原告ノ先代亡村瀬善十郎カ原告主張ノ如キ内容ヲ有スル公正證書ニ依ル遺言ヲ爲レタルコトハ當事者間爭ナク原告ハ右遺言ニ因ル遺贈ハ原告ノ遺留分ヲ侵害スルモノニシテ民法ノ明文ニ違反シ從テ公證人法第二十六條ニ所謂法令ニ違反スル事項ニ該當スルモノナレハ右證言公正證書ハ公正ノ效方ナキ無效ノモノニシテ遺言モ亦當然無效ナリト主張スルヲ以テ其當否ヲ按スルニ右遺言ニ因ル遺贈カ民法第一一三〇條ニ違反シ相續人タル原告ノ遺留分權ヲ侵害シテ從テ同法第一六一四條ニ違反スルモノナルコトハ該遺言ノ内容自體ニ徵シ明白ナリ然レトモ遺言者カ遺留分ノ規定ニ違反シタル遺贈ヲ爲シタル場合ニ於テ法律カ遺留分權利者ニ對シ其遺留分ヲ保全スルニ必要ナル限度ニ於テ減殺請求權ヲ認メ以テ其違反セル遺贈ノ效力ヲ排除スルヲ得セシメタル點ヨリ觀レハ遺留分權利者ニ於テ該請求ヲ行使セサルニ於テハ假令遺留分ヲ害スル遺贈ト雖モ依然其效力ヲ有スルモノナルコトハ一點ノ疑ヲ容レサルトコロニシテ之畢竟遺言者ニ遺留分ノ規定ニ違反シタル處分ヲ爲スヲ得サル旨ノ前揭民法第一六一四條及遺留分ニ關スル同法第一一三〇條ノ規定ハ後述スルカ如キ絕對的强行規定ニアラサルノ結果ニ外ナラサルモノト云フヘク而シテ公證人法第二六條ニ所謂法令トハ當事者ノ意思ヲ以テ其適從ヲ免ルルヲ得ス若シ之ニ違反シタル場合ハ其行爲ヲ當然無效タラシムル所謂絕對的强行法規ノミヲ指稱シ如上遺留分ニ關スル規定ノ如キ之ニ違反シタル場合ニ於テモ減殺請求アル迄ハ其效力ニ消長ナキモノハ之ヲ包含セサルモノト解スルヲ妥當トス蓋シ絕對的强行法規ニ違反スル事項ハ當然無效ナルヲ以テ該事項ニ付公正證書ノ作成ヲ禁止スルハ至當ナレトモ前示遺留分ニ反スル事項ノ如キ必然無效ニアラサル事項ニ付テハ之カ公正證書ノ作成ヲ禁止スルハ本件遺言ニ因ル遺贈ハ前示民法ノ規定ニ違反スルモ公證人法第二六條ニ所謂法令ニ違反スル事項ト云フヲ得サルカ故ニ從テ之ニ付作成セラレタル本件遺言公正證書ハ原告ノ謂フカ如キ公正證書作成ノ實質的要件ヲ缺如スルコトナク而モ其形式上ノ要件ヲ具備スルコトハ原告ノ主張自體ニ依リ之ヲ認メ得

ヘキヲ以テ公正證書トシテ問然スルトコロナク從テ之ニ依リテ表示セラレタル本件遺言モ亦有效ナリト云ハサルヘカラス果シテ然ラハ爾餘ノ爭點ニ付判斷ヲ須キルマテモナク原告ノ請求ハ失當ナルヲ以テ之ヲ棄却スヘキモノト認メ訴訟費用ノ負擔ニ付民事訴訟第七二條一項ヲ適シ主文ノ如ク判決ス(名古屋地方大正八年(通)三二八號同九年七月二日石田裁判長世古安藤各判決法律新聞第一七五〇號一八頁)

【關係事項】 原告敗訴○遺言無效確認請求事件○原告村瀬鎮兵人訟代理人辯護士石橋毅同小林茂○被告村瀬まき外四人訴訟代理人辯護士磯部醇

(二五〇)

八九六 父又ハ母カ親權ヲ濫用シ又ハ著シク不行跡ナルトキハ裁判所ハ子ノ親族又ハ檢事ノ請求ニ因リ其親權ノ喪失ヲ宣告スルコトヲ得

資性放縱粗暴ニシテ一定ノ業務ニ從事スルヱトヲ好マス剩ヘ平素花柳ノ巷ニ出入シテ金錢ヲ浪費シ爲メニ大正七年四月準禁治産ノ宣告ヲ受ケタルモ其行ヲ改メス爾來同八年五月頃迄ノ間ニ亡父ヨリ數回ニ約五〇〇〇圓餘ノ金錢ヲ受取リ悉ク之ヲ酒色ノ資ニ供シ同年一月一日家人ノ祝膳ニ就キタル席上ニ於テ父ニ對シ小使錢ヲ强請シ其容ルル所トナラサルヤ同人ニ對シ食卓ヲ投ケ付ケテ暴行ヲ爲シタルコトアルノミナラス兩親ニ對シ剃刀又ハ短刀ヲ以テ金錢ヲ强請シタルコト屬々ニシテ同年五月父ノ死亡後ニ於テモ全ク改悛ノ情ナク酒色ノ爲メニ八〇〇〇圓餘ノ金錢ヲ浪費スルカ如キ行爲ハ民法第八九六條ニ所謂著シキ不行跡ナル場合ニ該當スルモノトス」

被告ハ賓性放縱粗暴ニシテ一定ノ業務ニ從事スルコトヲ好マス剩ヘ平素花柳ノ巷ニ出入シテ金錢ヲ浪費シ爲メニ大正七年四月中東京區裁判所ニ於テ準禁治產ノ宣告ヲ受ケタルニ拘ラス毫モ其行ヲ改メス爾來同八年五月頃迄ノ間ニ或ハ債務ノ支拂ニ必要ナリト稱シ或ハ營業ノ資金ニ供スヘシト稱シテ亡父米次郎ヨリ數回ニ約五千圓餘ノ金錢ヲ受取リ悉ク之ヲ酒色ノ資ニ供シ又同年一月一日家人ノ祝賀ニ就キタル席上ニ於テ父米次郎ニ對シ小使錢ヲ强請シ其容ルル所トナラサルヤ同人ニ對シ食卓ヲ投ケ付ケテ暴行ヲ爲シタルコトアルノミナラス兩親ニ對シ剃刀又ハ短刀ヲ以テ金錢ヲ强請シタルコト屢々ニシテ同年五月二三日父米次郎ノ死亡後ニ於テモ全ク改悛ノ情ナク酒色ノ爲メニ約八千圓餘ノ金錢ヲ浪費シ其亂行至ラサルナキモノナルコトハ……合ニ該當スルコト言ヲ俟タス（東京地方裁判所大正八年(タ)第一七四號同年一〇月二九日民一部大森裁判長由田佐藤各判事判決）

【關係事項】 原告勝訴○親權喪失宣告事件○原告加藤房吉訴法代理人鑄護士中村兵之助被告横田清次郎

【著シキ不行跡ノ意義ニ關スル參照學說判例】

奥田博士
牧野博士
島田博士
大審院

一 不行跡ハ著ルシキ程度ニ上レルコトヲ要ス其程度ノ如何ハ事實ノ問題ニシテ裁判所ノ認定ニ依ル外ナシト雖モ例ヘハ親權ヲ行フ可キ寡婦カ他ノ男ト私通セルトキ放蕩無賴ニシテ家政ヲ顧ミサルトキノ如キハ本條ノ原因トナルヲ得ヘシ（法學博士奥田義人民法親族法論三七四頁）

二 不行跡トハ操行ノ紊亂ヲ指稱ス操行ノ紊亂ハ禮儀廉恥ノ何タルヲ辨セサルモノナリ此ノ如キ者ヲシテ子ノ監護ヲ爲サシメハ不知不識ノ間ニ子ヲ感染セシメ其教育ヲ害スヘキハ必然ナリ之ヲ以テ全部喪失ノ一因トセル所以ナリ勿論如何ナル場合ニ親權ノ濫用アリヤ又著シキ不行跡アリヤハ一ニ事實裁判官ノ査定ニ待タサルヘカラス唯過去ノ事實ニ基キテ失權ノ當否ヲ判定シ得ヘカラサルノミ（法學博士牧野菊之助氏日本親族法論四五〇頁）

三 親權者カ子ヲ顧ミス事實上親權ヲ行ハサルコトアルヘシ著シク不行跡ナルトキハ此ノ如キ場合ヲモ包含ス執レノ場合タルヲ問ハス子ハ失權ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス之ヲ爲ササルハ我國ノ風習孝道ヲ重ンスルカ故ナリ（法學士島田鐵吉氏中央大學講義錄親族法三七二頁）

四 寡婦ト雖モ中流農家ノ親權者トシテ堅ク貞操ヲ守リ家風ノ改善ヲ計ラサル可カラサルニ同居ノ傍系姻族ト私通シ私生兒ヲ

東京控訴院
名古屋控訴院
東京地方裁判所

分娩シタル如キハ私通關係カ談合隱密ノ間ニ行ハレタリトスルモ其行爲ハ親權者タル面目ヲ著シク汚損シタルモノニシテ民法第八九六條ニ所謂著シキ不行跡ニ該當ス（大審院大正五年四月二十日判決本書第五卷民法八三七頁）

五 寡婦カ精神病ノ夫ノ生前ヨリ他人ト情交ヲ通シ同人ヲ自宅ニ引入レ其後相伴フテ上京シ尙夫ノ病死セル後ニ於テモ非行ヲ改メス依然情交ヲ繼續スルカ如キハ民法八九六條ニ所謂著シキ不行跡ニ該當スルモノトス（東京控訴院大正六年六月一四日民二部判決本書第六卷民法一一三三頁）

六 親權者タル母カ婦家ノ家族ヨリ壓迫セラレタル爲婚家ニ居ルニ堪ヘス已ムナク未成年者ヲ伴ヒ一時實家ニ赴キタルハ故ナク婦家ヲ去リタルモノトナスヲ得ス如上ノ場合ニ於テ亡夫ノ七日祭ニ婚家ニ歸ラス又亡夫ノ母カ十餘日病床ニ在リ看護セストスルモ之ヲ以テ著シキ不行跡ナリト爲スヲ得ス（同上大正六年一二月二四日判決本書第六卷民法一一三三頁）

七 未亡人カ家事ノ取締財產ノ處理及ヒ內外ノ應對遊樂飲食衣服等ニ關シ多少謹慎ヲ缺クノ行爲アル場合ニ於テ其子ノ巨財ヲ管理セシムルハ往々之ヲ不行跡ニ導クノ端緒トナルコトアルヲ以テ斯ル事由ハ其管轄權ノ行使ヲ停止セシムル理由ト爲リ得ルモノトス（東京控訴院四十三年八月三十日民二部判決法律新聞第六七〇號一八頁）

八 未タ親權喪失ノ宣言ヲ受ケサル親權者ニ以前著シキ不行跡アリタリトスルモ現在其跡ナキニ於テハ親權ノ喪失ヲ宣言スヘキモノニアラス（東京控訴院判決本書第一卷民法七頁）

九 親權者タル母カ性夫ト契リ私生子ヲ分娩シタル事實アリトスルモ其後ヲ前非ヲ悔悟シ謹慎家業ニ精勵シ全ク一時ノ心得違ヒニ過キサルモノト認メラルルノ場合ハ之ヲ以テ親權喪失ノ原因アリト爲スヲ得ス（名古屋控訴院四十二年十二月一八日民事部判決例彙報第六卷七八頁）

一〇 夫ノ死後其家督相續人ノ親權者タル寡婦カ他人ト私通シタルトキハ親族ハ之ヲ親權者トシテ著シキ不行跡ナリトシ其親權喪失ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヘシ（東京地方四十年十一月三十日同上四六三號五頁）

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

前項ノ規定ハ財產權ヲ目的トセサル法律行爲ニハ之ヲ適用セス

取消權ヲ行使セムトスル債權者ノ債權ハ取消ノ目的タル行爲以前ニ發生シタルモノナルコトヲ要スルモノトス」

（二五一）

仍テ案スルニ凡ソ債權者カ其有スル債權ノ效力トシテ其債務者ト第三者間ノ行爲ノ取消ヲ請求シ得ルハ民法第四二四條ニ揭クル事由ノ存スル場合ニ限ラレ其以外ニ於テハ之カ取消請求權ヲ有スルコトナシ而シテ同條ニ依リ取消權ヲ行使セムトスル債權者ノ債權ハ取消ノ目的タル行爲以前ニ發生シタルモノナルコトヲ要スルハ同法條ノ解釋上容疑ノ餘地ナキトコロナリトス然ルニ原告カ本訴ニ於テ主張スルトコロニ依レハ原告ハ大正八年八月一五日發生ノ訴外遠藤兼吉(債務者)ニ對スル債權ノ效力トシテ其債權發生前ニ於ケル同人カ大正七年七月二四日被告トノ間ニ爲シタル抵當權設定契約ノ取消ヲ求ムト謂フニ在リテ其主張自體既ニ此點ニ於テ失當ナルノミナラス爾餘ノ請求ハ右取消權ノ存在ヲ前提トスルモノナルヲ以テ該取消權ノ存在ヲ認ムルヲ得サル以上ハ之ヲ採用スルコト能ハサルヤ勿論ナルヲ以テ爾餘ノ爭點ニ付テノ判斷ハ之ヲ省畧シ原告ノ請求ハ之ヲ棄却ス(東京地方裁判所大五九年(ワ)第一五六一號同年九月一五日民一部推津裁判長大原垂水各判事判決)

【關係事項】 棄却○詐害行爲取得請求事件○原告株式會社神木商店訴訟代理人弁護士後藤邁二被告宮田城之輔訴訟代理人弁護士猪股洪清外一名

【參照學說判例】 本書本卷民法二四九頁參照

判旨ノ妥當ナルコト吾人ノ持論ニ係ル(本書八卷民法九九九頁評論參照)

(二五二)

甲乙間ニ六〇〇〇俵ノ木炭賣買契約成立シタル場合ニ賣主乙ハ解約ヲ申出ツルト共ニ其送附シタル二八九俵ノ木炭代金三四六圓八〇錢ヲ其受領シタル手附金四〇〇圓ノ内ヨリ控除シ殘額ハ之ヲ返還シタルニ買主ハ之ヲ受領シ送付ヲ受ケ

タル木炭代金ノ支拂ヲ爲ササリシ事實ハ未タ以テ甲カ乙ノ解約申入ヲ暗默ニ承諾シタルモノト認ムルニ足ラサルモノトス」

大正七年八月四日原告先代ト被告トノ間ニ原告主張ノ如キ内容ノ木炭賣買契約成立シ被告カ手附金四百圓ヲ受領シタルコト同月一三日被告ハ内二八九俵ノ木炭ヲ引渡シタルモ同時ニ本件契約ヲ解除スル旨申出テ其餘ノ引渡ヲ爲ササルコトハ當事者間ニ爭ナシ仍テ被告抗辯ノ如ク右契約カ解除セラレタルヤ否ヤヲ案スルニ先ツ被告ハ本約契ニハ解除權留保ノ特約アリ之ニ基キ右解除ノ申出ヲ爲シタル旨主張スルモ……ニモ右特約ニ關スル何等ノ記載ナク其他何等之ヲ認ムヘキ證左ナキヲ以テ右被告ノ抗辯ハ之ヲ認容スルニ由ナシ次ニ被告ハ假ニ右特約存セスシテ被告ノ解約通知ノミニテハ契約ヲ解除シ得サリシトスルモ原告先代ハ該通知ヲ承認シ因テ合意上ノ解約成立シタル旨ヲ主張スト雖モ代金支拂ノ方法カ被告主張ノ如キ定メナリシニ拘ハラス被告ハ解約ヲ申出ツルト共ニ其送付シタル二八九俵ノ木炭代金三百四十六圓八十錢ヲ手附金四百圓ノ内ヨリ控除シ殘額ハ之ヲ返還シタルニ原告先代ヲ受領シ尙ホ幾付ヲ受ケタル木炭代金ノ支拂ヲ爲ササリシ事實(原告ノ爭ハサル所ナリ)ハ未タ以テ原告先代カ被告ノ解約申込ヲ暗默ニ承諾シタルモノト認ムルニ足ラス蓋シ被告ハ若シ之ヲ承諾セサルナラハ原告先代ハ遲滯ナク其旨ヲ被告ニ通知シ現ニ送付アルアリ謂ル木炭ノ代金ヲ支拂ヒ且ツ返還ノ手附金殘額ハ之ヲ受領スヘカラサルモノナリトタフモ原告先代ニ於テ右ノ如キ通知ヲ爲ササルヘカラサルノ理ナキハ言ヲ俟タサルヘク又代金ノ支拂ニ付テハ特ニ約定アルニ拘ハラス被告擅ニ之ニ從ハス手附金ヲ以テ其送附シタル本炭代金ニ充當シ殘額ハ任意ニ之ヲ返還シタルモノナレハ之レ被告自ラ其手附金ニ對スル利益ヲ拋棄シタルモノト謂フヘク從テ原告先代ハ更ニ該代金ヲ支拂フコトヲ要セサルノミナラス返還セラレタル手附金殘額ヲ受領スルモ何等妨タル

東京地方裁判所判決

トコロナシ而シテ被告カ解約ヲ申出テタルハ大正七年八月一三日ナルニ原告先代ヨリ期間ヲ定メテ履行ノ催告ヲ爲シタルハ被告ノ認ムルカ如ク其翌月六日ニシテ二〇餘日ノ間ヲ存スルニ止マリ且ツ證人濱松安松ノ證言ニ依レハ其間ニモ原告先代ハ尚ホ一二回木炭ノ引渡ヲ請求シタル事實アルヲ以テ被告ノ解約申込カ暗默ニ承諾セラレタルモノトハ到底認ムルコトヲ得ス右被告ノ抗辯ハ孰レモ理由ナキモノトシテ排斥ス然レハ裁告ハ爾餘ノ木炭五千七百十一俵ノ引渡ヲ爲スヘキ義務アリシヤ論ナシ而シテ大正七年九月六日原告主張ノ如キ催告並ニ契約解除ノ意思表示アリタルニ被告ソノ催告ニ應セサリシモノナレハ本件契約ハ催告期間ノ經過ト共ニ當然解除セラレタルモノト謂ハサルヘカラス……然レハ原告先代ハ被告ノ本件債務不履行ニ因リ未圓七十五錢ノ受クヘカリシ利益ヲ喪失シ同額ノ損害ヲ蒙リタルコト明白ニシテ被告之カ賠償ノ義務アルハ言フヲ俟タス……(東京地方裁判所大正七年(ワ)第一五六一號同九年六月一六日民四部井野裁判長立松佐々木各判事判決)

【關係事項】 原告勝所○損害賠償請求事件○原告佐藤克己訴訟代理人辯護士原柔太郎製告高橋吉太郎訴訟代理人辯護士樺村太

(二五三)

五四五第三項 解除權ノ行使ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ケス

損害賠償ノ請求ヲ認ムル特別規定タル民法第五四五條第三項ニハ明ニ解除權ノ行使ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ケスト規定スルヲ以テ解除權ノ行使ニアラサル合意解除ノ場合ニハ右特別規定ヲ適用スヘカラサルモノトス」

本訴請求自體ノ當否ニ付キ按スルニ本訴請求ノ原因トシテ原告ノ主張スル所ハ要ス

ルニ原告カ被告ニ對シテ賣却シタル株式代金ノ支拂ヲ爲ササル爲メ右株式ヲ更ニ他ニ賣却シ其代金ノ差額ヲ原告ノ受ケタル損害トシテ損害賠償ヲ求ムト謂フニ在ルヲ以テ右請求ヲシテ理由アラシメンニハ先ツ本件賣買契約ノ解除セラレタルコトヲ必要トス右契約ニシテ未タ存續スル以上原告ハ被告ニ對シテ右代金ノ請求權ヲ有スルヤ勿論ナレハ縱令後ノ賣却代金カ之ヨリ少シトスルモ原告ハ是カ爲ニ何等損害ヲ受クルモノニアラサレハナリ然リ而シテ右契約ノ解除ハ民法第五四〇條以下ノ規定ニ從ヒ解除權ノ行使トシテ爲サレタルコトヲ要シ原告主張ノ如キ合意解除ノ場合ニハ新ル損害賠償請求權ナキモノト謂ハサルヘカラス何トナレハ契約ノ解除ハ解除權ノ行使ニヨル解除タルト合意解除タルトヲ問ハス其契約ノ效力ヲ既往ニ遡リテ消滅セシメ當テ契約ナカリシト同一ノ狀態ニ歸セシムルモノナルヲ以テ他ニ特別ノ規定ナキ限リ契約ノ當事者ハ其解除以前ニ於ケル相手方ノ不履行ヲ理由トシテ其相手方ニ對シ損害賠償ヲ求メ得サル筋合ニシテ而カモ解除ノ場合ニ仍ホ損害賠償ノ請求ヲ認ムル特別規定タル民法第五四五條第三項ニハ明ニ解除權ノ行使ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ケスト規定スルヲ以テ解除權ノ行使ニアラサル合意解除ノ場合ニハ右特別規定ヲ適用スヘカラサレハナリ故ニ原告主張ノ如ク被告ニ於テ賣買代金ノ不履行アリタリトスルモ一旦右契約ヲ同意解除シタルコト原告主張ノ如シトセハ原告ハ最早被告ニ對シ右不履行ニ因ル損害ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得サルモノト謂ハサルヘカラス……(東京區裁初所大正九年(ハ)第三四七二號同年一〇月五日藤田判事判決)

【關係事項】 棄却○損害賠償請求事件○原告和泉齊祐訴訟代理人辯護士平井恒之助被告今井芳男訴訟代理人辯護士竹村川二

【合意解除ト損害賠償ニ關スル同趣旨並ニ異趣旨學說判例】

本卷民法四二六條以下

(二五四)

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

四三二　數人カ連帶債務ヲ負擔スルトキハ債權者ハ其債務者ノ一人ニ對シ又ハ同時若クハ順次ニ總債務者ニ對シテ全部又ハ一部ノ履行ヲ請求スルコトヲ得

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

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

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

四五四　保證人カ主タル債務者ト連帶シテ債務者ヲ負擔シタルトキハ前二條ニ定メタル權利ヲ有セス

四五六　數人ノ保證人アル場合ニ於テハ其保證人カ各別ノ行爲ヲ以テ債務ヲ負擔シタルトキト雖モ第四二七條ノ規定ヲ適用ス

四五八　主タル債務者カ保證人ト連帶シテ債務ヲ負擔スル場合ニ於テハ第四百三十四條乃至第四百四十條ノ規定ヲ適用ス

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金額ヲ辨濟スヘキ特約アル爲メ一人ノ保證人カ金額其他自己ノ負擔部分ヲ超ス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條ノ規定ヲ準用ス

前項ノ場合ニ非スシテ互ニ連帶セサル保證人ノ一人カ金額其他自己ノ負擔部分ヲ超ス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

(一)保證人相互間ノ連帶共同保證ニ在テハ各保證人ト主タル債務者トノ間ニハ連帶關係ヲ生スルコトナケレハ單純保證債務ニ於ケルト同シク補充的性質ヲ具ヘ各保證人ハ催告ノ抗辯及ヒ檢索ノ抗辯ヲ有スレトモ各保證人間ニハ數人ノ主タル債務者カ連帶シテ債務ヲ負擔セル場合ニ同樣ノ連帶關係ヲ生シ各保證人ハ分別ノ利益ヲ有スルコトナキモノトス」

保證人及ヒ主タル債務者間ノ連帶共同保證ニ於テハ各保證人ト主タル債務者トノ間ニハ準連帶關係ヲ生スルカ故ニ保證債務ハ補充的性質ヲ缺キ各保證人ハ催告ノ抗辯及ヒ檢索ノ抗辯ヲ有セス且ツ假令各保證人カ相互ニ連帶シテ債務ヲ負擔スヘキ特約ナキモ各保證人ハ分前ノ利益ヲ有セサルモノトス」

(二)民法第四二七條ハ債務者ヨリ債權者ニ對スル對外關係ヲ定ムルヲ以テ直接ノ目的ト爲スト雖モ此規定ヨリ類推スルトキハ民法債務者相互間ノ對內關係ニ於テモ亦平等分擔ヲ以テ原則トセルコトヲ窺知シ得ヘキカ故ニ保證人相互間又ハ保證人及ヒ主タル債務者間ノ連帶共同保證ノ場合ニ在リテモ特別ノ定メナキ限リ各保證人ハ平等ノ負擔部分ヲ有スルモノトス」

(三)民法第四六五條第一項ハ(イ)各保證人カ他ノ保證人ト連帶スルコトナク債權者ニ對シ全額ヲ辨濟スヘキ特約ヲ爲シタル場合ニハ保證人相互間ニハ連帶關係ナキヲ以テ當然連帶債務ノ規定ヲ適用スルヲ得サルモ實質上之カ準用ヲ許スヘキ必要上特ニ其準用ヲ規定シタルモ(ロ)保證人相互間ノ連帶共同保證ノ場合ニハ連帶關係アルカ故ニ特ニ明文ヲ要セスシテ連帶債務ニ於ケル債務者間ノ求償權ニ關スル規定ハ保證人相互間ノ求償權ニモ當然其適用アルモノト認メ此場合ヲ同項ノ適用ヨリ除外シタルモノトス」

同項ニ所謂各保證人カ全額ヲ辯濟スヘキ特約アル場合トハ保證人及ヒ主タル債務者間ノ連帶共同保證ノ場合ノ外尙各保證人カ主タル債務者トハ連帶セサ

ルモ債權者ニ對シ分別ノ利益ヲ拋棄セル場合ヲモ含ムモノトス」

大審院大正八年一一月一三日判決本書第八卷民法一二四九頁

(一) 連帶共同保證ニハ其性質ヲ異ニスル二個ノ種類アリ其一ハ保證人相互間ノ連帶共同保證ニシテ其二ハ保證人及ヒ主タル債務間ノ連帶共同保證ナリ故ニ保證人間ノ共同保證ニハ其性質ヲ異ニスル二個ノ種類アリ其一ハ保證人相互間ノ連帶分別ノ利益ノ存否ハ此ニ種ノ連帶共同保證ニ付キ各別ニ之ヲ考案セサルヘカラス

(イ) 保證人相互間ノ連帶共同保證ニ在リテハ各保證人ハ相互ニ連帶スト雖モ主タル債務者トハ連帶スル所ナキヲ以テ各保證人ト主タル債務者トノ間ニハ連帶關係ヲ生スルコトナシ從テ保證債務ハ單純保證債務ニ於ケルト同シク補充的性質ヲ具ヘ各保證人ハ催告ノ抗辯及ヒ檢索ノ抗辯ヲ有ス然レトモ此種ノ連帶共同保證ニ於テハ各保證人ハ債權者ニ對シ相互ニ連帶シテ給付ヲ實行スヘキ債務ヲ負フモノナルカ故ニ保證人間ニ數人ノ主タル債務者カ連帶シテ債務ヲ負担セル場合ト同樣ノ連帶關係ヲ生ストハ解セサルヘカラス果シテ然リトセハ各保證人ハ分別ノ利益ヲ有スルコトナク債權者ニ對シ各自給付ノ全部ヲ實行スヘキ債務ヲ負フモノト論定セサルヲ得ス(ロ) 保證人及ヒ主タル債務者トノ連帶共同保證ニ於テハ各保證人ハ債權者ニ對シ各自主タル債務者ト連帶シテ給付ヲ實行スヘキ債務ヲ負擔スルモノナレハ各保證人ト主タル債務者トノ間ニハ準連帶關係ヲ生ス故ニ保證債務ハ補充的性質ヲ缺キ各保證人ハ催告ノ抗辯及ヒ檢索ノ抗辯ヲ有セス又我民法ハ連帶債務ニ於テハ債權者ハ各債務者ニ對シ同時若クハ順次ニ全部ノ給付ヲ請求シ得ルモノトナシ各債務者ノ債務カ補充的性質ヲ有セサルコト及ヒ各債務者カ全部ノ給付ヲ實行スヘキ義務ヲ負フコトヲ以テ所謂連帶ノ本質トナスヨリ見レハ數人ノ保證人カ主タル債務者ト連帶シテ債務ヲ負擔セル場合ニ於テモ連帶ヲ約定セル結果トシテ各保證人ノ負擔スル保證債務ハ補充的性質ヲ失ヒ且保證債務ノ範圍ハ主タル債務ノ物體タル給付ノ全部ニ及フモノト論斷セサルヲ得ス從ツテ假令各保證人カ相互ニ連帶シテ債務ヲ負擔スヘキ特約ナキモ各

保證人ハ分別ノ利益ヲ有セスト解スヘキナリ

(二) 共同保證人相互間ニ於ケル負擔部分ノ有無及ヒ程度如何ハ保證人相互間又ハ保證人及ヒ主タル債務者間ノ連帶ノ有無ニ依リ之ヲ決スルヲ得ス此問題ハ債務者數人アル債務關係ニ於ケル債務者相互間ノ負擔部分ヲ決定スヘキ一般ノ法則ニ依リテ確定セラルヘキモノトス然ルニ民法第四百二七條ハ數人ノ債務者アル場合ニハ別段ノ意思表示ナキトキハ各債務者ハ平等ノ割合ヲ以テ義務ヲ負フト定ム而シテ本條ハ債務者ヨリ債權者ニ對スル對外關係ヲ定ムルヲ以テ直接ノ目的ヲナスト雖モ此規定ヨリ類推スルトキハ民法ハ債務者相互間ノ對內關係ニ於テモ亦平等分擔ヲ以テ原則トセルコトヲ窺知シ得ヘキカ故ニ保證人相互間又ハ保證人及ヒ主タル債務者間ノ連帶共同保證ノ場合ニ至リテモ別段ノ定ナキ限リ各保證人ハ平等ノ負擔部分ヲ有スト解ス

(三) 右ノ場合ニ一人ノ保證人カ債權ノ全額其他自己ノ負擔部分ヲ超ユル額ヲ辨濟シタルトキ其求償權ニ關シテハ疑義ノ存スル所也民法第四六五條ニ相當スル草案第四六八條ニハ其第一項ニ於テ各保證人カ全額ヲ辨濟スヘキ特約アル場合ノ外尙保證人相互間ノ連帶共同保證ノ場合ヲモ掲ケタリシヲ既成法典ニ於テハ此後ノ場合ヲ削除シタル點及ヒ草案第二項ニハ單ニ前項ノ場合ニ非スシテ互ニ連帶セル保證人ノ一人カ云々トアリシヲ既成法典ニ於テハ前項ノ場合ニ非スシテ互ニ連帶セサル保證人ノ一人カ云々ト改正シタル點ヨリ觀察スルトキハ(イ) 各保證人カ他ノ保證人ト連帶スルコトナク債權者ニ對シ全額ヲ辨濟スヘキ特約ナ爲シタル場合ニハ保證人相互間ニハ連帶關係ナキヲ以テ當然連帶債務ノ規定ヲ適用スルヲ得サルモ實質上之カ準用ヲ許スヘキ必要上特ニ其準用ヲ規定シタルモ(ロ) 保證人相互間ノ連帶共同保證ノ場合ニハ連帶關係アルカ故ニ特ニ明文ヲ要セスシテ連帶債務ニ於ケル債務者間ノ求償權ニ關スル規定ハ保證人相互間ノ求償權ニモ當然其適用アルヘキモノト認メ此場合ヲ第四六五條第一項中ヨリ除外シタルモノト解スヘキモノナリ而シテ所

穂積博士
富井博士

謂各保證人カ全額ヲ辨濟スヘキ特約アル場合トハ保證人及ヒ主タル債務者間ノ連帶共同保證ノ場合ノ外尙各保證人カ主タル債務者トハ連帶セサルモ債務者ニ對シ分別ノ利益ヲ拋棄セル場合ヲモ含ムモノト主張セントスルニ吾人ノ見解ヨリスレハ連帶共同保證人間ノ求償關係ハ保證人ト主タル債務者間ノ連帶共同保證ノ場合ニハ第四六五條第一項ノ適用ヲ見ルモノト謂ハサルヘカラス各保證人相互間ノ連帶保證ノ場合ニハ直接連帶債務ニ關スル規定ノ適用ヲ受ケ又各保證人相互間ノ負擔部分及ヒ求償權(要領)

頁「連帶共同保證債務ノ性質其保證人相互間ノ負擔部分及ヒ求償權」(要領)

【論旨第一點(二)項保證人及主タル債務者間ノ共同連帶保證ト對外關係ニ於ケル分別ノ利益ニ關スル同趣旨學說判例】

一 唯聊カ疑アルハ保證人カ皆同一ノ行爲ヲ以テ一齊ニ債務ヲ負擔セス別別ニ之ヲ負擔シタル場合ニ於テハ(一人ハ東京ニ於テ他ノ一人ハ横濱ニ於テ債務ヲ負擔シ又ハ一人ハ今日他ノ一人ハ明日債務ヲ負擔シタルカ如キ是ナリ)其各自又ハ一人ハ大餘全額ニツキ責任アルモノト爲シテ保證ヲ爲シタルモノナルカ故ニ此場合ニ於テハ或ハ別別ノ利益ナキカヲ疑ハシムルト雖モ元來保證人ハ皆同一ノ債務ノ履行ノ責ニ任スルカ故ニ共同債務者(codébiteurs)即チ連合債務者(Débiteurs conjoints)ナルカ故ニ特ニ連帶等ヲ約セサル以上ハ第四百二十七條ノ總則ニ從フヘキモノトセサルコトヲ得ス是レ本條(四五六)ノ規定アル所以ナリ(法學博士梅謙次郎氏民法要義卷之三債權編一六七頁—一六八頁)

分別ノ利益ニ對シテハ特約ヲ爲スコトヲ得ルコト右ニ述ヘタルカ如シ而シテ其特約ノ一ト見ルヘキモノヲ連帶保證トス蓋シ連帶ハ右債務者ヲ唯一ノモノト看做スモノナルカ故ニ保證人間ニ連帶ヲ約シタルトキハ各保證人ハ唯一ノ保證人ノ如ク看做サレ隨テ分別ノ利益ヲ有セサルナリ數人ノ保證人カ主タル債務者ト連帶セル場合亦然リ此等ノ場合ニ於テハ主タル債務者カ債務ヲ履行セサルトキハ保證人ハ一人ニテモ債務金額ヲ辨濟セサルヘカラス各保證人カ箇箇別別ニ主タル債務者ト連帶シテ保證ヲ爲セリトスルモ亦同シ即チ此場合ニハ保證人各自カ主タル債務ヲ通シテ連帶スルコトト爲ルナリ(同氏大正二年法政大學講義餘民法債權四一四頁)

二 請負ハ獨立ノ業ナリ注文者ハ使用者ニアラス從テ請負人ハ被傭者ニアラス請負人ハ通常注文者ノ指揮監督ノ下ニアルモノニアラス從テ注文者ニ過失アルヘキニアラス故ニ一般ノ原則トシテハ注文者ニ責任ナシ但シ注文又ハ指圖ニ付イテ注文者ニ過失アリタル場合ハ此限リニアラス即チ第三者ニ損害ヲ加フル如キ指圖ナシタル請負人カ夫レニ基キテ請負ノ目的タル行爲ヲナシテ第三者ニ損害ヲ生シタル場合ヲ指ス(第七一六條)併シ之レハ元ヨリ例外ニシテ注文主タル債務者ト保證人ト連帶セル場合ニ於テハ債務者カ保證人ニ對シテ請求ヲ爲スニ方リ其請求ヲ受ケタル保證人ハ唯一ノ債務者ノ如ク義務ヲ負フ者ナルカ故ニ

仁井田博士
岡松博士
横田博士
石坂博士
鳩山博士

先ツ主タル債務者ニ請求ヲ爲スヘキ旨ヲ主張スルコト能ハサルノミナラス檢索ノ利益ヲモ對抗スルコト能ハス(四五二乃至四五四)又保證人カ二人以上アルトキト雖モ分別ノ利益ヲ對抗スルコト能ハス(四二七・四五六)同氏法學志林第一卷第一號二頁

注文者ニ一應過失アリト推定スルニアラス反對ニ被害者ヨリ注文者ニ爰ニ云フ過失アルコトヲ進ミテ證明セサルヘカラス其證明ナキ間ハ注文者ニ何等ノ過失ナキモノト見ルナリ(法學博士富井政章氏四五年度東大講義錄債權各論一九九頁二一〇〇頁)

三 保證人カ主タル債務者ト連帶スルハ保證債務ノ體樣ニ外ナラス即チ主タル債務者ト連帶シタル保證人ハ主タル債務者カ其債務ヲ履行セサル場合ニ於テ其履行ヲ爲スヘキ責ニ任スルモノナリト雖モ其履行ニ關シテハ債權者ニ對スル關係上主タル債務者ナクシテ獨リ債務ヲ負擔スルモノト看做サル故ニ此の保證人ハ後ニ說明スルカ如ク催告ノ抗辯及ヒ檢索ノ抗辯ヲ有スルコトヲ得ス且分別ノ利益ヲ有スルコトヲ得ス連帶保證カ保證人ニ及ホス效果ハ之ニ過キサルナリ而シテ他ノ點ニ於テハ連帶保證ト通常保證トノ間ニ何等ノ差異ナシ之ヲ要スルニ連帶保證ハ保證債務ノ從タル性質ヲ害セスシテ單ニ其補充性ヲ除クニ過キサルナリ(法學博士仁井田益太郎氏本書第三卷民法五五七頁以下法學新報二四卷十號三七頁)

四 保證債務ハ數人ノ債務者間ニ分割セラルヘキコト以上ノ如シト雖モ時ニ或ハ例外トシテ分割セラレサル場合ナキニ非ス即チ(イ)明示又ハ默示ニテ分割セサル旨ノ合意アリタルトキ(ロ)連帶保證ノトキ(ハ)不可分債務ニ付數人ノ保證アルトキ四二八是レナリ(法學博士岡松參太郎氏民法理由下卷一九六頁)

五 同一ノ債權ニ付キ保證人數名アルトキハ各保證人ハ平等ノ割合ヲ以テ債務ヲ負擔シ其以上ニ於テ責任ヲ負フコトナク平等分割ノ原則ハ此場合ニ適用セラルルコトハ既ニ說明シタル所ナリ而シテ連帶保證ハ即チ此等債務ノ效力ニ影響ヲ及ホスモノニシテ主タル債務者ト連帶シテ債務履行ノ責ニ任スル所ノ保證人ハ債務者ニ對シテ催告ノ抗辯檢索ノ抗辯ヲ對抗シ保證債務平等分割ノ權利ヲ主張スルコトヲ得ス是レ民法第四三二條ノ規定ト保證人カ主タル債務者ト連帶シテ債務ヲ負擔シタルトキハ前二條ノ權利ヲ有セストアル同法第四五四條ノ規定ヨリ生スル結果ニシテ之ヲ以テ保證人ト主タル債務者ノ連帶カ保證債務ニ及ホス唯一ノ效果トス(法學博士横田秀雄氏債權總論六七一頁)

六 數人ノ保證人カ主タル債務者ト連帶シテ債務ヲ負擔セル場合ニハ分別ノ利益ヲ拋棄セルモノト解スヘキカ故ニ第四五六條ノ適用ナシ(法學博士石坂音四郎氏日本民法一〇七五頁)

七 (ロ)保證人カ主タル債務者ト連帶シテ保證シタルトキハ各保證人ハ全部辨濟ノ義務ヲ負フ(法學博士鳩山秀夫氏日本債權法總論二七三頁)

連帶保證ハ一ノ保證債務ニシテ連帶ハ即チ其體樣タルニ過キス換言スレハ連帶保證ハ保證債務ト連帶債務ノ併立ニアラスシテ連帶ノ體樣ノ附著スル爲メ多少其效力ヲ變更セラルル保證債務ナリトス蓋シ連帶ハ同一ノ債務關係ニ付キ數人ノ當事者アル場合ニ於テ生スル法律關係ニシテ債務ハ連帶ノ體樣ノ附着スル附メ其效力ヲ變更セラルルモノナリ何トナレハ普通ノ場合ニ於テハ同一ノ債務關係ニ付キ數人ノ債務者アルトキハ民法第四百二十七條ノ規定ニ依リ各債務者ハ平等ノ割合ヲ以テ債務ヲ負擔スルモノナルニ法律ノ規定又ハ當時者間ノ特約ニ依リテ債務者間ニ連帶ノ關係アルトキハ各債務者ハ債務ノ全部ニ付キテ義務ヲ負擔シ債權者ハ民法第四百三十二條以下ノ規定ニ從ヒ債務者ノ一人ニ對シ又ハ同時若クハ順次ニ總債務者ニ對シテ全部又ハ一

磯谷學士　須賀學士　飯島學士　大審院　東京地方裁判所判決　志田博士　藤道博士　松岡博士

部ノ履行ヲ請求スルノ權利ヲ有スルヲ以テナリ(同氏法學志林九卷四號五〇頁—五一頁)

八　連帶保證人數名アルトキハ各自皆主債務者ト連帶シテ全部ノ義務ヲ負擔スルモノナルカ故ニ債務平等分割ノ利益ヲ受タルコトナキハ勿論ナリ(法學士磯谷幸次郎氏債權法總論下卷二二四頁)

九　同一ノ債務ニ付キ數人ノ保證人アル場合ニ於テハ債權者及其保證人間ニ別段ノ意思ナキ限リ各保證人ハ平等ノ割合ヲ以テ保證債務ヲ負擔スヘキモノトス(法學士須賀喜三郎氏明大講義錄債權法論總論二五〇頁)

一〇　連帶保證ハ一方ニ於テ保證債務ニシテ他ノ一方ニ於テ連帶債務ナリ連帶債務ナルカ故ニ保證債務ニ關スル規定ト雖モ先訴ノ抗辯檢索ノ利益ニ關スル規定ノ如キハ連帶保證ニ適用スルヲ得ス(法學士飯島喬平氏民法要論五六二頁)

一一　保證人カ主タル債務者ト連帶シテ債務ヲ負擔セル場合ニ於テハ他ノ保證人トノ相互間ニ連帶ノ特約ナキトキト雖モ其保證人ハ分別ノ利益ヲ有スルモノニアラス(大正六年四月二十八日大審院民二部本書第六卷四九九頁)

一二　數人カ身元保證人トナリ將來ノ債務ニ付キ主タル債務者連帶シテ債務ヲ負擔シタル場合ニ於テハ分別ノ利益ハ之ヲ拋棄シタルモノト解スヘキモノトス(東京地方大正五年四月十八日民二判決本書五卷民法三三八頁)

一三　數人ノ保證人アル場合ト雖モ保證人カ主タル債務者ト連帶セル場合ニ於テハ分別ノ利益ヲ有セス各保證人ハ全額ノ請求ヲ拒ムコトヲ得ス(東京地方民三判決本書一卷二一八頁)

【同上反對學說】

保證人ト主タル債務者トノ間ニ連帶ノ責任アルモ保證人ハ單ニ共同シテ主タル債務ヲ保證スルニ過キサル場合ニ於テハ債權者ハ保證人ノ後訴ノ利益及ヒ檢索ノ利益ハ之ヲ否認シ得ヘシト雖モ債務履行ノ請求ハ保證人全體ニ對シテ爲スコトヲ要シ其內ノ一人ニ對シテ全部ノ履行ヲ强ユルコトヲ得ス(法學博士志田(田坂)友吉氏同典質疑問題第三編七七頁)

【同第二點共同連帶保證(主債務者保證人間及ヒ保證人相互間ノ)ト對內關係ニ於ケル分別ノ利益(負擔部分)ニ關スル同趣旨學說】

主タル債務カ不可分ナル場合又ハ各保證人カ主タル債務者ト若クハ各保證人カ相互ニ連帶シテ保證ヲ爲セル場合ニハ對外關係ニ於テ分別ノ利益ヲ生スルコト能ハスト雖モ別段ノ定メナキトキハ對外關係ニ於テハ尙ホ分別ノ利益ヲ生スルモノトス(法學博士藤道文藝氏京都法學會雜誌一三卷五號二〇頁本書第七卷民法二四八頁)

【同第三點民法第四六五條ニ所謂「全額ヲ辨濟スヘキ特約ノ意義」ニ關スル異趣旨學說】

一　第四六五條ハ數人ノ保證人アル場合ニ於テ其間ノ關係ヲ定メタルモノナリ蓋シ此場合ニ於テハ(一)或ハ各保證人獨立シテ

横田博士　川名博士　石坂博士　鳩山博士　藤道博士　磯谷學士

保證債務ヲ負フコトアルヘク(二)或ハ其關係ノ連帶ナルコトアルヘク(三)或ハ其關係ノ不可分ナルコトアルヘシ「其關係ノ不可分ナルハ(イ)或ハ主タル債務カ不可分ナルニ依リ(保證債務性質上ノ不可分)(ロ)或ハ各保證人カ全額ヲ辨濟スヘキ特約アルニ依ル(當事者ノ意思ニ依ル不可分)而シテ保證債務モ亦一種ノ債務ニ外ナラサルヲ以テ保證債務カ連帶又ハ不可分ナル場合ニ於テハ其當事者相互ノ關係ニ付キ連帶債務又ハ不可分債務ニ關スル規定ヲ適用スヘキコト言ヲ俟タル所トス是レ本條ニ於テ不可分ノ保證債務ニ付テハ不可分債務ニ關スル第四三〇條ノ規定ニ基キ四四二條乃至四四四條ノ規定(連帶債務者相互ノ關係ニ付テノ規定)ヲ準用スヘキコトヲ定メタル所以ナリ唯其保證債務カ連帶ナル場合ニ付キ明言セサル所以ノモノ敢テ言ヲ俟タサルヲ以テナリ(法學博士岡松參太郎氏民法理由債權二一七頁)

二　同條ニハ保證人間ニ連帶アル場合ニ付キ何等ノ規定ナシト雖モ連帶保證人ニ關シテハ連帶債務ニ關スル規定ハ當然適用セラルヘキモノナレハ特ニ之ヲ規定スルノ必要ナキヲ以テナリ(法學博士横田秀雄氏債權總論七四四頁)

三　此場合ハ保證人カ連帶シテ保證債務ヲ負擔シタル場合ニ於テハ債權者ハ種種ノ組合ヲナシテ保證人ニ對シ請求ヲナスヲ得可ク各保證人カ只全額ヲ辨濟スヘキ特約アル場合ニ於テハ只保證人ノ負擔部分又ハ其全額ヲ請求シ得ルニ過キス故ニ觀念上此場合ハ區別アル也民法モ亦區別ヲ認メテ保證人カ連帶シテ保證債務ヲ負擔セス只全額ノ辨濟ヲナスヘキ特約ノミナシタル場合ニ於テ連帶ニ關スル求償權ノ規定ヲ準用スヘキモノトナシタル也固ヨリ保證人カ連帶債務ヲ負ヒタルトキハ其保證債務ニ付イテハ連帶債務者ナレハ當然連帶ニ關スル規定ノ適用アルコトトナル(法學博士川名兼四郎氏債權法要論四一二頁)

四　各保證人カ全額ヲ辨濟スヘキ特約アル場合ハ保證人カ連帶シテ保證ヲ爲ス場合ナルカ故ニ連帶債務ノ一種ナリ(石坂博士前揭一一三六頁)

五　此場合ニ於ケル全部辨濟ノ特約ハ連帶ノ特約トハ異ルト解スル說アリ然レトモ理由ナキモノト考フ連帶ノ特約ナリト解スレハ此場合ニ附テハ四四二條四四四條ハ準用ニハアラスシテ適用セラレサルヘカラス唯不可分債務ノ場合ヲ加フルカ故ニ準用ト言ヒタルナリ(鳩山博士前揭二八四頁)

六　連帶共同保證ニ於テ各保證人カ主タル債務者ト連帶シテ保證ヲ爲セル場合主タル債務者ト連帶スルコトナク各保證人ノミカ連帶シテ保證ヲ爲セル場合トノ何レタルヲ問ハス其保證人間ノ求償關係ハ當然連帶債務者間ノ求償關係ニ關スル規定ノ適用ヲ受クルモノニシテ民法第四六五條第一項ニ所謂各保證人全額ノ辨濟ヲ爲スヘキ特約アル場合ハ連帶共同保證ノ場合トハ異ナレルモノス(法學博士藤道文藝氏京法一三卷五卷本書第七卷民法二五一頁)

七　民法第四六五條第一項ニハ各保證人カ全額ヲ辨濟スヘキ特約トハ保證人間ニ於ケル特約ヲ指スモノナレハ此場合ノ求償關係ハ連帶債務者間ノ求償關係ノ規定ヲ準用シテ定ムヘキモノトス(同上)

民法第四六五條第一項ニハ各保證人カ全額ヲ辨濟スヘキ特約云々トアリテ各保證人カ連帶ニテ保證ヲ爲シタル場合ヲ規定シタルモノニ非サルヲ以テ本條ハ數名ノ保證人カ若シ借主本人辨濟セサルトキハ直ニ保證人ニ於テ元利金一時ニ皆濟スヘキ旨ヲ契約シタル場合ニ適用セラルヘキモノニシテ保證人間連帶ノ場合ヲ直接規定シタルモノニ非ス(法學士磯谷幸次郎氏債權法

論下卷二六五頁)

【同上ニ關スル民法草案參照條文】

第四六八條ニ數人ノ保證人アル場合ニ於テ其間ニ連帶アルカ主タル債務カ不可分ナルカ又ハ各保證人カ全部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担部分ヲ超ユル額ヲ辨濟シタルトキハ第四百四十三條乃至第四百四十五條ノ規定ヲ準用ス

前項ノ場合ニ非スシテ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四百六十五條ノ規定ヲ準用ス

說旨第一點(二)項及第二點ニ就テハ既ニ吾人ノ論定セシ所ナリ(本書第八卷民法一二五三頁)同第一點(二)項亦其正當ナル多ク疑ヲ容レサルヘシ

民法第四六五第一項ニ所謂「各保證人カ全額ヲ辨濟スヘキ特約アル爲メ」トハ何ヲ意味スルヤ此點ニ關スル我邦學者ノ解釋ハ頗ル區々タリ(一)或者ハ曰ク連帶ノ特約アル場合ヲ意味スルト然レトモ斯ル場合ハ連帶債務ノ一種ニ外ナラサレハ同項ニヨリ特ニ連帶債務ニ關スル規定ノ準用ヲ認ムルノ要アラサルヘシ或ハ曰ハン同項ハ尙ホ他ニ不可分債務ヲ保證シタル場合ヲ包括スルカ故ニ準用ト言ヒタルノミト而モ斯ル姑息ナル辯解ニ吾人ハ滿足スル能ハス若シ眞ニ論者ノ言フカ如クンハ同條第二項ニ於テハ單ニ「前項ノ場合ニ非スシテ保證人ノ一人カ」ト言ヘハ可ナリ何ソ「前項ノ場合ニ非スシテ互ニ連帶セサル保證人……」ト言フノ要アランヤ此見解ニ對スル博士ノ反駁ハ孰レモ正當ナリ(二)或ハ曰ク保證人相互間ニ於ケル內部ノ特約ナリト此見解ニ依レハ數人ノ保證人カ各自債權者ニ對シ主タル債務者ト連帶セル場合ハ所謂全額辨濟ノ特約ニ非サルコト爲リ保證人相互間

ノ求償權ニ關シテ連帶債務ニ關スル規定ノ準用ヲ見サルコトトナルヘシ此派ノ論者ハ斯ル場合ハ保證人相互間ニ於ケル連帶ノ特約アル場合ト同樣連帶債務ニ外ナラスト論スルカ如キモ各保證人カ他ノ保證人ト何等關係ナク債權者ニ對シ各獨立シテ主タル債權者ト連帶シテ保證債務ヲ負擔スヘキコトヲ約シタル場合ヲモ連帶債務ナリト解スルハ吾人ノ首肯シ難キ所ナリ蓋シ何等負擔部分ノ關係ノ存セサル各自カ負擔部分ヲ有スルコトヲ要スルニハ非ス)連帶債務ナルモノハ之ヲ認ムヘカラス且ツ負擔部分ナルモノハ各當事者間ノ關係(主觀的關係)ヨリ生スルモノニシテ各自ノ爲スヘキ給付相互ノ關係(客觀的關係)ヨリ生スルモノニ非ス果シテ然ラハ主タル債務者ト連帶シタル保證人カ數人アル場合ニ於テ各保證人間ニ何等ノ聯絡ナク各自獨立シテ連帶保證債務ヲ負担シタル場合ニ負担部分ノ存在卽チ主觀的關係ノ存在ヲ要件トスル連帶債務ヲ認ムルハ正當ナラサルヘシ

吾人カ此派ノ論者ニ問ハントスルハ何故ニ同條所謂全額辨濟ノ特約ヲ保證人間ノ對內的特約ニノミ限局セサルヘカラサルカニ在リ同條ノ法文ハ此點ニ付キ何等制限スル所ナキカ故ニ對內的特約ニノミ限局セントスルニハ特段ナル理由ナカルヘカラス殊ニ連帶ノ特約ハ對外的特約(權利者ト義務者トノ間ノ特約)ナリト雖モ對外的特約ノ全部ニ非ス此連帶ノ特約以外ノ對外的特約ニ基キ保證人カ全

額ヲ辨濟スヘキ義務ヲ負擔スル場合ハ何故ニ同條第一項ノ適用ヨリ除外セサルヘカラサルカハ吾人ノ疑問ナキ能ハサル所ナリ (三)然ルニ博士ノ見解ハ以上ノモノト其趣ヲ異ニシ所謂全額辨濟ノ特約トハ各保證人カ他ノ保證人ト連帶スルコトナク債務者ニ對シ全額ヲ辨濟スヘキ特約ヲ爲シタル場合保證人及ヒ主タル債務者間ノ連帶共同保證等ヲ意味スルモノト論セラル其意ニシテ若シ對內的ノ特約ハ所謂全額辨濟ノ特約ニ屬セスト言フニ在ランカ吾人ハ對內的特約ヲ除外スル理由ノ存在ヲ疑フ吾人ハ所謂全部辨濟ノ特約トハ其對內的ノモノナルト對外的ノモノナルトヲ問ハス苟クモ特別ノ意思表示ニ基キ保證人カ全額ヲ辨濟スヘキ義務ヲ負擔スル場各ハ總テ之ヲ包合スルモノト(但シ連帶ノ特約ヲ包含セサルハ勿論ナリ)解スヘキニ非サルカヲ疑フ此點ハ尙ホ考究ヲ要スル問題ナルヲ以テ更ニ後日ノ研究ニ待ツヘシ

(四)右ノ點ニ關シテハ更ニ說ヲ爲ス者アリ曰ク同條ニ所謂全額ヲ辨濟スヘキ特約トハ不可分ノ特約ヲ指ス卽チ民法第四六五條第一項ニ「主タル債務カ不可分ナル爲メ」ト言フハ保證債務ノ性質上ノ不可分ニシテ「全額ヲ辨濟スヘキ特約アル爲メ」ト言フハ保證債務ノ當事者ノ意思ニ依ル不可分ニ外ナラスト然レトモ此ノ如キハ法文ノ解釋トシテ餘リニ技巧ヲ弄スルニ過クル憾ミアルノミナラス又理論上ニ於テモ必スシモ確固タル根據アルモノニハ非スト信ス

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爲ノ當事者カ之ニ依ル意思ヲ有セルモノト認ムヘキトキハ其慣習ニ從フ

五一三 當事者カ債務ノ要素ヲ變更スル契約ヲ爲シタルトキハ其債務ハ更改ニ因リテ消滅ス

條件附債務ヲ無條件債務トシ無條件債務ニ條件ヲ附シ又ハ條件ヲ變更スルハ債務ノ要素ヲ變更スルモノト看做ス債務ノ履行ニ代ヘテ爲替手形ヲ發行スル亦同シ

第五一三條第二項ニ「債務ノ履行ニ代ヘテ」ト謂フハ本來ノ履行ヲ爲スコトニ代ヘテ之ヲ爲スノ謂ナルヲ以テ本來ノ履行ヲ爲ササルヘキ意思ノ表示アル場合ニ限ルヘク履行ノ方法トシテ之ヲ爲ス場合ハ之ヲ包含スルモノニ非ス」

乙ニ對シテ債權ヲ有スル甲カ乙ヲ支拂人トシ丙ヲ受取人トシテ爲シタル爲替手形ノ振出及ヒ引受ヲモ舊債務ノ履行ノ爲メニスルモノト言フヲ妨ケサルモノトス」

【被評判例】 爲替手形カ舊債務ノ履行ニ代ヘテ振出サレタルヤ履行ノ爲メニ振出サレタルヤ將又代物辨濟トシテ發行交付セラレタルヤハ當事者ノ意思表示ノ解釋ニ依リ定ムヘキ事實問題ニ屬シ爲替手形ノ振出ヲ以テ常ニ更改契約ニ基クモノナリト謂フヲ得ス

大審院大正八年一一月二八日第一民事部判決第八卷民法一四四八頁

本判決ハ余カ雙手カ擧ケテ贊成スル所也第五一三條第二項ニハ「債務ノ履行ニ代ヘテ爲替手形ヲ發行スル亦同シ」ト規定ス其「亦同シ」ト謂フハ「債務ノ要素ヲ變更スルモノト看做ス」ト謂フニ外ナラサルコト同項前段ト比照シテ疑ヲ容レサル所ナリ而シテ「看做ス」ト謂ヘルカ故ニ當事者ノ意思解釋ヲ容ルルノ余地ナク常ニ更改ト爲ルモノト解スルコト寧ロ多數說ナルカ如シ然レトモ「看做ス」ト規定セラレタル法文ヲ解釋スルニ付テモ「何カ」看做サレタルカヲ明ニ定メサルヘカラス本條ニ於テ債務ノ要

案ヲ變更シタルモノト看做サレタル事實ハ汎ク既存債務ニ關聯シテ爲替手形ヲ發行シタリトイフ事實ニハ非スシテ既存債務ノ履行ニ代ヘテ爲替手形ヲ發行シタルノ事實ナリ故ニ既存債務アル場合ニ爲替手形ヲ發行スルモ其履行ニ代ヘテ之ヲ發行シタルニアラサルトキハ直チニ第五一三條第二項ヲ適用スヘカラス第五一三條第二項ニ「債務ノ履行ニ代ヘテ」ト謂フハ本來ノ履行ニ代ヘテ之ヲ爲スコトニ代ヘテ之ヲ爲スノ謂ナルヲ以テ本來ノ履行ヲ爲ササルヘキ意思ノ表示アル場合ニ限ルヘク履行ノ方法トシテ之ヲ爲ス場合ハ之ヲ包含スルモノニアラス而シテ履行ニ代ヘテ爲サレタリヤ履行ノ爲メニナサレタリヤハ當事者ノ意思ニ基キテ之ヲ解釋スルノ外ナキカ故ニ事實問題トシテ先ツ履行ニ代ヘテ爲サレタリヤヲ決定シ其履行ニ代ヘテ爲サレタリト云フ事實ノ決定セラレテ後初メテ第五一三條第二項ニ依リテ更改タルコトヲ決定スヘキナリ履行ノ爲メニ爲替モ形ノ發行セラレタル場合ニハ債權者ハ先ツ其手形上ノ義務權行使スヘキモ其手形上ノ權利ヲ行使スルコトヲ得サルトキハ舊債權ニ戻リテ之ヲ行使スルコトヲ得ルモノトス此事ハ本件ノ如ク手形上ノ債權者ト舊債權者ト其人ヲ異ニスル場合ニ於テモ其理ヲ異ニスルコトナク手形上ノ權利カ其目的ヲ達セサル場合ニハ舊債權者ハ其債權ヲ行使スルコトヲ得サルヘカラス

手形債務ノ受取人カ舊債權者ナリヤ否ヤハ手形行爲ニ因リテ舊債權カ消滅スルヤ否ヤノ問題トハ何等ノ關係ヲ有スルモノニアラス蓋シ爲替手形發行ニ因リテ舊債權カ消滅スルヤ否ヤハ當事者ノ意思ニ依リテ決定スヘク即チ當事者カ手形發行ノミニ依リテ舊債務關係ヲ一掃スルノ意思ヲ有スルカ或ハ手形債務ノ辨濟ニ依リテ初メテ債務關係ヲ消滅セシムルノ意思ヲ有スルカニ依リテ決定スヘキモノニシテ此點ヨリ言ヘハ手形ノ受取人丙ニ對シテ手形上ノ債務ヲ辨濟シタルトキハ舊債權者モ亦之ニ依リテ其債權ヲ實行シタルト同一ノ利益ヲ受クヘタ即チ舊債權者及ヒ受取人間ニ存スル原因關係ハ

林博士
岡松博士
水口吉藏

之ニ因リテ消滅スヘキカ故ニ此ノ如キ爲替手形ノ振出及ヒ引受モ舊債務ノ履行ノ爲メニスルモノト言フヲ妨ケサルナリ(法學博士塩山秀夫氏法學協會雜誌第三八卷第八號七五頁「既存債務ニ付キ爲替手形振出ノ效果」要領)

既存債務ニ付キ爲替手形ノ振出サレタル場合ニ當事者ノ意見ノ不明ニシテ其目的ノ執レナルヤヲ知ルコト能ハサル場合ニハ之ヲ原因債務支拂ノ擔保ノ爲メニ振出サレタルモノト認ムヘキモノトス」

既存債務ニ付キ爲替手形カ振出サル場合ニ於ケル當事者ノ意見ノ不明ニシテ目的ノ執レナルカヲ知ルコト能ハサル場合ニ如何ニ之ヲ解スヘキヤ支拂ニ代ヘタルモノト認ムルト支拂ノ爲メニレタルモノト認ムルトハ前者ノ場合ハ原因債務ヲ消滅セシメ後者ノ場合ハ債務者ヲシテ特種ノ義務ヲ負擔セシムルヲ以テ共ニ特ニ斯ル目的ヲ以テ爲サレタルモノト認ムヘキ明示又ハ默示ノ意思表示ノ下ニ初メテ之ヲ肯認シ得ヘキモノナレハ之ヲ認メ得サル場合ニハ同一債務ノ爲メニ他ニ新ナル其目的ヲ同シウスル請求權ヲ附與シテ債權者ノ債權ヲ擔保スルモノト爲スコトカ當事者間ニ更ニ手形ヲ振出スニ至リタル意思ニ合致スヘキヲ以テ意見ノ不明ナル場合ハ之ヲ原因債務支拂ノ擔保ノ爲メニ振出サレタルモノト認ムルヲ以テ最モ當ヲ得タルモノト爲スヘシ(トクトルユリス水口吉藏氏國家及ヒ國家學第八卷第四號八五頁「既存債務ト爲替手形ノ振出ノ關係」要領)

【第五一三條第二項ニ所謂「債務ノ發行ニ代ヘテ」ノ意義ニ關スル學說】

一 小切手ハ其性質甚タ爲替手形ニ類スル所アリト雖モ小切手ハ當事者ノ意思ニ於テ金錢支拂ノ方法トシテ之レヲ利用スルコト最モ多キカ故ニ之ヲ更改トセサルヲ以テ當事者ノ意思ニ適シ從テ實際ニ便ナルモノトスヘキノミ是レ……小切手ノ場合ニハ更改ナキモノトシタル所以ナリ(法學博士梅謙次郎氏民法要義三五七頁)

二 第五一三條第二項ノ適用ハ爲替手形ノミニ限ル約束手形及小切手ヲ含マス……小切手ハ通常當事者ノ意思ニ於テ金錢支拂ノ方法トシテ之ヲ利用スルコト最モ多キカ故ニ之ヲ更改トセサルヲ以テ當事者ノ意思ニ適シ從テ實際上ニ便ナルモノトナスヘ

ラレハナリ（法學博士岡松參太郎氏民法理由債權三四〇頁）

三　小切手ハ當事者間ニ於テ履行ノ方法トシテ之ヲ振出スヲ通常ト爲ス故ニ之ヲ更改ト爲サス（法學博士平沼騏一郎氏債權法總則早大講三三八頁）

四　債務ノ履行ニ代ヘテ爲替手形ヲ發行スレハ債務ノ要素ヲ變更スルモノト看做サルルモノトス是レ第五一三條第二項後段ニ規定スル所ナリ……之ニ反シテ約束手形ノ發行ハ……所謂債務ノ更改ナク支拂ノ方法タルニ過キサルモノトス小切手ノ振出モ亦支拂ノ方法タルニ過キサルモノトス小切手ノ振出モ亦支拂ノ方法トシテ利用セラレ振出人ハ結局銀行ヲシテ自己ノ預金ヲ以テ債權者ニ支拂ヲ爲サシムルモノニシテ當事者ヲ變更スルモノニアラス故ニ此等手形ノ振出ハ何レモ債務ノ要素ヲ變更シタルモノニアラサルヲ以テ舊債權消滅シテ手形債權新ニ發生シタルモノニアラサルヤ明カナリ（法學博士横田秀雄氏債權總論九七六頁）

五　第五一三條ハ債務ノ履行ニ代ヘテ爲替手形ヲ發行スルモ亦更改契約ナリトスルカ如シト雖モ同條ハ舊債務ノ消滅ト關係シテ爲替手形ヲ振出シタル場合ニ於テハ當事者ハ舊債務ヲ消滅セシメ新債務ヲ發生セシメントスル意思ヲ有スルモノト解釋シタルナリ……此ノ如キ場合ニ於テハ代物辨濟ノ存スルコト常ナル可シ或ハ又辨濟ノ爲メニ手形ヲ振出ス事アル可シ二ノ場合ニ於テハ舊債權ト手形上ノ債權トハ併存シ新債權ノ辨濟ヲ受ケタル時ニ於テ舊債權ハ消滅スヘシ（法學博士川名兼四郎氏債權法要論五七〇頁五七一頁）

六　債務履行ノ方法トシテ手形ノ振出又ハ裏書ヲ爲スノ行爲ハ之ニ依リテ全然本來ノ債務ヲ消滅セシムルモノニ非ス唯其支拂ノ便宜ニ供シ若クハ其支拂ヲ確保スルカ爲メニ新ニ手形債務ヲ負擔シタルニ過キサルヲ以テ更改ニ非ス從テ新舊二個ノ債務ハ併立シ手形債務ヲ辨濟スルニ依リテ初メテ本來ノ債務ハ消滅ニ歸スルモノトス（法學博士磯谷幸次郎氏債權法論總論下卷六五五頁）

川名博士

鳩山博士論旨第一點ノ正當ナルヤ言議ヲ要セス同第二點亦大體ニ於テ其妥當ナルヲ信ス水ロドクトルノ論旨ハ事案ニ於ケル意思解釋ノ標準ヲ示セルモノトセハ多ク不可ナカランモ意思解釋ノ不能ナリト決定サレタルコトヲ前提トシテ其法規ノ適用ヲ示セルモノトセハ尚ホ考慮ノ餘地存スヘシ

磯谷學士

（二五六）

權利ハ一時的其主體ヲ失フモ將來歸屬者カ發生スヘキ狀態ニ於テ存在シ絶對ニ歸屬者ヲ原素トスルモノニ非ス」

長島學士

無主ノ權利ノ存在ハ法律關係ヲ不明瞭ナラシムルノ虞アリ且此種ノ權利ノ實行ニ付キテハ特別ノ手續ヲ定ムル必要アルカ故ニ無主ノ權利ハ法律ノ明文ナキ限リ當事者ノ合意ヲ以テスルモ之ヲ設定スルコトヲ得サルモノトス」

【解説】絶對ニ歸屬者ナキ權利アリヤハ疑問ナリトスルモ少クトモ權利ハ一時的ニ其主體ヲ失フモ消滅ニ歸スルモノニ非サルコト換言スレハ將來歸屬者カ發生スヘキ狀態ニ於テ權利ノ存在スヘキコトハ殆ント疑ナシ以下權利ノ本質ニ鑑ミ此意義ニ於テ權利ハ主體ヲ要素トスルモノニ非サルノ理ヲ説明スヘシ

(一)　法律ハ人類共同生活ノ秩序ヲ維持スル目的ヲ達スル爲メ共同團體ノ各分子ニ付キ其各分子カ生活資料ノ上ニ有スル支配力ノ限界ヲ確定シ以テ慾望ノ衝突ニ因ル秩序ノ壞敗ヲ防止ス此如クシテ法律ニ依リ認メラレタル支配力卽權利ナリトス法律ハ現存スル分子ノ生活資料ノ上ニ於ケル支配力ヲ保護スルコトノミニヨリテハ未タ充分ニ共同生活ノ秩序ヲ維持スルコトヲ得ルモノニ非ス將來生スルコトアルヘキ分子ノ爲メニモ亦當該支配力ヲ保護スルコトニヨリ初メテ遺憾ナク共同生活ノ秩序ヲ維持スルコトヲ得ヘキモノトス例ヘハ法定ノ推定家督相續人ナキ戸主死亡シ相續人未タ選定セラレサル場合ニ其相續財産ニ屬スル權利ニハ一時其主體ヲ缺クニ至ルモノト云フヘク而モ此場合ニ於テ法律ハ將來相續人ト爲ルヘキモノノ爲メニ當該ノ權利ヲ保護シ相續人カ生シタル場合ニ於テ發生スルコトアルヘキ慾望ノ衝突ヲ未然ニ防止スルモノトス

(二)　或ハ前示設例ニ於ケルカ如ク法定ノ推定家督相續人ナキ戸主死亡シ相續人未タ選定セラレサル場合ニハ被相續人ノ權利ハ相續人カ選定セラレタルトキニ蘇生スヘキ狀態ニ於テ消滅スルモノナリト解スル學説アレトモ此説明ハ民法第一〇二一條ノ

法意ニ副ハサルモノトス同條ハ既ニ相續人アリテ其者カ未タ相續ノ承認乃至ハ拋棄ヲ爲ササル場合ニ適用アルノミナラス前示設例ノ如ク相續人未タ定マラサル場合ニモ類推的ニ準用アルモノト解スヘク同條第三項ニ依ルトキハ裁判所ハ此場合ニ管理人ヲ選任スルコトヲ得ヘキカ故ニ而モ其管理人ハ民法第二七條乃至第二九條ニ依リ相續財産ニ屬スル權利ヲ行使シ得ルモノト解セサルヘカラス

(三) 前示設例ノ場合ニ相續人カ選定セラレタル後ニ至リテ事後ノ法律關係ヲ見レハ被相續人死亡後相續人選定迄ノ間ニ於ケル權利主體ノ空隙ハ補塡セラレ此間無主ノ權利ヲ發見スルコト能ハサルヘキモ相續人カ未タ選定セラレサル以前ニ於テ當該ノ法律關係ヲ見ルトキハ相續財産ニ屬スル權利ハ現在ノ歸屬者ヲ有セサルモノト解スルノ外ナキナリ此點ハ被相續人死亡ノ際行衞不明ナリシ法定ノ推定家督相續人ノ所在カ數ケ月後ニ至リ判明シ其者カ相續ヲ爲シタル場合ト大ニ其趣ヲ異ニス

(四) 以上ノ說明ニ依リ明ナル如ク權利ハ獨リ現在ノ主體ノ爲メニノミ存スルモノニ非スシテ將來發生スヘキ主體ノ爲メニモ存スルモノトス唯無主ノ權利ノ存在ハ法律關係ヲ不明瞭ナラシムルノ虞アリ且ツ此種ノ權利ノ實行ニ付キテハ特別ノ手續ヲ定ムル必要アルカ故ニ無主ノ權利ハ已ムヲ得サル場合ヲ除クノ外猥リニ之ヲ認ムヘカラサルナリ此種ノ權利ハ法律ノ明文ナキ限リ當事者ノ合意ヲ以テスルモ之ヲ設定スルコトヲ得ス(法學博士長島毅氏法學新報第三〇卷第九號八九頁「主體ナキ權利」要領)

