慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	判例
Sub Title	判例 (民法十件・商法三件)
Author	
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1933
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.12, No.1 (1933. 3) ,p.217- 230
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	季報
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19330310-0217

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

判例

民法

(一) 營業自由制限の特約

(假處分異議事件、大審院第三民事部、昭、七年(オ)第一九〇四號、同年十月二十九日判決、棄却、一審靜岡地方、二審東京控、大、民、判、一一卷一九四七頁)(上告人 西谷清松 被上告人 靜岡煉乳株式會社)

(民法第九十條 商法第二十二條)

牛乳販賣を營業とする會社が其の牛乳配達人をして解雇後と雖其の營業區域内に於て會社の存立時期の滿了する昭和二十三年十二月十五日迄自ら牛乳販賣業を營まざるべきことを特約せしむるは違法に非す。

【事實】 被上告人は靜岡市及其の隣接町村を營業區域として牛乳販賣を營む會社で、大正十年十一月十七日上告人を被上告會社の牛乳配達人として雇入れるに際して上告人は解雇後に於ても被上告會社の營業區域内に於て牛乳販賣を爲さるゝことを特約し、爾來被上告會社の牛乳配達に從事して來た。然るに昭和三年三月末日頃上告人は家庭上の事情と稱して解雇を求め其の申出に依り被上告會社を解雇せられたる後右特約に反して靜岡市の内外に牛乳販賣を開始し被上告會社の顧客を奪ひ尙奪はんとしつゝある。依て被上告會社は上告人を相手に牛乳販賣禁止請求等の訴訟を提起し繫屬中なるも後に勝訴の判決あるも權利の實行を爲すこと能はさる處あるに付假處分を求むと申請し、上告人は被上告會社主張の解雇後に於ける競業禁止の特約ありたることを否認し、假令右の如き特約ありしとするもそは上告人の營業の自由を拘束するもので公序良俗に反し無效なりと抗辯した。一審に於ては被上告人の申請は却下せられたるも二審に於ては之か申請を認容し其の期間に付ては何等明定する所なきにより他に特別の事情なき限り被上告會社の存立期間たる昭和二十三年十二月十五日迄と認むへく、區域に付ては前認定の如く靜岡市及其の隣接町村に限定せられたることは疑ひなしと判示した。

【理由】 一定の營業を爲さざるべき義務を負はしむる契約と雖其の程度によつて必すしも公序良俗に反するものではない。而して本件契約は原審の確定する所によれは牛乳販賣を營業とする被上告會社か大正十年十一月十七日上告人を牛乳配達人として雇入れた際上告人をして解雇後に於ても會社の營業區域たる靜岡市及其の隣接町村に於て會社の存立時期の滿了する昭和二十三年十二月十五日迄牛乳販賣業を營まざることを約束せしめたるもので斯る期間區域を以てする競業禁止の特約は上告人の營業の自由を過

當に制限するものとは謂め難く此程度の制限は之を約定するも未た以て公序良俗に反せさるものと解するを正當とすとの理由で上告を棄却した。

(二) 民法第九十六條第三項に所謂善意の第三者

(代金請求事件、大審院第五民事部、昭、七年、(オ)第一三七一號、同年八月九日判決、棄却、一審水戸地方、二審東京控、大、民、判、一一卷一八七九頁)(上告人被上告人　海老根子之八外二名　菊地武)

(民法第九十六條同第五百七十九條)

連帶債務者の一人の爲したる代物辨濟か詐欺に因る意思表示なりとして取消されたる場合に於て他の連帶債務者は民法第九十六條第三項に所謂善意の第三者に該當せさるものとす。

【事實】訴外山崎健次は其の所有に係る土地を訴外海老根倉之助に買戻約定付にて賣渡したるところ大正八年五月一日被上告人に對し右土地を代金千三百五十圓にて代金支拂と同時に右訴外人より買戻して所有權移轉登記を爲すへき約定にて賣渡すへき契約を爲した。依て被上告人は同日右代金の支拂を爲したるも山崎健次は右契約を履行すること能はさる爲め大正十二年四月中合意の上右賣買契約を解除し同時に被上告人か返還を受くへき代金千三百五十圓に付代金授受の日たる大正八年五月一日より年一割の利子を加へ同年十二月二十五日迄に山崎健次及被告等に於て連帶して元利の支拂を爲すへき旨の準消費貸借契約を同人等との間に締結した。然るに被告等は右期間内に之か支拂を爲さす、大正十二年十二月二十日に至りて山崎健次は右債務中二百圓を除く其の餘の債務の辨濟に代へて其の妻山崎はつ所有の土地所有權を被上告人に移轉し之が登記を了した。然るに右土地には他の債權者の爲抵當權の設定あり、其の後抵當權の實行に依る競賣に依り其の所有權を喪失するに至りたるもので、被上告人等は右代物辨濟は詐偽に因る法律行爲なるを以て之を取消し原債務の支拂を求むと請求し、一審に於て棄却せられたるも二審に於て認容せられた。之に對し上告人は詐欺に因る意思表示の取消は善意の第三者に對抗するを得さることは民法第九十六條第三項の規定する所である。本件に於て山崎健次と被上告人との間に代物辨濟契約が爲され上告人等は之に因り其の債務を免かれたるものなれは被上告人等は善意の第三者である。而して右契約か取消されたりとするも上告人は一旦消滅したる債務を負擔すへきに非ずと主張した。

