契約事項ト證書ト關係

五六 賣買ハ當事者ノ一方カ或財産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

民訴二一七 裁判所ハ民法又ハ此法律ノ規定ニ反セサル限リハ辯論ノ全趣旨及或證據調ノ結果ヲ斟酌シ事實上ノ主張ヲ眞實ナリト認ムヘキヤ否ヤヲ自由ナル心證ヲ以テ判斷ス可シ

「證書ヲ作成シタル場合ニ於テハ果シテ協定事項全部ヲ記載シタルモノト見ル可キカ」

或取引ノ爲メ證書ノ作成セラルル場合ニ於テハ其取引ニ於テ當事者間ニ協定ヲ經タル全部ノ條項ハ證書ニ記載セラル可ク其協定事項ノ一部ノミヲ證書ニ記載シ他ヲ缺如スルコトハ格段ノ事情ノ存スル場合ニ於テノミ之ヲ見ル故ニ本件當事者間ニ作成セラレタル賣渡證書モ亦普通ノ事例ニ從ヒ協定事項ノ一部ノミヲ記載スルヲ要スル格段ナル事情判明セサル限リハ取引條項全部ヲ記載シタルモノト認メサルヲ得ス然ルニ右證書ニハ賣買ノ成立シタル旨記載セラルルト雖モ買戻ノ特約ニ關シ記載セラルル所ナシ從テ單純ナル賣買ト認メサルヲ得ス(東京控訴院大正元年(ネ)第六八八號同二年三月三一日民三判決松岡裁判長、戸崎、大藤、前田、高瀬、各判事宣告)

事實ノ認定ハ特別ノ事情ナキ限リ普通一般ノ事例ニ依リタルモノト認ムルヲ穩當トスル右ノ判旨モ亦此理ニ基ク至當ノ見解ナリト信ス

贈與契約カ否ラサルカ

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

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リタル部分ニ付テハ此限ニ在ラス

六二三 履行ハ當事者ノ一方カ相手方ニ對シテ勞務ニ服スルコトヲ約シ相手方カ之ニ其報酬ヲ與フルコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ス

七七五 婚姻ハ之ヲ戸籍吏ニ届出ツルニ因リテ其效力ヲ生ス

前項ノ届出ハ當時者雙方及成年ノ證人二人以上ヨリ口頭ニテ又ハ署名シタル書面ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ要ス

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 當事者カ婚姻ノ届出ヲ爲ササルトキ

但其届出カ第七七五條第二項ニ揭ケタル條件ヲ缺クニ止マルトキハ婚姻ハ之カ爲メニ其效力ヲ妨ケラルルコトナシ

七九四 夫婦カ法定財産制ニ異ナリタル契約ヲ爲シタルトキハ婚姻ノ届出マテニ其登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ夫婦ノ承繼人及第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

(一)果シテ贈與契約カ否ラサルカ」

(二)婚姻ノ豫約ハ有效ナリヤ否ヤ」

(一) 原告主張ノ多年ノ勤勞ヲ終ル前ニ於テ被告ノ報酬支拂ノ債務カ當事者間ノ契約又ハ法律ノ規定ニ因リ存在セサル場合ニ於テハ縱令其後ノ契約ニ因リ或給付ノ債務ヲ負ヒ而カモ其債務ヲ負擔セルコトカ斯カル原告ノ勤勞ニ原因スル場合ニ於テモ是ヲ以テ右勤勞ニ對スル報酬ナリト稱シ雖ク即チ法律上ノ給付ノ義務ナクシテ無償ニ他人ニ財産ヲ與フルモノナレハ一ノ贈與契約ナリト云ハサル可ラス本件原告ハ被告ト婚姻ノ意思ヲ以テ同棲シタルモノナルハ原告ノ主張セル所ナルヲ以テ其同棲セル間ノ原告ノ勤勞ニ對シ豫メ被告ヨリ報酬ヲ支拂フ可キ契約ノ存在セサリシコトハ原

婚姻豫約ノ效果

告ノ主張自體ニ依リ之ヲ認メ得可ク又斯ル場合ニ於テハ法律ノ規定ニ依ルモ當然報酬請求ノ權利ノ發生スルモノニ非サルニ依リ被告ハ本件契約前ニハ原告ニ對シ報酬支拂ノ債務ヲ負擔セサリシモノト謂フ可ク從テ叙上ノ理由ニ依リ原告ノ勤勞ニ基キ爲サレタル本件給付ノ契約ハ一ノ贈與契約ナリト認ムルヲ妥當トシ而カモ該契約カ當事者間ニ爭ナキ所ナルヲ以テ其未タ履行セラレサル本件請求ノ部分ニ付テハ被告ハ贈與契約ノ取消ニ依リ其債務ヲ免レタルモノトス

(二) 婚姻豫約不履行ニ因ル損害賠償ニ付テモ元來婚姻ハ當事者ノ意思ノ合致ト戸籍吏ニ對スル屆出トニ依リ成立ス可キモノナルヿハ民法ノ規定セル所ニシテ斯カル人世ノ一大重事タル婚姻ニ付テハ其成立ノ時換言スレハ戸籍吏ニ對スル屆出ノ時ニ於テ當事者雙方ニ婚姻ヲ爲スノ自由意思ノ存在ヲ要スルモノト謂フ可ク從テ若シ婚姻ノ豫約ヲ有效ナリトスルトキハ當事者ハ往往婚姻當時其婚姻ノ成立ヲ欲セサルニ拘ハラス其意思ニ反スル婚姻ヲ爲ササル可ラサルニ至ル結果ヲ來スヲ以テ婚姻ノ豫約ハ法律上無效ナリト謂ハサル可ラス然ラハ斯ル婚姻豫約不履行ノ場合ニ於テ當事者カ其損害賠償ニ付特ニ契約ヲ爲スコト在リトスルモ其契約ノ成立カ右豫約ノ前ナルト後ナルトヲ將タ同時ナルトヲ問ハス常ニ其契約モ亦無效ナリ(東京地方大正二年(ワ)第八七號同年三月三一日判決名川裁判長、植月、五明各判事宣告)

【同一學說判例】

一 婚姻ニ付テハ民法施行ノ前後ヲ問ハス婚姻ノ時特ニ當事者雙方ノ自由ナル意思ノ存スルヲ必要トセルカ故ニ將來婚姻ヲ爲ス可シトノ豫約ノ如キハ法律ノ認許セサル所トス(大審院民事判決錄三五年三卷一六頁)

二 婚姻ハ屆出ノ當時其合意ナキトキハ無效ナリ故ニ初メ婚姻スル意思ヲ以テ屆書ニ連署スルモ其屆出ヲ了セスシテ止ミタルトキハ後日ニ至リ其屆書ノ年月日ヲ訂正シテ戸籍吏ニ屆出ツルモ爲メニ法律上夫婦關係ハ生セス(名古屋控訴院四一年判例彙報二卷一三七頁)

三 戸籍吏ニ對スル婚姻ノ屆出ナキカ爲メ法律上夫婦タルノ關係ヲ有スルモノナリト云フヿヲ得サルモノト雖モ其婚姻ノ契約カ當事者双方ノ尊屬親ノ同意ヲ得且公然ノ媒酌人アリテ正當ノ夫婦タル可キ目的ヲ以テ成立シタルモノハ偶々當事者ノ一方ト他方ノ尊屬親ト和合セサリシカ爲メ其婚姻ノ屆出ヲ履行セスシテ一時其實家ニ復歸シテ夫婦同樣ノ關係ヲ繼續スルハ公然ノ夫婦ナリトスフヿヲ得サルモ亦之ヲ以テ不法ノ私通關係ナリト云フヿヲ得サルモノトス(東京控訴院三九年法律新聞第三八三號六頁)

四 婚姻ハ之ヲ戸籍吏ニ屆出ルニ非サレハ法律上其成立ヲ認ムヿ可カラサルト同時ニ其屆出タルヤ當時者雙方ノ自由ナル意思ニ基カサル可カラス故ニ假令婚姻ヲ爲ス合意アリトスルモ當事者ハ之カ爲メニ羈束セラレテ其屆出ヲ爲ス可ク强制セラル可キモノニ非ス(長崎控訴院三八年法律新聞第三三八號八頁)

五 婚姻ノ豫約ハ我民法ノ認メサル所ニシテ男女ノ意思ハ婚姻當時ニ存在スルコトヲ要スルモノトセリ我國ノ慣習ニ於ケル婚姻ハ多クハ婚姻ス可キ男女ノ意思ニ出テサルモノニシテ其法律上全然無效行爲タルハ勿論其意思ニ出テタルトキト雖モ何等ノ法律上ノ效果ヲ生スルコトナシ(奥田博士中央大學親族法講義二二七頁)

六 豫約カ有效ナルニ於テハ當事者ノ一方カ種種ノ事情ニ依リ其意思ノ變更ヲ來スコトアル可キニ拘ハラス其豫約ニ拘束セラレ竟ニ其意思ヲ枉ケテ婚姻ヲ爲スコトナキヲ保セス然ルトキハ其婚姻カ當事者ノ自由ナル意思ニ背戻シテ成立スルノ結果終ニ夫婦相愛ノ途ヲ保持スル能ハサルニ至ルノ恐アレハナリ(牧野法學士日本親族法論一七五頁)

七 當事者ハ婚姻ノ豫約ニ拘束セラレ婚姻ヲ爲ス可キ義務ヲ强要セラルルコトナキヲ原則トス是レ身上ニ關スル約束ハ直接人身ノ自由ニ關スルモノナルヲ以テ通常財産上ノ契約ニ於ケルカ如ク其契約ヲ爲ス可キ拘束力アル豫約ヲ結フハ公ノ秩序ニ害アルカ爲メナリ(柳川法學士法學大家論文集下卷八二九頁)

八 婚姻ヲ爲スコトヲ約シタル者ノ間ニ之カ實行ヲ爲スニ當リ理由ノ正否ヲ問ハス一方カ之ヲ實行スルコトヲ欲セサルニ於テハ强テ之カ實行ヲ爲サシムルコトヲ許ス可カラス若シ之ヲ强ユルトキハ即チ人ノ自由ヲ拘束スルモノニシテ許ス可キニ非ス(掛下法律學士法學大家論文集下卷八三八頁)

九 婚姻ノ豫約ヲ認許シ人身ヲ拘束シテ其意ニ反スル婚姻ヲ强ユルハ家庭ノ平和ヲ紊亂シ延テ公序良俗ニ反スルノ不法アリ(一瀬辯護士法律新聞第五五六號三頁)

【反對學說】

一 豫約カ善良ノ風俗ニ反スルヤ否ヤハ一ニ社會道德上ノ問題タリ豫約カ公ノ秩序ニ反スト云フ者ハ其婚姻ノ自由ヲ制限スルヲ理由トス然リ豫約ヲ有效トスルトキハ當事者ハ其以外ノ者ト婚姻スルノ自由ヲ制限セラル然レトモ此制限ハ何カ故ニ公序ニ

害アルカ余ハ婚姻ノ豫約ヲ總テ公益ニ害アルモノトスル大審院ノ見解ニ服スル能ハサルモノニシテ此問題ニ付テモ英國法ノ原則カ大體ニ於テ實際ニ適中スルモノタルコトヲ信ス（池田法學士法學大家論文集民法下卷八五一頁）

二　森辯護士法律新聞第五五二號二頁日比谷道人氏法律新聞第九一號二頁

(一)判旨第一點ノ擬律ニ付テハ異論ナシ然レトモ聊カ事實ノ判明セサル所アルヲ遺憾トス

(二)判旨第二點ハ本件事案ノ下ニ於テハ正當ノ見解ナルヲ信ス何トナレハ本件ハ婚姻其モノト同一内容ヲ實現セシムル豫約ヲ爲シタルモノニシテ斯ノ如キハ公序良俗ニ反スルコト深ク論セスシテ明カナレハナリ

之ニ反シ所謂單純ナル豫約ノ效果ニ付テハ學說ノ存スル所ニシテ我邦判例及多數ノ學說ハ無效說ヲ採ル然レトモ其理由ニ至リテハ唯タ公序良俗ニ反スト謂フノミ敢テ其内容ヨリ無效ナル所以ヲ說キタル者アルヲ見ス多クハ無效ナリトノ前提ヨリ消極的ニ有效ナラスト說クノミ翻テ反對說ヲ見ルニ(一)豫約カ善良ノ風俗ニ反スルヤ否ヤハ一ニ社會道德上ノ問題ニシテ社會學倫理學ノ範圍ニ屬シ法律學上ヨリ之ヲ獨斷ス可カラス(二)或ハ現行法ノ屆出ナル要式主義ヲ根據ト爲シ以テ屆出當時ニ意思ノ存在ヲ必要トストノ前提ヨリ其豫約ヲ公ノ秩序ニ反スト云フ者アルモ謬レリ現行法カ假リニ不要式主義ヲ採ルモ敢テ行爲當時ニ其意思ナクシテ可ナリトノ結論ヲ生セス果シテ然ラハ要式主義ナルカ故ニ其豫約ハ無

效ナリト謂フ可カラス(三)此要式行爲ヲ極論スルトキハ屆出ナル形式カ婚姻トナリ從テ屆出ヲ爲サンカ爲メニ其前ニ於テ特定男女間ニ爲サルル一切ノ準備行爲モ亦公序良俗ニ反スル者ト云ハサルヲ得ス其前半ハ公序良俗ニ反シ而カモ其後半ハ神聖ナル婚姻ヲ生スト云フカ如キハ條理ヲ逸ス(四)豫約ヲ認ムル時ハ當事者ノ意思ニ背戻シテ之ヲ成立セシムル結果竟ニ相思相愛ノ途ヲ保持スル能ハス延テ公序ヲ害スルニ至ルト云フモ當ラス此理ヲ推窮スルトキハ當事者ノ意思ニ反シテ婚姻ヲ繼續ス可カラス少ナクトモ現行制限離婚法ノ下ニ於テハ維持ス可カラサル說ナリ(五)現行法ノ認ムル夫婦財產契約ハ婚姻屆出ト同時ニ又ハ其以前ニ於テ之カ登記ヲ爲ス可キ旨ヲ定ム此規定ハ豫約ヲ前提トスルニ非サレハ解ス可カラスト說ク吾人ハ一概ニ排斥スヘカラサル議論ナリト信ス

要之本問ハ解釋上未決ノ問題トシテ爰ニ其斷案ヲ下サス充分研究ノ上他日ヲ期シテ之ヲ論ス可シ

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

酉六七　指名債權ノ讓渡ハ讓渡人カ之ヲ債務者ニ通知シ又ハ債務者カ之ヲ承諾スルニ非サレハ之ヲ以テ債務者其他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

前項ノ通知又ハ承諾ハ確定日附アル證書ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ以テ債務者以外ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

當事者カ債權ヲ讓渡スルモ其通知ヲ要セストノ契約ハ有效ナリヤ

債權ノ讓渡ニ付何等ノ通知ヲ要セサル特約ハ民法第四六七條ノ强行規定ニ反スル無效ノ契約ナリト論難スルモ同條ノ規定ノ趣旨ハ讓渡人ヨリノ通知ニヨリ債務者カ常ニ其債權者ノ何人ナルヤヲ知リテ二重辨濟ヲ爲スコトナカラシムル爲メニ讓渡人ニ其旨ノ通知ヲ爲スヘキコトヲ定メタル債務者保護ノ規定ニ過キサルカ故ニ當事者間ノ特約ニ依リ其適用ヲ避クルコトヲ得ヘク從テ右抗辯モ亦理由ナキモノト認メ之ヲ排斥ス（奈良地方大正元年(ワ)第一五八號同二年二月六日判決森裁判長、松本、川口各判事宣告法律新聞第八五六號二六頁要領）

【參照ス可キ判例】

一　債權ノ讓渡ニ於ケル債務者ノ承諾若クハ通知ナルモノハ權利ノ行使ニ關スル要件ニ外ナラスシテ其成立ニ關スルモノニ非サレハ縱令起訴ノ當時ニ於テハ未タ債務者ノ承諾若クハ通知アラスシテ訴訟進行中讓渡ノ通知アリタリトスルモ裁判所ハ其判決當時ノ狀態ニ依リ債務者ニ對シ敗訴ヲ言渡ス可キモノニ非ス（大審院民事判決錄三六年二六八頁）

二　指名債權ノ讓渡ニ債權者ノ通知又ハ債務者ノ承諾アルニ非サレハ債務者ニ對抗スルヲ許ササル所以ノモノハ債權者ニシテ讓渡ノ事實ヲ知ルニ非サレハ讓渡人ヲ眞ノ債權者ト信シテ辨濟ハ勿論更改其他債權ニ關スル種々ノ行爲ヲ爲シ不測ノ損害ヲ蒙ルコトアル可キヲ虞レタルニ依ル從テ債務者ニシテ其事實ヲ知ルニ於テハ右ノ危險ナキヲ以テ債務者カ承諾ノ意思表示ヲ爲スニ債權讓渡人タルト讓受人タルトヲ問ハサルモノトス（名古屋地方判決法律新聞第五六八號一一頁）

三　指名債權ノ讓渡ニ付テハ如何ナル場合ト雖モ民法四六七條ノ規定ニ依リ通知ヲナスカ又ハ債務者ノ承諾ナケレハ第三者ニ對シテ讓渡ノ效力ヲ生セス故ニ抵當權設定登記ヲ以テ擔保セラレタル債權ヲ讓與シ之ニ對シ權利移轉ノ登記ヲ爲スモ右ノ規定ニ從ヒ其通知又ハ承諾ノ手續ヲ經サレハ債務者ニ對シ債權讓受ノ效力ヲ生セサル筋合ナリ（名古屋控訴院四一年二月一八日民二判決判例彙報第二卷五三頁）

然ラ讓渡ノ通知又ハ承諾ヲ爲ス可キ旨ノ規定ハ公益規定ニ非ス何トナレハ法文

ニ於テ債務者又ハ第三者ニ對抗スルコトヲ得スト爲シ敢テ之ヲ無效ト爲ササレハナリ此理由ニ基ク右ノ判旨ハ正當ナリトス

（四九）

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

九一　法律行爲ノ當事者カ法令中ノ公ノ秩序ニ關セサル規定ニ異ナリタル意思ヲ表示シタルトキハ其意思ニ從フ

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

四七四　債務ノ辨濟ハ第三者之ヲ爲スコトヲ得但其債務ノ性質カ之ヲ許ササルトキ又ハ當事者カ反對ノ意思ヲ表示シタルトキハ此限ニ在ラス

五一三　利害ノ關係ヲ有セサル第三者ハ債務者ノ意思ニ反シテ辨濟ヲ爲スコトヲ得ス

五一四　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（第二項畧）

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

(一)債務引受契約ノ效果及其體樣

(二)債務引受契約ノ當事者

(一)　特定ノ主體ヲ以テ債權關係ノ內容ヲ形成スルモノニ非ストシ債權ノ讓渡相續ニ依ル債權債務ノ移轉ヲ許ス法制ノ下ニ在リテハ債務ノ引受ノ可能ナルコト多辯ヲ俟タサル處ニシテ債務引受ナルモノハ廣義ニ於テハ單ニ從來ノ債務者ニ代リ債務ヲ引受ケ債務者ハ其債務關係ヨリ脫退シ引受人獨リ債務ヲ負擔スル脫退的債務ノ引受ノ場合ノミナラス第三者カ從來ノ債務者ト並ヒ債務ヲ負擔スル所謂附加的債務ノ引受ヲモ含ムモノト解セサル可ラス本件契約ハ右後者ニ屬スル債務引受ニ該ルモノトコ

（二）又契約自由ノ原則ヨリ論スルモ債務ノ引受ノ有效ナルコト勿論ナリト雖モ我法典ニ於テハ債務引受ニ付テノ規定ノ欠缺スルニヨリ債務引受ノ契約ヲ締結スルニハ何人カ當事者タラサル可ラサルモノナリヤノ點ニ關シテハ理論ニ依リテ決セサル可ラス被控訴代理人ハ債務者モ契約ノ當事者ニ加ハラサル可ラスト主張スレトモ第三者ハ債務者ノ同意ヲ得スシテ其債務ヲ辨濟シ得可ク又債務者ニ關係ナク債權者トノ契約ヲ以テ債務ノ更改ヲ爲シ得ル規定ヨリ推論スレハ債務引受契約ハ債務者ニ其債務ヲ全然免カレシメ若クハ輕減セシムルモノニシテ之ニ義務ヲ負ハシムルモノニ非サルコト第三者ノ辨濟又ハ更改ト異ナル點ナキヲ以テ債務者ノ同意ヲ要セスシテ債權者ト引受人トノ契約ニヨリテ有效ニ成立セシメ得可キ者ト云ハサル可ラス唯第三者ノ辨濟及債務者ノ交替ニ依ル更改ハ執レモ債務者ノ意思ニ反シ之ヲ爲シ得サルモノナルニヨリ債務者ニ對スル關係ニ於テ同一ノ狀態ニアル引受ケモ亦債務者ノ意思ニ反セサルコトヲ要スルモノトス（東京地方四五年（レ）第七五號大正二年四月一六日民一判決河本裁判長、橋川、竹田各判事宣告）

【參照ス可キ學說判例】

一　本書第一卷民法三三、一八二、三九五頁

二　債務者カ他人ナシテ其債務ヲ引受ケシム可キコトヲ契約セル場合ニ於テ債權者カ其他人ニ對シ直接ニ債務ノ履行ヲ請求スルニハ自己モ亦契約一般ノ規定ニ從ヒ該契約ノ當事者ニ加入シ事實無カル可カラス（大審院民事判決錄四二年一一一頁）

三　債務ノ引受トハ通常第三者カ辨濟期日ニ至リ主債務者ニ代リテ債務ヲ辨濟スルコトヲ約スル謂ナリ故ニ其契約ニ因リ主債務者ハ當然引受額ニ相當スル金品ヲ引受者ニ對シテ直ニ給付ス可キ債務ヲ負フモノニ非ス（同上三六年一〇四六頁）

四　債務ノ引受ヲ認メタル規定ヲ存セサル我法制ニ於テハ債務者カ第三者トノ間ニ其第三者カ債務ノ引受ケヲ爲ス可キ契約ヲ爲シタリトスルモ債權者ハ右契約ニヨリノ通知ヲ受ケテ之ヲ知リタルト否トニ拘ハラス其第三者ニ對シテハ直接ニ債務ノ辨濟

ヲ求ムルコトヲ得ス（大阪控訴院四一年判決法律新聞第五四六號一〇頁）

五　債務者及新舊債權者間ノ契約ニ因リ他人ノ債務ヲ引受クルコトヲ得（法曹會決議同記事第一七卷一一號二七頁）

六　我國法ニ在リテモ債務引受ハ債務者ノ意思ニ基クコトヲ要セス債權者引受人ノ契約ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得然レトモ債務者ノ意思ニ反シテ之ヲ爲スコトヲ得サルカ故ニ債務者ハ引受ニ反對スルノ意思ヲ表示シ以テ引受人ノ擔保者タル責任ヲモ免ルルコトヲ得（石坂博士法學協會雜誌三〇卷六號五二頁債務引受論）

七　債務關係ヲ其儘存續セシメテ債務者ヲ變更スルノ契約ハ有效ナリト斷定セサルヲ得ス何トナレハ其契約ハ債務ノ性質ニ反セス又毫モ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ヲ害スルモノニ非サレハナリ故ニ我民法ノ下ニ在リテモ債務者ノ更替ニ因ル更改ノ外ニ尙ホ債務ノ引受ヲモ認ムルコトヲ得ヘシ（横田博士債權總論九八頁）

