

山各判事判決

【關係事項】

原告勝訴○軌道使用料請求事件○原告田代合名會社訴訟代理人辯護士櫻井雄被告有浦彌三郎外二名訴訟代理人辯護士丸山達郎

【參照學說判例】

本卷民法一頁以下

(九五)

九七五第三項 此他正當ノ事由アルトキハ被相続人ハ親族會ノ同意ヲ得テ其廢除ヲ請求スルコトヲ得
華族令一五 有爵者法定ノ推定家督相續人ノ廢除若クハ其ノ取消ヲ爲サントスルトキハ被廢除者ノ廢除取消ヲ爲
サントスルトキハ裁判所ニ請求スル前宮内大臣ノ認許ヲ受クヘシ……以下略……

照功ニ因リ男爵ヲ授與セラレタル甲ノ法定ノ推定家督相續人乙ハ女子ニシテ之
ヲ廢嫡スルコトヲシテ甲ノ家督ヲ相續セシムルニ於テハ此榮爵ヲ廢絶スル
ノ結果トナルヲ以テ甲ハ其四男丙ヲシテ家督相續人タラシメントノ希望ヲ有シ
居リ且乙ハ甲家ヲ廢嫡セラレタル上ハ丁家ノ養子タルヘキコトニ付キ既ニ其當
事者間ニ確約アルトキハ民法第九七五條第二項ニ該當スルモノトス

按スルニ被告カ原告ノ長男亡重夫ノ二女ニシテ現ニ原告ノ法定ノ推定家督相續人タ
ルコトハ甲第一號證ニ依リ明カナリ而シテ證人三淵忠彦ノ證言ニ徵スレハ原告ハ明
治四〇年九月中其ノ勳功ニ因リ男爵ヲ授與セラレタルカ被告ハ女子ナルカ故ニ之ヲ
承繼スルコトヲ得ス被告ヲ廢嫡スルコト無クシテ原告家ノ家督ヲ相續セシムルニ於
テハ此榮爵ヲ廢絶スルノ結果ト爲リ如斯ハ優渥ナル聖恩ニ答答スルノ道ニ非サルヲ
以テ原告ハ其四男重芳ヲシテ其ノ家督相續人タラシメントノ希望ヲ有シ居リ且一方

被告ハ原告家ヲ廢嫡セラレタル上ハ訴外與會家ノ養子タルヘキコトニ付キ既ニ其當
事者間ニ確約アル事實ヲ確定スルニ十分ニシテ尙被告ヲ廢嫡スルニ付キ原告カ宮内
大臣ノ認許ヲ經タルコトハ甲第三號證ニ依リ明白ナリトス果シテ然ラハ以上ノ如キ
事實關係ノ下ニ於テ被告カ原告ノ法定ノ推定家督相續人タルコトヲ廢除スルハ蓋已
ムヲ得サルノ事情ト謂フヘク如斯ハ民法第九七五條第二項ニ該當スルモノニシテ原
告カ本訴提起ニ付親族會ノ同意ヲ得タルコトハ甲第二號證ノ一二ニヨリ明瞭ナルカ
故ニ原告ノ本訴請求ヲ相當ト認ム(東京地方裁判所大正九年(タ)第九七號同年五月三日第一都大森裁判長
田田佐藤各判事判決)

【關係事項】

原告勝訴○法定ノ推定家督相續人廢除事件○原告出羽重造訴訟代理人辯護士佐藤庄吾被告出羽富士子訴訟代理
人辯護士中村秋三郎

【廢除ト正當ノ事由ニ關スル參照學說判例】

本卷民法四三頁以下

(九六)

一七七 不動産ニ關スル物權ノ得喪及ヒ變更ハ登記法ノ定ムル所ニ從ヒ其登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ
對抗スルコトヲ得ス
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サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス
一七九 債務者カ其債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲ササルトキハ債權者ハ其損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得債務者
ノ責ニ歸スヘキ事由ニ由リテ履行ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルトキ亦同シ
七〇九 故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス
刑法二四九 第一項人ヲ恐喝シテ財物ヲ交付セシメタル者ハ十年以下ノ懲役ニ處ス
債務者カ故意又ハ過失ニ因リ債權者ノ債權ヲ侵害スルハ則チ債務ノ不履行ニシ
テ廣義ニ於テ不合法行爲ナリト雖モ民法上所謂不法行爲ノ範疇ニ屬セサルモ

ノトス」

債務者カ第三者ト協力シ右ノ侵害行為ヲ爲ス場合ト雖モ依然債務ノ不履行ニシテ不法行為ト爲ルモノニ非ス」

民法第一七七條第一七八條ハ善意無過失ノ第三者ノミナラス過失アル第三者及惡意ノ第三者ヲモ保護スル趣旨ナリトス」

權利實行ノ手段トシテ恐喝ヲ爲スモ之ニ因リ收受スル利益カ其權利ノ範圍内ニ屬スルトキハ法律上恐喝罪成立セサルモノナリト雖モ第一ノ買主カ未タ登記又ハ引渡ノ條件ヲ具備セサルニ先タチ其情ヲ知リテ賣主ヨリ目的物ヲ買得シタル第三者ニ對シ第一ノ買主ハ不法行為ニ基ク損害賠償請求權ヲ有セサルモノナルカ故ニ第一ノ買主カ第三者ヲ恐喝シテ自己ノ現實ニ蒙リタル損害額ノ範圍内ナル金額ヲ交付セシメタルトキハ恐喝罪成立スルモノトス」

被告一ハ被告三助及吉次郎ノ仲介ニ依リ大正八年七月八日上川郡鷹栖村宇近文大
家五郎ノ代理人大家仲藏ヨリ磯五郎ノ所有ニ係ル同宇五線十七號己號一〇九八番
地ノ一畑二町七反八畝三歩外貳筆ノ土地及右上建物並其建物附屬ノ疊建具類ヲ代金
一萬參百圓ニテ買受ケ内八百圓ヲ支拂ヒ殘金代金九千五百圓ハ同年八月廿五日登記
ト同時ニ支拂フヘキ旨ヲ約シ尙賣主カ違約セタルトキハ買主ニ對シ内金ヲ返還スル
外八百圓ヲ賠償スヘキ旨ヲ約シ尙賣主カ違約セタルトキハ内金ヲ拋棄スヘキ旨ヲ約シ
ケル損害賠償額ヲ金八百圓ト豫定シ且右ノ場合契約ハ當然解除セラレル旨ヲ特約
爲シ翌七月九日右買受物件中土地以外ノ物件全部ヲ價格參千七百七十五圓ト見積

之ヲ被告岩吉ノ所有ニ係ル同宇八線十號甲四千二百九十六百地田貳町五反歩此見積
價格參千四百圓ト交換契約ヲ爲シ其差額金二百七十五圓中四百圓ハ同日岩吉ヨリ支拂
ヲ受ケ殘金百七十五圓ハ翌八月二十日登記ト同時ニ支拂ヲ受ケタルコトトシ尙違約ノ
場合ニ於ケル損害賠償額ヲ金千圓ト豫定シ又磯五郎ヨリ買受ケタル前記土地參筆ヲ
同年八月十二日代金九千圓ニテ上川郡神樂村老與三太郎ニ賣却シ同日内金千圓ヲ受
取リ殘代ハ同月廿日登記ト同時ニ支拂ヲ受ケタルコトトシ若當事者ノ一方カ違約シタ
ルトキハ相手方ハ契約ノ解除ヲ爲ス事ヲ得ヘキ利益ハ貳千五百七十五圓ニシテ若賣主
ト豫定シタリ故ニ違約セシメ岩吉及與三太郎ニ對シ違約上ノ義務ヲ履行スル能ハサ
タル磯五郎ニ違約セシメ爲メニ岩吉及與三太郎ニ對シ違約上ノ義務ヲ履行スル能ハサ
ルニ至ランカ右ノ利益ヲ失フノミナラス却テ買主兩者ニ對シ豫定賠償金合計貳千圓
ノ支拂ヲ要スルモノナル處同年八月十六日此與三太郎及旭川區五條通立浪米次郎等
ハ結託シテ磯五郎一問ノ買買ヲ破約セシメ該物ヲ磯五郎ヨリ買取リ之ヲ他ニ轉賣
スルトキハ優ニ數千圓ノ利益ヲ取得スルノミナラス尙與三太郎一問ノ特約ニ基キ
一ヨリ千圓ノ豫定賠償金ヲモ取得シ得ヘシト爲シ磯五郎ノ代理人タル仲藏ニ對シ
其旨ヲ告グ同人ヨリ一ニ支拂フヘキ豫定賠償金ノ外尙千圓ノ買増ヲ爲スニ依リ磯
一トノ買買破約スヘキ旨煽動シタルヨリ仲藏ハ之ヲ承諾シ同月十七日付ヲ以テ立浪
米太郎ニ對シ一ニ賣却シタル物件全部ヲ代金一萬貳千圓ニテ賣渡ス旨ノ證
書ヲ作成シ一ニ察知セタルコトヲ恐レ急遽假登記ヲ爲シ同月二十日日本登記ノ手
續ヲ了シタリ茲ニ於テ一ハ仲藏ノ信義ヲ無視シ自己ヲ獲知シタル行動ニ憤慨シ契
約ニ依リ豫定シタル賠償額以上ニハ賠償請求權ナキコトヲ知リタルモ現實ニ被リタ
ル損害ハ前示ノ如ク蓋ニ豫定賠償額ヲ超過スルヲ以テ仲藏等ノ對策シタル利益ヲ水
池ニ歸セシメンコトヲ企テ同月二十一日頃被告吉次郎三助岩吉ニ其旨ヲ告ケテ仲藏
ニ對スル談判ヲ依頼シ尙恚怒ノ間柄ニシテ會テ刑事巡査ノ職ヲ奉シ當時私立探偵ノ
業ニ從事スル被告哲ニ對シテモ亦同旨ノ依頼ヲ爲シタル處同月二十三日岩吉及吉次

郎ハ仲藏カ第一トノ契約ヲ解決スル爲メ現金千六百圓ヲ携帶シテ旭川ニ來ルニ出會
 シ三助及第一トノ通知シ一ハ更ニ之ヲ啓ニ告ケ茲ニ被告五名ハ平穩ノ交渉ニ依
 リテハ仲藏ナシテ豫定賠償總以上ノ出金ヲ爲サシムルコト能ハサル奈知シ被告等一
 圖ト爲リ仲藏ヲ壓迫シ且告訴ヲ爲スヘキ旨威嚇シテ其目的ヲ貫徹センコトヲ共謀シ
 先ツ三助及吉次郎ハ旭川區八條通旅館富貴館ニ到リ仲藏ヲ待合ハセテ次テ岩吉ハ同
 人ヲ同旅館ニ誘致シタル上右被告等ニテ交々仲藏ニ對シ一旦且一ニ賣却シタル物
 件ニ於テハ告訴ノ準備ヲ整ヘタルヲ以テ一朝拘禁ノ厄ニ遭ハンカ家族等ノ被ル不幸
 少ナカラサルヘシ速ニ釋便ニ解決ヲ爲スニ如カサル旨談判中啓及第一ハ相前後シテ
 同旅館ニ至リ啓ハ余ハ探偵ナリト揚言シテ官邊ノ事情ニ通セサル仲藏ヲシテ恰モ刑
 事巡査ナルカ如ク誤信セシメ傲岸ノ態度ヲ以テ立浪トノ契約ノ内容往路等ヲ叱咤推
 問シ且示談解決ノ上直ニ電話ヲ以テ報告スヘシト放言シ以テ仲藏ノ危懼懐セルニ
 乘シ三助吉次郎岩吉ノ參名ハ第一トノ旨ヲ承ケ仲藏ヲ隣室ニ招致シテ交々出金ヲ促シ
 第一トノ損害ノ多額ナルヲ説キ遂ニ同人ヲシテ長怖ノ餘豫メ携帶準備セル内八百圓合
 計千六百圓ノ外ニ金二千二百圓ヲ出金スルコトヲ承諾セシメ其場ニ於テ右千六百圓ノ
 外銀出人家磯五郎受取人白川岩吉額面二千二百圓ノ約束手形一通ヲ第一トニ交付セ
 シメタルモノナリ(證據省略)辯護人ハ判示大家磯五郎立浪米次郎間ノ買賣契約ハ被告
 第一トノ權利ヲ侵害スル不法行為ナルヲ以テ第一トノ賠償額ノ豫定ニ關係ナク實際被告
 第一トノ損害額ニ付キ不法行為ノ原因トスル賠償請求權ヲ有ス果シテ然ラハ其權利ヲ行
 使スルニ當リ假リ恐喝ノ行為アリトスルモ法律上罪ト爲ラサル旨主張スルニ付キ
 之ヲ案スルニ權利實行ノ手段トシテ恐喝ヲ爲スモ之ニ因リ收受スル利益カ其權利ノ
 範圍内ニ屬スルトキハ法律上恐喝罪ノ成立セサルコト竝ニ第一トノカ恐喝ノ結果得タル
 二千二百圓ハ同人ノ現實ニ被リタル損害額ノ範圍内ニ屬スルコトハ洵ニ辯護人所論
 ノ如シ而シテ大家磯五郎カ立浪米次郎老三太郎等ト結託シ第一トノ一片ノ通告ヲ爲サ
 ス私ニ同人ノ權利實行ヲ不能ニ歸セシメタルノヨナラス過テ與三太郎ナシテ第一ト

【關係事項】

恐喝被告事件被告八十四川謹一外四人

第一六九二號九頁

リ違約金千圓ヲ獲得セシメントシタルハ一般取引上ノ信義乃誠實ノ觀念ニ悖リ第一
 トノ權利ノ行使ト謂フヘシ同人カ之ヲ憤慨シ仲藏等ノ企圖シタル利益ヲ水泡ニ歸
 セシメ自己ノ損害ヲ填補セント企テタルハ其手段ニ於テ常軌ヲ逸セサル限り普通ノ
 人情ニ照シ必スシモ非難スヘキニアラス故ニ叙上ノ事由ハ情狀ヲ審定スルニ當リ
 辯護スヘキコト論テ俟タサルナリ然レ共之レヲ以テ仲藏等ノ行動ヲ不法行為ナリト
 論定スルハ肯綮ニ中タラス抑債務者カ故意又ハ過失ニ因リ債權者ノ債權ヲ侵害スル
 則債務ノ不履行ニシテ廣義ニ於ケル不適法行為タルヲ免レスト雖モ民法上所謂不法
 行為ノ範疇ニ屬セサルモノトス而シテ債務者カ第三者ト協力シ各ノ侵害行為ヲ爲ス
 場合ト雖モ債務者ノ行為ノ性質及責任ニ變更ヲ來スヘキ理法アルコトナク依然タル
 債務ノ不履行ニシテ第三者ト共同シタル故ヲ以テ行不法爲ニ變性スヘキニアラス也
 加之觀テ之ヲ第三者ノ方面ヨリ觀察スルト民法第七十七條第七十八條カ善意無
 過失ノ第三者ヲ保護スルニ止マラス過失アル第三者及惡意ノ第三者ヲモ保護スル立
 法ノ目的ヨリ論究スルトキハ第一トノ買主カ未タ登記又ハ引渡ノ條件ヲ具備セサルニ
 先ツ其事情ヲ知レル第三者カ買主ヨリ其目的物ヲ買得スルモ第一トノ買主ニ對シ不
 法行為ノ責任ヲ負ハサルモノト推論セサルヘカラス若然スルハ第二トノ買主ハ一面ニ
 於テ完全ナル所有權ヲ取得スルモ他面ニ於テ第一トノ買主ニ對シ其所有權ニ相當スル
 金額ヲ賠償セサルヘカラス至リ結局第三者ノ保護ハ有名無實ニ歸シ法律カ懈怠
 アル第一トノ買主ヲ犠牲トシ廣ク取引ノ安全ヲ保護セントスル精神ヲ沒却スルニ至ル
 ヘシ然ラハ則立浪トノ買主カ不法行為ナルコトヲ前提トシ本件被告等ノ行為ヲ以テ
 不法行為ニ基ク賠償請求權ノ行使ナリト主張スル辯護人ノ所論ハ其前提ニ於テ失當
 ナルヲ以テ採用スヘキ限りニアラス(旭川地方大正九年四月二日渡邊裁判長岡田鈴木各判事判決法律新聞

- 岡村博士
- 加藤博士
- 横田博士
- 川名博士
- 鈴木博士
- 松本博士
- 鳩山博士

【判旨第一點債務不履行ト不法行為トノ關係ニ關スル參照學說判例】

一 債務不履行セザルハ債權ノ侵害ニシテ文字ヨリ云フトキハ亦不法行為タルカ如シ七〇九條亦廣ク規定セリ然ルニ七〇九條ノ文字不法行為ノ文字ノ廣義ニ拘ハラス債務不履行ハ不法行為ト見ルヘキニ非サルハ疑ナシ債務ノ不履行ニツイテハ別ニ四一三條四二條ニ規定ス(法學博士方澤氏債權下大正四東大講三六〇頁)

二 債務者カ給付ヲ爲サザルハ債權侵害ナリ故ニ權利侵害ナリ然レトモ此權利侵害ハ權利者カ取得スヘカリシ利益ノ取得セザルニ過キス不法行為ニ於ケルカ如ク債權者ノ既得ノ利益ノ損失アルニアラス故ニ法律ハ此權利侵害ヲ以テ不法行為ノ要件タル權利侵害ト區別シ不法行為ノ責任ヲ課セス別ニ債權侵害アル責任ヲ認ム(法學博士岡村博士方澤氏債權下大正四東大講三六〇頁)

三 債務者カ其ノ債務ヲ履行セスシテ乃債權者ノ債權ヲ侵害スルハ是レ債務ノ不履行ニシテ不法行為ニ非ス(法學博士岡村博士方澤氏債權下大正四東大講三六〇頁)

四 債務者自身ノ契約違反カ當然不法行為ナラサルノ點ニ付テハ學說ノ略々一致スル所ナリ蓋契約上ノ債務關係既ニ存在シ不履行ヨリ生スル損害賠償ノ請求ニ付テハ既ニ債權總則中ニ十分ニ其規定ヲ存シ更ニ之ニ付キ不法行為トシテ損害賠償ノ規定ニ從シムル必要ナク殊ニ契約ト不法行為トハ別制ノ債務發生原因ト見タレハナリ我民法ニ於テモ亦同ニシテ我國學者間ニモ亦異論ナキカ如シ(法學博士加藤正治氏志林一三卷八九號四五頁)

五 債權親族權ノ如キ對人的權利ニ在テハ對人タル義務違反ハ債務不履行又ハ親族法上ノ義務違反トシテ其當事者間ニ權利義務ノ關係ヲ生スルニ止マリ不法行為トシテ別ニ債權發生ノ原因ト爲サザルモトス(法學博士横田秀雄氏債權各論八四三頁)

六 債權モ又此處ニ所謂權利ナルカ故ニ或ハ債務ノ不履行ニ依リテ債權ヲ害レタルトキハ又不法行為トシテ成立セシメ又同時ニ債務不履行ニ因ル損害賠償ノ義務ヲ生スルモノト解スルコトヲ得ヘキカ如シト雖モ民法ニ債務不履行ノ場合ハ一切ノ關係ニ於テ之ヲ規定シテ餘ス處ナキカ故ニ債務ノ不履行ニ依ル債權ノ侵害ハ全ク此處ヨリ除外セラレタルモノト見ルヘク又從テ此處ニ所謂權利中ニハ債權ヲ包含セザルモノト解スヘキカ正當ト信ス(法學博士川名博士方澤氏債權法要論七〇七頁)

七 債務者カ債務ヲ履行セザルモ亦權利侵害ノ一ナリ然レトモ是レ不法行為ヲ以テ論スル事能ハサルモノナリ其理由ハ債權ノ不履行ハ債權關係發生ノ當時ヨリ豫想シ得ヘキ事實ニシテ之レカ損害ノ賠償責任ハ負擔シタル結果ナリ之レカ賠償ヲ請求スルノ權利ハ債權ノ作用ナリ即チ約言スレバ債務ノ不履行ニ於ケル損害賠償ノ債權ノ效力トシテ生スルモノナリ故ニ之ヲ不法行為ト爲サスシテ債權效力トシテ之レカ規定ヲ設ケタルモノナリ(法學博士鈴木博士方澤氏債權各論三〇一頁)

八 債務者ニ依リテ爲サザル債權ノ侵害カ債務不履行ニシテ不法行為タルヲ得サルコトハ普通認マラルル所ニシテ更ニ之ヲ論議スル要セス(法學博士松本博士方澤氏志林一五卷一二號三評論二卷民法七二五頁)

九 債務者カ單純ニ履行セザルニ止マル場合ニ於テハ債務不履行タルニ止マリ不法行為ヲ構成スルコトナキハ學者ノ疑ハサル所ニシテ又我民法ノ解釋上疑ヲ容レザル所ナリ蓋債務不履行ニ因ル債權侵害ニ關シテハ特ニ債務不履行ニ關スル法律規定アリ此規定ハ不法行為ニ關スル規定ニ對シテ特法ヲ爲ナスモルカ故ナリ(法學博士鳩山秀夫氏志林一八卷一二號三三頁)

- 馬場博士
- 飯島博士
- 二上博士
- 嘉山博士
- 清水博士
- 村上博士
- 清瀬博士
- 岡村博士
- 大審院
- 東京地方

一〇 債權ノ侵害(即チ債務不履行)外ニテハ債務ノ不履行ハ債權ノ效力ニ依リテ之カ救済スルヲ得ヘク獨立ナル債權ノ原因ヲ成サザレハナリ(法學博士馬場原治氏債權原因論明治三九中大講一七二頁)

一一 民法上不法行為ノリトセザル權利侵害ノ行為ハ對人的關係ニ於テ權利ヲ侵害シタルモノナルコトヲ要シ對人的權利關係ニ於ケル權利ノ侵害ヲ包含セス故ニ債務ノ不履行ハ不法行為ト云フヲ得サルモノトス是レ民法ノ債務ノ不履行ヲ債權ノ效力トシテ規定シタルニ依リテ明白ナリ(法學博士飯島博士方澤氏要論八一八頁)

一二 債務ノ不履行ニ關シテハ債權總則第四一二條以下ニ於テ詳細ナル規定ヲ設ケ我民法ノ精神ハ不法行為ノ規定ニ適用セザルノ趣意ナルコトハ學者間異論ナク所ナリ(法學博士二上博士方澤氏債權各論一六〇頁)

一三 債務ノ不履行ハ債權ノ旨趣ニ違反スルノ行為ニシテ不履行ハ債務ノ旨趣ニ違反スルノ行為ニシテ不法行為ニアラス(法學博士嘉山博士方澤氏債權法各論明治三四三頁大講三七三頁)

一四 債權者カ其ノ債務ヲ履行セザルモ亦權利侵害ノ一ナリ然レトモ是レ不法行為ヲ以テ論スル事能ハサルモノナリ其理由ハ債權ノ不履行ハ債權關係發生ノ當時ヨリ豫想シ得ヘキ事實ニシテ之レカ損害ノ賠償責任ハ負擔シタル結果ナリ之レカ賠償ヲ請求スルノ權利ハ債權ノ作用ナリ即チ約言スレバ債務ノ不履行ニ於ケル損害賠償ノ債權ノ效力トシテ生スルモノナリ故ニ之ヲ不法行為ト爲サスシテ債權效力トシテ之レカ規定ヲ設ケタルモノナリ(法學博士鈴木博士方澤氏債權各論三〇一頁)

一五 債務者カ其ノ債務ヲ履行セザルトキハ畢竟債權者ノ權利ヲ侵害シテ之ニ損害ヲ加フルモノニシテ不法行為ヲ構成スルコト疑ナシト雖モ特ニ之ヲ稱シテ債務不履行ト云ヒ一般ノ不法行為ヨリ之ヲ除外スルコト通例ナリ(法學博士村上博士方澤氏債權各論八八八頁)

一六 他人ノ相對權中債權ノ侵害スルモノハ之ヲ債務違反(民四一五條)ト云フ然レトモ債務違反ハ夫レ自身債權發生原因ト云ハシヨリテ債權ヲ變更スル原因ナリト云フヲ適當トスヘシ(法學博士清瀬博士方澤氏債權各論二頁)

一七 民法第七〇九條ノ規定ハ一般法ニシテ第四一五條以下ノ規定ハ特別法ナルカ故ニ債務者カ債權ヲ侵害シタルニ止マリ他ノ權利ヲ侵害シタルニ非サル場合ニハ不法行為ノ規定ハ直適用ナキモノトス(法學博士岡村博士方澤氏債權下大正四東大講三六〇頁)

一八 債務者ノ債務不履行ハ民法第七〇九條以下ニ所謂不法行為ナリト云フヲ得ザルヲ以テ縱令之ニ因リ損害ヲ生ヘルモ苟モ債權者ノ享有スル他ノ權利ヲ侵害セザル限リ不法行為ニ因ル損害賠償トシテ之カ救済ヲ求ムルコトヲ得サルモノトス(大審院明治四四年(オ)一四〇號同年九月二九日判決民錄一七輯五一九)

一九 債務者ノ固ヨリ債務違反ニ依リテ其債權者ノ債權ヲ侵害スルヲ得可シト雖モ民法ハ此場合ニ特別ノ規定ヲ設ケ債權ノ效力トシテ債務者ヲ責ニ任セシムルニ過キスレバ其ノ債權違反ヲ目シテ民法ニ所謂不法行為ナリト云フヲ得ス(東京地方大正二年(ワ)七〇號同年六月八日判決評論二卷民法四一八頁)

二〇 對人的權利關係ノ當事者間ニ於ケル權利ノ侵害ハ不法行為ヲ組成セザルヲ以テ(多數ノ反對說ハ在レトモ)債務者カ其債務ノ履行ヲ爲サス又其有實行爲ニヨリ履行ヲ不能ナラシメタル場合ニ於テハ債務ノ不履行ハ在ルモ不法行為ハ之ヲ組成セザル者トス(同上明治四五(ワ)九九三號大正二年三月二九日判決評論二卷民法五二二頁)

富井博士
梅博士
横田博士
川名博士
石坂博士
鳩山博士
三澤博士
藤道博士
飯島博士
西川博士

【同第三點民法第一七七條第一七八條ニ所謂第三者ニハ惡意ノ第三者ヲモ包含スルヤニ關スル同趣旨學說判例】

一 民法第一七七條及第一七八條ハ汎ク第三者ニ對抗スルヲ得スト曰ヒ其ノ善意ナルコトヲ要求セス故ニ同一物ニ付キ既ニ物權ノ役定移轉アリシコトヲ知リテ之ヲ讓受ケタル者ト雖モ尙登記又ハ引渡ナキコトヲ主張シテ其設定移轉ノ效力ヲ否認スルコトヲ得ヘシ(法學博士富井政章氏民法原論物權六三頁)
二 第一七七條ニ於テハ第三者ノ善意惡意ヲ問ハス……主權ヲ探リタルナリ(法學博士梅謙次郎氏民法要義物權八頁)
三 第一七八條ハ前條ト同一ノ理由ニ據リ第三者ノ善意惡意ヲ問ハス從テ引渡アルマテハ讓渡ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルモノトスル主義ヲ採用シタルモノナリ(同上二頁)
四 第三者ノ意思ノ善惡ハ登記ノ欠缺ヲ主張シ得ヘキ第三者ノ權利ニ影響セス(法學博士横田秀夫氏物權法八三頁)
五 民法ハ引渡ヲ以テ第三者ニ對スル物權讓渡ノ要件ト爲スト同時ニ第三者ノ善意惡意ヲ區別セサルノ主義ヲ採用シタルモノナリ(同上二〇七頁)
六 我民法ニ於ケル登記ノ效力ハ……其第三者ノ善意ナルト惡意ナルトハ之ヲ問ハス(法學博士川名兼四郎氏物權法要論一五頁)
七 第三者ニ對抗スルコトヲ得ストノ意味ハ不動産ノ場合ニ述ハタル所ト同一ナリ(同上二二頁)
八 第一七七條ニ所謂第三者ハ其ノ善意ナルトヲ問ハス(法學博士石坂香四郎氏東大講物權六六頁)
九 民法ハ第三者ノ善意惡意ヲ區別セサル故之ヲ制限シテ正當ノ利益ヲ有スル第三者ノミト解スヘキ何等ノ文理解上ノ根據ナシ(法學博士鳩山秀夫氏東大講物權三六頁)
一〇 第三者ノ善意モ亦問フ所ニ非サルコト明文ノ示ス所ノ如シ(法學博士三浦信三氏物權法論第一冊四三頁)
一一 本條(一七七條)ヲ強行規定也ト解スルトキハ其所云第三者ノ範圍ニ付キ制限ナレ不法行為者ヲ包含ム(法學博士藤道文藏氏京大講物權九四頁)
一二 民法第一七七條第一七八條ニ於テハ單ニ第三者トノミアリテ其ノ善意タルト惡意タルトヲ問ハサルハ文理上明白ナリ……(法學博士飯島喬平氏明大講物權八五頁)
一三 第三者ノ意思ハ其善意ナルト惡意ナルトヲ問ハス尙モ權利ノ得喪變更ヲ以テ對抗セシムルハ登記ヲ要スル善意ナルコト明白ナリ(法學博士西川一男氏中大講物權六九頁)
一四 第一七八條ノ第三者ノ意思ニ付テモ其ノ意思ノ善惡ヲ問ハサルコト……不動産上ノ物權ニ付キ説述シタル所ト同一ニ解ス(同上二〇五頁)
一五 抵當權設定前ニ於テ其目的タル土地ヲ賣得シタルモ之カ登記ヲ爲サザリシ者ハ抵當權者カ其賣買ノ事實ヲ知リタル否トニ拘ハラズ該地所ニ對スル所有權ヲ以テ對抗シ得サルモノトス(大審院明治四三年一月一日判決刑錄一六輯一八二二頁)
一六 不動産ニ關スル物權ノ得喪變更ハ登記ヲ爲スニ非サレハ第三者ノ意思ノ善惡ニ拘ラス之ニ對抗スルコトヲ得ス(同上明治四五年六月一日判決刑錄一八輯五六九頁)
一七 民法第一七七條ハ未登記ノ不動産ニモ適用ス又第三者ノ善意ト惡意トヲ問ハス 大阪控訴院民二部明治四二年一〇月九日判決法律世界四九號七頁)

【同上異趣旨學說】

予輩ノ信スル所ニ依レハ惡意ノ第三者ハ民法第一七七條ノ所謂第三者ノ中ニ包含セラレサルナリ(法學士岡村玄治氏法學志林一七卷六號一頁)
予ハ本條(第一七八條)ノ第三者モ善意ナルニ付キ過失ナキコトヲ要スト爲ス(同上七號二頁)
四二四 債權者ハ債務者カ其債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル法律行為ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但共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
四二五 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
詐害行為ノ取消ハ全然其行為自體ヲ取消スモノニアラスシテ唯債權者ヨリ惡意ノ受益者又ハ惡意ノ轉得者ニ對スル關係ニ於テノミ之ヲ取消スモノナルヲ以テ債務者ハ詐害行為取消ノ訴ノ相手方ト爲スコトヲ得サルモノトス

大審院
大阪控訴院
岡村學士

詐害行為ノ取消權ヲ有スル債權者ハ金錢ノ給付ヲ目的トスル債權ヲ有スル者ナ
ルコトヲ要スルモノトス

先ツ被告ハルニ對スル本訴ノ當否ニ付按スルニ元來詐害行為ノ取消ハ全然其行為自
體ヲ取消スモノニアラス唯債權者ヨリ惡意ノ受益者又ハ惡意ノ受益者又ハ惡意ノ轉
得者ニ對スル關係ニ於テノミ之ヲ取消スモノナリ律テ右取消請求ノ相手方タルヘキ
モノハ惡意ノ受益者又ハ惡意ノ轉得者ニシテ債權者ニ非ス故ニ債權者タル大友ハル
ハ本訴ノ被告タル適格ヲ有セス依テ同人ニ對スル本訴ハ之ヲ却下スルノ外ナシ又該
被告太郎ニ對スル本訴請求ノ當否ニ付キテ按スルニ民法力債權者ニ與ヘタル詐害行
爲ノ取消權ハ債權者カ一般債權者ノ債務ノ共同擔保ヲ害スル行為ヲ爲シタル場合ニ
於テ其行為ヲ取消シ債務者ニ復歸シタル財產ヨリ一般債權者ヲシテ平等ノ割合ヲ以
テ辨濟ヲ受ケシムルノ趣旨ニ出タルモノナレハ詐害行為ノ取消權ヲ有スル債權者ヘ
金錢ノ給付ヲ目的トスル債權者ヲ有スル者ナラサルヘカラス然ルニ本件ニ
於テ原告カハルニ對シテ有スト主張スル債權ハ前記山林ノ引渡ヲ目的トスルモノナ
レハ之レニ基キ取消權ヲ行使シ得サルコト勿論ニシテ請求自體不當ナリ(函館區大正八年
三月二日同甲斐判例判決法律新聞第一六八號一六頁)

【關係事項】 原告敗訴○詐害行為取消請求事件○原告森永仁太郎訴訟代理人辯護士江口淡○被告大友ハル外一人訴訟代理人
辯護士山本嘉男

判旨第一點廢罷訴權ノ訴ニ於テ受益者又ハ轉得者ヲ被告ト爲スヘシトスル學說
判例

一 廢罷訴權ノ被告タルヘキモノニ付テハ現行民法ハ四二四條一項但書ニ受益者又ハ轉得者ニ對シテ出訴シ得ヘキヲ示セリ
(法學博士土方寧氏債權總論九八頁)
二 現行民法ハ受益者又ハ轉得者ニ對シテ出訴シ得ヘキモノナルコトヲ示セリト雖モ之又何レカ一方ニ限リテ二者ヲ共同ノ被告
トナスヲ得サルノ趣旨ニアラサルヘシ(債權法上大正四年東大講一九九頁)

トナスヲ得サルノ趣旨ニアラサルヘシ(債權法上大正四年東大講一九九頁)
三 取消ノ請求ヲ受ク可キ者ハ債權者カ法律行為ヲ爲シタルニ依リテ利益ヲ受ケタル者又ハ轉得者ナリトズ(法學博士松波仁
一郎氏同仁保龜松氏同仁井田益太郎氏帝國民法正解實錄二〇六頁)
四 債權者ノ取消ノ訴ハ受益者又ハ轉得者ニ對シテ之ヲ提起スヘキモノトス(法學博士仁井田益太郎氏法學協會雜誌第三一卷
第一二號八六頁)
五 債務者ニ對シテハ取消ノ訴ヲ提起スヘキモノニ非ス(同上)
六 廢罷訴權ノ訴ニ於テハ受益者又ハ轉得者ヲ以テ被告ト爲スヘキモノトス(法學博士藤正治氏忌林二一卷七號本書第八卷商
法二八一頁)
七 余ハ現ニ其財產ノ所有者ヲ被告トスルヲ原則トシ若シ受益者ニ對シテ賠償ヲ請求セント欲セハ受益者ヲ被告ト爲スコト
ヲ得トノ說ヲ以テ大略正論ヲ得タルモノト信ス(法學士磯谷幸次郎氏債權法論上卷六〇一頁)
八 民法四二四條ノ規定ニ依リ債權者ノ取消權ノ目的タル行為ハ受益者カ轉得者ト爲シタル法律行為ヲ包含セス故ニ債權者カ
受益者又ハ轉得者ニ對シテ詐害行為ノ目的タル財產ノ回復又ハ之ニ代ルヘキ損害賠償ヲ求メント欲セハ其受益者又ハ轉得者ニ對
スル關係ニ於テ詐害行為ノ取消ヲ請求スヘキモノトス(大審院大正五年三月二〇日判決民法第二二輯六七頁)
九 詐害行為ノ目的タル財產カ受益者ノ手ヲ離レテ轉得者ノ有ニ歸シタル場合ニ於テハ債權者カ受益者ニ對シテ取消權ヲ行使
スルト轉得者ニ對シテ之ヲ行使スルトハ其自由ニ屬スルモノトス(同上大正四正二月一〇日判決民法第二二輯二〇三九頁本
書第五卷民法一八五頁)
一〇 債權者カ民法四二四條ニ依リ請求シ得ヘキ詐害行為ノ取消ハ絕對的取消ニ非スシテ其取消請求權ハ惡意ノ受益者又ハ轉
得者ノミニ對シテ存シ債務者ニ對シテハ之ヲ行フコトヲ得サルモノトス(同上明治四四年一〇月一九日判決民法第一七輯五九
三頁)
一一 債權者カ債務者ノ財產ヲ讓受ケタル受益者又ハ轉得者ニ對シテ訴ヲ提起シ之ニ對スル關係ニ於テ法律行為ヲ取消シタル
トキハ該財產ノ回復又ハ之ニ代ルヘキ賠償ヲ得ヘキコトニ因リ其擔保權ヲ確保スルニ足ルヲ以テ特ニ債權者ニ對シテ訴ヲ提起
シ其法律行為ノ取消ヲ求ムルノ必要ナキモノトス(同上明治四四年三月二四日判決民法第一輯一七頁)
一二 債權者カ債務者ノ財產ヲ讓受ケタル受益者又ハ轉得者ニ對シテ訴ヲ提起シ之ニ對スル關係ニ於テ法律行為ヲ取消シ
タルトキハ該財產ノ回復又ハ之ニ代ルヘキ賠償ヲ得ルニ因リ其擔保權ヲ確保スルニ足ルヲ以テ特ニ債權者ニ對シテ訴ヲ提起シ
其法律行為ノ取消ヲ求ムルノ必要ナキモノトス(東京控訴院大正元年二月二四日判決法律新聞第八四七號二二頁)
一三 詐害行為取消ノ訴ニ於テハ債務者ヲ相手者ニ加フヘキモノニアラス(同上明治四五年五月一六日判決本書第一卷民法二
〇五頁)
一四 民法四二四條ニ依リ詐害行為取消ノ訴ハ惡意ノ受益者又ハ轉得者ニ對シテ之ヲ行フヘキモノニシテ債務者ハ相手方タル
ヘキ資格ヲ有ササルモノトス(同上明治四三年(ホ)一四七號判決法律新聞第八五二號二〇頁)

【同上債務者受益者轉得者ナリトスル説】

- 一 債務者受益者ト轉得者ト共同被告ト爲スハ固ヨリ妨ナシ又債務者ヲモ被告トナスコトヲ得併シ夫レハ便宜上ノ事ニシテ斯クセサルヘカラスト云フニアラス(法實博士富井政章氏債權總論明治四五年大講第一一四頁)
- 二 法律行爲ニシテ契約ナレハ債務者ノミノ行爲ニアラサルカ故ニ債務者及ヒ相手方ニ對シテ取消權ヲ行フヲ以テ足ル唯行爲ニ因リテ第三者利益ヲ受ケシナラハ之ニ其判決ヲ對抗スルニハ之ヲモ共同被告トセサルヘカラス(法學博士梅謙次郎氏法律新聞第五七七號八頁)
- 三 法律行爲ニシテ單獨行爲ナレハ單ニ債務者又ハ其ノ相續人ニ對シテ取消權ヲ行フコトヲ得(同上)
- 四 債權者ハ何人ヲ以テ被告トナスカハ債務者カ爲シタル法律行爲ノ種類ニ依リテ異リ結局其行爲ノ取消ヲ對抗セント欲スルモノニ對シテ之ヲ行フ故ニ其客體タル者ハ債務者ノ行爲ノ相手方ナリ此相手方數人アルトキハ之ヲ共同被告ト爲スヘレ行爲ノ相手方カ其利益ヲ讓渡シタル場合ニモ尙ホ行爲ノ相手方ニ對シテ取消權ヲ爲スコトヲ得但債權者ハ受益者及轉得者ヲ以テ共同被告ト爲シ又ハ債務者ヲモ共同被告ト爲スコトヲ得然レトモ是レ必ス必要ニ非ス(岡松氏債權總論京都法政講義二二二頁)
- 五 詐害行爲廢絶ノ訴ハ債務者受益者及ヒ最後ノ轉得者ヲ共同被告トス(法學博士横田秀雄氏債權總論四五〇頁)
- 六 廢絶訴權行使ノ訴ニ於テハ債務者受益者及凡テノ轉得者ヲ以テ共同被告ト爲ササルヘカラス(法學士須賀喜三郎氏債權大正五爲中大講一九二頁)

【同上債務者ノ法律行爲ノ當事者ナリトスル學説】

- 一 吾人ハ取消ノ訴ヲ以テ法律行爲ノ取消ヲ目的トスル訴トナスカ故ニ法律行爲ノ當事者即チ單獨行爲ニ在リテハ債務者契約ニ在リテハ債務者及ヒ受益者ヲ以テ被告トナスヘキモノト解ス(法學博士石坂博士四郎氏民法研究四卷五三三頁)
- 二 債務者ヲ以テ取消權行使ノ相手方タルモノト爲ササルヘカラス從テ債務者ハ常ニ取消ノ訴ノ被告タルモノ更ニ受益者カ債權者ノ行爲ノ相手方ナル場合ニハ受益者モ亦被告タルモノトス即債權者及受益者ヲ共同被告トシテ訴フルコトヲ要ス(同上民法研究二卷一四九頁)
- 三 四二四條ノ規定スル取消權ヲ以テ形成權ノ性質ヲ有ス法律行爲ノ取消權ト解スルニ於テハ取消權ノ物件タル行爲ノ當事者ヲ以テ被告ト爲スコトヲ要ス取消權ノ物件タル法律行爲ノ當時者ニアラサル者ヲ以テ被告ト爲スコトヲ得若レ取消權ヲ以テ利益返還請求權ト解スルトキハ或ハ利益ヲ有スル受益者若クハ轉得者ヲ以テ被告ト爲スコトヲ得ヘシ然レトモ法律行爲ノ取消權ト解スルニ於テハ利益ヲ有スル者ヲ以テ被告ト爲スコトヲ得且反對利益ヲ有スル者ヲ以テ被告ト爲スコトヲ要ストノ見解ヨリスルモ受益者若クハ轉得者ヲ以テ被告ト爲スコトヲ得ス(同上京都法學會雜誌第九卷第七號一一〇頁)

(九八)

九九 代理人カ其權限内ニ於テ本人ノ爲メニスルコトヲ示シテ爲シタル意思表示ハ直接ニ本人ニ對シテ其效力ヲ生ス

前項ノ規定ハ第三者カ代理人ニ對シテ爲シタル意思表示ニ之ヲ準用ス

一〇八 何人ト雖モ同一ノ法律行爲ニ付キ其相手方ノ代理人ト爲リ又ハ當事者雙方ノ代理人ト爲ルコトヲ得ス但債務ノ履行ニ付テハ此限ニ在ラス

一四七 時効ハ左ノ事由ニ因リテ中斷ス

三 承認

民法第一〇八條ハ利害衝突ノ結果害セラルヘキ虞アル本人ノ利益ヲ保護センカ爲メ代理權ヲ限定シ代理人ハ特別ノ授權アル場合ノ外相手方代理又ハ双方代理ノ權限ナキコトヲ明カニシタルモノナレハ本人カ豫メ此權限ヲ授與シタル場合ニ於テハ相手方代理又ハ双方代理トシテ爲シタル行爲ハ有權代理行爲トシテ有效ナルハ勿論豫メ本人ノ授權ナクシテ爲シタル場合ト雖モ其行爲ハ絕對的ニ無効ナルニ非スシテ無權代理行爲トシテ本人ノ追認ニ因リテ其效力ヲ生スヘキモノトス

債務ノ承認ハ觀念通知ニシテ意思表示ニ非スト雖モ觀念通知モ亦內心的事實ノ表現ニシテ法律ハ其內心的事實ノ表現ニ對シ一定ノ效果ヲ附スル點ニ於テ意志表示ニ於ケルト同一ナルカ故ニ代理ニ關スル規定ハ觀念通知ノ如キ準法律行爲ニモ之ヲ類推シテ適用スヘク從テ債務者ノ代理人トシテ爲シタル債務ノ承認ハ有效ニシテ時効中斷ノ效力ヲ生スヘキモノトス

辨濟ノ成立ニハ辨濟意思ノ表示ヲ要セサルカ故ニ辨濟ヲ爲スニハ辨濟セラルヘキ債務ノ存在ヲ認識スルコトヲ必要トセサルハ明カニシテ辨濟ヲ以テ其性質上當然債務ノ承認ヲ伴フ行爲ナリト解スルヲ得サルモノトス

大審院大正八年二月二六日第一一〇八條判決本卷民法二八頁

(一) 民法第一〇八條ニ依レハ何人ト雖モ同一ノ法律行爲ニ付キ其相手方ノ代理人トナリ又當事者雙方ノ代理人トナルコトヲ得ス然ルニ此規定ニ反シテ爲サレタル法律行爲ノ效力ニ關シテハ從來無効説及ヒ無權代理説ノ二説アリ本判決ハ無權代理説ニ與セルモノニシテ吾人モ亦之ニ贊同ス(イ)相手方代理及ヒ雙方代理カ觀念上可能ナルコトハ疑ナキ所ナルヲ以テ法律カ相手方ノ代理人トナリ又ハ當事者雙方ノ代理人トナルコトヲ得ヌト定メタルハ之レヲ以テ觀念上不能ナリトスル論理上ノ理由ニ出スルニ非ラズシテ此ノ規定ハ立法政策上ノ理由ニ基ツクモノト解セサルヘカラス然モ其立法政策上ノ理由タルヤ相手方代理及ヒ雙方代理カ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スルカ爲メ公益保護ノ必要上之ヲ禁止セントスルニ非スレテ利害衝突セラルヘキ虞アル本人ノ利益ヲ保護スルカ爲メ代理權ヲ限定シ代理人ハ特別ノ授權アル場合ノ外相手方代理又ハ雙方代理ノ權限ナキコトヲ明ニシタルモノトス然ラハ即チ本人カ豫メ此ノ權限ヲ授與シタル場合ニ於テハ相手方代理又ハ雙方代理トシテ爲シタル行爲ハ有權代理行爲トシテ有效ナルハ勿論豫メ本人ノ授權ナクシテ爲シタル場合ト雖モ行爲ハ總體的ニ無効ナルニアラスシテ無權代理行爲トシテ本人ノ追認ニ因リテ其效力ヲ生スヘキモノト解セサルヘカラス(ロ)加之實際ノ結果ヨリ觀ルモ無權代理説ハ本人及ヒ代理人ニ對シテ利益ニシテ公平ノ觀念ニ適ス

(二) 判決カ債權者カ債務者ノ代理人トシテ爲シタル債務ノ承認ヲ以テ有效ナリトシ之ニ時效中斷ノ效力ヲ認メタルハ正當ナリ蓋シ時效中斷ノ原因タル債務ノ承認ハ債

【論旨第一點民法第一〇八條ノ法意ニ關スル學說判例】

本卷民法二九頁以下

務存在ノ事實ヲ認識スル觀念ヲ表白スル行爲ナレハ所謂觀念通知ニ屬シ法律上ノ效力ニ向ケラレタル意思ノ表現タル意思表示ニ非ス從テ法律行爲ノ代理ニ關スル規定ハ其儘之ヲ適用スルヲ得スト雖モ觀念通知モ亦内心ノ事實ノ表現ニシテ法律ハ其内心ノ事實ノ表現ニ對シ一定ノ效果ヲ附スル點ニ於テハ意志表示ニ於ケルト同一ナルカ故ニ代理ニ關スル規定ハ觀念通知ノ如キ準法律行爲ニモ之ヲ類推シテ適用スヘキモノト解スヘケレハナリ然レトモ判決カ債務辨濟力其性質上當然債務ノ承認ヲ伴フ行爲ナルカ如ク論スルハ吾人ノ異議ナキヲ得サル所ナリ辨濟ノ成立ニハ單ニ客觀的ニ債務ノ内容ニ適合スル給付ノ實現アルヲ以テ足レリトセス給付ノ實現ニ伴フ辨濟意思ノ表示セラル、コトヲ要ストナス見解ニ從フトキハ辨濟ハ其性質上當然債務ノ承認ヲ伴フモノト論斷スルヲ得ヘシ吾人ノ見解ニ依レハ債權ノ内容ニ適合スル給付ノ實現アルトキハ債權ハ目的ノ到達(Zweckerreichung)ニ因リテ其ノ成立ノ基礎ヲ失フニ至ル故ニ縱令辨濟意思ノ表示ナキ場合ト雖モ債務ハ當然消滅セサルヲ得ヌ又民法カ當事者ノ意思ニ因ラス直接法律ノ規定ニ因リ辨濟ノ充當セラル、コトヲ認ムル趣旨ヨリ辨濟意思ノ表示ハ辨濟ノ要件ニ非サルコトヲ推論スルコトヲ得從テ吾人ハ辨濟意思ノ表示ヲ要ストナス見解ニ從フヲ得ス辨濟ノ成立ニハ債務ノ内容ニ適合スル給付ノ實現アルヲ以テ足ルモノト解ス如斯吾人ハ辨濟意思ノ表示ヲ要セストナスモノナルカ故ニ此見解ニシテ誤ナシトセハ辨濟ヲ爲スニハ辨濟セラルヘキ債務ノ存在ヲ認識スルコトヲ必要トセサルハ明カナルヲ以テ辨濟ヲ以テ其性質上當然債務ノ承認ヲ伴フ行爲ナリト解スルヲ得サルハ論ヲ伴タス(法學博士菅原春二氏法學叢書第三卷第六號二九頁「民法第一〇八條ニ違反セル法律行爲ノ效力及ヒ債務者カ債務者ヲ代理人トシテ爲シタル一部辨濟ト債務ノ承認トノ關係」要領)

川名博士
中島博士

鳩山博士

嘉山學士

大審院判決
青森地方

富井博士

梅博士

【論旨第二點債務承認ノ性質ニ關スル非意思表示説】

一 承認ハ相手方ニ權利ノ存在ヲ是認スルコトヲ意味シ中斷ノ效力ヲ生ス時効中斷ノ效力ヲ生セシムルコトヲ欲スル意思表示ニアラズ又相手方ニ權利ヲ與フル旨ノ意思表示ニアラサル心裡表示ニ過キス(法學博士川名兼四郎氏、法總論二九四頁)

二 承認是テ實際ニ見ルニ債務者カ債務ノ存在ヲ認ムル旨ヲ表示シ占有者カ他人ノ所有權ヲ認ムル旨ヲ表示スルヲ承認ト云フ左レハ承認ニハ何等慾望ノ包含セラルコトナシ殊ニ時効中斷ノ效果ヲ慾望スルコトヲ必要トセス而シテ此ノ如キ慾望ハ心裡現象トシテ存在セサルノミナラス法律ハ承認者ニ此ノ如キ潛在的ノ意思アル可キヲ推定シテ時効中斷ノ效果ヲ附シタルニ非ス承認者カ時効中斷ノ效果ヲ欲セサル旨ヲ明示スト雖モ猶法律上當然時効中斷ノ效果ヲ生スルモノナリ故ニ承認ハ法律行為ニ非ストナスヲ正シトナス故ニ法律行為ニ關スル規定ヲ適用スルヲ得サルナリ(法學博士中島玉吉氏、法釋義總則八一八頁)

三 承認ハ義務存在ノ自覺ノ表示ニシテ取得シタル權利ノ拋棄又ハ一旦債務消滅シタルニ新債務ヲ負擔スル行為ニ非ス相手方ノ權利ノ存在ヲ有リノ儘ニ認ムル行為ナリ即チ承認ハ權利ノ得喪ニ關スル行為ニ非サルカ故ニ所謂處分行爲ニ非スシテ管理行為ナリ(同上八三七頁)

四 承認ハ意思表示ナルヤ否ヤニ付テ學說上爭アリ獨逸學者ノ大多數ハ之ヲ以テ意思表示ニ非ストナスニ反シ我國ノ學者ハ之ヲ意思表示トシテ言フヲ常トス唯相手方ノ權利ノ存在ヲ認識スル旨ヲ表示スルヲ以テ足レリトスルモノト言ハサルヘカラス故ニ意思ノ表示ニアラズシテ觀念ノ通知ニ屬スヘキモノト信ス(法學博士鳩山秀夫氏、民法註釋第二卷六四二頁)

五 承認トハ相手方ノ權利ノ存在ヲ承認スル旨ヲ表示スル行為ナリ承認ハ法律行為ノ意思表示ニアラズ相手方ノ權利ヲ在リノ儘ニ認識スルモノタルニ過キス從テ承認アルカ否メニ前ニ存在セザリシ權利カ創設セラルコトナシ承認ハ承認者カ爲ス者ノ行為ノミヲ以テ爲スヘク之ヲ爲スニ付キ相手方ノ同意ヲ要セス又承認ノ方法ニハ何等ノ制限ナキナリ以テ一部ノ辨濟利息ノ支拂擔保ノ供與其他如何ナル方法ヲ以テモ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ(法學博士嘉山幹一氏、民法總論大正三年中大講義三三七頁)

六 時効中斷ノ效力ヲ生スル承認ハ相手方ノ有スル權利ノ存在ヲ認ムル觀念表示ナルヲ於テ準禁治產ト雖モ單獨ニ之ヲ爲スコトヲ得(大審院大正七年一月九日判決本書第七卷民法一一二六頁)

七 承認ハ義務存在ノ自覺ノ表示トシテ相手方權利ノ存在ヲ有リノ儘ニ認ムル觀念ノ發表ニシテ意欲ヲ必要トスル法律行為ニアラザルカ故ニ既ニ經過セル期間ノ利益ヲ拋棄シ若クハ之ニヨリ時効中斷ノ效果ヲ生スルモノタルコトヲ知リ又ハ欲シテ爲スコト必要トスルモノニ非ス(大正二年一月一四日判決評論第二卷民法三五六頁)

【同上意思表示説】

一 承認トハ時効ノ利益ヲ受クヘキ者カ其ノ利益ヲ受クルコトヲ求メスシテ相手方ノ權利ヲ認ムル一方行為ヲ謂フ承認ハ請求ニ同レク如何ナル方法ニ依リテ之ヲ爲スモ時効中斷ノ效力ヲ生スルモノトス即チ裁判上タルト裁判外タルトナ問ハス又明示タルト默示タルトニ因リテ差異ナキナリ(法學博士富井政章氏、民法原論總則五六七頁)

二 承認トハ時効ノ利益ヲ受クヘキ者カ其ノ相手方ノ權利ヲ認ムル意思表示ニシテ此承認ハ書面ヲ以テスルコトアリ明示ナルコトアリ默示ナルコトアリ(法學博士梅謙次郎氏、民法要義總則三七九頁)

三 承認ニハ必ス相手方ノ權利ヲ認ムルノ意思ヲ表示サルコトヲ要ス(法學博士岡松參太郎氏、民法總論講義四四四頁)

四 承認トハ時効ノ利益ヲ受クヘキ者カ其ノ相手方ノ權利ヲ認ムル一方の意思表示ヲ謂フ(法學博士平沼一郎氏、民法總論七〇六頁)

五 承認ハ時効ノ利益ヲ受クヘキ者カ其ノ權利ヲ是認スル必要式ノ單獨行為ナリ(相手方アル一方行為ニシテ權利者ノ承認ヲ得ルコトヲ要セス)故ニ承認ハ處分行爲ニ非ス從テ承認者ニ處分能力アルコトヲ要セス又其代理人ニ處分ノ權限アルコトヲ要セス(法學博士松岡義正氏、民法總則六一一頁)

六 承認トハ時効ノ利益ヲ受クヘキ者カ其ノ時効ノ進行中其完成前相手方ノ權利ヲ認ムル單獨行為ヲ言フ(法學博士鈴木實三郎氏、民法總則講義五七七頁)

七 承認ハ時効ノ利益ヲ受クヘキ者カ其ノ相手方ニ對シ相手方ノ權利ノ存在ヲ知ル旨ヲ表示スル一方的行為ナリ(法學博士鳩山一郎氏、民法總則日大講四三五頁)

八 民法第一四七條第三號ノ承認ハ時効ノ利益ヲ受クヘキ者カ相手方ノ權利ヲ認ムル一方の意思表示ニシテ之ニ因リテ時効中斷ノ效力ヲ生スルニハ其權利ノ原因內容範圍等一切ノ事實ヲ確認スルコトヲ必要トセスシテ唯明示又ハ默示ニテ其權利存在ノ事實ヲ認ムルニ足ルモノトス(大正三年一月三五〇號同四年四月三〇日判決本書第四卷民法四二二頁)

【論旨第三點辨濟ノ成立ト辨濟意思ノ要否ニ關スル學說】

本卷民法一七五頁以下

論旨第一點及第三點ハ固ヨリ正當ナリ(本書第七卷民法一二三六頁同本卷民法一七六頁同第三卷民法七二三頁)同第二點ニ於テ債務ノ承認ハ意思表示ニ非スシテ觀念通知ナルモ代理ニ關スル規定ノ類推適用ヲ認ムヘシトセラレタル點ハ贊同スルニ吝ナラサルモ此事ハ未タ以テ債權者カ債務者ニ代リテ爲シタル債務承認ヲ有效ナラシムニ足ラス之ヲ有效ナリト言フカ爲メニハ債務ノ履行ハ性質上當然債務ノ承認ヲ伴フ行為ナリト解スルヲ得サル限リハ(論旨第三點)民法第一〇八條但書ノ類推適用ヲ認メサルヘカラス然レトモ同但書カ債務ノ履行ニ付キ相手

岡松博士
平沼博士
松岡博士
鈴木博士
鳩山學士
大審院

方代理ヲ許シタル所以ノモノハ當事者双方ノ利害衝突ヲ生スルノ虞レナキカ爲メナリ然ルニ債權者カ債務者ヲ代理シテ爲ス債務承認ハ時効中斷ノ效力ヲ生スヘキモノニシテ債權者ト債務者トノ利害ノ衝突ハ之ヲ免ルヘカラス從テ右但書ノ規定ヲ債務ノ承認ニ類推スルハ其理由ナキモノト言フヘシ但シ債權者カ債務者ノ委任代理人トシテ債務ノ履行ヲ爲ス場合ニハ其授權行爲ニハ明示又ハ默示ノ債務ノ承認ヲ伴フヲ通常トスルカ故ニ債務ノ一部履行アリタルニ拘ラス債務ノ承認ナク從テ殘債務ニ付キ時効中斷ノ效力ヲ生セスト言フカ如キ事例ヲ生スルコト極メテ稀ナルヘシ

九九

四一三 債權者カ債務ノ履行ヲ受クルコトヲ拒ミ又ハ之ヲ受クルコト能ハサルトキハ其債權者ハ履行ノ提供アリタル時ヨリ遲滞ノ責ニ任ス
四九二 辨濟ノ提供ハ其提供ノ時ヨリ不履行ニ因リテ生スヘキ一切ノ責任ヲ免レシム
四九三 辨濟ノ提供ハ債務ノ本旨ニ從ヒテ現實ニ之ヲ爲スコトヲ要ス但債權者カ其受領ヲ拒ミ又ハ債務ノ履行ニ付キ債權者ノ行爲ヲ要スルトキハ辨濟ノ準備ヲ爲シタルコトヲ通知シテ其受領ヲ催告スルヲ以テ足ル
債務者ニ於テ受領ノ機會ヲ與フルモ債權者ニ於テ之ヲ受領スルコトノ全然不能ナルカ若クハ之カ受領ヲ期待シ得ヘカラスルコトノ極メテ明確ナル場合ニハ辨濟ノ提供ヲ爲ササルモ債權者ヲ遲滞ニ附シ得ルモノトス

(一) 鳩山氏ノ所論法學志林二卷二號本書第八卷民法九三頁ノ如ク余モ亦我民法上債務者ノ遲滞ヲ生スルニハ其不履行カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ基クコトヲ要ス

ルモノト解スルヲ以テ本問ノ如キ債務者ノ受領又ハ協力カ不能ナルカ若クハ之ヲ期待スヘカラスルコトノ明確ナル場合ニハ事實問題トシテ債務者カ現實又ハ言語上ノ提供ヲ爲ササルハ其實ニ歸スヘキ事由ニ基カサルモノト認ムルコトヲ得ヘク從テ債務者ハ當然遲滞ノ責ヲ免カサルコトヲ得ヘシト雖モ是レ唯債務者ヲシテ遲滞ノ責ヲ負ハシメサルニ止リ同氏ノ所論位ニ通説ニ從フトキハ此場合ニ債權者モ亦遲滞ニ附セラレタルモノニ非サルカ故ニ債務者ハ債權者ノ履行遲滞ヲ原因トシテ自己ノ被リタル損害ニ對シテ賠償ヲ求ムルノ途ナキモノト云ヘサル可カラス之ヲ實際ニ徵スルニ辨濟ノ提供カ問題ト爲ルハ殆ト皆同時履行ノ法則ヲ適用スヘキ雙務契約ノ場合ニ生スルモノニシテ即チ雙務契約當事者ノ一方カ辨濟ノ提供ヲ爲スモ相手方ニ於テ爲スヘキ受領又ハ協力カ全然不能ナルカ若クハ其受領又ハ協力カ期待シ得ヘカラスルコトノ明確ナル場合ニモ尙且當事者ノ一方ニ於テ形式的言語上ノ提供ヲ爲スニ非セレハ相手方ヲ遲滞ニ附シ之ニ對シテ履行遲延ヨリ生スル損害ノ賠償ヲ請求スルコト能ハサルヤ是レ本問題ヲ解決スル實際上一必要ナル所以ニシテ鳩山氏ハ債權者ニ於テ辨濟ノ受領又ハ協力カ不能ナルトキ若クハ其受領又ハ協力カ期待シ得ヘカラスルトキハ債務者カ提供ヲ爲ササルモ債權者ノ遲滞ヲ生セスト解スルニ於テ債務者ノ利益ヲ保護スルニ充分ナリト論セララルモ單ニ債務者ノ遲滞ヲ生セストノ一事ヲ以テハ債務者ノ利益ヲ保護スルノ上ニ於テ餘リニ輕少ナルコト明カナリ
(二) 債務者ニ於テ受領ノ機會ヲ與フルモ債權者ニ於テ之ヲ受領スルコトノ全然不能ナルカ若クハ之カ受領ヲ期待シ得ヘカラスルコトノ極メテ明確ナル場合ニ於テモ尙且債務者ニ於テ辨濟ノ準備ヲ爲シ債權者ニ對シテ其受領ヲ催告スルコトヲ要スルヤニ付キ鳩山氏ノ所論ノ如ク言語上ノ提供ハ相手方ヲシテ或一定ノ行爲ヲ爲スヘキ機會ヲ有セシムルモノナルニ債權者カ失踪逃亡シテ其住所又ハ居所ヲ知ルコト能ハサルカ如キ或一定ノ期日ニ債權者ニ於テ履行完了ニ必要ナル受領ヲ爲スニ非サレハ債權ノ目的ヲ達スルコト能ハサルニ債權者カ其受領ヲ遲滞シタルカ如キ場合ニ債權

者ニ對シテ其受領ヲ催告スルコトヲ要スルカ如キハ實ニ無用無意義ニシテ何等相手方ニ對シテ一定ノ行為ヲ爲スヘキ機會ヲ與フルモノニ非サルヤ明カナリ余ハ我民法ヲ解シテ這般無用無意義ナル形式ノ行為ヲ爲スヘク強制スルモノト爲スハ決シテ解釋ノ正鵠ヲ得タルモノニ非スト信スルナリ

(三) 民法第四一三條ハ單ニ法文ノ字句ヨリ解スルトキハ鳩山氏所說ノ如ク該法文ハ受領遲滯發生ノ要件ヲ明示シタルモノト解スルチ妥當トスルカ如シト雖モ右ハ畢竟債權者ニ於テ受領遲滯ノ責ヲ負フヘキ時期ヲ定メタルニ過キサルモノト解スヘキモノニシテ反對論者ノ說ノ如ク債權者カ受領ヲ拒ミ又ハ之ヲ受クルコト能ハサル總テノ場合ニ債權者ヲ遲滯ニ附スルニハ債務者ニ於テ履行ノ提供ヲ爲スコトヲ絕對的要件ト爲シタルモノト解スルコトノ如何ニ沒常識ニシテ社會ノ取引觀念ト公平ナル條件ニ副ハサルモノナルコトハ如上論述シタルカ如クナルノミナラス彼ノ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若クハ契約ノ性質又ハ當事者ノ意思表示ニ依リ一定ノ日時ニ履行ヲ爲スニ非サレハ契約ノ目的ヲ達スルコト能ハサル場合ハ當事者ノ一方ニ於テ何等ノ催告ヲ爲スコトナク直ニ其契約ヲ解除スルコトヲ得ル民法第五四二條第五四三條ト同一ノ精神ニ基キ本問受領ノ不能ナル場合ニハ言語上ノ提供ヲ爲シテ受領ノ催告ヲ爲スコトヲ要セス直ニ債權者ヲ遲滯ニ附スルコトヲ得ルモノト解スルハ決テ解釋ノ囿域ヲ超越シタルモノニ非スト

信スルナリ

(四) 鳩山氏ハ本問ノ如キ場合ニ債權者ヲ遲滯ニ附スルカ爲メニハ辨濟ノ提供ヲ爲スコトヲ要スルモノト解スルモ之カ爲メニ格別不當ナル結果ヲ生スルモノニ非ス即チ一面ニハ債務者ノ遲滯ヲ生セサルモノト解シテ其利益ヲ保護スルコトヲ得ヘク又他ヘシト論セラルルモ債務者ノ遲滯ヲ生セサルモノト解スルノミニテハ其利益ヲ保護スルニ足ラサルコトハ既ニ上來敘述シタルカ如クニシテ而テ又供託ニ依リテ債務者

ノ義務ヲ免カサルコトヲ得ルハ唯債權ノ目的カ物ノ給付ヲ爲スニ在ル場合ニ限ルモノニシテ而カモ實際上辨濟ノ提供ノ問題ト爲ルハ債權ノ目的カ物ノ給付ニ關セサル場合ニ生スルモノニシテ供託ニ依リテ直ニ免責ヲ得ルノ便アル事案ニ付キ本問ノ如キ問題ヲ生シタル實例アルコトナレ(法學士磯谷幸次郎氏法學新報第三〇卷第四號七頁)債權者ノ遲滯ト辨濟ノ提供ニ就キテ再ヒ申見テ述フ(要領)

〔債權者遲滯ノ要件ト履行ノ提供ニ關スル參照學說〕

富井博士
岡松博士
横田博士
川名博士
石坂博士

一 債務者ハ適法ナル方法ニヨリテ履行ヲ提供スルコトヲ要ス之レハ四九三條ノ說明ニ屬スルコトナルカ履行ノ提供ナルモノハ現實ニ之レヲ爲スコトヲ必要トス只何時ニテモ相渡スヘシト云フ言語ノミニヨル提供ハ通常提供ノ效力ヲ生セス債權者カ受取ルコトヲ得ル代リニ債權者ノ手ニ移ス準備ヲ盡ササルヘカラス債權者ノ住所カ辨濟地ナレハ其處ニ持參シテ受取ルコトヲ得ルノ状態ニ仕向ケサルヘカラス又履行ヲ爲ス資格アルモノヨリ之レヲ受クル資格アル者即チ債權者又ハ其ノ代理人ニ爲スコトヲ必要トス之等ハ皆一般ノ適用ニ過キス(法學博士富井政章氏債權總論明治四五東大講七四九頁)

二 適法ナル履行ノ提供アルコトカ爲メニハ提供カ適法ナルコト及提供セラレタル給付カ適法ナルコトヲ要ス提供カ適法ナルモノハ更ニ左ノ條件ヲ要ス債權者ハ履行ヲ爲スノ權利ヲ有スルコトヲ要ス但之カ爲メニハ必スレモ辨濟期ノ到來セルヲ要セス債務者ハ辨濟期以前ト雖モ履行シ得ヘキヲ通則トス(法學博士岡松參太郎氏債權總論京政講一六三頁)

三 債務者ハ債權者又ハ其正當ノ代理人ニ對シ適當ノ場所ニ於テ完全ナル履行ノ提供ヲ爲スコトヲ要ス(法學博士横田秀雄氏債權總論二四六頁)

四 遲滯ハ二個ノ構成分子ヨリ成ル債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ノ提供及ヒ債權者ノ不受領ナリ(法學博士川名名兼四郎氏債權要論二三八頁)

五 債權者ノ遲滯(債務ノ内容ニ從ヒ其履行ノ爲メニ債務者カ爲スヘキ凡テノ行為ヲ爲シタルニ拘ラス債權者ノ協力ヲ爲ササルカ爲メニ生ス從テ債務者ハ履行ヲ爲スカ爲メニ必要ナル凡テノ行為ヲ爲セルコトヲ要ス即給付ノ提供アルコトヲ要ス(法學博士石坂晋四郎氏債權上六一頁)

債務ノ履行ニ債權者ノ行為ヲ要スル場合ニ履行期カ定期限ナルトキト雖モ債務者ハ尙言語上ノ提供ヲ爲スコトヲ要ス然レトモ履行期カ定期限ナル場合ニ言語上ノ提供ヲ必要トスルハ手續煩雜ニシテ實際取引上ノ必要ニ合セス恰モ定期期限ナル場合ニ債務者ノ遲滯ニ債權者ノ催告ヲ要セザルト同シク言語上ノ提供ヲ要セザルモノト爲スニ適當トス例ハ保險契約者カ保險會社ニ對シ保險料ノ支拂ニ付キ受領ノ催告ヲ爲サス汽船會社カ乗船者ニ對シ乗船ノ催告ヲ爲ササルモ債權者ハ遲滯ノ實ニ任スルモノトナスカ如シ又確定セル日ヲ以テ滿期トスル無記名證券指圖證券ニ關シテモ亦同シ然レトモ我法典ハ提供ナクシテ債權者ノ遲滯ヲ生スル場合ヲ認メサルカ故ニ此等ノ場合ニモ尙言語上ノ提供ヲ要スルモノト解セザルヲ得ス(同上六二〇)

持參債務ニ在リテ債權者カ履行ノ場所ニ在ラス且代理人ヲ立テタル場合ニ債務者ハ尙提供ヲ爲スコトヲ要スルヤ我法典ノ解釋トシテ債權者カ不在ナル場合ニ於テモ尙債務者ハ事實上ノ提供ヲ爲スコトヲ要スルモノト解ス(シ唯債務者カ債權者ヲ確知スルヲ得サル場合ニハ第四九四條ニ因リ債務者ハ直チニ供託ヲ爲テテ債務ヲ免ルルコトヲ得ヘシ(同上六二六頁))
六 債權者遲滞ノ要件トシテ常ニ履行ノ提供ヲ必要トスルモノト解スルハ民法第四一三條ノ規定並ニ民法ノ精神ニ適スルモノトス(法學博士鳩山秀夫氏法學志林二卷二號本書第八卷民九三頁)
七 債權者遲滞ノ成立スルニハ現實ニ履行ノ提供アリタルコトヲ要ス(法學士須賀喜三郎氏中大債權總論講義錄五〇一頁)
八 債務者ニ於テ履行ノ提供ヲ爲シタルコトヲ要ス(法學博士飯島喬平氏民法要論五〇一頁)

