テ當事者双方ニ對シテ之ヲ辨濟スヘキ者ノ確定判決アリタルニ何人モ任意ニ辨濟ヲ爲ササリシ結果其强制執行上被上告人兩名ニ於テ支拂ヒヲ爲スニ至リタルコトヲ知ルニ足レハ該强制執行ニ要シタル費用金三十九圓七十六錢三厘ハ民法第四四二條第二項ノ避クルコトヲ得サリシ費用若クハ損害ニ外ナラス然レハ同費用ニ付テハ其他ノ事情ヲ判示スルコトヲ要セスシテ上告人等ニ辨償義務アリト爲スニ足ルヘク原判決ハ相當ナリ(大審院大正五年(オ)第五六三號同年九月十六日民三部横田裁判長大倉磯谷柳川三宅各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審長崎控訴院○代償金請求事件○上告人太田貢外五名訴訟代理人辯護士益本千家被上告人林田多八外一名

【執行費用ト他ノ連帶債務者ニ對スル求償ニ關スル同趣旨判例】

本卷民法四四九頁

【同上ニ關スル反對判例】

本卷民法四四八頁

【同上ニ關スル參照學說判例】

本卷民法四四九頁——四五〇頁參照

贊同ス

八四三 養子ト爲ルヘキ者カ十五年未滿ナルトキハ其家ニ在ル父母之ニ代ハリテ緣組ノ承諾ヲ爲スコトヲ得

繼父母又ハ嫡母カ前項ノ承諾ヲ爲スニハ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス

八四九 戸籍吏ハ緣組カ第七百四十一條第一項第七百四十四條第一項第七百五十條第一項及ヒ前十二條ノ規定其他ノ場合ニ違反セサルコトヲ認メタル後ニ非サレハ其屆出ヲ受理スルコトヲ得ス

第七百七十六條但書ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス

八五一 緣組ハ左ノ場合ニ限リ之ヲ無效トス

一 人違其他ノ事由ニ因リ當事者間ニ緣組ヲ爲ス意思ナキトキ

繼父母又ハ嫡母カ民法第八四三條第二項ノ規定ニ反シ親族會ノ同意ヲ得スシテ十五歲未滿ナル繼子又ハ庶子ノ養子緣組ヲ承諾シテ戸籍吏カ過チテ其屆ヲ受理シタル場合ハ其緣組ハ有效ナリトス』

繼父母又ハ嫡母カ民法第八四三條第二項ノ規定ニ反シ親族會ノ同意ヲ得スシテ十五年未滿ナル繼子又ハ庶子ニ代ハリテ養子緣組ノ承諾ヲ爲シタル場合ニ於テハ戸籍吏ハ同法第八四九條第一項ノ規定ニ依リ其養子緣組ノ屆出ヲ受理スルコト能ハサルモノナルモ戸籍吏カ誤テ之ヲ受理シタルトキハ民法上之ヲ無效トスヘキ規定ナキヲ以テ其養子緣組ハ有效ナルモノト謂フヘク民法第八五一條第一號ニ「緣組ヲ爲ス意思ナキトキトアルニ該當スルモノニアラス(法曹會決議法曹記事第二六卷第九號四五頁以下要領)

【同趣旨學說】

一 緣組ハ第八五一條ノ場合ニ限リ無效ナルカ故ニ其實質的要件ヲ缺ク場合ニ於テモ無效ニ非ス(法學博士仁井田益太郎氏親族法相續法論二五七頁)

二 法曹記事第一四四號一一頁

至當ノ見解ナリ

（三七八）

【〇三】 權限ノ定ナキ代理人ハ左ノ行爲ノミヲ爲ス權限ヲ有ス
一 保存行爲
二 代理ノ目的タル物又ハ權利ノ性質ヲ變更セサル範圍内ニ於テ其利用又ハ改良ヲ目的トスル行爲
【一〇】 代理人カ其權限外ノ行爲ヲ爲シタル場合ニ於テ第三者カ其權限アリト信スヘキ正當ノ理由ヲ有セシトキハ前條ノ規定ヲ準用ス

家業タル酒造營業ニ關シテ總括的代理權ヲ授與シタル者ハ啻ニ民法第一〇三條ニ定ムル權限ノミナラス金員貸借抵當權設定ノ如キ處分行爲ニ付キ代理權ヲ有スルコトハ同條ノ禁止スル所ニアラサルモ金員貸借抵當權設定行爲カ右營業ニ關セサル自己ノ遊興費ヲ支拂フ目的ヲ以テ爲シタル行爲ナルトキハ民法第一一〇條ヲ適用スヘキモノニシテ同第一一三條ヲ適用スヘキモノニ非ス

原院カ確定セル所ニ依レハ上告人ハ明治三十八年頃一時廢止シタル酒造營業ヲ再ヒ開始シタルモ既ニ老齢ニ達シ夙ニ外部ニ對スル交渉ノ煩雜ナルヲ厭ヒ該營業ニ關スル資金ノ調達又ハ借入金ノ償却其他一切ノ行爲ヲ長男孝太郎ニ委任シ爾後孝太郎ハ上告人ニ代リ該營業ニ關スル事務一切ヲ總轄シ時ニ其必要ナル資金ヲ借受ケ之カ爲メニ上告人ノ所有ニ係ル不動產上ニ抵當權ヲ設定シタル事例尠シトセス上告人ニ於テモ之ヲ承認シ自己ノ取扱ニ係ル抵當權附借入金ト共ニ之カ償却方ヲ孝太郎ニ一任セル事實ニシテ孝太郎ハ上告人ヨリ其家業タル酒造營業ニ關シテ總括的代理權ヲ授

與セラレ而シテ其總括的代理權ナルモノハ啻ニ民法第一〇三條ニ定ムル權限ノミナラス金員貸借抵當權設定ノ如キ處分行爲ニ付キ代理權ヲモ有スルコトヲ知ルニ足ルヘク斯ノ如キハ同條ノ禁止スル所ニアラスシテ孝太郎ハ特定ノ保存行爲ニ付テノミ代理權ヲ有シ金員貸借抵當權設定行爲ニ付テ全然代理權ヲ有セサル者ニ非サルモ本件ノ金員貸借抵當權設定行爲ハ同人カ右營業ニ關セサル自己ノ遊興費ヲ支拂フ目的ヲ以テ爲シタル行爲ナルコト原判文上明白ナルヲ以テ原院カ民法第一一〇條ヲ適用シ同第一一三條ヲ適用セサルハ相當ナリ（大審院大正五年（オ）第四五二號同年八月二日民三部横田裁判長大倉磯谷柳川三宅各判事判決）

【關係事項】

上告棄却○原審大阪控訴院○土地抵當權抹消登記手續請求事件○上告人伊藤善之助訴訟代理人辯護士大島恒二郎被上告人並川さと

【總括的代理權ト民法第一一〇條ノ適用ニ關スル參照學說判例】

一 本條ハ表見代理ヲ規定スルモノナリ（一）其權限外ノ行爲トアルカ故ニ有權代理ニ非サルヤ明ナリ（二）而シテ本人ノ責任ハ損害賠償ノ責任ニ非スシテ履行ノ責任ナルコト前條ヲ準用シタルニヨリ明ナリ（三）而シテ其責任ノ根據ハ權限アリト信スヘキ正當ノ理由アルニアリ卽チ本人カ權限有リト信セシム可キ行爲ヲ爲シタル故ニ外ナラス然ラハ又單純ノ無權代理ニ非スシテ表見代理ナリトス（法學博士中島玉吉氏民法釋義卷ノ一、六一六頁）

二 代理人カ其權限外ノ行爲ヲ爲シタルコトヲ要シ又權限アルコトヲ要ス從テ全ク代理權無キ場合ニハ本條ノ適用ナシ其代理權ハ委任代理ナルト法定代理權ナルトヲ問ハス（法學士鳩山秀夫氏法律行爲乃至時效三二八頁）

三 民法第一一〇條ハ代理人カ權限外ノ行爲ヲ爲シタル場合ニ關スル規定ナリトス從テ後見人カ其權限内ノ行爲ヲ爲シタル場合ニハ之ヲ適用スヘキモノニ非ス（大審院民事判決錄三十九年七五八頁）

三六九第一項　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產ニ付キ他ノ債權者ニ先チテ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クル權利ヲ有ス

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

前項ノ規定ハ財產權ヲ目的トセサル法律行爲ニハ之ヲ適用セス

五四〇第一項　契約又ハ法律ノ規定ニ依リ當事者ノ一方カ解除權ヲ有スルトキハ其解除ハ相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ爲ス

五一九　債權者カ債務者ニ對シテ債務ヲ免除スル意思ヲ表示シタルトキハ其債權ハ消滅ス

工場抵當法二　工場ノ所有者カ工場ニ屬スル土地ノ上ニ設定シタル抵當權ハ建物ヲ除クノ外其ノ土地ニ附加シテ之ト一體ヲ成シタル物及其土地ニ備附ケタル機械、器具其ノ他工場ノ用ニ供スル物ニ及フ但シ設定行爲ニ別段ノ定アルトキ及民法第四二四第ノ規定ニ依リ債權者カ債務者ノ行爲ヲ取消スコトヲ得ル場合ハ此ノ限ニ在ラス

前項ノ規定ハ工場ノ所有者カ工場ニ屬スル建物ノ上ニ設定シタル抵當權ニ之ヲ準用ス

民法三七〇　抵當權ハ抵當地ノ上ニ存スル建物ヲ除ク外其目的タル不動產ニ附加シテ之ト一體ヲ爲シタル物ニ及フ但設定行爲ニ別段ノ定アルトキ及ヒ第四二四條ノ規定ニ依リ債權者カ債務者ノ行爲ヲ取消スコトヲ得ル場合ハ此限ニ在ラス

(一)債務者カ債權者ヲ詐害スル爲メ根抵當權設定契約ヲ爲シタル場合ニ於テハ債權者ハ其法律行爲ノ取消ヲ請求シ勝訴ニ歸シタル場合ハ格別詐害行爲ナルノ故ヲ以テ直チニ右契約ノ無效ヲ來スヘキ理由ナシ」

(二)工場ノ敷地又ハ其建物上ニ抵當權ヲ設定シタル場合ニ於テ其土地建物カ工場抵當法ニ依ル工場ニシテ抵當權設定者カ其所有者ナルトキハ同法第二條ニ依リ設定行爲ニ反對ノ意思表示ナキ限リ抵當權ノ效力ハ其工場ニ附加備附ヲ爲シタル物件ニモ及フモノトス」

(三)根抵當ハ將來ノ發生ヲ期待シ得ヘキ債權ヲ擔保スル抵當權ニシテ一般ノ抵當權トハ其依テ擔保セラルヘキ債權ノ現存セルヤ否ヤニ關シテ異同アルニ過キサルモノナレハ抵當權ノ目的タル物件ノ範圍ノ變更ニヨリテ何等ノ影響ヲ受クヘキ筈ナシ從テ特ニ工場抵當法ニ於テ根抵當ヲ禁止シタル法條ナキ限リ一般民法ノ原則ニ從ヒ之ヲ許容スルノ意ナルコトハ毫モ疑ヲ容ルルノ餘地ナキモノトス」

(四)工場抵當法第二條第一項但書ニ所謂債務者ノ行爲トハ民法第四二四條ニヨリテ取消シ得ヘキ行爲ヲ指稱スルモノニアラスシテ抵當權設定以後ニ於テ他ノ債權者ヲ害スルコトヲ知リナカラ抵當不動產ニ他ノ物件ヲ附加備附ケタル行爲ヲ意味スルモノナリト論定セサルヘカラス」

(五)根抵當ナル總括名稱ヲ附シテ現存セル債務ト將來ノ債務トヲ併セテ擔保スル抵當權設定契約ヲ爲スモ本質上現存債務ニ對スル抵當權ノ設定ヲ否定スル趣旨ニアラサルコト言ヲ俟タス」

(六)消費貸借ノ與信契約ニ於ケル受信者カ與信者ニ對シ將來融通ヲ受ケサル旨ノ意思ヲ表示シタレハトテ之ヲ以テ民法上契約解除ノ事由トハ爲シ難シ然レトモ此場合ニハ受信者カ與信者ニ對シ有スル將來消費貸借ノ契約ヲ締結セシムヘキ權利ヲ拋棄シタルモノト認ムヘキモノトス」

抵當權ノ成立又ハ存續ニハ依テ擔保スヘキ債權カ現實ニ存在スルコトヲ必要トスルモノニアラサルモ少クモ其債務ノ發生スヘキコトヲ將來ニ期待シ得ル事情アルヲ必要トス從テ根抵當ニ於ケル被擔保債權將來發生スヘキ債權カ永久ニ其發生ヲ期待シ得ヘカラサルニ至ラハ之ヲ擔保スヘキ抵當權モ亦勢ヒ其存在ノ根據ヲ失ヒ消滅ニ歸スヘキモノトス故ニ受信者ハ與信者ニ對シテ抵權權設定ノ登記ヲ爲スヘキ義務ナキコト勿論ナリトス』

仍テ右判旨ノ爭點ニ付キ順次被告抗辯ノ當否ヲ審案スルニ本件根抵當權設定ノ契約ハ當事者間ニ相通シテ爲シタル虛僞ノ意思表示ナリト謂フニ在ルモ被告ノ援用セル證人ハ總テ右契約ハ被告カ更ニ原告ヨリ多額ノ融通ヲ受クヘキ希望ノ下ニ締結セラレタルモノナル旨被告抗辯ト反對ノ供述ヲ爲シ乙第一號證ノ一乃至三ヲ以テハ右被告主張ヲ認ムルニ由ナキヲ以テ此點ニ關スル被告ノ抗辯ハ理由ナシ

(一) ハ右契約ハ他ノ債權者ヲ詐害スルモノニシテ原告ハ惡意ノ受益者ナルカ故ニ無效ナリト謂フニアレトモ斯クノ如キ場合ニ於テ他ノ債權者カ右法律行爲ノ取消ヲ請求シ其勝訴ニ歸シタル場合ハ格別詐害行爲ナルノ故ヲ以テ直チニ右契約ノ無效ヲ來スヘキ理由ナキヲ以テ此抗辯モ亦之ヲ採用スルニ足ラサルモノトス

(二) 右契約ハ工場抵當法ニ依ル約旨ニアラサルノミナラス本件備附物件ハ其性質上工場抵當法ニ所謂器械器具ニアラサルヲ以テ其執レヨリスルモ右物件ハ本件抵當權ノ目的タルモノニアラスト謂フニアルモ本件土地建物カ右法律ニ依ル工場ニシテ被告同工場ノ所有者ナルコトハ當事者間ニ爭ナク同法ハ工場主カ工場ヲ抵當ニ供シ

ルトキニ適用セラルヘキモノニシテ其第二條ニ依レハ設定行爲ニ於テ反對ノ意思表示ナキ限リハ工場敷地又ハ其建物上ニ設定シタル抵當權ハ同工場ニ附加備附ヲ爲シタル物件ニ及フモノニシテ本件器械、器具カ本件工場ニ備附ノ物品ナルコトハ甲第一號證ニ徵シ明白ナルヲ以テ此點ニ關スル被告抗辯モ亦理由ナシ

(三) 工場抵當法ニハ根抵當ヲ許可シタル法條ナキヲ以テ本件契約ニシテ同法ニ準據シタルモノトスレハ其效力ナシト謂フニアルモ素根抵當ハ將來ノ發生ヲ期待シ得ヘキ債權ヲ擔保スル抵當ニシテ一般ノ抵當トハ其依テ擔保セラルヘキ債權ノ現存セルヤ否ヤニ關シテ異同アルニ過キサルモノナレハ抵當權ノ目的タル物件ノ範圍ノ變更ニヨリテ何等ノ影響ヲ受クヘキ筈ナク特ニ工場抵當法ニ於テ根抵當ヲ禁止シタル法條ナキ限リ一般民法ノ原則ニ從ヒ之ヲ許容スルノ法意ナルコトハ毫モ疑ヲ容ルルノ餘地無シ」此點ニ關スル被告抗辯モ亦之ヲ採用シ難シ

(四) 本件根抵當權設定契約ハ爭點二ニ於テ說キタルカ如ク民法第四二四條ノ詐害行爲ナルヲ以テ工場抵當法第二條第一項但書ニヨリ抵當權設定ノ效果ハ本件工場ノ土地建物「以外ノ物件ニ及ハスト謂フニアリテ「同條本文ニ所謂附加備附トハ其之ヲ爲シタル時期カ抵當權設定ノ前ナルト其以後タルトヲ問ハス執レモ右本文ニ依リ抵當權ノ效力ヲ附加備附物ニ及ハシムルノ法意ナルコト明白ナリ」ト雖「同條但書ノ規定ハ債務者カ他ノ債權者ヲ害スルコトヲ知リナカラ他ノ債權者ノ權利ノ目的又ハ共同擔保タル物件ヲ以テ既ニ抵當不動產ニ附加又ハ備附ヲ爲シ且ツ抵當權者モ其第三債權者ヲ害スルコトヲ知レル場合」ニ於テ尙同條本文ニ依リ不動產抵當權カ右物件ニ其效力ヲ及ホスモノトナストキハ之カ爲メニ其債權ヲ詐害セラレ

タル他ノ債權者ハ右附加又ハ備附行爲カ法律行爲ニアラサルノ故ヲ以テ民法第四二四條ノ救濟ヲ受クルコト能ハス其結果之等債權者ノ保護ニ缺クルコトアルヘキヲ豫想シ此ノ如キ場合ニ於テハ債權者ノ取消ノ請求ヲ俟タスシテ右附加又ハ備附物件ニ抵當權ノ效力ヲ及ホササルモノトナシ以テ一般債權者保護ノ趣旨ヲ貫徹シタル規定ニシテ抵當權設定當時ニ於テ既ニ右物件カ抵當不動產ニ附加備附アリテ之等附加物件ニ對スル抵當權ノ效力ヲ除外スルノ持約ナカリシ爲メ不動產抵當權ノ效力カ法律ニ依リ自然附加備附物ニ及ヒ爲メニ第三債權者ノ權利ヲ侵害シタル場合ノ如キハ抵當權設定行爲自體カ民法上ノ詐害行爲タルニ他ナラサルヲ以テ右設定ニ關スル法律行爲ノ取消ヲ訴求シテ以テ其實害ヲ蕩除スルコトヲ得ヘクヽ之ヲ他ノ詐害行爲ト區別シテ特ニ前記備附又ハ附加シタル物件ニ對シテノミ抵當權設定ノ效力ヲ除外スヘキ理由無ク之ヲ民法一般ノ規定ニ一任シタルモノト認ムヘキヲ以テ從ツテ同條但書ニ所謂債務者ノ行爲トハ民法第四二四條ニヨリテ取消シ得ヘキ行爲ヲ指稱スルモノニアラスシテ抵當權設定以後ニ於テ他ノ債權者ヲ害スルコトヲ知リ乍ラ抵當不動產ニ他ノ物件ヲ附加備附ケタル行爲ヲ意味スルモノナリト論定セサルヘカラス而シテ本件ニ於テ問題トナレル器械器具ハ總テ本訴抵當權設定ノ當初ニ於テ既ニ其目的タル不動產ニ備附アリタルモノナルコト當事者間ニ爭ナキ事實ナルカ故ニ之ヲ前記但書ノ規定ニ依リテ律セントスル被告抗辯ノ失當ナルハ如上所說ヲ以テ最モ明白ナリト云フヘシ

(五) 根抵當ハ將來ノ債務ヲ擔保スヘキモノナルカ故ニ本件根抵當設定契約ハ其契約前ニ存在シタル被告ノ債務ヲ擔保セスト謂フヘキ在ルモ甲第一號證並ニ證人淘藤朝之

助宮崎鶴松及ヒ小林英一郎ノ各證言ニ徵スルニ本件抵當權設定契約ハ一方ニ於テ將來原告ヨリ負擔スヘキ被告ノ債務ヲ擔保スルコトヲ約シタルト共ニ尙他方ニ於テ締結當時存在シタル被告ノ債務ヲ併ハセ擔保スルコトヲ約シタルコト明白ニシテ甲第一號證ニハ之ヲ總括シテ根抵當ナル名稱ヲ附シアリト雖之單ニ便宜上ノ名稱タルニ過キスシテ本質上現在ノ債務ニ對スル抵當權ノ設定契約アリタルコトヲ否定スルノ趣旨ニアラサルコト言ヲ俟タスシテ明カナルヲ以テ此點ニ關スル被告ノ抗辯モ亦之ヲ採用スルニ足ラス

(六) 假ニ本件根抵當權設定契約カ有效ナリトスルモ右契約ハ原告カ將來被告ニ對シ金一萬五千圓ヲ限度トスル融通ヲ與フヘキ事ヲ約シタレハコソ之カ締結ニ及ヒタルモノナレ然ルニ原告ハ其後被告ノ申出アリタルニモ拘ラス被告ニ對シ毫末ノ融通ヲモ許與セサリシヲ以テ被告ハ將來原告ヨリ融通ヲ受ケサルノ意ヲ表シ右與信契約ヲ解除シタルカ故ニ原告ノ抵當權ハ自然ニ其存在ヲ失フト云フニ在ルヲ以テ先右與信契約解除ノ效力ニ付案スルニ原告ハ右契約ハ將來被告ノ申出ニヨリ原告カ被告ニ對シ貸附ヲナスヘキ契約ナリト主張シ此點ニ付キ被告ハ之ヲ爭ヒタル跡ナク貸附トハ反證ナキ限リ消費貸借ヲ意味スルモノト認ムヘキヲ以テ右契約ハ之ヲ與信契約約旨ニ適スル被告ノ申込アリタルトキハ原告ハ之ニ從ヒ貸附物件ヲ交附シ其申込ヲ承諾スヘキ義務ヲ負擔シタル片務契約ナリト解スヘキモノトス而シテ被告ハ右與信契約締結後原告ニ對シ其貸附限度ノ幾分ニ付キ其履行ヲ求メタルモ原告カ之ニ應セサリシ旨主張シ右事實ハ證人加藤朝之助小林英一郎ノ供述ニ徵シ之ヲ認メ得ヘキモ右小林英一郎並ニ證人宮崎鶴松ノ供述ニ依レハ更ニ右與信契約ノ履行ハ本件抵當權設定

契約ノ履行ヲ條件トシタリトノ原告ノ主張事實ヲ認メ得ヘク右契約ハ其登記ヲ經由シタル後始メテ完全ナル履行アリタルモノト謂フヘキモノナルヲ以テ原告ハ前記與信契約ノ不履行ニ付キ何等ノ責任ヲ負フヘキ筋合ニアラス果シテ然ラハ被告ハ右不履行ヲ原因トシテ本件與信契約ヲ解除シ得サルハ勿論ノ次第ナルヲ以テ右與信契約不履行ヲ理由トスル解除ニ依ル被告ノ抗辯ハ全ク理由ナシ尙被告ハ將來原告ヨリ融通ヲ受ケサルノ意思ヲ表示シタルヲ以テ之ヲ理由トシテ右與信契約ヲ解除シタルカ如ク主張シ原告モ亦右ノ如キ意思表示アリタルノ事實ヲ認ムルモ右ノ如キ事實ハ之ヲ民法上契約解除ノ事由ト爲シ難キコト明白ナルヲ以テ本件契約解除ヲ原因トスル被告抗辯ハ總テ其理由ナシ然リト雖モ右(六)抗辯ニ於テ被告ノ主張スル意思表示ノ效力ハ單ニ被告抗辯ノ如キ解除ノ事由トシテ之ヲ取捨シ得ヘキニ止マラサルヲ以テ更ニ進ンテ此點ニ付キ審究スルニ前段認定ノ約旨ニ依レハ被告ハ本件與信契約ニ依リ原告ニ對シ被告ノ申込ニヨル消費貸借ヲ締結セシムヘキ權利ヲ取得シタルモノニシテ本件根抵當權ハ右消費貸借ニヨリテ生スヘキ被告ノ債務ヲ擔保スルモノナルカ故ニ今被告カ將來右借入ノ申出ヲ爲ササルヘキ意思ヲ表示シ前示ノ權利ヲ抛棄シタル以上ハ右消費貸借ハ永遠ニ之カ締結ヲ見ルコトナク抵當權ノ依ツテ擔保スヘキ債務ハ劫久ニ其發生ノ見込ヲ失フノ結果ヲ生ス而シテ抵當權ノ成立又ハ存續ハ依ツテ擔保スヘキ債務カ現實ニ存在スルコトヲ必要トスルモノニアラサルモ尠クモ其債務ノ發生スヘキコトヲ將來ニ期待シ得ル事情アルヲ必要トスルモノナルヲ以テ其債務ニシテ右ニ述ヘタルカ如ク永久ニ其發生ヲ期待シ得ヘカラサルニ至ラハ之ヲ擔保スヘキ抵當權モ亦勢ヒ其存在ノ根據ヲ失フモノト云ハサルヘカラス然ラハ本件抵當權ハ

權士博

將來ノ債權ヲ擔保シタル部分ニ付テハ其後既ニ債權發生ノ期待ヲ失ヒ抵當權モ亦之カ爲メニ消滅ニ歸シタルモノト云フヘキモノニシテ從テ被告ハ今更其設定ヲ登記スルノ義務ナキコト勿論ノ次第ニシテ此點ニ關スル原告ノ請求ハ此ノ理由ヨリシテ遂ニ失當タルヲ免カレサルニ依リ之レヲ排斥スヘキモノトス然レトモ當時既存ノ債權ヲ擔保シタル部分ハ今日依然其存在ヲ繼續シ居レルモノナルカ故ニ被告ハ此部分ニ付キ尙ホ之カ登記ヲ爲スヘキ義務アルモノニシテ然モ右既存債權ノ內容ニ關スル原告主張ハ全部之ヲ甲第二號證ノ一乃至六ニヨリテ認メ得ヘク之ヲ擔保スヘキ抵當權ハ工場抵當法ノ適用ヲ受クヘキモノナルコト先ニ說示シタル如クナルヲ以テ被告ハ同法第三條ニ依ル別紙物件目錄ニ基キ其記載ノ物件ニ付キ右認定範圍內ノ債務ニ對シ原告ノ爲メニ抵當權設定ノ登記手續ヲ爲スヘキ義務アルモノトス(東京地方大正五年(ワ)第四九四號同年九月二十日民四部田山裁判長井野竹田各判事判決)

【關係事項】

抵當權設定登記手續請求事件○原告窪田金太郎訴訟代理人辯護士猪股淇清外一名被告小幡太郎訴訟代理人辯護士鈴木濟美

【四】民法第三七〇條但書末段(抵當物ニ對スル「附加物ト詐害行爲ニ關スル同趣旨學說】

一 債務者カ特ニ他ノ債務者ヲ害スルコトヲ知リテ抵當不動產ニ工作ヲ加ヘタル場合ニ於テハ其工作物ハ抵當權ノ目的ト爲ラサルモノトス是レ所謂「パウルス」訴權ノ適用ニシテ其條件モ亦「パウルス」訴權ニ同シ卽チ(第一)債務者カ他ノ債權者ヲ害スルトハ債務者カ己ニ無資力ナル場合ニ於テ金錢其他ノ財產ヲ以テ特ニ不動產ニ工作ヲ施シ以テ抵當權者ノ特別擔保ヲ增加シ爲メニ他ノ債權者カ受クヘキ辨濟額ヲ減殺スルカ如キヲ謂フ(第二)其工作ヲ施スノ當時抵當權者カ右ノ事情ヲ知レルコトヲ要ス故ニ實際ハ大抵抵當權者ト抵當權設定者ト通謀シテ之ヲ爲シタル場合ナルヘシ然リト雖モ本條ノ規定ノ純然タル「パウルス」訴權ト異ル所ハ(第一)「パウルス」訴權ハ以テ一ノ法律行爲ヲ取消スヲ目的トスルニ本條ノ規定ハ工作ヲ施スニ付キ爲

シタル法律行爲ヲ取消スニ非ラス其行爲ハ依然其效力ヲ存シ又工作物モ敢テ之ヲ除去スルニ非ス唯其工作物ヲ以テ抵當權ノ目的ト爲スコトヲ得サルニ止マリ（第二）「パウルス」訴權ハ必ス裁判所ニ於テ之ヲ行フコトヲ要スルニ本條ノ規定ハ特ニ裁判所ニ請求スルコトヲ必要トセス右ニ掲ケタル條件ヲ具備スル以上ハ當然適用セラルヘキニ在リ是レ本條但書ニ於テ特ニ規定ヲ設クルノ必要アル所以ナリ（法學博士梅謙次郎氏民法要義第二卷物權編五〇八頁以下）

富井博士

二 抵當權ハ債務者カ他ノ債權者ヲ害スルコトヲ知リテ抵當不動產ニ附加セシメタル物ニ及ハサルコト是民法第四二四條ニ規定セル詐害行爲ノ取消ト同一ノ趣旨ニ出テタルモノニシテ一般債權者ノ辯濟ニ充ツヘキ金錢其他ノ財產ヲ以テ抵當不動產ニ工作ヲ加ヘ以テ其共同擔保ヲ減少スルコトヲ抑止センカ爲ニ外ナラス故ニ抵當權者ニ於テモ其事情ヲ知レルコトヲ必要トス唯詐害行爲ノ取消ト相異ナリテ法律行爲ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得ルニ非スシテ單ニ抵當權ノ效力カ其工作物ニ及ハサルモノトスルノミ是即チ特別ノ規定ヲ必要トセル所以ナリ（法學博士富井政章氏民法原論第二卷物權下五四五頁以下）

横田博士

三 債務者カ他ノ債權者ヲ害スルコトヲ知リテ不動產ニ附加シタル物件ハ抵當權ノ目的タルコトヲ得ス是レ民法第四二四條ニ掲クル詐害行爲廢罷ノ原則ヲ抵當不動產ニ加ヘタル工事ニ應用シタルモノナリ蓋シ債務者カ費用ヲ支出シテ抵當物ニ工事ヲ施ストキハ一方ニ於テハ抵當物ノ價格ヲ增加シテ抵當權者ヲ利スルト同時ニ他方ニ於テハ總債權者ノ共同擔保ヲ減シテ抵當權者以外ノ債權者ヲ害スルモノナリ玆ニ於テ法律ハ第四二四條ノ原則ヲ適用シ同條ニ定ムル條件ニ從ヒ他ノ債權者ヲシテ抵當權者リ附加セラレタル物ノ上ニ其權利ヲ行フコトヲ得セシムルモノナリ而シテ他ノ債權者カ此權利ヲ行フニハ一其工事カ他ノ債權者ヲ害シタルコト二債務者カ其工事ヲ爲シタルノ當時債權者ヲ害スルコトヲ知リタルコト三抵當權者モ亦其當時詐害ノ事實ヲ知リタルコトヲ必要トス然レトモ此場合ニ於ケル債務者ノ行爲カ法律行爲ニアラサルヲ以テ之カ取消ヲ裁判所ニ請求スルノ必要ナク法定要件具備スル以上ハ抵當權者ニ對シテ其權利ヲ主張シ附加物ノ上ニ平等均一ノ權利ヲ行フコトヲ得ヘシ（法學博士

川名博士

横田秀雄氏物權法七七八頁以下）

四 第四要件トシテ民法第四二四條ノ規定ニ依リ債權者カ他ノ債務者ヲ害スルコトヲ知リテ抵當不動產ニ工作ヲ加シ且ツ抵當權者カ其事實ヲ知リタルトキハ其附加物ニ對シテ抵當權ノ效力及フコトナシ蓋シ若シ其效力及フモノトスルトキハ抵當權者ノ利益ニ於テ他ノ債權者ヲ害スルニ至ルカ故ナリ（法學博士川名兼四郎氏物權法要論二七三頁）

中島博士

五 此場合ハ其性質固ヨリ廢罷訴權ト同シカラスト雖モ其目的相等シキカ故ニ本條ヲ適用スルニハ第四二四條ノ條件存在スルヲ要ス即チ（一）債務者ノ惡意即チ債權者ヲ害スルコトヲ知リタルコトヲ要ス（二）工作ニヨリ利益ヲ得ル者即チ抵當債權者カ其工作ヲ施ス當時ニ於テ他ノ債權者ヲ害スルコトヲ知リタルコトヲ要ス（法學博士中島玉吉氏民法釋義第二卷物權篇下一〇六二頁）

三潴學士

六 債務者カ特ニ他ノ債權者ヲ害スルコトヲ知リツツ他ノ債權者ニ辯濟スヘキ金錢其他ノ財產ヲ以テ抵當不動產ニ附加ヲ爲シ且抵當權者モ此事實ヲ知レル場合即チ第四二四條ノ所謂廢罷訴權行使ノ條件カ具備シタル場合ニ於テハ民法ハ抵當權ノ效力ハ此附加物ニ及ハサルモノト爲セリ蓋シ他ノ債權者ノ共同擔保ヲ故意ニ減少セシムルコトヲ防カントスルカ爲メナリ但一般ノ廢罷訴權ノ行使ト異ナリ裁判所ニ其行爲ノ取消ヲ請求スルコトヲ得ルニ非スシテ唯抵當權ノ效力カ其附加物ニ及ハサルノミ（法

學士三潴信三氏擔保物權法四一九頁）

中島博士

【根抵當ノ消滅ニ關スル參照學說判例】

一 根抵當ハ又債務發生ノ客觀的可能カ絕滅スルトキハ之レニヨリ消滅スヘシ（法學博士中島玉吉氏民法釋義卷ノ二物權篇下七九二頁）

(一) (二)點ハ正當ナリ(三)點苟モ根抵當カ民法上一般ニ有效ナル事ヲ前提トシ且工場抵當法ニ別段ノ規定ナキ限リ之ヲ是認セサルヲ得サルヘカラサルヤ論ナシ(四)點工場抵當法第二條ハ恰モ民法第三七〇條ニ相當シ措辭必スシモ妥當ナリト謂フコト能ハス爲メニ多少ノ疑義ヲ生スヘキ餘地存スト雖モ同條但書末段ノ債務者ノ行爲トハ民法第四二四條ノ詐害行爲ヲ謂フモノニアラスシテ工場ノ所有者抵當權設定者)カ(一)債權ヲ害スルコトヲ知リテ(二)抵當物ニ附加行爲ヲ爲シ(三)抵當權者(即チ其行爲ニ因リテ利益ヲ受ケタル者)又ハ轉得者カ其行爲又ハ轉得ノ當時債權者ヲ害スヘキ事實ヲ知リタル場合ニ於ケル右工場所有者ノ行爲ヲ謂フモノトス蓋シ若シ民法第四二四條ノ詐害行爲ヲ謂フモノトセハ啻ニ工場抵當法第二條但書末文カ空文ニ歸スルノミナラス判文說示ノ如キ不可解ノ結果ヲ生スヘケレハナリ(五)點正當ナリ(六)點事案ノ如キ與信契約(消費貸借豫約)ニ在リテハ或ハ當事者ノ意思ハ契約後事情ノ變更アリタルトキハ一方的意思表示ニ因リテ其契約ヲ解除シ得ヘキモノ(解除權留保)トスルニ在ルヤモ知ルヘカラスト雖モ判文上之ヲ認ムヘキモノナキカ故ニ當事者ハ契約ニ依ラサル限リ慢ニ之ヲ解除スルコトヲ

得サルモノタルヤ論ナシ故ニ縱令當事者カ其一方的ニ契約解除ノ意思表示ヲ爲スモ契約ノ效力ハ之ニ因リテ消滅スルコトナキナリ判文ノ辭句ハ當ヲ得スト雖モ結局正當ナリ後段受信的ノ融通ヲ受ケサル旨ノ意思表示ハ與信者ニ對スル消費貸借契約ノ締結請求權(卽チ債權)ヲ免除シタルモノ(民五一九)ト觀察スル本判決ハ正當ナルヘシ(七)點抵當權ノ附從性及ヒ根抵當ニ關シテハ一〇三〇頁ヲ參照スヘシ若シ中島博士又ハ三潴學士(本卷民法一〇四九頁)一派ノ見解ヨリセハ本判決ハ結局正當ニ歸スヘキカ吾人亦之ニ贊ス(本卷民法一〇五一頁評論參照)

(三八〇)

三四八　質權者ハ其權利ノ存續期間內ニ於テ自己ノ責任ヲ以テ質物ヲ轉質ト爲スコトヲ得此場合ニ於テハ轉質ヲ爲サレハ生セサルヘキ不可抗力ニ因ル損害ニ付テモ亦其責ニ任ス

轉質權ノ目的ハ質權及ヒ其被擔保債權ニシテ轉質行爲トハ債權者カ自己ノ債權ト之ニ依リテ擔保セラルル債權トヲ同時ニ質入スル行爲ナリ』

轉質ニ關シテ從來ノ學說ニ付キテ之ヲ見ルニ數種アリ

(一)　轉質權ノ物件ハ有體物タル質物其ノモノナリ轉質ハ質物其ノモノヲ更ニ質入スル行爲ニシテ質物上ニ質權發生スト爲ス說ハ非ナリ蓋シ第三四八條ニ「質物」ノ文字アルハ轉質行爲ニハ有體物タル質物ノ引渡ヲ要スルカ故ニ「質物」ヲ轉質ト爲スト云フ文字ヲ生シタルノミニシテ敢テ之レニヨリ轉質權ノ物體ハ有體物タル質物ナリトノ結論ヲ下スヲ得サルヘク加之本說ニヨル質權ハ順位ニ於テ第一質權(卽チ原質權)ノ後ニ

位スル第二質權ニシテ所謂轉質權ニ非サルナリ蓋シ第一質權(原質權)モ轉質權(第二質權)モ共ニ質物タル同一物體上ニ存ストナスカ故ニ兩質權ノ間ニハ必ラス競合ヲ生スヘシ其結果所謂轉質權ノ效力ハ却テ第一質權ノ次ニ位スル結果トナルヘク是レ第二質權ニシテ轉質權ニ非サルナリ轉質ヲ爲ス當事者ノ經濟上ノ目的ハ原債權ニ先ツテ其權利ヲ行フニ在ラサルヘカラス然ルニ本說ニ從ヘハ其結果ハ正ニ反對トナリ轉質ノ目的ハ之ヲ達スルヲ得サルニ至ルヘシ反對論者ハ第三五五條ヲ論スルニ當リ何等ノ實質上ノ根據ナクシテ單ニ矛盾ヲ避ケンカ爲メニ例外ヲ認メントスルモ專肆ナリト評セサルヲ得サルナリ要スルニ鞏根ハ轉質ノ本體ヲ誤認セルニ在リト云フヘシ加之論者ノ說ニヨレハ轉質ハ所謂質物ノ新物權ニ外ナラサルカ故ニ(一)轉質權ハ必スシモ原質權ノ範圍內ナルヲ要セス(二)原質權カ消滅スルモ轉質權ハ消滅セサル結果トナルカ如キ不都合ヲ生スヘシ要スルニ本說ハ第三四八條ノ文字解釋上多少ノ根據アルカ如ク見ユルモ其論理上ノ結果ハ當事者ノ經濟上ノ目的ニ違反シ且ツ第三四八條ノ規定中ノ「其權利ノ存續期間內」云々ノ文字ヲモ說明スル能ハス故ニ法律解釋ノ通則ニ從ヒテ其文字解釋ヲ捨テテ論理解釋ニ從フヘキハ當然ニアラスヤ

(二)　轉質權ハ原權(第一質權)上ノ質權ニシテ質物上ノ質權又ハ質權ト同時ニ被擔保債權ヲ質入スルモノニアラストナス說モ亦不當ナリ蓋シ(一)本說ニヨレハ轉賣權ノ物體トナリ其約束ヲ受クルトコロノモノハ原質權ノミ原質權ニヨリ擔保セラルル債權ハ之レカ爲メニ拘束セラルルコトナク當然ノ結果トシテ質權者ノ權利ハ原質權者又ハ第三債務者カ隨意ニ消滅セシメ得ヘク其債權ハ轉質權ノ目的トナラス其拘束ヲ受ケサルカ故ニ轉質權者ハ之ヲ防止スルノ手段ヲ有セス斯クテハ全然轉質ノ當事者ノ金

圖スル經濟上ノ結果ヲ生セシムルニ足ラサルカ故ニ不可ナリト(二)又質權ハ讓渡スコトヲ得サル物ヲ以テ其目的ト爲スコトヲ得ス質權ハ其性質上被擔保債權ニ從屬スル權利ナリ之ヲ被擔保債權ヨリ分離シテ第三者ニ讓渡スコトヲ得ス此ノ故ニ質權ノミヲ以テ他ノ質權ノ物體トナスコトハ法律上不能ナリ換言スレハ質權ハ獨立シテ他ノ質權ノ物體トナルノ資格ナシ

(三) 讓渡說—轉質ハ質權ノ條件付讓渡ナリト爲ス者アリ又建設的讓渡ナリト爲スモノアリ余ノ見ル所ニ於テハ條件附讓渡說ハ諸說中最弱點尤モ多キモノナリ即チ(一)轉質ヲ以テ停止條件附讓渡ト解セハ條件ノ成就以前ニ於テハ讓受人ハ未タ何等ノ權利ヲモ取得スル能ハサル理ナリ然ルニ轉質權者ハ轉質ノ設定ト同時ニ權利ヲ取得スルニ非ラスヤ(二)又轉質ヲ以テ解除條件付讓渡ト解セハ條件ノ成就前ニ於テハ第一質權者ハ一切ノ權利ヲ失ヒ全ク權利ヲ有セサルヘキ理ナリ然ルニ事實ハ之ニ反シ第一質權者ハ轉質權者ノ質權ヲ害セサル範圍ニ於テハ既ニ現在ニ於テ質權ヲ有スルニアラスヤ(三)加之本說ハ當事者ノ意思ニ反スルモノアルヘシ質入行爲ト讓渡行爲トハ全然其種類ヲ異ニス前者ハ所有權ヲ失ハサルヲ以テ其要件トナシ後者ハ所有權ヲ失フコトヲ以テ其本體トナス然ルニ本說ハ此二者ヲ混同シ質入行爲ヲ解シテ讓渡行爲トナス其本體ヲ誤認スルニ至ルモノナリ建設的讓渡說(讓渡人ノ有スル權利ヲ基礎トシテ新權ヲ創設シテ之ヲ移轉スルモノナリ)ハ二個ノ質權ノ存在ヲ認ムルカ故ニ轉質ノ法律關係ノ大部分ハ之ヲ說明スルコトヲ得ヘク條件付讓渡說ニ優ルコト萬萬ナリ然リトハ雖モ論者ハ轉質權者ハ建設ニヨリ第一質權者ノ質權ニ更入スト說クカ故ニ轉質權ノ物體ハ第一質權ノミトナリ被擔保債權ハ拘束ヲ蒙ルコトナシ故ニ第一質權者ハ任意

債權ノ取立ヲナシ以テ第一質權ヲ消滅セシメ間接ニ轉質權ヲ消滅セシムルコトヲ得ルニ至リ質權質入說ニ對スルト同一ノ非難ヲ加ヘラルルニ至ル可シ

(四) 共同質入說ノ要旨ハ轉質權ノ目的ハ質權及ヒ其被擔保債權ニシテ轉質行爲トハ質權者カ自己ノ債權ト之レニヨリテ擔保セラルル債權トヲ同時ニ質入スル行爲ナリト云フニ在リ本說ハ第一ニ質物物體說ニ對スルカ如キ非難ナシ轉質ノ經濟上ノ目的ニ適シ又質權質入說ニ對スルカ如キ欠點モナシ蓋シ質權ハ被擔保債權ト共ニ質入セラルルカ故ニ讓渡シ得ル物ニ非サレハ質權ノ目的ニ適セスト云フ禁止ニ反スル虞ナシ又第一質權者ハ任意ニ其債權ヲ處分シ間接ニ轉質權ヲ水泡ニ歸セシムル弊ナシ終リニ本說ハ轉質ハ質權ノ設定ニシテ讓渡行爲ニ非ラストナスカ故ニ第一質權者又ハ轉質權者何ンカ一方カ質權ヲ有スルナラハ他ノ一方ハ質權ヲ享有スルヲ得ストナスカ如キ非難ナシ要スルニ前述ノ三說ニ對スル非難ハ悉ク之ヲ避クル事ヲ得ルナリ水說ニヨリ其主要ナル法律上ノ結果(一)轉質權者ノ權利ハ第一質權者ノ權利ヨリ大ナルヲ得ス(二)第一質權カ消滅スレハ轉質權モ亦從フテ消滅ス(三)然レトモ第一質權者ハ債權ノ取立ヲナシテ以テ任意ニ轉質權ヲ消滅ニ歸セシムルヲ得ス蓋シ其債權ハ轉質權ノ物體トナリ其約束ヲ受クルカ故ナリ之レト同一ノ理由ニヨリ第三債務者ハ自己ノ債權者ニ對シテ辯濟ヲナシ又ハ供託ヲナスヲ得ス此ノ故ニ轉質者ノ地位ハ前數說ニ比シテ尤モ確實ナリトス(四)轉質權ヲ實行スル爲メニハ轉質權者ハ先ツ自己ノ債務者(第一質權者)ニ對シテ履行ヲ請求シ其辯濟ナキ場合ニ始メテ質權ニ基キテ救濟ヲ仰ク可キナリ然シテ轉質權ノ物體ハ第一質權ト其被擔保債權ナルカ故ニ債權質一般ノ規定ニ從ヒ先ツ其債權ノ取立ヲ試ミ之レ又不滿足ニ終リタル場合ニ始メテ質物ニ付キ

テ質權ヲ實行スルヲ得ヘキナリ而シテ以上ハ轉質ノ際ニ當リ當事者ノ豫期スル經濟上ノ結果ニ適合スルモノアリ又本說ハ民法第三四八條ノ規定ヲ說明スル爲メニモ最モ便宜ナリ此ノ故ニ吾人ハ我民法ノ解釋論トシテモ本說ニ贊成セント欲ス

論者或ハ難シテ曰ク質權ヲ轉質スルニ當リテハ當事者ハ只質物ヲ質ニ供スルノ意思ハ普通ナリトスルモ必要ニハ非サルナリト然レトモ債權ヨリ分離シテ質權ノミヲ質入スルコトハ法律上不能ナリ故ニ當事者ノ意思カ質權ノミノ質入ニアリトセハ其法律行爲ハ無效ナリト曰ハサルヘカラス然リ而シテ法律行爲ノ解釋ノ原則上質權者カ自己ノ債權ノ擔保タル質權ヲ質入スルニ當リテハ法律上分離ス可ラサル質權ノミヲ擔保ニ供シ無效ノ行爲ヲ敢テスルモノト見ルヲ得ス之ヲ其被擔保債權ト共ニ質入スルニ非サレハ其企圖スル經濟上ノ結果ヲ得ル能ハサルハ前述ノ如シ故ニ債權ヲモ同時ニ質入セントスル默示ノ意思表示アルモノト見ルコトカ却テ事實ニ合スルニ非ラスヤ

第二ノ非難ハ轉質カ債權ト質權トノ共同質入ナリト云フナラハ之レ質權者ノ當然爲シ得ル所ニシテ權利質ノ一種ニ過キス故ニ法律ニ於テ特ニ轉質ノ規定ヲ設クルノ必要ナシ然ルニ第三四八條ノ如キ特別規定ヲ置キタルハ當然爲シ得ル所ノモノヲ定メタルニ非スシテ特ニ質物又ハ質權ノミノ質入ヲ認メタルモノナルヘシト此ノ批難ハ當ラス轉質カ質權ノミノ質入ニ非ラサルハ實際被擔保債權モ亦拘束ヲ受ケ第一質權者ハ任意ニ取立ヲ爲能ハサルニヨリ明カナリ且ツ質權ニヨリ擔保セラルル債權ヲ質入スル場合ト轉質トハ同一ニアラスシテ質物ノ引渡ヲ要スルト要セサルトノ差異アリ此故ニ質權者ニ轉質ノ權能ヲ與フルニハ法律ノ明文ヲ要ス加之法典ハ理論上明カ

ニ認メラレタル原則ヲ規定スルヲ以テ其本來ノ面目トナス故ニ法典ノ規定ハ決シテ例外又ハ變則ヨリノミ成ルモノニ非サルナリ論者ノ說ノ如ク法典ハ原則ヲ揭ケスシテ只變則ノミヲ規定スル事ナキニアラスト雖モ此ノ如キハ其原則カ學理上一般ニ認メラレ爭ナキ場合ニ限ラルル理ナリ然ルニ轉質ハ其性質ニ付キ從來爭ノ存スルコト前示ノ如シ然ラハ其變則ナルモノヲ規定スト云フト雖モ其原則ハ果シテ何レニ依リタルカ明カナラス故ニ第三四八條ノ規定ハ一定ノ原則ヲ認メ之ヲ前提トナシテ設ケタル變則ニハ非サルナリ左レハ同條ノ存スルコトハ決シテ共同質入說ヲ反證スルモノニハ非サルナリ

論者或ハ轉質ノ規定ヲ總則ニ置キタルハ其權利質ニ非サル證左ナリト主張シ以テ共同質入說ヲ覆サントスルモ第三四八條ノ規定ハ轉質權其ノモノヲ規定シタルニアラスシテ物上質權者ノ權能即チ內容ヲ定メタルモノニ外ナラサルヲ以テ規定ノ性質上ヨリ論シテ權利質ノ節中ニ收メンヨリハ寧ロ物上質ニ關スル節中ニ配スルヲ以テ理論ニ合スルモノト見サルヘカラス(法學博士中島玉吉氏京都法學會雜誌第一一卷第九號一頁以下「轉質ニ付テ」要領)

【參照學說】

一 第四說ハ轉質ヲ以テ其文字ノ示ス如ク質權ノ移轉卽讓渡ト爲スモノニシテ此說ハ質權者カ自己ノ有スル權利ヲ處分スルモノト爲ス點ニ於テ第一說ニ對スル非難ヲ招クコトナク又債務ノ辨濟ナキ場合ニ於テ質物ヲ處分シ得ルコトヲ明ニスル點ニ於テ第二說ニ優ルモノトス何人ト雖モ其有スル以上ノ權利ヲ他人ニ移スコトヲ得サルヨリシテ此ノ讓渡ノ效力ニハ著大ナル制限ナキコトヲ得ス卽チ讓渡サレタル質權ハ前質權者ノ債權ノ存在ヲ前提トシ且其債權ヲ擔保セル範圍內ニ於テノミ轉質權者ニ移轉セルモノトス今假ニ前者ヲ甲トシ後者ヲ乙トセンニハ乙ハ甲ニ對スル債權額ノ如何ニ拘ラス甲ノ債權額ヲ限度トシテ其質權ヲ行フヘク又假令自己ノ債權ノ辨濟期カ到來スルモ甲ノ債權ノ辨濟期カ未タ到來セサル間ハ其權利ヲ行フコトヲ得ス倘甲ノ債權

カ辨濟其他ノ事由ニ因リテ消滅シタルトキハ乙カ取得セル質權モ亦消滅セルモノトス若又乙ノ債權カ辨濟其他ノ事由ニ因リテ消滅シタルトキハ質權ハ當然甲ニ復歸スルモノトス故ニ轉質ハ此點ニ於テ一種ノ解除權附讓渡ト見ルコトヲ得ヘシ（法學博士富井政章氏民法原論物權編四七六頁）

二　轉質ハ明ナ質權ノ解除條件付讓渡ナリ（法學博士梅謙次郎氏民法要義物權編四四四頁）

三　轉質ノ性質ニ付テハ學者間ニ議論アル所ニシテ或ハ轉質トハ爽義ノ質權即チ質權利者カ更ニ質ノ目的物ヲ質入シ以テ成立セシメタル質權ナリト曰フ者アリ然レトモ此說ニ依レハ質權利者ハ質權ノ目的物ニ付テ質權ヲ實行スルノミナラス必要ト認ム ル場合ニ於テハ質物ヲ利用シテ自己ノ利益ノ爲メニ質入ナル處分ヲナシ得ルモノトセサル可ラス然ルニ質權利者ニ於テハ決シテ此ノ如キ廣キ權利ヲ有セス聖ニ質權ヲ實行スルニ止マリテ其以外ノ目的ニ於アハ質物ヲ處分スルコトヲ得ス是レ此說ノ誤マレル所ナリ然ラハ所謂轉質トハ如何ナル性質ノモノナルカ近來ノ學者中殊ニ質權ニ關シテ最モ研究ヲ積ミタルデルンブルヒ氏ノ唱道スル所ニ依レハ轉質ハ必ス債權質入ノ一種ニ過キス其著通ノ債權質入ト異ナルモノハ唯此場合ニ於テハ債權ト共ニ質權ノ質入ナリト曰ヘリ此說ハ眞ニ轉質ノ性質ヲ正解シタルモノト云フヘク近時ノ學者ハ之ヲ是認スルニ至レリ本法轉質ノ性質ニ付テハ明定セス之ヲ學說ニ委任シタルモノナリ要之テ氏ノ說ハ亦以テ本法ニ於ケル轉質ニ付テモ之ヲ引用スルコトヲ得ヘキカ（法學博士岡松參太郎氏民法理由中卷四八〇頁）

四　轉質ニ付テハ學者間ニ議論アル所ニシテ我民法ノ解釋トシテハ質物ノ再度ノ質入即チ新ナル質權ノ設定ナリトスル乎ト正當ナリトス其理由ハ民法三四八條ニハ「質物ヲ轉質トスルコトヲ得」トアリ其所謂質物ヲ轉質ト爲ストハ文理上質物其モノヲ更ニ他人ニ質入スルコトヲ意味シ債權又ハ質權ノ意ニ之ヲ解スルコトヲ得サルノミナラス民法カ轉質ニ關スル規定ヲ質權ノ總則中ニ置キ權利質ニ關スル第四節中ニ之ヲ置カサリシヨリ推論スルモ立法ノ主旨ハ質權者ノ爲メニ質物質入ノ權利ヲ認メ質權者ヲシテ自己ノ占有スル質物ヲ更ニ他人ニ交付シテ新ナル質權ヲ設定スルコト恰モ質借人カ質借物ヲ他人ニ轉貸シテ新ナル質貸借關係ヲ創設スル如クナラシムルニ在リト解釋セサル可ラス質權者ハ其權利ノ目的タル質物ヲ留置シ之ヲ其債權ノ辨濟ニ供スルノ權利ヲ有スルニ止マリ之ヲ以テ自己ノ債務ノ擔保ニ供スルノ權利ヲ有セサルハ勿論ナリト雖モ質權者カ質權設定者ノ承諾ヲ得テ更ニ之ヲ質入スルハ固ヨリ妨ケナク此場合ニ於テハ更ニ其質物上ニ新ナル質權ノ設定ヲ見ルニ至ルヘキハ敢テ疑ヲ容レサル所ナリ民法三四八ノ規定ハ即チ質權設定者ノ承諾アルニ非サレハ爲シ得可カラサル轉質即チ質物ノ再度質入ノ權限ヲ質權者ニ授與シタルモノニシテ前項說明スル如ク全ク我國古來ノ慣例ト實際ノ便宜トニ基キタルモノナリ（法學博士横田秀雄氏物權法七二七頁）

五　轉質ハ質權ノ上ニ質權ヲ設定スル謂ニ外ナラス凡ソ質權者ハ質物ニ付質權ヲ有スルニ過キサルカ故ニ其質入スルコトヲ得ルモノハ自己ノ質權ニ外ナラサルヘシ而シテ質權ト離レテ存在スルコト能ハサルカ故ニ質權ノ上ニ質權ヲ有スル第二ノ質權者ハ其質權ノ目的タル質權ノミヲ賣却スルコトヲ得ルモノニ非ス然レトモ質權ハ之ヲ賣却セサルモ其行使ヲ爲スニ依リテ債權ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルニ至ルモノナルカ故ニ轉質債權者即チ第二ノ質權者カ其ノ債權ノ目的タル質權ヲ行使シ依テ以テ自己ノ辨濟ヲ受クルハ轉質ノ目的タル質權ノ性質ニ適スルモノニシテ轉質債權者ノ權利ハ畢竟此外ニ出テサルモノト謂フヘシ之ヲ

要スルニ轉質債權者ハ第一質權者カ質權ヲ行使スルコトヲ得ヘキ條件ノ具ハルトキハ之ニ代リテ其質權ヲ行使スルコトヲ得ルモノト謂フヘキナリ果シテ然ラハ轉質ハ權利質ノ一種ニ外ナラサルヲ知ルヘシ而シテ轉質債權者カ其債權ヲ行使スルニハ質物ヲ占有シ且ツ債權ノ辨濟ヲ受ケサル場合ニ於テ之ヲ賣却スル權利ヲ有スルモノニシテ其權利ハ又物ノ上ニ行ハルルカ故ニ永小作權又ハ地上權ノ上ニ存スル權利質ト同ク一ノ物權ナリト謂フヘシ加之權利質ハ動產質及不動產質ノ規定ヲ準用スヘキモノナルカ故ニ質物ヲ轉質債權者ニ引渡スニ非サレハ轉質ハ其效力ヲ生セサルヘク且動產質ヲ轉質ト爲ス場合ニ於テハ轉質債權者カ繼續シテ質物ヲ占有スルニ非サレハ其質權ヲ以テ第三者ニ對抗スルコト能ハサルヘシ（法學博士仁田益太郎氏法典質疑錄第二編三〇二頁）

六　轉質トハ質權者カ其債權ト質權トヲ分離シ他ノ債權者ニ其質權ノミヲ讓渡スコトヲ謂フナリ此ノ如ク轉質ハ質權ノ讓渡ナルカ故ニ質權者ハ其權利ノ存續期間內ニ於テノミ質物ヲ轉質ト爲スコトヲ得ル者ト謂フヘシ（法學博士松波仁一郎氏同仁保龜松氏同仁井田益太郎氏民法正解物權法一〇七九頁）

七　我民法ニ於テハ質權者ハ二要件ノ下ニ於テ質物ノミ轉質ト爲スコトヲ得ルモノニシテ決シテ質權ノ附帶シタル債權ニ付質權ヲ設定スルモノニ非ス換言セハ質權ヲ債權ヨリ分離シテ而シテ其質權ノミヲ處分スルニ外ナラサルナリ從テ質物ヲ轉質權者ニ引渡ス事ヲ要スルモノトス（法學士馬場愿治氏中央大學講義錄物權二部一七〇頁）

八　轉質ハ質權ノ質入ニアラス又轉質ハ質權ト共ニ其擔保スル債權ヲ質入スルノ意ニアラス又轉質ハ質權ヲ讓渡スルノ謂ヒニモアラス質權ハ其擔保スル債權ト共ニスルニアラサルハ移轉セサルコトヲ其常性トスルカ故ニ只其質權丈ヲ讓渡スモノト說明スルニハ明白ナル根據ヲ法文上ニ有セサルヘカラス然ルニ第三四八條ニハ質物ヲ轉質ト爲ストアリテ質權讓渡ノ意味ハ明白ニアラハレ居ラス仍テ質權者カ質物上ニ更ニ質權ヲ設定スルコトノ意ヲ明ニスルモノト云フヘシ（法學博士川名兼四郎氏物權法要論二二〇頁）

九　轉質ノ性質ニ關シテハ議論岐ル或一派ノ學者ハ質物ノ上ニ新ナル質權ヲ設定スルモノトナス然レトモ質權者ハ其債權ノ辨濟ヲ得サルニ當リ其質物ヲ賣却スル權利即自己ノ債權ノ目的ノ爲ニ質物ヲ處分スルノ權利ヲ有スルモノニアラス故ニ質物ノ上ニ新ニ質權ヲ設定スルモノナリ即權利質ノ一種ナリ（法學博士石坂音四郎氏民法物權講義一三四頁）

一〇　我民法上ニ於テハ轉質權ハ物上質權ニ非スシテ權利質權ナリト論結セサル可カラス蓋シ設定者ハ質物ノ所有權ヲ有スルコトナク又質物ノ引渡ハ之ヲ要件ト爲スモ其引渡ハ所有權ノ目的タル資格ニ於テ之ヲ爲スルモノタルニ外ナラサルカ故ナリ（法學博士神戸寅次郎氏權利質論九三頁）

一一　所謂轉質ノ性質ニ付テハ學者間議論ノ存スル所ニシテ或ハ質物ノ質入ナリト云ヒ或ハ一種ノ權利質ナリト云ヒ歸着スル所ナキカ如シ然レトモ元來質權者ハ質物ニヨリ擔保セラルル債權ノ辨濟ヲ得ルカ爲メニハ之ヲ處分シ之ヲ賣却シテ優先辨濟ヲ受クルヲ得ヘシト雖モ自己ノ利益ノ爲メニ質物ヲ利用スルノ權能ヲ有スヘキニ非ス自己カ自由ニ處分シ得ヘキハ唯夫レ自己ノ有スル權利アルノミ轉質ハ則チ自己ノ有スル質權ヲ以テ他ノ債權ノ擔保ト爲スニ外ナラス而シテ質權ハ質物ノ上ニ存スル權利

ナルヲ以テ質權者ハ自己ノ債權者ニ對シ其債務ノ擔保トシテ質物ヲ交付スルニ過キサルナリ轉質ハ質權ヲ以テ擔保ノ目的トスルモノニシテ質物ノ質入ニ非ス質權ハ質物ヲ離レヲ存スルモノニ非サルヲ以テ質物ノ上ニ於ケル權利ニヨリテ擔保セラルルコトニ重キヲ措キテ着眼スルカ故ニ第三四八條ハ……自己ノ責任ヲ以テ質物ヲ轉質トスコトヲ得ト云ヘルノミ質權ノ目的タル動產不動產ニ付テハ質權者ハ之ニ依リテ擔保セラレタル債權ノ辨濟ヲ得ンカ爲メニハ之ヲ處分スルヲ得ヘク此目的ノ爲メニハ之ヲ讓渡スルコトヲ得ヘシト雖モ而カモ質權者ハ自己ノ利益ノ爲メニ質物ヲ利用スヘキ何等ノ權能アルコトナシ從テ轉質ハ質物ノ質入ナリトノ說ハ首肯シ難シ或ハ曰ク轉質ハ權利質ナリトスルモ權利質ハ第九章第四節ニ其規定アリ轉質ニ關スル規定ハ同章第一節總則中ニ置カレタルヨリシテ以テ之ヲ見ルモ法律ハ之ヲ權利質トセルモノニ非サルコト疑ナシト然レトモ第三四八條ハ質權者ハ質權ノ效力トシテ轉質ヲナシ得ル權能アルコトヲ表示シタルモノノミ第四節中ニ其規定ナキ一事ヲ以テ權利質ニ非スト論斷スルヲ得ス（法學士牧野菊之助氏早稻田大學物權法第二部講義錄一〇五頁）

一二　第四說トシテ條件附質權讓渡說ナルモノヲ生セリ此見解ニ依ルトキハ「權利者ハ自己ノ有スルヨリ以上ノ權利ヲ處分スルコトヲ得ス」トノ原則ニモ反スルコトナク又我民法ニ付テ見ルモ其立案ノ理由ハ質權ノ讓渡ト見ルニ在リタルカ如シ即チ現行法ノ下ニ於テモ法律ノ特別規定ニ依リテ此質權ヲ債權ト分離シテ條件附ニテ讓渡コトヲ認メラレタルコトヲ爲ナリ思フニ此見解ヲ以テ正鵠ニ近シト爲スヘシ（法學士三潴信三氏擔保物權法三二〇頁）

一三　轉質ノ性質ニ付テハ學說區々ナリト雖モ質物再度ノ質入ナリト解スルヲ相當トス（法學士飯島喬平氏民法要論四三三頁）

轉質ノ性質論ハ物權法上議論ノ存スル問題ニシテ博士ノ所論亦一見解タルコトヲ失ハスト雖モ吾人ハ博士ノ非ナリトセラルル質物ノ再度質入說ヲ以テ其最モ文理ニ適シ且ツ論理ニ合スル事ヲ信スルモノニシテ（本書第二卷民法三六八頁評論參照）今尙ホ所說ヲ飜スニ足ラス蓋シ民法第三四八條ノ文理上質物ノ再度質入（物上質）ト解スルノ適切ナルコトハ博士自ラモ首肯セラルル所ナラン然ルニ其論理上非ナリト指摘セラルル理由ハ毫モ吾人ノ首肯スルヲ得サル所ニシテ是ヲ質權ノ總則中ニ規定セルニ徵セハ以テ權利質ニアラスシテ物上質ナルコト而シテ同法條ハ本來擔保ノ目的以外ニ有セサル處分權ヲ質權者ノ權能トシテ認メ是カ

制限條件ヲ規定セルモノト解スルノ洵ニ文理ニ合セル論理的歸結ト信ス博士ノ採ラルル共同質入說權利質）ノ非ナルコトハ博士ノ所論ニ依リ明カナルト共ニ同條ノ文理ヲ全然無視セルモノニシテ法律解釋上當ヲ得タルモノニ非ス