八　債務ハ債權者ト債務者及新タニ債務ヲ引受ク可キ第三者トノ合意ニヨリテノミ之ヲ第三者ニ讓渡スルコトヲ得舊債務者ト新債務者トノ法律行爲ニ因リテハ讓渡ヲ爲スヲ得ス又債權者ト新債務者トノ法律行爲ニ因リテ之ヲ爲スヲ得ス前記三個ノ當事者ノ合意アリテ始メテ債務ハ之ヲ其當事者ノ一人タル第三者ニ移轉スルヲ得ルノミ（法學士立石謙輔氏債務引受論法學大家論文集民法一六四頁）

右ノ判旨ハ大體ニ於テ異論ナキコトハ嘗テ詳論シタル所ナリ右掲出ノ所ヲ參照セラル可シ

（五〇）

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

一七九　同一物ニ付所有權及他ノ物權カ同一人ニ歸シタルトキハ其物權カ第三者ノ權利ノ目的タルトキハ此限ニ在ラス

所有權以外ノ物權及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但其物又ハ其物權カ第三者ノ權利規定ヲ準用ス

前二項ノ規定ハ占有權ニハ之ヲ適用セス

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

四六六　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

前項ノ規定ハ當事者ノ反對ノ意思ヲ表示シタル場合ニハ之ヲ適用セス但シ其意思表示ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

現行法上債務引受ノ許否

第三者ノ主債務引受ト保證債務

保證人自カラ主債務ヲ引受ケタルトキハ保證債務ハ消滅スルヤ

五二〇 債權及債務カ同一人ニ歸シタルトキハ其債權ハ消滅ス但其債權カ第三者ノ權利ノ目的タルトキハ此限ニ在ラス

債務ノ引受ハ保證ヲ消滅セシムルヤ

我民法ハ佛民法等ト同シク更改ヲ認メテ債務引受ニ關スル規定ハ全然之ヲ缺如ス隨テ債務ノ引受ハ我民法上認許セラルヘキヤ否ヤ一ノ疑問ニシテ規定ノ正面ヨリ觀察スレハ當然ニ積極的ノ解釋ヲ下スコト難ク專ラ之ヲ理論ニ繹ネサルヘカラス若シ夫レ理論上是認スヘカラサルモノトスレハ則チ止ム苟モ理論上我國法ニ於テモ之ヲ認メ得ヘキモノトセン乎本問ノ如キハ當ニ攻究ヲ要スヘキ案件タリ

夫レ債務ノ引受ハ法律行爲ニ依リ債權者債務者間ニ成立スル債權關係ニ第三者カ入リ込ミテ債務ヲ負擔スル場合ヲ謂フモノニシテ即チ新債務者カ舊債務者ニ代ハリテ其地位ヲ襲フモノナリ故ニ債務ノ引受ハ承繼ノ一種ニシテ單ニ債務者ノ更替ヲ來スニ止マリ債務其モノハ同一ナリ此ノ知ク債務ノ引受ニ在リテハ債務ノ主體ニ變更アルニ止マリ債務ノ內容等ハ總テ同一ニシテ毫モ異動スルコトナケレハ一見保證債務ハ債務ノ引受ケアリタルニ拘ラス存續スヘキカ如シト雖モ保證人カ債務ノ履行ヲ擔保シタルハ專ラ債務者ノ身上ニ重キヲ置キ債務者其人ノ利益ノ爲メ若クハ債務者ヲ信用シタル結果ニ外ナラス債務者以外ノ者ノ爲メニ保證ノ意思アリタルモノト認ムコト能ハス否寧ロ斯ル意思ナキモノト看ルコト保證ノ觀念ニ適ス故ニ保證債務ハ債務ノ引受ニ因リテ消滅スルモノト論定スルヲ理論上正當ト認ム

次ニ保證人カ債務ヲ引受ケタル場合ハ如何保證債務ハ主タル債務ノ履行ヲ確保スル

カ爲メニ存スルモノナレハ則チ從タル債務ナク而シテ保證人カ主タル債務ヲ引受ケタルトキハ債務者タル資格ト保證人タル資格トカ一身ニ集合スルモノニシテ特ニ保證人タル資格ヲ併存セシムヘキ理由ナク實益モ亦存スルコトナシ混同ノ原則ニ準シ理論上保證債務ハ消滅スヘキモノト爲スヲ相當ト信ス（法學士西川一男氏法學新報第二三卷第四號七五頁以下要領）

【參照ス可キ學說判例】

一 本書第二卷民法一一九頁東京地方四五年（レ）第七五號民一判決ニ引照セル判例學說

二 第三者ノ設定セル質權抵當權及保證ハ其擔保スル債務ノ引受ニ依リ消滅スルモノト解ス可シ（石坂博士債務引受論法學協會雜誌第三〇卷六號四八頁）

三 債權ノ爲メニ設定シタル保證、質權、抵當權等ニ對シテハ如何ノ效力ヲ及ホス可キカ保證人、抵當物、質物ナル所有者カ讓渡（引受）行爲ノ當事者トシテ其存續ヲ承諾シタル場合ノ外ハ當然ニ消滅ニ歸スト謂ハサルヲ得ス（立石法學士法學大家論文集民法一六四頁）

債務ノ引受ハ現行法ニ於テ是認ス可キハ嘗テ詳論シタリ又債務ノ引受ハ原則トシテ保證債務ヲ消滅セシメ唯タ保證人カ其存續ニ付承諾シタルトキノミ之カ存續ヲ認ム可キハ一般學說ト共ニ右ノ所說ニ贊同ヲ表ス然レトモ保證人自カラ債務ノ引受ヲ爲シタル場合ニ關シ權義混同ノ原則ニ準ストハ果シテ正當ナルヤ否ヤ聊カ疑ナキ能ハス他日之ヲ詳論ス可シ

（五一）

同一物ニ付所有權及他ノ物權カ同一人ニ歸シタルトキハ其物權ハ消滅ス但其物又ハ其物權カ第三者ノ權利

第一抵當權者ノ物權ノ目的ト辨濟ノ代ル物ニ取得シタル第二順位ノ抵當權者ノ權利

ノ目的タルトキハ此限ニ在ラス

所有權以外ノ物權及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

前二項ノ規定ハ占有權ニハ之ヲ適用セス

三六九 抵當權者ハ債務者又ハ第三者カ占有ヲ移サスシテ債務ノ擔保ニ供シタル不動產ニ付他ノ債權者ニ先チテ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クル權利ヲ有ス

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

三七三 數個ノ債權ヲ擔保スル爲メ同一ノ不動產ニ付抵當權ヲ設定シタルトキハ其抵當權ノ順位ハ登記ノ前後ニ依ル

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

買主カ出捐ヲ爲シテ其所有權ヲ保存シタルトキハ賣主ニ對シテ其出捐ノ償還ヲ請求スルコトヲ得

右執レノ場合ニ於テモ買主カ損害ヲ受ケタルトキハ其賠償ヲ請求スルコトヲ得

第一抵當權者カ其目的トスル不動產ノ所有權ヲ其擔保ニ係ル債權ノ代物辨濟トシテ取得シタル場合ニ第二順位ノ抵當權者アルトキハ其第二位抵當權ハ第一順位ノ抵當權トナルヤ

本問第一抵當權ハ第二抵當權者ノ爲メニモ亦消滅ス蓋シ第一抵當權ノ消滅ヲ來ス原因ハ二アリ其一ハ第一抵當權ヲ擔保スル主タル債權カ代物辨濟ニ因リテ消滅ニ歸シタルコトニシテ其二ハ代物辨濟ノ結果抵當物カ第一順位者ノ所有ニ歸シ第一抵當權ト所有權トカ混同シタルコトナリトス而シテ混同ノ原則ハ民法第一七九條但書ノ規定ニ從ヒ第一抵當權ハ尙之ヲ存續セシムルノ必要アルカ如シト雖モ同條但書ノ規定ハ第一順位者ノ債權カ依然トシテ存在スル場合ニ於テハ之ヲ適用スルコトヲ要スル

モ本問ノ如ク主タル債權カ絕對ニ消滅シテ第一抵當權カ其結果トシテ消滅ニ歸シタル場合ニ之ヲ適用スルコトヲ得ス而シテ其不動產カ第二順位ノ抵當權實行ノ爲メ競賣ニ附セラレタルトキハ其不動產ヲ第一順位者ニ讓渡シタル債務者ハ第一順位者ニ對シ賣買ニ關スル規定ニ從ヒ擔保ノ責ニ任スヘキモノトス(法學博士横田秀雄氏法學志林第二三卷第四號七四頁以下要領)

然リ本問ハ第一七九條ヲ適用シ以テ第一順位抵當權ノ存續ヲ認ム可カラス同條ニ於テ其擬制ヲ認メタルハ混同ニ因リテ消滅ス可カリシモノヲ消滅セシメスト云フノミ敢テ混同以外ノ原因即チ辨濟ニ因ル債權消滅ニ基因シテ抵當權ノ消滅ス可キ場合ヲモ包含セシムル律意ニ非サルハ第一七九條ヲ一讀スレハ明瞭ナリ故ニ右ノ所論ニ贊同ヲ表ス

(五二)

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

間接訴權ハ債權者カ債務者ニ屬スル權利ヲ代理人トシテ行使スルモノナリヤ」

第四二三條ニ依レハ間接訴權トハ債權者ヲシテ其債權保全ノ爲メ債務者ニ屬スル權利ヲ行使セシムルコトヲ云フ隨テ一面債務者ハ依然トシテ右權利ノ主體タル地位ヲ

間接訴權ハ何人ノ名ニテ於行使スルモノナリ

間接訴權ハ何人ニ給付スヲ可キコトヲ要求スルモノナリ

失ハサルト共ニ一面債權者ハ他人ノ權利ヲ自己ノ名ニ於テ行使シ得ル地位ヲ獲得スルモノトス而シテ權利行使ノ結果ハ權利主體ニ直接歸屬ス可キコト當然ナルカ故ニ債權者カ間接訴權ノ效力トシテ債務者所屬ノ權利ヲ行使スルニヨリテ得可キ結果ハ之ヲ債務者ニ歸セシメサル可カラス隨テ行使ノ目的タル權利カ債務者所屬ノ債權ナル場合ニ於テハ債權者ハ債務者ニ對シ給付ヲ爲ス可キコトヲ第三債務者ニ向ツテ要求シ得ルニ止マリ債權者自身ニ對シ直接其給付ヲ爲スヘキコトヲ要求シ得ルモノニ非ス(東京控訴院四五年(ネ)四一八號大正二年二月二六日民三判決滿田裁判長。松山、前田、高瀨、白井各判事宣告)

【參照ス可キ學說】

一 蓋シ債權者カ行使スル者ハ債務者ノ權利ナリ故ニ此點ニ於テ債權者ノ名ニ於テ行爲ス然レトモ此債務者ノ權利ヲ行フノ權利ハ債務者カ法律ニ依リテ得ルモノタリ且債務者ノ權利ヲ行フハ債務者ノ利益ノ爲メニ之ヲ行使スルニ非ス全ク自己ノ利益ノ爲メナルカ故ニ單純ナル債務者ノ代理人ヲ以テ目スルコトヲ得ス則チ債權者ハ債務者ノ法律上ノ代理人トシテ自己ノ爲メニ債務者ノ名ニ於テ債務者ノ權利ヲ行フモノタリ(岡松博士法學新報第一四卷一號間接訴權論五頁)

二 債權者カ債務者ニ代位スルニ當リテハ自己ノ名ヲ以テ債務者ノ權利ヲ行使スルモノニ非スシテ債務者ノ名ヲ以テ之ヲ行フモノトス故ニ第三債務者ハ債務者ニ對シテ有スル抗辯ヲ以テ債權者ニ對抗スルコトヲ得可キナリ(民法正解債權編一九二頁)

三 債權者カ自己ノ名ニ於テ債務者ノ權利ヲ行使スルモノトナスヲ以テ正當トス債務者ヲ以テ債權者ノ代理人ト爲スハ法典上ノ根據ナシ又自己ノ利益ノ爲メニスル代理存スト爲ス說ノ非ナルコトハ明カナリ(石坂博士日本民法債權六四九頁)

四 間接訴權ハ唯タ其行使者ノ債權ヲ保全スルノミ其債權ノ辨濟ヲ受ク可キ狀況ヲ作爲スルノミ故ニ行使者ハ其行使ノ效果ニ依リテ直チニ自己ノ債權ノ辨濟ニ充ツ可キ權利ヲ有セス(川名博士債權總論一八九頁)

五 債權者ハ債務者ニ代リテ第三者ヨリ金錢物品ノ給付ヲ求ムルニ過キスシテ其金錢物品ハ債務者ノ財產ヲ組成スルモノナレハ債權者カ之ヲ其債務ノ辨濟ニ充ツルニハ民事訴訟法競賣法ノ規定ニ準據スルコトヲ要ス(横田博士債權總論四一一頁)

右ノ判旨ハ大體ニ於テ異論ナシ

委任契約ニ因リ生シタル債權ノ讓渡

四六六 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

前項ノ規定ハ當事者カ反對ノ意思ヲ表示シタル場合ニハ之ヲ適用セス但其意思表示ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

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

委任契約ニ因リ發生シタル債權ハ債務者ノ承諾ナクシテ之ヲ讓渡スル能ハサルヤ」

委任契約ハ當事者相互間ニ存スル信任ヲ基礎トシ之ヨリ生スル權利關係ハ專屬的性質ヲ有スルヲ以テ其性質上移轉ノ觀念ヲ容レサルモノトス從テ委任者ハ受任者ノ丈諾ナクシテ其權利ヲ第三者ニ讓渡スルコトヲ得ス但當事者カ特約ヲ以テ其移轉ヲ許シタル場合ニ於テハ其特約ハ所論ノ如ク公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサルヲ以テ此場合ニ於テハ委任者ハ隨意ニ其權利ヲ第三者ニ讓渡シ得可シト雖モ本件ハ當事者カ特約ヲ以テ權利ノ移轉ヲ承認シタル場合ニ非スシテ委任者一己ノ獨斷ヲ以テ之ヲ第三者ニ讓渡シタル場合ナルヲ以テ其讓渡行爲ノ無效ナルハ論ヲ俟タス(大審院大正二年(オ)第六二號同年三月三一日民二判決)

【參照ス可キ學說】

一 履行契約、委任契約、其他當事者ノ一身ニ着眼シテ締結スル契約ヨリ生スル債權ノ關係ニ在リテハ債權者其人ハ即チ其債權關係ノ一要素ヲ爲スモノナレハ當事者間ニ於テ特約アル場合ノ外ハ之ヲ他人ニ讓渡スルヲ得ス(横田博士債權總論七五五頁)

二 債權ノ性質カ讓渡ヲ許ササル場合ハ卽チ債權者ナル特定ノ人カ債權存立ノ要素タル場合ナリ例之學藝ヲ教授セシムル債權

委任事務ヲ執行セシム可キ債權ノ如シ（川名博士債權總論二七六頁）

（五四）

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

五七九　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

買戻契約カ將タ再賣買カ

斯ノ如キ特約ハ買戻ト見ルヘキカ將タ再賣買ノ豫約ト見ルヘキカ

「此地所賣買登錄ノ日ヨリ向一五個年間ヲ經過ノ後賣買代金ニ年四分五厘ノ利息ヲ附加シ買戻ヲ請求スルトキハ買主ニ於テ賣戻スコト云々」ト記載シアルヲ以テ被控訴人カ同證ニ所謂買戻ノ請求ヲ爲サント欲セハ控訴人ニ對シ賣買代金並ニ之ニ對スル年四分五厘ノ利息ヲ附加シ控訴人ニ支拂ハサル可ラサルコト疑ヲ容レス而シテ買戻ノ特約ハ通常物ノ所有者カ之ヲ賣却スルヲ欲セサルモ金錢ノ必要急ナルヨリ一時之ヲ賣却シ或年內經過後買主ニ代金ヲ償還シテ其賣買ヲ解除セントスル如キ場合ニ賣買ニ附帶シテ締結セラルルモノナルヲ以テ現行民法モ買戻ヲ以テ賣買契約ノ解除ナリト爲シタルコトハ其第五七九條ノ規定ニ徵シ明ナル所ニシテ民法施行以前ニ於ケル我國ノ慣習モ亦現行民法ニ於ケル如ク買戻ヲ以テ元賣買ノ解除ナリト爲シタルコト疑ナシ然リ而シテ契約ノ解除ハ其效果トシテ當事者ヲシテ契約ヲ爲ササリシ以前ノ狀態ニ復セシムルモノナルコトハ法理上明カナルヲ以テ原狀回復ノ範圍ヲ超越シ賣

買代金及之ニ對スル利息ヲ附加シテ支拂フニアラスンハ買戻權ノ行使ヲ爲ス能ハサルカ如キ契約ハ解除權ヲ實質トスル買戻ノ性質ニ背反スルモノナリト云ハサル可ラス本件契約ハ前記ノ如ク賣買代金及之ニ對スル年四分五厘ノ利息ヲ附加ス可キ約旨ナルヲ以テ乙號證中買戻等ノ文字使用シアリト雖モ前示說明ノ理由ニヨリ之ヲ以テ買戻ノ特約ト解スルヲ得ス寧ロ再賣買ノ豫約ヲ爲シタルモノト解スル相當トス（東京控訴院大正元年（ネ）第六八六號同二年三月二五日民四判決岩田裁判長、松山、戸崎、三橋三輪、各判事宣告）

【參照ス可キ判例學說】

一　本書第一卷民法五八五頁東京控訴院四五年（ネ）第九八號民二判決

二　賣主ヨリ買主ニ支拂フ可キ金額ハ代金及契約ノ費用ヲ超過スルヲ得ス如此制限シタル所以ハ畢竟利息制限法ノ適用ヲ潛脫セントスルヲ防カンカ爲メナリ（民法正解債權編一〇二九頁横田博士債權各論三八四頁民法理由債權編次一六一頁梅博士民法要義債權五五一頁）

契約ノ解除ヲ實質トスル買戻ハ返還ス可キ代金ニ利息ヲ附スルノ約旨アルトキハ其實質ヲ害スルモノト謂フハ啣カ疑問ナリ若シ斯ノ如シトセハ第五七九條但書ニ別段ノ意思ヲ表示セサリシトノ規定ハ遂ニ解ス可カラサルニ至ラム事案ノ如キ特約ハ同條但書ノ適用ヲ排除スル意思表示ニシテ法文モ亦之ヲ認許スルモノト云ハサルヲ得ス故ニ右ノ判決ニシテ單ニ此約旨アルカ爲メ買戻特約ニ非ス再賣買ノ豫約ナリト斷定シタルモノトセハ必ラスシモ正解ニ非サル可シ

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

九一 法律行爲ノ當事者カ法令中ノ公ノ秩序ニ關セサル規定ニ異ナリタル意思ヲ表示シタルトキハ其意思ニ從フ

九四 相手方ト通シテ爲シタル虚僞ノ意思表示ハ無效トス

前項ノ意思表示ノ無效ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

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

一七五 物權ハ本法其他ノ法律ニ定ムルモノノ外之ヲ創設スルコトヲ得ス

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

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

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

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

三四四 質權ノ設定ハ債權者ニ其目的物ノ引渡ヲ爲スニ因リテ其效力ヲ生ス

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

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

三五二 動産質權者ハ繼續シテ質物ヲ占有スルニ非サレハ其質權ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

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

前項ノ規定ハ當事者カ反對ノ意思ヲ表示シタル場合ニハ之ヲ適用セス但其意思表示ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

五五五 賣買ハ當事者ノ一方カ或財産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

舊商九九二 有效ニ取得シタル抵當權其他合式ノ登記ニ因リテ法律上效力ヲ有ス可キ權利ハ支拂停止後ニ在テハ其取得ノ時ヨリ一五日ヲ過キサルトキニ限リ破産宣告ノ日マテ登記ヲ爲スコトヲ得

鐵道抵當法二 會社ハ抵當權ノ目的ト爲ス爲メ鐵道ノ全部又ハ一部ニ付鐵道財團ヲ設クルコトヲ得

鐵道財團ニ屬スルモノハ同時ニ他ノ鐵道財團ニ屬スルコトヲ得

鐵道財團ハ之ヲ一箇ノ物ト看做ス

鐵道財團ハ抵當權ノ消滅ニ因リテ消滅ス

同三 鐵道財團ハ左ニ掲クルモノニシテ鐵道財團ノ所有者ニ屬スルモノヲ以テ之ヲ組成ス

一 鐵道線路、其他ノ鐵道用地及其上ニ存スル工作物並之ニ屬スル器具、機械

二 工場、倉庫、發電所、變壓所、配電所、事務所、舍宅及其敷地並之ニ屬スル器具、機械

三 鐵道用水ニ關スル工作物及其敷地並之ニ屬スル器具、機械

四 鐵道用通信、信號又ハ送電ニ要スル工作物及其敷地並之ニ屬スル器具機械

五 前四號ニ掲ケタル工作物ヲ所有シ又ハ使用スル爲メ他人ノ不動産ノ上ニ存スル地上權、登記シタル貸借權及前四號ニ掲ケタル土地ノ爲メニ存スル地役權

六 車輛及之ニ屬スル器具、機械

七 保線ニ要スル材料及器具、機械

同五 抵當權ノ設定又ハ變更ハ總株金四分ノ一以上ノ拂込アリタル後定款變更ト同一方法ノ決議ヲ經主務官廳ノ認可ヲ受クルニ因リテ其效力ヲ生ス

同一四 抵當權ハ債權成立以前ニ於テモ其效力ヲ生ス

輕便鐵道法七 明治四二年法律第二八號ハ輕便鐵道ノ抵當ニ之ヲ準用ス

軌道ノ抵當ニ關スル件一 軌道ノ抵當ニ關シテハ本法ニ別段ノ規定アルモノヲ除クノ外鐵道抵當法ヲ準用ス

工場抵當法八 工場ノ所有者ハ抵當權ノ目的ト爲ス爲メ一箇又ハ數箇ノ工場ニ付工場財團ヲ設クルコトヲ得數箇ノ工場カ各別ノ所有者ニ屬スルトキ亦同シ

工場財團ニ屬スルモノハ同時ニ他ノ財團ニ屬スルコトヲ得ス

工場財團ハ抵當權ノ消滅ニ因リテ消滅ス

同九 工場財團ノ設定ハ工場財團登記簿ニ所有權保存ノ登記ヲ爲スニ依リテ之ヲ爲ス

同一一 工場財團ハ左ニ掲クルモノノ全部又ハ一部ヲ以テ之ヲ組成スルコトヲ得

一 工場ニ屬スル土地及工作物

二 機械器具、電柱、電線、配置諸管、軌道其他ノ附屬物、
三 地上權、
四 賃貸人ノ承諾アルトキハ物ノ賃貸借
五 工業所有權

同一四 工場財團ハ之ヲ一箇ノ不動產ト看做ス

工場財團ハ所有權及抵當權以外ノ權利ノ目的タルコトヲ得ス但抵當權者ノ同意ヲ得テ之ヲ賃貸スルハ此限ニ在ラス

鑛業抵當法二 鑛業財團ハ左ニ揭クルモノニシテ鑛業ニ關シ同一採掘權者ニ屬スルモノノ全部又ハ一部ヲ以テ之ヲ組成スルコトヲ得

一 鑛業權
二 土地及工作物
三 地上權及土地ノ使用權
四 賃貸人ノ承諾アルトキハ物ノ賃借權
五 機械器具、車輛、船舶、牛馬其他ノ附屬物

同三 鑛業財團ニ付テハ工場抵當法中工場財團ニ關スル規定ヲ準用ス

賣渡抵當及動產抵當論

本論ニ關シ參考ニ値スルモノハ左ノ如シ

Hellwig, Archiv f. c. pr. 64 S 369 f.; Lincke(mann, Archiv f. b. R. 7 s. 299., Schäfer, ebenda 38 s. 1 f.; Leonhard, Gruchots Beitr. 25 S. 196 f.; Dreyer, ebenda 40 S. 233 f. u. 449 f. Kanzenstein, ebenda 49 S. 323 f., Hallbauer, Recht 1905 S. 692 f. u. 661 f.; Düringer Leipz, Zeitschr, 1908. S. 97 f. Gutachten der Aeltesten der Kaufmannschaft Von Berlin, ebenda, 1912 Nr. 2. Oertman, D. Juristen—Zeitung 1911 S. 1178 f.; Schmidt, ebenda 1912. S. 1041 f.; Schöndorf, Zeitschr, f. d. g. Handelsr.. 68 S, 481 f.; Bähr, Urtheil, des Reichsgeri chts S. 52 f.; Leist, Sichsrung Von Forderungen durch Übersignung Von Mobilien; Wevers, Beitrag zur Lehre Vom Sichsrungskaub; Buctow Sichcrungsübereignung; Beckar, Sicherung der Glaubiger durchein Constitutum Possessorinum.; Lutgebune, Sicherungsübrbinung Caspari, Sicherungsubereignung und Sicherungszession u. S. W. Nathan, Die Ubereignung des Eigentums u. S. W.; Hoeniger,