【雙務契約ノ場合ニ於テ一方ノ債務不履行ノ意思明確ナル場合ト履行ノ提供ニ關スル參照學說判例】

- 一 債權者タル買主カ自己ノ債務履行不能ノ事實又ハ債務不履行ノ意思ハ明白ナリト雖モ未ダ豫メ代金ノ受領ヲ拒マサル場合又ハ債務者ノ履行ニ付キ債權者ノ行為ヲ必要トセサル場合ニ於テハ債務者ハ現實ノ提供ヲ要セサルモノトス(法學士入江眞太郎氏法學新報第二八卷第一〇號四二頁本書第七卷民法一一五頁)
- 二 雙務契約當事者ノ一方ハ相手方カ其債務ノ履行ヲ提供スルマテハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得ルハ五三三條ノ規定スル所ナレハ相手方カ其債務ヲ履行セサルモ不履行ノ責アリト爲ス得ス然レトモ是レ相手方カ其債務ノ履行ヲ提供スルニ於テハ他ノ一方モ其債務ヲ履行スヘキコトヲ期スヘキ場合ニ於テ然ルモノニシテ相手方カ債務ノ履行ヲ提供スルモ他ノ一方ハ債務ヲ履行セサルノ意思明確ナル場合ニ於テハ相手方カ債務ノ履行ヲ提供セサルモ他ノ一方ハ自己ノ債務ノ不履行ノ付キ違約ノ責ヲ辭スルコトヲ得ス何トナレハ相手方カ債務ノ履行ヲ提供スルハ他ノ一方ノ債務履行ノ期レテ之ヲ爲スモノナレハ他ノ一方カ債務ノ履行ヲ爲ササル意思ノ明確ナルハ拘ハラズ履行ノ提供ヲ強ニシテ此場合ニ於テ相手方カ履行ノ提供ヲ爲ササルハ其責ノ一方ニ在レハ他ノ一方ハ自己ノ債務ノ不履行ヲ以テ履行ノ提供ヲ爲ササル相手方ノ責ニ歸スルヲ得サレハナリ(大審院大正三年(オ)第四一三號同年二月一日判決民事判決錄第二〇輯九九九頁本書第四卷民法三五頁)
- 三 地所賣買ニ付キ買主カ賣主ヨリ賣買代金銀額ノ支拂ヲ請求セラレタル場合ニ於テ金圓ヲ所持セス又ハ之カ調達ヲ爲スノ見込ナカリシ一事ハ未ダ以テ代金支拂行為カ買主ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ全然不能ト爲ラズルモノト云フヲ得サルモノトシテ又買主カ代金支拂ノ債務ヲ履行セサルノ意思明確ナル場合ニモ非サレハ買主ハ相手方タル賣主ノ債務不履行ノ原因トシテ自己ノ債務不履行ヨリ生セル責任ヲ免カル、コトヲ得ルモノトス(大審院大正六年一月八日判決民事判決錄二三輯一七五三頁)
- 四 雙務契約ニ在リテハ各當事者ノ債務カ同時履行ノ關係ニ在ル場合ニ於テモ當事者ノ一方カ其債務ノ履行ヲ爲ササルノ意思明確ナルトキハ相手方ハ自己ノ債務ノ履行ノ提供ヲ爲ササルモ其相手方ヲ遲滞ニ付シ得ヘキモノトス(函館控訴院大正八年九月二五日判決本書第八卷民法一四八九頁)

月二五日判決本書第八卷民法一四八九頁)
五 雙務契約ニ於テ當事者ノ一方カ其債務ヲ提供セサル限リ相手方ハ其債務ヲ履行セサルモ不履行ノ責ナキハ勿論當事者ノ一方カ債務ノ履行ヲ提供スルモ相手方ノ其債務ヲ履行セサルノ意思明確ナル場合ハ格別假令雙方ノ債務カ共ニ辨濟期ニ在リトスルモ當事者ノ一方カ其債務ノ履行ヲ提供セサル限リハ期限徒過ノ一事ヲ以テ相手方ヲ直チニ遲滞トクハ不履行ノ責ニ任セシメ得ルモノニ非ス(大阪地方大正五年(レ)第一七八號同年一月三〇日判決法律新聞第二二〇一號二〇頁)

學士ノ見解ハ深ク實際上ノ結果ニ留意セラレタルモノニシテ寔ニ傾聴ニ値スヘキ論ナリト雖モ吾人ハ我民法ノ解釋トシテ辨濟ノ提供ハ常ニ債權者遲滞ノ要件ナリト解ス(本書第八卷民法九七頁)學士ハ債權者ニ於テ受領力不能ナルカ又ハ之ヲ期待シ得ヘカラサル場合ニモ尙ホ辨濟ノ提供ヲ爲スコトヲ要ストセハ實際上ノ結果不當ナリト論セラルルモ吾人ハ其ノ必ラスシモ然ラサルヲ信ス蓋シ(一)債務者カ履行遲滞ノ責ヲ免ルルカ爲メニハ債權者ヲシテ受領遲滞ニ陥ラシムルコトヲ要件トセサルヲ以テ辨濟ノ受領ノ全然期待シ得ヘカラサル場合ニモ尙ホ辨濟ノ提供ヲ爲サスルハ債務者ハ遲滞ニ陥ルト言フカ如キ結果ヲ生スルコトナシ(二)債權者ハ民法第四九四條ニヨリ供託ヲ爲シテ其義務ヲ免カルルコトヲ得以上ノ二點ハ鳩山博士ノ舉示セラレタル所ニシテ學士ハ此等ノ點ノミヲ以テハ債務者ノ利益ヲ保護スルニ付キ未ダ十分ナラスト論セラル然レトモ此外(三)債權者ノ行為ニ因リ辨濟費用ノ増加ヲ生シタルトキハ其増加額ハ債權者ノ負擔ニ歸スルノミナラス(第四九五條)之ヲ多ク實際問題トナル同時履行ノ原則ノ適用セラルヘキ雙務契約ニ付テ考フルニ(四)債權者カ受領遲滞ニ陥ルヤ否ヤト言フコトト反對

給付債務ニ付キ履行遲滞ニ陥ルヤ否ヤト言フコトトハ必ラシモ相表裏スルコトヲ要スルモノニ非ス債務者ノ辨濟ノ提供ナク從テ債權者ノ受領遲滞ニ陥ラサル場合ト雖モ債權者ノ負擔セル反對給付ノ債務ニ付キ債權者ヲシテ履行遲滞ニ陥ラシムルコトヲ得ヘキハ明カナリ何トナレハ同時履行ノ抗辯權ハ元來公平ノ觀念ヨリ認メラレタルモノナルカ故ニ債務者カ自己ノ爲スヘキ給付ノ履行ヲ爲ス意思ナク若クハ全然履行ヲ爲シ得サル事情ニアル場合又ハ相手方ノ爲スヘキ反對給付ヲ受領スルノ意思ナク若クハ全然受領シ得サル事情ニアル本問ノ如キ場合ニハ同時履行ノ抗辯ノ行使ハ之ヲ許ササルモノト言フヘク既ニ同時履行ノ抗辯權ノ行使ノ許サレサル以上反對給付ノ提供ヲ爲スコトナキモ相手方ヲシテ履行遲滞ニ陥ラシムルコトヲ得レハナリ從テ債務者ハ債權者ノ自己ニ對スル反對給付ノ履行遲滞ヲ原因トシテ自己ノ被リタル損害ノ賠償ヲ求ムルノ途ナキニ至ルトノ否難モ敢テ當ラス(五)債權者ノ辨濟ノ受領ヲ爲スノ意思ナク又ハ全然受領ヲ爲シ得ヘカラサル事情アル場合ニ於テ債務者ニ於テモ亦辨濟ヲ爲スノ意思ナク又ハ全然辨濟ヲ爲シ得ヘカラサル事情アル場合ニ於テ學士ハ果シテ如何ニ解セラルルヤ受領遲滞ト履行遲滞トノ兩者ヲ生スルモノナリヤ兩者孰レヲモ生セサルモノナリヤ將タ又受領遲滞又ハ履行遲滞ノミヲ生スルヤ吾人ノ如ク辨濟ノ提供ヲ以テ常ニ受領遲滞ノ要件ナリト解スルトキハ此ノ如キ場合ニ受領遲滞ヲ

生セサルコトヲ説明スルニ付キ敢テ迂遠ナル論法ヲ用ユルコトヲ要セサルモノニシテ此ノ如キ場合ニ債務者ヲシテ辨濟ノ提供ヲ爲サシムルコトハ債務者ヲシテ眞ニ債務ヲ履行スルノ意思アリ且辨濟ヲ爲シ得ヘキ事情ニアルコトヲ示サシムル爲メニ極メテ機宜ニ適シタルモノト言ハサルヲ得ス

(一〇〇)

三四九 質權設定者ハ設定行為又ハ債務ノ辨濟期前ノ契約ヲ以テ質權者ニ辨濟トシテ質物ノ所有權ヲ取得セシメ其
他法律ニ定メタル方法ニ依ラシテ質物ヲ處分セシムルコトヲ得ス

賣渡担保ノ場合ニ於テハ債務者カ辨濟ヲ爲ササルトキハ債權者ハ目的物ヲ處分シ其換價金ヲ以テ辨濟ニ充ツヘキコトヲ有效ニ合意スルコトヲ得ヘキモノトス

賣渡担保ニ在リテ債務者ノ辨濟ヲ爲ササル場合如何ニシテ其擔保ノ目的ヲ達スヘキカハ當事者ノ意思表示ニ因リテ定マルヘキモノナリ故ニ職シメ當事者ノ特約ニ因リ辨濟期ニ至リ辨濟ヲ爲ササルトキハ即時擔保ノ目的物ニ付キ債權者ノ信託的ニ有セル所有權ヲ確定ノモノトシ債務者ヲシテ之レカ受戻ヲ爲ス權利ヲ失ハシムルコトト爲スモ可ナルヘク又擔保權設定當時又ハ其後辨濟期前ノ契約ヲ以テ債務者カ辨濟期ニ辨濟セサルトキハ債權者ハ其物ヲ處分シ其換價金ヲ以テ辨濟ニ充ツヘキコトヲ有
效ニ合意スルコトヲ得ヘシ而カモ斯ル契約ハ尠モ民法第三四九條ノ禁止ニ抵觸スルモノニ非ス何トナレハ賣渡擔保ハ嘗テ大審院モ判決セルカ如ク單ニ擔保ノ目的ヲ以テ信託的ニ所有權ヲ移轉スル行為ニ過キスレテ法律上所謂質權ノ取得行為ニアラサルヲ以テ質權ノ實行方法ヲ制限セル同條ノ規定ヲ賣渡擔保ニ適用スルヲ得サルハ論
ヲ俟タサレハナリ(法曹會決議法曹記第三〇卷第五號一八頁「賣渡擔保ニ關スル件」要領)

【參照學說判例】

本卷民法三七頁以下同四九頁以下

決議ニ賛同ス(本卷民法五一頁評論參照)

一〇一

九七五第一項 法定ノ推定家督相續人ニ付キ左ノ事由アルトキハ被相續人ハ其推定家督相續人ノ廢除ヲ裁判所ニ請

大審院判

民法實施前ニ於テハ家督相續人ノ廢嫡ハ必スシモ被相續人ノ生存中ニ之ヲ爲スコトヲ絕對的ニ必要トスルモノニ非スシテ戸主死亡後嗣子幼年且病弱ニシテ家業ヲ承繼スルニ堪ヘサルカ如キ己ムヲ得サル事情アルトキハ當該官廳ニ廢嫡ノ許可ヲ出願スルコトヲ得タルモノトス
一旦廢嫡セラレタル者ハ更ニ之ヲ家督相續人トシテ指定又ハ選定スルコトヲ妨グスト雖モ被相續人ニ變更ヲ生シタルカ爲メニ當然相續權ヲ回復スルモノニ非ス

(一) 案スルニ民法實施前ニ於テハ家督相續人ノ廢嫡ハ必スシモ被相續人ノ生存中ニ之ヲ爲スコトヲ絕對的ニ必要トスルモノニ非ス例ヘハ戸主死亡後嗣子幼年且病弱ニシテ家業ヲ承繼スルニ堪ヘサルカ如キ己ムヲ得サル事情アルトキハ當該官廳ニ廢嫡ノ許可ヲ出願スルコトヲ得タルモノニシテ而テ本件事案ノ如ク被上告人先々代内田新之助カ明治二十五年九月二十四日死亡シ其戸籍内ニハ一ノ直系卑屬ナク傍系親トシテ新之助ノ弟ナル上告人一名存スル場合ニハ上告人ニ於テ相續スヘキハ普通ノ順

【關係事項】

上告棄却○原審東 控訴院(家督相續權回復請求事件)○上告人内田晉四郎訴訟代理人辯護士横山勝太郎同杉山賢三被上告人内田新左衛門

【判旨第二點廢除ノ效力ニ關スル參照學說判例】

茲將各判事判決) 序ナレトモ一家ノ事情已ムヲ得サルモノアルトキハ官廳ノ許可ヲ得テ之ヲ廢嫡スルコトヲ得タルモノトス而テ原判決ノ認ムル所ニ依レハ新之助ノ祖父新左衛門ハ當時ノ法規ニ從ヒ適法ナル手續ヲ經テ上告人ヲ廢嫡シ自ラ再相續ヲ爲シタルモノニシテ毫モ廢嫡ノ手續ニ於テ間然スル所ナシ論旨理由ナシ
(二) 然レトモ廢嫡ナルモノハ家督相續人ノ相續權ヲ剝奪シ其家ノ戸主タル地位ニ就カシメサルコトヲ目的トスルモノニシテ單ニ或特定セル被相續人ニ對スル關係ニ於テ相續權ヲ剝奪スルヲ目的トスルモノニ非サルコトハ曩ニ當院判例(大正八年(オ)第一〇二號大正八年三月十二日判決)ノ示スカ如クナルヲ以テ一旦廢嫡セラレタル者ハ更ニ之ヲ家督相續人トシテ指定又ハ選定スルコトヲ妨グケスト雖モ被相續人ニ變更ヲ生シタルカ爲メニ當然相續權ヲ回復スルモノニ非ス原判決ノ認ムル所ニ依レハ被上告人先々代新之助死亡後祖父新左衛門ハ新之助ノ弟タル上告人ヲ廢嫡シテ自ラ再相續ヲ爲シタルモノニシテ即チ上告人ハ右廢嫡ニ依リ内田家ニ對スル相續權ヲ喪失シタルモノナルカ故ニ新左衛門死亡シタルレハトテ上告人ハ當然新左衛門ニ對シ相續人タルノ地位ニアルモノニアラス然レハ即チ原判決カ「本件控訴人(上告人)ノ廢嫡カ其當時ノ法規ニ從ヒ取消サレタルコト又ハ控訴人カ内田新左衛門ノ嗣子ト定メラレタルコトノ認ムヘキモノナキ本件ノ場合ニ於テ控訴人ハ右新左衛門ノ家督相續人タルコトヲ得サルモノト認メサルヘカラス果シテ然ラハ控訴人カ自己ニ右相續權アルコトヲ前提トシテ爲ス本件請求ハ(中略)不當ニシテ排斥ヲ免カレサルモノトス」ト說示シタルハ相當ニシテ論旨理由ナシ(大審院大正八年(オ)第一〇六二號同九年三月十三日民三部横田裁判長大倉磯谷松岡

本卷民法一五〇頁以下

一〇三

大審院判

後見人カ民法第九一七條ノ規定ニ從ヒ就職ノ際財産目録ヲ調成セザルトキハ親族會ニ於テ之ヲ免職スルコトヲ得ルニ止マリ被後見人ノ親族又ハ親族會ノ一員ヨリ免職ノ事由トシテ之ヲ主張シ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘキモノニ非ス

選定後見人ハ民法第九二八條ニ依リ毎年少クトモ一回被後見人ノ財産ノ狀況ヲ親族會ニ報告スルコトヲ要スト雖モ後見人カ單ニ其義務ヲ怠リタルニ止マリ他ニ被後見人ノ財産ニ損害ヲ及ホシタル事實チキ限ハ此一事ニ因リ免職ノ事由タルヘキモノニ非ス

然レトモ後見人カ民法第九一七條ノ規定ニ從ヒ就職ノ際財産目録ヲ調成セザルトキハ親族會ニ於テ之ヲ免職スルコトヲ得ルニ止マリ被後見人ノ親族又ハ親族會ノ一員ヨリ免職ノ事由トシテ之ヲ主張シ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘキモノニ非ス又選定後見

大審院判

民法第一七七條ニ所謂第三者ハ當事者若クハ其包括承継人ニ非スシテ不動産物權ノ得喪變更ノ登記欠缺ヲ主張スル正當ノ利益ヲ有スル者ノ謂ヒニシテ不法占有者ノ如キヲ包含セザルモノトス

信託行爲トハ例ヘハ當事者ノ一方カ相手方ニ對シ或物ヲ寄託シ又ハ担保ニ供スルコトヲ目的トスル場合ニ於テ或便宜若クハ必要ヲ充タス爲メ所有權移轉ノ效

【關係事項】

上告棄却○原審東京控訴院○後見人免職事件○上告人加納松兵衛外二人訴訟代理人辯護士橋原周次郎被上告人岩崎

人ハ同第九二八條ニ從ヒ毎年少クトモ一回被後見人ノ財産ノ狀況ヲ親族會ニ報告スルコトヲ要スルモ後見人カ單ニ其義務ヲ怠リタルニ止マリ他ニ被後見人ノ財産ニ損害ヲ及ホシタル事實アラサル限リハ此一事ニ因リ免職ノ事由タルヘキモノニ非ス然レハ原院カ財産目録調製ノ日時及ヒ親族會ニ財産狀況ヲ報告シタル日時ヲ確定スルノ要ナク又上告人主張ニ係ル財産目録云以下ノ事實ハ之ヲ認ムヘキ何等ノ證據ナシト判示シタルハ舉證ノ責任ヲ轉倒シタル不法アルモ原判決ハ如上ノ理由ニ依リ結局相當ニシテ上告論旨ハ理由ナシ(大審院大正九年(オ)第四五號同年三月十七日ハ二部横田裁判長大倉新谷松岡重潤各判判決)

一〇三

- 九〇 公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行爲ハ無効トス
- 九四第一項 相手方ト通シテ爲シタル意思表示ハ無効トス
- 一七五 物權ハ本法其他ノ法律ニ定ムルモノノ外之ヲ創設スルコトヲ得ス
- 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サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

果ヲ生スヘキ讓渡契約ヲ爲スカ如キヲ謂フモノニシテ斯カル契約ヲ爲スコトハ固ヨリ當事者ノ自由ナルヲ以テ假令其目的ハ寄託又ハ担保ノ爲メニ過キサルニモセヨ當事者力相互ノ關係ニ於テモ所有權移轉ノ效果ヲ生セシムル意思ヲ以テスルトキハ勿論相互ノ關係如何ニ拘ハラズ第三者トノ關係ニ於テ所有權移轉ノ效果ヲ生セシムル意思ヲ以テ讓渡契約ヲ爲ス以上ハ其意思表示ハ民法第九四條ニ所謂虛偽ノ意思表示ニ該當セス又同法第九〇條ニ所謂公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル行爲ニモ非サルカ故ニ法律上之ヲ無効ト爲スヘキ謂ハレナキモノトス

信託的讓渡ノ場合ニ讓受人カ當事者間ノ關係ニ於テハ所有權者タラサルトキモ第三者トノ關係ニ於テ所有權者ノ位地ニ在ルコトハ單純ナル讓渡ノ場合ニ當事者間ノ關係ニ於テハ最早所有權者ニ非サル讓渡人カ登記又ハ引渡ヲ爲ササルカ爲メ第三者トノ關係ニ於テ依然所有權者ノ位地ニ在ルト一般畢竟對手者トノ關係上讓渡ヲ以テ對抗スルコトヲ得ルト否トニ因リ此ニ至ルモノニシテ法律ノ認メサル物權ノ創設セラルルモノニ非サレハ此ノ如キコトヲ理由トシテ信託行爲ヲ無効ナリト主張スルヲ得サルモノトス

(一) 然レトモ民法第一七七條ニ所謂第三者ハ當事者若クハ其包括承繼人ニ非スレテ不動產物權ノ得喪變更ノ登記欠缺ヲ主張スル正當ノ利益ヲ有スル者ノ謂ヒニシテ不法占有者ノ如キヲ包含セサルコト從來本院ノ判例(明治四十三年(オ)第四一號同年二月

二十四日言渡トスル所ナリ而シテ原院ノ確定スル所ニ依レハ上告人ハ保爭地ヲ不法ニ占有セルモノニシテ所謂第三者ニ該當セサル者ナレハ本件ハ同法條ノ適用アルヘキ場合ニ非ス故ニ上告論旨ハ理由ナシ

(二) 然レトモ原院ノ確定セル所ニ依レハ保爭地ハ東尻池町住民タル被上告人外五十餘名ノ個人共有ナルモ其共有者ニ於テ被上告人兩名ニ管理ヲ託スルニ當リ或必要上之カ所有權ヲ讓渡シタルモノナレハ讓渡ハ信託行爲ニシテ法律上有效ノモノナルコト從來本院ノ判例ニ依リテ抑信託行爲トハ例ヘハ當事者ノ一方カ相手方ニ對シ或物ヲ寄託シ又ハ擔保ニ供スルコトヲ目的トスル場合ニ於テ或便宜若クハ必要ヲ充タス爲メ所有權移轉ノ效果ヲ生スルコトヲ目的トスル場合ニ於テ或便宜若クハ必要ナル契約ヲ爲スコトハ因ヨリ當事者ノ自由ナルヲ以テ假令其目的ハ寄託又ハ擔保ノ爲メニ過キサルニセヨ當事者力相互ノ關係ニ於テモ所有權移轉ノ效果ヲ生セシムル意思ヲ以テスルトキハ勿論相互ノ關係如何ニ拘ハラズ第三者トノ關係ニ於テ所有權移轉ノ效果ヲ生セシムル意思ヲ以テ讓渡契約ヲ爲ス以上ハ其意思表示ハ民法第九四條ニ所謂虛偽ノ意思表示ニ該當セス又同法第九〇條ニ所謂公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル行爲ニモ非サルカ故ニ法律上之ヲ無効ト爲スヘキ謂ハレナシ而シテ信託的讓渡ノ場合ニ讓受人カ當事者間ノ關係ニ於テハ所有權者タラサルトキモ第三者トノ關係ニ於テ最早所有權者ノ位地ニ在ルトハ單純ナル讓渡ノ場合ニ當事者間ノ關係ニ於テハ最早所有權者ニ非サル讓渡人カ登記又ハ引渡ヲ爲ササルカ爲メ第三者トノ關係ニ於テ依然所有權者ノ位地ニ在ルト一般畢竟對手者トノ關係上讓渡ヲ以テ對抗スルコトヲ得ルト否トニ因リ此ニ至ルモノニシテ法律ノ認メサル物權ノ創設セラルルニ非サレハ此ノ如キコトヲ理由トシテ信託行爲ヲ無効ナリト主張スルハ失當ナリ若シ夫レ強制執行又ハ詐害行爲取消ノ場合ニ付テノ上告人所論ハ債務者カ登記簿上所有名義人タルコト及ヒ債權者カ第三者ノ位地ニ在ルコトニ留意セサルニ出ツル杞憂ニ過キスレテ探ルニ足ラス之ヲ要スルニ原院カ保爭地ノ共有者ト被上

中島博士

松岡博士

乾博士

小川吉久氏

大審院

告人等間ノ信託的讓渡ヲ認メ之ヲ有效ナリトシ被上告人等ニ本訴請求ヲ爲ス權利アリト判定シタルハ不法ニ非スシテ上告論旨ハ理由ナシ(大審院大正九年(ケ)第一號同年四月十九日民二部馬場裁判長田上柳川成道三宅各判事判決)

【關係事項】 上告棄却○原審大阪控訴院○土地明渡請求事件○上告人崎谷才助訴訟代理人辯護士小野塵一被上告人石丸甚兵衛外一人訴訟代理人辯護士末正榮藏

【判旨第一點民法第一七七條ニ所謂第三者ノ意義ニ關スル同趣旨學說判例】

一 當事者以外ノ者ハ總テ之ヲ第三者ト稱スルヲ普通トスレトモ一七七條ノ意義ニ於テハ其ノ中ニ就キテ登記ノ欠缺ヲ主張スヘキ正當ノ利益アルモノニ限ルカ故ニ當事者ニモ亦第三者ニモ非サル者ヲ生ス此ノ如キモノニ對シテハ登記ナクシテ物權變動ヲ對抗スルコトヲ得ヘシ(法學博士中島玉吉氏民法釋義卷ノ二七七二頁)

二 登記及ビ引渡ハ第三者カ秘密取引ノ犧牲トナリ不測ノ損害ヲ蒙ルルノ弊害ヲ防止シ取引ノ安全ヲ保護スルカ爲メナリ故ニ不法ニ他人ノ物權ヲ行使シ又ハ之ヲ毀損シタル者ハ其他人カ未ダ登記ヲ爲シテ又ハ引渡ヲ爲ササルコトヲ理由トシテ目的物ヲ返還又ハ損害賠償ヲ拒ムコトヲ得ヘキノ理ナレバナリ(法學博士松岡義正氏民法論物權上冊四四頁)

三 余ハ新ニ一案ヲ提出セント欲ス即チ試ニ民法第一七七條ニ所謂第三者トハ當事者及ビ其包括承繼人ヲ除キ登記ノ欠缺ヲ主張スルコトニヨリテ同一不動産ニ關スル自己ノ權利ノ存在ノ事實又ハ其權利カ特定ノ制限ヲ受ケサル事實ヲ依リテ少ナクトモ實體的ニ認メタルヘキ地位ニアルモノヲ云フト解シテ如何(法學博士乾政彦氏法學協會雜誌第三〇卷第六卷第六號一頁以下同七號六〇頁以下本書第一卷民法二二三頁)

四 廣ク第三者ト云フトキハ當事者及ビ其一般承繼人以外ノ凡テノ者ヲ指稱ス然レトモ民法第一七七條ニ所謂第三者トハ如斯廣汎ナル意義ニ非スシテ余ハ之カ範圍ヲ制限シ物權ノ得喪變更ニ關シ正當ナル利害關係ヲ有スルモノノミト解ス(小川吉久氏本書第一卷民法六七三頁)

五 民法第一七七條ニ所謂第三者トハ不動産ニ關ヘル物權ノ得喪及ビ變更ノ登記欠缺ヲ主張スル正當ノ利益ヲ有スル者即チ同一不動産ニ關スル所有權抵當權等正當ノ權限ニ因リテ取得シタル者等ヲ指稱スルモノトス

六 家賃相續ニ因ル不動産所有權ノ取得モ其登記ヲ爲スニ非サレバ第三者ニ對シスルコトヲ得サルモノトス(大審院大正四年(オ)第一三號同年十一月二日判決本書第四卷民法八六七頁)

七 民法第一七七條ニ所謂第三者トハ當事者若クハ其包括承繼人ニアラスシテ不動産物權ノ得喪及ビ變更ニ付キ登記ノ欠缺ヲ主張スル正當ノ利益ヲ有スルモノヲ指稱シ當事者若クハ其包括承繼人ニアラスシテ總テノモノヲ包含スルモノニアラス(大審院大正五年一〇月四日判決本書第五卷民法一一二頁)

八 民法第一七七條ニ所謂第三者トハ當事者若クハ其包括承繼人ニアラスシテ不動産物權及變更ノ登記欠缺ヲ主張スル正當ノ利益ヲ有スル者ヲ指稱ス(大審院民事判決第四一一年一四四一—二七六頁)

九 民法第一七七條ノ規定ハ不動産ニ付キ正當ノ利益ヲ有スル第三者ヲ保護スル趣旨ニ出タルモノナレバ其第三者ニシテ無效ノ原因ニ基キ不動産上ノ物權ヲ取得シ其登記ヲ爲シタルモノモ其以前ニ適法ニ該不動産ヲ買受ケテ未ダ其登記ヲ經サルモノニ對シスルコトヲ得ス(東京控訴院四〇年法律新聞四三九號六頁)

【同上異趣旨學說判例】

一 第三者ト見ルコトニ付キ多少幾ク生スヘキ者ハ物權ノ得喪ニ付キ利害關係ヲ有セサル者ニシテ蓋シ登記又ハ引渡ヲ必要トスル趣旨ハ畢竟物權ニ關スル引取ノ安全ヲ確保シテ第三者ニ不測ノ損害ヲ蒙ラシメサルニ在ルコト言テ俟タス果シテ然ラハ物權ノ得喪ニ付キ正當ノ利害關係ヲ有セサル不法行為者ノ如キハ其要件ノ欠缺ヲ理由トシテ其效力ヲ否認スルコトヲ得サルニアラサルカ我民法ハ汎ク第三者トアルカ故ニ寧ろ登記又ハ引渡ナキ間接受人ハ直接ニ不法行為者ニ對シテ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得サルモノト解スルコトハ妥當ナルヘシ(法學博士富井政章氏民法原論第二卷物權編六二二頁)

二 元來民法ノ登記ニ關スル主義ハ大體ニ於テ佛國ノ主義ヲ採ツタモノニアルケレトモ第三者ニ付テハ佛國ノ如ク制限ヲ設ケナイカラ法文以外ニ於テ之ヲ制限セザヤウトスルノハ解釋者ノ誤チアルト思フ(法學博士梅謙次郎氏法學志林明治三十七年六四號三頁)

三 第三者ナル者ヲ廣義ニ解スルトキハ當事者又ハ其一般承繼人以外ノ總テノ人ヲ意味ス民法第一七七條ニ所謂第三者ハ即チ廣義ノ第三者ヲ意味シ物權ノ得喪變更ハ當事者及ビ其一般承繼人ノ間ニハ絕對的ニ其效力ヲ生スルモ其以外ノ人ニ對シテ之ヲ主張セントスルニハ登記ヲ必要トスルモノナリ(法學博士梅田秀雄氏物權法二版七五頁)

四 第三者ト云フハ物權上ノ變動ノ當事者及ビ其一般承繼人以外ノ一切ノ人ヲ謂フ物權上ノ變動ニ付キテ法律上利害ノ關係ヲ有スルモノナルト否トハ問ハス(法學博士川名兼四郎氏物權法要論一六頁)

五 第三者トハ物權變動ノ原因タル行為ノ當事者及包括承繼人以外ノ者ヲ言フ從テ…又物權變動ニ利害關係ヲ有スル者ノミニ限ラス(法學博士石坂音四郎氏東大講義物權六六頁)

六 物權變動ト云フ法律要件ノ成立ニ參與セル人ハ即當事者ナリソノ外ノ人ハ第三者ナリ當事者ノ包括承繼人ハ當事者ト同一ノ法律上ノ地位ニ立ツモノ故又第三者ニハアラス反之當事者ノ特定承繼人ハ他ノ場合ニハ當事者ノ内ニ包含モラルコトアレトコノ場合ニハ然ラス…コト云フ(法學博士三浦信三氏物權法提要四二頁)

七 本條ニ所謂第三者ノ意義ニ制限ヲ附シテ解ス(カラス)(法學博士三浦信三氏物權法提要四二頁)

八 本條ヲ強行規定ナリト解スルトキハ其ノ所云第三者ノ範圍ニ付キ制限ナシ不法行為者ヲ包含ム然レトモ一般承繼人ハ當事

三浦博士
博士
371 (民法)

鳩山博士

石坂博士

川名博士

梅田博士

梅博士

富井博士

東京控訴
院
東京地方
裁判所

者ナルカ故ニ第三者中ニ入ラス(法學博士藤田文壽氏京大講九四頁)
九 民法第一七七條ニ所謂第三者トハ物權得喪變更ノ原因タル行爲ノ當事者及其一般承繼人以外ノ者ヲ總稱シ第三取得者タルト否トハ問フ所ニ非ス(大審院民事判決錄四〇年一一七四頁)

【同第二點信託行爲ノ意義及效力ニ關スル參照學說判例】

本卷民法三七頁以下

(一〇四)

繼子トハ配偶者ノ前婚ノ子ニシテ婚姻ノ當時配偶者ノ家ニ在リタル者又ハ婚姻中其家ニ入りタル者ヲ稱スト爲スヲ以テ我古來ノ慣習ニ適シ且之ヲ以テ現行法ノ解釋上正當ナリト爲ササルヘカラス」
配偶者ノ前婚ノ子ト謂フハ配偶者ト其前婚ノ夫又ハ妻トノ間ニ生シタル實子タルコトヲ要スルモノニ非スシテ苟クモ配偶者カ其前夫又ハ前妻ト婚姻ヲ爲シタルニ因リテ其子ト法律上親子關係ヲ取得シタル者ナル以上之ヲ目シテ繼子ト稱スルニ妨クナキモノトス」

民法第七二九條第二項ノ所謂生存配偶者カ其家ヲ去ルトハ婚家ニ對スル從來ノ情誼ヲ棄テ全然其家ト關係ヲ絶ツノ意思ニテ其家ヲ去ルトノ旨趣ニシテ同條第一項ヲ以テ離婚ノ場合ニ於テ繼親子關係ノ絶止ヲ認ムルト同時ニ其第二項ニ於テ

七二八 繼父母ト繼子ト又嫡母ト庶子トノ間ニ於テハ親子間ニ於ケルト同一ノ親族關係ヲ生ス
七二九 如族關係及ヒ前條ノ親族關係ハ離婚ニ因リテ止ム
夫婦ノ一方カ死亡シタル場合ニ於テ生存配偶者カ其家ヲ去リタルトキ亦同シ

生存配偶者カ從來籍屬セル婚家ト絶縁スル意思ヲ以テ其家ヲ去リタル場合ニ於テモ亦繼親子ノ關係ヲ消滅セシメタルニ過キスシテ死亡シタル配偶者カ繼親子ノ實父若クハ實母タルカ爲メ生存配偶者ニ於テ家ヲ去リタル場合ニ限り繼親子關係ノ消滅ヲ認メタルモノニ非ス又死亡者カ實父母タルト否トヲ區別スルノ要ナキモノトス」

案スルニ民法第七二八條ハ單ニ繼父母ト繼子トノ間ニ於テハ親子間ニ於ケルト同一ノ親族關係ヲ生スト規定スルノミニシテ繼子トハ如何ナル者ヲ指スカニ付キ別段ノ規定ヲ存セサルモ繼子トハ配偶者ノ前婚ノ子ニシテ婚姻ノ當時配偶者ノ家ニ在リタル者又ハ婚姻中其家ニ入りタル者ヲ稱スト爲スヲ以テ我古來ノ慣習ニ適スルモノトスヘク又之ヲ以テ現行法ノ解釋上正當ト爲ササルヘカラス然レトモ配偶者ノ前婚ノ子ト云フハ配偶者ト其前婚ノ夫又ハ妻トノ間ニ生シタル實子タルコトヲ要スルモノニアラス苟クモ配偶者カ其前夫又ハ前妻ト婚姻ヲ爲シタルニ因リテ其子ト法律上親子關係ヲ取得シタル者ナル以上之ヲ目シテ繼子ト稱スルノ妨クナキモノトシテ其子ト法律上親子關係トキハ其配偶者タル夫ニ對シ繼父子ノ關係ヲ生スヘク繼父カ再婚シタルトキハ其配偶者トシテ迎ヘタル後妻ニ對シ繼母子ノ關係ヲ生スヘク繼父カ再婚シタルトキハ其族關係ニ過キサル者ノ間ニ親子ト同一ノ親族關係ヲ發生セシメタル趣旨ニ一致シ尤モ善ク家族制度ニ由來スル我國情ニ適合スルノミナラス又從來ノ慣例ニモ反スル所ナシ蓋シ子カ自己ノ生父又ハ生母ノ配偶者ニシテ家籍ヲ同フスル場合ニテ繼父又ハ繼母トシテ其子トノ間ニ親子ト同一ノ親族關係ヲ發生スルモノトセル民法第七二八條ハ家族間ニ於ケル秩序ヲ維持スルト共ニ其間ニ於ケル情誼ヲ圓滿ナラシメ以テ一家ノ和平ヲ期シタルニ因ルモノニシテ一旦繼父子又ハ繼母子トシテ親子關係ヲ發生シタル以上ハ其繼父又ハ繼母ノ後繼配偶者ニ對シテモ亦繼父又ハ繼母トシテ親子ト

同一ノ身分關係ヲ認ムルニ非スハ同條ノ法意ヲ貫徹スル能ハサルヘク從來ノ慣例ニ徴スルモ敢テ之ヲ否定シタルモノト認ムヘキ事跡アルコトナシ上告代理人カ採用スル明治二十年十一月二十九日ノ指令第七條第八條ハ從來ノ慣例上繼父母ノ後繼配偶者ハ實質上繼父母ナリヤ否ヤノ問題ヲ決定シタルモノニアラスシテ唯戸籍簿上親子ノ續柄ヲ詳カニスル爲メ繼父ノ後妻又ハ繼母ノ後夫ト記入スヘキモノナルコトヲ指示シタルニ過キサルヲ以テ之ニ依リ斯ル慣例ノ存在ヲ肯定シ難ク又同シク上告代理人ノ引用セル舊民法人事編ノ規定ハ現行民法第七二八條ト趣旨ニ於テ異ナル所ナケレハ是亦反對ノ慣例ノ存在ヲ是認シタルモノト爲シ難シ上告代理人ハ更ニ民法第七二九條第二項ノ規定ヲ引用シテ法意再繼親子關係ヲ認メサルニ在ルカ如ク論スルモ同條ノ所謂生存配偶者カ其家ヲ去ルトハ婚家ニ對スル從來ノ情誼ヲ棄テ全然其家ト關係ヲ絶ツノ意思ニテ其家ヲ去ルトハ婚家ニ對スル從來ノ情誼ヲ棄テ全然其家ケレハ繼親子關係ヲ認メタル立法ノ基礎カ繼子カ配偶者ニ對スル子タル身分アルカ故ナル事及ヒ後繼配偶者カ子ノ屬スル家ニ籍屬セル關係アルカ爲メナル事等ニ存スルニ照シ同條第一項ヲ以テ離婚ノ場合ニ於テ繼親子關係ノ絶止ヲ認ムルト同時ニ其第二項ニ於テ生存配偶者カ從來籍屬セル婚家ト絶縁スル意思ニテ其家ヲ去リタル場合ニ於テモ亦繼親子ノ關係ヲ消滅セシメタルニキスシテ死亡シタル配偶者カ繼子ノ實父若クハ實母タルカ爲メ生存配偶者ニ於テ家ヲ去リタル場合ニ限リ繼親子關係ノ消滅ヲ認メタルモノニアラス又死亡者ノ實父母タルト否トハ區別シテ同條項ノ適用ヲ左右スヘキ何等ノ根據アルコトナレハ之レヲ以テ論旨ヲ是認スヘキ資料ト爲スヲ得ス所論引用ニ係ル當院大正六年(タ)第二七號決定ハ繼親子關係ヲ發生スヘキ基礎タル婚姻ハ戸内婚姻ナルト然ラサルモノナルト問ハサル趣旨ヲ列示スルニ當リ其關係ヲ發生スヘキ普通ノ場合ヲ舉示シタルニ止マリ此關係ヲ發生スヘキ場合ヲ限定セストセル趣旨ニアラス又同年(タ)第三四八號本院決定ハ繼父母ハ繼子ヲ通シテ其直系卑屬トノ間ニ準血族關係ヲ發生スヘキコトヲ列示シタルニ過キス之ニ因リテ繼

【判旨第一點繼子ノ意義ニ關スル參照學說判例】

【關係事項】 上告棄却○原審東京控訴院○遺産相續確證並登記手續請求事件○上告人小川ちう訴訟代理人辯護士長峰安三郎同清松林太郎被告上告人關谷いわ外五人訴訟代理人辯護士中村徳重郎

親子ノ範圍ヲ定メントシタルモノニ非サルコト明白ナルヲ以テ何レモ之ニヨリ論旨ヲ肯定スヘキ範ト爲スニ足ラサルモノトス以上説明スルカ如ク我法制上繼父母ノ後繼配偶者モ亦繼父母トシテ繼子トノ間ニ親子ト同一ノ親族關係ヲ生スルモノト爲スヲ正當トスル以上本件ニ於テ原院カ亡小川びさト被上告人ノ内關谷いわ及ヒ小川儀三郎トノ間ニ繼親子關係アルモノトシテいわ儀三郎サヒサノ遺産ニ付キ相續權アルモノト斷シタルハ正當ニシテ原判決ハ毫モ法則ノ解釋ヲ誤リタル不法アルモノニ非ス(大審院大正九年(オ)第三五號同年四月八日民二部馬場裁判長田上柳川成道三宅各判事判決)

一 繼子トハ自己ノ婚姻前ニ配偶者カ生ミ又ハ養子ト爲シタル者ニシテ自己ノ家ニ屬シ又ハ其家ニ入りタル者ヲ謂フ(法學博士梅謙次郎氏民法要義親族八頁)

二 繼父繼子ノ關係ヲ生スルハ其同一ノ家ニ在ルモノナルコトヲ要ス：：繼父ノ配偶者ハ又必スシモ繼子ノ實母ナルコトヲ要セス：：又必スシモ其子ノ正當ノ婚姻ニ因リテ生マレタルモノナルコトヲ要セス(法學博士奥田義人氏親族論二六頁)

三 繼母繼子ノ關係ヲ生スルノ場合モ亦大體ニ於テ繼父繼子ノ關係ニ同シ(同上)

四 先夫ノ子カ母ノ後夫ト家ヲ同ウスルトキハ先夫ノ子ヨリ母ノ後夫ヲ指シテ繼父ト謂ヒ先妻ノ子カ父ノ後妻ト家ヲ同ウスルトキハ先妻ノ子ヨリ父ノ後妻ヲ指シテ繼母ト謂フ而シテ繼父又ハ繼母ヨリ子ヲ指シテ繼子トハ謂フナリ(法學博士仁井田益太郎氏親族法相續法論二二頁)

五 繼父又ハ繼母ト云フハ繼父又ハ繼母ノ義ナルヲ以テ前夫又ハ前母ノ存在ヲ想像セサルヘカラス從テ實母ノ後夫ヲ繼父ト云ヒ實父ノ後妻ヲ繼母ト稱スルハ疑ナキ所ナリトス(法學博士牧野菊之助氏親族法論四七頁)

六 嫡出子又ハ之ト同一ノ身分ヲ有スル者ト家ヲ同シタル父母間ノ婚姻ノ解消又ハ取消ハ後其家又ハ之ト同視スヘキ家ニ其子ト父母ノ一方及其新配偶者トアルニ至リタルトキハ新配偶者ト子トハ繼父母繼子ト爲ルモノトス(法學博士島田健吉氏明大講六九頁)

七 父母ノ一方カ死亡其他ノ原因ニ因リ缺ケタル場合ニ生存スル一方カ再婚シタルトキ其後夫又ハ後妻ト子トノ關係ハ實質上姻族タルニ過キサレトモ民法ハ之ヲ繼子親子トシテ其間ニ準血族關係ヲ認メタリ即チ其後夫ヲ繼父後妻ヲ繼母ト稱シ其子ヲ繼子ト稱ス(トクトル阪本三郎氏親族法早大講三一頁)

【同第二點繼子ハ配偶者ノ實子タルコトヲ要スルヤニ關スル同趣旨學說】

- 一 梅博士、奥田博士前掲
- 二 繼親子關係ヲ生スルカ爲メニハ前婚後婚共ニ法律上正當ノモノタルコトヲ要シ繼子ハ前婚ヨリ生シタル子乃チ嫡子タルヲ要セス準血族即チ養子タリトモ可ナリ何トナレハ養子ハ夫婦間ニ生シタル子乃チ嫡出子ト同一ノ身分ヲ取得スルモノナレハナリ(牧野博士前掲四八頁)
- 三 繼父ノ配偶者タル母又ハ繼母ノ配偶者タル父ノ死亡後繼父母ノ親配偶者ト爲リタル者ハ父母ノ新配偶者ト爲リタル者ニ異ナラサルカ故ニ其者ト繼子トハ繼父母繼子トナル(前掲六八頁)
- 四 實父若クハ實母カ後夫若クハ後妻ト結婚シ後實父若クハ實母カ死亡シタルニ付更ニ後夫(繼父)若クハ後妻(繼母)カ他ノ者ト結婚シタルトキハ此者ト嫡出子トノ間ニモ繼親子關係ヲ生スルモノトス(阪本トク前掲三二頁)

(一〇五)

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ナリ以テ權利ヲ有シ又ハ義務ヲ負フ

四四二 連帶債務者ノ一人カ債務ヲ辨濟シ其他自己ノ出捐ヲ以テ共同ノ免責ヲ得タルトキハ他ノ債務者ニ對シ其各自ノ負擔部分ニ付キ求償權ヲ有ス

四四三 連帶債務者ノ一人カ債權者ヨリ請求ヲ受ケタルコトヲ他ノ債務者ニ通知セスシテ辨濟ヲ爲シ其他自己ノ出捐ヲ以テ共同ノ免責ヲ得タル場合ニ於テ他ノ債務者カ債權者ニ對抗スルコトヲ得ヘキ事由ヲ有セシトキハ其負擔部分ニ付キ之ヲ以テ其債務者ニ對抗スルニ得但相殺ヲ以テ之ニ對抗シタルトキハ過失アル債務者ハ債權者ニ對シ相殺ニ因リテ消滅スヘカリシ債務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得

連帶債務者ノ一人カ辨濟其他自己ノ出捐ヲ以テ共同ノ免責ヲ得タルコトヲ他ノ債務者ニ通知スルコトヲ怠リタルニ因リ他ノ債務者カ善意ニテ債權者ニ辨濟ヲ爲シ其他有償ニ免責ヲ得タルトキハ其債務者ハ自己ノ辨濟其他免責ノ行為ヲ有效ナリシモノト看做スコトヲ得

四六二 主タル債務者ノ委託ヲ受ケシテ保證ヲ爲シタル者カ債務ヲ辨濟シ其他自己ノ出捐ヲ以テ主タル債務者ニ其債務ヲ免レシメタルトキハ主タル債務者ハ其當時利益ヲ受ケタル限度ニ於テ賠償ヲ爲スコトヲ要ス

主タル債務者ノ意思ニ反シテ保證ヲ爲シタル者ハ主タル債務者カ現ニ利益ヲ受ケタル限度ニ於テノみ求償權ヲ有ス但主タル債務者カ求償ノ日以前ニ相殺ノ原因ヲ有セシコトヲ主張スルトキハ保證人ハ債權者ニ對シ其相殺ニ因リテ消

減スヘカリシ債務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得

甲乙互ニ連帶シテ丙ノ債務ヲ保證シタル場合ニ甲カ債權者ヨリ強制執行ヲ受ケルコト自體カ直チニ怠慢ノ結果ニ出テタルモノトハ爲シ難ク甲ノ支拂ヒタル執行手數料及執行費用ノ如キハ民法第四四二條第二項ニ所謂遅クルコトヲ得サリシ費用ニ該當スルモノトス

右甲カ乙ニ對シ債權者ヨリ請求ヲ受ケ若クハ債權者ニ對シ支拂ヲ爲シタルコトヲ通知セサルノ一事ヲ以テハ甲カ乙ニ對スル求償權ヲ喪失スヘキ謂ハレナキモノトス

右甲乙間ニ何等特約ナキ場合ニ於テハ甲カ先ツ主債務者ニ求償スルト將又直チニ乙ニ對シ其負擔額ノ辨償ヲ求ムルトハ一ニ甲ノ意思ニ任スヘキモノトス

保證人間ノ負擔部分ニ付キ特約ナキ場合ニ於テハ其負擔部分ハ平等ナリト認ムヘキモノトス

控訴人ノ主張ニ保ル消費貸借及保證契約ノ成立ニ關スル事實並ニ右保證契約ニ於テハ保證人間ニ連帶ノ特約アリタルコト控訴人カ右保證契約ニ基キ債權者鈴木直吉ニ對シ數回ニ元利金二千五百七十四圓五十三錢五厘及執達手數料金拾壹圓五十六錢執行費用金二十二圓七十錢合計二千五百五十一圓七十九錢五厘ヲ支拂ヒ之ニ因リ被控訴人等他ノ共同保證人ヲシテ右元利金ニ付キ免責ヲ得セシメタルコト並ニ最終ノ支拂日カ大正五年四月一二日ナルコトハ當時者間ニ爭ナキ所ナリ被控訴人ハ控訴人ノ支拂ヒタル執達手數料及執行費用ハ何レモ控訴人ノ怠慢ノ結果生シタルモノナル

カ故ニ此部分ニ付テハ被控訴人ニ之カ求償ニ應スヘキ義務ナキ旨抗辯スレトモ執行
 ナ受タルコト自體カ直チニ怠慢ノ結果ニ出タルモノトハ爲シ難ク且控訴人ノ支拂
 ヒタル右執達吏手数料及執行費用ノ如キハ民法第四四二條第二項ニ所謂避クルコト
 ナ得サリシ費用ニ該當スルモノト認ムルヲ至當トスヘキヲ以テ他ニ被控訴人ノ抗辯
 ナ正當ナラシムヘキ事由ナキ限リ此部分ニ付テモ被控訴人ニ於テ之ヲ分擔セサルヘ
 カラサルハ勿論ナリト謂フヘシ控訴人ヨリ被控訴人ニ對シ控訴人カ債權者ヨリ請求
 ナ受ケ若クハ債權者ニ對シ叙上ノ支拂ヲ爲シタルコトヲ通知セサレハトキ此一事ヲ
 以テハ控訴人カ被控訴人ニ對スル求償權ヲ喪失スヘキ謂ハレナク而シテ原審證人林
 廣ノ證言ト甲第一號各證トヲ綜合スレハ控訴人ノ前示辨濟金額二千五百五十一圓七
 十九錢五厘ノ分擔ニ關シ大正五年一〇月三〇日控訴人ハ他ノ共同保證人タル被控訴
 人及訴外下平邦藏トノ間ニ控訴人主盡ノ如キ契約成立シタルコト明白ニシテ該事實
 ナ否定スルニ足ルヘキ證據ハ一モ之ナキニ依リ被控訴人ノ分擔額ノ支拂ニ關シ期限
 ノ定メテ爲シタル事實ノ見ルヘキモノナキ本件ニ於テハ控訴人ハ被控訴人ニ對シ何
 時ニテモ該契約ニ基キ金八百五十圓五十九錢八厘ノ償還ヲ求ムルコトヲ得ヘキハ勿
 論尙ホ右金額ニ對スル利息ノ償還ヲモ併セ請求スルコトヲ得ルモノト謂ハサルヘカ
 ラス而シテ其利息ハ控訴人カ債權者ニ對シ叙上辨濟ヲ爲シタル日以後ノ法定利息ヲ
 請求シ得ヘキモノナルモ控訴人ハ大正五年一月一日ヨリノ分ヲ請求スルニ過キサ
 ルヲ以テ被控訴人ハ右年月日ヨリノ法定利息即チ年五分ノ割合ニ依リ利息ノ支拂ヲ
 爲セハ足ルモノト被控訴人ハ保證人間ニ連帶ノ關係アル場合ト雖モ辨濟ヲ爲シタ
 ル保證人ハ先ツ以テ主債務者ニ對シ之カ求償ヲ爲シ主債務者ヨリ辨濟ヲ得サル場合
 ニ於テ初メ他ノ保證人ニ請求シ得ヘキ筋合ナレハ控訴人カ主債務者ヲ差替キ直チ
 被控訴人ニ求償スルハ失當ナリト抗辯スレトモ現行法上共同保證人間ニ於ケル求
 償權ノ行使ニ關シ被控訴人主張ノ如キ制限ヲ設ケタル明文ナク又斯ル制限ヲ設ケタ
 ル律意ノ見ルヘキモノナキヲ以テ當事者間ニ右ノ如キ特約アリタルコトノ主張ナキ

本件ノ場合ニ於テハ控訴人カ先ツ主債務者ニ求償スルト將又直チニ被控訴人ニ對シ
 其負擔額ノ辨濟ヲ求ムルトハ一ニ控訴人ノ意思ニ任スヘキモノナルニ依リ被控訴人
 ノ抗辯ハ理由ナキモノトシテ排斥スヘキモノト被控訴人ハ被控訴人ヨリ債權者命
 木直吉ニ對シ大正六年六月五日ヨリ同年一月迄ニ(一)金七百十三圓九十三錢(二)金百
 七十八圓(三)金四十圓五十錢ヲ本件貸金ノ内ニ入金シタル結果被控訴人ハ控訴人ニ對
 シ其負擔部分ニ付キ求償權ヲ有スルニ至リタル旨主張シ且控訴人ニ對シ此求償權ト
 控訴人ノ本件求償權トニ付キ相殺ヲ爲ス旨意思表示ヲ爲シタルトモ(當院ハ被控訴人
 ノ抗辯自體ニ徵シ被控訴人ハ當審ニ於テ叙上ノ意思表示ヲ爲シタルモノト認定ス)右
 (一)及(三)ノ入金ニ關スル事實ハ之ヲ認ムルニ足ルヘキ證據ナキヲ以テ否定スヘク從
 テ該入金ヲ前提トシテ被控訴人カ控訴人ニ對シテ有セリト爲ス求償權ノ存在ハ到底
 之ヲ肯定スルニ由チキモノナルニ依リ該求償權ニ付テハ相殺行ハレタリトスルヲ得
 ス唯原審證人鈴木直吉ノ證言ニ依レハ控訴人カ本件貸金債權ニ對シ叙上ノ如ク元利
 金ノ辨濟ヲ爲シタル後大正六年六月五日其殘債權ニ對シ被控訴人カ前示(一)ノ金員ヲ
 其債權者ニ辨濟シ之ニ因リ控訴人及前顯下平邦藏ヲシテ該金額ニ付キ免責ヲ得セシ
 メタルコト明白ニシテ之ヲ否定スルニ足ルヘキ證據ナシ而シテ保證人間ノ負擔部分
 ニ付キ特約アリタル事實ノ見ルヘキモノナキ本件ノ場合ニ於テハ其負擔部分ハ平等
 ナリト認ムルヲ相當トスヘキヲ以テ被控訴人ハ同日控訴人ニ對シ其免責ヲ得セシメ
 タル金七百十三圓九十三錢ノ三分ノ一即チ金二百三十七圓九十七錢六厘ニ付キ求償
 權ヲ有スルニ至リタルモノト謂フヘク此權利ハ期限ノ定メナキモノニシテ何時ニテ
 モ行使シ得ヘキモノナルカ故ニ被控訴人ノ右求償權ト控訴人ノ本件求償權トハ被控
 訴人ノ爲シタル相殺ノ意思表示ニヨリ双方ノ債權カ相殺適狀ヲ生シタル時期即チ大
 正六年六月五日ニ於テ民法第五一二條第四九一條ノ相殺充當順席ニ從ヒ同日ニ於ケ
 ル其對當額ニ於テ消滅シタルモノト謂ハサルヘカラス控訴人ハ假リニ被控訴人カ叙
 上ノ如ク債權者ニ對シ辨濟ヲ爲シタリトスルモ被控訴人ヨリ控訴人ニ對シ何等共同

大審院
大崎控訴

免責を得たる旨ノ通知ナキヲ以テ該辨濟ハ之ヲ以テ控訴人ニ對抗スルコト能ハサルモノナリト抗辯スレトモ被控訴人ノ爲シタル辨濟ハ控訴人カ一部辨濟ヲ爲シタル後發債權ニ對シテ爲サレタルモノナルコト前説明ノ如クナル以上被控訴人ノ爲シタル辨濟ト控訴人ノ爲シタル辨濟トハ毫モ重複シ居ラサルコト明白ナルカ故ニ被控訴人ノ爲シタル辨濟ノ有效ナルハ勿論ニシテ被控訴人ヨリ控訴人ニ對シ其主張ノ如キ通知ヲ爲サザリシトスルモ被控訴人カ控訴人ニ對シ自己ノ辨濟ノ有效ナルコト主張スルニ毫モ妨ケナキヲ以テ控訴人ノ右抗辯ハ採用セス然ラハ被控訴人ハ控訴人ノ本訴求債權額中元本八百五十圓五十九錢八厘ニ對スル大正五年一月一日ヨリ同年六月五日迄ノ年五分ノ割合ニ依ル利息金二十五圓二十六錢五厘全部ト元本中二百十二圓七十一錢一厘トニ付キテハ相殺ニ因リテ其債務ヲ免カレ殘元本六百三十七圓八十八錢七厘及之ニ對スル大正六年六月六日以後年五分ノ割合ニ依ル利息ヲ支拂フヘキ義務ヲ負擔スルモノト爲スヘキヲ以テ控訴人ノ本訴請求中右殘元本並ニ之ニ對スル利息ノ請求ハ認容スヘキモノナルモ其餘ノ控訴人ノ請求ハ理由ナキモノトシテ排斥スルヲ至當トス(東京控訴院大正八年(ホ)第六五一號同九年三月一九日民三部長谷川峻判長宇野野澤各判事判決)

【關係事項】一部控訴棄却○辨濟金賠償請求事件○控訴人上山久太郎被控訴人中村兼太郎訴訟代理人小川平吉

【判旨第一點執行費用ト他ノ連帶債務者ニ對スル求償ニ關スル參照判例】

一 連帶債務ニ關スルモノトシテ之ヲ辨濟スヘキ旨ノ確定判決アリタルニ何人モ任意ニ辨濟ヲ爲サザリシ結果其強制執行上支拂ヒナ爲スニ至リタル該強制執行ニ要シタル費用ハ民法第四四二條第二項ノ避ケルコトヲ得ザリシ費用若クハ損害ニ外ナラス(大審院大正五年(オ)第五六三號同年九月一六日判決本書第五卷民法九九九頁)

二 執行費用ハ民法第四百四十二條第二項ノ所謂避ケルコトヲ得ザリシ費用若クハ其他ノ損害中何レカ其一ニ該當スヘキモノトス(長崎控訴院大正四年(ホ)第一五二號同五年四月一八日判決本書第五卷民法六八八頁)

【同上異趣旨判例】

長崎地方

連帶債務者ノ一人カ他ノ債務者ニ對スル求償ノ範圍ハ連帶債務ヲ消滅セシムル爲メ債權者ニ給付シタル辨濟其他免責ノ爲メ支出シタル費用及ヒ之カ爲メニ被リタル損害ニシテ避ケヘカラサルモノニ限リ執行費用ノ如キハ辨濟其他共同免責ノ爲メ費用若クハ損害ヲ認ムルコトヲ得サルニ付他ノ債務者ニ對シ求償シ得ヘキモノニアラス(長崎地方大正二年(ワ)第三一號大正四年六月二十九日判決本書第五卷民法六八八頁)

一〇六

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

一七九第一項 同一物ニ付キ所有權及ヒ他ノ物權カ同一人ニ歸シタルトキハ其物權ハ消滅ス但其物又ハ其物權カ第三者ノ權利ノ目的タルトキハ此限ニ在ラス

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

不動産登記法一 登記ハ左ニ掲ケタル不動産ニ關スル權利ノ設定、保存、移轉、變更、處分ノ制限又ハ消滅ニ付キ之ヲ爲ス

一 所有權

明治三三年法律第七二號地上權ニ關スル事件一 本法施行前他人ノ土地ニ於テ工作物又ハ竹木ヲ所有スル爲其ノ土地ヲ使用スル者ハ地上權ト推定ス

乙カ其所有土地ヲ丙ニ買戻付ニテ賣渡シタル場合ニ於テ乙カ買戻權ヲ行使シ丙ノ所有權取得登記ハ既ニ抹消セラレタルトキハ登記簿上ノ所有名義ハ當然乙ニ回復セラレタルモノトス

右ノ場合ニ丙トノ間ノ虛偽ノ賣買ニ基キ所有權取得ノ登記ヲ爲シタル甲ハ乙ノ登記ノ欠缺ヲ主張スルニ付キ正當ノ利益ヲ有セサル者ニシテ民法第一七七條ニ所謂第三者ニ該當セサルモノトス

東京控訴
院判決

右丙カ明治二〇年中乙ヨリ右係争地所ノ一部ヲ借リテ敷地ト爲シ家屋ヲ新築シ
 爾來引續キ之ヲ住宅地トシテ使用シ來リタルトキハ明治三〇年中買戻付賣買ニ
 因リ買受クシ以前ニ於テ丙ノ有スル土地使用權ハ地上權ニ關スル件ノ發布セラ
 ルルニ至リシ律意ニ鑑ミ反證ナキ限りハ地上權ト同一内容ノ物權的權利ナリト
 推定スヘキモノトス

右敷地買受當時(明治三〇年)ニ於テ同一物ニ付所有權ト其他ノ物權的權利トカ
 同一人ニ歸シタル場合ニ其物カ他人ノ權利ノ目的タルトキハ他ノ物權的權利ハ
 消滅セザルモノト解スヘキヲ以テ丙ハ敷地ノ所有者トナレルニ拘ラス其物カ乙
 ノ有スル買戻權ノ目的タル以上ハ丙ノ右土地使用權ハ消滅セザルモノトス

被控訴人カ大正四年九月二九日先代山田六郎平ノ死亡ニ因リ其家督ヲ相續シタルコ
 ト同先代カ明治三〇年四月一日日本件係争ノ土地四筆ヲ同日ヨリ向一五ヶ年ヲ經過シ
 タル時ヨリ六ヶ月内ニ買戻シ得ヘキ特約ニテ訴外西脇イシ事小泉イシニ賣渡シ同日
 其買戻及買戻特約ノ登記ヲ經由シタルコト同先代カ小泉イシニ對シ買戻ノ原因トシ
 本休地所ニ付爲シタル買戻登記ヲ抹消スヘキ旨ノ訴訟ヲ提起シタル結果大正四年中
 同先代勝訴ノ判決確定シタルコト大正元年九月二日控訴人小泉誠一ト其妻小泉イシ
 トノ間ニ本訴ノ地所ニ付賣買ニ因ル所有權移轉ノ登記アリタルコト控訴人小泉誠一
 カ大正四年三月二日日本件係争ノ土地内ニ建設シアル木造板葺二階建一棟ヲ小泉イシ
 ヲ買受ケ其買戻登記ヲ爲シタルコト控訴人小泉誠一カ右家屋ヲ所有スル爲メ係争
 地所ノ幾部ヲ使用シ居ルコト及控訴人大谷米八カ小泉イシニ對スル貸金擔保ノ爲メ
 本訴ノ土地四筆ニ付其買戻期間經過前タル明治四二年一月二八日六日町區裁判所

於テ適當權設定ノ登記ヲ受ケタル事實ハ當事者間ニ争ヒナキ所ナリ仍テ先ツ買戻ノ
 適否ニ關スル争點ニ付案スルニ甲第一號證ニ據レハ被控訴人先代山田六郎平ト訴外
 小泉イシトカ爲シタル本件地所ニ對スル買戻ノ特約ニ於テハ同先代ヨリ買戻代金ニ
 年四分五厘ノ利息ヲ附加シ之ヲ提供シテ買戻ノ意思表示ヲ爲シ得ヘキ旨ナリシコ
 トヲ推知シ得ヘク而シテ該特約旨ニ基キ同先代ノ代理人タル山田彌一郎及山田宗七カ
 買戻期間内タル明治四五年四月一日頃買戻代金六十五圓ニ其當時迄ノ約定利息金ヲ
 加ヘタル金額ヲ小泉イシニ提供シテ買戻ノ意思表示ヲ爲シタルコトハ甲第五號證ノ
 一、二及同先代カ小泉イシニ對シ提起シタル買戻登記抹消請求事件ニ付同先代勝訴ノ
 判決確定シタル争ヒナキ事實ニ徴シ認ムルヲ得ヘシ而シテ被控訴人カ其先代ノ小
 泉イシニ對スル前記確定判決ニ依リ代金及利息金ヲ供託シテ大正五年五月五日小泉
 イシノ買戻ニ因ル所有權取得登記ヲ抹消シタル事實ハ……ニ依リ認メ得ヘキカ故ニ控
 訴人等カ被控訴人先代ノ爲シタル本件買戻ノ事實ヲ否認スルハ失當ナリト謂ハサル
 ナリト

進ンテ大正元年九月二日本件地所ニ付控訴人小泉誠一ト小泉イシトノ間ニ爲サレシ
 買戻登記ノ效力ニ關スル争點ヲ審究スルニ此點ニ對スル被控訴人ノ主張ニ據レハ前
 記ノ如ク其先代山田六郎平ハ小泉ニ對スル買戻登記抹消請求ノ訴訟事件ヲ提起シ本
 件地所ノ所有名義ヲ回復セント計リシニ該訴訟ノ繫屬中同先代ノ所有名義ノ回復ヲ
 困難ナラシムル爲メ控訴人小泉誠一ハ其妻小泉イシト謀リ本訴地所ニ對スル虛偽ノ
 買戻ヲ爲シ以テ其登記ヲ爲シタルモノニシテ該登記ハ無効ノモノナリト謂フニ在リ
 テ甲第五號證ノ一乃至三ニ據リ認メ得ヘキ被控訴人先代ノ代理人タル山田彌一郎等
 カ小泉イシニ對シ適法ニ買戻ノ意思表示ヲ爲シタル際控訴人小泉誠一ハ其場ニ立會
 シ居リイシノ爲メ辭ヲ構ヘテ彌一郎等ノ申出ニ反抗シタル事實並ニ甲第七號證ニ依
 リ認メ得ヘキ同先代及小泉イシノ間ニ於ケル前記訴訟事件ノ訴狀カ小泉イシ小泉誠一
 間ノ買戻登記ノ爲サレシ前日タル大正元年九月一日小泉イシニ送達セラレシ事實及

當事者間ニ争ヒナキ控訴人小泉誠一ト小泉イシトカ夫婿關係ヲ有スルノ事實ヲ據是
 綜合シテ推考スレハ被控訴人主張ノ如ク控訴人水泉誠一ハ小泉イシト相謀リ被控訴
 人先代ノ權利實行ヲ困難ナラシムル目的ヲ以テ本件地所ノ虛偽ノ賣買ヲ爲シ以テ同
 月二日其賣買登記ヲ爲シタルモノト認定スルヲ相當トス。從テ右賣買登記ハ其登記
 原因ヲ缺如スル無効ノモノニシテ而カモ小泉イシノ所有權取得登記ハ既ニ抹消セラ
 レシコト右説明ノ如クナルヲ以テ控訴人小泉誠一ハ小泉イシトノ間ニ於テ爲シタル
 右賣買登記ヲ抹消スヘキ義務アルヲ論テ俟タス同控訴人ハ被控訴人先代ノ本件買戻
 ニ因ル所有權回復ハ其登記ナキヲ以テ同控訴人ニ對抗シ得サルモノノ如ク抗辯スレ
 トモ小泉イシノ所有權取得登記ハ既ニ抹消セラレ從テ登記簿上ノ所有名義ハ當然被
 控訴人ニ回復セラレタリト謂ヒ得ヘキノミナラス元來控訴人小泉誠一ノ所有權取得
 登記ハ虛偽ノ賣買ニ基クモノナルヲ以テ同控訴人ハ登記ノ欠缺ヲ主張スルニ正當ノ
 利益ヲ有セサル者ニシテ民法第一七七條ニ所謂第三者ニ該當セス旁々右抗辯ハ其理
 由ナシ

夫レ斯ノ如ク控訴人小泉誠一ト小泉イシトノ間ニ於ケル本件地所ノ賣買ハ虛偽假裝ノモ
 ノナルカ故ニ控訴人大谷米八カ本件買戻ノ意思表示ハ控訴人小泉誠一ニ對シ爲スヘ
 キモノナルコト主張スルハ失當ナルト同時ニ控訴人大谷米八ハ買戻期間經過前
 ル明治四二年一月二八日本件地所ニ對スル抵當權ヲ取得セシモノナルヲ以テ彼上認
 定ノ如ク被控訴人ノ先代ヨリ小泉イシニ對シ適法ナル買戻ノ意思表示アリ之ニ因リ
 テ本件地所ノ所有權カ同先代ニ復歸セル以上ハ買戻ノ登記ノ效力トシテ同控訴人ハ
 其有スル抵當權ヲ以テ被控訴人ニ對抗シ得サル筋合ナリト謂フヘク從テ同控訴人ニ
 其抵當登記ヲ抹消スヘキ義務アルヲ當然ナリトス

次ニ被控訴人小泉誠一ニ對スル建物取拂土地明渡並ニ損害賠償請求ノ當否ヲ案スル
 ニ被控訴人ノ主張ニ據レハ其先代山田六郎平ハ適法ニ本件地所ノ買戻ヲ爲シタルニ
 同控訴人ハ該地上ニ何等ノ權利ヲ有セサルニ拘ハラヌ擅ニ之ニ占據シ小泉イシヨリ