【理由】民法第九十六條第三項に所謂善意の第三者とは詐欺の情を知らす善意を以て新に權利を取得したる者を謂ふもので、詐欺に因る他人間の法律行爲に因り自己の債務を免れたる者の如きは其の中に包含せさるものと解ずるを相當とする。(明治三十二年(オ)第二二七號明治三十三年五月七日當院判決參照)而して本件に於て上告人等は右山崎健次と被上告人等の詐欺に因る法律行爲に基く法律關係に於て善意の第三者と云ふに該當せさることは明であるから、原判決か右詐欺に因る法律行爲取消の效果は上告

人等にも及ぶものとなし從て上告人等は本件消費貸借上の債務を免れさるものと判示したのは正當なりとして上告を棄却した。

(三) 民法第百十條の適用範圍

(損害賠償請求事件、大審院第五民事部、昭、七年(オ)第二一〇一號 同年十一月二十五日判決、棄却、二審札幌地方法律新聞三四九九號八頁)(上告人 木村松助 被上告人 木村辰夫外一名)

(民法第百十條)

民法第百十條の適用あるには代理人たる者は或る事項に付本人より代理權を授與せられたることを要し自稱代理人の行爲に付ては第三者に於て本人を代理する權限ありと信すへき正當の理由を有するときに於ても同條を適用すへきに非す。

【事實】 被上告人木村辰夫は大正十四年八月一日其の長女の死亡屆を札幌市役所に爲すに際して訴外井口逸英に其の印章を交附して之を代理せしめた。然るに逸英は其の權限を濫用して右印章を使用して公正證書を作成し上告人と本件消費貸借を締結した。而して逸英は右公正證書の作成に際して前記印章を以て白紙委任狀及印鑑證明書を作成して之を上告人に呈示し同人か本件契約締結の權限あることを表示したるものなれは、上告人は右逸英か本件公正證書作成に付被上告人辰夫の代理人と信すへき正當の理由を有せしもので民法第百十條によつて本件契約は有效に成立したるものなりと主張した。

【理由】 民法第百十條の適用あるには代理人たる者は本人より或事項に付代理する權限を授與せられたることを必要とするものにして本人より何等權限を授與せられたることなき自稱代理人の行爲に付ては縱令第三者に於て本人を代理する權限ありと信すへき正當の理由を有するときと雖、同條を適用すへきに非さることは本院判例の示す所である。本件に於て訴外井口逸英か被上告人木村辰夫の代理人として同人より或事項に付代理の權限を授與せられ居りたりとの事實は、木村辰夫は其の長女の死亡屆を爲すに際し逸英に自己の印章を交付し之か代理を爲さしめたりと云ふに在る。然れとも右の如き事實ありたれはとて直に逸英は辰夫の代理人なりと云ふことを得さるに依り原審か此の點に關する上告人の主張を排斥したるは不法に非すとして上告を棄却した。

(四) 民法第百二十一條但書の適用

(現存利益償還請求事件、大審院第三民事部、昭、七年(オ)第五九九號、同年十月二十六日判決、棄却、一審岡山地方、二審廣島控、大民、判、一一卷一九二〇頁)(上告人 島本登美子 被上告人 北村長太郎)

(民法第百二十一條 同第八百八十六條)

無能力者か取消し得へき法律行爲に因り相手方より受領したる金員を以て他人に對する債務を辨濟し又は生活に缺くへからさる費用を支辨したる後該法律行爲を取消したるときは相手方に對し

