

三民法五百四條ノ規定ハ代位ヲ爲スヘキ者ナシテ喪失又ハ減少シタル擔保ニ付キ償還ヲ受ケルコト能ハサル限度即チ其擔保ノ價格ニ應ジテ其責ヲ免レシムル法意ナルカ故ニ代位ヲ爲スヘキ者ニ於テ殘留擔保ニヨリテ償還ヲ受ケルニ十分ナル場合ニ於テモ本條ノ適用アル者トス(四十二年四月二十七日官報控訴院判決法律新聞六四八頁、一二頁)

然ルニ本件ノ場合ハ第二抵當權者カ第一抵當權者ニ代位スルト云フ關係ハ全然起ラヌ場合ニシテ唯々第一抵當權者ノ行爲ニヨリテ自己ノ擔保力(即チ二番)ヲ害セラレタリト云フニ過キササルモノナルヲ以テ不法行爲ノ問題トナルハ格別五〇四條ノ適用ヲ生スヘキ筋合ニアラストス

(參照)三十三年法律第七二號一 本法施行前他人ノ土地ニ於テ工作物又ハ竹木ヲ所有スル爲メ其土地ヲ使用スル者ハ地上權者ト推定ス
 同法二 第一條ノ地上權者ハ本法施行ノ日ヨリ一箇年內ニ登記ヲ爲スニ非レハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス
 前項ノ規定ハ本法施行前ニ善意ニテ取得シタル第三者ノ權利ヲ害スルコトナシ

登記ナキ地上權ノ承認

前ヨリ控訴人ハ被控訴人ニ於テ地所買受ノ際地上權ヲ承認シ引續キ土地ヲ使用セシメタリト主張シ其證據トシテ當事者間ニ爭ヒナキ事實タル被控訴人ト前地主トハ母子ノ關係アリ且ツ同居シ居タリトコトヲ舉ケルモ之レヲ以テハ承認ノ事實ヲ認ムルニ足ラス何トナレハ地上權ハ土地ノ處分ニ對シ少ナカラサル制限トナルカ故ニ地主ハ容易ニ地上權ヲ設定セサルコト一般ノ公知ノ事實ナレハナリ………地上權ヲ承

登記ナキ
地上權ノ

認セサルニセヨ免ニ角引續キ土地ヲ使用セシムル以上地代領收證ノ如キモ在來ノモノチ其儘襲用スルコト固ヨリ有リ得ヘキコトナレハナリ木曾惣八郎ノ証言ニヨルモ承認ヲ明カニスルニ足ラス(東京控訴院民二判決法律新聞八一二號二〇頁)

參考判例

他人ノ所有地ノ上ニ建物ヲ有シ土地ヲ使用スル者ハ明治三十三年法律第七十二號ニ依リ地上權者タル推定ヲ受クヘシト雖モ土地所有者ニ於テ之カ反證ヲ舉ケタル場合ニ於テハ其法律關係ノ實情權ナリヤ地上權ナリヤヲ決スルハ事實裁判所ノ職權ニ屬ス(三十三年大審院判決錄一 卷一一五頁)

取締役ノ
手形偽造
責任

九三 意思表示ハ表意者カ其眞意ニアラサルコトヲ知リテ之ヲ爲シタル爲メ其效力ヲ妨ケラルコトナシ但相手方カ表意者ノ眞意ヲ知リ又ハ之ヲ知ルコトヲ得ヘカリシトキハ其意思表示ハ無効トス
 一〇〇 代理人カ其權利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

會社ノ取締役カ手形ノ偽造ヲ爲シタル場合ト雖トモ會社ハ其手形ノ義務ヲ負フヘキモノトス
 民法第九十三條ノ規定ニ依レハ意思表示ハ表意者カ其眞意ニアラサルコトヲ知リテ爲スモ其效力ヲ妨ケラルコトナキ本則トシ只相手方カ表意者ノ眞意ヲ知リ又ハ知ルコトヲ得ヘカリシトキニ限リ其意思表示ヲ無効ト爲スモノニシテ此規定ハ代理ニ依リテ爲ス意思表示ニモ等シク適用セラルルニ因リ假令代理人ニ於テ本人ノ爲メ

未成年者
手形行爲
取消(親
族會ノ同
意)ノ營業
母意ナク
同業

民法

ニスル意思ヲ有セサルモ有モ代理人其權限内ニ於テ此意思ヲ表示スルトキハ相手方ニ於テ代理人ニ其本人ノ爲メニスル意思ナキコトヲ知リ又ハ知リ得ヘカリシ場合ノ外代理行爲ハ其ニ有效ニ成立シ本人ハ代理人カ本人ノ爲メニスル意思ナカリシコトヲ主張シテ其行爲ノ效力ヲ争フコトヲ得サルモノト云フヘテ而シテ控訴會社ノ取締役カ手形ノ振出裏書ヲ爲ス權限ヲ有スルコトハ前示各證人ノ證言ニ徴シテ疑ナキヲ以テ控訴會社ノ取締役タル安部林右衛門カ同會社ノ爲メニスルコトヲ示シテ爲シタル前示手形ノ裏書行爲ハ其被裏書人ニ於ケル右林右衛門ハ控訴會社ノ爲メニスル意思ナキコトヲ知リタルカ又ハ知ルコトヲ得ヘカリシ事情ノ存在ナキ限リ控訴會社ニ對シテ其效力ヲ生スルモノト云フヘシ(東京控訴院民事二判決法律新聞八一二號一七頁)

三六六

同趣旨刑法一二〇頁日糖事件判決參照

八八六

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

- 一 營業ヲ爲スコト
- 二 借財又ハ保證ヲ爲スコト
- 三 不動産又ハ重要ナル動産ニ關スル權利ノ喪失ヲ目的トスル行爲ヲ爲スコト
- 四 不動産又ハ重要ナル動産ニ關スル和解又ハ仲裁契約ヲ爲スコト
- 五 相続ヲ放棄スルコト
- 六 贈與又ハ遺贈ノ拒絕ナルコト
- 八八七 親權ヲ行フ母カ前條ノ規定ニ違反シテ爲シ又ハ同意ヲ與ヘタル行爲ハ子又ハ其法定代理人ニ於テ之ヲ取消スコトヲ得此場合ニ於テハ第十九條ノ規定ヲ準用ス

親族會ノ同意ヲ缺キ母タル親權者カ未成年者ニ營業ノ同意ヲ爲シタル場合ニ於

テ先以テ母ノ同意ヲ取消ササルモ未成年者ハ營業ノ爲メ爲シタル手形行爲ヲ取消スコトヲ得ヘシ

本件手形ハ控訴人ニ於テ其營業ノ爲メ振出シタルモノト認メサルヲ得ス而ルニ前記親權者ノ與ヘタル營業ノ同意ハ親族會ノ同意ヲ得サリシモノナルコトハ當事者間ニ争ナキヲ以テ本件手形振出行爲ハ之ヲ取消シ得ヘキモノトス何者民法第八百八十六條及ヒ第八百八十七條ニ據レハ親族會ノ同意ヲ得シテ親權者タル母カ與ヘタル同意ノ下ニ未成年者自カラ爲シタル行爲ハ之ヲ取消シ得ヘク且ツ其取消ノ效力ノ適及スルコト極メテ明白ナレハナリ……親權者松田ヒサノ與ヘタル營業ノ同意カ有效ニ取消サレタルヤ否ヤ及ヒ若シ然リトセハ取消ノ效力ハ適及スルヤ否等ハ本件ニ於テ論究スヘキ必要ナシ何者民法第八百八十七條ノ取消ハ第八百八十六條ノ規定ニ違反シテ母ノ與ヘタル同意ヲ取消シタル後ニアラサレハ之ヲ爲スコトヲ得スト云フモノニアラサレハナリ(東京控訴院民事二部判決法律新聞第八〇九號二三頁)

同趣旨判例

親權ヲ行フ母カ民法第八百八十六條ノ規定ニ違反シテ爲シタル借財ニ付子又ハ其法定代理人カ取消ノ意思ヲ表示シタルトキハ何人ニ對シテモ其取消ノ效果ヲ授用スルコトヲ得ルモノトス(三十六年大審院判決錄八二四頁)

九四 相手方ト通シテ爲シタル虛偽ノ意思表示ハ無効トス
前項ノ意思表示ノ無効ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

民法

三六七

信託行爲

債權擔保ノ目的ヲ以テスル所有權移轉ノ信託行爲ハ第三者ニ對スル關係ニ於テハ勿論當事者ニ於テモ所有權移轉ノ效果ヲ生スヘキカ

債權擔保ノ目的ヲ以テ所有權ノ讓渡ヲ爲ス所謂信託行爲ニ在リテハ外部部第三者ニ對スル關係ニ於テ所有權移轉ノ效果ヲ生スルハ勿論内部當事者間ニ於テモ亦同様ノ效果ヲ生シ且其基本タル債務カ適法ニ履行セラレタルトキハ受託者ハ委託者ニ對シ擔保物返還ノ義務ヲ負擔スルニ過キサレモノトス(東京地方裁判所民四判決法律新聞第八一〇號二五頁)

東京地方裁判所ハ曩ニ同趣ノ判決ヲ爲シタルモ(民法二七三頁參照)當事者間ニ於テハ權利移轉ノ效果ヲ生セストスルヲ正當トス(民法一四八、二〇一頁、二七三頁)及ヒ本書大審院新判決參照)

民法施行前ノ後見

民法施行前ニ於テハ後見届ケアリタル以上ハ裁判上之ヲ取消ササル限リハ其效力ヲ失ハサルヲ以テ原狀ノ回復ノ理由トナスニ足ラサル旨抗辯スレトモ後見届ケタルノハ民法施行前ノ慣例ニヨレハ親族協議ノ上後見人ヲ選定シタル事實ヲ届ケ出スルモノニシテ之ニ對スル官廳ノ處分行爲アルヲ俟テ效力ヲ生スルニアラス且ツ其當時ニ於テ該届出力實質的ノ要件ヲ離レテ形式的ノ效力ヲ生スヘキ法規ナク又慣例ナキヲ以テ若シ親族ノ協議ニヨル後見人ノ選定ナカリシトキハ其届出テアルモ實質的ノ要件ヲ備エサルモノナレハ裁判上ノ取消審定アルヲ俟タスシテ當然無効ナルモノト云ハサ

民法施行前ノ後見

民法施行前ニ於テハ後見届ケアリタル以上ハ裁判上之ヲ取消ササル限リハ其效力ヲ失ハサルヲ以テ原狀ノ回復ノ理由トナスニ足ラサル旨抗辯スレトモ後見届ケタルノハ民法施行前ノ慣例ニヨレハ親族協議ノ上後見人ヲ選定シタル事實ヲ届ケ出スルモノニシテ之ニ對スル官廳ノ處分行爲アルヲ俟テ效力ヲ生スルニアラス且ツ其當時ニ於テ該届出力實質的ノ要件ヲ離レテ形式的ノ效力ヲ生スヘキ法規ナク又慣例ナキヲ以テ若シ親族ノ協議ニヨル後見人ノ選定ナカリシトキハ其届出テアルモ實質的ノ要件ヲ備エサルモノナレハ裁判上ノ取消審定アルヲ俟タスシテ當然無効ナルモノト云ハサ

契約解除ノ原狀回復

家屋賣買契約ノ解除アリタル場合ニ於テ家屋ノ返還ヲ受ケタル者ハ解除前ニ買主ノ支拂ヒタル地代家屋稅保險料等ヲ償還スヘキ義務アリトス
右ノ場合ニ於テ水道稅ハ償還スヘキモノニアラス

被告ハ右地代家屋稅保險料ノ如キハ原告ノ負擔スヘキモノニシテ被告力原告ノ爲メニ立替支拂ヲ爲シタルカ故ニ原告ヨリ辨濟ヲ受ケント云フニ過キサレハ原狀回復トシテ返還スヘキモノニアラスト抗爭スト雖トモ右等ハ凡テ本件賣買契約ノ目的物タル家屋ヲ保有スル上ニ於テ必要ナルモノトシテ支拂ヒタル金員ニシテ若シ賣買契約ナカリシナラハ素ヨリ此ノ如キ支拂ナカリシコト明カナリ
而シテ契約ノ解除ハ當事者ヲシテ當初ヨリ契約ナカリシ狀態ニ回復スル義務ヲ負擔セシムルモノナレハ本件賣買契約ノ解除ニヨリ契約ノ目的物タル家屋ニ隨伴シテ現ニ支出セラレタル右金員並ニ之レヨリ生シタリト認ム可キ利息ニ付テモ契約ノ目的物タル家屋ノ返還ヲ受ケタル被告ニ於テ之ヲ相手方ニ返還スル義務ヲ負擔スルヲ相當トス

次ニ原告ハ水道税トシテ支拂ヒタル金員及ヒ之ニ對スル利息ヲ請求スルモ水道税ハ其水ノ使用ニ對シ課セラルヘキモノニ外ナラサレハ之レヲ消費シタルモノニ於テ負擔スヘキヲ通例トス(東京地方裁判所民三判決法律新聞八一二號二三頁)

判例ナキモ當然ノ解釋ナリ契約ノ解除ニ因テ目的物ノ返還ヲ受ケタル當事者ハ其物ニ付キ相手方ノ支出シタル必要費有益費ヲ相手方ニ返還スルノ義務アルハ民法第五百八十三條ノ類推解釋ヨリ生スル結果ナリ(横田博士債權各論一九三頁參照)

四二 期間ノ末日カ大祭日日曜日其他ノ休日ニアタルトキハ其日ニ取引ヲ爲ササル慣習アル場合ニ限リ期間ハ翌日ヲ以テ滿了ス

保險會社ノ休業日ニ保險金支拂ハ振替貯金ノ方法ヲ以テ爲シ得ヘシトスルモ之レカ爲メ猶豫期間ヲ失フモノニアラス

一月三日ハ休日ニ當リ此日被告會社ニ於テ終日營業ヲ爲ササル定メナルコトハ乙第四號ニ徴シ明カナルカ故ニ民法第四百十二條ニ依リ右ノ猶豫ノ期間ハ其翌一月四日ヲ以テ滿了スト爲ササル可カラズ被告ハ三日ハ休日ナルモ本件契約ニ於テハ振替貯金ノ方法ニヨリ保險料ヲ拂込ムヲ通則トシ此方法ニヨレハ休日ニ於テモ午前中ハ郵便局ニ拂込ム事ヲ得ルヲ以テ猶豫期間ハ一月三日ヲ以テ滿了スト謂フト雖トモ一月三日ニ被告會社カ營業ヲ爲ササルコトハ前記ノ如クナルヲ以テ保險契約者カ同日振替貯金ノ方法ニヨリ保險料拂込ミノ途アルコトハ未ダ以テ民法第四百十二條ノ適用

休業日
及振替貯金
ノ期間ト
保險金支拂
ト關聯

テ除外スルコト能ハス(東京地方裁判所民二判決法律新聞第八一二號九頁)至當ノ見解ナリ

廢罷訴權
ト不法原因
因ニ基ク
不當利得

四二四 債權者ハ債務者カ其債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル法律行為ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但シ其行為ニヨリ利益ヲ受ケタルモノ又ハ轉得者カ其行為又ハ轉得ノ當時債權者ヲ害スヘキ事實ヲ知ラザリシトキハ此限ニアラス
前項ノ規定ハ財產目的トセサル法律行為ニ之ヲ適用セス
七〇八 不法ノ原因ノ爲メ給付ヲ爲シタル者ハ其給付シタルモノノ返還ヲ請求スルコトヲ得但不法ノ原因カ受益者ニ付テノミ存シタルトキハ此ノ限ニ在ラス

債務者カ債權者ヲ害スルノ意思ヲ以テ他人ニ對シ不法原因ニヨル不當利得トナル給付ヲ爲シタル場合ニ於テハ債權者ハ廢罷訴權ヲ行使スルコトヲ得サルカ

廢罷訴權ノ目的タルヘキモノハ有效ナル法律行為ニ限ラレ無効ノ行為ハ其訴權ノ目的トナラズト雖トモ給付行為ハ其原因タル行為ノ無効ナルカ爲メニ當然無効ニ歸スヘキニアラス即チ給付ヲ爲スヘキ原因タル債權行為ハ不法原因ノ爲メ無効タルモ此原因ノ爲メ物權ノ移轉ヲ爲ス給付行為ハ決シテ無効ニアラス否寧ロ有效ニ存立スルカ爲メニ第七百八條ノ如キ規定ヲ要スルモノト解スヘキヲ以テ右ノ場合ニ於テ民法第四百二十四條ノ條件ヲ具備スルモノトセン乎債權者ハ之カ取消ヲ請求スルコトヲ得スルハアルヘカラス蓋シ第七百八條ニ於テ給付者ニ返還請求權ヲ附與セサル所以ハ不法原因ヲ主要スル者ハ法律上之ヲ保護セストノ理由ニ基クシ第四百二十四條ニ於テ廢罷訴權ヲ認メタルハ專ラ債權者保護ノ目的ニ出テタルモノナレハ則チ彼レト此レトハ其立脚點ヲ異ニシ相対格スヘキニアラサルヲ以テナリ(法學士西川一男民法

學新報二二卷八號八七頁以下要領)

不法ノ原因ニ基キ給付ヲ爲シタル物ノ權利ノ歸屬者ハ何人ナリヤ大審院ハ給付者ニアリトナス

一、不法ノ原因ノ爲メ物ノ給付ヲ受ケタル場合ニ於テ給付者ハ民法ニ依リ物ノ返還ヲ請求シ能ハサルトキト雖モ之カ爲メニ其所有權ヲ喪失スヘキモノニ非レハ被告ノ占有セル物ハ依然他人ノ所有物トシテ存續スヘキモノトス(四十二年大審院判決録刑一五三一頁)

一、公務員ニ贈賄スル目的ヲ以テ他人ニ金錢ヲ委託シタル者ハ民法第七百八條ノ規定ニ依リ其取戻ヲ爲スコトヲ得サルモ之カ爲メニ該金員ノ所有權ヲ喪失スヘキモノニアラス(同上三一三六一頁)

石坂博士ハ本論ト同趣旨ニテ左ノ理由ニ依リ所有權ハ受益者ニ移轉ストナス

民法九十條ハ公序良俗ニ反スル行爲自體ヲ無効トスルモノニシテ公序良俗ニ反スル原因ニ基ク法律行爲ハ之ニ包含セス

物權契約ハ無因契約ナルヲ以テ原因ノ如何ハ其效力ニ影響セス
而シテ民法七〇八條ハ元來有效ノ行爲ニシテ相手方ニ不法ノ原因ノ存スルト否トヲ問ハス自己ニ不法ノ原因ノ存スル場合ニ於テハ之ヲ保護スヘキ必要ナキカ故ニ給付者ニ此原因ナク受益者ノミニ存スル場合ニ於テ同條但書ノ規定ニ依リ返還セシムルモノナリト説明ス(石坂博士「民法第九十條ト第七百八條トノ關係」法學志林一三卷七號二二頁以下參照)
池田學士ハ民法七〇八條返還請求權不能ノ結果何人カ權利者ナルヤハ孰レニ解釋ス

ルモ不當ノ結果ヲ生ストナシ之ヲ疑問トセリ同氏ハ其一例トシテ廢罷訴權ニ關聯シテ一言セリ

詐害行爲ハ債權者ヲ害スル不法ノ原因ヲ有スルモノナルカ故ニ七〇八條ニ依リ權利カ相手方ニ移轉スルモノトスレハ債權者カ之ヲ取消スモ同條ニ依リ債權者ハ其財產ヲ債權者ニ返還セシムルコトヲ得ス民法四二四條ノ規定ハ空文ニ歸ス可シ(池田學士「民法ニ關スル司法上ノ疑義」法學協會雜誌二五卷三號三九五頁以下)

吾人ハ本論ト同シク其所有權ハ受益者ニ移轉スト解スルヲ正當ト信ス

次ニ本問題ノ行爲ハ廢罷訴權ノ目的トナリ得ルヤ否ヤニ付テハ

一、民法第四百二十四條ハ法律行爲カ有效ニ成立シタル場合ニ之ヲ取消スコトヲ得セシムル規定ナレハ法律行爲カ假裝ニシテ眞ニ成立セサル場合ハ同條ヲ適用スヘキ限ニアラズ(四十一年大審院判決録一一七四頁)
虛偽ノ法律行爲ト雖モ善意ノ第三者ニ對シテ其無効ヲ主張スルコト能ハサルカ故ニ債權者ニ廢罷訴權ノ行使ヲ許スヘキモノトス(磯谷學士中央大學講義錄債權總則一九三頁)

然レトモ物權契約ヲ有効ナリト解スル以上ハ之ニ對シテ適用アルモノト論斷セサル可カラサルハ論ヲ俟タス

五三四 特定物ニ關スル物權ノ設定又ハ移轉ヲ以テ双務契約ノ目的ト爲シタル場合ニ於テ其物力債務者ノ賣ニ歸ス
ヘカラサル事由ニ因リテ滅失又ハ毀損シタルトキハ其滅失又ハ毀損ハ債務者ニ歸ス
五三五 前條ノ規定ハ停止條件付双務契約ノ目的物力條件ノ成否未定ノ間ニ滅失シタル場合ニハ之ヲ適用セス
五四八第二項 契約ノ目的物力解除權ヲ有スル者ノ行爲又ハ過失ニ因ラスシテ滅失又ハ毀損シタルトキハ解除權ハ消滅セス

解除條件付雙務契約ノ目的物力條件ノ成否未定ノ間ニ滅失シタル場合ニハ其危險ハ何人カ之ヲ負擔スヘキヤ

賣買カ解除條件付ニテ爲サレタルトキハ其賣買タルヤ已ニ成立シ最早契約ノ效力トシテ所有權移轉ニ關スル債權債務ハ存在セス唯條件ノ成就ト同時ニ當然賣買ハ解除セラレ舊權利狀態カ回復セラルヘキノミナラハ條件成就ノ結果ハ當事者間ニ於テ原狀回復ノ權利義務ヲ有スルニ過キス而モ此債權債務ハ契約ノ效力ニ非ス隨テ契約ノ效力トシテノ危險負擔問題ヲ生スルコトナシ本問ノ場合ニ於テハ危險ハ賣主コレヲ負擔ス或ハ曰ン此場合ニハ解除不能ナラスヤト曰ク否目的物ノ滅失ハ契約ノ解除ニ關シ何等ノ影響ナキコトハ民五四八條第二項ノ規定ニ徴シ明カニシテ原狀回復ノ不能ト解除ノ不能トハ自ラ其間ニ差異ヲ存スレハナリ(西川氏法學新報十八卷第五號八二頁以下要領)

解除條件付法律行爲ハ無條件ノ意思表示ニ之ヲ消滅セシムヘキ停止條件附意思表示ヲ附加スルモノナリトノ說アリ此說ニ依ルキハ民五三五條一項ノ適用ヲ受クルコトトナルモ我民法ハ解除條件付法律行爲ヲ以テ單一ナル意思表示トナセサルコトトナシトスル右ノ說明ハ至當ナリ

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
一七八 動産ニ關スル物權ノ讓渡ハ其動産ノ引渡シアルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス
五三四 特定物ニ關スル物權ノ設定又ハ移轉ヲ以テ双務契約ノ目的ト爲シタル場合ニ於テ其物力債務者ノ賣ニ歸ス
ヘカラサル事由ニヨリテ滅失又ハ毀損シタルトキハ其滅失又ハ毀損ハ債務者ノ負擔ニ歸ス
五三五 不特定物ニ關スル契約ニ付テハ第四百一條第二項ノ規定ニヨリテ其物力確定シタル時ヨリ前項ノ規定ヲ適用ス
五五五 賣買ハ當事者ノ一方カ或ル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

甲カ其所有動産ヲ乙ニ賣渡シ其引渡前更ニ之ヲ丙ニ賣渡シ引渡ヲ爲ササル間ニ不可抗力ニ因リテ滅失シタル場合ニ於テハ其危險ハ何人ノ負擔ニ歸スヘキカ

賣買直接ノ效力ハ其目的タル財產權ヲ賣主ヨリ買主ニ移轉ス可キ債務關係ヲ發生スルニ過キスト雖トモ(民五五五)特定物ヲ目的トスル賣買ニ在テハ所有權移轉ノ時期ニ關シ當事者間別段ノ定メテ爲ササル限リハ所有權移轉ノ意思表示ハ單ナル賣買契約ニ包含セラレテ即時ニ所有權移轉ノ效果ヲ生ス(民一七六、一七八)我民法ハ特定物ニ關スル物權ノ移轉ヲ以テ双務契約ノ目的ト爲シタルトキ危險ノ負擔ニ付キ所有權主義又ハ債務者主義ヲ採ラスシテ債權者主義ニ據リタルヲ以テ單ニ所有權ノ移轉ヲ標準トシテ本問ヲ決スルコト能ハサルノミナラス(民五三四)前述ノ如ク特定ノ動産ヲ買主ノ目的トナシタルトキハ多クノ場合ニ於テ其所有權ハ即時ニ移轉スヘキモノナリト雖トモ併ナカラ引渡シナケレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サル結果引渡ニ因リ買主ハ初メテ確固不動ノ權利ヲ取得スルニ至ルヘキヲ以テ賣主ハ買主ニ對シ其目的物ノ引渡シヲ爲スニアラサレハ未タ完全ニ其義務ヲ履行シタルモノト謂フヲ得サルヘシ隨テ特ノ動産ヲ賣買シタル場合ニ在テモ亦危險負擔ノ問題ハ上示民法第五百三十四條ニ基キ之ヲ決スルヨリ外ナキカ如キモ元來同條ノ規定ハ唯

一般原則ヲ示シタルニ止マリ同一物ニ付キ多數ノ買行ハレタルトキノ如キ直ニ該條ニヨリ之ヲ解決スルコト難シ加之斯カル場合ニ於ケル危險負擔者ノ何人タルカハ學者間議論ノ存スル所ナリ我民法ハ絕對的意思主義ニ據ラス引渡ヲ以テ第三者ニ對抗スル條件トナシタルカ故ニ第三者トノ關係ニ於テハ引渡ヲナス迄ハ恰モ第一ノ買主ナカリシト同一ノ狀態ニ在ルモノト謂ハサルヘカラサルヲ以テ引渡前ニ一旦賣却シタル動産ヲ更ラニ再ヒ他人ニ賣渡シタルトキハ第二ノ買主ハ第一ノ買主ニ關係ナク全然原所有者ヨリ其權利ヲ取得スルモノト解釋セサルヲ得然レトモ原所有者ト第一ノ買主トノ間ニ在テハ其目的物ノ所有權ハ既ニ第一ノ買主ニ移轉シタルモノナレハ法律ハ須ラク之カ效果ヲ保護セサル可カラズ去レハ若シ其引渡前原所有者カ更ニ再ヒ同一ノ物件ヲ他人ニ賣却シタルトキハ原所有者ハ必ラス橫領若クハ詐欺ヲ取テシタルモノトシテ刑法上ノ賣却ヲ免ルルコト能ハザラン果シテ然ラハ第二ノ買主ニシテ惡意ナラシテ其者ハ元來第一ノ買主ニ引渡サルヘキモノナルコトヲ知テ目的物ヲ買受ケタルモノニシテ而カモ不正行爲ヲ助成セシメタルモノト謂フキカ故ニ目的物ノ滅失ニヨリ危險ハ之ヲ第二ノ買主ニ負擔セシムルコトハ公平ノ觀念ニ適スルモノト謂フ可ケレ之ニ反シ第二ノ買主カ善意ナルトキ即チ例ハ原所有者カ第一ノ買主アリタルコトヲ秘シテ賣却シタル場合ノ如キハ第二ノ買主ハ何等貴ムヘキ廉價ク而シテ第一ノ買主ハ本來第二ノ買主アリタルト否ニ拘ラス買主ニ對シ目的物ノ引渡シテ強要スル權利ヲ有シ且ツ其代金ヲ支拂フヘキコトモ亦豫期シタル所ナルヲ以テ此場合ニ於ケル危險ノ負擔者ハ第一ノ買主ナリト論斷スルコト公平ノ觀念ニ合ハルモノト謂フヘシ(法學士菱谷精吾氏法學新報二二卷九號九〇頁以下要領)

本問題ニ付テハ判例ナキモ學者ハ第一ノ買主ヲシテ其危險ヲ負擔セシムルヲ正

當ト論ス即チ左ノ如シ

一、數多ノ買主間ニ在リテハ登記又ハ引渡シナキ間ハ五ニ其所有權ノ移轉ヲ否認スルコトヲ得從テ危險問題ニ付テモ買主間ノ關係同一ナリト雖モ各買主ニ付テ觀察スルトキハ第二以後ノ買主ニ於テ賣主ハ他人ノ權利ヲ目的ト爲スモノニシテ所有權ハ既ニ第一ノ買主ニ移轉セラレタルモノナリ故ニ此者ヲシテ危險ヲ負擔セシムルヲ以テ最モ公平ノ觀念ニ合スルモノナリ(横田博士債權各論一〇〇頁以下)

二、第一ノ買主ヲシテ危險ヲ負擔セシムヘキモノナリ或ハ第二以後ノ買主モ均シク債權者ニシテ且ツ第一ノ買主ニヨリ所有權ノ移轉ヲ否認スルコトヲ得ルモノナルカ故ニ其間甲乙ナキカ如キモ第二ノ買主ヲシテ危險ヲ負擔セシメント欲セハ買主カ權利ヲ移轉シ得ヘキ場合ナルニ拘ラス不可抗力ニ因リテ移轉スルコト能ハザリシコトヲ主張セサルヘカラズ然レトモ賣主ハ第一ノ買主ヲ否認スルコトヲ得ス從テ自己ノ有セサル權利ノ移轉ヲ約シタルモノニシテ此ノ主張ヲ爲スコトヲ得ヌ却テ第二ノ買主ハ第一ノ買主ヲ認メ所有權ノ移轉ヲ主張スルコトヲ得ルモノナルカ故ニ第二ノ買主ヲシテ危險ヲ負擔セシムヘキモノニアラス(梅博士法學志林十卷三號三四三四頁)

吾人ハ稍ヤ別途ノ立論ヨリ第一ノ買主ニ危險ヲ負擔セシムルモノトスルヲ正當ト信ス蓋シ第一ノ買主ト賣主トノ法律關係ハ民法五三四條ヲ適用スヘキ普通ノ場合ト同一ナル關係ニシテ其後ニ二重賣買ヲ爲シタル爲メニ此關係ニ何等ノ變化ヲ來タサス反之第二ノ買主ト賣主トノ法律關係ハ他人ノ物ノ賣買ニシテ其法律關係ハ民法五三四條ヲ普通適用スヘカラサル關係ナリ(他人ノ物ノ賣買ニハ危險負擔ノ問題ヲ生セズ)

故ニ唯タ公平ナリト云フ見地ヨリ見テ此法理ヲ曲クヘキモノニアラスト信ス從
ツテ本論ニ賛同ヲ表スルコト能ハス

民法

遺留分ニヨル減殺權ノ目的物カ不可分ナルトキハ其全部ニ對シテ贈與ノ取消ヲ
請求シ得ヘキヤ
遺留分ニ反スル贈與ハ其取消ヲ訴求スヘキモノニアラス

減殺權ハ遺留分ノ保全ニ必要ナル限度ニ於テ之ヲ行ハサル可ラサルコト民法第千百
三十四條ノ明定スル所ナルヲ以テ目的物カ可分ナルトキハ保全ニ必要ナル限度ヲ超
越シタル減殺ノ請求ハ不當ナルコト論テ俟タスト雖トモ目的物カ不可分ニシテ然カ
モ其一部ヲ減殺スヘキ場合ハ右ノ理論ヲ絕對ニ貫徹スルコトヲ得ス蓋シ我民法ハ遺
留分減殺ノ場合ハ受贈者又ハ受遺者ヲシテ現物ヲ權利者ニ返還セシムルヲ原則トス
然シテ目的物カ性質上不可分ナルトキハ之ヲ分割シテ其一部ヲ返還セシムル事能ハ
サルカ故ニ斯カレハ其目的物ノ全部ヲ返還セシムルハ却テ減殺請求ノ本旨ニ適
合スルモノト解スルヲ相當トスレハナリ唯此場合ニ於テハ之レカ爲メニ遺留分權利
者ヲシテ不當ニ利得セシムル事能ハサルカ故ニ權利者ハ其超越部分ニ對スル價格ヲ
返却スルコトヲ要スルニ過キス本件係争ノ不動産ハ何レモ性質上不可分ニシテ然カ
モ減殺スヘキ目的カ數個存在スル場合ニハ先ツ其何レヲ選擇スヘキカハ遺留分權利

者タル原告ノ權利ニ屬スル以テ本件原告カ先ツ地所ヲ選擇シ其不可分ニ對シ殘餘ノ
建物ニ付キ全部ノ減殺ヲ請求セルハ相當ニシテ此點ニ關スル被告ノ抗辯モ理由ナシ
……遺留分減殺權ハ權利者ノ意思表示ニ依リテ直チニ減殺ノ目的タル贈與取消
ノ效果ヲ發生シ敢テ裁判所ノ判決ヲ待ツヘキモノニアラス換言スレハ遺留分減殺請
求ニ對スル判決ハ創設的效果ヲ發生スルモノニアラスシテ單ニ認定的效果ヲ發生ス
ルニ過キサレハ權利者ハ單ニ目的物ノ引渡シ若クハ抹消登記申請ノモノ判決ヲ請求
スレハ足り贈與若クハ遺贈取消ノ判決ヲ求ムヘキモノニアラス(金澤地方裁判所民二
部判決法律新聞八一五號二四頁)

減殺ノ目的物カ不可分物ノ場合ニハ其全部ニ對シテ請求權ヲ有シ而シテ之レカ爲
メ不當利得トナル場合ニハ其利益ヲ返還スヘシトノ見解ハ正當ト信ス次ニ
減殺スヘキ目的ノ數個アル場合ニ於テハ其選擇權ハ何人ニアリヤニ關シテハ左
ノ反對判例アリ

減殺ニ因リ受贈物ヲ返還スルノ義務ハ其價格ヲ辨濟シテ之ヲ免ルルヲ得ヘキノミナ
ラス受贈物ノ返還ヲ爲スニ當リテモ數個ノ物件ニ付キ其何レヲ返還スヘキヤヲ定ム
ルニハ返還義務者ニ於テ選擇權ヲ有スルモノトス(東京控訴院民三判決法律新聞二六
九號八頁)

然レトモ返還義務者ノ義務ハ減殺請求ニ遭ヒテ初メテ生スルモノニシテ減殺權
行使ニ對スルモノナルヲ以テ本件判決ノ如ク其選擇權ハ減殺權者ニ在リト解ス
ルヲ正當ト信ス次ニ減殺權ノ行使ニハ訴訟ヲ要スヘキモノニアラスシテ意思表

民法

示ヲ以テ足ルヘキコトニ付テモ正當ノ見解ニシテ同趣旨ノ判例及學說アリ(前掲
控訴院判例、奥田博士相續法論三八六頁等參照)

解除權ノ
消滅

五四八 解除權ヲ有スル者カ自己ノ行爲又ハ過失ニヨリテ著シク契約ノ目的物ヲ毀損シ若クハ之ヲ返還スルコト能
ハサルニ至リタルトキ又ハ加工若クハ改造ニ因リテ之ヲ他ノ種類ノ物ニ變シタルトキハ解除權ハ消滅ス
契約ノ目的物カ解除權ヲ有スル者ノ行爲又ハ過失ニ因ラスニテ滅失又ハ毀損シタルトキハ解除權ハ消滅セズ

本件賣買ハ山林況丁一反一畝五步ニ成立スル立木悉皆其數一萬本位ヲ代金二千圓ニ
テ賣買セラレ其目的トナリタル立木五十七本伐採セラレタルモノニシテ賣買目的物
全部ニ比シ伐採本ハ其數極メテ僅少ノ部分ニ屬シ其部分カ重要ニシテ殘部ニ重キヲ
措カサルカ如キ特別ノ事情ナキ限リハ一般取引ノ觀念上之レカ爲メ契約解除權ノ消
滅ヲ來タササルモノトスルヲ相當トス蓋シ民法第五百四十八條第一項ノ規定ハ本件
ニ付大審院ノ列旨シタルカ如ク解除權行使ノ結果現狀回復ニ關シ損害賠償ナルモノ
ノ不確實ナル方法ニヨルノ外其目的ヲ達スルコト能ハサルニ至リタルカ如キ場合ヲ
豫期シタルモノニシテ若シ契約ノ目的ノ數量數多アルトキニ際シ其僅少ノ部分ニ對
シ或ル事情ニヨリ返還スルコト能ハサルニ至リ殘餘ノ部分ニ付キ一般ノ取引ノ觀念
上原狀回復ノ目的ヲ達スルコトヲ得ヘキカ如キ場合ニハ解除權ヲ消滅セシムルノ趣

旨ニアラサルカ故ナリ(東京控訴院民三部判決法律新聞八一四號二〇頁)
五四八條ニハ(一)著シク契約ノ目的物ヲ毀損シタル場合(二)目的物ヲ返還スルコト
能サル場合(三)他ノ種類ノ物ニ變シタル場合ニ限リ解除權消滅スヘキモノトナシ
タルヲ以テ本件ノ如キ場合カ其何レニモ屬セサルハ明白ナルニヨリ解除權ノ消
滅スヘキ理由ナシ

連帶債務
者間ノ求

四四四 連帶債務者中ニ償還ヲ爲ス資力ナキ者アルトキハ其償還スルコト能ハサル部分ハ求償者及ヒ他ノ資力アル
者ノ間ニ其各自ノ負擔部分ニ應シテ之ヲ分割ス但シ求償者ニ過失アルトキハ他ノ債務者ニ對シテ負擔ヲ請求スルコ
トヲ得ス

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

民法第四百四十四條ノ規定ハ連帶債務者中ニ償還ヲ爲ス資力ナキ者ヲ生シタルトキ
ハ其償還スヘキ部分ハ他ノ資力アル者ノ間ニ各自ノ負擔部分ニ應シテ之ヲ分割負擔
セシメ又負擔部分相等シキ者若クハ共ニ負擔部分ナキ者ノ間ニ於テハ平等ニ分割セ
シメ其各自ノ損害ヲ公平ナラシムル法意ナルコトハ該法條ノ文言ニ照シ之ヲ各自ノ

負擔部分ナキ連帶保證人ノ一人カ債務ノ全額ヲ辨濟シ他ノ保證人ニ對シ其求償ヲ爲ス場合ニ於テ同法第四百六十五條カ右第四百四十四條ノ規定ヲ準用シタル趣旨ニ鑑ミ洵ニ明瞭ナルヲ以テ前段法律上求償權ナシトノ抗辯ハ其理由ナシ(大阪地方裁判所民三判決法律新聞第八一五號二頁)

同趣旨判例

民法第四百四十四條ハ連帶債務者中ニ償還ヲ爲ス資力ナキ者ヲ生スルトキハ其償還スヘキ部分ヲ他ノ資力アル者ノ間ニ分割シ負擔部分多キ者ヲシテ多ク分擔セシメ其少キ者ヲシテ少ク分擔セシメ又負擔部分相等シキ者若クハ共ニ負擔部分ナキ者ノ間ニ於テハ之ヲ平等ニ分擔セシムルノ法意ナリ(四十二年大審院判決錄一四九頁)

債權讓渡ト保證人

四六七

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

主タル債務者カ承諾シ又ハ之ニ對シテ通知シタル債權讓渡ハ保證人ニ對シテ當然對抗スルコトヲ得

主タル債權ノ讓渡ヲ其債務者ニ通知シ若クハ債務者カ承諾セシ以上ハ特ニ保證人ニ對シ其通知ヲ爲ササルモ主タル債權讓渡ノ效果トシテ當然保證人ニ對シ其從タル債權ノ讓渡ヲ主張シ得ルモノトス(東京控訴院民一判決法律日日第一七八號判例集六七頁)

同趣旨判例

四十二年大審院判決錄六四一頁、四十年同上四二一頁、三十九年同上四三五頁、其他控訴院以下判例アリ

同說

梅博士法學志林五五號一頁以下、横田博士債權總論七七〇頁

名古屋ノ不正手形ノ事件

名古屋不正手形事件ニハ民法一一〇條ノ適用アリヤ

一一〇 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

辯護士山本佐一郎氏ハ法律新聞紙上ニ於テ民法第一百條ノ適用アリヤ否ヤニ關シ第一 民法第一百條ハ所謂無權且ツ表見代理人ノ行爲ニ對シ第三者ノ利益ヲ保護スル法ノ精神ヲ以テ規定セラレタル條項ニ外ナラサルヘシ詳言セハ四方都力約束手形ヲ發行スルニ對シ實際上權限ナキニ拘ハラズ振出人三井物產名古屋支店代理人四方都ト云フカ如キ表示即チ署名ノ下ニ振出シタル場合ニ適用セラルヘキ法條ニアラサルナキカ
第二 民法第一百條ハ法律行爲ニ限り適用アルヘキモノナルヲ以テ不正手形振出所爲ノ如キ犯罪行爲ニ適用ナシト解スルヲ正當トスト述ヘラレタリ(法律新聞八一三號二頁以下)

然レトモ手形ノ代作ナル事實行爲即チ機械的行爲ヲ爲サシムルト同時ニ振出行

爲ノ一部ト見ルヘキ交附行爲ヲ代理セシムルコトヲ得此交附行爲ハ純然タル法律行爲ナリ故ニ四方某カ從來此交附行爲迄ヲ擔當シ居リタルモノトスレハ同條ノ適用アルコト勿論ナリ本論ハ單ニ代作ナル事實行爲ノミヨリ見タル見解ニシテ失當ト信ス

契約ノ目的不能ノ意義

先ツ第一争點ヲ案スルニ宮内省ニ於ケル詠進歌チ一般民間ニ歌集トシテ刊行スルコトハ不能ノ事項ナリト云フヲ得何トナレハ其詠進歌ノ原稿ハ勿論契約當事者ノ一方ノ手中ニ存セスシテ宮内省ノ手中ニ存スト雖トモ其他人ノ手ニ存スルノ事實ハ其第三者ニ於テ存セザルモ之レニ承諾ヲ與フルトキハ當事者間ノ契約ノ目的トシテ履行ノ目的トナルニ支障ナキモノトス本件ニ於ケル詠進歌集ノ刊行ノ如キ宮内省ニ於テ之レカ許可ヲ爲ストキハ當然之レヲ爲シ得ヘキ事項トス唯之レカ許可ナキトキ之レヲ爲スコト能ハザルニ過キス故ニ事實ノ性質上履行不能ノモノニアラス從テ本契約ハ無効ナリト云フヲ得ス(東京控訴院民一判決法律新聞八一三號二頁)

債務者ノ主觀的不能ハ特殊ノ事情ナキ限りハ契約ノ目的ノ不能トナラサルコトハ一般學者ノ説明スル所加之他人ノ權利ヲ以テ賣買ノ目的トナシ得ル規定アルヲ以テ本問ノ如キ場合ニ於ケル當事者ノ契約ハ無論有效ナルヘシ

契約ノ目的不能ノ意義

土地賃借
借地賃借
借地賃借
借地賃借

土地賃借借地ニ期限ヲ五ヶ年トストアルハ例文ニシテ當事者ヲ拘束セサルヤ

借地證ニ賃借期間ヲ五ヶ年ト記載シアリトコトハ被控訴人ノ明カニ争ハス又他ニ之ヲ争フノ意思顯カナラサルトコロナリ然ルニ斯カル記載ハ賃借ノ存續期間ヲ表示スル意味ナルコトモアリ又所謂例文ニ過キスシテ此期間滿了ト共ニ當然賃借ハ消滅スルモノニアラサルコトモアリ結局斯カル一片ノ記載ノミニヨリテ孰レトモ判斷シ難ク其ノ他ノ事情ヲ參酌考覈シテ當事者ノ意思ノ存スルトコロヲ闡明スルノ外ナキコトハ當裁判所ニ顯著ナル事實ナリ(東京控訴院民二判決法律新聞八一三號二三頁)

借地證ニ五ヶ年ノ期限ヲ定メ返地可致候ト規定シアルモ之レ畢竟一般借地證ノ例文ニシテ地主モ借地人モ必ス五ヶ年後返地スヘキ意思ヲ以テ契約シタルモノトハ解スルコト能ハストスルヲ現今ノ通説トス然レトモ絶對ニ例文ト解スヘキモノニモアラスシテ場合ニヨリテハ真正ニ其期限ヲ定ムルコトアルヲ以テ其契約當時ノ事情ヲ斟酌シテ定メサル可カラス故ニ結局何レトモ其主張者ニ於テ事情ノ立證ヲ爲スヘキ責アリトス(民二八八、二八七、一七八頁說明參照)

東京市内ニ於ケル地代値上ノ慣習」
地代値上ケノ時期」

地代値上ノ請求訴訟ニ於テ同時ニ其値上地代ノ支拂ヲ求メ得ヘキヤ」

本件土地カ原告ノ所有ニ屬シ被告カ之ニ對シ地上權ヲ有スルコト從來ノ地代カ原告主張ノ如クナルコト並ニ地代値上ニ付キ原告主張ノ如キ慣習カ東京市内ニ存スルコトハ被告ノ自白セシトコロナリ而シテ該地代値上ニ付キ當事者間ニ右慣習ニ依ラサル旨ノ特別ノ契約ノ存在セサル限りハ當事者ハ該慣習ニ依ルノ意思ヲ有セルモノト認ム
次ニ地代値上ノ時期ニ付テハ土地ノ所有者ヨリ地上權者ニ對シ地代値上ノ意思ヲ表示シタル時ヨリ起算スヘキモノニシテ原告ハ地代値上ケテ明治四十四年四月十四日ヨリ實行スヘキ旨ノ意思表示ヲ同月十三日被告ニ對シシタルコトハ本件訴訟狀並ニ本件記録添付ノ被告ニ對スル訴訟狀送達證書ニ依リ明瞭ナルヲ以テ右四月十四日ヨリ原告ノ値上ノ請求モ亦正當ナリトス(東京地方裁判所第三民事部乙判決法律新聞八一三號二三頁)

本件判決ノ説明ハ何レモ正當ナリ地代値上ノ慣習ニ付テハ民法三三九、二六五、二四、一九五、八一頁參照又値上ノ效力發生時期ニ付テハ二四四、二八頁參照何レモ詳論シアリ唯之ニ關聯スル問題ハ地代値上ヲ請求スルト同時ニ其支拂ヲ求メ得ヘキヤ(即チ地代値上ヲ承諾スヘシ而シテ)否ニアリ地代値上ノ請求訴訟ハ給付判決ナリ

ヤ確認判決ナリヤ將タ又創設判決ナリヤハ多少ノ議論存スル處ナルモ吾人ハ給付判決ト解スルヲ正當ト信ス(民法一二六頁說明參照)即チ地代値上承認ノ意思表示ヲ求ムル判決ト信ス故ニ其承認カ確定セサレハ支拂ノ義務發生セス從ツテ同時ニ其支拂ヲ求ムルコトヲ得サルモノトス

八五一 縁組ハ左ノ場合ニ限り無効トス

- 一 人違其他ノ事由ニ因リ當事者間ニ縁組ヲ爲ス意思ナキトキ
 - 二 當事者カ縁組ノ届出ヲ爲ササルトキ但シ其届出カ第七百七十五條第二項及ヒ第八百四十八條第一項ニ掲ケタル條件ヲ缺クニ止マルトキハ縁組ハ之レカ爲メニ其效力ヲ妨ケラレルコトナシ
- (參照)人訴二六 第一條第二項第三項第三條及ヒ第五條乃至第十八條ノ規定ハ養子縁組事件ニ之ヲ準用ス
同二 夫婦ノ一方カ提起スル婚姻ノ無効又ハ取消シノ訴ニ於テハ其配偶者ヲ以テ相手方トス
第三者カ提起スル前項ノ訴ニ於テハ夫婦ヲ以テ相手方トシ夫婦ノ一方カ死亡シタル後ハ其生存者ヲ以テ相手方トス(下略)

親族ハ養子縁組無効ノ訴ノ當事者トナリ得ヘキモノトス」

縁組無効ノ訴ニ付テハ特ニ當事者ヲ限定シタル法規ナキヲ以テ縁組ニ付キ利害關係ヲ有スルモノハ之レヲ提起シ得ルモノト解スヘシ而シテ被控訴人カ謙吉ノ實弟ナルコトハ甲第一號證戶籍除籍簿謄本ニヨリ明カナルモノニシテ本件縁組ノ結果被控訴人ハ控訴人ト親族關係等多大ノ利害ヲ生スルモノナレハ被控訴人ハ本訴ヲ提起シ得ルモノト爲ス(東京控訴院民事二判決法律〇〇第七一九號判例七八頁)

無効ハ何人モ主張シ得ヘキモノナルカ故ニ之ヲ主張スルニ付キ利害關係ヲ有ス

ル者ハ無効確認ノ訴ヲ提起シ得ヘシ

抵當權ノ
除去

三三三

第三取得者カ抵當權ヲ濫除セント欲スルトキハ登記ヲ爲シタル各債權者ニ左ノ書面ヲ送達スルコトヲ要ス
一 取得ノ原因、年月日、讓渡人及ヒ取得者ノ氏名住所、抵當不動産ノ性質、所在、代價其他取得者ノ負擔ヲ記載
シタル書面
二 抵當不動産ニ關スル登記簿ノ謄本但シ既ニ消滅シタル權利ニ關スル登記ハ之ヲ掲グルコトヲ要セス
三 債權者カ一月内ニ次條ノ規定ニ從ヒ増價競賣ヲ請求セサルトキハ第三取得者ハ第一號ニ掲ケタル代價又ハ特
ニ指定シタル金額ヲ債權ノ順位ニ從ヒテ辨濟又ハ供託スヘキ旨ヲ記載シタル書面

第三取得者カ抵當權濫除ノ通知ヲ爲シ抵當權者カ之ニ對シテ増加競賣ノ申出テ
ヲ爲ササリシトスルモ第三取得者カ濫除ニ就キ申出テタル金額ノ辨濟又ハ供託
ヲ爲ササルトキハ抵當權者ハ尙抵當權ヲ行使スルヲ妨ケス

第三取得者カ民法第三百八十三條ニ依リ濫除ノ通知ヲ爲シ債權者カ法定ノ期間内ニ
増價競賣ノ請求ヲ爲ササル爲メ同法第三百八十四條第一項ニヨリ第三取得者ノ提供
ヲ承諾シタルモノト看做サレタル場合ニ於テ第三取得者カ辨濟又ハ提供ヲ爲ササル
トキハ如何ナル結果ヲ生スヘキカ第三取得者ノ濫除ハ辨濟又ハ供託ヲ爲ササルニヨ
リ當然消滅スヘキカ又ハ依然トシテ存続スヘキカ此點ニ付キ民法其他ノ法令中何等
ノ明文ナキモ特ニ濫除權ヲ喪失セシムル趣旨ノ規定アラサルヲ以テ第三取得者ノ有
スル濫除權ハ辨濟又ハ供託ヲ爲ササルニ拘ラス尙存続スルモノト爲ササルヲ得サル
ヘシ然レトモ之レカ爲メ直チニ第三取得者ハ抵當權ノ實行ヲ妨ケル權利ヲ有スルモ
ノサルカ又ハ抵當權者ハ其權利ヲ實行スルコトヲ得ストノ論結ヲ生スルモノニアラ

抵當不動
産増價競
賣ニ要ス
ル擔保提
供ノ時期

至當ノ見解ト信ス固ト濫除ノ規定ハ抵當權者ト第三取得者ト公平ニ保護セン
カ爲メニ生シタル規定ナルヲ以テ本問ノ如キ場合ニ於テ第三取得者ノ不履行ア
ルニ不拘徒ラニ抵當權ノ行使ヲ制限スルヲ許サス故ニ正當ノ見解ナリト信ス

ス元來抵當權者ハ完全ナル權利ヲ有スルモノナルヲ以テ本來何等ノ制限ナク其利
ヲ實行スルコトヲ得ヘキ旨ナルモ民法ハ第三取得者ニ對シ辨濟又ハ濫除ニ因リ抵當
權ヲ消滅セシムルノ權利ヲ認メ其權利ヲ行使セシムル爲メ第三百八十七條ニ於テ一
定ノ期間内抵當權ノ實行ヲ爲スコトヲ得サル旨ヲ爲シタルニ過キス故ニ第三取得者
カ一旦濫除ニ着手シ民法第三百八十三條ニ依リ書面ノ送達ヲ爲スモ同條第三號ニ定
メタル金額ヲ辨濟又ハ供託セサルニ於テハ抵當權ハ未タ濫除ニ因リ消滅シタルモノ
ニアラサルヲ以テ抵當權者ハ其債權ノ辨濟ヲ受クル爲メ其ノ權利ヲ實行スルコトヲ
得ルモノト謂ハサルヘカラス(東京控訴院民一部判決法律日々一七八號判例集六六頁)

三三四

債權者カ前條ノ送達ヲ受ケタル後一ヶ月内ニ増價競賣ヲ請求セサルトキハ第三取得者ノ提供ヲ承諾シタル
モノト看做ス
増價競賣ハ若シ競賣ニ於テ第三取得者カ提供シタル金額ヨリ十分ノ一以上高價ニ抵當不動産ヲ賣却スルコト能ハサ
ルトキハ十分ノ一ノ増價ヲ以テ自ら其不動産ヲ買受クヘキ旨ヲ附言シ第三取得者ニ對シテ之ヲ請求スルコトヲ要ス
前項ノ場合ニ於テハ債權者ハ代價及費用ニ付キ擔保ヲ提供スルコトヲ要ス
三三二 第三取得者ハ前條ノ通知ヲ受ケタル迄ハ何時ニテモ抵當權ノ濫除ヲ爲スコトヲ得
第三取得者カ前條ノ通知ヲ受ケタルトキハ一ヶ月内ニ次條ノ規定ニ從ヒ増價競賣ヲ爲スニ非サレハ抵當權ノ濫除ヲ爲スコトヲ得ス
前條ノ通知アリタル後ニ第三百七十八條ニ掲ケタル權利ヲ取得シタル第三取得者ハ前項ノ第三取得者カ濫除ヲ爲スコト

ヲ得ル期間内ニ限り之ヲ爲スコトヲ得
(参照)競賣法四〇 民法第三百八十四條ノ規定ニ依リテ抵當不動産ノ増價競賣ヲ請求スル債權者ハ第三取得者ニ
賣ノ請求ヲ送達シタル日ヨリ三日内ニ抵當不動産所在地ノ區裁判所ニ競賣ノ申立ヲ爲シ且擔保ノ認許ヲ求ムルコト
ヲ要ス