（三八一）

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

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

七一〇　他人ノ身體自由又ハ名譽ヲ害シタル場合ト財產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ニ任スル者ハ財產以外ノ損害ニ對シテモ其賠償ヲ爲スコトヲ要ス

債務ノ辨濟期ニ於テ債務者ノ詐欺行爲ニ因リ債權者カ延期ヲ承諾シタル爲メ後日辨濟ヲ受クルコトヲ得サルニ至レル場合又ハ債務者ノ詐欺行爲ニ因リ更改ヲ爲シタル場合ニ於テハ右債務者ノ行爲ハ何レモ債務不履行タルト同時ニ不法行爲タリ請求權ノ競合ヲ生スルヲ以テ債權者ハ其債權ノ滿足ヲ受クルマテ何レノ請求權ヲモ行使スルコトヲ得ルモノトス』

債權ノ辨濟期ニ於テ債務者ノ詐欺行爲ニ因リ債權者カ延期ヲ承諾シタル爲メ後日辨濟ヲ受クルコトヲ得サルニ至レル場合又ハ債務者ノ詐欺行爲ニ因リ更改ヲ爲シタル場合ニ於テ債務者ノ行爲ハ何レモ債務不履行タルト同時ニ不法行爲タリ請求權ノ競合ヲ生スルヲ以テ債權者ハ其債權ノ滿足ヲ受クルマテ何レノ請求權ヲモ行使スルコトヲ得

第一詐欺ハ不法行爲ナリヤ　我民法ノ解釋上積極說ヲ正當トスルコト明瞭ナリ蓋民法第七一〇條ハ汎ク自由ノ侵害ヲ以テ不法行爲ナリトシ而シテ此自由ノ意義ヲ制限スヘキ何等ノ規定ヲモ設ケサルヲ以テ其所謂自由ハ肉體上ノ自由ノ外精神上ノ自由ヲモ包含スルモノト解セサルヘカラス加之詐欺ヲ以テ民法上ノ不法行爲トナスハ羅馬法以來學說立法例ノ一致セル所ニシテ我民法カ此學說及ヒ立法例ニ異レル規定ヲ設ケントシタルノ趣旨ニ非サルコトハ明瞭ナリ本問ノ場合ニ於テハ債權者ハ詐欺ヲ受ケテ財產上ノ損害ヲ蒙リタルモノナルカ故ニ不法行爲ノ成立スルモノト言ハサルヘカラス而シテ此點ニ付テ更改ナリヤ或ハ期限ノ猶豫ナリヤヲ區別スルコトナシ何トナレハ債權者ハ債權ヲ消滅セシメタルカ故ニ不法行爲ヲ構成スト謂フニハ非ラスシテ詐欺ソレ自身不法行爲ヲ爲スモノナルカ故ニ唯其行爲ノ結果トシテ財產上ノ損害ヲ生スルヲ以テ足リ其財產上ノ損害カ必スシモ債權ノ消滅ナルコトヲ必要トセサルヲ以テナリ換言スレハ詐欺行爲ハ自由ノ侵害ナルヲ以テ若シ之ニ因リテ財產上ノ損害ヲ生スルトキハ他ニ債權ノ侵害ノ事實ナシト雖モ之ヲ不法行爲ト爲ササルヲ得サル也

第二債務者カ其不法行爲ニ因リテ債權ヲ侵害シタル場合ニハ債務不履行ノミヲ生スルカ或ハ不法行爲ヲモ成立セシムルヤ　債務者カ單純ニ債務ヲ履行セサルニ止マル場合ニ於テハ債務ヲ履行タルニ止マリ不法行爲ヲ構成スルコトナキハ我民法ノ解釋上疑ヲ容レス蓋シ債務不履行ハ債權侵害ニシテ此點ニ於テ第七〇九條ノ要件ヲ具備スルト雖モ債務不履行ニ因ル債權侵害ニ關シテハ特ニ債務不履行ニ關スル法律規定アリ此規定ハ不法行爲ニ關スル規定ニ對シテ特別法ヲ爲スモノナルカ故ニ債

務者ノ一定ノ行爲カ債權侵害以外ノ關係ニ於テモ尙不法行爲タルノ要件ヲ具備スルトキハ債務不履行ノミニ關スル規定ノ適用アリト爲ススコトヲ得ス蓋シ或法律事實ニ對シテ一般法ヲ適用セス特別法ノミヲ適用スルニ當リテハ特別法カ其法律事實ノ全部ヲ規定セルモノナルコトヲ要ス若シ其法律事實ノ內一部ハ特別法ノ規定スル所ナルモ他ノ一部ハ特別法ノ規定セサル所ナルトキハ此ノ如キ法律事實ノ全部ニ對シテハ特別法ノミヲ之ニ適用スルコトヲ得サルカ故ナリ(法學士鳩山秀夫氏法學志林第一八卷第一二號二九頁以下「質疑解答」要領)

【詐欺ニ因ル不法行爲ニ關スル學說判例】

本卷民法三四九頁

【債務不履行ニ因ル損害賠償請求權ト不法行爲ニ因ル損害賠償請求權トノ競合ニ關スル學說判例】

一　本書第四卷民法二五一頁

二　本書第一卷民法六七〇頁同一一八頁

詐欺ニ因ル不法行爲ノ成立ニ關シテハ吾人カ三五三頁ニ於テ之ヲ詳述シタル所ニシテ學士ト其見ヲ等フス又二個ノ請求權成立ストノ說ニ對シテモ贊同ス蓋債務不履行ノ法律要件カ不法行爲ノ法律要件ヲ構成スル總テノ法律事實ヲ包含シ餘ス所ナシトセハ玆ニ所謂通法ト特法トノ關係ヲ生シ特法ハ通法ヲ排斥ストノ原則行ハルルカ故ニ此場合ニハ單ニ債務不履行ノ損害賠償請求權ノミ成立シ不法行爲ノ損害賠償請求權ノ成立ヲ見ルコトナシ然レトモ若シ債務不履行ノ法律

東京控訴院判決

要件カ不法行爲ノ法律要件ヲ構成スル一事實ニテモ之ヲ包含セサルトキハ特法(卽チ債務不履行ニノミ適用セラルヘキ法則)ハ其事實ヲ支配スルコトヲ得ヘカラス故ニ此場合ニ於テハ其事實ヲ支配スヘキ法則(卽チ不法行爲ノ法則)ヲ之ニ適用セサルヘカラス從テ其一團ノ法律事實(卽チ債務不履行ノ法律要件ヲ充スノ外更ニ他ノ法律事實ノ附着セル法律事實ノ集團)ニ對シテハ特法(債務不履行法)ト通法(不法行爲法)トノ二法ヲ適用セサルヘカラス此ノ如ク一團ノ法律事實ニ對シ二法ヲ適用スルノ結果トシテ請求權モ亦二個發生スルニ至ルモノトス而シテ學士ハ此場合兩請求權ノ競合ヲ生ストセラル然レトモ吾人ハ是ニ贊同スルコトヲ得ス吾人ハ兩請求權ハ終始並存シ一請求權ノ行使ハ目的到達ニ因リ他方ノ請求權ハ消滅スルモノニ非スト　ス此點ハ後ニ詳論スルコトアルヘシ

(三八二)

一六二第二項　十年間所有ノ意思ヲ以テ平穩且公然ニ他人ノ不動產ヲ占有シタル者カ其占有ノ始善意ニテ且過失ナカリシトキハ其不動產ノ所有權ヲ取得ス

祖先カ惡意ヲ以テ土地ノ占有ヲ始メタルモノナルトキハ爾來家督相續ニ因リ子孫相傳ヘ其地所ヲ所有ノ意思ヲ以テ占有シ來リタリトスルモ新權限ニ基キ占有ヲ始メサル限リ其占有ノ性質ヲ變スヘキ道理ナシ故ニ占有ノ始メニ於テ善意ニシテ且過失ナカリシモノト謂フヲ得ス」

本件地所カ被控訴新川疏水普通水利組合ノ底樋設置ノ敷地上ニ存在セルコト並ニ該底樋ハ始メ文化十一二年頃舊長岡藩及ヒ舊村上藩領五十二ケ村ニテ共同起工シ後他ノ部落モ加ハリ百ケ村ノ底樋組之ヲ所有シ次テ水利土功會新川疏水普通水利組合組織セラルルニ及ヒ順次之レヲ繼承セシコトハ當事者間ニ爭ナキ所ニシテ控訴人等ハ該地所ノ所有權ヲ十年ノ取得時效ニヨリテ取得セリト主張スルモ前述スルカ如ク控訴人等ノ祖先カ文化十一年ヨリ所有ノ意思ヲ以テ既ニ占有ヲ始メ爾來子孫ニ於テ占有ヲ承繼シ控訴人等ニ及ヒタリト主張スルモノナルカ故ニ取得時效ノ要件タル占有ノ始メニ於テ善意ニシテ且ツ過失ナカリシトノ事實ハ占有ノ始期タル文化十一年ヲ標準トシテ決セサルヘカラス然ルニ乙第七號證ニ右堀割川筋双方堤敷共潰地代地之分長岡舊領御新田取之內樋尾村最寄勝手宜場所立會改之上五割增歩ニテ普請取始已前切渡可申候云々及乙第八號證ニ新川筋堀敷相成候潰地田畑之義者普請取始以前地代金御渡可申候トアリテ底樋組ヨリ潰地所有者ニ對シ工事着手前其川敷及堤敷トナリタル潰地ノ代金並ニ代金ヲ交付スヘキコトノ約束アリタルコトヲ認ムヘク且ツ右乙第七號證第八號證ニ所謂潰地トハ單ニ河流ノ通スル川床及ヒ堤敷ノミヲ指稱シタルニ非ス右堀割川筋双方堤敷共即チ底樋設置ノ敷地上ニ存在セル本件ノ土地ヲモ包含セルモノト解スヘクシテ之ト本件ノ土地カ地租改正ノ際土地臺帳ニ底樋組ノ所有名義トナリ居レルコトノ當事者間爭ナキ事實ヨリ推ストキハ控訴人等ノ祖先ハ底樋組設置ノ當時代地及ヒ代金ヲ受領シテ本件土地ヲ底樋組ニ移シタルモノト斷定スルニ足レリ控訴人ノ提出援用スル證據ハ右認定ヲ覆スニ足ラス已ニ一旦代地並ニ代金ヲ受取リテ本件地所ノ所有權ヲ底樋組ニ移シタル以上假ニ控訴人主張ノ如ク其祖先

カ當時所有ノ意思ヲ以テ本件地所ノ占有ヲ始メタリトスルモ控訴人等ノ祖先ハ惡意ノ占有者ナリト云ハサルヘカラス從テ爾來控訴人等ニ至ル迄家督相續ニヨリ子孫相傳ヘ本件地所ヲ所有ノ意思ヲ以テ占有シ來リタリトスルモ新權限ニ基キ占有ヲ始メタル旨ノ別段ノ主張ナキ限リ其占有ノ性質ヲ變スヘキ道理ナキカ故ニ占有ノ始メニ於テ善意ニシテ且過失ナカリシモノト云フヲ得ス從テ控訴人等カ民法施行ノ時ヨリ十年ノ時效ニヨリ本件地所ノ所有權ヲ取得シタリトノ主張ハ是認スルヲ得ス(東京控訴大正三年(ネ)第一六三號同五年四月二十九日民二部須賀裁判長渡邊三橋各判事判決)

【關係事項】

所有權確認請求事件○控訴人中野平彌外十二名訴訟代理人辯護士山口憲外一名被控訴人新川疏水普通水利組合訴訟代理人辯護士小山龍作外二名

二四三 質權者ハ其債權ノ擔保トシテ債務者又ハ第三者ヨリ受取リタルモノヲ占有シ且其物ニ付キ他ノ債權者ニ充チテ自己ノ債權ノ辯濟ヲ受クル權利ヲ有ス

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產ニ付キ他ノ債權者ニ先ナチ自己ノ債權ノ辯濟ヲ受クル權利ヲ有ス地上權及永小作權モ亦之ヲ抵當權ノ目的ト爲スコトヲ得此場合ニ於テハ本章ノ規定ヲ準用ス

二九第一項 裁判所ハ管理人ヲシテ財產ノ管理及ヒ返還ニ付キ相當ノ擔保ヲ供セシムルコトヲ得

八〇三 夫カ妻ノ財產ヲ管理スル場合ニ於テ必要アリト認ムルトキハ裁判所ハ妻ノ請求ニ因リ夫ヲシテ其財產ノ管理及ヒ返還ニ付キ相當ノ擔保ヲ供セシムルコトヲ得

八九二第四項 第二七條乃至第二九條ノ規定ハ前二項ノ場合ニ之ヲ準用ス

九三三 親族會ハ後見人ヲシテ被後見人ノ財產ノ管理及ヒ返還ニ付キ相當ノ擔保ヲ供セシムルコトヲ得

一〇二一第三項 裁判所カ管理人ヲ選任シタル場合ニ於テハ第二七條乃至第二九條ノ規定ヲ準用ス

一〇五三 第二七條乃至第二九條ノ規定ハ相續財產ノ管理人ニ之ヲ準用ス

一九九 占有者カ其占ヲ妨害セラルル虞アルトキハ占有保全ノ訴ニ依リ其妨害ノ豫防又ハ損害賠償ノ擔保ヲ請求スルコトヲ得

三一六 賃貸人カ敷金ヲ受取リタル場合ニ於テハ其敷金ヲ以テ辨濟ヲ受ケサル債權ノ部分ニ付テノミ先取特權ヲ有ス

六一九第二項 前賃貸借ニ付キ當事者カ擔保ヲ供シタルトキハ其擔保ハ期間ノ滿了ニ因リテ消滅ス但敷金ハ此限ニ在ラス

三二〇 公吏保證金ノ先取特權ハ保證金ヲ供シタル公吏ノ職務上ノ過失ニ因リテ生シタル債權ニ付キ其保證金ノ上ニ存在ス

六二九第二項 前雇傭ニ付キ當事者カ擔保ヲ供シタルトキハ其擔保ハ期間ノ滿了ニ因リテ消滅ス但身元保證金ハ此限ニ在ラス

三四六 質權ハ元本利息違約金質權實行ノ費用及ヒ債務ノ不履行又ハ質物ノ隱レタル瑕疵ニ因リテ生シタル損害ノ賠償ヲ擔保ス但設定行爲ニ前段ノ定アルトキハ此限ニ在ラス

四六一第一項 前二條ノ規定ニ依リ主タル債務者カ保證人ニ對シテ賠償ヲ爲ス場合ニ於テ債權者カ全部ノ辨濟ヲ受ケサル間ハ主タル債務者ハ保證人ヲシテ擔保ヲ供セシメ又ハ之ニ對シテ自己ニ免責ヲ得セシムヘキ旨ヲ請求スルコトヲ得

五七六 賣買ノ目的ニ付キ權利ヲ主張スル者アリテ買主カ其買受ケタル權利ノ全部又ハ一部ヲ失フ虞アルトキハ買主ハ其危險ノ限度ニ應シ代金ノ全部又ハ一部ノ支拂ヲ拒ムコトヲ得但賣主カ相當ノ擔保ヲ供シタルトキハ此限ニアラス

商法**一六三條第三項** 株主カ決議無效ノ訴ヲ提起シタルトキハ會社ノ請求ニ因リ相當ノ擔保ヲ供スルコトヲ要ス但其株主カ取締役又ハ監査役ナルトキハ此限ニ在ラス

同 **一七八第二項** 前項ノ請求ヲナシタル株主ハ監査役ノ請求ニ因リ相當ノ擔保ヲ供スルコトヲ要ス

同 **一八七第二項** 前項ノ請求ヲナシタル株主ハ取締役ノ請求ニ因リ相當ノ擔保ヲ供スルコトヲ要ス

同 **二三四** 第百六十三條乃至第百六十三條ノ四第百七十六條乃至第百七十九條第百八十三條乃至第百八十七條ノ規定ハ株式會社ノ清算ノ場合ニ之ヲ準用ス

同 **二八一** 金錢其他ノ物又ハ有價證券ノ給付ヲ目的トスル有價證券ノ所持人カ其證券ヲ喪失シタル場合ニ於テ公示催告ノ申立ヲ爲シタルトキハ債務者ヲシテ其債務ノ目的物ヲ供託セシメ又ハ相當ノ擔保ヲ供シテ其證券ノ趣旨ニ從ヒ履行ヲ爲サシムルコトヲ得

同 **六〇〇** 發船後ニ於テハ傭船者ハ運送賃ノ金額ヲ支拂フ外第六百六條第一項ニ定メタル債務ヲ辨濟シ且陸揚ノ

爲メニ生スヘキ損害ヲ賠償シ又ハ相當ノ擔保ヲ供スルニ非サレハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得ス

民法六八第一項　設定行爲ヲ以テ地上權ノ存續期間ヲ定メサリシ場合ニ於テ別段ノ慣習ナキトキハ地上權者ハ何時ニテモ其權利ヲ拋棄スルコトヲ得但地代ヲ拂フヘキトキハ一年前ニ豫告ヲ爲シ又ハ未タ期限ノ至ラサル一年分ノ地代ヲ拂フコトヲ要ス

三一五　賃借人ノ財產ノ總清算ノ場合ニ於テハ賃貸人ノ先取特權ハ前期定期及ヒ次期ノ借賃其他ノ債務及ヒ前期並ニ當期ニ於テ生シタル損害ノ賠償ニ付テノミ存在ス

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

一二八　條件附法律行爲ノ各當事者ハ條件ノ成否未定ノ間ニ於テ條件ノ成就ニ因リ其行爲ヨリ生スヘキ相手方ノ利益ヲ害スルコトヲ得ス

一二九　條件ノ成否未定ノ間ニ於ケル當事者ノ權利義務ハ一般ノ規定ニ從ヒ之ヲ處分相續保存又ハ擔保スルコトヲ得

不動產登記法一　登記ハ左ニ揭ケタル不動產ニ關スル權利ノ設定保存移轉變更處分ノ制限又ハ消滅ニ付キ之ヲ爲ス

六　質權

七　抵當權

同二　假登記ハ左ノ場合ニ於テ之ヲ爲ス

一　登記ノ申請ニ必要ナル手續上ノ條件カ具備セサルトキ

二　前條ニ揭ケタル權利ノ設定移轉變更又ハ消滅ノ請求權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

期限附債權中期限カ法律行爲ノ效力ヲ停止スル效力ヲ有スル場合ニ於テハ其債權ハ將來ノ債權ナリトス

『條件ノ成就ニ因リテ發生スル債權(條件附債權)ハ將來ノ債權ナリトス』

『條件附債權ニ準スルコトヲ得ル債權(所謂法定條件カ附セラレタル債權)ハ將來ノ債權ナリトス』

取消權・解除權・買戻權等ノ行使ニ因リテ生スヘキ債權ハ將來ノ債權ナリトス』

基本タル債權關係ヨリ生スル箇箇ノ請求權(例利息債權、賃金債權、地代債權、小作料債權、定期金債權等)ハ將來ノ債權ニアラスシテ單ニ履行期カ未タ到來セサル現在ノ債權ナリトス』

基本關係ハ既ニ存在スルモ債權發生ノ爲メニ要件ノ一部ヲ缺クモノ(例組合員ノ利益分配請求權、組合解散ノ場合ニ於ケル殘餘財產分配請求權、受任者受寄者カ委任事務又ハ寄託ヲ實行スルカ爲メニ支出シタル費用ノ償還請求權、保證人カ主タル債務者ニ對スル求償權、連帶債務者ノ一人カ他ノ連帶債務者ニ對スル求償權、委任事務ヲ管理スルニ付キ受ケタル損害ノ賠償請求權、賣買ノ目的物ノ瑕疵ヨリ生スル損害ノ賠償請求權不在者ノ財產管理人、夫、子ノ財產管理人、後見人、相續財產ノ管理人等ノ供セル擔保ニ依リテ確保セラルル債權、敷金、保證金ニ依リテ擔保セラルル債權、質物ノ隱レタル瑕疵ニ因リテ生スル損害ノ賠償請求權、第四六一條、第五七六條ノ規定ニ從ヒテ擔保セラルル債權等)ハ將來ノ債權ナリトス』

現在ニ於テ債權發生ノ基礎ヲ全然缺クモノハ純然タル將來ノ債權ナリトス』

期待權カ絕對權ナリヤ相對權ナリヤハ其(條件成就ノ結果)取得スヘキ權利カ絕對權ナリヤ相對權ナリヤニ依リテ定マル從テ物權ノ取得ヲ目的トスル場合ニハ其期待權ハ絕對權タル性質ヲ有スルモノトス』

將來ノ債權ヲ擔保スルカ爲メニ質權若クハ抵當權ヲ設定セル場合ニハ條件附質

權設定契約說(即チ質權若クハ抵當權其モノカ條件ニ罹ルト爲ス說)ト同一ノ經路ヲ取リ條件附設定ニ準シテ說明スルノ外ナキモノトス(期限附債權又ハ條件附債權若クハ抵當權ヲ設定セル場合亦同シ)『法定條件トハ法律カ當事者ノ意思ニ關スル所ナク法律行爲ノ效力ヲ係ラシメタル不確定ナル將來ノ事實ヲ謂フ』

法定條件ト固有ノ條件トハ同一ノ性質ヲ有スルモノニ非ス然レトモ固有ノ條件ニ關スル規定ハ之ヲ法定條件ニ準用スルコトヲ得ルモノトス』

期待權ナル觀念ハ條件附法律行爲ノ場合ノミニ適用アルモノニアラス一般ニ法律行爲カ數個ノ要件ヨリ成立シ各要件カ漸ヲ追フテ發生スル場合ニモ之ヲ認ムルコトヲ得從テ法定條件ノ場合ニ於テモ亦期待權ヲ生スルコトヲ得ルハ明カナリ』

將來ノ債權ヲ擔保スルカ爲メニ質權若クハ抵當權ヲ設定スル場合ニ於テ其被擔保債權ノ發生ハ法定條件タル性質ヲ有スルモノトス』

質權ニ在リテハ質權設定ニ關スル當事者ノ合意ノ外將來債權ノ物體タルヘキ物ヲ權利者ニ引渡シ單ニ質權ノ成立カ將來債權カ發生スルヤ否ヤニ依ル場合ニ始メテ期待權ヲ發生スルモノト解セサルヘカラス反之抵當權ニ在リテハ單ニ抵當權設定ニ關スル合意カ成立スルヲ以テ足ルモノトス』

右ノ期待權(物權ノ取得ヲ目的トスル期待權)ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルカ爲メニハ登記ヲ必要トス而シテ民法第一二九條準用ノ結果質權又ハ抵當權設定ニ關スル規定ニ從ヒ本登記ヲ爲スコトヲ得ヘシ(然レトモ期待權其者ノ登記ニシテ抵當權ノ登記ニアラサルカ故ニ後ニ至リ債權カ發生シ抵當權カ成立セル場合ニハ抵當權設定ノ登記ヲ爲スコトヲ要ス)』

責任ナル觀念カ債務ト獨立シテ存在スルコトヲ得ルハ理論上明カナリ然レトモ現行法ノ解釋トシテハ此二個ノ觀念カ分離シテ存在スヘキモノニ非ス』

債務ハ單ニ債務者カ債權者ニ給付スヘキコトヲ云フ債務者カ給付ヲ爲スニ依リテ債權者ハ法律上正當ニ取得スヘキモノヲ取得セルモノニシテ債務者ハ其返還ヲ請求スルコトヲ得ス然レトモ債務者カ給付ヲ爲ササルトキハ債權者ハ債務ニ基キテ之ヲ强制スルコトヲ得ス』

責任ハ債務者カ其債務ヲ履行セサル場合ニ强制的ニ其財產ヨリ滿足ヲ得セシムルコトヲ云フ』

第一節 緒論

我民法上將來ノ債權ヲ擔保スルカ爲メニ質權抵當權ヲ設定スルコトヲ得是レ我法典カ諸所ニ於テ將來ノ債權ヲ擔保スルカ爲メニ質權抵當權ヲ設定スルコトヲ得ルコトヲ認ムルニ依リテ之レヲ推論スルヲ得ヘシ(二九、一項、八〇三、八九二、四項、九三三、一〇二一、三項、一〇五三、一九九、三一六、六一九、二項但書、三二〇、六二九、二項但書、三四六、四六一、一項、五七六、其他商法一六三ノ三、一七八、二項、一八七、二項、二三四、二八一、六〇〇等)之ヲ實際

取引上ノ必要ヨリ見ルモ將來ノ債權ニ對シ質權抵當權ヲ設定スルノ必要ハ現在ノ債權ニ對シ質權抵當權ヲ設定スル必要ニ讓ラス然ルニ質權抵當權ハ債權擔保ノ目的ノ爲メニ設定セラルルモノナルカ故ニ其設定ニハ既ニ其擔保セラルル債權カ存在スルコト(附從性)ヲ要シ債權ノ發生ニ先チテ設定スルコトヲ得ス從テ將來ノ債權ヲ擔保スルカ爲メニ質權抵當權ヲ設定スルハ附從性ト矛盾シ先ニ擧ケタル諸種ノ規定ハ第三四二條第三六九條ノ規定ト抵觸スルノ結果ヲ生ス此ニ於テカ如何ニシテ此矛盾ヲ調和スヘキヤノ問題ヲ生ス

第二節　將來ノ債權ノ意義

將來ノ債權ハ未タ發生セサル債權ヲ云フ將來ノ債權ハ現在ニ於テ存在セサルカ故ニ債權ノ原因タル法律事實卽發生要件カ未タ完成セス從テ債權ノ發生要件カ全然欠缺スルカ爲メニ債權ヲ發生セサル場合及ヒ要件ノ一部ハ既ニ成立スルモ尙ホ他ノ要件ヲ欠クカ爲メニ債權ヲ發生スルコトヲ得サル場合ヲ含ム左ニ各種ノ債權ニ付キ將來ノ債權ナリヤ否ヤヲ定メントス

(一) 期限附債權　期限カ履行期ヲ意味スル場合(民一三五條第一項)ニハ將來ノ債權ニアラス之ニ反シ期限カ法律行爲ノ效力ヲ停止スル效力ヲ有スル場合ニハ將來ノ債權タルモノトス

(二) 條件附債權(條件ノ成就ニ因リテ發生スル債權)　ハ將來ノ債權ナリ然レ共期限附又ハ條件附債權ト他ノ將來ノ債權トハ異ル點アリ卽前者ニ在リテハ將來債權カ發生スヘキコトハ當事者ノ意思ニ基ク之ニ反シ後者ハ法律ノ定ムル債權發生ノ要件ヲ欠クカ爲メニシテ當事者カ定メタル要件ヲ欠クカ爲メニ非ス　レ共其原因ハ將來ノ債

權ノ觀念ヲ定ムルニ於テ問フコトヲ要セサルカ故ニ此差異ハ重要ナラス

(三) 條件附債權ニ準スルコトヲ得ル債權(所謂法律條件(Conditio Juris)カ附セラレタル債權)ハ將來ノ債權ナリ

(四) 取消權、解除權、買戻權等ノ行使ニ因リテ生スヘキ債權(例ヘハ五四五條一項)ハ將來ノ債權タリ

(五) 基本タル債權關係ヨリ生スル箇々ノ請求權(例利息債權、賃金債權、地代債權、小作料債權、定期金債權等)(1)或ハ此等箇々ノ請求權ノ實行カ單ニ時ノ經過ニ係ルニ過キサルカ故ニ現在ニ於テ債權ハ既ニ存在ス唯箇々ノ請求權ノ基本タル債權關係ノ消滅ニ因リテ其發生ハ已ムカ故ニ解除條件附ニ存在スルモノトス(2)或ハ此等ノ債權關係ニ在リテハ一定ノ期間元本其他ノ物ノ使用收益ヲ許與スルニ依リテ始メテ箇々ノ請求權ヲ發生スルカ該ニ箇々ノ請求權ハ將來ノ債權ナリトナス吾人ハ前說ニ從ヒ箇々ノ請求權ハ現在ノ債權ナリト解ス蓋此等ノ債權ハ既ニ發生セルモノトナストキハ一定ノ時期ハ卽履行期ニ外ナラサルカ故ニ債務者ハ期限ノ利益ヲ拋棄シテ履行期前ニ辨濟ヲ爲シ相殺ヲ爲スコトヲ得ヘク又更改ヲ約スルコトヲ得ヘシ又債權者ハ將來ノ給付ノ訴ヲ喚起スルコトヲ得ヘシ之ニ反シ將來ノ債務ト爲ストキハ時期到來前ニ在リテハ辨濟相殺、更改等ヲ爲スコトヲ得ス又將來ノ給付ノ訴ヲ提起スルコトヲ得サル結果トナル更ニ法典ノ規定ニ見ルモ明カナリ(第二八六條第一項「未タ期限ノ至ラサル一年分ノ地代」第三一五條「次期ノ借賃」第六一三條「賃金ノ前拂」)

(六) 基本關係ハ既ニ存在スルモ債權發生ノ爲メニ要件ノ一部ヲ欠ク場合ハ將來ノ債權ナリ(例組合員ノ利益分配請求權、組合解散ノ場合ニ於ケル殘金財產分配請求權、受任

者受寄者カ委任事務又ハ寄託ヲ實行スルカ爲メニ支出シタル費用ノ償還請求權、保證人カ主タル債務者ニ對スル求償權、連帶債務者ノ一人カ他ノ連帶債務者ニ對スル求償權、委任事務ヲ管理スルニ付キ受ケタル損害ノ賠償請求權、賣買ノ目的物ノ瑕疵ヨリ生スル損害ノ賠償請求權不在者ノ財産管理人夫子ノ財産管理人後見人相續財産ノ管理人等ノ供セル擔保ニ依リテ擔保セラルル債權、敷金保證金ニ依リテ擔保セラルル債權、質物ノ隱レタル瑕疵ニ因リテ生スル損害ノ賠償請求權、第四六一條ノ規定ニ從ヒテ擔保セラルル債權、第五七六條ノ規定ニ從ヒテ擔保セラレタル債權等)

(七) 現在ニ於テ債務發生ノ基礎ヲ全然欠クモノ、是レ純然タル將來ノ債權ナリ今先ツ期限付債權及ヒ條件附債權ヲ除キ他ノ將來ノ債權ヲ擔保スルカタメニ質權、抵當權ヲ設定スルコトヲ得ルヤ否ヤヲ論シ後期限附又ハ條件附債權ノ擔保ニ及ハントス

第三節 將來ノ債權ノ擔保ニ關スル學說

(一) 質權ハ將來債權カ發生シタル時成立スルモノトナス說此說ハ根抵當ノ問題ヲ解決セルモノト云フコトヲ得ス蓋此見解ニ從ヘハ債權發生前ニ質權ヲ設定スル實益ナケレハナリ我法典ノ解釋トシテ之ヲ採ルコトヲ得ス

(二) 質權(抵當權ニ關シテモ同シ)ハ債權ニ從タル權利ニアラス債權ノ存在ハ質權ノ成立要件ニアラサルカ故ニ債權存在セサルモ質權ハ成立スルコトヲ得故ニ將來ノ債權ノ擔保ヲ確保スルカ爲メニ質權ヲ設定スル場合ニハ其設立契約ノ時ニ既ニ質權ハ有效ニ成立スルモノトナス說(附從性否認說)此見解ハ理論上當ヲ得サルノミナラス我法典ノ解釋トシテ採ルコトヲ得ス蓋シ(1)質權ハ目的ヲ達スル方法タルニ過キス目的ナ

クシテ方法ノミカ存スルコトハ不能ナリ故ニ論理上質權ノ成立ハ債權ノ存在ヲ前提トスルモノトナササルヘカラス(2)假ニ債權發生前ニ質權カ成立スルコトヲ得ルモノトナスモ債權ナキニ質權ノミ成立ストナスハ債權擔保ノ目的以上ニ超越ス蓋債權發生前ニ在リテハ未タ擔保スヘキ債權ナキカ故ニ質權ノ效力ヲ實現スルコトヲ得サルカ故ナリ(3)第三四二條第三六九條カ質權抵當權ノ附從性ヲ認ムルカ故ニ附從性否認說ハ我法典ノ解釋トシテ採ルコトヲ得サルハ明カナリ尙中島博士ハ抵當權ノ附從性ヲ認メ而モ債務ニ先チテ抵當權ヲ設定スルコトヲ得ルモノトナス然レトモ此見解ハ矛盾ナリ博士ノ見解ハ抵當權ノ附從性ヲ否認スルモノニシテ畢竟附從性否認說ニ外ナラス

(三) 附從性ハ單ニ質權ハ債權ヲ擔保スルコトヲ目的トシ獨立ノ目的ナキコトヲ云フニ止マルカ故ニ債權ニ先チテ債權カ成立スルモノトナスモ附從性ニ反セサルモノトナス說此說モ亦畢竟附從性否認說ト同シク之ヲ採ルコトヲ得ス第三四二條第三六九條ハ現在ノ債權ヲ擔保スルカ爲メニノミ質權抵當權ヲ設定スルコトヲ得ルモノトナスカ故ニ假ニ此說ニ從ヒ附從性ヲ廣ク解スルコトヲ得ルモノトナスモ我法典ノ解釋トシテ將來ノ債權ヲ擔保スル爲メニ質權抵當權ヲ設定スルコトヲ得ルモノトナスヲ得ス

(四) 條件附ニ質權設定契約ヲ締結スルモノ卽質權其モノカ條件附ナリトナス說此說ハ質權ノ附從性トノ矛盾ヲ避クルコトヲ得ヘシ然レ共質權ヲ以テ債權ニ附從スル權利トナストキハ債權ノ存在ハ質權設定契約ノ要件ヲ爲スモノト云ハサルヘカラス從テ債權ノ存在ハ質權設定契約ノ法定條件ニシテ當事者カ債權ノ存在ヲ質權設定契約

ノ要件トシテ加フルト否トニ關セス法律ノ規定ニ依リ當然質權成立ノ要件タルモノトス故ニ債權ノ存在ハ質權設定契約ノ眞ノ條件タルコトヲ得サルハ明カナリ故ニ債權ノ發生ヲ條件トスル質權設定契約カ成立スルモノトナスノ見解ハ之ヲ採ルコトヲ得ス尙條件契約說ニ關シテ生スル困難ナル問題ハ卽條件付ヱ質權ヲ設定スル場合ニ如何ナル時期ニ質權者ニ質物ヲ引渡スコトヲ要スルヤ又條件附ニ抵當權ヲ設定スル場合ニハ如何ニシテ之ヲ登記スヘキヤノ問題ナリ(1)質權ノ成立ニハ其要件トシテ質權設定ノ合意質物ノ引渡及ヒ擔保セラルヘキ債權ノ存在ヲ必要トス故ニ債權發生前ニ他ノ要件卽質權設定ニ關スル合意ト質物ノ引渡トハ完了シ單ニ債權發生ノ一要件ノミヲ欠ク場合ナルコトヲ要ス(2)吾人ハ條件附抵當ニ關シテハ第一二九條ノ規定ニ從ヒ本登記ヲ爲スコトヲ得ルモノト解ス本來期待權ノ性質カ絕對權ナリヤ相對權ナリヤハ其取得スヘキ權利カ絕對權ナリヤ相對權ナリヤニ依リテ定マル故ニ期待權カ物權ノ取得ヲ目的トスル場合ニハ期待權ハ絕對權タル性質ヲ有ス從テ又不動產物權ノ取得ヲ目的トスル期待權ノ取得ハ一般不動產物權ノ取得ト同シク第三者ニ對抗スルコトヲ得ルカ爲メニハ登記ヲ要スルモノト爲ササルヘカラス此ノ如キ登記ハ條件附權利ノ取得ヲ以テ第三者ニ對抗スルカ爲メニ必要ナル方法ナルカ故ニ登記ヲ以テ條件附權利ノ保存方法トナササルヲ得ス且ツ抵當權ノ本登記ト同一ノ方法ニ依リテ條件附抵當權ヲ登記スルコトヲ得ルハ疑ヲ容レス故ニ條件付抵當權ヲ認ムル說ハ登記ニ關シテハ何等不都合ノ結果ヲ生スルコトナシ

(五) 條件附債權ヲ擔保スルモノ卽チ擔保セラルル債權ニ條件カ附セラレタルモノトナス說此說ハ通常條件附債權(Obligtiyn conditionelle)ヽ將來ノ債權(Obligtioneventwelle on future)

トヲ同一視シ將來ノ債權ノ擔保トヲ同一ニ論スヘキモノトナス然レトモ兩者ヲ同一ニ論セントスルハ當ヲ失ス蓋シ既述ノ如ク前者ニ在リテハ債權發生ノ原因タル法律行爲ハ既ニ成立シ唯其一要件ヲ欠クカ爲メニ其效力カ發生セサルニ過キス之ニ反シ將來ノ債權ニ在リテハ債權發生ノ原因タル法律行爲ハ未タ成立セス故ニ將來ノ債權ト條件ノ成就ニ依リテ生スヘキ債權トハ全然同一視スルコトヲ得サレハナリ

(六) 信用抵當ニ關シ其ノ設定ノ時ヨリ抵當權ハ效力ヲ生スルモノトナス說(信用抵當說)吾人ハ此見解ヲ非トス此說ハ信用其モノヲ債務トナシ之ヲ擔保スルカ爲メニ抵當權ヲ設定スルモノトナセトモ信用其モノヲ以テ債務トナスハ解スヘカラス信用ハ法律上ノ意義ニ於テハ任意ニ與ヘラレタル他人ノ財產ヲ利用シ若クハ處分スル權利著クハ能力ヲ云フ故ニ信用開始契約ニ在リテハ受信用者カ信用ヲ受クルニ依リテ債權ヲ取得スト雖モ債務ヲ負擔スルモノニアラス故ニ受信用者カ債務ヲ擔保スルカ爲メニ抵當權ヲ設定スルモノトナスコトヲ得ス更ニ信用開始契約ノ法律上ノ性質ヲ究ムルトキハ此見解ヲ採ルコトヲ得ス蓋シ受信用者カ與信用者ニ對シテ借入ヲ爲スヨトヲ得ス權利ヲ取得スル場合ニ與信用者受信用者間ニ如何ナル契約カ成立スヘキカヲ見ルニ(一)或ハ消費貸借ノ豫約成立スルモノト解スルコトヲ得ヘシ此見解ニ從フトキハ抵當權ニ依リテ擔保セラルヘキ債權ハ將來ノ債權ニシテ現在ノ債權ニアラス故ニ根抵當問題ヲ解決スルコトヲ得ス(二)從來一般ノ見解ハ消費貸借ニ類似スルモノトナス若シ此見解ニ從フトキハ信用開始契約ハ諾成的消費貸借タル性質ヲ有スルモノトナササルヘカラス從テ抵當權ハ現在ノ債權ヲ擔保スル結果トナルカ故ニ困難ナル問題ヲ生スルコトナシ卽諾成的消費貸借ノ成立ト共ニ當事者ノ一方貸主カ一定額ノ給

付ヲ爲スヘキ債務ヲ負擔スルニ止マラス相手方(借主)モ亦同一額ノ給付ヲ爲スヘキ債務ヲ負擔スルカ故ニ之ヲ擔保スルカ爲メニ抵當權ヲ設定スルハ即現在ノ債務ヲ擔保スルカ爲メニシテ將來ノ債務ヲ擔保スルカ爲メニアラス故ニ若シ此見解ニシテ謬リナシトセハ信用開始契約ニ於ケル擔保ノ設定ヲ解決スルハ容易ニシテ之カ爲メニハ信用抵當說ニ依ル必要ナク又將來ノ債權ノ擔保ノ問題トシテ講究スルコトヲ要セス

(七) 質權ハ未タ發生セサルモ既ニ一種ノ物權的拘束ヲ生スルモノトナス說之ニ依レハ質權ノ物體ノ上ニ物權拘束(Dingliche Gebundenheit)ヲ認メ債務者カ質權ヲ讓渡シ物權ヲ設定シ其他ノ處分ヲ爲スモ債權者ニ對シテ效力ナキモノトナスモノニシテ吾人ハ債權發生前ニ於ケル質權ノ效力ヲ說明スル上ニ於テハ此見解ヲ以テ當ヲ得タルモノトナス然レトモ債權的拘束ニ關シテハ當事者ノ契約ニ依リ自由ニ之ヲ發生セシムルコトヲ得ヘシト雖モ當事者カ自由ニ物權的拘束ヲ發生セシムルコトヲ得ルモノトナスコトヲ得ス此說ハ法典上ノ根據ヲ缺クカ故ニ之ニ從フコトヲ得ス

何レノ學說モ將來ノ債權ヲ擔保スルカ爲メニ設定セラレタル質權抵當權ノ效力ヲ滿足ニ說明スルコトヲ得ス特ニ質權抵當權ノ附從性トノ調和ニ關シテ適當ナル解決ヲ得ルコト困難ナルハ明カナルヘシ

第四節 卑見

(一) 條件附質權者設定契約說ト同一ノ經路ヲ取リ條件附設定ニ準シテ說明スルノ外ナシト信ス

本來法律行爲カ數個ノ要件ヨリ成ル場合ニ其數個ノ要件ハ或ハ同時ニ成立スル場合アリ或ハ時ヲ異ニシ漸ヲ追フテ成立スル場合アリ前ノ場合ニハ數個ノ要件ハ同時ニ

成立スルカ故ニ法律行爲ハ直チニ其效力ヲ生スト雖モ後ノ場合ニハ最後ノ要件カ成立シタル時其效力ヲ生ス近世法ニ於テハ法律行爲ノ效力ヲ生スルカ爲メニ數個ノ要件ヲ必要トスル場合ニハ其數個ノ要件ハ必シモ同時ニ存在スルコトヲ要セス時ヲ異ニシ漸ヲ追フテ成立スルコトヲ得ルモノトナス今擔保權ヲ設定スル場合ニ付キ見ルニ當事者間ニ擔保權設定ニ關スル同意ト共ニ擔保セラルヘキ債權ノ存在ヲ必要トス故ニ抵當權設定契約カ效力ヲ生スルカ爲メニハ合意及ヒ債權ノ存在ノ二要件ヲ必要トシ質權設定契約カ效力ヲ生スルカ爲メニハ合意質物ノ引渡及ヒ債權ノ存在ノ二要件ヲ必要トスト雖モ此等ノ要件ハ必シモ同時ニ存在スルコトヲ要セス時ヲ異ニシテ成立スルモ妨クル所ナシ質權若クハ抵當權ヲ設定スル場合ニ其成立ニ必要ナル凡テノ要件カ同時ニ存在スルコトヲ要スルモノトナスヘキ理由ナシ先ツ質權若クハ抵當權ノ設定ニ關スル合意(質權ニ在リテハ此外ニ目的物ノ引渡)カ成立シ後ニ至リ擔保セラルヘキ債權カ發生シ此ニ始メテ質權若クハ抵當權設定契約ノ凡テノ要件カ完成シ質權若クハ抵當權カ其效力ヲ生スルモノトナスコトヲ得ヘシ故ニ擔保權設定ニ關スル合意カ成立スル以上ハ擔保セラルヘキ債權カ發生スル時ニ更ニ再ヒ擔保權設定ニ關スル合意ヲ爲スコトヲ要セス先ニ爲サレタル擔保權設定ニ關スル合意ニ債權發生ナル一要件カ加ハルニ依リテ擔保權ハ成立スルコトヲ得ヘシ從テ擔保權設定ニ關スル合意ハ擔保權設定ノ一要件ナリト雖モ既ニ獨立ノ存在ヲ有スルモノトス

(二) 「法定條件トハ法律カ當事者ノ意思ニ關スル所ナリ法律行爲ノ效力ヲ係ラシメタル不確定ナル將來ノ事實ヲ云フ」而シテ意思表示ハ法律行爲ノ基本タルカ故ニ意思表示其モノ若クハ意思表示ノ成立要件(例ヘハ權利能力,行爲能力方式等ノ如シ)ハ條件タ

ルコトヲ得ス意思表示以外ノ要件ノミカ法定條件タルコトヲ得ルモノトス蓋意思表示若クハ意思表示ノ成立要件其モノカ現在ニ於テ缺如スルニ於テハ意思表示ハ不成立ニ歸スルカ故ナリ而シテ固有ノ條件ハ條件ノ成就ニ依リテ法律行爲カ效力ヲ生スルハ當事者カ將來或事實ノ發生ニ依リテ法律行爲カ效力ヲ生スヘキコトヲ欲スルカ故ナリ之ニ反シ法定條件ハ當事者ハ單純ニ法律行爲ノ目的トスル效力カ發生スルコトヲ欲スルモ法律カ直チニ其效力ヲ發生スルコトヲ得サラシヌ將來或事實ノ發生スルニ依リテ效力カ發生スヘキモノトナンタルニ外ナラス故ニ兩者ハ同一ノ性質ヲ有スルモノトナスコトヲ得

法定條件ハ固有ノ條件ト異ナリ何等ノ效力ヲモ生セサルモノナリヤ吾人ノ解スル所ヲ以テスレハ法定條件ノ效力ハ固有ノ條件ニ準シテ之ヲ定ムルコトヲ得ヘシ法定條件ニハ固有ノ條件ニ關スル規定ヲ直接ニ適用スルコトヲ得サルハ云フヲ俟タス然レトモ法定條件ト固有ノ條件トハ法律行爲ノ效力ヲ不確定ナル將來ノ事實ニ係ラシムル點ニ於テハ兩者ハ相同シキカ故ニ固有ノ條件ニ關スル規定ハ之ヲ法定條件ニ準用スルコトヲ得ルモノト云ハサルヘカラス條件ノ成否未定ノ間ニ於ケル條件ノ積極的效力ハ所謂期待權若クハ希望權ヲ生スル點ニ在リ本來「期待權ナル觀念ハ條件附法律行爲ノ場合ノミニ適用アルモノニアラス一般ニ法律行爲カ數個ノ要件ヨリ成立シ各要件カ漸ヲ追フテ發生スル場合ニ期待權ヲ認ムルコトヲ得ルモノトス故ニ法定條件ノ場合ニ於テモ期待權ヲ生スルコトヲ得ルハ明カナリ」從テ又法定條件ニ關シ固有ノ條件ニ關スル規定ヲ準用シ法定條件成就前ニ於テ期待權ヲ生スルコトヲ得ルモノトナササルヘカラス

(三) 以上法定條件ニ關シテ述ヘタル所ハ之ヲ「將來ノ債權ヲ擔保スルカ爲メニ質權若クハ抵當權ヲ設定セル場合ニ之ヲ適用スルコトヲ得ヘシ蓋シ質權若クハ抵當權設定ニ關スル合意ハ擔保セラルヘキ債權ノ發生ト時ヲ異ニシテ獨立ノ存在ヲ有スルコトヲ得ヘク從テ設定ニ關スル合意先ツ成立シ後ニ至リ債權カ發生スルニ依リテ質權若クハ抵當權カ成立スルモノトナスコトヲ得ルカ故ニ「債權ノ發生ハ法定條件タル性質ヲ有ス」ルモノトナササルヘカラス擔保セラルヘキ債權カ發生スルヤ否ヤハ不確定ナル事實ナリ從テ設定ニ關スル合意先ツ成立シ後ニ至リ債權カ發生スルニ依リテ質權若クハ抵當權カ成立スルモノトナスコトヲ得ルカ故ニ債權ノ發生ハ法定條件タル性質ヲ有スルモノトナササルヘカラス從テ前述スル所ニ從ヒ擔保權設定ニ關スル合意成立後債權發生前ニ於テ條件附權利ニ準シ期待權ヲ生スルモノトナスコトヲ得サルヘカラス此ノ如ク解スル理由ハ(イ)希望ヲ保護スル上ヨリ云ヘハ將來ノ債權ヲ擔保スル場合ニ質權若クハ抵當權ヲ取得スルノ希望ヲ保護スルノ必要アルハ明カナリ故ニ期待權ノ發生ヲ認ムルニ妨クル所ナシ(ロ)債權發生前ニ條件附質權若クハ條件附抵當權ニ準スル期待權ヲ認ムルハ債權發生前ニ設定セラレタル質權若クハ抵當權ノ效力ヲ說明スルニ最適ス假ニ債權發生前ニ質權若クハ抵當權ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ルモノトナスモ債權發生前ニ在リテハ質權若クハ抵當權ノ效力ヲ實現スルコトヲ得ス質權抵當權ハ內容ナキ權利タルニ至ルヘシ故ニ將來債權カ發生セル場合ニ完全ニ其債權ヲ擔保スルカ爲メニ質權若クハ抵當權カ效力ヲ生スルコトヲ得ルカ爲メニ現在ニ於テ其效力ヲ保全スル方法ヲ講スルヲ以テ充分ナリトス而シテ其保全ノ目的ハ條件附權利ニ準スル期待權ヲ認メ將來質權若クハ抵當權ヲ取得スルノ希望ヲ保護スル

ニ依リテ之ヲ達スルコトヲ得ヘク債權發生前ニ期待權ヲ生スルモノトナストキハ物權的拘束ヲ生スルカ故ニ將來ノ債權ヲ擔保スルカ爲メニ質權若クハ抵當權ヲ設定セル者カ其物體ヲ處分スルモ後ニ至リ債權カ發生シ質權若クハ抵當權カ成立セル場合ニハ其處分ハ質權若クハ抵當權ヲ害スル範圍ニ於テハ無效ト爲ル故ニ期待權ヲ認ムルニ依リテ將來債權カ發生セル場合ニ於テ成立スル質權若クハ抵當權ノ效力ヲ保全スルコトヲ得ヘシ(ハ)我法典ハ第三四二條第三六九條ニ於テハ質權若クハ抵當權ハ其設定當時擔保セラルヘキ債權カ存在スルコトヲ要スルモノトナシ附從性ヲ認ムルニ拘ラス將來ノ債權ヲ擔保スル場合ヲ認ム從テ此矛盾ヲ調和スルカ爲メニハ質權若クハ抵當權ハ債權發生前ニ於テ條件附權利ニ準セル期待權トシテ成立スルモノトシテ解スルノ外ナシ此見解ニ從フトキハ既ニ將來發生スヘキ基礎ヲ現在ニ於テ存スル債權ノミナラス發生ノ基礎ヲ缺ク純然タル將來ノ債權ヲ擔保スルカ爲メニ質權抵當權ヲ設定スル場合ニ於テモ亦債權發生前ニ在リテハ期待權ノ發生ヲ認ムルコトヲ得ヘク兩者ノ間ニ區別ヲ設クヘキ理由ナシ

(四) 期待權ハ條件附質權又ハ抵當權ニ準スヘキモノニシテ物權的期待權タル性質ヲ有ス從テ此期待權ハ條件附物權ト同シク將來發生スヘキ質權又ハ抵當權ノ物體ニ對シ一種ノ拘束力(Gebundenheit)ヲ生ス即期待權利者ハ其物體ノ上ニ權利者ノ如ク支配ヲ及ホスコトヲ得スト雖モ既ニ物體ハ拘束ヲ受ク學者或ハ之ヲ前效力(Vorwirkung)又ハ中間效力(Zwischenwirkung)ト稱ス此拘束力ニ基キ條件附處分行爲ノ物體ハ條件成就以前ニ既ニ處分ノ制限ヲ受ケ其物體ニ關シ更ニ處分行爲ヲ爲シタル場合ニ後ニ至リ條件カ成就シタルトキハ其處分ハ條件成就ノ效力ヲ害スル範圍ニ於テ無效ニ歸スルモノト

ス(一二八)從テ債權者ハ質權又ハ抵當權ニ依リ完全ニ滿足ヲ受クルコトヲ得ヘシ而シテ「質權ニ在リテハ質權設定ニ關スル當事者ノ合意」アルモ未タ期待權ヲ發生セス「將來質權ノ物體タルヘキ物ヲ權利者ニ引渡シ單ニ質權ノ成立カ將來債權カ發生スルヤ否ヤニ依ル場合ニ始メテ期待權ヲ發生スルモノト解セサルヘカラス之ニ反シテ抵當權ニ在リテハ期待權ヲ發生スルカ爲メニハ「單ニ抵當權設定ニ關スル合意カ成立スルヲ以テ足ル」然レトモ其期待權ハ物權的效力ヲ有スルモノナルカ故ニ期待權ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルカ爲メニハ登記ヲ必要トス而シテ期待權ノ登記ニ關シテハ條件附權利ノ保存ニ關スル第一二九條ノ規定ヲ準用スヘシ條件附權利ハ同條ノ規定ニ依リ條件附權利カ無條件ナル場合ニ於ケル規定ニ從ヒ本登記ヲ爲スコトヲ得故ニ抵當權カ條件附ナル場合ニハ抵當權設定ノ登記ニ關スル規定ニ從ヒ本登記ヲ爲スコトヲ得ルモノトス從テ「將來ノ債權ヲ擔保スルカ爲メニ抵當權ヲ設定スル場合ニ於テモ」亦期待權ハ條件附權利ノ登記ト同一ニ論シ抵當權設定ニ關スル規定ニ從ヒ本登記ヲ爲スコトヲ得ヘシ」「然レトモ」期待權其モノノ登記ニシテ抵當權ノ登記ニアラス從テ後ニ至リ債權カ發生シ抵當權カ成立セル場合ニハ更ニ抵當權設定ノ登記ヲ爲スコトヲ要ス」期待權ハ縱令物權的效力ヲ有スルモノトナスモ支配權タル物權ニアラス故ニ期待權ノ登記ヲ以テ直チニ抵當權ノ登記トナスコトヲ得サルカ故ナリ然レトモ期待權ノ登記ニ依リ抵當權ノ效力ヲ保全スルコトヲ得ルカ故ニ債權發生前ニ抵當權ノ設定ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルト同一ノ目的ヲ達スルコトヲ得ヘシ期待權ニ關シテハ第一三九條ノ規定ヲ準用スルコトヲ得ヘク從テ期待權ハ質權抵當權ニ關スル規定ニ從ヒ之ヲ處分スルコトヲ得ヘク又之ヲ相續スルコトヲ得ヘシ

(五) 吾人ノ所論ヲ要約スレハ將來ノ債權ヲ擔保スルカ爲メニ質權又ハ抵當權ヲ設定セル場合ニハ債權發生前ニ質權又ハ抵當權ヲ取得スルヲ目的トスル期待權ヲ生ス此期待權ハ條件附權利ト同一ノ性質ヲ有スルモノニシテ之ニ依リテ將來成立スヘキ質權又ハ抵當權ノ效力ヲ保全スルコトヲ得ト云フニ在リ立法論トシテ若シ將來ノ債權ノ擔保ノ問題ヲ滿足ニ解決スルノ道ヲ求メントセハ先ツ擔保權ノ附從性ヲ否認スルニ在リ附從性ヲ否認セントセハ質權抵當權ヲ物的責任トナスノ見解ヲ採ルコトヲ要ス卽吾人ハ立法論トシテハ質權抵當權ノ物權性ヲ否認シ物的責任ノ觀念ヲ以テ證明スルヲ以テ當ヲ得タルモノトナスモノナリ責任ナル觀念カ債務ト獨立シテ存在スルコトヲ得ルハ論理上明カナリ吾人ハ固ヨリ現行法ノ解釋トシテ此二箇ノ觀念カ分離シテ存在スルコトヲ主張スルモノニアラス理論トシテ分離シテ存在スルコトヲ得ヘク且質權抵當權ハ責任ノ一種トシテ認ムルヲ以テ最モ當ヲ得タルモノトナス債務ハ單ニ債務者カ債權者ニ給付スヘキコト(Sollen)ヲ云フ債務者カ給付ヲ爲スニ依リテ債權者ハ法律上正當ニ取得スヘキモノヲ取得セルモノニシテ債務者ハ其返還ヲ請求スルコトヲ得ス然レトモ債務ノ效力ハ之ヲ以テ盡ク從テ債務者カ給付ヲ爲ササルトキハ債權者ハ債務ニ基キテ之ヲ强制スルコトヲ得ス蓋債務ハ單ニ債務者カ給付スヘシト云フニ止マリ債權者ハ債務者其人又ハ其財產ニ對シ侵犯スル權利ヲ與フルモノニアラサルカ故ナリ債權者カ强制的ニ債務者ノ財產ヲ侵犯シ給付ノ代償若クハ滿足ヲ得ルハ債務者カ責任ヲ負擔スルニ基ク而シテ債權者カ債務者ノ財產ヲ侵犯シ滿足ヲ得ルカ爲メニハ公力ニ依ルコトヲ要スト雖モ債權者カ公力ノ活動ヲ促シ債務者ノ財產ヲ侵犯スルコトヲ得ルハ實體法上ニ於テ其ノ基礎トシテ債務者カ責任ヲ負擔スル

カ故ナリ而シテ責任ノ物體タルモノハ或ハ債務者ノ全財產タルコトヲ得ヘク(人的責任)或ハ特定財產タルコトヲ得ヘク(財產責任)或ハ特定物タルコトヲ得ヘシ(物的責任)物上擔保タル質權抵當權ハ債務者カ履行ヲ爲ササル場合ニ債權者ヲシテ强制的ニ其質權抵當權ノ物體ヨリ債權ノ滿足ヲ得セシムルコトヲ目的トスルカ故ニ質權抵當權ハ物的責任ノ一場合ナリトス本來責任ハ債務者カ其債務ヲ履行セサル場合ニ强制的ニ其財產ヨリ滿足ヲ得セシムルコトヲ云フカ故ニ責任ハ獨立ノ目的ヲ有セス債務ノ爲メニ存在ス然レトモ責任ト債務トハ必スシモ同時ニ存在スルコトヲ要セス債務發生前ニ在リテモ責任ハ存在スルコトヲ得ルモノトス從テ質權抵當權ヲ以テ物的責任タル性質ヲ有スルモノトナストキハ債務發生前ニ於テ質權抵當權ヲ設定スルコトヲ得ヘシ尙精確ニ論スレハ責任ナル觀念ハ之ヲ責任ノ物體ノ拘束(Gebundenheit)ト責任ノ物體ニ對スル侵犯權(Zugriffsrecht)トニ分析スルコトヲ得ヘシ物權的拘束說ハ此ニ述フル物的責任說ト結果ニ於テハ相同シトモ其根據ヲ缺ク期待權說モ亦物上拘束ヲ認ムトヘシ故ニ理論上ノミナラス實際ノ適用ヨリ云フモ雖モ其立論ノ方法異ナル卽期待權說ハ將來債權ノ發生ニ依リ質權抵當權ヲ取得スル希望ヲ保護スルカ爲メニ物上拘束ヲ認ムルニ反シ物的責任說ハ債權者ノ現在ノ權利トシテ物上拘束ヲ認ム期待權說ニ從フトキハ期待權先ツ生シ後ニ至リ質權抵當權ハ發生スルカ故ニ二種ノ權利ヲ認ムルコトヲ要スルニ反シ物的責任說ニ從フトキハ責任ノ觀念ヲ以テ一貫スルコトヲ得ヘシ然レトモ現行法ノ解釋トシテ物的責任說ヲ以テ當ヲ得タルモノト云ハサルヘカラス

第五節 期限附又ハ條件附債權ノ擔保

ハ物的責任說ニ依ルコトヲ得ス是レ吾人ハ期待權說ヲ主張スル所以ナリ

期限附債權ハ期限ノ到來ニ因リテ發生スヘキ債權ヲ云ヒ條件附債權ハ條件ノ成就ニ因リテ發生スヘキ債權ヲ云フ吾人ハ上來將來ノ債權ノ擔保ニ關シテ述ヘタルト同一ノ見解ニ從ヒ期限附又ハ條件附債權ノ擔保モ亦期待權ヲ以テ說明スヘキモノトナス即チ質權抵當權モ亦條件ニ係ルモノト解セサルヘカラス(法學博士石坂音四郎氏法學協會雜誌第三四卷一號一頁四號二〇頁七號四六頁十號三九頁以下「根抵當論」要領)

【根抵當ニ關スル參照學說】

梅博士

一 根抵當トハ何テアルカト云ヘハ「信用契約ニ因リテ生スル消費貸借ノ擔保ナリ」ト云ツテヨカラウト思フ信用契約ト云フハ「借主ノ請求ニ應シ金錢ノ消費貸借ヲ爲ス豫約」テアル而シテ大抵其金額ニ最大限カアツテ其額ヲ限トシテ一回又ハ數回ニ之ヲ貸スコトヲ約スルノテアル尙ホ多クノ場合ニ於テ之ニ一定ノ期限ヲ附シ其期限ヲ過クレハ假令豫定最大金額ニ達セサルモ最早貸ス義務カナイノテアル此信用契約ヨリ如何ナル效果カ生スルカト云フニ是ヨリ直接ニ生スル債務ハ唯與信用者ニ於テ受信用者ノ請求ニ應シ金錢ノ消費貸ヲ爲スノ義務ノミテアルカ是ト共ニ條件附ニテ受信用者ハ一定ノ方法ヲ以テ借入金ヲ辨濟スル義務ヲ負フノテアル而シテ其條件ハ「若シ信用契約ニ基イテ借入金ヲ爲シタラハ」ト云フノテアル抵當權又ハ質權ハ所謂從タル權利ニシテ主タル債權存セサレハ存立スルコトノ出來メモノテアル併シ條件附債權ハ之ヲ擔保スルコトヲ得ルノテアル此事ハ民法第一二九條ノ明文ニ依テ定マツテ居ルノミナラス不動產登記法第二條第二項第二號ニ之カ爲メ假登記ヲ許スノ規定カ設ケテアルノテアル唯債權ハ條件附テアルノニ擔保權ノミ無條件テアルコトカ出來ルト云ヘハ矢張債權ナキニ擔保權ノ存在ヲ認ムルコトニナルカラ其擔保權モ亦條件附テアルト云ハネハナラヌ斯ク論シ來レハ根抵當ノ有效テアルト云フコト及ヒ其性質ハ自ラ明カテアルト思フ即チ「信用契約ニ因ツテ受信用者ノ爲メニ生スル條件附債權ヲ擔保スル爲メニ設定シタル條件附ノ抵當權又ハ質權」テアルト云ツテヨカラウト思フ(法學博士梅謙次郎氏法律新聞五五號一頁)

富井博士

二 根抵當ヲ設定スルトハ現在ニ質權(又ハ抵當權)ヲ生セシムルコトヲ謂フ即チ信用契約ニ基キ「借入ヲナサハ」ト云フ條件ヲ以テ設定スルモノニシテ後日其條件成就シ消費貸借成立セハ契約ハ主タル債權ト共ニ其效力ヲ生シ擔保權ノ發生ヲ來スモノトス是條件附債務ニ付キ擔保權ヲ設定スル=非スシテ其設定契約ヲ以テ條件附ト爲スモノナリ故ニ一般ノ原則ニ依リ當然有效ナリトス(法學博士富井政章氏民法原論第二卷四六〇頁)

横田博士

三 根抵當ナルモノハ當事者間ニ於テ債務關係カ將來成立スルコトアルヘキヲ豫想シテ架空ニ之ヲ設定スルコトヲ得ス必スヤ與信契約ノ成立ニ因リ當事者ノ一方カ相手方ノ爲メニ信用ヲ開始シ相手方ニ對シテ金錢ヲ貸與スル義務ヲ負擔シタル事實ナカルヘカラス而シテ此場合ニ於テ根抵當ノ成立スルハ與信者カ受信者ニ金錢ヲ貸與スル義務ヲ負擔シタルカ爲メニアラスシテ與

信者カ受信者ニ對シテ義務ヲ負擔スルト同時ニ受信者モ亦與信契約成立ノ結果與信者ニ對シテ義務ヲ負擔スルカ爲メナリ是レ所謂信用ノ債務ニシテ此債務タル全ク抽象的ノモノニ係リ具體的ナル個々ノ金錢的給付ヲ目的トセス包括的ニ信用開始ノ結果ニ對シテ與信者ノ利益ヲ確保スルヲ以テ目的トスルモノナリ……抑モ擔保ハ對人タルト物上タルトニ論ナク何等當事者間ニ於ケル對人的權利關係ナクシテ成立シ得ヘカラサルハ論ヲ�টタサル所ナリト雖モ既ニ當事者間ニ於テ權利義務ノ具體的ナルト抽象的ナルトハ之ヲ問フノ必要ナシ(法學博士横田秀雄氏物以上ハ之ヲ擔保スルハ固ヨリ妨ケナク其權利義務ノ具體的ナルトハ之ヲ問フノ必要ナシ(法學博士横田秀雄氏物權法七〇二頁)

岡松博士

根抵當ハ信用開始ノ結果ニ對シテ與信者ヲ保護スルヲ以テ目的トシ個々ノ具體的金錢債務ヲ擔保スルヲ目的トスルモノニアラサルヲ以テ債務者カ與信契約ニ基キ借用シタル金錢ヲ與信者ニ辨濟スルモ之カ爲メ其效力ヲ失フモノニアラス與信契約ノ存スル限リ換言スレハ信用カ開始セラレツツアル間ハ尙ホ依然トシテ其效力ヲ保有スルモノナリ(同上七〇五頁)