【關係事項】 控訴人一部勝訴○土地所有權取得登記及抵當權設定登記抹消手續及建物取拂土地明渡並ニ損害賠償請求事件○控

買受ケタル家屋ヲ所有スルモノナリト謂フニ在レトモ當審證人岩井藤治ノ證言ニ據
 センカ控訴人小泉誠一カ小泉イシヨリ買受ケタル家屋ハイシニ於テ明治二〇年中新
 築セシモノニ係リ而カモ其建設ニ付イシハ被控訴人ノ先代山田六郎平ヨリ本件係争
 地所ノ一部ヲ借受ケテ其敷地ト爲シ爾來引續キ之ヲ住宅地トシテ使用シ來リシ事實
 明白ナリ而シテ小泉イシハ明治三〇年四月一日買戻付賣買ニ因リ該敷地ヲ買受ケシ
 モノナレトモ其以前ニ於テイシノ有スル土地使用權ハ明治三三年法律第七二號地上
 權ニ關スル件ノ發布セララルニ至リシ律意ニ鑑ミ反證ナキ限りハ地上權ト同一内容
 ノ物權的權利ナリト推定スルニ條理上相當トスヘク尙右敷地買受ケ當時ニ於テモ民
 法第一七九條第一項但書ノ規定ト同シク同一物ニ付所有權ト其他ノ物權的權利トカ
 同一人ニ歸シタル場合ニ其物カ他人ノ權利ノ目的タルトキハ他ノ物權的權利トハ消
 滅セサルモノト解スルニ條理ニ適合スルモノト認ムルカ故ニ小泉イシニ於テ敷地ヲ
 買受ケテ其所有權者トナレルニ拘ハラヌ其物カ被控訴人先代ノ有スル買戻權ノ目的
 タル以上イシノ有スル如上物權的性質ヲ具備セル土地使用權ハ消滅セスシテ其後民
 法及右地上權ニ關スル法律ノ施行ト隨伴シ該土地使用權ハ地上權ニ推定テ受ケ明治
 四五年四月一日被控訴人先代ノ買戻ニ因リ茲ニ初メテ小泉イシハ單純ニ推定地上權
 者タルニ至リシモノト謂ハサルヘカラス然リ而シテ被控訴人ヨリハ此推定ヲ打破ス
 ヘキ反證ノ提出ナク且ツ控訴人小泉誠一カ小泉イシヨリ該地上ニ存スル所有權ノ登
 記アル住家ヲ買受ケ其登記ヲ了シタルコトハ争ヒナキ所ナルヲ以テ何等特別ノ事情
 ナキ本件ニ於テハ其買受ケト同時ニ敷地ノ地上權モ亦イシヨリ讓渡シタルモノト認
 ムルヲ相當トスヘク從テ同控訴人ハ地主タル被控訴人ニ對シ該地上權ヲ主張シ得ル
 モノト謂フヘシ然ラハ不法占據ノ原因トスル地所明渡及損害賠償請求ノ失當ナルコ
 トヲ明カナルニ依リ此部分ノ請求ハ之ヲ排斥ス(東京控訴院大正七年(ホ)第一七〇號同年五月八日
 民二部須賀裁判長吉田宇野各判事判決)

板垣 學士

三宅學士

民刑局長

大審院

【判旨第一點買戻ノ登記ニ關スル學說判例】

縣人小泉誠一外一名訴訟代理人辯護士後藤徳太郎被控訴人山田宗七訴訟代理人辯護士水野豊

一 移轉ト同一ノ權利カ一人ニ消滅シテ他人ニ發生トナルモノニシテ即チ既存ノ權利ノ主體ヲ變更スルコトニ歸着ス移轉ノ種類ハ夥多ナリ：買賣契約ニ變態ナル：及買戻約款付買賣ナルモノアリ（法學士板垣不二男氏不動產登記法正解二六頁）

二 買戻權ノ實行アリテ賣買ノ目的タル權利カ賣主ニ復歸シタル場合ニ於テハ如何カル登記ヲ爲スヘキカト云フニ移轉ノ登記ヲ爲スヘキモノトス蓋シ民法第五七九條ニ依リ買戻ハ賣買ノ解除ト認マラレ居レリ契約ノ解除ハ契約ノ取消トハ異ナリ初メヨリ契約ナカリシモノト看做スニ非ス故ニ買戻ニ因リ權利カ賣主ニ復歸スルハ即チ權利移轉ノ一ナレハナリ（法學士三宅徳常氏不動產登記法正解二六七頁）

三 買戻ノ登記ハ移轉トシテ取扱フヘキモノトス（明治三十二年九月二日福岡地方裁判所長問合同月十二日民刑第一六三六號民刑局問答）

四 買戻ノ特約履行ノ場合ニ於ケル登記ハ所有權ノ移轉トシテ取扱フヘキモノトス（大審院明治三十六年（オ）六第二八號明治三十七年四月十一日判決）

五 不動產登記法ニ於テハ別ニ買戻特約履行ノ登記ヲ爲スヘキ規定ナシ故ニ買戻ノ特約ニ依ルト新ナル買買ニ出ツルトナリハ均シク買買ノ登記ヲ爲スヘキモノナリ（大審院民事判決錄三十七年五〇〇頁）

六 不動產登記法ニ於テハ特ニ再買買又ハ買戻ノ登記ナルモノ存セザレハ執レノ場合ト雖モ所有權移轉ノ登記ヲ爲スヘキモノニシテ唯登記原因カ再買買ナルト買戻ナルト差異アルニ過キス（大審院民事判決錄三十七年八四七頁）

七 不動產ノ買買アリタルコトヲ原因トスル登記ハ再買買ノ登記ト同シク所有權移轉ノ登記ヲ爲スヘキモノトス（大審院大正五年四月一日判決本書第五卷論法二四四頁）

【同第二點民法第一七七條ニ所謂第三者ノ意義ニ關スル學說判例】

本書民法三四六頁以下

（一〇七）

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移轉者カ其行為又ハ移轉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

東京地方
裁判所判

家屋ノ買主丙ノ法定代理人丁及賣主乙ニ於テ該家屋ノ賣買當時右賣買カ乙ノ債權者甲ノ利益ヲ害スヘキコトヲ十分認識シ居リ且ツ賣買當時代金ノ授受ナカリシトキハ右賣買ハ明カニ民法第四二四條ノ詐害行為ニ該當スルモノトス

詐害行為廢罷訴權行使ノ效果ハ獨リ當該債權者ノミノ利益ニ於テ其效ヲ生スルモノニ非サルヲ以テ當該債權者ノ有スル債權額ノミヲ標準トシテ詐害行為ノ取消シ得ヘキ範圍ヲ制限スヘキニ非ス

前項ノ規定ハ財產權ヲ目的トセザル法律行為ニハ之ヲ適用セズ
四二五 前條ノ規定ニ依リテ爲シタル取消ハ總債權者ノ利益ノ爲メニ其效力ヲ生ス

本件係爭物中宅地ニ付キテハ既ニ被告ヨリ訴外遺藤敬太郎ニ所有權ヲ移轉シタル旨ノ登記アリタルコトハ當事者間ニ爭ナク又右ノ登記手續ノ完了ニ拘ラス右土地ノ所有權カ依然トシテ被告ニ屬スルモノナリトハ原告ト雖モ敢テ之ヲ主張セザル所ナルカ故ニ詐害行為ノ取消ヲ前提トスル本訴請求中右宅地ニ對スル部分ハ其失當ナルコト蓋シ言テ俟タル所ナリトス

次ニ本訴請求中家屋ニ對スル部分ニ付キテ查スルニ：右賣買カ所謂詐害行為ヲ構成スルカ否ヤニ付キ審案スルニ右賣買當時代金ノ受授ナカリシコトハ被告（受買者）ノ自認ニ依リ明カナルカ故ニ右賣買ニ因リシテノ積極的財產ノ減殺ヲ來セルコトハ明カニシテ當事者間ニ爭ナキニ依リ推測スルニ足ル被告ノ法定代理人トシテ本件賣買ニ當リタル前記敬太郎カ當時其母タルニ若干ノ債務ヲ負擔シ居レルヲ知悉シ居リタルコト及ヒヒ被告ノ法定代理人ニ於テ該家屋ノ賣買當時右賣買カ被告ノ債權者ノ利益ヲ害スヘキコトヲ充分認識シ居リタルモノト認ムヘタテ本件賣買

ハ明カニ民法第四二四條ノ詐害行為ニ該當スルモノト謂フヘシ然リ而シテ被告ハ假
 リニ原告主張ノ如ク本件買取詐害行為ナリトスルモ原告ノ有スル債權ノ詐害セラ
 ルル限度ニ於テノミ取消サルヘキモノナリトノ旨抗爭スレトモ詐害行為廢罷訴權行
 使ノ效果ハ獨リ當該債權者ノミノ利益ニ於テ其效ヲ生スルモノニ非サルヲ以テ當該
 債權者ノ有スル債權額ノミヲ標準トシテ詐害行為ヲ取消シ得ヘキ範圍ヲ制限スヘキ
 ニ非ルヤ旨ヲ俟タヌ而モ前示家屋ノ價額カ其抵當權ノ目的トシテノ負擔ヲ控除シ本
 件債權ノ額以上ニ上ル事ハ被告ノ權用ニ保ル甲第五號證ノ一、二ニ依ルモ之ヲ認ムル
 ニ足ラサルヲ以テ此點ニ關スル被告ノ抗辯モ亦理由ナシ(東京地方裁判所大正七年(ワ)第五四五
 號同九年二月一六日民一部人森裁判長山崎作藤各判事判決)

【關係事項】原告一部勝訴○詐害行為取消並ニ登記手續抹消請求事件○原告前田信雄訴訟代理人辯護士三河馬吉被告遠藤惠也
 訴訟代理人現置慶太郎

【參照學說判例】
 本卷民法二四一頁以下

【判旨第二點詐害行為取消ノ範圍ニ關スル參照判例】

一 詐害行為取消權ハ債權者ノ債權ヲ害スヘキ法律行為ヲ廢罷シテ以テ其債權ヲ保全スルコトヲ期スルモノナルカ故ニ債權者
 ハ故ナク自己ノ債權ノ數額ヲ超越シテ取消權ヲ行使スルコトヲ得スモ其債權ヲ保全スルノ必要存スル場合ニ於テハ其債權
 ノ數額ヲ越ヘテ取消權ヲ行使スルモ妨クルモノニ非ス(大審院大正五年二月六日判決本書第六卷民法一〇六頁)

二 債務者カ債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル法律行為ハ其結果全部ニ於テ債權者ヲ害スル一部ニ於テ債權者ヲ害スル
 トナ問ハス單一ナル詐害行為ナリト雖モ詐害行為ノ取消ノ目的トスル行為ニ因リ債權者ノ被ムリタル損害ヲ救済スルニアルヲ
 以テ其ノ行為ノ目的ニシテ分割シ得ルトキハ債權者ノ損害ヲ救済スル程度ニ於テ其一部ノ取消ヲ爲シタルモノトス(東京控訴
 院明治四五年二月二四日判決本書第二卷民法七四頁)

一〇八

四四六 保證人ハ主タル債權者カ其債務ヲ履行セザル場合ニ於テ其履行ヲ爲ス責ニ任ス

四四七第一項 保證債務ハ主タル債權ニ關スル利息違約金損害賠償其他總テ其債務ニ從タルモノヲ包含ス

契約書ニ貸借期間ヲ一年ト指定セルハ質料等ノ關係上之ヲ掲記セルニ止マリ
 貸借ノ有効期間トシテ定メタルニ非サルトキハ其保證人ハ右貸借ノ存續ス
 ル限りノ責任ヲ負擔セザルヘカラサルモノトス
 契約上ノ義務ノ保證人ハ其ノ義務ノ不履行ニ關シテノミノ力責務ヲ負擔スルヲ
 通常トスレトモ特約ヲ以テ契約解除後ノ損害金債務ニ付キ保證債務ヲ負擔シ得
 ヘキハ當然ナリトス

從タル契約カ主タル契約ノ消滅ニ因リ是カ存在ヲ失フハ從タル契約ノ存在カ主
 タル契約ノ存在ヲ前提トスルトキニ限ルカ故ニ保證人ノ責務カ契約解除後其實
 效ヲ變スヘキ事項ニ關スルトキハ叙上ノ理論ヲ貫クコトヲ得サルモノトス

原告カ訴外株式会社第七銀行ニ對シ一ヶ月賃料百四十圓ノ定メテ家屋一控ヲ賃貸
 シ被告ハ該契約ニ付キ連帶保證債務ヲ負擔シタルコト並ニ右賃貸借契約ハ大正六年
 三月一五日ニ解除セラレタル事實ハ當事者間ニ爭ナキトコロトス而シテ原告カ訴外
 第七銀行ニ對シ同銀行カ大正六年三月一五日賃貸借契約解除セラレタルニ不拘大正
 六年八月末日迄家屋ヲ明渡サヌ不法ニ占據シタル事實並ニ大正五年一月二分ヨリ大
 正六年三月一五日止一ヶ月百四十圓ノ割合ニヨル損害金中ヨリ敷金六百圓ヲ控除セ
 ル金五百六十六圓六十六錢ノ債權ヲ有スルコトハ成立ニ爭ナキ甲第二號證ニ徴シ明
 ナリ
 仍テ本件賃貸借期間ニ付キ案スルニ成立ニ爭ナキ甲第一號證(本件家屋賃貸借契約書)
 ニハ被告主張ノ如ク賃貸借契約ノ存續期間ハ大正二年一月三〇日ヨリ大正三年一

○月二十九日ニ至ル満一ケ年ト爲ス旨ノ記載アリテ一見當事者間ニ貸借期間ヲ明確ニ約シ置キタルカ如キ觀アリト雖モ訴外第七銀行カ其營業所用トシテ貸借セルニ備カニ一年ノ期間ヲ以テ之ヲ終了セシムル意思ナリト認ムルコトノ通常ノ事例ニ反スルノミナラス鑑定人植木豊吉ノ鑑定ノ結果ニ徴スレハ右契約者ニ一年ト指定セルハ貸料等ノ關係上之レヲ掲記セルニ止マリ貸借ノ有効期間トシテ之ヲ定メ期限ノ到來ヲ以テ貸借契約ヲ消滅セシムル趣旨ニ非サルコトヲ認ムルニ足ルカ故ニ本件貸借ハ被告主張ノ如キ契約期間ヲ定メタルモノニ非スト相當トス從テ其保證人ハ右貸借ノ存續スル限リ之カ責任ヲ負擔セサルヘカラス…次ニ被告ハ本件ニ於テ訴外第七銀行カ原告ニ對シテ何等ノ保證債務ヲ負擔セスト抗爭スレトモ凡ソ保證解除後ニ生レタル損害金ニ付キ何等ノ保證債務ヲ負擔セスト抗爭スレトモ凡ソ保證人ハ契約上ノ義務不履行ニ關シテ之カ責任ヲ負擔スルヲ通常トスレトモ特約ヲ以テ契約解除後ノ損害金債務ニ付キ亦保證人カ保證債務ヲ負擔シ得ヘキコトハ當然ニシテ兩モ債權者カ保證人ナシテ自己ノ安全ヲ確保スル爲メニハ此方法ニヨルテ最モ實益多キ所ナリトス前記甲第一號證末項ノ記載ニヨレハ此趣旨ヲ包含シテ保證契約ヲ爲シタルモノト認ムルニ足ルヲ以テ被告ノ該抗辯亦理由ナシ更ニ被告ハ主タル貸借解除セラルレハ之ニ從テ保證契約モ亦消滅スヘキニヨリ損害金債務ヲ負擔セスト主張スルモ從タル契約カ主タル契約ノ消滅ニ因リ是カ存在ヲ失フヘキコト被告主張ノ如シト雖モ從タル契約ノ存在カ主タル契約ノ存在ヲ前提トスルトキニ限リ右論旨ヲ是認シ得ヘク本件ノ如ク保證人ノ責務損害金負擔カ契約解除後ニ實效ヲ奏スヘキ事項ニ付キテハ叙上ノ理論ヲ貫キ以テ全案ノ場合ヲ推スコトヲ得サルモノトス(東京地方裁判所大正六年(ワ)第一八〇〇號同九年三月一日民三三三三補裁判長増山大倉各判事判決)

【關係事項】原告勝訴○連帶保證債務履行請求事件○原告木島生命保險株式會社訴訟代理人辯護士末廣良三郎外一名被告中野文治訴訟代理人辯護士鈴木德太郎

債權力辨濟等ニヨリ一部減少シタル場合ト雖モ全部ノ辨濟ヲ受クルマテハ抵當物ノ全部ニ付キ其權利ヲ行フコトヲ得ヘキヲ以テ其全部ニ對スル競賣ノ申立ハ毫モ妨グルモノニ非ス

二九六 留置權者ハ債權ノ全部ノ辨濟ヲ受クルマテハ留置物ノ全部ニ付キ其權利ヲ行フコトヲ得
三七二 第二九六條…規定ハ抵當權ニ之ヲ準用ス

本件被告ノ理由ノ要旨ハ相手方ハ本件抵當債權ヲ大正八年六月一八日訴外松山源次郎ヨリ譲受ケタリト主張スルモ松山源次郎ハ既ニ同年五月二五日該債權ヲ訴外金世之助ニ譲渡シ債務者タル被告人ニ於テ之ヲ承認シタルヲ以テ其後ニ至リ再ヒ之ヲ相手方ニ譲渡シ得ヘキニ非ルノミナラス假ニ義ニ金世伊之助ニ譲渡セラレタル事實ナシトスルモ右譲渡ハ相通シテ爲シタル虛偽行爲タルニ過キサルヲ以テ相手方ハ到底有效ニ該債權ノ譲渡ヲ受ケタルモノニ非ス輸水假ニ然ラストモ本件債權額ハ當初金一千圓ナリシカ同年五月中旬被告ヨリ松山源次郎ニ其一部ヲ辨濟シ同人モ亦其一部ヲ拋棄シ結局金八百圓ニ減額セラレタルヲ以テ相手方ハ其範圍ヲ超エテ本件債權ノ譲渡ヲ受ケ得ヘカラスハ勿論ナルニ不拘依然債權額ハ金一千圓トシテ本件競賣ノ申立ヲ爲シタルハ失當ナリト謂フニ在リ然レトモ被告人主張ノ右執レノ事實モ之ヲ認ムルニ足ル何等ノ證據ナク又債權額ノ減少シタルコトノ如キハ假ニ其事實アリトスルモ抵當權者ハ債權ノ全部ノ辨濟ヲ受クル迄ハ抵當物ノ全部ニ付キ其權利ヲ行ヒ得ヘキヲ以テ爲ニ毫モ本件競賣ノ申立ヲ妨グルモノニ非サルコト言テ俟タス仍テ本件被告ノ理由ナキモノト認ム(東京地方裁判所大正八年(ワ)第一一四號同九月四月一五目民四部神谷裁判長佐々木大倉合判事判決)

【關係事項】棄却○建物競賣手續開始決定異議申立事件ニ關スル抗告事件○抗告人栗谷松吉抗告代理人辯護士菊池達郎相手方

東京地方
大阪地方

【參照判例】

島田平三郎

一 抵當權ハ不可分ナルヲ以テ荷主タル債權ノ存スル以上其多寡如何ニ拘ラス債權者ハ之ニ從タル抵當權ノ實行ヲ爲スヲ妨ケサルモノニシテ債務者ハ債權ノ多寡ヲ論シテ抵當權ノ實行ヲ阻ムコトヲ得サルモノトス(東京地方大正七年(ソ)第五九號同年六月十五日判決第七卷民法六一頁)

二 債權ノ擔保タル抵當權ハ其債務ノ有スル限度ニ於テ抵當不動産全部ノ上ニ不可分のニ存在スルモノトス(東京地方大正六年(フ)第七四號同年九月十九日判決第六卷民法九七二頁)

一一〇

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

四六六第一項

債權ハ之ヲ讓渡スルコトヲ得但シ其性質カ之ヲ許ササルトキハ此限ニ在ラス

債權讓渡ニ際シ當事者カ特ニ其遲延利息債權ヲ除外セザリシトキハ遲延利息債權モ亦元本債權ノ從トシテ之ト共ニ讓渡セラレタルモノト認ムヘキモノトス

取立ノ目的ニ出テタル債權ノ信託的讓渡ノ場合ニ於テハ少クモ債務者其他ノ第三者ニ對スル關係ニ於テハ完全ニ債權移轉ノ效果ヲ生スヘク讓受人ハ債務者ニ對シ其履行ヲ求メ得ルモノトス

控訴人ハ右債權讓渡ノ事實ヲ爭ヒ被控訴人ハ單ニ其取立委任ヲ受ケタルニ止マリ債權者ニ非スト抗爭スルモ真正ニ成立シタリト認ムル甲第二號證ノ一ニ依レハ被控訴人ハ訴外高山高次郎ヨリ被控訴人主張ノ如ク本件債權ノ讓渡ヲ受ケタルコト明カナリ尤モ同號證ニハ其遲延利息ニ關シテ何等明記スル所ナキモ本件ノ讓渡ニ當リテ特ニ除外シタルモノニアラサル事ハ同號證ノ全文ヲ通覽シテ之ヲ知ルニ難カラサルヲ

東京地方
裁判所判

横田博士
石坂博士

【同第二點參照學說判例】

本卷民法三七頁以下

【關係事項】

山要

以テ本訴遲延ニ因ル利息債權モ亦右元本債權ノ從トシテ之ト共ニ讓渡セラレタルモノト認ムルヲ相當トス可シ而シテ右讓渡債權カ取立ノ目的ニ出テタルコトハ原告及當審人高山留吉ノ證言ニ依リテ認メ得ルモ斯クノ如キ信託的讓渡ノ場合ニ於テモ少クモ債務者タル控訴人其他ノ第三者ニ對スル關係ニ於テハ完全ニ債權移轉ノ效果ヲ生スヘク讓受人ハ債務者ニ對シ其履行ヲ求メ得ルモノナレハ控訴人ハ本件讓渡カ取立ノ目的ニ出テタルコトヲ事由トシテ其請求ヲ拒否スルコトヲ得サルハ勿論ナリ(東京地方裁判所大正八年(レ)第二一三號同年二月二七日民四部神谷裁判長立松佐々木各判事判決)

【判旨第一點債權ノ讓渡ト遲延利息債權ノ移轉ニ關スル同趣旨學說】

一 債務ノ不履行ヨリ生スル損害ノ賠償併ニ違約金モ亦債權ノ讓渡ト共ニ新債權者ノ權利ニ歸スルハ疑ナク容レヌ(法學博士横田秀雄氏債權總論七七五頁)

二 損害賠償債權ハ本債權ト共ニ移轉ス(法學博士石坂晋四郎氏日本民法中一二四六頁)

九五

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

四八二

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

六九六

當事者ノ一方カ和解ニ依リテ爭ノ目的タル權利ヲ有スルモノト認メラレ又ハ相手方カ之ヲ有セサルモノト認メラレタル場合ニ於テ其者カ從來此權利ヲ有セザリシ確證又ハ相手方カ之ヲ有セシ確證出テタルトキハ其權利ハ和解ニ因リテ其者ニ移轉シ又ハ消滅シタルモノトス

受託者甲ト委託者乙トノ間ニ委託ニ係ル定期取引實行ノ結果生シタル損失填補ノ請求ニ關シ讓シタル一切ノ紛争ヲ解決スヘキ旨ノ和解契約成立シタル場合ニ乙カ取引上ニ於ケル債務ノ不存在ヲ理由トシテ和解契約ノ錯誤ニ因ル無効ヲ主張スルハ即チ是ニ和解契約ニヨリテ確定シタル權利ノ存在ヲ争フモノニ外ナラザレハ假令今日ニ至リ相手方ニ於テ之ヲ有セザリシコトノ確證ヲ得タリトスルモ之ニ依リ右和解契約ノ效力ヲ滅却スルニ由ナキモノトス

【成立ニ争フキ乙第一號證ヲ綜合考慮スルトキハ被控訴人栗生ニ於テ控訴人喜代四郎ノ委託ニ係ル本件定期取引ノ實行ノ結果金一萬三千五百七十六圓ノ損失ヲ生シタリト爲シ該損失ノ填補ヲ同喜代三郎ニ請求シタルニ對シ控訴人喜代四郎ハ被控訴人栗生ニ於テ事實委託ノ實行ナカリシモノナルコトヲ主張シテ被控訴人栗生ノ右計算ヲ否認シ紛争ヲ讓シタル爲メ明治四〇年七月八日頃雙方交渉ノ未互ニ主張ノ一部ヲ讓歩シ結局前記金一萬三千五百七十六圓ノ債權額ヲ金七千圓ニ打切り之レカ辨濟トシテ控訴人ヨリ其所有ニ係ル本件不動産ヲ時價四千圓ト見積リ一切ノ紛争ヲ解決スヘキ旨ノ和解契約成立シ仍テ甲第一號證及乙第一號證カ作成セラレタル事實ヲ認ムルニ足ルカ故甲第一號證ハ控訴人主張ノ如ク單純ナル債務辨濟ノ契約ニ非ラスシテ乙第一號證ト相俟テ當事者間適法ニ成立シタル前示和解契約ノ證書ナリト認定スルヲ相當トス然ラハ即チ控訴人等カ本件取引上ニ於ケル債務ノ不存在ヲ理由トシ甲第一號證契約ノ錯誤ニ因ル無効ヲ主張スルハ即チ是ニ和解契約ニヨリテ確定シタル權利

ノ存在ヲ争フモノニ外ナラザレハ假令今日ニ至リ相手方ニ於テ之ヲ有セザリシコトノ確證ヲ得タリトスルモ之ニ依リ右和解契約ノ效力ヲ滅却スルニ由ナキモノトス又若シ假リニ甲第一號證ノ契約ハ控訴人主張ノ如ク既存債務ニ對スル代物辨濟トシテ本件不動産ノ給付ヲ約シタルモノトセハ其所謂代物辨濟ニ因ル給付義務ハ法律上無効債務ナリト爲ササルヘカラサルヲ以テ控訴人ハ既存債務ノ不存在ヲ理由トシ該代物辨濟契約ノ無効ヲ主張シ前記給付義務ノ不成立ヲ云々スルヲ得サルモノト謂ハサルヘカラス(東京控訴院大正三年(ホ)第四一六號同九年三月三日民二部須賀裁判長吉田宇野各判事判決)

【關係事項】

棄却○賣買無効登記抹消手續請求控訴事件○控訴人細野喜代四郎外一名訴訟代理人辯護士羽田智證外一名被控訴人栗生武右衛門訴訟代理人辯護士岩岡伊代治被控訴人細野岩次郎訴訟代理人辯護士井上八重吉

【判旨第一點和解ノ目的ノ錯誤ト和解契約ノ效力ニ關スル參照學說判例】

- 一 和解ノ成立ニハ契約ノ成立ニ關スル一般ノ原則ヲ適用スヘク又和解契約ハ雙務契約ナルヲ以テ其效力ニ關シテ雙務契約ニ關スル原則ヲ適用スヘキモノトス(佛國民法ハ和解契約ノ基礎トナリタル證書力偽造又ハ變造ナルトキハ其和解ハ無効トシ獨逸民法モ亦當事者カ確定シタル事實トシテ和解契約ノ基礎トシタル事實力眞實ニ反スルトキハ其契約ハ無効ナリトシ特ニ規定ヲ設ケタリ我民法ニハ斯ル特別規定ナシト雖モ法律行爲ノ效力ニ關スル一般ノ原則ニ依リ解釋ヲ以テ之ヲ補フコトヲ得ヘント信ス(法學博士横田秀雄氏債權各論訂正第八版七七三頁)
- 二 和解契約モシテ苟モ有效ニ成立シタル以上ハ縱令後日ニ至リ其和解ニ關スル事實ニ錯誤アルコトヲ發見スルモ之カ爲メニ和解ノ效力ヲ失フコトナシ(大審院三七年一〇月一日民一部判決第一〇輯一一三三頁)
- 三 民法第六九六條ノ規定ハ争ノ目的ト爲ラザリシ事項ニシテ和解ノ要素ヲ爲スモノニ付錯誤アリタル場合ニ適用ナキモノニシテ此場合ニハ民法第九五條ヲ適用スヘキモノトス(同上大正六年(オ)四二七號同年九月十八日判決本書第六卷民四八六頁)
- 四 和解ノ當時當事者ノ一方カ錯誤ニ因リ相手方カ争ノ目的タル權利コ有セサルニ拘ラス有スルモノト信シ之ヲ有スルモノト認ムル旨ノ和解契約ヲ締結シタリトスルモノス(如キ錯誤ハ和解契約ヲ無効タラシムルコトナキモノトス(同上))
- 五 裁判上ノ和解ト雖モ其實質ハ當事者ノ任意ニ出ツル私法上ノ和解ナルヲ以テ和解完成ノ後ハ和解ノ抗辯ハ爲シ得ヘキモ確定力ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得ス(東京控訴院四二年一月三日民二部判決例彙報第五卷二七六頁)
- 六 右ノ裁判所ノ和解ハ一面私法上ノ關係ニ於テ詐欺強迫等ノ理由ニ因リ之ヲ取消シ得ヘキハ勿論解除ノ原因具備スルニ於テハ又解除ヲ爲シ得ヘキモノトス(同上)
- 七 和解ノ目的タル賣買ノ成立ニ付キ假令既ニ成立シタル賣買ヲ成立セザリシモノト誤信シタリトモ之ヲ以テ和解契約ヲ無効

末弘博士

川名博士

石坂博士

鳩山博士

ト爲スヲ得サルモノトス(大阪一審院大正六年六月二三日判決本書第六卷民法七〇六頁)

八一和解ノ目的タル賣買ノ成立ニ付キ假令既ニ成立シタル賣買ヲ成立セザリシモノト誤信シタリトモ之ヲ以テ和解契約ヲ無効ト爲スヲ得サルモノトス(同上大正六年(一)第一八三號同年六月二十三日判決第六卷民法七〇一頁)

九和解ノ當時當事者ノ一方カ錯誤ニ因リ相手方カ争ノ目的タル權利ヲ有セサルニ拘ラス有スルモノト信シ之ヲ有スルモノト認ムル旨ノ和解契約ヲ締結シタリトスルモ斯ル錯誤ハ和解契約ヲ無効トラシムルコトナキモノトス(大阪地方大正五年(レ)第二九五號同六年三月十日判決本書第六卷民法二八〇頁)

【同上異趣旨學說】

民法第六九六條ノ場合ハ錯誤ニアラス蓋シ當事者ハ事實權利存在スルヤ否ヤ不明ナルカ爲メ未必的ニ權利ノ存在又ハ不存在ヲ認メタルモノニシテ例ハ權利存在スル場合ニ事實權利存在セザルコトハ當事者ノ未必ノ意見ニ適合スル事實ニシテ其結果權利取得ノ結果ヲ生スルハ素ヨリ當然ニシテ何等ノ錯誤ヲ認ムルコト能ハサレハナリ(法學博士末弘太郎氏權利各論八八二頁)

【同第二點債務不存在ト代物辨濟ノ效力ニ關スル參照學說】

一 代物辨濟ハ二分子ヨリ成ル其一ハ債務ヲ消滅セシムル意思表示ノ合一スルコトナク此分子アル故代物辨濟ハ契約トナルモ此分子其モノハ契約ニ非ス右代物辨濟ナル契約ノ一分子ニ過キス此原因ノ爲メニ此目的ノ爲メニ債務者カ新債務ヲ負擔スルモノニシテ新債務ノ負擔ハ舊給付ニ代ル他ノ給付ヲ實行セ爲トシテ又代物辨濟ナル契約ノ一分子ナルモノノ自體ハ別個ノモノナリ故ニ新債務ヲ負擔者ニ與フル行爲ハ代物辨濟ノ場合ニ於テハ別ノ行爲ニ屬ス故ニ例ハ其原因ナクモ即チ債務ヲ消滅セシムル意思表示其目的ヲ達セストモ新債務ヲ與フル行爲ハ其效力ヲ有スルモノニシテ只債務者ハ不當利得ノ原則ニヨリテ利得ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ルモノニアラス(法學博士川名博士川名氏債權法要論五三六頁)

二 本來ノ給付ニ代ルテ新ナル債務ヲ負擔スルハ更改トナルヲ以テ原則トスルモ若シ當事者ノ意思カ新債務ノ成立ヲ以テ無因トラシメントスルニ存スルトキハ本來ノ給付ニ代ルテ債務ヲ讓渡シタル場合ト同シク代物辨濟タルコトヲ得ルモノト信ス(法學博士鳩山秀夫氏日本債權法總論三六六頁)

例ハ(金千圓ノ給付ニ代ルテ約束手形ヲ發行スルハ辨濟ノ爲メニスル給付ニアラサルトキハ代物辨濟タリ從テ若シ原債權カ存在セザルモ約束手形ハ當然無効ニアラス不當利得返還請求權ヲ生スルナリ(同上三六七頁)

長島學士

婚姻成立ノ日ヨリ二百日以内ニ生レタル子ハ民法第八三六條ノ規定ニ從ヒ父カ認知ヲ爲スニ非サレハ其者ハ嫡出子タル身分ヲ取得スルコトナキモノトス

民法第八三六條第一項ノ規定カ婚姻前ニ生レタル子ニ關スルコトハ明ナレトモ是カ爲メ第二項ノ規定モ亦當然婚姻前ニ生レタル子ニ關スルモノナリト解スヘキニ非ス

民法第八二〇條ノ規定ハ之ヲ專ラ訴訟上ノ推定ニ關スルモノト解スヘキニ非ス

我民法ハ第八二〇條ヲ以テ婚姻成立ノ日ヨリ二百日後ニ生レタル子ニ付キテ嫡出子タルコトヲ推定シ其推定ヲ覆スニハ訴ヲ以テスルコトヲ要スト爲シ其嫡出子タル推定ナキモノ即チ婚姻前ニ生レタル子及其後二百日以内ノ子ニ付キテハ第八三六條ノ規定ヲ以テ認知ニ因ルニ非サレハ其者ハ嫡出子タル身分ヲ取得スルコトナシト定メタルモノトス

第八二四條ハ第八二〇條ノ推定ヲ受クヘキ子ニ關スル規定ニシテ其ノ所謂否認

一一一

八二〇 妻カ婚姻中ニ懷胎シタル子ハ夫ノ子ト推定ス
婚姻成立ノ日ヨリ二百日後又ハ婚姻ノ解消若クハ取消ノ日ヨリ三百日以内ニ生レタル子ハ婚姻中ニ懷胎シタルモノト推定ス

八二二 第八百二十條ノ場合ニ於テ夫ハ子ノ嫡出ナルコトヲ否認スルコトヲ得
夫カ子ノ出生後ニ於テ其嫡出ナルコトヲ承認シタルトキハ其否認權ヲ失フ

八三四 庶子ハ其父母ノ婚姻ニ因リテ嫡出子タル身分ヲ取得ス
婚姻中父母カ認知シタル私生子ハ其認知ノ時ヨリ嫡出子タル身分ヲ取得ス(第三項略)

權トハ第八二二條ニ依ル否認權ヲ意味スルモノト解スヘキモノトス

婚姻成立ノ日ヨリ二百日以内ニ生レタル子ハ當然嫡出子ト爲ルカ當然嫡出子トラス父ノ認知ニヨリテ嫡出子タル身分ヲ取得ス其理由次ノ如シ

(一) 民法第八二〇條ニ依レハ婚姻成立ノ日ヨリ二百日以内ニ生レタル子ニ付テハ夫ノ子タルノ推定ナキカ故ニ夫ノ認知ヲ待テ初メテ其者ト夫トノ間ニ親子ノ關係ヲ生スヘキナリ而シテ嫡出子カ夫ノ子タルコトヲ要スルハ勿論ナルカ故ニ二百日以内ノ子カ嫡出子タルカ爲メニハ夫ノ認知ヲ必要トスルコトハ勿論ナリト云フヘク從テ民法第八三六條ノ規定ニ依リ父カ認知ヲ爲スニ非サレハ其者ハ嫡出子タル身分ヲ取得スルコトナレ

(二) 或ハ二百日以内ノ子ハ父ニ於テ否認ノ訴ヲ起ササル限リ當然嫡出子タルヘシト説明スルモノアリ其理由一ハ第八三六條カ專ラ婚姻前ニ生レタル子ニ關シテ適用セラルヘキコトハ同條第一項ノ規定ノ主旨ニ照シテ明ナルカ故ニ婚姻後ニ生レタル二百日以内ノ子ニ付テハ同條ノ適用アルコトナシ從テ二百日以内ノ子ハ父ノ認知ヲ待タズレテ當然嫡出子タルト云フニ存ス然レトモ此説明ハ誤レリ(イ)第八三六條第一項ノ規定カ婚姻前ニ生レタル子ニ關スルコトハ明ナレトモ是カ爲メ第二項ノ規定モ亦當然嫡出子ニ適用セラルルコトハ其文理解釋上絶體ニ不可能ナレトモ第二項ノ規定カ婚姻後ニ生レタル子ニ適用セラルルコトハ不可解ナラズ第一項ノ規定ニ依リ此解釋ハ獨斷的ナリト云ハサルヘカラス(ロ)假ニ一步ヲ譲リ第八三六條ハ專ラ婚姻前ニ生レタル子ニ適用アルモノト解スルトモ直チニ婚姻後ニ生レタル子カ嫡出子ナリトノ結論ニハ到達セサルナリ婚姻成立ノ日ヨリ二百日以内ニ生レタル子ハ第八二〇條ニ依リ夫ノ子ナリト推定セラルルカ故ニ當然嫡出子タルコト毫無疑ナレ反之二百日以内ノ子ニ付テハ

同條ノ反面解釋トシテ夫ノ子タルトノ推定存セサルカ故ニ其子ハ當然夫ノ子タルコト能ハサルヘク從テ亦當然嫡出子タルコト能ハサルナリ或ハ第八二〇條ノ規定ハ專ラ訴訟上ノ推定ニ關シテ訴訟外ノ推定ハ同條ノ規定スル所ニ非ス從テ苟クモ婚姻後ニ生レタル子ハ二百日以内ノ子ト雖モ訴訟外ニ於テハ一應夫ノ子ト推定スヘキモノナリト説明シ以テ反對説ヲ辯護スルモノアルヘシ然レトモ第八二〇條ノ規定ヲ以テ專ラ訴訟上ノ推定ニ關スルモノナリト爲ス解釋カ既ニ獨斷的ニシテ何等ノ根據ナシ若シ此ノ如キ解釋ヲ採ルトキハ二百日以内ノ子ハ訴訟上ニ於テハ夫ノ子ナリト推定セラレサルニ拘ハラズ訴訟外即チ戸籍吏ニ對スル届出等ノ場合ニハ夫ノ子ナリト推定セラレ結局戸籍吏ハ夫ノ子トシテ其出生届出ヲ受理セサルヘカラス(ハ)或ハ若シ消滅説ヲ採用スルトキハ二百日以内ニ生レタル子ハ父母ノ認知ノ時ニ於テ初メテ嫡出子タル身分ヲ取得スルモノナルカ故ニ若シ二百日後ノ子アル場合ニハ其子ノ出生後ニ認知セラレタル二百日以内ノ子ハ事實上兄又ハ姉ナルニ拘ハラズ相續ノ關係ニ付キ二百日後ノ子タル弟又ハ妹ヨリモ次順位ニ在ルモノト云フヘク此ノ如キ結果ハ二百日以内ノ子ニ取テ甚ダシク苛酷ニシテ人情ニ違背ストモ解セラレサルニ非ス余モ亦此點ニ付キテハ反對説ヲ採用スルコトカ或ハ實際ノ便益ニ適スヘシト考フルモノナレトモ他ノ點ヲ考フルニ反對説ハ必シモ實際ノ便益ニ適セズ即反對説ニ依ルトキハ二百日以内ノ子ハ當然嫡出子タルヘキカ故ニ極端ナル事例ヲ考フレハ結婚後數日ニ生レタル子ニ付キテモ尙且父ハ第一順位ノ届出義務者トシテ父タル資格ニ於テ出生ノ届出ヲ爲スニ要スヘク唯後日ニ於テ之ヲ否認スルノ途アルノミ然レトモ此ノ如キ結果カ果シテ常ニ人情ニ適スルモノト認メラルヘキカ甚シク疑ナキ能ハス殊ニ前示相續順位ニ關スル事例ニ付キテ見ルモ反對説ノ解釋カ果シテ妥當ナリヤハ必スモ多クナキ能ハス私生子カ嫡出子ニ比シ劣等ノ地位ニ置クコトハ子ノ地位ニ付キ最モ多ク利害ノ關係ナ有スヘキ父母ニ對スル制裁トシテ最モ痛切ナリト云フヘク此制度ノ認容ハ私通野合ヲ公認セサル法制ノ下ニ於テハ已ムヲ得サルニ出テタルモノト云ハサ

ノ子ニ付キテ嫡出子タルコトヲ推定シ其推定ヲ覆スニハ訴テ以テスルコトヲ要スト
 ナシ其嫡出子タル推定ナキモノ即婚姻前ニ生レタル子及二百日内ノ子ニ付キテハ第
 八三六條ノ規定ヲ以テ認知ニ因ルニ非サレハ其者ハ嫡出子タル身分ヲ取得スルコト
 ナシト定メ且認知アリタル以上ハ其子ハ確定的ニ嫡出子タル身分ヲ取得スルモノト
 ナシ依テ以テ嫡出子タル身分ニ變動ナカラシメンコトヲ努メタリ要スルニ反對説ハ
 吾民法カ嫡出子タル身分ノ確定不動ナルコトヲ欲シタル主旨ニ背反スル説明ナリ(一)
 此説明ニ依ルトキハ婚姻後二百日内ニ生レタル夫婦間ノ子ハ當然嫡出子タルカ故ニ
 二百日内ノ子ニ付キテ嫡出子タル立證アルトキハ其子ハ出生ノ當初ヨリ嫡出子タル
 ノニシテ固ヨリ其立證ノ時ヨリ嫡出子タル身分ヲ取得スルモノニ非ス從テ嫡出子タ
 ル立證ナキ以前ニ其子ヨリモ相續上先順位ニ在リタル者ハ當該ノ立證ニ依リ其利益
 ナサセラルルモノト云フヘク此ノ如キ結果ハ明ニ第八三三條ノ精神ニ反ス
 (五) 或ハ二百日内ノ子ハ嫡出子ナリト推定テ受クルモノニ非サルモ夫ニ於テ之ヲ
 認ムルニ於テハ當然嫡出子ナリト説明セラレサルニ非ス然レトモ此説明ハ(イ)二百日
 内ノ子ニ付キテ當然第八三六條ノ適用ナシト解スル點ニ於テ誤ナルノミナラス(ロ)夫ノ
 子タル推定ナキモノニ付キテ認知ノ方法ヲ待タズシテ嫡出子タル身分ヲ認ムル點ニ於
 テ(四)ニ述ヘタル説明ト等シタ吾民法ノ解釋ニ副ハサルモノトス或ハ第八二四條ノ規
 定アルカ爲メ夫カ二百日内ノ子ノ嫡出子ナルコトヲ承認シタルトキハ爾後否認權ヲ
 失フモノナリト説キ此レヲ以テ本説明ノ根據トナスモノナキニ非サルヘキモ第八二
 四條ハ第八二〇條ノ推定ヲ受クヘキ子ニ關スル規定ナリト云フヘク即條文ノ配列等
 ヲ考フルトキハ第八二四條ニ所謂否認權トハ第八二二條ニ依リ承認ニ因リ二百日
 モノト解スルヲ相當トスヘキカ故ニ此説明ハ失當ナリ(ハ)尙又夫ノ承認ニ因リ二百日
 内ノ子カ出生ノ當初ヨリ嫡出子タル身分ヲ取得ストセハ既述ノ如ク此説明ハ第八三
 三條ノ精神ニ反ス
 (六) 或ハ嫡出子トハ婚姻中ニ妻ノ懐胎シタル夫ノ子ヲ云ヒ妻ハ婚姻前ニ懐胎シテ妻

ルヘカラス果シテ然リトセハ等シク夫婦間ニ生レタル子ナリトスルモ其私通當時ニ
 懐胎シタル子ト婚姻中ニ懐胎シタル子トノ間ニ法律上ノ取扱ヲ區別スルハ必シモ不
 當ニ非サルナリ
 (三) 或ハ二百日内ニ生レタル子モ當然嫡出子ナリ只二百日後ニ生レタル子ニ付キテ
 ハ父ハ否認ノ訴ヲ以テスルニ非サレハ己レノ子ナルコトヲ爭フコト能ハサルニ拘ラ
 ス二百日内ニ生レタル子ニ付キテハ父ハ唯單純ナル意思表示ヲ以テ之ヲ否認スルコ
 トヲ得ト解スル學者アリ(奥田博士親族法論二四四頁以下)(イ)第八三六條ノ規定ノ適用
 ナシト解スルノ誤ナルハ既ニ説明セリ(ロ)尙又二百日内ノ子ニ付キテ假令訴訟外ニ於テ
 モ夫ノ子ナリトノ推定アリト爲スト第八二〇條ノ規定ノ主旨ニ反スル解釋ニシテ此
 點モ亦先ノ説明ヲ參照スルニ因リテ自ラ明ナルヘシ(ハ)殊ニ二百日後ノ子ニ付キテハ
 之ヲ否認スルカ爲メ訴テ必要トシ二百日内ノ子ニ付キテハ訴テ必要トセサルノ成法
 上ノ根據ニ至テハ全ク明ナラス(二)又此説明ニ依ルトキハ二百日内ノ子ノ法律上ノ地
 位ハ著シク不確定ナリト云フヘク此ノ如キハ吾民法ノ精神ニ副ハサル解釋ナリトス
 (四) 或ハ二百日内ノ子ハ夫ノ子タルコト明ナルニ於テハ嫡出子タルヘシト説ク學者
 アリ(イ)然レトモ此ノ説明ハ二百日内ノ子ニ付キテ第八三六條ノ適用ナシト説明スル點
 ニ於テ誤ナリ(ロ)此説明ニ依レハ二百日後ノ子ハ何等ノ立證ヲ待タズシテ夫ノ子ナリ
 トノ推定ヲ定ムレトモ二百日内ノ子ハ斯ル推定ヲ受クルコトナキカ故ニ夫ノ子ナリ
 トノ立證ヲ待テ初メテ嫡出子タルモノトス故ニ此説明ハ第八二〇條ノ主旨ニ反ス
 ルコトナシ(ハ)然レトモ此説明ハ夫ノ子タル事ノ推定ナキモノニ付キテ夫ノ子ナリ
 コトヲクシテ嫡出子タル身分ヲ取得スルモノナリト解スル點ニ於テ誤レリ蓋シ人ノ
 親族上ニ於ケル地位ハ諸般ノ法律關係ニ付キ重大ナル意義ヲ有ス從テ其地位ノ不確
 定ナルハ法律關係ノ不安ヲ來ス所以ナリト云フヘク法律ハ子ハ嫡出子タル地位ニ付
 キテモ可成其地位ヲ確定シ其地位ニ變動ナカラシメンコトヲ努メタリ(第八二〇條第
 八二三條第八二五條第八二九條第八三三條)即吾民法ハ先ツ八二〇條ヲ以テ二百日後

梅博士

仁井田博士

法曹會

法務局長

奥田博士

ノ懐胎シタルモノナルコト明ナルニ於テハ父ノ認知ヲ待タズシテ當然嫡出子ナリト
 説明スル學者アリ此說明ハ二百日以内ノ子ニ付キ父ノ認知ヲ待ツコトナク單純ナル立
 證ノ結果ニ依リ嫡出子タル身分ヲ認ムル點ニ於テ大體(四)ニ於テ述ヘタル説明ト其ノ
 主旨ヲ同フス(法學士長島毅氏法學新報第三〇卷第六號第一〇條「婚姻成立後二百日以内ニ生レタル子ノ性質」要
 領)

【論旨第一點婚姻成立ノ日ヨリ二百日以内ニ生レタル子ハ嫡出子ナリヤニ關スル
 同趣旨學說】

- 一 本條第二項ノ推定又ハ醫師ノ鑑定ニ依リテ妻カ婚姻成立前ニ懐胎シ又ハ離婚若クハ婚姻取消ノ後ニ懐胎シタルモノト認メ
 タルトキト雖モ若シ妻カ常ニ夫タルヘキ者又ハ夫タリシ者ト同様セシ證據雖然トシテ而モ他ノ男子ト關係アリシ事跡ナキトキ
 ハ其子ハ夫ノ子ト看做ササルコトヲ得ス但シ此場合ニ於テハ其子ハ當然嫡出子タルニ非ス唯婚姻前ニ生レタル子ニシテ其父母
 ハ之ヲ認知シタルトキハ第八三六條ノ規定ニ依リ嫡出子タル身分ヲ取得スヘク又婚姻後ニ懐胎シタル子ハ第八三五條ノ規定ニ
 依リ父及母ニ對シテ認知ヲ求ムルコトヲ得ヘキノミ(法學博士梅謙次郎氏民法要義二四二頁)
- 二 我民法ニ於テハ嫡出子ノ何タルヤヲ特ニ規定セザルカ故ニ我民法上婚姻ニ因リ生レタル子ノミヲ以テ嫡出子ト爲ササルヘ
 カラス從テ妻カ婚姻前ニ懐胎シタル子ハ假令婚姻中ニ生レタルトキト雖モ我民法之ヲ以テ嫡出子ト認ムヘクラサルナリ(法學
 博士仁井田益太郎氏親族法論二〇六頁)
- 三 婚姻成立後二百日以内ニ生カ出タル場合ニハ戶籍法第八三條後段ニヨリ父母ヨリシテ嫡出子出生ノ届出ヲ爲ス事正當トス
 何トナレハ此場合ハ民法第八二〇條ノ推定ヲ受クヘキ嫡出子ニアラシテ同第八三六條ノ規定ニヨリ嫡出子タル身分ヲ取得ス
 ルモノナレハナリ(法曹會大正六年二月二十四日決議本書第六卷民法一八六頁)
- 四 父母ノ婚姻後二百日以内ノ出生屬ニ婚姻後ノ妊娠ニシテ二百日以内ニ出生シタル事ヲ醫士ノ診斷書等ヲ以テ舉證シタル場
 合ハ戶籍法第六九條ニ因リ單ニ父一人ヨリ嫡出子出生屬ニ爲ス事ヲ得ルヤ... 戶籍法第八三條後段ノ規定ハ母ノ爲シタル場
 合ニ於テハ更ニ母ノ認知ノ效力ヲ生セシムルノ必要ナキヲ以テ父ノヨリ生レタル嫡出子出生屬ニ其ノ出生子ノ認知ノ效力ヲ生ス
 (キモノトス(大正七年五月三日日法務局長回答))

【同上異趣旨學說】

- 一 法學博士奥田義人氏親族法論二二四頁以下本文中掲載
- 二 我民法ニ於テハ妻婚姻前ニ懐胎シ婚姻後ニ分娩シタル子ニ付テ何等規定ノ存スルモノナレ故ニ當然ノ解釋トシテハ其子ハ

穂積博士

牧野博士

島田博士

阪本博士

大審院判

長崎高等
法院判
408 (民法)

私生子ニシテ父ヲ認知スルニ因リテ始メテ私生子タル自分ヲ取得スルモノト爲ササルヘカラス又ノ如キハ實際ノ事情ニ反シ又
 立法ノ精神ニ非ラサルヘシ(同上大正五正中大講親族法二二二頁)

- 三 婚姻前ニ懐胎セラレ婚姻後ニ出生シタル子ハ夫婦間ノ子ナルコトカ明白ナル場合ニモ前段ノ理論ヨリ嚴格ニ云ハハ一應ハ
 私生子ト見サルヘカラス然レトモ斯ノ如キハ民法カ所謂準正(八三六)ノ一ヲ認メタル精神ニモ反シ實際ノ事情ニモ適セス故ニ
 嫡出子ナルコトハ之カ廣義ニ解シテ此場合ヲ包含セシムルナ正當ト信ス或ハ民法ハ此場合ヲ第八三六條第二項中ニ包含セシ
 ムル精神カトモ思ハル(月八三)然ラサルニモ此戶籍法ノ規定ニ依リテ推スモ此場合ニハ直チニ嫡出子屬ニ爲シ得ヘキノナ
 ルヲ知ルヘシ唯タ斯ノ如キ嫡出子ハ第八二〇條ノ推定ノ利益ヲ享ケザルヲ以テ其嫡出子主張スル者ニ於テ之ヲ立證セザルヘカ
 ラサルナリ(法學博士穂積重遠氏親族法大意九六頁)
- 四 父母ノ婚姻後ニ出生シタル子ハ之ヲ嫡出子ト云フヘキカ懐胎ノ當時ニ於テ夫婦關係ナカリシトスルモ後日其男女ノ間ニ
 夫婦關係成立スルトキハ其子ハ乃チ婚姻ノ產物ナルコトハ猶ホ夫婦關係成立後ニ懐胎シタル子カ婚姻ノ解消後出生シタル場合
 ト異ナル所ナルカハヘシ要スルニ嫡出子トハ夫婦關係アル者ノ間ニ懐胎セラレタル事ヲ主要ノ要件トスルヒノニシテ懐胎ノ當
 時若クハ出生ノ當時ニ於テ其關係ノ存在ヲ必要トスルモノニアラス執レノ時期ニ於テモ一トタモ夫婦關係ノ存在シタル男女ノ
 間ニ於テ作爲セラレタル子ナルトキハ之ヲ生來ノ嫡出子ト云フニ妨ケナシ明治六一年一月布告第二六號ニ「妻妾ニ非サル婦女
 シテ分娩シタル子ハ一切私生子ヲ以テ論ス」トアル婚姻成立前ノ懐胎ナリトモ一旦婚姻成立シ母カ父ノ妻ト爲リタル後分娩シタ
 ルトキハ嫡出子ニシテ私生子ヲ以テ論セザルトモ「基キテ嫡出子ト推定スル者ニ於テ之ヲ立證セザルヘカ
 甲男乙女ト通シ乙女懐胎ノ後甲乙兩名婚姻シタリトセハ婚姻成立後二百日以内ニ生レタルトキト雖モ其子ハ嫡出子ナリト出フ
 ヘキナリ(法學博士牧野菊之助氏親族法論三二六頁)
- 五 夫婦關係存続中ノ間ニ懐胎セラレタル子カ父母ノ間ニ婚姻成立シタル後出生シタルトキハ其出生ノ時ニ於テ父母ノ間ニ夫
 婦關係存続スルヒト否トニ論ナク是レ亦本來ノ嫡出子ナリ(法學士島田鐵吉氏親族法二八六頁)
- 六 婚姻前受胎シ婚姻中ニ生レタル子ハ本來嫡出子ナルヤ否ヤ民法ハ此點ニ關シテ別ニ明文ヲ設ケスト雖モ子ノ出生後父母カ婚
 姻シタルトキハ之ニ因リテ嫡出子ノ身分ヲ取得セシムル民法第八三六條ノ注意ヨリ推考スルトキハ之ヲ本來嫡出子ナリト解釋
 スルヲ相當トスルノミナラス大審院モ亦此解釋ヲ採レリ(フクトル坂本三郎氏早大講親族法一八七頁)
- 七 父母ノ婚姻中ニ生レタル子ハ假令其婚姻前ニ懐胎シタルモノ(例之婚姻ハ大正四年二月一〇日ニ成立シ子ハ大正四年五月
 一三日ニ出生ス)ト雖モ苟モ其父ニ於テ否認セザル限り嫡出子ニ他ナラサルモノトス(大審院大正八年一〇月八日判決本書
 第八卷民法一〇一四頁)
- 八 我民法上婚姻前ニ懐胎シ婚姻後ニ生レタル子ニ付テハ何等規定スルトコトナキモ民法第八三條第一項ノ場合ト均シク其子
 ナ嫡出子ト爲スヘキノトス(長崎控訴院大正八年六月二三日判決本書第八卷民法七九頁)

【嫡出子ノ意義ニ關スル學說】

一 嫡出子トハ妻カ夫婦關係ノ繼續中夫ヨリ受胎シタル子ヲ謂フ(奥田博士中大講二二一頁)
二 嫡出子トハ婚姻ニ因リテ生シタル子ヲ謂フ(因リテ生シタル子ハ是レ即チ婚姻中ノ妻ノ懷胎シタル夫ノ子ナリ故ニ嫡出子ハ婚姻中ニ妻ノ懷胎シタル夫ノ子ニ外ナラズト謂フヘシ(仁井博士前掲二〇六頁))
三 嫡出子トハ正當ノ婚姻ヨリ生シ庶子ト私生子トヘ之ニ反シ二者共ニ正當ノ婚姻以外ニ生シタルモノ云フ(牧野博士前掲三二一頁)
四 嫡出子トハ婚姻ニ因リテ生レタル子ヲ云フ(因リテ出生シタルト謂フ)言ハシカ爲メニハ(1)父母ノ間ニ婚姻アリタルコト(2)其子カ母ノ所生ナルコト(3)其子カ夫ノ子ナルコト及ヒ(4)懷胎カ婚姻中ニ起リタルコトヲ必要トス而シテ(1)及ヒ(2)ハ容易ニ證明スルコトヲ得ヘキモ(3)及ヒ(4)ハ到底正確ニ證明スルコトヲ得ス(穂積博士前掲九五頁)
五 夫婦關係アル者ノ間ニ懷胎セラレタル子ハ其出生ノ時ニ於テ父母ノ間ニ夫婦關係存続スルト否トニ論ナク本來ノ嫡出子ナリ(鳥田博士前掲二八六頁)

(一) 婚姻成立後二百日以内ニ生レタル子ハ當然嫡出子ナリヤハ畢竟嫡出子ノ意義如何ニ歸スヘシ若シ婚姻中ニ懷胎セラレタルコトヲ嫡出子タルノ要件ナリト解セハ本問ハ之ヲ否定セサルヲ得サルヘシト雖モ此見解ハ民法第八二〇條ヲ以テ嫡出子タルノ要件ヲ規定シタルモノト解スルノ誤謬ニ座スルモノト言フヘク吾人ノ贊同シ得サル所也(本書第八卷民法八〇二頁評論參照)同條第一項ニ曰ク「妻カ婚姻中ニ懷胎シタル子ハ夫ノ子ト推定ス」ト即チ婚姻中ノ懷胎ナル事實ハ夫ノ子タルコトヲ推定セシムルニ止マリ嫡出子タルノ要件ヲ成スモノニ非サルコトハ文理解釋トシテ毫末ノ疑ヲ容レズ此規定ニヨリ間接ニ嫡出子タルノ要件トシテ推知シ得ヘキ所ハ單ニ嫡出子タルニハ夫ノ子タルコトヲ要ストノ點ニ止マル之ヲ第八三六條第一項ノ法意ニ徴スレハ婚姻中ニ懷胎シタルコトハ嫡出子タルノ要件ニ非サルコト益々明白ナリ蓋シ同規定ニヨレハ婚姻前ニ生レタル子ト雖モ

其後父母ノ婚姻アラハ嫡出子タルノ身分ヲ取得スルモノナレハナリ
(二) 婚姻後二百日以内ニ生レタル子カ嫡出子ニ非スシテ私生子ナリトセハ第八三六條第二項ノ適用ニヨリ父母ノ認知ニヨリテ嫡出子タルノ身分ヲ取得スルモ若シ嫡出子ナリトセハ固ヨリ同項ハ適用ノ餘地ナシ故ニ二百日以内ノ子ノ性質ヲ決定スルニハ暫ク右規定ヲ離レテ考察セサルヘカラス即チ右規定ハ嫡出子説ノ根據ナラサルト同時ニ亦私生子説ノ根據トナラサルモノナリ
(三) 婚姻後二百日以内ニ生レタル子ヲ以テ私生子ト爲スコトハ從來ノ慣例ニ反スルノミナラス(明治六年一月布告第二六號參照)實際上ノ結果ニ於テモ穩當ヲ缺ク殊ニ我國ニ於テハ婚姻ニ關シ形式主義ヲ採用シタルカ故ニ結婚ノ式ヲ舉ケ親族知己ニ其結婚ヲ公ニスト雖モ婚姻ノ届出ナキニ於テハ法律上ハ私通野合ト擇フ所ナシ而モ我國ニ於ケル風習トシテ結婚ノ式ヲ舉クルト同時ニ婚姻届ヲ爲スカ如キハ殆ント稀ニシテ婦女ノ懷胎スルニ及ヒテ始メテ届出ヲ爲スハ今尙ホ多ク行ハルル事例ナリ然ルニ此届出後二百日以内ニ生シタル子ヲ私生子ナリト爲スカ如キハ形式主義ノ弊害ヲシテ更ニ大ナラシムルモノニシテ吾人ノ與ミセサル所ナリ又斯ル子ヲ嫡出子ト爲スニ於テハ私通野合ヲ獎勵スルノ結果ヲ生スト言フハ明カニ事實ニ反ス
(四) 婚姻後二百日以内ニ生レタル子ハ當然嫡出子ナリト解スルカ第八三六條第二

項ニヨル父母ノ認知ニヨリ始メテ嫡出子トナルカラ決定スル實益ノ主要ナルモノハ(1)出生ト同時ニ嫡出子ト爲ルヤ出生後ノ認知ノ時ニ嫡出子ト爲ルヤ從テ(2)二百日以内ニ生レタルモ其時父ノ死亡セシ場合ニ嫡出子ト爲リ得ルヤ否ヤノ點ニアリ本問カ執レニ決セラレルヤハ實際上ノ結果ニ頗ル影響アリ吾人ハ前述ノ點ニ由ニヨリ學士ノ詳論頗ル努メラレタルモノアルニ拘ラス理論上及實際上婚姻後二百日以内ニ生レタル子ハ嫡出子ナリト解シ從來ノ卑見ヲ維持セントス

一一三

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
八七九 親權ヲ行フ父又ハ母ハ未成年ノ子ノ監護及ヒ教育ヲ爲ス權利ヲ有シ義務ヲ負フ

法定代理人ノ私生子認知請求ハ自己ノ權利ニヨリ自己ノ名ニ於テ爲スニ非スシテ本人ノ代理人トシテ之ヲ爲スモノナリトス
親權者ハ親權ノ效力トシテ子ノ財産ノ監護權ヲ有スルノミナラス(民八八四)子ノ人格ノ監護權ヲ有スルカ故ニ(民八七九)親權者カ子ノ身分ノ監護又ハ名譽ノ監護ノ爲メニ或事項ニ付キ法定代理權ヲ有スル場合ニハ其代理權ハ親權ナリト認ムヘク從テ親權者ノ私生子認知請求代理權ハ親權ニ屬スルモノトス
民法第八三五條ノ法定代理權ノ如キハ偶々子ノ人格ニ關スル法定代理ノ片鱗ヲ示シタルモノニシテ他ノ非財産的法定代理ヲ排斥スルノ趣旨ニ非ス
其 大審院大正八年十二月八日第二民部判決(本書第八卷民法一四五頁)

(一) 抑モ法定代理人ハ本人ノ法律生活ニ於ケル或事項ニ關スル代表者テアツテ第三者ニ對シ本人ノ權利ヲ伸張シ義務ヲ履行スル者テアルカラ法律カ法定代理人ニ第三者ニ對シ或權利ヲ主張シ得ヘキコト(民八五三)條又ハ第三者カラ主張セラレ得ヘキコト(民八二三)ヲ認メテ場合ニハ他ニ別段ノ理由ナキ限り其權利ハ本來法定代理人ニ屬スル又ハ法定代理人ニ對スルノテナク本人ニ屬スル又ハ本人ニ對スルモノテアルト解スヘキテアル今民法條八三五條ニ付キテ見ルニ同條ハ子ト其父母トノ間ノ血族關係ヲ基礎トシテ子又ハ其直系卑屬ニ付キタルコトノ認知ヲ求メ得ヘキ事ヲ認メタモノト云フナリ得ヘキモノ子ノ父母ト直接ニ關係ナクセサル子又ハ其卑屬ノ法定代理人トシテ自己ノ權利トシテ第三者(子)又ハ其直系卑屬)ヲ認知スヘキコトヲ他人(子ノ父母)ニ對シ請求シ得シメタモノトナス格段ノ立法理由ヲ發見スルコトカ出來ヌ因ツテ法定代理人ハ自己ノ權利ニヨリ自己ノ名ニ於テ認知ヲ求メ得ヘキテナク本人ノ代理人トシテ之ヲ爲スモノテアルト解セネハナラヌ

(二) 親權者カ其子ノ法定代理人トシテ認知ノ請求ヲ爲シ得ルハ親權ニ基クモノテアルト爲ス判旨ハ余輩ハソレヲ正當ト思フノテアルカ之ニハ親權者ノ有スル認知請求ノ法定代理權ハ親族編第五章第二節親權ノ效力ノ部ニ規定サレテナイカラソレハ親權ニ基クモノテナイトノ反對說カアル然シ親權ノ效果ハ親族編第五章第二節ニ規定シアルモノニ盡キルト解スルハ大ナル「ドグマ」テアル民法典ノ何處ニモ明文規定ナキ權利ニテモソレカ理論上親權ノ效力トシテ認ムヘキテアルナラハ其權利ノ存在ナキ權利ナケレハナラヌ例ヘハ幼兒引渡請求權ノ如キカソレテアル又法典ノ他ノ部分ニ規定シアル權利ニテモソレカ理論上親權ノ效力トシテ理解スヘキテアルナラハ其權利ヲ親權テアルト爲サネハナラヌ又余輩ハ認知請求代理權ヲ以テ實ニ其適例ト信スル

(三) 親權者ハ親權ノ效力トシテ子ノ財産ノ監護權ヲ有スルノミナラス(民八八四)條子ノ人格ノ監護權ヲ有スルノテアル(民八七九)條故ニ親權者カ子ノ身分ノ監護又ハ名譽

ノ監護ノ爲メニ或事項ニ付キ法定代理權ヲ有スル場合ニハ其ノ代理權ハ子ノ人格ノ
 監護權ノ效力トシテ認メラレタモノト解スルノカ妥當テアル而シテ親權者ノ認知
 請求代理權ハ子ノ身分乃至名譽ヲ監護スル作用ヲ有スルカ故ニソレハ子ノ人格ノ監
 護代理權ノ效力トシテ認メラレタモノト云フヘク從ツテ親權ニ屬スルモノト爲サネ
 ハテラヌ我民法ハ法典ノ體裁カラ云ヘハ獨逸法及ヒ瑞西法ト異リ原則トシテ親權者
 ノ子ノ財產ニ關スル事項ニ限リ法定代理權ヲ認メソレヲ親權ノ效力ノ一部ニ規定シテ
 ノ非財產的事項ニ關スル事項ニ列舉的ニ之ヲ規定シ且ツ便宜上之ヲ民法親族編
 第五章第二節ニ置カナカウタカノ如ク見エル爲メ子ノ財產的事項ニ關スル法定代理
 權ニ關スルハ何人モ之ヲ疑ハナイノニソレヨリモ一層子ノ利益ニ重大ナル關係ヲ有
 ヲ親權ニ屬スル子ノ人格的事項ニ關スル法定代理權ヲ却テ親權ニ屬セサルカ如ク思惟
 セラレルニ至ツタノハ余輩甚タ遺憾トスル所テアル若シ論者ノ如ク解スルナラハ凡
 ソ親權者ハ親權ヲ行使スル義務ヲ負擔スルカ故ニ(民八七九條一項)親權者ハ子ノ財產
 的事項ノ法定代理ヲ爲スヘキ義務ヲ負擔シ子ノ財產保護ニ適切ナル行爲ヲ代理シテ
 處理スヘキ義務アルニ拘ハラズ子ノ人格的事項ノ法定代理ニ付キテハ義務ヲ負擔セ
 ス子ノ身分ノ保護ニ適切ナル認知請求ノ如キハ代理シテ之ヲ爲スヘキ義務ナシト云
 フ事トナリ頗ル不當ナ結果ヲ生スルテアラウ

(四) 余輩ノ解釋ニ依レハ親權者ハ子ノ財產監護權ヲ有スル爲メ財產ニ關スル法定代
 理權ヲ有スルモノナル以上理論上子ノ人格監護權ノ爲メ人格ニ關スル法定代理權ヲ
 有スルノカ當然テアル民法第八三五條ノ法定代理權ノ如キハ偶々子ノ人格ニ關スル
 法定代理ノ片鱗ヲ示シタモノニシテ之レアルカ爲メ他ノ非財產法定代理ヲ排斥スル
 ノ趣旨ト解スヘキヲハナイト思フ(法學士藥師寺志傳兵衛法學志林第二卷第六號八五頁「親權者ノ認知請求
 代理權ハ親權ニ屬スルカ」要領)

【論旨第一點同趣旨學說判例】

博仁 井田 士田

牧野博士

飯島博士

鳥田學士

大審院

東京控訴院

一 子又ハ其直系卑屬ノ法定代理人ハ此等ノ者ニ代リテ認知請求ムルモノニ外ナラス蓋シ此等ノ者ノ法定代理人ハ認知ニ付キ
 利益ヲ有セサルカ爲メ自己ノ權利トシテ認知請求ムルコトヲ得ルモノト謂フヘカラサレハナリ……母ハ自己ノ權利トシテ
 父ニ對シ私生子ノ認知請求ムルコトヲ得サルモ私生子ノ法定代理人ナルトキハ之ニ代リ父ニ對シテ認知請求ムルコトヲ得ヘシ
 (法學博士仁井田益太郎氏親族法論三三三頁)

二 民法第八三五條ニヨリ法定代理人カ私生子ノ父又ハ母ニ對シテ認知請求ムル權利ノ性質ニ付テハ解釋一ナラス……我
 大審院ハ代表說ヲ採ルモノノ如ク其意蓋シ法定代理人カ無能力者ノ爲メニ行フ凡テノ行爲ハ自己ノ權利ニ基キ之ヲ行フニアラ
 ス無能力者ニ代リテ之ヲ行フノ意蓋シ解釋スルニ至當トス而シテ無能力者ノ財產ニ關スル行爲ニ付テハ汎ク一般ニ之ヲ代表シ
 テ爲スヘキコトヲ規定シ身分ニ關スル行爲ニ付テハ法律ニ特別ノ規定シタル場合ニ限リ無能力者ヲ代表シテ之ヲ爲スコトヲ得
 セシムルニ過キス第八九五條第八三五條ノ行爲ノ如キ全ク特別規定ノ場合ニ屬スト云フニアリ之ヲ至當ノ見解トス(法學博士
 牧野菊之助日本親族法論三五三頁)

三 裁判上ノ請求ヲ爲シ得ル者ハ子其直系卑屬又ハ此等ノ者ノ法定代理人ニシテ訴訟ノ相手方ハ父又ハ母ナリトス法定代理人
 カ認知訴訟ヲ行使スルハ子ヲ代表シテ認知請求ヲ爲ス一種特別ノ場合ト爲スヘシ(法學博士飯島喬平氏民法要論三八頁)

四 請求權者カ意思能力ナキ者ナルトキハ其者ノ親權者又ハ後見人ハ民法第八三五條ニヨリ其者ヲ代表シテ此請求ヲ爲ス權限
 ヲ有ス(法學士鳥田鐵吉親族法論三二二頁)

五 民法八三五條ハ認知ノ請求ニ付キ法定代理人カ無能力者ヲ代理スルコトヲ特ニ規定シタルモノナリ(大審院明治三十五年
 一月二十五日民一部判決民事判決錄第八輯第一卷五四頁)

六 民法第八三五條ハ法定代理人カ自己ノ資格又ハ自己ノ權利ニ因リテ認知請求ムルニ非スシテ無能力者タル子又ハ其直系卑
 屬ヲ代表シテ認知請求ムルノ意蓋シ解釋セサルヘカラス(同三十四年十二月十七日第七輯第一一卷五頁)

七 民法第八三五條ノ認知請求權ハ法定代理人ノ固有ノ權利ニアラスシテ子又ハ其直系卑屬ノ權利ヲ代表シテ認知請求ヲ爲ス
 コトヲ得ルニ過キサルモノトス(東京控訴院明治三十五年二月十三日民事判決法律新聞第八〇號一〇頁)