前項ノ規定ニ依ラサル競賣ノ請求ハ無効トス

同四一 競賣ノ申立書ニハ左ノ事項ヲ記載シ請求債權者之ニ署名捺印スヘシ

一 債務者ノ氏名住所

二 抵當不動産ノ表示

三 第三取得者及ヒ讓渡人ノ氏名住所

四 擔保ノ表示

五 第三取得者カ提供シタル金額

六 請求者カ定メタル増價金額

七 年月日

八 裁判所

申立書ニハ民法第三百八十三條ノ送達ヲ受ケタル日ヲ附シテ添付スル書面ヲ添付スルコトヲ要ス

民事訴訟法第六百四十三條第一項第三號乃至第五號第二項及ヒ第三項ノ規定ハ本條ノ申立ニ之ヲ準用ス

同四二 裁判所ハ擔保ノ許否ニ付キ期日ヲ定メ決定ヲ以テ其裁判ヲ爲スヘシ

期日ニハ請求債權者及ヒ第三取得者ヲ呼出ス可シ

擔保ノ裁判ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス

抵當不動産増價競賣ニ要スル擔保提供ノ時期

抵當債權者カ増價競賣ヲ爲スニ當リ提供スル擔保ハ何時ニ於テ爲スコトヲ要スルヤ
第三取得者ニ對スル増價競賣ノ請求ヲ爲スト同時ニ提供セサルヘカラサルヤ或ハ
競賣ノ申立ヲ爲ス際ニ提供セサルヘカラサルヤ將タ又裁判所ノ命令アリタル後ニ提
供スルモ可ナルヤ

裁判所ノ命令ニ從ヒ擔保ヲ提供セハ足レトノ論アルモ競賣法第四十條第四十一條
第四十二條等ノ規定ヲ無視シタル解釋ナリト信ス蓋シ此等ノ規定ニヨレハ少ナクト
モ競賣申立ノ際ニハ既ニ擔保ノ提供アルコトヲ前提トス

債權者カ第三取得者ニ對シ増價競賣請求ヲ爲スト同時ニ擔保ヲ供セサル可カラスト
論スルモノハ舊民法ニ於テハ保證人又ハ擔保ヲ供スル旨ノ陳述トナシテ添付フルニトナ
ストアリテ單ニ陳述ヲ添付フルヲ以テ足レト爲シタルモ新民法ハ擔保ヲ供スルコト
ヲ要スト改メタリ(民法修正案理由第十章二八頁草案第三百八十一條ノ修正理由)即チ
現實ニ擔保ヲ供セサル可カラサルノ法意ナルコト明カナリト云フニアリ新舊民法及
其修正ノ理由書ノミテ對照スルトキハ一理ナキニアラスト雖トモ實際ニ於テ極メテ
不便宜ナル解釋ニシテ難キキテ抵當債權者ニ強ユルモノト云ハサル可カラスト何トナレ
ハ増價競賣申立以前ニ於テハ供託法及供託物取扱規程ニ依リ金庫ニ供託セントスル
モ法律ニ此規定ナク又裁判所ハ増價競賣申立以前ニ於テハ何等ノ手續ヲ開始セサル
カ故ニ新カル納付ヲ受理セス又理論上ヨリ考フルモ競賣ノ申立以前即チ未タ競賣手
續ノ始マラサル以前ニ於テ擔保ノ必要ナキコト極メテ明カナリ加之競賣法第四十條
以下ノ規定ニ副ハサル論ナリ

半見ニ依レハ債權者カ増價競賣ノ申立ヲ裁判所ニ爲スト同時ニ提供スヘキモノトス
蓋シ此以前未タ競賣ニ關スル手續ニ着手セサルニ拘ラス之ニ擔保ヲ供セシムルノ要
アルコトナシ此見解ハ第三取得者カ民法第三百八十二條ノ規定ニ依リ濫除ヲ爲サン
トスル場合ト對照シテ第三取得者及抵當債權者ヲ平等ニ保護シヨク立法ノ精神ニ合致

スヘシト信ス(辯護士松本静夫氏法律新聞八一四號四頁以下要領)

至當ノ見解ト信ス蓋シ裁判所カ擔保ノ認否ヲ決定スルニ付テハ擔保ノ當否ヲ審案セサル可カラス故ニ此決定前ニ於テ既ニ提供アルコトヲ必要トスヘシ尙本問ニ付テ民法三三四頁増加競賣ノ擔保提供時期參照

要素ノ錯誤ノ誤ト出

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

告訴ヲ受ケタルカ爲メ處罰セララルヘシト信シ不利益ナル條件ヲ以テ和解契約ヲ爲シタルニ不起訴處分アリタルモノナルヲ以テ要素ノ錯誤ニヨル無効ナリト云フモ如斯ハ畢竟緣由ノ錯誤ニ過キスシテ契約ハ無効ニアラス

阪地方裁判所民一判決法律新聞第八一五號二三頁) 至ノ見解異論ナシ

前法人設立ノ之ニ對シスル贈與ノ効力ニ對シテ右ノ虛偽ノ表示カ合示ナルトス

法人設立前之ニ對スル贈與契約ヲ爲シタルトキハ其設立ニヨリ法人ニ對シ贈與契約ノ効力ヲ生ス

右ノ贈與カ虛偽ノ意思表示ナルトキハ當然無効トス

本件判決カ

シタルトキハ其設立者ニヨリ設立セラレタル法人カ其虚偽ノ意思表示ニヨリ權利ヲ取得スヘキ謂レナキテ以テ原告ハ被告ニ對シ本件ノ請求ヲ爲スノ權利ナシト謂ハサルヘカラス(東京地方裁判所四五年(ワ)五三號民三乙判決法律新聞第八一七號二二頁)

ト説明シタルハ失當ニシテ此種ノ贈與契約ノ如キハ決シテ「設立行爲」ノ一部ヲ爲スヘキモノニアラスシテ設立行爲トハ全然關係ヲ有セサル獨立シタル行爲ナリ(法人ノ設立行爲ノ性質ニ付)故ニ此場合ニ於テハ第三者ノ爲メニスル契約ノ法理ヲ以テ解決セサル可カラス之ニ關スル大審院ノ判例アリ即チ左ノ如シ

他日成立スヘキ會社ノ爲メニ締結スル契約ハ其會社ノ成立ヲ條件ト爲シタル契約ニ外ナラスシテ斯ル場合ニハ其利益ヲ享受スヘキ第三者ハ其契約當時必スシモ現存スルコトヲ要セス(三十六年大審院判決錄二九九)

本件判決第二點ニ付テハ更ニ問題ヲ生セス

債務ノ引受ト保證

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

トノ關係

テ之ヲ爲スコ

債務ノ引受ハ債權者及ヒ新債權者間ノ合意ニヨリ之ヲ爲スコトヲ得
舊債務者ノ保證ハ債務ノ引受ケニヨリ消滅スヘキモ保證人カ新債權者ノ爲メニ尙保證ヲ爲スコトニ同意シタルトキハ存續ス

債務ノ引受ハ後ニ説明スル如ク債務者ノ意思ニ反セサル限りハ債權者ト引受人間ノ契約ニヨリテ之ヲ爲スコトヲ得ヘキモノナルモ原債務カ保證ニ依リテ擔保セラレタルトキハ第三者カ保證人トナルハ債務者其人ヲ信スル爲メニシテ特定ノ債務者ノ債務ヲ保證スルノ意思ヲ有シ其以外ノ者ノ債務ヲ保證スルノ意思ヲ有セサルヲ通常トスル者ナレハ債務引受アルニ當リ引受人即チ新債務者ノ爲メニ保證ヲ爲スモノトナスヲ得ス故ニ債務ノ變更アルトキハ保證債務ハ消滅スヘキモノト謂フヘシ然レトモ保證人カ引受人即チ新債務者ノ債務ヲ保證スヘキコトノ同意ヲ與ヘタルトキハ原債務者以外ノ者ノ債務ヲ擔當スルノ意思ヲ表示シタルモノナレハ其保證債務ハ存續シ引受人ノ債務ヲ擔保スル者ト云フコトヲ得ヘキナリ
羅馬法ニ於テハ債權關係ハ債權發生ノ當時ニ特定シタル債權者債務者間ニ於テノミ生スルモノニシテ債權關係ノ主體即チ債權者又ハ債務者ヲ變更スルトキハ債權關係ハ其存在ヲ失フモノトナシ從テ債務ノ移轉ハ勿論債權ノ移轉ヲモ認メサリシカ近世ノ法律ハ債權關係ハ必スシモ債權發生當時ニ特定シタル債權者債務者間ニ於テノミ存在スルコトヲ要セサルモノトナシ其結果トシテ法文上債權ノ移轉ヲ認メタリ我民法モ亦然リトス即チ債權ノ移轉ヲ認ムルハ債權關係ノ主體ニ變更アルモ債權債務ノ同一ヲ失ハストナシタルカ爲ニシテ換言スレハ債權債務ノ主體ヲ除キ目的カ同一ナ

レハ同一ノ債權關係アリトシタル者ナリト謂ハサルヲ得ス然ラハ債權ノ移轉ヲ認
メタルト同一ノ論法ヲ以テ債務ノ移轉シ得ヘキコトヲモ認メサル可カラス即チ債務
者ニ變更アルモ債務ノ同一ヲ害スルコトナキモノト謂ハサルヲ得サルナリ只舊債務
者ト新債務者即チ引受人トノ間ニ於テノミ債務移轉ノ契約ヲ爲ストキハ債務者自ラ
債務ノ性質ニ反シ且ツ債權者ノ經濟上ノ利益ヲ害スルヲ以テ之ヲ許ササルモノトス
故ニ債務ノ引受ニ付テハ債權者ノ同意ヲ必要トスヘキモ舊債務者ハ債務ヲ引受クヘキ
モノナルヲ以テ亦其同意ヲ必要トスヘキモ舊債務者ハ債務ヲ免ルヘキモノナレハ舊
債務者ノ意思ニ反セサル限りハ其同意ヲ要セサルモノト解釋スルヲ相當トスヘキナ
リ蓋シ債務者ハ他人ノ行爲ニヨリテ債務ヲ免ルルコトヲ欲セサルコトアルヘキヲ以
テ其同意ヲ必要トスト云フハ一理ニアラズト雖トモ我民法ハ第三者ハ債務者ノ意思
ニ反セサル限りハ其同意ヲ得ルコトヲ要セシテ其債務ヲ辨濟スルコトヲ得ヘント
ナシ又債務者ノ交替ニ因ル更改契約ハ債務者ノ意思ニ反セサル限りハ其同意ヲ得ル
コトヲ要セシテ之ヲ爲スコトヲ得ト爲シタル法意ニヨリテ之ヲ見ルトキハ債務ノ
引受モ亦債務者ヲシテ債務ヲ免レシムルモノニシテ其更改ト異ナルハ原債務ヲ存続
セシムルト新債務ヲ發生セシムルトニアルニ過キサルヲ以テ此ノ場合ニ於テモ舊債
務者ノ意思ニ反セサル限りハ其同意ヲ要セシテ之ヲ爲スコトヲ得ルモノト解釋ス
ルヲ相當トスヘケレハナリ(東京控訴院四五年(オ)四三號民一判決)

至當ノ見解ト信ス債務ノ引受ニ關シテハ民法三三頁及同一八二頁ニ詳論アリ就
中一八二頁石坂博士ノ論文ニハ擔保トノ關係ヲモ詳説セリ又右ノ部ニ於テハ別
件ニ付同趣旨ノ判決ヲ爲シタリ(四五年(ナ)四三號
民一判決)

九七五 法定ノ推定家督相續人ニ付キ左ノ事由アルトキハ被相續人ハ其推定家督相續人ノ廢除ヲ裁判所ニ請求スル
コトヲ得
一 被相續人ニ對シテ虐待ヲ爲シ又ハ之ニ重大ナル侮辱ヲ加ヘタルコト
二 疾病其他身體又ハ精神ノ狀況ニ因リ家督ヲ執ルニ堪ヘサルヘキコト
三 家名ニ汚辱ヲ及ホスヘキ罪ニヨリテ刑ニ處セラレタルコト
四 浪費者トシテ學禁治産ノ宣告ヲ受ケ改悛ノ望ナキコト
此他正當ノ事由アルトキハ被相續人ハ親族會ノ同意ヲ得テ其廢除ヲ請求スルコトヲ得

法定推定家督相續人ニ廢除ノ原因タル犯罪アリタル以上ハ其被相續人カ破廉恥
罪ヲ數度犯シタル事實アリテ既ニ家名ヲ汚シ居ル事實アリトスルモ廢除ヲ爲ス
ノ妨ケトナラサルモノトス

案スニル控訴人壽仙ハ本縣猿田家ノ戸主即チ被相續人ニシテ被控訴人ハ右壽仙ノ法
定ノ推定家督相續人タルコト當事者間ニ爭ヒナク而シテ甲第五號證ニ依レハ被控訴
人ハ明治二十三年以降同二十八年六月中途ノ間窃盜罪ニ因リ三回重禁錮ノ刑ヲ受ケ
(其刑期二年ニ至ルモノアリ)向ホ監視及ヒ懲兵令違反ノ罪ニヨリ數回處分ヲ受ケタル
モノニシテ斯ク破廉恥ナル窃盜罪ニ因リ處刑セラレタルハ民法第九百七十五條第三
號ニ該當スル家名ニ汚辱ヲ及ホスヘキ罪ニ因リテ刑ニ處セラレタルモノト謂ハサル
ヘカラス而カスニ控訴人(原告即被相續人)カ嘗テ詐欺取財罪等ニ因リ重禁錮ノ刑等ニ
處セラレ又明治四十四年十二月十四日當院ニ於テ文書偽造罪ニ依リ懲役一年ニ處ス
トノ宣告ヲ受ケ向ホ偽證被告事件ノ爲メ拘禁セラレシコトハ其認ムルトコロニシテ
同人モ又家名ニ汚辱ヲ及ホスヘキ罪ニ因リ刑ニ處セラレタルモノナルコト明カナリ
ト雖トモ之レカ爲メ家名ニ汚辱ヲ及ホスヘキ罪ニ依リテ刑ニ處セラレタル法定ノ推
民 法

定家督相續人ヲ廢シ得サルモノニアラス之ヲ廢除スルヲ得ストシ依然家督相續人
 タラシメハ彌々家名ニ汚辱ヲ及ホスコトナ増長シ其家名回復ヲ阻止シ遂ニ家族制ノ
 趣旨タル家名ヲ尊重維持スヘキ良習ヲ滅却スルニ至ルノ虞ナキヲ保シ難シ……
 其家庭ノ狀態優良ナラス且ツ控訴人ノ性質温厚ナラサルコトヲ知ルニ足ルト雖トモ
 之レ等ノコトハ本件請求ヲ排斥スルノ理由トナスニ足ラス(東京控訴院四四年(ホ)一五
 九號民一判決法律目日第一八〇號判例集一〇二頁)

離婚ニ於ケル八百十五條ノ如キ規定ノ存セサルヲ以テ本判決ノ如ク解スルヲ正
 當ト信ス

三八一 抵當權者カ其抵當權ヲ實行セント欲スルトキハ豫メ第三百七十八條ニ掲ケタル第三取得者ニ其旨ヲ通知ス
 ルコトヲ要ス

三八二 第三取得者ハ前條ノ通知ヲ受ケルマテハ何時ニテモ抵當權ノ廢除ヲ爲スコトヲ得
 第三取得者カ前條ノ通知ヲ受ケタルトキハ一ヶ月内ニ次條ノ決達ヲ爲スニ非サレハ抵當權ノ廢除ヲ爲スコトヲ得ス
 前條ノ通知アリタル後ニ第三百七十八條ニ掲ケタル權利ヲ取得シタル第三者ハ前項ノ第三取得者カ廢除ヲ爲スコト
 ヲ得ル期間内ニ限リ之ヲ爲スコトヲ得

三八三 第三取得者カ抵當權ノ廢除セント欲スルトキハ登記ヲ爲シタル各債權者ニ左ノ書面ヲ送達スルコトヲ要ス
 一 取得ノ原因、年月日、讓渡人及ヒ取得者ノ氏名、住所、抵當不動産ノ性質、所在、代價其他取得者ノ負擔ヲ記
 載シタル書面
 二 抵當不動産ニ關スル登記簿ノ謄本但既ニ消滅シタル權利ニ關スル登記ハ之ヲ掲グルコトヲ要セス
 三 債權者カ一ヶ月内ニ次條ノ規定ニ從ヒ増價贖買ヲ請求セザルトキハ第三取得者ハ第一號ニ掲ケタル代價又ハ特
 ニ指定シタル金額ヲ債權ノ順位ニ從ヒテ辨濟又ハ供託ス可旨ヲ記載シタル書面

第三取得者ニ對シテ
 通知ヲ要スル抵當
 權實行
 手書
 明渡請求
 登記抹消
 請求ノ相手

第三取得者ニ對シ抵當權ノ實行ヲ通知シタル後ニ更ニ該權利ヲ取得シタル第三

取得者ニ對シテハ更ニ通知ヲ要スルコトトナリ抵當權ノ實行ヲ爲シ得ヘキモノ
 トス

抵當權ノ實行ニヨリ地上權消滅シタル場合ニ地上權者ヨリ土地ノ賃貸ヲ爲シア
 ル場合ト雖トモ其土地所有者ハ地上權者タリシ者ニ對シ明渡シノ請求ヲ爲シ得
 ヘキヤ

右ノ場合ニ於ケル地上權抹消登記請求ノ相手方

抵當權者カ抵當權ノ實行ヲナサントスルニ當リ抵當不動産ニ付キ所有權地上權又ハ
 永小作權ヲ取得シタル第三者アルトキハ此等ノ第三者ニ豫メ其實行セントスル旨通
 知スルヲ要スルハ民法第三百八十一條ノ規定スル所ニシテ此通知ヲ受ケタル第三取
 得者ハ其ノ之ヲ受ケタル日ヨリ一ヶ月内ニ同第三百八十三條所定ノ手續ヲ爲スニア
 ラサレハ抵當權ヲ廢除スルノ權利ヲ喪失ス而シテ右通知アリタル以後ニ於テ更ニ前
 記ノ權利ヲ取得シタル第三者ノ廢除權モ亦前同一期間内ニ限リ之ヲ行使スルコトヲ
 得ルニ止マルモノナルコト同第三百八十二條第三項ノ規定スル所ナルカ故ニ若シ右
 通知後ニシテ且前記期間經過後ニ於ケル前記權利ノ第三取得者ハ結局廢除權ヲ有セ
 サルモノト謂フヘク然シテ特ニ規定ナキ以上其第三取得者カ其權利取得ノ當時既ニ
 ナ認メテ第三取得者ヲ保護スルト同時ニ一面抵當權者ノ利益ヲ看過スヘカラサル
 モノアルニヨル果シテ廢除權ヲ有セサル第三者アルコト叙上ノ如シトセハ斯カル第
 三取得者ニ對シ故ラニ抵當權實行ノ通知ヲ爲スノ要アルコトナク又從テ之ヲ爲スノ

義務ナキコト勿論ナリ然リ而シテ被告矢野重吉カ本訴ノ地上権ヲ取得シタルハ明治四十二年六月二十九日ナルニ原告カ抵當權實行ノ通知ヲ爲シタルハ之ヨリ前同四十二年十二月二十五日ナルコト當事者間ニ争ヒナキ所ナルヲ以テ其間前同月經過シタルコト明白ニシテ同被告ニ對シテハ抵當權實行ノ通知ヲ爲サスシテ之ヲ實行スルモ毫モ違法ニアラサルナリ

第三ノ點ニ付キ案スルニ被告本件之助カ原告主張ノ如ク本訴地上権ヲ被告矢野重吉ヨリ讓受ケ其權利ヲ取得セルコト當事者間ニ争ヒナキ所ナルヲ以テ同被告カ地上権者トシテ本件不動産ヲ現ニ占有使用セルモノニ推定スヘキコト當然ナリ然ルニ被告ハ自ラ之ヲ占有セスシテ訴外株式會社本銀行ニ賃貸シ同銀行力現ニ之ヲ占有使用セル旨主張スレトモ此點ニ關スル何等立證ヲ爲ササルカ故ニ之ヲ認ムルニ由ナシサレハ被告ハ本件不動産ノ占有者トシテ原告ノ請求ニ應ジ之ヲ明渡ササルヘカラサルコト論ナシ尙ホ假リニ被告主張ノ如ク被告ヨリ右本銀行ニ賃貸シタル結果現ニ同銀行力本件不動産ノ占有使用ヲ爲シ被告ハ之ヲ占有セサルモノトスルモ這ハ畢竟被告自身ノ行爲ニ原因セル被告ト本銀行間ノ内部關係ニ止マリ原告ノ關知セサル所ナルヲ以テ原告ニ對シテハ被告自ラ其責ニ任シテ之ヲ明渡スノ義務アリト謂フコトヲ得ヘキナリ

次ニ被告矢野重吉ニ對スル請求ノ當否ヲ案ツルニ登記簿上本件地上権カ被告矢野重吉ヨリ被告本件之助ニ移轉登記セラレアルコト甲第二號證ニヨリ明ナル所ニシテ該地上権ハ實體上原告所有權ニ對抗シ得ヘキモノニアラサルコトハ既ニ説明スルトコロナルモ被告本件之助ハ最後ノ該權利ノ登記名義人ナルヲ以テ登記簿上之ヲ存スルトキ原告主張ノ如ク一見尙被告本件之助カ該權利者ナル如ク思惟セラレ原告ノ所有權行使ニ障礙ヲ來スノ虞アルヲ免レサルニヨリ所有權保全ノため被告本件之助ニ對シテ之カ抹消登記手續ヲ請求ムルハ正當ナリト雖トモ被告重吉ハ本訴地上権ヲ既ニ被告本件之助ニ讓渡シ其後登記ヲ經タルモノナルカ故ニ同人ハ現ニ效力アル該權利ノ登記名義人ニアラサルコト明ニシテ該登記ハ只單ニ既往ノ歴史上存在スルニ止マルカ故ニ之ヲ抹消セサルモ原告ノ所有權行使ニ何等妨ケトナルヘキモノニアラサルヲ以テ唯形式上現ニ效力ヲ存スル最後ノ名義人タル被告本件之助ニ對シテ其登記抹消ヲ求ムレハ足リ被告矢野重吉ニ對シテハ之ヲ求ムルノ要ナキモノトス(函館地方裁判所四五年(ワ)五號民判決法律新聞八一八號二八頁)何レモ至當ノ説明ナリ異論ナシ

家督相續
人廢除取
消ノ訴

之助ニ對シ之カ抹消登記手續ヲ請求ムルハ正當ナリト雖トモ被告重吉ハ本訴地上権ヲ既ニ被告本件之助ニ讓渡シ其後登記ヲ經タルモノナルカ故ニ同人ハ現ニ效力アル該權利ノ登記名義人ニアラサルコト明ニシテ該登記ハ只單ニ既往ノ歴史上存在スルニ止マルカ故ニ之ヲ抹消セサルモ原告ノ所有權行使ニ何等妨ケトナルヘキモノニアラサルヲ以テ唯形式上現ニ效力ヲ存スル最後ノ名義人タル被告本件之助ニ對シテ其登記抹消ヲ求ムレハ足リ被告矢野重吉ニ對シテハ之ヲ求ムルノ要ナキモノトス(函館地方裁判所四五年(ワ)五號民判決法律新聞八一八號二八頁)何レモ至當ノ説明ナリ異論ナシ

九七〇

被相續人ノ家族タル直系卑屬ハ左ノ規定ニ從ヒ家督相續人トナル

- 一 親等ノ異ナリタル者ノ間ニ在リテハ其近キ者ヲ先ニス
- 二 親等ノ同シキモノノ間ニ在リテハ男ヲ先ニス
- 三 親等ノ同シキ男又ハ女ノ間ニ在リテハ嫡出子ヲ先ニス
- 四 親等ノ同シキ嫡出子庶子及ヒ私生子ノ間ニ在リテハ年長者ヲ先ニス
- 五 前四號ニ揭ケタル事項ニ付キ相同シキ者ノ間ニ在リテハ年長者ヲ先ニス
- 九七二 第七百三十七條及ヒ第七百三十八條ノ規定ニヨリテ家督相續人トナル
- 九七三 系卑屬ナキ場合ニ限リ第九百七十七條ノ規定ニ從ヒテ家督相續人トナル
- 九七四 法定家督相續人ハ其姉妹ノ爲メニテ養子縁組ニヨリテ其相續權ヲ害セラレコトナシ
- 九七五 第九百七十條及第九百七十二條ノ規定ニ依リテ家督相續人タルヘキ者カ家督相續ノ開始前ニ死亡シ又ハ其相續權ヲ失ヒタル場合ニ於テ其家ニ直系卑屬アルトキハ其直系卑屬ハ第九百七十條及ヒ第九百七十二條ノ規定ニ從ヒテ其者ト同順位ニ於テ家督相續人トナル
- 九七七 推定家督相續人廢除ノ原因止ミタルトキハ被相續人又ハ推定家督相續人ハ廢除ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得第九百七十五條第一項第一號ノ場合ニ於テハ被相續人ハ何時ニテモ廢除ノ取消ヲ請求スルコトヲ得

家督相續人廢除取消ノ許否

前二項ノ規定ハ相續開始ノ後ハ之ヲ適用セス
 前條ノ規定ハ廢除ノ取消ニ之ヲ準用ス
 (參照)人事訴訟手續法三四 廢除ノ取消ヲ目的トスル訴ニ付テハ廢除ニ因リテ推定家督相續人又ハ推定遺產相續人ト爲リタル者ヲ以テ相手方トス

此訴ヲ提起スルコトヲ得ルモノハ推定家督相續人タルヘキ者ニシテ廢除ニヨリテ當然此權利ヲ回復スルコトヲ得ヘキ場合ニ限ルモノト謂ハサルヲ得ス蓋シ推定家督相續人カ相續開始前ニ於テ相續開始セハ相續人タルヘキ地位ニ在ルトキハ民法ニ於テ之ヲ相續權ト稱シタルコト明ニシテ(民法第七百七十三條第九百七十四條等參照)一ノ權利ナリト謂フ可ク而シテ此權利ハ相續開始セハ直ニ家督相續人トナル可キ者即チ第一順位ノ者ノミ之ヲ有スルモノニシテ第二順位以下ノ者ハ單純ナル希望ヲ有スルニ過キスシテ右ノ權利ヲ有セサルモノトス故ニ第二順位以下ノ者ハ推定家督相續人ト云フコトヲ得サルモノトスルヲ相當トスヘク從ツテ廢除取消ノ訴ヲ許ササルモノト解スヘキモノナリ故ニ廢除セラレ尙當時推定家督相續人タリシ場合ニ於テモ後ニ他家ニ入りタル等ノ事由ニヨリ推定家督相續人タルコトヲ得サルニ至リタルトキハ再ヒ推定家督相續人タル權利ヲ回復スヘキ事情發生スルニアラサレハ廢除ノ取消ヲ請求スルコトヲ得サルモノトス從テ第九百七十七條第一項ニヨリ廢除取消ノ訴ヲ爲スニハ廢除ノ裁判(民法施行前ニ係ルモノニ在テハ廢除許可)當時存在シタル廢除ノ事由止ミタルコトヲ要スルハ勿論ナルモ尙其後右ノ如キ新ナル事情發生シテ推定家督相續人タルヲ得サルニ至ラサルコトヲ要ス若シ右ノ如キ新ナル事情發生シタルトキハ更ラニ推定家督相續人タルコトヲ得ヘキ事情發生スルニアラサレハ其訴ヲ爲スコトヲ得サルモノト解釋セルヲ相當トス若シ夫レ右ノ事情發生シタルカ爲メ推定家督相續人トナルコトヲ得サルニ至リタルモノト雖トモ將來家督相續人タルヘキコトヲ豫想シテ廢除取消ヲ請求スルコトヲ得ヘキモノトセハ民法第九百七十七條ノ法意ニ悖ルニ至ルヘキナリ加之人事訴訟手續法第三十四條ニ廢除取消ノ訴ニ付テハ廢除ノ結果推定家督相續人タル權利ヲ回復スヘキ旨規定シタルハ廢除取消ヲ得タルモノト常ニ利害相反シタルモノト爲シタルカ故ニ外ナラサルヲ以テ此規定ニヨリテ推論スルモ亦以上ノ解釋ヲ相當トセサルヲ得ス而シテ民法第九百七十二條ニハ第七百三十七條及第七百三十八條ノ規定ニヨリテ家族トナリタル直系卑屬ハ嫡出子又ハ庶子タル他ノ直系卑屬ナキ場合ニ限リ第九百七十條ニ定メタル順序ニ從ヒテ家督相續人トナルト規定シテアリ同條ハ第九百七十條ト相俟テ家督相續人トナル可キ順序ヲ定メタル規定ニシテ他家ニアル親族ニシテ戶主ノ同意ヲ得テ入籍シ家族トナリタル者ハ其以前ニ有シタル身分ノ如何ヲ問ハス即チ管テ其家ノ法定ノ推定家督相續人タリシモノト雖トモ均シク同條ノ適用ヲ受ケ他ニ其家ニ嫡出子又ハ庶子タル直系卑屬アル場合ニ於テハ家督相續人トナルコトヲ得サルモノトス(東京控訴院明治四五年(ホ)二八四號民一部判決法律新聞八一八號二二頁)

親族入籍ノ手續ニヨリテ入家シタル場合ニ於テハ相續權ヲ回復スヘキモノニアラサルコトハ明白ナリ(民法三三六頁說明參照)

次ニ廢除取消ニヨリ相續權ヲ直チニ回復スル場合ニアラサレハ此ノ訴ヲ許サスト云フ見解亦正當ナルヘシ同趣旨判例アリ左ノ如シ

相續人廢除取消ノ訴ハ廢除ニ因リ其廢止セラレタル相續人ノ地位ヲ回復シ廢除ニ因

民法 四〇四
ヲ相續人ト爲リタル者ハ其地位ヲ失却スル場合ニ限リ提起スルコトヲ得ヘキモノトス故ニ一旦廢除ノ上他家ニ入リタル者カ其原因全ク止ミタリトスルモ既ニ被相續人ノ家ニ補出子其他直系卑屬ノ存スル場合ハ廢除取消ニヨリテ相續ノ地位ヲ回復シ得サルモノナルヲ以テ廢除取消ノ訴ハ之ヲ許サス(四十一年十月十三日名古屋控訴院民二判決同業報四卷二三號)

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アラサレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

甲カ乙ヨリ贈與ヲ受ケタル不動産ヲ其登記前丙ニ讓渡シタル場合ニ於テ丙ハ直接乙ニ對シテ其登記名義書替ヲ請求スヘキ權利ナキモノトス

右贈與契約ノ趣旨ハ控訴人ノ主張スル所ニ依ルモ被控訴人ハ「スミ」ニ對シ本訴不動産ヲ其所有名義ニ書替登記手續ヲ爲スト云フニ在リテ控訴人ニ該地所ヲ贈與シ控訴人名義ニ登記手續ヲ爲ス可シトノ約旨ニアラサルコト明カナリ而シテ不動産登記ハ不動産ニ關スル權利ノ移轉等ニ付キ登記法ノ定ムル所ニ依リ其事項ヲ公示シ第三者ノ利益ヲ保護シ一般取引ノ安全ヲ期スルモノナレハ其登記關係モ亦事實ニ適合スル事ヲ要スルヲ以テ控訴人カ「スミ」ヨリ該地所ノ贈與ヲ受ケ被控訴人ニ對スル右契約上ノ權利ヲ讓受ケタルニセヨ被控訴人ニ對シ直接該地所ノ所有權移轉登記ヲ請求スヘキ權利ヲ取得セサルヤ當然ノ筋合ナリトス然ラハ控訴人カ被控訴人ニ對シ直接控訴人名義ニ贈與手續ヲ爲スヘク請求シタルハ固ヨリ其當ヲ得サルモノナレハ被控訴人カ右控訴人ノ催告ニ應セザリシトテ毫モ契約違反ナリ云トフヲ得ス(長崎控訴院四五年

(ホ) 六九號民一部判決法律新聞第八一七號二四頁)

判決説明ノ根據ハ登記ハ實體法上ノ權利關係ト合致スルコトヲ要ス從ツテAヨリBBヨリCニ移轉アリタル場合ニCハBヲ除外シテ直チニAニ登記手續ヲ請求スルハ失當ナリトスルニ在リテ至當ノ見解トス

八六 土地及ヒ定着物ハ之ヲ不動産トス

此他ノ物ハ總テ之ヲ動産トス
無記名債券ハ之ヲ動産ト看做ス

未成建物ナルモ既ニ建物ト認ムヘキ程度

當審ニ於ケル檢證ノ結果ニヨレハ本件差押物件ハ整然タル礎石ノ上ニ柱梁桁等ヲ組立テタルモノニシテ柱ニハ各拔ヲ入レ已ニ棟上ヲ終ヘタル程度ニ於テ現存シ只爾後屋根天井ノ板張階上階下ノ床板ヨリ壁付瓦葺等ノ工事ヲ終了セハ以テ工事ノ竣成ヲ達クヘキ状態ニ在リテ已ニ之ヲ建物ト稱シ得ルコト明カナリ(大阪控訴院四五年六月一五日民一判決法律新聞第八一七號二三頁)

至當ノ説明ナリ尙ホ民法二三頁建築中ノ家屋參照

六〇一 賃貸借ハ當事者ノ一方ヲ相手方ニ或ル物ノ使用及ヒ收益ヲ爲サシムルコトヲ約シ相手方カ之ニ其賃金ヲ拂
民法 四〇五

貸借地ニ他人ノ建物存在シ賃借ノ目的ヲ達スルコト能ハサル場合ニハ賃借人ニ對シ其土地ノ引渡又ハ損害賠償ヲ請求スヘキモノニシテ家屋占有者ニ對シテ占有妨害ノ訴ヲ提起スヘキモノニアラス

賃借ハ當事者ノ合意ノミニヨリ成立ス賃借物ノ引渡シハ賃借ノ履行トシテ爲サルニ過キス故ニ敷地賃借ノ成立ノ一事ヲ以テハ控訴人カ右敷地ヲ占有セルコトヲ認定スルニ足ラス……又控訴人ノ所謂占有權妨害トハ控訴人ハ敷地ヲ賃借シタルカ故ニ其引渡シテ受ケ之ヲ占有スヘキ權利アリ而カモ被控訴人所有ノ本件家屋カ敷地上ニ存セル爲メ現ニ土地ノ引渡シテ受ケルヲ得ス故ニ被控訴人ハ控訴人ノ占有スヘキ權利ヲ妨害シタル者也トノ趣旨ナルカ此ノ如クナレハ控訴人ハ宜シク賃借人ニ對シ敷地引渡シテ請求シ其履行ナキニ於テ之レニ對シ損害賠償ヲ求ムヘキノミ第三者タル被控訴人ニ對シ賠償請求權ヲ主張スルヲ得サルハ債權タル賃借權ノ性質上當然ノコトニ屬ス……控訴人カ敷地ノ占有權ヲ有セリトスルモ地上ニ存スルノ故ヲ以テ直ニ家屋ヲ占有スルハ法律ノ許サル所ナリ……假令地上ニ存在スルニモセヨ他人所有ノ家屋ヲ當然占有スヘキ何等ノ權利アルコトナシ(東京控訴院四五年(ネ)四一三號民二判決法律日第一八〇號判例集九九頁)

先取特權ハ其目的物ノ賣却貸貸滅失又ハ毀損ニヨリテ債務者カ受クヘキ金錢其他ノ物ニ對シテモ之ヲ行フ

請負人カ買受木材ヲ材料トシテ建築ヲ爲シ之レカ爲メ注文主ヨリ受クヘキ代金ノ如キハ目的物ノ滅失ニヨリ受クヘキ金錢ト云フヲ得ス即チ此代金ニ對シテハ先取特權ノ效力及ハサルモノトス

コトヲ得但シ先取特權者ハ其拂渡シ又ハ引渡前ニ差押ヲ爲スコトヲ要ス
債務者カ先取特權ノ目的物ノ上ニ設定シタル物權ノ對價ニ付キ亦同シ
三三三 動産賣買ノ先取特權ハ動産ノ代價及ヒ其利息ニ付キ其動産ノ上ニ存在ス

先取特權ヲ有スルヤ否ヤヲ調査スルニ原告代理人ハ伊藤角兵衛ハ債務者松下岩藏ニ對シ木材ヲ供給シ同人ハ該木材ヲ以テ第三債務者タル被告ノ建築ヲ請負ヒタルモノナルヲ以テ松下岩藏カ被告ヨリ受クヘキ該受代金ハ材木ニ代位シ民法第三〇四條ニ所謂目的物ノ滅失ニ依リ債務者ノ受クヘキ金錢ニシテ伊藤角兵衛ハ右受代金ニ付テ先取特權ヲ有スル旨抗爭スレトモ同條ノ規定ハ他ノ一般物權共通ノ性質ニ對スル一個ノ例外規定ヲ爲スモノナレハ最モ嚴肅的ニ解釋スヘキモノニシテ同條ニ對スル滅失ニヨリテ債務者カ受クヘキ金錢其他ノ物トアルハ其滅失トハ唯タ物理的ノ滅失ニ限リタルニ非ラサルコトハ勿論ナレトモ然カモ其金錢其他ノ物ハ目的物ノ滅失自體ニ因リ受取ル可キモノナラサル可カラズシテ本件ノ如ク債務者カ先取特權者ヨリ供給セラレタル材木ヲ以テ第三債務者ヨリ請負ヒタル建物建築工事ノ完成ノ爲メニ其材料トシテ使用シ其工事完成ノ報酬トシテ受クヘキ請負金ノ如キハ目的物タル材木ノ滅失自體ニヨリ債務者カ受クヘキ金錢ニ該當セサルモノト認ムルヲ相當トス(大阪地方裁判所四五年(ワ)四九五號民三判決法律新聞八一六號二四頁)

至當ノ見解異論アルヘキ筈ナシ

七〇九 故意又は過失ニヨリ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責任ニ任ス

山林下戻ニ付詐欺手段ニヨリ行政裁判ノ勝訴ヲ得確定判決トナリタル後刑事訴訟追ヲ受ケ有罪判決アリタル場合ノ如キハ不法行為トシテ國家ニ對シ賠償責任ヲ免レサルモノトス

民事裁判所ノ判決ノ本領ハ私權ノ保護ニあり行政裁判所ノ判決ノ本領ハ行政法規ニヨリテ與ヘラレタル個人ノ權利ノ保護ニあり等シク權利ノ存在不在ヲ宣言シ之ヲ確定スルモノニシテ之ヲ創設シ消滅スルモノニアラス然ルニ裁判所カ實際存在スル權利ヲ存在セスト宣言シ實際存在セサル權利ヲ存在スルモノト宣言シ客觀的ノ眞實ニ背反スル不當認定ノ判決ヲ爲シタル場合ニ於テハ恰モ實在ノ權利ヲ消滅シ不在ノ權利ヲ創設スルカ如キ判決ノ本領ニ悖リタル效果ヲ生スルハ免レズト雖トモ不當認定ノ判決モ亦判決タルヲ失ハサルカ故ニ其確定ニヨリテ既判力ヲ生スルハ止ムテ得サル處ナリト然レトモ訴訟當事者カ右ノ如キ不當認定ノ判決ヲ得ルニ至リタル手段方法カ刑事裁判所ニ於テ犯罪行為トシテ處罰スヘキモノナルコト明確トナリル以上勝訴者ハ故意ヲ以テ國家ノ裁判機關ヲ通シ敗訴者ノ權利ヲ侵害シ之レニ損害ヲ加ヘタルモノトシテ不法行為ノ責任ニ任スヘキモノト論定セサル可カラズ若シ夫レ斯クノ如キ有實違法ノ行為ニヨリテ他人ノ權利ヲ侵害シ損害ヲ加ヘタルモノカ徒ニ不當認定判決ノ既判力ノ威力ヲ藉リテ不法行為ノ責任ヲ免ルルコトヲ得ルモノトセハ遂ニ民法第七百九條ノ適用ヲ故ナク局限シ不法行為者ヲ保護シ被害者ヲ救済セザル不當ナル結果ヲ生スルニ至ルヘシ(和歌山地方裁判所判決法律新聞第八一六號二

六頁)

至當ノ見解異論ナシ而シテ如斯行為カ詐欺罪ヲ構成スヘキコトハ刑法七三頁支拂命令ノ申請ニヨル詐欺罪參照

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

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

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

九五 親族會ノ決議ニ對シテハ一介月内ニ會員又ハ第九百四十四條ニ掲ケタル者ヨリ其不服ヲ裁判所ニ訴フルモノト得

選定相續ノ順位ニ反スル決議ハ當然無効ニアラスシテ裁判所ノ宣言ニヨリ無効トナルモノトス

案スルニ被控訴代理人ハ本訴決議ハ民法第九百八十五條第一項ニ違背シ實質上決議ノ效力ナキコトヲ理由トスルモノナレハ決議無効ノ訴ヲ爲スハ格別決議取消ノ訴ヲ爲ス可キモノニアラス特抗爭スルモ民法第九百八十五條第一二項ハ絕對的規定ニアラサルコトハ同條第三項ニ裁判所ノ許可ヲ受クル時ハ右條項ニ拘ハラス他人ヲ選定スルヲ得ル旨規定セルニ依リ明カナリトス從テ同條ノ規定ニ違背シタル決議ハ民法第九百五十一條ノ訴ニ依リ無効トナルヘキ實質上ノ規定ニ違背シタル決議ハ民法無効トス可キ重大ナル瑕疵アル決議ナリト看做スコトヲ得ス(長崎控訴院四四年(木)三三號民一判決法律新聞八一八號二七頁)

判例ハ當然無効ニアラストノ説即チ本判決ト同趣旨ナルモ(三七年大審院判決録九〇年上五)有力ナル學者ノ反對アリ(民法一七三頁說明參照)

民法

四一〇

四一四 債務者カ任意ニ債務ノ履行ヲ爲ササルトキハ債權者ハ其強制履行ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但シ債務ノ性質カ之ヲ許ササルトキハ此限リニアラス
債務ノ性質カ強制履行ヲ許ササル場合ニ於テ其債務者カ爲テ目的トスルトキハ債權者ハ債務者ノ費用ヲ以テ第三者ニ之ヲ爲サシムルコトヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但シ法律行爲目的トスル債務ニ付テハ裁判所以テ債務者ノ意思表示ニ代ユルコトヲ得
不作爲目的トスル債務ニ付テハ債務者ノ費用ヲ以テ其爲シタルモノヲ除却シ且將來ノタメ適當ノ處分ヲ爲スコトヲ請求スルコトヲ得
前三項ノ規定ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ケス
(參照)民法七三三 民法第四百四十四條第二項及ヒ第三項ノ場合ニ於テハ第一審ノ受訴裁判所ハ申立ニ因リ民法ノ規定ニ從ヒテ決定ヲ爲ス
債權者ハ同時ニ其行爲ヲ爲スニ依リ生ス可キ費用ヲ豫メ債務者ニ支拂フ爲サシムル決定ノ宣言アラソコトヲ申立ツルコトヲ得但シ其行爲ヲ爲スニ因リ此ヨリ多額ノ費用ヲ生スルトキ後日其請求ヲ爲ス權利ヲ妨ケス
同七三四 債務ノ性質カ強制履行ヲ許ササル場合ニ於テ第一審ノ受訴裁判所ハ申立ニ因リ決定ヲ以テ相當ノ期間ヲ定メ債務者カ其期間内ニ履行ヲ爲ササルトキハ其遅延ノ期間ニ應シ一定ノ賠償ヲ爲スヘキコト又ハ直チニ損害ノ賠償ヲ爲スヘキコトヲ命スルコトヲ要ス

民法四一四條ハ訴權ニ關スル要件ヲ規定シタルモノナリヤ
同條ニ所謂「強制履行」ノ意義如何

本條ハ所謂訴權(訴權ノ意義種々ニ用ヒラルト雖トモ予ハ之ヲ狹義ニ用ヒ國家ノ裁

第一項 民法四一四條ノ規定ノ性質

判機關即チ裁判所ニ對シテ判決ヲ請求スル權利即チ判決請求權ノ意義ニ用ユニ關スル要件ヲ規定シタルモノナリヤ否ヤ大審院ハ本條ハ訴權ニ關スル要件ヲ規定シタルモノナリトノ見解ヲ取リ公正證書作製ノ手續ヲ爲スヘキ債務ハ即チ作爲ノ債務ニシテ其性質トシテ強制履行ヲ許ササルモノナルヲ以テ本訴請求ハ法律上之ヲ許ス可カラサルモノナリトスト云ヒ(明治三十八年(オ)第八十四號)又上告人ニ對シテ請求スル清算ハ………相手方ノ作爲ニ外ナラサルコトハ訴訟記録ニ徴シテ毫モ疑ヲ容ルヘキニアラス………要スルニ民法第四百四十四條ニ所謂強制履行ヲ許ササル性質ヲ有スルモノナレハナリト(明治四十年(オ)第九十七號)又廣島控訴院モ亦同一趣旨ノ判決ヲ爲セリ(法律新聞四八〇號八頁所載)
此等ノ判例ノ趣旨ニ依レハ強制履行ノ爲メニ非ス單ニ債權ヲ確定シ給付ヲ命シテ貰フタケノ目的ノ爲メニモ即チ訴ヲ提起スルコトヲ得ス唯リ損害賠償ノ請求トシテ訴ヲ提起スヘキモノト爲スナリ
此等ノ判例ノ誤レルコトハ多言ヲ要セス故梅博士及ヒ川名博士ノ夙ニ其非ヲ唱導セラレタル所ナリ(法學志林十卷四號七頁法學協會雜誌二十七卷十一號八二一頁以下)
民法第四百四十四條第一項但書ハ訴權ニ對スル制限ニアラスシテ強制履行ノ制限ト解セサルヲ得ス隨テ未必條件ハ判決ヲ求ムルコトヲ得ヘシ即チ或ル行爲ヲ爲スヘシ若シ之レヲ爲ササルトキハ金何圓ノ損害金ヲ支拂フヘシトスルカ如シ本條ノ解釋ニ關シ明治三十四年中東京地方裁判所カ民法第四百四十四條ハ遲滞ノ效力トシテ強制履行ノ訴ヲ許スヤ否ヤニ關スルモノニアラスシテ強制履行ニ關スル規定ナリト判決シタルハ洵ニ其當ヲ得タメルノト云フヘシ(法律新聞四七號十頁所載)

第二項 制履行ノ意義

民法第四百四十四條第一項乃至第三項ハ強制執行ニ關スル規定ナリトスルモ同條ハ凡ソ

民法

四一一

債務ハ之ヲ二分シ強制履行ヲ許スモノト然ラサルモノトノ二種トナセリ又民訴七百三十四條ハ汎ク債務ノ性質カ強制履行ヲ許スモノニ付テノ執行ノ方法ヲ規定セリ故ニ強制履行ナル文字ノ意義ヲ定メサル可カラズ

第一説 茲ニ債務ノ性質カ強制履行ヲ許ストキハト云フハ直接間接ノ強制手段ヲ問ハス強制執行ヲ許スノ意ナリト最モ廣ク解スルモノ石坂博士ノ見解之レナリ(同博士日本民法債權篇七八頁)然レトモ第二項ノ場合即チ第三者ヲシテ代リテ爲サシムル場合ハ間接ノ強制手段ナルモ而カモ法文ハ強制履行ヲ許ササル場合ト爲セリ故ニ法文ニ反スル結果ヲ生ス

第二説 強制履行トハ間接ノ強制手段ニヨリテ債務者ノ意思ヲ抑壓シテ債務者ヲシテ自ラ債務ノ履行ヲ爲サシムルコトヲ謂フト解セリ(明治大學創立三十年記念號學叢二四頁仁井田博士論文)然レトモ此ノ見解ハ強制執行ノ中ニ包含セサルコトトナリ不都合ナルノミナラス同條第二項ニ於テ代營的作爲ノ義務ノ執行ヲ規定シ之ヲ以テ債務ノ性質上強制履行ヲ許ササルモノト見タル主意ト相反ス

第三説 茲ニ強制履行トハ直接ノ強制執行ノ意ニ外ナラス之ニ相對スルモノハ間接ノ強制(Vis Compulsiva)ニシテ例ヘハ罰金拘留一定ノ賠償ニヨリテ債務者ノ意思ヲ抑壓シテ債務ヲ履行スルノ已ムヲ得サルニ至ラシムルコトヲ云フト解セリ(川名博士法學總會雜誌二六卷論說編八二七頁(Saenger, O. te and H.S. 569; Fitting 12 te and H.S. 575)) 然リト雖モ第三説ニヨルトキハ民訴七百三十四條ノ強制履行ノ意義ヲ解スルコト能ハサラシム

予輩ハ第四説トシテ強制履行ナル文字ハ民法ト民事訴訟法トニ於テ別々ノ意味ニ解スルヲ至當ト信スルナリ即チ民法ノ強制履行トハ直接ノ執行ヲ許ス場合ト解シ民訴第七百三十四條ハ間接ノ執行ヲ許ス場合ト解スルナリ是レ恐ラクハ民法立案者ト民事訴訟法立案者トカ強制履行ナル文字ノ使用解釋ニ付キ異ナリタル見解ヲ持シタル

カ故ナルヘシ(加藤法學博士法學志林一四卷九號三八頁以下)

民訴學者ハ大體ニ於テ本論ト同趣旨ニ解スルモノノ如シ殊ニ板倉學士ハ或ル事業ノ報告ヲ爲ス義務又ハ俳優ノ演技義務ノ如キハ強制履行ヲ許ス不代換的ノ作爲ヲ目的トスル債權ニシテ之カ執行方法ハ民訴七三四條ノ間接ノ執行方法ニ依ルヘキモノト説明シ岩田學士モ亦同趣旨ノ説明ヲ爲セリ(板倉氏法政大學講義錄六編以下三三八頁岩田氏民訴法原論下卷二九二、三九四頁)即民法四一四條ニ履行ヲ許ササルモノナルモ民訴七三四條ニ於テハ之ヲ許スト解スルモノナリ

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實ニ歸スヘキ事由ニ因リテ履行ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルトキ亦同シ

四一六 損害賠償ノ請求ハ債務ノ不履行ニ因リテ通常生スヘキ損害ノ賠償ヲ爲サシムルヲ以テ其目的トス

特別ノ事情ニ因リテ生シタル損害ト雖モ當事者カ其事情ヲ豫見シ又ハ豫見スルコトヲ得ヘカリシトキハ債權者ハ其賠償ヲ請求スルコトヲ得

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

履行ノ場所以外ニ送先場所ヲ特約シタルトキト雖トモ履行ノ場所ニ於テ引渡ヲ爲サハ其履行ヲ完了シタルモノトス

債務不履行ニヨル損害ト云フヲ得サル場合

債務不履行ニヨル損害ノ立證責任
特別ノ事情ニヨリテ生シタル損害

第一號證ニ受渡場所トアルハ如何ナル意義ナルヤヲ審究スルヲ要ス凡ソ物ノ所有權
 移轉ヲ目的トスル債務ニ付テハ履行ノ場所以外ニ特約ニヨリ目的物ヲ送付スヘキ送
 先場所ヲ定ムルコト任々之レアルモノトス是レ債權者カ其目的物ヲ履行ノ場所以外
 ニ於テ使用スルノ必要アルトキニ多ク見ル所ナリ履行ノ場所ト云フハ債務ノ履行ヲ
 爲スヘキ地點ニシテ物ノ所有權ヲ移轉スヘキ債務ニ付テハ引渡シテナスヘキ場所
 ナ云フ故ニ右ノ場所ニ於テハ債務者ハ履行ノ場所ニ於テ引渡シタル爲スノ外特約ニ基キ
 送先場所ニ送付スルノ義務アルモ履行ノ場所ニ於テ引渡シタルトキハ已ニ其物ノ權
 利及ヒ占有ヲ移轉スヘキ債務ノ履行ヲ完了シタルモノト云フヘシ從テ民事訴訟法第
 十八條ノ裁判管轄民法第四百三條ノ爲替相場ノ標準其他損害賠償價格計算ノ標準等
 ハ此履行場所ヲ包含スル履行地ニ於テ定マルモノニシテ送先地ニ於テ定マルモノニ
 アラス

被控訴人ハ明治四十年八月一日ヨリ同年八月二十日マテ石工一日七人ツツヲ募集シ
 置キタルニ石材ノ送致ナカリシ爲メ石工ヲシテ徒ラニ時間ヲ空過セシメタルヲ以テ
 其間ニ支拂ヒタル工賃百二十六圓ヲ損害トシテ賠償ヲ求ムルモ乙第一號證ノ契約ハ
 控訴人カ明治四十年八月一日ヨリ石材切出シニ着手シ同年九月二十日迄ニ引渡シ
 了スヘキコトヲ約シタルモノニシテ必ラス八月一日ヨリ毎日若干額宛ノ石材ヲ引渡
 スヘキコトヲ約シタルモノニアラス同年八月一日以後八月二十日迄ニ石材ノ送致ナ
 カリシトスルモ債務ノ不履行トナラス故ニ假令被控訴人カ石材送致前八月一日ヨリ
 八月二十日迄石工ヲ雇入レ仕事ヲサシメスシテ工賃ヲ支拂ヒタリトスルモ控訴人

ノ債務不履行ノ結果生シタル損害ナリト云フコトヲ得ス

被控訴人ハ明治四十年九月二十七日ノ竣工期限ニ工事竣成シタランニハ直チニ請負
 金ノ下附ヲ得ヘカリシニ控訴人カ石材ノ送致ヲ遅延シタルニヨリ工事ノ竣成遅レ從
 テ請負金ノ下附連レタルヲ以テ其間ノ年五分ノ利息ヲ損害トシテ賠償ヲ請求スルヲ
 以テ之ヲ案スルニ假令控訴人ヨリ石材ヲ乙第一號證契約ニ定メタル明治四十二年九
 月二十日迄ニ滞リナク送致シタリトスルモ被控訴人ハ工事ニ必要ナル石材以外ノ諸
 材料ノ買入石工土工等ノ雇入其他諸費用ノ支出ヲ爲スニアラサレハ工事ヲ完成シテ
 所定ノ請負金ノ下附ヲ受クルコトヲ得サルモノナレハ控訴人ノ債務不履行ノ結果ト
 シテ被控訴人ハ工事竣成遅延ノ爲メ請負金ノ利息ヲ得ルコト能ハサル損失ヲ被ムル
 ト共ニ此等各費用支出ノ負擔ヲ爲スコトヲ得テ其利息ヲ收ムルノ利益ヲ獲タルモノ
 ト推測セサルヲ得ス故ニ於テカ從來損得相殺ト稱スル問題ニ一瞥ヲ與フルノ必要ヲ
 生ス即チ損害賠償義務發生ノ事實ニ依リ被害者カ損害ト共ニ利益ヲ得ルノ事情アル
 トキハ舉證ノ責任ハ何レニアルカヲ考フルニ或ハ利益ノ生シタルコトハ債務者之レ
 ナ立證スヘキモノナリト論スルモノナキニアラスト雖トモ利益カ損害ヨリ後レテ發
 生スヘキモノナルトキハ其說一理ナキニアラスト雖トモ利益カ損害ト同時ニ若クハ之レ
 ヲリモ早ク發生スヘキモノナルトキハ損害ハ全ク打消サレ又ハ滅殺セラレルモノナ
 レハ全然損害ナキカ又ハ利益ニヨリ滅殺セラレタル殘餘部分ノミ損害トナルモノナ
 リ其利益ヲ顧ミシテ單ニ損害ヲ云爲スルハ皮想觀察タルニ過キス故ニ當事者ノ陳
 述ヨリ利益カ損害ト同時ニ若クハ損害ニ先キクテ發生シタリト推測セラレヘキ事情
 顯ラハレタルトキハ此事情ハ債權者ノ主張スル損害ノ存否ニ關係スルモノナレハ債
 權者ニ於テ損害ノ存在即チ利益不發生ノ立證ヲ爲ス責任アリト云フハ解ス可カラサルナリ故ニ前顯ノ問題ニ付テ
 利益發生ノ立證ヲ爲ス責任アリト云フハ解ス可カラサルナリ故ニ前顯ノ問題ニ付テ

