ亦其效力ヲ認ムヘキハ當然ナルヘシ

賣買代金ノ利息

四二二 債務ノ履行ニ付確定期限アルトキハ債務者ハ其期限ノ到来シタル時ヨリ遲滞ノ責任ヲ負ス(下略)  
五七五 未タ引渡ササル賣買ノ目的物カ果實ヲ生シタルトキハ其果實ハ賣主ニ屬ス  
買主ハ引渡シノ日ヨリ代金ノ利息ヲ支拂フ義務ヲ負フ但シ代金ノ支拂ニ付キ期限アルトキハ其期限ノ到来スル迄ハ利息ヲ拂フコトヲ要セス

賣主ハ其目的物ノ引渡ヲ爲ササルモ買主カ代金支拂期日ニ支拂ヲ爲ササルコト

ヲ理由トシテ利息ノ支拂ヲ求メ得ヘキヤ

民法第四百十二條ノ適用上控訴人ハ代金支拂期日以後遲滞ノ責任ヲ負フ年五分ノ利率ニ相當スル額ヲ損害賠償トシテ被控訴人ニ支拂フヘキコトヲ要スヘク又民法第五百三十四條一項ノ適用上買主タル控訴人ハ前項ノ不動産ノ共有持分ノ賣買アリタル日以後ハ其引渡シナキ以前ト雖モ果實ヲ收取シ得ヘキ權利ヲ有スル筈合ナレ共民法第五百七十五條ハ是等ノ原則ニ例外ヲ設ケ未タ引渡ササル賣買ノ目的物ヨリ生シタル果實ハ賣主ニ屬セシメ買主ニ屬セシメサルヲ以テ買主ハ未タ賣買ノ目的物ノ引渡ヲ受ケサル以前ニハ代金ノ利息ヲ支拂フヲ要セス賣買ノ目的物ノ引渡ヲ受ケタル以後ニ至リ初メテ果實ヲ收取シ得ヘキヲ以テ其日以後代金ノ利息ヲ支拂フヲ要スヘキコトヲ規定セルカ故ニ縱シヤ代金ノ支拂ニ付期限ノ定メアル場合ト雖モ未タ賣買ノ目的物ヲ引渡ササル以前ニ於テ賣主カ代金支拂日ニ支拂ヲ受ケサリシナ理由トシテ代金ニ對スル年五分ノ利率ニ相當スル額ノ損害ヲ蒙リタルモノトシ之カ賠償ヲ求ムルハ失當ナリト謂ハサル可カラス(大阪控訴院民二判決法律新報七九二號二頁)

正當ナル見解ト信ス岡松博士モ亦同說ナリ(民法理由五七五條)

無盡講ノ業務執行者選定方法

無盡講ノ世話人又ハ金子預人ノ如キモノカ業務執行者ノ地位ニアル場合ニ於テハ其權限及選任方法ハ一ニ當該講會ノ規約ニ從ヒテ之ヲ定ムヘキモノニシテ若シ其規約ニ於テ權限ノ定メアルモ選任方法ニ付キ何等ハ定メナキカ如キ場合ニ於テハ其地位權限ハ如何ヲ審究シテ選任方法ヲ判定スヘキモノトス本訴訟無盡講ハ金子預人カ業

務執行者トシテ自己ハ名義ヲ以テ未當籤者ハ有スル權利ヲ請求スルモノト爲シタルカ如シ金子預入ノ權限トシテ前記ノ如ク未當籤者ノ爲メニ當籤者ニ對シ掛戻金請求ノ權利ヲ行使スルカ如キハ元來議會ノ業務執行ニ外ナラサルカ故ニ其選任ニ付テモ業務執行ト同視スヘキヲ以テ組合ノ規定ニ準據シテ議員過半数ノ決議ニヨリ之ヲ爲スヘキモノト解スヘク決シテ未當籤者ノミノ決議ニヨリ之ヲ爲スヘキモノニアラスト云ハサルヘカラス然ルニ原判決ハ金子預入ノ權限カ講ノ規約ニヨリテ授與セラレタルヤ否ヤ及金子預入ノ選任方法カ講ノ規約ニヨリ定マラレタルヤ否ヤヲ審究セスシテ轉ク金子預入ハ未當籤者ノ爲メニ存スルモノニシテ既ニ當籤者ハ金子預入ノ誰レナルカニ付キ殆ント利害ノ關係ヲ有セサルヲ以テ選舉ハ未當籤者ノミノ決議ヲ以テ爲シ得ルモノト論斷シ被告ハ金子預入トシテ自己ノ名義ヲ以テ未當籤者ノ權利ヲ行使スルコトヲ得ルモノノ如ク判示シタルハ上告理由ノ如ク理由不備ノ不法アリテ原判決ハ全部破毀ヲ免カレサルモノトス(宮城控訴院民事判決法律新聞第七九一號二二頁)

無盡講ノ性質ヲ組合契約ナリト見レハ當籤ニヨリ脱退シタルモノトハ見ル能ハサルニヨリ本件説明ノ如ク解スルヲ正當トスヘシ而シテ無盡ノ内頼母子講(或ル人ヲ救助)ヲ除キテハ組合契約又ハ之ニ類似ノモノトシテ解釋スルヲ正當トスヘシ尙ホ無盡講ノ性質ニ付テハ民法一四頁無盡講參照