Sicherungsbereignung Von Warenlagern; Hellwig. Glaubigernot, Sicherungsübereignungen und andere Schiebungen; Solinger, Gutachten über die Frage: Empfehlen sich gesetzliche Massnahmen in Bezug auf die sichsrungsübereignung 3 Verhandlungen des 31. Deutchen Juristentages 1 S. 409. f; Dueneker, Die Mobiliarhypothek in modernen schweizerischen und französischen Rechte; Cosse, Des gucstions sociales Contemporaines p. 345 et suiv; Martin, Pactum reservati dominii et hypotheque mobiliaire

第一章 擔保的所有權移轉ニ關スル學說

第一節 總說

擔保的所有權移轉(Sicherrügenbereigrung)ハ之ヲ擔保的行爲(Sichsrungsgeschäft)ノ一種ニ算スルヲ得ヘシ質權又ハ抵當權ノ設定ハ債權擔保ノ目的ヲ達スル爲メニ採ラルル最モ通常ナル手段ナリト雖モ此以外ニ質權又ハ抵當權ニ非サル物權其他ノ權利ノ設定又ハ移轉ニ因リテ債權ノ擔保ヲ計ルコト稀有ナリトセス是等ノ擔保ノ目的ヲ有スル各種ノ行爲ヲ總括シテ擔保的行爲ト謂フハ必ラスシモ不當ノ名稱ニ非サルヘシ擔保的所有權移轉及擔保的債權移轉ハ擔保ノ目的ヲ以テスル權利移轉中ノ主要ナルモノヲ擧ケタルニ過キス此以外ニ擔保ノ目的ヲ以テ所有權又ハ債權以外ノ權利例特許權著作權等ヲ讓渡ス場合ヲ認メサルノ趣旨ニ非サルナリ動產ノ擔保的所有權移轉ノ場合ニ於テ債務者カ擔保ノ目的ヲ以テ特定動產ノ所有權ヲ債務者ニ讓渡スト同時ニ其動產ノ占有ヲモ移轉シ債務ノ辨濟ニ因リテ再ヒ所有權ト占有トヲ併セ取得スヘキコトヲ約スルハ絕無ヲ必ス可カラス然レトモ玆ニ問題トシテ說述セントスル所ハ債務者カ擔保ノ目的ヲ以テ動產ノ占有ヲ留保シテ其所有權ヲ債權者ニ移轉シ債務ノ辨濟ニ因リ

ヲ再ヒ其所有權ヲ取得スヘキコトヲ約スル場合ヨリ所謂擔保的所有權移轉此狹義ニ於ケル動産ノ擔保的所有權移轉ニ外ナラサルナリ

賣渡シタル動産ノ方法買戻ヲ以テ擔保ノスルモノ

純正ナル擔保的所有權移轉ノ效力

第二節　擔保的所有權移轉ノ本體

擔保的所有權移轉ニ二樣ノ方法アリ一ハ擔保的賣買(Sicherungskauf)即チ賣渡抵當ニシテ一ハ純粹ナル擔保的所有權移轉ナリ前者ニ在リテハ債務者カ擔保ニ供セントスル動産ヲ通常ハ債權ト同額ノ價額ニテ債權者ニ賣渡スト同時ニ賃貸借等ノ關係ニ因リ自己カ依然直接占有ヲ保有スルモノトシ占有ノ改定(Constitutum possessorium)ニ因リテ其動産ノ引渡ニ代ヘ且通常ハ擔保セラルヘキ債權ト賣買ノ代金トヲ相殺スルコトトシ同時ニ債權ト同額ノ價額ニテ一定期間內ニ買戻ヲ爲スヲ得ヘキ旨ヲ約スルモノタリ此場合ニ於テハ債權者タル買主ハ債務者ノ買戻ニ應スヘキ債務ヲ負フモノタルニ過キスシテ動産ノ所有權カ當然債務者ニ復歸スルモノニ非ス然レトモ稀ニハ賣買ニ基ク所有權ノ移轉ニ解除條件ヲ附シ債務者カ一定期間內ニ債務額ヲ支拂フト共ニ所有權カ當然債務者ニ復歸スヘキ旨ヲ約スルコト無シトセス純粹ナル擔保的所有權移轉ニ在リテハ之ニ反シテ賣買ヲ根據トセス單純ナル物權契約ニ因リテ所有權ノ移轉ヲ爲スモノニシテ其他占有ノ改定ヲ以テ動産ノ引渡ニ代ヘ且債權者ニ所有權再移轉ノ義務ヲ負ハシムルカ又ハ所有權カ當然債務者ニ復歸スヘキモノト定ムルノ點ハ擔保的賣買ノ場合ト異ナルコトナシ唯賣買ナキノ結果代金支拂義務ト債務トノ相殺ナキハ當然ナリ

擔保的所有權移轉ノ條件トシテ第一ニ當事者ノ眞意ニ因リテ爲サレタル所有權移轉

ノ行爲アルコトヲ要ス第二ニ眞正ノ引渡ニ代ヘテ占有ノ改定アルコトヲ要ス而シテ有效ナル占有ノ改定アル爲メニハ譲渡人タル債務者ト譲受人タル債權者トノ間ニ於テ債務者カ債權者ノ爲メニ代理占有ヲ爲シ債權者カ間接占有ヲ有スヘキ法律關係アルコトヲ必要トス此法律關係ハ賃貸借使用貸借寄託ノ類タルヲ常トスレトモ近時ノ判例ハ必スシモ上記ノ如キ有名契約タルヲ必要トセス無名契約タルモ亦足レリトナス

擔保的所有權移轉ノ效力ハ所有權ノ移轉ナリ譲受人タル債權者ハ擔保ノ目的ヲ以テ所有權ノ移轉ヲ受ケタル故ヲ以テ通常ノ所有權者ヨリモ小ナル權利ヲ譲受ケタルモノト觀ルヲ得ヘカラス然レトモ譲渡人タル債務者ト譲受人タル債權者トノ內部關係ニ於テハ債權者ハ擔保ノ目的ヲ超ヘテ其譲受ケタル所有權ヲ濫用セサルノ義務ヲ負フモノタリ故ニ債務者カ債務ヲ辨濟シタル場合ニ於テハ其動産ノ所有權ヲ返還スルノ義務ヲ負フヘク債務ノ辨濟ナキトキハ其動産ヲ賣却シテ其代金ニ付テ辨濟ヲ受ケ殘金アルトキハ之ヲ債務者ニ返還スルノ義務ヲ負フ可シ擔保的所有權移轉アリタル場合ニ於テ譲受人タル債權者カ破産シタルトキハ譲渡人タル債務者ハ譲渡シタル動産ニ付取戻權(Aus sonderungsrecht)ヲ有スルコトハ學說判例ノ普ク認ムル所タリ(p. Kl. Seuffert, Z. P. O. 11 Aufl. 11 § 771. 22 und dort zitirte)以上ヲ以テ擔保的所有權移轉カ如何ニシテ行ハルルヤノ大體ヲ說明シ了リタリ

第三節　擔保的所有權移轉ニ關スル爭論

擔保的所有權移轉ニ對スル最初ノ駁論ハ虛僞表示ナルノ故ヲ以テ之ヲ無效トナス即

チ讓渡人ハ動產ヲ引渡スコトナクシテ之ヲ質入センコトヲ欲シ賣買ヲ假裝セルニ過キスト解ス此議論ハ從來ノ擔保的賣買ニ對シテハ必シモ當ニ當ラサルモノト謂フヘカラス然レトモ總テノ擔保的所有權移轉ヲ假裝行爲トシテ一掃シ去ルハ虛僞表示ト信託行爲トノ區別ヲ認ムルニ至リタル近時ノ法律家ヲ承服セシムルニ非ス苟モ賣買ヲ爲スノ意思ニシテ眞實ニ存在スル以上ハ其擔保ノ目的ヲ有スルカ故ヲ以テ之ヲ虛僞表示トスルヲ得ヘカラス擔保的所有權移轉ニ對スル最モ有力ナル駁論ハ脫法行爲（Umgehungsgeschäft, agere in fraudsm legis）トシテ其效力ヲ否定ス其論據ハ流質契約ノ禁止（lex Commissoria）ニ違反ストスルニ在リ（Lisistu, a. O. S. 69 f., 85 f.）之ニ對シ辨解スル者ハ曰ク所有權移轉ノ場合ニ於テハ債權者カ擔保物ノ所有者ト爲ルヲ以テ之ニ關スル危險ヲ負擔シ擔保物ニシテ滅失スレハ自ラ損失ヲ蒙ラサルヘカラス是レ流質契約ノ場合ニ於テ債權者カ流質ヲ受クルカ否カノ選擇權ヲ有スルト異ナル所ナリ而シテ流質契約禁止規定ノ擔保的所有權移轉ノ場合ニ適用アリヤ否ヤニ付テハ擔保的所有權移轉ノ效力ヲ認ムル學者間ニモ多少ノ異見ナシトセス（Staub-Königs Komm, zum H. G. B. § 368 Anm. 99, Hallbauer a. a. O., Duringer Hachedburg a. a. O. Anm 128）擔保的所有權移轉ハ動產抵當禁止ノ趣旨ニ背反スル脫法行爲ナリトシテ極力其效力ヲ否定ス（Hellwig, Arch, b. C Pr. 64 S. 369 f.; Bähr a. a. O.; Leist a. a. O; Pfobb, zur lehre Vom Sog. in fraudsm legis agsre, S, 152 f.）蓋シ法律カ質權ノ設定ニ質物ノ引渡ヲ必要トセルハ債務者ノ占有ニ殘留シ從テ第三者ノ與信ノ目的タルコトヲ得ヘキ物ニ付質權者カ獨リ優先權ヲ有スルヲ不可トシ之ヲ禁止セントスルノ趣旨ニ出ツ然ルニ擔保的所有權者移轉ハ質權以外ノ形式ニ依リテ質入ト同一ノ經濟上ノ效

果ヲ收メントスルモノナルヲ以テ同カ此禁止ニ服セサルヘカラス苟モ之ニ背反スル場合ニ於テハ無效ト斷定セサルヲ得ス之ニ對スル辯護論ニ曰ク質物ノ引渡ニ關スル規定ハ質權設定ノ條件ヲ定メタルモノニ過キスシテ何等ノ禁止命令ヲモ定メタルモノニ非ス質權ノ設定ニハ質物ノ引渡ヲ必要トスレトモ擔保的所有權移轉ハ質權ノ設定ニ非サルヲ以テ之ヲ必要トスヘキ理ナシト（Jincksimann a. a. O, S, 222 f.; Stilinger a, a. O. S. 427 f.）

第四節　商品全部ノ擔保的所有權移轉

以上ニ於テ擔保的所有權移轉ノ一般ニ付テハ說明セルカ玆ニ特ニ記述ヲ要スルハ商品全部（Warenlager）其他代替セラルヘキ個物ヨリナル物集（Sachgesamtheit, Sachinbegriff）ノ移轉ナリ獨逸法ノ解釋トシテハ物集ハ其民法施行ノ前後ヲ問ハス之ヲ組織スル各個物ヲ離レタル別個ノ一物ヲ形成スルモノニ非ス從テ之ヲ目的トスル一個ノ權利ヲ存スルコトナキハ我民法ニ於ケルト同シ（Vergl, Windscid-Kipp, Pandehten I § 137, Oertonann, Komm, zum allg. Teil Bem, 2bzu § 90）

Staudinger, Komm I Vorbem, III 2 Czu § 90）

第一ニ生スル疑問ハ此場合ニ於テ讓渡人タル債務者カ債權ノ爲メニ代理占有ヲ爲スノ基礎ヲ形成スル法律關係アリヤト謂フニ在リ此法律關係カ具體的ノモノタルヲ要スルコトハ既ニ第二ニ述ヘタリ然ルニ商品全部ノ移轉ノ場合ニ於テハ讓渡人ハ之ニモ拘ハラス個々ノ商品ヲ處分スルノ權能ヲ有シ從テ之ヲ本入タル債權者ニ返還スル義務ナキヲ以テ通常ノ賃貸借、使用貸借等ノ關係ヲ以テ之ヲ說明スルコトヲ得ヘカラ

ス是ニ於テカ取次契約（Kommissionsgeschäft）ノ觀念ヲ借來リテ此關係ヲ說明セントス（Düringer a. a. O. S. 105; Weissler, Formularbuch für freiwillige Gerichtsbarkeit 12, Aufl, S, 122 f）然レトモ問屋ハ自己ノ名ヲ以テ本人ノ計算ニ於テ物品ヲ賣却スルモノナレトモ商品全部ノ讓渡人タル債務者ハ自己ノ名ヲ以テ自己ノ計算ニ於テ物品ヲ賣却スルモノタルヲ以テ到底此見解ヲ支持スルヲ得ヘカラス（Hoeniger a. a. O, S, 14 f.; Oertmann, D. J. Z. 1911 S. 1178 f.）

第二ニ生スル疑問ハ假ニ占有改定ヲ有效トスルモ債務者カ個々ノ商品ヲ賣却シ之カ代物ヲ購買シタル場合ニ於テ其新商品ヲ債務者ノ所有ニ歸セシムヘキ行爲アリヤト謂フニ在リ即チ新商品ノ購買毎ニ之ヲ債權者ニ報告シ一一其所有權ヲ移轉スルカ如キハ實際ニ行ハレサル所ナリ之ニ對スル辯護說アルモ要スルニ債務者カ新商品ヲ取得スル場合ニ於テ同時ニ債權者ノ代理人ト爲リ之ヲ債權者ニ讓渡シ更ニ之ヲ債權者ニ引渡スニ代ヘテ占有改定ノ基礎タル債權的契約ヲ結フカ如ク觀察スルハ錯綜ノ甚シキモノニシテ純然タル擬制ト謂フ可シ又新商品ノ所有權カ自動的ニ債權者ニ移轉スルカ如キハ法理上之ヲ說明スルノ方法ナシト（Hoeniger a. a. O. S. 32 f.）

第三ニ生スル疑問ハ債務者カ債權者ニ商品全部ヲ讓渡シタルニ拘ハラス依然獨立ノ商人トシテ行動スルコトヲ得ヘキ契約ハ善良ノ風俗ニ反セサルヤト謂フニ在リ而シテ善良ノ風俗ニ反スルヤ否ヤハ各個ノ場合ノ問題ナルハ言ヲ俟タサル所ナルヘシ上述セルカ如ク商品全部其他ノ物集ノ擔保的所有權移轉ニ付テハ學說及判例頗ル區區ニシテ一定セサル所ナリ

第二章　動產抵當ニ關スル比較法制

近世ノ各國民法ハ原則トシテ動產抵當ヲ認メス動產ノ擔保ハ物ノ引渡ヲ要件トスル質權ノ設定ニノミ依ルヘキモノトス骨テ羅馬法カ動產及不動產ニ付等シク抵當ヲ認メタル制度ハ今日ニ行ハレス蓋シ不要式ノ抵當ヲ認ムルノ結果ハ全財產ノ抵當（Generalhypothek）ヲ生シ延テ一般公衆ノ利益ヲ損傷スルコト少カラス此弊害ハ羅馬ニ於テ既ニ甚シク當時ノ立法ニ於テ之カ流毒ヲ防止セントセル者ナリ（Dernburg, Pandekten I § 294）羅馬法ノ獨佛ノ地ニ入ルヤ動產質權ノ設定ニ物ノ引渡ヲ必要トセル固有法ハ必スシモ羅馬法ノ動產抵當ニ讓步スルコトナク却テ種々ノ變遷ヲ經テ終ニ動產抵當制ヲ排斥スルニ至リタリ（Vergl. Gierke, Deutsches Privatrecht II § 169; Zachariae Crome, Handbuch des französischen Civilrechts II § 227; Planiol, Traité elémentaire de droit Civil II nos 2702 etg, Leonhard a. a. O, S. 177 f. Schlindorf a. a. O. S. 481）

要之獨逸ニ於テハ明文ヲ以テ動產抵當ヲ認ムルニ至ラス墺太利ハ別ニ云フヘキコトナク瑞西ニ於テハ家畜以外ノ動產抵當ハ州政府ノ許可ヲ得タル信用組合等ノ債權ヲ擔保スル爲メ家畜ニ付登記ニ因ル質權ノ設定ヲ認ムヘキモノトセリ佛國ハ原則トシテ占有質ノミ唯タ二三ノ例外ハ單行法ニ因リテ認メラルル英米ニ於テハ廣汎ナル範圍ニ於テ一般的ニ認許セラルルノ狀態ナリ

第三章　我國法上ニ於ケル賣渡抵當ノ效力

第一　賣渡抵當ニ關スル判例及學說

（一）我國ニ於ケル擔保的所有權移轉ハ擔保的賣買ノ方法ニ依リテ行ハル其最モ通常ニ行ハルル方法ハ債務者カ擔保ノ目的ニ供セントスルモノヲ債權者ニ賣渡スト同時

ニ債權ノ利息ニ該當スヘキ金額ヲ賃貸トセル賃貸契約ヲ締結シテ其ノ物ノ占有ヲ擔保シ且債權額ト同一ノ價格ニテ其物ノ買戻ヲ爲スコトヲ得ヘキ旨ノ約束ヲ爲スニ在リ是レ賣渡抵當又ハ賣渡擔保ノ名稱アル所以ナリ

(二) 動產ノ賣渡抵當ハ我國ニ多ク行ハレス判例ノ大半ハ不動產ノ賣渡抵當ニ關スル其動產ニ關スルモノハ僅少ニ過キス勿論此小範圍ニ於ケル判例ノ數ニ依リテ不動產ノ賣渡抵當カ動產ノ賣渡抵當ヨリモ多ク行ハルルコトヲ論結スルヲ得スト雖モ少クトモ動產ノ賣渡抵當カ盛ニ行ハルルモノニ非ラサルコトヲ知ルヘシ

(三) 我邦ノ判例ハ賣渡抵當ノ目的物カ動產タルト將タ不動產タルトヲ區別セス同一ノ論斷ヲ爲ス是レ法律カ動產ニ付テ不動產ノ如ク抵當制ヲ許サス專ラ占有質ノ制度ノミヲ認メタル精神ヲ解セサルモノニシテ正當ノ見解ニ非ス

(四) 我邦ノ判例ハ概シテ散漫ナルモノ多ク且各個ノ事件ニ膠着セル結果頗ル區々ニシテ參考資料ニ供スルニ適セス最近ニ至リテハ擔保的權利移轉ニ關スル判例トシテ稍一定ノ典型ヲ備フルニ至リタリ然レトモ將ニ完成セントスル此定型ニ對シテハ余ハ遺憾ナカラ全然反對ノ意見ヲ有シ其破壞ヲ希望スルモノタリ

最近判例ハ賣渡抵當ハ信託行爲ト觀察スル點ニ於テ爲一セルモ其所謂信託行爲ノ效力如何ニ付テハ是等判例中ニ二種ノ相容レサル見解アリ多數ノ裁判所ハ信託行爲ニ因ル權利移轉ハ絶對的ニ其效力ヲ生シ當事者相互間ニ於ケル內部關係ト第三者ニ對スル外部關係トニ依リテ權利ノ歸屬者ヲ異ニスルコトナク唯內部關係ニ於テ當事者賣方カ擔保ノ目的ニ拘束セラレ殊ニ讓受人ハ讓渡人ニ對シ擔保ノ目的以外ニ其讓受

擔保的權利移轉ノ方法

擔保的權利移轉ハ動產ノ別ニ不動產ニ區別セスカ要ルカ

信託行爲ノ關係ニ於ケル例

信託的權利移轉ヲ賣買ス爲ト爲ス之ト給付ニ基キ行フ

信託行爲ノ效力ハ內外ノ別ニ付テ區別ノ爲

ケタル權利ヲ行使セサル債務ヲ負フモノトナス其多クハ判決ニ於テ賣渡抵當ヲ信託的ノ權利讓渡ト看ルニ拘ハラス或ハ賣買或ハ賣主買主等ノ語ヲ用ヒ賣買ニ因リテ權利移轉ヲ生スルカ如キ語氣アルハ賣買ト之ニ基キテ爲サルル權利移轉ノ給付行爲トヲ判別セサルノ嫌ヲ免レス多數ノ裁判所ノ見解ニ反シ東京控訴院ハ信託的權利讓渡ノ場合ニ於テハ權利ハ外部關係ニ於テハ債權者ニ移轉スルモ內部關係ニ於テハ依然トシテ債務者ニアリトナス不幸ニシテ此誤謬ナル見解ハ大審院ノ採用スル所トナリ吾司法界ヲ荼毒ス余ノ所謂判例ノ定型トハ即チ之ヲ指セルニ外ナラス左ニ其要旨ヲ揭示スヘシ

(一) 當事者普通ノ意思ヨリ推究スレハ其所謂信託行爲ノ場合ニ在リテハ外部關係ニ於テ所有權移轉ノ效果ヲ生セシムルコト固ヨリ至當ナルモ其內部關係ニ於ケル效果ニ至リテハ權利移轉ヲ生セス蓋シ債務者ハ其負擔スル債務ヲ擔保トスル爲メニ內部關係ニ於テモ所有權ヲ喪失シ債權者其所有者ト爲ルノ結果債權者破產ノ場合ニ該物件ヲ破產財團ヨリ取戻スコトヲ得ス而カモ債務ハ依然トシテ履行セサルヘカラサル不利益ヲ蒙ルカ如キ少クトモ債務者ノ普通意思ニ反スルコト明カナリ

(二) 若シ夫レ內外ニ關係ヲ區別スルカ如キハ信託行爲ト假裝行爲トヲ區別スル所ナキニ至ルヘク又關係的所有權ナルモノハ成法上認ムヘカラストノ批難ニ至リテハ債權擔保ノ目的ニ出ツル所有權讓渡ナル信託行爲ノ場合ニ其行爲ハ一個ノ法律行爲ニシテ當事者ハ所有權移轉ノ效果ヲ生セシムルカ故ニ假裝行爲ニアラサルコト疑ヲ容レス又民法上物權ハ凡テ契約ニ因リテ移轉スト雖モ

動産ニ付テハ引渡不動産ニ付テハ登記アルマテハ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルヲ以テ是等ノ場合ニハ引渡又ハ登記アル迄ハ第三者ニ對スルト舊所有者ニ對スルトニ依リ其所有者ヲ異ニスルカ如ク關係的所有權ヲ認メ居レルヲ知ラハ自ラ各批難ノ當ヲ得サルコト明白ナルヘシ