ハ一ノ區別ヲナシ利益ノ發生力損害ノ發生ヨリ後ルル場合ニハ一旦存在シタル損害カ後ノ事實ニ依リ消滅又ハ減少ス可キモノナレハ當事者ノ陳述ヨリ此ノ如キ事實アリト推測セラルル事情アル場合ニ於テハ債權者ノ主張スル損害ノ消滅即チ利益發生ノ事實ヲ立證スルノ責任アリトス之レニ反シテ利益力損害ノ發生ト同時ニ若クハ之ニ先テ推測セラルルヘキ事情顯ラハレタル場合ニ於テハ損害ノ存否ニ關スル問題ナレハ前記説明ノ理由ニヨリ債權者ニ於テ損害ノ存在スルコト即チ利益ノ發生セサル事實ヲ立證スルノ責任アリト謂フヘキナリ本件ニ付テ之ヲ見ルニ被控訴人カ工事ヲ落成セシムルニ付キ要スル各費用ノ支出ヲ差加ヘ其利息ヲ收ムルコトヲ得タリト推測セラルル利益ハ決シテ工事竣成遲延ノ爲メ請負金ノ利息ヲ受クルコトヲ得サリシ損害ノ後ニ發生シタルモノト云フヘカラス控訴人ノ債務不履行(假リニアリトスルモ)結果工事ヲ爲スコトヲ得サルニ至リ工事ヲ爲スコトヲ得サル結果一方ニ於テハ其竣功期ノ遲延及ヒ請負金下附ノ遲延ヲ生シ爲メ被控訴人ハ其利息ノ損失ヲ被ムルニ至リタルト同時ニ他ノ一方ニ於テハ其石材ヲ用ヒテ工事ノ完成ヲ爲スコキ各出費ノ額ヲナシ其利益ヲ收ムルコトヲ得ルノ利益ヲ有シタルモノト推測セラルル事情アリト解スルヲ相當トス故ニ債權者タル被控訴人ニ於テ此ノ如キ利益ヲ得タルコトナリ其主張スル如キ損害カ現存シタルカ若クハ利益ヲ獲タルモ損害ヨリ少クシテ其ノ差額ノ損害ヲ被リタルカノ事實ヲ立證スルノ責任アリトス

降雪ニヨリ已成ノ石垣ノ破壊センコトヲ慮リ其防衛ノ爲メ明治四十年十二月一日ヨリ馬場重太郎ニ託シ外一名ト共ニ工場ヲ監視セシメタル人夫賃金九十七圓六十錢ノ賠償ヲ請求スルモ假令控訴人ニ債務不履行ノ責アリトスルモ證人馬場重太郎ノ證言ニヨレハ此ノ如キ工場監視ヲ必要トスルニ至リタルハ敷地ノ窪地ニ水カ溜リ又夕降

何レモ至當ノ見解ト信ス

雪ノ早カリシヲ以テ雪水ノ爲メ石垣ヲ破ミアル部分ヲ崩ス虞レアリタルニ因ル故ニ之ヲ豫防スル爲メニ費用ヲ要シタルハ通常ノ事情ニヨツテ生スヘキ損害ナリト云フコトヲ得ス且ツ控訴人ニ於テ之レヲ豫見シ又ハ豫見シ得ヘキモノナルコトノ立證ナキヲ以テ其賠償ノ請求ハ理由ナシトス(東京控訴院四一(ホ)四五二號民一部判決法律新聞八一七號一九頁以下)

假處分供託金ノ性質

(參照)民訴七五九

特別ノ事情アルトキニ限り保證ヲ立テシメテ假處分ノ取消ヲ許スコトヲ得

第三者ノ供シタル假處分供託金

假處分供託金ノ供託ハ法律上質權ノ設定ニ準スル效力ヲ生スヘキモノトス

第三者カ假處分命令申請人ノ爲メニ供託ヲ爲スコトハ敢テ違法ニアラサルカ故ニ本件供託ハ之ヲ無効ナリト論スルハ失當ナリ

我法律ニハ供託シタル金錢又ハ有價證券ニ對スル被假處分者ノ權利ニ付キ特ニ明言スルトコロナシト雖トモ供託行爲自體ニヨリテ法律上質權ヲ設定シタルト同一ノ效力ヲ生スルモノト解セサルヘカラス而ラハ供託ノ效果ハ供託物自體(若シ供託物カ一且金庫ノ所有ニ移ルトキハ其返還請求權)ヨリ損害ノ填補ヲ受クル權利ニシテ供託物ヲ離レ其價格ヲ限度トシテ一種ノ對人的擔保義務ヲ發生セシムルモノニアラスト云ハサルヘカラス故ニ被控訴人ハ須ラク質權實行ノ方法ニ準シテ供託物ヲ賣却シ其賣却金中ヨリ損害ノ填補ヲ爲スヘシ然ルニ事茲ニ出テス控訴人カ供託セル社債權ノ價

格ノ範圍内ニ於テ法律上保證義務ヲ負擔スルト同一ノ效果發生セルモノト解シ之レニ基キ金員ノ支拂ヲ求ムルハ失當ニシテ之レヲ認容シタル原判決モ亦失當ナリ(東京控訴院四五年(ホ)七〇號民三判決法律日第一八〇號判例集一〇一頁)

假處分保證金ハ他ノ債權者ノ左右シ能ハサル所ニシテ優先的效力ヲ生スルカ故ニ之ヲ質權ニ準スル效力アリト解シタルハ正當ナルヘシ

準消費貸借ノ成立要件

五八八 消費貸借ニ因ラスシテ金錢其他ノモノ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

準消費貸借ノ成立スルニハ給付義務ヲ負フ者ニ於テ給付スヘキ金錢其他ノ物ハ確定セル數量ノ物ナラサル可カラズ然ルニ甲第一號證ノ一第六號證ニ依リ被控訴人カ控訴人ニ對シ給付スヘキ物ハ被控訴寺及ヒ同寺住職タキ被控訴人日勝ノ収入財産中ヨリ毎月金八十三圓三十三錢三厘ヲ控除シタル殘額ノ二割五分ニシテ其額ハ収入財産ノ多寡ニ應シ毎月増減スヘク決シテ確定不動ノモノニアラス其給付スヘキ物ノ總額ハ金二萬七千八百圓ナリト認ムルニ由ナク結局民法第五百八十八條ニ依リ金二萬七千八百圓ノ準消費貸借ノ成立スヘキ理由ナキカ故ニ甲第七號證ノ契約ハ到底無効ニシテ該號證ハ債務名義タルニ適セルモノトス(大阪控訴院明治四四年(ホ)三〇九號民二判決法律新聞八一八號二四頁)當然ノ解釋異論ナシ

契約解除ニ於ケル原狀回復ハ不當利得ノ法理ニ基クヤ

契約解除ニ於ケル原狀回復ハ不當利得ノ法理ニ基クヤ

本問ニ付キ西川法學士ハ契約解除ハ其效果トシテ既存ノ契約ヲ廢却シ其契約ニ依リ發生シタル債權關係ヲ消滅セシム故ニ未タ履行セラレサル債務ハ消滅シ又解除サレタル契約ニ基キ給付アリタル場合ニハ給付行為ハ解除ニ因テ其原因ヲ失フニ至ルヲ以テ不當利得ノ返還請求權ヲ生スヘシ何トナレハ給付ノ原因缺如シタルニ拘ラス其債權之ヲ放任スルニ於テハ受益者ハ法律上ノ原因ナクシテ他人ノ損害ニ於テ自己ヲ利得スル不公平ノ結果ヲ來セハナリ民法第五百四十五條第一項ニ於テ原狀回復ノ義務ヲ認メタル所以モ亦茲ニ存スヘク隨テ同條規定ノ根據ハ不當利得ニ關スル原則ノ適用ニ外ナラスト解スルヲ相當トスヘシト說明サル(法學士西川一男民法學新報二二卷一〇號一〇五頁以下要領)

同說

五四五條ハ元來不當利得ノ法理ニヨルモノナレトモ單ニ不當利得ノ規定ニ從テノミ返還セシムルハ正當ナラサルカ故ニ法律カ特ニ嚴格ナル返還義務ニ服スヘキモノト爲シタルモノナリ(竹田學士京都法學協會雜誌三卷二號九四頁以下)

反對

五四五條ノ原狀回復ノ義務ハ不當利得ノ返還義務ニ類似スルモ其性質效果共ニ重要

抵當權
土地ニ對シテ
執行スルニ
關係トスル
永小作權ノ
執行トスル
關係トスル

民法

ナル差異アリ原狀回復ノ義務ハ各當事者ヲシテ契約成立以前ノ狀態ニ復セシムルコトヲ目的トスルモ不當利得ノ返還請求權ハ相手方ノ受ケタル利益又ハ現ニ存スル利益ヲ返還セシムル目的トシ利得者ハ其受ケタル利益ヲ返還スレハ足ル返還權利者ノ財産上ノ地位カ原狀ニ復スルト否トナ問ハス故ニ原狀回復ノ義務者ハ自己ニ何等ノ利益ナキ場合ト雖モ相手方ノ損失ニ付キ返還義務ヲ負擔ス又惡者ノ受益者ハ一切ノ利益ヲ返還スル義務ヲ負フモ原狀回復ノ義務者ハ其責ニ歸スヘカラサル事由ニ因ル回復ノ不能ニ付テハ一般ノ原則ニ從ヒ其責ヲ免ル(横田博士債權各論一九三頁以下 岡松博士法學新報一九卷三號八二、八三頁參照)

吾人ハ反對說ヲ正當ト信ス

三八一

抵當權者カ其抵當權ヲ實行セント欲スルトキハ豫メ第三百七十八條ニ掲ケタル第三取得者ニ其旨ヲ通知スルコトヲ要ス

(參照)民訴六四九 差押債權者ノ債權ニ先ツ債權ニ關スル不動産ノ負擔ヲ競落人ニ引受ケシムルカ又ハ賣却代金ヲ以テ其負擔ヲ辨濟スルニ足ル見込アルトキニ非レバ賣却ヲ爲スコトヲ得ス

不動産ノ上ニ存スル一切ノ先取特權及抵當權ハ賣却ニ因リテ消滅ス(下略)

同六五六 裁判所ハ最低賣價價格ヲ以テ差押債權ニ先ツ不動産上ノ總テノ負擔及ヒ手續ノ費用ヲ辨濟シテ剩餘アル見込ナシトスルトキハ差押債權者ニ其旨ヲ通知ス可シ(下略)

抵當權ノ設定セラレタル土地ニ對シ永小作權ヲ取得シタル者アル場合ニ於テ其後土地所有者ノ一般債權者ヨリ其土地ニ對シテ競賣ノ申立ヲ爲シ競落許可ノ決定アリタルトキハ永小作權ハ消滅スヘキモノナリヤ

本問題ニ付テ是ニ東京控訴院ハ判決理由中ニ永小作權ハ消滅スト判示シタルニ對シ

四二〇

民法

(法律新聞八〇六號二一頁參照)大阪山口銀行員西村孝三氏ハ左ノ理由ノ下ニ反對ノ意見ヲ發表セラレタリ

(一)永小作權設定後ニ於テ一般債權者ノ申立ニ因テ土地カ競賣ニ附セラレルモ永小作權ノ效力ニ影響ヲ及ボササルヘキハ一般ノ原則ナリ本問ノ場合ニ於テハ永小作權ニ優先スヘキ抵當權ノ設定アリ競賣ノ結果民訴六四九條ニ依リ抵當權ノ消滅ヲ來スカ故ニ其必然ノ結果トシテ永小作權モ消滅スト解スルカ如キモ之レ非ナリ蓋シ抵當權ノ實行ニ因テ永小作權ノ消滅力カ抵當權ノ消滅ニ因ル必然ノ結果ニアラサルナリ

(二)本問ノ場合ハ抵當權ノ實行ニアラスシテ一般債權者カ債權ノ效力ニ基キ強制競賣ヲ爲スモノナリ即チ抵當權ト永小作權トカ相抵觸スル場合ニ非サルカ故ニ抵當權ノ消滅スルカ故ニ永小作權ハ消滅ストノ理論ハ適用スヘキモノニ非ス此場合ニ抵當權ニ永小作權ノ消滅スヘキ規定ナク又實體法上登記シタル永小作權者ハ後ニ一般債權者ノ權利行使ニヨリテ不利益ヲ蒙ルヘキ規定ナシ

(三)一般債權ニ基ク強制競賣ノ場合ニハ競賣申立者ニ於テ民法三八一條ノ通知ヲ爲スノ義務ナキハ明ナリ蓋シ此競賣ハ第三取得者ノ權利ニ影響ヲ及ボスコトナキカ故ナリ本問ノ場合ニ於テ通知ヲ要セサルモ猶ホ永小作權ハ消滅スヘシトセハ民法三八一條ト矛盾スルニ至ル何トナレハ抵當權ノ實行ニ付テモ此通知ヲ要スルニ一般債權ノ實行トシテ此通知ヲ要セスシテ永小作權ヲ消滅セシムトセハ等シク第三取得者ノ權利消滅ニ關シ甚シキ不權衡ヲ生スヘケレハナリ

以上ノ理由ニヨリ余ハ抵當權ハ消滅シ永小作權ハ消滅セサルモノト解ス但シ永小作權者ハ大ナル利益ヲ得ヘシト雖モ之レ一般債權者ニ優先スル當然ノ結果ニシテ之カ

四二一

爲メニ抵當權者ハ聯カモ不利益ヲ蒙ルコトナシ何トナレハ一般債權ノ強制執行ニ於テハ優先債權ヲ辨濟シ得ルニ非レハ競賣ヲ許ササルカ故ニ(民訴六四九、六五六)永小作權ノ消滅セサル爲メ競賣金少額ナリシトスルモ抵當權者ニ於テ何等痛痒ヲ感セス且ツ之カ爲メ競賣不能ニ終ルモ抵當權者カ權利ヲ實行スルニ妨ケサルヘケレハナリ
 抵當權ノ係争問題ノ如ク抵當權者カ其債權ニ基テ爲シタル強制執行ニ付テモ理論ハ同一ナリ(法律新聞第八一九號五頁以下要領)

吾人ハ本論ニ贊同ヲ表スルコト能ハス蓋シ永小作權ヲ存續シタル儘競賣ヲ爲スモノトスレハ元來抵當權ニ對抗スルコト能ハサル永小作權ナルニ不拘(定登記後設定登記ヲ爲シタルモ)抵當權ニ對抗スヘキ結果ヲ生ス蓋シ抵當權ノ效力トシテ抵當權設定登記後設定セラレタル物權ハ抵當權ニ對シテ對抗力ナキハ言ヲ俟タサル所ニシテ而シテ其對抗力ナシトハ競賣ノ場合ニ於テ之ヲ無視シ全ク不存在ノモノトシテ競賣シ得ヘキニアリ故ニ假令抵當權ノ實行トシテノ競賣ニアラスシテ一般債權者ヨリ爲シタル強制執行ニヨル競賣ナリトスルモ而カモ競賣タル點ニ於テハ抵當權者ヨリノ實行ニヨル競賣ト更ニ異ナル所ナキヲ以テ此場合ニ於テモ亦之ヲ不存在ノモノトシテ競賣スヘキヲ當然トスレハナリ尙ホ參考トナルヘキ判例左ノ如シ

抵當權ハ債權ノ擔保ニ供セラレタル不動産ニ付キ優先ノ辨濟ヲ受クル權利ヲ謂フモ

ノナレハ抵當權者カ抵當不動産ヲ競賣ニ付スルハ其競賣法ニ依ル競賣ナルト將タ民事訴訟法ニ依ル競賣ナルトナリト問ハス苟モ抵當不動産ニ付キ優先ノ辨濟ヲ受クル爲メナル以上ハ抵當權ノ實行ニ外ナラス(三七年大審院判決録六五七頁)

廢家(未成年者)

四 未成年者カ法律行爲ヲ爲スニハ其法定代理人ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス但單ニ權利ヲ得又ハ義務ヲ免ルヘキ行爲ハ此限リニアラス

七六二 新タニ家ヲ立テタル者ハ其家ヲ廢シテ他家ニ入ルコトヲ得
 家督相續ニヨリテ戸主トナリタル者ハ其家ヲ廢スルコトヲ得ス但本家ノ相續又ハ再興其他正當ノ事由ニヨリ裁判所ノ許可ヲ得タルトキハ此限ニアラス

意思能力アル未成年者ノ身分ニ關スル事項ニ付テハ其法定代理人ノ同意ヲ要セス

法曹會ハ右ノ如キ決議ヲ爲シ其理由トシテ親權者又ハ後見人ハ原則トシテ其未成年者ノ身分上ノ權利關係ニ付テハ何等容喙スル能ハサルナリ從テ特別ノ明文例令民法第七百五十一條第十九條ノ如キアル場合ハ格別然ラサル限り法定代理人ハ未成年者ノ身分關係ニ影響ヲ及スヘキ事項ニ付テハ未成年者ニ代ハリテ之ヲ爲シ又ハ未成年者カ之ヲ爲スコトニ付キ同意ヲ與フルノ權限ヲ有セサルモノト謂フヘシト説明セリ(法曹記事二卷一〇號二六頁以下)

法定代理人ハ未成年者ノ身分ニ關スル事項ニ付テハ特別ノ明文ナキ限り代表權ヲキコトニ付テハ異論ナキモ(三五年大審院判決録五四頁牧野氏日本親族法)未成年者

ニ意思能力アリテ廢家ヲ爲スニハ法定代理人ノ同意ヲ要ストノ説アリ(牧野氏前)但理由不明ナリ
 未成年者ノ身分ニ關シテハ法定代理人ニ代表權ナキヲ原則トスルモ未成年者ニ意思能力アル場合ニ於テ未成年者カ法律行為ヲ爲スニハ法定代理人ノ同意ヲ得ルコトヲ要スルハ一般ニ通スル原則ナリ(民法四)只タ特殊ノ事情ノ存スルトキ法律ハ特ニ同意ヲ要セサル旨ヲ規定セリ例ヘハ私生兒ノ認知(八二八條)遺言(一〇六一條)等ノ場合ノ如シ故ニ斯ノ如キ例外規定ノ存セサル廢家ノ場合ニ在テハ一般ノ原則ニ從ヒ法定代理人ノ同意ヲ要スヘキモノト解スルヲ正當ト信ス故ニ法曹會決議ノ說明ニ對シテハ贊同スルコト能ハスト雖トモ而カモ本問ノ場合ハ廢家ナル法律行為ヲ爲スニアラシテ許可ノ申請ナル裁判上ノ手續ヲ爲ス場合ナルヲ以テ此申請ニ付テハ敢テ同意ヲ要セサルヘシ然レトモ裁判所カ許可ヲ與フルニ付テハ法定代理人ノ同意ヲ要スヘシト信セラル

留置權

- 二九五 他人ノ物ノ占有者カ其物ニ關シテ生シタル債權ヲ有スルトキハ其債權ノ辨濟ヲ受ケルマテ其物ヲ留置スルコトヲ得但其債權カ辨濟期ニ在ラザルトキハ此限ニ在ラス
- 二九六 留置權者ハ債權ノ全部ノ辨濟ヲ受ケル迄ハ留置物ノ全部ニ付キ其權利ヲ行フコトヲ得
- 二九七 留置權者ハ留置物ヨリ生スル果實ヲ收取シ他ノ債權者ニ先チテ之ヲ其債權ノ辨濟ニ充當スルコトヲ得

- 前項ノ果實ハ先ツ之ヲ債權ノ利息ニ充當シ尙ホ餘剩アルトキハ之ヲ元本ニ充當スルコトヲ要ス
- 二九八 留置權者ハ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ留置物ヲ占有スルコトヲ要ス
- 留置權者ハ債務者ノ承諾ナクシテ留置物ノ使用若クハ貸貸ヲ爲シ又ハ之ヲ擔保ニ供スルコトヲ得ス但シ其物ノ保存ニ必要ナル使用ヲ爲スハ此限リニアラス
- 留置權者カ前二項ノ規定ニ違反シタルトキハ債務者ハ留置權ノ消滅ヲ請求スルコトヲ得
- 二九九 留置權者カ留置物ニ付キ必要費ヲ出シタルトキハ所有者ヲシテ其償還ヲ爲サシムルコトヲ得
- 留置權者カ留置物ニ付キ有益費ヲ出シタルトキハ其價格ノ增加カ現存スル場合ニ限り所有者ノ選擇ニ從ヒ其費シタル金額又ハ増價額ヲ償還セシムルコトヲ得但裁判所ハ所有者ノ請求ニヨリ之ニ相當ノ期限ヲ許與スルコトヲ得
- 三〇〇 留置權ノ行使ハ債權消滅時効ノ進行ヲ妨ケス
- 三〇一 債務者ハ相當ノ擔保ヲ供シテ留置權ノ消滅ヲ請求スルコトヲ得
- 三〇二 留置權ハ占有ノ喪失ニ因リテ消滅ス但第二百九十八條第二項ノ規定ニ依リ貸貸又ハ質入レテ爲シタル場合ハ此限ニ在ラス

留置權

松岡學士ハ法曹記事誌上ニ民法上ノ留置權ヲ論セラル今其要旨ヲ擧ケレハ

第一 起源
 民法留置權ノ起源ハ羅馬法ニ在リ商法留置權ノ起源ハ伊國ニ在リ(1)羅馬法ニ於ケル留置權ハ詐欺ノ抗辯ニシテ公平又ハ條理(quote: Billigheit)ヲ以テ其根據トシ未タ一個ノ權利トナラス(2)伊國ニ在リテハ第十六世紀ニ當リ慣習法トシテ商人間ノ留置權ヲ是認シ遂ニ各國ノ踐踏スル處トナル而シテ日本商法ハ商人間ノ留置權ニ特別要件ヲ規定シ以テ民法ノ留置權ヨリ其效力ヲ強大ナラシメタリト云ヒ更ニ獨佛澳ノ立法ノ沿革ヲ述ヘ留置權カ物權ナリヤ將タ債權ナリヤハ各國法必スシモ軌チ一ニセサルコトヲ説キ

第二 意義

留置權ハ他人ノ物ヲ占有者カ其物ニ關シテ生シ且ツ辨濟期ニ在ル債權ノ辨濟ヲ受ケル迄其物ヲ留置スルコトヲ得ヘキ從タル物權ナリ

留置權ハ物權ナルヲ以テ之ヲ各人ニ對抗スルコトヲ得債權者タル所有者ニ對シテハ勿論其承繼人爾後設定セラレタル制限物權者及ヒ一般債權者ニ對シテ之ヲ對抗スルコトヲ得然レトモ債務者ト所有者ト異ナル如キ場合ニ於テハ其所有者ニ對シテ主張スルコトヲ得ザルコトアリ例ヘハ委託ニ基キテ修繕ヲ施シタル其物件カ物取物件ナリシ場合ノ如シ又占有カ不法行為ニヨリテ始マリタルトキハ其占有者ハ留置權ヲ有セス例ヘハ他人ノ物ヲ物取シタルモノハ之ニ施シタル修繕費ノ完済アルマテ贖物ヲ留置スルコトヲ得ザルカ如シ又留置權ハ間接ニ債權ノ完済ヲ促スコトヲ得ルニ過キス是實權及ヒ抵當權ニ異ナル所ナリ

留置權ノ擔保スヘキ債權ハ占有物ニ關シタル債權ナリ此債權ハ占有物ニ關シ直接ニ生シタル債權ニシテ其物ニ費用ヲ加ヘ又ハ其物ノ爲メニ損害ヲ受ケタルニ因リテ生シタル債權ナリ而シテ此債權ハ契約上生スルコトアリ又不當利得ニ因リ生スルコトアリ

留置權ノ行使ニハ債權カ辨濟期ニ至リタルヲ要ス蓋辨濟期前ニ債權ノ履行ヲ強ユルハ公平ニ反スレハナリ(民二九五第一項)ト説キ

第三 效力

留置權者ハ第一ニ債權ノ完済ヲ受ケマテ占有物ノ全部ニ付キ其權利ヲ行フコトヲ得是所謂不可分の效力ニシテ擔保物權ノ特質ナリ例ヘハ米百俵ノ賣主ハ其代金ノ一部ヲ受取リタルカ爲メニ占有スル米ノ一部ヲ返還スルコトヲ要セザルカ如シ第二ニ債權ノ完済ヲ受ケルマテ占有物ヲ留置シ以テ占有ヲ繼續スルコトヲ得然レトモ留置權者ハ目的物ヲ賣却シ其賣得金ニ付キ優先的辨濟ヲ受ケルヲ得ス但賣法ハ留置權者

ニ目的物ノ賣權ヲ附與ス此場合競買人ハ留置權者ニ辨濟ヲ爲スニ非サレハ競買ノ目的物ヲ受取ルコトヲ得ス故ニ結局優先權ヲ有スト同一ノ地位ニ在リ第三ニ留置物ヨリ生スル果實ヲ取得シ他ノ權利者ニ先テ債權ノ辨濟ニ充ツルコトヲ得收取シタル果實ハ競賣法ニ從テ賣却ス第四ニ留置物ニ關シテハ支拂ヒタル必要費及ヒ有益費ノ償還ヲ爲サシムルコトヲ得但裁判所ハ返還ヲ求ムル所有者ノ請求ニ因リ相當ノ期間ヲ許與スルコトヲ得(民二九九第五ニ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ留置物ヲ保管スル義務ヲ負フ(民二九八)第六ニ債務者ノ承諾アルニ非サレハ留置物ヲ使用シ賃貸シ又ハ擔保ニ供スルコトヲ得(民二九八第二項)然レトモ債務者ノ承諾アルトキ又ハ物ノ保存ニ必要ナル使用(例ヘハ乘馬ヲ使用シテ其效用ヲ失フコトナカラシメ又ハ家屋ヲ賃貸シテ其頽廢ヲ妨グルカ如キ行為)ハ此限ニ在ラス第七ニ留置權ヲ行使シテ債權ノ消滅時効ノ進行ヲ妨グルコトヲ得ス(民三〇〇)

第四 取得

留置權ハ法律ノ規定ニ依リテ之ヲ取得シ法律行為ニ依リテ之ヲ取得スルコトヲ得ス

第五 消滅

留置權ハ目的物ノ消滅主タル債權ノ消滅留置權ノ拋棄等ニヨリ消滅スルノ外(一)占有ノ喪失 (二)義務ノ違背 善良ナル監理者ノ注意ヲ怠リ又ハ債務者ノ承諾ヲ經スシテ留置物ノ使用收益ヲ爲シ又ハ擔保ニ供シタルトキハ債務者ハ留置權ノ消滅ヲ請求スルコトヲ得請求ハ表意ヲ爲スニ因リテ之ヲ爲ス (三)擔保ノ供與 債務者カ相當ノ擔保ヲ供シテ留置權ノ消滅ヲ請求スルトキハ留置權消滅ス(民三〇一)蓋シ之レ債權者ニ利益ヲ被ムラシムルコトナクシテ債務者ニ擔保權更改ノ利益ヲ與フヘキヲ以テナリト説明サル(法學士松岡義正氏法曹記事二二卷一〇一號一頁以下要領)

本論ノ説明ハ簡明ニシテ要領ヲ得タリ而シテ特ニ沿革ニ付テ稍ヤ深キ研究ヲ爲シタルモ其他ノ點ハ一般ニ學者ノ説ク所ト大差ナク吾人亦異論ヲ狹ムヘキ餘地ナシ本論ニ關スル判例ヲ左ニ掲クヘシ

- 一、開墾費ヲ支出シタル地ノ占有者カ所有者ヨリ取戻ノ請求ヲ受ケタル場合ニ於テ反訴其他ノ方法ニ依リ其費用ノ辨濟ヲ請求スルコトナク唯該費用ヲ辨濟セスシテ地ヲ取戻サントスルヘ不當ナリト駁論シ之ヲ以テ單一ノ抗辯ト爲シタルニ過キサルトキハ右ノ請求ハ未タ辨濟期ニ在ラサルモノトス從テ其地ニ付キ留置權ヲ主張スルコトヲ得ス(三七年大審院判決録三三〇頁)
- 二、留置權者カ留置權ノ存スル家屋内ニ居住スルコトハ留置權者ノ管理行為ニ伴フ至當行為ナレハ是レカ爲メニ家屋所有者ニ對シ損害賠償ノ義務ヲ生スルコトナシ(大阪區裁判所判決法律新聞五一八號八頁)
- 三、留置權者カ債務者ノ承諾ヲ得テ其留置物ニ質權又ハ抵當權ヲ設定シタル場合ニ於テハ質權者又ハ抵當權者ハ其目的物ニ對シ優先權ヲ有スルモノトス(法曹會決議同記事一三八號一五頁)

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ジタル損害ヲ賠償スル責任ヲ負フ

市町村吏員カ其管掌ニ屬スル財産ヲ竊取セラレタル爲メ自ラ賠償シタルトキノ權利關係

本問ニ付キ法曹會ハ

不法行為
賠償責任
者アル場
合

(一)市町村ハ犯人ニ對シ(イ)犯人カ盜品ヲ占有スルトキハ其物ノ引渡シヲ請求スルコトヲ得ヘク(ロ)市町村吏員ヲシテ賠償セシメタルモ尙損害アルトキハ犯人ヲシテ之ヲ賠償セシムルコトヲ得ヘシ

(二)市町村吏員ハ犯人ニ對シ損害ノ賠償又ハ損害賠償額ノ償還ヲ請求スルコトヲ得ト決議シ其理由トシテ
民法第四百二十二條ニハ「債權者カ損害賠償トシテ其債權ノ目的タルモノ又ハ權利ノ價額ノ全部ヲ受ケタルトキハ債務者ハ其物又ハ權利ニ付キ當然債權者ニ代位ス」トアリ此規定タルヤ私法上ノ債務不履行ニ因ル損害賠償ニ關スルモノナルヲ以テ之ヲ直接ニ本件ノ場合ニ適用スルコト能ハサルヤ固ヨリ論ナキノミナラス同條立法ノ趣旨ヲ案スルニ(一)債權者ヲシテ不當利得ヲ爲サシメサルコトト(二)債務者ノ不當利得償還請求權ヲ確保スルコトトノ二個ニ在ルモノト謂フコトヲ得ヘシ市町村カ無資力ナルコトハ通常想像スルコト能ハサルヲ以テ他ノ立法上ノ理由タル債務者ノ不當利得償還請求權ノ確保ヲ必要トスル事實ハ存在セサルモノト認メサルヲ得ス故ニ民法第四百二十二條ノ規定ハ本件ノ場合ニ準用スルコトヲ得サルモノト解スルヲ相當トス故ニ假令市町村カ盜品ノ價格ノ全部ヲ受ケルモ依然盜品ニ關スル權利ヲ失ハサルヲ以テ犯人カ盜品ヲ占有スルトキハ之ニ對シ盜品ノ引渡シヲ請求スルコトヲ得ルヤ明カナリ又市町村カ明治四十四年勅令第二百四十五號ニ依リ市町村吏員ニ賠償ヲ命ジタルモ尙損害アリトスルトキハ犯人ニ對シ不法行為ニ關スル原則ニ基キ其損害ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得ルモノトス市町村吏員カ其管掌ニ屬スルモノヲ盜竊ニ罹ラシメタル爲メ市町村ニ對シ盜品ノ價格ヲ賠償シタルトキハ畢竟犯人ノ行為ニ因リ其賠償金ヲ支拂フニ至リタルモノナルヲ以テ犯人ニ對シ不法行為ニ關スル一般ノ原則ニ依リ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシ其他市町村吏員カ市町村ニ對シ賠償ヲ爲シタル

爲メ犯人ヲ市町村ニ對スル損害賠償ノ債務消滅シタルトキハ(犯人ハ市町村ニ對シ不法行為ニ因ル損害賠償ノ義務ヲ負擔スヘキモ市町村吏員ニ於テ前記勅令ノ規定ニ依リ市町村ノ損害全部ヲ賠償シタルトキハ右犯人ノ賠償義務ハ其目的ヲ失ヒタル結果當然消滅ニ歸スヘシ)市町村吏員ハ犯人ニ對シ賠償額ノ償還ヲ請求スルコトヲ得ルモノトスト説明セリ(法曹記事二二卷一〇號三八頁以下)

吾人ノ見解ニヨレハ

(一)市町村ノ有スル賠償請求權ノ點ニ付テ見ルニ(イ)犯人ニ對シテ有スル權利ハ民法不法行為ニヨリテ生シタル權利關係ニシテ(ロ)出納官吏ニ對シテ有スル權利ハ特別ナル規則ニヨリテ生シタルモノナルヲ以テ二者全ク其性質ヲ異ニシ互ヒニ獨立シテ併存スル權利ナリ故ニ市町村カ犯人ヨリ賠償セシムルモ又ハ出納官吏カ先以テ賠償ヲ爲スモ之レカ爲メ一方ノ權利ニ何等ノ影響ヲ及ボサス

(二)加害者ト出納官吏ノ關係ニ就テ見ルニ前段ノ理論ヲ前提トスヘキモノニシテ二個ノ權利カ獨立シテ併存スルモノナル以上ハ出納官吏カ先以テ賠償ヲ爲スモ加害者ノ義務ニ何等ノ影響ヲ及ボサス市町村ハ又加害者ニ對シテ更ニ請求ヲ爲シ之ヲ賠償セシメテ出納官吏ニ賠償ヲ免レシムルコトヲ得ヘク又出納官吏ハ加害者ニ對シテハ何等ノ權利ヲ有セス何者出納官吏ハ特別ナル規定ニヨリテ生シタル責任ヲ盡シタルノミニシテ不法行為ニ關スル權利關係ニ付テハ全ク無關係

土地ノ定
附物

ノ地位ニ立ツ者ナルヲ以テナリ
吾人ハ以上ノ見地ヨリ本論ニ賛同ヲ表スルコト能ハストス

八六 土地及ヒ定着物ハ之ヲ不動産トス

此他ノ物ハ總テ之ヲ動産トス
無記名債權ハ之ヲ動産ト看做ス

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アラサレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

二四二 不動産ノ所有者ト其不動産ノ從トシテ之ニ附合シタル物ノ所有權ヲ取得ス但シ權限ニヨリテ其物ヲ附屬セシメタル他人ノ權利ヲ妨ケス

二四三 各別ノ所有者ニ屬スル數個ノ動産カ附合ニヨリ毀損スルニ非ラサレハ之ヲ分離スルコト能ハサルニ至リタルトキハ其合成物ノ所有權ハ主タル動産ノ所有者ニ屬ス分離ノ爲メ過分ノ費用ヲ要スルトキ亦同シ

二四四 附合シタル動産ニ付キ主從ノ區別ヲ爲スコト能ハサルトキハ各動産ノ所有者ハ其附合ノ當時ニ於ケル價格ノ割合ニ應ジテ合成物ヲ共有ス

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

- 一 所有權
- 二 地上權
- 三 永小作權
- 四 地役權
- 五 先取特權
- 六 質權
- 七 抵當權
- 八 賃借權

民法

土地ノ定着物

同法一四 登記簿ハ土地登記簿及ヒ建物登記簿ノ二種トス
各種ノ登記簿ハ市ニ付テハ從前ノ區劃ニ從ヒ別冊ト爲シ町村ニ付テハ町村毎ニ別冊ト爲ス但登記事件多ナル町村
ニ付テハ大字其他從前ノ區劃ニ從ヒ別冊ト爲スコトヲ得

一
吾民法第八十六條ハ土地ノ定着物ナル觀念ヲ認メ土地ト併稱シテ之ヲ不動産ノ一種ト爲ス而カモ法文中其意義ヲ明カニスルニ足ル可キ直接ノ規定存在セザルニ因リ從來諸學者ノ説明スル處稍モスレハ論理ノ明確ヲ缺ク殊ニ其如何ナルモノヲ以テ土地ノ定着物ト見ル可キカニ付キテハ從來例示セララル所ノモノ頗ル多岐多様ニシテ吾人後學ノ之カ爲メニ惑フトコロ決シテ尠少ナリトセス

(一) 吾民法上土地ノ定着物ハ不動産ナルヲ以テ常ニ物即チ有體物(Körperlicher Gegenstand)ナラサルヘカラス

(二) 土地ノ定着物ハ土地ト相併立シテ獨立ノ不動産ヲ爲スモノニシテ土地ノ組成分ヲ爲スモノニアラス故ニ我民法上土地ヲ構成スル土壤岩石等ハ土地ノ一部ニシテ土地ノ定着物ニアラス又獨立ノ一物ヲ云フモノナレハ物ノ集團ハ例ヘハ各自力定着物ナリトスルモ唯土地ノ定着物ノ集團タルニ止マリテ決シテ獨立ノ一物タル土地ノ定着物ニアラス

(三) 土地ニアラサルモノ例ヘハ建物ニ附屬セルモノハ之ヲ土地ノ定着物ト云フ可カラ

(四) 然ラハ定着物トハ何ゾヤ
民法稱シテ土地ノ定着物ト云フ故ニ其物ハ土地ト一定ノ關係ヲ有スルモノナル

ヲ要スルハ勿論一定ノ程度ニ於ケル物理的結合ヲ要スルモノナルコト明カナリ
(ロ) 民法之ヲ稱シテ土地ノ定着物ト云フ故ニ其土地トノ結合ハ假設的ノモノナル可
カラス一定ノ堅固ナル結合ナハル可カラス
(ハ) 而カモ定着物ハ土地ノ一部ニアラスシテ獨立ノ一物ナルヲ以テ從來ノ學者ハ多
ク定着物トハ土地ノ一部ニモアラス又獨立ノ不動産ニモアラス其中間ノ程度ニ於ケル
固着ヲ有スル場合ヲ指スモノナリト説明ス(中島博士民法釋義一卷三八八頁塚田學士
法典質疑錄物權篇一三三頁ハ此主旨ヲ明言セリ)

A 結合固着ノ繼續的ナリヤ一時のナリヤニ依リテ區別セントスル者アリ(富井博士
前掲一卷二七一及二頁三浦學士民法全書第四卷一四〇頁塚田學士一三三頁石坂博士
京都大學講義)此學說ニヨレハ博覽會ノ建物ノ如キ一時の目的ノ爲メニ日時ヲ限リ
テ建設セラレタル建物ハ例ヘハ一般ノ常識上見テ以テ移轉性ヲ缺クモノト雖トモ尙之
ヲ定着物ナリト云ハサル可ラサルニ至リ到底斯ル結論ヲ正當視スルコト能ハサルナリ
B 定着物トハ土地ノ一定ノ場所ニ固着シテ毀損スルニ非サレハ之ヲ分離スルコト
能ハサル物ト云フトノ說アリ(川名博士明治四十二年東京帝國大學講義)然レトモ毀損
スルニ非ラサレハ分離シ得サルヤ否ヤニヨリテ定着物ト否トナ分タントスルハ決シテ
之ヲ正當ナリト云フ可カラス蓋シ吾民法二四三條ハ所有者ヲ異ニスル數個ノ動産カ
附合ニヨリ毀損スルニ非レハ之ヲ分離スルコト能ハサルニ至レルトキハ其數個ノ動
産ハ合體シテ一個ノ合成物トナリ其所有權ハ主タル動産ノ所有者ニ屬ス可キ旨ヲ規
定セリ此規定ハ不動産ニ關スル二四二條ニモ之ヲ準用シ得ク假リニ準用ス可ラス
トスルモ民法力毀損スルニアラサレハ分離シ得サルヤ否ニヨリテ一物ナリヤ數物ナ
リヤヲ判斷スル標準ト爲シタルコトニ付キテハ疑フ可キノ餘地ナキモノト云ハサル
可カラス

C 又人ノ意思如何ヲ問ヒ現ニ土地ト分離シ得キモ人カ之ヲ分離セサルモノトシテ附屬セシメタルモノカ定着物ナリトシテアリ(江本博士現行民法論一六七頁)然レトモ當事者ノ主觀的狀態ノ如何ヲ標準トシテ動産ノ不動産ノ區別ヲ爲スカ如キハ徒ニ其境界ヲ不明瞭ニシ一般ノ取引關係ヲ害スルヤ甚大ナリト言ハサル可カラズ

D 次ニ又定着即チ土地ニ固着シテ經濟上ノ目的ヲ達スルモノトシテ一般取引上ノ觀念即チ世間力取扱ノモノカ定着物ナリトスル說アリ(中島博士前掲三八八頁)川名博士前掲著書一四一頁(尙石坂博士ハ持續的ニ土地ニ固着スルモノトシテ實際取引上解釋セラルル物ヲ以テ定着物ナリト解ス京都大學講義)此見解ハ若シ一般學者ノ解スルカ如ク定着ナル觀念ヲ以テ全然事實問題ナリトシ之ヲ實際上ノ取引觀念ノ決定ニ一任シタルモノナリトセハ之ヲ正當ナリト稱スルヲ得ヘシ然レトモ取引觀念條理ノ適用ハ素ヨリ制定法並ニ慣習法上直接若クハ間接ノ規定欠缺セル場合ニ限ル可キハ勿論ニシテ一時の必要ノ爲メ濫リニ解釋適用ナリトスルカ如キハ到底之ヲ認ムル事能ハサルナリ故ニ例ヘハ定着物ナル觀念ヲ定ムルニ當リテモ若シ全然之カ標準トナシテ直接若クハ間接ノ規定ナキニ於テハ取引觀念ヲ引キテ補充ヲ爲スモ敢テ不當ナリト云フ可カラズ然レトモ若シ制定法若クハ慣習法中苟クモ之ヲ定ム可キノ規定存スルモノアラハ吾人ハ之ヲ棄テテ直接ニ取引觀念ノ下ニ歸ス可ラス吾人ハ此點ニ於テ直チニ本說ニ贊同ヲ表スルコト能ハス

(五) 然ラハ余ハ如何ナル標準ニ依リテ土地ノ定着物ノ意義及ヒ範圍ヲ明ニセントスルカ案フニ定着物ハ土地ノ一部ニアラスシテ獨立ナル一物ナリ獨立ナル不動産ニシテ土地トハ別箇ノ存在ヲ有スルモノナリ故ニ之ニ關スル權利ノ得喪變更等ハ必ラス登記法ノ定ムル所ニ從ヒテ其登記ヲ爲ササル以上ハ之ヲ以テ第三者ニ對抗シ得サルヲ吾民法ノ原則トス(民法一七七條)從ヒテ苟クモ不動産タル以上ハ之ニ關シテ一箇獨立

ナル物權成立シ而シテ之ニ付キ獨立ナル登記ヲ爲シ得ルモノナラサル可カラズ然レニ不動産登記法全篇ヲ通讀スルニ唯僅ニ土地登記簿及建物登記簿ナル二種ノ登記簿ヲ設定シ(十四條)之ニ關スル登記方法ヲ規定スルニ止マリ其以外ニ付キテ何等規定スル所ナシ若シ民法並ニ不動産登記法ニシテ土地及建物以外ニ尙獨立ノ不動産アルヲ認ムルモノトセハ登記法ハ何故ニ之ニ關シ特別ノ明文ヲ設定スル事ナキカ

解スルモノ或ハ曰ハシ之レ法ノ欠缺ナリ當然土地及建物ニ關スル規定ヲ準用ス可キノナリト然レトモ不動産登記法ノ規定ハ公ノ秩序ニ關係スルモノニシテ其列擧スル所ハ嚴正ニシテ制限的ナリ

又解スル者ハ曰ハシ是ニ不動産登記法ハ不動産ニシテ尙登記ヲ要セサルモノアルヲ豫見セルモノナリト然レトモ若シ然ラハ何等ノ對抗方法ナク從テ第三者ニ對抗シ得ル物權即チ有名無實ナル物權ヲ認メサル可ラサル事トナリテ其當テ得サル素ヨリ明白ナリ又曰ク土地ノ定着物ハ一般ニ土地ト別個ナル不動産ト見ル可キカ如シト雖トモ其不動産タルハ畢竟土地ノ定着物ナルカ故ニ外ナラス故ニ其定着ノ關係ヨリシテ繼續的ニ土地ニ附着スル間ハ恰モ之レト一體ヲ爲スニ同シク原則トシテ單獨ニ物權ノ目的タル事ヲ得サルモノト云ハサル可カラズ(富井博士前掲二卷二一及二頁)又物權ハ單ニ定着物ノ上ニ存立スルコトヲ得サル原則ハ建物ニハ適用ナキモノトス(同二四頁)ト然レトモ若シ土地ノ定着物ニシテ獨立ノ一不動産ナリトセハ之レニ關シ獨立ナル物權成立シ之ニ付キ登記ヲ要スルハ吾民法ノ原則ナリ

然レトモ亦或者ハ曰ハシ不動産登記法ハ既ニ其第一條ニ於テ民法第一七七條ヲ制限セルニアラスヤ然ラハ即チ第一四條モ亦之レニ對スル制限的規定ト解シ土地及建物以外ニモ尙土地ノ定着物タルモノアリト解スルニ於テ何ノ不可カアルトコノ見解一見頗ル其當ヲ得タル如キモ畢竟皮想ノ見解ノミ以上詳述スル如クナルヲ以テ論理

土地ニ現行法上土地並ニ建物以外ニ尙不動産アリトナシ土地ノ定着物ヲ以テ建物以
外尙ソノ他土地ニ固着セル物ヲモ包含スルモノナリトスル從來ノ通説ハ全然之ニ贊
同スル事能ハサルナリ

三

吾現行法上土地ノ定着物ナル觀念ハ唯單ニ建物ヲ意味スルモノニシテ其以外ノ物ハ
例ヘ土地ニ固着セルモノト雖トモ之ヲ土地ノ定着物ト云フ可ラス若シ後ニ説明スル
カ如キ一定ノ程度ニ固着セル物アラハ之ヲ土地ノ一部ト解ス可ク又若シ斯ナル程度
ニ固着シ居ラザルモノナラハ之ヲ動産ナリト解ス可キナリ故ニ從來諸學者ニヨリテ
土地ノ定着物トナリトセラレタル樹木(川名博士前掲一四二頁中島博士三八九頁富井博
士二七二頁石坂博士前掲板垣學士不動産登記法一四頁)垣牆(石坂博士前掲一四頁)
鵜助橋梁(川名博士一四二頁)土地ニ附着セル鐵管(富井博士二七二頁)播種セル種子(石坂
博士前掲)等ハ皆土地ノ定着物ニアラスシテ土地ノ一部若クハ獨立ノ動産ナリ
(一)然ラハ此等ノ物カ動産ナリヤ土地ノ一部ナリヤ區別スルニハ如何ナル方法ニ依
ル可キカ

土地ノ一部ハ土地ノ一部分ニシテ獨立ノ動産ニアラサルヲ以テ必ス土地ト密接
ナル關係即チ一定ノ程度ノ固着ヲ爲セルコトヲ必要トスルモノトス故ニ若シカカ
關係ヲ爲ササルモノアラハ之レ動産ナリ然ラハ民法ハ如何ナル程度ノ固着ヲ以テ其
要件トセルカ今民法二四三條ヲ見ルニ各別ノ所有者ニ屬スル數個ノ動産カ附合ニ因
リ毀損スルニ非サレハ之レヲ分離スルコト能ハサルトモキハ其動産ハ相合シテ一ノ合成物ト
ナリ其ノ所有權ハ主タル動産ノ所有者ニ歸屬シ若シ又主從ノ區別ヲ爲スコト能ハザ
ル場合ニ於テハ蓋所有者全部ノ共有ニ屬スルモノト規定セリ(二四四條)之ト異ナリ

不動産ニ關スル民法二四二條ハ不動産ノ所有者ハ其不動産ノ從トシテ之ニ附合シ
ル物ノ所有權ヲ取得スト規定スルニ止マリテ如何ナル程度ニ附合スルヲ要スルカ
ヲ規定スル事ナク而シテ又學者ハ本條ヲ解シテ唯單ニ所有權ノ歸屬ヲ定ムルモノ
ルニ止マリ敢テ附合物カ其不動産ノ一部トナル事ヲ定ムルニアラヌ場合ノ如何ニ應
ジ或ハ一部ヲ爲シ或ハ別物トシテ存置スルモノトナシ(富井博士二卷一四三及四頁三
諸學士前掲一四〇)及一頁梅博士民法要義二卷一七三頁)又甚タシキニ至リテハ本條カ
二四三條ノ如ク合成物云々ト謂ハスシテ附合シタル者ノ所有權ナル文字ヲ使用セル
コトヲ理由トシテ本條ノ附合物ハ常ニ獨立ノ物トシテ存在スルモノニシテ不動産ノ
一部ヲ爲スモノニアラスト説明ス(塚田學士前掲一三三頁)然レトモ附合シタル物ノ所
有權ヲ不動産ノ所有者ニ屬セシメタルノ理由ハ斯カル物カ不動産ニ固着シテ再ハ之
ヲ分離スルハ公益ヲ害スルモノト認メ得キ程度ニ達シタルトキハ其所有權ヲ不動
産ノ所有者ニ歸セシメテ以テ舊所有者ヲ再ヒ分離ノ請求ヲ爲スコトヲ得ザラシム
ル主旨ニ出ツルモノナリ然ラハ其程度如何之ヲ次ノ二四三條ノ規定ニ比較スルニ同
條ハ數個ノ動産カ一定ノ程度ニ附合シタル場合ニ於テ初メテ相合成シテ一箇ノモノ
トナルコトヲ規定シ而シテ其程度ハ毀損スルカ又ハ過大ノ費用ヲ用ユルカニ非ラサ
レハ分離シ得サル程度ヲ以テ標準ト爲スモノナリ今之ヲ二四二條ノ場合ニ移シテ考
フルニ其合成シテ一物ヲ爲スニ必要ナル附合ノ程度ハ之ヲ動産不動産ノ如何ニ因リ
テ區別シ其規定ヲ異ニスルノ理由ヲ發見スル事能ハス此二條カ共ニ一定ノ程度ニ附
合シタル物ヲ再ヒ分離スル事ヲ以テ公益ニ違背スルモノナリトスル同一ノ理由ニ
ヨリテ立法セラレタルモノナリ以上附合ノ程度ニ關シ明文ヲ缺ケル二四二條ニ同一趣
旨ナル次條二四三條ヲ準用シテ其欠缺ヲ補充スルハ敢テ不當ノ類推ナリト云フ可カ
ラス故ニ二四二條ハ之ヲ平易ニ釋キ易フレハ甲物カ乙不動産ノ從トシテ之ニ附合シ

之ヲ毀損スルニ非ラザレハ之ヲ分離スルコト能ハサルニ至リタルトキハ乙ノ所有權ハ甲ニ及フ分離ノ爲メ過分ノ費用ヲ要スルトキ亦同シト謂フニ均シキモノト云ハサル可ラス

以上説明スル所ニ從ヒテ動産ト土地ノ一部トノ區別ヲ爲ササル可カラサルモノナルヲ以テ建物以外ノ土地ニ附合セル物例ハ垣牆庭石堤防橋梁土地ニ附著スル鐵管播種シタル種子植栽セル樹木等ハ皆毀損スルカ若クハ過分ノ費用ヲ用フルニアラサレハ土地ト分離シ得サルヤ否ヤニ從ヒテ土地ノ一部ナリヤ又ハ動産ナリヤヲ決ス可キモノナリ尙樹木ニ關シテハ特ニ立木ニ關スル法律(四十二年法律二十二號)ヲ以テ一筆ノ土地又ハ一筆ノ土地ノ一部分ニ植栽ニ依リ生立セシメタル樹木ノ集團ニシテ其所有者カ所有權保存ノ登記ヲ爲シタルモノヲ立木ト稱シ之ヲ不動産ト見做シ之ヲ以テ特ニ所有權又ハ抵當權ノ目的トナリ得ルモノトナスト雖トモ(同法一條二條)同法ハ決シテ樹木ニ關シテ特ニ一定ノ場合ニ之ヲ不動産ト爲サントスルモノニアラス(中島博士前掲三八九頁反對)シテ一定ノ條件ヲ具備セル樹木ノ集團ヲ特ニ不動産ト見做セルニ過キス蓋シ動産不動産ノ區別ハ物ノ區別ニシテ物ノ集團(Duchgesamtheit)ノ物ニアラサルヲ以テナリ

(二)要之苟モ以上説明スルカ如キ程度ニ土地ニ附著セル物ハ皆土地ノ一部ニシテ動産ニアラス而シテ斯カル程度ニ附著スルニ至ラサル物ハ凡テ動産ナリ附著固著ノ程度ヲ以テ論スレハ土地ノ一部ト動産トノ間ニ位ス可キ特別ナル固著物アル事ヲ考フル能ハサルナリ故ニ特別ノ規定ナキ以上ハ建築物モ亦如上ノ要件ヲ具備スルヤ否ニヨリ土地ノ一部又ハ動産トラサレ可カラス然ルニ吾現行法特ニ明文ヲ設ケテ建物ナル觀念ヲ認メ之ヲ以テ土地ノ一部ニモ又動産ニモアラサル獨立ノ不動産ト爲セルヲ以テ建物ノミハ以上ノ原則ノ例外ヲ爲セルモノト云フ可キナリ然ラハ建物トハ何ソ

民法ハ二〇八二〇九二二五二三四三一三等ノ諸條ニ於テ建物ナル文字ヲ使用ス其積極的ナル定義ヲ示スコトハ困難ナリト雖トモ世間自ラ一定ノ意義アリ唯其工作物ナル文字ニ比スレハ狹義ノモノヲ指スモノナルコトハ法文稍モスレハ建物其他ノ工作物ナル文字ヲ使用スルニ依リテ明瞭ナリ(鐵道抵當法施行規則別記第二號様式)中之家屋及ヒ家屋ニ準ス可キ工作物ヲ包含スルモノト解スルヲ正當トス可ク(三浦學士前掲三七頁)從ヒテ垣牆橋梁紀念碑等ハ建物ニアラス然レトモ建物ハ土地ノ定著物ナルヲ以テ容易ニ分離シ得可キ程度ニ土地ニ附合シタル物ハ例ヘ其外觀家屋ニ類スト雖トモ尙之ヲ建物ト云フ可ラス例ヘハ逡巡交番所自動電話所展覽會等ノ入場券發賣小屋等ハ之ヲ土地ト分離スルモ致テ其經濟上ノ價值ヲ毀損シ若クハ過分ノ費用ヲ要スルコトナキヲ原則トスルヲ以テ建物ニアラスシテ動産ナリ(法學士末弘嚴太郎氏法學協會雜誌三〇卷一號一〇五頁以下要領)