【無主體權利ノ存否ニ關スル參照學說】

岡松博士

一 權利ハ法律カ附與スル法律上ノ力則許容ナルカ故ニ何モノカ此力ヲ受ケ許容ノ物體タルモノアルヲ必要トス從テ權利ノ存在ニハ現ニ其權利ノ歸屬スル主體アルヲ原則トス然レトモ權利ノ觀念ヨリ云ヘハ權利ノ存在ニハ必シモ現ニ其力ヲ有シ其許容ノ屬スルモノアルコトヲ要セス其力ヲ受クヘク其許容ノ屬スヘキモノアルヲ以テ足ル從テ法律上或ル場合ニハ現ニ權利ノ歸屬スル主體ナクシテ權利ノ存在スルコトアルヲ見ル例ヘハ相續開始シ相續人タルヘキ者カ懷胎中ナル場合(民九六六八)又ハ失踪者カ未タ失踪ノ宣告ヲ受ケス然カモ實際死亡シ居ル場合等ノ如シ(法學博士岡松參太郎氏富井先生還曆祝賀法律論文集五三七頁)

二 私權ニハ主體ヲ必要トス主體ナキ權利ハ之ヲ想像スルコト能ハス或ハ相續人タルヘキ者カ未タ出生セサル場合ノ如ク只一時權利ノ主體タルヘキ者ノ現存セサルコトナキニアラスト雖モ是レ近世法カ其必要上權利ニ多少ノ客觀的存在ヲ認ムルヨリシテ生スル變態ニシテ之カ爲メニ私權ハ私體ナクシテ存在スルヲ得トハ云フ能ハス(同上民法總則二一頁)

仁井田博士

三 權利ハモ體ナクシテ存在スルコトヲ得ス權利存在スレハ當然享有者アルコトヲ意味ス或ハ主體ナキ權利アルコトヲ主張シ相續財産ヲ以テ其適例ト爲ス然ルニ我國ニ於テハ民法第一五一條ノ規定ニ依リ相續人アルコト分明ナラサルトキハ相續財産法人ト爲スヲ以テ主體ノ缺如セル財産權ヲ存スル場合アルコトナシ(法學博士平沼騏一郎氏民法總論一一七頁)

四 權利ハ吾人ノ有スル法律上ノ力ナリ故ニ權利ハ其性質上之ヲ有スル者即チ其主體ナクシテ存在スルコトヲ得サルモノトス然シナカラ法律カ例外トシテ主體ナキ私權ノ存在ヲ認ムルコトアリ胎兒カ相續權ヲ有スルコトヲ得ルカ如キ是レナリ(法學博士仁井田益太郎氏民法總論大正四年度中大講義五四頁)

五 權利ヲ主體アル權利ト主體ナキ權利トニ分類スルコトニ贊セス權利ハ或行爲ヲ爲スコトヲ許ササルコトニ存ス故ニ其許ササル主乃チ主體アルコトヲ要スルカ如キナリ尤モ主體ナキ權利ヲ認ムルノ必要アルカ如キ場合ナキニアラス(1)吾民法上家督相續ノ開始後ニ於テ相續人ナキ場合ヲ生ス(九八二、九八五)故ニ相續人カ選定セラルルマテノ間ニ於テハ被相續人ニ屬セシ權利義務ハ何人ニモ屬セスシテ存在スルノ觀アリ然シ此場合ニ於テモ此等ノ權利義務ハ選定セラルヘキ相續人ニ付キテ蘇生スヘキ傾向ニ於テ消滅スルモノト見サルヘカラス(2)胎兒カ權利ヲ有スルカ如キ場合アリ胎兒ハ損害賠償ノ請求ニ付キテハ既ニ生レタルモノト看做サル(七二一)故ニ胎兒カ此請求權ノ主タルカ如シ(胎兒ハ權利主體タルニ適セサルヲ以テ其請求權ハ主體ナクシテ存スルカ如ク見ユ然シナカラ此場合ニ於テモ唯賠償ノ請求權カ發生ス)故ニ請求權カ主體ナクシテ存スルノ餘地ナキモノト云フヘシ相續ニ付キテ胎兒カ生シタルモノト看做サルル場合(九六八、九九三)此場合ニ於テモ胎兒ハ現實ニ相續人ト爲ルニアラス相續人ト爲ルノ準備初マリ之カ爲メニ他人カ相續人ト爲ルコトヲ得サルノミ胎兒カ生キテ生レタルトキニ於テ相續人ト爲ルヘキモノトス其時マテハ被相續人ニ屬セシ權利義務ハ相續人ニ於テ蘇生スヘキ傾向ヲ爲シテ消滅ス只此法律上ノ傾向カ殘存スルモノトス(3)無記名證券ノ所有權カ其證券ノ所有權ヲ拋棄シ未タ其所有者ナキ場合ニ於テ其證書上ノ權利ハ何人ニモ屬セシテ存在スルノ觀アリ然シ此場合ニ於テモ權利ハ存立セス只其證書ノ所有者ニ於テ蘇生スヘキ法律上ノ傾向カ殘存スルノミ要之主體ナキ權利ハ之ヲ認ムルコト能ハス(法學博士川名兼四郎氏日本民法總論二七頁)

松本博士

六 主體ナキ權利ハ存在スルヤ權利ヲ以テ法律ノ與ヘタル力トスレハ其力主體ヲ離シテ之ヲ觀念スル事ヲ得ヘカラス例ハ相續人缺ノ場合ニ於ケル相續財産ノ如キモ我民法ハ其主體タル法人ヲ認ム(一〇五一條)此規定ハ立法上ハ余之ヲ不可トスト雖モ民法カ主體ナキノ權利ヲ認メサルノ趣旨ヲ知ルノ一證トスヘシ又我民法カ特定ノ權利ニ付テ胎兒ヲ既ニ生レタルモノト看做スヘシ(七二一條七二一條九六八條一〇六五條)亦相續財産ヲ法人トスルト同樣ノ擬制ニシテ主體ナキノ權利ヲ認メサルノ趣旨タリ又之主體ナキ權利ハ之ヲ認ムルコト能ハス(法學博士川名兼四郎氏日本民法總論二七頁)

中島博士

七 我國ノ相續法ニ於テハ被相續人ニ屬セシ一切ノ權利義務ハ相續ノ開始ニヨリ法律上當然相續人ニ移轉ス敢テ相續人ノ承認前權利者カ拋棄シテ他人カ先占ニ因リテ之ヲ取得セサル間ノ無記名證券ノ如キモ之ヲ以テ無主ノ權利カ存在スルノ證蹟トスヘカラス(八六條三項二三九條)此場合ニハ權利ハ存在スルコトナク只權利ノ發生ノ起因タルヘキ貨物ノ拘束ノ存在アルノミ之ヲ要スルニ權利ハ其主體ナクシテ存在スルコトナモノト解スルヲ正當トス(法學博士松本烝治氏人法人及物五〇頁)

岡松博士
鈴木學士
遠藤氏

ヲ必要トセサルナリ故ニ苟モ相續人カ客觀的ニ存在スル以上ハ假令シ其所在不明ナリトスルモ甲乙何レカ相續人ナルヤニ付キ主觀的不明ニシテ爭存スルモ新ナル權利主體ハ其時ニ於テ當然決定セラルヘシ又客觀的ニ相續人カ存在セサルコト確實ナルトキハ相續財產ハ國庫ニ歸屬スヘシ（民一〇五九）是レ又相續財產カ主體ヲ缺ク場合ニハ非サルナリ第一〇五一條以下ニ於テ相續人アルコト分明ナラサルトキト云フハ客觀的ニハ相續人カ存在スルト否トヲ問ハス主觀的ニ不確定ナル場合ナリ換言スレハ相續人ノ存在セサルコトノ確定セル場合ハ包含セラレス不確定ノ場合ヲ指スモノナリ而シテ此場合ニハ財產管理ノ便宜上之ヲ法人トナシ管理人ヲ置イテ財產ヲ管理セシムルモノナリ此ノ故ニ我民法上ハ相續財產カ其主體ヲ缺ク場合ヲ生セサルナリ法典ハ相續人ノ缺ヲ題セルハ恐クハ正シカラス宜シク相續人ノ不確定ト題スヘカリシナリ（法學博士中島玉吉氏土方教授在職二十五年紀念私法論集二〇〇頁）

八　元來主體ナキ權利ハ法律上存在スルヲ得ス蓋シ主體ナキ權利ハ人類ノ利益保護ノ手段タルコトヲ得サルヲ以テ權利ノ觀念ニ反ス（法學博士松岡義正氏民法論綴則一三一頁）

九　所謂主體ナキ權利ナルモノ法律上存在スルヲ得ルカ此問題ハ法學者間ノ一大問題ナリ余輩ハ國ニ依リ法律上主體ナキ權利ヲ認メタルモノアリト信ス例ヘハ羅馬法ノ如キハ其一例ナルヘシ尙ホ我民法ニ於テモ主體ナキ權利ヲ想像スルコトヲ得サルニアラス例ヘハ或人カ既ニ死亡シ未タ相續人定マラサル場合ノ如シ（法學士鈴木英太郎氏民法總則論一二一頁）

一〇　主體ナキ權利ハ存在スルカヴキンドシヤイド及ヒレーゲルス（ルゲル等ハ之ヲ肯定スレトモ通說ニ非ス余ハ權利主體ノ不明ナル場合ハ之ヲ認メ得レトモ全然主體ノ欠缺セル場合ニハ權利自體モ存在スルヲ得サルモノト解ス（民一〇五一條一〇五一條九六八條九九三條一〇六五條）他人カ拋棄シテ未タ先占ニ依リテ何人ニモ取得セラレサル間ノ無記名債權ヲ主體ナキ權利ト解ス可カラス無記名債權ハ此場合ニハ無主ノ動產トシテ存在スルニ過キサルナリ（早稻田大學教授遊佐慶夫氏民法概論第一卷總則論二五四）

主體ナキ權利ヲ認メ得ルヤ否ヤノ問題ハ權利ノ本質上主體ヲ必要トスルヤ否ヤニアリ權利ナル法律上ノ概念ヲ構成スル本質的屬性ヲ擧ケテ法學者ハ（イ）利益（ロ）意思（ハ）意思力ナトヲ數フ然シ乍ラ其ノ中ニ主體ノ存在ヲ當然前提シ密接不可分ナル關係存在スルコトヲ是認セサルヘカラサルヤカ當面ノ問題トナルナリ此問題ヲ決スルニ當リテモ人各〻立脚點ヲ異ニスルヲ以テ結論ニモ多少差異アルヘシ法理哲學的ニ攻究スルト現實法規ヲ對象トシテ論議スルトハ自ラ態度ヲ異ニス

ルヲ要ス若シ研究ノ標的カ前者ニアリトセハ區々タル現實法規ニ捉ヘラルルコトナク最モ普遍的ニ妥當性ヲ發見スル樣努ムヘシ後者ニアリトセハ特定現實法規ニ付キ些細ニ實驗的認識方法ヲ採ルヘク今吾人カ茲ニ問題トセントスルトコロハ少クトモ我現行方法ノ中ニ於テ諸種ノ法規ヲ綜合シテ無主體權利アリヤヲ考察セントスルニ在リ法理哲學上然リト云フカ如キ先入ノ觀念ニ左右セラルルコトナク此ノ焦點ヲ衝ケハ可ナリ而シテ現實的法規ニ得タル權利觀念ト法理哲學的ニ考究セラレタル權利關係ノ屬性ニ本質的差異ヲ來ストスルモ決シテアヤシムヲ要セス立法ノ欠點ヲツキ乃至解釋ノ方法ヲ以テ價値的ニ是非スレハ可ナリ純正ナル理論ヲ以テスレハ權利ノ讓渡ト云ヒ權利ノ消滅ト云フヲ以テ取得變更消滅スル客觀的ノ權利ノ存在ヲ主體以外ニ豫定シ得ラレサルニ非ラス然シ乍ラ果シテ客觀的ノ權利存在アルカハ純理上ノ問題ニ非サルヲ以テ現實法規ヲ見テ解釋上根據アリヤヲ決スヘシ我民法ニ付キテ見ルニ學者ノ最モ疑問トスルハ相續人不明ノ場合ニ於ケル相續財產ト主體ノ知レサル無記名債權ナリトス然リト雖モ吾人ハ一派ノ學者ト共ニ吾民法ハ主體ナキ權利ヲ認メサルコトノ立法者ノ努力ヲ窺ヒ得ルノミナラス（例ヘハ失踪宣告制度ヲ設ケ不確定ナル權利關係ヲ確定セシメ相續人曠欠ノ場合相續財產ヲ法人ト看做スカ如シ）占有權所有權ノ侵害アリテ權利ノ回復保存損害賠償等ノ認メラルル場合ニ於テ顯者ナルモノアリ

凡ソ私權ノ侵害ト云ヒ私權ノ保護ト云フカ如キ場合ニ法律利益カ特定人ト歸屬關係アルコトヲ以テ權利ノ本體ト爲スニ非サレハ解スルヲ得サルカ如シ蓋シ權利主體ニ歸屬セル法律利益ニ非サレハ侵害ト云ヒ回復保存賠償ト云フカ如キ對人的法律關係ヲ生スルコトナケレハナリ又假令一歩ヲ讓リ極メテ僅少ノ場合ニ我民法カ無主體權利ヲ認メタリトスルモ尙此ヲ以テ我民法上ノ大原則トシテ推スコトハ統一解釋ノ當ヲ得タルモノニアラス況ンヤ未タ一モ我民法上無主體權利ヲ認メタリトノ形跡ナキニ於テオヤ從テ權利觀念ノ構成上主體ヲ包容シテ解スル不都合アルヲ見ス論旨第一點ニ於テ學士ハ權利ハ絶對ニ歸屬者ヲ必要トセストシ一時的ニ歸屬者ヲ失フモ將來歸屬者ヲ發生シ得ヘキ狀態ニ於テ權利ノ存在ヲ認メ得ヘシト爲ス其趣旨ハ我民法ニ於テ普通ノ權利觀念上主體ヲ必要トセストノ原則ヲ置カルルニ非ス極メテ例外ノ場合卽チ相續人不明ノ場合一時權利カ主體トノ歸屬關係ヲ離ルルコトアリト言フニ過キス然カモ此ノ場合ハ吾人ノ考フル所ニヨレハ假想的狀態相續人出現スレハ遡及シテ權利ヲ繼承スルヲ以テナルヲ以テ必スシモ學士ト意嚮ヲ異ニセサルモノト思推ス若シ夫レ論旨第二ノ如ク無主ノ權利ノ設定行爲ヲ認メラレサルハ當然ナリ無主ノ權利ナル語ソレ自體普通ノ觀念ニ反シ斯ル事態ヲ惹起スル法律的行爲モ理論上實際上想像スルコト固難ナリトス

法學會決議

穂積博士

一〇四　委任ニ因リ代理人ハ本人ノ許諾ヲ得タルトキ又ハ已ムコトヲ得サル事由アルトキニ非サレハ復代理人ヲ選任スルコトヲ得ス

一〇六　法定代理人ハ其責任ヲ以テ復代理人ヲ選任スルコトヲ得但已ムコトヲ得サル事由アリタルトキハ前條第一項ニ定メタル責任ヲ負フ

一〇七　復代理人ハ其權限內ノ行爲ニ付キ本人ヲ代表ス

復代理人ハ本人及ヒ第三者ニ對シテ代理人ト同一ノ權利義務ヲ有ス

復代理人ハ更ニ復代理人ヲ選任スル事ヲ得サルモノトス」

復代理人ハ代理人カ民法ノ規定(第一〇四條)ニ基キ本人ノ許諾ヲ得若クハ已ムコトヲ得サル事由アルトキニ限リ本人ノ代理人トシテ之ヲ選任シタル者ニシテ代理人カ本人ヲ代理スル權限ノ範圍內ニ於テ本人ニ代ハリ選任シタル代理人ヲ謂フモノニ非ザルヲ以テ右本代理人ノ權限ヲ有セサル復代理人ハ更ニ復代理人ヲ選任スルヲ得サルモノト謂ハサル・ヘカラス(法學會決議法曹記事第三〇卷第九號五五頁「復代理人選任ニ關スル件」要領)

【同趣旨學說】

復代理人ハ更ニ復代理人ヲ選任スルコトヲ得サルモノトス(法學博士穂積重遠氏法學新報第二九卷八號七〇頁本書第八卷民法一〇四五頁)

吾人曾ヲ贊意ヲ表セリ(本書第八卷民法一〇四六頁以下)

九〇　公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行爲ハ無效トス

一三五第一項　法律行爲ニ始期ヲ付シタルトキハ其法律行爲ノ履行ハ期限ノ到來スルマテ之ヲ請求スルコトヲ得ス

五五六　賣買一方ノ豫約ハ相手方カ賣買ヲ完結スル意思ヲ表示シタル時ヨリ賣買ノ效力ヲ生ス

前項ノ意思表示ニ付キ期間ヲ定メサリシトキハ豫約者ハ相當ノ期間ヲ定メ其期間內ニ賣買ヲ完結スルヤ否ヤヲ確答スヘキ旨ヲ相手方ニ催告スルコトヲ得若シ相手方カ其期間內ニ確答ヲ爲サヽルトキハ豫約ハ其效力ヲ失フ

大審院判決

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

五八〇 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

買戻ニ付キ期間ヲ定メタルトキハ後日之ヲ伸張スルコトヲ得ス

買戻ニ付キ期間ヲ定メサリシトキハ五年内ニ之ヲ爲スコトヲ要ス

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

再賣買ノ豫約ト買戻ノ特約トハ其成立條件ヲ異ニスルノミナラス效力ニ於テモ異ナルヲ以テ縱令兩者ノ經濟上ニ及ホス影響力同一ノ現象ヲ呈スルコトアリト雖モ之カ爲メニ買戻ノ特約ニ關スル規定ヲ當然再賣買ノ豫約ニ適用スルコトヲ得ルモノニアラス從テ買戻ノ期間ヲ制限シタル民法ノ規定ハ特別ノ明文ナキ限リ之ヲ再賣買ノ豫約ニ適用スルコトヲ得サルモノトス」

如上ノ法則ハ民法施行前ニ於ケル法令慣習モ亦民法規定ノ趣旨ト異ルコトナシト解スルヲ相當トス而シテ民法施行前ニ於ケル法令慣習ニシテ買戻期間ノ最長期ヲ三〇年ト定メタルモノナク又再賣買ノ豫約ニハ始期ヲ附シ得サルコトヲ定メタルモノ存在セサルヲ以テ再賣買ノ豫約ハ當事者カ之ニ始期ヲ附シタル場合ニ於テモ始期ノ效力ナク豫約締結ノ時ヨリ起算シテ買戻權ノ行使ト同シク三〇年内ニ賣買完結ノ意思表示ヲ爲スヿヲ必要トスルモノト謂フヲ得サルモノトス」

再賣買ノ豫約ハ始期ハ民法施行ノ前後ヲ問ハス有效ニシテ民法施行前ニ當事者カ始期ヲ付シテ再賣買ノ豫約ヲ爲シ其始形カ民法施行後

ニ到來ス可キ場合ニ於テモ當事者ハ民法權行後一〇年内ニ賣買完結ノ意思表示ヲ爲スコトヲ要セスシテ當事者ノ定メタル始期ノ到來後ニ於テ之ヲ爲シ得ルモノトス」

再賣買ノ豫約ノ目的物ノ價格カ經濟事情ノ變更ニ因リ激變シ豫約當時ノ價格ニ比シ格外ニ騰貴シタル事實アリト雖モ契約當事者ハ當初ノ約旨ニ從ヒ契約ヲ履行スヘキ義務アルモノニシテ價格ノ激變ヲ以テ其履行ヲ拒否スル事情ト爲スヲ得サルモノトス」

案スルニ再賣買ノ豫約ト買戻ノ特約トハ其成立條件ヲ異ニスルノミナラス效力ニ於テモ異ナルヲ以テ縱令兩者ノ經濟上ニ及ホス影響カ同一ノ現象ヲ呈スルコトアリト雖モ之カ爲メニ買戻ノ特約ニ關スル規定ヲ當然再賣買ノ豫約ニ適用スルコトヲ得ルモノニアラス從テ買戻ノ期間ヲ制限シタル民法ノ規定ハ特別ノ明文ナキ限リ之ヲ再賣買ノ豫約ニ適用スルコトヲ得ス是レ民法ノ規定スル所ナレトモ民法施行前ニ於ケル法令慣習モ亦民法規定ノ趣旨ト異ナル所ナシト解スルヲ相當トス而シテ民法施行前ニ於ケル法令慣習ニシテ買戻期間ノ最長期ヲ三十年ト定メタルモノ又再賣買ノ豫約ニハ始期ヲ附シ得サルコトヲ定メタルモノ在セサルヲ以テ原判示ノ如ク再賣買ノ豫約ハ當事者カ之ニ始期ヲ附シタル場合ニ於テモ始期ノ效力ナク豫約締結ノ時ヨリ起算シテ買戻權ノ行使ト同シク三十年内ニ賣買完結ノ意思表示ヲナスコトヲ必要トスルモノト謂フヲ得サルノミナラス再賣買ノ豫約ニ始期ヲ附シタルトキハ始期ハ民法施行ノ前後ヲ問ハス有效ニシテ民法施行前ニ當事者カ始期ヲ附シテ再賣買ノ豫約ヲ爲シ其始期ヲ民法施行後ニ到來ス可キ場合ニ於テモ當事者ハ原判決ノ如ク民法施行後十年内ニ賣買完結ノ意思表示ヲ爲スコトヲ要セスシテ當事者ノ定メタル始期

ノ到來後ニ於テ之ヲ爲シ得ルモノトス從テ本件ノ再賣買豫約ニ附シタル始期ハ無效ナル旨ノ原判決ノ說明ハ失當ナリ又再賣買豫約ノ目的物ノ價格カ經濟事情ノ變更ニ因リ激變シ豫約當時ノ價格ニ比シ格外ニ騰貴シタル事實アリトモ契約當事者ハ當初ノ約旨ニ從ヒ信義ヲ重ンシテ契約ヲ履行ス可キ義務アルモノニシテ價格ノ激變ヲ以テ其履行ヲ拒否スル事由ト爲スヲ得ス原判決カ之ト反對ノ解釋ヲ爲シタルハ失當ナリ要スルニ原判決ハ曖昧的ニ種々ノ解釋ヲ下シテ各方面ヨリ上告人ノ本件請求ヲ排斥シタレトモ一モ正當ト認ム可キモノナク上告論旨ハ理由アルニ歸ス（大審院大正九年オ第三八三號同年九月二十四日民一部田部裁判長大倉尾古鈴木鬼澤各判事判決）

【關係事項】 破毀差戻○原審東京控訴院○賣買ニ因ル所有權移轉登記手續請求事件○上告人小里靜之助訴訟代理人辯護士宮古晉三郎同新堀精二郎被上告人高野藤平訴訟代理人辯護士大場茂馬

【反對判例】

本書本卷二二八頁

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

（二五九）

土地ヲ目的トスル甲乙間ノ賣買カ虛僞ノ意思表示ニシテ無效ナルモ乙ノ遺產相續人タル丙ヨリ該土地ヲ讓受ケタル丁ハ善意ノ第三者ナルヲ以テ右甲乙間ノ賣買ノ無效ハ之ヲ以テ丁ニ對抗スルヲ得サルモノトス從テ該土地ノ所有權ハ依然トシテ甲ニ存シ甲ヨリ轉々戊ニ其所有權ヲ移轉シタリトスルモ善意ノ第三者タル丁ヨリ之ヲ觀レハ甲乙間ノ賣買ハ有效ニシテ甲ハ其所有者ニ非サルコトヲ主

張シ得ヘク甲ヨリ轉々其權利ヲ取得セル戊モ亦全然無權利者ノ地位ニ在ルモノナルヲ以テ民法第一七七條ニ所謂第三者ニ該當セサルモノトス」

案スルニ本件ニ付キ原院ノ確定スル所ニ依レハ本件宅地ヲ目的トスル長吉マツ間ノ賣買ハ虛僞ノ意思表示ニシテ無效ナルモまつノ遺產相續人タル千代吉ヨリ該宅地（詳言スレハ共有ノ持分）ヲ讓受ケタル上告人ハ善意ノ第三者ナルヲ以テ右長吉まつ間ノ賣買ノ效ハ之ヲ以テ上告人ニ對抗スルコトヲ得サル事實ナリトス然レハ長吉まつ間ノ賣買カ無效ナル結果實質上本件宅地ノ所有權ハ依然トシテ長吉ニ存シ長吉ヨリ万吉ニ万吉ヨリ被上告人ニ順次其所有權ヲ移轉シタリトスルモ善意ノ第三者タル上告人ヨリ之ヲ觀レハ長吉まつ間ノ賣買ハ有效ニシテ本件宅地ノ所有權ハまつニ存シ長吉ハ所有者ニアラサル事ヲ主張シ得ヘキヲ以テ被上告人モ亦該宅地ニ付キ何等ノ權利ヲ取得セサルモノト謂ハサルヲ得ス從テ上告人ヨリ觀察スレハ被上告人ハ本件宅地ニ付キ全然無權利者ノ地位ニ在ルモノナルヲ以テ民法第一七七條ニ所謂第三者ニ該當スルモノニアラス然ルニ原判決カ「本件宅地ニ付テハ一面長吉ヨリまつニまつヨリ千代吉等五名ニ千代吉ヨリ控訴人（上告人）ニ順次所有權移轉ノ事實アリ一面ニ於テ長吉ヨリ万吉ニ万吉ヨリ被控訴人（被上告人）ニ順次所有權移轉ノ事實アリテ其間權利ノ競合ヲ生シタルモノニシテ被控訴人ハ控訴人ノ本件宅地ノ所有權取得ニ付キ登記ノ欠缺ヲ主張スルニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者ナルヲ以テ控訴人登記法ノ定ムル所ニ從ヒ右所有權ノ取得ヲ登記スルニアラサレハ之ヲ以テ被控訴人ニ對抗スル事ヲ得サルモノトス然ルニ控訴人ニ於テ其登記ヲ經由セサル事ハ控訴人ノ主張自體ニ徵シ明カナレハ右所有權取得ヲ以テ登記欠缺ヲ主張スル被控訴人ニ對抗スルコトヲ得ス云云」ト判示シタルハ不法ト謂ハサルヲ得ス但若シ本件事實ヲ以テ長吉まつ間ノ賣買ハ虛僞ノ意思表示ニシテ上告人ハ善意ノ第三者ナリトスルモまつノ遺產相續人タル千代吉ヨリ適法ニ本件宅地ノ所有名義ヲ長吉ノ家督相續人タル万吉ニ變更シ該宅地

大審院判決

ヲ万吉ヨリ被上告人ニ移轉シタル後上告人カ同一宅地ニ付キ千代吉ヨリ所有權ヲ讓受ケタルニ在ルモノトセハ本件當事者間ノ法律關係ハ右ニ示ス所ト大ニ異ルモノアルヘシト雖モ斯クノ如キ事實ハ原判決ニ確定シタル事實ト全然同一ナルモノト認ムルコトヲ得サルノミナラス本件宅地カ一旦まつノ所有名義ニ登記セラレタル後如何ニシテ万吉ノ所有名義ニ變更セラレタルモノナリヤ上告人主張ノ如ク不法ノ手段ニ依リタルモノニアラサルヤ否ヤノ點ニ付テハ原判決中毫モ判示スル所ナキヲ以テ右ノ如キ事實ヲ以テ本判斷ノ基本ト爲スコトヲ得サルヤ論ヲ俟タス故ニ上告論旨ハ一部其理由アリ(大審院大正九月(オ)第一六號同年七月二十三日民一部田部裁判長榊原尾古柳川鈴木各判事判決)

【關係事項】 破毀差戻○原審宮城控訴院○土地登記抹消請求事件○上告人泉浩訴訟代理人辯護士小林龜郎同鈴木安孝

【參照學說判例】

本卷民法三七〇頁以下

(二六〇)

六〇四 債貸借ノ存續期間ハ二十年ヲ超ユルコトヲ得ス若シ之ヨリ長キ期間ヲ以テ賃貸借ヲ爲シタルトキハ其期間ハ之ヲ二十年ニ短縮ス

前項ノ期間ハ之ヲ更新スルコトヲ得但更新ノ時ヨリ二十年ヲ超ユルコトヲ得ス

土地賃貸借ノ當事者カ地上建物ノ朽廢ニ至ルマテ賃貸借關係ヲ存續セシムヘキコトヲ契約シタル場合ニ於テハ其建物カ二〇年以上朽廢セサルトキト雖モ賃貸借ノ存續期間ハ二〇年ヲ超ユルコトヲ得サルモノトス』

案スルニ民法第六〇四條第一項ニハ賃貸借ノ存續期間ハ二十年ヲ超ユルコトヲ得ス若シ之ヨリ長キ期間ヲ以テ賃貸借ヲ爲シタルトキハ其期間ハ之ヲ二十年ニ短縮スト

規定セルヲ以テ土地賃貸借ノ當事者カ地上存在ノ建物ノ朽廢ニ至ルマテ賃貸借關係ヲ存續セシムヘキコトヲ契約シタル場合ニ於テハ其建物カ二十年以上朽廢セサルトキト雖モ賃貸借ノ存續期間ハ二十年ヲ超ユルコトヲ得ス從テ斯ノ如キ賃貸借ノ存續期間カ當事者間ノ爭點ト爲リタルトキハ裁判所ハ建物朽廢ノ時期ヲ審査シ其時期カ二十年ヲ超エサル範圍内ニ於テ賃貸借ノ存續スルコトヲ判示セサルヘカラス單ニ建物ノ朽廢ニ至ルマテ賃貸借ノ存續スルコトヲ判定シタルノミニテハ理由十分ナリト謂フヲ得ス何トナレハ其建物ハ二十年以上朽廢セスシテ存立シ從テ賃貸借ハ二十年以上存續スルコトト爲リ前示民法第六〇四條第一項ノ規定ニ違背スルニ至レハナリ(明治四十四年(オ)第二九二號事件判決明治四十五年三月一日言渡參照)然ルニ原裁判所ハ本件ノ土地賃貸借ハ當事者ノ契約ニ依リ地上存立ノ建物ノ朽廢ニ至ルマテ存續スルモノナリト說明シタルノミニシテ尙ホ朽廢ノ時期カ二十年ヲ超ユルヤ否ヤヲ判定セサルヲ以テ原判決ハ理由不備ノ違法アルモノト謂フヘク上告論旨ハ理由アリ(大審院大正九年(オ)第一〇〇號同年九月十日民一部田部裁判長大倉尾古鈴本鬼澤各判事判決)

【關係事項】 破毀差戻○原審東京控訴院○地所明渡請求事件○上告人堀越孝次助訴訟代理人辯護士中村了詮同松澤讓次被上告人脊村幸訴訟代理人辯護士花岡敏夫同大内省三郎

【同趣旨判例】

一 家屋取拂土地明渡ノ請求ニ對スル判決ニ於テ家屋ノ朽廢若ハ天災火災ニ因ル滅失ニ至ル迄期間存續スヘキ賃貸借ノ契約アリトノ理由ニ基キ請求ヲ排斥スルニハ其契約カ民法第六〇四條第一項ニ抵觸セサル所以ノ趣旨ニ明ニスルニ非サレハ判決ノ理由ヲ具備スルモノト云フコトヲ得サルモノトス(大審院明治四十四年オ第二九二號同四十五年三月一日判決本書第一卷民法七〇九頁)

二 土地ノ賃貸借カ建物所有ノ爲メニ爲シタルモノナルトキハ反對ノ特約ナキ限リ建物朽廢ニ至ルマテ存續セシムヘキ當事者ノ意思ナリト認ムルヲ妥當トス唯其朽廢ノ期間カ二十年ヲ超ユルトキハ民法第七〇四條ノ制限ヲ受クルノミ(東京控訴院大正四年ネ第八二號同年六月十九日判決本書第四卷民法五七二頁)

三 建物所有ノ爲メ土地ヲ賃借スル場合ニ於テ其存續期間ハ別段ノ定メナキ限リハ之ヲ地上ノ建物朽廢ニ至ルマテ認ムルヲ當

大審院判決

事者ノ眞意ニ適合スルモノトス唯建物朽廢ノ時期カ二十年ヲ超ユルトキハ民法第六〇四條ノ制限ヲ受クルノミ（同上大正二年第三四四及第三四五號同三年三月七日判決本書第三卷民法六八頁）

―――――――

絶家再興ナルモノハ一時絶ヘ居タル家ヲ復活セシムルコトヲ意味シ或ル人カ其意思ニ基キ將來屬シ居タル家ヨリ分離シ其家ト同一ノ氏ヲ稱スル一家ヲ創立スルコトヲ其本質トスル分家トハ全ク相異ル別個ノ觀念ニシテ民法第九四八條ニ所謂分家モ亦右ノ意ニ解スヘキコト勿論ナリトス」

控訴人カ訴外田中鐵五郎ト其妻いくトノ間ニ生レタル長男ニシテ右鐵五郎ノ隱居ニ因リ其家督ヲ相續シ次テ右鐵五郎夫妻ハ訴外田中政右衛門ノ絶家ヲ再興シ明治三十一年四月右鐵五郎ノ死亡ニ因リいくハ其家督ヲ相續シタル所大正七年一月一五日右いく死亡シ其家督相續人選定ノ必要ヲ生シタルニ由リ被控訴人等ハ東京區裁判所ニ親族會招集ノ申請ヲ爲シ其親族會員ニ選任セラレ大正七年二月中被控訴人田中龍藏力ニ親族會ヲ開キ同人ノ三男磯五郎ヲ右いくノ家督相續人ニ選定スル旨ノ決議ヲ爲シタルコトハ當事者間ニ爭ナキトコロナリ控訴人ハ右決議ニ對スル不服ノ第一理由トシテ右親族會ノ席上ニ於テハ親族會員ニアラスシテ而カモ民法第九四八條第一項列記ノ何レニモ該當セサル田中清太郎井口伊三郎カ立會ヒ意見ヲ述ヘタリト主張スレトモ原審證人……ノ各陳述ヲ綜合スレハ前記兩名ハ單ニ本件親族會ノ席上ニ居合セタルニ止マリ表決ノ數ニ加ハリタル事實ハ勿論意見ヲ述ヘタル事實モ亦存在セサルモノナルカ故ニ偶々會員ニ非サル者カ會議ノ席上ニ居合セタル一事ノミヲ以テ其議決ヲ不當ナリト爲スコトヲ得ス隨テ控訴人ノ此點ニ關スル不服ハ理由ナシ

次ニ控訴人ハ當審ニ至リ初メテ決議不服ノ第二理由トシテ本件親族會ノ決議ハ民法第九八五條第一項所定ノ順序ニ反シ被相續人ノ長男タル控訴人ノ子女ヲ差措キ控訴人ノ弟田中龍藏ノ子ヲ相續人ニ選定シタルモノナルカ故ニ此點ニ於テ當然不當ナリト主張シ又其第三理由トシテ被相續人いくノ家ハ控訴人家ノ分家ニ該當スルニ拘ラ

ス本件親族會ノ招集ヲ本家ノ戸主タル控訴人ニ通知セサリシハ失當ナリト主張シタルニ對シ被控訴人ハ此ノ如キ新事由ヲ控訴審ニ至リ初メテ提出スルハ不適法ナリト抗爭スレトモ控訴人カ被相續人いくノ長男タル事實並ニいくノ先代カ田中政右衛門ノ絶家ヲ再興シタル事實等ハ何レモ控訴人カ原審以來主張セルトコロニ係リ從テ當審ニ於ケル新事由ナルモノハ畢竟民事訴訟法第一九六條第一項ニ所謂事實ニ對スル法律上ノ申述ヲ補充シタルモノニ過キサルカ故ニ之ヲ目シテ訴ノ變更ト爲ス可カラサルハ明白ナリ

仍テ進ンテ右第二ノ不服理由ノ當否ニ付キ按スルニ民法第九八五條第一項ノ趣意ハ同法第九八二條第九八四條ノ規定ニ依リ家督相續人ニ選定セラルヘキモノナキ場合ニ次順位ニ於テ之ニ選定セラルヘキモノノ資格ヲ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ニ限定スルニ在リテ敢テ之等ノ者ノ間ニ被選定順位ヲ定メタルモノニアラス隨テ親族會ハ右限定ノ範圍内ニ於テ最モ適當ナルモノヲ自由ニ選定スルヲ得ヘク必スシモ親等ノ遠近情誼ノ親疎等ニ拘ハルコトヲ要セサル趣旨ト解スヘキヲ以テ此點ニ於テ既ニ控訴人ノ主張ハ其理由ヲ缺クモノト爲ササルヲ得ス

最後ニ第三ノ不服理由ノ當否ヲ按スルニ前記田中いくノ家ハ其先々代田中政右衛門ノ沒後絶家シ居タルヲ控訴人ノ家族タリシ田中鐵五郎カ再興シタルモノナルコトハ爭ナキ事實ナリト雖モ元來此絶家再興ナルモノハ一時絶ヘ居タル家ヲ復活セシムルコトヲ意味シ或ル人カ其意思ニ基キ從來屬シ居タル家ヨリ分離シ其家ト同一ノ氏ヲ稱スル一家ヲ創立スルコトヲ其本質トスル分家トハ全ク相異ル別個ノ觀念ニシテ民法第九四八條ニ所謂分家モ亦右ノ意ニ解スヘキコト勿論ナルヲ以テ控訴人家ト前記田中いくノ家トハ毫モ本分家ノ關係ヲ有スルモノニアラス隨テ又被控訴人等カ假令本件親族會ノ招集ヲ控訴人ニ通知セサリシトスルモ何等違法ノ點ナキモノト云フヘキヲ以テ此點ノ控訴人ノ不服モ亦到底之ヲ正當ナリト爲スヘカラス本件控訴ハ其理由ナシ（東京控訴院大正九年(ネ)第七三號同年一〇月二日民二部前田裁判長吉田中島各判事判決）

【關係事項】 控訴棄却○親族會決議不服控訴事件○控訴人田中斧次郎訴訟代理人辯護士天野大造被控訴人田中龍藏外二名訴訟代理人辯護士清松林太郎

【判旨第一點親族會ノ議事ニ會員以外ノ者ノ立會ノ效力ニ關スル參照判例】

一 親族會ノ決議ニ過誤ナカラシムルヲ期シ法律上ノ意見ヲ聞クカ爲メ親族員ノ求メニ依リ辯護士カ會議ニ臨席スルモ違法ニアラス(大審院大正五年オ第六〇號同年三月二九日判決本書第五卷民法七一六頁)

二 親族會ニ於テ會員ヨリ退席ノ要求ナキ限リハ假令會員外ノ者カ其席上ニ來合セタリトスルモ右會員以外ノ者カ決議ニ何等參與セサル以上決議ハ之ニ因リ何等ノ瑕疵ヲ來タスモノニ非ス(東京地方大正八年一〇月一五日判決本書第八卷民法一四九六頁)

大審院
東京地方裁判所判決

【判旨第二點民法九八五條第一項ノ被選定資格者間ニ於ケル順位ニ關スル同趣旨學說】

一 此最後ノ相續人ヲ要スル場合ニ於テ親族會ハ先ツ第一次ニ被相續人ノ親族家族分家ノ戶主又ハ本家若クハ分家ノ家族中ヨリ選定スヘキモノトシ若シ此等ノ者ノ中ニ家督相續人タルヘキ者ナキトキハ即チ第二次ニ於テ之ヲ他人ノ中ヨリ選定セサルヘカラス而シテ第一次ノ者ハ何レモ被相續人ト親族上多少ノ關係在ル者ナルカ故ニ家系ヲ重ンスルノ上ニ於テ先ンヘキモノトセリ而カモ是等ノ者ノ間ニ於テハ法律上別ニ順位ヲ定メサルヲ以テ親族會ハ適當ト認ムル者ヲ選定スルヲ得(法學博士牧野菊之助氏日本相續法論一七三頁)

二 選定順位ニ關シテハ民法ハ原則トシテ他ニ被選定者ニ該當スヘキモノナキカ又是等ノ者選定セラルルモ何レモ相續ヲ拋棄シタル場合ニ非サレハ選定セラルルコトヲ得サルモノト爲スノ外別段ノ制限ヲ設ケサルヲ以テ他人以外ノ被選定者ノ間ニ在リテハ選定者タル親族會ニ於テ其何レヲ選定スルモ全然任意ニ屬スト謂ハサルヘカラス(法學士柳川勝二氏相續法註釋四〇〇頁)

牧野博士
柳川學士

【判旨第三點廢絕家再興ニ關スル同趣旨學說】

一 廢絕家再興トハ既ニ廢絕シタル家ヲ復興シテ其戶主權ヲ取得スルコトヲ目的トスル要式ノ單獨行爲ナリ故ニ廢家再興ハ分家ノ如ク一家ノ創立其レ自身ヲ目的トスルモノニ非スシテ再興シタル家ニ屬シタル祖先ノ祭祀ヲ復興シ且ツ其家ノ連綿ヲ計ル觀念ニ基ツケルモノナリ(法學博士奧田義人氏親族法六四三頁)

二 廢絕家ノ再興トハ廢絕シタル家卽チ廢家又ハ絕家ヲ再ヒ立ツルコトヲ謂フ故ニ廢絕家ノ再興ハ廢家又ハ絕家ヲ復活セシムルノ謂ニ外ナラス(法學博士仁井田益太郎氏親族相續五八頁)

奧田博士
仁井田博士

同 上
牧野博士
阪本ドクトル
仁井田博士
中村博士
牧野博士
穗積博士
今井博士
島田學士
阪本ドクトル

三 廢絕家ノ再興ハ當事者ノ意思表示ヲ以テ之ヲ爲スモノトス廢絕家再興ノ意思表示ハ亦之ヲ廢絕家ノ再興ト名ク(親族相續五八頁)

四 我民法ハ一旦消滅シタル家ヲ再立スルコトヲ許シ特ニ廢絕家ノ再興ト云ヘリ其所謂家ノ再興トハ一旦消滅シタル家ヲ再立スルコトヲ目的トスル意思表示ナリトス(法學博士牧野菊之助氏親族法一一八頁)

五 廢絕家再興トハ一旦廢滅ニ歸シタル家ノ復興ヲ曰フ(ドクトルユリス阪本三郎氏親族法五二頁)

【同上分家ニ關スル同趣旨學說】

一 分家トハ或家ヨリ分離シテ一家ヲ創立スルコトヲ謂フ分家ハ當事者ノ意思表示ヲ以テ之ヲ爲スモノトス分家ノ意思表示ハ亦之ヲ分家ト名ク(法學博士仁井田益太郎氏親族相續五四)

二 分家トハ或戶主ノ下ニアル家族自カラ獨立シテ一家ヲ創立スルコトヲ謂フ(法學博士中村進午氏親族法早大講一三)

三 分家ニ二樣ノ意義アリ一ハ本家ヨリ分岐シタル家其モノヲ云ヒ一ハ或家ヨリ分離シテ新ニ一家ヲ創立スルコトヲ目的トスル意思表示ヲ云フ(法學博士牧野菊之助氏親族法一〇一)

四 分家トハ家族カ戶主ノ同意ヲ得テ其家ヨリ分離シ其家ト同一ノ氏ヲ有スル一家ヲ創立スル行爲ヲ云フ(法學博士穗積重遠氏親族四〇)

五 分家トハ或家ヨリ分岐シテ設立セラルル家ナリ家族ハ戶主ノ同意ヲ得テ分家ヲ爲シ得ヘシ只未成年者カ分家スル場合ニハ此外ニ親權者若クハ後見人ノ同意ヲ要スルノミ此等ノ分家ニ對シテ前ノ家ヲ本家ト謂ヒ同一ノ家ヨリ分岐シタル分家間ノ關係ヲ同家ト稱ス(法學博士今井嘉幸氏通論五二二)

六 其屬スル家ヨリ分離シテ一家ヲ設立スル事ヲ目的トスル意思表示ヲ分家ト謂フ(法學士島田鐵吉氏親族法八一頁)

七 分家トハ一家ヨリ分離シテ設立セラレ其ノ本家ノ家名ヲ用フル家ヲ曰フ(ドクトルユリス阪本三郎氏親族法五二頁)

名古屋地方裁判所岡崎支部判決

二一六三

八二〇 妻カ婚姻中ニ懷胎シタル子ハ夫ノ子ト推定ス

婚姻成立ノ日ヨリ二百日後又ハ婚姻ノ解消若クハ取消ノ日ヨリ三百日內ニ生レタル子ハ婚姻中ニ懷胎シタルモノト推定ス

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

嫡出子トハ婚姻ニ因リテ出生シタル子ヲ謂フモノニシテ假令父母ノ間ニ婚姻ノ事實アリトスルモ子ノ懷胎カ婚姻中ニ起リタルモノニアラサルトキハ其子ハ嫡

出子ト謂フヲ得サルモノトス」

婚姻ニ依ルニ非スシテ出生又ハ懐胎シタル子ト其事實上ノ父トノ間ニ父子ノ關係ヲ生セシムル唯一ノ要件ハ父ノ認知アルノミナリトス」

大正六年四月二九日乙女カ甲男ト事實上ノ夫婦關係成立シ其關係ノ成立中タル大正七年四月頃乙カ丙ヲ懐胎シ同年一一月五日甲乙間ノ婚姻成立シ翌一二月一八日甲死亡シ翌年四月一五日丙出生シタルトキハ丙ハ嫡出子ニ非サルモノトス」

【事實】原告代理人ハ一定ノ申立トシテ被告カ大正七年十二月十八日相續シタル愛知縣碧波郡明治村大字城ケ入字山崎三十五番地亡戸主杉浦高一家督相續之ヲ原告ニ回復ス訴訟費用ハ被告ノ負擔トストノ判決ヲ求メ其請求原因トシテ原告母杉浦きりゑハ大正六年四月二十九日訴外岡部和一郎外一名ノ媒介ニ依リ前記亡戸主杉浦高市ニ嫁シ爾來引續キ同棲シ仲睦マシカリシモ我國ノ舊習ニ漏レス婚姻ノ屆出ヲ怠リ居リシ處大正七年四月原告ハ懐胎シ其分娩期ノ近キタル同年十一月五日ニ至リ漸ク婚姻ノ屆出ヲ爲シタルカ不幸ニシテ高市ハ同年十二月十八日死亡シ同人ノ弟タル被告選任セラレテ高市ノ家督相續人トナリ大正八年一月六日其家督相續ノ屆出ヲ爲シタリ然ルニ其後四月拾五日ニ至リ原告出生シタリ右ノ如ク原告ノ懐胎ノ時期ハ父母婚姻屆出生ノ時期ハ右婚姻成立ノ日ヨリ二百日以内ナリト雖モ事實原告カ高市ノ子トシテ而モ高市ト原告ノ母きりゑトノ間ニ一旦婚姻ノ成立シタル以上ハ原告ハ高市ノ嫡出子ナルコト明ナリ從テ父高市死亡ノ當時原告ハ未タ胎兒ナリシトハ謂ヘ同人ノ家督相續人タルヘキモノニヨリ原告ノ母きりゑハ高市死亡後三十日ヲ經過セルサル間ニ胎兒相續ノ屆出テヲ爲サムトシタルニ原告ハ不法ニモ其以前きりゑノ署名印章ヲ冒シテ擅ニ原告ヲきりゑノ私生子女トシテ屆出爲シアリタル爲メ原告ハ遂ニ亡戸主高市ノ家督ヲ相續スルコトヲ得サル狀態ニ陷リ事情右ノ如クナルヲ以テ右家督相續ノ回復ヲ求ムル爲メ本訴ニ及ヒタリト陳述シ甲第一乃至第五號證ヲ提出シ岡崎區裁判所大正八年(ワ)三五號戸籍訂正申請事件記錄取寄ヲ求メタリ

被告代理人ハ原告請求棄却ヲ求メ居リ理由トシテ原告ノ母きりゑハ高市トノ婚姻成立高市ノ死亡被告ノ家督相續屆出原告ノ出生ノ各事實並ニ年月日ハ何レモ原告主張ノ通リ爭ハサルモきりゑカ原告ヲ宿シタル大正七年中ニハ亡高市カ岡崎市内ニ奉公シ居リシコトアリテ必スシモ斷ヘスきりゑト同棲シ居リタルモノニアラサレハ原告ト亡高市ノ子ト認メ難シ殊ニ原告ハきりゑト高市トカ未タ婚姻セサル以前ニ懐胎セラレ其生レタルハ婚姻成立ノ日ヨリ僅ニ七十二日目ニナルノミナラス高市ハ婚姻成立ノ日ヨリ四十四日目ニ死亡シきりゑトノ婚姻ハ解消セラレタルカ其以前高市カ當時胎兒タリシ原告ヲ認知シタル事實モ存在セサルニ依リ原告ハ亡高市ノ嫡生子ニアラス右ノ如ク亡戸主高市ニハ相續人タル可キ事ナカリシニヨリ高市ノ弟タル被告カ選定セラレテ其家督相續人トナリ其家督

ヲ相續シ大正八年一月六日該相續ノ屆出ヲ了シタル次第ナレハ少シモ原告ノ相續權ヲ侵害シタルモノニアラスト答辯シ甲號證ノ成立ヲ認メタリ

【理由】大正六年四月二十九日ヨリ原告ノ母きりゑト愛知縣碧海郡明治村大字城ケ入字山崎三十五番地前戸主杉浦高市トノ間ニ事實上ノ夫婦關係生シ其關係ノ繼續中タル大正七年四月頃きりゑカ原告ヲ懐胎シ同年十一月五日きりゑト高市トノ婚姻成立シ間モナク翌十二月十八日高市死亡高市ノ弟タル被告カ選定ニ依リ其家督相續人トナリ高市ノ家督ヲ相續シ大正八年一月六日其屆出ヲ爲シ其後四月十五日ニ至リ原告カ出生シタルコトハ爭ナキ事實ナリ仍テ原告カ高市トきりゑトノ嫡出子ナリヤ否ヤニ付按スルニ抑モ嫡出子トハ婚姻ニ因リテ出生シタル子ヲ謂フモノニシテ假令父母ノ間ニ婚姻ノ事實アリトスルモ子ノ懐胎カ婚姻中ニ起リタルモノニアラサルトキハ其子ハ嫡出子ト謂フヲ得スサレハ本件ニ於テ甲第二號乃至第五號證ニ依リ假ニ原告カ事實亡高市ノ子ナルコトヲ推知シ得ヘシトスルモ原告懐胎ノ時期カ大正七年四月頃ニシテ高市トきりゑトノ婚姻成立前ナル事ハ爭ナキ事實ナレハ原告ヲ高市ノ嫡出子ト認ムルコトヲ得ス而シテ婚姻ニ依ルニ非ラスシテ出生又ハ懐胎シタル子ト其事實ノ父トノ間ニ父子ノ關係ヲ生セシムル唯一ノ要件ハ父ノ認知アルノミナリサレト其認知ハ必スシモ明示タルコトヲ要セサルモノニシテ例ハ婚姻前ニ懐胎シタル子カ婚姻成立後ニ出生シ夫カ其ノ子ニ對シ自己ノ子タル事ヲ否認セサル場合ニ認知ト同樣ノ效力ヲ認メ其子ヲ夫ノ嫡出子トナスカ如キハ或ハ穩當ナル解釋ナラムモ原告出生ノ當時ノ高市既ニ死亡シ原告ノ認知スル事ノ不可能ナリシ點ニ付爭ナキ本件ニ於テハ唯高市カ生前當時胎兒タリシ原告ヲ自己ノ子ナリト認メタリシヤ否ヤニ付按スルノ外ナシ然ルニ原告ノ立證及高市カ姙娠八月ニ及ヘルきりゑト婚姻シタリトノ爭ナキ事實ニ依リテハ未タ以テ高市カ生前きりゑノ胎内ニ在リシ子ヲ自己ノ子ト認メタル事實ヲ認定スルニ足ラス右ノ如ク原告カ亡高市ノ子ナル事ハ之ヲ認ムルニ由ナキヲ以テ原告ハ亡高市ノ家督ヲ相續スル權利ヲ有セサルモノト謂ハサル可ラス仍テ

東京地方裁判所判決

原告ノ請求ヲ不當トシ民事訴訟法第七十二條ニ則リ主文ノ如ク判決ス（名古屋地方裁判所大正九年一〇月二〇日加藤裁判長佐伯判事判決）

【關係事項】 棄却○家督相續回復請求事件○原告杉浦キミ子法定代理人親權者杉浦きりゑ訴訟代理人辯護士別役增吉同松岡熊三郎○被告杉浦米松訴訟代理人辯護士後藤文一郎同後藤文憲

【姻婚成立ノ日ヨリ二百日內ニ生レタル子ノ性質ニ關スル學說判例】

本卷民法三九七頁以下同上七八九頁

判旨ノ失當ナルコトハ既ニ吾人ノ屢々論究セシ所ナリ（本書第八卷民法八〇二頁同第九卷民法四〇四頁以下同七九〇頁參照）

（二六四）

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內ニ履行ナキトキハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得

「商人ノ營業時間ハ普通午前九時ニ始マリ午後四時ニ終ルモノトス」

債務ノ履行ノ爲メ準備ヲ爲シ得ヘカリシ時間ハ僅ニ六時間ニ過キサリシ場合契約ノ目的物ハ鐵板千三百五十貫ニシテ此ノ如キ多量ノ鐵板ノ取引ニ付キ賣主ヲシテ右ノ如キ短キ時間內ニ之カ引渡準備ヲ完了セシムルコトヲ望ムハ之ヲ一般取引上妥當ナル要求ト爲シ難ク其民法第五四一條ニ所謂相當ノ期間ト指稱シ得サルハ論ヲ俟タサルモノトス」

原被告間ニ原告主張ノ如キ內容ノ賣買契約ノ成立シタルコト大正八年一一月七日原告主要ノ如キ催告書カ被告ニ到達シタルコト並ニ大正八年一一月一三日原告カ本件賣買契約ヲ解除ノ意思表示ヲ爲シタルコトハ孰レモ當事者間ニ爭ナキモ被告ハ原告ノ爲シタル右催告ニ定メタル期間カ不相當ナル旨抗爭スルヲ以テ案スルニ成立ニ爭ナキ甲第二號證ノ一ニ依レハ右原告ノ催告ハ大正八年一一月七日午後二時ヨリ四時迄ノ間ニ京橋月島ノ郵便局ニ差出シ郵便ニ依リ發送セラレタル事ヲ認メ得ヘク被告ノ住所ハ深川區西元町ナルヲ以テ之ヲ普通ノ事例ニ照セハ右催告書カ被告住所ニ郵送セラレタル迄ニハ既ニ同日ノ午後四時ヲ經過シタルコトヲ推定スルニ難カサルモノニシテ被告カ商人ナルコトハ當事者間ニ爭ナク商人ノ營業時間ハ普通午前九時ニ始マリ午後四時ニ終ルモノナルカ故ニ右催告書ハ同日被告ノ營業ヲ終リタル時間ニ於テ到達シタルモノニシテ更ニ原告ノ主張ニ依レハ右催告ニハ翌八日午後三時迄ニ履行ヲ爲スヘキ旨ノ記載アルモノナルヲ以テ之ヲ同日午前九時ノ營業開始ノ時ヨリ起算スレハ被告カ本件債務ノ履行ノ爲メ準備ヲ爲シ得ヘカリシ時間ハ僅ニ六時間ニ過キサリシコトヲ斷定シ得ヘシ而シテ原告主張ニ依レハ本件契約ノ目的物ハ鐵板千三百五十貫ニシテ此ノ如キ多量ノ鐵板ノ取引ニ付キ賣主ヲシテ右ノ如キ短キ時間內ニ之カ引渡準備ヲ完了セシムルヲ望ムハ之ヲ一般取引上妥當ナル要求ト爲シ難ク其民法第五四一條ニ所謂相當ノ期間ト指稱シ得サルハ論ヲ俟タスシテ明ナリ然ラハ右ノ如キ期間ヲ定メ爲シタル催告ハ之ヲ以テ本件契約ヲ解除スヘキ根據ト爲スニ足ラサルモノニシテ本件契約ハ原告主張ノ契約解除ノ通知ニヨリテハ未タ解除セラレサルモノト謂フヘク之ニ基ク本訴請求ノ失當ナルハ多言ヲ俟タスシテ明ナリ（東京地方裁判所大正八年(ワ)第二二九三條同九年七月二一日民四部井野裁判長佐々木立松各判事判決）

【關係事項】 棄却○損害賠償請求事件○原告株式會社東京鋼作所訴訟代理人辯護士鈴木富士彌被告河野登三郎訴訟代理人辯護士樋口恒藏外一名

（二六五）

四一二 債務ノ履行ニ付キ確定期限アルトキハ債務者ハ期限ノ到來シタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任ス

決判所判 東京地方

債務ノ履行ニ付キ不確定期限アルトキハ債務者ハ其期限ノ到來シタルコトヲ知リタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任ス
債務ノ履行ニ付キ期限ヲ定メサリシトキハ債務者ハ履行ノ請求ヲ受ケタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任ス
四五四 保證人カ主タル債務者ト連帶シテ債務ヲ負擔シタルトキハ前二條ニ定メタル權利ヲ有セス
四五八 主タル債務者カ保證人ト連帶シテ債務ヲ負擔スル場合ニ於テハ第四百三十四條乃至第四百四十條ノ規定ヲ適用ス

民事訴訟法三八六第二項 支拂命令ニハ第三百八十四條第一號及ヒ第二號ニ揭ケタル申請ノ要件ヲ記載シ且即時ノ強制執行ヲ避ケント欲セハ此命令送達ノ日ヨリ十四日ノ期間內ニ請求ヲ滿足セシメ及其手續ノ費用ニ付キ定ムル數額ヲ債權者ニ辨濟スヘク又ハ裁判所ニ異議ヲ申出ツヘキ旨ノ債務者ニ對スル命令ヲ記載ス可シ

丙ニ對シ甲及ヒ乙ヨリ差入レタル契約證ニ依レハ戊カ丁名義ヲ以テ貴殿ヨリ金五百圓ノ債務有之候分ニ對シ此度金五十圓ヲ差入レ殘金ニ付キ拙者兩名連帶保證ノ責正ニ引受ケ申候云々ノ記載アリテ甲カ乙ト連帶シテ保證債務ヲ負擔スヘキ意思表示ヲ爲シタルコト明カナル場合ニ於テハ別段ノ反證ナキ限リ保證人カ相互連帶シテ其責ニ任スルノミナラス各保證人ハ主タル債務者トモ亦連帶シテ其責ニ任スルノ趣旨ナリト解スヘキモノトス」

支拂命令ハ十四日ノ期間ヲ定メテ其執行ヲ催告スルモノニシテ即時ノ履行ヲ催告スルモノニ非サルカ故ニ債務者ハ支拂命令ノ送達ニ因リテ直チニ遲滯ニ付セラルルコトナク該命令ノ送達後十四日ヲ經過スルニ因リテ始メテ遲滯ノ責ヲ負フモノトス」

訴外小林稀八カ小林辨藏名義ニテ控訴人ヨリ金五百圓ヲ借受ケ內金五十圓ヲ拂濟シ殘金四百五十圓ノ債務ニ付キ控訴人カ前記小林稀八ヲ告訴シタル結果被控訴人カ控訴人ニ對シ甲第一號證ヲ差入レタルコトハ當事者間ニ爭ナシ被控訴人ハ右甲第一號

證ニ主タル債務者ヲシテ拂濟セシムヘキコトニ盡力ス可シトノ趣旨ニ過キスト抗辯スレトモ右甲第一號證即チ控訴人ニ對シ被控訴人及ヒ訴外小林二一ヨリ差入レタル契約證ニ依レハ小林稀八カ小林辨藏名義ヲ以テ貴殿ヨリ金五百圓也ノ債務有之候分ニ對シ此度金五十圓ヲ差入レ殘金ニ外キ拙者兩名連帶シ保證ノ責正ニ引受ケ申候云々ノ記載アリテ被控訴人カ訴外小林二一ト連帶シテ保證債務ヲ負擔スヘキ意思表示ヲ爲シタルコト明カナリ而シテ斯ノ如キ場合ニ於テハ別段ノ反證ナキ限リ保證人カ相互連帶シテ其責ニ任スルノミナラス各保證人ハ主タル債務者トモ亦連帶シテ其責ニ任スルノ趣旨ナリト解セサルヘカラサルコト勿論ナルノミナラス……依テ被控訴人ノ前示抗辯ハ之ヲ排斥シ被控訴人ハ控訴人ニ對シ訴外小林稀八ノ前示債務ニ付キ連帶保證ノ責アルモノナリト認定ス

而シテ右債務ニ付キ訴外小林稀八ノ出監ノ日ヲ以テ辨濟期日ト爲シタル事ハ前示甲第一號證ニヨリ之ヲ認ムルヲ得ヘク控訴人カ被控訴人ニ對シ大正六年一月二三日三日ノ期間ヲ定メテ催告シタルコトハ當事者間ニ爭ナシ然レトモ證人荒澤熊藏ノ證言ニヨリテハ右訴外人カ本件支拂命令送達前出監シタリトノ事實ヲ認メ得ルニ止マリ前示催告當時既ニ出監シ居リタリトノ事實ハ之ヲ認容スルニ由ナキヲ以テ被控訴人ハ右支拂命令ニヨル催告ニヨリ始メテ遲滯ニ附セラレタルモノト認定スルノ外ナキナリ然レトモ支拂命令ハ十四日ノ期間ヲ定メテ其履行ヲ催告スルモノニシテ即時ニ履行ヲ催告スルモノニ非サルカ故ニ被控訴人ハ本件支拂命令ノ送達ニ因リテモ直チニ遲滯ニ附セラルルコトナク該命令ノ送達後十四日ヲ經過スルニ因リ始メテ遲滯ノ責ヲ負フニ止マルモノト謂ハサル可カラサルナリ依テ金四百六十圓並ニ之ニ對スル本件支拂命令送達ノ日ヨリ十四日ヲ經過シタル大正七年二月七日後ノ民法所定ノ利率ニヨリ利息ノ請求ノミヲ認容シ其餘ノ請求ハ之ヲ不當ナリトシテ排斥ス……(東京地方裁判所大正九年(レヨ)第二九八號同年一〇月二三日民六部近藤裁判長鶴芝崎各判事判決)

【關係事項】 一部控訴棄却○保證債務履行請求控訴事件○控訴人武藤三郎訴訟代理人辯護士松田義隆被控訴人井上半三郎訴

三博士
石坂博士
須賀學士
東京控訴
東京地方裁判所判決

訟代理人辯護士志野松三郎

【判旨第二點支拂命令付遲滯ニ關スル參照學說判例】

一　債權者カ債務者ニ對シテ支拂命令ノ申請ヲ爲シタル場合ニ於テ其送達アリタルトキハ催告ノ效力ヲ生ス（正解債權一〇九頁）

二　裁判上ノ請求ハ支拂命令ノ送達ノ場合ニモ生ス（債權上四七四頁）

三　此處ニ謂フ履行ノ請求トハ支拂命令ノ送達ヲモ含ム（債權總論明大講七二頁）

四　支拂命令ノ送達ハ權利拘束ノ效力ヲ生シ約束手形ノ所持人カ其手形ヲ債務者ニ呈示シテ支拂ノ請求ヲ爲ス場合ニ比シ一層有力ナル請求方法ナルノミナラス手形債務者ハ之ニ依リテ其債權者ヲ確知シ得ヘキモノナルヲ以テ手形ノ滿期日以後手形金ニ付テノ支拂命令カ債務者ニ送達セラレタルトキハ其送達ハ手形ノ呈示ト同一ノ效力ヲ生スヘク此場合ニ債務者カ其債務ノ履行ヲ爲ササルトキハ其時ヨリ遲滯ニ任スルモノト解スルヲ相當トス（明治四四年ネ二八八號判決・新聞八一二號二一頁）

（二六六）

八三四　子其他ノ利害關係人ハ認知ニ對シテ反對ノ事實ヲ主張スルコトヲ得

虛僞ノ認知ニ因リ甲（認知者ノ配偶者乙間ニ繼母子ノ關係ヲ生シ互ニ扶養ノ義務ヲ負擔セルコト明ナルノミナラス認知者死亡シタル爲メ乙其家督相續ヲ爲シ既ニ甲ト同人トハ同一家籍內ニ在ルコト明瞭ナリ從テ甲ハ右乙ノ認知ニ付キ法律上利害關係ヲ有スルコト一點ノ疑ナキモノトス因テ利害關係人タル甲カ認知者ノ認知ニ對シ反對ノ事實ヲ主張シ其認知無效確認ヲ求ムル請求ハ理由アルモノ民法第八三四條ハ單ニ子其他ノ利害關係人ハ認知ニ對シ反對ノ事實ヲ主張シ得ヘキ旨規定セルニ止ルヲ以テ之ヲ認知取消ヲ求ムル形成ノ訴ノミニ局限スヘキ

理由ナク其認知カ無效ナルコトノ確認ヲ求ムル所謂確認ノ訴ヲモ包含スル趣旨ナリト解スルヲ妥當ナリトス」

民法第八三四條ハ其訴ノ相手方ニ付キ何等制限ヲ設ケサルニ徵スレハ苟モ認知ノ無效ニ付キ利害關係ヲ有スル何人ニ對シテモ洽ク右無效確認ノ訴ヲ提起シ得ヘキモノト解セサルヲ得サルモノトス」

原告カ訴外亡藤井助介ト明治三二年六月一九日結婚シ同日同人家ニ入籍シタル事實及右藤井助介ハ被告泰一ヲ明治三三年九月二〇日自己ト訴外村尾モトトノ間ニ生シタル子トシテ認知シ又明治三五年二月二〇日被告節ヲ自己ト訴外佐山とよトノ間ニ生レタル子トシテ認知シ爲メニ被告兩名ハ右藤井助介ノ庶子トシテ同人家ニ入籍シタル事實ハ成立ニ爭無キ甲第一號證ニ徵シ明瞭ナリトス然レトモ其實被告泰一ハ助介ノ實弟ナル亡田中昂ト林尾モトトノ間ニ生レタルモノナルモ都合上藤井助介ノ子トシテ虛僞ノ認知ヲ爲シタルモノナルコトハ證人田中祐介ノ證言及被告兩名ノ夫々其旨ノ自認ニ徵シ之ヲ認定スルニ足レリ……果シテ然ラハ右認知ハ何レモ父ニアラサル訴外亡藤井助介ノ虛僞ノ認知ニ係リ法律上當然無效ナリト謂ハサルヲ得ス

然リ而シテ原告ハ以上ノ事實ニ依リ被告兩名トノ間ニ繼母子ノ關係ヲ生シ互ニ扶養ノ義務ヲ負擔セルコト明カナルノミナラス甲第一號證ニ依レハ藤井助介ハ明治三五年一〇月一〇日死亡シタル爲メ被告泰一家督相續ヲ爲シ現ニ原告ト同人トハ同一家籍內ニ在ルコト明瞭ナルヲ以テ原告ハ右兩名ノ認知ニ付法律上利害關係ヲ有スルコト一點ノ疑無ク子其他ノ利害關係人ハ認知ニ對シ反對ノ事實ヲ主張シ得ヘキコト民法第八三四條ノ明定スルトコロナルヲ以テ利害關係人タル原告カ前示亡藤井助介ノ認知ニ對シ反對ノ事實ヲ主張シ其認知無效確認ヲ求ムル本訴請求ハ洵ニ理由アルモ

ノト論斷セサルヲ得ス被告節代理人ハ右民法第八三四條ノ規定ハ父又ハ母ナル認知者ニ對シ認知無效ノ訴ヲ提起シ得ヘキ法意ナルヲ以テ被認知者タル被告節ヲ相手方トシテ提起シタル本訴ハ不適法ナリト抗爭スレトモ同條ハ單ニ子其他ノ利害關係人ハ認知ニ對シ反對ノ事實ヲ主張シ得ヘキ旨規定セルニ止ルヲ以テ之ヲ認知取消ヲ求ムル形成ノ訴ノミニ局限スヘキ理由ナク其認知カ無效ナルコトノ確認ヲ求ムル所謂確認ノ訴ヲモ包含スル趣旨ナリト解スルヲ妥當トス而シテ同條ハ其訴ノ相手方ニ付キ何等制限ヲ設ケサルニ徵スレハ苟クモ認知ノ無效ニ付利害關係ヲ有スル何人ニ對シテモ洽ク右無效確認ノ訴ヲ提起シ得ヘキモノト解セサルヲ得ス蓋シ子ノ認知其無效取消等ヲ求ムル訴ニアツテハ婚姻ニ關スル人事訴訟法第二條ノ準用無ク從テ檢事ヲ相手方トスヘキ場合ナキカ故ニ若シ右訴ノ相手方ヲ認知者ノミニ局限スルトキハ認知者死亡ノ場合ニ於テハ遂ニ子其他ノ利害關係人ハ其救濟ヲ求ムルニ由ナカルヘク斯ノ如キハ立法ノ趣旨ニ適合スルモノト解スルヲ得ス依テ右被告ノ抗辯ハ之ヲ採用スルニ由ナシ更ニ同被告代理人ハ被告田中節ハ其後養女トシテ訴外亡田中昂ノ家ニ入リ同人死亡ニ因リ己ニ其戸主トナリタルモノナルカ故ニ斯ノ如キ者ニ對シ其以前ノ手續ヲ云爲スルカ如キハ法律上利益ナク不適法ナル旨主張スルモ苟クモ被告節ニ對スル前示認知ニ付原告ニ於テ利害關係ヲ有スルコト前說示ノ如クナル以上右被告ノ主張ハ其理由ナキコト多言ヲ俟タス以上ノ理由ニ依リ被告兩名ニ對スル本件請求ハ正當ナリトス…… (東京地方裁判所大正九年(タ)第七一號同年九月二四日民一部推津裁判長大原垂水各判事判決)

【關係事項】 原告勝訴○認知無效確認事件○原告藤井チヨ訴訟代理人辯護士岸清一外二名被告麟井泰一訴訟代理人辯護士佐々木文平被告田中節訴訟代理人辯護士高根義人外一名

【判旨第一點民法第八三四條ノ所謂利害關係人ニ關スル參照學說】

一 認知ノ取消ヲ求ムルコトヲ得ル者ハ被認知者其他ノ利害關係人ナリ而シテ其利害關係ハ身分上ト財產上トヲ問フコトナシ身分ノ利害關係ヲ有スル著シキ者ニハ被認知者及ヒ其法定代理人又ハ其親族認知ヲ爲シタル父又ハ母ノ親族等ヲ敢フヘク財產上ノ利害關係ヲ有スル著シキ者ニハ認知ヲ爲シタル父又ハ母ノ相續債權者扶養權利者等ヲ數フルコトヲ得ヘシ(親族大正五中大講二九四頁)

二 子其他ノ利害關係人ハ認知ニ對シテ反對ノ專實ヲ主張スルコトヲ得即チ子其他ノ利害關係人ハ反對ノ事實ニ基キテ認知ノ無效ナルコトヲ主張スルヲ得ルモノトス子ト事實上父ハ法律上ノ親族關係ヲ有スル者及ヒ認知等ノ親族等ハ子ト同シク認知ニ付キ利害關係ヲ有スルモノトス(親族相續二三〇頁)

三 子ノ外ノ利害關係人トハ子ノ親族戸主家族等ヲ指スモノナルモ法律ハ如何ナル者カ利害關係人ナルカヲ指定セサルヲ以テ何人ト雖トモ利害關係ヲ有スルモノハ認知ノ取消ヲ請求スルコトヲ得可シ(親族法政講一八七頁)

【判旨第二點參照學說判例】

一 認知ハ前數條ノ規定ニ依リテ之ヲ鄭重ニセリト雖モ猶ホ其訴ナキコトヲ期スヘカラス故ニ之ニ付テ第一ノ利害關係人タル子其他ノ利害關係人即チ子ノ親族戸主家族等ハ認知ニ對シテ反對ノ事實ヲ主張スルコトヲ得ルモノトセリ而シテ本條ノ適用アルハ相續扶養ノ義務等ノ問題ニ關シテ爭アル場合ニ於テ最モ多カルヘシト雖モ子其他ノ利害關係人ハ確認ノ訴ニ依リ豫メ其身分ヲ定メンコトヲ請求シ以テ身分ノ取消ヲ促スコトヲ得ヘシ(要義親族二六八頁)