八 民法第八三五條中法定代理人ニ關スル點ハ法定代理人ハ自己ノ資格又ハ自己ノ權利ニ因リテ認知請求ムルニアラシテ無
 能力者タル子又ハ直系卑屬ヲ代表シテ認知請求ムル業ナリトス(東京控訴院大正四年五月十四日民一部判決本替第四卷民法三九
 七頁)

九 民法第八三五條ニ從ヒ子ノ法定代理人カ認知ノ請求ヲ爲スハ無能力者タル子ヲ代表シテ之ヲ爲スモノトス(大正五年二月十四
 日東京控訴院判決本書第五卷二六四頁)

私生子ノ母ハ法定代理人トシテ其子ニ代リ私生子認知ノ請求スルコトヲ得ルニ過キスシテ母カ自ラ原告ト爲リテ私生子認
 知ノ請求ヲ爲スカ如キハ之ヲ許ササルモノトシ(大正三年二月二日東京地方裁判所判決本書日三卷民法七二三頁)

九 民法第八三五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請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請求ムル權利ヲ有セス單ニ法定代理人タル資格ニ

【同第二點同趣旨學說判例】

於テ又ハ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ルヲ正當トス(大阪控訴明治四十五年五月三日民事部判決法律新聞第七九〇三九一頁)

一〇 民法第八三五條ノ法定代理人ハ其資格ニ於テ有スル自己固有ノ權利ヲ行フニアラスシテ其代表スル無能力者ニ代リテ請求シ得ルニ過キス(大阪地方民一部判決法律新聞七三三〇頁)

一 親權ハ民法權利章下ニ規定セルモノノミニ限ルトナスヘカラス法令中父又ハ母カ子ノ親權者トシテ又ハ法定代理人トシテ或私法上ノ行爲ヲナスコトヲ規定セル場合ノ權利義務ハ同シク親權ノ内容ヲナスモノト見サルヘカラサルナリ(七三七ノ二、八三五)(法學博士穂積重遠氏親族大意一二二頁)

二 第八七九條以下ニ規定セル所ノモノカ親權ニ屬スルハ勿論民法カ父又ハ母カ未成年者ノ法定代理人トシテ若クハ親權者トシテ云々トノ規定ヲ爲セルモノハ(七三七、四八三五ノ如シ)孰レモ親權ノ内容タル權利義務ヲ構成セルモノタルコトヲ知ラザルヘカラス(牧野博士前掲四二七頁)

三 民法親族論第五章第二節ニ掲ケタル權利義務カ親權ニ屬スルコトハ言フヲ辯タス其他ノ規定ニ依ル父母ノ權利義務カ親權ニ屬スルヤ否ヤニ付テハ其特別ノ規定カ親權者トシテノ權利義務ヲ定メタルモノナリヤ否ヤニ依リテ定マルヘク要スルニ民法第七二七章第八二條第八三條等親權ヲ行フ者ヘ云々又ハ未成年者ノ法定代理人ハ云々ト規定シタル法條ハ親權ニ屬スル權利義務ヲ定メタルモノト解釋スルコトヲ要スルモノトス(島田博士前掲三五五頁)

四 民法第八三五條ノ場合ニ於テハ法定代理人ハ無能力者タル子又ハ其直系卑屬ヲ代表シテ認知ヲ請求スルモノニシテ父又ハ母カ子ヲ代表スルハ親權ノ效力ニ外ナラス故ニ私生子ノ母カ未成年者ノ親權者カ其未成年者ニ代リテ親權ヲ行ヒ私生子認知ノ請求ノ訴ヲ提起スルハ不法ニ非ス(大審院明治三八年判決民事判決錄四二九頁)

五 私生子認知ノ訴ニ於テ母カ子ヲ代表スルハ親權ノ效力ニ外ナラザレハ私生子ノ母カ未成年者ナル場合ニ於テハ其者ノ法定代理人ハ之ニ代リテ私生子認知ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノトス(大正四年四月六日東京控訴院判決本書第四卷一一二頁)ト

六 私生子認知ノ訴ニ付キ父又ハ母カ子ヲ代表スルハ親權ノ效力ニ外ナラザレハ私生子ノ母カ未成年者ニシテ其親權ヲ行フコトハハサル場合ニ置テハ親權ヲ行フ父又ハ母カ其未成年ノ母ニ代リテ親權ヲ行ヒ私生子ヲ代表シテ認知ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルモノトス(大正四年五月十四日東京控訴院判決本書第四卷民法三九七頁)

論旨第一、二點ハ正當ニシテ多ク言フヘキモノナシ

民法親族編及ヒ相續編ニ於テハ非財產的法律行爲ニ付キ法定代理ヲ許ス場合ハ一一之ヲ列舉シタリ然リト雖モ單ニ此一事ノミヲ以テ民法ハ非財產的法律行爲

ノ代理ヲ禁止シタルモノト斷スルハ聊カ妥當ヲ缺ク論旨第三點ハ此意味ニ於テハ正當ナリ然レトモ之ヲ理由トシテ直チニ非財產的法律行爲ハ常ニ許容セララルモノト解スルモノナリトセハ其ノ謬見タルハ多言ヲ要セサルヘシ蓋シ法律行爲ニ關スル代理ノ不許可ハ法律ノ規定ニ基クモノノ外ニ法律行爲ノ性質ニ基クモノアリテ非財產的法律行爲中ニハ其性質カ代理ヲ容ササルモノノ多數ヲ包含スレハナリ

一一四

質權ノ設定ニ付テハ目的物ヲ現實ニ引渡スコトナキモ簡易ノ引渡又ハ指圖ニ依ル引渡ニヨリ質權成立スルモノトス

目的物ヲ現實ニ引渡ス場合ニ於テモ質權者ヲシテ目的物ヲ支配スヘキ地位ニ在ラシムルトキハ占有ノ移轉アリタルモノニシテ即チ引渡アルモノトス

質權ヲ設定スルニハ設定者ヨリ質權ノ目的物ヲ質權者ニ引渡スコトヲ要スルヲ以テ引渡ハ質權設定者ノ要件ナリト雖モ引渡ノ方法ニ付テハ何等制限スル所ナキヲ以テ現實ノ引渡タルト民法第一八二條第二項第一八四條ニ定ムル引渡(即チ簡易ノ引渡指圖ニ依ル引渡)タルトナ問ハサルモノト謂ハサルヘカラス唯占有ノ改定ニ依ル引渡ハ

一八二第二項 質受人又ハ其代理人カ現ニ占有物ヲ所持スル場合ニ於テハ占有權ノ讓渡ハ當事者ノ意思表示ノミニ依リテ之ヲ爲スコトヲ要ス

一八四 代理人ニ依リテ占有ヲ爲ス場合ニ於テ本人カ其代理人ニ對シ爾後第三者ノ爲メニ其物ヲ占有スヘキ旨ヲ命シ第三者之ヲ承諾シタルトキハ其第三者ハ占有權ヲ取得ス

三四四 質權ノ設定ハ債權者ニ其目的物ノ引渡ヲ爲スニ因リテ其效力ヲ生ス

富井博士 梅博士 川名博士 中島博士 石坂博士 鳩山博士 飯島博士

民法第三四五條ノ規定ニ反スルヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得サルノミ故ニ質權ノ目的物タル山林ヲ民法第一八二條第二項第一八四條ニ定ムル方法ニ依リ引渡ストキハ意思表示ノミニ依リテ之ヲ爲スコトヲ得ヘク質權者ヲシテ落葉枯枝ヲ收取セシムル方法ニ依ルヲ要セサルハ言テ俟タヌ又現實ノ引渡ニ依リ事實上ノ力ヲ得セシムルハ必ズシモ相手方ヲシテ目的物ニ有形的ニ接觸セシムルコトヲ要セス目的物ヲ支配スルコトヲ得ヘキ地位ニ在ラシムルヲ以テ是レリトスヘク目的物ヲ支配スヘキ地位ニ在ルヤ否ヤハ取引ノ通念ニ依リテ定ムヘキモノトス(法曹會決議法曹記事二三〇卷第五號一三頁山林ニ質權ヲ設定シタル場合ニ於ケル目的物ノ引渡ニ關スル件)要領

【論旨第一點質權設定ノ要件タル目的物引渡ノ方法ニ關スル同趣旨學說】

- 一 質權設定ノ要件タル占有ノ移轉ハ法律ニ認メタル一切ノ方法ニ依リテ之ヲ爲スコトヲ得ヘキモノ(一八二條一八四條)唯當事者間ニ於ケル占有ノ改定ノ方法(一八三條)ニ依ルコトヲ得サルモノトス(法學博士富井政章氏民法原論物權四四頁)
- 二 質權者カ既ニ他ノ理由ヲ以テ物ヲ占有セシ場合ニ於テハ爾後直チニ質物トシテ之ヲ占有スヘキ意思ヲ表示スルトキハ以テ質權ヲ取得スルコトヲ得ヘク(一八二、二項)又質物カ己ニ質權設定者ノ代理人ノ手ニ存スル場合ニ於テ其代理人ヲ以テ爾後質權者ノ代理人トシテ占有ヲ繼續セシムルコトヲ得ルハ敢テ疑ハサル所ナリ(一八四)然リト雖モ此ニ一ノ例外ナキ能ハスニシテ第三四五條ニ於テ質權者ハ質權設定者ヲ以テ自己ノ代理人トシテ之ヲシテ質物ノ占有ヲ爲サシムルコトヲ得サルモノトシタル所以ナリ(法學博士梅謙次郎氏民法要義物權三四五、三四六頁)
- 三 質權成立ノ要件タル目的物引渡トハ質權主ニ占有ヲ與フルコトヲ意味ス質權主カ物ヲ所持スルトキハ其所持ヲ與フルコトヲ要ス代理人ニ依リテ占有ヲナス場合ニ於テハ質權主カ其代理人ニ對シ爾後質權主ノ爲メニ其物ヲ占有スヘキコトヲ命シ又質權主カ之ヲ承諾スルトキハ物ノ引渡アリ(一八四)又質權主カ既ニ質物ヲ所持スル場合ニ於テハ質權主ト質權主トノ間ニ占有ヲ移轉シテ質權者ノ意思表示アルニ依リテ物ノ引渡ヲ生ス(一八二)法學博士川名兼四郎氏物權法要論二〇四頁)
- 四 第三四五條ノ引渡ヲ滿スニ足ル引渡ハ左ノ如シ要スルニ次條ノ場合ヲ除キ凡テノ種類ヲ包含スルモノトス(一)籠鳥引渡(二)返還請求權ノ讓渡ニヨル引渡(法學博士中島玉吉氏民法釋義物權第八三、八四頁)
- 五 質權者カ既ニ質物ノ占有ヲ有スルトキハ引渡ノ手續ヲ必要トセス當事者ノ意思表示ノミニ因リテ之ヲ爲スコトヲ得(法學博士石坂晉四郎氏京郡法政論物權一七頁)
- 六 質權ノ成立要件タル占有ノ移轉ノ方法ハ現實ノ移轉ナルヲ要セス簡易ノ引渡(一八二)及ヒ一八四條ニヨル移轉ノ如キモ亦可ナリ然レトモ(一)占有ノ改定ノ方法ニヨルコトヲ得ス(法學博士鳩山秀夫氏東大講義物權法一五〇頁)
- 七 質權成立ニ必要ナル占有ハ占有ノ原即ニ從テ代理人ニ依ツテ之ヲ爲スコトヲ得ルノテアリマス(民法一八一條若シモ質權者ニ於テ既ニ物ヲ所持スル場合ニ於テハ所謂簡易ノ引渡ニヨツテ質權ヲ成立セシムルコトカ出來ル(同一八二條)然シテ此ノ點ニ付テハ一ノ例外(同三四五條)カアリマス(法學博士飯島喬平氏物權法日大講八四頁)

【同第二點同趣旨學說】

者ニ於テ既ニ物ヲ所持スル場合ニ於テハ所謂簡易ノ引渡ニヨツテ質權ヲ成立セシムルコトカ出來ル(同一八二條)然シテ此ノ點ニ付テハ一ノ例外(同三四五條)カアリマス(法學博士飯島喬平氏物權法日大講八四頁)

一 引渡ハ占有ノ移轉ニ外ナラス而シテ如何ナル場合ニ其移轉アリタルモノト認ムヘキヤハ一ノ事實問題ニ屬シ各場合ノ狀況ニ依リテ決定スヘキモノトス然リト雖モ占有ノ移轉ニハ必ズシモ現物ノ手渡ヲ要スルモノト爲スヘカラス(一)要スルニ事實物ヲ支配又ハ利用スルコトヲ得ヘキ狀態ニ在ルヲ以テ是レリトス(富井博士前掲七六頁)

二 如何ナル場合ニ引渡アリタルト認ムヘキカハ事實問題ニシテ(一)各場合ニ付キ實際ノ事情ヲ斟酌シテ之ヲ定メサルコトヲ得ス例(一)倉庫中ニ在ル動産ノ引渡ヲ爲スニハ必ズシモ其各個ヲ讓受人ノ手中ニ交付スルコトヲ要セス其倉庫ヲ鎖シテ其鑰ヲ讓受人ニ交付セハ倉庫中ノ動産全體ヲ之ニ引渡シタルモノト看做スヘキカ如シ(梅博士前掲二頁)

三 物ノ所持ノ意義ハ物ノ腕力把握ニ限ラズ廣ク社會觀念上ノ物ノ支配ヲ意味ス故ニ占有讓渡ニ就テモ亦讓受人ヲシテ社會觀念上物ノ支配者トシテハ可ナリ(中島博士前掲一四二頁)

四 物ノ引渡ハ動産質權タルト不動産質權タルトヲ問ハス引渡ハ必ズシモ手ヨリ手ニ引渡スコトヲ要セス債權者ヲシテ其物ノ上ニ事實上ノ支配ヲ得セシムルハ足ル(石坂博士前掲一七頁)

五 引渡ハ即チ所持ノ移轉ナリ讓受人ヲシテ事實的支配力ヲ得セシムル謂ナリ必ズシモ握持セシムルヲ要セス或ハ證書又ハ鍵ノ交付等ヲ以テ是レ場合モアルヘク或ハ界標ノ設置現場ノ立會等ヲ以テ引渡了レリト見ルヘキ場合モアラン要スルニ事實上ノ問題ナリ(三浦博士前掲二九七頁)

論旨各點孰レモ多數學說ノ是認スル所ニシテ其正當ナルヤ多ク論議ヲ容レザルヘシ

(一一五)

九七二 第七百三十七條及七百三十八條ノ規定ニ依リ家族ト爲リタル直系卑屬ハ嫡出子又ハ庶子タル他ノ直系卑屬ナキ場合ニ限リ第九百七十條ニ定メタル順序ニ從ヒテ家督相續人ト爲ル

民法第九七二條ノ所謂嫡出子又ハ庶子ハ被相續人トノ關係ニ於テ其直系卑屬タルヲ以テ足り一親等ノ關係アルコトヲ要セサルヲ以テ被相續人ノ長孫ハ親族入

富井博士 梅博士 中島博士 石坂博士 三浦博士

籍ニヨリ其家ニ入りタル養女ヲ排シテ家督相續ヲ爲シ得ヘキモノトス

民法第九七二條ニ嫡出子又ハ庶子タル直系卑屬ナキトアル其嫡出子又ハ庶子ハ被相續人トノ關係ニ於テ必スシモ一親等ノ直系卑屬ナル事ヲ要セス一親等ノ直系卑屬ノ直系卑屬ナリトモ嫡出子又ハ庶子タル身分ヲ有シ而カモ被相續人ノ直系卑屬ナル以上ハ他家ヨリ入籍シタル被相續人ノ直系卑屬トノ關係ニ於テ同條ノ適用アルモノトナス同條立法ノ趣旨カ被相續人家ニ在ル直系卑屬ヲ指シ他家ヨリ入籍シタル者ナシテ相續上優先セシムルヲ欲セサルニ出テタルニ照スモ將タ又民法力承祖相續ノ制度ヲ設ケ直系相續ノ主義ヲ表明シタル精神ヲ參照スルモ斯ル解釋ノ正當ヲ得タルモノナルコトヲ疑ハス但同條末段ニ第九七〇條ノ定ムル順序ニ從ヒトアルモ遺ハ同時ニ親族入籍トシテ被相續人家ニ入りタル者數人アル場合ヲ豫想シ是等ノ者相互ノ間ニ適用スヘキモノトシテ用イタル文詞ナルコト同條ノ規定ニ照シ明白ナルヲ以テ之レアルカ爲メ前示ノ解釋ヲ左右スルニ足ラス然ラハ被相續人ニ長孫ト親族入籍ニヨリ其家ニ入りタル養女ト在ル場合ニ於テハ長孫ハ養女ヲ排シテ甲ノ家督相續ヲ爲シ得ヘキモノト斷定セサルヲ得ス(法曹會決議法曹記事第三〇卷第四號一六頁「家督相續順位ニ關スル件」要領)

【民法第九七二條ニ所謂嫡出子又ハ庶子ノ意義ニ關スル同趣旨學說】

- 一 第九七二條ニ所謂嫡出子又ハ庶子タル直系卑屬ナキトアル其直系卑屬ハ被相續人自身ノ嫡出子又ハ庶子タル直系卑屬ニ限ルモノニアラスシテ其嫡出子又ハ庶子ノ直系卑屬ヲ包含スヘキモノトス(法學士柳川勝二氏相續法註釋二三四頁)
- 二 民法第九七二條ニ所謂嫡出子又ハ庶子タル他ノ直系卑屬トハ獨リ嫡出子又ハ庶子ノミナ意味スルモノニアラスシテ其嫡出子又ハ庶子ノ直系卑屬ヲモ意味スルモノト解ス(法曹會決議法曹記事第二二卷八號五五頁)
- 三 孫ヲ携帶分家シタル家ハ會テ分家シタル子カ其家ヲ廢シ親族入籍ノ手續ニヨリテ入家スルモ其家ノ相續人ハ其子ニアラスシテ孫ナリトス(同上法曹記事二二卷八號五五頁以上本書第一卷民法三三七頁)

決議ニ贊同ス本書第一卷民法三三七頁參照)

柳川學士
法曹會

大審院判

法定ノ推定家督相續人廢除ノ取消ハ被廢除者ヲシテ廢除ノ請求者タル被相續人ノ推定家督相續人タル地位ヲ回復セシムルヲ目的トスモノナレハ被廢除者カ他日他ノ被相續人ノ推定家督相續人トナリ又ハ他ノ相續人ノ相續人ニ指定若クハ選定セラルルニハ廢除ノ取消サレタルコトヲ必要トセサルモノトス

九七七第一項 推定家督相續人廢除ノ原因止ミタルトキハ被相續人又ハ推定家督相續人又ハ廢除ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得

(一一六)

【上告理由】 原判決ハ法律ヲ不當ニ解釋シタル違法アルモノトシ民法第九七七條第三項ハ普通ノ事例ニ於テ適用ス可ク本件ノ如キ異狀ノ場合ニ於テ適用ス可キモノニ非ラス蓋シ同條文ハ一旦相續開始シタル後ハ其被相續人ニ對スル相續權ヲ回復スル餘地ナキヲ以テ其意味ヲ釋明シタルニ止マリ他日更ニ別ノ被相續人ニ對シ若シモ右廢除ナカリセハ相續權ヲ有ス可キモノナル場合ニ於テモ廢除ノ取消ヲ許ササル趣旨ニ非ラサルモノトス(法曹會決議法曹記事大正六年四月七日付參照) 因テ廢除取消ニ付最モ利害ノ局ニ在ル被上告人ナ相手方トシタル本訴ハ正當ト思料ス上告人ハ一旦戶主藤野嘉兵衛ノ爲メニ廢除セラレタリト雖モ其後現戶主藤野嘉兵衛ノ養子トナリタル爲メ養子縁組ノ效力ニ因リ新タニ現戶主ノ法定ノ推定家督相續人タル資格ヲ生シ此資格タル廢除取消ノ有無ニ關係ナキモノトス(大審院第三民事部大正八年(オ)九九九號上告人藤野嘉十郎被上告人藤野嘉十郎間法定推定家督相續人確定事件) 故ニ上告人ハ本訴ニ於テ廢除取消ヲ主張スル要ナキカ如シト雖モ上告人ハ素ト藤野嘉十郎間法定推定家督相續人確定事件) 故ニ上告人ハ本訴ニ於テ廢除取消ヲ主張スル要ナキカ如シト雖モ上告人ハ素ト藤野嘉十郎被上告人ハ現戶主ノ子トシテ生ラレタルモ明治三十八年度ニ分家シ大正五年ニ廢家入籍シタルモノナレハ若シ他日上告人カ戶主ト繼縁スルコトアラハ上告人ハ引續キ藤野家ノ家族ニシテ其廢除ノ取消ナキ爲メ民法第九八二條ノ選定セラルルヲ得ス又ハ民法第九七九條ノ指定セラルルコトヲ得サル等ノ不利益有之故今ニ於テ其廢除ヲ取消シ置ク可キ必要アリ

【判決理由】 然レトモ推定家督相續人廢除ノ取消ハ被廢除者ヲシテ廢除ノ請求者タル被相續人ノ推定家督相續人タル地位ヲ回復セシムルヲ目的トスルモノナレハ被廢除者カ他日他ノ被相續人ノ推定家督相續人トナリ又ハ他ノ被相續人ノ相續人ニ指定若クハ選定セラルルニハ廢除ノ取消サレタルコトヲ必要トセス上告人ノ所論ハ要スルニ此ノ如キ場合ニ於テモ被廢除者ハ推定家督相續人トナリ又ハ相續人トナルヘキ適

格ヲ有セサルカ故ニ廢除ヲ取消シ置クヘキ必要アリ此必要ヲ充タスカ爲メハ
 勢ヒ相續開始後ト雖モ廢除ノ取消ヲ請求シ得サル可ラスシテ民法第九七七條第三項
 ハ此場合ニハ適用ナク且此場合ニハ相續開始ニ因リ相續人ト爲リタル者ノ推定相續
 人ヲ以テ廢除取消ノ訴ノ相手方ト爲スナ正當ナリトシ原判決カ被上告人ヲ以テ本訴
 ノ相手方ト爲ルヘキ適格ヲ有セサルモノト爲シタルハ法律ノ誤解ナリト云フニ在レ
 トモ是レ廢除取消ノ目的ヲ誤解シテ法律上ノ廢除ノ取消ヲ必要トセサル場合ナシ
 要アル場合ナリトスル誤見ニ基クモノニ外ナラサレハ其探ルニ足ラサル場合ナシ然
 レハ原判決カ相續開始ニ因リテ戸主ト爲リタル藤野キミノ推定家督相續人タル被上
 告人ヲ以テ本訴ノ被告タルヘキ適格ヲ有セサルモノトシ此點ニ於テ本訴請求ヲ排斥
 シタルハ正當ニシテ何等法律ヲ不當ニ解釋シタルノ違法アルコトナク上告ハ理由ナ
 シ(大審院大正九年(オ)第二〇二號同年四月九日民一部田部裁判長藤原尾古柳川鬼澤各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審大阪控訴院○法定推定家督相續人廢除取消請求事件○上告人藤野嘉十郎訴訟代理人辯護士佐久間七郎被上告人藤野キミ

【參照學判說例】

本卷民法一五〇頁以下

(一一七)

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
 七八九 妻ハ夫ト同居スル義務ヲ負フ
 夫ハ妻ヲシテ同居ヲ爲サシムルコトヲ要ス

甲カ乙ノ實父母ノ養子ト爲リ同日乙ト婚姻ヲ爲シタル場合ニ於テ大正六年一
 月中甲ハ酩酊シテ乙ノ産室ニ亂入シ暴言暴行ヲ加ヘテ乙ヲ脅カシタル爲メ爾來
 乙ハヒステリー性躁狂症ニ罹リ専ラ實父母ノ看護扶養ヲ受ケテ醫療中ナルカ病

勢益々進ミ全快覺束ナキ状態ニ在ルノミナラス甲ハ目下他家ニ寄トシテ寄寓シ
 居リ固ヨリ獨立ノ生計ヲ立テ獨立ノ住家ヲ有スルモノニ非ス從テ乙ヲ同所ニ引
 取り同居ヲ爲スモ到底乙ヲシテ安シテ看護療養ヲ得セシムルニ足ル設備ト資力
 トヲ有セサルトキハ甲ノ現在所カ養父ノ指定ニ基クモノナルト否トヲ問ハス乙
 ハ甲ノ同居請求ヲ拒否スルニ付正當ノ理由アルモノトス

按スルニ被控訴人ハ大正六年一月一日九日控訴人ノ實父母赤塚傳吉夫婦ノ養子ト爲
 リ同日同傳吉ノ長女タル控訴人ト婚姻ヲ爲シ爾來養父傳吉ノ家族トシテ同家ニ控訴
 人ト同居シ來リタル事實ハ成立ニ爭ナキ甲第一號證ニヨリ之ヲ認メ得ヘク其後被控
 訴人ハ大正七年八月頃ヨリ養家ヲ出テ前記肩書ノ住所タル東京市本郷區駒込淺嘉
 町八番地谷治鶴吉方ニ寄寓シ居ル事實ハ原審證人……各證言ニ限リ之ヲ認ムルニ足
 ル面シテ被控訴人ノ主張ニ依レハ被控訴人カ右ノ如ク養家ヲ出テ現時ノ住所ニ別居
 スルニ至リタルハ養父傳吉ノ指命ニ因ルモノナルカ故被控訴人ニ對シ同所ニ同居セシ
 コトヲ求ムル爲メ本訴ニ及ヒタリト謂フニ在レトモ成立ニ爭ナキ乙第一號證ニ當審
 證人早川藤太郎ノ證言ヲ綜合スルトキハ大正六年一月中旬被控訴人ハ酩酊シテ控訴
 人ノ産室ニ亂入シ暴言暴行ヲ加ヘテ控訴人ヲ脅カシタル爲メ爾來控訴人ハヒステリ
 性躁狂症ニ罹リ専ラ實父母ノ看護扶養ヲ受ケテ醫療中ナルカ病勢益々進ミ全快覺
 束ナキノ状態ニ在ルヲ認メ得ルカ故被控訴人ニシテハ益々控訴人ノ病勢ヲ促進セシメ
 俄ニ住居ヲ移轉セシメ強テ同居ヲ要請スルニ於テハ益々控訴人ノ病勢ヲ促進セシメ
 延ヒテ其生命ニ危險ヲ及ホス虞アルモノト認メサル可ラス況ンヤ前記證人水谷利三
 良ノ證言ニ依レハ被控訴人ハ目下叔父谷治鶴吉方ニ寄トシテ寄寓シ居ルモノニシテ
 固ヨリ獨立ノ生計ヲ立テ獨立ノ住家ヲ有スルモノニアラス從テ控訴人ヲ同所ニ引取
 リ同居ヲ爲スモ到底控訴人ヲシテ安シテ看護療養ヲ得セシムルニ足ル設備ト資力ト

ヲ有セサルモノナルヲ認メ得ルニ於テオヤ然ラハ即チ被控訴人ノ現住所カ養父傳吉ノ指定ニ基クモノナルト否ト問ハス控訴人ノ現在ノ健康状態ニ於テハ被控訴人ノ本訴請求ヲ拒否スルニ付正當ノ理由アルモノト謂フヘキヲ以テ本件控訴ハ理由アリ(東京控訴院大正八年(ホ)第七〇七號同九年五月一三日民二部須賀裁判長吉田宇野各判事判決)

【關係事項】 控訴人勝訴○同居請求事件○控訴人赤塚まつ訴訟代理人辯護士點須龍太郎外一名被控訴人赤塚常右衛門訴訟代理人辯護士藤原嘉逸外一名

【前審判決】

甲カ乙ヲ扶養スルノ責力ナク乙ニ於テ若シ甲ト同居センカ戸主タル養親ノ扶養ヲ受タル能ハサルニ至ルヘク且又乙ハ大正六年七月以來甲ノ暴行ノ爲メヒステリー性躁狂症ニ罹リ目下養親方チ去ル能ハサルカ如キ事情ハ以テ妻ノ夫ニ對スル同居ノ義務ニ消長ヲ及ボササルモノトス(東京地方裁判所大正八年一〇月六日判決)

【參照學說判例】

奥田博士
牧野博士
德積博士
島田學士
阪本トク
東京地方

- 一 妻ノ同居義務ハ夫カ居所ヲ選定シタル場合ニ於テノミ存在ス蓋シ妻ノ此義務ハ夫ノ居所選定權ニ相對スルモノナレハナリ故ニ夫カ一定ノ居所ヲ有セスシテ浮浪漂泊スルカ如キ場合ニ於テ妻ニ同居ノ義務ナク夫ノ一時的居所ニモ亦隨從スル義務ナシ(法學博士奥田義人氏日本親族法中大講義錄三九〇頁)
- 二 妻カ夫ト同居スルノ義務ハ夫ニ於テ相當ノ方法ヲ以テ同居セシムルコトヲ要スルモノナルカ故ニ夫ニシテ漂泊流浪一定ノ居所ナキトキノ如キ妻ヲシテ同居ヲ拒ムコトヲ得セシムルヘカラス(法學博士牧野菊之助氏日本親族法論二五四頁)
- 三 夫妻カ同居ヲ爲スヘキ住所ノ選定權ハ夫ニ屬ス夫カ夫ノ同居ヲ拒ムモ亦然リ(法學博士德積重遠氏親族法大意七五頁)
- 四 夫ノ同居請求カ同居ノ權利ノ濫用ナルトキハ相手方ハ之ニ應ズルコトヲ要セス例ヘハ夫カ妻ヲ苦シメンカ爲メニ富士山頂ニ居所ヲ定メ妻ニ同居スヘキコトヲ請求シタル場合ニ於テ妻ハ同居ヲ拒ムコトヲ得サルカ如シ(法學士島田鐵吉氏親族法明大講義錄二二三頁)
- 五 夫カ夫權ヲ濫用シテ共同生活ニ堪ヘサル行爲アルトキ例ヘハ若シ同居ヲ繼續スルトキハ妻ハ非常ニ健康ヲ害スルカ又ハ身體ノ安全ヲ保ツコト能ハサルカ如キ場合ニ於テハ妻ハ同居ノ義務ナカルヘシ(下タトルニリス坂本三郎氏親族法明大講義錄一四頁)
- 六 妻ト夫カ同居後間モアラスシテ子宮病ニ罹リシ爲メ其實家ニ歸リ現ニ治療中ナリトスルモ其疾病ニシテ夫トノ同居ニ堪ヘ

大阪地方

サル程度ノ重患ニアラサル限リ夫ト同居スヘキ義務アルモノトス(東京地方大正四年(タ)第二四七號同五年(タ)第七〇號同五年五月二四日判決本書五卷民法六二八頁)

七 夫カ一家ヲ構ヘサルハ全ク妻カ夫ト同居セサルカ爲ニシテ若シ妻カ夫ト同居スルコトヲ肯スルニ於テハ何時ナリトモ一家ヲ構フルノ意思ヲ有シ而カモ之ニ要スル資金ヲ有スルモノナルコトヲ認メ得ヘキ場合ニ於テハ妻ハ夫カ現ニ一家ノ住所ヲ有セサルコトヲ理由トシテ之ト同居スルコトヲ拒ミ得ヘキモノニアラス(大阪地方明治四五年(タ)第一八五號判決本書第一卷民法二七五頁)

判旨至當ナリ此點ニ付テハ本書第八卷民法九八一頁以下評論ヲ參照セラレタシ

一一八

八五五第一項 第八百四十條ノ規定ニ違反シタル縁組ハ養子又ハ其實方ノ親族ヨリ其取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但管理ノ計算カ終ハリタル後養子カ追認ヲ爲シ又ハ六ヶ月ヲ經過シタルトキハ此限ニ在ラス

民法ニ所謂實方ノ親族若クハ血族トハ養方ノソレニ對スル用語ニシテ實家方面ニ於ケル親族若クハ血族ヲ指稱スルモノトス

民法ニ所謂實家トハ養家又ハ婚家ニ對スル用語ニシテ婚姻又ハ養子縁組ニ因リ他家ニ入ル當時是等ノ原因ニ因ラスシテ籍屬セシ家ヲ指稱スルモノトス

被訴人キミヨハ明治三十四年九月四日生ニシテ其生家不明ノ者ナル處生後間モナク長崎縣南高來郡山田村亡藤田好衛ノ養子ト爲リ其後好衛ノ子亡好左右ノ遺妻タル控訴人キヨヘカ大正六年十月廿三日藤田家ノ戸主ト爲リキヨヘハキミヨノ法定後見人トナリタルニ拘ハラス其後同月廿九日キヨヘハキミヨトノ間ニ戸内ニ於テ本件縁組ノ行ハレタルコト及被控訴人ハ好衛ノ二女テツノ子ナルコトハ甲號各證ノ記載ニ徴シ明白ナリ而シテ後見人ハ被後見人ヲ其養子ト爲シ得サルコトハ民法第八百四十條ノ規定ニ依リ寸疑ナキ所ニシテ同條ニ違背セル養子縁組ハ同法第八百五十五條第一項ニ依リ養子又ハ其實方ノ親族ヨリ其取消ヲ裁判所ニ請求シ得ルモノトス仍テ被控

長崎控
院判決

島田博士

訴人ハ控訴人キミヨノ實方ノ親族ナルヤ否ヤノ争點ヲ按スルニ民法ニ所謂實方ノ親族若クハ血族ヲ指稱スルハ養方ノソレニ對スル用語ニシテ之ヲ實家方面ニ於ケル親族スル用語ニシテ婚姻又ハ養子縁組ニ因リ他家ニ入ル當時是等ノ原因ニ因ラスシテ歸屬セシ家ヲ指稱ス蓋シ民法ニ於テハ養子縁組又ハ婚姻ニ因リテ歸屬セシ家ハ之ヲ養家又ハ婚家ト稱シ明ニ實家ト區別シ居ルヲ以テナリ然ルニ婚家ヨリ更ニ婚姻又ハ養子縁組ニヨリ他家ニ入リタル場合ニハ從前ノ婚家又ハ養家ヲ以テ其實家ナリト解マシムル學說アリト雖斯ノ如キハ民法カ實家ト婚家又ハ養家トハ明ニ區別セル趣旨ニ反スルノミナラス民法第百四十五條ノ場合ニ於テ更ニ養子縁組又ハ婚姻ニ因リ他家ニ入ルニハ以前同意ヲ要セザリシ婚家又ハ養家ノ父母ノ同意ヲ必要トスルモ眞ノ實家ノ父母ヲ要セザル場合ヲ生シ民法カ同條ヲ設ケタル趣旨ヲ没却スル結果ヲ招來スヘキカ故ニ之ニ左祖シ難シ之ヲ要スルニ民法第百五十五條第一項ニ所謂實方ノ親族トハ實家方面ノ親族ヲ稱スルモノト解スヘキモノトス今本件ニ於テ被控訴人ハ控訴人キミヨノ養親タリシ藤田好衛ノ二女テツノ子ナルヲ以テキミヨカ好衛ノ養子ト爲ルト同時ニ被控訴人トノ間ニ親族關係ヲ生スルコト勿論ナリト雖道ハ養方ノ親族關係ニ過キスシテ實方ノ親族關係ナリト謂フコトヲ得サルヲ以テ被控訴人ハ本件請求權ヲ有セザルモノトセザルヘカラス既ニ然ラハ本件請求ハ爾餘ノ說明ヲ要セスシテ棄却スヘキモノナルニ之ヲ認容シタル原判決ハ失當ニシテ本件控訴ハ其理由アリ(長崎控訴院大正八年(ア)一〇一號八年四月一日淺沼裁判長吉村前田各判事判決法律新聞一六八九號十八頁)

【關係事項】 控訴棄却ス○原審長崎地方○養子縁組取消事件○控訴人藤田キヨ(外一人訴訟代理人辯護士齋藤被控訴人田中秀次訴訟代理人辯護士藤川悅太郎)

【判旨第一點實方ノ親族若クハ血族ノ意義ニ關スル學說】
實方ノ血族即チ實家ノ方ノ血族トハ婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ヨリ入りタル以前ヨリ存スル其者ノ血族及ヒ此等ノ者ノ直

三浦博士

系專屬ヲ指稱ス(法學士島田健吉氏明大講六一頁)

【同第二點實家ノ意義ニ關スル生家説同趣旨】

坂本博士
宮田博士
淺野博士

一 婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入りタルモノカ更ニ婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入ラントスル場合ニ一旦實家ニ復歸セシテ直チ第一ノ婚姻又ハ養家ヨリ他家ニ入ルコトヲ許シタルハ現行民法カ一ノ簡便法ヲ設ケルニ止マリ本邦ノ習慣ニ如キ場合ニ於テハ反リテ一旦實家ニ復歸シタル後ニ於テ更ニ他家ニ入ルヲ原則トスルモノナリ故ニ離婚又ハ離縁ノ場合ニ於テハ其者第一ノ婚家又ハ養家ニ復歸セシテ生家ニ復歸スルヲ當然トス(法學博士三浦信三氏法學志林第八卷第一三號二頁)

二 實家トハ人カ最初ニ家籍ヲ獲得シタル家即チ本家籍ノ家ヲ指シ獲得家籍ノ家ヲ謂フニアラス故ニ實家ハ一人一個ニ限リ其初ヨリ確定シ婚姻養子縁組等ニヨリ轉換變更スルモノニアラス蓋シ實家ハ婚家又ハ養家ト區別シ自然ノ生家ヲ指ス用語ナルコトハ從來ノ慣行ナルカ如シ(ドクトルニリス坂本三郎氏親族法早大講七二頁)

三 前婚家又ハ前養家ヲ指シテ實家ト稱スルコトハ民法第七三九條ハ婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入りタルモノカ離縁又ハ離婚ノ場合ニ當然復歸スヘキ家ヲ示シタルモノナリ前婚家又ハ前養子ヲ實家ト意味シテ斯ク規定シタルニ非ス(法學士宮田四八氏法學叢書問答八頁)

四 抑モ實家トハ婚家又ハ養家ニ對スル語ニシテ自己ノ生マレタル家ニ限リ指稱スルモノナルコトハ古來ノ慣習ノ認ムル所ナルノミナラス民法第百四十五條ニ縁組又ハ婚姻ニ因リテ他家ニ入りタル者カ更ニ養子トシテ他家ニ入ラントスルコトキハ實家ニ在ル父母ノ同意ヲ得ルコトヲ要ストアルニ因ルモ明ナルヘク持第七一四條中婚家又ハ養家ノ語ニ對シ實家ナル語ヲ用ヒ居ルニ徴スルモ益明ナリトス(判事淺野三郎氏明治學報第一〇九號一二頁)

【同上婚姻又ハ縁組當時ノ所屬家説】

梅博士
仁井田博士
博牧博士

一 該ニ一ツノ注意ヲ要スルハ第七四一條ノ場合ニ於テ一旦婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入りタル者カ更ニ婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入りタル場合ニ於テ其者カ離婚又ハ離縁ヲ爲シタルトキハ最初ノ實家ニ復歸セシテ初メ婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入りタル家ニ復歸スヘキコト是ナリ蓋シ第二ノ婚姻又ハ養子縁組ニ付テハ右ノ家即チ實家ナレハナリ(法學博士梅謙次郎氏法學叢書親族二〇頁)

二 實家トハ婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入りタル者カ婚姻又ハ養子縁組ノ際ニ屬セシ家ヲ謂フ故ニ或人カ轉婚又ハ轉縁組ニ因リテ他家ニ入りタル場合ニ於テ第一ノ婚家又ハ養家ハ第二ノ婚家又ハ養家ニ對シテハ實家ナリ果シテ然ラハ轉婚又ハ轉縁組ニ因リテ他家ニ入りタル者ハ離婚又ハ離縁ノ場合ニ於テ第一ノ婚家又ハ養家ニ復歸スルモノト謂フヘシ(法學博士仁井田益太郎氏親族法相續法論一〇一頁)

三 實家トハ婚姻又ハ養家ニ對スルノ語ニシテ俗ニ所謂里方即チ婚姻又ハ縁組ノ當時ニ籍屬シタル家ヲ謂フ故ニ婚姻又ハ縁組

ニ因リテ甲家ヨリ乙家ニ入りタルトキハ甲家ヲ指シテ賣家ト云ヒ乙家ヨリ更ニ婚姻又ハ縁組ニ因リテ丙家ニ入りタルトキハ丙家ヨリシテ乙家ヲ賣家トハ稱スルナリ(法學博士牧野菊之助日本親族法論一八二頁)

四 一旦婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入りタル者カ更ニ婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ヨリ他家ニ入りタル場合ニ於テ離婚又ハ縁組ヲ爲シタルトキハ最初ノ賣家ニ復歸セシメ初メ婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ入りタル家第一ノ婚家(又ハ養家)ニ復歸スヘキモノナリ蓋第二ノ婚姻又ハ養子縁組ニ付テハ右ノ家ノ賣家ノ看做スヘケレハナリ(法學士掛下次郎氏親族法政論二九頁)

五 民法第七三九條ニ所謂賣家トハ離婚又ハ縁組ニ因リテ解消シタル其婚姻又ハ養子縁組ニ付キテノ賣家ヲ指スモノニシテ第一ノ婚家又ハ養家ハ第二ノ婚姻又ハ養子縁組ニ付キテノ賣家ナレハナリ(法學博士島田鐵吉親族法一七六頁)

六 婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ甲家ヨリ乙家ニ入りタル後更ニ丙家ニ入りタル者カ婚姻又ハ縁組ヲ爲シタル時ハ乙家ニ復歸スヘキモノトス(明治四〇年六月一日判決法曹記事第一七卷六號一四項)

一一九

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

一一七第一項 停止條件付法律行為ハ條件成就ノ時ヨリ其效力ヲ生ス

九三 辨濟ノ提供ハ債務ノ本旨ニ從ヒテ現實ニ之ヲ爲スコトヲ要ス但債權者力難メ其受領ヲ拒ミ又ハ債權ノ履行ニ付キ債權者ノ行為ヲ要スルトキハ辨濟ノ準備ヲ爲シタルコトヲ通知シテ其受領ヲ催告スルヲ以テ足ル

五三三 及務契約一方ノ當事者ハ相手方カ其債務ノ履行ヲ提供スルマテハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒トコトヲ得但相手方ノ債務カ辨濟期ニ在ラサルトキハ此限ニ在ラス

五四〇 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依リテ之ヲ爲ス

前項ノ意思表示ハ之ヲ取消スコトヲ得ス

五四一 當事者ノ一方カ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セザルトキハ契約ヲ解除スヘキコトヲ得

株券等有價証券ノ隔地者間ノ賣買契約ノ履行ニ付テハ賣主ヨリ買主ニ對シ荷爲替付ニテ送付シ買主ハ荷爲替金ヲ支拂ヒテ代金ノ支拂ヲ了スル方法ヲ用ユルコトノ商慣習存スルモノトス

斯ル場合ニ契約履行場所タル買主ノ營業所ニ賣主又ハ其代理人カ出頭セザルトキハ事實上代金ノ支拂ノ爲メニ提供ヲ適法ニ爲シ得ヘキニ非サルヲ以テ代金ノ提供ヲ爲スコトナク目的物引渡ノ催告ヲ爲スモ賣主力之ヲ應セザルトキハ賣主ヲシテ遲滞ノ責任ヲ負擔セシメ得ヘク且ツ契約解除ノ條件ト爲ルヘキモノトス

買主ノ代金ノ提供モ其效果ナキコト豫メ明白ナル場合ニハ代金ノ提供ヲ爲スコトヲ要セス適法ニ目的物ノ引渡履行ヲ催告スルコトヲ得ヘキモノトス

履行ヲ催告スルト同時ニ其催告ニ從フ履行ナキ時ハ契約ヲ解除スル旨ノ豫告的解除ノ意思表示ハ有效ニ之ヲ爲シ得ヘキモノニシテ履行ナカリシ時ハ其時期ニ於テ意思表示カ效力ヲ生スヘキモノトス

從テ賣買ノ目的物ノ數量五〇ナルコトニ付テモ當事者間意思ノ合致アリシモノニシテ甲第一號證ノ七ノ電報ノ被控訴人ニ送スルコトニヨリテ目的物ノ引渡ハ大正五年一〇月一二日以後二三日内ニ爲スヘキ趣旨ノ下ニ本件株券賣買契約カ確的ニ成立シタルコトヲ認ムルヲ得被控訴人ハ買主トシテノ義務ヲ負擔スヘキコト勿論ナリ大ニ控訴人ハ大正五年一月二三日被控訴人ニ對シ同月二七日迄ニ引渡ヲ爲スヘク若シ引渡ナキトキハ契約解除スル旨ノ通知ヲ爲シタルコト及ヒ同日迄ニ引渡ナカリシコトハ當事者間争ナキヲ以テ之ニ因リ契約ハ適法ニ解除セラレタルヤ否ナ案スルニ被控訴人ハ本件契約ハ双務契約ニシテ同時履行ヲ要スヘキモノナリシニ控訴人ハ自ラ代金ノ提供ヲ爲サスシテ履行ヲ催告シタルモノナレハ其不履行ヲ事由トシテ解除ノ意思表示ヲ爲スモ其效力ヲ生スヘキニ非サル旨抗争スルモ本件契約ノ目的物履行ノ場所ニ付テハ特別ノ意思表示アリシモノト認ムヘキモノナク又其行為ノ性質上定

マルモノヲキチ以テ之ヲ債權者即チ控訴人ノ營業所々在地タル大阪市ノ控訴人ノ營業所ニ於テ引渡ヲ要シ控訴人ハ引換ニ代金ヲ支拂フヘキモノトス然ルニ株券等有價證券ノ隔地者間ノ買賣契約ノ履行ニ付テハ賣主ヨリ買主ニ對シ荷爲替付ニテ送付シ買主ハ其荷爲替金ヲ支拂ヒテ代金ノ支拂ヲ了スル方法ヲ用フルコトノ商慣習存スルコトハ當審鑑定人増田忠次ノ鑑定ニ依リテ之ヲ認ムルヲ得而シテ本件當事者モ亦此慣習ニ依ル意思アリシモノナルコトハ第一〇號證ニ依リテ本件契約成立數日前ニ爲ル當事者間ノ取引カ此方法ニ依リタルコトハ事實ニ依リテ之ヲ認メ得サレタルモノトス左レハ控訴人ハ被控訴人カ荷爲替ニ由テ株券ヲ送付シ來リ銀行ヲシテ代金ノ取立ヲ爲サシムルニ至ル迄ハ代金ノ支拂ニ付テ遲滞アルモノニ非ラヌ又契約履行場所タル自己ノ營業所ニ被控訴人又ハ其代理人カ出頭セサルトキハ事實上代金ノ支拂ノ爲メニムスル提供ヲ適法ニ爲シ得ヘキニ非サルヲ以テ斯ル場合ニハ控訴人ト代金ノ提供ヲ爲スコトヲ被控訴人ニ目的物ノ引渡ヲ爲スヘキ履行ノ報告ヲ爲スヲ以テ足リ賣主タル被控訴人カ之ニ應ゼサルトキハ賣主トシテ遲滞ノ責任ヲ被控訴人ナシテ負擔セシメ得ヘキモノト解スルヲ相當トシテ之ヲ認メ得ル地者間ノ取引ノ性質上買主ノ營業所ニ於テ目的物ト引換ニ代金ノ支拂ヲ爲スカ爲メニハ買主ヲシテ之ヲ爲シ得ルニ必要ナル方法ヲ講スルコトヲ賣主ニ於テ之ヲ爲ササルヘカラサルモノナレハナリ從テ本件ニ於テ控訴人ノ代金ヲ提供セシメタル被控訴人ニ對スル履行ノ報告モ有效ニシテ其他告ニ應ゼサル事實ハ契約解除ノ條件ト爲ルヘキモノニシテ當時被控訴人カ契約ヲ履行セザリシコトハ當事者間爭ナキヲ以テ控訴人ノ契約解除ノ意思表示ハ其效力ヲ生スヘキモノトス猶又右報告當時既ニ被控訴人カ契約履行ノ意思ナカリシコトハ……ノ證言ニ依リテ之ヲ認メ得ル所ニシテ控訴人ノ代金提供モ其效果ヲ生スヘキ事情ニ非サリシモノト謂フヘク而シテ斯ル代金ノ提供モ其效果ヲキコト豫メ明白ナル場合ニハ代金ノ提供ヲ爲スコトヲ要セス目的物ノ引渡履行ヲ報告シ得ヘキモノト爲ス正當トスヘキヲ以テ之ニ依リテモ控訴人ノ前示報告ハ適法ニシテ契約解除ノ

【關係事項】控訴人(原告)勝訴○損害賠償請求事件○控訴人友金喜三郎訴訟代理人辯護士池田卓二外二名被控訴人南澤宇忠治訴訟代理人辯護士春山泰治

【判旨第四點豫告解除ノ效力ニ關スル同趣旨學說判例】

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

二 民法カ解除權ノ行使ニ付キ前提トシテ豫告ノ意思表示ヲ必要トシタル趣旨ヨリ論ズルトキハ荷クモ豫告ノ意思表示ヲ爲シタル以上ハ解除ノ意思表示ヲ後日ニ至リテ爲スニ又豫告ト同時ニ豫告ノ之ヲ爲ストハ毫モ解除權行使ノ效果ニ影響ナシ故ニ豫告ノ意思表示申期間内ニ履行ナキトキハ契約ヲ解除スル旨ノ意思表示ヲ爲ストキハ期間ノ經過ニヨリ解除權ノ發生ト同時ニ契約ハ解除セラレタルモノナリトス(法學博士飯島喬平氏契約總論大講一四九頁)

三 將來解除權ノ發生スルコトヲ豫期シテ其發生セル場合ニハ直チニ之カ效果發生ヲ欲スル旨ノ意思表示ハ素ヨリ之ヲ有効ト認メサルヘカラス而シテ全輩ハ此場合ニ於テハ發生シタル解除權カ豫メ爲サレタル意思表示ニヨリテ直チ行使セラルモノナリト解ス(法學博士末弘嚴太郎氏債權各論二二六頁)

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

五 契約當事者ノ一方カ民法五四一條ニ依リ爲ス所ノ契約解除ハ必スシモ豫告ヲ爲スニ方リ定メタル期間内ニ相手方カ債務ヲ

履行セザルヲ俟ツテ始メテ爲スコトヲ得ルモノニ非ス其期間内ニ履行セザルコトヲ條件トシテ催告ト共ニナシタル解除ノ意思表示亦有效ナリトス(同上明治四三年(オ)第二九四條同年二月九日判決法律新聞第六九五號二七頁)

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

七 大正五年八月二七日既ニ引渡期限ヲ経過セルモ引渡ヲ爲ササル爲メ甲カ乙ニ對シ同年九月二日午後四時迄ニ契約物品ノ引渡ヲ爲スヘキ旨催告シ同時ニ其期間内ニ引渡ヲ爲ササルキハ買賣契約ヲ解除スル旨ノ意思表示ヲ爲シタルモ乙カ其期間内ニ物品ヲ引渡サザリシトキハ右期間ノ経過ト共ニ買賣契約ノ解除セラレタルモノニシテ乙ハ右不履行ニ因リ甲ノ蒙リタル損害ヲ賠償スヘキ義務アルモノトス(大阪控訴院大正八年七月二二日判決本書第八卷民法一一五四頁)

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

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

一〇 債務不履行ニ基ク契約ノ解除ハ債務者ノ不履行ヲ俟テ後初メテ解除ノ意思表示ヲ爲スコトヲ要セス履行ノ催告期間内ニ債務者履行ヲ爲サザルトキハ其履行期ノ終了トモニ解除ノ效果ヲ發生セシムヘキ條件附解除ノ意思表示モ亦有效ナリ(同上大正二年(ワ)第一一六九號同三年一月三〇日判決法律新聞第九二八號二四頁)

【同上異趣旨判例】

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

五四五第三項 解除權ノ行使ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ケス

契約ノ合意解除アリタル場合ニ不履行ニ因リ生シタル損害ノ請求權ニ付キ當事者間別段ノ定メ又ハ留保ヲ爲サザリシトキハ民法第五四五條第三項ノ適用ナキ

結果右不履行ヲ理由トスル損害賠償ヲ請求スルヲ得ザルモノトス

原告ハ大正七年八月二十二日被告ヨリ米國製カゼラツク號自動車一臺ヲ代金三千五百圓ヲ以テ買受クヘキ約定ヲ爲シタルコトハ當事者間ニ爭ナキ所ナリ而シテ原告代理入ハ被告ハ其引渡期日タル同年九月十日ニ引渡ヲ爲スヘキコトヲ怠リ同年十一月四日漸ク其引渡ヲ爲シタルモ不完全ニシテ使用ニ堪ヘサルモノナルヲ以テ交渉ノ結果其翌五日右買賣契約ヲ合意ノ上解除シタリト主張シ其不履行ニ因リ生シタル損害ノ賠償ヲ求ムルニ依リ按スルニ假ニ右ノ如キ合意解除アリタリトスルモ其損害ノ請求權ニ付當事者間別段ノ定メ又ハ留保ヲ爲サザリシコトハ原告ノ主張自體ニ依リ明白ナルヲ以テ斯ノ如キ場合ニ於テハ民法第五百四十五條第三項ノ適用ナキ結果右解除ト同時ニ不履行ヲ理由トスル損害賠償ヲ請求スルヲ得サルモノナルコト疑ナク容レヌ又原告ハ被告ノ委託ニ基キ支出シタル立替金ノ支拂ヲ求ムレトモ其委託及ヒ立替金ノ事實ヲ認ムルニ足ル舉證ヲ爲サザルヲ以テ認ムルニ由ナシ(大阪地方大正七年(ワ)第一三三〇號九年三月三十一日鬼頭裁判長石田青木各判事判決法律新聞第一六九三號一九頁)

【關係事項】原告敗訴○損害金請求訴訟事件○原告神田政吉訴訟代理人辯護士神戶萬太郎○被告日米自動車株式會社法律上代理人取締役訴訟代理人取締役訴訟代理人辯護士松本靜史

【合意解除ト損害賠償ニ關スル同趣旨學說判例】

一 然レトモ一方的意思表示ニ依ラス相手方トノ契約ニヨリテ既存ノ契約ノ效力ヲ消滅セシムルコトヲ得ルハ契約自由ノ原則上疑ナク容レサル所ニ屬ス之ヲ反對契約又ハ解除契約ト稱スルコトヲ得ヘシ其要件ハ一方的意思表示ニヨル解除ト同一ナルコトヲ要スルコトナク殊ニ解除權ノ存スルコトヲ要セス又其效果ハ當事者ノ意思表示ニ從ヒテ之ヲ決定スヘク一方的意思表示ニヨル解除ニ關スル規定ヲ之ニ準用スヘキニ非ス(法學博士鳩山秀夫氏日本債權法二〇八頁)

二 勿論契約當事者ハ後ニ説明スルカ如キ解除權ノ存否如何ヲ問ハス相互ノ合意ニ依リ契約ヲシテ始メヨリ之レナカリシト同一ノ效果ヲ生セシムルヲ以テ解除ト同一ノ目的ヲ達スルコトヲ得ヘシ然レトモ此種ノ消滅方法ハ縱令當事者ニ解除權アル場合ト雖モ解除權ノ行使ニアラサル也從ヒテ又第五四〇條乃至第五四八條ニ所謂解除ニアラザリ而シテ此場合ニ於ケル各當事者ノ返還義務ノ範圍ニ付キテハ當事者特ニ別段ノ定メヲ爲サズ通例トスヘキモ若シ何等ノ定メヲ爲サザルトキハ不當利得ノ法理ニ

【同上反對學說】

第七〇三條ノ諸規定ニヨルノ外ナク四五條ヲ準用スヘキ限リニアラス(法學博士末弘殿太郎氏債權合論二二二頁)
 三 民法第五四五條第三項ノ適用ナキ合意ナキ合意ニヨル契約ノ解除ニアリテハ之ニ從テ損害賠償ノ請求ヲ併セ許スヘキモノ
 ニアラス(法學士喜士頭兵一氏志林一四卷七號本書第一卷民法三一六頁)
 四 契約ノ一部履行アリタル後當事者双方ノ合意ニヨリ契約ヲ解除セル場合ニ於ケル各當事者ノ返還義務ノ範圍ニ付テハ當事
 者カ特ニ別段ノ定テ爲ヌヲ以テ通例ト爲スト雖モ若シ何等ノ定テ爲ササルトキハ不當利得ノ法理ニ從ヒ第七〇三條以下ノ規定
 ニヨルヘケ四五條以下ノ規定ヲ準用スヘキモノニアラス(大審院大正八年九月一日判決本書第一卷民法諸法三六〇頁)
 五 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損害賠償ノ請求ハ其當テ得サル
 モノトス(東京地方明治四四年一月一日民三部判決本書第一卷民法八七頁)

(一一一)

- 五四五條ニ於ケル解除權行使ノ效果ハ契約又ハ法律ノ規定ニ依リ當事者ノ一方カ解除權ヲ有シ而シテ解除權者カ解除ノ意思表
 示ヲ爲シタル場合ニ關スルカ故ニ或ハ合意解除ノ場合ニハ其適用ナキカ如キ解釋ヲ爲スモノアルモ當事者ノ一方ノ解除權行使
 ノ場合ニ於テ原狀回復ノ債權關係ヲ生セシムル以上ハ合意ニ依リテ契約ノ解除ヲ爲シタル場合ニ於テ此ノ如キ法律關係ヲ發生
 セシメサル理由ナシ(法學博士飯島喬平氏契約總論大講一五五頁)
- 四二二 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
 債務ノ履行ニ付キ不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
- 四二三 債務者カ其債務ノ本旨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
 任ス(キ事由ニ因リテ履行ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルトキ亦同シ)
- 四二四 辨濟ノ提供ハ債務ノ本旨ニ從ヒテ現實ニ之ヲ爲スコトヲ要ス但債權者カ豫メ其受領ヲ拒ミ又ハ債務ノ履行
 ニ付キ債權者ノ行爲ヲ要スルトキハ辨濟ノ準備ヲ爲シタルコトヲ通知シテ其受領ヲ催告スルヲ以テ足ル
- 四二五 双務契約當事者ノ一方ハ相手方カ其債務ノ履行ヲ提供スルマテハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得但相手
 方ノ債務カ辨濟期ニ在ラサルトキハ此限ニ在ラス
- 四二六 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
- 四二七 第三項 解除權ノ行使ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ケス

買主カ賣主ニ對シ五月二十九日代金支拂ヲ準備シタル旨ヲ通知シ同月中ニ履行ノ
 場所ヲ指定シテ目的物ヲ引渡シ且ツ代金ヲ受領スヘキ旨催告シタルニ拘ラス賣
 主ニ於テ之ニ應セザル以上ハ同月末日ノ到來ニ依リ賣主ハ其債務ニ付キ遲滞ノ
 責ニ任スルモノトス」
 右債務履行ノ催告カ契約解除ノ前提タラシムルコトヲ主トシ不履行ニ因ル損害
 賠償ノ請求ト不可分の關係ヲ有セシメタルモノニ非サルトキハ假ニ損害賠償請
 求ノ根據若クハ其數額ニ付キ爭アリトスルモ之ヲ以テ右催告ヲ不適法ナラシム
 ルモノニ非ス」
 賣主ニ於テ目的物引渡ノ意思ナキコト明カナルノミナラス當時該目的物ヲ引渡
 シ得サル事情ニアリタルトキハ買主ハ賣主ニ對シ其債務履行ヲ催告スルニ付キ
 敢テ自己ノ債務ノ辨濟ヲ提供スルヲ要セザルモノトス」
 買主ニ於テ一旦賣主ノ不履行ニ因リ損害ヲ蒙リタル以上ハ契約解除ニ係ラス尙
 賣主ニ對シ其損害賠償ヲ請求シ得ルモノトス」
 賣主ノ遲滞ニ陥リタル五月三十一日ヨリ契約解除ノ爲サレタル六月七日迄ノ間ニ
 賣買ノ目的物ノ價額カ四六九九二円六匁ナリシトキハ右金額ト代金三二八一〇
 匁トノ差額一四〇八二円五六匁ハ賣主ノ不履行ニ因リ買主ノ失ヒタル利益ニシ
 テ買主ハ之カ賠償ヲ請求スルコトヲ得ルモノトス」

被告カ大正八年三月三十一日訴外中村商事株式會社ト買賣契約ヲ締告シタ同會社ニ對
 レテ電氣銅五〇英噸ヲ和百斤ニ付代金三十八圓七十五錢替ニテ同年五月申ニ東京市
 內被告特定ノ場所ニ於テ代金引替ニ右目的物ヲ訴外會社ニ引渡スヘキ旨ヲ約シタル
 事實同月二十九日前記訴外會社カ被告ニ對シテ代金支拂準備ヲ完了シタル旨ノ通知並ニ
 代金ノ受領右買賣目的物ノ引渡及其受渡場所ノ指定ヲ被告シタル事實右被告ニ於テ
 被告カ履行期間内ニ右目的物ヲ引渡ササルトキハ五月三十一日ニ於ケル該目的ノ時價
 ト代金トノ差額ヲ損害金トシテ請求スヘキ旨豫告シタル事實然ルニ被告ニ於テ五月
 三十一迄ニ右被告ニ應セザリシ事實同年六月三日右訴外會社カ同年五月三十一日ニ於ケ
 ル時價四萬六千五百九十二圓九十六錢ト代金三萬二千八百四十圓四十錢トノ差額一萬
 四千八百八十二圓五十六錢ヲ同年六月七日午前中マテニ訴外會社ニ支拂フヘキ旨ノ請
 求並ニ右同時マテニ目的物ヲ訴外會社ニ引渡スヘキ旨若シ引渡ササルトキハ別段ノ通
 知ヲ要セスシテ契約ヲ解除スヘキ旨ノ被告ニ對シテ爲シタル事實然ルニ被告
 カ右請求並ニ被告ニ應セザル事實同年六月一日右訴外會社カ本訴目的債權ヲ原告
 ニ讓渡シ之ヲ被告ニ通知シタル事實及本件契約當事者カ就レモ商人ナル事實ニ付テ
 ハ事實者間ニ爭ナシ被告ハ右買賣目的物ヲ右訴外會社ニ引渡ササルニ付キ本件買賣
 契約ハ被告カ讓渡ニ對シ小泉共可ヨリ買受ケタル電氣銅ヲ其目的物トシテ小泉ヨリ其
 引渡ヲ受ケ更ニ之ヲ買主タル訴外會社ニ引渡スヘキコトヲ其内容トシタルモノナリ
 然ルニ小泉ハ被告ニ對シ右目的物ヲ引渡スコト能ハサルニ至リ從テ被告ハ其責ニ歸
 スヘカラサル事由ニヨリ訴外會社ニ對スル債務ヲ履行スル能ハサルニ至リタルモノ
 ナリト抗辯スレトモ成立ニ爭ナキ第一號證ニヨレハ本訴買賣ハ不特定物ヲ其目的
 トシタルコトハ明カニシテ被告採用提出ノ證據ヲ以テハ其目的物ニ付キ被告抗辯ノ
 如キ制限アリト認ムルニ足ル確證ナシ次ニ被告ハ假令本件買賣カ上述ノ内容ヲ有セ
 ストスルモ大正八年六月三日ノ訴外會社ノ被告ハ履行コ代ル額補償ト履行其モノ
 ト同時ニ請求シ且訴外會社自身ノ債務ニ付テハ辨濟ノ提供ナキヲ以テ被告カ之ニ

應セサルモ何等責任ヲ負フヘキ理由ナシト抗爭スレトモ既ニ買主タル訴外會社ハ五
 月二十九日代金支拂ヲ準備シタル旨ヲ通知シ被告ニ對シ同月中ニ履行ノ場所ヲ指定シ
 目的物ヲ引渡シ且ツ代金ヲ受領スヘキ旨被告シタルニ拘ラス被告ニ於テ之ニ應セザ
 ル以上ハ同月末日ノ到來ニ依リ被告ハ其債務ニ付遲滞ノ責ニ任シ因テ生シタル損害
 賠償ノ義務ヲ負フヘキハ勿論尙固有ノ債務履行ノ責ヲ免ルヘキニアラサルナリ然ラ
 ハ買主タル訴外會社カ被告ニ對シ其履行遲滞ニ因ル損害賠償ト固有ノ債務ノ履行ト
 ナ同時ニ請求スルモ何等妨ケナキコト明カナリ而シテ訴外會社カ目的物ノ價格全部
 ナ請求セザル限リ直ニ以テ訴外會社ノ損害賠償請求ヲ額補償ナリト爲シ難ク又既
 ニ生シタル損害賠償請求權ハ固有ノ債權ト可分的ニ存在スルノミナラス六月二日ノ
 本件債務履行ノ催告ハ契約解除ノ前提タラシムルコトハ成立ニ爭ナキ第一號證ニ徵シ明
 可分的關係ヲ有セシメタルモノニアラサルコトハ成立ニ爭ナキ第一號證ニ徵シ明
 白ナルヲ以テ假ニ損害賠償請求ノ根據若クハ其數額ニ付キ爭アリトスルモ之ヲ以テ
 目的物引渡義務履行ノ催告ヲ不適法ナラシムルモノニアラス代金ノ提供ナキ點ニ付
 キテ前述ノ如ク被告ニ於テ豫メ本件契約履行ノ場所ヲ指定スルヲ要シ且ツ訴外會社
 ヲリ其注意ヲ促シタルニ拘ラス被告カ尙其指定ヲ爲ササルヲ以テ見レハ被告ニ於テ
 本件買賣ノ目的物引渡ノ意思ナキコト明カナルノミナラス當時被告カ該目的物ヲ引
 渡シ得サル事情ニアリタルコト被告ノ自白スル處タルヲ以テ訴外會社ハ被告ニ對シ
 其債務履行ヲ催告スルニ付キ敢テ自己ノ債務ノ辨濟ヲ提供スルヲ要セザルコトハ勿
 論ナリ更ニ被告ト前述ノ催告ニ定メタル履行期間ヲ相當ナラスト抗爭スレト諸般ノ
 事情ニ照セハ該期間ハ相當ナリト認定セザル可ラサルヲ以テ大正八年六月三日訴外
 會社カ爲シタル履行ノ催告ハ適法ニシテ被告ノ不履行ニヨリ本條契約ハ解除セラレ
 タルモノト認メサル可ラス然ラハ訴外會社ニ於テ一旦被告ノ不履行ニ因リ損害ヲ蒙
 リタル以上ハ契約解除ニ係ラス尙被告ニ對シ其損害賠償ヲ請求シ得ルコト言テ俟タ
 ス又被告ノ契約解除セラレタリトセハ訴外會社ニ損害賠償請求權ナシトノ抗辯ノ理

由ナキコト亦明ナリ次ニ訴外會社ノ蒙リタル損害ノ有無及其數額ニ付キ按スルニ大正八年五月三十一日ヨリ同年六月七日迄ノ間ニ於テ本件賣買目的物ノ價格カ四萬六千九百九十二圓九十六錢以上ナリシコトハ……ニ依リ明ナルヲ以テ被告カ履行期間内ニ其債務ヲ履行セハ右金額ト代金三萬二千八百四十圓四十錢トノ差額一萬四千八百八十二圓五十六錢ハ當然訴外會社カ受クヘカリシ利益ナルヲ以テ右差額金額ハ被告ノ不履行ニ因ル訴外會社ノ失ヒタル利益即チ損害ナリ然ラハ訴外中外商事株式會社ハ被告ニ對シ之カ賠償ヲ請求スル權利ヲ取得シタルモノナルヲ以テ右會社ヨリ該請求權ヲ適法ニ讓受ケタル原告ノ本訴請求ハ正當ナリト謂ハサルヘカラス(東京地方裁判所大正八年(ワ)第一〇九九號同九年二月二〇日民三部三橋裁判長增山大倉各判事判決)

【關係事項】原告勝訴○損害賠償請求事件○原告龜井德太郎訴訟代理人辯護士大西孝次郎被告合名會社小澤商名訴訟代理人辯護士上英雄外一名

本卷民法三六〇頁

【判旨第三點參照學說判例】

本卷民法二〇〇頁、二〇三頁以下

(一一三)

三六三 債權ヲ以テ質權ノ目的ト爲ス場合ニ於テ其債權ノ證書アルトキハ質權ノ設定ハ其證書ノ交付ヲ爲スニ因リテ其效力ヲ生ス

四七二 指圖債權ノ債務者ハ其證書ニ記載シタル事項及ヒ其證書ノ性質ヨリ當然生スル請求ヲ除ク外原債權者ニ對抗スルコトヲ得ヘカリシ事由ヲ以テ善意ノ讓受人ニ對抗スルコトヲ得ス

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

賠償スル責任スヘキモノニシテ其行爲ト損害トノ間ニ因果關係ノ存スルコトヲ要シ而シテ或行爲カ具體的ノ場合ニ於テ一定ノ結果タル損害ヲ生スルノ原因ヲ爲シタル場合之ヲ抽象的ニ觀察シテ一般的ニ同種ノ結果タル損害ヲ生シ得ル可能性ヲ有スル場合ニ於テハ其損害行爲ノ直接ノ結果タルト間接ノ結果タルトヲ問ハス其行爲ト損害トノ間ニ因果關係存スルモノトス

債權證書ニ債權者ヲ指名シタルモ其證書ノ持參人ニ拂渡スヘキ旨ヲ附記シタル債權ハ其性質上單純ナル指名債權若クハ指圖債權ニ非ス又無記名債權ニモ非ス特種ノ記名式所持人拂ナル證券的債權ノ讓渡ハ證書ノ交付ノミニ因リテ其效力ヲ生シ民法第四七二條ノ規定ヲ類推適用シテ同條所定事項ノ外善意ノ讓受人ハ抗辯權ノ附着セサル權利ヲ取得スヘキモノトス

記名式所持人拂債權ヲ以テ債權ノ目的ト爲ス場合ニ於テハ民法第三六三條ニ從ヒ質權者ニ對スル證書ノ交付ノミニ因リテ第三債務者其他ノ第三者ニ對シテモ亦其效力ヲ生スヘク指名債權ヲ以テ質權ノ目的ト爲ス場合ニ關スル民法第三六四條ノ適用ナキモノトス

(一) 然レトモ原判決ノ理由ニ依レハ原告ハ被告會社カ船荷證券ノ代用トシテ本件荷物受取證ヲ發行シ荷主ト銀行業者間ハ勿論其他之ニ類スル金貨業者トノ間ニ於テモ船荷證券ト同様ニ該證券ヲ以テ荷爲替ノ擔保ト爲シ金融ヲ爲ス慣行アリ上被告會社ノ利用者ニ於テモ亦此事實ヲ知悉シ居リタル事實ヲ認定シ右受取證ハ記名持參人拂債