(一)本論ハ富井博士其他カ所謂定著物ノ結合固著ノ繼續的ナリヤ一時性的ナリヤニヨリテ區別セントスルヲ非ナリトシ若シ此說ニヨルトキハ博覽會ノ建物ノ如キハ一時性的ノモノナルヲ以テ之ヲ動産ナリト言ハサル可カラサルノ不都合アラント云フモ博覽會ノ建物ノ如キハ必スシモ其閉會期ニ於テ直チニ撤廢スヘキモノニアラサルノミナラス所謂一時性的ナリヤ否ヤハ性質上ノ一時性的ナリヤ否ヤト云フニアルヘク例ヘハ工事小屋ノ如キハ性質上ノ一時性的ノモノナルヲ以テ之ヲ定著物ト云フコト能ハサルモ博覽會建物ノ如キハ其建物ノ性質上ノ一時性的ノモノニアラスシテ唯タ之ヲ一時性的ノ用途ニ使用シタルニ過キス故ニ其使用ノ目的ノ爲メ性質ヲ變スヘキモノニアラサルヲ以テ之ヲ動産ナリト言フコト能ハサルハ明カナリト信ス

(二)登記ノ目的タルコトヲ得ヘキモノニアラサルハ不動産ナリト云フコト能ハストスルハ聊カ異論ナキコト能ハス蓋シ現今ニ於テハ一部ハ地上ニ表顯シ居ルモ其一部ハ

地下に定着し居る器械其他ノ設備ハ決シテ少ナシトセス又家屋ノ建設ナクシテ車ニ
 懸架ナル輪壁ノ存在スル場合モ想像ニ難カラス然ルニ是等ノ器械又ハ鑿壁等ヲ目
 シテ之ヲ土地ノ一部分ナリト云ヒ又ハ動産ナリト云フハ贊同スルコト能ハス學士ハ
 若シ此種ノ物ヲ以テ獨立セル動産ナリト云ハハ其對抗方法ヲキテ以テ第三者ニ對
 抗シ得サル動産ヲ認ムルノ奇觀ヲ呈スヘシト云ハル然シ民法一七七條ノ正面ヨリ
 見レハ動産ニ關スル權利ノ對抗ハ必ス登記ニヨルコトヲ要シ登記以外ニ何等對抗
 方法ナキカ如クニ見ユルモ其實同條ノ意義ハ登記法ニ於テ登記方法ヲ認ムル種類ノ
 物權ニ限ルヘキコトハ民法上登記ヲ要セスシテ第三者ニ對抗シ得ヘキ動産ニ關ス
 ル物權アルニヨリテ明白ナリト云フヘシ故ニ吾人ハ上記設例ノ如キ場合及多數學者
 ノ説明セル樹木、牆壁、庭石、堤防、橋梁等ハ總テ之ヲ動産ナリト解スヘキモノト信ス

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

動産質成立後其物件ヲ質權設定者ニ保管セシムルトキハ該質權ハ之ニ因リテ消滅ス

民法第三百四十五條ニハ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ト規定シ其法意ハ質權設定者カ完全ナル所有權ヲ有スルモノト
 誤信シ之カ爲メニ動カラサル損害ヲ被ルコトアル可キテ慮リ特ニ第三者ヲ保護スル
 目的ヲ以テ質權設定者ニ質物ノ占有ヲ爲サシムルコトヲ絕對ニ禁シ之ニ違背スルト
 キハ質權ハ之カ爲メニ消滅スルコトヲ定メタルモノト解スルヲ相當トス果シテ然ラ
 ハ本件ニ於テ質權者タル原告カ被告ノ代理人田邊賴一ニ質權ノ目的物タル本訴物件
 ヲ保管ノ爲メ引渡シタルハ畢竟質權成立後質權設定者タル被告ヲシテ質物ヲ占有セ

契約解除
 ト第三者
 ノ權利
 (差押債
 權者)

法曹會決議ニモ同一趣旨ノモノアリ(同記事一四)此場合ニ於テ質權トシテノ對抗
 カナキコトハ論ヲ俟タサルモ質權カ當然消滅スルモノト解スルハ如何ニカト思
 ハル

シノタルニ外ナラサルヲ以テ前掲法上ノ趣旨ニ從ヒ當時既ニ質權ハ消滅シタルモノ
 ト云ハサルヘカラス(東京地方裁判所四四年(ワ)九六二號民三判決法律新聞第八二二號
 二四頁)

五四五

質權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チ原狀ニ復セシムル義務ヲ負フ但第三者
 ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス
 前條ノ場合ニ於テ返還スヘキ金錢ニハ其受領ノ時ヨリ利息ヲ附スルコトヲ要ス
 解除權ノ行使ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ケス

既ニ債權者ヨリ漁業權ノ差押アリタル後原所有者トノ間ノ漁業權讓渡契約ヲ解
 除シタリトスルモ該解除ヲ以テ差押債權者ニ對抗スルコトヲ得ス

按スルニ漁業權ヲ物權視スル新漁業法ハ四十四年四月一日ヨリ施行サレタリト雖ト
 モ其以前ニ於テモ漁業權ハ行政官廳ノ免許ニヨリ生スル一種ノ財產權ニシテ之カ差
 押差押ハ素ヨリ法ノ認許スル所ナルヲ以テ苟クモ適法ナル假差押ノ實施アル以上
 假差押債權者ハ民事訴訟法ノ認ムル一種ノ擔保權ヲ漁業權ノ上ニ獲得スルヲ勿論ナ
 リ
 而シテ本件被告ノ得タル假差押命令カ適法ニ實施セラレタル事ハ前記甲第三號設ニ
 一之ヲ看取シ得ルヲ以テ被告ハ原告カ訴外同部第五那トノ契約解除前適法ニ保爭

民法

漁業權ノ上ニ民事訴訟法ノ與ヘタル假差押債權者トシテノ一種ノ擔保權ヲ取得シ爾後該漁業權ノ取得者ニ對シ其效力ヲ對抗シ得ヘキモノトス故ニ其後原告ト同部等間ニ契約ヲ解除スルモ之ニ因テ被告ノ得タル如上ノ擔保權ヲ侵害スル事能ハサルハ民法第五百四十五條第一項但書ノ規定ニ依リ疑ナキヲ以テ原告ノ本訴請求ハ之ヲ排斥スヘキモノトス原告代理人ハ同但書ニ所謂第三者トハ給付ノ目的物ニ付權利ノ設定移轉等ヲ契約シタル者ヲ指稱シ假差押債權者ノ如キハ之ヲ包含セスト論ズレトモ同但書ハ汎ク第三者ノ權利ヲ害スル事ヲ得スト規定スルニ止レリ第三者ノ取得シタル權利ノ性質及其權利取得ノ原因ニ付テハ何等制限スル所無キヲ以テ其規定ノ性質上當然排除サルヘキ者ニ付テハ格別假差押債權者ノ如キハ之ヲ除外スヘキ理由無キヲ以テ本論旨ハ採用スルニ足ラス(東京地方裁判所四四年(ワ)七三號民判決法律新聞第八一九號二六頁)

解除ノ效果ハ契約其モノヲ始メヨリ無カリシモノト同一ニ見ル見解(大審院判例)ト所有權ヲ原所有者ニ復歸スヘキ義務アルニ過キスシテ當然原所有者ニ復歸スヘキ效果アルニアラストスル見解(多數ノ學者及司法トアリ(以上詳細ハ民法九頁)而シテ若シ第二ノ見解ヲ採レハ無論原所有者ハ假差押債權者ニ對抗スルコト能ハス又第一ノ見解ヲ採ルモ本條但書ニヨリテ本件判決ノ如ク解セサルヲ得サルヘシ故ニ結局本件判決ハ正當ニシテ而シテ本件判決ハ第一ノ見解ヲ採リタルモノト信セラル

未發生權

停止條件附法律行為ハ條件成就ノ時ヨリ其效力ヲ生ス

利ノ賣買

將來認可アラハ取得スヘキ水利使用權ノ賣買行為ハ一種ノ停止條件附法律行為トシテ有效ナリトス

解除條件附法律行為ハ條件成就ノ時ヨリ其效力ヲ失フ
當事者カ條件成就ノ效果ヲ其成就以前ニ避ラシムル意思ヲ表示シタルトキハ其意思ニ從フ

先ツ本件未發生權利ノ賣買契約ハ有效ナリヤ否ヤニ付案スルニ水利使用權ナルモノハ認可ニ依リテ初メテ發生スルモノナルカ故ニ認可前ニ於テハ未ダ權利ナルモノアルニアラス從テ未發生權利ノ處分行為ハ被告抗辯ノ如ク無効ナルノ觀ナキニアラスト雖モ法律行為ノ效果ハ必スシモ法律行為ト同時ニ發生スルヲ要スルモノニアラストルコトハ疑ナキ所ナレハ將來權利發生スルニ至リタル場合ニ處分ノ效果ヲ生セシムル目的ヲ以テ現在未發生權利ノ處分行為ヲ爲スコトモ亦法律上許容スヘカラサルモノニアラス本件ハ之ト同シク賣買行為ノ當時未ダ水利使用權ナルモノナシト雖モ將來認可アルニ依リテ權利發生スルカ故ニ該權利ノ發生シタル場合ニ之カ讓渡ノ效果ヲ生セシムル目的ヲ以テ現ニ賣買行為ヲ爲シタルニ外ナラス換言スレハ權利ノ發生ナル將來不確定ナル事實ニ讓渡行為ノ效果ヲ繋ラシメタル一種ノ條件付行為ト解スヘキモノニシテ此ノ如キ法律行為ハ無効ニアラサルカ故ニ本件契約ハ未發生權利ノ賣買トシテ有效ナリ(東京地方裁判所民三部乙大正元年九月二日言渡判決法律新聞第八一九條一二頁)

同趣旨判例

一債權ノ發生前讓渡契約ヲ締結シタル場合ト雖モ當事者ノ意思カ債權發生シ其移轉ノ可能ト爲ルコトヲ條件トシテ讓渡ノ效力ヲ生セシメントスルニ在ルトキハ結約當時

移轉ノ不能ナル一事ヲ以テ其契約ヲ無効トスルヲ得ス(四十三年大審院判決録八四頁)
一 將來得ヘキ權利ヲ讓渡スルノ契約ハ一種ノ條件附契約ニシテ法律ノ禁スルモノニ非
ス又單ニ希望ノミニ止マルモノニ非ス(三十年同上九卷四一頁)

後見人免
職請求

九〇八 左ニ掲ケタル者ハ後見人タルコトヲ得ス

- 一 未成年者
- 二 禁治産者及ヒ準禁治産者
- 三 利害公權者及ヒ停止公權者
- 四 裁判所ニ於テ免職セラレタル法定代理人又ハ保佐人
- 五 破産者
- 六 被後見人ニ對シテ訴訟ヲ爲シ又ハ爲シタルモノ及ヒ其配偶者並ニ直系血族
- 七 行方ノ知レサルモノ
- 八 裁判所ニ於テ後見ノ任務ニ堪ヘサル事跡不正行爲又ハ著シキ不行跡アリト認メタル者
- 九一七 後見人ハ遲滞ナク被後見人ノ財産ノ調査ニ着手シ一ヶ月内ニ其調査ヲ終ハリ且ツ其目録ヲ調製スルコトヲ
要ス但此期間ハ親族會ニ於テ之ヲ伸長スルコトヲ得
- 後見人カ前二項ノ規定ニ從ヒ財産ノ目録ヲ調製セサルトキハ親族會ハ之ヲ免職スルコトヲ得
- 九四八 本人、戸主、家ニアル父母配偶者本家並ニ分家ノ戸主、後見人、後見監督人及ヒ保佐人ハ親族會ニ於テ其
意見ヲ述フルコトヲ得
- 親族會ノ招集ハ前項ニ掲ケタル者ニ之ヲ通知スルコトヲ要ス

後見人ノ作成スヘキ財産目録記載程度其缺點ヲ理由トスル免職ノ請求
後見人ハ被後見人ノ親族會ニ出席スヘキ義務アリヤ(其缺席ヲ免職請求ノ一理由

トス

因ヨリ形見分ケトシテ贈與シ了ル迄ハ尙被後見人ノ財産ナルヲ以テ嚴格ニ云ヘハ財
産目録ニ記入スルコト相當ナリト雖モ財産目録ハ必ラスシモ機械的ニ全財産ヲ包含
スルヲ要セス多小ノ斟酌ヲ其間ニ加フルコトハ之レヲ妨ケサルモノナリ然ラハ前記
各證人ノ供述ニヨリテモ認メラルル如ク形見分ケヲ爲スハ地方ノ習慣ニシテ遠カラ
ス必ラス爲スヘキコトニ屬シ且ツ後見監督人モ此處分ヲ是認シ居タル場合ニ於テ之
ヲ財産目録ヨリ省略シタルハ之レ又一箇ノ見解ニ外ナラス之ヲ以テ後見人ノ任務ニ
堪ヘサル事跡又ハ不正ノ行爲アリタルモノト認ムルヲ得ス……財産目録ハ零細ノ物
件迄一々之ヲ記載セサル可カラサルモノニアラス而モ乙第三號證ノ二ニヨリ認メラ
ルル如ク脱漏物件ハ日用品ニシテ概ネ輕微ノモノナルコト及ヒ乙第三號證全部ニヨ
リ認メラルル如ク點檢調査スヘキ財産頗ル夥多ナリシコトヲ顯ミレハ右ノ脱漏ハ必
ラスシモ後見人ノ任務ニ堪ヘサル事跡又ハ不正ノ行爲アリト云フ程重大ナル失態ト
謂フヲ得ス……被控訴人ハ親族會招集ノ通知ヲ受ケナカラ缺席シタリト點ナ案ス
ルニ民法第九百四十八條ニ依レハ後見人カ親族會ニ出席スルコトハ其權利ニシテ義
務ニアラスト謂フヲ得ヘシ然レトモ之レ一觀ノ場合ニ付テ云フモノナリ被後見人ノ
親族會ハ其利益保護ノタメ自然後見人監督ノ權能ヲモ有スルモノナリ以テ後見人
ノ事務ヲ調査シ其辨明ヲ求ムルカ如キ目的ノ爲メ親族會ヲ開クコトナキニアラス
カル場合ニハ後見人カ該ヲ出席セサルコトハ後見人トシテ失態ト云ハサルヲ得ス
(但シ之レヲ以テ直チニ免職ノ理由トナシ得ルヤ否ヤハ別問題ナリ)而カモ控訴人主張
ニ係ル親族會招集ハカカル目的ヲ有セシモノナルコトヲ認ムヘキ何等ノ證據ナシ(東
京控訴院四四年(ホ)六七三號民二部判決法律新聞第八二一號二〇頁)

至當ノ見解ト信ス參考判例左ノ如シ

民法

一、後見人カ調製スヘキ被後見人ノ財産目錄ハ其財産ノ全部ヲ掲載スヘキモノナルモ多
 少遺漏ノ點アレハトテ直チニ之ヲ無効トシ目錄ヲ調製セサルモノト云フヲ得ス(四二
 年大審院判決録八九六頁)

一、後見人カ事實財産目錄ヲ調製シタル以上ハ假令其調製手續ニシテ適法ナラストスル
 モ後見人ニ實際ノ不正行為若クハ其處アラサル限りハ之ヲ以テ後見人免職ノ原因ト
 爲スヲ得ス(四三年二月二八日東京控訴院判決例彙報六卷一七二頁)

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

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

五八〇 買戻ニ付キ期間ヲ定メタルトキハ後日之ヲ伸長スルコトヲ得ス

五八〇 買戻ニ付キ期間ヲ定メザリシトキハ五年内ニ之ヲ爲スルコトヲ要ス

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

前項ノ意思表示ハ之ヲ取消スコトヲ得ス

民法施行法一 民法施行前ニ生シタル事項ニ付テハ本法ニ別段ノ定メアル場合ヲ除ク外民法ノ規定ヲ適用セス

同三一 民法施行前ニ進行ヲ始メタル出訴期限カ民法ニ定メタル時効ノ期間ヨリ長キトキハ舊法ノ規定ニ從フ但其
 殘期カ民法施行ノ日ヨリ起算シ民法ニ定メタル時効ノ期間ヨリ長キトキハ其日ヨリ起算シ民法ノ規定ヲ適用ス

同三二 前條但書ノ規定ハ舊法ニ出訴期限ナキ權利ニ之ヲ準用ス

同三三 第三十條乃至第三十二條ノ規定ハ時効期間ノ性質ヲ有セザル法定期間ニ之ヲ準用ス

民法施行前ニ發生シタル不動産買戻權ト雖トモ其行使(解除權)ノ時期カ民法施行
 後ニアルトキハ意思表示ニヨリテ之ヲ行フコトヲ得

不動産ノ買戻約款付賣買ハ民法施行前ニアリテモ賣主カ賣買契約ト共ニ其解除權ヲ
 留保シタルモノニシテ買戻權ノ行使ハ即チ賣買契約解除權ノ行使ニ外ナラサルコト
 ハ上告論旨ノ如シ而シテ本件賣買契約ハ明治二十三年九月十日ノ成立ニ係リ同日ヨ
 リ明治四十三年九月迄据置キ同年十一月一日ニ至リ買戻シ得ヘキコトヲ約シタルモ
 ノニシテ賣主タル被告ハ解除權ヲ行使スヘキ時期ハ民法施行後ニ係リ民法施行
 法中此點ニ付キ何等規定ナキモ解除權ヲ行使スルニ際シ舊法ニヨリ裁判上ノ請求ヲ
 爲スコトヲ要スルカ將相手方ニ對スル意思表示ヲ以テ足レリトスヘキヤハ畢竟解除
 權行使ノ方法ニ過キササルヲ以テ民法施行前ニ生シタル事項ト雖トモ民法施行後ノ今
 日ニ在ツテハ契約ノ解除權ヲ有スル者カ其權利ヲ行使セントスルニハ民法ニヨリ相
 相手方ニ對スル意思表示ヲ以テ足レリトスルヲ相當トス(東京控訴院四五年(十五九號民
 一部判決法律新聞第八一九號二六頁)

解除權ハ民法ノ施行ニヨリテ始メテ發生シタルモノ(其以前ハ裁判上ノ請求)ナレハ其行使ノ
 方法ニ付テハ民法ニ從フヲ以テ當然トスヘシ

然レトモ本件解除權ノ行使ハ特約ノ時ヨリスルモ又民法施行ノ時ヨリスルモ均
 シク十年ヲ過クスノ如キハ民法五八〇條ノ規定ニ抵觸セサルカ民法五八〇條ノ
 期間ハ本件ノ如キ所謂据置期間ヲ算入スヘキモノニアラス吾人ノ正當ト信スル

民法

判例左ノ如シ

或ル一定期間ヲ經過シタル後買戻權ヲ行使シ得ヘキ特約ヲ爲シタルトキハ該期間ハ民法五八〇條ノ所謂期間ニ該當セサルヲ以テ同條第三項ニ從ヒ特約ノ時ヨリ五年内ニアラサレハ買戻權ヲ行使スルノ權利ナシ(四十二年東京控訴院判決例彙報六卷一六六頁)

加之亦左ノ判例アリ是亦正當ト信ス

民法施行前ノ買戻特約ノ期間ニ付テハ民法施行法三四條及三一條ノ但書ノ規定ニ從ヒ民法五八〇條ヲ適用スヘク即チ其特約ニ買戻ノ期間ノ定メナキトキハ同條第三項ヲ適用シ五年ヲ以テ期間トシ十年以上ノ期間ヲ定メタルトキハ同條第一項ヲ適用シ十年ヲ以テ期間トス(四十一年大阪控訴院判決例彙報三卷九四頁)

故ニ吾人ハ本件判決ニ贊同ヲ表スルコト能ハス

九四 相手方ト通シテ爲シタル虛偽ノ意思表示ハ無効トス
前項ノ意思表示ノ無効ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

擔保ノ目的ヲ以テスル賣渡抵當ハ(信託的讓渡)虛偽ノ意思表示ニアラス」
第三者ニ對シテハ權利移轉ノ效力ヲ生スルモ當事者間ニ於テハ權利移轉ヲ生セス」
所謂賣渡抵當即チ債權擔保ノ目的ヲ以テ爲ス信託的讓渡ハ虛偽ノ意思表示ニアラサ

ルコト上告人所論ノ如シ……賣渡抵當即チ債務ヲ擔保スルタメ所謂信託的讓渡ヲ爲ス場合ニ於テハ第三者ニ對スル關係ニ於テハ所有權讓渡ノ效力ヲ生スルモ當事者間ニ於テハ擔保權者タルノ關係ヲ生シ所有權移轉ノ效力ヲ生セス債務ノ辨濟アルトキハ之レヲ返還スルノ義務ヲ負フテ通常トナシ本件ノ場合ニ於テモ何等特別ノ場合タルコトノ列示アラサルヲ以テ又然ルモノト認メラレタリト云ハサルヘカラス(東京控訴院四五年(ナ)三四號民一部判決法律新聞第八二〇二三頁)

民法三三三三二七三二〇二一四七頁等ヲ參照

二七三 永小作人ハ其權利ヲ他人ニ讓渡シ又ハ其ノ權利ノ存續期間内ニ於テ耕作若クハ牧畜ノ爲メ土地ヲ賃貸スルコトヲ得但シ設定行為ヲ以テ之ヲ禁シタルトキハ此限ニアラス

永小作人ハ民法第二百十二條ノ條件ニ從ヒ無償ニテ其土地ヲ轉貸スルコトヲ得ヘシ」

法曹會ハ本問ニ付キ有償ニテモ無償ニテモ其土地ヲ他人ニ轉貸スルコトヲ得蓋シ永小作人ニ轉貸ノ權利アル以上ハ其有償無償ニヨリテ土地所有者ニ何等利害ヲ異ニスルノ結果ヲ生セサルヲ以テナリト決議シタリ(法曹記事二二卷一〇號三一頁以下)蓋シ當然ノ解釋ト云フヘシ

民法施行前ノ養嗣子ハ戸籍上ノ登録ナキモ其事實アルニ於テハ效力ヲ生ス
戸籍上ノ誤謬ニ基ク除籍ヲ以テ養子離縁ト認ムヘキ場合

民法施行前ノ法律ニ依レハ養嗣子ト爲シタル事實アルニ於テハ假令戸籍上ノ届出
ヲ缺クモ養嗣子タル效力ヲ發生シ得可キモノナリシヲ以テ原告ハ一旦亡芽木小兵衛
ノ推定家督相続人トナリタル者ト云フヲ得可キモ原告ハ明治三十一年四月一日誤謬
ノ登記ナリシトノ理由ノ下ニ正當ノ手續ヲ經テ芽木小兵衛ノ戸籍ヨリ削除セラレ原
告ノ實家タル永田熊次郎ノ戸籍内ニ登記セラレ居ルコトヲ認メ得可キノミナラス右
除籍ニ付テハ原告ヲ離縁スルノ協議整ヒ之ヲ實行シタリシモ嗣子タルコトヲ廢シタ
ル目的ヲ貫徹スル能ハサルヨリ原告カ芽木小兵衛ノ長男トシテナサレタル戸籍簿上
ノ記載ハ全ク誤謬ニ基クモノナリトシテ當該官廳ノ許可ヲ得之ヲ抹消スル手續ヲ爲
シタルモノナルコトヲ推認スルニ難カラサルヲ以テ原告ハ右除籍アリタル當時事實
上ニ行ハレタル離縁ニヨリ亡芽木小兵衛ノ嗣子タル身分ヲ喪失シタルモノトス(大阪
地方裁判所四五年(ワ)四六號民一部判決法律新聞第八二三號二四頁)

本件ハ縁組離縁兩者トモニ民法施行前ニ屬スル案件ナルヲ以テ本件説明ノ法理
ヲ不當ナリトスルコト能ハス左ニ參考判例ヲ舉ク

民法施行前ニ在テハ實際養父子タル事實ノ存スル以上ハ其事實ニ據リ判斷テ下スヘ
キハ我國裁判上ノ慣例ナリ(三二年大審院判決錄九卷一〇三頁)
婚姻又ハ養女ノ縁組ハ戸籍ニ登記ナキモ裁判官ハ事實上其成立ヲ認定スルコトヲ得
(二八年同上六卷八三頁)

民法施行前ニ於ケル土地所有權ノ移轉モ亦意思表示ノミニヨリテ移轉シタルモノトス

明治十八年頃ニアリテハ地所ノ所有權ノ移轉ハ地券ノ書換テナササルヘカラストノ
旨主張スレトモ登記法實施前ニアリテモ物權ノ移轉ハ當事者ノ意思表示ノミニヨリ
テ其效力ヲ生スヘキモノニシテ地券名義ノ書換ハ之レカ絕對要件ニアラサルモノト
云ハサルヘカラスト(東京地方裁判所四五年(レ)三九號民一部判決法律新聞第八二三號二
三頁)

即チ條理トシテ之ヲ認メタルモノニシテ大審院判例左ノ如シ

特定物ヲ目的トスル單純ナル賣買ニシテ特約ナキモノハ契約ノ成立ト同時ニ其所有
權ヲ移轉シ代金ノ支拂物件ノ引渡ハ所有權移轉ニ關係ヲ有セス(二八年大審院判決錄
四卷二八頁)

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

契約解除ノ告知ニハ其原因ヲ明示スルヲ要セス

契約解除ノ意思表示ニ付テハ原判示ノ如ク其ノ原因ヲ明示スルコトヲ要スル旨ノ規

定ナキカ故ニ之レカ明示ヲ爲ササルモ其意思表示ハ有效ナリトス而シテ本件ニ於テ被上告人カ爲シタル解除ノ意思表示ニ付テ其原因ヲ知ルヲ得サルコトハ原院ノ認ムル所ナレトモ被上告人ノ爲メニ解除原因存シ而シテ其原因ニ基キテ解除ノ意思ヲ表示シタルコトモ亦原院ノ認ムル所ナレハ被上告人カ本件ニ付爲シタル解除ノ意思表示ハ有效ニシテ之ヲ是認シタル原判決ハ論旨ノ如キ違法アルコトナシ(大審院明治四五年(オ)一五三號大正元年八月五日民一判決)

參考判例左ノ如シ尙ホ民法八〇頁説明參照

契約解除ノ意思ヲ表示スルニハ明示ノ方法ニテモ亦默示ノ方法ニテモ之ヲ爲スコトヲ得ヘキニヨリ解除權ヲ有スル者カ契約ノ存續ト相容レサル請求ノ訴狀ヲ相手方ニ送達シタルトキハ解除ノ效力ヲ生スルモノトス(三四年大審院判決録六卷八頁)

權利取得ノ瑕疵ト

其ノ瑕疵ト

九八六 家督相續人ハ相續開始ノ時ヨリ前戸主ノ有セシ權利義務ヲ承繼ス但シ前戸主ノ一身ニ專屬セルモノハ此限リニアラス
(參照)一八七 占有者ノ承繼人ハ其選擇ニ從ヒ自己ノ占有ノミヲ主張シ又ハ自己ノ占有ニ前主ノ占有ヲ併セテ之ヲ主張スルコトヲ得
前主ノ占有ヲ併セテ主張スル場合ニ於テハ其瑕疵モ亦之ヲ承繼ス

被相續人ノ權利取得ノ瑕疵ハ相續人ニ及ホスモノトス

上告人カ原審ニ於テ主張シタル事實ニヨレハ本件係争ノ證券ハ鎌田太郎吉ヨリ同清吉ニ清吉ヨリ同忠藏ニ返次相續ニ因リ承繼セラレタルモノナリト云フニ在リテ原判決ノ理由モ右上告人主張ノ事實ニ基キ立言シタルモノナルコト判文上明白ナリ而シ

記名式持参人拂ノ債權

一八七條占有ノ併合ノ場合ニ於テハ相續ニヨルト否トヲ區別セス(横田博士物權松博士民法要義一八七條同) 故ニ一九二條占有ノ效力ニヨリ取得シ得ヘキ場合又ハ時効ニヨリテ取得シタル場合ニハ本件判例ノ應用ナキコト勿論ト云フヘシ

八六 土地及定着物ハ之ヲ不動産トス

其他ノ物ハ總テ之ヲ動産トス

無記名ノ債權ハ之ヲ動産ト看做ス

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

記名式持参人拂ノ債權ハ動産ト見ルコト能ハス

記名式所持人拂ノ債權ハ其效用ニ於テハ無記名債權ニ酷似スルコロアルモ其性質ニ於テハ特種ノ證券的權利ニ屬シ純然タル無記名債權ニ非ラサルコトハ本院判例ノ示ス所ナリ(明治四十二年(オ)第三二六號同年十一月二十四日判決參照)故ニ之ヲ動産ト看做スコト能ハサルヲ以テ民法第九十二條ノ規定ヲハ之ニ適用スルコトヲ得サルモノトス且前ニ既ニ説明シタルカ如ク原院ハ證據ニヨリ本件系爭證券ヲ所持スル上告人カ善意ノ占有者ニアラサルコトヲ認定シタル者ナレハ本論旨ハ到底維持スルニ足ラサルモノトス(大審院明治四五年(オ)一五〇號大正元年九月二五日民二判決)

定期株式
ノ買買ト
委託契約

六四三 委任ハ當事者ノ一方カ法律行為ヲ爲スコトヲ相手方ニ委託シ相手方カ之ヲ承諾スルニヨリテ其效力ヲ生ス

六五一 委任ハ各當事者ニ於テ何時ニテモ之ヲ解除スルコトヲ得

六五二 第六百二十條ノ規定ハ委任ニ之ヲ準用ス

六二〇 實債權ヲ解除シタル場合ニ於テハ其解除ハ將來ニ向ツテノミ效力ヲ生ス但シ當事者ノ一方ニ過失アリタルトキハ之ニ對スル損害賠償ノ請求ヲ妨ケス

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

株式定期買買ニ關シ客ト仲買人間ノ法律關係及仲買人ノ不履行ニヨル契約解除

客(注文者)カ取引所仲買人ニ對シ株式ノ定期買買ヲ委託シタル場合ニ於テ仲買人カ正當ニ取引所ニ於テ客ノ委託ニ係ル株式ノ賣建買建ヲ爲スト同時ニ客ト仲買人トノ間ノ委託關係ハ當然終了スルモノニアラスシテ其ノ建株ノ限月ノ終リニ至リ目的物ノ

受渡ヲ了スルカ又ハ客ノ申出其他ノ事由ニヨリ轉賣買戻若クハ解合ニヨリ其取引ヲ終了セシムルカ或ハ合意ニヨリ解約スルニ非ラサル限リハ依然其委託契約ハ存續スルモノナルニ付キ仲買人ニ於テ客ノ委託ニ依リ株式ノ買建ヲ爲シタル場合ニ於テモ更ラニ客ヨリ之カ轉賣ノ申出アリタル際其轉賣ヲ爲サザラシトキハ結局右買建ノ委託ニ依リ客ト仲買人トノ間ニ存在スル委託契約ノ一部ニ付キ不履行アリタルモノナレハ其外履行ヲ原因トシテ全部ノ委託契約ヲ解除シ得ルコト明瞭ナルヲ以テ前段説述セル如ク既ニ被告ハ原告ノ委託ニ係ル株式ノ買建ニ付テハ完全ニ之ヲ履行シタルモ其轉賣ヲ履行セザリシ以上ハ原告ニ於テ其不履行ヲ原因トシテ其買建ニ關スル部分ヲ併セ全部ノ委託契約ヲ解除シ得(大阪地方裁判所四四年(ワ)八三四號民三部判決法律新聞第八二二號第二五頁)

然レトモ委任契約ノ解除ハ單ニ將來ニ向ツテ效力ヲ發生スルニ過キスシテ既往ノ關係ヲ消滅セシムルコト能ハス(民法六五二條)然ルニ本件判決ハ一部不履行ヲ理由トシテ全部解除ヲ爲シ得ヘキモノトシタルハ失當ナリトス

私生兒認
知ノ訴

八三五 子其直系卑屬又ハ此等ノ者ノ法定代理人ハ父又ハ母ニ對シテ認知ヲ求ムルコトヲ得(參照)八三〇 父ノ定ムルコトヲ目的トスル訴ハ子、母、母ノ配偶者又ハ其外配偶者ヨリ之ヲ提起スルコトヲ得母ノ配偶者及ヒ其外配偶者ハ互ニ其相手方ト爲ル子又ハ母カ提起スル第一項ノ訴ニ於テハ母ノ配偶者及ヒ其前配偶者ヲ以テ相手方トシ其一入カ死亡シタル後ハ其生存者ヲ以テ相手方トス

私生兒ノ父カ死亡シタル後檢事ヲ相手方トシテ認知ヲ求ムルハ法律上認めサル

處ナリトス

本訴ハ原告カ明治二十四年中當時内縁關係ヲ結ビ同棲シ居タル訴外井上リエト亡河
 盛利兵衛トノ間ニ出生シタルモノナルコトヲ主張シ右利兵衛カ原告ヲ其子ナリト認
 知スル手續ヲ了セシテ死亡シタルヲ以テ檢事ヲ相手方トシテ之カ認知ヲ訴求スト
 云フニアリ
 而シテ原告ハ本件ハ人事訴訟手續法第三十條第三十九條第二條ノ父ヲ定ムルヲ目的
 トスル訴ノ規定ニ準スヘキ案件ナリト主張スレトモ吾民法及手續法上私生子認知ノ
 訴トハ私生子又ハ其直系卑屬ヨリ任意ニ認知ノ意思表示ヲ爲ササル父又ハ母ニ對シ
 テ其意思表示ヲ求ムル訴ヲ指稱シ父ヲ定ムル訴トハ前婚ノ解消又ハ取消後六ヶ月以
 内ニ再婚シタル女カ再婚成立後二百日以上三百日以内ニ分娩シタル場合ニ其子カ前
 夫ノ子ナルカ後夫ノ子ナルカヲ定ムルコトヲ目的トシテ子母母ノ配偶者及ビ前配偶
 者ヨリ提起スル形式ノ訴ヲ云ヒ二者全ク別異ノ訴ニ屬スルヲ以テ父ヲ定ムルヲ目的
 トスル訴ニ付キ規定セラレタル前記人事訴訟手續法ノ法條ハ當然私生子認知ノ訴ニ
 モ適用スルモノト謂フヲ得サルハ勿論檢事ヲ以テ訴ノ一方ノ相手方ヲラシムル如キ
 規定ハ特別ノ必要ト特別ノ理由トニ基ク例外規定ニ屬シ嚴格ニ解釋スルコトヲ要ス
 ルモノナルヲ以テ人事訴訟手續法中該規定ニ律セラルヘキ旨ノ明文ナキ私生子認知
 ノ訴ニ於テハ檢事ヲ以テ訴ノ一方ノ相手方ヲラシムル事ヲ許ササルノ法意ナリト解
 ス可キモノトス(大阪地方裁判所四五年(タ四一號民一部判決法律新聞第八二一號二五
 頁)

立法論トシテハ父又ハ母ノ死亡後ト雖トモ或制限ノ下ニ認知請求ヲ爲シ得ヘキ

モノトスルヲ可ト信スルモ現行法ノ解釋トシテハ本件判決説明ノ如ク言ハサル
 可カラス之レ人訴三〇條及ヒ人訴二七條ノ規定ニヨリテ明瞭ナリ

取引所仲買人ノ交付セル定期米賣買通帳ニ記載セル取引規約ヲ無効ノモノト見
 タル判決

甲第三號證ヲ查スルニ第五條ニ公定相場ヲ以テ整フヘキ注文以外ノ注文ニ於テモ從
 來ノ商慣習ニ依リ實際ノ取引ト注文主ヘノ通知ト必ラスシモ符合セサルコトアルヘ
 キ旨ノ定メアリ第四條ニヨレハ仲買人注文ヲ受ケ取引ヲ爲シタルトキハ注文主ニ其
 通知ヲ爲ス可シトアリテ此等ノ規定ハ仲買人ハ指定ノ直段ト異ナル直段ヲ以テ取引
 ヲ爲シ注文主ニ對シテハ實際ノ取引ト異ナル通知ヲ爲シ此通知ニヨリテ損益ノ計算
 ヲナシ得ルコトヲ定メタルモノト解セサルヘカラス而シテ第二條ニヨレハ注文主ニ
 於テ仲買人ニ賣買ノ注文ヲ爲シタルトキハ取引所ノ定款諸規則及ヒ此規則ヲ當然認
 知承諾シタルモノトストノ定メアリト雖トモ果シテ當事者ハ此規約ニ從フノ意思ヲ
 有シタルヤ否ヤ此ノ如キ規約ヲ適法ナリト云フコトヲ得ルヤ否ヤハ疑ナキモノト謂
 フコト能ハス蓋シ定期賣買ノ委託ハ取引所ニ於テ取引ヲ爲スコトヲ其特徴トスルモ
 ノナレハ注文主ノ意思仲買人ヲシテ注文ノ賣買ヲ取引所ノ取引ニ付セシムルコトヲ
 委託スルニアルコトハ疑ヒナク又仲買人ハ取引所ニ於テ取引ヲ爲スコトヲ業トスル
 モノナルカ故ニ注文主ヨリ取引所ノ取引ニ付スルコトノ委託ヲ付ケタルモノト解ス

民法 四五八
ヘキハ當然ニシテ甲第三號第四條ニ仲買人注文ヲ受ケ取引ヲ爲シタルトキハ云々
トアルハ之レト同一ノ意義ヲ有シ取引所ニ於テ取引ヲ爲シタルコトヲ云フモノト解

九七四 第九百七十條及第九百七十二條ノ規定ニヨリテ家督相續人タルヘキ者カ家督相續ノ開始前ニ死亡シ又ハ
其相續權ヲ失ヒタル場合ニ於テ其者ニ直系卑屬アルトキハ其直系卑屬ハ第九百七十條及第九百七十二條ニ定メタル
順序ニ從ヒ其者ト同順位ニ於テ家督相續人トナル

長男及次男ヲ有スル父タル戸主カ未タ家督相續ヲ爲サザリシ前ニ長男カ死亡シ
其後父カ家督相續ニヨリ戸主トナリ更ラニ其父ノ死亡ニヨリ家督相續ノ開始ア
リタル如キ場合ニ於テハ其長男ノ子ハ代襲相續人タル權利ヲ有セス
法曹會ハ右ト同一趣旨ノ決議ヲ爲シタリ(法曹記事二二卷一〇號三三頁)蓋シ當然ノ解
釋ト云フヘシ

- 一四七 時効ハ左ノ事由ニヨリテ中斷ス
一 請求
二 差押、假差押又ハ假處分
三 承認
一五四 差押假差押又ハ假處分ハ權利者ノ請求ニ因リ又ハ法律ノ規定ニ從ハサルニ因リテ取消サレタルトキハ時効
中斷ノ效力ヲ生セス
一五五 差押假差押又ハ假處分ハ時効ノ利益ヲ受クル者ニ對シテ之ヲ爲ササルトキハ之ヲ其者ニ通知シタル後ニ非
ラサレハ時効中斷ノ效力ヲ生セス

假差押ニヨル時効中斷ハ何時其效力ヲ生スヘキヤ

假差押カ時効中斷ノ效力ヲ生スルニハ其手續ノ進行ヲ要スルモノナルコトハ被告ノ
云フ所ノ如シト雖モ必ラスシモ時効完成前ニ假差押ヲ完結スルノ要ナク時効完成前
ニ假差押ニ着手シタル以上ハ其進行カ其時効期間經過後ニ係ルモ中斷ノ効アルモノ
ニシテ其着手トハ假差押カ必ラス遂行セラルヘキ狀態ニ至ラシムル所爲ヲ云フモノ
トス故ニ假差押申請ノ如キハ未タ以テ假差押ノ着手ト云フヲ得ヌ何トナレハ假令假
差押命令ヲ得ルモ當然假差押ヲ實行セラルヘキモノニアラスシテ之ヲ執達吏ニ委任
シテ初メテ假差押ヲ實行セラルモノナレハ假差押ノ申請ハ假差押ノ準備タルニ止
マルヲ以テナリ然ラハ如何ナル時ニ於テ假差押カ必ス遂行セラルヘキ狀態ニ在リト
云ヒ得ヘキヤト云フニ執達吏ハ適法ニ假差押ノ委任ヲ受ケタル以上ハ必ラス之ヲ遂
行セサルヘカラサル公職務アルモノナレハ其委任ニ依リ假差押カ必ス遂行セラルヘ
キ狀態ニ至リタルモノト謂フヘク從テ該委任行為ハ即チ假差押ノ着手ニシテ之ニ因
リ時効中斷ノ效力ヲ發生スルモノナリト謂ハサルヘカラス猶假差押委任ニ因リ時効

中断ノ効アリト云ハサル可カラサル所以ノモハ消滅時効ハ權利者カ之レヲ行使シ得ヘキ状態ニアリナカラ或ル期間其行使ヲ怠リタルニヨリ其權利ヲ主張スルコトヲ得ストナシタルモノニシテ假差押ヲシテ時故中断ノ効力アラシメタルハ假差押ハ權利者カ權利實行ノ意思ヲ確表シタル行爲アリトシ即チ權利行使ノ怠慢ナキモノトシタルニ外ナラサレハナリ(奈良區裁判所四五年(ハ)一七二號判決法律新聞第八二一號一六頁)

判例及學說ハ本件説明ト反對ニシテ時効中断ノ効力ヲ生スルニハ必スヤ執行ニ着手シ其手續ヲ遂行スルコトヲ要ストナス(四十二年大審院判決錄四三九頁中島博至時効六四〇頁參照)

然レトモ訴ノ提起ハ訴狀送達ヲ俟タスシテ時効中断ヲ生スヘキモノトセルニ對比セハ必スシモ本論ヲ不當ナリト斷言スルコト能ハス吾人ハ更ニ研究ノ餘地アリト信ス

二債ノ支拂期限ト時効

一六六 消滅時効ハ權利ヲ行使スルコトヲ得ル時ヨリ進行ス(下略)
 (參照)商法二八五 商行爲ニ因リテ生シタル債權ハ本法ニ別段ノ定メアル場合ヲ除ク外五年間之ヲ行ハサルトキハ時數ニヨリテ消滅ス但シ他ノ法例ニ之ヨリ短キ時數期間ノ定メアルトキハ其規定ニ從フ

債務支拂時期ヲ定メタルモ又外ニ債權者ノ任意ニヨリテ權利ヲ行使シ得ヘキコト

質物換價ニヨル質權ノ消滅 他人ノ物ヲ以テシタル辨濟ノ效力

トヲ定メタル場合ノ如キハ消滅時効モ亦二様ノ進行ヲ爲スヘキモノトス

或權利ノ行使ヲ以テ特ニ債權者ノ任意ト爲シタル場合ニ若シ控訴人主張ノ如ク其權利ヲ行使シ得ル時ヨリ直チニ時効ノ進行ヲ始ムルモノナリトセハ債權ノ取立ヲ便宜若クハ確實ナラシムルコトヲ目的トスル特種力却テ債權者ノ不利益ニ歸スルノ奇怪ナル結果ヲ生スヘキヲ以テ新カの場合ニハ當事者ノ意思ハ二様ノ支拂時期ヲ定メテ其選舉ヲ債權者ノ自由ニ一任セルモノニシテ從テ其債權ノ消滅時効モ亦右支拂時期ノ異ルニ從ヒ二様ニ進行スルノ趣旨ナリト解スルヲ相當トス(東京地方裁判所明治四五年レ一五八號民一部判決法律新聞第八一九號二五頁)至當ノ見解ト信ス

三〇四 先取特權ハ其目的物ノ賣却價貸減失又ハ毀損ニヨリテ債務者カ受クヘキ金錢其他ノ物ニ對シテモ之ヲ行フコトヲ得但シ先取特權者ハ其拂渡又ハ引渡前ニ差押ヲ爲スコトヲ要ス

三五〇 第二百九十六條乃至第三百條及ヒ第三百四條ノ規定ハ質權ニ之ヲ準用ス

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

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

質物カ假處分ノ爲メ換價サレタル場合ニ代金ノ差押ヲ爲ササレハ質權ハ消滅ニ歸ス故ニ其後該代金ヲ質權者カ交付ヲ受ケタリトスルモ之レ質權ノ實行ニアラスシテ債務ノ辨濟ト見ルヘキモノナリ

他人ノ物ヲ以テ爲シタル辨濟ト雖トモ一九二條ノ適用アルトキハ有效ナル辨濟トナルヘシ

質權ノ目的物カ換價セラレタルトキハ質權者ハ本來ノ目的物ニ換ヘ其代金ニ對シテ質權ヲ行フコトヲ得ヘシ然カレトモ質權者カ其權利ヲ保存スルカ爲メニハ第三債務者ノ手裡ニ於テ其代金ヲ差押ヘルコトヲ要シ質權者カ差押ヲ爲スノ前ニ於テ第三債務者カ其代金ヲ債務者(又ハ質權設定者)ニ支拂ヒタルトキハ質權者ノ權利ハ消滅ニ歸スヘキモノナルコトハ民法第三百四條同第三百五十五條ノ規定ニ徴シテ明カナリ故ニ債務者カ其代金ヲ第三債務者ヨリ領收シ其儘之ヲ質權者ニ交付シテ債務ノ辨濟ニ充テタル場合ト雖トモ其代金ヲ領收シタル質權者ハ質權ノ實行ニヨリテ辨濟ヲ受ケタルモノニアラスシテ唯タ債務者トシテ債務者ノ提供シタル金銭ヲ受領シ其債權ノ辨濟ヲ受ケタルニ過キス而シテ原院ノ確定シタル事實ニヨレハ本件質權ノ目的タリシ白米ハ假處分ノ結果換價セラレ其賣得金ハ一旦供託セラレタルモ債務者平野治郎兵衛ノ代理人ニ於テ之ヲ受取り上告人ノ債權ノ辨濟ニ充テタルモノニシテ上告人ハ賣得金ノ供託中之カ差押ヲ爲ササリシモノナリトス左レハ上告人ノ質權ハ平野治郎兵衛ノ代理人カ賣得金ヲ領收スルト同時ニ消滅ニ歸シタルモノニシテ上告人カ其賣得金ヲ治郎兵衛ノ代理人ヨリ受取りタルハ其質權ノ實行ヲ爲シタルモノニアラスシテ單ニ債權者トシテ辨濟ヲ受ケタルモノナルハ前段説明スル所ニ依リ明カナルヲ以テ此點ニ關スル原院ノ說明ハ相當ニシテ上告論旨ハ其理由ナシ然レトモ上告人ハ假令質權ノ實行ニヨリテ本件ノ金銭ヲ受取りタルモノニアラストスルモ平野治郎兵衛ニ對スル債權ノ辨濟トシテ其交付ヲ受ケケ之ヲ占有シタルモノナルコトハ原院ノ事實トシテ確定シタル所ナレハ其金銭ニ付キテハ民法第九十二條ノ規定ヲ適用スルコト

ヲ要シ上告人カ辨濟受領ノ當時平穩公然善意無過失ニテ之ヲ占有シタルモノトモ上告人ハ其金銭ノ所有權ヲ取得スルコトヲ得スハアラス此場合ニ於テハ之ヲ上告人ニ交付シタル債權者治郎兵衛ニ於テ其金銭ハ自己ノ所有ニアラス又ハ自己ノ所有ニ歸スヘカラサルモノナリシトノ理由ヲ以テ上告人ニ對シテ之レカ返還ヲ請求スルコトヲ得サルノミナラス實體上其金銭ノ回復ヲ請求スルノ權利ヲ有スル被上告人モ亦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ニ由ナキモノトス蓋シ辨濟トシテ他人ノ物又ハ他人ノ有ニ歸スヘキ物ヲ債權者ニ交付シタル場合ニ於テ債權者カ民法第九十二條ニ規定スル占有ヲ爲シタルトキハ債權者ハ其物ニ對シテ確定不可動ノ權利ヲ取得スルト同時ニ其辨濟モ亦有效トナルノ結果ヲ生スルモノニシテ此場合ニ於テ辨濟カ其效力ヲ生スルハ債權者カ真正ノ權利者ヨリ回復ノ請求又ハ利得返還ノ請求ヲ受ケルノ虞ナクシテ完全ニ辨濟ノ利益ヲ享受スルコトヲ得ルカ爲メニ外ナラス從テ債權者カ辨濟ノ目的物上ニ權利ヲ取得スルコトヲ得サル場合ニ適用セラレヘキ民法第四百七十五條ノ規定ヲ以テ之ヲ律スルコトヲ得サルモノトス果タシテ然ラハ原院ハ本件上告人カ辨濟トシテ受領シタル金銭ニ付キ民法第九十二條ニ定ムル條件ノ具備スルヤ否ヤヲ審理シ以テ本訴ノ曲直ヲ斷セサルヘカラサルニ辨濟ノ目的物ノ上告人ノ所有ニ歸シタルト否トニ拘ハラス上告人ニ不當利得アリトシテ上告人ニ敗訴ヲ言渡シタルハ理由ノ不備ナル違法ノ裁判ニシテ此點ニ關スル上告論旨ハ理由アリ(大審院明治四五年(オ)九六號大正元年一〇月二〇日民二判決)

四七五條他人ノ物ノ辨濟ト一九二條占有ノ效力ニヨル所有權取得ノ關係ニ付テハ同趣旨ノ説明アリ(川名博士債權總論三一四頁)又前段質權消滅ニ關スル説明ハ至

當ト信ス

不當ノ支拂催告

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

數額適當ニシテ且ツ相當ト認ムル可カラサル期間ヲ以テシタル催告ハ付遲滯ノ效力ヲ生セス

過當ノ請求ハ催告トシテ有效ナリヤ

債權者ノ意思ニシテ必ラス請求シタル丈ケノ額ノ支拂ヲ欲シ若シ夫レヨリ少ナキ額ノ支拂ナレハ之レヲ受取ラサル主趣ナルコトカ認メ得ヘキ場合ニハ請求額カ適當ナル爲メ債務者カ催告ニ應セザリシコトハ付遲滯ノ效力ヲ生スヘキモノニアラス……加之被控訴人ハ催告狀到達ノ翌日ニ支拂フヘシト催告シタルコトハ乙第二號證ニヨリ明カニシテ其催告狀カ控訴人ニ催告シタルハ明治四十三年九月十三日午前十時三十分ナルコトハ當事者間ニ争ヒナキ所トス而カレニ乙第八號證ニ依レハ控訴人ノ居住及附近三里以内ハ金融機關ナキコト明カナレハ右ノ如キ短期間内ニ四百五十六圓餘ノ支拂ヲ催告スルカ如キハ相當ノ期間ヲ定メテ催告シタルモノトハ認メ難シ(東京控訴院四五年ネ一〇三號民三部判決法律日々第一八一號判例集一一五頁)

契約履行ノ催告ハ契約ノ趣旨ヲ超過シタルカ爲メ常ニ無效トナルモノニアラスト雖モ相手方ニ於テ其負擔セル債務ノミノ履行ヲ以テシテハ催告者カ之ヲ受領セザルヘ

不正登記ノ名義人ヨリ譲受人ヨリ效力ト受ノ三者

相當ノ期間ヲ置カサル催告ノ效力

キコト明カナル場合ニアリテハ其催告ハ契約解除ノ前提要件トシテ效力ヲ有スルモノニ非ス(四一年十月一日東京控訴院民二判決判例彙報三卷一二二頁)

同趣旨判例(廣島控訴院判決法律新聞三七七號一〇頁、東京控訴院判決法律新聞八號一頁、鹿兒島地方裁判所判決法律新聞六四八號一四頁、大阪地方裁判所判決法律新聞五五二號六頁其他)

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

不正登記名義人ヨリ不動産ノ讓渡ヲ受クルモ何等ノ權利ヲ取得スルモノニアラサルハ勿論該讓受人ハ民法第一七七條ニ所謂第三者ニ該當セス故ニ眞ノ所有者ハ取得ノ登記ナキモ此讓受人ニ對シテ自己ノ權利ヲ對抗スルコトヲ得

原院ノ確定セル所ニ依レハ本訴ノ地所ハ被上告人ノ先代治平所有ノ處同人ヨリ上告人ニ贈與セラレ上告人ノ所有ニ歸シタルモノニテ被上告人ノ相續シタルモノニ非ス然ルニ被上告人ハ治平ノ家督相續ニ因リ該地所ノ所有權ヲ取得シタリト稱シテ之カ登記ヲ受ケタルモノナレハ其登記ハ登記原因ヲ欠缺スル不正ノモノナルコト多言ヲ俟タス而シテ新カレ不正登記ノ名義人ヨリ其不動産ヲ買受ケ若クハ讓受ケタル者ハ登記ノ欠缺ヲ主張スルニ正當ノ利益ヲ有スル者ニ非スレテ民法第七十七條ニ所謂

第三者ニ包含セラレタルコト本院ノ判例トスル所ナレハ被上告人ヨリ本訴地所ヲ買受ケタル新多豊吉ハ民法第七十七條ニ所謂第三者ニ該當セサルヲ以テ眞ノ所有者タル上告人ハ贈與ニヨル所有權取得ノ登記ヲ受ケサルニ拘ハラス所有權ヲ以テ豊吉ニ對抗スルヲ得ヘシ隨テ被上告人カ相續ニ因ル所有權取得ノ登記ヲ受ケタル上本訴地所ヲ豊吉ニ賣却シ其賣買登記ヲ經テ豊吉カ登記簿上所有名義人タルニ至リタレハトテ上告人ノ所有權ヲ喪失セシメタルモノト云フ可カラス(大審院明治四五年(オ)二二四號大正元年八月一九日民二判決)

固ヨリ當然ノ解釋ナルモ同趣旨ノ判例學說ヲ舉ケレハ

四一年大審院判決第一〇四七頁、同一〇五二頁、四二年同上七七七頁、三九年同上六六〇頁、横田博士物權法八頁以下

尙ホ民法二八九頁實體法上ノ權利ヲ有セル登記ヲ參照スヘク又第三者ノ意義ニ關シテハ民法二七八、二二四、及ヒ一頁參照

連帶債務者ノ求償

連帶債務者ノ一人カ債權者ニ辨濟ヲ爲シ之ヲ他ノ連帶債務者ニ通知セザリシカ

圖四三 連帶債務者ノ一人カ債權者ヨリ請求ヲ受ケタルコトヲ他ノ債務者ニ通知セシテ辨濟ヲ爲シ其他自己ノ出損ヲ以テ共同ノ免責ヲ得タル場合ニ於テ他ノ債務者カ債權者ニ對抗スルコトヲ得ヘキ事由ヲ有セシトキハ其負擔部分ニ付キ之ヲ以テ債務者ニ對抗スルコトヲ得但シ相殺ヲ以テ之ニ對抗シタルトキハ過失アル債務者ハ債權者ニ對シ相殺ニヨリテ消滅スヘカリシ債務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得

