

シ取テ前ノ買賣契約ヲ解除シ原狀ニ回復セシムル趣旨ヲ包含セサル點等ニ鑑ミ之ヲ
 買戻ノ特約ト謂フハソコヨリ寧ロ明治五〇年一月以降ノ始期ヲ附シ代金ヲ百五十五圓ト
 定メタル一回買賣ノ豫約ト解スルヲ相當トスヘク而モ該豫約タルヤ控訴人先代ノ爲
 マニヌル一方的豫約ナルコト明カナリトス蓋買戻ノ特約ハ買賣契約解除ノ性質ヲ有
 シ原狀回復ヲ目的トスル法律行爲ニシテ買賣契約ト同時ニ爲サルヲ本則トスルコ
 トハ民法ノ規定ニ徴シ明白ニシテ此法理ハ民法施行前ニ於ケル買戻ニ付キテ是認
 セラレタルトコナレハナリ故ニ甲第一號證ノ契約ヲ以テ買戻ノ特約ナリトシ之ヲ
 前提トスル被控訴人ノ抗辯ハ其理由ナシ尙ホ被控訴人ハ以上ノ如キ長期ノ始期ヲ附
 シタル甲第一號證ノ契約ハ公ノ秩序ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行爲ニシテ無効
 ナリト主張シ假ニ然ラストスルモ民法施行以前ニ於テハ買戻契約ト一回買賣ノ豫約
 トハ截然タル區別ナク一般ニ買戻ト稱シタルヲ以テ一回買賣ノ豫約ニハ買戻ノ規定
 ナ準用スヘキモノナリ即チ民法第五八〇條民法施行法第三四條ニ依リ甲第一號證ノ
 契約期間ハ民法施行後十年ニ短縮セラレタルモノナレハ本訴ハ期間經過後ノ訴ナリ
 ト抗辯スレトモ買戻ノ特約ト再買賣ノ豫約トハ其性質ヲ異ニスルヲ以テ民法ノ買戻
 ニ關スル規定及民法施行法ノ之ニ關聯セル規定ハ再買賣ノ豫約タル甲第一號證ノ契
 約ニハ適用若クハ準用シ難ク又民法施行ノ前後ヲ問ハス再買賣ノ豫約ノ期間ヲ制限
 シタル法令慣習ナキヲ以テ甲第一號證ノ契約ニ當事者カ上記ノ如キ始期ヲ附シタレ
 ハトテ之ヲ以テ公ノ秩序ニ反スル事項ヲ目的トシタルモノト言フヲ得サルヲ論テ俟
 タス故ニ此點ノ被控訴人ノ抗辯モ亦理由ナシ然リ而シテ成立ニ爭ナキ甲第四號證一
 二第五號證……ニ依レハ先代松平ノ家督ヲ相續シタル被控訴人ハ甲第一號證始期到來後
 大正六年一月二日代理人ニ依リ書面ヲ以テ被控訴人ニ對シ同號證記載ノ土地即
 チ本訴ノ土地ニ付キ買戻完結ノ意思ヲ表示シ該書面ハ同月四日被控訴人ニ到達シタ
 ルコト及ヒ同月三日被控訴人ノ代理人ヨリ被控訴人ニ對シ本訴土地ノ買戻手續履行ノ
 爲被控訴人ニ於テ買戻代金百五十五圓ヲ携帶シ同月八日下妻區裁判所落田出張所人民

控訴ニ出張スルニヨリ被控訴人ニ於テモ同日同所ニ出張セラレ金圓受授ノ上土地ノ
 所有權移轉登記手續履行アリタキ旨ノ催告狀ヲ發シ該催告狀ハ同月四日被控訴人ニ
 到達シタルコトヲ認ムルヲ得ヘク尙本件土地ノ所有名義カ明治二八年中買戻ニ因リ
 被控訴人ヨリ訴外鈴木藤太名義ニ變更セラレ其登記ヲ經タルコトハ當事者間ニ爭ナ
 キモ當審證人菊池惣助ノ供述ヲ綜合スレハ該買戻ハ被控訴人及鈴木藤太カ相通シテ
 爲シタル虛偽ノ意思表示ニシテ土地ノ所有權ハ依然被控訴人ニ存スル事實ヲ推認ス
 ルヲ得ヘキカ故ニ反證ナキ限リ被控訴人ノ爲シタル買戻完結ノ意思表示ニ因リ被控訴
 人ニ移轉セルモノト謂フハサレハカラス尤モ甲第一號證ニハ代金ノ支拂ト土地ノ返還
 トヲ交換的ニ爲スヘキ旨ノ記載アレトモ其所謂土地ノ返還トハ土地ノ引渡即其所有
 名義變更ノ登記手續ヲ履行スルコトヲ意味スルニ過キサルモノト解スルヲ相當トス
 ルカ故ニ甲第一號證ノ記載ハ如上ノ反證ト爲シ難ク其ノ他何等反證ノ見ルヘキモノ
 ナシ被控訴人ハ同人ト鈴木藤太間ニ於ケル本件土地ノ買戻ハ真正ニシテ假裝ニ非ラ
 サル旨主張スルモ之ヲ認ムヘキ何等ノ證據ナキカ故ニ採用スルニ由ナシ然ラハ被控
 訴人ハ被控訴人トノ間ニ成立シタル前記買賣契約ノ效力トシテ本件土地ヲ被控訴
 人名義ニ所有權移轉ノ登記手續ヲ爲スヘキ義務ヲ負フコト明ナルモ此義務ハ被控訴
 人ノ抗辯ニ依リ被控訴人ヨリ爲スヘキ反對給付タル金百五十五圓ノ支拂ト同時ニ履行
 スルコトヲ要スルモノト謂フヘク若シ被控訴人ニ於テ右義務ヲ履行セザルトキハ之
 カ損害ヲ賠償セサルヘカラス被控訴人ハ現時ニ於ケル本件土地ノ登記簿ノ所有名義
 者ハ訴外鈴木藤太ニシテ被控訴人ニ非サルヲ以テ本訴ハ被控訴人勝訴ノ判決ヲ得ルモ
 法律上其目的ヲ達シ得サル利益ナキ訴訟ナル旨抗爭スルモ被控訴人ノ本訴請求ハ被控
 訴人ハ賣主トシテ本件土地ノ所有名義ヲ被控訴人名義ニ移轉スヘキ義務ヲ負フヲ以テ
 此義務ヲ履行セヨト謂フニ在リテ夫ノ不動産登記法第二七條ニ依ル登記義務者ノ意
 思ノ陳述ヲ求ムルモノニ非サルコトハ被控訴人申立ノ全趣旨ニ徴シ明カナルカ故ニ本

訴ヲ以テ控訴人主要ノ如キ利益ナキ訴訟ト謂フヲ得ヌ何トナレハ被控訴人ト鈴木藤太間ニ於ケル本件土地ノ買買ハ如上認定ノ如ク相通シテ爲シタル處爲ノ意思表示ニシテ無効ナルヲ以テ被控訴人ト本件土地ノ所有名義ヲ自己ニ回復シタル上控訴人ハ對シ所有權移轉ノ登記手續ノ履行ヲ求ムルコトハ法律上及事實上不能ヲ求ムルモノニ非サルト同時ニ其履行ヲ命スル判決ヲ受クルコトニ依リテ控訴人ノ有スル權利保護請求權ノ目的ハ一應満足セラレハナリ故ニ此點ノ被控訴人ノ抗辯亦探ルニ足ラス仍テ損害ノ數額ニ付之テ案スルニ本件土地ノ現時ノ價格カ大正八年六月當時ノ價格ヨリ二割方低下セルコトハ當事者間爭ナキトコト而テ大正八年六月當時ニ於ケル本件土地ノ價格カ金六千二百五十五圓ナルコトハ當審鑑定人堀福太郎ノ鑑定ニ依リ之ヲ認ムルニ足ル從テ前記認定ノ金額ヨリ其二割ヲ控除シタル金五千四百圓ハ被控訴人ノ義務不履行ニ因リテ控訴人ノ蒙ルヘキ損害ナルヲ以テ被控訴人ハ控訴人ヨリ支拂フヘキ金五百五十五圓ト引換ニ右損害金ヲ賠償スヘキ義務アルモノト謂ハサルヲ得ス故ニ此限度ニ於ケル控訴人ノ本訴請求ヲ正當ト認メ其餘ヲ排斥シ即チ控訴人理由アリトシ民事訴訟法第七八條條七二條第一項第七三條第二項第五〇三條第一號ニ則リ主文ノ如ク判決ス(東京控訴院大正九年(ホ)第六九號同一〇年九月三〇日民三部神谷裁判長吉田山田各判事判決)

【關係事項】 控訴人勝訴○買買ニ因ル所有權移轉登記手續請求 訴事件○控訴人中里靜之助訴訟代理人辯護士宮古啓三郎○被控訴人高野藤平訴訟代理人辯護士海野普吉

【判旨第一點民法施行前ノ關係ニ關スル參照判例】

- 一 不動産ノ買買ハ民法施行以前ニ在リテモ賣主カ買買契約ト共ニ其解除權ヲ留保スルモノニ外ナラス(大審院明治四〇年〇二二六號同四年二月二日判決・民錄一四四頁)
- 二 民法施行前ト雖モ不動産ノ買買ノ特約ハ買買ノ時之ヲ締結シ且第三者ニ對シテハ買買ノ登記ト同時ニ其特約ヲ登記シタル場合ニ非サレハ法律上所謂買買ニ非ス(同上明治三七年〇一七號同四年四月八日判決・民錄一〇四四五頁)

【同上買買特約ノ時期ニ關スル參照學說判例】

- 三 民法施行前ニアリテハ不動産ノ買買シタルモノハ唯賣主ノ爲メ後日ニ至リ其契約ノ解除シ得ヘキ事ヲ買買ノ當時約シタル所謂解除條件附ノ買買ナルモノニ限リ單純ノ買買ヲ爲シタル以後更ニ契約ヲ取結ヒ賣主ノ隨意ヲ以テ一定ノ期間ニ同一ノ物件ヲ買買シ得ヘキコトヲ約シタルモノノ如キハ再買買ノ豫約ニ過キシテ法律上之ヲ買買トハ稱セザリシナリ(同上明治三三年〇三六一號同年一月五日判決・民錄六九卷二八頁)
- 四 不動産ノ買買約附買買ハ民法施行前ニ在リテモ賣主カ買買契約ト共ニ其解除權ヲ留保シタルモノニシテ其買買權ノ行使ハ即チ買買約解除權ノ行使ニ外ナラス(東京控訴院明治四五年七月二三日判決・法律新聞第八一九號二五頁)
- 五 不動産ノ買買ハ民法施行前ト雖モ解除權ノ留保ニ外ナラス(名古屋控訴院明治四一年六月六日判決・判例彙報第三卷一〇二頁)
- 一 買買ノ特約ハ必ズ買買契約ト同時ニ之ヲ爲スヘキ事ヲ規定ス一旦此權利ヲ留保セシメ買買ヲ爲シタル以上ハ其權利ハ全ク買主ニ移轉シ賣主ハ復何等ノ權利ヲ有セサルカ故ニ買主買主更ニ契約ヲ爲シ原買買ヲ解除シテ一旦買主ニ移轉シタル權利ヲ更ニ買主ニ移轉スルコトヲ得ルモカクテハ其解除效力ヲ既往ニ遡ラシメ賣主ヲシテ其權利ヲ失ヒタルコトヲ買主ヲシテ嘗テ其權利ヲ取得シタルコトヲキ者ノ如クナラシムルコト能ハス從テ賣主五八一條ノ規定ニ依リテ其ノ解除ノ結果ヲ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルノミナラス五四五條ニ依リテ當事者間ニ於テノ解除ノ效力ヲ既往ニ遡ラシムルコトヲ得スト謂ハサル(カラス)(法學博士藤次郎氏民法要義債權五五二頁)
- 二 買買ノ原因タル解除權ハ買買契約ト同時ニ表示シタル意思表示ニ依リテ賣主ニ留保セララルコトヲ要ス若シ買買契約ヲ爲シタル後ニ至リ賣主ニ解除權ヲ與フルノ意思ヲ爲シシ其解除權行使ノ結果買買契約ヲ解除スルモノ之ヲ買買ト謂フコトヲ得ス(法學博士岡松太郎氏民法理由書債權一五九頁)
- 三 當事者間ノ特約カ賣主ニ買買權ヲ授與スルニハ買買契約ト同時ニ之ヲ爲スコトヲ要シ其後ニ爲シタル特約ハ再買買ノ豫約トシテ其效力生スヘキモ當事者間ノ地位ヲ原狀ニ復スル買買ノ特約トシテ其效力生セサルモノトス蓋シ我民法ニ依ルトキハ買買權ハ當事者間ノ意思表示ニ依リテ解除ノ買主ニ留保セラレタル一ノ解除權ニシテ買買ノ特約ハ即チ解除權留保ノ意思表示ニ外ナラサルヲ以テ此意思ハ契約締結ト同時ニ之ヲ表示スルコトヲ要シ其後ニ爲シタル意思表示ハ買買契約ノ解除權ヲ買主ニ與ルスコトヲ得サルモノトス(法學博士横田秀雄氏債權各論三八二頁)
- 四 買買契約ハ不動産ノ所有者カ後日所有權ヲ回復スルノ遺存シテ不動産ヲ賣却シ以テ金融ヲ計ルノ手段ト爲ルモノニシテ不動産買主カ買買ヲ爲シタル後ニ至リテ其不動産ヲ回復セントスルニ當リ其希望ヲ充タスノ手段ト爲ルモノニ非サルカ故ニ買買契約ト同時ニ之ヲ爲ササルハ勿論ナリ(法學博士松波仁一郎氏同仁保龜松氏同仁井田益太郎氏日本民法正解債權一〇二八頁)
- 五 買買契約ト同時ニ爲ササル可カラス其理由ハ畢竟買買ハ解除權ノ留保ナレハ買買成立後ニ至ルモ向ホ之ヲ爲スコトハ到底不可能ノコトニ屬ス何トナレハ買買當時ニ於テ解除ノ留保ヲ爲ササルトキハ所有權ノ移轉ハ絕對ニ其效果ヲ生シ買主ニ於テ

鳩山 博士
末弘博士
嘉山學士
村上學士
清澤學士
大審院
長岡支部

再買買付セサルトキハ賣主ハ所有權ヲ回復スルコト能ハサルニ至ルヘケルハナリ加之後ニ至リ尙之ヲ爲シ得ルモノトスレハ或ハ賣主買主ノ共謀ノ爲メ第三者ヲ害スルコトアルニ至ルヘケルハナリ(法學博士鈴木善三郎氏債權各論日大講義一三五頁大審院文庫下四六二頁)

六 買戻特約ハ買戻契約同時ニノミ之ヲ爲シ得ルモノトス解除權保留ノ特約ハ必スシモ解除セラルヘキ契約ト同時ニ之ヲ締結スルコトヲ要セサルヲ以テ此點モ亦買戻ノ特色ニ屬ス(中略)買戻契約同時ニ爲スコトヲ要スト謂フハ買戻特約締結ノ時期カ買戻契約締結ノ時期ヨリ後ニ在ルヘカラスト謂フニ過キス兩者カ實質上不可分ノ關係ヲ有スルノ謂ニアラス(法學博士鳩山秀夫氏債權各論三七七頁)

七 買戻權買戻契約同時ニ爲シタル買戻特約ニ依リテノミ之レヲ保留スルコトヲ得蓋買戻ハ始メヨリ買戻ナカリシト同一ノ狀態ヲ發生セシムルコトヲ目的トスルモノナレハ無制限ナル買戻ノ成立シタル後新ニ買戻權ヲ設定スルコトハ理論上不可當ナリノミナラス始メ一旦買戻ノ必要ナシト認メタルノ結果無制限ニテ買戻ヲ締結セル以上更ニ後ヨリ其意ヲ變シテ率口弊害多キ買戻權ヲ設定スルコトヲ得シムルハ立法政策上其當ヲ得タルモノニアラスナリ(法學博士末弘博士債權各論四五九頁)

八 買戻ノ特約ハ買戻契約ノ附款タル一ノ法律行為ナリ買戻ノ特約ハ必ス買戻契約同時ニ特約ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ要シ別時ニ其契約ヲ爲スコトヲ許サス(法學博士嘉山學士一氏債權各論明治三十四年度日大講義一八一頁)

九 元來契約解除權保留ノ特約ハ當初ノ契約同時ニ之ヲ爲スヘキコト當然ノ事理ニシテ當初ノ契約同時ニ爲シタルモノニ非サレハ理論上解除權保留ノ特約ト稱スルコトヲ得サルモノナリ仍テ買戻ノ特約モ亦始メ買戻契約同時ニ之ヲ爲スコトヲ要スヘキモノナリ(法學博士村上學士一氏債權各論四七三頁)

一〇 買戻タルニハ必ス買戻契約同時ニ爲シタル特約ニ依ルコトヲ要ス一旦買戻契約同時ニ爲シタル後ニ目的物ノ回復ヲ契約スルハ或ハ再買買戻ノ豫約タルコトアルヘシト雖モ買戻ニハアラス(法學博士清澤學士一氏債權各論三五九頁)

一一 買戻契約ハ必ス買戻契約同時ニ爲スコトヲ要ス若シ買戻契約同時ニ爲スコトキハ再買買戻ノ豫約ニシテ買戻契約ニ非ス(大審院明治三三年(オ)第三六一號同年一月五日判決民錄第六卷九卷二六頁)

一二 買戻ハ買戻契約ノ解除條件トシテ約スルモノナレハ買戻契約同時ニ之ヲ爲ササルヲ得故ニ買戻契約後ニ於テハ其性質上買戻ノ特約ナルモノ存スル理ナシ(同上明治三二年(オ)第一四四號同年二月二一日判決民錄第六卷第一卷七〇頁)

一三 買戻ハ其性質上買戻同時ニ特約スルヲ要スルモノニシテ單純買戻ノ後ニ買戻ノ特約ヲ許ササルハ勿論一タヒ買戻ノ特約ヲ付シタル買戻ノ行ハレタル後ニ至テ其買戻ニ關スル條件ノ變更若クハ買戻期間ノ滿了後即チ買戻權ノ消滅ニ至テ之ヲ復活セントスル契約ノ如キハ共ニ買戻ト云フヲ得ス(長岡支部明治四〇年(ワ)第二七號同年一月二〇日判決法律新聞第四七五號八頁)

【判旨第二點買戻ト再買買戻ノ豫約トノ異同ニ關スル參照學說判例】

岡松博士
鈴木博士
鳩山博士
末弘博士
伴學士
村上學士
大審院

一 買戻ハ買戻契約 解除ナリ是レ再買買戻異ル所ニシテ從テ買戻ノ 約カ再買買戻ノ豫約ニアラサル所以ナリ(法學博士岡松參太郎氏 理由書 一五八頁)

二 買戻ノ 意思表示 買戻契約同時ニ爲サレタルコトヲ必要トシ買戻契約成立後ニ於テ爲シタル特約ハ一ノ買買戻ノ豫約トナリ買戻ニ非ス從テ買戻權ヲ生セス抑モ再買買戻ノ豫約ト買戻トハ全ク其ノ性質ヲ異ニスルモノナルヲ以テ其ノ效果モ亦同一ニアラス即チ再買買戻ノ豫約ナレハ其ノ代金同一ナルコトヲ要セス或ハ高ク或ハ低キ價ヲ定ムルコトヲ得(シマダ再買買戻ノ實行ハ西庭ノ買買戻ノ爲スモノニシテ賣主ニ於テ買主ノ權利ヲ承繼スルモノナリ之レニ反シテ買戻ハ賣主自身ノ權利ヲ回復スルモノニシテ乃チ賣買ノ解除ナリ故ニ買戻代價ハ必ス賣買代價ト同一ナリトス(法學博士鈴木善三郎氏大家論文庫下卷四六一頁)

三 買戻ハ其名ニ依リテ之ヲ見レハ再買買戻ナルカ如シト雖モ買戻ノ效果ヲ定メタル民法第五七九條以下ノ規定ニ見ルトキハ再買買戻ニ非スレバ買買戻ノ解除ナルコト明ナリ隨テ又買戻權ハ再買買戻ノ豫約ニ基ク債權又ハ不動産取締權ニハアラスシテ形成權ノ一タル解除權ナルモノト解セサルヘカラス(法學博士鳩山秀夫氏債權各論三七二頁)

四 買戻特約ト再買買戻ノ豫約又ハ單純ナル解除特約トハ實際上區別困難ナル場合少ナカラス是等ノ場合ニ於テハ當事者ノ意思ヲ解釋シテ之ヲ決スルノ外ナシ尙ホ是等ノ契約ハ買戻特約ニアラサルカ故ニ直接民法五七九條以下ノ規定ノ適用ヲ受クルモノニアラスト雖モ其中禁止規定(例ハ五七九條五八〇條)ハ是等ノ契約ヲ締結スルニ付テモ之ヲ遵守セサルヘカラスモノ也(法學博士末弘博士債權各論四五二頁)

五 再買買戻ノ豫約買戻ヲ保留スル契約ハ一ノ豫約ニシテ買主ハ之ニ依リテ買戻ノ契約ヲ締結スル義務ヲ負フモノトス之ヲ我民法ノ買戻ニ比スルニ其效力ヲ債權的ニシテ第三者ニ及ハサル點最モ著シトス次ニ買戻ノ金額ニ一定ノ制限ナキモ亦著シ(法學博士 房次 氏契約各論京都法政大學講義一六四頁)

六 買戻ノ特約ハ再買買戻ノ豫約ナリトノ說ハ始メノ買主カ如メノ買主ニ該財產權ヲ賣渡ス前第三者ニ其ノ權利ヲ賣渡シタルトキハ後日始メノ買主カ其ノ權利ヲ買受タルモ事實上何等ノ效果ナキニ至ルノ利便アリ何トナレハ買受ノ效力カ既往ニ過ルコトナケレハナリ尤モ買買ノ目的物カ不動産ナル場合ニ於テ始メノ買主カ後日買受ケタルコトアルヘキ權利ニ付キ假登記ヲ爲シ後日之ヲ買受ケタルトキ本登記ヲ爲ストキハ本登記ノ順位ハ假登記ノ順位ニ依ルカ故ニ買受ノ效力カ既往ニ過ルコトナリ從テ始メノ買主ハ其ノ買受前ニ其ノ權利ヲ買受ケタル第三者ニ對シ自己ノ權利ヲ以テ對抗スルコトヲ得ヘシ(法學博士村上學士一氏債權各論四六四頁)

七 當事者ノ意思カ代金六百圓ヲ支拂ヒテ買買戻ヲ解除シ原狀回復ヲ爲サントスルニ非スレバ更ニ新ナル買買戻ヲ成立セシメントスルニ在リタル事實ヲ認メテ之ヲ買買戻ノ豫約ナリト判定シタルハ相當ナリ(大正大正六年(オ)第一〇九號同年七月二八日民二部判決本書第七卷民法一六二頁)

八 買買戻再買買戻ノ豫約トハ法律上其性質ヲ異ニスルヲ以テ法律上買買戻ノ條件 具備セサルニ於テハ當事者ノ意思ニ拘ハラヌ再買買戻ノ豫約ト看做スコトヲ得(大審院明治三三年一月五日判決民錄六卷九卷二六頁)

九 地所買買戻同時ニ買買戻ノ契約ヲ併セテ爲スモノハ未必條件附ノ買買戻ナリ此種ノ契約ハ其期間ヲ過クテハ直チニ買買戻ノ權能

ヲ失フト雖モ一旦買買ヲ終了シ爾後更ニ買買契約ヲ爲スモノハ再買買ニシテ未必條件附ノ買買ニ非ス而シテ再買買ニ係ルモノ
 ハ買買人ナラシテ遲滞ニ附シタル上ニ非サレハ期限ノ經過ノミヲ以テ買買權能ヲ失ヘルモノト爲スヲ得ス(同上明治二七年三月
 一二日判決民事判決第一二二頁)

一〇 單純ノ買買ヲ遂ケタル買買契約ヲ取結フモ再買買ノ豫約ニ過キス(同上明治二四年判決民事判決第一卷二二八頁)

一一 再買買ノ豫約カ買買契約ト同時ニ成立スルコト及ヒ再買買ノ豫約ニ於ケル買買代金カ前ノ買買代金ト同一額ナルコトハ
 毫モ再買買ノ豫約ノ性質ニ反セサルヲ以テ再買買ノ豫約カ買買契約ト同時ニ成立シ且買買代金カ前ノ買買代金ト同一額ナルコト
 ノ事實ニヨリテ未タ以テ右特約カ再買買ノ豫約ニアラスシテ買買ノ特約ナリトハ認定シ難ク要スルニ當事者ノ意思ヲ推考シ
 テ其ノ特約ノ性質如何ヲ認定セサルヘカラス(東京控訴院大正六年九月二一日民一部判決民事判決第六卷八〇一頁)

一二 被控訴人ハ鈴木貞四郎ノ父ニ千餘圓ノ負擔アリ之カ辨濟ノ爲メ一時自己ノ所有地ヲ賣却スルモ後日再び自己ノ所有ト爲
 サントノ目的ノ下ニ特ニ高價ナル他人ノ申込ヲ拒絶シ比較的廉價ナル千百廿圓ノ代金ヲ以テ親族ナル控訴人ニ本件地所ヲ賣渡
 シ其際後日何時ニテモ控訴人ニ於テ同額ノ金圓ヲ以テ更ニ控訴人ヨリ買受タルコトヲ得ル旨ノ契約ハ買買ノ特約ニアラスシ
 テ畢竟被控訴人主張ノ如ク再買買ノ豫約ナリト認ムルヲ妥當トス蓋シ被控訴人カ本件地所ヲ特ニ親族ナル控訴人ニ賣渡シタル
 所以ノモノハ畢畢右地所ヲ保存スル意義ニテ即チ後日必ス再び自己ノ所有ト爲サントノ目的ニ出テタルモノニ係リ而モ右契約
 ノ趣旨ニシテ買買條件附ノ特約ナリトセハ被控訴人ハ一定ノ期間内ニ代金及ヒ契約費用ヲ提出シテ以テ意見ヲ表示スルコトヲ
 必要トシ若シ其期間ヲ經過センカ假令代金ヲ調達スルモ普通ノ狀態トシテ前記目的ニ達スルコトヲ得サレハナリ(同上大正二
 年一月二二日判決民事判決第二卷九二七頁)

一三 買買ノ特約アリテハ代金ノ他ニ尙ホ契約ノ費用ヲモ返還スル旨ヲ定ムルヲ通例トス故ニ反證ナキ限りハ本件ノ契約ハ被
 控訴人主張ノ如ク買買ノ豫約ナリト認定セサルヘカラス(同上大正元年一月四日判決法律新聞八三一號二〇頁)

一四 買買代金ノ同一及ヒ再買買ノ豫約カ買買契約ノ成立ト同時ナルコトハ再買買ノ性質ニ反スルモノニアラス故ニ再買買ノ
 豫約ナリヲ將タ買買ノ特約ナリヲハ當事者ノ意見ヲ推究シテ其性質如何ヲ定メサルヘカラス證書「右金圓調達相成候共該地
 所無相違買渡可申候」トアルトキハ後日買渡人ノ金圓調達スルコトヲ條件トシテ該買買ヲ解除シ原狀回復ヲ爲スニアラスレテ
 更ニ新買買ヲ成立セシムルノ意思ナリト認ム(同上明治四二年二月一日判決判例彙報第四卷六四頁)

一五 買買契約ヲ爲シ土地所有權ヲ買主ニ移轉シタル後土地賃借契約ヲ締結シ其賃料ノ不納無キコトヲ條件トシテ買買ノ約
 束ヲ爲シタル場合ニ於ケル該特主ハ民法ニ所謂買買ノ特約ニ非スレテ再買買ノ一方ノ豫約ナリト解スルヲ相當トス(豊岡區大
 正八年八月七號同年七月三一日判決民事判決第八卷九二七頁)

判旨第一點民法施行前後ヲ通シ買買ノ性質カ解除權ノ關係ニシテ且該特約ノ賣
 買契約ト同時ニ之ヲ締結スヘク後日ニ至リ附加追増シ得サル立法精神ハ判旨ノ

謂ヘル如クニシテ吾人モ同意ナルコト嘗テ評論セル如シ(本書第八卷民法九二三
 頁)

判旨第二點買買ノ特約ト再買買ノ豫約トハ其性質霄壤ノ差アリ前者ノ規定カ當
 然後者ニ適用アリトスルコトヲ得ス從テ特約ノ存續期間ニ付キテモ後者ハ前者
 ノ如キ制限ニ服スヘカラサルコトハ論ナシ然レトモ無制限ニ長期ヲ付スル再買
 買豫約カ有效ナリキハ須ラク別個ノ問題ニシテ一般債權契約ノ理論ニ從ヒテ決
 スヘキナリ

判旨第三點亦正當ナリ

二三四

七〇九 故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ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
 ノ責任ニ任スル者ハ財産以外ノ損害ニ對シテモ其賠償ヲ爲スコトヲ要ス

七二四 不法行為ニ因ル損害賠償ノ請求權ハ被害者又ハ其法定代理人カ損害及ヒ加害者ヲ知リタル時ヨリ三年間之
 ナ行ハサルトキハ時効ニ因リテ消滅ス不法行為ノ時ヨリ二十年ヲ經過シタルトキ亦同シ

民事訴訟法七二第一項 敗訴ノ原告若クハ被告ハ訴訟ノ費用ヲ負擔シ殊ニ訴訟ニ因リ生シタル費用ヲ相手方ニ辨濟
 ス可シ但其費用ハ裁判所ノ意思ニ於テ相當ナル權利伸張又ハ權利防禦ニ必要ナリト認ムルモノニ限ル

民事訴訟費用法一 民事訴訟法ノ規定ニ於ケル訴訟費用ハ以下數條ノ規定ニ從ヒ之ヲ算定ス

真正ニ成立シタル債權ニアラサルコトヲ知り乍ラ該債權ヲ讓受ク無効ノ債權ニ
 基キ不法ニ假差押ヲ爲シタルトキハ之カ爲ニ被差押人ニ生シタル損害ヲ賠償ス
 ヘキ義務アルモノトス

差押ニ因リ不法行為ヲ受ケタル者ハ本案訴訟ノ判決確定ヲ俟ツニアラサレハ之ヲ知り得サル理由ナキモノトス」

甲ハ相當ノ資産ヲ有シ且多年居郡ノ郡會議員參事會員及居村ノ村長等ノ公職ニ在リ居村内ニ於テ相當ノ地位ヲ有シタルコトヲ認メ得ヘキカ故ニ甲ハ乙ヨリ虛偽ノ債權ニ基キ其保證債務履行請求ノ訴訟ヲ提起セラレ且其保全ノ爲メ假差押解止迄ノ間所有不動産ノ大部分ニ付キ假差押ヲ受ケタル爲メ名譽權ヲ侵害セラレ因テ精神上ノ苦痛ヲ受ケタルモノト認定シ得ヘク乙ハ之カ慰藉料ヲ甲ニ支拂フ義務アリ右慰藉料金額ハ不法行為ノ狀態等ヲ斟酌シテ金五十圓ヲ以テ相當トス」

民事訴訟ニ於テ訴訟ニ要シタル費用ニ付キ敗訴ノ當事者ニ負擔セシムヘキモノノ範圍ハ特ニ民事訴訟費用法ニ於テ之ヲ限定シ縱令其訴訟提起カ不法行為ヲ構成スル場合ト雖モ該訴訟ニ關シテハ同法所定ノ範圍外ニ於ケル費用ノ賠償ヲ求ムルヲ得サルモノト解スルヲ相當トシ辯護士ニ支拂ヒタル代理料ノ如キハ同法所定ノ訴訟費用ノ範圍ニ屬セサルモノトス」

武本ますカ明治四二年一月五日訴外東條喜惣治及武本淳ノ家督相続人武本あいに
 明治三三年一〇月六日付債權額千圓債權者東條喜惣治武本淳債務者東條彰保証人
 東條申之及控訴人辨濟期同年一月二日利息百圓ニ付日歩五錢ノ約定ノ消費貸借
 證書ニヨル債權ヲ讓受ケ之ニ基キテ控訴人及右申立ニ對シ保證債務履行請求ノ訴訟

ヲ提起シ一面右債權保全ノ爲メ明治四二年一月二三日控訴人主張ノ本件四十八號ノ土地ニ對シ假差押ヲ爲シタルコト右訴訟ハ其後第一、二審共原告タル武本ますノ敗訴ト爲リ大正三年一月中旬上告棄却ノ判決ヲ受ケ大正六年五月二一日ニ至リ同人カ右假差押ノ解除手續ヲ爲シタルコトハ當事者間爭ナキトコロナリ而シテ成立ニ爭ナキ甲第一、二號證ニテ綜合スルトキハ前示貸借證書ニ依ル消費貸借及保證契約ハ控訴人主張ノ如ク其當事者間ニ相通シテ爲シタル虛偽ノ意思表示ナルニ因リ無効ノ契約ニシテ右債權ハ真正ニ成立シタルモノニアラス而カモ武本ますニ於テ如上ノ事實ヲ知リナカラ右債權ノ讓渡ヲ受ケタルモノナルコトヲ認ムルニ足リ被控訴人費用ノ各證據ニ依ルモ右認定ヲ覆スニ足ラス然ラハ右ますハ無効ノ債權ニ基キ不法ニ前示假差押ヲ繼續シテ爲シタルモノニ外ナラサルヲ以テ之カ爲メニ控訴人ニ生シタル損害ヲ賠償スヘキ義務アルモノト謂ハサル可ラス然ルニ被控訴人ハ假ニ控訴人ニ於テ本件不法行為ニ基ク損害賠償ノ請求權アリトスルモ控訴人ハ右不法行為ヲ知りタル時ヨリ三年間之ヲ行使セサルカ故ニ該請求權ハ時効ニ因リ消滅シタリト抗辯セルヲ以テ之ヲ按スルニ大正七年一月二二日付原審口頭辯論調書ニ依ルハ同日ノ口頭辯論ニ於テ控訴人カ明治四二年一月二三日日本件不法行為ヲ知りタル旨自供セルコトヲ認メ得ヘク甲第三號證ニ依レハ右年月日ハ本件假差押決定ノ發セラレタル日時ニシテ甲第十三號證ニ依レハ該決定カ明治四二年一月二二日控訴人ニ送達セラレタルコトト明ナルカ故ニ控訴人ハ少クモ同日以後本件ノ不法行為タル右假差押アリタルコトヲ知りタルモノト認定スルコトヲ得此點ニ付控訴人ハ同人ノ本件不法行為ヲ知りタル日時ハ武本ますヨリ控訴人ニ對スル本件假差押ノ本案訴訟ニ付大審院ニ於テ右ます敗訴ノ判決アリタル大正三年一月一九日ノ後三日間タル同月二一日ニシテ前示原審ニ於ケル控訴人ノ自供ハ全ク錯誤ニ出テタルモノナリト主張シ甲第三號證ニテ以テ之ヲ立證セントスレトモ控訴人カ右本案訴訟ニ付大審院ニ於テ勝訴ノ判決ヲ受ケタル以上ハ益々武本ますノ本件不法行為ハ明確ナリト謂フヲ得ヘシト雖トモ不法

行爲ヲ受ケタル控訴人ハ右本案ノ判決確定ヲ俟ツニアラサレハ之ヲ知リ得サルノ理
 山ナキノミナラス控訴人ノ舉證ニ依ルモ控訴人ノ右自供カ錯誤ニ出テタルコト及ヒ
 其ノ自供カ眞實ニ符合セサルコトヲ認ムルニ足ラサルヲ以テ如上控訴人ノ主張ハ之
 ヲ採用セズ而シテ成立ニ爭ナキ第一五號證ノ一、二ニ依レハ控訴人ハ大正六年六月
 二八日武本主ヲ對シ本件損害賠償ノ催告書ヲ發シ同年七月二日對建シ
 ノ故アルモノト認メ得ヘク本訴ノ提起ハ同年一月一九日ナルヲ以テ右催告ハ時效中斷
 爲ニ基ク控訴人ノ損害賠償請求權ハ民法第七二條所定ノ時效ニ因リ消滅ニ歸シタ
 ルコト明カナリト雖モ右三ヶ年以前ノ日以後即チ大正三年七月三日以後ニ生シタル
 損害ノ賠償請求權ハ未ダ消滅時效ニ罹ラサルヲ以テ武本主ハ此部分ノ損害ニ對ス
 ル控訴人ノ賠償請求ニ應スヘキ義務アルモノト謂ハサルヘカラス依テ右損害ノ有無
 ニ付按スルニ成立ニ爭ナキ第五號證一乃至四ニ依レハ本件假差押不動產中控訴人
 主張ノ土地八筆カ訴外佐藤平藏ノ外二名ニ對スル債務ノ擔保トシテ質權ノ目的ト爲
 リ居タルコトヲ認メ得ヘク原審鑑定人齋藤寬三郎同並木作藏ノ各鑑定ノ結果ニ依レ
 ハ假差押當時及其以後ニ於テ該土地ヲ賣却セハ其代金ヲ以テ控訴人主張ノ負債總額
 千四百九十八圓十二錢五厘ヲ償却スルニ十分ナリシコトヲ認メ得ヘク原審鑑定人早野
 金次郎ノ各證書ニ依レハ控訴人カ右土地ヲ賣却シテ負債整理ヲ爲サント欲シタル
 モ右假差押ノ爲メ其目的ヲ達シ得ザリシコトヲ認メ得ヘキヲ以テ大正三年七月三日
 以降本件假差押解除ニ至ル迄ニ生シタル右債務ノ遲延利息ハ武本主ヲ於テ本件假
 差押ヲ爲シタル爲メ右負債整理ヲ爲シ得ザリシ結果シタル損害ナリト認定スルヲ
 得ヘシ然レトモ右遲延利息ノ損害額ハ控訴人主張ノ計算ニ從フモ金二百九十圓ヲ出
 ルカ爲メ右賣地八筆ニ付キテモ少クモ時價三百圓以上ノ騰貴ヲ來シタルコト明カナ
 ルヲ以テ本件假差押解除後ニ於テ右土地ヲ賣却セス優ニ假差押當時ニ於ケル控訴人

主張ノ右負債並ニ大正三年七月以降生シタル遲延利息ヲ完済シ得ヘカリシコト算數
 上明カナルヲ以テ結局控訴人ハ武本主ノ爲シタル假差押ニ依リ財債整理ヲ妨ケラ
 レタリト雖モ之カ爲メニ毫モ財產上損害ヲ被ラサルモノト謂ハサルヘカラス從テ此
 部分ニ關スル控訴人ノ損害賠償ノ請求ハ失當ナリトス次ニ控訴人ノ慰養料ノ請求ニ
 付キ按スルニ成立ニ爭ナキ第四號證一ニ依レハ控訴人カ右賣地ノ賣得金ノ一部
 居郡ノ都會職員參事會員及居村ノ村長等ノ公職ニ在リ居村內ニ於テ社會上相當ノ地
 位ヲ有シタルコトヲ認ムルニ足ル從テ控訴人ハ武本主ヨリ本件虛偽ノ債權ニ基キ
 其保證債務履行請求ノ訴訟ヲ提起セラレ且其保全ノ爲メ大正三年七月三日以降本件
 假差押解除迄ノ間控訴人所有ノ不動產ノ大部分ニ付假差押ヲ受ケタルカ爲メ其名譽權
 ナ慰養料ヲ控訴人ニ支拂フヘキ義務アルモノト謂フヘク當院ハ控訴人ノ右社會上ノ
 地位及本件不法行爲ノ狀態等ヲ參酌シ右慰養料金額ハ金五十圓ヲ以テ相當ト認ム次
 ニ控訴人ハ武本主ヨリ提起セラレタル前案訴訟ニ對シ止ムヲ得ス辯護士ニ委
 任シテ應訴シタル結果其ノ代理料トシテ金百圓ヲ辯護士ニ支拂ヒタルカ故ニ之亦武
 本主ノ不法行爲ニ基キ損害ヲ被リタルモノナリト主張シ該金額ノ賠償ヲ求ムト雖
 範圍ハ特ニ民事訴訟費用法ニ於テ之ヲ限定シ縱令其訴訟提起カ不法行爲ヲ構成スル
 場合ト雖モ該訴訟ニ關シテハ同法所定ノ範圍外ニ於ケル費用ノ賠償ヲ求ムルヲ得サ
 ルモノト解スルヲ相當トシ前記辯護士ニ支拂ヒタル代理料ノ如キハ同法所定ノ訴訟
 費用ノ範圍ニ屬セサルヲ以テ不法行爲ノ原因トスル本件ノ場合ニ於テモ亦控訴人ニ
 於テ右代理料ノ賠償ヲ請求シ得サルモノト謂ハサルヘカラス叙上ノ理由ニ依リ控訴
 人ノ本訴請求中前記慰養料五十圓ニ付テハ正當ナルモ其餘ノ部分ハ失當ナルヲ以テ
 結局本件控訴ハ理由ナキモノトス(東京控訴院大正八年(ホ)第二〇二號同一〇年八月三日民一部失部裁判長
 野澤智各判事判決)

【關係事項】 控訴棄却○損害賠償請求控訴事件○控訴人荒井與三郎訴訟代理人辯護士小林龜郎○被控訴人亡武本ます控訴承繼人武本爲調訴訟代理人辯護士松山彌太郎

【判旨第一點差押ニ依ル不法行爲ニ關スル參照判例】

本書本卷民訴二〇四頁

【判旨第二點名譽權侵害ト不法行爲賠償責任ニ關スル參照判例】

本書本卷民法五五七頁

【論旨第四點訴訟代理料ト訴訟費用トシテ要求シ得ルヤ否ニ關スル參照學說判例】

- 一 訴訟費用ハ敗訴シタル當事者ノ負擔ニ歸スルモノトス就中新カル當事者ハ相手方ニ生シタル訴訟費用ヲ之レニ辨濟スヘキモノナリ但シ裁判所カ權利ノ伸張又ハ防禦ニ必要ナリシモノト認メタルモノニ限ルモノトス(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論上卷三四七二頁)
- 二 敗訴ノ原告者クハ被告ハ自己ノ訴訟費用ヲ負擔シ且相手方ニ生シタル必要ナル費用ヲ相手方ニ辨濟セサルヘカクハ必要ナル費用トハ權利ノ伸張者クハ權利ノ防禦ノ爲メニ必要ナリシモノト云ヒ其ノ必要ナリヤ否ヤハ裁判所ノ意見ヲ以テ定ムヘキモノナリ(法學博士板倉松太郎氏民事訴訟法綱要一七三頁)
- 三 買賣目的物カ賣主ニ屬セサルニ因リ買主カ第三者ヨリ追奪訴訟ヲ受ケタル場合ニ於テ(イ)追奪訴訟ヲ受ケタルコトト賣主カ其債務ヲ完全ニ履行セザリシコトト(ロ)因果關係存スル雖モ買主カ該追奪訴訟ノ爲メ訴訟代理ヲ辯護士ニ委任シタルハ其自由意思ニ基クモノニシテ因果關係ハ之ニ依リテ中斷セラレモ買主ハ(ク)訴訟代理ヲ委任シタル辯護士ノ報酬ハ追奪訴訟ニ依リテ生シタル訴訟費用ニハ屬セザルカ故ニ買主ハ右辯護士ニ對スル報酬ヲ以テ賣主ノ債務不履行ニ依リテ生シタル損害ナリトシテ之カ賠償ヲ賣主ニ請求スルコトヲ得サルモノトス(法學博士維本朝造氏京都市法學會雜誌第一三卷第二號一〇六頁本書第七卷民訴四六頁)
- 四 訴訟費用ハ敗訴者ニ於テ負擔スヘキモノトス敗訴者ハ民事訴訟ノ必要ヲ生セシメ若クハ無益ノ訴訟ヲ爲シタルモノナレハナリ但費用ハ裁判所ノ意見ニ於テ相當ナル權利伸張又ハ權利防禦ニ必要ナリト認ムルモノニ限ル其ノ以外ノ費用ハ訴訟上必要ナル費用ト爲スヘキモノアラザレハ相手方ニ負擔セシムヘキモノアラザレハナリ(法學博士岩田一郎氏民事訴訟法原論十版一三一頁)
- 五 辯護士ノ報酬ハ民事訴訟法第七二條第一項民事訴訟費用法第八條第一五條ニ依リ其訴訟ニ於ケル權利ノ伸張者クハ防禦ニ必要ナル限度ニ於テ訴訟費用ヲ從テ他ノ訴訟ト用ト同シク敗訴者ニ負擔ヲ命スヘキモノトス(法學士箱田淳氏法律新聞一

仁井田博士
板倉博士
維本博士
岩田博士
箱田博士

今村氏

東京控訴

仙臺地方

- 三二號四頁本書第六卷民訴三五七頁)
- 六 此ノ訴訟費用ノ負擔ハ元來無原因ノ訴訟又ハ抗辯ニ對スル制裁トシ又ハ相手方ニ對スル損害賠償ノ趣旨ヲ以テスルノ法制ナキニアラザレトモ本法ノ趣旨トスル所ハ完全ナル權利伸張者クハ防禦ノ爲メ民事訴訟法ナル公法上ノ負擔ヲ命スルモノナリ右等ノ費用ト雖モ權利伸張及ヒ防禦ノ爲メ必要ナルモノニ限ルモノトス然レトモ其ノ費用負擔ノ裁判ニ於テハ之レカ原因ヲ裁列スルノミニシテ其必要不必要ノ各自ニ付テハ裁判ヲ爲サス此等ノ判斷ハ訴訟費用額確定ノ決定ヲ爲スニ當リ裁判所ノ意見ヲ以テ定ムヘキモノトス而シテ其必要不必要ヲ決スルハ其當事者一身ノ事情ニ依リ決スヘキモノアラサシテ其ノ訴訟上必要ナリシヤ否ヤヲ調査シテ之ヲ決スヘキモノナリ又我國ニ於テハ辯護士訴訟主義ヲ採用セザルカ故ニ辯護士ノ報酬ノ如キハ其ノ必要ナルモノト認ムルコトヲ得ズ唯法律ノ規定ニ依リテ之レヲ用ヒタルトキハ訴訟費用中ニ加フルコトヲ得ヘシ(今村信行氏中央大學民事訴訟法第一編講義二二七頁)
- 七 訴訟當事者カ訴訟代理人ヲ選任シテ訴訟行爲ヲ爲サシメタル場合ニ代理人ノ居住地カ其委任者ノ居住地ヨリ近接セル限リ委任者カ其代理人ニ支拂フヘキ旅費ハ權利ノ伸張防禦ニ必要ナル費用トシテ當然相手方カ辨濟スヘキ費用中ニ計上スヘキモノトス(東京控訴大正七年四〇二號同八年九月三〇日判決本書第八卷民訴四頁)
- 八 本案裁判所々在地ニ辯護士ノ常住者ナク而モ本案事體カ法律上ノ智識ト經驗ヲ有スルニ非サレハ遺憾ナキ時期ニ雖モ訴訟行爲ニ付キ本案裁判所近接ノ辯護士兩名ニ委任訴訟代理ヲ爲サシメタル場合ノ如キハ該兩辯護士カ口頭辯論又ハ證據開示期日ニ其住所ヨリ出張シタル旅費ハ控訴費用トシテ計上スルヲ相當トス(仙臺地方大正三年判決最一四卷二六六〇)

(三三五)

八二七 私生子ハ其父又ハ母ニ於テ之ヲ認知スルコトヲ得父カ認知シタル私生子ハ之ヲ庶子トス

八三四 子其他ノ利害關係人ハ認知ニ對シテ反對ノ事實ヲ主張スルコトヲ得

民事訴訟法一九〇 訴ノ提起ハ訴訟ヲ裁判所ニ差出シテ之ヲ爲ス

此訴訟ニハ左ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス

- 第一 當事者及裁判所ノ表示
 - 第二 起シタル請求ノ一定ノ目的物及ヒ其請求ノ一定ノ原因
 - 第三 一定ノ申立
- 此他訴訟ハ準備書面ニ關スル一般ノ規定ニ從ヒ之ヲ作リ且裁判所ノ管轄カ訴訟物ノ價額ニ依リ定マル場合ニ於テ訴訟物カ一定ノ金額ニ非サルトキハ其價額ヲ掲ク可シ
- 人事訴訟手續法二 夫婦ノ一方カ提起スル婚姻ノ無效又ハ取消ノ訴ニ於テハ其配偶者ヲ以テ相手方トス
- 第三者カ提起スル前項ノ訴ニ於テハ夫婦ヲ以テ相手方トシ夫婦ノ一方カ死亡シタル後ハ其生存者ヲ以テ相手方トス

前二項ノ規定ニ依リテ相手方トスヘキ者カ死亡シタル後ハ檢事ヲ以テ相手方トス
檢事カ當事者ト爲リタル後相手方カ死亡シタルトキハ本案ノ訴訟手續受繼ノ爲メ裁判所ハ辯護士ヲ承繼人トシテ選
定スルコトヲ要ス
前項ノ場合ニ於テハ裁判所ハ辯護士ニ報酬ヲ與ヘシムルコトヲ得其額ハ裁判所ノ意見ヲ以テ之ヲ定ムヘシ
同二十七 子ノ否認知認知ノ無効若クハ取消又ハ民法第八百二十一條ノ規定ニ依リテ父ヲ定ムルコトヲ目的トスル訴ハ
子カ普通裁判籍ヲ有スル地又ハ死亡ノ時ニ之ヲ有シタル地ノ地方裁判所ノ管轄ニ專屬ス

私生子認知ニ於テ認知者カ故意ニ不實ノ認知ヲ爲シタル場合ニハ認知ノ性質上
其認知ハ無効ナリト解スルヲ相當トスヘク從テ利害關係人ハ民法第八三四條及
人事訴訟手續法第二七條ニ基キ訴ニ依リテ其無効ヲ主張シ得ルモノトス
私生子認知無効ノ訴ノ相手方ニ付テハ人事訴訟手續法第二條ノ如キ特別ノ明文
ナク尙民法第八三四條ハ其相手方ヲ認知者ノミニ局限シタル趣旨ナリトモ解シ
難キヲ以テ原則トシテハ認知ノ無効ヲ主張セラルルニ付直接反對ノ利害關係ヲ
有スル認知者及被認知者ヲ相手方ト爲シ若シ其一方カ死亡シタルトキハ生存ス
ル他ノ一方ノミヲ相手方ト爲スヲ民法及人事訴訟手續法ノ律意ニ副フモノト
ス

私生子認知無効ノ訴ハ認知ノ無効ヲ理由トシテ之ニ基ク親子關係ノ不存在ヲ確
定スルコトヲ目的トスルモノナルカ故ニ確認訴訟ノ形式ニ依ルヘキモノトス
案スルニ私生子認知ニ於テ認知者カ故意ニ不實ノ認知ヲ爲シタル場合ニハ認知ノ性
質上其認知ハ無効ナリト解スルヲ相當トスヘク從テ利害關係人ハ民法第八三四條及
人事訴訟手續法第二七條ニ基キ訴ニ依リテ其無効ヲ主張シ得ルモノト謂ハサルヘカ

ラス然リ而シテ此場合ニ何人ヲ其訴ノ相手方ト爲スヘキヤニ付テハ人事訴訟手續法
第二條ノ如キ特別ノ明文ナク尙民法第八三四條ハ認知ノ無効ヲ主張セ
ルニ局限シタル趣旨ナリトモ解シ難キヲ以テ原則トシテハ認知ノ無効ヲ主張セ
ルニ付直接反對ノ利害關係ヲ有スル認知者及被認知者ヲ相手方ト爲シ若シ其一方
カ死亡シタル時ハ生存スル他ノ一方ノミヲ相手方ト爲スヲ民法及人事訴訟手續
法ノ律意ニ副フモノト謂フヘク尙右ノ訴ハ認知ノ無効ヲ理由トシテ之ニ基ク親子關係
ノ不存在ヲ確定スルコトヲ目的トスルモノナルカ故ニ確認訴訟ノ形式ニ依ルヘキモ
ナル訴外亡田中昂ト訴外佐山トトノ間ニ生シタル子ナリシテ或情實ノ爲メニ故ラ
ニ助介ハ控訴人ヲ明治三五年二月二〇日自己ト佐山トトノ間ニ生シタル子トシテ
認知ノ届出ヲ爲シ之ニ固リテ控訴人ハ助介ノ庶子トシテ藤井家ヘ入籍シタルモノト
ルコトハ甲第一號證ニ據レハ被控訴人ハ明治三二年六月一九日藤井助介ト婚姻ヲ爲シ同
甲第一號證ニ據レハ被控訴人ハ明治三二年六月一九日藤井助介ト婚姻ヲ爲シ同
妻ト爲リタルコト明カナルヲ以テ控訴人ノ右入籍ニ因リテ形式上同人ト嫡母庶子ノ
關係ヲ生スルニ至リ而モ此關係ハ控訴人カ其後他家ニ入り戸主ト爲リタルカ爲メ消
滅スル謂ナキカ故ニ被控訴人ト控訴人トハ依然嫡母庶子トシテ相互ニ扶養スヘキ地
位ニ在リ從テ被控訴人ハ右認知ノ無効ヲ確定スルコトニ依リテ法律上ノ利益ヲ有ス
ルコト論テ俟タス然ルニ認知者タル藤井助介ハ明治三五年一〇月一〇日死亡シタル
コトハ之亦甲第一號證ニ依リ明カナルヲ以テ被控訴人ハ利害關係人トシテ被認知者
タル控訴人ノミヲ相手方トシ本件認知ノ無効ヲ主張シ得ル場合ニシテ此無効確認ヲ
目的トスル本訴ハ正當ナリト謂ハサルヘカラス仍テ控訴ハ理由ナシ(東京控訴院大正九年本
第七三二號同一〇年八月二八日民二部吉田裁判長野澤杉浦各判事判決)

【關係事項】 控訴棄却○認知無效確證控訴事件○控訴人田中節訴訟代理人辯護士高根義人外一名○被控訴人藤井千代訴訟代理人辯護士岸清一外二名

【判旨第一點第二點】 私生子認定ノ性質及無効ト其無効ノ訴ニ關スル參照學說判例

本書本卷民法二三四頁

【判旨第二點私生子認知無効ノ訴ト相手方ニ關スル參照判例】

本書第九卷九八六頁

私生子認知ノ性質ハ夙ニ評論アリ(本書本卷民法一五八頁評論認知ノ無効ノ一事例ニ付テモ亦意見ヲ公ニセリ)本書本卷民法二二二頁評論若シ夫レ判旨第一・二三點ヲ通シテ私生子認知無効ノ訴ノ相手方及ヒ訴ノ性質ニ付キテハ前審判例ヲ評論スルニ當リ同趣旨ノ意見ヲ付言シタル所ナリ(本書第九卷民法九九〇頁評論)

(二二六)

- 九五 意思表示ハ法律行為ノ要素ニ錯誤アリタルトキハ無効トス但表意者ニ重大ナル過失アリタルトキハ表意者自ラ其無効ヲ主張スルコトヲ得ス
- 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對抗スルコトヲ得ス
- 三六九 抵當權者ハ債務者又ハ第三者カ占有ヲ移サスシテ債務ノ擔保ニ供シタル不動産ニ付キ他ノ債權者ニ先テ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クル權利ヲ有ス
- 四七四 債權ノ辨濟ハ第三者之ヲ爲スコトヲ得但其債務ノ性質カ之ヲ許ササルトキ又ハ當事者カ反對ノ意思ヲ表示シタルトキハ此限ニ在ラス

乙カ甲ヨリ設定ヲ受テタル抵當權ハ當時甲カ設定ノ權限ヲ有セザリシカ故ニ無効ニシテ乙カ抵當權ヲ取得セサルコトハ明白ナルモ賣買契約ノ當時賣主カ其所有權ヲ有セス且買主ニ於テ賣主ヲ所有者ト誤信シ善意ヲ以テ買受クルモ特ニ即時ノ所有權移轉ヲ行爲ノ要素ト爲サザリシ以上ハ其契約ハ有效ニシテ此場合ニ於テ賣主ハ所有權ヲ取得シテ之ヲ買主ニ移轉スル義務ヲ負擔スルモノナルコトハ民法ノ規定ニ依リ明白ナリトス

利害ノ關係ヲ有セサル第三者ハ債務者ノ意思ニ反シテ辨濟ヲ爲スコトヲ得
五六一 前條ノ場合ニ於テ賣主カ其賣却シタル權利ヲ取得シテ之ヲ買主ニ移轉スルコト能ハサルトキハ買主ハ契約ヲ解除ヲ爲スコトヲ得但契約ノ當時其權利ノ賣主ニ屬セサルコトヲ知リタルトキハ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス

所有權ヲ有セサルモノカ賣買契約ヲ爲シタル場合ニ於テ即時ノ所有權移轉ヲ特ニ行爲ノ要素ト爲シタルコトナク從テ其賣買行爲ハ無効ノモノニアラサル場合賣主カ相續ニ因リ其賣買ノ目的物ノ所有權ヲ取得シタル以上ハ賣買ノ性質上之ト同時ニ所有權ハ買主ニ移轉スルモノトス
辨濟トハ債務ヲ消滅セシムル目的ヲ以テスル債務ノ本旨ニ從ヒタル給付ヲ謂フモノニシテ本訴ノ債權ハ性質上第三者ノ行爲ヲ許ササルモノニアラサルカ故ニ甲カ乙ニ對シ債權ヲ有シ丙カ乙ノ爲メ之ヲ消滅セシムル目的ヲ以テ其本旨ニ從ヒタル給付ヲ爲シ甲カ之ヲ認識シテ其給付ヲ受テタル以上ハ辨濟行爲ハ茲ニ完

成シ甲ノ債權ハ完全ニ履行セラレタルモノトシテ當然消滅スヘキモノニシテ丙ノ錯誤ノ知キハ乙ノ債務ヲ辨濟スルコトノ意思ヲ決定シタル理由即緣由又ハ動機ニ過キスシテ固ヨリ辨濟行為ノ内容ヲ爲スモノニアラサルモノト認ムルカ故ニ縱ヘ甲ニ於テ丙ノ辨濟ノ理由ヲモ認識シテ辨濟ヲ受ケタトスルモ之ヲ以テ辨濟行為ノ内容タル要素ニ錯誤アルモノト謂フヲ得サルモノトス

控訴人カ大正九年二月二十三日被控訴人ニ對シ被控訴人カ訴外岡崎佐平ニ對シテ有セシ消費貸借ニ因ル債權元利合計金二千六百三十四圓ヲ佐平ノ爲ニ辨濟シタルコトハ當事者間ニ爭ナシ控訴代理人ハ控訴人ニ於テハ債務者岡崎佐平カ右債權ヲ擔保トシテ抵當權ヲ設定シ居リタル不動産ヲ訴外古田利三郎ヨリ買受ケタルヲ以テ少クトモ買受ト同時ニ所有權ヲ取得シ代金支拂ノ義務アルモノト信シ被控訴人ノ抵當權ヲ消滅セシメ所有權ヲ完全ナラシムルト同時ニ賣主ニ賣買代金ヲ支拂フ爲ニ是等事實ヲ行爲ノ要素トシテ前示ノ如ク辨濟ヲ爲シタルモノナルニ拘ラス被控訴人ノ抵當權ハ其設定無効ニシテ辨濟ノ債權ハ之ニヨリ擔保セラレ居タルモノニ非サルノミナラス控訴人ハ賣主古田利三郎カ眞ノ所有者ニ非サリ爲不動産ノ所有權ヲ取得セス從テ代金支拂ノ義務ナカリシカ故右辨濟ハ要素ニ錯誤アル無効ノ行為ナリト主張スルカ故ニ之ヲ案スルニ甲第一乃至六號證ニヨレハ訴外岡崎佐平ハ其父タル戶主嘉常ノ隠居届ヲ偽造シ之ヲ戶籍吏ニ届出テ嘉平ノ相續人トシ擅ニ相續届ヲ爲シ本訴ノ不動産ヲ自己名義ニ所有權移轉登記ヲ爲シタル上被控訴人ニ對シ前示同人ニ對スル二口ノ債務ノ擔保トシテ右不動産ニ抵當權ヲ設定シ之カ登記ヲ爲シ其後大正八年十月十八日同不動産ヲ訴外吉富律平名義ノ下ニ訴外幸富熊藏ニ賣渡シ熊藏ハ同九年一月中之ヲ訴外古田利三郎ニ利三郎ハ同年二月初頃又之ヲ控訴人ニ順次賣渡シタルモノニシテ控訴人ハ不動産ノ第三取得者タル關係上一面賣主ノ承諾ヲ得タル上其代金支拂ノ爲

又他面ニ於テ抵當權ヲ消滅セシメ所有權ヲ完全ナラシムル爲メ前示ノ如ク大正九年二月二十三日被控訴人ニ對シ岡崎佐平ノ債務ヲ辨濟シ被控訴人ハ其當時右事實ヲ認識ノ上其辨濟ヲ受ケタルモノナルコト及岡崎佐平ハ大正八年十二月七月父嘉平ノ死亡ニヨリ其家督ヲ相續シ從テ之ニヨリ右不動産ノ所有權ヲ取得シタル事實ヲ認メ得ヘシ以上ノ事實ニヨレハ被控訴人カ岡崎佐平ヨリ設定ヲ受ケタル抵當權ハ當時佐平カ其設定ノ權限ヲ有セザリシカ故ニ無効ニシテ被控訴人カ抵當權ヲ有セザリシコト明白ナルモ之ニ反シ賣買契約ハ契約ノ當時賣主カ其所有權ヲ有セス且買主ニ於テ賣主ヲ所有者ト誤信シ善意ヲ以テ買受ケルモ特ニ即時ノ所有權移轉ヲ行爲ノ要素ト爲サザリシ以上ハ其契約ハ有效ニシテ此場合ニ於テ賣主ハ所有權ヲ取得シタル買主ニ移轉スル義務ヲ負擔スルモノナルコトハ民法ノ規定ニヨリテ明白ナル所ナリ然ルニ右認定ノ事實ニヨレハ訴外岡崎佐平ト訴外幸富熊藏間ノ賣買契約ノ當時ニアル信シタルコトハ之ヲ否定スヘカラサルモ進ンテ即時ノ所有權移轉ヲ行爲ノ要素ト爲シタルコトハ之ヲ認ムルニ足ル證左ナキカ故ニ作平ハ本件不動産ノ所有權ヲ取得シタルコトハ之ヲ移轉スヘキ債務ヲ負擔セルニ止マリ其賣買行為ハ無効ノモノニアラサルモノト謂ハサルヘカラサルノミナラス前認定ノ如ク其後大正八年十二月七日佐平ハ相續ニヨリ現ニ賣買ノ目的物タル不動産ノ所有權ヲ取得シタル以上ハ買主ノ性質上之ト同時ニ本件不動産ノ所有權ハ買主タル熊藏ニ移轉シタルモノト認ムルヲ妥當トスルカ故ニ前認定ノ如ク其後熊藏カ之ヲ古田利三郎ニ利三郎カ之ヲ控訴人ニ各順次賣渡シタル賣買行為ハ總テ其有效ナルコト論テ埃タサル所ニシテ前示認定ノ如ク控訴人カ賣主ノ承認ヲ得テ其賣買代金ノ支拂トシテ被控訴人ニ對シ本訴同時佐平ノ債務ヲ辨濟シタル以上ハ控訴人ハ賣主ニ對シ有效ニ賣買代金ノ支拂ヲ爲シタルモノト謂ハサルヘカラサル以上ハ控訴人ハ最早控訴人ニ對シ其辨濟金ノ返還ヲ請求スルコト能ハサルハ寔ニ明白ナル所トス假リニ訴外幸富熊藏以下控訴人ニ至ル迄ノ各賣買

契約ハ總テ無効ニシテ各其所有權ヲ取得セザリシ爲メ本訴辨濟ニ關シ控訴人ニ控訴代理人主張ノ如キ事實上錯誤アリシト假定スルモ凡ソ辨濟トハ債務ヲ消滅セシムル目的ヲ以テスル債務ノ本旨ニ從ヒタル給付辨濟ヲ謂フモノニシテ本訴ノ債權ハ性質上第三者ノ行爲ヲ許ササルモノニアラサルカ故ニ荷クモ前説明ノ如ク被控訴人カ以テ其本旨ニ從ヒタル給付ヲ爲シ被控訴人カ之ヲ認識シテ其給付ヲ受ツタル以上ハ辨濟行爲ハ其完成シ被控訴人ノ債權ハ完全ニ履行セラレタルモノトシテ當然消滅スヘキモノニシテ前示控訴人ノ錯誤ノ如キハ畢竟被控訴人カ佐平ノ爲ニ被控訴人ニ對シ佐平ノ債務ヲ辨濟スルコトノ意思ヲ決定シタル理由即緣由又ハ動機ニ過キスシテ固ヨリ辨濟行爲ノ内容ヲ爲スモノニアラサルモノト認ムルカ故ニ縱ニ被控訴人ニ於テ控訴人ノ辨濟ノ理由ヲモ認識シテ辨濟ヲ受ケタリトスルモ之ヲ以テ辨濟行爲ノ内容タル要素ニ錯誤アルモノト謂フコトヲ得ス然ラハ本件債務證書カ未ダ毀損セラレサル狀態ニ存スルト否トヲ問ハス控訴人ノ本件辨濟ヲ以テ錯誤ニ因ルモノトシ被控訴人ニ對シ其辨濟金ノ返還ヲ求ムル控訴人ノ本訴請求ハ到底之ヲ採用スルヲ得ス然ラハ本件控訴人ノ請求ハ執レノ點ヨリスルモ失當ニシテ之ヲ排斥スヘキモノトス仍テ之ト結局同趣旨ニ出テタル原判決ハ相當ニシテ本件控訴人ハ其理由ナキカ故ニ訴訟費用ニ付キテハ民事訴訟法第七十七條ヲ適用シテ主文ノ如ク判決ス (長崎控訴院大正一〇年(ア)第三七〇同年六月三〇日民部淺沼裁判長稻田小島各判事判決)

【關係事項】

訴訟却○金員返還訴訟事件○控訴人小山爲喜訴訟代理人辯護士山隈康○被控訴人福岡徳平訴訟代理人辯護士大屋隆吉

【判旨第一點物權行爲及債權行爲ト處分權限ニ關スル參照學說判例】

本書本卷民法四六一頁

【判旨第二點特定物タル他人ノ物ノ買賣ト所有權ノ移轉時期ニ關スル參照學說判例】

例

本書本卷民法七一四頁

【判旨第三點辨濟ニ關スル參照學說判例】

本書第九卷民法三五二頁

判旨第一點權限ナキ者ノ抵當權設定及買賣契約ノ效力ニ付テハ吾人ノ異論ヲ挿マサル所ナリ(本書本卷民法四六二頁評論同第二點他人ノ物ノ買賣ノ場合ニ於テ賣主カ目的物ノ所有權ヲ取得スル(事案ハ相續ニ因ル取得ナリ)ト同時ニ買主ニ所有權移轉ノ效力ヲ生ストセルハ常ニ正當ナル判斷トハ謂ヒ難シ蓋債權契約タル買賣契約ノ效力トシテ直チニ所有權移轉ノ效力ヲ生スヘシトハ物權契約ノ存在ヲ省ミサルノ論ニシテ佛法系學者ノ唱說ハ吾現行法ノ解釋トシテ必スシモ當レルモノニアラサルコトハ吾人ノ再三論シタル所タリ(本書本卷民法七二二頁評論)然ルニ判旨カ其第二點ニ於テ右ノ如キ判斷ヲ下セルハ吾人ノ承服ニ價セサルコト言ナシ

判旨第三點辨濟ノ觀念及ヒ第三者ノ辨濟許容ノ前說竝ニ動機ノ錯誤ト辨濟ノ效力ニ付キテハ多ク言フヘキモノナシ只判旨カ辨濟ノ性質ヲ明カニセサルモ錯誤ニ關スル規定ノ適用ヲ豫想スルカ如キ觀アルヲ以テ敢テ一言セムトス即チ吾人ハ辨濟ノ性質ヲ目シテ事實行爲ナリトスルカ故ニ直チニ民法第九五條ノ適用ヲ

豫想シ難ク辨濟ハ事實行爲ナルモ給付行爲カ法律行爲ナルトキハ此點ニ付錯誤ノ規定ヲ容ルル餘地存スルノミ單ニ辨濟ハ事實行爲ナルモノ適法爲行ニシテ準法律行爲トシテ取扱ハルヘキモノナレハ意思表示ニ關スル規定ハ準用シテ可ナリト思惟スルノミ

八六 土地及ヒ其定着物ハ之ヲ不動産トス

此ノ他ノ物ハ總テ之ヲ動産トス
無記名債權ハ之ヲ動産ト看ス

二二七七

土地及ヒ其定着物以外ノ物ハ總テ動産トスヘキコトハ民法第八六條ノ規定ニヨリ明瞭ナリ

土地ノ定着物トハ一時ノ用ニ供スル爲メニ非スシテ土地ニ附着スルモノナルニヨリ一時土地ニ附着セシメタル假植中ノ草木ノ如キハ土地ノ定着物ヲ以テ目スヘキモノニアラスシテ斯ノ如キ物ハ總テ動産ナリトス

仍テ案スルニ土地及ヒ其定着物以外ノ物ハ總テ動産トスヘキコトハ民法第八六條ノ規定ニヨリ明瞭ナリ而レテ土地ノ定着物トハ一時ノ用ニ供スル爲メニ非スシテ土地ニ附着スル物ナルニヨリ一時土地ニ附着セシメタル假植中ノ草木ノ如キハ土地ノ定着物ヲ以テ目スヘキモノニアラス從テ斯ノ如キ物ハ總テ動産ナリト謂ハサルヘカラス然ラハ原判決ニ於テ係争ノ桑苗ハ假植中ノモノナルコトヲ認メナカラ之ヲ取扱ル迄ハ土地ノ一體ヲ爲スモノナルカ故ニ動産ヲ以テ目スヘキモノニアラスト判示シタルハ所論ノ如ク失當ノ判決ト謂ハサルヘカラス然レトモ記録ニヨルニ上告人ハ原審

於テ係争桑苗ヘ金上忠吉(原判決ニ金山トアルハ誤記ト認ム)カ個人トシテ若クハ匿名組合ノ營業名義人トシテ他ヨリ買入レ其所有ニ歸シタル處同人ハ之ヲ訴外遠藤久米吉内川直記ニ賣渡シ上告人ハ右兩名ヨリ之ヲ買入レタルヲ以テ完全ニ之カ所有權ヲ取得シタリト主張シタルニ止リ上告人ニ於テ係争ノ桑苗ハ金上忠吉ノ所有ニアラストスルモ民法第一九二條ノ規定ニ基キ之カ所有權ヲ取得シタル旨ヲ主張シタル事述アルコトナケレハ原判決カ前示ノ如ク係争桑苗ハ動産ニアラサルヲ以テ同條ヲ適用スヘキモノニアラスト判示シタルハ畢竟無用ノ説明ヲ附加シタルモノニ外ナラス左スレハ該判示ニ付キ叙上ノ如キ失當ノ廉アリトスルモ未ダ以テ原判決ヲ破毀スルノ事由トナスニ足ラサルニヨリ論旨ハ結局理由ナシ(大審院大正一〇年(ホ)第四八三號同年八月一日日民三部松岡裁判長谷川瀧村成道各判事判決)