詐害行為  
取消ノ  
相手方

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在ラス  
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

詐害行為取消ノ訴ニ於テハ債務者ハ訴訟ノ相手方トナルヘキ適格ヲ有セサルヲ以テ詐害行為ヲ原因トシ賣買ニ因ル所有權移轉登記抹消手續請求ノ訴ハ何人ヲ對手人トスヘキヤ

詐害行為取消ノ訴ニ於テハ債務者ハ訴訟ノ相手方トナルヘキ適格ヲ有セサルヲ以テ債務者ヲ相手取ルヘキモノニアラス又賣買ニ依ル所有權移轉登記抹消ハ其抹消登記ニ付キ登記義務者ノ地位ニアルモノハ即チ其登記名義人タル買受人ニ對シ訴求スヘキモノニシテ抹消ノ目的タル登記ニ付キ登記義務者タリシ賣渡人ヲ共同被告トシテ訴求スヘキモノニアラス(東京控訴院民三部判決法律新聞七九四號二二頁)

(一) 債務者ヲ對手人トスヘキヤ否大審院判例ハ本件説明ト同一ニ對手人トスヘキ資格ナシトス(四九三頁)學說ハ之ニ反シ共同被告トナスヘキモノ又ハナスコトヲ得ヘキモノトス(橫田博士債權總論四五〇頁)故梅博士法學志林一一卷六號二頁(石坂博士)理論ノ正當ナルハ學說ニ在リト信ス  
(二) 登記抹消請求ニ就テ被告トナスヘキ者ハ最後ノ名義人(詐害行為ノ對トナスヘキハ當然ナリトス)

金錢ニ見  
積り得ザ  
質權  
ト

民法

二〇五ノ二

三九九

債權ハ金錢ニ見積ルコトヲ得サルモノト雖モ之ヲ以テ其目的ト爲スコトヲ得

三四二

質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キ他ノ債權者ニ先チ

三四六

質權ハ元本利息違約金質權實行ノ費用質物保存ノ費用及債務ノ不履行又ハ質物ノ隠レタル瑕疵ニ由リテ生

金錢ニ見積ルコトヲ得サルモノヲ目的トスル債權ノ爲ニ質權ヲ設定シ得ルヤ

金錢ニ見積ルコトヲ得サルモノヲ目的トスル債權ト云ヘルハ未ダ不履行ト爲ラサル  
間ニ於ケル状態ニ於テ其價チ金錢ヲ以テ見積リ得スト云フニ過キス換言スレハ債權  
本來ノ状態ニ於テハ金錢的評價力不能ナリト云フニ過キサルモノニシテ其債務ノ不  
履行ノ爲ニ生シタル損失ハ常ニ之チ金錢ニ見積リ得ルモノナリト解ス即チ債權其モ  
ノト之チ害セラレタル事ヨリ生スル損失トチ區別セント欲ス而シテ其損失チ金錢賠  
償ノ原因ト爲ルモノナルヲ以テ之チ擔保ノ爲メニ質權ヲ設定シ得ヘキモノナリ(三浦  
法學士法學志林十二卷第十號四九頁以下要領)

至當ノ見解ナリ蓋シ我民法ハ一般的ニ債務ノ不履行ニ付損害賠償ノ權利ヲ認メ  
其間ニ金錢ニ見積リ得サル債權ナルト否トヲ區別セス又之ヲ認メサルトキハ法  
律カ此種ノ債權ヲ保護スル所以ノ主旨ニ反スルニ至ルヘク而シテ損害賠償力質  
權ニヨリテ擔保セラルルコトハ民法三四六條ニ依テ明白ナレハナリ

賣買ノ  
的物カ  
無價  
合ナ  
場

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

賣買契約ハ其目的物カ無價値ナリシ場合ニ於テモ其效力ヲ妨ケサルヘキカ

先ツ第一點ニ付キ案スルニ原告ハ被告ノ有スル社債ハ訴外楠本正敏ニ對シ債區ノ代  
價トシテ交付シタルモノナルモ其債區カ無價値ナルニヨリ該社債券ハ無効トナルモ  
ノナル旨主張スルモ目的物ノ無價値ナルコトハ當然賣買契約ノ無効ヲ惹起スルモノ  
ニアラサルヲ以テ反證ナキ限リハ右社債券ハ有效ノモノト認定スルノ外ナキモノト  
ス(東京地方裁判所民二判決法律新聞七九九號二六頁)