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

爲メニ他ノ一人カ更ニ善意ニテ辨濟ヲ爲シタリトセハ後ニ辨濟ヲ爲シタル者ハ其通知ヲ怠リタル債務者ニ對シテ自己ノ辨濟ヲ有效ト主張シ得ヘキハ勿論連帶債務者ノ全員ニ對シテモ其有效ヲ主張シ求償權ヲ行使シ得ヘキモノトス(連帶債務者甲乙丙丁四名ト假定)

後ノ免責行爲者ハ自己ノ免責行爲ヲ有效ナリシモノト看做スコトヲ得若シ有效ナル者ト看做シタルトキハ債務者全員ニ對シ求償權ヲ有ス

本問ニ關シテハ二個ノ見解ヲ立ツルコトヲ得即チ(一)自己ノ免責行爲ヲ有效ナリシモノト看做スコトヲ得テ從テ求償權ヲ有スルモノト解ス第一ノ見解ハ本問ノ場合ニ第四百四十三條第二項ノ適用ナシトナスモノニシテ其當ヲ得サルヲ云フナ俟タス同條第二項ハ免責行爲ヲ爲シタル連帶債務者ノ一人カ共同ノ免責ヲ得タルコトヲ他ノ債務者ニ通知スルコトヲ怠リタル場合ニ後ニ善意ニ免責行爲ヲ爲シタル他ノ債務者カ自己ノ免責行爲ヲ有效ナリシモノト看做スコトヲ得ル旨ヲ規定シ他ニ何等制限スル所ナキカ故ニ本問ノ場合モ亦同條第二項ノ適用ヲ受クルモノト解セサルヘカラス從テ第二ノ見解ニ從ヒ丁ハ甲ノミナラス乙丙ニ對シテモ求償權ヲ有スルモノトナササルヘカラス而カシテ丁カ自己ノ免責行爲ヲ有效ナリシモノト看做スコトヲ得ルモノトナササルヘカラスナリシモノトナルカ故ニ甲ノ乙丙ニ對シテモ求償權モ亦發生セザリシ結果トナル從テ乙丙ハ不當利得請求權ニ基キ甲ニ對シテ其求償ニ應ジテ給付セルモノノ返還ヲ請求スルコトヲ得以上ノ見解ハ立法上ノ理論ヨリ見レハ當ヲ得タルモノニアラスト雖トモ解釋上如斯解スルナ正當トス(石坂法學博士法學志林一四卷一〇號七七頁以下要

本問ニ付テモ判例ノ見ルヘキモノナキモ異論ヲ容ルヘキ餘地ナク多數ノ學者モ全ク同一趣旨ノ説明ヲ爲ス即チ左ノ如シ

初メニ辨濟ヲ爲シタル債務者カ通知ノ義務ヲ怠リタルカ爲メ他ノ債務者カ善意ニテ辨濟ヲ爲シ其他有價ニ免責ヲ得タル場合ニ於テ後ノ債務者カ自己ノ辨濟其他免責ノ行爲ヲ有效ナルモノト看做シタルトキハ求債權ハ善意ノ辨濟者ニ歸シ過失アル債務者ハ求債權ヲ失フモノトス(横田博士債權總論五五八頁、川名博士債權總論二三〇頁、梅博士民法要義 之三、四、四三條參照)

一般的
不作為
の訴

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ヨリテ生シタル損害ヲ賠償スル實ニ任ス

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

一九九 占有者カ其占有ヲ妨害セラレタ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

一八九 善意ノ占有者ハ占有物ヨリ生スル果實ヲ取得ス

二〇二 占有ノ訴ハ本權ニ關スル理由ニ基キテ之ヲ裁判スルコトヲ得

四一四 債務者カ任意ニ債務ノ履行ヲ爲ササルトキハ債權者ハ其強制履行ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但債務ノ性質カ強制履行ヲ許ササル場合ニ於テ其債務カ作爲目的トスルトキハ債權者ハ債務者ノ費用ヲ以テ第三者ニ之レヲ爲サシムルコトヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但法律行爲目的トスル債務ニ付テハ裁判ヲ以テ債務者ノ意思表示ニ代フルコトヲ得

不作為目的トスル債務ニ付テハ債務者ノ費用ヲ以テ其爲シタルモノヲ除却シ且將來ノ爲メ適當ノ處分ヲ爲スコトヲ請求スルコトヲ得

前三條ノ規定ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ケス

(參照)民法七三三 民法第四百十四條第二項及ヒ第三項ノ場合ニ於テ第一審ノ受訴裁判所ハ申立ニ因リ民法ノ規定ニ從ヒテ決定ヲ爲ス

債務者ハ同時ニ其行爲ヲ爲スニ因リ生スヘシ費用ヲ豫メ債務者ニ支拂テ爲サシムル決定ノ宣告アランコトヲ申立ツルコトヲ得但其行爲ヲ爲スニ因リ此ヨリ多額ノ費用ヲ生スルトキハ其日時ノ滿了後ニ其請求ヲ爲ス權利ヲ妨ケス

同五二九 請求ノ主張カ或ル日時ノ到來ニ繫ルトキハ其日時ノ滿了後ニ限り強制執行ヲ始ムルコトヲ得

若シ執行カ債權者ヨリ保證ヲ立ツルコトニ繫ルトキハ債權者カ保證ヲ立テタルコトニ付テノ公正ノ證明書ヲ提出シ且其證明書既ニ送達シ又ハ同時ニ送達シタルトキニ限り其執行ヲ始ムルコトヲ得

一般的
不作為
の訴

從來ノ立法モ亦學者モ侵害豫防ノ方法ニ關シテハ等閑ニ附シ着眼ヲ缺ケリ然レトモ醫學上ニ於テ疾病ノ豫防カ重要ナル問題ナル如ク法律學ニ於テハ權利侵害ノ豫防ニ關スル研究ハ極メテ重要ナリト云ハサルヘカラス

從來各國ノ立法ハ權利侵害ノ豫防方法トシテ不作為ノ訴ヲ認ム然レトモ此等ノ立法ハ法單ニ或ル特定ノ場合ノミニ不作為ノ訴ヲ認ムルニ止マリ一般的不作為ノ訴ヲ認メス從テ從來認メラレタル不作為ノ訴ハ不法行爲ヲ豫防シ損害ノ發生ヲ豫メ防遏スルノ方法トシテハ不完全ナルヲ免レシ此ニ於テカ近時獨逸ニ於ケル一派ノ學者ハ一般的不作為ノ訴ヲ認メ不法行爲ヲ生スル凡テノ場合ニ不作為ノ訴ニヨリテ損害ノ發生ヲ豫防スルコトヲ得トナスノ說ヲ唱フ

今之ヲ沿革ニ見ルニ羅馬法ニ於テハ或特定ノ場合ニ權利ヲ侵害セラレタル場合ニ豫メ其侵害ヲ防遏スル不作為ノ訴ヲ認メタリト雖トモ既ニ生セル權利侵害ノ除却

ト共ニ將來違反行為アリタル場合ニ於テ一定ノ金額ヲ支拂ハシムルニアリ直接ニ不作為ヲ命スルニアラズ獨普通法ニ於テハ羅馬法ノ規定ヲ繼承スルト共ニ更ニ不作為ノ訴ヲ認ムル範圍ヲ擴ゲタリト雖トモ是亦特定ノ場合ノミニ限ラレカ故ニ一派ノ學者ハ一般的不作為ノ訴ヲ認ム可キコトヲ主張ス即チ獨逸民法ハ或種ノ權利ノミニ不作為ヲ認ムト雖トモ更ニ之ヲ擴ゲ權利ノ侵害アルト否トヲ問ハス不作為ノ成立スル凡テノ場合ニ不作為ノ訴ヲ認ムルコトヲ要ストナス獨大審院力此說ニ從ヒ一般的不作為ノ訴ヲ認メ特ニ千九百一年四月十一日及ヒ千九百四年四月九日ノ判決ニ於テ善良ナル風俗ニ違反スル方法ニヨリ故意ニ他人ニ損害ヲ加ヘタル場合ニ不作為ノ訴ヲ認メ千九百二年十二月十四日千九百五年一月五日及ヒ同年十一月十六日ノ判決ニ於テ虛構ノ事實ヲ流布シ他人ニ損害ヲ生セシメタル場合ニ不作為ノ訴ヲ認ム其他ニ於テモ大審院ニ於テ一般的不作為ノ訴ヲ認ムル判決多シ故ニ獨逸大審院ハ今日ニ於テハ殆ント一般的不作為ノ訴ヲ認ムルノ見解ニ一定セリト云フヲ得ヘシ

上述スルカ如ク今日ノ立法ハ不作為ノ訴ヲ認ムル範圍ヲ擴クルノ傾向アルニ拘ラス我法典ハ物權ニ關シテハ第四百九十九條ニ於テ單ニ占有保全ノ爲メニ不作為ノ訴ヲ認メ更ラニ第四百四十四條第三項ニ於テ不作為債務ノ強制執行ヲ規定スルニ過キス

二

一般的不作為ノ訴ノ根據ニ關スル學說トシテ第一ニ舉グヘキハ獨逸大審院ノ探ル見解ナリトス此說ニ從ヘハ不法行為上ノ損害賠償請求權存スル場合ニハ不作為ノ訴ハ當然ニ之ヲ認ム可キモノトス即チ不法行為成立シ損害賠償ノ請求權存スル場合ニ更ニ不法行為ニ依リ損害ヲ受クル虞アル場合ニハ之ヲ豫防シ不法行為ヲ爲ササルコト(即チ不作為)ヲ訴ニヨリ請求スルコトヲ得サルヘカラス從テ一般的不作為ノ訴ハ法律カ特ニ之ヲ規定スルヲ俟タズ損害賠償請求權存スル場合ニハ當然ニ之ヲ認ムルコト

ヲ要スト云フニ在リ然トモ

(一) 不作為ノ訴ヲ認ムルニハ實體法上不作為請求權アルコトヲ要ス從テ不作為ノ訴ヲ認ムルコトヲ得ルカ爲メニハ不作為請求權ヲ生スル權利力侵害セラルルコトヲ要ス損害賠償請求權ヲ生スルモ當然不作為請求權アリトナシ得ス然ルニ獨民法ニアリテハ既ニ述ヘタルカ如ク權利侵害ナクシテ不法行為力成立スル場合(第八百二十三條第二項第八百二十六條)アリ此等ノ場合ニハ侵害セラルヘキ權利ナキ故ニ不作為請求權ヲ生スルコトヲ得シ故ニ法律カ損害賠償請求權ヲ認ムルカ爲メニ直ニ不作為ノ訴ヲ提起スルヲ得ルモノトナスヲ得ス

(二) 損害賠償請求權ト不作為請求權トカ獨立スルモノニシテ兩者ハ關係スル所ナシ所有權妨害排除ノ訴其他ノ不作為ノ訴ハ客觀的違法存スルノミニ依リテ成立シ苟モ權利ノ侵害アルトキハ侵害者ノ過失ナキモ權利者ハ不作為ノ訴ヲ提起スルコトヲ得(大審院ノ判例モ亦之ヲ認ム)然ルニ不法行為上ノ損害賠償請求權ヲ生スルカ爲メニハ侵害者ノ過失アルコトヲ必要トス故ニ損害賠償請求權ヲ生スル場合ニ不作為請求權ヲ生スルトナシ得ス

(三) 訴訟上請求權ヲ行使スルカ爲メニハ履行期力到來スルコトヲ要スルモ特ニ不作為ノ訴ニ限リ履行期到來前ニ之ヲ提起スルコトヲ得ルモノトナササルヘカラス即チ將來ノ給付ノ訴ニ依ルコトヲ要シ履行期到來スルニアラサレハ訴ヲ提起スルヲ得ストノ原則ノ例外ナシトスモノトス從テ不作為ノ訴ヲ認ムルコトヲ得ルカ爲メニハ特ニ法律ノ規定アルコトヲ要ス獨民法カ各場合ニ不作為ノ訴ヲ認ムル旨ヲ規定スルハ畢竟之カ爲メナリ從テ假ニ一般的不作為ノ訴ヲ認ムルコトヲ得トナスモ將來ノ給付ノ訴ナルカ故ニ特ニ法律ノ規定ナキ以上ハ之ヲ認ムルコトヲ得ス

(四) 以上ハ專ラ獨法ノ解釋トシテ大審院ノ見解ヲ批評セリ我民法ノ解釋トシテモ亦同

一ノ批評ヲ爲スコトヲ得ハシ加之我法典ニ於テハ不法行爲ハ權利侵害アル場合ノミ
成立ス從テ獨民法ノ權利侵害ナクシテ賠償義務ヲ生スル場合ニ不作爲ノ訴ヲ認ムル
見解ハ之ヲ我法典ニ適用スヘキ餘地ナシ

三

上述スルカ如ク大審院ノ見解ノ當チ得サルハ明ニシテ此說ニ從テ學者尠シ此ニ於テ
エルツバハハ類推適用ヲ根據トシテ一般的不作爲ノ訴ヲ認ム可キコトヲ主張ス即
法律カ各場合ニ認メタル不作爲ノ訴ニ關スル規定ヨリ類推シテ一般的不作爲ノ訴ヲ
認ムヘキモノトス而シテエルツバハハ又權利ノ意義ヲ頗ル廣ク解ス
類推適用ニヨリテ一般的不作爲ノ訴ヲ認ムルコトヲ得トノ說ニ對シテハ獨學者間反
對說尠カラス或ハ各場合ノ規定ヨリ推シテ一般的不作爲ノ訴ヲ認メントスルハ類推
適用ノ範圍ヲ超ヘテ新タニ法規ヲ造ルモノトナシ此說ヲ否定スル者アリ
我法典ハ第三者ノ侵害ニ對スル物權ノ效力ニ關シテ規定ヲ缺ク所有權ニ關シテハ占
有回復ノ訴 (rei vindicatio) 及ヒ妨害排除ノ訴 (Actio negatoria) 共ニ之ヲ規定スル所ナシ然レ
トモ此等ノ訴權ハ事實上ノ狀態ヲ所有權ノ内容ニ適合セシムルコトヲ目的トスルモ
ナルカ故ニ所有權ノ觀念上之ヲ認ム可キハ云フヲ俟タス且我法典ニアリテモ全ク之
ヲ認メタルニアラス第百八十九條第百九十二條等ニ於テ本權ノ訴ナル語ヲ用フルニ依
リテ明カナリ從テ我國法上ニ於テ所有權妨害排除ノ訴ヲ認ムルコトヲ得ルモノト云
ハサルヘカラス所有權以外ノ物權ニ關シテモ亦同シ然レトモ妨害排除ノ訴ノ一種ト
シテ不作爲ノ訴ヲ認ムルコトヲ得ヘキヤ即チ將來侵害ノ虞アル場合ニ換メ不作爲ノ
訴ニ依リテ侵害ヲ防遏スルヲ得ヘキヤ吾人ハ特ニ不作爲ノ訴ヲ認ムル明文アルニア
ラサレハ不作爲ノ訴ヲ提起スルヲ得サルモノト解ス蓋シ物權力侵害セラルル虞アル
モ不作爲ノ訴ヲ請求スル權利ハ當然ニ發生スルコトナシ侵害ノ虞アル行爲ヲ爲スモノモ

他ノ一般人ト同シテ一般的不作爲ノ義務ヲ負フニ止マル其者アリカ特ニ不作爲ノ義
務ヲ負フニアラス而シテ請求權ハ特定人ニ對スル權利ナルカ故ニ(拙著日本民法第一
卷二九頁以下)物權者ハ侵害ノ虞アル行爲ヲ爲スニ對シ請求權ヲ取得スルコトナシ固
ヨリ物權者カ請求スルハ將來ノ不作爲ヲチト雖モ請求權ハ現在即訴ヲ提起スル當時
ニ存スルコトヲ要ス
占有保全ノ訴ニ關スル第百九十九條ノ規定ヲ準用シ不作爲ノ訴ヲ認ムルコトヲ得チ
ルカ然レトモ占有保全ノ訴ハ特別ノ沿革ヲ有シ占有保全ノ訴ト妨害排除ノ訴トハ其
性質ヲ異ニス且我法典ニ於テ占有ノミニ關シテ不作爲ノ訴ヲ認メタル所以ハ特ニ
占有ニ關シ妨害排除ノ保護ヲ必要トシタル爲ニシテ他ノ物權ト同一ニ論スルヲ得ス
更ラニ第四百十四條第三項ノ規定ニ依リ一級權利ニ關シ不作爲ノ訴ヲ認ムルヲ得チ
ルカ同條第三項ニ依レハ不作爲ヲ目的トスル債權ニ付テハ債務者ノ費用ヲ以テ其爲
シタルモノヲ除却シ且將來ノ爲メニ適當ノ處分ヲ請求スルコトヲ得ル旨ヲ規定ス此
規定ハ第四百十四條全體ノ規定ノ趣旨ヨリ推シ且民事訴訟法第七百三十三條ノ規定
ト對照スルトキハ作爲及ヒ不作爲ニ關スル強制執行ニ關スル規定タルハ疑ナク容レス
(拙著日本民法第一卷七五頁以下)從テ同條ノ規定ノ適用アルニハ既ニ他ニ不作爲請求
權アルニトナ前提トス

ヘルウイッヒハ獨逸民事訴訟法第二百五十九條ノ規定ニ基キ一般ニ不作爲ノ訴ヲ提
起スルコトヲ得ルモノトス同條ニ依レハ將來ノ給付ノ訴ハ事情ニヨリ債務者カ適法
ノ時期ニ給付ヲ爲ササル虞アリト認ム可キ正當ノ理由アル場合ニハ之ヲ提起スルコ
トヲ得ル旨ヲ規定ス同條規定アルカ爲メニ民法ニ於ケル不作爲ノ訴ニ關スル規定ハ
不必要ナリト論ス (Helwig Anspruch und Klageart, S. 368 ff.)

然レトモ我國法ノ解釋トシテハヘルイウツロノ説ハ全然之ヲ否認セサルヲ得ス蓋シ
 我民事訴訟法ニ於テハ將來ノ給付ノ訴ニ關スル規定ヲ缺キ將來ノ給付ノ訴ヲ認ム可
 キ根據タルモノハ僅ニ獨民訴第七百五十一條ニ依ヘル第五百二十九條第二項ノ規定
 アルノミ此規定カ將來ノ給付ノ訴ノ場合ニ關スルモノナルコトハ疑ヲ容レス(Gaunpste
 in II, S. 460)
 假ニ我民事上此種規定アリトスルモ不作爲ヲ訴ノ要件タル不作爲請求權カ存スルヤ
 否ヤハ實體法ニ依リテ之ヲ定メサル可カラス而シテ既ニ論セルカ如ク絕對權ニアリ
 テハ單ニ權利侵害ノ虞アルモ請求權ヲ發生スルコトナキカ故ニ法律ノ規定ナキ以上
 ハ不作爲ノ請求權ハ之ヲ認ムルヲ得ス

五

上來論セルカ如ク一般的不作爲ノ訴ヲ認ムヘキ根據ヲ缺クカ故ニ一派ノ學者ハ不作
 爲ノ訴ハ單ニ法律カ之ヲ規定スル場合ニ於テノミ之ヲ認メ其以外ノ場合ニハ不作爲
 ノ訴ヲ認ムルヲ得スト爲シ唯不法行爲カ現在ニ存スル場合(殊ニ繼續的不法行爲ノ場
 合)ニハ損害賠償トシテ原狀回復ヲ請求スルニ在リトナスモ我法典ニ於テハ損害賠償
 ノ方法トシテ金錢賠償ノミヲ認メ原狀回復ヲ認メサルカ故ニ(拙著日本民法第一卷三
 五七頁以下)此説ニ從フヲ得ス(石坂法學博士法學新報二二卷九號、一〇號論文要領)

我民法ノ解釋トシテ如何ン今鐵道又ハ電氣道ノ敷設ヲ爲スニ當リ其工事カ法令
 ニ違反シ沿道家屋ニ震動ヲ與ヘ其所有權ヲ害サントスル虞アルトキ又ハ新聞社
 カ豫告ヲ爲シ來ル何月何日ノ紙上ニ於テ斯ル事項ヲ掲載スヘシトナシ以テ名譽
 權ヲ侵害セラルヘキ虞アル場合ニ於テ是等ノ事項ヲ差止ムヘキ權利ナキヤ、吾

人ヲ以テ見ルニ右設例ノ如キ場合ハ絕對權カ必然侵害セラルヘキ状態ニアルモ
 ノニシテ若シ之ヲ差止ムヘキ權利ナシトスレハ絕對權ノ本能ヲ害スヘキモノト
 信ス即チ絕對權ハ侵害セラレタル後救済ヲ得ヘキヲ本能トセス否既ニ侵害セラ
 レタル後ニ生スル權利ハ絕對權ノ效力ニアラスシテ法律ノ規定(不法行爲)ニヨリ
 生スル特別ナル債權ニシテ絕對權ノ本能ハ侵害ヲ排斥シ得ヘキニ在リ故ニ今排
 斥ヲ要スヘキ急迫ナル場合ニ於テ之ヲ排斥スヘキ力ナシト云フハ絕對權ノ本能
 ヲ害スヘシト信スル所以ナリ

參考ノ爲メ左ノ判例ヲ掲ク(但シ判例ハ本權ニ基クテ訴ナリヤ將タ)

- 一、河川ノ官有堤防ニ接續スル土地ノ所有者ハ特別ノ法令又ハ慣習ニ依ルニ非スシテ其
 堤防ニ官ノ許可セサル範圍ヲ越ヘテ増築工事ヲ爲シタル爲メ對岸ニ接續スル他人ノ
 田地ニ水害ヲ及ホシ又ハ其危險ヲ加フルニ至リタルトキハ被害者ニ對シテ損害ヲ賠
 償スルノ外尙ホ水害ノ排除又ハ豫防ニ必要ナル行爲ノ責ニ任セサルヘカラス(四二年
 大審院判決錄四六三頁)
- 一、國有鐵道ノ建設及ヒ保存等ノ目的トスル行爲ハ當該行政官廳ノ決定ヲ俟ツヤ論ナシ
 ト雖モ既存ノ工作物ヲ損壞シ他人ノ土地ニ損害ヲ及ホシ又ハ及ホス虞アルトキハ被
 害者ノ求メニ因リ國ハ私法上之カ責任ヲ負フ(四二年一月二二日大阪控訴院民一判決
 判例彙報四卷三四頁)

八三九 法定ノ推定家督相續人アル者ハ男子ヲ養子ト爲スコトヲ得ス但女孀ト爲ス爲メニスル場合ハ此限ニ在ラス

九八八 隱居者及ヒ入夫婚姻ヲ爲ス女戸主ハ確定日附アル證書ニ依リテ其財產ヲ留保スルコトヲ得但シ家督相續人

ノ遺留分ニ關スル規定ニ違反スルコトヲ得ス

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

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

十年間所有ノ意思ヲ以テ平穩且公然ニ他人ノ不動産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

其不動産ノ所有權ヲ取得ス

一六七 債權ハ十年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅ス

債權又ハ所有權ニ非サル財產權ハ二十年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅ス

(參照)民法施行法三一 民法施行前ニ進行ヲ始メタル出訴期限カ民法ニ定メタル時効ノ期間ヨリ長キトキハ舊法ノ

規定ニ從フ但シ其殘期カ民法施行ノ日ヨリ起算シ民法ニ定メタル時効ノ期間ヨリ長キトキハ其日ヨリ起算シて民法ノ

規定ヲ適用ス

同三一 前條但書ノ規定ハ舊法ニ出訴期限ナキ權利ニ之ヲ準用ス

徵兵逃レノ養子ナリヤ否ヤ
民法施行前ノ隱居ト留保財產
不動産カ隱居者ノ名義トナリ居ルヲ奇貨トシ他人ニ賣却シタル效力
相續登記ヲ爲ササルモ所有權ヲ他人ニ對抗シ得ヘキ場合
不動産取得時効
所有權ニ基ク妨害排斥ノ訴

養子トナリ戸主トナリタルハ徵兵免ノ爲ニシテ其當時被控訴人本間サヨカ養子トナ

リ相續權ヲ有スル以上ハ他ニ養子ナ迎フル事ヲ得サル慣習ナリシヲ以テ徵兵免レノ
爲ナルコト明ナリト云フモ民法施行前ニ於テモ數人ノ養子ヲ爲スコトヲ禁止セザリ
シノミナラズ女子カ推定家督相續人タル場合ニ男子ヲ養子トナスコトモ亦禁止セ
ザリシ所ニシテ被控訴人主張ノ如キ慣習アルコトハ何等ノ立證ナキヲ以テ之ヲ認ム
ルコトヲ得ス……民法施行以前ニ於テモ從來一般ニ行ハレタル慣習法ニヨレハ隱
居ニヨル家督相續ナルトキハ家督相續人ハ隱居者ヲ有シタル一切ノ財產ヲ承繼スル
テ原則トシ隱居者ニ於テ幾分ノ財產ヲ留保スルコトヲ認メラルルニ過キズ其有シタ
ル全部ノ財產ヲ留保スルコトハ其許サレザリシ所ナリ是レ家督相續ノ本旨ニ基キ家
名ヲ維持セシメンカ爲メニ必要ナル財產ヲ相續人ニ遺ハサシメントスルニ在ルナリ
故ニ隱居者カ家名ノ維持ニ障害トナラサル一部ノ財產ヲ留保スルニハ特ニ其意思表
示ヲ爲スコトヲ要シ單ニ家名ノ維持相續人ニ承繼セシメントシテ何等ノ意思表
示ヲ爲サザリシ場合ノ如キハ隱居者ヲ有シタル財產ハ凡テ相續人ニ移轉スヘキモノ
ト云フヘシ鑑定人池裏一ノ鑑定ニ依レハ佐渡郡ニ般ニモ亦右ノ如キ慣習法行ハレタ
リシコトヲ認ムルコトヲ得ヘシ原裁判所ハ明治十九年法律第一號登記法ノ施行後被
控訴人主張ノ如キ反對ノ觀念ヲ生シタル旨判旨モ舊登記法ハ其第六條ニ於テ登
記ヲ爲ササル賣買讓與書入質入ハ第三條ニ對シ法律上其效ナキモノトスト規定シ有
リテ登記ヲ以テ物權ノ得喪變更ノ要件トナサルルノミナラズ同法施行後此ノ如キ慣
例ノ生シタルモノト認ル可カラズ被控訴人ハ佐渡郡ニハ隱居者カ特ニ相續人ニ名義
ヲ書キ換ハサルトキハ依然隱居者ノ留保財產タルノ慣習アルコトヲ主張スレトモ鑑
定人重原金吾石井嶋松今井貞次引野勝次郎ノ鑑定ハ信用スルニ足ラズ……五郎七
ト被控訴人喜三次間ニハ所有權ノ移轉アルコトナク被控訴人喜三次サヨ間ニモ所有
權ノ移轉ナキモノナルヲ以テ被控訴人兩名カ本件不動産ニ付キ所有者タルノ登記ヲ

爲シタルハ控訴人ノ所有權ヲ侵害シタル者ニシテ五郎七ト被控訴人間ニ保管ノ約束アルモ本件不動産ノ登記トハ何等ノ關係ナキモノナルカ故ニ控訴人ノ該登記ノ抹消ヲ請求スルハ正當ナリトス尤モ控訴人ハ本件不動産ニ付キ家督相續ニヨル所有權ノ登記ヲ爲サスト雖ヘトモ民法第七十七條ニ所謂第三者トハ當事者若シクハ其包括承繼人ニアラスレテ同一不動産ニ關スル物權ノ得喪變更ノ登記欠缺ヲ主張スル正當ノ利益ヲ有スル者ヲ云フ然ルニ被控訴人兩名ハ前記説明ノ如ク所有權ノ移轉ヲ受ケスレテ虛偽ノ意思表示ニヨリ所有權移轉ノ登記ヲ爲シタル者ニシテ且被控訴人喜三次ハ保管ノ目的ヲ以テ所有權ノ登記ヲ爲シタルモノニ過キサルヲ以テ本件不動産ニ付キ何等ノ登記欠缺ヲ主張ス可キ正當ノ利益ヲ有スルコトヲ得サル者トス……

民法第六十二條ノ規定ハ民法施行法第一條ニヨリ民法施行前ニ生シタル事項ニ適用セラレサルモノニシテ民法施行前ニハ取得時効ノ制度ナキヲ以テ明治三十一年七月十六日即チ民法施行ノ日ヨリ十年ヲ經過スルニアラサレハ取得時効ニ關スル民法第六十二條第二項ノ適用アルコトナシ然ルニ本訴ハ明治四十年七月三日提起セラレタルモノニシテ時効ノ進行ハ中斷セラレタルヲ以テ被控訴人喜三次ハ假令平穩公然善意ニシテ無過失ニ本件不動産ヲ占有シタルニ未時効ニ因リ所有權ヲ取得スルコトナシ又所有權ハ消滅時効ニ罹ラサルコト民法第六十七條第二項ニ所有權ヲ除外シアルヨリ觀ルモ明カナレハ控訴人ノ所有權ニ付テハ消滅時効ノ問題ヲ生セズ所有權ニ基ク妨害排除ノ請求權ハ假リニ我民法上一ノ債權ト稱スヘキモノトスルモ舊法ニ出訴期限ナキ權利ニ屬スルヲ以テ民法施行法第三十二條第三十一條但書ニ依リ民法第六十七條第一項ノ期間ハ民法施行ノ日ヨリ起算スヘキモノトス

(東京控訴院明治四〇年(五)五六三號民一判決法律日第一八一號判例集一二〇頁)

民法施行以前ニ在リテハ法定家督相續人タル男子アル場合ト雖モ單純ノ養子ヲ爲スコ

トハ當時ノ法令若クハ慣習ニ違反スル所ナシ(三三年大審院判決錄二卷三二頁)

東京控訴院民三部ハ曩ニ隱居者カ相續財產全部ヲ留保スルモ無効ニアラスト判決シタルモ大審院判決例及ヒ學說ハ如此慣例ノ存在ヲ認メス本判決ト同趣旨ニ解セリ(民法一六八頁隱居留保財產參照)

實體法上ノ權利移轉カ無効ナル場合ニ於テハ其移轉登記ニヨリテ所有名義トナルモ真正ノ所有者ニ對抗スルコトヲ得サルトキハ勿論ナルヘシ(本欄不正登記名義人ヨリ讓受ノ效力ト第三參照)

即チ斯ノ如キ者ハ所謂第三者ニ非サルナリ

所取時効ハ民法施行ノ日ヨリ起算スヘキハ當然ナリ(民法一三六頁民法施行前ヨリノ取得時効參照)

所有權ノ消滅時効ニ罹ラサルコトハ問題トスルニ足ラス

物上請求權ノ性質如何

通説ハ債權ニ非ストスルモ松本博士及川名博士ハ此種ノ請求權ハ絶體權ヨリ發生スルモノナレトモ原權ト分離シテ別個ノ權利ヲ爲セル以上ハ之ヲ債權ト觀ルヘキナ正當トスト説明ス(松本博士人法人及物七〇頁川名博士法學協會雜誌二八卷五號「請求權參照」)

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

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為ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但其行為ニ因リテ利益ヲ受ケタル者又ハ轉得者カ其行為又ハ轉得ノ當時債權者ヲ害スヘキ事實ヲ知ラザリシトキハ此限ニ在ラス

四二五

前項ノ規定ハ財產權ヲ目的トセサル法律行為ニハ之ヲ適用セス

前條ノ規定ニ依リテ爲シタル取消ハ總債權者ノ利益ノ爲メニ其效力ヲ生ス

甲乙ニ時計ヲ賣渡シ未タ引渡サス更ニ丙ニ之ヲ賣渡シ引渡ヲ了セリ乙ハ廢罷訴權ヲ行フコトヲ得ルヤ

一説ニ曰ク此訴權ハ沿革上一般擔保權ノ侵害ニ對シテ認メラレタルモノニシテ物權的請求權ヲ確保スルコトハ目的ニ非ス
二説ニ曰ク沿革ハ一説ノ如クナルモ民法ノ解釋トシテハ其債權ノ種類如何ニ拘ラス苟モ四二四條ノ條件ヲ具備スルニ於テハ取消ヲ請求スルノ權利ヲ有スルモノナリ然レトモ此解釋ハ一七八條ト矛盾ス蓋シ我民法ハ動産ニ關スル取引ヲ安全ナラシムルノ必要上引渡ヲ以テ物權ノ讓渡ヲ第三者ニ對抗スルノ要件トシ其意思ハ善惡ヲ問ハス然ルモモシ第三者ノ惡意ヲ理由トシテ廢罷訴權ヲ許スモノトセハ法律ハ左手ニテ第三者ニ與ヘタル權利ヲ右手ニテ奪フコトナリ一七八條ノ主旨ト相容レサルノ結果生スルニ至ルハシ故ニ物權的請求權ヲ確保スルコトハ四二四條ノ規定外ニ屬スルモノト解スヘシ余ハ此説ヲ採ル(横田博士法學志林十卷第九號五八頁以下要領)
至當ノ見解ナリ或ハ四二五條ノ取消ハ總債權者ノ利益ノ爲メニ效力ヲ生ストノ規定ヨリ論シテ廢罷訴權ハ一般擔保權ノ侵害ニ對シテノミ認メラレタルモノニシテ本問ノ場合ニ取消權ヲ行フモ利益ヲ受クルモノハ當該取消權者ノミニ止マルヲ以テ消極ニ解スル説アルモ吾人ハ採ラス本論ノ理由ヲ以テ消極ニ決スルヲ妥當ト信ス兩説結果ニ於テ異ナル所ナシ只其理由ヲ異ニスルノミ

第三者ノ爲メニ解スル契約ノ解除

五三七 契約ニ依リ當事者ノ一方カ第三者ニ對シテ或レ給付ヲ爲スヘキコトナリタルトキハ其第三者ハ債務者ニ對シテ直接ニ其給付ヲ請求スル權利ヲ有ス
五三八 前項ノ規定ニヨリテ第三者ノ權利カ發生シタル後ハ當事者ハ之ヲ變更シ又ハ之ヲ消滅セシムルコトヲ得ス
五三九 第五百三十七條ニ掲ケタル契約ニ基因スル抗辯ハ債務者之ヲ以テ其契約ノ利益ヲ受クヘキ第三者ニ對抗スルコトヲ得

第三者ノ爲メニ解スル双務契約ニ於テ契約一方ノ當事者カ其債務ヲ履行セザルトキハ相手方ハ第三者ノ權利發生後ニ於テモ其契約ヲ解除スルコトヲ得ルヤ

本問ニ付テ法曹會ハ左ノ如キ決議ヲ爲シタリ
第五百三十九條ノ規定ニヨレハ契約ニ固有ナル事由ニ依リ契約關係ニ變更ヲ生シタルトキハ其結果ハ第三者ノ權利ニ影響ヲ及スヘク即チ債務者ハ契約關係ノ變更ヲ主張シテ第三者ノ請求ヲ排斥スルコトヲ得ルモノトス此點ニ於テ第五百三十九條ハ第五百三十八條ノ例外ヲ爲スモノト云フヘシ故ニ例ヘハ契約ニシテ詐欺強迫等ノ瑕疵アル場合ニ於テハ第三者ノ權利モ亦同一ノ瑕疵ヲ帶フルモノト云ハサルヘカラス當事者カ之ヲ理由トシテ契約ヲ取消シタルトキハ其取消ハ第三者ニ對シテモ其效力ヲ及ホスモノトス又同時履行ノ抗辯又ハ危險負擔ノ問題ニ付テモ同シ其他契約カ解除條件附ニシテ第三者ノ權利取得ノ後ニ條件成就シタルトキハ第三者ハ當然其權利ヲ朱フヘク契約當事者カ解除權ヲ留保シタルトキハ第三者ノ權利發生後ト雖トモ當事者ハ契約ヲ解除スルコトヲ得ヘク其效果ハ第三者ニ及フモノトス然リ而シテ本問ノ場合ニ於テ債權者カ其債務ヲ履行セザルトキハ債務者ハ第五百四十一條乃至第五百四十三條ニ依リ契約ヲ解除スルコトヲ得ヘク而モ不履行ニ基ク解除ハ以上掲ケタル各場合ト同シテ契約固有ノ性質ニ屬スルヲ以テ其解除ハ第三者ニ對シテモ其效力ヲ

生スヘク債務者ハ解除ヲ理由トシテ第三者ニ對スル給付ヲ拒ムコトヲ得ルモノトス
(法曹記事二二卷一一號四七頁以下要領)

本問ハ要約者ノ債務不履行ヲ原因トシテ諾約者カ解除ヲ爲ス場合ナリ之ニ關シ
テハ異論ナキカ如シ乃同趣旨ノ判例學說ヲ左ニ掲ク

一、 双務契約當事者ノ一方カ其債務ヲ履行セザルトキハ該契約ノ利益ヲ受クヘキ第三
者ノ權利發生シタル後ト雖モ契約當事者間ニ於テハ不履行ヲ原因トシテ契約ノ解除
ヲ爲スコトヲ妨ケス(四三年十一月二十一日東京控訴院民三部判決法律新聞七〇八號
二一頁)

一、 横田博士債權各論一五四頁以下、植月法學士京都法學會雜誌二卷六號七六頁以下
要約者ハ諾約者ノ債務不履行ヲ原因トシテ契約ヲ解除スルコトヲ得ルヤ此點ハ
尙ホ研究ヲ要スヘキ問題ナリ

一、 解除スルコトヲ得トスル說
前掲控訴院判例、及植月法學士前掲參照

一、 解除スルコトヲ得トスル說
一且第三者ノ權利カ發生シタル以上ハ要約者ハ解除權ヲ行使シテ第三者ノ權利ヲ消
滅セシムルハ第三者ノ既得ノ權利ヲ害スルモノナルカ故ニ第三者ノ承諾アルニ非サ
レハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得ス要スルニ契約ノ性質ト五三八條ニ依テ決スヘク五
三九條ノ規定ハ此場合ニ適用スルコトヲ得ス(横田博士前掲)

繼續地役
ト非繼續地役
區別

地役權ハ繼續且實現ノモノニ限リ時效ニ因リテ之ヲ取得スルコトヲ得

通行地役ニ在リテモ權利者カ特ニ通路ヲ建設シタル場合ニハ通行自體ハ固ヨリ
斷續的ナリト雖モ其設備ニヨリ承役地ハ間斷ナク使用セラルル状態ニ在リト認
ムヘク之ヲ繼續地役ナリト解スヘキモノトス

民法第二百八十三條カ地役權ノ時效取得ヲ制限シ特ニ非繼續地役ヲ除外シタル所以
ハ繼續地役ト異ナル非繼續地役ニアリテハ間斷ナク行使セラルルモノニアラサルカ
故ニ其行使ニ因リ承役地ノ被ル損害モ敢テ多大ナラサルノミナラス隣保ノ交誼上之
ヲ寬容スル場合多カルヘキヲ以テ承役地ノ所有者カ之ヲ默過シタル一事ニ因リ直ニ
其權利ノ防護ヲ怠リタルモノト謂フヲ得ス從テ時效ニ因リ斯ル地役權ヲ成立セシム
ル時効ノ本質ニ反スルモノト認メタルニ外ナラス左レハ地役權ノ繼續非繼續ノ區別
ハ主トシテ權利ノ行使ノ状態ニ着目シ其行使ニ因リ承役地ノ被ル損害ノ程度ヲ考量
シ之ヲ決セサル可カラス故ニ均シク通行地役ニ在リテモ權利者カ特ニ通路ヲ建設シ
タル場合ニハ通行自體ハ固ヨリ繼續的ナリト雖トモ其設備ニ依リ承役地ハ間斷ナク
使用セラルル状態ニ在リト認ム可ク之カ爲メニ其土地ノ被ル損害モ亦多大ナルカ故
ニ之ヲ繼續地役ナリト解スヘク反之單ニ通行ノ事實アルニ止マリ斯カル設備ナキ場
合ニハ事情之ニ正反對ナルカ故ニ之ヲ非繼續地役ナリト解スヘキモノトス(東京地方
裁判所明治四五年(一四九五號大正元年九月二十五日民四判決法律新聞第八二四號二四頁)

通行地役カ普通ノ状態ニ於テ不繼續地役タルコトニ付テハ問題ナシ所謂繼續不
繼續ノ區別ニ付テ富井博士ハ權利ノ行使ニ付キ地役權者ノ行爲ヲ必要トスルヤ

否キニ依テ決ストナス(民法原論物權上卷二六四)此說ニ從ヘハ本論ハ反對ニ解セ
 サルヘカラス反之横田博士ハ地役權カ間斷ナク行ハレ得ヘキ事實上ノ狀態カ作
 爲セラレタルトキハ現ニ間斷ナク行ハレサルモ繼續地役タルニ妨ナシトシ(物
 一六)本論ト同趣旨ノ見解ヲ採ルモノノ如シ梅博士ハ地役權者カ通路ヲ設ケタル
 場合ニ於テハ該通行地役ハ繼續地役ニ變スルモノトシ明カニ本論ヲ肯定セリ(法
 八三)吾人ハ繼續表見ノ地役ニ限リ取得時効ノ目的ト爲シタル法律ノ精神ニ鑒
 ミ本論ニ贊同ヲ表ス

物權契約

物權契約ヲ論ス

物權契約ハ當事者間ノ意思表示ヲ以テ物權ヲ設定、移轉、變更スルヲ目的トシ其效力ハ
 當事者以外ノ第三者ニ及ブモノニシテ其成立ノ要件ハ民法第七十六條ニ規定スル
 所ナリ同條ノ規定ニ依リ物權契約成立ノ要件ヲ列擧スルトキハ左ノ如シ
 第一 物權ノ設定、移轉、變更消滅ヲ目的トスル當事者ノ意思表示アルコトヲ要ス
 物權契約其他物權的法律行為ハ當事者ノ意思表示ヲ以テ其成分ト爲シ且其意思表示
 ハ物權ノ設定、移轉、變更、消滅ヲ以テ其内容トスルコトヲ要スルハ論ヲ俟タス故ニ物權

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
 七〇三 法律上ノ原因ナクシテ他人ノ財產又ハ勞務ニ因リ利益ヲ受ケケル力爲メニ他人ニ損害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

ノ變更ヲ目的トスル意思ノ表示、例之(一)地上權、永小作權ノ存續期間ヲ伸縮スル意思表
 示(二)地役權ノ範圍並ニ其行使ノ方法ヲ變更スル意思表示(三)物權ノ處分ヲ制限スル意
 思表示及物權ノ消滅ヲ目的トスル意思表示例之所有權、地上權、永小作權其他ノ物權ノ
 拋棄ハ民法第七十六條ノ規定ニ準據シ當事者ノ意思表示ニ因リテ其效力ヲ生スルモ
 ノト解セサルヘカラス然レトモ亦其發生ハ
 (甲) 債權ノ意思表示カ同時ニ物權ノ意思表示トシテ其效力ヲ生スルコトアリ例ヘハ
 賣買贈與ノ契約ノ如シ
 (乙) 債務ノ履行トシテ物權ノ意思表示ヲ爲スコトアリ例ヘハ不特定物ヲ辨濟トシテ
 交付シ其所有權ヲ移轉スルカ如シ
 (丙) 物權ノ意思ノ表示カ債權契約ノ成立ニ必要ナル事實ニ隨伴スルコトアリ例ヘハ
 消費貸借ニ於テハ其目的物ノ引渡ヲ要スルカ如シ
 (丁) 物權ノ意思表示カ當事者間ノ債務關係ニ因由セスシテ單獨ニ行ハルルコトアリ
 例ヘハ地上權等ノ設定行為又ハ物權ノ拋棄行為ノ如キ之レナリ
 物權ノ意思表示ハ其意思表示ノミヲ以テ物權ノ得喪變更ヲ生スルモノニシテ之カ爲
 メ目的物ノ引渡又ハ登記ノ如キ格段ナル行為ヲ必要トセサルハ民法第七十六條ノ
 規定ニ徴シテ明カナリ是レ我カ民法カ佛法系ノ意思主義ヲ採用シタル結果ニシテ物
 權ノ效果ノ發生ニ付キテ登記又ハ引渡ヲ必要トスル獨逸法系ノ立法主義ト異ナル所
 ナリ唯此原則ニ對スル例外トシテ質權ノ設定占有權讓渡ニ關シテハ目的物ノ引渡ヲ
 要スルノミ
 第二 意思表示ハ特定ノ有體物ヲ目的トスルコトヲ要ス 物權ノ成立スルニ
 ハ權利ノ目的ナル特定ノ有體物(動產又ハ不動產)アルコトヲ要スルヲ以テ不特定物ノ
 給付ヲ目的トスル意思表示ハ物權關係ヲ發生セシムルコトヲ得ス

第三 當事者ノ一方カ目的物ニ關スル處分權ヲ有スルコトヲ要ス 民法第百七十六條ニハ別段ノ規定ナキモ何人ト雖トモ自己ノ有セサル權利ヲ他人ニ讓渡スルコトヲ得ス「テ」フ法理上ノ原則ニ從ヒ此條件ヲ豫想スルモノナルコトハ一點ノ疑ヲ容レズ然レトモ其處分權カ意思表示ノ當時ニ於テ欠缺スルモノ後ニ至リ當事者カ之ヲ有スルニ至リタルトキハ其欠缺ハ該ニ補充セラレルコトナルヲ以テ物權カ意思表示ハ此時ヲ以テ當然其效ヲ生スヘキモノト解スルヲ可ナリトスヘク之ヲ更新スヘシトスルノ説ハ其理由ナキモノト信ス

第四 物權カ意思表示カ其原因ヲ缺クトキハ其意思表示ハ不成立トナルヘキヤ「我カ民法上物權契約ハ所謂無因契約ノ一種ニ屬スルヤ否ヤニ付キテハ學者間大ニ議論ノ存スル所ナリ獨逸民法ハ物權契約ヲ以テ一種ノ要物契約トシ動産ニ關シテハ目的物ノ引渡シ、不動産ニ關シテハ登記ヲ爲スニアラサレハ其效ヲ生セザルモノトスルト同時ニ之ヲ以テ無因契約トシ其契約ノ原因存セザルモ苟モ當事者間ニ於テ物權ノ得喪變更ニ關スル意思合致アル以上ハ常ニ其效力ヲ生スヘキモノト爲セリ反之物權ノ設定移轉カ法律上ノ原因ヲ缺クトキハ原狀回復又ハ不當利得返還ノ請求權ニ因リテ當事者ノ地位ヲ原狀ニ復スルコトヲ要スル我カ民法ハ物權契約ヲ以テ諾成契約トシ獨逸民法ノ主義ヲ採用セス然リト雖トモ獨逸民法ト等シク物權契約ヲ以テ無因的獨立ノ契約ト爲レタルヲ否ヤハ一ノ疑問ニシテ我カ民法ノ下ニアリテモ物權契約ノ獨立性ヲ唱フル學者ナキニアラスト雖トモ余ハ此説ニ贊同スルヲ得ス即チ左ノ如シ

(一) 特定物ニ關スル物權ノ得喪變更ヲ目的トシテ契約ヲ爲ス場合
 特定物ニ關スル物權ノ設定移轉カ債權契約ノ目的タル場合ニ其契約カ同時ニ物權カ效果ヲ發生スル所以ノ法理上ノ根據ニ關シテハ從來數個ノ説アリ (イ) 債權契約カ物權ノ設定移轉ノ原因タル場合ニ於テハ當事者間ニ於テハ二個ノ意思表示アルモ

ノニシテ此二個ノ意思表示ハ互ニ相獨立スルモノナレハ債權契約タル賣買ノ無効ハ之レト同時ニ爲サレタル物權契約ノ效力ヲ妨グルコトナシト此説ハ獨逸民法ニ認ムラルル物權契約ノ獨立性ヲ基礎トシテ我カ民法ノ物權契約ヲ解釋セント試ムルモノニシテ物權契約ヲ以テ諾成契約トシ當事者ノ意思表示ノミニテ其效ヲ生スルモノト爲ス我カ民法ノ下ニ在テハ極メテ不條理ナル結果ヲ生シ例ヘハ時計ノ賣買ニ於テ賣買ナル債權契約カ無効ナリトスルモノ物權契約カ獨立セルモノトスレハ賣買契約ハ無効ナルニ不拘其所有權ヲ買主ニ移轉シ賣主ハ更ニ法律上ノ手續ヲ爲スニアラサレハ其權利ヲ回復スルコトヲ得サル結果ヲ生ス斯クノ如キハ我カ民法ノ精神ニ反シ著シク取引上ノ觀念ヲ無視シタルノ解釋ナリト謂ハサルヘカラス畢竟此説ハ獨逸法ノ觀念ヲ基トシテ之レト全然主義ヲ異ニスル我カ民法ノ解釋ヲ試ムルモノニシテ到底正鵠ヲ得タルモノト謂フコトヲ得ス (ロ) 債權契約カ特定物ニ關スル物權ノ設定移轉ヲ目的トスル場合ニ於テハ當事者間ニ於テ先ツ其設定移轉ヲ目的トスル債權債務ヲ生スルモノナルモ其債務ハ直ニ履行セラレテ物權カ效果ヲ生シ即時ニ其物權ハ設定セラレ移轉スルモノニシテ格段ナル履行行為ヲ必要トセザルモノト爲スモノナリ故ニ此説ニ依ルトキハ賣買、贈與其他物權ノ設定移轉ヲ目的トスル債權契約ノ無効ハ其當然ノ結果トシテ物權カ效果ノ發生ヲ妨クルモノニシテ債權契約以外ニ於テ獨立ナル物權契約ノ存在ヲ認メサルモノトス蓋シ我カ民法ノ母法タル佛國民法第千三百三十八條ニ「物ヲ引渡スル債務ハ當事者ノ合意ニ由リテ完成ス」トアリ故ニ條文ノ意ハ物ヲ引渡スル債務カ當事者ノ合意ニ因リテ成立シタルトキハ其當然ノ效力ニ因リ其物ノ所有權ヲ債權者ニ移轉スル物權カ效果ヲ生シ此效果ヲ發生セシムルニ付キ何等特別ナル行為ヲ必要トセザルノ趣旨ナリト解スヘキハ其第二項ニ「其債務ハ直ニ債權者ヲ其物ノ所有者タラシメ云々」ト規定スルニ依リテ明ニシテ同條ノ規定ハ單ニ所有權ノ移轉

ノミニ關スルモノナルモ佛國民法ノ下ニ於ケル物權契約ノ性質ヲ說明シテ餘リアル
 モノト謂フ可ク佛國民法ハ獨逸民法ト異ナリ物權契約ヲ以テ諾成契約ト爲スト同時
 ニ必ラスシモ債權契約ト獨立シタル無因契約ニアラサルコトヲ明カニシタルモノト
 謂フヘシ余モ亦此說ノ論結ノ正當ナルヲ認ムルモノナリト雖トモ其法理上ノ根據ニ
 付キテハ異論ナキヲ得ス何トナレハ債權契約ハ當然ノ效果トシテ物權關係ヲ生スル
 モノトスルハ理論ニ反スルモノト謂ハサルヲ得ス若シ物權ノ效果カ當事者間ノ意思
 表示ヨリ生スルモノトセハ其意思表示ハ必然的ニ物權ノ設定移轉ヲ目的トスル意思
 表示ヲラサルヘカヲサレテナリ(ハ) 特定物ニ關スル物權ノ設定移轉ヲ以テ
 賣買、贈與、交換其他當事者間ニ債權債務ノ關係ヲ生セシムヘキ契約ノ目的ト爲シタル
 トキハ其契約ハ債權契約タルノ性質ヲ有シ債權債務ノ關係ヲ生スルト同時ニ直チニ
 物權ノ設定移轉ノ效果ヲ生スルモノトス故ニ其契約カ成立セサルトキハ當事者間ニ
 於テ債權債務ノ關係ヲ生セサルハ勿論物權ノ效果ヲ生スルコトナシ蓋シ此場合ニ於
 テハ一ノ意思表示カ二個ノ效果ヲ生スルモノナルヲ以テ其意思表示ヲ分割シ債權ニ
 關スル部分ヲ無効トシ物權ニ關スル部分ヲ存在セシムルハ不可能ニシテ其契約ニ無
 効ノ原因存スル以上ハ其契約ハ不可分のニ其全部ヲ無効ナラシムルコトヲ必要トス
 ルヲ以テナリ故ニ賣買契約其他物權ノ設定移轉ヲ目的トスル契約カ無効ナルトキハ
 物權契約モ亦成立セサルコトトナルヘキハ論ヲ俟タス從テ此場合ニ於テハ物權契約
 ト債權契約トハ互ニ獨立セシメテ一ノ不可分ナル契約ヲ形成スルモノナレハ二者其
 運命ヲ同スヘク此場合ニ於ケル物權契約ハ我民法上一種ノ要因契約ニ屬スルモノト
 謂フコトヲ得ヘシ余ハ此說ヲ以テ正當ナリト信ス

(二) 不特定物ノ債務ノ履行トシテ物ノ引渡シヲ爲ス場合
 不特定物ノ債務ニ在リテハ其目的物特定セサルヲ以テ其債務ノ成立ト同時ニ物權的

特定物ニ關スル場合

效力ノ發生スヘキ理由ナク當事者ノ目的トスル所ノ所有權移轉ハ常ニ引渡ニ因リテ
 行ハルルモノナリ故ニ讓渡ノ目的タル金錢米穀其他初メヨリ特定セサル物ヲ讓受人
 ニ引渡スノ行爲ハ其當事者間ニ於テ獨立ナル物權契約ヲ成立セシムルモノニシテ目
 的物ノ所有權ハ之ニ因リテ讓受人ニ移轉ス故ニ引渡ニ因リテ行ハルル物權契約ハ常
 ニ無因契約タルノ性質ヲ有スルモノトス從テ物ノ引渡シカ不特定物ノ給付ヲ目的ト
 スル契約ニ基因スル場合ニ於テハ其契約ノ無効ナルコトハ其契約ニ基キテ引渡シテ
 爲シタル物ノ所有權ヲ相手方ニ移轉スルノ障礙トナルコトナシ不特定物ノ給付ヲ目
 的トスル意思表示ハ純然タル債權的意思表示ナルヲ以テ其意思表示カ目的物ノ特定
 ニ因リテ物權的效果ヲ生スルノ理ナク引渡サレタル特定物ノ所有權カ相手方ニ移轉
 スルハ全ク其引渡ニヨリテ成立スル物權契約ノ效果ナリト解セサルヘカラス故ニ不
 特定物ノ債務ノ履行トシテ特定物ノ引渡シヲ爲シタル場合ニ於テハ其債務カ存在セ
 サル場合ト雖トモ目的物ノ所有權ハ引渡シニ因リテ相手方ニ移轉スルノ效果ヲ生ス
 ルモノニシテ引渡シヲ爲シタル當事者ハ不當利得ノ原則ニ從ヒ更ニ其物ノ所有權ヲ
 回復シ又ハ其物ニ代ヘテ其價格ノ償還ヲ求ムルノ權利ヲ有スルニ止マルヘシ(横田法
 學博士法曹記事第二二卷一號一頁以下要領)