其の辨濟又は支辨したる金額を償還する義務を有するものとす。

【事實】　被上告人は大正十五年十二月九日訴外山下多平治同島本シヅを連帶保證人として上告人に金四千圓を貸與し、上告人所有不動產上に抵當權を設定し之が登記を了した。然るに右の貸借は親權者島本シモか未成年者たる上告人に代りて爲したるものなるに拘らず正當なる親族會の同意なかりし爲、其の後上告人より其の法律行爲の取消を理由とする前記債權の不存在確認並に抵當權抹消登記手續請求の訴訟を提起せられ、被上告人敗訴し該判決は確定した。而して上告人は被上告人より現實に收受したる右貸借金四千圓を以て自己の他の債務の支拂に充て殘餘は自己の生活費に費消したるもので、從て上告人は前記の貸借契約に因り金四千圓に相當する利益を現に受くるものなれは其の償還を求むと請求し、上告人は其の受領金を以て上告人の既存債務の支拂並生活費に充當したりとの被上告人の主張を否認し、尙民法第百二十一條の現に利益を受くる限度とは無能力者の受くる利益か有形的に存在する場合のみを謂ふものなれは本件の如く貸借金か現存せざるときは上告人に之か返還の義務なしと抗辨し、一審二審共に被上告人の勝訴に歸した。上告理由第一點は原判決は民法第百二十一條但書に現に利益を受くる限度とは法律行爲を取消したる結果無能力者の受くる利益か有形的に現存する場合のみを指すにあらずして無能力者の受けたる物か該無能力者の爲有益に費消せられ財產の減少を免れたるに依り其の利益の尙存在する場合をも包含するものと解するを相當とすと判示せられたるか法の解釋を誤りたるものである。何となれは此の如き見解に從はは現に受けつゝある利益と曾て受けたる利益とは多くの場合に於て一致し唯僅かに他人の爲に横領費消せられ又は遺失したるか如き場合に於てのみ曾て利益を受けたるも現在に於ては利益を受けさるものと云ふを得るに過きさるに至るへく、民法第七百三條に於て現に利益の存する限度と云ひ又民法第百二十一條但書に於て現に利益を受くる限度と云ひて特に「受けたる利益」と區別し償還責任の限度を局限したる規定を設けたる精神を沒却すへく、或は民法第七百三條に所謂現に利益の存する限度の何たるやに關する解釋としては忍ふ可けんも民法第百二十一條但書に付ても尙同一の解釋を爲すは誤りである。蓋し一般不當利得の規定のは公平觀念に基き利得者に利得償還の義務を認むるものであるから故に假令善意の利得者と雖、利得によりて財產の支出を免れたる消極的利益ある場合には現存利益として之か返還を爲さしむることを適當とすへけんも、無能力者の利得に關する民法第百二十一條但書の規定は民法第七百三條の例外を爲し特に無能力者を保護せんか爲に無能力者と取引を爲さんとする相手方に對し無能力者との取引に於ては損失を蒙ることを有るへきを警告し若し取引上の注意を缺きたる場合、其の爲無能力者の行爲か取消されたるか如きときは相手方に於て其の損失を負擔するを當然とする趣旨に於て定められたる規定であるから其の解釋に當りては單に公平の觀念を基礎とする

民法第七百三條と同一視するは法の精神に背馳するものなれはなりと云ふにある。

【理由】 無能力者か取消し得へき法律行爲に因て相手方より受領した金員を以て自己の他人に對する債務を辨濟し又は必要なる生活費を支辨したときは無能力者は其の法律行爲に因て現に利益を受け居るものと謂ひ得るのであるから、當該法律行爲を取消したる以上民法第百二十一條に依り其の辨濟又は支辨したる金員を相手方に償還する義務を有するものである。蓋し無能力者の負擔する債務又は生活費は其の財產を以て辨濟又は支辨することを要するものであるから之に必要な資金を自己の財產より支出することなく取消し得へき法律行爲に因り、受領せし金員を之に充てたるときは無能力者の財產は其の範圍に於て減少すへかりしもの減少せすして尙存在するもので無能力者は現に其の利益を受け居れるものと言ふを得るからである。故に論旨は理由なしと判示した。

(五) 競賣法に依る競賣と民法第百七十七條

(損害金請求事件、大審院第三民事部、昭、七年(オ)第五一八九號同年十一月三十日判決、棄却、二審長崎地方、法律新聞三四九九號一二頁)(上告人 池邊利作 被上告人 田中彌平)

(民法第百七十七條 民事訴訟法第二百三十一條)

競賣に因る所有權移轉に於ても從來の所有者は競落に因る權利變動に付ては民法第百七十七條に所謂第三者に該當せず。

【事實】 被上告人は本件宅地二百坪を昭和二年十一月二十九日抵當權實行の競賣に因り競落し其の所有權を取得した。而して被上告人は其の前所有者たる上告人に對し右土地不法占據に因る損害金の請求を爲したるに、上告人は右競賣申立の抵當債權は存在せさるものであるから原告か爲したる競落は無效のものであり、從て原告に所有權の移轉する筈なしと抗辯したが、二審に於ては所有權移轉の事實を認め被上告人の請求を認容した。之に對し上告人は被上告人か抵當權實行の競賣に因り所有權を取得したりとするも未た其の旨の登記なく、而して不動產物權の取得は其の登記を爲すに非されは之を以て第三者たる上告人に對抗することを得ない。民法第百七十七條は第三者に對し抗辯權を與へたるに非すして不動產物權の變動を第三者に對抗する爲めの積極的要件である。或は原判決は上告人を以て本件登記欠缺を主張する正當の利益を有する第三者にあらすとなすならんも本件競賣の基本となりたる抵當權は實體上無效であつて斯る無效の抵當權に基く競賣に由り被上告人か競落したりとするも本件土地所有權を取得する謂はれなく從て上告人は被上告人の本件土地所有權の登記欠缺を主張するに付て正當の利益を有するものなりと主張した。

【理由】 競賣法に依る競落は普通の賣買に非さることは勿論であるが、亦當該不動產所有權移轉の原因を爲すもので之に因て當該不動產の所有權か從來の所有者より競落人に

移轉するのであるから從來の所有者は競落に因る權利變動に付ては民法第百七十七條に所謂第三者に該當せざるものと謂はなければならない。原判決が上告人は本件競落に因る所有權移轉の當事者にして第三者に非ず、從て被上告人は登記なくとも其の所有權取得を上告人に對抗し得べきものなりと爲したのは至當であつて論旨は理由なしと判示した。

(六)　現實の占據者に非ざる者に對する土地明渡の請求

(建物收去土地明渡損害金請求事件、函館地方、棄却、法律新聞三四九八號一二頁)　(控訴人池田市太郎　被控訴人教賀谷常太郎　從參加人池田榮左衛門)