財產權トハ金錢上ノ價値ヲ有スル權利ナリトノ說アルモ我邦ノ學者ハ殆ント皆  
之レヲ執ラスシテ財產權トハ人格及ビ身分ト分離シテ處分シ得ヘキ權利ナリト  
スルヲ通説トス(梅博士民法要義一六三條、平沼博士民法總論一〇三頁以下、横田)而シテ松本  
博士ノ說モ亦之レニ近シ(物六三三頁)故ニ此見地ヨリ見レハ「賣買」ハ財產權移轉  
ヲ要件トスル契約ナルモ其ノ財產權ハ必スシモ金錢上ノ價値アルコトヲ要セス  
(横田博士債權各論二六二頁參照)吾人モ亦此見解ヲ正當ト信ス  
然ラハ當事者カ最初契約ノ時ニ價値アリト信シテ契約ヲ爲シタルニ後日無價値  
ナルコトヲ發見シタルトキハ如何ン要素ノ錯誤トシテ無効タルヘキヤ否之ニ關  
スル學說左ノ如シ

民法

二〇六

一、常ニ理由ノ錯誤ニ過キストスル說(中嶋博士民法釋義第一卷五〇八頁、梅博士民法原

理三八〇頁)

一、社會ノ取引上其性狀品質ノ備ルト否トニ由リ別種ノ目的ト見ルヘキ場合ニ於テハ要素ノ錯誤ナリトスル説(富井博士民法原論總則三六八頁)

二、當事者カ特ニ一定ノ性狀品質ヲ有スルコトヲ意思表示ノ内容トシタルトキハ性狀品質ニ關スル錯誤ハ法律行為ノ要素ノ錯誤ナルモ斯ノ如キ場合ニ於テハ必スシモ表示ノ明示タルコトヲ要セス相手方ニ於テ其意思ヲ認識シ得ヘキ狀態ニ在ルヲ以テ足ルトスル説(鳩山氏法律行為乃至時效一四六頁、平沼博士民法總論四七三頁)

トアリ苟モ賣買ト云フ以上ハ普通取引上ノ感念ニ於テ有價値ナルコトヲ目的トスヘキカ如キモ鑛業權ノ賣買ノ如キハ所謂山師事業ニシテ殆ント射倖的ニ契約ヲ爲ス場合多々アリ故ニ假リニ第二説又ハ第三説ヲ執ルモノトスルモ本件判決カ必スシモ不當ナリト言フコト能ハス然レトモ此點ニ關スル説明ヲ缺キタルハ判決トシテ聊カ缺點タルヲ免レス

地上權ノ損害

二六五

地上權者ハ他人ノ土地ニ於テ工作物又ハ竹木ヲ所有スル爲メ其土地ヲ使用スル權利ヲ有ス

二六九 地上權者ハ其權利消滅ノ時土地ヲ原狀ニ復シテ其工作物及ヒ竹木ヲ收去スルコトヲ得但土地ノ所有者カ時價ヲ提供シテ之ヲ買取ルヘキ旨ヲ通知シタルトキハ地上權者ハ正當ノ理由ナクシテ之ヲ拒ムコトヲ得ス

前項ノ規定ニ異ナリタル慣習アルトキハ其慣習ニ從フ

地上權者ハ其土地ニ永久ノ損害ヲ生スヘキ變更ヲ加フルコトヲ得ルヤ

地上權ハ所有權以外ノ物權ニシテ所謂制限物權ノ一種ニ屬ス制限物權ハ其定メラレタル範圍内ニ於テ物ノ上ニ支配權ヲ有スルニ過キサレハ則チ地上權者モ亦特定ノ關

係ニ於テ其目的タル土地ヲ支配スルコトヲ得ルニ過キス此故ニ民法ハ第二百六十五條ニ於テ地上權ノ何者タルカヲ明示シ以テ其目的ヲ限定シタリ然リ而シテ地上權ハ物權ナルヲ以テ地上權者自ラ獨立シテ其土地ヲ支配スルコトヲ得ヘキハ固ヨリ當然ナリト雖モ地上權ノ内容ハ工作物又ハ竹木ヲ所有スル爲メ土地ノ使用ヲ爲スニアレハ地上權者ハ唯其目的ノ範圍内ニ於テ自由ニ其土地ヲ使用スルコトヲ得ルニ止マリ土地ニ永久ノ損害ヲ生スヘキ變更ヲ加フルコトヲ得サルヲ勿論ナリ(法學士西川一男氏法學新報二一卷七號八七頁以下要領)

當然ノ見解ナリ

全説(横田博士物權法四四九頁)

尙ホ參考トシテ判例ヲ舉クレハ

地上權者ハ其土地ノ性質ヲ變更セサル範圍ニ於テ自由ニ修理シ得ヘキモノナリ(三十七年大審院判決錄一三八九頁)