權ニシテ取引上交付ノミニ因リ第三者ニ讓渡シ得ヘキモノナレハ若シ右證書ニ不正ノ記載ヲ爲サンカ第三者ハ其記載ニ誤マラレ不測ノ損害ヲ蒙ル結果ヲ惹起スヘキヲ以テ上告會社ノ被用者ノ過失ニ依リ空券ヲ發行シ之ニ因リテ第三者ニ損害ノ惹起セシメタル以上ハ上告會社ハ其責ヲ免ルルコトヲ得サル旨ヲ判示シタルニ徴スルモ上告會社ノ賠償義務負擔ノ理由ニ於テ尠モ缺クル所アルヲ見ス蓋シ故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任スヘキモノニシテ其行為ト損害トノ間ニ因果關係ノ存スルヤ否ヤハ事物通常ノ狀態ニ依リ社會普通ノ觀念ニ基キ之ヲ判斷スヘキモノナルコトハ夙ニ當院判例(大正五年(オ)第六六一號大正六年四月四日言渡判決參照)ノ示ス所ニシテ換言スレハ分行為力具體的ノ場合ニ於テ一定ノ結果タル損害ヲ生スルノ原因ヲ爲シタル場合ニ尙ホ之ヲ抽象的ニ觀察シテ其行為カ一般的ニ同種ノ結果タル損害ヲ生シ得ル可能性ヲ有スル場合ニ於テハ其損害カ行為ノ直接ノ結果タルト間接ノ結果タルトトハ本件ニ於テ原審ノ確定スル事實果關係ノ存スルモノト謂ハサルヘカラサルモノトス本件ニ於テ原審ノ確定スル事實ニ依リ之ヲ見ルニ係争荷物受取證ハ上告會社ノ被用者ノ過失ニ依リ發行セラレタル空券ニシテ既外齋藤喜三郎ハ直實其表示スル荷物ノ存スルモノトシテ被上告人ニ擔保ニ供シ荷爲替手形割引名義ノ下ニ金員ヲ關取シタルモノニシテ即此事實關係ニ於テ上告會社ノ被用者ノ荷物受取證發行行為ハ間接ニ被上告人ノ本件損害ノ發生原因ヲ爲シタルモノナルノミナラス如上荷物受取證ハ荷主ト銀行業者又ハ金貨業者トノ間ニ船荷證券ト同様ニ之ヲ以テ荷爲替ノ擔保トシ金融ヲ爲ス慣行アルモノナルヲ以テ斯ル空券タル荷物受取證ハ獨リ被上告人ノミナラス一般ニ擔保ノ目的ノ下ニ之ヲ受取リタル金貨業者ニ對シテ等シク金員關取ノ結果ヲ生スルモノナルコト論テ俟タサレハ上告會社ノ被用者ノ本件荷物受取證ノ作成行為ト被上告人ノ本件損害トノ間ニ因果關係ノ存スルコト明ニシテノ冒頭說示ノ原判決ハ此關係ヲ説明スルニ尠モ

【關係事項】

上告棄却○原審大阪控訴院○損害賠償請求事件○上告人大阪商船株式會社訴訟代理人辯護士柿崎鐵吾同中西保之同白井誠同神宅加藤惠同南惣平被被告上告人横山助次郎訴訟代理人辯護士清瀬一郎向高野玄雄

缺タル所ナキヲ以テ上告論旨ハ理由ナシ
 (二) 然レトモ證書ニ債權者ヲ指名シタルモ其證書ノ持參人ニ拂渡スヘキ旨ヲ附記シタル債權ハ其性質單純ナル指名債權若クハ指圖債權ニアラス又無記名債權ニアラス特種ノ記名式所持人拂ナル證券的債權ニシテ其債權ノ讓渡ハ證書ノ交付ノミニ因リテ其效力ヲ生シ又民法第四百七二條ノ規定ヲ類推適用シテ同條所定ノ事項ノ外善意ノ讓受人ハ抗辯權ノ附着セサル權利ヲ取得スルモノナルコトハ當院判例(大正五年(オ)第七三號同年十二月十九日言渡判決參照)トシテ示ス所ナリ故ニ記名持參人拂債權ノ權利者ハ單ニ證書ニ債權者トシテ指名セラレタル者ノミナラス證書ノ交付ノミニ因リ債權ヲ讓受ケタル第三者モ亦證書ノ所持人トシテ證書ノ表示スル給付ヲ請求スルノ權利ヲ有シ其債務者ハ證書ノ所持人ニ對シ辯論ヲ爲スコトニ依リ其債務ヲ免ルルコトヲ得ヘク證書ノ所持人カ真正ノ債權者ニアラサルコトヲ主張シ且ツ之ヲ立證シ得ヘキ場合ノ外其請求ヲ拒絕スル權利ヲ有セサルハ勿論其證書ニ記載シタル事項及ヒ其證書ノ性質ヨリ當然生スル結果ヲ除ク外原債權者ニ對抗スルコトヲ得ヘカシキ事由ヲ以テ善意ノ讓受人ニ對抗スルコトヲ得サルモノトス從テ記名持參人拂ノ債權ヲ以テ質權ノ目的ト爲ス場合ニ於テハ民法第三六三條ニ從ヒ質權者ニ對スル債權ノ交付ノミニ因リテ第三債務者其他第三者ニ對シテモ亦其效力ヲ生スヘク指名債權ヲ以テ質權ノ目的ト爲ス場合ニ關スル民法第三六四條ノ規定ノ適用ナキモノトス而シテ本件係争ノ荷物受取證ハ即甲又ハ持參人拂ノ形式ノ下ニ發行セラレタル所謂記名式所持人拂ノ債權ナルヲ以テ原審カ其交付ノミニ依リ被上告人ニ於テ右債權上ニ第三者ニ對抗シ得ヘキ質權ヲ取得シタリト判斷シタルハ元ヨリ相當ニシテ論旨ハ理由ナシ(大審院大正八年(オ)第九九二號同年四月十二日民二部馬場裁判長田上柳川成道三宅各判事判決)

【判旨第一點 不法行為ト因果關係ノ存否決定標準ニ關スル學說判例】

一 義務者ノ行為ヲ以テ損害ノ原因ナリト爲スニハ其行為カ其損害ヲ生スルノ條件ナルコトヲ要ス(法學博士岡松參太郎氏京都法政講義論九〇頁)

二 法律ハ吾人社會の普通生活ヲ律セシカ爲メニ制定セラルルモノニシテ一般普通ノ觀察ヲ基礎トシ必シモ哲學的論議ノ上ニ立ツヘキモノニ非サルカ故ニ純然タル哲學上ノ問題トシテハ條件即原因說正當若クハ正當ニ近カルヘシト雖トモ法律上ノ問題トシテハ條件原因區別說正當ナルヘク條件原因區別說ノ中ニ於テハ反則的優越等ノ不適當ナルモノヲ除クノ外用語ノ上ニ於テハ差異アリト雖トモ意義ノ上ニ於テハ大同小異中ニ就テハ適當條件說ヲ以テ適當ナリトスヘシト信ス(法學博士勝本勸三郎氏刑法要論總則一三三頁)

三 行為ノ當時存在シ且行為當時最注意深キ人(鑑定人ナ云フ)カ知リ得ヘク且行為者其人カ知レル條件ニ基キテ適當條件ヲ定ム即行為ノ當時知リ得ヘキ條件ノミニ依ルカ故ニ行為後ニ發見セラレタル條件ハ之ヲ除外ス而シテ行為ノ當時ニ知リ得ヘキ條件カ一般的ト同種ノ結果ヲ生スル可能ナラズルキハ其條件ト結果トノ間ニ因果關係アリトス(法學博士石坂晉四郎氏債權上三九八頁)

四 相當因果關係說ハ一ニ之ヲ相當原因說ト謂フ此說ハ論理上結果發生ノ條件タル行為ノ全部ヲ以テ原因ナリト爲スモノニ非スシテ斯ル條件タル行為ノ中一般ノ結果ヲ發生スルニ相當ナリト認メラルモノヲ以テ原因ト爲スモノトス換言スレバ論理上結果發生ノ條件中ニ付キテ其條件アルトキハ必要のニ又ハ可能的のニ又ハ多分其結果ヲ生スヘキモノト一般ニ認メルトキハ其條件ハ結果ニ對スル原因ナリトスルニ條件ハ之ヲ相當條件ト謂フ(法學博士大場茂馬氏刑法總論四七三頁)

五 民事責任ニ關スル理論トシテハ相當因果關係說ヲ以テ通說トス然レトモ其適用ニ付テハ即チ相當因果關係ノ有無ヲ論スヘキ事情ハ本人ノ認識ト通常人ノ認識トヨリ之ヲ論ス可シ通常人ノ認識ニ上ラサル事情ト雖モ本人カ之ヲ認識スルトキハソレニ依リ本人カ之ヲ認識セザルモ通常人カ認識シ得キ事情ナルトキハ又ソレニ依ル可キモノト信ス(法學博士牧野英一代日本刑法一四三頁)

六 條件ト原因トナ區別スル學說特ニ最モ有力ナル條件カ原因ナリト主張スルビルクマイヤノ學說ニ贊同セント欲ス(法學博士富田山代京法三卷四號一三七頁)

七 刑法上ニ於テハ一定ノ行為カ事物ノ通應トシテ存在スル原因カ有シテ從テ吾人ノ經驗上一般ノ常識上相當ト認メラルル因果關係ヲ惹起シタル場合ニ限リテ其行為ヲ以テ其結果ニ對スル原因ナリト認ムルヲ穩當トス(法學博士泉二新熊氏日本刑法論二七四頁)

八 余ハ因果關係ノ意義ニ付テ理論上相當因果關係說ヲ正當トシテ而シテ民法四一六條ハ恰モ相當因果關係說ノ內容ヲ規定シタルモノト解スルカ故ニ從テ損害賠償ノ範圍ニ付テハ債務不履行ト不法行為トノ間ニ差異ナキモノトス(法學博士梅山秀夫氏日本債權法六三頁)

九 因果關係ハ之レヲ科學的ニ定ムヘキモノナルヲ以テ吾人ノ經驗ニ從ヒ理論上確定スルヲ得ヘキ範圍ニ於テ其存在ヲ認メ得

【同第二點前段記名式所持人拂債權ノ性質ニ關スル同趣旨學說判例】

レ法律上ヨリ觀レハ原因カノ普通ナル經過ヨリ生スル結果ノミニ付キ事實責任アリトスルヲ相當トス(法學博士山岡萬之助氏法原理一四八頁)

一〇 損害發生原因タル事實ト損害トノ間ニ如何ナル關係アルトキニ因果關係ノ下ニ立ツモノト云ヒ得ヘキモノニ付テハ種々ノ學說アリ然レトモ其中最正當ナリト認ヘキハ兩者因果關係ノ下ニアリト云フヲ特定ノ場合ニ付テノミ觀察セシテ廣ク一般的ニ觀察シ同原因存スル場合ニ同種ノ結果ヲ生スルコトカ一般的ナリト云ヒ得ヘキヲ以テ兩者ノ間ニ因果關係アリト認定スルヲ相當トス(法學博士須賀學士氏債權大正五中大講一二五頁)

一一 責任原因タル行為カ或結果ニ對シテ因果關係アルヤ否ヤ決スルニハ特定ノ場合ニ該行為カ結果ノ原因タルコトヲ得ト謂フニ止マラス一般ノ場合ニ於テ其行為ノ同種ノ結果ノ原因タルヤ否ヤヲ觀察スヘク且事情ノ存在ハ行為ノ當時ニ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ之ヲ知リ得ヘカリヤ否ヤヲ注意セサルヘカラス(判事國野新之氏損害賠償論一二四頁)

一二 絕對主義ノ原因說ハ結果發生ニ關與セル凡テノ條件ハ悉ク原因ナリト云ヒ原因ト條件トナ區別セサル說ナリ此說ニヨルトキハ獨リ原因ト條件トナ區別スル困難ヲ除去スルノミナラス併セテ事實ノ實際ニ適合スル利益アルカ故ニ余モ此亦說ニ贊ス(トクトル岡田庄氏刑法原論二〇七頁)

一三 因果關係ノ有無ハ吾人日常ノ經驗上一般常識ニ照シ相當ナリト解シ得ルヤ否ヤニ依リ決スヘキモノニシテ其相當ナリヤ否ヤノ標準ハ客觀的ニ而カモ具體的事實ニ基キテ之ヲ定ムヘキモノトス(辯護士別役增吉氏本書第二卷刑法四二二頁)

一四 或行為カ或結果ヲ發生シ又ハ發生ニルコトアルヘキコトカ吾人ノ知識經驗ニ依リ之ヲ認識シ得ヘキ場合ハ其行為ヲ爲シタル者ハ其結果發生ニ付キ原因ヲ與ヘタルモノ也(大審院大正二年九月一三九號同年九月二二日判決刑錄一九八八四頁)

一五 被害者ノ蒙リタル損害カ事物ノ通常ノ經過ニ於テ其行為ヨリ生スヘキモノニ非サルトキハ該行為ハ唯其損害ノ發生ニ機會ヲ與ヘタルモノニ過キササルヲ以テ被害者ハ賠償ヲ請求スルノ權利ナシ(大審院明治四二年九月八號同年三月一五日判決刑錄一五二四四頁)

一六 不法行為ト損害トノ間ニ因果關係アリトナスニハ事物通常ノ狀態ニ依リ社會普通ノ觀念ニ基キテ之ヲ判斷スルノ外ナキモノトス(大審院民法六卷七九九頁)

一七 法律上ノ原因タルニハ普通ノ觀念ニ於テ其損害ヲ發生セシムル事實カカラサルヘカラス(大坂控訴大正五年ホ二〇八號同年九月二八日判決刑錄一八二二二頁)

一八 哲學上ノ關係アルモノハ常ニ法律上ニ因果關係アルモノト云フコトヲ得ス哲學上因果ノ關係アルモノ一般取引上ノ觀念ニ訴ヘ因果ノ關係アルモノト認ムヘキ場合ニアラザレハ法律上因果關係アルモノト云フコトヲ得ス(東京控訴明治三九年ホ六四三號同四年三月三〇日判決刑錄八六八號三頁)

一九 不法行為ノ責任ハ客觀的ニ因果關係アルモノト認メテ出來事ニマテ及フモノニ非ス單ニ事物通常ノ成行ニ從ヒテ生スル結果ノミニ限ルモノトス(東京地方明治四二年ワ一四六七號判決刑錄七二八號二二頁)

【同上ニ關スル參照學說(一)】

一 證書ニ債權者ヲ指名スルモ其ノ證書ノ持參人ニハ何人ニモ履行スヘキコトヲ附記シタル場合ニハ一見指名債權ナルカ如シト雖トモ決シテ然ラス又讓受ニ裏書ヲ必要トセサルヲ以テ指圖債權トモ謂フヘカラス(法學博士今井嘉幸氏民法學通論二七四頁)

二 該債權タルヤ指名アルノ點ニ於テ指名債權ニ類スルモ所持人拂ノ附記アル點ニ於テ之レト同一ナラス又所持人拂ノ點ニ於テ無記名債權ニ類スルモ指名アルノ點ニ於テ之レト同シカラス要之一種特有ノ債權ニ外ナラス(法學博士飯島喬平氏民法要論五八一頁)

三 記名式所持人拂ノ債權ハ其性質單純ナル指名債權若クハ指圖債權ニ非ス又單純ナル無記名債權ニモ非サル特種ノ證券ノ債權ニシテ其證書ノ交付ノミニ因リテ債權讓渡ノ效力ヲ生シ指名債權ノ讓渡ニ適用スヘキ民法四六七條ヲ適用スヘキモノニ非スト爲スルハ實際ノ事情ニ適合シ且解釋ノ正當ヲ得タルモノナルコトヲ信シテ疑ハサルナリ(法學士磯谷幸次郎氏債權法論下卷四〇三頁)

四 證書債權ナリト雖モ證書ニ債權者ヲ指定スル點ニ於テ無記名債權ト異ナリ證書ニ指定セラレタル債權者ノ指圖人ニ辨濟スヘキ點ニ於テ指圖債權トモ異ナル從テ一種特別ノ體裁ヲ有スル證書債權也ト解スルノ外ナシ(法學士須賀喜三郎氏債權大正五中大講三一六頁)

五 證書ニ債權者ヲ指示シタルモ其證書ノ持參人ニ拂渡スヘキ旨ヲ附記シタル債權ハ記名式所持人拂ナル特種ノ證券ノ債權ニシテ其債權ノ讓渡ハ證書ノ交付ノミニ因リテ其效力ヲ生シ民法四六七條ノ規定ニ依ルヘキモノニアラス(大審院大正五年〇七三八號同年一月九日判決評論六卷民法一四二頁)

六 記名式所持人拂ノ債權ハ特種ノ證券ノ權利ニ屬シ純然タル無記名債權ニ非サルカ故ニ之ヲ物權ト見做スコトヲ得ス從テ民法一九二條ノ規定ハ之ヲ適用スルヲ得ス(同上明治四五年〇一五〇五大正元年九月二五日判決・民錄一八輯七九九頁)

七 證書ニ債權者ヲ指名シタルモ其證書ノ所持人ニ辨濟スヘキ旨ヲ附記シタル場合ニ於テハ其債權ハ單純ノ指名債權若クハ指圖債權ニ非ス又純然タル無記名債權ニモ非スシテ記名式所持人拂ナル特種ノ證券ノ權利ニ屬シ證書ノ交付ノミニ因リテ讓渡ノ效力ヲ生スルモノトス(同上明治四五年〇三二六號四年一月二四日判決・民錄一五輯九一一頁)

八 證書ニ債權者ヲ指名シタルモ其證書ノ所持人ニ辨濟スヘキ旨ヲ附記シタル場合ニ於テハ其債權ハ單純ノ指名債權者若クハ指圖債權ニ非ス又純然タル無記名債權ニモ非スシテ記名式所持人拂ナル特種ノ證券ノ權利ニ屬シ證書ノ交付ノミニ因リテ其效力ヲ生スルモノトス(同上明治四二年一〇月一五日判決・民錄一五輯九一一頁)

九 債務者カ證書ニ債權者ヲ指名シ而カモ其證書所持人ニ辨濟スヘキ旨ヲ付記シタル債權ハ指圖債權ニアラス無記名債權ニモ非ス又指名債權ニモ屬セズ一種特別ノ債權ニシテ其讓渡ノ手續モ亦民法四六七條ノ規定ニ依ルヲ要セス單ニ證書ノ交付ニヨリテ有效ニ其讓渡ヲ完成シ且讓受人ハ其證書所持人ノ事實ニ依リテ債權者其他第三者ニ讓受ヲ對抗シ得ルモノナリ(大阪控訴院明治四一年二月九日判決・法律新聞五四九號九頁)

【同上(四)】

一 最モ古クヨリノ說ニシテ指名債權ノ變體ト見ルナリ即甲又ハ乙トアル其ノ甲ト云フ事ヲ指名シアルコトニ重テ置キ其以外ノ持參人ニハ辨濟ヲナスモ有效ナリト云フニ過キス其ノ本體ハ記名式ナリ我民法ハ四七一條ノ書方ヨリ考ヘ尙ホ他ノ法文ヨリ觀察スルトキハ此見解ヲ採リタルモノト考フ(法學博士富井政章氏債權總論明治四五東大講二二六頁)

二 第四七一條ニ於テハ此種ノ證券ノ性質ハ依然之ヲ記名證券トシ敢テ之ヲ無記名證券ト看做サス(法學博士梅謙太郎民法要義債權二二四頁)

三 債權者ヲ指名シテ證書ノ所持人ニ辨濟スヘキ旨ヲ記シタルモノナリ支拂命令送金手形ノ如キ是ナリ此種ノ債權ハ普通ノ指名債權トモ異ナレリ又指圖債權ニモ非ス又無記名證券ニモ非サルコトモ明ナリ此債權ニハ現ニ債權ヲ指名シアルヲ以テ記名證券トナスヲ至當トス持參人ニ支拂フ旨ヲ記載シタルハ債權ニ於テ其ノ持參人ヲ以テ債權者又ハ其代理人ト看做スコトヲ得ルモノナリ(法學博士平沼一郎氏債權總論早大講二二二頁)

四 本法ハ斯ノ如キ債權ヲ指名債權トシ署名捺印ノ調査性等ニ關シテ指圖債權ニ關スル規定ヲ準用スルコトヲナシタルナリ此等ノ債權ヲ指名債權トスルハ本條ヨリ之ヲ知リ得ヘシ本條ニ證書ニ債權者ヲ指名シタルモ云々ト言ヘルハ暗ニ指名債權タリトモト言フヲ意味シ仕拂命令ニ債權者ノ氏名ヲ指示シタルハ之ニ當タル(法學博士松波仁一郎氏同仁保龜松氏同仁井田益太郎氏民法正解債權四六二頁)

五 此ノ債權ハ指名債權ニテ其證書ノ所持人ニ辨濟ヲナシテモ債務者ハ債務ヲ免ルルコトヲ得ヘキ權利ヲ留保シタルモノナリト解セントス(法學博士川名兼太郎氏債權要論四八一頁)

【同上(三)】

我民法中ニモ商法中ニモ其意義ヲ示スルニ足ルヘキ何等ノ法文ナシ又其代ハリニ指圖債權ノ語ヲ獨民ノ如ク制限スルモノナキ故ニ債務者ノ其債權者又ハ指圖人ニ給付ヲナスヘキ旨ノ債權ハ現ニテハ指圖債ト權見ルヘキモノナラン(法學博士土方憲氏債權法上大正二東大講四六七頁)

【同上(二)】

一 記名式所持人拂ノ債權ハ所持人ニ支拂フヘキモノナルヲ以テ純然タル記名式ノ債權ニアラス且債權ヲ指定シアルヲ以テ純然タル無記名式ノ債權ニモアラサルヤ明カ也而モ其效用ハ無記名債權ニ類ス(法學博士横田秀雄氏債權總論八一〇頁)

二 中島博士後掲

【同上(一)】

一 「甲又ハ持參人」ノ形式ヲ有スル證券中ニ全然二種別性質ノ者アル事ニ明定セラレタノテアル即チ手形其他金錢其他ノ物又ハ有價證券ノ給付ヲ目的トスル有價證券タル「甲又ハ持參人」證券ハ無記名證券ト同一ノ效力ヲ有スルモノアツテ法律上無記名證券

券ト全然同一ノ取扱ヲ受クルノナル之ニ反シテ其他ノ「甲又ハ持參人」證券ハ指名證券ノ一變態ヲ單純ナル免責證券タルニ過キナイノナル從テ有價證券ヲハナイノナル(法學博士松本滋治氏私法論文集一卷五五五頁)

二 性質ニ付テハ頗ル議論アリ或ハ之ヲ以テ指名債權ノ一變態ニ過キストシ或ハ之ヲ以テ一種ノ無記名債權ト爲ス然レトモ此形式ナリ有價證券ニハ二種ノ別アリト解アルヲ正當トス(法學博士鳩山秀夫氏日本債權法三一七頁)

有價證券タル性質ヲ備フルモノ有價證券タル「甲又ハ持參人」證券ハ手形ニ關スル商法四四九條ノ二ノ準用ニヨリテ無記名式ノモノト同一ノ效力ヲ有ス其讓渡ハ交付ニ依ルヘク其讓渡ノ效果ニ付テハ四七二條ノ準用アルヘク其行使ニ付テハ證券ノ呈示ヲ要スヘシ「甲又ハ持參人」證券ハ手形ノ爲替手形約束手形ノ小切手又ハ政府ノ發行スル支拂命令ノ如キハ即チ此種ノ債權ニシテ無記名債權ノ變態ナリ從テ第一九二條モ亦之ニ準用アリ(同上)

有價證券ヲラサルモノ此種ノ債權ハ指名債權ノ一變態ニシテ唯債務者カ所持人ニ對シテモ亦有效ニ辨濟ヲ爲シ得ヘキ權利ヲ有スルニ過キス從テ債務者カ辨濟ニ當リテ所持人ノ眞偽ヲ調査スル權利ヲ有スルモノ之ヲ調査スル義務ヲ有セストイフ一點ヲ除キテハ指名債權ノ規定ニ從ハサルヘカラス讓渡ノ對抗要件讓渡ノ效果ニ付テハ民法四一七條カ指名債權ニ關スル規定ヲ準用セサルヘカ爲メナリ下足札鐵道荷物ノチエツキノ如キ是ナリ此種ノ證券ヲ言フ(同上三七八頁)

三 證券ニ債權者ヲ指名シ其ノ證券ノ持參人ニ證書面ノ金額ヲ支拂フヘキ旨ヲ約シタル債權中ニハ證書ノ持參人カ債務者ニ對シ證書面金額ノ支拂ヲ請求スル權利ヲ有スルモノト單ニ債務者カ證書ノ持參人ニ該書面ノ金額ヲ支拂ヒ其ノ債務ヲ免カルルコトヲ得ルノミニシテ證書ノ持參人ハ債務者ニ對シ其ノ支拂ヲ請求スル權利ヲ有セサル者トノ二種アリ右二者ノ債權中從者ハ民法四七二條ノ債權ニ該當シ讓渡者ノ手續ハ指名債權ノ讓渡ニ關スル手續ニ依ルヘキモノニシテ前者ハ純然タル無記名債權ナレハ其ノ讓渡ノ手續ハ民法八六條三項ニ依リ動産ノ讓渡ニ關スル規定ニ據ルヘキモノトス(東京控訴院明治四〇年ナ五七號四年九月一九日判決。法律新出四六七號九頁)

【同上後段民法第四七二條ハ記名式所持人拂債權ニモ類推適用スヘキヤニ關スル同趣旨學說判例】

一 民法第四七二條ハ記名式所持人拂債權ニ準用セラル(法學士磯谷學士前掲四〇三頁)

二 記名式所持人拂債權ノ讓渡ニハ民法第四七二條ノ規定ヲ類推適用スルヲ法律ノ精神ニ適スルモノトス(大審院大正五年一月二十九日判決本書第六卷民法一四二頁)

【同第三點記名式所持人拂債權ノ質入方法ニ關スル參照學說】

證券ニ債權者ヲ指名シタルモ其證書ノ所持人ニ辨濟スヘキ旨ヲ附記シタル證券ニ付テハ民法ニ規定ナシ然レ此ノ如キ證券ハ其形式ハ指名債權ナルモ實際引渡ヨリテ轉々シ裏書ノ方法ヲ必要トセス故ニ無記名債權ト同一ニ取扱フヲ可トス約言スレハ其性質ハ無記名債權也故ニ動産ノ質入ニ關スル規定ニ從ヘシムヘキナリ(法學博士中島玉吉氏民法釋義物權一〇一〇頁)

五五七第一項 買主カ賣主ニ手附テ交付シタルトキ當事者ノ一方カ契約ノ履行ニ着手スルマテハ買主ハ其手附テ家屋ノ買主カ賣主代金支拂ノ準備ヲ爲シテ賣主ニ對シ登記手續ノ履行ヲ請求シタル事實ハ民法第五七條二所謂買主カ既ニ契約ノ履行ニ着手シタルモノト解スヘキヲ以テ其以後ニ於テ賣主カ手附金ノ倍額ヲ提供シテ爲シタル解除ハ其效力ナキモノトス

大正八年五月二七日原告ハ被告ヨリ當時被告ノ所有ナリシ本件家屋ヲ代金四千四百圓ニテ買受ケ同日原告ヨリ被告ニ對シ手附金三百圓ヲ交付シ同年六月二十五日迄ニ賣買ニ依ル所有權移轉登記ヲ爲スコト、尙代金ニ付テハ右手附テ代金ニ充當シ殘額金四千一百圓ハ登記手續ト同時ニ之ヲ支拂フヘキ契約成立シタル事實ハ本件當事者間ニ爭無シ被告ハ大正八年八月二一日原告ニ對シ右手附金ノ倍額金六百圓ヲ提供シテ本件賣買ヲ解除シタリト抗爭スレトモ證人林佐太郎ノ證言ノミチテ以テシテハ未ダ右事實ヲ認ムルニ十分ナラス其他此點ノ立證見ルヘキモノナレ假ニ被告主張ノ如キ事實アリタリトスルニモ賣主カ手附ノ倍額ヲ償還シテ而シテ契約ノ解除ヲ爲シ得ルハ買主カ契約ノ履行ニ着手セサル以前ニ限ルコトハ民法第五七條ノ明定スル所ニシテ證人田中周松ノ證言ニ依レハ大正八年六月二五日原告カ本件賣買代金支拂ノ準備ヲ爲シテ被告ニ對シ登記手續ノ履行ヲ請求シタル事實ヲ認メ得ヘク右事實ハ民法第五七條ニ所謂買主カ既ニ契約ノ履行ニ着手シタルモノト解スヘキヲ以テ其以

後ニ於テ被告ノ爲シタル右解除ハ效力ナキモノタルヤ明カナリト謂ハサルヘカラサ
ルナリ從テ本件賣買ハ尙有效ニ存續スヘク賣主タル被告ハ原告ニ對シ賣買ニ基ク本
件家屋ノ所有權移轉登記手續ヲ爲スヘキ義務アルモノトス(東京地方裁判所大正八年第一八九
七號同九年六月八日民五部裁判長池田和川各判事判決)

〔關係事項〕 原告勝訴○建物所有權移轉登記請求事件○原告小林角次郎訴訟代理人辯護士水野豐外一名被告中井庄助訴訟代理
人辯護士田中兵治

一一四

四二二第三項 債務ノ履行ニ付キ期限ヲ定メザリトキハ債務者ハ履行ノ請求ヲ受ケタルトキヨリ遲滞ノ責任ス
七〇三 法律上ノ原因ナクシテ他人ノ財產又ハ勞務ニ因リ利益ヲ受ケケル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

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依リテ生シタル損失ヲ賠償スル責任ス
明治三九年通信省令第二五號電話規則二四ノ二 電話至急開通規則ニヨリ開通シタル電話ハ通信大臣ニ於テ特別ノ
事情アリト認ムル場合ノ外開通後滿一ケ年ヲ經過スルニ非サレハ其加入名義ノ變更又ハ電話設置場所ノ變更ヲ爲
スコトヲ得ス

未開通電話加入權ヲ其開通ヲ條件トシテ乙ヨリ甲ニ賣渡シ大正七年一月二日三
日迄ニ之ヲ甲名義ニ變更スヘキ旨ヲ特約シ之ヲ確保スル爲メ建約金ノ約款ヲ締
結シ該電話至急開通規則ニ因リ大正七年一月三〇日乙方ニ架設セラレタル場合
右電話ハ通信大臣ニ於テ特別ノ事情アリト認ムル場合ノ外其架設後滿一ケ年ハ
絕對ニ加入權ノ移轉ヲ爲シ得サルモノナルコト電話規則ノ規定ニ照シ明カナレ
ハ右一ケ年ノ期間ノ滿了前タル大正七年一月二日三一日迄ハ電話加入權ヲ甲ニ變

更スルコトヲ目的トスル前記特約ハ法律上不能ノ事項ヲ目的トスル無効ノ契約
ニシテ從テ之ニ基ク建約金ノ約款モ亦無効ナリトス

故ニ右ノ如ク無効ノ契約ニヨレル建約金ヲ公正證書ニ基キ強制執行ニ因リ辨濟
ヲ受ケタルトキハ甲ハ法律上ノ原因ナクシテ乙ノ損失ニ因リ利得ヲ爲シタルモ
ノニシテ而シテ右義務ハ其成立ト同時ニ履行期ニ在ルモノトス

右建約金強制執行ノ結果甲ハ故意ニ乙ノ電話加入權ヲ喪失セシメタル場合ニ於
テ乙ハ該電話ヲ第三者丙ヨリ買戻シタルトキハ強制讓渡代金ト右買戻代金トノ
差額ハ甲ノ不法行為ニ因リ乙ノ蒙リタル損害ナリトス

不法行為ノ違法性ノ認識ハ不法行為成立要件タル故意ノ内容ニ屬セサルハ勿論
違法性ノ不知ハ違法性阻却ノ事由タラサルモノトス

故意ニ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ其不法行為ニ因リテ生シタル一切ノ損害ヲ
賠償スヘキ義務アルモノニシテ其損害カ必然的ナルト否ト即チ避ケ得ヘカリシ
モノナルト否トヲ問ハス而モ其損害ヲ避ケサルコトニ付キ被害者ニ過失アリタ
リト否トヲ問ハサルモノトス故ニ縱令乙ハ必然的ニ電話ヲ買戻スヲ要セス且之
ヲ廉價ニ買戻シ得タルニ不拘其過失ニ因リ高價ニ買戻シタルトスルモ其損害カ
甲ノ不法行為ト因果ノ關係アル以上之ヲ賠償スルノ義務アルモノトス

被告等カ原告ニ對シ同人主張ノ如キ債務ヲ負擔シタルコトハ當事者間ニ争ヒナキモ

被告等代理人ハ被告小坂ハ原告ニ對シ八百圓ノ不當利得返還請求權ヲ有シ之ト本訴債務ト其對等額ニ於テ大正八年七月九日相殺スル旨ノ意思表示ヲ爲シタル旨抗爭シ右相殺ニ付テハ當事者間ニ爭ナキカ故ニ進シテ被告ノ反對債權ノ存否ニ付テ審究スルニ公正證書ニ依ル本件違約金契約ノ成立右違約金八百圓ヲ原告カ強制執行ニ因リ辨濟ヲ受ケタル事實ハ當事者間ニ爭ヒナク而シテ乙第一號證並ニ證人小坂むらノ供述ヲ綜合スルトキハ本訴債權成立ノ際其擔保トシテ被告小坂ハ當時未開通ナリレ同人所有ノ東京電話大正六年度急設第七八〇番ノ加入權ヲ其開通ヲ條件トシテ之ヲ原告ニ四百圓ニテ買渡シ大正七年十二月三十一日マテニ之ヲ原告名義ニ變更スヘキ旨ノ特約ヲ爲シ之ヲ確保スル爲メ前記違約金ノ約款ヲ締結シタルモノナルコトヲ認ムルニ十分ナリトス然ルニ本件電話至急開通規則ニ因リ大正七年一月三十日ニ至リ本所第四九一五番トシテ被告方ニ架設セラレタルモノナルコトハ當事者間ニ爭ナク而シテ右電話ハ通信大臣ニ於テ特別ノ事情アリト認ムル場合ノ外其架設後滿一ケ年ハ絕對ニ加入權ノ移轉ヲ爲シ得ザルモノナルコトハ電話規則ノ規定ニ照シ明白ナルカ故ニ前記ノ如キ特別ノ事由ノ主張ナキ本件ニ於テハ右一ケ年ノ期間ノ滿了前タル大正七年十二月三十一日迄ハ本件電話加入權ヲ原告名義ニ變更スヘキ事ヲ目的トスル前記特約ハ法律上不能ノ事項ヲ目的トスル無効ノ契約ニシテ從テ之ニ基ク右違約金ノ約款モ亦無効ナリト謂ハサルヘカラス原告訴訟代理人ハ前記特約ハ本件電話加入權自體ヲ前記日マテニ原告ニ移轉スヘキ約款ニ非ス適法ニ右加入名義ヲ變更シ得ル時期ニ至リ之ヲ爲スヘキ趣旨ニシテ其準備行為トシテ前記日マテニ右名義變更ニ要スル一切ノ書類ヲ被告ニ於テ完備シ之ヲ原告ニ交付スヘキ之ヲ怠リタルトキハ違約金八百圓ヲ支持スヘキ約款旨ナリシ事實ヲ約款旨ナリシ旨抗爭スレトモ原告ノ採用スル乙第一號證ニ依ルモ未ダ本件特約カ原告主張ノ如キ認メ難ク其他前記認定ナ履スヘキ何等ノ證據ナシ果シテ然ラハ原告ハ法律上ノ原因ナクシテ被告小坂ノ損失ニ因リ八百圓ノ利得ヲ爲シタルモノト謂フヘク而モ原告カ右受益ト當時惡意ナカリシコ

トハ證人小坂むらノ證言ヨリ之ヲ推認シ得ヘキカ故ニ原告小坂ニ對シ右金額ニ利息ヲ附シテ返還スヘキ義務アルヤ勿論ニシテ而テ右義務ハ其成立ト同時ニ履行期ニ在ルモノナルカ故ニ被告ノ前記相殺ハ有效ニシテ其相殺權ノ成立シタルトキ即チ原告カ本件違約金ヲ受領シタル大正八年二月一日ニ過リ其效力ヲ生スルモノナルカ故ニ原告ノ本訴請求ノ元金四百圓ハ勿論同日以降ノ其利息並ニ損害金請求權モ共ニ消滅シタルモノト謂フヘク從テ其餘ノ爭點ヲ判斷スル迄モ原告ノ本訴請求ハ失當タルヲ免レス次ニ反訴ニ付キ審案スルニ反訴原告カ反訴被告ニ對シ反訴原告主張ノ如キ八百圓ノ不當利得返還請求權ヲ取得シ尙ホ其殘額四百圓ノ債權ヲ有スルコトハ前段本訴ニ於テ爲シタル認定ニ因リ明白ナルカ故ニ更ニ進シテ反訴原告ノ損害賠償ノ請求ニ付テ審案スルニ反訴被告ハ其申請ニ因リ強制執行ノ結果反訴原告ヲシテ同人並證人小坂むらノ證言ニ依レハ反訴原告ハ右電話加入權喪失後更ニ之ヲ當時ノ加入名義人ヨリ右電話ノ強制執行手續ニ於ケル讓渡代金ヨリ四百圓高價ナル千六百四十圓ニテ買戻シタル事實ヲ認メ得ヘシ果シテ然ラハ反訴被告ハ故意ニ反訴原告ノ電話加入權ヲ喪失セシメタルモノニシテ右事實ナカリセハ反訴原告ハ本件電話ヲ更ニ第三者ヨリ右代金ニテ買戻ス如キ事實ナカリシヤ勿論ナルカ故ニ前記強制讓渡代金ト右買戻代金トノ差額百四十圓ハ反訴被告ノ不法行為ニ因リ反訴原告ノ蒙リタル損害ト謂ハサルヲ得サルカ故ニ反訴被告ハ反訴原告ニ對シ右損害額ヲ賠償スヘキ義務アルヤ論ハ俟タズ反訴被告ハ右公正證書ニ基キ本件強制執行ヲ爲シタルモノナルハ右執行ノ結果反訴原告カ本件電話喪失シタルトスルモ右ハ反訴被告ノ權利ノ行使ニヨルモノニシテ反訴被告ニ何等ノ責任ナキ旨抗爭スレトモ前記叙説ノ如ク右違約金ノ約款ハ無効ナリシモノニシテ而モ無効ノ法律行為ニ付キ作成シタル公正證書ハ無効ノモノナルヲ以テ反訴被告ノ右強制執行ハ實體法上ノ權利ノ行使ニ非サルハ勿論訴

岡松博士

訟法上ノ權利ノ行使ニモ非サルカ故反訴被告ノ抗辯ハ採用スルヲ得ヌ次ニ反訴被告ハ有違約金ノ約款カ無効ニシテ本件強制執行力權利ノ行使ニ非サリシトスルモ反訴被告ハ之ヲ知ラザリシ旨抗辯スレトモ不法行為ノ違法性ノ認識ハ不法行為成立要件タル故意ノ内容ニ屬セザルハ勿論違性ノ不知ハ違法性阻却ノ事由ニモ非サルヲ以テ反訴被告ノ右主張ハ其理由ナシニ反訴被告ハ故意ニ反訴原告ノ電話加入權ヲ喪失セシメタリトスルモ反訴原告ハ之ヲ任意ニ第三者ヨリノ前記代金ニテ買戻シタルモ之ニシテ其損害ハ同人自ラ招キタルモノナル旨抗辯スレトモ故意ニ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ其不法行為ニ因リテ生シタル一切ノ損害ヲ賠償スヘキ義務アルモノニシテ其損害カ必然的ナルト否ト即チ避ケ得ヘカリシモノナルト否トハ問ハス兩カモ其損害ヲ避ケザルコトニ付キ被害者ニ過失アリタルト否トハ問ハサルモノナルカ故ニ縱令反訴原告ハ必然的ニ本件電話ヲ買戻スヲ要セス且之ヲ廉價ニ買戻シ得タルニ不拘其過失ニ因リ前叙ノ代金ニテ買戻シタルトスルモ前段認定ノ如ク本件損害ハ反訴被告ノ不法行為ト因果ノ關係アル以上之ヲ賠償スヘキ義務アルヲ論テ俟タス然レハ則チ反訴被告ノ抗辯ハ總テ其理由ナキニ歸シ反訴原告ノ本件損害百四拾圓ノ内百圓並前記不當利得金四百圓及ヒ各之ニ對スル反訴提起ノ翌日タル大正八年七月拾日以俸完済マテ年五分ノ損害金ヲ請求スル反訴請求ハ正當ナリトス(東京區大正八年(ハ)第七七六一號九年三月八日吉田判例判決法律新聞第一六八二號一六頁)

【關係事項】 被告(反訴原告)藤原○資金請求本件並ニ不當利得金返還及ヒ損害賠償請求反訴事件○原告(反訴被告)河合貞助 訴訟代理人辯護士栗木裕、反訴原告)小坂久馬吉外一人訴訟代理人辯護士飯岡竹三郎

【判旨第四點不法行為ノ成立ト違法性要否ニ關スル同趣旨學說】

如何ナル場合ニモ其結果チ一ノ事實トシテ意見シタルヲ以テ是リ其行為ノ違法ノモノタルコトヲ推見シタルコト即チ不正ノ故意ヲ必要トセス故ニ錯誤ニ因リ違法ノ行為ニアラスト信シテ爲シタルモ故意タルニ妨ケナシ(法學博士岡松博士民法總則(四一五頁))

一四七 時効ハ左ノ事由ニ因リテ中断ス

一 請求

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
四六八第二項 讓渡人カ讓渡ノ通知ヲ爲シタルニ止マルトキハ債務者ハ其通知ヲ受クルマテニ讓渡人ニ對シテ生シタル事由ヲ以テ讓受人ニ對抗スルコトヲ得

債權讓渡ノ通知ハ其通知カ債務者ニ到達シタル時以後ニ對シテノミ債權讓渡ニ對抗力ヲ與フルモノニシテ過去ニ對スル關係ニ於テハ對抗力ヲ與フルモノニ非サルカ故ニ通知以前ニ讓受人ノ爲シタル債權行使行為ハ如何ナル場合ニ於テモ權利者ノ權利行使行為ナリトシテ之ヲ債權者ニ對抗スルヲ得サルモノトス
債權讓渡ノ通知以前債權カ時効ニ因リテ消滅セルコトハ民法第四六八條第二項ニ謂フ所ノ讓渡人ニ對シテ生シタル事由ナリトス

【裁判例】 大審院大正八年一〇月一五号民事第三部判決本書第八卷民法一一〇〇頁

一 判決ハ債權讓渡ノ通知以前讓受人ノ爲シタル權利行使カ爾後時効完成後爲サレタル讓渡通知ノ爲メニ時効中断ノ效力ヲ生セサルノ理由チ二箇ノ點ニ求メタル即チ(一)讓渡通知以前ニ爲シタル讓受人ノ行為ハ無權利者ノ行為ナルヲ以テ其當時時効中断ノ效力ヲ生スルコトナシ(二)時効完成後讓渡ノ通知アルモ讓受人ハ既ニ時効ニ因リ

鳩山博士

テ消滅シタル債權ヲ取得スルヲ得タルヲ以テ先ニ爲サレタル權利行使爲カテ時効中斷ノ效力ヲ生スルコトナシ今此二點ニ付テ其當否ヲ研究セントス(1)債權讓渡ノ對抗要件タル通知ノ行ハレサル場合ニ於テ讓受人カ債權者ニ對シテ其債權讓渡ヲ對テハ債權者ニ非スト謂フハ指辭稍妥當ヲ缺ク蓋シ對內關係ニ於テノミ債權ノ移轉アリ對外關係ニ於テハ全ク債權ノ移轉ナシト解スル學說ヲ採用セルカ如キ觀アレハナリ(2)讓渡ノ通知ハ其通知カ債權者ニ到達シタル時以後ニ對シテノミ債權讓渡ニ對抗力ヲ與フルモノニシテ過去ニ對スル關係ニ於テハ對抗力ヲ與フルモノニアラサルコト第四六八條第二項ニ依リテ明ナルカ故ニ通知以前ニ讓受人ノ爲シタル債權行使行爲ハ如何ナル場合ニ於テモ權利者ノ爲シタル權利行使行爲ナリトシテ之ヲ債權者ニ對抗スルヲ得サルナリ判決カ讓渡通知ノ通知及効ヲ生セサル理由ト認ムルコトヲ得ス若シ讓渡通知以前債權カ時効ニ因リテ消滅シタルハ適切ナル理由ト認ムルコトヲ得ス若シ讓渡通知以前債權カ時効ニ因リテ消滅シタルハ適切ナル理由ト認ムルコトヲ得ス若シ讓渡理由ナリトセハ讓渡通知以前債權カ時効ニ因リテ消滅セサル場ニ於テハ先ニ爲シタ權利行使行爲カ時効ヲ中斷ノ效力ヲ生スルノ結果トナルヘシ

二 本件ハ唯第四六八條第二項ニ依リテ簡單ニ判斷スルナ正當トスヘシ讓渡ノ通知以前債權カ時効ニ因リテ消滅セルコトハ同條ニ謂フ所ノ「讓渡人ニ對シテ生シタル事由」ナル事明ナリ故ニ債權者カ讓受人ニ對シテ時効ヲ採用スコトヲ得ルヤ否ヤ決定セントセハ讓渡ノ通知ヲ受ケタル時ニ於テ債權者カ讓渡人ニ對シテ時効ヲ採用スルコトヲ得タリシヤ否ヤ決定スルヲ以テ足ル(法學博士鳩山秀夫氏法學協會雜誌第三八卷第六號「對抗要件ヲ具備セサル債權讓渡時効中斷」要領)

【論旨第二點同趣旨學說】

一 債權者カ舊債權者ニ對抗スルコトヲ得ヘキ抗辯ノ事由ハ極メテシク…今其モ最重要ナルモノヲ舉グルトキハ左ノ如シ

横田博士

磯谷學士

…三 債權カ消滅更改和解免除殺時効等ニ因リ全部又ハ一部消滅ニ歸シタルコト(法學博士横田秀雅氏債權總論七七頁) 二 債權者カ讓渡前讓受人ニ對シ有シタル一切ノ抗辯ハ讓受人ハ讓受人ニ對シ之ヲ主張スルコトヲ得ルモノトス…時効等債權ノ消滅ニ關スル抗辯モ亦總テ讓受人ニ對抗スルコトヲ得(法學士磯谷幸次郎氏債權法論下三三〇頁)

債權讓渡ノ通知以前ニ爲シタル讓受人ノ權利行使行爲ト雖モ素ヨリ權利者ノ權利行使行爲ニ外ナラズ(本書第八卷民法一一一頁以下評論參照)然レトモ債權讓渡ノ對抗力ハ通知以後ニ向テノミ生スルモノナルガ故ニ右讓受人ノ權利行使ハ對抗力ヲ有セズトノ意義ニ於テ論旨第一點ニ贊同ス而モ對抗力ノ内容ニ至リテハ博士ノ説明ヲ省略セラレシ所ナレバ吾人多ク之ヲ言ハズ此點ニ關スル吾人ノ見解ハ上記評論ニ就テ參照セラレタシ

同第二點ノ正當ナルコト多言ヲ要セズ

(一一六)

三六四第一項 指名債權ヲ以テ質權ノ目的ト爲シタルトキハ第四六七條ノ規定ニ從ヒ第三債務者ニ質權ノ設定ヲ通知シ又ハ第三債務者カ之ヲ承諾スルニ非サレハ之ヲ以テ第三債務者其他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス 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

指名債權者カ其債權ヲ目的トシテ質權ヲ設定シタル後更ニ同債權ヲ他人ニ讓渡シタル場合ニ於テ若シ質權設定ノ通知又ハ承諾力確定日附アル證書ヲ以テ成サレシテ債權讓渡ノ通知又ハ承諾ノミ確定日附アル證書ヲ以テ爲サレタル場合ニ於テハ第三債務者(讓渡ニ付テハ債務者)ハ自己ニ對スル質權ノ行使ヲ拒ムコト

三浦博士

ヲ得サルモノトス

大審院大正八年八月二八日判決本書第八卷民法九三八頁

本判決カ大正八年三月二八日ノ判決ト共ニ主張シタル第三債務者ノ質權行使拒否權ニ付テハ余輩ハ多大ノ疑ヲ有ス指名債權者カ其債權ヲ目的トシテ質權ヲ設定シタル後更ニ同債權ヲ他人ニ讓渡シタル場合ニ於テ若シ質權設定ノ通知又ハ承諾カ確定日附アル證書ヲ以テ爲サレシメシテ債權讓渡ノ通知又ハ承諾ノミ確定日附アル證書ヲ以テ爲サレタル場合ニ於テハ質權者ハ其質權ヲ以テテ債權讓受人(即チ所謂第三債務者)以外ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルニ反シ讓受人ハ債權讓渡ヲ以テ質權者ニ對抗スルコトヲ得ヘシト雖モ其結果トシテハ必スレモ第三債務者(即チ讓渡ニ付テハ債務者)ニ質權行使拒否ノ權ヲ生スト速斷スヘキモノニ非サルニハ判決ハ「第三債務者ハ讓受人ノ權利ヲ尊重シ云々ト謂フト雖モ他人ノ權利(殊ニ質權ニ付テハ第三者タル地位)ニテ債權讓受人ノ權利)ヲ尊重スルノ理由ヲ以テ自己ニ對スル質權ノ行使ヲ拒ムコトヲ得ト爲スハ解スヘカラス(法學博士三浦信三氏法學協會雜誌第三八卷第二號二二六頁「債權質及ヒ債權讓渡ノ對抗要件」要領)

【參照學說判例】

一 指名債權者カ其債權ヲ第三者ニ讓渡シ債務者ニ對スル債權讓渡ノ通知又ハ承諾カ確定日附アル證書ニ依ラズシテ行ヘタル後更ニ同一債權ヲ他ノ第三者ニ讓渡シ確定日附アル證書ヲ以テ債權讓渡ノ事實ヲ通知シタル場合ニハ第一讓受人ハ第二讓受人ノ現出ト共ニ其讓受ケタル債權ヲ以テ債務者ニ對抗スルヲ得シテ第二讓受人獨リ債務者ニ對シ債權ヲ主張シ得ルニ至ルモノトス(法學博士菅原博士論叢第二卷二號本書第八卷民法一三五頁)
二 指名債權者カ其債權ヲ第三者ニ讓渡シ債務者ニ對スル債權讓渡ノ通知又ハ承諾カ確定日附アル證書ニ依ラズシテ行ヘタル後更ニ同一債權ヲ他ノ第三者ニ讓渡シ確定日附アル證書ヲ以テ債權讓渡ノ事實ヲ通知シタル場合ニ於テ真正ノ債權者ハ第一讓受人ナリヤ將テ第二讓受人ナリヤニ付テハ法律ハ直接ニ之ヲ明定セス而シテ今民法第四六七條ノ法意ヲ考究スルニ第一讓受人ハ同條第一項ノ規定ニ依レハ其債權ヲ債務者ニ對シスルコトヲ得ルモノノ如シト雖モ同條第二項ノ規定ニ依リ第二讓受人ニ對シスルコトヲ得サル結果トシ債務者ニモ對抗スルコトヲ得サルニ至ル詳言スレハ第二讓受人ハ確定日附アル證書

菅原博士

大審院

ヲ以テ債權讓渡ノ事實ヲ債務者ニ通知シタルカ故ニ同條第二項ノ規定ニ依リ爾後其債權ヲ以テ第一讓受人ニ對シスルコトヲ得ヘク其結果トシテ第一讓受人ハ其債權ヲ債務者ニ對シスルコトヲ得シテ其一旦取得シタル債權モ取得セサルコトナリ第二讓受人ハ唯一ノ債權者ト爲ルニ至ルモノト解スルヲ相當トス(大審院大正七年(オ)第六三二號同八年三月二八日民事聯合部判決本書第八卷民法二九五頁)

本問ト稍々其趣ヲ同フスル問題ハ確定日附ナキ通知又ハ承諾ニヨル債權讓渡ト確定日附アル證書ヲ以テ通知又ハ承諾ノ爲サレタル債權讓渡トノ間ニモ發生スル所ニシテ吾人ハ右二個ノ債權讓渡間ニ於ケルト同様本書第八卷民法一三五七頁以下評論參照後ニ確定日附アル證書ヲ以テ通知又ハ承諾ノ爲サレタル債權讓渡ノ效力ハ前ニ爲サレタル質權設定ニ優先スルモノ即チ質權者ハ債權讓受人ニ對シ質權設定ヲ對抗シ得サルニ拘ラス債權讓受人ハ質權者ニ對シ債權讓渡ヲ對抗スルコトヲ得ルモノト解セントス此點マテハ博士モ亦是認セラルル所ナリ然ラハ此場合ニ債務者質權設定ニ付テハ第三債務者ハ質權者ノ質權行使ヲ拒否シ得ヘキヤ否ヤニ關シ博士ハ之ヲ消極ニ解セラルル惟フニ確定日付ナキ通知又ハ承諾ニヨリ質權設定ノ行ハレタル場合ニ於テ質權者ト第三債務者トノ關係カ民法第三六四條第四六七條第一項ノ規定ニ依リ絕對的ニ確定セラレタルモノト解セシカ素ヨリ所謂正鵠ヲ得タルヘシト雖モ吾人ノ如ク右法條ハ之ヲ第四六七條第二項トノ關係ヨリ觀察シ將タ又實際上ノ結果ヨリ推究シテ質權者ト第三債務者トノ關係ヲ絕對的ニ確定セシムルモノニ非ズシテ後日確定日附アル通知又ハ承

諸ニヨリ行ハレタル債權讓渡又ハ質權設定ニヨリ其第三債務者ニ對スル對抗力ヲ喪失スルモノト解スルニ於テハ此點ニ關スル論旨ニハ贊同シ得ザルモノトス

(一一七)

- 一七七 不動産ニ關スル物權ノ得喪及ヒ變更ハ登記法ノ定ムル所ニ從ヒ其登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス
- 一七五 各共有者ハ他ノ共有者ノ同意アルニ非サレハ共有物ニテ更テ加アルコトヲ得ス
- 一七六 共有ノ性質ヲ有スル入會權ニ付テハ各地方ノ慣習ニ從テ外本節ノ規定ヲ適用ス
- 一七四 本節ノ規定ハ數人ニシテ所有權以外ノ財產權ヲ有スル場合ニ之ヲ準用ス但法令ニ別段ノ定アルトキハ此限ニ在ラス
- 一九四 共有ノ性質ヲ有セサル入會權ニ付テハ各地方ノ慣習ニ從テ外本節ノ規定ヲ準用ス
- 民事訴訟法五〇第一項 然レトモ總テノ共同訴訟人ニ對シ訴訟ニ係ル權利關係カ合一ニノミ確定ス可キトキニ限リ左ノ規定ヲ適用ス
- 不動産登記法一 登記ハ左ニ掲ケタル不動産ニ關スル權利ノ設定保存移轉變更處分ノ制限又ハ消滅ニ付キ之ヲ爲ス
- 一 所有權 二 地上權 三 永小作權 四 地役權 五 先取特權 六 質權 七 抵當權 八 賃借權
- 市制一〇第一項 舊來ノ慣行ニ依リ市住民中特ニ財產又ハ營造物ヲ使用スル權利ヲ有スル者アルトキハ其舊慣ニ依ル舊慣ヲ變更又ハ廢止セムトスルトキハ市會ノ議決ヲ經ヘシ
- 町村制九〇第一項 舊來ノ慣行ニ依リ町村住民中特ニ財產又ハ營造物ヲ使用スル權利ヲ有スル者アルトキハ其舊慣ニ依ル舊慣ヲ變更又ハ廢止セムトスルトキハ町村會ノ議決ヲ經ヘシ

入會權トハ部落若クハ一定ノ土地ノ住民力慣行ニ依リ一定區域(水面ヲ含ム)ニ於テ共同シテ(收益ノ平等ナルコトハ必要トセス)收益ヲ爲スノ權利ヲ謂フモノトス」

入會權ハ共有ノ性質ヲ有スルモノタルト地役ノ性質ヲ有スルモノナルトヲ問ハス他ノ民法所定ノ物權若クハ其一部類ニ屬スヘキモノニ非ス全ク之レト異リタ

田多井辯士

ル一種特別ノ物權ニシテ共同收益ヲ目的トシ且之ヲ以テ其本質ト爲スモノトス」

入會權ハ慣行ニ依リテ成立シタルモノニシテ慣行上其入會權者タリシコトハ形式的ニ之ヲ表示スルコトヲ要セザルモノナルカ故ニ他ノ物權ト異リ登記ナクシテ當然其得喪變更ヲ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルモトス」

共有ノ性質ヲ有スル入會權ト地役ノ性質ヲ有スル入會權トノ區別ハ入會權者カ地盤ヲ共有スルト否トニ依ルヘキモノニシテ收益スル毛上ノ範圍ニ制限アリヤ否ヤニ依リテ決スヘキモノニ非ス」

入會權者カ地盤ヲ共有スルヤ否ヤハ大體ニ於テ明治三二年法律第九九號國有土地森林原野下戻法第二條明治三五年農省務商訓令第一二號國有土地森林原野下戻法適用心得書ニ準據シテ定メ得ヘシト雖モ右法令ニ定ムル所ハ之ヲ例示シタルニ止マルカ故ニ結局ハ各個ノ場合ニ於テ此等ノ場合ヲ斟酌シテ定ムヘキ事實問題ナリトス」

一 入會權ノ概念

余輩ハ入會權トハ部落若クハ一定ノ土地ノ住民力慣行ニ依リ一定區域ニ於テ共同シテ收益ヲ爲スノ權利ヲ謂フモノト解ス 甲入會權ハ慣行ニ依リテ成立シタル收益權ナリ若シ假リニ契約ニ依リテモ尙ホ入會權成立シ得ヘキモノアリトセンカ少クトモ其ノ種ノ入會權ニ付キテハ當者事ノ協定ニ依ル然ルニ我民法ニハ契約ニ依ル入會權ノ存在ヲ認メシムヘキ何等ノ形跡ナク單ニ慣習ニ從テ外共有若クハ地役ニ關スル規定ヲ適用若クハ準用ストノミ規定セル點ヨリ推考スルトキハ我民法ニ於テハ慣行ニ

ヘシト雖モ必スシモ收益ノ平等ナルコトヲ必要トセス只其收益ノ方法カ相互的ナルコトヲ必要ス

二 養育ニ於ケル入會權ノ性質

(甲) 我民法ニ所謂入會權カ物權ノ一種ナルコトニ付キテハ爭ヒナキ所ナリト雖モ其入會權ハ入會權トシテ特種ノ物權ナリヤ將タ他ノ物權ノ一部類ニ屬スルニ過キサルヤニ付キテハ爭ヒアリ三浦博士ハ入會權ハ特殊ノ物權ニ非ス其共有ノ性質ヲ有スルモノハ共有權ニシテ地位ノ性質ヲ有スルモノハ地位ノ性質ニ非ス何トナレハ地位役權ハ土地ノ對スル法律關係ヲ定メタルモノナルニ反シ地位ノ性質ヲ有スル入會權ハ直接ニハ人ノ收益ニ對スル關係ヲ定メタルモノナレハナリ又共有ノ性質ヲ有スル入會權ハ其本質共有權ニ外ナラズト論スレトモ是レ皮相ノ見解ニシテ其眞相ヲ捕捉シ得サルニナリ則チ入會權ハ共有ノ性質ヲ有スルモノト雖トモ共有權ト其眞相ヲ捕捉シ得サルモノニシテ互ニ相容ルルコトヲ許ササル權利ナリ何トナレハ入會權ハ共有權ニ非ス其本質ト爲リニ反シ共有權ハ特別ノ事情ナキ限り平等收益ヲ其性質ト爲スモノナレハナリ此ノ如ク入會權ハ共有ノ性質ヲ有スルモノタルト地位ノ性質ヲ有スルモノナレハナリ問ハス他ノ民法所定ノ物權若クハ其一部類ニ屬スヘキモノニ非ス全ク之ト異リタル一種特別ノ物權ニシテ共同收益ヲ目的トシ且之ヲ以テ其本質ト爲スモノナリ

(乙) 入會權ハ慣行ニ依リテ成立シタルモノシテ慣行上其入會權者アリシコトハ形式的ニ之ヲ表示スルコトヲ要セザルモノナルカ故ニ入會權ハ他ノ物權ト異リ登記ナクシテ當然得喪變更ヲ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルモノトス蓋シ我法律ハ不動產登記法第一條ニ於テ登記ヲ爲スコトニ依リテ其得喪變更ヲ第三者ニ對抗シ得ル權利ヲ列セザレハナリ民法第七七條ハ登記法ニ列記シタル物權ニ付キテ登記ヲ爲スニ非サレハ其得喪變更ヲ以テ第三者ニ對抗シ得サルコトヲ規定シタルニ止マリ登記ナキ物

依リテ獨立シタル收益權ノミチ入會權トシテ認メタルモノト謂フ可シ 乙 入會權ハ部落若クハ部落住民ノ有スル權利ナリ 入會權ハ部落民ニ依リテ行使セラレトモ入會權ノ主體ハ部落タルコトアリ部落民タルコトアリ然レトモ特定ノ入會權ニ付テ各部落カ主體タリヤ部落民カ主體タリヤチ決スヘキ標準ハ之ヲ一定スルチ得ス故ニテ其部落民ハ自己ノ有スル入會權ニ基キ收益ヲ爲シ得ヘキヤ當然ナリ然レ共部落カ入會權ノ主體タル場合ニ於テ何人カ其入會權ヲ行使スヘキモノナリヤニ付キテハ早計ニ斷スルチ得ス普通ノ場合ニ於テハ部落カ權利ノ主體タルトキハ其部落ハ部落ノ代表者ニ依リテ其權利ヲ行使スルモノナレトモ或特殊ノ權利假令ハ普通水利組合ノ有スル水利權ノ如キハ權利者又ハ其代表者ニ依リテ行使ハレス權利者タル普通水利組合ヲ構成スル水利組合員ニ依リテ行使ハル是水利權ノ性質則チ水利權カ水利組合員ノ爲メニ存在スルコトニ依リテ生スル當然ノ結果ナリ 部落カ入會權ノ主體タル場合ニ於ケル部落ト部落民トノ關係モ亦之レト異ルコトナク則チ此場合ニ於テ部落ハ入會權ノ主體タレトモ其入會權ハ部落民ノ爲メニ存在スルモノナルカ故ニ部落民ハ部落ノ有スル權利ヲ行使スルコトヲ得ルモノナリ 丙 入會權ハ一定區域ニ於テ收益ヲ爲ス權利ナリ 元來入會權者ハ其入會場所ノ範圍内ニ於テハ其收益ヲ爲スニ付キ共同タルコトノ制限ヲ受クル外自由ニ採收ヲ爲スコトヲ得ルチ本則ト爲セトモ其入會所自體區域ハ一定スルコトヲ要ス何トナレハ區域ノ一定セザル入會場所ハ存在シ得ヘカラサレハナリ學者ハ通常入會場所ヲ入會地則チ山林原野ニ限定スレトモ入浴場則チ水面ニシテ入會場所タルモノ有リ得ルカ故ニ入會場所ヲ入會地ニ限定スルハ狹キニ失ス 丁 入會權ハ共同レテ採收シタルニ基キセルモノナルカ故ニ收益ノ目的近部落民カ入組ミテ共同ニ採收スルコトハ入會權ノ本質ナリ然レトモ共同收益ヲ爲スコトハ平等ニ收益ヲ爲スコトト異ナル阿ナレハ共同ニ收益ヲ爲ストキハ其收益平等ナルコト有ル

權ハ絕對ニ對抗力ナシトノ法意ニ非ルカ故ニ民法第一七七條ノ規定ハ未ダ入會權モ亦登記ヲ以テ第三者對抗要件ト爲スモノナリトスル理由トスルニ足ラス(丙)共有ノ性質ヲ有スル入會ト地役ノ性質ヲ有スル入會權ト區別ハ入會權者カ地盤ヲ共有スルト否トニ依ルヘキモノニシテ收益スル毛上ノ範圍ニ限アリヤ否ヤニ依リテ決スヘキモノニアラス地役ノ性質ヲ有スル入會權ハ間接ニハ土地ニ對スル關係ナリトシテ比點ニ着眼シテ此種ノ權利ニ對シテハ地役權關ニスル規定ヲ準用スヘキモノナリト爲ス以上他人ノ土地ヨリ受クル便益ノ程度如何ニ不拘之ヲ以テ地役權ニ準スヘキモノナリトシテ地役ノ性質ヲ有スル入會權ノ範圍ニ編入スヘキモノナルコト勿論ナリ然ルニ收益スル毛上其他ノ目的物ノ範圍ニ制限アリヤ否ヤノ問題ハ地盤ヲ共有セザル入會權者ニ對スル關係ニ於テハ畢竟入會權者カ他人ノ土地ヨリ受クル便益ノ程度ノ問題ニシテ收益スル權利ノ性質ノ區別ノ問題ニ有ラサルコトハ特ニ説明ヲ要セザル所ナリ故ニ收益スル毛上ノ範圍ニ制限アルト否トナハス荷モ其入會權カ他人ノ土地ニ生産スル毛上ヲ收益スルモノナル以上總テ地役權ニ準シ之ヲ以テ地役ノ性質ヲ有スル入會權ノ部類ニ編入スヘキモノナリトシテ之ニ對シテ入會權者カ地盤ヲ共有スル場合アリ或民法ニ所謂兩有ノ性質ヲ有スル入會權トハ此場合ヲ指稱シタルモノナリ或ハ從來ノ大審院ノ判例ニ於ケル如ク入會權者カ地盤ヲ共有スルトキハ其共有ノ效果トシテ收益ヲ爲シ得ルカ故ニ特ニ入會權ノ存在ヲ必要トセストノ非難ヲ加フルモノ無キニ非レトモ元來入會權ハ我邦古來ノ慣行ニ依リテ成立シタル權利關係ニ非ス從テ共有ノ性質ヲ有スル入會權ノ本質ヲ究ムルニ付キテモ主トシテ慣習ニ依ルヘク泰西ノ制度ニ模倣シテ新ニ認メタル共有權ノ效果ヲ云爲シテ其性質ヲ否定スヘキモノニ非ス然ルニ我邦古來ノ慣行ニ於テハ數部落カ地盤ヲ共有スル場合則チ共有チモ之ヲ入會山ト稱スルコト普通ナリ農民ハ從來入會地ヲ共有セザル事ヲ普通トモシカ故ニ當時農民ハ自己ノ屬スル部落ノ所有スル山野ニ對シテハ勿論他ノ一若クハ數部落ノ有スル

山林原野ニ對シテモ收益スル必要アリ領主モ亦之ヲ認メテ慣行ニ從ヒ共同シテ收益スルコトヲ得セシメタルモノナリ今日ノ法理ヨリスレハ地盤ヲ共有スル場合ニ於テハ其土地ノ上ニ入會權ヲ認ムル必要ナキカ如シト雖トモ以上ノ如キ沿革ノ下ニ往時ニ在リテハ其成立ヲ必要トセシモノナリ此ノ如キ慣行ニ依リテ成立シタルモノナルカ故ニ先ツ慣行ニ從ヒ慣行ナキ時ニ始メテ共有ニ關スル規定ヲ適用スヘキモノトセリ(丙)入會權者カ地盤ヲ共有スルヤ否ヤハ大體ニ於テ明治三二年法律第九九號國有土地森林原野下民法第二條明治三五年農商務省訓令第十二號二準處スト雖右法令ニ定ムル所ハ之レヲ例示シタルニ止マルカ故ニ結局ハ各箇ノ場合ニ於テ此等ノ法令ヲ斟酌シテ定ムヘキ事實問題ナリ或ハ收益ノ事實ヲ所有ノ事實ト同一視セントスル說ヲ爲スモノアリト雖トモ此說ニ依ルトキハ入會權ハ結局共有ノ性質ヲ有スルト否トチ區別スヘキ標準ヲ失フコトト爲ルカ故ニ此說ニ從フナ得ス(辯護士多井田治氏日本辯護士協會錄事第二卷第三號六頁「入會權ノ性質論」要領)

入會權ノ主體ハ部落民タル個人ナルコトアルモ事實上其例乏シク慣行上部落カ入會權ヲ有シ部落民ハ其部落ニ居住スルコトニ依リテ部落ノ有スル入會權ヲ行使スル場合最モ多シトス

部落カ入會權ノ主體ナル場合ニ於ケル部落民ノ入會權ノ行使ハ部落ト對等ノ關係ニ在ルコトヲ基礎トスルニ非スシテ部落ノ構成分子ナルコト即チ部落ニ對シテ權力服從ノ關係ニ在ルコトヲ基礎トスルカ故ニ部落民カ入會權行使ニ付キ部落ニ對シテ有スル權能ハ公法上ノ權利ナリトス

同一入會地ニ對シ數人ノ入會權者アル場合ニ於テ各入會權者ノ權利ノ内容ノ一

致セサル場合(例ハ甲乙ハ共有ノ性質ヲ有スル入會權者タル場合)ニ入會權ヲ有スル
 コトヲ主張スル訴訟ハ民事訴訟法第五〇條ニ所謂權利關カ合一ニノミ確定ス
 ヘキ性質ヲ有スルモノニ非ス」
 同一入會地ニ對シ數人カ同一内容ノ入會權ヲ有スル場合ニ於テ(イ)入會權存立ノ
 確認若クハ其入會權ノ妨害排除ヲ求ムル訴ノ如キハ所謂權利ノ保存行爲ニ屬ス
 ルカ故ニ各入會權者ハ他ノ入會權者ノ意思如何ニ拘ハラズ各自單獨ニ之カ請求
 ヲ爲シ得ヘキモ(ロ)入會權不存在ノ確認ヲ求ムル場合ニ於テハ斯ル行爲ハ保存行
 爲ノ範圍ニ屬セス却テ入會權ノ處分行爲ト同視スヘキモノナルカ故ニ入會權者
 ハ總テ共同スルコトヲ要スルモノトス」
 部落カ入會權ヲ處分シタル事等ニ依リ部落民ノ入會權行使ノ機能ヲ侵害シタル
 場合ノ救済ハ之ヲ行政裁判所以外ノ行政機關ニ求ムヘク之ヲ司法裁判所及ヒ行
 政裁判所ニ求ムヘキモノニ非ス」
 市町村カ入會權ノ主體タル場合就中地盤ノ共有權ヲ有スル場合ニ於テハ其入會
 權ハ市町村ノ財産ニシテ其市町村民ハ地盤ヲ使用シ毛上ヲ收益スル權利ヲ有ス
 ルカ故ニ右事實ハ市制一〇條市町村制九〇條ニ所謂財産ヲ使用スル者ニ該當シ
 之カ行使ニ關スル習慣ヲ變更又ハ廢止セントスルトキハ市町村會ノ議決ヲ經ヘ
 キモノトス」