(民法第百七十七條　同　第七〇九條)

建物の所有者が之を他人に賣渡し右建物を引渡し既に之を占據し居らざる場合に於ては單に建物賣買の登記なきを理由として所有權に基き賣主に對し該建物の收去並土地明渡を求むべき筋合に非ず。

【事實】　控訴人は大正十二年九月二十一日其の所有に係る本件土地を從參加人に賃貸し、該契約に於て從參加人は賃料は毎月二十八日限り支拂ふへく尙借地決定の時より十八箇月內に右地上に建坪十五坪以上の住宅を建設すへきこと、若し其の一たりとも違反するときは右賃貸借契約は當然其の時を以て效力を失ふへき旨契約した。然るに從參加人は右契約成立後十八箇月を經過するも右地上に住宅を建設せず、且大正十五年以降の賃料の支拂を爲さず、從て該契約は大正十五年一月二十八日迄に當然消滅に歸したる筈なるに、從參加人は同年十二月十五日右土地中四十坪に被控訴人と轉貸借契約をなし被控訴人は該地上に家屋を建設し同月二十一日其の保存登記を爲し不法に土地の占據をなし、控訴人の右土地に對する使用收益を妨たけ損害を被らしめつゝあるを以て、控訴人は被控訴人に對し所有權に基き右家屋の收去並其の敷地四十坪の明渡を求むると共に大正十五年十二月二十一日以降明渡濟に至る迄の損害の賠償を求むと主張し、被控訴人は該家屋は既に昭和四年九月三十日訴外伊藤松太郎に賣渡し既に引渡を了し該敷地を占有せざるものなれは右敷地を占據することを前提とする控訴人の請求は失當なりと抗辯し、控訴人は被控訴人主張の事實を否認し、假に其の賣買ありたりとするも未た其の旨の登記なきを以て被控訴人は第三者たる控訴人に對し其の家屋の所有者に非ずとの事實を以て對抗することを得ずと陳述した。

【理由】　被控訴人は昭和四年九月三十日前記家屋を訴外伊藤松太郎に賣渡し、其の引渡を了し既に其の所有權者に非ざるは勿論、現在にては最早本件土地を占據し居らざるものであるから被控訴人は右家屋に付何等處分權並管理權を有しない。從て現實の妨害者に非ざる被控訴人に對する該家屋の收去並土地明渡を求むる控訴人の本訴請求は失當である。控訴人は被控訴人並伊藤松太郎間に判示の如き賣買あるも未た該家屋の所有權の移轉に付其の登

記がないから被控訴人が本件家屋の所有者に非ずとの事實を以て第三者たる控訴人に對抗するを得ないと主張する。然れども民法第百七十七條は不動產に關する物權の得喪又は變更なしとするものではない。本件に於ては既に賣買が成立し賣主たる被控訴人に於て右建物を引渡し、既に之を占據し居らざるものであるから單に建物賣買の登記なきを理由として被控訴人に對し該建物の收去並土地明渡を求むべき筋合でない。次に控訴人の金員支拂の請求の當否に付て按するに、被控訴人が大正十五年十二月中旬より昭和四年九月三十日迄前記建物を所有し以て本件土地を占據し居りたることは前記認定の如くであるが被控訴人は本件土地の賃借人たる從參加人に對し、前記賃貸借が終了と爲りたる大正十五年一月以降右借地の明渡を求めたることなきは勿論其の後の賃料若くは之に相當する損害金をも請求せず、昭和二年六月頃に至つて從參加人に對し同日迄の賃料未拂に就ての交渉を爲したるもので控訴人が被控訴人の本件土地占據に因り該土地に對する使用收益を妨げられ損害を被りたりとするも被控訴人に於ては右土地占據並其の損害の發生に付毫も故意過失の責むべきものなく控訴人の被控訴人に對する本件土地所有權侵害に因る損害の賠償を求むる本訴請求は失當なりとして控訴を棄却した。

（七）所有權の移轉登記を命ずる判決主文と所有權の歸屬

（損害賠償請求事件、宮城控、民事第一部、昭、七年（ネ）第五號同年十一月十日言渡、棄却、一審仙臺地方、法律新聞三五〇〇）（控訴人 遠藤たり 被控訴人 遠藤恒之介）

（民事訴訟法第百九十九條）

所有權移轉登記手續を爲すべしとの判決主文には右不動產の所有權が何人に在りやは其の主文に包含せられざるものにして所有權の歸屬は該判決に因り確定せられざるものとす。

【事實】 被控訴人は其の先々代熊吉が保管の爲め其の所有名義を控訴人に託して買た仙臺市長町二十五番同上二十五番ノ一宅地並同上建物の所有名義の返還を控訴人に請求したるところ、控訴人は二十五番及ひ二十五番の二宅地並同上建物は保管を託されたるものなれは返還するも其の他の二十五番の一及ひ二十五番の三宅地並同上建物は右熊吉生前に於て二十五番宅地を分割し證言に因り分與されたるものなれは返還すること能はすと抵んた。當時被控訴人は之を信して二十五番の宅地建物二十五番の二宅地に付賣買名義で大正十四年七月六日控訴人より被控訴人に所有權移轉登記をなし、且其の當時控訴人は被控訴人に所有權移轉登記を爲したる二十五番の二宅地と控訴人名義に存置したる二十五番の三宅地との境界線を指示し被控訴人は之を承認した。然るに其の後控訴人の言の虛僞なることを覺知したので控訴人に對し訴訟を提起し被控訴人勝訴の判決を得たるところ、控訴人は被控訴人が前記二十五番の二と二十五番の三との境界を承認したのは二十五番及ひ二十五番の二宅地と二十五番の一、三宅地との所有權の