但シ設定條件ニ於テ明カニ之ヲ認め又ハ設定契約ニ於テ認メラルル工作物ノ種類性質ニヨリ永久の變更ヲ認メラルルニ於テハ其權利アルヘキコト勿論ナリトス

不法行為  
免責契約

七〇九

故意又ハ過失ニヨリテ他人ノ權利ヲ侵害シタルモノハ之ニヨリテ生シタル損害ヲ賠償スル責任ス

九〇 公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為ハ無効トス

鐵道會社カ其僱員トノ間ニ過失其他何等ノ事由アルモ會社ハ乗車ニヨリ僱員ニ

民法

生シタル損害ニ付其責ニ任セストノ特約ヲナシタリトスルモ該特約ハ無効ナリ

被告會社ハ過失怠慢其他何等ノ事由アルモ乗車ノ爲メ發生シタル損害ニ對シテハ一切其責ニ任セストノ契約ノ下ニ亥之助ヲ本件貨車ニ便乘セシメタルモノナレハ被告會社ニ其責ナシト抗辯シ成立ニ爭ヒナキ乙第一號證ニヨレハカカル特約ノ存セシ事實ヲ認メ得ヘシト雖モ豫メ特約ヲ以テ他日ノ不法行為ノ責任ヲ免レシムルカ如キハ所謂公ノ秩序ニ反スル契約ニ屬シ法律上何等効力アルモノトハ認メ難キヲ以テ右特約ハ被告會社ノ前示責任ヲ免除スルモノニアラサレハ右抗辯ハ採用スルニ由ナシ(東京地方裁判所民三部判決法律日一七三號一八八頁)

不法行為ト云フ以上ハ絕對ニ公ノ秩序ニ反スルモノト云フコト能ハス例ヘハ通行權ヲ有スル者カ過失ニヨリ樹木又ハ塀等ヲ損スルコトアルモ責ヲ負ハスト約スルカ如キハ公序ニ反スルモノト言フ能ハサルハ明白ナリ又乗車ニヨル損害ト雖モ生命身體ニ對スルモノニアラスシテ衣類携帶品等ニ對スル免責契約ヲ爲スモ公序ニ反スルモノト言フコト能ハス本件判決カ漫然無効ナリト云フハ聊カ説明ノ足ラサル所アリト思惟ス

委任ニ關スル特約ノ效力

一〇二 代理人ハ能力者タルコトヲ要セス  
六五三 委任ハ委任者又ハ受任者ノ死亡又ハ破産ニ因リテ終了ス受任者カ禁治產ノ宣告ヲ受ケタルトキ亦同シ

受任者カ禁治產又ハ破産ノ宣告ヲ受ケタルモ委任契約ハ終了セサルヘシトノ特約

ハ有效ナリヤ

有效ナリ蓋シ禁治產者ヲ以テ受任者ト爲スコトヲ得サル理由ナキカ故ナリ又第二百二條ノ規定ニ依リテ見ルモ禁治產者カ受任者タルコトヲ得ルハ明ナリ第六百五十三條ノ規定ハ解釋規定タルニ過キヌ唯受任者カ事實委任事務ヲ執行スルコト能ハサル場合ニハ假令特約アルモ給付不能ノタメ委任ハ終了スルモノト解スヘシ破産ノ宣告ヲ受ケタル場合ニモ同一ノ理由ニ依リ有效ナリ(石坂博士法學志林一四卷六號五七頁以下)

禁治產者ト雖トモ意思能力ヲ有スル場合アルハ勿論ナリ又破産者ノ如キハ意思能力ニ何等影響ナキヲ常トス而シテ代理人ハ能力者タルヲ要セサルヲ以テ(一〇二)此等ノ者カ代理人タルコトヲ得ヘキハ亦論ヲ俟タス而シテ受任者カ禁治產又ハ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ委任カ終了スヘシトナス(六五三)ハ委任者ノ利益保護ノ規定ナルヲ以テ之ニ反スル契約ハ有效ナリトス(故梅博士民法要義六五三條參照)

抵當物件賣却ノ詐害行為

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リニ在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  
三九二 債權者カ同一ノ債權ノ擔保トシテ數個ノ不動産ノ上ニ抵當權ヲ有スル場合ニ於テ同時ニ其代價ヲ配當スヘキトキハ其各不動産ノ價格ニ準シテ其債權ノ負擔ヲ分ツ  
或ル不動産ノ代價ノミヲ配當スヘキトキハ抵當權者ハ其代價ニ付キ債權ノ全部ノ辨濟ヲ受ケルコトヲ得此場合ニ於テハ次ノ順位ニアル抵當權者ハ前項ノ規定ニ從ヒ右ノ抵當權者カ他ノ不動産ニ付キ辨濟ヲ受クヘキ金額ニ滿ツル迄之ニ代價シテ抵當權ヲ行フコトヲ得

債務者及ヒ他人所有ノ數個ノ不動産ヲ抵當權ノ目的トナス場合ニ債務者カ自己所有ノ不動産ヲ賣却シタルトキハ一般債權者ハ該不動産カ抵當權負擔部分以外ニ價值ヲ有スルコトヲ理由トシ詐害行爲トシテ其賣買ノ取消ヲ請求シ得ヘキヤ