川名博士

四 根抵當トハ質權又ハ抵當權ノ停止條件附設定ナリ其條件ハ債務ヲ生スレハ其額ニ對シ互ニ抵當權又ハ質權ヲ生シ債務ノ增減ニ依リ抵當權又ハ質權ノ範圍ヲ增減ス(法學博士岡松參太郎氏內外論叢第五卷第三號一七一頁)

中島博士

五 余ハ吾民法上停止條件附債權其他未來ノ債權ニ付キテ現在ニ質權ヲ設定スルコトヲ妨ケサルモノト考フ故ニ質權カ債權ニ從タルノ意味ハ質權ハ債權ノ發生スルコト能ハサル場合ニ質權ハ成立スルコトヲ得ス又或債權ヲ擔保スル質權ハ其債權ト其運命ヲ共ニスル(消滅ト共ニ消滅スル)コトヲ常性トスルコトヲ云フニ外ナラサルナリ(法學博士川名兼四郎氏物權法要論二一四頁以下)

松原學士

六 根抵當ハ客觀的可能ノ存スル將來ノ債務ニ對スル抵當權ニシテ第三六九條ニ含有セラレ當然有效ナルモノトス(法學博士中島玉吉氏本書第四卷民法一一七頁及同氏民法釋義卷ノ二物權篇下七八六頁以下)

三藩學士

七 根抵當設定契約ハ信用契約ト同時ニ又ハ其一部トシテ存在スル條件附抵當設定契約ナリ唯其效力ハ後日條件ノ成否如何ニヨル抵當ヲ條件附ニテ設定シ後日ノ消費貸借ヲ條件トス條件成就セサレハ抵當權發生セス(法學士松原一雄氏法學協會雜誌二〇卷二號一七七頁)

八 大體ニ於テ中島氏ノ所說ヲ以テ妥當ナリトスヘク而シテ根抵當ニ付テハ直チニ與信契約ニ依リテ定マレル全額ニ付テ本登記ヲ爲スコトヲ得ルモノト解スヘシ(法學士三藩信三氏擔保物權法二七五頁)

【根抵當ノ登記ニ關スル參照學說判例】

一 根抵當カ動產ナルトキハ根抵當契約ト同時ニ其物ノ占有ヲ債權者ニ移轉スルヲ要スルカ故ニ債權者ハ何時ニテモ其當時ノ債務額ニ對シ對抗スルコトヲ得反之不動產ナル場合ニハ現ニ債務生スル迄ハ唯抵當權ノ設定契約アルニ過キスシテ抵當權其物ハ債務ノ發生ト共ニ發生スルカ故ニ此時迄ハ登記ヲ爲スヲ得ス而シテ債務發生スルトキハ其額ニ對シ抵當權ヲ生スルカ故ニ之ヲ登記スル能ハサルニアラサルモ此債權額ハ終始變動スヘキカ故ニ登記ヲ爲スニ便ナラス故ニ根抵當トシテ不動產ヲ供スル場

合ニハ直ニ登記ヲ爲スヲ得ス先ツ假登記ヲ爲スヘク通常債務ノ最高限ヲ附シ而シテ後愈其債權ヲ行使スルノ必要ヲ生セサル時ニ至リ假登記ヲ本登記ト爲シ（故ニ豫メ債權者ヨリ登記委任狀ヲ取リ置クヲ便利トス）抵當權ヲ行使スヘシ（法學博士岡松參太郎氏內外論叢第五卷第三號一七一頁）

二　客觀的可能ノ將來ノ債務ニ對スル擔保權ハ（一）現在ニ於ケル擔保權ナリ不動產擔保權ナルトキハ直チニ本登記ヲ爲スヘク假登記ヲ爲スヘキニアラス（法學博士中島玉吉氏民法釋義第二卷物權編下七九一頁）

三　根抵當ノ設定ヲ約シ未タ登記ヲ經サル前ニ其債權額確定シタルトキハ債權者ハ設定者ニ對シ普通ノ抵當權設定登記手續ヲ求ムルノ權利ヲ有スルモノトス（東京控訴院大正二年十月十五日民四判決本書第二卷民法五八四頁）

四　抵當權ノ設定ニ關スル假登記ハ抵當權設定ノ本登記申請ニ必要ナル手續上ノ條件カ具備セサル場合又ハ抵當權現存セスシテ唯其設定ヲ求ムル請求權ノミ存在シ該請求權ヲ保全セントスル場合ノ外之ヲ許ササルモノトス（同上）

五　根抵當ハ其擔保スル債權カ將來ニアラサレハ確定セサルニ止マリ抵當權自體ハ當初ヨリ存在スルモノナルヲ以テ之カ設定ニ付キ假登記ヲ許スヘキモノニアラス（同上五八五頁）

【同上判例】

大審院

一　消費貸借ヲ擔保スル爲メ抵當權ノ設定アリタルトキハ苟クモ當事者ノ意思カ其抵當權ヲ以テ擔保セントスル消費貸借ナル以上ハ其消費貸借カ抵當權設定當時成立シタルト將タ後ニ金錢ノ授受ニ因リ成立スルトヲ問ハス其抵當權ハ有效ニ之ヲ擔保スルモノナリトス（大審院大正二年五月八日民一判決本書第二卷民法一八五頁）

二　吾國從來ノ慣用語ニテ後日ニ借リ受ク可キ金錢上ノ債務ノ辯濟ヲ擔保スル爲メ貸借ニ先チテ豫メ抵當ヲ差入レ置クコトノ行爲ヲ指シテ根抵當ト稱ス之ヲ換言スレハ將來ニ於テ發生ス可キ債務ヲ償還スルコトノ擔保トシテ前以テ抵當ヲ設定シ置ク所ノ行爲ナリ此行爲ニ因ル抵當タルヤ抵當物件カ負擔スル最高ノ金額ヲ定メ普通ノ抵當ト均シク之ヲ不動產登記簿ニ登載シ置クニ付キ登記ノ日附ヲ以テ其債權者ニ順位ヲ附與スルモ之カ爲メ第三者ハ何等ノ損害ヲモ被ル可キ筋合ナシ又此行爲ハ從來銀行若クハ商人間ニ於テ汎ク行ハレ裁判上保護シ來レル慣例ナルカ故ニ現行ノ法規ニシテ之ニ抵觸セサル以上法律上此行爲ノ有效ナル可キコトハ固ヨリ論ヲ俟タス（大審院民事判決錄三五年一卷七四頁）

三　凡抵當權ノ設定ハ通例之ヲ以テ擔保スヘキ債務ノ發生即金圓ノ貸借ト同時ニ其手續ヲ爲スモノナルモ抵當權設定者カ後ニ發生スヘキ債務ヲ擔保スル意思ヲ以テ其抵當權ヲ設定スル場合ニ於テハ金圓ノ貸借ニ先ツテ豫メ抵當權設定ノ手續ヲ爲スハ法律ノ禁スル所ニ非サルヲ以テ其抵當ハ後ニ發生シタル債務ヲ有效ニ擔保スヘク抵當權設定ノ手續ハ必スシモ債務ノ發生ト同時ナルヲ要セス（同上三八年一六五四頁）

四　根抵當ハ其擔保スル債權カ將來ニアラサレハ設定セサルニ止マリ抵當權自體ハ當初ヨリ存在スルモノナルヲ以テ之カ登記ニ付キ假登記ヲ許スヘキモノニアラス（東京控訴院大正二年十月十五日民四判決本書第二卷民法五八四頁）

五　甲一號證ヲ閲スルニ「前記土地明治三十二年十一月十六日ヨリ明治三十五年十一月十五日マテ三年間拂者支拂ノ義務アル

約束手形ニシテ貴行ニ對シ支拂フヘキ金高一千圓ニ至ル迄ノ抵當トシテ差入候」云々トアリテ當事者ノ意思表示ハ本件ノ地所ヲ以テ將來ニ於テ時々發生スヘキコトヲ豫想シタル未定ノ債務ノ擔保ニ供セントスルニアルモノト認定セサルヘカラス故ニ之ヲ以テ將來ノ貸借ヲ目的トセル信用契約ノ債務ノ擔保ニ供シタルモノナリト云フカ如キハ當事者ノ意思ヲ度外ニ措キタル牽强附會ノ說タルヲ免レス假リニ之ヲ信用契約ノ債務ヲ擔保シタルモノトセンカ當事者間ニ金一千圓ノ貸借成立スルト同時ニ其抵當權ハ消滅ニ歸セサルヘカラス此ノ如キハ決シテ當事者ノ意思ニアラサルコト言ヲ俟タス左レハ本件ノ抵當權ハ何等ノ債權ヲキニ之ヲ設定シタルモノト謂ハサルヘカラス而シテ抵當權ハ從タル物權ナルヲ以テ主タル債權未タ存在セサルニ先チ獨立シテ成立スヘキ理由ナキヲ以テ本件抵當權ノ設定ハ無效トス（明治三十四年六月二十八日東京控訴院判決法律新聞第四六號七頁）

六　抵當權ハ債權ノ成立以前ニ於テ設定スルコトヲ妨ケス從テ金錢ノ授受ヲ抵當權登記ノ前ニ行ハレタルトキハ該抵當權其者ノ效力ニ影響ヲ及ホスヘキモノニ非ス（東京地方大正二年十一月二十八日民四判決本書第二卷民法七四八頁）

所謂根抵當ノ有效存在理由―之カ對抗條件―問題ニ關シテハ吾人カ既ニ前卷ニ於テ各學說ヲ紹介シタル所ニシテ讀者ノ尙記憶ニ新ナル所ナルヘシ而シテ我私法學界ノ重鎭殊ニ民法學ノ一大權威タル石坂博士カ此問題ニ出馬セラレサリシハ吾人ノ甚タ遺憾トシタル所ナリ然ルニ博士ハ這回愈此問題ニ關シテ椽大ノ筆ヲ下サル執テ熟讀スルニ博士ノ圓熟明晰ナル頭腦ハ玆ニモ現レ解釋ニ立法ニ能ク說キ能ク論シ殆ト餘ス所アラサルカ如シ博士ノ學ニ忠ニ吾人後生ヲ指示シ誘導セラルルノ厚キ誠ニ吾人ノ感泣措ク能ハサル所ナリ謹テ敬意ト謝意トヲ表シ玆ニ其綱要ヲ揭ケテ明說ヲ世ニ普ネカラシメントス遮莫吾人ノ魯鈍ナル博士ノ此ノ如キ詳細ナル訓詁ヲ忝フスルモ尙釋然タル能ハサル點少ナカラス故ニ吾人ハ左ニ概評ト共ニ疑問ヲ捧呈シ更ニ博士ノ高敎ヲ仰カムトス蓋シ他意アルニ非ス唯タ一ニ學ニ忠ナラムコトヲ庶幾フカ爲メノミ博士ノ肥大ナル御體軀ハ能ク

吾人ノ無文不遜ヲ容レ給フノ餘裕アルヘキヲ信シテ疑ハス

一　博士ハ我民法上根抵當ノ一般的ニ有效ナルコトヲ法典中各所ニ散見スル明文ニ徵シ「之ヨリ推論セラル是レ吾人カ夙ニ言明セル所ト相一致セリ(本書第四卷民法一二六頁評論參照)

二　博士ハ基本タル債權關係ヨリ生スル箇箇ノ請求權(定期金債權類)ヲ以テ現在ノ債權(履行期未到來ノ債權)ナリトセラル然レトモ吾人ハ高說ニ贊同スルヲ躊躇セサルヲ得ス何トナレハ博士カ此說ヲ爲サルル法典上ノ根據トシテハ民法第二六八條第一項但書末段ニ於テ「未タ期限ノ到ラサル一年分ノ地代」ト云ヒ同第三一五條ニ「次期ノ借賃」トアリ又同第六一三條ニ「賃金ノ前拂」ト云ヘルニ在ルカ如シ然レトモ第二六八條第一項但書末段ハ地代附地上權設定者ノ(土地所有者)ヲ保護センカ爲メニ設ケタルモノニシテ茲ニ「地代」ト謂ヘルハ其實違約金債權的又ハ損害賠償債權的性質ヲ有スルモノニシテ其數額ヲ定ムル便宜ノ爲メ「五年分ノ地代」ナル文句ヲ使用シタルニ過キサルモノト謂フヘク未タ以テ借賃ノ現在債權タルコトヲ論證スル根據トナルコトナシ又第三一五條ノ「次期ノ借賃」ハ必スシモ解除條件附現在債權ト觀サルヘカラサルモノニアラスシテ停止條件的ニ發生スル將來ノ債權ナリトモ謂ヒ得ヘク然モ其何レニ解スルモ結果ニ於テハ何レカ便何レカ不便ト謂フニアラス又第六一三條後段ハ未經過期間ニ於ケル賃金債權カ現在ノ債權トスルモ將タ將來ノ債權トスルモ苟モ同項前段ノ趣旨ヲ貫徹セントセハ之ヲ設クルノ必要アルヘク(少クトモ注意規定トシテノ存在理由アリ)又右債權ノ性質ヲ何レニ解スルモ「賃金ノ前拂」ナル語ハアリ得ヘキカ故ニ將來ノ債權ナリトセハ其語自體ヲ想像スルコトヲ得サルモノト謂フコトヲモ得ヘカラス要之

博士カ其所說ノ根據トシテ指示セラルル法典ハ未タ以テ高說維持ノ確固タル根據ナラス然レトモ吾人ハ高說ニ贊同スルヲ躊躇セサルヲ得ス何トナレハ博士カ此說ヲ爲サルル法典上ノ根據トシテハ民法第二六八條第一項但書末段ニ於テ「未タ期限ノ到ラサル一年分ノ地代」ト云ヒ同第三一五條ニ「次期ノ借賃」トアリ又同第六一三條ニ「賃金ノ前拂」ト云ヘルニ在ルカ如シ然レトモ第二六八條第一項但書末段ハ地代附地上權設定者ノ(土地所有者)ヲ保護センカ爲メニ設ケタルモノニシテ茲ニ「地代」ト謂ヘルハ其實違約金債權的又ハ損害賠償債權的性質ヲ有スルモノニシテ其數額ヲ定ムル便宜ノ爲メ「五年分ノ地代」ナル文句ヲ使用シタルニ過キサルモノト謂フヘク未タ以テ借賃ノ現在債權タルコトヲ論證スル根據トナルコトナシ又第三一五條ノ「次期ノ借賃」ハ必スシモ解除條件附現在債權ト觀サルヘカラサルモノニアラスシテ停止條件的ニ發生スル將來ノ債權ナリトモ謂ヒ得ヘク然モ其何レニ解スルモ結果ニ於テハ何レカ便何レカ不便ト謂フニアラス又第六一三條後段ハ未經過期間ニ於ケル賃金債權カ現在ノ債權トスルモ將タ將來ノ債權トスルモ苟モ同項前段ノ趣旨ヲ貫徹セントセハ之ヲ設クルノ必要アルヘク(少クトモ注意規定トシテノ存在理由アリ)又右債權ノ性質ヲ何レニ解スルモ「賃金ノ前拂」ナル語ハアリ得ヘキカ故ニ將來ノ債權ナリトセハ其語自體ヲ想像スルコトヲ得サルモノト謂フコトヲモ得ヘカラス要之博士カ其所說ノ根據トシテ指示セラルル法典ハ未タ以テ高說維持ノ確固タル根據ナラス然レトモ吾人ハ更ニ是等ノ債權ヲ現在ノ債權ナリト解スルトキハ債務者ハ之ヲ以テ相殺ニ供シ又ハ更改ヲ爲スコトヲ得ヘク債權者ハ將來ノ給付ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルノ便アリトシ自說維持ノ實際上ノ理由トセラル是レ一見可ナルカ如シト雖モ元來相殺ハ相互ノ債權ノ對等額ニ於テ之ヲ爲シ得ヘキモノタリ(民五〇五)然ルニ定期金債權類ニ在リテハ其額ヲ決定スルニ困難ナリ假ニ當事者カ一定期間ヲ區劃シ其期間內ノ債權ヲ以テ相殺ニ供スルコトヲ爲ストスルモ其後基本債權關係カ債務者ノ辯濟其他ノ事由ニ因リテ該期間ノ未了中ニ消滅シタリトセハ博士ハ右相殺ノ效力ヲ如何ニ說明セラルルヤ(又定期金債權類ヲ更改シタルニ更改後基本債權關係ノ消滅シタル場合ニ於テモ略ホ同樣ノ問題ヲ生ス)博士ハ或ハ定期金債權類ハ解除條件附ニ現存スルモノニシテ條件成就(卽チ基本債權ノ消滅)シタルトキハ定期金債權類モ亦當然消滅ニ歸スルモノナルカ故ニ此條件成就ノ結果未經過期間ノ定期金債權額ニ對シテハ條件成就ノ時ヨリ相殺ノ效力カ消滅スルカ(法一二七第二項)又ハ當初ヨリ右額ニ付キ相殺ナカリシモノト爲ル(同條第三項)カ故ニ定期金債權類ノ債務者ハ曾テ相殺ニ供シタリシ自己ノ債權(以下反對債權ト假稱スヘシ)ハ條件成就ノ時ヨリ自由ニ行使スルコトヲ得テ何等ノ不都合ヲ生スルコトナシト論セラルルヤモ知ルヘカラス然レトモ此ク解スルモ問題ハ尙殘存セルニ在ラサルカ卽チ反對債權カ相殺ノ時ヨリ條件成就ノ時迄ノ間ニ其消滅時效ノ期間カ滿了シタルトキハ其反對債權ノ滅否如何又反對債權カ現存セリトセハ相殺ノトキヨリ條件成就ノ時迄ノ間ニ生スヘカリシ利息等ハ如何卽チ是ナリ夫レ博士ノ見解ニ從フトキハ少クトモ上叙ノ疑ヲ生

セサルヲ得サルヘシト考フ吾人カ博士ノ高説ニ挾疑シ直ニ賛同スルニ躊躇スル所以亦主トシテ是ニ存セリ又將來ノ給付ノ訴ヲ認メ之ヲ前提トスルトキハ右債權ノ性質ヲ何レニ解スルモ其結果ハ敢テ異ナルコトナカルヘキカ要之博士ノ示指セラレタル論據ノミニテハ定期金債權類カ現在債權ナリヤ將タ將來ノ債權ナリヤハ法典上實際上尙ホ未決タルカ如シ

三 博士ハ根抵當ニ依リテ擔保セラルル債權(即チ被擔保債權)ハ現在ニ於テ何等ノ可能性ヲ見セサルモノ博士ノ所謂純然タル將來ノ債權ト雖モ尙ホ可ナリトセラル之レ從來ノ學説ト異ルモノノ如ク殊ニ中島博士ノ所説トハ相異ナルモノタリ思フニ博士ノ所説ニ從フトキハ將來ノ債權ノ意義頗ル明確ニシテ一點絲毫ノ疑ヲ存スルモノアルナシ從テ頗ル可ナルカ如シ然リト雖モ我法典カ認メタル所ニ依ルニ根抵當ニ依リテ擔保セラルル債權ナルモノハ總テ將來ニ於テ債權ノ發生スヘキ蓋然性(即チ基礎又ハ客觀的可能性)カ現在ニ於テ存スルモノニシテ然ラサルモノ一モ之レアルコトナシ(前掲法文)此ノ如ク我法典中ノ右諸規定ヨリ歸納シ其精神ヲ汲ムトキハ根抵當ノ被擔保債權タリ得ルモノハ多少ノ蓋然性ヲ有スルモノタルヲ要スト謂ハサルヲ得サルヘシ(將來一般ノ債權ノ意義ヲ博士ノ所説ノ如ク解スヘキヤ否ヤハ別問題タリ)加之博士ノ見解ニ從フトキハ實際上頗ル不當ナル結果ヲ生スヘシ(殊ニ當事者ノ意思ニ適合セサルニ至ルヘシ)蓋シ例ヘハ當事者ハ一定金額ノ貸出契約カ解除其他ノ事由ニ因リテ消滅シタルトキハ根抵當ハ其存在ノ基礎ヲ失ヒ當然消滅セサルヲ得ス根抵當消滅スルカ故ニ之ニ付キ登記アリタルトキハ設定者ハ其抹消ヲ請求シ得サルヘカラス然ルニ若シ博士ノ見解ニ從フトキハ根抵當ハ此ノ如ク基礎ヲ失フニ至ルモ被擔保債權

ハ尙ホ將來ノ債權タル性質ニ變リナキカ故ニ根抵當ハ依然タリ設定者ハ登記抹消請求權ヲ有スルコトナシト謂ハサルヲ得サルヘシ此ノ如キハ啻ニ當事者ノ意思ニ適合セサルノミナラス實際取引觀念ニ反スルモノト謂フヘシ博士ハ或ハ辯シテ曰ク右ノ如キ場合ニハ當事者ハ基礎契約ノ消滅シタランニハ債權(即チ條件)ノ成否如何ニ拘ラス根抵當ハ消滅スヘシト云フ根抵當契約(吾人ハ之ヲ二重條件附契約ト稱ス)ヲ爲シタルモノト觀察スヘキカ故ニ何等不都合ナシト若シ博士ニシテ斯ク辯セラレナハ誠ニ一理アルカ如シ然レトモ吾人ハ疑フ當事者ノ意思ヲ斯ノ如ク解スルコトカ果シテ當ニ約旨ト四圍ノ事情トニ適合シタル正當ナル(經驗則ニ從ヒタル)解釋ト謂ヒ得ヘキカヲ又疑フ當事者カ上述ノ事由アルモ根抵當ヲ消滅セシメサルヘキコトノ明示ヲ爲シタル場合ニ於テモ此ク解スルコトヲ得ヘキヤ否ヤヲ而シテ此最後ノ場合又ハ當事カ最初全然基礎ナキニ根抵當契約ヲ締結シ其登記ヲ爲シタル場合ニ於テハ設定者ハ別段ノ事由(例ヘハ解約又解除權行使)ナキ限リ永久ニ登記ノ抹消ヲ請求スルコトヲ得サルヘク從テ他日第三者ニ對シ之ヲ擔保ニ供シ金融ヲ受ケムトスルモ第三者ハ擔保ノ手簿又ハ危險ナルノ故ニ十分ノ貸出ヲ爲ササルヘク爲メニ設定者ハ頗ル窮地ニ陷ルコトナシトセス此ハ設定者ノ輕舉ノ責亦免レサルヘシト雖モ此故ニ法カ全然之ヲ救濟セサルカ如キハ恐クハ何人モ正當視シ得サル所ナルヘシ要之博士ノ見解ハ分岐頗ル明確純理論的ナル點ハ吾人ノ大ニ可トスル所ナルモ我法典ノ趣旨、實際生活ノ要求、法的感想ニ適合スルモノト謂ヒ難ク吾人ハ寧ロ蓋然性ヲ有スル將來ノ債權ニ非サル限リ根抵當ノ被擔保債權タリ得サルモノトシ上例ノ場合ニハ根抵當權ハ當然消滅ニ歸スヘキモノトスルノ優レルヲ思フ而シテ其蓋然性ノ有無ハ即チ社會通念ニ從テ之ヲ決スヘキモノト爲ス之或ハ机

上ノ論トシテハ滿足セサル者ナキニ非サルヘシト雖モ吾人ハ斯ク解スルコトノ至極自然的タルヘキヲ信シテ疑ハサル所ナリ

四 期待權ノ本質、內容、效力等ニ付キテハ學者ノ研究未タ幼稚ニシテ吾人カ常ニ遺憾トスル所博士カ部分的ニモセヨ多少之ニ論究セラレタルハ吾人ノ喜フ所タリ蓋シ之ヲモツテ學界ニ花ヲ咲カシメ實ヲ結ハシムルノ一動機ト爲スヲ得ヘケレハナリ然リ而シテ期待權ノ效力ハ單ニ民法第一二八條ノ範圍ニ於テノミ認ムヘキモノトセハ恐クハ其本質カ絕對權性ヲ有ストハ謂ヒ得サルヘシ蓋シ前揭同條ハ單ニ各當事者ニ不作爲ノ義務卽チ條件成就ニ因リ相手方ニ生スヘキ利益ヲ害スルコトヲ得サルノ義務換言スレハ對人的不作爲義務ヲ負擔セシムルニ過キス從テ期待權ハ對人的不作爲義務ヲ對象トスルモノト謂フヘキカ故ナリ然レトモ期待權ハ過程的權利ニシテ其ノ目的ハ未發生ノ事實ヲシテ完全ニ發生セシメ事實發生ノ上生スヘキ權利卽チ本權(以下本權ト假稱ス)ノ發生ヲ確保スルニ在リト謂フヘク而シテ其未發生ノ事實ハ(イ)人爲ヲ以テシテハ之ヲ阻止シ得サルモノアルヘク(ロ)又然ラサルモノアルヘシ其前者(イ)ニ在リテハ發生妨害ノ問題ヲ生スルノ餘地ナシト雖モ後者ニ在リテハ更ニ(1)當事者ニ在ラサレハ法律上之ヲ妨害シ得サルモノト(2)當事者以外ノ者ト雖モ尙能ク其發生ヲ阻ミ得ルモノトアルナルヘシ此ノ如ク(1)當事者ニアラサレハ其發生ヲ阻止シ得サル事實ヲ以テ條件(固有條件法定條件等包含)トスル期待權ニ在リテハ之カ妨害禁止ノ義務ヲ當事者ニノミ課スルヲ以テ足ル(相對效)ヘシト雖モ(2)苟モ當事者以外ノ者ト雖モ其發生ヲ妨害シ得ヘキ事實ヲ條件(固有條件法定條件等包含)トスル期待權ニ在リテハ單ニ當事者ニ對シテ妨害禁止義務ヲ負ハシムルノミニテハ期待權ノ效用ヲ完フシ得ヘキモノニアラス必スヤ

之ヲ妨害シ得ヘキ地位ニ在ル一般人ニモ其ノ不可侵義務ヲ課ス(絕對效)ルニアラスンハ期待權ヲ認メタルノ趣旨ヲ貫ク能ハサルヘシ卽チ知ル期待權ヲ認メタル以上ハ其效力ハ上揭民法規定ノ文言範圍ニ限局スヘキモノニアラスシテ絕對性ヲ有スルモノヲ認メサルヘカラサルヲ要之前者(1)ニ在リテハ期待權ニ絕對效ヲ認ムルヲ要セサルノミナラス之ヲ認ムルコト不可能ナリト謂ハサルヘカラサルヘク後者(2)ニ在リテハ之ヲ認ムルコトヲ得ヘキノミナラス其必要アルモノト謂フヘシ然リ而シテ絕對權ナリヤ相對權ナリヤハ權利カ絕對的效力ヲ有スルカ故ニ絕對權ナリ之レヲ有セサルカ故ニ相對權ナリト謂フヘキカ將タ絕對權タルカ故ニ絕對效ヲ有シ相對權ナルカ故ニ相對效ヲ有スト爲スヘキカ卽チ本末何レナリヤ疑ナキニ非スト雖モ吾人ハ絕對效ヲ有スルモノハ常ニ絕對權性ヲ有スルモノト爲ス是レ其ノ論理上ノ徑路如何ヲ問ハス結果ニ於テ誤謬ナカルヘキヲ信スレハナリ故ニ前述(1)ノ期待權ハ相對權ニシテ(2)ノ期待權ハ絕對權ナリト謂フヲ得ヘシ夫レ上叙ノ吾人ノ所論ニシテ果シテ誤ナシトセハ博士カ期待權ノ絕對權ナリヤ相對權ナリヤニ歸ストセラルルハ其標準ヲ誤ラレタルモノニアラサルナキカ然レトモ吾人ト雖モ期待權ノ本質ニ關シテ未タ確固不拔ナル信念ヲ有スルモノト斷言シ難キカ故ニ記シテ以テ疑ヲ止ムト云フ

五 博士ハ根抵當契約ヲ以テ停止條件附質權(抵當權)設定契約ニ準スヘキモノトセラルルレ博士ノ見解ヨリセハ條件(事實)タル將來ノ債權ハ質權(抵當權)設定契約ニ於ケル固有條件ニアラスシテ法定條件タルカ故ナリ吾人ハ此點ニ關シ博士ノ高說ニ從ハムト欲シテ尙ホ能ハサルモノアルヲ甚タ遺憾トス博士ハ自說ヲ以テ圓融無碍ノ明說ナ

リトハ自信セラレサルカ如ク却テ立法上實際上多少ノ缺陷アルヘキヲ自認セラル唯現行法ノ解釋トシテハ斯ク論スルノ已ムヲ得サルモノアリトセラル之現行法上質權若クハ抵當權ノ附從性ヲ否認シ得ヘカラサルカ故ナルヘシ吾人ハ博士カ自認セラルル點ニ付キテハ玆ニ再述スルヲ避ケ單ニ吾人ノ所信ヲ披陳シテ我法典ノ解釋トシテモ博士ノ高說ニ從フヲ要セサルコトヲ明カニセムト欲ス卽チ吾人ハ根抵當ヲ以テ現在ニ於ケル完全ナル質權抵當權ナリト解スルモノタリ民法第三四二條及ヒ第三六九條ノ債權トハ現在ノ債權ヲ意味スルモノニシテ同條ニハ將來ノ債權ヲ包含スルモノニアラサルコト博士ト其見ヲ等フス(本書第四卷民法一二六評論)—此點中島博士(本書第四卷民法一一七頁)及ヒ三潴學士(前揭參照學說)等ノ見解トハ相異ナル—從テ將來ノ債權ヲ擔保スルカ爲メニ質權(抵當權)ヲ現在ニ於テ完全ニ設定スルコトヲ得ルカ爲メニハ更ニ他ニ法律上ノ根據アルコトヲ要ス(民一七五)而シテ吾人ハ此根據ヲ我法典中ニ散在セル諸法文(前揭)ニ求メムトス蓋右法文ハ未發生債權ノ擔保ノ爲メニスル擔保權(質權若クハ抵當權等)設定契約ノ有效ナルコトヲ認ムルモノト謂ハサルヘカラス(博士亦之ヲ認メタラルル事上述ノ如シ)苟モ此種擔保契約ヲ有效ト認ムル以上—法典上實際上不合理不都合ナキ限リ—其設定、保存、實行ヲシテ便利且完全ニ爲シ得ヘキモノトスルニ非スンハ立法ノ趣旨ヲ貫ク事能ハサルヘク且法文ハ擔保ヲ認ムヘキ趣旨ヲ規定セルニ止マリ何等ノ制限ヲ爲ササルカ故ニ是等擔保ハ一般擔保ト同樣ニ設定シ得ヘキモノト爲シタルモノト謂ハサルヘカラス卽チ右諸法文ハ單ニ準條件附擔保權設定契約ノ有效ナルコトヲ認メタルニ止マラス現在完全ナル擔保權設定契約ヲモ有效ナリトセルモノト解セサルヘカラス換言スレハ根抵當ニ關スル前揭諸規定ハ民法第

三四二條及ヒ同第三六九條ノ例外ヲ爲スモノト解セサルヘカラス而シテ前揭諸法規ノ歸納ノ結果知リ得タル所謂隱レタル法規ノ適用トシテ蓋然性ヲ有スル將來ノ債權ノ擔保ニ付テモ前述ノ理由ニ基キ現在ニ於テ完全ニ質權(抵當權)ヲ設定シ得ヘキモノト論セサルヘカラス(若シ博士ノ見解ノ如クスルトキハ博士ノ自認セラルルカ如ク第三者對抗ニ付キ再度ノ登記ヲ爲ササルヘカラサル無用ノ時間、勞力、費用ヲ要スルコトト爲リ甚タ不都合ナル結果ヲ生スヘシ)、博士ハ根抵當ヲ認ムル根據ヲ前揭諸法文及ヒ之カ類推ノ結果ニ求メラレナカラ民法第三四二條及ヒ同第三六九條ヲ嚴格ニ解シ博士ノ所謂附從性ヲ以テ質權(抵當權)ノ絕對要件トセラルルハ吾人カ博士ノ眞意ヲ解スルニ困ム所タリ要之吾人ハ質權(抵當權)ニ付キ前揭諸規定及ヒ其歸納ニヨリテ得タル隱レタル規定ニ於テ認メタル範圍(卽チ蓋然性ヲ有スル將來ノ債權ノ範圍)ニ於テハ附從性(擔保權ノ存在ニハ常ニ必ス被擔保債權ノ現存ヲ要スト云フ意味ニ於ケル常性)ヲ必要トセサルモノト解セントスルモノナリ之レ蓋シ律意ニ副ヒ理論ニ合シ且實際ニ適スルカ故ナリ

六 法定條件ノ意義及ヒ之ト固有條件トノ別ニ關スル博士ノ高說ニ對シテハ贊同ニ躊躇セス

七 吾人ハ上叙ノ如ク根抵當權ノ性質ニ關シテ博士ト其所見ヲ異ニスル結果トシテ博士カ根抵當契約ニ因リテ期待權ヲ生ストセラルル點ニ對シテハ贊同スルヲ得ス蓋シ吾人ノ見解ヨリセハ根抵當契約ハ質權(抵當權)發生ノ要件ヲ具備シ其構成事實ノ一ナモ缺クコトナキカ故ニ期待權ヲ生スル餘地ナケレハナリ

八 根抵當權ノ對抗條件問題ニ付キテモ吾人ハ其權利自體ノ性質ニ關シ博士ト見解

ナ異ニスルカ故ニ其當然ノ歸結トシテ相等シカルヘキ筈ナシ且博士ハ期待權ノ登記ニ付キ稍誤解セラルル點ナキニアラサルカ

(イ) 博士ハ第三者對抗ノ登記ハ期待權ノ登記ナリトセラルルモ吾人ハ本權(實權若クハ抵當權)ノ登記ナリト爲ス

(ロ) 博士ハ右登記ハ本登記ナリトセラル吾人亦同シ(本書第二卷民法五八八頁)然レトモ其理由ヲ異ニス博士ハ右期待權ニハ民法第一二九條ヲ準用スヘキモノトシ其結果不動產登記法第一條ヲ適用スヘシトセラルルモ吾人ハ不動產登記法第一條ヲ直ニ適用スヘシト爲ス而シテ博士ハ右期待權ニ不動產登記法第一條ヲ適用セラルルハ吾人ノ怪訝ニ堪エサル所ナリ蓋シ期待權ハ同法第二條第二號後段ニ依リ常ニ假登記ヲ爲スヘキモノタルコト一點疑ヲ存スルノ餘地ナキカ如ケレハナリ

九 質權ヲ目的トスル根抵當ニ在リテハ質物ハ將來質權ヲ取得スヘキ者ニ引渡スコトヲ要ストセラルル博士ノ見解ハ結果ニ於テ吾人モ同見ナリ

一〇 債務ト責任トノ觀念ニ付テハ博士ノ見解ニ從ハント欲ス

上來ノ說述ニ依リ博士ノ高說ニ對シ盲目的概評ヲ試ミ併セテ吾人ノ短見ヲ示セリ玆ニ吾人ノ淺見ヲ要約スレハ左ノ如シ

(1) 根抵當ノ有效ナルハ法典中ノ諸法規及ヒ隱レタル法規アルニ依ル

(2) 定期金債權類カ將來ノ債權ナリヤ現在ノ債權ナリヤハ尙ホ疑アリ

(3) 根抵當ノ被擔保債權ハ發生ノ蓋然性ヲ有スル將來ノ債權タルコトヲ要ス

(4) 期待權ノ絕對權ナリヤ相對權ナリヤハ未發生事實カ法律行爲ノ當事者ニアラ

サレハ阻止シ得サル場合ト第三者モ亦阻止シ得ヘキ場合トニ分チ前者ヲ包含スル期待權ハ相對權ニシテ後者ヲ包含スル期待權ナリ

(5) 根抵當權ハ現在ノ質權若クハ抵當權ニシテ期待權ニアラス

(6) 不動產ヲ目的トスル根抵當權ハ之ヲ以テ第三者ニ對抗セムカ爲メニハ登記ヲ要ス

(7) 右ノ登記ハ本登記ナリトス

(8) 根抵當權カ質權ナルトキハ質物ヲ質權者ニ引渡スコトヲ要ス

終リニ莅ミ博士ノ擔保權ニ關スル立法觀ハ誠ニ傾聽ニ値スヘク近時稀ニ見ル卓見ト謂フヘシ此點ニ付テハ吾人ハ讀者ニ對シ其原本ニ就キ三讀深思セラレンコトヲ切望シテ已マサル所ナリ

三八四

八一三 夫婦ノ一方ハ左ノ場合ニ限リ離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得
五 配偶者ヨリ同居ニ堪ヘサル虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキ
八一四 第二項 前條第一點乃至第七號ノ場合ニ於テ夫婦ノ一方カ他ノ一方又ハ其直系尊屬ノ行爲ヲ宥恕シタルトキハ離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス
八一六 第八一三條第一號乃至第八號ノ事由ニ因ル離婚ノ訴ハ之ヲ提起スル權利ヲ有スル者カ離婚ノ原因ヲ知リタル時ヨリ一年ヲ經過シタル後ハ之ヲ提起スルコトヲ得ス其事實發生ノ時ヨリ十年ヲ經過シタル後亦同シ
八六六 緣組ノ當事者ノ一方ハ左ノ場合ニ限リ離緣ノ訴ヲ提起スルコトヲ得

夫カ家事ヲ厭ヒ故ナク二ケ月モ外出シ歸宅後他ノ婦人ノ寫眞ヲ示シ之レアルカ故ニ家ニ在ラサル旨ヲ放言シ或ハ故ナク妻ヲ毆打シ打撲傷ヲ負ハシメ或ハ小刀

ヲ以ヲ創傷ヲ負ハシムル等ノ暴行ヲ逞フスル夫婦關係ヲ持續シ同居スルニ堪エサル虐待ナリト謂ハサルヘカラス』

證人羽富清明同久吉ノ證言及羽富マサノ供述(原審)ニ據レハ控訴人ハ性質粗暴且ツ惰ニシテ被控訴人方ノ家業タル農事ヲ厭ヒ農事多忙ノ季節ニ至レハ口實ヲ設ケテ農事ヲ爲スヲ避ケ大正二年七月十八日ニ被控訴人方ハ祇園祭禮ニ際シ控訴人ヲシテ其實家ヲ招待セシムル爲メ控訴人ヲ實家ニ遣ハシタルニ控訴人ハ其儘居所ヲ侮マシ二月斗リ歸宅セス其後同年九月中控訴人ハ其非行ヲ陳謝シ漸ク被控訴人方ニ歸來ヲ許容セラレ被控訴人マサ自ラ控訴人實家ニ行キ之ヲ迎ヘ復歸セシメタルニ控訴人ハマサニ對シ女ノ寫眞ヲ示シ東京ニ此ノ如キ女カアル故斯カル所ニ居ラサル旨放言シ又故ナクマサヲ打擲スルコト十回以上ニ及ヒ殊ニ大正三年三月二十四日ノ夜ニハ控訴人ハ農事多忙ナルヲ苦痛トシ東京ニ行カントシタルヲ被控訴人マサハ之ヲ止メタルニ控訴人ハ憤リテ故ナクマサノ顏ヲ毆打シテ打撲傷ヲ負ハシメ剩ヘマサノ逃ケ出サントスルヤ控訴人ハ殺シテ仕舞フヘシト怒呼シ長サ五六寸ノ小刀ヲ以テマサノ後ヨリ左ノ肩ニ斬リ付ケ創傷ヲ負ハシメタルコトヲ認ムルニ足ル夫レ斯クノ如ク人ノ婦トシテマサノ行動ニ何等非難スヘキモノナキニ拘ラス控訴人ノ我意益々增長シ遂ニ右ノ如キ暴行ヲ逞スルニ至リ其所爲苛酷ニシテマサハ到底控訴人ト夫婦ノ關係ヲ連續シ同居スルニ堪ヘサル虐待ナリト云ハサルヘカラス控訴代理人ハ控訴人ハ被控訴人マサニ對シ暴行ヲ加ヘントスルモ其後宥恕ヲ受ケタリト主張スルヲ以テ之ニ付キ審査スルニ證人羽富清治ノ證言ニヨレハ控訴人ハ右暴行後被控訴人方ニ大正三年五

月十日マテ引續キ同居シ其間時々被控訴人家ノ田畑ニ出テ耕作シタルコトヲ認ムルニ足ルモ同證言及原審マサノ供述ニヨレハ被控訴人等ハ控訴人平素ノ行動前示ノ如クニシテ而モ最後ニハ斯ル暴行ヲマサニ加フルコトヲ敢テシタルヨリ到底從來ノ關係ヲ持續スルニ忍ヒサルモノト爲シ控訴人ハ勿論其實家ニ屬シ絕緣ヲ申出テ實家ニ復歸セシメントシタルニ實家ハ容易ニ應セス其交涉ニ日ヲ重ネタル爲メ控訴人ハ引續キ被控訴人方ニ起臥シ時ニハ耕作ニ從事シタルニ過キサルモノニシテ之ヲ以テ被控訴人マサカ控訴人ヲ宥恕シタルモノト爲スコトヲ得ス證人名越庄作椎名孝藏ノ證言ハ措信スルニ足ラス其他控訴人ノ援用スル證據ハ共ニ控訴人ノ主張ヲ確ムヘキモノナキヲ以テ控訴代理人ノ抗辯ハ採用スルニ足ラス

本訴提起ハ右事實發生後一年以內ニアルコトハ訴狀ニヨリ明カナレハ前段說明スル所ニヨリ被控訴人マサカ控訴人ニ對スル離婚請求ハ民法八一三條第五號前段ニ照シ正當ニシテ又婚養子緣組ノ場合ニ於テ離婚アリタル時ニ離緣ノ訴ヲ提起シ得ルコトハ同法第八六六條九號前段ニ規定スル所ナルカ故ニ被控訴人喜太郎クラカ控訴人ニ對スル離緣ノ請求モ亦正當ナリ(東京控訴大正四年(ネ)第四七一號同五年五月十九日民一部遠藤裁判長前田水口各判事判決)

【關係事項】

離緣並ニ離婚請求事件○控訴人羽富豐吉訴訟代理人辯護士龜山要被控訴人羽富喜太郎同羽富クラ同羽富マサ訴訟代理人辯護士宮古啓三郎

【同居ニ堪ヘサル虐待ノ意義ニ關スル參照學說判例】

本卷民法六七〇頁

本判決ハ正ナリ

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

四五〇　債務者カ保證人ヲ立ツル義務ヲ負フ場合ニ於テハ其保證人ハ左ノ條件ヲ具備スル者タルコトヲ要ス

一　能力者

二　辨濟ノ資力ヲ有スルコト

三　債務ノ履行地ヲ管轄スル控訴院ノ管轄内ニ住所ヲ有シ又ハ假住所ヲ定メタルコト

民事訴訟法**二一七**　裁判所ハ民法又ハ此法律ノ規定ニ反セサル限リハ辯論ノ全旨趣及ヒ或ル證據調ノ結果ヲ酌斟シ事實上ノ主張ヲ眞實ナリト認ムル可キヤ否ヤヲ自由ナル心證ヲ以テ判斷ス可シ

大審院判決

保證債務ハ主タル債務者カ債務ノ履行ヲ爲ササル場合ニ於テ之ニ代ハリ其債務ヲ履行スヘキ責任ヲ以テ内容トスル債權ノ擔保ニシテ保證債務ノ設定ハ一ニ債權者ノ權利ヲ確保シ債務ノ履行ヲ全カラシムルニ在レハ主タル債務者カ債權者ニ對シ保證人ヲ立ツヘキ義務ヲ負フ場合ニ於テ之ヲ立ツルハ主タル債務者ノ義務ナリト雖モ之ヲ立テシムルハ債權者ノ權利ニ屬ス從テ債權者ハ主タル債務者ノ負擔スル保證人ヲ立ツヘキ義務ノ全部又ハ一部ヲ免除スルコトヲ得ヘシ』

名ノミニ免除シタリトテ特別ノ事情ナキ限リ斯ル免除ノ事實ノ存在夫自體ニ依リ直チニ其擔保セラルヘキ債權ノ成立ヲ否定スヘキ資料ト爲ルヘキモノニアラス』

主タル債務者カ二名ノ保證人ヲ立ツヘキ義務ヲ負擔スル場合ニ債權者カ主タル

債務者ヲシテ其一名ノ保證人ヲ立テシメ且ツ其保證人ノ署名捺印セル債權證書ノ交付ヲ受ケ現ニ之ヲ所持セル以上ハ一應他ノ一名ヲ立ツルノ義務ハ免除セラレ且ツ債權ハ適法ニ成立シタルモノト推定スヘク立證責任ハ其債權ノ成立ヲ否定スルモノニ存スルモノト解スヘキモノトス』

保證債務ハ主タル債務者カ債務ノ履行ヲ爲ササル場合ニ於テ之ニ代ハリ其債務ヲ履行スヘキ責任ヲ以テ内容トスル債權ノ擔保ニシテ保證債務ノ設定ハ一ニ債權者ノ權利ヲ確保シ債務ノ履行ヲ全カラシムルニ在レハ主タル債務者カ債權者ニ對シ保證人ヲ立ツヘキ義務ヲ負フ場合ニ於テ之ヲ立ツルハ主タル債務者ノ義務ナリト雖モ之ヲ立ツヘキ義務ヲ負フ場合ニ於テハ之ヲ立ツルハ主タル債務者ノ負擔スル保證人ヲ立ツヘキ義務ハ一部ノ免除ニ在レハ主タル債務者カ債權者ニ對シ保證人ヲ立シムルハ債權者ノ權利ニ屬ス從テ債權者ハ主タル債務者ノ負擔スル保證人ヲ立ツヘキ義務ノ全部又ハ一部ヲ免除シタリトテ特別ノ事情ナキ限リ斯ル免除ノ事實ノ存在夫自體ニ依リ直チニ其擔保セラルヘキ債權ノ成立ヲ否定スヘク立證責任ハ其債權ノ成立ヲ否定スルモノニ存スルモノトス』

保證債務者カ債權者ニ對シ保證人ヲ立ツヘキ義務ヲ負擔スル場合ニ於テ之ニ代ハリ其債務ヲ履行スヘキ責任ヲ以テ内容トスル債權ノ擔保ニシテ保證債務ノ設定ハ一ニ債權者ノ權利ヲ確保シ債務ノ履行ヲ全カラシムルニ在レハ主タル債務者カ債權者ニ對シ保證人ヲ立ツヘキ義務ヲ負フ場合ニ於テ之ヲ立ツルハ主タル債務者ノ義務ナリト雖モ之ヲ立テシムルハ債權者ノ權利ニ屬ス從テ債權者ハ主タル債務者ノ負擔スル保證人ヲ立ツヘキ義務ノ全部又ハ一部ヲ免除スルコトヲ得ヘシ』

名ノミニ免除シタリトテ特別ノ事情ナキ限リ斯ル免除ノ事實ノ存在夫自體ニ依リ直チニ其擔保セラルヘキ債權ノ成立ヲ否定スヘキ資料ト爲ルヘキモノニアラス』

主タル債務者カ二名ノ保證人ヲ立ツヘキ義務ヲ負擔スル場合ニ債權者カ主タル債務者カ二名ノ保證人ヲ立テシメ且ツ其保證人ノ署名捺印セル債權證書ノ交付ヲ受ケ現ニ之ヲ所持セル以上ハ一應他ノ一名ヲ立ツルノ義務ハ免除セラレ且ツ債權ハ適法ニ成立シタルモノト推定スヘク立證責任ハ其債權ノ成立ヲ否定スルモノニ存スルモノトス』

保證債務ハ主タル債務者カ債務ノ履行ヲ爲ササル場合ニ於テ之ニ代ハリ其債務ヲ履行スヘキ責任ヲ以テ内容トスル債權ノ擔保ニシテ保證債務ノ設定ハ一ニ債權者ノ權利ヲ確保シ債務ノ履行ヲ全カラシムルニ在レハ主タル債務者カ債權者ニ對シ保證人ヲ立ツヘキ義務ヲ負フ場合ニ於テ之ヲ立ツルハ主タル債務者ノ義務ナリト雖モ之ヲ立テシムルハ債權者ノ權利ニ屬ス從テ債權者ハ主タル債務者ノ負擔スル保證人ヲ立ツヘキ義務ノ全部又ハ一部ヲ免除スルコトヲ得ヘシ』

名ノミニ免除シタリトテ特別ノ事情ナキ限リ斯ル免除ノ事實ノ存在夫自體ニ依リ直チニ其擔保セラルヘキ債權ノ成立ヲ否定スヘキ資料ト爲ルヘキモノニアラス』

主タル債務者カ二名ノ保證人ヲ立テシメ且ツ其保證人ノ署名捺印セル債權證書ノ交付ヲ受ケ現ニ之ヲ所持セル以上ハ一應他ノ一名ヲ立ツルノ義務ハ免除セラレ且ツ債權ハ適法ニ成立シタルモノト推定スヘク立證責任ハ其債權ノ成立ヲ否定スルモノニ存スルモノトス』

保證債務者カ其一名ノ保證人ヲ立テシメ且ツ其保證人ノ署名捺印セル債權證書ノ交付ヲ受ケ現ニ之ヲ所持セル以上ハ一應他ノ一名ヲ立ツルノ義務ハ免除セラレ且ツ債權ハ適法ニ成立シタルモノト推定スヘク立證責任ハ其債權ノ成立ヲ否定スルモノニ存スルモノトス』

當然ナリトス本件ニ於テ原審ノ確定セル事實ニ依レハ上告銀行ノ營業ハ會員ヲ募集シ一定ノ金額ヲ標準ニ五十口ノ會員ヲ一團トシ第一回乃至第五十回ニ渉リ一定ノ金

額ヲ一定ノ時期ニ於テ上告銀行ニ積立テ貯蓄セシメ會員中滿會マテ金員ノ借受ヲ爲ササル者ニ對シテハ之ニ幾分ノ金額ヲ加算シテ返還シ又會員中滿會前ニ金員ヲ借受ケタルトキハ所定ノ證書ヲ銀行ニ差入レシメ爾後毎回利息ヲ加算シタル一定ノ金額ヲ支拂ハシムルモノニシテ主タル債務者藤江喜太郎ハ三百圓口ノ特別會員ト爲リ第十一回目ニ於テ第十二回乃至五十回マテノ毎回支拂金七圓ヲ積算シタル總額二百七十三圓ニ付キ甲第一號證ヲ作成シ被上告人一名ヲ其連帶保證人トシテ署名捺印ノ上主タル債務者ヨリ上告銀行ニ差入レ上告人ハ現ニ之ヲ所持スルモノニシテ上告銀行業務規定第二〇條但書ニ借受ヲ爲サントスル會員ハ相當資格アル二名以上ノ連帶保證人ヲ要スル旨ノ規定アリト云フニ在レハ主タル債務者藤江喜太郎カ上告銀行ニ對シ借入金ヲ爲スニハ少クトモ連帶保證人二名ヲ立ツヘキ義務ヲ負擔セルコト明ナリト雖モ同人ハ被上告人一名ヲ連帶保證人トシテ甲第一號證ニ署名捺印セシメテ之ヲ上告銀行ニ交付シ上告銀行ハ現ニ之ヲ所持セルモノナレハ如上說示ノ理由ニ依リ特別ノ事情ナキ限リ上告銀行ハ藤江喜太郎ニ對シ他ノ一名以上ノ保證人ヲ立ツルノ義務ヲ免除シテ金員ヲ貸與シ主タル債務者ト上告銀行間ノ債權關係ハ適法ニ成立セルモノナリト推定スヘキモノトス然ルニ原審ハ上記上告銀行ノ業務規定ハ會員ト銀行トヲ羈束スルモノニシテ上告銀行ノ債權確保ハ同時ニ未タ銀行ヨリ借受ヲ爲ササル會員ノ銀行ニ對スル返還請求權ヲ擔保スルモノナリト說示シ進ンテ同但書ノ規定ハ會員ニ要求シタル條件ニアラスシテ自由ニ取捨シ得ヘキ隨意規定ナルコトヲ認メ得ヘキ立證ヲ爲ササル以上甲第一號證ハ業務規定ニ違反セル不完全ナル證書ナルヲ以テ債權ノ成立ヲ認ムルニ足ラス從テ保證債務モ亦滿足ニ成立シタリト認ムルヲ得ス

ト判示シタルハ上告銀行カ積立金員ノ貸借關係ニ付キ獨立シテ責任ヲ負擔スヘキ地位ニ在ル確定ノ事實ヲ無視シタルモノニシテ又原審ノ確定セル主タル債務者藤江喜太郎カ甲第一號證ノ日付後間モナク所在ヲ晦マシ掛戻金ノ支拂ヲ爲ササリシ事實ノ如キハ夫自體甲第一號證ニ對スル金員交付ノ事實ヲ否定スヘキ直接ノ資料ニアラサルヲ以テ原審カ何等特別ナル事情ノ認ムヘキ事實ヲ確定セス如上ノ推定ニ反シ立證責任ヲ上告人ニ負擔セシメタルハ擔保ノ性質ヲ誤解シ延テ立證責任ヲ顚倒シタル不法アリ(大審院大正五年(オ)第四八八號同年九月二十七日民三部横田裁判長大倉磯谷柳川三宅各判事判決)

【關係事項】

破毀差戻○原審函館地方裁判所○貸金請求事件○上告人株式會社共榮貯金銀行函館支店訴訟代理人辯護士石橋昌榮被上告人中山小清太訴訟代理人辯護士高木益太郎同菊江久治

(三八六)

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

前項ノ規定ハ財產權ヲ目的トセサル法律行爲ニハ之ヲ適用セス

民事訴訟法二三〇第一項　判決ハ辯論ヲ經タル總テノ攻擊及ヒ防禦ノ方法ヲ包括ス

詐害行爲取消ノ訴ニ於テハ其取消ヲ求メラルル行爲ヲ爲シタル當時ニ於テ債務者ノ資產カ負債ヲ償却スルコト能ハサル狀態ニ在リタルコトヲ判示スルヲ以テ足ルモノニシテ取消訴權行使當時ノ債務者ノ資產狀態ニ付テハ相手方ヨリ特ニ此點ニ付テノ抗辯ナキ限リハ此點ニ涉リ說明判斷ヲ爲スノ必要ナキモノトス」

詐害行爲取消ノ訴ニ於テハ債務者カ債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル法律行爲ノ取消ヲ求ムル訴ナルヲ以テ其取消ヲ求メラルル行爲ヲ爲シタル當時ニ於テ債務者ノ資產カ負債ヲ償却スルコト能ハサル狀態ニ在リタルコトヲ判示スルヲ以テ足ルモノニシテ取消訴權行使當時ノ債務者ノ資產狀態ニ付テハ相手方ヨリ特ニ此點ニ付テノ抗辯ナキ限リハ此點ニ涉リ說明判斷ヲ爲スノ必要ナキモノトス」(大審院大正四年(オ)第一一〇二號同五年五月一日民二部馬場裁判長田上榊原入江鈴木各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審松山地方裁判所○詐害行爲取消請求事件○上告人源義一訴訟代理人辯護士高野金重同福本謙治郎被上告人松本虎太郎

本判決ノ結果ニ對シテハ吾人ノ贊同スル所ナルモ其說明ニハ多少ノ疑ヲ有ス抑モ詐害行爲取消權ノ要件トシテ「債務者ノ資產カ負債ヲ償却スル事能ハサル狀態」卽チ支拂不能ノ狀態ニ在ル事ヲ要スルヤ否ヤハ我民法ニ於テ之ヲ明定セスト雖モ取消權ヲ認メタル立法ノ精神ヨリ考覈スレハ之ヲ必要トスルモノト謂ハサルヲ得ス然ラハ其要件ハ何時存在スルコトヲ要スルヤ換言スレハ右要件ハ(イ)債務者ノ詐害行爲ノ當時ニ存在スレハ足ルモノナリヤ(行爲當時要件存在說ト假稱ス)將タ(ロ)取消權行使ノ當時(卽チ訴提起ノ當時)ニモ存續スルコトヲ要スルヤ(訴提起當時要件存續說ト假稱ス將タ又ハ)訴訟ニ於ケル口頭辯論ノ終結當時迄存續スルコトヲ要スヘキヤ(辯論終結當時要件存續說ト假稱ス)本判決ハ其後段ニ於テ「取消權行使當時ノ債務者ノ資產狀態ニ付テハ……相手方ノ抗辯ナキ限リ……說明判

斷ヲ爲スノ必要ナキモノトス」ト說示セルヨリ觀ルトキハ疑アレトモ(ロ)ノ見解ナルカ如シ何トナレハ判決ノ趣旨ハ取消權行使當時卽チ訴提起ノ當時ニ於ケル債務者ノ資產狀態ハ取消權行使ノ相手方ノ主張卽チ判斷資料ノ提供行爲アルトキハ裁判所ハ之ヲ斟酌シ因テ以テ詐害行爲取消ノ要件ヲ具備セリヤ否ヤヲ判斷セサルヘカラサルモ其主張ナキ限リ之ヲ「說明判斷」スルコトヲ要セサルモノト解スヘキカ故ナリ果シテ然リトセハ吾人ハ前段訴提起當時要件存續說)ニ對シテハ贊同スルコトヲ得ス(判文取消訴權行使ノ當時トハ或ハ訴提起ノ時ヨリ辯論終結迄ヲ意味スルヤモ知レス若シ然リトセハ吾人ハ敢テ本判決ニ反對セス)吾人ハ右(ハ)ノ見解ヲ主張セムト欲スルモノナリ而シテ吾人ハ短文ヲ欲スルカ爲メニ(イ)(ロ)ノ見解ノ不可ナルコトノ詳論ヲ避ケ簡單ニ斷案ノ說明ヲ爲スニ止メムトス卽チ詐害行爲ノ取消權ヲ認メタル所以ノモノハ債務者ノ行爲カ債權者ノ共同擔保ヲ減少セシメ以テ債權者ヲシテ完全ナル辨濟ヲ受クルコト能ハサラシムルノ結果ヲ避ケシメムカ爲メナリ而シテ我民事訴訟法ノ解釋論トシテハ裁判所ハ口頭辯論ノ終結ニ至ル迄ニ於ケル全訴訟資料ニ依リテ判斷ヲ爲スヘキモノ卽チ口頭辯論終結當時ニ於ケル狀態ニ依リテ裁判ヲ爲ササルヘカラス(民訴二三〇)故ニ當事者ニシテ辯論終結迄ニ債務者カ支拂不能ノ狀態ニ在ラサルコト換言セハ債務者ノ資產カ債權者ニ滿足ナル辨濟ヲ爲シ得ヘキ狀態ニ在ルコトヲ立證シタル以上ハ

露光量違いの為重複撮影

債權者ハ敢テ債務者ノ行爲ヲ取消スノ必要ナク債務者ノ他ノ財產ニ依リテ完全ナル辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘシ從テ此ル場合ニハ裁判所ハ債務者ノ法律行使ヲ取消スヘキ判決ヲ爲スヘカラスシテ債權者敗訴ノ言渡ヲ爲ササルヘカラサルモノタリ是ニ由テ之ヲ觀レハ我民事訴訟法ノ解釋トシテハ債權者カ取消權行爲ノ當時卽チ訴提起ノ當時ニ於テハ取消權ノ要件ヲ具備セルモ口頭辯論ノ終結當時ニ於テハ其要件ヲ缺クニ至リタルトキハ裁判所ハ常ニ其債務者ノ法律行爲ノ取消ヲ言渡スヘキモノニアラサルモノト論斷セサルヲ得ス然ラハ右要件ハ當事者ノ何レニ於テ立證スルノ責任アリヤ之一個ノ疑點タルヲ免レスト雖モ本判決ノ趣旨ヨリセハ被告（取消權行使ノ相手方）ニ在リトセルモノノ如シ吾人亦然カ解セムト欲ス蓋シ民四二四ノ文字解釋ヨリスルモ將タ債權者ニ取消權ヲ與ヘタル立法趣旨ヨリスルモ之ニ反對スヘキ理由存セサレハナリ何トナレハ債務者ノ行爲當時ニ於テ要件カ具備セシ以上ハ一應ハ口頭辯論ノ終結當時ニ於テモ尙ホ其狀態ノ持續アルモノト觀ルヲ得ヘク苟モ其狀態ニ變更アリト主張セムトスル者ハ其者ニ於テ其變更アルコトヲ立證セサルヘカラサルハ社會通念ニ適合セル見解ト謂フヲ得ヘケレハナリ要スルニ本判決カ右要件ノ立證責任ヲ相手方ニ歸セシメ相手方ノ　證ナキ場合ニ於テ裁判所ハ進テ此點ニ言及スヘキ義務ナキモノトセルハ道程ノ如何ニ拘ラス其結論ハ正當ナリト謂ハサルヘカラス

（六四）

四二四第一項　債權者ハ債務者カ其債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル法律行爲ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但其行爲ニ因リテ利益ヲ受ケタル者又ハ轉得者カ其行爲又ハ轉得ノ當時債權者ヲ害スヘキ事實ヲ知ラサリシトキハ此限ニ在ラス

民法第四二四條ノ規定ニ依リ債權者取消權ノ目的タル行爲ハ受益者カ轉得者トシタル法律行爲ヲ包含セス故ニ債權者カ受益者又ハ轉得者ニ對シ詐害行爲ノ目的タル財產ノ回復又ハ之ニ代ハルヘキ損害賠償ヲ求メント欲セハ其受益者又ハ轉得者ニ對スル關係ニ於テ債務者ノ爲シタル詐害行爲ノ取消ヲ請求スヘキモノトス」

民法第四二四條ノ規定ニ依リ債權者ノ取消權ノ目的タル行爲ハ債務者ノ爲シタル法律行爲卽チ所謂詐害行爲ヲ謂フモノニシテ受益者カ轉得者ト爲シタル法律行爲ノ如キハ其內ニ包含スルモノニアラス故ニ債權者カ受益者又ハ轉得者ニ對シ詐害行爲ノ目的タル財產ノ回復又ハ之ニ代ハルヘキ損害賠償ヲ求メント欲セハ其受益者又ハ轉得者ニ對スル關係ニ於テ債務者ノ爲シタル詐害行爲ノ取消ヲ請求スヘキモノトス然ルニ本件ニ付キ第一審裁判所ハ單ニ債務者及ヒ受益者間ノ關係ニ於テノミ本件詐害行爲ヲ取消シタルモノナルニ拘ハラス上告人ハ轉得者タル被上告人等ニ對スル關係ニ於テ詐害行爲ノ取消ヲ求メス詐害行爲ニアラサル受益者及ヒ轉得者等ノ爲シタル法律行爲ノ取消ヲ求メタルハ不當ト謂ハサルヲ得ス尙ホ被上告人伊藤利作ニ對スル所有權保存登記抹消請求及ヒ被上告人中野米吉ニ對スル抵當權設定登記抹消請求モ轉得者タル被上告人等ニ對スル關係ニ於テ詐害行爲ノ取消ヲ求メ其目的タル財產回

露光量違いの為重複撮影

債權者ハ敢テ債務者ノ行爲ヲ取消スノ必要ナク債務者ノ他ノ財產ニ依リテ完全ナル辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘシ從テ此ル場合ニハ裁判所ハ債務者ノ法律行使ヲ取消スヘキ判決ヲ爲スヘカラスシテ債權者敗訴ノ言渡ヲ爲ササルヘカラサルモノタリ是ニ由テ之ヲ觀レハ我民事訴訟法ノ解釋トシテハ債權者カ取消權行爲ノ當時卽チ訴提起ノ當時ニ於テハ取消權ノ要件ヲ具備セルモ口頭辯論ノ終結當時ニ於テハ其要件ヲ缺クニ至リタルトキハ裁判所ハ常ニ其債務者ノ法律行爲ノ取消ヲ言渡スヘキモノニアラサルモノト論斷セサルヲ得ス然ラハ右要件ハ當事者ノ何レニ於テ立證スルノ責任アリヤ之一個ノ疑點タルヲ免レスト雖モ本判決ノ趣旨ヨリセハ被告(取消權行使ノ相手方)ニ在リトセルモノノ如シ吾人亦然カ解セムト欲ス蓋シ民四二四ノ文字解釋ヨリスルモ將タ債權者ニ取消權ヲ與ヘタル立法趣旨ヨリスルモ之ニ反對スヘキ理由存セサレハナリ何トナレハ債務者ノ行爲當時ニ於テ要件カ具備セシ以上ハ一應ハ口頭辯論ノ終結當時ニ於テモ尙ホ其狀態ノ持續アルモノト觀ルヲ得ヘク苟モ其狀態ニ變更アリト主張セムトスル者ハ其者ニ於テ其變更アルコトヲ立證セサルヘカラサルハ社會通念ニ適合セル見解ト謂フヲ得ヘケレハナリ要スルニ本判決カ右要件ノ立證責任ヲ相手方ニ歸セシメ相手方ノ證ナキ場合ニ於テ裁判所ハ進テ此點ニ言及スヘキ義務ナキモノトセルハ道程ノ如何ニ拘ラス其結論ハ正當ナリト謂ハサルヘカラス