【關係事項】 上告棄却○原審福島地方裁判所○損害賠償事件○上告人五十嵐平太郎訴訟代理人辯護士鈴木次郎○被上告人栗城一郎外一人

【判旨第一點動産ノ觀念ニ關スル參照學說】

一 土地及ヒ其定着物以外ノ物ハ總テ動産トス既ニ土地ノ定着物ヲ不動産ト爲ス以上ハ總テ自他ノ力ニ依リテ動クヘキ物ヲ動産ト解スルハ汎キニ失シテ其當ヲ得サルナリ(法學博士宮井政章氏民法原論總則二七三頁)
二 不動産ニ非サル物ハ皆動産ナリ動物器具等皆然リ而シテ稍疑ハシキモノヲ云ヘハ(一)一時建築等ノ用ニ供スル爲メニ設ケタル小屋足場ノ類(二)他ニ移動スル目的ヲ以テ一時栽植(三)建造具ノ類是ナリ(法學博士梅澤次郎氏民法要義總則一七一頁)
三 不動産以外ノ物ハ皆動産ナリ(八六第二項)故ニ船舶ノ如キモ亦動産ナリ又土地又ハ建物ノ定着物ハ之ト分離スルトキハ動産ト爲ル例ハ取去リタル果實取毀テタル家屋ノ如シ又既ニ述ヘタルカ如ク權原ニ因リ土地又ハ建物ニ附屬セシメタル物ハ建物ヲ除クノ外動産ナリトス(法學博士岡松參太郎氏民法總則一三〇頁)
四 土地及定着物以外ノ物ヲ動産ト爲ス土地ノ定着物ハ素ヨリ自然的又ハ人工的ニ土地ト分離セララルコトヲ得若シ定着物カ土地トノ連絡ヲ失ヘハ動産ト爲ル(法學博士平沼一郎氏民法論三六六頁)
五 動産トハ不動産ニアラサル物ヲ謂フ(八六三)土地ニアラス又土地ノ定着物ニアラサル物ハ總テ動産ナリ故ニ物ニアラサル權利ハ如何ナル場合ニ於テモ動産ニアラス(法學博士川名兼四郎氏民法總論一四二頁)
六 毀損スルコトヲクシテ所在ヲ變更シ得ル有體物ヲ動産ト云フ不動産以外ノ有體物ヲ總稱ス動産ニハ自己ノ力ヲ以テ移動ス

富井 博士
梅 博士

平沼 博士

川名 博士

中島 博士

大審 院

富井 博士

鳩山 博士

東京 地方

ルモノアリ動物ノ如キ之ナリ他ノ力ヲ以テ移動シ得ルアリ器具ノ如キ之ナリ (法學博士中島玉吉氏法釋義總則三九頁)

【判旨第二點定著物ノ意義ニ關スル參照學說】

- 一 土地ノ定著物トハ自然ノ形狀ニ基キ一時ノ用ニ供スル爲メニ非ラスシテ土地ニ附着スル物ヲ謂フ必スレモ自然ノ狀態ヲ毀損スルニ非サレハ土地ト分離シ又ハ移轉セシムルコトヲ得サル物ニ限ラサルヘシ (富井政章氏法原論總則二七一頁)
- 二 土地ト密着シテ殆ト分離スルコト能ハサルニ至リタル物ハ亦之ヲ不動產ト認ムルニ非サレハ實際ノ不便少レトセテ故ニ本條ニ於テハ全ク之ヲ事實問題トシテ法文ヲ以テ蓋ニ其定義ヲ下シ其適用ヲ示スカ如キコトヲ爲サス況ヤ事實上定著物ト云フコトヲ得サル物ヲモ假定ニ因リテ定著物ト看做スカ如キハ新民法ノ探ラサル所ナリ故ニ定著物ノ字義ニ多少ノ疑義ヲ生スルハ免レサル所ナリト雖モ是レ却テ細目規定ヲ揭ケ其各自ニ付キ疑義ヲ生セシムルニ愈レリト信ス (法學博士梅澤次郎氏法要義總則一七〇頁)
- 三 定著物トハ土地ト別個ノ存在ヲ有スルモノニシテ其用法ニ從ヒ持續シテ土地ニ連結セラルル物ナリフ (法學博士平沼駁一郎氏法總論三六四頁)
- 四 定著物ハ一定ノ土地ニ限着シテ其一部ヲ爲サス而モ世間力其所在ヲ變更セサルモノトシテ取扱フ物ヲ謂フ (法學博士川名兼四郎氏法總論一四一頁)
- 五 定著物ハ一方ニ於テ土地ニ固着シ吾人ノ取引ノ觀念上土地ニ附着セシメテ經濟上ノ目的ヲ達スルモノト看做サルヲ要シ他ノ一方ニ於テハ土地ノ一部ヲ成ササルヲ要ス此ニ要素ヲ具備スル物ハ土地ノ定著物ニシテ不動產ナリ (法學博士中島玉吉氏法釋義總則三八八頁)
- 六 民法第七六條第一項ニ所謂其定著物トハ總テ其自然ノ狀態ヲ毀損スルニ非サレハ之ヲ分離シ若シクハ他ニ移轉セシムルコトヲ得サルモノニ限ルノ法意ナリト云フヲ得ス (明治三五年一月二七日判決民錄八輯一卷七七頁)

【同上定著關係ヲ定ムル標準ニ關スル參照學說】

- 一 定著ハ事實上ノ關係ナルカ故ニ當事者ノ意思ヲ以テ之ヲ左右スルコトヲ得ス唯事實上定著物カ土地ト分離シテ獨立ノ存シ得スルニ至リタル時ニ始メテ不動產タル性質ヲ失フモノトス (法學博士富井政章氏法原論總則二七一頁)
- 二 定著關係ノ存否ハ物ト土地トノ結合ノ程度物ノ利用方法ニ基キ取引ノ一般概念ニ於テ土地ト物トノ間ニ繼續的關係アリト認ムルカ否カニ依リテ決定ス (キモノナリ) (法學博士鳩山秀夫氏法總則附錄大講義四八〇頁)
- 三 一定ノ物カ土地ノ定著物トシテ否ヤハ單ニ其物理物ノ關係ニ依リテ決ス (キモノニ非スシテ之ニ加フルニ所有者ノ意思又ハ法律關係ニ依リテ定マルヘキモノトス (東京地方大正八年(一)一五四七號同年一月二八日判決本書第八卷諸法四五八頁)

- 一七六 物權ノ設定及ヒ移轉ハ當時者ノ意思表示ノミニ因リテ其效力ヲ生ス
- 一八〇 占有權ハ自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ物ヲ所持スルニ因リテ之ヲ取得ス
- 一八一 占有權ノ代理人ニ依リテ之ヲ得取ヘルコトヲ得
- 一八二 占有權ノ讓渡ハ占有物ノ引渡ニ依リテ之ヲ爲ス
- 一八三 讓受人又ハ其代理人カ現ニ占有物ヲ所持スル場合ニ於テハ占有權ノ讓渡ハ當時者ノ意思表示ノミニヨリテ之ヲ爲スコトヲ得
- 一八四 代理人カ自己ノ占有物ヲ爾後本人ノ爲メニ占有スヘキ意思ヲ表示シタルトキハ本人ハ之ニ因リテ占有權ヲ取得ス
- 一八五 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ノ之ヲ承諾シタルトキハ其第三者ハ占有權ヲ取得ス
- 一八六 占有者ハ所有ノ意思ヲ以テ善意平穩且公然ニ占有ヲ爲スモノト推定ス
- 一八七 前後兩時ニ於テ占有ヲ爲シタル證據アルトキハ占有ハ其間繼續シタルモノト推定ス
- 一八八 占有者カ占有物ノ上ニ行使スル權利ハ之ヲ適法ニ有スルモノト推定ス
- 一八九 善意ノ占有者ハ占有物ヨリ生スル果實ヲ取得ス
- 一九〇 善意ノ占有者カ本權ノ訴ニ於テ敗訴シタルトキハ其起訴ノ時ヨリ惡意ノ占有者ト看做ス
- 一九一 占有保持ノ訴ハ妨害ノ存スル間又ハ其止ミタル後一年內ニ之ヲ提起スルコトヲ要ス但工事ニ因リ占有物ニ損害ヲ生シタル場合ニ於テ其工事着手ノ時ヨリ一年ヲ經過シ又ハ其工事ノ竣成シタルトキハ之ヲ提起スルコトヲ得
- 一九二 占有保全ノ訴ハ妨害ノ危險ノ存スル間ハ之ヲ提起スルコトヲ得但工事ニ因リ占有物ニ損害ヲ生スル虞アルトキハ前項但書ノ規定ヲ準用ス
- 一九三 占有回收ノ訴ハ侵奪ノ時ヨリ一年內ニ之ヲ提起スルコトヲ要ス
- 一九四 占有ノ訴ハ本權ニ關スル理由ニ基キテ之ヲ裁判スルコトヲ得
- 一九五 占有ノ訴ハ本權ニ關スル理由ニ基キテ之ヲ裁判スルコトヲ得
- 一九六 占有權ハ占有者カ占有ノ意思ヲ拋棄シ又ハ占有物ノ所持ヲ失フニ因リテ消滅ス但占有者カ占有回收ノ訴ヲ提起シタルトキハ此限ニ在ラス
- 一九七 代理人ニ因リテ占有ヲ爲ス場合ニ於テハ占有權ハ左ノ事由ニ因リテ消滅ス
- 一九八 本人カ代理人ナシテ占有ヲ爲サシムル意思ヲ拋棄シタルコト

二 代理人カ本人ニ對シ爾後自己又ハ第三者ノ爲メニ占有物ヲ所持スヘキ意思ヲ表示シタルコト
 三 代理人カ占有物ノ所持ヲ失ヒタルコト
 占有權ハ代物權ノ消滅ノミニ因リテ消滅セズ
 二〇六 所有者ハ法令ノ制限内ニ於テ自由ニ其所有物ノ使用收益及ヒ處分ヲ爲ス權利ヲ有ス
 二〇五 地上權者他人ノ土地ニ於テ工作物又ハ竹木ヲ所有スル爲メ其土地ヲ使用スル權利ヲ有ス
 二七〇 永小作人ハ小作料ヲ拂ヒテ他人ノ土地ニ耕作又ハ牧畜ヲ爲ス權利ヲ有ス
 六〇一 賃貸借ハ當事者ノ一方カ相手方ニ或物ノ使用及ヒ收益ヲ爲サシムルコトヲ約シ相手方カ之ニ其賃金ヲ拂フコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ス
 刑法二三八 竊盜財物ヲ得テ其取還ヲ拒キ又ハ逮捕ヲ免レ若クハ罪跡ヲ湮滅スル爲メ暴行又ハ脅迫ヲ爲シタルトキハ強盜ヲ以テ論ス
 民事訴訟法二二〇 裁判所ハ同一ノ人又ハ別異ノ人ノ數箇ノ訴訟ニシテ其裁判所ニ繫屬スルモノノ辯論及ヒ裁判ヲ併合ス可キヲ命スルコトヲ得但其訴訟ノ目的物タル請求ヲ元來一箇ノ訴訟ニ於テ主張シ得ヘキトキニ限ル
 同二〇六 妨訴ノ抗辯ハ本案ニ付テテ被告ノ辯論前同時ニ之ヲ提出ス可シ
 左ニ掲クルモノヲ妨訴ノ抗辯トス
 第三 權利拘ノ抗

占有ト占有權トハ常ニ必ス相伴フヘキモノナリトセハ占有ヲ繼續スルハ即チ占有權ト稱スル權利ノ行使ナリ權利ヲ行使スルハ常ニ正當ニシテ不法ナルコトナキニ拘ラス不法ノ占有アルコトハ疑ナキ所ナルカ故ニ占有權ヲ伴ハサル占有アルコト疑ノ餘地ナキモノトス
 占有權トハ占有ト謂フ事實ニ因リ若クハ占有及占有者又ハ承繼人ノ主張ニ因リテ推定セラレタル實在ノ本權ナリ
 占有ノ訴ハ權利關係ヲ終局的ニ確定スルモノニ非サルカ故ニ本權ノ訴ノ繫屬中更ニ占有ノ訴ヲ提起シ又ハ占有ノ訴ノ繫屬中更ニ本權ノ訴ヲ提起スルモ相手方

ハ權利拘束ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得サルモノトス
 占有ノ訴ハ其性質上本權ノ訴ト併合シテ審理裁判スルコトヲ得サルモノトス
 本權ノ訴ニ於ケル判決ニ因リテ正當ナル占有ノ推定力打破セラレタル場合本權ノ訴カ占有ノ訴ヲ妨グルモノトス
 占有ノ訴ニ於テ現ニ占有ヲ爲ス被告カ從前ノ占有者タル原告ヨリ其權利ヲ承繼シタルコトヲ主張シ之ヲ容レタル判決ハ占有ノ訴ニ於ケル判決ナルモ占有ニ依リテ推定セラレタル權利カ被告ニ移轉シタルコトヲ理由トスル判決ナルカ故ニ其判決ハ當事者間ノ權利關係ヲ假ニ確定スルモノニ非スシテ終局的ニ確定スルモノト云フヘク隨テ其判決確定スルトキハ爾後本權ノ訴ニ於テ被告カ右ノ確定判決ノ存在ヲ主張シテ立證スルトキハ原告敗訴スヘキモノトス
 登記ハ權利ノ公示方法ニシテ其公示的作用ハ事實ノ占有ニ勝ルモノト謂フヲ相當トスルカ故ニ登記ニ依ル推定ハ占有ニ依ル推定ヨリモ一層有力ナルモノトス
 物ノ現實ノ使用收益ノ權利カ所有者ニアリトノ推定ト所有者ナラサル占有者ニアリトノ推定ト何レカ強キカト云フニ所有者カ争フ場合ニハ寧ろ口所有者ニアリトノ推定強キモノトス
 現占有者ニ關スル民法第一八六條第一八八條ノ推定ハ從前ノ占有者ニ對スル關係ニ於テハ例外トシテ其適用ナキモノトス

民法カ占有ノ訴提起ノ期間ヲ定メタルハ一面ニ於テ其期間ノ徒過ニ依リ占有ニ依ル推定消滅スルコトヲ示シタルモノト謂フヘク社會ノ實際ヨリ觀ルモ其占有ニ依ル權利ノ推定消滅スルモノトス」

占有トハ人ト物トノ關係ニシテ社會ノ通念上其物カ事實上其人ノ支配ニアリト認メ得ヘキ狀態ヲ謂フモノトス」

占有ニハ意思ト意思以外ノ事實上ノ關係ノ二要素アリ前者ヲ心素後者ヲ體素ト謂フモノトス」

心素ハ即チ占有意思ニシテ占有ノ各目的物ニ付キ必スシモ個々ニ現實ニ存在スルコトヲ要セス包括的ニ豫期的ニ存スルモ可ナリトス」

占有ニ必要ナル意思ハ必スシモ本人カ現實ニ之ヲ有スルコトヲ要セス法定代理人其他ノ者カ本人ノ爲ニスル意思ヲ以テ之ヲ補充シ得ルモノトス」

物ニ對スル事實上ノ支配ニハ他人ヨリ見テ明白ナル場合ト然ラサル場合トアリ社會ノ通念上所有者ノ支配ニアリト認メ得ヘキヲ以テ足ルモノトス」

占有ノ體素ハ原始取得ノ場合ニハ現ニ本人又ハ代理人ニ於テ物理的ノ支配ヲ爲スコト又ハ現ニ他人ノ支配ニ在ラサルモノニ付キ直チニ其物理的ノ支配ヲ爲シ得ル狀態アルコトヲ必要トスレトモ占有ノ承繼又ハ占有ノ繼續ニハ之ヲ必要トセス唯其物カ第三者ノ支配ニアラスシテ本人又ハ代理人ニ於テ早晚其物理的ノ

支配ヲ爲スコトノ可能ナルヲ以テ足ルモノトス」

占有ハ即チ所持ニシテ所持ハ即チ占有ナリトス」

所有ノ意思ヲ以テスル占有ヲ名ツケテ自主占有ト稱スルモノトス」

他人ノ爲メニスル占有アルコトハ民法第一八三條一八四條ニ依ルモ明瞭ナルカ故ニ其他人ノ爲メニスル爲ス占有ヲ他主占有ト名ツケ他人ノ爲メニスルト同時ニ自己ノ爲メニスル占有ヲ自他兩主占有ト名ツケルヲ相當トス」

自主占有權ハ所有者ノミ之ヲ有シ自他兩主占有權ハ所謂他物權者ノミ之ヲ有シ他主占有權ハ純然タル代理人ノミ之ヲ有スルモノトス」

民法第一八〇條乃至一八四條ハ唯占有又ハ其效果ノ取得ヲ民法第一八八條乃至一八九條ハ唯占有ノ效果ヲ第二〇三條乃至二〇四條ハ唯占有又ハ效果ノ消滅ヲ規定シタルモノナルカ故ニ此等ノ規定ヲ通觀スルトキハ民法上所謂占有權ハ即チ占有ノ事實又ハ有ノ效果ヲ意味スルモノトス」

不法ノ占有者カ占有ノ訴ヲ提起スヘキ權利ヲ有セサルコトハ明瞭ナルハ民法第一九七條乃至二〇〇條ニ所謂占有者ハ其實占有者ヲ意味スルモノニアラスシテ占有權者ヲ意味スルモノトス」

占有權ハ物權ナルカ故ニ占有權ノ設定移轉ニハ當然民法第一七六條ノ適用アルモノニシテ占有ノ移轉ヲ必要トスルモノニアラス唯占有權ニハ占有ニ依ル推定

ヲ必要トスルカ故ニ占有權ノ原始取得ニ占有ノ取得ヲ必要トスルモノトス

一 緒言

熟々惟フニ權利ノ性質上事實關係自體ハ到底權利タルヲ得サルモノナルカ故ニ占有ト占有權トハ嚴ニ之ヲ區別セサル可カラス從來ノ學說立法例ハ事實關係ヲ表ハシ他ノ或場合ニハ占有權ヲ表ハシ更ニ他ノ或場合ニハ占有ノ效果ヲ表ハス余カ嚴ニ之ヲ區別セサルヘカラスト爲スハ則チ三者ハ必スシモ常ニ相伴フモノニ非スレテ占有アルモ占有權ト占有ノ效果ナク占有權ト占有ノ效果アルモ占有ナキ場合アルコトヲ前提トスルモノ也

二 占有權ト本權トノ關係
何人ト雖モ不法行爲ヲ爲スノ權利ナク眞ニ其權利ヲ行使スルハ常ニ正當ニレテ不法ナルコトナレシ占有ト占有權トハ常ニ必ス相伴フヘキモノナリトセハ占有ヲ繼續スルハ即チ占有權ト稱スル權利ノ行使ナリ然ルニ不法ノ占有アルコトハ疑ナキ所ナルカ故ニ占有權ヲ伴ハサル占有アルコト疑ノ餘地ナカル可シ民法第一八〇條ハ之ヲ文字通りニ解釋スルコトヲ得ス由來占有タル事實關係ニハ適法ナルモノアリ不法ナルモノアリ占有ハ常ニ占有權ヲ伴ハシメテ之ヲ保護セサル可カラスト爲スハ即チ不法行爲者ニモ其不法ヲ遂クルノ權利アリトナシ善惡正邪俱ニ之ヲ保護セサルヘカラスト爲スモノニシテ法ノ本質ニ反シ不當ナルコト論ヲ俟タス現ニ刑法第二三八條盜者ノ占有カ保護スヘキモノニ非スレテ盜者ニ占有權ナク占有ニハ必スシモ常ニ占有權ヲ伴フモノニ非サルコトヲ示スモノナリ占有權トハ占有ト謂フ事實ニ因リ若クハ占有者又ハ其承繼人ノ主張ニ因リテ推定セラレタル實在ノ本權ナリ故ニ占有權ノ本體ハ即チ本權ナリ

三 占有ノ訴ニ於ケル損害賠償ノ請求
占有者カ占有保持ノ訴占有回收ノ訴占有保全ノ訴ニヨリ損害賠償又ハ其擔保ヲ請求スルニハ必スヤ損害ノ額ヲ主ニ主張スルニハ必スヤ本權ヲ主張スルヲ要ス蓋シ本權ノ何タルカ決定ムルニアラサレハ損害ノ額ヲ知ルコト能ハサレハ也

四 占有ノ訴ト本權ノ訴
由來又人性善ナルカ故ニ占有者カ占有物ノ上ニ行使スル權利ハ之ヲ適法ニ有スルモノト推定ス特別ノ事情ナキ限り占有者ハ所有ノ意思ヲ以テ善意平穩且公然ニ占有者爲スモノト推定ス故ニ占有者ハ所有ノ事實ト占有者又ハ其承繼人ノ主張ノミニ依リテ占有者又ハ其承繼人ノ本權ヲ推定ス迅速ニ之ヲ保護スルノ途ヲ開クノ必要アリ是レ即チ民法カ占有ノ訴ヲ認メタル所以ナリ占有ノ訴ニ於テハ本權推定ノ原因タル占有ノ事實及ヒ占有者ノ主張ニ依リテ若クハ占有ノ事實ト占有者ノ承繼人ノ主張ニ依リテ推定セラレタル本權ニ付テ生シタル承繼ノ原因タル事實ニ依リテノミ本權存在ノ寫斷ヲ受クヘキモノニシテ其ノ他ノ事實ニ依リテ其判斷ヲ受クヘキモノニ非ス推定ハ性質上反證ヲ許スヘキモノナルカ故ニ占有ノ訴ハ權利關係ヲ終局ニ確定スヘキモノニ非スレテ迅速ニ假ニ保護スルトキハ無權利者是ニ乘シテ眞ノ權利者ナルカ如ク裝ヒ以テ不正ナル利益ノ保護ヲ受クルコトアルヘシト雖モ是レカ爲メ無權利者カ其保護ヲ受クルノ權利アリトナスノ限ナルヤ論ヲ缺タス

五 占有ノ訴ハ權利關係ヲ終局ニ確定スルモノニ非サルカ故ニ本權ノ訴ノ聚屬中更ニ占有ノ訴ヲ提起シ又ハ占有ノ訴ノ聚屬中更ニ本權ノ訴ヲ提起スルモ相手方ハ權利拘束ノ抗辯(民法二六〇條三號)ヲ爲スコトヲ得ス原告ハ占有ノ訴ニ於テ敗訴スルモ更ニ本權ノ訴ニ於テ勝訴ノ判決ヲ受クルコトヲ得民法二〇二條第一項ハ即チ兩者ノ間ニ右ノ如キ關係アルコトヲ示ス第二項ハ原告又ハ其前主ニ占有アリシコト明カナラサルトキハ縱合他ノ事實ニ因リテ原告ニ權利アルコト明白ナル場合ト雖モ是ニ由リテ原告ニ勝訴セシメ得サルコトヲ規定シタルニ過キサルモノトス

六 民法第二〇二條第一項ハ唯原則ヲ規定シタルニ止マリ絕對ニ例外ヲ許ササルモノニ

占有物ノ上ニ行使スル權利ハ之ヲ適法ニ有スルモノト推定スヘキモ民法一八八條ハ
 唯原則ヲ規定シタルモノニシテ全ク例外ナキニ非ス(1) 占有者ノ主張カ登記ト既觸
 スル場合登記ハ權利ノ公示方法ニシテ其公示的作用ハ事實上ノ占有ニ勝ルモノト云
 フテ相當トスルカ故ニ登記ニ依リテ推定ハ占有ニ依ル推定ヨリモ一層有力ナルモノト
 云ハサル可カラズ 鐵業權ニ至リテハ鐵區占有ニ依ル推定カ登録ト既觸スル場合ニ於
 テハ其既觸スル限度ニ於テ右ノ推定カ登録ニ因リテ打破セラレ(2) 占有者ノ權利カ
 相手方ノ權利ニ基ク場合例ハ被告タル占有者カ賃借權ヲ主張シテ原告ノ所有權ヲ
 認メ原告カ被告ノ賃借ノ事實ヲ否認スルカ如キ場合即チ其物ノ現實ノ使用收益ノ權
 利カ所有者ニ在リトノ推定ト所有者ナラサル占有者ニ在リトノ推定ト何レカ強キカ
 ト云フニ所有者カ争フ場合ニハ寧ロ所有者ニ在リトノ推定ハ消滅ニ歸スヘク其使
 用收益ノ權利カ所有者ナラサル占有者ニ在リトノ推定ハ消滅ニ歸スヘク其推定消滅
 スルトキハ其權利アリトノ推定ハ當然所有者ニ歸スルカ故ニ被告ニ於テ其物ノ賃借
 權ヲ有スルコトヲ立證スル責任ヲ負擔ス(3) 從前ノ占有者ト現在ノ占有者トノ間ニ
 争アル場合民法第一八六條第一八八條所定ノ推定ハ從前ノ占有者ニ對スル關係ニ於
 テハ例外トシテ現占有者ノ爲メニ其推定ナキモノト解ス從前ノ占有者カ占有權ヲ有
 シタルコトハ從前ノ占有事實ニ依リテ認メラル、モノニシテ從前ノ占有者カ現占有
 者ニ其占有ヲ侵害セラレタリト主張シ現占有者之ヲ否認シテ權利ノ設定移轉ヲ受ケ
 タルコトヲ主張シ從前ノ占有者之ヲ否認スルキハ其設定移轉アリタルヲ推定スヘ
 キ理由ナク現占有者ニ於テ是レカ立證ノ責任ヲ負擔スルハ當然トスレハ也反之從前
 ノ占有者カ現占有者ノ占有ノ適法ナルコトヲ争ハサルトキハ第三者ニ於テ之ヲ争フ
 モ是レカ爲メ現占有者ノ爲メニ存スル推定ハ消滅スヘキモノニ非ス(4) 占有ノ訴提
 起ノ期間ヲ徒過シタル場合占有ニ依ル推定ノ存在スル限リ占有ノ訴ハ理論上之ヲ許
 サ、ルヘカラサルモノナルニ民法カ占有ノ訴提起ノ期間ヲ定メタル即チ一面ニ於テ
 其期間ノ徒過ニ因ル占有ニ依ル推定消滅スルコトヲ示シタルモノト云フヘク又社會

非ス
 (a) 占有ノ訴ハ占有權ノ有無ヲ明ニスル爲メニ必要ナル占有以外ノ性質占有ニ
 依ル推定ヲ打破スヘキ事實及ヒ占有權承繼ノ原因タル事實以外ノ事實ハ其主張ト立
 證トヲ許ササルモノナルニ反シ本權ノ訴ハ之ヲ許スモノナルカ故ニ占有ノ訴ハ其性
 質上本權ノ訴ト併合シテ審理裁判(民訴一〇)スルコトヲ得サルモノト云ハサルヘカ
 ラス
 (b) 正當ナル占有ノ訴ハ即チ占有權ニ基ク訴タルカ故ニ既ニ本權ノ訴ニ於ケル判決
 ニ因リテ其推定カ打破セラレタル場合確定判決ニ因リテ被告ノ所有ナルコト確定シ
 タル物ヲ原告カ同日以前ニ占有シ居リタレハトテ其占有ハ右ノ口頭辯論終了後ニ於
 ケル原告ノ所有權ヲ推定セシムルモノニ非ス即チ其占有ハ右確定判決ニ因リテ口頭
 辯論終了後ニ於ケル原告ノ所有權ヲ推定セシムヘキ效力ヲ奪ハレタルモノナルカ故
 ニ此場合ハ本權ノ訴カ占有ノ訴ヲ妨クルモノナリ
 (c) 占有ノ訴ニ於テ現ニ占有ヲ爲ス被告カ從前ノ占有者タル原告ヨリ其權利ヲ承繼
 シタルコトヲ主張シテ立證スルハ許サレザル手續ニ非ス蓋シ被告ハ原告ノ有シタル
 占有權ヲ承繼シタルコトヲ主張シテ之ヲ立證スルモノナルカ故ニ裁判所カ其主張事
 實ヲ認メテ原告敗訴ノ裁判ヲ爲スハ即チ占有權ニ關スル理由ニ基キテ裁判スルモノ
 ニシテ本權ニ關スル理由ニ基キテ裁判スルモノニ非サレハ也而シテ此判決ハ占有ノ
 訴ニ於ケル判決ナルモ占有ニ依リテ推定セラレタル權利カ被告ニ移轉シタルコトヲ
 理由トスル判決ナルカ故ニ其判決カ當事者間ノ權利關係ヲ假ニ確定スルモノニ非ス
 シテ終局的ニ確定スルモノト云フヘク隨テ其判決確定スルトキハ爾後本權ノ訴ニ於
 テ被告カ右ノ確定判決ノ存在ヲ主張シテ立證スルトキハ原告敗訴スヘキモノトス
 六 占有ニ依ル推定ノ制限
 占有ニ依ル權利ノ推定占有ノ訴ノ場合本權ノ訴ノ場合ニ於テモ亦同様ノ推定アリ
 產タルト不動産タルトニ依リテ異ナルコトナシ而シテ一般的ニ云フトキハ占有者

ノ實際ヨリ觀ルモ其占有ニ依ル權利ノ推定消滅スルモノトスルヲ相當トス本權ノ
ノ場合ニ於テモ其推定ハ存在セザルモノト云ハサル可カラズ然レトモ占有ニ他ノ
實ヲ加ヘタルニ依ル權利ノ推定ヲ妨クルモノニ非ス相手方ノ爲メニ一年以上占有回
收ノ訴ヲ提起テ妨ケラレタルコトヲ主張シ立證シタルカ如キ場合ニ被害者ハ本權ノ
訴ニ於テ其權利ノ推定ヲ受ク

七 占有ノ概念

占有トハ人ト物トノ關係ニシテ社會ノ通念上其物カ事實上其人ノ支配ニ
得ヘキ狀態ヲ謂フ占有ニハ意思ト意思以外ノ事實上ノ關係ノ二要素アリ學者名ケテ
前者ヲ心素後者ヲ體素ト謂フ心素ハ即チ占有意思也占有意思ハ占有ノ各目的物ニ付
キ必スシモ個々ニ現實ニ存在スルコトヲ要セス包括的ニ豫期的ニ存在スルモ可也占
有ニ必要ナル意思ハ必スシモ本人カ現實ニ之ヲ有スルコトヲ要セス本人カ有セザル
モ法定ノ代理人其他ノ者カ本人ノ爲メニスル意思ヲ以テ之ヲ補充シ得ルモノト云フ
可レ凡ソ物ニ對スル事實上ノ支配ニハ他人ヨリ見テ明白ナル場合ト然ラサル場合ト
アリ社會ノ道德上所有者ノ支配ニ在リト謂メ得ヘキヲ以テ足ル占有ニ必要ナル體素
ハ占有ノ原始取得ノ場合ト承継取得又ハ占有ノ繼續ノ場合トニ於テ常ニ等シキコトヲ
要スルモノニ非ス原始取得ノ場合ニハ現ニ本人又ハ代理人ニ於テ物理的ノ支配ヲ爲
スコト又ハ現ニ他人ノ支配ニ在ラサル物ニ付キ直チニ其物理的ノ支配ヲ爲シ得ル狀
態アルコトヲ必要トスレトモ占有ノ承継取得又ハ占有ノ繼續ニハ之ヲ必要トセス唯
其物カ第三者ノ支配ニ在ラシテ本人又ハ代理人ニ於テ早晩其物理的ノ支配ヲ爲ス
コトノ可能ナルヲ以テ足ル

八 占有ト所持

熟其實體ヲ觀察スルト占有ハ即チ所持ニシテ所持ハ即チ占有ナリト故ニ單ニ他人ノ
爲ニ物ヲ所持スルモ亦占有ニシテ所謂他主占有ナリト謂フヘク斯ル所持ヲモ我民法
カ占有ト稱スルコトハ第一八三條第一八四條第一九七條但書等ニ因リ明カナリトス

九 占有權ノ種類

占有權ノ本體ハ即チ本權ナルカ故ニ本權ノ種類ニ依リテ又占有ノ種類ニ依リテ之レ
ヲ類別スルコトヲ得此ニ述ヘントスルハ即チ後者也通説所有ノ意思ヲ以テスル占有
ヲ自主占有ト名ケテ自主占有ト稱スルハ洵ニ可ナリ所有ノ意思ナキニ拘ラス一面ニ
於テ自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ爲ス占有ヲ名ケテ他主占有ト稱スルハ用語釋當
ラス他人ノ爲メニ爲ス占有アルコトハ民法第一八三條第一八四條第一九七條ニ依ル
モ明瞭ナルカ故ニ其他他人ノ爲メニ爲ス占有ヲ他主占有ト名ケテ他人ノ爲メニ爲ス
ト同時ニ自己ノ爲メニ爲ス占有ヲ自主占有ト名ケテ相當トス占有ニハ右ノ如
ク自主占有有權他兩主占有及ヒ他主占有ノ三種アリ隨テ此ノ種別ニ應シテ占有權ニモ
亦自主占有有權他兩主占有有權及ヒ他主占有有權ノ三種アル自主占有有權ハ所有
ノミ之レヲ有ス他主占有有權ハ所謂他物權者ノミ之レヲ有ス他主占有有權ハ純然
タル代理人
ノカ故ニ他主占有者カ本人ニ因リテ其ノ占有ヲ奪ハルルモ占有權ノ侵害アルモノト
云フヲ得ス

一〇 占有權ノ效果及ヒ占有權ノ混同

我民法ハ占有權ノ取得ト題シテ第一八〇條乃至第一八七條ノ規定ヲ占有權ノ效力ト
題シテ第一八八條乃至第二〇二條ノ規定ヲ占有權ノ消滅ト題シテ第二〇三條第二〇
四條ノ規定ヲ設ケタルモ此等ノ規定ヲ通覽スルトキハ民法所謂占有權ハ即チ占有ノ
事實又ハ占有ノ效果ヲ意味ス占有有權ノト占有ノ效果トハ同一ナラス占有有權ノ
ソレ自體ハ決シテ權利タルコトヲ得サルモ民法所謂占有權ハ皆占有ノ事實又ハ其
效果ヲ意味スルモノ故ニ第一八〇條乃至第一八四條ハ唯占有有權ノ取得ヲ第
一八八條乃至第一九六條ハ商占有ノ效果ヲ第二〇三條第二〇四條ハ唯占有有權又ハ其效
果ノ消滅ヲ規定シタルモノナリ不法ノ占有者カ占有ノ訴ヲ提起スヘキ權利ヲ有セザ
レトハ明瞭ナルハ第一九七條以下ノ規定ハ法理上自ラ制限ヲ受ケ占有權者ノ占有

有訴ヲ提起シ得ルコトヲ規定シタルコト故ニ第一九七條乃至第二〇〇條ニ所謂占有者ハ其實占有者ヲ意味スルモノニ非スシテ占有權ヲ意味ス

一 占有權ハ即チ物權ナル故ニ占有權ノ設定移轉ニハ當然民法第一七六條ノ適用アルモノニシテ占有ノ移轉ヲ必要トスルモノニ非ス唯占有權ニハ占有ニ依ル推定ヲ必要トスルカ故ニ占有權ノ原始取得ニ占有ノ取得ヲ必要トスル第一八三條第一八四條第一九七條後段等ノ規定ニ依レハ占有ノ取得ニハ必ずしも常ニ自己ノ爲メニスル意思ヲ必要トセザルモ第一八〇條ハ唯普通ノ場合ニ着眼シテ占有ハ自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ物ヲ所持スルニ因リテ之ヲ取得スルコトヲ規定シタルニ過キス事實上ノ支配關係ハ代理人ニ依ルモ之ヲ取得シ得ルコト疑ナキカ故ニ第一八一條カ代理人ニ依リテ占有ヲ取得シ得ルコトヲ規定シタルハ正當ナリ第一八二條ハ占有ノ讓渡ヲ規定ス占有ハ事實上ノ關係ニシテ事實關係ノ讓渡ハ純理上アリ得サル所ナレトモ民法ハ占有ニ種々ノ效果ヲ認メ其效果ノ中取得時効ノ要件トナル效果ハ讓渡ノ觀念ヲ意味シ其讓渡ニハ占有物ノ引渡ヲ要スルコトヲ規定シ第一八五條ハ占有ハ事實上ノ支配關係ニシテ占有者ノ意思如何ニ因リ其性質ニ變更ナキヲ得サルモノナルカ故ニ同條ハ占有ノ性質自體ニ變更ナキコトヲ規定セルモノニ非スシテ唯民法ノ認メタル占有ノ效果ニ變更ナキコトヲ規定シタルニ過キサルモノト解セザル可ラス其性質ヲ變更セストアルハ占有ハ其效果ヲ喪失ニ因リ消滅スヘキコト當然ナリ一旦消滅シタル以上ハ後回復スルモ消滅後回復ノ間占有ナカリシ事實ヲ滅却スルコト能ハサルヤ論ヲ俟タサルカ故ニ同條但書ハ唯占有ノ效果ヲ失ハザリシモノトスルコト法意タルニ過キサルモノトス(法學士岡村玄治氏法學協會雜誌第三九第九號一頁同一〇號二頁占有權ノ本體「要領」)

【論旨第一點占有ハ事實ナリヤ權利ナリヤニ關スル權利說】

土方博士 横田博士 中島博士 石坂博士 牧野博士 三浦博士 鳩山博士 西川學士 飯島博士 973 (民法)

一 占有ハ或物ヲ支配スルコト即チ人ト物トノ一定ノ關係ヲ成ス事實ニシテ法律上其事實ヲ保護スルカ故ニ一種ノ權利ヲ生シ其權利ハ有體物ニ付テ之ヲ行フモノナルカ故ニ一種ノ物權ナリト云ハサルヘカラス故ニ曰ク占有ハ之ヲ事實ノ點ヨリ觀察スルトキハ一種ノ權利ノ原因ニシテ之ヲ權利ノ方面ヨリ觀察スルトキハ一定ノ事實ニ伴フ法律上ノ效果即チ一種ノ權利ナリト云フ一編ヲ偏見シテ占有ハ事實ナリト將タ權利ナリト論斷スレハ何レモ誤リ(法學博士土方憲氏法學新報一七卷一號三頁)

二 占有者ハ自己ノ占有スル物ニ付キ法律ノ保護ニ依リテ其意思ヲ行フコトヲ得ルモノナレハ其物ノ上ニ一種ノ權利ヲ有スルモノト云フコトヲ得ヘシ而シテ此權利モ亦所有權他物權ト等シク直接ニ物ノ上ニ行ハルルヲ以テ物權ノ一種ニ屬スルヤ明カナリ(法學博士横田秀雄氏物權法二二三頁)

三 占有ハ權利ナリヤ事實ナリヤハ從來爭ノ存スル所ナリ此問題ニ答フルニハ先ツ其問題ノ意味ヲ明瞭ニスルヲ要ス若シ占有者ト人ト物トノ關係ナリト解セハ之レ事實ナリ若シモ右ノ關係ヨリ生スル法律上ノ力ナリト解セハ之レ權利ナリト恰モ契約ハ事實ニシテ契約ヨリ生スル法律關係カ權利ナルカ如シ故ニ吾人ハ占有ト占有權ト之ヲ區別シ事實ヲ指ス場合ニハ之ヲ占有ト稱シ其實事ヨリ生スル法律關係ヲ示ス場合ニハ之ヲ占有權ト呼ハント欲ス(法學博士中島玉吉氏法學雜誌八八頁)

四 占有カ事實ナルヤ又ハ權利ナルヤニ關シテハ從來爭ノ存スル所ナリ然レトモ占有ハ或ハ之ヲ事實トシテ觀察スルコトヲ得ルト共ニ又權利トシテ觀察スルコトヲ得ルナリ固ヨリ占有ハ物ノ事實上ノ支配ナル事實ニ基クモノナレトモ法律上ノ效力ヲ生スルカ故ニ此ノ點ヨリ見テ占有權トシテ認ムルコトヲ妨ケス我民法ニ於テハ占有トシテ之ヲ認ム(法學博士石坂音四郎氏物權大正五東大講九五頁)

五 占有ハ果シテ權利ナリヤ又事實ナリヤニ就テ疑問ナク有スル所ナリ然レトモ我民法ニ於テ占有ヲ以テ權利トシテ之ヲ物權ト認ムルカ故ニ我民法上ニ於テ疑問ノ餘地ナシ(法學博士牧野菊之助氏物權法大正六年早大講二三頁)

六 占有ハ事實上ノ權利ナリヤハ從來多少爭ハレタル所ナリ思フニ一切ノ權利ハ法カ一定ノ事實關係ヲ保護スルニ因リテ生ス占有スルコト夫レ自身ハ固ヨリ一ノ事實ナリト雖モ此事實カ法ニ依リテ認メラレ保護セララルニ因リテ占有權ナル權利ト爲ル我民法ノ下ニ於テハ占有ナル一物權トシテ存在ナク多量ヲ要セス(法學博士三浦信三氏物權提要二七一頁)

七 占有カ權利ナリヤ事實ナリヤハ學者ノ好ムトシテ論ズル所ナリ乍然我民法ニ付キ云ハ占有ト云フ事實ニ本ツキテ占有權ト云フ權利ノ成立ヲ認メタルコトハ爭フヘカラス(法學博士鳩山秀夫氏物權大正五年東大講七一頁)

八 我民法ハ占有ヲ以テ單純ナル事實トセスシテ獨立ノ物權トナセリ蓋占有ハ物ニ對スル事實的支配ニシテ物ヲ支配スルコトハ一ノ事實ニ外ナラザレトモ是レ法律的效果ノ伴フヘキ事實ニシテ單純ナル顯象ニアラス故ニ占有權成立基礎ハ物ニ對スル事實上ノ支配ニ在リト雖モ法律ハ事實ニ諸種ノ效果ヲ附シ以テ占有者ヲ保護シ其利益ヲ享有セシム(法學士西川一男氏物權大正四年中大講一一六頁)

【同上事實說】

一 占有者事實ナリヤ權利ナリヤト云フ問題はナリ蓋シ占有ノ成立ニハ心的條件ヲ必要トスルヤ否ヤハ前述ノ如ク學說ノ分ル

ル所ナリト雖モ占有ノ本體ハ物ノ所持ニ外ナラス所持ハ一ノ事實關係ニ過キス左レハ即チ占有ハ一ノ事實ニ外ナラスシテ法ハ日常生活ノ必要上事實ニ對シ保護ヲ與フルモノト解スヘキナリ獨國學者ハ占有ハ事實ニシテ權利ニ非スト論スルヲ定説トス(法學博士飯島喬平氏物權明大講一〇三頁)

【論旨第一點不法ノ占有ハ占有權ニアラストノ點ノ參照學說】

- 一 羅馬法以來普通ノ立法例及學說ニ於テハ占有ノ取得カ法律ニ認メタル原因(買賣贈與等)ニ基クテ否トニ依リテ之ヲ正權原ノ占有ト無權原ノ占有ニ區別シ取得時効ノ期間等ニ關シテ其結果ヲ異ニスルモノト爲セリ(證一四〇條一四四條佛二二六五條等)然リト雖モ此區別ハ畢竟過失ノ有無ヲ認定スル標準ニ過キス故ニ我民法ニハ必要トシテ之ヲ認メス(法學博士富井政章氏民法原論物權六四二頁)
- 二 正當ノ占有トハ占有者カ物ヲ占有スヘキ實體上ノ權利アリテ其物ヲ占有スルヲ謂フ物ノ真正ノ所有者カ現ニ其物ヲ占有スルカ如シ不正當ノ占有トハ實體上權利ナクシテ物ヲ占有スルヲ謂フ例之強効益カ其奪取シタル物ヲ占有スルカ如シ(法學博士横田秀雄氏物權一〇二五頁)
- 三 物ノ占有カ其物ヲ占有スルノ權利ヲ占有者ニ授與スヘキ法律上ノ原因ニ基ク場合ニハ其占有ハ正權原ナリ例之買賣ハ所有權ノ移轉ト共ニ物ノ占有ヲ移轉スヘキ法律上ノ原因ヲ成スモノナレハ此種ノ原因ニ基ク物ヲ占有スル者ハ正權原ノ占有者ナリ其他物權ノ設定移轉ノ目的トスル法律行為ニ基キテ爲ス物ノ占有ハ總テ此種ノ占有ニ屬ス無權原ノ占有トハ占有者カ物ヲ占有スルコトヲ得ル法律上ノ原因ナクシテ物ヲ占有スルヲ謂フ例之強効益ノ占有ノ如シ(同上二二六頁)
- 四 正權原ニ基ク占有トハ占有取得ノ正當ナラシムル法律事實ニ基キ取得シタル占有ヲ云フ然レトモ通説ニ於テハ其法律事實カ有效ナルヲ必要トセス客觀的ニ存在ヘルトキハ發正權原アリト云フ右ノ法律事實ニ基カサル占有ヲ正權原ナキ占有ト云フ(法學博士中島玉吉氏民法釋義物權一〇九頁)
- 五 正權原ノ占有ハ適法ナル法律原因名義即チ法律行為ニ依リテ取得シタル占有ナリ例ハ買賣ニ依リテ取得シタル物ノ占有ノ如シ而シテ無權原ノ占有ハ正權原ノ占有ヲ成立セシムル妨ケス例ハ買賣主カ無効買賣ヲ有效ナリト信シテ目的物ヲ占有シ買主カ取消スコトヲ得ヘキ買賣ニ依リテ目的物ヲ占有シタルトキハ其占有ハ正權原ノ占有ト爲ルカ如シ(法學博士松岡義正氏民法物權一〇二頁)
- 六 無權原ノ占有ハ違法ナル法律原因即チ不法行為ニ因リテ取得シタル占有ナリ例ハ強盜ニ依リテ取得シタル占有ノ如シ(同上二〇二頁)

【論旨第二點占有權ノ觀念ニ關スル參照學說】

- 一 占有ハ一ノ法律事實ニシテ占有者ハ一般ノ人ニ對シ其事實狀態ヲ保持スル權利ヲ有スルモノト民法ニ所謂占有權トハ即チ是ナリ(法學博士富井政章氏民法原論物權六一七頁)
- 二 占有權トハ法律カ占有者ニ與ヘタル法律上ノ力ヲ云フ而シテ占有ハ人ト物ノ間ニ於ケル社會上ノ事實現象ナリ此ノ故ニ占有權ハ本權ト大ニ其ノ性質ヲ異ニス所謂本權ニ在リテハ權利者ハ物ヲ支配シ得ル法律上ノ權能ヲ有スルモノナルカ故ニ現ニ物ヲ支配シツツアリヤ否ヤハ其權利ノ存在ニ影響スル所ナシ反シテ占有權ハ占有ト云フ事實ヲ基礎トシテ現ニ物ヲ占有セルニ法律カ與フル力ナルカ故ニ占有ト云フ事實ノ存否ハ直接ニ占有權ニ影響ス約言スレハ占有權ハ占有ノ效果ナリ(法學博士中島玉吉氏民法釋義物權八八頁)
- 三 占有權トハ自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ物ヲ所持スル權利ヲ云フ故ニ占有ノ觀念ニハ物ノ所持ト自己ノ爲メニスルノ意思ヲ要ス(法學博士石坂喬四郎氏民法物權大正五東大講八六頁)
- 四 占有權ハ占有ニ因リテ發生シ又同時ニ占有ヲ目的トスル物權ナリ(法學博士松岡義正氏民法物權九四頁)
- 五 占有權ハ占有ヲ發生原因トス故ニ占有權ハ占有ノ前提要件ニ非ス換言スレハ占有スルカ故ニ占有權ヲ有シ占有權ヲ有スル

七 占有所得ノ原因カ適法ナル時ハ正權原ノ占有ニシテ法律上ノ原因ナキ時ハ即チ無權原ノ占有ナリ例ハ買賣貸借等ニ依リテ占有權ヲ所持シタルモノハ正權原ノ占有者ニシテ何等ノ原因ナク他人ノ物ヲ所有スルカ如キハ無權原ノ占有ナルカ如シ(法學博士牧野菊之助氏物權大正六早大講二五頁)

八 正權原ノ占有ハ法律ノ規定又ハ法律カ認メテ以テ占有權ヲ授付スヘキ性質アリトスル權利行為(例ハ買賣贈與)ニ因リテ取得シタル占有ヲ謂ヒ然ラザル原因即チ侵奪ニ因リテ成レル占有ハ無權原ノ占有ト稱ス(法學博士三浦信三氏物權提要二八九頁)

九 正權原ノ占有トハ物ヲ占有スル權利ヲ占有者ニ授付スヘキ性質アル法律上ノ原因ニ基ク物ノ所持ヲ云フ換言スレハ法律行為又ハ法律ノ規定ニ因リテ占有ハ正權原ノ占有ナリトス買主カ物ヲ占有シ賃取主カ賃物ヲ占有シ借地人カ土地ヲ占有スルカ如キハ何レモ法律上ノ原因アルモノニシテ無權原ノ占有トハ物ヲ占有スヘキ法律上ノ原因ナキ場合ヲ云フ盜賊ノ占有ノ如キ何等情地關係ナクシテ他人ノ土地ヲ使用スルモノノ如キ是ナリ(法學博士飯島喬平氏物權明大講一〇五頁)

一〇 正權原ノ占有トハ適法ナル法律行為ニ基キテ取得シタル占有ヲ謂フ例ハ買賣交換贈與等ニ因リテ物ノ占有ヲ取得シタル場合ノ如シ(舊民法一八二第一項)但其行為カ實體法上完全ナル效力ヲ生スルヤ否ヤハ問フ所ニアラス故ニ例ハ賣主ニ處分權ナクシテ買主ハ無効トナルモ買主ニ於テ有效ナル買賣ト信シテ目的物ヲ占有シ或ハ贈與ニ因テ目的物ノ占有ヲ取得シタル後之ヲ取消サルモ其占有ハ正權原タルニ於テ何等ノ妨ナキカ如シ(法學博士西川一男氏物權大正四中大講二二二頁)

一一 無權原ノ占有ハ違法ノ原因ニ基キテ取得シタル占有ニシテ盜賊カ其奪取シタル物ノ上ニ有スル占有ノ如キヲ謂フ(同上二二二頁)

カ故ニ占有スル者ニ非ス是ヲ以テ占有権ハ之ヲ其發生原因タル占有ト區別セサルヘカラス占有者ハ一時其占有ヲ喪失スト尙雖ホ占有権ヲ保有ス(同上九四頁)

六 占有権トハ自己ノ爲メニスルノ意思ヲ以テ物ヲ所持スルノ意思ヲ以テ物ヲ所持スルノ權利ヲ云フ(法學博士牧野菊之助氏物權大正六早大講二二頁)

七 占有權トハ物ノ占有ニ本ツキ一時其物ノ所持ヲ保護スルコトヲ内容トスル絕對權ナリ物ニ付キテ存在スル絕對權ナルヲ以テ物權ノ一種ナレトモ他ノ物權ト異リテ終局的ニ一定ノ利益ヲ權利者ニ與フルモノニ非スシテ單ニ一時的ニ所持ヲ許容スルコトヲ内容トスルニ過キス故ニ或ハ之ヲ假ノ權利ト云フ他ノ有力ナル權利ノ存在スルコト明カナルニ至ルトキハ其效力ヲ失フヘキ權利ナリト云フ意味ナリ(法學博士鳩山秀夫氏民法物權大正五東大講七一頁)

八 占有權トハ自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ物ヲ所持スル權利ヲ云フモノトス(法學博士飯島喬平氏物權明大講九五頁)

【論旨第三點本權ノ訴ト占有ノ訴ハ權利拘束ノ抗辯タラストノ同趣旨學說】

一 兩訴ハ之ヲ併合スルコトヲ得ヘク裁判所ハ其何レニ付キ先ニ審理判決ヲ爲スモ自由ニシテ他ノ一ノ落著ヲ待ツコトヲ要セズ(併合審理ヲ爲スコトハ占有訴訟ノ本旨ニ反スル如シト雖モ此點ニ於テハ議論アリ)故ニ又兩訴ノ間ニハ一事不再理ノ抗辯又ハ權利拘束ノ抗辯(民訴二〇七條)ヲ提起スルコトヲ得サルナリ(法學博士富井政章氏民法原論物權七三〇頁)

二 占有ノ訴及ヒ本權ノ訴ハ之ヲ各別ニ提起スルコトヲ得又ハ同時ニ之ヲ提出スルコトヲ得相手方ハ權利拘束ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得ス(法學博士松岡義正氏民法物權一五五頁)

三 占有ノ訴ト本權ノ訴トハ同時ニ提起スルコトヲ得從テ權利拘束ノ抗辯ハ許サレズ(法學士西川一男氏物權大正四中大講一九二頁)

【論旨第四點占有ノ訴ト本權ノ訴ト併合審理ニ關スル反對學說】

一 我訴訟法第一九一條ニハ舊訴訟法第二項ノ如キ明文ナク唯其但書トシテ民法ノ規定ニ反スルトキハ此限ニ在ラストアルノミニシテ又民法第二〇二條第二項ニハ占有ノ訴ハ本權ニ關スル事由ニ基キテ之ヲ裁判スルコトヲ得ストアルノミナレハ民法ハ占有ノ訴ニ對シテ裁判ノ理由ニ付キテノ制限ヲ置キタルモノニシテ起訴及ヒ審理ノ形式ニ付キ規定セルモノニ非スト解セサルヘカラス又實體法タル民法訴訟手續ノ規定ヲ爲スヘキ謂レナキト點ヨリ觀ルモ右ノ解釋ハ其當ヲ得タルモノト爲スヘシ然レトモ右ノ如ク解スルトキハ第一九一條但書ハ其適用ヲ生スルコトナキニ至ルヘシトノ非難アレトモ現行法ノ下ニ右ノ如ク斷定シテ差支ナシ(法學博士板倉松太郎氏法學志林第一六卷第九號八三頁)

二 日本民事訴訟法ニ在リテハ積極的ニ論定スルテ至當トス蓋民法ハ占有ノ訴ト併合ヲ禁止セサレハナリ(法學博士松岡義正氏民法物權一五五頁)

三 占有ノ訴ト本權ノ訴トカ併合セテ提起サレタルトキハ裁判所ハ之ヲ併合シテ審理ヲ爲シ得ルヤ否ヤニ付テ訟訴上ノ爭アリ

【同上同趣旨學說】

獨逸普通法ハ積極ニ解シ同舊民事訴訟法(二三二條二項)及ヒ我舊民法(財二〇七條)ハ消極ニ決シタリ然ルニ獨逸現行民事訴訟法(二六〇條)ハ再ヒ併合審理ヲ許スノ主義ニ改メテ我訴訟法ノ規定(民訴一九一條)ニハ其侵害ニ於テ民法ノ規定ニ反スルトキハ併合審理ヲ許ササル旨ヲ示スニ止マルト雖モ民法中審理ノ形式ヲ規定シタル條文ナシ要スルニ我法制ノ下ニ於テハ併合審理ヲ許スヘキモノト解スヘシ(法學博士三浦信三氏物權提要三四六頁)

四 占有ノ訴ハ本權ノ訴ト併合審理ヲ許スヤ否ヤニ付キ議論存スヘシト雖モ我民事訴訟法ノ規定ニ依レハ之ヲ否定スヘキ根據ナキカ如シ(法學士西川一男氏物權大正四中大講一九二頁)

【論旨第五第六點本權ノ訴ト占有ノ訴カ互ニ他ヲ妨クルコトアリヤニ關スル參照學說】

一 占有ノ訴及ヒ本權ノ訴カ緊屬スル場合ニ於テ先ツ占有ノ訴ニ付キ爲シタル判決ハ原告ニ利益ナリト確定セルト否トニ拘ハラズ本權ノ訴ノ進行ヲ妨グス又先ツ本權ノ訴ニ付キ爲シタル原告敗訴ノ判決ハ確定セルト否トニ拘ハラズ占有ノ訴ノ進行ヲ妨グス之ニ反シテ先ツ本權ノ訴ニ付キ原告勝訴ノ確定判決ハ其效力トシテ緊屬中ノ占有訴訟ヲ終了セシム(法學博士松岡義正氏民法物權一五六頁)

二 占有ノ訴カ完結スレモ本權ノ訴ニ付キ審理判決スルコトヲ妨グス之ニ反シ本權ノ訴ニ於テ原告勝訴ノ判決確定シタルトキハ占有ノ訴ハ其效力トシテ終了スルニ至ルヘシ(法學士西川一男氏物權大正四中大講一九三頁)

【論旨第十二點占有ノ心素ハ一般豫見的存在ヲ妨グストノ同趣旨學說】

一 占有意思ハ個々ノ場合ニ對スル具體的意思タルヲ要セス一般的意思ニテ可ナリ一般的意思トハ一般的意思トナリ物ヲ所持セントスル意思ヲ云フ是レ占有ノ取得ニ就テモ繼續ニ就テモ同シトナリ故ニ占有權ハ個々ノ物體ニ就キ自覺スルコトヲ要スルコトナクシテ之ヲ取得スルコトヲ得例ヘハ郵便受函ニ投入セラレタル書狀ノ如シ(法學博士中島玉吉氏物權一三二頁)

二 郵便受函ヲ設置スル者ハ其中ニ投入セラレタル郵便物ハ發行者ノ何人タルヲ問ハズ又信書ノ内容ノ如何ヲ問ハズ凡テ之レカ占有ヲ得ントスルノ意思ヲ有スル者ナリ故ニ個々ノ信書ニ就テハ全ク知ル處ナシト雖モ既ニ之ヲ取得セントスル一般的意思存スルカ故ニ之ヨリ占有ヲ取得スルコトヲ得反之例ヘハ窃盜カ追捕ヲ恐レ其窃取シタル指環ヲ他人ノ郵便受函ニ投入シタル

三浦博士
飯島博士

富井博士

岡松博士

横田博士

中島博士

唯道博士

【論旨第十三點占有心素ハ代理人ニテ補充シ得ルトノ同趣旨學說】

一 占有権ハ自己ノ爲メニ思ハテ以テ物ヲ所持スルニ基ク權利ナルカ故ニ意思能力ヲ有セサル者ハ自ラ占有取得ノ行爲ヲ爲スコトヲ得ズ但此原則ニハ重要ナル例外アリ即チ相續ニ因リテ占有權ヲ承繼スル場合ハ別段トス又意思能力ヲ有セサル未成年者及ヒ禁治産者ノ如キハ其法定代理人ニ依リテ占有取得スルコトヲ得(法學博士富井政章氏民法原論物權六五〇頁)

二 意思能力ナキモノハ自己ノ行爲ニ依リテ占有權ヲ取得スルコトヲ得ス例之小兒瘋癲法人此等ハ代理人ニ依ラサル可ラス(法學博士岡松太郎氏理由物權四六頁)

三 占有權ノ取得ハ自己ノ爲メニ思ハテ以テ必要トスルコトヲ以テ意思能力アル者ニアラサレハ自身ニ占有權ヲ取得スルコトヲ得ス故ニ意思能力ナキ幼者白痴瘋癲其他ノ事由ニ因リ心神ヲ喪失シタル者ハ實力占有ノ要件ヲ充スコトヲ得ルモ意思ノ要件欠乏スルヲ以テ直接ニ占有權ヲ取得スルコトヲ得レトモ無能力者ハ其法定代理人ニ於テ之ヲ充テヘキモノナルコトハ既ニ一言セル所ナリ(法學博士横田秀雄氏物權一四五頁)

四 占有ハ少カラサル法律上ノ效果ヲ生ス然レトモ效果タル占有取得者力カ欲スルカ故ニ生スルニ非シテ法律力占有ナル事實ニ附シタル效果ナリ占有ノ效果ハ效果意思又ハ效力意思ノ結果ニ非サルナリ故ニ絕對的權利無能力者ハ占有ノ主體タルヲ得スト雖モ意思ヲ以テ權利ヲ取得スル能力ナキモノ即チ所謂無能力者ト雖モ苟モ占有ノ事實ヲ生ゼシムル能力アルモノハ占有ノ主體タルコトヲ得夫レ占有ノ事實ナリ故ニ占有ノ要件タル意思モ亦事實ナリ單ニ事實上支配ヲ得ントスルノ意思アレハ足ル法律ノ認メタル一定ノ性質ヲ有スル意思タルヲ要セザルナリ(法學博士中島玉吉氏論文集四四一頁)

五 占有ノ取得ハ自己ノ爲メニ思ハテ以テ必要トスルカ故ニ意思能力ナキモノハ自ラ占有取得ヲナスコト能ハス然レトモ占有意思ハ法律行爲上ノ意思ニアラサルカ故ニ占有ノ原始取得ハ意思表示又ハ法律行爲ニ關スル規定ヲ適用スルコト能ハス(法學博士唯道文藝氏物權大正五京大講一五六頁)

飯島博士
西川學士
石坂博士
中島博士
牧野博士
鳩山博士
唯道博士
富井博士
979 (民法)

【論旨第十四點占有體素ニ關スル同趣旨學說】

一 事實上ノ支配ハ之レヲ分析スルコトヲ得ザル觀念ナリトシト一般取引上ノ社會見解ニヨリ之レヲ定ム可キモノトス單ニ人ト物トノ事實的(形體的)關係ノミナラス經濟上道徳上其ノ他諸種ノ關係ヨリ觀察シテ其ノ事實上ノ支配ノ何タルヤヲ定ム(法學博士石坂香四郎氏物權大正五年東大講八七頁)

二 一般生活ヲ顧慮スルヲ要スル社會ノ秩序整頓シ財產ノ安全ナル時代ニ於テハ占有方法ハ一般ニ緩和セラルル盜賊横行ノ時代ニ在リテハ占有方法ハ一般ニ緊縮セラルル可シ之社會ノ幼稚ナル時代ニ在リテハ占有方法ハ一般ニ直接ナルモ文明ノ進化スルニ從ヒテ次第ニ間接ニ物ヲ支配スルノ方法認メラルル傾向アリ故ニ一時代ニ社會ニテ占有ト認メラレタル事實モ他ノ社會他ノ時代ニ於テモ占有ト認メラレサルコトナキニ非ス(法學博士中島玉吉氏論文集四三〇頁)

三 物ノ所持トハ腦力ヲ以テ物ヲ把握スルノ義ニ非シテ社會觀念ニヨリ物ノ上ニ實力ヲ有スルモノト見ルヘキヤ否ヤニヨリ判ス可キコトナリ(同上民法釋義物權一二九頁)

四 物ノ取得ハ物ヲ自己ノ實力ノ範圍内ニ置クノ意ニシテ或ハ現實ノ引渡ニ依リテ成ル事アリ如何ナル場合ニ所持ノ取得アルヤ否ヤハ常ニ事實上ノ問題トシテ之ヲ決定セサル可カラズ(法學博士牧野菊之助氏物權大正六年早大講二八頁)

五 所持トハ人ト物トノ間ノ事實上ノ關係ナルコトハ疑ヒ無キモ如何ナル事實上ノ關係カ成立セハ所持ト云フ事ヲ得ルカト云フ事ハ困難ナル問題ナリ昔ハ之レヲ極メテ狭ク解シテ他人ヲ排斥シテ物ヲ處分シ得ル實力ヲ以テ所持ト解セシモ如斯解スル時ハ占有ヲ認ムルノ範圍狹ニ失スルヲ以テ現今ニ於テハ他人ヲ排斥スルコト云フコトハ必要ニ非ス又實力ト稱スルモノモ物理上ノ力ニ非シテ一社會觀念ニ過キス即チ一般觀念上或ハ其物ヲ支配シ得ルモノト認ムル場合ニハ即チ所持ノ關係成立スルモノトス(物權大正五東大講六三頁)

六 今日ノ通説ハ物トノ間ノ關係カ所持即事實上ノ支配ナルヤ否ヤハ社會觀念ニ由テ判斷スヘキモノナリト説明ス即吾人ノ日常生活ノ經驗ヨリ物ノ所持アリト解シ得ル場合ニ即物ノ所持アリト見ルナリ所持アリヤ否ヤヲ判斷スルノ標準トナル可キ日常生活ノ經驗ハ頗ル難多ナルカ故ニ詳細ニ之レヲ列舉スル事能ハス(法學博士唯道文藝氏物權大正五年京大講一二六頁)

【論旨第十五點占有意思ト原始取得ニ關スル參照學說】

此ニ注意スヘキ一ノ重要事項ハ占有讓渡ノ要件タル引渡ト原始取得ノ要件タル所持トノ關係ナリトス蓋此ニ事實ハ實際上ニ

横田博士

三浦博士

富井博士

横田博士

鳩山博士

津道博士

【論旨第十七點地主占有ト代理占有ニ關スル參照學說】

一 代理占有トハ占有ノ成立ニ必要ナル條件カ占有者以外ノ人ニ依リテ充テタル占有ノ一狀態ヲ謂フモノトス(法學博士横田秀雄氏本書第三卷第一九號論說二五五頁同卷民法八三三頁)

【論旨最終點占有權移轉契約ノ性質ニ關スル參照學說】

一 占有權ノ讓渡ハ其移轉ヲ目的トスル物權契約ナリ故ニ其要件及ヒ效力ハ一般行爲及ヒ契約ノ法則ニ依リテ定マルコト言テ俟タス(法學博士富井政章氏民法原論物權六五七頁)

飯島博士

於テ之ヲ區別スルコト能ハサル場合多シ例ハ讓受人カ讓渡人ヨリ一ノ動産ヲ受取リテ之ヲ假中ニシ或ハ讓渡人ノ同意ヲ得テ田地ヲ耕作シ又ハ家屋ニ住居スルコトニ著手シタル如キハ何レモ原始的取得ノ場合ニ於ケル占有意思ノ實行即チ羅馬法ニ所謂握取ト見ルコトヲ得ヘシ從テ讓渡ニ因ル占有權移轉ノ有效ナルヲ否ヤチ究ムル必要ナキモノトス何トナレハ假令占有權ノ讓渡ハ完全ニ成立セザル者トスルモ其一方ノ取得トシテ有效ナルコト疑ナク存セザレハナリ故ニ此等ノ場合ニ於テハ占有ノ原始的取得トシテ其效力問題ヲ決定スルコトヲ得ヘシ是決シテ架空ノ議論ニ非シテ占有權ノ讓渡ニハ讓渡人カ占有權或ニ處分ノ能力ヲ有スコト及ヒ讓受人トノ間ニ合意ノ存在スルコトヲ必要トス從テ若シ此等ノ要件ニシテ其一チ缺クキハ讓渡ハ無効又ハ取消シ得ヘキモノナリトス而モ原始的取得トシテ效力ニハ何等ノ影響ヲモ來スコトナシ(法學博士富井政章氏民法原論物權六五九頁)

六二三 賃借人カ適法ニ賃借物ヲ貸シタルトキハ轉借人ハ賃借人ニ對シテ直接ニ義務ヲ負フ此場合ニ於テハ借賃ノ前拂ヲ以テ賃借人ニ對抗スルコトヲ得ス

前項ノ規定ハ貸貸人カ貸借人ニ對シテ其權利ヲ行使スルコトヲ妨ケス

轉貸借ノ本質ハ貸貸借ニシテ其契約ノ當事者タル轉貸人ト轉借人トノ間ニ貸貸借契約關係ヲ生スルニ止マリ其契約ノ當事者ニ非サル貸貸人ハ轉借人ニ對シ何等ノ權利義務ヲ有スルコトナキニ拘ラス民法ハ特ニ貸貸人ヲ保護スル爲メ第六百十三條第一項ヲ設ケテ貸貸人ニ轉借人ニ對スル權利ノミヲ認メタルモノナレハ同條項ノ規定セサル義務ノ點ニ付テハ一般ノ原則ニ依リ轉貸借ノ當事者ニ非サル貸貸人ハ轉借人ニ對シ何等ノ義務ヲ負擔セサルモノトス

所謂借賃ノ前拂トハ轉貸借ニ於ケル借賃支拂ノ時期ヲ標準トシテ轉借料請求權ノ履行期到來前ニ其轉借料カ支拂ハルルコトナリトス

大審院大正八年(オ)八二三號同九年九月二八日判決本書第九卷民法一一三頁所載

事案ハ被上告人甲カ其所有ノ建物ヲ乙ニ貸貸シタルニ乙ハ之ヲ上告人ニ適法ニ(即チ甲ノ承諾ノ下ニ)轉貸シ敷金四十圓ヲ丙カラ受領シタルコト甲乙間ノ貸貸借契約カ解除サレ從ツテ乙丙間ノ轉貸借モ終了シタルカラ甲ハ乙ニ對シ右建物ノ明渡故ニ貸借料ノ支拂ヲ請求シタル云フノテアル

原審ニ於テハ甲ノ請求全部ヲ理由アリトシ丙ニ敗訴ノ判決ヲ言渡シタル丙ハ之ニ對シ上告シテ理由中重要ナルモノカアル第一點ハ民法第六百十三條第一項ニ「貸借人カ適法ニ貸借物ヲ轉貸シタル時ハ貸借人ハ貸貸人ニ對シテ直接ニ義務ヲ負フ」トアルハ轉借人ハ直接ニ義務ヲ負擔スルト同時ニ又權利ヲモ有スル趣旨ト解スヘキテアルト謂ヘルカ惟フニ轉貸借ノ本質ハ貸貸借(又ハ使用貸借)テアル其契約ノ當事者タル轉貸人ハ轉借人トノ間ニ貸貸借契約關係(又ハ使用貸借關係)ヲ生スルニ止マリ其契約ノ當事者

ニ非サル貸貸人ハ轉借人ニ對シ何等ノ權利義務ヲモ有スルコトハナイ管テアル然ルニ民法ハ特ニ貸貸人ヲ保護スル爲メ第六百十三條第一項ヲ設ケテ貸貸人ニ轉借人ニ對スル權利ノミヲ認メタルカラ同條項ノ規定シナイ義務ノ點ニ付テハ一般ノ原則ニ依リ轉貸借ノ當事者ニ非ラサル貸貸人ハ轉借人ニ對シ何等ノ義務ヲ負擔シオイモノト爲サネハナラヌ