二 認知ハ父又ハ母カ之ヲ爲スニ必要ナル總テノ條件ノ備ハラサルカ或ハ人道其他ノ事由ニ因リテ認知者ノ意思ニ欠缺アルトキハ亦無效ナリ而モ子其他ノ利害關係人ハ認知無效ノ訴ヲ以テ其無效ヲ宣言スル判決ヲ求ムルコトヲ得此訴ハ即チ無效確認ノ訴ナリトス(親族大正五中大講二八六頁)

三 私生子ノ認知アリタル場合ニ於テ反對ノ事實ニ基キ認知ノ無效ナルコトヲ主張シテ私生子ト認知者トノ間ニ法律上ノ親子關係ノ存在セサルコトヲ確定スル判決ヲ得ントスルトキハ所謂認知無效ノ訴ヲ提起スヘキモノナリ(親族相續二〇五頁)

四 私生子ノ認知カ無效ナルコトヲ主張スル者ハ其無效ヲ宣言スル判決ヲ求ムルコトヲ得此訴ハ即チ其他ノ利害關係人ヨリ之ヲ提起スヘキモノナリ(親族相續二三一頁)

五 認知ハ重大ナル結果ヲ惹起スルモノナレハ之ヲ忽ニスヘキニアラス法律上必ス其眞正ナルコトヲ欲スルモノトス然レトモ時ニ或ハ利慾ノ爲メ或ハ他ノ爲メニスル所アリテ虛僞ノ認知ヲ爲スカ如キハ法律上之ヲ認容スヘキニアラサルヲ以テ子其他ノ利害關係人ハ反對ノ事實ヲ主張シ事實ニ反スルコトヲ證明シテ以テ認知ノ無效又ハ取消ヲ求ムルコトヲ得セシム(親族法三五〇頁)

六 認知カ其要件ヲ具備セサルトキハ訴其他ノ手續ヲ要セスシテ當然無效ナリ但認知カ無效ナルコトヲ確定スルコトニ付キ利害關係ヲ有スル者ハ認知無效ノ訴ヲ提起スルコトヲ妨ケス此訴ハ認知カ初ヨリ無效ナリシ旨ノ裁判所ノ宣告ヲ求ムルコトヲ以

仁井田博士　掛下學士　梅博士　奥田博士　同上　仁井田博士　牧野博士　島田學士

チ其目的ト爲ス(親族大正六明大講三一〇頁)

七 意思ナキ認知ノ場合ハ屆出アリテ形式的要件ヲ具備スルモ無效ナルコト辯ヲ俟タサレハ被認知者及ヒ利害關係人ハ認知無效ノ訴ヲ提起シ得ヘシ(親族早大講一九九頁)

八 民法第八三四條ニハ子其他利害關係人ハ認知ニ對シテ反對ノ事實ヲ主張スルコトヲ得トアルカ故ニ若シ認知ニシテ眞實ニ反スル場合ニ於テハ子其他利害關係人ハ反對ノ事實ヲ主張シ眞實ニ反スルコトヲ證明シテ認知ノ取消ヲ求メ得ルモノトス(明治四一年タ八〇號同年一一月六日判決・新聞五三八號一四頁)

【判旨第三點無權訴求ノ相手方ニ關スル參照判例】

第三者ヨリ提起スル訴ニハ子ト親ト生存スル場合ハ其双方ヲ相手方トシ其一方カ生存スル場合ハ生存者ノミヲ相手方トスヘキモノトス(明治四一年タ五號同年二月二一日判決・新聞四八九號一九頁)

大阪地方

判旨第一點ノ論結ハ正當ナリ蓋民法八三四條ノ利害關係人ハ財產上ノモノナルト身分上ノモノナルトヲ問ハサルコト一般學說ノ承認スルトコロナレハナリ判旨第二點亦亦相當ナリ法文ハ認知ニ關シテ反對ノ事實ヲ主張スルコトヲ得ト謂ヒテ反對事實ノ主張カ取消ニ付テノミ又ハ無權ニ付キテノミトノ制度ヲ付スルモノト狹義ニ解スル理ナケレハナリ

判旨第三點亦正當ナリ認知カ如何ナル人ニ對シテ利害關係ヲ有スルカハ各場合ニ定ムヘク豫メ一定スヘキ規定ノ必要ヲ見ス法ハ各場合ニ存スヘキモノトセルナラム

(二六七)

八七七 子ハ其家ニ在ル父ノ親權ニ服ス但獨立ノ生計ヲ立ツル成年者ハ此限ニ在ラス

父カ知レサルトキ死亡シタルトキ又ハ親權ヲ行フコト能ハサルトキハ家ニ在ル母之ヲ行フ

八七八 繼父繼母又ハ嫡母カ親權ヲ行フ場合ニ於テハ次章ノ規定ヲ準用ス

東京地方裁判所判決

親權ハ父母タル身分ニ基キ其子ニ對シ其身上又ハ財產上又ハ財產ニ關シテ法律

カ付與セル權利義務ノ集合ニ外ナラサルモノトス」

親權ノ目的ハ法律カ親子間ニ存スル天倫ノ愛情ヲ利用シテ子ノ年齡未タ自ラ自己ヲ管理シ又自己ノ利益ニ着眼スルニ至ラサルトキ父母ヲシテ其ノ子ノ身上及財產ヲ管理セシメントスルニ在ルモノトス」

親權ノ範圍ハ固ヨリ父母カ其身上ニ基キ有スル一切ノ權利義務ヲ包含スルモノニアラサレトモ其身上ニ對スルモノトシテハ監護教育ノ權懲戒ノ權アリ財產ニ關スル權トシテハ子ノ財產ヲ管理スル權財產ニ關スル法律行爲ニ付キ子ヲ代表スル權並ニ子ノ財產ヲ收容スル權等ニ亘リ子ニ對スル權利トシテハ殆ト全部ヲ包攬スルモノトス」

未成年ノ庶子ニ嫡母ト實母トアル場合ニ於テハ嫡母親權ヲ行フヘキモノトス」

家督相續屆出ノ如キモ當然親權行使ノ範圍ニ屬スルモノトス」

本件抗告ノ要旨ハ元來親權ハ法カ親子間ニ存スル自然ノ事實關係ヲ認容シテ之カ權利義務ノ範圍ヲ定メタルモノニシテ其之ヲ認メタル究極ノ目的ハ一ニ子ノ利益ヲ擁護シ且之ヲ助長スルニ在リ固ヨリ我國舊來ノ家族制度ノ精神ノミヨリ論スレハ特ニ親權ヲ認ムル必要存スルコトナク戶主權有レハ則チ足ルト雖トモ其之カ規定ヲ爲シタル所以ハ家族制度ト相並ヒテ個人制度ノ長所ヲ採リテ以テ子ノ利益ヲ保護センコトヲ所期シタルナリ只其間ノ調和ヲ計ランカ爲メニ親權ヲ行使スルモノニ付キ民法ハ其第八七七條ニ於テ『家ニ在ル』コトヲ條件トシタルノミ親權ヲ認メタル根本ノ理由一ニ親子間ノ自然ノ性質血緣ノ愛情ニ基礎ヲ置キタルモノナルコトニ多ク論スル迄

モナキ所ナリ果シテ然ラハ同一家籍内ニ嫡母繼母等存スル場合ハ人ノ情トシテ最モ子ノ利益ヲ計ルコト明カナル實母其親權ヲ行使スヘキモノト爲スヲ民法ノ精神ニ合スルモノト謂ハサルヘカラス親子タル情愛ノ萠芽サヘ之ヲ認メ難キ繼母嫡母等ノ繼子庶子等ニ對スル關係ハ眞ニ偶然ノ事實ニ對シ法カ家族間ノ如キヲ維持センカ爲メニ已ムヲ得ス認メタル擬制ニ過キスシテ民法カ第八七條ニ於テ繼父繼母又ハ嫡母カ親權ヲ行フ場合ニ於テハ後見ノ規定ヲ準用スル旨規定シタルハ益々以テ嫡母等ニ對シテハ少クモ實際上母タル資格ヲ剝奪シ以テ子ノ利益ヲ圖ルニ付實母ニ重キヲ置キタルコトヲ證スルニ足レリ以上ノ理由ニヨル本件ニ付嫡母カ親權ヲ行使スヘキモノト爲シ從テ抗告人カ未成年者鈴木幸子ノ實母トシテ同人ノ相續屆ヲ爲シタルハ失當ナリト爲セル原決ヲ取消シ東京府荏原郡品川町長ヲシテ抗告人ノ屆出ヲ受理スヘキ旨ノ命ヲ發セラレ度キ旨ノ決定ヲ求ムト謂フニ在リ

仍テ案スルニ抑モ親權ハ父母タル身分ニ基キ其子ニ對シ其身上又ハ財產ニ關シテ法律カ付與セル權利義務ノ集合ニ外ナラスシテ其目的ハ法律カ親子間ニ存スル天倫ノ愛情ヲ利用シテ子ノ年齡未タ自ラ自己ヲ管理シ又自己ノ利益ニ着眼スルニ至ラサルトキ父母ヲシテ其子ノ身上及財產ヲ管理セシメントスルニ在リ而シテ其範圍ハ因ヨリ父母カ其身上ニ基キ有スル一切ノ權利義務ヲ包含スルモノニアラサレトモ其身上ニ對スルモノニシテハ監護教育ノ權懲戒ノ權アリ財產ニ關スル權トシテハ子ノ財產ヲ管理スル權財產ニ關スル法律行爲ニ付キ子ヲ代表スル權並ニ子ノ財產ヲ收益スル權等ニ亘リ子ニ對スル權利トシテハ殆全部ヲ包擁スルヲ以テ之ヲ何人カ行使スルカニヨリテ往々子ノ利害ニ消長ヲ來スコトアルハ固ヨリ其所ナリ然リ而シテ親權ハ親子間ノ情誼ニ其基礎ヲ置クモノナルヲ以テ同一家籍内ニ嫡母並ニ實母存スル場合ニ於テ父ノ死亡後ハ血緣ノ連鎖アルヨリシテ人情最モ子ノ利益ヲ計ルコト明カナル實母其親權ヲ行フヘキモノト爲スハ正ニ一面ノ理由アルモノト謂フヘク單ニ子ノ身上ノミヨリ之ヲ論スレハ寧ロ實母ノ親權ニ服スルヲ以テ利益ナリト爲ス場合多カルヘ

シト雖モ我人事法カ其立法ノ根本觀念ヲ家ニ求メ人事關係ノ法律生活ニ於ケル基礎ヲ個人ニ置カスシテ家ニ置キタル點ヨリスレハ到底家ナル觀念ヲ沒却スルヲ得ス玆ニ於テカ右ノ如キ場合ニ未成年者ニ對スル親權ハ何人カ行フヘキカハ深ク考慮ヲ要スル所以ナリ惟フニ斯ル場合ニ於ケル親權ハ須ラク父ニ對スル正妻卽チ嫡母カ之ヲ行フモノト爲スヲ法ノ精神ニ合スルモノト爲スヘシ蓋然ラサレハ嫡母トシテ名ハ父ノ正妻ト稱シナカラ夫タル父ノ家籍内ニアル庶子ニ對シテハ身上並ニ財產權上殆ト總テノ權利ヲ有セサル奇觀ヲ呈スルコトトナリ假令法ノ權利ナリトハ謂ヘ一面一度嫡母ト庶子トノ間ニ親子關係ヲ認メタル理由存セサルニ至リ他面事實上嫡母ハ實母ヨリ優越ノ地位ニ有ルモノト爲サスレハ一家ノ和平維持ハ到底望ムヘカラサレハナリコレ眞ニ正當夫婦關係ヲ保護スル法ノ精神ニモ合スル所以ナリ若シ夫レ嫡母カ情誼ニ反シテ庶子ノ利益ヲ無視スルノ虞アルニ對シテハ法カ嫡母カ親權ヲ行フ場合ニ於テハ後見ニ關スル規定ヲ準用シ或ハ親權會ノ同意ヲ得ヘント爲シ或ハ後見監督人ノ監督ノ下ニ立ツヘシトナス等嫡母ノ行爲ニ付一一周到ナル注意ヲ拂フニ努ムルヲ以テ何等未成年者ノ保護ニ缺クル所ナシ故ニ未成年ノ庶子ニ嫡母ト實母トアル場合ニ於テハ嫡母親權ヲ行フヘク從テ未成年者ノ爲メニ家督相續屆出ノ如キモ當然相續行使ノ範圍ニ屬スルモノナリト判斷シテ前ニ抗告人カ爲シタル抗告ヲ理由ナキモノトシテ却下シタル原決定ハ正當ニシテ本件抗告ハ理由ナキモノトス(東京地方裁判所大正九年(カ)第三號同年一〇月二七日民一部抵津裁判長小藤杉本各判事決定)

【關係事項】 却下○町長ノ爲シタル家督相續不受理處分ニ對スル再抗告事件○抗告人鈴木ナヲ代理人辯護士間原長次郎

【判旨第一點親權ノ本位ニ關スル同趣旨學說】

一 親權ハ法律ノ規定ニ依リテ父又ハ母ノ有スル權利及ヒ義務ノ集合ナリ近世ノ權利思想ニ於テハ各私人ニ對シ平等ナル人格ヲ認メ其一人ノ意思ヲ以テ他人ノ意思ノ自由ヲ侵害スルコトヲ許ササルハ屢々解說シタル所ノ如シ親子ノ間ト雖モ素ヨリ此原則ノ外ニ在ルモノニ非ラサルナリ從テ其之レヲ許スハ法律ノ認許ニ待タサルヘカラス故ニ親權ハ法律ノ規定ニ依リテ父又ハ母

ノ有スル權利及ヒ義務ノ集合ナリ（法學博士奥田義人氏親族大正五年中大講四四一頁）

二　親權ハ權利及ヒ義務ノ集合ナリ上代ノ社會ニ於テハ父ハ其子ニ對シテ絶對無限ノ權力ヲ有シ父ハ其子ヲ監督シ扶育スルノミナラス之ヲ生殺スルノ權ヲ有シ又之ヲ賣却シ人質ト爲スコトヲ得タリ此ノ如キ時代ニ於テハ親權ハ一ノ事實タリ近世ノ法則ニ於テハ親權ノ範圍ハ法律ヲ以テ限定セラレ其範圍内以外ニ於テハ父又ハ母ハ其子ニ對シテ何等ノ權利義務ヲ有スルコトナシ即チ親權ハ事實上ノ權力ニ非ラスシテ法律上ノ權利及ヒ義務ノ集合ナリ（親族大正中大講四三三頁）

三　親權ハ父又ハ母タル身分ニ基ツキ其家ニ在ル子ニ對シテ有スル權利及ヒ義務ノ集合ナリ親權ハ二箇ノ條件ヲ必要トス父又ハ母タル身分ハ其一ナリ親子ハ各々個人トシテ相互ノ間ハ賣買交換贈與其他一切ノ法律行爲ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ即チ之ニ因リテ父又ハ母カ權利及義務ヲ有スルコトアルモ其權利又ハ義務ハ父又ハ母タル身分ニ基ツキ有スルモノニ非ラス親權ハ之ト異ナリ父又ハ母カ其父又ハ母タル身分ニ基ツキ子ニ對シテ有スル權利義務ノ集合ナリ同一ノ家ニ在ルコトハ其二ナリ親子間ノ親族關係ハ假令親子其家ヲ異ニスルモ消滅セラルルモノニ非ラス而モ其親族關係ヨリ生スル效力ニ至リテハ其家ヲ同フスト之ヲ異ニスルトニ因リ大ナル差異アリ（親族大正五大講四三四頁）

四　親權ハ總テ絶對權即チ對世權ナリ然レトモ子ノ一身ヲ目的トスル親權ハ子ニ對シテモ行ハルルモノナルカ故ニ絶對權タルト同時ニ相對權即チ對人權トス未成年ノ子ヲ監護教育スル親權者ノ權利ノ如キ是ナリ（法學博士仁井田益太郎氏親族相續二八三頁）

五　親權者タル父又ハ母ハ或範圍内ニ於テ未成年ノ子ヲ監督若クハ保護シ又ハ之ヲ代理スル權利ヲ有スルト同時ニ之ニ對スル義務ヲ未成年ノ子ニ對シテ負擔スルモノトス故ニ此權利義務ハ互ニ離ルヘカラサル關係ヲ有スルモノニシテ未成年ノ子ノ父又ハ母カ親權ヲ有スルトキハ此義務ヲ負擔シ父親權發生ノ原因ハ同時ニ此義務ノ發生ノ原因ニシテ其親權消滅ノ原因ハ同時ニ此義務ノ消滅ノ原因ナリト謂フヘシ（親族相續一八三頁）

六　親權ヲ解シテ父母ノ有スル專斷權ナリトスル者アレトモ非ナリ何トナレハ親權ハ家長權ヨリ分化シタルモノナルコトハ爭ヒナシト雖モ家長權ノ如ク家長ノ利益ノ爲ニ有スルモノニアラスシテ全ク子ノ利益保護ノ爲ニ認メラレタルモノニシテ子ノ利益ヲ離レテ父母ニ何等ノ權力ナケレハナリ（ドクトル ユリス 坂本三郎氏親族二二六頁）

【判旨第二三點親權ノ目的範圍ニ關スル同趣旨學說】

一　親權ハ父又ハ母カ其父又ハ母タル身分ニ基ツキ法律ノ規定ニ依リ其家ニ在ル子ニ對シテ有スル權利及ヒ義務ノ集合ナリ（法學博士奥田義人氏親族大正五中大講四三三頁）

二　親權トハ父又ハ母カ其身分ニ基キ或範圍内ニ於テ子ヲ監督若クハ保護シ又ハ之ヲ代理スル權利ヲ謂フ親權ハ父又ハ母ノ利益ヲ維持スルト同時ニ子ノ利益ヲ維持スルカ爲メ法律ニ於テ之ヲ認メタルモノナリ（法學博士仁井田益太郎氏親族相續二八二頁）

三　所謂親權ナルモノハ父母タル身分ニ基キ其子ニ對シ其身上又ハ財產ニ關シテ法律カ附與スル權利義務ノ集合ニ外ナラス而シテ其目的トスル所ハ主トシテ父母ヲシテ其子ニ對シ負擔セル撫育ノ義務ヲ容易ニ盡サシムルニ在リトス（法學博士牧野菊之

仁井田博士
阪本ドクトル
仁井田博士
奥田博士
仁井田博士
牧野博士

助氏親族法四一八頁）

四　親權ハ父又ハ母カ家ニ在リテ子ニ對シテ有スル身上及ヒ財產ノ監督保護ヲ目的トスル權利義務ノ集合ナル純粹ナル家族制度ニ在リテハ親權ハ戶主權ニ包括セラレテ獨立ノ存在ヲ有スル余地ナキモノトナルカ個人主義ノ發達ト共ニ親權ハ戶主權ト分離シテ之ト併立ス我カ國今日ノ法制コレナリ而シテ純粹ナル個人制度トナルニ及ンテハ戶主權ヲ認ムル餘地ナク親權獨リ存ス即チ家庭制度ハ戶主權制度ナリ個人制度ハ親權制度ナリト云フコトヲ得ヘシ然ルニ近來ノ國家カ其教養ノ任ニ當ルヘキモノトナル親權ハ多少ノ制限干涉ヲ受クルニ至レリ（法學博士穗積重遠氏親權法一一九頁）

五　親權トハ法律カ子ノ身分及ヒ財產ニ關シテ其家ニ存ル父又ハ母ニ對シテ附與シタル權利及ヒ義務ノ集合ナリ（法律學士掛下學士親權法政講二五〇頁）

六　親權ハ父又ハ母カ子ニ對シ親子關係ニ基キテ當然有スル一定ノ權利義務ノ集合ナリ抑モ子特ニ幼者ニ在リテハ其心身及財產ノ保護者ナカルヘカラス而シテ民法ハ子ニ對シ愛情最モ深カルヘキ父母ヲ以テ其保護者タラシムル爲メ親權ノ制度ヲ設ケタリ（法學士島田鐵吉氏親權大正六明大講三四九頁）

七　親權トハ父母タルノ資格ニ於テ家ニ在ル其子ニ對シ其身上又ハ財產ヲ管理スルノ權利ヲ云フ蓋シ父母カ子ヲ教養シ監護スルハ其本然ノ義務ニシテ何人ト雖モ其子ノ善良有爲ノ人ト爲ルコトヲ欲セサルモノハ非サルヘシ即子ヲ教養シ監護スル子ノ利益ヲ保護スルカ爲メタルト同時ニ父母ノ爲メニモ利益ナリトス而ツテ父母ヲシテ完全ニ教養監護ノ義務ヲ盡サシメンカ爲メニハ教養監護ハ父母ノ義務タルト同時ニ權利タルコトヲ認ムルノ必要アリトス是即親權タル畢竟親權ハ親子自然ノ情愛ニ基キ父母ヲシテ適當ニ其子ヲ撫育スルノ途ヲ講セシムルカ爲メ認メラレタル權利ナリトス故ニ親權ガ絶對無限ノ權力ニ非サルハ言ヲ俟タス世俗或ハ親タルノ權力ヲ云ヒ爲シ子ニ對シ壓制是事トスルカ如キハ固ロリ法律ノ認ムル親權ノ範圍内ニ屬セサルノミナラス親權ヲ認メタル法律ノ精神ニ反スルモノト論スヘキナリ（要論九六五頁）

八　親權トハ父又ハ母カ其家ニ在ル未成年者又ハ獨立セサル成年ノ者身體及ヒ財產ニ對シ有スル保護權力ナリ（ドクトル ユリス 坂本三郎氏親族法二二六頁）

【判旨第四點實母ト嫡母ノ親權優劣ニ關スル同趣旨學說】

家ニ在ル父又ハ母カ親權ヲ行フヘキモノトセルカ故ニ他ニ實父若クハ實母ノ在ルト否トヲ問ハス繼父繼母又ハ嫡母カ親權ヲ行フコトアルハ殆ント言ヲ俟タサル所ナリ（法學博士梅謙次郎氏民法要義四卷親族編三四九頁）

【同上異趣旨學說】

一　子ノ家ニ繼父ト他ノ父トアリ又ハ繼母若クハ嫡母ト他ノ母トアルトキ第八七八條ノ規定ニ依レハ民法ハ繼父又ハ嫡母ヲ以テ十分子ノ利益ヲ維持スルニ足ラスト認メタリト謂ハサルヘカラサルカ故ニ右ノ場合ニ於テハ他ノ父ハ繼父ニ先チテ又他ノ母ハ繼母又ハ嫡母ニ先チテ親權ヲ有スルモノト爲スヲ以テ民法ノ精神ニ適フモノト謂フヘシ（法學博士仁井田益太郎氏親族相續法論二九一頁）

穗積博士
梅博士
仁井田博士
阪本ドクトル
掛下博士
島田學士

二　繼父母又ハ嫡母ト子トノ親子關係ハ一家ノ平和ヲ維持スルカ爲メニ設ケラレタル法律上ノ擬制ニ過キスシテ繼父嫡母カ實父母ノ如ク子ノ利益ヲ圖ラサルヘキ事ハ民法モ亦之ヲ豫想ス然ルニ親權ハ子ノ保護ノ爲メ認メラレタルモノナルカ故ニ他ノ父ハ繼父ハ先チ他ノ母ハ繼母若クハ嫡母ニ先チテ親權者ト爲ルト解釋スルヲ民法ノ趣旨ニ適ヘリト信ス（法學士島田鐵吉氏親族大正六明大講三五二頁）

三　甲戸主丙女トノ間ニ丁庶子ヲ擁ケ其後乙妻ヲ娶リ二年ヲ經テ病沒ス因テ丁其家督ヲ相續シタル場合ニ於テ親權ノ行使ハ嫡母タル乙ニ屬ス（明治三五年三月一五日決議記事一二四號八頁）

【同上折衷的判例】

嫡母カ親權者トナリ居ル場合ニ於テ實母カ其家ニ入籍シタリトスルモ直チニ實母ニ親權ノ移ルヘキモノニ非ス然レトモ親權中ノ財產管理權ハ之ヲ分離シテ他ノ親權者若クハ後見人ニ依リ行フコトヲ得ルモノナレハ該權ノミヲ實母ニ移スハ不法ニ非ス（名古屋地方明治四二年通七九號判決新聞五八〇號一五頁）

名古屋地方

東京地方裁判所判決

（二六八）

五三七　契約ニ依リ當事者ノ一方カ第三者ニ對シテ或給付ヲ爲スヘキコトヲ約シタルトキハ其第三者ハ債權者ニ對シテ直接ニ其給付ヲ請求スル權利ヲ有ス

前項ノ場合ニ於テ第三者ノ權利ハ其第三者カ債務者ニ對シテ契約ノ利益ヲ享受スル意思ヲ表示シタルトキニ發生ス

第三者ノ爲メニスル契約ナルモノハ債務者カ第三者ニ對シ無償ニテ給付ヲ爲ス場合ニ限ルモノニハ非ス第三者ヨリ反對給付ヲ得テ給付ヲ爲ス可キ場合モ亦此種ノ契約ニ屬スルモノトス」

右ノ場合ニ於テ第三者カ當然ニ反對給付ノ債務ヲ負擔スルモノニ非サルハ勿論ニシテ反對給付ヲ爲スヘキコトヲ認諾シテ受益ノ意思表示ヲ爲スコトニ因リテ茲ニ始メテ第三者ト債務者間ニ互ニ給付ヲ爲ス可キ債權債務ノ關係カ發生スルモノトス」

被控訴人主張ノ如キ意味ノ買戻付特約ヲ以テ本件地所カ被控訴人先代ヨリ訴外佐藤傳一郎ニ賣渡サレタルコトハ當事者間ニ爭無シ然ルニ證人佐藤傳一郎……ヲ綜合スルトキハ右ノ買戻ノ期間カ大正四年中將ニ滿了セムトスルニ際シ被控訴人ハ當時布哇出稼中ナリシノミナラス買戻ニ要スル書類等モ整頓セス前示買戻ノ特約ハ期間ノ滿了ニ依リ消滅ニ歸セムトスル處有リシヲ以テ被控訴人ノ親族等ハ前記傳一郎ニ懇請スルトコロアリ結局大正五年三月中同人ハ被控訴人ノ本家戸主タル控訴人ト契約シ地所ハ代金一千百六十六圓十一錢ヲ以テ之ヲ控訴人ニ賣渡スコト但先是被控訴人ハ買戻代金ノ內トシテ已ニ金六百圓ヲ傳一郎ニ支拂ヒアリタルヲ以テ控訴人ハ翌百圓ヲ傳一郎ニ支拂ヒ殘額五百六十六圓十一錢ヲ現實ニ傳一郎ニ支拂フコトヲ定メタル上更ニ控訴人ハ傳一郎ト契約シ他日被控訴人カ歸朝ノ後前揭金五百六十六圓十一錢ヲ對價トシテ地所ヲ控訴人ヨリ讓受ケムコトヲ申出タル節ハ控訴人ハ之ニ應シ所有權ヲ被控訴人ニ移轉スルコトヲ定メ斯クテ本件地所ハ控訴人ノ所有ニ歸スルニ至リシ事實ナルコトヲ認ムルヲ得ヘシ……乙第一號證ニ據レハ本件地所カ控訴人ノ所有ニ歸シタル後被控訴人ハ之ヲ小作シ小作料ヲ支拂ヒ居タルコトハ之ヲ認ムルヲ得ヘキモ他日自己カ所有權ヲ取得スルニ至ル迄一時土地ヲ小作シ其小作料ヲ支拂フト云フカ如キコトハ決シテ異例ニハ非ス之ヲ以テ所有權ハ控訴人ニ於テ永久ニ之ヲ保持スル筈ナリシコトヲ認ムルニ足ラス……要之被控訴人カ金五百六十六圓十一錢ヲ對價トシテ地所ヲ控訴人ヨリ讓受ケムコトヲ申出タル節ハ控訴人ハ之ニ應シ所有權ヲ被控訴人ニ移轉スヘシトノ契約カ控訴人ト傳一郎トノ間ニ成立シタルモノト云ハサルヘカラス

第三者ノ爲メニスル契約ナルモノハ債務者カ第三者ニ對シ無償ニテ給付ヲ爲ス場合ニ限ルモノハ債務者カ第三者ヨリ反對給付ヲ得テ給付ヲ爲ス可キ場合モ亦此種ノ契約ニ屬ス但此場合ニ於テ第三者カ當然ニ反對給付ノ債務ヲ負擔スルモノニ非サルハ勿論ニシテ反對給付ヲ爲ス可キコトヲ認諾シテ受益ノ意思表示ヲ爲スコトニ因リ茲ニ始メテ第三者ト債務者間ニ互ニ給付ヲ爲ス可キ債權

債務ノ關係カ發生スルモノトス然ラハ則前段認定ニ係ル控訴人ト傳一郎間ノ契約ハ即第三者ノ爲メニスル契約ニ外ナラス其對價タル金圓支拂ノ時期ト所有權移轉ノ時期ト孰カ後先ナリヤニ付キ別ニ之ヲ認ムヘキモノ無キ限リ同時引換ニ爲サル可キモノナリト解ス可キハ謂フ迄モ無ク而シテ被控訴人カ歸朝後大正七年七月上旬控訴人ニ對シ對價ト引換ニ所有權ノ移轉ヲ求メタルコトハ原審證人……ノ供述ニ據リテ之ヲ認メ得ラルル而已ナラス控訴人ハ被控訴人ヨリ金五百六十六圓十一錢ヲ受取リ被控訴人ニ對シ本件不動產ニ付キ所有權移轉ノ登記申請手續ヲ爲スヘシトノ判決ヲ求ム可ク本訴ヲ提起シタルコト自體ハ取モ直サス對價ノ支拂ヲ爲ス可キコトヲ認諾シテ受益ノ意思表示ヲ爲スト共ニ此自己ノ債務ノ履行ト引換ニ訴控人ノ債務ノ履行ヲ求ムルモノニ外ナラサルカ故ニ控訴人ニ於テ之ニ應サセル可カラサルコト多言ヲ俟タス……以上ノ理由ナルニ依リ本訴請求ハ相當ニシテ控訴ハ其理由ナシ……(東京控訴院大正八年(ネ)第二二七號同九年七月八日民二部前田裁判長吉田中島各判事判決)

【關係事項】 棄却○土地所有權移轉登記手續請求控訴事件○控訴人複本敍訴訟代理人辯護士鳩山一郎外一名被控訴人複本三代吉訴訟代理人辯護士山口憲

【判旨第一點同趣旨學說判例】

一 甲乙ニ對シ金百圓ニテ其所有ノ時計ヲ丙ニ賣渡スコトヲ約スル契約ハ第三者ノ爲メニスル契約ニアラサルナキカ疑ヲ生スヘシト雖モ其契約ハ單純ニ給付義務ノミヲ負擔セシムルコトヲ目的トスルニアラスシテ第三者ノ利益享受ノ條件トシテ之ニ給付義務ヲ負擔セシムルニ過キサルヲ以テ結局第三者ノ爲メニスル契約ノ一體樣タルヲ失ハス(法學博士横田秀雄氏債權各論一四一頁)

二 民法第五三七條ノ第三者ノ爲メニスル契約ニ於テ其契約ノ利益ヲ受ク(ヘキ第三者ノ權利ハ必スシモ單純ナルコトヲ要スルモノニ非スシテ之ニ反對給付ノ伴フコトヲ妨ケサルモノトス(大審院大正七年(オ)第一〇二二號同八年二月一日判決本書第八卷民法二三五頁)

三 民法五三七條ハ當事者カ第三者ノ利益ノミノ爲メニスル場合ハ勿論第三者カ契約ヨリ生スル利益ヲ享受セント欲セハ自ラ反對給付ヲ爲ササルヘカラサルカ如キ場合ヲモ併セテ規定シタル法條ナリトス(大審院明治三五年(オ)第六六三號同三六年三月一〇判決民錄第九輯二九九頁)

四 第三債務者ニ對シ反對給付ヲ爲シテ利益ヲ享受スルカ如キ場合(例之賣買)ト雖モ本條一項ニ依リ契約ナナスコトヲ妨ケサルハ五三九條ノ規定ニ對照スルモ之ヲ推知スルニ難カラス果シテ然ラハ當事者ノ一方カ第三者ニ對シテ或物ヲ賃貸スヘキ旨ヲ契約スルコトヲ得ヘキハ勿論ニシテ第三者カ其契約ノ利益ヲ享受スル意思ヲ表示スルニ依リテ當然賃貸權ヲ取得スルモノト云ハサルヘカラス(東京地方明治三九年四月二日判決法律新聞第三五三號九頁)

【同上反對學說判例】

一 第三者ニ義務ヲ負擔セシムヘキ法文ノ根據ナキノミナラス尙本條ニ於テハ古來ノ觀念ヲ排シテ契約ノ效力ヲ第三者ニ擴張スルノ必要ヲ認メタルニ拘ラス權利ヲ第三者ニ付與スル場合ト雖モ其者ノ意思ニ基カスシテ强テ之ヲ獲得セシムルハ不當ナリトノ思想ニ基キ同條三項ヲ加ヘテ獨法ノ範ニ從フテ躊躇シタルハ規定自體ニ依リ明瞭ナルトコロニシテ況ヤ當事者ノ契約ニ依リ第三者ニ義務ヲ負擔セシムルノ不當ナルハ勿論ノコトトシテ同條一項中ニ包含セラレ居ラサルハ疑ヲ容レサル所ナレハ同項ニ對シ寧ロ制限ヲ加フルノ趣意ヲ以テ置カレタル二項ノ存スルカ爲メ義務ノ負擔モ敢テ不可ナラストノ結果ヲ生スルハ氏法ノ本旨ニ非ス(法學博士池田寅二郎氏法學協會雜誌第二五卷第六號八二六頁)

二 第三者ノ反對給付ニ對シ或給付ヲ第三者ニ爲スヘキコトヲ約シタルトキハ之ヲ以テ第三者ノ爲ニスル契約ト稱スルコトヲ得ルヤ余ハ全ク是認セス蓋シ第三者ノ利益ノ爲メニスル契約ト第三者ニ負擔ヲ生セシムヘキ契約トハ全然之ヲ區別スルモノナルコト一般學者ノ認ムル所ナルノミナラス我民法ニ於テモ法文上或給付ヲ爲ス可キコトヲ約シ云云トアリテ第三者カ契約ヨリ生ス利益ヲ享受スルニ付キ反對給付ヲ爲スヘキ義務ヲ負擔スヘキカ如キ趣旨毫モ存セサレハナリ(法學博士飯島喬平氏契約總論明大講一三〇頁)

三 本契約ハ專ラ第三者ノ利益ノミヲ以テ目的ト爲スモノナリ專ラ第三者ノ不利益ノミヲ目的トスル契約又ハ第三者ノ利益ト不利益トヲ目的トスル契約ハ孰レモ本契約ノ種別ニ屬スルモノニ非ス(法學士村上恭一氏債權各論二五三頁)

四 當事者間ノ契約ニヨリ第三者ニ義務ヲ負擔セシムルコトヲ得サルハ勿論ニシテ縱令第三者カ其ノ契約ノ利益ヲ享受スヘキ旨ノ意思表示ヲ爲スモ之レニ對シ效力ヲ生セサルハ論ヲ俟タス故ニ當事者ノ一方カ相手方ニ對シ一定ノ賃料ヲ取リテ第三者ニ地所ヲ使用セシムルコトノ契約ヲ爲シ第三者カ之ニ對シ受益ノ意思表示ヲ爲スモ第三者ト債務者間ニ右契約ハ效力ヲ生スルモノニ非ス東京地方明治四一年(ワ)第一六九號同年六月十九日判決法律新聞五〇八號二一頁)

五 第三者ノ爲メニスル契約ハ當事者(即チ債權者債務者)間ノ契約ニシテ當事者ノ雙方又ハ一方ト第三者ノ間ノ契約ニ非サルコト及ヒ第三者ノ受益ノ意思表示ノ單獨行爲ナルコトハ論ナキ所ニシテ又法律上何等ノ關係ナキ第三者ヲシテ義務ヲ負擔セシムルコトヲ約スル行爲ノ如キハ民法五三七條ノ所謂契約トシテ效力ヲ有セサルモノナルコトモ亦論ナキコロトス故ニ未登記ノ貸貸借契約アル地所ヲ賣買スルニ當リ買主カ賣主ニ對シ賣主ト貸借人即チ其他上ニ在ル建物所有者トニ契約サレタル同一ノ條項ヲ以テ引續キ貸貸スルトノ意思表示ヲ爲シタリトスルモ買主ト建物所有者間ニ賃貸借契約ハ成立セサルナリ(同上明治四〇年五月一日判決判例彙報第一卷七六頁)

【同上ニ關スル參照學說】

一　第三者ノ爲メニスル契約ハ第三者ヲシテ債權ヲ取得セシムル事ノミヲ目的トスル契約ナルコトヲ要セス諾約者ヲシテ第三者ニ對シ無因的債務ヲ負擔セシムルコトヲ目的トスル契約モ亦民法上無效ニアラスト雖モ當事者ハ諾約者カ此如キ出捐ヲ爲ス法律上ノ原因タル當事者間ノ法律關係即チ所謂補償關係ヲ加ヘテ一個ノ有因契約ヲ爲スヲ原則トスヘク而シテ此ノ如キ有因的ナル第三者ノ爲メニスル契約ノ有效ナルハ固ヨリ言ヲ俟タス例ヘハ當事者間ノ賣買契約ニ於テ買主カ代金債務ヲ第三者ニ對シテ辨濟スヘキコトヲ約スルトキハ賣買契約ト第三者ノ爲メニスル契約トノ二者併合スルニアラスシテ一個ノ特種ナル賣買契約ノ存スル力如シ(法學博士鳩山秀夫氏日本債權法各論一七八頁)

二　通常ノ第三者ノ爲メニスル契約ニ附加スルニ「第三者一定ノ行爲ヲ爲スヘキコトヲ承諾スルニ於テハ」ナル條件ヲ以テスル契約ハ之ヲ有效ト見ルヘキカ否ヤ第三者ノ爲メニスル契約ト雖モ之ニ條件ヲ附スルヲ妨ケサルコト既ニ上述ノ如クナルカ故ニ(一)若シ當該ノ契約ノ主旨カ特ニ第三者ヲシテ義務ヲ負擔セシムルコトヲ條件トシテ契約ノ效力ヲ發生セシムルヘキコトニ存スルトキハ何等其契約ヲ否認セサルヘカラサルノ理ナシ(二)反之契約ノ內容カ第三者ヲシテ債權ヲ取得セシムルト同時ニ之ト双務的關係ニ立テル反對債務ヲ負擔セシムルコトニ存スルトキハ畢竟契約ヲ以テ他人ニ債務ヲ負擔セシメントスルモノナレハ之ヲ無效ナリト解セサルヘカラス然レトモ(イ)第三者ヲシテ負擔セシムル債務カ双務的反對債務タル性質ヲ有セスシテ單ニ負擔タルニ過キサルトキハ此種ノ契約ト雖モ尙有效ナリト認メサルヘカラス(ロ)又契約自身ヲ以テ債務ヲ負擔セシムルヲ目的トセスシテ單ニ通常ノ第三者ノ爲メニスル契約ニ附加スルニ「第三者若シ一定ノ義務ヲ負擔スルコトヲ承諾スルニ於テハ」ナル條件ヲ以テスルコトハ毫モ差支ナキカ故ニ此種ノ契約ハ尙之ヲ有效ト見サルヘカラス但シ此場合ニ於テハ其義務ノミハ第三者諾約者間ノ契約ニ因リテ發生スルモノニアラス故ニ此場合ニ於テハ諾約者ノ義務ト第三者ノ義務トハ其發生原因ヲ異ニスルモノト云フヘク從ヒテ;者ハ發生ノ點以外ニ於テハ特ニ別段ノ意思表示ナキ限リ互ニ双務關係ナキモノト云ハサルヘカラス(法學士末弘嚴太郎氏債權各論二一九頁)

三　他人ヲシテ義務ヲ負擔セシムル契約ハ原則トシテ無效ニシテ其他人カ之ヲ承認スルモ之ニ依リテ無效ナル法律行爲カ有效トナラス之ヲ有效トスル爲メニハ特別ナル明文ヲ要スルキノナルカ故ニ第三者ノ爲メニスル契約ニ於テ第三者ヲシテ或債務ヲ負擔セシムルコトハ明文ナキナキ或國法ノ下ニ於テハ法條上許ス可ラサルモノトス(法學士藥師寺傳兵衛氏本書八卷民法一〇五三頁)

四　第三者ノ爲メニスル契約ニ於テ「第三者カ反對給付ヲ負擔スルナラハ」ト云フ停條件ニ繫ラシメテ其第三者カ權利ヲ取得スヘキコトヲ定ムルハ妨ケナキモノトス(同上)

四九九第一項　債務者ノ爲メニ辨濟ヲ爲シタル者ハ其辨濟ト同時ニ債權者ノ承諾ヲ得テ之ニ代位スルコトヲ得

五〇〇　辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者ハ辨濟ニ因リテ當然債權者ニ代位ス

五〇一　前二項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求償ヲ爲スコトヲ得ヘキ範圍內ニ於テ債權ノ效力及ヒ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(以下略)

代位辨濟ノ場合ニ於テハ其債權ハ辨濟者ニ移轉スルコトナキモノトス」

民法第五〇一條ニ所謂「債權ノ效力トシテ有セシ權利」中ニハ擔保權、詐害行爲取消權、債權證書ヲ占有シ得ル權利ハ之ヲ包含スルモ債權自體ハ之ヲ包含セサルモノトス」

請求權ノ個數ハ別々ニ處分シ得ルヤ否ヤハ請求權ノ目的カ同一ナリヤ否ヤニ依リテ定マルヘキモノナレハ結局其個數ハ其目的ノ個數ニ依テ定マルヘキモノトス」

一　民法第四九九條乃至第五〇四條ノ規定ハ所謂代位辨濟ニ關スル規定ナリトシテ此等ノ規定ヲ一見シタル所テハ辨濟者ニ移轉スルモノヤウニモ見エルノテアルカ元來債權ハ辨濟ニ因リテ消滅スルモノナルカラ其辨濟サレタ債權カ消滅セスシテ辨濟者ニ移轉スト云フ說ハ辨濟ト云フ觀念ト全ク相容レサル思想ナリトシテ全ク不合理テアリ全ク矛盾テアル此說ハ擬制ニ依ルモノテアルカ由來擬制ノ必要ナキニ認ムヘキモノナイ然ラハ此場合ニ斯ル擬制ヲ認ムヘキ必要カアルテアラウ乎又斯ル擬制ヲ認メサルモ辨濟サレタ債權カ其辨濟ニ因リ消滅スルコトナクシテ辨濟者ニ轉ルヌモノトスヘキ必要カアルテアラウ乎何レニスルモ其移轉アリトスルノハ求償權保護ノ爲メテアルカ其移轉アルモノトセネハ辨濟者ノ求償權ヲ保

護スルコトカ出來ヌモノテアラウカ若クハ少ナクトモ其保護ニ不便ヲ感スルモノテアラウ乎

二　先ツ辨濟サレタ債權ニ特別ノ擔保ナキ場合ヲ考ヘテ見ヤウ民法カ代位ヲ認ムルハ辨濟者ノ求償權保護ノ爲メテアルカ辨濟者ニ對シテ其求償權ヲ行フニ付テハ辨濟サレタ債權カ辨濟者ニ移轉レタルモノトシテモソレタケハ何等ノ利益カアルモノナイ例ヘハ千圓ノ求償權カアルナラハ其千圓ノ辨濟ヲ受ケ得ルニ止マリ辨濟セラレタ債權ノ移轉アリトシテモ無シトシテモ其千圓ノ辨濟ヲ受クルニ付キ毫モ難易ノ差ヲ生スルモノテハナイ尤モ辨濟サレタ債權ニ付既ニ確定判決其他ノ債權名義アルトキハ其債權ノ移轉アルモノトセハ辨濟者ハ其債權名義ニ依リテ强制執行ヲ爲シ以テ求償ノ目的ヲ遂シ得ルカノ如ク思ヘヌテモナク又斯ル見解ノ學說ナキニ非サレトモ其債權名義ニ依リ强制執行ヲ爲スニハ先ツ民事訴訟法第五一九條第五二〇條ニ依リ承繼人タル辨濟者ニ於テ執行文ノ付與ヲ受ケネハナラヌ然ルニ其債務名義ニ依リテ執行シ得ヘキ範圍ハ唯求償スルコトヲ得ヘキ範圍ニ限ルノテアルカラ其求償權ノ有無及ヒ範圍ヲ明カニシテ居ル債務名義カ無ケレハ其執行シ得ヘキヤ否ヤ又如何ナル範圍ニ於テ執行シ得ヘキヤカ明確テナイカラ執行文ヲ付與スルコトハ出來ナイ譯テアル然ルニ若シ求償權ニ付テ既ニ債務名義アル場合ニハ辨濟者ハ直チニ其求償權ノ債權名義ニ執行文ノ付與ヲ受ケソレテ執行スル方カ却ツテ簡單テアツテ辨濟サレタ債權ノ債務名義ヲ使用スルカ如キ迂遠ノ方法ヲ採ル必要ハ全クナイノテアル

三　然ラハ辨濟ニ因リテ債務者ヨリ辨濟者ニ移轉スル權利ハ何テアラウ乎余ハ擔保權カ移轉スルノハ勿論テアルカ擔保權ノ外ニ移轉スル權利ハ詐害行爲取消權債權證書ヲ占有シ居ル權利位ノモノテアルト思フ通說カ債權ノ移轉アリトスル理由ハ恐ラク擔保權ハ債權ニ從タル權利テアツテ債權カ消滅スレハ必ス消滅スルモノテアル債權消滅シテ之ニ從タル擔保權ノミカ唯リ殘存シテ辨濟者ニ移轉スルト云フ事ハ理論上認メ得サル所テアル而シテ擔保權カ移轉スルコトハ民法第五〇一條ノ明文上明白

ナコトテアルカラ債權モ亦移轉スルノテアルト云フニ在ルト思フ此見解ハ一應尤モナ樣テアルカ誤テアル擔保權カ從タルモノテアルト云フノハ正當テアルカ常ニ必ス被擔保債權ト運命ヲ共ニスヘキモノテアルト云フノハ誤テアル其運命ヲ共ニセサル場合アルモ之レカ爲メ其擔保權カ從タルモノテアルト云ヒ得ヌモノテハナイ左レハ代位辨濟ノ場合ニモ辨濟ニ因リテ債權タケハ消滅スルカ之ヲ擔保シテ居タ擔保權ハ消滅セス辨濟者ニ移轉シテ從來債權者ノ債權ヲ擔保シタト同シ限度ニ於テ求償權ヲ擔保スルノテアルト云ウテ何ノ差支カアラウ民法第五〇一條ニ債權者カ債權ノ效力トシテ有セシ權利トハ何ヲ指スモノテアラウ乎債權者ノ有セシ債權自體ハ之ヲ債權ノ效力ヘシテ有セシ權利ト云フコトハ出來マイ民法ハ債權ノ效力トシテ有セシ權利ノ何物ヲ明示シテ居ラヌカ債權者カ債權ニ關スル證書ノ上ニ有スル權利ノ如キハ疑モナク債權ノ效力トシテ有スル權利テアラウ而シテ辨濟者カ此ノ權利ノ移轉ヲ受クルコトハ民法第五〇三條第一項ニ依リテ明瞭テアル又債權者ノ有シタル詐害行爲取消權ノ如キモ債權ノ效力トシテ有セシ權利テアル兎ニ角債權自體カ所謂「債權ノ效力トシテ有セシ權利」ト云フコトノ出來ナイノハ民法第五〇一條ノ文理解釋カラ見テモ疑ナキ所テアル左レハ辨濟サレタ債權カ辨濟者ニ移轉スルト云フ見解ハ理論ノ上カラ見テモ法文ノ上カラ見テモ全ク根據ナキ見解ト云ハネハナラヌ

四　ソシテ其債權カ辨濟者ニ移轉スルト說明スル學說ノ中ニハ辨濟者ハ求償權ノ外ニ其移轉シタ債權ヲ有シ二ツノ請求權カ相競合スルモノテアルト說明スルモノモアルカ余ハ請求權ノ競合ヲ否認スルノ請求權カ相競合スルモノテアル請求權ハ如何ナル立場カラ見テ其個數ヲ定ムヘキモノテアルカト云フヤウテアルカ余ハ寧ロ別々ニ處分シ得ルカ否カニ依ツテ定ムヘキモノテアルト思フソレハ處分トハ全クナイカラテアル而シ別々ニ處分シ得ルカ否カハ請求權ノ目的カ同一テアルカ否カニ依ツテ定マルヘキモノテアルカラ結局請求權ノ個數ハ其目的ノ個數ニ依ツテ

ヒマルト云フコトカ出來ノテアル左レハ所謂競合ノ場合ハ數個ノ請求權カアルノナナク所謂競合ノアル範圍ニ於テハ請求權ハ一個テアルト云ハネハナラヌ故ニ代位辨濟ノ場合ニ於テモ求償權ノ外ニ債權者ヨリ移轉シタル債權カアツテ二ツノ請求權カ競合スト云フコトハ此點カラ見テモアリ得ヘカラサルコトテアル加之謂フ所ノ移轉シタ債權ト求償權トハ目的カ別テアル例ヘハ移轉シタ債權カ貸金債權テアルナラハ其目的ハ貸金ノ辨濟テアルカ求償權ノ目的ハ辨濟ノ爲メニ爲シタル出捐ノ塡補ヲ目的トスルモノテアツテ目的ハ全ク別テアル故ニ論者ノ見解カラ云フテモ競合ハナイ譯テアル隨テ其競合アリト云フノハ矛盾テアル(法學士岡村玄治氏法學志林第二二卷第五號七三頁「代位辨濟ノ場合ニ果シテ債權ノ移轉アリヤ」要領)

【論旨第一點代位辨濟ノ場合ニ債權ノ移轉ヲ認ムル反對學說ノ一】

富井博士

一 代位ハ常ニ當事者ノ意思ニヨリテ成立スルモノニアラス後ニ說明スル如ク法律ノ規定ニヨリテ成立スル場合最モ多シ(五〇〇條)此場合ニ讓渡ト云フ事ハ甚タ當ラス又當事者ノ意思表示ニヨリテ成立スル場合(四九九條)ニ於テモ債權者ノ同意ハ代位ノ要件タルニ過キスシテ讓渡ノ契約ナルモノ成立スルニアラス故ニ債權ハ移ルモ讓渡ニアラスシテ法律ノ規定ニヨル債權ノ移轉ト見ルヘキナリ(法學博士富井政章氏債權總論明治四五東大講二六七頁)

二 元來債權カ辨濟ニ依リ消滅スルハ其目的ヲ達スルカ爲メナリ然ルニ地代ヲ生スル場合ニハ辨濟ニヨリ債權者ニ滿足ヲ與フルノ點ニ於テ債權ハ其目的ヲ達シタルモノナルカ故ニ此目的ノ範圍內ニ於テハ債權ハ消滅ヘルモ然モ此債權カ求償ノ爲メニ利用シ得ヘキ範圍內ニ於テハ債權ノ目的ハ未タ達セラレタルモノニアラサルカ故ニ法律ハ此範圍內ニ於テ債權ヲ存續セシメ之レテハ尙ホ存續シ以テ代位者ニ移轉スルモノタリ換言スレハ債權ハ相對的ニ債權者ニ對シ消滅スルモ絕對的ニ消滅セス被代位者ニ對スル關係ニ於ヨリ脫離セシメ之ニ代フルニ代位者ヲ以テスルノ效力アリ要スルニ代位ハ法律ノ規定ニ因ル債權ノ移轉ニシテ債權ノ特定承繼ニ外ナラス(法學博士岡松參太郎氏法學志林一〇卷三號九頁)

三 法律上ノ代位ハ辨濟者カ債權者ニ對シテ有スル求償權ノ限度ニ於テ債權者ノ有セシ債權ノ移轉ヲ生スルモノト見ルナリ(法學博士川名兼四郎氏債權要論五四七頁)

四 第三者ノ辨濟ニ因リ債權者ハ滿足ヲ得其目的ヲ達スルヲ得タリ故ニ債權者ニ關係ナキ他ノ目的ノ爲メニ債權ヲ利用シ其目的ノ範圍內ニ於テ尙存續スルモノト存スルコト得ヘシ而シテ辨濟ヲ爲シタル第三者ハ債務者ニ對シテ固有ノ求償權ヲ有スルカ故ニ其目的ノ爲メニ債權ハ存續スルモノトス法典ハ第三者ノ辨濟ト云フカ故ニ債權ハ之ニヨリテ消滅スルモノト解スルコトヲ要スルカ如シト雖モ辨濟ノ效力ハ必シモ絕對的ナルヲ要セス相對的ナルコトヲ得第三者ノ辨濟ハ單ニ債權ヲ從來ノ債權者ト切離セシムル效力ヲ有スルニ止マリ絕對ニ債權ヲ消滅セシムルモノニアラス故ニ辨濟ヲ爲シタル第三者ニ其債權ヲ附着セシメ第三者ヲ從來ノ地位ニ立タシムルコトヲ得ルモノトス故ニ代位ハ法律ノ規定ニ基キテ債權カ移轉スルヲ云フニ外ナラストナス(法學博士石坂音四郎氏日本民法債權中一二七八頁)

五 代位ノ法律上ノ性質ニ付テハ議論アリ債權ノ法律上ノ移轉ナリト解スルヲ正當トス(法學博士鳩山秀夫氏債權三五六頁)本質ニ付テハ從來頗ル議論アリ或ハ債權讓渡ト之ヲ混同スル者アリト雖モ當事者ノ意思ヲ異ニシ法律上ノ效果ヲ異ニスルカ故ニ讓渡ノ理ヲ以テ之ヲ說クヘカラス債權ノ法律上ノ移轉ト解セサルヘカラス法定代位(五〇〇條)ニ就テハ固ヨリ然リ任意代位(四九九條)ニ就テ亦然リ之レ近時殆ント學者間ニ於ケル定說ナリ(同上日本法政新誌一卷一號二四頁)

六 代位辨濟ハ債務者ニ非サル者カ債務者ノ爲メニ辨濟スルニ因リテ生シタル求償權ヲ確保スルカ爲メニ債權者ノ債權カ辨濟者ニ移轉スルヲ云フ凡ソ債務ハ債權者ニ非サル第三者ト雖モ之ヲ辨濟スルコトヲ得ヘク而シテ之カ辨濟ヲ爲シタルトキハ債務ノ消滅スルヲ原則トスレトモ法律ハ辨濟者ノ債務者ニ對シテ有スル求償權ノ實行ヲ確保スルカ爲メニ債權者ノ權利ハ辨濟ニ因リテ消滅スルコトナク債權者ヨリ辨濟者ニ移轉シ辨濟者ナシテ其權利ヲ行使スルコトヲ得セシムルカ爲メ代位辨濟ノ制度ヲ認メタルモノトス(法學士磯谷幸次郎氏債權法論下卷五八三頁)

七 代位辨濟ノ求償權ノ範圍內ニ於テ債權者ノ有セシ一切ノ權利カ代位辨濟者ニ移轉スルナリ此場合ハ法律上權利ノ移轉行ハルルモノナルカ故ニ當事者ノ何等ノ意思表示ヲ要セス當然代位辨濟ハ債權者ノ權利ヲ承繼スルニ至ルナリ(法學士須賀喜三郎氏債權大正五中大講三七五頁)

鳩山博士

磯谷學士

須賀學士

梅博士

土方博士

横田博士

【同上學說ノ二】

一 債權ハ辨濟ニ因リテ既ニ消滅セリト雖モ辨濟者ノ權利ヲ確保スル爲メ假ニ債權者ノ權利ヲ以テ未タ消滅セサルモノトシ辨濟者ナシテ此權利ヲ行ハシムルモノナリ(法學博士梅謙次郎氏民法要義債權二九八頁)

二 辨濟者ノ求償權ヲ確保スルカ爲メ理論上ニハ辨濟ニヨリテ消滅シタル債權者ノ權利モ辨濟者ノ爲メニハ尙存續シ辨濟者ノ位地ニ立チ代リ其權利カ恰カモ消滅セサリシモノノ如クニ之ヲ承繼シテ行フコト得ヘキモノトセシ所以ニシテ公然實際上ノ便宜ニ基ク一種ノ擬制ト見ルノ外ナシ(法學博士土方寧氏債權法下大正二東大講七七頁)

三、代位辨濟ハ債務者ノ爲メニ債務ノ辨濟ヲ爲シタル限度ニ於テ債權者ノ有セシ一切ノ權利ヲ承繼スルヲ法律關係ナリ(法學博士横田秀雄氏債權總論九〇八頁)代位トハ或權利義務ニ關シテ他人ノ地位ヲ承繼スル法律關係ヲ謂ヒ代位辨濟ニ在リテハ辨濟者ハ債務ノ辨濟ヲ爲シタルニ因リ債權者ノ地位ヲ繼承シテ其權利ヲ取得スルモノナリ蓋シ代位辨濟ノ場合ニ於テハ債權ハ辨濟ニ因リテ全部又ハ一部消滅ニ歸シタルモノナレハ理論上ノ見地ヨリスレハ辨濟者カ債務者ニ代位シテ其權利ヲ承繼スルコトノ絕對ニ不可能ナルヘキハ論ヲ俟タサル所ナリト雖モ法律ハ辨濟者ノ求償權ヲ確保スル爲メ一ノ擬制ヲ設ケ債權者ノ有セシ債權ハ辨濟ニ掏ハラス依然トシテ存續

スルモノト看做シ辨濟者ナシテ其權利ヲ承繼シテ之ヲ行フコトヲ得セシムルモノナリ故ニ代位辨濟ハ又代位ノ目的タル債權ノ移轉承繼カ假定的ナルニ於テ債權ノ讓渡ト其性質ヲ異ニスルモノト謂フヘシ(同上債權總論九〇八頁)

仁井田博士

四 辨濟ニ因リ債權者ニ代位スル者ハ債權者ノ有セシ權利ヲ自己ノ爲メニ行使スル權利ヲ有スルモノトス然レトモ債權者ノ有セシ債權及セ其ノ從タル權利ハ辨濟ニ因リテ消滅スルモノナルカ故ニ辨濟ニ因リ債權者ニ代位スル者カ債權者ノ有セシ權利ヲ自己ノ爲メニ行使スルコトヲ得ヘシトセハ其權利ハ實際消滅シタルニ拘ハラス法律カ其代位者ノ利益ノ爲メニ之ヲ消滅セサルモノト看做ヒ其代位者ヲシテ自己ノ爲メニ之ヲ行使スルコトヲ得セシムルモノニ外ナラス故ニ之ヲ承繼スルモノト謂フヘカラス從テ辨濟ニ因ル代位ハ債權者ノ權利カ債務者ノ爲メニ其債務ヲ辨濟シタル者ニ移轉スルコトヲ指スセノニ非サルヲ知ルヘシ(法學博士仁井田益太郎氏法協三三卷一號七二頁)

柿原學士

五 債務者ノ爲メニ辨濟ヲ爲シタル者ヲ保護センカ爲メ法律ノ假定(フキクションントロア)ニ依リ債權者ノ有セシ債權ヲ未タ消滅セサルモノト看做シ辨濟者ヲシテ其有スル求償權ノ範圍內ニ於テ其債權者ニ屬セシ一切ノ權利ヲ行フヲ得セシムルモノ是レナリ(法學士柿原武熊氏債權明大講三四九頁)

加古學士

六 債權ハ本來辨濟ニヨリテ消滅セリト雖モ辨濟者ノ求償權ヲ確保センカ爲メニ法律ノ擬制ニ依リ債權者ノ權利ヲ以テ未タ消滅セサルモノノ如ク看做シ以テ之ヲ行使スルコトヲ得セシムルモノトス(法學士加古貞太郎氏法典質疑問答一〇二頁)

【同第二點第五〇一條ニ所謂「債權ノ效力」ノ意義ニ關スル異趣旨學說】

土方博士

一 五〇一條ノ法文中債權ノ效力トアルハ債務ノ履行ヲ請求シ若クハ遲延ニヨル損害ノ賠償ヲ請求スルハ勿論公正證書ニヨル強制履行ヲ包含シ又損害ノ豫定額又ハ違約金ノ請求ト共ニ包含セラルルモノト見ルヘキモノトス(土方博士前揭八八五頁)

石坂博士

二 債權ノ效力トハ債權者ノ有スル權能ヲ云フ即履行請求權損害賠償請求權代位權取消權等ヲ云フ(石坂博士前揭一二九五頁)

【同上第三點請求權ノ個數決定標準ニ關スル參照學說】

横田博士

一 債權ノ個數ニ關スル問題ニ付キテハ學者ノ議論二派ニ分カレ債權ノ個數ハ當事者ノ數ニ從ヒテ之ヲ計算スヘシトスルノ說ト其目的ノ單一ナルト否トニ依リテ之ヲ決スヘシトスルノ說アリ余ハ大體ニ於テ目的說ヲ可ナリト信ス(法學博士横田秀雄氏法學志林一一卷三號)

中島博士

二 如何ナル點ヲ標準トシテ請求權カ一個ナリヤ數個ナリヤヲ決定スヘキカ……思フニ請求權ヲ特定セシムルノ要素ハ當事者及ヒ其ノ原因ニ在リテ其ノ目的ニ存セス(法學博士中島玉吉氏民法論文集一二一頁)

代位辨濟ノ場合ニ於テ代位辨濟者ノ求償權ノ範圍ニ於テ其債權ハ移轉スルモノトストノコトハ洽ク學說ノ認メ來リタルトコロナリ只移轉ノ法理ニ付キ債權讓

渡說法律上當然ノ移轉說等アルノミ然ルニ今ヤ岡村學士之ニ反對セラル而シテ其ノ立論ノ根據ハ理論上及實際上ノ見地ヨリ不都合若シクハ實益ナシトノ結論ナルモ果シテ然ルヤ學士ハ理論上ノ根據トシテ辨濟アレハ債權消滅ス消滅シタル債權ノ移轉ト云フコトハ觀念シ得ストト云フニアリ然トモ這ハ辨濟タル法律要件カ債權消滅ノ絕對的原因ナリト前提セラルルニアランモ辨濟カ絕對的債權消滅ノ原因ナリトノコトハ通常ノ辨濟ノミニ付テ云ヒ得ヘク如何ナル場合ニモ然リトナスヲ得サルヘシ吾人ハ辨濟ハ債權消滅ノ原因ナルコトヲ否定セサルモ只絕對的ナルコトアリ相對的ナルコトアリト觀念スルノ却テ法文上ノ根據ト實際上ノ結果ニ不都合ナキヲ惟フモノナリ學士カ其ノ第二論旨中ニ於テ第五〇一條中債權ノ效力トシテ有セシ權利ノ具體的事例トシテ債權ノ詐害行爲取消權ヲ擧ケラレタルハ吾人其ノ理ナキヤヲ思フ蓋シ詐害行爲取消權ハ債權(基本タル)ト分離スヘカラサル權利ニシテ獨立シテ之ヲ讓渡シ得ヘキ權利ニアラス常ニ隨伴性ヲ有スルコト權利ノ本質上疑ヲ入レス從テ吾人ハ本質上基本權ト分離スヘカラサル權利カ基本タル債權カ移轉セス反テ消滅セルニ拘ラス獨立シテ移轉スルノ法意ヲ窺知スルニ困ムモノナリマタ學士ハ固有ノ求償權ト共ニ辨濟シタル債權ノ法律上移轉ヲ認ムル實際上ノ必要ハ疑ハシトナシ特ニ債務名義ノ繼承ノ點等ニ付キ說述セラルルモ債務名義繼承ノ困難ナリヤ否ヤハ直チニ實際上ノ必要ト

否トニ關セス尙代位者カ債務者ニ對シ裁判外ニ於テ元債權ヲ行使シ其ノ目的ヲ達シ得ルコトナキニアラサルヲ以テ此ノ點モ亦債權ノ移轉ヲ否定スル理由ト爲スニ足ラサルヘシ

三潴博士

(二七〇)

九四 相手方ト通シテ爲シタル虛僞ノ意思表示ハ無效トス

前項ノ意思表示ノ無效ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

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

不法占有者ト雖モ不動產物權ノ得喪變更ノ登記ニ付キ其欠缺ヲ主張シ得ヘキモノニシテ所謂正當ナル利益ヲ有スルヤ否ヤヲ區別セサルモノトス』

僞託行爲ト虛僞表示トハ所有權移轉ノ效果ヲ生セシムル眞意ヲ有セルモノナリヤ否ヤニ因リテ區別スルコトヲ得ルモノトス』

登記又ハ引渡ナクトモ物權ハ完全ニ讓受人ニ移轉スルモ此手續ヲ了ラサル間ハ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス而カモ第三者ヨリハ對抗シ得ラルヘキ地位ニ立ツモノトス」

大審院大正九年四月一九日第二民事部判決(本卷民法三六七頁)

(一) 第一七七條カ單ニ第三者ト規定シタルカ爲メニ時トシテ不法ナル第三者又ハ惡意ノ第三者ヲ保護シ正當ナラサル結果ヲ生スルノ虞ナシトセサルモ立法論トシテハ格別解釋論トシテハ本件ノ如キ假令不法占有者タル場合ニ於テモ不動產物權ノ得喪

變更ノ登記ニ付キ其欠缺ヲ主張シ得ヘキモノニシテ判決ノ所謂正當ナル利益ヲ有スルヤ否ヤヲ區別セサルモノト解スヘシ然ルニ唯本條ハ取引ノ安全ヲ圖ルノ趣旨ニ出ツト謂フカ如キ漠然タル根據ニ因リテ法文ノ示ササル制限ヲ附セントスルハ解スヘカラス況ンヤ正當ナル利益ノ意味ノ如キ決シテ明瞭ナリト稱スヘカラサルニ於テヤ此登記欠缺ヲ主張スルニ付キ正當ナル利益ヲ有スルヤ否ヤニ付キ屢爭ヲ生シ反ツテ取引ノ圓滿ヲ圖ルノ趣旨ヲ沒却スルコトナキニ非ス

(二) 僞託行爲ト虛僞ノ意思表示トハ所有權移轉ノ效果ヲ生セシムル眞意ヲ有セシムルモノナリヤ否ヤニ因リテ明白ニ區別スルコトヲ得ヘク第九四條ニハ固ヨリ第九〇條ノ規定ニモ亦反セサルコト多言ヲ要セス

(三) 我民法ノ下ニ在リテハ登記又ハ引渡ナキ間ハ唯此變動ヲ以テ當事者ヨリ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルニ止マリ第三者ヨリ當事者ニ對シテ物權ノ變動アリタルコトヲ主張スルコトヲ妨ケサルモノナリ換言スレハ登記又ハ引渡ナクトモ物權ハ完全ニ讓受人ニ移轉シタレトモ此手續ヲ了ラサル間ハ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス而カモ第三者ヨリハ對抗シ得ラルヘキ地位ニ立ツモノナルカ故ニ判決カ謂フ如ク登記又ハ引渡ヲ爲ササルカ爲メニ讓渡人カ依然所有者ノ位地ニ在リト說明スルカ如キハ不當ナル解釋ト評スルノ外ナシ之ヲ要スルニ第一七七條等ヲ援用シテ信託行爲ニ依リテ生スル法律關係ノ說明ニ資シ以テ所謂關係的所有權說ノ根據ト爲サントスルカ如キハ解スヘカラス(法學博士三潴信三氏法學協會雜誌第三八卷第一〇號一〇六頁「民法第一七七條ニ所謂第三者ノ意義信託行爲ノ意義效力」要領)

【論旨第一點民法第一七七條ニ所謂第三者ノ意義ニ關スル學說判例】

本卷民法三七〇頁以下

【同第二點參照學說判例】

本卷民法三七頁以下

論旨第一點ニ關シテハ吾人ハ被評判例ノ見解ニ贊スルモノナリ(本書第五卷民法一一一四頁)第二點ノ正當ナルハ論義ヲ要セス同第三點ハ大體ニ於テ相當ト認ム(本書第八卷民法一一〇一頁以下參照)

二七一

長島學士

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

前項ノ理由ハ第三者カ代理人ニ對シテ爲シタル意思表示ニ之ヲ準用ス

一八一 占有權ハ代理人ニ依リテ之ヲ取得スルコトヲ得

代理占有者ハ他人ヲシテ代理占有者タル地位ヲ承繼セシムルコトナク他主占有ニ付キ重複的ニ代理占有ヲ爲サシムルコトヲ得ルモノトス』

代理占有者ハ更ニ他人ヲシテ代理占有ヲナサシムルコトヲ得ルヤ……爲サシムルコトヲ得

(一)(イ)或物ノ代理占有者カ同時ニ其物ヲノ自己占有ノ爲メニ占有セル場合即同一物ニ付キ自主占有者タリ且容假ノ占有者タル場合ニ其自主占有ニ付他人ヲシテ其物ノ代理占有ヲ爲サシムルコトヲ得ルハ論ナシ然シ其結局代理占有者カ或物ニ付キ自主占有ト同時ニ他主占有ヲ爲セル場合ニ於テ他人ヲシテ其物ノ代理占有ヲ爲サシムル場合ニ關スルカ故ニ恐クハ本問ノ範圍內ニ屬セサルヘシ(ロ)代理占有者カ他人ヲシテ本人ノ爲メニ代理占有ヲ爲サシムル場合詳言スレハ代理占有者カ他人ヲシテ自己ノ代理占有者タル地位ヲ承繼セシムル場合モ本問ニ代理占有者カ更ニ他人ヲシテ云云トアルニ徵シ本問ノ範圍ニ屬セサルモノト解スヘキモノノ如シ

(二)本問ハ專ラ復代理占有ニ關スルコト卽代理占有者カ他人ヲシテ代理占有者タル地位ヲ承繼セシムルコトナク他主占有ニ付キ重複的ニ代理占有ヲ爲サシムル場合ニ關スルコト明カナリト云フヘク以下此場合ニ付キテモ尙積極說ノ正當ナル所以ヲ說明セントス(イ)代理占有者カ更ニ他人ヲシテ代理占有ヲ爲サシムルニ當リ當該ノ法律關係上其他人カ其物ニ付キ直接本人ニ返還ノ義務ヲ負擔スル場合(例ヘハ代理占有者タル賃借人甲カ適法ニ其物ヲ乙ニ轉貸シタル場合)ニ於テ積極說ノ正當ナルハ論ヲ俟タス(ロ)唯代理占有ノ最モ多クノ場合ニ於テハ複代理占有者ハ代理占有者ニ對シテノミ目的物ヲ返還スヘキ義務ヲ負擔シ本人ニ對シテハ直接此種ノ義務ヲ負擔スルコトナキカ故ニ且又復代理占有者ハ本人ニ代リテ占有ヲ爲スヘキ意思ヲ有スルコトナキカ故ニ聊疑ナキニ非ス代理占有者ハ依然トシテ本人ニ代リテ其占有ヲ持續スルノ意思ヲ有シ且又其物ヲ返還スヘキ債務ヲ負擔スルカ故ニ本人ノ占有ハ代理占有者カ更ニ他人ヲシテ代理占有ヲ爲サシメタルカ爲メ何等ノ影響ヲ受クルノ理アラサルヘキナリ占有ハ事實關係ヲ基礎トセル法律關係ナリ既ニ代理占有者カ他人ヲシテ代理占有ヲ爲サシムルコトニ依リテ其占有ヲ持續スル以上ハ敢テ代理占有者ノ特殊ノ行爲ヲ俟タスシテ本人モ亦其占有ヲ持續スルモノト解スルノ外アルヘカラス之ヲ實際取引ノ便益ヨリ考フルモ其代理占有ハ許容セラレサルヘカラス法律行爲ニ付キ法律カ復代理ノ制度ヲ認メタルハ此制度カ取引ノ圓滑ヲ期スル上ニ於テ必要缺クヘカラサルカ爲メナリ代理占有ノ場合ニ於テモ其理ハ同一ナラサルヘカラス復代理占有ノ制度ヲ否認スルニ於テハ實際取引上ニ生スル不便ハ決シテ少カラサルヘシ(法學士長島毅氏「法學新報第三〇卷第五號八四頁「復代理占有ノ可能」要領)