歸屬に付和解又は示談契約を爲したるものなりと主張し被控訴人は右境界を承認したるは和解又は示談契約を爲したるものに非す、假に示談契約なりとするも先々代熊吉に於て分割並遺贈を爲したるものに非さるを以て被控訴人の右行爲は錯誤ありて無效なりと主張した。

【理由】被控訴人主張の確定判決の主文には被告は原告に對し……の所有權移轉登記手續を爲すへし」と記載しあるのみで該不動產の所有權か原告即ち被控訴人に在ることに付ては何等の記載も存しない。然らは該判決か被告即ち控訴人に對し所有權移轉登記手續を命したる理由の如何に拘らす右不動產の所有權か何人に在りやは其の主文に包含せられさるもので所有權の歸屬は該判決に因て確定せられざるものであるから控訴人は本訴に於て被控訴人の右不動產の所有者たることを否認し得るものと謂はなければならない。然るに右判決の確定したる事實其他を綜合すれは前記判決主文に記載せられたる宅地建物は一應被控訴人の所有に屬することを推認することが出來る。又本件事實に徵するも控訴人主張の如き贈與並に示談契約の事實を認むることを得ないとして控訴を棄却した。

(八)　經界確定の訴と所有權の確認

(土地經界確定請求事件、名古屋區、昭、四年(ハ)第一二三一號同七年十二月五日言渡法律新聞三五〇一號一〇頁)(原告被告　加藤象次郎　加藤伊助)

裁判所か所有權の存否に付心證を把握し判決を以て經界を確定したる以上其經界線か相隣地間の經界たる點に於て一定の確定力を生すへく之か爲右經界線に至る迄の土地の所有權の全體に付確定力を生せさる不利益ありとするも敢て所有權確認の訴を提起せさるへからさるものに非す。

【事實】被告は名古屋市東區田代町字坂上六十四番の一宅地五十五坪同所七十四番の二山林三歩を所有し、原告は同地に接續して同所七十三番山林二畝二十三歩を所有し、名古屋市東區役所備付の圖面に依るも明治二十六年頃迄は七十三番として表示されて居たが、其後被告所有地に付分筆併合地目變更等の手續があつて其の都度屢々圖面の修正を爲すに當つて之に接續せる原告所有の七十三番の地域の中本件土地の部分をも誤て七十四番の一と訂正した爲め、現在の圖面上は原告所有地は七十四番の一と表示されるに至つたと主張し、被告は之を否認し假に原告主張の如き事情ありとせは前記圖面上七十四番の一とある地域か原告所有に係る七十三番の土地なりとの點に付、先つ其所有權の確認を求むへきに其の請求に出てすして直に經界のみに付確定を求めむとする本訴は失當なりと抗辯した。

【理由】區役所備付の圖面の記載は土地に關する所有權の存否に付て公信力を有するものではないから其記載か實際に吻合しないからと言て斯る事實關係に付て確認を求むる必要はないのみならす他面先決的に前記七十三番の土地に付原告の所有權の存否に

關して獨立の確認請求を爲すに非れは本訴か不適法の訴なりとも爲すを得ない。蓋し本訴に於て相隣地なる七十三番（圖面上は七十四番の一）の所有權に付爭あることは前叙の如くで、而も原告は本訴に於て相隣地の經界のみの確定を求むるものなることは其主張自體に徴し明白であつて、斯く相隣地の所有權に付爭ある場合に經界確定のみに付、爲したる裁判は相隣地の經界を定むると同時に相隣地の所有權の範圍をも確定するの效力を是認せむとする見解（大正四年五月十五日大審院判決）には輙く左袒し難きも裁判所か所有權の存否に付心證を把握し判決を以て經界を確定したる以上其經界線か相隣地間の經界たる點に於て一定の確定力を生すへきことは論を俟たさるところで、之か爲右經界線に至る迄の土地の所有權の全幅に付確定力を生せさる不利益ありとするも夫は原告の選擇に任すへく所有權確認の訴訟を提起せされはとて經界確定の請求をも排斥すへしと爲す結論を必然的に伴ふものではない。被告の抗辯は理由なきものと謂ふへしとして原告の請求を認容した。