關係的所有權ノ觀念ハ許スヘカラス否ヤ可キヤ

余ヲ以テ之ヲ觀ルニ右ノ判示ハ徹頭徹尾法律ノ誤解ニ出ツ(一)當事者ノ意思ハ外部關係ニ於テ權利移轉ノ效果ヲ生スルモ內部關係ニ於テハ之ヲ生セサルニ在リト云フモ既ニ關係的所有權ナル觀念ニシテ當事者ノ意思ニ因リテ隨意ニ之ヲ創設スルヲ得サルモノトスレハ如此意思ノ效果ヲ認ムルヲ得ヘカラス當事者ノ意思ニシテ權利ノ移轉ニ在ラハ權利ハ絕對ニ移轉ス若シ權利ノ移轉ニ非サレハ權利ハ絕對ニ移轉セス內部關係ト外部關係トヲ區別スル半呑半吐的ノ移轉ハ法律ノ認ムル所ニ非ス(二)關係的所有權ナル觀念ハ法律ノ認ムル所ニ非ス動產又ハ不動產ノ所有權ヲ讓渡シタル場合ニ於テ引渡又ハ登記アルマテハ其讓渡ヲ以テ第三者ニ對抗スルヲ得スト雖モ而カモ關係的所有權ノ移轉アルニ非ス所有權ハ絕對ニ移轉セルモ其移轉ヲ以テ第三者ニ對抗スルヲ得サルニ過キス假リニ此關係ヲ命名シテ關係的所有權ト稱スルモ如此效力ハ法律ノ規定ニ依リテ特ニ認メラレタル所ニシテ當事者ノ意思ニ因リテ恣ニ之ヲ創設シ得ヘカラサルナリ(三)右判決ハ讓受人破產ノ場合ニ於テ讓渡人カ讓渡ノ目的ヲ取戻スコトヲ得サルハ當事者ノ意思ニ反スト內外關係ヲ區別スルトキハ讓渡人ハ關係的所有權ヲ主張シテ目的物ノ取戻ヲ爲スコトヲ得ヘキモノトナスモ如此ハ少クトモ不動產ニ關シテ明瞭ナル謬誤ナリ破產ノ規定ニ依レハ登記ニ因リテ法律上效力ヲ有

信託的讓渡人ト其讓受人ト借貸ノ虛偽行爲ニ非ス

スヘキ權利ハ支拂停止後ニ在テモ其取得ノ時ヨリ一五日ヲ過キサルトキニ限リ破產宣告ノ日マテ登記ヲ爲スコトヲ得ヘシ是レ登記アル權利ノミニ付取戻權又ハ別除權ヲ認ムル可キコトヲ當然ノ前提トセル規定ニ外ナラス果シテ然ラハ破產者ヨリ不動產ヲ讓受ケ所謂關係的所有權ヲ有スル者ト雖モ其移轉ノ登記ナキ限リハ其所有權ニ基キテ取戻ヲ主張スルヲ得サルヘキヲ以テ信託的讓渡人モ亦其所謂關係的所有權ニ基キテ取戻ヲ主張スルコトヲ得ヘカラサルハ明白ナリ動產ニ付テモ此理論ハ全ク同一ナリ(四)若シ右判決ヲ是認スルトキハ讓渡人ハ自己固有ノ所有權ニ基キ其讓渡ノ目的物ヲ占用使用スルモノト爲ルヲ以テ讓渡人カ讓受人ヨリ其物ヲ賃貸セル賃貸借契約ハ之ヲ虛偽行爲ト認メサルヲ得サルニ至ル大審院ハ實ニ之ヲ言明セリ從テ讓受人ハ目的物上ニ何等ノ占有ヲモ有セサルモノト爲ルヘシ何トナレハ讓渡人ハ依然トシテ所有者トシテ占有スルヲ以テナリ然レトモ少クトモ外部關係ニ於ケル所有者ヲシテ其所有物上ニ占有ヲ有セサルニ至ラシムルカ如キハ適當ノ解釋ト謂フヘカラス又目的物カ動產ナル場合ニ於テハ占有ノ改定ニ依ル引渡アルコトナク讓受人ハ一度モ目的物ノ占有ヲ取得セサルヲ以テ其讓受ケヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ヘカラス而モ論者ハ此場合ニ讓受人ニ外部關係ニ於ケル所有權ヲ認メントス斯ノ如キハ法律上不能ト謂ハサルヲ得ス上述セルカ如キ不都合ノ結果ヲ生スルハ其罪一ニ所有權ヲ內外關係ニ區別スルノ謬見ニ坐スルニ外ナラス

信託的讓渡ノ效果ニ基キ渡ヲ內外ノ誤分ッ

第二　賣渡抵當ノ效力論

賣渡抵當ノ效力ヲ論スルニ當リテハ先ツ其範圍ヲ確定セサルヘカラス同ク賣渡抵當

所謂擔保權利ノ意義

渡信託的債務ノ辨濟ナキ場合ノ法理

動産ノ譲渡信託的ノ法律行為

ト稱スト雖モ當事者ニ全然所有權ヲ移轉スル意思ナク實ハ質權又ハ抵當權ノ設定其他ノ目的ヲ有シ賣買ノ形式ヲ假裝セルニ過キサル場合ノ如キハ其行爲ハ虚僞行爲トシテ無效ナルハ勿論ナリ又當事者カ賣買ニ基キテ目的物ノ所存權ヲ移轉シ買主ノ代金支拂ノ債務ト其賣主ニ對シテ有シタル既存ノ債權トヲ相殺シテ賣買契約ノ履行ヲ終ルト同時ニ賃貸借契約ニ因リテ賣主カ引續キ其目的物ヲ使用スルコトトシ且買戻ノ約束又ハ再賣買ノ豫約ヲ爲シタル場合ニ於テ是等ノ行爲カ總テ皆眞意ヲ以テ爲サレタルトキハ當然有效ナリト謂ハサル可カラス固有ノ意義ニ於テ賣渡抵當トハ存續スル債權ノ擔保ノ目的ヲ以テ債務者カ其有スル物ノ所有權ヲ債權者ニ移轉シ債權者カ債務辨濟ノ場合ニ於テ其物ノ所有權ヲ返還スヘキ義務ヲ負フヲ謂フ債務ノ辨濟ナキ場合ニ於テ債權者カ其物ヲ賣却シテ代金ニ付テ辨濟ヲ受ケ殘金ヲ債務者ニ返還スヘキカ將タ代物辨濟ノ目的トシテ其物ヲ受クヘキカハ當事者ノ意思ニ因リ各個ノ場合ニ於テ任意ニ定メラルルコトヲ得ヘシ唯タ賣渡抵當ノ目的物ハ賃貸其他ノ契約關係ニ基キ占有ノ改定ニ因リテ其引渡ヲ了シ所有權移轉ニ於テモ債務者カ其占有ニ繼續スルコトヲ要ス目的物カ眞ニ債權者ニ引渡サレ其直接占有ニ歸スル場合ニ於テハ其行爲ノ效力ニ付テ別ニ問題ヲ生セサルナリ如上ノ意義ニ於ケル賣渡抵當ハ之ヲ信託的ノ所有權移轉ノ一場合ト觀察スレハ其有效ナルコトヲ疑フヘカラス所有權ノ移轉ノ擔保ノ目的ヲ以テ爲サレタル故ヲ以テ其效力ヲ生セサルノ理由ナキナリ唯賣渡抵當ノ目的物カ動産ナル場合ニ於テハ法律カ動産ニ付テ抵當ヲ認メス之カ上ニ設定セラルル擔保權ハ目的物ノ現實ノ引渡ヲ必要トスル質權ノミニ限リタル精神ニ鑑ミ

爲

脫法行爲ノ意義

テ其約束ノ效力ヲ否定セサルヘカラス換言スレハ動産ノ賣渡抵當契約ハ脫法行爲トシテ無效ナリ故ニ最狹義ニ於ケル賣渡抵當卽チ本稿ノ目的タル動産ノ賣渡抵當ノ效力ヲ確定スルニハ先ツ脫法行爲ノ意義ヲ明ニスルコトヲ要ス脫法行爲ハ或不法ノ目的ヲ達スル爲メニ採ラルル間道ナリト謂ハレ或ハ禁止規定ノ法網ヲ潛脫スル行爲ナリト稱セラルル是等ノ定義ハ當ラサルニ非サレトモ稍形容ニ過キ精確ヲ缺ク余ノ解スル所ニ依レハ脫法行爲ハ法律ノ明文ニ定メタル禁止規定ノ類推ニ依リテ知ルコトヲ得ヘキ隱レタル禁止規定ニ違反スル行爲ヲ謂フ余ハ類推ヲ以テ隱レタル法規ノ解釋トス法律ノ明文ニ一事項ノ規定アルハ原則トシテ類似事項ニ付テ隱レタル規定アルコトヲ暗示スルモノタリ之ヲ解釋シテ適用スルヲ稱シテ類推ト謂フ脫法行爲ハ卽チ類推ニ依リテ知ルコトヲ得ヘキ隱レタル禁止規定ノ違反行爲ニ外ナラス法律ノ明文ニ依ル禁止規定ハ特定ノ經濟上ノ結果ノ發生ヲ杜絶スル目的ヲ有スルヲ常トス其規定ハ其經濟上ノ結果ノ發生ヲ來スヘキ特定ノ法律行爲ヲ掲ケテ之カ禁止ヲ明言スト雖モ同時ニ同一結果ノ發生ヲ來スヘキ他ノ法律行爲ヲ許容スルモノト解スヘカラス却テ其之ヲ禁止スル隱レタル規定ノ存在スルコトヲ暗示スルモノト認メサルヘカラス然ラサレハ禁止ノ目的ハ達セラレサルナリ故ニ明文ニ依ル禁止ノ目的タル經濟上ノ結果ノ發生ヲ來スヘキ行爲ハ直接規定ニ定メタル行爲ニ該當スルモノタルト隱レタル禁止規定ニ抵觸スルモノトヲ問ハス總テ皆一樣ニ無效タラサルヘカラス我民法ハ不動産ニ付テハ抵當權ヲ認ムレトモ動産ニ付テハ之ヲ認メス動産ノ上ニ擔保權ヲ設定スル方法トシテハ唯質權ヲ認ムルニ止マレリ而シテ法律ハ質權ノ設定ニハ債權

者ニ目的物ノ引渡ヲ爲スコトヲ必要トシ且質權者ハ質權設定者ヲシテ自己ニ代リテ質物ノ占有ヲ爲サシムルコトヲ得サル旨及動產質權者ハ繼續シテ質物ヲ占有スルニ非サレハ其質權ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サル旨ヲ規定ス是等ノ規定ヲ綜合シテ考察スルニ法律ノ精神ハ同一債務者ニ對スル數債權者ヲ公平ニ保護シ其一人カ他人ノ損害ニ於テ優先的ノ利益ヲ享クルコトヲ禁止セントスルニ在ルコト明白ナリ不動產ニ付テハ登記ナル公示方法アルヲ以テ擔保ノ占有ヲ債務者ヨリ奪フコトナクシテ仍ホ他ノ債權者ヲシテ其擔保權ノ存在ヲ知ラシムルコトヲ得ヘキモ動產ニ付テハ此ノ如キ公示方法ナキヲ以テ法律ハ擔保權ノ目的タル動產ハ之ヲ債務者ノ占有ヨリ脫離シテ擔保權者ノ占有ニ歸屬セシメ之ニ因リテ他ノ債權者ニ不測ノ損害ヲ與フルノ結果ヲ避ケンコトヲ期セルモノタリ然ルニ動產ノ賣渡抵當ノ許容ハ直接ニ此法律ノ精神ニ背反ス此場合ニ於テハ一債權者ハ現ニ債務者ノ占有ニ屬スル動產ニ付テ他ノ債權者ニ優先シテ債務ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘク他ノ債權者ハ其優先權ノ存在ヲ知ルノ方法ヲ有セサルナリ此ノ如キハ質權ヨリモ一層强力ナル擔保ニ付債權者カ質權設定者ヲシテ自己ニ代ハリテ質物ノ占有ヲ爲サシムルコトヲ得サル旨ノ民法第三四五條ノ禁止規定ノ趣旨ニ背反スル結果ヲ認ムルモノニシテ法律上到底認容スヘカラサル所ナリ賣渡抵當其他如何ナル名義方法ニ依ルヲ問ハス債務者ノ所有動產ニ付優先的ノ辨濟ヲ受ケントスル債權者ハ債務者ヲシテ其動產ノ占有ヲ爲サシムルコトヲ得サル旨ノ隱レタル禁止規定ハ上述セル規定ノ趣旨ニ鑑ミテ確實ニ存在セルモノト謂ハサルヘカラス動產ノ賣渡抵當ハ此隱レタル禁止規定ニ違反スル脫法行爲

ニシテ當然無效タルヤ明瞭ニシテ更ニ一點ノ疑惑ヲ挾ム餘地アルコトナシ故ニ動產ノ賣渡抵當ハ脫法行爲トシテ無效タル所以ヲ知ルニ足ラム

第四章　動產抵當制設定ノ必要

我現行法ハ特種ノ大事業ニ關スル例外ヲ除クノ外動產抵當ヲ認メサルニ拘ハラス實際上動產ノ賣渡抵當ノ流行セサルハ寧ロ怪ムヘキカ如シ其主タル原因ハ我邦ノ經濟狀態ノ進步信用制度ノ發達カ對物信用ノ隆盛ヲ來ササルト裁判所ノ判決カ未タ動產賣渡抵當ノ效力ヲ確定スルニ至ラサルノ結果債權者カ信賴シテ此手段ヲ採ル能ハサルカ爲メナリ故ニ今日ニ於テ動產抵當制ヲ設定スルトキハ同時ニ二個ノ有利ナル結果ヲ得ヘシ即チ一方ニ於テハ一事業者ニ對物信用利用ノ方法ヲ與ヘテ其事業ノ隆興ヲ助クヘク他ノ一方ニ於テハ賣渡抵當ノ代用ヲ爲シテ其弊害ヲ未發ニ防止スヘキナリ若シ夫レ單ニ賣渡抵當ニ關スル無用ノ爭訟ノ續發ヲ阻絕スルノ一點ヨリ觀ルモ猶ホ且動產抵當制設定ノ價値アリト謂フヘシ

凡ソ物ヲ動產ト不動產ニ分類スルハ元ト物理上ノ觀念ニ基ク物理上ヨリ觀レハ動產ハ概シテ移動シ易キモノニシテ從テ之ヲ他人ニ引渡シテ質入ヲ爲スニ因難ナキカ如キモ經濟上ヨリ觀レハ必スシモ然ラス事業者カ其事業ニ用フル器具機械商品原料品ノ如キ農具家畜收穫物ノ如キハ實際生活上ハ之ヲ質入スルコト不能ニシテ其質入ハ即チ事業ノ廢止一家ノ離散ヲ前提トセサル可カラス故ニ動產抵當ヲ認メサル限リハ事業用ノ動產ヲ唯一ノ財產トスル小商工業者又ハ小農業者等ハ何等對物信用ヲ利用スルノ方法ヲ有セサルナリ(Vergl. Cosle op. cit. P. et. S.; Schoiler a. a. O. Wernlick a. a. O. leist a. a. O

N. 8 f.; Ionhard a. a. O. S. 191 f Schöndorf a. a. O. S. 492 f. Salinger a. a. O. S. 419 f.) 小農業者即チ小自作又ハ小作人ノ資金融通ノ狀態ニ至リテハ甚タ不明ナレトモ其對人信用ニ依リ驚クヘキ高利ヲ支拂ヘル事實ノ多キコトハ否定スヘカラス唯小農業者ハ小商工業者ト異ナリ土着ノ精神强キ爲メ之ニ比較的ニ大ナル對人信用ヲ與フルコトヲ得ヘク又我邦ノ農具ハ極メテ簡單ナルモノニシテ擔保ニ供スヘキ財產ヲ有スル者少キヲ以テ動產抵當ノ切要ハ小商工業者ニ對スルカ如ク大ナラス然レトモ農民ノ土着心モ都市集中、外國移民等ノ盛ニ行ハルルニ至リテハ漸次衰頹スヘク又高價ノ農具、家畜等モ農業ノ進歩ト共ニ漸次使用セラルルニ至ルヘク早晩動產抵當ノ必要ヲ切實ニ感スル時勢ニ到着スヘキハ疑ヲ容レサルナリ余ノ提案ハ事業用ノ財產ニ限リテ抵當制ヲ認メントスルニ在リ又其財產ハ數個ノ物及權利ノ集團タルコトヲ要スルモノタリ其結果事業用ノ財產以外ノモノニ付テハ抵當制ヲ認メス假令事業用ノ財產ト雖モ一個ノ動產ヨリ成ルモノハ抵當ノ恩澤ニ浴スルコトヲ得サルヘシ然レトモ事業用ノ財產ハ之ヲ質入ノ目的ト爲スモ其所有者ノ經濟上ノ行動ヲ妨クルコトナキヲ常トスルヲ以テ其抵當ヲ認ムル必要ニ乏シ又一個ノ動產ノミヲ有スル者ノ如キハ已ムヲ得サレハ眞正ノ賣買及再賣買ノ方法ニ依リテ金融ヲ計ルヲ以テ足ラシメサル可カラス(法學博士松本丞治氏法學協會雜誌第三一卷第二號一七乃至五〇頁第三號四三乃至七四頁第四號五七乃至九九頁要領)

【同一學說判例】

一 信用行爲ハ二個ノ行爲ヨリ成ル、一方ニ於テハ財產移轉行爲アリ他ノ一方ニ於テハ其財產ヲ一定ノ目的以外ニ濫用セサル

可シトスル債權契約存スルモノナリ(中島博士民法釋義第一卷四九五頁)

二 表意者カ財產ヲ他人ニ讓渡サントスル意思表示ヲ爲シ而カモ經濟上ニ於テハ之ヲ讓渡ササルト同一ナル終局ノ結果ヲ收メント欲スルコトアリ之ヲ信託行爲ト稱ス(川名博士日本民法總論二一二頁)

三 信託行爲ナル觀念ハ內外ニ關係ヲ區別セスシテハ之ヲ說明スルヲ得スト雖モ其內部關係ニ特殊ナルハ權利移轉ノ點ニハ非スシテ權利移轉ヨリ當然生スル效果ヲ當事者間ニ於テ制限セントスル債務關係ニ在リ……信託行爲カ虛僞表示ニ非スト云フハ唯タ此意義ニ於テノミ正當ナリ(鳩山法學士民法註釋全書法律行爲乃至時效一一八頁)

四 本書第一卷民法三六七頁東京地方同趣旨判決

【反對學說判例】

一 木書第一卷民法三三二、五一六、五一八頁大審院判決

二 本書第一卷民法一四七、二〇一、四四八、五一七、六四六、六七五頁各判決學說

三 關係的權利ナルモノハ如斯既ニ成法ノ認ムル所ナル以上ハ又理論上之ヲ排斥スルコトヲ得ス素ヨリ例外ノ場合ニ屬スト雖モ既ニ此形式ヲ許ス以上ハ又此形式ヲ利用シテ法律關係ヲ說明スルモ不當ニ非サル可シ而シテ此關係的權利ノ方法ニ依リ信託行爲ヲ說明シ受信者ハ第三者ニ對シテハ權利者タリ與信者ニ對シテハ權利者ニ非サルモノト見ハ最モ能ク公平ニ適シ且法律的論理ヲ枉ケサルノ好結果ヲ得ルモノニ非サルカ(岡松博士內外論叢第一卷六號一四二頁)

信託行爲ノ效果ニ付テハ吾人カ嘗テ論シタル如ク當事者ノ意思ニ適合セシメ且ツ實際上ノ必要ニ照應セシム可キモノナルコトヲ主張シタリ然ルニ本問ニ關スル詳細ナル松本博士ノ反對論文ヲ讀ミ大ニ得ル所アリタルハ一般攻法家ト共ニ吾人ノ大ニ感謝ノ意ヲ表スル所ナリ然レトモ博士ノ所論ハ根本ノ觀念ニ於テ吾人ト其見解ヲ異ニスルヲ遺憾トス

夫レ信託行爲ノ效果ニシテ賣渡シタル權利カ絕對ニ且ツ無條件ニテ移轉スルモノトセハ當事者ノ意思ニ反スルコト蓋シ尠少ナラス何トナレハ凡ソ當事者カ信

託行爲ヲ爲ス所以ノモノハ其讓渡シタル權利ヲ單純ナル讓渡行爲ノ如ク之カ移轉ヲ爲サシメサル意思ニ外ナラス詳言スレハ絶對無條件ニ其權利ヲ移轉スル意思ナラムニハ單純ナル行爲ヲ爲ス可キニ而モ之ヲ爲サスシテ殊更ニ信託行爲ヲナス所以ノモノハ當事者ノ意思ハ行爲ノ效力(權利移轉ノ)ヲ制限スルノ意思ナルコト之ヲ推知スルニ難カラス而シテ其制限ヲ解シテ單ニ當事者間ノ債權關係ニ過キストセハ當事者ノ目的ニ背馳スルコト甚タシキ結果ヲ生ス即チ當事者ハ信託讓受人カ其權利ヲ處分スルトキハ他人ノ權利ヲ處分シタルモノトシテ責任ヲ負ハシメ以テ其處分行爲ヲ爲ス能ハサル關係ヲ定メント欲シタルモノナレハナリ然ルニ若シ單純ナル債務不履行トシテ處分行爲ヲ爲シ得ルモノト解センカ當事者ノ達セント欲セシ目的ハ多クノ場合ニ於テ之ヲ貫徹スル能ハサルニ至ルヘシ是レ反對說ヲ排スル理由ノ一ナリ

本論ニ於テ博士ハ當事者ノ意思ヲ以テ所謂關係的所有權ヲ創設スルコト能ハスト云ハルルモ所謂關係的所有權ノ觀念ハ物權創設ノ觀念ニアラスシテ所有權移轉ノ作用ニ關スル觀念ナリ即チ甲カ乙ニ對シテ不動產ヲ賣渡シ所有權移轉ノ物權的意思表示ヲ爲サハ之ニ因リテ所有權ハ乙ニ移轉シ甲ハ既ニ權利ヲ有セス而カモ其登記前ニ於テ甲ハ更ニ之ヲ丙ニ賣渡シ其移轉登記ヲ爲シタル場合ハ丙ハ

無權利者甲ヨリ移轉ヲ受ケタルニ拘ラス完全ナル所有權ヲ取得ス之レ則チ關係的所有權ノ觀念ニシテ特殊ナル所有權ノ創設ニアラス(一七七、一七八カ物權創設ヲ認ムルモノニアラサルハ言チ俟タス)信託行爲ハ即チ此法理上ノ觀念ヲ應用シタルモノニシテ第三者ノ關係ニ於テハ所有權ハ受信者ニ屬シ內部關係ニ於テハ與信者ニ屬スルコト恰カモ前例ニ於テ既ニ一旦乙者ニ移轉シタル權利ヲ尙ホ未タ甲者ニ屬スルモノト見テ丙者ニ對スル移轉行爲ヲ有效ナルモノト解スルニ相似タルモノナリ加之吾人ノ解スル所ニヨレハ假リニ右ノ法理ヲ非ナリトスルモ信託行爲ヲ爲スニ方リ交互的ニ無數ノ條件ヲ附シタル物權行爲ヲ爲シ內部關係ニ對抗ノ必要アルトキハ與信者ニ屬シ外部關係ニ於テ對抗ノ必要生シタルトキハ受信者ニ屬スルモノト見レハ所有權ノ關係的觀念ニ對スル非難ヲ避クルコトヲ得ルト同時ニ當事者ノ豫期シタル信託行爲ノ目的ヲ達シ且ツ何人ノ利益ヲモ害スルコトナカルヘシ而シテ物權的意思表示ハ之ニ條件ヲ附スルコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ一般學說ニ於テ是認セラルル所ニシテ參考ノ爲メ左ニ其重ナルモノヲ紹介セン