法典カ占有權ノ取得ニ關スル代理ヲ認メタルハ本來ノ意義ニ於ケル代理ノ法理ヲ特ニ擴張シタルニ過キスシテ理論上當然ノ結果ニハ非ス果シテ然ラハ法典ニ何等ノ規定ナキニ拘ハラス一般的ニ復代理占有ノ可能ヲ認ムルハ大ナル疑問ナ

ルヘシト信ス殊ニ本來ノ代理ニ於テモ復代理人ノ選任ニ關シテハ嚴格ナル要件ノ具備ヲ必要トス（民法第一〇四條第一〇六條）然ルニ占有ノ場合ニ於テ代理占有者ハ無條件ニ他人ヲシテ復代理占有ヲ爲サシメ得ヘシト爲スハ前示法條ノ趣旨ニ反スルモノニハ非サルカ

（二七二）

七四四　法定ノ推定家督相續人ハ他家ニ入リ又ハ一家ヲ創立スルコトヲ得ス但本家相續ノ必要アルトキハ此限ニ在ラス

前項ノ規定ハ第七百五十條第二項ノ適用ヲ妨ケス

法定ノ推定家督相續人ハ本家相續ノ外婚姻又ハ養子緣組ニ因リテ他家ニ入ルコトヲ得ス」

民法第七四四條第一項ノ規定ハ法定ノ推定家督相續人ハ其家ヲ維持繼續セサルヘカラサルモノナレハ他家ニ入ルコトヲ得サルモノト爲シ唯例外トシテ本家相續ノ場合ヲ認メタルモノトス同條第二項ニハ前項ノ規定ハ第七五〇條第二項ノ適用ヲ妨ケストアルヲ以テ戸主ハ法定ノ推定家督相續人ニ對シテ復籍ヲ拒絶スルコトヲ得ヘク從テ其家督相續人ハ本家相續以外ニ於テモ他家ニ入ル場合アルコトヲ認容シタルモノノ如シ然レトモ法定ノ推定家督相續人カ廢除セラレサル限リ婚姻又ハ養子緣組ニ因リテ他家ニ入ルコトヲ得サルハ第九七五條ノ規定ノ設ケアル趣旨ニ徴シテモ明ラカニシテ戸主モ他家ニ入ル爲メニスル婚姻又ハ養子緣組ニ同意ヲ與フルコトヲ得サルモノナレトモ此規定ニ違反シテ婚姻又ハ養子緣組ノ屆出ヲ爲シ戸籍吏ニ於テ誤テ其屆書ヲ受理シタルトキハ其婚姻又ハ養子緣組ハ有效ニ成立シ他家ニ入ルニ至ルヘキヲ以テ前示法條ハ斯カル家督相續人ニ對スル制裁トシテ戸主ニ復籍ヲ拒絶スル權利

ヲ與ヘタルナリ即チ家カル行爲ハ適法ナル行爲ニアラスシテ其他家ニ入ルハ戸籍吏ノ過失ナル偶然ノ事故ニ出ツルモノナレハ本家相續ノ場合ト共ニ第七四四條第一項本文ニ對スル例外ヲ認メタルモノト謂フヲ得ス（法曹會決議法曹記事第三〇卷第一〇號五五頁「推定家督相續人ハ本家相續ノ外他家ニ入ルコトヲ得ルヤ否ヤノ件」要領）

（二七三）

至當ノ決議ナリ

一六六第一項　消滅時效ハ權利ヲ行使スルコトヲ得ル時ヨリ進行ス

辨濟期ノ定メナク又ハ債權者ノ請求次第辨濟スヘシトノ約アル債權ノ消滅時效ノ期間ハ其債權關係ノ發生シタル時ヨリ起算スヘキモノトス」

辨濟期ノ定メナキ債權ニ付テハ債權者ハ何時ニテモ其權利ヲ行使シ得ヘキ地位ニ在ルヲ以テ其債權ニ對スル消滅時效ハ債權關係ノ發生シタルトキヨリ起算スヘキモノトス債權者ノ請求次第辨濟スヘシトノ約アル債權ハ亦之ニ同シ民法第四一二條第三項ハ債務ノ履行ニ付キ期限ヲ定メサリシトキハ債務者ハ債權者ヨリ履行ノ請求ヲ受ケタルトキヨリ遲滯ノ責ニ任ストアルモ債權ヲ行使シ得ル時ト債務者カ遲滯ニ付セラルルハ時トハ混同スヘキモノニ非サルヲ以テ履行ノ請求ヲ俟テ消滅時效進行スルモノト爲スハ非ナリ（法曹會決議法曹記事第三〇卷第九號五六頁「辨濟期ノ定ナキ債權ノ時效ニ關スル件」要領）

【同趣旨學說判例】

一　債權ニ辨濟期ノ定ナキ場合ニハ時效ハ債權成立ノ時ヨリ進行ス（法學博士中島玉吉氏民法釋義總則八九一六〇）

二　履行期ノ定無クハ債權成立ノ時ヨリ直チニ時效ノ進行ヲ始ム附遲滯ノ要件タル請求トハ關係ナシ（法學博士鳩山秀雄氏註釋二卷六九五頁）

三　履行期ノ定ナキトキハ債權成立ノ時ヨリ時效進行ス債權ヲ行使シ得ル時ト債權者カ遲滯ニ付セラルル時トハ之ヲ混同スヘ

大審院判決

カラス(法學士嵩山幹一氏民法總論大正三中大講三五七頁)

圓　債權者ノ請求ニ因リ何時ニテモ辨濟スヘキ旨ヲ定メタル債權ノ消滅時效ノ起算點(債權發生ノ日ヨリ進行ス(法曹會決議法曹記事一一號五七頁)

五　當座預金ノ如キ債權ニ付テハ別段ノ契約ナキ限リハ其債權者ハ何時ト雖モ拂戻ヲ請求スルコトヲ得ル地位ニ在ルヲ以テ其債權ニ對スル時效ハ民法第百六十六條ニ依リ預金關係ノ生シタル時ヨリ起算スヘキモノトス(明治四三年一二月一三日判決法律新聞六九七號二七頁)

決議ノ正當ナル寸疑ヲ容レス

(二七四)

一四　妻カ左ニ掲ケタル行爲ヲ爲スニハ夫ノ許可ヲ受クルコトヲ要ス

一　第十二條第一項第一號乃至第六號ニ掲ケタル行爲ヲ爲スコト

二　贈與若クハ遺贈ヲ受諾シ又ハ之ヲ拒絶スルコト

三　身體ニ羈絆ヲ受クヘキ契約ヲ爲スコト

前項ノ規定ニ反スル行爲ハ之ヲ取消スコトヲ得

妻カ借財ヲ爲スニハ民法第一四條ニ依リ夫ノ許可ヲ受クルコトヲ要スレトモ其許可ハ必スシモ明示タルコトヲ要セス默示タルコトヲ得ヘク又其借財ヲ爲スニ付キ特定的ニ其都度許可ヲ受クルコトナク豫メ一般的ニ之ヲ受クルコトヲ妨ケサルモノトス」

夫カ出稼ノ爲ニ妻子ヲ故郷ニ殘シテ遠ク海外ニ渡航シ數年間妻子ニ對スル送金ノ途ヲ絶チタルカ如キ場合ニ在リテハ其留守宅ニ相當ナル資産アリテ生活費ニ充ツルコトヲ得ルカ如キ特別ナル事情ノナキ限リハ妻ニ於テ一家ノ生活ヲ維持シ子女ノ教養ヲ全フスルカ爲メニ其必要ナル程度ニ於テ借財ヲ爲シ以テ一家ノ

生計ヲ維持スルコトハ夫ニ於テ豫メ之ヲ許可シ居リタルモノト認ムヘキハ條理上當然ナルモノトス」

案スルニ妻カ借財ヲ爲スニハ民法第一四條ニ依リ夫ノ許可ヲ受クルコトヲ要スレトモ其許可ハ必スシモ明示タルコトヲ要セス默示タルコトヲ得ヘク又其各借財ヲ爲スニ付キ特定的ニ其都度許可ヲ受クルコトナク豫メ一般的ニ之ヲ受クルコトヲ妨ケス而シテ夫カ出稼ノ爲ニ妻子ヲ故郷ニ殘シテ遠ク海外ニ渡航シ數年間妻子ニ對スル送金ノ途ヲ絶チタルカ如キ場合ニ在リテハ其留守宅ニ相當ナル資産アリテ生活費ニ充ツルコトヲ得ルカ如キ特別ナル事情ナキ限リハ妻ニ於テ一家ノ生活ヲ維持シ子女ノ教養ヲ全フスルカ爲メニ其必要ナル程度ニ於テ借財ヲ爲シ以テ一家ノ生計ヲ維持スルコトハ夫ニ於テ豫メ之ヲ許可シ居リタルモノト認ムヘキハ條理上當然ニシテ斯ク解シテ始テ其裁判ハ能ク情理ヲ盡シタルモノト謂ハサル可カラス本件被上告人ノ夫ハ出稼ノ爲メ明治四十年中ヨリ渡米シタルコトハ當事者間ニ爭ナキ所ニシテ而シテ本訴二口ノ借財ハ何レモ渡航後三四年ヲ經過シタル後ニ係リ且其金額モ僅ニ二十圓ト十五圓ニ過キサルカ故ニ他ニ被上告人ノ夫ニ於テ不在中家族ノ生活ノ爲メニ適當ナル生活費ヲ送金シ來リタルカ如キ特別ノ事情ナキ限リハ生活上必要ナルモノト認ムルヲ相當トスル此等ノ借財ヲ爲スコトハ豫メ被上告人ノ夫ニ於テ許可シ居リタルモノト判斷スヘキハ當然ナリ然ルニ原判決受ニ出テス何等特別ナル理由ヲ附スルコトナク直ニ夫ノ許可ナキ借財ナリト認メ從テ被上告人ノ爲シタル取消ノ意思表示ヲ有效ナルモノト判定シタルハ失當ニシテ原判決ハ破毀ヲ免カレス(大審院大正九年(オ)第四二〇號同年九月一日民三部横田裁判長大倉磯谷松岡蒔淵各判事判決)

【關係事項】破毀差戻○原審甲府地方裁判所○貸金請求事件○上告人高橋まつ訴訟代理人辯護士千葉只彦三郎被上告人梶原たか訴訟代理人辯護士森山貞規同冲中益太同山口實

判旨ハ夫ノ概括的許可ノ有效ナルコトヲ認メタルモノ固ヨリ贊同セサルヲ得ス

未成年者ノ場合ニ於ケル法定代理人ノ同意ノ概括的ナルコトヲ得ルヤ否ヤニ關シテハ學說ノ岐ルル所ナルモ吾人ハ苟クモ法カ法定代理人ノ同意ニヨリ未成年者ノ能力ヲ補充セシメントシタル目的ヲ達シ得ル限リハ同意ハ必スシモ個別的ナルヲ要セス其範圍ニ於テ概括的タルヲ妨ケサルモノト解ス然ルニ民法第一四條ノ夫ノ許可ハ法定代理人ノ同意ト其性質ヲ異ニシ偏ニ夫權ノ尊重ニ依リ一家ノ圓滿ヲ期セントスルモノナルカ故ニ前者ニ於ケルカ如キ制限サレタル範圍ニ止マラス廣キ範圍ニ於ケル概括的許可モ亦有效ナルモノト解セサルヘカラス

大審院判決

一〇三八 相續ノ抛棄ヲ爲サントスル者ハ其旨ヲ裁判所ニ申述スルコトヲ要ス

遺産相續ノ抛棄ト遺産相續ニヨリ取得シタル權利ノ抛棄トハ全ク其觀念ヲ異ニスルモノナレハ後者ノ場合ニ於テハ民法第一〇三八條ノ手續ヲ履踐スルコトヲ必要トセサルモノトス」

然レトモ遺産相續ノ抛棄ト遺産相續ニヨリ取得シタル權利ノ抛棄トハ全ク其觀念ヲ異ニスルモノナレハ後者ノ場合ニ於テハ民法第一〇三八條ノ手續ヲ履踐スルコトヲ必要トセス然ラハ原院カ市川かね同鐵太郎ノ兩人カ係爭土地ニ付キ市川みねカ原被告等ト共ニ遺産相續ニヨリ取得シタル共有持分ヲみねノ死亡ニヨリ更ニ遺産相續ニ基キ承繼シタル後抛棄シタル事實ヲ認メ此場合ニ遺産相續ニ則ルヲ要セスト爲シタルハ洵ニ至當ニシテ上告論旨ハ法律ノ誤解ニ出ツ依テ理由ナシ（大審院大正九年(オ)第五五八號同年九月四日民三部横田裁判長大倉磯谷松岡蓮淵各判事判決）

大審院判決

【關係事項】上告棄却○原審東京控訴院○土地所有權登記抹消並遺産分割請求事件○上告人瀧澤權太郎訴訟代理人辯護士武知彌三郎被上告人瀧澤喜太郎外二人

【同趣旨判例】本書本卷民法六一五頁

一六六第一項 消滅時效ハ權利ヲ行使スルコトヲ得ル時ヨリ進行ス
一六七第二項 債權又ハ所有權ニ非サル財産權ハ二十年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅ス
二〇五 本章ノ規定ハ自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ財産權ノ行使ヲ爲ス場合ニ之ヲ準用ス

本章ノ規定ハ自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ財産權ノ行使ヲ爲ス場合ニ之ヲ準用ス

登記請求權ハ不動産ニ關スル物權ノ得喪變更ヲ完全ナラシムル爲メ之ニ付隨スルモノニシテ得喪變更ノ事實アル以上ハ獨立シテ消滅時效ニ罹ルヘキ性質ノモノニアラサルモノトス」

【上告理由】原判決ハ消滅時效ニ關スル法則ヲ誤解シタル違法アルモノト思考ス原判決判示理由ニ依レハ「控訴人ノ時效ノ抗辯ヲ案スルニ賣買ニ因ル所有權移轉登記ハ賣主ヲシテ買主ニ完全ナル所有權ヲ取得セシムル爲メ賣買ニ伴ヒ必然缺クヘカラサル義務ニシテ所有權移轉登記請求權ノミ獨立シテ消滅時效ニ罹ルヘキニアラサルカ故ニ右抗辯ハ不當ナリ」ト爲シ上告人（控訴人）カ登記手續請求權ハ既ニ消滅時效ニ罹リ居ルモノナリトノ抗辯ヲ排斥セリ然レトモ所有權移轉ニ因ル登記手續請求權ハ所有權自體ノ效力ヨリ生スル請求權ニアラスシテ所有權移轉契約ニ基因シテ生スル請求權タルコト勿論ナルヲ以テ當然消滅時效ニ罹ルヘキモノナリ然シテ原判決判示ニ依レハ所有權移轉契約ヲ爲シタルハ明治二十四年七月十五日ナルヲ以テ其後本訴提起迄ノ間時效ヲ中斷シタル事實ナキヲ以テ當然被上告人ノ請求ヲ棄却スヘキニ拘ハラス却テ上告人ノ抗辯ヲ排斥シタルハ違法ニシテ原判決ハ此點ニ於テ破毀ヲ免カレサルモノト思考ス

【判決理由】然レトモ登記請求權ハ不動産ニ關スル物權ノ得喪變更ヲ完全ナラシムル爲メ之ニ附隨スルモノニシテ得喪變更ノ事實アル以上ハ獨立シテ消滅時效ニ罹ルヘキ性質ノモノニ非ス（大正四年(オ)第八七九號大正五年四月一日言渡判決參照）故ニ原審

カ此趣旨ノ下ニ上告人ノ時效ノ抗辯ヲ排斥シタルハ正當ニシテ何等不法アルモノニ非ス(大審院大正九年(オ)第四五二條同年八月二日民二部馬場裁判長田上柳川成道三宅各判事判決)

【關係事項】上告棄却○原審金澤地方裁判所○土地共有權持分移轉登記手續履行請求事件○上告人田中久松訴訟代理人辯護士大場茂馬被上告人竹中辰次郎

登記請求權ハ物權ノ一作用ニシテ獨立シテ存在スルモノニ非ス從テ本權ト離レテ準占有ノ客體タルヲ得サルモノトス」

【上告理由】原判決ハ其理由第三ニ於テ「登記請求權ハ物權ノ作用タル物上請求權ノ一種ニ屬スルヲ以テ本權タル物權ヲ離レ單獨ニ準占有ノ客體タルヲ得サルモノト解スヘク從テ民法第四七八條ノ規定ハ登記請求權ニハ適用ナキモノト謂ハサルヘカラス」ト判示シ上告人ノ抗辯ヲ排シタリ然レトモ登記請求權モ亦人ノ行爲ヲ要求スル權利ナルヲ以テ一種ノ債權タルコト絲毫ノ疑ヲ容レス從テ民法第四七八條ノ適用アルヤ言ヲ俟タサルナリ然レハ則チ原判決ハ法則ノ解釋ヲ誤リタル不法アリ

【判決理由】然レトモ登記請求權ハ物權ノ一作用ニシテ獨立シテ存在スルモノニ非ス從テ本權ト離レテ準占有ノ實體タリ得ヘキモノニ非サルヲ以テ原審カ民法第四七八條ノ適用ナシトシ上告人ノ抗辯ヲ排斥シタルハ正當ニシテ論旨ハ理由ナシ(大審院大正八年(オ)第一〇二二號同九年七月二十六日民二部馬場裁判長田上柳川成道三宅各判事判決)

【關係事項】上告棄却○原審旭川地方裁判所○賣買代金內金返還並違約金請求事件○上告人小林助太郎訴訟代理人辯護士菊江久治同峰木銀次郎被上告人石崎鶴吉訴訟代理人辯護士高木益太郎同岡田栄同大塚守穩

【登記請求權ノ本質ニ關スル學說判例】

本卷民法六六六頁以下

―(二七七)―

九四　相手方ト通シテ爲シタル虛僞ノ意思表示ハ無效トス

前項ノ意思表示ノ無效ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

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

五四九　贈與ハ當事者ノ一方カ自己ノ財產ヲ無償ニテ相手方ニ與フル意思ヲ表示シ相手方カ受諾ヲ爲スニ因リテ其效力ヲ生ス

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

不動產登記法三五　登記ヲ申請スルニハ左ノ書面ヲ提出スルコトヲ要ス

二　登記原因ヲ證スル書面

同五〇第二項　事項欄ニ登記ヲ爲スニハ申請書受附ノ年月日受附番號登記權利者ノ氏名住所登記原因其日附登記ノ目的其他申請書ニ揭ケタル事項ニシテ登記官吏捺印スルコトヲ要ス

民法第九四條第二項ニ所謂第三者トハ虛僞ノ意思表示ノ當事者又ハ其一般承繼人ニ非スシテ其表示ノ目的ニ付キ法律上利害關係ヲ有スルニ至リタル者ヲ指稱スルモノトス」

甲乙間ニ爲セル不動產移轉登記カ虛僞ノ意思表示ナルカ爲メ無效ナル場合ニ於テ眞所有者タル讓渡人甲カ其後該不動產ヲ丙ニ贈與シタル場合ニ於テ甲丙及ヒ登記名義人乙ト共ニ合意ノ上登記手續ヲ省略シ直接乙ヨリ丙ニ所有權ノ移轉登記ヲ爲シタルトキハ結局實質上ノ所有權者タル甲ヨリ其所有權ノ移轉ヲ受ケ之ヲ取得シタル事實ニ符合スルモノニシテ有效ナリトス從テ丙ハ其所有權取得ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルモノトス」

贈與ト賣買トハ別個ノ法律行爲ナリト雖モ權利移轉ノ效果ヲ生スル法律行爲ナルコトハ彼此異ナル所ナキヲ以テ現ニ贈與ニ因リ丙ニ土地所有權ノ移轉アリタ

ル如上ノ場合ニ於テ第三者ハ單ニ登記簿上賣買ヲ原因トシテ登記シアルノ故ヲ以テ該所有權移轉登記ノ無效ヲ主張スヘキ何等正當ノ利益ヲ有セサルモノトス」

案スルニ民法第九四條第二項ニ所謂第三者トハ虚僞ノ意思表示ノ當事者又ハ其一般承繼人ニ非スシテ其表示ノ目的ニ付キ法律上利害關係ヲ有スルニ至リタル者ヲ指稱スルコトハ本院判例(大正五年(オ)第二四三號同年十一月十七日判決)ノ示ス所ナリ然ルニ本訴請求ハ上告人カ訴外田口武五郎ニ金員ヲ貸付ケタル當時武五郎ニ於テ訴外田口惣左衛門ヨリ贈與ヲ受ケタル本件ノ土地ヲ所有シ居リタル處其後被上告人ト謀リ虚僞ノ意思表示ヲ以テ該土地ヲ被上告人ニ賣渡シタルカ如ク假裝シ之ニ基キ其所有權移轉登記ヲ經由セリト主張シ右金員貸付ニ因ル自己ノ債權ヲ保全センカ爲メニ債務者武五郎ニ代位シテ被上告人ニ對シ右賣買名義ニ因ル所有權移轉登記ノ抹消ヲ求ムルモノナリ而シテ又原裁判所ノ認定シタル所ニ依レハ本件ノ事實ハ武五郎カ上告人ヨリ金員ヲ借受ケタル當時本件土地ノ所有名義者ト爲リ居リタルハ惣左衛門ト武五郎間ニ於テ相通シテ爲シタル虚僞ノ意思表示ニ基キ惣左衛門ノ所有ニ屬スル本件土地ヲ武五郎ノ所有名義ニ假裝シタルニ因ルモノニシテ又上告人ノ右金員貸付後本件ノ土地ヲ武五郎ヨリ被上告人ニ賣買名義ヲ以テ所有權移轉ノ登記ヲ經由シタルハ眞實該土地ヲ其當時ノ所有者タル惣左衛門ヨリ被上告人ニ贈與シ其所有權ハ被上告人ニ移轉シタルヲ以テ其兩人及ヒ武五郎カ共ニ合意ノ上ニテ其所有權移轉ノ登記手續ヲ省略シタルニ因ルモノナルコト判文上明白ナリ故ニ上告人ハ武五郎ニ對シ單純ナル普通ノ債權者タルニ過キスシテ本件土地ニ付キ所論ノ如キ差押ヲ爲シタルニ非ス又所論ノ如キ抵當權若クハ其他ノ特別擔保權ヲ有スルニモ非ス單ニ自己ノ債權ヲ保全センカ爲メニ債務者タル武五郎ニ代位シテ被上告人ニ對シ本訴請求ヲ爲スモノニ過キサレハ上告人カ前示虚僞ノ意思表示ニ關スル事情ヲ知ラスシテ債權者ト爲リタルカ爲メニ其表示ノ目的タル本件ノ土地ニ付キ法律上利害關係ヲ有スルニ至リタ

ルモノト謂フコトヲ得ス從テ上告人ハ善意ナリトスルモ民法第九四條第二項ノ規定ニ所謂第三者ニ該當セサルヲ以テ其規定ノ保護ヲ受クルコトヲ得サルモノトス然レハ原裁判所カ其規定ニ基ク上告人ノ主張ヲ排斥シタルハ結局正當ナリ尙ホ上告人ハ論旨ニ於テ武五郎ト被上告人間ノ所有權移轉登記ハ其登記原因ニ相當セサルヲ以テ無效ナル旨主張セリ然レトモ該登記ハ前ニ說示シタルカ如ク實際本件土地ヲ惣左衛門ヨリ被上告人ニ贈與シタルニ起因スルモ登記簿上ノ所有名義ヲ武五郎ヨリ惣左衛門ニ回復シ更ニ被上告人ニ對シ所有權移轉ノ登記ヲ經由スヘキ其登記手續ヲ右三人共ニ合意ノ上ニテ省略シ直接ニ武五郎ヨリ被上告人ニ對シ賣買名義ヲ以テ所有權移轉登記ヲ爲シタルモノナリ故ニ右登記ハ結局被上告人カ實質上本件土地ノ前主ヨリ其所有權移轉ヲ受ケ之ヲ取得シタル事實ニ符合スルモノニ歸着スルヲ以テ其效力ヲ有セルモノト謂ハサル可カラス從テ被上告人ハ其所有權取得ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルモノトス此趣旨ハ本院從來ノ判例ニ依リ類推シテ之ヲ是認セサルヲ得ス(明治四十四年(オ)第二四號同年四月十二日判決同年(オ)第二三二號同年十二月十五日判決等參照)且又贈與ト賣買トハ因ヨリ別箇ノ法律行爲ナリト雖モ權利移轉ノ效果ヲ生スル法律行爲ナルコトハ彼此異ナル所ナキヲ以テ現ニ贈與ニ因リ被上告人ニ土地所有權ノ移轉アリタル本件ノ場合ニ於テ上告人ハ單ニ登記簿上賣買ヲ原因トシテ登記シアルノ故ノミヲ以テ其所有權移轉登記ノ無效ヲ主張スヘキ何等正當ノ利益ヲ有セサルモノトス是亦本院判例(大正五年(オ)第九五九號同年十二月十三日判決)ノ示ス所ナリ故ニ此點ニ付テモ原判決ニ違法アルヲ見ス(大審院大正九年(オ)第一二七號同年七月二十三日民一部田部裁判長柳原尾古鈴木鬼澤各判事判決)

【關係事項】 上告棄却○原審宮城控訴院○土地所有權移轉登記抹消請求事件○上告人吉澤雄藏訴訟代理人辯護士岩田宙造同龜本謙治郎同秋山薫一同菅原通男被上告人田口謙藏訴訟代理人辯護士野間敏同石河恒治

【判旨第一點民法第九四條第二項ニ所謂第三者ノ意義ニ關スル參照學說判例】

川名博士
鳩山博士
嘉山學士
大審院
大阪地方

一 第三者トハ表意者其相手方及其一般承繼人以外ノ者ニシテ虛僞ノ意思表示ノ無效ナルカ故ニ影響ヲ受クヘキ法律上ノ關係ヲ成立セシメタル者ヲ云フ(法學博士山名榮四郎氏日本民法總論二一一頁)

二 第三者トハ當事者及其包括承繼人ニアラサル總テノ人ヲ謂フ債權者及特定承繼人ハ固ヨリ玆ニ謂フ第三者ナリ(法學博士鳩山秀夫氏民法注釋二卷一一七頁)

三 第三者トハ當事者及其承繼人ニアラサル者ヲ云フ(法學士嘉山幹一氏中大講總則二四二頁)

四 民法第九四條第二項ニ所謂第三者ハ虛僞ノ意思表示ノ當事者又ハ其一般承繼人ニ非スシテ其表示ノ目的ニ付キ法律上利害關係ヲ有スルニ至リタル者ニ他ナラス(大審院大正五年一一月一七日判決本書第五卷民法一一〇三頁)

五 虛僞ノ意思表示ニ基キテ財產ヲ取得シタル者ノ相續人ハ民法第九四條第二項ニ所謂第三者ニ該當セサルモノトス(大阪地方大正三年四月八日判決本書第三卷民法八〇四頁)

大審

東京控訴

大審院

東京地方

【同第二三點實質上事實ニ符合スルモ形式上事實ニ符合セサル登記ノ效力ニ關スル同趣旨判例】

一 登記ハ不動產上ノ權利ノ得喪變更ニ關スル法律事實ヲ公示スル方法ナルヲ以テ其事實カ一定ノ法律行爲ナルトキハ其法律行爲ヲ表示スヘク不動產登記法ニ所謂登記原因トハ此場合ニ於テハ其表示セラルヘキ法律行爲ヲ指稱スルモノニシテ贈與ト賣買トハ其契約ノ內容ヲ異ニシ別個ノ法律行爲ナリト雖モ權利移轉ノ效果ヲ生スル法律行爲ナルノ點ニ於テ異ナル所ナキヲ以テ贈與ニ因リ有效ニ不動產ノ所有權ノ移轉シタル場合ニ於テ其登記原因ヲ單ニ賣買ト爲シタリトスルモ既ニ適法ノ手續ニヨリ登記セラレタル以上ハ其登記原因ナル故ノミヲ以テ之カ無效ヲ主張スヘキ何等正當ノ利益ヲ有セス(大審院大正五年(オ)第九五九號同年一二月一三日民三部判決本書第六卷諸法三五頁)

二 受遺者カ遺贈ニ因リ不動產ノ所有權ヲ取得セルニ拘ハラス其事實ヲ知ラスシテ遺贈者ノ死後該不動產ヲ買受ケタリト爲シ賣買ニ依ル所有權取得ノ登記ヲ爲シタル後抵當權ヲ設定シ之カ登記ヲ爲シタル場合ニ於テハ右抵當權設定ノ登記ハ事實ニ吻合スルモノナルヲ以テ無效ニ非ス(同上民錄四四年八〇四頁)

三 所有權移轉ハ無償讓渡ナルニ拘ラス其登記ニ關シ眞實名義ヲ用フルモ所有權移轉行爲及ヒ其登記ハ有效ナルモノトス(東京控訴院大正四年(ネ)第一〇三號同七年二月二八日判決本書第五卷民法一六三頁)

四 所有權移轉ノ原因トシテ登記簿ニ記載セラレアリトコロカ偶眞正ノ原因ト異ルモ此登記其モノハ此所有權移轉ノ對抗要件タル效力ヲ保有スルニ於テ何等ノ妨ケナキモノトス(同上大正九年四月九日判決本書民法四九一頁)

五 贈與ニ因ル眞正ノ所有權移轉ノ合意アリタル以上其登記カ假令賣買ニ因ル所有權移轉ノ名義ニ於テ爲サレタリトスルモ之ニヨリテ所有權取得ヲ妨クルモノニ非ス(東京地方大正八年一〇月二八日判決本書第八卷民法一一八一頁)

大審院判決

九〇 公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行爲ハ無效トス

九四 相手方ト通シテ爲シタル虛僞ノ意思表示ハ無效トス

前項ノ意思表示ノ無效ハ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

賣渡抵當ナル信託行爲ノ當事者間ニ存スル內部關係ニ他ナラサル特約ハ之ヲ以テ右特約ヲ知レル第三者ニ對シテモ對抗スルコトヲ得サルモノトス蓋シ第三者ニ對スル外部關係ニ在リテハ受託者ハ賣渡抵當ノ目的物ヲ讓受ケタル第三者ハ善意ナルト惡意ナルトニ揭ハラステ受託者ヨリ右目的物ヲ讓受ケタル第三者ハ善意ナルトニ拘ハラス有效ニ所有權ヲ取得スルコトヲ得ルノ筋合ナルヲ以テナリ」

然レトモ賣渡抵當ナル信託行爲ノ當事者間ニ存スル內部關係ニ他ナラサル特約ハ之ヲ以テ右特約ヲ知レル第三者ニ對シテモ對抗スルコトヲ得サルモノトス蓋シ第三者ニ對スル外部關係ニ在リテハ受託者ハ賣渡抵當ノ目的物ノ所有權ヲ有スルヲ以テ受託者ヨリ右目的物ヲ讓受ケタル第三者ハ善意ナルトニ拘ハラス有效ニ所有權ヲ取得スルコトヲ得ルノ筋合ナレハナリ原裁判所ノ判示スル所ニ依レハ上告人ハ大正元年九月中訴外皆野川竹松ヨリ金圓ヲ借受ケ本件係爭不動產ヲ賣渡抵當ト爲シ被上告人ハ大正七年十一月六日右竹松ヨリ本件係爭不動產ヲ買受ケ同月八日之カ登記ヲ經由シタルモノナルヲ以テ上告人ハ右竹松トノ間ニ存スル特約ヲ第三者タル被上告人ニ對抗スルヲ得サルコト言ヲ待タス故ニ原裁判所カ所論摘錄ノ判示ヲ以テ上告人敗訴ノ判決ヲ言渡シタルハ正當ナリ(大審院大正九年(オ)第五二二號同年九月二十五日民三部橫田裁判長大倉榊原磯谷松岡各判事判決)

【關係事項】上告棄却○原審盛岡地方裁判所○建家明渡請求事件○上告人扇田深松訴訟代理人辯護士菊池儉輔被上告人西野仁太郎

【賣渡抵當ニ關スル參照學說判例】

本書本卷民法三七頁以下及五二〇頁參照

（二七九）

四四六
六六七第一項　保證人ハ主タル債務者カ其債務ヲ履行セサル場合ニ於テ其履行ヲ爲ス責ニ任ス
組合契約ハ各當事者カ出資ヲ爲シ共同ノ事業ヲ營ムコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ス

賴母子講カ會主ト會員間ノ契約ヨリ成ル場合ニ於テハ會主ハ會員ニ對シ講金ノ掛戻及ヒ支拂ヲ爲スヘキ義務ヲ負フモノト謂フヘク而シテ會主ニ保證人ヲ付スルトキハ當事者ハ會主ノ普通會員ニ對スル右ノ義務ヲ擔保スルヲ主眼ト爲シ保證人相互ノ關係ニ付キ着眼セサルヲ通常ト爲スヲ以テ保證人ノ一人カ偶々普通會員ト同シク賴母子講ニ加入シ落札シタル事實アルモ特約ナキ限リ當然他ノ保證人ハ右保證人タル會員ニ對シ講金支拂ニ付キ保證責任ヲ負ヘルモノト推定スルコトヲ得サルモノトス」

如上ノ場合ニ於テ普通會員タル保證人ニ對シ他ノ保證人カ保證責任ヲ負フヘキモノナルコトヲ主張セント欲セハ其特約アルコトヲ立證スヘキモノトス」

然レトモ原判決ノ認ムル所ニ依レハ本件賴母子講ハ會主對會員間ノ契約關係ヨリ成立シ本件當事者及ヒ外一人ハ其會主ノ保證人トナリタルモノニシテ賴母子講カ會主ト會員間ノ契約ヨリ成ル場合ニ於テハ會主ハ會員ニ對シ講金ノ掛戻及ヒ支拂ヲ爲スヘキ義務ヲ負フモノト謂フヘク而シテ會主ニ保證人ヲ附スルトキハ當事者ハ會主ノ普通會員ニ對スル右ノ義務ヲ擔保スルヲ主眼ト爲シ保證人相互ノ關係ニ付キ着眼セサルヲ通常ト爲スヲ以テ原裁判所ノ認ムル如ク保證人ノ一人タル上告人カ偶々普通

會員ト同シク賴母子講ニ加入シ落札シタル事實アルモ特約ナキ限リ當然他ノ保證人ハ右保證人タル會員ニ對シ講金支拂ニ付キ保證責任ヲ負ヘルモノト推定スルコトヲ得サルモノトス從テ上告人ハ他ノ保證人カ此場合ニ於テモ上告人ニ對シ保證責任ヲ負フヘキモノナルコトヲ主張セント欲セハ其特約アルコトヲ立證セサルヘカラサルモノトス故ニ原裁判所カ「本件保證人ノ責任ハ特ニ約スル所ナキ限リ會主カ保證人ヲ除キタル他ノ普通會員ニ對スル房金拂戻請求權ヲ擔保スルノ趣旨ニ出テタルニ過キスシテ保證責任兼有ノ會員間ニ何等ノ保證責任ナキモノト解スルヲ相當トス云云」ト判斷シ右特約ニ關スル上告人ノ立證十分ナラストシテ其請求ヲ不當ト判示シタルハ不法ニアラス仍テ此點ニ關スル上告人ノ所論ハ理由ナシ上告人カ甲第二號證第十條第十七條ニ依レハ會主ハ普通會員タルトキハ保證責任兼有ノ會員タルトキト區別セス何レモ之ニ對シテ支拂ノ責任ヲ負フコト明カナリト論スルハ原裁判所ノ爲シタル證據ノ解釋ヲ非難スルニ過キサルヲ以テ上告ノ適法ナル理由ト爲スニ足ラス（大審院大正九年（オ）第一八二號同年七月二十九日民二部馬場裁判長田上柳川成道三宅各判事判決）

【關係事項】 上告棄却○原審長崎地方裁判所○講金請求事件○上告人高松鶴平訴訟代理人辯護士小山吾郎一同添田增男被上告人光富富之助訴訟代理人辯護士大澤眞吉

（二八〇）

「不時ノ災害ニテ建物附屬等燒失致シタル場合ニ於テハ賣戻シ約束ハ無效トスルコト」トノ約旨ハ土地ヲ除ク目的物件ノ全部カ燒失シタル場合ニ限ルモノト解スルノ理由ナキト同時ニ目的物件ノ一部分ニテモ燒失シタル場合ハ直チニ再賣買ノ豫約ヲ無效ナラシムル約旨ナリトモ解スルヲ得ス寧ロ目的物件ノ大半カ燒失ニ歸シタル場合ヲ意味スルモノト解スルヲ妥當トス」

控訴人先代藤田藤太郎カ明治四二年二月二八日本件物件ヲ本訴五八坪ノ地上ニ在ル板葺二階家一棟造作付建坪四〇坪其他建物ニ關シ押入居付梯子及下家一切兩家二四本樟子二五本竈龍一〇〇牧竈棚竹三組竈棚掛三組竈繩綱一〇〇枚雪隠一ケ所ト共ニ被控訴人ニ賣渡シタルコト控訴人ノ申立ニ係ル本件物件ヲ除ク他ノ物件カ大正六年一〇月二三日失火ニ因リ燒失シタルコト並ニ控訴人主張ノ相續ノ事實ハ當事者間ニ爭ナキトコロナリ仍テ案スルニ甲第一號證ニ依レハ前記ノ各物件ニ付キテハ賣買ト同時ニ再賣買ノ豫約アリタルコト控訴人主張ノ如シト雖モ同號證ニハ不時ノ災害ニテ建物附屬等燒失致タル場合ニ於テハ(中略)賣戻シ約束ハ無效トスルコト』ト ノ記載アルヲ以テ前記ノ如ク家屋其他ノ物件カ燒失シタルコトニ爭ナキ本件ノ場合ハ右再賣買ノ豫約ハ物件燒失ノ時タル大正六年一〇月二三日ニ於テ當然無效ニ歸シタルモノト認ムルヲ相當トス尤モ甲第一號證ニハ目的物件燒失ノ程度ニ付キ別段ノ記載ナキカ故ニ聊不明ニ屬スト雖トモ結局取引上ノ通念ニ從ヒ其約旨如何ヲ決スルノ外ナシ而シテ右記載ハ土地ヲ除ク目的物件ノ全部カ燒失シタル場合ニ限ルモノナリト解スルノ理由ナキト同時ニ目的物件ノ一部分ニテモ燒失シタル場合ハ直チニ再賣買ノ豫約ヲ無效ナラシムル約旨ナリトモ解スルヲ得ス寧ロ目的物件ノ大半カ燒失ニ歸シタル場合ヲ意味スルモノト解スルヲ妥當トスヘク本件ニ於テハ賣買ノ目的ト爲リタル家屋其他ノ物件ニ比シ燒失物件ハ之ヲ其大半ナリト認ムルヲ相當トスルカ故ニ本件再賣買ノ豫約ハ建物附屬物等ノ燒失ニ因リ既ニ無效ニ歸シタルモノト解スルヲ妨ケス(東京控訴院大正八年(ネ)第二一四號同九年六月一六日民一部前田裁判長渡邊下田各判事判決)

【關係事項】控訴棄却○土地建物買戻約定履行請求事件○控訴人藤田好男訴訟代理人辯護士大島染之助被控訴人淺川茂太郎訴訟代理人辯護士能條眞

―――――――――――――(二八一)―――――――――――――

九四 相手方ト通シテ爲シタル虛僞ノ意思表示ハ無效トス

前項ノ意思表示ノ無效ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

甲及ヒ其姉乙共ニ未成年者ナリシカ爲メ右兩人ノ後見人タリシ者ニ於テ親族一同ト協議ノ上家督相續ニ因リ甲ノ所有ニ歸シタル山林及畑地外數十筆ノ土地ヲ甲ノ先代ノ生存中ナル明治二〇年一月一〇日附ヲ以テ乙ニ讓與シタル旨恰モ所有權移轉ノ意思アルモノノ如ク假裝シクル親族連署ノ書面ヲ作成シ該證書ニ基キ右甲ノ先代死亡後ナル同年八月一九日之カ登記ヲ經由シタル事實ニ因リテハ右山林及畑地ノ所有權カ乙ニ移轉スヘキ理由ナキモノトス」

戊カ乙ノ相續人丁ヨリ右不動産ノ所有權ヲ取得シタル旨登記ヲ經由シタルハ甲ノ相續人丙カ土地所有權確認並ニ登記抹消手續請求ノ訴狀ヲ原裁判所ニ差出シタル前僅ニ十餘日ヲ隔ツル事實ト原審證人ノ供述トヲ綜合スル時ハ反證ナキ限リ戊ハ本件地所カ乙ノ所有ニ歸シタルコトナク從テ丁ノ所有ニ非サルコトヲ知リナカラ丁トノ間ニ右地所ノ讓渡契約ヲ締結シタルモノナルコトヲ推定スルニ難カラサレハ戊カ善意ノ第三者ナルコトヲ前提トスル戊ノ抗辯ハ理由ナシ」

控訴人先々代與兵衛カ明治二〇年三月二六日死亡シ長男健二カ其家督相續ヲ爲シ健二ノ死亡ニ因リ更ニ控訴人カ其家督相續ヲ爲シタルコト被控訴人カ其先代ひさノ死亡ニ因リ其家督相續ヲ爲シタルコト並ニ本件係爭ノ山林及ヒ畑地ニ付キ控訴人主張ノ如キ各登記ノ存スルコトハ當事者間爭ナキ所ナリ仍テ案スルニ原審證人……ヲ綜合考覈スル時ハ本件係爭ノ山林及ヒ畑地ハ何レモ元ト控訴人先々代與兵衛ノ所有ニシ

テ明治二〇年三月二六日同人ノ死亡ニ因リ家督相續ヲ爲シタル明石健二ノ所有ニ歸シタルモノナル所與兵衛ノ死亡後同人ノ負債整理ヲ爲スニ際シ當時右健二及ヒ其姑ひさ共ニ未成年ナリシカ爲メ右兩人ノ後見人タリシ內野仙右衛門ニ於テ親族一同ト協議ノ上前示山林及畑地外數十筆ノ土地ヲ與兵衛生存中ノ明治二〇年一月一〇日付ヲ以テひさニ讓與シタル旨恰モ所有權移轉ノ意思アルモノノ如ク假裝シタル親族遠署ノ書面ヲ作成シ該證書ニ基キ本件山林ニ付キ與兵衛死亡後ノ同年八月一九日之カ登記ヲ經由シタルモノナルコトヲ認メ得ヘク右ノ如キ事實ニ因リテ本件係爭ノ山林及畑地ノ所有權カ被控訴人ノ先代ひさニ移轉スヘキ理由ナキコト論ヲ俟タス而シテ本件記錄中ノ訴狀及乙第一號證ニ依リ認メ得ルカ如ク訴外本澤甚藏カ被控訴人ヨリ本件不動產ノ所有權ヲ取得シタル旨登記ヲ經由シタルハ控訴人カ本件訴狀ヲ原裁判所ニ差出シタル大正七年四月一〇前僅ニ十餘日ヲ隔ツル同年三月二〇日ナル事實ハ原審證人內野善之助ノ供述トヲ綜合スル時ハ反證ナキ限リ訴外本澤甚藏ハ本件地所カ被控訴人先代ひさノ所有ニ歸シタルコトナク從テ被控訴人ノ所有ニアラサルコトヲ知リナカラ被控訴人トノ間ニ右地所ノ讓渡契約ヲ締結シタルモノナルコトヲ推定スルニ難カラス右限定ハ何レモ之ヲ覆スニ足ル立證ナシ然レハ本件地所カ被控訴人ノ先代ひさノ所有ナリシコトヲ前提トシ又被控訴人ヨリ右地所ノ讓渡ヲ受ケタル旨登記ヲ經タル訴外本澤甚藏カ善意ノ第三者ナルコトヲ前提トスル被控訴人ノ抗辯ハ何レモ其理由ナク本件地所カ明石健二ノ家督相續ヲ爲シタル控訴人ノ所有ナルコトノ確認ヲ求メ並ニ該不動產ニ付キ爲シタル被控訴人先代ひさ所有名義ノ登記及ヒ被控訴人所有名義ノ各登記ノ抹消ヲ求ムル本件請求ハ正當ナリ（東京控訴院大正八年(ネ)第三二九號同九年三月三一日民一部前田裁判長水口渡邊各判事判決）

【關係事項】控訴人勝訴○土地所有權確認並ニ登記抹消手續請求事件○控訴人明石與兵衛訴訟代理人辯護士前田讓被控訴人高崎一平訴訟代理人辯護士木村峻

岡松博士
烏山博士
嘉山學士
大審院
東京控訴院

【民法第九四條第二項ニ所謂善意ノ第三者ノ意義ニ關スル學說判例】

一 善意ノ第三者トハ虛僞表示ナルコトヲ知ラサル第三者ヲ謂フ（法學博士岡松參太郎氏中大講民總一九〇頁）

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

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

四 第九四條第二項ニ所謂善意ノ第三者ハ虛僞ノ意思表示ノ目的ニ付キ其表示ノ虛僞ナルコトヲ知ラスシテ法律上利害關係ヲ有スルニ至リタル第三者ニ他ナラサルヲ以テ權利ヲ取得スルノ行爲ヲ爲シタル當時意思表示ノ虛僞ナルコトヲ知ラサルトキハ其當時既ニ右虛僞ノ意思表示ニ關スル登記ノ抹消アリタル場合ニ於テモ所謂善意ノ第三者トシテ保護ヲ受クルモノトス（大審院大正五年一一月一七日判決本書第五卷四法一一〇三頁）

五 虛僞ノ賣買契約ハ無效ノ行爲ナルヲ以テ其不履行ニ因リ損害賠償請求權ヲ發生スルノ理ナシ從テ之ヲ讓受ケタル者ハ虛僞ノ權利ヲ讓受ケタル者ト云フヲ得ヘキモ民法第九四條第二項ニ所謂善意ノ第三者ト云フヲ得ス（大審院民事判決錄一二二五頁）

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

一八五 權原ノ性質上占有者ニ所有ノ意思ナキモノトスル場合ニ於テハ其占有者カ自己ニ占有ヲ爲サシメタルモノニ對シ所有ノ意思アルコトヲ表示シ又ハ新權原ニ因リ更ニ所有ノ意思ヲ以テ占有ヲ始ムルニ非サレハ占有ハ其性質ヲ變セス

權限ノ性質上占有者ニ所有ノ意思ナキモノトスル場合ニ於テハ其占有者カ自己ニ占有ヲ爲サシメタルモノニ占有ヲ爲サシメタル者ニ對シ所有ノ意思アルコトヲ表示シ又ハ新權限ニ因リ更ニ所有ノ意思ヲ以テ占有ヲ始ムルニ非サレハ占有ハ其性質ヲ變セサルモノナルコトハ民法第一八五條ノ規定スルトコロナリトス」

本件土地ハ始メ控訴人先々代市川久左工門ノ所有ナリシヲ明治二八年九月之ヲ訴外佐伯隆基ニ賣渡シ佐伯隆基ハ明治三七年三月之ヲ被控訴人ニ賣渡シタルコトヲ認メ得ヘク被控訴人ノ右所有權取得ニ付キ登記ノ存スルコトハ當事者間ニ爭ナキトコロナルヲ以テ被控訴人ハ本件土地ノ所有權ヲ以テ控訴人ニ對抗スルコトヲ得ヘキハ論ヲ俟タス……仍テ更ニ時效ニ因リ右土地ノ所有權ヲ取得シタル旨ノ控訴人ノ抗辯ニ付キ案スルニ甲第一號證ノ三……ヲ綜合考覈スルトキハ控訴人先々代久左工門ハ本件土地ヲ佐伯隆基ニ賣渡シタル後直チニ之ヲ賃借シ爾後賃貸借關係ヲ繼續シテ控訴人先代並ニ控訴人トモ土地所有者ヨリ期間ノ定メナク本件土地ヲ賃借シ大正六年頃迄賃料ノ支拂ヲ爲シ來リタルコトヲ認メ得ヘク……而シテ權原ノ性質上占有者ニ所有ノ意思ナキモノトスル場合ニ於テハ其占有者カ自己ニ占有ヲ爲サシメタル者ニ對シ所有ノ意思アルコトヲ表示シ又ハ新權原ニ因リ更ニ所有ノ意思ヲ以テ占有ヲ始ムルニ非サレハ占有ハ其性質ヲ變セサルモノナルコトハ民法第一八五條ノ規定スルトコロナルヲ以テ控訴人先々代控訴人先代及ヒ控訴人ノ占有カ何レモ前示ノ如ク賃貸借關係ノ成立シタルモノニ基クモノナル以上ハ控訴人ハ先々代久左工門及ヒ先代イチノ占有ヲ併セテ主張スル場合ニ於テモ亦自己ノ占有ノミヲ主張スル場合ニ於テモ何レモ權原ノ性質上所有ノ意思ナキモノト解スルノ外ナク本件ニ於テ控訴人先々代控訴人先代及ヒ控訴人カ自己ニ占有ヲ爲サシメタル者ニ對シ所有ノ意思アルコトヲ表示シ又ハ新權原ニ因リ更ニ所有ノ意思ヲ以テ占有ヲ始メタル事實ハ何等之ヲ認ムヘキ證左ナキヲ以テ控訴人ハ所有ノ意思ヲ以テ本件土地ノ占有ヲ繼續シタルモノニ非サルコト明カナリ尤モ甲第六號證ノ一、二ニ依リ認メ得ルカ如ク控訴人カ被控訴人ニ對シ本件土地ノ所有權ヲ主張シテ被控訴人ニ對シ本件土地ノ所有權ヲ存スル所有權取得登記抹消請求ノ訴訟ヲ提起シタル事實ハ之ヲ以テ所有ノ意思アルコトヲ表示シタルモノナリト解スルヲ相當ナリトスルモ右訴訟カ第一審裁判所ニ提起セラレタルハ大正五年中ナルコト甲第六號證ノ一ニヨリ明白ナルヲ以テ

所有ノ意思ヲ以テ二十年間又ハ十年間占有ヲ繼續シ其占有カ更ニ他ノ法定要件ヲ具備スル場合ニ於テ始メテ土地所有權ノ取得ヲ主張スルコトヲ得ヘキ取得時效カ控訴人ノ爲メニ完成スヘキ謂ハレナキコト甚タ明カナリ然レハ控訴人ノ時效ノ抗辯ハ其理由ナク被控訴人主張ノ如キ解約ノ申入アリタルコトハ當事者間ニ爭ナキトコロナレハ本件賃貸借ハ右解約申入後一年ヲ經過シタル大正七年五月二九日ニ於テ終了シタルモノト認ムヘク控訴人ハ右地上ニ存ル建物ヲ收去シテ之カ明渡ヲ爲スヘキ義務アリ……被控訴人ノ請求ハ亦正當ニシテ控訴ハ理由ナシ(東京控訴院大正八年(ネ)第二九九號同九年一〇月二二日民一部神谷裁判長水口渡邊各判事判決)

【關係事項】 控訴棄却○建物收去土地明渡等請求控訴事件○控訴人市川つね訴訟代理人辯護士渡邊漸被控訴人平間寺訴訟代理人辯護士大橋清藏外一名

【同 容假占有ノ變更ニ關スル參照學說】

一 權原ノ性質上所有ノ意思ナキモノトスル占有者カ其占有ヲ變シテ自主占有ト爲スニハ(一)自己ニ占有ヲ爲サシメタル者ニ對シテ所有ノ意思ヲ表示スル事此意思表示ハ一般ノ原則ニヨリ相手方ニ到達シタル時ヨリ其效力ヲ生ス故ニ若シ相手方ニ於テ占有者ノ意思變更ヲ承認スルコトヲ欲セサルトキハ固ヨリ之ヲ爭フ事ヲ妨ケス(二)新權原ニ因リ更ニ所有ノ意志ヲ以テ占有ヲ始ムルコト此ニ所謂新權原トハ賣買贈與其他所有權ヲ移轉スヘキ法律事實ヲ謂フモノニシテ他主占有者カ此等ノ原因ニ基キテ占有物ノ所有權ヲ取得シ更ニ所有名義ノ占有ヲ始メタルトキハ其占有ハ自主占有ニ變スルモノトス(法學博士富井政章氏民法原論物權六四七頁)

二 占有ニ付テハ依然羅馬法ノ舊套ヲ墨守シ意思ハ本人必ス之ヲ有スルコトヲ要スルモノトシ唯リ事實ノミ之ヲ代理人ニ委スルコトヲ得ルモノト爲スハ殆ト了解ニ苦シム所ナリ本條ニ於テハ占有ノ取得ニ付テモ亦純然タル代理ヲ認メタルコトヲ明言セリ(法學博士梅謙次郎氏民法要義卷ノ二物權編三二頁)

三 容假ノ占有者ニテモ新權限ニヨリテ所有權ヲ取得シ得ヘキコトハ勿論所有者ニ對シテ自カラ所有スルノ意思ヲ以テ占有スルトキハ時效ニヨリテモ所有權ヲ取得スルコトヲ得何者斯ノ如キ場合ニハ所有者ハ占有者ニ背信ノ所爲アルコトヲ知ル可キトキハ自己ノ權利ヲ主張シテ法律上ノ保護ヲ受クルコトヲ得ヘケレハナリ新權限ニヨリ又ハ所有者ニ對シテ所有ノ意思ヲ以テ占有ヲ始ムルトキハ容假ノ占有ハ變シテ所有的又ハ自主的占有トナルモノニシテ玆ニ占有權ノ性質カ全ク一變スルナリト普通ハ見居ルモ余ハ占有又ハ占有權ノ性質ハ一定不動ノ ノニシテ變化スヘキモノニアラスト思フ此ノ場合ニ變化スト云フハ占有權以外ノ他ノ關係ニアリテ存スルト見ルカ正シト思フナリ(法學博士土方寧氏物權法大正五年東大講五四頁)

富井博士
梅博士
土方博士

横田博士

中島博士

嘉山學士

遊佐教授

四　容假ノ占有ハ左ノ場合ニ於テ自主占有ニ變ス　甲占有者カ自己ニ占有ヲ爲サシメタル者ニ對シテ所有ノ意思アルコトヲ表示シタルトキ是レ民法第一八五條前段ニ規定スル所ニシテ同條ニ所謂「權原ノ性質上占有主ニ所有ノ意思ナキモノトスル場合」トハ受任者受寄者賃借人雇人質取主其他ノ者カ返還ノ義務ヲ負擔シテ物ヲ占有スル場合ヲ謂ヒ「自己ニ所有ヲ爲サシメタル者」トハ委任者寄託者賃借人雇主質置主ノ類ヲ謂フ乙占有者カ新權原ニ基キ新ニ自主占有ヲ始メタルトキ所謂新權原トハ賣買贈與交換遺贈等ノ所有權ヲ移轉スヘキ法律上ノ原因ヲ意味ヲ容假ノ占有者カ此種ノ原因ニ基キ自己ノ所有トシテ物ノ占有ヲ始メタルトキハ其原因カ本人トノ關係ニ於ナ生シタルト第三者トノ關係ニ於テ生シタルトニ論ナク容假ノ瑕疵消滅シ其占有ハ自主占有ニ變スルモノトス但シ容假ノ占有ヲ自主占有ニ變スル所以ノ新權原ハ眞正ノモノタルコトヲ要シ假裝ノ權原ハ此效果ヲ生セサルヤ明カナリ（法學博士横田秀雄氏物權法一九八頁）

五　一旦始メタル一ノ占有ヲ他種ノ占有ニ變スルカ爲メハ正當ナル法律上ノ理由アルコトヲ要シ之ヲ缺クニ於テハ新占有ハ成立スルヲ得サルモノトス（法學博士横田秀雄氏國家及ヒ國家學第六卷第一一號一頁本書第八卷民法三八頁）

六　占有意思カ事實上變更スルナラハ單ニ之ニヨリテ占有ヲ與ヘタル場合ニ於テハ占有權ノ授與者ハ只其權原ニヨリ定マリタル範圍內ニ於ケル占有アルモノト信スルハ當然ナリ然ルニ授與者ニ知レサル間占有者カ其意思ヲ變シ占有カ其性質ヲ變スルナラハ授與者ハ不測ノ損害ヲ蒙ルヤ必セリ故ニ之ヲ授與者ニ表示シ又ハ新權原トアルヲ必要トナシタルモノナリ（法學博士中島玉吉氏民法釋義物權一五四頁）

七　所有ノ意思ハ占有者之ヲ有スルモノト推定ス然レトモ權原ノ性質上占有者ニ所有ノ意思ナキモノトスル場合ニ於テハ其占有者カ自己ニ占有ヲ爲サシメタル者ニ對シ所有ノ意思アルコトヲ表示シ又ハ新權原ニ因リ更ニ所有ノ意思ヲ以テ占有ヲ始ムルニアラサレハ占有ハ其性質ヲ變セサルモノトス（法學士嘉山幹一氏民法總論大正五年中大講三五〇頁）

八　法律ハ占有惡樣ノ變更ニ付テハ一ノ制限ヲ附ス即チ權原ノ性質上占有者ニ所有ノ意思ナキモノトスル場合ニ於テハ其占有者カ自己ニ占有ヲ爲サシメタル者ニ對シテ所有ノ意思アルコトヲ表示シ又ハ新權原ニ因リ更ニ所有ノ意思ヲ以テ占有ヲ始ムルニ非ラサレハ占有ハ其惡樣ヲ變セサルモノトス若シ此規定ナカランニハ他主占有者ハ自由ニ其意思ヲ變更シテ自主占有者トナリ得可キナリ然ルニ人ノ意思ノ變更ハ外部ヨリ認識シ得サルカ故ニ斯カル變更ヲ自由ニ許ストキハ所有權ノ取得時效カ進行スルカ如キコトトナリテ其結果他人（例ハ所有者占有ヲ與ヘタルモノ）ニ不測ノ損害ヲ及スコト少カラサルカ故ニ此ノ制限ヲ附シタルナリ即チ占有者ハ自己ノ意思變更ノミヲ以テ占有態樣ヲ變更スルコト能ハサルコトトナセルナリ此點ハ羅馬法以來學者間ニ異論ナキ所ニシテ此趣旨ノ規定ハ佛民法等ニモ存ス（佛民法二二四〇伊民法二一一八）（早大教授遊佐慶夫氏民法概論四九五頁）

九七五第二項　此他正當ノ事由アルトキハ被相續人ハ親族會ノ同意ヲ得テ其廢除ヲ請求スルコトヲ得

甲家ニハ元來男子二人以上アルトキハ長男ヲシテ家督相續ヲ爲サシメサル家憲アルヲ以テ右家憲ニ則リ偶々乙ノ懇望アリシヲ以テ長男ヲ乙家方ニ養子ニ遣スヘキ約ノ下ニ幼年ノ時ヨリ教養ヲ受ケシメタルモノニシテ從テ甲家ノ營業ニ關シテハ些ノ經驗ナク反之次男ハ家業ヲ勵ミ原告甲家ハ同人ニヨリ生計ヲ立テ居レリト謂フニ在ルモ長子相續ノ制ヲ採用スル我國法制ノ下ニ於テハ右主張ノ如キ家憲ハ固ヨリ之ヲ認容スルニ由ナク其他以上ノ主張ノ如キ事由ハ未タ以テ民法第九七五條第二項ニ所謂家督相續人廢除ニ付キ正當ノ事由ト認ムルヲ得サルモノトス」

被告カ原告ノ長男ニシテ其法定ノ推定家督相續人ナルコト及原告家ニハ次男慶二アルコトハ甲第一號證ニヨリ明カナリ而シテ本件ニ於テ原告ノ主張スルトコロハ原告家ニハ元來男子二人以上アルトキハ長男ヲシテ家督相續ヲ爲サシメサル家憲アルヲ以テ右家憲ニ則リ偶々訴外瀧澤マツノ懇望アリシヲ幸ヒ同人方ニ養子ニ遣スヘキ約ノ下ニ幼年ノ時ヨリ教養ヲ受ケシメタルモノニシテ從テ原告家ノ營業ニ關シテハ些ノ經驗ナク反之次男ハ家業ヲ勵ミ原告家ハ同人ニヨリ生計ヲ立テ居レリト謂フニ在ルモ長子相續ノ制ヲ採用スル我國法制ノ下ニ於テハ右原告主張ノ如キ家憲ハ固ヨリ之ヲ認容スルニ由ナク其他以上原告主張ノ如キ事由ハ未タ以テ民法第九七五條第二項ニ所謂家督相續人廢除ニ付キ正當ノ事由アルモノト認ムルヲ得サルモノトス……

（東京地方裁判所大正九年（タ）第一六九號同年一〇月一三日民一部推津裁判長原荻小藤各判事判決）

【關係事項】　棄却○家督相續人廢除請求事件○原告早川釜次郎被告早川貫一

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爲ノ當事者カ之ニ依ル意思ヲ有セサルモノト認ムヘキトキハ其慣習ニ從フ

地代値上ニ付キ原告主張ノ如キ慣習即チ要スルニ貸地ノ相當地代カ著シク騰貴シタル場合ニハ之ニ準シテ地代ノ値上ヲ請求シ得ヘキ慣習アルコトハ當裁判所ニ顯著ナル事實ニシテ反對ノ事情ノ認ムヘキモノナキ本件ニ於テハ當事者ハ其慣習ニ依ルヘキ意思ヲ有セルモノト認ムヘキモノトス」

被告ハ本件土地ヲ訴外加藤定吉ヨリ一箇月一坪ニ付キ金二十九錢ノ割合ヲ以テ借受ケ居タルトコロ原告カ大正四年六月二五日右土地ヲ買受ケ右借地關係ヲ承繼シ現ニ其關係ノ存續セルコト右地代カ明治四三年中協定ノ當時相當ノ地代ナリシコト及原告カ大正四年六月中被告ニ對シ同年七月一日ヨリ右地代ヲ値上スヘキ旨請求シタル事實ハ當事者間ニ爭ナク……而シテ地代値上ニ付キ原告主張ノ如キ慣習即チ要スルニ貸地ノ相當地代カ著シク騰貴シタル場合ニハ之ニ準シテ地代ノ値上ヲ請求シ得ヘキ慣習アルコトハ當裁判所ニ顯著ナル事實ニシテ反對ノ事情ノ認ムヘキモノナキ本件ニ於テハ當事者ハ其慣習ニ依ルヘキ意思ヲ有セルモノト認ムヘキモノナリヤ案スルニ原審鑑定人畑中宗情……ノ各鑑定ヲ綜合考覈スレハ一箇月一坪金三十五錢ナルコトヲ認ムルニ足リ從前ノ地代金二十九錢ニ比シ著シキ騰貴ナリト云フヲ得ヘキカ故ニ原告カ前示慣習ニ從ヒテ爲シタル本件値上ノ請求ハ右數額ノ限度ニ於テ正當ニシテ其餘ハ理由ナキモノト謂ハサルヘカラス然ルニ原判決ハ其地代ヲ一箇月一坪ニ付キ大正四年七月一日ヨリ大正六年六月三〇日迄ハ金三十五錢ニ同年七月一日ヨリ大正八年六月三〇日迄ハ金三十九錢ニ增額ノ承諾ヲ爲スヘキコトヲ命シタルモ原告ノ本訴請求ハ大正四年六月中ニ爲シタル値上ノ請求ニ基クモノニシテ土地ノ貸主ハ現ニ存スル著シキ騰貴ニ因リ地代ノ値上ヲ請

求シ得ヘキ慣習アルモ將來著シク騰貴スルコトアルヘキ場合ヲ豫想シテ豫メ地代値上ノ請求ヲ爲シ得ヘキ慣習ナキカ故ニ原告ノ本訴請求ハ大正四年六七月當時ノ相當地代ヲ一ノ標準トシテ其當否ヲ決スヘキモノニシテ原判決ニ於ケルカ如ク大正六年七月當時ノ相當地代ヲモ一ノ標準トシテ其當否ヲ決シ得ヘキモノニアラス以上說明スル如クナルヲ以テ原告ノ控訴ハ一部理由アリ……(東京地方裁判所大正九年(レ)第五三、五四號同年一〇月三〇日民五部宮城裁判長澤村安倍各判事判決)

【關係事項】第一審原告ノ控訴棄却第一審被告ノ控訴一部棄却○第一審原告伊藤芳株訴訟代理人辯護士清松林太郎第一審被告伊藤與兵衛

【同趣旨學說判例及反對學說及參照學說】

本書本卷民法三二六頁以下

〈二八五〉

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

六五一第一項 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

(イ)委任事務ハ委任者ノ事務ナレハ委任事務ヲ處理スルト否トハ委任者ノ自由意思ニ依リ決セラルヘク委任者カ委任事務ヲ處理スルコトヲ欲セサルニ拘ラス强テ受任者ヲシテ之ヲ處理セシムルハ當ヲ得ス是レ法律カ委任者ニ對シ何時ニテモ契約ヲ解除スル權利ヲ附與シタル所以ナリ(ロ)又委任ハ原則トシテ無償ナルヲ以テ受任者カ委任事務ヲ處理スルコトヲ欲セサルニ至リタル場合ニ其處理ヲ强制スルハ適當ニ非ス且既ニ受任者カ委任事務ヲ處理スルコトヲ欲セサルニ至リ

タルニ拘ラス強ヒテ之ヲ處理スヘシトナストキハ委任事務處理ノ結果ハ委任者ノ利益ヲ害スルニ至ルノ虞アリ故ニ受任者ハ何時ニテモ契約ヲ解除シ委任事務ヲ處理スヘキ義務ヲ免カルルコトヲ得ト定メタルモノトス」

委任事務カ委任者ノ計算ニ於テ爲サルル事務タル以上ハ其事務處理ノ結果ノ全部若クハ一部カ委任者以外ノ者ノ利益ニ歸スルモ委任タルニ妨ケナキカ故ニ曾テ受任者ノ利益ノ爲メニスル委任及ヒ委任者ノ爲メニスルト同時ニ受任者ノ利益ノ目的トスル委任モ亦委任タル性質ヲ具備スルモノトス」

受任者カ委任事務處理ノ結果ニ付キ正當ナル利益ヲ有スル場合ニ於テ委任者カ無條件ニ委任ヲ解除スルコトヲ得トナストキハ受任者ノ利益ハ害セラルルニ至ルヘシ然ルニ委任者カ擅リニ受任者ノ利益ヲ害スルコトハ許スヘカラサル所ナルヲ以テ第六五一條ハ受任者ノ利益ノ爲メニスル委任及ヒ委任者ノ爲メニスルト同時ニ受任者ノ利益ヲ目的トスル委任ニハ其適用ナキモノトス」

大審院大正九年四月二四日第三民事部判決(本卷民法八三一頁)

(一) 從來ノ通說ニ依レハ委任者又ハ受任者カ何時ニテモ無條件ニ委任ヲ解除シ得ルハ對人的信用關係ヲ基礎トスル委任ノ本質ヨリ生スル結果ナリト解ス我國多數ノ學者モ亦概ネ此說ヲ是認スルカ如シ然レトモ吾人ハ此見解ヲ以テ誤レルモノトス委任者カ受任者ニ對シ事務ヲ委託スルハ受任者ニ於テ誠實ニ委任事務ヲ處理シテ其義務ノ履行ヲ爲スヘキコトヲ信スルニヨルモノナレハ此意味ニ於テ委任ハ當事者間ノ信用關係ヲ基礎トスル契約ナリト謂フコトヲ得ヘシ然レトモ法律カ委任ノ各當事者ニ

解除權ヲ認ムル理由ヲ以テ委任カ此意味ニ於ケル信用關係ヲ基礎トスル契約タルニ由ルモノトナストギハ必スシモ委任ノミニ限ルコトナク消費貸借其他ノ信用契約ニ於テモ各當事者ハ無條件ニ契約ヲ解除スル權利ヲ有ストナササルヘカラス何トナレハ各種ノ信用契約ニ於テハ與信者ハ相手方カ後日誠實ニ其義務ヲ履行スヘキコトヲ信スルカ爲メ契約ヲ締結スルモノナレハナリ吾人ノ觀ル所ニ依レハ(イ)委任事務ハ委任者ノ事務ナリ故ニ委任事務ヲ處理スルト否トハ委任者ノ自由意思ニ依リ決セラルヘキモノトス委任者カ委任事務ヲ處理スルコトヲ欲セサルニ拘ラス强テ受任者ヲシテ之ヲ處理セシムルハ當ヲ得ス是レ法律カ委任者ニ對シ何時ニテモ契約ヲ解除スル權利ヲ附與シタル所以ナリ(ロ)又委任ハ原則トシテ無償ナルヲ以テ受任者カ委任事務ヲ處理スルコトヲ欲セサルニ至リタル場合ニ其處理ヲ强制スルハ適當ニ非ス且既ニ受任者カ受任事務ヲ處理スルコトヲ欲セサルニ至リタルニ拘ラス强ヒテ之ヲ處理スヘシトナストキハ委任事務處理ノ結果ハ委任者ノ利益ヲ害スルニ至ルノ虞アリ故ニ受任者ハ何時ニテモ契約ヲ解除シ委任事務ヲ處理スヘキ義務ヲ免カルヽコトヲ得ト定メタルモノトナサルヘカラス

(二) 從來學者ハ委任ニ三種アリトナス即チ(一)委任者ノ利益ノ爲メニスル委任(二)受任者ノ利益ノ爲メニスル委任(三)第三者ノ利益ノ爲メニスル委任是ナリ然レトモ此以外ニモ猶委任者ノ利益ノ爲メニスルト同時ニ受任者ノ利益ノ爲メニスル委任及ヒ委任者又ハ受任者ノ利益ノ爲メニスルト同時ニ第三者ノ利益ヲ目的トスル委任ノ存スルハ明カナリ委任事務カ委任者ノ計算ニ於テ爲サルヽ事務タル以上ハ其事務處理ノ結果ハ全部若クハ一部カ委任者以外ノ者ノ利益ニ歸スルモ委任タルニ妨ケナキカ故ニ專ラ受任者ノ利益ノ爲メニスル委任及ヒ委任者ノ利益ノ爲メニスルト同時ニ受任者ノ利益ヲ目的トスル委任モ亦委任タル性質ヲ具備スルモノト謂ハサルヘカラス然ラハ委任ノ解除ニ關スル第六五一條ハ此種ノ委任ニモ其適用アリヤ否ヤ法文ニハ特ニ此適用ヲ除外スヘキ文詞ナキヲ以テ單ニ文字解釋ヨリスレハ此問題ハ積極的ニ決定

セラルヘキモノトス然レトモ受任者カ委任事務處理ノ結果ニ付キ正當ナル利益ヲ有スル場合ニ於テ委任者カ無條件ニ委任ヲ解除スルコトヲ得トナストキハ受任者ノ利益ハ害セラル、ニ至ルヘシ然ルニ委任者カ擅リニ受任者ノ利益ヲ害スルコトハ許スヘカラサル所ナルヲ以テ第六五一條ハ此種ノ委任ニハ其適用ナキモノト解スヘキナリ立法論トシテハ此場合ニハ委任者ハ委任事務ノ完了セサル間ハ何時ニテモ損害ヲ賠償シテ契約ヲ解除(解約申入ノ意)スルコトヲ得ト定ムルヲ可トス(第六四一條參照)(四學博士菅原眷二民法學論叢第四卷第四號一〇九頁「民法第六五一條第一項ノ立法理由及ヒ其適用範圍」要領)

【論旨第一點民法第六五一條第一項ノ立法理由ニ關スル學說】

富井博士 一 其ノ理由ハ委任ハ當事者相互ノ信用ヲ基礎ト爲スモノニシテ一朝其信用ナキニ至レハ强テ契約關係ヲ持續セシムルハ害アルモ益ナシ(法學博士富井政章氏債權各論明治四五大講二六六頁)

梅博士 二 契約ニ因リテ委任ノ期間カ確定シ又ハ委任事務カ未タ終了セサル場合ト雖モ當事者ノ一方ハ何時ニテモ任意ニ契約ヲ解除スルコトヲ得ルハ是レ委任契約ノ特質ヲ認ムルハ他ナシ委任ハ專ラ當事者間ノ信用ニ基クモノナルカ故ニ自己信任セサル者ヲシテ其事務ヲ處理セシムルコト能ハス又自己ノ信任セサル人ノ事務ヲ處理スルハ受任者ノ人情トシテ實ニ堪ヘ難キ所ナレハナリ(法學博士梅謙次郎氏要義債權七五一頁)