若シ上告人カ論旨第一點ヲ變更シテ次ノ如ク主張シタルハトウテアラウカ即チ轉借人ハ轉貸借契約ニ因リテ定マレル以上ノ義務ヲ負擔スヘキテナイ然ルニ轉借人タル上告人丙ハ轉貸借契約ニ基キ轉貸人乙ニ對シ敷金四十圓ヲ交付シタルカラ轉貸借終了ノ場合ニ於テ丙ハ乙ニ對シ延滞貸賃ヨリ右敷金ヲ控除シタル殘額ヲ支拂ヘハヨイ從テ貸貸人甲ハ轉貸人乙ノ有スルヨリ以上ノ請求ヲ轉借人丙ニ對シ爲シ得ナイカラ右敷金ヲ控除シタル金額ヲ請求スル外ハナイト民法第六百十三條所謂「借賃ノ前拂」ノ意義ニ關シテハ學說カ三ツニ岐レル(1)第一說ハ使用收益ノ時期ヲ標準トシ轉借物ノ使用收益ヲ終ラナイ分ニ付キ借賃ヲ拂フコトカ前拂ト爲シ(2)第二說ハ貸貸人カ轉借人ニ對シ有スル借賃請求權ノ履行期到來前ニ於テ其期間ノ轉借料カ支拂ハレルコトカ前拂ト爲シ(3)第三說ハ轉貸借ニ於ケル借賃支拂ノ時期ヲ標準トシ轉借料請求權ノ履行期到來前ニ其轉借料カ支拂ハレルコトカ前拂ト爲シ(4)第四說ハ第三說ニ正當ト思フ蓋シ民法第六百十三條第一項ハ轉借料請求權ノ履行期前ニ於テ轉借料ハ支拂ハレナイテアラウト云フコト從テ貸貸人ハ其履行期到來後ニ於テハ轉借料ハ支拂ハレ請求ヲ爲シ得ヘキテアルト云フ貸貸人ノ期待ヲ保護シ轉貸借ノ當事者カ通謀シテ轉借料ノ前拂ニヨリ貸貸人ノ此ノ期待ヲ裏切ラシメルコトノ出來ナイ爲ニ設ケラレタ規定ヲアル第一說ノ見解ハ此立法ノ趣旨ニ何等貢獻スル所ナク不必要ニ貸貸人ヲ保護シテ轉貸借當事者ヲ拘束スルコトニナルカラ此說ハ採用出來ナイ又第二說ハ不必要ニ貸貸人ヲ保護シテ轉貸借當事者ヲ拘束スルコトニナルカラ之レ亦採用スルヲ得ナイ何トナレハ貸

貸人ハ轉貸借ヲ承諾スル際ニ於テ其ノ轉貸借ノ内容ヲ知ツタ管テアル若シ貸人カ
 斯カル事情ノ下ニ於ケル轉貸借ヲ欲シナイケレハ始メカテ其ノ承諾シナケレハ宜イ
 法カ既ニ貸人ニ於テ承諾シタリ内容ノ轉貸借ニ據ラステ時ニ貸人ハ保護スル
 爲メニ轉貸借ノ履行期カ貸借料ノ履行期前ナルコトヲ貸人ニ對抗シ得ナイト爲レ
 タノテアルナラハソレハ無用有害ノ干渉タト謂ハネハナラヌ加シテ若シ民法カシカク
 厚ク貸人ヲ保護スル趣旨ナラハ何故轉貸借ノ履行期ノミニ止マラツカ？ 更ニ轉
 借料ノ額ニ付イテモ同様ナ規定ヲ設ケナカツタカ？ 斯クノ如ク民法第六一三條第
 一項ハ單ニ貸人ノ期待ヲ保護スル規定ニシテ其期待ヲ超エテマテモ貸人ヲ保護
 スル趣旨ヲナイト解スルトキハ同條項ニ所謂「前拂」ノ意義ハ轉借料支拂ノ時期ヲ標準
 トスル第三說ノ見解ニ從ハナケレハナラヌコト明テアル

貸人カ轉貸借ニ敷金契約ノ件フコトヲ知ラナカツタ場合ニ於テハ敷金ハ「借賃」ノ前
 拂タル性質ヲ有スルカ否カト云フコトカ重要トナツタ來ル敷金ノ法律上ノ性質ニ關
 シテ說權實說信託的所有權讓渡說トカ就中有力ナ學說タルコトヲ舉ケルニ止メリ私
 ハ大體後說ニ贊成スル者テアル信託的所有權讓渡說ニ從ハハ借賃債務ハ敷金ノ交付
 ニ拘ハラヌ存在スルノテアツタ借賃債權ハ敷金ニヨリ辨濟期前ノ履行ヲ受ケテ消滅
 スルノテハナク辨濟期後ニ於テ敷金カラ辨濟ヲ受クルコトニヨリ消滅シタコトニ歸
 スルカラ恰モ轉貸人カ轉貸借終了後ニ於テ債權又ハ抵當權ヲ行使シテ借賃債權ノ辨
 濟ヲ受ケタルト同様テアル即チ轉貸借契約ニ際シ轉借人カ借賃債務ヲ擔保スル爲メ
 轉貸人ニ對シ質權又ハ抵當權ヲ設定スルコトカ「借賃」ノ前拂「前拂」ノ同シ敷金ヲ提
 供スルコトモ又「借賃」ノ前拂「前拂」トナシト解スヘキテアル斯クノ如ク敷金ノ交付カ「借賃」
 前拂「前拂」トナシト解スルコトカ出來ルナラハ本件ノ場合ニ於テ轉借人丙ハ轉借人乙ニ對
 シ敷金四十圓ト延帶借賃ト對當額ニ於テ相殺スル旨ノ意思表示ヲ爲シ轉借人乙ノ
 有スル債權額ヲ四十圓タケ減縮セシメ貸人甲ニ對シ甲ハ乙ノ有スルヨリ以上ヲ請
 求シ得ナイト云フコトヲ主張シ得ヘキテアツタト思フ(法學士樂師寺志光氏法學志林第二三卷第一

一號九五頁「民法第百十三條第一項ノ解釋」要領)

【論旨第一點參照學說判例】

本書第九卷民法一一三頁以下

【論旨第二點轉借人ノ借賃前拂ノ意義ニ關スル同趣旨學說】

一 貸借人ト轉借人カ通謀シテ貸人ニ損害ヲ加フルコトヲ防ク爲メ轉借人カ貸借人ニナシ借賃ノ前拂ハ之ヲ以テ貸借人ニ對
 抗スルコトヲ得ス即チ辨濟期日後ニ支拂ヲ爲シタル部分ニ限リテ貸借人ニ對シテモ有效トナルカトノ如クニ貸人ハ轉借人ニ
 對シ借賃ヲ請求スルコトヲ得ルモ之レカ爲メニ其貸借人ニ對スル債權ニハ何等ノ變動ヲ生ゼサルナリ貸借人ニ對シテハ何時
 ニテモ權利ヲ行使スルコトヲ得(法學博士富井政章氏債權各論二五七頁)

二 轉借人ハ貸借ノ前拂ヲ以テ貸人ニ對抗スルコトヲ得サルコトニシテ蓋シ轉借人カ貸借人ニ其借賃ヲ支拂ヒタルトキハ其
 義務消滅スルカ故ニ更ニ貸借人ヨリ請求ヲ受クヘキノ理ナレ而シテ轉借人カ約定ノ時期又ハ習慣上若クハ法律上ノ時期以下同
 シ次條參看ニ借賃ヲ支拂ヒタルトキハ固ヨリ此原則ヲ適用スヘシト雖モ前拂即約定ノ時間前ニ爲シタル支拂ハ之ヲ貸人ニ對
 抗スルコトヲ得サルモノトセリ是レ他ナシ既ニ本條ニ於テ貸借人ニ直接訴權ヲ與ヘタル以上ハ轉借人ハ蓋シ其意思ヲ以テ貸借
 人ノ權利ヲ左右スルコトヲ得ヘカラス殊ニ前拂ハ往々ニシテ貸借人ニ損害ヲ加フル爲メ貸借人ト轉借人ト通謀シテ之ヲ爲スコ
 トアルヲ以テ特ニ之ヲ貸借人ニ對抗スルコトヲ得サルモノトシタルナリ或ハ曰ハハ此場合ニ於テハ貸借人ハ第四百二十四條ノ
 規定ニ依リ其前拂ヲ取消スルコトヲ得ヘシト然リト雖モ通謀ノ事實ハ實際之ヲ證明スルコトヲ極メテ難キヲ以テ本條ニ於テハ斷
 然其詐欺ノ路ヲ塞キタルナリ(法學博士梅謙次郎氏民法要義六五九頁)

三 轉借人ハ借賃ノ支拂ヲ以テ貸人ニ對抗スルコトヲ得ヘキ道理ナリ蓋シ轉借人ハ既ニ支拂ヒタル部分ニ付テハ貸借人ニ對
 シテ何等ノ義務ヲ負フコトヲ得ナキヲ以テナリ轉借人カ借賃支拂ノ時期到來後貸借人ニ支拂ヒタル借賃ニ付テハ此理論ヲ適用シ其
 支拂ヲ以テ貸人ニ對抗スルコトヲ得ルモノト爲スコト至當ナリ然レトモ轉借人カ貸借支拂ノ時期到來前貸借人ニ支拂ヒタル借賃
 ニ付テモ亦此理論ヲ適用シ其ノ前拂ヲ以テ貸人ニ對抗スルコトヲ得ルモノト爲スコトキハ容易ニ貸借人ト轉借人トカ通謀シテ貸
 人ヲ詐欺スルコトヲ得ルノ結果ト生シ是レ甚シキ不條理ナリ仍チ轉借人カ貸借人ニ前拂シタル借賃ハ更ニ之ヲ貸人ニ支拂フ
 コトヲ要ス即チ轉借人ハ借賃ノ前拂ヲ以テ貸人ニ對抗スルコトヲ得サルモノトス(法學士村山泰一氏債權各論五九八頁)

【同上反對說ノ(一)貸借人ノ轉借人ニ對スル借賃債權辨濟期標準說】

一 借賃ノ「前拂」トハ何ヲ標準トシテ前ト謂フカ解釋上三說アリ或ハ使用收益ノ時期ヲ標準トシ或ハ轉賃借ニ於ケル借賃支拂
 ノ時期ヲ標準トシ或ハ又貸人カ轉借人ニ對シテ有スル借賃請求權ノ辨濟期ヲ標準トスヘキモノトス法文簡短ナルカ故ニ疑問

富井博士

梅博士

村山學士

鳩山博士 985 (民法)

料ノ額ニ付キ規定ヲ設ケサルハサノミ貸貸人ノ保護スルノ趣旨ニアサスト曰フ
 ニアリ所論傾聴ニ値スト雖モ轉貸ニ貸貸人ノ承諾ヲ要シ其承諾ハ轉貸借ノ内容
 ヲ了知シテ之ヲ爲スコトハ必スシモ常ニ之ヲ豫定シ得ヘキ限ニアラサルト同時
 ニ法ハ内容ヲ了知シタル承諾ヲ以テ轉貸借ノ要件ト爲シ居ラス從テ法ハ其内容
 ヲ了知セサル場合ノ貸貸人ノ地位ヲモ保護セムトスルハ必然ニシテ寧ロ反對ノ
 論據ヲ紹來スルコトナキカ或ハ此際貸貸人ハ權利ノ上ニ眠レルモノナレハ保護
 ノ價值ナシト謂ハムカナレトモ夫ハ不必要ニ權利行使ヲ強要スルコトナルヘ
 シ更ニ學士ハ轉借料ノ額ニ付キ規定ヲ設ケサル理由ヲ附加セラレルモ貸貸人ノ
 保護ヲ其額ノ點ニ迄推進ムヘキヤ否ヤハ更ニ別個ノ問題トシテ考慮スルヲ要シ
 法カ通常取引ノ通念ニ鑑ミ其點ニ迄貸貸人ヲ保護スル必要ナシト認メテ其規定
 ヲ設ケサリシトスルモ以テ(B)説ノ主張ヲ害スルコトナカルヘシ果シテ然ラハ民
 法第六一三條第一項後段ノ立法理由ニ最モ適合スル(B)説ヲ相當トスヘク學士ノ
 之ニ對スル駁論ハ充分ノ理由ヲ提ケタルモノト謂フ能ハス從テ(C)學士一派ノ轉
 借料支拂時標準説ハ今一入ノ理據ヲ得スンハ高唱シ得サルモノト謂ハサルヲ得
 ス

九五

意思表示ハ法律行為ノ要素ニ錯誤アリタルトキハ無効トス但表意者ニ重大ナル過失アリタルトキハ表意者自

賣買一方ノ豫約(民五五六)ニ於テ豫約權利者相手方ハ豫約義務者(豫約者)ニ對シ賣
 買ノ本契約締結請求權ヲ有スルノミナラス賣買完結權ヲ有スルモノトス」
 賣買一方ノ豫約(民五五六)上ノ權利ヲ承繼シタル場合ニ於テ其豫約上ノ權利トハ
 賣買完結權ナリヤ將賣買締結請求權ヲ指稱スルヤ不明ナルトキハ特別ノ制限ナ
 キ限り寧ロ雙方ヲ包含スルモノト解スヘキモノトス」
 賣買一方ノ豫約上ノ權利ヲ有セザル者ノ賣買完結ノ意思表示ニ對シ其豫約上ノ
 義務者カ之ヲ權利者ナリト誤信シ賣買ヲ成立セシムル意思表示ヲ爲シタルトキ
 ハ此ハ義務者ナキニ拘ラス錯誤ニ基キ義務履行トシテ爲サレタルモノナルモ別ニ
 契約ノ申込タル効力ヲ有スルヲ妨ケサルカ故ニ之ニ對シ承諾ノ意思表示ヲ爲シ

- 一七七 其無効ヲ主張スルコトヲ得ス
- 一七八 不動産ニ關スル物權ノ得喪及ヒ變更ハ登記法ノ定ムル處ニ從ヒ其登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對シスルコトヲ得ス
- 五二一 承諾ノ期間ヲ定メテ爲シタル契約ノ申込ヲ取消スコトヲ得ス
- 五二二 申込者カ前項ノ期間内ニ承諾ノ通知ヲ受ケサルトキハ申込ハ其効力ヲ失フ
- 五二六 隔地者間ノ契約ハ承諾ノ通知ヲ發シタル時ニ成立ス
- 五二七 申込者ノ意思表示又ハ取引上ノ慣習ニ依リ承諾ノ通知ヲ必要トセサル場合ニ於テハ契約ハ承諾ノ意思表示ト認ムヘキ事實アリタル時ニ成立ス
- 五五六 賣買ノ一方ノ豫約ハ相手方カ賣買ヲ完結スル意思ヲ表示シタル時ヨリ賣買ノ効力ヲ生ス
- 前項ノ意思表示ニ付キ期間ヲ定メザリシトキハ豫約者ハ相當ノ期間ヲ定メ其期間内ニ賣買ヲ完結スルヤ否ヤヲ確答スヘキ旨ヲ相手方ニ催告スルコトヲ得若シ相手方カ其期間内ニ確答ヲ爲ササルトキハ豫約ハ其効力ヲ失フ
- 七〇三 法律上ノ原因ナクシテ他人ノ財産又ハ勞務ニ因リ利益ヲ受ケケルカ爲メニ他人ニ損失ヲ及ホシタル者ハ其利益ノ有スル限度ニ於テ之ヲ返還スル義務ヲ負フ

タルトキハ賣買契約成立スルモノトス
乙カ甲ニ對シ義務ナクシテ再賣買契約ヲ締結シ其履行トシテ家屋ノ所有權ヲ甲
ニ移轉シ之ヲ登記シタルトキハ乙ノ爲メ代位權ヲ行使シ得ル丙ハ甲ニ對シ不當
利得ニ因リ賣買契約ノ解除並ニ家屋所有權ノ移轉登記(逆讓渡)ヲ請求スヘキモノ
トス

大審院大正九年オ五三七號同年八月二日判決本書第九卷民法一〇四二頁所載

- 一 判示第一要旨ハ正當テアル賣買一方ノ豫約(民五五六)ニ於テ豫約權利者(相手方)ハ豫約義務者(豫約者)ニ對シ賣買ノ本契約締結請求權ヲ有スルノミナラス賣買完結權ヲモ有スルカ故ニ豫約權利者ハ直ニ賣買完結ノ意思表示ヲ爲スコトカ出來ル豫約義務者カ豫約上ノ義務ノ履行トシテ賣買ヲ成立セシムル意思表示ヲ爲スモ畢竟蛇足テアル
- 二 然レ判示第二要旨ニハ疑カアル原判決ノ認定シタル所ニ依レハ本件事實ハ再賣買ノ豫約者乙カ甲ノ申出ニヨリ甲ハ豫約權利者丙ノ榮子トナリ丙ノ有スル豫約上ノ權利ヲ承繼シ之ヲ行使スルモノト誤信シ豫約上ノ義務履行トシテ賣買ヲ成立セシメ且ツ賣買ノ登記ナシタルヲ云フノテアル
- 三 豫約上ノ權利ハ賣買完結權ノミテハナイ賣買締結請求權モ亦豫約上ノ權利ニ屬スル果シテ然ラハ原判決ノ認定シタルカ如ク甲カ豫約上ノ權利ヲ承繼シタリト稱シテ之ヲ行使シタルト云フノミテハ其所謂豫約上ノ權利トハ賣買完結權ヲ指稱スルノテアルカ將テ賣買締結請求權ヲ指稱スルノテアルカ不明テアル而シテ特別ノ制限ナキ限リ寧ロ其双方ヲ包含スルモノト解スヘキテハナカロウカ蓋シ豫約上ノ權利ハ此ノ二ツノ權利ヲ包含スルカラテアル
- 四 本件ニ於テ假ニ甲カ乙ニ對シ賣買完結ノ意思表示ヲ爲シ乙カ之ニ對シ豫約上ノ義務履行トシテ賣買ヲ成立セシムル意思表示ヲ爲シタルトスルモ此場合ニ於ケル甲ノ爲シタル賣買完結ノ意思表示ハ甲カ賣買完結權ヲ有シナイカ爲メ無効ニシテ之ニ因リテ甲乙間ニ賣買ハ成立スルヲ得ナイ然ルニ乙ハ甲ニ對シ賣買ヲ成立セシムル意思表示ヲ爲シタル此ノ意思表示ハ甲ノ爲シタル賣買完結ノ意思表示ニ因リテ賣買力成立シタル場合タツタナラハ固ヨリ蛇足ニ終ルヘキテアルカ甲ノ爲シタル賣買完結ノ意思表示力無効ニシテ從テ甲乙間ニ未ダ賣買力成立シナイ間ニ爲シタル賣買完結ノ意思表示有スル即チ甲ニ對スル賣買ノ申込タル價値ヲ有スルソレカ錯誤ニ基キ義務履行トシテ爲サレタルト云フコトハ何等申込タルノ效力ヲ妨ケナイ從ツテ之ニ對シ甲カ承諾ノ意思表示ヲ爲シタルトキハ該ニ當事間ニ賣買契約ハ成立スル

義務履行トシテ賣買ヲ成立セシムル意思表示ヲ爲シタルトスルモ此場合ニ於ケル甲ノ爲シタル賣買完結ノ意思表示ハ甲カ賣買完結權ヲ有シナイカ爲メ無効ニシテ之ニ因リテ甲乙間ニ賣買ハ成立スルヲ得ナイ然ルニ乙ハ甲ニ對シ賣買ヲ成立セシムル意思表示ヲ爲シタル此ノ意思表示ハ甲ノ爲シタル賣買完結ノ意思表示ニ因リテ賣買力成立シタル場合タツタナラハ固ヨリ蛇足ニ終ルヘキテアルカ甲ノ爲シタル賣買完結ノ意思表示力無効ニシテ從テ甲乙間ニ未ダ賣買力成立シナイ間ニ爲シタル賣買完結ノ意思表示有スル即チ甲ニ對スル賣買ノ申込タル價値ヲ有スルソレカ錯誤ニ基キ義務履行トシテ爲サレタルト云フコトハ何等申込タルノ效力ヲ妨ケナイ從ツテ之ニ對シ甲カ承諾ノ意思表示ヲ爲シタルトキハ該ニ當事間ニ賣買契約ハ成立スル

【賣買一方ノ豫約ノ性質ニ關スル參照學說判例】

本書第九卷民法一七頁以下

【論旨第三點錯誤ニ關スル參照學說判例】

本書本卷民法四〇七頁

賣買一方ノ豫約カ停止條件付賣買ニアラスシテ矢張り一種ノ豫約ニ過キサレ以
上ハ未ダ本契約ノ締結ハ之無キモノト謂フヘク此點學士ト吾人ハ所說ヲ同クス

(本書第九卷民法二四頁評論)此根本觀念ヨリ出ラタル論旨第一點即チ民法五五六條ノ豫約權利者一方豫約ノ場合ハ(一)買買締結請求權ノ外ニ(二)完結權ヲ有スルコトハ多ク謂フ迄モナシ從テ豫約權利者ノ承繼人モ亦特別ノ制限ナキ限リハ右兩種ノ權利ヲ有スルコトモ學士所說ノ如シト信ス

論旨第三點買買一方ノ豫約權利者ノ假想承繼者カ爲シタル賣買完結ノ意思表示ニ對シ其豫約義務者ノ爲シタル承諾ハ判旨カ錯誤ニ基ク無効ノモノナリト爲シタルニ對シテ學士ハ義務者ノ承諾カ錯誤ニ基クト否トニ拘ラス契約ノ申込タル効力アルヲ以テ之ニ對シ更ニ豫約權利者ノ承諾アルトキハ(買買契約成立スト爲セリ然レトモ吾人ノ觀察ニ依レハ右豫約義務者ハ相手方カ豫約權利者タルコトヲ條件トシテ再買買完結ノ意思表示ヲ爲シタルモノナレハ此場合ハ其條件ハ意思表示ノ内容ヲ組成シ而カモ是客觀的ニ意思表示ノ内容ノ重大部分ナリトスルヲ相當トスヘク從テ此意思表示ハ民法九五條ニ所謂法律行為ノ要素ニ錯誤アルモノトシテ無効ノモノト謂ハサルヘカラス果シテ意思表示トシテ法律上無効ナル以上事實上人ノ意思ノ表示トシテ存在スルモ同條但書ノ外假令他ノ效力タル申込ノ効力ヲモ有シ能ハサルモノト考フ

論旨第四點カ豫約權利者ハ假裝豫約權利者ノ取得セル登記名義ノ抹消ヲ請求シ得ヘシトノ判旨ニ對シ不當利得ニ因ル賣買契約ノ解除及ヒ所有權移轉登記說ヲ

提唱テレシハ吾人ノ理解シ能ハサル所ナリ蓋事案ノ場合(一)若シ物權契約ナカリシトセムカ大審院ノ見解必ラスシモ不當ナラスト雖モ(二)物權契約アリタルモノトセムカ所有權移轉並ニ登記名義回復ヲ不當利得請求權ニ基キ遂行スルヲ必要トスヘシ併シナカラ等シク不當利得ニ基クトハ謂ヘ豫約上ノ權利無キ者ト豫約義務者トノ間錯誤ニ因リテ爲サレタル賣買契約ヲ解除ストハ如何ナル意ナルカ或ハ其買買契約中ニ有效ナル物權契約ノ存スルアルヲ以テ之ヲ解除ストノ意ナリト解スヘキカ今錯誤ノ規定ヲ以テ物權契約ヲモ律シ得ヘキヤ否ヤ又物權契約ノ解除ヲ認メ得ヘキヤ否ヤハ舉ケテ之ヲ問ハストスルモ尙不當利得ニ因ル債權ノ主張ヲ以テ所有權ノ移轉及登記手續ヲ爲サシムルコトヲ得ルニ拘ラス解除ヲ主張スルノ必要那邊ニ在リヤ更ニ不當利得ノ規定ニ基キ解除權ノ發生ヲスラ認メ得ヘキヤ疑問ナレハナリ

(二四一)

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豫メ其受領ヲ拒ミ又ハ債務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

債務ノ性質上債務者ニ於テ其履行ヲ完了シ得ムカ爲メニハ債權者カ給付ヲ受領シ吳ルルコトヲ必要トスルコトアリ其他或ハ目的物ヲ指定シ或ハ履行ノ場所ニ

來會スル等要スルニ債權者ノ或協力ヲ俟テ始メテ履行ヲ完了シ得ル場合鈔カ
ラス斯カル場合ニ於テ債權者カ任意ニ此協力ヲ爲ササル以上債務者ハ手ヲ束ネ
テ之ヲ俟ツノ外無シトスルトキハ債務者ノ利益少カラサルヲ以テ之ニ處スル
救済ノ方法トシテ履行ノ提供ト云フコトアルモノトス
履行ノ提供ハ債權者ノ協力有ルニ非サレハ履行ヲ完了スルヲ得ル場合ニ債務者
カ當該事情ノ下ニ於テ其爲シ得ル限りノコトヲ爲シ唯々債權者ノ協力無キカ爲
メニ履行ヲ完了スルヲ得スト云フ程度ニ迄總テノコトヲ爲シ盡スコトヲ謂フモ
ノトス

給付ノ受領ト云フコトカ債權者ノ爲ス可キ唯一ノ協力ナル場合ニハ債務者ハ債
權者カ直チニ給付ヲ受領シ得ル様所謂現實ノ提供ヲ爲ササル可カラサルモノニ
シテ(民法第四九三條本文夫レニ拘ラス債權者カ之ヲ受領セサルトキハ茲ニ提供
ノ效力ヲ生シ其時ヨリ不履行ニ因リテ生ス可キ一切ノ責任ヲ免レシムルニ至ル
モノトス

債權者カ豫メ受領ヲ拒ミタル場合ニ於テハ債務者ハ債權者カ前意ヲ翻シ受領セ
ムト云ハハ直チニ履行ヲ完了シ得ル丈ケニ準備ヲ整フルト共ニ一面ニハ債權者
ニ對シ其旨ヲ通知シテ其受領ヲ催告スルヲ以テ足り(民法第四九三條但書前段斯
ル場合ニ於テモ尙且現實ノ提供ヲ爲ササル可カラストスルハ餘リニ形式ニ流ル

ルモノナルカ故ニ此際債權者ニ於テ此催告ニ應セサルトキハ茲ニ提供ハ其效力
ヲ生シ其時ヨリ不履行ニ因リテ生スル一切ノ責任ヲ免レシムルモノトス

債務ノ履行ニ付キ債權者ノ爲スヘキ協力カ受領以外ノ或行爲ナルトキハ債務者
ハ債權者カ其行爲ヲ爲シ吳ルトキハ自己ニ於テハ之ニ基キ進ンテ履行ノ完了
ニ到達スルヲ得ヘキ丈ケノ準備ヲ整フルト共ニ一面債權者ニ對シ右ノ行爲ヲ爲
スヘキコトヲ催告スルヲ以テ足り債權者ニシテ所要ノ行爲ヲ爲シ吳レサル限り
債務者トシテハ此以上ニ履行ノ完了ニ接近シ得ルノ途ナキカ故ニ此際債權者カ
此催告ニ應セサルトキハ茲ニ提供ハ其效力ヲ生シ其時ヨリ不履行ニ因リテ生ス
ヘキ一切ノ責任ヲ免レシムルモノトス

右ノ場合債權者カ催告ニ應シテ其爲スヘキ協力ヲ爲シタルトキハ若債權者ノ受
領ト云フコト無クシテ履行ヲ完了シ得ルカ如キ性質ノ債務ナレハ債務者ニ於テ
進テ履行ヲ爲スヲ得ヘク又爲ササル可カラサルカ故ニマタ提供ト云フ問題ヲ生
スルコトナキモ債權者カ受領シ吳ルルニ非サレハ履行ヲ完了スルヲ得サル場合
ナラハ債務者ハ更ニ現實ノ提供ヲ要シ曩ニ一度言語上ノ提供ヲ爲シアルヲ以テ
已ニ十分ナリト稱シ曩如トシテ何事ヲモ爲ササルトキハ債務者ハ未タ以テ不履
行ヨリ生スル一切ノ責任ヲ免ルルニ由ナシ

然レトモ債務ノ性質上債務者ニ於テ其履行ヲ完了シ得ムカ爲メニハ債務者カ給付ヲ

受領シ吳ルコトヲ必要トスルコト有リ其他或ハ目的物ヲ指定シ或ハ履行ノ場所ニ
 來會スル等要スルニ債權者ノ或協力ヲ俟テ始メテ履行ヲ完了シ得ル場合カラス
 斯カル場合ニ於テ債權者カ任意ニ此協力ヲ爲ササル以上債權者ハ手ヲ束テ之ヲ俟
 ツノ外無シトスルコトキハ債務者ノ不利益少カラサルヲ以テ之ニ處スル救済ノ方法ト
 シテ履行ヲ完了スルヲ得サル場合ニ債務者カ當該事情ノ下ニ於テ其爲シ得ル限リノ
 レハ履行ヲ完了スルヲ得サル場合ニ債務者カ當該事情ノ下ニ於テ其爲シ得ル限リノ
 コトヲ爲シ唯々債權者ノ協力無キカ爲メニ履行ヲ完了スルヲ得スト云フ程度ニ迄總
 テノコトヲ爲シ盡スルヲ謂フモノトス從ヒテ給付ノ受領ト云フコトカ債權者ノ爲ス可
 キ唯一ノ協力ナル場合ニハ債務者ハ債權者カ直チニ給付ヲ受領シ得ル様所謂現實ノ
 提供ヲ爲サル可カラズ(民法第九三條本文)然ルニモ拘ラス債權者カ之ヲ受領セザ
 ルトキハ之ニ提供ノ效力ヲ生シ其時ヨリ不履行ニ因リテ生スヘキ一切ノ責任ヲ免レ
 シムルニ至ル但債權者カ豫メ受領ヲ拒ミタル場合ニ於テハ債務者ハ債權者カ前意ヲ
 顯シ受領セムト云ハハ直チニ履行ヲ完了シ得ル丈ケニ準備ヲ整フルト共ニ一面ニハ
 債權者ニ對シ其旨ヲ通知シテ其受領ヲ催告スルヲ以テ足ル(民法第九三條但書後段)
 蓋斯カル場合ニ於テモ尙且現實ノ提供ヲ爲ササル可カラズトスルハ餘リニ形式ニ流
 ルルモノナレハナリ而シテ此際債權者ニ於テ此催告ニ應ゼサルトキハ之ニ提供ハ其
 效力ヲ生シ其時ヨリ不履行ニ因リテ生スル一切ノ責任ヲ免レシムルモノトス若又債
 權者ノ爲スヘキ協力ハ受領以外ノ或行爲ナル場合ニハ債務者ハ債權者カ此行爲ヲ爲
 シ吳ルトキハ自己ニ於テハ之ニ基キ進ミテ履行ノ完了ニ到達スルヲ得ヘキ丈ケノ
 準備ヲ整フルト共ニ一面債權者ニ對シ右ノ行爲ヲ爲スヘキコトヲ催告スルヲ以テ足
 ル(民法第九三條但書後段)蓋債權者ニシテ所要ノ行爲ヲ爲シ吳レサル限リ債務者ト
 シテハ此以上ニ履行ノ完了ニ接近シ得ルノ途無ケレハナリ而シテ此際債權者カ此催
 告ニ應ゼサルトキハ之ニ提供ハ其效力ヲ生シ其時ヨリ不履行ニ因リテ生スヘキ一切
 ノ責任ヲ免レシムルモノトス然ルニ反之債權者カ催告ニ應レシ其爲スヘキ協力ヲ爲レ

タルトキハ如何ト云フニ若債權者ノ受領ト云フコトナクシテ履行ヲ完了シ得ルカ如
 キ性質ノ債務ナラハ債務者ニ於テ進テ履行ヲ爲スヲ得ヘク又爲ササル可カラサルハ
 勿論ナルカ故ニマタ提供ト云フ問題ヲ生スルコト無シ反之若債權者カ受領シ吳ル
 ニ非サレハ履行ヲ完了スルヲ得サル場合ナラハ債務者ハ之ニ進テ更ニ現實ノ提供
 ナ爲ササル可カラズ蓋一皮言語上ノ提供ヲ爲シタルヲ以テ已ニ十分ナリト稱シ晏
 如トシテ何事ナモ爲ササルトキハ債務者ハ未ダ以テ不履行ヨリ生スル一切ノ責任ヲ
 免ルルニ由無キモノトス蓋右ノ如ク債務者カ催告ニ應レ所要ノ協力ヲ爲シタル結果
 今ハ唯債權者ニシテ履行ヲ受領シ吳ルトキハ履行ノ完了ヲ見ルニ至ルト云フ状態
 ニ達シタルモノナルヲ以テ此點ハ恰モ債務ノ性質上始メヨリ受領ト云フコトカ債權
 者ノ爲ス可キ唯一ノ協力ナリシ場合ト何等擇フトコロ無キ有様ニ立至リタルモノナ
 リ而モ此後ノ場合ニ於テハ現實ノ提供ヲ爲スニ非サレハ債務者ハ未ダ以テ不履行ヨ
 リ生スル責任ヲ免ルルヲ得サルハ論無キ以上偶ニ債權者ハ其爲スヘキ或協力ヲ爲
 サス催告ニ依リテ之ヲ得カニ之ヲ爲シタリトノ故ヲ以テ其取扱ヲ異ニシ更ニ現實ノ提供
 ナ爲スノ要無シト解ス可キ何等ノ理由ヲモ發見スルヲ得サレハナリ原判決ノ確定ス
 ルトコロニ依レハ本件ニ於テハ大正七年四月二日ヲ以テ當事者双方登記所ニ出頭シ
 各自ノ債務ヲ同時ニ履行スル約旨ナリシモノナルカ故ニ上告人カ其債務ノ履行タル
 代金ノ支拂ヲ完了シ得ムカ爲メニハ債權者タル被上告人ニ於テ之ヲ受領シ吳ルコ
 トヲ必要トスルハ勿論尙其以前ニ於テ先ツ登記所ニ來會シ吳ルコトヲ必要トスル
 モノナリ從ヒテ被上告人ニシテ已ニ同所ニ來會シタル以上其以前會テ上告人ヨリ言
 語上ノ提供ヲ爲シ有リシト否トニ論無ク更ニ現實ノ提供ヲ爲スコトヲ必要トスルモ
 ノナルコトハ以上ノ判示ニ照シ明白ナリ然ルニ被上告人カ前記日時前記ノ場所ニ來
 會シタルコト而モ其際上告人ニ於テハ其債務タル代金ノ支拂ニ付キ現實ノ提供ヲ爲
 ササリシコトハ孰レモ原判決ノ確定スルトコロナルヲ以テ原判決カ上告人ノ債務ノ
 履行ニ付テハ結局有效ナル提供カ存在セザリシモノト判定シタルハ相當ト云ハサル

受領シ吳ルコトヲ必要トスルコト有リ其他或ハ目的物ヲ指定シ或ハ履行ノ場所ニ
 來會スル等要スルニ債權者ノ或協力ヲ俟テ始メテ履行ヲ完了シ得ル場合カラス
 斯カル場合ニ於テ債權者カ任意ニ此協力ヲ爲ササル以上債權者ハ手ヲ束テ之ヲ俟
 ツノ外無シトスルコトキハ債務者ノ不利益少カラサルヲ以テ之ニ處スル救済ノ方法ト
 シテ履行ヲ完了スルヲ得サル場合ニ債務者カ當該事情ノ下ニ於テ其爲シ得ル限リノ
 レハ履行ヲ完了スルヲ得サル場合ニ債務者カ當該事情ノ下ニ於テ其爲シ得ル限リノ
 コトヲ爲シ唯々債權者ノ協力無キカ爲メニ履行ヲ完了スルヲ得スト云フ程度ニ迄總
 テノコトヲ爲シ盡スルヲ謂フモノトス從ヒテ給付ノ受領ト云フコトカ債權者ノ爲ス可
 キ唯一ノ協力ナル場合ニハ債務者ハ債權者カ直チニ給付ヲ受領シ得ル様所謂現實ノ
 提供ヲ爲サル可カラズ(民法第九三條本文)然ルニモ拘ラス債權者カ之ヲ受領セザ
 ルトキハ之ニ提供ノ效力ヲ生シ其時ヨリ不履行ニ因リテ生スヘキ一切ノ責任ヲ免レ
 シムルニ至ル但債權者カ豫メ受領ヲ拒ミタル場合ニ於テハ債務者ハ債權者カ前意ヲ
 顯シ受領セムト云ハハ直チニ履行ヲ完了シ得ル丈ケニ準備ヲ整フルト共ニ一面ニハ
 債權者ニ對シ其旨ヲ通知シテ其受領ヲ催告スルヲ以テ足ル(民法第九三條但書後段)
 蓋斯カル場合ニ於テモ尙且現實ノ提供ヲ爲ササル可カラズトスルハ餘リニ形式ニ流
 ルルモノナレハナリ而シテ此際債權者ニ於テ此催告ニ應ゼサルトキハ之ニ提供ハ其
 效力ヲ生シ其時ヨリ不履行ニ因リテ生スル一切ノ責任ヲ免レシムルモノトス若又債
 權者ノ爲スヘキ協力ハ受領以外ノ或行爲ナル場合ニハ債務者ハ債權者カ此行爲ヲ爲
 シ吳ルトキハ自己ニ於テハ之ニ基キ進ミテ履行ノ完了ニ到達スルヲ得ヘキ丈ケノ
 準備ヲ整フルト共ニ一面債權者ニ對シ右ノ行爲ヲ爲スヘキコトヲ催告スルヲ以テ足
 ル(民法第九三條但書後段)蓋債權者ニシテ所要ノ行爲ヲ爲シ吳レサル限リ債務者ト
 シテハ此以上ニ履行ノ完了ニ接近シ得ルノ途無ケレハナリ而シテ此際債權者カ此催
 告ニ應ゼサルトキハ之ニ提供ハ其效力ヲ生シ其時ヨリ不履行ニ因リテ生スヘキ一切
 ノ責任ヲ免レシムルモノトス然ルニ反之債權者カ催告ニ應レシ其爲スヘキ協力ヲ爲レ

可カラス原判文中「若クハ之カ準備ノ旨ヲ告ケテ辨濟ノ受領ヲ催告レ以テ提供ヲ爲レタル事實」云々ノ如キハ無用ノ說示ニ過キス終局ノ判斷ニハ何等ノ影響無キカ故ニ要スルニ論旨ハ其理由ナシ(大審院大正九年(オ)第九四〇號同一〇年七月八日民一部裁判長榊原尾古鈴木前田各判事判決)

【關係事項】 上告棄却○原審長崎控訴院○手附金倍額償還請求事件○上告人寺島次郎訴訟代理人辯護士鳩山一郎同前田元四郎○被告上人松井荒吉訴訟代理人辯護士花本福次郎

【債權者遲滯ト履行ノ提供ニ關スル參照學說判例】
本書第九卷民法三五七頁

【判旨第二點以下債務ノ履行ニ付キ債權者ノ行爲ヲ要スル場合ト履行提供ニ關スル參照學說判例】
本書第九卷民法一五二頁本卷民法四八三頁

債權者付遲滯ニ債務者ノ履行提供ハ絕對要件ナルヤニ付キテハ嘗テ議論アリ吾人ハ債權者ノ受領不能又ハ受領ヲ期待シ得ヘカラサル場合ト雖モ尙且債務者ノ提供ヲ要求スルモノナルコトハ縷々叙説シタルトコロニ屬ス(本書第九卷民法三六一頁評論)判旨第一點ハ履行提供ノ本旨ヲ明ニシ夫レカ債權者遲滯ノ要件ナルコトヲ判示セルハ頗ル意ヲ得タルモノニシテ其凡テノ場合ニ然ルヤ否ヤニ付キ立論セルモノニアラスト雖モ吾人ノ所信ハ必ラスシモ背致スルコト遠キモノニアラスト思惟ス
判旨第二點以下ハ概ネ妥當ノ見解ナリト信ス

第三者カ共有者ニ對シ共有物ヲ返還スル行爲ハ不可分ノ行爲ニシテ持分ニ應シテ分割シテ之ヲ返還スルコト能ハサルカ故ニ不可分債權ニ關スル民法第四二八條ノ類推適用ニヨリ各共有者ハ單獨ニテ總共有者ノ爲メ共有物ノ返還ヲ請求シ得ヘシト雖モ民法第二五二條但書ノ規定アルヲ以テ此返還請求權ハ直接此規定ニ因リ生スルモノト解スルヲ至當トス

(二四二)

二五二 共有物ノ管理ニ關スル事項ハ前條ノ場合ヲ除ク外各共有者ノ持分ノ價格ニ從ヒ其過半數ヲ以テ之ヲ決ス但保存行爲ハ各共有者之ヲ爲スコトヲ得
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履行ヲ請求シ又債務者ハ總債權者ノ爲メ各債權者ニ對シテ履行ヲ爲スコトヲ得

大審院大正一〇年(オ)第五八號同年三月一八日判決本書本卷民法三六九頁所載

第三者カ所有物ヲ占有レ所有權ノ内容ニ適合セサル客觀的違法狀態ヲ現出スルトキハ所有者ハ所有物返還請求權ヲ行使シテ其物ノ返還ヲ請求スルコトヲ得所有物カ數人ノ共有ニ屬スル場合ニハ共有者全員カ共同ニテ其物ノ返還ヲ請求スルコトヲ要スルヤ又ハ各共有者ハ單獨ニテ其返還ヲ請求スルコトヲ得ルヤ此理ヨリ云ヘハ各共有者ハ各自ノ持分ニ應シ共有物ヲ返還シ共有物ノ占有ヲ得セシムヘキコトヲ請求シ得ルモノト謂ハサルヘカラス然レトモ第三者カ共有物ヲ返還スル行爲ハ不可分ノ行爲ニシテ持分ニ應シテ分割シテ之ヲ返還スルコトヲ能ハス不可分債權ニ關スル民法第四百二八條ノ類推適用ハ理論上之ヲ否定シ能ハサルトコロナルヲ以テ特別ノ規定ナキモ各共有者ハ單獨ニテ總共有者ノ爲メ共有物ノ返還ヲ請求シ得ヘシト雖モ我民法ノ解釋トシテハ第二五二條但書ノ規定アル以上此返還請求權ハ直接此規定ニ因リ生スル

【參照學說判例】

モノト解スルヲ至當トセン(法學博士菅原春二氏法學論叢第六卷第五號九二頁「共有者ノ共有物返還請求權」要領)

共有物ノ返還請求權行使ニ付キ各共有者ハ單獨ニ保存行爲トシテ之ヲ遂行シ得ヘシトシ不可分債權ニ關スル民法第四二八條ヲ類推スル必要ナシトハ吾人夙ニ發表シタル見解ニシテ博士モ亦同一趣旨ナル如ク欣快トスルトコロナリ

(二四三)

六四六第一項 受任者ハ委任事務ヲ處理スルニ當リテ受取リタル金銭其他ノ物ヲ委任者ニ引渡スコトヲ要ス其收取シタル果實亦同シ

六四九 委任事務ヲ處理スルニ付キ費用ヲ要スルトキハ委任者ノ請求ニ因リ其前拂ヲ爲スコトヲ要ス

六二五 第六二〇條ノ規定ハ委任ニ之ヲ準用ス

委任者カ委任事務ヲ處理スル爲メ金銭ヲ受任者ニ交付シタルトキハ委任契約ヲ解除スルニテアラサレハ其金銭ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ス委任者カ契約ヲ買入レムル爲メ即チ委任事務ヲ處理セシムル爲メ金銭ヲ受任者ニ交付シタルトキハ即チ民法第六四九條ニ依リ費用ノ前拂ヲ爲シタルモノニシテ受任者ハ委任契約ノ效力トシテ其金銭ヲ取得シタルモノナレハ委任事務終了ノ後又ハ委任契約ノ解除アリタルトキニテアラサレハ之ヲ委任者ニ返還スル義務ナキモノトス故ニ委任者ハ受任者カ委任事務ノ

了ノ後又ハ委任契約ヲ解除スルニアラサレハ其金銭ノ返還ヲ請求スルコトヲ得サルモノトス

處理ヲ怠リタルノ一事ニ因リテ直チニ其返還ヲ請求スルコトヲ得ス(法曹會決議法曹記事第三卷第一〇號三九頁「委任契約ノ解除ニ關スル件」要領)

【民法第六四六條受任者ノ受取リタル物ノ中ニハ委任者ヨリ交付シタル物モ包含ストノ學說】

一 受任者カ委任事務ヲ處理スルニ當リ委任者又ハ第三者ヨリ受取リタルモノハ素ト委任者ノ利益ノ爲メニ受取リタルモノナルカ故ニ畢竟之ヲ委任者ニ引渡スヘキハ固ヨリナリ本條ニ於テハ廣ク受任者カ受取リタルモノヲ委任者ニ引渡スヘキコトヲ定ム(法學博士梅澤次郎氏民法要義債權七三三頁)

二 金銭其他ノ物ハ委任者ヨリ受取リタル第三者ヨリ受取リタルトチ區別セズ(法學博士岡松參太郎氏理由債權次二八一頁)

三 六四六條一項ハ廣ク受任者カ委任事務ヲ處理スルニ當リテ受取リタル金銭其他ノ物ト云フカ故ニ受任者カ委任事務ヲ處理スルニ因リテ第三者ヨリ取得セル金銭其他ノ物ヲ引渡スヘキコトヲ規定セルノミナラス委任事務ヲ處理スルカ爲メニ委任者ヨリ受取リタル金銭其他ノ物ヲ委任者ニ返スヘキコトヲ規定セルモノト解セサルヘカラス(法學博士石坂晉四郎氏京法第一〇卷第四號一三一頁本書第四卷民法四三三頁)

四 委任事務ヲ處理スルニ當リテ受取リタル金銭其他ノ物トハ委任事務處理ノ用ニ供スルカ爲メ委任者ヨリ受取リタル物及ヒ委任事務ノ執行上委任者ニ所屬スルモノトシテ第三者ヨリ受取リタル物ト云フ(法學博士末弘嚴太郎氏債權各論七六一頁)

五 受任者カ委任事務ヲ處理スルニ方リ委任者又ハ第三者(主トシテ受任者ノ相手方ヲ謂フコト勿論ナリ)ヨリ受取リタル金銭其他ノ物ハ委任者ノ利益ノ爲メニ受取リタルモノナルヲ以テ其物カ委任事務處理ノ爲メニ必要ナラザル限リ(遲滞ナク)之ヲ委任者ニ引渡スヘキ物カ果實ヲ生シタルトキハ果實モ亦之ヲ引渡スコトヲ要ス(法學博士吾孫子勝氏委任契約論四九頁)

【同上反對說】

受任者ハ委任狀若クハ賣却ノ爲メニ交付セラレタル物ヲ委任者ニ返還ス可キモノナルヤ否ヤノ問題ノ如キハ六四六條ニ依リテ之ヲ決スルコト能ハス然レトモ委任ノ終了シタル場合ニ於テハ受任者ハ不當利得ノ原則ニ從ヒ委任者ヨリ受取リタル物又ハ委任者ヨリ得タル權利之レニ返還セサル可カラサルコト勿論ナリ(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債權一二七一頁)

【委任者ヨリ受取リタル物ノ引渡時期ニ關スル參照學說】

一 委任者ヨリ受取リタルモノハ通常委任事務ノ處理ヲ終リタル後ニ非サレハ之ヲ返還スルコト能ハサルヲ常トス是レ他ナレ委任者カ委任事務ヲ處理スルニ必要ナリト認メテ交付シタルモノナレハナリ本條ニ於テハ廣ク受任者カ受取リタルモノヲ委任

者ニ引渡スヘキコトヲ定メタルニ過キシテ其他ハ總テ契約ノ趣旨ニ依リ定メタルヘキモノトセシナリ (法學博士末弘博士
法要義債權七三二頁)

二 受任者ノ委任者ニ引渡スヘキ物又ハ之ニ移轉ス可キ權利ハ種々ナルカ故ニ受任者カ其物ヲ委任地ニ引渡シ又ハ其權利ヲ之
ニ移轉ス可キ時期ニ關シテハ法律ニ於テ何等ノ規定ヲ設ケス從テ裁判所ハ當事者ノ意思ニ基キテ其時期ヲ定メサル可ラス要
ルニ受任者ハ當事者ノ意思ニ依リ委任ノ終了前ニ於テ本條ノ義務ヲ盡ササル可ラサルコトアル可ク又ハ委任終了後ニ至リテ本
條ノ義務ヲ盡ササル可カラサルコトアリト謂フ可シ (法學博士末弘博士同仁保龜松氏同松波仁一郎氏帝國民法正解債權
一七〇頁)

三 時期ニ付キテハ當事者任意ノ定メテ爲シ得ルヲ原則トスルモ意思不明ナルトキハ(1)委任事務處理ノ爲メ委任者ヨリ受取リ
タル物ハ委任終了後遲滞ナク之ヲ委任者ニ返還スヘク反之委任事務ノ處理ニ付キ第三者ヨリ受取リタル物ハ受領後遲滞ナク之
ヲ委任者ニ引渡スコトヲ要スルモノト解スルハ正當トス (法學博士末弘博士同仁保龜松氏債權各論七六二頁)

四 之カ引渡ハ時期ニ付テハ委任契約ニ定メタル場合ハ之ニ從フヘキ勿論ナルモ若シ此處ニ關スル特約ナキトキハ委任事務
ノ性質又ハ其事務ノ繼續期間ノ長短等ニヨリテ定メタルモノトス即チ委任ノ性質上取得シタル物若クハ權利ハ急遽ニ引渡スヘキ
モノナルトキハ直ニ之ヲ引渡スヘク反之急遽ヲ要セザルトキハ直ニ引渡スヘク又ハ其繼續期間ノ短キトキハ事務終了ノ
時ニ至リ引渡スルカ如キハ不相應ノ費用ト手數トヲ要スルヲ以テ事務終了ノ時ニ於テ之ヲ爲スヘク反之受取リタル金額多キト
キハ之レヨリ生スル利息モ多額ナルニ付キ速力ニ委任者ニ引渡シテ其使用ニ併セサルヘカラ唯委任者ヨリ受取リタルモノハ
委任者カ事務處理ニ必要ナリトシテ交付シタルモノナレハ委任事務終了ノ後ニ其計算ヲ爲シ殘餘アレハ之ヲ引渡スヘキモノト
ス (法學博士清水一郎氏民法債權明大講七四頁)

受任者カ委任者ヨリ受取リタル費用到據金ノ返還時致如何之ニ答フルニハ(一)費
用前拂金ハ民法第六四六條ニ受任者カ委任事務ヲ處理スルニ當リ受取リタル金
錢其他ノ物ノ中ニ包含スルヤ否(二)其返還義務ハ何時發生スルヤヲ明カニスルヲ
要ス決議ハ(三)點ニ付キ答ヘ(一)ノ點ヲ明カニセサルモ吾人ハ前拂金モ亦民法第
六四六條ニ受任者カ委任事務ヲ處理スルニ當リ受取リタル金錢ノ中ニ包含スト
信スルモノナリ蓋同條ハ別ニ制限ヲ設ケサルヲ以テナリ故ニ進テ其返還時期ニ

付キ案スルニ法典ハ別ニ其返還時期ニ付キ明文ヲ置カスト雖モ一般規定ノ趣旨
ニ則リ當事者ノ意思表示ヲ參酌シ契約ノ性質ニ鑑ミ合理的ニ決スヘキモノナル
ニトハ疑ナシト信ス果シテ然ラハ單ニ受任者カ委任事務ヲ履行セスト云フノミ
ヲ理由トシテハ直チニ前拂金ノ返還ヲ請求セシムル事由トナラサルコト當然ニ
シテ大多數ノ場合ニ於テ決議ノ趣旨ハ相當ナル結果トナルヘシト信ス

二四四

八五 本法ニ於テ物トハ有體物ヲ謂フ

二三九 無主ノ動産ハ所有ノ意志ヲ以テ之ヲ占有スルニ因リテ其所有權ヲ取得ス

無主ノ動産ハ國庫ノ所有ニ屬ス

三〇八 葬式費用ノ先取特權ハ債務者ノ身分ニ應シテ爲シタル葬式ノ費用ニ付イテモ亦存在ス

七四八 家族カ自己ノ名ニ於テ得タル財產ハ其特有財產トス

九八六 家主又ハ家族ノ執レニ屬スルカ分明ナラサル財產ハ家主ノ財產ト推定ス

九八六 家督相続人ハ相続開始ノ時ヨリ前主ノ有セシ權利義務ヲ承繼ス但前主ノ一身ニ專屬セルモノハ此限ニ
在ラス

九八七 系譜器具及ヒ墳墓ノ所有權ハ家督相続ノ特權ニ屬ス

一〇〇一 遺產相続人ハ相続開始ノ時ヨリ被相続人ノ財產ニ屬セシ一切ノ權利義務ヲ承繼ス但被相続人ノ一身ニ專
屬セルモノハ此限リニアラス

相續稅法三 被相続人カ本法施行地ニ住所ヲ有スルトキハ相續開始ノ際本法施行地ニ在ル相續財產ノ價格ニ相續開
始前一年內ニ被相続人カ本法施行地ニ在ル財產ニ付キ爲シタル贈與ノ價額ヲ加ヘタルモノヨリ左ノ金額ヲ控除シタ
ルモノヲ以テ課稅價額トス

二 被相続人ノ葬式費用

民法第九八七條ハ被相続人ニ屬シタル系譜器具及ヒ墳墓ノ所有權カ家督相続人
ニ當然移轉スヘク遺贈ノ目的トナラサルコトヲ定メタルニ過ギサルヲ以テ同條

ノ規定ヲ以テ家族ノ遺骨カ戸主ノ所有ニ屬シ若クハ戸主ノ管理ニ屬スルモノト解スルニ足ラサルモノトス」

生存者ノ身體ハ人格者ヲ構成スルモノナルヲ以テ人格者ノ身體其自體ヲ所有權ノ目的ト爲スコトヲ得サレトモ身體ノ一部ヲ成セルモノモ身體ト分離シタルトキハ有體物トシテ所有權ノ目的ト爲スコトヲ得ルモノトス」

生存者ノ身體一部カ分離シタルトキハ其所有權ハ先占者ニ屬スト爲サンヨリハ其分離前之ヲ其身體ノ一部ト爲セシ者ノ所有ニ屬スヲ以テ寧ろ條理ニ適スルモノト爲スヘキモノニシテ法律上何等明文ナケレトモ其精神亦是ニアリト解スルヲ相當トス」

遺骨モ亦分離シタル身體ノ一部ノ如ク有體物トシテ所有權ノ目的タルコトヲ得ヘキモ既ニ遺骨トナレハ之ヲ身體ノ一部ト爲セシ人格者ナルモノ存セサルカ故ニ其遺骨ハ相続人ノ所有ニ歸シ其管理權アルニ至ルモノニシテ民法第三一八條相續稅法第三條相續財產モ亦遺骨ハ相続人ノ所有ニ歸シ從テ相續人ノ葬式ハ通常相續人之ヲ營ムモノト爲スノ趣旨ニ出テタルモノト解スヘク右解釋我國古來ノ家族制ノ精神ニ反セサルモノトス」

【上決理由】 原判決ハ「(前略)控訴人ニ於テハ戸主ノ同意ナクテ家族カ屍骨ヲ戸主ノ墓地外ニ埋葬スルハ公序良俗ニ反スト論スレトモ上院示ノ如ク遺子ノ屍骨埋葬ノ首位義務者ナルカ故ニ埋葬ノ場所選定ニ關シテモ亦尤ニ遺子ノ意思ヲ重シスルヲ相當トスヘク遺子カ戸主ノ意思ニ從ハサル事實アルノミチヲ直ニ公序良俗ニ反スト爲スハ其謂ハレナキモノナレ

ハ右論辨ハ妥當ナラス」ト判決セラレタリ然レトモ葬儀ハ人生ノ大禮ナリ戸主カ家族ノ爲メニ之ヲ施行スルハ我國固有ノ家族制度ニ於ケル慣例ニシテ之レ有ルカ爲ニ家族制度ノ美風ヲ維持スルコトヲ得ヘシ遺子カ葬儀及ヒ埋葬ノ首位義務者ナリト原判決カ論定セラレタルモ遺子數人有り而カモ他家ニ縁組シタル者等ニ於テ之カ義務者タルノ觀念ヲ以テ費用ヲ負擔シタルモノアルコトヲ曾テ開キタルコトナレ只同一家内ニ於テ近親者タルノ故ヲ以テ遺子カ埋葬ノ事務ハ擔當スルモノ有リト雖モ費用其他一切ノ責任擔當者ハ戸主ナリトハ從來ノ慣例ニ於テ一般承認セラレタル事實ナリトス家督相續人ハ民法第九八條ニ依リ墳墓ノ所有權ヲ特權トシテ之ヲ取得シ而カモ其墳墓内ニハ家族ノ埋葬シタルモノ尙ホ其墳墓ノ所有權ヲ取得スルヲ以テ見レハ戸主ノ墳墓内ニ埋葬セラレタル家族ノ屍骨ハ戸主ノ所有及ヒ管理ニ屬スルコト疑ヒナシトセサルヘカラス恰モ生前ニ於テ家族カ戸主ノ尸主權ニ服從シ尸主ト共ニ同居スルノ義務アリ(民法第七四九號)離籍ノ如キハ戸主ノ權利トシテ之ヲ行使シ得ヘキモ家族ノ權利トシテハ之ヲ請求スルコトヲ得サルカ如ク家族ノ屍骨ハ戸主ニ於テ管理シ皆其墳墓ニ一ニシテ同一墳墓内ニ永眠スヘキコトハ法制及習慣ノ認マタル處ナリト云ハサルヘカラス若シ原判決ノ如ク遺子カ戸主ノ意思ニ反シテ埋葬ノ場所選定シ埋葬ナサスルコトヲ得ルコトハ此點ニ關シテ絕對ニ行使スルコトヲ得スル先ノ墳墓ニ埋葬スルコトヲ得スレト個人主義ノ實現ヲ見ルニ至リ尸主モ家族ノ葬儀ヲ爲スノ義務ナク又自己ノ墓地内ニ埋葬ヲ拒絕スルコトヲ得ヘレト論スルヲ得ヘク且家族ノ遺子數人有りタル場合ニ於テ共有ノ觀念ヲ以テ互ニ其管理ヲ爭ヒ墓地ノ選定モ各自ノ其理由ヲ主張スルトキハ如何ニシテ之ヲ一定スルコトヲ得ヘキカ或ハ裁判所ノ判決ヲ得テ其葬儀埋葬ノ方法ヲ決セサルヘカラス

ニ至ランカ原判決ノ趣旨ヲ推究スルコトキハ論理ノ結果トシテ如此論争アルコトヲ認メサルヘカラス至ラン畢竟原判決カ民法第七四九條及ヒ第九八七條ノ規定並ニ我國古來ノ公序良俗タル家族制度ノ眞髓ヲ誤解シタル違法アルモノト云ハサルヘカラス

【判決理由】 然レトモ民法第九八七條ハ被相續人ニ屬シタル系譜器具及墳墓ノ所有權カ家督相續人ニ當然移轉スヘク遺贈ノ目的トナラサルコトヲ定メタルニ過キサルヲ以テ同條ノ規定ヲ授テ以テ家族ノ遺骨カ戸主ノ所有ニ屬シ若クハ戸主ノ管理ニ屬スルモノト解スルニ足ラス抑モ生存者ノ身體ハ人格者ヲ構成スルモノナルヲ以テ人格者ノ身體其自體ヲ所有權ノ目的ト爲スコトヲ得サレトモ身體ノ一部ヲ成セルモノモ身體ト分離シタルトキハ有體物トシテ所有權ノ目的ト爲スコトヲ得ヘク其所有權ハ先占者ニ屬スト爲サンヨリハ其分離前之ヲ其身體ノ一部ト爲セシ者ノ所有ニ屬スト爲スヲ以テ寧ろ條理ニ適スルモノト爲スヘキモノニシテ法律上何等明文ナケレトモ其ノ精神亦是ニアリト解スルヲ相當トス遺骨モ亦之ト同レク有體物トシテ所有權ノ目的ト爲ルコトヲ得ヘキモ既ニ遺骨トナレハ之ヲ身體ノ一部ト爲セシ人格者ナ

梅博士

牧野博士

【判旨第一點民法第九八七條法理由ニ關スル同趣旨參照學說】

一 本條ハ家督相續ノ特權ニ屬スル財產ヲ定メテ遺傳ニシテ家督相續トシテハカラスル關係ヲ有スルモノアリ...

【關係事項】

原告藤原一夫訴訟代理人辯護士金子龜次郎河金井康...

【關係事項】

被告藤原一夫訴訟代理人辯護士金子龜次郎河金井康...

仁井田博士

柳川博士

富井博士

平沼博士

博士 1007 (民法)

【判旨第一點生體及屍體ノ物性ニ關スル同趣旨參照學說】

一 生存者ノ身體モ亦一種ノ不融物ナルヘシ屍體ニ至リテハ議論ヲキニ非トス雖モ是亦同一ノ部類ニ屬スルモノト見ルヘキカ...

四 郎氏民法理由總則編訂正十二版一四三頁)
 死體ハ物ナリ之ニ付キテ所有權ノ成立スルコトヲ妨ケス然シテ其所有權ハ他ノ物ノソレト異ナリ大ニ制限ヲ受ケ唯之ヲ埋葬スルノ外事實上ノ處分ヲ爲スコトヲ得サルヲ通例トス然シテナカラ之ヲ以テ死體ノ所有權ヲ否定スルコトヲ得ス其所有權ハ死者ノ相続人ニ對シテ相續財產ト爲ル此點ニ付キテハ民法其他ノ法律ニ何等ノ明文ナシト雖モ死體ノ埋葬ハ獨リ相続人之ヲ爲スコトヲ得ルト考フルハ吾人ノ法的信念ナリ特ニ反對ノ明文ナキ限りハ法律モ亦此信念ヲ是認スルモノト見サルハカラス死體ノ所有權ハ死者ノ相続人ニ歸スト斷定スルコトヲ得ヘシ故ニ相續人ハ其不法ノ占有者ニ對シテ其取戻ヲ請求スルコトヲ得ルハ勿論ナリ然ラハ其所有權ハ相續財產ニ屬スヘシ相續財產ハ相續ノ原因トシテ相續人ニ歸シタル財產ノ總稱ニシテ其權利ハ必スシモ一旦被相續人ニ歸シタルモノナルコトヲ要セサルカ故ナリ然シテ相續財產ニ屬スルモノトシテモ死體ノ埋葬セサルハカラサルモノナルカ故ニ他ノ相續財產ト同一ノ取扱ヲ受タルコトナキハ勿論ナリトス(法學博士川名兼四郎氏日本民法總論一三四頁)

五 凡ソ人ハ權利ノ主體ニシテ精神ト肉體ト相俟テ人ヲ成スモノナルカ故ニ人ノ生命ヲ失ハサル間ハ其肉體ハ權利ノ目的タルコト能ハサルモノト謂フヘシ然レトモ人ニシテ一旦生命ヲ失ヒタルトキハ其死體ハ一個ノ物ニシテ亦木石ト異ナリ其權利ノ目的ニ於テ特ニ制限ヲ設ケサル以上ハ吾人ノ權利ノ目的ト爲ルコトヲ得ルモノト謂フヘシ加之公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサル限りハ吾人ハ生存中ニ於テ其死體ニ付キテ權利ノ處分ヲ爲スコトヲ得ルモノト謂フヘシ唯吾人カ生命ヲ失ヒタルトキハ其死體ハ何人ノ權利ノ目的ト爲ルモノナリ又死體ノ上ニ存スル權利ハ如何ナル種類ノ權利ナルカハ少ク研究ヲ要スル問題ナリ余ノ信スル所ニ依レハ死體ハ財產權ノ目的ニ外ナラス即チ自己ノ爲メニ之ヲ占有スル者ハ其占有權ヲ取得シ又所有權ヲ取得スルノ意思ヲ以テ最先ノ占有者ニ爲ス者ハ其所有權ヲ取得スルモノト謂フヘシ然レトモ死體ノ占有權又ハ所有權有スル者ハ之ヲ他人ニ讓渡スコトヲ得ルモノニ非ス又死體ヲ毀棄スルコトヲ得ス然レトモ死體ノ占有者又ハ所有權有スル者ハ之ヲ他人ニ讓渡スコトヲ得ルモノト謂フヘシ死體ノ埋葬ハ即チ其占有權又ハ所有權ノ拋棄ニ外ナラサルナリ死體ノ占有者又ハ所有權有スル者ハ他人ノ爲メニ其權利ヲ侵害セラレタル場合ニ於テハ其救正ヲ求ムルコトヲ得ヘシ若シ他人ノ之ヲ奪フ者アラハ其取戻ヲ請求スルコトヲ得ルモノト謂フヘキナリ(法學博士仁井田兼太郎氏法學博士松岡博士民法總論第三版二〇九頁以下要領)(本文ニ對スル法學博士梅謙次郎氏ノ評曰ク予ハ本文ニ同意セシ習慣法上死體ハ所有權其他ノ財產權ノ目的タルコトヲ得ルモノナリト信ス本文ニ或ハ死者カ生前ニ於テ其死體ヲ處分スルコトヲ得ルモノト云ヒ或ハ占有者カ先占ニ因リ死體ノ所有權ヲ取得スヘシト云ヒ論旨貫徹セサルヲ見ルモ死體ノ性質カ所有權ノ目的タルニ適セサルヲ知ルニ足ルヘキカ)

六 人類ノ死體ハ物ニシテ又人類ノ身體ト分離シタル手足義足亦物ナリ故ニ死體又ハ人體ト分離シタル手足義足等ハ他ノ有體物ト同シク財產權ノ客體ト爲ル從テ死體ノ遺贈及ヒ人體ト分離シタル手足義足ノ買賣贈與ハ何レモ有效ナリ(法學博士松岡義正氏民法總論三四二頁)

死體ハ通常先占スルコトヲ得サル無主物ニシテ所有權ノ目的物ト爲ラサルヲ通説トスト雖相續人カ被相續人ノ死體ヲ埋葬スル

ハ所有權ノ作用ト解スルヲ正當トスルヲ以テ此説ヲ採ラス又木乃伊及ヒ骸骨ハ所有權ノ目的物タルコト言テ俟タス前示ノ通説ヲ探ラハ之ヲ説明スルニ苦シム(同上三四九頁)

七 人カ物ニ非サルノ故ヲ以テ直チニ人ハ權利ノ目的タルコトヲ得スヘカラス人其モノカ權利ノ目的ト爲ルコトヲ妨ケス即チ(一)權利者其人カ權利ノ目的ナリト得セラルコトアリ(二)他人其モノカ權利ノ目的タルコトアルモノトス(法學博士三浦信三氏法學協會雜誌第三六卷第八號九一頁本書第七卷民法九八七頁)

八 人間及ヒ其構成部分ハ物ニ非ス但一度分離シタル毛髮齒牙ノ如キハ物ニシテ此上ニ權利ノ存在ヲ認メ得ヘシ分離不能ナルカ又ハ著シク困難ナル程度ニ於テ取附ケラレタル齒肉ノ如キハ人間ノ構成部分ト見ルヘキカ故ニ此上ニ私權ノ存在ヲ認ムルコト能ハス死體ニ付キテ死體ハ少數論者ハ之ヲ物ニ非ス從テ財產權ノ目的ト爲ラスト主張ス(中島氏民法釋義一卷三六五頁鳩山一郎氏民法總論二六四頁)或ハ本來物ニ非ラザレトモ解剖等ニ引渡シタルトキニ物ト爲スト主張スル者アリ(Osaka, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts I, §1.)然レトモ獨瑞埃其他本邦ニ於ケル通説ノ如ク物ニシテ財產權殊ニ所有權ノ目的ト爲リ得ルモノト考フ(同氏民法總則提要二四〇頁)

九 又ハ物ニアラサス物ノ支配者ナリ故ニ死體ノ上ニ所有權アルコトナシ然レトモ死體ヨリ分離スル人ノ一部ハ物ナリ分離セル頭髪齒爪等ノ如シ死體(木乃伊ノ如キ)故ニ云フ死體ニアラサス社會見解上死體タル性質ヲ失ヘルモノナリ)ニ付テハ議論多シ或ハ死體ハ物ニアラサス人格ノ残りナリト云ヒ或ハ死體ハ先占ヲ許ササル無主物ナリト云ヒ或ハ死體ハ所有權ノ物體タルヲ得ル物ナルモ不融通物ナリト云ヒ或ハ死體ハ相續人ノ所有物ナリト云ヒ學說區々トシテ一致セス吾人ノ信スル所ニ依レハ死體カ本人ノ生前ニ於テ有效ニ處分セラレタルトキハ其ノ處分カ效力ヲ生シタルトキヨリ死體ハ物トナルモノトス當ニ或ル特定人ノ所有權ノ物體タリ得ルノミナラス取引能力アルモノトナルヘシ反シテ之ノ如キ有效ナル處分ナキニ於テハ死體ハ先占ヲ許サル無主物ニシテ之ニ關シテハ埋葬ノ爲メニニスル事實上ノ處分ヲ爲シ得ルニ過キサルモノトス(法學博士藤道文藏氏日本民法要論卷一第二六一頁)

一〇 (一)生キタル人ノ身ハ法律上ノ物テナイ即チ法律上ノ物ト云フノハ人類以外ノ自然界ニ於ケル有體物アル法律カスヘテノ人ヲ權利ノ主體ト認ムル以上其構成部分タル身體ノ全部又ハ一部ヲ權利ノ目的タリ得ヘキ物ト見ルコトハ人格承認ノ根本觀念ニ反スルカラテアル併シレハ今日ノ開明の觀念ヲ舊時代ニハ權利主體タルコトヲ認メラレス隨テ法律上ノ物ナル人ノ存在ヲ考ヘ得ル(二)人ノ身體ノ一部分カ自然ニ又ハ人爲的ニ人體カラ分離シタ場合ニ其部分ハ既ニ人體ヲハナテ外界ノ有體物トシテ法律上ノ物トシテ權利ノ目的タリ得ルコトハ明白ナル而シテ其部分ノ最初ノ所有權ハソレカ分離以前ニ屬シタ人ニ屬シ其後或ハ明示又ハ暗黙ニ讓渡サレ或ハ拋棄サレルコトカアルヘキモノト解サレル唯々問題トナルノハ最初ノ所有權取得ノ法律上ノ原因アル無主物先占論ハ當ラス身體ニ對スル所有權カ分離スルコト云フ論ハ根本觀念ニ反スル密接關係アルカ故トノ説明ハ法律論テナイ私人カ其自身ニツイテ有スル人格權カ分離シタ身體ノ部分ニツイテ所有權ニ變形スルコト恰モ人格發露ノ結果トシテ無體財產權ヲ生シ人格侵害ノ結果トシテ損害賠償請求權ヲ生シタルト同様ナルトノ説明ヲ試ミタイ(法學博士穂積道遠氏民法總論上卷二八四頁)

【同上同趣旨判例】

一 物ハ外界ノ事物ナルコトヲ要ス外界ノ事物トハ人類以外ノ事物ナリ故ニ生活セル人類ノ身體ノ全部又ハ一部ハ物ニアラズ是等ハ人類ナル有機體ノ構成部分ニシテ人自體ニ外ナラズ人格權ノ客體ト爲リ得ヘキモ財產權ノ客體ト爲ルヲ得ス人工的ニ身體ノ構成部分トナシタルモノ例ハ義齒義眼義足ノ如キモノト雖モ人體ト固着シ一時的ニ附着スルモノニアラザル限リハ又同シ如キハ身體ニ固着スルモノニアラザルヲ以テ身體ノ構成部分ニアラスシテ物ナリ身體ノ一部ト雖モ身體ヨリ分離スルトキハ物ナリ毛髮ノ如キハ之ヲ以テ所有權ノ目的ト成スコトヲ得之ヲ讓渡スルコトヲ得手術ニ依リテ切取リタル肉塊ノ所有權ノ如キハ患者常ニ暗黙ニ之ヲ病院ニ讓渡スルモノナリ(法學士嘉山幹一氏民法總論一六一頁)