四二四第一項　債權者ハ債務者カ其債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル法律行爲ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但其行爲ニ因リテ利益ヲ受ケタル者又ハ轉得者カ其行爲又ハ轉得ノ當時債權者ヲ害スヘキ事實ヲ知ラサリシトキハ此限ニ在ラス

民法第四二四條ノ規定ニ依リ債權者取消權ノ目的タル行爲ハ受益者カ轉得者トシタル法律行爲ヲ包含セス故ニ債權者カ受益者又ハ轉得者ニ對シ詐害行爲ノ目的タル財產ノ回復又ハ之ニ代ハルヘキ損害賠償ヲ求メント欲セハ其受益者又ハ轉得者ニ對スル關係ニ於テ債務者ノ爲シタル詐害行爲ノ取消ヲ請求スヘキモノトス』

民法第四二四條ノ規定ニ依リ債權者ノ取消權ノ目的タル行爲ハ債務者ノ爲シタル法律行爲卽チ所謂詐害行爲ヲ謂フモノニシテ受益者カ轉得者ト爲シタル法律行爲ノ如キハ其內ニ包含スルモノニアラス故ニ債權者カ受益者又ハ轉得者ニ對シ詐害行爲ノ目的タル財產ノ回復又ハ之ニ代ハルヘキ損害賠償ヲ求メント欲セハ其受益者又ハ轉得者ニ對スル關係ニ於テ債務者ノ爲シタル詐害行爲ノ取消ヲ請求スヘキモノトス然ルニ本件ニ付キ第一審裁判所ハ單ニ債務者及ヒ受益者間ノ關係ニ於テノミ本件詐害行爲ヲ取消シタルモノナルニ拘ハラス上告人ハ轉得者タル被上告人等ニ對スル關係ニ於テ詐害行爲ノ取消ヲ求メス詐害行爲ニアラサル受益者及ヒ轉得者等ノ爲シタル法律行爲ノ取消ヲ求メタルハ不當ト謂ハサルヲ得ス尙ホ被上告人伊藤利作ニ對スル所有權保存登記抹消請求及ヒ被上告人中野米吉ニ對スル抵當權設定登記抹消請求モ轉得者タル被上告人等ニ對スル關係ニ於テ詐害行爲ノ取消ヲ求メ其目的タル財產回

復ノ方法トシテ其請求ヲ爲スハ格別本件ハ受益者及ヒ轉得者ノ行爲ノ取消ヲ原因トシテ右登記抹消ノ請求ヲ爲スモノナルヲ以テ是亦不當ト謂ハサルヲ得ス然レハ上告人ノ本訴請求ヲ排斥シタル原判決ハ相當ニシテ之ニ對スル本件上告ハ其理由ナキモノトス(大審院大正四年(オ)第五〇二號同五年三月三十日民二部馬場裁判長田上榊原入江木各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審名古屋地方裁判所○詐害行爲取消請求事件○上告人林源次郎訴訟代理人辯護士松田義隆被上告人伊藤利作外一名訴訟代理人辯護士新美穆太郎

【詐害行爲取消權ノ物體ニ關スル同趣旨學說】

石坂博士

取消權ノ物體タルモノハ債權者ニ損害ヲ生スル債務者ノ行爲ナリトス取消權ノ物體ノ要件ヲ逸フレハ左ノ如シ一債務者ノ行爲タルコトヲ要ス取消權ノ物體タルモノハ債務者ノ行爲ナリトス故ニ取消權ハ債務者ヲ單獨行爲及ヒ債務者受益者ト轉得者間ノ契約又ハ轉得者ノ行爲ニハ適用ナシ取消權カ轉得者ニ其效果ヲ及ホスハ後ニ論スルカ如ク當初ノ債務者ノ行爲カ取消ニ依ツテ無效ト爲ルノ結果ナリ(法學博士石坂音四郎氏日本民法七二二頁)

判旨正當ナリ

(三八八)

大審院判決

五一三 六〇一

當事者カ債務ノ要素ヲ變更スル契約ヲ爲シタルトキハ其債務ハ更改ニ因リテ消滅ス

賃貸借ハ當事者ノ一方カ相手方ニ或物ヲ使用及ヒ收益ヲ爲サシムルコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生スコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ス

賃料ハ賃貸借ノ因テ以テ成立スル要素ナレハ當事者カ既定ノ賃料ヲ他ノ物ニ變更スル合意ヲ爲シタル如キ場合ニ於テハ要素ノ變更ニシテ更改ヲ爲スヘシト雖モ當事者カ單ニ賃料ノ增額ヲ爲シタルニ過キサルトキハ債務ノ分量ヲ變シタルニ止マリ新ナル債務ニ更スル合意ヲ爲シタル如キ場合ニ於テハ要素ノ變更ニシテ更改ヲ爲スヘシト雖モ當事者カ單ニ賃料ノ增額ヲ爲シタルニ過キサルトキハ債務ノ分量ヲ變シタル

ニ止マリ新ナル債務關係ヲ發生セシムル意思アルモノト謂フコトヲ得サルヲ以テ更改ニ必要ナル要素ノ變更アルモノニ非ス』

(三八九)

賃料ハ賃貸借ノ因テ以テ成立スル要素ナレハ當事者カ既定ノ賃料ヲ他ノ物ニ變更スル合意ヲ爲シタル如キ場合ニ於テハ要素ノ變更ニシテ更改ヲ爲スヘシト雖モ當事者カ單ニ賃料ノ增額ヲ爲シタルニ止マリ新ナル債務關係ヲ發生セシムル意思アルモノト謂フコトヲ得サルヲ以テ更改ニ必要ナル要素ノ變更アルモノニ非ス然レハ原審カ賃料値上ノ合意ハ更改ニ非サル旨ヲ判示シ上告人ノ抗辯ヲ排斥シタルハ相當ナリ(大審院大正五年(オ)第四七〇號同年十月四日民三部横田裁判長大倉磯谷柳川三宅各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審東京地方裁判所○家賃請求事件○上告人尾越蓊輔訴訟代理人辯護士南雲庄之助被上告人東宣建物株式會社

【賃料ノ增加ト更改ニ關スル同趣旨學說判例】

本卷民法三〇八頁及三一三、三一四頁及五七一頁參照

至當ノ判決ナリ

(三八九)

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

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

賣買契約ニ於テ賣買カ買主ニ交付スヘキ目的物中ノ一部ニ契約ノ趣旨ニ適合セサルモノアルトキハ其交付タルヤ不完全給付ニシテ即チ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ト云フコトヲ得サルカ故ニ買主ハ其不完全給付ノ受領ヲ拒絶シ且之レヲ原因トシテ契約ヲ解除シ代金支拂ノ義務ヲ免カルルコトヲ得ヘシト雖モ既ニ之ヲ受領シ且ツ契約ノ解除ヲ爲ササル以上ハ買主ハ其不完全給付ノ爲メニ目的物ノ價格ノ上ニ減損ヲ來シタル程度ニ於テ代金減額ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルモ一部ノ不完全給付ヲ原因トシテ直ニ賣買代金全部ノ支拂ヲ拒絶スルコトヲ得ス』

賣買契約ニ於テ賣主カ買主ニ交付スヘキ目的物中ノ一部ニ契約ノ趣旨ニ適合セサルモノアルトキハ其交付タルヤ不完全給付ニシテ即チ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ト云フコトヲ得サルカ故ニ買主ハ其不完全給付ノ受領ヲ拒絶シ且之レヲ原因トシテ契約ヲ解除シ代金支拂ノ義務ヲ免カルルコトヲ得ヘシト雖モ既ニ之ヲ受領シ且ツ契約ノ解除ヲ爲ササル以上ハ買主ハ其不完全給付ノ爲メニ目的物ノ價格ノ上ニ減損ヲ來シタル程度ニ於テ代金減額ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルモ一部ノ不完全給付ヲ原因トシテ直ニ賣買代金全部ノ支拂ヲ拒絶シレハ買主タル上告人ハ既ニ本件賣買ノ目的物タル材木全部ノ引渡ヲ受ケタルモノニシテ唯上告人ノ主張スル所ハ其内九點ノ材木ハ短尺節物等ニテ材質粗惡契約ノ趣旨ニ適合セサルニヨリ本件賣買代金ノ支拂ヲ爲スコト能ハスト謂フニ止マリ之ヲ原因トシテ契約解除ノ意思ヲ表示シタルモノニ非ス又短尺節物等ノ爲メニ價格ノ減損シ

川名博士
石坂博士

タル數額ヲ擧ケテ本訴代金ノ減額ヲ求ムルモノニアラス唯漫然一部ノ不完全給付ヲ理由トシテ代金全部ノ支拂ヲ拒絶セントスルモノナルニ過キス然レトモ斯ノ如キハ叙上買主ノ義務ニ關スル法則ニ違背スルモノニシテ原判決カ其抗辯ヲ斥ケタルハ國ヨリ相當ナリ(大審院大正五月(オ)第四九四號同年十月七日民三部横田裁判長大倉磯谷柳川三宅各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審富山地方裁判所○村木代金請求事件上告人渡邊松次郎訴訟代理人辯護士天野敬一被上告人吉川吉松

【不完全給付ト代金減額ニ關スル參照學說】

一　其他ノ場合ニ於テ債務者カ其債務ヲ履行シタルモ其履行カ不完全ナルトキハ債務ノ本旨ニ從ハサルモノトシテ損害賠償ノ義務ヲ生スルモノトス例ハ引渡スヘキ目的物ニ隱レタル瑕疵アルカ如キ又其目的物ニ傳染病毒ヲ包藏シタルカ爲メニ履行ノ結果他人ニ損害ヲ加ヘタルカ如キ場合ニ於テモ吾民法上ニ於テハ債務ノ本旨ニ從ハサル履行トシテ損害賠償ノ義務ヲ負擔スヘシト說明スルコトヲ得ン元來此ノ如キ場合ニ於テハ債務ヲ發生セシメサルヘカラサルノ點ニ付キテハ何人モ異論ナキ處ナルモ其債務發生ノ法律上ノ理由如何ト云フ問題ニ付キテハ獨逸民法學者間ニ大ニ爭アル所ナリ獨逸ノ學者カ積極的契約ニ違反ト題シテ大ニ論議スル處ハ乃チ此問題ヲ決センカ爲メナリ(法學博士川名兼四郎氏債權法要論一六五頁)

二　不完全給付ニ因リ債權者ニ損害ヲ生スル場合ハ例ヘハ病牛ヲ引渡シタルカ爲メ債權者ノ他ノ牛ニ傳染シ腐敗セル果實ヲ引渡セルカ爲メ債權者ノ他ノ果實ヲ腐敗セシメ勞務者カ其仕事ヲ爲スニ付キ過失アリシカ爲メ債權者ノ物ヲ毀損シ運送人カ送先ノ名宛ヲ誤リテ運送ヲ爲シタルカ爲メ債權者ニ損害ヲ與ヘ代理人カ其代理權ヲ濫用シタルカタメ本人ニ損害ヲ生セシメタル場合ノ如シ又例ヘハ會社ノ社員カ貸借對照表ヲ四週間内ニ作製スヘキコトヲ命セラレタルニ八日ニシテ作製セリ然レトモ其對照表ハ誤謬ヲ含ミ之ニ基キ會社ハ取引行爲ヲ爲シ損失ヲ蒙リタル場合ノ如シ以上例示セル場合ニ債權侵害成立スルハ殆通說ノ認ムル所ニシテ僅ニ二三ノ學者カ之ニ反對スルヲ見ルノミ(法學博士石坂音四郎氏日本民法第二卷五九二頁)

上述スルカ如ク獨法ニ於テハ不完全給付ノ效力ニ關シ議論岐ルト雖モ我國法ニアリテハ第四一五條第一段ノ規定ヲ適用シ債權者ハ債務者ニ對シ不完全給付ニ由リテ生セル損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ルモノト解スヘシ蓋同條ニ依レハ「債權者カ其債務ノ本旨ニ從ヒテ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」ト規定ス債務ノ本旨ニ從ヒテ履行ヲ爲ササルキハ債務ノ内容ニ反スルヲ云フ遲滯ノミヲ云フモノニアラサルハ文字ニ依リテ明カナリ而シテ不完全給付ハ債務ノ本旨ニ從

ヒタル履行ニアラサルカ故ニ同條ヲ適用スルヲ得ヘシ唯債務者ノ過失ヲ要スルヤ否ヤ明カナラスト雖モ債務者ハ過失ニ對シテノミ責ニ任ストノ一般原則及ヒ遲滯給付不能ニ關シ過失ヲ要スル點ヨリ推論スレハ過失ニ因ル不完全給付ノ場合ニ債權者ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤニ關シテハ其責ニ任スルモノト解セサルヘカラス然レトモ不完全給付ノ場合ニ債權者ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤニ關シテハ我法典ニ於テモ獨法ト同シク明文ヲ欠ク而シテ先キニ獨法ノ學說ニ關シ述ヘタルカ如ク直接ニ適用スヘキ法律ノ規定ヲ欠クノミナラス又準用スヘキ規定ナキカ故ニ契約ノ解除ハ之ヲ爲スコトヲ得ス卽法律ノ不備存スルモノトナササルヘカラス（同上六〇三頁）

三　我民法上積極的債權侵害ヲ認ムヘキ否ヤハ疑問ナリ然レトモ學者カ積極的債權侵害ト稱フルモノノ中最モ重要ナル地位ヲ占ムル不完全履行ニ付テハ我民法上類推解釋ヲ用フルコトナクシテ之ヲ認メ得ルモノト考フ民法第四一五條ハ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ノ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ト規定セリ而シテ其債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲サストイフハ全然履行ヲ爲ササル場合ノミナラス兎ニ角履行ハナシタレトモ其履行カ債務ノ本旨ニ從ヒタルモノニアラサル場合ヲモ尙之ヲ包含スルモノト解釋スルヲ得ヘキカ故ナリ以上述フル所ヲ正當トスルトキハ上ニ揭クタル例ノ中（イ）及ヒ（ロ）ハ我民法上亦債務不履行ノ一種トナスコトヲ得ヘシ然レトモ其要件及ヒ效果ニ付テハ疑問少カラス（法學士鳩山秀夫氏日本債權法一四四頁）

次ニ不完全履行ノ效果ニ付テハ左ノ數點ヲ研究スルヲ要ス（イ）給付ノ不完全ナルニ基ク損害ハ債權者ニ於テ之ヲ賠償セシムルコトヲ得此點ニ付テハ疑ナシ（ロ）債權者ハ不完全ナル給付ヲ返還シテ履行ニ代ルヘキ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ルヤ否ヤ（ハ）債權者ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤ此等ノ二點ニ付テハ我法典ニモ明文ヲ缺ク解釋上種種說アリ余ハ給付ノ著シク不完全ナルカ爲メニ債權成立ノ目的ヲ達スルコト能ハサル場合ニ於テハ新ニ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲スヘキコトヲ請求シ其不能又ハ遲滯ノ場合ニ於テ契約ノ解除等ヲナシ得ルモノト解セントス但シ賣買ニ付テハ其特別規定ニ從フコト勿論ナリ（法學士鳩山秀夫氏日本債權法一四五頁）

債權ノ履行卽チ辨濟ハ債務ノ本旨ニ從ヒ其時期ニ於テ現實ニ之ヲ爲ササルヘカラス（民法第四九三條）其時期ニ於テ履行ヲ爲ササルハ履行遲滯トシテ履行不能ト共ニ債務不履行ノ責ニ任ス（同法第四一五條）給付ノ性質又ハ方法ニ從ハサル履行（本件事案ハ此場合ニ該當ス）ハ其何レニモ屬セス然レトモ此等ノ給付モ亦債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ニ非サルカ故ニ債務不履行トシテ其責任ヲ負擔ス

ヘキコト（同法條前段學說ノ認ムル所ニシテ亦斯ル不完全給付ハ債權者ニ於テ其受領ヲ拒絕シ完全ナル給付ヲ請求スルコトヲ得ヘキヤ勿論ナリ只債權者カ之ヲ受領セル場合ニ於テ如何ナル救濟權ヲ有スルヤ議論ノ存スル所ナルモ不完全給付夫レ自體ハ解除權ノ發生原因タラサルコト當該規定ニ徵シ明カナリ（同法第五四一條乃至第五四三條）判決ハ之ヲ認ムルカ如キモ首肯スルコトヲ得ス債權者ハ完全ナル給付ヲ求メ之ヲ履行セサルニ於テ初メテ契約ヲ解除スルコトヲ得ヘシ（同法第五四一條）更ニ判決ハ代金減額ノ請求權ヲ認メタルモ其如何ナル根據ニ基クヤ判旨之ヲ明カニセサルカ故ニ知ルコトヲ得ス吾人ハ前叙ノ如ク債務ノ本旨ニ從ハサル履行卽チ不完全給付トシテ單ニ損害賠償ヲ求ムルコトヲ得ルニ過キサルモノト解ス

要之判決カ本件不完全給付ニ付キ契約解除又ハ代金減額ヲ認メタルハ不當ナルモ不完全給付ヲ原因トシテ直ニ代金全部ノ支拂ヲ拒絕スルコトヲ得ストノ判旨ハ正當ナリ

一二七　停止條件附法律行爲ハ條件成就ノ時ヨリ其效力ヲ生ス（第二項略）
當事者カ條件成就ノ效果ヲ其成就以前ニ遡ラシムル意思ヲ表示シタルトキハ其意思ニ從フ
一二九　條件ノ成否未定ノ間ニ於ケル當事者ノ權利義務ハ一般ノ規定ニ從ヒ之ヲ處分相續保存又ハ擔保スルコトヲ得

一六七　物權ノ設定及ヒ移轉ハ當事者ノ意思表示ノミニ因リテ其效力ヲ生ス

三六二第一項　質權ハ財產權ヲ以テ其目的ト爲スコトヲ得

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產ニ付キ他ノ債權者ニ先チテ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クル權利ヲ有ス

地上權及ヒ永小作權モ亦之ヲ抵當權ノ目的ト爲スコトヲ得此場合ニ於テハ本章ノ規定ヲ準用ス

不動產ノ所有權ヲ有セサル者カ其ノ不動產ノ上ニ抵當權ヲ設定スルハ無效ナリ」

條件ノ成否未定ノ間ニ於ケル權利ヲ質權ノ目的ニ供スルコトハ可能ナリ」

條件ノ成否未定ノ間ニ於ケル一種ノ希望權ハ之ヲ抵當ノ目的ニ供シ得サルモノトス」

抵當權ノ條件附設定アリタルトキハ條件成就ノ時ニ始メテ其效力ヲ生スルニ過キサルモノニシテ條件成就前即チ債務者カ不動產ノ所有權ヲ取得セサル前ニ在テハ抵當權ノ設定ナキモノト爲ルヘシ」

「不動產ノ所有權ヲ有セサル者カ其ノ不動產ノ上ニ抵當權ヲ設定スルハ無效ナリ」大審院判決ハ事案ノ場合ニ於テハ抵當權ハ債務者カ他日不動產ノ所有權ヲ取得スルト同時ニ設定セラルヘキモノナリト說明セリ他日不動產ノ所有權ヲ取得スルト同時ニ設定セラルヘシト謂フハ條件附權利ノ擔保アリト見タルモノナリヤ果シテ其ノ意味ナリトセハ明カナル誤解ナリト謂ハサルヘカラス蓋シ我民法ノ下ニ在リテハ權利質ハ之ヲ認メ居ルカ故ニ條件ノ成否未定ノ間ニ於ケル權利ヲ質權ノ目的ニ供スルコトハ可能ナルヘシト雖モ抵當權ノ目的ハ唯不動產又ハ地上權永小作權ニノミ限ラルルカ故ニ條件ノ成否未定ノ間ニ於ケル一種ノ希望權ナルモノハ之ヲ抵當ノ目的ニ供シ得

サルモノト解セサルヘカラス不動產ノ上ニ存スヘキ「抵當權ノ條件附設定」ノ意味ナリトスルトキハ第一二七條ノ規定ニ依リテ此抵當權設定ナル法律行爲ハ「條件成就ノ時ニ始メテ其效力ヲ生スルニ過キサルモノニシテ條件成就前即チ債務者カ不動產ノ所有權ヲ取得セサル前ニ在リテハ抵當權ノ設定ナキモノト爲ルヘシ(但當事者カ條件成就ノ效果ヲ其成就前ニ遡ラシムヘキ意思ヲ表思シタルトキハ自カラ別論ナリ)然ルニ若シ當事者ノ意思カ唯將來不動產ノ所有權ヲ取得シタル場合ニ其上ニ抵當權ヲ設定スヘキ債權的ノ豫約ヲ爲スニ在リシトキハ此意呼ニ於テハ未タ所有セサル不動產ノ上ニ豫メ抵當權ノ設定ヲ約スルコトヲ得ヘキモノトス然レトモ是レ固ヨリ物權的行爲トシテニハ非サルナリ其輕濟上ノ結果其他事實上ノ利害關係カ當事者ニトリテ同一又ハ類似ナリトノ故ヲ以テ未タ取得セサル不動產ノ上ニ抵當權ヲ設定スヘキ物權的意思表示ヲ爲シ得ヘシトノ論據ニ加フルコト能ハサルヘキヤ勿論ナリ(法學士三藩信三氏法學志林第一八卷四條六九頁以下「質疑解答」要領)

豫メ他人ノ物ノ所有權ヲ移轉シ又ハ其物ノ上ニ抵當權ヲ設定スル物權的意思表示アリタルトキハ其物カ處分者ニ所屬スルニ至ルマテ其意思表示ノ內容ニ相當スル效果ヲ生スルコト能ハサルモ之ニ歸屬スルニ至ルトキハ其瞬間ニ於テ當然且直接ニ其內容ニ相當スル權利ノ變動ヲ惹起スルモノトス」

停止條件附法律行爲ハ無條件ナラハ其內容ニ相當スル法律上ノ效果ヲ生スヘキ法律行爲ニ付キ當事者カ其效果ノ發生ヲ將來ノ事實ノ發不發ニ繫ラシメタルモ

ノニシテ法律行爲ノ成立要件效力要件共ニ完備スルモ尙條件カ成就スルマテ其內容ニ相當スル效果ヲ生スルコトナキニ反シ處分者ニ處分ノ物體タル物カ歸屬スル以前ニ豫メ爲サレタル處分行爲ハ法律要件トシテ末タ完備セサルモノニシテ物カ處分者ニ歸屬スルニ因リテ始メテ完備シ此ト同時ニ其內容ニ相當スル效果ヲ生スル點ニ於テ兩者其性質ヲ異ニスルモノトス』

大審院判決　代理權ヲ伴ハサル委任ニ於テ受任者カ委任者ノ爲メニ自己ノ名ヲ以テ第三者ヨリ買受ケタル物ノ所有權ハ一旦受任者ニ歸屬スルモノニシテ第三者ヨリ直接ニ委任者ニ移轉スルモノニアラスト雖モ受任者カ委任者ニ對シテ第三者トノ賣買以前ニ豫メ目的物ノ所有權ヲ移轉スル物權的意思表示ヲ爲シタルトキハ委任者ハ受任者カ第三者ヨリ所有權ヲ取得スルト同時ニ其物ノ所有權ヲ取得スルモノトス(大正四年十月十六日大審院第三民事部判決本書第四卷民法八三二頁)

大審院判決　債務者カ不動產ヲ他ヨリ取得セントスルニ際シ其不動產ノ上ニ抵當權ヲ設定スヘキ旨ノ物權的意思表示ヲ爲シタルトキハ其意思表示ハ有效ニシテ他日債務者カ該不動產ノ所有權ヲ取得スルト同時ニ抵當權設置ノ效力ヲ生スルモノトス(大正四年十月二十三日大審院第三民事部決定本書第四卷民法七八九頁)

本判決ハ共ニ正當ナリ

事案ヲ豫メ爲サレタル所有權移轉又ハ抵當權設定ノ意思表示ヲ他人ノ物ニ關スル處分行爲トシテ觀察スレハ適法ナリト爲ササルヲ得ス只處分ノ物權的意思表示既ニ存スルモ其內容ニ相當スル效果ノ生スルコト能ハサルノミ然レトモ物カ處分者ニ歸屬

スルニ至ルトキハ其歸屬ノ瞬間ニ於テ意思表示ノ效力條件備ハリ當然且直接ニ其內容ニ相當スル權利變動ヲ惹起スルモノトス從テ處分者ハ實際上權利者ナル地位ニ立ツコトナク權利ハ處分者ノ前者ヨリ直接ニ取得者ニ移轉シタルト殆ト同一ニシテ處分者ニ於テ更ニ新ナル處分ヲ其物ニ付キ爲ス餘地ナキモノトス又事案ノ意思表示ヲ處分者カ將來ニ於テ取得スヘキ物ニ關スル處分行爲トシテ觀察スルモ亦其適法ナルコトヲ疑フ餘地ナシ蓋シ將來ノ權利ノ處分ハ公序良俗ニ反セサル限リハ(例ハ將來取得スヘキ一切ノ權利ヲ豫メ處分スルコトハ權利能力ヲ拋棄スルト同樣ナルヲ以テ公序良俗ニ反シ不適法ノモノナリト謂ハサルヘカラサルカ如シ)適法ナルヲ原則トスレハナリ要スルニ事案ノ處分ヲ爲ス停止條件附法律行爲ニ似タリ然レトモ停止條件附法律行爲ハ無條件ナラハ其內容ニ相當スル法律上ノ效果ヲ生スヘキ法律行爲ニ付キ當事者カ其效果ノ發生ヲ將來ノ事實ノ發不發ニ繫ラシメタルモノニシテ法律行爲ノ成立要件效力條件共ニ完備スルモ尙條件カ成就スルマテ其內容ニ相當スル效果ヲ生スルコトナキニ反シ處分者ニ處分ノ物體タル物カ歸屬スル以前ニ豫メ爲サレタル處分行爲ハ法律要件トシテ末タ完備セサルモノニシテ物カ處分者ニ歸屬スルニ因リテ始メテ完備シ此ト同時ニ其內容ニ相當スル效果ヲ生スル點ニ於テ性質上異ルモノトス此ノ場合ハ法律要件カ不完全ナリト見ルカ或ハ法律要件ハ完備スルモ效力要件カ欠缺スルモノト見ルヘキモノトス(法學士曄道文藝氏京都法學會雜誌第一二卷第一號六八頁以下判例批評要領)

各論要旨ハ正當ナリ前揭判決ニ對シテハ吾人カ既ニ大體同趣旨ノ短評ヲ試ミタ

ル所ナリ(本書第四卷民法七九九頁—八〇〇頁及ヒ八二三頁)

一、物權契約ハ所謂處分行爲ノ一ニ屬シ處分者カ處分行爲ノ目的タル物ニ對スル權利ヲ現有セサルトキハ之ヲ處分スルモ現在直ニ效果意思ニ適合スル效力ヲ生シ得ヘキモノニ非ス若シ當事者ノ契約ノ趣旨カ其效果意志ニ適合スル效力ヲ現在ニ生セシメムトスルモノナルトキハ其契約ハ到底有效ナルモノト謂フヘカラス是レ「何人ト雖モ自己ノ有セサルヨリ大ナル權利ヲ讓渡スルコトヲ得サル」原則上當然自明ノ理ナレハナリ

二、吾人ハ法定條件ノ成否未定間ニ於ケル期待權ニ對シテハ民法第一二九條ヲ直ニ適用スヘキモノニアラサレトモ之ヲ準用スヘキモノト爲ス(本卷民法一〇四二一〇五九頁)從テ不動產所有權ノ取得ヲ目的トスル期待權ニ對シテモ民法第一二九條ノ所謂一般ノ規定卽チ不動產所有權ノ規定ニ從ヒ之ヲ處分スルコトヲ得ヘキモノナルカ故ニ該期待權ハ之ヲ抵當權ノ目的ト爲シ得ヘキカ如シ然レトモ第三六九條カ抵當權ノ目的タル權利ヲ特ニ不動產所有權地上權及ヒ永小作權ニ限定シ其他ノ權利ヲ認メサリシ趣旨ヨリ覈フルトキハ之ヲ否定セサルヘカラス蓋シ同條ハ不動性支配性ヲ有スル權利ノミニ限定シ以テ擔保ノ目的ノ的確ヲ期シタルモノナルニ拘ラス期待權ハ單ニ過渡的ノ權利ニシテ果シテ所有權ヲ取得セラルヘキヤ否ヤ未タ確定セス果シテ擔保ノ目的ヲ達シ得ルヤ否ヤ不定ノ狀態ニ

在リ且不動性、支配性ヲ有セサルモノニシテ到底同條ノ豫想スル所ニ非スト解スルヲ妥當トスヘケレハナリ然レトモ期待權モ亦一種ノ權利ニシテ讓渡性ヲ有スル以上權利質ノ目的タリ得ルコト勿論ト謂フヘシ

三、抵當權ノ設定ハ其設定者ニ於テ抵當權ノ目的タル所有權ヲ有スルニ非サレハ其效果意思ニ相當スル效力ハ現ニ發生スヘカラサルコト前述スル所ニ依リテ明カナリ然レトモ當事者カ設定者ニシテ將來所有權ヲ取得シタランニハ直ニ抵當權設定行爲ノ效力ヲ生セシムヘキ意思ヲ以テ物權契約ヲ爲シタルトキハ敢テ其契約ヲ無效ト爲スヘキ理由存セサルカ故ニ之ヲ有效ナルモノトナササルヘカラサルヤ論ナシ然ラハ此契約ハ民一二七條停止條件附物權契約ト爲スヘキカ換言スレハ其所有權ヲ取得シタランニハ云々トノ條件(附款)ヲ以テ固有條件ト觀ルヘキカ將タ法定條件ト觀ルヘキカ吾人ハ之ヲ後者ナリト爲スモノタリ而シテ吾人ハ曾テ此ル場合ヲ固有條件ナルカ如ク觀察シタルコトアル(本書第四卷民法七九九頁)ハ少クトモ用語ノ精確ヲ缺クモノニシテ既ニ其非ナルコトヲ悟レリ(本卷民法一〇五九頁)曄道學士モ此場合吾人ト同一見解ナルカ如キモ兩者ヲ區別スルニ此ル簡明ナル語ヲ用ヰラレサリシヲ遺憾トス

四、尙ホ曄道學士ハ前項ノ條件ヲ以テ成立要件ナリヤ效力要件ナリヤニ付キ定見ヲ有セラレサルカ如キモ吾人ハ之ヲ有效要件ナリト爲スニ躊躇セス蓋シ物權契

約ハ單ニ意思表示ノミニ因リテ成立シ（民一七六）而モ何等ノ方式ヲ要セサルカ故ニ權利ノ現存ハ其意思表示精確ニ謂ヘハ物權契約ノ成立要件ニアラサルコト恐クハ疑ヲ容ルルノ餘地ナカルヘキカ故ナリ

（三九一）

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

前項ノ規定ハ財産權ヲ目的トセサル法律行爲ニハ之ヲ適用セス

大審院判決

詐害行爲取消權ノ成立ニハ債務者カ其行爲ニ依リ債權者ヲ害スヘキコトヲ現ニ知リタルコトヲ要スルモノニシテ假令相當ナル智慮ヲ有スル者ニ於テハ其損害ヲ生スヘキ事實ヲ知リ得ヘカリシ場合ニ於テモ現ニ債務者ニ於テ之ヲ知ラサル以上ハ其不知カ債務者ノ過失ニ出ルト否トヲ問ハス詐害行爲取消權ノ成立ヲ來ササルモノトス」

詐害行爲取消權ノ成立ニハ債務者カ其行爲ニ依リ債權者ヲ害スヘキコトヲ現ニ知リタルコトヲ要スルモノニシテ假令相當ナル智慮ヲ有スル者ニ於テハ其損害ヲ生スヘキ事實ヲ知リ得ヘカリシ場合ニ於テモ現ニ債務者ニ於テ之ヲ知ラサル以上ハ其不知カ債務者ノ過失ニ出ルト否トヲ問ハス詐害行爲取消權ノ成立ヲ來

民法第四二四條ニ「債權者ハ債務者カ其債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル法律行爲ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得」トアリテ特ニ債務者ノ惡意ヲ必要トシタル所

（三九二）

以ナリトス原判決ノ認ムル所ニ依レハ主債務者綠谷喜兵衛カ上告人及訴外廣澤伊助山本新兵衛三名ノ保證ニ依リ根親貯金會ヨリ借受ケタル金圓ニ付テハ伊助等ニ於テ其保證義務ヲ實行スヘク若シ上告人ニ於テ保證義務ヲ履行シタルトキハ伊助等ニ於テ全部之ヲ辨償スヘキ旨ノ契約存在シタルモ伊助カ自己ノ負債整理ノ爲メ本訴係爭ノ土地ヲ被上告人ニ賣却シタル當時ハ未タ上告人ニ於テ右保證義務ヲ履行シ伊助ニ對スル辨償請求權發生セサリシモノナルカ故ニ伊助カ右土地ヲ賣却スルカ爲メ上記上告人ノ伊助ニ對スル權利ヲ詐害スヘキモノナルコトハ法律知識ヲ有セサル普通ノ者ニ在リテハ之ヲ認識セサルヲ普通ノ事態ト爲スコト並ニ證人高井吾三郎ノ證言ヲ參照考覈シテ原裁判所ハ伊助カ負債整理ノ爲メ本訴ノ土地ヲ賣却シタルハ善意ニシテ上告人ノ債權ヲ害スルノ事實ヲ知ラサリシコトヲ認定シタルモノニシテ縱令所論ノ如ク相當ノ智慮ヲ有スル者ニ在リテハ斯ル場合ニ債權詐害ノ事實ヲ知リ得ヘキモノナリトスルモ原裁判所カ現ニ伊助カ其賣却當時之ヲ知ラサリシ事實ヲ認定スル以上ハ債權者タル上告人ニ於テ其行爲ノ取消ヲ請求スルコト能ハサルコト明カナリ而シテ原裁判所ノ爲シタル叙上ノ認定ハ何等實驗法則ニ違背シタルモノニ非ス（大審院大正五年（オ）第六八六號同年十月二十一日民三部横田裁判長大倉礒谷柳川三宅各判事判決）

【關係事項】

一　上告棄却○原審山口地方裁判所○詐害行爲取消請求事件○上告人中村宇右衛門訴訟代理人辯護士中村德重郎被上告人小田量

【詐害行爲ト債務者ノ惡意ニ關スル參照學說】

川名博士

一　第二ノ要件トシテ債務者カ債權者ヲ害スルノ事實ヲ知ルコトヲ必要トス故ニ取消權ハ客觀的ニ其不正ナル分子ト主觀的不正ナル分子ノ存在スルコトヲ必要トス此主觀的ノ分文ヲ表スニ當テローマ法ハ Consilium fraudrawde 獨法ハ Benachteiligungsabsicht 佛法ハ en fraude des Droits des creanciers ナル文字ヲ使用スル敢茲ニ問題ヲ生ス即債務者ノ意思ハ特ニ債權者ヲ害センコトヲ希望セルコトヲ必要トスルカ又ハ特ニ其害スル事實カ不可能的ニ生スルヲ以テ足レリトスルカニ付テハ議論ノ存スルナリ獨逸ノ通說ニテハ此場合ニ於テ債務者ハ債權者ヲ害セントスル意思即チ希望ヲ有セサルヘカラス然ラサレハ之ヲ取消スコトヲ得ストセリ我カ民法ニ於テハ此問題ヲ決定シテ只債務者カ債權者ヲ害スルコトヲ知ルカ如シ（法學博士川名鍈四郎氏債權法要論二六五頁）

横田博士

二　債務者カ其行爲ニ因リ財產ヲ減少シテ無能力トナルモ其行爲ヲ爲スノ當時善意ニシテ債權者ヲ害スルコトヲ知ラサリシトキハ法律ハ敢テ其行爲ノ取消ヲ許サス債務者カ債權者ヲ害スルコトヲ知リテ其行爲ヲ爲シタル場合ニ於テ其行爲ハ純然タル不法行爲トシテ其取消ヲ裁判所ニ求ムルノ權利ヲ債權者ニ附與スルモノナリ而テ債務者カ債權者ヲ害スルコトヲ知リタルヤ否ヤノ問題ハ行爲ノ當時ニ於ケル債務者ノ意思ノ狀態ニ基キテ之ヲ定ムルコトヲ要シ債務者カ行爲ノ當時此事實ヲ知ラサリシトキハ其行爲ハ適法ニシテ其行爲ヲ爲シタル後ニ於テ此ノ事實ヲ知ルモ之カ爲メ其行爲ハ不法トナラサルモノトス（法學博士横田秀雄氏債權各論四二七頁）

石坂博士

三　債務者ハ其行爲カ債權者ヲ害スヘキコトヲ知ルコトヲ要ス即債務者ハ其行爲ノ結果カ債權者ヲ害スヘキコトニ對シ觀念アルコトヲ要ス法典ハ單ニ債權者ヲ害スヘキコトヲ知ルヲ以テ足レリトスカ故ニ債務者ハ債權者ヲ害スルノ意思アルコトヲ要セス從來ノ立法ニ於テハ債權者ヲ害スルノ意思アルコトヲ要ストナス故ニ此點ニ於テ我法與ハ從來ノ立法ト異ナレリ結果ヲ欲スル意思ト結果ニ對スル觀念トハ異ナル結果ニ對スル觀念アル場合ニハ債權者ヲ害スルノ意思アリトナスヲ得ス蓋シ債務者カ其行爲ヨリ必然的ニ損害ノ結果ヲ生スルコトヲ知ル場合ニハ債權者ヲ害スルノ意思アリト云フヲ得ヘシ然レトモ損害カ必然的ニ發生スヘキコトヲ知ラス單ニ損害ヲ發生スヘキ可能アルコトヲ知ルニ過キサル場合ニハ結果ニ對スル觀念存スト雖モ必シモ結果ヲ欲スル意思アリト云フヲ得ス我法典ハ結果ニ對スル觀念アルヲ以テ足レリトスルカ故ニ取消權ノ適用ノ範圍廣シ然レトモ債務者ハ其行爲カ債權者ヲ害スヘキコトヲ知ルコトヲ要シ過失ニ因リテ知ラサル場合ニハ取消權ノ適用ナシ（法學博士石坂博士四郎氏日本民法七〇八頁）

鳩山學士

四　債務者ノ惡意債務者ハ債權者ヲ害スルコトヲ知リテ法律行爲ヲ爲セルコトヲ要ス法文上明ニ「知リテ」ト言ヘルカ故ニ之ヲ「欲」シタルコトヲ必要トセス故ニ例ヘハ破產ノ中立ヲ爲サントスル一債權者ノ爲メニ擔保權ヲ設定スルハ破產宣告ヲ免ルルコトトナリ畢竟他ノ債權者ニモ利益トナルモノト考フルモ苟クモ現在ニ於テハ他ノ債權者ニ辨濟スヘキ十分ナル財產ナキコトヲ知タルニ於テハ詐害行爲トナルヲ免レスローマ法ニ於テハ之ニ異リ詐害ノ意思ヲ必要トシタリシカ近世ノ法律ニ於テモ之ニ從フモノ多シ（法學士鳩山秀夫氏日本債權法一七七頁）

判旨ハ至當ナリ然レトモ是ヲ本件事案ニ適用スルニ於テ果シテ正鵠ヲ得タルヤ

否ヤ疑ナキ能ハス蓋シ本件ハ共同保證ノ內部關係ニ於テ保證人ノ一人カ保證義務ヲ履行スヘキモノトシ若シ他ノ保證人カ保證義務ヲ履行セルトキハ其一人ニ於テ全部之ヲ辨償スヘキ旨ノ契約存在シタルニ未タ保證義務ヲ履行セサルニ當リ其一人カ負債整理ノ爲メニ爲シタル土地ノ賣却カ詐害行爲ト爲ルヤ否ヤノ事案（保證債務ヲ履行シタル保證人カ其賣却行爲ノ取消ヲ求ムルニ在リ）ニシテ判決ハ右保證義務ヲ履行セサルニ於テハ未タ辨償請求權發生セサリシモノナルカ故ニ其權利ヲ詐害スヘキモノナルコトハ法律知識ヲ有セサル普通ノ者ニ在リテハ之ヲ認識セサルヲ普通ノ事態ト爲スコトヲ一理由トシ詐害行爲ノ主觀的要件タル債務者ノ惡意（債權者ヲ害スルコトノ認識）ヲ缺如スルモノトセリ素ヨリ保證人ハ保證義務ヲ履行スルニアラサレハ主タル債務者又ハ共同保證人ニ對シ求償權ヲ有セサルヤ勿論ニシテ（主タル債務者ニ對シテ豫メ求償權ヲ有スナハ一定ノ條件ヲ以テ第一項前段同第四六〇條同第四六一條第一項後段同）又ハ共同保證人（同法第四五九條第一項後段同第四六二條乃至第四六四條）其保證義務ヲ履行スルニ於テ主タル債務者（同法第四六五條）ニ對シ求償權ヲ有シ又其範圍ニ於テ債務者ニ代位スルコトヲ得ルモノナリ（同法第四九九條乃至第五〇一條）從テ保證義務履行以前ニ於テ保證人ノ爲シタル法律行爲カ詐害行爲ト爲ルヤ否ヤ卽チ詐害行爲ノ主觀的要件タル債務者ノ惡意ノ對象タルヘキ債權者ハ其當時ノ債權者（保證債務）ニシテ保證義務履行以後ニ於テ存スル求償權者ニアラス若シ債務者カ惡意卽チ其ノ當時ノ債權者ヲ害スルノ認識ヲ有スルトキハ

東京控訴院判決

債權者(保證債務)ハ之カ取消ヲ求ムルコトヲ得ヘク更ニ保證人カ保證義務ヲ履行シタルトキハ代位辨濟トシテ債權者ニ代位シ債權者ノ有セシ債權ヲ行使スルコトヲ得ヘキナリ判決ハ未タ存在セサル求償權卽チ求償權者ヲ以テ惡意ノ對象ト爲セルハ以上ノ法理ヲ誤解セルモノニシテ其不當ナルコト明カナリ

(三九二)

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

商法四四〇 手形ノ債務者ハ本編ニ規定ナキ事由ヲ以テ手形上ノ請求ヲ爲ス者ニ對抗スルコトヲ得ス但直接ニ之ニ對抗スルコトヲ得ヘキ事由ハ此限ニ在ラス

公證人法二 公證人ノ作成シタル文書ハ本法及他ノ法律ノ定ムル要件ヲ具備スルニ非サレハ公正ノ效力ヲ有セス

同三四 公證人證書ヲ作成スルコトハ其ノ聽取シタル陳述其ノ目擊シタル狀況其ノ他自ラ實驗シタル事實ヲ錄取シ且其ノ實驗ノ方法ヲ記載シテ之ヲ爲スコトヲ要ス

現金ノ授受ニ因ル消費貸借モ其他ノ債務ヲ目的トシテ成立シタル所謂準消費貸借モソノ法律上ノ效果ニ於テハ同一ナルノミナラス社會一般ノ觀念ニ於テモ右ニ個ノ貸借ヲ同一視セルコト實驗則上明白ナレハ公正證書ニ於テ債權者ハ金一千八百圓也ヲ貸渡シ債務者ハ左ノ約束ヲ以テ連帶シテ之ヲ借用シタリ云々ノ記載ハ此社會一般ノ觀念ニ從ヒ爲サレタルモノニシテ事實ニ吻合セサル無效ノモノニアラス」

惡意ニテ手形ヲ取得シタリトスルモ該手形債務ヲ目的トシテ準消費貸借ヲ爲スニ當リ異議ヲ止メサルトキハ右手形ニ關スル抗辯ヲ拋棄シ以テ手形債務ヲ準消

(三九一)

費貸借ニ改メタルモノナレハ右貸借ニヨル義務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得ス」

手形債務ヲ目的トシテ準消費貸借ヲ成立セシメタル以上該手形債務ハ當然消滅スヘキヲ以テ該手形ヲ其後切替ユルト云フ事實アリ得ヘカラス」

被控訴人カ公證人加藤信存作成第八千九百二十三號金錢消費貸借公正證書ニ為キ大正二年十月二十一日及同月二十三日控訴人ニ對シ强制執行ヲ爲シタルコトハ當事者間ニ爭ナキ所トス而シテ控訴人ハ右公正證書ニ大正二年七月一日債權者ハ金一千八百圓也ヲ貸渡シ債務者ハ左ノ約定ヲ以テ連帶シテ之ヲ借用シタリ云々トアリテ控訴人ト被控訴人トノ間ニ金一千八百圓ヲ授受シテ消費貸借ノ成立シタル如ク記載シアレトモ同日金錢ノ授受ニヨリテ消費貸借ヲ爲シタル事實ヲケレハ右公正證書ハ無效ナリト主張スルモ證人古林龜次郎九日訴外古林龜次郎ニ宛テ振出シ古林龜次郎瀨川光行ノ證言ニ徵シ控訴人カ大正二年四月二十取得シタル金額一千圓及八百圓ノ二通ノ約束手形カ滿期日タル大正二年六月二十五日ニ支拂ラハレサリシ爲メ被控訴人カ控訴人ニ交渉シ右手形債務ヲ目的トシテ準消費貸借ヲ成立セシメ以テ本件公正證書ヲ作成スルニ至リタルモノナルコトヲ認メ得ヘク然ルニ現金ノ授受ニ因リ消費貸借モ他ノ債務ヲ目的トシテ成立シタル所謂準消費貸借モソノ法律上ノ效力ニ於テハ同一ナルノミナラス社會一般ノ觀念ニ於テモ右ニ個ノ貸借ヲ同一視セルコト實驗則上明白ナレハ本件公正證書(甲第二號證)ニ於ケル債權者ハ金一千八百圓也ヲ貸渡シ債務者ハ左ノ約定ヲ以テ連帶シテ之ヲ借用シタリ云々ノ記載ハ則チ此社會一般ノ觀念ニ從ヒ爲サレタルモノト云フヘク從テ事實ニ吻

(三九)

合セサルモノニ非サルヲ以テ本件公正證書ハ無效ナリトノ控訴人ノ主張ハ認容スルヲ得ス

次ニ控訴人ハ假リニ本件公正證書ノ前記記載ハ手形債務ヲ目的トシテ成立セシメタル準消費貸借ヲ示スモノトスルモ該手形タルヤ當時訴外瀨川光行、古林龜次郎ノ兩名ノ經營セシ時事通信社(田阪事業)ヲ瀨川ニ代ハリ控訴人カ古林ト共ニ經營シ瀨川ノ從來該事業ニ付キ負擔セル債務ヲ控訴人ニ於テ引受ケタル事トナリシ爲メ通信社ノ債權者ニ交付スル目的ヲ以テ振出シタルモノナリ然ルニ瀨川ハ擅ニ通信社ノ債權者ニ非ラサル被控訴人ニ交付シ被控訴人モ右ノ如キ事情ヲ知悉シ乍ラ交付ヲ受ケタルモノナレハ控訴人ハ被控訴人ニ對シテハ該手形債務ヲ履行スルニ及ハサルモノニシテ從テ右手形債務ヲ目的トシテ準消費貸借ヲ爲セハトテ等シク控訴人ハ債務ヲ履行スルニ及ハサルモノナリト主張スレトモ證人古林龜次郎ノ供述ヲ以テシテハ控訴人カ瀨川ニ代ハリ時事通信社ヲ經營スルコトトナリ瀨川ノ負擔セシ債務ヲ引受ケ通信社ノ債權者ニ交付スル目的ヲ以テ本件約束手形ヲ振出シタルコトヲ認メ得ルニ止マリ被控訴人カ此ノ事情ヲ知リ乍ラ裏書讓渡ヲ受ケタリトノ事實ハ證人古林龜次郎ノ證言其ノ他控訴人ノ援用セル各證人ノ證言ニ徵スルモ之ヲ認ムルヲ得ス然ラハ控訴人ハ被控訴人ニ對シテ手形債務ヲ履行スヘキ責任アルコト勿論ニシテ該手形債務ヲ目的トシテ準消費貸借ヲ成立セシメタル場合ニ於テモ等シク履行責任アリト云ハサルヘカラス加之假リニ控訴人主張ノ如ク被控訴人カ惡意ニテ手形ヲ取得シタルモノナリトスルモ該手形債務ヲ目的トシテ準消費貸借ヲ爲スニ當リ異議ヲ止メタル事跡ノ認ムヘキ證據ナキヲ以テ當時控訴人ハ右手形ニ關スル抗辯ヲ拋棄シ以テ手形債務ヲ

準消費貸借ニ改メタルモノト認ムヘク從テ右貸借ニヨル義務ノ履行ヲ拒ムヲ得サルモノト云ハサルヘカラス又控訴人ハ假ニ手形債務ヲ目的トシテ準消費貸借ヲ成立セシメタルモノトスルモ右手形ハ大正二年六月二十五日振出金額一千圓同月二十七日振出金額八百圓ノ二通ノ約束手形ニ切替ヘラレ而シテ其ノ後滿期日毎ニ切替ヘ來リ今日尙滿期日到來セス從テ準消費貸借上ノ義務ハ履行期到ラサルモノナリト主張スレトモ前記認定ノ如ク已ニ一旦手形債務ヲ目的トシテ準消費貸借ヲ成立セシメタル以上該手形債務ハ當然消滅スヘキヲ以テ該手形ヲ其後切替ユルト云フ事實アリ得ヘカラス寧ロ甲第一號證ニヨレハ被控訴人主張ノ如ク右準消費貸借成立ノ日タル大正二年七月一日ニ於テ控訴人カ大正二年六月二十五日振出金額一千圓同月二十七日振出金額八百圓ノ約束手形ヲ本件準消費貸借上ノ義務履行ヲ確保スル爲メ被控訴人ニ交付シタルモノナルコトヲ認ムルニ足ルノミナラス該約束手形ノ滿期日ハ大正二年八月二十五日ヲ踰ヘサルモノナルコト明カナルヲ以テ甲第二號證ニヨリ明カナル本件準消費貸借ノ弁濟日タル大正三年八月二十五日以後ニ爲シタル本件强制執行ニ對シテハ右手形ノ交附ニ藉口シ異議ヲ述フルヲ得サルハ勿論ナリ(東京控訴大正五年(ネ)第五一一號同五年十一月二十一日民二部須賀裁判長三橋細野各判事判決)

【關係事項】

請求ニ關スル異議事件○控訴人有賀文八郎訴訟代理人辯護士山口重明被控訴人近權內訴訟代理人辯護士中村德重郎

【一點準消費貸借ノ成立ト公正證書ノ效力ニ關スル參照學說判例】

本書民法四五九頁同六〇一頁同七六七頁同七六九頁參照

【二點準消費貸借ノ成立ト既存ノ手形抗辯ニ關スル參照學說判例】

本卷商法四四頁同四五頁同二四八頁同二四九頁同三一六頁同三一七頁同七五九頁乃至七六三頁

【三點準消費貸借ノ成立ト既存債務ノ消滅ニ關スル參照判例】

本卷民法七一二頁同七一三頁參照

(三九三)

三一 失踪ノ宣告ヲ受ケタル者ハ前條ノ期間滿了ノ時ニ死亡シタルモノト看做ス

三〇 不在者ノ生死カ七年間分明ナラサルトキハ裁判所ハ利害關係人ノ請求ニ因リ失踪ノ宣告ヲ爲スコトヲ得

戰地ニ臨ミタル者沈沒シタル船舶中ニ在リタル者其他死亡ノ原因タルヘキ危難ニ遭遇シタル者ノ生死カ戰爭ノ止ミタル後船舶ノ沈沒シタル後又ハ其他ノ危難ノ去リタル後三年間分明ナラサルトキ亦同シ

九六四 家督相續ハ左ノ事由ニ因リテ開始ス

一 戶主ノ死亡

九九二 遺產相續ハ家族ノ死亡ニ因リテ開始ス

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

一〇〇一 遺產相續人ハ相續開始ノ時ヨリ被相續人ノ財產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

民事訴訟法六六八 競落人ハ競落ヲ許ス決定ニ因リテ不動產ノ所有權ヲ取得スルモノトス

大審院判決

失踪ノ宣告アリタル場合ニ於テハ民法第三〇條第一項ノ期間滿了ノ時ニ遡及シテ失踪者ノ相續ハ開始シ同時ニ相續人ハ相續ニ因リ相續財產ヲ取得シタルモノト看做サルヘキモノトス」

右ノ場合ニ於テ法律上相續ノ開始シタル後他人カ失踪者ニ對シ訴ヲ提起シタルトキハ縱令失踪者カ失踪ノ宣告後尙ホ生存シタリトスルモ失踪者ハ該訴訟ニ於

(百二)

テ被相續人タル地位ヲ有スルモノニ非サレハ相續人ハ其事件ノ確定判決ニ付テハ承繼人ニ非スシテ第三者ナリトス故ニ起訴者カ該判決ノ債務名義ニ依リ相續財產タル不動產ニ對シテ强制執行ヲ爲シ之ヲ競落スルモ適法ニ其所有權ヲ取得スルコトヲ得ルモノニ非ス」

不動產競賣ノ場合ニ於テ其執行中ニ異議ノ訴ノ提起ナクシテ競賣ノ手續ヲ完結シタル後ト雖モ其執行ニ付キ實體上無效ノ原因存スルニ於テハ其不動產ノ所有權ヲ主張スル第三者ハ尙訴ヲ提起シテ所有權ノ回復ヲ請求スルコトヲ得ヘキモノトス」

失踪ノ宣告ヲ受ケタル者ハ民法第三〇條第一項ノ期間滿了ノ時ニ死亡シタルモノト看做サルル結果法律上右期間滿了ノ時ニ遡及シテ失踪者ノ相續ハ開始シ同時ニ相續人ハ相續ニ因リ相續財產ヲ取得シタル者ト看做サルヘキモノトス本件ニ付キ原審確定ノ事實ニ據レハ被上告人先代初太郎カ大正三年四月十七日受ケタル失踪ノ宣告ハ前記七年ノ期間滿了時期タル明治四十五年六月十四日ニ遡及シ效力ヲ及ホスト同時ニ被上告人ハ同時期ニ於テ右初太郎ノ所有タル本訴不動產ヲ家督相續ニ因テ取得シタリト看做サルヘキモノニシテ又上告人ハ其後ノ大正二年四月中先代初太郎ニ對シテナ提起シタル訴訟事件ノ確定判決ノ右初太郎ニ對スル執行文ニ依リ本訴不動產ニ付キ强制競賣ノ申立ヲ爲シ競落ノ結果右地所ノ所有權ヲ取得シタルモノトスルトキハ仮リニ上告人主張ノ如ク先代初太郎ノ失踪宣告後尙ホ生存シタリトシ該ニ該確定判決

(百三)

ハ原審判示ノ如ク無效ナルニ非スシテ之ヲ有效ノモノトスルモ上告人ハ既ニ被上告人ノ相續シタル後ニ於テ右初太郎ニ對シ該訴訟ヲ提起シタルモノナレハ該訴訟ニ於テハ右初太郎ハ被上告人ノ被相續人タル地位ヲ有シタル者ニ非サルカ故ニ隨テ被上告人ハ該確定判決ニ付テハ初太郎ノ承繼人ト謂フヲ得サルモノトス故ニ被上告人ハ該確定判決ノ第三者ヨシテ該確定判決ハ被上告人ニ對シテ效力ヲ有スルモノニ非サルヲ以テ上告人カ確定判決ノ債務名義ニ依リ被上告人ノ本訴不動產ニ對シ强制執行ヲ爲レタルハ卽チ第三者ノ不動產ニ對シテ執行ヲ爲シタルモノニ外ナラサレハ其競落人タル上告人ハ本件競落ニ因リ適法ニ該不動產ノ所有權ヲ取得スルコトヲ得ヘキモノニ非スト謂ハサルヘカラス然ラハ被上告人ハ本件ニ付キ該不動產ノ取得者タル上告人ニ對シ尙ホ其所有權ヲ主張シテ之カ回復ヲ請求スルコトヲ得ヘキモノナルコト明カナリ而シテ本件ニ於テハ既ニ本訴不動產ノ强制競賣手續完結後ニ係ルモノナルコトハ上告人ノ主張スル所ナレトモ不動產競賣ノ場合ニ於テ其執行中ニ異議ノ訴ノ提起ナク又競落許可決定後抗告ノ提起ナクシテ競賣ノ手續ヲ完結シタル後ト雖モ其執行ニ付キ實體上無效ノ原因存スルニ於テハ其不動產ノ所有權ヲ主張スル第三者ハ尙ホ訴ヲ提起シテ所有權ノ回復ヲ請求スルコトヲ得ヘキハ當院ノ判例トスル所ニシテ(明治三十九年(オ)第五五三號同四十年五月二十日言渡)叙上主張ノ如キ事實ノ存在ハ(未タ被上告人ノ請求ヲ妨クヘキ事由タルニ足ラス上告人ハ此點ニ付キ民事訴訟法第六八六條ヲ援用シ云爲スル所アルモ同條ノ規定ハ如上ノ場合ニ於テ眞正ノ權利者ヨリ所有權ヲ剝奪シテ之ヲ競落人ニ移付スル旨趣ノ規定ニ非スト解スヘキモノトス然ラハ原判決ハ結局正當ナリ(大審院大正四年(オ)第九四九號同五年六月一日民二部判

場裁判長田上大倉入江鈴木各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審長野地方裁判所○土地所有權移轉登記抹消請求事件○上告人丸山裂裟松訴訟代理人辯護士布山彦一被上告人小池東七訴訟代理人辯護士宮島鎌三郎

【失踪宣告後尙生存セル失踪者ノ行爲ノ效力ニ關スル學說】

一 失踪ノ宣告ヲ受ケタル者ハ死亡者ト看做サルルコトハ反證ニ依リテ當然其效力ヲ失フヘキ推定ニ非スシテ其宣告ヲ取消スコトノ裁判言渡ナキ間ハ確定ノ效力ヲ有スルモノト解スヘシ失踪者ハ法律上一切ノ點ニ於テ死亡者ト見做スヘキヤ若失踪ノ宣告ニ因リテ全然人格ヲ喪失スルニ至ルモノトセハ其他人トノ間ニ成立スル法律行爲及ヒ不法行爲ハ失踪宣告ノ取消ナキ間何等ノ效果ヲモ生セサルコトト爲ルヘシ此問題ニ付テハ學者間ニ議論アリ民法第三一條ニハ汎ク死亡シタルモノト看做スト曰ヒ毫モ其適用ノ範圍ヲ限定セル迹ナキカ故ニ解釋論トシテハ私法上絕對的ニ人格ヲ失フモノト解スルコトヲ得サルニ非ス蓋シ民法ノ趣旨タルヤ失踪者ニシテ一面生者タリ一面死者タル如キハ諸般ノ法律關係ヲ不確實ナラシメ其弊害少カラサルカ故ニ寧ロ全然之ヲ死亡者ト看做シ稀ニモ其事實ニ反スル場合ニハ本人又ハ利害關係人ヨリ何時ニテモ失踪宣告ノ取消ヲ請求シ得ルヲ以テ足レリトスルニ在リシコト殆ト疑ヲ存セサレハナリ然ルニ若此見解ヲ貫カントセハ失踪者ハ全ク人格ヲ有セサルヨリシテ實際如何ニモ不都合ナル結果ヲ生シ失踪宣告ノ制度ヲ必要トシタル理由ノ範圍ヲ出ツルコト言ヲ俟タス故ニ法文ニハ背馳スル嫌ナキニ非スト雖モ理論上ヨリ其適用ヲ制限シ失踪期間滿了ノ當時ニ於ケル財產上及ヒ親族上ノ法律關係ニ付キ其利害關係人ノ爲メニ又ハ之ニ對シテ死亡者ト看做スモノト解スルヲ至當トス(法學博士富井政章氏民法原論總論一七八頁)

二 失踪者カ生存セル場合ニ於テ其爲シタル法律行爲ハ人格者ノ行爲トシテ有效ナルコト固ヨリナリ(法學博士梅謙次郎氏民法要義總則七七頁)

三 同意トハ贊成ノ意ニ外ナラス贊成ハ贊成者カ被贊成者ニ對シテ爲ス所ノ意思表示ナリ故ニ法定代理人ノ同意ハ法定代理人カ未成年者ニ對シテ爲ス所ノ意思表示ナリ(法學博士平沼騏一郎氏民法總論一四九頁)

四 失踪ノ宣告ヲ受ケタル者ハ死亡シタルモノト看做サルト謂フトキハ其權利能力モ亦終了スルカ如キモ民法ハ人ニシテ權利能力ヲ有セサル者ヲ認メサルヲ以テ此ノ如キ解釋ヲ容ルルコトヲ得ス故ニ失踪者ハ失踪期間滿了ノ時ニ於ケル權利關係ニ付テノミ死亡ヒルモノト看做スヘキモノト解セサルカラス從テ事實上生存セル失踪者カ權利ヲ取得シ法律行爲ヲ爲スニ付テハ失踪ノ宣告ハ何等ノ影響ヲモ及ホスコトナキナリ(法學博士松本烝治氏人及法人二七五頁)

五 失踪宣告ハ權利能力喪失ノ原因タリ是第三一條ニ依リ明カナリ唯同條ハ之ヲ制限シ失踪者ハ其期間滿了ノ時ニ於ケル法律關係ニ付テノミ死亡シタルモノト看做サルルノミ故ニ或ハ失踪宣告ハ單ニ法律關係消滅ノ原因ニアサルカノ疑ヲ生ス然レトモ

富井博士
梅博士
平沼博士
松本博士
石坂博士

法律關係カ消滅スルハ失踪者カ死亡シタルモノト看做サルル結果ナリ失踪宣告其モノカ法律關係消滅ノ原因ニアラス（法學博士石坂音四郎氏法學志林一五卷二號六七頁以下要領本書第二卷民法一九頁）

六　失踪者カ事實生存スル場合ニ於テ其權利能力ハ消滅スルニアラス民法上權利能力ナキ人間ヲ認ムルコトヲ得サルカ故ナリ（法學博士川名兼四郎氏日本民法總論七五頁）

七　本條ノ規定ハ極メテ廣ク絕對ニ死亡セルモノト看做スカ如シ然レトモ此ノ如キハ失踪制度ノ精神ニ適セス失踪宣告ハ不在者ヲ罰スルニ非ラス只失踪期間滿了ノ時ニ於ケル權利關係ヲ確定セシムルヲ以テ目的トナス故ニ其ノ效力ハ失踪期間滿了ノ時ニ於ケル權利關係ニ付キテノミ死亡セルモノト看做スモノト解釋スルヲ至當トス然ラハ失踪者カ事實上生存セハ權利ヲ取得シ法律行爲ヲナス一何等ノ妨ナシ（法學博士中島玉吉氏民法釋義卷ノ一、二一一頁）

【實體上無效原因ノ存スル不動產競落手續終結ノ效力ニ關スル同趣旨學說判例】

一　差押不動產カ第三者ノ所有ニ屬スル場合ニ於テハ競落ヲ許ス決定カ效力ヲ生スルモ競落人ハ所有權ヲ取得セサルカ故ニ第三者ハ不動產ノ引渡ヲ受ケタル競落人ニ對シテ其取戻ヲ請求スルコトヲ得ヘシ（法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論一三六六頁）

仁井田博士

二　强制執行ノ完結後ハ其執行ノ手續ニ於テ確定シ手續上復タ爭議ヲ許スヲ可キモノニ非スト雖モ其執行ノ爲メニ實體法上權利ヲ侵害セラレタル第三者ハ執行完結後ニ拘ラス尙其權利ヲ主張スルコトヲ得ルヤ言ヲ俟タス故ニ不動產强制競賣ニ於テモ其執行中ニ異議ノ訴ノ提起ナク又競落許可決定ノ後抗告ノ提起ナクシテ其手續ヲ完結シタル後ニ在リテモ其執行ニ付キ實體法上無效ノ原因存スル場合ニ於テハ其不動產ノ所有權ヲ主張スル第三者ハ尙ホ訴ヲ提起シテ所有權ノ回復ヲ請求スルコトヲ得サル可ラス何トナレハ斯ノ如キ場合ニ於テ所有權ヲ主張スル第三者ハ强制執行ノ完結ニ至ルマテニ異議ノ訴又ハ抗告ヲ提供スルニ非サレハ其所有權ノ回復ヲ求ムルコトヲ得サルカ如キ法則存セサレハナリ（大審院四十年五月二十日民二部判決民事判決錄一三輯五七〇頁）

大審院

三　眞ノ所有者カ債權者ニ貸貸シタルモノヲ競落ニヨリ所有權ヲ得タリトスルモ即時時效ニ依ル所有權ノ取得アラサル限リ之ヲ以テ眞ノ所有者ニ對抗スルコトヲ得ス（大阪地方四十二年四月三日判決法律新聞六二〇號一三三頁）