一 物權契約ニハ一般法律行爲ト同シク條件又ハ期限ヲ附スルコトヲ得(岡松博士法學協會雜誌第二六卷二號二三頁物權契約論)

二 停止條件附法律行爲カ物權行爲ナル場合ニ於テハ條件ノ成就ニヨリ物權ノ設定變更移轉ヲ來タス、解除條件附ニテ物權ヲ讓渡シタル場合ニ於テハ其物權ハ當然舊主ニ復歸シ請求ヲ要セスシテ物權者ト爲ル(中島博士民法釋義第一卷七三二頁以下)

三 民法ニ付テハ不動產登記ノ主義ヲ異ニセルカ故ニ此關係ヨリ條件期限ヲ禁スルノ理由ナク且所有權處分ノ行爲ニ條件期限

ヲ附スルハ所有權ノ永久的性質ト相妨クルコトナシ（鳩山法學士民法註釋全書法律行爲乃至時效四七五頁同說梅博士要義總則一五三頁富井博士原論總則九五頁）

又博士ハ破產ノ場合ニ付登記ノ關係上取戻權ノ行ハルヘキモノニアラサルコトヲ主張サルルモ內部關係ニ於テ與信者ニ權利カ屬スルモノト見レハコソ破產ノ場合ニ其債務ヲ辨濟スレハ當然移轉登記ノ請求ヲ爲シ得ヘキモ若シ絕對ニ權利ハ受信者ニ屬シ而シテ受信者ハ債務辨濟ノ場合ニ所有權ヲ返還スヘキ債權的關係ニ立ツニ過キサルモノト解スレハ與信者ノ利益計ル可カラサルモノアルヘシ又博士ハ賃貸借契約ノ假裝行爲トナルヘキ理由ヲ說カルルモ內部關係ニ於テ與信者ノ所有權ヲ認ムル以上ハ賃貸借契約ヲ爲スヘキ必要ヲ認メス偶當事者カ之ヲ爲シタリトスレハ之レ不必要ナル契約ヲ爲シタルニ過キスシテ此契約カ假裝行爲トナルモ何等ノ實害ヲ生セス

動產抵當ニ付テハ各場合ニ應シテ信託行爲ノ有效無效ヲ論セサルヘカラスト雖モ一般ニ之ヲ無效ナリトスルハ吾人ノ採ラサル所ナリ

（五六）

九四　相手方ト通シテ爲シタル虛僞ノ意思表示ハ無效トス

前項ノ意思表示ノ無效ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

三六九　抵當權者ハ債務者又ハ第三者カ占有ヲ移サスシテ債務ノ擔保ニ供シタル不動產ニ付他ノ債權者ニ先チテ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クル權利ヲ有ス

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

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

所謂賣渡抵當（信託行爲）ノ法律關係

信託行爲ハ當事者カ其目的トスル所ヨリモ大ナル效力ヲ生スヘキ意思表示ナシタル場合ニ成立スルモノニシテ前ニ認定セル本件賣渡抵當ノ場合ニ於テハ當事者ハ所有權ヲ移轉スル意思ヲ有シ之ヲ表示シタルモノナリト雖モ其目的トスル所ハ之ニ依リ債權擔保ノ實ヲ擧ケントスルニアルカ故ニ讓受人ハ此擔保ノ目的ニ從ヒ其所有權ヲ行使セサルヘカラス即チ當事者間ノ債務關係ハ此讓渡行爲ニ因リ直チニ消滅スルモノニ非スシテ債務者カ其債務ヲ辨濟セサルトキハ債權者ハ其讓受ケタル目的物ヲ處分シ其辨濟ニ充當スルコトヲ得ベシト雖モ債務者カ辨濟ヲ爲シタルトキハ債權者ハ之ヲ債務者ニ返還スルニ必要ナル手續ヲ爲ササルヘカラス此目的ヲ遂行スルニハ所有權ハ第三者ニ對スル外部關係ニ於テハ債權者ニ移轉スルモ當事者間ノ內部關係ニ於テハ移轉スルコトナク債務者ハ依然所有權ヲ有スルモノト爲スヲ至當トスルカ故ニ債務者タル被控訴人カ其債務ヲ辨濟スル以上ハ債權者タル控訴人ハ讓賣買登記抹消ノ手續ヲナスヘキ責務ヲ有スルコト論ヲ俟タス（東京控訴院元年（ネ）第七六八號同二年二月二〇日民四判決岩田裁判長、松山、三輪、野田、菱谷各判事宣告）

本件ニ關シ參照ス可キ學說判例ハ本書第二卷民法（一三三頁）松本博士ノ賣渡抵當及動產抵當並ニ之ニ引照セル各學說判例ヲ參照セラル可シ

双務契約ト其解除方法

(五七)

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

五四二 契約ノ性質又ハ當事者ノ意思表示ニ依リ一定ノ日時又ハ一定ノ期間内ニ履行ヲ爲スニ非サレハ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサル場合ニ於テ當事者ノ一方カ履行ヲ爲サスシテ其時期ヲ經過シタルトキハ相手方ハ前條ノ催告ヲ爲サスシテ直チニ其契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得

雙務契約ノ場合ト雖モ債務履行ノ催告ヲ爲サスシテ解除ヲ爲シ得ヘキモノニアラス」

双務契約ニ付義務不履行ヲ原因トシテ契約ヲ解除スルニハ當事者間ニ特約アル場合又ハ民法第五四二條ノ如キ特別ノ場合ヲ除クノ外豫メ相當期間ヲ定メテ義務ノ履行ヲ催告シ其期間内ニ履行ナカリシトキニ於テ解除シ得ヘキモノニシテ當事者ノ一方ニ義務不履行ノ事實アレハトテ他ノ一方ハ直チニ其契約ヲ解除シ得ヘキモノニアラス(東京控訴院四五年(ネ)第一五號大正二年二月二〇日民四判決岩田裁判長、松山、三輪、野田、菱谷各判事宣告)

【參照ス可キ判例學說】

一 期間ヲ定メテ契約履行ノ催告ヲ爲スト同時ニ其期間内ニ履行ナキトキハ契約ヲ解除スル旨ノ意思表示ヲ爲シタル場合ニハ其期間ノ經過ニ因リ契約解除權發生スルト同時ニ契約ハ解除セラルルモノトス(本書第一卷民法一八二頁大審院民事判決錄四五年四四六頁)

二 當事者ノ一方カ其債務ヲ履行セサルモ相手方ハ直チニ其契約ヲ解除スルコト能ハス必ラス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ヲ受ケサルトキハ玆ニ始メテ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得假令當事者ノ一方ニ其債務ノ辨濟期ニ在ルニ拘ハラス之ヲ履行セサルノ實アルモ直チニ契約ノ解除ヲ爲スハ其者ニ對シ酷ニ失スルノミナラス當事者カ契約ヲ締結セシ當時ノ意思ニ反スルコト甚シケレハナリ(梅博士民法要義債權四四六頁横田博士債權各論一七二頁岡松博士民法理由債權五〇四頁民法正解債權八八三頁以下同說)

商事債權ヲ準消費貸借ノ目的トシ更ニ改變スルモ依然商事債權ナリヤ

當然ノ見解何人モ異論ナカラム

(五八)

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

商法二六五 商人カ其營業ノ爲メニスル行爲ハ之ヲ商行爲トス

商人ノ行爲ハ其營業ノ爲メニスルモノト推定ス

準消費貸借成立前ニ商事債權タリシモノハ其成立後ニ於テモ亦商事債權ナルヤ」

商事債權ト本件公正證書表示ノ消費貸借ハ如何ナル關係アリヤト云フニ果シテ控訴人主張ノ如ク此商事債權ハ貸金債權ニシテ公正證書ノ消費貸借ナルモノハ單ニ右貸金債權ノ殘額ヲ表示スルモノニ過キサルモノトセムカ公正證書表示ノ主タル債權ハ固ヨリ從前ノ債權ソノモノノ一部ニ外ナラサルヲ以テ商事債權タル性質モ又當然保有セルモノトス、又若シ被控訴人等主張ノ如ク公正證書表示ノ消費貸借ハ貸金債權ニアラサル一ツノ商事債權ヲ原因トセル所謂準消費貸借ナリトセムカ準消費貸借ト其原因タル債權トノ關係ハ要スルニ當事者ノ意思ニ依リテ定マル或ハ從來ノ債權ハ其儘之ヲ存續セシメ單ニ消費貸借ニ關スル法規ヲ此債權ニ適用セントスル意思ナルコトアリ勿論此場合ニ於テ債權ノ本質ハ毫モ以前ト異ナルコトナキヲ以テ準消費貸借成立前ニ商事債權タリシモノハ其成立後ニ於テモ又固ヨリ商事債權タルコト多言ヲ

要セス若シ又當事者ノ意思準消費貸借ニヨリテ從來ノ債權ハ之ヲ消滅セシメ別ニ新債權ヲ發生セシムルニアリトセムカ此準消費貸借ナル法律行爲カ商行爲タル以上ハ此準消費貸借ヨリ新タニ生シタル債權ノ商事債權ナルコトハ多言ヲ要セス(東京控訴院四四年(ネ)第六七〇號大正二年三月一〇日民二判決松岡裁判長、江崎、大藤、前田、長谷川各判事宣告)

【參照ス可キ判例學說】

一 買主カ賣主ニ支拂フ可キ代金ヲ以テ消費貸借ノ目的物ト爲シ公正證書ヲ作成シタル場合ニ於テハ假令其貸借ノ內容ヲ記載セサルモ之カ爲メニ契約ノ成立ニ影響ヲ及ホスコトナキハ勿論該證書ノ記載事項ヲ目シテ實際ノ事實ニ符合セサルモノト云フヲ得ス(大審院民事判決錄四〇年三八九頁)

二 岡松博士民法理由下卷次一七八頁横田博士債權各論四三四頁民法正解債權編一〇六七頁

然リ相互ニ商事債權タルモノヲ準消費貸借契約ニ依リテ更改シ新タニ發生シタル債權カ其營業ノ爲メニスル行爲ニ因リタランニハ商事債權ナルコト蓋シ疑ナシ然レトモ準消費貸借契約ヲ爲スモ而カモ從來ノ債權其儘存續スル場合アリトハ疑問ナリ此點ニ付テハ本書第一卷民法(六一九頁)ヲ參照セラル可シ

(五九)

六〇一 貸借人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其效力ヲ生ス

六一二 賃借人ハ賃貸人ノ承諾アルニ非サレハ其權利ヲ讓渡シ又ハ賃借物ヲ轉貸スルコトヲ得ス

賃借物ノ一部轉貸ノ要否

賃借人カ前項ノ規定ニ反シ第三者ヲシテ賃借物ノ使用又ハ收益ヲ爲サシメタルトキハ賃貸人ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得

賃借物ノ一部轉貸ト雖モ賃貸人ノ承諾ヲ要ス

賃貸借ノ場合ニ於テ賃借物ノ使用收益ヲ爲スニ付人ニ依リ注意ノ程度ヲ異ニシ其結果賃借物ノ滅失毀損等ニ重大ナル影響アルヲ以テ賃貸人ハ專ラ賃借人ノ一身ニ着眼シ之ト契約ヲ爲スモノトス即チ賃貸借契約ハ特定ノ人ヲ當事者ト爲スコトヲ目的トスルモノト謂フヘシ故ニ賃借人ハ自由ニ他人ヲシテ自己ニ代リテ賃借物ノ使用收益ヲ爲サシムルコトヲ得ルモノニ非ス是レ民法第六一二條第一項ニ於テ「賃借人ハ賃貸人ノ承諾アルニ非サレハ其權利ヲ讓渡シ又ハ賃借物ヲ轉貸スルコトヲ得ス」ト規定シタル所以ナリ而シテ同條ニ所謂賃借物ノ轉貸トハ必ラスシモ賃借物全部ノ轉貸ノミヲ云フニ非ス其一部ノ轉貸モ其內ニ包含スルモノトス何トナレハ文理上賃借物ノ一部タリトモ之ヲ賃借物ト云フニ妨ケナキノミナラス賃貸人カ契約當時賃借人ノ身上ニ著眼シ之ニ賃借物ノ使用收益ヲ爲サシムルコトヲ承諾シタル所以ノモノハ賃借物ノ滅失毀損等ヲ避クル爲メ自己ノ信用シタル賃借人ニ於テ其ノ全部ヲ使用收益スルモノト爲シタルカ爲メト解スルヲ相當トス(東京控訴院四五年(ナ)第七三號大正元年一一月二八日民一判決鈴木裁判長、瀨端、成道、鈴木、水口各判事宣告)

【參照ス可キ學說】

民法正解債權編一一四〇頁以下岡松博士民法理由下卷次二一六頁梅博士民法要義債權六五四頁横田博士債權各論五一五頁

當然ノ見解異論アルコト無シ尙ホ本書第一卷民法(三四八頁)ヲ參照セラル可シ

親族會ノ決議ハ如何ナル場合ニ取消シ得ヘキヤ

(一)親族會ノ決議ハ如何ナル場合ニ取消シ得ヘキヤ

(二)家督相續人選定決議

(一) 親族會ノ決議カ形式ニ於テ違法ノ點ナキモ實質上不當ナル場合ニハ民法第九五一條ニ依リ其取消ヲ請求シ得ル者トス不當ト云フハ固ヨリ一般ノ標準ニ從ヒテ之ヲ云フ單ニ取消ヲ請求スル者ノ意見ニ一致セスト云フコトニハアラス、蓋シ親族會ノ決議ハ人事上ノ件ニ關シ一般公益ニ影響スルコト少カラス、單ニ一私人ノ利害ニノミ關セサルカ故ニ之ヲ監督スルノ途ナカラサルヘカラス然ラサレハ決議ノ內容カ禁止法規ニ違反シ當然無效トナル場合ノ外如何ニ不當ナル決議ニテモ之ニ服從セサルヘカラサルニ至レハナリ從テ本訴決議ノ如キモ其內容果シテ不當ナル以上之カ取消ヲ請求シ得ルハ勿論ナリ、然レトモ不當ヲ理由トシテ決議ヲ取消スカ爲メニハ決議自體ニ不當ノ點アルヲ要ス、更ニヨリ善キ決議ヲ爲シ得タリシトノ一事ヲ以テ直チニ取消ニ値スル不當アリト云フヲ得ス何トナレハ人事上ノ件ニ付外間ノ干涉其度ニ過クレハ却ツテ公益ヲ害スルニ至ルヘケレハナリ仍テ本件決議ノ當否ヲ審案スルニ實造カ相續人ニ選定セラレシ後相續財產ニ對シ抵當權ヲ設定シタルコトハ當事者間ニ爭ヒナ

九四四　本法其他ノ法令ノ規定ニ依リ親族會ヲ開クヘキ場合ニ於テハ會議ヲ要スル事件ノ本人、戶主、親族、後見人、後見監督人、保佐人、檢事又ハ利害關係人ノ請求ニ因リ裁判所之ヲ招集ス

九五一　親族會ノ決議ニ對シテハ一ヶ月內ニ會員又ハ第九四四條ニ揭ケタル者ヨリ其不服ヲ裁判所ニ訴フルコトヲ得

相續人選定ハ如何ナル標準ニ依ルヲ可キヤ

シト雖モ抵當權設定ト云フコト自體ハ法律上認メラレタル處分ナリコノコトヨリ直チニ實造カ相續人トシテ不適當ナリトノコトヲ推斷スルニ足ラス

(二) 相續人ノ選定ヲ議決スルニ當リ之ニ據セラルル甲乙中他ノ點ハ凡テ同一ニシテ唯甲ハ素行教育地位等ニ於テ乙ニ優リ、且甲ハ本家ノ嫡出子ニシテ乙ハ分家ノ私生子ナリトセンニ此際甲ヲ選定スルコトハ乙ヲ選定スルコトニ比シヨリ善キ選定ナルニハ相違ナシト雖假令乙ヲ選定シタレハトテ之ヲ以テ直チニ其選定ノ決議ハ取消ニ該當スト云フヲ得サルハ冒頭所述ノ如シ取消ニ該當スルヤ否ヤハ果シテ被選定者タル乙ニ於テ夫レ自身相續人タルニ不適當ナル點アリヤ否ヤニヨリ解決セサルヘカラス而シテ被選定者カ本家ノ嫡出子タルニモセヨ抑〻其素行教育地位如何ニモセヨ其時、其處其相續スヘキ家等ノ標準ヨリ觀テ甚シク家壓ヲ辱カシムルニアラサル限リ誰ニテモ相續人タルニ妨ケナシト云ハサルヘカラス、實造カ賭博罪ヲ以テ處罰セラレシコト素行ノ善良方正ト謂ヒ難キコトハ同人ノ缺點ナルニハ相違ナク、程度ノ高キ教育ナキコトハ良好ナル教育ヲ受ケタルコトニ比シ又分家ノ私生子ナルコトハ本家ノ嫡出子ナルコトニ比シ劣レル點ニハ相違ナシト雖モ現時ニ於ケル一般農民ノ階級ニアリテハ此ノ如キハ必スシモ相續人タラシムルニ堪ヘサル程ノ弱點ニハアラス況ンヤ相續人ノ適否ヲ判定スルニハ決シテ前記諸點ノミニ據ルヘキニアラス被選定者ト被相續人トノ關係ヲモ顧慮スヘキハ勿論殊ニ被相續人ハ何人ヲ相續人トナス意思アリシヤト云フハ殆ント選定ニ於ケル最重要ノ標準ト云フモ過言ニアラス何トナレハ法律上指定家督相續人ハ法定ノ推定家督相續人ノ次順位ヲ占ムルコトニ徵スルモ如何ニ被

相續人ノ意思ノ尊重スヘキヤハ多言ヲ俟タスシテ明白ナレハナリ然ルニ實造カ幼時ヨリ亡小三郎ト同棲シ同人ハ實造ヲ愛シ其相續人タラシムル意思アリシニ反シ茂作ヲ相續人トナス意思ハ毫モ之ナカリシトノ被控訴人主張事實ハ證人中島鼎吉ノ其ノ旨ノ供述ニヨリ之ヲ認ムルヲ得ヘシ仍テ本決議ハ何等不當ナル點ナシ(東京控訴院四四年(ネ)第六四二號元年一二月六日民二判決成道裁判長、園野、長谷川、前田、江崎各判事)

【參照ス可キ判例學說】

一 親族會ノ決議ニ對シテハ民法九五一ノ規定ニ從フニ非サレハ不服ヲ訴フルコトヲ得ス(大審院民事判決錄三七年一四七二頁)

二 民法九五一、ニ所謂親族會ノ決議ハ實質上無效ナルモノト取消シ得可キモノトヲ分タス苟モ親族會ノ爲シタル決議ハ總テ之ヲ包含ス(同上一四七二頁)

三 民法九五一、ニ依ル親族會ノ決議ニ對スル不服ヲ理由アリトシテ裁判所カ其決議ノ效力ヲ喪失セシメントスル場合ニ於テハ之ヲ取消スト裁判スルモ將タ無效ナリト裁判スルモ其效力ニ差異アルコトナシ(同上四一年九七七頁)

四 裁判所ニ於テ親族會ノ決議無效ノ裁判ヲ爲シタルトキハ其決議ノ元來無效ナルコトヲ確定スル效力ヲ生スルニ止マリ創設的ニ之ヲ無效ナラシムルモノニ非ス(同上三八年二二頁)

五 親族會ノ決議ニ對シ一個月ノ期間內ニ不服ノ訴在ラサルトキハ其決議法律ニ違背スルモ效力確定スルヲ原則トス然レトモ其公ノ秩序ニ關スル規定ニ違反シ又ハ親族會ノ構成不適法ニシテ實質上決議ナキト均シキ場合ハ例外トス(同上四一年五〇六頁)

六 不法ナル親族會ノ取消ハ善意ノ第三者ニ對シテ其效力ヲ及ホサストノ規定在ラサルニ因リ一旦決議ヲ取消シタル以上ハ其決議取消ノ判決アリタル前後ヲ問ハス又第三者ニ對スルト否トヲ論セス絕對ニ取消ノ效力アルモノトス(同上三八年八六九頁)

七 決議カ全ク違法不法ノ時ニモ矢張不服ノ訴カ無クレハ有效テアルト云フハ誤ツテ居ルト謂ハネハナラヌ(梅博士法學志林第五一號三四頁)

八 無效ノ決議ハ親族會ノ決議トシテ何人モ之ヲ無效ト主張スルモ妨ケナカルヘク決議ノ實質ヲ不當トスル場合ニ於テ之カ不服ヲ訴ヘ其決議ヲ取消サシムルノ必要上此規定ヲ設ケタルモノト認ムルヲ至當トス(牧野法學士日本親族法論四七六頁)

九 民法九五一、ニ依ル不服ノ訴ハ決議カ有效ナルモ內容カ不當ナルコトヲ理由トシテ其決議ノ取消ヲ求ムル訴ニシテ不當ナル決議ニ對スル救濟方法タリ(島田法學士明治大學親族法講義錄四三五頁)

自己ノ鑑識ヲ誤リタルトキハ其行爲ノ要素ニ錯誤アリト謂フヲ得ルヤ

右ノ判旨大體ニ於テ異論ナシ尙ホ本書第一卷民法(九九、一七五頁)ヲ參照セラル可シ

(六一)

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

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

自己ノ鑑識ヲ誤リ僞筆ノ書畫ヲ買受ケタルトキハ其行爲ノ要素ニ錯誤アリト謂フヲ得ルヤ』

原院ノ確定スル所ニ依レハ上告人ハ被上告人ノ親覽セシメタル畫幅中ヨリ自己ノ鑑識ニ依リ特ニ本訴ノ畫幅ヲ選擇シ之ヲ買受ケタルモノニシテ自己ノ鑑識ヲ度外ニ措キ筆者ノ眞實ナルコトヲ以テ賣買ノ要件ト爲シタルニ非ス然レハ其畫幅ハ假令上告人ノ信シタル者ノ眞筆ニ非サルニセヨ是唯上告人カ鑑識ヲ誤リタルニ過キスシテ賣買行爲ノ要素ニ錯誤アリト謂フ可カラス(大審院大正二年(オ)第三七號同年三月八日民一判決)

然リ自己ノ鑑識ヲ誤マリ爲メニ僞筆ノ書畫ヲ賣買スルモ要素ノ錯誤ト謂フ可カラス又縱令之ヲ以テ要素ト謂ヒ得可シトスルモ自己ノ鑑識ヲ誤マリタルハ表意者ニ重大ナル過失ノ存スル場合ニハ其無效ヲ主張シテ相手方及第三者ニ對抗スル能ハス尙ホ此要素ニ就テハ本書第二卷民法(八五頁)ヲ參照セラルヘシ

他人ノ財産ニ因リ自己ノ債務ヲ免レタルハ法律上何ナルモノナリヤ

三五一 他人ノ債務ヲ擔保スル爲メ質權ヲ設定シタル者カ其債務ヲ辨濟シ又ハ質權ノ實行ニ因リテ質物ノ所有權ヲ失ヒタルトキハ保證債務ニ關スル規定ニ從ヒ債務者ニ對シテ求償權ヲ有ス

三七二 第二九六條第三〇四條及第三五一條ノ規定ハ抵當權ニ之ヲ準用ス

七〇三 法律上ノ原因ナクシテ他人ノ財産又ハ勞務ニ因リ利益ヲ受ケ之カ爲メニ他人ニ損失ヲ及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

(六二)

自己ノ土地ニ抵當權ヲ設定シ其債務辨濟前之ヲ他人ニ賣却シ轉輾シテ更ニ他人ニ移リタル後抵當權ノ實行ニ因リテ競賣ニ附セラレ買受人カ其權利ヲ喪失シタル場合ハ如何ナル法理ニ因リテ賠償ヲ請求シ得ルヤ(不當利得ナリヤ否)』