然ラハ即チ當時右土地ノ價格ニヨリ他ニ優先シテ債權ノ辨濟ヲ受クヘキ地位ニアル前示抵當債權者ハ其土地ノ價格ヲ以テシテハ到底満足ナル辨濟ヲ受ケルコト能ハサルヲ以テ普通債權者タル控訴人ノ如キハ右土地ニ付キ債權ノ辨濟ヲ確保セラレ得ル筋合ニアラス左レハ右源吾カ該土地ヲ所有スルト否トハ控訴人ノ債權ニ對シ何等ノ影響ヲ及ササルニヨリ被控訴人千代吉カ之レヲ源吾ヨリ買受ケタレハトテ控訴人ノ債權ニ對スル擔保權ヲ侵害シタルモノト言フヲ得サルナリ然ルニ控訴代理人ハ本訴ノ土地ト共ニ深井梅吉ノ所有地數筆モ同一債權ノ抵當ニ供セラレアルヲ以テ其土地ノ價格ニ準シ抵當債權ノ負擔ヲ分ツトキハ本訴土地ノ價格ハ優ニ其負擔分ニ係ル抵當債權ヲ辨濟シテ餘アル旨ヲ主張スルモ抵當權ハ目的タル不動産ノ全部ニ及ヒ不可分ナルヲ以テ抵當權者ハ其目的タル何レノ不動産ニ付テモ債權ノ全部ノ辨濟ヲ受ケルコトヲ得ヘク目的タル不動産ノ價格ニ準シ抵當債權ノ辨濟ヲ受クヘキモノニアラサルカ故ニ右控訴代理人主張ヲ採用スルヲ得ス(東京控訴院民三部判決法律日誌第一七三號一八一頁)

例ヘハ甲不動産(價二、五〇〇)債務者所有乙不動産(價一、〇〇〇)第三者所有ノ二個ノ不動産カ債務者ノ債務ノ爲メ抵當トナリ(一番抵當甲、乙、ニ三、〇〇〇)二番抵當乙ノミニ一、〇〇〇ト假定シ債務者カ夫不動産ヲ賣却シタリトセンニ此場合各不動

產ノ價格ニ準シテ其抵當權ノ負擔ヲ分ツモノトスレハ甲ハ二番ノ五〇〇、ト一番ノ比例負擔分一、三三三、餘トナリ合計金一、八三三圓トナルカ故ニ實價二、五〇〇、ニ比シテ尙ホ六七六圓餘ノ餘分アルヘキ計算ニシテ此餘分ニ對シテハ一般債權者ノ辨濟ヲ受ケ得ラルヘキ範圍ニ屬スルハ明白ナルモ而カモ一番抵當權者ハ乙ヲ拋棄シテ甲ノミニ競賣ヲ爲スコトヲ得ヘク又一番抵當權者カ甲不動産ニ付テ競賣申立ヲ爲ストキハ餘分ヲ生セサル結果トナルヘシ故ニ債務者カ之ヲ賣却スルモ未タ一般債權者ノ權利ヲ害シタルモノト斷定スルコト能ハス

履行不能  
ト損害ノ  
請求

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

債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニヨリテ履行不能トナリタルトキハ其債權ノ期限カ到來セストモ債權者ハ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヘキヤ

(一)英法學者ハ權利ノ性質ヲ(イ)原權(ロ)救濟權ノ二ニ分チ損害請求權ノ如キハ本來ノ權利ト別個ニ發生スル救濟權トナス  
(二)獨逸學者ハ之ニ反シ賠償請求權ノ如キモ本來ノ權利ノ一作用ト解シ我邦ノ學者亦皆之ニ一致ス(富井博士原論一卷三〇四頁梅博士法政大學講義二一一頁横田博士債權總論三〇五頁鳩山學士法學志林一二卷九號六七頁以下)余モ亦我カ民法カ損害請求權ヲ債權ノ效力中ニ規定シタルコトト本來ノ債權ニ關スル一切ノ事項(性質效力擔保等)



カ賠償請求權ニ適用アル點ヨリ之ニ賛同ス  
 (三)若シ新權說(英法學者ノ)カ正當ナリトセハ本問ハ無論積極ニ決セサル可カラス蓋シ  
 本來ノ權利ト別個獨立セルモノナルヲ以テ本來ノ期限ヲ眼中ニ置クヘキ要ナキヲ以  
 テナリ反之非ナリトスレハ消極ニ決セサル可カラサルカ如キモ余ハ他ノ根據ヨリ積  
 極ニ解ス  
 (四)積極說ノ根據トシテ四一五條ノ文理解釋ヲ取ルモノアルモ同條ハ其行使ノ時期ニ  
 付テ迄モ規定シタルモノト見ルコト能ハス或ハ又五四三條五四五條三項ト四一五條  
 トノ關係ヨリ見テ積極說ヲ立ツルモノアリ然レトモ之ヲ以テ未タ満足スルコト能ハ  
 ス  
 (五)積極說ノ根據ハ一三七條第二號債務者カ自ラ擔保ヲ毀滅シ又ハ之ヲ減少シタ  
 ルトキハ期限ノ利益ヲ主張スルコトヲ得スト云フ規定ニ取ルコトヲ得ヘシト信ス蓋  
 シ履行ハ主ニシテ擔保ハ從ナリ然ルニ其從タル擔保ノ毀滅減少ニ付テ期限ノ利益ヲ  
 失ハシムル以上ハ其主タル履行ヲ不能トナシタルトキハ亦其利益ヲ失ハシムヘキハ  
 當然トス況ンヤ擔保ノ毀滅減少ニハ債務者ノ過失ヲ要セサルニ履行不能ノ場合ハ債  
 務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニヨリタルモノナルニ於テオヤ(法學士乾政彦氏法學志林一  
 四卷六號一頁以下要領)