大阪地方裁判所

判旨至當ナリ

一四六　時效ノ利益ハ豫メ之ヲ拋棄スルコトヲ得ス

一四七　時效ハ左ノ事由ニ因リテ中斷ス

三　承認

大審院判決

債權ニ付時效中斷ノ效力ヲ生スヘキ承認又ハ既ニ完成シタル時效ノ利益ノ拋棄ハ何レモ債務者ヨリ債權者ニ對シテ爲ス意思表示ナリ從テ銀行預金ノ債權ニ付テモ債務者タル銀行者カ其承認又ハ拋棄ノ意思ヲ債權者タル預金者ニ對シテ表示シタル事實アルコトヲ要シ單ニ銀行者カ其銀行內ノ帳簿ニ預金ノ利子ヲ元金ニ組入レタル旨ヲ記載スルモ預金者ニ對シ承認又ハ拋棄ノ意思ヲ明示若クハ默示シタルモノト爲スニ足ラス

債權ニ付キ時效中斷ノ效力ヲ生スヘキ承認又ハ既ニ完成シタル時效ノ利益ノ拋棄ハ何レモ債務者ヨリ債權者ニ對シテ爲ス意思表示ナルコト毫モ疑ヲ容レス從テ本件ノ如キ銀行預金ノ債權ニ付テモ債務者タル銀行者カ如上ノ承認又ハ拋棄ヲ爲シタルモノトスルニハ其承認又ハ拋棄ノ意思ヲ債權者タル預金者ニ對シテ表示シタル事實アルコトヲ要シ單ニ銀行者カ其銀行內ノ帳簿ニ預金ノ利子ヲ元金ニ組入レタル旨ヲ記入シタルノ一事ハ未タ以テ預金者ニ對シ承認又ハ拋棄ノ意思ヲ明示若クハ默示シタルモノト爲スニ足ラサレハ其承認又ハ拋棄アリタルモノト謂フ可ラス故ニ同趣旨ニ出テタル原判決ハ違法ニアラス（大審院大正五年（オ）第六五七號同年十月十三日民一部田部裁判長榊原尾古松岡成道各判事判決）

【關係事項】

上告棄却○原審名古屋控訴院○預金拂戻請求事件○上告人鈴木保之訴訟代理人辯護士布山彥一上告人株式會社小牧銀行

【時效ノ承認又ハ拋棄ニ關スル參照學說判例】

一　承認トハ時效ノ利益ヲ受クヘキ者カ其利益ヲ受クルコトヲ求メスシテ相手方ノ權利ヲ認ムル一方行爲ヲ云フ承認ハ請求ニ同シク如何ナル方法ニ依リテ之ヲ爲スモ時效中斷ノ效力ヲ生スルモノトス即チ裁判上タルト裁判外タルトヲ問ハス又明示タルト默示タルトニ因リテ差別ナキナリ例ヘハ一部ノ辨濟利息ノ支拂擔保ノ提供等ハ何レモ默示ノ承認ト爲ルモノトス（法學博士富井政章氏民法原論總則五五七頁）

二　承認ハ相手方ニ權利ノ存在ヲ是認スルコトヲ意味シ中斷ノ效力ヲ生ス時效中斷ノ效力ヲ生セシムルコトヲ欲スル意思表示ニアラス又相手方ニ權和ヲ與フル旨ノ意思表示ニアラス只意思表示ニアラサル心裡表示ニ過キス從テ相手方ノ權利ニ付キテ處分ノ能力又ハ權限ヲ要セサルハ當然ノ事理ニシテ別段ノ規定ヲ爲スマテモナシ（法學博士川名彙四郎氏日本民法總論二九四頁）

三　承認性質、學說ニアリ（一）承認ハ義務存在ノ自覺ノ表示ニシテ法律行爲的ノ意思表示ニ非ス（二）相手方ノ權利ノ存在ヲ認ムル一方的法律行爲トナス獨逸ニ於テハ前說ヲ普通トス我國ニ於テハ富井博士ハ一方行爲ナリト云フ是ヲ實際ニ見ルニ債務者債務ノ存在ヲ認ムル旨ヲ表示シ占有者カ他人ノ所有權ヲ認ムル旨ヲ表示スルヲ承認ト云フ左レハ承認ニハ何等慾望ノ包含セラカルルコトナシ殊ニ時效中斷ノ效力ヲ慾望スルコトヲ必要トセス而シテ此ノ如キ慾望ハ心理現象トシテ存在セサルノミナラス法律ハ承認者ニ此ノ如キ潛在的ノ意思アルヘキヲ推定シテ時效中斷ノ效果ヲ附シタルニ非ス承認者カ時效中斷ノ效果ヲ欲セサル旨ヲ明言スト雖モ尙ホ法律上當然時效中斷ノ效果ヲ生スルモノナリ故ニ承認ハ法律行爲ニ非ストナスヲ正シトナス故ニ法律行爲ニ關スル規定ヲ適用スルヲ得サルナリ（法學博士中島玉吉氏民法釋義卷ノ一、八一八頁）

四　我國ノ學者ハ之ヲ意思表示ナリト云フヲ常トス法文上明ニ之ヲ決定セスト雖モ本條カ承認ノ能力ニ付テ處分ノ效力ヲ要セサルモノトシタルノ點及ヒ其時效中斷ノ效力ヲ附シタル理由ニ付テ考フルトキハ敢テ相手方ニ對シテ新ニ權利ヲ附與シ若クハ債務ヲ負擔スル意思ヲ表示スルコトヲ要セサルハ勿論或ハ不明瞭ナル權利義務ノ關係ヲ明瞭ナラシメントスルノ意思ヲ表示スルコトモ亦要無ク或ハ時效ノ進行ヲ始メタルコトヲ認識シテ其過去ニ經過シタル期間ノ利益ヲ拋棄シ或ハ又其行爲ニ因リテ時效中斷ノ效果ヲ生スヘキコトヲ認識シテ其中斷ノ效果ヲ生セシメント欲シタルコトヲ必要トスルモノニアラスシテ唯相手方ノ權利ノ存在ヲ認識セル旨ヲ表示スルヲ以テ足レリトスルモノト言ハサルヘカラス故ニ意思ノ表示ニハアラスシテ觀念ノ通知ニ屬スヘキモノト信ス（法學士鳩山秀夫氏法律行爲乃至時效六四三頁）

五　本卷民法一八頁乃至二〇頁參照

三九五）

三九二　債權者カ同一ノ債權ノ擔保トシテ數個ノ不動產ノ上ニ抵當權ヲ有スル場合ニ於テ同時ニ其代價ヲ配當スヘキトキハ其各不動產ノ價額ニ準シテ其債權ノ負擔ヲ分ツ或不動產ノ代價ノミヲ配當スヘキトキハ抵當權者ハ其代價ニ

（四八）

至當ノ判決ナリ

付キ債權ノ全部ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得此場合ニ於テハ次ノ順位ニ在ル抵當權者ハ前項ノ規定ニ從ヒ有ノ抵當權カ他ノ不動產ニ付キ辨濟ヲ受クヘキ金額ニ滿ツルマテ之ヲ代位シテ抵當權ヲ行フコトヲ得

民法第三九二條第二項前段ハ或不動產ノ代價ノミヲ配當スヘキトキハ抵當權者ヲシテ其代價ニ付キ債權ノ全部ニ非サレハ辨濟ヲ受ケサラシムル趣旨ニ非ス其代價カ債權全部ノ辨濟ニ足ラサル場合ニ於テモ抵當權者ハ之ヲ受クルコトヲ得ヘキモ同項後段ハ抵當權者カ債權全部ノ辨濟ヲ受ケタル場合ニ於テノミ次順位ノ抵當權者ハ第一項ノ規定ニ從ヒ左ノ抵當權者カ他ノ不動產ニ付キ辨濟ヲ受クヘキ金額ニ滿ツルマテ之ニ代位シテ抵當權ヲ行フコトヲ得ル旨ヲ規定シタルモノトス

（四九）

民法第三九二條第二項前段ハ或不動產ノ代價ノミヲ配當スヘキトキ抵當權者ヲシテ其代價ニ付キ債權ノ全部ニ非サレハ辨濟ヲ受ケサラシムル趣旨ニ非ス其代價カ債權全部ノ辨濟ニ足ラサル場合ニ於テモ抵當權者ハ之ヲ受クルコトヲ得ルハ勿論ナリトスル雖モ同項後段ハ抵當權者カ債權全部ノ辨濟ヲ受ケタル場合ニ於テノミ次順位ノ抵當權者ハ他ノ不動產ニ付キ辨濟ヲ受クヘキ金額ニ滿ツルマテ之ニ代位シテ抵當權ヲ行フコトヲ得ル旨ヲ規定シタルモノニシテ先順位ノ抵當權者カ一部ノ辨濟ヲ受ケタルニ止マル場合ト雖モ次順位ノ抵當權者ニ於テ他ノ不動產ニ付キ代位權ヲ行フ事ヲ得ルモノトセハ辨濟ニ因リ債權者ニ代位スル場合ニ於ケル民法第五〇二條ノ如キ規定ナキニ拘ハラス債權額ニ應シテ共ニ抵當權ヲ行ハシムルカ若クハ次順位ノ抵當權者ヲシテ先順位抵當權者ノ引債權ヲ辨濟シテ剩餘

アル場合ノミ辨濟ヲ受ケシムルカ如キ代位ノ本旨ニ反スル結果ヲ來タスヲ免カレサルヲ以テ之ヲ許スヘキモノニ非サルコトハ當院判例ノ存スル所(明治四十一年二月二十六日第二民事部判決同年十二月十九日第一民事部判決)ニシテ今之ヲ變改スルノ要アルヲ見ス然レハ原審カ被上告人ハ訴外霧山吉兵衛外一名ニ對シ金三千六百四十八圓ノ債權ヲ有シ其債權ニ付第一審判決摘示ノ第一號及第二號物件目錄記載ノ物件上ニ第一順位ノ抵當權ヲ有シ居タル處該抵當權ニ基キ先ツ第一號物件目錄記載ノ物件ニ對シ競賣ノ申立ヲ爲シ其競賣代金ヨリ金一千七百六十五圓ノ辨濟ヲ受ケタル事實上告人ハ右訴外兩名ニ對シ金一千七百六十四圓七十九錢五厘ノ債權ヲ有シ其債權ニ付同上物件ノ上ニノミ第二順位ノ抵當權ヲ設定セシメタル事實及右第一號物件目錄記載ノ物件ノ價額ハ金一千八百圓ニシテ同第二號記載ノ物件ノ價額ハ金二千七百四十八圓二十五錢ナル事實ヲ認メタルモ如上ト同一ノ趣旨ヲ判示シ上告人ノ抵當權代位附記登記請求ヲ認容セサルハ相當ナリ(大審院大正五年(オ)第八一五號同年十一月十一日民三部横田裁判長大倉磯谷柳川三宅各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審大阪地方裁判所○抵當權代位附記登記請求事件○上告人北村儀三郎訴訟代理人辯護士伊藤秀雄被上告人岡田米次郎

【一部辨濟ト抵當權者代位ニ關スル同趣旨學說判例】

本卷民法五六〇頁同五六二頁參照

【同上ニ關スル反對學說】

本卷民法五六二頁參照

(第一)

本件一部辨濟ト抵當權者ノ代位ニ關シテ(民法第三九二條第二項)ハ吾人ハ判決ト反對ノ見解ヲ有シ曩キニ第一審判決ニ對シ其理由ヲ述ヘ(本卷民法五三頁參照)以テ大審院カ從來ノ見解ヲ捨テ吾人ノ所論ニ一致スヘキコトヲ期待セリ然ルニ判決ハ尚ホ依然トシテ此形式的解釋ヲ固持スルモノニシテ吾人ハ絶對ニ反對セサルヲ得サルナリ

(第二)

(三九六)

九四　第一項相手方ト通シテ爲シタル虛僞ノ意思表示ハ無效トス

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　占有權ハ代理人ニ依リテ之ヲ取得スルコトヲ得

一八三　代理人カ自己ノ占有物ヲ爾後本人ノ爲メニ占有スヘキ意思ヲ表示シタルトキハ本人ハ之ニ因リテ占有權ヲ取得ス

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

三四四　質權ノ設定ハ債權者ニ其目的物ノ引渡ヲ爲スニ因リテ其效力ヲ生ス

三四五　質權者ハ質權設定者ヲシテ自己ニ代ハリテ質物ノ占有ヲ爲サシムルコトヲ得ス

(一)「資渡擔保ニ基ク信託的所有權讓渡行爲ニ在テハ第三者トノ關係ニ於テノミ當事者間ニ所有權移轉ノ效果ヲ生スヘク當事者內部ノ關係ニ於テハ同一ノ效果ヲ發生セスト雖之ニ依リテ擔保セラレタル債權ノ辨濟ヲ受ケサルトキハ債權者ハ外部關係ニ於テ有スル權利ニ基キ相手方ノ占有スル目的物ノ交付ヲ受ケ之カ處分ヲ爲シ得ヘキ權利ヲ有スルモノトス」

右ノ場合ニ於テ債務者カ讓渡ノ目的物ヲ占有スルハ一面内部關係ニ於テ自己ノ爲メニ占有スルト同時ニ他ノ一面ニ於テハ將來其債務不履行ノ場合ニ於テ債權者ニ交付スルカ爲メ債權者ヲ代理シテ之ヲ占有スルモノニシテ債務不履行ノ事實約束ニヨリテ始メテ代理占有ノ關係ヲ認ムヘキニアラス』

(二) 賣渡擔保ニ因ル信託的所有權讓渡設定ト異リ當事者間所有權移轉ノ形式ニ從ヒ少クトモ第三者トノ關係ニ於テ所有權移轉ノ效果ヲ生スル方法ニ依リ債權擔保ノ目的ヲ達セムトスル意思表示ナルヲ以テ民法第三四四條第三四五條ノ適用ヲ受クヘキモノニアラス』

(一) 原審ノ認定ニ係ル賣渡擔保ニ基ク信託的所有權讓渡行爲ニ在テハ第三者トノ關係ニ於テノミ當事者間ニ所有權移轉ノ效果ヲ生スヘク當事者内部ノ關係ニ於テハ同一ノ效果ヲ發生セスト雖モ之ニ依リテ擔保セラレタル債權ノ辨濟ヲ受ケサルトキハ債權者ハ外部關係ニ於テ有スル權利ニ基キ相手方ノ占有スル目的物ノ交付ヲ受ケ之カ處分ヲ爲シ得ヘキ權利ヲ有スルモノナルカ故ニ債務者カ讓渡ノ目的物ヲ占有スルハ一面内部關係ニ於テ自己ノ爲メニ占有スルト同時ニ他ノ一面ニ於テハ將來其債務不履行ノ場合ニ於テ債權者ニ交付スルカ爲メ債權者ヲ代理シテ之ヲ占有スルモノト謂ハサルヘカラスシテ債務不履行ノ事實到來ニヨリテ始メテ代理占有ノ關係ヲ認ムヘキモノニアラス然ラハ被上告人カ訴外松本重三郎ニ對シ本件信託賣買ヲ爲スト同時ニ重三郎ハ被上告人ノ爲メニ係爭物件ノ代理占有ヲ爲シタルモノト說示シタル原

判決ハ相當ナリ

(二) 賣渡擔保ニ因ル信託的所有權讓渡行爲ハ當事者間所有權移轉ノ形式ニ從ヒ少クトモ第三者トノ關係ニ於テ所有權移轉ノ效果ヲ生スル方法ニ依リ債權擔保ノ目的ヲ達セントスル意思表示ニシテ所謂質權設定ノ如キ毫モ斯ル效果ヲ示ササルモノト異ナルヲ以テ民法第三四四條第三四五條ノ適用ヲ受クヘキ行爲ニアラス(大審院大正五年(オ)第四一九號同年七月十二日民三部横田裁判長大倉礒谷柳川三宅各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審大阪地方裁判所○强制執行異議事件○上告人村川市太郎訴訟代理人辯護士後藤德太郎被上告人八上善次郎

【一信託行爲ノ性質及ヒ效力ニ關スル參照學說判例】

本卷民法九九四頁、九〇六頁、七二四頁四三八頁、三八九頁、四〇〇頁、三五五頁、四二頁、

(三九七)

九四 相手方ト通シテ爲シタル虚僞ノ意思表示ハ無效トス前項ノ意思表示ノ無效ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

民法第九四條第二項ニ所謂第三者ハ虚僞ノ意思表示ノ當事者又ハ其一般承繼人ニ非ズシテ其表示ノ目的ニ付キ法律上利害關係ヲ有スルニ至リタル者ニ他ナラス』

民法第九四條第二項ニ所謂善意ノ第三者トハ虚僞ノ意思表示ノ目的ニ付キ其表示ノ虚僞ナルコトヲ知ラスシテ法律上利害關係ヲ有スルニ至リタル第三者ニ他

ナラサルヲ以テ權利ヲ取得スルノ行爲ヲ爲シタル當時意思表示ノ虛僞ナルコトヲ知ラサルトキハ其當時既ニ右虛僞ノ意思表示ニ關スル登記ノ抹消アリタル場合ニ於テモ所謂善意ノ第三者トシテ保護ヲ受クルモノトス」

【上告理由】 原判決ハ「次ニ被控訴人等カ買得ノ年月ニ付キ案スルニ被控訴人安井忠次ノ買受ケタルハ明治四十三年五月三十一日ニシテ控訴人及ヒ森吉間ノ賣買ヲ無效ナリトシ其登記ヲ抹消シタル同年四月二十七日以後ニ係ルヲ以テ忠次ノ買得ト控訴人及ヒ森吉間ノ虛僞ノ意思表示トノ間ニハ何等ノ連鎖ヲ有スヘキ筋ナク從テ假令忠次ヲ以テ善意ノ買得者ナリトスルモ控訴人ハ忠次ニ對シ民法第九四條第二項ノ支配ヲ受クヘキ地位ニ立ツモノニアラス其後忠次ヨリ買得シ又其買得者ヨリ轉得シタル忠次以外ノ被控訴人カ善意ノ賣得者ナリトノ理由ヲ以テ完全ナル所有者タル控訴人ニ對スルヲ得サルハ論ヲ俟タサル所ナリ」ト說明セリ右判文中連鎖云云ノ意義稍不明ナルモ之ヲ其文理ノ如ク解釋センニ上告人安井忠次ハ本件ノ土地ヲ轉賣買得シタルモノナル以上ハ同人ノ買得ト被上告人池田森吉間ノ虛僞賣買トノ間ニハ連鎖アルコトハ多言ヲ要セサル所ニシテ其連鎖關係ハ虛僞賣買ノ登記ノ有無又ハ其抹消ノ如何ノ爲メニ何等ノ影響ヲモ生スヘキ筋合ナシ何トナレハ元來不動產登記ハ物權ノ眞實ナル得喪變更アリタル場合ニ於テ之ヲ以テ第三者ニ對抗スヘキ要件タルニ止マリ物權ノ得喪變更ノ發效要件ニ非サルヲ以テ民法第九四條第二項ノ適用アルニハ民法第一七七條第一七八條ノ對抗條件ノ有無ヲ顧ミサルモノナルノミナラス本件ニ於テハ被上告人ト池田森吉間ノ賣買ハ虛僞ニシテ最初ヨリ無效ノモノナレハ其登記モ亦何等

法律上ノ效力ヲ有スルモノニアラス從テ如此無效ナル賣買ノ登記ノ存否ハ民法第九四條第二項ハ勿論第三者トノ關係上何等ノ影響ナキモノナレハナリ然ラハ則チ被上告人ト池田森吉間ノ虛僞賣買ノ登記カ該不動產ヲ上告人安井忠次ニ於テ買得スル以前ニ於テ既ニ抹消シ得ヘキモノニアラス而シテ該不動產ハ右ノ虛僞登記ノ抹消以前ニ於テ既ニ前佛藤一ニ轉賣セラレ(此賣買モ亦虛僞ナリトスルモ)更ニ其後上告人等カ轉得シタルモノナル以上ハ被上告人ト池田森吉間ノ虛僞賣買ト上告人等ノ賣得間ニハ脈絡關係アルハ洵ニ明瞭ナリ然ルニ原判決カ被上告人ト池田森吉間ノ虛僞賣買ノ登記カ抹消セラレタル一事ニ依リ該賣買ト前佛藤一安井忠次間ノ賣買トノ間ニ於ケル連鎖ナキニ至レルモノノ如ク說明セルハ理由不備ノ不法アルヲ免レス加之民法第九四條第二項ノ所謂善意ノ第三者トハ其法律行爲ノ當事者及ヒ其一般承繼人以外ノ者ニシテ其法律行爲ヲ虛僞無效ナリトノ確定的信念ヲ有セスシテ之ニ付テ法律上ノ利害關係ヲ成立セシメタル者ヲ總稱シ其第三取得者タルト否トハ問フ所ニ非サルヲ以テ右ノ虛僞賣買ノ買主タル池田森吉ト訴外前佛藤一間ノ賣買モ亦虛僞ノ意思表示ナリト假定スルモ更ニ前佛藤一ヨリ其土地ヲ買得シタル上告人安井忠次及更ニ同人ヨリ轉賣得シタル他ノ上告人等カ善意ナリトセハ善意ノ第三者トシテ民法第九四條第二項ノ保護ヲ受クヘク即チ被上告人ハ自己ト池田森吉間ノ賣買ノ虛僞ナルコトヲ主張シ自己ノ所有權ヲ以テ上告人等ニ對抗スルコトヲ許サレサルコトハ論ヲ俟タス元來民法第九四條第二項ノ規定ハ善意ノ第三者ヲ保護シテ不測ノ損害ヲ免レシメントシタルモノニシテ善意ノ第三者ニ對シテハ虛僞ノ意思表示ノ無效ヲ以テ對抗スルヲ得

サルモノナレハ其結果善意ノ第三者ハ其虚僞ノ意思表示ノ有效ナルコトヲ主張シ得ヘキハ勿論ニシテ即チ本件ニ於テハ上告人ハ被上告人ト池田森吉間ノ賣買ノ有效ナルコトヲ主張シ得ヘキハ多言ヲ要セサルニモ拘ハラス原判決カ上告人等カ善意ナリトスルモ其轉得以前ニ於テ上告人ト池田森吉間ノ虚僞賣買ノ登記カ抹消セラレタル以上ハ被上告人ハ完全ナル所有者ナリト爲シ被上告人ハ民法第九四條第二項ノ支配ヲ受クヘキ地位ニ立ツモノニアラスト說明シタルハ法則ヲ適用セス且ツ理由不備ノ不法ヲ免レサルモノトス

【判決理由】 原裁判所カ判示不動產ニ付キ被上告人ト訴外池田森吉トノ間ニ爲サレタル法律行爲ヲ虚僞ノ意思表示ナリト認定シ又判示不動產ニ付キ右森吉ト訴外前佛藤一トノ間ニ爲サレタル法律行爲ヲ虚僞ノ意思表示ナリト認定シタル後「被控訴人安井忠次(上告人)ノ買受ケタルハ明治四十三年五月三十一日ニシテ控訴人(被上告人)及ヒ森吉間ノ賣買ヲ無效ナリトシ其登記ヲ抹消シタル同年四月二十七日以後ニ係ルヲ以テ忠次ノ買得ト控訴人及ヒ森吉間ノ虚僞ノ意思表示トノ間ニハ何等ノ連鎖ヲ有スヘキ筋ナク從テ假令忠次ヲ以テ善意ノ買得者ナリトスルモ控訴人ハ忠次ニ對シ民法第九四條第二項ノ支配ヲ受クヘキ地位ニ立ツモノニアラス其後忠次ヨリ買得シ又其買得者ヨリ轉得シタル忠次以外ノ被控訴人(上告人)カ善意ノ買得者ナリトノ理由ヲ以テ完全ナル所有者タル控訴人ニ對スルヲ得サルハ論ヲ俟タサル所ナリ」ト判示シタリ果シテ然ラハ民法第九四條第二項ニ所謂第三者ハ虚僞ノ意思表示ノ當事者又ハ其一般承繼人ニ非スシテ其表示ノ目的ニ付キ法律上利害關係ヲ有スルニ至リタル者ニ他ナラサルヲ以テ上告人等ハ民法第九四條第二項ニ所謂第三者ニ該當スルヲト明白ナリ又

同條同項ニ所謂善意ノ第三者ハ虚僞ノ意思表示ノ目的ニ付キ其表示ノ虚僞ナルコトヲ知ラスシテ法律上利害關係ヲ有スルニ至リタル第三者ニ他ナラサルヲ以テ上告人等カ判示ノ不動產ニ付キ權利ヲ取得スルノ行爲ヲ爲シタル當時前示意思表示ノ虚僞ナルコトヲ知ラサルトキハ其當時既ニ右虚僞ノ意思表示ニ關スル登記ノ抹消アリタル場合ニ於テモ民法第九四條第二項ニ所謂善意ノ第三者トシテ保護ヲ受クルノ筋合ナルコト固ヨリ當然ナリ然ルニ原裁判所ハ上告人カ同條同項ニ所謂善意ノ第三者ナルヤ否ヤヲ審究スルコトナク漫然前顯ノ如ク判示シタルハ違法ナリト云フヘシ故ニ本上告論旨ハ理由アリ(大審院大正五年(オ)第二四三號同年十一月十七日民一部田部裁判長神原尾古松岡成道各判事判決)

【關係事項】

破毀移送○原審名古屋控訴院○登記抹消請求事件○上告人古澤利八外二十人訴訟代理人辯護士岸清一同清水治三郎被上告人池田文吉訴訟代理人辯護士佐藤義彥

【虚僞表示ト第三者ノ意義ニ關スル參照學說判例】

一 第三者トハ表意者其相手方及其一般承繼人以外ノ者ニシテ虚僞ノ意思表示ノ無效ナルカ故ニ影響ヲ受クヘキ法律上ノ關係ヲ成立セシメタル者ヲ云フ(法學博士川名兼四郎氏日本民法總論二一一頁)

二 第三者トハ當事者及其包括承繼人ニアラサル者ヲ云フ(法學士嘉山幹一氏中央大學講義民法總則二四二頁)

三 第三者トハ當事者及其包括承繼人ニアラサル總テノ人ヲ謂フ債權者及特定承繼人ハ固ヨリ玆ニ謂フ第三者ナリ(法學士鳩山秀夫氏法律行爲乃至時效一一七頁)

四 虚僞意思表示ニ基キテ財產ヲ取得シタル者ノ相續人ハ民法第九四條第二項ニ所謂第三者ニ該當セサルモノトス(大阪地方大正三年(ワ)第七七號同年四月八日判決本書第三卷民法八(一)四頁)

【虚僞表示ト善意ノ第三者ノ意義ニ關スル參照學說判例】

一 善意ノ第三者トハ虚僞表示ナルコトヲ知ラサル第三者ヲ謂フ(法學博士岡松參太郎中央大學講義民法總則一九〇頁)

二　善意トハ其意思表示ノ虚僞ノ意思表示ナルヲ知ラサルヲ云フ意思表示ノ虚僞ナルコトヲ知ラスシテ法律上正當ノ利害關係ヲ生スルニ至リタル第三者ニ對シテハ虚僞ノ意思表示ノ無效ヲ對抗スルコトヲ得サルナリ（法學博士嘉山幹一氏大正三年中央大學講義錄民法總論二四二頁）

三　善意ノ第三者トハ當事者ノ爲シタル意思表示カ虚僞表示ナルコトヲ知ラスシテ之ニ付テ法律上ノ利害關係ヲ成立セシメタル第三者ヲイフ（法學士鳩山秀夫氏法律行爲乃至時效一一八頁）

四　虚僞ノ賣買契約ハ無效ノ行爲ナルヲ以テ其不履行ニ因リ損害賠償請求權ヲ發生スルノ理ナシ從テ之ヲ讓受ケタル者ハ虚僞ノ權利ヲ讓受ケタル者ト云フヲ得ヘキモ民法第九四條第二項ニ所謂善意ノ第三者ト云フヲ得ス（大審院民事判決錄二二五頁）

五　民法第九四條第二項ニ所謂善意ノ第三者トハ虚僞ノ意思表示ヲ有效ナリト信シテ法律行爲其他ノ行爲ヲ爲シタル善意ノ第三者ノミヲ意味スルモノトス（東京控訴明治四十二年ナ第一二一號判決法律新聞六六四號一三頁）

至當ノ判決ナリ

（三九八）

一七六　物權ノ設定及ヒ移轉ハ當事者ノ意思表示ノミニ因リテ其效力ヲ生ス

一〇九二　包括受遺者ハ遺産相續人ト同一ノ權利義務ヲ有ス

一〇九四　受遺者ハ遺贈ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ル時ヨリ果實ヲ取得ス但遺言者中其遺言ニ別段ノ意思ヲ表示シタルトキハ其意思ニ從フ

一〇九五　遺贈義務者カ遺言者ノ死亡後遺贈ノ目的物ニ付キ費用ヲ出タシタルトキハ第二九九條ノ規定ヲ準用ス

遺贈ハ遺言ヲ以テ受遺者ニ財産上ノ利益ヲ與フルモノニシテ遺言者ノ意思表示ニ外ナラサレハ遺言表意者ノ死亡ニ因リ其效力ヲ生スルト同時ニ遺贈ノ目的タル財産ハ民法第一七六條所定ノ如ク物權的效力ヲ生シ直接ニ受遺者ニ移轉スルヲ本則トシ其物權的效力ヲ生スルハ遺贈カ包括遺贈ナルト特定遺贈ナルトニ依リテ異ナルヘキモノニ非ス」

遺贈ハ遺言ヲ以テ受遺者ニ財産上ノ利益ヲ與フルモノニシテ遺言者ノ意思表示ニ外

（三九八）

ナラサレハ遺言カ表意者ノ死亡ニ因リテ其效力ヲ生スルト同時ニ遺贈ノ目的タル財産ハ民法第一七六條所定ノ如ク物權的效力ヲ生シ直接ニ受遺者ニ移轉スルヲ本則トシ其物權的效力ヲ生スルハ遺贈カ包括遺贈ナルトニ依リテ異ナルヘキモノニ非ス蓋シ包括受遺者ニ關シ特ニ民法第一〇九二條ノ規定ヲ設ケタルハ之ヲシテ遺産相續人ト同シク遺言者ノ權利ノミナラス義務ヲモ承繼セシムル趣旨ヲ言明スル必要アルカ爲メニシテ之ニ依リテ包括遺贈ノミ唯リ物權的效力ヲ生スルモノト解スヘキニアラス加之其他ニ特定遺贈カ債權的效力ノ外生セサル特別規定ノ存セサルヲ以テ觀レハ特定遺贈ト雖モ通則ニ從ヒ直ニ物權的效力ヲ生スルモノト解スルヲ相當トスレハナリ然レハ本件ニ於テ原審カ亡森知幾ハ其有スル貸金債權ノ十分ノ二ヲ各長男一郎次男二郎三男三郎ニ其二十分ノ一ヲ長女まさゑニ其十分ノ一ヲ各次女まき三女はな四女つき五女はる及石山とめニ遺贈シタルコトヲ判示シタルハ特定遺贈ヲ爲シタルコトヲ認メタルモノニシテ遺贈ノ結果遺言者タル知幾ノ死亡ト同時ニ各受遺者ニ貸金債權ノ移轉シタル旨ヲ判示シ特定遺贈ニ物權的效力ヲ認メタルハ相當ナリ（大審院大正五年(オ)第四九一號同年十一月八日民三部横田裁判長大倉磯谷柳川三宅各判事判決）

（三九九）

【關係事項】

上告棄却○原審新潟地方裁判所○貸金請求事件○上告人森一郎訴訟代理人辯護士横山寛平被上告人齋藤菊次訴訟代理人辯護士鈴木治郎

【遺贈ノ意義ニ關スル參照學說】

一　遺贈トハ遺言者カ他人ニ財産上ノ利益ヲ與フルノ遺言ヲ謂フ故ニ遺贈ノ實質ハ財産ノ包括又ハ特定者名義ノ處分ニシテ其

島田學士
仁井田博士
牧野學士
島田學士
川名博士

形式ハ遺言ナル單獨行爲ナリトス而シテ遺贈ノ利益ヲ受クル者ヲ名ケテ受遺者ト謂ヒ遺贈ヲ履行スヘキ義務ヲ負フ者ヲ遺贈義務者ト云フ(法學士牧野菊之助氏日本相續法論四五七頁)

二 遺贈ハ財産權ノ供與ヲ目的トスル法律行爲ナリ玆ニ財産權ノ供與ト謂フハ財産權ノ創設ト移轉トヲ總稱ス例ヘハ遺言ヲ以テ債權者ノ爲メニ抵當權ヲ設定スルトキハ財産權ノ創設ヲ目的トスル遺贈ニシテ遺言ヲ以テ既存ノ物權又ハ債權ヲ他人ニ移付スルトキハ財産權ノ移轉ヲ目的トスル遺贈ナリ(法學士島田鐵吉氏明大講相續法二八五頁)

【遺贈ト物權的效力ニ關スル同趣旨學說】

一 遺産相續人カ數人アル場合ニ於ケル遺産相續ノ目的ノ承繼相續財産ノ共有相續分及ヒ遺産ノ分割ニ關スル規定ハ包括受遺者ニ準用セラルルモノトス(法學博士仁井田益太郎氏親族相續法論六一九頁)

遺言者カ其特定ノ財産ノ處分ニ關スル特定遺贈ヲ爲シタルトキハ其特定遺贈ハ遺言者ニ屬スル特定ノ財産ノ處分ヲ直接ノ目的トスル意思表示ヲ包含スルモノト謂ハサルヘカラサルカ故ニ此場合ニ於テハ右ノ特定遺贈ヲ辨濟スル方法トシテ斯ル意思表示ヲ爲スヘキ義務ノ發生ヲ來スコトナシト謂フヘシ然レトモ受遺者ヲシテ右ノ特定遺贈ニ因ル利益ヲ實際受クルコトヲ得セシムルカ爲メ他ニ或行爲ヲ爲スノ必要アルトキハ右ノ特定遺贈ハ其行爲ヲ爲スヘキ遺贈義務ヲ生スルモノト謂ハサルヘカラス(同上六二一頁)

二 包括受遺者カ相續人及ヒ共同受遺者ニ對スル關係ニ付テハ遺産相續ニ付テ數人ノ相續人アル場合ト均シク遺言者ノ遺産ニ付テハ此等ノ者ト共有ノ關係ヲ生シ隨テ遺産ノ分割ノ問題ヲ生スルニ至ルヘク遺言者ノ債權ニ付テモ亦應分承繼スヘキモノトナルヘシ其他相續債權者又ハ特定名義ノ受遺者ニ對スル關係ノ如キ亦遺産相續人ノ此等ノ者ニ對スル關係ト敢テ異ナル所ナカルヘキナリ(法學士牧野菊之助氏日本相續法論七三頁)

三 共同包括受遺者間ノ關係(即チ包括受遺者數人アルトキ)及ヒ家督相續人又ハ遺産相續人ト包括受遺者トノ間ノ關係ニ付キテハ遺産相續人アル場合ニ於ケル相續ノ目的承繼相續分及ヒ遺産ノ分割ニ關スル規定其準用アリ(法學士島田鐵吉氏明大講相續二九二頁)

特定物ノ移轉(換言スレハ特定物ノ所有權ノ移轉)又ハ特定ノ權利ノ創設若クハ移轉ヲ以テ遺贈ノ目的ト爲シタル場合ニ在リテハ遺言者ノ死亡ノ時又ハ其死亡後ニ於ケル停止條件成就ノ時ニ於テ其目的タル物又ハ權利ノ主體ト爲ルト雖モ而モ遺言ニ依ル法律行爲ノ效力トシテ其シ遺贈義務者ノ行爲ヲ要スルコトナクシテ受遺者ハ其物又ハ權利ヲ取得シタルモノナルカ故ニ受遺者ハ遺贈義務者ヨリ引渡アルニ非サレハ其目的物ヲ占有スルコトヲ得ス(同上二九六頁)

【遺贈ト物權的效力ニ關スル異趣旨學說】

或ハ遺贈モ亦意思表示ナルカ故ニ民法第一七六條ニ從ヒ物權的效力ヲ有スルモノト爲スコトヲ得可キハ勿論ナルト同時ニ又之

ヲ債務的ノモノト爲スコトヲ得可シ當事者ノ意思如何ニ依リテ其何レニ屬セシムルモ自由ニシテ獨逸民法ニ於ケルト同シク遺贈ノ效力ヲ債務的ニ限リタルモノニ非サルカ如シ然シナカラ繹テ之ヲ考フルニ吾民法ニ於テモ亦特定的遺贈ハ只債務的ノ效力ヲ有スルモノト爲シタリト解セントス蓋シ吾民法ニ於テハ佛國民法第一〇一四條ニ於ケルカ如ク特定的ノ遺贈ハ遺言者ノ死亡ノ時ヨリ其目的物ニ對スル權利ヲ受遺者ニ與フト云フカ如キ特別ノ規定ナキカ故ニ此ノ點ニ於テ佛國民法ノ如キ解釋ヲ生スル事ナシ且ツ相續人カ限定承認ヲ爲シタルトキハ限定承認者ハ先ツ相續債權者ニ辨濟ヲ爲シタル後ニアラサレハ受遺者ニ辨濟ヲ爲スコトヲ得(一〇三二)而シテ限定承認者カ相續債權者ニ辨濟ヲ爲スニ付キテ相續財産ノ賣却ヲ必要トスルトキハ限定承認者ハ競賣ノ方法ニ依リテ之レヲ賣却スルコトヲ得ルモノナリ(一〇三四)若シ此場合ニ於テ遺贈カ其物體ト爲リタル財産ヲ直接ニ受遺者ニ移轉スルカ如キ物權的ノ效力ヲ有スルトセハ遺贈カ其效力ヲ生スルニ因リテ其物體ハ相續財産ヨリ脫スルニ至ルヘシ故ニ限定承認カ賣却スルコトヲ得可キ相續財産ハ遺贈ノ物體ヲ控除シタルノ殘餘ノ財産ヲ意味スルコトト爲リ受遺者ハ相續債權者ニ先ンシテ辨濟ヲ受クルコト能ハサルノ精神ニ矛盾スルモノト謂フ可シ尙ホ相續人ノ贏欠セル相續財産カ法人ニ屬スルモノト爲リ其財産管理人カ債務ヲ辨濟スルニ當リテモ亦第一〇三二條及ヒ第一〇三四條ノ規定カ準用セラルルカ故ニ(一〇五七二項)同シク其相續財産中ニハ遺贈ノ物體ヲ包含スルモノトセサルヲ得ス此理由ニ基キ吾民法ニ於ケル特定遺贈ハ物權的ノ效力ヲ有スル事能ハサルモノト解スルヲ正當ト信スルナリ(法學博士川名兼四郎氏法學協會雜誌第二七卷第一一十第七七頁以下要領)

本判決ハ遺贈ノ效力ニ付キ本則トシテ民法第一七六條所定ノ物權的效力ヲ生スヘキモノトシ其遺贈カ包括名義ナルトキ特定名義ナルトニ依リ異ナルモノニ非スト謂フ吾人ハ前者ニ付キ判旨ヲ是認スルモ(民法第一〇九二條)後者ニ付キ反對ノ見解ヲ有ス蓋シ遺贈ハ其本質トシテ債權的效力ヲ生スルニ過キサルコトハ遺贈ノ性質及ヒ遺言ノ效力トシテ規定セル民法第一〇八七條以下ノ規定ニ徵シ明カニシテ包括遺贈ニ付テノミ物權的效力ヲ認ムルニ同法第一〇九二條ノ規定サルカ故ナリ從テ特定遺贈ニ付キ受遺者ヲシテ其權利ヲ取得セシムルニハ更ニ遺贈義務者ニ於テ物權的意思表示(物權契約)ヲ爲サルヘカラス判決ハ大審院從來ノ見解タル特定物ニ關スル物權ノ設定及ヒ移轉ヲ目的トスル債權契約ハ當然ニ物權

大審院判決

的效力ヲ生スルモノナリ（本書第二卷民法六三九頁參照）トノ趣旨ニ一致スルモノナルモ吾人ハ之ヲ採ラス

（三九九）

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

民法第一七七條ニ所謂第三者トハ當事者若クハ其包括承繼人ニアラスシテ不動產物權ノ得喪及ヒ變更ニ付キ登記ノ欠缺ヲ主張スル正當ノ利益ヲ有スルモノヲ指稱シ當事者若クハ其包括承繼人ニアラサル總テノモノヲ包含スルモノニアラス

民法第一七七條ニ所謂第三者トハ當事者若クハ其包括承繼人ニアラスシテ不動產物權ノ得喪及ヒ變更ニ付キ登記ノ欠缺ヲ主張スル正當ノ利益ヲ有スルモノヲ指稱シ當事者若クハ其包括承繼人ニアラサル總テノモノヲ包含スルモノニアラサルコトハ夙ニ當院ノ判例トシテ示ス所ナリ本件ニ於テ上告人ハ第一審以來被上告人カ本件係爭家屋ヲ不法ニ占據セルモノナルコトヲ主張シ本訴請求ヲ爲セルコトハ原判決ニ引用セル第一審判決事實摘示ニ依リ明ナルヲ以テ原審カ上告人ニ於テ本件係爭家屋ノ所有權者タル訴外長谷川勇作ヨリ之ヲ買受ケ其所有權ヲ取得シタル事實ヲ確定スル以上ハ被上告人カ賃借權ヲ有シ其他登記欠缺ヲ主張スル正當ノ利益ヲ有スル第三者ニ該當スルコトヲ判斷スルニアラサレハ單ニ上告人ノ右所有權取得ニ付移轉登記ノ存在セサル事實ノ確定スルノミニヨリ其請求ヲ排斥シ得ヘキモノニアラス然ルニ原審

（六二）

中島博士
松岡博士
乾博士
小川吉久氏
大審院

ハ此點ニ付キ何等判斷ヲ爲サスシテ移轉登記ノ存在セサル事由ノミニ依リ其所有權取得ヲ以テ第三者タル被上告人ニ對抗シ得スト判示シ上告人ノ請求ヲ排斥シタルハ法規ノ解釋ヲ誤ルカ又ハ理由不備ノ不法アリ（大審院大正五年（オ）第四五八號同年十月四日民三部横田裁判長大倉磯谷柳川三宅各判事判決）

（六三）

【關係事項】

破毀差戻○原審靜岡地方裁判所○建家賃貸料請求事件○上告人野秋豐吉訴訟代理人辯護士木内伊與治
被上告人須田定次郎訴訟代理人辯護士尾崎義行

【不動產ノ變動ト第三者ノ意義ニ關スル同趣旨學說判例】

一 當事者以外ノ者ハ總テ之ヲ第三者ト稱スルヲ普通トスレトモ一七七條ノ意義ニ於テハ其ノ中ニ就キテ登記ノ欠缺ヲ主張スヘキ正當ノ利益アルモノニ限ルカ故ニ當事者ニモ亦第三者ニモ非サル者ヲ生ス此ノ如キモノニ對シテハ登記ナクシテ物權變動ヲ對抗スルコトヲ得ヘシ（法學博士中島玉吉氏民法釋義卷ノ二上七二頁）

二 登記及ヒ引渡ハ第三者カ秘密取引ノ犧牲トナリ不測ノ損害ヲ蒙ルノ弊害ヲ防止シ取引ノ安全ヲ保護スルカ爲メナリ故ニ不法ニ他人ノ物權ヲ行使シ又ハ之ヲ毀損シタル者ハ其他人カ未タ登記ヲ爲シテ又ハ引渡ヲ爲ササルコトヲ事由トシテ目的物ヲ返還又ハ損害賠償ヲ拒ムコトヲ得ヘキノ理ナケレハナリ（法學博士松岡義正氏民法論物權上册四四頁）

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

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

五 民法第一七七條ニ所謂第三者トハ不動產ニ關スル物權ノ得喪及ヒ變更ノ登記欠缺ヲ主張スル正當ノ利益ヲ有スル者卽チ同一ノ不動產ニ關スル所有權抵當權等ヲ正當ノ權限ニ因リテ取得シタル者等ヲ指稱スルモノトス

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

六 民法第一七七條ニ所謂第三者トハ當事者若クハ其包括承繼人ニアラスシテ不動產物權及變更ノ登記欠缺ヲ主張スル正當ノ利益ヲ有スル者ヲ指稱ス(大審院民事判決錄四一年一四輯一二七六頁)

七 民法一七七條ニ所謂第三者トハ當事者若クハ包括承繼人ニ非スシテ同一不動產ニ關スル物權ノ得喪變更ノ登記ノ欠缺ヲ主張スル正當ノ利益ヲ有スル者ヲ云フ(東京控訴院四三年法律新聞六八號九一七頁)

八 民法第一七七條ノ規定ハ不動產ニ付キ正當ノ利益ヲ有スル第三者ヲ保護スル趣旨ニ出テタルモノナレハ其第三者ニシテ無效ノ原因ニ基キ不動產上ノ物權ヲ取得シ其登記ヲ爲シタリトスルモ其以前ニ適法ニ該不動產ヲ買受ケテ未タ其登記ヲ經サルモノニ對抗スルコトヲ得ス(東京控訴院四〇年法律新聞四三九號六頁)

富井博士

【同上ニ關スル反對學說判例】

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

穗博士

二 元來民法ノ登記ニ關スル主義ハ大體ニ於テ佛國ノ主義ヲ採ツタモノニアルケレトモ第三者ニ付テハ佛國ノ如ク制限ヲ設ケナイカラ法文以外ニ於テ之ヲ制限ヲ設ケヤウトスルノハ解釋者ノ誤テアルト思フ(法學博士穗積陳重氏法學志林明治三七年六四號三頁)

横田博士

三 第三者ナル者ヲ廣義ニ解スルトキハ當事者又ハ其一般承繼人以外ノ總テノ人ヲ意味ス民法第一七七條ニ所謂第三者ハ即チ廣義ノ第三者ヲ意味シ物權ノ得喪變更ハ當事者及ヒ其一般承繼人ノ間ニハ絕對的ニ其效力ヲ生スルモ其以外ノ人ニ對シテ之ヲ主張セントスルニハ登記ヲ必要トスルモノナリ(法學博士横田秀雄氏物權法一二版七五頁)

大審院

四 民法第一七七條ニ所謂第三者トハ物權得喪變更ノ原因タル行爲ノ當事者及其一般承繼人以外ノ者ヲ總稱シ第三取得者タルト否トハ問フ所ニ非ス(大審院民事判決錄四〇年一一七四頁)

東京控訴院

五 所謂第三者トハ當事者及一般承繼人以外ノ者ニシテ同一不動產ニ關シ法律關係上互ニ相抵觸スル權利ヲ取得シタルモノヲ指スノ法意ナリト解釋スルヲ相當トス(東京控訴院三十九年法律新聞三六七號一九號)

判旨ハ至當ナリ從テ事案ニ付キ所謂第三者トシテ登記欠缺ヲ主張スルコトヲ得ルヤ否ヤハ單ニ當事者若クハ其包括承繼人ニアラサルコトノミヲ以テ之ヲ認ムルコトヲ得ス更ニ登記欠缺ヲ主張スルニ付キ正當ノ利益ヲ有スルヤ否ヤノ事實

ヲ確定セサルヘカラサルヤ勿論ナリ

(四〇〇)

六一六 第五九七條第一項及ヒ第五九八條ノ規定ハ賃貸借ニ之ヲ準用ス

五九七 第一項借主ハ契約ニ定メタル時期ニ於テ借用物ノ返還ヲ爲スコトヲ要ス

五九八 借主ハ借用物ヲ原狀ニ復シテ之ニ附屬セシメタル物ヲ收去スルコトヲ得

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

『土地ノ賃借人カ其地上ニ建物ヲ建築シタル後第三者ノ爲メ之ニ抵當權ヲ設定セル場合ト雖モ賃貸借終了ノ際賃貸人ハ賃借人ニ對シ其建物ヲ收去シ土地ヲ明渡スヘキコトヲ請求スルヲ得ヘキモノトス從テ債務者カ任意ニ明渡ヲ爲ササルトキ强制執行ノ方法ニ依リ此權利ヲ實行スルコトヲ得ルモノトス』

右ノ場合ニ於テ執行機關カ賃借人ニ對スル債務名義ノミニ基キ既ニ强制執行ヲ爲シ第三者タル抵當權者ハ執行ノ方法ニ關スル異議其他ノ手續ニ依リ異議ヲ主張セスシテ强制執行カ完結シタル以上ハ抵當權者ハ建物收去ノ爲メ不法行爲ニ因リ其權利ヲ侵害セラレタルモノト謂フコトヲ得サルモノトス』

土地ヲ賃貸シタル場合ニ於テ賃借人カ其土地ノ上ニ建物ヲ建築シタルトキハ賃借終了ノ際賃貸人ハ賃借人ニ對シ其建物ヲ收去シ土地ヲ明渡スヘキコトヲ請求シ得ルモノトス而シテ賃借人カ第三者ノ爲メ其建物ニ對シ抵當權ヲ設定スルモ賃貸人ハ右土地明渡請求權ヲ失フモノニアラス即チ賃貸人ハ賃借人ニ抵當權設定アル建物ト雖モ其建物ヲ收去シ土地ヲ明渡スヘキ旨ノ請求ヲ爲ス權利ヲ有スルモノトス從

横田博士
嘉山學士
村上學士
末學廣士

テ債務者ニ於テ任意ニ土地ノ明渡ヲ爲ササルトキハ强制執行ノ方法ニ依リ右權利ヲ實行スルコトヲ得ヘキハ固ヨリ論ヲ俟タス唯其强制執行ヲ爲スニハ單ニ賃借人ニ對スル債務名義ノミニテ足ルカ抵當權者ニ對スル債務名義ヲモ要スルカハ手續法上假ニ一個ノ問題ナリトスルモ執行機關カ賃借人ニ對スル債務名義ノミニテ足ルモノトシ之ニ基キ既ニ强制執行ヲ爲シ第三者タル抵當權者ハ執行ノ方法ニ關スル異議其他ノ手續ニ依リ異議ヲ主張セス强制執行完結シタル以上ハ前示ノ如ク賃貸人ハ實體法上建物ヲ收去シ土地ヲ明渡サシムル權利ヲ有スルモノナルヲ以テ抵當權者ハ建物收去ノ爲メ不法行爲ニ因リ其權利ヲ侵害セラレタルモノト謂フコトヲ得サルモノトス

(大審院大正四年(オ)第九九七號同五年五月四日民二部馬場裁判長田上大倉入江鈴木各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審名古屋控訴院○損害賠償請求事件○上告人加藤又兵衛訴訟代理人辯護士佐々木文一被上告人山田次郎三郎訴訟代理人辯護士岡崎正也同池田大助

【賃貸人ノ附屬物收去請求權有無ニ關スル學說判例】

一 借主ハ借用物ヲ受取リタルト同一ノ狀態ヲ以テ之ヲ返還スルノ義務ヲ負擔スルヲ以テ借用物ヲ返還スル場合ニハ之ヲ原狀ニ復セサルヘカラス賃借人ハ自己ノ附屬セシメタル物ヲ收去スル義務アルト同時ニ之ヲ收去スルノ權利ヲ有スルモ借用物ハ之ヲ原狀ニ復スルコトヲ要スルハ勿論ナリ(法學博士横田秀雄氏債權各論五一四頁)

二 之ヲ返還スルニ當リ賃借人ハ自ラ賃借物ニ附屬セシメタル物ヲ收去スルヲ得レトモ之カ爲ニハ必ス賃借物ヲ原狀ニ復スルコトヲ要ス(法學士嘉山幹一氏三十四年日本大學講義債權法各論二三二頁)

三 賃借人ハ賃借物ヲ賃貸人ニ返還スル際其ノ附屬物ヲ收去スルコトヲ得唯之カ爲賃貸人ニ何等ノ損害ヲ發ササルコトヲ要スルカ故ニ賃借人ハ附屬物收去ノ際必ス賃借物ヲ原狀ニ復スルコトヲ要ス(法學士村上恭一氏債權各論六〇九頁)

四 之ヲ返還スルニ當リテハ賃借物ニ復シテ之ニ附屬セシメタル物ヲ收去スルコトヲ得ヘシ尤モ契約上ノ使用收益ノ當然ノ結

清瀬學士

果トシテ生シタル賃借物ノ通常的毀損ハ原狀回復義務ノ範圍內ニアラサルコト當然ナルヘク賃借人ノ過失ニ由ラサル物ヲ毀損喪失等ニ付テモ亦之ヲ同樣ニ解スルヲ正當トスヘシ(法學士宋弘毅太郎氏中大講義債權各論二九四頁)

五 賃借人ハ借物ヲ原狀ニ復シテ之ヲ返還スルコトヲ要ス(法學士清瀬一郎氏債權各論一七七頁)

贊同ス(一)賃貸借物件ニ對スル附加物ニ付キテハ我民法ハ第六一六條第五九八條ニ於テ單ニ賃借人ニ其收去權アルコトヲ明言セスト雖モ賃借人ハ賃借物件ヲ賃借當時ノ原狀ニテ返還スヘキモノタルコト賃貸借契約ノ性質上當然自明ノ義務ナリト謂ハサルヘカラス(勿論賃借物使用ノ爲メ生スル自然的減滅即チ磨滅的變更アルモ妨ケナシ)從テ賃貸人ハ其返還請求ニ際シ賃借人カ賃借物ニ附屬セシメタル物件ノ收去ヲ請求シ得ヘキモノタルコト論ナキ所ナリ又之ヲ强制シ得ヘキヤ明カナリ(二)不法行爲ノ成立スルカ爲メニハ主觀要件トシテ過失(故意客觀要件トシテ權利ノ侵害行爲アルヲ以テ足レリトセス更ニ其行爲カ違法性ヲ有スルモノタラサルヘカラス而シテ權利ノ行使カ法ノ認容スル範圍內ナル以上(即チ權利ノ濫用ニ非サル限リ)常ニ適法ニシテ何等違法ヲ有スルモノニ非スサレハ斯ル權利行使ノ結果他人ノ權利ヲ害スルニ至リタリトスルモ以テ不法行爲ノ要件ヲ構成スヘキ者ニ非スト謂フヘシ(民七二〇ノ場合ニ於テモ尙不法行爲ヲ認メサルヨリセハ一層强力ノ理由ニヨリテ之ヲ是認スルコトヲ得ヘシ)事案ノ場合ハ正ニ此場合ニ屬ス從テ本判決ハ正當ナリ

東京控訴院判決

務ス

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

四七七 前二條ノ場合ニ於テ債權者カ辨濟トシテ受ケタル物ヲ善意ニテ消費シ又ハ讓渡シタルトキハ其辨濟ハ有效トス但債權者カ第三者ヨリ賠償ノ請求ヲ受ケタルトキハ辨濟者ニ對シテ求償ヲ爲スコトヲ妨ケス

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

債務者カ他人ノ所有ニ屬スル金圓ヲ以テ債務ヲ辨濟スルニ當リ債權者カ平穩且公然善意無過失ニテ辨濟金圓ノ占有ヲ始メタルトキハ直チニ該金圓ノ所有權ヲ取得スルカ故ニ實體上右金圓ノ回復ヲ請求スルノ權利ヲ有スル所有者ト雖モ其請求權ヲ行使シテ之カ回復ヲ求メ又ハ不當利得ヲ原因トシテ之カ返還ヲ求ムルコトヲ得サルモノトス』

甲第七號證ノ七及新甲第一號證ニ依レハ控訴人ト訴外平野治郎兵衛トノ間ニ於ケル本件白米ノ賣買ハ控訴人主張ノ如ク要素ニ錯誤アリテ無效ニ歸シ控訴人ハ依然該白米ニ對シ所有權ヲ有スルコトヲ明カニシテ前控訴審證人平野治郎兵衛檜舘彌三郎ノ各證言及乙第一號證新乙第一號證ニ依ルトキハ平野治郎兵衛ハ右白米ノ中百四十四俵ヲ倉庫業者檜舘彌三郎ニ寄託シ彌三郎ノ發行セル預證券及質入證券ヲ得テ前記百四十四俵ノ白米ヲ被控訴人ニ入質シ同人ヨリ金七百九十二圓ヲ借受ケタルコトヲ認ムルヲ得ヘシ而シテ控訴人平野治郎兵衛ニ對シ右百四十四俵ノ白米ニ付キ假處分ノ申立ヲ爲シ八戸區裁判所ニ於テ假處分命令ヲ得タル後該白米ハ換價セラレ同區裁判所ノ執達吏ハ該換價金千八圓ヲ金庫ニ供託シタルニ其後假處分命令ハ取消サレタルヨリ平野治郎兵衛ハ金庫ヨリ右換價金ヲ受領シテ其ノ金圓中ヨリ被控訴人ニ對シ前

揭債務ノ元利金九百二十四圓六十二錢ヲ支拂ヒタルコト竝ニ被控訴人カ右換價金ニ付差押ヲ爲ササリシ爲メ該換價金ニ對シ質權ノ行使ヲ爲シ得サルニ至リタルコトハ當事者間ニ爭ナキトコロナレハ白米ノ代表物タル前揭換價金ハ白米ノ所有者タル控訴人ニ歸屬スヘキモノトス從テ被控訴人ニ於テ民法第一九二條ニ依リ辨濟金圓ノ所有權ヲ取得セサル限リ被控訴人カ前示ノ如ク右換價金ノ內ヨリ辨濟ヲ受ケタルハ控訴人ノ損失ニ於テ利得ヲ爲シタルノ結果ヲ生スルモノトス(大審院カ本件ニ付言渡シタル明治四十四年五月二十四日及ヒ大正元年十月二日判決參照)而シテ被控訴人主張ノ如ク同人カ前記ノ辨濟ヲ受クルニ當リ平穩且公然善意無過失ニシテ辨濟金圓ノ占有ヲ始メタルモノトセハ被控訴人ハ直チニ該金圓ノ所有權ヲ取得スルカ故ニ實體上右金圓ノ回復ヲ請求スルノ權利ヲ有スル控訴人ト雖モ其請求權ヲ行使シテ之カ回復ヲ求メ又ハ不當利得ヲ原因トシテ之カ返還ヲ求ムルコトヲ得サルモノトス依テ被控訴人カ右辨濟ヲ受クルニ當リ平穩且公然善意無過失ニシテ辨濟金圓ノ占有ヲ始メタリヤ否ヤヲ案スルニ當審證人山井秀規蛯名英一ノ各證言大久保平藏ノ供述ニ依ルトキハ被控訴銀行ノ行員タル蛯名英一ハ同銀行ノ代理人トシテ債務者平野治郎兵衛ノ代理人山中秀規ヨリ前示債權ノ辨濟ヲ受クルニ當リ辨濟金圓ノ出所等ヲ知ルコトナク又之ヲ知ラサリシコトニ付何等ノ過失アルコトナク善意無過失ニシテ平穩且公然ニ辨濟金圓ノ占有ヲ始メタルコトヲ認ムルニ難カラス當審證人鹿窪三郎ノ此點ニ關スル證言ハ信用セス控訴人ノ援用セル口頭辯論調書其他甲號各證ハ右認定ヲ左右スルノ價値ナキモノト認ム然ラハ被控訴人ハ民法第一九二條ニ從ヒ前揭辨濟金圓ニ付キ確定不動ノ所有權ヲ取得シタルモノナルカ故ニ控訴人ハ被控訴人ニ對シ不當利得ヲ

理由トシテ該辨濟金圓ノ返還ヲ請求スルコトヲ得サルモノトス(東京控訴大正元年(ネ)第七五五號同五年十月五日民三部岩田裁判長神谷鈴木各判事判決)

【關係事項】

不當利益金返還請求事件○控訴人田口喜助訴訟代理人辯護士齊山常之助外一名被控訴人株式會社勸上銀行法律上代理人取締役大久保原藏訴訟代理人辯護士大原銅一郎外一名

(四〇二)

大審院判決

八六第一項　土地及ヒ其定著物ハ之ヲ不動産トス
八八第一項　物ノ用方ニ從ヒ收取スル産出物ヲ天然果實トス

桑樹ノ栽植ハ或時期ニ於テ桑葉ヲ收取スル目的ヲ以テスルモノナレハ其時期ニ於ケル桑葉ハ之ヲ果實ト謂フヲ得ヘキモ桑樹其物ハ土地ノ定着物即チ土地ト一體ヲ爲スモノニシテ果實ニアラス』

桑樹ノ栽植ハ或時期ニ於テ桑葉ヲ收取スル目的ヲ以テスルモノナレハ其時期ニ於ケル桑葉ハ之ヲ果實ト謂フヲ得ヘキモ桑樹其物ハ土地ノ定着物即チ土地ト一體ヲ爲スモノニシテ果實ニアラサルコト多言ヲ俟タス故ニ之ヲ果實ナリトシ依テ原判決ヲ非難スル論旨ハ理由ナシ(大審院大正五年(オ)第七〇六號同年十月十九日民二部馬場裁判長田上入江鈴木前田各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審名古屋地方裁判所○所有權確認請求事件○上告人岡田久三郎被上告人鈴木慶太郎

至當ノ判決ナリ

富井博士

(四〇三)

四四　法人ハ理事其他ノ代理人カ其職務ヲ行フニ付キ他人ニ加ヘタル損害ヲ賠償スルニ責ニ任ス
法人ノ目的ノ範圍内ニ在ラサル行爲ニ因リテ他人ニ損害ヲ加ヘタルトキハ其事項ノ議決ヲ贊成シタル社員、理事及ヒ之ヲ履行シタル理事其他ノ代理人連帶シテ其賠償ノ責ニ任ス
五三　理事ハ總テ法人ノ事務ニ付キ法人ヲ代表ス但定款ノ規定又ハ寄附行爲ノ趣旨ニ違反スルコトヲ得ス又社團法人ニ在リテハ總會ノ決議ニ從フコトヲ要ス
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
七一五　或事業ノ爲メニ他人ヲ使用スル者ハ被用者カ其事業ノ執行ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス
但使用者カ被用者ノ選任及ヒ其事業ノ監督ニ付キ相當ノ注意ヲ爲シタルトキ又ハ相當ノ注意ヲ爲スモ損害カ生スヘカリシトキハ此限ニ在ラス(第二項略)
前二項ノ規定ハ使用者又ハ監督者ヨリ被用者ニ對スル求償權ノ行使ヲ妨ケス

(一)法人ヲ以テ權利能力ヲ有スル組織體ナリトシ其實在ヲ認メ法人ノ行爲能力ヲ認ムル所謂組織體說ハ大體ニ於テ穩當ナルコトヲ肯認ス』

理事其他ノ代表者ヲ以テ法人ノ機關ト爲シ別個獨立ノ人格者タル代理人ニ非スシテ法定代理人ニ準シ代理ノ規定ニ從フモノト爲スハ理論上正當ナリトス』

(二)法人ハ不法行爲能力ヲ有スルモノトス』

(三)法人ハ理事其他ノ代表者ノ加害行爲ニ付テノミ其責ニ任スヘキモノニシテ代表者ト見ルヘカラサル者(例雇人)ノ不法行爲ニ付テハ其責任ナキモノトス但代表者カ其職務ノ範圍内ニ於テ或人ヲ雇入ルル如キ法律行爲ヲ爲サハ其者ノ爲シタル不法行爲ニ付キテハ法人ハ使用者トシテ賠償ノ義務ヲ免ルルコトヲ得サルモノトス』

民法第四四條ノ「職務ヲ行フニ付キ」トハ「職務ヲ行フニ際シ」ト言フヨリモ狹義ナリ例ヘハ法人ノ目的タル事業ヲ行フニ當リテ他人ノ著作權又ハ特許權ヲ侵害シ或ハ法人ノ爲メニ法律行爲ヲ爲スニ當リテ詐欺若クハ强迫ヲ行ヒ又ハ受託金ヲ費消シタル如キハ職務上ノ加害行爲ト見ルヘク之ニ反シ或學會ノ理事カ詐欺ニ因リテ商行爲ヲ爲シ又ハ法人ノ事務ヲ行フ機會ニ於テ他人ノ物ヲ窃取シタル如キハ固ヨリ職務ニ屬セス」

不法行爲ニ因ル被害者ハ法人ニ對スルノミナラス直接ノ加害者タル法人ノ代表者ニ對シテモ損害ノ賠償ヲ求メ得ヘキモノトス」

第一　法人ハ行爲能力ヲ有スルヤ組織體說ハ法人ヲ以テ權利能力ヲ有スル組織體ナリトシ其實在ヲ認メ多數ノ論者ハ法人ノ行爲能力ヲ認ム而テ其論據ハ法人ハ其組織ニ依リテ意思能力ヲ有スルモノトス之ニ代ヘントス余輩ハ大體ニ於テ組織體說ノ穩當ナル事ヲ肯認スト雖モ其說明ノ方法ニ關シテハ多數ノ論者ト少シク所見ヲ異ニス蓋法人ハ一般ニ組織體トシテ實在スルモ眞ノ意思主體ト見ルヘキニハ非ス自然人ニ付テモ意思能力ハ人格ノ要素ニ非サルカ故ニ法人ニ付テモ亦之ヲ必要トセス法人ニハ自然意思ナキモ法律意思アリトシ法律ハ外部ヨリ獨立ノ意思ヲ放出スルニ足ルヘキ組織ヲ與ヘタルモノト爲スモ是亦意思ヲ以テ法人格ノ要素ト爲ス論法タル事ヲ免レス法人ノ行爲能力ヲ說明スルニハ必スシモ如斯觀念ヲ容ルルコトヲ要セス法人ハ一定ノ目的ノ爲メニ存在ス故ニ其存在ノ目的ヲ達スル方法ナカルヘカラス於此組織體ノ一部トシテ機關ヲ