原判決ノ認メタル所ニヨレハ被上告人ハ曩ニ其所有ニ係ル地所ヲ金一五〇圓ノ抵當トシテ訴外内野鑄内ニ差入レタル儘訴外大野庄吉ニ賣渡シ其後上告人ニ於テ右地所ヲ買受ケタル處被上告人ニ於テ債務ノ辨濟ヲ爲ササリシカ爲メ鑄内ハ抵當權ノ實行ヲ爲シタル結果其賣得金一四五圓ハ被上告人ノ前記債務ノ辨濟ニ充當セラレタリト云フニ在リテ右ノ事實ニ依レハ上告人ハ自己ノ所有地所ヲ喪失スルト同時ニ被上告人ハ却テ右地所ノ賣得金額タケ訴外内野鑄内ニ對シ負擔スル債務ハ消滅ニ歸シ之カ辨濟ヲ爲スコトヲ要セサルニ至リ即チ被上告人ハ右金額タケ自己ノ資産ノ減少ヲ防キ得タルコトハ洵ニ明白ナリトス而シテ叙上ノ結果ヲ惹起スルニ至リタルハ被上告人ニ於テ債務辨濟ヲ爲ササリシカ爲メ債權者ニ於テ抵當權ヲ實行シタルコトニ基因シ從テ第三取得者タル上告人ハ抵當權者トノ關係ニ於テハ其結果ヲ甘受セサル可ラ

サルハ勿論ナリト雖モ之カ爲メ被上告人カ上告人ノ財産ニヨリ利得スルノ理アル可ラス蓋シ債務者タル上告人ハ其抵當地所ヲ他ニ賣却シタレハトテ素ヨリ債務辨濟ノ義務ヲ免ルモノニ非ス又第三取得者タル上告人ハ債務ノ引受其他特約アル場合ハ格別然ラサル以上ハ敢テ被上告人ノ債務ヲ辨濟スルノ義務ヲ負擔スルモノニ非ス只上告人ニ於テ自己ノ取得シタル土地ノ所有權ヲ保全セントセハ權利トシテ被上告人ニ代リ其債務ヲ辨濟スルカ若クハ滌除ノ方法ニヨリ其抵當權ヲ消滅セシムルコトヲ得ルニ止ルノミ而モ被上告人ニ於テ自己ノ負擔スル義務ノ履行ヲ怠リナカラ却テ他人ノ財産ニヨリ利益ヲ受クルカ如キハ條理トシテ許ス可ラサルハ勿論法律ノ規定上ヨリスルモ毫モ其原因アラサレハナリ然レハ則チ被上告人ハ法律上ノ原因ナクシテ上告人ノ財産ニヨリ利益ヲ受ケ之カ爲メ上告人ニ損失ヲ及ホシタルモノナレハ民法第七〇三條ノ規定ニ從ヒ利益ノ存スル限度ニ於テ之ヲ返還スルノ義務ヲ負擔スルモノト云ハサル可ラス原審カ本件ノ如キ場合ニ上告人ハ民法第三七二條第三五一條ノ規定ニ準據シ債務者タル被上告人ニ對シテ求償ス可キ旨判示スレトモ右條三七二條ハ他人ノ債務ヲ擔保スル爲メ自己ノ不産動ニ抵當權ヲ設定シタル場合ノ規定ニシテ本件ノ如キ抵當權ノ設定セル土地ヲ取得シタル場合トハ彼此其趣ヲ異ニス(東京控訴院大正元年(ナ)第九七號同二年二月一五日判決蔦淵裁判長、中尾、古川、木戸、各判事)

(六三)

至當ノ見解贊同ヲ表ス

取得時效ノ要件ハ何ナル標準ニ依リテ之ヲ定ムヤ

無過失ハ有ルモノトシテ之ヲ可キ

一六二（一項略）
一〇年間所有ノ意思ヲ以テ平穏且公然ニ他人ノ不動産ヲ占有シタル者カ其占有ノ始善意ニシテ且過失ナカリシトキハ其不動産ノ所有權ヲ取得ス

民法第一六二條第二項（不動産ノ取得時效）ニ所謂過失無カリシトノ意義（即チ過失ノ有無ハ客觀的ナル・主觀的ナルヤ將タ折衷的ニ定ムルヤ）

本件ノ事實ハ原院ニ於テ確定シタル所ニ依レハ係爭地ハ之ヲ處分スルニ付明治二一年法律第一號市制ノ規定ニ依リ市會又ハ區會ノ決議ヲ經テ縣參事會ノ許可ヲ受クルコトヲ要シ其方式ヲ踐ムニ非サレハ之ヲ處分スルコトヲ得サル場合ナルニ拘ラス一モ其方式ヲ踐マスシテ上告人ニ寄附セラレタルモノナリ斯ノ如キ場合ニ於テ財產ノ處分ニ因リ權利ヲ取得セント欲スル者カ其處分ニ付要スル方式及其方式履踐ノ有無等ニ意ヲ用ヒ調査ヲ怠ラサルコトハ一般取引ノ觀念ニ於テ普通注意ヲ用フル人カ其事ニ當リ通常爲ス可キ注意ナリト謂フ可ク從テ苟モ其注意ニ缺クル所アルニ於テハ當事者カ法律制度ニ通セサル僧侶ナルト否トニ關セス過失アルモノト謂フ可シ故ニ上告人カ係爭地ノ寄附ヲ受ケ占有ヲ始メタル當時其寄附ニ因リテ完全ニ所有權ヲ取得シタルモノト信シタリトスルモ如上法定ノ要式及其要式履踐ノ有無ニ關シ亳モ意ヲ用ヒタル事蹟ナキコトハ判文明白ニシテ右上告人ノ所信ヲ正當ト認ム可キ理由存セシコトハ原院ノ認メサル所ナレハ原院カ上告人ニ其占有ノ始メ過失アリシモノト認定シタルハ違法ニ非ス既ニ其占有ノ始メニ過失アリシモノトスル以上ハ一〇年ノ時效ニ因リ係爭地ヲ取得シタリト主張シタル上告人ノ訴旨ハ其理由ナシ（大審院大正

元年（オ）第一三六號同二年四月一六日民二判決）

【參照ス可キ學說】

一 無過失ハ占有取得ノ事實ニ關スルモノニ非スシテ前述ノ意義ニ關ス即チ過失ナクシテ善意ナルヲ要スルノ義ナリ過失ノ程度ハ客觀的標準ニヨリ之ヲ決ス代理人ニヨル場合ニ於テハ代理人ニ付之ヲ定ム（中島博士民法釋義卷ノ一、八六九頁）

二 占有者ノ善意ナルコト過失ナキコトヲ謂フ所謂善意トハ他人ノ所有物ナルコトヲ知ラサルヲ謂フ又過失ナキトハ其事實ヲ知ラサルニ付普通人ノ爲ス可キ注意ヲ缺キタルコトナキヲ意味ス（富井博士民法原論總則五八六頁）

三 無過失トハ占有者カ所有權アリト信スルニ付過失無キコトヲ謂フ即チ善良ナル管理者ノ注意ヲ用フルモ自己ノ所有權者ニ非サルコトヲ知リ得サリシコトヲ謂フ（鳩山法學士法律行爲乃至時效六七頁）

正當ナル解釋異論アルコト無シ

（六四）

一七六 物權ノ設定及移轉ハ當事者ノ意思表示ノミニ因リテ其效力ヲ生ス

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

建物保護法一 建物ノ所有ヲ目的トスル地上權又ハ土地ノ賃借權ニ因リ地上權者又ハ土地ノ賃借人カ其土地ノ上ニ登記シタル建物ヲ有スルトキハ地上權又ハ土地ノ賃貸借ハ其登記ナキモ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得

建物カ地上權又ハ土地ノ賃貸借ノ期間滿了前ニ滅失又ハ朽廢シタルトキハ地上權者又ハ土地ノ賃借人ハ其後ノ期間ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

(一) 民法第一七七條（不動產登記）ニ所謂第三者ノ意義

(二) 破毀以前ニ爲シタル中間判決ト差戻ヲ受ケタル裁判所トノ關係

(三) 民法第一七七條ト建物保護法トノ關係

(一) 民法第一七七條ノ規定ハ不動產ニ關スル物權ノ得喪變更カ隱居ニ因ル家督相續

ノ爲メニ生シタル場合ニモ適用スヘキモノニシテ又同條ニ所謂第三者トハ當事者若クハ其包括承繼人ニ非シテ物權ノ得喪變更ノ登記欠缺ヲ主張スル正當ノ利益ヲ有スル者ヲ指稱スルコトハ本院判例ノ示ス所ナリ而シテ本件ニ付原審ニ於テ確定シタル所ニ依レハ被上告人ノ先代彦八ハ本件土地ニ係爭ノ地上權ヲ有シ明治三四年二月一九日其當時ノ本件土地所有者タリシ中里幸隆ヲ登記義務者トシテ係爭地上權ノ假登記ヲ爲シ同三七年一二月二〇日隱居ヲ爲シ被上告人ニ於テ家督相續ヲ爲シタル處其相續ニ因ル係爭地上權ノ取得ニ付テハ登記ヲ爲ササリシモノニシテ是ヨリ先キ同三六年九月一九日上告人ハ本件土地ノ所有權ヲ取得シ同四一年七月一日被上告人先代彦八ニ對シ係爭地上權ノ假登記抹消請求ノ訴ヲ提起シ勝訴ノ判決ヲ受ケ之ニ基キ該登記ノ抹消ヲ爲シタルモノナリ然レハ本件係爭ノ地上權ヲ有セシ被上告人先代彦八カ隱居ヲ爲シ被上告人カ家督相續ニ因リ其地上權ヲ取得シタルコトニ付テハ上告人ハ固ヨリ當事者若クハ其包括承繼人タル關係ヲ有セス且上告人ハ自己ノ所有ニ係ル本件土地ニ付被上告人ヨリ現ニ地上權ヲ主張セラレ實ニ之カ存否ニ付利害關係ヲ有スルコト明白ニシテ被上告人ノ相續ニ因ル地上權取得ノ登記欠缺ヲ主張スルニ付テ正當ノ利益ヲ有スルモノナルヤ寸毫ノ疑ヲ容レサル所ナレハ正ニ民法第一七七條ニ所謂第三者ニ該當シ被上告人ハ係爭地上權ノ取得ヲ以テ上告人ニ對抗スルコトヲ得サルモノトス

(二) 本件ハ再度ノ上告ニ係リ前ニ被上告人ヨリ提起シタル上告ニ基キ本院ノ言渡シタル判決ハ原院ノ終局判決ヲ破毀シテ事件ヲ原院ニ差戻シタルモノニシテ其終局判決前ニ言渡シタル中間判決ヲ破毀シタルモノニ非サルコトハ訴訟記錄上明白ナリ斯ノ如キ場合ニ於テ中間判決ハ當然其效力ヲ失フモノニ非ス從テ事件ノ差戻ヲ受ケタル原院カ新辯論ニ基キ裁判ヲ爲スニ付テハ本院ノ言渡シタル判決ニ於テ表シタル法律上ノ意見ニ抵觸セサル限リハ尙ホ依然トシテ中間判決ノ羈束ヲ免レサルヲ以テ新辯論ニ基キ不利益ナル終局判決ヲ受ケタル上告人ハ其終局判決ニ對スル上告ニ於テ右差戻前ノ中間判決ノ破毀ヲ求ムルコトヲ得ルモノトス

(三) 明治四二年法律第四〇號建物保護ニ關スル法律ハ同法施行前既ニ民法第一七七條ニ依リ登記ノ欠缺ヲ主張スルコトヲ得ル第三者ノ地位ニ立チタル者ニ適用スヘキ限リニ在ラサルコトハ本院判例ノ示ス所ナリ而シテ本件ニ於テハ上告人カ明治四二年法律第四〇號施行前既ニ民法第一七七條ニ依リ被上告人ノ地上權取得ニ付其登記欠缺ヲ主張スルコトヲ得ル第三者ノ地位ニ立チタルモノナルコトハ上告論旨ノ第四點ニ對シ說明シタルカ如ク明白ノ事實ナリトス然ルニ原院カ明治四四年二月六日言渡シタル中間判決ハ明治四二年法律第四〇號ノ規定ヲ同法施行前ニ生シタル本件ノ場合ニ適用シタルモノナレハ上告人所論ノ如ク違法タルヲ免レス(大審院元年(オ)第一〇四號二年三月二六日民二判決)

【參照ス可キ判例】

一 正當ノ權限ナキ占有者ハ其占有物ノ所有權ヲ取得シタル者ニ對シ引渡若クハ登記ノ欠缺ヲ主張スル正當ノ利益ヲ有スルモノニ非サレハ民法一七七、一七八ノ所謂第三者ニ該當セス(大審院民事判決錄四三年一三一頁七八四頁五二八頁同四二年一四三三頁等數多在リ)

二 登記簿上家督相續ニ因ル所有權取得ノ登記アル場合ト雖モ其名義人相續權ナキトキハ縱令之ト賣買ヲ爲シ移轉登記ヲ受ク

ルモ買主ハ所有權ヲ取得スルコト能ハサルヲ以テ民法一七七ハ此場合ニ適用ス可キ限ニ在ラス（同上四三年三一四頁）

三 民法一七七ノ規定ハ不動產ニ關スル物件ノ得喪及變更カ當事者ノ意思表示ニ因リテ生シタル場合ノミナラス家審相續ノ如キ法律ノ規定ニ因リテ生シタル場合ニモ亦適用セラル可キモノトス（同上聯合四一年一三〇一頁）

四 民法一七七、ニ所謂第三者トハ當事者若クハ其包括承繼人ニ非スシテ不動產物權ノ得喪及變更ノ登記欠缺ヲ主張スル正當ノ利益ヲ有スル者ヲ指稱ス（同上聯合四一年一二七六頁）

五 明治四二年法律第一〇號建物保護ニ關スル法律ノ施行以前土地ヲ買得シテ第三者ノ地位ニ立チタル者ハ同法ノ適用ヲ受クヘキモノニ非ス（同上四二年七四一頁）

【參照ス可キ學說】

一 第三者ト見ルコトニ付多少疑ヲ生ス可キ者ハ物權ノ得喪ニ付利害關係ヲ有セサル者卽チ不法ニ其目的物ヲ占有シ又ハ故意若クハ過失ニ因リテ之ヲ滅失、毀損シタル者是ナリ：：民法ニハ汎ク第三者トアルカ故ニ同一ノ見解ヲ採ルコトヲ得サルカ如シ寧ロ登記又ハ引渡ナキ間讓受人ハ直接ニ不法行爲者ニ對シテ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得サルモノト解スルコト妥當ナルヘシ（富井博士民法原論物權六二頁）

二 民法一七七ハ單ニ第三者トアリテ何等ノ區別ヲ設ケサルカ故ニ余ハ廣義ニ解シ何等ノ區別ヲ爲サルヲ正當ナリト信ス（横田博士物權法七八頁）

三 吾民法ノ登記ニ關スル主義ハ大體ニ於テ佛國ノ主義ヲ採ツタモノテアルケレトモ第三者ニ付テハ佛國ノ如ク制限ヲ設ケナイカラ法文以外ニ於テ之カ制限ヲ設ケヤウトスルノハ解釋者ノ謬テアルト思フ（梅博士法學大家論文集民法六一三頁）

民法第一七七條ノ適用セラル可キ範圍並ニ同條ニ所謂第三者ノ意義ニ關シテハ判旨第一點ト其見解ヲ異ニスルハ嘗テ本書第一卷民法（二二五乃至二二四一頁）ニ於テ詳論シタル所ナリ故ニ爰ニ再論セス判旨第二、三點ニ付テハ大體ニ於テ異論ナシ

（六五）

一七六
一七七 物權ノ設定及移轉ハ當事者ノ意思表示ノミニ因リテ其效力ヲ生ス
不動產ニ關スル物權ノ得喪及變更ハ登記法ノ定ムル所ニ從ヒ其登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

不動產物權ノ變動ト登記トノ關係

民法第一七七條ハ不動產ニ關スル物權ノ得喪變更ヲ第三者ニ對抗スルニ付テハ登記ヲ要スル旨ヲ定メタルモノニシテ登記ニ因リ不動產ニ關スル物權ノ得喪變更ヲ生ストヲ爲シタルモノニアラサルヲ以テ不動產ニ關スル物件ノ得喪變更ニシテ實體上存セサランニハ假令其ノ登記アリトモ之カ爲メ其得喪變更ヲ生シ得ヘキモノニアラス又不動產ニ關スル物權ノ得喪變更ニシテ實體上存スル以上ハ假令其登記ナキモ之ト相抵觸スル得喪變更ニ付之ヲ生スヘキ法律上ノ原因ナクシテ登記ヲ經タル第三者ニ其得喪變更ヲ對抗シ得ヘキモノトス本件ニ於テ被上告人等ハ係爭地ノ所有權ノ取得ニ付移轉登記ヲ經タルコトナシト雖モ大山周造荻原藤一郎外四名カ係爭地ノ所有權ヲ取得スヘキ法律上ノ原因ナキコトハ原院ノ確定セル事實ナレハ同人等ノ爲メ所有權移轉ノ登記アリトモ係爭地ノ眞實ノ所有者タル被上告人等ハ其所有權ヲ同人等ニ對抗シ得ヘシ（大審院大正元年(オ)第一九號同二年三月二〇日民一判決）

（六六）

九〇 公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル項ヲ目的トスル法律行爲ハ無效トス
九一 法律行爲ノ當事者カ法令中ノ公ノ秩序ニ關セサル規定ニ異ナリタル意思ヲ表示シタルトキハ其意思ニ從フ
五〇五 二人互ニ同種ノ目的ヲ有スル債務ヲ負擔スル場合ニ於テ雙方ノ債務カ辨濟期ニ在ルトキハ各債務者ハ其對當額ニ付相殺ニ因リテ其債務ヲ免ルルコトヲ得但債務ノ性質カ之ヲ許ササルトキハ此限ニ在ラス
前項ノ規定ハ當事者カ反對ノ意思ヲ表示シタル場合ニハ之ヲ適用セス但其意思表示ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス
利息制限法二 契約上ノ利息トハ人民相互ノ契約ヲ以テ定メ得ヘキ所ノ利息ニシテ元金一〇〇圓以下ハ一ケ年ニ付一〇〇分ノ二〇(二割)一〇〇圓以上一〇〇〇圓以下一〇〇分ノ一五(一割五分)一〇〇〇圓以上一〇〇分ノ一二(一

利息制限法超過ノ債務ト他ノ債務ト相殺スル契約ハ有效カ將タ無效カ

割二分）以下トス若シ此制限ヲ超過スル分ハ裁判上無效ノモノトシ各其制限ニマテ引直サシムヘシ

利息制限法超過ノ債務ト他ノ債務ト相殺スル契約ハ有效カ將タ無效カ

本件貸借ノ利息中利息制限法超過ノ部分ノ債權ト將來布海苔ノ賣却ニ因リ生スヘキ代金ノ債權トヲ相殺スヘキ旨ノ豫約ハ利息制限法禁止規定ニ違反シ無效ナリ從テ其後布海苔代金ノ債權發生シタルニ際シ假令上告人ニ於テ相殺ノ意思表示ヲ爲シタリトスルモ其意思表示ハ右ノ豫約ニ基ク者トシテ法律上ノ效果ヲ生スル能ハサルカ故其意思表示ノ法律上ノ效果ハ法律上ノ相殺ノ規定ニ從テ之ヲ判斷セサルヘカラス然ルニ法律上ノ相殺ニ於テハ無效ノ債權ハ之ヲ相殺ノ用ニ供スル能ハサル者ナレハ利息制限法超過ノ部分ノ利息ニ付テハ相殺行ハレタリトスルヲ得サル者トス勿論其相殺ヲ爲スニ付若シ被上告人等ノ承諾アル時ハ是レ法律上ノ相殺ニアラスシテ所謂合意上ノ相殺ナレハ無效ノ債權ト雖之ヲ相殺ノ用ニ供シ得ラレサルニ非サレトモ原院ハ相殺又ハ辨濟ノ充當ヲ爲スニ當リ被上告人等ニ於テ特ニ制限超過ノ利息ニ對シテモ相殺又ハ辨濟ノ充當ヲ爲スコトヲ指定シ又ハ上告人カ之ヲ爲スニ付承諾ヲ與ヘタルコトナキ旨事實ヲ確定セルヲ以テ本件貸借ノ利息中利息制限法超過ノ部分ニ付現實相殺行ハレタリトスルヲ得ス（大審院大正二年(オ)第四一號同年三月二七日民一判決）

【參照ス可キ學說判例】

本書第一卷民法九二、九五頁諸法五頁第二卷商法一一頁

右ノ判旨ハ理由ニ於テ首肯シ難キ點アルモ結論ハ敢テ異論アルコト無シ

能力ニ關スル錯誤ハ法律行爲ノ要素ニ當リ錯誤ヤ否ヤ

（六七）

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

當事者ノ一方ニ相手方ノ能力ニ關スル錯誤アルトキハ所謂法律行爲ノ要素ニ錯誤アリト謂フヲ得ルカ

能力ニ關スル錯誤ハ法律行爲ノ無效ヲ來スコトナシ民法第九五條ニ所謂法律行爲ノ要素ノ意義ニ關シテハ學說岐ルト雖モ主觀的標準ニ客觀的標準ヲ加ヘ第三者カ表意者ノ地位ニ立チテ合理的ニ判斷シ表意者カ意思表示ヲ爲ササリシモノト認ムルヲ得ヘキ場合ニハ其錯誤ハ法律行爲ノ要素ニ關スル錯誤ナリト解スルヲ正當トス近世ノ立法及學說ハ或場合ニハ人ノ性質ニ關スル錯誤ハ人ノ同一ニ關スル錯誤ト經濟上ノ價値ニ於テハ輕輕スル所ナキヲ以テ重要ナル性質ニ關スル錯誤ヲ內容ニ關スル錯誤ト同一視スルノ傾向ヲ有ス然レトモ能力ニ關スル錯誤ハ法律行爲ノ無效ヲ來スコトナク唯能力ヲ條件トシタル場合ニノミ無效ヲ來スモノトス（法學博士石坂音四郎氏法學志林第一五卷第四號五三頁以下要領）

【參照ス可キ學說】

一 此ニ最モ議論アルハ當事者又ハ目的物ノ性狀ニ關スル錯誤ナリ惟フニ此等ノ性狀ノ具ハルコトハ表意者カ其意中ニ之ヲ望懸シタル一事ヲ以テ意思表示ノ內容ヲ成スモノニ非サルコト疑ヲ存セス（富井博士民法原論總則三六八頁）

二 當事者ノ資格及目的物ノ品質カ法律行爲成立ノ要素ト爲リタルヤ否ヤハ事實問題ニシテ裁判所カ諸般ノ事情及證據ニ依リテ判定ス可キ所ナリ（松岡法學士民法論總則四六一頁）

能力ニ關スル錯誤ニ權利能力ニ關スルモノト行爲能力ニ關スルモノトアリ權利能力ハ一般法律行爲ノ要件ニシテ之ニ關スル錯誤ハ其法律行爲ヲ不成立ナラシムヘキハ爰ニ深ク論スルノ要ナシ右ノ所論モ亦之ヲ意味スルニハ非サル可シ之ニ反シテ行爲能力ニ付テハ法律行爲ノ內容ヲ爲スモノニ非ス從テ之ニ關スル錯誤アルモ第九五條ニ所謂要素ノ錯誤ト謂フ可カラサルハ右所論ノ如シ然レトモ實際上ノ問題トシテハ特ニ其行爲能力ヲ主觀的要件ト爲ス場合尠カラサル可シ尙ホ本問ニ就テハ本書第二卷民法(八五頁)ヲ參照セラルヘシ