岡松博士富井博士ハ本論ト同趣旨ニシテ「物權契約ノ性質」ニ於テ「物權契約ハ必スシモ債權契約ト獨立シタル別個獨立ノ意思表示ニ依ルコトヲ要ス」
 從テ特定物ニ關スル賣買、贈與等ノ契約ヲ爲シタルトキハ物權的的意思表示ス契約ノ一
 部ヲ成シ獨立ノ存在ヲ存セサルニ至ル如斯場合ニ於テハ物權契約ハ要因ニシテ契約
 全體ノ運命ニ從ハサルヘカラス(岡松博士物權契約論法學協會雜誌二六卷一號五七頁)

以下、同二號九八頁以下、富井博士民法原論物權上卷五二頁以下尙ホ松岡學士モ同題旨ナルカ如シ同氏物權上卷二五頁參照)

石坂博士ハ反對ニシテ

物權ノ設定移轉ハ當事者ノ意思表示ノミニヨリ其効力ヲ生スル無因行爲ニシテ物權契約ハ常ニ債權契約ト獨立シテ存在シ一方ノ有效無効ハ他方ノ効力ニ影響ヲ及ホスモノニアラス從テ不法ノ原因ノ爲メニ給付ヲ爲シタル場合ニ其債權契約ノ無効ハ物權契約ニ影響スル所ナク所有權ハ移轉スルモノト説明ス(法學志林一三卷二號民法九〇條ト七〇八條トノ關係二六頁以下、法學新報二一卷二號三號物權ノ設定移轉ニ關スル我國法ノ主義參照)

民法草案理由書ハ債權契約ノ效果トシテ物權ノ設定移轉ヲ來スモノト爲シ直接ニ物權ノ設定移轉ヲ目的トスル意思表示ヲ認メス(草案理由書四二七頁)

大審院ハ不法ノ原因ノ爲メニ給付ヲ爲シタル場合ニ於テ給付者ハ民七〇八條ニヨリテ物ノ返還ヲ請求シ得サルトキト雖モ之カ爲メニ所有權ヲ喪失スルコトナシトス即此ノ場合ニ物權ハ移轉セサルモノトナスモ其理由ハ不明ナリ(四三年大審院判決錄刑一五三一、一三六一頁)

吾人ハ本論ノ主張ヲ正當ト信ス若シ夫レ實際取引上ノ觀念ヨリ見レハ契約當事者ハ特ニ物權契約ナルモノヲ締結スルノ意思ナク例ヘハ賣買契約ニ於テハ民法規定ノ如ク賣主ハ財產權ヲ移轉シ買主ハ代金ヲ支拂フヘキ契約ヲ爲セハ足り之ニヨリテ權利移轉ノ效果ヲ生シ敢テ格段ナル物權契約ヲ同時ニ締結スルノ要ナク結局佛法ノ主義カ取引上ノ法律現象ニ一致スヘキカ如キモ此間ノ法律關係ヲ

仔細ニ觀察スルトキハ矢張り物權移轉ノ爲メノ物權契約カ存在セルヲ見ルヘシ然レトモ又反對論ノ如ク如何ナル場合ニ於テモ物權契約ハ不要因且ツ獨立ノモノナリト解スルトキハ本論ニ云フ如ク全ク實際上ノ法律現象ニ一致セサル不都合ヲ生ス故ニ結局本論ヲ正當トスヘシ
不特定物ニ關スル場合

不特定物ニ關スル場合ニ於テ直チニ物權的効力ヲ生スルコトナキハ何人モ異論ナカルヘシ只此場合獨立シタル物權契約ヲ必要トスルト何時物權的効力ヲ發生スヘキヤ之ニ付テハ議論アリ
同趣旨岡松博士富井博士(前掲參照)尙ホ目的物ノ特定ヲ以テ物權的表示ノ條件トナシタルトキハ特定ニ依テ直チニ物權的効果ヲ發生セシムト説明スルモ固ヨリ本論ト相妨ヲル所ナシ
尙ホ岡松博士ハ獨立ナル物權契約ハ凡テ無因ナルカ故ニ原因タル債權契約ハ給付行爲ノ効力ニ影響セズ只不當利得ノ請求權ヲ生スルノミト説明ス(前掲二號一〇〇頁以下)

第三者ノ
意義

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
三七八 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ナシタルトキハ
抵當權設定者ハ該賣ノ場合ニ付地上權ヲ設定シタルモノト看做ス(下略)

第三者ノ意義(法律上ノ關係)

民法第七十七條ニ所謂第三者トハ登記欠缺ヲ主張スルニ付キ正當ノ利益ヲ有スル
者ヲ云フ故ニ上告人所謂如ク敢テ同一不動産ニ付キ物件取得ノ競合スルヲ必要ト
スルモノニアラス又敢テ對抗權ヲ爭フ第三者カ建物不動産ノ物件移轉ノ當時已ニ業
ニ建物所在地ノ土地ニ付キ所有者タル地位ニアルヲ必要トスルモノニアラス苟クモ
其登記欠缺ヲ主張スルニ正當ノ利益ヲ有スル場合ナリセハ之ヲ主張スルヲ得ヘキ原
因ノ發生力爭ニ係ル物件ノ得喪ノ先後ニ關係ナキモノトス本件ニ付テ之レヲ見ルニ
上告人ノ主張スルカ如ク係争建物ハ其土地ト共ニ上告人ヨリ明治二十七年中ニ訴外
伊東團治ニ之ヲ賣渡シ同人ハ單ニ土地ノミニ付キ抵當權ヲ設定シ其結果被上告人カ
該土地ヲ競落スルニ至リタルトキハ原審ニ於テ確定セル事實ナリトス左レハ此場合
ニ民法第三百八十八條ノ規定ニ依リ該土地ニ付キ法定ノ地上權設定セラレタルノ結
果トナルヘキモノトス然ルニ建物ノ所有權移轉ノ登記欠缺ヲ主張シテ建物ハ依然原
所有者タル上告人ノ所有ニアルモノノ知ク看做ス時ハ同條ノ適用ヲ見サルニ至リ競
落人タル被上告人ノ權限ニ基カスシテ建物ヲ其土地ノ上ニ存立セシムル所有者ニ
對シ其收去ヲ求ムルコトヲ得ルトナルヲ以テ登記ノ有無ハ被上告人ノ土地所有權ノ

袋地ノ意
義

民法一七七條第三者ノ意義ニ付テハ民法一頁二二五頁二七八頁參照

行使ニ多大ノ影響ヲ及ホスモノナルヲ以テ民法第七十七條ニ所謂第三者ナリトス
(東京控訴院四五年(十)五四號民一部判決法律日日一八三號判例集一五一頁)

二一〇 或ル土地カ他ノ土地ニ圍繞セラレテ公路ニ通セザルトキハ其土地ノ所有者ハ公路ニ至ル爲メ圍繞地ヲ通行
スルコトヲ得
池沼、河瀆若クハ海洋ニ由ルニ非サレハ他ニ通スルコト能ハス又ハ岸岸アリテ土地ト公路ト著シキ高低ヲ爲ストキ
亦同シ

袋地ノ意義

袋地ナルカ故ニ法律ノ規定ニ從ヒ當然一定申立記載ノ既設道路ヲ通行スヘキ權利ア
ル旨主張スレトモ第二回檢證調書及同見取圖ニ依レハ原告地所ノ北西隅ヨリ二十一
間一分六厘ノ(例)ナル道路ハ幅十三尺六寸之レヨリ(來)(著)ヲ通シテ(待)ナル橋梁ニ至ル道
路ノ幅員ハ五尺(往)ヨリ(秋)(冬)ヲ經テ大仁新道ニ至ル道路ハ其幅七尺ニ對シ尙同見取
圖ノ(張)ナル道ヲ通シテ(寒)ニ至ルコトヲ得可ク此等ノ道路ハ總テ原告所有地ヨリ車馬
ヲ通行セシムルヲ得ルコト明ラカナルカ故ニ本件地所ハ袋地ニアラス而シテ原告代
理人ハ本件落着ニ至ル迄原告地所ノ西方ニ於テ公道ニ達スル爲メ他人ノ地所ヲ借リ
受ケ一間乃至二間幅ノ道路ヲ作りテ通行シ居ルモ是レ便宜ノ爲メ設ケタルニ過キサ
ル旨主張スレトモ成立ニ爭ナキ乙第五號證ニヨレハ原告ハ明治四十五年四月ヨリ滿
五ケ年ノ期間ヲ以テ該地所ヲ借リ受ケ之ヲ道路檢證調書見取圖(例)ニ當ル(ト)爲シ居ル
コト明カナルヲ以テ單一ノ時ノ便宜ノ爲メニ右道路ヲ設ケタルモノトハ認メ難キニ

ヨリ本件地所カ袋地ニアラサルコト明ラカナルカ故ニ原告ノ本訴請求ハ執レノ點ヨ
 リスルモ失當ナリ(大阪地方裁判所四五ワ一六號民一判決法律新聞第八二八號二六頁)
 後段通路ノ賃貸借アルカ爲メニ袋地ニアラストスル見解ハ不當ナルカ如キモ若
 シ之ヲ地役權又ハ長期ノ地上權ヲ有セルモノトスレハ袋地ニアラサルコト明ラ
 カニシテ畢竟程度問題ニ過キス故ニ賃貸借ナリトスルモ其權利アル以上ハ貸地
 ト云フコト能ハサルヘク結局本件判決ハ正當ナリト信ス

詐欺ニ因ル隱居

五七九 隱居者又ハ家督相續人カ詐欺又ハ強迫ニ因リテ隱居ノ届出ヲ爲シタルトキハ隱居者又ハ家督相續人ハ其詐
 欺ヲ發見シ又ハ強迫ヲ免レタル時ヨリ一年内ニ隱居ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但追認ヲ爲シタルトキハ此
 限ニアラス
 隱居者又ハ家督相續人カ詐欺ヲ發見セシ又ハ強迫ヲ免レサル間ハ其親族又ハ檢事ヨリ隱居ノ取消ヲ請求スルコトヲ
 得但其請求ノ後隱居者又ハ家督相續人カ追認ヲ爲シタルトキハ取消權ハ之ニ因リテ消滅ス
 前二項ノ取消權ハ隱居届出ノ日ヨリ十年ヲ経過シタルトキハ時効ニヨリテ消滅ス

隱居ヲ爲サハ洋行費金一萬圓ヲ與ヘシト欺キ裁判所ノ許可ヲ得テ隱居セシメル
 カ如キハ詐欺ニ因ル隱居ニシテ取消シ得ヘキモノトス
 右隱居後他家ニ入りタル事實アリトスルモ隱居ノ取消ヲ訴求スルノ妨ケトナラ
 ス
 スクノ如キ場合ハ時効ニ罹リタルモノナリト云フコトヲ得ス

前記證人興來次郎ノ證言ト前記乙號證及乙第十四號證ノ記載ヲ綜合考覈スルトキ
 ハ原告主張事項法ハ初メヨリ其履行ノ意思ナキニ拘ハラヌ原告ニ對シ隱居ノ上西田
 家ヲ去リ他性ヲ習シテ洋行スルトキハ金一萬圓ノ學資金ヲ給與スヘキ旨申欺キ原告
 ハ其旨ヲ信シ右金一萬圓ノ學資金ヲ得テ洋行スル意思ニテ隱居ヲ決意シ興來次郎ニ
 於テ明治四十一年一月中隱居許可申請ノ手續ヲ爲シ同年六月ニ至リ之ニ對スル許可
 ノ裁判アリタル結果原告ヨリ隱居ノ届出ヲ爲シタルモノナルコトヲ認メ得……
 隱居者カ隱居後他家ニ入籍セルコトアリトスルモ若シ其詐欺ニヨル隱居ナカリセハ
 初メヨリ他家ニ入ル能ハサリシ場合ナルヲ以テ苟モ其隱居ニシテ取消サル以上ハ
 隱居者ハ容易ニ其身分登記及戸籍ヲ訂正シテ隱居前ノ身分ヲ回復シ得ヘク隱居セル
 家ニ在籍セストノ一事ヲ以テ直ニ隱居取消ノ訴ヲ提起スルニ付キ利益ナシト云フナ
 得ス尙民法其他ノ法令中隱居取消ノ訴提起ノ時期ヲ特ニ隱居者カ隱居シタル家ニ在
 籍スル間ニ限定セル趣旨ナリト解スヘキ何等規定ナキヲ以テ被告ノ本抗辯ハ採用ス
 ヘカラス……全然金員ノ給與ヲ拒絕スル旨明言スルコトナカリシヲ以テ原告ハ
 項法カ約定金ノ支拂ヲ爲ササルニ拘ラス尙其詐欺事實ヲ覺知スルコトナク早晩右約
 定金ノ全部又ハ一部ノ支拂アルヘキコトヲ期待シ其金員受領ノ希望アリシ爲メ明治
 四十二年六月附ノ乙第十二號證ノ如キ書面ヲ差出シ尙同年八月附ノ甲第八號證ヲ作
 成セシメタルモノニシテ而モ右甲第八號證ノ作成ニ拘ラス項法ヨリ約定金千五百圓
 ノ支拂ヲ爲ササルニ及ヒ茲ニ始メテ項法カ始メヨリ全然金員支拂ノ誠意ナク原告ハ
 同人ノ詐欺ニ罹リテ西田家ヲ隱居セルモノナルコトヲ覺知セルモノニシテ即チ原告
 カ項法ノ詐欺ヲ覺知セルハ早クモ明治四十二年八月甲第八號證作成ノ後ニ在ルコト
 ナ認メ得ヘク然ラハ原告ノ同四十二年三月本訴提起ノ時ニ至ル迄ハ未タ滿一年ヲ經
 過セサルヲ以テ被告ノ本抗辯モ亦理由ナク結局被告ノ抗辯ハ一モ理由ナキニ歸ス(東

京地方裁判所四三(三)〇號大正元年一月八日民一部判決法律新聞第八二六號二三頁)

至當ノ見解ト信ス

借習ニ依ルヘキ推定

九二 法令中ノ公ノ秩序ニ關セサル規定ニ異ナリタル慣習アル場合ニ於テ法律行為ノ當事者力之ニ依ル意思ヲ有セ

取引上ノ慣習アル場合ニ於テハ當事者カ反對ノ特約ヲ爲ササル限リ之ニ依ルヘ

取引上ノ慣習カ仲買人ノ立替金ニ利子ヲ附スルモノナル以上ハ當事者間ニ反對ノ特約ナキ限リハ當事者ハ其慣習ニ依ルノ意思ナリト推定スヘク當事者カ特ニ其慣習ニ從フヘキコトヲ明示スルコトヲ要セサルヲ以テ此點ニ付キテ立證ヲ爲スノ必要ナシ(大審院明治四五年(一)二〇六號大正元年一〇月一六日民二判決)

同趣旨

債權侵害カ力物權侵害カ

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ジタル損害ヲ賠償スル責任ス

他人カ貸借ニ基キ占有スル物件ヲ不法ニ差押ヘタルハ物權ノ侵害ニシテ貸借借債權ノ侵害ニアラストス

不法ニモ其原告ノ占有中ナルコトヲ知リテ之ヲ差押ヘルタモノナレハ即被告カ故意ニ因リテ原告ノ音羽丸ニ對シテ有セル占有權ヲ侵害シタル不法行為アリト云ハサルヘカラス加之音羽丸ハ熱田港ヨリ浦鹽新德港ニ航行スヘキ船舶ニシテ已ニ熱田港ヲ發航ノ後大阪寄港ノ機ニ乘シ被告之ヲ差押ヘタルモノナルコトハ被告ノ爭ハサル所ニシテ即チ該船舶ハ商法第五百四十三條第一項ニ依リ前記公正證書ノ貸借債權ノ爲ニ差押チ爲スコトヲ得サルモノナルニ拘ハラヌ被告ハ不法ニモ其發航後ニシテ原告ノ占有中ナルコトヲ知リテ之ヲ差押ヘタルモノナレハ其差押ハ故意ニ原告ノ音羽丸ニ對スル占有權ヲ侵害シタル不法行為ニ爲スヤ勿論ナリ……又被告ハ原告ノ音羽丸ノ賃借權ハ田中松之助ニ對スル債權ニ過キサレハ之ヲ侵害シタリトスルモ不法行為トナラヌト抗辯スレトモ賃借契約ノ結果原告カ音羽丸ノ之ニ有セル占有權ハ一ノ物權ニシテ且登記ナクシテ第三者ニ對抗シ得ルモノナレハ之ヲ侵害スル行為ハ亦一ノ不法行為タルヲ失ハス(大阪地方裁判所四三(一)四二號民二判決法律新聞八二七號二三頁)

至當ノ見解ト信ス本書民訴船舶差押ノ要件參照

民法八〇六條ノ解釋

八〇六 第六百五十四條及第六百五十五條ノ規定ハ夫カ妻ノ財産ヲ管理シ又ハ妻カ夫ノ代理ヲ爲ス場合ニ之ヲ準用ス

六五四 委任終了ノ場合ニ於テ急迫ノ事情アルトキハ受任者、其相續人又ハ法定代理人ハ委任者、其相續人又ハ法定代理人カ委任事務ヲ處理スルコトヲ得ルニ至ル迄必要ナル處分ヲ爲スコトヲ要ス

住宅内ニ存スル物件ハ反證ナキ限りハ其家長ニ於テ占有スル者ト推定スルヲ正當トス

民法八〇六條ハ夫ニ於テ妻ノ財産ヲ管理シ若クハ占有シ居ルモノトノ事實上ノ推定ヲ爲シタルモノニアラス

本件物件カ原告ノ所有ニ屬シ被告ノ住宅内ニ存在スルコトハ當事者間ニ爭ナシ仍テ案スルニ證人大谷徳太郎ノ證言ニヨレハ同人カ原告ト共ニ被告家ニ赴キ本件物件ノ返還ヲ請求シタル處戸主タル被告並ニ其養子安五郎ノ實子ニシテ原告ノ夫タリシ善太郎等一同列席ノ上其返還ヲ拒絶シタル事實ヲ認メ得可ク被告カ其家事ニ關與シ居ルコト明カナルヲ以テ本件物件カ被告家ニ存在スル以上家長タル被告ニ於テ其占有ヲ爲シ居ルモノト推定スルヲ相當トス可ク被告カ該占有ヲ爲スノ正權限ヲ有スルコトハ被告ノ主張セサル所ナリ被告ハ此點ニ對シ原告ノ舊夫タル善太郎ハ法定財產制ニ於ケル管理權ヲ有シタルモノナルヲ以テ離婚後ニ於テモ民法第八百六條第六百五十四條所定ノ管理權ヲ有シ之ニ基キテ本件物件ヲ占有シ居ルモノナル旨主張スト雖トモ右法條ハ夫カ妻ノ財産ヲ管理スル場合ニ於テハ其管理權カ消滅シタル時ト雖トモ妻カ其財産ヲ管理シ得ルニ至ル迄應急處分ヲ爲ス可キ旨ヲ定メタルニ過キスシテ妻ノ財産ハ夫ニ於テ管理シ若クハ占有シ居ルモノナリトノ事實上ノ推定ヲ爲シタルモノニ非ラサルカ故ニ此被告ノ主張ハ全ク謂レナシ(東京地方裁判所四五(ワ)第一〇五六號民四判決法律新聞第八二七號二二頁)

一六七 債權ハ十年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅ス
債權又ハ所有權ニアラサル財産權ハ二十年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅ス
一六九 年又ハ之ヨリ短キ時期ヲ以テ定メタル金錢其他ノ物ノ給付ヲ目的トスル債權ハ五年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅ス

遲延利息ハ年又ハ是ヨリ短キ時期ヲ以テ定メタル債權ト謂フ可カラサルカ故ニ十年ノ時効ニ係リ消滅スヘキモノトス

遲延利息ハ年又ハ是ヨリ短キ時期ヲ以テ定メタル債權ト謂フ可カラサルカ故ニ同第一六七條所定ノ十年ノ時効ニ罹リ消滅スヘキモノナレハ明治三十七年十二月十六日以降ノ本件遲延利息ハ未タ消滅時効ノ完成セサルコト明カナルヲ以テ此點ニ關スル被告ノ抗辯ハ理由ナシ然ラハ原告主張ノ如キ家督相續開始シタルコトハ被告ノ認ムル所ナルヲ以テ被告ハ原告ニ對シ元金九十六圓及七之ニ對スル明治三十七年十二月十六日以降一ヶ月金一圓六十錢ノ割合ニ因ル遲延利息ヲ支拂フヘキ義務アルモノトス(東京區裁判所四四年(ハ)三四六四號判決法律新聞八二七號二〇頁)至當ノ見解ト信ス

同趣旨

四一年四月十日東京控訴院民一部判決法律新聞四九八號鳩山氏法律行爲乃至時效七一四頁

反對

東京控訴院民二部判決(民法一五二頁參照)

七八九

妻ハ夫ト同居スル義務ヲ負フ
夫ハ妻ヲシテ同居ヲ爲サシムルコトヲ要ス

妻ノ同居義務ニ對シ強制執行ヲ許ス可キモノナリヤ

案スルニ夫カ公力ニ依リ妻ノ同居義務ヲ履行スルコトハ勿論公序良俗ニ背反スルノ
ミナラス其強制履行ノ方法ニ關シテハ關係法規ニ規定ノ存セサルニ徴シ同居義務履
行ノ強制履行ハ之ヲ許ササルモノト解スルヲ相當トス既ニ強制執行ヲ許ササルモノ
トセハ執行文ヲ付與スル理由尠モ存セサルニ依リ書記ニ於テ之カ付與ヲ拒ミタルハ
相當ノ處分ナリトス(大阪控訴院大正元年八月二四日民一判決法律新聞第八二四號二
六頁)

公力ニヨリテ妻ノ同居義務ヲ履行セシムルカ如キハ決シテ公序良俗ニ反スルモ
ノニアラス夫婦同居ノ義務アルコトハ法理上道德上一點ノ疑ナキ所而シテ由來
強制執行ハ人ノ自由ヲ拘束スルコトアルヘキハ免レサル所ニシテ畢竟程度問題
タルニ外ナラス今強制執行ノ方法トシテ執達吏ト同行ヲ爲サシメ之ヲ夫ノ住所
ニ同伴セシムルカ如キハ決シテ公序良俗ニ反スルモノニアラスト信ス尙ホ法理

上ノ根據ハ民法三二五頁以下説明參照

八二三

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
七 配偶者ノ直系尊屬ヨリ虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキ

一旦家出シタル妻カ仲裁人ヲ以テ詫ヲ爲シ歸家セントシタルニ夫ノ父カ仲裁人
ニ對シ激語ヲ發シタリトスルモ重大ナル侮辱ニ該當セス

原院ノ認定シタル事實ニヨレハ被上告人ノ父ハ西村龜吉高田嘉久馬ノ兩人カ上告人
ヲ被上告人ノ留守宅ニ入レントシ仲裁人試ミタル際兩人ニ對シ腐レ乞食ハ入ルコト
出來ヌ又夫ヲ捨テタル女ハ入レルコト能ハスト言ヒタルハ豫テ被上告人ト共ニ出稼
ヲ爲シ居リタル知人ノ通信ニ因リ上告人カ夫タル被上告人及ヒ其子女ヲ見捨テ姦夫
ト逃走セシ事實ヲ確信シ其不貞ヲ憤慨シ居リタルヨリ激昂ノ餘リ發シタルモノニシ
テ其主意トスル所ハ右仲裁人ニ對シ上告人カ改心スルニ非ラサレハ歸宅ヲ承諾セサ
ル旨ヲ表明シタルモノニ外ナラスト云フニ在ルヤ判文上明白ナリ然レハ被上告人ノ
父カ發シタル右言語中ニハ過激ニ涉リタル所アルモ其激昂ヲ生スヘキ相當ノ事情
存スル場合ニ於テ仲裁人ノ談判ヲ受ケルニ當リ仲裁人ニ對シ不同意ヲ表スル主旨ヲ
以テ語りタルモノニシテ畢竟機密ノ應對ヲ爲シタルモノニ外ナラサレハ其應對ニ如
上ノ激語ヲ使用シタルモノ之ヲ目シテ民法第八百十三條第七號ニ所謂重大ナル侮辱ヲ
加ヘタルモノト爲スコトヲ得ス(大審院明治四五年オ二二〇號大正元年九月二五日民
二判決)

參照判例

一妻カ他ノ男子ト情ヲ通セルモノト確信スルニ足ルヘキ事情アル場合ニ於テ夫ヨリ妻ノ實父母ニ對シ其確信シタル事情ヲ書面ニテ通報シ胸中ノ煩悶ヲ訴フルカ如キハ縱令激昂ノ余其書面ニ多少過激ノ文詞ヲ使用スルモ民法第八百十三條ノ所謂重大ナル侮辱ニ該當セス(四二年大審院判決第一八四頁)

一夫カ相當ノ理由ニ依リ其妻ニ犯罪行為アルコトヲ確信シタル場合ニ於テ之ヲ告訴スル如キハ必スシモ不當ノ行為ニ非サレハ單ニ檢事カ該事件ニ付キ不起訴ノ處分ヲ爲シ又ハ告訴ノ事實カ眞實ニ吻合セサル事由アルモノ之ノミニ依リ直ニ其行為ヲ以テ民法第八百十三條ノ所謂重大ナル侮辱ニ該當スルモノト爲スヲ得ス(四三年同上九六三頁)

一妻ノ不從順ナル結果夫カ一時ノ憤怒ニ驅ラレ稍粗暴ノ行為アリタレハトテ同居ニ堪エサル虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ加ヘタリト謂フコトヲ得ス(四二年三月二三日大審院控訴院判決法律新聞五六四號一八頁)

四二〇

債權者ハ債務者カ其債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル法律行為ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但シ其行為ニヨリテ利益ヲ受ケタル者又ハ轉得者カ其行為又ハ轉得ノ當時債權者ヲ害スヘキ事實ヲ知ラザリシトキハ此限ニアラス

前項ノ規定ハ財產權ヲ目的トセサル法律行為ニハ之ヲ適用セス

九八六 家督相続人ハ相続開始ノ時ヨリ前戸主ノ有セシ權利義務ヲ承継ス但シ前戸主ノ一身ニ專屬シタルモノハ此限リニ在ス

九八九 隱居又ハ入夫婚姻ニ因ル家督相続ノ場合ニ於テハ前戸主ノ債權者ハ其前戸主ニ對シテ辨濟ノ請求ヲ爲スコトヲ得

入夫婚姻ノ取消又ハ入夫ノ離婚ニ因ル家督相続ノ場合ニ於テハ入夫カ戸主タリシ間ニ負擔シタル債務ノ辨濟ハ其入夫ニ對シテ之ヲ請求スルコトヲ得

廢罷訴權
ト隱居
ト假處分
ト不法行為

隱居ニ因ル家督相続ニ基ク財產權ノ移轉ニ付キテハ廢罷訴權ノ適用ナシトス

廢罷訴權ヲ行フニハ債務者ノ行為ヲ爲シタル當時ニ債權ノ存在スヘキコトヲ原則トス

假處分ヲ爲シタル當否(不法行為ニアラス)

連帶債務者ハ法定上ノ代位辨濟者(當然債權者ノ繼承者)タルモノトス

詐害行為廢罷ノ訴權ハ債權者ヲ保護シ満足ヲ得セシメカ爲メニ設ケラレタルモノナレハ直接該債權ニ影響ヲ及ボスヘキ債務者ノ財產權ヲ目的トスル法律行為タルコトヲ要シ財產權ヲ目的トセサル法律行為ニハ其適用ナキヲ原則トスルヲ以テ控訴人ノ父齊藤治作ノ隱居其隱居ニ因ル控訴人ノ家督相続ノ爲メ相續財產取得登記ヲ爲セシ如キハ所謂財產權ヲ目的トスル法律行為ニハアラサルカ故詐害行為廢罷ノ目的トシテ其取消ヲ訴求シ得サルヲ論テ依メス又廢罷訴權ノ原則トシテ其目的タル債務者ノ行為當時已ニ債權存立シ侵害ヲ受クヘキモノナルコトヲ要ス……假處分ハ被控訴人ノ過失ニ因ルモノト速斷スルヲ得ス何トナヒハ已ニ述ブルカ如ク被控

前二項ノ規定ハ家督相続人ニ對スル請求ヲ妨ケス

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生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス

五〇〇

辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者ハ辨濟ニ因リテ當然債務者ニ代位ス

五〇一

前二條ノ規定ニ依リテ債權者ニ代位シタル者ハ自己ノ權利ニ基キ請求ヲ爲スコトヲ得ヘキ範圍内ニ於テ債權ノ效力及ビ擔保トシテ其債權者カ有セシ一切ノ權利ヲ行フコトヲ得但左ノ規定ニ從フコトヲ要ス(下略)

(參照)民法七五五

係争物ニ關スル假處分ノ現狀ノ變更ニ因リ當事者ノ一方ノ權利ノ實行ヲ爲スコト能ハス又之ヲ爲スニ著シキ困難ヲ生スル恐アルトキ之ヲ許ス

訴人等ハ治作ノ分擔額ニ付キ固有ノ求償權ニ基キ請求シ得ヘキコトハ勿論其範圍内ニ於テ代位辨濟ノ爲メ承繼シタル權利ニ基キ請求ヲ爲スコトヲ得ヘク而ルニ連帶債務者ハ法定上ノ代位辨濟者タルヲ得スト云フモノアリ假リニ其說正論ヲ得タリトスルモ仍ホ連帶債務者間ニ分擔額ノ定メアリ其他ノ債務者ノ負擔部分ノ辨濟ニ付テハ當然代位權ヲ享有ストコトハ通説タリ被控訴人カ此通説ニ因リ治作ノ負擔部分ニ付キ控訴人ニ對シテモ請求シ得ヘシト思惟シ前掲假處分申請シタルハ寧ロ相當ノ理由存スルモノト認ムルニ足リ且該假處分申請者ハ其主要ナル記載事項ノ虛構又ハ誤過ニヨル不實ノモノアリ之レカ爲メ裁判所サシテ錯誤ニ陷リシメテ假處分ヲ爲スニ至ラシメタリトノコトモ又見ル能ハサレハナリ(東京控訴院四三年(ホ)六九二號大正元年九月二四日民二部判決法律日一八二號判例一三一頁以下)

身分ニ關スル法律行爲カ廢罷訴權ノ目的トナラサルコトハ條文上明白ナリ

債務者ノ行爲以前ニ債權ヲ取得シタル者ニ非サレハ取消權ヲ有セサルヤ否ヤニ付キ石坂博士及綿野辯護士ハ一定條件ノ下ニ取消權アリトス吾人モ亦之ニ贊同スルモノナレトモ通説ニハアラス(○民法一三頁參照)

本件假處分カ不法行爲ヲ成スヤ否ヤハ要スルニ假處分申請者ニ故意若クニ過失アリシヤ否ヤニ歸ス而カモ如斯場合ニ於テ故意ハ勿論過失ヲモ認ム得ラルヘキニアラス參考ノ爲メ判例ヲ左ニ掲ク

一 假差押ヲ爲シタル者カ債權ヲ有スルコトヲ確信シ而カモ之ヲ信スヘキ相當ノ理由アル場合ニハ縱令裁判上其債權ナキニ歸スルモ他ニ特別ノ事情ナキ限ハ其差押ヲ以テ故意若クハ過失ニ出テタルモノト爲スコトヲ得ス(三九年大審院判決錄一二八九頁)

一 實際上或權利ヲ有セサル債權者カ法律ノ規定ヲ知ラス若クハ之ヲ誤解シテ其權利アリト確信シ債務者ニ對シ財産ノ假差押ヲ爲シ之ニ損害ヲ生セシメタルトキハ一應ハ債權者ニ過失アルモノト見ルチ當然トスルモ而カモ債權者ノ技ニ出テタル相當ノ理由存スルトキハ過失アリト云フヲ得ス(四一年同上六四六頁)

連帶債務者ハ其求償權ニ付キ代位權ヲ有スルヤ否ヤニ付テハ議論アリ川名博士ハ代位權ナシト主張スルモ(債權總論三四二頁多數學者ノ反對アリ(○債權總論九一六九頁參照)吾人ハ通説ヲ可ト信ス其理由ハ民法一五九頁說明參照

特許侵害
不法行爲

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

特許審査官スラ前後見解ヲ異ニスルカ如キ事項ニ付テハ之ヲ侵害シタル事害アリトスルモ特許侵害ノ故意又ハ過失(不法行爲)アリタルモノト云フコトヲ得ス

此ノ如ク民事原告人ノ有スル改訂特許ハ特種ノ技能ヲ要シ之カ有效無効ヲ決スヘキ職權ヲ有スル審査官ニ於テスラ前後見解ヲ異ニスルカ如キ事項ナルヲ以テ特別ノ技能

アリト云フヲ得サル被告等ニ於テハ民事原告人ノ改訂第三三〇一號特許ニ撞著スル機械ヲ製作販賣スルモ敢テ民事原告人ノ權利ヲ侵害スルモノニアラスト信スルハ普通ノ狀態ナルヲ以テ被告等カ製作販賣セシ伊東式茶葉粗糶機ハ前記ノ如ク民事原告人ノ改訂第三三〇一號特許範圍ニ撞著スルニモセヨ被告等ニ故意ハ固ヨリ過失アリタリト主張スルコトヲ得サルハ勿論ナリトス(東京控訴院刑三部大正元年一〇月二五日判決法律新聞第八二八號二二頁)至當ノ見解ト信ス

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

未登記不動産ノ取得ト登記方法

所謂傳來的取得ノ場合ニ權利カ未登記ナル場合ハ果シテ如何ナル種類ノ登記ヲ爲スヘキカ移轉登記ナルカ將タ保存登記ナルカ

一 「登記ハ事實ト符合スルニアラサレハ第三者ニ對抗力ナシトハ當ニ最高法衙カ判示スル所一部ノ論者ハ此ノ論旨ヲ極ニ「傳來的取得即チ移轉ナリ」トシテ移轉登記說ヲ標榜ス

二 民法ハ只「登記法ノ定ムル所ニ從ヒ」ト云ヒテ論者ノ言フカ如キ口吻ヲ絕對ニ避ケ居ルニアラスヤ移轉登記論ニ違ハンカ天下ハ對抗力ナキ不動産ノ保存登記徒ラニ多カラ

三 面倒猶忍フトセン而カモ論者ノ說ニ從ハンカ終ニ登記ノ方法無キニ對ルテ如何ニセシテ死亡相續ノ場合ヲ想像セヨ前所有者タル被相續人ハ既ニ遺テ無シ矣如何ニシテ其保存登記ヲ爲スヘキヤ

四 更ニ其隱居相續ノ場合モ同様ナリ隱居者ハ相續人又ハ第三者ニ對シ保存登記ヲ爲ス可キ義務ヲ有セス故ニ其承繼モ無ク代位權モ亦之レアラス況ンヤ假ニ被相續人タル隱居者カ其保存登記ノ申請ヲナシタリトセン其申請ハ相續開始後ナリ

五 否讀渡其他總テノ場合モ同様ナリ等シク前所有者ノ保存登記ハ不可能ナリ賣主ハ既ニ所有者ニアラス結局保存登記ハ不可許ニシテ移轉登記モ亦不可能也

六 試ミニ百歩ヲ譲リ何等カノ方式ニテ前所有者カ保存登記ヲナシ得ルノ途アリトシ而シテ之レニ依リテ移轉登記ヲ了シタリト假定セヨ論者ハ自己ノ刃ヲ以テ自己ノ首ヲ斫キツツアリ所謂自繩自縛ノ愚ニ陷ルニアラスヤ何トナレハ事實ニ添ハサル登記ハ對抗力ナシ前所有者ノ保存登記ハ所有者ニアラサルモノノ保存登記ニシテ事實ト符合セズ

七 吾等ハ斷シテ謂フ「未登記ノ不動産ノ取得者ハ其保存登記ヲナスニヨリテ第三者ニ對抗スルコトヲ得」ト而シテ民法ハ規定セスヤ「登記法ノ定ムル所ニ從ヒ」ト而シテ登記法ハ如何未登記ノ不動産ニ對シテハ保存登記ヲ認メテ移轉登記ヲ認メサルニアラスヤ(同法百六條同百五條)

或ハ謂ハシテ譲渡ニヨル土地所有權ノ取得登記ノ場合ハ即チ如何登記法ハ土地臺帳簿本ニヨリ所有者トシテ登録セラレタルコトノ證明ヲ要求ス然ルニ其取得者ハ土地臺帳簿ニ何等登録ナク其證明ハ不能ニシテ結局登記不能ニアラスヤト然レトモ土地臺帳簿ノ登録替テスレハ何等ノコトナシ相手方カ應セサレハ判決ヲ以テ書替ヲ請求スヘシ直ニ應本ヲ得テ保存登記ハ爲サルナリ

九
保存登記説ハ必スシモ吾等ノ獨斷ニアラス法曹會ハ明治四十五年七月六日相續登記申請ニ關スル件ニ就テ少クトモ相續登記ニ關シ吾等ト同主旨ノ決議ヲ與ヘタリ(法曹記事ニ十二卷十號四六頁)辯護士齋藤巖氏法律新聞八二九號五頁以下要領)

吾人ハ本論ニ賛同ヲ表スルコト能ハス蓋シ

(一)被相續人カ既ニ死亡ヲ爲シタル場合ニ於テハ法律上其保存登記ハ不能ニ屬スヘキヲ以テ之ヲ爲シ能ハサルハ明カナルモ苟モ保存登記カ可能ナル場合ニ於テハ先ツ之ヲ爲シテ後移轉登記ヲ爲スヘキモノナリ本論ハ賣主カ既ニ賣渡後登記ヲ爲スハ事實ニ反スル保存登記ナリト云フモ第三者ニ對スル關係ニ於テハ未タ權利ノ移轉ナキ状態ニアルモノナルヲ以テ其保存登記ヲ爲スハ更ニ妨クル所ナシト信ス

(二)大審院ハ最近判例ニ於テ土地臺帳名義變更手續ヲ訴求スルハ不能ヲ求ムルモノニシテ失當ナリト判決セリ即チ左ノ如シ

案スルニ土地臺帳規則施行細則第五條ニ依レハ土地所有權ノ移轉ハ登記所ヨリ通知アルニアラサレハ之ヲ土地臺帳ニ登録スルヲ得サルモノトス故ニ既登記ナルト未登記ナルトチ間ハ土地臺帳官廳ハ登記所ノ通知アルニアラサレハ甲ノ所有名義タル土地チ乙ノ所有名義ニ移轉スルノ登録ヲ爲スヲ得サルモノナレハ本件ニ於テ未登記ノ三筆ノ土地ノ所有名義ヲ範蔵ヨリ被上告人ニ移轉スルノ登録チ土地臺帳ニナスハ法律上不能ニシテ被上告人ハ範蔵ノ相續人タル上告人チシテ之カ登記手續ヲ爲サシムルノ請求權チ有セサルモノトス(大審院明治四五年(オ)一七三號大正元年九月四日民一判決)

永小作權ノ消滅承認

二七六

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

永小作權ノ消滅請求ニハ地主ノ意思表示ノミヲ以テ足り永小作人ノ承認ヲ要セタルハ勿論又契約解除ノ場合ノ如ク豫メ履行ノ催告ヲ要スルモノニ非ス

民法第二百七十六條ニ依ル永小作權ノ消滅ニ付テモ單ニ其ノ意思表示ヲ爲スチ以テ足り永小作人チシテ之チ承諾セシメ若クハ裁判上之チ訴求スルコトヲ要セサルモノト謂フ可シ而シテ其消滅ノ意思表示チ爲スチ以テ足ルハ契約解除ニ於テ相手方ニ對

スル意思表示ヲ以テ足ルト同一ナルコトハ原判決ノ如クナルモ永小作人カ引續キ二年以上小作料ノ支拂ヲ怠リタルトキハ地主ハ其意思表示ニ依リテ永小作權ヲ消滅セシムルコトヲ得ルモノナルヲ以テ契約解除ニ於ケルカ如ク民法第五百四十一條ニ依リ豫メ履行ノ催告ヲ要スルモノニアラス(大審院明治四五年(オ)二二八號大正元年一月四日民二判決)

曾テ反對判例アリ(三九九年大審院判決九六六一)一時議論アリシモ今日多ク異論ナシ乃チ同趣旨ノ判例及學說ヲ左ニ掲ク

四〇年大審院判決四四二頁、梅博士法學志林九卷二號一頁以下、横田博士物權法四五八頁以下、富井博士民法原論物權上卷二四〇章以下參照

地代ナル用語ノ意

證書中地代ナル用語アルモ單ニ此一事ヲ以テ地上權ナリト謂フコトヲ得ス

乙第四號證ニ依レハ被告カ明治三十七年二月以後引續キ毎月右土地ノ差配人細川長三郎ニ對シ一定ノ地代ヲ支拂ヒタル旨ノ記載アリ細川長三郎カ原告ノ差配人トシテ之ヲ受領スルノ代理權アリシコトハ原告ノ爭ハサル所ナリト雖トモ通常地代ナル語ハ廣ク土地ノ使用料ヲ意味シ民法ノ所謂地代及ヒ賃料ノ兩種ノ意義ニ慣用セララルヲ以テ單ニ同證中地代ナル用語アルノ一事ニ依リ原告カ被告ノ地上權ヲ承認シ以テ其借地ヲ承認シタルモノト認ムルヲ得ス(東京地方裁判所四五年(カ)六一二號民四判

決法律新聞八二七號二二頁)至當ノ見解ト信ス

五〇四條ニ擔保ノ意

五〇四 第五百條ノ規定ニ依リテ代位ヲ爲スヘキ者アル場合ニ於テ債權者カ故意又ハ懈怠ニ因リテ其擔保ヲ喪失又ハ減少シタルトキハ代位ヲ爲スヘキ者ハ其喪失又ハ減少ニ因リ債權ヲ受クルコト能ハサルニ至リタル程度ニ於テ其責ヲ免ル

五〇四條擔保ノ意義

民法第五〇四條ニ規定スル所ノ擔保ハ法律ノ規定ニ因ルト契約ニ因ルトトナ問ハス物上又ハ對人擔保ヲ言フモノニシテ所謂一般擔保即チ債務者ノ財産ニシテ一般債權者ノ辨濟ノ資ニ供セララルモノヲ言フニ非ス蓋シ物上又ハ對人擔保ハ特定ノ債權者ノ爲メ存スルモノニシテ其債權者ハ其行為ニ依リテ之ヲ喪失若クハ減少スルコトヲ得ルモ一般ノ擔保ハ特定債權者ノ行為ニ因リ喪失若クハ減少スルコトヲ得ルモノニアラスシテ同條ニ規定セラレタル擔保ノ喪失又ハ減少トナルニ該當セサレハナリ(大審院明治四五年(オ)一七二號大正元年一月一八日民二判決)

親族會決議不服ノ訴

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

親族會員選定決定カ抗告ニヨリ取消シトナリタルトキハ其取消ノ效力ハ遡及スヘキモノナルヲ以テ該親族會ニ於テ選定シタル相續人ノ選定ハ當然無効トナル

ナリ故ニ此場合ニ於テハ決議無効ノ宣言ヲ求ムヘキモノニアラス

前橋地方裁判所明治四十五年(リ)第九號親族會招集決定ニ對スル抗告事件ニ於テ親族會員選定ノ決定ヲ取消サレ其裁判確定シタルコトハ原告ノ主張スル處ナレハ被告等ハ右抗告裁判所ニ於ケル親族會員選定決定取消ノ裁判ノ效力上選定ノ當初ニ選リ親族會員タル資格ヲ喪失スヘク從テ被告等ノ組織シタル明治四十五年五月廿日ノ親族會ハ適法ニ構成セラレタルモノニ非ラサルヲ以テ本件相續人選定ノ決議モ亦當然無効ニ歸スヘキコト論テ俟タス抑モ民法第九百五十一條ハ親族會ノ決議力其内容若クハ手續ニ於テ法律ニ違背シ無効ノ素質ヲ有スル場合ニ同條所定ノ一ヶ月ノ期間内ニ親族會員又ハ民法第九百四十四條所定ノ者ヨリ不服ノ訴ヲ提起セサルトキハ其決議ノ效力確定スヘキ場合ニ於テ不服ノ訴ヲ提起スルコトヲ許シタルモノニシテ其決議力當然無効ナル場合ノ如キヲ包含セス(前橋地方裁判所四五(ワ)六七號判決法律新聞第八二六號二六頁)

親族會ノ決議カ當然無効ナル場合ニ於テハ九五一條ノ宣告ヲ必要トスルモノニアラス

四三年大審院判決錄一九四頁、四二年同上四〇二頁、廣島控訴院判決(民法一七六頁參照)梅博士法家大家論文集民法下卷一〇〇頁以下、牧野氏日本親族法論四七六頁參照

尙ホ如何ナル場合カ當然無効ノ決議ナリヤ其他本問ニ關シテハ(民法九九、一七五、參照)

工工場内物
機機内物
死(機機内物)
機機内物

七二七 土地ノ工作物ノ設置又ハ保存ニ瑕疵アルニ因リテ他人ニ損害ヲ生シタルトキハ其工作物ノ占有者ハ被害者ニ對シテ損害賠償ノ責任ヲ負フ但占有者カ損害ノ發生ヲ防止スルニ必要ナル注意ヲ爲シタルトキハ其損害ハ所有者之ヲ賠償スルコトヲ要ス
前項ノ規定ハ竹木ノ栽植又ハ支持ニ瑕疵アル場合ニ之ヲ準用ス
前二項ノ場合ニ於テ他ニ損害ノ原因ニ付キ其實ニ任スヘキ者アルトキハ占有者又ハ所有者ハ之ニ對シテ求償權ヲ行使スルコトヲ得

民法第七百十七條(不_法)ニ所謂土地ノ工作物トハ建物、墻壁、地窖ノ如キ直接土地ニ施シタル設備ヲ指稱スルモノニシテ工場内ニ据付ケラレタル機械ノ如キハ該法條ニ所謂工作物ニ該當セス

控訴人先代覺三郎長男公平カ控訴人經營ニ保ル大阪府西成郡鷺洲町大字浦江織布工場ノ織工トシテ備ハレ中明治四十四年一月四日午前九時三十分同工場仕上場二階一室ニ於テ回轉中ノシャフトニ捲カレ死亡シタルコトハ當事者間爭ヒナキ所ナリ而シテ公平ノ死亡當時前記室内ノシャフト階下備付ノ芥除機械及織布疊機械ヲ運轉スル爲メ室ノ床板ニ沿テ床面ヨリ一尺五寸餘ノ高さヲ保テ横ニ据付ケラレ一分間約百五十四回廻轉スルモ之カ掩蔽物ナク又之ヲ防ダニアラサレハ物置ニ充テタル階上ノ他ノ室ニ通スルヲ得サルノ構造ニシテ公平ハ右シャフトノ一部分ニ屬シタル鐵目ノ捻ニ觸レ最初ハ着衣ヲ卷キ込マレ次テ身體モ共ニ卷込マレ死亡スルニ至リタルコトヲ認ムルニ足ル……然レトモ控訴人ハ平素人ヲシテ危險ナルシャフトニ接近セシメサルカ爲メ相當ノ設備ヲ施シ且ツ之レカ監督者ヲ定メ監督者モ亦常ニ人ヲシテシャフトニ接近セシメサルコトニ留意シ機械係其他特別ノ用務ヲ有スル者ニ對シテスラ容易ニ階上ニ赴クコトヲ許サザリシモノナルカ故ニ控訴人ハ危害ノ豫防ニ

付々相當ノ注意ヲ爲シ居タルモノト謂ハサルヘカラス加之公平ノ如キハ其職トスル所ハ階下ニアリテ商標ヲ押捺スルニアリテ機械ノ取扱ニ在ラス偶々階下入口ノ閉キ居タルニ乘シ監督者ヨリ許シテ得タルニモアラヌ又他ヨリ命セラレタルニモアラヌ自儘ニ帶皮縫合ノ爲メ階上ニ昇リ遂ニ變死スルニ至リタルモノニシテ公平ノ死亡ノ如キハ實ニ同人ノ過失ニ依リ自ラ招キタル災過ナリト謂フヘク到底之ヲ以テ控訴人カ工場主トシテ又相當ノ注意ヲ缺キタルニ基因スルモノト爲ヌテ得ヌ尙ホ民法第七百十七條ニ所謂地上ノ土作物トハ建物、塙壁、地窖等ノ如ク直接土地ニ施シタル設備ヲ指稱スルモノニシテ工場内ニ据付ケラレタル本件ノ機械ノ如キハ該法條ニ所謂工作物ニ該當セサルカ故ニ右機械カ控訴人ノ所有ニシテ右機械ノ設置保存ニ付キ瑕疵アリタリトスルモ控訴人ハ工作物ノ所有者トシテ損害ヲ賠償スヘキ義務ナシ大阪控訴院大正元年十月四日民二判決法律新聞第八二四號二三頁要領)

本件ハ一般ノ原則ニ從ヒ不法行爲ノ成立セザリシ場合ニ於テ更ニ七一七條第一項但書ノ規定ニ依リ責任ノ有無ヲ決シタルモノナリ

七一七條工作物ノ意義ニ付キ一般學者ハ同趣旨ノ説明ヲ爲ス(横田博士債權各論七理由七一七條、菱谷法學士)蓋シ建物、塙壁、地窖、堤防、道路ノ如キ直接土地ニ施シタル設備ハ其自體ノ瑕疵ニ因リテ直接他人ニ損害ヲ及ホス危險アルカ故ニ本條ノ規定ヲ必要トスルモ特ニ工場内ニ入りテ之ニ接近スルニアラサレハ危險ノ虞ナキ本件機械ノ如キ本條ノ適用ナキハ明ナルヘシ機械据付ノ瑕疵ヨリ延テ工場自體ノ瑕疵ヲ爲シタル場合ハ此限ニアラサルハ勿論ナルヘシ

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アラサレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ待ス

(參照)明治四二年法律第四〇號 建物ノ所有ヲ目的トスル地上權又ハ土地ノ貸借權ニ因リ地上權者又ハ土地ノ賃借人カ其土地ノ上ニ登記シタル建物ヲ有スルトキハ地上權又ハ土地ノ貸借ハ其登記ナキモ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得(下略)

地所買受前ヨリ該地所ニ付キ地上權ヲ有スル者ト雖モ其登記ナキ以上ハ(四二年法律四〇號)建物保護ニ關シ前主トノ間ニ有シタル地上權ヲ以テ該地所買受人ニ對抗スルヲ得ス

控訴人ハ被控訴人ノ買受前ヨリ該地所ニ付キ地上權ヲ有スルモノナル旨主張スレトモ右地上權ニ付キ登記ナキコトハ甲第二號證ニ依ルモ明確ナルカ故ニ控訴人ハ被控訴人ノ前主トノ間ニ有シタル地上權ヲ以テ該地所ノ買受人タル被控訴人ニ對抗スルヲ得サル可ク又建物ノ所有ヲ目的トスル地上權又ハ賃借權ハ之レカ登記ナキモ第三者ニ對抗シ得ヘキコトハ明治四十二年法律第四〇號ノ規定スル所ナルモ被控訴人カ前主磯西常次郎ヨリ係争地ヲ買受ケタルハ右法律ノ發布前ナル明治三十九年二月九日ナルコトハ前示ノ如クニシテ控訴人カ係争地上ニ有スル建物ニ付キ登記ノ存スルコトノ主張ナキ本件ニ於テハ假リニ控訴人及被控訴人前主間ニ係争地ニ付キ地上權ノ設定又ハ賃借權ノ成立アリトスルモ右法律ノ適用アルヘキ限りニ非ス(大阪控訴院大正元年十月十八日民二判決法律新聞第八二四號二六頁)

明治四二年法律第四〇號建物保護ニ關スル法律施行後ノ今日ニ於テハ地上權又ハ賃借ノ設定登記ナキモ地上ニ存スル建物ノ保存登記アル以上ハ其權利ヲ新

地主ニ對シ對抗シ得ヘキモノナリト雖トモ本件ハ其施行前ニ係ル案件ナルヲ以テ新地主ニ對抗シ得サルモノト判決シタルモノニシテ固ヨリ正當ナリトス

空米取引
返還請求金

七〇八 不法ノ原因ノ爲メ給付ヲ爲シタル者ハ其給付シタルモノノ返還ヲ請求スルコトヲ得ス但シ不法ノ原因力受
益者ニ付テノミ存シタルトキハ此限ニ在ラス

空米取引タル情ヲ知リテ證據金ヲ提供シタル者ハ其返還ヲ請求スヘキ權利ナシトス
被控訴人通カ其注文ヲ取引所ニ於テ取引セサル事ノ情ヲ知リテ注文シタルモノナル事ヲ認ムルニ足ル而シテ被控訴人通カ右取引所ニ於テ取引セサル注文ニ付キ自ラ相手方トナリ取引所ノ相場ヲ標準トシ買戻又ハ轉賣ノ方法ヲ以テ損益計算ヲ爲シ以テ取引所ノ定期取引ト類似ノ方法ニヨリ賣買取引ヲ爲シタルモノナル事ハ公訴判決ニ說明シタル理由ニ徴シ明カナレハ之カ情ヲ知リテ注文ヲ爲シ以テ被控訴人通ト賣買取引ヲ爲シタルモノ又被控訴人通ト同シク取引所法違反ノ罪責ヲ免レサルヲ得サル者トス然レハ本件ニ於テ假リニ各控訴人ノ符合注文石數並ニ證據金額若クハ其代用物等ハ盡ク控訴人各自主張ノ如クナリトスルモ前記說明ノ如ク當事者双方ニ不法ノ原因アリ之レカ爲メ給付ヲ爲シタル各控訴人ハ其給付シタル證據金若クハ代用品ノ返還ヲ請求スル事ヲ得サル筋合ナルヲ以テ他ノ争點ニ關シ一々説明スルヲ要セス本件各控訴人ノ請求ハ之ヲ許容スヘカラサルモノトス(大阪控訴院大正元年九月二六日刑二判決法律新聞第八二八號二八頁)

至當ノ見解ト信ス參考ノ爲メ二三ノ判例ヲ左ニ掲クヘシ

一 法律ノ禁制ニ違反シタル行爲ニヨリ爲シタル給付ハ常ニ必スシモ取戻シ得サルモノニアラス其取戻シ得ヘカラサル給付イ其行爲カ公ノ秩序若クハ善良ノ風俗ヲ害スル場合ニ限ルモノトス(四三年大審院判決録五〇一頁、四一年同上五四六頁、三九年同上二八一頁)