置キ以テ一切ノ事務ヲ處理セシム然リト雖モ法人ハ之カ爲メニ自然人ト同樣ナル意思主體ト爲ルニ非ス卽チ機關ニ依リテ行動スルト言フヨリモ寧ロ獨立ノ人格者トシテ其存在ノ目的ヲ達スル方法ヲ與ヘラレタルモノト見ルヲ適當トス要スルニ余輩ハ理事其他ノ代表者ヲ以テ法人ノ機關ト爲シ別箇獨立ノ人格者タル代理人ト見サルハ理論上正當ナリト信ス蓋法人ノ代表者ハ法人ノ一要部ニシテ設立行爲ニ因リテ之ト同時ニ發生シ決シテ法人以外ニ其事務ヲ代理セシムル爲メ別人格者ヲ置クノ觀念ニ非ス唯之ヲ機關ト稱スルモ普通自然人ニ付キ言フ機關トハ同一ノ意義ニ解スヘカラス法人ノ機關ハ一面機關トシテハ獨立ノ人格者ニ非ストスルモ他面ニ於テハ個人トシテ其人格ヲ認メサルヘカラス且法人ハ機關ヲ離レテハ何等ノ意思ヲモ有セス所謂法人ノ意思トハ畢竟機關ノ意思ニシテ此以外ニ法人ノ意思ト認ムヘキモノナシ

第二　法人ニ不法行爲能力アルヤ否ヤ擬制說ヲ採レハ法人ニ此能力アルコトヲ否認ス蓋シ何人ト雖モ不法行爲ノ責ニ任スルニハ故意又ハ過失ナカルヘカラス然ルニ法人ハ法律ノ假設物ニシテ意思能力ヲ有セサルカ故ニ不法行爲能力ヲ有スルコト能ハス又法人ノ業務執行者ハ不法行爲ニ付キ代理權ヲ有セサルカ故ニ代理ノ原則ニ依ルモ其者ノ不法行爲ヨリ法人ニ責任ヲ生スルコトナシト曰フト雖モ近世ニ於テハ主觀的過失ヲ以テ責任ノ要件ト爲ササル傾向アリ假ニ主觀的過失ヲ必要條件トシテ論スルモ法人ハ苟モ機關トシテ行動スルコトヲ得ヘキ範圍內ニ於テハ過失ノ有無ノ如キモ機關ニ付キ之ヲ判斷シ其過失ヲ以テ法人ノ過失ト見ルヘキニ非スヤ法人實在說ヲ採ル者ハ一般ニ法人ノ不法行爲能力ヲ認ム團體實在說ニ於テハ法人ハ獨立固有ノ意思ヲ有スルモノト爲スカ故ニ其代表機關ノ不法行爲ハ現實ニ法人ノ意思カ發動セル

モノト見ルハ當然トス組織體實在說ニハ法人ハ法律意思アリトシ其代表機關カ法人ノ事務ニ付キ爲シタル一切ノ行爲ハ法律上之ヲ法人ノ行爲ト見ルカ故ニ法人ニ不法行爲能力アリトス余輩ハ大體ニ於テ其論旨ヲ可トス我民法第四四條第一項ノ此規定ハ專ラ不法行爲ノ責任ニ關スルモノニ非ストスルモ其適用ハ主トシテ理事ノ不法行爲ニ付キ生スルモノトス我民法ヲ解釋スル多數ノ學者ハ本條ノ規定ヲ以テ法人ノ不法行爲能力ヲ認メタルニ非スシテ單ニ第三者ヲ保護スル爲メノ便宜的規定ニ過キストス如シ我民法ニ於テモ理事ハ之ヲ純然タル法定代理人ト斷定シタルニハ非スシテ法定代理人ニ準シ代理ノ規定ニ從フモノトスル趣旨ニ解釋セント欲ス唯其不法行爲ニ付テハ代理ノ規定ヲ準用スルコトヲ得サルカ故ニ此特別規定ヲ必要トシタルナリ要スルニ理事ハ法人ノ代表機關(代理ノ規定ニ從フヘキ)ニ外ナラス從テ其職務ノ執行ニ付キ生シタル不法行爲ハ之ヲ法人ノ行爲ト看做シテ其責ニ歸スルモノト爲スコト法人制度ノ本旨ニ適合スルモノト信ス卽チ此意義ニ於テ法人ノ不法行爲能力ヲ規定セルモノト解スルナリ

第三　上述セル觀念ニ基キ民法第四十四條第一項ノ趣旨及ヒ適用範圍ヲ明ニセントス

(一)　法人ハ理事其他ノ代表者ノ加害行爲ニ付テノミ其責ニ任ス此點ハ民法第七百十五條ノ規定ト全然其根據ヲ異ニス之ニ反シテ代表者ト見ルヘカラサル者(例雇人)ノ不法行爲ニ付テハ法人ニ直接ノ責任ナキモノトス但代表者カ其職務ノ範圍內ニ於テ或人ヲ雇入ルル如キ法律行爲ヲ爲サハ其法律行爲ハ之ヲ法人ノ行爲ト見ルヘク從テ法人ハ使用者トシテ其者ノ不法行爲ニ付キ賠償ノ義務ヲ免ルルコトヲ得ス是第七百十

五條ノ適用範圍ニ屬ス

(二)　法人ノ代表者カ其職務ヲ行フニ付キ他人ニ加ヘタル損害ナルコトヲ要ス此ニ所謂「職務ヲ行フニ付キ」ト「職務ヲ行フニ際シ」ト言フヨリモ狹義ナルコト疑ヲ存セス然リト雖モ汎ク職務云々トアル以上ハ法人ノ爲メニ法律行爲ヲ爲ス場合ナルコトヲ要セス苟モ代表者カ其職務ニ屬スル法人ノ事務ヲ行フニ付キ他人ニ加ヘタル損害ナルコトヲ以テ足レリトスヘシ例ヘハ法人ノ目的タル業務ヲ行フニ當リテ他人ノ著作權又ハ特許權ヲ侵害シ或ハ法人ノ爲メニ法律行爲ヲ爲スニ當リテ詐欺若クハ强迫ヲ行ヒ又ハ受託金ヲ費消シタル如キハ職務上ノ加害行爲ト見ルヘク之ニ反シテ或學會ノ理事カ詐欺ニ因リテ商行爲ヲ爲シ又ハ法人ノ事務ヲ行フ機會ニ於テ他人ノ物ヲ竊取シタル如キハ固ヨリ此ニ說明スル部類ノ行爲ト見ルヘキニ非ス第四四條ト第七一五條トノ制度ノ基礎ハ全然同一ナルニ非スシテ被用者ノ不法行爲ニ對スル使用者ノ責任ハ監督ノ不行屆ニ基クモノトス從テ其ノ責任ノ範圍ハ理事ノ行爲ニ對スル法人ノ責任ヨリモ多少汎ク之レヲ解シ苟クモ事業ノ執行中ニ生シタル損害(例ヘハ雇人カ執務中ニ喫煙シテ火災ヲ起シタル如キ)ハ原則トシテ使用者ノ責ニ歸スルモノト解スヘキカ如シ

(三)　被害者ハ直接ノ加害者タル代表者ニ對シテモ損害ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得ルヤ團體說ノ代表者ギールケノ如キモ兩者ニ責任アリトシ最近ノ立法例亦機關ニモ其過失ニ對スル責任アルコトノ明文ヲ置ケリ蓋機關ハ法人ノ一部ナリトハ或一面ヨリ觀察セルモノニシテ全然獨立ノ人格ヲ失フ意義ニ非サルコト疑ニ遠ヘタル如シ又實際問題トシテ法人ニ賠償ノ資力ナキ場合ニ於テ被害者ヲ救濟スル途ナキニ至ル如キハ

甚タ不當ト言ハサルヘカラス此點ハ法人ノ代表機關カ其資格ニ於テ契約其他ノ法律行爲ヲ爲シタル場合ト同一ニ論スルコトヲ得ス何トナレハ法律行爲ニ付テハ相手方ハ專ラ法人トノ間ニ法律關係ノ成立スルコトヲ承認シタルモノト謂フコトヲ得レハナリ(法學博士富井政章氏法學協會雜誌第三四卷第十號一頁以下「法人ノ不法行爲能力」要領)

【一)法人ノ本質ニ關スル擬制說】

一 法人ハ事實上人ニ非サルモノヲ法律ノ假定ニ因リテ人ト同一視スルモノナルカ故ニ法律カ特ニ之ヲ認ムルニ非サレハ成立スルコトヲ得サルモノナリ(法學博士梅謙次郎氏民法要義卷ノ一總則七三頁)

二 法人トハ法律ノ擬制ニ因ル權利ノ主體ナリ(法學博士酒井雄太郎氏民法理由總則七一頁)

三 法人カ實際上ノ便宜ニ基キ法律ニ依リテ制定セラレタル權利ノ主格タルニ過キサル以上ハ種々ノ立法上並ニ實際上ノ理由ニ因リ或ハ其設立ノ條件ヲ指定シ或ハ私權享有ノ範圍ヲ限定シ或ハ行政監督權ニ服從セシメラルル如キハ固ヨリ當然ノ事ニ屬ス(法學博士仁井田益太郎氏法典質疑問答民法總則一〇〇頁)

四 我國法ハ擬制說ヲ採ル擬制說ハ法理論トシテモ可ナリ解釋論トシテモ之ニ據ルノ外ナシ(法學博士松波仁一郎氏改正日本會社法五頁)

五 法人トハ自然人ニ非スシテ法ノ擬制ニ依リ存在シ權利義務ノ主體タルモノヲ謂フ(法學士鈴木英太郎氏民法總則講義錄二五〇頁)

六 余ハ我私法上ノ說明トシテハ法人擬制說ヲ採用スルノ正當ナルヲ信ス(法學士飯島喬平氏民法要論一一一頁)

七 我民法カ法人ノ本質ニ關シテ如何ナル主義ヲ採リタルヤハ甚タ明瞭ナラス然レトモ……所謂擬制說ノ思想ノ下ニ編成セラレタルモノト解スルヲ穩當トスヘシ(法學士片山義勝氏株式會社法論一〇〇頁)

【同上實在說】

一 法人ハ法律ニ因リテ權利能力ヲ賦與セラレタルモノナリ之ヲ虛無假裝ノモノト爲シ單ニ法律ノ擬制ニ因テ存スルモノト論斷スルハ謬說ナリ(法學博士平沼騏一郎氏民法總論二六六頁)

二 我輩ハ實在說ヲ採ル今試ニ實在說ヲ以テ論者ノ窮シテ答フル能ハサル點ヲ說明センカ極テ容易ナリ即チ人カ心ヲ有スル爲メニ人格ヲ賦與セラルル如ク法人モ亦社會心ヲ具備スルカ爲メニ人格ヲ賦與セラルルモノナリト說明スルコト是ナリ(法學博士志田鉀太郎氏法學新報第一六參第四號三〇頁)

三 法人トハ社會ノ組織體ニシテ權利能力ヲ有スルモノヲ謂フ故ニ法人ハ現實ニ現存スルモノニシテ人ト共ニ權利義務ヲ有スルモノト云ハサルヘカラス(法學博士仁井田益太郎氏法學協會雜誌第二六卷第二號四頁)

四 多數人カ相團結シ子孫相繼テ共同ノ目的ヲ遂行スル場合ニ於テ此等ノ多數人ハ其共同ノ單一體ヲ爲シ其全體ニ共通ナル利益ヲ享有ス即其全體カ單一ナル目的ノ主體タリ利益ノ主體タルナリ人類カ此ノ如キ團結的生活ヲ爲スコトハ人類ノ生活顯象ニ於ケル現實ノ事實ニシテ何人モ之ヲ否認スルヲ得ヘカラス所謂法人トハ此ノ實在ノ顯象ニ基イテ法力之ニ權利能力ヲ認メタルモノニ外ナラス(法學博士美濃部達吉氏日本行政法總論五六五頁)

五 法人ハ其成立原因タル法律事實ヨリ生スル法律上ノ效力ナリ普通ノ法律事實ヨリ生スル普通ノ法律上ノ效力ト異ナルトコロハ權利能力ヲ有スルモノヲ生スルノ點ニ在リ(法學博士川名兼四郎氏日本民法總論八〇頁)

六 法人ハ法律ニ依リテ組織セラレ其組織者タル自然人ト別個獨立ノ利益ヲ有スル團體ナリ又法律ハ法人ノ意思發表機關タル理事ヲ認メ社團ニ付テハ其最高意志決定ノ機關タル總會ヲ認タルヲ以テ自己固有ノ獨立意志ヲ有スル團體ト認メラレタルモノトス(法學博士松本烝治氏註釋民法全書第一卷三〇〇頁及次項學說參照)

七 法人ノ基礎ハ一定ノ目的ヲ有スル社團又ハ財團即チ組織體ナリ然レトモ具體的組織體其モノヲ直接ニ法人ノ基礎ヲ爲スモノニ非スシテ其抽象的觀念ヲ以テ法人ノ直接ノ基礎タラシムル必要アルナリ(法學博士中島玉吉氏民法釋義卷ノ一總則二二四頁)

八 法人ハ權利能力ヲ有スル社會的組織體ナリ元來權利能力ハ法律カ附與スル資格ニシテ人類タルカ爲メニ當然享有スル資格ニ非サルヲ以テ自然人ニ限リ權利能力ヲ有スルノ理ナシ又各個人ノ命數ニ拘ラスシテ永續スヘキ社會的目的ヲ達スルカ爲メニハ權利能力ヲ有スル社會的組織體ヲ必要トス故ニ古來人類カ社會的目的ヲ達スルカ爲メニ創設シタル組織體ニ權利能力ヲ附與シタリ斯ノ如キ人格者ハ古來之ヲ無形人ト稱シ近世ニ至リテ之ヲ法人ト稱ス(法學博士松岡義正氏民法總則二五三頁)

九 法人ハ權利ノ主體タル組織體ナリ法律ハ或組織體ヲシテ其目的ヲ達セシムルカ爲メ之ニ人格ヲ附與スルモノナリ其人格ヲ附與スルニ當リ法律ハ單ニ權利能力ヲ與フルニ過キサルコトアリ又同時ニ意思能力ヲ與フルコトアリ權利能力ノミヲ附與シタル場合ニ於テハ法人ハ行爲無能力者ナリ此法人ハ法定代理人ヲ有セサルコトアリ權利能力ノミヲ附與シタル場合ニシテ法人ノ行爲ニ非ス唯其法律行爲ノ效力カ直ニ法人ニ付テ生スルニ過キス(法學士嘉山幹一氏民法總論前編一二〇頁)

一〇 會社ハ法律的生活機體ナリ有スル有機體ナリ會社ヲ組織スル社員ヨリ離レ其財產ニ關係ナキ獨立ノ財產ヲ以テ固有ノ活動ヲ爲ス抽象的團體ナリ即チ會社ハ自存シ發展シ進化スル力ヲ有スルモノナリ之ヲ法律上ヨリ言ヘハ會社ハ無形人ナリ法律ノ擬制ニ依リ法人トシテ自然人ノ有スル人格ヲ有スルモノナリ(法學士柳川勝二氏商法論綱一〇四頁)

一一 法人ハ一定ノ目的ニ對シ社會トノ關係上法律ハ之ニ人格ヲ賦與シタルモノト說明セントス即チ其目的ハ一ノ實在ナリ法律カ之ヲ權利義務ノ主體ト爲シ之レニ財產ヲ有セシメ且ツ之レニ其目的ノ範圍內ニ於ケル各種ノ法律行爲ヲ爲スノ能力ヲ賦與シ得ルモノト說明セント欲ス(法學士立岩謙輔氏明治學報第一二五號五頁)

一二　抽象的實在說トハ法人ナル觀念ヲ以テ觀念上ノ實在トナスモノニシテ法人ハ自然人ト同一ニハアラスト雖モ其權利ノ主體タルハ何等擬制ニ基モノニアラストスルモノナリ余ハ此說ニ左袒セント欲ス（法學士鳩山一郎氏日大民法總論一七〇頁）

一三　組織體カ社會ニ於テ又法律ノ上ニ於テ獨立ノ目的ヲ有シ獨立ノ利益ノ主體タルハ進化ノ法則上必然ノ要求ナリ蓋シ主ト人類亦之ヲ認識シテ合同連結以テ統一體ヲ爲シ個人各ノ人格ヲ其一體中ニ沒入シテ其統一體ヲ以テ目的ノ主體ト爲ス之レ即チ人類生活ノ公方面ニシテ之ナクンハ人類ノ維持發達ハ得テ望ム可ラサルナリ個人單獨ノ目的以外ニ公共ノ目的存在シ個人以外ニ目的ノ主體存在ス可キハ自然ノ必要ナリ實在ノ事實ナリ法律カ之ヲ認メテ獨立ナル利益ノ主體トシ法律上ノ人格者トナスハ單ニ人格ヲ認定スルモノト言フ可ラサルモ亦事實ニ背キ擬制ニ基キテ人格ヲ賦與スル所以ニ非ス事實上人格タル可キ現象ニ法律的性質ヲ賦與シテ人格者トナスニ止マルナリ（法學士鳩山秀夫氏法學協會雜誌第二六卷第一一號四九三頁）

一四　法人ハ實在ノ組織體ニシテ法律ノ擬制ニ依リ存在ヲ認メラルルモノニ非ス公益法人ノ理事、商事會社ヲ代表スル社員若クハ取締役ハ法人ノ代理人ニ非スシテ法人ノ機關ナリ（明治三九年五月十五日判決法律新聞第三五八號二三頁）

【一】法人ノ代表者ノ性質ニ關スル同趣旨機關說學說】

東京控訴院　一　取締役ハ會社ノ機關ナリ……會社ト取締役トノ間ノ關係ハ委任ニ關スル規定ニ從フ（法學博士松波仁一郎氏改正日本會社法一一二六頁）

松波博士　二　取締役ハ會社ノ機關ニシテ代理人ニ非ス法律カ代理又ハ代理權ナル語ヲ用ヒタルハ機關組織者ノ權限ニ付キ代理ニ關スル規定ヲ準用セント欲スルノ趣旨ト解スヘシ（法學博士松本烝治氏本書第一卷商法一七二頁）

松本博士　三　理事ハ外部ニ對シ法人ヲ代表シ內部ニ於テ法人ノ業務ヲ執行スル常設機關ナリ是ヲ以テ第一ニ理事ハ代表機關ニシテ民法ニ所謂法定代理人ニ非ス理事ハ法人ノ一部ヲ爲ス獨立ノ人格ナキ機關トシテ外部ニ對シ法人ヲ代表シ法人ト異ナル別個ノ人格ヲ有スル法人代理人トシテ外部ニ對シ法人ヲ代表セス又理事ノ行爲ハ卽チ法人ノ行爲ニシテ法定代理人ノ行爲ニ非ス（法學博士松岡義正氏民法論總則二九四頁）

松岡博士

鳩山學士　四　余ハ法人ノ本質ニ付テ所謂實在說ヲ採ルノ結果トシテ理論上理事ハ意思機關ナリトイフ說ヲ是認スレトモ我民法カ代理人ト言ヒタルハ之ニ法定代理人ト同一ノ法律上ノ地位ヲ認メントスル趣旨ナリト解スルノ外ナシト信ス（法學士鳩山秀夫氏註釋民法〈書第二卷法律行爲乃至時效二三二頁）

片山學士　五　取締役ハ純理上會社ノ代理人ニ非ス（法學士片山義勝氏株式會社法論六三三頁）

嘉山學士　六　法人ハ自然的ノ意思ヲ有セス自然的ノ手足ヲ具ヘサレトモ法律上ニ於テハ機關ノ地位ハ法人ノ一部ヲ爲スニス機關ノ法人ニ對スル關係ハ一元的ニシテ代理人ノ法人ニ對スル關係ノ如ク二元的ニアラス機關ノ地位ハ法人ノ一部ヲ爲スニ過キサルナリ理事ハ外部ニ對シ法人ヲ代表シ內部ニ於テ法人ノ業務ヲ執行スルノ機關ナリ即チ第一ニ理事ハ法人カ外部ニ對シテ行爲ヲ爲スニ付テノ機關ニシテ此點ニ於テ理事ノ地位ハ法定代理人ノ地位ニ類スルモノナレトモ理事ノ爲シタル行爲ハ法定

代理人ニ於ケルカ如ク理事其人ノ行爲トシテ法人ニ效力ヲ及ホスモノニアラスシテ法人自體ノ行爲ナリ（法學士嘉山幹一氏民法總論前編一五頁—一五一頁）

【一】同上反對代理人說學說】

岡松博士　一　法人ノ機關ヲ業務執行ノ機關ト業務監督ノ機關トニ分チ理事ヲシテ業務施設ノ事ヲ司ラシメ監事ヲシテ業務監督ノ任ニ當ラシメ前者ハ法人ノ法定代理人ニシテ業務ノ施設ニ缺ク可カラサルヲ以テ必ス之ヲ置クコトヲ要スルモノトシ後者ハ業務ノ監督上必要アルニ任セ之ヲ置クコトヲ得ルモノトス（法學博士岡松參太郎氏民法理總則一〇〇頁）

中島博士　二　我民法上一理事ハ法人ノ代理人ニシテ機關ニ非ス（法學博士中島玉吉氏民法釋義第一卷總則二九二頁）

青木博士　三　商法ハ形式上會社機關ナル題目ノ下ニ取締役ヲ規定セルモ之ハ章ノ命題ヲ簡易ナラシムルカ爲メニセル用語ト見ルヘク從テ之ニ對シテハ國家ニ於ケル官總又ハ官吏ノ關係ヲ以テ說明スヘキニ非スシテ寧ロ普通ノ私法現象タル代理ノ關係ヲ以テ之ヲ解釋スルヲ穩當ナリトスヘキニ似タリ即チ取締役ハ會社ノ機關ナルカ故ニ其行爲ハ則チ其會社其物ノ行爲ナリト解スヘキニ非スシテ寧ロ取締役ハ會社ノ代理人ナルカ故ニ其行爲ハ本人タル會社ニ對シテ直接ニ效力ヲ生スルモノト解スルノ外ナカルヘシ故ニ取締役ハ法定代理人ナリ何トナレハ取締役ハ法律上之ヲ置クコトヲ必要トスル代理人ナレハナリ（法學博士青木徹二氏會社法論四九一頁—四九二頁）

鈴木學士　四　我民法上法人ハ法ノ假定ナリ實在スルモノニアラス法人ハ意思能力ナシ總會ノ意思ハ社員ノ意思ニシテ法人ノ意思ニアラス故ニ我民法上理事ハ法人ノ法定代理人ナリト信ス（法學士鈴木英太郎氏民法總則講義錄二八九頁）

柳川博士民法理由書　五　取締役ハ法律上之ヲ置クヲ必要トスル點ニ於テ法定代理人ナリ（法學士柳川勝二氏商法論綱二六四頁）

平沼博士　六　法人ノ機關ハ之ヲ業務執行機關ト業務監督ノ機關トニ別チ理事ヲシテ其業務執行ノ任ニ當ラシメ監事ヲシテ其業務監督ノ事ニ任セシム前者ハ法人ノ法律上代理人ニシテ其業務ノ執行ニ缺クヘカラサル機關ナルヲ以テ必ス之ヲ置クコトヲ要スルモノトシ後者ハ業務ノ監督上必要ナル場合ニ於テ之ヲ置クコトヲ得ルモノトセリ（民法理由書第二章第二節）

【二】法人ノ不法行爲能力ニ關スル同趣旨學說】

一　理事其他ノ理人ハ法人ノ機關ニシテ恰モ自然人ノ手足ノ如シ自然人カ手足ノ活動ニ由テ他人ニ害ヲ加フルトキハ當然自己ノ行爲ニ由テ之ヲ生セシメタルモノトシテ賠償ノ責ニ任サル可ラス法人ノ機關カ法人ノ業務ヲ執行スルニ當リ他人ニ害ヲ加フルハ自然人カ手足ノ活動ニ由テ他人ニ害ヲ加フルト同一ナリ故ニ民法第四四條ハ法人カ自己ノ行爲ニ由テ生シタル結果ニ付テ當然責任ヲ負擔ス可キコトヲ規定シタルニ外ナラス（法學博士平沼騏一郎氏民法總論三〇六頁）

二　余ノ解スル所ニ依レハ法人ノ事實上ノ意思能力アリヤ否ヤノ問題ハ社會學上ノ學理問題ニシテ純正法學ニ屬スルモノニ非ス法律學ノ對象トシテ觀察スルニ當リテハ之ヲ法的組織體ト解スルヲ正當トス卽チ法人ハ法律ノ認メタル組織體ニシテ其機關

松岡博士　ハ法律上ノ觀察トシテハ法人ヲ組織スル部分ナルヲ以テ機關ノ行動ハ法律上ハ法人ノ行動ト觀察スヘシ之ヲ一人格者ノ行爲カ他人格者ニ效力ヲ及ホス代理ノ場合ト混同スヘカラス余ハ如上ノ趣旨ニ於テ法人實在說ヲ是認スル者ナリ即チ法人ノ事實上ノ意思能力ノ有無ヲ問ハスシテ其法律上ノ意思能力ヲ認ムル者ナリ（法學博士松本烝治氏會社法講義四七頁—四八頁）

嘉山學士　既ニ法人ノ不法行爲能力ヲ認ムル以上ハ同一理由ニ依リテ特定ノ犯罪ニ付キ法人ノ犯罪能力ヲ認ムルヲ可トスヘシ（同上五〇頁）

三　法人ハ其目的ノ範圍內ニ於テ不法行爲能力（責任能力）ヲ有ス法人ハ其機關カ其職務ヲ行フニ當リ他人ニ加ヘタル損害賠償ノ責ニ任スル日本民法ノ規定ニ依レハ法人カ其不法行爲ニ關シ損害賠償ノ責ニ任スルニハ第一ニ理事其他ノ代理人カ他人ニ加ヘタル損害ナルコトヲ要ス（法學博士松岡義正氏民法論總則二八二頁）

四　不法行爲ノ責任ハ故意又ハ過失ニ依リ他人ノ權利ニ侵害ヲ生セシメタルニ基キテ負フ責任ナリ然ルニ故意又ハ過失ハ意思能力ナキ者ニハ存シ得ヘカラサルモノナレハ不法行爲能力モ亦意思ヲ前提トスルコト明カナリ從テ若シ擬制說ヲ採ルトキハ法人ニ不法行爲能力ナシ民法第四四條第一項ハ被害者保護ノ爲メ理事其他ノ代理人ノ不法行爲ニ付キ法人ニ賠償ノ責ヲ負ハシメタルモノナリト論セサルヘカラス有機體ヲ採ルトキハ法人ハ自然的意思アリ組織體說ヲ採ルトキハ法律上ノ意思アリ何レニ依ルモ不法行爲能力アリ而シテ組織體說ヲ以テ正トス（法學士嘉山幹一氏民法論前編一四三頁）

【同上反對學說判例】

仁井田博士　一　我民法ノ解釋上法人ハ法律上ノ行爲能力ヲ有スルモノト謂フ可カラサルカ故ニ法人ハ民法第四四條ノ規定ニ依リ其理事カ職務ヲ行フニ付キ他人ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責ニ於テモ自己ノ不法行爲ノ責ニ任スル場合ニ於テモ自己ノ責ニ任スルモノヲ非スシテ第三者ノ爲シタル不法行爲ノ責ニ任スルモノニ外ナラスト解セサル可カラサルヲ知ル可シ（法學博士仁井田益太郎氏法學協會雜誌第二七卷第一號五九頁）

中島博士　二　法人ノ代理人カ不法行爲ヲナシタルトキハ其責任ハ代理人自ラ之ヲ負ヒ法人ニ責任ナシトスルヲ根本ノ觀念トス（法學博士中島玉吉氏民法釋義卷ノ一總則二七三頁）

柳川學士　三　我法律ハ法人ニ付キ擬制說ヲ採リタルカ故ニ目的ノ範圍內ニ於ケル代表者ノ不法行爲ニヨリ法人ハ決シテ責ヲ負フノ理ナシ我民法カ特ニ第四四條第一項ニ於テ法人ノ理事其他ノ代理人カ其職務ヲ行フニ付キ他人ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責ニ任スト規定シ之ヲ會社ニ準用セルカ如キハ即チ明カニ會社ハ不法行爲ヲ爲シ能ハスト認メタル結果ニ外ナラス（法學士柳川勝二氏商法論綱一〇八頁）

鈴木學士　四　法人ハ行爲能力ヲ有セス故ニ法人ハ啻ニ法律行爲ノミナラス不法行爲モ其他ノ行爲モ之ヲ爲スコトヲ得ス（法學士鈴木英太郎氏民法總則講義錄二八〇頁）

杉山學士　五　人ニハ法律行爲ノ能力ヲ有セサル者ナキニ非スト雖モ不法行爲ノ能力ヲ有セサル者ナシ從テ民法不法行爲ノ規定ハ之ヲ法人ニ適用スルヲ得スト斷定スルハ少クモ我民法ノ穩當ナル解釋トシテ概ネ人ノ信シテ疑ハサル所ナリ（法學士杉山直次郎氏質

鳩山學士　一郎　疑問答總則一九六頁）

仁保、井田、松波三博士　六　我國ハ不法行爲能力ニ付テハ暫ク通說ニ從ヒ我民法ニ於テハ法人ノ不法行爲能力ヲ認メサルモノト解セント欲ス蓋シ不法行爲ノ要件タル故意過失ニ付テハ代理代表ノ觀念ヲ容ルル理ヲ解シ得サルカ故ナリ（法學士鳩山一郎氏日大民法總論講義錄一八二頁）

片山學士　七　余ハ法人ノ行爲能力ヲ認メス會社ハ不法行爲ヲ爲スコトナシト斷スルノ正當ナルヲ信ス（法學士片山義勝氏株式會社法論八五頁）

長崎地方裁判所　八　法人ハ法律ニ於テ自然人以外ニ權利主體ト認メタル無形ノ人格者ナルカ故ニ事實上意思能力及行爲能力ヲ有スルコトナク唯法律上其代表者ノ法律行爲カ代理ノ原則ニ依リ法人ニ對シテ直接ニ其效果ヲ及ホスニ過キス左レハ法人ハ自カラ不法行爲ヲ爲スコトヲ得サルハ勿論其代表者ノ不法行爲ニ付テモ法律ニ特別ノ規定アル場合ノ外其責ニ任ス可キモノニ非ス（法律新聞五五六號一二頁）

【三】民法第四四條ノ「其他ノ代理人」ノ範圍ニ關スル參照學說】

岡松博士　一「理事其他ノ代理人」——假理事、特別代理人、清算人、第五五條ニ依リ理事ヨリ委任ヲ受ケタル代理人、法人ハ代理人ノ行爲ニ非サレハ責任ヲ負ハス代理人ニ非サルモノ即チ單ニ事業ノ爲メニ使用スル者例之職工、技手、機關師、馭者、車掌等ノ不法行爲ニ對シテハ責任ナシ（法學博士岡松參太郎氏民法理由總則九一頁）

仁保、井田、松波三博士　二　理事以外ノ代理人トハ假理事、特別代理人、清算人其他特定ノ行爲ニ付キ理事ヨリ代理ヲ委任セラレタル者ヲ包含スルモノトス（法學博士仁保龜松氏同仁井田益太郎氏同松波仁一郎氏民法正解總則三三七頁）

松岡博士　三　法人ヲ代表スル權限ナキ例之法人ノ雇人カ他人ニ加ヘタル損害ニ關シテハ法人其責ニ任セス蓋法人ノ代表權ナキ者ノ行爲ハ法人ノ行爲ニ非サレハナリ第二ニ理事其他ノ代理人カ法人ノ事務ニ屬セサル行爲ヲ爲スニ際シ他人ニ與ヘタル損害ハ勿論其職務ニ屬セサル法人ノ事務ヲ行フニ際シ他人ニ加ヘタル損害ハ法人之カ賠償ノ責ニ任セス（法學博士松岡義正氏民法論總則二八二頁）

嘉山學士　四　理事其他ノ代理人トハ法人ノ意思機關タル者ヲ指ス意思機關タル以上ハ必スシモ代理權ヲ有スル者タルヲ要セス法律行爲ノ代理權ノ有無ハ不法行爲ノ責任ヲ左右スルニ足ラサルコト明ナレハ「其他ノ代理人」ナル語字ハ正確ヲ缺クモノト云フヘシ（法學士嘉山幹氏民法總論前編一四四頁）

【三】加害者タル法人ノ代表者ノ賠償責任ニ關スル同趣旨學說判例】

松波博士　一　民法ハ理事其他ノ代理人ト謂ヒ理事ヲ法人ノ代理ト明言シ商法ハ取締役ノ代理權ニ加ヘタル制限ハ善意ノ第三者ニ對抗スルヲ得スト謂ヒテ取締役ヲ會社ノ代理人トシタレハナリ假リニ一歩ヲ讓リ彼等ハ代理人ニ非ストスルモ彼等ニ不法行爲ノ罪ヲ免レシム可ラス何人モ不法行爲ノ責ニ任ス可キハ當然トシ偶々或者カ會社ノ機關ト爲リテ不法行爲ヲ爲シタレハトテ其責ヲ免

カルルコトナシ代表者ハ本人ノ爲メニ爲シタル適法行爲ノ結果ナ自己ニ歸着セシムルヲ得サレトモ他人ニ加ヘタル損害賠償ノ責ニハ任スルナリ（法學博士松波仁一郎氏改正日本會社法七六頁）

二 此規定（民法七一五條）ノ解釋トシテハ法人ノ損害賠償責任ト共ニ直接行爲者タル代表機關組織者モ亦損害賠償責任ヲ負フモノト解スヘシ（法學博士松本烝治氏會社法講義四九頁）

三 民法第四四條第一項ハ株式會社ト理事カ職務ヲ行フニ付キ損害ヲ加ヘタル被害者トノ法律關係ヲ規定セルニ過キスシテ不法行爲ヲ爲シタル理事ト其被用者トノ法律關係ヲ規定シタルモノニ非ス故ニ該條ノ規定アルナ以テ直チニ不法行爲ヲ爲シタル理事ハ被害者ニ對シ何等ノ責任ナキモノト斷定スルヲ得ス而シテ理事ト被用者トノ法律關係ニ至リテハ不法行爲ナ一般ノ原則ノ除例ト爲ス可キ理由ナキヲ以テ一般ノ原則ナル民法第七〇九條ニ則トリ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル理事ハ被害者ニ對シ賠償ノ責ニ任ス可キハ言ヲ俟タスシテ明カナリ（明治三九年ネ第三〇二號同年十月三日判決民事判決錄十二輯一一六七頁）

(一) 法人ノ本質ニ關スル法理論トシテハ法的組織體說ヲ以テ最モ優レルモノト爲スヘキモ我民法ノ解釋論トシテ吾人ハ此說ノ當否ヲ疑フモノニシテ法典ノ用語及ヒ第四四條ノ規定ノ存スル所以ヨリ考フルトキハ我法典ハ寧ロ擬制說ヲ採リタルモノニアラサルカ而シテ組織體說ヲ採ルトキハ法人ノ理事其他ノ代表者ハ法人組織ノ構成員ニシテ其機關ナリト雖モ擬制說ヲ採レハ之ヲ代理人ナリト爲ササルヲ得ス然レトモ前說(機關說)ヲ採ルモ法典上之ヲ法定代理人ト同一ノ地位ヲ有スルモノトシ法定代理人ニ關スル規定ヲ之ニ準用スヘキモノト爲スハ通說ナルカ故ニ後說(代理人說)ヲ採ルト其結果ニ於テ多クノ差異ヲ見サルカ如シ

(二) 法人ノ本質ニ付キ組織體說ヲ採ラハ法人ニハ意思能力アリ不法行爲能力アリト爲ササルヘカラス從テ法人ノ責任ニ關スル民法第四四條ノ規定ハ當然ノ規定ナリトセサルヲ得ス然レトモ若シ擬制說ヲ採ラハ勢ヒ法人ノ不法行爲能力ヲ否

定セサルヘカラサルヤ論ナク從テ民法第四四條ハ頗ル必要ナル規定ニシテ之レ無クンハ理事等カ假令法人ノ目的ノ範圍ニ於テ職務執行ニ付キ爲シタル不法行爲ト雖モ法人ハ其責ニ任スヘキモノニ非スト爲ササルヲ得ス而シテ法人カ理事等ノ不法行爲ニ對シテ其責ニ任スル所以ノモノハ被害者ヲシテ特ニ保護シ延テ法人ノ活動ヲ完全迅速ナラシメ且一般取引界ノ安固ヲ得法人ノ發達ヲ助長セシメムトスルニ在リ

(二) 民法第四四條ノ「理事其他ノ代理人」ノ意義範圍ニ付キテハ議論ノ存スル所ナリト雖モ吾人ハ實在說ノ所謂代表者擬制說ノ所謂法定代理人ヲ謂フモノニシテ特定ノ行爲ニ付キ理事ヨリ代理權ヲ授與セラレタル者(復代理人)ノ如キハ之ニ包含セサルモノト解スルヲ正當ト信ス

民法第四四條ノ「職務ヲ行フニ付キ」ト「職務ヲ行フニ際シ」トノ異ルハ學者ノ等ク唱フル所ナレトモ其「付キ」ト「際シ」トカ如何ナル差異アリヤニ付キ學理的ニ評論セシ者多カラス唯漫然實例ヲ擧示シテ此ル場合ハ「付キ」ニシテ此ル場合ハ「際シ」ナリトノミ謂ヘルニ過キサルハ吾人ノ遺憾トスル所ナリ然リ而シテ所謂「職務」ヲ行フニ付(民四四)或ハ「事業ノ執行ニ付キ」(民七一五)トハ其事務ノ抽象的客觀的ニ法人又ハ使用者ノ職務又ハ事業タラハ足ルモノナルヤ將タ具體的主觀的ニ法人又ハ使用者ノ職務又ハ事業タラサルヘカラサルヤ我大審院ハ最近民七一五條ノ解釋トシ

テ後說ヲ採リタルカ如シ(本卷民法九二三頁)ト雖モ吾人ハ法人ノ觀念ト經濟組織ノ進展トニ鑑ミ苟モ其事務カ社會見解上法人ノ職務又ハ事業ノ執行ナリト認メ得ヘキモノタル以上之ニ因リテ生シタル他人ノ損害ハ法人又ハ使用者ヲシテ之カ賠償ノ責ニ任セシムルハ法的生活ノ實際ニ適シ取引社會ノ安全ヲ保持シ得ル所以ナリト信ス(五五四頁九二六頁參照)

法人ノ理事其他ノ代表者カ法人ノ職務ノ執行ニ付キ爲シタル不法行爲ニ付キ其行爲者タル理事其他ノ代表者ハ自ラ賠償ノ責ニ任スヘキヤ否ヤ是レ民法第七一五條ノ場合ニ於テモ生シ得ヘキ疑問タリ而シテ前場合ニ於テ理事其他ノ者ノ性質ニ付キ若シ機關說ヲ採ルトキハ更ニ一疑團ヲ生セサルヲ得ス蓋シ理事ハ個人タル方面ニ於テハ獨立ノ人格者タルコト勿論ナリト雖モ法人ノ構成分子トシテノ方面ニ於テハ機關ニシテ人格ヲ有セストヲ爲スヲ通說トス(國法學者中ニハ機關トシテモ人格ヲ有スト爲ス者ナキニ非サレトモ通說ハ之ヲ認メス)果シテ然ラハ理事カ法人ノ職務ノ範圍內ニ於テ爲シタル不法行爲ハ法人ノ行爲ニシテ理事ノ行爲ニ非ス從テ法人ハ其責ニ任スヘキモ理事ハ自ラ其責ニ任スヘキモノニ非スト爲スヲ理論上正當ト謂フヘシ何者機關トシテノ理事ハ此方面ニ於テ人格ナキカ故ニ賠償義務ノ主體タル能力ヲ有セサルカ故ナリ然レトモ直接ノ加害者タル理事ヲシテ其責ニ任セサラシムルハ被害者ヲ保護スル所以ニ非ス又加害行爲ノ

直接ノ關與者ヲシテ其責ヲ免レシムルハ不當ナリトシ理事機關說ヲ採リナカラ尙ホ理事自身ニモ賠償責任ヲ認メントシ理事ハ機關トシテハ人格ヲ有セサルモ機關ナルカ故ニ個人トシテノ人格ハ消滅スヘキニ非サルヲ以テ假令機關ノ方面ニ於テハ責ナシトスルモ個人ノ方面ニ於テ其責ニ任セサルヘカラスト爲ス者アリ(上揭博士ノ論亦然ルカ如シ)然レトモ是レ實際上ノ不都合ヲ避ケムトスル一ノ詭辯タルニ過キスシテ法理論トシテ到底容レ得ヘキモノニ非サルカ如シ而シテ理事法定代理人說ヲ採ルトキハ其不法行爲ニ付キ法人カ其責ニ任スルハ法ノ特別規定ニ基クモノニシテ法人カ不法行爲者トシテ責ニ任スルモノニ非ス從テ民四四ハ直接加害者トシテノ理事等ノ不法行爲上ノ責任(民七〇九)ヲ排斥スヘキモノニ非サルハ論ナキ所ナリ故ニ之ニ賠償義務ヲ認ムルハ何等理論上ノ不都合ヲ生スヘキニ非ス何者法定代理人タル理事等ハ何レノ方面ヨリ觀ルモ人格者ニシテ其爲シタル行爲ニ付キ責ヲ負フヘキハ當然ニシテ法人カ責任ヲ負擔スルトセサルトハ理事等ノ責任ニ消長スヘキモノニ非サルハ明々白々ノ理ナレハナリ民法第七一五條ノ場合ニ於テ被傭者モ亦其責ニ任スト解スヘキノ理亦之ト異ナルナシ要之理事其他ノ法定代理人カ法人ノ目的ノ範圍內ノ行爲ニシテ其職務ヲ行フニ付キ他人ニ加ヘタル損害ニ在リテハ法人ハ民四四ノ規定ニ依リ其責ニ任スルノ外行爲者モ亦民七〇九ノ規定ニ依リ責ヲ免ルルコトヲ得サルモノトス而シ

大審院判決

テ此兩者ノ負擔スル義務ハ原因ヲ異ニスルカ故ニ所謂不眞正連帶債務(全部義務又ハ不完全連帶)ノ範疇ニ屬スルモノト謂フヘク兩債務ハ目的ヲ同フスルカ故ニ一方ノ債務ノ履行(卽チ完全ナル給付)アリタルトキハ他方ノ債務ハ其目的ヲ到達シ當然消滅スルニ至ルモノト解スヘシ

(四〇四)

四五三 債權者カ前條ノ規定ニ從ヒ主タル債務者ニ催告ヲ爲シタル後ト雖モ保證人カ主タル債務者ニ辨濟ノ資力アリテ且執行ノ容易ナルコトヲ證明シタルトキハ債權者ハ先ツ主タル債務者ノ財產ニ付キ執行ヲ爲スコトヲ要ス

(一)保證人カ檢索ノ抗辯ヲ提出スルニハ主タル債務者カ債務ヲ辨濟スルノ資力ヲ有スルコト幷ニ其執行ノ容易ナルコトヲ立證セサルヘカラス」

民法第四五三條ニ所謂債務ヲ辨濟スルノ資力トハ債務ノ全部ヲ完濟スルノ實力ヲ謂フモノニシテ一部辨濟ノ資力ヲ有スル場合ヲ包含セス」

(二)民法第四五三條ニ所謂執行ノ容易ナリト稱スルニハ債權者カ其執行ノ爲メ格段ナル時日及費用ヲ要スルコトナク容易ニ其債權ヲ實行スルコトヲ得ルモノナラサル可ラス從テ主債務者ノ財產ニ對シ地上權又ハ抵當權設定セラレ又ハ假差押ノ處分ヲ受ケ居ルノ事實ハ之ニ依リ執行ヲ不可能ナラシムルモノニ非サルモ之カ執行ヲ爲スニ付キ格段ナル時日及費用ヲ要スルカ故ニ執行カ容易ナリト謂フコト能ハス」

(一) 保證人カ檢索ノ抗辯ヲ提出スルニハ主タル債務者カ債務ヲ辨濟スルノ資力ヲ有

ルコト幷ニ其執行ノ容易ナルコトヲ立證セサル可カラス而シテ其債務ヲ辨濟スルノ資力トハ債務ノ全部ヲ完濟スルノ實力ヲ謂フモノニシテ一部辨濟ノ資力ヲ有スル場合ヲ包含スルモノニ非サルコトハ從來當院ノ判例トスル所ナリ而シテ原判決ハ本件係爭ノ土地又ハ家屋ニ付キテノ地上權又ハ抵當權設定セラレ尙他債權者ノ爲メニ既ニ假差押ヲ受ケ居ル事實ヲ認メ主債務者廣原龜之助カ本件債務ヲ完濟スルニ足ル資力ヲ有セサルコトヲ判定シタルモノニシテ既ニ主債務者カ債務ヲ完濟スルノ資力ナキコトヲ判示スル以上ハ其土地及家屋ノ價格ノ幾何ナルヤ敢テ之ヲ判斷スルノ要ナキモノトス

(二) 保證人カ檢索ノ抗辯ヲ提出スルニハ前說明ノ如ク主債務者ニ於テ辨濟ノ資力ヲ有スルコトヲ立證スルノ外尙其執行ノ容易ナルコトヲ立證セサル可ラス而シテ執行ノ容易ナリト稱スルニハ債權者カ其執行ノ爲メ格段ナル時日及費用ヲ要スルコトナク容易ニ其債權ヲ實行スル事ヲ得ルモノナラサル可ラス若シ縱令其執行可能ナルモ之カ爲メニ格段ナル時日及費用ヲ要スルカ如キ場合ニ尙且主債務者ノ財產ニ對シ執行ヲ確保スルカ爲メニ設定シタル保證債務ノ履行ヲ試ミサル可ラサルモノトセハ債務ノ履行ヲ確保スルカ爲メニ設定シタル主債務者ノ財產ニ對シ地上權又ハ抵當權設定セラレ又ハ假差押ノ處分ヲ受ケ居ルノ事實ハ之ニ依リ執行ヲ不可能ナラシムルモノニ非サルモ之カ執行ヲ爲スニ付キ格段ナル時日及費用ヲ要スルヲ以テ原裁判所カ檢索ノ抗辯ヲ排斥シタルハ相當ナリ(大審院大正五年(オ)第五五四號同年十月二十五日民三部橫田穀判長大倉磯谷柳川三宅各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審水戸地方裁判所○預金請求事件○上告人橋本重忠訴訟代理人辯護士石橋茂被上告人佐々木壽夫

仁井田博士　川名博士　石坂博士　鳩山學士　大審院　東京控訴院　横田博士

【一】檢索ノ抗辯ト一部辨濟資力ニ關スル同趣旨學說判例】

一　保證人カ檢索ノ抗辯ヲ有スルニハ主タル債務者カ其債務ヲ完全ニ辨濟スル資力ヲ有スルノミヲ以テ足レリトセス（法學博士仁井田益太郎氏法學新報第二四卷第九號一頁以下第一〇卷三二頁以下第一一號四一頁以下本書第三卷民法五五八頁）

二　一說ニヨレハ本條ノ規定アルカ故ニ四五三條ノ辨濟ノ資力アリト云フコトハ唯一部辨濟ノ資力アルモ可ナリトナスト雖決シテ本條アルニヨリテ斯クノ如キ結果ヲ生スルコトナシト思フ四五三條ノ辨濟ノ資力トハ保證人ノ保證セル債務全部辨濟ノ資力ヲ意味スルモノニシテ之ヲ前提トシテ四五三條ヲ適用スルトキハ前示ノ例ノ如キ結果トナルヘキモノニシテ其間ニ何等ノ矛盾ヲ生スルコトナシ四五五條ノ規定アルニヨリテ四五三條ノ辨濟ノ資力アリト云フコトヲ一部辨濟ノ資力アルモ可ナリト解セサルヘカラサルノ理由ヲ發見スルコトヲ得ス（法學博士川名兼四郎氏債權法要論三七九頁）

三　主タル債務者ノ資力カ債務ノ完全ナル辨濟ヲ爲スニ足ル場合ニ於テノミ保證人ハ檢索ノ抗辯ヲ用ユルコトヲ得ルヤ否ヤニ關シテハ議論岐ル之ヲ檢索ノ抗辯ヲ認メタル目的ヨリ見ルトキハ主タル債務者ノ財產カ債務ノ一部ヲ辨濟スルコトヲ得ルニ於テハ保證人ハ檢索ノ抗辯ヲ用ユルコトヲ得ルモノト解スヘキカ如シ然レトモ此場合ニ檢索ノ抗辯ヲ用ユルコトヲ得サルモノトナストキハ債權者カ一部辨濟ヲ受クヘキコトヲ强ユルコトヲ得ル結果ヲ生スルカ故ニ檢索ノ抗辯ヲ用ユルコトヲ得サルモノトナササルヘカラス且第四五三條ノ所謂辨濟ノ資力ハ債務ノ完濟スルニ足ル資力ヲ云フ是レ第四五條第二號ノ辨濟ノ資力ナル文字ニ就テ見ルモ明カナリ（法學博士石坂音四郎氏日本民法債權法論一〇六二頁）

四　財產ノ種類ヲ問ハサルモ債務ノ全部ヲ辨濟スル資力アルコトヲ要ス一部辨濟ノ資力アルヲ以テ足ルト解スル說アレト根據ナシ（法學士鳩山秀夫氏日本債權法二六五頁）

五　債權者ハ一部ノ辨濟ヲ受ケサルヘカラサルモノニアラス從テ民法第四五三條ノ主タル債務者ニ辨濟ノ資力カアリト云ヘルハ債務ノ全部ヲ辨濟スヘキ資力アルノ意ナリトス（大審院三十九年民事判決錄一六五〇頁四十二年同上六四一頁）

六　主タル債務者ニ辨濟ノ資力アリトハ全部ノ債務ヲ辨濟スヘキ資力アルコトヲ指スモノトス（東京控訴民一判決本書第一卷民法三五九頁）

【一】檢索ノ抗辯ト一部辨濟ノ資力ニ關スル異趣旨學說】

予ハ債務者ニ於テ幾分ノ資力ヲ有スル以上ハ縱令其資力カ債務全額ヲ辨濟スルニ足ラサルモ保證人ニ於テ檢索ノ利益ヲ主張シ得ヘキモノト確信ス其理由ハ第一民法ハ單ニ「債務者ニ辨濟ノ資力アリテ」ト規定シ明確ニ完全ナル辨濟ノ資力ヲ要求セサルモ

川名博士　横田博士　石坂博士　鳩山學士

ノナレハ債務者カ尙ホ幾分資力ヲ有スルヲ以テ充分ナリトシ其資力ノ厚薄ハ之ヲ問ハサルモノト解釋スルノ餘地ヲ存ス加之若シ反對論者ノ主張スルカ如ク保證人カ檢索ノ利益ヲ主張シ得ルトセハ民法第四五五條ノ規定ト抵觸スルノ結果ヲ生スルニ至ルヘシ何トナレハ同條ハ「第四五二條及ヒ第四五三條ノ規定ニ依リ保證人ノ請求アリタルニ拘ラス債務者カ催告又ハ執行ヲ怠リタル云々保證人ハ債權者カ直チニ催告又ハ執行ヲ爲セル辨濟ヲ得ヘカリシ限度ニ於テ其義務ヲ免ル」ト規定シ債務者ノ資力カ其債務ヲ完濟スルニ足ラサル場合ト雖モ債權者ハ保證人ノ請求ニ基キ執行ヲ爲ス義務アルコトヲ認メ此手續ヲ怠リタルノ制裁トシテ債權者カ直チニ執行ヲ爲セハ辨濟ヲ受クヘカリシ限度ニ於テ保證人ヲシテ其義務ヲ免脫セシムルヲ以テナリ（法學博士横田秀雄氏債權法論六二八頁）

(二) 檢索ノ抗辯ト執行容易ノ意義ニ關スル參照學說】

一　又執行ノ容易ナリト云フハ之ヲ要スルニ時日費用手數等ノ諸點ヨリ普通ノ場合ニ比シテ執行ノ困難ナラサルヲ意味ス故ニ例ヘハ債務者ノ有スル財產ノ大部分カ不動產ニシテ債權者ノ住宅ヨリ著シク遠隔ノ地ニアリ債權者ノ住所ノ存スル所ノ財產債務辨濟ニ不充分ナルトキハタトヒ債務者カ其全體ニ於テハ辨濟ノ資力ヲ有スルトモ保證人ハ尙檢索ノ抗辯ヲナシ得サルコトナル何トナレハ遠隔ノ地ニアル不動產ニ對シテハ敢ニ所謂執行容易ナルモノニ非サレハナリ執行ノ難易ト云フコトノ詳細ハ民事訴訟法ニ讓ル（法學博士川名兼四郎氏債權法要論三七六頁）

二　主タル債務者ノ財產ニ對スル執行カ容易ナラサルトキハ債權者ハ執行手續ノ爲メ時日費用トヲ要シ速ニ其債權ノ辨濟ヲ受クルコト能ハサルヲ以テ債權者ハ非常ナル不便ヲ感スヘク債務ノ履行ヲ確保スル所以ノ保證ハ充分其效力ヲ爲ササルノ結果ヲ生スヘシ（法學博士横田秀雄氏債權總論六二九頁）

三　執行ノ容易ナルコト主タル債務者カ辨濟ヲ爲スニ充分ナル財產ヲ有スルモ其財產ニ對シ執行ヲ爲スコト困難トハ例ヘハ執行スヘキ財產カ遠隔ノ地ニ在リ爭ニ係リ或ハ他人カ之ニ優先權ヲ有スル場合ノ如シ執行カ容易ナリヤ否ヤハ各場合ニ事實問題トシテ之ヲ決スヘシ（法學博士石坂音四郎氏日本民法債權論一〇六三頁）

四　執行ノ容易ナルコト例ヘハ主タル債權者ノ財產カ遠隔ノ地ニ在ル不動產ナル場合ノ如キハ不可ナリ（法學士鳩山秀夫氏日本債權法二六六頁）

至當ノ判決ナリ

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

七一〇　他人ノ身體自由又ハ名譽ヲ害シタル場合ト財產ヲ害シタル場合トヲ問ハス前條ノ規定ニ因リテ損害賠償ノ責ニ任スル者ハ財產以外ノ損害ニ對シテモ其賠償ヲ爲スコトヲ要ス

四四第一項　法人ハ理事其他ノ代理人カ其職務ヲ行フニ付テ他人ニ加エタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス

土地收用法一四　内閣カ認定ヲ爲シタルトキハ起業者及事業ノ種類並起業地ヲ公告スヘシ

同一九第一項　内閣ノ認定ノ公告ノ後起業者ノ申請ニ依リ地方長官ハ收用又ハ使用スヘキ土地ノ細目ヲ公告シ又ハ之ヲ土地所有者及關係人ニ通知スヘシ

同二二　第一九條ノ地方長官又ハ通知ノ後起業者ハ其土地ニ關スル權利ヲ取得スル爲土地所有者及關係人ニ協議スヘシ

前項ノ協議調ハサルトキ又ハ協議ヲ爲スコト能ハサルトキハ起業者ハ收用審査會ノ裁決ヲ求ムルコトヲ得

同法二三第一項　收用審査會ノ裁決ヲ求メムトスルトキハ起業者ハ其ノ申請書ニ左ニ揭ケタル書類ヲ添ヘ地方長官ニ差出スヘシ……

一……

收用ノ時期又ハ使用ノ時期、期間

同法三〇　收用審査會カ裁決ヲ爲シタルトキハ其ノ裁決書ノ謄本ヲ添ヘ地方長官ニ報告スヘシ

同法三一　前條ノ報告ヲ受ケ又ハ收用審査會ニ代テ裁決ヲ爲シタルトキハ地方長官ハ裁決書ノ謄本ヲ起業者土地所有者及關係人ニ送達スヘシ

同法四九　土地ノ一部ヲ收用又ハ使用スルニ因リテ殘地ノ價格ヲ減シ其他殘地ニ關シ損害ヲ生スヘキトキハ其ノ損失ヲ補償スヘシ

同法六〇　起業者ハ收用又ハ使用ノ時期迄ニ補償金ヲ拂渡スヘシ

同法六三　土地物件ヲ收用スルトキハ收用ノ時期ニ於テ所有權ハ起業者之ヲ取得シ其ノ他ノ權利ハ消滅ス

土地收用法第四九條ニ依ル土地所有者ノ補償請求權ハ土地カ强制徵收セラルヘキ事ヲ定メラルルト同時土地カ收用セラルヘク確定スルト共ニ此權利ヲ取得シ現實ニ收用手續ノ行ハルルト共ニ之ヲ行使シ得ヘキモノトス從テ收用土地ノ公告アリテ既ニ權利ヲ取得シタルモノニ付キ他人カ故意若クハ過失ニ因リ右權利ヲ喪失セシメタルトキハ其行爲ハ不法行爲タルヤ疑ヲ容レス」

土地收用法ニ定メタル協議ニ因ル土地ノ讓渡ハ當事者双方ノ自由意思ニ基クカ故ニ其協議ノ際起業者タル法人ノ代理人カ事實ヲ隱蔽シ相手方（被用者）ヲシテ殘

地ニ損害ナキモノトシテ協議ニ應セシメタル以上起業者ハ民法四四條ニ因リ相手方ニ生スヘキ損害ヲ賠償スヘキ義務アルハ當然ナリトス」

本件ニ於テ被控訴人ノ主張スル其ノ所在地ノ内第百五十八坪六合ヲ明治四十四年十一月八日一坪金二十六圓ノ割合ヲ以テ買收シ軌道敷地トシテ之ニ地盛ヲ爲シタルタメ之ト買收殘地トノ間ニ控訴人主張ノ如キ高低ヲ生シタルコト、又該買收ニ付テハ稻垣洋一郎カ被控訴人ノ代理人トナリタルコト、及右土地ニ付テハ之レヨリ先キ被控訴人カ其事業ノ爲メ土地收用ノ認可ヲ得タル結果明治四十四年四月二十七日所轄官廳ヨリ被控訴人ノ起業ニ付キ收用シ得ヘキ土地トシテ公告セラレタルコトハ孰レモ當事者間ニ爭ナキ所ナリ、而シテ土地カ右ノ如ク其起業ノ爲メニ收用セラルヘク確定シタル場合ニ起業者カ其土地ノ一部ニ對シテ收用手續ヲ行ヒタルカ爲メ殘地ニ付キ土地ノ權利者ニ損失ヲ生シタルトキハ該權利者ヨリ起業者ニ對シテ之カ補償ヲ請求シ得ヘキ權利アル事ハ土地收用法第四十九條ニ照シ明白ニシテ此權利タルヤ土地カ强制徵收セラルヘキヲ定メラレルルト同時ニ土地ノ權利者ノ爲メ保護セラレタル利益ナレハ其權利者ニ於テハ土地カ收用セラルヘク確定スルト共ニ此權利ヲ取得シ現實ニ收用手續ノ行ハルルト共ニ之ヲ行使シ得ヘキモノト解スルヲ得ヘク從テ既ニ收用セラルヘク公告セラレタル本件土地ニ付テハ土地ノ權利タル控訴人ニ於テ右說示ノ權利アルモノナルカ故ニ若シ被控訴人主張ノ如ク右洋一郎ノ故意若クハ過失ニ因リ控訴人カ故ナク此權利ヲ喪失スルニ至リタリトセハ洋一郎ノ行爲ノ不法行爲タルヤ疑ヲ容レス

仍テ先ツ此點ニ付キ案スルニ原審證人中村弘ノ供述及同稻垣洋一郎ノ供述中賣買交

渉ノ始ト謂ル頃ニハ現今ノ高サニ地盛セラルルコトヲ知リ居タルカ別ニ其高サハ中村ニ告ケサリシ旨ノ證言ニ對照考覈スレハ右一部ノ賣買ハ被控訴人ノ代理人タリシ右洋一郎カ控訴人ノ代理人中村弘ニ對シ被控訴人カ其一部ヲ買取リ之ヲ軌道用トシテ使用スルモ控訴人ニ對シ殘地ノ利用ヲ害セサルコトヲ言明シ故意ニ該土地カ買收後地盛セラルヘキコトヲ隱蔽シタル爲メ控訴人ニ於テ殘地ニ損害ナキモノトシテ之ヲ承諾シタルモノナルコトヲ認ムヘク、且ツ斯クノ如ク賣買ノ協議調ヒタル以上該土地カ其後二尺乃至七尺ノ高サニ地盛セラレタルモ控訴人ニ於テ後日土地收用法ニ依リ其地盛ノ結果殘地ニ生スヘキ損害ノ補償ヲ求ムルコト能ハサルハ明白ナルカ故ニ控訴人ノ此補償請求權ノ喪失ハ洋一郎ニ於テ前記ノ如ク地盛ノ事實ヲ故意ニ隱蔽シテ控訴人ヲシテ該賣買ヲ承諾セシメタル行爲ノ結果ニ外ニ外ナラサルモノト認ムルヲ得ヘシ洋一郎ニ○於テ之カ結果ニ對シ責任アルハ明白ニシテ而シテ右ハ洋一郎カ法人タル被控訴人ノ代理人トシテ其職務ヲ行フニ付キ爲サレタル行爲ナルヲ以テ之ニ因ル損害ニ付テハ民法第四十四條ニ依リ直接被控訴人ニ於テ其責ニ任スヘキ義務アルモノトス被控訴人ハ本件土地ノ買收ハ土地收用法ニ定メタル協議ニ因ルモノニシテ私法上ノ賣買ニ非ス從テ右洋一郎ハ起業者タル被控訴人ノ代理トシテ起業者ノ權利ヲ行使シタルニ止マレハ此行爲ノ結果ニ對シテ責任ナシト主張スルモ協議ニ依ル土地ノ讓渡ハ當事者雙方ノ自由意思ニ基クカ故ニ其協議ノ際起業者ノ代理人カ前記ノ如ク地盛ノ事實ヲ隱蔽シ相手方ヲシテ殘地ニ損害ナキモノトシテ協議ニ應セシメタル以上之ニ因リ相手方ニ生スヘキ損害ヲ賠償スヘキ義務アルハ當然ニシテ被控訴人ノ主張ハ其ノ理由ナキモノトス(東京控訴大正四年第六二號同五年五月三十一日

(前掲)

遺藤裁判長矢部水口各判事判決)

【關係事項】

損害賠償請求控訴事件控訴人ジエーカルノーエントコレハニー合名會社法律上代理人取締役小倉鎌之助訴訟代理人辯護士染谷德平

式會社法律上代理人辯護士澤田洪憲被控訴人横濱電氣鐵道株

【詐欺ト不法行爲ニ關スル參照學說判例】

本答民法一〇二三頁及ヒ三四九頁

一項本判決ハ土地收用法第四九條ニ依リ殘地ニ生スヘキ損害ノ補償請求權ノ發生ハ所轄官廳ノ公告ノ時ニ在リト爲セトモ其所謂官廳ノ公告トハ何レノ官廳ノ公告ヲ謂フモノナリヤ詳言セハ收用法第一四條ニ依リ內閣ノ爲ス公告ナリヤ將タ同法第一九條ノ地方長官ノ爲ス公告ヲ謂フモノナリヤ明白ナラス而シテ右請求權ノ發生時期ニ關シテハ甚タ疑ノ餘地アルヘキモ本判決ノ所謂公告カ地方長官ノ爲シタル公告ヲ謂フモノトセハ或ハ正當ト爲スヘキカ若シ然リトセハ其ヲ故意過失ニ因リ右請求權ヲ喪失セシムルニ至ラシメタル行爲ハ之ヲ不法行爲ナリト爲ササルヲ得ス

二項ニ付テハ(イ)詐欺ハ夫レ自體不法行爲ト爲リ得ルヤ(ロ)之ヲ肯定シ得トスレハ其損害ハ精神上ノ損害ノミナリヤ或ハ財產上ノ損害ノミナリヤ或ハ又兩損害ナリヤノ疑ヲ生ス(ハ)更ニ事案ノ代理人トハ民法第四四條ノ「理事其他ノ代理人」ニ當ルヤ否ヤノ問題アリ而シテ(イ)詐欺カ自體不法行爲ト爲リ得ルコトハ吾人カ曩ニ