本問題ニ就テハ判例ナク著書ニ於テ說明セルハ川名博士ニシテ苟モ事實ニ於テ  
 不能トナレハ法律上亦履行ハ不能ナリ此時ニ於テ履行ノ不能ニ因ル不履行ヲ生  
 スヘク債權者ハ直チニ損害ノ賠償ヲ請求シ得ヘシト爲ス(民法總論一)而シテ本論ノ  
 如ク一三七條ヲ根據トシテ立論セルハ全ク新說ナリト云フヲ得ヘシ然リト雖モ

醫師ノ手  
 術中死亡  
 爲ト不法行

(一)債權ニハ必スシモ特別擔保カ付着シ居ルモノニアラス然ルニ特別擔保ト期限  
 トノ關係ヨリ見テ之ヲ一般ノ場合ノ根據トナスハ如何ニヤト思ハル(二)債權ノ期  
 限カ百年二百年ノ後ニアル場合ニ於テ現在ノ不能ヲ以テ直チニ責任アリトナス  
 ハ如何ナルヤ物質ノ進歩ハ駁々トシテ止マヌ百年二百年ノ後ニハ履行可能トナ  
 ルヤモ測ル可カラス(三)債務者ハ遲滯ニ付セラレタル時ニ始メテ責任アル譯ナリ  
 此時迄ハ債務者ハ債權者ヨリ何等ノ拘束ヲ受ケサルヲ本義トス遲滯ニ付セラレ  
 タルトキ履行不能ナル場合ニアラサレハ責任ナシト解スルヲ安全トセスヤ要ス  
 ルニ本問ハ尙ホ研究ノ餘地アリト信ス

七〇九 故意又ハ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ニ任ス  
 七一〇 他人ノ身體自由又ハ名譽ヲ害シタル場合ト財産權ヲ害シタル場合トチ問ハス前條ノ規定ニ依リテ損害賠償  
 ノ責任ヲ負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産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

醫師カ麻酔劑使用ニヨル手術中患者カ死亡シタルハ不法行爲ニアラザルカ

鑑定人木下正中ノ鑑定ニ依レハ「クロホルム」麻酔劑ヲ使用スルニ當リテハ假令其  
 用法ニ過チナシトスルモ時トシテハ受術患者ノ特質ニ依リ麻酔死ヲ來スコトアリテ  
 其原因ハ醫學上ヨリハ豫斷シ得サルモノナルコト明瞭ナルカ故ニ死亡ヨシカ「クロホル

ルム麻痺劑使用ノタメ死亡シタル事實アルカ爲メ直ニ其主任醫タル被告ニ過失アルモノト認メ難ク證人熊澤三四郎ノ證言ニヨレハ本件麻痺劑施用中被告ハ手術幕外ニアリテ喫煙ヲ爲シ居タル事實ヲ認メ得ヘシト雖トモ右事實ハ未タ被告カ本件麻痺劑使用ニ當リ醫師トシテ爲スヘキ相當ノ準備又ハ注意ヲ怠リタルコトヲ推斷スル資料ト爲スニ由ナク又同證人ノ證言ニヨレハ本件麻痺劑ヲ使用スルニ先チ此ヨシハ月經中ナルモ差支ナキカト尋ネタルニ被告ハ差支ナシトテ手術ニ着手シタルコト明カナリト雖モ鑑定人木下正中ノ鑑定ニ依リ明カナル如ク月經中麻痺劑ヲ使用スルモ通常生命ノ危険ヲ作フモノニアラサルヲ以テ是又被告ノ過失ト認ムルヲ得ス其他甲第一號證人一乃至六及ヒ證人堀江繁男ノ證言ニヨツテハ未タ被告ニ過失アリタルコトヲ認ムルニ足ラス却テ證人篠原竹次郎ノ證言ニヨリテ眞正ニ成立シタルト認ムルコト第二號證ニ依レハ本件麻痺劑施用ノ際ニハ相當ノ立會醫員アリタル事實ヲ認メ得ヘキニヨリ本件ヨシノ死亡ハ被告ノ過失ニ基キタルモノニアラスト認ムルヲ相當トス

(東京地方裁判所民三部判決法律日一七三號一八六頁)

大體ニ於テ不合理ナル説明ナキカ如キモ異常ノ事實ニ屬スヘキ患者ノ特質ニヨル麻痺死アルコトヲ本件患者ニ其特質アリタリトノ被告ノ立證ヲ俟タスシテ之ヲ原告ノ不利益ニ援用シタルハ聊カ妥當ナラサルカ如シ

時効ニ因ル地上權ノ取得

一六二 二十年間所有ノ意思ヲ以テ平穩且公然ニ他人ノ物ヲ占有シタル者ハ其所有權ヲ取得ス十年間所有ノ意思ヲ以テ平穩且公然ニ他人ノ不動產ヲ占有シタル者カ其占有ノ始善意ニシテ過失ナカリシトキハ其不動產ノ所有權ヲ取得ス