岡松博士 三 委任者ハ何時ニテモ委任ヲ解除スルコトヲ得ルハ各國法制ノ等シク認ムル所ニシテ解任ノ本質ニ出ツルモノナリ受任者カ委任ヲ解除スルノ權利モ亦各國法制ノ認ムル所ナリト雖モ委任ノ本質ヨリ發生シタルモノニアラス從テ其當否ニ付テハ學者間議論ナキニシモアラス然レトモ若シ此解除權ヲ認メサルモノトセハ之カ爲メ毫モ利益ヲ得ル所ナク却テ實際上弊害ヲ生スルノ恐レアリ故ニ本法ハ羅馬以來ノ各國立法例ニ倣ヒ受任者ノ解除權ヲモ認メタリ(法學博士岡松參太郎氏理由債權次二九三—二九四頁)

横田博士 四 是レ他ナシ委任ハ當事者相互ノ信任ヲ基本トスルモノニシテ委任者ハ自己ノ信任スル委任者ハ相手方ニ對スル當事者一方ノ信用トハ者モ亦自己ノ信任スル委任者ノ爲メニ好意上事務ノ處理ヲ爲スニ過キサルヲ以テ委任ハ相手方ニ對スル當事者一方ノ信用トハ分離スヘカラサル關係ヲ有スルモノナリ故ニ委任關係ノ存續スルニハ當事者間ニ於ケル信用ノ持續スルコトヲ必要トシ委任者ニ强ユルニ其信任セサル委任者ノ爲ニ其事務ノ處理ヲ爲スヘキコトヲ以テスルハ委任ノ本旨ニ反スルモノト謂ハサルヘカラス(法學博士横田秀雄氏債權各論六四三頁)

鳩山博士 五 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…此ノ如キ規定ヲ設ケタルハ委任カ對人的信用關係ヲ根據トスルニ基ク(法學博士鳩山秀夫氏日本債權各論六二一頁)

飯島博士 六 是蓋シ委任ハ當事者ヲ對人信用ニ基キテ締結セラルルノミナラス受任者ハ多ク好意ヲ以テ委託ヲ受クルモノナルヲ以テ自己ノ信セサル受任者自己ノ信セサル委任者ノ間ニ契約上ノ拘束力ヲ生セシムルハ委任ノ本旨ニ反スルヲ以テナリ(法學博士飯島喬平氏民法要論七六五頁)

末弘博士 七 委任ハ當事者相互間ノ對人的信用關係ヲ基礎トスル契約ナルカ故ニ當事者ノ意思ニ反シテ强ヒテ契約ヲ持續セシムルハ契約ノ性質上穩當ニアラス是レ民法カ本條(第六五一條)ヲ設ケタル所以ナリ(法學博士末弘嚴太郎氏債權各論七七三頁)

嘉山學士 八 委任ハ委任者カ或事務ノ處理ヲ受任者ニ信託スルモノナリ殊ニ啻ント總テノ場合ニ於テ委任ハ委任者ノ利益ノ爲メノミスモノナレハ委任者ハ何時ト雖モ解除ヲ爲シ得ルハ理論トシテハ聊カ疑ナキニアラス明文ヲ以テ始メテ原則トシ存在シ得ヘシ此原則ハ當事者ノ意思明ラカナラサル場合ニ於ケル處分法ヲ規定シタルニ過キサルナリ(法學士嘉山幹一氏債權各論明治三四日大講二八八頁)

【論旨第二點事務處理ノ結果ノ全部又ハ一部カ受任者ノ利益ニ歸スル場合ト委任ニ關スル同趣旨學說】

梅博士 一 委任契約ハ委任者ノミノ利益ノタメニ結ハルルコトカ多イケレトモ委任者雙方ノ爲メ又ハ受任者ノミノ利益ノ爲メニ結ルルコトモ亦決シテ稀ナラハナイ例ヘハ甲カ乙ヨリ頼マレテ無利息ニテ金ヲ貸サント思ヘトモ手許ニ金錢ナキ爲メ乙ニ委任シテ其所有ノ物品ヲ賣却セシメ其代價ヲ乙ニ貸スノ約束ヲシタナラハ是ハ受任者ノミノ利益ノ爲ニ結フ所ノ委任契約ナリ(梅博士法學志林四六號六頁)

鳩山博士 二 委任ハ委任者又ハ第三者ノ事務ヲ處理スルコトヲ目的トスル契約ナリ受任者自身ノ事務ヲ處理スルコトハ委任ノ目的トナラス(1)事務ニハ其性質上受任者ノ事務タルニ止マルモノアリ…此ノ如キ事務ヲ爲スヘキコトヲ委託スルモ民法ニ謂フ所ノ委任タルヲ得ス…(2)事務ニハ性質上委任者(又ハ第三者)ノ事務ナルモノアリ此ノ如キ事務ハ例令其事務處理ノ事實上ノ利益ヲ受任者ニ歸セシムル場合ニ於テモ尙委任ノ目的タルコトヲ得…(3)事務ニハ性質上何人ノ事務タルコトヲモ得ルモノアリ此ノ如キ事務ハ契約當事者ニ於テ委任者ノ事務ヲ爲シタルトキハ委任ノ目的タルタトヲ得(法學博士鳩山秀夫氏前揭六〇一、六〇二頁)

末弘博士 三 委任ハ委任者ニ委託シテ事務ノ處理ヲ爲サシムル契約ナルカ故ニ其事務ハ契約ノ性質上常ニ委任者又ハ第三者ノモノナルコトヲ要ス…然レトモ苟モ委任者又ハ第三者ノ事務タル以上ハ其結果カ受任者自身ノ利益ニ歸スル場合ト雖モ尙委任ノ目的物タルコトヲ妨クルモノニアラス(法學博士末弘嚴太郎氏債權各論七四九頁)

村上學士 四 委任ノ目的タル法律行爲ハ委任者ノ利益ノ爲メニスルモノナルト別ツコトナシ元來法律行爲ハ專ラ第三者ノミノ利益ノ爲メニスルモノ亦少カラス專ラ第三者ノミノ爲メニスル法律行爲モ亦行爲者ノ事務ナリ故ニ專ラ受任者ノミノ利益ノ爲メニスル法律行爲モ亦委任者ノ事務タルコトヲ妨ケス之ヲ變住者ニ委託シテ委任ノ關係ヲ構成スルコト何等支障ナシ(村上學士權債各論六七九頁)

【同上異趣旨學說】

岡松博士
横田博士
嚊道博士
嘉山學士
末弘博士

一　委託ハ(1)委任者ノ利益(2)第三者ノ利益(3)委任者及ヒ受任者ノ利益(4)委任者及ヒ第三者ノ利益(5)受任者及ヒ第三者ノ利益(6)委任者受任者及ヒ第三者ノ利益ノ爲メニ之ヲ爲スコトヲ要ス單ニ受任者ノ利益ノ爲メニスルモノハ法律行爲ノ助言ニ止マリ委任ニアラス（岡松博士前掲次二六八頁）

二　委託ノ目的タル法律行爲ノ利益ヲ受クル者ノ委任者タルト受任者タルト第三者タルトハ之ヲ問フノ必要ナシト雖モ少クトモ其法律行爲ハ直接ニ受任者ノ利益ノ爲メノミニ爲スヘキモノニアラサルコトヲ要ス何トナレハ其法律行爲カ直接ニ受任者ノ爲メノミニ效力ヲ生スルモノナルトキハ委任者ハ受任者ナシテ自己ニ代リテ事務ノ處理ヲ爲サシムルニアラスシテ受任者ナシテ受任者ノ事務ヲ爲サシムルモノニ外ナラス從テ其所謂委託ナルモノハ畢竟助言若クハ忠告タルニ過キサルヲ以テナリ（横田博士前掲六一四頁）

三　委任事務ノ處理ニ付キ受任者モ亦正當ナル利害關係ヲ有スル場合ニハ眞ノ委任契約存スルニアラスシテ委任契約ノ假面ノ下ニ他ノ目的ヲ有スル委任類似ノ一種ノ不典型契約存スルモノト解スルヲ正當ナリトス（法學博士嚊道文藝氏京法一一卷七卷七八頁）

四　法律行爲ヲ爲スコトノ委託ハ委任者ノ利益ノ爲メニ之ヲ爲スヲ通常トス或ハ委任者ノ利益ニ第三者又ハ受任者　利益伴フコトアルヘシ又委託ハ第三者ノ利益ノ爲メニ之ヲ爲スコトアリ此等ノ場合ニハ有效ニ委任契約成立スルコトヲ得然レトモ若シ委託ニシテ受任者ノ利益ノ爲メノミナルトキハ何等ノ法律上ノ效力ヲモ生セス斯ノ如キ委託ノ性質ハ助言ニ過キサルナリ（法學士嘉山幹一氏債權各論明治三四日大講二七七頁）

【同第三點受任者カ委任事務處理ノ結果ニ付キ利益ヲ有スル場合ト第六五一條第一項ノ適用ニ關スル同趣旨學說判例】

一　本卷民法八三三頁

二　受任者カ委任事務ノ處理セラルルコトニ付キテ正當ナル利害關係ヲ有スル場合ト雖モ其事務カ委任者ノモノナル以上契約ハ依然トシテ委任ナリ故ニ原則トシテ案ヨリ第六五一條第一項ノ適用ヲ受クヘキモノナリト雖モ委任カ專ラ受任者ノ利益ヲ目的トシテ締結セラレタル場合ニ於テハ事務處理夫レ自身ニ付キテハ案ヨリ當事者間ニ信任關係存スレトモ其委任ハ專ラ受任者ノ利益ヲ目的トシテ締結セラレタルモノナルカ故ニ最早委任者ニ於テ其信任關係ヲ云々スルニ付正當ナル利益ヲ存セス從ヒテ委任者カ此場合ニ第六五一條第一項ヲ理由トシテ解除ヲ爲スコトヲ許スハ同條ノ立法理由ニ添ハサルモノト云ハサルヘカラサルナリ（末弘博士前掲七七四、七七五頁）

論旨第一點ハ民法第六五一條第一項ノ立法理由ニ關スル精緻ナル考察トシテ傾聽スヘシ爾餘ノ論旨大體ニ於テ肯綮ニ當レルモノアリト信ス

三潴博士

二七三　永小作人ノ義務ニ付テハ本章ノ規定及ヒ設定行爲ヲ以テ定メタルモノノ外賃貸借ニ關スル規定ヲ準用ス

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內ニ履行ナキトキハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得

永小作人ノ義務違反行爲ニ對シテ第五四一條ノ規定ニ依リテ先ツ相當ノ期間ヲ定メテ其停止ヲ請求シ其履行ナキ場合ニ於テ始メテ永小作權消滅ノ通知ヲ爲シ得ルモノニシテ唯違反行爲ノ一事ヲ以テ直チニ權利消滅ノ通知ヲ爲シ能ハサルモノトス」

大審院大正九年五月八日民第三部判決（本卷民法五五八頁）

第二七三條ハ永小作人ノ義務ニ付テハ賃貸借ニ關スル規定ヲ準用セルヲ以テ永小作人ノ義務違反行爲ニ對シテハ損害ノ賠償ヲ求メ得ル外賃貸借ノ規定ニ依リ權利ノ消滅ヲ請求シ得ヘキコト疑ヲ容レス但判決モ示ス如ク賃貸借ニ付テハ第五九四條第一項ノ準用アリテ同條第三項ノ準用ナキヲ以テ（六一六條）第五四一條ノ規定ニ依リテ先ツ相當ノ期間ヲ定メテ違反行爲ノ停止ヲ請求シ其履行ナキ場合ニ於テ始メテ永小作權消滅ノ通知ヲ爲シ得ルモノト解スルノ外ナカルヘシ即チ唯違反行爲アリタリトノ一事ヲ以テ直チニ權利消滅ノ通知ヲ爲シ能ハサルモノナリ（法學博士三潴信三氏法學協會雜誌第三八卷第一〇號一一〇頁「永小作權消滅請求ノ要件」要領）

【同趣旨學說】

本卷民法五四九頁

贊同ス

大審院判決

四二三　債權者ハ自己ノ債權ヲ保全スル爲メ其債務者ニ屬スル權利ヲ行フコトヲ得但債務者ノ一身ニ專屬スル權利ハ此限ニ在ラス

債權者ハ其債權ノ期限カ到來セサル間ハ裁判上ノ代位ニ依ルニ非サレハ前項ノ權利ヲ行フコトヲ得ス但保存行爲ハ此限ニ在ラス

五五六　賣買ノ一方ノ豫約ハ相手方カ賣買ヲ完結スル意思ヲ表示シタル時ヨリ賣買ノ效力ヲ生ス

前項ノ意思表示ニ付キ期間ヲ定メサリシトキハ豫約者ハ相當ノ期間ヲ定メ其期間內ニ賣買ヲ完結スルヤ否ヤヲ確答スヘキ旨ヲ催告スルコトヲ得若シ相手方カ其期間內ニ確答ヲ爲ササルトキハ豫約ハ其效力ヲ失フ

二八七

再賣買ノ豫約ノ相手方カ賣買完結ノ意思ヲ表示スルトキハ賣買ノ效力ヲ生シ豫約者カ豫約上ノ義務ノ履行トシテ賣買ヲ成立セシムル意思表示ヲ爲スコトハ事實ニ於テ有リ得ヘシトスルモ其意思表示ヲ必要トスルモノニ非ス」

再賣買ノ豫約者カ甲ヲ相手方ノ承繼人ニシテ豫約上ノ權利ヲ承繼シテ之ヲ行使スルモノト誤信シ豫約上ノ義務ノ履行トシテ賣買ヲ成立セシムル意思表示ヲ爲スモ法律行爲ノ要素又ハ其緣由ニ錯誤アルモノニ非スシテ右豫約者ト甲間ノ賣買ハ豫約上ノ權利ヲ有セサル者ノ爲シタル不成立無效ノモノタルヲ免レス從テ豫約者ハ甲ニ對シ其無效ヲ主張シ得ルモノトス」

如上ノ場合ニ於テ再賣買ノ豫約ノ相手方ハ豫約者ニ對シテ賣買完結ノ意思ヲ表示シテ賣買ヲ成立セシムルニ付キ豫約者ニ代位セサルモ直接ニ豫約者ト甲間ニ於ケル賣買ノ無效ヲ確定セシメ得ヘシト雖モ豫約者ト甲間ノ賣買登記ヲ抹消スルニ非サレハ豫約者名義ノ登記ニ復セス從テ豫約者ニ於テ其義務ヲ履行スル能ハサルヲ以テ相手方ハ同人ニ代位シテ其權利ヲ行使スルノ要アルモノトス」

(一)【上告理由】　原判決ハ其理由ニ於テ「本件土地ノ賣買契約ニ付キ被控訴人主張ノ如キ要素ノ錯誤アリヤ否ヤヲ審案スルニ證人小池利八ノ原審及ヒ當審ニ於ケル各證言及ヒ原審證人原田覺五郎加藤所右工門ノ各證言ヲ綜合考覈スルトキハ訴外利八カ前記再賣買ノ豫約ニ係ル本件土地ヲ控訴人ニ賣渡シタルハ當時控訴人カ申出ニヨリ控訴人カ被控訴人ノ妻子トナリ被控訴人ノ有スル前記豫約上ノ權利ヲ承繼シ之ヲ行使スルモノト誤信シ前記豫約上ノ義務履行トシテ賣買ヲ成立セシメ且ツ賣買ノ登記ヲナシタルモノナルコト洵ニ明白ナルヲ以テ控訴人ニシテ事實被控訴人ノ妻子ニアラス且ツ前記豫約上ノ權利ヲ承繼行使スルモノニアラサル以上ハ右賣買ハ其要素ニ錯誤アル無效ノモノト謂ハサル可カラス」云云ト判示セラレタリ一　即チ原判決ハ上告人(控訴人)カ被上告人ノ有スル豫約上ノ權利ヲ承繼行使スルモノナリトノ申出ヲ誤信シ上告人トノ間ニ土地賣買契約成立シタリトノ認定ニ外ナラス依テ原決判小池利八ニ對シ爲シタル爲メ同人カ該申出ヲ誤信シ上告人トノ間ニ土地賣買契約成立シタリトノ認定ニ外ナラス依テ原決判援用ノ各證人ノ證言ヲ精査スルニ本訴ノ土地カ訴外小池利八ヨリ上告人ニ賣渡サレタル當時上告人ヨリ訴外小池利八ニ對シ原判決認定ノ如キ申出ヲ爲シタル旨又ハ之ト同意味ニ解釋セラルヘキ供述ハ毫モ存在セス(小池利八ノ第一二審ノ證言原田覺五郎加藤所右衛門ノ證言參照)結局原審ハ事實ノ認定ニ當リ虛無ノ證據ヲ採テ判斷ノ資料ニ供シタルト違法アルヲ免カレスト信ス二　原判決ハ再賣買ノ豫約ニ付キ其性質ヲ誤解シ延テ法律ノ適用ヲ誤リタル違法アリ原審ニ於テハ被上告人ハ本件土地ニ付キ訴外小池利八ニ對シ再賣買ノ豫約上ノ權利ハ今尙存續スル事實ヲ確定シ更ニ上告人ト訴外小池利八トノ本件土地賣買契約ハ右利八カ上告人ヲ被上告人ノ妻子ニシテ前記豫約上ノ權利ヲ承繼行使スルモノト誤リ其ノ義務履行トシテ本件土地ノ賣買ヲ成立セシメタル事實ヲ認定シ上告人ト右利八トノ本件土地賣買カ新ナル賣買ナル旨上告人ノ抗辯ヲ排斥シ且ツ本件土地ノ賣買カ要素ニ錯誤アルヲ理由トシ訴外利八ハ其無效ヲ主張シ得ヘキ旨判示セラレタリ然レトモ上告人カ被上告人ノ有スル豫約上ノ權利ヲ承繼行使シタル結果賣買成立シタリトセハ再賣買ノ豫約上ノ權利行使即チ賣買完結ノ意思表示ニ外ナラス再賣買ノ豫約ニ付キ賣買完結ノ一方的意思表示アラハ豫約上ノ意思ニ關セス賣買完結ノ法理上義務者ノ意思表示ナク從テ其間契約ノ存在ヲ認ム可キニ在ラス本件ニ於テ豫約上ノ義務者タル訴外小池利八ハ上告人トノ本件土地ノ賣買ニ付キ法律上意思表示ノ存在ヲ許ササル地位ニアリ民法六九五條ノ表意者ノ主張シ得ヘキ法律行爲ノ要素ニ錯誤アルヲ理由トシテ無效ヲ主張シ得ヘキ權利ナキハ明カナリト云フ可シ結局原判決ハ再賣買ノ豫約ヲ誤解シ豫約上ノ權利行使ニ付キ當事者ノ意思ノ表示並ニ其合致ヲ要スルモノトス延テ民法第九五條ノ適用ヲ誤リタル不法アルモノナリ三　原判決ノ認定スル所ニヨレハ本件土地ニ付キ上告人ト訴外小池利八トノ賣買契約ハ上告人カ被上告人ノ妻子トナリ被上告人ノ有スル豫約上ノ權利ヲ承繼行使シタルモノト誤信シ訴外小池利八トノ間ニ契約成立セルモノト認定シ買戻期間ニ付キ延期ノ理由ヲ付シタルモ豫約上ノ權利行使ノ要件タル代金ノ點ニ付テハ何等ノ說明ヲ加ヘス漫然上告人カ豫約上ノ權利ヲ行使シタルモノト

認定シ上告人ヨリ提出セル上告人ト訴外小池利八間ノ賣買カ全然獨立ノ契約ニ基キ其代金モ千六百圓ニシテ被上告人ト訴外小池利八間ニ存スル豫約ニ依ル千百三十圓ニアラサル旨ノ抗辯ニ對シ全然理由ヲ付セスシテ排斥シタルハ理由不備ノ違法アルモノトス

【判決理由】然レトモ原院カ被上告人ノ主張ニ基キ判示セル所ニ依レハ被上告人ハ親族ノ協議ニ基キ上告人ヲ迎ヘテ自己ノ養子トナサントシタルモ上告人ニ於テ之ヲ拒絶シタル爲メ事實上告人ハ被上告人ノ再賣買ノ豫約上ノ權利ヲ承繼行使スルモノニアラス而カモ利八ハ再賣買ノ豫約ニ係ル本件ノ土地ヲ上告人ニ賣渡シタルモノニシテ再賣買ノ豫約者カ豫約上ノ義務ノ履行トシテ賣買ヲ成立セシムル意思表示ヲ爲スコトハ事實ニ於テ有リ得ヘシトスルモ其意思表示ヲ必要トスルモノニアラサルヲ以テ假令利八カ賣買當時上告人ノ申出ニ依ルト否トヲ問ハス上告人カ被上告人ノ養子ト爲リ被上告人ノ有スル豫約上ノ權利ヲ承繼シテ之ヲ行使スルモノト誤信シ豫約上ノ義務ノ履行トシテ賣買ヲ成立セシムル意思表示ヲ爲スモ法律行爲ノ要素又ハ其緣由ニ錯誤アルモノニアラスシテ如上利八ト上告人間ノ賣買ハ豫約上ノ權利ヲ有セサル者ノ爲シタル不成立無效ノモノタルヲ免レス然レハ利八ハ上告人ニ對シ其無效ヲ主張シ得ヘク其他賣買代金ノ如何要素ノ錯誤ノ何モノタルコト等ニ付キ判斷スルノ要ナク原院ノ說示ニ允當ナラサル所アルモ原判決ハ結局相當ニシテ論旨ハ理由ナシ

(二) 然レトモ被上告人ハ利八ニ對シテ再賣買ノ豫約上ノ權利ヲ有スルヲ以テ被上告人カ同人ニ對シ賣買完結ノ意思ヲ表示シテ賣買ヲ成立セシムルニ付テハ利八ニ代位セサルモ直接ニ同人ト上告人間ニ於ケル賣買ノ無效ヲ確定セシメ得ヘシト雖モ利八ト上告人間ノ賣買登記ヲ抹消スルニ非サレハ利八名義ノ登記ニ復セス隨テ同人ニ於テ其義務ヲ履行スル能ハサルヲ以テ被上告人ノ同人ニ代位シテ其權利ヲ行使スルノ要アリ原院ノ說示セル所ニ於テ賣買ノ無效ヲ確定セシムルニ付テモ代位ヲ要スルモノト爲シタルハ允當ナラサルモ原判決結局相當ニシテ上告論旨ハ理由ナシ(大審院大正九年(オ)第五三七號同年八日二十一日民三部横田裁判長大倉藤谷松岡瀧淵各判事判決)

【關係事項】上告棄却○原審東京控訴院○土地賣買無效確認並ニ登記抹消手續請求事件○上告人加藤通雄訴訟代理人辯護士宮川琴松郎被上告人加藤乙吉

【賣買豫約ノ性質ニ關スル學說判例】

本卷民法二〇頁以下

(二八八)

大審院判決

九五二 親族會カ決議ヲ爲スコト能ハサルトキハ會員ハ其決議ニ代ハルヘキ裁判ヲ爲スコトヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得

親族會員カ親族會ノ決議ニ代ハルヘキ裁判ヲ請求スルコトヲ得ルハ民法第九五二條ノ明定スル所ナレハ親族會員タル者ハ親族會招集ノ期日ニ出席シタルト否トヲ問ハス右請求ヲ爲スノ資格ヲ有スルモノトス

案スルニ親族會員カ親族會ノ決議ニ代ハルヘキ裁判ヲ請求スルコトヲ得ルハ民法第九五二條ノ明定スル所ナレハ親族會員タル者ハ親族會招集ノ期日ニ出席セサルト否トヲ問ハス右請求ヲ爲スノ資格ヲ有スルモノト爲ササル可ラス然レハ本件ニ於ケル親族會員ノ一員タル大丸竹次郎カ親族會招集期日ニ出席セサリシコトハ同人ヲシテ親族會ノ決議ニ代ハルヘキ裁判ヲ請求スル資格ヲ喪ハシムヘキニ非サルヲ以テ同人ノ請求ニ因リ小松區裁判所ノ爲シタル親族會ノ決議ニ代ルヘキ裁判ハ請求資格ナキ者ノ請求ヲ容レタルノ不法アルモノト謂フ可カラス隨テ之ヲ是認シテ之ニ對スル抗告ヲ棄却シタル原裁判所ノ決定モ之ヲ違法ナリトスヘキ理由存セサルモノトス(大審院大正九年(ク)第一三四號同年十月八日民一部田部裁判長榊原尾古鈴木鬼澤各判事判決)

東京控訴院判決

【關係事項】 抗告棄却○原審金澤地方裁判所○親族會ノ決議ニ代ハルヘキ裁判ニ對スル抗告事件○抗告人堀口市次郎外一人

(二八九)

二〇五
四七八

本章ノ規定ハ自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ財産ノ行使ヲ爲ス場合ニ之ヲ準用ス

債權ノ準占有者ニ爲シタル辨濟ハ辨濟者ノ善意ナリシトキニ限リ其效力ヲ有ス

債權ノ準占有者タルニハ自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ債權ノ行使ヲ爲スコトヲ要シ債權ノ行使アリト謂フニハ債務者ヨリ年賦金ノ支拂ヲ受クルカ若クハ定期ニ利息ノ支拂ヲ受クル等債權者タル行爲ヲ續行シタル事實アルコトヲ必要トスルモノトス」

準占有者ニ對シテ爲シタル辨濟カ有效ナルカ爲メニハ債務者カ辨濟ヲ爲ストキニ於テ善意ナルコトヲ必要トスルモノトス」

被控訴人ノ亡夫中村正義カ株式會社横濱七十四銀行ニ對シ大正三年六月二〇日ノ現在ニ於テ金二千五百七十圓三十一錢ノ當座預金債權ヲ有シ利息ハ年三分ヲ附シ債權者ノ請求次第何時ニテモ拂戻ヲ爲スヘキ約旨ナリシコト中村正義カ大正三年一〇月一六日死亡シタルコト並ニ控訴銀行カ前記銀行ト合名會社茂木銀行トノ合併ニ因リ成立シタル會社ニシテ前記横濱七十四銀行ノ債權債務ヲ承繼シタルモノナルコトハ當事者間ニ爭ナキトコロニシテ證人飯泉金次郎……ニ依レハ亡中村正義ハ其生前大正三年九月中前記預金債權ヲ適法ニ被控訴人ニ遺贈シ同時ニ訴外飯泉金次郎ヲ其遺言執行者ニ指定シタルコトヲ認メ得ヘク更ニ右各證人ノ證言ニ依レハ飯泉金次郎ハ中村正義ノ死亡後數日ヲ經テ右預金債權ヲ被控訴人ニ移轉シ夫レヨリ約六ケ月後ニ於

テ遺贈ニ因ル債權ノ移轉アリタル旨前記株式會社横濱七十四銀行ニ通知シタルコトヲ認メ得ヘク……然レハ前記預金債權ハ控訴銀行ニ於テ被控訴人ニ對シ之カ支拂ヲ爲スヘキ義務アルヤ勿論ナリ控訴人ハ右ノ如キ遺贈アリタル場合ニ於テハ遺言者ノ相續人即チ遺贈義務者ヨリ又ハ遺言執行者ヨリ控訴人ニ對シ之カ拂戻ヲ請求シ被控訴人(遺贈權利者)ハ更ニ此等ノ者ヨリ其拂渡ヲ受クヘキモノナル旨抗辨スレトモ被控訴人ニ對シ拂渡ヲ請求スルコトヲ得サルモノナリト解スヘキ何等ノ根據ナシ控訴人ハ尙右預金債權ハ其準占有者ナル中村桑三郎ニ對シ善意ヲ以テ既ニ拂濟ナル旨抗辨セリ中村桑三郎カ亡中村正義ノ相續人ナルコト並ニ控訴人カ右中村桑三郎ニ對シ本件預金債權全部ノ支拂ヲ爲シタルコトハ當事者間ニ爭ナシト雖モ債權ノ準占有者タルニハ自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ債權ノ行使ヲ爲スコトヲ要シ債權ノ行使アリト謂フニハ債務者ヨリ年賦金ノ支拂ヲ受クルカ若クハ定期ニ利息ノ支拂ヲ受クル等債權者タル行爲ヲ續行シタル事實アルコトヲ必要トス然ルニ訴外中村桑三郎ハ亡中村正義ノ相續人ナリト云フニ過キスシテ遺言執行者カ被控訴人ニ債權ノ移轉ヲ爲シタル後桑三郎ハ本件債權ノ辨濟ヲ受クル迄ノ間本件預金ニ付キ債權者タル行爲ヲ續行シタル事實ハ毫モ之ヲ認ムヘキ證據ナキヲ以テ訴外中村桑三郎ヲ稱シテ本件預金債權ノ準占有者ナリト爲スハ當ラス又繼合同人ヲ以テ本件債權ノ準占有者ナリトスルモ準占有者ニ對シテ爲シタル辨濟ノ有效ナルカ爲メニハ債務者カ辨濟ヲ爲ス時ニ於テ善意ナルコトヲ必要トスヘキニ拘ラス原審證人飯泉金次郎ノ證言ニ依レハ前說明シタルカ如ク同人ハ中村正義ノ遺言執行者トシテ大正三年一〇月中本件預金債務ヲ被控訴人ニ移轉シタル後約六ケ月ヲ經タル頃甲第一號遺言證書ヲ控訴銀行代表者ニ示シテ右預金カ被控訴人ノ有ニ歸シタルコトヲ開示シ併セテ中村桑三郎ニ對スル支拂ヲ豫防シ置キタルコトヲ認メ得ヘク原審證人言住英三ノ證言ニ依レハ控訴銀行ニ於テハ中村正義ノ死亡後中村桑三郎並ニ被控訴人間ニ一ハ横濱地方裁判所ヲ第一審トシ一ハ甲府地方裁所判ヲ第一審トスル何レモ相續事件ニ關スル訴訟ノ繫屬

セルコトヲ知悉シ居リタルコトヲ認メ得ヘク右證人ノ證言並ニ……依レハ控訴銀行ハ中村桑三郎並ニ控訴人間ノ横濱地方裁判所ニ於ケル物品引渡後請求事件ノ假處分ニヨリ本件預金通帳カ執達吏ノ占有中ニ屬スルコトヲ知リナカラ訴外安齊林八郎保證ノ下ニ不安ノ裡ニ右預金債權ノ拂戻ヲ爲シタルコトヲ認メ得ヘク如上ノ如キ各種ノ事實ヲ綜合シテ考覈スルトキハ控訴人ニ訴外中村桑三郎ヲ以テ眞正ノ債權者ナリト信シ即チ善意ニテ同人ニ本件預金ノ拂戻ヲ爲シタルモノナリトハ容易ニ認メ難シ當審證人……ニ依レハ控訴銀行ハ右拂戻ヲ爲ス際中村桑三郎並ニ被控訴人間ノ家督相續ノ回復事件カ中村桑三郎ノ勝訴ニ確定シ同人カ亡中村正義ノ正當相續人ールニ確定シタル事ヲ知了シタル事實ハ之ヲ認メ得ヘシト雖トモ右兩者間ノ他ノ訴訟ナル物品引渡請求事件ハ當時尚解決ヲ終ラサルコトハ控訴銀行ノ熟知セルトコロナルコト乙第五號證ノ四六ニ依リ明白ニシテ本件預金債權カ被訴人ノ有ニ歸シタルコトハ遺言執行者ヨリ豫メ控訴銀行ニ申出タル事實ハ前認定ノ如クナルヲ以テ中村桑三郎カ亡中村正義ノ正當相續人ナルコトヲ控訴銀行ニ於テ知悉シタリトテ直チニ本件預金債權モ亦中村桑三郎ノ有ナリト信スヘキ理由ナク又控訴人カ本件預金債權ヲ亡正義ヨリ遺贈ニ依リ取得シタリトノコトハ控訴人カ中村桑三郎ニ本件預金ノ拂戻ヲ爲シタル以後ニ於テ中村桑三郎並ニ被控訴人間ノ物品引渡請求事件ニ付キ抗辯トシテ提出セラレタル被控訴人ノ調フカ如クナリトスルモ中村桑三郎カ本件預金ノ債權者ナルコトヲ疑フヘキ事情ハ右抗辯ヲ俟テ始メテ生シタルニアラス右預金債權ノ移轉アリタルコトヲ遺言執行者ヨリ遺言證書ヲ示シテ控訴人ニ申出タル當時ニ於テ已ニ桑三郎者ナルモノアリト認ムルヲ相當トスルカ故ニ控訴人主張ノ右事實モ亦控訴人カ本件預金ノ支拂ヲ爲スニ付キ善意ナリシトノ證左ト爲スニ足ラス……結局控訴人ハ被控訴人ニ對シ本件預金債權ノ支拂ヲ拒ムコトヲ得サルモノトス（東京控訴院大正九年（ネ）第四四號同年一〇月一五日民一部神谷裁判長水口渡邊各判事判決）

東京控訴院判決

【關係事項】 控訴棄却○預金返還請求控訴事件○控訴人株式會社七十四銀行訴訟代理人辯護士日能傳太郎外一名被控訴人中村なか訴訟代理人辯護士宮森庄太郎

（二九〇）

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

當事者双方ヲ代理シテ法律行爲ヲ爲スコトヲ得サル旨定メタル民法第一〇八條ノ規定ハ法律行爲ノ成立ヲ認ムルヲ得サルカ故ニ生シタルニハアラス當事者本人ノ利益ヲ保護センカ爲メニ外ナラサルヲ以テ當事者双方ノ許諾アルカ又ハ追認アルトキハ其效力ノ發生ヲ妨クルモノニアラス

……控訴人ハ尙ホ右手形ハ控訴人ノ被控訴人ニ對スル消費貸借上ノ債務カ成立シタルコトヲ前提トシテ振出サレタルモノナルニ拘ラス右消費貸借ハ金錢ノ授受ナキ爲メ未タ成立セサルモノナレハ控訴人ハ手形上ノ債務ヲ負擔スヘキ理由ナキノミナラス右手形ハ被控訴銀行足尾支店ノ支配人ナル矢島禎一カ控訴人ノ代理人トシテ之カ振出ヲ爲シ且之ヲ受取リタルモノナルヲ以テ代理ノ法則ニ照シ無效ノモノナル旨抗爭スレトモ證人矢島禎一ノ原審及ヒ當審ニ於ケル證言並ニ……依レハ控訴人ハ豫テヨリ被控訴銀行ニ支拂フヘキ債務ヲ負擔シ居リタル爲メ當時控訴銀行足尾支店ノ支配人タル矢島禎一ニ對シ印章ノ押捺シアル手形用紙ヲ送付シテ右債務金額ト同額ノ金額ヲ手形金額トスル本件約束手形甲第一號證ヲ筆記セシメ矢島禎一ハ受取人タル被控訴銀行足尾支店ノ支配人ナル資格ニ於テ之ヲ保持シタルニ過キサルコトヲ認メ得ヘク斯クノ如キハ手形ノ作成交付ニ付キ所謂事實上ノ行爲ヲ代掌シタルモノト解スルノ外ナシ假ニ右認定ニ係ル事實ハ訴外矢島禎一カ手形振出人ト受取人トノ雙

方ヲ代理シテ爲シタルモノト解スルヲ正當ナリトスルモ當事者雙方ヲ代理シテ法律行爲ヲ爲スコトヲ得サル旨定メタル民法第一〇八條ノ規定ハ法律行爲ノ成立ヲ認ムルヲ得サルカ故ニ生シタルニハアラス當事者本人ノ利益ヲ保護センカ爲メニ外ナラサルヲ以テ當事者雙方ノ許諾アルカ又ハ追認アルトキハ其效力ノ發生ヲ妨クルモノニアラス本件ニ於テ控訴人ハ矢島禎一カ被控訴銀行足尾支店ノ支配人トシテ手形ヲ受取ルヘキモノルコトヲ知リナカラ右手形ノ振出ヲ委任シタルモノナルコトハ原審證人矢島禎一ノ證言ニ依リ之レヲ認ムルニ難カラサルヲ以テ控訴人ハ矢島禎一カ右行爲ヲ爲スニ付キ始メヨリ許諾ヲ與ヘタルモノト解スルヲ相當トスヘク被控訴銀行モ亦本訴ノ提起ニ因リ本件手形金額ノ支拂ヲ請求スル以上ハ矢島禎一ノ爲シタル前記行爲ヲ暗默ニ追認シタルモノト解スルヲ相當トス然レハ本件手形ヲ以テ代理ノ法則ニ違反スル無效ノモノナリト論スルヲ得サルヘク又手形振出ニ關スル基本債務ノ存在セサル旨控訴人ノ抗辯ハ其理由ナク控訴人ニ於テ之カ支拂ノ義務アルコト勿論ナリ而シテ本件手形ノ支拂場所カ被控訴銀行足尾支店ナルコトハ甲第一號證ニ依リ之ヲ認メ得ヘキヲ以テ反證ナキ限リ手形所持人タル被控訴銀行ハ支拂期日ニ支拂場所ニ於テ支拂ヲ求ムル爲メ適法ニ之カ呈示ヲ爲シタルモノト推定スルヲ相當トスヘシ……被控訴人ノ請求ハ正當ニシテ之ヲ認容シタル原判決ハ相當ナリ……(東京控訴院大正九年(ネ)第二一三號同年一〇月一八日民一部神谷裁判長水口海邊各判事判決)

【關係事項】控訴棄却○約束手形金請求控訴事件○控訴人山岸袈裟五郎訴訟代理人辯護士山田善之助被控訴人株式會社宇都宮銀行訴訟代理人辯護士川田廉三郎

【第一〇八條ノ法意ニ關スル學說判例】

本卷民法二八頁以下

判旨ハ正當ナリ

東京地方裁判所判決

(二九一)

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

七一五第一項 或事業ノ爲メニ他人ヲ使用スル者ハ被用者カ其事業ノ執行ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス但使用者カ被用者ノ選任監督ニ付キ相當ノ注意ヲ爲シタルトキ又ハ相當ノ注意ヲ爲スモ損害カ生スヘカリシトキハ此限ニアラス

七二二第二項 被害者ニ過失アリタルトキハ裁判所ハ損害賠償ノ額ヲ定ムルニ付キ之ヲ斟酌スルコトヲ得

電車線路ハ略一直線ニシテ何等眼界ヲ遮ギルモノナキコトヲ認メ得ヘキ個所ヲ乙運轉手操縱ノ電車カ進行中折柄前方約五十間ヲ隔ツル地點ニ於テ鐵棒ヲ積載セル荷車ヲ挽キ軌道ニ沿ヒテ電車ト同方向ニ進行セル甲ヲ認メ甲カ十五歲位ノ少年ナルコトヲ覺知シ又右鐵棒ハ荷車ノ前後二三尺宛突キ出テ居ルコトヲ目擊シタル事實ヲ認ムルコトヲ得而シテ運轉手乙ハ其荷車カ安全ナル位置ニ就カムトシテ左轉セハ必然載貨ノ尾端カ軌道內ニ入リ電車ト衝突スヘキ虞アルコトヲ豫見シ居ルコト並ニ電氣ブレーキヲ用フルトキハ通常三間半位ニシテ停車スヘク乘客多キトキハ奏效遲キ事實モ知悉シ居タリ斯ル事情ノ存スル場合電車ノ運轉ヲ爲スモノハ先ツ警告ヲ與ヘテ荷車ヲシテ安全ナル位置ニ移ラシメ衝突危險ナシト認ムル迄ハ相當ノ間隔ヲ保チテ隨時停車シ得ヘキ程度ノ速力ヲ以テ進行スルヲ以テ其守ルヘキ相當ノ注意ト謂ハサルヘカラサルモノトス」

殊ニ甲カ少年ナルコトヲ認メタル場合且又衝突當日ノ如キ交通特ニ頻繁ナル場合ニアリテハ荷車カ安全ナル位置ニ移ルコトハ困難ヲ感スヘキコトハ通常人ノ

注意ヲ以テスルモ明白ナルトコロナレハ運轉手タルモノハ一層深キ注意ヲ加フヘキ義務アルモノト謂ハサルヘカラサルモノトス」

右ノ如キ場合運轉手乙ハ單ニ警鈴ヲ以テ警戒シツツ依然トシテ普通ノ速力ト大差ナキ一時間五六哩ノ速力ヲ以テ進行ヲ續ケタリ而シテ乙カ急停車ノ手段ヲ講シタル地點ヲ案スルニ鐵棒ノ尾端ニ衝突シテヨリ電車カ停車シタル間ノ距離ハ約十三間餘ナルコトヲ認メ得ヘク之ニ運轉手乙ノ電氣ブレーキヲ施ストキハ乘客多キ時ハ奏效遲キモ通常ハ三間半位ノ距離ニテ停車スル旨ノ供述ヲ綜合シテ考覈スルトキハ寔ニ原告甲ノ主張スル如ク衝突地點ヲ距ル前方一二間以上ノ距離トハ認メ難ク斯クテハ到底衝突ヲ免カレ得サルコト明白ナルヲ以テ運轉手乙ハ過失ノ責ヲ免カルヘカラサルモノト謂フヘク而シテ乙カ市ノ事業ノ執行トシテ本件電車ノ運轉ヲ爲セルコトハ當事者間ニ爭ナキトコロナレハ市ハ被用者タル右同人カ甲ニ加ヘタル損害ヲ賠償スヘキ義務アルコト明白ナリトス」

電車ハ常ニ一定ノ軌道ヲ駛走セルモノナレハ漫ニ軌道ニ近クコトノ危險ナルコトハ假令原告甲カ十五歳ノ少年ナリトスルモ原告甲自ラ主張スル如ク身體ノ發育充分ニシテ尙主命ニヨリ商品ヲ運搬セル事實ニ徵シ相當智能ノ發達ヲ認メ得ヘキ原告ニ於テハ固ヨリ之ヲ熟知セルモノト認ムヘク尙荷車ヲ左轉セハ其後部ニ突出セル鐵棒ハ軌道ニ入リ電車ニ衝突スル虞アルコトモ亦豫見シ得ヘカリシ

事實ト認ムルヲ相當トスヘク從テ本件ノ如キ場合ニアリテハ軌道ヲ離レテ危險ナキ箇所ヲ通行スルカ又軌道ニ接觸シテ通行スル場合ニアリテハ電車ノ近接セサルニ先チ安全ナル地點ニ移ルヘキモノナルニ拘ハラス原告甲ハ電車カ其後方一二間ノ距離ニ進行シ來リ始メテ荷車ヲ左轉シ爲メニ鐵棒ノ尾端軌道內ニ入リ衝突ヲ招キタル事實明白ナルカ故ニ原告甲モ亦到底過失ノ責ヲ免ルヘカラサルモノトス依テ右衝突ニヨリ原告ノ被ムリタル損害ノ賠償額ヲ定ムルニ付キテハ原告甲ノ過失モ斟酌考慮スルヲ相當トス」

原告甲ハ負傷治療ノ爲メ金百九十圓三十錢ヲ支出シタルコトヲ認メ得而シテ原告甲カ負傷當時十五歳ニシテ左足下腿下三分ノ一以下ヲ切斷シ爾後生涯ヲ不具者トシテ生活スルハ精神上頗ル苦痛ヲ感スヘキコトハ洵ニ明白ナルトコロナリト雖モ當裁判所ハ被告ノ爭ハサル原告甲ノ年齡及其一家ノ狀態及ヒ原告ノ前示過失ヲ斟酌シテ慰藉料トシテ金千五百圓ヲ以テ相當ト認ム」

原告甲ハ生涯ノ收入減損額トシテ金三千六百圓ノ支拂ヲ請求スルモ固ヨリ不具者カ通常健康體ノ者ニ比シ收入ノ減少スルコトハ實驗則トシテ認ムルコトヲ得ヘシト雖モ原告カ今後五十五歳迄生存スヘキコトニ付キテハ直ニ實驗則ヲ以テハ認メ難ク原告ニ於テ何等之ヲ認メ得ル立證ヲ爲ササル限リ到底認容シ難キモノトス」

大正七年四月一日午後二時頃被告市ノ被用者タル訴外櫻井繁私ノ操縱セル兩國行第四八九號電車ト原告ノ乘キ居タル荷車ト衝突シ爲メニ原告カ負傷シタル事實ハ當事者間ニ爭ナク又治療ノ結果原告ハ左足下腿下三分ノ一以下ヲ切斷シタル事實ハ被告ノ明カニ爭ハサルトコロナリトス

仍テ右衝突カ果シテ被告市ノ被用者タル電車運轉手訴外櫻井繁松ノ過失ニ基因スルヤ否ヤニ付キ按スルニ檢證ノ結果ニ徵スルニ綱町電車停留場ヨリ水天宮停留場方面ヘ向ヘル電車線路ハ略一直線ニシテ何等眼界ヲ遮キルモノナキコトヲ認メ得ヘク而シテ證人櫻井繁松ノ證言ニヨレハ右同人ハ前示電車ノ運轉手トシテ綱町電車停留場ヲ發シテ水天宮停留場ニ向ヒ進行セル折柄前方約五十間ヲ隔ツル地點ニ於テ鐵棒ヲ積載セル荷車ヲ軌道ニ沿ヒテ電車ト同方向ニ進行セル原告ヲ認メ尙原告カ十五歲位ノ少年ナルコトヲ覺知シ又右鐵棒ハ荷車ノ前後ニ二三尺宛突キ出テ居ルコトヲ目擊シタル事實ヲ認ムルコトヲ得ヘシ而シテ右櫻井繁松ハ其荷車カ安全ナル位置ニ就カントシテ左轉スセハ必ス載貨ノ尾端カ軌道內ニ入リ電車ト衝突スヘキ虞アルコトヲチヲ豫見シ居タルコト竝ニ電氣ブレーキヲ用フル時ハ通常三間半位ニシテ停車スヘク乘客多キトキハ奏效遲キ事實ヲモ知悉シ居タルコトハ右證人ノ證言ニ徵シ明白ナルトコロニシテ斯ル事情ノ存スル場合電車ノ運轉ヲ爲スモノハ先ツ警告ヲ與ヘテ荷車ヲシテ安全ナル位置ニ移ラシメ衝突ノ危險ナシト認ムル迄ハ相當ノ間隔ヲ保チテ隨時停車シ得ヘキ程度ノ速力ヲ以テ進行スルヲ以テ其守ルヘキ相當ノ注意ト謂ハサルヘカラス殊ニ原告カ少年ナルコトヲ認メタル場合且證人佐野熊太郎高橋熊吉ノ證言ニヨリ明カナル如ク本件衝突當日ノ如キ交通特ニ頻繁ナル場合ニアリテハ荷車カ安全ナル位置ニ移ルニハ困難ヲ感スヘキコトハ通常人ノ注意ヲ以テスルモ明白ナルトコロナレハ運轉手タルモノハ一層深キ注意ヲ加フヘキ義務アルモノト謂ハサルヘカラス然ルニ右運轉手櫻井繁松ハ單ニ警鈴ヲ以テ警戒シツヽ依然トシテ普通ノ力ト大差ナキ一時間五六哩ノ速力ヲ以テ進行ヲ續ケタルモノナルコトハ證人櫻井

遠藤……ノ證言ニ徵シ明白ナリ而シテ櫻井繁松カ急停車ノ手段ヲ講シタル地點ヲ案スルニ右左野熊太郎ノ證言並ニ檢證ノ結果ニヨレハ鐵棒ノ尾端ニ衝突シテヨリ電車カ停車シタル間ノ距離ハ約十三間餘ナルコトヲ認メ得ヘク之ニ證人櫻井繁松ノ電氣ブレーキヲ施ストキハ乘客多キ時ハ奏效遲キモ通常ハ三間半位ノ距離ニテ停車スル旨ノ供述ヲ綜合シテ考察スルトキハ寔ニ原告ノ主張スルカ如ク衝突地點ヲ距ル前方一二間以上ノ距離トハ認メ難ク斯クテハ到底衝突ヲ免カレ得サルコト明白ナルヲ以テ櫻井繁松ハ過失ノ責ヲ免カルヘカラサルモノト謂フヘシ而シテ右同人カ被告市ノ事業ノ執行トシテ本件電車ノ運轉ヲ爲セルコトハ當事者間ニ爭ナキトコロナレハ被告市ハ被用者タル右同人カ原告ニ加ヘタル損害ヲ賠償スヘキ義務アルコト明白ナリトス

然リト雖モ電車ハ常ニ一定ノ軌道ヲ駛走セルモノナレハ漫ニ軌道ニ近クコトノ危險ナルコトハ假令原告カ十五歲ノ少年ナリトスルモ原告自ラ主張スルカ如ク身體ノ發育充分ニシテ尙主命ニヨリ商品ヲ運搬セル事實ニ徵シ相當智能ノ發達ヲ認メ得ヘキ原告ニ於テハ固ヨリ之ヲ熟知セルモノト認ムヘク尙荷車ヲ左轉セハ其後部ニ突出セル鐵棒ハ軌道ニ入リ電車ニ衝突スル虞アルコトモ亦豫見シ得ヘカリシ事實ト認ムルヲ相當トスヘク從テ本件ノ如キ場合ニアリテハ軌道ヲ離レテ危險ナキ箇所ヲ通行スルカ軌道ニ接觸シテ通行スル場合ニアリテハ電車ノ近接セサルニ先チ安全ナル地點ニ移ルヘキモノナルニ拘ハラス證人佐野熊太郎ノ證言ニヨレハ原告ハ電車カ其後方一二間ノ距離ニ進行シ來リ始メテ荷車ヲ左轉シ爲メニ鐵棒ノ尾端軌道內ニ入リ衝突ヲ招キタル事實明白ナルカ故ニ原告モ亦到底過失ノ責ヲ免カルヘカラサルモノト云フヘシ仍テ右衝突ニヨリ原告ノ被ムリタル損害ノ賠償額ヲ定ムルニ付キテハ原告ノ過失ヲモ斟酌考慮スルヲ相當トス

仍テ損害額ニ付キ按スルニ當裁判所ニ於テ眞正ニ成立シタリト認ムル甲第一號證……ニヨレハ原告ハ負傷治療ノ爲メ金百九十圓三十錢ヲ支出シタルコトヲ認メ得ヘ

レ而シテ原告カ負傷當時十五歳ニシテ左足下腿下三分ノ一以下ヲ切斷シ爾後生涯ヲ不具者トシテ生活スルハ神神上頗ル苦痛ヲ感スヘキコトハ洵ニ明白ナルトコロナリト雖モ當裁判所ハ被告ノ爭ハサル原告ノ年齢及其一家ノ狀態及ヒ原告ノ前示過失ヲ斟酌シテ慰藉料トシテ金千五百圓ヲ以テ相當ト認ム次ニ原告ハ生涯ノ收入減損額トシテ金三千六百圓ノ支拂ヲ請求スルモ固ヨリ不具者カ通常健康體ノ者ニ比シ收入ノ減少スルコトハ實驗則トシテ認ムルコトヲ得ヘシト雖モ原告カ今後五十五歳迄生存スヘキコトニ付キテハ直チニ實驗則ヲ以テハ認メ難ク原告ニ於テ何等之ヲ認メ得ル立證ヲ爲ササル限リ到底認容シ難シ尙向後五十五歳迄生存スルコトヲ前提トスル金七百八十圓ノ義足購入費ノ請求モ亦右ト同一理由ニヨリ失當タルヲ免カレス……(實

京地方裁判所大正七年(ワ)第六七三號同九年五月三一日民三部三橋裁判長柳澤芝峰各判事判決)

【關係事項】 一部棄却○損害賠償請求事件○原告谷口高志訴訟代理人辯護士芥澤孝太郎外二名被告東京市訴訟代理人辯護士磯部尙

【判旨第三點電車運轉手ノ過失ニ基ク衝突ト賠償ニ關スル參照判例】

本書本卷民法一一八頁一五九頁

【判旨第四點損害賠償ト過失相殺ニ關スル參照學說判例】

本書本卷民法七四七頁以下

【判旨第五點不具者ノ慰藉料金額ニ對スル參照判例】

本書本卷民法五〇一頁

——(二九二)——

七〇九
七一〇

故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス
他人ノ身體自由又ハ名譽ヲ害シタル場合ト財產權ヲ害シタル場合トヲ問ハス前條ノ規定ニ依リテ損害賠償

ノ責ニ任スル者ハ財產以外ノ損害ニ對シテモ賠償ヲ爲スコトヲ要ス

七二二第二項 被害者ニ過失アリタルトキハ裁判所ハ損害賠償ノ額ヲ定ムルニ付キ之ヲ斟酌スルコトヲ得

電車運轉手ノ如キ人ニ危害ヲ及ホス虞アル業務ニ從事スル者ハ恒ニ進路ノ前方數十間ヲ警戒シ臨機ニ速度ヲ調節シ咄嗟ノ間ト雖直ニ停車シテ危害ヲ未然ニ防遏スヘキ周到ナル注意ヲ爲スヘキハ正ニ執ルヘキ相當ノ注意ニシテ之ヲ缺クトキハ其者ニ於テ其過失責任ヲ免ル可カラサルモノトス」

右運轉手カ衝突ノ個所數間ノ前方ヨリ警鈴ヲ鳴ラシ進行シタル事實ヲ認ムヘク而シテ被害者カ當時二六歳ニシテ相當ノ思慮分別ヲ有スル年齡ニ達シ居タルコト明カナルヲ以テ同人ニ於テ軌道ヲ横斷スルニ當リ些少ノ注意ヲ拂ヒタランニハ其警鈴ヲ聞知シ直ニ之ヲ回避シタランニ該電軍ノ僅カニ數尺ニ接近スル迄巡シテ同所ヨリ脫出セサリシカ如キハ其危災ハ明カニ同人ノ過失モ亦之ヲ競合基因シタルモノト謂フヘキヲ以テ右ハ賠償額算定ニ斟酌ヲ加フ可キ事實ナリトス」

右ノ場合ニ被害者ノ父カ被害者ノ死亡ニヨリテ受ケタル精神上ノ苦痛ニ對スル慰藉料ハ之ヲ金五〇〇圓ヲ以テ相當トス」

訴外石原花與カ原告ノ次女ニシテ大正九年一月廿八日午後六時四十分頃原告主張ノ東京市神田區表猿樂町四七番地先電車軌道內ニ於テ被告東京市ノ被用人電氣局電車運轉手淺野供造ノ操縱セル第一六〇三號電車ト衝突シ蝶傷ニ因リ終ニ同日午後九時

五拾分死亡シタル事實ハ當事者間ニ爭ナシ仍テ右衝突ハ右淺野供造ノ過失ニ起因スルヤ否ヤニ付キ按スルニ電車運轉手ノ如キ人ニ危害ヲ及ス虞レアル業務ニ從事スルモノハ恒ニ道路ノ前方數十間ヲ警戒シ臨機ニ速度ヲ調節シ咄嗟ノ間ト雖モ直ニ停車シテ危害ヲ未然ニ防遏ス可キハ正ニ執ル可キ相當ノ注意ニシテ之ヲ缺ク時ハ即チ其者ニ於テ其過失責任ヲ免ル可カラサルヤ元ヨリ論ヲ俟タス今之ヲ本件ニ付キ觀ルニ成立ニ爭ナキ甲第四號證ノ二、三、四、十一、十四、十五、十六、十九ヲ綜合スル時ハ右淺野供造ハ右電車ヲ操縱運轉スルニ方リ該車ノ急停車裝置ノ他車ノ一般裝置ト異リテ隋力進行距離長ク六間餘ヲ出スルニアラサレハ停車セサルコトヲ豫知シ尙本件衝突個所附近ハ土木工事ヲ施シアリテ遠刀ヲ緩徐ニスルヲ要スルニ拘ハラス規定ノ速力一時間八哩ヲ起エテ進行レ剩ヘ同所軌道ニ添ヒ左方ニハ右工事ノ小築アルヲ以テ之ヲ顧ミトシ此方面ヨリスル不慮ノ通行人ニ對スル警戒ヲ怠リ何等視界ノ礙ナキニ拘ラス數尺ニ近接シテ右花與ヲ覺知シ初メテ急停車ノ處置ニ出テタルモ業ニ遲レテ同人ト衝突シ餘勢ヲ以テ尙二十數間ヲ進行シテ漸ク停車シ同人ニ對シ致命傷ヲ負ハシメタル事實ヲ認メ得ルヲ以テ其過失ハ右淺野供造ニ存スルコト論ヲ待タス而シテ被告市カ東京市內ニ於テ電車運轉事業ニ從事スルコトハ當裁判所ニ顯著ナル事實ニシテ右淺野供造カ被告ノ被用人ニシテ右衝突ハ同人ノ業務執行ニ關シ其過失ニ惹起シタルコト及ヒ右花與ハ原告ノ次女ニシテ右負傷ニ基キ死亡シタルコトハ前段認定ノ如クナルヲ以テ被告ノ原告ニ對シ其損害ヲ賠償スルノ義務アルモノト謂ハサルヘカラス被告ハ本件ニ付キ被告ト被害者ノ夫石原鈴光トノ間ニ於テ示談成立シタルノ故ヲ以テ原告ノ本訴請求ヲ拒否スト雖モ第三者ト被告トノ契約カ原告ノ權利ニ對シ何等ノ影響ヲ及ホス可キ理由ナキヲ以テ此點ニ關スル被告ノ抗辯ハ理由ナシ然リト雖モ成立ニ爭ナキ甲第四號證ノ四ニ依リ右運轉手カ本件衝突個所數間ノ前方ヨリ警鈴ヲ鳴ラシ進行ヲ繼續シタル事實ヲ認ム可ク而シテ右花與カ當時二十六歲ナリシコトハ原告ノ自認ニ係ル相當ノ思慮分別ヲ有スル年齡ニ達シ居リタル

コト明カナルヲ以テ同人ニ於テ前示軌道ヲ横斷スルニ方リ些少ノ注意ヲ拂ヒタランニハ其警鈴ヲ聞知シ直ニ之ル回避シ得タランニ該電車ノ僅カニ數尺ニ接近スル迄遂巡シテ同所ヨリ脫出セサリシカ如キハ其厄災ハ明カニ同人ノ過失モ亦之ヲ競合基因シタルモノト謂フ可キヲ以テ右ハ即チ賠償額算定ニ斟酌ヲ加フ可キ事實ナリトス仍テ進ンテ請求額ノ當否ニ付キ按スルニ當裁判所ハ前示花與ノ過失ト甲第一號證ニヨリ認メ得ヘキ被害者ノ年齡其他原告トノ自分關係ヲ參酌シ原告カ右花與ノ死亡ニヨリテ受ケタル精神上ノ苦痛ニ對スル慰藉料ハ之ヲ金五百圓ヲ以テ相當ト認定ス仍テ原告ノ本訴請求ハ右金宮並ニ之ニ對スル本訴狀送達ノ翌日タル大正九年三月廿五日以降年五分ノ損害金ノ限度ニ於テノミ認容シ其他ハ之ヲ排斥シ民事訴訟法第七十三條第一項條五百三條第一號ヲ適用シ主文ノ如ク判決シタリ（東京地方裁判所大正九年(ワ)四八二號同年七月七日井野裁判長立松大倉各判事判決法律新聞第一七四八號一五頁）

【關係事項】 原告一部勝訴○慰藉料請求事件○原告赤池太重則許證代理人辯護士安東正臣○被告東京市法律上代理人市長田尻稻次郎訟訟代理人辯護士磯部尙

（二九三）

國一二第三項　債務ノ履行ニ付キ期限ヲ定メサリシトキハ債務者ハ履行ノ請求ヲ受ケタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任ス

五〇五第一項　二人互ニ同種ノ目的ヲ有スル債務ヲ負擔スル場合ニ於テ雙方ノ債務カ辨濟期ニ在ルトキハ各債務者ハ其對等額ニ付キ相殺ニ因リテ其債務ヲ免ルルコトヲ得但債務ノ性質カ之ヲ許ササルトキハ此限ニアラス

五三三　双務契約當事者ノ一方ハ相手方カ其債務履行ヲ提供スルマテハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得但相手方ノ債務カ辨濟期ニ在ラサルトキハ此限ニ在ラス

相手方カ代金ノ受領ニ關シ同時履行ノ抗辯權ヲ有スル株式ノ賣買契約ニ於テハ一方ノ當事者ハ双方當事者ノ負擔スル株券引渡債務ノミニ付キ其相殺ヲ爲シ得ヘカラサルモノトス」

數個ノ株券引渡債務ノ中ノ一ノ履行ヲ求メ相手方ヲ遲滯ニ付セムトスル場合ニ於テハ原告ハ須ラク其履行ヲ求ムル債務ヲ特定シ更ニ履行場所ニ於テ其對價ヲ提供シ以テ相手方ノ履行ヲ求ムヘキモノトス

原告カ被告ニ對シ(一)大正八年一月八日株式會社東京株式取引所新株式五〇株ヲ一株金百七十一圓五十錢ニテ(二)同年一月二八日同株式五〇株ヲ一株金百六十七圓三十錢ニテ各賣渡ノ契約ヲ爲シ更ニ被告ヨリ(三)同月二九日同株式五〇株ヲ一株金百七十圓ニテ(四)同年三月六日同株ヲ一株金二百二十圓ニテ(五)同日同株式二〇株ヲ一株金二百十六圓五十錢ニテ(六)尚ホ同日同株式五〇株ヲ一株金二百十二圓五十錢ニテ各買受ノ契約ヲ爲シタルコト證據金ノ受授アリタルコト及ヒ被告カ大正八年一〇月二二日及二八日附ニテ原告主張ノ如キ催告解除ノ通知ヲ受領シタル「ハ當事者間ニ爭ナキトコロナリ而シテ原告ハ被告ニ於テハ契約ノ履行ヲ爲サザルヲ以テ前記賣買取引ヲ纏引計算シ其中五〇株ノ株式ニ付キ相當期間ヲ定メ若シ之ヲ履行セサルトキハ契約ハ期間ノ經過ト共ニ當然解除セラルヘキ旨ノ右催告ヲ爲シタル被告ハ右期間ヲ經過ノ中ニ纏算シ契約ハ遂ニ解除セラルニ至リタル旨主張スルモ相手方カ代金ノ受領ニ關シ同時履行ノ抗辯權ヲ有スル本件ノ如キ賣買契約ニ於テハ一方ノ當事者ハ双方當事者ノ負擔スル株式引渡債務ノミニ付キ其相殺ヲ爲シ得ヘカラス特約ナキ限リ亦之ヲ纏引計算シ得サルコトハ敢テ論ヲ俟タサル所ニシテ且若シ原告ニ於テ本件數個ノ株券引渡債務中ノ一ノ履行ヲ求メ相手方ヲ遲滯ニ付セントスル場合ニ於テハ原告ハ須ク其履行ヲ求ムル債務ヲ特定シ更ニ履行場所ニ於テ其對價ヲ提供シ以テ相手方ノ履行ヲ求ムヘキモノナリト謂ハサル可カラス然ルニ原告主張ノ催告ハ其主張自體ニ於テモ明ナルカ如ク原告列擧ノ賣買中其執レノ履行ヲ求ムルモノナルヤ不明ナルノミナラス證人矢田寛ノ供述ニ依レハ本件株式及ヒ代金ノ引渡場所ニ契約ニ依リ總テ

被告ノ店舗ト定メラレ居タルコトヲ認定スルニ足リ而モ原告ハ右履行ノ場所ニ於テ被告ニ代金ヲ提供シテ其引渡ヲ求メタルコトハ原告自身ノ主張セサルトコロナルカ故ニ假ニ被告ニシテ右被告ニ應セスシテ原告ノ定メタル期間ヲ經過シタルモノトスルモ被告ハ單ニ右ノ如キ催告ニ依リテハ何等債務不履行ノ實ヲ負擔スヘキ筈ナク況ヤ原告ニ基キ原告主張ノ如キ契約解除ノ效果ヲ發生スヘキ謂ハレナキヲ以テ被告ニ於テ其ノ原告ニ對スル株式引渡ノ債務不履行アルコトヲ前提トスル本件損害賠償請求ハ到底認容スヘカラサルコト爾餘ノ點ヲ審究スルヲ須イス既ニ明白ナリト謂フヘシ

……(東京地方裁判所大正八年(ワ)第二一四七號願九年一〇月一日民四部井野裁判長近藤々木判事判決)

【關係事項】 棄却○損害賠償請求事件○原告前田敏夫訴訟代理人弁護士海老原重彦被告三宅隆吉訴訟代理人弁護士西元鳴外一名

【判旨第一點抗辯權附債權ト相殺ニ關スル同趣旨並ニ異趣旨學說判例】

本卷前法　頁以下

(二九四)

二九五　他人ノ物ノ占有者カ其物ニ關シテ生シタル債權ヲ有スルトキハ其債權ノ辨濟ヲ受クルマテ其物ヲ留置スルコトヲ得但其債權カ辨濟期ニ在ラサルトキハ此限ニ在ラス

前項ノ規定ハ占有カ不法行爲ニ因リテ始マリタル場合ニハ之ヲ適用セス

四一二　債務ノ履行ニ付キ確定期限アルトキハ債務者ハ其期限ノ到來シタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任ス

債務ノ履行ニ付キ不確定期限アルトキハ債務者ハ其期限ノ到來シタルコトヲ知リタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任ス

債務ノ履行ニ付キ期限ヲ定メサリシトキハ債務者ハ履行ノ請求ヲ受ケタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任ス

五三三　双務契約當事者ノ一方ハ相手方カ其債務ノ履行ヲ提供スルマテハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得但相手方ノ債務カ辨濟期ニ在ラサルトキハ此限ニ在ラス

双務契約ニ於ケル二個ノ債務ハ獨立セル債務關係ニ屬スルモ其ノ間特殊ノ連繫

アリ而シテ其ノ特殊ノ連繫タルヤ各債務ノ不履行カ互ニ他方ノ債務ノ履行ヲ延期セシムルニ在リトス」

同時履行ノ抗辯ト留置權トノ競合スル場合ニ於テ其ノ效果相同シキ範圍ニ在リテ當事者ハ双方ノ權利ヲ併セ行フコトヲ得ヘキモノトス」

同時履行ノ抗辯ハ權利欠缺ノ主張ニ非スシテ履行延期ノ抗辯ナリトス」

同時履行ノ抗辯ハ從タル權利ニシテ双務契約ニ於ケル各當事者ノ自己ノ債務及相手方ニ對シ反對給付ヲ請求スルノ權利ニ從屬スルモノトス」

双務契約ニ於ケル當事者ノ一方又ハ双方カ二人以上ナルトキハ各當事者ニ付其ノ負擔ニ屬スル債務及反對給付ニ對スル權利ノ額ヲ定メ其債權債務ノ額カ互ニ對價的關係ニ在ル限度ニ於テ當事者ノ一方ノ各員カ相手方ノ各員ニ對シ同時履行ノ抗辯ヲ採用スルコトヲ得ルモノトス」

双務契約ノ相手方數人ニシテ其ノ債務ハ可分ナルモ當方ノ債務ハ不可分ナルトキハ相手方ヨリ全部ノ履行ヲ受クル迄當方ニ於テ同時履行ノ抗辯ヲ援用スルコトヲ得ルモノトス」

双務契約ニ於テ自己ノ債務カ先ツ履行期ニ達スヘキコトヲ定メタルトキハ是レ始メヨリ同時履行ノ抗辯ヲ拋棄シタルモノナレハ相手方ニ對シテ同時履行ノ抗辯ヲ援用スルコトヲ得サルモノトス」

双務契約ニ於テ(1)双方ノ給付カ可分ナル場合ニ於テ相手方カ其債務ノ一部ニ付キ履行ヲ提供シタルトキハ當方モ亦之ニ對應スル債務ノ一部ヲ履行シ殘餘ノ部分ニ付同時履行ノ抗辯ヲ援用スルコトヲ得(2)相手方ノ給付ハ可分ナルモ當方ノ給付ハ不可分ナルトキハ相手方カ其ノ債務ノ一部ニ付履行ヲ提供シタル際當方ノ債務ノ全部ニ付同時履行ノ抗辯ヲ援用スルコトヲ得ルモノトス」

同時履行ノ抗辯ヲ以テ相手方ニ對抗シタルトキハ當方ノ債務ノ履行期カ延期セラルルモノニシテ其ノ結果當初ノ履行期ニ履行ヲ爲ササルモ履行遲滯ノ責任ヲ生スルコトナク既ニ履行遲滯ノ責任生シタルトキト雖モ其責任カ之ニ因リテ消滅スルモノトス」

原告カ單純ニ履行ヲ請求シ被告カ之ニ對シテ同時履行ノ抗辯ヲ援用シタルトキハ裁判所ハ原告カ履行ノ提供ヲ爲シタルトキ被告カ履行ヲ爲スヘキ旨ノ判決ヲ爲スヘキモノトス」

一　雜說　同時履行ハ双務契約ノ效力ニ屬ス双務契約ノ意義ニ付テハ廣狹二樣ノ見解アリ(一)廣義ニ於テハ凡ソ契約ノ效果トシテ當事者双方ニ債務ヲ生スルモノノ謂ナリ從テ次ニ揭クル狹義ノ双務契約ノ外使用貸借ノ如キ無報酬ノ委任ニ於テ受任者カ委任事務處理ノ爲メ或ル費用ヲ支出シタル場合ノ如キヲ包含ス(二)狹義ニ於テハ契約ノ效果トシテ當事者双方ニ債務ヲ生シ且其ノ二ツノ債務カ互ニ對價的關係ニアルモノノ謂ナリ今同時履行ノ抗辯ハ當事者双方ノ債務カ同時ニ履行セラルル事ヲ以テ其ノ趣旨ト爲スモノナルカ故ニ狹義ノ双務契約ニ限リ適用セラルヘキコト固ヨリ論ヲ

俟タス且更ニ精密ニ言ヘハ狹義ノ双務契約ヨリ生スル當事者双方ノ債務カ互ニ對價的關係ニ在ル場合ニ於テ初メテ適用セラルルモノナリトス同時履行ノ抗辯ハ双務契約ノ效力ニ屬スルカ故ニ其根據ハ之チ双務契約ノ性質ニ求ムルコト當然ノ論理ナリ玆ニ双務契約ノ性質ト言フハ互ニ對價的關係ニ在ル當事者双方ノ債務ノ間ニ法律上如何ナル連繫チ認ムヘキカノ問題ニ外ナラス此ノ意味ニ於ケル双務契約ニ付テハ大要左ノ如キ見解チ立ツルコトチ得ヘシ(1)二ツノ債務ハ全然獨立セル債務關係ニ屬シ其ノ間何等ノ連繫ナシト爲スモノ(2)二ツノ債務ハ單一ナル債務關係ニ屬シ其ノ間離ルヘカラサル連繫アリト爲スモノ(3)二ツノ債務ハ獨立セル債務關係ニ屬スルモ其ノ間特殊ノ連繫アリト爲スモノ是レ以上二說ノ折衷說ニシテ此ノ說ニ依レハ二ツノ債務ハ其成立及履行ニ付連繫アリ各獨立ノ債務ナルモ一定ノ結合アルニ由リ同時ニ履行セラルルコトチ本旨トスルモノナリト言フ二ツノ債務ノ間ニ存スル連繫ノ內容ニ付キ更ニ二說アリ(甲)或ハ曰ク各債務ノ不履行ハ互ニ他方ノ債務ノ履行チ延期セシムルモノナリト(乙)或ハ曰ク各債務ノ履行ハ互ニ他方ノ債務ノ履行チ以テ條件ト爲ス以上双務契約ノ性質ニ關スル三四ノ見解ノ中果シテ孰レチ以テ最モ双務契約ノ本旨ニ適シタリト爲スヘキカ惟フニ最後ニ揭ケタル見解卽チ二ツノ債務ハ獨立セル債務關係ニ屬スルモ其ノ間特殊ノ連繫アリ而シテ其ノ特殊ノ連繫タルヤ各債務ノ不履行カ互ニ他方ノ債務ノ履行チ延期セシムルモノナルコトニ在リト爲スノ見解チ以テ最モ妥當ナリト爲スヘキニ似タリ蓋シ是レ當事者双方ノ利益チ公平ニ保護シ且取引ノ敏速チ阻碍スルコトナキ所以ニシテ從テ當事者ノ普通ノ意思ニ適合スル所以ナレハナリ而シテ民法第五三三條ノ規定ハ卽チ此ノ見解ニ基ツキタルモノト解釋スヘキコト何等疑念ナキ所ナリトス實ニ同時履行ノ抗辯ハ双務契約ノ性質ニ胚胎シ誠契約ノ效力トシテ當然成立スヘキモノタルナリ同時履行ノ抗辯ト留置權トハ固ヨリ其成立要件チ異ニスルモ或ル場合ニ於テハ双方ノ要件ニ該當スルニ因リテ當事者カ此ノ二ツノ權利チ併有スルコトナシトセス蓋シ兩者ハ當事者双方ノ債務カ同時ニ履行セラ