(前掲)

論究シタル所タリ(本卷一〇二五頁同三五三頁評論參照)又(ハ)事案代理人ノ性質ヲハ判文上之ヲ明確ニ知リ得ヘカラサルカ故ニ玆ニ之カ詳論ヲ避クヘシ(本卷民法一一二一頁以下參照)故ニ左ニ(ロ)詐欺ニ因ル損害ノ範圍ニ付論述スル所アラムトス詐欺行爲ニ因リ侵害セラルル權利(客體)カ自由權ナルコトハ吾人ノ夙ニ論述シタル所ナリ(本卷民法三五四頁)ト雖之ニ因リテ直ニ財產權上ノ損害アリトシ行爲者ヲシテ其責ニ任セシムヘキヤ否ヤニ付テ疑ヲ遺セシ所ナリ(同三五三頁)然トモ熟ラ思フニ詐欺者カ欺罔行爲ヲ行フノ目的ハ單ニ相手方ノ自由權ヲ侵害スルコト卽チ正當ナル判斷力ヲ失ハシメ因テ錯誤ニ陷ラシムルコトノミニ存スルニアラスシテ更ニ其正當ナラサル判斷其誤リタル認識ニ基キ或行爲ヲ爲サシメ因テ或ハ財產上或ハ非財產上ノ損害ヲ被ラシメムトスルニ在ルモノタルコト世間普通ノ狀態ト爲ス又被欺罔者ハ欺罔ヲ受クルニ因リテ精神的自由ノ缺陷ヲ來シ之ニ因リテ或ハ財產上或ハ非財產上ノ行爲ヲ爲シ自由權上ノ損害以外ノ損害ヲ被ムルコトアルヘキヲ社會通常ノ事情ト爲ス然ラハ則チ其自由權上ノ損害以外ノ財產上又ハ非財產上ノ損害ハ詐欺者ノ欺罔行爲ニ因リテ生シタリト謂ヒ得ヘキヤ之ヲ哲理的ニ又ハ理論的ニ觀察スレハ其肯定シ得ヘキモノタルヤ一點絲毫ノ疑ヲ挾ムヘキ餘地存セスト雖モ法律上玆ニ因果ノ關係アリト謂ヒ得ヘキヤ否ヤ一段ノ考察ヲ要セストセス然リ因果關係ニ付キテハ啻ニ刑法上ノミナラス一般私法

上ニ於テモ論議ノ存スル所ニシテ尙未決ノ問題ナリト雖モ吾人ハ所謂適當條件說或ハ法律因果關係說ヲ以テ正當トスルモノタリ卽チ特定ノ結果ノ發生シタルコトハ特定ノ作爲不作爲ノ在リタルカ故ナリ若シ是レナカリセハ斯ル結果ハ生スヘカラサリシナルヘシト觀察セラルルコトカ社會通念ニ適シ妥當視セラレ得ヘキ場合ニ於テ始メテ法律上其間ニ因果ノ關係アルモノト爲スモノタリ蓋シ法律學ハ空理空論ヲ戰ハシ實社會ト沒交涉ナル所ニ存在ノ價値ヲ有セス規範法則ハ常ニ吾人ノ實生活上ニ存シ法理ハ一般觀念(常識)ノ命シ肯定スル所ニ其眞髓ヲ有スレハナリ然ラハ事案ノ場合ニ於テモ被欺罔者ノ非自由權上ノ損害ハ詐欺行爲ニ因リテ生シタルモノト認ムルハ卽チ適當ナル觀察ノ實驗法則ニ從ヒタル結論ニシテ恐クハ何人モ異論ナキ所ナルヘシト信ス要之吾人ハ欺詐行爲ハ自由權ノ侵害アルニ因リ一面ニ精神的損害アルト共ニ通常他面ニ財產權又ハ其他ノ權利ヲ害セラレタルト爲スモノ而シテ事案ノ場合ニハ自由權ノ侵害ニ因ル精神上ノ損害ト財產權上ノ損害トノ兩者ノ結果アルモノナルカ故ニ不法行爲トシテノ請求權モ亦兩者ニ對シテ存在スト爲スモノタリ

要スルニ起業者タル控訴會社ノ代理人ノ行爲ハ正ニ不法行爲トシテ精神上及財產上ノ損害ヲ賠償セサルヘカラサルモノタリ然レトモ右代理人ハ民法第四十四條ノ理事其他ノ代理人ナリヤ否ヤ明白ナラサルカ故ニ控訴會社ニ於テ代理人ノ

行爲ニ付キ其責ニ任スヘキモノナリヤ否ヤハ之ヲ斷定スルコトヲ得ヘカラス

而シテ吾人ハ曩ニ鳩山學士ノ論文ヲ評スルニ當リ債務者ノ詐欺ニ因ル債權侵害ハ二個ノ請求權ヲ發生スルコトヲ認メ兩請求權ノ競合ヲ否定シタリ(本卷民法一〇二六頁之レ詐欺ニ因リ自由權ヲ侵害シタルニ因リテ生シタル不法行爲上ノ賠償請求權ト債務不履行ニ因リテ生シタル賠償請求權トハ常ニ並存スヘキコトヲ意味スルニ止マリ詐欺ニ因リ生シタル上述ノ如キ財產上ノ損害ノ賠償請求權ト債務不履行ノ請求權トノ競合ヲ否定スルノ意味ニ非サルナリ玆ニ附記シテ誤解ヲ避ク

大審院判決

(四〇六)

九四 相手方ト通シテ爲シタル虛僞ノ意思表示ハ無效トス前項ノ意思表示ノ無效ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

三四五 賃權設定者ヲシテ自己ニ代ハリテ賃物ノ占有ヲ爲サシムルコトヲ得ス

債權擔保ノ目的ヲ以テスル信託的所有權讓渡行爲ニ在リテハ第三者トノ關係ニ於テノミ所有權移轉ノ效果ヲ發生スヘク當事者內部ノ關係ニ於テハ同一ノ效果ヲ發生セサルモノト爲スヲ通常トスト雖モ當事者間特別ノ意思表示ヲ以テ外部關係ニ於ケルト共ニ內部關係ニ於テモ所有權ヲ移轉スヘキモノト爲スヲ妨ケス」

當事者間ニ於テモ所有權移轉ノ效果ヲ發生セシムル趣旨ヲ以テ信託賣買ヲ爲シタル場合ニ於テハ債權者カ其賣買ノ目的物ヲ債務者ニ賃貸シ賃借料ヲ收ムルカ

(續八)

如キ債務者カ辨濟期ニ至リ其債務ヲ辨濟セサル場合之ヲ處分スルカ如キハ所有權行借ノ當然ノ結果トシテ適法ナルモノトス」

(續九)

當事者間ニ於テモ所有權移轉ノ效果ヲ發生セシムルノ趣旨ヲ以テ爲シタル信託賣買ノ場合ニ於テハ當事者ノ意思ハ眞正ニ所有權ヲ讓渡スルニ在リテ單ニ質權又ハ抵當權設定ノ場合ト同一ノ效果ヲ發生セシメンカ爲メ所有權ノ移轉ヲ假裝シタルモノニ非サルカ故ニ債權者カ債務者ヲシテ其債務辨濟ニ至ル迄右賣買ノ目的物ヲ自己ニ代リ占有セシムルモ民法第三四五條ノ禁止規定ノ適用ヲ避脫センカ爲メニスル不正行爲ヲ以テ目スヘキモノニ非ス」

(一) 債權擔保ノ目的ヲ以テスル信託的所有權讓渡行爲ニ在リテハ第三者トノ關係ニ於テノミ所有權移轉ノ效果ヲ發生スヘク四事者內部ノ關係ニ於テハ同一ノ效果ヲ發生セサルモノト爲スヲ通常トスト雖モ當事者間特別ノ意思表示ヲ以テ外部關係ニ於ケルト共ニ內部關係ニ於テモ所有權ノ移轉スヘキモノト爲スヲ妨ケス蓋シ債權擔保ノ爲ニスル信託賣買ハ債務者カ其債務ノ辨濟期ニ至リ之カ履行ヲ爲ササル場合ニ於テ債權者ヲシテ容易ニ賣買ノ目的物ヲ處分シ之レニ依リテ完全ナル辨濟ヲ受クルヲ得セシメンカ爲メニ爲スモノニ外ナラサレハ此目的遂行ノ便宜ノ爲メ當事者間ニ於テモ所有權移轉ノ效力ヲ發生スヘキモノト爲スカ如キハ其有效ナルコト契約自由ノ原則ニ照シ毫モ疑ヲ容レサレハナリ然ラハ原裁判所カ爭ナキ甲第五號證ノ約旨ニ從ヒ當事者間ニ前示ノ如キ特別ノ表意アリタルモノト解釋シ當事者內部ノ關係ニ於テモ係爭物ノ所有權被上告人ニ移轉シタルモノト認定シタルハ正當ニシテ信託行爲ノ

法則ヲ不當ニ適用シタル違法アリト爲スヲ得ス

(二) 前說示ノ如ク當事者間ニ於テモ所有權移轉ノ效果ヲ發生セシムル趣旨ヲ以テ信託賣買ヲ爲シタル場合ニ於テハ債權者カ其賣買ノ目的物ヲ債務者ニ賃貸シ賃借料ヲ敢ムルカ如キ債務者カ辨濟期ニ至リ其債務ヲ辨濟セサル場合之ヲ處分スルカ如キハ何レモ所有權行使ノ當然ノ結果トシテ固ヨリ適法ナルノミナラス如上信託賣買ノ場合ニ於テハ當事者ノ意思眞正ニ所有權ヲ讓渡スルニ在リテ單ニ質權又ハ抵當權設定ノ場合ト同一ノ效果ヲ發生セシメンカ爲メ所有權ノ移轉ヲ假裝シタルモノト觀ルヘキニ非サルカ故ニ債權者カ債務者ヲシテ其債務辨濟ニ至ル迄右賣買ノ目的物ヲ自己ニ代リ占有セシムルモ民法第三四五條ノ禁止規定ノ適用ヲ避脫センカ爲メニスル不正行爲ヲ以テ目スヘキモノニ非ス(大審院大正五年(オ)第六〇五號同年九月二十日民三部横田裁判長大倉磯谷柳川三宅各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審名古屋地方裁判所○家屋明渡并物品返還請求事件○上告人橋本仙次郎訴訟代理人辯護士莊田要三郎被上告人星野幸吉

【一二勘 信託行爲ノ性質及效力ニ關スル同趣旨判例】

本卷民法四三八頁同九〇三頁參照

【同上ニ關スル異趣旨判例】

本卷民法三五五頁同三八九頁參照

【同上ニ關スル參照學說判例】

本卷民法四三頁四四頁同四四一頁乃至四四六頁參照

(四〇)

中島博士
石坂博士
松本博士

【三點信託行爲ト民法第三四五條ニ關スル同趣旨學說】

一 民法第三四五條ノ規定ハ一般ニ經濟上ノ結果ヲ禁止スルモノニハ非スシテ只質權ノ形式ニ依ル場合ニ設定者ノ代理占有ヲ禁止スルモノト云フ可シ而シテ信託行爲ハ所有權讓渡ノ形式ニ依ルモノニシテ質權ノ形式ニ依ルモノニ非サルカ故ニ信託行爲ハ第三四五條ニ對スル脫法行爲ト見ル可キモノニ非サルナリ(法學博士中島玉吉氏民法論文集五五五頁)

二 然レトモ脫法行爲ハ禁止規定ニ違反スル場合ニ於テノミ成立スルコトヲ得然ルニ第三四四條及ヒ第三四五條ハ質權ノ成立及ヒ存續ノ要件ヲ定メタルモノニシテ禁止規定ニアラス(學者ハ賣渡抵當ハ第三四五條ノ脫法行爲トシテ論スルヲ常トスト雖モ若シ賣渡抵當ヲ以テ質物占有ノ規定ノ脫法行爲トナストキハ第三四五條ノ外尙第三四四條ノ脫法行爲トシテ論スルコトヲ得ヘシ)卽第三四四條及ヒ三四五條ハ其規定スル要件ヲ充タスニ依リテ質權カ成立シ且存續スヘキコトヲ定ムルモノニシテ此等ノ規定ノ要件ヲ具ヘサル行爲ヲ禁止セントスルニアラス固ヨリ此等ノ規定ニ依リテ動產抵當ヲ認メサルノ主旨ハ明カナリト雖モ是レ間接ノ結果タルニ過キス此等ノ規定カ直接ニ動產抵當ヲ禁止スルニアラス從テ動產賣渡抵當ヲ以テ第三四四條及ヒ第三四五條ノ脫法行爲トナスコトヲ得ス(法學博士石坂音四郎氏京都法學會雜誌第九卷第一二號一二〇頁本書第三卷民法第六八一頁)

【同上ニ關スル異趣旨學說】

動產ノ賣渡抵當契約ハ質權ヨリモ一層强力ナル擔保ニ付債權者カ債權設定者ナシテ自己ニ代ハリテ質物ノ占有ヲ爲サシムルコトヲ得サル旨ノ民法第三四五條ノ禁止規定ノ趣旨ニ背反スル結果ヲ認ムルモノニシテ法律上到底認容スヘカラサル所ナリ(法學博士松本烝治氏本書第二卷民法一四六頁)

判旨大體ニ於テ至當ナリト認ム

(四〇七)

一三七 左ノ場合ニ於テハ債務者ハ期限ノ利益ヲ主張スルコトヲ得ス
二 債務者カ擔保ヲ毀滅シ又ハ減少シタルトキ

三九五 第六〇二條ニ定メタル期間ヲ超エサル賃貸借ハ抵當權ノ登記後ニ登記シタルモノト雖モ之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得但其賃貸借カ抵當權者ニ損害ヲ及ホストキハ裁判所ハ抵當權者ノ請求ニ因リ其解除ヲ命スルコトヲ得

六〇二 ……
一 樹木ノ栽植又ハ伐採ヲ目的トスル山林ノ賃貸借ハ十年

二　其他ノ土地ノ賃貸借ハ五年
三　建物ノ賃貸借ハ三年
四　動産ノ賃貸借ハ六ケ月

競賣法二七　裁判所カ開始決定ヲ爲シタルトキハ競賣期日及ヒ競落期日ヲ定メテ之ヲ公告スルコトヲ要ス
日ハ競賣手續ノ利害關係人ニ之ヲ通知スルコトヲ要ス
左ニ記載シタル者ヲ利害關係人トス
一　登記簿ニ登記シタル不動産上ノ權利者
二　不動産上ノ權利者トシテ其權利ヲ證明シタル者

(一)抵當權設定登記以前ニ於テ民法第六〇二條ノ期限ヲ超エタル賃借權カ既ニ登記セラレ在ル以上ハ其後ニ發生シタル轉借權カ縱令民法第六〇二條ノ期間ヲ超ユル場合ト雖モ尚賃借權ノ效力範圍内ニ於テハ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得ヘキモノトス」

抵當權ノ登記以前ニ登記セラレタル賃借權カ事後ノ事情ニ依リ抵當　者ニ損害ヲ及ホスニ至リタルトキト雖モ抵當權者ハ民法第三九五條ニ依リ其賃貸借契約解除ノ訴ヲ提起シ得サルモノトス此場合ニ於テハ債權者(抵當權者)ハ民法第一三七條第二號ニ依リ債務者ヲシテ期限ノ利益ヲ失ハシムルヲ可トス」

(二)抵當權ノ登記後ニ登記セラレタル賃借權カ民法第六〇二條ノ期間ヲ超ユルモノナルトキハ抵當權者ハ其賃貸借ナキモノトシテ抵當權ヲ實行スルコトヲ得從テ競落ノ場合ニ於テモ競落者ハ完全ナル所有權ヲ取得スルカ故ニ進テ該登記ヲ抹消セシメ得ルモノトス」

民法第三九五條ニ所謂「對抗スルコトヲ得ス」トハ賃借ノ當事者ヨリ其賃　ノ有效ヲ主張スルコトヲ得ストノ意ナルカ故ニ民法第六〇二條ノ期間ヲ超ユルモノト雖モ絶對ニ無效ナルニ非スシテ當事者間ニ於テハ有效ナルモノトス」

民法第三九五條ノ賃貸借ノ解除トハ裁判所ニ於テ解除義務ヲ創設スルモノト謂フヘシ」

第三者ニ對抗スルコトヲ得サル賃貸借ト雖モ抵當權ノ實行ニ當リテハ競賣期日ノ公告ニ掲載スルコトヲ要スルモノトス」

(一)抵當權設定登記以前民法六〇二條ノ期間ヲ超エタル賃借權已ニ登記セラレテ存在スルトキ其後ニ登記シタル轉貸借ノ抵當權者ニ對抗スル條件如何思フニ轉借權ハ賃借權ヨリ生スル從タル權利ニシテ賃貸借ノ效力ノ範圍内ニ於テノミ效力ヲ有スルニ過キサルヲ以テ轉借料カ賃借料ヨリ獨立シテ抵當權ニ影響ヲ及ホスコトアルヘキ營ナシ三九五條ハ賃貸借カ特ニ抵當權者ニ影響ヲ及ホスヘキ場合アルヲ慮リテ抵當權者ヲ保護センカ爲メニ設ケタル規定ナルヲ以テ既ニ抵當權者ニ對抗シ得ヘキ賃借權存在スル以上其效力範圍内ナラハ轉借權ノ期間カ六〇二條ノ制限ヲ超ユルモ何等不都合ト解ス可キ理由ナシ從テ此場合ニ於テハ轉借權ハ六〇二條ノ期間ヲ超ユルモ有效ナリト解セサル可ラス

抵當權登記前ニ登記シタル賃借權カ事後ノ事情ニ依リ抵當權者ニ損害ヲ及ホスニ至リタルトキハ抵當權者ハ三九五條ニ依リ其解除ノ訴ヲ提起シ得ルヤ條文ノ嚴格ナル解釋ニ從ヘハ三九五條但書ハ抵當權登記後ニ登記シタル賃借權ノミヲ意味スルモノ

ノ如ク抵當權者ニ取リテ著シキ不利益ヲ及ホスト謂ハサル可カラス思フニ此救濟方法トシテハ此行爲ハ擔保ヲ減少スル行爲トシテ債務者ヲシテ期限ノ利益ヲ失ハシムルヲ可トス可シ(民一三七、二號)抵當權者ニ損害ヲ及ホス可キ賃貸借ノ設定ハ擔保ノ價値ヲ減少セシムルモノニ外ナラサレハナリ

(二) 抵當權登記後ニ登記セラレタル賃借權ハ抵當權者ハ其賃借ナキモノトシテ抵當權ノ實行ヲ爲スコトヲ得從テ競落ノ場合ニ於テモ競落者ハ完全ナル所有權ヲ取得スルカ故ニ進テ該登記ヲ抹消セシメ賃貸借ノ存在セサルコトヲ明カニス可キ權利アリ法文(三九五ノ「對抗セシムルコトヲ得ス」トハ賃借ノ當事者ヨリ其賃借ノ有效ヲ主張スルコトヲ得ストノ意ナルカ故ニ六〇二條ノ期間ヲ超ユルモノト云ヘトモ絶對ニ無效ナルニ非スシテ當事者間ニ於テハ有效ナルモノナリ三九五條ハ六〇二條ノ期間ヲ超ユル賃借權ハ其超エサル範圍内ニ於テハ有效ナリトノ意ニ非ス然レトモ規定ノ期間ヲ超ユル賃借權登記後ニ於テ更ニ變更登記ヲ爲シ法定ノ期間ニ減縮スルトキハ抵當權者ニ對抗スルハ何等ノ妨アルコトナシ六〇二條ノ賃貸借ノ解除トハ既ニ存スル解除義務ニ付其存在ヲ宣言スルモノナルヤ又創設的判決ヲ爲スモノナリヤ按スルニ「損害ヲ及ホストキハ」ト規定シ其有無ニ付キ認定ヲ爲ス餘地アル以上ハ此判決ハ解除義務ヲ創設スルモノト云ハサル可ラス第三者ニ對抗スルコトヲ得サル賃貸借ト雖モ抵當權實行ニ當リテハ競賣期日ノ公告中ニ掲クルヲ要スルヤ思フニ第三者ニ對抗シ得サル賃貸借ト雖モ既ニ其不動產上ニ存在セル以上ハ競落人ニ對シ利害關係ナシト云フ可ラス其狀況ニ依リ其解除ヲ請求シ又ハ存續ヲ許容スルコトモ自由ニシテ且其不動產ニ付價格ノ標準ヲ知得スルノ便

宜アリ故ニ第三者ニ對抗シ得サル賃貸借ト雖モ同シク公告中ニ掲載スルヲ至當トス斯ル公告中ニ掲ク可キ賃貸借ハ第三者ニ限ルトスル說ハ狹隘ニ失ス(法學士小林俊三氏法學志林第一八卷第二號五一頁以下「抵當權ト賃借權トノ關係」要領)

(一) 民法第五九三條ト轉借權トノ關係ニ關スル參照判例

民法第三九五條ハ獨立シテ抵當權者ニ損害ヲ與ヘ得ヘキ賃貸借ニ付テノミ規定シタルモノニシテ同條ニ所謂賃貸借中ニハ轉賃借ヲ包含セサルモノトス(東京地方三十八年十月三十一日民判決法律新聞第三三〇號一一頁)

(一) 後段民法第一三七條第二號ニ關スル參照學說

一 第二號及ヒ第三號ノ場合ハ皆債務者カ自己ノ所爲ニ因リ債權者ノ信用ノ基礎ヲ爲シタル場合ニシテ之ニ因リテ債權者カ初ニ期限ヲ與ヘタル根據ヲ失ハシメタルモノト云フヘシ…例ヘハ債務者カ一ノ家屋ヲ抵當トセル場合ニ於テ其家屋ヲ燒燬シ又ハ其一部ヲ毀壞シ又ハ債務者カ賃物ヲ與フヘキ旨ヲ約シテ之ヲ履行セサルトキハ其期限ノ利益ヲ失フヘキカ如キ是ナリ(法學博士梅謙次郎氏民法要義卷ノ一總則編三五八頁)

二 第二號第三號ニ示シタル場合ニ於テハ債務者ハ債務者自己ニ信用ヲ與ヘタル根據ヲ減スヘキ行爲ヲ爲シタルニ外ナラス故ニ法律ハ此場合ニ於テ債務者ヲシテ期限ノ利益ヲ主張スルコトヲ得サラシム(法學博士平沼騏一郎氏民法總論六五五頁)

三 其適用アルニハ債務者カ擔保ヲ毀滅減少スルニ當リ債務者ヲ害スルヲ知リ又ハ欲スルコト恐クハ必要ナラサル可シ(法學博士中島玉吉氏民法釋義卷ノ一總則七七三頁)

四 毀損トハ債權者ノ有シタル特定ノ擔保ノ價額ヲ消滅セシメ又ハ減少セシムル債務者ノ行爲ヲ謂フ…毀損ハ債務者ノ行爲ニ因リテ生シタルコトヲ要ス天災又ハ第三者ノ行爲ニ因リテ生シタル場合ヲ包含セス然レトモ不法行爲上ノ制裁ニアラサルカ故ニ債務者ニ故意又ハ過失ノ存シタルコトヲ要セサルモノト解ス(法學士鳩山秀夫氏註釋民法全書第二卷法律行爲乃至時效五五九頁以下)

(二) 第一段抵當權ノ實行ト賃貸借トノ關係ニ關スル同趣旨學說

一 其期間(民六〇二條)ヲ超エタル賃貸借ハ如何ナル部分ト雖モ之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得ス即チ抵當權者ハ賃借權ノ負擔ナキ不動產トシテ之ヲ競賣ニ付スルコトヲ得ヘシ(法學博士富井政章氏民法原論第二卷物權五八〇頁)

二 第六〇二條ノ期間ヲ超エタル賃貸借ハ之ヲ以テ其以前ニ登記シタル抵當權者ニ對抗スルコトヲ得サルヲ以テ抵當權者カ其解除ヲ請求スル迄モナク抵當權ノ實行ニ因リ當然消滅ニ歸シ抵當不動產ノ競落人ハ其所有ニ歸シタル不動產上ニ殘存スル賃貸借ノ登記抹消ヲ契約當事者タル賃貸人及賃借人ニ請求スルコトヲ得ヘシ反之第六〇二條ノ期間ヲ超エサル賃貸借ハ抵當權ノ登

記後ニ登記シタルモノト雖モ之ヲ抵當權者ニ對抗シ得ヘク裁判所カ抵當權者ノ請求ニ基キ其解除ヲ命スルニ因リテ初メテ消滅ニ歸スヘキモノナレハ抵當權者カ解除ノ請求ヲ爲サスシテ其儘不動產ヲ競賣ニ付シタルトキハ其賃貸借ハ不動產ノ負擔トシテ存續シ競落人ニ於テ全然之ヲ引受クルコトヲ要シ競賣後ニ至リ其解除並ニ登記ノ抹消ヲ請求スルコトヲ得ス（法學博士横田秀雄氏改版增補物權法論八四一頁）

三 右ノ期間（民六〇二條）ヲ超エタル賃貸借ヲ爲シタルトキハ如何ナル部分モ之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得サルモノナリ即チ抵當權者ハ之ヲ賃借權ノ困著セサル不動產トシテ競賣ニ付スルコトヲ得ヘキモノニシテ競落人モ亦賃貸借ナキ不動產ノ所有權ヲ取得スヘキモノトス然ルニ嘗テ其期間ノ超過部分ニ付テノミ抵當權者ニ對抗シ得サルモノト爲ス判決ヲ見タルコトアルハ解スヘカラス（法學士三猪信三氏擔保物權法四八四頁）

【同上判例】

大審院

一 民法第三九五條ハ專ラ抵當權者ト賃借人トノ關係ヲ規定シタルモノトス故ニ抵當權者カ其權利ヲ實行シテ競賣不動產ノ競落人ト爲リタル場合ニハ同條ヲ適用スヘキモノニ非ス（大審院三八年十月二十五日民判決民事判決錄一一輯四七六頁）

二 賃貸借ニシテ民法第六〇二條ニ定メタル期間ヲ超エ且抵當權登記ノ後ニ登記セラレタルモノハ抵當權者ニ對シテ其效ヲ生セサルカ故ニ抵當權者カ其權利ヲ實行スルニ當リテハ賃貸借ナキモノトシテ目的タル不動產ヲ競賣スルコトヲ得ヘク從テ競落人モ亦賃貸借ナキ不動產ノ所有權ヲ取得スヘシ（大審院三六年六月十二日民二判決民事判決錄九輯七一九頁）

(二) 第二段民法第三九五條ニ所謂「對抗」ノ意義ニ關スル同趣旨學說判例

三潴博士

一 第六〇二條カ規定セル期間ヲ超ユル賃貸借ハ全然無效ナリト解スヘカラス此賃貸借ハ唯抵當權者ニ對シテノミ其效力ヲ有セサルモノニシテ當事者間ニ於テハ有效ナリ（法學士三潴信三氏擔保物權法四八五頁）

大阪控訴院

二 抵當權設定登記後ニ爲シタル長期ノ賃貸借ト雖モ絕對ニ無效ナルモノニアラス唯抵當權者ニ對抗シ得サルニ過キス其所謂抵當權者ニ對抗シ得サルトハ抵當權ヲ實行スルニ當リ賃貸借ノ設定ナキ狀態ニ於テ抵當物權ヲ競賣ニ付シ競落人ヲシテ完全ナル所有權ヲ取得セシムルヲ謂フ（大阪控訴院民一判決法律新聞三一八號九頁）

東京控訴院

三 三箇年以上ノ賃借權ハ當然無效ナルニ非スシテ單ニ之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得サルニ過キス而シテ不動產ノ賃借權ハ之ヲ登記シタルトキハ爾後其不動產ニ付テ物權ヲ取得シタル者ニ對シテモ其效力ヲ生スルモノトスルコトハ民法第六百五條ノ規定スル所ナリ故ニ控訴人ノ所有權取得以前ニアツテ已ニ登記セラレタルコト明ラカナル以上ハ此賃借權ハ控訴人ニ對抗シ得ルモノトス（東京控訴院三六年三月二十日民二判決法律新聞一三五號一一頁）

函館控訴院

四 民法第三百九十五條ハ五年ヲ越エサル賃借權ハ抵當權設定後ニ登記シタルモノト雖モ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得ル旨ヲ定メタルニ止リ五年ヲ越エタル賃借權ハ抵當權者ニ對シ絕對的ニ無效タルヲ定メタルニアラス（函館控訴院民判決法律新聞一二八號八頁）

五 抵當權設定ノ登記後ニ登記シタル賃貸借ニシテ民法第六百二條ニ定メタル期間ヲ超ヘタルモノハ有效ナル行爲ナレトモ其抵當權者ニ對シ何等ノ效力ナシ（法曹會四二年一〇月九日決議法曹記事一九卷一一號三三頁）

【同上反對判例】

大審院

一 民法第六百二條ノ規定ニ違背セル契約ニ依リ抵當地所ヲ賃借スルモ其賃借權ハ無效ニシテ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得ス故ニ其抵當權ノ實行トシテ抵當地所ヲ競賣ニ附スルトキハ競落人ハ完全ナル所有權ヲ取得スルモノニシテ賃借人ハ其競落ノ通知ヲ受クルト同時ニ惡意ノ占有者ト爲ルモノトス（大審院三八年一月二五日民二判決民事判決錄一一輯四一頁）

宮城控訴院

二 抵當權設定後民法第六百二條ノ期間ヲ超ユル賃貸借契約ハ抵當債權者ニ對シテハ無效ナリ無效ノ賃貸借登記ハ抵當權者ノ權利ニ何等ノ影響ヲ有セス之ニ對シ賃貸借設定登記ノ抹消ヲ請求スルハ所謂無要ノ訴ナリ（宮城控訴院四〇年一二月九日民判決判例彙報二卷一八頁）

大阪地方裁判所

三 抵當權設定登記後ニ設定セル民法第六百二條ノ期間ヲ越ヘタル賃貸借ハ抵當權者ニ對抗シ得サル無效ノモノ也（大阪地方四三年一一月一四日民二判決法律世界七六號四頁）

浦和地方裁判所

四 民法六百二條ニ定メタル期間ヲ超ヘタル賃貸借ニシテ抵當權設定後登記シタルモノハ抵當權者ニ對シ對抗シ得サル無效ノモノニシテ契約解除ヲ要セサルモノナリ（同地方民二判決法律新聞六八四號二三頁）

【同上參照判例】

一 抵當權ヲ設定セル土地ニ對シ民法第六百二條ニ定メタル期間ヲ超過セル賃貸借契約ヲ爲スモ該契約ハ無效ニ非スシテ唯タ其超過部分ニ付テノミ抵當權者ニ對抗シ得サルモノトス（浦和地方法律新聞五三八號一五頁）

本論旨ハ大體ニ於テ誤ナキカ如シ然レトモ抵當權ノ登記セラレタル賃借權カ事後ノ事情ノ變更ニ因リ抵當權者（債權者）ニ損害ヲ及ホスニ至リタルトキハ債權者（抵當權者）ハ民法第一三七條第二號ニ依リ債務者ヲシテ期限ノ利益ヲ失ハシムルコトヲ得トスルハ頗ル粗笨ナル論斷ト謂ハサルヲ得ス蓋シ同號ノ擔保ノ毀損又ハ減少ニハ債務者ノ過失（故意）ヲ要スルヤ否ヤハ假ニ疑アリトスルモ少クトモ債務者ノ行爲ニ基因スルモノナラサルヘカラサルヤ法文上明白ナリ而シテ學士ノ

所謂「事後ノ事情」トハ如何ナル事情ナルヤ之ヲ債務者ノ行爲ニ因ルモノヲ指ストセハ誤ナキモ然ラストセハ是ニ因リテ債權者カ債務者ヲシテ期限ノ利益ヲ喪失セシムルコトヲ得ヘカラサルヤ論ナキナリ要スルニ學士カ擔保ノ毀損又ハ減少ノ場合ニハ常ニ債權者ニ於テ債務者ノ期限ノ利益ヲ喪失セシメ得ヘキモノノ如ク概論セラレシハ誤ニアラスンハ甚シキ粗論ト評セサルヲ得ス

(四〇八)

九四 相手方ト通シテ爲シタル虚僞ノ意思表示ハ無效トス前項ノ意思表示ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

六一一 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

債權擔保ヲ目的トスル信託行爲ニ在リテハ所有權ハ完全ニ受託者ニ移轉シ受託者ハ當事者ノ契約ニ從ヒ債務ノ辨濟アリタル場合ニ其所有權ヲ信託者ニ移轉スヘキ債務ヲ負フモノトス從テ受託者ハ所有權ヲ取得スルカ故ニ信託者受託者間ニ於テ其物ヲ目的トスル賃貸借契約カ有效ニ成立スルコトヲ得ルハ云フヲ俟タス」

所有者カ自己ノ所有物ヲ賃借スルニ付キ利益ヲ有スル場合即他人カ地上權永小作權留置權不動産質權賃借權(例ヘハ賃貸人カ賃借人ノ借入タル建物ノ一室ヲ賃借スルカ如シ)占有ヲ爲ス權利ヲ有スル場合ノミナラス事實上所有者カ其所有物

(五八)

ヲ使用スルコト能ハサル場合(例ヘハ物ノ所有權ニ關スル訴訟繫屬中ノ場合ノ如シ)ニ於テハ有效ニ賃貸借契約ヲ締結スルコトヲ得ルモノトス」

(五九)

所有者カ自己ノ所有權ヲ有セサル場合ニハ債權ノ目的到達ニ因リテ賃貸借契約ノ無效ヲ來スモノト解ス從テ假裝行爲ヲ成立スル餘地ナキモノトス(吾人ノ解スル所ニ依レハ法律行爲ノ不成立及ヒ無效ヲ區別スル見解ナスヲ適當ト信ス)」(ヨリスレハ目的到達又ハ給付不能ハ契約ノ不成立ヲ來スニアラス寧ロ無效ヲ來スモノト)

假裝行爲ハ形式上其行爲カ成立スル場合ナルコトヲ要ス換言スレハ法律行爲ノ外部的要件ハ凡テ具ハリ單ニ當事者ノ眞實ノ意思カ表示セラレス虚僞ノ表示カ爲サルルコトヲ要ス」

大正四年一月二十五日大審院民二部判決參照(本書第四卷民法一八六頁所載)

【事實】甲者乙ニ對シテ負擔スル債務ヲ擔保スル目的ヲ以テ明治四十二年八月三日其所有ノ建物ヲ賣買ノ名義ヲ以テ乙ニ信託シ其所有名義ヲ乙ニ移轉シ更ニ同年九月十日甲ハ其建物ヲ乙ヨリ賃借スヘキ契約ヲ締結セリ問題ハ賃貸借契約カ有效ニ成立スルコトヲ得ルヤ否ヤニ在リ

【判決要旨】物ノ所有權者ハ自ラ賃借人トシテ其物ヲ目的トスル賃貸借契約ノ當事者タルコトヲ得サルカ故ニ賃貸借ハ虚僞ノ意思表示ニシテ無效ナリ

本件ハ所謂ル賣渡擔保若クハ賣渡抵當ト稱スルモノニシテ債務者カ其使務ヲ擔保スルカ爲メニ自己ノ所有物ヲ賣買ノ名義ヲ以テ讓渡シ同時ニ賃貸借契約ヲ締結シテ其

物ノ使用收益ヲ留保シ且利息ノ支拂ニ代ヘテ借賃ヲ支拂フヘキコトヲ約スルヲ通常トス當事者ハ賣買ノ名義ヲ用ユルモ其實ハ單純ナル所有權移轉契約タル性質ヲ有ス賃渡擔保カ債權擔保ノ目的ヲ有スル信託行爲タル性質ヲ有スル點ニ於テハ從來學說及ヒ判例ニ於テ一致スル所ナリト雖モ其信託上ノ性質ニ關シテハ議論岐ル本判決ハ從來ノ判例特ニ大審院ノ保持セル關係的所有權說即所有權ハ外部關係ニ於テハ移轉スルモ內部關係ニ於テハ移轉セサルモノトナス見解ヲ採リ信託者タル甲ハ受託者タル乙ニ對シテハ依然トシテ建物ノ所有權ヲ有スルカ故ニ賃貸借契約ハ成立セサルモノト斷セリ然レトモ信託行爲ノ性質ニ關スル從來ノ判例ノ見解ノ非ナルハ明カニシテ今玆ニ縷說セス從テ通說ニ從ヒ債權擔保ヲ目的トスル信託行爲ニ在リテハ所有權ハ完全ニ受託者ニ移轉シ受託者ハ當事者ノ契約ニ從ヒ債務ノ辨濟アリタル場合ニ其所有權ヲ信託者ニ移轉スヘキ債務ヲ負フモノト解スルトキハ本件ノ場合ニハ受託者ハ所有權ヲ取得スルカ故ニ信託者受託者間ニ賃貸借契約カ有效ニ成立スルコトヲ得ルハ云フヲ俟タス故ニ吾人ハ判決ノ見解ハ根本ニ於テ當ヲ得ストナスモノナリ假ニ判決ノ見解ノ如ク乙(受託者)ハ所有權ヲ取得スルコトナク甲(信託者)カ依然トシテ所有權ヲ有スルモノトナスモ判決ノ見解ノ如ク甲乙間ノ賃貸借ハ假裝行爲(即虛僞ノ意思表示)ナリヤ吾人ハ判決ト同シク甲乙間ノ賃貸借ヲ以テ無效トナスト雖モ其理由ヲ異ニス

仰モ賃借人ハ自己ノ所有物ニ付キ他人ト賃貸借契約成立スルコトヲ得ルヤ即自己ノ所有物ヲ賃借スルコトヲ得ルヤニ關シテハ場合ヲ區別スルコトヲ要ス(一)所有者カ自己ノ所有物ヲ賃借スルニ付キ利益ヲ有スル場合ニ賃貸借ヲ締結スルコトヲ得ルハ明

カニシテ羅馬法獨普通法ニ於テハ之ヲ有效トシ獨逸民法ノ解釋ニ於テモ通說ハ之ヲ有效トス即他人カ地上權小作權、留置權、不動產質權、賃借權(例ヘハ賃貸人カ賃借人ノ借入タル建物ノ一室ヲ賃借スルカ如シ)占有ヲ爲ス權利ヲ有スル場合ノミナラス事實上所有者カ其所有物ヲ使用スルコト能ハサル場合(例ヘハ物ノ所有權ニ關スル訴訟繫屬中ノ場合ノ如シ)ニ於テモ其所有者ハ自己ノ所有物ヲ賃貸借スルコトヲ得ルモノトス(二)然レトモ所有者カ自己ノ所有物ヲ賃借スルニ付キ特別ノ利益ヲ有セサル場合ニ賃貸借カ有效ニ成立スルコトヲ得ルヤ否ヤニ關シテハ議論岐ル通說ハ此場合ニハ賃貸借契約ヲ無效トス吾人ハ自己ノ所有物ヲ賃借スルニ付キ所有者カ特別ノ利益ヲ有セサル場合ニハ債權ノ目的到達ニ因リテ契約ノ無效ヲ來スモノト解ス即所有者ハ自己ノ所有權ニ基キテ物ノ使用收益ヲ妨クル他人ノ權利ナキカ故ニ)所有者ハ賃借ヲ爲シタルト同一ノ目的ヲ達スルコトヲ得ヘク且他ニ之ヲ妨クルモノナキカ故ニ賃貸借契約ヲ以テ無效トナササルヘカラス債權ノ發生後ニ至リ其目的ヲ達スル場合ニ於テ債權カ消滅スルハ一般ニ認メラルル所ナリ從テ始メヨリ債權ヲ發生セシムル目的ナキ場合ニハ債權ハ發生スルモノト解スルコトヲ得サルヘカラス此ノ如ク自己ノ所有物ノ賃貸借契約ハ債權ノ目的到達ニ依リテ無效トナストキハ所有者ハ賃借ヲ爲ス場合ニ自己ノ所有物タルコトヲ知ル場合ノミナラス之ヲ知ラサル場合ニ於テモ契約ハ無效トナササルヘカラス特ニ或法典ニ於テハ所有者カ自己ノ所有物タルコトヲ知ラスシテ賃借ヲ約シタル場合ニハ錯誤ニ因リテ契約ノ無效ヲ來スヘキカ故ニ給附カ不能ナリヤ否ヤヲ論スル餘地ナシ

上述スル所ニ依リ所有者カ自己ノ所有物ヲ賃借スルニ付キ特別ノ利益ヲ有セサル場合ニハ債權ノ目的到達ニ因リ賃貸借ノ無效ヲ來スモノトナス時ハ本件ノ場合ニ甲乙間ニ假裝行爲ヲ成立スル餘地ナキモノト云ハサルヘカラス本來假裝行爲ハ形式上其行爲カ成立スル場合ナルコトヲ要ス換言スレハ法律行爲ノ一部的要件ハ凡テ具ハリ單ニ當事者ノ眞實ノ意思カ表示セラレス虛僞ノ表示カ爲サルルコトヲ要スルコトヲ要ス從テ本件ノ場合ニ假裝行爲ヲ以テ論セントセハ賃貸借契約ノ外部的要件カ具ハルコトヲ要ス然ルニ本件ノ場合ニハ甲カ乙ヨリ賃借スルニ付キ利益ヲ有セサルカ爲メ目的到達ニ因リ賃貸借契約ハ無效ナルカ故ニ假裝行爲トシテ成立スル餘地ナシ吾人ノ見解ノ如ク目的到達ニ因リテ賃貸借契約ノ無效ヲ來スモノトナストハ實際ノ結果ニノ如ク假裝行爲ナルカ爲メニ賃貸借契約ノ無效ヲ來スモノトナストハ何人ニ對シテモ無效ナリト雖モ於テ異ル特ニ吾人ノ見解ニ從フトキハ賃貸借契約ハ若シ判決ノ見解ニ從フトキハ第九四條第二項ノ規定ニ依リ當事者ハ賃貸借契約ノ無效ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルノ結果ヲ生スヘシ(法學博士石坂音四郎氏法學協會雜誌第三四卷第一一號一三九頁以下「判例批評」要項)

【一 點信託行爲ト賃貸借契約ノ效力ニ關スル反對判例】

本卷民法三八九頁同三九二頁參照

論旨一點賃貸借契約ノ效力如何ハ信託行爲ノ性質ニ付キ債權說ヲ採ルト物權說ヲ採ルトニ依リ其結論ヲ異ニスヘシ若シ大審院舊時ノ見解ノ如ク後說ヲ採ルトキハ其效力ヲ認ムヘカラサルモ博士ノ如ク前說ヲ採ルニ於テハ有效ナルヘキコ

(六二)

ト所論ノ如シ近時大審院ハ其性質ノ何ナルカハ意思表示(表示サレタル效果意思)ヲ解釋シテ決定スヘキモノト斷セリ其當否ハ素ヨリ異論ナキニ非サルモ此見解ニ從ヘハ本問題モ當事者ノ效果意思ニ依リ其效力ヲ決セラルヘシ論旨二三點賃借人ハ自己ノ所有物ニ付キ他人ト有效ニ賃貸借契約ヲ締結スルコトヲ得ルヤ否ヤ吾人ハ博士ト同一見解ヲ有ス(本卷民法三九三頁評論參照論旨四點贊同ス

(六三)

四〇九)

四四七〇九 法人ハ理事其他ノ代理人カ其職務ヲ行フニ付キ他人ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス

七一五 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

或事業ノ爲メニ他人ヲ使用スル者ハ被用者カ其事業ノ執行ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス但使用者カ被用者ノ選任及ヒ其事業ノ監督ニ付キ相當ノ注意ヲ爲シタルトキ又ハ相當ノ注意ヲ爲スモ損害カ生スヘカリシトキハ此限ニ在ラス

商法六二 第二項民法第四四條第一項及ヒ第五四條ノ規定ハ合名會社ニ之ヲ準用ス

同一七〇條第二項 第三一條ノ二及第六二條ノ規定ハ取締役ニ之ヲ準用ス

民法第四四條第一項ノ規定ニ依レハ法人ハ理事其他ノ代理人カ其職務ヲ行フニ付キ他人ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責ニ任スルモノニシテ此規定ハ商法第六二條第二項及ヒ第一七〇條第二項ニ依リ會社取締役ニ準用セラルルカ故ニ會社取締役カ株券用紙及ヒ取締役會長印ヲ保管スルニ關シ職務懈怠ノ結果株券ノ僞造行爲ヲ誘發シ被害者ノ損害ヲ生シタル事案ニ於テハ取締役カ其職務ヲ行フニ付キ他人ニ損害ヲ加ヘタルモノニシテ會社ハ之ヲ賠償スル責ニ任スヘキモノト

ス」

大審院大正五年七月二十九日刑三部判決參照(本卷民法九二三頁所載)

【判決要旨】民法第七一五條ニ所謂被用者カ其事業ノ執行ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害トハ被用者カ使用者ノ命令又ハ委任シタル事業執行ノ範圍内ニ於テ故意又ハ過失ニ因リ第三者ニ對シテ惹起シタル損害ヲ指稱スルモノトス

民法第七一五條ニ依リ使用者ヲシテ被用者ノ惹起シタル損害ニ付キ賠償ノ責任ヲ負ハシムルニハ其被用者ノ行爲カ使用者ノ事業執行自體ナルカ若クハ之ト相關聯シテ一體ヲ成シ不可分ノ關係ニ在ルコトヲ要ス

被用者ノ事業執行トシテ何等爲スヘキコトノ現在セサルニ拘ハラス自己ノ目的ノ爲メ其地位ヲ濫用シテ擅ニ爲シタル行爲ニ因リ第三者ヲ加ヘタルトキハ縱令其行爲カ外形上使用者ノ事業執行ト異ル所ナシトスルモ使用者ヲシテ賠償ノ責ニ任セシムヘキモノニ非ス

【事實摘示】斗六製糖株式會社ノ株券名義書換及ヒ再交付ニ關スル事務ヲ委任セラレタル東京出張所使用人某某カ其再交付ノ爲メニスル豫備株券用紙及ヒ之ニ押捺スヘキ取締役會長印ヲ濫用シ會社株券ヲ僞造シテ之ヲ擔保ニ供シ金融業者某某ヨリ借財シタリ金融業者ハ債務者ノ無資力ノ爲メ其債權ノ辯濟ヲ受クルコトヲ得スシテ損害ヲ被リタルヲ以テ民法第七一五條ノ規定ニ依リ會社ニ對シテ損害賠償ノ請求ヲ爲シ東京控訴院ニ於テ勝訴シタルモ上告ノ結果敗訴ト爲リタルモノナリ

本判決ノ論旨ハ余ノ贊成スル所ナリ蓋シ株券僞造者某某ノ僞造行爲ハ會社ノ業務執行ニ際シテ爲サレタルモノナルモ業務執行ニ付キ爲サレタルモノト觀察スヘカラス

我民法第七一五條ハ使用者ヲシテ被用者カ其事業ノ執行ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責ニ任セシムルニ止マレハナリ

本判決ノ論旨ハ上述セル如ク正當ナレトモ其結果ハ何人モ甚タシク不當ナリト思惟スヘク一般社會見解上ハ寧ロ會社ヲシテ責任ヲ負ハシムルヲ以テ取引ノ實際ニ適應スルモノトスヘシ余ノ解スル所ニ依レハ本件被害者ノ主張ノ基礎ヲ民法第七一五ニ求メタルカ誤ニシテ之ヲ民法第四四條第一項並ニ商法第六二條第二項及ヒ第一七〇條第二項ニ當クトキハ容易ニ反對ノ結果ヲ獲得スルコトヲ得ヘカリシナリ即チ民法第四四條第一項ノ規定ニ依レハ法人ハ理事其他ノ代理人カ其職務ヲ行フニ付キ他人ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責ニ任スルモノニシテ此規定ハ商法ノ前揭セル法條ニ依リ會社取締役ニ準用セラルルモノタリ今本件ニ付キ之ヲ觀ルニ會社取締役ノ株券用紙及ヒ取締役假會長印ヲ保管スルニ關シテ懈怠ナキモノト認ムルコトヲ得サルカ如シ其結果株券ノ僞造行爲ヲ誘發シ被害者ノ損害ヲ生シタルモノナルカ故ニ取締役カ其職務ヲ行フニ付キ付キ他人ニ損害ヲ加ヘタルモノニシテ會社ハ之ヲ賠償スル責ニ任スヘキモノタリ

或ハ僞造者ノ行爲カ介在スルカ故ニ取締役ノ職務懈怠ト被害者ノ受ケタル損害トノ間ニ因果關係ヲ中斷ストノ反對論アルヘキモ余ハ此說ヲ採ラス因果關係問題ニ關スル通說タル適當條件說ニ依レハ苟クモ一般的ニ觀察シテ特定條件ト特定結果トノ間ニ當ニ不可分的關係アルモノト判斷スヘキトキハ其間ニ因果關係アルモノタリ本件ノ場合ニ於テハ會社取締役ノ懈怠ト結果トノ間ニハ一般的ニ觀察シテ因果關係アルモノト謂ハサルヘカラサルカ故ニ會社ハ其責ニ任セサルヘカラサルナリ(法學博士松

本烝治氏法學協會雜誌第三五卷第一號一二五頁以下要領)

【取締後ノ職務懈怠ト會社ノ責任ニ關スル參照判例】

本卷民法五二二頁同五二四頁同九二三頁參照

本論ハ斗六製糖株券僞造ニ關スル大審院判決ヲ批評セルモノナリ博士ハ大審院カ本件ニ付民法第七一五條ノ適用ナキモノトシ會社ノ賠償責任ヲ排斥セルハ正當ナルモ他ノ理由ニ依リ會社ニ賠償責任ヲ認メントス所論洵ニ三顧ニ値ヒスヘキモノアリト雖モ此場合ニ於テ取締役ノ職務懈怠ト被害者ノ受ケタル損害トノ間ニ因果關係ヲ認ムルコトヲ得ヘキヤ吾人ハ博士ト同シク因果關係ニ付適當條件說ヲ採ルモ尙ホ疑ナキ能ハス若シ博士ノ論セラルル如ク之ヲ肯認スヘキモノトスレハ敢テ民法第七一五條ノ適用問題ヲ生セス吾人ハ暫ク疑ヲ存シテ後日ヲ期ス』

(四一〇)

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

五六七第一項 賣買ノ目的タル不動產ノ上ニ存シタル先取特權又ハ抵當權ノ行使ニ因リ買主カ其所有權ヲ失ヒタルトキハ其買主ハ契約ノ解除ヲナスコトヲ得

電話規則二二 加入申込者ノ名義ハ第二十三條ノ場合ヲ除クノ外他人ノ名義ニ變更スルコトヲ得ス

加入者其ノ加入ノ名義ヲ變更セムトスルトキハ當事者ノ連署シタル請求書ヲ當該電話取扱局ニ差出シ其ノ承認ヲ受クヘシ

但シ新名義人ノ所有ニ非サル家屋ニ電話機ヲ設置セルモノナルトキハ其ノ家屋所有者ノ承諾書ヲ請求書ニ添附スヘシ

(六六)

大審院判決

同二二三 加入者又ハ加入申込者死亡又ハ失踪ノ場合ニ於テ其ノ加入ヲ承繼セムトスル者ハ其ノ相續人又ハ管理人タルノ證明書ヲ添ヘ其ノ請求書ヲ當該電話取扱局ニ差出スヘシ

(六七)

電話使用權ノ賣買成立シタルトキハ賣主ハ契約ノ履行トシテ電話使用權ヲ買主名義ニ變更スヘキ義務アルハ勿論買主ヲシテ現實ニ其利益ヲ享有セシムル爲メニ賣主自身ニ於テ之ヲ奪取セス若クハ他人ヨリ奪取セラレサルヘク擔保スヘキ責任ヲ有スルモノトス』

電話使用權ノ賣買アリタル場合ニ於テ該使用權カ一旦買主名義ニ變更セラレタルモ未タ以テ賣主全部ノ義務ヲ盡了シタルモノト謂フコトヲ得ス從テ賣主カ不法ニ自己名義ニ之ヲ回復シタルニ於テハ賣主ハ更ニ變更ノ手續ヲ爲スヘキモノトス』

本訴ニ於ケル上告人ノ請求原因ハ當事者間ニ成立スル電話使用權ノ賣買契約ニ基キ被上告人ニ對シ該契約ノ履行タル電話使用名義ノ變更手續ヲ請求スルニ在レハ其賣買ニシテ果シテ當事者間ニ成立シタリトセハ買主タル被上告人ハ契約ノ履行トシテ電話使用權ヲ買主タル上告人名義ニ變更スヘキ義務アルハ勿論上告人ヲシテ現實ニ其利益ヲ享有セシムル爲メニ被上告人自身ニ於テ之ヲ奪取セス若クハ他人ヨリ奪取セラレサルヘク擔保スヘキ責任ヲ有スルヤ當然ナリ隨テ該權カ一旦上告人名義ニ變更セラレタルモ亦タ以テ賣主全部ノ義務ヲ盡了シタルモノト謂フコトヲ得ス被上告人カ不法ニ自己名義ニ之ヲ回復シタルコト上告人主張ノ如クナルニ於テハ被上告人ハ更ニ變更ノ手續ヲ爲スヘキモノトス然ルニ原審カ上告人主張ノ賣買契約カ果

シテ被上告人トノ間ニ成立シタルヤ否ヤヲ確定スルコトナク被上告人ノ代理人ト稱シ居タル蕭明信カ上告人トノ間ニ右契約ヲ締結シタル後堺郵便局ニ申請シテ一旦被上告人名義ノ使用權ヲ上告人名義ニ變更シタル事實ヲ以テ被上告人ノ負擔セル名義變更ノ義務ヲ完了シタルモノトシ上告人ノ請求ヲ排斥シタルハ法則ヲ不當ニ適用セス及ヒ理由不備ノ不法アル判決ナリ(大審院大正五年(オ)第三八九號同年九月二十七日民三部横田裁判長大倉磯谷柳川三宅各判事判決)

【關係事項】

破棄差戻○原審大阪地方裁判所○電話名義變更手續請求事件○上告人戸治野久次郎訴訟代理人辯護士板垣不二男同辻守太郎被上告人原山るい訴訟代理人辯護士伊藤芬雄

本判決ハ不當ニシテ杜撰タルノ譏ヲ免レス

一電話使用權ノ賣買モ亦五五五條ノ賣買タル以上賣主ニ於テ其債務ノ本旨ニ從ヒタル履行トシテ名義變更其他電話機ノ占有移轉等ノ行爲ヲ爲シ買主ヲシテ契約ノ旨趣ニ適合セル權益ヲ享有セシムヘク若シ他ヨリ追奪セラルルカ如キコトアラハ民法ノ規定ニ從ヒ其責ニ任スヘキモノタルヤ勿論ナリト雖モ判文前段「被上告人(賣主)自身ニ於テ之ヲ奪取セ……サルヘク擔保スヘキ責任ヲ有ス」トハ何ノ意ソヤ若シ之ヲ電話加入名義變更前ニ於テ賣主自身カ奪取セサルコトヲ擔保スルノ責任アリトノ意トセハソハ何等ノ意味ヲ爲サス何者賣主ハ自己カ自己ノ物(權利)ヲ奪取スト謂フカ如キコトハ有リ得ヘカラス從テ其責任アルヘキ筈ナケレ

(六八)

ハナリ又若シ之ヲ加入名義變更ノ手續完了後ニ於テ右ノ責任アリトノ意トセハ之レ無用ノ事ニ屬ス何者加入名義變更ノ手續ヲ了シタル後ニ在リテハ後述ノ如ク使用權ハ買主ニ移轉シ賣主ノ手ヲ離脱スルモノナルカ故ニ之ヲ奪取スルコトヲ得サル者ハ曾ニ賣主ノミナラス何人モ故ナク之ヲ奪取スルコトヲ得ヘキニ非サルヤ明々白々ノ理ナレハナリ

二、判文ニ依レハ事案ハ電話使用權ノ賣主カ電話機ノ引渡等ヲ爲シタリヤ否ヤハ不明ナルモ一旦賣主カ買主名義ニ變更シタル後更ニ賣主カ何等カノ手段ニ因リ自己名義ニ變更シタルモノノ如シ若シ事案ノ場合賣主カ單ニ加入名義ヲ買主名義ニ變更シタルノミニシテ電話機ノ引渡等其他一切ノ行爲ヲ爲シタルニアラストセハ未タ之ヲ以テハ債務ノ履行ヲ完了シタルモノト謂ヒ得サルヘキハ判文說示ノ如シ然レトモ電話規則第二二條第二項ノ律意ヨリ覈フレハ電話使用權賣買ニ因ル給付トシテ名義ヲ變更セラレタルトキハ使用權ハ之ニ因リテ買主ニ移轉スルモノト解スヘキカ故ニ若シ其買主名義ヲ不法ニ他ニ變更スルアラムカ其行爲者ノ賣主タルト第三者タルトヲ問ハス買主ハ使用權ノ侵害トシテ侵害者ニ對シテ名義ノ回復ヲ請求スルコトヲ得スムハアルヘカラス故ニ右行爲者カ賣主タルトキニ於テモ賣買契約ノ履行トシテ請求シ得ヘキモノニ非スシテ電話使用權侵害ノ回復トシテ之ヲ請求シ得ヘキモノタリ要スルニ本判決カ此ル場合ニハ債

(六九)

務ノ履行トシテ請求スヘキモノト爲シタルハ誤判タルヲ免レス

（四一一）

五五〇　書面ニ依ラサル贈與ハ各當事者之ヲ取消スコトヲ得但履行ノ終ハリタル部分ニ付テハ此限ニ在ラス

民法第五五〇條ニ書面ニ依ラサル贈與トハ贈與契約ニ付キ終始書面ヲ作成セサル場合ヲ指スモノナルヲ以テ贈與契約成立當時其書面ヲ作成セサルモ後ニ至リ之ヲ作成シタルトキハ同條ノ適用ヲ受ケサルモノトス」

民法五五〇條ニ於テ書面ニ依ラサル贈與ヲ取消スコトヲ得ルモノト爲シタル理由ハ一面ニ於テハ贈與者カ贈與ヲ爲スニ當リ其意思ノ明確ナルコトヲ期シ他ノ一面ニ於テハ贈與者ヲシテ沈思熟慮ヲ用ヒスシテ輕忽ニ贈與契約ヲ爲スコトヲ豫防セントスルニアリ然ルニ贈與契約成立ノ當時何等ノ書面ヲ作成セサリシトキト雖其後ニ至リ其贈與契約ニ付キ書面ヲ作成シタルトキハ贈與者ノ贈與ヲ爲スノ意思ハ明確ト爲リタルモノト謂フヘク又輕忽ニ贈與ヲ約シタルニアラサルコト明白ナルニ至リタルモノト謂フヘシ故ニ其時ニ後ニ於テハ贈與契約ヲ取消スコトヲ得サルモノト解スルヲ法律ノ精神ニ適シタルモノトス即五五〇條ニ書面ニ依ラサル贈與トハ財與契約ニ付キ始終書面ヲ作成セサル場合ヲ指スモノナルヲ以テ贈與契約成立當時其書面ヲ作成セサルモ後ニ至リ之ヲ作成シタルトキハ同條ノ適用ヲ受ケサルモノトス然ラハ原裁判所カ本件贈與契約ニ付テハ後ニ其契約證書二通ヲ作リテ互ニ授受シタルヲ以テ控訴人（上告人）ノ取消ノ意思表示ハ何等ノ效力ナシト判示シタルハ相當ナリ（大審院大正五年（オ）第五二二號同年九月二二日民一部田部裁判長鱒原尾吉松岡成道各判事判決）

【關係事項】

上告棄却○原審甲府地方裁判所○土地引渡請求事件○上告人清水鶴五郎訴訟代理人辯護士奥秋高義被上告人清水幸吾

【書面ニ依ラサル贈與ニ關スル參照學說判例】

一　贈與ヲ爲ス旨ノ口頭一片ノ陳述ハ必ラスシモ贈與者ノ慎思熟考ノ結果ナリト見ルコト能ハサルモ贈與ニ付キ書面ヲ作成シタル場合ニハ贈與者ノ意思ハ明確ニシテ一點ノ疑ヲ容レサルノミナラス贈與者ニ於テ其結果ニ付キ充分ニ考思ヲ費シタルモノト認メ得ヘケレハナリ（法學博士横田秀雄氏債權各論二四三頁）

二　書面ニ依ラサル贈與トハ贈與ノ成立ニ付書面ヲ作成セサルモノノ謂ナリ從來諸外國ノ立法例ニ於テハ贈與ハ書面契約ニシテ其ノ成立ニ付書面ヲ作成スルニ非サレハ贈與ハ無效ナリ然ルニ我民法ニ於テハ此見解ヲ採ラス書面ニ依ラサル贈與ハ單ニ各當事者ニ於テ之ヲ取消スコトヲ得ルモノト爲ス即チ贈與ノ成立ニ付書面ヲ作成セサルコトハ贈與ノ無效ノ原因ニ非スシテ其ノ取消ノ原因ニ過キサルナリ（法學士村上恭一氏債權各論三四五頁）

三　形式ニ關スル制限贈與ヲ爲スハ當事者ノ熟慮ヲ促ス必要上從來贈與ニハ書面ヲ要スル者ヲ規定シタル法制多シ我民法ハ贈與ニ付キテモ一般法律行爲ノ原則ヲ適用シ單ニ意思表示ノミニ因リテ成立スルモノト爲セトモ書面ニ依ラサル贈與ハ贈與者並ニ受贈者ニ於テ何時ニテモ之ヲ取消スコトヲ得ヘキモノト規定シ嘘既ニ履行ヲ終リタル部分ニ付キテハ書面ニ依ラサル贈與トハ雖モ之ヲ取消スコトヲ得サルモノト爲セリ（法學士清瀧一郎氏債權各論七一頁）

四　本條ハ單ニ贈與者ヲシテ其意思ヲ確メシメ以テ輕率ニ贈與ヲ爲ササラシムルコトヲ目的トスルモノナレハ贈與者ノ意思表示ニシテ書面ニ依レル以上ハ受贈者ノ意思表示ハ然ラサルモ差支ナキモノト解セサルヘカラス又書面ハ贈與ノ意思表示其モノヲ包含スルモノナラサルヘカラサルニ依リ單純ナル一片ノ通信文ニテ贈與ノ意思ヲ漏ラシタル如キハ之ヲ贈與契約ノ書面ト云フヘカラス（法學士末弘嚴太郎氏中大講義債權各論一五四頁）

五　本卷民法五五六頁參照

六　縱令賣買ニ假裝シテ書面ヲ作成シタルモノトスルモ贈與ノ意思カ其書面ニ依ル贈與ト認ムルコトヲ妨ケルサルモノトス（大審院大正三年（オ）第一六號同年十二月二十日民二判決本書第四卷民法二一一頁）

七　民法第五四九條ハ贈與契約ノ本質ヲ定メタル强行的規定ナルヲ以テ書面ニ依ル贈與契約締結ニ際シテハ該契約書ハ同條所定ノ成立要件ヲ具備スルコトヲ要スヘク從テ之ヲ具備シタル契約書之ナキニ於テハ未タ該契約ハ成立セスシテ後日書面ニヨリテ之カ追完ヲ爲シタル時ヨリ始メテ該契約ハ成立スヘキモノトス（東京地方大正三年（ロ）第三九〇號同年十二月二十八日民三判決本書第三卷民法六九〇頁）

（四一二）

二二四　追認ハ取消ノ原因タル情況ノ止ミタル後之ヲ爲スニ非サレハ其效ナシ

禁治産者カ能力ヲ回復シタル後其行爲ヲ了知シタルトキハ其了知シタル後ニ非サレハ追認ヲ爲スコトヲ得ス
前二項ノ規定ハ夫又ハ法定代理人カ追認ヲ爲ス場合ニハ之ヲ適用セス
一二六　取消權ハ追認ヲ爲スコトヲ得ル時ヨリ五年間之ヲ行ハサルトキハ時效ニ因リテ消滅ス行爲ノ時ヨリ二十年ヲ經過シタルトキ亦同シ

民法第一二六條ニハ取消權ハ追認ヲ爲スコトヲ得ル時ヨリ五年間之ヲ行ハサルトキハ時效ニ因リテ消滅ストアリ又同第一二四條ニハ追認ハ取消ノ原因タル情況ノ止ミタル後之ヲ以テ其效力ナシトアルヲ以テ未成年者カ其未成年中爲シタル法律行爲ノ取消權ニ付キテハ取消ノ原因タル情況ノ止ミタル後即チ成年ニ達シタル時ヨリ五年ノ經過ニ因リテ時效完成スルモノトス』