民九五、ニ所謂要素ノ意義

(六八)

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

(一)民法第九五條ニ所謂法律行爲ノ要素ノ意義』

(二)仲買人ニ非サル者ヲ仲買人ナリト誤信シテ株式賣買ノ委託ヲ爲シタルトキニ所謂要素ニ錯誤アリト謂フヲ得ルヤ(本件判決ハ錯誤ニアラスト解ス)』

(一) 法律行爲ノ要素トハ法律行爲ノ內容ヲ組成スル重要事項ヲ指稱スルモノニシテ其重要事項ノ何タルヤハ主觀、客觀ノ兩標準ニ依リ當事者カ之ニ關シテ有スル利益ノ程度竝ニ取引上ノ通念ニ着眼シテ之ヲ決定スルヲ要ス而シテ表意者カ此錯誤ナカリシナラハ其意思表示ヲ欲セサリシモノト認ム可ク且之ヲ欲セサリシハ社會見解上正

所謂相手方ニ關スル錯誤ハ要素ノ錯誤ト認ムヤ否ヤ

當ナリト認ム可キトキニ於テ法律行爲ノ要素ニ錯誤アリト解スルヲ妥當トス

(二) 本件ニ於テ原告等ハ被告ヲ仲買人ナリト誤信シテ買付及轉賣ヲ委託シ以テ金圓ヲ交付シタルモノナルカ故ニ本件契約ハ要素ニ錯誤アル無效ノモノナリト主張ス果シテ然ラハ原告等ハ被告ヲ仲買人ト信シタルカ爲メ本件契約ヲ締結セシモノ換言スレハ被告カ仲買人ニ非サリシトセハ原告等ハ該契約ヲ締結セサリシト主張スルモノニ外ナラス原告等ノ意思カ實際右ノ如クナリシトスルモ之ノミヲ以テ直ニ要素ニ錯誤アリト斷定スルヲ得ス更ニ進ンテ其因果關係カ社會見解上合理的ニ判斷シテ正當ナリト認ム可キカ否カヲ決スルコトヲ要ス

凡ソ一人カ他人ニ對シ株式ノ買付若クハ轉賣ヲ委託シテ之ニ金員ヲ交付スル場合ニ委託者ハ通常受託者其人ニ重キヲ置キ之ニ依リテ其欲スル所ノ結果ヲ得ントスルモノニシテ受託者ニ誤ナキ以上ハ其者カ仲買人タル資格ヲ有スルヤ否ヤハ其主眼トスルモノニ非ス蓋シ取引所ニ於ケル取引ハ必ス仲買人ノ手ニ依ルニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ得サルモノナルヲ以テ原告等ノ希望セル株式ノ取引モ之ヲ仲買人ニ注文スルト又ハ其他ノ者ニ注文スルトヲ問ハス必ス其取引ハ仲買人ノ手ニ依リ爲サル可キモノナルコトハ原告等ノ豫想セル所ナリト謂フ可ク而モ斯カル取引ニ於テ株式取引ノ機卽チ賣買ヲ利トシ買フヲ利トスルヤヲ察スルニハ特別ノ技能ヲ要ス可シト雖モ置ニ客ノ委託ニ應シ取引所ニ於テ其取引ノ際ニ於ケル相場ヲ以テ取引ヲ爲スカ如キハ特別ノ技能ヲ要スルモノニ非ラス然レハ客カ直接ニ仲買人ニ對シ委託ヲ爲スト又ハ仲買人ニ非サル者ニ委託シ其者ヨリ更ニ仲買人ニ委託シテ取引セシムルコトヲ問ハ

ス常ニ同一ノ結果ヲ來タスモノニシテ略言スレハ受託者ニ仲買人タル資格ノ有無ハ委託事務遂行ニ差支ヲ來タスモノニ非サルヲ以テ原告等ハ被告カ自ラ取引所ニ於テ取引スルト又ハ更ニ他ノ仲買人ニ注文シテ取引スルトヲ問ハス兎ニ角被告ハ此委任事項ヲ遂行ス可キモノナリト信シ換言スレハ被告ニ株式仲買人タル資格ノ有無ハ原告等ノ本件委託ヲ爲ス要件ニ非スシテ被告ハ其委託セラレタル行爲ヲ履行ス可キコト卽チ被告ノ信用ニ重キヲ置キテ委託シタルモノト謂フ可ク要スルニ被告ニ仲買人タル資格アリト信シタルコトハ附隨ノ事項ニシテ斯カル資格ナカリセハ本件委託契約ヲ締結セサリシモノト認メサルヲ以テ社會見解上正當ナリト謂ハサル可ラス而シテ受託者タル被告其者ニ毫モ錯誤ナカリシコトハ原告等ノ主張スル所ナレハ假リニ被告ノ仲買人タル資格ヲ誤リ本件契約ヲ締結シタリトスルモ之ヲ以テ要素ニ錯誤アル無效ノモノナリト謂フヲ得ス加之被告カ法人格ヲ有スルモノナルコトヲ原告等ニ於テ知了セシコトハ其主張スル所ニシテ法人カ仲買人トナリ得サルコトハ明ナル事實ナレハ此點ニヨリ見ルモ原告等ハ仲買人タル資格ニ重キヲ置カサリシコトヲ窮知シ得可シ(東京地方大正元年(ワ)一五七四號同年一二月二五日民三名川裁判長、植月、霜山各判事判決)

【參照ス可キ判例學說】

一　本書民法第一卷二七七、五六三、六〇五頁同第二卷八五、一六一、一七一頁等要素ノ意義

二　當事者ノ同一ニ關スル錯誤ハ相手方其人ヲ主眼トセル場合ニ於テノミ無效ノ原因ト爲ル可ク彼ノ現金賣買ノ如キ通常相手方ノ何人タルコトヲ問ハスシテ爲ス行爲ニ在リテハ毫モ意思表示ノ效力ヲ害スルコトナシ(富井博士民法原論總則三六七頁)

三　意思表示ノ相手方モ亦常ニ其要素ナリト誤信スル者ナキヲ保セス然レトモ當事者ノ何人ナルヤハ一般ニ之ヲ以テ法律行爲

ノ要素ト爲スコトヲ得ス(梅博士民法要義總則二〇〇頁)

圓　本條(九五)ノ規定ニ於テハ錯誤ハ法律行爲ノ要素ニ關スルニ非サレハ何等ノ效力ナシ而シテ物又ハ人ニ關スル錯誤ハ法律行爲ノ要素ニ非サルカ故ニ其效力ニ影響ヲ及ホササルモノト論斷スルヲ正當トス(中島博士民法釋義卷ノ一、五〇八頁同趣旨川名博士日本民法總論二一七頁)

五　法律行爲ノ當事者ハ每ニ其要素ナリト謂フ可カラス唯タ當事者ノ一方カ他ノ一方ノ身上ニ重キヲ置キ以テ法律行爲ノ效力ヲ生スルニ缺ク可カラサルモノト爲シタル場合ニ限リ法律行爲ノ一要素ト爲ル(民法正解總則編五八五頁)

六　當事者ノ性狀目的物ノ品質ハ通常意思表示ノ內容ヲ爲スモノニ非ス然レトモ特ニ當事者カ其性狀ヲ具ヘタル人又ハ物ニ付テ法律關係ヲ成立セシムルコトヲ以テ意思表示ノ目的トシタル場合ニハ之ヲ緣由ニ在ラシテ內容ナリト言ハサル可カラス(鳩山法學士民法註釋全書一四六頁)

(一)民法第九五條ニ所謂法律行爲ノ要素ノ觀念ニ付テハ本書ニ於テ屢〻評論シタルヲ以テ爰ニ論セス

(二)定期取引ヲ委託スルニ受託者ノ仲買人ナルヤ否ヤハ重大ナル事項ニシテ之ヲ以テ單ニ法律行爲ノ緣由ニ過キストナスハ果シテ至當ノ見解ナルカ蓋シ委任契約ニアリテハ受託者ノ身上卽チ其技能資格等ヲ以テ重要ナル事項ト爲シ之ヲ意思表示ノ內容ト爲スコト寧ロ普通ノ事例ニシテ特ニ株式取引ニ於テ仲買人ナルヤ否ヤハ經濟上ノ關係特ニ仲買身元保證金有無ノ關係ニ於テ義務履行ノ擔保力ニ著シキ差アルノミナラス取引上ノ遲速ノ點ニ付テモ到底同日ノ談ニ非ス是等ノ關係ヲ無視シテ要素ノ錯誤ニ在ラスト解シタルハ至當ノ見解ト謂フヲ得可キカ相手方カ法人ナルヲ知リ而カモ之ヲ仲買人ナリト信シタルハ固ヨリ其過失ナル可キモ之ヲ以テ直チニ要素ノ錯誤ニ非スト謂フハ速斷ニ非サルカ要之右ノ判

決ハ理由完備セルモノト謂フ能ハス

(六九)

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

九六 詐欺又ハ强迫ニ因ル意思表示ハ之ヲ取消スコトヲ得

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

詐欺ニ因ル意思表示ノ取消ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

一一〇 取消シ得ヘキ行爲ハ無能力者若クハ瑕疵アル意思表示ヲ爲シタル者其代理人又ハ承繼人ニ限リ之ヲ取消スコトヲ得妻カ爲シタル行爲ハ夫モ亦之ヲ取消スコトヲ得

一一一 取消シタル行爲ハ初ヨリ無效ナリシモノト看做ス但無能力者ハ其行爲ニ因リテ現ニ利益ヲ受クル限度ニ於テ償還ノ義務ヲ負フ

一一二 取消シ得ヘキ行爲ハ第一二〇條ニ掲ケタル者カ之ヲ追認シタルトキハ初ヨリ有效ナリシモノト看做ス但第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス

(一)錯誤カ法律行爲ノ緣由ニ存スルトキト雖モ詐欺ニ基キタルトキハ之ヲ取消スコトヲ得

(二)取消原因ヲ知ラスシテ爲シタル追認ハ無效ナリトス

(三)詐欺ニ因リテ得タル債權ヲ第三者ニ讓渡シタル後ト雖モ詐欺ニ因ル表意者ハ之ヲ取消シ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルヤ(民法九六條三項善意ノ第三者中ニハ債權讓受人ヲ包含セサルヤ)

(一) 吾法制上單純ノ錯誤ハ法律行爲ノ要素ニ存スルニ非サレハ之ヲ以テ法律行爲ノ

效力ヲ左右スルニ足ラサレトモ詐欺ニ因ル錯誤ハ其錯誤カ法律行爲ノ要素ニ存スルト緣由ニ存スルトヲ問ハス等シク法律行爲取消ノ原因トナルコト民法第九五條及第九六條ノ規定ニ照シ明瞭ナリ而シテ本件ニ於テ原告カ被告末吉ニ對シ其持分ヲ買受クル意思ヲ表示セルハ被告末吉及井手松郎カ共謀シテ原告ヲ欺罔シタルニ因ルヲ以テ假令原告ノ錯誤カ該賣買契約ヲ締結スルニ至リシ緣由ニ存スルモ其錯誤ニシテ被告末吉及井手ノ詐欺ニ基クモノナル以上ハ原告ハ被告ノ詐欺ヲ原因トシテ右賣買ノ意思表示ヲ取消シ得ルコト勿論ナリ

(二) 原告ニ於テ被告瀧澤ニ對シ前記代金辨濟ノ意思表示ヲ爲シタリトスルモ該意思表示ハ詐欺ノ事實ヲ知リタル以前ニ係レハ右意思表示ヲ以テ追認ノ意思表示ナリトニフヲ得ス隨テ原告ノ爲セル取消ノ意思表示ハ何等障害ナキ有效ノモノニシテ被告末吉ハ勿論其承繼人タル被告會社ニ對シテモ亦其取消ヲ對抗シ得ルヲ以テ被告兩名訴訟代理人ノ右抗辯ハ之ヲ採用スルニ由ナシ

(三) 或ハ又民法第九六條第三項ノ規定ニヨリ詐欺ニ因ル意思表示ノ取消ハ之ヲ以テ善意ノ第三者タル被告會社ニ對抗シ得ストノ疑ナキニ非ルモ債權讓受人ハ債務者ノ承諾アレハ格別之レナキ限リハ債權讓渡人ノ有シタル權利ト同性質ノ權利ヲ取得シ之レヨリ優等ノ權利ヲ取消スルモノニ非スシテ讓渡人ノ權利其モノヲ取得シ之ヲ承繼シ得ルニ過キス而シテ債權讓渡人ノ有シタル權利カ契約ニ基ク債權ニシテ其債務關係ハ相手方ノ取消ノ意思表示ニヨリ之ヲ消滅セシムルコトヲ得可キ性質ノモノナラハ之ヲ讓受ケタル債權讓受人ノ債權モ亦同一性質ヲ有スル債務關係ニ外ナラスシ

テ之ヨリ優等ナル債務關係ヲ生スルモノニ非サルヲ以テ假令契約取消ノ效果ヲ第三者タル債權讓受人ニ及ホスモ債權讓受人ハ之ニヨリテ取得シタル債權ヲ害セラレタリトスルヲ得サルニ付結局民法第九六條第三項ノ第三者中ニハ本件ノ如キ債權讓受人タル被告會社ヲ包含セサルモノト解スルヲ穩當トス今ヤ本件ニ於テ前示賣買契約ニヨリ被告會社ハ原告ニ對シ代金債權ヲ有シ之ヲ準消費貸借ニ改メシ場合ニ於テ假令被告末吉カ該債權ヲ被告會社ニ讓渡スルモ之カ爲メ讓受人タル被告會社ノ權利ノ性質ヲ變シテ優等ナルモノトスルヲ得サルヲ以テ原告ニ於テ右賣買取消ノ意思表示ヲ爲シタル以上ハ被告末吉ノ原告ニ對スル債權ハ初メヨリ成立セサリシモノト看做サルルト同時ニ之ヲ讓受ケシ被告會社ノ原告ニ對スル債權モ亦同一運命ノ下ニ不成立ニ終ル可キハ勿論ナルヲ以テ原告ノ右賣買取消ノ意思表示ハ之ヲ以テ被告會社ニ對シ其善意ナリシト否トヲ問ハス有效ニ對抗シ得ルモノト云ハサル可カラス(東京地方大正二年(ワ)第四五〇號同年四月一一日名川裁判長、植月、五明、各判事判決)

【判示第一點ニ關スル學說】

一 民法九六條ハ特ニ詐欺ニ因ル錯誤カ法律行爲ノ要素ニ關セサル場合ヲ規定シタルモノニシテ夫ノ法律行爲ノ緣由ニ關スル錯誤ヲ生スル場合ハ當然之ヲ包含スルモノトス……要素ニ錯誤ヲ生シタル場合ハ其意思表示ハ第九五條ニ依リ當然無效ナリ從テ又取消ノ問題ヲ生スルノ餘地ナシ(鳩山法學士民法註釋全書第二卷法律行爲乃至時效一六九頁以下)

二 右同趣旨川名博士日本民法總論二二一頁、富井博士民法原論總論三七三頁、松岡法學士民法論總則四六七頁

【判示第二點ニ關スル學說】

一 追認ハ取消權ノ拋棄ナリ取消權拋棄ノ意思ハ取消權ノ所在ニ付テノ認識ヲ前提トスルカ故ニ具體的ノ行爲ニ就テ取消ノ具體的ノ原因ヲ知ル者ニ非サレハ追認ノ意思ヲ有スヘカラス(鳩山法學士前揭四二二頁)

二 右同趣旨松岡法學士前揭五七〇富井博士前揭四七二頁

(一)判示一點後段ニ就テハ異議ナキモ其前段ニ於テ詐欺ニ因ル錯誤カ要素ニ存スルトキト雖モ取消シ得ヘキモノナリト云フハ首肯スル能ハス蓋シ法律行爲ノ要素ニ錯誤アルトキハ民第九五條ニ依リ當然無效ナルモノニシテ又取消ノ問題ヲ生セサレハナリ或曰此ノ如ク解センカ詐欺ニ因リテ要素ニ錯誤ヲ生シタル場合ニ表意者ニ重大ナル過失アルトキハ表意者自ラ其無效ヲ主張スルコトヲ得サルニ拘ラス如何ニ重大ナル過失アルモ緣由ニ錯誤アル場合ニハ之ヲ取消シ得ヘシト爲スハ權衡ヲ失セスヤト然レトモ第九五條ノ存スル以上單ニ權衡論ヲ以テハ未タ反對論ヲ維持スルヲ得サルナリ

(二)判示二點ハ追認ノ性質上當然ノ見解ナリ何トナレハ追認ハ取消權ヲ拋棄スルノ意思表示ナルヲ以テ取消原因ヲ知ラスシテ之ヲ拋棄ストハ無意義ナレハナリ

(三)民法第九六條三項ハ善意ノ第三者ヲ保護セントスル規定ニシテ本件ノ場合ニ之ヲ除外スヘキ理由ナシ吾人ハ判示ニ贊スル能ハス

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

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

七七五 婚姻ハ之ヲ戸籍吏ニ屆出ツルニ因リテ其效力ヲ生ス

母ハ其情夫ニ對シ胎兒認知ノ請求權ヲアリヤ否ヤ

婚姻豫約ノ效力ト不法行爲ト

前項ノ屆出ハ當事者雙方及成年ノ證人二人以上ヨリ口頭ニテ又ハ署名シタル書面ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ要ス

七九〇 夫婦ハ互ニ扶養ヲ爲ス義務ヲ負フ

八三一 父ハ胎內ニ在ル子ト雖モ之ヲ認知スルコトヲ得此場合ニ於テハ母ノ承諾ヲ得ルコトヲ要ス

八三五 子、其直系卑屬又ハ此等ノ者ノ法定代理人ハ父又ハ母ニ對シテ認知ヲ求ムルコトヲ得

(一)情婦ハ其情夫ニ對シ胎兒認知ノ請求權ナシ

(二)婚姻豫約ニ基キ同棲シタル結果姙娠スルモ不法行爲トシテ損害賠償ヲ請求スルヲ得ス

(一) 原告ハ被告ニ對シ其懷姙セル胎兒ノ認知ヲ請求スト謂フト雖モ民法上胎兒ハ父ニ限リ之ヲ認知スルコトヲ得可ク民法第八三一條胎兒認知ノ規定ハ父タルモノノ權利ヲ認メタルニ止マリ認知ヲ求ムル權利ヲ有スルモノハ私生子又ハ其直系卑屬ノミニシテ民法上父ニ對シ胎兒ノ認知ヲ求ムル權利ヲ認メタル規定ナキヲ以テ右原告ノ請求ハ「法律上理由ナシ」

(二) 婚姻ハ戶籍吏ニ屆出ツルニ依リテ效力ヲ生シ婚姻ノ豫約ハ民法上何等ノ效力ヲ有セス從テ婚姻ノ豫約ヲ爲シテ私通スルモ夫婦關係發生セサルカ故ニ情夫ハ配偶者ト謂フ可カラサルヲ以テ情婦懷胎スルモ之ヲ扶養スル義務ナク又私通ハ固ヨリ法律ノ保護セサル事實ナリト雖モ直チニ情夫ニ於テ情婦ノ權利ヲ侵犯セリト謂フヲ得ス況ンヤ夫婦約束ノ下ニ私通シテ遂ニ懷胎セル場合ニ於テハ情夫ニ不法行爲アリト斷ス可カラサルハ勿論如上ノ場合ニ何等ノ意思表示ヲ爲ササル情夫ニ分娩費又ハ產婦養生費ヲ支辨スル債務ヲ負擔スル義務發生ス可キ謂ハレナシ故ニ原告第二ノ請求亦

法律上ノ理由ナシ(東京地方大正二年(ネ)第一九號同年四月一一日民一河本裁判長、橫川彌谷判事判決)

【參照ス可キ學說判例】

一 本書第二卷民法一一六頁判決婚姻豫約ノ效果

二 認知ヲ求ムルコトヲ得ルモノハ子、其直系卑屬ノ法定代理人ナリ是等以外ノ者ノ外ハ何人ト雖モ認知ヲ求ムルコトヲ得ス子ノ母亦認知ヲ求ムルノ權利ナシ(奧田博士親族法論二七二頁)

三 我民法ニ在リテハ婚姻外ノ同衾ヲ爲シタル男女間ニ身分上又ハ契約上ノ權利義務發生スルコトナキハ勿論別段ノ規定ニ因ル權利義務發生スルコトナシ故ニ其男女間ニ權利義務ノ關係發生スルヤ否ヤハ其同衾カ不法行爲ナリヤ否ヤニ因リテ決セラル而シテ若シ其同衾カ强姦其他女ノ身體權及名譽權ヲ侵害スル不法行爲ナリシトキノ如キハ之ニ因リテ生シタル損害特ニ懷胎シタル爲メノ營業ノ休止ニ因リ又ハ分娩若クハ子ノ養育ニ關スル費用ノ支出ニ因リテ生シタル財產上ノ損害等ヲ賠償スル義務アリ(島田法學士明治大學講義錄親族法三一五頁)

(一) 判旨第一點ニ付テハ異論アルコト無シ

(二) 婚姻ノ豫約ニ付有效說ヲ唱フル者ト雖モ事案ノ如キ場合ニ於テハ之ヲ無效視スルニ付異論アルヲ聞カス則チ婚姻ノ成立要件ニ關スル規定ハ强行法規ノ性質ヲ有シ之ヲ缺如スルトキハ絕對ニ無效タリ而シテ婚姻ト同一內容ヲ實現セシムル契約換言スレハ實質ニ於テ婚姻ト同一ナル關係例ヘハ同棲スル如キ契約ハ當然無效ナルヤ多言ヲ要セス故ニ當事者間ニ於テ何等ノ權利義務ノ關係ナキハ疑ナシ然レトモ不法行爲ノ存スル場合例ヘハ當初ヨリ眞ニ婚姻ヲ爲スノ意思ナキニ不拘其意思アルカ如クニ裝ヒテ婦德ヲ傷ケタルカ如キ場合ニ責任アルハ明カナリトス

契約當時ノ一方カ虚偽ノ意思表示ヲ爲シタル場合ノ效力

九三　意思表示ハ表意者カ其眞意ニ非サルコトヲ知リテ之ヲ爲シタル爲メ其效力ヲ妨ケラルルコトナシ但シ相手方カ表意者ノ眞意ヲ知リ又ハ之ヲ知ルコトヲ得ヘカリシトキハ其意思表示ハ無效トス

九四　相手方ト通シテ爲シタル虚偽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

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

前項ノ規定ハ財産權ヲ目的トセサル法律行爲ニハ之ヲ適用セス

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

契約當事者ノ一方ノみ眞意ニ在ラサル意思表示ヲ爲シ其相手方ハ眞意ヲ以テ承諾ヲ爲シタル賣買契約ハ有效ナリ

民法第九四條第一項ハ當時者雙方相通シテ虚偽ノ意思表示ヲ爲シタルコトヲ前提トス若シ當事者ノ一方ニ於テノミ眞正ノ法律行爲ヲ爲スノ意思ナク虚偽ノ意思表示ヲ爲シタリトスルモ其相手方ニ於テ其意思表示ノ虚偽ナルコトヲ知リ自己モ亦虚偽ノ意思表示ヲ爲シタルニ非サル時即チ當時者ノ一方ニノミ虚偽ノ意思表示アリテ其相手方ニハ眞正ナル意思表示アリタリモノナル時ハ其意思表示ハ有效ニシテ之ニ依リ法律行爲ハ成立スルモノトス賣買契約亦此原則ニ從フ故ニ本件甲第一號證ノ賣買契約ニ付賣主タル菅谷カ眞正賣買ヲ爲スノ意思ニ出テス單ニ差押ヲ免ルルノ目的ノ爲メニ所有名義ヲ移轉セシメ敢テ所有權ヲ取得スル意思ナクシテ所謂相通シテ虚偽ノ