二 一人一タヒ生活ヲ熄メテ死亡シタルトキハ己ニ人タルノ性格ヲ失フヲ以テ人ノ身體ハ當然其本然ノ性質ニ復歸シ物ノ一種トナルハ亦明ナリ然レトモ死體ハ普通ノ物ト異リ其處分上種々ノ制限アリ又現行法ハ死體ニ付テハ必ズ埋葬スヘシトノ積極的規定ヲ置カサルモ我國ノ慣習ニ於テ死者ニ對スル禮遇ノ一トシテ死體ニハ相當ノ方法ヲ以テ葬儀ヲ施行シ之ヲ永遠休息ノ地ニ置クヲ通例ノ處置トセリ故ニ右ノ處置ノ外ニ出テ死體ヲ處分スルコトハ善良ノ風俗ニ反シ當然無効ト爲サルヘカラス果シテ然ラハ死體ハ不融通物ノ一種ニ屬スルハ明白ナリ其不融通ナル程度及範圍ハ頗ル不明ニシテ之ヲ決スルハ吾國ノ不文慣習ニ依ルノ外ナキナリ(法學士中山成太郎氏法典實錄民法總則第三版二一三頁)

【同上同趣旨判例】

一 人ノ屍體遺骨ハ相続人ノ所有ニ歸シタル相續財產ノ一部ナルヲ以テ是等屍體遺骨ヲ不法ニ領得シタル所爲ハ右相続人ノ所有權ヲ侵害シタル不法行爲ナリトス(東京地方裁判所大正四年判決法律新聞第九九一號)

二 人ノ屍體遺骨遺棄等モ亦私權ノ目的タルコトヲ得ヘキモノトス而シテ法ハ人ノ屍體遺骨等ヲ以テ相続人ノ所有ニ歸セシムルモノトス(同上)

三 屍體ハ相続人ノ所有ニ歸スルモノトス(同上大正二年(ロ)第二二五八號同三年七月二三日判決本書第三卷民法六四五頁)

【反對説(一)死體遺骨ノ所有權ニ關スル異趣旨學說】

一 人ノ死體ハ公法上埋葬權ノ物體ニシテ私權ノ物體ニアラス(法學博士江木衷氏現行民法論總則一七九頁)

二 死體ハ慣習法上所有權其他ノ財產權ノ目的タルコトヲ得マルモノナリト信ス(法學博士梅謙次郎氏法典實錄民法總則二一三頁)

三 屍體ハ物ニ非ス隨テ所有權ノ目的トナルコトヲ得民法ノ規定ニヨリ相續セラル、モノニ非ス(法學博士中島玉吉氏民法總論第一卷總則三六七頁)

四 デルンゴルヒハ「人ノ死體ハ物ナリ生者ハ其生存中其身體ヲ學術ノ目的ニ供スル爲メ死去ノ場合ニ於テ解剖至ニ讓渡スルコトヲ豫メ約スルコトヲ得然ラザル場合ニ於テハ死體ハ無主物ナリ但無主物トハ自由ナル先占ヲ許サルモノナリ相續ニアラス(遊佐氏民法論總則一五一頁)

【同上(二)生體物說】

ハ之ヲ先占シテ買却スルコトヲ得ズ此ノ如キハ善良ノ風俗ニ反スルモノナリト云ヒガライスハ「吾人ハ自己ノ身體及其部分ニ對スル人格ヨリシテ尙他ノ結論ヲ爲ス即死去ノ場合ニ於テ自己ノ身體ヲ處分シ得ルコトコレナリ身體ノ死去ニ因リテ身體ヨリ分離セル身體ノ一部ト同シテ無主物トナル但此物ハ死者ノ遺骸ノ一部ト構成スルモノニ非ス」ト云ヒシコエリシモ亦無主物說ヲ採ル余モ亦之ニ從フ(法學博士市村光惠氏京都法學會雜誌五卷八號五七頁本書第三卷民法二九九頁)

五 屍體ハ死亡ト同時ニ無主物トナル(相續財產ト解スル者アル)然レトモ被承繼人ノ有メシモノニアラザル權利ハ相續財產ニアラス(遊佐氏民法論總則一五一頁)

【同上(三)生體物說】

一 權利ノ主體ハ權利ノ主體ナルカ故ニ權利ノ客體タルヲ得スト云フ絕對的ノ原則アルニ非ス況ンヤ人ノ體軀ハ其者ニ非ス人ハ權利ノ主體ナレトモ其體軀ハ權利ノ主體ナラス權利ノ主體カ同時ニ權利ノ客體タリ得ストスルモ爲メニ體軀カ權利ノ客體タリ得ストノ結論ヲ生セス(法學博士二上兵治氏法學協會雜誌第一二卷一七八〇頁)

二 吾人ノ體軀ハ所有權ノ目的タルヲ得ルモノト解スルモノ何等ノ支障ヲ生セズ即チ吾人ハ自己ノ身體ノ上ニ所有權ヲ有スルモノナリ(辯護士高橋氏日本法政新誌第一卷第六號第一二二號)

三 身體ハ其抽象的權利ノ主體ノ有スル所有權ノ客體ナリトス(大谷美隆氏本書第七卷民法一二四五頁)

四 肉體ハ權利ノ客體ナレトモ不融通物ナリ之カ讓渡ニ關スル法律行爲ハ不法ナルカ故ニ絕對ニ無効ナリトス(同上民法一二四六頁)

【判旨第三點身體ト分離シタル身體ノ一部ノ所屬ニ關スル同趣旨學說】

一 身體ヨリ分離シタル部分ハ分離ト共ニソレヲ屬セシ人ノ所有ニ屬スルモノト解スヘシ先ツ無主物トナリ先占者カ其所有權ヲ取得スルモノト見ルヘカラス(法學博士川名健四郎氏日本民法論一三四頁)

二 身體ノ一部分ヲ分離セラレタル場合ニハ其分離セラレタル部分ハ物トナリ分離セラレタル人ノ所有ニ屬ス(法學博士石坂晋四郎氏大講義則二四八頁)

三 人間及其構成部分ハ物ニ非ス但一度分離セラレタル毛髮齒牙ノ如キ物ニシテ此上ニ權利ヲ認メ得ヘシ(法學博士三浦信三氏民法總則提要二二九頁)

四 或ハ無主物先占ノ理ニヨリテ之ヲ説明スル學者アルモ之ニヨル時ハ分離前其物ノ屬セシ人ニ所有權ヲ取得セシムルコトヲ得サル缺點アリ(法學博士鳩山秀夫氏民法總則大正九年東大講二四四頁)

五 吾人カ毛髮ヲ切斷分離シ其所有權カ吾人ニ歸屬スルハ決レテ先占ノ法理ニ基クモノニ非ラス(辯護士高橋氏日本法政新誌一六卷一二號)

三浦博士
三浦博士
三浦博士

【判旨第四點屍體及遺骨ノ所有權歸屬ニ關スル參照學說判例】

本書本卷民法一九一頁

【同上補充學說】

一 被相続人ノ財產ニ屬セルコト、相續人ノ所有物ト見ルヘキヤ否ヤトハ別問題ナリ相續人ノ所有物ト見ルノ外ナシト考フ但屍體ハ其處分等ニ付テ大ナル制限ヲ受クルモノナルコト勿論ナリ(法學博士三浦信三氏民法總則提要二四〇頁)

二 分離セル人體ノ一部ハ其本體ノ屬スルモノトシテ勿論ナリ(法學博士三浦信三氏民法總則提要二四〇頁)適當ナル說明ヲ與ヘタルモノナシ或ハ慣習法上與ヘラレタル專屬的物權取得權ニ基クナリト說明セラレ或ハ人格權(身體權)カ分離ト同時ニ所有權ニ變スルナリト說明セラル(法學博士三浦信三氏民法總則提要二六〇頁)

三 死體カ物トアルコトハ略ホ疑ナシカ如何ナル人ノ如何ナル權利ノ目的トナルカ、疑問テアル無主物先占論ハイケナイ相續人ノ所有物トナルコト云フ說ハ最モ適當テ家督相續ノ場合ニハ先ツ差支ナイカ遺產相續トシテ共同相續カ行ハレル場合ニハ困難ナ問題ヲ生シル此場合ニモ家督相續ノ場合ニ準シテ相續人中ノ一人カ死體ノ所有權ヲ取得スルト解スヘキテアラウカ此所有權ノ取得ハ相續人ノ利益ヲ保護スルニ當リテハ慣習法又ハ條理ニ索メテ外ナイテアロウ且此所有權ハ繼承ノ制限ヲ受ラズテ死體ハ主トシテ葬儀ノ目的上取扱ハレ得ルニ過キナイカ此制限ハソレカ所有權タルコトヲ妨ケルモノトハアルマイ死體ハ葬儀權者ニ歸屬スルト云フ論モ一理アルカ葬儀ノ權利義務誰ニ歸屬スルカカ現行法上不明テアツテ且實際ノ葬儀執行者カ子孫ヲナイニ結合ノ解決ニ苦シム故先ツ相續人說ヲ採ツテ置カウ埋葬權ノ關係ニツイテハ墓地關係ノ性質上一律ニ論シ難イテアラウ死體ハ斯様ニ相續人ノ所有ニ歸スルモノトアルカ其歸屬原因ハ相續人ハナイカラ死亡者カ生前ニ遺體ノ處分ニツイテテラウ契約又ハ遺言ハタトヒ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反シナイモノトモ相續人ニ對シテ法律上ノ拘束力カナイモノト解スルカ宜イテアラウ但シ反對說カ通說ノ據テアル(法學博士三浦信三氏民法總論上卷二八四頁)

判旨第一點ノ相當ナルコト學說ノ疑ハサル所ナリ其他本判旨ニ包擁セル論點ニ付キ重要ナルモノハ(一)人體ト物性(二)人體ノ一部分離ト歸屬者(三)屍體並ニ遺骨所有權ノ歸屬者ニ關スル法律關係ニシテ判旨ハ可ナリ明確ニ解説シタルモノアリ從來諸說紛々トシテ論議ヲ存シタル個所ナレハ今概評ヲ試ミムト欲ス

(一)人體ト物性ニ關シ問題トナルハ(イ)生體カ物ナリヤハ其一ニシテ(ロ)屍體及遺骨

カ物ナリヤハ其二ナリ(ハ)生體ヨリ分離シタル身體ノ一部分カ物ナリヤハ其三ナリ今茲ニ必要トスル解決ハ(ロ)(ハ)ニ關スルヲ以テ(イ)ノ點ニ付テハ後日ニ俟タム

屍體カ物ナリヤ所有權ノ客體タリ得ルヤニ付キテハ往々否定的論議ヲ試ムルモノアリト雖モ吾人ハ屍體モ有體物ナル點ニ於テ缺クル點ナク而テ既ニ人格者タリシ關係ヨリ離脱セルモノナル以上其物性ヲ否定スヘキモノト爲セリ(本書第三卷民法三〇二頁評論)只屍體ハ無所有權ノ眼目タル效力ニ於テ法令及公序良俗上廣汎ナル範圍ノ制限ヲ受クルモノナルコトハ是亦否定シ能ハサル所ナル物性ノ有無ト融通能力ノ有無トハ全ク別個ノ問題ニシテ不融通物モ尙物ニシテ所有權ノ實體タリ得ルコトハ殆ト現在ノ宗教的道德的觀念ニ於テ是認セラレヘキ所ナルヘク同時ニ法律上之ヲ許容スルニ何等ノ支障アルコトナシ然リ而テ此點ハ屍體ト遺骸並ニ分離シタル身體ノ一部分タリシモノトノ間ニ於テ取扱ヲ別異ニスル要ナカルヘク等シク物性ヲ認メテ所有權ノ客體タリ得ルモノトスルヲ妨ケス

(二)次ニ身體ノ一部分カ分離シタルモノトキノ歸屬權者如何從來ノ學說ハ(A)先占法理ヲ應用スル者アリ(B)人格權ヲ基本トスル者アリ(C)轉換ノ法理ヲ構成スル者アリ(D)慣習法ヲ是認スル者アリ其細別ニ至リテハ枚舉ニ暇アラサ大審院ハ斯ル典型ノ法理ニ拘泥スルコトナク(E)條理ヲ基本トシ乃至ハ民法ノ精神解釋ヲ採用シテ之ニ妥當性ヲ寄與セムトス要スルニ吾人ノ法律常識ニ反スル先占說ヲ除キテハ何

レノ學說ニ從フモ從前身體ノ一部ニ爲セシ者ノ所有ニ歸屬セシメトノ目的ヲ先ニ置キ只其理由ヲ如何ニ附加スヘキカカ焦點タリシカ如シ社會上ノ常識ヲ基準トシテ之ニ著シク背致セサル限リ甲說可ナリ乙說捨テヘカラス大審院カ區々タル形式論理ヲ操リテ當然ノ法理ニ脚色スルモ實益繪リ多カラスト看取シ一刀兩斷的ニ模型ヲ破リタル解釋吾人ノ大ニ之ヲ多トセサルヲ得サル所ナリ

(三) 屍體並ニ遺骨所有權ノ歸屬關係ニ就テモ亦先占說ヲ除キ相續人ニ之ヲ歸屬セシメムニハ如何ニ法理ヲ構成スヘキカカ論岐ノ焦點ニシテ形式論理上甲論乙駁アリタルノミ(イ)身體權ヲ基本トスルモノ(ロ)親族權ヲ基本トスル說(ハ)慣習法說(ニ)轉換說比々皆然リ此等ノ說ニ拘泥セス大審院カ條理ヲ基本トシ之ヲ援タルニ民法ノ精神解釋ヲ以テ終始ツタルハ比較的餘裕アル態度ナリト謂フヘシ(本書本卷民法一九二頁評論)

(二四五)

四二四第一項 債權者ハ其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し其行為ニ因リテ利益ヲ受ケタル者又ハ轉讓者カ其行為又ハ轉讓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

詐害行為ノ取消ハ其取消ニ因リ債務者ノ財産ヲ回復シ以テ債權者ノ一般擔保ヲ保全スルコトヲ目的トスルノミナラス其取消ノ效果ハ獨リ取消權ヲ行使シタル

營該債權者ノ利益ノ爲メニノミ發生スルモノニアラスシテ取消權ヲ行使セザル總債權者ノ利益ノ爲メ其效果ヲ發生スヘキモノナレハ營該債權者ノ債權額ヲ限度トシテ取消サルヘキモノニ非ス

被控訴人カ大正六年一〇月一六日訴外遠藤三た外一名ヲ連帶債務者トシテ返済期間一年一二月二五日ノ定メニテ金千五百圓ヲ貸付ケタル事實及同年一二月七日日本建物ヲ右三たヨリ控訴人ニ賣後シタル旨ノ登記アリタル事實ハ當事者間ニ爭ナキ甲第四五六號各證ニ依レハ右登記原因タル賣買契約カ右遠藤三た及控訴人ノ親權者タル訴外遠藤敬太郎間ニ眞正ニ成立シタル事實ヲ認メ得ヘシ然リ而シテ甲第二三號證……ヲ綜合スレハ前記賣買當時債務者遠藤三たハ本件建物及土地ヲ除キ他ニ何等ノ資産ヲ有セス且同人ハ被控訴人ニ對スル本件債務以外ニ尙多額ノ債務ヲ負擔シ居リタル事實ヲ明認シ得ヘク而モ右三たハ前記遠藤敬太郎ノ母ニシテ控訴人ハ右敬太郎ノ子ナルコト及前記賣買ニ付キ代金ヲ授受セザリシ事實ハ控訴人ノ認ムルトコロナルヲ以テ前記賣買所爲カ被控訴人ノ本件債權ヲ詐害スルコトハ明白ニシテ右詐害ノ事實ハ遠藤三たハ勿論控訴人ノ代理人タル親權者遠藤敬太郎モ亦之ヲ熟知シ居リタルモノト認メ得ヘク次ニ控訴代理人ハ假リニ本件賣買行為カ詐害行為ナリトスルモ被控訴人ノ有スル債權額ノ限度ニ於テ取消サルヘキモノニシテ本件建物全部ニ付キ之カ取消ヲ求ムハ失當ナリト抗爭スレトモ凡ソ詐害行為ノ取消ハ其取消ニ依リ債務者ノ財産ヲ回復シ以テ債權者ノ一般擔保ヲ保全スルコトヲ目的トスルモノナルヲ以テ債權者ノ債權額ヲ限度トシテ取消サルヘキモノニアラスナルノミナラス而モ取消ノ效果ハ獨リ取消權ヲ行使シタル當該債權者ノ利益ノ爲メニノミ發生スルモノニアラスシテ取消權ヲ行使セザル總債權者ノ利益ノ爲メ其效果ヲ發生ス可キハ民法第四二五條ノ明定スルトコロニシテ前項各證據ニ依レハ債務者遠藤三たハ本件賣買行為

當時被控訴人ニ對スル本件債務以外ニ尙本件建物ノ價格ヲ優ニ超過スル多額ノ債務ヲ他人ニ對シ負擔シ居リタル事實ヲ確認シ得ヘキカ故ニ單ニ被控訴人ノ本件債務額ヲ限度トシテ取消サルヘキモノナリトノ抗辯ハ到底之ヲ採用シ難シ然ラハ本件建物ニ對スル前示賣買行為カ詐害行為ナリトシテ之カ取消及其登記ノ抹消ヲ請求スル被控訴人ノ本訴請求ハ正當ニシテ本件被控訴人ハ其理由ナシ(東京控訴院大正九年(キ)第三五四號同
一〇年月四日民二部三審裁判長水口竹田各判事判決)

【關係事項】 控訴棄却(詐害行為取消請求控訴事件)〇控訴人遠藤憲也法律上代理人親權者父遠藤敬太郎訴訟代理人辯護士玉置慶二郎〇控訴人武藤三治訴訟代理人辯護士松田義隆

【詐害行為取消並ニ效力ニ關スル參照學說判例】

本書本卷民法一二頁以下

(二四六)

一九八 占有者カ其占有ヲ妨害セラレタルトキハ占有保持ノ訴ニ依リ其妨害ノ停止及ヒ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得

四一七 損害賠償ハ別段ノ意思表示ナキトキハ金錢ヲ以テ其額ヲ定ム

六〇一 賃借借入當事者ノ一方カ相手方ニ或物ノ使用及ヒ收益ヲ爲サシムルコトヲ約シ相手方カ之ニ其賃金ヲ拂フコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ス

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ニ任ス

七二二第一項 第四一七條ノ規定ハ不法行為ニ因ル損害ノ賠償ニ之ヲ準用ス

民法上賃借權ハ賃借人ニ對スル一種ノ債權ニシテ物權ニアラサルカ故ニ債權者タル賃借人ハ賃借物ノ使用收益ヲ爲ス必要上債務者タル賃借人ニ對シ其引渡ヲ請求シ得ヘク使用收益ノ妨害アルトキハ之カ排除ヲ請求シ得ヘシト雖モ第三者

ニ對シ其引渡又ハ妨害ノ排除ヲ請求シ得ヘキモノニ非ス

故意又ハ過失ニ因リ債權ヲ侵害シタル者アルトキハ不法行為ノ原則ニ從ヒ被害者タル債權者ハ損害賠償ノ請求權ヲ有スヘシト雖モ損害賠償ハ別段ノ意思表示ナキ限り金錢ヲ以テ其額ヲ定ムヘキモノナルヲ以テ第三者ニ對シ賃借權ノ妨害ヲ原因トシテ金錢以外ノ請求ヲ爲シ得ヘキモノニ非ス

賃借人カ賃借人ヨリ賃借物ノ引渡ヲ受ク之カ占有ヲ爲ストキハ占有權ヲ有スルヲ以テ爾後其占有ヲ妨害スル者ニ對シ占有訴權ヲ行使スルコトヲ得ヘシト雖モ未タ賃借物ノ引渡ヲ受クサル以前ニ於テ占有ヲ有スル理由ナク占有前ニ於テ賃借人カ占有ノ權能ヲ有スルコトハ之ヲ以テ賃借人ニ對シ物ノ引渡ヲ請求スル理由トシテノミ主張シ得ルニ止マルモノトス

控訴人伊藤文四郎ハ被控訴人ノ請求中建物所有權保存登記抹消ノ部分ハ權利拘束後ニ附加セラレタル新訴ナルヲ以テ不適法ナリト主張シ新訴却下ヲ求ムレトモ該主張ハ畢竟訴ノ原因ニ變更ナリトノ異議ニ外ナラスシテ此ノ點ニ付テハ現ニ原判決ニ於テ訴ノ原因ニ變更ナリトシテ其異議ヲ排斥セラレタルモノナルカ故ニ控訴人ハ不服ノ申立ヲ爲スヲ得サルモノトス仍テ控訴人兩名ニ對スル本件請求ノ當否ヲ按スルニ民法上賃借權ハ賃借人ニ對スル一種ノ債權ニシテ物權ニアラザルカ故ニ債權者タル賃借人ハ賃借物ノ使用收益ヲ爲ス必要上債務者タル賃借人ニ對シ其引渡ヲ請求シ得ヘク使用收益ノ妨害アルトキハ之カ排除ヲ請求シ得ヘシト雖モ第三者ニ對シ其引渡又ハ妨害ノ排除ヲ請求シ得ヘキモノニアラス但債權ニ對シテハ故意又ハ過失ニ因リ之

チ侵害シタルモノアルトキハ不法行爲ノ原則ニ從ヒ被害者タル債權者ハ損害賠償ノ請求權ヲ有スヘシト雖損害賠償ハ別段ノ意思表示ナキ限り金額ヲ以テ其額ヲ定ムヘキモノナルヲ以テ第三者ニ對シ賃借權ノ妨害ヲ原因トシテ金錢以外ノ請求ヲ爲シ得ヘキモノニアラス若シ夫レ賃借人カ貸借人ヨリ賃借物ノ引渡ヲ受ケ之カ占有ヲ爲ストキハ占有權ヲ有スルヲ以テ爾後其占有ヲ妨害スルモノニ對シ占有有訴權ヲ行使スルコトヲ得ヘシト雖未ダ賃借物ノ引渡ヲ受ケサル以前ニ於テ占有有訴權ヲ行使スル有前ニ於テ賃借人カ占有ノ權能ヲ有スルコトハ之ヲ以テ賃借人ニ對シ物ノ引渡ヲ請求スル理由トシテノミ主張シ得ルニ止ムルモノト云ハサルヘカラス而シテ被控訴人カ本件請求ノ原因トシテ主張スル所ハ被控訴人カ大正七年二月十七日訴外三輪末吉ヨリ名古屋市中區笹島町二丁目十三番地ノ二地上建物木造瓦葺二階建住宅ヲ買受ケ同日其所有權移轉登記ヲ受ケ爾來建物所有ノ爲メ該十三番地ノ二宅地八十七坪七合七勺ヲ所有者タル清水太助ヨリ賃借シ大正九年四月廿九日同人トノ間ニ賃借借ノ契約ヲ爲シタル處控訴人カ四郎ハ從前ヨリ該宅地上ニ第二號建物木造瓦葺平建住宅及木造トタン平葺開炊事場ヲ建設所有シ大正七年五月十四日之カ所有權保存登記ヲ受ケ且同日控訴人カ德太郎ノ爲メ抵當權ヲ設定シ其登記ヲ爲シタルカ爲メ被控訴人ノ賃借權ハ侵害ヲ被ムルモノナルヲ以テ之レカ排除ヲ求ムト云フニ在リ即賃借權ニ基キ其妨害ノ排除トシテ賃借人ニアラサル控訴人ニ對シ賃借物ノ上ニ存スル建物ノ收去賃借物ノ明渡及該建物ニ關スル登記ノ抹消ヲ求ムルモノニシテ敢テ占有權ヲ主張スルモノニアラサルコト明白ナルヲ以テ被控訴人ノ請求ハ其主張自體ニ於テ理由ナキモノト云ハサルヘカラス然ルニ原判決カ被控訴人ノ請求ヲ認容シタルハ失當ナルヲ以テ本件控訴ヲ理由アリトシ訴訟費用ニ付民事訴訟法第七十八條第一項第七十二條第一項ヲ適用シ主文ノ如ク判決ス(名古屋地方大正一〇年(控)四五號同年六月二十八日民二部高野裁判長松浦正木各判事判決法律新聞第一九〇〇號一八頁)

【關係事項】 原判決廢棄○建物收去請求事件○原告名古屋區裁判所○控訴人伊藤文四郎外一人訴訟代理人辯護士加藤孝之○被控訴人船橋小三郎訴訟代理人辯護士龜井正男

【判旨第一點賃借權ノ本質ニ關スル參照學說判例】

本書本卷民法四六三頁以下

【判旨第二點賃借權ノ侵害ト不法行爲ニ關スル參照學說判例】

本書本卷民法四六五頁

【判旨第三點賃借權者ト占有訴權ニ關スル參照學說判例】

本書本卷民法四六七頁

賃借權ノ本質カ債權ナルコト之カ侵害ハ不法行爲ヲ構成スルコト並ニ侵害者ニ對シ占有權ヲ基本トセル返還請求權ヲ行使シ得ルコトヲ概念トスル本判旨ハ吾人ノ所說ト一致ス(本書本卷民法四六六頁評論)

(二四七)

九九二 遺產相續ハ家族ノ死亡ニ因リテ開始ス
九九四 被相續人ノ直系卑屬ハ左ノ規定ニ從ヒ遺產相續人ト爲ル
一 親等ノ異ナリタル者ノ間ニ在リテハ其近キ者ヲ先ニス
二 親等ノ同シキ者ハ同順位ニ於テ遺產相續人ト爲ル

民法施行前ニ於ケル直系卑屬ノ遺產相續權ハ被相續人ト家ヲ同フスル場合ニ限り之ヲ享有シ得ヘク其家籍ヲ異ニスルニ至リタルトキハ其權利ヲ喪失スルモノ

民法施行前ニ於ケル直系卑屬ノ遺產相續權ハ被相續人ト家ヲ同フスル場合ニ限り之ヲ享有シ得ヘク其家籍ヲ異ニスルニ至リタルトキハ其權利ヲ喪失スルモノ

ト解スルヲ相當トス

訴外菊地タカカ大正九年四月二十九日被告銀行ニ本件預金ヲ爲シタル後同年八月十九日死亡シタルコト本件預金カ返濟期到來セルコト並ニタカカ訴外菊地雄次郎ノ家族ニシテ訴外菊地雄次郎ト婚姻中シテ子ノ二女ヲ擧ケタルコトハ何モ當事者間ニ争ノ存セサル所ナリ仍テ本件主要ノ争點タルタカカノ遺產相續人ハ雄次郎ナリヤ將シテフサノ兩人ナルヤ審按スニ民法施行以前ニ於ケル直系卑族ノ遺產相續權ハ被相續人ト家籍ヲ同クスル場合ニ限リ之レヲ享有シ得ヘク其家籍ヲ異ニスルニ至リタル時ハ其權利ヲ喪失スルモノト解スルヲ妥當ノ見解ナリトス本件ニ於テタカカハ訴外菊地雄次郎ト婚姻中同人トノ間ニシテフサ兩女ヲ擧ゲタルモ其後民法施行以前タル明治二十六年四月中雄次郎ト離婚シテ等々同人方ニ殘シテ雄次郎方ヘ復歸シシゲ等ハ被相續人タルクメト家籍ヲ異ニスルニ至リタル事ハ被告ノ争ハサル所ナルカ故ニシテ等々ハ之ト同時ニタカカノ遺產相續權ヲ喪失シタルモノト論スヘクタカカノ死亡ニ依リ同人ノ遺產ヲ相續シタルモノハ雄次郎ニシテ同人ハタカカノ遺產相續ニ依リ本件預金債權ヲ承繼シタルモノト認定スヘキモノトス而シテ雄次郎カ大正十年六月十日本件預金債權ヲ原告ニ讓渡シタルコトハ菊地雄次郎ノ證言ニ依リ明白ニシテ被告カ同日債權讓渡ノ通知ヲ受ケタルコトハ争ナキ所ナルカ故ニ被告ハ金七百六十圓並ニ之ニ對スル大正九年四月三十日ヨリ本件判決執行濟ニ至ルマテ年七分二厘ノ割合ニ依リ利子及損害金ヲ支拂フヘキ豫見アルモノトス仍テ訴訟費用ニ付民事訴訟法第七十二條第一項假執行ノ宣言ニ付キ同法第五百三條第一號ヲ各適用シ主文ノ如ク判決ス(宇都宮地方大正一〇年(ワ)一四六條同年七月二八日民事部同庭裁判長柏谷諸谷各判事判決法律新聞第一九〇一號二二頁)

【關係事項】原告勝訴○預金返還請求事件○原告小林初太郎訴訟代理人辯護士新江寅○被告株式會社宇都宮商業銀行右法定代理人取締役大久保幸訴訟代理人辯護士石川文之助

民法第五八四條ニ依レハ不動産ノ共有者ノ一人カ買戻ノ特約ヲ以テ其持分ヲ賣却シタル場合ニ於テ其買主カ他ニ持分ヲ有シ居リテ其兩持分ニ對シテ分割ヲ受ケタルトキハ賣主カ分割ニヨリ取得シタル持分ニ付キ買主カ分割ニヨリ取得シタル部分ニ對シ買戻權ヲ行使スルコトヲ得ルモノトス

民法第五八四條但書ハ賣主保護ノ規定ニ屬シ賣主ニ通知セスシテ分割ヲ爲シタルトキハ買主其他ノ分割者ハ賣主ニ對シテ其分割アリタルコトヲ主張スルコトヲ得スト雖トモ該賣主ヨリ其分割アリタルコトヲ主張スルコトヲ妨ケサルモノトス

賣買ノ當事者間ニ於テ特ニ賣主ハ單ニ代金ノミヲ返還シテ買戻スコトヲ得ル旨約シタルトキハ其賣主ハ契約ノ費用ヲ提供スルコトヲ要セス單ニ代金ノミヲ提供シテ買戻ヲ爲シ得ルコト勿論ニシテ民法第五八三條ノ規定ハ叙上ノ特約ヲ許ササル趣旨ニアラサルコト解釋上疑ヲ容レサルカ故ニ斯ル特約ノ存スル場合ニ

五八三 賣主ハ期間内ニ代金及ヒ契約ノ費用ヲ提供スルニ非サレハ買戻ヲ爲スコトヲ得ス

買主又ハ轉得者カ不動産ニ付キ費用ヲ出シタルトキハ賣主ハ第九十六條ノ規定ニ從ヒ之ヲ償還スルコトヲ要ス但有益費ニ付テハ裁判所ハ賣主ノ請求ニ因リ之ニ相當ノ期限ヲ許與スルコトヲ得

五八四 不動産ノ共有者ノ一人カ買戻ノ特約ヲ以テ其持分ヲ賣却シタル後其不動産ノ分割又ハ賣買アリタルトキハ賣主ハ買主カ受ケタル若クハ受クヘキ部分又ハ代金ニ付キ買戻ヲ爲スコトヲ得但賣主ニ通知セスシテ爲シタル分割及ヒ該買戻ハ之ヲ以テ賣主ニ對抗スルコトヲ得ス

於テハ契約ノ費用ノ提供ハ買戻權行使ノ要件ニアラスシテ賣主ハ代金ノミヲ期間内ニ提供シテ買戻ノ意思表示ヲ爲シ賣買契約ヲ解除シ得ルモノトス

【上告理由】

原告(上告人)ハ四十八坪ヲ立川助治郎ハ二十一坪ヲ得タル事實ヲ認定シタル後控訴人ハ其所有スル四十八坪ノ内ヨリ被控訴人ノ買戻權ヲ行使シタル三十九坪五合ノ地積ヲ割キ之ヲ被控訴人ニ所有權移轉登記ヲ爲ス可キ旨ヲ示セリ然レトモ右ハ法則却シタル後買主カ分割ニヨリ持分ニ相當スル部分ヲ受ケタル場合ニ始メテ適用アルモノニシテ本件ノ如ク賣主ノ持分以外ニ更ニ第三者ノ持分ノ幾分ヲ買受ケ此兩者ノ持分ヲ併セ分割シタルカ如キ場合ニ適用アルモノニアラス何レハ斯ル場合ニ於テモ亦同條ノ適用アリトセハ同條但書ノ規定ハ全然不用ノ規定ニ屬スレハナリサレハ上告人カ分割ニヨリ買受ケタル四十八坪ニ付キ被上告人カ買戻權ヲ有スルヤ否ヲ判示セシニハ先ツ賣主ニ通知セシテ分割ヲ爲シタルヤ否ヲ判示セタル後被上告人ノ買戻權アルコトヲ判示セサル可カラズ然ルニ原告ハ漫然上告人ノ所有スル四十八坪ニ付キ買戻權アルカ如ク判示シタルハ法則誤解シ之ヲ不當ニ適用シタルノミナラス理由不備ノ不法アリト信ス

【判決理由】

然共民法第五八四條ニ依レハ不動產ノ共有者ノ一人カ買戻ノ特約ヲ以テ其特約ヲ買却シタル場合ニ於テ其買主カ他ニ特約ヲ有シ居リテ其兩持分ニ對シテ分割ヲ受ケタルトキハ買主カ分割ニヨリ取得シタル持分ニ付キ買主カ分割ニヨリ取得シタル部分ニ對シテ買戻權ヲ行使スルコトヲ得ルモノニシテ同條但書ハ買主カ分割ノ取得定ニ屬シ買主ニ通知セシテ分割ヲ爲シタルトキハ買主カ他ノ分割者ハ買主カ分割ノ取得ニ對シテ買戻權アルコトヲ主張スルコトヲ妨ケサルコトヲ解釋上疑ヲ容レサルヲ以テ所論ノ如キ假令上告人カ被上告人ヨリ買受ケタル持分ノ外他ノ共有者ヨリ買受ケタル持分ヲ有シ居リテ其兩持分ニ對シテ分割ニ因リ所論宅地四十八坪ヲ取得シタルトスモ被上告人ハ自己ノ買却シタル持分ニ對シテ上告人カ取得シタル部分三十九坪五合ニ付キ買戻權ヲ行使スルコトヲ得ルモノニシテ被上告人カ分割ノ通知ヲ受ケタルヤ否ハ右買戻權ノ行使ニ影響ヲ及ボササル筋合ナルカ故ニ原告判所カ右通知ノ有無ヲ判斷セシテ原告三十九坪五合ニ付キ被上告人ニ買戻權アルコトヲ認メタルハ正當ニシテ原告判所

【判旨第一點參照學說】

一 純然タル理論ヨリ云ハハ聊カ不當ナルカ如シ何トナレハ買戻ハ買主ノ解除ナルカ故ニ買主ハ買主ノ爲メ買買ヲ爲シタル當時ノ狀態ニ復スヘキモノニシテ而カモ其效力ハ第三者ニ對シテモ亦生スヘキモノナリ然ルニ買買ノ當時ニ在リテハ不動產ハ共有ノ有標ニ在リテ賣主ハ一ノ共有權ヲ有セシモノナリ然リト雖モ此理論ハ到底之ヲ採用スルコト能ハス請フ其理由ヲ述ヘン(第一)共有物ノ分割ハ何時ニテモ之ヲ請求スルコトヲ得ルモノナルカ故ニ假令買主カ終始其權利ヲ失ハサリシモノトスルモ猶ホ分割若クハ競賣ヲ避クルコト能ハサリシナラン但此理由ハ之ヲ買主カ自ラ分割ヲ請求シタル場合ニ適用シ難シ故ニ(第

【關係事項】

上告棄却○原審大分地方裁判所○土地所有權移轉登記手續請求事件○上告人橋本常吉訴訟代理人辯護士古本春藏

【關係事項】

上告棄却○被上告人藤田和平治訴訟代理人辯護士中島寬二

【關係事項】

上告棄却○原審大分地方裁判所○土地所有權移轉登記手續請求事件○上告人橋本常吉訴訟代理人辯護士古本春藏

【關係事項】

上告棄却○被上告人藤田和平治訴訟代理人辯護士中島寬二

【判旨第一點參照學說】

一 純然タル理論ヨリ云ハハ聊カ不當ナルカ如シ何トナレハ買戻ハ買主ノ解除ナルカ故ニ買主ハ買主ノ爲メ買買ヲ爲シタル當時ノ狀態ニ復スヘキモノニシテ而カモ其效力ハ第三者ニ對シテモ亦生スヘキモノナリ然ルニ買買ノ當時ニ在リテハ不動產ハ共有ノ有標ニ在リテ賣主ハ一ノ共有權ヲ有セシモノナリ然リト雖モ此理論ハ到底之ヲ採用スルコト能ハス請フ其理由ヲ述ヘン(第一)共有物ノ分割ハ何時ニテモ之ヲ請求スルコトヲ得ルモノナルカ故ニ假令買主カ終始其權利ヲ失ハサリシモノトスルモ猶ホ分割若クハ競賣ヲ避クルコト能ハサリシナラン但此理由ハ之ヲ買主カ自ラ分割ヲ請求シタル場合ニ適用シ難シ故ニ(第

横田博士

三博士

鳩山博士

末弘博士

嘉山博士

村上學士

(二)ノ理由ナルヘカラス(法學博士梅謙次郎氏民法要義債權五七〇頁)

一 賣主ナシテ買戻權ヲ行使シテ其權利ヲ回復スルコトヲ得セシムルハ固ヨリ有益ナリト雖モ是カ爲メ各共有者ノ有スル分割ノ請求權ヲ害スルコトナキハ勿論共有物分割ノ請求權ニ關スル民法二五六條ノ規定ハ公益ニ關スルヲ以テ契約當事者タル買主モ亦共有者ノ一人トシテ此權利ヲ行使スルコトヲ妨ケサルヲ以テナリ而シテ不動產カ一旦所有者間ニ於テ分割セラレタル以上ハ賣主ハ最早其本來ノ持分ニ付キ買戻ヲ爲スコトヲ得何トナレハ斯クスルニ於テハ一旦分割セラレタル不動產ヲ其分割以前ノ共有ノ狀態ニ復歸セシムルコトナリ共有者ノ分割請求權ヲ有名無實ナラシムルノ結果ヲ生スルヲ以テナリ(法學博士横田秀雄氏民法債權各論四〇七頁)

二 縱令目的物ノ共有ニ係ル時雖モ賣主カ買戻ス時ハ最初賣主カ賣渡セシ當時ノ狀態ナラサルヘカラス然ルニ本條ノ規定ハ分割又ハ買戻アリタル時ハ買主ノ既ニ受ケタル部分ノ持分若クハ代金ニ對シ買戻ヲ爲スコトヲ得トシ全ク其形狀或ハ性質ヲ變更シタルモノニ付キ買戻ヲ爲ササルヘカラス夫レ此ノ如クハ全然買戻ノ性質ヲ滅却セルモノト云フヘシ然リト雖モ之レ法律上當然ノ結果トシテ止ムヲ得ス(法學博士松波仁一郎氏同仁保德松氏同仁井田益太郎氏民法正解債權一〇五一頁)

三 不動產ノ共有權即チ共有者ノ持分ハ不動產所有權ノ一種ニ外ナラサルカ故ニ其買戻ハ買戻特約ヲ爲スコトヲ得ヘク其特約ニ付テハ買戻ニ關スル上述ノ原則ノ適用アルヘキコト言テ俟タス唯共有ニ付テハ買戻特約後買戻權行使以前ニ共有物ノ分割セラレタルコトアルヲ以テ民法ハ此場合ニ付テ特別テ設ケタリ共有者特分ノ買戻ニ關スル特別ノ分割(現物分割又ハ價額分割)アリタル場合ニ限リ其他ノ場合ニ付テハ總テ普通ノ買戻ノ異ルコトナシ分割ノ場合ニ付テ特別テ設ケタルニ共有物分割ノ效果ヲ害セサル範圍内ニ於テノ買戻ノ效果ヲ認メンカ爲ナリ(法學博士鳩山秀夫氏日本債權法各論中三九二頁)

四 不動產カ現實ノ分割セラレタルトキハ買主ハ買戻後買主カ分割ニ依リテ受ケタル若クハ受ケヘキ不動產ノ部分ニ對シテ買戻ヲ爲シ得ヘキモノニシテ其部分カ買戻ノ目的物トシテ同一ノ結果ヲ生スルモノトス從ヒテ買戻特約カ登記セラレタルトキハ以後其部分ニ付キ第五八一條ノ適用アルコトナリ(法學博士末弘博士民法債權各論四七八頁)

五 夫レ各共有者ノ何時ニテモ共有物ノ分割ノ請求スルコトヲ得而シテ之ヲ請求スル時ハ分割又ハ買戻ヲ爲ササル可ラサルモノナリ(二五六條二五八條)故ニ其分割又ハ買戻ノ請求スル時若クハ受ケタル部分ハ代金ノ持分ノ變形タルニ外ナラスニ付買戻ヲ爲スコトヲ得ルナリ(法學博士嘉山博士民法債權各論四三四年日大講一八七頁)

六 現物ニ依リテ分割アリタル場合ニ於テ買主カ買渡シタル持分ニ付キ買戻ヲ爲スコトヲ得ルトキハ分割ニ因リテ一旦消滅シタル共有カ買戻ニ因リテ再ハ發生スルコトト爲レ法律カ成ルヘク速ニ共有ヲ消滅セシメントスルノ趣旨ニ反ス加之假令買主カ其持分ヲ賣渡スコトヲ得依然トシテ共有者ナリシトスルモ何時他ノ共有者ノ請求ニ因リ分割ヲ行ハレタルコトナキヲ得セザルカ故ニ賣主カ其持分ニ付買戻ヲ爲スコトヲ得ルモ必ズモ不當ノ損害ヲ受クルモノト云フコトヲ得ス仍チ此場合ニ於テ賣主カ分割ニ因リテ受ケタル部分又ハ受ケヘキモノト確定シタル部分ニ付買戻ヲ爲スコトヲ得ルモノトス(法學博士村上學士民法債權各論四九一頁)

梅博士

村上學士

末弘博士

鳩山博士

鈴木博士

横田博士

【判旨第二點參照學說】

一 共有者カ賣主ニ通知セシテ分割又ハ買渡ヲ爲シタルトキハ買主ハ其本來ノ持分ニ付キ買戻ヲ爲スノ權利ヲ失ハサルヲ以テ買戻權ノ行使ハ買主ノ狀態ヲ復活セシムルニ至ル(法學博士横田秀雄氏民法債權各論四一〇頁)

二 裁判上ノ分割ノ適式ニ行ハレタル以上ハ賣主ニ對シテモ其效力ヲ生ス可ク買主ハ後ニ至リ其分割ノ自己ニ不利ナル主張ヲ其本來ノ持分ニ付キ買戻權ヲ行フコトヲ得(同上四一〇頁)

三 若シ通知セシテ分割若クハ買渡スレハ其行為ハ買主ニ對シテハ無効ナルカ故ニ賣主ハ持分ノ買戻ヲ爲シ再ヒ共有者ト爲ルコトヲ得(法學博士鈴木博士民法債權各論日大講一四七頁)

四 共有ノ持分ニ付テ買戻權ヲ有スル者ハ分割ニ因リテ買主ノ受ケタル若クハ受ケヘキ部分ノ上ニノ權利ヲ有スルカ故ニ分割ノ結果ノ如何ハ買戻權ニ大ナル影響ヲ及ボスコト言テ俟タス之レ民法カ買主(買戻權者)ニ通知セシテ分割シタル分割及ヒ買戻ハ之ヲ以テ賣主ニ對抗スルコトヲ得ザルモノトナシタル所以ニシテ(五八四條但書)之ニ依リテ買戻權者ハ分割ニ參加スル機會ヲ有スルナリ(法學博士鳩山秀夫氏日本債權法各論中三九四頁)

五 分割手續ニ際シテ持分ノ買主ハ之ニ參加シテ自己ノ利益ヲ保護シ得ルモノナレハ(二六〇)法律ハ賣主ニ參加ノ機會ヲ與フルカ爲メ賣主ニ通知スヘキコトヲ命シ若シ之ヲ爲サズシテ分割及ヒ買渡ヲ行フモ之ヲ以テ賣主ニ對抗シ得サル者ナリ(五八四條但書)但シ賣主カ通知ニ從ヒテ實際參加シタリヤ否ヤハ毫モ問フ所ニアラス尙通知ト分割手續開始トノ間ニ何程ノ猶豫期間ヲ存スルヲ要スルカニ付テハ法律上何等ノ明文ナシト雖モ通常ノ狀態ニ於テ通知カ到達シ且ツ賣主カ參加スルニ要スヘキ時間ヲ以テ猶豫期間トスルコトヲ要スルモノト解スルヲ正當トス(法學博士末弘博士民法債權各論四七九頁)

六 賣主カ此通知ヲ受ケザリシトキハ買主ハ該買渡ヲ否認シテ其持分ニ付買戻ヲ爲スコトヲ得(法學博士村上學士民法債權各論四九四頁)

【判旨第三點民法五八三條ノ法意ニ關スル參照學說】

一 蓋シ賣主買戻ノ意思表示ヲ爲シ以テ買戻ヲ解除シタル後代金等ノ返還ヲ爲スヲ以テ足レリトセハ買主ニ因リテ移轉シタル權利ハ買主ニ復歸シタルニ拘ハラズ買主ハ未ダ其拂ヒタル代金等ノ返還ヲ受ケサルカ故ニ動モスレハ容易ニ其返還ヲ受ケルコト能ハス甚シキニ至リテハ買主ノ無實力ニ違ヒ竟ニ其代金等ノ全部若クハ一部ヲ失フニ至ルコトナシトセシ然リト雖モ若シ賣主ニシテ先ツ代金等ノ返還ヲ爲スヘキモノトセハ買主ハ往々自己ノ受取ルヘキモノヲ受取リタルニ拘ハラズ不動產ノ返還ヲ肯セシ甚シキニ至リテハ契約解除ノ登記ヲ拒ムコトヲ得ルニシテ是ニ於テカ本條ハ雙方ノ爲メニ公平ナル規定ヲ設ケ賣主ハ代金及ヒ契約ノ費用ヲ提供スルニ非ザレハ買戻ヲ爲スコトヲ得サルモノトセリ尙ホ實際未ダ代金等ヲ返還スルノ準備ナキ賣主ニシテ期間ノ將ニ經過セントスルニ方リ買戻權ヲ失ハサランカ爲メニ買主ノ意思表示ノミヲ爲シ而モ代金等ノ提供ヲ爲ササル事アルヘシ是レ賣主ノ爲メニハ便利ナリト雖モ買主ハ買戻ノ期間ヲ定メタル精神ニ反スルヤ明ナリ故ニ本條一項ニ於テ必ズ買戻期間内ニ代金及ヒ契約ノ費用ヲ提供スヘキ事ヲ定メタリ(法學博士梅謙次郎氏民法要義債權五六四一五六六

博士松

横田博士

三博士

嘉山學士

伴學士

村上學士

(頁)

二 賣主カ買戻權ヲ行フニハ必ス買主カ拂ヒタル代金及ヒ其契約ノ費用ヲ返還スヘキコトハ既ニ五七九條ニ規定セル所ナリ唯本條ニ於テハ買主ハ果シテ買戻ノ意思ヲ表示シタル後代金及ヒ契約ノ費用ヲ返還スルヲ以テ足レリトスヘキカ將テ買戻ノ意思表示ヲ爲スニハ先ツ之ヲ返還スヘキモノトナスヘキコトヲ定メタルモノナリ(同上要義債權五六四頁)

三 本項ハ買主ヲ保護スル爲メ特別ノ規定ヲ設ケ賣主ハ代金及ヒ契約ノ費用ヲ提供スルニアラサレハ買戻ヲ爲スコトヲ得サルモノト爲シタリ(法學博士岡松太郎氏民法理由債權次一六七頁)

四 蓋シ買戻ハ買主ノ意思表示ノミニテ其效力ヲ生スルモノトスルニハ買主ハ一片ノ意思表示ヲ以テ目的物ノ所有權ヲ回復シテ不測ノ損害ヲ被ラシムルニ至ルノ虞アルヲ以テ代金及ヒ契約費用ノ提供ヲ以テ買戻ノ必要條件ト爲スコトハ買主ノ利益ヲ保護スルカ爲メニ必要ナルヲ以テナリ(法學博士横田秀雄氏債權各論四〇三頁)

五 若シ買主ノ買戻意思ノ發表ノミヲ以テ其效力アリトセハ實際買戻ノ效力ナキモ期間ノ經過ヲ恐レ之ヲ防遏スルノ手段トシテ買戻ヲ請求シ返還金ノ提供ヲ爲ササルコトアルヘシ此ノ如キ買主ノ出ル場合ハ買主ノ迷惑ハ言フテ俟タス法律ニ於テ買戻ニ嚴正ナル期間ヲ設ケタルノ精神ヲ抹殺スルニ至ルヘシ(法學博士松波仁一郎氏仁井田益太郎氏保繼松氏民法正解債權一〇四七頁)

六 之レヲ提供スルヲ買戻ノ要件トスルハ當事者雙方ヲ保護スルカ爲メナリ(法學士嘉山幹一氏債權各論明治三十四年日大講一八三頁)

七 此ノ規定ヲ以テ買主ヲ保護スル規定ナリト解スルハ例之要義五八三條以下ノ説明ニ於ケルカ如ク買主ニ因リテ移轉シタル權利ハ買主ニ復歸シタルニ拘ラス云々ト云ヘルカ如ク買戻ノ解除ニシテ解除條件成就ノ場合ノ如ク物權の效力ヲ生セサルコトニ注意セサルモノナリ買主ノ保護ハ五三二條ヲ準用シタル五四六條ノ規定ヲ以テ足レリトセサルヘカラス故ニ法ノ主意ハ寧ロ買主カ單純ナル意思表示ニ依リテ買戻ヲ爲シ以テ法定期間ノ經過ニ由リテ生スヘキ買戻權ノ喪失ヲ防カントスルノ弊ナカラシムルニ在リ(法學士伴房次郎氏民法契約各論京都法政講一六九頁)

八 提供ハ現實ニ之レヲ爲スルニ依リテ買戻ノ效力ヲ生スルコトハ買主ノミ不當ノ利益ヲ受クルニ反シテ買主ハ甚シキ不利益ヲ蒙ラサルコトヲ得ス(法學士村上恭一氏債權各論四七九頁)

判旨第一點第二點ハ異論ナキ所判旨第三點買戻特約ハ解除權留保ノ特約ニシテ其之ニ關スル民法所定ノモノハ概ネ任意法規ニシテ只當事者ノ利益ヲ考慮シテ補充的ニ規定ヲ設ケタルモノナレハ第一ニ依據スヘキ標準ハ當事者ノ意思ナリ

從テ買戻權行使ノ要件トシテ民法カ規定シタル契約ノ費用或ハ代金ヲ提供スルコトモ當事者ハ特約ニ因リ輕減スルコトヲ得ヘク從テ判旨カ單ニ代金ノミヲ提供シテ買戻ノ實行ヲ爲シ得ヘシトスル契約ハ有效ナリトセルハ相當ナリトス

(二四九)

四二〇 當事者ハ債務ノ不履行ニ付キ損害賠償ノ額ヲ豫定スルコトヲ得此場合ニ於テハ裁判所ハ其額ヲ增減スルコトヲ得ス

賠償額ノ豫定ハ履行又ハ解除ノ請求ヲ妨ケス

違約金ハ之ヲ賠償額ノ豫定ト推定ス

五四五 當事者ノ一方カ其解除權ヲ行使シタルトキハ各當事者ハ其相手方ヲ原狀ニ復セシムル義務ヲ負フ但第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス

前項ノ場合ニ於テ返還ス可キ金銭ニハ其受領ノ時ヨリ利息ヲ附スルコトヲ要ス

解除權ノ行使ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ケス

契約ノ解除ハ原狀回復ノ效力ヲ生スルニ止リ債務不履行ヲ原因トシテ生シタル違約金ヲ請求スル權利ハ買賣契約ヲ解除シタルノ一事ヲ以テ消滅スヘキ限リニアラサルモノトス

【上告理由】 本件被上告人ノ請求ノ基本タル特約ハ上告人ノ不履行ノ場合ニ於ケル損害賠償額ノ豫定ナルコト被上告人ノ主張ニ依リテ明カナルノミナラス甲第一號證約定證ニ「賠償及ヒ日歩」ト題シ「石炭ノ引渡遲延ナスカ或ハ引渡ヲ爲ササル時ハ代金ノ倍額ヲ返還スルモノトス日歩ハ百圓ニ付キ金二錢ノ割ヲ以テ支拂ヒ石炭引渡シタル丈ケ除殘額ニ對シテ付スルモノトス」トアルニ依リテ倍々明瞭ナリ然レニ原判決ハ其理由ニ於テ「右買賣契約ハ適法ニ解除セラレタルモノト謂フヘク控訴人ハ被控訴人ニ對シテ特約ニ因リ違約金及ヒ損害金ヲ支拂フヘキ義務アルモノトス」ト説明シ被上告人ノ請求ノ違約金及ヒ損害金ナリト認定シタリ違約金ハ損害賠償額ノ豫定ト推定セラルヘキモ常ニ必スシモ然ラス違約金ノ本質ハ制裁的特約ナルコトハ學者間ニ異論ナキトコロナリ此場合ニ於テハ損害賠償ノ豫定トハ其效力ヲ異ニス而シテ原判決カ損害金ノ外ニ尙違約金ヲ認メタルハ制裁的性質ヲ有スル違約金ナリト解スルノ外ナシ果シテ然ラハ被上告人ノ主張セサル事實ヲ認定シタルモ

ノト謂フヘク少クトモ特約ノ性質カ違約金ナリヤ損害賠償額ノ豫定ナリヤニ付キ判斷ヲ與ヘサルヘカラサルニ拘ハラズ漫然
違約金及ヒ損害金ヲ支拂フヘシト斷定シタルハ理由不備タルヲ免レス若シ夫レ原判決認定ノ如ク被告上告人ノ主張カ違約金ノ
請求ナリトセハ違約金契約ハ從タル契約ナルヲ以テ主タル買賣契約ヲ解除スレハ當然消滅スルモノナリ故ニ契約解除ノ原因
トスル本件ニ於テ契約不履行ニ因ル違約金請求ヲ認容シタルハ之亦違法ナリ(石坂博士債權總論參照)以上執レノ點ヨリスル
モ原判決ハ破毀ヲ免レト信ス

【判決理由】然レトモ原則決ハ本件特約ヲ損害賠償額ノ豫定ト認メス制裁的性質ヲ有
スル違約金ト認メタルモノナルコト前説明ノ如クナルヲ以テ所論ノ如キ理由不備
ノ違法ナルモノニアラサルハ勿論記録ニ依レハ原審ニ於ケル被告上告人ノ右特約ニ關
スル主張モ亦原判決ノ認定ト異ナラサルモノト解スヘキヲ以テ原判決ハ被告上告人ノ
主張セサル事實ヲ認定シタルモノト云フヲ得ヌ又上告人カ甲第一號證ヲ引用レテ本
件特約ハ損害賠償ノ豫定ナリト論スルハ原院ノ職權ニ屬スル證據判斷事實認定ヲ非
難スルモノニシテ上告ノ理由トナラス尙ホ原判決ニ依レハ本件違約金ハ本件買賣契
約ニ關スル上告人ノ債務不履行ノ制裁トシテ本件當事者間ニ約定セラレタルモノナ
レハ上告人ニ於テ右債務不履行ノ事實アリタルコト原判示ノ如クナル以上被告上告人
ハ上告人ニ對シ本件違約金ヲ請求スル權利アルモノニシテ該權利ハ其後被告上告人ニ
於テ本件買賣契約ヲ解除シタルノ一事ヲ以テ消滅スヘキ限リニアラス蓋シ契約ノ解
除ハ原狀回復ノ效力ヲ有スルニ止マリ當然斯ル權利ヲ消滅セシムルノ效力ナケレハ
ナリ然ラハ原判決カ本件違約金ノ請求ヲ認容シタルハ違法ニアラス論旨ハ理由ナレ

【關係事項】 上告棄却○原審廣島控訴院○違約金請求事件○上告人秋吉喜造訴訟代理人辯護士德永善太郎同三根谷實藏○被上
告人西野守藏

【契約解除ト違約金請求權存否ニ關スル參照學說判例】
本書本卷民法二八七頁

無盡講力其講金落札者ノ掛戻金ノ取立ニ付キ該講事務ノ世話ヲ爲スヘキ擔當者
ニ於テ個人名義ヲ以テ債權者トナリ右債權ヲ行使スヘク當該擔當者死亡シタル
トキハ其相續人ニ於テ之ヲ爲スヘキ定メナル場合擔當者甲名義ヲ以テ乙ニ對シ
貸付ケタル無盡講落札金ニ對スル債權ハ甲ノ家督ヲ相續シタル丙ニ於テ行使シ
得ヘキコト明カナリトス

民法第一六九條ノ規定ニ所謂年又ハ之ヨリ短カキ時期ヲ以テ定メタル金錢ノ給
付ヲ目的トスル債權トハ特定ノ法律關係ニ基キ時期ノ經過ニ從ヒ順次發生シ一
年以下ノ定期給付ヲ目的トスル一個ノ債權ヲ指スモノトス
一時ニ發生シタル債權ノ支拂方法ノミニ付キ年以下ノ期間ヲ以テ分割辨濟ヲ定
メタルモノ及ヒ債務不履行ノ結果生シタル損害金ノ如ク年又ハ之ヨリ短カキ時
期ヲ以テ定メタル給付ヲ目的トスル債權ニアラサルモノニ付キテハ民法第一六
九條ノ適用ナク右ハ孰レモ民法第一六七條第一項所定ノ十年ノ時効ニ因リ消滅

一六七 債權ハ十年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅ス
債權又ハ所有權ニ非サル財產權ハ二十年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅ス
一六九 年又ハ之ヨリ短キ期間ヲ以テ定メタル金錢其他ノ物ノ給付ヲ目的トスル債權ハ五年間之ヲ行ハサルニ因リ
テ消滅ス
四一五 債務者カ其債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲ササルトキハ債權者ハ其損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得債權者
ノ實ニ歸スヘキ事由ニ因リテ履行ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルトキ亦同シ

スルモノトス

被控訴人カ控訴人ニ對シテ控訴人主張ノ公正證書ノ執行力アル正本ニ基キ強制執行ヲ爲シタルコトハ當事者間ニ事ナレシ先ツ(一)右公正證書ノ消費貸借契約ニ於ケル借主ハ訴外山口正雄ニシテ控訴人ニアラサルカ否ヤニ付キ案スルニ當事者間ニ事ナレシ消費貸借ハ長野縣上水田郡三輪村普濟寺發起ノ平等講ト稱スル無盡講ノ掛戻金ヲ目的トスルモノナル事實ト證人山口仲之助ノ同證人及山口正雄ハ控訴人ノ右無盡講ニ對スル掛戻金債務ニ付キ保證人ト爲リタル旨ノ證言トシテ照合スレハ右公正證書ノ貸借金六百五十圓ハ控訴人ニ於テ訴外山口正雄等ヲ保證人トシテ之ヲ借受ケタルモノナルコト明カナリ然ラハ事實上該借用金ノ使用ヲ爲シタルハ假リニ山口正雄ヲリトスルモ之カ爲メニ前示消費貸借契約ニ基キ控訴人ノ責任ニ消長ヲ來スモノニアラサルヤ蓋シ論テ俟タス而シテ右正雄カ大正二年七月一八日該借用金中金二百三十圓三十一錢ノ支拂ヲ爲シタルコト控訴人主張事實ハ何等ノ認ムルニ足ルヘキ證據ナキヲ以テ採用セス次ニ(二)本件公正證書ノ消費貸借契約ハ普濟寺發起ノ平等講ト稱スル無盡講ノ掛戻金債務ヲ目的トスルモノニシテ被控訴人先代須田小平衛ハ單ニ其世話人ナリシ關係上其貸主トナリタルモノナルコトハ被控訴人ノ爭ハサルコトナレトモ原審ニ於ケル證人宮澤萬藏ノ證言ニ依レハ元來右無盡講ハ其講金落札者ノ掛戻金ノ取立ニ付キ該講事務ノ世話ヲ爲スヘキ擔當者ニ於テ個人名義ヲ以テ債權者トナリ右債權者行使スヘキ當該擔當者死亡シタルトキハ其相續人ニ於テ之カ取立ヲ爲スヘキ定メナルコト明瞭ニシテ且被控訴人ハ前示小平衛ノ家督ヲ相續シタルモノナルコトハ控訴人ノ認ムルコトコトナルヲ以テ被控訴人先代小平衛名義ヲ以テ控訴人ニ對シテ貸付タル本件無盡講落札金ノ掛戻金ニ關スル債權ハ被控訴人ニ於テ之カ行使ヲ爲シ得ヘキモノナリト認メサルヘカラス(三)本件債權ハ民法第一六九條ノ規定ニ該當スルモノニシテ五年ノ短期時効ニ罹ルモノナリヤ否ヤニ付案スルニ本條ニ所

謂年又ハ之ヨリ短キ時期ヲ以テ定メタル金錢ノ給付ヲ目的トスル債權トハ特定ノ法律關係ニ基キ時期ノ經過ニ從ヒ順次發生シ一年以下ノ定期給付ヲ目的トスル個々ノ債權ヲ指スヘキモノト解スヘキヲ以テ本件ノ如ク一時ニ發生シタル債權ノ支拂方法ノミニ付キ年以下ノ期間ヲ以テ分割辨濟スヘキコトヲ定メタルモノ及債務不履行ノ結果生シタル損害金ノ如ク年又ハ之ヨリ短キ時期ヲ以テ定メタル給付ヲ目的トスル債權ニアラサルモノニ付キ年同條ノ適用ナキモノナリト謂フヘク右ハ孰レモ同法第一六七條第一項所定ノ十年ノ時効ニ依リ消滅スヘキモノトス而シテ成立ニ爭ナキ甲第五號證ニ依レハ控訴人ハ本件債務ノ内明治四〇年九月一二日ニ支拂フヘキ第一回掛戻金二十五圓ハ同年一月一〇日ニ至リ同シク同一年一月一二日ニ支拂フヘキ第二回掛戻金同額ハ同年同月一五日ニ至リ孰レモ其支拂ヲ爲レタルモノト認ムヘク尙同シク同年五月一二日ニ支拂フヘキ第三回掛戻金同額ハ同號證請取金内記載欄中第三行日ニ單ニ五月二日ニ至リ請取リタル旨記載アルニ過サレトモ同號證全部ノ記載ニ徴シ右ハ同欄第二行日記載ノ年度即チ明治四一年ヲ受ケタルモノナリト解スルヲ相當トスヘキニヨリ同年五月二日ヲ意味スルモノナリト認メ右各掛戻金ニ對スル各辨濟期ノ翌日ヨリ其支拂ノ日迄ノ損害金ハ債權者ニ於テ控訴人ニ對シテ之カ請求ヲ爲シ得ヘキモノナレトモ右ハ孰レモ被控訴人カ該債權ニ基キ控訴人ニ對シテ事件ノ強制執行ヲ爲シタル大正八年八月六日以前既ニ十年ノ時効ニ罹リ消滅シタルモノナリト謂ハサルヘカラス然ラハ即チ本件公正證書表示ノ債權ノ内元金三百圓及内金二十五圓ニ對スル明治四〇年九月一三日以降同年一月一〇日迄同一金額ニ對スル同年同月一三日以降同年同月一五日迄同一金額ニ對スル同年五月一三日以降同年同月二一日迄ノ損害金ニ關スル債權ハ既ニ消滅シタルモノニシテ尙右ノ内金七十五圓並ニ其餘ノ元金ニ對スル損害金モ亦年一割五分ヲ超過スル部分ハ被控訴人ヨリ控訴人ニ對シテ之カ支拂ヲ求ムル權利ナキモノト謂ハサルヘカラス從テ以上ノ部分ニ付キ被控訴人ハ控訴人ニ對シテ本件公正證書ノ執行力アル正本ニ基キ強制執

行ヲ爲スヲ得ス然レトモ其餘ノ部分ニ關スル控訴人ノ本件異議ハ理由ナキヲ以テ之ヲ棄却スヘキモノトス(東京控訴院大正八年(ホ)第六九七號同一〇年九月二一日民三部神谷裁判長吉田山田各判事判決)

【關係事項】控訴一部棄却○強制執行異議控訴事件○控訴人山口ぶん訴訟代理人辯護士天野敏一外一名○被控人須田小兵衛訴訟代理人辯護士鈴木雄次郎

【判旨第二點參照學說判例】

本書本卷民法六九六頁

(二五一)

九〇 公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為ハ無効トス
五五七 買主カ賣主ニ手附ヲ交付シタルトキハ當事者ノ一方カ契約ノ履行ニ著手スルマテハ買主ハ其手附ヲ拋棄シ賣主ハ其倍額ヲ償還シテ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得
第五百四十五條第三項ノ規定ハ前項ノ場合ニハ之ヲ適用セス

甲乙間ノ土地建物賣買之證ノ記載ニ徴スレハ本件賣買契約成立ト同時ニ手付金ノ受授アリテ當事者カ履行ニ着手シタルト否トヲ問ハス甲カ乙ニ交付シタル手付金ヲ拋棄シ乙ハ甲ヨリ受領シタル手付金ノ倍額ヲ償還シテ解除ヲ爲スコトヲ得ヘク尙相手方カ損害ヲ蒙リタルトキハ賠償スヘキ附帶契約ヲ爲シタルトキハ民法第五七七條ノ規定ハ強行法ニ非サルヲ以テ其約旨此規定ト異ルモ其效力ヲ妨ケララルルコトナク又該特約ハ何等公序良俗ニ反セサルカ故ニ當事者ハ之ニ羈束セラルヘキモノトス

仍テ按スルニ當事者間ニ於テ大正九年三月三〇日原告主張ノ如キ不動産ノ賣買契約

締結セラレタルコト及被告ヨリ大正九年一月一八日原告ニ對シ賣買契約解除ノ通知アリタル事ハ爭ナキ處ナリ而レテ被告ハ該賣買契約ノ附帶約款タル契約解除ノ點ハ民法第五七七條ノ規定ニ從ヒシモノニシテ本件賣買ハ既ニ履行ニ着手シタルヲ以テ被告カ爲シタル契約解除ノ意ハ表示ハ無効ナリト抗辯スレトモ甲第一號證ノ土地建物賣買之證ノ記載ヲ徴スレハ本件賣買契約成立ト同時ニ手付金ノ受授アリテ當事者中履行ニ着手シタルト否トヲ問ハス被告ニ交付シタル手付金ヲ無効トシ原告ハ被告ヨリ受領シタル手付金ノ倍額ヲ提供シテ解除ヲ爲ス事ヲ得尙相手方損害ヲ蒙リタルトキハ賠償スヘキ附帶契約ヲ爲シタル事明ナリ抑モ民法第五七七條ノ規定ハ賣買當事者間ニ於テ手附金ノ受授アリテ解除ニ關シ何等契約ヲ締結セサル場合ニ於テ當然適用セラルヘキモ強行法ニ非ルヲ以テ本件ノ如ク解除ニ關シ特ニ契約ヲ締結シ然モ民法ノ規定ト其約旨異リタル場合ハ民法ノ規定ニ因リタルモノニ非スシテ當事者間ニ於テ解除ニ關シ特約ヲ爲シタルモノト認定セサルヘカラス而シテ該特約ハ何等公序良俗ニ反スル點ナキニヨリ當事者ハ該特約ニ羈束セラルルヲ以テ假令本件ニ於テ既ニ契約ノ履行ニ着手シタルトモ該約旨ニ因リ被告ハ本件契約ノ履行期タル大正九年一月二五日迄ハ其手附金ヲ拋棄シテ契約ノ解除ノ意思表示ハ有效ニレテ被告ノ抗辯ハ其理由ナシ然ラハ本件賣買契約ハ被告ノ解除ノ通知ニ依リ大正九年一月一八日解除セラレタル事明白ナルヲ以テ前記特約ニヨリ解除ニ基キ原告ノ損害ニ對シテハ被告ハ之レカ賠償ヲ爲ス義務アルモノトス仍テ損害ニ付キ審按スルニ鑑定人新井保彦ニ徴スレハ契約ノ解除當時タル大正九年一月中旬ニ於ケル本件土地二筆ノ價格ハ金六千三百四十五圓ニシテ建物五棟ノ價格ハ金四千三百二十三圓ニシテ合計金一萬六千六百六十四圓ナリ以テ本件賣買代金一萬五千四百三十九圓五十錢ヨリ右一萬六千六百六十四圓ヲ控除シタル殘額金四千七百七十一圓五十錢ハ契約解除ニ因リ原告カ蒙リタル損害金ナリ而シテ原告ハ契約解除ニヨリ損害ヲ蒙リタルトキハ

仁井田博士

横田博士

菅原博士

富井博士

石坂博士

末弘博士

手附金ヲ取得スル外尙損害金全額ノ請求ヲ爲シ得ル如ク主張スレトモ前記特約ハ解除ニ關シ手附金ヲ取得シタル上其手附金額以上ノ損害ヲ蒙リシトキ其超過額ニ就キ賠償ヲ求メ得ル趣旨ナリト認定セサルヘカラス仍テ前記損害額四千七百七十一圓五十錢アリ原告カ受領シタル手附金千四百三十九圓五十錢ノ控除シタル殘額金三千三百三十二圓ノミニ就キ賠償請求權ヲ有スルニ過キスレテ原告其餘ノ損害金請求ハ失當ナリ…(前橋地方裁判所大正九年(ワ)第一八五號同一〇年八月一二日民事部長谷川裁判長古山渡邊各判決)

【關係事項】原告一部勝訴○損害賠償並ニ約定金請求事件○原告藤井宗定訴訟代理人辯護士大野文吉外一名○被告和田要吉訴訟代理人辯護士金庭友八

【民法第五七七條ヲ以テ解釋規定ト爲ス參照學說】

一 民法ハ手附金ヲ以テ契約解除ノ方法ト爲シタリト雖モ五七七條ノ規定ハ畢竟從來ノ慣習ニ基キ當事者ノ意思ヲ推測シテ設ケタル任意法ニ外ナラス(法學博士仁井田益太郎氏實錄第一〇號八三三頁)

二 當事者カ手附金ノ授受ヲ爲スニ當リ其手附金如何ナル性質ノモノナルヤニ付キ其意思ヲ明示又ハ默示シタルトキハ其意思ニ從ヒ手附金ノ效力ヲ定ムヘキハ勿論ナリト雖モ當事者カ特ニ意思ヲ表示ヲ爲ササルコト往往ニシテ之レアルヲ以テ當事者ノ意思不明ナル場合ニ付キ一ノ推測ノ規定ヲ設ケタリ(法學博士横田秀雄氏債權各論二八〇頁)

三 當事者カ民法第五七七條第一項ニ依リ契約ヲ解除スルハ解釋規定ニ依リ明確ニセラレタル當事者ノ契約ニ基ク解除權ヲ行使スルモノニシテ固ヨリ債務不履行ノ原因トスル法律上ノ解除權ヲ行使スルモノニアラス(法學博士菅原春二氏法學論叢第一卷第二號九頁本書第八卷民法一三頁)