ルヘキコトチ期スル點ニ於テ其ノ趣旨一致スルモノタルナリ唯同時履行ノ抗辯ハ双務契約ノ性質ニ基因シ從テ契約當事者ノ意思ニ胚胎スルモノナルモ留置權ハ法定擔保權ノ一種ニシテ專ラ法律ノ規定ニ由リ存立スルモノナリトス而シテ兩者ノ效力ニ至リテハ素ヨリ同日ニ論スヘカラサルモノアリ兩者ノ競合スル場合ニ於テ其效果相同シキ範圍ニ在リテハ當事者ハ自己ノ選擇ニ從ヒテ孰レカ一方ノ權利チ行使スヘク其效果相異ナル範圍ニ在リテハ當事者ハ双方ノ權利チ併セ行フコトチ得ヘキモノナリ

双務契約ニ因ラスシテ生シタル當事者双方ノ債務カ互ニ對價的關係ニ在リ且同時ニ履行セラルヘキモノナルコトアリ此ノ如キ場合ニ於テハ之チ双務契約ノ場合ニ準シテ同時履行ノ抗辯チ適用スルコト妥當ナリ唯同時履行ノ抗辯ニ關スル第五三三條ノ規定ハ明ニ双務契約ニ關スルモノナルカ故ニ双務契約以外ノ場合ニ當然之チ適用スルコトチ得ス之カ準用ニ付テハ別段ノ法條（第五四六條第五七一條ノ如キ）アルコトチ必要トス

二　同時履行ノ抗辯ノ性質　同時履行ノ抗辯ハ權利欠缺ノ主張ニ非スシテ履行延期ノ抗辯ナリ此ノ旨意ハ民法第五三三條ノ明文ニ照ラシ極メテ明白ナル所ニシテ此ノ點ヨリ見テ同時履行ノ抗辯ハ其ノ性質眞ノ抗辯ニ屬スルモノナリ同時履行ノ抗辯ノ性質チ以テ此ク如ク解スルコトハ該抗辯ノ根據タル雙務契約ノ性質卽チ雙務契約ヨリ生スル二ノ債務ノ間ニ如何ナル關係チ有スルカノ論點ニ付前段所述ノ見解チ採リタルノ必然ノ結果ナリ同時履行ノ抗辯ハ從タル權利ニシテ雙務契約ニ於ケル各當事者ノ自己ノ債務及相手方ニ對シ反對給付チ請求スルノ權利ニ從屬ス當事者ノ一方又ハ双方カ二人以上ナルトキハ各當事者ニ付其ノ負擔ニ屬スル債務及反對給付ニ對スル權利ノ額チ定メ其ノ債權債務ノ額カ互ニ對價的關係ニ在ル限度ニ於テ當事者ノ一方ノ各員カ相手方ノ各員ニ對シ同時履行ノ抗辯チ援用スルコトチ得ルモノトス此ノ關係ニ付テハ双方ノ債務カ可分ナルカ不可分ナルカニ特ニ注意スルコトチ要ス例

ヘハ相手方數人ニシテ其債務カ可分ナルトキハ各員ハ一部ノ債務ヲ負擔スルニ過キス而シテ當方ノ債務ハ不可分ナルトキハ相手方ヨリ全部ノ履行ヲ受クル迄當方ニ於テ同時履行ノ抗辯ヲ援用スルコトヲ得ルモノナリ

三 同時履行ノ抗辯權ノ要件　各當事者ハ自己ノ債務カ既ニ履行期ニ達シタル場合ニ於テ左ニ揭クル條件ヲ具備スルトキハ相手方ニ對シ同時履行ノ抗辯ヲ援用シテ自己ノ債務ノ履行ヲ拒絕スルコトヲ得

(イ) 相手方ノ債務モ亦其ノ履行期ニ達シタルコト　同時履行ノ抗辯ハ當事者双方ノ債務カ共ニ履行期ニ在ルトキニ限リ其ノ一方ヨリ相手方ニ對シテ援用セラルヘキモノナリ然レトモ單ニ當事者ノ債務カ共ニ履行期ニ在リト言フニ實ハ三樣ノ場合アリ(甲)双方ノ債務カ同時ニ履行期ニ達シタル場合ニ於テハ同時履行ノ抗辯ノ適用アルヘキコト固ヨリ論ナシ(乙)自己ノ債務カ相手方ノ債務ヨリモ遲ク履行期ニ達シタル場合此ノ場合ニ於テモ相手方ニ對シテ同時履行ノ抗辯ヲ援用シ得ヘキコト又多ク論ヲ須ヰヒサル所ナリ(丙)自己ノ債務カ相手方ノ債務ヨリモ早ク履行期ニ達シタル場合偖フニ自己ノ債務カ先ツ履行期ニ達シタルトキ卽時單純ニ之カ履行ヲ爲ササリシ餘偶相手方ノ債務モ亦等テ履行期ニ達シタルニ乘シテ俄ニ同時履行ノ抗辯ヲ援用シテ自己ノ債務ノ履行ヲ拒絕スルハ決シテ穩當ノ處置ニ非ス元來當初ノ契約ニ於テ自己ノ債務カ先ツ履行期ニ達スヘキヿヲ定メタルトキハ是レ始メヨリ同時履行ノ抗辯ヲ拋棄シタルモノト解スルコト必スシモ理由ナシトセス仍テ右ノ場合ニ於テハ相手方ニ對シテ同時履行ノ抗辯ヲ援用スルコトヲ得サルモノト爲スヲ可トス民法第五三三條但書ニ「相手方ノ債務カ辨濟期ニ在ラサルトキハ此限ニ在ラス」ト言フハ自己ノ債務カ相手方ノ債務ヨリモ遲ク履行期ニ達シタル其ノ瞬間ヲ標準トシ其ノ瞬間ニ於テ相手方ノ債務カ尙辨濟期ニ達セサル場合ヲ除外スルノ義ト解スヘシ

(ロ) 相手方カ其ノ債務ノ履行ヲ提供セサルコト(一)履行ノ提供ニ付テハ民法第四九三條ノ規定ニ稍由セサルヘカラス卽チ原則トシテ事實ノ提供タルコトヲ要シ法定ノ場合ニ限リ例外トシテ言語上ノ提供ヲ以テ足ル履行ノ提供ハ債務ノ本旨ニ適合セサルモノナルコトヲ要ス(二)尤モ相手方ノ履行ノ提供カ債務ノ本旨ニ適合セサル廉輕微ニシテ取引ノ普通ノ觀念ニ考ヘ或ハ正義衡平ノ精神ニ照ラシ看過スヘキ程度ノモノナルトキハ同時履行ノ抗辯ヲ援用スルコトヲ得サルモノト爲ササルヘカラス(三)双方ノ給付カ可分ナル場合ニ於テ相手方カ其債務ノ一部ニ付キ履行ヲ提供シタルトキハ當方モ亦之ニ對應スル債務ノ一部ヲ履行シ殘餘ノ部分ニ付同時履行ノ抗辯ヲ援用スルコトヲ得(四)相手方ノ給付ハ可分ナルモ當方ノ給付ハ不可分ナルトキハ相手方カ其ノ債務ノ一部ニ付履行ヲ提供シタル際當方ノ債務ノ全部ニ付同時履行ノ抗辯ヲ援用スルコトヲ得

(四) 同時履行ノ抗辯ノ效力　同時履行ノ抗辯ヲ以テ對抗シタルトキハ其效力トシテ相手方カ履行ノ提供ヲ爲ス迄當方ノ履行ヲ延期スルコトヲ得ルモノナリ卽チ當方ノ債務ノ履行期カ延期セラルルモノニシテ其結果當初ノ履行期ニ履行ヲ爲ササルモ履行遲滯ノ責任ヲ生スルコトナク既ニ履行遲滯ノ責任ヲ生シタルトキト雖其ノ責任カ之ニ因リテ消滅スルモノト解スヘキナリ原告カ單純ニ履行ヲ請求シ被告カ之ニ對シテ同時履行ノ抗辯ヲ援用シタルトキハ裁判所ハ如何ナル判決ヲ下スヘキカ或ハ曰ハク單純ニ原告ノ請求ヲ棄却スヘシト或ハ曰ク原告カ履行ノ提供ヲ爲シタルトキ被告カ履行ヲ爲スヘキ旨ノ判決ヲ爲スヘシト此ノ點ニ付テハ民法ノ規定必スシモ明確ナラサルモ同時履行ノ抗辯ノ性質ニ照ラシ後ノ見解妥當ナリ(法學士村上恭一氏法學新報第三〇卷第一〇號四一頁以下同一一號二二頁以下「同時履行ノ抗辯」要領)

【同時履行ノ抗辯ノ性質ニ關スル學說】

一 普通ノ意義ニ於ケル抗辯ナリ相手方ノ請求原因ヲ否認スルモノニアラス一時履行ヲ延期セント云フマテノ抗辯ニ過キス故ニ當事者ノ援用ヲ必要トシ裁判官カ職權上調査スルコトヲ必要トセス(法學博士富井政章氏債權各論明治四五東大講六八頁)

二 本條モ履行拒絕ノ權利ヲ以テ純然タル抗辯ト見做セルカ故ニ裁判官ハ職權ヲ以テ之ヲ認ムヘキニアラス(法學博士岡松參

太郎氏理由債權四六三頁）

三　契約不履行ノ抗辯ノ性質ニ關シテハ二說アリ一ハ固有ノ抗辯ニアラス相手方ノ請求權ヲ否定シ請求權其モノカ存在セサルコトヲ主張スルモノトナシ他ハ眞ノ抗辯即チ當事者ノ一方ハ自己ノ債務ヲ履行セス又ハ履行ノ提供ヲ爲ササルモ相手方ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ履行又ハ履行ノ提供ハ相手方ニ對スル請求ノ要件ヲ爲スモノトス第二說ヲ以テ當ヲ得タルモノトス（法學博士石坂音四郎氏日本民法債權下二〇三二頁）

四　此抗辯權ハ相手方ノ債務ヲ否認スル否認的抗辯權ニハアラスシテ債權ノ行使ヲ延期セシムル延期的抗辯權ニ屬ス（法學博士鳩山秀夫氏日本債權法各論一二九頁）

五　五三三條ノ規定ニ依ルトキハ雙務契約ノ當事者ノ一方ハ相手方カ其債務ノ履行ヲ爲スカ或ハ少クトモ履行ノ提供ヲ爲ス迄ハ自已ノ債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得トナスヲ以テ此明文ニ依ルトキハ相手方ノ請求ナルモノハ相手方ノ債務ノ履行又ハ不履行ノ提供ヲ待タスシテ成立スルモノニシテ請求ヲ受ケタル當事者ハ相手方ノ履行又ハ履行ノ提供マテ其請求ニ應セサルコトヲ得ルト云フニ過キス即チ抗辯說ヲ採用シタルモノト謂フヘキナリ（債權各論法大講七九頁）

六　同時履行ノ抗辯權ハ抗辯權ニシテ單純ナル請求權ノ否認ニアラス（法學博士末弘嚴太郎氏債權各論一三二頁）

七　同時履行ノ抗辯ハ眞正ノ抗辯ニシテ相手方ノ請求權自體ヲ否認スルモノニ非ス即チ相手方ノ請求權ノ行使ヲ一時停止セシメテ債務ノ履行ヲ延期スルコトヲ目的トスル所謂停止的抗辯又ハ延期抗辯タル性質ヲ有シ否定的抗辯又ハ終局的抗辯タル性質ヲ有セサルモノトス（法學士眞野毅氏日法新誌第一卷六號本書第六卷民法六四六頁）

【同上ニ關スル外國參照學說】

本書第六卷民法六五二頁以下

【履行期ノ先ニ到來シタル債務者ハ同時履行ノ抗辯ヲ提出シ得ルヤニ關スル消極學說】

横田博士

一　雙務契約ノ雙方ノ債務ノ辯濟期異ル場合ニハ前ニ給付ヲ爲ス可キ債務者ハ相手方ノ債務ノ辯濟期ノ到來ヲ理由トシテ自已ノ給付ニ就キ同時履行ノ抗辯ヲ主張スルコトヲ得ス（法學博士横田秀雄氏債權各論一〇六頁）

飯島博士

二　履行期ヲ異ニスル契約ニ於テ先ツ履行期ノ到來シタル當事者カ履行ヲ爲サス而シテ後日相手方ノ給付カ履行期ニ達シタル場合ニ此抗辯權ナシ然ラサレハ自ラ不履行ノ責ニ任シ且相手方ノ履行期到來スルヤ俟テ自已ノ給付ヲ拒ミ得ルカ如キ不條理ニ陷ルヘシ（法學博士飯島喬平氏契約總論明大講一〇四頁）

筧瀨學士

三　雙務契約ノ當事者ノ一方ハ契約上前ニ給付ヲ爲シ他方ハ後ニ給付ヲ爲スヘキ場合ニ於テ雙方共其履行期ニ履行ヲ爲ササル

爲メ双方ノ債務カ何レモ辯濟期ニ在ルコトト爲リタル場合ニ各當事者ハ相手方ノ履行請求ニ對シ同時履行ノ抗辯ヲ提出スコトヲ得ルヤ五三三條ノ文字ヨリ言フトキハ雙方ノ債務カ辯濟期ニ在ルトキハ各當事者何レモ同時履行ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得ルカ如クナレトモ此場合ニ後ニ給付ヲ爲スヘキ者ハ前ニ給付ヲ爲スヘキ者ニ對シ同時履行ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得ルハ明カナレトモ前ニ履行ヲ爲スヘキモノヲ偶々相手方ノ履行經過ヲ理由トシテ同時履行ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得ヘキモノトハ解スヘカラス（法學士清瀨一郎氏債權各論三五判前三三）

鳩山博士

【同上積極學說】

一　雙務契約ヨリ生スル雙方ノ債務カ當事者ノ特約又ハ法律ノ規定ニヨリテ履行期ヲ異ニスル場合ニ於テハ先ツ履行ヲ爲スコトヲ要スル債務者ハ同時履行ノ抗辯權ヲ有セス然レトモ此ノ如キ債務ニ付テモ相手方カ履行ノ請求ヲ爲ス當時ニ於テ相手方ノ債務モ亦既ニ辯濟期ニ達シタルトキハ同時履行ノ抗辯ヲ援用シ得ルモノトス蓋シ第五三條但書ノ要求スル所ハ唯同時履行ノ抗辯ヲ援用スル當時ニ於テ相手方ノ債務ノ辯濟期ニ在ルコトノミニシテ雙方ノ債務カ本來履行期ヲ一ニシタリヤ否ヤハ之ヲ問ハサルノミナラス同時履行ノ抗辯權ヲ認メタル法律ノ目的ヨリ考フルモ此ノ如キ場合ニ之ヲ認メサル理由ナケレハナリ（法學博士鳩山秀夫氏日本債權法各論上一二四頁）

末弘博士

二　我民法ハ同時履行ノ抗辯權成立スルカ爲ニハ單ニ相手方ノ債務モ亦辯濟期ニ在ルコトヲ要求スルニ止マリテ本來雙方ノ債務其辯濟期ヲ同ウスルコトヲ要求スルモノニアラサルヲ以テ先ツ辯濟期ノ到來セル債務カ未タ履行セラレスシテ債務者遲滯ニ在ル間ニ相手方ノ債務ノ辯濟期亦到來スルトキハ其以後兩當事者共ニ同時履行ノ抗辯ヲ援用シ得ヘシ（法學博士末弘嚴太郎氏債權各論一四一頁）

【相手方カ同時履行ノ抗辯ヲ提出シタル場合ニハ如何ナル裁判ヲ爲スヘキヤニ關スル同趣旨學說判例】

横田博士

一　獨逸民法ニ依レハ雙務契約當事者ノ一方カ相手方ニ對シ訴ヲ以テ履行ノ請求ヲ爲スニハ反對給付ト交換的ニ履行ヲ爲スヘキコトヲ請求スルヲ以テ足リ現實ニ履行ノ提供ヲ爲スコトヲ要セス又當事者一方ヨリ提出シタル單純ナル履行ノ請求ニ對シ相手方ヨリ同時履行ノ抗辯ヲ提出シタルトキハ此抗辯ハ單ニ裁判所ナシテ相手方ニ對シ反對給付ト交換的ニ履行ヲ爲スヘキ旨ノ裁判ヲ爲サシムル效力ヲ生スルニ止マリ其抗辯ニ基キ原告ノ請求ヲ却下セシムルノ效力ヲ生セサルモノトス我民法ニハ明文ナシト雖モ最近大審院ノ判例ハ獨逸民法ト同一趣旨ノ解釋ヲ下シタリ獲此解釋ハ同時履行ノ抗辯ヲ認メタル所以ノ立法上ノ本旨ニ適シ取引上ノ便宜ニ適合スルモノト認ムヘシ（法學博士横田秀雄氏債權各論一〇五頁）

石坂博士

二　此問題ニ關シ我法典ハ規定ヲ缺ク從テ或ハ前見解ノ如ク一般ノ原則ニ從ヒ原告ノ請求ヲ棄却スルコトヲ要スルモノト解ス

ヘキカ如シ然レトモ之ヲ契約不履行ノ抗辯ノ性質ヨリ論スレハ後ノ見解ヲ以テ正當ト爲ササルヘカラス蓋被告ハ抗辯ノ援用ニ依リ原告ノ請求權其モノヲ否定スルニアラス請求權ノ存在ハ之ヲ認ムルモ其請求權ノ實行ヲ原告ノ反對給付ニ係ラシメントスルニ外ナラス故ニ苟モ抗辯ノ主張カ理由アル場合ニハ條件附ニ判決スヘキモノト爲スヲ以テ當ヲ得タルモノト爲ササルヘカラス且此見解ハ實際上ノ便宜ニ合ス若シ被告ノ抗辯ノ援用ニ依リ原告ノ請求ヲ棄却スヘキモノトナストキハ徒ニ惡意ノ債務者ヲシテ債務ノ履行ヲ回避セレムル不都合ナル結果ヲ生ス蓋債務者ハ債權者ノ反對給付ニ僅少ノ瑕疵アルヲ口實トシテ自已ノ債務ノ履行ヲ拒ムコト稀ナリ　セス從テ原告ノ請求ヲ棄却スヘキモノト爲ストキハ原告ハ更ニ履行又ハ履行ノ提供ヲ爲シ再ヒ訴ヲ提起スルコトヲ要シ無用ノ手數ト費用トヲ要シ不利益ヲ被ルコト大ナルヘシ之ニ反シ後ノ見解ニ從ヒ當事者雙方カ同時ニ履行ヲ爲スヘキ旨ヲ判決スヘキモノト爲ストキハ原告ハ履行又ハ履行ノ提供ヲ爲シ直チニ被告ノ財產ニ對シテ强制執行ヲ爲スノ便宜アリ故ニ實際上ノ理由ヨリ見ルモ被告カ契約不履行ノ抗辯ヲ援用シタル場合ニハ原告ノ履行ト交換的ニ被告カ履行ヲ爲スヘキコトヲ判決スルコトヲ要スルモノト解セサルヘカラス而レテ之カ爲メニハ原告カ條件附申立ニ依リ原告ノ履行ト交換的ニ被告カ履行ヲ爲スヘキコトヲ請求スルヲ要セス單純ニ被告ノ履行ヲ請求セル場合ニ於テモ雙方同時ニ履行ヲ爲スヘキ旨ヲ判決スルコトヲ要ス(法學博士石坂音四郎氏日本民法債權總論下卷合本二〇六三頁)

鳩山博士

三 被告カ裁判上此抗辯權(同時履行ノ抗辯權)ヲ援用シタル場合ニ於テ原告カ既ニ履行ヲ爲シ又ハ履行ノ提供ヲ爲シタルコトヲ證明セサルトキハ原告敗訴ノ判決ヲ爲スヘキカ或ハ同時ニ(交換的ニ)履行スヘキ旨ノ判決ヲ爲スヘキカ我民法ノ解釋上疑問ノ存スル所ナリ獨逸民法(三二二條)ハ明ニ之ヲ規定シ交換的ニ給付ヲ爲スヘキ旨ノ判決ヲ爲スヘキモノトス法律カ此抗辯權ヲ認メタルハ履行上ノ牽連關係ヲ保ダシムルコトノミニ存スルカ故ニ判決ニ於テ此索連關係ヲ認ムルトキハ抗辯權行使ノ目的ハ玆ニ盡クルモノト言フヘク且單純ニ給付ヲ爲スヘシトイフ判決ヲ求メタル原告ノ請求ヲ變シテ原告ノ給付ト引換ニ給付スヘキ旨ノ判決ヲ爲スハ當事者ノ申立テサル事項ニ付テ判決ヲ爲スモノニアラサルカ故ニ我民法及ヒ民事訴訟法ノ解釋上亦交換的ニ給付スヘキ旨ノ判決ヲ爲スヘシトイフ判決ヲ爲スコトヲ求メタル場合ニ自已ノ給付ト引換ニ給付ヲ爲スヘシトイフ判決ヲ爲スハ千圓ノ給付ヲ爲スヘシトイフ判決ヲ爲スヘシトイフ判決ヲ求メタル場合ニ五百圓ノ給付ヲ爲スヘシトイフ判決ヲ爲スモノナレハ訴訟法ノ原則ニ反スルコトナシ(法學博士鳩山秀夫氏日本債權各論上一三〇頁)

穗積博士

四 獨逸民法ノ規定ヲ見ルニ雙務契約ノ當事者ノ一方カ其受クヘキ給付ニ付キ訴ヲ起シタル場合ニ於テ相手方カ反對給付ヲ履行スルマテハ給付ヲ拒絕スルコトヲ得ル權利ヲ主張シタルトキハ其權利ノ主張ハ單ニ相手方カ引換ニ履行ヲ爲スヘキ判決ヲ爲サシムルノ效力ノミヲ有スルノ明規アリ(獨民三二二)余ハ此規定ヲ以テ雙務契約ノ給付交換性ノ本質ニ適合スル至當ノモノナルコトヲ信シ且一歩ヲ進メテ被告カ同時履行ノ抗辯ヲ提出シ裁判所之ヲ理由アリト認メタルトキハ原告ノ請求棄却ノ判決ヲ爲サス又原告カ引換辨濟ノ趣旨ニ申立ヲ訂正セサルモ引換ニ辨濟ヲ爲スヘキ旨ノ判決ヲ爲スヘキモノナルモノトスルヲ正當ナリト信ス(法學博士飯島喬平氏契約總論明治大學講義錄一〇八頁)

末弘博士

五 同時履行ノ抗辯權ハ留置的抗辯權ノ一種ニ屬スルカ故ニ被告之ヲ行使セルトキハ裁判所ハ「被告ハ原告ノ反對給付ノ提供

ト引換ニ履行ヲ爲スヘシ」トノ制限附原告勝訴ノ判決ヲ爲スヘキモノニシテ原告敗訴ノ判決ヲ爲スヘキモノニアラサルコト既ニ上述セル所ノ如シ——原告カ擇一的申立ニヨリテ單純ニ履行ヲ命スル判決ヲ求ムルト同時ニ被君若シ同時履行ノ抗辯ヲ主張セハ制限附判決ヲ爲スヘキコトヲ申立テタル場合ハ勿論單純ニ履行ヲ命スル判決ノミヲ求メタル場合ニ於テモ如上ノ判決ヲ爲スコトヲ妨ケス蓋シ單純ナル履行請求中ニハ自ラ相手方若シ同時履行ノ抗辯ヲ爲サハ反對給付ト引換ニ履行ヲ爲スヘキコトヲ求ムルノ主旨含マレ居ルヲ以テナリ(法學博士末弘嚴太郎氏爭權各論一四九頁)

穗谷學士

六 雙務契約ニ於テ當事者雙方ノ債務カ同時ニ履行スヘキ場合ニ當事者ノ一方ヨリ相手方其ノ債務ノ履行ヲ請求シタルニ對シ被告ヨリ同時履行ノ抗辯アリタルトキハ裁判所ハ特ニ原告ニ於テ反對ノ意思ヲ表示セサル限リハ其債務ノ履行ヲ條件トシテ被告ニ對シテ債務ノ履行ヲ命スヘキ判決ノ言渡ヲ爲スヘキモノトス(法學士穗谷宰次郎氏實記事二七卷七號本書第六卷民法六四二頁)

大審院

七 雙務契約當事者ノ一方カ自已ノ債務ノ履行ヲ提供スルコトナク單ニ相手方ニ對シ其債務履行ヲ請求シタル場合ニ若シ相手方ニ於テ同履行ノ抗辯ヲ提出シタルトキハ裁判所ハ原告ノ請求全部ヲ排斥スルコトナク被告ニ對シ原告ノ債務履行ヲ條件トシテ交換的ニ債務ノ履行ヲ爲スヘキ旨ノ判決ヲ與フヘキモノニシテ原告ノ請求ハ縱令斯クノ如キ交換的給付ヲ求ムルコトヲ明言セストスルモ相手方ニ對スル雙務契約履行ノ請求中ニハ上記條件附請求モ當然之ニ包含セラルルモノト解スルヲ至當トス(大審院大正七年(オ)第一六一號同年四月七日判決第七卷民法三二六頁)

【同上ニ關スル反對學說判例】

富井博士

一 一般ノ原則トシテハ他ノ抗辯ニ同シク原告ノ請求ヲ却下スヘキモノト考フ併シカクテハ無益ノ手數ナリ故ニ原告ハ初ヨリ補充的ノ申請ニヨリテ若シ自已ノ請求カ容レラレサルトキハ自ラ給付ヲ爲スヘキニヨリ被告モ亦給付ヲ爲スヘシトノ判決ヲ求メタルトキハ審理ノ結果被告ニ履行ヲ命スル判決ヲ爲スコト妨ナシト考フ(法學博士富井政章氏四五年講義謄寫版債權各論七三頁)

嘉山學士

二 原告カ其債務ヲ履行スルコトハ請求權ノ基礎ニアラサルヲ以テ若シ被告カ契約不履行ノ抗辯ヲ爲ササルトキハ原告ノ申立通リ被告敗訴ノ判決ヲ言渡スコトナリ若シ被告カ契約不履行ノ抗辯ヲ爲シ其抗辯理由アルニ當リテ原告カ一定ノ申立ヲ變更シテ自已ノ債務ヲ引換ニ履行ヲ爲スコトヲ求ムル旨ノ申立ヲ爲ストキハ訴ノ原因ヲ變更セスシテ申立ヲ減縮スルモノナレハ條件附被告敗訴ノ判決ヲ爲スヘク若シ斯ノ如ク申立ヲ變更セスシテ單純ノ履行請求ノ申立ヲ維持スルトキハ原告敗訴ノ判決ヲ爲スヘシ(法學士嘉山幹一氏三四年日大講義錄債權各論九五頁)

大審院

三 買主タル原告カ自已ノ債務ハ既ニ之ヲ履行シ了リタルコトヲ主張シ相手方ノ債務履行ノミヲ求ムル場合ニ於テ相手方之ヲ爭ヒ載判所モ亦タ原告ノ債務ノ履行ナキコトヲ認メタルトキハ原告ニシテ其履行ノ提供ヲ爲スカ又ハ諸求ヲ更メ自已ノ債務ノ履行ト同時ニ相手方ノ債務履行ヲ求ムル旨趣ト爲ササル限ハ之ヲ不當ナリトシテ却下スルヲ相當トス(大審院四一年一一月二日判決民事判決錄一四輯一二一四頁)

【同上外國參照學說】

1〔エンネクツェルス〕 同時履行ノ抗辯ハ延期ノ抗辯(Verzögerliche)ナリ其レハ其結果トシテ訴ノ棄卽チ來スコトナク被告ハ同時ニ履行スヘキ旨ノ判決ヲ受クルナリ(第三二二條第一項)判決ハ被告ハ反對給付ヲ受ケテ以テ自己ノ給付ヲ爲スコトヲ要スル旨ヲ言渡スヘキナリ(Enneccerus, Lehrbuch 1§258 I 4)

2〔クーレンベック〕 抗辯ハ眞正ナル抗辯(反對權ノ主張)ニシテ假令原告ニ擧證ノ責任アルモ訴ノ原因ノ否認ニハアラス何トナレハ履行ノ主張ハ訴ノ原因ニアラス卽申立ニハ同時ニ履行シタル旨記載セラルルヲ要セス缺席手續ニ於テハ假令契約不履行ノ抗辯ノ可能カ原告ノ提出セル材料ニヨリ明ナル場合ニ於テモ被告ニ給付ヲ命スル判決ヲ爲スヘキナリ(Standinger-Kuhlenbeck, Kmm. II§326)

論旨多岐ニ亘ルモ多ク不可ナル所以ヲ見ス相手方カ同時履行ノ抗辯ヲ提出シタル場合ニ爲スヘキ判決ニ關スル論旨ハ現今ニ於ケル通說ナリト言フヲ得ヘク吾人ノ屢々贊意ヲ表シタル所ナリ論旨第七點ハ履行期ノ先ツ到來シタル債務者ハ相手方ノ債務ノ履行期ノ到來以後同時履行ノ抗辯ヲ提出シ得ルヤニ關シ消極ノ斷定ヲ下シタルモノ而モ其根據ハ此ノ如キ場合ニハ豫メ同時履行ノ抗辯權ヲ拋棄シタルモノナリト言フニ在リ固ヨリ謬レルニ非ス然レトモ當初ノ契約ニ於テ當事者双方同一日時ニ履行ヲ爲スヘキコトヲ定メタルモ其後ニ於ケル事情ノ爲メ一方カ先ツ履行ヲ爲スコトヲ要スルニ到リタル場合其他當事者ノ一方カ先ツ履行ヲ爲スヘキコトヲ定メタルモ同時履行ノ抗辯權ヲ拋棄シタルモノト認ムルコト能ハサル場合等ニハ學士ノ理由ヲ以テシテハ右ノ問題ヲ消極ニ解スルヲ得ス此場合學士ハ果シテ如何ニ解セラルルヤハ之ヲ詳ニスル能ハサルモ更ニ研究ノ餘地アル問題ナルヘシ

九四　相手方ト通シテ爲シタル虛僞ノ意思表示ハ無效トス
前項ノ意思表示ノ無效ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス
五〇〇　辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者ハ辨濟ニ因リテ當然債權者ニ代位ス
不動產登記法二　假登記ハ左ノ場合ニ於テ之ヲ爲ス
一　登記ノ申請ニ必要ナル手續上ノ條件カ具備セサルトキ
二　前條ニ揭ケタル權利ノ設定移轉變更又ハ消滅ノ請求權ヲ保全セントスルトキ
右ノ請求權カ始期附又ハ停止條件附ナルトキ其他將來ニ於テ確定スヘキトキ亦同シ
同法七第二項　假登記ヲ爲シタル場合ニ於テハ本登記ノ順位ハ假登記ノ順位ニヨル

賣渡抵當ニ於テハ所有權ハ完全ニ受託者ニ移轉シ唯受託者ハ信託者ニ對シテ一定ノ債務ヲ負擔スルニ過キサルモノナレハ此債務ノ存否ハ第三者ノ權利取得ニ影響ナキモノトス」

假登記ニ基キテ本登記ヲ爲シ得ヘキ原因ノ發生シタルトキハ假登記權利者ハ假登記後第三者ノ爲メニ本登記ノ爲サレタル場合ニ於テモ自ラ本登記ヲ爲スコトヲ得ヘク而シテ其本登記ヲ爲スニ必要ナル範圍ニ於テハ假登記ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルモノトス」

信託的ニ所有權讓渡ノ假登記ヲ受ケタル受託者カ本登記ヲ爲スノ要件ヲ具備セルトキハ第三者ノ爲メニ假登記後所有權移轉ノ本登記アルコトハ其妨ケトナラサルノミナラス本登記ヲ爲スニ必要ナルヲ以テ第三者ノ本登記ノ抹消ヲ請求シ得ルモノトス」

信託者ノ負擔セル債務カ第三者ノ辨濟ニ因リテ全滅シタルトキハ受託者ハ取得シタル所有權ヲ保有スルノ理由ナク却ツテ之ヲ信託者ニ返還スヘキ地位ニ在ル者ナルカ故ニ假登記ニ基キテ本登記ヲ爲スヘキ要件具備セサルモノトス」

賣渡擔保ニ付キ債務者カ何時マテ債務ヲ辨濟シテ所有權ノ返還ヲ受クルコトヲ得ルカニ關シ明ニ特約ヲ爲サストスルモ當事者ハ經濟上債務ノ擔保ニ供スルノ意思アルコト明ナルカ故ニ債務不履行アラハ債權者ハ其目的物ヲ處分シ其賣得金ヲ以テ辨濟ニ充ツルコトヲ得ヘク而シテ其處分行爲ヲ爲シタル後ニ於テハ債務者ハ辨濟ヲ爲スモ目的物ノ取戻ヲ爲スコトヲ得サルモノトス」

信託的讓渡ノ場合ニ於ケル受託者ノ所有權取得ニ對スル債權的制限卽チ其所有權ヲ他ニ處分スヘカラサルノ債務ハ債務者ノ遲滯ヲ生スルマテ存續スルモノトス」

賣渡擔保ニ於テ特約ノ存セサル場合ニ於テハ債權者ハ目的物ヲ處分シテ債務ノ辨濟ニ充テ殘餘ハ之ヲ債務者ニ返還スヘキモノトス」

大審院大正九年六月二日第三民事部判決(本卷民法五二〇頁)

(一) 信託行爲タル賣渡抵當ニ付キ外部關係ニ於テノミ所有權移轉シ內部關係ニ於テ所有權移轉セストイフ見解ヲ持スル者ハ內部關係ニ於テアラサルコトヲ得サルカ故ニ第三者ハ善意惡意ヲ問ハス受託者ヨリ完全ニ所有權ヲ取得スルコトヲ得ルモノナリトシ之ニ反シテ賣渡抵當ニ於テ所有權ハ完全ニ託受者ニ移轉シ唯受託者ハ信託者ニ對シテ一定ノ債務ヲ負擔スルニ過キサルモノトスル見解ヲ採ルトキハ此債務ノ存否ハ第三者ノ權利取得ニ影響ナキコト言ヲ俟タサル所ナリトス本判決ハ「擔保物ニ對スル受託者ノ權利行使ハ其信託ノ目的ノ範圍內ニ制限セラレ之ニ超越セサルヘキ義務ヲ負擔ス」ト謂フカ故ニ一見債權說ヲ採レルカ如シト雖モ「義務」ト言ヒテ「債務」ト言ハサルノミナラス原判決ノ認メタル事實ヲ逃フルニ當リ「賣買擔保ト爲シタル外部關係ニ於テノミ其所有權ヲ移轉シ」ト言ヘルヲ以テ對內關係ニ於テハ所有權受託者ニ存セストイヘル見解ヲ採レルモノトヤ解セサルヲ得ス余ハ今尙舊ノ如ク債權的制限說ヲ正當ト信スルモノナルカ故ニ二重所有權說ヲ根據トスル本判決ノ理由ニハ贊成スルコトヲ得ス

本件ハ既ニ屢判例ニ上リタル假登記ト本登記トノ關係ニ關スル問題ヲ主タル爭點トス爲スモノニシテ本件ニ於テ特ニ爭點トス爲ルハ假登記ニ基ク本登記ヲ爲スニ障碍ヲ生シタリヤ否ヤノ點ナリトス甲カ乙ヨリ金若干ヲ借入レテ所謂賣渡抵當ヲ爲スニ際シテ唯賣買ノ假登記ヲ爲シタルニ止マルハ判決ノ理由所有權移轉ノ本登記ヲ爲サスシテ唯書ニ明言スル所ナリ而シテ假登記ハ之ニ基ケル本登記ノ順位ヲ保存スル效力ノミヲ有レソレノミニ依リテ不動產物權得喪ノ對抗要件タルニ適セサルモノナルカ故ニ其不動產ノ競賣ニ因リテ其不動產ニ付テノ所有權カ更ニ第三者丁ニ移轉スルコトヲ妨クルモノニアラス從テ又甲ヨリ丁ニ所有權移轉ノ本登記ノ爲サルルコトヲ妨クルモノニアラス然レトモ假登記カ本登記ノ順位ヲ保存スルノ效力ヲ有スルコトハ不動產登記法第七條第二項ノ解釋上疑ヲ容レサル所ナルカ故ニ假登記ニ基キテ本登記ヲ爲シ得ヘキ原因ノ發生シタルトキハ假登記權利者ハ假登記後第三者ノ爲メニ本登記ノ

爲サレタル場合ニ於テモ自ラ假登記ニ基キテ本登記ヲ爲スコトヲ得サルヘカラス而シテ其本登記ヲ爲スニ必要ナル範圍ニ於テハ假登記ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルヘカラス蓋シ假登記ニ基キテ本登記ヲ爲スコトヲ得ルニ非サレハ「假登記ヲ爲シタル場合ニ於テハ本登記ノ順位ハ假登記ノ順位ニ依ル」トイヘル不動產登記法第七條第二項ノ法文ハ空文ニ了ルヘキノミナラス第三者ハ登記簿ヲ閲覽スルコトニ依リテ假登記ノ存在ヲ知ルコトヲ得ルカ故ニ不測ノ損害ヲ被ルヘキ危險無ケレハナリ而シテ本件ニ於テモ信託的ニ所有權讓渡ノ假登記ヲ受ケタル受託者カ本登記ヲ爲スノ要件ヲ準備セルトキハ丁ノ爲メニ假登記後所有權移轉ノ本登記アルコトハ其ノ妨ケトナラサルノミナラス本登記ヲ爲スカ爲メニ必要ナルヲ以テ丁ノ本登記ノ抹消ヲ請求シ得サルヘカラス此ニ於テ本件ニ付テ特ニ爭點ト爲ルハ上ニ一言シタルカ如ク假登記ニ基キテ本登記ヲ爲スノ要件具備セラレタリヤ否ヤノ點ナリ本判決ハ第三者ノ辨濟ニ因リテ信託者ノ負擔セル債務全滅シタルカ故ニ受託者ハ其取得シタル所有權ヲ保有スルノ理由ナク却ツテ之ヲ信託者ニ返還スヘキ地位ニ在ル者ナルカ故ニ假登記ニ基キテ本登記ヲ爲スヘキ要件具備セサルモノト爲シタルモノナルヘシ余ハ此ノ如ク解シテ本判決ノ趣旨ニ贊成セントス

(二) 賣渡抵當ハ經濟上債權擔保ノ用ヲ便スルニ止マリ法律上特殊ノ擔保權ヲ生スルモノニアラス又法律上擔保タル性質ヲ有スルモノニアラサルカ故ニ第三者ノ辨濟ニ因リテ代位ヲ生スルノ餘地ヲ存セサルナリ

(三) 賣渡擔保ニ付キ債務者カ何時マテ債務ヲ辨濟シテ所有權ノ返還ヲ受クルコトヲ爲サストスルモ當事者ハ經濟上債務ノ擔保ニ供ス得ルカ假令當事者カ明カニ特約ヲ爲サストスルモ當事者ハ經濟上債務ノ擔保ニ供ス ルノ意思アルコト明カナルカ故ニ債務不履行アラハ債權者ハ其目的ヲ處分シ其賣得金ヲ以テ辨濟ニ充ツルコトヲ得ヘク而シテ其ノ處分行爲ヲ爲シタル後ニ於テハ債務者ハ辨濟ヲ爲スモ目的物ノ取戻ヲ爲スコトヲ得サルモノトス蓋シ擔保ノ爲メニスル信託的讓渡ノ場合ニ於テ受託者ハ所有權ヲ取得スルモノニシテ且所有權取

得ニ對スル債權的制限即チ其ノ所有權ヲ他ニ處分スヘカラサルノ債務ハ債務者ノ遲滯ヲ生スルマテ存續スルモノト解スヘキモノナレハナリ然レトモ履行期經過シ其他履行遲滯ヲ生シタル場合ニ於テ債權者カ當然無制限ナル所有權ヲ取得シ又債務者カ當然債務ヲ免ルルモノト解スルハ當事者ノ意思ニ反スルコト明ナルヲ以テ特約ノ存セサル場合ニ於テ債權者ヘ目的物ヲ處分シテ債務ノ辨濟ニ充テ殘餘ハ之ヲ債務者ニ返還スヘキモノト解スルヲ正當トス(法學博士鳩山秀夫氏法學協會雜誌第三八卷第一一號「信託行爲ト第三者トノ關係假登記後本登記請求權ノ存否等」要領)

【賣渡擔保ニ關スル參照學說判例】

本卷民法三七頁以下

【假登記ノ效力ニ關スル學說判例】

本卷諸法七五頁以下

賣渡擔保ノ內容トシテ對內關係ト對外關係トヲ區別シ對內關係ニ於テハ權利ノ移轉ナク對外關係ニ於テノミ權利ノ移轉アルモノト爲スコトモ自治ノ原則上許サレサルモノニ非サルコトハ吾人ノ持論ニシテ之ニ反スル博士ノ見解ニハ贊同セス然レトモ論旨第一點ノ結論ハ固ヨリ正當ナリ假登記ノ效力ニ關スル論旨ハ多ク容疑ノ餘地ナシ賣渡擔保ニ於テ債務者ハ何時マテ債務ヲ辨濟シテ所有權ノ返還ヲ受クルコトヲ得ルヤニ關シ博士ハ債務者カ債務ヲ履行セサルカ爲メ債權者ニ於テ目的物ヲ處分シタル後ハ之ヲ取戻スコトヲ得サルモノト論セラル其正當ナルヤ論ヲ俟タス然レトモ其反面ニ於テ債權者ニ於テ未タ目的物ヲ處分セサ

ル限リハ行爲ノ時ヨリ假令數十年ヲ經過スルモ尙ホ取戻ヲ爲スコトヲ得ルモノト解スヘキカ或ハ買戻期間ニ關スル民法第五八〇條不動産質ノ存續期間ニ關スル同法第三六〇條等ノ律意ニ徵シ他ノ方法ヲ以テ之ヲ解スヘキカ此點ニ關スル博士ノ見解ヲ知ルヲ得サルハ吾人ノ遺憾トスルトコロナリ

法曹會決議

九七三 (二九六)

法定ノ推定家督相續人ハ其姉妹ノ爲メニスル養子緣組ニ因リテ其相續權ヲ害セラルルコトナシ

推定家督相續人タル長女ノ壻養子カ長女ト離婚シタルトキハ假令其父トノ養子緣組關係ハ解消セサルモ相續上長女ニ優先スルコトヲ得サルモノトス

戸主甲ノ長女乙ハ壻養子丁ト婚姻ヲ爲シ其後双方離婚シ丁ハ再ヒ次女丙ト戸内婚姻ヲ爲シ又長女ハ壻養子戊ト婚姻ヲ爲シタル家籍ニ於テ戸主死亡ニ因リ家督相續開始ノ場合其相續權ハ丁戊孰レニアリヤ本問ニ於テ甲ノ長女乙ハ本來甲ノ推定家督相續人タリシ者ナルモ丁男乙ノ壻養子トシテ甲家ニ入籍シタル爲メ乙ノ順位ニ於テ甲ノ推定家督相續人ト爲リタルモノニ過キサレハ丁男ニシテ乙女ト離婚シ其配偶者タル關係ヲ解キタル以上ハ假令甲トノ養子緣組關係存續スルモ最早乙ノ順位ニテ推定家督相續人タル資格ヲ保有セルニ由ナキモノトス然ラハ乙ハ舊ニ依リテ甲ノ推定家督相續人タルヘク從テ妹丙女ノ爲メニスル壻養子緣組ノ爲メ其相續權ヲ害セラルルコトナキヲ以テ後日乙ノ壻養子トシテ甲家ニ入リタル戊男ハ其配偶者タル乙ノ順位ニ於テ當然丁ニ優先シ甲ノ家督ヲ相續スヘキ權利アルト謂ハサルヘカラス(法曹會決議法曹記事第三〇卷第五號二〇頁「壻養子ノ相續權ニ關スル件」要領)

【民法第九百七十三條ニ關スル參照學說】

一 本條ノ規定ハ養子緣組ニ由リテ當然相續權ヲ有スヘキ者ノ權利ヲ害スヘカラサルモノトスルニ在リ此事タル既ニ第九七〇條第二項ノ規定ニ由リ幾分カ其目的ヲ達シタリト雖モ未タ以テ足レリトセス蓋シ第九七〇條第二項ハ單ニ養子ハ養子緣組ノ時ニ生マレタル嫡出子ノ身分ヲ有スヘキモノニシテ從テ其以前ニ生マレタル嫡出子アルトキハ實子カ女ニシテ養子カ男ナル場合ヲ除ク外常ニ實子カ相續ヲ爲スヘキコトヲ定メタルニ過キス然ルニ養子ノ中ニハ既ニ法定ノ推定家督相續人アルニ拘ハラス養子トシテ其家ニ入ル者アリ此者ハ敢テ家督相續ヲ目的トシタル者ニ非サルカ故ニ假令第九七〇條ニ依レハ相續權ヲ有スヘキ場合ニ於テモ尙ホ相續權ヲ有セサルコト多カルヘシ例ヘハ女子一人アル者カ壻養子トシテ又ハ壻養子トモスシテ男子ヲ養子ト爲ストキハ第九七〇條ニ依リ養子カ相續ヲ爲スヘキコト固ヨリナリ然リト雖モ女子二人アル場合ニ於テ次女ノ婿トシテ養子ヲ爲ストキハ直チニ婚姻ヲ爲スト(壻養子)直チニ婚姻ヲ爲ササルトニ拘ハラス長女ハ之カ爲メニ其相續權ヲ害セラルルコトナカルヘシ然ウスンハ殆ト長女ノ相續權ハ次女ニ依テ害セラルルト同一ノ結果ヲ生スレハナリ從テ右ノ養子ヲ爲シタル後實子ノ男子生マレタルトキハ其男子ハ長女ニ先チテ相續ヲ爲スヘキ者ナルカ故ニ其長女ヨリモ下位ニ在ル養子ヲ超エテ相續ヲ爲スヘキコト固ヨリナリ是本條ノ規定スル所ナリ但本條ノ文字ハ聊カ明瞭ヲ缺ク點ナキニ非サルヲ以テ或ハ世人ノ疑問ヲ招クコトナシトセサレトモ本條ノ眞意ハ此ノ如クナリト信ス(法學博士梅謙次郎氏民法要義卷ノ五、三七頁)

二 養子ハ準血族ニシテ女婿タル養子モ亦タ準血族ニ外ナラサレハ第九七〇條ノ通則ニ從ヘハ嫡出子トシテ家督相續ヲ爲シ得ルコト論ヲ待タス然レトモ法律ノ特例ニ屬スル女婿タル養子ノ爲メ從ニ生レタル直系卑屬ヲシテ常ニ相續權ヲ失ハシムルハ頗ル不條理ナキ者ノ爲メニ養子制度ヲ設ケタル旨趣ニ反スルヲ以テ本條ノ特例ヲ設ケ姉妹ノ爲メニセル養子緣組ノ爲メ法定ノ推定家督相續人ノ相續ヲ妨ケシメサルモノトス例ヘハ嫡出ノ姉ノ女婿ハ嫡出男子カ其婿養子緣組ノ前ニ生レタルトキハ論セス先順位ヲ有セサルヘク又庶子タル妹ノ女婿トシテ嫡出子タル身分ヲ得タル者アリトスルモ庶子タル姉ノ相續權ヲ妨ケルコトナカルヘシ私生子タル妹ノ爲メニセル女婿モ亦タ然リ(法學博士奥田義人氏相續法論一〇〇頁)

三 本條ノ解釋ニ關シテハ從來議論アルヲ免レス立法者ハ曰ク推定家督相續人アルモノト雖モ壻養子ヲ迎ヘタル場合ニハ其壻養子カ相續權ヲ受クヘキハ當然ノコトニ屬ス然レトモ推定家督相續人タル排斥シテ相續權ヲ受ケシムルコトト爲リテハ其不條理ナルコト深ク辯明スルヲ要セス故ニ既ニ推定家督相續人アルモノト雖モ壻養子ヲ爲スコトヲ許シタル以上ハ推定家督相續人ノ姉妹ノ爲メニスル壻養子ハ推定家督相續人ヲ排斥シテ自ラ相續權ヲ受クヘキモノナルカヲ疑ハシムルニ足ル是レ本條ノ規定ヲ設ケテ推定家督相續人ノ既得ノ相續權ヲ保全セシムル所以ナリ然レトモ男子ニシテ既ニ法定ノ推定家督相續人タル場合ニ於テハ其姉妹ノ爲メニスル壻養子ノ爲メニ相續權ヲ害セラレサルコトハ第九七〇條第二項ノ規定ニ依リ明カナルヲ以テ本條ハ決シテ此ノ如キ場合ニ適用ヲ見ルヘキモノニ非ス(法學博士牧野菊之助氏日本相續法論一四〇頁)

第九七三條ハ法定ノ推定家督相續人ハ其姉妹ノ爲メニスル養子緣組ニ因リテ相續權ヲ害セラルルコトナシト云フヲ以テ若シ同條ノ規定ナクンハ姉妹ノ爲メニスル養子緣組ノ爲メニ相續權ヲ害セラルルコトアルヘキ相續人ヲ保護センカ爲メニ設ケラレタルモノト云フヘク而シテ姉妹ノ爲メニスル養子緣組ニ因リテ相續權ヲ害セラルルヘキ者ハ養子緣組後ニ生シタル實男子ニ若タ者

アルナシ故ニ同條ニ所謂法定ノ推定家督相續人トハ之ヲ指稱スルモノト解スルヲ相當トス（同上一四四頁）

四　本條ノ家督相續ノ推定順位ヲ定ムル九七〇條ノ法則ニ對スル第三特例ヲ規定ス抑モ養子ハ單純養子ナルトキハ勿論女壻ノ爲メニスル養子ナルトキト雖モ養親ニ對シ嫡出子タル身分ヲ取得スヘキカ故ニ第九七〇條ノ法則ニ從ヒ自己ヨリ先順位ニ在ル者ナキニ於テハ被相續人ヲ相續スルコトヲ排シテ相續スルコトヲ得ハサルヘカラス斯ノ如クナルトキハ被相續人ノ家ニ生レタル被相續人ノ實子タル者ハ之レカ爲メ相續權ヲ害セラルルコトト爲リ實子ナキ場合ヲ慮リ養子制度ヲ設ケタル法律ノ趣旨ニ反スルハ勿論自家ノ直系卑屬ヲ擯キ他家ノ者ヲ入レテ之ヲ家督相續人タラシムルコトハ家制ノ觀念ニ矛盾シ家ヲ重ンスル吾人ノ思想ニ撞着ス是レ民法カ本條ノ特例ヲ設ケ推定家督相續人ハ姉妹ノ爲メニスル養子緣組ノ爲メ其相續權ヲ害セラルヘキモノニ非スト爲セル所以ナリ（法學士柳川勝二氏日本相續法註釋上卷二四二頁）

養子緣組ノ後ニ生ルヘキ嫡出子庶子家督相續開始當時ノ胎兒モ一般ノ規定ニ從ヘハ女壻ニ先キ立チ相續スルヲ得サルモ本條ノ適用ニ因リ女壻ニ先キ立チ相續權ヲ有スヘシ（同上二四五頁）

本條姉妹ノ爲メニスル養子緣組ノ爲メ推定家督相續人ノ相續權ヲ妨クル能ハサルモノトセル其推定家督相續人タル資格ハ養子緣組ノ當時ヲ標準トシテ定ムヘキヤ將又家督相續開始ノ時ヲ以テ其有無ヲ定ムヘキヤニ付テハ議論アルモ後說ヲ可トス（同上二四六頁）

五　此例外規定ハ姉ノ壻養子カ緣組ヲ爲シタル後ニ至リ男子ノ生マレタル場合ニ適用スルモノニアラスシテ姉ノ婿養子カ此例外ノ適用ヲ受クルハ養子緣組ノ當時既ニ法定ノ推定家督相續人タルカ故ニ此場合ニ實子カ相續權ヲ有スルトセハ却テ婿養子コソ既得權ヲ侵ル男子カ生マレサル前既ニ法定ノ推定家督相續人トシテ姉ノ弟カ存スル場合ニ限ル何ントナレハ婿養子ハ實子タル資格ヲ有セサリシト云フコトヲ得可ケレハナリト云フ者アランカナレトモ蓋シ婿養子カ法定ノ推定家督相續人タルハ其配偶者タル妻セラレタリト云フコトヲ得可ケレハナリト云フ者アランカナレトモ蓋シ婿養子カ法定ノ推定家督相續人タルカ故ニシテ此場合ハ恰カモ女戸主カ入夫婚姻ヲ爲シタル場合ニ女子（後ニ生マレタル男子ノ姉）カ法定ノ推定家督相續人タル故ニシテ此場合ハ恰カモ女戸主カ入夫婚姻ヲ爲シタル場合ニ女戸主ヲシテ其有スル戸主權ヲ入夫ニ對シ讓ラシムルト同シク女子ノ權利カ基礎ダルナリ然ルニ女子ハ一人ナルトキハ法定ノ推定家督相續人ナレトモ後ニ男子（弟）生マルルトキハ其地位ハ直チニ男子ニ移ルモノニシテ法律ハ一般ニ相續開始ノ時ヲ標準トシテ家督相續人ノ順位ヲ定メタルニ此場合ニ於テ婿養子ニ相續權アルモノト爲ストキハ姉ト弟トノ間ノ順位ハ相續開始前婿養子緣組ノ當時既ニ定マリタルコトト爲リタルカ如キ奇觀ヲ呈スルモノニシテ論者ノ如ク解釋スルヲ得サルナリ（法律學士掛下重次郎氏相續編講義五二頁）

六　本條ハ婿養子ノ妻ノ兄弟姉妹カ婿養子ノ妻ニ對シテ先順位者ナルトキハ婿養子ニ對シテモ亦先順位者ナル旨ヲ規定シタルモノナリ故ニ例ヘハ長女二女三女アル場合ニ於テ三女ニ婿養子ヲ爲ストキハ此四人ノ間ノ順序ハ第一、長女第二、二女第三、婿養子第四、三女ト爲ルモノトス蓋シ右ノ場合ニ於テ三女ニ婿養子カ第一順位者ト爲ルトスレハ長女二女ハ實際上三女ノ爲メニ優先セラルルカ如キ結果ト爲ルヲ以テ本條ヲ設ケタルモノタルナリ（法學士島田鐵吉氏講述相續法九一頁）

壻養子ノ相續權ハ單純ナル養子ノ夫レト異リ唯自己ノ配偶者ニ代リ其者ト同一

順位ニ於テ相續ヲ爲シ得ルニ過キスサレハコソ法定ノ推定家督相續人タル男子アル者ト雖モ壻養子緣組ハ例外トシテ之ヲ爲シ得ルナリ（民法第八三九條）壻養子カ相續權ヲ取得スルノ根據ハ固ヨリ養親トノ間ノ親子關係ニ外ナラスシテ家女トノ間ノ婚姻關係ニ非ス然レトモ其壻養子ノ相續權カ單純ナル養子ノ相續權ニ比シ劣等ナル地位ニ置カルル所以ノモノハ一ニ家女トノ間ノ婚姻關係ニ由來ス然リ而シテ右ノ理由カ現ニ婚姻關係存續スルカ故ナリトセハ壻養子ニシテ家女ト離婚ヲ爲シ婚姻關係ヲ終了セシムルトキ單純ナル養子ト同等ナル地位ヲ取得シ配偶者タリシ長女ニ優先セサルヘカラサルモ若シ然ラスシテ養親トノ間ノ親子關係ノ發生カ家女トノ間ノ婚姻關係ノ發生ト不可分的關係ニ於テ行ハレタルカ故ナリトセハ後日假令家女ト壻養子トノ婚姻關係解消スルモ壻養子ノ相續上ノ地位ハ家女ニ優先スヘカラス壻養子ノ相續順位カ單純ナル養子ニ劣ル理由ハ固ヨリ後者ニ解セサルヲ得サルカ故ニ吾人ハ決議ヲ以テ妥當ノ見解ト思料ス

五三三　雙務契約當事者ノ一方ハ相手方カ其債務ノ履行ヲ提供スルマテハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得但相手方ノ債務カ辨濟期ニ在ラサルトキハ此限ニ在ラス

六三三　報酬ハ仕事ノ目的物ノ引渡ト同時ニ之ヲ與フルコトヲ要ス但物ノ引渡ヲ要セサルトキハ第六百二十四條第一項ノ規定ヲ準用ス

六三四　仕事ノ目的物ニ瑕疵アルトキハ注文者ハ請負人ニ對シ相當ノ期限ヲ定メ其瑕疵ノ修補ヲ請求スルコトヲ得但瑕疵カ重要ナラサル場合ニ於テ其修補カ過分ノ費用ヲ要スルトキハ此限ニ在ラス

注文者ハ瑕疵ノ修補ニ代ヘ又ハ其修補ト共ニ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得此場合ニ於テハ第五百三十三條ノ規定ヲ準用ス

未タ引渡ヲ了セサル請負工事ニ瑕疵アルトキハ注文者カ瑕疵ニ付キ修補ヲ請求シ又ハ損害賠償ヲ請求セサルモ民法第五三三條及ヒ第六三三條ニ依リ報酬ノ支拂ヲ拒絶シ得ルモノトス」

未タ引渡ササル仕事ノ目的物ニ重要ナラサル瑕疵アリ之ヲ修補スルニ過分ノ費用ヲ要スル場合ニハ之ヲ理由トシテ反對給付ノ履行ヲ拒絶スルコトハ信義ノ原則ニ反スルモノト認ムヘク且此場合ニハ反對給付ヲ拒絶スルコトカ法典ノ趣旨ニ反スルコト第六三四條以下ノ規定ニ照シ明ナルカ故ニ注文者ハ漫然報酬ノ支拂ヲ拒絶シ得サルモノト解スルヲ正當トス」

注文者タル被上告組合カ本件工事ニ對シ異議ヲ述ヘ引渡ヲ了セサルハ其未完成ナルニ基クモノニ非スシテ施行シタル工事等ニ瑕疵アルニ因ルモノトセンカ被上告組合ハ請負人タル上告人ニ對シ瑕疵ノ修補ヲ請求スルカ又ハ其瑕疵ニ付キ損害賠償ヲ請求シ同時履行ノ抗辯ヲ爲スハ格別單ニ工事ニ瑕疵アルノミヲ以テ工事代金ノ支拂ヲ拒ムコトヲ得ス（大審院大正八年一〇月一日民三部判決本書第八卷民法一一四四頁）

(一) 問題ハ仕事ノ目的物ニ瑕疵アルカ爲メニ注文者カ仕事ノ目的物ヲ受領セス即チ目的物ノ引渡ヲ了セサル場合ニ於テ第六三四條ノミノ適用アルカ或ハ尙第六三三條及ヒ第五三三條ノ適用アリヤノ點ニアリ而シテ大審院ハ仕事ニ瑕疵アルカ爲メニ引渡ヲ了セサル場合ニハ之等ノ規定ノ適用ナク只第六三四條ノミ適用セラルヘキモノトナスナリ然レトモ余ハ此點ニ付テハ瑕疵ニ付キ修補ヲ請求シ又ハ損害賠償ヲ請求セサルモ未タ引渡ヲ了セサル請負工事ニ瑕疵アルトキハ第五三三條及ヒ第六三三條ニヨリ報酬ノ支拂ヲ拒絶シ得ルモノト解ス理由概ネ次ノ如シ(1)第六三四條ハ請負人

ノ担保責任ヲ定メタル規定ニシテ報酬支拂ノ時期及ヒ同時履行ノ抗辯權ニ付テ特定ノ規定ヲ設ケタルモノニアラス同條ハ第五三三條ニ對スル特別規定ニ非スシテ第五五九條ニ對スル特別規定ナリ第六三四條ハ擔保責任ニ關スル特別規定ナルヲ以テ同條ニ「仕事ノ目的物ニ瑕疵アルトキ」ト謂フハ既ニ給付セラレタル仕事ノ目的物ニ瑕疵アル場合ヲ指稱スルモノト解セサルヘカラス(2)惟フニ瑕疵ノ修補ヲ請求スルハ不完全給付ニ付キ給付ノ追完ヲ請求スルモノナルカ故ニ尙雙務契約ヨリ生シタル債務ノ履行ヲ請求スルモノニシテ此債務ノ履行ト反對給付ノ履行トカ同時履行ノ關係ニ至ルハ言ハスシテ明ナルカ故ニ民法ハ只多少ノ疑問アルヘキ損害賠償ノ請求ニ付テノミ第五三三條ノ準用アルコトヲ規定シタルナリ故ニ仕事ノ目的物ニ瑕疵アル場合ニ於テモ第六三四條ノ外尙第五三三條ノ適用アルコトヲ認メサルヘカラス(3)民法第六三三條ハ仕事ノ目的物ノ引渡ト同時ニ報酬ヲ支拂フヘキモノトス故ニ仕事ノ目的物ノ引渡サレタル後尙報酬支拂拒絶權アリヤ否ヤハ其目的物ニ瑕疵アル場合ニ於テモ尙多少ノ疑問ナキニ非ス之レ第六三四條カ第五三三條ヲ準用スヘキモノト定メタル理由ナリ隨テ仕事ノ目的物引渡以前ニ於テ報酬ノ支拂ヲ拒絶スルカ爲メニハ第六三四條ノ要件ヲ具備スルコトヲ要セサルモノト解セサルヘカラス(4)第六三三條ニ仕事ノ目的物ヲ引渡スト謂フハ請負人カ債務ノ本旨ニ從ヒテ其給付義務ヲ完了スルノ旨趣ニ外ナラサルカ故ニ不完全ナル仕事ノ目的物ニ付テ辨濟ノ提供ヲ爲スモ注文者ハ報酬ヲ支拂フコトヲ要セサルモノト解セサルヘカラス

(二) 未タ引渡ササル仕事ノ目的物ニ重要ナラサル瑕疵アリ之ヲ修補スルニ過分ノ費用ヲ要スル場合ニ於テハ仕事ノ目的物引渡以前ニ於テモ註文人ハ漫然報酬ノ支拂ヲ拒絶シ得サルモノト解スルヲ正當ト信ス然レトモ此報酬ノ支拂ヲ拒絶シ得サルモノト解スルヲ正當ト信ス然レトモ尙報酬支拂拒絶權ナキハ第五三三條ノ適用ナキカ爲メニハアラスシテ之等ノ規定ハ適用アルヘキモノナルモ不完全給付ニ基タ同時履行ノ抗辯權ハ其不完全ナル製作カ極メテ僅少ニシテ之ヲ理由トシテ反對給付ノ履行ヲ拒絶スルコトヲ信

義ノ原則ニ反スルモノト認ムヘキ場合ニハ之ヲ認ムヘカラサルコト一般ノ原則上明カニシテ且此場合ニハ反對給付ヲ拒絶スルコトカ法典ノ趣旨ニ反スルコト第六三四條以下ノ規定ニ照シテ明カナルカ故ナリ（法學博士鳩山秀夫氏法學協會雜誌第三八卷第三號九二頁「請負工事ノ瑕疵ト報酬支拂拒絶權」要領）

【論旨第一點請負工事ノ瑕疵ト報酬支拂ノ拒絶ニ關スル異趣旨判例】

大審院

請負人カ既ニ爲シタル工事ニ瑕疵アリタルトキハ註文者ハ其瑕疵ニ付キ損害賠償ヲ請求シ又同時履行ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得ルモ其抗辯ニ因ラスシテ漫然報酬ノ支拂ヲ拒ムコトヲ得ス（大審院明治四五年（オ）第一八〇號大正元年一二月二〇日判決民錄一八輯一〇六六頁本書第一卷民法六一五頁）

【同上參照學說ノ一】

理由書

一　第六三四條第二項ノ場合ニ於テ契約ノ同時履行ニ關スル五三三條ノ規定ヲ準用スル所以ハ請負人ハ瑕疵ノ修補又ハ損害賠償ヲ履行スルマテハ註文者ハ報酬ノ給付ヲ拒ムコトヲ得之ニ依リテ損害賠償ト報酬トヲ相殺スルコトヲ得セシムルヲ以テ正當ニシテ且利益ト認ムト雖モ此二種ノ債務ハ其發生ノ原因ヲ異ニスルモノナレハ五三三條ニ規定スル如ク同一ノ契約ヨリ生スル債務ノ同時履行ニ關スル原則ハ本項ノ場合ニ當然之ヲ遮斷スルコト能ハサレハナリ（民法修正案理由書第六三四條）

梅博士

二　蓋シ五三三條ノ規定ハ雙務契約ヨリ生スル雙方ノ義務ニ關スルモノナルカ故ニ特ニ明文ヲ以テ之ヲ六三四條ノ場合ニ準用セシナリ而シテ其精神ニ至リテハ五三三條ニ於ケルト毫モ異ナルコトナク專ラ公平ヲ旨トシタルモノナリ（法學博士梅謙次郎氏民法要義債權上〇九頁）

岡松博士

三　請負人カ瑕疵ヲ修補シ又ハ損害ノ賠償スルマテ注文者ヲシテ報酬ノ給付ヲ拒絶スルコトヲ得セシムルハ正當且便利ナリト雖モ此等ノ債務ハ其發生原因ヲ異ニスルヲ以テ當然五三三條ノ規定ヲ適用スルコトヲ得ス故ニ六三四條二項後段ハ此場合ニ於テ五三三條ノ規定ヲ準用スヘキモノト爲シタリ（法學博士岡松參太郎氏民法理由債權二五八頁）

三博士

四　六三四條二項前段ニ因リテ請負人ノ負擔スル報酬支拂ノ債務トハ互ニ其原因ヲ異ニスト雖モ雙方同時ニ其債務カ履行セシムルヲ以テ相互ノ利益ヲ保護スル至當ノ方法ト認ムルニ因リ本項後段ノ規定ハ即チ注文者カ瑕疵ノ修補又ハ損害賠償ノ請求ヲ爲ス場合ニ於テモ雙務契約ノ同時履行ニ關スル五三三條ノ規定ヲ準用スヘキ旨ヲ明示セリ（法學博士松波仁一郎同仁保龜松氏同仁井田益太郎氏民法正解一二四〇頁）

横田博士

五　六三四條ハ民法五三三條ノ履行拒絶ニ關スル規定ヲ此場合ニ準用セルヲ以テ注文者ハ請負人ニ支拂フヘキ報酬金額中損害賠償トシテ請求スヘキ金額ニ相當スル部分ニ付キハ支拂ヲ拒絶シ之ヲ自己ノ掌裡ニ抑留スルノ權利ヲ有シ報酬カ不可分ナルトキハ其全部ノ支拂ヲ拒絶スルコトヲ得（法學博士横田秀雄氏債權各論五九八頁）

末弘博士

六　修補義務ハ請負人ノ請負契約上ノ債務ニ外ナラサルカ故ニ之ト注文者ノ報酬債務トノ間ニハ同時履行ノ抗辯アリ得ヘキコト上述ノ如シト雖モ（五三三）賠償義務ハ經濟上修補義務ニ代ルヘキ性質ヲ有スルノミニテ法律上之ニ代ルヘキモノニアラサルコト上述ノ如クナルカ故ニ之ト報酬義務トノ間ニハ純理上第五三三條ノ適用ヲ受クヘキ關係ナシ然レトモ法律ハ特ニ公平ノ觀念ニ基キテ此場合ニモ亦第五三三條ノ準用アル旨ヲ定メタリ（法學博士末弘嚴太郎氏債權各論七一二頁）

伴學士

七　當事者ハ五三三條ノ明文ノ如ク損害ノ賠償額ヲ提供シテ更ニ報酬ヲ受クルヲ要セス報酬ト賠償額トヲ差引シ得（法學士伴房次郎氏契約各論京都法政講義第二七〇頁）

嘉山學士

八　損害賠償ノ義務ノ履行ニ付テハ結果ノ公平ヲ期スル爲メ雙務契約ニ關スル五三三條ヲ準用シ報酬ノ支拂ト同時ニ之ヲ爲スヘキモノトセリ（六三四二項）（法學士嘉山幹一氏債權各論明治三四年度日大講第二六五頁）

【同上參照學說ノ二】

伴學士

一　本來瑕疵ハ請負人ノ債務ノ不履行タル性質ハ之ヲ拒否シ難キヲ以テ玆ニ擔保ノ規定ト不履行ノ通則トノ關係如何ノ問題ヲ生ス一派ノ學者ハ擔保ノ規定ヲ以テ瑕疵ニ關スル唯一ノ規則ニシテ他ノ規則ノ適用ヲ排斥スルモノナリトシ他ノ一派ハ反之擔保ノ規定ト不履行ノ規定トハ重複的ノ規定ナリトスヘシ是民法ニ付學者皆契約ノ不履行ヲ以テ請負人ノ擔保義務モ亦賣買ト同樣ニ特別ナル責任トシテ之ヲ說クヘキニ非サルヤヲ疑フ仕事ノ瑕疵ヲ以テ請負人ノ負擔スル債務ト爲スモ瑕疵ト不履行トハ同義ニ非ス瑕疵ハ皆不履行ナリト言ヒ得可シトスルモ不履行ハ皆仕事ノ瑕疵ヲ生スト云フハ不可ナリ法律ハ即此差異ヲ認メテ立法ノ標準ト爲シ瑕疵ニ對シテハ特ニ擔保義務ヲ規定シ當事者ナシテ專ラ之ニ依ラシメントセリ於是瑕疵アル仕事テフ特殊ノ不履行ハ通則ノ適用ニ從ハス此意味ニ於テ仕事ノ瑕疵ハ不履行ニ非ストス要スルニ仕事ノ目的物ニ瑕疵アルトキハ理論上不履行ナリ以テ論スルコトヲ得然レトモ吾人ノ信スル所ニ依レハ民法ハ之ニ特別ノ效果ヲ附シ通則ノ規定ヲ適用セサルモノトス（法學士伴房次郎氏契約各論京都法政講二六五二六八頁）

二　仕事ノ完成ニ瑕疵アルトキハ請負人ハ完全ニ其義務ヲ履行セサルモノナレハ注文者ハ四一五條以下ノ規定ニ從ヒ損害ノ償ヲ請求シ又ハ四一五條以下ノ規定ニ從ヒ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得ヘシ然レトモ請負ノ目的物ノ存セサル場合ニハ請負人合カ仕事ノ瑕疵ニ付キ負擔スヘキ擔保義務ハ右ノ一般ノ規定ニテ十分ナルモ仕事ノ目的物アリテ瑕疵カ其目的物ノ上ニ存スル場合ニハ特ニ擔保義務ヲ定ムルノ必要アリ（法學士嘉山幹一氏債權各論明治三四日大講二六二頁）

嘉山學士

三　仕事ノ目的物ニ瑕疵アル場合ニ於テ注文者ハ請負人ニ對シテ一應ノ規定ニ依リ其ノ債務不履行ニ基因スル契約解除權及損害賠償請求權ヲ有ス（法學士村上義一氏債權各論六六一頁）

村山學士

四　仕事ノ目的物ニ瑕疵アルトキハ請負人ハ之ニ對シテ種々ノ責任ヲ負フヘキモノトス何トナレハ此場合ニ於テハ請負人ハ尚ホ未タ其仕事ヲ完成セサルモノナレハナリ(法學士清水一郎氏債權則大論六二頁)