取得時効ニ因ル地上權ノ取得  
寺院所有ノ土地ニ對シテモ右取得時効ノ適用アリヤ

被告ニ於テハ明治十二年又ハ同二十三年以來平穩且ツ公然ニ建物所有ノ爲メ本訴ノ地所ヲ所有シ來リ而カモ始メヨリ善意且ツ無過失ナルヲ以テ被告ハ民法施行後ニ於テ時効ニ因リ地上權ヲ取得セルモノナル旨抗辯スルヲ以テ此抗辯ノ當否ヲ審案スルニ原告カ明治十二年中本訴九十三番ノ地所ニ付キ地上權ノ設定行爲タル借地契約ヲ被告先代平助ト締結シ同二十三年中平助死亡ニ因リ被告ニ於テ其地上權ヲ承繼シタルモノニシテ後其假登記ヲ爲シ又原告カ明治二十三年中本訴二十番ノ地所ニ付キ地上權ノ設定行爲タル借地契約ヲ被告ト締結シタルコトハ前段ニ説示シタルカ如クニシテ第一、二、四號證並ニ甲第一、二號證ニ依レハ右各借地契約締結以來之レニ基キ本訴九十六番ノ地所ニ付テハ被告先代ト被告トニ依テ相次キ二十番ノ地所ニ付テハ被告ニ於テ明治四十二年中ニ至ルマテ繼續シテ自己ノ爲ニスル意思ヲ以テ平穩且ツ公然ニ建物所有ノ爲メ之レヲ使用シ現實ニ地上權ヲ使用シ來リタルコトヲ認ムルニ足レ

被告ハ民法實施ノ日ヨリ十年ヲ經過セル日即チ明治四十一年七月十六日ニ於テ其主張ノ如ク時効ニ因リ本訴地所ニ對スル地上權ヲ取得シタルモノト爲ササルヲ得ス或ハ寺院所有ノ地所ニ付キ時効ニ因リテ權利ヲ取得スルコトハ明治六年第二百四十八號布告明治九年教部省第三號達ノ許ササルカ如クニ解スルモノナキニアラサルモ右布告及達ハ社寺ノ財産ヲ保護スルタメ專ラ神官僧侶氏子檀徒ニ於テ自儘ニ社寺所有ヲ處分スルコトヲ禁止シ所轄官廳ノ認可ヲ受ケスシテ自儘ニシタル處分ヲ無効トスル趣旨ニシテ他人カ神官僧侶等ノ自儘ノ處分ニ依ラス本訴ニ於ケルカ如ク時効ニ

因リテ權利ヲ取得スルコトヲ禁止シタルモノニアラサルコト右布告及ヒ違ノ文章ニ徴シ疑ヒナキニヨリ同布告及ヒ違ハ毫モ前段ノ所斷ニ支障スルコトナキモノトス(東京控訴院民事二部判決法律新聞七九六號二三頁以下)

本書「不動産上ノ權利ヲ取得時効ニ因リ取得スルニハ登記ヲ要スヘキヤ」參照

親權者カ  
職務執行  
ニ關シ  
シタル  
不行爲

親權者カ職務執行ニ關シテ爲シタル不法行爲ト雖モ未成年者ハ何等ノ責任ヲ負フヘキモノニアラス

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

親權者カ其職務ヲ行フニ付キ不法行爲ヲ爲シタル場合ニ於テハ未成年ノ子ハ其不法行爲ノ責ニ任セサルモノトス蓋シ親權者ハ未成年ノ子ノ爲メニ不法行爲ヲ爲ス代理權ヲ有セサルヲ以テ假令未成年ノ子ノ爲メニ行動スルトキト雖モ其行爲ニシテ不法行爲タル以上ハ親權者ノ權限外ノコトニ屬スルニヨリ結局親權者自身ノ不法行爲トナリ之ニ對シ未成年ノ子ハ第三者ノ地位ニ立テ其實ニ任スヘキモノニアラサレハナリ(東京控訴院民事三部判決法律日一七三號一八九頁)

一般ニ代理人カ代理行爲ヲ執行スルニ方リ不法行爲ヲ爲スコトアリトスルモ本人ハ其責ヲ負フヘキモノニアラス民法四四條ノ規定ハ例外的規定ナリトス

定期取引  
證據金ノ引  
返還請求

定期取引所仲買人カ立替金ヲ爲シタル事實アルトキハ其利息ヲ支拂ヒタル後ニ

アラサレハ不用證據金ノ返還ヲ請求シ能ハサル可シ

眞正ニ成立シタリト認ムヘキ乙第二號證及ヒ成立ニ争ヒナキ新乙第一號證及ヒ同證人ノ證言ヲ參酌スルトキハ横濱取引所(同取引所ハ横濱證券外四品取引所及ヒ五品取引所ヲ合併シタルモノナリ)仲買人カ仲買委託ニ基キ賣買取引ヲ爲シタル場合ニ委託者ノ爲メ立替金ヲ支拂ヒタルトキハ利子ヲ請求シ得ヘキ慣行アルコトヲ認ム……凡ソ委託者カ仲買人ニ對シ仲買委託ニ關シ取引ニ對スル擔保ノ責ニ任スル爲メ交付シタル證據金代用ノ株券ハ委託者カ仲買人ニ對スル債務履行ノ擔保ニ供セラルルモノナルヲ以テ仲買人ニ對シ債務ヲ完全ニ履行シタル後ニアラサレハ其レカ返還ヲ請求スルコトヲ得サルハ當然ノ筋合ナリ(東京控訴院民事三部判決法律新聞七九六號二四頁以下)