入會權ノ主體ノ問題モ亦他人ノ入會權ニ關ル諸問題ト等シク主トシテ慣習ノ實體ニ
 依ルヘク字句ノ形式若クハ權利行使ノ事實ノミニ依リテ決シ得ヘキモノニアラス入
 會權ハ部落人タル個人カ享有スルコト有リ然レトモ事實上其例乏シク慣行上部落カ
 入會權ヲ有シ部落民ハ其部落ニ居住スルコトニ依リテ部落ノ有スル入會權ヲ行使ス
 ル場合最モ多シ然ルニ後ノ場合ニ於テハ入會權ノ主體ハ部落ナルモ其實益ヲ收ムル
 モノハ部落民ナルカ故ニ部落カ入會權ノ主體タルコトヲ認ムル以上部落民ハ如何ナ
 ル權利ナリヤ將タ公法上ノ權利ナリヤ若シ私法上ノ權利ナリトセハ物權ナリヤ又ハ債
 權關係ニ過キサルカノ諸點ニ付キ考究スルノ要アリ此場合ニ於テ部落民ノ有スル權
 利ハ入會權以外ノ物權其他ノ私權ニアラス河トナレハ此場合ニ於テ部落民ノ依リテ
 行使セラルル權利ハ慣行上部落ノ有スル權利ニシテ部落民ハ部落タルコトト雖レ
 單純ナル個人トシテハ入會權ヲ行使スルコトヲ得ス只部落民タルコトト理由トシテ
 當然ニ之カ行使ヲ爲シ得ルモノナレハナリ換言スレハ部落民ハ部落ニ對シテ
 ノ關係ニ在ルコトヲ基礎トシテ入會權行使ノ請求ヲ爲シ得ルモノニ非ス部落民カ部
 落ノ構成分子ナルコトヲ基礎トシテ入會權行使ノ請求ヲ爲シ得ルモノニ非ス部落民カ部
 シテ之カ行使ヲ得ルモノナリ然ルニ權力服從ノ關係ハ公法關係ニ外ナラサルカ故ニ
 部落民カ入會權行使ニ付キ部落ニ對シテ有スル權力ハ公法上ノ權利ナリト謂フヘシ
 若シ然ラズシテ部落人カ入會權ニ對シテ有スル權力ハ其部落ニ居住スルト否トナハス其
 得ル權利ハ又一種ノ私權ナリトセンカ部落民ハ其部落ニ居住スルト否トナハス其
 權利ヲ行使シ得ヘク又其部落ヲ去ルコトニ依リ其權利ヲ喪失スヘキ理由ナシ
 又入會權ハ慣行ニ依リ生シタル數部落若クハ數多ノ部落ノ有スルカ故ニ入會權利者
 ハ多數ナルコトヲ通常トス此ニ於テカ入會權者カ其權利ヲ保存シ若クハ處分スルニ
 當リテハ必ス共同ニ之カ行使スルコトヲ要スルヤノ問題ヲ生ス我大審院ハ村民若ク
 ハ區民カ其資格ニ依リ入會權ヲ有スル場合ニ付キ村民若クハ區民カ其ノ權利ヲ拋棄

シ又ハ他ニ移住シタルカ爲メ權利ヲ喪失シタルカ爲メ權利ヲ全體均一ノ權利ヲ有スルモノナルコトヲ理由トシ村民カ村民ノ資格ヲ以テ保爭山林ニ對シ古來入會權ヲ有スルコトヲ主トスル訴訟ハ民事訴訟法第五〇條ニ所謂權利關係カ合一ノミ確定スヘキ性質ヲ有スルモノナリトセリ(大審院明治三八年「オ」第三一九號同三九年二月五日判決參照)然レトモ同一入會地ニ對スル場合ニ於テモ入會權者ノ權利ノ内容ハ必スシモ一致セス例ヘハ數部落カ同一入會地ニ對スル入會權者ナル場合ニ於テ甲乙二部落ハ共有ノ性質ヲ有スル入會權アリト假定セシ此場合ニ於テハ部落ノ性質ヲ有スル入會權者タルニ過キサル場合アリト假定セシ此場合ニ於テハ部落ノ性質均一ニアラサルカ故ニ所間權利關係カ合一ノミ確定スヘキ性質ヲ有スルモノニ非ルヤ言テ俟タス又部落民カ同一内容ノ入會權ヲ有スル場合ニ於テ入會權存在ノ確認若クハ其入會權ノ妨害排除ヲ求ムル訴ノ如キハ之ニ依リ入會權ヲ創設スルニ非ス已ニ存在スル入會權ヲ確保シ若クハ其利用ノ妨ケナカラント目的トスルモノナルカ故ニ學者ノ所謂權利ノ保存行為ニ屬スルモノナリ從テ各入會權者ハ他ノ入會權者ノ意思如何ニ拘ハラス各自身獨單ニ之カ請求ヲ爲シ得ヘク必スシモ入會權者ヨリ共同ニ之ヲ行フノ要ナシ(民法第二六四條同第二五二條)獨リ入會權ノ存在ノ確認ヲ求ムル場合ニ於テハ其形式ハ確認訴訟ナリト雖トモ其實ハ入會權ノ存在ヲ否定スルモノナルカ故ニ新ル行為ハ保存行為ノ範圍ニ屬セズ却テ入會權ノ處分行爲ト同一視スヘキモノナルカ故ニ此場合ニ於テハ入會權者ハ總テ共同スルコトヲ要スルモノト解ス部格カ入會權ヲ處分シタル事實ニ依リ部落民ノ入會權行使ノ權能ヲ侵害シタリト假定シ侵害ノ救済ハ之ヲ司法裁判所ニ求ムヘキカ又ハ行政機關ニ求ムヘキカノ問題アリ余輩ハ部落ノ行為ニ依リ入會權行使ノ權能ヲ侵害セラレタリト爲スモノヨリ行政機關ニ其救済ヲ求ムヘキモノト解ス何トナレハ此ノ場合ニ於テ部落民ノ有スル權能ハ行政機關行為ニ依リ侵害セラレタルモノモナレハ此ノ場合ニ於ケル部落民ノ權能ハ住民裁判所ニ出訴シ得ヘキモノニ非ス何トナレハ此ノ場合ニ於ケル部落民ノ權能ハ住民

【入會權ノ意義及性質ニ關スル學說判例】

權即チ公權ニ隨伴シテ有スル公法上ノ權能ニシテ行政裁判所ニ於テ保護セララルヘキ私權ヲ有セザレハナリ市町村カ入會權ノ主體タル場合就中地盤ノ共有權ヲ有スル場合ニ於テハ其入會權ハ其市町村ノ財產ニシテ其市町村民ハ地盤ヲ使用シ毛上ヲ收益スルモノナリ故ニ此場合ニ於テ市町村民カ入會權行使ニ關スル舊慣ヲ變更又ハ禁止セントスルトキハ他ノ市町村財產ニ對スルト等シク是亦市町村會ノ議決ヲ經ヘキモノト謂フ可シ(辯護士田多井四郎治氏日本辯護士協會錄事三〇頁)「入會權主體論」要項

一 入會權トハ一定ノ土地ニ住スル人カ一定ノ森林原野ニ於テ共同シテ收益ヲ爲ス權利ヲ謂フ是舊來我國ニ行ハルル一種慣習上ノ權利ニシテ其性質明確ニ一定セス或ハ土地共有權ノ行使ニ過キサルコトアリ或ハ地役權ノ性質ヲ具有スルコトアリ或ハ又單ノナル債權ト見ル(總論)場合モ之ナシトセス要スルニ入會權ハ所有權地役權及ハ地役權ト云フ如キ特種ノ物權ニ非スシテ一ノ包括名稱ノ下ニ一定ノ性質要件ヲ具ヘタル多種ノ財產權ヲ總稱スルモノト謂フヘシ然リト雖モ今此ニ上記ノ定義ニ基キ入會權通性ヲ示サヘ左ノ如シ(法學博士富井政章氏民法原論第二卷第九版二八四頁—二八五頁)

二 入會權トハ一定ノ土地ニ住スル人カ一定ノ森林又ハ原野ニ於テ共同シテ收益ヲ爲スノ權利ヲ謂フ例之一村ノ住所カ共同シテハ放牧ヲ爲スカ如シ(法學博士橫田秀雄氏物權法改訂第九版四二四頁—四二五頁)

三 入會權トハ他人ノ所有ニ屬スル土地ノ上ニ行ハルルコトアリ此場合ニ於テ入會權ハ一種ノ地役權ノ性質ヲ有スルモノナリ反シ入會權ノ目的タル森林又ハ原野カ入會權者ノ共有ニ屬スルコトアリ民法第二六三條ニ所謂共有ノ性質ヲ有スル入會權トハ即チ此種ノ入會權ヲ指稱セルモノナリ(同上四二五頁)

四 入會權トハ土地ノ利用ニ參加スル習慣上ノ權利ヲ總稱ス吾國ニ於テハ數百年ノ慣習ニ依リテ認メラルル權利ナリ或ハ落種ヲ拾取シ下草ヲ刈取リ薪炭ノ料ヲ切取ルノ權利ノ如シ其ノ權利ノ内容ハ地方ニヨリテ同シカラス之ニ對スル統一ノ規定ヲ定ムルコトヲ得ザルモノナリ(法學博士川名兼四郎氏物權法要論再版一三三頁)

五 果シテ然ラハ所謂入會權ナルモノハ内容ノ一定スル一種ノ權利ニ非スシテ内容ヲ異ニスル數種ノ權利ノ總稱ニ外ナラサルナリ概シテ云ヘハ一定地ノ住所(町村界等)カ落葉落葉又ハ薪等ヲ互入シテカ收取スル權利ヲ總稱スルナリ其特徵ナラシムルハ(一)或市町村又ハ大字小字等ノ住民カ共同シテ有スル權利ニシテ所有權ノ共同ノ如ク其持分一定セス他人ノ同等ノ權利ヲ害セザル範圍内ニ於テ有スル權利ナリ然レトモ其權利ニ差等ヲ附スル場合モ亦全ク無キニ非ス而シテ其權利ハ其地方ノ住民ニ屬シ其地ノ住民タルノ資格ヲ以テ權利享有ノ條件トナスナリ(明治三九・二・五大審院判決參照)其地ノ住民トナリタル者ハ所

富井博士
 濱田博士
 川名博士
 中島博士

三浦博士
飯島博士
大審院

名古屋屋控
訴訟

中島博士
大審院

【入會務ト登記ニ關スル同趣旨學說】

一 入會權ハ物權ナルモ登記法ニ於テ其登記手續ヲ認メス故ニ登記ナクシテ第三者ニ對抗スルコトヲ得(法學博士中島玉吉氏民法釋義物權上五八六頁)

二 入會權ハ不動産ニ關スル物權ナルモ當權利ノ性質上登記ナクシテ當然第三者ニ對スルコトヲ得ルモノトス(大審院大正六年二月二日判決本書第六卷民法一〇三九頁)

三 入會權ニ付登記ニ關スル規定ハ存セザルヲ以テ登記法ハ之ヲ適用ス而シテ民法一七七條ハ登記法ニ列記シタル物權ニ付テ

謂入會山ニ入りテ採擷等ヲ採取スルノ權利ヲ有シ其土地ヲ去リタル者ハ當然其權利ヲ失フモノ多シ且ツ又入會權ハ必スシモ自村ノ山林原野上ニ限リ有スルモノニ非スシテ他ノ町村ノ所有スル山林原野上ニ存スルコト稀ナラス(明治三十九年二月五日大審院判決)(二)其權利ノ内容ハ共同收益權ニ止マリ地盤ヲ變更スル權利ヲ有セザルモノ多シ蓋シ住民其土地ヲ離ルトキハ其權利ヲ失フモノナルカ故ニ地盤ニ對スル權利ヲ認メザルハ當然ナリ(三)入會權ノ目的物ハ土地ニシテ而カモ森林原野ニ限ラルルカ如シ地盤上ノ入會權水面ノ入會權ノ如キ未ダ會テ之ヲ開カス此點ハ只慣習ニ因リ定マルモノニシテ別ニ理由アルニ非ス(法學博士中島玉吉氏民法釋義卷之五八二頁—五八三頁)

五 入會權ナル特種ノ物權アルニ非スシテ其共有ノ性質ヲ有スルモノニ付テハ慣習ニ從テ外共有ノ規定ヲ適用シ然ラサルモノニ付テハ慣習ニ從テ外登記ノ規定ヲ準用スルノミ(法學博士三浦信三氏物權法摘要二六五頁)

六 入會權トハ一定ノ土地ノ住所カ一定ノ土地ニ於テ其使用收益ヲ爲シ又ハ其地上權ヲ收取スルコトヲ内容トスル權利ナリ云フ例之森林ニ於テ造枝伐木炭燒ヲ爲シ或ハ落葉枯枝ヲ採取シ或ハ其下草ヲ取リ又ハ原野ニ於テ牧畜ヲ爲スカ如キ是ナリ(法學博士飯島喬平氏物權法第一節明治大學講義錄二七〇頁)

七 町村ノ住民カ各自山林原野ノ樹木榮草等ヲ收益スル權利即チ民法上ノ入會權ハ其山林原野カ他ノ町村ノ所有ニスルト自己ノ住スル町村ノ所有ナルトナ問ハス之ヲ取得シ得ヘキモノナリ(大審院民事判決錄三十九年度一六五頁)

八 民法實施前ニ在リテハ多數ノ者相共同シ林野ニ於テ收益ヲ爲ストキハ其地盤及此七共ニ共同收益者ヒノ共有ニ屬スル場合ト地盤ハ第三者若クハ共同收益者中一二ノ者ノ所有ニ屬スル場合ト問ハス齊シク其收益者ヲ入會權利者ト云ヒ其權利ヲ入會權ト稱シタルモノトス(同上三十七年度一八二頁)

九 我國ニ於ケル山林山等ノ入會權ハ住氏トシテ其土地ニ住居スルニ附隨シテ有スル所ノ一種ノ權利ニシテ其住居ノ去就ニ依リ權利ノ得喪ヲ主スルモノトスルモ尙ホ住民等個人カ其地上ニ對スル權利トシテ入會權ヲ有スルコトアルハ我國ノ慣習トシテ認ムル所ナリ(同上三十三年度一〇八頁)

一〇 部落住民カ往古ヨリノ慣習ニ從ヒ部落有山林ニ立入り其副産物等ヲ自由ニ採取シ得ヘキ權利ハ我國ニ於テ往古ヨリ認メフレタル一種ノ慣行上ノ權利ニシテ之ヲ入會權ト稱シ現行民法ニ於テモ採用セル觀念ニ屬ス(大正六年五月二日判決本書六卷民法五〇二頁)

【共有ノ性質ヲ有スル入會權ト地役權ニ準スヘキ入會權トノ區別ニ關スル同趣旨學說】

一 共有ノ性質ヲ有スル入會權トハ森林原野ノ共有者カ其森林原野ニ於テ入會シテ其權利ヲ行使スルコトヲ謂フ故ニ其本質タルヤ森林原野ノ共有權ノ行使ニ外ナラス……入會權ハ地役權ト同一種ナル性質ヲ有スルコト最モ多シ即チ一定區域ノ土地ニ住スル者カ他人ノ土地ノ上ニ行使スル使用收益ノ權タルコトヲ當トス(富井博士前掲二八六頁以下)

二 共有ノ性質ヲ有スル入會權トハ例ヘハ入會權者ノ共有ニ屬スル山林ニ於テ各人入會權相當ノ條件ヲ以テ或ハ樹木ヲ採シ或ハ落葉ヲ拾取シ或ハ下草ヲ刈取ル等ノ權是ナリ(梅博士前掲二二二頁)

三 入會權ノ目的タル地盤カ入會權者ノ共有ニ係ルトキハ其當然ノ結果トシテ毛上モ亦入會權者ノ共有ニ屬スルモノトス入會權ノ目的タル地盤カ入會權者ノ共有ニ屬セザルトキハ單ニ毛上而カモ其地盤ヨリ生スル別産物ヲ目的トシ地盤ノ權用主産物ノ共有ニ伴ハサルモノトス前者ハ即チ共有ノ性質ヲ有スル入會權ニシテ後者ハ所謂地役權ノ性質ヲ有スル入會權ナリ(橫田博士前掲四二六頁)

四 共有ノ性質ヲ有スル入會權トハ即チ土地ノ共有權ニ外ナラス故ニ其下草ヲ刈取リ落葉ヲ拾取ルハ共有權ノ行使ニ外ナラス(川名博士前掲一三三頁)

五 一説ニ依レハ共有ノ性質ヲ有スル入會權ハ森林原野ノ共有者カ入會シテ其權利ヲ行使スルヲ謂フモノトス……此説ヲ可トス……共有ノ性質ヲ有セザル入會權ハ森林原野其モノノ所有權ハ地方團體又ハ或個人ニ屬シ使用收益權ノミカ地方ノ住民ニ屬シ之ヲ共同行使スルモノナリ(中島博士前掲五八五頁)

六 共有ノ性質ヲ有スル入會權トハ森林原野ヲ共有スル者即チ地盤ナモ共有スル者カ其森林原野等ニ於テ入會シテ毛上ノ採取ヲ爲ス場合ヲ指スモノト解スヘシ即チ判例ノ所謂地盤カ第三者又ハ入會權利者中ノ二三ノ者ノミニ屬スル場合ハ反ツテ第二九四條ノ所謂地役權ニ類スル性質ヲ帶フヘキモノト見ルヲ正シトス(法學博士三浦信三氏前掲二六六頁)

【同上異說旨判例】

一 其地盤カ入會權利者ノ共有ニアラスシテ第三者若クハ入會權利者中ノ或者ニ屬シ入會權利者ハ其地上ノ利益ニ付キ其一部又ハ全部ヲ共同收益スル場合ニハ地役ノ性質ヲ有スル入會權ナリトス(大正六年六月一三日民二判決本書六卷民法五六三頁)

二 林野ノ地盤カ數人ノ共有ニ屬スル場合ニ於テ各共有者カ其毛上ニ付キ共同收益ヲ爲スハ純然タル共有權ノ效力ニシテ入會

大審院
463 (民法)

富井博士
梅博士
橫田博士
川名博士
中島博士
三浦博士

權ヲ有スルモノニ非ス(同上明治四〇年一月二〇日判決民錄一三輯一二一七頁)
 三 民法第二六三條ニ所謂共有ノ性質ヲ有スル入會權トハ地盤及ヒ毛上共ニ入會權利者ニ屬スル場合ヲ指シタルモノニ非スシテ地盤ハ第三者若クハ入會權利者中一ノ者ニ屬シ其毛上ノミ入會權利者共有シテ共同收益スル場合ヲ指シタルモノトス(同上明治三六年一月二七日判決民錄九輯一三三三頁)
 四 地盤ノ共有者カ毛上ニ付キ收益スル場合ハ純然タル共有權ノ效力ニシテ之ヲ入會權ナリト云フヲ得ス共有ノ性質ヲ有スル入會權トハ地盤カ第三者若クハ入會權利者中ノ我者ニ屬シ其ノ毛上ノミ入會權利者共同ニテ收益スル場合ヲ云フ者ナルヲ以テ苟クモ入會權アル以上ハ地盤ニ共有權ナクモ共有ノ性質ヲ有スル入會權アリト云サルヲ得ス(東京控訴院明治四三年五月二日判決法律新聞第六六一號一四頁)
 五 共有權ノ性質ヲ有スル入會權トハ地盤カ共同收益者中ノ一ノ者若クハ共同收益者以外ノ者ニ屬シ其ノ毛上ノミ多數共同シテ收益スル權利ヲ指稱スルモノニシテ地盤毛上共ニ共同收益ニ屬スル場合ハ共有關係ニ外ナラサルモノトス(宮城控訴院判決法律新聞第四五五號七頁)
 六 地盤ノ共有者カ毛上ニ付キ收益スル場合ハ純然タル共有權トシテ固ヨリ入會權ニアラス共有ノ性質ヲ有スル入會權トハ地盤カ第三者若クハ入會權利者中ノ我者ニ屬シ其ノ毛上ノミ入會權利者共同シテ收益スル場合ヲ指シタルモノナルカ故ニ苟クモ入會權アル以上ハ地盤ニ共有ノ性質ナクモ共有ノ性質ヲ有スル入會權ナリト謂ハサルヲ得ス(東京控訴院判決例彙報第七卷四三頁)
 入會權ニ關スル一般的研究ノ見ルヘキモノ極メテ稀ナルニ際シ氏カ公ニセラレタル本論ニ編ハ寔ニ貴重ノ資料ト謂フヘシ其論旨多岐ニ亘ルト雖モ大體穩健ニシテ多ク異論ヲ容ルルノ要ヲ見サルカ如シ唯入會權ノ共有ト必要的共同訴訟トノ關係ニ關スル論旨ニ關シテハ吾人ノ多少疑問トスル所ナルモ細評ハ之ヲ後日ノ機會ニ讓ルヘシ又町村制第九〇條ト入會權トノ關係ニ關シテハ本書第六卷民法五〇六頁評論ヲ參照セラレタシ

(一一八)
 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ヘキ事實ヲ知ラザリシトキハ此限ニアラス

債權者ハ連帶債務者ノ一人カ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請求スルコトヲ得ヘク他ノ連帶債務者カ債務ノ辨濟ヲ爲スニ十分ナル資力ヲ有スルコトハ債權者ノ取消權ノ行使ヲ妨クルモノニ非ス

然レトモ債權者ハ連帶債務者ノ一人カ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請求スルコトヲ得ヘク他ノ連帶債務者カ債務ノ辨濟ヲ爲スニ十分ナル資力ヲ有スルコトハ債權者ノ取消權ノ行使ヲ妨クルモノニ非ス(大審院大正九年(オ)第二三三號同年五月二十七日民二部馬場裁判長田上柳川成道三宅各判事判決)

【關係事項】 上告棄却○原審青森地方裁判所○詐害行為廢罷請求事件○上告人松島ヤ五訟訴代理人辯護士氣仙忠治阿壽池俊輔被上告人金入文吉

【帶債務者中ニ有資力者アル場合ト詐害行為ニ關スル同趣旨判例】
 一 數人連帶債務ヲ負擔スル場合ニ於テ債權者ハ連帶債務者ノ一人カ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請求スルコトヲ得ヘク他ノ連帶債務者カ債務ノ辨濟ヲ爲スニ十分ナル資力ヲ有スルコトハ債權者ノ廢罷權ノ行使ヲ妨クルモノニアラサルモノトス(大審院大正七年九月二六日判決本書第七卷民法一〇四四頁)
 二 連帶債務者中ニ辨濟資力ヲ有スル者アルモノ之レヲ以テ連帶債務者ノ行為ヲ詐害行為トシテ取消スルコトハ妨ケトナルモノニ非ス(東京控訴院大正三年(ネ)第四二七號同年一月一六日民一部判決本書第六卷民法二六頁)

九七五第二項 此他正當ノ事由アルトキハ被相續人ハ親族會ノ同意ヲ得テ其廢除ヲ請求スルコトヲ得
 丁カ甲ノ長男乙ノ長女ニシテ其法定推定家督相續人ナルモ甲ハ從前ヨリ農ヲ以テ家業ト爲スニモ拘ラス今ヤ六十三歳ノ老年ニシテ農業ニ從フコト能ハス而モ丁ハ女子且弱年ニシテ甲ニ代リ家業ヲ主宰スルノ由ナク之カ爲メ甲ノ次男丙カ

甲家ノ爲ニ甲ニ代リテ農業ニ從事シ居リ又甲ハ丁ニ對シテモ其將來ヲ顧慮シ己ニ土地三反餘ヲ分與スルコトヲ約シアルノミナラス丁ト戊トノ間ニ婚約ノ存スルトキハ民法第九七五條ニ所謂正當ノ事由アルモノトス

按スルニ被告カ原告ノ亡長男徳藏ノ長女ニシテ其法定推定家督相續人ナルコトハ甲第一號證ニヨリ明白ナリ而シテ證人松澤豐吉藤池要藏ノ各證言及ヒ甲第三號證ニ據レハ原告ハ從前ヨリ農ヲ以テ家業ト爲スモノナルトコロ今ヤ六十三歳ノ老年ニシテ農業ニ從フコト能ハス然ルニ家督相續人タル被告ハ女子而カモ弱年ナレハ原告ニ代リ家業ヲ主宰スルニ由ナク之カ爲メ原告ノ次男勇吉カ原告家ノ爲原告ニ代リ專ラ農業ニ從事シ居ルコト並ニ原告ハ被告ヲ廢嫡ノ上ハ右勇吉ヲシテ家督ヲ相續セシメントスルノ希望ヲ有スレトモ被告ニ對シテモ亦其將來ヲ顧慮シ己ニ土地三反二畝二十六步ヲ分與スルコトヲ約シアリ且被告ト親族松澤豐吉ノ子仙一トノ間ニ已ニ婚約ノ存スルコトヲ認ムルヲ得ベシ然ラば如上ノ事由ニ基キ原告カ本件廢除ノ請求ヲ爲スハ民法第九百七十五條ニ所謂正當ノ事由アルモノト認定シ得ヘク而シテ原告カ本件ノ訴ヲ爲スニ付親族會ノ同意ヲ得タルコトハ甲第二號證ノ一二ニ據リ明カナルヲ以テ原告ノ本訴請求ハ正當ナリトス(浦和地方大正九年(タ)第一〇號同年四月二十九日矢頭裁判所藤田渡邊各判事判決法律新聞第一六九四號一八頁)

【關係事項】

被告敗訴○法定推定家督相續人廢除請求事件○告松永喜之助訴訟代理人辯護士田中千代松○被告松永崎子訴訟代理人辯護士八木龍一

【廢除ト正當ノ事由ニ關スル參照學說判例】

本卷民法四三頁以下

相手方ト通シテ爲シタル虚偽ノ意思表示ト雖モ其相手方ト合意ノ上之ヲ撤回シ得サルモノニ非サレハ若シ合意ノ上之ヲ撤回シタルトキハ虚偽ノ意思表示ナキニ至ルヲ以テ民法第九四條第二項ヲ適用スヘキ餘地ナキモノトス

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

然レトモ相手方ト通シテ爲シタル虚偽ノ意思表示ト雖モ其相手方ト合意ノ上之ヲ撤回シ得ラレサル筋合ナキヲ以テ若シ合意ノ上之ヲ撤回シタルトキハ虚偽ノ意思表示ナキニ至ルヲ以テ民法第九四條第二項ヲ適用スヘキ餘地ナキモノト謂フヘシ故ニ被告上告人ト三浦辰吉間ニ爲サレタル甲第一號證ノ契約カ虚偽ノ意思表示ナルモ原判決ノ認メタルカ如ク合意ノ上之ヲ撤回シタル以上ハ其契約ハ存在セサルニ至リタルモノナレハ其後上告人カ善意ニテ甲第一號證ノ契約ニ基ク權利ヲ讓受クルモ民法第九四條第二項ノ保護ヲ受クルニ由ナク從テ被告上告人ニ對シテ其權利ヲ主張スルコトヲ得サルモノト謂ハサルヲ得ス故ニ原裁判所カ被告上告人ハ甲第一號證ノ契約カ協議上撤回セラレタル上債權ノ讓渡ヲ受ケタルモノナレハ其當時善意ナリシトスルモ民法第九四條第二項ノ保護ヲ受クルコトヲ得サル旨判斷シタルハ相當ナリ既ニ被告上告人ハ民法第九四條第二項ノ保護ヲ受クルコトヲ得サル以上ハ民法第九四條第六八條第二項ノ適用ヲ受ケ被告上告人ハ讓渡ノ通知ヲ受クル以前ニ甲第一號證契約カ撤回セラレタル事由ヲ以テ被告上告人ニ對抗スルコトヲ得ルモノト謂ハサルヘカラス原判決ハ之ト同一趣旨ニ出テタリト解シ得ヘケレハ上告所論ノ如キ不法アルコトナシ(大審院大正八年(オ)第四三二號同年六月一九日民二部馬場裁判長田上柳川菰淵成道各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審福島地方○貸金請求事件○上告人鈴木文吉訴訟代理人辯護士三輪自治○被告上告人草野三治

虚偽ノ意思表示ノ撤回ハ善意ノ第三者ニ對シテ何等ノ效果ヲモ生セサルモノトス

民法第九四條ニ所謂善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ストハ第三者ニ對スル關係ニ於テ有效ナリト謂フノ意義ニ非スシテ善意ノ第三者カ其無効ヲ否認シテ有效ナルコトヲ主張スル權利ヲ有ストノ意義ニ解スヘキモノトス

余ハ本判決ニ反對シ所謂虚偽表示ノ撤回ハ善意ノ第三者ニ對シテ何等ノ效果ヲ生セサルモノト解セントス其理由次ノ如シ(一)判決ハ假裝行為爲撤回ノ合意アルトキハ假裝行為ナキニ至ルモノトス假裝行為ナキニ至ルト謂フハ何ノ意義ナルカ明カナラスト雖モ假裝行為アリタル事實ハ之ヲ撤回スルコトヲ得サルコト明カナルカ故ニ假裝行為ナカリシト全然同一ノ效果ヲ生ストイヘル意味ニ之ヲ解スルノ外ナシ法律行為ナカリシト同一ノ法律效果ヲ生セシムルカ爲メニハ既ニ法律效果ヲ生シタルカ或ハ將來ニ法律效果ヲ生スヘキ原因ノ存在シタルコトヲ要ス未タ何等ノ法律效果ヲ生セサル場合ニハ其法律效果ヲ除去スル意味ニ於ケル撤回ノ存在シ得ヘキ餘地ナク又將來ニ於テモ法律效果ヲ生スヘキ原因ノ存在セザルトキハ其效果ノ發生ヲ妨止スル意味ニ於ケル撤回モ存在シ得ヘキ餘地ナシ相手方ト通シテ爲シタル虚偽ノ意思表示ハ無効ニシテ取消シ得ヘキモノニアラス而シテ此無効ハ當事者間ニ於テハ確定的ナルコト明カナルカ故ニ當事者間ニ於テハ現在何等ノ法律效果ヲ生セザルノハ撤回將來ニ於テモ法律效果ヲ生スルコトナシ故ニ虚偽表示ノ當事者間ノ關係ニ於テハ撤回ヲ認ムルノ餘地ナシ虚偽表示ノ無効ハ善意ノ第三者ニ對スル權利ヲ得ス其對抗スルコトヲ得スト謂フハ第三者ニ對スル關係ニ於テ有效ナルコトヲ主張スル權利ヲ有ストイフ意義ニ善意ノ第三者カ其無効ヲ否認シテ有效ナルコトヲ主張スル關係ニ於テモ一應ハ無効ニシテ解スルヲ正當トス故ニ虚偽表示ハ第三者ニ對スル關係ニ於テモ一應ハ無効ニシテ

若シ善意ノ第三者カ其無効ヲ否認シタルトキハ其第三者トノ關係ニ於テノモ有效ト認メラルヘキコト明カナレハナリ善意ノ第三者カ此ノ如キ否認ヲ爲ス以前ニ於テ虚偽表示ヲ撤回ストイフハ善意ノ第三者ニ對シテ虚偽表示ノ生スル事アルヘキ法律效果ヲ妨止スルノ意義ナラサルヘカラス然ルニ善意ノ第三者ニ對シテ虚偽表示ノ生スル法律效果ハ否認權ノ取得ニシテ第三者ニ何等ノ義務ヲモ負擔セシムルモノニアラサルカ故ニ其法律效果ノ妨止タル撤回ハ第三者ノ負擔スルコトアルヘキ義務ヲ免除スルニ非スシテ第三者ノ取得スルコトアルヘキ權利ノ發生ヲ妨止スルモノト言ハサルヘカラス然ラハ當事者間ノ契約ニノミヨリテ第三者ノ取得スヘキ權利ノ發生ヲ妨止シ得ルモノト解スル法典上又ハ理論上ノ根據何處ニ存スルカ(二)假裝行為ノ撤回ヲ認ムルハ理論上不當ナルノミナラス實際上第九四條第二項ノ趣旨ニ反シ善意ノ第三者ヲ犧牲トシテ假裝行為ノ當事者ヲ保護スルノ結果ヲ生ス假裝行為ニ因リテ不動產株券等ノ名義ヲ變更シタル後更ニ其名義ヲ變換セシメシテ單ニ撤回ノ合意ノミヲ爲シ得ルモノトセハ善意ノ第三者ヲ保護セントスル第九四條第二項ノ趣旨ハ全然没却セラルルコト明カナリ本件ノ場合ノ如ク假裝ノ債權證書ヲ作成シタル場合ニ於テモ其理ヲ異ニスルコトナシ(三)完全ニ有效ナル法律行為モ當事者カ反對契約ヲ爲ストキハ其效力消滅スルカ故ニ無効ナル假裝行為ノ如キハ固ヨリ反對契約ニ依リテ其法律效果ヲ全滅セシムルコトヲ得ヘキカ如シ然レトモ有效ナル法律行為ニ在リテハ法律效果ヲ生シ又ハ法律效果ヲ生スヘキ原因ノ存在スルカ故ニ其法律效果ヲ消滅セシメ又ハ之ヲ妨止シ得ルモノト解スルモ何等理論上ノ支障ナキニ反シ假裝行為ハ第三者ヲ害スル意思ニ基クコト多ク第三者ニ害ヲ及ホスヘキ危險尠カラサルニ因リ特ニ第九四條第二項ヲ設ケテ當事者ニ優リテ善意ノ第三者ヲ保護スヘキ趣旨ヲ明ニシタルニ反シ有效ナル契約ニ付テハ此ノ如キ事情ナク又此ノ如キ規定ナキカ故ニ兩者ヲ同一ニ論スル法典ノ趣旨ニ適スルモノト言フコトヲ得サレハナリ(法學博士鳩山秀夫氏法學協會雜誌第三八卷第一號一一〇頁虚偽ノ意思表示ノ撤回ト第三者ニ對スル其效果)要領

虛偽表示ノ場合ニ於テモ有效ナル法律行為ノ場合ト同シク第三者カ其法律上ノ
效果ヲ取得セザル間ハ當事者ハ契約ニ依リ其虛偽表示上ノ效果ヲ全滅セシムル
コトヲ得ルモノトス

「虛偽表示」ノ概念「ト云フ言葉ハ民法ノ使用シタ言葉テハナイ要スルニ虛偽表示カラ生
スル一切ノ法律上ノ效果ヲ消滅セシムルコトナ内容トスル當事者ノ合意ヲ云フテ
アル本判決カ虛偽表示ノ撤回以後ハ虛偽表示ハナイコトニナルト云ツタハ虛偽表
示カラ生スル法律上ノ效果カナイコトニナルト云フ意義ヲ示シタモノト解セハ
ラヌ凡ソ法律行為ノ效果ハ當事者間ニ發生スルモノニシテ第三者ノ爲メニスル契約
ノ場合テ除イテハ法律行為ノ效果カ直接ニ第三者ニ發生スルコトナキテ原則トスル
（法律行為カ法律行為ノ效果以外ノ效果ヲ第三者ニ生セシメルニトカアル例ハ妻ノ
法律行為カ夫ニ取消權ヲ生シ（民一四條一二〇條）支配人ノ法律行為カ主人ニ介入權ヲ
生スル（商三二條）カ如シ）只第三者カ當事者間ニ於ケル法律行為ニ對シテ一定ノ法律上ノ
效力カ當事者間ニ發生シ其事實ハ自己ニ對スル關係ニ於テモ有效ニ存在スルコトヲ
主張シ得ルノ場合ニ於テ然レソレテ第三者ノ權利トハ云ヘナイ從テ第三者ノ爲メニスル
契約以外ノ場合ニ於テハ法律行為ノ當事者ハ原則トシテ其法律行為ノ效果ヲ契約ニ
ヨリ全滅セシム得ルモノト謂ヘハナラヌ第三者ノ爲メニスル契約以外ノ法律行為
ノ效果ハ原則トシテ直接ニ第三者ニ及ハナイノテアルカ當事者ハ原則トシテ合意
ニヨリ之ヲ消滅セシム得ルノテアルカ當事者ノ消滅サスコトカ出來ヌ尤モ第三者カ
其法律行為上ノ義務ヲ引受ケタル場合ニハ其第三者ノ意思ニ反シテ法律行為ノ效果
ヲ消滅セシム得ナイモノト解スヘキテアルカ（民五一四條）或ハ當事者ノ合意ヲケテ足
カニ付キテハ多少疑問カアルカ余輩ハ當事者ノ合意大テ足ルモノト考ヘル故ニ虛偽
ノ意思表示ノ場合ニ於テモ其虛偽表示ノ法律上ノ效果カ直接ニ善意ノ第三者ニ及フ

モノテハナク當事者間ニ發生シタル效果ヲ著シタルモノト云フヘキテアル從テ虛
偽表示ノ場合ニ於テモ有效ナ法律行為ノ場合ト同シク第三者カ其法律上ノ效果ヲ取
得シナイ間ハ當事者ハ契約ニ依リ其虛偽表示上ノ效果ヲ全滅セシムルコトカ出來ル
ト謂ヘハナラヌ
鳩山博士ハ虛偽表示ノ撤回ハ理論並ニ實際上之ヲ認ムヘカラサルモノトシテ大ニ本
判決ヲ非難シテ居ラレル余輩ハ第一ニ虛偽表示ニヨリ善意ノ第三者ニ對シテ否認權ヲ
生スルト爲メニ多少疑ナ有スルノテアルカ假リニ否認權說ヲ正當タトシテモ鳩山
博士ノ此見解ハ聊カ形式理論ニ走ツタ餘ヒカアルト思フ第一ニ否認權說ニ從ヘハ善
意ノ第三者カ否認權ヲ行使スルコトニ依ツテ始メテ其第三者ニ對スル關係ニ於テ虛
偽表示カ有效ニナルノテアルカラ否認權行使前ニアリテハ虛偽表示ハ何人ニ對シテ
モ無効ニシテ只善意ノ第三者ニ對シテハ有效ナリ得ル傾向ニ於テ存在スルニ過キナ
イ然ラハ虛偽表示ノ當事者ハ善意ノ第三者ニ對スル關係ニ於テ來ル權利ヲ取得セザ
ルニ拘ラス之ヲ取得シタルモノトシテ其第三者ニ讓渡スモ其讓渡行為ハ無効タト云
ハネハナラヌ後ニ第三者カ否認權ヲ行使スルモ其無効ヲ檢ヤスコトハ出來ヌ何トナ
レハ無權利者カ權利讓渡ノ契約ナスルモノモソレハ無効ニシテ其後無權利者カ權利ヲ取
得スルコトニ依ツテ無効ナ法律行為カ有效トナリ得ナイカラテアル然ルニ善意ノ第
三者カ虛偽表示ノ當事者カラ權利ヲ讓受ケル際否認權行使スルコト云フコトハアリ
得ナイカ故ニ結局善意ノ第三者ハ虛偽表示ニ基ク法律行為上ノ效果ヲ取得スルコト
ハ出來ナイト云フ不當ナ結論ニ到達スルノテアル尤モ否認權行使ノ效果ニ及テ
認ムルトキハ虛偽表示ノ當事者ハ共有スル權利ヲ第三者ニ讓渡シタコトニ歸スルカ
ラ此不都合ハ免レルノテアルカ余輩ハ否認權行使ノ效果ニ及テ認ムヘキ理由ナ
知ラナイ第二ニ姑ク否認權說ヲ正當ナモノトシテ本問題ヲ取扱ツテ見タイ(1) 當事
者間ニ於テモ第三者ニ對スル關係ニ於テモ有效ナ法律行為即チ正當ナ法律行為カ
當事者ノ合意ニ依ツテ無効ナモノニ爲サレ得ルコトハ學說及ヒ判例カ合意ニ依ル契

的ノ解除又ハ「反對契約」トシテ均シク認ムルトコロテアル(2) 然ラハ當事者間ニ於テ無効ニシテ善意ノ第三者ニ對スル關係ニ於テ有效ナ法律行為即チ有效説又ハ認容説ノ見解ニ依ル虛偽表示カ當事者ノ合意ニ依ツテ無効ナモノニ爲サレ得ヘキコトヲ認メネハナラヌ(3) 然ラハ更ニ一步ヲ進メテ當事者間ニ無効ニシテ善意ノ第三者ニ對スル關係ニ於テ有效トナルヘキ期待の效力ヲ有スル法律行為即チ否認權ノ見解ニ依ル虛偽表示カ當事者ノ合意ニ依ツテ其期待の效果ヲ減シメ全然無効ナモノニ爲サレ得ヘキコトヲ認メネハナルマイ否認權ノ目的ハ法律行為ノ無効ヲ否認シテ有爲トスルコトニ存スル然ルニ否認權ノ目的カ到達セラレテ法律行為カ有效ト爲リ得ル傾向ニ於テ存スル法律行為ヲ當事者ノ合意ヲ以テ全然無効トシソレテ有效トナス權利(否認權)ノ發生スル餘地ナカラシメルカ如キハ敢テ妨ケナキトコロテアルト論セネハナラヌ虛偽表示ノ效果ヲ消滅セシメルコトヲ内容トスル契約ハ否認權ノ行使ニ依ツテ虛偽表示カ善意ノ第三者ニ對スル關係ニ於テ有效トナリ得ヘキ期待の效果ヲ消滅スルコトニ依ツテ否認權ハ其目的カ失ヒテ發生不能トナルヘキモ虛偽表示ノ撤回ノ直接ノ效果ヲハナイト思フ次ニ鳩山博士ハ虛偽表示ノ撤回ヲ認ムルトキハ實際上民法第九四條第二項ノ趣旨ニ反シ善意ノ第三者ヲ犠牲トシテ虛偽表示ノ當事者ヲ保護スル結果ヲ生スルモノトシテ虛偽表示ニ依リテ不動產株券等ノ名義ヲ變更シタル後更ニ其名義ヲ變更セシテ單ニ撤回ノ合意ノミヲ爲シ得ルモノトセハ善意ノ第三者ヲ保護スルコトカ出來ヌト云ハレルノテアルカ其效果ヲ消滅セシメタルコトヲ内容トスル虛偽表示ノ撤回ハ不動產物權ノ得喪ニ關スルモノナルハ明カナルカ故ニ登記ヲ爲スニ非レハ第三者ニ對抗シ得ナイカ故ニ(民一七七)何等第三者保護ニ缺ク所ハナイ株券ニ付キテモ亦同様ナコトカ云ヒ得ルノテアル(商一五〇)然ルニ本件ノ場合ノ如ク假裝ノ債權證書ヲ作定シタ場合ニ於テハ之ト異ル債權證書ハ債權契約ノ成立要件ヲナキカ如ク其返還ハ債權契約ノ合意ニ依ル解除ノ要件ヲハナイ從テ當事

者カ虛偽表示ニアラサル債權契約ヲ合意上解除シタ場合ニ債權證書ヲ返還シナカバ債權者カ解除ニヨリ消滅シタ債權ヲ善意ノ第三者ニ讓渡シタ場合ニハ其第三者ハ解除ヲ否認シテ有效ナ債權ヲ讓受ケタコトヲ主張シ得ナイノテアル之ト同シク虛偽表示ナル債權契約カ當事者カ合意上解除(撤回)シタ場合ニ債權證書ヲ返還シナカバ虛偽ノ債權者カ解除(撤回)ニヨリ消滅シタ(若クハ不發生ニ確定シタ)債權ヲ善意ノ第三者ニ讓渡シタ場合ニハ其第三者ハ解除前ニ於ケル虛偽表示ノ無効ヲ否認シ得ルモ解除ヲ否認スルコトハ出來ナイノテアル此場合ニ於テ善意ノ第三者ハ不利益ヲ蒙ルノテアテウケレトソレハ非虛偽表示の法律行為ノ解除ノ場合ト同一ニシテ余輩ハ特ニ虛偽表示ノ撤回ニ付キテ善意ノ第三者ヲ厚ク保護スル必要ハナイト信スル要スルニ余輩ハ本判決ノ見解ヲ妥當トシテ遺憾ナカラ博士ノ見解ニ賛成スルヲ得ナイノテアル(法學士藥師寺傳兵衛氏法學志林第二卷第三號六四頁「虛偽ノ意思表示ノ撤回」要領)

民法第九四條ニ所謂相手方ト通シテ爲ストハ虛偽ノ表示行為ノ上ニ當事者間ノ其行為ノ認識ノ一致の集合ニテ足り特ニ相手方ト通シ且謀ル積極的の双方行為ヲ要セス當事者ノ一方ノ表示ニ對シテ相手方カ其虛偽ヲ知リテ之ヲ爭ハス其表示ハ實現スルヲ以テ足ルモノトス

虛偽ノ意思表示ハ其意思表示ト同時又ハ其到達前或ハ第三者カ善意ナルトキハ其行為前惡意ナルトキハ其前後ニ拘ハラス之ヲ撤回スルコトヲ得ルモノトス

第九四條第二項ハ虛偽表示カ善意ノ第三者ノ行為當時存在スル有ノ場合ニ關スルモノニシテ既ニ撤回ニ依リテ其無ト成リタル場合ニ非サルカ故ニ善意ノ第三者介入前ノ撤回可能ハ絕對的ナルモ撤回カ善意ノ第三者ノ關係行為後ニ屬スル

トキハ第九四條第二項ニ依リ其第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトス」
第三者間ニ於テ虚偽表示ノ無効ヲ主張スルトキ又ハ第三者ヨリ無効ヲ主張スル
トキハ當事者ハ特ニ其利益アルトキハ時期ニ拘ラス之ヲ撤回スルコトヲ得ルモ
ノトス」

一 虚偽表示ハ之ヲ撤回スルコトヲ得(イ) 虚偽表示虚偽意思表示トハ當事者一方カ
相手方ト通シテ爲シタル效果意思ノ存セサル假裝ノ表示ヲ謂フ相手方ト通シテ爲ス
トハ虚偽ノ表示行爲ノ上ニ當事者間ノ其ノ行爲ノ認識ノ一致ノ集合ニテ足ルヘク特
ニ相手方ト「通シ」且「謀リ」積極的雙方行爲ヲ要セス當事者一方ノ表示ニ對シテ相手方カ
其虚偽ヲ知リテ之ヲ争ハス其表示ヲ實現スルヲ以テ足ルヘシ恰モ九三條但書ノ場合
ノ行爲ノ無効力單ニ相手方カ眞意ヲ知リタルノミニテ足ルヘシ恰モ九三條但書ノ場合
區別スヘキ理由ナシ又效果意思ノ存セサル假裝ノ表示ナルカ爲メ一假裝表示アルノ
ミニテ眞意トシテハ如何ナル法律行爲ヲ成立セシメントスルモノ三、同種ノ法律行爲ナルモ表
裏表示ノ同種ノ他ノ法律行爲ヲ成立セシメントスルモノ三、同種ノ法律行爲ナルモ表
面ニ顯ハレタル以外ノ條件ヲ以テ之ヲ爲サント欲スルモノ等ナリ故ニ參照判決ハ前
例示一ノ範疇ニ屬スルモノトス虚偽ノ意思表示ハ九三條ノ眞意ニ非サル意思表示ト
異ナリテ當事者ニ對シテ行ハルルヨリハ專ラ第三者ニ對シテ行ハルル爲メ其間ニ區
別アリ虚偽ノ意思表示ハ獨リ契約ノミナラス相手方アル行爲ニ行ハルル故ニ亦到達ヲ
要スル意思表示トス虚偽ノ意思表示ハ證書ニ依ル表示ノミニ限ラス從ヒテ之ハ債權
物權親族相續法上ノ意思表示ニ行ハル(ロ) 之ヲ撤回スルコトヲ得撤回トハ區別アル
モ民法上取消ヲ許ストキハ之ハ結果ヲ等シウスル撤回サモ亦認メラルヘキモノナル
コトハ殊ニ此場合ヲ除外シタル規定又ハ認メラレタル法則ナキニ依リテ判斷スル
足ル而シテ取消シタル行爲ハ初ヨリ無効ナリシモノト看做サル(一) 二一條ルヲ以テ撤

【第九四條第二項ニ所謂「對抗スルコトヲ得」トノ意義ニ關スル參照學說判例】

一 對抗スルコトヲ得ストハ當事者ヨリ第三者ニ對シテ援用スルコトヲ得ス(第三者ヨリ當事者ニ無効ヲ對抗スルハ妨ナシ)法
學博士岡松太郎氏民法理由總則一八三頁)
二 第三者ニ對シテ無効ヲ主張スルコトヲ得サルハ第三者ニ對シテハ有効ナリト云フコトト異レリ意思表示ハ絕對ニ無効ナリ
故ニ第三者ハ其有効ナルモノト看做スコトヲ得ルト同時ニ其無効ナルコトヲ主張スルコトヲ得ルモノニシテ決シテ之カ爲メニ
竊索セラルルモノニアラス(法學博士平沼一氏民法總論四六五頁)
三 虚偽ノ意思表示ハ相對無効ナリ即チ表意者及其相手方トノ間ニ於テハ無効ナリ善意ノ第三者ニ對スル關係ニ於テハ無効ニ
アラス(三) 對シテ無効トナリ得ストハ第三者ヨリ無効ヲ主張スルコトヲ得ルノ意ナリト解スル通例トス然レ其解釋ハ必要ノ
程度ヲ超エテ第三者ヲ保護スルノ結果ト爲ルノミナラス法文上ニ何等ノ根據ヲ有セサルモノナル(法學博士川名名四郎氏日本
民法總論二二頁)
四 (一) 惡意ノ第三者ニ對シテハ當事者ハ其無効ヲ主張スルコトヲ得惡意ノ第三者キ亦其無効ヲ主張スルコトヲ得(二) 第三者
善意ナル場合ニ於テハ第三者ハ其無効ヲ主張スルコトヲ得レトモ當事者ハ其無効ヲ主張スルコトヲ得(三) 而シテ善意ノ第三者ト雖モ
其行爲ノ有效ヲ主張スルコトヲ得ス之レ相對無効ノ特性ナリ(法學博士中島玉雄氏民法釋義總則四九二頁)

回モ之ト同様トス虚偽ノ意思表示ハ多クハ第三者ニ對スル欺罔ヲ目的トスルモノナ
ルニ依リ其第三者ニ對スル欺罔手段ハ完了スト雖モ當事者カ進ンテ第三者ト之ニ關
シテ行爲取引ヲ爲ササル内ハ第三者ト其行爲ノ有效無効ノ關係發生スルノ危險ノミ
ニシテ實際未タ之ヲ發生セサルモノナリ然レトモ撤回ニ依リテ第三者ニ對スル無益
ナル行爲ヲ爲サシメサルコトヲ得手段ノ完了ノミニテ既ニ撤回ヲ許スニ於テハ此無
益ヲ避クルコトヲ得ヘシ(三) 善意ナルトキノミ其無効ヲ對抗スルコトヲ得サル
關係ニ在ルヲ以テ斯ル危險ノ伴フ行爲ハ其當事者カ共ニ進ンテ其存在ヲ「無」ト爲サン
トスルニ當リテハ社會利益ノ斟酌トシテハ法典上廣義ノ其消滅方法ヲ認メサル可カ
ラス其レ無効ノ趣旨ハ其行爲ノ存在ヲ認メサルニ在ルヲ以テ其當事者カ其趣旨ニ合
スル撤回(又ハ取消シ)ハ行爲者ヲシテ自ラ法律ニ認メサル無効行爲ヲ之レサキ以前ニ
致サシムルモノナリ故ニ之ヲ爲スコトヲ得ストノ理由ハ毫モ存在セス(フタトリス小
島愛三郎民法學新報第三〇卷第七號八九頁虚偽表示ノ撤回「要領」)

五 善意ノ第三者即チ虚偽ノ意思表示ナルコトヲ知ラサル第三者ニ對シ其無効ナルコトヲ主張スルコトヲ許ササルノミナリ從テ善意ノ第三者ハ自己ノ利益ノ爲メニ虚偽ノ意思表示ノ無効ナルコトヲ主張スルコトヲ得ヘシ（法學博士松岡義正氏民法論總則四五頁）

六 無効ヲ對抗スルヲ得スト云フハ一般ニ無効ナレトモ當事者ヨリ善意ノ第三者ニ對シテ其無効ヲ主張スルコトヲ得スト云フナリ即チ先ツ第三者ヨリ無効ヲ主張スルヲ禁シタルニアラサレハ此關係ニ於テハ一般ニ無効ナル結果トシテ之ヲ主張シ得サル（カラス次ニ當事者ハ第三者カ意思表示ヲ有效ナリト主張シタル場合ニシテ偽表示ナルコトヲ抗辯トシテ提出シ其無効ヲ主張スルヲ得ス從テ第三者ハ又其有效ヲ主張シ得サル（カラス）法學博士鳩山秀夫氏民法論總則二〇頁）

七 無効ヲ對抗スルコトヲ得ストハ第三者ノ側ニ於テ有效ナリト主張スル場合ニ之ニ無効ナリト抗辯スルヲ得サルヲ謂フ第三者ノ側ニ於テ之ヲ無効ナリト主張スルヲ妨ケス（法學博士嘉山餘一氏民法論大正三中大講二四二頁）

八 所謂對抗シ得ストハ第三者トノ關係ニ於テハ有效ナリト謂フニアラス第三者ニ對シテ無効ヲ主張スルヲ得サルノ謂ナリ（法學博士鳩山一郎氏民法論總則日大講三〇八頁）

九 虚偽ノ意思表示ハ其意思表示ヲ爲セル當事者ヨリハ第三者ニ對シ其無効ヲ主張シ得サルモ第三者ニ於テ之カ無効ヲ主張シ得ヘキモノトス（東京控訴院明治四二年ホ三六六號同年六月二三日判決・新聞六七三號一一頁）

【同條第一項ニ所謂「通シ」ノ意義ニ關スル異趣旨學說】

一 虚偽表示ハ相手方カ表意者ノ通謀スルノ點ニ於テ心裡留保ト異ナル故ニ法律行為ノ相手方カ表意者ノ表示カ眞意ニアラハルコトヲ知ルモ通謀ナキ以上ハ心裡留保ノ一場合ニシテ虚偽表示ト爲ラス（法學博士岡松太郎氏中大講總則一八九頁）

二 通説トハ一定ノ事項ニ付キ二人以上ノ間ニ合意ヲ爲ス云フ故ニ相手方カ表意者ノ眞意ニアラサルコトヲ認識スルコトヲ以テ足レリトセス眞意ニアラサル表示ヲ爲スコトニ付キ雙方ノ間ニ合意アルコトヲ必要ト爲ス（平沼博士前掲四六四頁）

三 特定ノ人ニ對スル心裡留保ノ意思表示ノ相手方カ其意思表示ニ眞實ニ合セサルコトヲ知ル場合ハ(1)表意者及ヒ其相手方トカ唯眞意ニアラサルコトヲ知ル場合ト(2)表意者カ其意思ニ合セサル意思表示ヲ爲スニ付キ相手方ト通謀スル場合トニ區別スルコトヲ得第二ノ場合ハ特ニ之ヲ虚偽ノ意思表示ト稱ス唯相手方ト通謀即チ合意上ニテ眞意ニアラサル意思ノ表示ヲ爲ス點ニ於テ第一ノ場合ト異ル（法學博士川名兼西郎氏日本民法論二〇一頁）

四 心裡留保ニ於テハ表意者一人ノミカ其表示ノ眞意ニ非サルヲ知ルノミニシテ他人ニ對シテ其意思ノ通知ナシ前條但書ノ場合ニ於テモ外部ヨリ其眞意ニ非サルヲ知リ又ハ知り得キノミニシテ當事者間ニ其表示ニ效力ヲ付セントスル合意存スルコトナレ然ルニ虚偽行為ニ於テハ此點ニ關シ合意存ス故ニ學者或ハ心裡留保ハ一方ノ虚偽行為ニシテ本條ノ場合ハ双方ノ虚偽行為ナリト説明ス（法學博士中島玉吉氏民法論總則一四九〇頁）

五 虚偽表示ハ行為者ヲ欺クカ爲メニ相手方ト通謀シテ爲シタル意思表示ナルコトヲ要ス（法學博士松岡義正氏民法論總則四

五三頁

六 其通謀アルコトハ虚偽ノ意思表示ノ構成部分ナリ單ニ表意者カ眞意ニアラサルコトヲ知レルヲ以テ足ラサルナリ（法學博士嘉山餘一氏民法論總則中講二四一頁）

七 所謂通謀トハ表意者カ法律行為意思ナクシテ意思表示ヲ爲スコトヲ相手方ニ於テ知ルノミナラス眞意ニアラサル意思表示ヲ爲サントノ意思ノ合致カ雙方ノ間ニ成立スルコトヲ要ス此點ニ於テ虚偽表示ハ第九三條但書ノ場合ト異ル（法學博士鳩山一郎氏民法論總則日大講三〇七頁）

虚偽表示ノ撤回ハ果シテ許サルヘキヤ是レ十分考究ヲ要スル問題タルヘシ此點ニ關シ大審院ハ積極ノ解答ヲ下セルニ對シ鳩山博士ハ之ヲ非ナリトシ藥師寺學士并ニ小島ドクトルハ之ヲ是ナリトセラル吾人ハ鳩山博士ノ見解ヲ以テ正鵠ヲ得タルモノトシ少シク所信ヲ陳ヘントス

(一) 虚偽表示ノ撤回トハ果シテ如何ナル意義ヲ有スルカ此點ハ先ツ第一ニ論明スルヲ要ス凡ソ撤回ナル語ハ法典上ノ用語ニ非スシテ法典上ハ取消ナル文字ヲ用ヒタルニ拘ラス無能力又ハ意思決定ノ瑕疵ヲ理由トスル法律行為ノ取消ニ非サル場合ニ之ト區別スル爲メ講學上用ヒラルルニ過キス茲ニ所謂虚偽表示ノ撤回ハ右ニ所謂撤回トハ其意義ヲ同フセサルコト明カナリ即チ(イ)所謂撤回ハ法律行為(五五〇、七九二等)又ハ法律行為ノ構成要素タル意思表示(五二一、五二四、五二七、五三〇等)ニ付テ行ハル然ルニ虚偽表示ハ法律行為ニ非ス又意思表示(法律行為ノ構成性ヲ有スル)ニ非ス無効ナル法律行為ナリ唯法律行為又ハ意思表示タルノ外觀ヲ有スル點ニ於テ不存在ノ行為ト異ルノミ從テ虚偽表示ノ撤回ハ所謂撤回ト其行

ハルル對象ヲ異ニス(口所謂撤回ノ内容ハ法律行為的效果ノ否認ニアリ即チ既ニ其效果ヲ發生セルモノニ對シテハ其效果ヲ消滅セシメ其未タ效果ヲ發生セサルモノニ對シテハ其效果ノ發生ヲ妨止スルニアリ然ルニ虛偽表示ニアリテハ現ニ法律行為的效果ノ發生ナキハ勿論將來如何ナル事情アルモ之ヲ發生スルコトナシ故ニ虛偽表示ニ對シテハ所謂撤回ニ於ケルカ如キ法律行為的效果ノ否認ヲ内容トスル撤回アリ得ヘカラス民法第九四條第二項ニ依レハ虛偽表示ノ無効ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對スル關係ニ於テハ有効ナリトノ意義ニ非サルコト勿論ナルヲ以テ(說ナキニ非ス)善意ノ第三者ニ對シテ或效果ヲ生スルコトアルモ其效果タルヤ所謂法規的效果ニシテ法律行為的效果ニ非サレハ此場合ニ於テモ所謂撤回トハ其内容ヲ異ニス(ハ)所謂撤回ハ孰レモ法律ノ直接規定ニ基キ認めラレタルモノナルモ虛偽表示ノ撤回ハ法典上認めラレタルモノナルモノニ非ス

(二)然ラハ虛偽表示ノ撤回ハ民法上之ヲ認め得ヘキヤ判決ハ之ヲ撤回シタルトキハ虛偽ノ意思表示ナキニ至ルト言フモ虛偽表示アリタルノ自然的事實ハ最早之ヲ如何トモスル能ハサルヲ以テ自然的事實ヲ除去スル意義ニ於テハ撤回ノ認ムヘカラサルハ論ヲ竣タス故ニ虛偽表示ノ撤回ハ必スヤ法規的效果ヲ否認スル意義ヲ有スルモノナラサルヘカラス斯ル撤回ノ認めラルヘキヤヲ決スルニハ次ノ

二點ヲ考究スルノ要アリ

(イ)虛偽表示ニハ果シテ法規的效果ノ否認(效果ノ消滅又ハ)ナルモノアリ得ヘキヤ第一ニ虛偽表示ノ當事者間ニハ何等ノ法規的效果ヲモ發生セス(第一九條ニヨリシタル無効ナルコトヲ知リテ爲シタル追認ノ效果ナリ)故ニ當事者間ニ於ケル虛偽表示ノ效果ヲ否認セントスル意義ノ撤回ヲ認ムルハ無意義也斯ル撤回ハ既ニ此點ニ於テ許ササルモノト解セサルヘカラス第二第三者ニ對スル關係ニ於テモ虛偽表示ノ效果ヲ否認スル意義ノ撤回ニ付テ考フルニ凡ソ第三者ノ善意ト言ヒ又對抗スルコトヲ得スト言ヒ對抗スルコトヲ得ト言フハ孰レモ何等カノ利害關係ノ存スル第三者ニ付テ言フヘキコトナリ故ニ第九四條第二項ニ所謂善意ノ第三者ハ虛偽表示ノ爲サレタハト同時ノミナラス其後ニ於テモ生スルコトアルモノトス而シテ(A)虛偽表示ニ對シ未タ善意ノ第三者存在セサル場合ニハ右規定ノ認メタル效果ハ未タ生セス此場合ニ存スルハ效果發生ノ期待の状態耳判決ノ認メタル虛偽表示ノ撤回ハ此場合ニ關スル場合ニハ效果ヲ消滅セシムル意義ニ於ケル效果ノ否認ハアリ得ヘカラスモ效果ノ發生ヲ妨止スル意義ニ於ケル效果ノ否認ハ之ヲ認ムルコトヲ得(B)善意ノ第三者ノ存在シ又ハ存在スルニ至リタル後ニハ第九四條第二項ノ效果ヲ發生スルカ故ニ此效果ヲ消滅セシムル意義ニ於ケル效果ノ否認アリ得ヘシ果シテ然ラハ第三者ニ對スル關係ニ於テモ虛偽表示ノ

效果ヲ否認セントスル撤回ハ無意義ノモノニハ非スト言フヘク從テ之ヲ許サザルモノト解スルノ根據ハ他ノ點ニ認メサルヘカラス

(ロ) 虛偽表示ノ撤回ハ法典上認メラレタルモノニ非スシテ(民法上撤回ヲ認メタル規程推適用アルモノ) 意思表示ノ效力トシテ之ヲ認ムルモノナレハ之カ民法上認メラルヘキヤ否ヤハ意思表示ニ關スル通則ニ從ヒ之ヲ定メサルヘカラス第一ニ效果否認ノ内容ヲ當事者間ニ於ケルモノノミニ限局セル場合ハ前述ノ如ク無意義ナルカ故ニ意思表示ノ通則ニ從テ其許否ヲ決定スルノ必要ヲ見ス假リニ之カ無意義ニ非ストスルモ第九四條第二項ハ善意ノ第三者ニ對シテ虛偽表示ノ當事者間ニ發生シタル效果ヲ對抗シ得サルコトヲ規定シタルモノニ非スシテ虛偽表示ノ無効ヲ對抗シ得サルコトヲ規定シタルモノナルカ故ニ判決ニ於ケルカ如ク右規定適用ノ餘地ナカラシムル意義ニ於ケル撤回ノ認ムヘカラスハ論ヲ竣タス

第二ニ第三者ニ對スル效果ヲモ否認ノ内容トシタル場合ニ付テ考フルニ(A) 斯ル效果ヲ當事者間ニ於テノミ發生セシムルコトヲ效果意思ノ内容トシタル場合ヲ想像シ得サルニ非サルモ第一ノ場合ト同様無意義ニシテ同様ノ結果ニ歸スヘシ

(B) 斯ル效果ヲ直接ニ第三者ニ對シテモ發生セシメントスルコトヲ效果意思ノ内容トスルハ是レ通例ナルヘシ斯ル内容ヲ有スル虛偽表示ノ撤回ノ認メラルヘキモノニ非サルハ明カナルヘン蓋シ(1) 凡ソ法律行為ノ法律一行爲的效果ハ當事者

間ニ於テノミ發生シ法ノ特別規定ナキ限り直接ニ第三者ニ對シ發生スルモノニ非ス契約自由ノ原則ト言ヒ私法上ノ自治ト言フ孰レモ皆其法律行為的效果ノ當事者間ニ於テノミ發生スル範圍ニ於テノミ認メラルヘキモノニ外ナラス果シテ然ラハ斯ル内容ヲ有スル撤回ハ此點ニ於テ之ヲ認ムヘカラス(2) 假リニ直接第三者ニ法律行為的效果ヲ生セシムル行為カ特別規定ナキニ拘ラス民法上認メ得ルモノトスルモ斯ル虛偽表示ノ撤回ノ許サレサルハ明カナリ何者第九四條第二項ハ取引ノ安全保障ノ爲メノ規定ナリ善意ノ第三者ハ此規定ノ效果トシテ一定ノ利益ヲ享受ス然ルニ斯ル撤回ヲ認メ善意ノ第三者ノ利益ヲ自由ニ剝奪シ得ルモノトセンカ取引ノ安全保障ハ得テ期スヘカラス故ニ斯ル撤回ハ第九四條第二項ノ趣旨ニ反スルモノニシテ無効ナリトス(第九〇條)

(三) 要之吾人ハ如何ナル意義及ヒ如何ナル内容ヲ有スル虛偽表示ノ撤回ト雖モ理論上之ヲ認ムヘカラスモト信ス然レトモ是レ虛偽表示ノ性質ニ基クモノニシテ無効ナル法律行為ノ撤回ハ之ヲ許サストノ一般的原则ヲ認ムルノ結果ニ非サルコトハ上來縷説セル所ニヨリ明カナルヘシ然ラハ實際上ノ見地ヨリ考察セハ虛偽表示ノ撤回ヲ認ムルト認メサルト果シテ孰レカ妥當ナリヤ是レ頗ル考慮ヲ要スル問題ナルヘシト雖モ吾人ノ見解ハ此點ニ於テモ反對説ニ比シ妥當ナリト信ス當事者ニ於テ一度虛偽表示ヲ爲シタル以上ハ撤回ノ許サレヌシテ永遠ニ

第三者ニ對スル或拘束ヲ受クト言フハ一見酷ナリトノ論モ固ヨリ一應ノ理由ナ
キニ非サルモ虚偽表示ハ多クハ第三者ヲ欺ク手段トシテ爲サルコト及ヒ第三
者ノ利益ト右當事者トノ利益ノ調和等ヲ思ハハ斯ル批難ハ必ラスシモ當ラサル
ヘシ
以上ハ吾人ノ所見ノ大體ノミ更ニ研究ヲ要スル點數ヘ來レハ一ニシテ止マラス
ト雖モ後日ノ機會ニ俟ツ所アラントス

(一三二)

八三九

法定ノ推定家督相続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此限
ニ在ラス

九七〇

被相続人ノ家族タル直系卑屬ハ左ノ規定ニ從ヒ家督相続人ト爲ル
三 親等ノ同シキ男又ハ女ノ間ニ在リテハ嫡出子ヲ先ニス

民法第八三九條ニ所謂男子トハ同法九七〇條第三號ノ所謂男ト同シク子孫以下
ノ總テノ直系卑屬タル男ヲ意味スルモノトス

民法第九七〇條三號ニ男トアルハ被相続人ノ子タル男ノミヲ指サスシテ子孫以下ノ
總テノ直系卑屬タル男ヲ意味スル事同條ノ全趣旨ニ徴シ容疑ノ餘地ナシ然レ共民法
第八三九條ニ所謂男子トアルハ單ニ被相続人ノ子タル男ノミヲ意味スルヤ將又前記
民法第九七〇條第三號ニ所謂男ト同意義ニ解スヘキヤニ付テハ多少ノ疑ナキヲ得
之ヲ男子トアル文字ニ拘泥シテ子タル男ノミニ限ルト説クハ男子ヲ養子ト爲スコト
ヲ得ストアル男子ノ意義ト對照シテ正解ナリト爲スヲ得シテ同條立法理由ハ甚ダ
明瞭ヲ缺クモ恐ラクハ法定ノ推定家督相続人タル男子アル場合ハ家督相続人ヲ得ル

カ爲メナルト否トナ問ハス更ニ男子ヲ養子ト爲スノ要ナキハ勿論若シ之ヲ許ストキ
ハ徒ラニ相續其他ノ事情ニ關シ紛争ヲ生シ一家ノ和熟ヲ紊ル虞アルコトナ慮カリタ
ルカ爲メナルヘシ果シテ然リトセハ其法定ノ推定家督相続人タル男子ヲ被相続人ノ
子タル男ノミニ限ルノ理由ナキハ極メテ明瞭ナリ從テ民法第八三九條ニ所謂男子ト
アルハ民法第九七〇條第三號ニ所謂男ト同意義ニ解シ子孫以下總テノ直系ノ屬スル
男ヲ意味スルト解スルヲ正當トス(法曹會決議法曹記事第三〇卷第四號一二頁民法ニ所謂男ト男子トノ區別
ノ意義ニ關スルノ件)要領)

【民法第八三九條ニ所謂男子ノ意義ニ關スル同趣旨學說】

- 一 第八三九條ノ意味タル家内ニ男子孫ナキ者ニ限リ男子ヲ養子ト爲スコトヲ得ルト云フニ在ルナリ(法學博士梅澤次郎氏民
法要義親族二八〇頁)
- 二 本條ニ所謂法定ノ推定家督相続人タルモノハ被相続人ノ家ニ在ル直系卑屬ナリ(九七〇)故ニ男子タル子又ハ孫又ハ曾孫又
孫等アリ(法學博士奥田義人氏相續法論二八八頁)
- 三 子ノ遺棄カ生シタル子カ男子ナルトキハ戸主ハ養子ヲ爲スコトヲ得ス(司法省民刑局長回答法曹記事八七號四八頁)