【同上補充規定ト爲ス參照學說】

一 契約ヲ解除スルトキハ損害アルモ賠償セラレタルコトトスルハ普通ノ解釋トス故ニ特ニ損害賠償ノ權利義務ハ生セス但レ之レモ強行ノ規定ニアラスシテ別段ノ定メナキ場合ニ適用スヘキ準則ニスキス(法學博士富井政章氏四五年東大講二三九頁)

二 以上ノ各種ノ手附金中當事者何レモ手附金約スルハ各場合ニ當事者ノ意思ヲ解釋シテ之ヲ定ムルコトヲ要ス當事者ノ意思明ナラザル場合ニハ取引ノ慣習上何レノ意思ヲ附スルヤ見テ之ヲ定ムルコトヲ要ス(九二)若シ慣習カ不明ナル場合ニハ實買其他ノ有價契約(五五九)ニ附スル手附金第五七七條ニ依リ第四種ノ解約手附金性質ヲ有スルモノト解スヘシ此規定ハ單ニ補充規定タルニ過キス石坂吾四郎氏日本民法債權下一九二頁二〇二頁(法學博士)

三 法學博士末弘毅太郎氏債權各論四四二頁

神戶博士

我民法第五三三條ハ法律上所謂契約不履行ノ抗辯權若クハ同時履行ノ抗辯權ヲ認メタルモノトス

同時履行ノ抗辯權ハ所謂停止的抗辯若クハ猶豫抗辯ニ非ス又所謂永久抗辯若クハ確定抗辯ニモ非ス一種特別ノ抗辯ナリ

同時履行ノ抗辯權ハ(イ)二個ノ債務ノ給付カ相互ニ對價關係ヲ爲ス場合ニ非サレハ發生スルコトナク(ロ)當事者各自ハ必ス一個宛ノ抗辯權ヲ有シ(ハ)相手方カ履行ヲ提供スルノ瞬間マテ其作用ヲ爲スコトヲ得ルモノトス

同時履行ノ抗辯權ハ擔保ヲ供スルコトニ依リテ之ヲ消滅セシムルコトヲ得ス

同時履行ノ抗辯權ハ物權ニ非ス又債權ニモ非ス法律上所謂形成權ノ一種ト見ルヲ正當トス

同時履行ノ抗辯權ノ發生ニハ必スシモ他人ノ物ヲ占有シ居ルコトノ必要ナシ反之留置權ノ發生ニハ他人ノ物ヲ占有シ居ルコトヲ必要トス

同時履行ノ抗辯權ノ發生ニハ二個ノ債務ノ給付カ相互ニ對價タルノ關係ヲ有ス

二九五第一項

他人ノ物ノ占有者カ其物ニ關シテ生レタル債權ヲ有スルトキハ其債權ノ辨別ヲ受クルマテ其物ヲ留置スルコトヲ得ル其債權カ擔保期ニ在ラサルトキハ此限ニ在ラス

五三三 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但相手方カ擔保期ニ在ラサルトキハ此限ニ在ラス

ルコトヲ要スルニ反シ留置權ノ發生ニハ二個ノ債務ノ給付カ相互ニ對價タル關係ヲ有セサルコトヲ要ス」

留置權ト同時履行ノ抗辯權トハ相併存スル場合ナシ」

民法第五三三條ノ場合ニハ請求者ハ一個ノ請求權ヲ有スルモ此請求權ハ其作用トシテ單獨ノ請求方法及ヒ提供ト共ニスル請求方法ノ二個ノ選擇的方法ヲ有シ抗辯權ハ單ニ此單獨請求アリタル場合ニ限り之ヲ行使スルコトヲ得ルモノトス」

同時履行ノ抗辯權ハ單ニ當事者ノ一方即チ被請求者ニ於テ行使スルコトヲ得ルニ止マリ裁判官ハ職權ヲ以テ之ヲ援用スルコトヲ得サルモノトス」

被請求者カ裁判外ニ於テ單獨請求ニ對シ同時ニ履行ノ抗辯權ヲ行使シタルトキハ其請求ハ始メヨリ無効ノ請求ト爲ルニ反シ提供ト共ニスル請求ニ對シテハ抗辯權ハ之ヲ行使スルコトヲ得サルカ故ニ此請求ハ當然有效トス」

被請求者カ裁判上ニ於テ單獨請求ニ對シ同時履行ノ抗辯權ヲ行使シタルトキハ裁判所ハ單ニ原告ノ請求ヲ棄却スヘキモノトス」

雙務契約ヨリ生スル二箇ノ債務ハ當事者双方ノ根本ノ意思ヲ根據トシテ觀察スルトキハ其間ニ一種ノ牽連關係アルモノト爲スハ當事者双方ニ對シテ極メテ公平ナルカ故ニ大多數ノ立法例カ之ニ關シテ特別ノ規定ヲ設ク此等ノ立法例ノ根本思想ハ殆ント皆同一ナルニ此ノ牽連ノ程度ニ付キ其間ニ種々ノ相違點ナキニアラズ而シテ抗辯權制度若シクハ之ニ關スル法規ノ意義ノ大要ヲ表彰スルニハ此相違點ヲ論究スルヲ以テ捷徑ナリト信ス

第一法律自身カ同時履行ヲ要求スル立法政策
獨逸民法第一草案ノ規定中單ニ第三六二條ノミヲ抽出シテ觀察スルトキハ之ヲ採用シタルモノト云フコトヲ得此立法政策ノ下ニ於テハ當時者各自ハ單ニ一個ノ請求方法ト云フハ自己ノ債務ノ履行ノ提供ヲ爲スト同時ニ自己ノ債權ノ履行ノ請求ヲ爲スト云フ方法ヲ意味スルニ外ナラス即チ此方法ニヨレハ提供ト請求トハ時間ノ點ニ於テハ不可分關係ヲ有シ當事者各自ハ單ニ請求ノミヲ爲スノ權能ハ絕對ニ之ヲ有スルコトナシ提供ト受領トハ時間ノ點ニ於テ不可分關係ヲ有シ必ず同時ニ爲サルコトヲ要ス故ニ當事者各自ハ單ニ自己ノ受領ノミヲ爲スノ權能ハ絕對ニ之ヲ有スルコトナシ即チ當事者各自ハ(1)單ニ自己ノ提供ト共ニスル請求權能ヲ有ス(2)單ニ自己ノ提供ト共ニスル受領權能ヲ有ス(3)單獨請求權能ハ之ヲ有スルコトナシ(4)單獨提供權能ハ之ヲ有スルコトナシ(5)單獨受領權能ハ之ヲ有スルコトナシ(6)單獨請求ヲ拒絕スルノ權能即チ單獨受領ノ權利ヲ否認スルノ權能ヲ有ス此立法政策ハ所謂契約不履行ノ抗辯權若クハ同時履行ノ抗辯權ナルモノト認ムルコトナシ認ムル必要ハ全然之レナキカ故ナリ一種ノ否認權ヲ有スレトモ此權利ハ一般ノ原則ヨリ生スル權利ナリ

第二法律自身ハ同時履行ヲ要求セサル立法政策
瑞西債務法第八二條ハ此立法政策ヲ採リタリ同條ハ雙務契約ノ場合ニ於テ相手方ノ履行ヲ請求スル者ハ自ら履行ヲ爲シ又ハ履行ノ提供ヲ爲スコトヲ要スト云ヘル旨ヲ規定セリ今請求者カ其請求權能ヲ發生セシムルカ爲メニ履行ナル發生原因ヲ選ビタル場合ニ於テハ請求者カ苟モ有效ナル請求ヲ爲スカ爲メニハ先ツ自ら自己ノ債務ノ履行ヲ爲シ終リ然ル後ニ始メテ自己ノ債權ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルニ過キス是故ニ此場合ノミヲ抽出シテ觀察スルトキハ法律ハ當事者ニ對シテ同時履行ヲ要求セスシテ寧ロ異時履行ヲ要求ス蓋シ請求者ハ相手方ノ債務ノ履行ヨリモ必ず以前ニ自己ノ債務ノ履行ヲ爲スコトヲ要スルカ故ナリ請求ノ發生原因ト履行ノ有效條件トハ全ク

モノト解セサル可ラス故ニ民法ハ從來ノ法學上ニ所謂不履行ノ抗辯權若クハ同時履行ノ抗辯權アリタリ我民法ハ單ニ抗辯權ヲ認メタルモト解ス此權利ノ性質如何ニ關シテハ古來學者間ニ論議アリタリ之ヲ認ムルコトナレ蓋シ請求權ハ一般ノ原則上當然發生シ居ルカ故ニ利ナルモノハ之ヲ認ムルコトハ全然發生シ若クハ存在スルノ餘地ナキカ故ナリ從來學者之ニ對スル否認權ナルモノハ全無シ其內最モ普通ノモノハ猶豫抗辯若シクハ停止的抗辯ト者ハ抗辯權ヲ種々ニ分類セリ其內最モ普通ノモノハ猶豫抗辯若シクハ停止的抗辯ト永久抗辯若シクハ確定抗辯ノ分類ナリ兩抗辯間ノ區別ノ標準ノ一ツハ猶豫抗辯ハ一時請求ヲ拒絕シ其請求ヲ猶豫セシムルニ反シ確定抗辯ハ永久的ニ請求ヲ拒絕スルニ在リ同時履行ノ抗辯權ニミ付テ説述セシハ本來此抗辯權ハ一種特別ノ性質ヲ有スルモノト云ハサルハカラス單調請求權能ヲ選擇シテ之ヲ行使シ之ニ對シテ抗辯權カ主張セラレタル場合ニハ其主張ノ時ニ於テ此單調請求權能タル一ノ行使方法ハ停止セラレルコトナリモ他ノ請求權能タル行使方法ハ右同一ノ時ニ於テモ毫末モ停止セラルルコトナキハ勿論ナリ是故ニ其基本ノ權利タル請求權其ノモノノ作用ハ假令ヒ抗辯權ノ主張アルモ毫末モ停止セララルコトナシ抗辯權ハ既述ノ如ク被請求者ノ債務ノ履行ノ時間ノ延期ヲ目的トセルモノニアラス隨ツテ此延期ヲ要求スルモノニアラス單ニ個ノ債務ノ履行ノ同時ナルコトヲ目的トシ此同時ヲ要求スルモノモ亦勿論永久抗辯ニモアラス全ク一種特別ノ抗辯ナリ是故ニ若シ債權債務ヲ荷モ履行可能ノモノト爲サント欲スルトキハ當事者各自ニ對シ單調請求權能ノ外ニ提供ト共ニスル請求權能ナルモノヲ附與スルノ外他ニ全ク何等ノ方法ナシト云ハサルハカラス第五三三條ハ當事者双方ノ債務力辨濟期ニアルコトヲ要求セリ故ニ當事者各自ハ一ノ債權ト一ノ給付義務トヲ有スルモノトス是故ニ一般ノ原則ニヨルトキハ當事者各自ハ提供ト爲スト同時ニ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノト云ハサルハカラス然ラハ何故ニ提供ト請求トカ時間上不可分關係ヲ有シ以テ一個ノ提供ヲ共ニスル請求權能ナルモノカ認

別異ノ觀念ニ屬スルカ故ニ本條ノ規定ニ基キ自己ノ債務ノ履行ヲ爲シテ自己ノ請求權能ヲ發生セシムルコトヲ得ルモノトス今此履行ト云フハ原則トシテ提供行爲ト受領行爲トヨリ成ル各當事者ハ(1)自己ノ提供ト共ニスル請求權能ヲ有ス(2)自己ノ提供ト共ニスル受領權能ヲ有ス(3)單獨請求權能ハ之ヲ有ス(6)單獨請求權能ヲ否認スルノ權能ヲ有ス(7)單獨受領權能ヲ否認スルノ權能ヲ有ス(8)抗辯權能ヲ有スルコトナシ此立法政策モ亦所謂契約不履行ノ抗辯權若クハ同時履行ノ抗辯權ナルモノヲ認ムルコトナシ只當事者各自ハ一種ノ否認權ヲ有スレトモ而モ此權利ハ前上ニ述フルカ如ク一般ノ原則ヨリ生スルモノニシテ此立法政策カ同時履行ヲ爲スト否トナシ當事者ニ一任スル立法政策

此立法政策ハ獨逸民法ノ採用セルモノナリ即チ獨逸民法第三二〇條ハ双務契約ニ依リ債務ヲ負ヒタル者ハ反對給付ノ實現アル迄自己ノ給付ヲ拒絕スルコトヲ得ル旨ヲ規定セリ余ハ本條ハ當事者各自ニ對シテ一個宛ノ抗辯權ナルモノヲ付與シ且其抗辯權ノ行使權能ノ存續期間ヲモ定メタルモノト解ス第一ニ當事者各自ハ自己ノ債務ノ履行ノ提供ヲ爲スト同時ニ自己ノ債權ノ履行ノ請求ヲ爲スノ權能ヲ有スルモノトス即チ余ノ所謂提供ト共ニスル請求權能是ナリ第二ニ當事者各自ハ單ニ自己ノ債權ノ履行ノ請求ヲ爲スノ權能ヲ有ス(9)自己ノ提供ト共ニスル受領權能ヲ有ス此等五個ノ權能ハ(1)自己ノ提供ト共ニスル受領權能ヲ有ス(2)自己ノ提供ト共ニスル受領權能ヲ有ス(3)單獨請求權能ヲ有ス(4)單獨提供權能ヲ有ス(5)單獨受領權能ヲ有ス(6)單獨請求權能ヲ有ス(7)單獨受領權能ヲ有ス(8)單獨提供權能ヲ有ス(9)單獨受領權能ヲ有ス

我民法ハ前上ニ舉ケタル三個ノ立法政策ノ中大體ニ於テ第三ノ立法政策ヲ採リタル

マラレタリヤト云フニ是レ第五三三條カ結局間接ニ之ヲ要求スルカ故ナリ

(一) 同時履行ノ抗辯權ニアリテハ其立法政策上ノ根本觀念ハ單一ニ爲ササル
 コトヲ目的トス物權留置權ニアリテハ其立法政策上ノ根本觀念ハ單一ニ爲ササル
 ノ履行ノミテ目的トスルモノトス時間ノ點ニ付テ云フトキハ留置權ハ抗辯權トハ正
 反對ニ異時履行ヲ目的トス(イ)抗辯權ハ二個ノ債務ノ給付カ相互ニ對價關係ヲ存ス場
 合ニアラサレハ發生スルコトナシ(ロ)抗辯權ハ二個ノ債務ノ履行ノ同時ニ爲サ
 ルコトヲ目的トスルモノナルカ故ニ當事者各自カ必ス一個宛ノ抗辯權ヲ有ス(ハ)抗
 辯權ハ相手方カ履行ヲ提供スルノ瞬間マテノミ其作用ヲ爲スコトヲ得留置權ハ異時
 履行ヲ目的トスルモノナルカ故ニ一個ノ履行ノ完成スルノ瞬間マテ其作用ヲ存積シ
 其時ニ於テ始メテ消滅ス

(二) 抗辯權ハ擔保ヲ供スルコトニ依リテ之ヲ消滅セシムルコトヲ得ス之ニ反シテ留
 置權ハ相當ノ擔保ヲ供シテ之ヲ消滅セシムルコトヲ得

(三) 抗辯權ハ物權ニアラズ又債權ニモアラズ今日ノ法學上ニ謂フ所ノ形成權ノ一種
 見ルテ正當トス然ルニ之ニ反シテ留置權ハ物權ナリトス

(四) 抗辯權ノ成立要件タル事實留置權ノ成立要件タル事實トノ間ニハ種々ノ相違
 アリ(イ)抗辯權ノ發生ニハ必スシモ他人ノ物ヲ占有シ居ルコトノ必要ナレ之ニ反シテ
 留置權ノ發生ニハ他人ノ物ヲ占有シ居ルコトヲ必要トス(ロ)抗辯權ノ發生ニハ二個ノ
 債務ノ給付カ相互ニ對價タルノ關係ヲ有セサルコトヲ要ス之ニ反シテ留置權ノ發生
 ニハ二個ノ債務ノ給付カ相互ニ對價タル關係ヲ有セサルコトヲ要ス留置權ト抗辯權
 トハ決シテ相併存スル場合アルコトナレ甲カ特定ノ物ヲ占有スルコトヲ要ス留置權ト抗辯權
 同トセンニ其契約完成ノ瞬間ニ於テ當事者ハ其任意ノ法律效果トシテ各々一個宛
 ノ債務ヲ負擔ス即チ所有權移轉債務及ヒ代金債務是レナリ此外ニ亦當事者ハ右ノ瞬
 間ニ於テ第五三三條ニ依リ法定ノ法律效果トシテ各々一個宛ノ抗辯權ヲ取得ス即チ
 今此場合ニ賣主甲カ右ノ權利義務ノ外ニ更ニ留置權ヲ取得スルヤ否ヤ第一ニ留置權

ヲ取得スルカ爲メニハ既述ノ如ク甲ハ他人ノ物ヲ占有スルコトヲ要ス故ニ他人ノ物
 トハ甲以外ノ人カ所有權ヲ有スル物ヲ云フニ外ナラス即チ此所有權ト云フハ何人ニ
 モ對シテ何人ニモ對シテ得ルモノナラザルコトヲ意味スルコト論ヲ俟タス留置權ハ物權ナリ故ニ留置權
 留置權ナルモノハ多クモ單一ニ賣主ニ對シテ得ルモノナラザルコトヲ得ルニ止マリ買主以外ノ者ニ對シ
 テハ自己ノ物ノ占有ヲ爲スモノニ外ナラザルカ故ニ留置權トシテ之ヲ對抗スルコト
 得ザルハ勿論ナルカ故ナリ第二留置權ハ異時履行ヲ目的トスルニ反シテ抗辯權ハ同
 時履行ヲ目的トスル者ナリ斯ノ如ク二者ノ目的カ全ク相異ナルカ故ニ當事者双方カ
 各々其權利ヲ拋棄スルコトナク普通ニ其行使ヲ爲ストキハ遂ニ双方ノ債務ノ履行ハ
 全ク之ヲ爲スノ時期ナキニ至ルモノト云ハサル可ラス又法律カ双務契約ヲ二個ニ大
 別シテ特定物ニ關スル場合ト否ラサル場合ト爲シ前ノ場合ニハ當事者ノ一方若シク
 ハ双方ニ對シテ抗辯權ト留置權ト二者ヲ付帶シ後ノ場合ニハ當事者各自ニ對シテ
 ニ一個ノ抗辯權トミテ付帶シ差異ヲ設ケルハ立法上權衡ヲ失スルノ甚ダシキモノト
 ス要スルニ此二個ノ制度ハ全然別異ノ制度ニ屬シ雖ツテ全然其適用ノ範圍ヲ異ニス
 ルカ故ニ此二者ハ厳正ニ之ヲ區別セサル可カラズ是故ニ留置權制度ハ抗辯權制度ノ
 適要範圍ニ對シテハ全然其適用ナキモノト論結セサル可カラズ

抗辯權ハ双務契約カ完成スル時ハ其時ニ於テ當事者各自ハ一個宛ノ抗辯權ヲ取得
 ス若シテ否ラストセハ被請求者カ請求者ノ債務ノ履行ノ提供アルマテ常ニ其行使權能
 ナ有シツ、アルノ理ヲ説明スル事能ハサルカ故ナリ抗辯權ナルモノハ單一ニ請求者ノ
 受領ノ請求ヲ拒絕スル權利タルノ資格ヲ有スルニ止マリ被請求者自身ノ提供ヲ拒絕
 スル權利タルノ資格ヲ有スルコトナシ第五三三條ノ場合ニハ請求者ハ一個ノ請求權
 ナ有スルモ此請求權ハ其作用ヲシテ選擇的ニ二個ノ方法ヲ有ス單獨ノ請求方法及ヒ
 提供ト共ニ此請求方法是レナリ今抗辯權ハ單一ニ此單獨請求アリタル場合ニ限り之
 ナ行使スルコトヲ得ルニ過キス而シテ抗辯權行使ノ結果トシテ其ノ單獨請求權能ハ

一時停止セラルハ、コト勿論ナレトモ、而モ提供ト共ニスル請求權能ハ停止セラルハ、コトナシ是レ余カ前上ニ於テ抗辯權ハ請求ノ方法ヲ變更スルヲ目的トスルモノナリト説明セル所以ナリ抗辯權ハ單ニ當事者ノ一方即チ被請求者カ之ヲ行使スルコトヲ得ルニ止マリ裁判官ハ職權ヲ以テ之ヲ授用スルコトヲ得ス被請求者カ抗辯權ヲ行使シタルトキハ其效果如何ト云フニ裁判外ノ行使ノ場合ト裁判上ノ行使ノ場合トヲ區別シテ論述スルヲ便宜トス被請求者カ裁判外ニ單獨請求ニ對シテ抗辯權ノ行使アルトキハ其請求ハ始メヨリ無効ノ請求ト爲ルニ反シ提供ト共ニスル請求ニ對シテハ抗辯權ハ之ヲ行使スルコトヲ得サルカ故ニ此請求ハ當然有效トナルモノナリトス被請求者カ裁判上ニ於テ抗辯權ヲ行使シタル場合第一説ハ當事者双方同時ニ履行ヲ爲スヘキ旨ノ判決ヲ爲スヘキモノト爲シ第二説ハ單ニ原告ノ請求ヲ棄却スヘキモノト爲セリ余ハ我民法ノ解釋論トシテハ第二説ヲ正當ト爲ス此訴ニ於テ同時履行ニ命スル判決ハ被告ノ意思ニモ背反ス裁判外ニ於テハ被告ハ其ノ零ノ請求ニ應スルノ必要ナキハ勿論ナリ此解釋上ノ理論ハ反對論者ト雖モ之ヲ争フコト能ハサルヘシ今此理論ハ裁判上ニ於テモ亦毫末モ異ルコトナシ我民法ハ既述ノ如ク幸ニシテ獨民法第三二條ニ該當スル規定ヲ設ケテ抗辯權制度ノ趣旨ヲ貫徹セリ是故ニ我民法ノ解釋論トシテハ獨民法ノ解釋方法ヲ探ルコトハ不可能ナリ強ヒテ之ヲ探ルノ必要ナキヲ探ル論者或ハ斯ノ如クスルトキハ我民法ノ立法政策ヲ破壞スルコトナルナリ是故ニ第二説ヲ爲スコト能ハサルニ至リ結局請求者ハ自ら履行ノ提供ヲ爲スニアラサレハ條件ヲ爲スコトナリ隨テ我民法ハ瑞西法ト同一ニ歸着スルコトナルカ故ニ非ナリ論者ノ見解ハ請求者ノ履行若シクハ履行ノ提供ヲ以テ請求權發生ノ要件ト爲シタル法制見解其ノモノト被請求者ニ對シ單ニ抗辯權ヲ付與シタル法制ノ下ニ於ケル其抗辯權行使ノ效果ト混同スルモノニシテ一大謬見ナリトス更ニ又論者或ハ曰ハシ此場合ニ於ケル請求者ノ請求ノ棄却ハ双務契約ノ本質ヨリ生スル給付反對給付ノ交換

【同時履行ノ抗辯ニ關スル參照學說判例】

本書第九卷民法一〇六一頁

【同時履行ノ抗辯ノ提出ト裁判ニ關スル參照學說判例】

本書本卷民訴一八頁

【論旨第八點留置權ト同時履行抗辯併立肯定説】

一 我民法ハ其第五三三條ノ規定ヲ獨法ニ採リタルニモ拘ラス留置權ノ制度ハ主トシテ佛法ノ觀念ニ則リ殊ニ之ヲ物權ト爲シタルカ故ニ解釋上ニ於テハ全然此ノ二ノ制度ヲ別觀スルコトヲ得ス若シテ然ラストセハ雙務契約ニ因ル債權者タル賣主運送人等カ物權タル留置權ヲ有セスシテ却テ物ニ付キ費用ヲ出シタル單純ナル占有者カ之ヲ有スルカ如キ奇果ヲ生スル結果ト爲ルモノナリ故ニ我民法ノ說明トシテハ雙務契約ニ於ケル履行拒絶權ト留置權トハ劃然分立セル制度ト見ルヘキニ非スシテ其契約當事者ノ一方カ有體物ノ引渡ヲ拒ム場合ニハ第二九五條ニ依リテ留置權ヲ有スルモノト解釋セサルヘカラス即チ同條ニ所謂「物」ノシテ生シタル債權ヲ有スルモノトハ最モ廣汎ナル意義ニ之ヲ解シ例ヘハ賣買代金ノ支拂ヲ請求スル債權ト雖モ物ニ關シテ生シタルモノト説明セサルコトヲ得サルナリ(法學博士富井政章氏法學協會雜誌第二五卷第一號二二頁)

二 我民法ニ於ケル留置權ト雙務契約ニ於ケル履行拒絶權トハ全然分立セル制度ニ非スシテ其契約當事者ノ一方カ有體物ノ引渡ヲ拒ム場合ニハ第二九五條ニ依リテ留置權ヲ有スルモノト解釋セサルヘカラス即チ同條ニ所謂「物」ニ關シテ生シタル債權ヲ有スルモノトハ最モ廣汎ナル意義ニ之ヲ解シ賣買代金ノ支拂ヲ請求スル債權ト雖モ物ニ關シテ生シタルモノト説明セサルコトヲ得サルナリ(法學博士富井政章氏法學協會雜誌第二五卷第一號二二頁)

三 双務契約ニ於テ當事者一方ノ負擔スル債務カ特定物ノ引渡ヲ目的トスルトキハ其當事者ハ相手方ノ債務不履行ノ理由トシテ同時履行ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得ルト同時ニ其物ニ付キ留置權ヲ行使スルコトヲ得ルハ勿論ナリ唯同時履行ノ抗辯ト留置權トハ其效用ヲ同フスルヲ以テ双務契約當事者ノ一方カ既ニ同時履行ノ抗辯ヲ有スル以上ハ留置權ヲ行使スルノ必要ヲ感スルコトナカルヘシト雖モ亦此權利ヲ行使スルノ實益アル場合ナシトセシ他ナシ同時履行ノ抗辯ハ債權的效力ヲ有スルニ過キサルニ反シ留置權ハ物權トシテ之ヲ第三者ニ對抗シ得ルニ在リ例之甲登記ヲ經テ其家屋ヲ乙ニ賣渡シ乙未タ其代金ノ支拂ヲ爲サザ

【留置權抗辯ニ關スル參照學說判例】

本書本卷民法三八一頁以下

神戸博士ノ同時履行抗辯權論ハ比較法制上ヨリ我立法ノ根柢ヲ明確ニセラレ進テ該抗辯權ノ適用ニ付キ細論セラレタルモノニ係リ有益ナル參考資料タルヲ失ハス

(一)同時履行抗辯權ヲ目シテ延期的抗辯權ニアラサルハ勿論永久の若クハ確定的抗辯權ニモアラス一種特別ノ形成權ナリトセラレタル論旨第二點第三點ハ吾

ルニ拘ラス更ニ登記ヲ經テ同一家屋ヲ丙ニ讓渡シタリト假定センニ甲ハ所有者タル丙ノ家屋引渡ノ請求ニ對シ同時履行ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得サルモ未ダ代金ノ辨濟セラレサルヲ理由トシテ留置權ヲ主張スルコトヲ妨ケサルカ如シ(法學博士鳩山秀雄氏物權法五七〇頁)
四 留置權ト同時履行抗辯權ノ差異兩者ハ共ニ當事者間ノ保護ノ公平ヲ同時トスルモノニシテ其ノ同時ニ於テ相類似セルノミナラス兩者相並存シテ當事者ハ其ノ何レカヲ選擇シテ之ヲ行使シ得ル場合ナキニ非ラス(法學博士鳩山秀夫氏大正六年度東大講義擔保物權法二九頁)
五 我々民法第五三三條ヲ見レハ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絶スルノ權ヲ有シ其條件ニ付テ之ヲ見ルモ留置權發生ノ條件ト殆ント相似タルノミナラス殊ニ相手方ノ債務力辨濟期ニ在ルコトヲ以テ條件ノ一ニ加フル等ノ點ヨリ見ルモ二者ノ間ニ差違ヲ認ムルコト難シト云フモ過言ニ非ラス即チ賣主カ目的物ノ引渡ヲ拒ミ修繕業者カ修繕品ノ引渡ヲ拒ミ運送人カ運送品ノ引渡ヲ拒ムト欲スレハ殆ント同一ノ條件ニ依リテ留置權及ヒ双務契約同時履行ノ抗辯權ヲ執レテ行使シ得ヘシ(法學博士三浦信三氏本書第二卷第一六號論說二二七頁以下)
六 同時履行ノ抗辯權ハ其性質頗ル留置權ニ類似セルノミナラス場合ニヨリテハ二者同時ニ併存スルコト亦アリ得ルモノトス(法學博士末弘博士債權各論一三五頁)
七 民法第五三三條ノ同時履行ノ括弧カ認メラルルノテアル而シテ双務契約ニ於テ當事者ノ一方カ負擔シタル債務特定物ノ引渡ヲ目的トシタル場合ニハ同時履行ノ抗辯ハ物ノ引渡ヲ拒絶シ得ルコトナリテ留置權ト毫モ區別ハナイ例ヘハ賣買契約ニ於テ代金債權ハ賣買ノ目的物ニ關シテ發生シタル債權テアツテ賣主ハ代金ノ支拂スル迄ハ賣却シタル物ノ引渡ヲ拒絶スルコト力出來ルノテアルカラ此場合ハ一面ニ於テ同時履行ノ關係ヲ他面ニ於テハ賣主ノ留置權ノ存在ヲ認メルコトニナルノテアル(法學博士飯島喬平氏物權法第七章一八頁)

人ノ持説延期的抗辯權説ト異ル特異ノ新説タリ(本書第六卷民法六五八頁評論)然レトモ是博士カ本抗辯權ヲ有スル者ノ權能ヲ細分シテ單獨請求權能ト他ニ自己ノ債務ノ提供ト共ニスル請求權能トヲ認メラル結果ナリ通説カ前者ニ着眼スルニ對シ博士ハ後者ヲ除外スヘカラスト主張セララルカ故ニ勢此結果ヲ見ルモ結局懸隔餘リニ甚シキモノニアラストスヘシ

(二)同時履行ト留置權ニ基ク抗辯權ノ差異ニ付キ論旨第五點以下ノ博士ノ見解ハ大體相當ナリ只看過スヘカラサルハ特定物賣買ノ場合ニ於テ留置權ト同時履行抗辯權ノ併立ヲ認メサル點ナリ吾人ハ此點ニ付キテ博士ト異見ヲ有ス本書第二卷民法八九二頁評論今左ニ博士ノ論據ヲ指摘センニ其第一點ハ留置權者ノ留置スル者ハ他人ノ物ニシテ而モ何人ニモ對抗シ得ルモノナルコトヲ要スルニ拘ラス特定物ノ賣買ノ場合ハ其賣主ノ有スル買主ノ物ハ未ダ一般人ニ對抗シ得サル物權ナルカ故ニ非ナリト云フニアアルモ民法二九五條ニ所謂他人ノ物ノ意義カ博士所論ノ如ク引渡前ニ於ケル買主ノ物ノ如キヲ含マスト解スヘキ爾カク明確ナルモノアラサルカ故ニ此點ハ有力ナル論據ナリト信スル能ハス其第二論據タル兩抗辯ノ併立ヲ宥サムカ同時ニ爲スヘキ債務ノ履行ハ之ヲ爲ス時期ナルニ至ルモノト謂ハルハ點ハ同時履行抗辯權ノミ存在スル場合ト留置權併存スル場合ト同様ニ論セムトスルモノニシテ是亦理由ナシ蓋他ノ法

律事實カ加ハリタル效果ヲ無視スルハ論理ノ容レサル所ナレハナリ第三ニ博士ハ若シ併立ヲ肯定セムカ特定物ノ買買ト不特定物ノ買買ト効力ニ於テ一方カ留置權ナキニ一方ハ之ヲ認ムルコトトナリ權衝ヲ失スト論セラレモ亦以テ有力ナル理由トスルニ足ラス何トナレハ買買ノ効力ニ付キ著シク異ル兩者ヲ同一ニ取扱フ必要ト理由ナキカ故ナリ

(三) 論旨最後ノ同時履行ノ抗辯ヲ提出シタル場合ト裁判ニ關スル博士ノ所説ハ吾人ト見解ヲ異ニス詳細ハ本書本卷民訴二一頁評論ヲ參照アリタシ

(二五三)

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来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来シタル時ヨリ遲滞ノ責ニ任ス
債務ノ履行ニ付キ期限ヲ定メザリシトキハ債務者ハ履行ノ請求ヲ受ケタル時ヨリ遲滞ノ責ニ任ス

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

七〇九 故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス
民事訴訟法三三六 判決ニハ左ノ諸件ヲ掲クヘシ
第三 裁判ノ理由

客觀的ニ觀察セハ特別ノ障害ナキ限り價格騰貴ノ機會ヲ利用シテ利益ヲ得ヘカリシコトノ確實性ヲ認メ得ヘキトキハ此利益ハ被害者カ加害事故ノ結果被リタル消極的損害ニ外ナラサルモ價格カ加害事故發生後一時騰貴シタルノミニテハ

斯ル利益ヲ得ヘカリシ相對的確實性若クハ充分ナル見込アリシモノト斷定シ得難キモノトス」

被害物體ノ價格カ加害事故發生後一時騰貴シタルノミニ止ラス判決ニ接續スル口頭辯論終結當時迄其騰貴セル價格ヲ維持セルトキハ被害者ハ價格騰貴ニ因リ利益ヲ得ヘカリシ相對的確實性ヲ認メ得ヘシト雖モ此場合ニハ判決ニ於テ依然騰貴セル價格ヲ維持セルコトヲ示シ加害事故ト消極的損害トノ間ノ因果關係ノ存在ヲ明カニセサルヘカラサルモノトス」

不法行爲上損害賠償義務ヲ負フ者ハ既ニ不法行爲ニ因リ他人ノ權利ヲ侵害シタルモノナレハ遲滞ノ效果ヲ負擔セシムル爲メ催告ヲ要セザルモノトス」

大審院大正九年(オ)第九〇二號一〇同年四月四日判決本書本卷民法五二三頁所載

財産上ノ損害ニ對スル賠償額ハ其損害ノ成立シタル時ノ價格ニ依リテ算定スヘキモノトス積極的損害若クハ受ケタル損害ニ對スル賠償額ハ現存セル財産上ノ利益ヲ喪失シタル時又消極的損害若クハ失ハレタル利益ニ對スル賠償額ハ期待レ得ヘカリシ財産上ノ利益ヲ喪失シタル時ノ價格ニ依リテ之ヲ算定ム判決カ判旨第一點(イ)ニ於テ不法行爲ニ因リ失ハレタル利益ノ賠償額ハ其利益ヲ受ケヘカリシ時ヲ標準トシテ之ヲ定メサル可ラスト説クハ吾人ノ贊同スルコトナリ被害物體ノ價格カ加害事故發生後騰貴セル場合ニ於テ加害事故起ラサリシトキハ被害者ニ於テ價格騰貴ノ機會ヲ利用シテ利益ヲ得ヘカリシ充分ナル見込アリシトキ換言スレハ客觀的ニ觀察セハ特別ノ障害ナキ限り價格騰貴ノ機會ヲ利用シテ利益ヲ得ヘカリシコトノ確實性ヲ認メ得ヘキトキハ此利益ハ被害者カ加害事故ノ結果被リタル消極的損害ニ外ナラス價格

カ一時賠償シタル事實ノミニ依リテハ新カル利益ヲ得ヘカリシ相對的確實性若クハ充分ナル見込アルモノト斷定スルコト能ハス被害物體ノ價格カ加害事故發生後一時賠償シタルニ止マラス判決ニ接續スル口頭辯論終結當時迄其賠償セル價格ヲ維持セルトキハ被害者ハ價格ノ賠償ニ因リ利益ヲ得ヘカリシ相對的確實性ヲ認メ得ヘシト雖モ此場合ニハ判決ニ於テ依然賠償セル價格ヲ維持セルコトヲ示シ加害事故ト消滅的損害トノ間ノ因果關係ノ存在ヲ明ニセサルヘカラス不法行為ニ因リテ生スル損害賠償債務ハ期限ノ定メナキ債務ナレハ此債務ニモ第四百十二條第三項ノ適用アリトセハ債務者ノ遲滞ノ成立ニハ履行ノ請求却テ催告ヲ要スト謂ハサルヘカラス然ルニ我民法ニハ此點ニ關スル規定ナシ不法行為上損害賠償義務ヲ負フ者ハ既ニ不法行為ニ因リ他人ノ權利ヲ侵害シタルモノナレハ遲滞ノ效果ヲ負擔セシムル爲メ催告ヲ必要トスヘキ理由ナシ且實際上ノ結果ヨリ見ルモ不法行為者ハ損害賠償ニ付テハ催告ヲ俟タスレテ當然遲滞ノ效果ヲ負擔シ事變ニ對シ其實ニ任スルト同時ニ遲延利息支拂ノ義務ヲ負フモノト爲スニ非ラサレハ被害者ナシテ不法行為ナカリセハ有スヘカリト同一ノ狀態ヲ回復セシムヘキ損害賠償ノ目的ヲ達スルコト能ハス殊ニ被害者カ久シク不法行為ノ成立ヲ覺知セザリシ爲メ催告ヲ爲スコト能ハサリシ場合ニ於テ然リトス去レハ我民法ノ解釋トシテモ理論上不法行為者ハ催告ヲ俟タスレテ當然遲滞ノ實ヲ負フモノト解セサルヘカラス(法學博士菅原善二氏法學論叢第六卷第五號九二頁「共有者ノ共有物返還請求權」要項)

【論旨第一點消極的損害ノ觀念ニ關スル參照學說判例】

本書本卷民法五二三頁以下

【論旨第三點不法行為ニ因ル損害賠償ト遲滞ニ關スル同趣旨並ニ反對學說判例】

本書本卷民法五二三頁以下

博士ノ損害ノ觀念ト消極的損害ノ合理的根據ハ夙ニ贊同シタルトコロニ屬スルヲ以テ論旨第一、二點中間最高價額ニ依ル損害賠償ノ可能ナル場合ト判決表示方法ニ關スル博士ノ高説ニハ同セサルヲ得ス(本書本卷民法五二八頁評論第九卷民法一三〇頁評論參照)

只博士ノ論旨第三點不法行為ニ基ク損害賠償請求權ノ履行期從テ其遲滞ノ時期ニ關スル高説ニハ遺憾乍ラ反對ノ見解ヲ有スルコト屢評論セル所ナリ(本書本卷民法五二八頁評論)

二五四

- 八八四 親權ヲ行フ父又ハ母ハ未成年ノ子ノ財産ヲ管理シ又其財産ニ關スル法律行為ニ付キ其子ヲ代表ス以下略
- 八八六 親權ヲ行フ母カ未成年ノ子ニ代ハリテ左ニ掲ケタル行為ヲ爲シ又ハ子ノ之ヲ爲スコトニ同意スルニハ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス
- 三 不動産又ハ重要ナル動産ニ關スル權利ノ喪失ヲ目的トスル行為ヲ爲スコト
- 八八七 親權ヲ行フ母カ前條ノ規定ニ違反シテ爲シ又ハ同意ヲ與ヘタル行為ハ子又ハ其法定代理ハニ於テ之ヲ取消スコトヲ得此場合ニ於テハ第十九條ノ規定ヲ準用ス
- 前項ノ規定ハ第百二十一條乃至第百二十六條ノ適用ヲ妨ケス
- 八八八 親權ヲ行フ父又ハ母ト未成年ノ子ト利益相反スル行為ニ付イテハ父又ハ母ハ其子ノ爲メニ特別代理人ヲ選任スルコトヲ親族會ニ請求スルコトヲ要ス
- 父又ハ母カ數人ノ子ニ對シテ親權ヲ行フ場合ニ於テ其一人ト他ノ子トノ利益相反スル行為ニ付テハ其一方ノ爲メ前項ノ規定ヲ準用ス
- 九五二 親族會ノ決議ニ對シテハ一ヶ月内ニ會員又ハ第九四四條ニ掲ケタル者ヨリ其不服ヲ裁判所ニ訴フルコトヲ得

九六六 家督相續回復ノ請求權ハ家督相續人又ハ其法定代理人カ相續權侵害ノ事實ヲ知リタル時ヨリ五年間之ヲ行ハサルトキハ時効ニ因リテ消滅ス

九八二 法定又ハ指定ノ家督相續人ナキ場合ニ於テ其家ニ被相續人ノ父アルトキハ父父アラサルトキ又ハ父カ其意ヲ表示スルコト能ハサルトキハ母父母共ニアラサルトキ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ親族會ハ左ノ順序ニ從ヒ家族中ヨリ家督相續人ヲ選定ス

第一 配偶者但家女ナルトキ

第二 兄弟

第三 姉妹

第四 第一號ニ該當セサル配偶者

第五 兄弟姉妹ノ直系卑屬

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

未成年者所有ノ不動産ヲ賣却スルノ必要ナル事情毫モ存在セサルニ拘ラス親族會ニ於テ同人ノ親權者タル母カ其親權ニ服スル他ノ者ニ賣却セムトスル行爲ニ同意ヲ表シ且之カ爲メ該未成年者ノ特別代理人選任ノ決議ヲナシタリトスルモ該決議ハ不當ニシテ取消スヘキモノトス

民法第九五一條ノ規定ニ從ヒ親族會ノ決議ニ對シテ不服ヲ主張スルニハ當ニ其親族會ノ招集又ハ其決議ノ方法カ法規ヲ遵守セサルコトヲ理由ト爲スヘキモノニ止ラス未成年者ノ爲メニ毫モ其所有不動産ヲ賣却スルノ必要ナル事情ノ存在セサルカ如キコトモ亦不服ノ理由ト爲シ得ヘキモノト爲スヲ以テ同條ノ精神ニ適合スルモノトス

親權者カ親權ニ服スル子ニ對シ不動産ヲ賣却スル行爲ニ付キ爲スヘキ親族會ノ

同意及ヒ特別代理人選任ノ決議ハ一體不可分ノ關係ニアルモノナレハ未成年者ノ不動産ヲ賣却スル必要ナル事情存在セサルコトヲ認メタルトキハ決議全部ヲ取消スヘキモノトス

然レトモ原院ハ其判文ニ於テ「甲第五號證位ニ同證ノ本證カ平野ひろとノ手裡ニ存スルコトノ爭ナキ事實ニ原審證人平野巖ノ證言ヲ參照スルトキハ平野ひろとハ七右門ノ遺言ノ趣旨ニ反シ全財産ノ二分ノ一ノ分與ヲ要求シタル事等ヨリ該控訴人(被上告人)等ト感情ノ衝突ヲ來タシ延ヒテ種々想像ヲ逗クテ遂ニ本件ノ決議ヲ爲スニ至リタルモノト推斷スルヲ以テ事實ノ真相ニ適合スルモノト認ム」ト判示シ即チ未成年者平野清彦所有ノ不動産ヲ賣却スルノ必要ナル事情毫モ存在セサルニ拘ハラス親族會ニ於テ清彦ノ親權者タル平野ひろとカ之ヲ右清彦ト同シク自己ノ親權ニ服スル平野末子ニ賣却セントスル行爲ニ同意ヲ表シ且之カ爲メ清彦ノ特別代理人選任ノ決議ニナシタルモノト認メタルモノナルコト明白ナレハ該決議ハ不當ニシテ取消スヘキモノナルコト論テ並タス蓋シ本件ノ如キ場合ニ於テ民法第九五一條ノ規定ニ從ヒ親族會ノ決議ニ對シテ不服ヲ主張スルニハ當ニ其親族會ノ招集又ハ其決議ノ方法カ法規ヲ遵守セサルコトヲ理由ト爲スヘキモノニ止ラス未成年者ノ爲メニ毫モ其所有不動産ヲ賣却スルノ必要ナル事情ノ存在セサルカ如キコトモ亦不服ノ理由ト爲シ得ヘキモノト爲スヲ以テ同條ノ精神ニ適合スルモノナレハナリ然ラハ原院カ前示判示ニ次キ「右決議ハ未成年者ノ實家ト感情衝突ノ結果延ヒテ數萬圓ノ價額アル未成年者ノ主ノ不動産全部ヲ名テ代金三百圓ノ賣買ニ藉リ他人名義ニ變更スル事ニ同意シ且其爲特別代理人選任ノ決議ヲナシタルモノニシテ不當ナリ」ト判示シタルハ妥當ナラスト雖モ結局該決議ヲ取消シタルハ相當ニシテ即チ原判決ハ叙上前段説示ノ理由ニヨリ其主文ヲ維持スルニ足ルナリ以テ右後段ノ理由ニ對シ非難ヲ試ル餘旨ハ理由ナレ

又被上告人ハ未成年者平野清彦ノ親族會ニ於テ同人ノ親權者タル平野ひろトノ親權ニ服スル平野未子ニ賣却セムトスル行爲ニ同意ヲ表レ且之カ爲メ清彦ノ特別代理人ヲ選任スル旨ノ決議ノ取消ヲ訴求スルモノナルコト記録上明カニシテ右不動産賣却行爲ノ同意及ヒ特別代理人選任ノ決議ハ一體不可分ノ關係ニ在ルモノナレハ原院カ前段説述シタル如ク事實及證據ニヨリ未成年者清彦ノ不動産ヲ賣却スルノ必要ナル事情存在セサルコトヲ認メ決議全部ノ取消ヲ爲シタルハ洵ニ相當ニシテ毫モ理由不備ノ違法アルコトナク依テ此點ニ關スル論旨モ亦理由ナシ(大審院大正十年(オ)五〇七號同年九月二十一日民三部松岡裁判長谷川滋淵植村成道各判事判決)

【關係事項】 上告棄却原審名古屋控訴院親族會決議不服請求事件上告人横井時芳外二人訴訟代理人辯護士村瀬孝文同吉田三市郎同坂貞雄同阿保達次郎同佐々木藤市郎同長野國助同川口庄藏同佐々木重夫被上告人細野清長時控訴判決

親族會ノ決議カ公ノ秩序ニ反スルカ如キ親族會ノ決議ヲ以テ左右スヘカラサル法律ノ規定ニ違反シタル場合ハ格別苟モ適法ニ開カレタル親族會ニ於テ爲シタル決議カ單ニ民法第九八二條ノ順位ニ背キテ之ヲ選定シ偶同法第九八三條ノ規定ニ反シ其相續順位ノ變更ニ關スル裁判所ノ許可ヲ得ザリトスルモ其許可ヲ受クルニ於テハ親族會ノ決議ニヨリ右規定ノ順位ヲ變更シ得ヘキヲ以テ法律上當然無効トナルモノニアラス右決議ハ民法第九五一條ニ基キ一箇月ノ期間内ニ不服ノ訴ヲ提起シテ其決議取消ヲ訴求シ以テ其效力ヲ消滅セシムヘキモノニシテ右不服ノ訴ヲ提起セスシテ一箇月ノ期間ヲ經過セハ有效ニ確定スルニ到ルヘキモノトス

親族會決議取消ノ訴ヲ提起スヘキ一箇月ノ期間ハ其事實發生ノ時ヨリ之ヲ起算

スヘキモノトス

已ニ確定セル家督相續人ノ存在スルニ拘ラス再ヒ同一ノ被相續人ニ對シ家督相續人ヲ選定スル決議ハ同一ノ家籍内ニ二箇ノ家督相續人アルコトヲ認ムルノ結果トナリ斯ル決議ハ本來決議スヘカラサルコトヲ決議スルモノニシテ當然無効ナリトス

甲及乙ヲ申請人トセル戸籍訂正許可申請書ニ基キ區裁判所ニ於テ甲カ戸籍上丙家ノ戸主タル記載ノ抹消ヲ求ムル旨ノ戸籍訂正申請ヲ許可シ該申請ニ基キ戸籍訂正ヲ爲シ乙ニ於テ表顯ノ家督相續人トナリタリトスルモ之カ爲メ一旦有效ニ決議確定セル甲ノ家督相續人タル地位ニ敢テ消長ヲ及ホスヘキ者ニアラサルカ故ニ甲ハ丙ノ家督相續人トシテ之ニ基キ自己ノ戸主タルヲ主張シ又相續權ノ侵害ニ對シ相續回復ノ請求權ヲ行使シ得ヘキモノトス

【理由】 被控訴人ハ前戸主徳永勝次ノ家女ニアラサル配偶者(明治二十九年三月三十一日勝次ト婚姻届出)又被控人カ石勝次ノ實妹ニシテ何レモ其家族タリシカ右勝次ハ法定又ハ指定ノ家督相續人ナクシテ大正八年九月二日午後三時福岡縣三浦郡木佐木村大字上八院五百九十三番地ニ於テ死亡シ其家ニ父母アラサリシ爲メ大正八年十二月九日柳河區裁判所ニ右勝次ノ家督相續人選定ノ爲親族會招集ノ申請ヲ爲シ同裁判所ノ決定ニ基キ選定セラレタル親族會ニ於テ同年十二月十七日被控訴人徳永ヤソト右亡勝次ノ家督相續人ニ選定スルノ決議ヲ爲シヤソハ該決議ニ基キ相續届出ヲナシタルコト控訴人ハ民法第九百八十二條ノ規定ニ依リ被控訴人ヨリモ先順位ニ於テ右

三條ニ基キ右順位變更ニ關スル裁判所ノ許可ヲ得スルハ直チニ被控訴人ヲ右勝次ノ家督相続人ニ選定シ右決議ニ對シテハ該決議ノ日ヨリ一箇月内ニ民法第九百五十一條ノ不服申立ナカリシトコロ被控訴人ハ更ニ相當手續ヲ經テ親族會員選定位ニ召集セラレタル大正九年五月十七日右勝次ノ家督相続人選定ノ爲メ開カレタル親族會ニ於テ右勝次ノ家督相続人トシテ選定セラレタルコト大正九年一月の中柳河區裁判所ノ許可ヲ得タル上被控訴人控訴人連署ヲ以テ戶籍上被控訴人ノ戶主タルノ記載ヲ抹消シ更ラニ被控訴人ニ於テ前記大正九年五月十七日親族會ノ選定ニ基キ相續届ヲ爲シトハ執レモ當事者間ニ爭ナキトコロナリ仍テ先ツ前示大正八年十二月十七日ニ於ケル親族會ノ決議力控訴代理人抗辯ノ如ク果シテ強行法ニ反スル無効ノ決議ナルヲ否ヤニ付キ之ヲ案スルニ右親族會ノ決議ニ於テ選定セラレタルヘキ亡德永勝次ノ家督相続人トシテハ控訴人カ被控訴人ノ先順位ニ在リタルニ拘ラス右親族會ニ於テ順位變更ニ關スル裁判所ノ許可ヲ得スル次順位ニ在リタル被控訴人ヲ右勝次ノ家督相続人ニ選定スルノ決議ヲ爲シタルコトハ前示當事者間ニ爭ナキトコロニシテ右決議力民法第九百八十三條ノ規定ニ違背スルコトハ前示當事者間ニ爭ナキトコロナリト雖モ凡ソ親族會ノ決議ハ其決議力公ノ秩序ニ反スルカ爲メ必スレモ該決議力常ニ無効トナルモノニアラスニ違反シタル場合ハ格別苟モ適法ニ開カレタル親族會ニ於テ爲シタル決議力單ニ其相續順位ノ變更ニ關スル裁判所ノ許可ヲ得サリシトスルモ其許可ヲ受クルニ於テハ親族會ノ決議ニヨリ右規定ノ順位ヲ變更シ得ヘキヲ以テ何等強行法ニ反スル處ナキカ故ニ法律上當然無効トナルモノニアラス右決議ハ民法第九百五十一條ニ基キ一箇月ノ期間内ニ不服ノ訴ヲ提起シテ其決議ノ取消ヲ訴求シ以テ其效力ヲ消滅セシム

勝次ノ相續人ニ選定セラレタルヘキモノナルニ拘ラス右親族會ニ於テハ同法第九百八十三條ニ基キ右順位變更ニ關スル裁判所ノ許可ヲ得スルハ直チニ被控訴人ヲ右勝次ノ家督相続人ニ選定シ右決議ニ對シテハ該決議ノ日ヨリ一箇月内ニ民法第九百五十一條ノ不服申立ナカリシトコロ被控訴人ハ更ニ相當手續ヲ經テ親族會員選定位ニ召集セラレタル大正九年五月十七日右勝次ノ家督相続人選定ノ爲メ開カレタル親族會ニ於テ右勝次ノ家督相続人トシテ選定セラレタルコト大正九年一月の中柳河區裁判所ノ許可ヲ得タル上被控訴人控訴人連署ヲ以テ戶籍上被控訴人ノ戶主タルノ記載ヲ抹消シ更ラニ被控訴人ニ於テ前記大正九年五月十七日親族會ノ選定ニ基キ相續届ヲ爲シトハ執レモ當事者間ニ爭ナキトコロナリ仍テ先ツ前示大正八年十二月十七日ニ於ケル親族會ノ決議力控訴代理人抗辯ノ如ク果シテ強行法ニ反スル無効ノ決議ナルヲ否ヤニ付キ之ヲ案スルニ右親族會ノ決議ニ於テ選定セラレタルヘキ亡德永勝次ノ家督相続人トシテハ控訴人カ被控訴人ノ先順位ニ在リタルニ拘ラス右親族會ニ於テ順位變更ニ關スル裁判所ノ許可ヲ得スル次順位ニ在リタル被控訴人ヲ右勝次ノ家督相続人ニ選定スルノ決議ヲ爲シタルコトハ前示當事者間ニ爭ナキトコロニシテ右決議力民法第九百八十三條ノ規定ニ違背スルコトハ前示當事者間ニ爭ナキトコロナリト雖モ凡ソ親族會ノ決議ハ其決議力公ノ秩序ニ反スルカ爲メ必スレモ該決議力常ニ無効トナルモノニアラスニ違反シタル場合ハ格別苟モ適法ニ開カレタル親族會ニ於テ爲シタル決議力單ニ其相續順位ノ變更ニ關スル裁判所ノ許可ヲ得サリシトスルモ其許可ヲ受クルニ於テハ親族會ノ決議ニヨリ右規定ノ順位ヲ變更シ得ヘキヲ以テ何等強行法ニ反スル處ナキカ故ニ法律上當然無効トナルモノニアラス右決議ハ民法第九百五十一條ニ基キ一箇月ノ期間内ニ不服ノ訴ヲ提起シテ其決議ノ取消ヲ訴求シ以テ其效力ヲ消滅セシム

大審院

長崎控訴

シ主文ノ如ク判決ス(長崎控訴大正一〇年(ア)三九八號同年一〇月一九日民事部裁判長佐久馬吉川各判事判決法
律新第一九〇八號一二頁)

【關係事項】 控訴棄却○家督相續回復事件○控訴人德永マキ右訴訟代理人辯護士龍野喜太郎被控訴人德永マキ右訴訟代理人辯
護士吉田三一郎

【大審院判旨第二點長崎控訴判旨第一點民法第九五一條ノ親族會決議不服ノ訴ノ
内容タル決議ノ要件ニ關スル參照學說判例】

本書第九卷民法一三七〇頁

【長崎控訴判旨第二點親族會決議ト不服申立趣旨ノ起算點ニ關スル參照學說判例】

本書第九卷民法七九六頁以下

【長崎控訴判旨第一點選定相續人順位變更ノ親族會決議ノ效力ニ關スル同趣旨參
照判例】

- 一 家督相續人ノ姓名ノ維持及ヒ家政ノ整理ノ任務ニ當ルモノナルヲ以テ親族會ノ選定シタル家督相續人カ斯ル任務ニ當ルニ
不適當ナルトキハ之ヲ原因トシテ民法第九五一條ニ所謂親族會ノ決議ニ對スル不服ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルモノトス(大審
院大正七年才第七八號同年三月九日判決・民銀二四輯七五・本書六卷民法二七三頁)
- 二 法定又ハ指定ノ家督相續人ナク且其家ニ被相續人ノ父母アラサルヨリ親族會カ家督相續人ヲ選定シタルトキハ縱令其選定
ノ決議カ相續順位ノ變更ニ關スル民法第九八三條ノ規定ニ違背スルモ不服ノ訴ヲ提起シテ取消ノ裁判ヲ受ケサル限ハ之ヲ無効
ト爲スヲ得ス(同上明治四五年才六一號同年五月二日判決・民銀一八輯四三四頁)
- 三 親族會招集ノ手續ニ違法アルカ爲メ其決議カ無効タルヘキ事實ヲ有ヘルモ初メヨリ無効ニ非サル場合ニ於テハ其取消ヲ請
求スルモ違法ニ非ス(同上明治四一年才四六五號同四年四月六日判決・民銀一五輯三三二頁)
- 四 親族會ニ於テ裁判所ノ許可ヲ得シテ任意ニ法定ノ順序ヲ變更シ以テ相續人ノ選定ヲ爲シタルトキハ其決議ハ當然
無効ニ非シテ第九五一條ニヨリ取消ヲ得ヘキモノトス(長崎控訴大正二年才一九號判決・本書二卷民法三一六頁)
- 五 選定相續ノ順位ニ反スル決議ハ當然無効ニアラスシテ裁判所ノ宣言ニヨリ無効トナルモノトス(同上明治四四年才三三號
判決・評議一卷民法四〇九頁)

東京控訴

六 親族會ノ決議カ形式ニ於テ違法ノ點ナキモ實質上不當ナル場合ニハ民法第九五一條ニ依リ其取消ヲ請求シ得ルモノトス
(東京控訴明治四四年才六四三號大正元年一二月六日判決・本書二卷民法一五八頁)

七 親族會カ民法九八五條ニ從ヒ家督相續人ヲ選定スルニ當リ被相續人ノ親族アルニ拘ハラズ之ヲ指キ何等親族關係ナキ者ヲ
相續人ニ選定スル決議ハ無効ナリ此ノ如キ決議ニ對シテハ民法九五一條ニ依リ其決議ノ取消ヲ求ムル事ヲ得ヘシ(同上明治四
一年二月二日判決・衆報二卷六七頁)

大審院判例ニ付キ案スルニ同院從來ノ見解ハ民法第九五一條ニ基キ不服ノ訴ヲ
以テ主張シ得ヘキ親族會ノ決議ハ無効取消不當ニ互ル一切ノモノヲ包含スト解
スルニアリタルカ如シ然レトモ吾人ノ見解ハ無効ノ決議ヲ不服ノ訴ニ依據スル
必要ナキヲ以テ斯ル場合ヲ除外スヘシトセリ(本書第九卷民法一三七二頁評論)今
回ノ判例カ親權者タル母カ未成年者タル幼者ノ不動產ヲ賣却スル必要ナキニ拘
ラス親族會ノ同意ヲ得テ賣却シタル事案ニ對シ其決議ハ不當ニシテ取消シ得ヘ
キモノナレハ不服ノ訴ニ依據スヘシトセルハ當然無効ノ場合ニアラサルヲ以テ
此訴ニ依據スルコト吾人ノ所說ヨリスルモ必スシモ不當ナラス茲ニ只同一結果
ヲ是認スルニ吾人ノ所說ノ前提ハ大審院ノ夫レト必スシモ一致シ居ラサルモノ
ナルコトヲ謂ハントスルノミ

之ニ反シテ長崎控訴院ノ判決ハ適法ニ開カレタル親族會決議ニ於テ相續人ノ選
定順位ヲ變シタルノミナルトキハ不服ノ訴ニ依ルヘシトセリ只當然無効ナル決
議ノ場合ハ格別ナル語辭ヲ使用シ無効ナル場合ハ必スシモ此訴ニ依ル必要ナキ
コトヲ暗ニ披瀝シ居ルモノノ如キヲ以テ或ハ吾人ノ所說ト前提ヲ同クセルモノ

ニアラサルカヲ惟フモノナリ果シテ然ラハ事案ニ對スル判旨ハ全然吾人之ニ異論ナキコト先ニ評論セル所ノ如シ(本書第二卷民法一六〇頁三一七頁評論)

(二五五)

二六五 地上權者ハ他人ノ土地ニ於テ工作物又ハ竹木ヲ所有スル爲メ其土地ヲ使用スル權利ヲ有ス
三八八 土地及ヒ其上ニ存スル建物カ同一ノ所有者ニ屬スル場合ニ於テ其土地又ハ建物ノミナ抵當ト爲シタルトキハ抵當權設定者ハ該賣ノ場合ニ付キ地上權ヲ設定シタルモノト看做ス但地代ハ當事者ノ請求ニ因リ裁判所之ヲ定ム

一 登記ノ申請ニ必要ナル手續上ハ條件カ具備セザルトキ
二 前條ニ掲ケタル權利ノ設定移轉變更又ハ消滅ノ請求ヲ保全セントスルトキ
右ノ請求權カ始期附又ハ停止條件附ナルトキ其他將來ニ於テ確定スヘキモノナルトキ亦同シ
同法七第二項 假登記ヲ爲シタル場合ニ於テハ本登記ノ順位ハ假登記ノ順位ニ依ル
同法一一一 地上權ノ設定又ハ移轉ノ登記ヲ申請スル場合ニ於テハ申請書ニ地上權設定ノ目的及ヒ範圍ヲ記載シ若シ登記原因ニ存続期間地代又ハ其支拂時期ノ定アルトキハ之ヲ記載スルコトヲ要ス

東京控訴
判決

同一ノ所有者ニ屬スル土地及建物カ共ニ抵當ニ供セラレ從テ其土地及建物カ同時ニ競落セラレタル場合ヲ特ニ民法第三八八條ノ適用範圍ヨリ除外スヘキ何等ノ理由ナキヲ以テ法律ノ精神ハ勿論此場合ニモ同條ヲ適用スル趣旨ナリト解スルヲ相當トス
抵當權ノ目的タル土地及建物カ同時ニ競落セラレ甲ハ建物ヲ乙ハ土地ヲ取得シタル場合ニ於テ乙カ更ニ第三者丙ニ該土地ヲ賣渡ス前甲カ民法第三八八條ニ基ク地上權設定ノ假登記ヲ爲シタルトキハ甲ハ乙ヨリ土地ノ所有權ヲ讓受ケタル丙ニ對シ地上權設定ノ假登記手續ヲ請求シ得ルモノトス

地代ニ關スル事項カ地上權設定登記ノ要件ニ非サルコトハ不動産登記第一一條ノ規定ニ徴シ明瞭ナルカ故ニ地上權者カ地代ノ承認ヲ求メスシテ直ニ地上權設定登記手續請求ヲ爲スモ不當ニアラサルモノトス

訴外島木御輔ハ其所有ニ係ル東京市小石川區香羽町六丁目一一番地宅地百二坪ノ内西南隅間口十四間一合八勺一才八厘奥行五間五合此坪數七十八坪ノ土地及地上ニ存在スル木造柿葺平家一棟建坪四十二坪ヲ訴外小川商事合名會社ニ對スル債權擔保ノ爲メ抵當ニ供シ其登記ヲ了シタルトコロ債務不履行ノ爲メ同會社ヨリ該賣ヲ申立テラレ其結果大正八年五月九日被控訴人ハ右家屋ヲ競落シ同會社ハ右土地ヲ競落シタル上被控訴人ハ同月三〇日其所有權取得登記ヲ爲シ又同會社ハ大正九年一月五日更ニ該土地ヲ控訴人ニ賣渡シ即日其所有權移轉ノ登記ヲ爲シタルコト及ヒ被控訴人ハ民法第三八條ノ規定ニ依ル地上權者ナリトノ理由ニ基キ大正八年六月二十七日同會社ニ對スル東京區裁判所ノ假登記命令ヲ得テ右土地ニ付キ地上權設定假登記ヲ爲シタルコトハ當事者間ニ爭ナレバ仍テ該假登記ノ效力如何ヲ案スルニ民法第三八八條ニ「土地及ヒ其地上ニ存スル建物カ同一ノ所有者ニ屬スル場合ニ於テ其土地又ハ建物ノミナ抵當ト爲シタルトキハ」ト規定スレトモ本件ノ如ク同一ノ所有者ニ屬スル土地及建物カ共ニ抵當ニ供セラレ從テ其土地及建物カ同時ニ競落セラレタル場合ヲ特ニ同法條ノ適用範圍ヨリ除外スヘキ何等ノ理由ナキヲ以テ法律ノ精神ハ勿論此場合ニモ同法條ヲ適用スル趣旨ナリト解スルヲ相當トスヘシ故ニ控訴人カ之ト異ナル見解ノ下ニ反對ノ解釋ヲ試ムルハ謂レナキコトニシテ案ヨリ被控訴人ハ同法條ニ基キ本件ノ土地ニ對シ地上權ヲ有スルモノト謂ハサルヲ得ス然リ而シテ被控訴人カ爲シタル前掲地上權設定假登記ハ右訴外會社カ本件ノ土地ヲ競落シテ之ヲ控訴人ニ賣渡スル前即テ大正八年六月二十七日登記セラレタルモノナルヲ以テ被控訴人ハ該假登記ニ依

リ其登記後ニ同會社ヨリ本件土地ノ所有權ヲ讓受ケタル控訴人ニ對シ地上權ノ設定ノ登記手續ヲ請求シ得ヘキハ當然ニシテ從テ此點ニ付キ控訴人カ本件地上權設定假
登記ハ其本登記ト異リ第三者ニ對シ該登記事實ヲ對抗シ得サルモノナルカ故ニ直接
控訴人ニ對シ右假登記ニ基キ本訴請求ヲ爲スヲ得サルモノナルカ如ク論スルノ失當
ナルハ敢テ多言ヲ要セス尙控訴人ハ地上權設定登記ハ地代ノ確認ヲ認メタル上之ヲ
請求スヘク未タ其確認ヲキ本訴ヘ不當ナリト抗辯スルモ凡ソ地代ニ關スル事項カ地
上權設定登記ノ要件ニ非ラサルコトハ不動產登記法第一一條ノ規定ニ徴シ明瞭ナ
ルカ故ニ被控訴人カ地代ノ確認ヲ求メスニシテ直ニ本件ノ請求ヲ爲スモ不當ニ非ス控
訴人ノ抗辯ハ其理由ナシ以上説明ノ如クニシテ被控訴人ノ本訴請求ハ正當ナルニ
リ其更正申立ニ基キ原判決ヲ變更スヘキモノト認メ民事訴訟法第七二條第一項ニ
リ主文ノ如ク判決ス(東京控訴院大正一〇年(ホ)第五四六號同年一〇月一二日民三部神谷裁判長吉田山田各判事判
決)

【關係事項】控訴棄却○地上權設定登記手續請求控訴事件○控訴人須原大助訴訟代理人辯護士姫野渡被控訴人精谷福平

【參照學說判例】

本書本卷民法五四四頁以下

民法第三八八條ノ適用範圍ニ付キ殆ト同一事案ニ付キ評論アルヲ以テ參照セラ
レタシ(本書本卷民法五四七頁評論)

(二五六)

八八四 親權ヲ行フ父又ハ母(未成年ノ子ノ財産ヲ管理シ又其財産ニ關スル法律行為ニ付キ其子ヲ代表ス但其子ノ
行為ヲ目的トスル債務ヲ生スヘキ場合ニ於テハ本人ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス
九七五 法定ノ推定家督相續人ニ付キ左ノ事由アルトキハ被相續人ハ其推定家督相續人ノ廢除ヲ裁判所ニ請求スル
コトヲ得

- 一 被相續人ニ對シテ虐待ヲ爲シ又ハ之ニ重大ナル侮辱ヲ加ヘタルコト
 - 二 疾病其他身體又ハ精神ノ狀況ニ因リ家政ヲ執ルニ堪ヘサルヘキコト
 - 三 家名ニ汚辱ヲ及ホスヘキ罪ニ因リテ刑ニ處セラレタルコト
 - 四 浪費者トシテ地產治産ノ宣告ヲ受ケ改悛ノ望ナキコト
- 此他正當ノ事由アルトキハ被相續人ハ親族會ノ同意ヲ得テ其廢除ヲ請求スルコトヲ得
人事訴訟手續法三四 廢除ノ取消ヲ目的トスル訴ニ付テハ廢除ニ因リテ推定家督相續人又ハ推定相續人ト爲リタル
者ヲ以テ相手方トス

民法ハ親權者ハ未成年ノ子ノ財産ニ關スル法律行為ニ付キ其子ヲ代表スル旨規
定スレ共右ハ法定代理人タル親權者カ其子ノ財産以外ノ事項ニ關スル行為ニ付
キ代理ヲ爲スコトヲ絕對ニ禁止シタルモノナリト解スヘキモノニアラサルノミ
ナラス法定代理人タル親權者ハ其子ノ身上ニ關スル利益ヲモ之ヲ保護助長スヘ
キ職責ヲ有スルモノナリト謂フヘキヲ以テ法定ノ推定家督相續人ノ廢除ニ關ス
ル訴訟ニ於テ行為無能力者タル未成年者カ意思決定能力ヲ有スル場合ノ如ク其
未成年者自ラ訴訟行為ヲ爲スコトヲ得ヘキ能力ヲ認メラレ法定代理人ノ代理權
カ明カニ排斥セラレタル場合ハ格別ナルモ未成年者カ意思決定能力ヲ有セザ
ル場合ニ於テハ自ラ訴訟行為ヲ爲スコトヲ得サルハ勿論ニシテ此場合法律ハ其
子ニ代リテ法律行為若クハ訴訟行為ヲ爲スコトヲ得ル者ニ付何等ノ規定ヲ設ケ
サルニヨリ前條ノ職責アリ親權者ニ於テハ其無能力ノ子ヲ代表シテ訴訟ヲ爲ス
ヘキモノト解スヘキモノトス

案スルニ被控訴人ハ控訴人ノ孫(控訴人ノ長男亡正作ノ長女)ニシテ其法定ノ推定家督

相續人ナルコト並ニ被控訴人ハ未成年者(七歳未満)ニシテ松澤儀助ト繼父子ノ關係ニ
 立チ同人ノ親權ニ服スルモノナルコトハ眞正ニ成立シタリト認ムヘキ甲第一號證ニ
 依リ明カニシテ控訴人カ本訴ノ提起ヲ爲スニ付適法ニ招集セラレタル親族會ノ同意
 ヲ經タルコトハ同第二號證ノ一二ニ徴シ明瞭ナリ
 然ラハ本訴ニ於テ右松澤儀助ハ意思無能力者ナリト認ムヘキ被控訴人ノ親權者トシ
 テ同人ノ訴訟行爲ニ付キ其代理ヲ爲シ得ヘキ資格ヲ有スルモノナリト謂ハサルヘカ
 ラス蓋シ民法ハ親權者ハ未成年ノ子ノ財產ニ關スル法律行爲ニ付キ其子ヲ代表スル
 爲規定スレトモ右ハ法定代理人タル親權者カ其子ノ財產以外ノ事項ニ關スル行爲ニ
 付キ代理ヲ爲スコトヲ絕對ニ禁止シタルモノナリト解スヘキモノニアラサルノミナ
 ラス法定代理人タル親權者ハ其子ノ身上ニ關スル利益ヲモ之ヲ保護助長スヘキ職責
 ナラスルモノナリト謂フヘキヲ以テ法定ノ推定家督相續人ノ廢除ニ關スル訴訟ニ於
 テ行爲無能力者タル未成年者カ意思決定能力ヲ有スル場合ノ如ク其未成年者自ラ訴
 訟行爲ヲ爲スコトヲ得ヘキ能力ヲ認メラレ法定代理人ノ代理權カ明カニ排斥セラレ
 タル場合ハ格別ナルモ更ラニ進ント未成年者カ意思決定能力ヲ有セサル場合ニ於
 テハ自ラ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得サルハ勿論ニシテ此場合法律ハ其子ニ代リテ法律
 行爲若クハ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得ル者ニ付キ何等ノ規定ヲ設ケサルニヨリ前示ノ
 職責アル親權者ニ於テ其無能力ノ子ヲ代表シテ訴訟行爲ヲ爲スヘキモノト解スヘキ
 ナリテナリ然ラハ即チ原裁判所カ被控訴人ノ親權者タル松澤儀助ハ意思能力ナキ被
 控訴人ノ身上ノ權利ニ關スル本訴ニ於テ同人ヲ代理シテ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得
 サルモノナリトノ論旨ニ基キ換言スレハ被控訴人ノ法律上代理ノ欠缺ヲ理由トシテ
 仍チ當院ハ原判決ヲ廢棄シ更ラニ相當ナリト謂ハサル可ラス
 差戻スヘキモノトシ主文ノ如ク判決シタリ(東京控訴院大正一〇年(ホ)第五三四號同年一〇月二八日民
 之部神谷裁判長吉田山田各判事判決)