（九）賃貸借か抵當權者に損害を及ぼすや否やの認定

（賃借權設定登記抹消手續請求事件、大審院第一民事部、昭、七年（オ）第七五二號同年十一月二十四日判決、棄却）

二審大阪控、法律新聞三五〇三號七頁）（上告人　問九郎兵衛、丸谷文治郎　被上告人　生田宗治）

（民法第三百九十五條）

賃貸借か抵當權を害するや否やは抵當權實行の場合に於ける實情に依りて定むへきものとす。

【事實】　上告論旨は民法第三百九十五條に抵當權の登記後に於ても賃借權の設定を認めた立法の精神は不動産の所有者をして廣く不動産の利用を爲さしめ以て所有者を保護することは又國家の利益と合致するが爲めである。故に同條に謂ふ抵當權者に損害を與へるや否やは賃貸借設定當時の事情を標準として定むへきものである。一旦適法に賃借權者となつた者か其の後の事情の變更の爲に其の權利を失ふか如きは既得權を不確實なる社會事情の變動により得喪せしむるもので權利の性質に反する。然るに一審並原審の鑑定は何れも何時に於ける賃貸借の存在中抵當權者に損害を與ふるものなりやを明にせす。斯る鑑定を判斷の資料に採るは不確實なる證據を裁判の資料となすものにして違法なりと云ふにある。

【理由】　抵當權の設定ある不動産の賃貸借を爲すことは法律の是認する所であるから其の賃貸借を以て直に抵當權を妨害するものと謂ふことは出來ないが、若し賃貸借の存在か抵當不動産の代價を低廉ならしめ因て抵當權者をして完全に辨濟を受くることを得さらしめるときは抵當權者に損害を及すもので其の賃貸借の解除を請求することを得へく從て賃貸借か抵當權を害するや否やは抵當權實行の場合に於ける事情に依つて定むへきである。（大正五年（オ）第二二六號大正五年五月二十二日當院判決參照）被上告人か係爭家屋に付抵當權を實行せんとしたる當時の事情に基き賃

貸借か損害を及ぼす旨を主張し原審も其の當時の事情を參酌して爲したる鑑定の結果を綜合したる上本訴の賃貸借か該抵當權に損害を及す事實を認定したること明なれは原判決には所論の如き不法なく論旨は理由なしとした。

（一〇）要素の錯誤に因る契約の無效と違約金請求

（債務履行本訴並反訴請求事件、函館地方、昭六年（ワ）第一〇七號棄却、法律新聞三五〇二號八頁）（原告被告）鈴木長太郎　被告（反訴原告）鳳田佐一郎）

（民法第九十六條）
（同第四百二十條）

契約違反の場合に於ける制裁の約定は契約の成立存續を前提とするものにして基本たる契約自體か要素に錯誤ある等の爲め當初より成立せさりし場合の如きは之を豫想せさりしものとす。

【事實】原告は被告との間に昭和三年十一月二十六日被告所有に係る本件土地に付賣買契約を締結し原告は同年十一月末日迄に右保證金の中金千六百圓支拂つた。而して該契約締結の際被告は原告に右土地の繪圖面を示し、其の收益一ヶ年八百圓以上ありと告げ原告も其の言を信して土地買受の決意を爲すに至つたものである。然るに契約成立後原告は本件賣買以前に被告と第三者との間に賣買ありたるも解約せられたる事實あるを聞知したる爲め該土地の反別收益等を調査せしめたる結果繪圖面記載の反別とは格段の差異あり眞實收益は年三百六十二圓餘に過きない事判明したるにより同年十二月二十日被告に對し解除通知書なる書面を發して賣買契約の無效なる旨を通告した。原告は右賣買契約は繪圖面記載の反別存すること年收八百圓以上存することを要件として爲されたるものなるところ實收益は三百六十二圓餘に過きす又土地反別にも差異あれは結局被告の詐僞に因り爲されたるもので要素に錯誤ある無效のものなりと主張し、尙本件契約に賣主たる被告は契約に違背したる場合には買主たる原告に對し保證金の倍額を返還すへき旨の定めあり、右約款は本件の如く契約の要素に錯誤ありて無效なる場合を包含するものなるか故に原告は右約款に基き被告に對し既收保證金の倍額金三千六百圓及之に對する右通知書到達以降六分の割合に依る遲延損害金の支拂を求むと主張し、被告は原告に對し反訴を提起して本件賣買は當時の土地臺帳謄本に依たもので、土地收益反別等に付ては何等の特約なく之を要件とするものではない。原告は保證金の殘金四百圓並賣買殘代金の支拂に窮したる結果其の違約の責を免かれんか爲め同年十二月二十日解除通知書を被告に送付して來たのである。而して本件契約に於て原告か違約したる場合には既收保證金を沒收し且保證金金額を即時支拂ふへき旨の定めあるを以て被告は原告に對し保證金二千圓及之に對する反訴狀送達の翌日より完濟に至る迄年五分の割合に依る遲延損害金の支拂を求むと抗辯した。

【理由】本件土地賣買契約は土地の收益一ヶ年八百圓以上存すること並所定の反別存することを要件として成立したるものなるに拘らす收益は僅かに三百五十九圓餘に過きす、反別等にも格段