請負契約ニ於テ請負人カ完全ナル仕事ノ結果ヲ提供スヘキコトハ請負契約ニ基ク請負人ノ債務ノ當然ノ內容ナリ果シテ然ラハ注文者ハ苟クモ請負人ノ債務ノ不履行存スルニ於テハ其債務不履行カ仕事ノ未完成ナル點ニ存スルト將タ又完成セラレタルモ其仕事ニ瑕疵アル點ニ存スルトヲ區別スルコトナク其債務契約タル性質上民法第五三三條ニ基キ同時履行ノ抗辯權ヲ行使シ以テ報酬ノ支拂ヲ拒絕シ得ルヲ純理トセサルヘカラス然ルニ我大審院カ此理論上當然ノ結論ヲ是認セサルハ果シテ如何ナル理由ニ基クモノナランカ(一)第六三四條第二項ニ於テ注文者カ瑕疵ノ修補ニ代ヘ又ハ之ト共ニ損害賠償ノ請求ヲ爲シタル場合ニ於テハ特ニ第五三三條ヲ準用スヘキ旨ニ規定シタリト雖モ此事ハ必スシモ大審院ノ見解ノ如ク仕事ニ瑕疵ノ存スル場合ニハ瑕疵ノ修補又ハ損害賠償ノ請求ヲ爲スニ非サレハ報酬ノ支拂ヲ拒絕シ得サルモノト爲スノ理由ト爲スニ足ラス何者此規定タルヤ(1)完成シタル仕事ノ目的物ニ瑕疵ノ存スル場合ニ注文者ノ行ヒ得キ一切ノ權利ニ關スルモノニ非スシテ只瑕疵ニ基ク損害賠償(修補ニ代ヘ又ハ之ト共ニ爲スヘキ)ノ請求ニノミ關スルモノナルノミナラス(2)此損害賠償ノ權利タル請負契約上ノ權利ニ非ス少クトモ請負契約上ノ權利ノ行使ヲ律スヘキモノニ非サレハナリ(二)又民法第六三四條以下ノ規定カ擔保責任ニ關スル特別規定ナリヤ之ヲ暫ク措キ少クトモ債務不履行ニ關スル一般規定ノ適用ヲ排除スヘキ特別規定(例外規定)ナリヤノ趣旨ハ之ヲ窺フニ足ルヘキモノ存セサルカ故ニ吾人ハ鳩山博士ノ見解ニ贊同セント欲ス

大審院判決

七六一　隱居又ハ入夫婚姻ニ因ル戶主權ノ喪失ハ前戶主又ハ家督相續人ヨリ前戶主ノ債權者及ヒ債務者ニ其通知ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ其債權者及ヒ債務者ニ對抗スルコトヲ得ス

(二九八)

民法第七六一條ノ規定ハ入夫婚姻ニ因ル戶主權ノ喪失ハ前戶主又ハ家督相續人カ前戶主ノ債權者及ヒ債務者ニ通知ヲ爲ササル限リハ假令該債權者及ヒ債務者ニ於テ右ノ事實ヲ知ルトキト雖モ之ヲ以テ該債權者及ヒ債務者ニ對抗スルコトヲ得サルノ法意ナリトス」

然レトモ民法第七六一條ノ規定ハ入夫婚姻ニ因ル戶主權ノ喪失ハ前戶主又ハ家督相續人カ前戶主ノ債權者及ヒ債務者ニ通知ヲ爲ササル限リハ假令該債權者及ヒ債務者ニ於テ右ノ事實ヲ知ルトキト雖モ之ヲ以テ該債權者及ヒ債務者ニ對抗スルコトヲ得サルノ法意ナルコト言フヲ待タス而シテ上告人ハ本件家屋ノ賃借人ニシテ賃貸借契約後其有セシ戶主權カ入夫婚姻ニ因リ糸之助ニ移轉シタルモ賃貸人タル被上告人ニ右事實ノ通知ナカリシコト原裁判所ノ確定シタル事實ナリ果シテ然ラハ原裁判所カ「民法第七六一條ノ規定ヲ案スルニ隱居又ハ入夫婚姻ニ因ル戶主權ノ喪失ハ前戶主又ハ家督相續人ヨリ前戶主ノ債權者及ヒ債務者ニ其通知ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ其債權者及ヒ債務者ニ對抗スルコトヲ得ス

大審院判決

憲惡意ニヨル區別ヲ設ケサルニ徴スレハ戸主權ノ移轉カ隱居又ハ入夫婚姻ニヨリテ生シタル場合ニハ通知ヲ爲スコトヲ以テ之カ對抗要件トナシタルモノト解スルヲ相當トシ」ト判示シ上告人敗訴ノ判決ヲ言渡シタルハ正當ニシテ上告所論ノ違法ナシ(大審院大正九年(オ)第七三一號同年九月二十二日民三部横田裁判長大倉礒谷松岡鈴木各判事判決)

【關係事項】上告棄却○原審長野地方裁判所○家賃金及家屋明渡請求事件○上告人鈴木茂訴訟代理人辯護士小木曾庄吉同須田義之被上告人鈴木正重

二九九

【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

從令登記簿上所有名義人ナルモ實質上何等ノ權利ヲ有セサル者ナル以上之カ相續人モ亦何等ノ權利ヲ取得セサルヘク相續人ノ爲シタル相續登記ハ不法ナルモノナレハ該登記ニ基キ他人カ抵當權ヲ取得シタリトスルモ民法第一七七條ニ所謂第三者ナリト主張スルヲ得サルモノトス」

案スルニ原判決理由ニハ「證人福田倉造及ヒ福田正一郎ノ證言並ニ倉造ノ證言ニヨリ眞正ノ成立ヲ認ムヘキ甲第三號證ノ一二ヲ綜合スレハ明治二十三年中樹木縣下郡賀郡桑村大字鉢形住民カ同大字所在官有地拂下ヲ出願スルニ該リ便宜上本件土地ニ付テハ福田倉造菊地勇吉名義ヲ以テ官ヨリ拂下ヲ受ケ其後明治二十五年拂下ニ係ル地所全部ヲ鉢形住民ニ於テ分割シ共有者抽籤ノ結果本件土地ハ被控訴人等(被上告人)メ所有ニ歸シタルモノナルコトヲ認定スルニ十分ニシテ云云控訴人(上告人)ハ本件土地ハ菊地勇吉福田倉造カ他數名ヲ代表シテ拂下ヲ受ケ信託關係ニヨリ右兩名カ登記名義者トナリ右勇吉ノ權利ヲ菊地ふぢカ相續シタルモノニシテ云云ト抗辯スレトモ云

云本件ニ於テ菊地ふぢカ先代勇吉ヲ相續シタルハ明治三十年十月十五日ナルコトハ當事者間爭ナキ所ニシテ本件地所カ相續以前ナル明治二十五年中既ニ被控訴人等ノ所有ニ屬シタルコト前段認定ノ如クナルヲ以テ菊地ふぢニ於テ該地所ノ所有權持分ヲ相續スルノ謂ハレナキハ勿論控訴人ノ立證ニヨリテハふぢカ該持分ヲ信託的ニ有ストノ事實ハ到底之ヲ認メ難ク云云」トアリ其意義多少明瞭ナラサル嫌ナキニアラサルモ原判決全體ノ上ヨリ考フルニ其趣旨トスル所ハ大字鉢形住民カ同大字所在官有地ノ拂下ヲ出願スルニ當リ本件土地ニ付テハ福田倉造菊地勇吉ノ兩名ニ委任シ其拂下ヲ受ケタルモ該委任ノ内容ハ受任者タル兩名カ土地ヲ拂下ケ所有權ヲ取得スルト同時ニ何等ノ意思表示ヲ要セス直チニ委任者タル鉢形住民ニ其權利ヲ移轉スル趣旨ニシテ其約旨ニ從ヒ鉢形住民ハ本件土地所有權ヲ取得シタル後他ノ拂下土地ト共ニ之ヲ分割シ共有者抽籤ノ結果本件土地ハ被上告人等ノ所有ニ歸屬シタルモノニシテ菊地勇吉等ハ登記簿上本件土地ノ所有名義人ナルモ何等ノ權利ヲ有セサルモノナリト謂フニ在ルモノト解スルコトヲ得ヘシ而シテ斯クノ如ク原裁判所ノ認定ニ依レハ菊地勇吉等ハ鉢形住民ノ委任ニ依リ本件土地ノ拂下ヲ受ケタルモ其委任ノ趣旨ニ從ヒ拂下ニ因リ土地所有權ヲ取得スルト同時ニ何等ノ意思表示ヲ要セス直チニ其權利ヲ住民ニ移轉シ假令登記簿上所有名義人ナルモ何等ノ權利ヲ有セサルモノナル以上ハ菊地ふぢハ土地所有權ヲ相續ニ因リテ取得シタルモノニアラサルヲ以テ同人ノ爲シタル本件相續登記ハ不法ニシテ該登記ニ基キ上告人カ菊地ふぢヨリ本件抵當權ヲ取得シタリトスルモ自ラ民法第一七七條ニ所謂第三者ナリト主張スルコトヲ得ルモノニアラス原判決ノ趣旨モ亦結局右ニ示ス所ト同一ナルモノト解スルコトヲ得ヘシ故ニ原判決ニハ上告所論ノ如キ不法アルモノニアラス(大審院大正九年(オ)第四九三號同年九月三日民一部田部裁判長稱原尾古鈴木鬼澤各判事判決)

【關係事項】上告棄却○原審宇都宮地方裁判所○所有權確定並ニ登記抹消手續請求事件○上告人松本林藏訴訟代理人辯護士和田吉三郎被上告人舘野覺三郎外二人

大審院判決

【參照學說判例】

本卷民法三七〇頁以下

（三〇〇）

一七九第一項　所有權以外ノ物權及ヒ之ヲ目的トスル他ノ權利カ同一人ニ歸シタルトキハ其權利ハ消滅ス此場合ニ於テハ前項但書ノ規定ヲ準用ス

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

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

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サ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

民法施行前ヨリ敷地ヲ借受ケ家屋ヲ建設シテ之ヲ使用シ來リタル甲カ該敷地ノ所有者タル乙ヨリ買戻附賣買ニ因リ其所有權ヲ取得シタル場合ニ於テ該土地使用權カ明治三三年法律第七二號ニ依リ地上權ノ推定ヲ受クヘキ同一內容ヲ有スル物權的權利ナルトキハ甲カ乙ヨリ該敷地ヲ買受ケ其所有權ヲ有スルニ至リタル以上ハ乙ハ甲ト當事者ニシテ第三者ニ非サルヲ以テ縱令該土地カ乙ノ買戻權ノ目的タルモ民法施行以前ニ在リテモ民法第一七九條第一項本文ト同シク所有權トノ混同ニ因リ該使用權ハ消滅スルモノニシテ同條項但書ノ適用ヲ受クヘキモノニ非ス而シテ其後乙ノ爲シタル買戻權ノ行使ニ因リ賣買契約ハ解除セラレ

甲ノ土地使用權ハ復活シ右地上權ニ關スル法律ノ施行ニ伴ヒ推定地上權者タルニ至リシモノトス」

如上甲ノ土地使用權カ混同ニ因リ消滅シタル場合ニ於テ乙ノ買戻權ノ行使ニ因リ賣買契約カ解除セラルルトキハ明治三三年法律第七二號ノ施行後ニ於テハ地上權者ト推定セラルヘキ土地使用權ノ復活シタルモノト解スルコトヲ得ルモノトス」

(一)　案スルニ原判決ニ依レハ被上告人カ小泉「いし」ヨリ買受ケタル家屋ハ「いし」ニ於テ明治二十年中新築セシモノニ係リ而シテ其建設ニ付キ「いし」ハ上告人先代六郎平ヨリ係爭地所ノ一部ヲ借受ケ其敷地ト爲シ爾來引續キ住宅地トシテ使用シ「いし」ハ明治三十年四月一日買戻シ賣買ニ因リ該敷地ヲ買受ケ同四十五年四月一日項上告人先代ニ於テ買戻權ヲ行使シタル事實ニシテ從前「いし」ノ有セシ土地使用權カ其後明治三十三年法律第七二號ニ依リ地上權ノ推定ヲ受クヘキ同一內容ヲ有スル物權的權利ナリトセハ「いし」カ上告人先代ヨリ敷地ヲ買受ケ其所有權ヲ有スルニ至リタル以上ハ上告人先代ト「いし」トハ當事者ニシテ第三者ニアラサルヲ以テ假令其敷地カ上告人先代ノ買戻權ノ目的タルモ民法施行以前ニ在リテモ民法第一七九條第一項但書ノ規定ト同シク「いし」ノ土地使用權ハ第三者ノ權利ノ目的タルカ爲メ混同ニ因リ消滅セサルモノニ非ルシテ同條本文ト同シク所有權トノ混同ニ因リ消滅スルモノトス而シテ其後上告人先代ノ爲シタル買戻權ノ行使ニ因リ賣買契約ハ解除セラレ「いし」ノ土地使用權ハ復活シ右地上權ニ關スル法律ノ施行ニ伴ヒ推定地上權者タルニ至リシモノトス然レハ原院カ「いし」ニ於テ敷地ヲ買受ケ其所有者トタル買戻權ノ目的タル以上「いし」ノ有スル如上物權的性質ヲ具備セル土地使用權ハ消滅

セサルモノノ如ク判示シタルハ允當ナラサルモ如上ノ理由ニ依リ原判決ハ結局相當ナリ

(二)【上告理由】本件ニ於テ原判決カ「訴外小泉いしカ有セシ土地使用權ハ明治三十一年四月二日土地買得ニ依リテ消滅セサルノミナラス其土地使用權ハ明治三十三年法律第七二號地上權ニ關スル法律ノ施行ニ隨伴シ該土地使用權ハ地上權ノ推定ヲ受ケ云云」トノ要旨ナルモ明治三十三年法律第七二號第一條ニハ「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ノ土地ヲ使用スル者ハ地上權者ト推定ス」トアルヲ以テ同法律施行當時ニ於テ現ニ土地使用權ヲ有シ其使用權ハ同法律施行前ヨリ繼續セラルルモノナルコトヲ要ス然ルニ本件ニアリテ訴外小泉いしノ有スル土地使用權ハ前述ノ如ク明治三十一年四月一日其土地ヲ買得スルト共ニ混同ノ法理ニヨリテ消滅シタルモノニテ明治三十三年法律第七二號施行當時ニアリテハ該土地使用權ハ何等ノ活用ナキ死物ナレハ同法律カ以前訴外小泉いしカ有シタリシ事アル即チ現在ニ於テハ死物タル土地使用權ニシテ遡及シテ地上權ノ推定ヲ爲スヘキ律意ニアラス然ルニ原院カ之レニ反シテ訴外小泉いしノ土地使用權カ當然明治三十三年法律第七二號ノ推定ヲ受クルモノトシテ被上告人ハ之ヲ讓受ケタリト稱スル抗辯ニヨリ上告人ノ請求ヲ排斥セラレタルハ法律ニ違背セル判決ナリト信ス

【判決理由】然レトモ上告人先代ノ買戻權ノ行使ニ因リ賣買契約ハ解除ヲ生ス、フレ明治三十三年法律第七二號ノ施行後ニ於テハ地上權者ト推定セラルヘキ土地使用權ノ復活シタルモノト解スルコトヲ得ヘケレハ本論旨ハ理由ナシ(大審院大正九年(オ)第五四九號同年九月八日民三部横田裁判長大倉磯谷松岡蓁淵各判事判決)

【關係事項】上告棄却○原審東京控訴院○建物取拂土地明渡並損害金賠償請求事件○上告人山田宗七訴訟代理人辯護士水野豐

被上告人小泉誠一

【前審判決】

本卷民法三八一頁以下

七七八　婚姻ハ左ノ場合ニ限リ無效トス

一　人違其他ノ事由ニ因リ當事者間ニ婚姻ヲ爲ス意思ナキトキ

二　當事者カ婚姻ノ屆出ヲ爲ササルトキ但其屆出カ第七百七十五條第二項ニ掲ケタル條件ヲ欠クニ止マルトキハ婚

姻ハ之カ爲ニ其效力ヲ妨ケラルルコトナシ

婚姻ハ當事者カ之ヲ戸籍吏ニ屆出ツルニ因リテ其效力ヲ生スルモノナルカ故ニ當事者ニ於テ毫モ婚姻ヲ爲ス意思ナク第三者カ擅ニ當事者ノ名ヲ以テ其屆出ヲ爲シタル場合ハ其婚姻ノ無效タルヘキハ言ヲ俟タサル所ニシテ其專擅行爲ヲ爲シタル第三者カ當事者ノ親權者ナルト否トニ依リテ其結果ヲ左右スルモノニ非ス

然レトモ婚姻ハ之ヲ戸籍吏ニ屆出ツルニ因リテ其效力ヲ生スルモノナルカ故ニ當事者ニ於テ毫モ婚姻ヲ爲スノ意思ナク第三者カ擅ニ當事者ノ名ヲ以テ其屆出ヲ爲シタル場合ハ其婚姻ノ無效タルヘキハ言ヲ俟タサル所ニシテ其專擅行爲ヲ爲シタル第三者カ當事者ノ親權者ナルト否トニ依リテ其結果ヲ左右スルモノニ非ス原判決ノ認メタル事實ニ依レハ被上告人ハ一旦上告人ト結婚ノ式ヲ擧ケタルモ式後僅ニ二三日ニシテ實家高橋藤作方ニ立チ歸リ上告人ト同棲スルコトヲ拒絶シ之ト婚姻ヲ爲スノ意思ヲ有セサルニ拘ハラス上告人ハ婚姻屆ヲ爲スニ於テハ被上告人モ意思ヲ翻シテ同棲スルニ至ルヘシト思惟シ被上告人ノ父母ニ請ヒテ婚姻屆ニ調印ヲ受ケ且被上告人ノ承諾ナキニ父藤作ニ於テ該屆書中被上告人ノ名下ニ擅ニ調印ヲ爲シ以テ戸籍吏ニ屆出テタリト云フニ在リテ即チ其婚姻屆ハ被上告人ノ承諾ナキニ拘ハラス父藤作ニ於テ擅ニ之カ屆出ヲ爲シタルモノニシテ其婚姻ハ民法第七七八條ニ依リ無效タルヤ明カナリ上告論旨ハ結局原院ノ專權ニ屬スル事實ノ認定並ニ證據ノ解釋ヲ論難スルニ歸着シ上告ノ理由ト爲スニ足ラス(大審院大正九年(オ)第六三六號同年九月十八日民三部横田裁判長大倉磯谷松岡蓁淵各判事判決)

【關係事項】上告棄却○原審宮城控訴院○婚姻無效請求事件○上告人加藤西治訴訟代理人辯護士村上與惣太同鈴木俊郎被上告

東京控訴院判決

人加藤ちよし

判旨ノ正當ナル喋々ヲ要セス

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

三〇二

契約解除ノ前提トシテ爲スヘキ債務履行ノ催告ハ債務ノ不履行アル場合ニ其履行ヲ促ス目的ヲ以テ爲サルルモノナルヲ以テ苟クモ債務者ニ不履行ノ事實アリテ其債務ニ關スル履行ノ催告ナルコトヲ認メ得ル場合ナルニ於テハ多少實際ニ副ハサル數額ニ付キ支拂ヲ求メタリトスルモ此一事ヲ以テ直チニ其催告ヲ不適法ナルモノト謂フヲ得ス」

本件土地カ被控訴人ノ所有ニ屬シ控訴人カ明治三八年七月以來被控訴人ヨリ該土地ヲ借地シ來リ其地上ニ被控訴人主張ノ如キ建物ヲ所有スルコト控訴人カ被控訴人ニ對シ明治四四年一〇月一日以來ノ借地料ノ支拂ヲ爲ササルコト被控訴人ノ主張ニ係ル貸料支拂ノ催告及契約解除ノ意思表示ニ關スル事實ハ當事者間ニ爭ナキ所ナリ……控訴人ハ被控訴人ノ爲シタル貸料支拂ノ催告ハ本件借地範圍ヲ超過シタル坪數ヲ以テ積算シタル過當ノ額ニ付キ其履行ヲ催告シタルモノナルヲ以テ其催告ハ不適法ニシテ之ヲ前提トセル契約解除ノ通知モ亦不適法ナリト抗爭スレトモ契約解除ノ前提トシテ爲スヘキ債務履行ノ催告ハ債務ノ不履行アル場合ニ其履行ヲ促ス目的ヲ以テ爲サルルモノナルヲ以テ苟クモ債務者ニ不履行ノ事實アリテ其債務ニ關スル履行ノ催告ナルコトヲ認メ得ル場合ナルニ於テハ多少實際ニ副ハサル數額ニ付キ支拂ヲ求メタリトスルモ此一事ヲ以テ直チニ其催告ヲ不適法ナルモノト謂フヲ得ス本件ニ於テ控訴人ニ債務不履行ノ事實アル催告カ本件延滯賃料ニ關スル催告ナルコトハ當事者間ニ爭ナク其催告ノ旨趣ニ依リテ之ヲ認メ得ヘキカ故ニ縱シヤ數額ニ於テ過當ノ點アリトスルモ右催告ハ之ヲ目シテ不適法ノモノト爲スコトヲ得サルモノトス從テ之ヲ前提トセル本件契約解除ノ通知モ不適法ノモノト謂フヲ得サルカ故ニ本件賃貸借ハ大正三年六月二七日ヲ以テ有效ニ解除セラレタルモノト謂フヘシ然ラハ控訴人カ被控訴人ニ對シ本件宅地五十三坪六勺ノ地上ニ存スル建物ヲ收去シテ右地所ヲ明渡シ且……右解除ノ日マテノ延滯賃料ノ支拂ノ外右解除ノ日ノ翌日ヨリ右土地明渡濟ニ至ル迄其明渡義務不履行ニ因ル損害金ヲ支拂フヘキ義務アルモノト謂フヘク其損害額ハ右賃料ノ額ニ相當スルモノト認ムルコトヲ得ルヲ以テ當審ニ於テ爭ニ係ル被控訴人ノ請求ハ全部正當ニシテ控訴ハ理由ナシ（東京控訴院大正六年（ネ）第六二六號同九年七月一三日民二部岩本裁判長長谷川野源各判事判決）

【關係事項】棄却○土地明渡地代損害賠償請求事件○控訴人山本市藏訴訟代理人辯護士頓宮雄藏被控訴人鳥居喜美訴訟代理人辯護士小久江美代吉外一名

【解除ノ要件タル催告ノ内容ニ關スル參照學說判例】

石坂博士

一　催告ニ依リ債務者カ履行ノ場所ニ於テ履行ヲ爲スヘキコトヲ請求スルトキハ催告ハ無効ナリ然レトモ債務者カ他ノ場所ニ於テ履行ヲ爲スヘキコトヲ請求スル他ノ場所ニ於テ履行ヲ爲スヘキコトヲ要セストナスノ意思ヲ有スルコトヲ認メ得ヘキ場合ニハ催告ハ無效ナリト稱ス（法學博士石坂音四郎氏日本民法債權上四七九頁）

鳩山博士

二　催告ノ内容ト當該ノ債務トノ間ニ多少ノ差異ノ存シタル場合ニ於テ有效ナル催告アリヤハ各個ノ場合ニ付テ之ヲ決スヘシ具體的場合ニ於テ其債務ヲ意味セルモノト客觀的ニ推斷シ得ヘキ場合ニ於テノミ有效ナル催告ト爲スコトヲ得（法學博士鳩山秀夫氏日本債權法總論一一六頁）

博士末弘博士

三　取引ノ慣習ニ從ヒテ催告ヲ解釋スレハ如何ナル債務ニ對スル催告ナルカヲ知リ得ル場合ニハ假令催告ノ内容ト其債務ノ内容トノ間ニ多少ノ差異アルモ必スシモ無效ナラス（法學博士末弘嚴太郎氏法學論叢第一卷第一號本書第八參民法二五一頁）

博士道

四　催告ノ内容ハ之ニ依リテ請求スル債權ノ内容ト符合スルコトヲ要ス但シ其一部カ符合セサルモ爲メニ請求ノ目的タル債權

ノ同一性ヲ誤認セシムルノ虞ナキニ於テハ尚ネ之ヲ以テ有效ナル催告ナリト爲サザルヘカラス（法學博士末弘嚴太郎氏債權各論二四七頁）

五　履行催告中ノ一部ニ不穩當ノ廉アルモ之レカタメ其催告ヲ無效トシ契約解除ノ原因タラスト云フヲ得ス（東京控訴明治四四年一月二五日判決判例彙報第八卷六五頁）

六　契約解除ノ前提トシテ爲スヘキ債務履行ノ催告ハ債務ノ不履行アル場合ニ之レカ履行ヲ促ス目的ニ出ツルヲ以テ苟クモ債務者ニ不履行ノ事實アリテ其債務ニ關スル履行ノ催告ナルコトヲ認メ得ヘキ場合ニ於テハ假令當事者間ニ債務額ニ爭ヒアルカ爲メ多少實際ニ副ハサル數額ニ付キ支拂ヲ求メタリトスルモ此ノ一事ヲ以テ直チニ其催告ハ不適法ニシテ法律上ノ效力ナキモノト云フヲ得ス（同上明治四四年第一二七號判決法律新聞七五五號二二頁）

七　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サルヘ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（同上明治四二年（ネ）第五四一號同年三月一二日判決法律新聞六四〇號一三頁）

判旨ハ正當ニシテ吾人曾テ贊意ヲ表セシ所ナリ（本書第八卷民法二五三頁）

東京控訴院判決

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

民事訴訟法五〇　然レトモ總テノ共同訴訟人ニ對シ訴訟ニ係ル權利關係カ合一ニノミ確定ス可キトキニ限リ左ノ規定ヲ適用ス（中略）

共同訴訟人中ノ或ル人ノミカ期日又ハ期間ヲ懈怠シタルトキハ其懈怠セサリシ者ニ代理ヲ任シタルモノト看做ス（以下略）

贈與ノ取消ヲ原因トシテ受贈者及ヒ轉得者ニ對シ贈與契約ノ無效及ヒ自己ノ所有權ノ確認ヲ求ムル訴ハ總テノ共同訴訟人ニ對シ訴訟ニ係ル權利關係カ合一ニノミ確定スヘキ場合ニ該當スルモノトス」

受贈者乙ト轉得者丙間ノ賣買契約ノ際贈與者甲カ保證人ニ立チ賣買ノ目的物件タル立木ハ即時之ヲ仕納セラルルモ毫モ異議ナク若シ其仕納及木品搬出道筋拂

ニ付キ故障アリタルトキハ賣主（受贈者）並ニ保證人（贈與者）ニ於テ引受クヘシトノ旨丙ト約シタル事實ニ徴スレハ本件賣買契約ノ際ニハ該立木ハ既ニ甲ヨリ引渡アリテ乙ノ支配内ニ在リタルモノナルコトヲ推斷スルニ足ルヲ以テ甲乙間ノ贈與ハ既ニ其履行ヲ終リタルモノト認定スヘク假リニ書面ニ依ラサル贈與ナリトスルモ既ニ取消シ得サル狀態ニアリタルモノトス」

本訴ノ目的ハ贈與ノ取消ヲ原因トシテ受贈者及ヒ轉得者タル被控訴人等ニ對シ贈與契約ノ無效及ヒ控訴人ノ所有權ノ確認ヲ求メ且被控訴人角藏ニ對シ立木ノ不伐採ヲ求ムルニ在リテ各立木不伐採ノ請求ノ部分ヲ除キテハ被控訴人兩名ニ對シ同一旨趣ノ判決ヲ爲スヘキアラサレハ訴訟ノ目的ヲ達スルコトヲ得サルモノナルヲ以テ本件ハ總テノ共同訴訟人ニ對シ訴訟ニ係ル權利關係カ合一ニノミ確定スヘキ場合ニ該當スルモノトス仍テ被控訴人高林喜作ハ當審ニ於ケル口頭辯論期日ニ出頭セサルモ右期日ニ出頭シタル被控訴人西村角藏ニ其代理ヲ任シタルモノト看做ス

控訴人先代高村辯吾カ明治四三年六月八日本件立木ヲ被控訴人喜作ニ贈與シ喜作カ明治四四年中之ヲ被控訴人角藏ニ賣却シタルコト並ニ大正五年三月二五日被控訴人喜作ニ對シ控訴人ヨリ贈與取消ノ通知アリタルコトハ當事者間ニ爭ナキ所ナリ乙第四號證ニ於ケル湯淺圭造ノ鑑定並ニ同第五號證ノ三ニ依レハ甲第一號證（乙第三號證ト同一）ハ眞正ニ成立シタルモノナルコト明カニシテ同號證カ僞造ニ係ルモノナリト認ムヘキ證據ナク而シテ同號證ト乙第三號證ノ三トヲ參照スレハ本件立木ノ受贈者タル高村喜作ハ受贈後其受贈ノ當日該立木ニ付キ福岡彌吉ナル者ト賣買契約ヲ締結シ其契約ハ其後喜作カ角藏ニ本件立本ヲ賣渡ス以前合意解除トナリタルコト明カニシテ喜作ト彌吉間ノ賣買契約成立ノ際該立木ノ贈與者タル高村辯吾カ保證人ニ立チ喜作並ニ彌吉間ニ於ケル賣買ノ目的物件タル立木ハ即時之ヲ仕納セラルルモ毫モ異

譲ナク若シ其仕納及木品搬出道筋等ニ付キ故障アリタルトキハ賣主並ニ保證人ニ於テ引受クヘシトノ旨彌吉ト約シタルコトヲ認メ得ヘク右約旨ト立木贈與者タル高村辨吾ニ於テ其保證人ニ立チタル事實ニ徴スレハ喜作カ本件立木ヲ彌吉ニ賣却スル際ニハ該立木ハ既ニ辨吾ヨリ引渡アリテ喜作ノ支配内ニ在リタルモノナルコトヲ推斷スルニ足ルヲ以テ辨吾喜作間ノ本件贈與ハ明治四三年六月八日其履行ヲ終リタルモノト認定セサルヘカラス……控訴人ノ擧ケタル證據中ニハ一モ右認定ヲ覆スニ足ルモノナク本件立木ニ付キ控訴人名義ノ所有權保存登記ノ存スル事實ノミニ依リテハ該認定ハ之ヲ覆シ難シ然ラハ本件贈與ハ假リニ控訴人主張ノ如ク書面ニ依ラサル贈與ナリトスルモ控訴人カ被控訴人喜作ニ對シ本件贈與取消ノ意思表示ヲ爲シタル當時ニ於テハ其履行終了ニ因リ既ニ取消シ得サル狀態ニアリタルモノナレハ該取消ノ意思表示ハ何等ノ效力ナキモノト謂フヘク從テ本件立木ノ所有權ハ贈與ニヨリ控訴人先代ヨリ被控訴人喜作ニ移轉シタルモノト爲スヘキヤ勿論ナリト爲スヘキニ依リ其所有權ノ存續セルコトヲ前提トスル控訴人ノ本訴ノ請求ハ到底認容スルニ由ナキモノト謂ハサルヘカラス(東京控訴院大正八年(ネ)第三四一號同九年七月三一日民三部岩本裁判長長谷川中島各判事判決)

【關係事項】 棄却○立木贈與無效及所有權確認並ニ伐採禁止請求控訴事件○控訴人高村美貞訴訟代理人辯護士富田富次郎被控訴人高村喜作外一名訴訟代理人辯護士占部喜太郎外一名

【民法第五五〇條ニ所謂履所終了ノ意義ニ關スル學說判例】

本卷民法八三〇頁以下

七五〇 家族カ婚姻又ハ養子緣組ヲ爲スニハ戶主ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス

家族カ前項ノ規定ニ違反シテ婚姻又ハ養子緣組ヲ爲シタルトキハ戶主ハ其婚姻又ハ養子緣組ノ日ヨリ一年内ニ離籍

東京控訴院判決

ヲ爲シ又ハ復籍ヲ拒ムコトヲ得(以下略)

九七六 被相續人カ遺言ヲ以テ推定家督相續人ヲ廢除スル意思ヲ表示シタトキハ遺言執行者ハ其遺言カ效力ヲ生シタル後遲滯ナク裁判所ニ廢除ノ請求ヲ爲スコトヲ要ス此場合ニ於テ廢除ハ被相續人ノ死亡ノ時ニ遡リテ其效力ヲ生ス

「壻養子乙カ養親甲ノ死亡ニ因リ戶主ト爲リタル後丙ト婚姻シタル場合ニ於テ甲ノ遺言ニ基キ提起シタル家督相續人廢除ノ訴訟ニ於テ敗訴ノ判決ヲ受ケタリトヽ雖モ該判決タルヤ未タ確定ニ到ラス又當時既ニ乙ハ假處分命令ニ因リ其戶主權ノ行使ヲ禁止セラレ居タリシト雖モ之カ爲メニ戶主タルノ身分ヲ喪失シテ家族トナリタルモノト謂フ可ラサルカ故ニ乙ノ右婚姻ニ付テハ民法第七五〇條第一項ノ規定ノ適用又ハ準用ナキモノニシテ後ニ家督相續人タルコトヲ廢除セラル判決確定スルモ其遡及效ハ之ヲ婚姻ニ及ホシ婚姻ノ始メニ遡リテ戶主ノ同意ヲ得サリシ婚姻ナリト爲スノ效力ナキモノトス」

被控訴人カ明治四〇年二月一九日訴外亡秋山善作ノ壻養子トナリ其法定ノ推定家督相續人タリシコト右善作カ大正七年一二月一〇日死亡シタルニヨリ家督相續開始シ被控訴人カ家督ヲ相續シテ戶主ト爲リタルコト右善作カ死亡前特別方式ノ遺言ヲ爲シ其遺言執行者タル訴外秋山清兵衛ヨリ被控訴人ニ對シ法定推定家督相續人廢除請求訴訟ヲ提起シ被控訴人ノ敗訴トナリ該判決カ同年一月二五日送達セラレ同年一二月三日確定シタルコト同月一二日右確定判決ノ執行トシテ被控訴人ノ戶主タル戶籍記載ヲ訂正シ長男永男ニ於テ更ニ家督相續人トナリ戶主ト爲リタルコト訴外秋山清兵衛ヨリ右家督相續人廢除ノ訴訟提起ト同時ニ被控訴人ニ對シ戶主權行使並ニ遺產管理行爲禁止ノ假處分ヲ申請シ大正八年一月三〇日該申請ヲ許容スル假處分ノ決定

チ與ヘラレタルニヨリ被控訴人カ戸主權ノ行使ヲ禁止セラレタルコト同年一一月二四日被控訴人カ秋山ヨリト婚姻ヲ爲シ其屆出ヲ爲シタルコト訴外秋山清兵衛ニ於テ被控訴人カ右ヨリト婚姻ヲ爲スニ付戸主ノ同意ヲ得サリシヲ理由トシテ被控訴人ヲ離籍センカ爲メ戸主權ヲ行フ親族會ノ招集ヲ岩村田區裁判所ニ申請シ控訴人三名カ其親族會員ニ選定セラレ被控訴人主張ノ如キ第一第二ノ決議ヲ爲ンタルコトハ當事者間爭ナキ所ナリ依テ先ツ右決議ハ正當ナリヤ否ヤノ爭點ニ付キ按スルニ被控訴人カ訴外秋山ヨリト婚姻ヲ爲シタル當時ニ於テハ被控訴人ハ既ニ亡秋山善作ノ家督相續ニヨリ戸主タル地位ニ在リ而シテ訴外秋山清兵衛ノ提起シタル家督相續人廢除ノ訴訟ニ於テ被控訴人ハ敗訴ノ判決ヲ受ケタリト雖モ該判決タリヤ未タ確定ニ到ラス又當時既ニ被控訴人ハ假處分命令ニ因リ其戸主權ノ行使ヲ禁止セラレ居タリシト雖モ之カ爲メ戸主タルノ身分ヲ喪失シテ家族トナリタルモノト謂フ可ラサルカ故ニ被控訴人ノ右婚姻ニ付テハ其當時ニ於テ民法第七五〇條第一項ノ規定ノ適用又ハ準用ナキコト毫モ疑ヲ容レス尤モ被控訴人カ右婚姻ノ後亡善作ノ家督相續人タル訴外家督相續ノ始メニ遡リ其戸主權ヲ喪失セルモノトナルヲ以テ被控訴人ノ右婚姻ハ畢竟家族ノ婚姻トナルノ結果ヲ生スルモノ如シト雖モ右ノ遡及效ハ之ヲ右婚姻ニ及ホシ婚姻ノ始メニ遡リテ戸主ノ同意ヲ得サリシ婚姻ナリト爲スノ效力ナキモノト解スルヲ妥當トス然ラハ控訴人等カ被控訴人ヲ右婚姻ニ付其當時右民法ノ規定ニ付キ戸主ノ同意ヲ得サリシヲ理由トシテ戸主ニ代リ被控訴人ヲ離籍スル旨ノ決議ヲ爲シタルハ洵ニ不當ニシテ從テ被控訴人ヲ離籍シタル結果未成年ノ戸主秋山永男ニ對シ親權ヲ行フ者ナキヲ理由トシテ後見人及後見監督人ヲ選任スル旨ノ決議ヲ爲シタルモ亦違法ナレハ本件第一第二ノ決議ト共ニ無效ナリト謂ハサルヘカラス故ニ被控訴人ノ本訴請求ハ他ノ爭點ニ付キ判定スル迄モナク正當ニシテ本件控訴ハ毫モ其理由ナキモノトス（東京控訴院大正九年（ネ）第四〇〇號同年一〇月二五日民三部岩本裁判長名兒耶野澤各判事判決）

東京地方裁判所判決

【關係事項】棄知○親族會決議不服事件○控訴人秋山源次郎外二名訴訟代理人辯護士顧宮雄謙外一名被控訴人秋山幸七訴訟代理人辯護士井出善一郎

遺言ニ因ル廢除ノ效力ハ被相續人ノ死亡ノ時ニ遡ルト雖モ其遡及效ヲ認メラレタル理由ハ之ヲ遡及セシメスンハ被廢除者ノ相續順位ヲ剝奪セントスル廢除ノ目的ヲ達シ得サルカ故ナレハ其遡及效ノ範圍ハ相續ニ直接關係アル事項ニ關セサルヘカラス果シテ然ラハ廢除判決ノ確定前ニ被廢除者カ爲シタル婚姻ト雖モ家族ノ爲シタル婚姻ト爲ルコトナク戸主ノ同意ナカリシヲ理由トシテ離籍セラルルコトナキヤ勿論ニシテ判旨ノ正當ナル多ク言議ヲ容レサルヘシ

（三〇五）

八六六　緣組ノ當事者ノ一方ハ左ノ場合ニ限リ離緣ノ訴ヲ提起スルコトヲ得

一　他ノ一方ヨリ虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキ

養子乙カ養親タル甲ノ重患ニ惱ミ醫師ヨリ他人トノ對談ヲ避ケ安靜加療ヲ命セラレ居ル際之ヲ知悉シナカラ其病床ニ到リ離緣ノ條件トシテ金員ノ交付ヲ暴言ヲ以テ迫ルカ如キハ民法第八六六條第一號ニ所謂虐待ニ該當スルモノトス」

仍テ案スルニ原告等カ明治三五年八月二五日被告ト養子緣組ヲ爲シ現ニ養親子關係アルモノナルコトハ甲第一號證ニ徵シ明白ナリ

而シテ證人中根一二三ノ證言ニ依レハ被告ハ原告虎吉カ大正九年七月以來肺結核症ニテ病臥シ醫師ヨリ對談ヲ避ケ安靜加療ヲ要スヘキ旨命セラレ居ル事情ヲ知悉シナカラ却ツテ之ニ乘シ其枕頭ニ到リ離緣ヲ承諾スヘキニ付キ金二千圓ヲ提供スヘシ等

暴言ヲ以テ迫リシ事實ヲ認定スルニ充分ナリ然リ而シテ養子タル被告カ養親タル原告虎吉ノ重患ニ惱ミ醫師ヨリ他人トノ對談ヲ避ケ安靜加療ヲ命セラレタル際之ヲ知悉シナカラ其病床ニ到リ離緣ノ條件トシテ金員ノ交付ヲ暴言ヲ以テ迫ルカ如キハ民法第八六六條第一號ニ所謂虐待ニ該當スルモノト謂フヘク從テ原告ノ本訴請求ハ既ニ此點ニ於テ正當ナルヲ以テ爾餘ノ部分ニ付キテハ判斷ヲ須キスシテ之ヲ認容スヘキモノトス(東京地方裁判所大正九年(タ)第二二四號同年一一月一五日民一部推津裁判長小藤杉本各判事判決)

東京地方裁判所判決

【關係事項】原告勝訴○離緣請求事件○原告山田虎吉外一名訴訟代理人辯護士永屋茂被告山田喜世司

【虐待ト離緣ノ原因ニ關スル參照判例】

本卷民法二三二頁、二三三頁、三二二頁、五七九頁、七九九頁、九三四頁

(三〇六)

八七七 子ハ其家ニ在ル父ノ親權ニ服ス但獨立ノ生計ヲ立ツル成年者ハ此限ニ在ラス

父カ知レサルトキ死亡シタルトキ家ヲ去リタルトキ又ハ親權ヲ行フコト能ハサルトキハ家ニ在ル母之ヲ行フ

八九六 父又ハ母カ親權ヲ濫用シ又ハ著シク不行跡ナルトキハ裁判所ハ子ノ親族又ハ檢事ノ請求ニ因リ其親權ノ喪失ヲ宣告スルコトヲ得

親權ハ戸籍上其子ノ家ニアル父又ハ母ノ一身ニ專屬スル權利タルト同時ニ義務ニシテ讓渡並ニ拋棄ヲ許スヘカラサルコト明カナルヲ以テ子ヲ被告カ引取ルヘキ協定成リ且ツ原告(親權者)カ子ヲ被告方ニ捨テ去リタル事實アリトスルモ原告カ親權者トシテ其親權ヲ行使スルニ付キ何等ノ妨ケト爲ルコトナキモノトス」

親權ヲ喪失スヘキ場合ハ法律之ヲ限定シ而モ裁判所ノ宣言ヲ要スルモノナルカ故ニ親權ハ幾年間之ヲ行使セサルモ之カ消滅ヲ來スコトナキノミナラス子ノ監

護教育ハ之ヲ他人ニ委スルモ親權ニ何等影響ヲ及ホスコトナキヲ以テ親權者カ八年間子ヲ顧ミルコトナシトスルモ親權者ヲシテ其親權ヲ行使セシムルモ法ノ精神ニ違反スルモノ非ス」

成立ニ爭ナキ甲第一號證ニヨリ錦子ハ明治四三年一一月二〇日出生シ明治四四年二月八日被告カ錦子ヲ認知シタルモ被告家ノ戸主ノ同意ナカリシヲ以テ原告方ニ入籍シタルコトヲ認ムルニ足ル然ラハ原告カ錦子ノ親權者タルコト明カニシテ乙第一乃至四號證ニヨルモ右認定ヲ覆スニ足ラス而シテ被告ハ錦子出生ノ當時原被告間ニ於テ被告ハ錦子ヲ引取リ迫テ入籍ノ手續ヲ爲スヘキ協定成リ且ツ原告ハ錦子ヲ被告方格子內ニ捨テ去リタルヲ以テ原告ハ親權ヲ拋棄シタルモノナルカ故ニ原告ノ本訴請求ハ失當ナリト抗爭スレトモ親權ハ戸籍上其子ノ家ニアル父又ハ母ノ一身ニ專屬スル權利タルト同時ニ義務ニシテ讓渡並ニ拋棄ヲ許スヘカラサルコト明カナルトコロナルヲ以テ假リニ被告主張ノ如ク錦子ヲ被告カ引取ルヘキ協定成リ且ツ原告カ錦子ヲ被告方ニ捨テ去リタル事實アリトスルモ原告カ親權者トシテ其親權ヲ行使スルニ付キ何等ノ妨ケトナルコトナシ仍テ被告ノ右抗辯ハ採用シ難シ次テ被告ハ原告ハ錦子ニ對シ八ケ年間親權者トシテ些ノ監護教養スルトコロナカリシカ故ニ原告ノ親權ハ事實上空虛ニシテ此ノ如キ者ヲ親權者トシテ其親權ヲ行使セシムルハ法ノ精神ニ反スト抗爭スレトモ親權ヲ喪失スル場合ハ法律之ヲ限定シ而モ裁判所ノ宣告ヲ要スルモノナルカ故ニ親權ハ幾年間之ヲ行使セサルモ之レカ消滅ヲ來スコトナキノミナラス子ノ監護教育ハ之ヲ他人ニ委スルモ亦親權ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナキハ敢テ論ヲ俟タサルトコロナルヲ以テ被告主張ノ如ク原告カ八ケ年間錦子ヲ顧ミルコトナシトスルモ原告ナシテ其親權ヲ行使セシムルモ毫モ法ノ精神ニ違反スルコトナシト謂フヘク被告ノ右抗辯モ亦採用スルニ由ナシ果シテ然ラハ被告ハ原告ニ對シ錦子ヲ引渡ス義務アルコト明カニシテ原告ノ本訴請求ハ正當ナリトス(東京地方裁判所大正七年

（カ）第八六二號同九年一〇月二九日民二部推律裁判長小藤矢迫谷判事判決）

【關係事項】　原告勝訴○少女引渡請求事件○原告人見とよ訴訟代理人辯護士黒澤長八郎

【判旨第一點親權ノ處分不可能性ニ關スル同趣旨學說】

一　親權者ノ權利義務ハ公益ト重大ナル關係ヲ有スルモノトス故ニ別段ノ規定アル場合ノ外當事者ノ意思表示ニ依リテ此權利ヲ消滅セシムルコトヲ得サルナリ（法學博士仁井田益太郎氏親族相續二八四頁）

二　親權ハ父母カ父母タル身分上當然有スル親隣權ナルカ故ニ之ヲ讓渡スルヲ得ス但シ親權ニ關スル子ノ安全ヲ害セス且ツ善良ノ慣習ニ反セサル限リ親權行使ニ關スル事實上ノ行爲ハ他人ヲシテ行ハシムルコトヲ妨ケス例ヘハ赤兒ヲ里ニ出シ又感化院ニ入院セシムルカ如キ是ナリ又親權ハ一方ヨリ云ヘハ子ヲ保護スヘキ義務アルカ故ニ之ヲ拋棄スルコトヲ得ス（ドクトル阪本三郎氏早大講親族二二九頁）

仁井田博士
阪本ドクトル

（三〇七）

五五六第一項　賣買ノ一方ノ豫約ハ相手方カ賣買ヲ完結スル意思ヲ表示シタル時ヨリ賣買ノ效力ヲ生ス

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

民事訴訟法四〇五第一項　被控訴人ハ自己ノ控訴ヲ拋棄シタルトキ又ハ控訴期間ノ經過シタルトキ雖モ附帶控訴ヲ爲スコトヲ得

同法四一六　新ナル請求ハ第百九十六條第二號及ヒ第三號ノ場合又ハ相殺スルコトヲ得ヘキモノニシテ且原告若クハ被告カ其過失ニ非スシテ第一審ニ於テ提出シ能ハサリシコトヲ疏明スルトキニ限リ之ヲ起スコトヲ得

東京控訴院判決

第一審ノ原告タリシ被控訴人ハ附帶控訴ノ方法ニ依ルニ非サレハ第一審判決ト異ル自己ニ利益ナル判決ヲ求メ得サルハ明カナリト雖モ申立ノ擴張減縮ノ場合ニハ附帶控訴ノ方法ニ依ラスシテ猶ホ之ヲ求メ得ヘキモノトス」

買戻條件付賣買ハ賣買當時ノ原價ヲ以テ賣戻スコトヲ內容トセサルヘカラサル

モノナルニ係爭契約ニ在リテハ買戻ノ意思表示ヲ爲スヘキ時期ニ於テ「他ノ公衆ノ買人アル値段」卽チ時價ヲ以テ賣買スルコトヲ內容トスルヲ以テ其價額ハ賣買價額ニ比シ增減ノ生スルコトヲ免レサルヲ以テ買戻條件付賣買ニ非ス故ニ假令其賣主ニ對シ後日賣渡ヲ爲スヘキコトノ特約カ賣買契約ト同時ニ爲サレタリトスルモ斯ル特約ハ當事者一方ノ再賣買ノ豫約ナリト解スヘキモノトス」

豫約權利者カ其權利ヲ行使シテ賣買完結ノ意思表示ヲ爲スニ當リテハ買戻ノ場合ニ於ケルカ如ク其意思表示ト同時ニ代金ノ提供ヲ要スルモノニ非ス」

時價ヲ以テ代金ヲ支拂フヘキ再賣買ノ豫約ニ於テ豫約權利者カ賣買完結ノ意思表示ヲ爲スニ當リ一段歩金一七〇圓ヲ以テ買受クヘキ旨ノ通知ヲ爲シタルモ當時係爭地ノ時價一反歩金二五〇圓ナリシトキハ不當ノ價額ノ申出ナルコトハ明カナルモ爲メニ賣買契約ノ成立ニ影響スルモノニ非ス」

係爭地ハ元來被控訴人ノ先代飯泉武十郎ノ所有ナリシヲ同人カ明治四三年四月五日控訴人ニ賣却シタルモノナルコト控訴人カ武十郎ニ對シ係爭地ヲ明治四八年（卽チ大正四年）一一月一日ヨリ一二月三〇日迄ノ間時ノ相當價額ヲ以テ賣渡スヘキ契約ヲ爲シタルコト被控訴人カ大正三年六月先代武十郎ノ死亡ニ因リ其家督相續ヲ爲シタルコト被控訴人カ大正四年一二月二七日控訴人ニ對シ右地所ヲ一反歩ニ付キ金壹百七十圓ノ割合ヲ以テ買受クヘキ旨ノ意思表示ヲ爲シタルコト大正四年一二月ノ當時ニ於ケル係爭地ノ價額ハ一反歩金貳百五十圓ナリシコト及ヒ被控訴人カ大正九年五月一九日係爭地ノ代金トシテ一反歩金貳百五十圓ノ割合ヲ以テ總額金壹千九百二十法

ヲ茨城縣谷田部支金庫ニ供託シタル上其受領方ヲ控訴人ニ通知シタルコトニ付テハ當事者間ニ爭ナキ所ナリ

仍テ先ツ被控訴人カ附帶控訴ノ方法ニ依ラスシテ第一審判決ト異リタル單純ナル所有權移轉登記手續ヲ爲スヘキ判決ヲ求ムル旨ノ申立ノ變更ハ不適法トシテ之ヲ許スヘキモノニアラサル旨ノ控訴人ノ抗辯ニ付キ審案スルニ第一審ノ原告タリシ被控訴人ハ附帶控訴ノ方法ニ依ルニ非サレハ第一審判決ト異ル自己ニ利益ナル判決ヲ求メ得サルハ明カナリト雖モ申立ノ擴張減縮ノ場合ニハ附帶控訴ノ方法ニ依ラスシテ爾ホ第一審判決ト異ル判決ヲ求メ得ヘキモノトス本件ニ就キ之ヲ見ルニ原審判決ハ控訴人ハ被控訴人ヨリ一定ノ金額ヲ受取リ所有權移轉登記手續ヲ爲スヘキ旨ノ判決ヲ爲シタルモノナレハ該判決ハ代金引換ニ所有權移轉登記ノ手續ヲ命シタルモノトフヘク然カモ此判決ハ被控訴人ノ其旨ノ一定ノ申立ニ依レルコトハ原判決ノ記載ニ徵シ明カナレハ當審ニ於テ單ニ登記手續ノミヲ求ムルハ申立ノ擴張ニ外ナラサルヲ以テ被控訴人ノ一定申立ノ變更ハ之ヲ許スヘキモノトス……然レトモ右被控訴人先告人ヨリ控訴人ニ對シ係爭地ヲ賣却スルト同時ニ爲シタル本件契約ヲ以テ買戻契約ニテ該賣買ヲ以テ買戻條件付賣買ナリト爲シ得ヘキモノニ非ス蓋シ買戻條件付賣買ハ賣買當時ノ原價ヲ以テ賣戻スコトヲ內容トセサルヘカラサルモノナルニ係爭契約ニ在リテハ買戻ノ意思表示ヲ爲スヘキ時期ニ於テ『他ノ公衆ノ買人アル値段』即チ時價ヲ以テ賣買スルコトヲ內容トスルヲ以テ其價額ハ賣買價額ニ比シ增減ノ生スルコトヲ免レサルヲ以テナリ故ニ假令其賣主ニ對シ後日賣渡ヲ爲スヘキコトノ特約カ賣買契約ト同時ニ爲サレタリトスルモ斯ル特約ハ賣買ト同時ニ爲サレタル當事者一方ノ再賣買ノ豫約ナリト解スルヲ妥當トス從テ豫約權利者カ其權利ヲ行使シテ賣買完結代價ヲ要スルモノニ非スシテ賣買完結ノ意思表示ト同時ニ代金ノ調モノトス控訴人ハ本件契約當事者間ニハ其意思表示ノミヲ以テ買賣成立ノ效果ヲ生スメ

ヘカラサル特約アリシ旨ヲ主張スルモ甲第一號證……ニハ斯ル特約ニ關スル記載ナク其期間經過後ハ無效ト爲ス旨ノ記載ハ之ヲ以テ其特約ヲ爲シタルモノト爲シ難ク其他控訴人ノ主張ヲ認メシムヘキ證據ナキヲ以テ其主張ヲ採容スルニ由ナシ……左レハ被控訴人ノ大正四年一二月二七日爲シタル賣買完結ノ意思表示ニ因リ當事者間ニ係爭地ヲ目的トスル賣買契約有效ニ成立シタルモノト認ム而シテ右意思表示ヲ爲スニ當リ被控訴人カ一反歩金百七十圓ヲ以テ買受クヘキ旨ノ通知ヲ爲シタルコトハ甲第二號證ニ依リ明カニシテ當時係爭地ノ時價一反歩二百五十圓ナリシコトニ付テハ控訴人カ當院口頭辯論ニ於テ之ヲ認ムル事實ニ徵シ不當ノ價額ノ申出ナルコトハ明カナルモ爲メニ賣買契約ノ成立ニ影響スルモノニアラス蓋シ甲第一號證……ニ依リ明カナル如ク被控訴人カ代金トシテ支拂フヘキモノハ『他ノ公衆ノ買人アル所ノ値段』即チ時價ニシテ被控訴人ノ申出價額カ其標準ヲ爲スニ非スシテ時價カ標準ヲ爲スモノナルヲ以テ被控訴人ハ代金トシテ時價相當ノ金額ヲ支拂フ義務ヲ負擔スルモノナレハナリ而シテ當時ノ時價二百五十圓ナリシコトニ付テハ當事者雙方ニ於テ爭ナキ所ナルカ故ニ當事者間ニ被控訴人ノ賣買完結ノ意思表示ニ因リ成立シタル係爭地ノ賣買代金ハ一反歩金二百五十圓ノ割合ニシテ總計金一千九百二十圓ナリトスヘク被控訴人カ大正三年五月一九日右金額ヲ適法ニ供託シテ其受領方ヲ控訴人ニ通知シタルコトニ付テハ控訴人ノ之ヲ認ムル所ナルヲ以テ控訴人ハ賣主トシテ『其主タル被控訴人ニ係爭地ノ所有權移轉登記ヲ爲ス義務アルモノトス控訴人ハ被控訴人カ大正四年一二月二七日賣戻請求ノ通知ヲ爲シタル際相當時價二百四十圓ニテ之ニ應スヘキ旨ヲ申入レタルニ百七十圓以上ニテハ買ハサル意思表示ヲ爲シタルモノナレハ之ニ依リ買戻權ヲ拋棄シタルモノナル旨抗辯スルモ甲第三號證ノ二ニ依リテ明ナル如ク被控訴人ハ明治四三年一月生ノ幼者ニシテ其法定代理人ハ飯泉ますナルニ同人カ買戻權ヲ拋棄シタリト認ムヘキ證據一モナシ乙第二號證乃至第四號證ハ百七十圓ヲ以テ買受ノ意思ヲ表示シタルコトヲ認メ得ルニ過キスシテ

百七十圓ヲ超過スルニ於テハ買戻權ヲ抛棄スル意思ヲ表示シタルモノト認ムルコト能ハス當審證人結城陳平……ノ證言ニ依ルモ被控訴人ノ法定代理人ナラサル飯泉信哉カ大正四年一二月三〇日被控訴人宅ニ於テ應對シタルニ止マリ法定代理人飯泉ハ毫モ應對シタルニ非サルコトヲ認メ得ルト右信哉カ當時ますノ代理人トシテ應對シタルモノト認ムヘキ證據アラサルノミナラス依リテ代理人トシテ應對シタリトスルモ當審證人濱野兵司ノ證言ニ依リテ認メ得ル如ク當時信哉ハ二百四十圓ヲ以テ時價ニ非サル高價ナリトシテ百七十圓ヲ相當時價ナリトシテ之ニ依リテ代金額ヲ決セントシ當時交渉繼マラサリシニ過キサルモノナレハ之ヲ以テ買戻權ヲ抛棄シタルモノト爲シ得ヘキモノニ非ス……況ンヤ大正四年一二月三〇日ハ既ニ賣買完結ノ意思表示其效力ヲ生シ賣買成立シタル後ノコトニ屬スルモノナルヲ以テ一方的意思表示ノ爲メニ契約ハ其效力ヲ消滅スヘキモノニ非ス……左レハ本件係爭地ノ賣買ハ大正四年一二月二七日ノ被控訴人ノ賣買完結ノ意思表示ニ依リテ有效ニ成立シ且效力ヲ保有スルモノト爲ササルヘカラス左レハ被控訴人ノ本訴請求ハ正當ニシテ控訴人ノ控訴ハ理由ナキモノトス(東京控訴院大正七年(ネ)第五七七號同九年九月二七日民一部神谷裁判長水口渡邊各判事判決)

【關係事項】控訴棄却○所有權移轉登記手續請求控訴事件○控訴人町田角次郎訴訟代理人辯護士宮古啓三郎外一名被控訴人飯泉男訴訟代理人辯護士上原鹿造外一名

【判旨第二點買戻ト再賣買ノ豫約トノ異同ニ關スル參照學說判例】

一 買戻ハ賣買契約ノ解除ナリ是レ再賣買ト異ル所ニシテ從テ買戻ノ特約カ再賣買ノ豫約ニアラサル所以ナリ(法學博士岡松參太郎氏民法理由債權編次一五八頁)

二 買戻ノ意思表示ハ賣買契約ト同時ニ爲サレタルコトヲ必要トシ賣買契約成立後ニ於テ爲シタル特約ハ一ノ賣買ノ豫約トナリ買戻ニ非ス從テ買戻權ヲ生セス抑モ再賣買ノ豫約トハ全ク其ノ性質ヲ異ニスルモノナルヲ以テ其ノ效果モ亦同一ニアラス即チ再賣買ノ豫約ナレハ其ノ代金ト同一ナルコトヲ要セス或ハ高ク或ハ低キ價ヲ定ムルコトヲ得ヘシマタ再賣買ノ豫約ノ實行ハ再度ノ賣買ヲ爲スモノニシテ賣主ニ於テ買主ノ權利ヲ承繼スルモノナリ之レニ反シテ買戻ハ賣主自身ノ權利ヲ恢復スルモノニシテ乃チ賣買ノ解除ナリ故ニ買戻代價ハ必ス賣渡代價ト同一ナリトス(法學博士鈴木喜三郎氏大家論大集下卷三六一頁)

三 買戻ハ其名ニ依リテ之ヲ見レハ再賣買ナルカ如シト雖モ買戻ノ效果ヲ定メタル民法第三七九條以下ノ規定ニ見ルトキハ再賣買ニ非スシテ賣買契約ノ解除ナルコト明ナリ隨テ又買戻權ハ再賣買ノ豫約ニ基ク債權又ハ不動產取締權ニハアラスシテ形成權ノ一タル解除權ナルモノト解セサルヘカラス(法學博士鳩山秀夫氏債權各論三七二頁)

四 買戻特約ト再賣買ノ豫約又ハ單純ナル解除特約トハ實際上識別困難ナル場合少ナカラス是等ノ場合ニ於テハ當事者ノ意思ヲ解釋シテ之ヲ決スルノ外ナシ尙ホ是等ノ契約ハ買戻特約ニアラサルカ故ニ直接民法五七九條以下ノ規定ヲ適用ヲ受クルモノニアラスト雖モ其中禁止規定(例ハ五七九條五八〇條)ハ是等ノ契約ヲ締結スルニ付テモ之ヲ遵守セサルヘカラサルモノ也(法學博士末弘嚴太郎氏債權各論四五一頁)

五 再賣買ノ豫約買戻ヲ留保スル契約ハ一ノ豫約ニシテ買主ハ之ニ依リテ買戻ノ契約ヲ締結スル義務ヲ負フモノトス之ヲ我民法ノ買戻ニ比スルニ其效力カ債權的ニシテ第三者ニ及ハサル點最モ著シトス次ニ買戻ノ金額ニ一定ノ制限ナキモ亦著シ(法學士伊藤次郎氏奥約各論京都法政大學講義一六四頁)

六 買戻ノ特約ハ再賣買ノ豫約ナリトノ說ハ始メノ買主カ始メノ賣主ニ該財產買ヲ賣渡ス前第三者ニ其ノ權利ヲ賣渡シタルトキハ後日始メノ賣主カ其ノ權利ヲ買受クルモ事實上何等ノ效果ナキニ至ルノ利便アリ何トナレハ買受ノ效力カ既往ニ遡ルコトナケレハナリ尤モ賣買ノ目的物カ不動產ナル場合ニ於テ始メノ賣主カ後日買受ケタルコトアルヘキ權利ニ付キ假登記ヲ爲シ後日之ヲ買受ケタルトキ本登記ヲ爲ストキハ本登記ノ順位ハ假登記ノ順位ニ依ルカ故ニ買受ノ效力カ既往ニ遡ルコトトナリ從テ始メノ賣主ハ其ノ買受前ニ其ノ權利ヲ買受ケタル第三者ニ對シ自己ノ權利ヲ以テ對抗スルコトヲ得ヘシ(法學士村上泰一氏債權各論四六四頁)

七 當事者ノ意思カ代金六百圓ヲ支拂ヒテ賣買ヲ解除シ原狀回復ヲ爲サントスルニ非スシテ更ニ新ナル賣買ヲ成立セシメントスルニ在リタル事實ヲ認メテ之ヲ賣買ノ豫約ナリト判定シタルハ相當ナリ(大審院大正六年(オ)第一一〇九號同七年二月二八日民二部判決本書第七卷民法一六二頁)

八 買戻ト再賣買ノ豫約トハ法律上其性質ヲ異ニスルヲ以テ法律上買戻ノ條件ヲ具備セサルニ於テハ當事者ノ意思ニ拘ハラス再賣買ノ豫約ト看做スコトヲ得(大審院明治三三年一〇月五日判決民錄六輯九卷二八頁)

九 地所賣買ヲ同時ニ買戻ノ契約ヲ併セテ爲スモノハ未必條件附ノ賣買ナリ此種ノ契約ハ其期間ヲ過クレハ直チニ買戻ノ權能ヲ失フト雖モ一旦賣買ヲ結了シ爾後更ニ買戻契約ヲ爲スモノハ再賣買ニシテ未必條件附ノ賣買ニ非ス而シテ再賣買ニ係ルモノハ買戻人ヲシテ遲滯ニ附シタル上ニ非サレハ期限ノ經過ノミヲ以テ買戻權能ヲ失ヘルモノト爲スヲ得ス(同上明治二七年三月一二日判決民事判決錄一二二頁)

一〇 單純ノ賣買ヲ遂ケタル買戻契約ヲ取結フモ再賣買ノ豫約ニ過キス(同上明治二四年判決民事判決錄一卷一二八頁)

一一 再賣買ノ豫約カ賣買契約ト同時ニ成立スルコト及ヒ再賣買ノ豫約ニ於ケル賣買代金カ前ノ賣買代金ト同一額ナルコトハ毫モ再賣買ノ豫約ノ性質ニ反セサルヲ以テ再賣買ノ豫約カ賣買契約ト同時ニ成立シ且賣買代金カ前ノ賣買代金ト同一ナルコトノ事實ニヨリテハ未タ以テ右特約カ再賣買ノ豫約ニアラスシテ買戻ノ特約ナリトハ認定シ難ク要スルニ當事者ノ意思ヲ推考シ

鳩山博士
末弘博士
伊藤博士
村上博士
大審院

テ其ノ特約ノ性質如何ヲ認定セサルヘカラス（同上大正六年九月二一日民一部判決本書第六巻民法八〇一頁）

一二 被控訴人ハ鈴木貞四郎ノ父ニ千餘圓ノ負債アリ之カ辯濟ノ爲メ一時自己ノ所有地ヲ賣却スルモ後日再ヒ自己ノ所有ト爲サントノ目的ノ下ニ特ニ高價ナル他人ノ申込ヲ拒絶シ比較的廉價ナル千百廿圓ノ代金ヲ以テ親族ムル控訴人ニ本件地所ヲ賣渡シ其際後日何時ニテモ被控訴人ニ於テ同額ノ金圓ヲ以テ更ニ控訴人ヨリ買受クルコトヲ得ル旨ノ契約ハ買戻ノ特約ニアラスシテ竟畢被控訴人主張ノ如ク再賣買ノ豫約ナリト認ムルヲ妥當トス蓋シ被控訴人カ本件地所ヲ特ニ親族ナル控訴人ニ賣渡シタル所以ノモノハ竟畢右地所ヲ保存スル意義ニテ即チ後日必ス再ヒ自己ノ所有ト爲サントノ目的ニ出テタルモノニ係リ而モ右契約ノ趣旨ニシテ買戻條件附ノ特約ナリトセハ被控訴人ハ一定ノ期間内ニ代金及ヒ契約費用ヲ提出シテ以テ意見ヲ表示スルコトヲ必要トシ若シ其期間ニ經過センカ假令代金ヲ調達スルモ普通ノ狀態トシテ前記目的ニ達スルコトヲ得サレハナリ（東京控訴大正二年一二月二二日判決本書第二巻民法七九二頁）

一三 買戻ノ特約アリテハ代金ノ他ニ尙ホ契約ノ費用ヲモ返還スル旨ヲ定ムルヲ通例トス故ニ反證ナキ限リハ本件ノ契約ハ被控訴人主張ノ如ク賣渡シノ豫約ナリト認定セサルヘカラス（同上大正元年一〇月四日判決法律新聞八三一號二〇頁）

一四 賣買代金ノ同一及ヒ再賣買ノ豫約カ賣買契約ノ成立ト同時ナルコトハ再賣買ノ性質ニ反スルモノニアラス故ニ再賣買ノ豫約ナリヤ將タ買戻ノ特約ナリヤハ當事者ノ意見ヲ推究シテ其性質如何ヲ定メサルヘカラス證書「右金圓調達相成候得共該地所無相違賣渡可申候」トアルトキハ後日賣渡人ノ金圓調達スルコトヲ條件トシテ該賣買ヲ解除シ原狀回復ヲ爲スニアラスシテ更ニ新賣買ヲ成立セシムルノ意思ナリト認ム（同上明治四二年二月一日判決判例彙報四巻六四頁）

一五 甲カ土地ヲ一定金額ニテ乙ニ賣渡シ乙ハ右土地ヲ甲ヨリ買受クルト同時ニ甲ニ對シ同日ヨリ向フ五年間ハ同一金額ニテ更ニ之ヲ甲ニ賣渡スヘキ旨豫約シタルトキハ甲カ乙ヨリ土地ヲ買受クルニ付キ支出スヘキ金額カ甲ノ費ニ受取リタル賣買代金ト同一金額ニシテ契約ノ費用ヲ包含セサル點ヨリ觀テ右契約ハ法律上之ヲ買戻ノ特約ト認ムルヨリハ寧ロ再賣買ノ豫約ナリト解スルヲ妥當トス（東京控訴院大正八年一二月二六日判決本書第八巻民法一四七五頁）

一六 再賣買ノ豫約ナリヤ將タ買戻契約ナリヤハ契約當事者ノ意思カ一旦賣買ヲ爲シタル土地ニ付キ更ニ新ナル賣買ヲ爲サントスルニ非スシテ寧ロ前賣買ノ效力ヲ失ハシメテ土地ヲ前所有者ニ返還セシメントスルニアリシトキハ再賣買ノ豫約ニハ非スシテ買戻契約ナリト認ムヘキモノトス（東京地方裁判所大正八年一二月二五日判決本書第八巻民法一五〇五頁）

一七 賣買契約ヲ爲シ土地所有權ヲ買主ニ移轉シタル後土地賃貸借契約ヲ締結シ其賃料ノ不納無キコトヲ條件トシテ買戻ノ約束ヲ爲シタル場合ニ於ケル該特約ハ民法ニ所謂買戻ノ特約ニ非スシテ再賣買ノ一方的豫約ナリト解スルヲ相當トス（豐岡區裁判所大正八年七月三一日判決本書第八巻民法九一七頁）

東京地方裁判所

豐岡區裁判所

【同第三點賣買豫約ニ於ケル賣買完結意思表示ト代金提供ノ要否ニ關スル同趣旨判例】

一 不動産ノ賣買豫約ニ付テモ相手方カ豫約者ニ對シテ賣買ヲ完結スル意思ヲ表示スルノミニ因リテ直ニ賣買ノ效力ヲ生シ詩不動産ノ所有權ハ當然相手方ニ移轉スヘク相手方カ右賣買ノ意思ヲ表示スルニ當リ必スシモ賣買代金ノ提供ヲ爲スコトヲ要セサルモノトス（大審院大正七年（オ）第五九二號同年九月一六日民二部判決本書第七巻民法一一六一頁）

二 賣買ノ一方ノ豫約ハ相手方カ賣買ヲ完結スル意思ヲ表示シタル時ヨリ賣買ノ效力ヲ生スヘキノタルコトハ民法五五六條ニ規定スル所ナリトスモ其意思ノ表示方法ニ付テハ敢テ法律上形式ヲ要スヘキ明文ニアルニアラス然ラハ其意思ヲ表示シタルヤ否ヤハ全ク事實上ノ問題ニ屬ス（同上明治三七年（オ）第五九四號同三八年二月一五日判決民錄第一一輯一二五頁）

三 賣買ノ一方ノ豫約ニ基キ權利者ヨリ相手方ニ對シテ賣買ノ締結ヲ訴求スルコトハ所謂方式ニ關スルモノナレハ其請求當時ノ法律ニ從フヘキモノトス（同上明治三七年（オ）第一一七號同年四月八日判決民錄第一〇輯四五三頁）

四 賣買豫約者カ賣買完結ノ意思ヲ表示スルニハ法律上代金ノ提供ヲ伴フヲ要セサルモノトス（東京控訴院大正六年（ネ）第二三六號同七年一一月五日民一部判決本書第七巻民法八七一頁）

五 賣買ノ一方ノ豫約ニ基キ權利者ヨリ相手方ニ對シ賣買完結ノ意思ヲ表示スルニハ先以テ代金ノ提供又ハ供託スルノ要アルコトナシ其意思表示アレハ賣買ハ時ヨリ效力ヲ發生ス（同上大正四年（ネ）第三三七號同五年五月一五日判決本書第五巻民法五〇〇頁）

六 賣買ノ一方ノ豫約ハ相手方ヲ賣買ヲ完結スルノ意思ヲ表示スルトキハ賣買ハ其效力ヲ生スルヲ以テ豫約者ニ對シ裁判上賣買ノ意思表示ヲ求ムルノ必要ナキモノトス（同上明治三八年五月二〇日判決法律新聞二四八號六頁）

七 賣買ノ豫約ヲ以テ買主ハ代金ノ全部ヲ調達履行ノ確實ナルコトヲ示シタル上賣買完結ノ意思表示ヲ爲スヘシ特殊ノ條件ヲ定メタル場合ニ於テ買主カ代金全部ノ調達ヲ爲サスシテ單純ニ買受ノ意思ヲ表示シタルノミニテハ未タ賣買ハ成立セサルモノトス（長岡支部明治四〇年（ワ）第二七號同年一一月二〇日判決法律新聞第四七八五號八頁）

八 再賣買ノ一方的豫約モ亦普通ノ賣買ノ一方的豫約ト異ル所ナク普通ノ賣買ノ一方的豫約ニ於テ賣買ノ效力ヲ發生セシムルニハ單ニ賣買ヲ完結スル意思表示ヲ爲スヲ以テ足リ賣買代金及費用ノ提供ヲ爲スコトヲ更セサルヲ以テ再賣買ノ一方的豫約ニ於テモ右ト同一ニ論新スヘキモノトス（豐岡區裁判所判決前掲）