【關係事項】 廢棄差戻ノ法定推定家督相續人廢除請求控訴事件○控訴人松澤林治訴訟代理人鈴木雄次郎被控訴人松澤そら法律
上代理人親權者松澤儀助

【廢除訴訟ト法定代理權限ニ關スル反對判例】

本書本卷諸法二二六頁

【身上ノ行爲ト法定代理ニ關スル參照學說判例】

本書本卷民法四六二頁同諸法五〇頁以下

(二五七)

四二二 債務ノ履行ニ付キ確定期間アルトキハ債務者ハ其期限ノ到来シタル時ヨリ遲滞ノ責ニ任ス

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来シタルコトヲ知リタル時ヨリ遲滞ノ責ニ任ス

五三三 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

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迄ハ自己ノ債務ノ履
 行ヲ拒ムコトヲ得ルハ民法ノ規定スルところナレトモ右ハ相手方カ其債務ノ履
 行ヲ提供スルニ於テハ他ノ一方カ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カ債務ヲ履行セザ
 ルコト明瞭ナル場合ニ於テハ相手方カ債務ヲ履行セサルモ他ノ一方ハ之ヲ理由
 トシテ自己ノ債務不履行ノ責ヲ免ル能ハサルモノト解セサルヘカテサルモノト
 ス

故障ハ適法ナリ按スルニ被告カ大正八年一月一日原告主張ノ機械ノ製作代金六百圓ニテ原告ヨリ請負ヒ同日原告ヨリ内金二百圓ヲ受領シ大機械ヲ同年二月二日迄ニ原告ニ引渡スヘキ旨ヲ原告ニ約シタルコト被告カ右期日ニ機械ノ引渡ヲ爲サザリシ爲メ大正九年一月九日原告被告間ニ右履行期ヲ同年一月二〇日ニ變更シ其際若シ被告カ該期日ニ機械ノ引渡ヲ爲サザルコトハ被告ハ右期日以降一日ニ付金百圓宛ノ違約金ヲ原告ニ支拂フヘキ旨ノ契約締結セラレタルコトハ執レモ當事者間爭ナキトコロナリ…次ニ第四抗辯ニ付按スルニ本件請負代金殘額四百圓ハ原告ニ於テ本件機械ト引換ヘキ支拂フヘキ旨ナリシコトハ原告本人ノ供述ニヨリ之ヲ認メ得ヘシ而シテ雙方契約當事者ノ一方ハ相手方カ其債務ノ履行ヲ提供スル迄ハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得ルハ民法ノ規定スルトコロナレトモ右ハ相手方カ其債務ノ履行ヲ提供スルニ於テ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カ債務ヲ履行セザルコト明確ナル場合ニ於テハ相手方カ債務ノ履行ヲ提供セザルモ他ノ一方ハ之ヲ理由トシテ自己ノ債務不履行ノ責ヲ免ルル能ハサルモノト解セザルヘカラス本件ニ於テ被告ハ機械引渡期日ナル大正九年一月二〇日ニ至ルモ機械未完成ニシテ原告ニ引渡ヲ爲サズ得ザル状態ナリシコトハ被告ノ認ムルコトナリ以テ原告カ右期日ニ代金四百圓ヲ提供セザルモ被告ハ債務不履行ニ付責任ヲ免ルルコト得ザルモノニシテ被告ハ其翌日ヨリ債務者連滞ニ陥リタルモノナリ從テ右抗辯モ之ヲ排斥ス…而シテ被告カ原告ヨリ本件違約金支拂ノ催告ヲ受ケ右催告カ大正九年六月九日被告ニ到達シタルコトハ被告ノ認ムルコトナリ以テ原告ノ本訴請求ハ全部正當ナリト認ム(東京地方裁判所大正九年(ワ)第五〇四號向一〇一年一月一日六日民三部小林裁判長河村石井各判事判決)

外一名

【關係事項】原告勝訴○違約金請求事件○原告中村竹次部訴訟代理人辯護士一又又七被告案原告訴訟代理人辯護士山田敬太郎

【同時履行抗辯付債務ト付遲滞ニ關スル參照判例】

本書卷民法三九頁以下七九頁

判旨ノ正當ナルコト吾人ノ持論ナリ(本書第九卷民法一三九三頁評論)

(二五八)

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任ニ任ス
 七一〇 他人ノ身體自由又ハ名譽ヲ害シタル場合ト財産權ヲ害シタル場合トヲ問ハス前條ノ規定ニ依リテ損害賠償ノ責任ニ任スル者ハ財産以外ノ損害ニ對シテモ其賠償ヲ爲スコトヲ要ス
 七二二 第四百十七條ノ規定ハ不法行為ニ因ル損害ノ賠償ニ之ヲ準用ス被害者ニ過失アリタルトキハ裁判所ハ損害賠償ノ額ヲ定ムルニ付キ之ヲ斟酌スシコトヲ得

路次内左側ノ板塀ニハ「此側ヲ通行スヘカラス危險ニ付キ足ヲ留ムヘカラス」「放尿大小便樂書ヲ爲スヘカラス」「車馬ノ出入ニ注意スヘシ一般通行嚴禁」ノ趣旨ヲ墨ヲ以テ書シアルコト明白ニシテ斯ノ如キ場所ニ單ニ亡甲力用便ノ爲メ入りタルハ同人ニ於テモ過失アリト雖モ人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ苟モ故意若クハ過失アリタル以上假令被害者ニ過失アリタルト雖モ其實ニ任スヘキモノトス」一般通行ヲ禁スル路次内ト雖モ誤テ人ノ入ルコトナキヲ保セザルヲ以テ數百貫ノ木材ヲ車體ニ喰ミ出ツルマテ荷馬車ニ積載シ之ヲ狹隘ナル路次内ニ引入ルルニ當ツテハ單ニ車馬ヲ緩漫ニ引キ入ルルヲ以テ足レリトセス其層視シ得ル範圍内ニ於テ何等危險ナキヤ否ヤヲ確メタル後之ヲ引入ルヘキモノトス」
 路次ハ幅約二間ナルトコロ乙ハ約二八〇貫ノ松枝ヲ荷馬車ニ積載シテ右路次内

ニ入ラムトシ馬ノ速力早カリシ爲メ馬ノ左側ニアリテ馬ノ口ノ方ノミニ注意シ
 車輪並ニ前方ニ注意スルコトナク路次内ニ人ノ居ルヤ否ヤヲ確メサリシ爲メ當
 時亡甲カ路次入口ノ門ノ扉ノ蔭ニ在ラスシテ之ヲ去ル一二尺ノ個所ニ居リタル
 ニ氣付カス何等ノ警戒ヲ與ヘスシテ路次内ニ馬車ヲ相當速力ニテ引入レタル爲
 メ甲ハ馬車ノ路次内ノ左側板塀トノ間ニ狹壓サレテ其下腹部ニ重傷ヲ蒙リ遂ニ
 死亡シタル事實ヲ認ムルニ十分ニシテ乙ハ其過失ニ因リ甲ヲ死ニ致シタルモノ
 ナレハ丙外三名其母甲ノ變死ニ因リ蒙レル精神上苦痛ノ慰藉料ヲ支拂フヘキ義
 務アリ其金額ハ丙ノ身分地位並ニ亡甲カ七歳ニテ死亡シタルコト及ヒ被害者ノ
 過失ヲ斟酌シ乙ハ丙外三名ニ對シ金二百圓宛ヲ賠償スルヲ相當トス

原告等ハ執レモ訴外右神田あさノ實子ナルコト並ニ右あさカ大正七年六月一日午
 後一時頃東京府豊多摩郡澁谷町宇廣尾二三番地訴外木林利太郎ノ製箱工場入口ノ路
 次ニ於テ孫喜久代ニ用便ヲ達セシメ居タル際被告並井愛次郎カ材木ヲ車體ヨリ幾部
 空出セシメテ積ミタル荷馬車ノ爲メニ其下腹部ニ重傷ヲ受ケ同日遂ニ死亡スルニ至
 リタルコトハ當事者間ニ爭ナシ而シテ原告等訴訟代理人ハ右亡あさノ傷害ハ被害並
 井ノ重過失ニ因ルコトヲ主張スルニ對シ被告並井訴訟代理人ハ被告並井ハ馬ノ前方
 右側ニ在リテ十分ノ注意ヲ爲シ非常ニ緩カニ路次ニ入りタルノミナラス右路次ハ無
 用ノ者ノ出入ヲ禁シ其門内ニハ無用ノ者不可入ニ大小便無用等ノ文字ヲ人目ニ著キ
 易キ個所ニ大書シアルニ不拘亡あさハ路次内ニ入り門ノ左扉ヲ路次ノ扉ヨリ離シテ
 其蔭ニ匿シ居タルモノナレハ過失ハ寧ロ被害者側ニ在リト抗辯スルヲ以テ此點ニ付
 々按スルニ檢證圖書ニヨレハ本件路次ノ入口ハ無用ノ者入ルヲ禁スル旨及路次内ノ

左側ノ板塀ニハ此側ヲ通行スヘカラス危險ニ付キ足ヲ留ムヘカラスニ放尿大小便樂書
 ヲ爲スヘカラスニ馬ノ出入ニ注意スヘシ一般通行嚴禁ノ趣旨ヲ盡クシテ書シアリタ
 ルコト明白ニシテ斯ノ如キ場合ニ單ニ亡あさカ用便ノ爲メ入りタルハ同人ニ於テモ
 過失アリト雖トモ人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ苟クモ故意若クハ過失アリタル以上ハ
 全被害者ニ過失アリタルトキト雖トモ其責任ニ任スヘキモノトス然リ而シテ上叙ノ如
 キ一般通行ヲ禁スル路次内ト雖トモ誤テ人ノ入ルコトヲ保セサルヲ以テ數百圓
 ノ木材ヲ車體ニ噴ミ出ツルマテ荷馬車ニ積載シ之ヲ狹隘ナル路次内ニ引入ルニ當
 リテハ更ニ馬車ヲ緩漫ニ引キ入ルルヲ以テ足レリトセス其看視シ得ル範圍内ニ於テ
 何等危險ナキヤ否ヤヲ確メタル後之ヲ引キ入ルヘキモノトス然ルニ甲第六號證ノ六
 七八ニテ綜合スレハ本件路次ハ幅約二間ナルトコロ被告並井ハ約二百八十員ノ松板
 ヲ荷馬車ニ積載シテ右路次ニ入ラントシ馬ノ速力早カリシ爲メ馬ノ右側ニ在リテ馬
 ノ口ノ方ノミニ注意シ車輪並ニ前方ニ注意スルコトヲ路次内ニ人ノ居ルヤ否ヤヲ
 確メサリシ爲メ當時亡あさカ路次入口ノ門ノ左側ノ蔭ニアラスシテ之ヲ去ル一二尺
 ノ個所ニ居リタルニ氣付カス從テ何等ノ警告ヲ與ヘスシテ路次内ニ馬車ヲ相當速力
 ニテ引入レタル爲メあさハ馬車ト路次内ノ左側板塀トノ間ニ狹壓サレテ其下腹部
 ニ重傷ヲ蒙リ遂ニ死亡シタル事實ヲ認ムルニ十分ニシテ被告並井ハ提出採用スル各證據
 ナリテハ未ダ右認定ヲ覆スニ足ラス果シテ然ラハ被告並井ハ其過失ニ因リ右大神田
 あさカ死ニ致シタルモノト謂ハサルヘカラス從テ被告並井ハ右あさカモ過失アリタ
 ルコト前叙ノ如シト雖トモ同人ノ子ナル原告等ニ對シ原告等カ其母ノ變死ニ因リ蒙
 レル精神上苦痛ノ慰藉料ヲ支拂フヘキ義務アルモノトス而シテ原告等ノ身分地位並
 ニ右あさカ六十七歳ニテ死亡シタルコトハ被告並井ノ明カニ爭ハス又他ノ陳述ヨリ
 之ヲ爭フ意思顯ハレサルヲ以テ原告等ノ右主張事實ハ被告並井ニ於テ之ヲ自白レタ
 ルモノト看做スヘク又被告並井ハ日收約八十員ノ荷馬車挽ナルコトハ甲第六號證ノ
 七ニ依リ明白ナルカ故ニ右諸事情並ニ前段認定ノ被害者ノ過失ヲ斟酌シ賠償額ハ各

原告ニ對シ金二百圓宛テ相當トス故ニ被告並井ニ對スル原告等ノ請求ハ右認定ノ範圍内ニ於テ之ヲ認定スヘク之ニ超過スル分ハ失當トシテ棄却スヘキモノトス…(東京地方裁判所大正七年(ワ)第一一五三號同一〇年一月二三日民八部吉田裁判長齋藤宮本各判事判決)

【關係事項】

一部勝訴〇損害賠償請求事件〇原告大神田幸平外三名訴訟代理人辯護士横山勝太郎外一名被告沖倉定吉訴訟代理人辯護士玉川次致被告並井愛次郎訴訟代理人辯護士南雲庄之助

- 七六九 直系血族又ハ三親等内ノ傍系血族ノ間ニ於テハ婚姻ヲ爲スコトヲ得ス但養子ト養方ノ傍系血族トノ間ハ此限ニアラス
- 七八〇 第七百六十五條乃至第七百七十一條ノ規定ニ違反シタル婚姻ハ各當事者其戸主親族又ハ檢事ヨリ其取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但檢事ハ當事者ノ一方カ死亡シタル後ハ之ヲ請求スルコトヲ得ス
- 七八七 婚姻ノ取消ハ其效力ヲ既往ニ及ボサズ
- 七八八 婚姻ノ當時其取消ノ原因ノ存スルコトヲ知ラザリシ當事者カ婚姻ニ因リテ財產ヲ得タルトキハ現ニ利益ヲ受タル限度ニ於テ其返還ヲ爲スコトヲ要ス
- 八三八 婚姻ノ當時其取消ノ原因ノ存スルコトヲ知リタル當事者ハ婚姻ニ因リテ得タル利益ノ全部ヲ返還スルコトヲ要ス尙ホ相手方カ善意ナリシトキハ之ニ對シテ損害賠償ノ責ニ任ス
- 八五八 尊屬又ハ年長者ハ之ヲ養子ト爲スコトヲ得ス
- 八五九 第八百三十八條又ハ第八百三十九條ノ規定ニ違反シタル縁組ハ各當事者其戸主又ハ親族ヨリ其取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得
- 八五九 第七百八十五條及ヒ第七百八十七條ノ規定ハ縁組ニ之ヲ準用ス
- 但第七百八十五條第二項ノ期間ハ之ヲ六ヶ月トス
- 九四四 本法其他ノ法令ノ規定ニ依リ親族會ヲ開クヘキ場合ニ於テハ會議ヲ要スル事件ノ本人戸主親族後見人後見監督人保佐人檢事又ハ利害關係人ノ請求ニ因リ裁判所ニ之ヲ招集ス
- 九八二 法定又ハ指定ノ家督相續人ナキ場合ニ於テ其家ニ被相續人ノ父アルトキハ父父ヲ了サルトキ又ハ父カ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ母父母共ニアラサルトキ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ親族會ハ左ノ順序ニ從ヒ家族中ヨリ家督相續人ヲ選定ス
- 第一 配偶者但家女ナルトキ
- 第二 兄弟

第三 姉妹
 第四 第一號ニ該當セザル配偶者
 第五 兄弟姉妹ノ直系卑屬
 九八四 第九百八十三條ノ規定ニ依リテ家督相續人タル者ナキトキハ家ニ在ル直系卑屬中親等ノ最モ近キ者家督相續人ト爲ル但親等ノ同シキ者ノ間ニ在リテハ男ヲ先ニス

九八五 前條ノ規定ニ依リテ家督相續人タル者ナキトキハ親族會ハ被相續人ノ親族 族分家ノ戸主又ハ本家若クハ分家ノ家族中ヨリ家督相續人ヲ選出ス

前項ニ掲ケタル者ノ中ニ家督相續人タルヘキ者ナキトキハ親族會ハ他人ノ中ヨリ之ヲ選定ス

親族會ハ正當ノ事由アル場合ニ限り前二項ノ規定ニ拘ラス裁判所ノ許可ヲ得テ他人ヲ選定スルコトヲ得

直系血族間ノ養子縁組年長者ヲ養子トスルコトハ法律上當然無効ニ非スシテ單ニ取消シ得ヘキニ過キサルコトハ民法第七八〇條第八五四條ニ依リ又縱令取消アリタル場合ニ於テモ其取消ノ效果カ既往ニ遡及セサルコトハ民法七八七條第八五九條ニ徴シ何レモ明白ナルヲ以テ取消前ニ在リテハ右入夫婚姻ノ當事者タル夫ノ孫カ女戸主ノ爲メニ爲シタル家督相續人選定ノ爲メノ親族會招集ノ申請力適法ナルハ勿論右申請ニ基キ右女戸主ノ親族會員ニ選任セラレタル者カ民法第九八二條ニ因リ選定スヘキ旨及同第九八四條ニ因リ家督相續人タルヘキ尊屬ナカリシヲ以テ夫ノ孫乙ヲ相續人ニ選定シタル親族會ノ決議ハ何等民法第九八五條ニ違反スルモノニ非サルモノトス

原告方東京市芝區島森町四番地亡多賀たみ事柴田ふみノ甥ニシテ被告等カふみノ夫タリレ亡多賀右金次ノ孫訴外多賀太郎ノ申請ニ基ク東京區裁判所大正九年(ワ)第一九四號親族會招集決定ニ因リ被相續人ふみノ家督相續人選定ノ爲メノ親族會員ニ選任

○大正九年二月六日午前一時東京市芝區島森町四番地多賀太郎宅ニ於テ夫
ノ家督相続人ニ右金次ノ孫訴外多賀治郎ヲ選定ノ旨決議ヲ爲シタルコト並ニ夫
明治一五年九月四日年少者タル多賀六郎ト養子縁組ヲ爲シ且ツ右多賀家ノ戸主ト爲
リタル後明治三三年二月九日養父六郎ノ實父右金次ト入夫婚姻ヲ爲シタルコト及
ヒ夫右金次ノ入夫婚姻カ大正九年八月六日婦美間ノ養子縁組カ今年一月中旬何
レモ取消ノ判決確定ニ因リ取消サレタル事實ハ當事者間ニ争ナク原告ハ前示ノ如ク
年少者ノ養子トナルコトニ民法施行前ニ在リテモ法ノ許容セザリシトコロコト又
直系血族間ノ婚姻ハ民法第七六九條ノ禁止スルコトコトナリ以テ右養子縁組並ニ入
夫婚姻ハ何レモ法律上無効ナリ從テ被相続人亡夫ノ親族會員選任並ニ親族會召集
ノ申請ヲ爲シタル太郎ハ夫ハ夫ノ親族ニ非ラス假リニ之ヲ利害關係人トシテ其申請ヲ
有効ナリトスルモ被告等カ夫ハ夫ノ親族アルニ拘ラス裁判所ノ許可ヲ得シテ親
族ナラサル治郎ヲ相續人ニ選定シタル本件親族會ノ決議ハ民法第九八五條ノ定ムル
選定順序ヲ無視シタル違法ノ決議ナリトノ旨主張スレトモ斯ノ如キ入夫婚姻並ニ養
子縁組カ法律上當然無効ニ非ラスシテ單ニ取消シ得ヘキニ過キサルコトハ民法第七
八〇條第八五四條ニ依リ又假令取消アリタル場合ニ於テモ其取消ノ效果カ既往ニ遡
及セサルコトハ同法第七八七條第八五九條ニ徴シ何レモ明白ナルヲ以テ取消前ニ在
リテハ右金次ノ孫ニ該ル前記太郎並ニ治郎ハ右金次ノ婚被相續人ナリト爲シタル
コト蓋シ言テ俟タサルコトナリトス從ツテ取消以前ニ於テ太郎ノ爲シタル夫ハ夫ノ
家督相續人選定ノ爲メノ親族會召集ノ申請カ適法ナルハ勿論右申請ニ基キ夫ハ夫ノ親
族會員ニ選任セラレタル被告等カ民法第九八二條ニ因リ選定スヘキ旨及ヒ同法第九
四條ニ因リ家督相續人タルヘキ尊屬ナカリシヲ以テ治郎ヲ相續人ニ選定シタル本件
親族會ノ決議ハ何等同法第九八五條ニ違反スルモノニ非ラズト謂ハサルヘカラス夫
ニ原告ハ本件親族會ノ決議ハ被相續人ナリト遺思ニ反スル不當ノモノナル旨主張ス
レトモ甲第三號證ニ依リテハ未ダ該事實ヲ明認スルニ足ラス其他ノ甲各號證並ニ證

梅博士
仁井田博士
七
牧野博士
今井博士
島田博士

【婚姻取消ノ效力ニ關スル同趣旨學說】

人石川武之ノ證言ヲ徵スルモ右事實ヲ肯定シ難ク却ツテ同人ノ證言及…ヲ以テスレ
ハ前示治郎ヲ夫ノ家督相續人ニ選定シタルハ被相續人ノ遺思ニ適スルモノナルヲ
窺知シ得ヘシ果シテ然ラハ原告ノ本訴請求ハ其理由ナキニ歸スルヲ以テ之ヲ棄却ス
ヘキモノトス(東京地方裁判所大正九年(ワ)第三六七號同一〇年三月二八日民一部推津裁制長吉田杉本各判事判決)

【關係事項】

棄却○親族會決議ニ對スル不服ノ訴○原告柴田武治訴訟代理人辯護士中川孝太郎外二名被告多賀一外二名訴訟代
理人辯護士中井富藏外三名

【養子縁組取消ノ效力ニ關スル同趣旨學說】

一 我民法ニ於テハ寧ろ原則トシテ婚姻ノ取消ハ其效力ヲ既往ニ及ボササルモノトシ身分上ニ於テモ財產上ニ於テモ既ニ過去
ニ屬スル事項ニ屬シテ之レヲ現狀ノ儘トシ取テ攪亂ヲ試ムルコトヲ許サス而シテ其最モ重ナル結果ハ夫婦間ニ縁ケル者子ハ嫡
子ト看做シ總テ嫡出子ノ權利義務ヲ有スル者トスルニ在リ唯將來ニ向テハ婚姻ナキモノト看ルカ故ニ夫婦ハ自ラ互ニ其夫婦
タル關係ヲ失ヒ財產モ亦將來全ク獨立シタル二人ノ財產ト爲ルヘシ唯不當利得及ヒ不正行爲ノ原則ニ依リ夫婦間ノ財產關係ヲ
定ムルノ(法學博士梅謙次郎氏民法要義親族編一三九頁)

二 婚姻ノ取消ハ其效力ヲ既往ニ及ボササルカ故ニ婚姻カ初ヨリ無効ナリシモノト看做サル結果サ生スルコトナク唯婚姻ノ
效力ヲ將來ニ向テ消滅セシムルニ過キス故ニ婚姻ノ取消カ其效力ヲ生スルモ婚姻中ニ妻ノ懷胎シタル夫ノ子及ヒ婚姻中父母カ
認知シタルカ爲ニ嫡出子ト爲リタル私生子並ニ父母ノ婚姻ニ因リテ嫡出子ト爲リタル庶子ハ嫡出子タル身分ヲ失ハス(法學博
士仁井田益太郎氏親族法一四七頁)

三 婚姻ノ取消ハ婚姻ノ無効ト異ニシテ婚姻ヲ取消ス判決ノ確定ニ因リテ其效力ヲ生シ過去ニ遡リテ其效力ヲ生セス換言スレハ
取消サレタル婚姻ハ爾後ニ於テ其效力ヲ生スル能ハサレトモ既ニ生シタル效果ハ法律ノ之ヲ尊重スルル恰モ有効ナル婚姻カ離婚ニ
ヨリテ解除セラレタル場合ニ於ケルト同一ナリトス(法學博士牧野篤之助親族法二四五頁)

四 婚姻取消ノ效力ハ既往ニ遡及セサルヲ原則トス從テ婚姻取消サレタル其間ニ生シタル子ハ私生子トナラス然レトモ財產權
上ノ關係ニ至リテハ必スシモ之ニ依ルヘカラス(法學博士今井嘉幸氏通論四六四頁)

五 我民法ニ依ルトキハ婚姻ノ取消ハ其效力ヲ既往ニ及ボササルヲ原則トスルカ故ニ取消後ニ於テハ婚姻ノ意思表示ハ變シテ
無効ナリシコトト爲リ當事者間ニ婚姻成立セザリシ狀態ニ復スルニ拘ラス其取消前ニ於ケル夫婦關係及ヒ之ニ基因シテ既ニ發
生シタル諸般ノ事項ハ婚姻ノ取消ニ因リテ影響ヲ受クルコトナシ(法學士島田鐵吉氏親族法大正六明大講二二一頁)

博士 梅田 仁井田博士 牧野博士 掛下博士 島田博士 阪本博士 飯島博士

一 養子縁組ニ於テモ同シク身分上ノ關係ヲ生ズルヲ以テ婚姻ト同一ノ規定ニ從フヘキモノトシタルナリ或ハ曰ハン婚姻ハ其結果第三者タル子ヲ生ズルカ故ニ殊ニ其取消ノ效力ヲ既往ニ遡ラシメサルノ理由アリト雖モ養子縁組ニ付テハ同一ノ理由ナキヲ以テ敢テ其取消ノ效力ヲ既往ニ遡ラシメサルノ理由ナシト然リト雖モ間接ニハ第三者タル子ノ權利ニ六ナ 影響ヲ及ボスヲ以テ著シク效力ヲ既往ニ遡ラシムルトキハ容知ナラサル結果ヲ惹起スルコトナシトセザルナリ (法學博士梅田氏法要義親族編二四頁)

二 縁組取消ノ效力ハ婚姻ノ取消ノ效力ト同シク之ヲ既往ニ及ボササルモノトス蓋シ婚姻ノ取消モ亦當事者ノ身分ニ重大ナル影響ヲ及ボスヲ以テナリ (法學博士梅田氏法要義親族編大正五中大講三三三頁)

三 縁組ノ取消ハ其效力ヲ既往ニ及ボサス故ニ縁組ニ因リテ生ズル養子ト養親及ヒ其血族トノ親族關係家族關係及ヒ其他ノ法律上ノ效果ハ縁組ノ取消アルモ既往ニ遡リテ消滅スルコトナク唯將來ニ向テ消滅スルニ過キス之ヲ要スルニ縁組ノ取消ハ縁組ニ因リテ生ズル一切ノ法律上ノ效果ヲ將來ニ向テ消滅セシムルモノナリ (法學博士仁井田氏法要義親族編二六三頁)

四 縁組ノ取消ハ縁組ハ一旦成立シタルモ裁判所ノ判決ニヨリ取消シタルモノナレバ其判決確定以後ニ於テノ縁組ノ效果ヲ生ゼシメサルモノナリ換言スレハ縁組ノ取消ハ其效力ヲ既往ニ遡ラセシメサルモノトス (法學博士牧野氏法要義親族編三八九頁)

五 縁組取消ノ效力モ婚姻取消ノ效力(第七七七條)ト同シク既往ニ遡ラサルヲ原則トシ唯ク縁組ノ當時其取消ノ原因ノ存スルコトヲ知ラザリシ當事者カ縁組ニ因リテ財産ヲ得タルトキハ現ニ利益ヲ受ケル限度ニ於テ其返還ヲ爲スコトヲ要シ惡意ノ當事者ハ縁組ニ因リテ得タル利益ノ全部ヲ返還スルコトヲ要シ尙ホ相手方カ善意ナリシトキハコレニ對シテ損害賠償ノ責ニ任セザル可カス (法學博士掛下氏親族法政講二二三頁)

六 縁組ノ取消ハ其效力ヲ既往ニ及ボササルヲ原則トスルカ故ニ取消後ニ於テハ縁組成立セザリシ狀態ニ復スルニ拘ハラズ其取消前ニ於ケル養親子關係及ヒ之ニ基因シテ發生シタル諸般ノ事項ハ縁組ノ取消ニ因リテ影響ヲ受ケルコトナシ (法學博士島田鐵吉氏親族大正五中大講三三六頁)

七 縁組取消ノ效果ハ將來ニ向テ發生シ既往ニ遡ラス而シテ此效果ハ當事者ノ身分上ニ及ボスモノト當事者ノ財産上ニ及ボスモノトノ二分ツ(ドクトルニリス 阪本三郎氏親族法大講二一七頁)

八 縁組ノ取消ハ婚姻ノ取消ノ場合ト同シク其效力ヲ既往ニ及ボササルモノトス又取消ノ結果財産上ノ關係ニ及ボス效果ニ付テモ婚姻ノ場合ト同シク當事者ヲシテ不當ノ利益ヲ爲サシメサルカ爲メ(一)縁組ノ當時其取消ノ原因ノ存スルコトヲ知ラザリシ當事者カ縁組ニ因リテ財産ヲ得タルトキハ現ニ利益ヲ受ケル限度ニ於テ其返還ヲ爲スコトヲ要シ(二)縁組ノ當時其原因ノ存スルコトヲ知リタル當事者ハ縁組ニ因リテ得タル利益ノ全部ヲ返還シ尙ホ相手方カ善意ナリシトキハ損害賠償ノ責ニ任スルモノトス (法學博士飯島氏法要義九五二頁)

二九六

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

一 債權者カ債務者ニ對シテ強制執行ヲ爲スニ當リ第三者ノ所有財産ヲ競賣シ其代金ヲ辨濟トシテ受領スルトキハ第三者トノ關係ニ於テ不當利得ヲ構成スルモノトス

二 債權者カ第三者ニ配當ヲ受ケタル利益ヲ不當利得トシテ返還シタルトキハ債務者ニ對シ更ニ新ナル不當利得ノ請求ヲ爲シ得ルモノトス

【批評判例】 債權者カ債務者ニ對シテ強制執行ヲ爲スニ當リ第三者ノ所有財産ヲ競賣シ其代金ヲ辨濟金トシテ受領スルトキハ第三者トノ關係ニ於テ不當利得ヲ構成スルモノトス (大審院大正八年(オ)條二號同年五月二六日判決本書第八卷民法五七八頁所載)

債權者其債權ヲ實現スルカ爲メ強制執行ヲ爲シ(又ハ破産手續ニ於テ其債權ヲ届出テ依リテ賣得金ノ交付者ヲハ配當)又ハ破産手續ニ於ケル配當ヲ受ケタルハ實ニ其債權ノ實現トシテ受ケタルモノニシテ法律上ノ原因ナシト云フヲ得サルコトハ本件上告論旨主張ノ如クニシテ一部ノ學者モ亦同一ノ見解ヲ探レリ然レトモ債權者ハ判旨ノ所謂「第三者ヨリ辨濟ヲ受ケヘキ何等ノ法律關係アルモノニ非ス」正確ニ云ヘハ債權者ハ第三者ニ屬スル財産ヨリテ其債權ノ満足ヲ受ケタルコトヲ得ヘキモノニ非ス故ニ債權者カ自己ノ債權ニ對スル満足トシテ賣得金ノ交付者ヲハ配當ヲ受ケタル場合ニ於テ其賣得金カ第三者ノ財産ノ換價ニ因ル場合及ヒ其範圍ニ於テハ債權者ハ法律上ノ原因ナクシテ其給付ヲ受ケタル者ニシテ到底不當利得ナリト云ハサルヲ得ス訴訟法ハ金錢債權ノ執行力カ其勢力ヲ弱ハメラレサルコトヲ期スル必要上尙ホ(イ)債務者ノ

梅本博士

占有(而カモ謂フ所ノ占有ハ事實上ノ支配ヲ意味ス)ニ在ル有體動産タル以上ハ債務者カ自己ノ所有ナリトシテ提供スル「ト否」ト問ハス執達吏ハ其動産ヲ差押フルコトヲ得ルモノトシタリト雖モ訴訟法ハ必スシモ之ヲ以テ實質的ニ正當ナリトスルモノハ非ス苟クモ第三者ハ差押ヘラレタル有體動産ニ對シテ所有權其他目的物ノ讓渡若クハ引渡ヲ妨クルコトヲ得ル權利ヲ主張スル場合ニハ第三者異議ノ訴ヲ提起シテ右適法ナル執行行為ヲ後許ルサス即不適法ノモノナリトスル判決(即形式判決)ヲ要求スルコトヲ得セシム(民訴五四九條)執行手續ノ完結シタル後ニ於テハ第三者ハ固ヨリ右異議ノ訴ヲ起スコトヲ得ヌ此ノコトハ恰モ債權者ニ對スル第三者ノ不當利得返還請求ヲ認ムルノ理由トナルモノナリ即チ第三者ハ執行債權者タリシ者ニ對シテ實體法上ノ不當利得返還請求ヲ爲スコトヲ得ルモノト爲ササルヘカラス若シ然ラストセハ第三者ハ自己ノ權利ノ目的タル物ニ對シテ果シテ執行行為カ爲サルコトナキヤ否ヤヲ當ニ注意セサルヘカラスト雖モ斯ル債務者ハ強ヒントスルハ正當ナリト云フヲ得ス競賣々得金ヨリ受ケタル配當チ不當利得トシテ第三者ニ返還シタル場合ニハ一旦其満足ヲ受ケタリト認メラレタリシ本來ノ債權執行シタル債權ハ其範圍ニ於テ復活シ從テ債權者ハ以前ノ債務名義ニ基キ必要ナル場合ニハ新ナル執行文ヲ受ケテ債務者ニ屬スル他ノ財産ニ對シテ強制執行ヲ再開スルコトヲ得ルモノト解スヘキヤ若クハ又(口)執行スヘキ債權ノ前示復活ハ認ムヘカラス債權者ハ以前ノ債權者ニ對シテ新ニ不當利得返還請求權ヲ取得スルニ過キス詳言スレハ茲ニ第三者ニ屬スル財産ノ競賣々得金ノ交付若クハ配當ニ因リテ債權者ハ其債權ノ満足ヲ得ルモノト解スルコトトナリ居レリト雖モ債權者カ該得金ノ交付又ハ配當ニ因リテ得タル利益ヲ第三者ニ返還シタル以上ハ債務者カ其範圍ニ於テ債務ヲ免レ居ルコトハ不當利得ナリトシテ其返還ヲ請求スル事ヲ得ルモノト解スヘキヤハ蓋シ問題ナルヘシト雖モ第三者ノ不當利得返還請求ヲ認ムルハ蓋ニ爲サレタル差押債賣々得金ノ受付若クハ配當等ノ執行々爲チ無効トスルモノニハ非スレバ此等ノ行為

三、ハ形式的ニハ依然其效力ヲ持續スルモノト解スルチ正當トスヘシ果シテ然ルトキハ寧ロ後ノ見解ニ從ヒ債權者ハ債務者ニ對シテ新ニ不當利得ノ返還ヲ請求レ得ルモノト解スルチ正當トスヘシ(法學博士雄本朗造氏法學論叢第六卷第四號一二四頁)第三者ニ屬スル財産ノ競賣代金ヲ受ケタル債權者ト不當利得(要領)

【不當利得ト法律上ノ原因ノ意義ニ關スル參照學說】

法律學說判例總攬債權各論下一七五二頁以下

【強制競賣ノ性質及當事者ニ關スル參照學說判例】

本書第九卷民法二三五頁以下

論旨第一點事案ハ債權者カ強制執行ノ爲メ債務者占有ノ第三者ノ所有權ニ屬スル不動産ヲ競賣シ代金ノ辨濟ヲ受ケタル事實ニシテ大審院ハ第三者タル所有權者ト債權者トノ關係ヲ民法不當利得ノ法律要件ナリトセリ從テ第三者ハ不當利得請求權ニ基キ債權者ニ對シテ債權ノ行使ヲ許容シタルカ雄本博士ノ所論ニ其結論ヲ是認セラレタルモノニ係ル

惟フニ右事案ニ於テ第三者タル所有者ト代金ノ辨濟ヲ受ケタル債權者ノ關係ニ於テハ右所有物ニ付キ債權者ハ辨濟ヲ受クル權ナシ從テ之ヲ競賣シテ其代金ヲ得タル債權者ハ代金取得ニ付キ實體法上ノ原因ヲ缺クヤ當然ニシテ不當利得ヲ肯定セサルヲ得ス判旨及ヒ雄本氏ノ結論ハ固ヨリ妥當ナリ尙ホ博士ノ所論ヲ見ルニ右ノ場合債權者ハ競賣代金取得ニ付キ形式上ノ原因存スルニ止マリ實質上

ノ原因ヲ缺カ故ニ然リトセラル其真意ニシテ右債権者カ訴訟法上強制執行ヲ爲ス形式要件タル原因アリト爲スニアリテ不當利得ノ原因即チ實體法上ノ原因ナキコトヲ謂ハルルモノナリトセンカ亦至當ナリト謂フヘシ論旨第二點ハ後日ニ待タン

(二九七)

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

五八三 買主ハ期間内ニ代金及契約ノ費用ヲ提供スルニ非サレハ買戻ヲ爲スコトヲ得ス

買主又ハ轉得者カ不動産ニ付費用ヲ出シタルトキハ買主ハ第九十六條ノ規定ニ從ヒ之ヲ償還スルコトヲ要ス但有益費ニ付テハ裁判所ハ買主ノ請求ニ因リ之ニ相當ノ期限ヲ許容スルコトヲ得

民事訴訟法一九九 地方慣習法商慣習及ヒ規約又ハ外國ノ現行法ハ之ヲ證ス可シ裁判所ハ當事者カ其證明ヲ爲スト否トニ拘ハラズ職權ヲ以テ必要ナル取調ヲ爲スコトヲ得

- 一 民法第五百八十三條所定ノ賣主ノ提供スヘキ代金ハ買主ニ於テ支拂ヒタル代金ノ範圍ヲ超エル必要ナキコトハ明カナレハ賣主ニシテ未タ代金全部ノ支拂ヲ受ケサル場合ハ其未拂部分ヲ控除シ殘額ヲ提供スルヲ以テ足ルモノトス
- 二 裁判所ハ法律上ノ判斷ニ付キテハ當事者ノ申立ニ羈束セラルルモノニ非サレハ裁判所カ同條ニ依リ代金ノ提供ナキ買戻ノ意思表示ヲ以テ賣買契約解除ノ效力ヲ生セサルモノト爲シタルハ相當ナリ
- 三 代金及ヒ費用ノ提供ハ賣主ノ買戻權行使ノ前提要件ニシテ買主カ本訴訟提起

以前ニ於テ代金ヲ受領シテ買戻ノ登記手續ヲ爲スコトヲ拒ミタル事實ナキノミナラス訴訟ニ於テ請求ヲ争ヒタル事實アルノ故ヲ以テ直ニ代金ノ提供ヲ要セサルモノト論斷スルコトヲ得サルモノトス

上告論旨第一點ハ民法第五百八十三條ハ買戻ノ際各當事者ヲシテ原狀ヲ回復セシムル注意ナルヲ以テ若シ買主カ契約ニ違背シ賣買代金ノ一部ノ履行ヲ爲サザリシトキハ賣主ハ單ニ損害賠償ノ請求權ヲ有スルニ止マラス買戻ノ場合ニ於テ買主ノ支拂ハサリレ一部代金ヲ控除シ現實ニ受取リタル代金ノミヲ提供スルヲ以テ足ルモノト解セサルヘカラス然ラサレハ却テ買主ヲ不利ニ利得セシムルノ結果ヲ生スルニ至ルヘシ原審カ被上告人ニ代金ノ一部不拂ノ事實ヲ認メタルニ拘ラス單ニ上告人ニ損害賠償請求權ノミヲ有スルモノトナシタルハ不當ニ法則ヲ適用シタル判決ニシテ破毀ヲ免レスト云フニ在リ

依テ按ズルニ賣主ハ買戻ノ特約ニ因リ買主カ支拂ヒタル代金及契約費用ヲ返還シテ其買戻ノ解除ヲ爲シ得ヘク而シテ民法第五百八十三條ハ買主ヲ保護センカ爲メ賣主ヲシテ買戻ノ意思表示ト共ニ代金及費用ノ提供ヲ爲セシムル規定ナルカ故ニ同條所定ノ賣主ノ提供ス可キ代金ハ前示ノ如ク買主ニ於テ支拂ヒタル代金ノ範圍ヲ起コル必要ナキコト明ナレハ賣主ニシテ未タ代金全部ノ支拂ヲ受ケサル場合ハ其未拂部分ヲ控除シ殘額ヲ提供スルヲ以テ足ルヘク從テ原判決ニ於テ未拂代金ニ付テハ單ニ義務不履行ニ基ク損害賠償ノ請求權ヲ有スルニ止マリ買戻代金中ヨリ控除スヘキモノニ非スト説示シタル點ハ固ヨリ所論ノ如ク不當ナルヲ免レスト雖モ額テ本件ニ於テ原審ノ認定シタル事實ニ依レハ被上告人ハ代金及費用ノ提供ヲ爲サスレテ買戻ノ意思表示ヲ爲シタリト云フニ在ルヲ以テ其請求ノ當否ヲ按ズルニ不動産買戻ノ意思表示ハ前示同法條ニ依リ代金及費用ヲ提供シテ之ヲ爲スコトヲ要件トスルモノニシテ

即チ之カ提供ナキ意思表示ハ買賣契約解除ノ效力ヲ生セサルモノナルカ故ニ上告人
 所論ノ如ク代金ヨリ一部未拂額ヲ控除スルハ正當ナルモ全然代金ノ提供ヲ爲サザリ
 シ上告人ノ本訴請求ハ此點ニ於テ既ニ不當ニシテ棄却セラレハキモノナレハ結局本
 論旨モ亦其理由ナキニ歸スルモノトス
 上告論旨第二點ハ原判決ハ民法第五百八十三條ヲ援用シ上告人タル賣主カ代金及契
 約ノ費用ヲ提供スルニアラサレハ買戻權ノ行使ヲ爲スヲ得サルモノナリトシ上告人
 ニ敗訴ノ判決ヲ言渡シタルモ民法第五百八十三條ハ注意規定ニシテ強行規定ニアラ
 サルヲ以テ相手方タル被上告人カ同條ヲ援用シ抗辯ヲ爲スニアラサレハ裁判所ハ職
 權ヲ以テ同條ヲ適用スル能ハサルモノナリ而シテ被上告人ノ第一二審ニ於ケル抗辯
 ナ細査スルニ一モ民法第五百八十三條ノ規定ヲ採用シタル事ナシ果シテ然ラハ原判
 決ハ注意規定ヲ強行規定ナリト誤解ン法則ヲ不當ニ適用シタル違法ヲ免レスト云フ
 ニ在リ
 然レトモ上告人(被控訴人原告)ハ原審ニ於テ土地買賣契約ト同時ニナシタル買戻特約
 ニ基キ買戻ヲ解除シ土地ノ引渡ヲ求メ且買戻ノ意思表示ヲナシタルモ其代金ノ提供
 ナシタルコトナキ旨供述シ被上告人ハ上告人ノ特約ニ基キ買戻權ナキモノハ無効
 ナル旨抗爭シタルコトハ原審口頭辯論調書及同判決事實摘示ニ依リ明カナリ然リ而
 シテ賣主カ代金及費用ヲ提供スルニ非サレハ買戻ヲ爲スコトヲ得サルハ民法第五百
 八十三條ノ規定スル所ニシテ而モ裁判所ハ法律上ノ判斷ニ付テハ當事者ノ申立ニ羈
 束セラレモノニアラサルカ故ニ原審ハ同條ニ依リ代金ノ提供ナキ買戻ノ意思表示ヲ
 以テ買戻契約解除ノ效力ヲ生セサルモノトシ上告人ノ請求ヲ棄却シタルハ相當ニレ
 テ本論旨ハ其理由ナレ
 上告論旨第三點ハ買戻ニ於テ賣主カ代金及費用ヲ提供スルハ買主カ買戻ニ異議ヲ止
 メサル場合ニ履行シ得キヘモノニシテ本件ノ如ク買主タル被上告人カ買戻ヲ異議ア
 ル場合ニ履行シ得キヘモノニアラス抑代金及費用ノ提供ハ相手方ニ其受領ヲ求ムル

モノナレハ買戻ヲ拒絶スル被上告人カ其受領ヲ拒絶スルコトハ自明ノ理ナリ若シ
 ル場合ニ於テ強テ辨濟ヲ提供シ被上告人ニ於テ之ヲ受領シタリト假定スレハ上告人
 ハ代金及費用ヲ支拂ヒテ而モ其目的ヲ引取ル能ハサルニ至リ變務契約同時履行ノ
 原則ニ反スルコト甚シキモノト云フ可シ民法第四百九十三條ノ規定ニ徴スルモ買戻
 ナ拒絶セル買主被上告人ニ對シ現實ノ提供ヲ爲スノ必要ナキコトヲ知ル可シ否新ノ
 如キ場合ニ現實ノ提供ヲ強ムルハ同時履行ノ原則ニ反スル不當ノ結果ヲ生スルニ至
 ルハシ而シテ被上告人カ當初ヨリ買戻ヲ拒絶セル事ハ被上告人ノ抗辯ニ徴シテ明白
 ナリトス原判決カ買戻ヲ拒絶スル買主ニ付テモ民法第五百八十三條ヲ適用シタルハ
 法律ノ解釋ヲ誤リタルモノナリト云ヒ同第四點ハ被上告人ハ買戻契約カ當然無効ニ歸
 シタルト主張シ買戻ヲ拒ムモノナレハ上告人ヨリ代金及費用ノ提供ヲ受タルモ其受
 領ヲ肯シセサルハ初メヨリ明白ニシテ又上告人モ被上告人カ買戻ヲ拒ム場合ニ於テ代
 金費用ノ支拂ヲ爲スヘキ義務ナシ被上告人ニ於テモ自己カ買戻ヲ拒絶シナカテ上告
 人ニ代金及費用ノ提供ヲ求ムルノ權ナキモノナリ故ニ本件當事者間ニ在リテハ何レ
 モ代金及費用ノ提供ヲ爲スヘキ場合ニアラサルコトヲ知悉セルヲ以テ原審ニ於テモ
 此點ニ關スル爭點ヲ生セザリシナリ然ルニ原判并ハ如上ノ事實ヲ顧ミテ突然民法第
 五百八十三條ノ提供ヲ命シタル事ト爲リ甚ク不當ノ結果ヲ生セリ若シ原判決ノ理由ヲ適
 サル場合ニ提供ヲ命シタル事ト爲リ甚ク不當ノ結果ヲ生セリ若シ原判決ノ理由ヲ適
 用セハ買戻ヲ肯セザル買主ニ代金及費用受領ヲ爲サシムルヲ以テ民法ノ旨趣ナリト
 スルニ至ルヘシ斯ノ如キハ一ニ原判決カ法則ノ適用ヲ誤リタルニ基ククモノニシテ
 破綻ヲ免レスト云フニ在リ
 然レトモ買戻權ヲ實行セントスル賣主カ先ツ以テ買主ニ對シ其代金及費用ヲ提供ス
 ルニ非サレハ買戻解除ノ效力ヲ生セサルコト前説明ノ如クナルヲ以テ原判決ニ於テ
 買戻權ヲ行使セントスル上告人カ被上告人ニ對シ之ヲ代金及費用ノ提供ヲ爲スコト
 ナ必要トスト判定シタルハ相當ナリトス蓋シ右提供ハ賣主ノ買戻權行使ノ前提要件

ナレハナリ而シテ被上告人ハ本訴訟提起以前ニ於テ代金ヲ受領シテ賣戻ノ登記手續
ヲ爲スコトヲ拒ミタル事實ナキノミナラス訴訟ニ於テ請求ヲ争ヒタル事實アルノ故
ヲ以テ直ニ代金ノ提供ヲ要セサルモノト判斷スルコトヲ得サルニ依リ本論旨ハ何レ
モ其理由ナシ(大審院大正十年(オ)第五八七號同年九月二二日民二部馬場裁判長大倉東澤岩本各判事判決)

【關係事項】 上告業○原審長野地方裁判所○建物及附屬品買戻請求事件○上告人篤與之助訴訟代理人辯護士今村力三郎同宮
城仁勇同内田文夫被上告人林助次郎

【買戻權行使ト代金提供ニ關スル參照學說判例】
本書本卷民法五一五頁以下

(二九八)

五四一 當事者ノ一方カ其債務ヲ履行セサルトキハ相手方ハ相當ノ期間ヲ定メテ其履行ヲ催告シ若シ其期間内ニ履
行ナキトキハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得

非定期行爲タル賣買契約ヲ解除スル爲メニハ相當ノ期間ヲ定メテ催告スヘク催
告期間ハ何日マテ若クハ何日内ト具體的ニ之ヲ定メサルヘカラス抽象的ニ相當
ノ期間ヲ定メテ之ヲ催告スルハ不違法ナリトス

原告ハ大正九年二月一七日被告ヨリ東京瓦斯電氣工業株式會社製成品工業用六號電管
等ノ各價格ヲ表記セル注文書内書ヲ送付シ來リタルニヨリ同月二〇日被告ニ對シ金
一十圓ヲ交付シタルコトハ當事者間ニ争ナク而シテ甲第一號證中被告カ成立ヲ認ム
ル記載部分並ニ成立ニ争ナキ甲第二號證ニ徵スルモ原告ハ被告ヨリ前記工業用六
號電管五十萬個一萬個ニ付代金百九十九圓ニテ買受タル旨ノ契約成立シ其手附金トシ
テ前記一十圓ヲ被告ニ交付シタルモノナルコトヲ認ムルニ十分ニシテ之ニ反スル證
人太谷伊織ノ證言ハ措信シ難シ然レトモ右賣買力原告主張ノ如キ定期行爲ナルコ
トハ原告ノ提出採用スル諸證ヲ以テハ未ダ之ヲ認メ難キカ故ニ右賣買契約ヲ解除ス

ルハ原告ハ被告ニ對シ相當ノ期間ヲ定メテ其履行ヲ催告スヘク而シテ右催告期間
ハ何日マテ若クハ何日内ト具體的ニ之ヲ定メサルヘカラス然ルニ原告ハ具體的ニ之
ヲ定メス單ニ抽象的ニ相當ノ期間ヲ定メテ之カ催告ヲ爲シタル事ヲ主張スルモノナ
カレ故ニ右催告ハ不違法ナリト謂フヘク從テ本件賣買契約ハ未ダ解除サレサルモノ
ト謂ハサルヘカラス故ニ右解除ヲ前提トスル賣買代金ト賣買ノ目的物ノ時價トノ差
額損害金四千五百圓並ニ手附金一十圓ノ返還ノ請求ハ失當ナリトス…(東京地方裁判所大
正九年第二〇二二號一) 年一月一日民八部吉田裁判長齋藤宮本各判事判決)

【關係事項】 棄却○損害賠償請求事件○原告中谷仁平訴訟代理人辯護士羽田彦四郎被告株式會社當務商會訴訟代理人辯護士瀧
川龜喜智

【解除ト相當期間ニ關スル參照學說判例】

本書本卷民法五七〇頁四三頁

【吾人モ判旨ト同趣旨ナリ(本書本卷民法四九頁評論)

(二九九)

五三三 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相手方
ノ債務カ履行期ニ在ラサルトキハ此限ニ在ラス

六〇六 質貸人ハ質貸物ノ使用及ヒ收益ニ必要ナル修繕ヲ爲ス義務ヲ負フ
質貸人カ質貸物ノ保存ニ必要ナル行爲ヲ爲サント欲スルトキハ質借人ハ之ヲ拒ムコトヲ得ス

質貸人カ質貸物ヲ質借人ニ引渡シ之カ使用收益ヲ爲サシムルニ當リ質貸人ノ有
スル修繕義務カ質借人ノ質料支拂時期以前ニ發生シ既ニ之ヲ履行スヘキモノナ
ル場合ニ於テハ假令其支拂時期ハ質料ニ前拂スヘキ時期ナルトキト雖モ質貸人
ニ於テ修繕義務ヲ履行セザレハ質借人ハ完全ニ質借物ノ使用收益ヲ爲スコト能

ハサルヲ以テ賃借人ハ賃貸人カ其有スル修繕義務ヲ履行スル迄ハ賃料ノ支拂ヲ拒絶シ得ヘキハ賃貸借ノ双務契約タル性質上當然ニシテ民法第五三三條ニ依ル同時履行ノ抗辯權ト謂フヲ妨ケサルモノトス

【上告理由】 第一點原判決ハ建物賃借ノ場合ニ於テ賃借人ハ賃貸人カ其有スル建物修繕義務ト賃借人ノ負擔セル賃料支拂義務トニ付キ同時履行ノ抗辯權ヲ爲スルモノトシ賃借人カ修繕義務ヲ履行スル迄ハ賃借人ハ賃料ノ支拂ヲ拒ミ得ヘキモノトシ從テ賃貸借人カ賃料支拂時期ヲ經過シ其義務ヲ履行セザルニキテ雖モ賃貸人ハ於テ修繕義務ヲ履行セザル限リ賃借人ハ賃料支拂義務ニ付キ遲滯ノ責メヲキモノトシ上告人(被控訴人)ニ敗訴ノ旨ヲ爲セリ然レトモ尙モ賃貸人ハ於テ賃借物ヲ賃借人ニ引渡シ之カ使用收益ヲ爲シ得ヘキ状態ニ置キタル以上賃借人ハ支拂時期ノ到レル毎ニ賃料ヲ支拂フヘキ義務アルモノニシテ賃貸人ノ有スル賃借物修繕義務ト賃借料支拂義務ト間ニ同時履行ノ抗辯權ニ關スル規定ノ適用アルコトハ我民法ノ趣旨ナリ故ニ判決カ此兩者間ニ同時履行ノ規定ノ適用アルモノト解釋シ上告人ニ敗訴ノ判決ヲ爲シタルハ民法ノ規定ニ違反セルモノニシテ破毀ヲ免ラサルモノト第六點ハ賃貸人ノ有スル賃借物修繕義務ト賃借料支拂義務ト賃借人ノ有スル賃借物修繕義務ト賃借料支拂義務ト間ニ同時履行ノ抗辯權アリトスルモノトモ本條當事間ノ保貸賃借ニ付テハ三月毎ニ賃料ヲ取攝メ前納スヘキ特約アルコトハ當事間ニ争ナキ所ナレハ本件賃貸借契約ニ於テハ此兩義務ニ付キ同時履行ノ抗辯權ナキハ賃料前納ノ特約ヨリ生スル當然ノ結果ニシテ此點ヨリ見ルモ同時履行ノ抗辯權理由アリトセシ原判決ハ違法ニシテ破毀ヲ免ラサルモノト信ス

【判決理由】 然レトモ賃貸人カ賃借物ヲ賃借人ニ引渡シ之カ使用收益ヲ爲サシムルニ當リ賃貸人ノ有スル修繕義務カ賃借人ノ賃料支拂ノ時期以前ニ發生シ既ニ之ヲ履行スヘキモノナル場合ニ於テハ假令其支拂時期ハ賃料支拂ノ前拂スヘキ時期ナルトキト雖モ賃貸人ハ於テ修繕義務ヲ履行セザレハ賃借人ハ完全ニ賃借物ノ使用收益ヲ爲スコト能ハサルヲ以テ賃借人ハ賃貸人カ其有スル修繕義務ヲ履行スル迄ハ賃料ノ支拂ヲ拒絶シ得ヘキハ賃貸借ノ双務契約タル性質上當然ニシテ民法第五三三條ニ依ル同時履行ノ抗辯權ト謂フヲ妨ケス然レハ原審カ同一趣旨ヲ判旨シ被告上告人ハ於テ賃料前拂ノ時期ニ之ヲ支拂ハサルモ遲滯ノ責メヲキモノト爲シタルハ相當ニシテ論旨ハ執レモ理由ナシ(大審院大正十年(オ)第四七六號同年九月二十六日民二部馬場裁判長大倉東兎澤岩本各判事判決)

【關係事項】 上告棄却○原審島取地方裁判所○家屋明渡請求事件○上告人大塚幸男訴訟代理人辯護士池田卓二同相原告六被告上

啓人佐々木貞治訴訟代理人辯護士中村了隆

【同趣旨學說】

一 賃貸借契約ハ雙務契約ノ一種ニシテ賃貸人ハ賃借人ニ對シテ賃借物ノ使用收益ヲ爲サシムルノ債務ヲ負擔スルト同時ニ賃借人モ亦物ノ使用收益ヲ爲スルノ對價トシテ賃貸人ニ對シテ賃料ノ支拂ヲ負擔スル故ニ賃貸人ノ義務ニ關スル物ノ使用收益ハ賃借人ノ義務ニ關スル賃金トハ相交換スヘキモノナルヲ以テ民法第五三三條ノ同時履行ノ原則ハ賃貸借契約ニモ其適用アルキハ論ハ俟タズ(法學博士横田秀雄氏法學志林第八卷第二二號) 賃貸人ノ修繕ノ義務ト賃借人ノ賃料支拂ノ義務(要領)賃貸人カ賃借人ニ對シテ賃借物ノ支拂ヲ請求スルニハ先ツ以テ賃借物ヲ賃貸人ニ引渡シタル上之ヲシテ一定ノ期日完全ニ其使用收益ヲ爲スコトヲ得セシムルコトヲ要ス換言シレハ賃借人ハ先ツ賃借物ノ使用收益ヲ爲スル所ノ賃借物ノ使用收益ニ對シテ支拂ヲモノナレハ契約ノ效力トシテ當事者互ニ給付ヲ交換スル雙務契約ニ適用スヘキ民法第五三三條ノ履行拒絶ノ權利ハ賃貸人カ賃借物ノ使用收益ニ關スル義務ヲ履行セザルヲ理由トシテ賃借人ノ爲メモ亦之ヲ認メザルヲ得ス(同上三三頁)賃貸人カ賃借物ノ修繕ノ等閑ニ付シ賃借人ナシテ完全ニ其使用收益ヲ爲スコトヲ得セシムルハ賃貸借契約ニ因リ其負擔セル債務ヲ履行セザルモノナレハ賃借人モ亦其義務ニ關スル賃借物ノ支拂ヲ履行セシムル所ノ賃貸人カ賃借物ノ修繕ヲ爲ス迄之ヲ留置スルコトヲ得ルハ勿論民法第五四〇條ノ規定ニ從ヒ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得ンハアラス之ニ對シテ賃貸人ハ先ツ賃借人ナシテ賃借物ノ使用收益ヲ爲サシムル上ニアラザレハ賃借人ノ請求ヲ爲シ得サルモノナレハ其義務不履行ヲ理由トシテ賃借人ナシテ賃借物ノ使用收益ヲ爲サシムル上ニアラザレハ其義務不履行ノ權利並ニ第五四一條ノ解除權ヲ行使スルコトヲ得ザルヤ明カナリ(同上三四頁)

二 賃貸人ハ賃借人ナシテ賃借物ノ使用收益ヲ爲サシムルノ債務ヲ負擔シ賃借人ノ供スル物ノ使用收益ノ對價トシテ賃借人ヨリ支拂フヘキモノナレハ雙方ノ給付ハ互ニ相牽連シ雙務契約ニ固有ナル交換性ヲ帶有スルモノトス從テ賃貸人カ賃借人ナシテ物ノ使用收益ヲ爲サシムル上ニ於テハ賃借人モ亦其賃借物ノ支拂ヲ負擔スルノ義務ナキヤ明カナリ(同氏債權各論五〇五頁)

三 雙方ノ給付カ共ニ單一ナル場合ニハ契約不履行ノ抗辯ノ適用ニ關シ生スルコトナシト雖モ給付ヲ分割シテ辨済スル場合ニハ抗辯ノ適用ニ關シ生スル特ニ賃貸借關係繼續的供給契約等ノ場合ニ然リトス例ヘ當事者ノ一方カ繼續シテ毎月或數量ノ貨物ヲ供給スヘキ債務ヲ負擔スル場合ニ或月ノ供給不履行ヲ理由トシテ他ノ月ニ供給セル部分ニ對スル代金ノ支拂ヲ拒ムコトヲ得ルヤ此問題ニ關シテハ論議難シト雖モ分割シテ辨済ヲ爲ス場合ニ於テモ尙一箇ノ契約存ス各給付ニ應ジテ數箇ノ契約存スルニアラス且契約ノ目的ヨリ云フモ繼續的ニ供給セラルル給付ハ一箇ノ契約存ス各給付ニ應ジテ數箇ノ契約存スルニ抗辯ヲ認メザルヘカラス唯一箇ノ契約ナルモ喫約ノ目的上數箇ノ給付カ各獨立セル場合ニ於テハ抗辯ノ適用ナキモノト解ス(法學博士石坂智四郎氏日本民法債權總論二〇五頁)

四 修繕義務ハ賃借ナリ故ニ其義務違反ノ效果ハ債務履行ニ關スル一般ノ規定ニ依リテ之ヲ定ムヘキコト言テ俟タズ隨ツテ賃借人ハ損害賠償請求權及ヒ解除權ヲ有スヘク又賃貸人カ此修繕義務ニ付テ履行ノ提供ヲ爲スマテ同時履行ノ抗辯權ニ依リテ賃

金ノ支拂ヲ拒絶スルコトヲ得ヘシ然レトモ修繕義務不履行ノ爲メニ貨物ノ使用價值ノ減シタル場合ニ其割額ニ應ジテ當然
貸金債務ノ減少ヘキモノト解スルハ我民法ノ解決上ハ何等ノ根拠ナシ若シ賃借人カ其支拂ヘキ貸金ノ範圍ヲ減少セントセ
ハ此債務ト修繕義務ノ不履行ニ因ル損害賠償請求權トニ付テ相殺ナシトス(法學博士鳩山秀六氏日本債權法各論四
六四頁)

五 賃借借履繼續的供給契約(continuous hire contract)ノ如キ繼續的契約ニ於テ當事者ノ一方カ甲期間ニ對スル給付
爲ササルコトヲ理由トシテ他方ハ乙期間ニ對スル給付ヲ拒絶シ得ヘキヤ否ヤノ問題アリ此問題ハ各期ノ給付カ契約ノ日
的ニ照シテ各獨立性ヲ有スルモノト認メ得ヘキヤ否ヤノ問題ナルモノニシテ若シ各期ノ給付ハ全給付ノ分割ニ過キスト解
スヘキ場台ニ於テハ以上ノ問題ハ之ヲ積極ニ解スルコトヲ得ヘシ(法學博士末弘氏債權各論一四二頁)

六 賃借人ハ賃借物ノ使用及收益ノ對價トシテ一定ノ借賃ヲ支拂フモノナリ即チ賃借物ノ使用及收益ト借賃ノ支拂トハ常ニ相
對當スヘキモノニシテ賃借人カ契約ノ本旨ニ從ヒ完全ニ賃借物ノ使用及收益ヲ爲シタルトキハ借賃ノ全額ヲ支拂フコトヲ要ス
ルモ賃借物ノ滅失毀損ニ因リテ賃借人カ完全ナル使用及收益ヲ爲スコトヲ得サルトキハ借賃ノ全額ヲ支拂フコトヲ要ス
ナリ賃借物カ全部滅失シタルトキハ賃借借ハ之ニ因リテ當然終了スルヲ以テ賃借人ノ賃借支拂ノ債務モ亦之ニ共ニ消滅ス然レ
トモ賃借物カ一部滅失シタルトキハ賃借借ノ存續ヲ妨ケサルカ故ニ賃借人ノ借賃支拂ノ債務モ亦必スシモ消滅セス(法學士村
上恭一氏債權各論九〇二頁)

判旨ハ賃借人ノ修繕義務ト賃借人ノ賃料支拂債務ハ双務契約ニ基ク債務ナルカ
故ニ辨濟期ニ在ル以上同時履行抗辯權付ニ存在スルモノトス此ハ洽ネク學說ノ
是認スルトコロニシテ吾人モ亦同一所論ヲ試ミタルコト在リ(本旨第五卷民法六
二三頁評論)惟フニ同時履行ノ抗辯權ハ互換的ニ爲サルモ双務契約當事者ノ利益

ラ公正ニ規律セムトシタルモノナリ其債務カ右要件ヲ具備スル以上繼續的債務
ナルト即時履行ノ債務ナルト給付ノ内容カ單一ナルト集合的ナルト法律的效果
ニ基ク債務ナルト效果意思ニ基ク債務ナルトハ之ヲ論セスシテ可ナリ同時履行
抗辯權ヲ認メタル法律精神ヲ没却セサル以上ハ右抗辯權ノ存在ト利用ヲ當事者
ニ許容スルコトハ民法ノ趣旨ニ適スルモノトセサルヲ得ス

(三〇〇)

甲ハ乙ノ親權者タル丙ヨリ乙ノ監護教育ヲ委託セラレ之カ引渡ヲ受テ其監護教
育ヲ爲シ來リタル處丙ニ於テ甲ニ對シ右委託ノ解除ヲ爲シタルコト又ヒ乙カ甲
方ニ居住シ因テ以テ藝妓奉公ヲ爲シ居ルコト明白ニシテ當一三歳ノ幼兒タル乙
カ親權者タル丙ノ意思ニ反シテ甲方ニ居住シ甲カ之ヲ認容スル事實ハ丙ノ親權
ノ行使ヲ妨害スルコト自明ナルヲ以テ右幼兒ノ辨別力ノ有無又ハ其自由意思ニ
出テタルト否トニ拘ラス丙ハ其兩親權行使ノ妨害ヲ除去スル手段トシテ甲ニ對
シ右幼兒ノ引渡ヲ求ムル權利ヲ有スルモノトス

八七七 子ハ其家ニ在ル父ノ親權ニ服ス但獨立ノ生計ヲ立ツル成年者ハ此限ニ在ラス
父カ知レサルトキ死亡シタルトキ家ヲ去リタルトキ又ハ親權ヲ行フコト能ハサルトキハ家ニ在ル母之ヲ行フ
八七九 親權ヲ行フ父又ハ母ハ未成年ノ子ノ監護及ヒ教育ヲ爲ス權利ヲ有シ義務ヲ負フ
八八〇 未成年ノ子ハ親權ヲ行フ父又ハ母カ指定シタル場所ニ其居所ヲ定ムルコトヲ要ス但第七百四十九條ノ適用
ヲ妨ケス

然レトモ原判決ノ認定ニ依レハ小夜子ハ當十三歳ニシテ上告人ハ小夜子ノ親權者タル被上告人ヨリ全人ノ監護教育ヲ委託セラレ之カ引渡ヲ受ケ其監護教育ヲ爲レ來リタル處被上告人ニ於テ上告人ニ對シ右委託ノ解除ヲ爲シタルコト及ヒ小夜子カ上告人方ニ居住シ因テ以テ監護權公ナ爲シ居ルコト明白ニシテ斯ル幼兒カ親權者タル被上告人ノ意思ニ反シテ上告人方ニ居住シ又上告人ニ於テ被上告人ノ意思ニ反シテ之ヲ認容スルノ事實ハ被上告人ノ親權ノ行使ヲ妨害スルコト自明ナルヲ以テ右幼者ノ辨別力ノ有無又ハ其自由意思ニ出テタルト否トニ拘ハラズ被上告人ハ其親權行使ノ妨害ヲ除去スル手段トシテ上告人ニ對シ右幼兒ノ引渡ヲ求ムル權利ヲ有スルモノトス然ラハ原判決カ被上告人ハノ請求ヲ認容シタルハ正當ニシテ所論ノ如キ違法アルモノニアラス(大審院大正十年(オ)第七五九號全年十月二十九日民三都松岡裁判長谷川菰淵橫村成道各判事判決)

【關係事項】 上告棄却○原審長崎一審院○小女引渡請求事件○上告人松山ミヨ子訴訟代理人辯護士東野耕造全中尾勝臣被上告人小橋太造

【幼兒引渡請求ニ關スル參照學說判例】

本書第九卷民法三四頁

吾人ハ穂積博士ノ斯種問題ヲ評論スルニ當リ大體同様ノ見解ヲ叙述シ居レリ參照アリタシ(本書本卷民法六四五頁評論)

(三〇一)

五五七 買主カ賣主ニ手附ヲ交付シタルトキハ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ヲ拋棄シ賣主ハ其倍額ヲ償還シテ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得
第五百四十五條第三項ノ場合ニハ之ヲ適用セス

賣買當事者ノ一方カ契約ノ履行ニ着手スル前ニ於テハ買主ハ手附ヲ拋棄シ賣主

ハ其倍額ヲ償還シテ契約ヲ解除シ得ルコトハ民法第五七七條ニ徴シ明カニシテ手附金ノ授受ハ損害賠償ノ契約ト相容レサルモノニアラサルモノトス

【上告理由】 原判決ハ其理由中ニ於テ「按スルニ甲第一號證文米賣渡約定證ニ「金百圓約定金トシテ代金ノ内受取」ノ旨記載アルモ之ヲ原審人伊藤辰之助ノ證言甲第五號證文加藤儀八郎ノ證言記載並ニ該百圓ハ當事者賣買約定文米一石ニ付キ一回ノ割合ニ相當スル事實ニ徴スルトキハ右金百圓ハ後日契約履行ニ當リ代金ノ一部支拂ヒニ引直サルヘキモノナルモ其授受當時ニ於テハ契約解除權保留ノ爲メニ授受セル手附金ナリト認定スルコト妥當ト云々然ラハ被控訴人ハ控訴人ノ契約履行着手前ニ於テハ右手附金ノ倍額ヲ返還シ本件契約ヲ解除スル權利アリト謂フヘク云々」ト列示シタルヲ以テ然レトモ賣買契約締結ノ際當事者ノ一方ヨリ他ノ一方ニ交付スル金員カ果シテ手附金ナルハ或ハ單純ナル代金ノ内入シタルリ然レトモ當事者ノ意思ニ因リテ之ヲ定メサルヘカラス故ニ當事者ノ意思カ明カニ代金ノ内入ナル旨ヲ表白セル場合ハ勿論契約ノ内容ニヨリ代金ノ内入ナルコトヲ推測ヲ爲シ得ル場合ハ之ヲ以テ單純ナル代金ノ内入ト爲ササルヘカラスハ多言ニ要セス而シテ本件甲第一號證文ハ「金百圓約定金トシテ代金ノ内受取」トアリテ其文詞ヨリモ該百圓ノ受付當事者ノ意思ハ手付金トシテ交付シタルモノニアラスシテ代金ノ内入ナルコト明白ナルノミナラス同號證文「萬一約定期日ニ至リ違約延期ニ及ヒ候節ハ其期日當時相場ノ計算ヲ以テ外掛掛リ共賣渡ノ御損害金御請求通リ異議ナク直ニ勘定仕候」ノ文詞ニヨリ之ヲ推定スルニ本件被上告人ヨリ上告人ニ交付シタル金百圓ハ手附金ニ非スシテ單純ナル内入金ナリト爲ササルヘカラス從テ被上告人ハ上告人ニ對シ右金百圓ノ倍額ヲ返還シテ本件契約ヲ解除スル權利ナキモノト謂ハサルヘカラス然レモ原判決ハ手附金ナルヲ單純ナル内入金ナリト否ヤテ決スルニ付キ當事者ノ意思ヲ度外視シテ認人ノ證言並ニ米一石ニ付キ一回ノ割合ニ相當スル事實ヲ以テ手附金ナリト認定スルハ不當ニ事實ヲ認定シテ法律ヲ適用シタル異法アルモノニシテ破毀ヲ免カレサルモノト信ス