妥當ノ見解ナリ

(一三三)

一三五第一項 法律行為ニ始期ヲ附シタルトキハ其法律行為ノ履行ハ期限ノ到來スルマテ之ヲ請求スルコトヲ得
期限ニハ確定ノモノアリ不確定ノモノアリテ當事者カ契約當時ニ存在スル債務
ニ付キ或不確定ノ事實到來シタル時ヲ以テ之ヲ履行スヘキコトヲ約シ債務ノ消
滅ヲ其不確定ノ事實ノ到來ニ繫ラシメタルニ非サルトキハ債務ノ履行ニ付キ不
確定期限ヲ約シタルモノト謂ハサルヘカラス
甲カ運送物ヲ次回ノ船舶ニ積込ミ了リタル時ヲ以テ運賃ヲ乙ニ支拂フヘキコト

ヲ約シタル場合ニ於テ甲カ運送物ノ一部ヲ次回ノ船舶ニ積込ミタルモ其殘部ハ荷主ニ於テ適宜處分シタルカ爲メ之カ積込ヲ爲スコトヲ要セサルニ至リタルトキハ此殘部ノ積込ヲ要セサルコトノ確定シタル時ニ於テ甲ノ運賃積額ヲ支拂フヘキ期限ハ到來シタルモノト爲ス判斷ハ原裁判所ノ事實認定權ニ基キタルモノニシテ不法ニアラス

然レトモ期限ニハ確定ノモノアリ不確定ノモノアリテ當事者カ契約當時既ニ存在スル債務ニ付キ或不確定ノ事實到來シタル時ヲ以テ之ヲ履行スヘキコトヲ約シ債務ノ消滅ヲ其不確定ノ事實ノ到來ニ繫ラシメタルニアラサルトキハ債務ノ履行ニ付キ不確定期限ヲ約シタルモノト謂ハサルヲ得ヌ何トナレハ條件ハ法律行爲ノ效力ノ發生若クハ消滅ヲ不確定ナル事實ノ到來ニ繫ラシムルモノナルニ反シ期限ハ法律行爲ノ效力タル債務ニ付キ其履行ヲ猶豫スルモノナレハ到來スルコトノ確定セサル事實ト雖モ當事者カ其事實ノ到來スヘキ時迄既ニ存在スル債務ノ履行ヲ猶豫スヘキコトヲ約シ其事實到來セサルコト確定スルコトアルモ猶ホ之ヲ履行セントスルノ意思ヲ有スルモノト認メ得ルトキハ條件ヲ約シタルモノニアラザレハナリ(大正三年(オ)第五一號大正四年二月二十九日大正三年(オ)第五五五號大正四年三月二十四日同年(オ)第一七五號同年五月十七日當院判決參照)原裁判所ハ本件ニ於テ上告人ハ孟買行松製材約四百噸ヲ上告人ニ於テ次回ノ船舶ニ積込ミ丁リタル時ヲ以テ運賃積額五百十六圓六十錢ヲ被上告人ニ支拂フヘキコトヲ約シ縱令其全部又ハ幾部ヲ積込ムコトヲ要セサル事實確定スルモ其債務ヲ免カサルニアラス尙ホ其時期ニ於テ之ヲ辨濟スヘキ當事者ノ約旨ナリト認定シタルモノト解スルニ難カラサルヲ以テ右ノ積込ミヲ了リタル時ヲ該運賃積額支拂ノ期限ト爲シタルト判示シタルハ不法ニアラス而シテ原裁判所ハ上告人ハ右松製材約四百噸ノ幾部ヲ次回船舶ニ積込ミタルモ其殘部ハ荷主ニ於テ

【關係事項】 上告棄却原審橫濱地方裁判所○契約履行請求事件○上告人大久保清訴訟代理人辯護士井上謙作被上告人島田彌太郎

【判旨第一點不確定期限ノ意義ニ關スル參照學說】

一 確定期限不確定期限區別ハ到來スヘキ時期ノ始メヨリ確定セルト否トニ依ルモノナリ確定期間ハ通常曆日ヲ以テ之ヲ定ム例ハ「本月末日」又「今ヨリ一年後」云フカ如シ不確定期限ハ到來時ヲ確定スルコトヲ能ハサル事實ヲ以テ之ヲ定ム例ハ「余ノ死亡ノ時」云フカ如シ(法學博士富井政章氏民法原註總則五二〇頁)
二 期限ニ確定ナルモノト不確定ナルモノトアリ甲ハ其到來スヘキ時期確定スルモノニシテ「何年何月何日」又ハ「何年何月何日ノ後」ノ類ナリ乙ハ其時期確定セサルモノニシテ「某死亡ノ時」「今後始メテ雨フル時」ノ類ナリ(法學博士梅次郎氏民法要義總則三五頁)
三 到來ノ時期カ豫メ確定スルヲ得サル期限ハ不確定期限ナリ通常發生ノ時期ノ不確定ナル事實ヲ以テ之ヲ定ム(法學博士法學博士岡松參太郎氏民法總則講義三八五頁)
四 不確定期限トハ豫定シ得ヘカサル期限ナリテ換言セハ必ス到來スヘキモノニナルモ何時到來スルヤ前以テ知ルコトヲ得サルモノナリ人ノ死亡ヲ以テ履行ノ時期ト爲スカ如キハ其通例ナリ(法學博士平沼駟一郎氏民法總論六五一頁)
五 到來スルコトハ確定ナルモ何時ニ於テ到來スルカノ不確定ナル事情ニ依リテ期限カ定メラルコトアリ何カ力死亡シタル時ニ於テ云云ト約スル場合ノ如シ此期限ヲ不確定期限ト稱ス(法學博士川名博士民法總論二六八頁)
六 不確定期限ト云フハ到來ス可キコトハ確定ナルモ其時期ノ不確定ナルモノナリ云フ例之「甲ノ死亡ノ日」ト云フカ如シ(法學博士中島玉吉氏民法釋義總則篇七二六頁)
七 不確定期限トハ期限ノ到來スルコトノ確定スルモ到來スル時期カ確定セサルヲ云フ例ハ「何某ノ死亡ノ日」ノ如シ(法學博士石坂普四郎氏民法總論下大正五年東大講義五二九頁)

富井博士
梅博士
岡松博士
平沼博士
川名博士
中島博士
石坂博士
485 (民法)

八 不確定期限(到來スヘキコト確定スルモ其到來スヘキ時期ヲ豫定スルコトヲ得サル事實ニ從ツテ定マル期限ナリ例ヘハ甲カ乙ニ對シ丙死亡ノ豫物件ヲ贈與スルト云フカ如シ(法學博士松岡義正氏民法總則五四七頁)
九 到來スルコトノ確實ナルノミナラス到來スヘキ時ノ確定セルモノハ之ヲ豫定期限ト云ヒ其到來スヘキコトハ確實ナルモノモ到來スヘキ時ノ確定セルモノハ之ヲ不確定期限ト云フ(法學博士鳩山秀夫氏法律行為乃至時效四八一頁)
一〇 不確定期限トハ其到來スヘキコトハ確定スルモ其到來スヘキ時カ不確定ナルモノヲ言フ例ヘハ甲カ乙ニ對シ丙ノ死亡ノ時ニ債務ヲ履行スルコトヲ約シタル場合ノ如シ(法學博士鈴木博太郎氏民法總則講義五三〇頁)
一一 確定期限不確定期限到來スル時期ノ始ヨリ確定セルモノハ前者ニシテ其確定セルモノハ後者ナリ(法學士鳩山一郎氏民法總則日大講四一四頁)

一三三

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
甲ニハ配偶者アリテ乙モ其事實ヲ知レルニ拘ハラヌ將來該婚姻ノ解消シタル場合ニ於テ互ニ婚姻ヲ爲スヘキ旨ノ婚姻ノ豫約ハ我國國民道德ノ觀念ニ照シ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為ニシテ全然無効ナルモノトス
前示婚姻ノ豫約ニ基キ甲カ乙ト婚姻ヲ爲シ入籍ヲ爲サシムルコトヲ得ルニ至ルマテ甲ヨリ乙ニ扶養料ヲ給與スル旨ノ契約ハ右婚姻ノ豫約ノ維持ヲ目的トシ其契約ノ内容トスモノナレハ該契約モ亦善良ノ風俗ニ反スルモノニシテ無効ナリトス

案スルニ婚姻ノ豫約カ原則トシテ有效ナルコトハ本院從來ノ判例ノ示ス所ナリ然レトモ本件ニ付キ原裁判例ノ確定スル所ニ依レハ被告ハ原告人ニハ配偶者アリテ原告人モ其事實ヲ知レルニ拘ハラヌ將來該婚姻ノ解消シタル場合ニ於テ互ニ婚姻ヲ爲スヘキ旨ヲ豫約シタルモノトス斯クノ如キ婚姻ノ豫約ハ我國國民道德ノ觀念ニ照シ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為ニシテ全然無効ナルモノト解スルヲ相當トス

俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為ニシテ全然無効ナルモノト解スルヲ相當トス
而シテ本件請求ノ原因タル甲第一號證ノ契約ハ原審ノ認定スル所ニ依レハ前示婚姻ノ豫約ニ基キ被告原告人カ原告人ト婚姻ヲ爲シ入籍ヲ爲サシムルコトヲ得ルニ至ルマテ被告原告人ヨリ原告人ニ扶養料ヲ給與スル旨ヲ約シタルモノニシテ右婚姻ノ豫約ノ維持ヲ目的トシ之ヲ其契約ノ内容トスルモノナレハ該契約モ亦善良ノ風俗ニ反スルモノニシテ無効ト認ムサルヲ得ス原判決ノ趣旨モ亦結局右ニ示ス所ニ外ナラサルモノト認ム故ニ論旨ハ理由ナシ(大審院大正九年(一)第三二五號同年五月二十八日民一部田部裁判長神原尾古鈕本鬼澤各事判決)

一三四

【關係事項】 原告兼却○原審浦和地方法裁判所○扶養料請求事件○原告人飯塚ちう訴訟代理人辯護士小川彦衛被告原告人針谷榮三

五〇五第一項 二人互ニ同種ノ目的ヲ有スル債務ヲ負擔スル場合ニ於テ双方ノ債務カ辨濟期ニ在ルトキハ各債務者ハ其對當額ニ付キ相殺ニ因リテ其債務ヲ免ルルコトヲ得但債務ノ性質カ之ヲ許ササルトキハ此限ニ在ラス
五四五第一項 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第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス
上告人カ係争債權ニ對スル相殺ノ用ニ供シタル代金請求權ノ發生原因タル賣買ハ解除セラレタルモノナルトキハ解除ノ效力トシテ前示代金請求權ハ發生セザリシモノトナルカ故ニ之ヲ基本トシタル相殺モ亦其效力ヲ生セザルモノトス
然レトモ上告人カ本訴ノ債權ニ對スル相殺ノ用ニ供シタル代金請求權ノ發生原因タル賣買ハ本訴ノ債權ヲ被告原告人ニ讓渡シタル買主自由倉八カ右賣買ノ目的物タル不動産ノ上ニ存シタル抵當權ノ行使ニ因リ其所有權ヲ失ヒタルカ爲メ解除セラレタルモノナルコト本件ノ記録ニ依リ明白ナリ果シテ然ラハ右解除ノ效力トシテ前示ノ代金請求權ハ發生セザリシモノト爲ル從テ之ヲ基本トシタル相殺モ亦其效力ヲ生セザ

ルモノト云ハサルヘカラス是ヲ以テ原裁判所カ「成立ニ争ナキ甲第六條證ニ徴シテ明カナル如ク右賣買ハ大正八年二月八日解除セラレタルカ故ニ五百圓ノ賣買代金ノ債權モ亦當然消滅ニ歸スヘキハ解除ノ效力ニ鑑ミ首テ俟タサル所ナリ果シテ然ラハ被控訴人(上告人)等ハ係争債權ト相殺スヘキ債權ヲ有セサルヲ以テ右抗辯ノ失當ナルコト明カナルカ故ニ之ヲ採用スルニ由ラシ被控訴人ハ大正八年二月八日以前ニ於テ前示賣買代金ハ對等額ニテ係争債權ト相殺ニヨリ消滅ニ歸シタルニヨリ其後ニ至リ該賣買契約ヲ解除スルモ右相殺ニ關シ何等影響ナキ旨抗辯スレトモ契約ノ解除ハ既往ニ及シテ其效力ヲ生スヘキニヨリ右抗辯モ亦理由ナキヲ以テ之ヲ採用スルニ由ラシト判示シ上告人敗訴ノ判決ヲ言渡シタルハ正當ニシテ上告論旨ハ理由ナシ(大審院大正九年(オ)第二〇七號同年四月七日民三部横田裁判長大倉磯谷松岡瀧淵各判事判決)

【關係事項】 上告棄却○原審熊本地方裁判所○貸金請求事件○上告人吉田文次郎外二人訴訟代理人辯護士吉田三市郎岡田坂貞雄岡阿保徳次郎岡長野國助岡川口庄藏被上告人植田清之助

(一三五)

一七九第一項 同一物ニ付キ所有權及ヒ他ノ物權カ同一人ニ歸シタルトキハ其物權ハ消滅ス但其物又ハ其物權カ第三者ノ權利ノ目的タルトキハ此限ニ在ラス

甲カ乙ヲシテ建物二棟ニ付キ抵當權ヲ設定セシメ第一番順位ノ抵當權登記ヲ受ケタル後丙カ右建物ニ付キ乙ヨリ設定ヲ受ケタル抵當權ノ假登記ヲ爲シタル場合ニハ甲カ乙ヨリ右建物ヲ買受ケタルモ民法第一七九條第一項但書ノ規定ニ從ヘハ甲ハ猶且其建物ノ上ニ抵當權ヲ有スルモノナルカ故ニ縱令甲ニ於テ其抵當權ヲ實行シタリトスルモ之ヲ以テ丙ノ抵當權ヲ侵害シタルモノト謂フヲ得サルモノトス

業スルニ被控訴人カ訴外萩原勇吉ニ對シ大正三年四月一三日金一千五百圓ヲ貸付テ之カ擔保トシテ同人チシテ其所有ニ係ル東京市深川區西平井町一三番地所在ノ建物二棟ニ付抵當權ヲ設定セシメ同日第一番順位ノ抵當權登記ヲ受ケタルコト並ニ控訴人カ大正五年九月二六日右建物ニ付キ萩原勇吉ヨリ設定ヲ受ケタル抵當權ノ假登記ヲ爲シタルコトハ當事者間ニ争ナシ仍テ控訴人主張ノ如ク被控訴人ハ萩原勇吉ヨリ大正五年五月頃前記建物ノ外建物二棟ヲ代金三千九百三十一圓二十五錢ニテ買受ケ從テ混同ニ因リ前記建物ノ上ニ有スル被控訴人ノ抵當權ハ消滅シタルモノナリヤ否ヤノ争點ニ付審究スルニ原審證人萩原勇吉ノ此點ニ關スル證言ハ信テ措キ難ク而シテ成立ニ争ナキ甲第一號證ハ買受契約證ト題シ前記抵當建物外二棟ヲ代金三千九百三十一圓二十五錢ニテ買渡ス旨記載シアレトモ證書作成者ノ記名調印ナキヲ以テ右ノ買渡事實ヲ證スル價値ナキモノト謂フヘク其餘ノ控訴人ノ立證ニ據ルモ該事實ヲ肯定スルニ由ラナキヲ以テ該賣買ノ事實ヲ基礎トシ之ニ由リ被控訴人ノ抵當權ノ消滅セルコトヲ前提トスル控訴人ノ本訴請求ハ既ニ此點ニ於テ失當ナリト謂ハサルヘカラス假リニ控訴人主張ノ如ク被控訴人ト萩原勇吉トノ間ニ右ノ買渡アリタルモノトシ尙控訴人カ冒頭所掲ノ建物二棟ニ付假登記ヲ受ケタル抵當權ヲ有スルモノトスルニ民法第一七九條第一項但書ノ規定ニ從ヘハ斯ル場合ニ於テハ第一番抵當權者タル被控訴人ハ該建物ヲ買受ケ其所有權ヲ取得シタルニ拘ハラズ猶且其建物ノ上ニ抵當權ヲ有スルモノナルカ故ニ縱令被控訴人ニ於テ其抵當權ヲ實行シタリトスルモ之ヲ以テ控訴人ノ抵當權ヲ侵害シタルモノト謂フヲ得サルヤ寔ニ明カナリ然ラハ其抵當權侵害ヲ原因トスル本訴請求ノ失當ナルヤ論ナシ(東京控訴院大正八年(オ)第二九〇號同九年四月一五日民二部須賀裁判長吉田野各判事判決)

【關係事項】 控訴棄却○損害賠償請求事件○控訴人香取利兵衛訴訟代理人辯護士國重貞熊被控訴人株式會社内國貯金銀行訴訟代理人辯護士高橋織之助

特約ニ基ク補償債務ノ履行地ハ當事者カ別段ノ定ヲ爲サリシトキハ民法第四八四條後段ノ規定ニ從ヒ現實ニ債務ノ履行ヲ爲ス時ニ於ケル債權者ノ住所地ニシテ基本タル契約ニ基ク債務ノ履行地ニ依ルヘキモノニ非ス

案スルニ被控訴人ノ本件訴旨ハ被控訴人カ訴外山田一郎ト兩名ニテ控訴人ヨリ代金ニテ六圓八十錢ニ相當スル塊炭ヲ買受ケ其際買主タル被控訴人等カ之ヲ他ニ轉賣シテ損害ヲ被リタルトキハ其損失額ヨリ三百圓ヲ控除シタル後被控訴人等カ石塊炭ヲ他ニ轉賣シタルトコ口結局金九百四十一圓七十二錢ノ損害ヲ被リタルヲ以テ被控訴人ハ訴外山田一郎カ前記特約ニ因リ控訴人ニ對シテ有スル債權ノ讓渡ヲ受ケ始メヨリ自巳ノ有スル債權ト合セテ金六百四十一圓七十二錢ノ支拂ヲ求ムル爲メ本訴ニ及ヒタリト謂フニ在リテ控訴人ハ本件契約ノ締結地及ヒ右塊炭ノ引渡場所ハ就レモ東京市内ナルノミナラス被控訴人ノ主張ニ係ル補償債務ノ履行地モ亦東京市内ナルカ故ニ本訴ハ静岡地方裁判所ノ第一審管轄ニ屬セザル旨抗辯セリ然レトモ本件契約證書タル甲必一號證ニ依レハ右賣買ノ目的物タル塊炭ノ引渡場所カ東京市内ナルコトハ之ヲ認メ得ヘシト雖モ前記特約ニ依ル所謂補償債務ノ履行地如何ニ付キテハ同證ニ及塊炭引渡ノ場所カ東京市内ナレハト本件補償債務ノ履行地モ亦東京市内ナリト認メヘキ何等ノ理由無キヲ以テ本件補償債務ノ履行地ハ民法第四百八十四條後段ノ規定ニ從ヒ現實ニ債務ノ履行ヲ爲ス時ニ於ケル債權者ノ住所地ナリト認ムルノ外ナク

四八四 辦濟ヲ爲スヘキ場所ニ付キ別段ノ意思表示ナキトキハ特定物ノ引渡ハ債權發生ノ當時其物ノ存在セシ場所ニ於テ之ヲ爲シ其他ノ辦濟ハ債權者ノ現時住所ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要ス

本訴權利拘束ノ發生シケル當時ニ於ケル債權者タル被控訴人ノ住所地カ静岡市ナルコトハ本件訴狀ノ記載ニ徴シ疑ヲ容レザルヲ以テ静岡地方裁判所ハ民事訴訟法第十八條ノ規定ニ則リ契約ノ履行地ヲ管轄スル第一審裁判所タルヲ失ハス然レハ控訴人ノ妨訴抗辯ハ其理由ナク控訴ハ理由ナシ(東京控訴院大正九年第一四三號大正九年五月三日民一部前田裁判長水口渡邊各判事判決)

【關係事項】 本件控訴棄却○原審静岡地方裁判所○契約履行請求事件○控訴人合資會社新谷商店法律上代理人新谷三五郎訴訟代理人辯護士中村熊治○被控訴人山本凌吉

【參照學說判例】

本卷民法二五三頁以下

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

所有權移轉ノ原因トシテ登記簿ニ記載セラレアルトコロカ偶眞正ノ原因ト與ルモ此登記其モノハ此所有權移轉對抗要件タル効力ヲ保有スルニ於テ何等ノ妨クナキモノトス

本訴土地ニ付キ控訴人主張ノ如キ賣買ニ依ル所謂權移轉登記ノ存スルコトハ當事者間ニ爭無シ然ルニ原審證人鈴木捨吉ノ供述ニ依レハ右ノ所有權移轉ハ訴外鈴木清藏ト被控訴人間ニ直正ニ成立シタル贈與ニ基クモノニシテ賣買ニ依ルニ非サルコトハ明カニ之ヲ認ムルヲ得ヘク此ヲ覆ス可キ何等ノ反證無シ而モ此所有權移轉ハ其旨ノ登記ナキモ之ヲ以テ控訴人ニ對抗スルヲ得クキハ當然ナリ何者控訴人カ前記清藏ノ一般承繼人ナルコトハ當事者間ニ爭ナキトコロナレハナリ況ンヤ所有權移轉ノ原因

トシテ登記簿ニ記載セラレアルトコロカ偶真正ノ原因ト異ルモ此登記其モノハ此所
有權移轉ノ對抗要件タル效力ヲ保有スルニ於テ何等ノ妨ナキモノナルヲ以テ本件土
地ニ付キ控訴人主張ノ如キ移轉登記アル以上被控訴人ノ所有權取得ハ之ヲ以テ廣ク
第三者ニ對抗スルヲ得ヘキコト多言ヲ俟タス(東京控訴院大正八年(ホ)三七四號同九年四月九日民一部
前田裁判長水口渡邊各判事判決)

【關係事項】棄却○所有權移轉登記手續請求控訴事件○控訴人鈴木慶壽訴訟代理人辯護士齋藤政三被控訴人鈴木君三郎訴訟代
理人辯護士石田仁太郎

一三八

七〇九 故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス
七一〇 他人ノ身體自由又ハ名譽ヲ害シタル場合ト財産權ヲ害シタル場合トト問ハス前條ノ規定ニ依リテ損害賠償
ノ責ニ任スル者ハ財産以外ノ損害ニ對シテモ其賠償ヲ爲コトナス

乙カ大正六年一月一日其父甲ノ同意ヲ得丙ノ媒酌ニ依リ丁トノ間ニ婚姻ノ
豫約ヲ爲シ其生家ニ於テ慣例ニ則リ結婚ノ式ヲ舉グ之カ届出ハ丁カ東京商船學
校ヲ卒業シタル上爲スヘキコトト定メ爾來大正七年三月ニ至ル迄同様シタルニ
丁カ同年七月中乙ニ品行上特ニ非難スヘキ點ナキニ拘ラス離別ヲ申込ミ絶對ニ
婚姻ヲ拒絕シタルトキハ丁ノ婚姻拒絕ハ何等正當ノ理由ナキモノニシテ丁ハ乙
ニ對シ其被リタル有形無形ノ損害ヲ賠償スヘキ責アルモノトス

右ノ場合ニ於テハ丁ノ教育社會上ノ地位年齡等ヲ參酌シ慰藉料ノ額ハ金七〇〇
圓ヲ以テ相當ナリトス

被控訴人ハ本訴ハ相手方ノ不法行爲ヲ原因トシテ慰藉料ノ支拂ヲ求ムルモノナル旨

【關係事項】控訴棄却○慰藉料請求事件○控訴人窪田要訴訟代理人辯護士奥野弘之被控訴人濱名いち訴訟代理人辯護士大橋清
藏

【判旨】第一點婚姻豫約不履行ト損害賠償ニ關スル學說判例

當審ニ於テ釋明シタリト雖モ被控訴人カ原告以來請求ノ原因トシテ主張セル事實ハ
終始婚姻豫約不履行ノ事實ニ外ナラサルコト辯論ノ全趣旨ニ徴シ明瞭ナルヲ以テ被
控訴人ノ當審ニ於ケル右釋明ハ單ニ法律上ノ見解ヲ開示シタルニ過キサルモノト認
ムヘク訴ノ原因ハ變更ナシ仍テ案スルニ被控訴人カ大正六年一月一日其父濱
名卯三吉ノ同意ヲ得訴外大濱勝三ノ媒酌ニ依リ被控訴人トノ間ニ婚姻ノ豫約ヲ爲シ其
生家ニ於テ慣例ニ則リ結婚ノ式ヲ舉グ之カ届出ハ控訴人カ東京商船學校ヲ卒業シタ
ル上爲スヘキコトト定メ爾來大正七年三月ニ至ル迄同様シタルコトハ……ニ徴シ明白
ナリ然レニ控訴人カ大正七年七月中直接又ハ前示證人ヲ通シ被控訴人ニ對シヘ別テ
申込ミ絶對ニ婚姻ヲ拒絕シタルコトハ……ニ依リ認メ得ヘク右婚姻ノ拒絕カ被控訴人
ノ素行不良ナルニ因ル已ムコトヲ得サルモノナル旨ノ控訴人ノ抗辯事實ハ之ヲ認ム
ヘキ證左ナシ却テ右證人ノ證言スルカ如ク被控訴人ニハ其品行上特ニ非難スヘキ點
ナカリシ事實明カナルヲ以テ控訴人ノ婚姻拒絕ハ何等正當ノ理由ナキモノト謂ハサ
ルヲ得ス然リ而シテ婚姻豫約ノ當事者ノ一方カ正當ノ理由ナクシテ其約ニ違反シ婚
姻ヲ爲スコトヲ拒絕シタル場合ニハ相手方ニ對シ其被リタル有形無形ノ損害ヲ賠償
スヘキ責ニ任セサルヘカラサルハ當然ナルヲ以テ控訴人ハ被控訴人ニ對シ前示豫約
ニ基キ被控訴人ノ被リタル精神上ノ損害ヲ賠償スヘキ相當慰藉料ノ支拂ヲ爲スヘキ
義務アルモノトス而シテ……ニ依リ認メ得ヘキ被控訴人ノ教育社會上ノ地位年齡等ヲ
參酌シ本件慰藉料ノ額ハ金七百圓ヲ以テ相當ナリト認定スヘク其範圍ニ於テ被控訴
人ノ請求ヲ認容シタル原判決ハ正當ナリ(東京控訴院大正八年(ホ)第二五九號同九年四月一日民一部前
田裁判長水口渡邊各判事判決)

本書第八卷民法一四八一頁

【同第二點同上慰籍料ノ額ニ關スル參照判例】

本書第八卷民法一〇九〇頁

一三九

九七五 法定ノ推定家督相続人ニ付キ左ノ事由アルトキハ被相続人ト其推定家督相続人ノ廢除ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得
三 家名ニ注辱ヲ及ホスヘキ罪ニ因リテ刑ニ處セラレタルコト(以下略)

民法第九七五條第三號ニ所謂刑ニ處セラレタルトハ事實上確定判決ニ依リ刑ニ處セラレタルコトヲ謂フモノナルヲ以テ假令刑ノ執行猶豫アリシトスルモ刑ニ處セラレタル以上右規定ニ該當シ廢除ノ原因ト爲ルモノトス

甲第一號證ニ依リテ被控訴人カ控訴人ノ法定推定家督相続人タルコトヲ認ムルヲ得而シテ甲第二號證ニ訴レハ被控訴人ハ大正六年一月五日浦和區裁判所ニ於テ有價證券偽造行使詐欺罪ニ依リ懲役一年ニ處セラレタルコトヲ認メ得ルモノニシテ右ハ民法第九七五條所定ノ家名ニ汚辱ヲ及ホスヘキ罪ニ依リ刑ニ處セラレタル場合ニ該當スルモノトス尤モ甲第三號證及前示甲第二號證ニ依リテ被控訴人ハ右加ノ執行ヲ猶豫セラレ現時猶ホ其猶豫期間中ニ在ルコト明カナリト雖モ刑ノ執行猶豫ハ之ヲ取消サルルコトナクシテ猶豫期間ヲ經過シタルトキ始メテ刑ノ言渡其效力ヲ失フニ止リ刑ニ處セラレタルモノナル事實其モノヲ抹消シ去ルモノニ非ス而シテ民法第九七五條第三號ノ所謂刑ニ處セラレタルトハ事實上確定判決ニ依リ刑ニ處セラレタルコトヲ謂フモノナルヲ以テ假令刑ノ執行猶豫アリシトスルモ刑ニ處セラレタル以上右法條ノ規定ニ該當スルモノト爲スナク妨ケサルヲ以テ被控訴人カ法定推定家督相続人

東京控訴院判決

東京控訴院判決

柳川學士

東京控訴院判決

【刑ノ執行猶豫ト廢除ノ原因ニ關スル同趣旨判例】

被相続人カ其居住ノ地方ニ於テ相當資産ヲ有スル中流生活ヲ營メル者アルニ其法定ノ推定家督相続人カ贖物牙保罪ニ因リ懲役三ヶ月罰金三〇圓ニ處セラレ其徵役刑ノ執行猶豫ヲ受ケタルトキハ家名ニ汚辱ヲ及ホスヘキ罪ヲ犯シタルモノトシテ相續人廢除ノ原因タルモノトス(東京控訴院大正六年二月一九日判決本書第六卷民法一九四頁)

【同上異趣旨學說】

刑ニ處セラレタルコトヲ要スルカ故ニ公訴カ時效ニ罹ルトキハ廢除ノ事由ト爲ラサルハ勿論刑ニ處セラレタルモ大赦ニ因リ又ハ刑ノ執行猶豫期間内ニ罪ヲ犯スコトナクシテ經過シタルニ因リ既往ニ遡リ刑ノ宣告ノ效力カ消滅シタルトキハ本條ノ事由ニ該當セス(法學士柳川勝二氏相續法註釋二八五頁)

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

吾人ノ權利カ外界ノ或原因ノ爲メニ蒙ル或種ノ惡影響カ果シテ法律上權利ノ侵害ト云フ程度ニ達スルヤ否ヤハ諸般ノ事情ヲ參酌較量シ吾人ノ權利感覺ニ訴ヘテ之ヲ決スヘク必スシモ常ニ其惡影響ソノモノノ客觀的程度ノミヲ標準トスヘキニ非ス

横濱市ニ於ケル瓦斯供給ノ設備ニ屬スル機械ヲ一吋以上ノ壓力ニテ運轉スルコトニ依ル振動ハ未タ以テ其附近ニ於ケル土地ノ地上權及家屋ノ所有權ニ對スル

侵害ト云フ程度ニハ達セサルモノトス

控訴人カ當審ニ於テ再三本案ノ申立ヲ變更シタルハ結局申立ノ趣旨ヲ釋明シタルニ過キス固ヨリ之ヲ以テ訴ノ變更ト目ス可キニアラサルカ故ニ此點ニ對スル控訴人ノ異議ハ其理由無シ

【關係事項】 棄却○地上權妨害排除控訴事件○控訴人布施元訴訟代理人辯護士奥野弘之被控訴人横濱市訴訟代理人辯護士小出御太郎外三名

(一四一)

鐵道院カ事故發生當時汽車ヲ乗上ケタル箇所及其附近ハ線路内ニ岩石等ノ崩壞シ來ル虞アル場所ニシテ列車運轉上特ニ注意ヲ要スル場所ナルニ拘ハラズ事故發生前ニ鐵道運轉規定第五條後段ノ趣旨ニ從ヒ線路内ニ崩壞シ來ル虞アル岩石等ヲ取除キ置カス又同第三條第三項ノ趣旨ニ從ヒ番人ヲ置キ常ニ線路ヲ看守シ夜間モ巡視セシメサリシトキハ鐵道院ハ運送ニ關スル注意ヲ怠リタルモノトス

七〇九 故意又ハ過失ニ因リ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

鐵道運送規程二 鐵路ハ列車運轉上危險ノ虞ナキ様當ニ工夫ヲシテ之ヲ巡視セシムヘシ

列車運轉上特ニ注意ヲ要スル場所ニハ番人ヲ置キ常ニ之ヲ看守セシムヘシ

同五 建築定規ノ限内ノ障害物ヲ置クコトヲ得ヌ又其ノ以外ニ在リテモ其ノ限内ニ崩壞シ來ルノ虞アル物ハ之ヲ置クコトヲ得ヌ

商法三五〇第一項 旅客ノ運送人ハ自己又ハ其使用人カ運送ニ關シ注意ヲ怠ラシコトヲ證明スルニ非サレハ旅客カ運送ノ爲メニ受ケタル損害ヲ賠償スル責任ヲ免ルルコトヲ得ヌ

滿三二年九月ノ男子ノ爾後ノ生存平均年齢ハ三十一年餘ナリトス」
 農商業等ニ依リ一ヶ年七百圓ノ純益ヲ擧ゲ得ル者ハ自己ノ生活費等ニ一ヶ年少
 クトモ三百五十圓ヲ費消スルモノトス」
 三十一一年餘ノ同年々三百五十圓ノ損害ヲ一時ニ支拂ヲ請求スルトキハホフマン
 式計算法ニ依リ年五分ノ割合ノ金額ヲ差引キ一時ニ損害ヲ受クヘキ損害額ヲ六
 千二百圓ト定ムルヲ相當トス」

控訴人等ノ先代淺野友次郎カ大正七年六月壹日被控訴人トノ運送契約ニ基キ其ノ經
 營ノ第六一號列車ニ乘シ京都ニ條驛ヨリ龜岡驛ニ向フ途中同日午後九時七分頃京都
 萬開縣嵯峨村字上嵯峨小宇壺本松ト稱スル場所ニ於テ該列車ハ線路上ニ崩落シタル
 岩石上ニ乗上ケ壺部順履レ壺部破砕シタル爲メ友次郎ハ重傷ヲ負ヒ死亡シタル事ハ
 當事者間ニ争ナキ處ニシテ原審證人松本治三郎ノ證言ニ依レハ友次郎ハ重傷ニ普時
 生存シ居リタル事實ヲ認メ得ヘシ乙壺號證人ハ友次郎即死トアルモ右客車ニ同乗シ
 居リタル前掲松本治三郎ノ證言ノ如ク適切ナラザルモノト認ム依テ被控訴人ハ運送
 ノ壺部ハ列 進行中ニ沿線ノ山上ヨリ墜落シ來リタルモノアルコトヲ認メ得レトモ
 而モ乙壺號證人第貳號證人ノ式ニ依リ明白ナル如ク線路上ニ墜落シ居ル岩石上ニ列車
 ノ壺部ヲ乗上ケタル事實ニ原審證人田中久治郎ノ同日午後八時頃本件個所ニ岩石貳
 個墜落シ來リタルニ付嵯峨驛ニ電話ニテ報知セント思ヒ貳丁程歩ミタルモ列車力通
 過シ別ニ故障ナカリシカ故ニ其儘ト爲シタル旨ノ證言ヲ參照スル時ハ岩石ノ壺部ハ
 本件列車ノ進行シ來ル以前ニ既ニ線路上ニ墜落シ居タルモノト認ムルヲ相當トスヘ
 ク又原審證人永瀨一百ノ本件箇所ハ岩石ノ多數アル處ナルヲ以テ監視區域ト爲シ居

ル旨ノ證言並ニ當審證人和田宇吉ノ證言ニ依レハ嵯峨驛間ノ線路ニ沿ヘル山上ニ
 岩石多數存在スル場所アルノミナラス右線路中本件箇所(京都驛ヨリ八哩五圓ニ當ル)
 附近ニテ京都驛ヨリ七哩九圓乃至拾哩ノ處ニ於テ明治三十年ヨリ本件事故發生迄ノ
 間ニ線路上ニ或ハ上砂墜落シ或ハ岩石ノ墜落シ來リタル事前後八回ニシテ本件事故
 發生後モ貳回同様墜落アリタル事並ニ本件事故發生後壹萬以上ノ費用ヲ投シテ墜落
 ノ處アリト認メ得ヘキ岩石等ノ取除工事ヲ爲シタル事實ヲ認メ得ヘキヲ以テ本件事
 故發生當時本件箇所及其附近ハ線路内ニ岩石等ノ崩壞シ來ル虞アル場所ニシテ列車
 運轉上特ニ注意ヲ要スル場所ナリシモノト認ムルヲ相當トスヘク從テ被控訴人ニ於
 テ本件事故發生前ニ鐵道運轉規程第五條後段ノ趣意ニ從ヒ線路内ニ崩壞シ來ル虞アル
 ル岩石等ヲ取除キ置キタルニハ本件岩石ノ崩壞シ來タル事ヲ免レタルヘク又同第
 二條第三項ノ趣意ニ從ヒ特ニ番人ヲ置キ常ニ線路ヲ看守シ夜間モ監視セシメタル
 ニハ前記認定ノ如ク列車ノ進行シ來ル以前既ニ線路上ニ岩石ノ墜落シ居ル事ヲ發行
 シ得テ急報等ノ手段ニ依リ事故ノ發生ヲ未然ニ防キ得タリシモノト認メ得ルニ不
 願審證人藤森權太郎永瀨二百當審證人和田宇吉ノ證言ニ依レハ被控訴人ハ大正貳
 年頃迄ハ夜間ノミニテモ貳回位線路ヲ監視セシメ居リシカ其後之ヲ廢止シ本件事故
 發生當時ニハ保線手ヲシテ壹ヶ月ニ壹回保線助手ヲシテ貳日以内ニ壹回組頭ヲシテ
 壹日ニ壹回壹回特置工夫ヲシテ毎朝一回初發列車ノ前ニ各監視セシメ居リタルノミ
 ニシテ鐵道運轉規程第五條後段及同第二條第三項ノ趣意ニ適合スル防禦方法ヲ講セ
 タヘシモノナル事ヲ認メ得ヘキヲ以テ被控訴人ニ運送ニ關スル注意ヲ怠ラザリシモ
 ノト謂フヲ得ス尤モ原審證人和田宇吉ノ證言ニ依レハ本件岩石ハ軌道ヲ距ル百貳拾
 餘呎ノ山上ニ在リテ而カモ其周圍一帶樹木繁茂シ居リ線路上ヨリ望見シ能ハザリシ
 モノナル事ヲ認メ得ヘキモ前記認定ノ如ク嵯峨驛間ノ線路ニ沿ヘル山上ニハ多數ノ
 岩石存在スル場所アルノミナラス本件箇所ノ附近ニ於テ明治參拾年ヨリ本件事故發
 生迄ノ間ニ線路上ニ土砂崩落岩石等ノ崩壞シ來リタル事前後八回ニシテ岩石等ノ崩壞

シ來ル虞アル場所ナルヲ以テ荷クモ線路内ニ崩壊シ來ル虞アル物ハ線路上ヨリ望見
 シ得ル者ナルト否トヲ問ハス鐵道運轉規程第五號後段ノ趣意ニ從ヒ全部之ヲ除去シ
 置クヘシ而シテ右ニ所謂崩壊シ來ル虞アル物ナリヤ否ヤ線路ヨリ望見シテノミ決ス
 ヘキモノニ非サルカ故ニ單ニ線路上ヨリ望見シ得サリトノ一事ニヨリ運送ニ關ス
 ル注意ヲ怠ラザリシモノト斷スルヲ得ス被控訴人ノ立證資料ニ依リテハ以上ノ認定
 價ニキテ義務アル者ナルヲ以テ其數額ニ付審究スルニ甲第一號證ニ依レハ友次郎ハ
 明治拾八年八月生ナル事明日ナルカ故ニ本件事故發生ノ時ニ滿參拾貳歲九ヶ月ナリ
 ト謂フヘク斯ル男子ノ爾後ノ生存平均年齢ハ參拾壹年餘ナル事ハ實驗則上明白ナル
 ヲ以テ同人モ亦爾後參拾壹年餘生存スルモノト推定スヘク而シテ同號證ニ原審證人
 酒井岩太郎ノ證言ヲ參照スル時ハ友次郎ハ自作(參四反)小作(壹町貳反餘)ノ農業並ニ薪
 炭青物商ノ營ミ壹ヶ年ニ少ナクトモ七百圓ノ純益ヲ擧ケタルモノト認ムルヲ得ヘク
 又右ノ如キ農商業等ニ依リ壹ヶ年七百圓ノ純益ヲ擧ケタルモノト認ムルヲ得ヘク
 ケ年ニ少クトモ參百五拾圓ヲ消費スルモノト認定スル事實驗則上相當ナルヲ以テ友
 次郎ハ本件事故ニ因リ致命傷ヲ受ケタル結果爾後參拾壹年餘ノ間年々參百五拾圓宛
 ノ損害ヲ被リタルモノト然レトモ本件ハ一時ニ損害額ノ支拂ヲ請求スルモノナル
 ヲ以テ「ホフマン」式計法ニ依リ年五分ノ割合金額ヲ差引キ一時ニ支拂ヲ受ヘキ損
 害額ヲ六千貳百圓ト定ムルヲ相當トス控訴人ハ友次郎ノ壹年ノ純益ハ壹千圓ナリト
 主張シ原審證人酒井岩太郎ハ之ニ照應スル證言ヲ爲セトモ甲第一號證ニ依レハ友次
 郎ニハ妻エンアル事明白ニシテ農家ノ妻カ農事ニ關シテハ殆ント夫ト同等ノ働ヲ爲
 ス事ハ實驗則上明ナルヲ以テ右千圓ノ純益中少クトモ參百圓ハ妻ノ働ニ因ル收益ナ
 リト認ムルヲ相當トスルカ故ニ前掲認定額以上ノ控訴人ノ請求ハ當ヲ得ス又控訴人
 ハ友次郎ニ於テ葬式料ヲ支出シタル如ク主張スレトモ死亡シタル友次郎ニ自己ノ葬
 式費ヲ支出シタルヲ得サルカ故ニ第一順位ノ扶養義務者タル妻エンニ於テ

支出シタルモノト推定スルヲ相當トス然ラハ友次郎ハ本件事故ニ因リ致命傷ヲ受ケ
 タル結果前掲認定ノ六千貳百圓ノ損害ヲ被リタルモノナルカ故ニ被控訴人ニ對シ之
 カ賠償請求權ヲ有シタルモノト謂フヘク而シテ其後暫時ニシテ死亡シタルモノナル
 事則前掲認定ノ如クニシテ控訴人參名ハ友次郎ノ嫡出子ナル事ハ被控訴人ノ爭ハサル
 處ナルカ故ニ友次郎ノ死亡ニヨリ被控訴人ニ對スル賠償請求權ヲ承繼シタルモノト
 謂フヘシ仍テ控訴人ノ請求中右認定ノ部分ヲ相當トシ其餘ヲ失當トシ從テ控訴人壹
 部理由アリト認ム(大阪控訴院大正八年(ホ)四五九號九年三月十九日民一部中尾裁判長梅田織田各判事判決法律新聞
 第一六八三號一五頁)

【關係事項】一部破毀ノ原審京都地方ノ損害賠償請求事件○控訴人淺野勝治外二名右參名法定代理人親權者淺野エン代理人辯
 護士平田親睦同赤木章生○被控訴人國法律代理人鐵道院總裁床次竹二郎指定代被者鐵道院參事中原東吉同鐵道院書記徳田賴重
 同有本虎雄

二四二

七〇九 故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス
 七一〇 他人ノ身體自由又ハ名譽ヲ害シタル場合ト財産權ヲ害シタル場合トヲ問ハス前條ノ規定ニ依リテ損害賠償
 ノ責任ヲ負フ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
 七一一 第一項 或事業ノ爲メニ他人ヲ使用スル者ハ使用者ノ其事業ノ執行ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル
 責ニ任ス但使用者カ被用者ノ選任及ヒ其事業ノ監督ニ付キ相當ノ注意ヲ爲シタルトキ又ハ相當ノ注意ヲ爲スモ損害
 カ生スヘカリシトキハ此限ニ在ラス
 民事訴訟法二二八 裁判所ニ於テ顯著ナル事實ハ之ヲ證スルコトヲ要セス

圓筒ニ鐵製心棒ヲ嵌込ニ内部空虚ニシテ密閉セラレタルピストンハ之ヲ加熱ス
 ルニ當リテハ内部ノ空氣膨脹シテ爆發ノ虞アルヲ以テ心棒ヲ拔取ルカ若クハ圓
 筒部ニ穿孔シテ空氣ノ排出ヲ便ナラシムル等豫メ危險ヲ防遏スル相當ノ手段ヲ
 講スヘキヲ當然トスルノミナラス元沈没船ノ唧筒ニ用ヒタルピストンナリシト

キハ内部ニ水分ノ存セサルヤ否ヤヲ検査シ此點ニ於テモ相當ノ注意ノ用ユヘカ
リシニ拘ラス乙ノ經營スル鑄造工場ノ職長丙ハ之ヲ知リ乍ラ不注意ニモ是等ノ
措置ニ出ツルコトナク斯ル作業ニ經驗淺キ甲外數多ノ職工ヲシテ其儘コトク
ヲ燃料トセル強度ノ火力ヲ用ヒ而カモ糶ニ掛テ急劇ニ加熱セシメタル爲メヒ
ストンノ内部ニ存セシ水分及空氣速力ニ膨脹シ遂ニ爆發ノ不幸ヲ見爲メニ被リ
タル甲ノ負傷ハ全ク乙ノ事業ノ執行ニ付キ其被用者タル丙ノ過失ニ因ル加害行
爲ニ基ケルモノニシテ乙ハ第七一五條第一項本文ノ規定ニ從ヒ甲ノ被リタル損
害ヲ賠償スルノ責アルモノトス

滿一八年一月月ニ達セル普通健康體ヲ有スル日本人男子ノ爾後ハ生存スヘキ平
均年數ノ四一年ナルコトハ醫院ニ顯著ナル事實ナレトモ鐵工ハ五〇歳迄勞働ニ
從事シ得ルニ過キサルモノトス

甲カ右負傷ノ結果身體ニ機能障害ヲ貽スニ至リ爲メニ勞働能率ノ三分ノ一ヲ減
スルニ至レルトキハ負傷後將來ニ涉リ甲ノ得ヘキ收入モ亦結果トシテ三分ノ一
ノ減少ヲ免レサル所ニシテ是即チ甲ノ得ヘカリシ利益ノ喪失ニ因ル損害ニ外ナ
ラザレハ之ニ對スル賠償トシテ金三五〇〇圓ヲ一時ニ請求シ得ヘキモノトス
甲カ右負傷ノ爲メ及將來不具者タルカ爲メニ愛タタル精神上ノ苦痛ニ對シテハ
負傷並ニ機能障害ノ程度甲ノ年齢職業其他當事者双方ノ社會的地位ニ鑑ミ之カ

慰藉料トシテ乙ヨリ金五〇〇圓ノ支拂ヲ要スルモノトス

該ビストンハ圓筒ニ鐵製心棒ヲ嵌込ニ内部空虛ニシテ密閉セラレタルモノナレハ之
ヲ加熱スルニ當リテハ内部ノ空氣膨脹シテ爆發ノ虞アルヲ以テ心棒ヲ採取ルカ若ク
ハ圓筒部ニ穿孔シテ空氣ノ排出ヲ便ナラシム等豫メ危險ヲ防遏スル相當ノ手段ヲ講
スヘキヲ當然トスルノミナラス元沈没船ノ唧筒ニ用ヒタルビストンナリシカ故ニ内
部ニ水分ノ存セサルヤ否ヤヲ検査シ此點ニ於テモ相當ノ注意ヲ用フヘカリシニ拘ラ
ス職長タル甚吉ハ之ヲ知リテ注意ニモ是等ノ措置ニ出ツルコトナク斯ル作業
ニ經驗淺キ被控訴人外數名ノ職工ヲシテ其儘コトクスヲ燃料トセル強度ノ火力ヲ用
ヒ而カモ糶ニ掛テ急劇ニ加熱セシメタル爲メビストンノ内部ニ存セシ水分及空氣
速力ニ膨脹シ遂ニ爆發ノ不幸ヲ見ルニ至リタルモノニシテ被控訴人ノ負傷ハ是全ク
控訴會社ノ事業ノ執行ニ付キ其被用者タル甚吉ノ過失ニ因ル加害行為ニ基ケルモノナ
ルコトヲ認メ得ヘク之ニ對スル原審證人丹那甚吉ノ證言ハ信ヲ措キ難ク他ニ如上認
定ヲ動カスニ足ル適切ノ立證ナキヲ以テ控訴會社ハ民法第七一五條第一項本文ノ規
定ニ從ヒ被控訴人ノ因テ被リタル損害ヲ賠償スルノ責ヲ辭スルヲ得サルヤ言テ俟タ
ス仍テ數額ノ點ニ付審究スルニ被控訴人カ負傷當時其年齡滿十八年壹ヶ月ナリレコ
トハ爭ナキ所ニシテ特ニ其健康ヲ疑ハレムヘキ事情ノ見ルヘキモノナキ本件ニ於
テハ被控訴人ハ普通ノ健康ヲ有セシモノト認ムルヲ當然トシ而シテ滿一八年一月月
ニ達セル普通健康體ヲ有スル日本人男子ノ爾後生存スヘキ平均年數ノ四一年ナルコ
トハ醫院ニ顯著ナル事實ナルヲ以テ被控訴人ハ其年齡五九年一月月ニ達スル迄生存
スヘキモノト推定スルヲ相當トス雖モ當審證人鈴木中見原田稔ノ證言並原審鑑定
人川崎直右衛門鈴木耕三ノ鑑定ヲ參酌スレハ鐵工ハ一ヶ月平均二五日間其職ニ從シ
見習期間約一年ニシテ一人前ノ職工トナリ二〇歳前後ノ者ニシテ其日收初給一圓一
五錢爾後一ヶ月毎ニ順次一日ニ付一五錢増給シ一日三圓ニ達シテ爾後増給セス年

五〇 勞務債 從事シ得ルニ過キサルヲ通例トシ且ツ其勞銀ハ毎月一四日及末日ノ
 二回ニ支拂ハルルモノナルコトヲ認メ得ヘキヲ以テ被訴人モ亦將來五〇歳迄鐵工
 トレテ毎月同額ノ日數間勞務ニ從事シ得ヘキヲ同一割合ノ收入ヲ得(但被訴人ハ負傷當時
 日給八五錢ノ見習ニ過キサリシコト被控訴人ノ自カラ主張スル所ナルヲ以テ上
 記證人ノ證言並鑑定人ノ鑑定ト前示ノ如ク被控訴人カ大正六年八月ヨリ鐵工ニ從
 事シ來リタル點トニ照シ爾後六ヶ月間ハ右八十五錢ヨリ順次昇給シテ一圓迄ノ日給
 ナリシモノト認ムヘキニ拘ラス被控訴人ハ右負傷ノ結果身體ニ機能障害ヲ賂スニ至
 リ爲メニ勞働能率ノ三分ノ一ヲ減スルニ至レルコト原審鑑定人新谷庄吉ノ鑑定ニ徵
 シ結果トシテ三分ノ一ノ減少ヲ免レサルハ理ノ賭易キ所ニシテ是則ハチ被控訴人ノ得
 ヘカリレ利益ノ喪失ニ因ル損害ニ外ナラズト認ムルヲ相當トス然レトモ本件ハ其損
 害高ク一時ニ請求スル場合ナルヲ以テ年五分ノ利息ヲ斟酌シテ其額ヲ算出セル當
 鑑定人森村金造ノ鑑定ヲ參酌シ當院ハ被控訴人カ本訴提起當時ナル大正七年九月四
 日ニ於テ一時請求シ得ヘキ損害額ヲ原判決ト同様三千五百圓ト認ムルヲ至當トスヘ
 ク反證トシテ控訴人ノ提出セル乙第一號證ノ一、二並原審證人達吉之助、鹿子木正
 治ノ證言ハ之ヲ採用セス次ニ被控訴人ハ右負傷ノ爲メ及將來不具者タルカ爲メニ精
 神上ノ苦痛ヲ受ケタルコト論テ俟タサルカ故ニ當院ハ前示説明中ニ顯ハレタル負傷
 並機能障害ノ程度、被控訴人ノ年齢職業其他當事者双方ノ社會的地位等ニ鑑ミ之カ慰
 料トシテ控訴會社ヨリ金五百圓ノ支拂ヲ要スルモノト認メ以上二口合計四千圓ニ記
 録ニ依リ認メ得ヘキ訴訟送達ノ翌日即チ大正七年九月七日以降年五分ノ遅延利息ヲ
 付シテ支拂ヲ求ムル被控訴人ノ請求ヲ正當トス(大阪控訴院大正八年六月二二號同九年四月一九日民
 一部中尾裁判長櫻田鐵田各判事判決法律新聞 第一七〇二號一七頁)

【關係事項】 本件控訴棄却損害賠償請求事件〇控訴人松田汽船株式會社代表者取締役河西車次郎訴訟代理人辯護士菅沼豊太郎
 同河野孝一〇被控訴人橫峰集吉訴訟代理人辯護士日野和止

(一四三)

- 五三 理事ハ總テ法人ノ事務ニ付キ法人ヲ代表ス但定款ノ規定又ハ寄附行爲ノ趣旨ニ違反スルコトヲ得ヌ又社團法
 人ニ在リテハ總會ノ決議ニ從フコトヲ要ス
- 五五 理事ハ定款寄附行爲又ハ總會ノ決議ニ依リテ禁止セラレサルトキニ限り特定ノ行爲ノ代理ヲ他人ニ委任スル
 コトヲ得
- 一〇六 法定代理人ハ其責任ヲ以テ復代理人ヲ選任スルコトヲ得但已ムコトヲ得サル事由アリタルトキハ前條第一
 項ニ定メタル責任ノミヲ負フ
- 一〇七 復代理人ハ其權限内ノ行爲ニ付キ本人ヲ代表ス
 復代理人ハ本人及ヒ第三者ニ對シテ代理人ト同一ノ權利義務ヲ有ス

小島トク

理事ハ其法人ノ意思機關 (Willensorgane) ナリトス
 法人ノ理事ハ定款等ニ依リテ全ク復代理ヲ禁止シタルトキハ固ヨリ其禁止ニ從
 ハサルモノトス
 法人ノ理事ノ包括的再任ト雖モ定款等ニ依リテ之ヲ許スコトヲ得ヘキモノトス
 定款等ニ依ル復代理ノ禁止及ヒ包括的再任ノ許容ハ定款ニ基礎ヲ置クヲ以テ足
 リ特ニ定款ニ其明文ノ存スルコトヲ要スルモノニ非ス
 民法第五條ノ特定行爲ノ代理人及ヒ定款ニ基礎ヲ置キテ選任シタル包括復代
 理人ハ法人ノ意思機關ナリトス

理事 (Vorstand) ハ公益法人ノ法定代理人ナリ本來法定代理人ハ其責任ヲ以テ復代理人
 ヲ選任スルコトヲ得ト雖モ公益法人ノ法定代理人ノ如キハ多クハ其人ノ技術ニ信託
 セル爲メ之ヲ選任スルモノニシテ是レ全ク其人ノ一身上ノ性質ト關係トニ基クモノ
 トス故ニ理事ハ其法人ノ意思機關 (Willensorgane) ナリ

民法第五五條ニ所謂定款ハ三七條三八條ノモ寄附行為ハ四一條ノモノ總會ノ決議
 ハ六二條以下ノモノヲ謂フ又特定ノ行為トハ特定マリタル一箇又ハ數箇ノ行為即
 特ニ其行為ニ限ルコトヲ謂フ(一)定款等ニ依リ全ク復代理ヲ禁止シタルトキハ一箇
 又ハ數箇ノ行為ニ對シテ其代理ヲ再任スルコトヲ得サルカ理事ハ固ヨリ其禁止ニ從
 ハサル可ラスト爲ス之ハ五五條ニ禁止セラレタルトキニ限リ特定ノ行為ノ代理ヲ他
 人ニ委任スルコトヲ得ト爲セル其文意ヨリモ亦認ムルコトヲ得ル說トス(二)包括的再
 任ト雖モ定款等ニ依リテ之ヲ許スコトヲ得ヘキカ法定代理人ヲ選任スルコトヲ得
 爲セル一〇六條ノ規定ノ例外ヲ五五條ニ於テ認メ定款等ニ依リテ禁止セラレサル
 キニ限リ特定ノ行為ノ代理ヲ他人ニ委任スルコトヲ得ト爲セルハ前示復代理ノ原則
 ニ屬スル例外ヲ定メタル規定ナルカ故ニ包括的再任ト雖モ定款等ヲ以テ之ヲ許ス
 ルコトヲ得ルモノト解スヘキ歟此ハ一ノ疑問トナルヘシ定款等ニ依リテ特ニ之ヲ許
 ルスナク代理ノ全部ニ讓ラシメテ之ヲ執行ニ關スル規定ニシテ公益規定ニ非スト爲ス
 本條ヲ代理ノ全部ニ讓ラシメテ之ヲ執行ニ關スル規定ニシテ公益規定ニ非スト爲ス
 ハ委任事務ノ全部又ハ一部ヲ代理セシムルヲ得ヘシトスルコトアルヘキモ茲ニハ此
 ノ如キ包括的ノ復委任ヲ許サシメテ一箇又ハ數箇ノ行為ヲ單獨的ニ指示シテ代理セ
 シムルコトヲ許スニ止マルナリ(民法修正案理由書中五五條ノ理由)ト爲スモ法
 人ノ目的タル事業ニ依リテ必スシモ理事ノ特殊ノ知識ト材能トヲ要セス其普通人
 ノ能力ニ信任シテ其目的ノ行為ヲ遂クルコトヲ得ルモノナルコト且之レヲ定款等
 ニ依リテ許スルハ理事ヲ他ノ者ヲ以テ交代セシムルモ其目的ヲ遂クルコトヲ得
 キコトノ定款ノ自認ナリ又民法ノ理論トシテ斯カル私法人ノ其意思機關ノ構成ニ關
 シ其自認認ムル所ノ成分ヲ否定スル理由ハ毫モ存在セス故ニ肯定說ヲ可ト爲ス(三)
 茲ニ此定款等ニ依ル二ノ許容ハ特ニ其許容ヲ規定スルコトヲ要スルヤ又ハ之ニ反
 テ單ニ之ニ基礎ヲ置クノミニテ足ルヤ我民法ノ包括再任ノ許容ハ獨民法第三〇條ノ
 特別代理人ノ如ク定款ニ依リテ爲スヘキ點ハ相類似ス定款ニ依リテ爲ストハ何ソヤ

次ノ三說アリ一定款ニ其選任ヲ許シタルノミニテ足ルトノ說之ニ反シテ二選任ノ定
 款ニ規定セルコトヲ要ストノ說其他三會社定款ニ基礎ヲ置クノミニテ足ルトノ說茲
 ニ包括再任ノ許容カ定款ニ基礎ヲ置クモノト解セラレタルトキハ特ニ明文ヲ要スト爲
 スノ要ナカルヘシ實ニ又第五五條ノ定款等ニ依リテ禁止セラレタル限リト在ル其意
 義モ獨民法ニ於ケル學說ニ準シテ判斷スルコトヲ得ト爲ストキハ其禁止ハ亦唯定款
 ニ基礎ヲ置クニ過キスト解スルコトヲ得ト爲ストキハ其明文ノ存スルコトヲ要
 スト爲スノ要ナカルヘシ定款ノ解釋ナ一般法律ノ解釋ト特ニ異ナラシムルコトヲ要
 スト爲スノ要ハ全ク存在セス五五條ハ中島博士カ謂フカ如ク公益ニ關スル規定ニ非
 スシテ理事ノ職務執行ノ規定ナリト爲ストキハ之ハ解釋規定ニシテ定款モ亦解釋規
 定ノ性質ニ屬ス故ニ第三說タル定款ノ解釋トシテ之ニ基礎ヲ置クモノト認メラルル
 トキハ其許容アリト爲シ包括再任ヲ許容スルコトヲ得
 特定ノ行為ノ代理ヲ委任スル場合ニ於ケル定款等ニ依リテ禁止セラレタルトキニ限
 リト在ル其解釋ニ前示包括再任ノ許容ニ關スル說明ヲ準用ス
 五五條ノ特定行為ノ代理人ハ法人ノ意思機關ナリヤ又ハ理事ノ手足等ノ補助ニ過キ
 サルヤ(一)特定ノ行為ノ代理人ハ善意ノ第三者ニ對シテハ理事ノ行為全部ニ付キ理
 事ヲ代理スルモノト認メラルル然レトモ法人ニ對シテハ其特定ノ行為ノミニ關スル復
 代理人トス(二)七條一項)又本人及ヒ第三者ニ對シテ代理人ト同一ノ權利義務ヲ有ス
 (同二項)ト爲セリ適法ナル復代理人ノ選任ハ代理權ノ實行ニシテ本人ヲ代表シ之ヲ選
 任スルモノナルカ爲メ本人自ラノ選任ト異ナラス故ニ茲ニ此復代理人ハ特定行為ニ
 付キ法人ヲ代表ス而シテ直接法人ニ對シテ其代理ニ關スル權利義務ヲ有スルコトハ
 理事ト法人トノ關係ト同一ナリ從ヒテ若シ理事ニ關シテ法人ノ意思機關ナリトスル說
 明ト正當ト爲ストキハ茲ニ此復代理人モ亦其行為ニ關シテハ少ナクモ法人ノ意思機
 關ノ一部ナリト爲ストキハ得ヘシ我民法五五條ノ復代理人以外ニ使用人ヲ選任スル
 コトハ之ヲ理事ニ禁止セス故ニ理事ハ其過失責任ヲ以テ之ヲ使用スルコトヲ妨テス

富井博士 松波博士 松本博士 石坂博士 松岡博士 鳩山博士 三浦博士 片山博士 嘉山博士

從ヒテ其使用人ハ復代理人トハ區別スヘシ之ハ法人ノ意思機關ニ非ス理事ノ一身上ニ關スル補助者ナリ(ニ)定款等ニ基礎ヲ置キテ選任シタル包括復代理人ハ理事力之ヲ選任スルモ恰モ定款ノ規定又ハ解釋上其豫定シタル所ニ等シテ且其行為ハ前示ノ如ク法人ニ對シ直接關係ニ屬スルモノニシテ理事ノ法人ニ對スル行為ト等シ故ニ是レ亦法人ノ意思機關ト認ム(ドクトルユリス小島愛三郎氏法學新報第三〇卷第三號一〇三頁「民法第五條ノ法意」(領領))

【論旨第一點法人ノ理事ノ性質ニ關スル同趣旨學說】

- 一 理事其他ノ代表者ヲ以テ法人ノ機關ト爲シ別個獨立ノ人格者タル代理人ニ非スシテ法定代理人ニ準シ代理ノ規定ニ從フモノト爲ス(理論上正當ナリトス)(法學博士富井政章氏法協三四卷一〇號本報第五卷民法一一二頁)
- 二 取締役ハ會社ノ機關ナリ：會社ト取締役トノ關係ハ委任ニ關スル規定ニ從フ(法學博士松波仁一郎氏改正日本會社法一一二六頁)
- 三 取締役ハ會社ノ機關ニシテ代理人ニ非ス法律力代理又ハ代理權ナル語ヲ用ヒタルハ機關組織者ノ權限ニ付キ代理ニ關スル規定ヲ準用セント欲スルノ趣旨ト解スヘシ(法學博士松本憲治氏本書第一卷商法一七二頁)
- 四 理事ハ内部ニ於テハ法人ノ事務ヲ執行シ外部ニ對シ法人ヲ代理スル機關ナリ法人ハ自ラ行為ヲ爲スコト能ハサル故ニ法人ヲ代理スル機關アルコトヲ要ス理事ハ即チ此ノ代理機關ナリ故ニ理事ハ法人ニ欠クヘカラサル機關ナリ(法學博士石坂晉四郎氏東大講義則一九九頁)
- 五 理事ハ外部ニ對シ法人ヲ代表シ内部ニ於テ法人ノ業務ヲ執行スル常設機關ナリ是ヲ以テ第一ニ理事ハ代表機關ニシテ民法ニ所謂法定代理人ニ非ス理事ハ法人ノ一部ヲ爲ス獨立ノ人格ナキ機關トシテ外部ニ對シ法人ヲ代表シ法人ト異ナル別個ノ人格ヲ有スル法定代理人トシテ外部ニ對シ法人ヲ代表セス又理事ノ行為ハ即チ法人ノ行為ニシテ法定代理人ノ行為ニ非ス(法學博士松岡義正氏法論總則二九四頁)
- 六 余ハ法人ノ本質ニ付テ所謂實在說ヲ採ルノ結果トシテ理論上理事ハ意思機關ナリトイフ說ヲ是認スレトモ我民法カ代理人ト言ヒタルハ之ニ法定代理人ト同一ノ法律上ノ地位ヲ認メントスル趣旨ナリト解スルノ外ナシト信ス(法學博士鳩山秀夫氏註釋民法全書第二卷法律行為乃至時效二三二頁)
- 七 民法ノ下ニ於テモ理事ハ法人ノ機關ナリト雖モ時々代理權又ハ代理人等ノ字句ヲ用ユルハ獨逸民法カ理事ニ法定代理人ト地位ヲ與ヘタルト同シク理事ニ付キ代理ノ規定ヲ準用スルモノト解スヘシ(法學博士三浦信三氏民法總則提要一九八頁)
- 八 取締役ハ純理上會社ノ代理人ニ非ス(法學博士片山義勝氏株式會社法論六三三頁)
- 九 法人ハ自然ノ意思ヲ有セス自然ノ手足ヲ具ヘサレトモ法律上ニ於テハ機關アリテ法人ノ意思ヲ決定シ法人ノ行為ヲ爲ス

同松博士 中島博士 青木博士 鈴木博士 柳川博士 民法理由 富井博士 梅博士 509 (民法)

【同上異趣旨學說】

- 一 法人ノ機關ヲ業務執行ノ機關ト業務監督ノ機關トニ分テ理事ヲシテ業務施設ノ事ヲ司ラシメ監事ヲシテ業務監督ノ任ニ當ラシメ前者ハ法人ノ法定代理人ニシテ業務ノ施設ニ缺ク可カラサルヲ以テ必ス之ヲ置クコトヲ要スルモノトシ後者ハ業務ノ監督上必要アルニ任セ之ヲ置クコトヲ得ルモノトス(法學博士岡松參太郎氏民法總則一〇〇頁)
- 二 我民法上一理事ハ法人ノ代理人ニシテ機關ニ非ス(法學博士中島吉氏法學第一卷總則二〇二頁)
- 三 商法ハ形式上會社機關ナル題目ノ下ニ取締役ヲ規定セルモ之ハ章ノ命題ヲ簡易ナラシムルカ爲メニセル用語ト見ルヘク從テ之ニ對シテハ國家ニ於ケル官廳又ハ官吏ノ關係ヲ以テ說明スヘキニ非スシテ寧ろ普通ノ私法現象タル代理ノ關係ヲ以テ之ヲ解釋スルヲ穩當ナリトスヘキニ似タリ即チ取締役ハ會社ノ機關ナルカ故ニ其行為ハ即チ其會社其物ノ行為ナリト解スヘキニ非スシテ寧ろ取締役ハ會社ノ代理人ナルカ故ニ其行為ハ本人タル會社ニ對シテ直接ニ效力ヲ生スルモノト解スルノ外ナカルヘシ故ニ取締役ハ法定代理人ナリトナレハ取締役ハ法律上之ヲ置クコトヲ必要トスル代理人ナレハナリ(法學博士青木徹二氏會社法論四九一頁一四九二頁)
- 四 我民法上法人ハ法ノ假定ナリ實在スルモノニアラス法人ハ意思能力ナシ總會ノ意思ハ社員ノ意思ニシテ法人ノ意思ニアラス故ニ我民法上理事ハ法人ノ法定代理人ナリト信ス(法學博士鈴木太郎氏論議錄二八九頁)
- 五 取締役ハ法律上之ヲ置クコトヲ必要トスル點ニ於テ法定代理人ナリ(法學博士柳川勝二氏商法論二六四頁)
- 六 法人ノ機關ハ之ヲ業務執行機關ト業務監督ノ機關トニ別テ理事ヲシテ其業務執行ノ任ニ當ラシメ監事ヲシテ其業務監督ノ任ニ任セシム前者ハ法人ノ法律上代理人ニシテ其業務ノ執行ニ缺クヘカラサル機關ナルヲ以テ必ス之ヲ置クコトヲ要スルモノトシ後者ハ業務ノ監督上必要ナル場合ニ於テ之ヲ置クコトヲ得ルモノトセリ(民法理由書第二章第二節)

【論旨第二點定款等ニ依ル理事ノ復代理禁止ノ效力ニ關スル同趣旨學說】

- 一 特定ノ行為ノ代理ヲ他人ニ委任スルコトノ禁止ハ理事ノ代理權ニ加ヘタル一ノ制限ニ外ナラス(法學博士富井政章氏民法原論總則二二四頁)
- 二 定款寄附行為又ハ總會ノ決議ヲ以テ全ク復代理ヲ禁シタル場合ニ於テハ理事ハ固ヨリ其禁止ニ從ハサルヘカラス(法學博士梅謙次郎氏民法學義總則一二六頁)

三 理事カ代理人ヲ置クコトヲ得ルハ定款總會ノ決議若クハ寄附行爲ニ因リ之ヲ禁セサル場合ニ限ル之ヲ禁シタル場合ニ於テ
理事カ代理人ヲ置クハ不法ナリ(法學博士平沼博士一〇九頁)
四 理事ハ特定ノ行爲ニ付キ復代理人ヲ選任スルコトヲ得ト雖モ定款寄附行爲又ハ總會ノ決議ニ依リ明示又ハ默示ニテ之ヲ禁
止セラレタルトキハ固ヨリ之ニ從フコトヲ要ス(法學博士松波仁一郎氏同仁保龜松氏同仁井田益太郎氏民法正解總則三九三頁)
五 理事ハ定款又ハ寄附行爲又ハ總會ノ決議ニ依リテ禁止セラレタルトキハ復代理人ヲ選任スルコトヲ得ス(法學博士川名兼
四郎氏日本民法總論一〇九頁)
六 特定行爲ニ關スル復代理人ハ定款寄附行爲又ハ總會ノ決議ニ依リ之ヲ禁スルコトヲ得レトモ之ヲ禁セサルトキハ理事之ヲ爲ス
妨ケス(法學博士中島玉吉氏民法釋義總則二九九頁)
七 理事ハ原則トシテ代用權ヲ有スルニ止マリ定款ニヨリ其代理ヲ制限シ又ハ禁止スルコトヲ得(法學博士石坂博士四郎氏
東大講義總則二〇六頁)
八 理事ノ再任權ハ定款寄附行爲又ハ總會ノ決議ニヨリテ更ニ之ヲ禁止スルコトヲ得(法學博士鳩山一郎氏日大講二〇八頁)