の差異の存することを認定し得る。而かもそれは被告の詐欺に基因するものであるから本件賣買契約は要素に錯誤ある無效のものなりと解するを相當とする。而して本件賣買契約に於て契約違反の場合に於ける制裁を規定して賣主たる被告の時は保證金全部を借返しすへく買主たる原告の時に於ても同樣保證金全額を被告に即時支拂ふへく既收の保證金は之を沒收し返還せさるものとする旨約定したる事は爭なく之を本件賣買契約書記載の文旨自體に付觀察すれは右約定は原被告双方か本件賣買契約の履行を確保せむか爲め、その契約違反の場合に於ける制裁を定めたるもので、契約の成立存續を前提とし基本たる契約自體か要素に錯誤ある等の爲め當初より成立せさりし場合の如きは之を豫想せさりしものと解するを相當とする。故に原告並被告の反訴請求は失當なりと判示した。

商法

(一) 商業を營むるや否やの認定

(物品代金請求事件、大審院第五民事部、昭和七年(オ)第二千三百八十六號、昭和七年十二月十三日判決、業却、第二審佐賀地方裁判所法律新聞第三千五百四號)

(上告人 被控訴人 被上告人 控訴人 吉田カネ 毛利眞一郎)

(商法第四條)

或人が商業を營むるや否やは主として、其實體の事實に付觀察すべきものにして、市役所又は警察署に對する屆出名義を標準とすべきにあらず。

【事實】 唐津市所在の宮崎吳服店は、當初宮崎清次が經營してゐたが、同人が其後之に失敗したので、妻の實母で資產のある上告人と協議の上更めて上告人を宮崎吳服店の經營主として同人名義で吳服商を經營することとなり、清次は只上告人の委任に基いて同人の代理人として直接取引の衝に當ることとなつた。此處に於て、清次は控訴人に對し足袋の注文をなし、被上告人は右の事實を信じて、上告人に對して宮崎吳服店吉田かね宛に數回足袋を送付した。其後被上告人は上告人に對して右代金を請求したけれども、上告人は之を拒絕した。原審に於ては、被上告人の主張を認めて、上告人に代金支拂を命じたので、上告人の上告となつたのである。上告理由第一點及第三點に於ては結局原判決の事實の認定を誤つたことを指摘したのである。同第二點に於ては、清次が訴外川口を介して、被上告人に足袋の注文をするに當つて、宮崎吳服店は今後上告人即吉田かね名義で開店することとなつたといつたので、被上告人が之を信じて右注文を承諾して、宮崎吳服店吉田かね宛」にて送荷したといふ事實は、上告人は認めるが、他に清次が右兩名に眞實を傳へたと認めうる證據がないから、原判決が、上告人が宮崎吳服店を經營するに至つたと認定したのは

審理不盡であるといふのである。即若上告人本人訊問の結果並に證人の證言を信用出來ぬとすれば、清次を假令當事者双方共に訊問の申請をしないとするも、職權を以て之を訊問することを得べきなのに不拘之をしなかつた。又原判決の認定した如く、上告人名義で呉服商を經營したと假定するならば、必す市役所又は警察署等に上告人から營業屆出がある筈である。故に右の如き公的名義の屆けない限り、假令實體上上告人が之を經營するに至つたとしても、尙名義上は宮崎清次名義であるといはねばならぬ。被上告人は單に上告人が呉服商を營んでゐたと主張するだけで、原判決の認定の如く、名義上並に實體上共に上告人が呉服商を經營したが、名義上は宮崎清次が事實體上は上告人の經營であると主張してゐるかは明瞭でない。故に原判決が宮崎清次を上告人の代理人と認め、上告人に物品代金支拂義務を認めたことは、違法であるといふのである。

【理由】原審が判斷に供した證人及被上告人本人の訊問の結果から見れば、原審が認定した如く、宮崎呉服店は上告人の經營で上告人は被上告人から本件足袋類を購入した事實を認め得る。又或る人が商業を營むでゐるか否かは、主として其實體の事實に付て、觀察すべきもので、市役所又は警察署に對する屆出名義を標準と爲すべきものではない。而して裁判所の職權調査は其自由裁量の權内に屬するものであるから、原審が宮崎清次を訊問せずに上告人に不利益の判斷を爲したとしても不法ではない。以上の如く大審院は原判決を支持してゐる。

(二)　商號の登記と類似商號の使用

（商號使用廢止商號登記抹消請求事件並反訴請求事件、東京地方裁判所第五民事部、昭和五年(ワ)第二千十號及第三千七百三十五號、昭和七年十月二十九日判決、棄却、第一審東京區裁判所、法律新報第三百五十號）

（原告（反訴被告）、合資會社トラヤ帽子店、右代表者無限責任社員秋山松三郎　被告（反訴原告）八橋良平）

（商法第二十條）

他人が或る商號の登記を爲したるときは、不正競爭の目的を以て、同一又は類似の商號を使用することを得ざるものにして、其登記せられたる他人の商號が之に類似する商號に變更せらるることによりて、爰に類似商號を使用することを得ざりし者が、之を使用し得るに至る者と解するを得ず。蓋し既に或商號の登記を爲したる者は爾後自ら之と類似の商號を使用することを得べしと雖も、他人が不正競爭の目的を以て之と類似の商號を使用することを得ざるものなるを以て、右商號の不正使用者に對する關係に於ては、登記せられたる商號は、之を爾後類似の商號に變更することによりては直に其效力を失ふものに非ざるを以てなり。