民法第一二六條ニハ取消權ハ追認ヲ爲スコトヲ得ル時ヨリ五年間之ヲ行ハサルトキハ時效ニ因リテ消滅ストアリ又同第一二四條ニハ追認ハ取消ノ原因タル情況ノ止ミタル後之ヲ以テ未成年者カ其未成年者中爲シタル法律行爲ノ取消權ニ付キテハ取消ノ原因タル情況ノ止ミタル後即チ成年ニ達シタル時ヨリ五年ノ經過ニ因リテ時效完成スルモノトス而シテ民法第一二四條第二項ニ於テ特ニ禁治産者カ能力ヲ回復シタル後其行爲ヲ了知シタル時ハ其了知シタル後ニ非サレハ追認ヲ爲スコトヲ得ストノ規定ヲ設ケタルハ禁治産者ハ心神喪失ノ狀況ニ在ルモノナルカ故ニ縱令能力ヲ回復スルモ其喪失心中ニ爲シタル行爲ハ之ヲ記憶セサルモノト看做スヘキハ當然ナルヲ以テ能力回復後其行爲ヲ了知シタル後ニ非サレハ追認ヲ爲スコトヲ得サル旨ヲ明カニスルノ必要ニ出テタルモノナリト雖モ之ニ反シテ未成年者ハ他ノ詐欺又ハ强迫ニ因リテ意思表示ヲ爲シタル者ト同ク自己ノ爲シ

富井博士
石坂博士
中島博士

タル行爲ヲ了知スルハ言ヲ俟タサル所ナルヲ以テ前記第一二四條第一項ノ規定ニ從ヒ成年ニ達シタル時ヨリ取消權ノ時效ヲ起算スヘキモノト解スヘキハ當然ナリ然レハ則チ原判決カ本件保證契約ヲ爲シタル上告人カ其當時未成年者ニシテ明治三十九年九月二十二日成年ニ達シタルニ拘ラス大正四年七月二十一日ニ至リ取消ノ意思表示ヲ爲シタルハ既ニ五年ノ時效期間ヲ經過シタル後ナルヲ以テ取消ノ效力ヲ生セサルモノト判示シタルハ相當ナリ(大審院大正五年(オ)第五七八號同年九月二十日民三部横田裁判長大倉磯谷柳川三宅各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○廣島控訴院長野地方裁判所○保證債務履行請求事件○上告人射手薪訴訟代理人辯護士水野豐被上告人矢島宗四郎

【未成年者ノ取消權ト時效起算ニ關スル同趣旨學說判例】

一　此時效期間ノ起算點ハ消滅時效ノ通則ニ對スル一ノ變倒ト見ルヘシ何トナレハ取消權ハ追認ヲ爲スコトヲ得ル時ヲ俟ダスンテ之ヲ行使スルコトヲ得レハナリ惟フニ其以前ニ在リテハ事實上取消ヲ爲ス能ハサルコト多キカ故ニ第一二四條ニ依リテ有效ニ追認ヲ爲スコトヲ得ル時ヨリ起算スヘキモノトシタルニ外ナラス(法學博士富井政章氏民法原論第一卷四七八頁)

二　之レ本人自ラ追認ヲナス場合ニ於ケル要件ニシテ取消ノ原因カ存スル間ニ追認ヲナスモ其追認ハ尙瑕疵ヲ有スルカ爲メナリ從テ未成年者カ成年ニ達シ禁治産者準禁治産者カ其ノ宣告ノ取消サレ妻ノ婚姻解消セラレ詐欺强迫ノ事實カ消滅シタル後ニ於テ追認ヲナスコトヲ得(法學博士石坂音四郎氏大正五年東大講義民法總則四八五頁)

三　以上二個ノ消滅時效ノ關係ハ其起算點ヲ明ニスル時ハ之ヲ了解スルヲ得可シ二十年ノ時效ハ行爲ノ時ヨリ進行ス五年ノ時效ハ追認ヲナスコトヲ得ルトキヨリ進行ス而シテ何レカ一方先ツ完成スルトキハ取消權ハ其ノ時ニ消滅ス例ヘハ禁治産カ行爲ノ時ヨリ二十年ヲ經過シ猶其ノ取消ナキトキハ五年ノ時效ノ適用ナクシテ取消權ハ消滅ス可シ(法學博士中島玉吉氏民法釋義卷ノ一六九八頁)

四　之レ本條第一項ノ規定セル追認要件ノ一ナリ即チ無能力者ニ付テハ能力トナリタルコトヲ要シ詐欺强迫ニ付テハ錯誤ヲ發見シ恐怖ヲ脫シタルコトヲ要ス(法學士鳩山秀雄氏法律行爲乃至時效三四七頁)

五　母タル親權者カ親族會ノ同意ヲ要スヘキ事項ニ付キ其同意ナクシテ行ヒタル行爲ハ未成年者カ追認ヲ爲シ得ヘキトキ則チ成年ニ達シタルトキヨリ五ケ年ヲ以テ時效ニ罹ルヘキモノトス(東京控訴民事部判決本書第一卷民法一〇二頁)

至當ノ判決ナリ

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

基本タル一ノ契約ニ附隨シ該契約ノ存在ヲ前提トシテ當事者間ニ從タル契約ヲ締結シタル場合ニ於テ其基本タル契約カ適法ナル原因ニ依リ解除セラルルトキハ其解除ノ效力ハ當然從タル契約ニモ及フヘキモノニシテ其從タル契約ニ對シ特ニ解除ノ意思ヲ表示セサルモ基本タル契約ト共ニ當然解除セラルルモノトス

基本タル一ノ契約ニ附隨シ該契約ノ存在ヲ前提トシテ當事者間ニ從タル契約ヲ締結シタル場合ニ於テ其基本タル契約カ適法ナル原因ニ依リ解除セラルルトキハ其解除ノ效力ハ當然從タル契約ニモ及フヘキモノニシテ其從タル契約ニ對シ特ニ解除ノ意思ヲ表示セサルモ基本タル契約ト共ニ當然解除セラルルモノトス原判決ノ認ムル所ニ依レハ本件當事者間ニ鑛業試掘權ノ賣買契約ヲ締結シ之カ附隨ノ契約トシテ賣主タル上告人ノ納付スヘキ鑛業登錄稅及鑛區稅等ヲ買主タル被上告人ニ於テ一時立替ヘ代納スヘキ旨ノ支出契約ヲ締結シ本訴請求ノ金圓ヲ支出シタル處其後右試掘權ノ賣買契約ハ適法ナル原因ニ依リ解除セラレタルヲ以テ被上告人ハ原狀回復トシテ右代納シタル本訴金圓ノ返還ヲ請求スト云フニ在ルヲ以テ其基本タル賣買契約カ既ニ適法ニ解除セラレタル以上ハ其賣買契約ノ存在ヲ前提ト爲シタル從タル支出契約モ亦之ト同時ニ當然其效力ヲ失フヘク特ニ別段ナル解除ノ意思表示ヲ爲スコトヲ要セス直ニ原狀回復ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノトス然レハ則チ原裁判所カ叙上ノ法理ニ從ヒ被上告人ノ請求ヲ許容シタルハ相當ナリ（大審院大正五年（オ）第四二五號同九月十三日民三部横田裁判長大倉磯谷柳川三宅各判事判決）

（七五）

【關係事項】

上告棄却○原審山形地方裁判所○契約解除ニ基ク返還金請求事件○上告人山奥定治訴訟代理人辯護士愛子親次郎被上告人山田太兵衛

【主タル契約ノ解除カ從タル契約ニ及ホス參照學說】

横田博士

一　主タル契約トノ關係ニ付テハ「從ハ主ニ從フ」テフ原則ヲ適用シ主タル契約ノ不成立ハ其當然ノ效果トシテ從タル契約ヲ不成立ナラシメ契約ノ取消解除其他ノ原因ヨリ生スル主タル契約ノ消滅モ亦タ從タル契約ノ消滅ヲ隨伴スルモノトス之ニ反シテ從タル契約ノ無效取消解除其他ノ消滅原因ハ主タル契約ノ效力ニ影響ヲ及ホササルモノトス（法學博士横田秀雄氏債權各論二一頁）

二　即チ主タル契約ハ終始獨立ノ存在ヲ維持スルコトヲ得ルモ從タル契約ハ然ラス其ノ結果二箇ノ契約カ相互ニ主從ノ關係ニ立ツ場合ニ於テ從タル契約ノ無效又ハ取消ハ主タル契約ノ失效ヲ伴フコトナキモ主タル契約ノ無效又ハ取消ハ從タル契約ノ失效ヲ伴フコトナキモ主タル契約ノ消滅ハ從タル契約ノ失效ヲ伴フヲ原則ト爲ス（法學士村上恭一氏債權各論二〇頁）

村上學士

從タル契約ハ主タル契約ノ存在ヲ前提トシテ其效力ヲ有スルモノナルカ故ニ主タル契約カ適法ニ解除セラレタルトキハ之ヲ前提トスル從タル契約ハ其效力ヲ保有スルコトヲ得ス當然消滅スヘキモノナリ從テ從タル契約ニ對シ特ニ解除ヲ要スヘキモノニアラス判決カ主タル契約ノ解除ハ當然從タル契約ノ解除ヲ伴フモノト判示セルハ特ニ解除ノ意思表示ヲ要スルカ如ク解セラルル虞アリ若シ然リトスレハ不當ナリ

六九五　和解ハ當事者カ互ニ讓歩ヲ爲シテ其間ニ存スル爭ヲ止ムルコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ス

係爭ノ權利關係ニ付キ當事者互ニ讓歩シテ其間ニ存スル爭ヲ止ムル契約ハ即チ和解契約ニシテ當事者ノ一方カ該契約ニ依リ負擔シタル債務ヲ第三者ノ出捐ニ依リ履行セラレタル場合ト雖モ之カ爲メニ和解契約ノ成立ニ消長ヲ來スヘキモアノニアラス』

和解契約ハ單ニ係爭ノ目的物ノミナラス廣ク係爭ノ權利關係ヨリ胚胎シタルモノヲ以テ其目的ト爲スコトヲ得ルカ故ニ係爭債權ノ利子ヲ消費貸借ニ改メタル債權ヲ和解契約ニ依リ基本債權ト共ニ消滅セシムルコトヲ得ルモノトス』

係爭ノ權利關係ニ付キ當事者互ニ讓歩シテ其間ニ存スル爭ヲ止ムル契約ハ即チ和解契約ニレテ當事者ノ一方カ該契約ニ依リ負擔シタル債務ヲ第三者ノ出捐ニ依リ履行セラレタル場合ト雖モ之カ爲メニ和解契約ノ成立ニ消長ヲ來タスヘキモノニアラス本件ニ付キ原審ハ明治四十二年中本訴當事者間ニ金五百二十二圓五十錢ニ對スル殘務(金二百五十圓)支拂請求ニ付キ爭訟ノ繫屬シタル際松本雄藏ノ仲裁ニ依リ右貸借ニ付キ連帶債務者タリシ窪島良輔ヨリ金百六十圓ヲ上告人ニ支拂ヒ右殘存債務ノ元利金全部及ヒ本訴二口ノ債權ヲ消滅セシムヘキ和解契約ノ成立シタル事實ヲ認定シタルモノナレハ右係爭債權ニ付キ連帶債務ヲ負擔セル窪島良輔カ出捐ヲ爲シタリトスルモ所論ノ如ク和解契約ノ成立ヲ妨クルモノニアラサルハ勿論和解契約ハ單ニ係爭ノ目的物ノミナラス廣ク係爭ノ權利關係ヨリ胚胎シタルモノヲ以テ其目的ト爲スコ

(七六)

トヲ得ルヲ以テ原審カ本訴二口ノ債權ヲ以テ右係爭債權ノ利子ヲ消費貸借ニ改メタルモノニシテ和解契約ニ依リ基本債權ノ殘額ト共ニ消滅シタルモノナリト認定シタリトテ毫モ不法アルコトナシ(大審院大正五年(オ)第五六〇號同年九月二十日民三部横田裁判長大倉磯谷柳川三宅各判事判決)

(七七)

【關係事項】

上告棄却○原審山形地方裁判所○貸金並預金請求事件○上告人神尾茂兵衛訴訟代理人辯護士湯村安次郎被上告人瀬下秀夫

【和解契約ノ成立ニ關スル參照學說】

本卷民法八八八頁同八九七頁同九七〇頁參照

判旨大體ニ於テ至當トス

三八八　土地及其上ニ存スル建物カ同一ノ所有者ニ屬スル場合ニ於テ其土地又ハ建物ノミヲ抵當ト爲シタルトキハ抵當權設定者ハ競賣ノ場合ニ付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

(四一五)

民法第三八八條但書ニ地代ハ當事者ノ請求ニ因リ裁判所之ヲ定ムトアルハ裁判所カ創設的宣言ニ依リ當事者間ニ權利關係ヲ發生セシムルノ謂ニ非スシテ既ニ競賣ニ依リ當事者間ニ成立シタルモノト看做サレタル地上權ニ付キ裁判所ハ當事者ノ請求ニ因リ唯其地代ノ數額ヲ定ムルニ過キス從テ裁判所ハ地上權設定當時ノ地代ヲ確定スルモノナルカ故ニ裁判所カ其數額ニ付キ爲シタル確定ノ效力ハ獨リ判決後ニ生スル地代ニ封スルノミナラス地上權設定以後ノ地代ニ及フモ

ノトス』

民法第三八八條但書ニ地代ハ當事者ノ請求ニ因リ裁判所之ヲ定ムルトアルハ裁判所カ創設的宣言ニ依リ當事者間ニ權利關係ヲ發生セシムルノ謂ニ非スシテ既ニ當事者間ニ成立シタルモノト看做サレタル地上權ニ付キ裁判所ハ當事者ノ請求ニ因リ唯地代ノ數額ヲ定ムルニ過キス卽チ裁判所ハ地上權設定當時ノ地代ヲ確定スルモノナルカ故ニ裁判所カ其數額ニ付キ爲シタル確定ノ效力ハ獨リ判決後ニ生スル地代ニ對スルノミナラス地上權設定以後ノ地代ニ及フヘキハ固ヨリ當然ナリ然レハ則チ原判決カ被上告人ノ請求ニ因リ地代ヲ確定シ其割合ニ基キ該判決以前ノ地代ノ給付ヲ命シタルハ相當ナリ(大審院大正五年(オ)第五六六號同年九月二十日民三部横田裁判長大倉磯谷柳川三宅各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審東京控訴院○地代承認並地上權消滅確認請求事件○上告人上野り玉訴訟代理人辯護士津田義治被上告人人見吉つ

法定地上權ノ場合ニ於テ當事者ノ請求ニ依リ裁判所地代ヲ量定スル(民法第三八八條但書)裁判ハ確定判決ナリヤ形成判決ナリヤ素ヨリ判旨ノ如ク裁判ニ依リ地上權ヲ創設スルモノニ非スシテ法律ノ規定(同法條本文)ニ依リ既ニ成立セル地上權ニ付キ地代ヲ確定スルニ過キスト雖モ地代ノ範圍卽チ數額ハ判決ニ依リ定マルヘキモノニシテ單ニ既定事實ニ基キ其範圍ヲ確定スルモノニアラス從テ前者

(七八)

ニ屬セスシテ後者ニ屬スヘキモノトス然レトモ其效力タルヤ法定地上權成立當時ニ遡及スルモノニシテ卽チ遡及力ヲ有ス(判決ノ確認的ナルト創設的ナルト共效力ノ遡及的ナルト非遡及的ナルトヲ混用シ後者ヲ以テ前者ノ性質ヲ決セントスルモノアルモ其誤レルコトハ吾人ノ既ニ論セル所ナリ)故ニ判旨後半ハ正當ナルモ其前半ハ誤レルコト以上ノ所論ニ依リ明カナリ

(七九)

四五二 債權者カ保證人ニ債務ノ履行ヲ請求シタルトキハ保證人ハ先ツ主タル債務者ニ催告ヲ爲スヘキ旨ヲ請求スルコトヲ得主タル債務者カ破產ノ宣告ヲ受ケ又ハ其行方カ知レサルトキハ此限ニ在ラス

(四一六)

債權者カ保證人ニ對シ債務ノ履行ヲ請求セントスル場合主タル債務者ニ爲スヘキ履行ノ催告ハ單ニ主タル債務者ニ對シ其意思ヲ表示スルヲ以テ足リ催告カ效果ナカリシ事實ヲ確定スルヲ要セス從テ斯ル事實ハ保證人ニ於テ立證スヘキモノニ屬シ債權者ニ於テ之カ證明ヲ爲スヘキモノニ非ス』

債權者カ保證人ニ對シ債務ノ履行ヲ請求セントスル場合タル債務者ニ爲スヘキ履行ノ催告ハ單ニ主タル債務者ニ對シ其意思ヲ表示スルヲ以テ足リ催告カ效果ナカリシ事實ヲ確定スルヲ要スルモノニ非サルコトハ民法第四五二條ノ法文之ヲ要求セサルニ依テ觀ルモ法意ノ玆ニ存スルヤ疑ヲ容レサル處ナリ勿論催告アリタル場合主タル債務者カ之ニ應シ辨濟ヲ提供シタルトキハ保證人ハ其限度ニ於テ債務ノ履行ヲ拒絕シ得ヘキモノナルカ故ニ催告ノ效果アリシヤ否ヤハ其利害ニ影響スル所鮮ナカラサルヘシト雖モ斯ル事實ハ寧ロ保證人ニ於テ立證スヘキモノニ屬シ債權者ニ於テ證ン

露光量違いの為重複撮影

テ之カ證明ヲ爲スヘキ責任アルモノニ非サルハ前說示セル法意ニ徵シ明白ナリトス然ラハ本件ニ於テ原審カ催告アリタル事實ヲ認メ被上告人ノ立證ニヨリ其效果ナカリシコトヲ確定セシテ上告人ノ抗辯ヲ排斥シタルハ相當ナリ(大審院大正五年(オ)第七三七號同年十一月四日民三部横田裁判長大倉磯谷柳川三宅各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審新潟地方裁判所○貸金請求事件○上告人梶井五郎左衛門訴訟代理人辯護士横山寛平被上告人佐々木喜

【催告ノ抗辯ト其效果ニ關スル同趣旨學說】

川名博士

一 告訴ノ抗辯ト稱スルハ四五二條ニ定メラルル所ナレトモ我カ民法上甚タ明白ナリトイフコトヲ得ス然シ債權者カ先ツ主タル債務者ニ催告ヲナシテ任意ノ滿足ヲ得サル以前ニ債權者ヨリ履行ノ請求ヲ受ケタル保證人カ其請求ヲ拒絕スルノ權利也四五二條ニ於テ保證人ハ先ツ主タル債務者ニ催告ヲナスヘキ旨ヲ請求スルコトヲ得ト云フハ此意義ニ外ナラスト思フ決シテ主タル債務者ニ請求スルノミニ以テ足レリトシテ其請求カ效ヲ奏スルト否トヲ問ハサルノ意味ニハ非スト考ヘラル(法學博士川名兼四郎氏債權法要論三七一頁)

横田博士

二 是レ民法第四五二條ニ規定スル所ニシテ保證債務ノ補充的性質ヨリ生スル效果ナリ故ニ債權者カ直ニ保證人ニ對シ履行ヲ求メタル場合ニ保證人ニ債權者ニ對シ先ツ主タル債務者ニ催告ヲ爲スヘキコトヲ請求スル事ヲ得ヘク請求ヲ受ケタル債權者ハ先ツ主タル債務者ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲シ主タル債務者カ其請求ニ應セサリシ場合ニアラサレハ保證人ニ對シテ履行ヲ求ムルコトヲ得ス告訴ノ利益又ハ告訴若クハ催告ノ抗辯ト稱スルモノ即チ之ナリ(法學博士横田秀雄氏債權法總論六一八頁)

【同上ニ關スル異趣旨學說】

石坂博士

催告ノ抗辯ノ效力保證人ハ催告ノ抗辯ニ依リ債權者カ主タル債務者ニ對シ催告ヲ爲ササル間ハ其履行ヲ拒絕スルコトヲ得ルモノトス從テ債權者カ保證人ニ對シテ再ヒ請求ヲ爲スカ爲メニハ保證人ノ抗辯ニ從ヒ主タル債務者ニ對シテ催告ヲ爲ササルヘカラス催告ハ裁判外ニ於ケル履行ノ請求ヲ云フ裁判上ノ請求ヲ含マス故ニ債權者カ更ニ保證人ニ請求スルヲ得ルカ爲メニハ裁判外ノ請求ヲ爲シ其效果ヲ得サリシヲ以テ足ル其效果ヲ得サリシ理由ハ之ヲ問ハス而シテ其效果ヲ得サリシコトハ債權者之ヲ證明スヘシ(法學博士石坂音四郎氏日本民法債權編一〇五四頁)

至當ノ判決ナリ

大審院判決

(四一七)

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

民法第一六二條第二項ニ所謂平穩ノ占有トハ强暴ノ占有ニ對スル語ニシテ即チ占有者カ取得又ハ保持スルニ法律上許サレサル强暴ノ行爲ヲ以テシタルニ非サルノ義ナレハ其占有ハ假令之ヲ不法ナリト主張スル他人ヨリ異議ヲ受ケタルカ知キ事實アルモ爲メニ平穩タルコトヲ失ハサルモノトス

民法第一六二條第二項ニ所謂平穩ノ占有トハ强暴ノ占有ニ對スル語ニシテ即チ占有者カ其占有ヲ取得又ハ保持スルニ法律上許サレサル强暴ノ行爲ヲ以テシタルニ非サルノ義ナレハ苟モ占有者カ斯ル强暴ノ行爲ヲ以テ占有ヲ取得又ハ保持シタルニ非サル限リハ其占有ハ假令之ヲ不法ナリト主張スルモ他人ヨリ異議ヲ受ケタルカ如キ事實アルモ爲メニ平穩タルコトヲ失ハサルモノトス故ニ占有者タル被上告人カ其占有ニ付キ上告人ヨリ抗議ヲ受ケタル事實アレハトテ之カ爲メニ直ニ其占有ヲ平穩ナラスト謂フ可ラス(大審院大正五年(オ)第八七九號同年十一月二十八日民一部田部裁判長榊原尾古成遊三宅各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審大阪控訴院○地所返還訴訟事件○上告人夾谷吉郎訴訟代理人辯護士小橋信篤同山野井龜五郎上告人佐藤嘉三郎

露光量違いの為重複撮影

テ之カ證明ヲ爲スヘキ責任アルモノニ非サルハ前說示セル法意ニ徵シ明白ナリトス然ラハ本件ニ於テ原審カ催告アリタル事實ヲ認メ被上告人ノ立證ニヨリ其效果ナカリシコトヲ確定セスシテ上告人ノ抗辯ヲ排斥シタルハ相當ナリ(大審院大正五年(オ)第七三七號同年十一月四日民三部横田裁判長大倉磯谷柳川三宅各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審新潟地方裁判所○貸金請求事件○上告人槇井五郎左衛門訴訟代理人辯護士横山寛平被上告人佐々木蓉

川名博士
横田博士
石坂博士

【催告ノ抗辯ト其效果ニ關スル同趣旨學說】

一 告訴ノ抗辯ト稱スルハ四五二條ニ定メラルル所ナレトモ我カ民法上甚タ明白ナリトイフコトヲ得ス然シ債權者カ先ツ主タル債務者ニ催告ヲナシテ任意ノ滿足ヲ得サル以前ニ債權者ヨリ履行ノ請求ヲ受ケタル保證人カ其請求ヲ拒絶スルノ權利也四五二條ニ於テ保證人ハ先ツ主タル債務者ニ催告ヲナスヘキ旨ヲ請求スルコトヲ得ト云フハ此意義ニ外ナラスト思フ決シテ主タル債務者ニ請求スルノミヲ以テ足レリトシテ其請求カ效ヲ奏スルト否トヲ問ハサルノ意味ニハ非スト考ヘラル(法學博士川名兼四郎氏債權法要論三七一頁)

二 是レ民法第四五二條ニ規定スル所ニシテ保證債務ノ補充的性質ヨリ生スル效果ナリ故ニ債權者カ直ニ保證人ニ對シ履行ヲ求メタル場合ニ保證人ニ債權者ニ對シ先ツ主タル債務者ニ催告ヲ爲スヘキコトヲ請求スル事ヲ得ヘク請求ヲ受ケタル債權者ハ先ツ主タル債務者ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲シ主タル債務者カ其請求ニ應セサリシ場合ニアラサレハ保證人ニ對シテ履行ヲ求ムルコトヲ得ス告訴ノ利益又ハ告訴若クハ催告ノ抗辯ト稱スルモノ即チ之ナリ(法學博士横田秀雄氏債權法總論六一八頁)

【同上ニ關スル異趣旨學說】

催告ノ抗辯ノ效力保證人ハ催告ノ抗辯ニ依リ債權者カ主タル債務者ニ對シ催告ヲ爲ササル間ハ其履行ヲ拒絶スルコトヲ得ルモノトス從テ債權者カ保證人ニ對シテ再ヒ請求ヲ爲スカ爲メニハ保證人ノ抗辯ニ從ヒ主タル債務者ニ對シテ催告ヲ爲ササルヘカラス催告ハ裁判外ニ於ケル履行ノ請求ヲ云フ裁判上ノ請求ヲ含マス故ニ債權者カ更ニ保證人ニ請求スルヲ得ルカ爲メニハ裁判外ノ請求ヲ爲シ其效果ヲ得サリシヲ以テ足ル其效果ヲ得サリシ理由ハ之ヲ問ハス而シテ其效果ヲ得サリシコトハ債權者之ヲ證明スヘシ(法學博士石坂音四郎氏日本民法債權編一〇五四頁)

至當ノ判決ナリ

大審院判決

(四一七)

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

民法第一六二條第二項ニ所謂平穩ノ占有トハ强暴ノ占有ニ對スル語ニシテ即チ占有者カ取得又ハ保持スルニ法律上許サレサル强暴ノ行爲ヲ以テシタルニ非サルノ義ナレハ其占有ハ假令之ヲ不法ナリト主張スル他人ヨリ異議ヲ受ケタルカ如キ事實アルモ爲メニ平穩タルコトヲ失ハサルモノトス

民法第一六二條第二項ニ所謂平穩ノ占有トハ强暴ノ占有ニ對スル語ニシテ即チ占有者カ其占有ヲ取得又ハ保持スルニ法律上許サレサル强暴ノ行爲ヲ以テシタルニ非サルノ義ナレハ苟モ占有者カ斯ル强暴ノ行爲ヲ以テ占有ヲ取得又ハ保持シタルニ非サル限リハ其占有ハ假令之ヲ不法ナリト主張スルモ他人ヨリ異議ヲ受ケタルカ如キ事實アルモ爲メニ平穩タルコトヲ失ハサルモノトス故ニ占有者タル被上告人カ其占有ニ付キ上告人ヨリ抗議ヲ受ケタル事實アレハトテ之カ爲メニ直ニ其占有ヲ平穩ナラスト謂フ可ラス(大審院大正五年(オ)第八七九號同年十一月二十八日民一部田部裁判長榊原尾古成道三宅各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審大阪控訴院○地所返還請求事件○上告人奥留吉訴訟代理人辯護士小幡信篤同山野井龜五郎上告人佐藤喜三郎

【不動產ノ取得時效ト平穩ノ意義ニ關スル同趣旨學說】

一　平穩トハ强暴ニ對スル詞ニシテ暴力ニ因リテ得タルニ非ズ又暴力ヲ以テ僅ニ之ヲ維持スルニ非サルモノヲ云フ（法學博士梅謙次郎氏民法要義第一卷四〇七頁）

二　平穩トハ强暴ニ對スル語ニシテ暴行强迫ニ因リテ取消又ハ保持スル占有ニアラサルコトヲ謂フ但强暴ノ止ミタル時ヨリ有效ノ占有ト爲ルモノトス（法學博士富井政章氏民法原論第一卷五八三頁）

三　平穩ノ占有トハ暴行又ハ强迫ヲ以テ保持セラレサル占有ナリ强暴ノ占有ニ對スルモノナリ占有ノ平穩ハ相對的性質ヲ有スルモノナリ從テ他ノ者ニ對シ暴行又ハ强迫ヲ以テ占有ヲ保持スルモ所有者ニ對シテ平穩ナルトキハ取得時效完成スルヲ得ヘシ（法學士嘉山幹一氏民法總論三五版三八八頁）

四　平穩ノ占有トハ暴行又ハ强迫ヲ以テ保持セラレサル占有ヲ謂フ卽チ所有强暴ノ瑕疵ヲ帶ヒタル占有之ナリ古キ學者ハ占有ノ始强暴ヲ以テ取得セサル占有ヲ平穩ノ占有ト稱シタレト一旦强暴ヲ以テ取得シタル占有ニ付テモ其强暴ノ止ミタル後ニ於テハ瑕疵アルモノトスルノ必要無ク又强暴ヲ以テ取得セサル占有ニテモ權利者ヨリ返還ノ請求ヲ受ケタルカ如キ場合ニ强暴ヲ以テ之ヲ保特シタルモノハ瑕疵アルモノトナスヲ至當トスルヲ以テ强暴ノ瑕疵ヲ帶フルヤ否ヤハ保持ノ點ニ付テ之ヲ決スヘシト言フヲ佛蘭西ニ於ケル近來ノ通說トス我民法ニ付テ固ヨリ之ヲ決スヘキ明文上ノ根據ナシト雖モ平穩ナル占有ト言フトキハ占有ノ體素タル物ノ所特カ法律ノ禁スル私力ヲ以テ保持セラレサルコトヲ云フノ外無シト信ス（法學士鳩山秀夫氏法律行爲乃至時效六七二頁）

至當ノ判決ナリ

（四一八）

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

七一一　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ヲ害セラレサリシ場合ニ於テモ損害ノ賠償ヲ爲スコトヲ要ス

七二二　第四一七條ノ規定ハ不法行爲ニ因ル損害ノ賠償ノ額ヲ定ムルニ付キ之ヲ斟酌スルコトヲ得

四一七　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

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

大審院判決

(一)被害者カ軌道ト極メテ接近スル距離ヲ保チテ荷車ヲ曳キ來リ電車ト衝突スルノ虞アル場合ニ於テハ運轉手ハ適當ノ距離ニ於テ電車ノ運轉ヲ停止スル等應

急ノ處置ヲ執ラサルヘカラサルモノニシテ被害者ノ回避ヲ豫期シテ電車ヲ進行セシメ右荷車ト衝突シ因テ被害者ヲ死ニ至ラシメタルハ運轉手ノ過失ニ基因スルモノトス」

右ノ場合ニ若シ被害者ニ於テ電車ノ駛走シ來ルヲ八十六間餘ノ前面ニ於テ之ヲ認識シ且當時之ヲ回避スヘキ方法可能ナルニ之ヲ回避セサリシトキハ被害者ニ於テモ亦過失ノ責ヲ免レサルカ故ニ共同過失ヲ以テ論スヘキモノトス」

(二)明治四十五年發表ノ死亡生存ニ關スル內閣統計局第二表ヲ參照シテ三十五歲ニ達シタル男子ノ推定的年齡ハ通常五十四歲ナリトシ從テ被害者カ死亡當時三十九歲ナルトキハ大正十五年九月十三日マテ生存シ得ヘキモノトシ又被害者ノ遺妻ハ被害者死亡當時三十三歲八ケ月ナルヲ以テ特別ノ事情ナキ限リハ少クトモ右大正十五年九月十三日迄生存シ得ヘキモノト爲シ更ニ被害者ノ遺子タル未成年者等カ特別ノ事情ナキ限リハ通常成年ニ達スルコトヲ得ルハ實驗法則上明白ナルヲ以テ右遺子等カ成年ニ達スルマテヲ限度トシテ同期間內ニ受クヘキ扶養料ニ相當スル損害ノ賠償ヲ命スルハ相當ナリトス」

生活費又ハ扶養料ヲ受クヘキ權利ハ專屬的性質ヲ有シ被害者タル遺族ノ存在ヲ前提トスルモノナルカ故ニ若シ判決後其遺族ノ內死亡スル者アルトキハ其者ノ請求權ハ死亡ニ因リテ當然消滅シ賠償義務者ハ爾後其者ニ對スル損害金

支拂ノ義務ヲ免ルルモノトス」

(一) 原判決ハ被害者吉藏カ電車ノ駛走シ來ルヲ八十六間餘ノ近距離ナル(3)點ニ於テ之ヲ認識シ且被害場所タル(4)點ニ至ル電車ノ時間ハ僅ニ三十五秒以内ナルニ吉藏カ其危險ヲ避クルカ爲メニ電車軌道ヨリ遠サカルハ格別却テ軌道ニ近クカ如キハ普通有リ得ヘカラサル事態ナル旨判示シタルモノニシテ其電車駛走ニ要スル時間カ原判決ノ如ク三十五秒ナルト上告人所論ノ如ク一分時ナルトハ右認定ニ影響スル所ナキヲ以テ縱令原判決カ右駛走ニ要スル時間ヲ誤リタルトスルモ此ヲ以テ原判決破毀ノ理由ト爲スニ足ラス而シテ原判決ノ認メタル事實ニ依レハ上告會社ノ使用人ニシテ當時第十三號電車ノ運轉手タリシ龜田重雄ハ八十六間餘ノ前面ニ於テ被害者吉藏カ荷車ニ明依ヲ滿載シ軌道ト極メテ接近セル距離ヲ保チテ反對ノ方向ヨリ曳キ來レルコトヲ明認シタルヲ以テ警笛ヲ鳴ラシ徐行シタルモ吉藏ニ於テ安全ナル場所ニ避クルコトナク危險狀態ハ終ニ電車ト荷車ト衝突スルニ至ルマテ繼續シタリト云フニ在リ而シテ明治三十八年大阪府令第三十八號電氣鐵道取締規則第三三條第四號ニハ行事ノ前途三十間以内ニ牛馬車若クハ步行者アルトキハ警響器ヲ鳴ラシ徐行若クハ停車スヘシトアリ又同第三〇條ニハ牛馬諸車若クハ公衆ニ對シ危險ノ虞アリト認ムルトキハ運轉ヲ停止スヘキ旨ノ規定アリ而テ原判決カ運轉手龜田重雄ノ證言ニ依リ判定スル所ニ依レハ電車進行中「ブレーキ」ヲ絞ムルトキハ通常五六間ノ所ニテ停車スルコトヲ得ルモノナルカ故ニ前記ノ如ク被害者カ軌道ト極メテ接近セル距離ヲ保チテ荷車ヲ曳キ來リ電車ト衝突スルノ虞アル場合ニ於テハ運轉手重雄ハ宜ク適當ノ距離

ニ於テ電車ノ運轉ヲ停止スル等應急ノ處置ヲ執ラサル可カラサルニ事玆ニ出テス徒ラニ被害者吉藏ノ回避ヲ豫期シテ電車ヲ進行セシメ終ニ原判決認定ノ如ク電車ト吉藏ノ荷車ト衝突シ爲メニ吉藏ヲシテ死ニ至ラシメタルハ運轉手重雄ノ過失ニ基因スルモノト云ハサル可カラス但若シ被害者吉藏ニ於テ電車カ駛走シ來ルヲ八十六間餘ノ前面ニ於テ之ヲ認識シ且當時之ヲ回避スヘキ方法可能ナルニ之ヲ回避セサリシモノトセハ吉藏ニ於テモ亦過失ノ責ヲ免カルルコト能ハサルハ勿論ニシテ卽チ共同過失ヲ以テ論スヘキモノナレトモ吉藏ニ共同過失ノ責任アリトノコトハ上告人ニ於テ抗辯トシテ之レヲ主張シタル形迹之レナキノミナラス又原判決ノ認メサル所ナルヲ以テ論旨ハ理由ナシ

(二) 原判決ハ被害者吉藏ノ死亡當時三十九歲ナリシコトヲ認定シタル上明治四十五年發表ノ死亡生存ニ關スル內閣統計局第二表ヲ參照シテ右三十九歲ニ達シタル男子ノ推定的年齡ハ通常五十四歲ナルヲ以テ吉藏ハ大正十五年九月十三日マテ生存シ得ヘキモノナルコトヲ判示シアリ而シテ吉藏ノ遺妻タル被上告人ときハ吉藏死亡當時三十三歲八ケ月ナルヲ以テ特別ナル事由ナキ限リハ少ナクトモ前記大正十五年九月十三日マテ生存シ得ヘキモノナルコトハ判文上自ラ明カナリ其他吉藏ノ遺子タル各被上告人ノ生存年齡ニ付キテハ當事者間ニ何等爭ナキ所ナルノミナラス此等未成年者カ特別ナル事由ナキ限リハ通常成年ニ達スルコトヲ得ルハ實驗法則上明白ナルヲ以テ原院カ右被上告人等カ成年ニ達スルマテヲ限度トシテ同期間內ニ受クヘキ扶養料ニ相當スル損害ノ賠償ヲ命シタルハ相當ナリ而テ又原判決主文ニハ唯上告人ハ被上告人六名ニ對シ該判決ニ表示セル期間內每月一定ノ損害金ヲ支拂フヘキ旨ノ記載

アルニ止マレトモ凡ソ本件ノ如ク生活費又ハ扶養料ヲ受クヘキ權利ヲ侵害セラレタルカ爲メ其損害ノ賠償ヲ請求スルノ權利ハ專屬的性質ヲ有シ被害者タル遺族ノ存在ヲ前提トスルモノナルカ故ニ若シ判決後其遺族ノ内死亡スル者アルトキハ其者ノ請求權ハ死亡ニ因リテ當然消滅スヘク從テ上告會社ハ爾後其者ニ對スル損害金支拂ノ義務ヲ免カルコトヲ得ルモノニシテ原判決ノ趣旨亦此ニ在ルハ言ヲ俟タサルナリ(大審院大正五年(オ)第三〇二號同年九月十六日民三部横田裁判長大倉磯谷柳川三宅各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審大阪控訴院○損害賠償請求事件○上告人京阪電氣鐵道株式會社訴訟代理人辯護士菅沼豐次郎被上告人川端庄太郎外五名訴訟代理人辯護士伊藤秀雄

判旨至當ナリ

(四一九)

八五 本法ニ於テ物トハ有體物ヲ謂フ

八六 土地及ヒ其定着物ハ之ヲ不動産トス

此他ノ物ハ總テ之ヲ動産トス

八八第一項 物ノ用方ニ從ヒ收取スル産出物ヲ天然果實トス

八九第一項 天然果實ハ其元物ヨリ分離スル時ニ之ヲ收取スル權利ヲ有スル者ニ屬ス

一七九 物權ノ設定及ヒ移轉ハ當事者ノ意思表示ノミニ因リテ其效力ヲ生ス

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

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

二〇八 數人ニテ一棟ノ建物ヲ區分シ各其一部ヲ所有スルトキハ建物及ヒ其附屬物ノ共用部分ハ其共有ニ屬スルモノト推定ス

共用部分ノ修繕其他ノ負擔ハ各自ノ所有部分ノ價格ニ應シテ之ヲ分ツ

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

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

前項ノ規定ニ異ナリタル慣習アルトキハ其慣習ニ從フ

二七九 第二六九條ノ規定ハ永小作權ニ之ヲ準用ス

五九八 借主ハ借用物ヲ原狀ニ復シテ之ニ附屬セシメタル物ヲ收去スルコトヲ得

六一六 ……第五九八條ノ規定ハ賃貸借ニ之ヲ準用ス

他人ノ所有ニ屬スル田畑ヲ目的トスル永小作權、賃貸借ニ於テ永小作人、賃借人ハ果實ノ産出ト同時ニ自由任意ニ之ヲ處分スルノ全權ヲ取得シ其果實ハ分離前ニ於テ田畑果樹園ノ所有者ノ資産ヲ構成セサルモノトス』

果實ト其定着スル土地又ハ草木トハ之ヲ同一體ノモノトシテ同一ナル權利關係ニ服從セシムルハ何等特別ノ事情ナキ場合ニ準守スヘキ一般ノ原則タルニ過キスシテ之ヲ其定着スル土地又ハ草木ヨリ分別シ獨立ノモノトシテ之ヲ格段ナル法律取引ノ目的トシ以テ法律ノ保護ヲ要求スルコトハ我民法上可能ナリトス』

田畑又ハ果樹ノ所有者カ其果實ヲ他人ハ賣渡スノ契約ヲ爲シタル場合ニ於テハ特別ノ意思表示ナキ限リハ賣主ハ買主ニ對シ其果實ヲ土地又ハ草木ヨリ分離シ之ヲ買主ニ引渡シテ其所有權ヲ移轉スルノ義務ヲ負擔スルニ止マリ買主ハ直ニ其所有權ヲ取得スルコトヲ得サルモノトス』

田畑又ハ果樹ノ所有者カ其果實ノ所有權ヲ土地又ハ草木ニ定着セル儘買主ニ移轉シ之ヲ其完全ナル自由處分ニ委スルノ意思ヲ有スルトキハ其意思表示ハ法律上其效力ヲ生シ買主ヲシテ其果實上ニ所有權ヲ取得セシムル效果ヲ發生スルモノトス』

右果實ノ買主ハ其所有權ヲ第三者ニ對抗スルカ爲メニ常ニ必ス其果實ノ定着スル地盤又ハ草木ノ引渡ヲ受ケ若クハ賣主ノ承諾ヲ得テ何時ニテモ其果實ヲ收去シ得ヘキ事實上ノ狀態ヲ作爲スルト同時ニ其狀態カ外部ヨリ明認セラレ得ヘキ手段方法ヲ講スルコトヲ要スルモノトス』

果實ハ其物理性ニ於テハ土地又ハ草木ニ定着シテ之レト一體ヲ成シ草木ハ又土地ニ定着シテ之レト一體ヲ成ススヲ以テ土地又ハ草木ヲ目的トスル所ノ法律關係ハ之ニ正着スル果實ニ及フヲ以テ通則トスルモ果實カ土地又ハ草木ト分離シ獨立シテ法律關係ノ目的タリ得ルヤ否ヤハ別ニ考究スヘキ問題ニ屬ス而シテ果實ヲ以テ債權ノ目的トスルコトハ學說及ヒ立法例ニ於テ認メラルル所ナリト雖モ其分離前ニ於テ格段ナル所有權ノ目的トシテ土地又ハ草木ノ所有以外ノ所有ニ屬セシムルコトハ一般學者ノ認メサル所ニシテ又多數立法例ノ否定スル所ナリト雖トモ我民法上此問題ヲ肯定スヘキヤ否ヤハ一ニ我民法上果實ハ其分離前ニ於テハ土地又ハ草木ノ一部トシテ其獨立性ヲ否定スヘキヤ若クハ其分離前ト雖モ土地又ハ草木ト分離シ獨立ノ物トシテ之ヲ觀察スルコトヲ得ヘキニ依リテ定マルヲ以テ先ツ此前提問題ニ付キテ審究スル

ニ我民法ハ獨立シテ法律取引ノ目的タルコトヲ得サル物ノ構成部分ト主物ニ定着スルモ尙ホ獨立シテ法律取引ノ目的タルコトヲ得ル物トノ區別ニ付キ何等一般ノ規定ヲ設ケサルヲ以テ此二者ノ區別ハ其物ノ物理性ト法律ノ特別規定及ヒ經濟上ノ必要ヲ主眼トスル社會觀念ヲ基礎トシテ之ヲ決定セサルヘカラス玆ヲ以テ土地及ヒ其定着物ハ其物理性ニ於テハ一體ヲ成ススヲ以テ常ニ同一ナル法律關係ニ服從スルヲ本則トスルモ我法制上建物ハ其定着スル土地ト分離シテ一個ノ獨立セル不動產(民法三七〇)ヲ形成スルト同時ニ物ノ構成部分ハ各別ニ權利ノ目的タルコトヲ得サル原則ノ例外トシテ一棟ノ建物ハ其構造ノ如何ニ依リ之ヲ數個ニ分割シ數人ニ於テ之ヲ分有スルコトヲ得ルハ民法第二〇八條ニ規定スル所ニシテ立木モ亦土地ニ定着シテ之ト一體ヲ爲スニ拘ハラス我國古來ノ社會觀念ハ尙ホ其獨立性ヲ肯定シ來リタルコトハ當院判例ノ夙ニ認ムル所ナリ鑑テ果實ト其定着スル土地又ハ草木トノ關係如何ヲ觀察スルニ我民法ハ其第九九條ニ於テ天然果實ハ元物ヨリ分離シタル時ヲ以テ之ヲ收取スル權利ヲ有スル者ニ歸屬スルコトヲ規定セサルヲ以テ果實ハ元物ニ定着スル限リハ元物ノ所有者ノ所有ニ屬シ他人ノ所有ニ歸スルコトヲ許ササルト同時ニ元物ヨリ分離スルニ因リテ獨立性ヲ取得シ此瞬間ニ於テ始メテ格段ナル權利ノ目的タルコトヲ得ヘキコトヲ明示シタルモノト解スルヲ得ヘシト雖モ此原則ハ絕對的ニシテ例外ヲ許ササルヤ否ヤハ果實ニ關スル我民法ノ規定ト社會觀念ニ照シテ之ヲ解決セサルヘカラス蓋シ果實ハ土地又ハ木ニ定着シテ之レト一體ヲ成ススモ土地ノ構成部分タル地盤又ハ草木ノ主要部分タル材幹以外ニ存在スル一種ノ有體物ニシテ之レト異ナリタル經濟性ヲ有シ早晩土地又ハ其材幹ヨリ分離シテ其效用ヲ爲スヘキ特質ヲ有スル

チ以テ其定着スル草木ト分離シテ之ヲ觀察スルコトハ其物理性ニ於テモ經濟上ノ必要ヲ基礎トスル社會觀念ニ於テモ不可能ノモノニアラサルノミナラス他人ノ所有ニ屬スル田畑果樹園ヲ目的トスル永小作權賃貸借權ニ於テ永小作人賃借人ハ果實ノ產出ト同時ニ自由ニ之レヲ處分スルノ全權ヲ取得シ其果實ハ分離前ニ於テ田畑果樹園ノ所有者ノ資產ヲ構成セス從テ該所有者ニ於テ之ヲ處分スルコトヲ得サルハ勿論之ニ對スル債權ノ爲メニ之カ差押ヲ爲スコトヲ得サルハ我民法ノ解釋上毫モ疑ヲ容レス何トナレハ永小作人賃借人ヲシテ其權利ノ目的ニ從ヒ直接ニ果實ニ對スル權利ヲ取得セシメ其分離ノ前後ヲ通シテ之ヲ保護シ他人ノ來リテ之ヲ侵スコトヲ許ササルニアラサレハ其權利ハ充分ニ其效用ヲ爲スコトヲ得サルニ至ルヘケレハナリ是レ民法カ其權利終了ニ際シ果實其他ノ定着物ヲ收去スルノ權利ヲ認ムルト同時ニ此種ノ定着物ニ付キ不動產ニ關スル附合ノ規定ヲ除外シタル所以ニシテ（民法第二六九條第二七九條第二四二條第五九八條第六一六條）果實ハ場合ノ如何ニ拘ハラス常ニ必ス之チ其定着スル土地又ハ樹木ノ所有者ノ所有ニ屬セシメ他人ノ所有ニ屬スルコトヲ許ササルモノト斷定スルハ解釋ノ當ヲ得タルモノト謂フコトヲ得ス却テ果實ト其定着スル土地又ハ草木トハ之ヲ同一體ノモノトシテ同一ナル權利關係ニ服從セシムルハ何等特別ノ事情ナキ場合ニ準守スヘキ一般ノ原則タルニ過キスシテ之ヲ其定着スル土地又ハ草木ヨリ分別シ獨立ノ物トシテ之ヲ格段ナル法律取引ノ目的トシ以テ法律ノ保護ヲ要求スルコトハ我民法上可能ナリト斷定スルヲ相當トス故ニ田畑又ハ果樹ノ所有者カ其果實ヲ他人ニ賣渡スノ契約ヲ爲シタル場合ニ於テハ特別ノ意思表示ナキ限リハ賣主ハ買主ニ對シ其果實ヲ土地又ハ草木ヨリ分離シ之ヲ買主ニ引渡シテ其

所有權ヲ移轉スルノ義務ヲ負擔スルニ止マリ買主ハ直ニ其所有權ヲ取得スル事ヲ得サルハ論ヲ俟タスト雖モ契約當事者カ產出セラレタル果實ノ所有權ヲ土地又ハ草木ニ定着セル儘買主ニ移轉シ之ヲ其完全ナル自由處分ニ委スルノ意思ヲ有スルトキハ其意思表示ハ法律上其效力ヲ生シ買主ヲシテ其果實上ニ所有權ヲ取得セシムルハ尙ホ永小作人賃借人カ其權利ノ作用ニ依リ直接ニ果實上ニ權利ヲ取得スルト同一理ニシテ果實カ尙ホ土地又ハ草木ニ定着スルコトハ此效果ノ發生ヲ妨クヘキモノニアラス況ンヤ果實ハ其物理性及ヒ經濟性ニ於テ土地又ハ草木ノ材幹ト區別シテ之ヲ觀察スルコトヲ得ルコト前示ノ如クニシテ又實際取引上之ヲ分別スルノ必要アルニ拘ハラス唯タ其物理性ニ於テ土地又ハ草木ニ定着スルノ一事ノミヲ以テ之ニ對スル買主ノ權利ヲ否定スルハ我國ニ於テ行ハルル社會觀念ニ反スルモノト謂ハサルヘカラス然レトモ果實ノ買主ハ賣主トノ契約ニ因リ絕對ニ果實ニ對スル所有權ヲ主張スルコトヲ得ス其權利ヲ第三者ニ對抗スルカ爲メニハ常ニ必ス其果實ノ定着スル地盤又ハ草木ノ引渡ヲ受ケ若クハ賣主ノ承諾ヲ得テ何時ニテモ其果實ヲ收去シ得ヘキ事實上ノ狀態ヲ作爲スルト同時ニ其狀態カ外部ヨリ明認セラレ得ヘキ手段方法ヲ講スルコトヲ要スルハ伐採ノ爲メニスル立木ノ賣渡ニ於ケルト同一般ニシテ此方法ニ依リ果實ノ所有權ヲ買主ニ移轉スルコトハ買主ノ權利ヲ鞏固ナラシムルト同時ニ第三者ノ利益ヲ保護シ以テ實際取引上ノ安全ト便益ヲ增進スルカ爲メニ必要ナリト斷定セサルヲ得ス本件ニ於テ上告人ハ大正四年八月十五日訴外葛城藤太郎ヨリ雲洲蜜柑ノ果實ヲ樹木ニ存スル儘買受ケノ契約ヲ締結シ同時ニ右果實ノ所有權ノ移轉ヲ受ケタリト主張セルコトハ原判決事實摘示ニ依リ明ナルヲ以テ如上特別ノ意思表示ヲ爲シタ

ル場合ニ該當スルニ於テハ上告人ハ果實ノ賣買契約ニ依リ所有權ヲ取得シ得ヘキモノナレハ原審ハ須ク上告人ノ主張カ如上何レノ場合ニ該當スルヤヲ判斷シ且ツ特別ノ意思表示ヲ爲シタル場合ニ該當スルニ於テハ第三者タル被上告人ニ對シ其所有權ノ取得ヲ對抗シ得ヘキ方法ヲ講シタルヤ否ヤヲ審理シテ本訴請求ノ當否ヲ決セサルヘカラス然ルニ原審ハ密柑カ樹木ヨリ分離セサル以前ニ於テ買受契約ヲ爲スト同時ニ其所有權ヲ取得シタリトノ上告人ノ主張自體ニ依リ未タ分離セサル果實ノミノ所有權移轉ノ意思表示ハ法律上不能ノ事項ヲ目的トセル無效ノ行爲ナリト判斷シ此點ノミニ依リ容易ク上告人ノ請求ヲ排斥シタル法理ノ解釋ヲ誤ル失當アリ原判決ハ此點ニ於テ破毀ヲ免カレス（大審院大正五年（オ）第三八五號同年九月二十日民三部横田裁判長大倉磯谷柳川三宅各判事判決）

【關係事項】

破毀差戻○原審大阪地方裁判所○强制執行異議事件○上告人飯阪米治郎外一名訴訟代理人辯護士本多喬行被上告人守口文之助訴訟代理人辯護士清瀨一郎

（四二〇）

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

五八一第一項　賣買契約ト同時ニ買戻ノ特約ヲ登記シタルトキハ買戻ハ第三者ニ對シテモ其效力ヲ生ス

或不動產ニ付キ甲ヨリ乙ニ乙ヨリ丙ニ丙ヨリ丁ニ各賣買アリタル場合ニ甲乙間ノ特約ニ因リ發生シタル甲ノ乙ニ對スル買戻權ヲ丙ニ於テ讓渡ニ因リ取得シタ

ルニ拘ラス乙丙間ニ於テ更ニ買戻ヲ特約シタルトキハ乙ノ丙ニ對スル買戻權ハ其特約ニ因リ別個ニ發生シタルモノナレハ丙ハ乙ニ對シ其買戻ニ應スヘキ義務ヲ負擔スルト同時ニ丙ハ乙ニ對シテ更ニ買戻權ヲ行使シ得ヘキモ爲メニ丙ハ乙ノ買戻權行使ヲ拒否スルコトヲ得サルモノトス』

右ノ場合乙ト丙トノ買戻特約カ登記ヲ經タルモノナルトキハ乙ノ丙ニ對スル買戻權ハ丁カ丙ヨリ無條件ニテ右不動產ヲ買受ケタルト否トヲ問ハス乙ハ之ヲ以テ第三者タル丁ニ對抗スルコトヲ得ルモノトス』

原審ノ判示セル所ニ依レハ本訴ノ地所ハ宮比磯八ヨリ被上告人ニ被上告人ヨリ嘉太郎ニ嘉太郎ヨリ上告人ニ各賣買セラレタル事實ニシテ磯八ト被上告人間ノ契約ニ因リ發生シタル磯八ノ被上告人ニ對スル買戻權ハ其後嘉太郎ニ於テ讓渡ニ因リ之ヲ取得シタルニ拘ハラス被上告人ト嘉太郎間ニ於テ更ニ買戻ヲ特約シタルヲ以テ本訴被告上人ノ嘉太郎ニ對スル買戻權ハ其兩人間ノ特約ニ因リ別個ニ發生シタルモノニシテ被上告人ハ其買戻權ヲ行使スルニ付テ特別ノ利益ヲ有スルモノナリ何トナレハ被上告人カ嘉太郎ニ對シテ特ニ買戻權ヲ留保シタル以上ハ磯八ニ對スル賣戻ノ目的ニ出テタルト否トヲ問ハス其買戻權ヲ行使シテ地所ノ所有權ヲ回復シ得ヘク磯八ノ承繼人タル嘉太郎カ被上告人ニ對シテ買戻權ヲ行使セサルニ於テハ被上告人ハ永久ニ其所有權ヲ保存シ得ヘケレハナリ故ニ右嘉太郎ノ被上告人ニ對スル買戻權ノ取得ハ被上告人ノ嘉太郎ニ對スル本訴買戻權ノ行使ニ必然ノ影響ヲ及ホサス嘉太郎ハ被上

告人ニ對シ其買戻ニ應スヘキ義務ヲ負擔シ被上告人ノ買戻權ハ混同其他ノ事由ニ依リ消滅シタルニ非サルコトヲ知ルヘク其結果嘉太郎ハ被上告人ニ對シテ更ニ買戻權ヲ行使シ得ヘク訴訟ノ循環ヲ生スルコトアルモ兩人ノ權利ノ並存スル以上ハ已ムヲ得サル所ニシテ之カ爲メニ被上告人ノ買戻權行使ヲ拒否スルコトヲ得ス而シテ被上告人ト嘉太郎間ノ買戻特約カ登記ヲ經タルモノナルコトハ原審ノ認ムル所ナレハ被上告人ノ嘉太郎ニ對スル買戻權ハ上告人カ嘉太郎ヨリ無條件ニテ本訴ノ地所ヲ買受ケタルト否トヲ問ハス被上告人ハ之ヲ以テ第三者タル上告ニ人ニ對抗スルコトヲ得ヘク原審カ嘉太郎ト上告人間ノ條件ノ有無ヲ確定スル要ナキヲ以テ原判決ハ相當ナリ(大審院大正五年オ第五二七號同年八月二十六日民三部横田裁判長大倉磯谷柳川三宅判各事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審熊本地方裁判所○登記手續請求事件○上告人田中敬藏訴訟代理人辯護士山崎今朝彌被上告人上村順太郎

本判決ノ當否ヲ決定セムニハ第一買戻權ハ獨立讓渡ヲ爲シ得ルヤ假ニ之ヲ肯定スルモ第二乙丙間ノ買戻特約ハ法律上之ヲ保護スルノ利益アリヤ之ヲ肯定シ得トスルモ第三丙ハ乙ノ第二買戻權行使ニ對シ更ニ第一買戻權ヲ行使シ之ヲ抗辯トシテハ乙ノ買戻權行使ヲ拒否スルコトヲ得ルヤ等諸種ノ疑問ヲ解決スルコトヲ要ス然レトモ買戻權ハ一方的意思表示ニ依リ之ヲ行使シ直ニ法律關係ヲ形成シ得ルモノタル性質上第三ノ問題タル丙ノ抗辯權ハ理論上之ヲ否定セサルヘカ

ラス故ニ本判決ハ前提ノ當否ニ不拘其結果ハ正當ナリ勿論第三ノ問題ニ關スル立法論ハ自ラ別問題タリ

(四二一)

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

民事訴訟法一九一 同一ノ被告ニ對スル原告ノ請求數箇アル場合ニ於テ其各請求ニ付キ受訴裁判所カ管轄權ヲ有シ且法律ニ於テ同一種類ノ訴訟手續ヲ許ストキハ原告ハ其請求ヲ一箇ノ訴ニ併合スルコトヲ得但民法ノ規定ニ反スルトキハ此限ニ在ラス

占有保全ノ訴ハ占有ノ妨害ト云フ客觀的事實アル場合ニ妨害者ニ對シ之ヲ提起スルヲ得ヘク妨害カ妨害者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ出テタルト否トハ之ヲ問ハス之ニ反シ占有ニ對スル不法行爲ニ基ク損害賠償ノ請求ハ特別ノ明文無キ限リ故意又ハ過失ニ因リテ占有ヲ侵害スルコトヲ要件トス從ヒテ兩者ハ其原因ヲ同フセス』

占有保全ノ訴ト占有ニ對スル不法行爲ノ訴トハ自カラ其請求原因タル事實ヲ異ニシ別個ノ訴ニ屬スルモノニシテ唯民事訴訟法第一九一條ニ據リ二個ノ訴ヲ併合シテ提起スルヲ得ルニ過キス』

占有保全ノ訴ニ於テ妨害ノ停止トハ妨害者ノ費用ヲ以テ妨害ヲ排除シ以テ原狀ニ回復セシムルコトヲ云ヒ又損害ノ賠償トハ原狀ニ回復セラルル迄ノ間占有ニ支障ヲ來シタルカ爲メニ生スル損害ヲ賠償スルコトヲ云フ尤モ原狀回復ヲ爲ス

ヲ得サルニ至リタル事情カ義務者タル妨害者ノ責ニ歸スヘキモノナル場合ニハ金錢的賠償ヲ求ムルノ外ナキモ此場合ノ賠償額ハ原狀回復ヲ爲シ得サルカ爲メニ失ハレタル程度ニ相當スル占有權ノ價格ニ該ルニ過キス必スシモ物質的缺損自體ノ價格又ハ原狀回復費用ニ相當スルモノニアラス」

「占有保全ノ訴ハ占有ノ妨害ト云フ客觀的事實アル場合ニ妨害者ニ對シ之ヲ提起スルヲ得ヘク妨害カ妨害者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ出テタルト否トハ之ヲ問ハス從ヒテ占有ニ對スル不法行爲ニ基ク損害賠償ノ請求トハ其原因ヲ同フセス」何者此場合ニハ特別ノ明文無キ限リ故意又ハ過失ニ因リテ占有ヲ侵害スルコトヲ要件トスレハナリ故ニ「占有保全ノ訴ト占有ニ對スル不法行爲ノ訴トハ自カラ其請求原因タル事實ヲ異ニシ別個ノ訴ニ屬スルハ論無ク唯民事訴訟法第一九一條ニ據リ二個ノ訴ヲ併合シテ提起スルヲ得ヘキニ過キス」次ニ「占有保全ノ訴ニ於テ妨害ノ停止トハ妨害者ノ費用ヲ以テ妨害ヲ排除シ以テ原狀ニ回復セシムルコトヲ云ヒ又損害ノ賠償トハ原狀ニ回復セラルル迄ノ間占有ニ支障ヲ來シタルカ爲メニ生スル損害ヲ賠償スルコトヲ云フ」尤モ或事情ノ爲メ「原狀回復ヲ爲スヲ得サルニ至リ而モ右事情カ義務者タル妨害者ノ責ニ歸スヘキモノナル場合ニハ金錢的賠償」ヲ求ムル外ナシト雖モ此場合ノ賠償額ハ「原狀回復ヲ爲シ得サルカ爲メ失ハレタル程度ニ相當スル占有權ノ價格ニ該ルニ過キス必スシモ物質的欠損自體ノ價格ニ相當スルモノニアラス又必スシモ原狀回復費用ニ相當スルモノニモアラス」本件ニ於テ上告人ハ第一審以來專ラ占有保全ノ訴トシテ原狀回復ヲ請求シ之ヲ爲ササル場合ノ豫備的請求トシテ原狀回復ニ要スル費用ノ支拂ヲ主張セルモノニシテ不法行爲ニ基ク損害賠償ヲ請求セルモノナラサルコトハ請求原因ニ關スル供述自體及ヒ原審ニ於テル釋明ニ徵シ甚タ明白ナリ而シテ原狀回復義務ノ履行ニ代ハル損害賠償トシテ當然原狀回復ノ費用ヲ計上スルコトノ不當ナルハ以上說示ノ如クナルヲ以テ原裁判所カ上告人主張ニ係ル如キ害賠償ノ請求ヲ棄却シタルハ相當ニシテ何等違法ノ點ヲ見ス(大審院大正四年(オ)第七〇三號同五年七月二十七日民二部馬場裁判長田上入江鈴木前田各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審新潟地方裁判所○江丸欠潰原狀回復請求事件○上告人新潟縣西蒲原郡黑崎村大字板井訴訟代理人辯護士大場茂馬被上告人團五郎江背通水利組合訴訟代理人辯護士德本寛二同矢部尙

【一點占有保全ノ訴ト占有妨害ノ意義ニ關スル參照學說】

一 妨害トハ物ニ對スル占有者ノ實力關係ヲ不完全ナラシムヘキ有形無形ノ障碍ヲ云フ例之占有者ノ承諾ナクシテ其邸宅內ニ侵入シ占有者ノ土地ニ建物ヲ突出セシメ或ハ液體ヲ流下セシメ又ハ權利ナクシテ猥リニ其明渡ヲ要求スルカ如シ(法學博士横田秀雄氏物權法二三九頁)

二 現在ニ於ケル占有ノ妨害廣ク占有ノ妨害ト云ヘハ占有者カ占有物ヲ支配スルコトヲ阻害スル事實ヲ意味ス而シテ占有ハ人ト物トノ關係ナルカ故ニ純理上ハ占有妨害ハ人ト物トノ兩面ニ對シテ行ハルル理ナリ例之占有者ヲ監禁スルモ占有ハ妨害セラル可ク又占有物ニ柵ヲ設ケテ占有者ヲ近ケサルモ占有ハ害セラル可シ然シナカラ前者ニ在リテハ直接ニ干涉ヲ受クルハ人身ニシテ其間接ノ結果トシテ占有ノ事實カ害セラルルモノナルカ故ニ之ヲ占有ノ妨害ト見ス法律ハ人身ニ對スル不法行爲トシテ之レニ保護ヲ加フ通常占有ノ妨害ト稱スルハ後ノ場合ナリ換言スレハ他人カ占有ノ物體ニ干涉スルコトニヨリ占有者ノ支配ヲ阻害スル場合ナリトス(法學博士中島玉吉氏民法釋義卷二上二一三頁)

三 第二ニ民訴ノ原因ハ占有ノ妨害即チ禁止セラレタル他人ノ行爲ニ因リテ占有者カ持續的ニ占有ヲ妨ケラルル事實的狀態ナリ……占有者ノ占有ヲ妨クヘキ行爲ヲ爲ス他人ノ故意又ハ過失ヲ必要トセス從テ又他人カ責任能力ヲ有スルコトヲ必要トセス(法學博士松岡義正民法論物權一三七頁)

四 玆ニ妨害トハ占有者カ物ノ所持ヲ完全ニ行使スル能ハサル障碍アルコトヲ意味ス故ニ物ノ所持カ侵害セラレタル場合トハ異ナルコトハ素ヨリ論ナシ例之他人ノ所有地ニ建物ヲ突出セシメ或ハ故ナク他人ノ所有地ニ立入ルカ如シ而シテ本訴訟ノ目的