一 賣買ニ託シテ人ヲ欺罔シ金錢ヲ騙取シタル詐欺取財ノ場合ニ於テ被害者カ取消ノ意思表示ヲ爲シタル以上ハ欺罔者ニ對シテ不法行爲ニ因ル損害賠償ヲ請求シ得ルモ欺罔者カ欺罔手段トシテ被害者ニ引渡シタル物件ハ不法ノ原因ノ爲メ給付セラレタルモノニ外ナラザレハ被害者ニ對シテ不當利得ヲ理由トシテ之カ返還ヲ請求スルコトヲ得ス(四一年同上四五三頁)

一 選舉ニ關スル運動費ト稱スルモノノ給付ハ常ニ不法原因ニ基ク給付ナリト概言スルコトヲ得サルヲ以テ其金錢給付ノ目的不法ナリシコトヲ主張スル者ニ立證ノ責任アリ(三四年同上二卷七五頁)

信託行爲ノ意義及效力

信託行爲
ノ意義及
效力

(參照)九四 相手方ト通シテ爲シタル虛偽ノ意思表示ハ無効トス
前項ノ意思表示ノ無効ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス
債權者カ債務者ニ對シ自ラ訴訟ヲ爲スコトヲ欲セサルカ爲メ其債權ヲ他人ニ讓渡シ他人ヲシテ訴訟ヲ爲サシムル場合ニ於テ其法律行爲ノ内容及ヒ效力ハ當事者ノ意思ニ依リテ定マリ常ニ必ラスシモ同一ナラス或ハ債權ヲ讓渡スル眞意ニ因ラヌシテ之ヲ假裝スル場合アルヘク或ハ債權ヲ讓渡スル眞意存スルモ其讓渡ハ特定ノ目的ヲ有シ算目的ヲ達スル範圍内ニ於テ其效力ヲ生セシメントスル場合アルヘシ前者ノ場合

ニアリテハ其讓渡行為ハ民法第九十四條ニ依リ無効ナリト雖トモ後者ノ場合ニテアリ
 テハ其讓渡ハ固ヨリ有效ニシテ唯其效力ハ特定ノ目的ノ爲メニ制限セラレルノミ故
 ニ債權取立テ目的トシテ債權ヲ讓渡シタル場合ニ於テハ讓受人ハ之ニ因リ債權ヲ取
 得シ債務者ニ對シテ之ヲ行使スルコトヲ得ルモ取立以外ニ債權ノ行使又ハ處分ヲ爲ス
 コトヲ得ス此ノ如ク目的ニ超越スル所ノ效力ヲ生スヘキ法律行為ヲ爲シタルトキ之
 ナ信託行為ト稱シ其有效ナルコトハ當院判例ノ認ムル所ナリ(明治四十一年(オ)第百
 八十號明治四十一年十二月七日判決)讓受人力勝訴ノ結果債務者ヨリ辨濟ヲ受ケタル
 金額ノ一部ヲ報酬トシテ受ケル約東ノ如キハ當事者間ノ内部ノ關係ニ過キスシテ債
 權讓渡ノ意思ト低觸スル所ナク債權移轉ノ效力ヲ妨クルコトナシ(大審院明治四五年
 (オ)一七二號大正元年一〇月一八日民二判決)

又他ノ判決ニ曰ク

債權擔保ノ目的ヲ以テ或物件ノ所有權ヲ債權者ニ讓渡スル所謂信託行為ノ場合ニ於
 テハ第三者ニ對スル關係ニ於テハ勿論當事者即チ内部ノ關係ニ於テモ所有權移轉ノ
 效力ヲ生シ只其間ニ該效力ヲ制限スルヲ得タル債權契約アルニ過キスト論スル者
 アリト雖トモ此場合ニ於ケル當事者ノ普通ノ意思ヲ推究スル時ハ外部ニ對スル關係
 ニ於テハ所有權移轉ノ效力ヲ生セシムルコト固ヨリ明カナレトモ其内部關係ニ於テ
 ハ所有權移轉ノ效力ヲ生セシメス債權者ハ擔保セラレタル債權ノ辨濟ヲ受ケサルト
 キハ外部關係ニ於テ有スル權利ニ基キ其目的物ヲ處分シテ辨濟ニ充テテ以テ經濟上擔
 保ノ目的ヲ達セシムルモノナリトス何トナレハ若シ債務者力債權ヲ擔保スル爲メ内
 部ノ關係ニ於テモ其所有權ヲ失ヒ債權者獨リ其所有者トナルモノトセハ債權者破産
 シタル時ハ其物權ハ破産財團ニ組入レラレ債權者ハ取戻權ヲ行フコトヲ得ス而カモ

更ニ又他ノ判決ニ曰ク

其債務ハ尙消滅セサルノ不利益ヲ蒙ルニ至ルヘケレハナリ故ニ當事者カ特ニ反對ノ
 意思ヲ表示シタル事實ノ見ル可キモノ無キ限リハ其目的物ノ所有權ハ内部關係ニ於
 テハ依然トシテ債務者ニアルモノト爲スヲ通常ノ狀態ト爲ス依テ反對論者ノ説ハ正
 當ナラス(東京控訴院四五年(ナ)民一部判決法律日一八三號判例集一五三頁)

案スルニ取引上其所有名義ヲ移轉スルコトニ依リテ或ル財産ヲ債務ノ擔保ニ供スル
 ハ現今屢々行ハルル所ニシテ其取引ノ法律性性質ハ常ニ必ラスシモ一定スルモノニ
 アラス或ハ擔保ニ供シタル財産ノ處分ヲ容易ナラシムルコトヲ目的トスル當事者間
 ノ信託行為ニ基因スルコトアリ或ハ買戻シノ約款ヲ付シタル一種ノ賣買契約ニ因由
 スルコトアリ或ハ當事者ノ真意ハ其財産ヲ賣買アリタルモノノ如ク假裝シタル所謂
 虛偽ノ意思表示ニ過キサルコトアリ第一ノ場合ニ於テハ財産ノ所有權ハ第三者ニ對
 スル關係ニ於テ所有名義人トナリタル債權者ニ移轉スルモ當事者間ニ於テハ之ヲ擔
 保ニ供シタル債務者又ハ第三者ニ於テ其所有權ヲ保有シ第三ノ場合ニ於テモ亦當事
 者間ノ虛偽ノ意思表示カ法律上其效力ヲ生セサル結果擔保提供者ハ依然トシテ其權
 利ヲ有シ唯善意ノ第三者ニ於テ所有權ノ債權者ニ移轉シタルコトヲ主張スルコトヲ
 得ルニ止マル故ニ當事者間ニ於テ完全ニ所有權移轉ノ效果ヲ生シ債權者カ債務者又
 ハ第三者ニ對シテ其所有權ヲ主張スルコトヲ得ルハ獨リ第二ノ場合ニ限定セラレル
 モイナルヲ以テ債務者カ其所有財產ノ名義ヲ移轉スルコトニ依リテ之ヲ其ノ債務ノ
 擔保ニ供シタル事實アリトスルモ債權者ハ常ニ必ラス其財產ノ所有權ハ自己ニ移轉
 シタルモノト主張スルヲ得テ裁判所ハ前段事實ヲ肯定スルニ依リテ後段ノ事實

履行不能
抗力不可
義力不可

何レモ信託行為ノ意義及效力ヲ詳論シタルモノニシテ異論ナシ尙ホ民法四四八
三三二、二七三、二〇一、一四七頁等ノ説明參照

履行不能ハ必ラスシモ客觀的絕對不能ノ場合ノミヲ云フニ非ス債務者カ債權者
ノ利益ニ比シテ過大ナル利益ヲ犧牲トスルニ非ラサレハ債務ノ履行ヲ爲スコト
能ハサルトキハ法律上履行不能ト認ムヘキ場合アリトス
通常豫見スルコトヲ得ス且ツ必要ナル設備ヲ爲スモ損害ノ發生ヲ避クルコトヲ
得サル事變ニアラサレハ之ヲ不可抗力ト云フコト能ハス從ツテ船舶ノ設備不完
全ナルカ爲メニ沈没シタルカ如キハ不可抗力ト云フ能ハス

被告會社ハ海難救助技術ノ發達セル今日ニ於テ船舶ノ沈没ハ客觀的絕對不能ニア
ラス單ニ契約ノ履行ニ障害ヲ來シタリト云フニ過キサルヲ以テ第一號沈没ノ場所ハ底
ハ直ニ履行不能ヲ生スルモノニアラサレハ旨抗爭スルモ第一號沈没ノ場所ハ底
質岩盤ナルコト並ニ潮流急激ニシテ水深ハ甲板以上五十尺ヨリ七十尺ナレトテ認

民法

五一九

テ認定セタル可カラサル債務アルコトナク却テ當事者ノ意思ハ第二ノ場合ノ如ク總
對ニ所有權ヲ移轉スルニアルカ若クハ第一及第三ノ場合ノ如ク之ヲ移轉セサルニ
在ルヤ確定スルハ職權上爲ササル可カラサルノ債務アルモノナリ(大審院明治四五年
一六六號大正元年一〇月七日民二判決)

メ得ヘシ……現時技術ニ於テモ到底完全ニ曳揚ケ救助セラレ得ヘキモノニアラス
若シ非常特別ナル作業ヲ施シ曳揚ノ效力ヲ奏シタリトスルモ其救助費用ハ遙ニ救助後
ノ船體時價以上ヲ要スルモノト鑑定シ……如上ノ各證言ヲ綜合シテ之ヲ考證スレ
ハ第一號沈没ノ再ヒ浮揚セシメ函館ニ廻航スルコトノ絕對不能ナルヲ認メ得ヘタ
假リニ絕對不能ニアラストスルモ之ヲ救助スルニ付テハ救助後ノ船價以上ノ費用ヲ
要スルコト明カナリ債務者カ債權者ノ利益ニ比シ一層過大ナル利益ヲ犧牲トスルニ
非ラサレハ債務ノ履行ヲ爲スコト能ハサルトキハ法律上債務ノ履行不能ヲ生ス
ルモノニシテ履行不能ハ必ラスシモ目的物滅盡ノ如キ客觀的絕對不能ノ場合ノミニ
限ラサルカ故ニ被告會社カ第一號沈没ノ救助スルニ付テハ少クモ船價以上ノ救助
費ヲ要スルコト明カナル以上ハ法律上之ヲ以テ履行不能ト云フ可ク履行ノ困難若ク
ハ障害ト云フ可カラス從テ本訴請負事業ハ第一號沈没ニ依リテ履行不能ニ
歸シタルモノト認ムルヲ妥當トス
被告會社ノ抗辯スル所ハ尻矢崎沖合ニ達シタル頃北風強ク波浪高クシテ船體ノ動搖
甚ダシク浸水ニ混シタル石炭ノ細粉カ噴筒ノ吸水口ヲ壅塞シ排水不能ニ歸シタリト
云フニ在レトモ當時ノ風浪ハ前叙ノ如ク非常ノ暴風高浪ト云フニ在ラスシテ各期北
海航路ニ於テ有リ得ヘキ普通ノ風波ニ過キサルカ故ニ排水機關其他ノ設備ニシテ不
完全ナラザリセハ石炭動搖噴筒塞汽罐脫出パイプ破損等ノ事故決シテ發生ス可カ
ラザリシニ設備不完全ノ爲メ之等ノ事故發生シ以テ排水不能ニ陥ラシメタルモノナ
レハ當該關係ニ於テ被告會社カ必要ニシテ安全ナル設備ヲ施スモ尙且之ヲ避タルコ
ト能ハザリシ事變ト云フ可カラサルカ故ニ之ヲ以テ不可抗力ト云フ可ラス尙被告會
社カ曳船トシテ現場ニ廻送シタル肥後丸ハ軍事御用船ニシテ證人野間市馬ノ證言ニ
依レハ肥後丸ハ司令官ヨリ十六日付ヲ以テ十六日迄ニ函館ヘ曳キ歸レトノ命令ヲ受

民法

五一〇

ケタルモノナリ故ニ爾後其者ハルムス號ヲ函館ヘ曳ヤ歸ルヘキ時間ヲ有シ如
 カモ曳船トシテ決シテ不適當ナラストルモ如斯時間制限ノ下ニ服スル肥後丸トモ
 船ニ供用スル爲メルムス號ノ排水其他各般ノ設備力長途ノ航行ニ堪ヘサリシコ
 トヲ豫見シ得タルニ拘ハラヌ新調ノ木製ノ舵ヲモ取付ケス急遽代用舵ヲ取付ケ咄嗟
 ニ發航シタルヲ見レハ當時被告會社ハ單ニ事業ノ速成ヲ圖リ冒險的航行ヲ敢テシタ
 ルモノト認メサルヲ得ス尤モ天候ニヨリテハ鯨港ニ廻航セシテ直ニ函館ヘ廻航ス
 レドモト敢テ妨ケナシト雖トモ當時ノ設備不完全ナルコト明カナル場合ナルヲ以テ
 爾後特段ナル事情アリシ場合ハ格別右等事情ヲ存セサルニ拘ハラヌ函館ヘ直航ヲ圖
 リ途中ルムス號ノ沈没ヲ見ルニ至リタルハ要スルニ被告會社ノ過失ニシテ被告
 會社ハ當然履行不能ノ責任ヲ負フ可カラヌ又被告會社ハルムス號ヲ函館ヘ曳
 船スルニ付キ原告ノ承諾ヲ得タリト云フモ原告力之ヲ承諾シタリト認ム可キ證左ナ
 キノミナラヌ假ニ原告之ヲ承諾シタリトスルモ特種專問的知識技能ヲ要スル事業ノ
 進行ニ關シ原告ハ被告會社ニ一任シタルモノナルカ故ニ苟モ原告ニ於テ其危險ヲ豫
 見シナカラ甘シテ之ヲ諾シタリトノ事實ナキ限ハ單ニ其諾否ノミニ因リ被告ノ會
 社ノ責任ニ何等消長ヲ來タヌ可キ理由ナシ(函館地方裁判所四〇年(ワ)七三號民判決法
 律新聞第八二七號二六頁)

履行不能ノ意義ノ學說

債務者ノ生命身體ニ重大ナル危害ヲ及ホシ若クハ債務者ヲシテ比較的的重大ナル損害
 ナ被ラシムルニ非ヤレハ爲シ得ヘカササルトキハ其給付ハ客觀的ニ不能ナリト謂ハ
 ヤルヘラス(横田博士債權總論二七八頁)

辨濟ヲ命
 シタル判
 決ト求償
 權ノ範圍

不可抗力ノ意義ノ學說

一 特定ノ人カ其他位ニ應スル非常ト施設ヲ爲スモ其事變ノ發生及ヒ有害ナル結果ヲ防
 止スルコト能ハサル場合ニ於テハ不可抗力アリトス(川名博士債權總論一五二頁)
 一 不可抗力タルニハ特定事業ノ外部ヨリ發生シタル出來事ニシテ日常生活上其發生ヲ
 期待スヘカチサル重大ナルモノタルコトヲ要ス(松本博士評論一卷三號一四九頁以下
 參照)

大體ニ於テ本論ニ異論ナシ

四六五 數人ノ保證人アル場合ニ於テ主タル債務カ不可分ナル爲メ又ハ各保證人カ全額ヲ辨濟スヘキ特約アル爲メ
 一人ノ保證人カ全額其他自己ノ負擔部分ヲ超ユル額ヲ辨濟シタルトキハ第四百四十二條乃至第四百四十四條ノ規定
 ヲ準用ス
 前項ノ場合ニ非シテ互ニ連帯セサル保證人ノ一人カ全額其他自己ノ負擔部分ヲ超ユル額ヲ辨濟シタルトキハ第四
 百六十二條ノ規定ヲ準用ス
 四六二 主タル債務者ノ委託ヲ受ケシテ保證ヲ爲シタル者カ債務ヲ辨濟シ其他自己ノ出捐ヲ以テ主タル債務者ニ
 其債務ヲ免レシメタルトキハ主タル債務者ハ其當時利益ヲ受ケタル限度ニ於テ賠償ヲ爲スコトヲ要ス
 主タル債務者ノ意思ニ反シテ保證ヲ爲シタル者ハ主タル債務者カ現ニ利益ヲ受クル限度ニ於テノミ求償權ヲ有ス但
 主タル債務者カ求償ノ日以前ニ相殺ノ原因ヲ有セシコトヲ主張スルトキハ保證人ハ債權者ニ對シ其ノ相殺ニ因リテ
 消滅ヘカカリシ債務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得

共同保證人間ノ求償權ハ未タ主債務者ヨリ辨濟ヲ受ケサル自己ノ出捐額ニ付キ
 存在スルモノナルヲ以テ辨濟ヲ命スル判決アリタルノミニテ未タ現實ノ辨濟ア
 ラサル間ハ求償權ノ範圍ハ縮少セラルルコトナキモノトス

被上告人カ主債務者タル石山土木建築請負合名會社ノ爲メ屋代林ニ對シ保證債務ヲ履行シ出捐ヲ爲シタル場合ニ同會社ニ對シ有スヘキ求償權ニ付更ニ保證ヲ爲シタル濶澤藤藏ニ對シ自己ノ出捐ノ辨償請求ノ訴ヲ提起シ勝訴ノ判決ヲ得タル事實アルモ未タ被上告人ニ於テ其實ノ辨償ヲ受ケストハ原院ノ確定セル事實ナリ保證人間ノ求償權ハ未タ主債務者ノ側ヨリ辨償ヲ受ケサル自己ノ出捐額ニ付存在スルモノナリ辨償ヲ命スル判決アリタルノモニシテ未タ現實ノ辨償ナキ間ハ出捐額ノ範圍ハ何等填補セラルル所ナキヲ以テ被上告人ニシテ未タ濶澤藤藏ヨリ現實ノ辨償ヲ受ケストセハ被上告人カ共同保證人タル上告人ニ對シ有スル債權ノ範圍ハ毫モ縮少セラルル所ナキナリ故ニ辨償ヲ命シタル判決ヲ以テ辨償ト同シク求償權ノ範圍ヲ縮少スルノ效力アルカ如ク考フルハ誤解ニシテ此誤解ヲ前提トスル論旨ハ理由ナシ(大審院大正元年(五七號)同年一〇月二二日民一判決)

土地ノ賃借人カ其地上ニ存在セル自己ノ家屋ヲ他人ニ賣却シタル場合ニ於テハ特別ノ事情ナキ限り土地ノ賃借權ヲモ讓渡シタルモノト認ムヘキモノトス

本件土地カ訴外杉本ノフノ所有ナルコト原告カ同人ヨリ之ヲ存續期明治四十五年十月二十二日ヨリ滿五ヶ年間ノ約ニテ賃借シ其地上ニ本件家屋ヲ所有シタルコト被告カ明治三十七年三月中原告ヨリ該家屋ヲ買受ケ現ニ本件土地ヲ使用セルコトハ執レモ當事者間ニ爭ナレ仍テ案スルニ土地ノ賃借人カ其地上ニ存在セル自己ノ家屋ヲ他人ニ賣却シタル場合ニハ家屋收去ノ目的ヲ以テ爲サレタル特別ノ除キ土地ノ賃借

至當ノ見解ト信ス

權ヲモ讓渡シタルモノト認ムヘキカ故ニ其特別ニ屬セサル本件ニ於テハ原告カ上承家屋ヲ被告ニ賣渡シタルト同時ニ上示賃借權ヲモ讓渡シタルモノト認ムルヲ相當トス固ヨリ右讓渡ニ關シ土地賃借人タル杉本ノ承諾ナカリシコトハ爭ヒナキ事實ナルヲ以テ被告ハ右讓渡ヲ受ケタル賃借權ヲ以テ杉本ニ對抗スルコトヲ得サレトモ原告被告間ニハ杉本ノ承諾ノ有無ヲ問ハス右讓渡契約ノ有效ニ成立シタルコト言テ俟タス(東京地方裁判所四五年(ワ)五二七號民四判決法律新聞八二五號二頁)

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

八七 無記名債權ハ之ヲ動産ト看做ス
物ノ所有者カ其者ノ常用ニ供スル爲メ自己ノ所有ニ屬スル他ノ物ヲ以テ之ニ附屬セシメタルトキハ其附屬セシメタル物ヲ從物トス

二四二 從物ハ主物ノ處分ニ隨フ

二四三 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ヲ所有權ヲ取得ス但權限ニ因リテ其物ヲ附屬セシメタル他人ノ權利ヲ妨ケス

二四四 各別ノ所有者ニ屬スル數個ノ動産カ附合ニ因リ毀損スルニ非サレハ之ヲ分離スルコト能ハサルニ至リタルトキハ其合成物ノ所有權ハ主タル動産ノ所有者ニ屬ス分離ノ爲メ過分ノ費用ヲ要スルトキ亦同シ

二四五 抵當權ハ抵當地ノ上ニ存スル建物ヲ除ク外其目的タル不動産ニ附加シテ之ト一體ヲ成シタル物ニ及ブ但該定行爲ニ別段ノ定アルトキ及ヒ第四百二十四條ノ規定ニ依リ債權者カ債務者ノ行爲ヲ取消スコトヲ得ル場合ハ此限ニ在ラス

土地ノ定着物

吾民法ハ濶澤民法(第九七條)ト異リテ從物ヲ動産ノニ限ラス而シテ余ハ場合ニ

テ土地ト建物トノ間ニモ亦從物タル關係ノ存スル事ヲ認ムレハナリ廣大ナル農園、監
 視ノ爲メ建築セラレタル家屋ハ如キハ農園ノ從物ト見ル可キモノトス從來ノ通説ハ
 土地ト建物トノ間ニ主從關係アル事ヲ否定スト雖モ(三)潘學士前掲一三八頁、梅博士民
 法要義二ノ一七四、橫田博士物權法三六一頁、川名博士前掲講義(余ノ贊同スル能ハサル
 トコロナリ)

二四二條及二四三條ノ程度ニ土地ニ附合セル物ハ皆土地ノ一部ニシテ八六條ニ所謂
 土地ノ定着物ニアラス但シ吾民法ハ此點ニ關シ一大例外ヲ認メ權限ニ因リテ其物ヲ
 附屬セシメタル他人ノ權利ヲ妨ケサル旨ヲ規定セリ此意義ニ關スル通説ハ斯ル物ハ
 土地ノ一部トナルコトヲ依然トシテ獨立ナル動産トシテ存スルモノナリトスルニ
 在リテ余ハ結局通説ヲ至當ト信ス但茲ニ問題トナルハ權限ナキニ拘ハラズ權限アリ
 ト誤信シテ附屬セシメタル物ノ地位ナリ此規定ハ眞ノ權利者カ其權利ヲ行使スルニ
 ツキ其目的ヲ完全ニ到達セルコトヲ得セシムル爲メ特ニ公益ヲ毀損スルコトヲ願
 シテ規定セラレタル例外規定ナリ故ニ濫リニ之ヲ擴張シテ解釋スルハ不當ナルノミ
 ナラス權限ニヨリテ用テ見ルモ客觀的ニ權限アル場合ニ限リテ此但書ノ適
 用ヲ受クヘキモノナリト云ハサル可カラサルナリ然レトモ其權限ハ附屬ノ時ニ存ス
 ルコトヲ要スルノミニシテ爾後ニ至リ權限喪失スルモ爲メニ附屬物ハ直ニ土地所有
 者ノ有ニ歸スルモノニアラスシテ依然トシテ權限者ノ所有物ナリ尙次ニ問題トナル
 ハ茲ニ所謂權限ノ意識ナリ苟モ他人ノ不動産ヲ使用シ之ニ物ヲ附屬セシメテ其利用
 ノ用ニ供スルコトヲ得ル權利ナル以上ハ其物權ナルト債權ナルトヲ區別セサルモノ
 ナリト謂ハサル可ラス然レトモ占有權ハ唯單ニ他人ノ自力行為(Eigenmacht)ニ對シ反抗
 シ得ル假リノ權利タルニ止マリ物ノ權利利用目的トスル權利ニアラサルヲ以テ是亦
 本條但書ニ所謂權限ノ中ニ入ラサルモノトハ謂ハサル可ラス(Ortmann, a.l.e. Teils. 283)以上ニ

四二條但書ノ例外ヲ除キ皆土地ノ一部ニシテ獨立ノ物ニアラス故ニ我民法上斯ルモ
 ノノ上ニ獨立ノ物權成立シ得サルコトヲ原則トスルモ(一)占有權ハ物ノ一部ニ付キテ
 亦成立スルコトヲ得可ヘシ假令ハ下宿屋ノ一室ニ付キテモ亦占有權成立スルコト
 ナリ(二)先取特權ハ土地ノ一部タル果實ノ上ニ存スルコトヲ得可ク(三)三三條三三條
 又(三)土地ノ抵當權ハ土地ノ一部タル果實ヲ除キタル殘部ニ付キテノミ成立スルヲ得
 可シ(三)七一條(四)其他相隣者共有ノ牆壁ヲ相隣者一方ノ費用ニヨリテ高サヲ増シタル
 トキハ其高サヲ増シタル部分ニ付キテハ工事ヲ爲シタル者ノ單獨所有權成立ス(二三
 一條第二項)以上例外ノ場合ヲ除クノ外我民法ハ物ノ一部ニ付キ物權ノ成立スル事ヲ
 認ムルコトヲシ學者或ハ物ノ一部ヲ分テテ獨立資格アル物ノ組成分並ニ獨立資格ヲ
 キ物ノ組成分ノ區別ヲ認メ獨立資格アル物ノ組成分ハ物ノ一部ナレトモ獨立シテ物
 權ノ目的物ト成リ得キコトヲ認ム(岡松博士前掲論文)ト雖トモ我民法上ニ於テハ既ニ
 上述セル所ノ如ク物ノ一部トハ二四二條二四三條ニ認メタル程度ニ附屬セル者ニ限
 ルヲ以テ其以外ノ物ハ外見上物ノ一部ナルカ如キモ民法ハ特ニ之ヲ物ノ一部ト認メ
 ス之ヲ以テ獨立ノ動産ト見做セルナリ故ニ土地ノ表面ノ各部 einzeln faehensschmie eines
 Grundstuecks)ハ學者ノ稱シテ獨立資格アル組成分ト爲スモノナリト雖トモ(岡松博士前
 掲三八頁(Turnau-forscher a. a. O. S. 17 u. 8)土地ノ表面ノ各部ハ未タ區分セサル間ハ依然トシテ
 土地ノ一部即チ獨立資格ナキ組成分ナリ從ヒテ之ニ付キ獨立ノ物權成立スルコト能
 ハス若シ其一部ニ付キ物權ヲ成立セシメント欲セハ之レト同時ニ其一部ヲ分割シテ
 一等ノ土地ト爲スコトヲ要スルモノトス先故ニ我地租條例施行規則第二條ハ一筆ノ
 土地中一部分カ所有者ヲ異ニスルニ至ルカ若クハ質權ノ目的トナレトキハ之ヲ分
 割ス可キ旨ヲ規定セル也

以上詳論スル所ノ如クナルヲ以テ物ノ一部ニ付キテハ民法ニ特ニ明言セル場合ノ外

獨立ノ物權成立スルコト能ハス從ヒテ土地ノ一部タル樹木垣等ニ付キ單獨ニ物權成立シ得ス土地ノ物權ハ常ニ之等ノ地上物即チ土地ノ一部ヲモ包含スルモノナリ此故ニ土地ヲ立木ト共ニ買受ケ土地賣買ノ登記ヲ經タル者ハ單ニ其土地ノ取得ヲ以テ登記ヲ經サル第三者ニ對抗シ得ルノミナラス立木ノ取得ニ付キテモ亦對抗シ得ル(大審院判決三八年七二四頁)ハ論理當然ノ結果ナリト云フ可ク又斯カル地上物ヲ以テ賣買ノ目的トナスモ未タ之レノミニテハ買主ハ其所有權ヲ取得スルコト能ハス唯單ニ其引渡ヲ受ケタル價權ヲ有スルニ過キス買主カ其所有權ヲ取得スルハ其物カ土地ト分離セラルルカ若クハ買主カ其土地ノ地上權賃借權ヲ取得シタル場合ニ於テスルモノナリ(法學士末弘嚴太郎氏法學協會雜誌三〇卷一二號一四四頁以下要領)

本論中左ノ諸點ハ贊同ヲ表スルコト能ハス

(二)(一)

樹木垣等ヲ土地ノ一部分ト見ル能ハサルコトハ前説ノ如シ(民法四三)農園監視ノ爲メ建設セラルタル家屋ヲ農園ノ從物トスル見解即チ土地ト家屋トノ間ニ從物關係ヲ認ムル見解ハ通説ニ反スルモノニシテ通説ヲ可ナリト信ス

四三

法人ハ法令ノ規定ニ從ヒテ定款又ハ寄附行為ニ因リテ定マリタル目的ノ範圍内ニ於テ權利ヲ有シ義務ヲ負フ公益法人ノ目的以外ノ行為ハ假令其目的ト牽連シ法人ノ利益ニ歸スヘキモノト雖モ無効ナリ

案スルニ本件重要物產同業組合ノ如キ公益法人ハ民法第四三條ニヨリ法令ノ規定ニ從ヒテ定款ニヨリテ定マリタル目的ノ範圍内ニアラザレハ權利ヲ有シ義務ヲ負フコト

ヲ得サルモノナレハ其目的タル行為及ヒ之ヲ遂行スルニ必要ナル行為ハ法人ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得ルモ其以外ノ行為ハ法人ノ目的ト相牽連シ法人ノ爲メ利便ヲ得セシムルモノト雖モ法人ノ行為トシテ無効タルヲ免レズ是レ公益法人ノ本質上自カラ然ラサルヲ得サル所ナリトス本件被上告組合實業社ハ同地方ノ製糖營業者カ重要物產同業組合法ニ依リ設置セル同業組合ニシテ其定款ニヨリテ定マリタル目的ハ組合員ノ委託ヲ受ケ其生産シタル生絲ヲ再練シ之ヲ販賣スルニ在ルヲ以テ生絲ノ再練及ビ販賣行為ノ外カ爲メ必然爲スヘキ行為ハ被上告組合ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得ヘキモ組合カ組合員ノ爲メ生絲ノ原料タル蘭チ買入レ又組合員ノ買入レタル蘭代金ノ支拂債務ヲ引受ケル如キハ若シ之ニ依リテ組合員ノ共同利益ヲ増進シ得ルコト上告人所論ノ如シトセハ或ハ組合ノ定款ヲ變更シ其目的ヲ擴張スル理由ト爲スニ足ランモ被上告組合ノ定款ニヨリテ定マリタル目的ニシテ斯ノ如ク生絲ノ再練及ビ販賣ニ限定セラルル以上ハ本件係争ノ行為ヲ爲スハ被上告組合ノ目的ノ範圍外ニ逸出スルモノニシテ無効ナリ(大審院明治四五年(一)一六八號大正元年九月二五日民二判決)

四二

債務ノ履行ニ付キ定期限アルトキハ債務者ハ其期限ノ到來シタル時ヨリ運滞ノ責ニ任ス債務ノ履行ニ付キ定期限アルトキハ債務者ハ其期限ノ到來シタル時ヨリ運滞ノ責ニ任ス債務ノ履行ニ付キ定期限ヲ定メザリシトキハ債務者ハ履行ノ請求ヲ受ケタル時ヨリ運滞ノ責ニ任ス

債務者ノ運滞後不可抗力ニ因リテ給付ノ目的タル特定物ノ滅失セルトキト雖トモ正當時期ニ於テ給付ヲ爲シ其目的カ債權者ノ手ニ移ルモ尙滅失スヘカリシ事

ヲ證明スルニ非サレハ賠償ノ責任ヲ免ルルコトヲ得ス

已ニ遲滞後ニアツテハ火災等ノ不可抗力ニ因リ給付ノ目的タル特定物滅失セリト雖トモ直チニ何等ノ責ナキニ至リシモノト速断スルヲ得ス唯正當ノ時期ニ於テ給付ヲ爲シ其目的物力債權者ノ手ニアルモ尙ホ滅失スヘキモノナリシコトヲ證明シタル場合ニ限リ其實ヲ免ルルコトヲ得是レ畢竟遲滞ノ爲メ損害ヲ生セシモノト謂フ能ハサレハナリ然ラサル場合ハ假令不可抗力ノ爲メ滅失スルモ其實ヲ免ルルコト能ハス何トナレハ遲滞ナク速ニ給付ヲ爲シ其目的物力債權者ノ手ニ移ラハ滅失セサリシモノト謂フヲ得ヘケレハナリ然ルニ上告人ハ原審ニ於テ目的物力債權者ノ手ニ移ルモ何等滅失スヘカヨシモノトノ證明ヲ爲サザリシヲ以テ原判決力遲滞ノ效力トシテ火災ニ因ル滅失ヲモ賠償ノ責アリト爲シタルハ相當ナリ(東京控訴院四五年(オ)二三號民一判決法律新聞八二五號一九頁)

何人モ異論ナキ所ナラン

同說(川名博士債權總論一二六頁、横田博士債權總論二四一頁、梅博士民法要義卷之三、四一五條參照)

社寺不動
產ノ取得
時効

一六二

二十年間所有ノ意思ヲ以テ平穩且公然ニ他人ノ物ヲ占有シタル者ハ其所有權ヲ取得ス十年間所有ノ意思ヲ以テ平穩且公然ニ他人ノ不動產ヲ占有シタル者カ其占有ノ始善意ニシテ且過失ナカリシトキハ其不動產ノ所有權ヲ取得ス(參照)明治六年二四九號布告 神社佛寺共古來所傳ノ什器兼寄附ノ諸器並ニ祠堂金等ノ類ハ神官僧侶ハ勿論氏子檀家ノモノタリトモ自儘ニ處分可致筋無之候若不得已儀有之候ハハ委詳具狀ヲ以テ(教部省)へ可申立候此段布告候事

同九年教部省第三號 神社佛寺共古來所傳ノ什物處分ノ儀明治六年第二百四十九號公布之趣有之ニ付テハ持添之田畑山林並寄附金又ハ古文書類共總テ右公布ニ照準シ處分可致ハ勿論ニ候條此旨爲心得相違候事

社寺有ノ不動產ニ對シテモ取得時効ノ適用ヲ妨ケサルモノトス

明治六年第二百四十九號布告及ヒ明治九年教部省第三號ハ社寺ノ財產ヲ保護スル爲メ神官僧侶又ヒ氏子檀家ノモノニ於テ自儘ニ社寺有ノ地所建物又ハ什物ヲ處分スルコトヲ禁止シ官轉管轄ノ許可ヲ經スシテ爲シタル任意處分ヲ無効トスル趣旨ニシテ他人カ神官僧侶等ノ任意處分ニ依ルニ非スシテ時効ノ完成ニ因リテ社寺有ノ地所ニ對シ地上權ヲ取得スルカ如キハ該布告及違ノ禁止スル所ニアラス然レハ原院カ本件ノ地上權設定行爲ニ付キ所轄官廳ノ認可ヲ受ケサルコトヲ判示シナカラ被上告人カ時効ニ因リテ地上權ヲ取得シタルモノト爲シタルハ適當ニシテ本論旨ハ理由ナシ(大審院明治四五年(オ)二一八號大正元年一〇月三日民二判決)

前掲布告及教部省達ハ任意處分ヲ制限シタルモノニシテ公益規定タル時効ニ適用ナキハ勿論ナルヘシ尙ホ東京控訴院モ同一趣旨ノ判決ヲ爲シタリ(民法二一五頁說明參照)

占有ト意
思ノ推定

一八六

占有者ハ所有ノ意思ヲ以テ善意、平穩且公然ニ占有ヲ爲スモノト推定ス前後兩時ニ於テ占有ヲ爲シタル證據アルトキハ占有ハ其間繼續シタルモノト推定ス惡意ノ占有者タルコトヲ主張スル者ハ之カ立證ノ責任アリ(大審院明治四五年(オ)二一八號大正元年一〇月三日民二判決)占有者カ善意ニ占有ヲ爲スコトハ法律ノ推定スル所ナルヲ以テ本件ニ於テ上告人ハ

民法

村収入役ノ受クル賃給ノ性質

被上告人ノ占有カ惡意ナルコトヲ主張シ之ヲ立證スルニ非ラサレハ被上告人ヲ善意ノ占有者ト推定ス可キハ當然ナリ且ツ占有ノ無過失ニ付テハ原院ハ前點ニ對スル說明ノ如ク判示シ職テ上告人ニ舉證ノ責任ヲ負ハシメタル者ニアラス(大審院明治四五年(オ)二一八號大正元年一〇月三日民二判決)

民法

五三一

五〇五 二人互ニ同種ノ目的ヲ有スル債務ヲ負擔スル場合ニ於テ双方ノ債務力辨濟期ニ在ルトキハ各債務者ハ其對當額ニ付キ相殺ニ因リテ其債務ヲ免ルルコトヲ得但債務ノ性質力之ヲ許ササルトキハ此限ニ在ラス
前項ノ規定ハ當事者カ反對ノ意思ヲ表示シタル場合ニハ之ヲ適用セス但其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

村収入役ノ俸給ヲ受クルノ權利ハ公法上ノ權利ナルカ故ニ私法上ノ相殺ノ目的トナルモノニアラス

村ノ收入役カ俸給ヲ受クルノ權利ハ町村制ニヨリ賦與セラレタル一ノ公法上ノ權利ナレハ關ハレナク其性質ヲ變シテ私法上ノ權利トナルヘキモノニアラスカ故ニ俸給ヲ受クルノ權利ハ縱令既得權トナリタル後ニ在リテモ特別ノ規定存セザル限りハ私法上ノ債權トナルノ理ナシ民事訴訟法第六〇四條ハ以テ將來俸給ヲ取得スヘキ權利ハ公法上ノ權利ニシテ既得俸給請求權ハ私法上ノ權利ナリトスルノ證左トスルニ足ラス同條ハ俸給ヲ受クルノ權利ノ既得權ナルト否トヲ問ハス強制執行ニ關シテ之ヲ私法上ノ債權ト同一ノ法則ニ服從セシメタルニ過キサレハナリ然レハ原院カ收入役ノ俸給ヲ受クルノ權利ヲ以テ公法上ノ權利ナリトシ相殺ノ目的トナラスト說明シタルハ正當ナリ(大審院明治四五年(オ)二六三號大正元年一〇月一五日民一判決)

指圖ニ依リ占有ノ要件

衆議院議員ノ歳費ヲ受クルノ權利ハ公權ニシテ強制執行ニ付キ民訴六〇四條ノ適用アリト雖モ之カ爲メ公權タル性質ヲ變スヘキモノニアラス(東京控訴院判決)

一八四 代理人ニヨリテ占有ヲ爲ス場合ニ於テ本人カ其代理人ニ對シ爾後第三者ノ爲メニ其物ヲ占有スヘキ旨ヲ命シ第三者之ヲ承諾シタルトキハ其第三者ハ占有權ヲ取得ス
一九二 不穩且公然ニ動産ノ占有ヲ始メタル者カ善意ニシテ且過失ナキトキハ即時ニ其動産ノ上ニ行使スル權利ヲ取得ス

代理人ニ依リ占有ヲナス場合ニ第三者ニ占有權ヲ讓渡セントスル場合ニ於テハ單ニ當事者間ノ意思表示ノミヲ以テ足ルモノニアラス更ニ讓渡人ニ於テ代理人ニ對シ爾後讓受人ノ爲メ占有スヘキ旨ノ意思表示ヲ爲スコトヲ必要トス

原告ハ訴外横田彦左衛門(以下單ニ訴外人ト略稱ス)ヨリ適法ニ保爭國債證券ノ所有權ヲ讓渡ヲ受ケタルモノナルヤ否ヤニ付キ先ツ從參加人ヨリ訴外人ヘ貸與シタルト稱スル保爭目的物中國庫債券額面合計二百圓五分利公債證券額面合計金七百五十圓四分利公債證券額面合計金一千六百五十圓甲乙號公債證券額面合計金二千圓ニ對シ案スルニ原告カ訴外人ヨリ讓渡ケタルハ其主張ノ如ク善意無過失ニシテ不穩公然ニ明治四十四年三月九日其占有權ヲ取得シタルト主張スルモ當時訴外人ハ自己ノ請負工事保證ノ爲メ該證券ヲ被告ニ寄託シアリタルコトハ爭ナキ所ナルヲ以テ被告ハ一面ニハ自己ノ爲メ該證券ヲ占有シ他面ニハ訴外人ノ爲メ代理占有シ居リタルモノト稱セサルヘカラス然ラハ該證券ハ訴外人ノ爲メ被告ノ代理占有セル場合ナルヲ以テ訴外人ニ於テ之レヲ第三者タル原告ニ占有權ヲ讓渡センニハ民法第百八十四條ノ規定

民法

五三二

ニ從ヒ訴外人ヨリ被告ニ對シ爾後原告ノ爲メ占有スヘキコトヲ命シ原告之ヲ承諾スルコトヲ要スルモノニシテ單ニ訴外人ト原告トノ間ノ意思表示若シクハ被告ニ對スル讓渡通知書ヲ受領シ其通知書發送ヲ委託サレ又ハ甲第三號證ノ如キ被告ヨリ訴外人ニ宛テタル指名ノ該證券預リ證書ノ交付ノミニ依リ占有權ノ移轉セサルヤ勿論ニシテ更ニ此事實ノ外ニ被告ニ於テ訴外人ヨリ爾後原告ノ爲メ占有スヘキ旨ノ意思表示ヲ受ケタルコトヲ要件ト爲スモノナリ而シテ原告ノ主張自體ニ依ルニ訴外人ヨリ被告ニ對スル該證券ニ關スル讓渡通知ハ先ツ從參加人ニ對スル讓渡通知アリタル後日ヲ經テ原告ニ對スル讓渡通知アリシモノニシテ該證券ハ從參加人主張ノ如ク明治四十三年七月申訴外人カ被告ニ對シ差入ルヘキ安治川尻築港埋立地上屋新設請負工事ノ保證ノ爲メ借受ケ被告ニ差入レタルモノニシテ其所有權カ從參加人ニ屬スルコトハ(中略)調書中ニ各其旨ノ記載アルニヨリ明瞭ニシテ殊ニ訴外人ヨリ被告ニ寄託セラル證券ノ一部ハ從參加人ノ所有物ニシテ訴外人ニ貸與シタルモノニ係リ其返還請求權ヲ讓渡シタルモノニシテ其債權讓渡通知ハ單純ノ債權讓渡ノ通知ニ止マラスシテ從參加人ノ所有權保全ノ爲メ善意ナル第三者ニ對抗スル方法トシテ該證券ノ所有權ト認ムヘク此意思表示中ニハ自ラ該證券ハ訴外人ノ所有ニ屬セシモノト思惟シ他面ニ代理占有ヲ爲セル被告ニ對シ更ラニ從參加人ノ爲メ代理占有ヲ命スルノ所謂指圖ニ依ル占有移轉ノ效力ヲ生スル意思表示ヲ包含スルヲ以テ被告ハ之レカ通知ニ接スルマテ該證券ハ訴外人ノ所有ト思惟セシモ茲ニ初メテ其從參加人ノ所有ニ屬スルコトヲ了知シ爾後他面ニ於テ從參加人ノ爲メ代理占有ヲ爲シタルモノト論斷セサルヘカラス然リ而シテ其當時從參加人カ訴外人ヨリ被告ニ對スル右意思表示ヲ承諾セシコトモ亦前掲證據ニヨリ明カナレハ該證券ハ遲クトモ明治四十四年四月十九日完

全ニ民法第百八十四條ノ指圖ニ依ル占有權移轉ノ要件ヲ具備シ從參加人ニ移轉シタルモノト謂フヘシ果シテ然ラハ其後ニ至リ訴外人ヨリ被告ニ宛テ原告ノ爲メ同一物件ニ付キ指圖ニ依ル占有權移轉ノ意思表示ヲナシタリトテ其訴外人ト原告トノ間ノ讓渡ノ意思表示ノ當時ニ適及スルコトナキハ法ニ特別ノ明文ナキ限り理ノ當然ニシテ其權利ノ表告ニ移轉シ得ヘカラサルハ勿論トス大阪地方裁判所四五年(ワ)三三九號民二判決法律新聞八二五號二六頁)

至當ノ見解ト信ス

實體上抵當權ヲ有セサルモノカ其不動産ニ對シテ競賣ノ申立ヲ爲シタルトキハ不動産所有者ハ競賣申立人ニ對シテ競賣ノ申立ヲ取下ケ不動産ヲ原狀ニ復スヘキ旨ヲ請求スルノ權利アリ

實體上抵當權ヲ有セサル者カ抵當權者ナリトシテ不動産競賣手續ノ開始ヲ見ルニ至リタルトキハ其競賣ノ違法タルヘキハ敢テ論テ俟タサル所ナリ何トナレハ實體法上抵當權ヲ有スル者ニシテ始メテ其目的タル不動産ニ付競賣ノ申立ヲナシ之ヲ競賣ニ付スルノ權利ヲ有スヘク抵當權者ニアラサル者カ抵當權アリトシテ不動産ヲ競賣ニ付スルハ其不動産ノ所有者ノ權利ヲ侵害スルモノニ外ナラサルヲ以テナリ故ニ自稱抵當權者ハ所有者ノ請求ニ依リ權利侵害ノ因テ生スル競賣ノ申立ヲ取下ケ競賣手續ノ取消ヲ爲シテ其不動産ヲ原狀ニ復スルノ義務アルハ當然ナリ而シテ不動産ノ所有者カ自稱抵當權者ニ對シテ此種ノ請求權ヲ有スルハ其所有權ヨリ當然生スル效果ニシテ敢テ法律ノ特別規定ヲ待ツノ必要ナシ故ニ原院カ此趣旨ニ從ヒ本件上告人ハ不

假裝抵當
權者ノ競
賣申立

動産ノ所有者タル被上告人ハ請求ニ依リ抵當權者ナリキコトヲ不當ニ爲シタル競賣手
續ノ取消ヲ爲スヘシト命シタルハ相當ナリ(大審院明治四五年(初)二四六號大正元年一
〇月一日民二判決)

至當ノ見解ナリ參考判例左ノ如シ

競賣ニ依リ實行セラレタル抵當權ニシテ實體上無効ナルトキハ本來ノ所有者ハ競賣
手續完結後ニ於テモ尙競落ニ因ル所有權ヲ爭ヒ以テ自己ノ權利ヲ主張スルコトヲ得
ルモノトス何トナレハ競賣ハ權利ノ實行方法ニ外ナラサレハ縱令競賣手續完結後
上遺法ニ完結スルモ其結果タル所有權移轉ノ實體上ノ效力ハ之ニ依テ確定スルモノ
ニアラサレハナリ(四〇年大審院判決九一五頁)

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責任
法人ノ目的ノ範圍内ニ在ラサル行為ニ因リ他人ニ損害ヲ加ヘタルトキハ其事項ノ決議ヲ賛成シタル社員理事及ヒ之
ノ履行シタル理事其他ノ代理人連帶シテ賠償ノ責任ヲ負ス

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

取締役カ銀行ノ訴訟ヲ爲スニ當リ相手方ノ反證ヲ打破スル爲メニ刑事ノ告訴ヲ
爲スカ如キハ其職務執行ノ範圍ニ屬スルモノトス

上告銀行ノ取締役カ上告銀行ノ債權ヲ實行スル爲メ債務者ニ對シ裁判上ノ請求ヲ爲
スコトハ其職務ノ範圍ニ屬スルヲ以テ民事裁判上債務者ノ受ケタル反證ヲ打破スル
目的ヲ以テ刑事ノ告訴ヲ爲スカ如キ職務執行ノ爲メニ生シタル損害モ其適當ニ爲ス
ハキモノハ民法第四十四條第一項ノ所謂法人ノ代理人カ其職務ヲ行フニ付キ爲ス行
爲ニ屬ス然レ原院カ濱村與吉カ被上告人ニ對シ私書偽造行使ノ告訴ヲ爲シタルハ

東京控訴院ノ同趣旨判決ニ對スル事件ナリ該控訴院ノ判決及參考トスヘキ學說
并ニ評論ハ民法二八三頁參照

九三 意思表示ハ表意者カ其真意ニアラサレコトヲ知リテ之ヲ爲シタル爲メ其效力ヲ妨ケラレルコトナシ但相手方
カ表意者ノ真意ヲ知リ又ハ之ヲ知ルコトヲ得ヘカリシトキハ其意思表示ハ無効トス

九四 相手方ト通シテ爲シタル虛偽ノ意思表示ハ無効トス

九五 意思表示ノ無効ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

九六 詐欺又ハ強迫ニ因リ意思表示ハ之ヲ取消スコトヲ得

或人ニ對スル意思表示ニ付キ第三者詐欺ヲ行ヒタル場合ニ於テハ相手方カ其事實ヲ知リタルトキニ限り其意思表示
ヲ取消スコトヲ得

詐欺ニ因リ意思表示ノ取消ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

法律行為論

岡松博士ハ京都法學會雜誌々上ニ法律行為論ヲ發表セラル頗ル有益ナル論文ナルヲ以テ其要旨ヲ紹介スヘシ

第一節 法律行為ノ性質

第一項 法律行為ト意思表示トノ關係

第一 法律行為ト意思表示トハ同一ノモノナルヤ從來ノ學說ニ於テハ多ク法律行為ト意思表示トハ同一視セリト雖トモ法律行為ト意思表示トハ同一觀念ニアラス蓋法律行為トハ法律要件即法律カ效果ヲ付與スルニ必要ナル事實ノ全體ヲ包含スル觀念ナリ反之意思表示トハ一ノ法律事實ニ過キス即意思表示ハ法律行為トモ法律要件ノ一組成部分タルニ過キス從テ法律行為タルニハ意思表示ノ外ニ尙他ノ法律事實ヲ要スルヲ原則トス遺言權利ノ拋棄又ハ取消等ノ場合ニ於テモ意思表示ハ法律要件ノ組成部分ヲ指スノ點ニシテ觀念上相混合スルヲ得ス

第二 總テノ意思表示ハ法律行為ナルヤ

上述シタルカ如ク意思表示ハ法律行為トハ同一ノ觀念ニアラスト雖トモ意思表示ハ法律行為ノ重要ナル組成部分ヲ成シ意思表示ナケレハ即法律行為ナシト謂フコトヲ得ヘシ此點ニ付キテハ學說全然一致ス然ラハ之ト反對ニ意思表示アラハ若クハ意思表示ヲ以テ重要ナル組成部分ト成ス法律要件アラハ總テ之ヲ法律行為ト謂フコトヲ得ルヤ此問題ニ付キ從來ノ學者ノ說ク所ハ皆明瞭ヲ缺ク

獨立の意思表示カ法律行為ヲ成スコトハ疑ナク又學說上異論ナシト雖トモ契約ト法律行為トノ關係ニ付キテハ從來二種ノ見解アリ契約カ法律行為タルコトハ異論ナキ所ナレトモ其契約ノ組成部分タル意思表示即申込及承諾モ亦法律行為ナルコトハ異論ナキルヤ否ヤニ付キ見解分ル通説ハ契約ヲ以テ法律行為ナリト申込及承諾ハ契約ノ要素ナル法律行為ノ組成部分タルハ意思表示ニシテ自ラ又法律行為ヲ成スコトナキモノトス然

レトモ又之ニ反シテ契約モ法律行為ナレトモ申込及承諾モ亦獨立シテ法律行為ヲ成シ各獨立ノ單獨行為ナリ而シテ二個ノ法律行為カ相合シテ一個ノ法律行為ト爲ルコトハ怪ムニ足ラスト爲ス者アリ併申込及承諾カ各單獨行為ノ規則ヲ適用スルヲ以テ足ルカ故ニ法律ハ更ニ契約ナル觀念ヲ認ムルノ必要ナキニ至ラス要之此問題ニ付キテハ通説ニ從ヒ申込及承諾ハ意思表示ナレトモ法律行為ニアラストスルヲ正當トス

從屬の意思表示ハ法律行為ナルヤ否ヤハ最困難ナル問題ニシテ未此問題ニ關シ組織的ニ明確ナル解説ヲ與ヘタル者ヲ見スト雖トモ要スルニ法律行為ノ本質即其意思表示カ意思表示トシテ法律上ノ效果ヲ生スルヤ否ヤニ依リ決セラルヘキモノナリ即チ法律カ其意思表示ニ意思ニ基キタル固有ノ效果ヲ生セシムルヤ否ヤニ在リ其效果カ他ノ法律事實ノ效果ト關聯スルト否トナ問ハス一定ノ效果ニ向ケラレタル意思表示存シ法律カ其意思ニ從ヒ其效果ヲ生セシムル場合ニハ即法律行為タルサルヘカラス且主タル法律事實カ意思表示(例ハ契約)ナルトキハ從屬の意思表示モ亦其一部ヲ爲シ之ト共ニ法律行為ヲ成スモノナリト看ルコトヲ得ヘク又現ニ如斯キ見解ヲ採ル者ナキニアラス然トモ其主タル法律事實ハ必スシモ意思表示タルニ限ラス意思表示以外ノ事實タルコトアリ此場合ニハ從屬の意思表示ハ獨立シテ其效果ヲ生スヘシ果シテ然ラハ主タル法律事實カ意思表示ナルヤ其他ノ事實ナルヤニ因リ同一ナル意思表示カ其性質ヲ變スルモノト爲スハ見解ノ當ヲ得タルモノニアラサルヘキカ故ニ總テ從屬の意思表示ハ其從屬スル法律事實ト分離シテ一ノ法律行為ヲ爲スルモノト認ムルヲ可トスヘシ

第三 意思表示(又ハ意思表示現)ト云フハ法律行為ノ組成部分タル意思表示ニ限ラズルヤ

理論上ヨリ云ハハ總テノ行為ハ皆意思表示ナリト云フコトヲ許ササルモ少クモ内
心的事實ヲ表顯スル行為ハ之ヲ意思表示ト云フコトヲ妨ケズ我國法ニ於テハ意思表
示ナル語ノ用法正確ナラス何等法律行為ニ關係ナキ場合ニモ意思表示ナル語ヲ用ヒ
タル所尠カラズ