【事實】被告は大正六年以來東京市神田區神保町一番地に於て「トラヤ」なる商號を使用し帽子類の販賣を經營し、昭和三年九月六日東京區裁判所に於て、右商號の登記を爲したが、昭和四年五月十七日右商號を「トラヤ帽子店」と變更し、同日東京區裁判所

に於て右商號變更の登記を爲し、尙同日東京市京橋區銀座一丁目七番地に「トラヤ帽子店」なる商號を使用して營業所を增設し、同日東京區裁判所に於て右商號の登記をした。然るに原告は大正十二年十月中東京市神田區表神保町二番地に於て、「合資會社サノヤ帽子店」なる商號を使用して帽子類の販賣を開業し、昭和三年二月二十日東京區裁判所に於て、右商號の登記をした。而して被告の販賣する帽子が「トラヤノ帽子」として賣行良好な爲、原告は被告の商號と類似の商號を使用して利益を得やうといふ不正競爭の目的を以て、昭和三年九月十五日其營業品を現住所即東京市京橋區銀座八丁目一番地に移轉して、其商號を「合資會社トラヤ帽子店」と變更し、同月二十四日東京區裁判所合資會社商業登記簿第一四八二三號を以て右商號の變更登記を爲したものである。原告は被告に對しては、原告は昭和三年九月二十四日東京區裁判所に於て「合資會社トラヤ帽子店」なる商號を登記し、東京市京橋區銀座八丁目一番地に於て、右商號を使用し帽子類の販賣營業を爲してゐた所、被告は昭和四年五月十七日に至つて、原告と同一區內の銀座一丁目七番地に於て、前記原告の商號と類似した「トラヤ帽子店」なる商號を使用して原告と同一の營業を開始して同日東京區裁判所商業登記簿京橋區第八八八號を以て右商業の登記を爲したから、右商號の使用の廢止を求め同時に前記商號登記の抹消登記手續を請求した。被告は原告に對して右商號の使用廢止並に商號登記の抹消の請求を拒絕した。而して被告は原告に對して反訴を提起したものである。

【理由】東京地方裁判所に於ては、被告の答辯の如くに事實を認定し、且鑑定の結果原告の商號は被告のものと類似なることを認めた。故に原告は不正競爭の目的を以て右商號を被告と同一營業に使用する爲に使用したとした。從て「他人が或商號の登記をしたときは、不正競爭の目的を以て同一又は類似の商號を使用することは出來ぬもので、其登記せられた他人の商號が之に類似する商號に變更して登記されることに依つて、曩に類似商號を使用することを得なかつた者が之を使用し得るに至るものとは解し得ない。それは既に或る商號の登記を爲した者は、爾後自ら之と類似の商號を使用し得るとしても、他人が不正競爭の目的で之と類似の商號を使用するを得ないから、右商號の不正使用者に對する關係に於ては、登記せられた商號は、之を爾後類似の商號に變更することによつては、直に其效力を失ふものではないからである」。故に本件の場合に於ては、被告の請求は棄却さるべきである。又反訴に付ては反訴原告がなした、反訴原告の類似の商號使用廢止及右商號の變更登記の抹消登記手續を求める反訴請求は認容すべきであるとしてゐる。

(三) 合資會社に對する出資の約束と設立行爲との不可分

(詐害行爲取消並に損害賠償請求事件、大審院第五民事部、昭和七年(オ)第二千二百三十六號同七年十二月六日判決、棄却、第二審廣島控訴院法律新聞第三千五百四號)(上告人 尾道機船合資會社右代表者代表

社員住田半次郎外一名
被上告人吉原庫松

（商法第百五號　同第四十九條）

合資會社に對する出資の約束は會社設立行爲の一部を成し、之と不可分の關係を有するものなり。

【事實】訴外宮本は、金二千五百圓を出資する約束で、訴外森本及び上告人と共に上告會社を設立し、宮本は其所有に係る五隻の發動機船を上告會社に引渡し、右に對する時價を以て出資金と差引計算となしたのである。之が爲被上告人は宮本が無資產となつたので、宮本に對する自己の債權は詐害されたといふ理由で、上告人に對して民法四百二十四條による詐害行爲取消並に損害の賠償を請求した處、原審では被上告人の勝となつた。此處に於て上告人は其上告理由の第三點に於て、訴外宮本の出資は上告會社の定款に依れば、金二千五百圓也と記載されてあつて、船舶出資ではない。從て上告會社は訴外宮本から發動機船の買受があつたのは事實であるけれども、發動機船を以て出資したことはない。故に本件に於ては、會社設立行爲と船舶の買受行爲とは別個の法律行爲を構成するものである。縱令後者の行爲が詐害行爲であるとして之を取消すことは理由があるとしても、債權者を詐害しない合資會社の設立行爲は之を取消すことは出來ない。此點に關して原審が、民法第四百二十四條を適用したのは明に誤りだといふのである。

【理由】其判決理由の後段に於て、出資其ものが詐害行爲として取消されるとしても、出資義務發生の原因たる出資の約は詐害行爲とならぬといふ上告理由に對して、大審院は、合資會社に對する出資の約束則定款の作成及變更は、會社設立行爲の一部を成し、之と不可分の關係を有するものであるから、原審が設立行爲其ものを詐害行爲なりとして、之が取消しを命じたのは相當であるとしてゐる。