【判決理由】 然レトモ原院ハ甲第一號證文ハ「金百圓約定金トシテ代金ノ内受取」トアリテ金百圓ハ手附金ノ性質ヲ有スル約定金トシテ授受セラレタルモノナリヤ將タ代金ノ内入金トシテ授受セラレタルモノナリヤ同號證文ニヨリテハ不明ナレトモ其他ノ訴訟資料ニヨレハ右ノ金百圓ハ手附金トシテ授受セラレタルモノナルコトヲ認ムヘキモノナリト爲シタルコト原判決ニ論旨記載ノ如キ判示アルニヨリテ明ナリ而シテ甲第一號證文ハ「代金ノ内」トノ文句アレトモ更ニ「約定金」トノ文句モアリ又買主カ手附ヲ拋棄シ賣主カ其倍額ヲ償還シテ契約ヲ解除シ得ルハ賣買當事者ノ一方カ契約ノ履行ニ着手スル前ニ限ラルルモノナルコト民法第五七七條ニ徴シ明ニシテ手附金ノ受

授ハ損害賠償ノ契約ト相容レサルモノニアラサルヲ以テ甲第一號證ニ「萬一約定期日ニ至リ違約延期ニ及ヒ候節ハ其期日ニ當時相當相場之計算ヲ以テ外諸掛リ共貴殿ノ御損害金御請求通り異議ナク直ニ勘定可仕候」トノ文句アルコト上告人所論ノ如シト雖モ原院カ甲第一號證記載ノ金百圓ヲ以テ手附金ノ性質ヲ有スルモノト認メタルハ不法ニアラス論旨ハ結局原院ノ專權ニ屬スル事實ノ認定ヲ非難スルモノニシテ上告適法ノ理由トナラス(大審院大正十年(オ)第七七三號同年十一月三日民二部馬場裁判長大倉東鬼澤岩本各判事判決)

【關係事項】 上告棄却○原審宮城控訴院○損害賠償請求事件○上告人小野木重藏訴訟代理人辯護士藤谷直太同田中八治鄭被上告人木村兵吉

【手付及手付解除ニ關スル參照學說判例】

本書本卷民法二四一頁四〇三頁

三〇二

律師寺學士

九圖 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

虚偽ノ讓渡行為ニ因リ外見上債權ヲ讓受ケタル者ヨリ其債權取立ノ委任ヲ受ケ其委任事務ヲ處理スル爲メニ其債權ヲ讓渡シタル者ハ虚偽ノ意思表示ノ目的タル債權ニ付キ法律上ノ利害關係ヲ有シ從テ民法第九四條第二項ニ所謂第三者ニ該當スルモノトス

大審院大正九年(ク)二四號同年一〇月一八日判決本書第九卷民法二二一三頁所載
本決定ニ依レハ虚偽ノ讓渡契約ニ因リ外見上債權ヲ讓受ケタル者カラ其債權取立ノ委任ヲ受ケ其委任事務ヲ處理スル爲メニ其債權ヲ讓渡シタル者ハ虚偽ノ意思表示

(虚偽ノ債權讓渡)ノ目的タル債權ニ付キ法律上ノ利害關係ヲ有シタイ從ツテ民法第九四條第二項ニ所謂第三者ニ該當シナイト云フノテアルシカレ見解ハ明ニ誤テアト本決定ハ法律上ノ利害關係ト經濟上ノ利害關係トヲ混同シテ居ル(法律上ノ見地ニ於テハ債權ノ讓渡ヲ受ケタル受任者ハ如何ナル場合ニ於テモ債務者ニ對シ其債權ノ履行ヲ請求シ之ヲ受領スルコトヲ得ル法律上ノ力ヲ有シ此ノ力ハ法律上ノ利益ヲ加故ニ斯カル受任者ハ其債權ニ付キ法律上ノ利害關係ヲ有スルモノト謂ハネハナラヌ加レテ受任者カ報酬カ受ケル特約アル場合ニハ報酬ハ委任履行ノ後即チ債權ノ履行トシテ受取リタル物ヲ委任者ニ引渡シタル後チラテハ之ヲ請求シ得ナイカラ(民六四八條二項)斯クノ如キ場合ニハ受任者ハ其債權ノ取立ニ對シ法律上ノミナラス經濟上ノ利害關係ヲ有スル又受任者カ取立タル物ヲ以テ自己カ委任者ニ對シテ有スル債權ノ辨濟ニ充當シ得ル特約ノアル場合ニ於テモ亦經濟上ノ利害關係ヲ有スルコト明テアル故ニ債權取立ノ爲メニ債權ヲ讓受ケタル者ハ常ニ債權ニ付キ經濟上ノ利害關係ヲシトスラ云ヘナイ(法學士藥師士志光氏法學志林第二卷第一二號三四頁「民法第九四條第二項ニ所謂第三者ノ意義」要領)

【民法第九四條第三者ノ觀念ニ關スル參照學說判例】

本書本卷民法四六九頁

虚偽ノ意思表示ハ民法第九四條ノ規定ノ要件存スル限り無効ナルヤ疑ナシ只之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗シ得サルモノナルコトハ同條第二項ノ規定スル所ニシテ而テ其第三者ノ意義限界ニ付テハ嘗テ論議紛々タルモノアリ吾人モ亦其所見ノ一端ヲ公ニセリ(本書本卷民法四七二頁評論)今學士ノ所見ヲ案スルニ虚偽ノ意思表示ニ基キ假裝ノ債權讓受ケラ爲シタル者ヨリ債權取立ノ爲メノ委任ヲ受

ケ委任事務處理ノ爲メ更ニ債權ヲ讓受ケタル者ハ民法第九四條第二項ノ第三者ナリヤノ事案ニ付キ大審院カ否定セルヲ非ナリトシ之ヲ肯定スヘキモノナリトセラレタリ要スルニ大審院判決ハ學士所論ノ如ク經濟上ノ利害關係ト法律上ノ利害干係ヲ混淆誤用セル罪ニ坐スルコトハ否ミ難キ事實ニシテ學士所見ハ吾人ノ歸結ト旨趣ヲ同ウスルヲ欣フモノナリ

三〇三

二九五

他人ノ物ノ占有者カ其物ニ關シテ生シタル債權ヲ有スルトキハ其債權ノ辨濟ヲ受クルマテ其物ヲ留置スルコトヲ得但し其債權カ辨濟期ニアラザルトキハ此限ニ在ラス
前項ノ規定ハ占有者カ不法行爲ニ因リテ始リタル場合ニハ之ヲ適用セス

債權カ物ニ關シテ生シタル債權ナリヤ否ヤノ問題ハ物ト其債權トノ間ニ關聯アリヤ否ヤノ問題ニシテ物カ社會觀念上債權發生ノ原因ヲ爲シタリト認メ得ヘキ場合ニハ物ト債權トノ間ニ關聯アリト謂ヒ得ルモノトス

大審院大正九年一月六日判決本審第九卷民法一一九頁所載

判決ノ要旨ハ賃借人甲主張ノ契約不履行ニ因ル損害賠償ノ請求權ハ賃借人タル乙(丙ノ先代)ニ對シ有スル債權ニ過キヌシテ相續人丙ヨリ土地ノ所有權ヲ取得シ甲ニ對シ引渡ヲ求ムル丁ニ對スルコトヲ得サルモノナレハ民法第二九五條ニ所謂其物ニ關シテ生シタル債權ニアラス從テ甲ハ該土地ニ付キ留置權ヲ有セサルモノトスト云フニ在ルモ
一 本判決ハ誤テアル問題ノ置キ方ヲ誤ツタ見當違ノ議論テアル

二 或債權カ物ニ關シテ生シタル債權ナリヤ否ヤノ問題ハ物ト其債權トノ間ニ關聯(又ハ牽連トモ云フ)カアルカ否カノ問題ナル物カ社會觀念上債權發生ノ原因ヲ爲シタルト認メ得ヘキ場合ニハ物ト債權トノ間ニ關聯アリト謂フ事カ出來ル故ニ物ヲ機縁トシテ發生シタル債權ハ物ニ關シテ生シタル債權ナル
三 サレハ甲ノ主張スル「契約不履行ニ因ル損害賠償請求權」カ物ニ關シテ生シタル債權ナリト云フコトヲ明ニスル爲メニハ其債權ハ社會見解上物ヲ機縁トシテ發生シタルモノト認メ得ナイコトヲ明確ニシナケレハナラヌ然ルニ本判決ハ此點ニ付テハ一言モ觸レルコトヲ却ツテ其損害賠償請求權ハ丁ニ對抗スルヲ得ナイト云フコトナカレシタルノハ見當違ノ甚シキモノナレバ
四 或債權カ物ニ關シテ生シタルモノカ否カト云フ客觀的ノ事實カ人ニ對スル關係ニ於テ變化スルコトハナイカラテアル
五 然ラハ大審院ノ見解ハ甲ハ本件損害賠償請求權ハ乙及ヒ其相續人丙ニ對シテ主張シ得ルケレトモ第三者タル丁ニ對シテ其履行ヲ求メ得ヘキテナイカラ其債權ヲ主張シテ物ヲ留置スルコトハ丁ニ對シテハ許サレナイト云フ趣旨テアラウカ? 若シサウダトスレハ其債權カ民法第二百九十五條ニ所謂其物ニ關シテ生シタル債權「テナイト云フ説明ハ頗ル不當ト謂ハネハナラヌ何トナレハ此説明ハ民法第二百九十五條ハ總テノ物ニ關シテ生シタル債權ニ付キ適用アルニ非スシテ其中ニテソレカ物ノ回復請求者ニ對シテ得ルモノ即チ物ノ回復者カ其債權ヲ履行スル責アルモノ(對抗ト云フ言葉ハ此處テハサウ解釋スルノ外ハアル)ニ限ルト云フコトヲ前提トシナケレハナラヌ然ルニ斯カル前提ハ我民法上何等樹立ナキ獨斷ニシテ亦我國ニ於ケル論說ニモ反スル
六 上告人カ「契約不履行ニ因ル損害賠償請求權」ハ賃借地ニ付キ生シタル債權テアルト云フ其主張カ正當ナリヤ否ヤハソレトハ別ノ問題ナル上告人主張ノ契約不履行ハ果シテ如何ナル内容ノモノタツタカナ明カニシタ上テナクテハソレヲ解決スナ得

第二 自己ノ著作物中ニ正當ノ範圍内ニ於テ節録引用スルコト
 第三 普通教育上ノ修身書及讀本ノ目的ニ供スル爲ニ正當ノ範圍内ニ於テ抜萃蒐輯スルコト
 第四 文藝學術ノ著作物ノ文句ヲ自己ノ著作シタル脚本ニ挿入シ又ハ樂譜ニ充用スルコト
 第五 文藝學術ノ著作物ヲ説明スルノ材料トシテ美術上ノ著作物ヲ挿入シ又ハ美術上ノ著作物ヲ説明スルノ材料トシテ文藝學術ノ著作物ヲ挿入スルコト
 第六 圖畫ヲ彫刻物模型ニ作リ又ハ彫刻模型ヲ圖畫ニ作ルコト
 本條ノ場合ニ於テハ其出版ヲ明示スルコトヲ要ス

言語ノ衣ヲ脱カシメテハ思想ハ文書又ハ演述ト謂フ著作物タリ得サルヲ以テ法律ノ保護ヲ受クヘキ著作物モ亦一定ノ内容發現手段トシテ考ヘラルヘキ一定ノ言語上ノ形式ナリトス
 法律ハ思想ノ傳達手段タル言語上ノ形式ハ之ヲ創始者ノ專有ニ屬セシメ他人ノ之カ使用ヲ禁シ得ヘシト雖モ其形式ニヨリ傳達セラルル内容ヲ他人カ使用スルコトヲ禁シ得サルモノトス
 著作物ノ特質ハ著作物カ獨創的個性ヲ有シ且著作物カ客觀的ニ了解セラルル如キ體系ヲ成シ居ル點ナリトス
 文書演述ノ如キ著作物ニ付テハ(一)言語上ノ排列順序トイフ如キ外部的形式ト(二)其形式ニ適應セル内部ノ體系ト(三)其内容ヲ構成スル個々ノ部分トノ三ヲ考ヘ得ヘク第三ノ部分ハ著作物ノ獨創ニ出ツルヲ要セサルト共ニ著作物ノ專有ヲ許ササルモノナレハ著作權ハ此内容(思想)ヲ保護スルモノニアラサルモノトス
 原著物ノ外部的形式ニ變更カ加ヘラルルモ其内部的ナル内容ノ體系カ同一性

ヲ保有スト觀ラルル限リ原著物カ同一性ヲ失フモノニアラスト雖モ若シ其内容ノ大體カ破ラレ其同一性ヲ認ムルヲ得サル程度ニ至ラハ新ナル内容ノ體系ト之ニ適應スル新ナル言語上ノ形式カ成立シ新著作物出來スルモノニシテ著作權法第一九條モ此趣旨ニ基クモノトス
 著作物ノ内部的形式ノ體系カ如何ナル點マテ變更セラレ其同一性カ滅失シ從テ新著作物出來シタリト言ヒ得ヘキカハ個々ノ具體的ナル場合ニ付一般社會ノ經驗律ニ照シテ之ヲ決スヘキモノトス
 法律カ著作物ニ付テ存スル著作物ノ利益ヲ保護セントセハ著作物ヲシテ著作物使用ノ機會ヲ獨占セシメ他人ノ使用ヲ禁スル必要アルモノニシテ著作權法第一條カ著作物ハ其著作物ヲ複製スルノ權利ヲ專有スト定メタル所以ナリトス
 著作權法第一條ニ所謂複製モ亦單ニ外部的形式ヲ其儘ニ翻刻複寫スルコトノミヲ指スニアラス縱令外部的形式ヲ變更スルモ内容的形式ヲ變更セスシテ之ヲ模倣スル總テノ場合(翻刻複寫ノ如シ)ヲ包含スルモノトス
 著作權ハ非人格的ナル無體財ト見ラルヘキ著作物ヲ物體トスル財產權ニシテ對世的効力ヲ有スル絕對權ナリトス
 我著作權法ニ於テモ財產權タル著作權ノ外ニ著作物カ著作物トシテ有スル人格的利益ニ付キ特殊ノ權利カ認めラレタルコトハ其第一八條第三〇條第一項ニ依

【留置權ノ連關ニ關スル參照學說判例】

本書本卷民法三八四頁

民法上ノ留置權ハ商法上ノ夫レト異リ其發生要件トシテ担保債權ト担保物トノ間ニ關聯ノ存在ヲ要求スル所ナルカ其關聯ノ意義範圍ニ付キテハ嘗テ學說ノ紛々タルモノアリタリ今學士ノ判例批評ヲ接受シテ之ヲ窺フニ關聯ノ有無ハ物カ債權發生ノ原因ヲナシタルヤ否ヤニ依リテ決シ其範圍ハ之ヲ社會觀念ヲ以テ律スヘシトノ教示ヲ得タリ比較的伸縮法ニ富ミ實際ノ活用ニ當リ便宜ナル如ク感ス唯憾ムラクハ所謂原因ノ意義必スシモ明亮ナラス從テ標準適格ヲ缺ク場合ヲ生シ易キハ覆ヒ難キノミ尙學士ノ批評ハ克ク判決ノ見當違ヲ是正シタルモノト謂フヘシ(本書本卷民法三八四頁詳論參照)

三〇四

- 四〇一 債權ノ目的物ヲ指示スルニ種類ノミヲ以テシタル場合ニ於テ法律行為ノ性質又ハ當事者ノ意思ニ依リテ其品質ヲ定ムルコト能ハサルトキハ債務者ハ中等ノ品質ヲ有スル物ヲ給付スルコトヲ要ス
- 前項ノ場合ニ於テ債務者カ物ノ給付ヲ爲スニ必要ナル行為ヲ完了シ又ハ債權者ノ同意ヲ得テ其給付スヘキ物ヲ指定シタルトキハ爾後其物ヲ以テ債權ノ目的物トス
- 五〇五 債權者ノ交替ニ因ル更改ハ確定日附アル證書ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス
- 五〇七 買賣ノ目的物ノ引渡ニ付キ期限アルトキハ代金ノ支拂ニ付テモ亦同一ノ期限ヲ附シタルモノト推定ス
- 五九七 借主ハ契約ニ定メタル時期ニ於テ借用物ノ返還ヲ爲スルコトヲ要ス
- 當時者カ返還ノ時期ヲ定メザリシトキハ借主ハ契約ニ定メタル目的ニ從ヒ使用及ヒ收益ヲ終ハリタル時ニ於テ返還スルコトヲ得

- 六〇一 質貸債ノ當事者ノ一方カ相手方ニ或物ノ使用及ヒ收益ヲ爲サシムルコトヲ約シ相手方カ之ニ其資金ヲ拂フコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ス
- 六〇二 質貸債ノ一部カ質借人ノ過失ニ因ラスシテ滅失シタルトキハ質借人ハ其滅失シタ部分ノ割合ニ應ジテ債權ノ減額ヲ請求スルコトヲ得
- 前項ノ場合ニ於テ殘存スル部分ノミニテハ質借人カ質借ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサルトキハ質借人ハ契約ノ解除ヲ爲スルコトヲ得
- 六〇三 質借人ハ質貸人ノ承諾アルニ非サレハ其權利ヲ讓渡シ又ハ質借物ヲ轉貸スルコトヲ得ス
- 質借人カ前項ノ規定ニ反シ第三者ヲシテ質借物ノ使用又ハ收益ヲ爲サシムルトキハ質貸人ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得
- 六〇四 質借人カ適法ニ質借物ヲ轉貸シタルトキハ質借人ニ對シテ直接ニ義務ヲ負フ此場合ニ於テハ借貨ノ前項ノ規定ハ質貸人ニ對抗スルコトヲ得ス
- 六〇五 委任ハ當事者ノ一方カ法律行為ヲ爲スコトヲ相手方ニ委託シ相手方カ之ヲ承諾スルニ因リテ其效力ヲ生ス著作權法ニ文書演述圖畫建築彫刻模型寫真文藝學術若クハ美術ノ範圍ニ屬スル著作物ノ著作人ハ其著作物ヲ複製スルノ權利ヲ專有ス
- 六〇六 文藝學術ノ著作權ハ翻譯權ヲ包含シ各種ノ脚本及樂譜ノ著作權ハ興業權ヲ包含ス
- 六〇七 著作權ノ相續讓渡及質入ハ其登錄ヲ受クルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス
- 六〇八 無名又ハ變名著作物ノ著作人ハ其ノ實名ノ登錄ヲ得ルコトヲ得
- 六〇九 未タ發行又ハ興業セサル著作物ノ原本及其ノ著作權ハ債權者ノ爲ニ差押ヲ受クルコトヲ得シ著作權者ニ於テ承諾ヲ爲シタルトキハ此ノ限ニ在ラス
- 六〇一〇 著作權ヲ承繼シタル者ハ著作人ノ同意ヲ得テ其著作人ノ氏名稱號ヲ變更シ若クハ其題號ヲ改メ又ハ著作物ヲ改竄スルコトヲ得ス
- 六〇一一 原著作物ニ關點句讀批評註解附錄圖畫ヲ加ヘ又ハ其ノ他ノ修正増減ヲ爲シ若クハ翻案シタルカ爲新ニ著作權ヲ生スルコトナシ但シ新著作物ト看做サルヘキモノハ此ノ限ニ在ラス
- 六〇一二 既ニ發行シタル著作物ヲ左ノ方法ニ依リ複製スルハ偽作ト見做ス
- 六〇一三 第一 發行スルノ意思ナク且器械的又ハ化學的方法ニ依ラスシテ複製スルコト

第二 自己ノ著作物中ニ正當ノ範圍内ニ於テ節録引用スルコト
 第三 普通教育上ノ修身書及讀本ノ目的ニ供スル爲ニ正當ノ範圍内ニ於テ抜萃蒐輯スルコト
 第四 文藝學術ノ著作物ノ文句ヲ自己ノ著作シタル脚本ニ挿入シ又ハ樂譜ニ充用スルコト
 第五 文藝學術ノ著作物ヲ説明スルノ材料トシテ美術上ノ著作物ヲ挿入シ又ハ美術上ノ著作物ヲ説明スルノ材料トシテ文藝學術ノ著作物ヲ挿入スルコト
 第六 圖畫ヲ彫刻物模型ニ作り又ハ彫刻模型ヲ圖畫ニ作ルコト
 本條ノ場合ニ於テハ其出版ヲ明示スルコトヲ要ス

言語ノ衣ヲ脱カシメテハ思想ハ文書又ハ演述ト謂フ著作物タリ得サルヲ以テ法律ノ保護ヲ受クヘキ著作物モ亦一定ノ内容發現手段トシテ考ヘラルヘキ一定ノ言語上ノ形式ナリトス」
 法律ハ思想ノ傳達手段タル言語上ノ形式ハ之ヲ創始者ノ專有ニ屬セシメ他人ノ之カ使用ヲ禁シ得ヘシト雖モ其形式ニヨリ傳達セラルル内容ヲ他人カ使用スルコトヲ禁シ得サルモノトス」
 著作物ノ特質ハ著作物カ獨創的個性ヲ有シ且著作物カ客觀的ニ了解セラルル如キ體系ヲ成シ居ル點ナリトス」
 文書演述ノ如キ著作物ニ付テハ(一)言語上ノ排列順序トイフ如キ外部的形式ト(二)其形式ニ適應セル内部ノ體系ト(三)其内容ヲ構成スル個々ノ部分トノ三ヲ考ヘ得ヘク第三ノ部分ハ著作物ノ獨創ニ出ツルヲ要セサルト共ニ著作物ノ專有ヲ許サルモノナレハ著作權ハ此内容(思想)ヲ保護スルモノニアラサルモノトス」
 原著物ノ外部的形式ニ變更カ加ヘラルルモ其内部的ナル内容ノ體系カ同一性

ヲ保有スト觀ラルル限リ原著物ハ同一性ヲ失フモノニアラスト雖モ若シ其内容ノ大體カ破ラレ其同一性ヲ認ムルヲ得サル程度ニ至ラハ新ナル内容ノ體系ト之ニ適應スル新ナル言語上ノ形式カ成立シ新著作物出來スルモノニシテ著作權法第一九條モ此趣旨ニ基クモノトス」
 著作物ノ内部的形式ノ體系カ如何ナル點マテ變更セラレ其同一性カ滅失シ從テ新著作物出來シタリト言ヒ得ヘキカハ個々ノ具體的ナル場合ニ付一般社會ノ經驗律ニ照シテ之ヲ決スヘキモノトス」
 法律カ著作物ニ付テ存スル著作物ノ利益ヲ保護セントセハ著作物ヲシテ著作物使用ノ機會ヲ獨占セシメ他人ノ使用ヲ禁スル必要アルモノニシテ著作權法第一條カ著作物ハ其著作物ヲ複製スルノ權利ヲ專有スト定メタル所以ナリトス」
 著作權法第一條ニ所謂複製モ亦單ニ外部的形式ヲ其儘ニ翻刻複製スルコトノミヲ指スニアラス縱令外部的形式ヲ變更スルモ内容的形式ヲ變更セスシテ之ヲ模倣スル總テノ場合(翻刻行爲)ヲ包含スルモノトス」
 著作權ハ非人格的ナル無體財ト見ラルヘキ著作物ヲ物體トスル財產權ニシテ對世的效力ヲ有スル絕對權ナリトス」
 我著作權法ニ於テモ財產權タル著作權ノ外ニ著作物カ著作物トシテ有スル人格的利益ニ付キ特殊ノ權利カ認めラレタルコトハ其第一八條第三〇條第一項ニ依

リ知り得ヘク此權利ヲ著作ノ人格權ト呼稱シ得ルモノトス」

著作者ハ著作ヲ爲スコトニ因リ財產權タル著作權ト人格權トヲ取得スルモノナ
ルモノ兩者ハ二元的觀方ニ從フヘキモノトス」

著作者ノ有スル財產權タル著作權及其人格權ハ著作ヲ爲スコト自體ヲ原因トシ
テ同時ニ著作ニ與ヘラルルモノナレハ兩者ヲ總括シテ著作ノ權利(廣義ノ著
作權)ト稱シ得ヘク著作權法第一章ニ題シテ著作ノ權利トハ此總括的ノ意味ヲ
有スルモノトス」

著作權法第二條第一五條第一七條ノ所謂著作權ハ財產權タル著作ノ權利ヲ指
シタルモノトス」

著作權法第一八條力著作權ヲ承繼シタル者ハ著作ノ同意ナクシテ其著作ノ
氏名稱號ヲ變更シ若ハ其題號ヲ改メ又ハ其著作物ヲ改竄スルコトヲ得スト謂ヘ
ルハ財產權タル著作權即チ狹義ノ著作權ト著作ノ人格權力主體ヲ別ニセル場
合ニ關スルモノトス」

出版契約ハ當事者ノ一方(著作力相手方出版者)ニ著作權ノ物體タル著作物ノ利
用ヲ爲サシムルコトヲ約シ相手方自己ノ計算ニ於テ著作物ノ複製ト發賣又ハ
頒布(出版)トヲ爲スヘキコトヲ約スルニ因リテ成立スルモノトス」

出版契約ハ著作權ノ保護アル著作物ノ出版ニノミ關スルモノトス」

出版契約ハ著作力出版者ニ對シ著作物ノ獨占的利用ヲ爲サシムルコトヲ約ス
ルモノナルヲ以テ出版者ハ著作物ヲ契約ノ定ムル方法ニヨリ利用スル權利ヲ取
得スルモノトス」

出版契約ハ出版者ニ於テ著作物ヲ出版スヘキコトヲ約スルモノナルヲ
以テ出版者ハ其著作物ヲ出版スヘキ義務ヲ負フモノトス」

出版契約ハ著作力著作物ノ利用ヲ爲サシムヘキコトヲ約シ出版者自己ノ計
算ニ於テ出版ヲ爲スコトヲ約スル雙務的債權契約ニ屬スルモノトス」

出版契約ハ一種特別ノ非典型的契約ナレトモ民法商法ノ總則的規定及之等法規
ノ認ムル各種典型契約ノ規定力其性質ノ許ス範圍内ニ於テ類推適用セラレ特ニ
慣習法事實タル慣習並ニ信義ノ原則力重要視セラルヘキモノトス」

著作者ハ出版者ニ對シ複製セラルル適狀ニ於テ著作物ヲ交付シ出版ノ爲メニ利
用スルコトヲ許容シ自ラ複製發行ヲ爲シ又ハ第三者ヲシテ其複製發行ヲ爲サシ
ムルコトヲ得サル義務ヲ負フモノトス」

著作者力出版者ニ對シ負擔スル複製發行禁止ノ義務ハ不作爲債務ナルヲ以テ著
作者ハ其不履行ニ付損害賠償ノ責任ヲ負擔スルモ第三者ノ侵害ニ對シテハ出版
者ハ直接其第三者ニ主張シ得ヘキ何等ノ權利ヲ有セサルモノトス」

出版者ハ著作物ノ外部的形式ニ適應スル複製義務ヲ負フモノナルヲ以テ内容ヲ

變更シテ出版シタルトキハ著作權ノ侵害ト共ニ出版契約ニ基ク債務ノ不履行アルモノトス」

出版者ノ負擔スル印刷物發賣頒布ノ義務ハ出版物カ公衆若クハ特定多數人ニヨリテ需用セラルル状態ニ置カルトキハ履行セラレタルモノトス」

出版者カ著作權ニ對シ報酬支拂ノ債務ヲ負擔スルトキハ民法商法ノ總則的規定ノ適用及賣買ニ於ケル代金貸借ニ於ケル借賃ニ關スル規定ノ類推適用ニヨリ其法律關係ヲ定ムヘキモノトス」

出版者ハ出版契約締結後ニ於テ著作物頒布ノ目的カ消滅シタル場合ニハ出版契約ヲ解除シ其義務ヲ免ルルモノトス」

出版者ハ著作物複製ノ權利ト不可分のニ複製及發賣頒布ノ義務ヲ負擔スルヲ以テ貸借權ノ讓渡ニ關スル規定ヲ類推適用シ著作權ノ承諾ナキトキハ其權利ヲ讓渡スルコトヲ得サルモノトス」

出版者カ著作權ノ承諾ナクシテ第三者ヲシテ著作物ノ出版ヲ爲サシメタルトキハ著作權ハ契約ノ解除ヲ爲シ得ヘキモノトス」

出版者カ營業ヲ讓渡シタル場合ニ於テモ著作權ノ承諾ナキトキハ其讓受人ハ出版ヲ爲スコトヲ得サルモノトス」

遺法ニ出版者ノ權利カ讓渡セラレタルトキハ其義務モ亦當然讓受人ニ移轉スル

モノトス

本稿ニ於テハ專ラ著作權ト出版者トノ關係ニ關シテ其間ニ締結セラルル出版契約トモ呼ハルヘキ契約ノ性質效力等ニ就テ考察シテ思フ出版契約ヲ締結スルニ當リテハ先ツ著作權法ニ所謂著作權ノ意義ト著作權ノ内容トヲ明カニスル必要カアル第一項 出版ニ關スル私法的法制ノ發達史概要

先ツローマニ於テモ著作權ノ權利カ認メラレテ居ツタカト云フニ今日ノヤウナ財產權タル著作權カ認メラレテ居ナカウタト云フ事ニ就テハ殆ント異論ヲ見ヌカ併シ著作權ノ保護スルコトハ他人ノ人格ヲ侵害スル不法テアルト考ヘラレテ居タリ勿論ギリシヤローマノ昔ニ於テモ著作權カ其著作物ヲ書寫商ニ賣ツテ利益ヲ收メタト云フ事例ハアルケレトモ著作權ハ自己カ著作物タルコトヲ理由トシテ財產法上第三者ニ對シテ主張シ得ル權利ヲ持ツテハ居ナカウタト考ヘラレシ原稿ヲ出版者ニ引渡ト同時ニ著作物ノ利用ハ全然出版者ノ手ニ歸シタカラアルローマニ於ケル如クノ書籍出版及ヒ書籍取引ノ體制ハ西ローマ帝國ノ瓦解ト共ニ頓ニ衰頹シテ僅カニ其餘喘ヲ僧院ニ於テ保ツタニ過キヌカイタリテ及ヒフランクニ於ケル大學ノ監督ノ下ニ十四世紀ニ伴ツテ復興ノ機運ニ向ヒボロニア及ヒパリトニ於テハ大學ノ監督ノ下ニ出版ノ獨占權ヲ有スル書籍工場カ經營セララルニ至ツタアル著作權及出版ニ付テアラニル點ニ於テハ新紀元ヲ劃シタノハ活版術ノ發明ヲアル第十五世紀ノ初ニ活字版カ發明セラレ且ツ殆ソト時ヲ同ウシテ製紙ノ方法カ東洋ヨリ移入セラレコトニ文書複製ノ方法ハ一變セラレタ活版術ノ發明ニ依リ出版ノ様式カ一變シテ出版業カ金錢的収益ノ源泉ヲ爲ス様ニ爲ルト共ニイヨリ特許制度ノ確立ヲ見ルニ至ツタアル中世一般ニ行ハレタ經濟政策トシテ國家ハ特定ノ營業ヲ保護シテ國家的監督ノ下ニ營業ヲ禁シ之ニヨツテ一面ニハ國庫ノ財源ヲ得ルコトヲ計ツテ居タリテアルカ

印刷出版ニ付テ認ラレタ特許ノ制度モ畢竟此經濟政策ノ發現シタ一場合ニ外ナラ
 出版者ノ利益保護ヲ主トシテ營業特權ノ制度カ廢レテ著作ノ利益保護ヲ要旨ス
 ル著作權ノ制度カ立テラレタハ何レノ時代アリ又如何ナル理由ニ基クモノテア
 ロウカ一般論トシテハ要スルニ第十八世紀ノ革命的氣運カココニモ波及シタモノテ
 アル考ヘルコトカ出來ル營業ノ自由ヲ求ムル運動ハアラニル特權ヲ獨占ノ制度ヲ
 覆シテ個人ノ獨立ヲ叫ブ論議ハ個人ノ精神的所産ニ付テハ其個人ノ權利ヲ認ムヘシ
 トナレタ新ル形勢ノ下ニ漸次ニ確認セラレタルニ至ツタ著作ノ地位ハ只其財產的利
 益ノ保護ヲ方面ニ止マラナイテ著作タルカ故ニ與ヘラレヘキ人格的利益的保護
 テ方面ニ於テモ愈々高メラレコトヲ著者タルカ故ニ與ヘラレヘキ人格的利益的保護
 英國ニ於テ一七〇九年ノ Statute of Anne ニヨツテ法典上ノ根據ヲ得タ佛國ニ於テ一
 七八九年ノ國民議會ノ決議ニヨツテ著作ノ權利ハ所有權 (Propriete) ナリトセラレ
 イテ一七九三年ノ法律トナリ獨逸ニ於テ一七九四年ノ普國國法ニヨツテ著作
 書籍商トノ間ノ法律關係ニ關スル規定カ設ケテ其他各邦ニ於テ定メラレタ法律モアツ
 タ例ヘハサクセンニ於ケル一七七三ノ命令(曲折)ニ於テ定メラレタ法律モアツ
 ル獨逸帝國ノ一般法トナツタ前掲ノ普國法ハ第九九六條乃至第一〇二二條ニ於テ
 著作書籍商間ノ法律關係ニ就テ規定テ設ケテ居ルカ同法ニヨレハ書籍商ハ原則ト
 レテ著作トノ間ニ締結スル書面上ノ契約ニヨツテノミ出版權 (Verlagsrecht) ヲ取得シ得
 ル旨カ規定セラレテ居ル出版契約ニ付テ法律カ規定テ設ケテ最初ノモノハ即チ此普
 國法ヲアル謂フテ我國ノ出版法制定史ヲ觀ルニ德川時代ニ於テハ寛永ノ末頃カラ出
 版ノ取締ニ關スル公法的ノ禁制ハ數多發布セラレテ居ルケレトモ(三浦博士法制史ノ
 研究一四六頁以下)關根博士德川政府ノ出版法規(法制論集一四一頁以下)私法的ノ法
 規ノ看ル可キモノハ殆ント無イ儘ニ天保十五年正月晦日館市衙門カラ書物掛名主ヘ
 イヒ制シタ沙汰ニ出版者及著作ノ保護ヲ認メタルモノカアルノミテアル明治ニナ
 ツテカラハ先ツ明治二年五月十三日違出版條例(出版ノ取締ヲ主タル目的トスルモノ
 大體今日ノ出版法ニ當ル)ニ於テ出版者ノ利益ヲ保護スルニ三ノ規定カ設ケラレ
 タ圖書ヲ出版スル者ハ官ヨリ之ヲ保護シテ專賣ノ利ヲ收メシム(第三項)凡ソ新ニ船
 本ノ圖書ヲ翻刻スル者ハ亦專賣ノ利ヲ收メシム(第十項)ナトノ規定カ即チソレテア
 其後二三ノ改廢ヲ經テ明治八年ニ大政官布告ヲ以テ定メラレタ出版條例ニ於テ始メ
 テ版權ナル文字カ使用セラレ是ニ因ツテ觀レハ版權ハ出版ニ對スル免許ニヨツテ與
 ヘラル、圖書專賣ノ權利テアツタノテアルカラ前述ノ歐洲諸國ニ於ケル第十六七世
 紀頃ノ特許制度ニ酷似シテ居ル越エテ明治二十年ニ至ツテハ出版ノ取締ニ關スル田
 版條例ト版權ノ保護ニ關スル版權條例トカ別々ニ制定セラレタカ版權ハ官ノ免許ヲ
 俟タスシテ發生スル經旨ヲ認メ其版權取得ノ要件トシテ登錄ヲ受ケサヘスレハ宜イ
 コトトナレタ此條例及ヒ之ニ一、二修補ヲ加ヘテ明治二十六年ノ版權法ノ時代ハ著作
 者ノ權利カ漸次ニ確立セラレ、ニ至ツタ時代テアツタ版權ノ主體ハ著作ノ時代ハ著作
 カ明ニセラレ更ニ著作ノ財產的利益的保護ノミナラス著作カ著作トシテ有ス
 ル人格的利益的保護モ亦漸ク認メラル、ニ至ツタ而テ明治三十二年ニ現行ノ著作權
 法カ制定セラレ、ニ及シテ著作ノ權利ハ何等行政上ノ手續ヲ經ナイテ著作カ爲ス
 コト自體ニ因ツテ發生シ且ツ財產權ト人格權トノ兩方面ニ於テ確立スルニ至ツタ
 第二項 著作物ノ意義及ヒ著作權ノ內容
 致テ專ラ著作權法ニ所謂文書演述ノ如キ言語ノ形ニヨツテ現ハル、著作物ト其上ニ
 存スル著作權ニ就テノミ叙説スルコトニナル言語ハ無限ニ多様ナ人類ノ經驗要素ノ
 中カラ共通ナルモノヲ抽キ出シテ之ヲ統一シテ構成シタ所ノ概念ノ代表的記號テア
 ル而テ言語ノ第一義的ナル使命ハ吾々カ思考スル所即チ思想ヲ他人ニ傳達スルノ謀
 介者タル點ニ在ツテ斯ノ如ク我々ハ自己ノ思想ヲ他人ニ傳達スル最モ便利ナ手段ト
 シテ言語ヲ使用シテ居ルノ如クアル著作權法ニ文書演述ト云フ如キ著作物モ畢竟或思
 想ヲ傳達スル爲メノ手段ト考ヘラルヘキ言語上ノ形式ニ他ナラヌノテアルカカ新

印刷出版ニ付テ認ラレタ特許ノ制度モ畢竟此經濟政策ノ發現シタ一場合ニ外ナラ
 出版者ノ利益保護ヲ主トシテ營業特權ノ制度カ廢レテ著作ノ利益保護ヲ要旨ス
 ル著作權ノ制度カ立テラレタハ何レノ時代アリ又如何ナル理由ニ基クモノテア
 ロウカ一般論トシテハ要スルニ第十八世紀ノ革命的氣運カココニモ波及シタモノテ
 アル考ヘルコトカ出來ル營業ノ自由ヲ求ムル運動ハアラニル特權ヲ獨占ノ制度ヲ
 覆シテ個人ノ獨立ヲ叫ブ論議ハ個人ノ精神的所産ニ付テハ其個人ノ權利ヲ認ムヘシ
 トナレタ新ル形勢ノ下ニ漸次ニ確認セラレタルニ至ツタ著作ノ地位ハ只其財產的利
 益ノ保護ヲ方面ニ止マラナイテ著作タルカ故ニ與ヘラレヘキ人格的利益的保護
 テ方面ニ於テモ愈々高メラレコトヲ著者タルカ故ニ與ヘラレヘキ人格的利益的保護
 英國ニ於テ一七〇九年ノ Statute of Anne ニヨツテ法典上ノ根據ヲ得タ佛國ニ於テ一
 七八九年ノ國民議會ノ決議ニヨツテ著作ノ權利ハ所有權 (Propriete) ナリトセラレ
 イテ一七九三年ノ法律トナリ獨逸ニ於テ一七九四年ノ普國國法ニヨツテ著作
 書籍商トノ間ノ法律關係ニ關スル規定カ設ケテ其他各邦ニ於テ定メラレタ法律モアツ
 タ例ヘハサクセンニ於ケル一七七三ノ命令(曲折)ニ於テ定メラレタ法律モアツ
 ル獨逸帝國ノ一般法トナツタ前掲ノ普國法ハ第九九六條乃至第一〇二二條ニ於テ
 著作書籍商間ノ法律關係ニ就テ規定テ設ケテ居ルカ同法ニヨレハ書籍商ハ原則ト
 レテ著作トノ間ニ締結スル書面上ノ契約ニヨツテノミ出版權 (Verlagsrecht) ヲ取得シ得
 ル旨カ規定セラレテ居ル出版契約ニ付テ法律カ規定テ設ケテ最初ノモノハ即チ此普
 國法ヲアル謂フテ我國ノ出版法制定史ヲ觀ルニ德川時代ニ於テハ寛永ノ末頃カラ出
 版ノ取締ニ關スル公法的ノ禁制ハ數多發布セラレテ居ルケレトモ(三浦博士法制史ノ
 研究一四六頁以下)關根博士德川政府ノ出版法規(法制論集一四一頁以下)私法的ノ法
 規ノ看ル可キモノハ殆ント無イ儘ニ天保十五年正月晦日館市衙門カラ書物掛名主ヘ
 イヒ制シタ沙汰ニ出版者及著作ノ保護ヲ認メタルモノカアルノミテアル明治ニナ
 ツテカラハ先ツ明治二年五月十三日違出版條例(出版ノ取締ヲ主タル目的トスルモノ
 大體今日ノ出版法ニ當ル)ニ於テ出版者ノ利益ヲ保護スルニ三ノ規定カ設ケラレ
 タ圖書ヲ出版スル者ハ官ヨリ之ヲ保護シテ專賣ノ利ヲ收メシム(第三項)凡ソ新ニ船
 本ノ圖書ヲ翻刻スル者ハ亦專賣ノ利ヲ收メシム(第十項)ナトノ規定カ即チソレテア
 其後二三ノ改廢ヲ經テ明治八年ニ大政官布告ヲ以テ定メラレタ出版條例ニ於テ始メ
 テ版權ナル文字カ使用セラレ是ニ因ツテ觀レハ版權ハ出版ニ對スル免許ニヨツテ與
 ヘラル、圖書專賣ノ權利テアツタノテアルカラ前述ノ歐洲諸國ニ於ケル第十六七世
 紀頃ノ特許制度ニ酷似シテ居ル越エテ明治二十年ニ至ツテハ出版ノ取締ニ關スル田
 版條例ト版權ノ保護ニ關スル版權條例トカ別々ニ制定セラレタカ版權ハ官ノ免許ヲ
 俟タスシテ發生スル經旨ヲ認メ其版權取得ノ要件トシテ登錄ヲ受ケサヘスレハ宜イ
 コトトナレタ此條例及ヒ之ニ一、二修補ヲ加ヘテ明治二十六年ノ版權法ノ時代ハ著作
 者ノ權利カ漸次ニ確立セラレ、ニ至ツタ時代テアツタ版權ノ主體ハ著作ノ時代ハ著作
 カ明ニセラレ更ニ著作ノ財產的利益的保護ノミナラス著作カ著作トシテ有ス
 ル人格的利益的保護モ亦漸ク認メラル、ニ至ツタ而テ明治三十二年ニ現行ノ著作權
 法カ制定セラレ、ニ及シテ著作ノ權利ハ何等行政上ノ手續ヲ經ナイテ著作カ爲ス
 コト自體ニ因ツテ發生シ且ツ財產權ト人格權トノ兩方面ニ於テ確立スルニ至ツタ
 第二項 著作物ノ意義及ヒ著作權ノ內容
 致テ專ラ著作權法ニ所謂文書演述ノ如キ言語ノ形ニヨツテ現ハル、著作物ト其上ニ
 存スル著作權ニ就テノミ叙説スルコトニナル言語ハ無限ニ多様ナ人類ノ經驗要素ノ
 中カラ共通ナルモノヲ抽キ出シテ之ヲ統一シテ構成シタ所ノ概念ノ代表的記號テア
 ル而テ言語ノ第一義的ナル使命ハ吾々カ思考スル所即チ思想ヲ他人ニ傳達スルノ謀
 介者タル點ニ在ツテ斯ノ如ク我々ハ自己ノ思想ヲ他人ニ傳達スル最モ便利ナ手段ト
 シテ言語ヲ使用シテ居ルノ如クアル著作權法ニ文書演述ト云フ如キ著作物モ畢竟或思
 想ヲ傳達スル爲メノ手段ト考ヘラルヘキ言語上ノ形式ニ他ナラヌノテアルカカ新

カル著作物ハ外部現象トシテハ言語ノ複合體ト見ルヘキ形式ニスキケレ共其存在ノ理由(目的)ハ専ラ其内容ヲ爲シテ居ル所ノ人ノ思想ノ傳達ニ在ルト謂ハネハナラズソコテ我々ハ一應著作物ニ付テハ傳達セラルル所ノモノ即チ内容 Inhibit ト傳達ノ手段即チ言語上ノ形式(Form)ヲ區別シテ考フルコトカ出來ル惟フニ思想カ文書又ハ演述ト云フ様ナ著作物タルカ爲メニ必ス言語ノ衣ヲ着スルコトヲ要スルヲアウテ言語ノ意ヲ脱カシメテハ思想ハ文書又ハ演述ト云フ様ナ著作物タルコトヲ得ナイ管アルカカラ法律ノ保護ヲ受テヘキ著作物モ亦一定ノ内容ノ發現手段トシテ考ヘラレハ一定ノ言語上ノ形式テアラネハナラズ然ラハ著作物ニ付テ著作者ニ與ヘラレ法律上ノ保護ハ其著作物ニヨツテ發現スル所ノ全内容ニ及フ所テアラウカ此點ニ關シテハ更ニ思想ノ傳達ヲ受クル者即チ讀ム者又ハ聽ク者ノ如キ受取者ノ側ニ就テ考ヘテ見テケレハナラズ受領者ノ精神生活ハ全體トシテ既ニ他人ノ思想ヲ受ケ入レル前カヲ複雜ナル組織ヲ持ツテ居ル管テアル此複雜ナル組織ノ内ニ新ニ傳達セラレタ思想カ入り込ム譯テアルカ其レカ入り込ムト共ニソコニハ又新ニ統一セラレタ精神生活ノ全體トシテノ組織カ出來上カルソナアル再々出現シテ更ニ言語ノ形式ヲ取リテ發現スル此場合ニハ受ケ入レラレタ思想カ其間一性ヲ保有シテ其發現スルノテハナクテ受領者ノ精神生活ニ於テ變化セラレ格差セラレタ思想トシテ發現スルノテアルカヲ其發現ノ形式モ亦必ス獨特ノ點ヲ有テ居ル管テアル法律ハ思想ノ傳達手段トシテ得ルヲアウテカ其形式ニヨツテ傳達セララルル内容思想ヲ他人カ之ヲ使用スルコトヲ禁シ得ルモノヲハナイ從テ其内容ヲ受ケ容レテ者カ之ヲ自己ノ精神生活ノ一部トシテ更ニ獨特ノ形式ニ依ツテ發表スルコトハ法律ノ禁シ得ル所テハナイト言ハネハナラズ此意味ニ於テハ著作權法ニ依ツテ著作者ニ與ヘラレル法律上ノ保護ハ著作物ノ内容ニ及フコトハ出來ズ著作權ハ只言語ノ排列順序ト云フ様ナ外部ノ形式ノイニ付テ認マラルルモノヲハナイカ形式ニヨツテ傳達セララルル内容ノ全部ニ付テ認

ラルモノヲハナイカヲ吾々ハ外部ノ言語上ノ形式ノ何人モ利用シ得ルヤウナ内容トノ間ニ今一ツノ階段ヲ考ヘテ見テケレハナラズ著作權第十九條カ「原著作物ニ係正當減價爲シ若クハ翻案シタルカ爲新ニ著作權ヲ生スルコト爲レト定メルノハ正ニ此段階ノ範圍内ニ於ケル著作物ノ保護ヲ認ムルト共ニ此段階ノ保持セララル範圍内ニ於ケル原著作物ノ變更カ原著作物ノ同一性ヲ害セザル旨ヲ明ニシテモノヲアル之ニ反シテ此段階ヲ超越シテ範圍ニ於テハモハヤ著作權ノ保護ハ認メラレヌト共ニ其超越シテ範圍ニマテ及フ程ノ變更ハ原著作物ノ同一性ヲ破ルコトト爲ルヲアルコレ同條カ但シ新著作物ト看做サルヘキモノハ此ノ限ニアラスト規定シテ居ル所以チアカカ然ラハ著作物ノ外部ノ言語上ノ形式ト何人モ齊ク利用シ自己ノ思想トシテ更ニ發表シ得ル著作物ノ内容トノ間ニ認メラル可キ段階トハ何チ意味スルヲアウカカコトニ著作物ノ特權ト云フノハ著作物カ獨創的ナルト云フ個性ヲ有テ居テケレハナラズト云フ點ト著作物カ客觀的ニ了解セラレ得ル様ニシテ付テ體系ヲ爲シテ居ラネハナラズト云フ點トアル第一著作物カ獨創的ナルモノヲアルコトヲ要スルノハ著作物ノ保護ヲ認ムル法ノ精神カラ考フルモ自明ノコト何レノ點カ創的ナルコトヲ要スルカカ問題トナル何人モ齊ク利用シ得ル様ナ内容カ創的ナルコトヲ要シナイノハ明カヲ結局著作物ノ外部ノ形式ト技ニ問題ニ爲ツテ居ル段階ニ屬スル或モトカ獨創的ナルコトヲ要ス第二ノ特權トシテ著作物カ客觀的ニ了解セラレ得ル様ニシテ付テ體系ヲ成シテ居ラネハナラズト云フ點ト著作權法ハ文書演述トシ著作物トカイフ様ナ文字ヲ使用シテ居ル點カラ考フルモ間接ニ窺ヒ得ル所テアル要スルハ私ハ文書演述ノ如キ著作物ニ付テハ(一)言語ノ排列順序ト云フ様ナ外部ノ形式ト(二)其形式ニ適應シテ居ル内容ノ體系(即チ上述ノ意味ニ於ケル内部ノ形式)(三)其意味ノ體系ヲ構成スル個々ノ部分(即チ上述ノ意味ニ於ケル内部ノ形式)ト三ツ分チテ考アルコトカ出來ルト思フ第三ノ部分ノ内容ハ著作物ノ獨創ニ出ツルコトヲ要シナイト共ニ之ニ付テ著作者ノ專有カ許サルヘキモノヲモナイ此點テハ著作權ハ内容(思想)ヲ保護スルモノヲハ

無イト云フコトカ出來ル次ニ第一ノ言語ノ排列順序ト云フ様テ外部的ノ形式ハ最モ古クカラ法律上ノ保護ヲ受ケテ居マモノチアツテ著作權ノ原始タル出版權ハ專ラ此形式ノ保護ニ因ツタメテアル我著作權法第一條力著作權ハ其著作物ノ複製スルノ權利ヲ享有ス」ト定メテ居ルノモ主トシテ此形式ヲ保護セントスル趣旨ヲ明ニシタモノチアル假令外部的ナル言語上ノ形式力變更セラルモ其内部のナル内容ノ體系カ同一性ヲ保有レテ居ル限りハ原著作物ノ同一性ハ存続シテ新ナル著作物ノ成立レ得ル餘地ハナイノチアル著作權法第一條第二項力著作權ハ翻譯權又ハ(興行權)ヲ包含シ得ト定メ第十九條力原著作物ニ修正増減ヲ爲シ若クハ翻案レタルカ爲メ新ニ著作權ヲ生スルコトナシト定メテ居ルハ畢竟此趣旨ヲ明ニシタモノニ外ナラヌタカラ内部的ナル内容ノ體系ヲ創作シナイテ只外部的ナル言語上ノ形式力變更シタラカニ過キス編輯者及翻譯者ハ本來著作タルコトヲ得ヌ譯テアルコレ著作權法力是等ノ者チ保護スル必要カアル場合ニ付テ特ニ數多ノ著作物ヲ適法ニ編輯シタル者ハ著作權ト看做シ(第十四條)翻譯者ハ著作權ト看做シ本法ノ保護ヲ享有ス但シ原著作ノ權利ハ之カ爲メ妨ケララルコトナシ(第二十一條)ト定メテ居ル所以テアル斯クノ如ク原著作物ノ外部的ニ變更力加ヘラルモ其内部のナル内容ノ體系カ同一性ヲ保有スト觀ラレテ其同一性ノ存続ヲ認ムルヲ得ナイ程度ニ至ツタナラハソコニ新ナル内容ノ體系ト之ニ適應スル新ナル言語上ノ形式力成立スルコトニナツテ新著作物力出來上ル譯テアル著作權法第十九條力原著作物ニ修正増減ヲ爲シ若クハ翻案レタルカ爲メ新ニ著作權ヲ生スルコトハ無イト定メ更ニ其但書ニ於テ但新著作物ト看做ル可キモノハ此限ニ在ラスト定メテ居ルハ此範圍ニ基ク併シテ著作物ノ内部形式力出來ル内容ノ體系カ如何ナル點迄變更セラレタナラハ其同一性カ減失レタト言フコトハナイ然ラハ著作權ハ著作權カカカル著作物ニ對シテ有スル如何ナル關係ヲ保護シ

テ居ルモノチアロウカ著作物ハ著作權ノ精神作用ニ基クモノチアルカ一旦ソレカ外部ニ露出セララルト共ニ何人ニモ知覺セラレ得ル外部現象トナルノチアツテ此意味ニ於テ著作物ハ客觀的ノ存在ヲ有ス著作物ハ元來民法ニ所謂「物」ノ様ニ空間ノ一部ヲ占ムル性質ヲ有スル有體物トハナクテ無體ノ思想的ナル存在ニ過キヌ從ツテ一物上ニハ一支配權ノミカ存在シ得ルト云フ原則ハ著作物ニ付テ之ヲ認ムルコトハ出來ヌ時チ同レシテ數人カ著作物ヲ其儘ニ又ハ著作物ニ變更力加ヘテ使用スルコトカ事實上可能ナルタルカ法律力著作物ニ付テ存スル著作權ノ利益ヲ保護セントハ著作權ノ利益ヲ保護セントスルナラハ法律ハ著作權者チシテ著作物使用ノ機會(可能)ヲ獨占セシメ他人ノ使用ヲ禁ズルノ必要カアルコレ著作權法第一條ニ於テ「著作權ハ其著作物ヲ複製スルノ權利ヲ專有スト定メテ居ル所以テアロウコトニ所謂複製モ亦單ニ外部的ノ形式ヲ其儘ニ翻寫スルコトノミヲ指スノチハナクテ縱令外部的ノ形式力變更スルモ内部的形式力變更シナイテ之ヲ模倣スル總テノ場合(翻譯興行翻案ノ如キ)ヲ包含シテ居ルノチアル我著作權法力著作權ハ之ヲ讓渡スルコトヲ得(第二條)數人ノ合著作ニ係ル著作物ノ著作權ハ各著作權者ノ共有ニ屬ス(第一三條)尙民法第二六四條(著作權ノ相續讓渡及質入ハ其登錄ヲ受クルニ非ザレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ヌ(第一五條)尙民法第一七七條第一七八條參照)ト定メ尙其差押ヲ認メテ居ル點ハ(第一七條參照)ナトカラ考フレハ著作權ハ非人格的ナル無體財ト見ラレ可キ著作物ヲ物體トシタ所ノ財產權テアツテ而モソレハ對世的ノ效力ヲ有スル絕對權ニ屬スルモノチアルト云フコトカ出來ル事アルト思フ元來著作物ニ依ツテ自己ノ思想ヲ公ニシタ者ハ其著作物ニ付テ一切ノ社會的貢獻ヤ毀譽褒貶ナトチ其一身ニ集ムルノチアツテ此點ニ於テハ著作權ハ其一身ニ專屬スル人格的ノ精神的ナル利害關係ヲ布ク而テ此ノ如キ著作權ノ利益ハ吾々ノ自由ヤ名譽ト同シ様ニ著作權力著作權者トシテ專屬的ノ利益ヲアル之チ國家ト自由社會トカイフ公ノ方面カラ觀ルト吾々ハ著作權ノ著作物カ濫リニ變更改竄セラレナイテ完全ナ形テ世ニ行ハルトイフコト

之ヲ讀讀スルコトヲ得(第二條)ト云ヒ著作權ノ相續讓渡及質入(第一五條)又ハ著作權ノ
 差押(第一七條)ナト、イッテ居ルノハ專ラ財產權タル著作權ノ權利(狭義)ノ著作權ヲ謂
 ヲモルノアツテ決シテ人格權ヲ包含シテ廣義ノ著作權ヲ指シタモノナリハナイ尙第
 一八條カ「著作權ヲ承継シタル者ハ著作權ノ同意ヲ得テ其ノ著作權ノ氏名稱號ヲ變
 更シ若ハ其稱號ヲ改メ又ハ其ノ著作權ヲ改竄スルコトヲ得ス」ト云フテ居ルノハ財產
 權タル著作權即チ狭義ノ著作權ト著作權ノ人格權トカ主體ヲ別ニシテ居ル場合ニ關
 スルモノナリ
 第三項 出版契約ノ概念
 出版契約トイフモ我國法ノ上ニ於テ何等サウイフ典型ノ契約カ認マラレテ居ル
 テハナク又從來ノ學說判例ニ於テモ斯ル用語ノ下ニ一定ノ範疇ニ屬スヘキ契約ヲ統
 一シテ取扱ヒ來ツタ慣例モナイノテアルカラ如何ナル性質ヲ有スル契約ヲ出版契約
 ナラカ私ハ出版契約ナル語ニ次ノヤウナ限定セラレタ意味ヲ與ヘテ論ヲ進ムルコ
 トカ特ニ出版契約論ヲ爲スノ趣旨ニ適スト考ヘルカラ茲ニ一應獨斷的ニ定義ヲ下ス
 ントトスル本稿ニ出版契約トイフハ當事者ノ一方(著作權者)カ相手方(出版者)ニ著作權
 ノ物體タル著作權ノ利用ヲ爲サシムルコトヲ約シ相手方自己ノ計算ニ於テ著作權
 ノ複製ト發賣又ハ頒布ト(出版)ヲ爲スヘキコトヲ約スニ因ツテ成立スル契約ヲ指スモ
 ノテアル上ニヤウニ本稿ニ於テハ著作權者カ出版者ニ著作權ノ利用ヲ爲サシムルコ
 トヲ約シ出版者カ自己ノ計算ニ於テ著作權者カ出版者ニ著作權ノ利用ヲ爲サシムルコ
 成立スル契約ヲ特ニ出版契約トイフノテアルカ以下出版契約ノ本質カ要素ヲ成スル特
 質ヲ分説シ傍ラ出版契約ノ類似シテ居ル法律現象トノ區別ヲ明カニレヤウ
 第一 出版契約ハ著作權ノ保護アル著作權者カ出版者ニ著作權ノ物體タル著作權ノ利用ヲ爲サシ
 ムルコトヲ約スルノテアル即チ著作權者ハ法律ニヨツテ與ヘラレタ自己ノ獨占的ナ著

ニ付テ大ナル利益ヲ有ツテ居ル如キ人格的ノ利益ハ財產權タル前述ノ著作權
 著作權者カ自ラ保有スルト否トニハ無關係ニ存立ス著作權者カ其著作權ヲ他人ニ讓渡シ
 タ後ニ於テモ將又其著作權ヲ消滅シタ後ニ於テモ尙存續ス第十八條ニ於テ「著作權ヲ
 承継シタル者ハ著作權ノ同意ヲ得シテ其著作權ノ氏名稱號ヲ變更シ若ハ其稱號ヲ改
 メ又ハ其著作權ヲ改竄スルコトヲ得ス」ト定メ第三〇條第一項ニ於テ「既ニ發行セラレ
 テ居ル著作權者カ正當ノ範圍内ニテ節録引用スルコト普通教育上ノ修業書及讀本ノ目的
 ニ供スル爲メニ拔萃蒐輯スルコト文藝學術ノ著作權者カ同意ヲ得ル場合ニ於テ本條ノ場合
 ト六ノ方法ヲ掲ケテ他人ノ著作權ヲ適法ニ使用シ得ル場合ヲ揚ケテ次項ニ「本條ノ場合
 ニ於テハ其出所ヲ明示スルコトヲ要ス」ト所謂出所明示ノ義務アル旨ヲ定メテ是等ノ
 規定ニヨツテ我著作權法ニ於テモ財產權タル著作權ノ外ニ著作權者カ著作權者トシテ有
 スル人格的ノ利益ニ付テ特殊ノ權利カ認メラレテ居ルコトヲ知リ得ルテアラウ從テ
 之等ノ規定ニ違反スル行為ハ廣義ノ著作權ノ侵害ト爲ル私ハ斯カル人格的ノ利益ニ
 付テ認メラル著作權者ノ權利ハ著作權者ノ人格權ト呼フコトニス著作權者ハ著作權者
 コトニ因ツテ財產權タル著作權ト人格權トヲ取得スルモノナリカ此二種ノ權利ノ
 相互間ノ關係ハ之ヲ如何ニ觀ルヘキカニ就テハ一元的ノ觀方ト二元的ノ觀方(Die dual-
 thetische Theorie)トカアル私ハ理論上ハ勿論我著作權法ノ解釋上モ亦二元的ノ觀方ニ從
 テノカ正當テアルト信スル元來財產權タル著作權ト人格權ト其物體及内容ヲ別ニシ
 法律力之ヲ認ムル立法上ノ理由ヲ異ニスルモノテアルカラ理論上之ヲ別種ノ各々獨
 立シテ權利トシテ觀察スルコトカ出來ル譯テアル一元的ノ觀方ニ從ツテ此二種ノ權利ハ權
 利一個ノ權利ノ兩面ヲ爲スモノナリト解スルナラハ著作權タル著作權者カ他人ノ利
 害渡シテ後ニヤ一個ノ權利カ主體ヲ別ニスルノ奇觀ヲ呈ス併シテ此二種ノ權利ハ
 著作權者カ自體ヲ原因トシテ同時ニ著作權者ニ與ヘラルモノナリカ此二種ノ權利ハ
 總括シテ著作權ノ權利(廣義)ノ著作權ト稱スルコトカ出來ル我著作權法ハ其第一章ニ
 題シテ「著作權ノ權利」ト云フノハ此總括的ノ意味ヲ有ツテ居ルノテアル面テ著作權ハ

作物利用ノ機會(可能)ヲ自己ノ意思ニ依ツテ出版者ニ與フルコトヲ約スルノテアル從
 テ出版契約ノ效力トシテ出版者ハ著作ノ精神的所産タル著作物ヲ契約ニ定メラレ
 タ方法ニ依ツテ經濟的ニ利用シ得ル權利ヲ取得スル
 第三 出版契約ニ於テハ出版者ハ著作物ヲ出版スヘキコトヲ約束スル從ツ
 テ出版者ハ出版契約ノ效力トシテ出版者ニ對シテ出版者ニ對スル義務ヲ負フニ至ルノテアル若シ出
 版者カ出版者ニ對シテ權利ヲ取得スルニ止マツテ之ヲ爲スヘキ義務ヲ負擔スルコト
 ナクセシメラハツレハ故ニ謂フ出版契約ハナイ
 第四 出版契約ニ於テハ出版者ハ自己ノ計算ニ於テ出版者ニ對スルコト
 ヲ要スルタカラ出版契約カ認メラルルノハ實際ニ於テハ出版者カ獨立ノ企業者トシ
 テ自ラ出版ノ經濟的危險ヲ負擔スル場合ニ限ラレテ居ルト云フコトカ出來ルテアラ
 ウ
 以上述ヘタ所ハ本稿ニ謂フ出版契約ノ必要ニシテ十分ナル要件テアル從ツテ出版契
 約タルカ爲メニハ契約ノ締結ニ當ツテ是等ノ點ニ關シテ何等カノ方法ヲ意思表示カ
 ナサレテハナラズ而テ右ニ一應其構成ヲ點檢シテ出版契約ノ概念ハ單ニ說明上
 ノ便宜トカ論理的ノ必然トカイフヤウナ形式的ナ基調ノ上ニ立ツモノトハナク
 今日ノ法律制度ト經濟組織トノ下テ著作物カ其著作物ヲ公ニスル爲メニ出版者
 ト契約スル場合ニハ何人モアレ丈ケノ要件ヲ具ヘタ契約ヲスルニ違ナイト考ヘラ
 ル實際上ノ必然性ヲ基礎トシタモノトアル
 第四項 出版契約ノ性質
 出版契約ハ著作物カ著作物ノ利用ヲ爲シムヘキ契約シ出版者カ自己ノ計算ニ於テ
 出版者ニ對スヘキコトヲ約スルニ因ツテ成立スル債權契約ナルカラ出版契約ニ因ツ
 テ著作物ハ著作物ノ利用ヲ爲シムヘキ債務ヲ負ヒ出版者ハ出版者ニ對スヘキ債務ヲ
 負フニ至ルノテアラツタ當事者双方カ債務ノ負擔ヲ約スルトイフ意味ニ於テハ出版契
 約ハ双務契約ニ屬スルモノト言フ事カ出來ルケレトモ其目的トスル利益ノ點ニ於テ

普通ノ双務契約トハ全然別異ノ特質ヲ有ツテ居ルノテアル元來出版契約ハ近世ノ自
 由ナル法律の取引ノ發達ニ促サレテ發生シタモノトアリ且ツ第一項ニ述ヘタヤウニ
 著作權制度ノ確立ニ因ツテ特別ナル意義ヲ有スルニ至ツタ特種ノ契約ナルカラ之
 ハ羅馬法以來ノ傳統的ナル窮屈ナル契約者何レカニ至ツタ特種ノ契約ナルカラ之
 ハ無理テアラウケレトモ出版契約ニ關スル何等ノ規定モ無イ我國法上ノ議論トシ
 出版契約ニ因ツテ生スル法律關係ヲ如何ニ取扱フヘキカヲ考フル爲メニ出版契約カ
 既存ノ典型契約ト如何ナル點ニ於テ差異アリ如何ナル點ニ類似シテ居ルカヲ一應
 究スル必要カアルト思フ何トナレハ出版契約ハ夫レ自體單一ノ契約トシテ全ク從來
 ノ典型契約トハ懸ケ離レタ特質ヲ有スル不典型契約トハアルカ之ニ適用セラルハ民
 法ヲ商法ノ總則的ニ規定ノミニ限縮セラルヘキ理由ハナイカラ各種ノ典型契約ニ關
 スル規定ヲモ其性質ノ許ス範圍内テハ之ヲ類推適用スル必要アルト考ヘルカラタ
 元來我國法ノ認ムル典型契約ハ羅馬法以來ノ傳統的ナルバシクテテ流ノ範疇ヲ委
 襲シテ殆ント其外ニ出ツル所カナイノタカラ吾々ハ此管見ニ依ツテ我國法上ノ議論
 トシテモ前項ニ述ヘタヤウナ意味ノ出版契約ハ全體トシテハ(即チ單一ノ契約トシテ
 ハ)既存ノ典型契約ノ何レニモ當テ嵌メラル事ハ出來ヌ特殊ノ契約トシテ取扱ハ
 入ルコトヲ許サレシメケレトモ當テ嵌メラル事ハ出來ヌ特殊ノ契約トシテ取扱ハ
 約ノ構成分子ト共通若クハ類似ノ分子ヲ包含シテ居ルコトヲ知ルコトカ出來ルテア
 ラウ即チ出版契約ハ之ヲ統一的全體トシテ觀ルナラハ技巧的ニ一ノ典型契約ニ嵌
 入スルコトヲ許サレシメケレトモ分拆的ニ其構成分子ヲ點檢スレハ著作物カ其著作物
 出版者ニ利用セシムル關係ハ貸借ニ於テ貸借人貸借人ニ物ノ使用及收益ヲ爲
 サレシムルノニ似テ居リ兩當事者カ著作物ノ發行ニ付テ共同ノ利害ヲ成スル點ハ組合
 ニ類シ出版者カ著作物ノ複製及ヒ發賣頒布ヲ爲スヘキ義務ヲ負フノハ委任ニ於ケル
 受任者又ハ雇傭ニ於ケル勞務者カ事務ノ處理又ハ勞務ノ供給ヲ爲スヘキ義務ヲ負フ
 ノニ比スヘタ共ニ著作物及ヒ出版者ノ爲ス所トシテ事務ト觀ルナラハソコニ謂負ノ分子

ノト官ハネハナラヌ而テ慣習法及慣習カアルトキハソレカ重要ナル意義ヲ有シ又次
 項ニ述ヘルヤウニ出版契約ニ就テハ所謂信義ノ原則カ特ニ重シキナルヘキ理由カアル
 コトハ特ニ注意シテケレハナラヌ

第五項 出版契約ノ效力

一 茲ニハ出版契約ニ因ツテ生スヘキ本質的ノ效力ニ付テハ論スルニ止メテ
 個々ノ詳細ナル點ニ及フノ煩ハ之ヲ避ケル事トスル蓋シ出版契約ノ效力ハ原則トシ
 テ當事者ノ定ムル所ト慣習トニヨツテ決定セラレ其ニテ點檢スルカ如キハ到底本
 稿ノ企及シ得ナイ所ニ屬スルカラテ出版契約ニ因ツテ著作者ハ出版者ニ其著作
 物ノ利用ヲ爲サシムヘキ義務ヲ負ヒ出版者ハ自己ノ計算ニ於テ著作者ノ著作物ヲ複
 製シ之ヲ發賣頒布スヘキ義務ヲ負フテ出版者ハ自己ノ義務ノ内容ニ相互ノ關係ニ於
 テ一個ノ契約ニ基ク給付ト反對給付ト現ハレルノテアルカ普通ノ利益ヲ對立
 スルニ對シテ契約ニ於ケルヤウニ給付ト利益ト反對給付ト利益トカ對立シテ對立
 シナイテ寧ロ兩當事者カ著作物ノ化體セラレタ圖畫ノ發現ニ付テ共通ノ利益ヲ感シ
 テ居ル點ニ其特色カアル所クノ如ク出版契約ニ於テハ普通ノ利益ヲ對立シテ對立
 ニ單純ニ給付ト反對給付ト交換式ケテ當事者ノ目的ハ達セラレ且ツ又出版者ハ著
 作者ト公衆トノ間ニ在ツテ著作者ノ著作物ヲ公衆ニ傳達スヘキ言ハハ社會的ノ職責
 ナリ其爲メ所ハ著作者及自己ノ利害ニ關スルノミテハナク社會公衆ニモ多
 大ノ影響ヲ及ボスノテアルカ出版者ハ忠實ニ其職責ヲ盡スコトナク社會公衆ニモ多
 アコレ等ノ點ヲ考フルナラハ出版契約ニ於テ當事者ハ出版ノ社會的機曾ト相互ノ信
 任關係トヲ鑒察シテ極端ニ個人的ノ利益ヲ主張セス互ニ信義ヲ守ラネハナラヌ理由
 カ普通ノ財產取引ニ關スル契約ニ於ケルヨリモ一層強ク高調セラレハ必要カアルト
 言ハネハナラヌテアラウ