第二項 法律行為ト意思トノ關係

第一 效果意思ノ意義 所謂效果意思ト云フモノニ意義アリ(一)或ハ内心的效
果意思即内心ノ事實トシテノ效果意思(表示ニ相當ナル眞ノ意思)ヲ意味スルニアリ(二)
或ハ表示上ノ效果意思即效果意思ナリトシテ外部ニ表示セラレタルヲ意味スルコト
アリ
法律行為ニハ第一義ニ於ケル效果意思ヲ要スルヤ(イ)内心的效果意思缺如スルモ法律
行為ノ成立スル場合アリ(民九三)ロ)表示ト眞ノ意思ト力或點(即重要ナラサル點)ニ於テ
符合セザルモ法律行為ノ成立ヲ妨ケザル場合アリ(民九五)故ニ法律行為ニハ其性質上
内心的效果意思ヲ要スルモノトスルモ成法上ニ於テハ内心的效果意思ハ法律行為ニ
必然的要素ニナラザルヲ要スルモノトスルニ於ケル效果意思表示上ノ效果意思ハ法律行為ニ
ハ必存在スルコトヲ要ス此點ハ極端ナル表示主義ヲ唱フル論者ト雖トモ是認スル所
ナリ
第二 效果意思ノ效力 表示上ノ效果意思ハ法律行為ニ對シ如何ナル效力ア
リヤ通説ハ此效果意思ヲ以テ法律行為ノ效力ノ本源ト爲ス即法律行為ノ效力ハ行為
者力之ヲ欲シタルカ故ニ法律ノ附與スル所ナリトス
顯フニ或場合ニハ法律行為ヨリ意思ニ相當セザル效果ノ生スルコトハ之ヲ是認セザ
ルヘカラス然トモ此點ハ效果意思ノ範圍ノ問題ニシテ效果意思ノ效力ニ關スル問題

ニアラズ蓋法律行為ノ效果ハ意思ニ基クト云フト雖モ必シキ法律行為ヨリ生スル
總テノ效果カ皆意思ニ基クト云フニアラス如斯ク解スルトキハ或ハ意思ヨリモ多キ
又ハ少キ效果ヲ生シ或ハ或部分ニ於テ意思ニ反スル效果ヲ生スルコトアルモ然カ
モ其生シタル效果中意思ニ適合セル部分ハ尙意思アルカ故生シタリト云フコトヲ得
從テ尙意思ヲ以テ效果發生ノ必要條件ナリト云フナ妨ケズ
第三 效果意思ノ本質 效果意思ノ本質ニ關スル問題トハ即所謂效果意思ナ
ルカノ問題ナリ或ハ所謂效果意思ナルモノハ意欲ニアラズシテ希望ナリト論スル者
アリ或ハ意思表示ノ根據タル心的狀態ノ心理的意欲ニシテ活動ナキ願望ニ止ラズ實
行ヲ命スル現在の意思ナリト論スル者アリ或ハ又行為者ノ勢力範圍以外ニ有スル手
段ヲ假ルニアラザレハ其效果ヲ生スル能ハサルモノハ之ヲ意欲ト稱スル能ハスト論
ス蓋意欲ナル觀念ハ原因ナル觀念ヲ前提トスルコトハ疑フ可ラサル所ナリ然トモ意
思表示ハ果シテ相手方ノ反動ノ原因ト爲ル能ハス從テ又法律上ノ效果ノ原因ト爲ル
能ハサルモノナルヲ否ヤ今法律上ノ因果論ヲ詳論スルノ暇ナキモ意思表示ニ因リ相
手方ハ一定ノ觀念ヲ惹起セシメ得キコトハ明ニシテ從テ意思表示ハ相手方ノ反動
ノ原因ト爲リ得ルコトモ亦疑ナキヲミナラス又一結果力數多ノ原因ヲ有シ得ヘキコ
トハ今日法律上ノ因果論ニ於テハ殆ト異論ナキ所ナリ果シテ然ラハ法律上ノ效果カ
大ノ行為ニ因リ惹起サレ其人ノ行為ハ又之ヲ他人ノ行為ニシテ然ラハ法律上ノ效果カ
キ場合ニハ其效果ニハ二ノ原因アリトシテ彼ノ意思表示モ亦其效果ノ一原因ナリト
云フナ妨ケザルヘシ
第四 效果意思ノ内容 表示上ノ效果意思ハ如何ナル内容ヲ有スル
法律的效果主義及經濟的效果主義

コトヲ要スルヤ法律行為タルニハ法律上ノ效果ニ對スル意思ノ表示サルルヲ要スル
ト爲シ他ノ一派ハ之ニ反シ經濟上 (Wirtschaftlich) 又ハ社會上 (Gesellschaftlich) ノ效果ニ對
スル意思表示サルルヲ以テ足レリト主張ス然トモ予テ以テ之ヲ見レハ從來行ハレタ
ル此兩見解ハ共ニ極端ニ失シ共ニ正鵠ヲ得タルモノニアラス
予ノ見解所チ以テスレハ效果意思ハ從來ノ學說ニ於ケルカ如キ意義ニ於テ法律上ノ
果ニ對シ若クハ經濟上ノ效果ニ對スルモノニアラス元來法律行為ナルモノハ法律上
ノ效果ヲ發生セシムルノ方法トシテ法規ノ當事者ニ與フル手段タリ故ニ當事者ノ意
思表現ニシテ法規ノ規定ニ合スレハ即チ法規ノ定ムル效果ヲ生シ法規ノ規定ニ合セ
ザレハ即チ效果ヲ生セス即チ法律行為ノ效果意思トハ法規カ規定スル效果ヲ事實トシ
テ欲スルノ意思ナリ或意思表現ニシテ其表現ノ内容カ客觀的ニ法規ノ規定ニ適合ス
ルトキハ其意思表現ハ法律行為タリ此意味ニ於テ效果意思ハ法律上ノ效果ニ對スル
コトヲ要スト云フコトヲ得ヘシ

第五 效果意思ノ範圍 效果意思ハ法律行為ヨリ生スヘキ效果ノ全根ヲ包含ス
ルノ必要ナキコトハ一般ノ是認スル所ナリ然ラハ如何ナル範圍ニ於テ法律上ノ效果ヲ
包含スルヲ要スルカ或ハ曰ク重要ナル (Wesentlich) 若ハ直接ナル (Unmittelbar) 效果ニ
對スル意思表現サルレハ足レリト或ハ曰ク當事者カ法律關係ヲ欲スルノ意思ヲ表現
スルヲ以テ足ル然ラハ法律カ之ニ附屬セシムル效果ハ當事者之ヲ欲セス又ハ知ラザ
ルモ當然發生スト或ハ我民法九五條ノ規定ヨリ論シ效果意思ハ法律行為ノ要素ヲ包
含スルヲ以テ足ルト爲ス者アリト雖トモ何レモ之ヲ贊スルヲ得ス凡ソ法律ノ規定ス
ル各法律行為ノ效果中ニハ之ニ對スル意思ヲ要スルモノト意思ヲ要セサルモノトヲ
區別スルコトヲ得而シテ此區別ハ法規ノ各規定ニ就キ解釋上客觀的並ニ抽象的ニ之
ヲ定ムルコトヲ得前者ヲ意思效果 (Willenswirkung) ト稱シ後者ヲ法定效果 (Gesetzwirkung)

ト稱セント欲ス而シテ予ハ效果意思タルニハ即意思效果ヲ含ムコトヲ要シ又意思效
果ヲ含ムヲ以テ足ルトスル見解ヲ取ラント欲ス而シテ意思效果ヲ含ムヘキ意思表現
アルトキハ其結果トシテ意思效果ヲ生スルハ勿論法定のニ生スヘキ效果ハ即チ所謂
法定效果ニシテ效果意思ハ之ヲ含ムコトナキモ當然ニ之ヲ生ス

效果意思ノ範圍ニ關スル問題ハ錯誤ノ問題ニ重要ナル關係ヲ有ス既ニ述ヘタルカ如
ク效果意思ハ法律上ノ效果ニ對スルコトヲ要スルカ故ニ法律上ノ效果ハ意思表示ノ
内容ヲ成シ法律上ノ效果ニ關スル錯誤ハ法律行為ノ無効ヲ來ササルヲ得ス然トモ是
效果意思カ包含スルヲ要スル法律上ノ效果ニ關スル錯誤アル場合ニ限リ效果意思カ
包含スルヲ要セサル效果ハ意思表示ノ内容ヲ侵ササルモノナルカ故ニ之ニ關シ錯誤
アルモ法律行為ノ無効ヲ來スコトナシ換言スレハ意思效果ニ關スル錯誤ハ法律行為
ノ無効ヲ來スモ法定效果ニ關スル錯誤ハ無効ヲ來スコトナキモノトス

第三項 法律行為ト法規トノ關係

法律行為ハ效果ノ表現ニ因リテ法律上ノ效果ヲ生スルモノナルコトハ既ニ之ヲ述ヘ
タリ然ラハ其法律上ノ效果ノ原因ト爲ルモノハ表意者ノ意思ナルカ將タ又法規ナル
カ法律行為ニ於テハ其效果發生ノ主タル原因ハ表意者ノ意思ニ在リト云ハント欲ス
反之他ノ法律要件ニ於テハ其成立ニ意思ヲ要スル場合ニ於テモ其意思ハ效果發生ノ
條件又ハ動機タルニ過キスシテ效果ノ原因ヲ成スモノニアラス蓋意思カ法律上ノ效
果ノ原因タルカ故ニ原因タル力ヲ有スルニアラス之ヲ法規ニ得即法規カ之ニ原因タ
ル力ヲ與ヘタルカ故ニ原因タル力ヲ有スルニ過キス要之法律行為ニ於ケル法律上ノ
效果ノ原因ハ意思ニ存ス然トモ意思カ其原因タルノ力ハ法規ノ賜ナリト云フナ正當
トスヘシ

第四項 法律行為ト其效力トノ關係

無效ノ法律行為モ尙法律行為ナルヤ否ヤ此問題モ亦常ニ議論アル所ニシテ而シテ又一派ノ學者カ唱フルカ如ク單ニ言語上ノ爭タルモノニアラス而シテ法律行為トハ法律要件ヲ指スモノトセハ無効ノ法律行為モ亦之ヲ法律行為ト云フヘキヲ當然トス法律行為ノ觀念ハ法律上ノ效果ヲ包含ストナス論者カ無効ノ法律行為ハ法律行為ニアラスト爲スニ當然ナルモ法律行為ヲ以テ法律要件ナリト解スル論者ニシテ尙無効ノ法律行為ヲ否定スル者アルハ其意ヲ解スルニ苦シム

第二節 法律行為ノ種類

第一項 總論

法律行為ニ就キ一方行為及双方行為ノ區別ヲ最重要ナルモノト爲ス此區別ハ意思表示ノ區別ナルカ將又法律行為ノ區別ナルカ從來ノ學說ニテハ此區別ハ意思表示ノ區別ナルカ又ハ法律行為ノ區別ナルカヲ明確ニセス然トモ此區別ハ法律行為ノ區別ニシテ意思表示ノ區別ニアラス又意思表示ノ數ニ基テ區別ニアラス當事者ノ數ニ基テ區別ナリ

(一) 一方行為トハ一當事者ノ意思表示ヨリ成立スル法律行為ナリ (二) 多方行為トハ二又ハ二以上ノ當事者ノ意思表示ヨリ成立スル法律行為ナリ

第二項 合同行為

第一 合同行為ノ性質 所謂合同行為中ニ於テハ左ノ三者ヲ區別スヘキモノト認ム (一) 數當事者ノ内容ヲ同フスル並行的意思表示予ハ之ヲ結合行為ト命名セントス (二) 數當事者ノ内容ヲ同フスル集合的意思表示予ハ之ヲ集合行為ト命名セントス (三) 數

人カ一方ノ當事者トシテ爲ス内容ヲ全フスル數意思表示ハ之ヲ共同行為ト命名セントス以上三種ノ行為中疑ヲ生スルハ第三ノ所謂共同行為ナリ此行為ハ果シテ法律行為ノ分類タル合同行為中ニ入ルヘキ資格アルモノナルヤ否ヤ從來ノ學說多クハ之ヲ所謂 *Gemeinschaft* 中ニ入レ法律行為ノ一種ト爲セリ然トモ共同行為ト契約トハ明確ニ之ヲ區別スルヲ要ス併シテ契約ト相對シテ法律行為ノ一分類ト爲スハ誤ナリ所謂共同行為ナルモノハ特權ノ法律行為ニアラスシテ意思表示ノ一方法タルニ過キス換言スレハ共同行為ナルモノハ契約ノ如ク一ノ法律行為ヲ成スモノニアラス單純ナル一法律事實ニシテ法律行為ノ一構成部分ヲ成スニ過キス從テ共同行為ハ如何ナル法律行為ニモ包含セラレトコトヲ得ヘシ

第二 合同行為ト契約トノ區別 合同行為ト契約トハ其間ニ如何ナル差違アルカ此點ニ關シテハ學說紛々トシテ未歸一スル所ナシト雖トモ予ハ (一) 契約ニ於テハ意思表示ノ數人格ノ事務ニ關ス反之合同行為ニ於テハ意思表示ハ一團體ノ事務ニ關ス (二) 契約ニ於テハ意思表示ノ交換ヲ目的トス反之合同行為ニ於テハ意思表示ノ合同ヲ目的トス又此結果トシテ契約ニ於テハ双方ノ意思表示ハ時ナ異ニスヘキヲ原則トス反之合同行為ニ於テハ當事者ノ意思表示ハ同時ニ爲サルヘキヲ原則トス

第三節 意思表示

第一項 意思

第三 結合行為及集合行為 合同行為ハ結合行為ト集合行為トヲ含ムト雖トモ此二者ハ各性質ヲ異ニシ合同行為中ニ於テ更ニ之ヲ區別セサルヘカラス結合行為トハ内容ヲ同一ニスル數當事者ノ并行的意思表示ナリ例ヘハ法人設立行為ノ如シ意思行為トハ内容ヲ同一ニスル數當事者ノ集合的意思表示ナリ例ヘハ決議ノ如シ

第一 總論 意思表示ニ關シ先ツ問題ト爲ルハ意思表示ニハ表示ノ外之ニ相當スル内心的意思即法律上ノ効果ニ向ケラレタル眞ノ意思ノ存在ヲ必要トスルヤ否ヤ緣由ハ意思表示ノ成立ニ關係ナキカ故ニ先ツ第一ニ問題ト爲ルハ效果意思ニシテ效果意思トハ事實トシテノ法律上ノ効果ニ向ケラレタル意思ノ義ナリトス唯此ニ所謂効果意思ハ前ニ論シタル表示上ノ效果意思ニアラス内心的ノ效果意思ナリ意思表示ノ成立ニハ此意義ニ於ケル内心的效果意思ノ存スルコトヲ要スルヤ否ヤ是問題ノ存スル所ニシテ而シテ通常此問題ヲ表意者ハ意思表示ヲ欲シタルコト(Wollen der Willenseklarung)ヲ要スルヤ否ヤト云フ語ヲ以テ言明シ又效果意思ヲ定義シテ「欲セリトシテ表示サレタルモノヲ欲スルノ意思」(das Wollen des abgewollt erklären)ナリト云フ

茲ニ欲スルトハ心的作用ニシテ二要素ヲ有ス一ハ慾望ニシテ他ハ觀念ナリ此ノ二ノ意義ハ刑法故意論ニ於テハ今ヤ希望主義即チ慾望主義ヲ主張スル者ナリ大勢觀念主義ニ傾キ結果ヲ知ルヲ以テ足ルトス法律行為論ニ於テハ果シテ如何效果ヲ欲スト云フニ只其效果ヲ觀念スルヲ以テ足ルトス法律行為論ニ於テハ果シテ如何效果ヲ欲スト云フニハ其意思表示ニ因リテ生スヘキ(法律上ノ)效果ノ自覺(Bewusstsein)即チ「Wissen」ヲ要シ又之ヲ以テ足レリト爲スモノノ如ク其效果意思アルモノト爲ス蓋シ效果意思ヲ以テ其意思表示ニ因リテ生スヘキ效果ノ自覺ナリト爲スコト最理論ニ合シ又最モ實際ニ適スルモノナルヘク民法第九三條ニ眞意ト云フモ亦此意義ヲ解スヘシ

以上述ヘタル意味ニ於ケル效果意思ハ意思表示ニ缺ク可カラサルモノナルヤ否ヤ是古來大議論ノ存スル所ナリ今從來行ハレタル學術ト我國法ノ解釋論トニ分チテ説ク所アラントス

第二 從來ノ學說 意思表示ト效果意思トノ關係ニ關スル從來ノ學說ハ之ヲ大別

シテ三種ト爲スコトヲ得意思主義表示主義及折衷主義是ナリ

(一) 意思主義 意思主義ノ論旨ニ曰ク表示其物カ效果ノ原因タルニアラス效果ノ原因タルハ意思ナリ表示ハ其意思カ效果ヲ生スル必要條件タルニ過キス從テ若意思ト表示トカ離離スル場合ニ於テハ其意思表示ハ無効ナラサルヘカラス

(二) 表示主義 表示主義ハ意思主義ノ論旨ニ反シ取引ノ安全ヲ保持スルニハ表示者ノ眞意ノ如何ニ拘ラス法律ハ表示セラレタル所チ以テ表意者ノ意思ナリト看做シ之ニ效果ヲ與ヘサルヘカラス然レトモ表示主義ハ表示ニ相當スル内心的意思ヲ要セスト爲ス消極的方面ニ於テハ皆相一致スレトモ其積極的方面ニ至リテハ亦學說ノ分歧スルヲ見ル

(イ) 極端表示主義 此主義ニ依レハ客觀的ニ意思ノ表示ト爲ルヘキ行為アレハ足レリトス從テ表意者カ其表示行為ノ表示力ヲ自覺セサル場合ニモ尙意思表示トシテ效力アリトス

(ロ) 寬和表示主義 此主義ニ依レハ意思表示タルニハ效果意思ハ之ヲ要セサルモ自覺的ノ表示アルコトヲ要ス故ニ表示意思ヲ缺ク場合ハ表示ヲ無効トス

(ハ) 變體表示主義 此主義ハ眞ノ效果意思ハ之ヲ要セサルモ其表示ニ因リ相手方ニ表意者ハ效果意思ヲ有スルモノナリトノ信念ヲ惹起スルコトヲ表意者ニ於テ自覺スルコトヲ要スモノナリ

(三) 折衷主義 意思主義ト表示主義ノ仲間ニ位スル第三ノ學說アリ

(イ) 信用主義 此主義ハ意思主義ヲ根據トシテ效果意思ヲ必要トス然レトモ效果意思ヲ必要トスルカ爲ニ取引ノ安全ヲ害スヘカラス故ニ意思表示ノ相手方カ其意思表示ヲ有效ナリト信スルニ付キ正當ノ理由ヲ有スル場合ニハ表意者ハ意思ノ欠缺ヲ主張スルヲ得スト爲ス

(ロ) 信憑主義 此主義ハ表示主義ヲ根據トシ效果意思ヲ必要トセス唯意思表示ニ因リ相手方ニ表意者カ效果意思ヲ有スルコトノ觀念ヲ生セシムルコトヲ要スト爲ス故ニ意思ト表示ト一致セサルモ意思表示トシテ有效ナリトス唯取引ノ信用上害ナキ場合ニ限リ例外トシテ内心的ノ意思ニ效力ヲ與ヘ其意思表示ハ無効ナルモノトス

(ハ) 不定主義 之ニ屬スルモノハ其主義ヲ一定セス又ハ其主義ヲ一貫セス場合ヲ區別シテ種々ナル標準ニ依リ決定セントスルモノニシテ又之ヲ混合主義又ハ狹義ノ折衷主義ト云フコトヲ得ヘシ

(四) 學說ノ論評 純然タル法理論トシテハ意思主義ニ傾カサルヲ得ス法律カ法律行爲ニ效果ヲ附與スルノ根源ハ當事者ノ意思ニ在リ從テ當事者ハ其意思ニ依リ效果ヲ定ムルコトヲ得サルヘカラス然レトモ更ニ又立法政策論トシテ之ヲ見レハ必シモ意思主義ノモニ據ル能ハサルト同時ニ表示主義モ亦必スシモ立法上最良ノ結果ヲ齎スモノト謂フヘカラス立法上ノ政策論トシテハ兩說共ニ極端ニ失シ專ラ其一方ノミヲ採用スルヲ許サス

第三 國法ノ解釋 今之ヲ我民法ノ規定ニ照ラス我國法ノ解釋トシテハ何レノ主義モ一長一短アリ而シテ主義問題ノ爭議ノ決勝點ハ實ハ民法第九十三條第九十四條及第九十五條ノ規定ナリトス然レトモ第九十四條ノ規定ハ暫ク之ヲ論争ノ外ニ置カントス蓋同條ニ規定スル通謀シテ爲シタル意思表示(虛偽表示)ハ果シテ成立スルモノナルヤ否ヤニ付テ議論アレハナリ

第九三條ノ本文ノ規定ハ公平ニ解釋シ表示主義利アリテ意思主義ニ不利ナリ蓋法律ハ意思ナキモ意思表示ヲ有效ナリト認ムルハナリ從來意思主義ノ學者ハ此規定ヲ說明セントシ種々ナル理由ヲ提出セルモ皆取ルニ足ラス

(二) 反之第九三條但書ノ規定ハ意思主義ニ利アリテ表示主義ニ不利ナリ蓋意思主義ヨリ云ヘハ本條本文ノ場合ニハ意思主義ナキカ故ニ本來無効ナルヘキモノナレトモ或ハ不法ノ助長ヲ拒クカ爲ニ無効ノ主張ヲ許サルカ或ハ立法政策ノ爲ニ例外ヲ作リタルモノナレトモ但書ノ場合ニハ相手方カ眞意ニアラサルコトヲ知リ又ハ知り得ヘキ場合ニシテ双方ニ同一ノ過失アルカ故ニ表意者ニ心理留保ノ主張ヲ禁スヘキ理由モナク又相手方ヲ保護スヘキ立法政策上ノ理由モナキカ故ニ本條ニ返リ意思表示ヲ無効ト爲スモノナリト云フコトヲ得

(三) 次ニ又第九五條ノ規定ハ意思主義ノ有力ナル根據タリ何者錯誤ニ基ク意思表示ノ無効ハ即チ表示ニ相當スル意思ナケレハナリ然レトモ此規定ハ表示主義ニ依レハ全ク之ヲ説明スルチ難ク尙同條但書ノ規定ハ若本來ハ錯誤アルモ有效ナルヘキモノナルモ表意者ノ利益ヲ考ヘ例外トシテ無効ト爲スモノタラハ表意者ニ重過失アルトキハ其例外ハ適用チ失ヒ本則ニ返リ其意思表示ハ有效ナラサルヘカラス然ルニ第九五條但書ノ法文ハ之ヲ有效トセス無効ナレトモ其無効ノ主張ヲ許ササルモノト爲スニ過キサレハナリ即此規定ハ表示主義ヲ以テシテハ到底説明スル能ハス要之第九五條ノ規定ハ意思主義ニ取リ利アリトス

於此乎我法典ハ何レノ主義ヲモ一貫シテ採用シタルモノト云フヲ得ス從テ我國法ノ解釋論トシテハ效果意思ヲ以テ意思表示ニ必須缺クヘカラサル條件ナリト爲ス能ハス少クトモ前述セルカ如ク意思表示ノ定義中ニ其要素トシテ意思ヲ加フルコトハ之ヲ避ケサルヘカラサルモノトス

第二項 表示

第一 總論 意思表示トハ法律行爲の意思(效果意思)ノ發表ナリ故ニ意思ノ發表ナクシテハ意思表示ナシ内心的現象タル意思ハ假令之ヲ證明シ得ル場合タルモ意思表示

示ト爲ラス然レトモ意思表示タルニハ如何ナル方法ニ依ルヲ問ハス意思カ外部ニ發表サルルヲ以テ足ル殊ニ意思表示タルニハ意思カ一定ノ相手方ニ對シテ發表サルコトヲ必要トセス近來意思表示ト意思實現トヲ區別スル學者中往々表示ニハ必相手方アルコトヲ要スト主張スルモノアリト雖モ非ナリ

第二 表示行為

(一) 表示行為ノ性質 表示行為ハ行為ナリト爲スヲ通説トス而シテ是表示行為カ作爲ヨリ成ルト不作爲ヨリ成ルトヲ問ハス故ニ表示アリト云フニハ必先ツ行為意思アルコトヲ要ス蓋行為意思ナケレハ既ニ行為ニアラサレハナリ近時ニ至リLangハ意思表示行為ナリトスル通説ニ反對スルモ今日ノ法學ニ於テハ前ニ述ヘタルカ如ク外界の事實カ或人ノ内心的事實ノ豫測シ得ヘキ結果ナルトキハ總テ之ヲ行為ト云フ從テ沈黙又ハ承諾ト見ラルヘキ物ノ消費ノ如キモ尙行為ナリ行為ノ意義ヲ如斯ク解スルトキハ意思表示ヲ行為ナリトスルニ毫モ妨アルコトナシ

(二) 表示行為ノ方法 表示行為ノ方法ハ意思表示カ形式ヲ要スルヤ否ヤニ依リテ異ル若意思表示カ特定ノ形式ヲ要スルモノナルトキハ其形式ヲ履ミタル表示行為ヲ爲サハカラス反シ意思表示カ無式ノモノナルトキハ一定ノ意思ノ存在ヲ推知セシムルニ足ル而シテ或行動カ意思ノ表示ト爲リ得ル性質ヲ其表示カ若クハ表示價值ト稱ス而シテ表示行為ノ表示力ハ客觀的標準ニ依リテ決セサルヘカラス然レトモ客觀的標準ハ必シモ一般ノ標準ト同一ナル一義ニアラス一般ニ對スル場合ニハ觀客の標準ハ即一般的標準ト同一ナルヘシ特定人ニ對スル場合ハ其特定人間ニ存スル特別ノ合意又ハ相手方ニ知ラレタル事情殊ニ表意者ノ言語ノ慣用法ニ依リテ有シ又ハ有シ得ヘキ意圖ニ從ハサルヘカラス而シテ時ニ關スル表示力ニ付キテハ通常表示行為ノ爲サレタル意思表示ノ時ヲ標準トスヘク所ニ關スル表示力ニ付キテハ通常表示行為ノ爲サレタル

場所又ハ國ヲ標準トスヘキモノトス

第三 表示意思

(一) 表示意思 表示行為ハ意思表示ノ外形ニ過キス此行為カ意思表示ト爲ルニハ之ニ依リ效果意思ヲ發表スルノ意思ナカルヘカラス此意思ヲ表示意思 (Erklärungswille) ト云フ

表示意思ハ先ツ之ヲ效果意思ト區別セサルヘカラス效果意思ハ意思表示ニヨリ表示セラルル意思即意思表示ノ内容ヲ成ス意思ナリ反之表示意思ハ意思表示ヲ爲スノ意思即效果意思ヲ發表スルノ意思ナリ次ニ表示意思ハ之ヲ行為意思ト區別セサルヘカラス行為意思ハ表示行為ヲ爲スノ意思ナリ表示意思ハ其行為ヲ以テ意思ヲ發表スルノ意思ナリ換言スレハ行為意思ハ人ノ容態ヲシテ行為ヲシムルニ必要ナル意思ナリ表示意思ハ人ノ容體ヲシテ意思表現タラシムルニ必要ナル意思ナリ故ニ意思表示アルニハ既ニ述ヘタル如ク必先ツ行為意思アルコトヲ要ス然レトモ意思表示ノ成立スルニハ只行為意思アルヲ以テ足レリトセス其行為ニ表示力ヲ與フル意思即表示意思ナカルヘカラス

(二) 表示意思ノ内容 意思表示ニハ表示意思ヲ要ストシ其所謂表示意思ナルモノノ内容ニ付テハ頗ル争アリ

(一) 表示意思ニハ或意思ヲ表示スルノ意思ヲ要ス意思者ハ必シモ其表示ノ眞ノ内容即其表示行為ノ特定ノ表示力(其行為カ客觀的ニ有スル表示力)ヲ知リシ又ハ自覺スルノ必要ナキコトハ一般ニ認メラルル所ナリ故ニ表示意思アリト云フニハ其表示行為ニ依リ或意思ヲ發表スルノ意思アルコトヲ要スルノミ必スシモ其行為カ示ス通りノ意思ヲ發表スルノ意思アルヲ要セス

(二) 表示意思ニハ特別ナル意思ヲ要ス以上ノ意味ニ於ケル表示意思ハ如何ナル内容

ノ意思ナルカ之ニ關シテ説アリ客觀主義主觀主義即チ是レナリ意思表示ニ付キ表
 示主義ヲ採ルモノハ客觀主義ヲ主張シ意思主觀主義ヲ採ルモノハ主觀主義ヲ採用ス然
 レトモ我國法ノ解釋論トシテ論スルトキハ即主觀主義ニ左祖セサルヲ得ス故ニ
 一、意思表示ノ成立ニハ特別ナル表示意思アルコトヲ要ス(主觀主義)單ニ表示行為
 ニ對スル行為意思アルヲ以テ足レリトセス(客觀主義)
 二、表示意思アリト云フニハ其行為力意思ノ表示ト爲リ得ヘキ性質ヲ有スルコト
 即チ行為力表示力ヲ有スルコトニ對スル意思アルヲ以テ足リ(外形的主觀主義)其行
 爲力内心の效果意思ヲ表示スルコト即内心ノ發表ニ對スル意思アルコトヲ要セス
 (内心的主觀主義)
 三、表示意思アリト云フニハ表示行為力表示力ヲ有スルコトニ對スル自覺アルヲ
 以テ足リ(觀念主觀)必ラスシモ意思表示ノ目的ヲ以テ其行為ヲ爲セルコトヲ要セス
 (目的主義)要之客觀的ニ意思ノ表示ト爲リ得ヘキ性質ヲ有スル行動タルコトヲ自覺
 シテ其行動ヲ爲ストキハ意思表示存スルモノトス
 (三)表示意思ノ適用 上來論述セル表示意思ナルモノハ如何ナル意思表示ノ場合ニ
 モ之ヲ必要トス
 其明示タルト默示タルト又積極的表示タルト消極的表示タルト問ハス推測的行
 爲ノ場合亦然レトモ所謂擬制的意思表示ノ場合ニハ少シク前述セル所ト異ナルモ
 ノアリ
 一、法律力或事實アルトキハ反對ノ證據アル迄一定ノ意思表示アリタルモノト推
 定スル場合此場合ニハ其事實アルトキハ表示意思アルモノト推定シ意思表示アル
 モノトス但シ後ニ至リ現ニ表示意思ナカリシコトカ立證セラレタル場合ニハ其意
 思表示ハナカリシモノトナレ

二、法律力或事實アルトキハ一定ノ意思表示アル者ト解釋スル場合ハ法律ハ眞ニ
 意思表示ノ要件存スルト否ト問ハス之ヲ以テ意思表示ナリト解釋スルモノナリ
 三、全ク意思表示ノ基礎ト爲ルヘキ事實ナキニ法律力意思表示アリト擬制スル場
 合ハ其效力ハ總テ直接ニ法律ノ規定ニ基クモノニシテ意思表示ニ關スル規定ハ全
 ク適用ナシ

第三項 意思表示ト意思實現

意思表示ニハ表示意思ヲ要スルノ點ヨリシテ意思表現ヲ意思表示ト意思實現トニ區
 別シ兩者共ニ之ヲ法律行為トシ法律行為ハ必シモ意思表示ヲ要スルモノニアラス意
 思表示ヲ含ム法律行為ノ外意思實現ヲ含ム法律行為存在ス然レトモ此區別ハ未ダ一
 般ニ承認セラレタル見解ニアラス
 意思表示ト意思實現トハ之ヲ區別スヘキモノナルヤ否ヤ又之ヲ區別スヘシトセハ其
 區別ノ標準並ニ意思實現ナルモノノ性質如何ハ尙多大ノ研究ヲ要スル問題ニシテ未
 タ確定的ノ斷案ヲ下スヘキ時期到達セサルモノトス然レトモ相手方ニ對スル意思表
 現ニアラサレハ意思表示ニアラスト爲スハ否ナリ此見解ハ即表示意思ニ付キ目的主
 義ヲ執ルノ結果ニシテ他方ニ於テハ結局默示ノ意思表示ハ表示意思ニ付キ目的主
 義ヲ執ルヲ得サルニ至リ又默示ノ意思表示又ハ推測的表示ハ表示力ニ對スル意
 思表示ニ付キ表示力ニ對スル法律行為ノ成立ニハ必ラスシモ意思表示ヲ要セスト云フ不
 合理ノ論結ヲ生ス又意思實現ハ意思表示ニ包含スル行為ハ凡テ法律行為ニ付キ表示力
 トスルノ見解ハ默示ノ意思表示ヲ包含スル行為ハ凡テ法律行為ニ付キ表示力ニ對スル
 法ノ規定ニ適合セス然ラハ意思實現ナルモノノ範疇ハ之ヲ認ムルヲ得サルカ思フニ
 意思表示ニハ必ス表示意思ヲ要ス然レニ法律力意思ニ基キ效果ヲ附スル行為ハ必ラ

スシモ他人ニ意思ヲ告知スル意思ニ出スル行為ニ限ラス或ハ其行為カ全ク他人ニ關係ナキカ爲メ或ハ又當事者間ニ存スル特別ノ合意若クハ特別ノ事情ノ爲メ意思ハ之ヲ必要トスルモ其意思ヲ告知スルノ利益ナキコトアリ此場合ニハ意思ヲ告知スルノ利益ナキモノナルカ故ニ特定ノ效果意思存在シ其意思カ何等カノ事實ニ依リ外部ニ表現セラレ外界的存在ヲ有スル意思ト爲レハ法律ハ之ニ效果ヲ附スルニ足リ其表現カ表意者ノ意思ヲ發表セントスル目的又ハ自覺ニ基クコトヲ要スル理由モナク又必要モナシ而シテ此等ノ場合ニモ法律ハ意思ニ效果ヲ附スルモノニシテ其效果ノ原因ハ意思表示ノ效果ノ原因ト異ナルコトヲ從テ意思實現モ亦之ヲ法律行為ノ一種ト爲スニ充分ナル理由アリ且加之法律ノ規定ヨリ見ルモ法律ハ亦之ヲ以テ法律行為ナリト爲スモノノ如シ即チ既ニ述ハタルカ如ク意思表現ハ表示意思ヲ要スルト否トニ依リ之ヲ意思表示ト意思實現トニ區別シ而シテ其何レモ法律行為ノ要件タルヲ得ルモノト爲スヘシ(阿松法學博士京都法學會雜誌第七卷第十一號第二十號所載要領)

取消權又ハ解除權ハ之ヲ讓渡シ得ルヤ

本問ニ付キ西川法學士ハ民法ハ第一二〇條以下ニ於テ能力ノ欠缺及ヒ意思表示ニ瑕疵アル場合ヲ掲ケ以テ取消シ得ヘキ行為ニ關スル一般原則ヲ示シ就中第一二〇條ニ於テ其取消權者ヲ定メタリ而シテ其承繼人中ニハ包括特定ノ承繼人ヲ包含スヘク既ニ承繼ヲ認ムル以上ハ原則トシテ取消權ハ讓渡スコトヲ得ヘキモノト論結セザルヲ得ス唯タ問題トナルハ取消シ得ヘキ行為ニ因リ生シタル權利關係ト分離シテ取消權ノ讓渡スコトヲ得ヘキヤ否ヤ之ナリ惟フニ取消權ハ從屬的ノ性質ヲ有シ主タル權利關係ト離レテ單獨ニ讓渡スコトヲ得サルモノト解スルヲ相當トスヘシ若シ取消權ノ讓渡スコトヲ得ヘキモノトセシ乎利害關係ナキ第三者ガ他人間ニ存在スル法律關係ニ干渉シテ其運命ヲ決スルカ如キ不都合ノ結果ヲ生スレハナリ特ニ妻ノ爲シタル行為ノ取消ハ夫權保護ノ目的ニ出テタルモノナレハ其身分ニ專屬スルモノト謂フヘク從テ此等ノ者ノ取消權ハ絕對ニ之ヲ讓渡スコトヲ得サルモノト解ス可シ

- 一三〇 取消シ得ヘキ行為ハ無能力者若クハ瑕疵アル意思表示ヲ爲シタル者其代理人又ハ承繼人ニ限リ之ヲ取消スコトヲ得妻カ爲シタル行為ハ夫モ亦之ヲ取消スコトヲ得
- 一一一 取消シタル行為ハ初ヨリ無効ナリシモノト看做ス但シ無能力者ハ其行為ニ因リテ現ニ利益ヲ受クル限度ニ於テ償還ノ義務ヲ負フ
- 五四一 當事者ノ一方カ其債務ヲ履行セザルトキハ相手方ハ相當ノ期間ヲ定メテ其履行ヲ催告シ若シ其期間内ニ履行ナキトキハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得
- 五四二 契約ノ性質又ハ當事者ノ意思表示ニ依リ一定ノ日時又ハ一定期間内ニ履行ヲ爲スニアラサレハ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサル場合ニ於テ當事者ノ一方カ履行ヲ爲サシテ其時期ヲ經過シタルトキハ相手方ハ前條ノ催告ヲ爲サシテ直ニ其契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得
- 五四三 履行ノ全部又ハ一部カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニヨリテ不能トナリタルトキハ債權者ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得

以上ハ一般原則アリ此他取消權ノ存スル場合ハ各本條ニ規定セラルルモ要スルニ財產的關係ニ起因スルモノハ主ナル權利關係ト共ニ之ヲ讓渡スコトヲ得ヘク身分的關係ニ基クモノハ之ヲ讓渡スコトヲ得サルモノト解シテ可ナリ
 解除權ハ前述取消權ト同シク從タル權利ニ屬ス從テ契約ニヨリ生シタル債權關係ト分離シテ之ヲ讓渡スコトヲ得ス若シ否ラサレハ取消權ニ付キ論述シタルト同様ナル不條理ノ結果ヲ來セハナリト説明セラレ(法學士西川一男氏法學新報二三卷一號九五頁以下要領)

然リ取消權又ハ解除權ハ所謂形成權ト稱スルモノニ屬シ基本關係ヨリ分離シテ之ヲ讓渡スコト能ハス故ニ基本的法律關係ニシテ讓渡ス可カラサルモノナルトキハ是等ノ權利モ亦タ讓渡スル能ハサルモノトス形成權タル取消權又ハ解除權ニ支配スヘキ客體ヲ有セサルカ故ニ支配權ニアラス他人ニ行爲ヲ要求スル權利ニアラサルヲ以テ請求權ニアラス則チ單獨行爲ニヨリ法律關係ヲ形成スル權利ナレハ之ヲ讓渡スモ讓受人ハ之カ實行ニヨリ同一利益ヲ享受スル能ハス之レ獨立シテ讓渡ヲ認メサル所以ナリ

同說

形成權ハ讓渡スコトヲ得ルヤ否ヤハ概括的ニ之ヲ云フヲ得ス形成權ハ專屬的ノ性質ヲ有スルモノナラザルハ相續シ得ヘキヲ原則トシ又專屬的性質ヲ有セサル限リハ形成權ハ其基本關係ト共ニ之ヲ讓渡スコトヲ得然レトモ形成權ノミ獨立シテ讓渡スコトヲ得サルヲ原則トス殊ニ取消權ノ獨立讓渡ハ絕對ニ許ササルモノト解スヘシ(石坂博士民法研究五一頁)

博士民法研究五一頁) 權利ニシテ之ト分離シテ處分スルコトヲ得ヘカラム(松本博士註釋民法全書一卷七五頁) 取消權ハ從タル權利ナルカ故ニ取消サルヘキ行爲ニヨリ生シタル權利ト分離シテ讓渡スルヲ得ス(中島博士民法釋義一卷六六六頁)

異說判例ト認ムヘキモノ

買戻權ノ買賣契約解除權ニ外ナラサルコト及契約解除ノ效力ハ既存ノ契約關係ヲ消滅セシメ得テ契約ナカリシト同一ナル狀態ニ回復セシムヘキモノナルヲ以テ買賣契約ニ因リ移轉シタル所有權ハ買主ニ返屬スヘキモノナルコトハ本論旨ノ如クナルモ買戻權ハ一ノ債權ニシテ財產權ナルヲ以テ之ヲ他人ニ讓渡シ得ヘキハ多言ヲ要セザル所ナリ而シテ不動產ノ賣主ヨリ其買戻權ヲ讓受ケタル者ハ即チ不動產ノ賣主ノ承繼人ナルカ故ニ賣主其人ト看做スヘキモノトス是故ニ買戻權ノ讓受人ハ於テ買戻權ヲ行使シ買賣契約ヲ解除シタルトキハ其結果トシテ不動產ノ所有權ハ當然讓受人ニ返屬スヘキハ辯ヲ俟タサル所ナリ(四一年大審院判決錄一四輯一七卷八五九頁以下要旨)

代物
約
擔
保
ノ
消
費
者
ノ
選
擇
權
ノ
消
費
者
ノ
選
擇
權
ノ
消
費
者
ノ
選
擇
權
ノ
消
費
者
ノ
選
擇
權

四〇六 債務ノ目的カ數個ノ給付中選擇ニ依リテ定マルヘキトキハ其選擇權ハ債務者ニ屬ス
 四八二 債務者カ債權者ノ承諾ヲ以テ其負擔シタル給付ニ代ヘテ他ノ給付ヲ爲シタルトキハ其給付ハ擔保ト同一ノ效力ヲ有ス
 五九一 當事者カ返還ノ時期ヲ定メザリシトキハ貸主ハ相當ノ期間ヲ定メテ返還ノ催告ヲ爲スコトヲ得

借主ハ何時ニテモ返還ヲ爲スコトヲ得

債権者カ債務者ニ對シ其本來ノ給付ニ代ヘ他ノ給付ヲ以テ辨濟アリタルト同一ノ效力ヲ生シ得ヘキ權能ヲ與ヘタルトキハ所謂代物辨濟ノ豫約ニシテ之ヲ以テ選擇債務ナリト云フヲ得ス」
返還期限ノ定メナキ消費貸借ニ在テハ相當期間ヲ定メテ返還ヲ催告スルニ非サレハ辨濟期到來セザルモノトス」

原告ハ本件債務ノ辨濟ニ付キテハ被告ノ都合上其目的タル金錢ノ支拂ニ代ヘ之ニ相當スル價格ノ玄米ヲ以テ其支拂ヲ爲シ得ヘキ旨ノ代物辨濟ノ豫約アリト主張シ被告ハ此ノ如キ契約アリトセハ之ニ因リテ生スル債務ハ選擇債務ナリト主張スルヲ以テ之ヲ按スルニ右原告主張ノ約旨ハ本件債務ノ目的ヲ變更スルニ非スシテ單ニ被告ヲシテ其目的タル金錢ノ給付ニ代ヘ玄米ノ給付ヲ爲シ以テ金錢ノ辨濟アリタルト同一ノ效力ヲ生セシメ得ヘキ權能ヲ有セシメタルニ過キサルモノ換言スレハ所謂代物辨濟ノ豫約ナリト云フニ在ルヲ以テ被告ハ現實ノ辨濟ヲナスニ當リ債務ノ目的タル金錢ノ給付ヲ爲スト之ニ代ヘテ玄米ノ給付ヲ爲ストハ其任意トスル所ナリ原告ノ有スル債權ハ依然トシテ一個ノ確定シタル消費貸借上ノ金錢債權ナリト言ハサル可カラズ然ラハ債權ノ目的カ選擇ニ因リテ定マルヘキ數個ノ給付アルニヨリテ成立スル所謂選擇債權ニ非ルコト勿論ナルカ故ニ斯クノ如キ特約アルカ爲メニ原告カ其有スル金錢債權ノ履行ヲ請求スルニ於テ毫モ妨ケアルコトナク從テ此點ニ關スル被告ノ抗辯ハ理由ナシ……而シテ返還時期ノ定メナキ消費貸借ニアリテハ貸主カ相當

ノ期間ヲ定メテ返還ヲ催告スルニアラサレハ其返還期ノ到來セザルコトハ民法第五百九十一條第一項ノ規定スル所ナルニモ拘ハラズ原告カ右ノ催告ヲ爲シタルコトハ全然原告ノ主張セザル所ナルヲ以テ本件被告ノ債務ハ未タ其辨濟期ニ到達セザルモノニシテ原告ノ本訴請求ハ之ヲ失當ナリト謂ハサル可カラズ(東京地方裁判所四五年(ワ)六一七號民四判決法律新聞八二九號二二頁)

本件ハ二場合ニ分チテ觀察スルヲ便宜トス

一 代物辨濟ノ豫約ト選擇債務
本件當事者間ニ於ケル債務關係ハ則チ金錢ノ給付ニ代フルニ價額ニ於テ相均シキ玄米ノ或數量ヲ給付スルヲ得可キ權利ヲ一方ニ附與シタルニ止マリ依然債權ノ目的ハ從來ノ金錢ナレハ彼ノ二個以上ノ給付ヲ包括シテ複數的ニ成立シ而カモ權利者ノ選擇ニヨリ安ニ始メテ確定不動的ニ債權ノ單一目的ヲナスニ至ル選擇債務ニ非サルコトハ判示ノ如シ、然レトモ果シテ代物辨濟ノ豫約ナルヤ任意債務ナルヤハ一考ヲ要スル問題ナリ吾人ハ寧ロ之ヲ解シテ任意債務ナリト云ハント欲ス何トナレハ本件ノ事實ヲ目シテ代物辨濟ノ豫約ナリト云フトキハ法律上ノ任意債務ト何等ノ區別ナキニ至レハナリ石坂博士モ亦吾人ノ見解ト同趣旨ノ說明ヲ爲ス
或任意債權ハ代物辨濟ノ豫約ナリトナス(說アリ此說モ亦代物辨濟ノ權利アリトナス說ト同シク探ルヲ得ス云々石坂博士日本民法債權編第一卷二一〇以下)
然レトモ亦之ニ對スル反對論アリ左ノ如シ
選擇債務ハ之ヲ任意債務ト混ス可カラス任意債務トハ債務ノ目的ハ正ニ確定セルモ債務者ニ於テ之ニ代フルニ他ノモノヲ以テスルコトヲ得ルモノヲ云フ……是レ寧

口代物辨濟ノ豫約ト云フ可シ(梅博士民法要義第三卷三〇頁川名博士債權總論八〇頁)

二 相當ノ期間ヲ以テセザル催告ノ效力
 期限ノ定メナキ消費貸借ノ催告ハ相當期間ヲ以テ之ヲナスコトヲ要シ若シ相當期間ヲ存セス則チ即時ニ返還ス可シトノ催告ハ全然無効ナリ況ンヤ本件ノ如キ全然催告ヲナサスシテ本訴ヲ提起スルハ不法ナリトス故ニ本件判示ハ至當ナル見解ト云フヘシ

同趣旨判例
 消費貸借ノ當事者カ返還ノ時期ヲ定メサリシトキハ貸主ハ如何ナル方法ニ依ルモ相當ノ期間ヲ定メテ返還ノ催告ヲナシ得ルモノトス從ツテ督促手續ニ依リ其催告ヲナスモ違法ニアラス(四一年大審院判決録六三頁)

同說
 一、本法ハ可成裁判所ヲ煩ハササル主義ヲ採リ……目的物ノ類額及距離等百艘ノ事情ニ因リ豫告期間ヲ異ニスルノ必要アルヲ以テ貸主ハ相當ノ期間ヲ定メテ返還ノ請求ヲナスヘキモノト定メタリ(岡松博士民法理由下卷次一八三頁)

一、横田博士債權各論四五八頁以下同說
 一、梅博士民法要義第三卷五九九頁以下同說

母ノ爲ス
 營業ノ許
 可ト親族
 會ノ同意

八八三 未成年ノ子ハ親權ヲ行フ父又ハ母ノ許可ヲ得ルニアラサレハ職業ヲ營ムコトヲ得ス
 父又ハ母ハ第六條第二項ノ場合ニ於テハ前項ノ許可ヲ取消シ又ハ之ヲ制限スルコトヲ得

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

一 營業ヲ爲スコト
 二 借財又ハ保證ヲ爲スコト

三 不動産又ハ重要ナル動産ニ關スル權利ノ喪失ヲ目的トスル行爲ヲ爲スコト
 四 不動産又ハ重要ナル動産ニ關スル和解又ハ仲裁契約ヲ爲スコト

五 相続ヲ放棄スルコト
 六 贈與又ハ遺贈ヲ拒絶スルコト
 八八七 親權ヲ行フ母カ前條ノ規定ニ違反シテ爲シ又ハ同意ヲ與ヘタル行爲ハ子又ハ其法定代理人ニ於テ之ヲ取消スコトヲ得此場合ニ於テハ第十九條ノ規定ヲ準用ス
 前項ノ規定ハ第二百一十一條乃至第二百六條ノ適用ヲ妨ケス

民法八八七條ノ規定ハ子ノ爲シタル行爲ヲ取消スヘキモノニシテ親族會ノ同意ヲ得スシテ爲シタル母ノ同意自體ヲ取消シ得ヘキモノト爲シタル法意ニアラス

(親族會ノ同意ヲ缺ク場合ノ
 母ノ許可其モノハ當然無効)

八八三條ニ親權ヲ行フ母カ未成年ノ子ニ職業ノ許可ヲ爲スニ付キ特ニ親族會ノ同意ヲ要スヘキ規定存セサルモ八八六條トノ關係上之ヲ要スヘキモノト解スルヲ正當トス

案スルニ民法第八百八十七條ニハ親權ヲ行フ母カ前條ノ規定ニ違反シテ爲シ又ハ同意ヲ與ヘタル行爲ハ子又ハ法定代理人ニ於テ取消スコトヲ得トアリ故ニ同條規定ニヨリ取消シ得ヘキ行爲ハ親族會ノ同意ヲ得シテ親權ヲ行フ母カ爲シ又ハ子ノ爲スコトニ同意ヲ與ヘタル場合ニ於テハ親族會ノ同意ヲ得シテ母カ同意ヲ與ヘタル子ノ營業上ノ行爲ヲ指スコト誠ニ明白ニシテ母ノ與ヘタル同意其モノヲ以テ取消シ得ヘキ行爲ト爲シタル法意ニ非サルヤ毫モ疑ナ容レヌ蓋同條所定ノ取消權ハ未成年ノ子ヲ保護スル爲メニ子ノ自ラ爲シ又ハ母カ子ニ代ハリテ爲シタル行爲ヲ取消サシム

ル趣旨ヲ以テ設ケタルモノニシテ母ノ同意其モノハ前條ノ規定ニ於テ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要件ト爲シ其要件ヲ缺ク場合ニ前示ノ如キ取消權ヲ與ヘタル規定存セサルヲ以テ前條ノ規定ニ違反シタル母ノ同意ハ取消シ得ヘキモノニ非スシテ全ク其效力ヲ有セサルモノト謂ハサルヲ得ヌ同法第八十三條ニハ未成年ノ子カ職業ヲ營ムニハ親權ヲ行フ父又ハ母ノ許可ヲ得ルコトヲ要スル旨規定シ其母ノ許可ヲ爲スニ付テ親族會ノ同意ヲ要スルコトハ同條中ニ明言セサルモ第八十六條ニハ親權ヲ行フ母カ未成年ノ子ノ職業ヲ爲スコトニ同意スルニハ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要スル旨規定セリ今若シ唯々右營業ノ許可ト同意ト其性質ヲ異ニスル一片ノ理論及ヒ法文ノ字句等ニ拘泥シテ右兩條ヲ未成年者ノ後見人ニ關スル第九百二十一條及ヒ第九百二十九條ニ對照スルトキハ一見第八百八十三條ノ規定ニ從ヒ母カ職業ヲ許可スルニ付テハ親族會ノ同意ヲ要セサルニ似タリ然レトモ未成年者カ職業ノ許可ヲ得ルトキハ其營業ニ關シ成年者ト同一ノ能力ヲ有スルニ至リ從テ第八百八十六條所掲ノ行爲ニシテ苟クモ營業ニ關スルモノハ總テ未成年者獨斷ニテ之ヲ爲スコトヲ得ルニ至ルヲ以テ營業ノ許可ハ營業上ノ各行爲ニ付キ一々同意ヲ與フル場合ニ比シ未成年者ノ保護上途ニ重大ナル事項ナルヤ言テ俟タサル所ナレハ後者ニハ親族會ノ同意ヲ要シ前者ニハ之ヲ要セストスルカ如キ差別ヲ設クル立法ノ理由アルヲ見サルノミナラス却テ前者ニ之ヲ必要トスルコトヲ一層適切ナルヲ知ル可キナリ是ニ由テ之レヲ觀レハ母カ子ノ職業ヲ爲スコトニ同意スルニ付キ親族會ノ同意ヲ要スル第八百八十六條ノ規定ヨリ推シテ立法ノ趣旨ヲ尋ネ第八十三條ノ規定ニ從ヒ母カ子ノ職業ヲ許可スルニ付テモ親族會ノ同意ヲ要シ其同意ヲ得スシテ母ノ許可シタル職業上ノ行爲ハ亦第八百八十七條ノ規定ニ準據シ取消シ得ヘキモノト解スルヲ當然トス大審院四五年(オ)二三〇號大正元年一月二日民二判決)

本件判旨ハ一部正當ニシテ一部不當ナリ則チ民法第八八七條ノ規定ハ子又ハ子ノタメニ母ノナシタル行爲ヲ取消スノ法意ニシテ親族會ノ同意ヲ得サリシ母ノ同意自體ヲ取消スモノニアラスト云フハ正當ナリ蓋シ母カ親族會ノ同意ヲ得スシテナシタル同意ハ無効ニ屬スヘキモノニシテ之カ取消ヲナスノ問題ヲ生セス故ニ此ノ理由ニヨリテ正當ナリトス(奥田博士親族法論三六一頁以下參照)之レニ反シテ未成年ノ子カ職業ヲ營ムニ付親權者タル母カ之ヲ許可スルニ親族會ノ同意ヲ要スト云フハ至當ナラス

何トナレハ第八八六條ニ於テ營業ヲナシ又ハ之ヲナスコトニ同意スルニハ親族會ノ同意ヲ要スル旨ノ規定アルモ第八八三條ニ於テ之ナキハ判決ニ示ス所ノ如シ而シテ親權ハ母カ行使スル場合ナルト父カ行使スル場合ナルトヲ問ハズ制限的ニ附與スル法意ニアラスシテ或特別ナルモノニ限り其制限ヲナスノ趣旨ナル事ハ民法第八七七條以下ノ規定ヲ讀讀スレハ明瞭ナル所ナリトス斯ノ如キ場合ニ於テ其與ヘタル權利ヲ行使スルニハ特ニ制限スル規定ナクハ親族會ノ同意ヲ得ルコトナク單獨ニ未成年者タル子ノ職業ヲ許可スルモ取消シ得ヘキモノトナルノ理由アル可カラズ有効ナル行爲ヲ取消シ得ヘキモノト云フニハ法ニ特別ナル明文アルヲ要ス然ルニ第八八七條ニ於テハ第八八三條ノ場合ヲ包含セサルコト洵ニ明白ナリ而カモ尙ホ有効ナル行爲カ取消シ得ヘキモノナリト云フカ如キハ全然斷斷ナリ則チ法典ノ解釋ニアラスシテ寧ロ立法ナリトス之レ會ツテ大審院カ商法ノ取締役ニ付キ監査役ノ承認ヲ經スシテ會社ト取引ヲナシタル場合ニ關シ其行爲ヲ取消シ得ヘキモノト判示シテ大ニ學界