數人ノ保  
證人ノ保

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

數人ノ保證人アル場合ト雖モ保證人カ主タル債務者ト連帶ナル場合ニ於テハ分別ノ利益ヲ有セス各保證人ハ全額ノ請求ヲ拒ムコトヲ得ス

本件保證契約ハ保證人數人アリテ保證人間ノ連帶ナケレハ被告一人ニ於テ全部ノ義務ヲ負擔スヘキ謂ハレナシト抗辯スレトモ保證人カ主タル債務者ト連帶シテ債務ヲ負擔スヘキコトヲ債權者ト約シタル場合ハ保證人カ各自全債務ヲ負擔スヘキモノナ

同說

反對說

ルヲ以テ所謂分別ノ利益ヲ失フモノトス(東京地方民三判決法律新聞七九七號二五頁)

梅博士法學志林第一號一頁以下、横田博士債權總論六七一頁

保證人ト主タル債務者トノ間ニ連帶ノ責任アルモ保證人ハ單ニ共同シテ主タル債務ヲ保證スルニ過キサル場合ニ於テハ債權者ハ保證人ノ後訴ノ利益及ヒ檢索ノ利益ハ之ヲ否認シ得ヘシト雖モ債權履行ノ請求ハ保證人全體ニ對シテ爲スコトヲ要シ其内ノ一人ニ對シテ全部ノ履行ヲ強フルコトヲ得ス(法學士志田友吉氏法典質疑問答第三編七七頁)

吾人ハ本件判決ヲ正當ト信ス

代位權ノ效力

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

代位權ハ直接ニ第三債務者ニ對シテ物ノ引渡シヲ求ムル效力ヲ有セス

同條ニ依ル債權者ノ權利ハ債權ノ效力トシテ其債權ヲ保全シ以テ強制執行ノ準備ヲ作用ヲナスコトヲ目的トスル實體法上ノ權利ニシテ強制執行トハ全ク其性質ヲ異ニス故ニ債權者カ同條ニ依リ債務者ノ權利ヲ行使シタルトキハ債務者カ自ラ之レヲ行使シタル場合ト同シク其效果ハ當然債務者ニ歸シ債權者ハ更ラニ強制執行ノ方法ニ依ルニアラサレハ之ニヨリ直ニ満足ヲ受クルコト能ハサルモノトス從テ債權者ハ

債務者カ第三債務者ニ對シ物ノ引渡シヲ求ムル權利ヲ有スル場合ニ於テハ其權利ヲ行使シテ第三債務者ニ對シ債務者ニ其引渡シヲ爲スコトヲ要求シ得ルハ勿論ナレトモ第三債務者ニ對シ直接其物ノ引渡シヲ要求スルノ權利ナキモノト謂ハサル可カラス(東京地方裁判所民四判決法律日一七三號一八三頁)

故梅博士ハ全然同一趣旨ノ説明ヲ爲ス(法學志林七卷六號三四頁)其他判例及學說ヲ見ルニ

民法第四百二十三條第一項ニ該當スル場合ニ於テハ債權者ハ間接ニ債務者ニ屬スル權利ヲ行フコトヲ得ルモノニシテ其訴追ノ結果判決確定ノ後第三債務者ヨリ債務ノ取立ヲ爲スノ權利アリト雖モ自己ノ債權ニ對シ直接ニ辨濟ヲ請求スヘキモノニ非ス(三十六年大審院判決錄一三八八頁)

辨濟ノ受領ハ債權ノ行使ニ外ナラス從テ債權者ハ第三債務者ヨリ金錢物品ノ引渡ヲ求ムルコトヲ得ヘシ(石坂博士日本民法債權二卷六七四頁、川名博士債權總論一八九頁、尙ホ間接訴權行使ノ結果ハ第三債務者ニ處分禁止ノ效果ヲ生ストナシ債權者ニ於テ自ラ金錢物品ヲ受領スルノ權利アリト説明スル者アリ(横田博士債權總論四〇九頁以下、岡松博士法學新報一四卷三號三頁以下參照)

以上何レノ說ニヨルモ判決主文ノ形式トシテ債權者カ第三債務者ニ對シ自己ニ物ノ引渡ヲ請求スルコト即被告ハ原告ニ對シ……ヲ引渡スヘシ又ハ……支拂フヘシト訴求スルハ失當タリ故ニ結局本件判決ハ正當ナルヘシ

親族會決不服ノ訴中ニ死亡ノ會

九五二 親族會ノ決議ニ對シテハ一ヶ月内ニ會員又ハ第九百四十四條ニ掲ケタル者ヨリ其不服ヲ裁判所ニ訴フルコトヲ得