二 先ツ著作者ノ義務ニ付テ考フルニ著作者ハ出版契約ニ因ツテ出版者ニ其著作物

ヲ認メルコトカ出來ルトイフニ出版契約ノ構成分子ニ付テハ各種ノ典型契約ノ構
 成分子ニ類似シタ點ヲ見出ス事カ出來ルノテアルサレハ各種ノ典型契約ニ關スル規
 定ハ其規定ノ直接ニ明定シテ居ル生活關係ト類似ノ生活關係カアル場合(從テ同一ノ
 法律的理由カアル場合)ニハ所謂不典型契約ニモ類推適用セラレヘキテアルトイフ前
 提ノ下ニ出版契約ニ付テハ總則的ノ規定カ適用セラレ、外賣買貨貸借請負委任組合
 ナト各種ノ典型契約ニ關スル規定モ亦類推適用セラレヘキ餘地カアルト謂ハネハナ
 ラヌ而テ新ウ解スルコトニヨツテ始メテ當事者ノ意思ト社會ノ需要トニ適應シタ結
 果ハ求メル、コトカ出來ララウテホテ注意シテハナク、適用テ受クルコトトナル點
 通常所謂一方の商行為トシテ現ハレ從テ商法ノ規定ノ適用テ受クルコトトナル點
 テアル出版法ノ規定スル所ニ依レハ文書圖書ノ發行者ハ文書圖書ノ販賣ヲ以テ營業
 トスル者ニ限ラレテ居ル(第六條)勿論同法ニ謂フ發行者ハ自己ノ名ヲ以テ發賣頒布
 擔當スル者ヲ指スノテアラフテ實質的ニ自己ノ計算ニ於テ發賣頒布ヲ爲スモノテ
 カ否カハ之ヲ問ハヌノテアラフカ出版契約ノ當事者タルヘキ出版者ト同法ニ謂フ發
 行者トハ必ズシモ其範圍ヲ一ニスルノテナイ事ハ言テ俟タズケレトモ同法ニ謂フ發
 規定ニ依ツテ吾々ハ出版契約ノ當事者タルヘキ出版者カ原則トシテ文書圖書即チ出
 版ニ關スル行為ヲ營業トスル者タルコトヲ知リ得ルテアラウ然ルニ出版ニ關スル
 行為ハ之ヲ營業トシテ爲ストキハ商行為トシテ知リ得ルテアラウ然ルニ出版ニ關スル
 出版契約ハ出版ニ關スル行為ノ一部ト爲スモノテアルカ印刷物ノ發賣頒布ヲ營
 業トスル者ニ依ツテ爲サレタ出版契約ハ商行為タル性質ヲ有スルモノト言ハネハナ
 ラヌ從テ出版契約ニ付テハ通常第一位的ニ商法ノ規定カ適用セラレ補充的ニ商慣習
 法及民法ノ規定カ適用セラレ、コトニ關シテ商法ノ規定ハ無イカラ實際ノ結果ニ
 一條第三條(我商法ニ於テハ特ニ出版契約ノ規定及民法ノ法律行為契約ニ關スル總則的
 規定カ適用セラレナホコレ等ノ法典ノ認ムル典型契約ノ規定カ類推適用セラレ)

ノ利用ヲ爲サレムル義務ヲ負フノアル故ニ著作物ノ利用ヲ爲サレムルハ
 出版者ニ著作物利用ノ事實上及ロ法律上ノ機會(可能)ヲ與ヘ出版者カ出版ヲ爲スコト
 カ出來ルヤウニ努ムルコトイフ積極的ノ意味ヲ有ツテ居ルノテアルカカ著作ノ
 務(イ)複製セラルハニ適シテ狀態ヲ著作物ヲ出版者ニ交付シテハナラヌ(ロ)出版
 者カ其著作物ヲ出版ノ爲メニ利用スルコトヲ許容シナケレハナラヌ(ハ)著作者ハ自ラ
 著作物ノ複製及ヒ發行ヲ爲サヌコトヲ許容シナケレハナラヌ(ニ)著作者ハ自ラ
 ハナラヌトイフ點ニ分ツテ考フルコトカ出來ル而テ著作ノ義務カ斯クノ如キ三點
 ニ及フモノヲアルト解スルコトハ當事者ノ意思ニ適ヒ且ツヨク信義ト實際ノ必要ト
 ニ合スルテアラウ

以下著作ノ義務ヲ分析的ニ前掲ノ三ニ分ツテ略述シヤウ

(イ) 著作者ハ出版者ニ著作物複製ノ事實上ノ機會(可能)ヲ與フル爲メニ複製セラルハ
 著作物ノ外部的形式ニ關スルヲ交付シテハナラヌ故ニ謂フ所ニ專ラ言語ヲ以テスル著
 者著作ハ出版者カ其著作物ヲ出版ノ爲メニ利用スルコトヲ許容シナケレハナラヌ(ロ)
 續的ノ義務ヲ負フ法律ハ著作者ニ著作物利用ノ機會ヲ獨占セシムル爲メニ其著作物
 複製スルノ權利ヲ專用セシメテ居ルノテアルカ(著作權法第一條)著作者ハ出版契約
 ニ因ツテ其權利ノ行使ノミヲ出版者ニ委スルノテアルカ(Überlassung der Ausübung)依
 然トシテ著作
 者ニ保有セラレ唯著作物ヲ複製ノ爲メニ利用スルコトノミカ出版者ニ許サレシメ
 アルカカ出版者ハ著作者ニ對シテ債權ヲ取得スルニ止マリ第三者ニ對シテ其出版
 ナ爲シ得ル權利ヲ對抗スルコトハ出來ヌ著作者ノ此義務ハ所謂聽容ノ義務(認容ノ義
 務)ニ屬スルモノヲアル聽容義務ハ權利者ノ積極的行爲ト衝突スルヤウナ行爲ヲ爲サ
 タル義務ヲアツテ不作爲義務ニ近似ナルヨリモ寧ロ作爲義務ニ近似スルモノヲアル
 ト考ヘル方カ適當テアラウ(二) 著作者ハ自ラ著作物ノ複製及ヒ發行ヲ爲サヌ又第三者

ニモ之ヲ爲サレムル義務ヲ負フテ居ル元來出版者カ自己ノ計算ニ於テ複製及ヒ發
 賣頒布ヲ爲スヘキ事ヲ約シテ一種ノ投機ヲ試ミルノハ自己ノミカ著作者ノ著作物ヲ
 利用スル機會ヲ獨占シテ居ルコトヲ前提トシテ居ルモノヲアルカカ他人カ同一著作
 物ノ複製ヲ爲サヌトイフ保障ヲ得ナケレハ其地位ハ安定シナイ譯テアルトコカ著
 作物ノ無體ノ想考由ナル存在ニ過キヌカラ時々同ウシテ數人カ之ヲ利用スルコトカ
 事實上可能ナル從テ著作者ハ其著作物ノ複製ヲ許サヌコトカ出來ル譯テアルカカ
 其複製ヲ爲スコトモ出來レハ又乙者ニモ其複製ヲ許サヌコトカ出來ル譯テアルカカ
 多數人カ同一ノ著作物ヲ出版スルコトハ自己ノ計算ニ於テ出版ヲ爲サヌヘキ義務ヲ負
 フタ出版者ノ地位カ頗ル不利トナルコトハ言テ俟タヌカラ出版契約ニ於テハ他ニ既
 ニ出版ヲ許サレテ居ル出版者カナイコトヲ前提トスルノミナラス爾後出版者カ自ラ
 出版ヲ爲サヌ又相手方タル出版者以外ノ第三者ニモ出版ヲ許サシメヌトイフ約束カ
 包含セラレテ居ル從テ著作者ハ此結果ニ基クテ不作爲ノ義務ヲ負ラモノヲアルカカ見
 ノカ正當テアラウ勿論此著作者ノ不作爲義務ハ債務ヲアルカカ出版者ハ著作者ニ對
 シテノミ其履行ヲ請求シ得ルニ止マリ第三者カ複製ヲ爲ス場合ニ直接其第三者ニ對
 シテハ複製ヲ禁スルコトハ出來ヌ若シ第三者カ著作者ト別ニ出版契約ヲ締結シテ複
 製ヲ爲シテ居ルナラハ出版者ハ著作者ノ債務不履行理由トシテ著作者ニ損害賠償
 ノ請求ヲ爲スコトカ出來ル若シ第三者カ著作者ノ著作權ヲ侵害シテ居ルナラハ著作
 者ニ對シテ其第三者ノ複製ヲ禁スヘキ事ヲ請求スルコトカ出來ルテアラウカ直接第三
 者ニ對シテ主張シ得ル何等ノ權利モ有ツテ居ラヌ

三 次ニ出版者ノ義務ニ就テ述ヘヤウ出版者ハ上述ノ著作者ノ義務ニ對立シ
 有ツテ居ルノテアル殊ニ著作者ノ著作物ヲ自己ノ利益ノ爲メニ利用シ得ル權利ヲ
 著作物複製シテ之ヲ發行スヘキ義務ヲ負フテ居ルノテアル(イ) 出版者ハ著作物ヲ自
 己ノ計算ニ於テ複製シナケレハナラヌ自己ノ計算ニ於テスルハヨイノテアルカカ更

ニ印刷者トノ間ニ複製ヲ目的トスル印刷契約ヲ結ンテ印刷者ヲシテ複製セシムルト
 否トハ之ヲ問ハヌ而テ複製ハ著作物ノ外部的形式ノミニ關スルモノナラカレバ
 者ハ著作者カラ交付セラレタ著作物ノ外部的形式ニ適應スルヤウニ複製シナケレハ
 ナラヌヲテアツテ内容ノ變更ヲ爲スコトヲ許サレヌ若シ内容ノ變更ヲ爲シテ複製ハ
 爲スナラハ著作者ノ著作權ノ侵害ト共ニ出版契約ニ基ク價權ノ不履行カアル(ロ)出
 版者ハ自己ノ計算ニ於テ著作物ノ複製セラシタ物(印刷物)ヲ發賣又ハ頒布シナケレハ
 ナラヌ而テ此義務ハ出版物ノ公衆若クハ特定ノ多數人ニヨツテ手ニセラルルニ適レ
 タ状態ニ置カレタルハ則チ履行セラレタト言フヘキアツテ實際出版經濟界ノ景
 況ニヨツテ賣レヌトイフヨウナコトカアツテモ其レハ出版者ノ責任テハナイ(ハ)出
 版者カ著作者ニ報酬ヲ支拂フヘキ義務ヲ負フテ居ルコトハ出版契約ノ要件テハナイ
 ケレトモモシ報酬支拂ノ約束カアルナラハ民法商法ノ總則的規定ノ適用及ヒ賣買ニ
 於ケル代金貸借ニ於ケル借貸ニ關スル規定ノ類推適用ニ依ツテ其法律關係ヲ定メ
 ラルヘキアアル以上ノ如ク出版者ハ出版契約ニ因ツテ出版者ニシテハ義務ヲ負フケ
 レトモ契約ノ締結後ニ著作物カ公ニセラルル目的カ消滅シタル場合ニハ出版者ハ契
 約ヲ解除シテ其義務ヲ免レルコトカ出來ルコトト解スヘキアアル(民法六一一條第二
 項參照)次ニ出版者ノ權利義務ノ移轉ニ就テ考ヘテ見ヤウ出版者ハ著作者ノ著作物ヲ
 複製シ得ル權利ヲ有スルモノテアルカ之ト不可分のニ複製及ヒ發賣頒布ノ義務ヲ負
 フテ居ルノアアル我國法上ノ議論トシテハ貸借權ノ讓渡ニ關スル規定ヲ類推適用レ
 テ出版者ハ著作者ノ承諾カナケレハ其權利ヲ讓渡スルコトカ出來ヌ若シ著作者ノ承
 諾ナクシテ第三者ヲシテ著作物ノ出版者ニシメタナラハ著作者ハ契約ヲ解除スル
 コトカ出來ルコト解スルノモ正當テアツテ若シ既ニ述ヘタヤウニ出版契約ハ對人的ノ
 信任關係ヲ基礎トスルモノテアツテ何人カ出版者ニシテハ著作者ノ利害ニ影響スル
 コト少ナカラス他人ノ財ノ利用ヲ目的トスル點ハ貸借同様に同様にカアラアル(民法第
 六一二條)從テ出版者カ其營業ヲ讓渡シタ場合ニ於テモ著作者ノ承諾カナケレハ讓渡

【著作權ノ意義性質ニ關スル參照學說】

人ハ出版者ニシテハ山來ト解シナケレハナラヌ而テ出版者ノ義務カ其權利ト切
 リ離サレテ第三者ニ移轉セラルルコトヲ得ヌノハ其義務ノ性質上言テ俟タヌ所デア
 ル併シ適法ニ出版者ノ權利カ讓渡サレタ場合ニハ其義務モ亦讓受人ニ移轉スルモノ
 ト解スヘキアアラウ(法學士末川博民法學論叢第六卷第五號一頁以下及第六號一頁以下出版契約論)要領)

一 所謂無形物權例(ハ著作權特許權ノ如キ)絕對權ニ屬シ且ツ物權ニ類似スルナレトモ物ヲ支配スルモノニアラサレハ又
 物ト謂フヘカラス(法學博士岡松三太郎氏物權明論三七年大講一七頁)

二 版權寫眞權等ニ至リテハ版權條例寫眞條等ノ在ルアリテ特別ニ此等ノ權利ヲ制定セルヲ以テ若シ版權等ニシテ物權ナリ
 トスレハ此等ノモノハ民法以外ノ法律ニ依リテ創設セラレ而モ現行法ニ存スル物權ノ好例ト爲ルヘキモ此等ノ權利ノ物權タル
 ヤ否ヤハ人ニ依リテ其認所ヲ異ニシ或ハ知識的所有權ト言ヒ或ハ物權ト言ヒ或ハ人身權ト言ヒ何レモ民法ニ稱スル物權ト同
 性質ノモノニ非ストセルヲ以テ此亦現行法ニ存スル物權ノ好例ト爲シ難シ(法學博士松波仁一郎氏同仁保龜松氏同仁井田益太
 郎氏帝國民法正解物權一二五頁)

三 智能權ハ有體物ヲ目的トセスシテ自己ノ智能ニ由リ產出シタル無形ノ資料ノ上ニ有スル支配力ナリ著作權特許權ノ如シ
 (法學博士平沼一氏民法總論一一頁)

四 假令民法中ニ規定セラレトモ彼ノ準占有又ハ權利質ノ如キハ其性質全ク異ルヲ以テ物權ト云フコトヲ得ヌ又版權寫眞權
 等ノ如キ學者ノ所謂精神の又ハ智能的所有權ナルモノモ其名稱ノ如何ニ係ラス性質全ク異ルヲ以テ物權ト稱スルコトヲ得サル
 ナリ(法學博士仁保龜松氏物權立命大講一七頁)

五 無體財產權トハ精神の產出物ノ上ニ存スル權利ヲ謂フ無體ノ精神の產出物トハ著述發明等ノ精神的作用ノ產出シタ
 ル無體物ヲ謂フ(法學博士松本蒸治氏民法註釋一卷五八頁)

六 著作權ノ如キハ發明特許權ノ如キ物權ニ酷似スト云(我立法者ハ果シテ之ヲ物權ナリト認ムルモノナリヤ否ハ之ヲ知
 ルニ苦シマス)ハアラヌ(法學博士牧野翁之助氏物權學大講二六頁)

七 無體物權トハ特許權商標權實業權等無體ノ精神の產出物ノ上ニ存スル絕對權ヲ云フ物權ニ類似スルモノ
 ニ關セサル點ニ於テ之ト異ナル或ハ之ヲ以テ人格權ノ一種ナリト論スル學者アルモ主トシテ之ヲ以テ經濟上ノ利益ヲ內容トス
 ル權利ト認メ居ル故財產權ニ屬スルモノト云ハサル可ラス佛學者ハ之ヲ權利ノ中所謂工業ニ關スルモノナリト工業所有權ト云フ
 (法學博士鳩山秀夫氏民法總論六二頁)

八 無體財產權著作權特許法實業法商標法等ノ私法の特別法カ著述發明等ノ精神作用ノ結果タル無形ノ利益カ其
 權利者ノ獨占の支配下ニ置カレコトヲ擔保スルコトノ無形ノ利益ヲ目的トスル權利即チ著作權特許權商標權實業權商標
 權等ヲ無體財產權ト云フ一面カラ見ルト人格權ノ權テアルカ法律上ノ寧ロ財產權トシテ取扱ハレ居ル即チ一身ニ專屬スル權利

博士
博士
博士
博士
博士

末廣博士

嘉山學士

水野博士

【著作權ト著作人格權ノ二元的觀察ニ關スル反對學說】

一 著作權ハ其内容ヨリ見て二種ノ性質ヲ有ス一ハ金錢ニ見做リ得ル財産的價值ヲ有スル權利トシテ一ハ著作物ニ依リテ表ハサレタル自己ノ思想ヲ維持スル權利ナリ故ニ著作權ハ二元ノ性質ヲ有シ財産權タルト同時ニ思想權トモ稱スヘキ權利ヲ包含ス

故ニ著作權ハ混成の權利ナリト說明シ得ヘシ(中略)而シテ思想上ノ權利ナルモノハ著作權ニ專屬スル權利ナルカ故ニ著作物ヲ離ラテハ此權利ナシトシ金錢上ノ權利ハ一一般ノ財産權ト等シク或ハ相讓ル得ルモノナレトモ思想上ノ權利ハ他人ニ讓渡スコトヲ得サルモノナリ斯ノ如ク著作權ハ普通財産上ノ權利ト財產以外ノ權利ト含有シ居ルカ此二種ノ權利ハ必ズシモ常ニ分離スルモノニアラスシテ互ニ相錯綜シツアルナリ故ニ著作物ノ財産上ノ權利ヲ侵害スルトキハ同時ニ著作物ノ思想上ノ權利ヲ侵害スルコトアリ又思想上ノ權利ヲ侵害シテ財產上ノ權利ヲ侵害セサルコトアリ或ハ財産權ヲ侵害シテ思想上ノ權利ヲ侵害セサルコトアリ我著作權法ニ於テモ此二種ノ權利ヲ保護スルノ必要ヲ認め財產上ノ權利ヲ保護スルハ勿論ト同時ニ思想上ノ權利ヲ保護スルノ規定ヲ設ケテ以テ之ヲ保護スルノ必要ヲ認ムルハ勿論ト我著作權法ニ於テモ此二種ノ權利ヲ保護スルノ必要ヲ認ムルハ勿論ト

行爲ナリ故ニ著作權ニ特別ノ規定ヲ以テ民法ノ不法行爲ニ關スル規定ヲ適用スヘキモノトス(法學博士水野博士大辭書第五册二〇四五頁以下)

織田博士

白井列事

二 著作權ハ文學藝術又ハ美術ノ範圍ニ屬スル著作物ヲ爲シタル者カ獨リ其著作物ヲ複製スルノ權利ヲ謂フ一著作權ハ(所謂)精神的所有權ニ屬シ財産權ノ一種トシテ金錢上ノ價額ヲ有ストモ著作物ハ任意ニ其著作物ヲ讓渡ヘコトヲ得(二條)然レトモ著作權ノ讓渡ニ關シテハ一ノ注意スヘキコトアリ即チ著作權ヲ承継セタル者カ著作物ノ同意ナクシテ其著作物ノ氏名稱號ヲ變更シ若クハ其題號ヲ改メ又ハ其著作物ヲ改竄スルコトヲ得サルコト是レナリ蓋シ著作物ノ權利ニ二方面アリ著作物ハ一面ニ於テハ其著作物ヲ發行又ハ興行スルノ權利ヲ有シ他ノ一面ニ於テハ其著作物ヲ變更セラレサルノ權利ヲ有ス故ニ前者ヲ金錢上ノ權利ト謂ヒ後者を精神上ノ權利ト云フ金錢上ノ權利ハ財產權ニシテ買賣讓與ノ目的ト爲レトモ精神上ノ權利ハ人格權ニシテ著作物其人ニ固有ナルモノトス(二條)法學博士織田萬氏行政法講義第三段八(一〇頁)

三 著作權ハ財産思想ノ兩方面ヲ有スル特種ノ權利ニシテ著作權法第一條第二條第一五條ノ如クハ其財産の方面ヨリ著作權ヲ一種ノ財産權トシテ支配スヘキコトヲ定メタルモノトス(判事白井氏本書第七卷附法一頁)

末川學士ノ出版契約論ハ學界未聞ノ漸新且透徹セル一大論策タリ就テ窺フニ本論ハ著作物ト出版業者間ニ日常行ハル著作物出版上ノ關係ヲ私法上如何ニ取扱フカ焦點ナル如シ惟フニ出版ノ事タル人文開化ノ楷程ヲ知ルバロメイターニシテ之カ私法上並ニ公法上ノ關係ヲ闡明シ以テ機ニ具フルハ學者並ニ實際家ノ現下心樞ノ業タリ學士カ卒先シテ此任ニ當ラレタル明敏推賞セムハアラス學士カ之ヲ私法上ノ問題トシテ論セラザルニ方リ看過スヘカラザルコトハ著作權ノ意義本性理論上及法律上ノ成立及過程ニシテ之ヲ東西ノ沿革史上ヨリ文化的變遷ノ後ニ照徴シ我カ著作權法上ニ於ケル著作權ノ意義性質ヲ論シテ微ニ入り細ニ涉ル所其輕快ナル手腕ハ一讀人ヲ魅スルモノアリ殊ニ之ヲ私法上ノ圈内ニ拉置シテ典型的契約ニ比照シ共通の屬性ヲ發見シテ法規適用上ノ技練ヲ指示セラルル等犀利ニシテ透徹セル筆致ハ讚美ノ外ナシ論旨多岐加フルニ斯種問題ニ付キテノ實例乏シク學說ノ徵スヘキモノ亦甚タ尠ク之カ細評ハ今俄ニ克クシ

キヲ以テ吾人其機ヲ他日ニ譲リ茲ニハ唯學士ノ勞ヲ多謝シツツ好個ノ新研究資
料ノ増加ヲ欣幸トシ且之ヲ斯界ノ爲メニ推賞スルニ止ム
若シ夫レ著作權ノ意義性質ノ斷片的ノモノニ至リテハ既ニ吾人ノ所見ヲ公ニセ
ルモノアリ學士ノ意見ト必ラスシモ一致セスト雖モ就テ參照ヲ乞フ(本書第七卷
諸法一頁以下)

(三〇五)

加藤 謙
士

人格權ハ自己ヲ物體トスル絶對權ナリトス
人格權ハ自己ヲ物體トスル權利ナルカ故ニ不可分ニシテ且ツ相續讓渡ヲ許サザ
ル權利ナリトス

支配權トハ權利ノ客體ヲ直接ニ支配スル權利ヲ謂フモノナルカ故ニ自己ヲ物體
トスル人格權ヲ以テ支配權ト爲スハ當ラサルモノトス

(イ)第七〇九條ニ於テ廣ク一般ニ他人ノ權利ト規定シ何等ノ制限ヲ設ケサルコト
(ロ)生命身體自由名譽以外ニ氏名信用等ノ如キ法律ノ之ヲ保護スヘキ理由蓋モ自
由名譽等ニ於ケルト異ルナキコト等ヲ以テ民法七一〇條七一一條ヲ例示的規定

七〇九 故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責任ス
七一〇 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ナ同ハス前條ノ規定ニ依リテ損害賠償
ノ責任スル者ハ財産以外ノ損害ニ對シテモ其賠償ヲ爲スコトヲ要ス
七一 他人ノ生命ヲ害シタル者ハ被害者ノ父母配偶者及ヒ子ニ對シテハ其財產權ヲ害セザリシ場合ニ於テモ損害
ノ賠償ヲ爲スコトヲ要ス

難ト解釋シ性質ノ許ス範圍ニ於テ他ニ人格權ノ存在ヲ認ムルヲ妥當ナリトス
氏名權ハ自己ヲ表彰スル名稱ヲ物體トスル權利ニシテ名譽權自由權等ト其性質
異ナルコトナク理論上人格權ニ數フルヲ正シトス
登記前ニ於ケル商號權亦商人ノ營業人格ヲ表彰スル名稱ヲ物體トスルコト恰モ
氏名權ト異ナルコトナキカ故ニ人格權トシテ認ムルニ妨ケナキモノトス
信用權ハ名譽權ノ如ク人格者必スシモ之ヲ有スヘキモノニ非ス又其觀念ニ於テ
モ兩者相異ナルモノナルカ故ニ之ヲ名譽權ト對立セシメ私權トシテ認ムルヲ可
スト
既ニ氏名權信用權等ヲ認メタル以上同一理由ニ由リ肖像權ヲ認メ得ラレサル理
由ナキモノトス

一 人格權ハ權利ナリヤ
我民法第七一〇條ニ於テ身體自由又ハ名譽ノ侵害ハ不法行為ヲ構成スルコトヲ規定
スト雖モ之ヲ私權ト認メタルモノナリヤ否ヤニ付テ積極消極說アリ我民法ノ規定
ハ何レノ解釋ヲモ容ルル餘地ヲ存スルカ故ニ法文ノ表面解釋ノミテ以テ直チニ人格
權ノ存否ヲ決スルハ早計ニ失ス須ク法ノ精神ニ鑑ミ權利ノ本質ニ照シテ之ヲ決セザ
ルヘカラス余ハ人格權ハ權利ノ本質ヲ有シ且之ヲ認ムルヲ以テ近世社會ノ要求ニ適
應スルモノト信スルカ故ニ積極說ニ左袒セント欲ス元來權利ハ積極的行爲ヲ爲スコ
トヲ法律上正當トスルコトキニ於テノミ認メラルルモノニ非ス消極的ニ他ヨリ侵害ヲ
受クルコトナキニ付キ法律上正當ノ利益ヲ有スル場合ニ於テ亦存スル人格權ハ權利ト
セハ賠償請求權ノ外尙ホ是等ノ權利ノ圓滿ナル狀態ヲ回復スヘキ請求權ヲ認ムルヲ

得ヘク新ノ如ク解スルハ實ニ實社會ノ要求ニ適應スルノミナラス法ノ精神ニモ亦適合ス

二 人格權ノ本質

人格權ハ自己ヲ物體トスル絕對權ナリ(一) 人格ハ自己ヲ物體トスル權利ナリ其生命ヲ物體トスルトキハ生命權アリ名譽ヲ物體トスルトキハ名譽權タルモノトス(二) 人格權ハ絕對權ナリ何人ニモ對抗シ得ル權利ニシテ特定人ニノミ對抗シ得ルモノ止マル所謂相對權ト異ナル從テ何人ト雖モ之ヲ侵害スヘカラサル消極的義務ヲ負フ人格權ハ自己ヲ物體トスル權利ナルカ故ニ不可分ニシテ且ツ相續讓渡ヲ許ササル權利ナルコトハ明ナリ支配權トハ權利ノ客體ヲ直接ニ支配スル權利ヲ謂フモノナルカ故ニ自己ヲ物體トスル人格權ヲ以テ支配權ト爲スハ當ラサルモノトス

三 人格權ノ範圍

余ノ見解ニ依レハ(イ)第七〇九條ニ於テ廣ク一般ニ他人ノ權利ト規定シ何等ノ制限ヲ設ケザルト(ロ)生命身體自由名譽以外ニ氏名信用等ノ如キ法律ノ保護スヘキ理由尠モ自由名譽等ニ於ケルト異ナルナキ等ヨリシテ第七一〇條七一一條ヲ例示的規定ト解シ性質ノ許ス範圍ニ於テ他ニ人格權ノ存在ヲ認ムルヲ妥當トス智能的產物上ノ權利ハ財產權トシテ況ク相續讓渡ヲ認メラル所ナルカ故ニ人格權タル能ハス社員權亦相續讓渡ヲ許スノミナラス社員カ社員タル資格ニ於テ社團法人ニ對シテ有スル所謂相對的權利ナルカ故ニ人格權ニ數フルハ正シカラサルモノトス氏名權ハ自己ヲ表彰スル名稱ヲ物體トスル權利ニシテ名譽權自由權等ト其性質ニ於テ異ナルナキモノト信スルカ故ニ理論上之ヲ人格權ニ數フルト正シトス登記前ニ於ケル商號權亦商人トシテ之ヲ認ムルニ妨ケナキモノト信ス信用ハ經濟的方面ニ於ケル名譽ナリ名譽ト信用トハ共ニ客觀關係ニ於テ存シ而シテ信用ハ經濟的方面ニ於ケル名譽ナリ名譽ト物體トスル信用權ナルモノヲ認ムル必要ナキカ如シ然レトモ信用權ハ名譽權ノ如ク

人格者必ス之ヲ有スヘキモノニ非ス又其觀念ニ於テモ兩者相異ナルモノアルカ故ニ之ヲ名譽權ト對立セシメ私權トシテ認ムルヲ可トス名譽權ヲ害セスレテ而モ肖像權ノ侵害セラルルコトアルヘキヲ豫想シ得ラレサルニ非ス既ニ氏名權信用權等ヲ認メタル以上同一理由ニ因リ肖像權ヲ認メ得ラレサル理由ナキモノト思惟ス(辯護士加藤行吉氏日本法政雜誌第一七卷第四號八五頁「人格權論」要領)

【論旨第一點 人格權ニ關スル參照學說】

一 人格權トハ一個人タル直接ノ結果トシテ存在スル權利ヲ謂フ例ハ生命身體若クハ名譽ヲ保全シ又ハ氏姓ヲ稱スル權利ノ如キ是ナリ何レモ一個人タル性格ニ基テモノトス親族關係ヨリ生スル或親族其人ノ上ニ存スル權利モ亦絕對權ノ部類ニ屬ス(法學博士富井政章氏民法原論第一卷總論上二二四頁)

二 人格權ハ人ノ固有ノ性格ヨリ生スル私權ニシテ一個人タル直接ノ結果ナリ人格權ニ二種アリ(イ)存在權人ノ存在ヨリ生スル利益ニシテ生命身體名譽自由等ノ權利ノ如キ即チ是ナリ(七〇九・七一〇)是等ノ私權ハ立法上ノ便宜ヨリシテ之ヲ其侵害ノ方面ヨリ觀察シ債權編中不法行為ノ章下ニ於テ規定ス(七〇九乃至七一〇)獨立權各人獨立ノ存在ヲ有スル利益ニシテ換言セハ固有ノ名稱ヲ有スルノ利益ナリ氏名權商號權ノ如キ之ニ屬ス近世ノ法律ニ於テハ氏名權ヲ民法總則ニ規定スルモノ少ナカラスト雖モ我法典ニハ之ニ關スル規定ナシ又商號權ハ商法ニ規定ス(法學博士岡松參太郎氏民法總則一五頁)

三 人格權トハ人カ其獨立ノ存在ヲ維持シ又ハ其性格ヲ發揮スルカ爲ニ存スル權利ナリ此權利ハ權利者其人ニ付キ存スルモノニシテ之ヲ目的トスルモノナリ生命身體自由權名譽權及氏姓稱スル權利ノ如キ是ナリ此他無形財產權ハ權利者カ之ヲ收入ヲ得ルノ目的ニ供セザル間ハ人格權トス(法學博士仁井田益太郎氏民法總論大正七年中大講四八頁)

四 權利者自身ノ人格ヲ以テ客體トナスモノ所謂人格權(Personal Chreikrecht)之ナリ生命自由健康安全名譽等權利者ノ人格ノ全部又ハ一部ヲ以テ法律利益トナスモノナリ故ニ之レヲ人格權ト稱ス(中島玉吉氏民法釋義總編一卷四九頁)

五 人格權トハ權利者其人ヲ物體トスル權利ヲ云フ或ハ人格權ヲ否認スル權利ニアリテモ其ノ範圍ニ付キテハ見解分レ或ハ一般的人格權トシテ或ハ更ニ加フルニ精神の產出物上ノ權利ヲ加ヘ或ハ又人格權ハ凡テノ權利ニ伴ツル名稱ヲ保護スル權利ヲ以テ人格權トシテ或ハ更ニ加フルニ精神の產出物上ノ權利ヲ加ヘ或ハ又人格權ハ凡テノ權利ニ伴ツル存スルモノトシテ一般的人格權ハ成法上ノ根據ナキカ故ニ之ヲ認ムルコトヲ得ス若シ人格權ヲ認ムヘキモノトセハ個々ノ人格權ナリ我法典ハ七一〇條ニ於テ生命身體自由名譽ノ侵害ニヨリ不法行為カ成立スルモノトナス從テ生命身體自由權名譽權トシテハ人格權カ存スルコトヲ認メ得ヘシ(法學博士石坂音四郎氏民法總論上卷大正五東大講四六頁)

六 人格權トハ人カ人トシテ即チ人タル資格ニ於テ有スル權利ヲ言フ例ハ生命身體自由權名譽權ノ如シ人格權カ私權ナリヤ否ヤニ付テハ頗ル議論アリ或ハ之ヲ以テ私權ニアラストノ說ヲ主張スル學者モ少ナカラスト例ヘハサビニ、ウンケル等ノ

富井博士
岡松博士
仁井田博士
中島博士
石坂博士
鈴木博士
1120 (民法)

【論旨第四點人格權肯定ノ論據ニ關スル同趣旨學說】

一 民法第七一〇條ニ於テ身體自由又ハ名譽ノ侵害ハ不法行為ト爲ルヘキコトヲ規定ス併シ之等ヲ以テ果シテ私權ト爲セルモノナリヤ或ハ單ニ一種ノ法益トシテ認メシ止マルカハ解釋上議論アル所ナリ法文ハ何レノ解釋ヲモ容ルル餘地ヲ有ス積極的ニ對シテハ民法七〇九條ニ於テ不法行為ノ觀念ヲ規定スルニ當リ權利侵害ト云フコトヲ以テ其根本思想ト爲セリト論シ而シテ民法第七一〇條ニ於テ身體自由名譽ノ侵害ヲ不法行為トナセルハ不法行為ノ主ナル例ヲ示セルモノ即チ權利侵害ノ例ヲ掲ケシモノト論スルヲ得ヘシ若シ消和說ヲ採ラハ民法七〇九條ヲ身體自由名譽ト云ヒ身體自由權利侵害ノ例ヲ掲ケテ侵害ハ七〇九條ニ於テ權利侵害トナラザルモノ外トシテ不法行為トナルモノト論スルヲ得ヘシ余ハ理論上人格權ヲ認ムルヲ以テ近キ社會ノ要求ニ適應スルモノト信スル故積極的ニ法律上權利侵害ノ例ヲ示スルモノト論スルヲ得ヘシ余ハ理論上人格權ヲ認ム二 人格權ト云フハ權利者ノ人格ト分離シ得ナイ利益ヲ目的トスル權利テアル其性質上絕對權ニアツテ且專屬權テアル我民法ハ生命身體自由及ヒ名譽ニツイテ人格權ヲ設定シテ(法學博士權積重遠氏民法總論上卷九六頁)三 茲ニ利益トハ自己ノ需要ヲ満足セシムルニ適シ生活貨物ニ對シテ有スル關係ヲ云フモノニシテ其貨物ノ種類ニ付テハ素ヨリ何等ノ制限ナシト雖モ之ヲ大別シテ(一)種ト爲スコトヲ得(二)取テ行爲ヲ俟タズシテ當然ニ享受セラル、利益例ハ自己ノ自由名譽信用等ニ付テ有スル利益ノ如シ而シテ利益ニ斯ノ如キ區別アルノ結果トシテ權利ニモ亦自ラ之ニ相應スル

如シ然レトモ今日多數ノ學者ハ之ト反對ニ人格權ヲ以テ私權ノ一種ト爲ス余輩モ亦之ヲ正當ナリト信ス特ニ我民法ノ解釋トシテ第七〇九條第七一〇條第七一一條等ノ規定ヨリ推測シテ人格權カ私權ナルコトハ毫モ疑ヒナカラント信ス(法學博士鈴木英太郎氏民法總論編一〇七頁)
七 人格權トイフ語ハ二個ノ意義ニ使用セラル或ハ人格ノ保護ヲ内容トスル一個ノ包括的權利(Recht der Persönlichkeit)ヲ謂ヒ或ハ個々ノ人的利益ヲ目的トスル個々ノ權利(Personlichkeitsrecht)ヲ謂フ惟フニ前者ハ人カ權利主體タルコトヲ法律ニ依リテ認知保護セラルル法律上ノ地位ニ外ナラザルカ故ニ畢竟權利能力ト同一義ニ歸シ純粹ノ靜的ナル法律上ノ地位ニ止マリ之ヲ權利ト認ムルコト能ハサルモノト信ス之ニ反シテ後者ハ個人ノ爲メニ其個人的利益ヲ保護スル上ニ於テ最も重要ナル地位ヲ占ムヘキモノニシテ之ヲ權利トシテ認ムルハ寧ロ近世法ノ特性ニ屬シ文化ノ發達スルニ從ヒテ利益其數ヲ增加スヘキモノト信ス(法學博士鳩山秀夫氏日本債權法各論下八六四頁)
八 人格權ハ人ノ存在及ヒ活動ト離ルヘカラザル關係ヲ有スル利益即チ所謂人的利益ヲ内容トスルモノニシテ身體ハ此ノ如キ關係ヲ有スル利益ノ最ナルモノナルカ故ニ之ヲ以テ人格權ト解スルヲ正當トス(同上八六五頁)
九 人格權(Personlichkeitsrecht, droit de personnalité)ハ權利把持者ヨリ分離スルコトヲ得サル權利ナリ氏名生命身體自由名譽等ニ就テ有スル權利ハ即チ之ニ屬ス(遊佐慶夫氏民法概論總編四七頁)
一〇 人身權(Personenrecht, droit de personne)ハ人格又ハ身分ト分離シテ考フルコト能ハサル權利ナリ故ニ移轉性(拋棄性)及ヒ金錢換價性ヲ有セサルモノトス(同上四六頁)

【同上人格權否定說】

區別ヲ生ス(法學博士末弘太郎氏債權各論一〇三頁)
四 單純享益亦之ヲ權利ノ一種ト認ムヘキコト上述ノ如シ然レトモ現行法上如何ナル種類ノ單純享益權存在スルカハ困難ナル問題ニシテハ各種ノ法規ニ付キテ之ヲ研究スルコトヲ要ス但此點ニ付テハ特ニ注意ヲ要スルハ此種ノ權利ヲ認ムル基礎タル法規ハ必ラスシモ所謂私法法規ニ限ラザルコト是ナリ蓋シ苟キ特ニ一定ノ利益ヲ保護スルコトヲ目的トシテ一般ノ妨害ヲ禁止セル限リハ其法規カ公法ナルトモ關セズ私權タル享シ權利發生スルモノト解スルヲ正當トスレハナリ(同氏一〇三頁)
五 人格權(Personlichkeitsrecht) 人格權トハ自己ノ人格ヲ客體トスル權利ナリ人カ人トシテ有スル地位ヲ維持スルカ爲ニ必要ナル權利ナリ例ハ生命身體自由權利及名譽權等ノ如シ獨逸ニ於テハ是等ノ權利ノ存否ニ付テ議論アリ我國ニ於テハ第六〇九條乃至第七一一條ニ於テ生命身體自由等ノ侵害ヲ權利ノ侵害トシテ不法行為ノ責任ヲ負ハシムルコト明ナレハ是等權利ノ存在ヲ疑フヘカラス(法學博士嘉山學士一氏民法總論四九頁)
六 我民法カ侵害サルヘキ權利トシテ明示シタルモノハ身體自由權利名譽財產權生命權ニ過キザレトモ之レ單ニ例示の規定ニ過キス(辯護士高窪喜八郎氏本書第一卷民法六七頁)

【論旨第五點氏名權ニ關スル參照學說】

本第九卷民法九五頁

【同上補充學說中肯定說】

氏名權モ亦人格權ナリトシ獨逸民法第一二條瑞西民法第二九條ニハ或人ノ氏名ノ使用力爭ヘレ又ハ他人カ同一氏名ヲ使用シタルニ因リ利益ヲ害セラレタル場合ニ於ケル氏名權ノ保護ニ關スル規定アリ我民法ニハ斯ル規定ナキモ氏名ハ他人ト區別シテ人

三藤博士

穂積博士

横田博士

末弘博士

鳩山博士

ヲ表示スルノ方法トシテ之ヲ用フルコトヲ戸籍法其他ノ法律ニ於テ認ムルモノナレハ其權利タルヤ疑テ容レズ(法學士嘉山幹一氏民法總則四九頁)

【同上否定説】

一 獨逸學者ノ通説ノ如ク人權權ヲ以テ自己自身(eigene Person)ニ付テ存スル權利ナリト解スルトキハ氏名權(Namensrecht)モ之ニ屬セシムルヲ得ヘシト雖モ我國ニ於テハ獨(二九條)端(二九條)ノ如キ規定ナキカ故ニ之ヲ認メサルモノト解スルヘシ(反對一法學志林一卷四號所載川名氏論文「氏名論」松本氏註釋民法全書一卷五四頁)付保權(Bechtum eigenen Bild)ニ付テモ亦然リ(法學博士三浦信三氏民法總則提要第一回三七頁)
二 民法カ氏名權ヲ認ムルカハドイツ民法第一二條スイス民法第二九條 棟ナ明文カナイカラ大ニ疑ハシイ第七四六條ハ氏名權ニ屬スル權利ヲ規定シテ居ルカコレヲ根據シテ直クニ一般の氏名權ノ存在ヲ結論スルノモ聊カ早計チアラウ即チ個人の姓名藝術上ノ假名登記前ノ商號等ノ利益ハ我民法上マダソレ自身氏名權トシテ保護セラレ居ラヌノチアツテソノ利益ノ侵害カ名譽權又ハ財產權ノ侵害ヲ結果スル場合ニ初メテ民法上ノ問題トナルト解スルノカ穩當チアラウ所謂肖像權ニツイテモ同様チアル立法論トシテハ前記トイフ民法スイス民法ノ條ナ規定ノ必要ヲ認ムル(法學博士穂積重遠氏民法總則九六頁)

【論旨第六點未登記商號權ノ性質ニ關スル參照學説】

本書第九條商法一〇七頁以下

【論旨第七點信用權肯定ニ關スル同趣旨參照學説】

一 我民法ニハ特別規定ナキヲ以テ他人ノ信用ヲ毀損シ又ハ虛偽ノ報告ニ因リ他人ヲ錯誤ニ陥ラシムルハ不法行為トナルヘキヤ否ヤハ疑問ニ屬スルモ余ハ少クモ信用ノ毀損ヨリ生スル損害ハ財產權ノ不法侵害トシテ救済ヲ與フルヲ可トス(法學博士横田秀雄氏債權各論八四九頁)
二 信用ニ付キテハ民法中何等規定スル所ナシト雖モ刑法第二三三條カ名譽權ニ對スル罪ト併セテ信用ニ對スル罪ヲ規定セルコトヨリ考フレハ現行民法上信用權亦名譽權ト同様特ニ個人ノ利益保護ヲ目的トシテ認マラレバ一種ノ單純專益權ナリト解スルラ正當トス(法學博士末弘太郎氏債權各論一〇四〇頁)

【同上名譽權ノ外信用權ヲ認ムルヲ要セストノ學説】

刑法ハ名譽ト信用トヲ區別シテ規定セタルカ故ニ民法ニ於テモ名譽ト信用トヲ區別シ名譽權ノ外信用權ヲ認ムル學説ナリ然レトモ信用ヲ以テ社會的評價ノモノニアラスシテ其評價ニ基ツテ經濟信賴ナリトスルモ此信賴ヲ害スルトキハ畢竟又社會的評價ヲ害スルカ故ニ民法ノ解釋トシテ名譽權ノ外信用權ヲ認ムルノ要ヲ見ス零口民法謂フ所ノ名譽ハ廣義ニシテ刑法所謂名譽ト信用ト兩者ヲ包含スルモノト解ス(法學博士鳩山秀夫氏日本債權法各論下八七六頁)

【論旨第八點肖像權肯定説】

一 人ノ肖像ナルモノハ權利ノ客體ナリヤ否ヤ各人ハ自己ノ肖像ヲ人ニ寫サシメサルノ權利ヲ有スルヤ又自己ノ許可ニ基キ出衆シタル自己ノ肖像ヲ複製セシメサルノ權利ヲ有スルヤ否ヤ我國現今ノ社會狀態ニ於テハ或程度マテ吾人ノ肖像ト雖モ法律上之ヲ保護スヘキハ條理ノ正ニ要求スル所ニシテ我國ニ於テモ不文法上之ヲ認ムルモノナリト云フヘキカ(法學博士二上兵治氏債權各論一七二頁)
二 現行法ノ肖像權ヲ認ムルヤ否ヤハ頗ル疑問ナリト雖モ元來自己ノ所有權ハ自己ノミ之ヲ利用シ得ルモノナルカ故ニ特ニ所有權ニ於テ之ヲ許可認容セル場合ハ格別所有權禁止セル場合ニ溢リニ他人カ之ヲ觀覽シ寫生シ攝影スルカ如キハ不法ニ他人ノ所有物ヲ利用スルモノニシテ尙一種ノ所有權侵害ナリト云ハカラス故ニ他人ノ肖像ノ寫生攝影ハ原則トシテ凡テ身體侵害トナルヘキモノナリ反之一且有權のニ作製シタル肖像ヲ複製頒布スルコト特ニ著作權法第二五條ニ觸レサル限り之ヲ禁止スルヲ得ス但シ之カ爲メ名譽ヲ侵害スルトキハ第七〇九條第七一〇條ニ依リテ不法行為ノ成立ヲ來スヘキコト勿論ナリ(債權各論一〇三—一〇四頁)
三 最も名譽權ト相類似シテ而カモ其存在ニ付テ十分ノ發達ヲ見サルモノナリ肖像權トナス事實上ノ例ヲ舉指セハ獨逸ニ於テ宰相「ヒスマルク」公ノ屍體ヲ寫シタル者ニ對シ刑罰ト禁止トヲ命ジタル判決例アリ米國ニ於テ婦人カ裝飾ヲ爲シテツアアル間ハ攝影シテ不法行為ト判定セラレタルコトアリ斯クノ如ク他人ノ肖像ヲ恣ニ撮影スルハ不法行為ナリトセハ身體ノ肖像ニ付テハ權利存在スヘキモノナルヤノ問題生ス蓋シ我國法ハ局限セル思想ヲ脱却セサルノ非難ヲ免レズト雖トモ而レトモ克ク之レ等ノ點ヲ社會思想ノ發達ニ隨伴セシムルハ解釋家ノ任タルヘク而シテ既ニ述ヘタル所アルカ如ク不法行為ニ關スル權利ノ觀念ハ最も廣ク觀察スルノ必要アリ之レヲ以テ余輩ハ之ノ見地ヨリシテ肖像權ハ少クモ名譽權ノ支分シタルモノトシテ權利性ヲ肯定セシコトヲ欲ス(法學士菱谷精吾氏不法行為論五六—五八頁)

【同上否定説】

人ハ其肖像ニ付テ權利ヲ有スルヤ否ヤ他人ノ肖像ヲ公表スルコトカ其者ノ名譽ヲ毀損シ人格權ノ侵害行為ト爲ル場合ニ於テハ其關係ニ於テ不法行為ト成立セシムヘシト雖モ吾人カ他人ヲシテ自己ノ肖像ヲ畫カレメサルカ如キ肖像權ナルモノナリト有スルコトハ人類ノ生活狀態ニ徴シ察易ニ之レヲ承認スルヲ得サルナリ(判事團野新之氏損害賠償論五八二頁)

【同上折衷的學説】

一 氏名權肖像權ナルモノ存在ヘルヤ否ヤニ付キテハ民法ニ全ク何等ノ規定ナシテ此ノ存在ニ付キ何等ノ慣習法セナキ故之ヲ認ムヘキ成法上ノ根據ナシト認ム只人格權ノ侵害ニ屬スル諸般ノ場合ハ名譽ト云フ觀念ヲ適當ニ定ムルニヨリ名譽權ノ侵

鳩山博士

團野判事

菱谷學士

末弘博士

二上博士

今井博士

害中ニ之ヲ包含セシムルヲ得ヘシ(法學博士鳩山秀夫氏民法總則大正七年帝大講六三頁)

二 寫眞有像ノ著作權ニ付テハ著作權法ニ規定アルモ囑託ヲ受ケシテ他人ヲ撮影シ又ハ寫生スルコトカ不法行爲トナルヤ否
 ヤニ付テハ法典ニ何等ノ規定ナク又尙像權ノ間接ノ根據トナルヘキ法規モ現行法上存在スルコトナシ故ニ解釋上多少議論アリ
 ト雖モ其寫生撮影ノ方法カ身體又ハ自由ニ對スル侵害ト爲リ又ハ名譽權ヲ害スヘキ場合ニアラザレハ不法行爲ト爲ササルモ
 トス(同氏日本債權各論下八七六頁)

三 吾人(他人)カ吾人ノ肖像ヲ複製セントスルニ當リテ之ヲ禁止スルノ權利ヲ有セリヤ詳言スレバ他人カ無斷ニテ自分ノ姿ヲ
 撮影シ或ハ自己ノ肖像ニ畫キ或ハ自己ノ銅像ヲ鑄像シ或ハ自己ノ寫眞其他ノ肖像ヲ店頭ニ陳列シ若クハ新聞紙等ニ掲載スルカ如
 キ場合ニ於テ吾人ハ之ニ對シテ何等ノ抗辯ヲ爲スコト能ハサルカ若シ抗辯ノ權利アリトスレハ其權利ノ性質如何(法學博士今
 井嘉幸氏法協二二卷二號二六五頁)

肖像ノ公表ノ方面ニ於テハ差支アル場合ト差支ナキ場合トアリ蓋ノ種類被寫人ノ人格及其感情ノ狀態ニヨリテハ自己ノ肖像ヲ
 公表セラルルコトカ何等ノ苦痛ヲナササルノミナラス場合ニヨリテハ自己ノ肖像ヲ公表セラルルコトカ却テ自己ノ自負心ニ頗
 ヒテ快感ヲ覺ニ又實際上ノ利益ヲ生スルコトナレトモ(同氏法協二二卷二號二六五頁)

寫眞行爲ヲ以テ自由ナリトスルノ理由ハ吾人竊ニ案スルニ是レ人ノ姿及ヒ寫眞行爲ノ何物タルカヲ研究スレハ明白ナルコトナ
 リ何チカ姿トイフ人ノ體軀ニ當リタル光線ノ反射ナリ何チカ寫眞行爲ト云フ反對ノ光線ヲ捕フルニ在リ吾人ノ體軀ハ吾人ノ有
 爲スノ權利アル管アレ(同氏法協二二卷二號二七〇頁)

寫眞行爲其モノハ原則トシテ自由ナリ然レトモ之ニ連續スレ公表ハ爲トノ間ニ或種ノ關係アル場合ニ於テハ必スレモ之ニ放任
 シ去ルヘキモノニアラザルナキカ例ヘハ寫眞行爲カ確ニ不法ノ公表行爲ノ準備タルノ明白ナルカ如場合ニ於テハ寫眞行爲ソノ
 モノニ於テ既ニ不法ノ意味ヲ交ヘタルモノニアラザルコト思フ(法協二二卷二號二七〇頁)

學者ノ撰テ寫眞行爲ヲ肯定セント欲スルハ吾人ノ稱シテ複數寫眞行爲ト云フ場合ヲ混同スルカ爲メナリ而モ其事理ノ本質ヲ探
 究スレハ是レ全ク寫眞行爲其モノノ不法ナルコトニ因付スル他ノ事理ノ不法ナルニ外ナラス今一(一)著例ヲ舉ゲ
 ン(一)寫眞行爲自身カ既ニ被寫人ノ名譽權ヲ侵害スル場合例ヘハ貴顯ノ行幸ニ際シテ屋根ノ上ヨリ之ヲ撮影スルノ外國人アリ
 ト假定スレハ是レ作物ノ公表行爲ノ如何ト問ハス寫眞行爲其物カ既ニ許スヘカラザルノ行爲タル極端ノ場合タリ(二)寫眞行爲
 カ被寫人ノ自由ヲ不法ニ束縛スル場合ナリ凡テ此等ノ場合ニ於テ被寫人ハ其寫眞ヲ拒絕スルコトヲ得ヘシ(同氏法協二二卷二
 號二七一)

【同上參照學說】

若シ今日肖像權侵害ノ問題カ我法廷ニ現ハレタリトセハ如何刑罰問題ノ場合ニ於テハ明文ナキノ故ヲ以テ無罪ヲ宣告スヘキノ
 ミ之ニ反シテ民事問題ノ場合ニ於テハ如何思フニ三案アリ(イ)明文ナク習慣ナキノ故ヲ以テ請求メラレタル保護ヲ拒絕スルハ最

乾博士

モ平易ナル一案ナリ(ロ)我民法カ生命身體自由權及名譽權ナル人格權ヲ認メタルヨリ類推シテ肖像權ナル人格權ヲ認メ以
 テ請求メラレタル保護ヲ與フルハ第二案ナリ(ハ)最後ニ或ハ明項八年太政大官布告裁判事務心得ニ明文慣習共ニ存セザルトキハ
 條理ニ依リテ規定アルヲ根據トシテ肖像權ヲ認メ以テ請求メラレタル保護ヲ與フルハ第三案ナリ此ノ三案中何レヲ採用スヘキ
 カニ付キ多少ノ惑ナキコト能ハサルハ思フニ獨リ余ノ見ニ非サルヘキナリ然レトモ是レ必スシモ學者ノ罪ニ非シテ寧ロ肖像
 權ニ屬スル法制ノ不備ニ基テ(法學博士乾政彦氏法學協會雜誌第二九卷第十號一六二頁)

人格權ノ存在ハ現行法上之ヲ肯定スヘキヤ否ヤ此點ニ關シ先ツ人格權ヲ抽象的
 名稱トシテ其存否ヲ論スルニ於テ多ク問題ヲ見サル所ニシテ之ヲ個別格段ノ對
 象ヲ拉置シテ觀察スル場合ニ於テ甫メテ之ニ人格權ヲ認ムヘキヤ否ヤカ實益ア
 ル問題タルヘシ惟フニ現代私法ノ立法ハ其最少限度ニ於テ私權ノ保護ヲ單位ト
 シテ組成サレ從テ私權即個人ノ法律利益享有力ヲ廣ク而モ深ク徹底セシムルニ
 於テ其理想ヲ庶幾シ得ヘシ此意味ニ於テ民法第七〇九條乃至第七一〇條ヲ制限
 的列記的ニ解說シ形式論的ニ一蹴シ去ラムカ遂ニ收拾シ難キ窮地ニ誘フモノト
 謂フヘシ然ラハ該法條ヲ解釋ノ方法如何ニ因リ活用シ得ルモノハ比較的餘裕ア
 ル方法ヲ選フヘキハ解釋家ノ正ニ採ルヘキ道程ナリトモ是吾人ノ夙ニ胞懷スル
 所見ニシテ右法條ハ制限列記的ノモノニアラザルコトヲ謂ヘル所ナリ斯クテ人
 格權ハ現行法上別ニ制限セラルルコトナシニ肯定シテ妨ケアラザルコトトナル
 ヘク論者ノ意見ハ必スシモ不可アラストスヘシ今更ニ一二論點ヲ指摘シテ短評
 ヲ加ヘムト欲ス

一 氏名權ニ付キテハ本書第九卷民法九七頁評論參照アリタシ

二信用權ヲ人格權ノ一種トシテ認容スヘキカ惟フニ(一)社會觀念上ヨリスルモ名譽ト信用ヲ異名同物ナリトスルハ俄ニ首肯シ難キトコロナリ前者ハ人ノ社會的價值ナルコトハ信用ト多ク懸底アラサル如シト雖モ後者ハ主トシテ人ノ經濟的活動ヲ背景トスルモノナルニ反シ前者ハ必スシモ然ラス故ニ名譽價值ヲ設定シ得ヘクシテ信用價值ヲ是認シ得ラレサルモノモ想像シ得ヘシ(二)民法ヲ比較考察スルトキハ一層兩者ノ觀念ノ混同ヲ許ササルヲ悟ルヘシ蓋シ刑法ハ夙ニ名譽ニ對スル罪ト信用ニ對スル罪ヲ嚴然ト區別シ規定ヲ置ケルハ法律保護ノ態様右兩者ニ付キ必スシモ轍ヲ同フスヘカラサルモノ存スルカ故ナレハナリ(三)謂テ考フルニ之ヲ保護スル必要ニ至リテハ兩者間大ナル徑廷ヲ設ケ能ハサルヘシ(四)既ニ社會觀念上ノ須要アルノミナラス保護ノ明確ト劃一ヲ期スル上ニ於テハ民法上ニ於テモ亦名譽權ノ外ニ信用權ヲ對立セシメテ之ヲ人格權ノ一種トスヘシ殊ニ民法組合ノ規定商法會社規定ニハ信用ヲ出資シ得ルコトニ對シテ信用ヲ法律保護ノ下ニ置クハ須要ノコトニ屬ス因テ論者ノ所見ハ強チ之ヲ却ケ難カルヘシ

三肖像權ヲ認ムル根據アリヤ否ヤ積極消極並ニ折衷的ノ說存ス惟フニ成文法上肖像權ヲ肯定スヘキ直接ノ根據存セサルヲ以テ積極說ト雖モ此點ヲ云爲スルモノ之ナク只法律思想ノ趨向上乃至ハ條理ヲ基本トシテ肯定スヘキコトヲ謂

ヘリ消極說ハ成文ニナキコトヲ隨一ノ証ト爲シ或ハ他ノ方法ニ依リ保護ヲ企圖シ得ルコトヲ理由トシテ否定スルカ如シ要スルニ今之ヲ社會生活上ノ須要ヨリ考察スルトキハ個人ノ肖像利益ヲ保護スルコトハ文化的生活上殊ニ寫影術ノ發達ニ伴ヒ企圖セサルヘカラサル問題タルヘク又成文ナシト雖モ慣習法乃至ハ條理ヲ容レテ解釋ニ當ルコトハ最後ノ方法トシテ容認サルヘキ事柄ナルヲ以テ必スシモ消極ニ斷シ去ルヲ得サルヘシ尙未登記商號ノ問題ハ商法上之ヲ論及スルニ所ト時ヲ欠カス後日ニ俟ムトス

三〇六

九七〇

- 被相續人ノ家族タル直系卑屬ハ左ノ規定ニ從ヒ家督相續人ト爲ル
- 一 親等ノ異ナリタル者ノ間ニ在リテハ其近キ者ヲ先ニス
 - 二 親等ノ同シキ者ノ間ニ在リテハ男ヲ先ニス
 - 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
 - 四 親等ノ同シキ嫡出子、庶子及ヒ私生子ノ間ニ在リテハ嫡出子及ヒ庶子ハ女ト雖モ之ヲ私生子ヨリ先ニス
 - 五 前四號ニ掲ゲタル事項ニ付キ相同シキ者ノ間ニ在リテハ年長者ヲ先ニス
- 第八百三十六條ノ規定ニ依リ又ハ養子縁組ニ因リテ嫡出子タル身分ヲ取得シタル者ハ家督相續ニ付テハ其嫡出子タル身分ヲ取得シタル時ニ生マレタルモノトス
- 民法施行法一 民法施行前ニ生シタル事項ニ付テハ本法ニ別段ノ定アル場合ヲ除ク外民法ノ規定ヲ適用セス

養嗣子ヲ爲シタル後ハ男子出生スト雖モ養嗣子ニ相續權アルモノトス

民法施行前ニ於テハ嗣子ト爲ス爲メノ養子即チ養嗣子ト然ラサル養子トノ區別ヲ認メ養嗣子ハ先順位ノ嫡出子ト同シク他ノ諸子ニ優先シテ家督相續人ト爲ルコトヲ得タルモノトス故ニ民法施行前養嗣子ト爲リタル者ハ其後實子生ル、モ之ニ優先シテ

相続人ト爲ルヘク實子ノ出生及ヒ家督相続ノ開始カ民法施行前タルト其後タルトニ依リテ論結ヲ異ニスルコトナシ此關係ハ養嗣子ノ男子タルト女子タルトニ依リテ差異ナシ(法曹會大正一〇年一〇月一日委員會第一科決議案(一〇)第一〇七號法曹記事第三一卷第一一號四六頁「養嗣子ノ相續權ニ關スル件」要領)

【民法施行前ノ養嗣子ニ關スル參照學說判例】

本書本卷民法一三五頁

決議ト吾人ハ所見ヲ同ウスルコト曩ニ評論アル如シ(本書本卷民法一三九頁評論)

(三〇七)

九九二

遺産相續ハ家族ノ死亡ニ因リテ開始ス

一〇〇一 遺産相續人ハ相續開始ノ時ヨリ被相續人ノ財産ニ屬セシ一切ノ權利義務ヲ承繼ス但被相續人ノ一身ニ專屬セシモノハ此限ニ在ラス

一〇一七

相續人ハ自己ノ爲メニ相續ノ開始アリタルコトヲ知リタル時ヨリ三個月内ニ單純若クハ限定ノ承諾又ハ拋棄ヲ爲スコトヲ要ス但此期間ハ利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ因リ裁判所ニ於テ之ヲ伸長スルコトヲ得

相續人ハ承諾又ハ拋棄ヲ爲ス前ニ相續財産ノ調査ヲ爲スコトヲ得

遺産相續ハ被相續人ノ死亡ニヨリテ當然開始スルモノニシテ其開始ノ時ヨリ遺相續人ハ財産ニ關スル被相續人ノ權利義務ヲ包括的ニ承繼スルモノニシテ被相續人カ死亡ノ當時權利ノミヲ有シタル場合ハ勿論義務ノミヲ負擔シタル場合ト雖モ苟クモ財産權上ノ關係ニ屬スルモノナル以上ハ相續人ニ於テ遺産相續權ヲ拋棄シ又ハ限定承諾ノ意思表示ヲ爲ササル限り總テ之ヲ承繼スヘキモノナルカ故ニ遺産相續ノ開始及ヒ同相續ノ拋棄ハ總テ財産ニ關スル權利ノ遺留セラレタ

大審院判決

ル場合ニノミ適用セラルルモノト謂フヲ得サルモノトス

【上告理由】 原判決カ「訴外川瀨シケ」ハ無資産ニシテ其遺産相續開始當時ニ於テハ控訴人等ニ相續スヘキ何等ノ財産ナカリシカ故ニ遺産相續ノ事實發生スルコトナク從テ控訴人等ハ本件債務ヲ負擔スヘキ謂レナシト抗辯スレトモ遺産相續ニハ相續ス可キ積極的財産ノ存在ヲ必要トスルモノニアラス更ニ消極的財産即チ義務ノミヲ遺シテ死亡シタル時ト雖モ其義務ニレテ財産上ノ關係ニ屬スルモノナル以上遺産相續ノ開始并其相續ヲ妨ケサルコトハ民法ノ解釋上疑ナキ處トス」ト説明セラレタルハ民法第九九二條第一〇一條ヲ不當ニ適用シタル違法ノ判決ナリトス(第一) 被相續人カ權利モナク義務モナクシテ死亡シタルトキハ民法第九九二條及ヒ第一〇〇一條ノ適用ナキモノトシテ從テ(第二) 民法ハ權利ノ方面ヨリ規定シ義務ノ方面ヨリ規定セズ權利ヲ主トシ義務ヲ從トシテ規定シタルモノナレバ主物ナクシテ從物ノ存在ヲ許サス原判決カ相續開始ノ目的トシテ其存在ヲ是認シタルハ誤謬ナリ(第三) 民法第一〇〇一條ニ「被相續人ノ財産ニ屬セシ一切權利義務ヲ承繼ス」ト規定レ權利又ハ義務ト規定セサルカ故ニ權利ナクシテ義務ノミヲ承繼スル法意ニアラス(第四) 民法ニ相續ノ拋棄ヲ規定シ原則上權利ノ拋棄ハ適法ナレトモ義務ノ拋棄ハ不法ナリトス故ニ相續ノ拋棄ヲ許ス限リハ遺産相續開始ノ場合ニ於テ權利義務共ニ存スルカ又ハ權利ノミ存スルカナラサル可カラズ獨リ義務ノミ存スル場合ニ遺産相續開始セラルトス(第五) 原判決説明ノ如ク財産ハ民法上積極的又ハ消極的ノ兩方面ヲ意味スト云フハ事實ニ違サカリタル空論ニ屬シ一般公衆ノ是認スル正當ナル意味ハ積極的ノミヲ云フ民法モ亦同趣旨ナリトス

【判決理由】 然レトモ遺産相續ハ被相續人ノ死亡ニヨリテ當然開始スルモノニシテ其開始ノ時ヨリ遺産相續人ハ財産ニ關スル被相續人ノ權利義務ヲ包括的ニ承繼スルモノトス故ニ被相續人カ死亡ノ當時權利ノミヲ有シタル場合ハ勿論義務ノミヲ負擔シタル場合ト雖モ苟クモ財産權上ノ關係ニ屬スルモノナル以上ハ相續人ニ於テ遺産相續權ヲ拋棄シ又ハ限定承諾ノ意思表示ヲ爲ササル限り總テ之ヲ承繼ス可キモノナルコトハ曩ニ當院判例ノ存スルトコロナリ從テ遺産相續ノ開始及ヒ同相續ノ拋棄ハ總テ財産ニ關スル權利ノ遺留セラレタル場合ニノミ適用セラル可キモノナリト本論旨ハ其理由ナシ(大審院大正十年(オ)第五七五號同年十月六日民二部馬場裁判長大倉東泉澤岩本各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審新潟地方裁判所○貸金請求事件○上告人川瀨保太郎外三人訴訟代理人辯護士中野省吾同管内平吉被上告人倉井安次郎

【同趣旨參照判例】

本書本卷民法三二頁

相續ハ會社ノ合併遺贈(包括的)ト等シク權利義務ノ包括的承繼取得原因ナルコト疑ナシ然レトモ相續ノ場合ハ他ノ包括承繼取得要件ト異リ財產取得ト共ニ身分相續ナルコトアリ(家督相續ノ場合單ニ財產取得ノミナルコトアリ(遺產相續ノ場合)前者ノ場合ニ於テハ財產ナキ場合ト雖モ身分ヲ相續シ得ヘク後者ニ付テハ財產ナキトキハ相續ノ物體ナシ然レトモ其財產ニ關スル包括的承繼取得要件ナル觀念ハ其法律要件完備セムカ通常權利義務ヲ包括シテ取得シ得ト云フニアリテ必スシモ權利及義務ヲ現實ニ承繼スルモノナラサルヘカラサルモノニアラス故ニ或場合ニハ權利ノミ存シ義務ナキコトアリ或ハ義務ノミ存シ權利ナキ場合アリ或ハ兩者合體シテ存スルコトアリテ此等具體的結果ノ如何ハ包括承繼取得要件ナルコトヲ毫モ害スルコトナシトス從テ遺產相續ノ場合ニ於テ消極財產ノミ存スル場合ト雖モ尙遺產相續開始シテ之ヲ承繼スルコトハ法ノ禁スル所ニアラサルノミナラス却テ此ル場合存スルコトヲ豫想シテ法ハ承認又タハ拋棄ノ規定ヲ設ケタルモノト謂ヒ得ヘク判旨ノ妥當ナルコトハ吾人ノ持論ニ係ル(本書第三卷民法六六一頁(評論))

三〇八

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

法律行為アリタル場合ニ於テハ一應其行為ノ有效ニ成立シタルモノト推定スルヲ相當トス可キヲ以テ其要素ニ錯誤アリシ爲メ無効ニ歸シタリトノ事實ハ之ヲ主張スル者ニ於テ立證ヲ爲スノ責任アルモノトス

民事訴訟法二二三 各當事者ハ事實上ノ主要ヲ證明シ又ハ之ヲ辯駁セン爲ニ用キントスル證據方法ヲ開示シ且相手方ヨリ開示シタル證據方法ニ付陳述ス可レ

【上告理由】 原告口頭辯論調書ニ依レハ被控訴人ノ陳述トシテ「控訴人カ被控訴人ヲ養子ト爲シ相續人ト爲スノ意思アリタルコト從テ本件贈與行爲アリタルコト」及ヒ本件係争不動産贈與契約當時控訴人ノ妻トモカ被控訴人ヲ養子トナスコトヲ歎ヒ居ラサリシコトハ之ヲ認ム」等ノ記載アリテ上告人カ本件贈與行爲當時其妻カ被上告人ヲ養子トスルコトニ不同意ナリシニ拘ハラサレ上告人ハ被上告人ヲ養子トシテ家督ヲ相續セシメント欲シ本件贈與行爲シタルコトハ被上告人モ亦自認スル所ナリ果シテ然ラハ假令上告人ニ於テ本件贈與當時其妻ノ不同意ヲ認識シ居ラタリトスルモ妻ノ不同意カ法律上養子繼承不能ノ事由タルコトハ上告人カ本件贈與當時其妻ノ不同意ヲ認識シ居ラタリトスルコトノ反證ナキ限リハ右被上告人ノ自認シタル二個ノ事實ヨリ上告人カ法律ノ錯誤即チ妻ノ不同意ニ拘ハラサレ上告人ハ被上告人ト養子繼承ヲ爲シ得ルモノト誤信シ其結果本件贈與行爲シタリトノ事實ハ當然推定セラル可キ事項ナルヲ以テ原告カ被控訴人ノ採用スル證據ニ依リテハ未ダ之ヲ肯定スルニ足ラスト爲レト上告人ノ主張ヲ排斥モラレタルハ當然ノ推定ヲ無視シ舉證責任分擔ノ實證則ニ反シテ事實ヲ確定セル不法アリ

【判決理由】 然レトモ法律行為アリタル場合ニ於テハ一應其行為ノ有效ニ成立シタルモノト推定スルヲ相當トス可キヲ以テ其要素ニ錯誤アリシ爲メ無効ニ歸シタリトノ事實ハ之ヲ主張スル者ニ於テ立證ヲ爲スノ責任アルモノトス(明治四十四年(ホ)第九六號同年五月二十二日當院判決參照)本件ニ於テ上告人ハ贈與契約ノ要素ニ錯誤アルコトヲ主張シタルモノナレハ之ヲ立證スル責任アルヤ明ナリ故ニ原告カ其責任ヲ上告人ニ課シタルハ相當ニシテ論旨ハ理由ナレ(大審院大正十年(オ)第七一四號同年十月二十二日民三部松岡裁判長長谷川潔判事決)

【關係事項】 上告棄却○原審長崎控訴院○土地所有權移轉登記抹消登記手續請求事件○上告人山本作平訴訟代理人辯護士鍋倉一岡山口敬次被上告人福田清義