【論旨第三點定款ニ依ル理事ノ包括的再任ノ許容ニ關スル學說】

一 本條ニ於テハ復代理人ニ關スル規定ニ從ヒ理事ニ他人ヲシテ自己ニ代ハリテ特定ノ行爲ヲ爲サシムルコトヲ許セリ唯之ヲ代
理ノ部ニ讓ラシメテ之ヲ擧グル所以ノモノノ復代理人ニ關スル規定ニ依レハ委任事件ノ全部又ハ一分ヲ代理セシムルヲ得ヘシト
スルコトアルヘキモ茲ニハ此ノ如キ包括的ノ復委任ヲ許サシメテ一個又ハ數個ノ行爲ノ單獨的ニ指定シテ代理セシムルコトヲ
許スニ止マルヲ以テナリ(民法理由書五五條)
二 本條ハ代理ノ原則ニ對スル例外ヲ定メタル規定ナルカ故ニ包括的再任ト雖モ定款、寄附行爲又ハ總會ノ決議ヲ以テハ之ヲ
許容スルコトヲ得ルモノト解スヘキ歟此點ハ一ノ疑問ナルヘシ(法學博士富井政章氏民法原論總則二二四頁)
三 本條モ亦代理權ノ制限ヲ規定シタルモノナリ法人ノ理事ハ其職公益ニ關スルモノナルカ故ニ其選任者ハ理事其人カ自ラ法
人ノ事務ヲ處理スルコトヲ庶期ス故ニ包括的復代理人ノ原則トシテ之ヲ許サス本條ハ理事ノ職務執行ニ關スル規定ニシテ公益規
定ニ非ス(法學博士中島玉吉氏民法釋義總則二九九頁)
四 定款寄附行爲等ハ理事ノ再任權ヲ擴張シテ包括的再任權ヲ與フルヲ得ルヤ否ヤノ問題アリ敢テ法人及ヒ理事ノ性質ト相反
スルモノニアラサルカ故ニ積極ニ解スルヲ可トス(法學博士鳩山一郎氏民法總則二〇八頁)

【論旨第五點理事ノ選任シタル復代理人ノ性質ニ關スル學說】

一 理事ノ外ニ特定行爲ノ代理人アリ又法人ノ機關ナリ其代理人ハ理事カ特定ノ行爲ニ付キテ選任シタル法人ノ復代理人ナリ
(川名博士前掲)
二 民法第五五條ノ規定ハ委任代理人ニ關スル規定ニアラスシテ獨逸民法第三十條ト同シク特定ノ行爲ニ付テノ代表機關ニ關

スル規定ナリト解セサルヘカラス(法學博士嘉山幹一氏民法總論一四〇頁)

論旨第一點法人ノ理事ノ性質如何ハ法人本質論ノ解決ニ繫ル所ニシテ法人カ組
織體トシテ實在スルコトヲ認ムルニ於テハ理事カ法人ノ意思機關ナルコトハ寧
ロ當然ナリト言フヘシ

民法第五五條ハ定款寄附行爲又ハ總會ノ決議ニ依ル禁止ナキ場合ニ限り理事ハ
特定ノ行爲ノ代理ヲ他人ニ委任シ得ル旨ヲ規定セシヲ以テ包括的ナル委任ハ之
ヲ許ササルモノト解スルコト文理上正當ナルノミナラス實際上ニ於テモ亦其必
要アリ然リト雖モ是レ定款等ニ何等ノ規定ナキ場合ニ關スル解釋ニシテ特定
款等ニ於テ積極的ニ包括的再任ノ許容ヲ定メタル場合ノ效力如何ハ自ラ別論ニ
屬ス此點ニ關シテハ素ヨリ多少議論ノ餘地ナキニ非サルヘシト雖モ吾人ハ其有
效ナルコトヲ認メ論旨第三點ニ贊同セント欲ス之ニ對スル反駁トシテ理事タル
特定人ノ技術又ハ信用ニ信賴シタル趣旨ヲ沒却スルニ至ルヘシト論スルハ定款
等ニ包括的再任ノ許容ヲ定メサリシ場合ニ於テノミ正當ニシテ定款等ニ其定メ
ヲ爲シタル場合ニ於テハ敢テ當ラサルヘシ

爾餘ノ論旨ハ大體ニ於テ孰レモ妥當ナリト雖モ第五點ニ付テハ尙ホ考究ノ餘地
アルヲ信ス之カ孰レニ決セラルルヤハ實際上ノ結果ニ頗ル影響アリ例之若シ之
カ意思機關ナリトセハ法人ハ第四四條第一項ニ基ク責任ヲ負フヘク若シ意思機

關ニ非ストセハ同項ノ適用ナキモノト解スヘキカ如シ

(一四四)

小島ト

四〇〇 債權ノ目的カ特定物ノ引渡ナルトキハ債務者ハ其引渡ヲ爲スマテ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

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

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

債權ノ目的カ一箇ノ特定物ノ引渡ヲ爲スニ在ルトキハ量ニ關セズ品質ニ關スルヲ以テ其物ノ引渡ハ不可分ニシテ其引渡請求權(債權)モ亦一定ノ關係(四二八條)ニ於テ通常不可分ナレトモ數個ノ特定物又ハ指示後ノ金錢ノ如ク數量ニ關スル物ノ引渡ハ可分ナルカ如ク其引渡請求權(債權)モ亦可分ナリトス

品質ニ關スル一個ノ特定物ノ引渡ト雖モ其物ニ屬スル權利(所有權)又ハ占有權ハ其物ノ不可分ナルニ似ス部分或ハ割合ニ依リテ之ヲ移轉スルコトヲ得ルニヨリ其債權ハ可分ナリトス

特定物引渡ノ請求權ハ之カ物權ニ基クトキハ民法第四〇〇條ノ適用ヲ來サスシテ同條ノ適用ハ特ニ債權契約ヲ以テ其引渡ヲ債權ノ目的トシタル場合ニ限ルモノトス

一 債權ノ目的(物)カ一個ノ特定物ノ引渡ヲ爲スニ在ルトキハ量ニ關セズ品質ニ關ス

ルヲ以テ其物ノ引渡ハ不可分トス故ニ其債權(引渡請求權)モ亦一定ノ關係(四二八條)ニ於テ通常不可分トス然レトモ數個ノ特定物又ハ指示後ノ金錢ノ如ク數量ニ關スル物ノ引渡ハ可分ナルカ如ク其引渡請求權モ亦可分トス亦品質ニ關スル一個ノ特定物ノ引渡ト雖モ其物ニ屬スル權利(所有權)又ハ占有權ハ其物ノ不可分ナルニ似ス部分或ハ割合ニ依リテ之ヲ移轉スルコトヲ得ルニ依リ若シ之ヲ約シタルモノナルトキハ其債權ハ可分トス

二 特定物引渡ノ請求權ハ買賣貸借寄託ニ於テ生スルヲ通常トス其引渡ハ其物ノ占有ヲ移轉スルニ在リ引渡請求權(引渡義務)ハ之カ物權ニ基クトキハ民法四〇〇條ノ適用ヲ來サス同條ノ適用ハ特ニ債權契約ヲ以テ其引渡ヲ債權ノ目的ト爲シタル場合ニ限ル動産貸借ノ終了ニ當テ貸主ノ返還(引渡)請求權ハ之ヲ豫定セル其債權契約ノ内容ニ依ルモノニシテ其所有權ニ依ルモノニ非ス使用貸借(五九七條)及寄託(六五七條)ハ其所有權ニ基クモノニ非ス其契約ノ内容ヨリ契約當初ノ引渡ニ當テ返還ヲ約シタルモノト認メ之ヲ債權ノ目的ト爲スモノナリ消費貸借(五八七)ニ付キテハ借主ニ其物ノ所有權ヲ移轉スルヲ以テ其契約終了後貸主ノ其物ノ返還請求權ハ所有權ニ依ルモノニ非ス全ク消費貸借契約ノ内容ニ依ルモノトシテ消費貸借ノ目的物ハ其性質上特定物ニ非サルモ其返還スヘキモノヲ指定シタルトキハ其指定後ハ特定スルカ故ニ其場合ハ其例トナル其他使用貸借ノ如キ其契約ノ履行ノ爲メニ物ノ引渡ヲ要スル契約ハ從來要物契約ト稱セラレタルモ近來其成立ハ承諾ノミニテ足リ物ノ引渡ハ其成立要件ニ非スト爲スニ依リ其引渡ハ使用貸借契約ニ依ルモノトス故ニ其例ト爲ル供託法ニ依ル供託物返還請求權ヨリ其特定物ノ引渡ハ亦其例ト爲ル近時認メラル金庫契約ノ場合モ亦等シク其例ト成ル特定物ノ引渡ヲ爲ス債務ハ其引渡ヲ爲スマテ保存スヘキ義務アリ其保存義務ハ二種アリ善良ナル管理人タル注意ヲ以テ保存スル義務(四〇〇條)及自己ノ財產ニ於ケルト同一ノ注意ヲ爲ス義務(六五九條一〇四〇條)即チ之ナリ其引渡ハ保存義務ノ終了ナリトス故ニ善良ナル管理人ノ保存義務トシテ

ハ其物ヲ保存上可分ト爲スヘキトキト所謂善良ナル管理人ノ注意ハ其事情ノ認識カ其保存義務者自身ニ係ラスシテ其時代ノ社會ノ通常人ノ一般ノ認識ニ係ル抽象的輕過失ナルヲ以テ其保存又ハ引渡ノ可分ハ其社會ノ認識ト一致シ最モ公平ニ近シ當事者ノ意思ニ依ル不可分ハ茲ニ此結果ノ公平ノ爲メ可分ト爲ルコトハ生シ得ヘキコトナリ又自認ノ財產ニ於ケルト同一ノ注意ヲ以テマシ保管義務者ハ自己ノ認識ニ依リテ特定物ノ保管ヲ可分ト爲スコトヲ得ヘキモ其事情ノ認識ハ社會一般ノ認識ニ依リサルヲ以テ特定物ノ數個ノ引渡カ當事者ノ意思表示ニ依リテ不可分ナルニ當テ之ヲ自己ノ認識ニ依リテ可分ト爲スハ許ササルカ如シト雖モ其物ノ無償保持義務者ニ自己ノ認識ニ依ル保管ノ可分ヲ許ス法ノ規定(六五九條五九三條)ヨリ見テ亦其引渡ノ可分ノ結果ヲ生スルニ至ルヘシ(ドクトル、ユリス小島愛三郎氏法學新報第三〇卷第一號六七頁)特定物ノ引渡ト可分債務(要領)

【論旨第一點特定物ノ引渡占有ノ移轉ハ可分給付ナリヤニ關スル學說】

- 一 占有權ノ供與移轉消滅等ノ目的トスル給付ハ讓渡アルトモ可分ノモノト見ルヲ至當トス何トナレハ占有權ハ數人ニテ之ヲ共有スルヲ妨ケザレハナリ(法學博士岡松參太郎氏債權總論(京都法政講一四頁))
- 二 債權ノ目的カ物ノ給付ニ在ルトキハ性質上分割シ得ヘキ場合ト否ラサル場合トアリ物ノ或ル分量カ目的物タルトキハ之ヲ分割シテ履行スルモ債權ノ要素ヲ變更スルコトナシ然レトモ分割ニ因リテ債權創設ノ目的ニ反スルトキハ分割履行ヲ許スヘキニ非ラス(一個ノ動産ノ給付ハ常ニ分割ヲ許サス(法學博士平沼駈一郎氏債權總論早大講三〇頁))
- 三 一頭ノ馬一頭ノ機一棟ノ家屋ハ其性質効用ヲ毀損スルニアラザレハ之ヲ分割スルコトヲ得ス即チ分割シ馬機又ハ家屋ノ各部ハ最早馬機一頭ノ家屋一棟ノ同一ノ効用ヲ爲ササルモノナリ從テ馬機又ハ家屋ノ給付即チ其引渡ノ目的トスル債務ハ不可分債務ナリ(法學博士橫田秀雄氏債權總論四六三頁)
- 四 一ノ特定物ノ占有ハ引渡スト云フ給付ハ不可分ナリヤト云フコトニツイテハ讓渡ノ存スル所也或ハ不可分ナリトスルモノアリ又可分ナリトスルモノアリ我カ民法ニ於テハ如何ニ之ヲ決定スヘキカハ占有ト云フモノノ共有ヲ許サヤ否ヤト云フ問題ヲ決定スルニヨリ決定ル(法學博士川名兼四郎氏債權要論二九〇頁)
- 五 占有權モ亦財產權ナルカ故ニ之カ共有ノ場合ニモ第二四九條乃至第二六二條ノ規定ノ準用アルハ勿論ナルヘシ(二六四)(同上物權法要論一三四頁)

岡松博士
平沼博士
橫田博士
川名博士
石坂博士

移轉ハ可分給付ナリト云ハサルヘカラス(法學博士石坂音四郎氏日本民法債權上一一四頁)

六 一箇ノ物ノ占有ヲ移轉スル債務ハ分割給付ヲ許ササルモノニアラス先ツ一人ノ債權者ヲ共有者ト爲シ順次ニ他ノ債權者ヲ共有者ト爲スモ占有ノ性質ニ反スルモノニアラス(法學博士鳩山秀夫氏債權一九四頁)

七 一頭ノ馬ヲ引渡シ又ハ一棟ノ家屋ヲ賣渡スル給付ハ不可分給付ナルカ故ニ若シ之ヲ分割セハ馬タリ家屋タルノ性質ヲ失フモノナリ(法學博士磯谷幸次郎氏債權法論上卷一〇二頁)

【同第二點特定物上ノ占有權以外ノ權利ノ移轉ハ可分給付ナリヤニ關スル同趣旨學說】

一 所有權ヲ與フルノ給付モ同シク可分也一時ニ全所有權ヲ與フルモ三分一ツツ三分二ツツニ分テ之ヲ與フルモ同シク目的ヲ達スル上ニ於テ同一也物ヲ分割スルニ非ス所有權其者ノ分割ナリ(川名博士債權二八九頁)

二 所有權ハ可分權ナリ而シテ所有權ノ物體タル者カ物理的ニ分割セラルルコトハ必スシモ必要ニアラス物理的ニ分割スルコトヲ得サル場合ニ於テモ所有權ハ思想上分割スルコトヲ得ルヲ以テ所有權ハ可分權タルヲ失ハス永小作權地上權モ亦可分權ナリ抵當權モ亦可分權ナリ然レトモ地役權ハ不可分權ナリ(石坂博士同上二二頁)

三 一箇ノ物ノ所有權ヲ移轉スル債務ハ分割給付ヲ許ササルモノニアラス先ツ一人ノ債權者ヲ共有者トシ順次ニ他ニ債權者ヲ共有者ト爲スモ所有權ノ性質ニ反スルコトナシ(鳩山博士同上二九四頁)

特定物ノ引渡占有權ノ移轉ヲ目的トスル給付ハ果シテ不可分給付ナリヤ此點ニ關シドクトルハ二箇ノ區別ヲ爲シ一箇ノ特定物ノ引渡ハ質ニ關スルヲ以テ不可分給付ナルモ數個ノ特定物ノ引渡ノ如キハ量ニ關スルヲ以テ可分給付ナリト解セラルルモノノ如シ然レトモ吾人ハ特定物ノ個數ニ拘ラス特定物ノ引渡ハ原則トシテ可分ナリト解スルノ正當ナルヲ信ス蓋シ一個ノ特定物ノ引渡ト雖モ占有權ノ共有(民法第二六四條)ヲ認ムルニ於テハ必スシモ之ヲ常ニ不可分ナリト解スルノ理由ナケレハナリ唯當事者カ意思表示ニヨリ之ヲ不可分ナリトシ又ハ特定物ノ性質カ共同占有ヲ容ササル場合ニ於テノミ例外トシテ不可分ナルノミ

鳩山博士
磯谷博士
川名博士
石坂博士
鳩山博士

特定物ノ引渡ニ非スシテ其上ニ存スル權利ノ移轉ヲ目的トスル給付ヲ可分給付ナリトスル論旨第二點ノ正當ナルハ固ヨリ論ナシ同第三點亦然リ

(一四五)

一六二第二項 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且過失ナカリシトキハ其不動產ノ所有權ヲ取得ス
一七七 不動產ニ關スル物權ノ得喪及ヒ變更ハ登記法ノ定ムル所ニ從ヒ其登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス
民事訴訟法二一八 裁判所ニ於テ顯著ナル事實ハ之ヲ證スルコトヲ要セス

明治六年太政官布官第二四九號 神社佛寺其古來所傳ノ什物衆庶寄附ノ諸器並同堂金等ノ類ハ神官僧侶ハ勿論氏子禮家ノモノタリトモ自儘ニ處分可致筋無之候條若不得已儀ハハ委詳具狀ヲ以テ教部省へ可申立候此旨布告候也
明治九年教部書達第三號 社佛寺其古來所傳之什物等處分ノ儀明治六年七月第二四九號公布ノ趣有之ニ付テハ持

添之田畑山林並寄附金又ハ古文書類共總テ右公布ニ照準シ處分可致ハ勿論ニ候條此旨爲心得相違候事

大審院判

地上權ヲ讓渡シタル場合ニ於テ其讓渡ヲ以テ第三者ニ對抗スルニハ地上權移轉登記ヲ爲スコトヲ要スルモノナルヲ以テ甲カ乙ニ對シ該登記義務ヲ負擔スルトキハ甲ハ丙ニ對シ其前提タル地上權ノ時効ニ因ル取得登記ヲ請求シ得ル權利ヲ有スルモノトス

如上ノ場合ニ於テ甲ハ乙ニ對シテ地上權移轉登記ヲ爲ス義務アルモノナレハ縱令現時地上權ヲ有セストスルモ丙ニ對シ時効ニ因ル地上權取得ノ登記請求ヲ爲スニ付何等ノ利益ナキモノト謂フヲ得サルモノトス
明治初年ニ於テ社寺有ノ土地ニ付社寺ト借地契約ヲ爲スニ當リテハ當該官廳ノ

許可ヲ要スルコトハ明治六年布告二四九號及明治九年教務省達第三號ニ依リ明カナリトスルモ當時ノ普通人トシテハ該許可ノ有無ヲ調査セスシテ借地契約ヲ爲スモ之カ爲メ普通人ノ注意ヲ缺キタルモノト謂フヲ得ス從テ第一六二條第二項ニ所謂過失アリト謂フコトヲ得サルモノトス
此無過失ノ事實ハ時効ノ利益ヲ採用スル者ノ立證スヘキ事項ナリト雖モ無過失ナルコトカ顯著ナル場合ニ於テハ立證ヲ缺タスシテ之ヲ認ムルニ妨ナキモノトス

(一) 上告理由 原判決ハ其ノ後段ニ於テ「控訴人ハ同番ノ宅地ニ付テハ大正元年八月中被控訴人ニ於テ訴外小林靜造ニ該地上權ヲ讓渡シタルヲ以テ被控訴人ハ既ニ該宅地ニ付テハ有セサルニ拘ハラス其後ニ於テ本件假登記ヲ爲シタルモノナレハ該假登記ハ抹消セラレヘキモノナリト主張シ甲第三號證人小林靜造ノ供述トニヨリ大正元年八月中(中略)被控訴人カ其地上權ヲ小林靜造ニ讓渡シタル事ヲ認メ得ルヲ以テ該宅地ニ付テハ被控訴人ハ現ニ地上權者ニアラサルカ故ニ被控訴人ノ本件請求中該宅地ニ付被控訴人カ地上權ヲ有セサルコトノ確證ヲ求ムル部分ハ相當ニシテ認容スヘキ該宅地ニ付被控訴人カ時効ニ因リ地上權ヲ取得シタルコト前記説明ノ如クナル以上控訴人ハ該土地ニ付被控訴人ノ爲メニ地上權ノ登記ヲ爲スヘキ義務アルコト勿論ニシテ被控訴人カ該地上權ヲ他人ニ讓渡シタル事モ控訴人ハ對シ其設定登記ヲ爲スヘキ義務ヲ免ルヘキモノニアラサレハ被控訴人ノ爲シタル本件假登記ハ正當ニシテ云云」ト列示セリ依テ案スルニ不動產登記ハ不動產ニ關スル物權ノ得喪變更ノ公示方法ナルヲ以テ(御院明治四十三年(オ)第七七號判決參照)登記ヲ爲スニ付實體上ノ權利アリテ其實ニ適合スル登記ヲ爲シタル場合ニ於テ法定ノ效力ヲ生スルモノトス換言スレハ其登記ハ正當ナル事實關係ニ合致セス又ハ登記權利者現ニ其不動產上ニ何等ノ權利ヲ有セサル場合ニ於テ該宅地ニ付被控訴人カ現ニ地上權者ニシテ從テ事實ニ適合セサル登記ノ請求ヲ爲シ或ハ現ニ何等ノ權利ヲ有セサルニ拘ハラス登記ヲ請求スルカ如キハ法律上認容セラレヘキ所ニアラサルナリ若シ原判決ノ如ク被上告人ニ於テ現ニ地上權ヲ有セサルニ拘ハラス過去ニ於テ地上權ヲ有シ居リタル事實アルノモノニ對シテ原判決ノ上告人ハ被上告人ニ對シテ地上權登記ヲ現在ニ於テ爲スヘキ義務アリト謂フハシテ實事實ノ公示方法ナリト性質ヲ没却スルノミナラス被上告人ハ現ニ地上權ヲ有セサルモノナルヲ以テ何等ノ利益ヲ有セサルニ拘上告人ニ對シテ登記請求ノ請求ヲナシ得ル結果ヲモ來スニ至ルヘク利益ヲケレハ訴權ナシトノ原則ニ反スル結論ヲ見ルニ至ルヘシ要スルニ原判決ハ擬律錯誤ノ不法ナリ

【判決理由】然レトモ地上權ノ讓渡シタル場合ニ於テモ其讓渡ヲ以テ第三者ニ對抗スルニハ地上權移轉登記ヲ爲スコトヲ要スヘク從テ被告ハ訴外小林靜造ニ對シ本件七百六十番子宅地ニ付地上權移轉登記ヲ爲ス義務ヲ負擔スルモノナルヲ以テ被告ハ原告人ニ對シ其前提タル地上權ノ時効ニ因ル取得登記ヲ請求シ得ル權利ヲ有スルモノト謂ハサルヘカラス然レハ原裁判所カ原告人ノ爲シタル本件假登記ヲ正當ナルモノト認定シタルハ固ヨリ相當ナリ又右ノ如ク被告原告人ハ地上權移轉登記ヲ正當ス義務ヲ負擔スルモノナレハ假令現時地上權ヲ有セストスルモ原告人ニ對シ時効ニ因ル地上權取得ノ登記請求ヲ爲スニ付何等ノ利益ナキモノト謂フヘカラス故ニ本論旨ハ其理由ナキモノトス

(二) 案スルニ社寺有ノ土地ニ付他人ノ爲地上權ヲ設定スルコトハ明治六年布告第二四九號及ヒ明治九年敕部省達第三號ニ所謂處分ニ該當スルモノナルコトハ既ニ當院判例ノ認ムル所ナリ然レトモ本件借地契約當時タル明治十四年又ハ明治十八年ト謂フカ如キ一般ニ法律智識ノ未タ進歩セザリシ時代ニ於テハ普通人ノ考トシテ買賣贈與交換拋棄ト謂フカ如キ直接ニ物ノ所有權ヲ喪失スル行爲又ハ抵當權及ヒ質權設定ト謂フカ如キ所有權喪失ノ結果ヲ來タスコトアルヘキ行爲ハ該布告及ヒ達ニ所謂處分ニ該當スルモノト解シタルモノナルハシト雖モ本件ノ如キ借地契約ニアリテハ所謂地上權設定行爲ト質貸借契約トニ分チ前者ハ處分行爲ニ屬スヘキモ後者ハ其内ニ包含セスト謂フカ如キ區別ヲ爲シ得タルモノトハ到底推測スルヲ得ス寧ロ當時普通ノ考トシテハ本件ノ如キ借地契約ノ如キ場合ニ於テハ地上權設定行爲ト質貸借契約トノ區別ヲ爲サスニ處分行爲ニ屬セサルモノト思惟シタルモノト認ムルヲ相當トス從テ當時社寺ト借地契約ヲ爲スニ當リ前記法令ニ依リ當該官廳ノ許可ヲ受ケルコトヲ要セザルモノト信シ其許可ノ有無ヲ調査セザリシトスルモ之カ爲メ普通人ノ注意ヲ缺キタルモノト謂フヘカラス故ニ被告原告人先代カ本件借地契約ヲ爲スニ當リ當該官廳ノ許可ヲ得タルモノナリヤ否ヤヲ調査セズ其行爲ヲ有效ナリト信シ原告

寺ノ本件土地ヲ占有シ來リタリトスルモ其占有ノ始ニ於テ被告原告人先代ニ過失アリト謂フコトヲ得サルモノトス尙ホ此無過失ノ事實ハ固ヨリ時効ノ利益ヲ授用スル被上告人ノ立證スヘキ事實ナレトモ裁判所ニ於テ事實自體ノ上ヨリ無過失ナルコト明カナリト爲ス場合ニ於テハ特ニ立證ヲ俟タズシテ之ヲ認ムルモ毫モ妨ナキモノトス(大正九年(オ)第八五號同年三月二日判決參照)而シテ原判決ノ趣旨モ亦右ニ示ス所ニ外ナラサルモノト解スルヲ相當トス故ニ上告論旨ハ理由ナシ(大審院大正九年(オ)第二一七號同年五月七日民一部田部裁判長神原鈴木鬼澤三宅各判事判決)

【關係事項】 上告棄却○原審新潟地方裁判所○地上權不存在確認及地上權假登記抹消請求事件○上告人華報寺訴訟代理人辯護士牧野野男同丸山良策被上告人川上華治

【判旨第一點實體上ノ權利ナキ者カ義務履行ノ爲メニ爲スヘキ登記手續ノ許否ニ關スル同趣旨判例】

一 不動産ニ關シ實體上ノ權利ナキ場合ト雖モ事實ニ吻合セシムヘキ義務履行ノ爲メニスル登記手續ハ固ヨリ許容セラルヘキモノトス(大審院大正八年(ニ)二月五日判決本書第八卷民法一三二頁)
 二 不動産ノ所有者トシテ登記セラレタル者カ其者ヨリ直接ニ不動産ヲ取得シタルニ非サル現所有者ニ對シ買賣其他名義ヲ以テ直接ニ所有權移轉ノ登記ヲ爲スヘキコトヲ約シタル場合ノ如キニ於テハ其契約ヲ有效トシテ登記義務ヲ負擔セシムルヲ妨ケサルモノトス(大審院大正八年五月一六日判決本書第八卷諸法二〇七頁)

【同第四點占有ノ無過失ト立證責任ニ關スル同趣旨學說判例】

本卷民法一二五頁以下

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
 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
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地位ス
不動産登記法七第二項 假登記ヲ爲シタル場合ニ於テハ登記ノ順位ハ假登記ノ順位ニ依ル

- (一) 賣渡担保ナル信託行爲ニ在リテハ其担保物ニ對スル受託者ノ權利行使ハ其信託ノ目的ノ範圍内ニ制限セラレ之ニ超越セサルヘキ義務ヲ負担スレトモ右當事者間ノ内部關係ニ於ケル特約ハ固ヨリ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルモノニ非サルカ故ニ第三者ハ受託者ヲ以テ眞ノ所有者ト看做スコトヲ得ヘク從テ其物件ニ付キ受託者ト第三者トノ間ニ爲シタル賣買ハ固ヨリ有效ニシテ上記特約ノ爲メニ其効力ヲ左右セラルヘキモノニ非ス
- 叙上ノ法則ハ畢竟第三者ノ利益ヲ保護スルノ趣旨ニ出テタルモノニ過キサルカ故ニ第三者ニ於テ自己ノ正當ナル利益ヲ伸張スルカ爲メニ自ラ進テ信託行爲タル事實ノ主張ヲ爲スコトヲ妨クルモノニ非ス
- (二) 民法第五〇〇條ハ辨濟者ノ利益ヲ確保スルカ爲メニ設ケタル規定ニシテ必スシモ辨濟者ニ於テ債權者ニ代位シテ其利益ヲ享受セサル可カラサルモノニ非ス
- (三) 假令一旦假登記ヲ爲スモ其後本登記ヲ爲スノ權利ヲ喪失スヘキ事情發生シタルトキハ登記請求權ノ消滅ヲ來スヘキモノトス
- (四) 賣渡擔保ニ付キ債務者カ債務ヲ辨濟スルノ時期ニ關シ何等特別ノ契約ナキ場合ニ於テハ苟モ時効ノ規定ニ反セサル限りハ債務者ハ何時タリトモ債務ノ辨濟ヲ爲シテ擔保物ヲ取戻スコトヲ得ルモノトス

- (五) 債務ノ辨濟ハ債務ノ本旨ニ從ヒテ之ヲ實行スルノ行爲ヲ謂フニ外ナラサルカ故ニ苟モ債務者ニ於テ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲ストキハ債務關係ハ之ニ依リテ當然消滅スヘク必スシモ債務者ニ於テ其履行ニ因リテ債務ヲ消滅セシムルノ意思ヲ特ニ表示スルコトヲ必要トスルモノニ非ス
- (六) 供託ハ辨濟ニ非スト雖モ辨濟ト同一ノ効力ヲ有シ債權者ハ供託後何時タリトモ其供託物ヲ受取ルコトヲ得ルノミナラス假令供託中ニ在リテモ其物ノ賣買讓與等自由ニ之カ處分ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ債務者ハ供託ニ因リテ直チニ債務ヲ免脱スルコトヲ得ヘク供託受領證書ノ交付ハ畢竟債權者カ供託物ヲ受取ルノ便宜ニ供スルモノタルニ過キサレハ受領證書交付ノ有無ニ依リテ供託其者ノ効力ヲ左右スヘキモノニ非ス
- (一) 案スルニ賣渡擔保ナル信託行爲ニ在リテハ其擔保物ニ對スル受託者ノ權利行使ハ其信託ノ目的ノ範圍内ニ制限セラレ之ニ超越セサルヘキ義務ヲ負擔スレトモ右當事者間ノ内部關係ニ於ケル特約ハ固ヨリ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルモノニ非サルカ故ニ第三者ハ受託者ヲ以テ眞ノ所有者ト看做スコトヲ得ヘク從テ其物件ニ付キ受託者ト第三者トノ間ニ爲シタル賣買ハ固ヨリ有效ニシテ上記特約ノ爲メニ其効力ヲ左右セラルヘキモノニ過キサルカ故ニ第三者ニ於テ自己ノ正當ナル利益ヲ伸張スルノ趣旨ニ出テタルモノニ過キサルカ故ニ第三者ニ於テ自己ノ正當ナル利益ヲ伸張スルカ爲メニ自ラ進テ信託行爲タル事實ノ主張ヲ爲スコトヲ妨クルモノニ非ス原判決ノ認

メタル事實ハ大正二年六月二十三日訴外上田角吉カ上告人ヨリ金三千七百六十三圓ヲ借受クルニ際シ其辨濟ヲ確保スルカ爲メニ角吉所有ノ本訴建物ヲ賣渡擔保ト爲シ外部關係ニ於テノヨミ其所有權ヲ移轉シ賣買ノ假登記ヲ受ケタル所其後角吉ニ對スル抵當債權者三原金三郎ノ申立ニ因リ該建物ニ付キ競賣開始セラレ同六年八月六日被上告人ニ於テ競落シ而テ被上告人ハ角吉カ上告人ニ對シテ有スル債權ノ殘額ヲ辨濟スルニ充分ナル金二千六百二十八圓二十七錢ヲ供託シテ全然上告人ノ債權ヲ消滅セシメタリト云フニ在リテ即チ辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スル第三者タル被上告人カ信託行爲ノ基本タル債權ヲ信託者タル角吉ニ代リテ辨濟シ依テ以テ該債權ヲ消滅セシメタル事實ニシテ斯カル場合ニ受託者タル上告人ニ於テ叙上ノ法則ヲ援用シテ被上告人ノ爲シタル辨濟ノ效力ヲ否定スルコトヲ許ササルハ當然ナリ論旨ハ上告ノ理由ト爲スニ足ラス

(二) 案スルニ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ルコトヲ得ルハ民法第五〇〇條ノ規定スル所ナレトモ道ハ辨濟者ノ利益ヲ確保スルカ爲メニ設ケタル規定ニシテ必スシモ辨濟者ニ於テ債權者ニ代位シテ其利益ヲ享受セサル可カラサルモノニ非サルノミナラス本件事實ハ前點説明シタルカ如ク競落人タル被上告人ハ上告人ノ有スル擔保權ヲ消滅セシムンカ爲メニ前掲金圓ヲ供託シタルモノナラシテ以テ原判決力右供託ニ因リテ上告人ノ債權カ全部消滅ニ歸レタル旨判示シタルハ固ヨリ相當ナリ

(三) 然レトモ假令一旦假登記ヲ爲スモ其後本登記ヲ爲スノ權利ヲ喪失スヘキ事情發生シタルトキハ登記請求權ノ消滅ヲ求ムルハキハ言テ依テ原判決ノ認ムル所ニ依レハ上告人ノ有ヘル擔保權ハ被上告人ノ爲シタル辨濟ニ因リテ消滅シ上田角吉及ヒ上告人間ノ信託賣買ハ全然其效力ヲ失ヒタル事實ナルヲ以テ賣買ノ原因トスル上告人ノ本登記請求權ノ既ニ消滅ニ歸レタルヤ明カナリ論旨理由ナシ

(四) 然レトモ賣買擔保ニ付キ債務者カ債務ヲ辨濟スルノ時期ニ關シ何等特別ノ契約

ナキ場合ニ於テハ荷モ時効ノ規定ニ反セサル限りハ債務者ハ何時タリトモ債務ノ辨濟ヲ爲シテ擔保物ノ取戻ヲ爲スコトヲ得ルハ言テ殊タス原判決ハ本訴擔保物ノ第三取得者タル被上告人カ債務者ニ代ハリテ債務ノ辨濟ヲ爲シ以テ擔保權ノ消滅ヲ來シタル事實ヲ認定シタルモノニシテ債務ノ辨濟期ニ付キ特約ノ存在ヲ認メサル本件ニ於テ右第三者ノ辨濟ノ有效ナルハ勿論ナリ

(五) 然レトモ「債務ノ辨濟ハ債務ノ本旨ニ從ヒテ之ヲ實行スルノ行爲ヲ謂フニ外ナラサルカ故ニ荷モ債務者ニ於テ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲ストキハ債務關係ハ之ニ依リテ當然消滅スヘク必スシモ債務者ニ於テ其履行ニ因リテ債務ヲ消滅セシムルノ意思ヲ特ニ表示スルコトヲ必要トスルモノニ非サルノミナラス假ニ上告所論ノ如ク辨濟ニ意思表示ヲ要スルモノトスルモ荷モ債務者ニ或特定セル債務ニ付キ辨濟スヘキ旨ノ意思ヲ表示シ現ニ其債務ヲ消滅セシムルニ足ルヘキ給付ヲ爲シタル以上ハ縱令債務者ノ爲シタル計算方法ニ誤謬アリテ債務者ノ辨濟意思カ債務ノ内容ニ多少一致ヲ缺ク點アリトスルモ之ヲ以テ辨濟ノ效力ヲ否定スヘキモノニアラス何トナレハ斯カル場合ハ主觀的ニ之ヲ觀察スルトキハ債務者ノ辨濟意思ハ債務ノ内容ト多少一致セリル所アリト雖モ其爲レタル給付ハ客觀的ニ其債務ノ内容ニ適合シ之ヲ有效ナル辨濟ト看做スニ於テ何等不條理ナル結果ヲ生スルモノニ非サレハナリ故ニ原判決カ被上告人ハ殘元金ノ外大正六年八月六日ヨリ同八年十二月十六日迄二十八ヶ月十日間ノ利息シテ金五百八十圓二十七錢ヲ提供且供託シ辨濟當日タル大正八年十月十七日分ノ利息ヲ辨濟スルノ意思ヲ表示シタルモノニ非スト雖モ現ニ被上告人ノ提供且供託シタル金圓ハ右十二月十七日分ノ利息ヲモ辨濟スルニ足ルヘキ充分ノ金額ヲ包有シタルコトハ算數上明白ニシテ即チ客觀的ニ殘債務ノ内容ヲ實現スルニ足ルヘキ提供及ヒ供託ヲ爲シタルモノト云フコトヲ得ヘキ旨說示シタルハ相當ニシテ原判決ハ上告所論ノ如ク辨濟ニ關スル法則ノ適用ヲ誤リタルモノニ非ス

六) 案スルニ「信託ハ辨濟ニ非スト雖モ辨濟ト同一ノ效力ヲ有シ債權者ハ供託後何時

其供託物ヲ受取ルコトヲ得ルノミナラス假令供託中ニ在リテモ其物ノ賣買讓與等自由ニ之カ處分ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ債務者ハ供託ニ因リテ直ニ債務ノ免脱ヲ受クルコトヲ得ヘク上告所論供託受領證書ノ交付ハ畢竟債權者カ供託物ヲ受取ルノ便宜ニ供スルモノタルニ過キス受領證書ノ交付ノ有無ニ依リテ供託其者ノ效力ヲ左右スヘキモノニ非ス故ニ原判決カ供託受領證書ノ交付ハ供託ノ效力發生ノ要件ニ非スト判示シタルハ相當ニシテ論旨ハ理由ナシ(大審院大正九年(オ)第三五一號同年六月二日民三部横田裁判長大倉柳原磯谷蘆淵各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審大阪控訴院○不動産所有權移轉登記抹消請求事件○上告人中野熊次郎訴訟代理人辯護士清瀬一郎
同中塚正信同藤川壽吉同竹内賢久治同後藤傳兵衛被上告人同源造

【判旨第一點賣渡擔保ノ效力ニ關スル參照學說判例】

本卷民法三七頁以下

【同第五點辨濟ト辨濟意思ノ要旨ニ關スル學說判例】

本卷民法一七五頁以下

【同第六點供託受領證書ノ交付ト供託ノ效力ニ關スル參照判例】

一 供託ノ通知及供託證書交付ノ遅延ハ供託ノ效力ニ何等影響ナク唯之カ爲メニ生シタル損害ノ責任ニ付キ別個ノ關係ヲ發生スルニ過キサルモノトス(大阪地方明治四四年(ウ)第九八號判決本書第一卷民法二六六頁)
二 同上判決ト全然同意旨(大阪區裁判所大正八年五月二二日判決本書第八卷民法七一九頁)

七〇九 故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責任ニ
甲カ乙ノ不法行爲ニ因リテ負傷後死亡シタル場合ニ於テハ甲ハ死亡以前ニ乙ニ

對シ將來生存シテ取得スヘキ利益ノ喪失ニ因ル損害ノ賠償請求權ヲ取得スルモノニシテ其損害ハ死亡以前ニ發生シ死亡ヲ原因トシテ發生スルモノニ非ス
府令ヲ以テ人力車ノ賃金ヲ定メタル場合ト雖モ該府令ハ一種ノ法規タルニ止マリ人力車夫カ該地ニ於ケル賃料收入ニ關スル現實ノ狀態ヲ描寫セルモノニ非ス從テ府令ニ關係ナク物價賃金一般的昂騰ヲ以テ人力車夫ノ收入判斷ノ資料ニ供スルモ違法ニ非ス

(一) 然レトモ原裁判所ハ上告人カ大五年五月十六日大阪市南區宗右衛門町街路ニ於テ自己ノ搭乘セル自働車ヲ操縦スルニ付キ注意ヲ缺キタルカ爲メ被上告人ノ父吉永松次郎ヲ轢倒シテ創傷ヲ負ハシメ同人カ之ニ因テ同月二十六日死亡シタル事實ヲ認定シ此事實ニ付キ吉永松次郎カ其死因タル創傷ヲ受クルト同時ニ上告人ニ對シテ將來生存シテ取得スヘキ利益ヲ失ヒタル損害ノ賠償請求權ヲ取得セル旨ノ法律上ノ判斷ヲ與ヘタルモノナルコトハ判決上明白ナリ而シテ負傷者ハ死亡以前ニ於テ不法行爲者ニ對シテ將來取得スヘキ利益ノ喪失ニ因ル損害ノ賠償請求權ヲ取得スルモノニシテ其損害ハ死亡以前ニ發生シ死亡ヲ原因トシテ發生スルモノニ非サルコトハ法律上明白ナルヲ以テ(大正二年(オ)第一七二號同年十月二十日言渡判決參照)原裁判所ノ法律上ノ判斷ハ正當ナリ故ニ論旨ハ理由ナシ

(二) 然レトモ人力車ノ賃金ヲ定メタル大阪府令ハ一種ノ法規タルニ止マリ大阪市ニ於ケル人力車夫ノ賃料收入ニ關スル現實ノ狀態ヲ描寫セルモノニ非サレハ原裁判所カ右府令ニ關係ナク物價賃金一般的昂騰ヲ以テ吉永松次郎ノ收入判斷ノ資料ニ供シタルハ違法ニ非ス故ニ論旨ハ理由ナシ(大審院大正九年(オ)第八八號同年四月二十日民一部田部裁判長柳原磯谷尾古鬼澤各判事判決)

【關係事項】 七告棄却○原審大阪控訴院○損害賠償及慰籍料請求事件○上告人角田宮三郎訴訟代理人辯護士安藤桂同吉井濱治郎被告上告人吉永かね

一四八

大審院判

天然果實ハ其定著スル土地又ハ草木ヨリ分離シ獨立ノ物トシテ賣買取引ノ目的ト爲スコトヲ得ヘク此場合ニ於ケル果實ハ未タ樹枝ト分離セラレサル以前ヨリ一種ノ動産トシテ取扱ハルルコトヲ妨ケサルハ民事訴訟法カ成熟期ニ近キ果實ヲ有體動産ト同視シ之カ差押ヲ許スニ依リテ明ナリトス
如上ノ場合ニ於テ買主力桑葉(天然果實)ノ所有權ヲ第三者ニ對抗スルニハ動産ノ場合ニ於ケルカ如ク單ニ引渡ノ一事ヲ以テ足ルヘキニ非スシテ同時ニ其引渡アリタルコトヲ他人ヲシテ明認セシムヘキ方法ヲ講スルコトヲ要スルモノトス
桑葉カ畑地ニ生育セル桑樹ヨリ分離セラレサル以前之ヲ賣買シタル場合ニ於テ其所有權取得ヲ第三者ニ對抗スルニハ單ニ引渡ヲ爲スヲ以テ足ルヤ否ヤハ地方慣習ノ有無ニ依リテ決セラルヘキ事實問題ニ非ス

川崎新士 平塚新士 藤村新士 富井新士 大田新士

【一】上告理由 原判決ハ畑ニ生立セル桑樹ヨリ未タ分離セサル桑葉ハ性質上不動産ノ一部ト見ルヘキモノナル故ニ動産ノ場合ニ於ケルカ如ク單ニ引渡ノ一事ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス其得喪ニ付キ少クモ他人ヲシテ其事ヲ知リ得ル状態ニ置クニアラサルヘキヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス然レトモ未タ桑樹ヨリ分離セサル桑葉ハ桑樹ノ一部トシテ天然果實ハ一種ノ動産ナリト信ス何トシテ桑葉ハ土地ノ定着物ニアラサシテ土地ノ定着物タル桑樹ヨリ産出スルモノナリトシテ民事訴訟法カ成熟期ニ達セルモノヘキニ非ス獨立ノ物トシテ一般ニ取扱ハルルコトハ取引上ノ實際ニ微シ毫ノ疑ナキノミナラスマタ民事訴訟法カ果實ニ對シテ規定ナラズシテ桑樹ノ強行中ニ規定セルニ徴スルニ據ヒテ信ス果實ハ動産ニシテ引渡スニヨリテ第三者ニ對抗シ得ヘキモノナルコト明カナリ而シテ本案ノ桑葉カ賣買ニ付テハ既ニ其引渡ヲ了セルモノナルコトハ原判決ノ認ムル所ナリ然レニ原被告ハ分離前ノ桑葉即天然果實ヲ以テ不動産ノ一部ナリトシ之カ得喪ニ付テハ單ニ引渡ノ一事ヲ以テ足ラス更ニ得喪ノ事實ヲ他人ニ明認シ得ヘキ状態ニ置カサルヘキヲ主張ス然レモ法律ノ解釋ヲ誤リタル不法アリ假令原被告ノ如ク分離セサル前ノ桑葉ヲ以テ不動産ノ一部ナリト何ルモノ之得喪ヲ第三者ニ對抗スルニ付キ何等ノ規定ナキ現行民法ニ於テハ引渡タニアラハ之ヲ第三者ニ對抗シ得ルモノトセサルヘカラス然レニ原被告ハ引渡以外ニ更ニ得喪ノ事實ヲ他人ニ明認シ得ヘキ状態ニ置カサルヘカラスト主張スルコトハ何等ニ據テキ獨斷論ナリト信ス

【判決理由】 然レトモ畑地ニ生育セル桑樹ハ土地ノ定着物ニシテ之ヨリ差出シ定時ニ收取スヘキ桑葉ハ天然果實ノ一種ニ屬スルモ其樹枝ヨリハ離セラレサル間ハ定着物タル桑樹ト一體ト成ヌヲ以テ純然タル動産ニ非スト雖モ天然果實ハ其定著スル土地又ハ草木ヨリ分離シ獨立ノ物トシテ賣買取引ノ目的ト爲スコトヲ得ヘク此場合ニ於ケル果實ハ未タ樹枝ト分離セラレサル以前ヨリ一種ノ動産トシテ取扱ハルルコトヲ妨ケス現ニ民事訴訟法カ成熟期ニ近キ果實ハ有體動産ト同視シ之カ差押ヲ許スニ依リテ明ナリ而シテ如上ノ場合ニ於テ買主力桑葉ノ所有權ヲ第三者ニ對抗スルニハ動産ノ場合ニ於ケルカ如ク單ニ引渡ノ一事ヲ以テ足ルヘキニ非スシテ同時ニ其引渡アリタルコトヲ他人ヲシテ明認セシムヘキ方法ヲ講スルコトヲ要ス是レ當院判例ノ認ムル所ナリ(大正五年九月二十日第三民事部判決参照)然レハ原審ノ說示スル所ニ稍充當ナク缺クモノアルモ原被告ハ結局相當ニシテ本論旨ハ理由ナシ

【二】上告理由 上告人ハ原審ニ於テ桑葉ノ賣買ニ付テハ畑ニ生立セル桑樹ヨリ分離セサル前ト雖モ自由ニ賣買スルコトヲ得而シテ引渡ニヨリ第三者ニ對抗シ得ル地方慣習アルコトヲ主張シ之カ立證トシテ大久保安太郎ノ訊問ヲ申請セリ然ルニ

大阪地方

富井博士
梅博士
平沼博士
川名博士

【判決理由】 然レトモ原審ハ上告人カ桑葉賣買ノ地方慣習並ニ所有權取得事實ノ立證トシテ鑑定證人大久保安太郎ノ訊問ヲ求メタルモノト爲シ單ニ賣買ハ事實ヲ立證スル爲メ申請シタルモノト誤解シタルニ非サルノミナラス桑葉カ畑地ニ生育セル桑樹ヨリ分離セラレサル以前之ヲ賣買シタル場合ニ於テ其所有權取得ヲ第三者ニ對抗スルニハ單ニ引渡ヲ爲スヲ以テ足ルヤ否ヤハ地方慣習ノ有無ニ依リテ決セラレヘキ事實問題ニ非サルヲ以テ原判決ハ相當ニシテ本論旨ハ理由ナシ(大審院大正九年(オ)第三〇九號同年五月五日民三部横田裁判長大倉磯谷松岡藤淵各判事判決)

【關係事項】 上告棄却○原審水戸地方裁判所○強制執行異議損害賠償請求事件○上告人片見吉藏訴訟代理人辯護士柳田宗一郎被上告人荒川はん

【判旨第一點分離セサル法定果實ノ性質ニ關スル同趣旨判例】

未だ分離セサル蜜柑樹ノ果實ハ之ヲ獨立シテ賣買其他ノ處分ヲ爲スコトヲ得ルモ其得喪變更ニ付他人ナシテ之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コトヲ得サルモノトス(大阪地方明治四四年(ワ)八六八號判決本書一第民法五六頁)

【同上反對學說】

一 天然果實ハ未だ元物ヨリ分離セサル間ハ其一部ニシテ獨立ノ存在ヲ有セス從テ元物ノ所有者ト相異ナル人ノ所有ニ屬スルコトナキヤ論テ俟タス(法學博士富井政章氏民法原論總則二九五頁)

二 天然果實ハ元物ヨリ離レサル間ハ果實トシテ獨立ノ存在ヲ有セス故ニ果實權利者ハ未だ之ヲ取得スルコト能ハス例ヘハ甲ナル者乙ナル者ノ所有ニ屬スル不動產ヲ善意ニテ占有セシ未だ果實ヲ元物ヨリ分離セサル中ニ乙ノ請求ニ因リ不動產ヲ返還スル場合ニ於テハ其果實ハ乙ノ所有ニ屬スヘキ致テ甲ノ所有ニ屬スヘキニ非ス(法學博士梅謙次郎氏民法原論總則一八〇頁)

三 天然果實ハ未だ元物ヨリ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非ス故ニ勿論元物ノ所有者ニ屬シテ他人ニ屬スヘキ謂レナシ(法學博士平沼騏一郎氏民法總論三三八二頁)

四 天然果實ハ元物ト分離セサル間ハ元物ノ一部ナリ故ニ其部分ニ付キテ獨立ノ所有權ナシ分離ト共ニ一物ト爲リ所有權成立ス(法學博士川名登四郎氏物權法要論一四八頁)

中島博士
鳩山博士
西川博士
岡松博士
平沼博士
川名博士
中島博士
嘉山
學士
529 (民法)士

【物ノ獨立性ノ決定標準ニ關スル參照學說】

五 果實ノ既ニ生シ未だ元物ヨリ分離セサルモノ未だ分離果實ト稱ス例ヘハ母胎内ニ在ル樹枝ニアル成果未採摘ノ礦物ノ如キ之レナリ未だ分離果實ハ元物ノ一部ヲ成シ未だ獨立セル物ニ非ス物ノ一部上ニハ物權成立スル能ハサルカ故ニ未だ分離果實ハ將來ノ物トシテ價權ノ目的トナスヲ妨ケスト雖モ物權ノ目的トナスヲ得ス(法學博士中島玉吉氏民法釋義總則四一三頁)

六 天然果實ハ分離ヨリテ獨立ト爲リ獨立ノ所有權ノ目的トナル未だ分離セサル果實ハ元物ノ構成部分ナリ從テ獨立ノ所有權ノ目的トナス故ニ之ヲ賣買スルトキハ將來ノ物ノ賣買ト爲リ價權債務ハ直チニ發生スルコトヲ得ルモノ物權ノ關係ニ付キテハ將來分離シタルトキニ直チニ所有權移轉ノ效果ヲ生スヘキ物權契約ナラスコトヲ得ルニ止マル(法學博士鳩山秀夫氏民法總則東大講四二二三頁)

七 未だ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爲ルコトヲ得ス(法學博士西川一男氏新報一八卷一號八九頁)

一 獨立シテ一體ヲ成スモノニアラザレハ物ニアラス然レトモ之カ爲メ物タルニハ全ク分別スヘカラサル單一體ナルコトヲ要スルモノニアラス而シテ其果シテ獨立ノ存在ヲ有スルヤ否ヤハ社會ノ見解及或範圍内ニ於テ當事者ノ意思ニ依リテ定マル(法學博士岡松參太郎氏中大總則講一八一氏)

二 獨立資格ナキ組成分ハ第一ニ不動產ノ組成分タル定著物(二四二、八六)ニシテ例ハ草木分離セサル果實家屋ノ材料等ノ如シ第二ニ動產ニ在リテハ毀損スルカ又ハ其性質ヲ變スルニアラザレハ分離スルコト能ハサル組成分(二四三)ニシテ例ハ書籍ノ表紙衣服ノ裏地等ノ如シ是等ノ組成分ハ全ク獨立資格ナク從テ獨立シテ物權物ノ體ト爲リ之ヲ處分スルコトヲ得ス(同上二二四頁)

三 物ハ世間カ一體トシテ取扱フモノナルコトヲ要ス——物質上一體ヲ爲スモノハ世間モ亦ダ之ヲ一體トシテ取扱フモノ多シ然シナカラ物質上一體ヲ爲スモノニシテ世間ハ之ヲ一體トシテ取扱ハサルモノアリ穀物砂利反古ノ如シ世間ハ其一粒一片ヲ以テ一體ト爲サス其或分量ヲ一體トシテ取扱フ又足袋下駄手袋ノ如キモ世間ハ一對ヲ以テ一體ト爲ス其一體カ民法上ニ於ケル物ナリシニ付キテ一箇ノ所有權成立ス此等ノ物ヲ堆積物ト稱セン故ニ有體性ノモノカ民法上ノ物ナルヤ否ヤハ世間ノ取扱ニ依リテ定マルモノニシテ物質上ノ結合ニ依リテ定マルモノニアラス(川名博士日本民法總論一三三、一三三三頁)

四 物ハ獨立ノ一體ヲナスヲ要ス物カ獨立ノ一體ヲナスヤ否ヤハ其時代ニ於ケル取引ノ慣習ニ依リテ定ム一體ヲ成スモノハ一物ニシテ其上ニ存スル所有權ハ一ナリ一物ノ一部即チ構成分子ノ上ニハ所有權存スルコトナシ即チ構成分子ハ物ニ非ス例ヘハ一棟ノ建物一隻ノ舟ハ多數ノ木片ヨリ構成セラルト雖モ取引上一體ト認メラルルカ故ニ法律モ亦之レヲ以テ一體ト爲ス(中島博士同上三六四頁)

五 物ハ獨立ノ一體ヲ爲スコトヲ要ス獨立ノ一體ヲ來ササルモノハ權利ノ客體トナル能ハス何カ獨立ノ一體ナルカハ取引上ノ

觀念ニ依リテ定マル(法學十嘉山幹一氏民法總論大正三中大講一六三頁)

(一) 未タ分離セサル果實カ獨立物ナリヤ物ノ一部ナリヤハ頗ル興味アル問題ニシ
テ且實益ノ存スル所ナリ若シ是カ獨立物ナリトセンカ直チニ權利變動ノ效力ヲ
生スヘキ物權的行爲ヲ爲シ得ヘク是カ物ノ一部ナリトセンカ後日獨立物ト爲リ
タル場合ニ始メテ權利變動ノ效力ヲ生スヘキ物權的行爲又ハ單ナル債權的行爲
ヲ爲シ得ルニ止マル又若シ之カ前者ナリトセンカ元物ニ對スル擔保權ハ必スシ
モ當然ニ其上ニ及フコトナカルヘキモ是カ後者ナリトセンカ元物上ノ擔保權ハ
當然其上ニ及フヘシ

(二) 民法上物タルノ要件トシテ獨立ノ一體ヲ爲セルモノナルコトヲ要スルハ恰ク
學者ノ主張スル所ナリ然ラハ獨立ノ一體ヲ爲ストハ果シテ如何ナル意味ナリヤ
有形的ニ獨立シテ一體ヲ爲スノ謂ヒナルカ將タ又社會通念上獨立ノ一體ヲ爲セ
ルモノトシテ取扱ハルルノ謂ヒナルカ此問題ハ法典カ物タルノ要件トシテ獨立
性ノ存在ヲ掲ケサルニ何故ニ理論上之ヲ要件トセサルヘカラサルカニ想到セハ
後者ノ意ニ解セサルヘカラサルヤ明カナルヘシ加之若シ之ヲ前者ノ意ニ解セン
カ土地ハ地球ノ一部ニシテ之ト有形的ニ獨立シタルモノニ非サレハ物ニ非スト
ノ歸結ヲ生スヘシ建物ニ付キテモ亦然リ

ヨリ分離セサルコトヲ理由トシテ其獨立性ヲ否認スルハ獨立性ノ意義ニ關スル
誤解ニ基ク吾人ハ獨立性ノ意義ヲ社會通念ノ上ニ求ムルカ故ニ苟クモ社會通念
ニ於テ獨立物トシテ取扱ハルルニ於テハ必スシモ樹枝ヨリ分離スルコトハ物タ
ルノ要件トシテ必スシモ必要ナラストシテ本判決ノ結論ヲ以テ正當ナリト信ス
然ラハ如何ナル時期ヨリ果實ハ物ト爲ルヤハ社會通念カ之ヲ獨立物ト認ムルニ
至リタルトキト答フルノ外ナク時(時間)ト處(空間)トニ關セス一律ニ決セラレヘキ
ニ非サレトモ民事訴訟法第五六八條カ成熟期ヨリ一ヶ月内ニ限り之カ差押ヲ許
シタルカ如キハ社會通念ノ奈邊ニ存スルヤヲ決スル一ノ資料タルヘシ固ヨリ之
ニ拘束セラレヘキニハ非ス

(四) 第三七〇條及ヒ第三七一條ニヨレハ民法ハ抵當地ノ果實ヲ抵當地ト附加シテ
一體ヲ爲セルモノト觀タルカ如キモ此事ハ必スシモ果實ノ有形的分離前ハ常ニ
物ノ一部ナリトノ確定的根據タラサルヘシ蓋シ右ノ規定カ地上ノ建物ヲモ尙ホ
不動産ニ附加シテ一體ヲ成シタル物ノ中ニ包含セシメタルニ徴スレハ所謂附加
シテ一體ヲ成シタル物トハ嚴格ニ其物ノ一部ヲ構成セル物ノミニ限局セラレタ
ルモノト解スヘキニ非サレハナリ又留置權ニ關スル第二九七條質權ニ關スル第
三五〇條ノ如キモ亦反對說ノ根據タラス何者同規定ハ元本上ノ擔保權カ果實上
ニ及フヘキコトヲ定メタルニ非スシテ擔保權者カ果實ノ所有權ヲ取得シテ辨濟

ニ充當シ得ヘキコトヲ定メタルモノニシテ果實カ常ニ元物ノ一部ヲ構成セルモノナルコトヲ前提トセルモノニ非サレハナリ假リニ右規定カ元本上ノ擔保權カ果實上ニ及フヘキコトヲ定メタルモノナリトスルモ若シ果實カ常ニ元物ノ構成分子ナリトセハ同規定ハ單ナル注意の規定トナルヘク若シ吾人ノ見解ノ如ク有形的分離前ノ果實ニ付キテ尙ホ獨立性ヲ有スル場合アルコトヲ認ムルニ於テハ其獨立性ヲ有スル範圍ニ於テハ注意の規定ニ非サルコトトナルニ過キスシテハレニスルモ此規定ハ果實ノ性質ヲ決定スヘキ根據トナラス

先取特權ニ關スル第三一三條第三二三條ノ如キ亦吾人ノ見解ト相容レサルモノニ非サルコト多言ヲ要セサルヘシ

(五) 說ヲ爲ス者アルヘシ曰ク第八九條第一項ニヨレハ天然果實ハ其元物ヨリ分離スル時ハ之ヲ收取スル權利ヲ有スル者ニ屬スト爲ス是レ即チ元物ヨリ分離前ハ元物ノ一部ナルコトヲ前提トセルモノニ非サト然レトモ吾人ノ如ク既ニ物ノ獨立性ノ有無ノ決定ニ付キ有形的ニ分離シタルヤ否ヤヲ標準トセス社會通念ヲ標準トスルニ於テハ同條ニ所謂分離ノ意義亦社會通念ニ從テ決スヘク從テ假令有形的ニ分離スルコトナキモ社會通念カ其獨立性ヲ認ムルニ至ラハ同條ニ所謂分離アリタルモノト解スルナリ同條ニ所謂分離ヲ有形的意義ニ解スルカ如キハ法ノ精神ヲ考ヘサルモノ固ヨリ探ルニ足ラス

民法第一七七條ノ規定ハ畢竟不動産ニ關スル物權ノ得喪變更ニ付利害ノ關係ヲ有スル第三者ヲ保護スルヲ目的トスルモノニ外ナラスシテ特ニ其物權ノ得喪變更ノ原因ヲ制限シタルモノトハ解スルコトヲ得サレハ其原因カ當事者ノ意思表示ニ在ルト將テ相續ニ在ルト又相續カ被相續人ノ隱居ニ因ル場合ナルト將テ其死亡ニ因ル場合ナルトヲ區別セシテ同條ノ規定ヲ適用スヘキモノト解スルヲ相當トス

然レトモ訴訟記録ヲ調査スルニ乙第二號證ノ一乃至五ハ登記簿ノ原本ニシテ其成立ニ付テハ上告人カ原審ニ於テ之ヲ認メタルコト原審口頭辯論調書ニ載セテ明白ナレハ原裁判所カ右書證ヲ判斷ノ證據ニ供シタルハ固ヨリ違法ニアラス故ニ原判決ノ事實摘示中ニ同證ニ對スル上告人ノ認否ノ記載ナキモ之カ爲メニ原判決ノ主文ニ影響ヲ及ボササルモノトス而シテ原裁判所ニ於テ確定レタル所ニ依レハ上告人ハ其主張ニ係ル遺產相續ニ因ル本件不動産ノ所有權取得ニ付登記ヲ爲ササルコト明白ナレハ其所有權ヲ取得シタルコトヲ以テ第三者タル被上告人ニ對抗スルコトヲ得サルモノト謂ハサル可カラス上告論旨ハ要スルニ相續カ被相續人ノ死亡ニ因リ開始セラレタル場合ニ於テハ其相續ニ基ク不動産ノ所有權取得ハ登記ヲ爲ササルモ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルモノナリト云フニ在レトモ民法第一七七條ノ規定ハ畢竟不動産ニ關スル物權ノ得喪變更ニ付利害ノ關係ヲ有スル第三者ヲ保護スルヲ目的トスルモノニ外ナラスシテ特ニ其物權ノ得喪變更ノ原因ヲ制限シタルモノトハ解スルコト

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

梅博士

富井博士

川名博士

中島博士

三浦博士

鳩山博士

大審院

ヲ得サレハ其原因カ當事者ノ意思表示ニ在ルトヲ相續ニ在ルト又相續カ被相續人ノ隱居ニ因ル場合ナルト將タ其死亡ニ因ル場合ナルトナ區別セシテ同條ノ規定ヲ適用スヘキモノト解スルヲ相當トス是本院ノ判例(明治四十一年(オ)第二七四號同年十二月十五日民事聯合部判決)ノ趣旨ニ於テ是認スル所ニシテ之ヲ變更スヘキ理由アルヲ見ス(大審院大正八年(オ)第一〇二一號同年五月十一日民一部田部裁判長神原尾古鈴木鬼澤各判事判決)

【關係事項】 上告棄却○原審大阪控訴院○不動産所有權移轉登記抹消請求事件○上告人武々の訴訟代理人辯護士清瀬一郎同牧野賤男同丸山良策同岡本武尙被上告人株式會社加古川銀行

【相續ト登記ニ關スル同趣旨學說判例】

一 本條ニ於テ最モ汎ク「物權ノ得喪及ヒ變更」ニ付キ登記ヲ要スルノ規定アリ而シテ死亡ニ因ル相續ハ之ヲ登記セシムルノ必要他ノ場合ニ同シカラズト雖モ特ニ之ヲ除外スルノ要ナキカ故ニ總テ本條ノ通則ニ從フヘキモノトシテ隱居等ニ付キ明文ヲ置カサルコトトセシメリ(法學博士權次郎氏要義物權一五頁)

二 相續ノ如キモノヲ以テ第三者ニ對スルニハ其登記ヲ要スルコト勿論ニシテ隱居又ハ入夫婚姻ニ因ル相續ニ付テハ殊ニ其必要アリトス(法學博士富井政章氏法原論第二卷物權七〇頁)

三 其變更ヲ生スル原因タル法律事實ハ物權的的意思表示ヨリ成立スル法律行為ヲ初メトシ相續時効等ノ法律行為ニアラサル一切ノ事實ナルヘシ(法學博士川名四郎氏物權法要論一〇二頁)

四 是レ即チ相續ニ因ル物權ノ取得ニ本條ノ適用ナカルヘカラザル實質上ノ理由アリ而シテ我登記法ニ亦明ニ其手續ヲ認ムルカ故ニ形式上モ亦登記ヲ必要トスル理由十分ナリトス(法學博士中島吉氏法律學物權篇五四頁)

五 要スルニ民法及ヒ登記法ノ字句ヨリスルモ第三者保護ノ趣旨ヨリ見ルモ其他我國ニ於ケル登記ノ效力ヨリ推スモ得喪變更ノ原因如何ヲ問ハズ之ヲ登記セザレハ之ヲ以テ第三者ニ對スルコトヲ得スト解スヘシ相續ニ付テハ既ニ積極的判例アリ(法學博士三浦信三氏物權法要義第一册四〇頁)

六 予ハ死亡相續ノ場合ニモ尙第三者ノ利益ノ保護ヲ要スルモノアルヲ以テ登記ヲ要スルモノト解ス(法學博士鳩山秀夫氏東大講義物權法五二頁)

七 隱居ニ因ル家督相續ノ場合ニ於テモ登記法ノ定ムル所ニ依リ相續登記ヲ爲スニ非サレハ民法第一七七條ニ依リ相續不動産ノ所有權取得ヲ以テ第三者ニ對スルコトヲ得サルハ未登記タルト既登記タルト問ハズ(大正六年(オ)第二九七號同年五月二十一日大審院判決本書第六卷民法五四七頁)

八 家督相續ニ因リ不動産ノ所有權ヲ承繼シタル者ト雖モ之カ移轉ノ登記ヲ爲スニアラサレハ所有權ノ取得ヲ以テ第三者ニ對

東京控訴院

石坂博士

飯島博士

横田博士

乾博士

【同上ニ關スル異趣旨學說】

一 物權ノ得喪變更カ當事者ノ意思表示ニヨリテ生シタル場合ニ於テノミ其得喪變更ヲ以テ第三者ニ對スルコトヲ得ルカ爲メニ登記ヲナスコトヲ要ス(法學博士石坂香四郎氏大正五年東大講義物權法五一頁)

二 余ノ信スル所ニ依レハ第一七七條一七八條ノ規定ハ第一七六條ノ規定ヲ受ケタルモノニシテ物權ノ變動カ當事者ノ意思表示ニ因リテ生スル場合ニ於テ其第三者ニ對スル關係ヲ定メタルモノナリト解セント欲ス(法學博士飯島喬平氏明大講義物權法七頁)

【同上ノ(一)】

一 死亡ニ因ル相續ハ家督相續タルト遺產相續タルトハ論ナク繼時的權利取得ノ原因トシテ登記ノ必要ナキモノトス：：隱居ニ因ル物權ノ取得ハ第三者ニ對スル關係ニ於テ登記ヲ爲サシムルヲ可トス(法學博士横田秀雄氏物權法六六頁)

二 死亡相續ノ場合：：ニ於テハ登記ノ欠缺ヲ主張スルニ因リテ自己ノ權利ノ存在又ハ無制限ヲ認メラルヘキ地位ニアル者即チ第三者ナルモノナキカ故ニ第一七七條ノ適用ナク從テ登記ヲ爲ササルモ何人ニモ對抗ニ得ルコトナル(法學博士乾政彦氏法協三〇卷六、七號本書第一卷民法二三三頁)

一四四 時効ノ效力ハ其起算日ニ過ル

元本債権力時効ニ因リ消滅シタルトキハ其效力ハ起算日ニ遡リ元本債権ハ其日以後ニ於テハ存在セサルコトト爲リ一旦起算日以後ニ發生シタル履行遲滞ニ基ク損害金債権ハ元本債権ノ消滅ノ結果トシテ當然發生セザリシモノト爲ルモノトス

然レトモ時効ノ效力カ其起算日ニ遡ルコトハ民法第一四四條ノ規定スル所ナルヲ以テ元本債権力時効ニ因リ消滅シタルトキハ其效力ハ起算日ニ遡リ元本債権ハ其日以後ニ於テハ存在セサルコトト爲リ一旦起算日以後ニ發生シタル履行遲滞ニ基ク損害金債権ハ元本債権ノ消滅ノ結果トシテ當然發生セザリシモノト爲ルモノト爲ルモノトス

【關係事項】

原告兼被告

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ヲ負フ
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ト問ハス前後ノ規定ニ依リテ損害賠償ノ責任ヲ負フ者ハ財産以外ノ損害ニ對シテモ其賠償ヲ爲スルコトヲ要ス

七七五第一項 婚姻ハ之ヲ戶籍吏ニ届出ツルニ因リテ其效力ヲ生ス
甲乙間ニ媒酌人アリテ婚姻ノ豫約ヲ爲シ大正七年四月二八日其式ヲ舉ゲ同様シ甲ハ相當誠意ヲ以テ乙並ニ其養母ニ奉仕シタルニ拘ラス養母ニ於テ濫リニ不快ノ念ヲ抱キ乙亦何等ノ理由ナクシテ甲ヲ嫌忌スルニ至リ甲カ乙家ニ留ルノ困難ナル情況漸次醸成セラルルニ及ヒテ大正七年七月中病氣療養ヲ名トシ實家ニ寄寓中乙ハ正當ノ理由ナクシテ甲ニ對シ離別ヲ申出テ確定的ニ婚姻ノ豫約ノ履行ヲ拒絕シタルトキハ乙ハ甲ニ對シ婚姻豫約不履行ニ因リ甲ノ被リタル損害ヲ賠償スヘキ義務アルモノトス

本件當事者間ニ媒酌人アリテ婚姻ノ豫約ヲ爲シ大正七年四月二八日其式ヲ舉ゲ同年七月初旬迄同様シタルコト並ニ未ダ婚姻ノ届出ヲ了ラサルコトハ爭ナキトコロナリ而シテ甲第一乃至第四號證ニテ綜合考察スルトキハ被控訴人ハ控訴人ト同様後相當誠意ヲ以テ控訴人並ニ其養母ニ奉仕シタルニ拘ラス養母フデニ於テ濫リニ不快ノ念ヲ抱キ控訴人亦何等ノ理由ナクシテ被控訴人ヲ嫌忌スルニ至リ被控訴人カ控訴人家ニ留ルノ困難ナル情況漸次醸成セラルルニ及ヒテ大正七年七月中病氣療養ヲ名トシ實家ニ寄寓中控訴人ハ正當ノ理由ナクシテ被控訴人ニ對シ離別ヲ申出テ確定的ニ婚姻豫約ノ履行ヲ拒否シタルコトヲ認メ得ヘシ控訴人ハ被控訴人ヲ離別スルノ已ムヲ得サル事由存在シタルモノノ如ク主張シ本件婚姻ノ豫約ハ合意上解除セラレタル旨