時價ヲ以テ賣戻スコトヲ約シタル再賣買ノ豫約ニ於テ豫約權利者カ賣買完結ノ意思表示ヲ爲スニ當リ時價ナラサル廉價ナル代金ヲ指示シタル場合ニモ尙ホ賣買契約成立スルヤハ要スルニ代金指示行爲ノ賣買完結意思表示上ノ地位如何ニヨリテ決セラルヘキ問題ナリ第一ニ其指示シタル代金カ著シク不當ナルトキ（例之時價二五〇圓ナルニ二〇圓又ハ三〇〇圓ナル代金ヲ指示シタルトキ）ハ多クノ場合ニ於テ眞正ニ賣買ヲ完結セシメン

豐岡區裁判所

トスル效果意思ノ存在セサルモノト認ムヘク此ノ如キ場合ニ賣買契約ノ成立セサルハ論ヲ俟タス第二其指示シタル代金カ假令不當ナルニモセヨ猶ホ賣買ヲ完結セシメントスル効果意思ノ存在ハ之ヲ認メ得ル場合(本件事案ニ於ケルガ如シ)ニ於テ(A)代金ノ指示カ賣買ヲ完結セントスル意思表示ノ要件ヲ構成スル場合ニハ其意思表示ハ民法第五五六條ニ所謂賣買ヲ完結スル意思表示ニ非サレハ夫レノミニテハ賣買ヲ成立セシムルノ效力ナキモノト言フヘク(B)然ラスシテ代金ノ指示ハ賣買完結意思表示ノ要件ヲ成ササル場合(例之豫約權利者ノ單純ナル希望トシテ又ハ時價ノ幾何ナリヤヲ相手方ニ知ラシムル注意ノ爲メ之ヲ附加シタルニ過キサル場合)ニハ之ニ因リ賣買契約成立シ代金ハ指示シタルト否トニ拘ハラス時價ニヨリテ定マルモノト解スヘキナリ判示第四點ハ恐ラクハ此最後ノ場合ニ關スルモノナルヘク果シテ然ラハ大體ニ於テ妥當ノ見解トシテ贊同ス

判旨第二點ハ賣場當事者間ニ爲サレタル特約ノ內容カ原價ヲ以テ賣戻スコトヲ約シタルニ非サルコトヲ理由トシテ其特約カ買戻ノ特約ニ非サルコトヲ論定シタリ若シ判旨ニシテ原價ヲ以テ賣戻スコトヲ約シタル場合ニ非サレハ絕對ニ買戻特約ニ非ストノ趣旨ヲ包含ストセハ理論上ノ當否ニ付キ疑ヒナキ能ハサルモ特約ノ內容カ賣戻當時ノ時價ヲ以テ賣戻スト言フニアルコトハ當事者ノ效果意思ノ內容カ最初ノ契約ヲ除去セントスルニ非サルコトヲ認定スルノ資料ト爲シ得ルカ故ニ事案ノ認定トシテハ妥當ナルヘシ

八五　本法ニ於テ物トハ有體物ヲ謂フ
二〇六　所有者ハ法令ノ制限內ニ於テ自由ニ其所有物ノ使用收益及ヒ處分ヲ爲ス權利ヲ有ス
七〇三　法律上ノ原因ナクシテ他人ノ財產又ハ勞務ニ因リ利益ヲ受ケ之カ爲メニ他人ニ損失ヲ及ホシタル者ハ其利益ノ存スル限度ニ於テ之ヲ返還スル義務ヲ負フ
七〇九　故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス

權利ノ轉換トハ權利ノ目的又ハ間接ノ目的ノ變更ニ因ル權利ノ性質ノ變更ヲ云フ此原則ハ何レモ衡平ノ見地ニ基キ認メラレタルモノニシテ彼ノ不當利得不法行爲ニ關スル規定ハ衡平ノ見地ニ基キ轉換ノ法理ヲ認メタル規定中ノ主要ナルモノトス」

吾人ノ生體ノ一部カ分離シタル爲メ其部分ニ付キ身體權自由權カ消滅スルニ至リタル場合ニハ權利轉換ノ法理ニヨリ其部分ニ關スル身體權自由權ノ消滅カ吾人ノ取引ノ過念ニ照シ首肯シ得ラレサル以上身體權自由權ノ內容タル支配力ハ他ノ形ニ於テ認容セラルルコトヲ要スヘク從テ其支配力ハ變シテ其分離シタル部分ノ上ニ於ケル所有權ニ轉換セラルルモノトス」

所有權ハ他ノ物權ト等シク物ノ構成分ノ上ニ存スルコト能ハサルヲ原則トスルカ故ニ一物カ分離シタル場合ニ何故ニ其分離シタル部分ノ上ニ元物ノ所有者カ所有權ヲ取得シ得ヘキヤノ理ハ權利轉換ノ法理ヲ離レテハ到底之ヲ說明スルコト能ハサルモノトス」

被相續人ノ死亡ニ因リ相續人カ被相續人ノ死體ノ上ニ所有權ヲ有スルノ理モ亦生體ノ場合ニ於ケルト略同樣ニ之ヲ說明スルコトヲ得ルモノトス

(一) 生體ノ一部カ分離シタル場合ニ其人カ其物ノ上ニ所有權ヲ有スルノ理ニ至テハ從來學者ノ說明區々ニシテ一致セス余ハ其根據ヲ權利轉換ノ法理ニ求メントスル者ナリ權利ノ轉換トハ權利ノ目的又ハ間接ノ目的ノ變更ニ因ル權利ノ性質ノ變更ヲ云フ特定物ノ引渡ヲ目的トスル債權ニ付キ債務ノ履行ハ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ不能ト爲リタル場合ニ其債權カ金錢ノ給付ヲ目的トスル損害賠償ノ請求權ニ變スルカ如キ或人ノ所有權ヲ變スルカ如キ先取特權抵當權ノ效力カ其目的物ノ賣却賃貸等ニ因リ債務者ノ受クヘキ金錢其他ノ物ノ上ニ及フカ如キ(三〇四、三七二)或人ノ物權カ法律上ノ原因ナクシテ他人ニ歸屬セル場合ニ其人カ他人ニ對シ不當利得返還ノ債權ヲ有スルニ至ルカ如キ何レモ權利ノ轉換ナリトス此轉換ノ原則ハ何レモ衡平ノ見地ニ基キ認メラレタルモノニシテ彼不當利得不法行爲ニ關スル規定ハ衡平ノ見地ニ基キ轉換ノ法規ナ認メタル規定中ノ主要ナルモノニ屬ス權利ハ生活資料ノ上ニ存スル法律上ノ支配力ナリ此支配力ハ社會上ノ通念ニ照シテ首肯セラルヘキ正當ノ理由ニ因ルニ非サレハ猥ニ消涉スヘキモノニ非ス而シテ此支配力カ法律上ノ原因又ハ自然力ノ原因ノ爲メ消滅スルノ已ムナキニ至ルコトアリトスルモ其事由カ社會上ノ通念ニ照シ首肯セラルルモノニ非サル限リ其支配力ハ縱令他ノ形ニ於テナリトモ可成保護セラレ認容セラレサルヘカラス權利轉換ノ法理以上ノ如シトセハ吾人ノ生體ノ一部カ分離シタル爲メ其部分ニ付キ身體權自由權カ消滅スルニ至リタル場合ニハ其部分ニ關スル身體權自由權ノ消滅カ吾人ノ取引ノ通念ニ照シ首肯シ得ラレサル以上身體權自由權ノ內容タル支配力ノ他ノ形ニ於テ認容セラルルコトヲ要スヘク從テ其支配力ハ變シテ其分離シタル部分ノ上ニ於ケル所有權ニ轉換セサルヘカラサルナリ質疑者ハ此點ニ付キ吾人カ生體ノ上ニ所有權ヲ有ストノ說ヲ採ルトキハ其分離シ

タル部分ノ上ニモ吾人ハ所有權ヲ有シ得ルノ理ヲ容易ニ說明シ得ルモノノ如ク解スルモ誤レリ凡ソ所有權ハ他ノ物權ト等シク物ノ構成分ノ上ニ存スルコト能ハサルヲ原則トス從テ一物カ分離シタル場合ニ何故ニ其分離シタル部分ノ上ニ元物ノ所有者カ所有權ヲ取得シ得ヘキヤノ理ハ權利轉換ノ法理ヲ離レテ到底之ヲ說明スルコト能ハサルナリ(二) 被相續人ノ死亡ニ因リ相續人カ被相續人ノ死體ノ上ニ所有權ヲ有スルノ理モ亦略同樣ニ之ヲ說明スルコトヲ得ヘシ質疑者ハ人ハ權利ノ主體ナルカ故ニ人ノ體軀ハ權利ノ點ニ付キ說明ヲ加フヘシ(イ) 曾疑者ハ人ハ權利ノ主體ナルカ故ニ人ノ體軀ハ權利ノ客體タル能ハストノ說明ヲ誤リナリト述ヘ其理由トシテ自然人格ハ抽象的無形ノ觀念ニシテ有形ノ體軀トハ別箇ノ觀念ナリト說明セリ若シ其意自然人格ハ(生理的ノ意義ニ於テ云フニ在リトセハ誤リナリ自然人格ナル觀念卽自然人トシテノ權利ノ主體ナル觀念ハ人ヲ離レテ存シ得ヘカラサルナリ民法第一條ニ私權ノ享有ハ出生ニ始マルト規定セルハ實ニ此意ヲ示セルモノニ外ナラス自然人タル權利ノ主體ハ生理的ノ意義ニ於ケル人ノ前ニ存在セルニハ非ス生理的ノ意義ニ於ケル人卽權利ノ主體タラサルヘカラス苟モ生理的ノ意義ニ於ケル人タルニ於テハ固ヨリ其體軀ノ完全ナルト否トヲ問ハスト雖モ生理的ノ意義ニ於ケル人タラサルモノハ固ヨリ權利ノ立體タルコト能ハス(ロ) 質疑者ハ人カ自己ノ毛髮ヲ賣買讓渡シ又親子兄弟等ノ創傷ヲ癒スカ爲メ自己ノ肉片ヲ提供スルカ如キ行爲ハ之ヲ無效トス爲スヘキ理由ナキカ故ニ人ノ生體ハ權利ノ客體タリ得ヘキモノナリト說明スレトモ誤レリ此等ノ行爲ノ有效ナルコトハ勿論ナレトモ此等ノ行爲カ有效ナレハトテ其當然ノ結論トシテ生體ハ權利ノ客體タリ得ルモノニ非ス此等ノ行爲ハ單ニ債權的效果ヲ生スル意義ニ於テ有效ナルノミ(法學士長島毅氏日本法政新誌第一七卷第二號四六頁「人體ハ物ナリヤニ關スル質疑ニ付キ一言ス」同法學新報第三〇卷第一一號八六頁「所有權ノ目的物分割ニ因ル權利發生ノ根據」要旨)

【論旨第一點權利ノ破損ニ關スル參照學說】

從來ノ思想ニ於テハ適法ナル行爲カ損害賠償ノ事由トナルコトハナカツタ併シナカラ新ラシイ思想ニ於テハ損害賠償ナスルコトニ由テ一定ノ行爲カ適法トナルコトカアルノテアル換言スレハ一方ニ於テ適法ナル行爲カ他方ニ於テ損害賠償ノ義務ヲ生スルノ事由トナルコトカアルノテアルソレハ緊急狀態ニ於テ最モ明瞭ナル例ヲ見ルノテアル獨逸民法第九〇四第ハ曰ク「物ノ所有者ハ他人カ現在ノ危難ヲ避クル爲メニ其ノ物ニ對シテ侵害ヲ爲スコトヲ禁スルコトカ出來ヌ尤、避ケントシタル事實カ其ノ侵害ニ比シテ著シク大ナルコトヲ要スル而シテ其所有者ハ其ノ損害ニ對シテ賠償ヲ請求スルコトカ出來ル」ト……此規定ハ一面ニハ斯ノ如ク廣ク緊急狀態行爲ヲ認メルコトカ創意的ナコトテアルト同時ニ又他面ニハ緊急狀態行爲ニ對シテ損害賠償ヲ認メルコトカ創意的テアルト考ヘル……玆ニ問題トナルハ行爲カ緊急狀態ニ基クモノトシテ法律上許サレルニ拘ラス尙他方ニ於テハ損害賠償・責任ヲ免レナイトイフ點ニ存スル……此ノ場合ニ於ケル賠償ノ義務ハ義務違反即チ國法行爲ノ制裁トシテ認メラレルモノテハナクシテ其ノ緊急狀態ニ於ケル物ノ所有權カ損害賠償ニ轉換スルノテアル……古ノ原則―予斃ハ之ヲ稱シテ權利ノ轉換ト爲サント欲スル……權利轉換ノ現象ニ屬スヘキモノトシテハ相隣者間ノ關係ニ關スル民法第二〇九條第二一二條第二二條ヲ受クルコトカ出來ル(法學博士牧野芙一氏法學志林第一七卷四號五六頁)

【同第二點主體ノ一部分離ト所有權ノ歸屬ニ關スル參照學說】

川名博士

一　身體ヨリ分離シタル物ハ其分離ト共ニソレマテ屬セシ人ノ所有ニ歸スルモノト解スヘシ先ツ無主物トナリ先占者カ其所有權ヲ取得スルモノト見ルヘカラス(法學博士川名壹四郎氏日本民法結論一三四頁)

市村博士

二　余ハ生體ヨリ分離シタル其部分カ一旦無主物トナリ更ニ先占ニ依リテ其舊所屬者ノ所有ニナルモノト信セス人格權ノ結果トシ夫レカ分離ト共ニ當然ニ其人ノ所有物トナルコトヲ主張セントス(法學博士市村光惠氏商法五卷八號七〇頁)

鳩山博士

三　或ハ又人ト身體トノ關係ハ人ト物卽チ財產トノ關係ヨリ更ニ密接ナル關係ナルカ故物ノ分離セル場合ニ從來ノ所有者カ其物ニ付テ當然所有權ヲ取得スルト同一義ニ依リテ所有權ヲ取得スルモノトス此說ハ善ク事實ニ適スルモ法律的說明トシテハ法律的タラサルノ非難アリ故ニ余ハ此ノ說ニ對シテ多少ノ變更ヲ加ヘ身體ハ人ニ歸屬スルモノニシテ然モ人ハ身體ノ一部ニ付テ所有權ヲ有セサルハ只其生活セル身體ノ一部ナリト云フ故筆ノ存スル故ナルヲ以テ此ノ故障ノ撤廢サレシ時卽チ分離シテ生活セル身體ノ一部タラサルニ至ルトキハ人カ從來其ノ身體ニ付テ有セル權利ハ所有權ニ變スルモノト解セントス(法學博士鳩山秀夫氏東大講三九六六頁)

二上博士

四　體軀權カ所有權ニアラストセハ分離シタル部分ノ所有權ハ何處ヨリ來レルモノナルヤ無主物先占ノ原則ニ依ルニアラサルハ明カナリ然レトセハ他人モ先占セル機會アレハナリ然ラハ法律ノ直接結果ナリト云ハサルヘカラサルナリ卽チ斯ル場合ニ所有權發生ストノ慣習法アルカ故ニ所有權カ發生フルナリト言フヘク誠ニ不穩當ノ說明ニアラスヤ人ノ身體ヲ所有物ナリトセハ愛醫師ノ手術等ニヨリ身體ノ一部カ分離シタル場合ニハ他ノ所有物ノ分離シタル場合ト同シク分離シタル部分ハ其人ノ所有ニ屬ス(法學博士二上兵治氏法協二一卷九號)

同第四點死體ト所有權ノ歸屬ニ關スル參照學說

一　通常死體ノ占有ヲ有シ又ハ之ヲ先占スル者ハ死者ノ相續人又ハ親族ナルカ故ニ屍體ノ占有權又ハ所有權ヲ有スル者ハ通常死者ノ相續人又ハ親族ナリト謂フ可キナリ(法學博士仁井田益太郎氏法典質疑問答總則二一〇頁)

二　死體ノ所有權ハ死者ノ相續人ニ歸スト謂定スルコトヲ得ヘシ故ニ相續人ハ其方法ノ占有者ニ對シテ其取戻ヲ請求スルコトヲ得ルハ勿論ナリ然ラハ其所有權ハ相續財產ニ屬スヘシ相續ヲ原因トシテ相續人ニ歸シタル權利ノ總稱ニシテ其權利ハ必スシモ一旦彼相續人ニ歸シタルモノナルコトヲ要セサルカ故ナリ(川名博士日本民法總論一三五頁)

三　余ハ死體ヲ無主物ナリト信スレトモ之レカ相續法ニ依リテ相續人ノ所有ニ歸スルト言フハ相續法ノ法理ニ反スルモノト思惟スルモノナリ……余ハ死體ニ對シテ先占ノ行ハルヘキヲ信ス然レトモ其占先ハ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサル範圍ニ於テノミ有效ナリトス(法學博士市村光惠氏商法五卷八號五七……五九頁)

四　余ハ相續人カ死體ニ付キ一定ノ權利ヲ有スルコトヲ認ムル慣習法アリトシ而シテ此權利ハ法律上所有權ナリト解スヘキモノトス(鳩山博士前揭三九八頁)

五　死體ノ所有權ハ相續人ニ歸スルモノナリト解ス是レ人ハ自己ノ生體上ニ所有權ヲ有スト爲ス余ノ見解ニ基ク當然ノ結論ナリ(法　博士二上兵治氏法協二一卷一二號)

六　死體ハ相續財產トシテ相續人ノ所有ニ歸セサルヘカラス(法學士嘉山幹一氏民法總論一六四頁)

權利轉換ノ論議ハ新ラシキ術語トシテ且ツ法律學上ニ新ナル觀念ヲ提供セントノ試ミナリ長島學士ハ克ク現行法規ヲ綜合解釋シテ其ノ觀念樹立ニ努メラレタリ學士ハ權利目的ノ直接間接ノ變更ヨリ延イテ權利ノ性質ニ變更ヲ生スル場合權利轉換アリトセラル惟フニ如何ナル客體ト雖モ主體ニ歸屬シ利益關係ヲ齎ス狀態カ法律上是認セラルレハ法律上權利ノ成立アルモノナルカ故ニ其利益關係ニ於テ法律上同一ナラムカ利益ヲ形成スル資料(客體)ニ變動ヲ生スルモ法律ハ尙之ヲ權利トシテ保護セサルヘカラス轉換ノ法理ハ畢竟歸趨ヲ玆ニ置クモノナリト信ス固ヨリ轉換ノ法理ハ學界未決ノ問題ナリト雖モ此ノ法理ニシテ是認セラレムカ生體一部分離所有物一部ノ分離及ヒ屍體ノ歸屬權利者ヲ定ムル上ニ於テ

大イナル實益アルヘシ古典的ノ先占說窮餘ノ慣習法說等ハ影ヲ潛メタ可ナリ

（三〇九）

一四第一項　妻カ左ニ揭ケタル行爲ヲ爲スニハ夫ノ許可ヲ受クルコトヲ要ス
一　第十二條第一項第一號乃至第六號ニ揭ケタル行爲ヲ爲スコト

妻ヲ無能力者ト爲シタルハ夫ノ體面家庭ノ調和等ノ理由ニ出テタルモノナルカ故ニ唯概括的ニ借財ヲ爲スモ可ナリトノ許可ヲ受ケ之ニ基キテ夫ト如何ナル關係ニ立ツヤモ圖ラレサル他人ヨリ借財ヲ爲スカ如キハ之ヲ爲シ得サルモノトス」

大審院大正九年(オ)第四二〇號同年九月一日判決本本卷民法一〇一五頁

妻ヲ無能力ト爲シタルハ夫ノ體面家庭ノ調和等ノ理由ニ出テタルコトハ第十四條列記ノ事項ニ徵スルモ疑ナキ所ナルカ故ニ唯概括的ニ借財ヲ爲スヒ可ナリトノ許可ヲ受ケ之ニ基キテ夫ト如何ナル關係ニ立ツヤモ圖ラレサル他人ヨリ借財ヲ爲スヲ得ルカ如キ趣旨ト解スルコト能ハス民法ハ一定ノ行爲ニ付キテハ妻ハ夫ノ許可ヲ受ケサルヘカラサルモノトシ唯第一七條列記ノ場合ニ於テノミ其許可ヲ要セサルモノト爲シタルコト明瞭ナルノミナラス其列記ノ第一號ニ於テ「夫ノ生死分明ナラサルトキ」ト謂ヒ第二號ニ於テ「夫カ妻ヲ遺棄シタルトキ」ト定メタル點ヨリ見ルモ生死不明ト稱スヘカラサル場合又ハ遺棄ト稱スヘカラサル場合ニ該當スルトキハ假令長ク外國ニ在リテ仕送ヲ爲ササル事實アリトスルモ法律ノ解釋トシテハ之ヲ以テ夫ノ概括的默許ト見テ單獨ニ借財ヲ爲シ得ルモノト爲スヘカラス果シテ如何本件事案ノ如キ或ハ之ヲ遺棄ト認定シ得ヘキニ於テハ寧ロ之ヲ理由トシテ第一七條ノ規定ノ正面ヨリ夫ノ許可ヲ受クルコトヲ要セサルモノト見ルヲ得タルナルヘシ（法學博士七三潴信三氏法學協會雜誌第三八卷第一二號七八頁「妻カ借財ヲ爲ス場合ノ夫ノ許可ノ方法」要領）

博士ノ本論ハ未タ吾人ノ承服シ得サルトコロナリ詳細ハ本卷民法一〇一五頁以下參照セラレタシ

（三一〇）

二九五第一項　他人ノ物ノ占有者カ其物ニ關シテ生シタル債權ヲ有スルトキハ其債權ノ辨濟ヲ受クルマテ其物ヲ留置スルコトヲ得但其債權ナ辨濟期ニ在ラサルトキハ此限ニ在ラス

甲カ乙ヨリ土地ノ所有權ヲ取得シ丙ニ對シ其引渡ヲ求ムルモノニシテ丙主張ノ契約不履行ニ因ル損害賠償ノ請求權ハ賃貸人タル乙先代ニ對シ有スル債權ニ過キスシテ之ヲ甲ニ對抗スルコトヲ得サルモノナレハ民法第二九五條ニ所謂其物ニ關シテ生シタル債權ニ非サルモノトス」

【上告理由】留置權ハ物ニ關シテ生シタル請求權ヲ確保スルモノニシテ控訴人主張ノ賃貸人ニ對シ有スル契約不履行ニ因ル損害賠償請求權タルヤ賃借土地ニ付キテ生シタル債權ニシテ其土地ニ就テ留置權ヲ有スルコト誠ニ明白ナリ然ルニ原審ニ於テ斯ル請求權ニ付留置權ヲ認メタル規定ナシ云云ト斷定シタルハ不法ノ判決ナリ

【判決理由】然レトモ被上告人ハ訴外飯塚保雄ヨリ係爭土地ノ所有權ヲ取得シ上告人ニ對シ其引渡ヲ求ムルモノニシテ上告人主張ノ契約不履行ニ因ル損害賠償ノ請求權ハ賃貸人タル保雄先代ニ對シ有スル債權ニ過キスシテ之ヲ以テ被上告人ニ對抗スルコトヲ得サルモノナレハ民法第二九五條ニ所謂其物ニ關シテ生シタル債權ニ非ス隨テ上告人カ係爭地ニ付キ留置權ヲ有セサルヤ明ナリ原判決ハ結局相當ニシテ論旨ハ理由ナシ（大審大正院九年(オ)第七三五號同年十月十六日民三部横田裁判長田上大倉磯谷荻淵各判事判決）

【關係事項】上告棄却○原審東京控訴院○土地引渡請求事件○上告人町田良吉訴訟代理人辯護士和光米房被上告人鵜口信次郎

（三一一）

四三四　連帯債務者ノ一人ニ對スル履行ノ請求ハ他ノ債務者ニ對シテモ其效力ヲ生ス
四五七第一項　主タル債務者ニ對スル履行ノ請求其他時效ノ中斷ハ保證人ニ對シテモ其效力ヲ生ス
四五八　主タル債務者カ保證人ト連帯シテ債務ヲ負擔スル場合ニ於テハ第四百三十四條乃至四百四十條ノ規定ヲ適用ス

連帯保證モ亦保證ニ外ナラサルヲ以テ主タル債務者ニ對スル履行ノ請求其他時效ノ中斷ハ民法第四五七條第一項ニ從ヒ連帯保證人ニ對シテモ其效力ヲ生スルモノニシテ同第四五八條第四三四條ニ依リ主タル債務者ニ對スル履行ノ請求ノミカ連帯保證人ニ對シテ其效力ヲ生セサルモ他ノ時效ノ中斷ハ其效力ヲ生セサルモノト謂フコトヲ得サルモノトス」

然レトモ連帯保證モ亦保證ニ外ナラサルヲ以テ主タル債務者ニ對スル履行ノ請求其他時效ノ中斷ハ民法第四五七條第一項ニ從ヒ連帯保證人ニ對シテモ其效力ヲ生スルモノニシテ同第四五八條第四三四條ニ依リ主タル債務者ニ對スル履行ノ請求ノミカ連帯保證人ニ對シテ其效力ヲ生セサルモノト謂フコトヲ得ス然レハ原審カ大正七年二月二十日主タル債務者村田龜次郎ニ於テ其債務ヲ承認シタルコトヲ認メ當時主タル債務ニ對スル時效ハ中斷セラレタルヲ以テ連帯保證人タル上告人ニ對シテモ亦其效力ヲ有スルコトヲ判示シタルハ相當ニシテ上告論旨ハ理由ナシ（大審院大正九年（オ）第七五三號同年十月二十三日民三部横田裁判長大倉磯谷松岡三潴各判事判決）

【關係事項】上告棄却○原審山口地方裁判敎○貸金請求事件○上告人上山喜久一訴訟代理人辯護士斎藤林平同吉田眞貞被上告人株式會社百拾銀行

【參照學說判例】

富井博士
横田博士
三博士
石坂博士
磯谷學士
須賀學士
大審院
東京地方裁判所

一　連帯保證ハ尙ホ其ノ附隨的ノ性質ヲ失ハサルカ故ニ其ノ性質ヨリ生スル結果ト見ルヘキ規定ハ凡テ適用ヲ有ス故ニ連帯保證ハ主タル債務ノ存在及ヒ存續ヲ要件トス從テ四三三條ノ如キハ適用ナシ又權務ノ目的範圍ニ付キテハ主タル債務ノ例ニ從ヒ且ツ主タル債務ノ變更ノ爲メニ其ノ影響ヲ受ク四四七條四四八條四四九條ハ連帯保證ニ適用セラル又主タル債務者ニ付キ生シタル事項カ又保證人ニ及ホス效力ハ通常ノ保證ニ於ケルト異ナラス（法學博士富井政章氏債權總論明治四五年東大講一六六頁）

二　保證債務ハ當事者以外ノ第三者カ債權者ニ對シ債務者カ債務ヲ履行セサル場合ニ其履行ヲ爲スヘキコトヲ約スルニ因リテ成立スルモノニシテ債務履行ノ責ニ任スル者カ保證人トシテ他ノ債務ヲ辨濟スヘキ事ヲ約スルコトハ保證債務成立ノ要件ナリ故ニ保證債務ハ常ニ必フス他人ノ債務ノ辨濟ヲ目的トスル從タル債務タルコトヲ要スルト同時ニ此ノ性質ニ變更ナキ限リハ保證債務ハ常ニ存在スルモノナリ而シテ保證人ト主タル債務者間ノ連帯ハ保證ノ從タル性質ニ何等ノ影響ヲ及ホササルヲ以テ連帯保證人ト主タル債務者トノ間ニ連帯ノ關係アルカ爲メニ其ノ保證債務タルノ性質ヲ失却スルコトナク從テ其ノ從タル性質ヨリ生スル諸般ノ效果ハ之レカ爲メ毫モ妨ケラルルコトナシ（法學博士横田秀雄法學志林第九卷第四號九頁）

保證債務ハ當事者以外ノ第三者カ債權者ニ對シ債務者カ債務ヲ履行セサル場合ニ其ノ履行ヲ爲スヘキコトヲ約スルニ因リテ成立スルモノニシテ債務ニ行ノ責ニ任スルモノカ債權者ニ對シ保證人トシテ他人ノ債務ヲ辨濟スヘキコトヲ約スルコトハ保證債務成立ノ要件ナリ（同上債權總論大六四頁）

三　保證人ハ主タル債務者ト連帯シテ債務ヲ負擔スルトキト雖モ主タル債務者カ債務ノ履行ヲ爲ササル場合ニ限リ其ノ履行ヲ爲ス責ニ任ス（法學博士仁井田益太郎氏同仁保龜松氏同松波仁一郎氏日本民法正解債權三五一頁）

四　連帯保證ハ尙ホ主タル債務ニ附從スルモノナルカ故ニ附從性ノ結果タル規定ハ凡テ連帯保證ニ適用アリ從テ連帯保證ハ主タル債務ノ成立及ヒ存續ヲ必要トシ其ノ物體及ヒ範圍ハ主タル債務ニ從ヒ且主タル債務ノ變更ノ爲メ影響ヲ受ク（法學博士石坂音四郎氏日本民法債權中九九〇頁）

五　連帯保證ハ保證債務ノ一種ナルカ故ニ保證債務ノ從屬的性質ヨリ生スル總テノ法規ハ當然其適用ヲ受クヘキモノトス（法學士磯谷幸次郎氏債權法論下卷二二五頁）

六　連帯保證モ亦保證ノ一種タルカ故ニ保證債務一般ノ性質ヲ具備セサルヘカラサルハ勿論ノコトナリトス卽チ主タル債務ノ無效又ハ取消ノ效果ヲ受ケ之レニ伴フテ其ノ債務ノ消滅ヲ來タスカ如キ主タル債務ノ目的又ハ體樣ヨリ重カルヘキコトヲ許ササルカ如キ皆保證債務ノ一種トシテ從タル性質ヲ有スル當然ノ結果ナリ（法學士須賀冥三郎氏債權大正五年中大講二七三頁）

七　債權者カ主タル債務者ニ對シ履行期間中任意ニ契約ヲ解除スルニ於テハ該債務者ト連帯シテ債務ヲ負擔シタル保證人ノ債務モ亦當然消滅スルモノトス（太審院明治四一年二月二八日判決民錄第一四輯一六二頁）

八　保證人カ主債務ト連帯シテ債務ヲ負擔シタル場合ト雖モ主タル契約ニシテ解除セラルル以上ハ保證契約モ亦當然解除ニ歸スヘキモノトス（同上明治四〇年七月二日判決民錄第一三輯七二五頁）

九　保證カ連帯保證タル場合ニ於テモ保證人ハ連帯債務者ノ如ク獨立ノ債務ヲ負擔スルモノニアラス（東京地方大正三年一〇

月二日判決本書三卷民法七九一頁）

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

前項ノ規定ハ賃貸人ノ賃借人ニ對シテ其權利ヲ行使スルコトヲ妨ケス

（三一二）

大審院判決

民法第六一三條第一項ハ單ニ賃借人カ適法ニ賃借物ヲ轉貸シタルトキハ轉借人ハ賃貸人ニ對シテ直接ニ義務ヲ負フコトノミヲ規定シタルニ過キシテ權利ヲ主張シ行ヘキコトヲ認メタルモノニ非ス故ニ縱令轉借人カ賃借人ニ對シ轉貸借ノ爲メ敷金ヲ差入レタトスルモ賃貸人ハ之ヲ以テ自己ノ債權ノ辨濟ニ充當スルコト能ハサルモノトス」

賃貸人轉借人間ニ直接ニ賃貸借關係生スルモノニ非ス故ニ轉借人ハ賃貸人ニ對シ民法第六一三條ノ規定ニ依リ轉借ノ權利ヲ主張スルコトヲ得ルモノニ非ス」

（一）然レトモ民法第六一三條第一項ハ單ニ賃借人カ適法ニ賃借物ヲ轉貸シタルトキハ轉借人ハ賃貸人ニ對シテ直接ニ義務ヲ負フコトノミヲ規定シタルニ過キスシテ權利ヲモ主張シ得ヘキコトヲ認メタルモノニアラス然レハ假令轉借人カ賃借人ニ對シ轉貸借ノ爲メ敷金ヲ差入レタリトスルモ賃貸人ハ之ヲ以テ自己ノ債權ノ辨濟ニ充當スルコト能ハサルモノナルヲ以テ被上告人カ本訴ノ請求ヲ爲スニ當リ上告人カ訴外石井鐵吉ノ代理人樋口馬太郎ニ差入レタル敷金ヲ右請求額ヨリ控除セサリシハ敢テ不法ニアラス而シテ原判決ノ趣旨モ亦右ニ示ス所ニ外ナラサルモノト認ム故ニ論旨ハ理由ナシ

梅博士　三博士　鳩山博士　吾孫子學士　伊學士　村上學士

（二）然レトモ民法第六一三條第一項ハ既ニ說明シタル如ク單ニ適法ニ轉貸借成立テルトキハ轉借人ハ賃貸人ニ對シテ直接ニ義務ヲ負フコトノミヲ定メタルニ過キスシテ敢テ二者ノ間ニ直接ニ賃貸借關係生スル旨ヲ規定シタルモノニアラス故ニ轉借人ハ賃貸人ニ對シ同條ノ規定ニ依リ轉借ノ權利ヲ主張スルコトヲ得ルモノニアラス而シテ原裁判所ハ本件轉貸借ノ當事者ハ原賃貸借ノ存續ヲ前提ト爲シタルモノト解原賃貸借解除セラレタル以上ハ轉貸借モ當然消滅ニシシタルモノナリト判示シタルモノナレハ原判決ニハ上告所論ノ如キ不法アルモノニアラス（大審院大正八年（オ）第八二三號同九年九月二十八日民一部田部裁判長田上榊原鈴木鬼澤各判事判決）

【關係事項】上告案旨○原審東京地方裁判所○家屋明渡並ニ賃料損害金請求事件○上告人田中てふ訴訟代理人辯護士菊池俊輔被上告人石川孝次郎訴訟代理人辯護士横山勝太郎

【賃貸人ニ對シテ轉借人ハ直接ニ權利ヲ有セストノ同趣旨學說】

一　轉借人ハ賃貸人ニ對シテ直接ニ義務ヲ負フニ拘ハラス敢テ之レニ對シテ直接ニ其ノ權利ヲ行フコトヲ得ルノミ（法學博士梅謙次郎氏民法要義債權六二頁）依リ賃借人ノ權利ヲ代ハリ行フコトヲ得ルノミ（法學博士梅謙次郎氏民法要義債權六二頁）

二　賃借人ノ賃貸人ニ對スル權利ハ賃貸人ヲシテ其ノ物ヲ使用收益セシムルコトヲ要求スルニアリ物ヲ轉貸シタルトキハ自ラ使用收益ヲ爲サザルモ轉借人ヲシテ之レヲ爲サシムル義務アルヲ以テ其ノ義務ヲ履行スル爲メ自ラハ又賃貸人ニ對シテ此ノ債權ヲ行使スルコトヲ得ルナリ轉借人ハ賃貸人ニ對シテ直接ニ權利ヲ有スト言ハサルヲ以テ勢ヒ自己ノ債務者タル賃借人ニ對シテノミ使用收益ヲ請求シ得ルニ止マラン（三博士正解債權一一一四七頁）

三　轉借人ハ直接ニ義務ヲ負フニ止リ賃貸人ニ對シテ直接ニ權利ヲ有スルコトナシ（法學協士鳩山秀夫氏日本債權法各論四八九）

四　六一三條ノ規定ハ賃貸人ト轉借人トノ間ニ賃貸借ノ關係ヲ創設シタルモノニ非ラサルヲ以テ轉借人ヨリ賃貸人ニ對シテ直接ニ權利ヲ行フ能ハス換言スレハ同條ハ賃貸人ニ權利ヲ附與シタルニ止マリ之レニ義務ヲ負ハシメタルモノニ非サルカ故ニ轉借人ハ賃貸人ニ對シテ直接ニ義務ヲ負フニ拘ハラス之レニ對シテ直接ニ權利ヲ行フコトヲ得サルモノトス（法學博士吾孫子勝氏本書三卷民法八八三頁）

五　法律ノ定ムル所ハ轉借人カ賃借人ニ對シテ直接ニ義務ヲ負フト云フニ過キサルカ故ニ轉借人ハ決シテ賃貸人ニ對シテ直接ニ權利ヲ取得スルコトナキナリ（法學博士伊房次郎氏契約各論京都法政講二四二頁）

六　轉借人ハ賃貸人ニ對シテ直接ニ義務ヲ負フモ權利ヲ有スルコトナシ即チ轉借人ヨリ賃借人ニ對シテ權利ヲ行使シ更ニ賃借

人ヨリ賃貸人ニ對シテ權利ヲ行使スルコト爲ル(法學士村上恭一氏債權各論五九七頁)

轉貸ノ效力トシテ賃貸人ト轉借人トノ間ニ生スル法律關係ハ法律的効果ニアラスシテ非法律的效果ナリトス法文ハ轉借人ハ賃貸人ニ對シテ直接ノ義務ヲ負フノミト規定ス從テ轉借人ハ賃貸人ニ權利ヲ有スルモノト解セラレサルコト判旨ノ謂フカ如シ

(三一三)

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

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

前項ノ規定ハ財產權ヲ目的トセサル法律行爲ニハ之ヲ適用セス

大審院判決

詐害行爲取消權ハ之ニ依リテ債務者ノ辨濟資力ヲ回復シ債務ヲ履行ノ確保スルヲ目的トスルモノナルカ故ニ債務者カ其行爲ヲ爲シタル當時他ニ債務ノ辨濟ヲ爲スニ足ルヘキ資產ヲ有シタルトキハ詐害行爲トシテ右行爲ノ取消ヲ訴求スルコトヲ許ササルハ言ヲ俟タサル所ナリトス」

債權カ條件付ニシテ其發生ノ事實未必ナルカ如キモノハ格別ナレトモ其發生事實確定セル債權ハ縱令期限未到來ノモノト雖モ之ヲ換價シテ直ニ辨濟ニ充當スルコトヲ得ルモノナルヲ以テ單ニ期限未到來ノ故ヲ以テ債務者ノ資產ニ屬セサ

ルモノト謂フヲ得サルモノトス」

案スルニ詐害行爲取消權ハ之ニ依リテ債務者ノ辨濟資力ヲ回復シ債務ノ履行ヲ確保スルヲ目的トスルモノナルカ故ニ債務者カ其行爲ヲ爲シタル當時他ニ債務ノ辨濟ヲ爲スニ足ルヘキ資產ヲ有シタルトキハ詐害行爲トシテ右行爲ノ取消ヲ訴求スルコトヲ許ササルハ言ヲ俟タサル所ニシテ而テ其資產ノ種類ハ何等制限スル所ナキヲ以テ債務者カ第三者ニ對シテ有スル債權カ條件附ニシテ其發生ノ事實未必ナルカ如キモノハ格別ナレトモ其發生ノ事實確定セル債權ハ縱令期限未到來ノモノト雖モ之ヲ換價シテ直ニ辨濟ニ充當スルコトヲ得ルノモナルヲ以テ單ニ期限未到來ノ故ヲ以テ債務者ノ資產ニ屬セサルモノト云フヲ得ス原判決ハ債務者向井吉太郎カ本件讓渡行爲ヲ爲シタル當時其無資力ナリシコトノ理由トシテ同人カ鹿兒島縣ニ對シテ有スル請負報酬金殘額並ニ請負保證金返還請求ノ債權ハ未タ其支拂ヲ受クルノ時期ニ到達セサリシヲ以テ此等ノ債權ノ存在ハ同人ノ辨濟資力ノ有無ヲ判斷スルノ資料ト爲スニ足ラサル旨ヲ判示シ依テ以テ吉太郎ノ無資力ナルコトヲ認定シタルハ失當ニシテ原判決ハ破毀ヲ免カレス(大審院大正九年(オ)第四三二號同年十一月三日民三部横田裁判長大倉礒谷荻淵各判事判決)

【關係事項】破毀差戻○原審長崎控訴院○詐害行爲取消請求事件○上告人餅田三之助外一人訴訟代理人辯護士東野耕造被上告人原口莊一訴訟代理人辯護士竹內義一同樋口恒藏

【詐害生爲取消權ノ成立要件トシテ債務者ノ辨濟資力欠亡ヲ要ストノ同趣旨學說判例】

一　假令何程財產減少スルモ債權者ニ辨濟スル資力アルトキハ取消權ヲ生セス(法學博士富井政章氏債權總論明治四五東大講一〇七頁)

二　債務者カ執行財產ヲ減少スヘキ行爲ヲ爲スモ其資力尙ホ債務ヲ完濟スルニ充分ナルトキハ之ニ依リ債權者ヲ害セリト云フ

川名博士
鈴木博士
石坂博士
大審院
東京地方

能ハサルヲ以テ債權者ハ廢罷訴權ヲ行フヲ得ス（法學博士岡松參太郎氏債權總論京都法政講一〇七頁）

三　例ハアル物ノ引渡ヲナスヘキ債務者カ其物ヲ他人ニ讓渡シタル場合ニ於テ債務者ハ資力十分ナルトキハ玆ニ所謂債權者ヲ害スルト云フコトニハ當ラサルナリ（法學博士川名兼四郎氏債權要論一六四頁）

四　此訴權ヲ債權者ニ與フル所以ノモノハ債權ノ辨濟ヲ確實ナラシムルカ爲メナレハ今若シ假令債務者カ財産減少ノ行爲ヲ爲シタリトスルモ資力豐富ニシテ毫モ債權者ノ債權辨濟ニ影響ヲ及ホササルモノナルトキハ債權者ヲシテ取消サシムルノ必要ナシ（法學博士鈴木喜三郎氏民法要論三七八頁）

五　債務者カ其財産ヲ減少スル行爲ヲ爲スモ他ノ財産ヲ以テ辨濟ヲ爲スコトヲ得ルトキハ債權者ハ損害ヲ受ケタリト云フヲ得サルカ故ニ債權者カ債務者ノ行爲ヲ取消スコトヲ得ルカ爲メニハ債務者ノ財産カ辨濟ヲ爲スニ足ラサルコトヲ要ス即債權者ノ辨濟權カ害セラルルコトヲ要ス（法學博士石坂音四郎氏民法債權上七〇六頁）

六　甲者カ乙者ニ對シ債權アル場合ニ於テ丙者カ乙者ヨリ貸金名義ノ債權ヲ取得シタルモ別ニ乙者ニ十分ノ財産アリテ甲者ノ債權ニ損害ヲ及ホササル以上ハ丙者ハ乙者ノ貸借ハ總シ現實金圓ノ授受ナシトスルモ甲者ニ詐害行爲取消ノ訴權ヲ發生スヘキモノニ非ス今ヤ丙者ハ乙者ノ財産ニ餘裕アリテ甲者ニ損害ナキコトヲ立證シ甲者ハ乙者ノ負擔其資産ヲ超過スルコトヲ立證シタル場合ニ方リ直チニ乙者ノ立證ノミヲ採リ甲者ニ詐害行爲取消ノ訴權アルモノト判定セシハ理由ナキ裁判ナリ（大審院明治二七年五月二三日判決・民錄二五八頁）

七　民法ニ於テ債務者ノ法律行爲ヲ取消シ得ヘキ權能ヲ認メタル所從ノモノハ之ニ依ル債務者ノ辨濟資力ノ減少ヲ防キ以テ債權者ノ保護ヲ全カラシムルニアルヤ言ヲ俟タサル所ナレハ苟モ辨濟資力ニ消長ヲ來ササレハ債權者ハ決シテ債務者ノ行爲ニ關渉スルヲ得ス（東京地方明治四五年ネ八〇號大正二年九月三日判決・法律新聞九〇七號二三頁）

詐害行爲取消請求成立ノ要件トシテ債務者ノ辨濟資力缺乏ヲ要ストノ見解ハ吾人嘗テ評論シタル如シ判旨ハ正當ナリ（本書第五卷民法評論一〇六八頁）

（三一四）

一七七　不動産ニ關スル物權ノ得喪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

六〇一　貸貸借ハ當事者ノ一方カ相手方ニ或物ノ使用及收益ヲ爲サシムルコトヲ約シ相手方カ之ニ其賃金ヲ拂フコトヲ約スルニ因リテ此效力ヲ生ス

六〇五　不動産ノ賃貸借ハ之ヲ登記シタルトキハ前後其不動産ニ付キ物權ヲ取得シタル者ニ對シテ其效力ヲ生ス

六〇六　賃貸人ハ賃貸物ノ使用及ヒ收益ニ必要ナル修繕ヲ爲ス義務ヲ負フ

大審院判決

賃貸人カ賃借物ノ保存ニ必要ナル行爲ヲ爲サント欲スルトキ賃借人ハ之ヲ拒ムコトヲ得ス

賃借權ヲ以テ物權ト爲シタルモノトセハ既ニ民法第一七七條ノ規定アルヲ以テ特ニ不動産ノ賃借權ニ付キ登記ノ效力ヲ認ムル民法第六〇五條ノ規定ヲ設クルノ必要ナキニ此特別規定ヲ設ケタルハ民法カ賃貸借ヲ以テ債權關係ト爲シタルヲ遠法ト爲シ債權者ニ對スル不法行爲成立スルモノト謂フコトヲ得ス故ニ賃貸人カ第三者ニ賣買其他ノ法律行爲ニ因リテ讓渡シタルトキハ其讓渡ハ有效ニシテ賃借人ハ第三者ニ對シ賃借權ヲ主張スルコトヲ得ス唯不動産ノ賃貸借ヲ登記シタル場合ニ於テノミ第六〇五條ニ依リ例外トシテ其第三者ニ對シ之ヲ主張スルコトヲ得ルモノトス」

賃貸借ノ登記ナキトキハ其目的物ノ讓渡人ト賃貸人トノ間ニ合意上其權利義務

ノ承繼アリ且賃借人ノ承認アリタル場合ノ外ハ賃貸借關係存在セサルモノトス(一

案スルニ民法ハ賃貸借ヲ契約ノ一種トシテ債權編中ニ規定シ第六〇一條第六〇六條ニ於テ賃貸人ハ賃借人ニ對シ物ノ使用及ヒ收益ヲ爲サシメ之ニ必要ナル修繕ヲ爲ス義務ヲ負ヒ賃借人ハ之ニ其賃金ヲ支拂フ義務ヲ負フ者ヲ規定スルニ依リテ之ヲ觀レハ賃借權ヲ以テ債權ト爲シ物ヲ支配スル權利即チ物權ト爲シタルニアラサルコト明カナルノミナラス若シ賃借權ヲ以テ物權ト爲シタルモノトセハ既ニ民法第一七七條ノ規定アルヲ以テ特ニ不動産ノ賃借權ニ付キ登記ノ效力ヲ認ムル民法第六〇五條ノ規定ヲ設クルノ必要ナキニ此特別規定ヲ設ケタルニ依ルモ民法カ賃貸借ヲ以テ債權關係ト爲シタル趣旨ヲ窺知スルニ足ルヘシ故ニ原裁判所カ賃借權ヲ以テ物權ナリト爲シ其前提ノ下ニ被上告人ハ本件賃貸借ノ目的タル家屋ノ買受人タル上告人ニ對シ賃借權ヲ主張シ其家屋ヲ使用收益シ得ヘシト判斷シタルハ失當ナリ猶ホ賃借權ヲ債權ナリトシテ其性質ヲ案スルニ債權ハ物權ト異リ排他性ヲ有セサルヲ以テ物ノ給付ヲ目的トスル債權ハ同一物上ニ之カ給付ヲ目的トスル他ノ債權ノ成立並ニ之ニ關スル物權ノ設定移轉ヲ妨ケス又追及權ナキヲ以テ債權ノ目的トスル他ノ債權ノ目的タル場合ニ於テ債權者ハ第三者ノ物權ノ目的トナリタル場合ニ於テ債權者ハ第三者ニ對トノ法律行爲ニ因リ第三者ノ物權ノ目的トスルコトヲ得ス從テ第三者カ既ニ債權ノ目的トナレル債權ヲ主張シテ之レヲ行使スル場合ニ於テ債權者ハ第三者ニ對シ債權ヲ以テ物權ト爲シタルモノトセハ既ニ民法第一七七條ノ規定アルヲ以テ特ニ不動産ノ賃借權ニ付キ登記ノ效力ヲ認ムル民法第六〇五條ノ規定ヲ設クルノ必要ナキニ此特別規定ヲ設ケタルニ依ルモ民法カ賃貸借ヲ以テ債權關係ト爲シタル趣旨ヲ窺知スルニ足ルヘシ故ニ原裁判所カ賃借權ヲ以テ物權ナリト爲シ其前提ノ下ニ被上告人ハ本件賃貸借ノ目的タル家屋ノ買受人タル上告人ニ對シ賃借權ヲ主張シ其家屋ヲ使用收益シ得ヘシト判斷シタルハ失當ナリ猶ホ賃借權ヲ債權ナリトシテ其性質ヲ案スルニ債權ハ物權ト異リ排他性ヲ有セサルヲ以テ物ノ給付ヲ目的トスル債權ハ同一物上ニ之カ給付ヲ目的トスル他ノ債權ノ成立並ニ之ニ關スル物權ノ設定移轉ヲ妨ケス又追及權ナキヲ以テ債權ノ目的トナリタル場合ニ於テ債權者ハ第三者ノ物權ノ目的トナリタル場合ニ於テ債權者ハ第三者ニ對シ債權ヲ主張シテ之レヲ行使スルコトヲ得ス從テ第三者カ既ニ債權ノ目的トナレル物權ニ對シ物權ノ設定移轉ヲ目的トスル法律行爲ニ因リテ所有權ヲ取得スルモ此一事ニ依リテ之ヲ違法ト爲シ債權者ニ對スル不法行爲成立スルモノト謂フヘカラス故ニ賃借權ノ目的タル物ヲ賃借人カ第三者ニ賣買其他ノ法律行爲ニ因リテ讓渡シタルトキハ其讓渡ハ有效ニシテ賃借人ハ其第三者ニ對シ賃借權ヲ主張スルコトヲ得ス唯不動産ノ賃貸借ヲ登記シタル場合ニ於テノミ第六〇五條ニ依リ例外トシテ其第三者ニ對シ之ヲ主張スルコトヲ得ルモノトス然ラハ賃貸借ノ登記ナキ場合ニ於テハ其目的物ノ讓受人ト賃貸人トノ間ニ合意上其權利義務ノ承繼アリ且賃借人ノ承認アリタル

場合ノ外ハ賃貸借關係存續セサルモノト謂ハサルヲ得ス(明治三十六年(オ)第三一五號同年十月三十日言渡大正九年(オ)第五五五號同年九月四日言渡當院判決參照)然ルニ原裁判所カ賃貸借ノ登記ナキコト爭ナキ本件ニ於テ賃借權ヲ債權ナリトスルモ其目的物タル家屋ノ讓渡行爲ハ賃借人ノ權利ヲ侵害セサル限度ニ於テノミ其效力ヲ生シ讓受人ハ當然前賃借關係ヲ承繼スヘク賃借人ハ依然トシテ其家屋ニ對シ賃借權ヲ主張シ使用收益ヲ爲シ得ヘキモノナリト判斷シ「上告人ハ被上告人カ訴外山岸孝次ヨリ本件家屋ヲ賃借シ居ル事ヲ知リナカラ該家屋ヲ讓受ケタルヲ以テ當然其賃貸借ヲ承繼シテ賃貸人トナリタルモノナレハ本訴ノ明渡請求ハ不當ナリ」ト裁判シタルハ債權ニ物權ト同一ノ效力ヲ認メ兩者ノ區別ヲ混同シタル不法アルモノト謂ハサルヲ得ス(大審院大正九年(オ)第五三〇號同年十月四日民二部田上裁判長大倉松岡成道三宅各判事判決)

【關係事項】破毀差戻○原審東京地方裁判所○家屋明渡請求事件○上告人大島金次郎訴訟代理人辯護士北垣寅之助被上告人杉本米次郎訴訟代理人辯護士笠原文太郎同鈴木茂雄

【判旨第一、二點參照學說判例】

本書本卷民法七五三頁以下及九二四頁

賃貸借カ債權關係ナリヤ物權關係ナリヤニ付キ吾人ハ我法典上ノ解釋トシテ債權說ヲ採ルヘキコトヲ詳論セリ判旨ハ吾人ノ謂フトコロト多ク經庭ヲ見ス(本書本卷民法七七八頁評論)

(三一五)

一三〇　條件ノ成就ニ因リテ不利益ヲ受クヘキ當事者カ故意ニ其條件ノ成就ヲ就シタルモノト看做スコトヲ得

民法第一三〇條ニ所謂故意ニ其條件ノ成就ヲ妨ケタリト爲スニハ條件ノ成就ヲ

妨クヘキ結果ヲ來スコトヲ知リテ或行爲ヲ爲シタルコトヲ以テ足リ必スシモ條件ノ不成就ヨリ來ルヘキ不利益ヲ免ルルノ希望ヲ以テスルコトヲ要セサルモノトス」

然レトモ民法第一三〇條ニ所謂故意ニ其條件ノ成就ヲ妨ケタリト爲スニハ條件ノ成就ヲ妨クヘキ結果ヲ來スコトヲ知リテ或行爲ヲ爲シタルコトヲ以テ足リ必スシモ條件ノ不成就ヨリ來ル不利益ヲ免ルルノ希望ヲ以テスルコトヲ要セス原判決ノ確定セル所ニ依レハ上告人ハ遠藤丑之助ヨリ家屋ヲ買入ルルニ付キ其周旋ヲ被上告人ニ委託シ賣買登記ノ完了ヲ停止條件トシテ報酬金ヲ與フルコトヲ契約シタルモノナリ賣買登記ニハ當事者双方ノ申請手續ヲ爲ササルニ於テハ登記ノ完了ヲ妨クヘキ結果ヲ生スルノ必然ナルハ諸易キ所ニシテ其當事者ハ其結果ヲ認識シタルモノト爲スヘク登記所ニ出頭スヘキ旨催告シタルニ拘ハラス故ナク之ニ應セサリシ上告人ヲ以テ登記ノ完了ヲ故意ニ妨ケタルモノト爲シ民法第一三〇條ヲ適用シタルハ正當ナリ(大審院大正九年(オ)第四五四號同年十月一日民一部田部裁判長大倉尾古鈴木鬼澤各判事判決)

【關係事項】上告業却○原審大阪地方裁判所○報酬金請求事件○上告人上村隆亮訴訟代理人辯護士山本嘉三郎○河合廉一被上告人鳥津幸三郎

【民法第一三〇條ニ所謂故意ノ意義ニ關スル同趣旨學說】

川名博士 一 故意トハ自己ノ所爲カ條件ノ成就ヲ妨クル結果トナルヘキコトヲ知リ且ツ之ヲ可トスルコトヲ謂フ(法學博士川名敏四郎日本民法總論二六一頁)

鳩山博士 二 條件ノ成就ヲ妨クル行爲ハ當事者ノ故意ニ出テタルコトヲ要ス故意ノ意義ハ不法行爲ニ付テ言フト同一ナリ即チ必スシモ欲望ヲ必要トセス條件不成就ノ結果ヲ生スヘキコトヲ認識シテ其行爲ヲ爲シタルヲ以テ足ル(法學博士鳩山秀夫氏註釋民法二卷五二三頁)

岡松博士 中島博士 磯道博士

【同上與趣旨學說】

一 條件ノ成就ヲ妨クルハ故意ニ出テタルコトヲ要ス玆ニ所謂故意アルニハ其行爲ハ條件ノ成就ヲ妨クルモノナルコトヲ自覺シ且之ニ因リテ條件ノ成就ヨリ來ル不利益ヲ免ルルノ希望ヲ以テ爲サレタルコトヲ要ス(法學博士岡松參太郎氏中大講義錄則三五五頁)

二 條件ノ成就ヲ妨ケテ不利益ヲ免レントスルノ惡意即チ意慾アルヲ要ス(法學博士中島玉吉氏釋義總則七四九頁)

三 詐害行爲ハ故意ニ出テタルモノナルコトヲ要ス此ニ故意ト云フハ行爲ノ性質カ條件ノ成就ヲ妨クルモノナルコトヲ自覺シ且ツ條件ノ成就ヨリ生スル不利益ヲ免カルル希望ヲ有スルコトヲ指スモノトス(法學博士磯道文藏氏日本民法要論第一卷四二九頁)

(三一六)

二五五第一項　從來ノ住所又ハ居所ヲ去リタル者カ其財產ノ管理人ヲ置カサリシトキハ裁判所ハ利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ因リ其財產ノ管理ニ付キ必要ナル處分ヲ命スルコトヲ得本人ノ不在中管理人ノ權限カ消滅シタルトキ亦同シ

二六　不在者カ管理人ヲ置キタル場合ニ於テ其不在者ノ生死分明ナラサルトキハ裁判所ハ利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ因リ管理人ヲ改任スルコトヲ得但其性質カ之ヲ許ササルトキハ此限ニ在ラス

民六六六第一項　債權ハ之ヲ讓渡スコトヲ得但其性質カ之ヲ許ササルトキハ此限ニ在ラス

民四六六　受任者ハ委任事務ヲ處理スルニ當リ受取リタル金錢其他ノ物ヲ委任者ニ引渡スコトヲ要ス其收取シタル果實亦同シ

受任者カ委任者ノ爲メニ自己ノ名ヲ以テ取得シタル權利ハ之ヲ委任者ニ移轉スルコトヲ要ス

非訟事件手續法第四〇第二項　管理人ハ其任務ヲ辭セントスルトキハ裁判所ニ其旨ヲ屆出ツヘシ此場合ニ於テハ裁判所ハ更ニ管理人ヲ選任スヘシ

同上四三　民法第六百四十四條第六百四十六條……ノ規定ハ裁判所カ選任シタル管理人ニ之ヲ準用ス

裁判所ノ選任ニ因リ不在者ノ財產管理人ト爲リシ甲カ其任務ヲ辭シタルトキハ其一切ノ管理事務ヲ擧ケテ後任者ト爲リタル乙ニ引繼ク可キモノナレハ其管理事務ニ屬スル金圓保管ノ事務ニ付テモ之ヲ該保管金ト共ニ後任者乙ニ引繼ク可

キハ當然ノ事ナリトス」

甲カ管理人トシテ在任中保管金ヲ不在者本人ニ返還スヘキ義務ヲ負擔シ居リタルモ辭任後ハ其管理ニ係ル金圓保管ノ事務ヲ保管金ト共ニ後任者乙ニ引繼キ以テ右保管金返還ノ義務ヲ免ルルコトヲ得ヘク之ト同時ニ其義務ハ引繼ヲ受ケタル後任者乙ニ於テ之ヲ負擔スルニ至ルモノトス」

債權ノ讓受人ハ單ニ讓渡人ノ權利ヲ承繼スルモノニ過キスシテ之ニ優レル權利ヲ有スルニ至ルモノニ非サルコト論ヲ俟タサル所ナレハ既ニ管理人ノ任務ヲ辭シテ其管理ニ係ル金圓保管ノ事務ヲ保管金ト共ニ後任者ニ引繼キタル者ニ對シテハ敍上ノ理由ニ基キ右債權ノ讓渡ナキ場合ニ於テ不在者本人カ該保管金返還ノ請求ヲ爲スコトヲ得サルト同シク之ヲ讓受ケタル者ニ於テモ亦請求ヲ爲スコトヲ得サルモノトス」

不在者ノ債權ヲ讓受ケタル者カ辭任シタル管理人ノ在任中ニ同人ニ對シ保管金ノ返還ヲ請求シ且其請求ノ訴ヲ起シタリトスルモ之カ爲メニ其管理人ノ辭任及ヒ其後任者ニ管理事務ノ引繼ヲ爲スコトヲ妨ケサルモノトス」

右ノ場合管理人ノ辭任及ヒ事務引繼等カ故ラニ債權讓受人ノ請求ヲ困難ナラシムル手段トシテ行ハレタリトスルモ之カ爲メニ保管金請求ノ當否ニハ何等ノ影響ナキモノトス」

然レトモ本件ノ事實ハ原裁判所ノ認定シタル所ニ依レハ被上告人ハ所轄裁判所ヨリ不在者笹野儀右衛門ノ財産管理人ニ選任セラレ在任中儀右衛門ノ爲メニ第三者ヨリ金員ヲ受取リテ之ヲ保管シ居リタル處其後該管理人ノ任務ヲ辭シ後任者トシテ笹野儀七カ管理人ニ選任セラレタルヲ以テ被上告人ハ其管理事務ヲ右保管金ト共ニ後任者儀七ニ引繼キタルモノナルコト判文上明白ナリ故ニ本件ノ場合ニ於テハ裁判所ノ選任ニ因リ不在者ノ財産管理人ト爲リタル被上告人カ其任務ヲ辭シタルトキハ其一切ノ管理事務ヲ擧ケテ後任者ト爲リタル儀七ニ引繼ク可キモノナレハ其管理事務ニ屬スル右金員保管ノ事務ニ付テモ之ヲ該保管金ト共ニ後任者儀七ニ引繼ク可キハ當然ノ事ナリトス從テ被上告人ハ管理人トシテ在任中右保管金ヲ不在者本人ニ返還スヘキ義務ヲ負擔シ居リシコト勿論ナルモ辭任後ハ其管理ニ係ル金員保管ノ事務ヲ保管金ト共ニ後任者儀七ニ引繼キ以テ右保管金ノ返還ノ義務ヲ免ルルコトヲ得ヘク之ト同時ニ其義務ハ引繼ヲ受ケタル後任者儀七ニ於テ之ヲ負擔スルニ至ルモノト謂ハサル可カラス而レテ上告人ハ不在者本人ヨリ右保管金返還ノ請求權ヲ讓受ケタルモノナレトモ債權ノ讓受人ハ單ニ讓渡人ノ權利ヲ承繼スルモノニ過キスシテ之ニ優レル權利ヲ有スルニ至ルモノニ非サルコト論ヲ俟タサル所ナレハ既ニ管理人ノ任務ヲ辭シテ其管理ニ係ル金員保管ノ事務ヲ保管金ト共ニ後任者ニ引繼キタル被上告人ニ對シテハ敍上ノ理由ニ基キ右債權ノ讓渡ナキ場合ニ於テ不在者本人カ該保管金返還ノ請求ヲ爲スコトヲ得サルト同シク之ヲ讓受ケタル上告人ニ於テモ亦其請求ヲ爲スコトヲ得サルモノトス然レハ結局同一ノ趣旨ニ基キタル原判決ハ正當ニシテ其理由ヲ具備スルモノナレハ毫モ所論ノ如キ違法アルヲ見ス若シ夫レ所論ノ如ク上告人カ被上告人ノ在任中既ニ同人ニ對シ右保管金ノ返還ヲ請求シ其請求ノ訴ヲ起レタリトスルモ之カ爲メニ被上告人ノ選任及ヒ後任者ニ管理事務ノ引繼ヲ爲スコトヲ妨クヘキ理由ナケレハ毫モ本訴請求ノ當否ニ影響ヲ及ホスコトナシ又所論ノ如ク被上告人ノ辭任及ヒ事務引繼等カ故ラニ上告人ノ請求ヲ困難ナラシムル手段トシテ行ハレタリ

鳩山學士

トセンカ之カ爲メニ上告人ニ損害賠償ノ請求權ヲ發生スルヤ否ヤト云フカ如キ全タ別個ノ問題ヲ生スルコトナキニ非ストスルモ本訴請求ノ當否ニハ寸毫ノ影響ナシ要スルニ本件上告ハ其理由ナシ(大審院大正九年(オ)第三二二號同年十月十五日民一部田部裁判長横原松岡鈴木鬼澤各判事判決)

【關係事項】上告棄却○原審廣島地方裁判所○保管金請求事件○上告人日本貿易合資會社訴訟代理人辯護士竹山祐ト同渡邊榮吉被上告人木村忠吉訴訟代理人辯護士横山勝太郎

【判旨第三點管理人辭任ニ關スル參照學說】管理關係ノ成立ニハ委任ノ場合ニハ委任契約ノ成立ヲ要スルコト明ナリ裁判所ニ於テ選任スル場合ニハ選任セラレタル者ノ承諾ヲ要セサルモ選任セラレタル者ハ裁判所ノ許可ヲ要セスシテ任意ニ辭任スルコトヲ得(鳩山一郎氏總則日大講一四七頁)

(三一七)

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

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

七一七　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ニ任ス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

七二二　第四百十七條ノ規定ハ不法行爲ニ因ル損害ノ賠償ニ之ヲ準用ス

被害者ニ過失アリタルトキハ裁判所ハ損害賠償ノ額ヲ定ムルニ付キ之ヲ斟酌スルコトヲ得

市制六條一項　勅令ヲ以テ指定スル市ノ區ハ之ヲ法人トス其ノ財産及營造物ニ關スル事務其他法令ニ依リ區ニ屬スル事務ヲ處理ス

明治四四年勅令二三九　市制第六條ノ規定ニ依リ市ヲ指定スルコト左ノ如シ

東京市、京都市、大阪市

小學校令六〇　市町村長市町村學校組合管理者又ハ町村學校組合管理者ハ市町村市町村學校組合又ハ町村學校組合ニ屬スル國ノ教育事務ヲ管理シ市町村立小學校ヲ管理ス

東京控訴院判決

東京市神田區ナル被控訴人カ法人ナルコトハ市制第六條及ヒ明治四四年九月勅令第二三九號ノ明規スルトコロニシテ控訴人ノ訴旨カ私法ノ適用ヲ受クヘキ學園内ノ事項ニ付キ神田區ナル法人ニ不法行爲アリタルコトヲ主張シ神田區ニ對シ之ニ因リテ生シタル損害ノ賠償ヲ求ムルモノナルカ故ニ被控訴人タル東京市神田區カ當事者タル能力ヲ有スルモノナルコトハ疑ヲ容ルルノ餘地ナキモノトス」

小學校令第六〇條ニ依ルトキハ市立小學校ハ市長ノ管理ニ屬スルコト明カナリト雖モ市立小學校ノ校舍運動機具等ハ之ヲ財産ノ方面ヨリシテハ區ノ所有ニ屬シ區ニ於テ占有セルモノト認ムヘキモノトス」

運動機具タル梯子ノ占有保管ニ付テ東京市神田區ニ過失ノ責ムヘキモノアリテ之カ爲メニ被害者ノ負傷ヲ惹起シ同人ヲシテ死ニ至ラシメタリトセハ東京市神田區ハ其過失ヲ原因トシテ被害者及同人實父母ノ被リタル精神上ノ損害其ノ他ノ損害ヲ賠償スヘキ義務アルモノトス」

運動機具タル梯子ハ約二十八貫目ノ重量ヲ有シ容積又小ナラス小學兒童ノ之ニ戲ルルカ如キ場合ニハ危險ノ虞アルコト何人モ容易ニ豫知シ得ヘキモノナルニ拘ラス東京市神田區カ生徒ノ容易ニ近寄ルコトヲ得ヘキ場所ニ於テ生徒ノ近寄ルヘキ何等ノ設備ヲ爲サスシテ右梯子ヲ保管シ而カモ之ヲ保管スルニ際シ他ニ

繫縛スル等顚倒ヲ防クヘキ適切ノ設備ヲ爲サス當時十歳ノ少年ニシテ其體力未タ盛ナラサル被害者カ之ニ接觸スルコトニ依リテ容易ニ顚倒スルカ如キ方法ニ於テ僅カニ梯子ヲ助木ニ立掛ケ置キタルカ爲メ事變ヲ惹起セシメタルモノナルコトヲ認メ得ヘキモノナルトキハ明カニ東京市神田區ノ過失ナリト論斷ス可キモノトス」

梯子ニ生徒ノ近寄ルコトハ平素教師ノ禁止スルトコロニシテ被害者ハ放課後教師ニ送ラレテ一旦校門ヲ出テタル後更ニ校庭ニ入リ右禁ヲ犯シテ梯子ニ戲レ遂ニ負傷シタルモノナルコトヲ認メ得ヘシト雖モ右事實ハ之ヲ以テ東京市神田區ニ前示認定ニ係ル過失アリタルコトヲ否認スルヲ得サルモノトス」

右ノ場合被害者ノ死去ニ因リ其父母ノ被リタル精神上ノ損害及ヒ父ノ支出シタル葬式費用ニ相當スル金額ハ東京市神田區ニ於テ之カ賠償ノ義務アルコト勿論ニシテ被害者及父母ノ各年齢及ヒ被害者ノ健康狀態就學上ノ成績等各種ノ事情ヲ綜合スルトキハ被害者ノ死亡ニ因リ其父母ノ被リタル精神上ノ損害ハ各金七百五十圓ヲ以テ之ヲ賠償スルコトヲ得ヘキモノナリト認定ス」

責任能力ナキ者ノ協力ノ爲メニ損害ノ生シタル場合ニハ損害賠償ノ額ヲ定ムルニ付キ之カ斟酌ヲ爲スヘキモノニアラスト認ムルヲ相當トス」

被控訴人ハ本訴ノ訴訟當事者タル適格ヲ有セサルモノナル旨抗辯スレトモ東京市

田區ナル被控訴人カ法人ナルコトハ市制第六條及明治四四年九月勅令第二三九案ノ明規スルトコロニシテ控訴人ノ本件訴旨ハ私法ノ適用ヲ受クヘキ範圍內ノ事項ニ付キ神田區ナル法人ニ不法行爲アリタルコトヲ主張シ神田區ニ對シ之ニ因リテ生シタル損害ノ賠償ヲ求ムルモノナルカ故ニ被控訴人カ本訴ノ訴訟當事者タル能力ヲ有スルモノナルコトハ疑ヲ容ルルノ餘地ナシ仍テ本案ニ入リ控訴人等請求ノ當否ヲ審査スルニ亡高橋齋平及ヒ控訴人高橋ミチノ三男高橋幸雄當十年カ大正四年一二月七日午後三時半頃東京市神訴區小川町小川尋常小學校運動場內ニ於テ助木ニ立掛ケアリタル梯子ニ戲レ其梯子ノ倒レシヨリ下敷ト爲リテ負傷シ其結果同月十七日死亡シタルコト同人ハ該小學校ノ第三學年ナリシコト及ヒ右小學校カ東京市立小學校ナルコトハ當事者間爭ナキトコロトス而シテ小學校令第六〇條ニ依ルトキハ市立小學校ハ市長ノ管理ニ屬スルコト明カナリト雖トモ原審證人守屋恒三郎……ノ證言ニ依ルトキハ市立小學校ノ校舍運動機具等ハ之ヲ財產ノ方面ヨリシテハ區ノ所有ニ屬シ區ニ於テ占有セルモノト認ムヘキカ故ニ本件小學校ノ運動機具モ亦直接被控訴人ノ所有ニ屬シ且ツ占有セルモノト認ムルヲ相當トス從テ右梯子ノ占有保管ニ付キ被控訴人ニ過失ノ責ムヘキモノアリテ之カ爲メニ高橋幸雄ノ負傷ヲ惹起シ同人ヲシテ死ニ至ラシメタリトセハ右梯子カ土地ノ工作物ナルヤ否ヤハ姑ク措キ被控訴人ハ其過失ヲ原因トシテ亡高橋齋平及控訴人高橋ミチノ被リタル精神上ノ損害其他ノ損害ヲ賠償スヘキ義務アルヤ言ヲ俟タス而シテ原審證人松田茂……ヲ綜合考覈スルトキハ右梯子ハ約二十八貫目ノ重量ヲ有シ容積又小ナカラス小學兒童ノ之ニ戲ルルカ如キ場合ニハ危險ノ虞アルコト河人モ容易ニ豫知シ得ヘキモノナルモ相當ノ注意ヲ用ヒ梯子ヲ占有保管スルニ際シ平素助木ニ繫縛スル等之カ顚倒ヲ防クヘキ適當ノ設備ヲ爲シ或ハ生徒ノ之ニ近寄ルコトヲ防止スヘキ適當ノ設備ヲ爲シタランニハ本件事故ノ發生ヲ未然ニ防止シ得タルコト明カナルニ拘ラス被控訴人カ本件ノ如ク生徒ノ容易ニ近寄ルコトヲ得ヘキ場所ニ於テ生徒ノ近寄ルコトヲ防止スヘキ何等ノ設備ヲ爲サスシテ