賣買ヲ爲シタルニ非ス却テ所有權取得ノ眞意ヲ以テ賣買ノ意思表示ヲ爲シタリトセンカ之ニ依リ或ハ賣主ノ債權者ヲシテ民法第四二四條ノ權利ヲ行使スル機會ヲ與フヘシト雖モ爲メニ賣買其モノヲ虚偽ナリト爲スコトナシ從テ無效ノ賣買ナリト云フヲ得ス買主ハ完全ナル所有者ト爲ルコトヲ得ヘキモノトス（東京控訴院元年（ネ）第九九號同年一二月一四日民一鈴木裁判長、威道、本橋、鈴木、水口各判事判決）

【參照ス可キ學說判例】

一　表示者カ一定ノ意思ヲ表示シタルトキハ善意ナル第三者ハ其意思表示ヲ信シテ諸般ノ行爲ヲ爲ス可キハ當然ナレハ表意者ニ於テ後日ニ至リ自己ノ眞意ニ非サリシコト若クハ他ニ格段ナル特約アルコトヲ主張シテ其意思表示ノ效力ヲ左右スルコトヲ得ス（大審院民事判決錄三七年六四五頁）

二　本條但書ニハ明カニ相手方カ眞意ヲ知リ云々ト規定ス故ニ但書ハ相手方アル意思表示ニノミ適用セラル可シト爲スヲ通說トス然レトモ如此ハ不都合ナル場合ヲ生スルコトナキニ非ス例ヘ戯ニ遺言書ヲ作リ又ハ所有權ヲ抛棄ス是等ノ場合ニ其行爲ノ效力如何、意思表示ノ性質ヨリ云ヘハ皆ナ相手方ナキ意思表示ナリ若シ通說ノ如クニ解セハ本條但書ノ適用ナキカ故ニ遺言、所有權ノ抛棄皆ナ有效タラサルヲ得ス然レトモ如此ハ極メテ不都合ナル結果ト云ハサルヲ得ス（中島博士民法釋義卷ノ一、四八九頁）

當然ノ見解異論アルコト無シ唯タ注意ス可キハ右ノ判決ニ於テ虚偽ノ意思表示トアルモ本件事案ハ普通ニ所謂心裡留保ト稱スルモノナリ故ニ此點ニ付誤解ナキヲ要ス

七九二　夫婦間ニ於テ契約ヲ爲シタルトキハ其契約ハ婚姻中何時ニテモ夫婦ノ一方ヨリ之ヲ取消スコトヲ得但第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス

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

民法施行前ト雖モ夫婦間ニ於テ爲シタル契約ハ何時ニテモ取消スコトヲ得ル條理ナリト認メラレタリ

民法施行前ト雖モ夫婦間ニ於テ爲シタル契約ハ何時ニテモ取消スコトヲ得ル條理認メラレタリ

明治四一年中婚姻ヲ爲シ今尚婚姻中ナル事實係爭ノ土地ニ付明治二五年中賣買名義ニテ原告ヨリ被告ニ所有權移轉登記ヲ爲シタル事實及原告ヨリ被告ニ對シ係爭地賣買取消ノ意思表示ヲ爲シタル事實ハ當事者間ニ爭ヒ無シ仍テ先ツ證書ノ成立ノ眞否ヲ案スルニ同證中原告名下ノ印影ハ原告ノ印ナルニハ爭ヒ無ク又同證中ノ原告氏名ハ原告ノ自筆ナルコトニ付爭無キ乙第二號　中ノ原告氏名トヲ對照スルニ筆跡甚タ類似スルモノアリト雖モ乙第一號證ハ紙質古ク毛立チ居ルニ拘ハラス墨色極メテ新シク文字能ク紙ニ落付居ラサルカ故ニ其日附當時即チ明治一八年頃ニ作成シタルモノト認メ難ク且夫婦ノ關係上被告ハ原告ノ印章ヲ自由ニ使用シ得ヘキ地位ニアリタリト推知シ得ヘキヲ以テ此等ノ狀況ヨリ考察スレハ同證ハ原告ノ作成ニ係ルモノトハ認メ難シ而シテ甲第二號證ノ記載ニ證人光之丞ノ證言ヲ參照スレハ係爭地ハ原告カ訴外光之丞ヨリ買受ケ後之ヲ被告ニ賣渡シタル事實ヲ認定シ得ヘク被告ハ係爭地ハ被告カ光之丞ヨリ買受ケタルモノニテ便宜原告ノ名義ト爲シ置キタル旨抗爭スト雖モ其證據無キヲ以テ之ヲ認ムルニ由無シ但シ被告ハ民法施行前ノ契約ナルヲ以テ之ヲ取消スコト得サル旨抗辯スルヲ以テ其當否ヲ案スルニ民法第七九二條ハ此施行前ニ爲シタル契約ニ適用スルコトヲ得サルハ元ヨリ論ナシト雖モ民法施行前ニアリテモ又之ト略〻同樣ノ條理行ハレ夫婦間ノ賣買ハ之ヲ取消シ得ヘキモノト爲シタリ然ラハ原告ハ同條理ニ依リ取消權ヲ有スルコト自明ナルカ故ニ被告ノ抗辯ハ其理由無シ(安濃津地方裁判所民事部大正元年通第一五六號井上裁判長松田、小林各判事判決法律新聞第八五九號二六頁)

三六九　抵當權者ハ債務者又ハ第三者カ占有ヲ移サスシテ債務ノ擔保ニ供シタル不動產ニ付他ノ債權者ニ先チテ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クル權利ヲ有ス

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

五八七　消費貸借ハ當事者ノ一方カ種類、品等、及數量ノ同シキ物ヲ以テ返還ヲ爲スコトヲ約シテ相手方ヨリ金錢其他ノ物ヲ受取ルニ因リテ其效力ヲ生ス

民訴法二三六　判決ニハ左ノ諸件ヲ掲ク可シ

第一　當事者及其法律上代理人ノ氏名身分職業及住所

第二　事實及爭點ノ摘示但シ其摘示ハ當事者ノ口頭演述ニ基キ殊ニ其提出シタル申立ヲ表示シテ之ヲ爲ス

第三　裁判ノ理由

第四　判決主文

第五　裁判所ノ名稱、裁判ヲ爲シタル判事ノ官氏名

(一)消費貸借ノ成立時期(意思表示ノミヲ爲シ後日其目的物ヲ授受シタルトキハ其授受アリタルトキ有效ニ成立ス)ト其成立前設定ノ抵當權(抵當權設定ハ有效ナリ)

(二)人證ノ申請ヲ判決ニ掲ケサルモ違法ニ非ス

(一)　消費貸借ニ於テ目的物ノ授受ハ消費貸借ノ意思表示ト同時ナルコトヲ要セス後ニ之ヲ爲スヲ妨クルコトナシ唯其授受アルマテハ消費貸借成立セサルノミ蓋シ目的物ノ授受ハ消費貸借ノ構成部分ナレハ其實現ナクンハ消費貸借ハ成立セサルモ法律行爲ノ各構成部分ノ實現ハ必スシモ同時ナルコトヲ要スルモノニアラサレハナリ而

人證申請ノ判決ニ揭ケサル法律ニ違ハサルカ

シテ消費貸借ヲ擔保スル爲メ抵當權ノ設定アリタルトキハ苟クモ當事者ノ意思カ其抵當權ヲ以テ擔保セントスル消費貸借ナル以上ハ其消費貸借カ抵當權設定當時成立シタルト將タ後ニ金錢ノ授受ニ因リ成立スルトヲ問ハス其抵當權ハ有效ニ之ヲ擔保スルモノナリトス原判決ニ引用シタル第一審判決ノ事實ノ摘示ニヨレハ本件ニ於テ消費貸借ノ意思表示及抵當權設定契約ハ明治三八年六月一日ニ在リタルコト金錢ノ授受ハ同月二日ニ在リタルコトハ當事者間ニ爭ナキ所ナレハ消費貸借ノ意思表示ノ際當事者カ抵當權設定登記後ニ金錢ノ授受ヲ爲ス可キ合意ヲ爲シタルト否トヲ問ハス消費貸借ハ明治三八年六月二日有效ニ成立シ其前日設定セラレタル抵當權ハ有效ニ之ヲ擔保スルモノト謂ハサル可カラス但原判決理由ニハ「當事者合意ノ上云々」トノ記載アルモ是當事者ノ法律關係ニ消長ナキ無用ノ　案ニ過キス從テ抵當權設定後金錢ノ授受ス可キ合意ナカリシ旨ヲ證スル爲メノ證人濱田ノ訊問ハ本件ノ是非ヲ斷スルニ必要ナキヲ以テ原院カ之ヲ却下シタルハ唯一ノ證據方法ヲ排斥シタル違法アリトスルヲ得ス

（二）民事訴訟法第二三六條ニ依レハ人證申請ノ如キモ事實トシテ之ヲ判決ニ揭ク可キモノナレトモ之ヲ揭ケサルモ上告ノ理由トナラス蓋シ事實ノ記載ノ欠缺ハ裁判カ其欠缺ニ基クトキ換言スレハ其欠缺ノ結果裁判カ事實ノ基本ヲ缺クニ至ル場合ニ限リ上告ノ理由トナルモノナレハ人證申請ノ如キハ之カ記載ヲ缺クモ上告ノ理由トナラス（大審院大正二年（オ）第五一號同年五月八日民一判決）

民法施行前ニ於ケル相續權ノ拋棄

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

民法施行前ニ於テハ家督相續人ハ其相續權ノ拋棄ヲ爲スコトヲ得タリ」

民法施行前ニ於テハ家督相續人ニハ其相續權ノ拋棄ヲ許ササル旨ノ法則存セサリシコト原判決ニ認ムル所ノ如ク又其拋棄ニ關シテハ現行民法ノ如ク一定ノ手續方式ノ履踐ヲ命シタル法則存セサリシヲ以テ事實裁判所ニ於テ自由ナル心證ヲ以テ拋棄ノ事實ノ存在ヲ認ムルモ不法ニ非ス而シテ原判決ニ於テハ判文自證ニ於テ明ラカナルカ如ク作一ハ丈次郎ノ長男ナリシモ明治一六年一一月二日溝上ソノト事實上養子緣組ヲ爲シ爾後其關係ヲ繼續シ來リタル事實ト證人森、溝口ノ供述及丙第三號證トヲ綜合シテ右作一ハ山口家ノ家督相續權ヲ任意拋棄シテ養子緣組ヲ爲シタル事實ヲ認定シタルモノナレハ不當ニ非ス（大審院大正元年（オ）第一四八號同二年四月二一日民二宣告）

【參照スヘキ判例學說】

一　民法施行前ニ在リテハ法定ノ推定家督相續權ヲ拋棄シ得サルモノニ非ス（大審院民事判決錄三三年六卷一三九頁）（長崎控訴院四三年八月八日判決法律新聞第六七二號一四頁）

二　相續ノ拋棄トハ開始シタル相續ニ付其相續人カ之レヲ否認スル單獨ノ意思表示ヲ謂フ……直系卑屬タル家督相續人ニ限リ相續ノ拋棄ヲ爲スヲ得サルノ例外ヲ置キテ以テ我國固有ノ慣習ヲ維持スルコトヲ期シタリ（奥田博士相續法講義、牧野法學士日本相續法論二五五頁以下）

相續權ニ二樣ノ意義アリ相續開始前ニ於ケル相續人ノ地位及開始後ニ於ケル相續人ノ地位卽之ナリ開始前ニ於ケル相續人ノ地位カ權利ナリヤ否ヤハ暫ク論セ

ス本件カ相續開始前ニ於ケル地位ノ拋棄ナルコトハ判示ニヨリ之ヲ窺知スルヲ得ヘク而シテ民法施行前ニ於テ斯カル地位ノ拋棄ヲ許ササリシ法則ノ存在セサリシコトハ洵ニ判決ノ如シ前掲引照ノ學說ハ相續開始後ニ於ケル相續ノ拋棄ニ關スル說明ニシテ本件判示ト何等抵觸スルモノニアラサルナリ

（七六）

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

賃貸人ハ其目的物ノ所有權又ハ其他ノ權利ヲ有スルコトヲ要セス

賃貸借ハ賃貸人カ其目的物ニ對シ所有權又ハ其他ノ權利ヲ有スルト否トハ敢テ之ヲ問フ所ニ非サルカ故上告人カ前示ノ如ク被上告人ニ於テ本件建物所有者富岡ヨリ立退ヲ求メラレ居ルニ拘ハラス之ヲ祕シテ上告人ニ右建物ヲ賃貸シタル事實ヲ主張シタレハトテ之ヲ以テ本件賃貸借ノ成立ト柄鑿相容レサル事實ヲ供述シタリト云フヲ得ス（東京控訴院大正元年（ナ）第一〇五號同二年四月一一日民一判決蓋淵裁判長中尾、三橋、木戸、長谷川各判事宣告）

【參照スヘキ學說判例】

一　本法ハ單ニ或物ト規定シ其自己ニ屬スルト他人ニ屬スルトヲ問ハサルコトヲ示ス（岡松博士民法理由下卷次一九八頁）

二　賃貸借ハ賃貸人カ其物ニ對シ所有權又ハ其他ノ權利ヲ有スルト否トハ契約成立ノ要件ニ何等ノ消長ヲ及ホサス（大審院民事判決錄三九年七七三頁）

（七七）

共同遺產相續人ハ連帶責任ヲ負ヒ

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

一〇〇三　各共同相續人ハ其相續分ニ應シテ被相續人ノ權利義務ヲ承繼ス

一〇〇四　同順位ノ相續人數人アルトキハ其各自ノ相續分ハ相均シキモノトス但直系卑屬數人アルトキハ庶子及私生子ノ相續分ハ嫡出子ノ相續分ノ二分ノ一トス

數人ノ遺產相續人ハ被相續人ノ債務ニ付連帶責任ナキモノトス

遺產相續人數人アル場合ニ於テハ各共同相續人ハ其相續分ニ應シテ被相續人ノ權利義務ヲ承繼スルヲ以テ本則トナシ被相續人ノ債務ニ付テハ共同相續人ハ各自分擔スヘキモノニシテ連帶責任ヲ負フヘキモノニアラス本件ニ於テ常吉ノ遺產相續人ハ山本藤吉及控訴人山本吾朗、山本昇三郎、山本クニノ四名ニシテ前記山本藤吉ノ遺產相續人ハ控訴人山本吾朗、山本昇三郎、山本クニノ三名ナルコト及右ハ執レモ同順位ノ相續人ナルコトハ當事者間ニ爭ナク且被相續人カ其相續分ヲ定メタル形跡ナキヲ以テ其各自ノ相續分ハ相均シキモノト認ムヘク右遺產相續人ハ平等ニ被相續人ノ債務ヲ分擔スヘキ者トス（東京控訴院四五年（ネ）第一九二號大正二年一月二五日民四岩田裁判長野田、松山、三橋、三輪各判事判決）

【參照スヘキ學說】

一　本條ニ於テモ亦分擔主義ヲ採用シ各共同相續人ハ其相續分ニ應シテ被相續人ノ權利義務ヲ承繼スルニ止マリ其間ニ連帶ノ效力ヲ生セサルコトヲ明カナラシムルモノナリ（奧田博士民法相續法論一七三頁）

二　本法ハ各共同相續人間ニ連帶ノ責任ナク各自分擔ス可キモノトセルニ在リテ是レ一ニ公平ヲ保チ各共同相續人間ニ不公平ナラシメンカ爲メニ外ナラス（牧野法學士日本相續法論一九九頁）

地上權ナリヤ賃借權ナリヤ
家屋ノ譲渡ハ當然地上權ヲ譲渡シタルモノナリヤ

二六五 地上權者ハ他人ノ土地ニ於テ工作物又ハ竹木ヲ所有スル爲メ其土地ヲ使用スル權利ヲ有ス
三三年法律第七二號一　本法施行前他人ノ土地ニ於テ工作物又ハ竹木ヲ所有スル爲メ其土地ヲ使用スル者ハ地上權者ト推定ス

地上權ナリヤ將タ賃借權ナリヤ

本件土地カ原告ノ所有ナルコト被告太與吉カ右宅地ノ内一五坪ノ地上ニ原告主張ノ如キ建物ヲ所有シ現ニ該土地ヲ占有シ居ルコト及被告葛吉カ原告所有ノ前顯宅地ノ地上ニ原告主張ノ如キ建物ヲ所有シ該地所ヲ使用シ居ルコトハ當事者間ニ爭ナキ所ナルヲ以テ先ツ被告太與吉ノ借地關係ノ性質如何ヲ按スルニ同被告ノ現ニ所有スル本件建物ハ元ト訴外香山カ二七年頃ヨリ四三年八月一日迄所有シ居リタルモノニシテ同人ハ該建物ヲ所有スル爲メ同期間中該建物ノ現存スル本件土地ヲ原告ヨリ借受ケ使用シ居リタルコトハ同人ノ證言ニ依リ明白ナルヲ以テ三三年法律第七二號第一條ニ依リ同人ハ地上權者ト推定セラル而シテ該建物ヲ買受ケタルコトハ原告ノ認メテ爭ハサル所ニシテ建物ノ爲メニ存スル地上權ハ特別ノ事情ナキ限リハ建物ノ所有權ト共ニ移轉ス可キハ普通ノ狀態ナルヲ以テ特別ノ事情ノ存セサル本件ニ於テハ訴外香山ハ建物ヲ被告ニ譲渡スルト同時ニ地上權ヲモ之ニ譲シタルモノト認ムルヲ相當トス然リ而シテ成立ニ爭ナキ甲第一號證ニ依レハ四五年七月三一日ヲ期限トシテ賃貸借契約ヲ締結スル旨記載シアルモ證人香山カ本件貸地一五坪ノ地上ニ存スル家屋ハ證人カ天野ニ對シ金八百圓ニテ賣却シタルモノナルカ之ハ取毀家屋トシテノ價

格ニ非ス當時證人ハ天野ニ對シテハ右家屋ノ敷地ハ永久借地シ得ル考ニテ賣却シタルモノトシテ天野ニ對シ建物朽廢ニ至ル迄借地シ得ルコトヲ話シタリ又地主ニ對シテハ證人ハ建物ヲ天野ニ譲ルニ依リ宜敷ク願ムト云ヒタルニ地主ハ敷地ヲ天野ニ貸與ス可シト云ヒ居リシ旨供述スルト右契約締結當時原告ニ於テ期限經過ノ曉ニ是非共右地所ノ明渡ヲ求ムルノ必要アリタルコトハ右契約ニシテ被告ニ於テ期間滿了後建物ヲ收去シ地所ノ明渡ヲ爲ス可キ意思アリシ事ヲ認メ難キトニ依リ之ヲ推考スルトキハ甲第一號證ニ依リ從來ノ借地關係ヲ變更シテ新ニ前記期間ノ賃貸借契約カ締結セラレタルモノニ非スシテ同證ハ單ニ地料更新ノ時期ヲ定ムルノ必要上作製セラレタルモノト認ムルヲ妥當トス然ラハ被告ハ依然前記地所ニ對シ地上權ヲ有スルモノト謂フ可ク而カモ原告カ被告ニ對シ建物買受後右地所ノ使用ヲ許シタル事實ト該借地關係カ賃貸借ニ非スシテ地上權ナル事實トヲ綜合スルトキハ原告ハ被告カ地上權者トシテ該地所ヲ使用スルコトヲ承認セルモノト認定セサル可ラス(東京地方大正元年(ワ)第一三一九號同二年四月一一日民四、三宅裁判長里見、菅原各判事判決)

【參照ス可キ判例】

本書第一卷民法三二七、五〇九頁

至當ノ見解ト信ス

失踪ヲ宣告シタル判決ノ確定力ノ範圍

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

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

三一 失踪ノ宣告ヲ受ケタル者ハ前條ノ期間滿了ノ時ニ死亡シタルモノト看做ス

三二 失踪者ノ生存スルコト又ハ前條ニ定メタル時ト異ナリタル時ニ死亡シタルコトノ證明アルトキハ裁判所ハ本人又ハ利害關係人ノ請求ニ因リ失踪ノ宣告ヲ取消スコトヲ要ス但失踪ノ宣告後其取消前ニ善意ヲ以テ爲シタル行爲ハ其效力ヲ變セス失踪ノ宣告ニ因リテ財産ヲ得タル者ハ其取消ニ因リテ權利ヲ失フモ現ニ利益ヲ受クル限度ニ於テノミ其財産ヲ返還スル義務ヲ負フ

失踪ヲ宣告シタル判決ノ確定力ヲ生スル範圍

東京區裁判所明治四〇年第九號判決ニヨレハ根岸啓次郎ニ對スル失踪宣告ノ確定判決アリタルコト及此ノ宣告ニヨリ同人ハ明治三一年七月一六日死亡ト見做サレタルコト失踪宣告ノ判決ノ確定力ハ不在者カ何時死亡シタルモノト見做サルルヤノ點ニ及フニ止マリ其判決ノ理由即チ何時以來不在者トシテ生死不明ナリヤト云フ點ニ及フモノニアラス（東京控訴院四四年（ネ）第二九九號大正元年一一月二日民二、松岡裁判長江崎、三井、長谷川、前田各判事判決）

（八〇）

一一〇 代理人カ其權限外ノ行爲ヲ爲シタル場合ニ於テ第三者カ其權限アリト信スヘキ正當ノ理由ヲ有セシトキハ前條ノ規定ヲ準用ス

民法第一一〇條ハ代理人タル資格アル者カ權限超過ノ行爲有リタル場合ニ限リ適用セラルヘキ規定ナリ（無權代理人ニ適用ナシ）

本件當事者間ニ於ケル一切ノ取引關係ニ付訴外白崎ハ果シテ被控訴人ノ代理人タリ

民一一〇ハ無權代理人ニ適用アリヤ

シヤ否ヤヲ審按スルニ控訴人ノ引用スル證人白崎ノ原審並ニ當審ニ於ケル供述及乙第二號證ノ一ニ於ケル同人ノ供述趣旨ヲ綜合スレハ同人カ本件當事者間ニ於ケル取引關係ニ付被控訴人ノ代理人トシテ介入シタルカ如キ觀アルコトヲ認メ得レトモ右鐵次郎ノ供述ハ當院ノ措信セサル所ナルカ故ニ採テ以テ訴外白崎ヲ被控訴人ノ代理人ナリト認定スルノ證左トナシ難ク又乙第二號證ノ二ニ依レハ訴外白崎ノ手ヲ經タル被控訴人名義ノ株式賣買ノ注文ハ控訴人ニ於テ全部之ヲ被控訴人ノ注文ナリト認メ居レリトノ旨ノ控訴人ノ供述記載シアリテ控訴人ニ於テハ右白崎ヲ以テ被控訴人ノ代理人ナリト認メ居レル者ノ如シト雖モ右ハ單ニ控訴人ニ於テ然カク認メ居レリト云フニ過キサルヲ以テ之レ又訴外白崎ヲ以テ被控訴人ノ代理人ナリト斷定スルノ證トスルニ足ラス結局此點ニ關スル控訴人ノ立證ニ依リテハ其主張ヲ是認スルニ由ナキカ故ニ本件當事間ニ從來爲シ來リタル一切ノ取引關係ニ於テ訴外白崎ヲ以テ被控訴人ノ代理人ナリト認メ難ク從ツテ假令控訴人主張ノ如ク控訴人カ訴外白崎ノ請求ニ因リ前示第五ノ取引ニ付手仕舞シ又同人ノ委託ニ基キ七口ノ取引ヲ爲シタル事實アリトスルモ此結果ヲ被控訴人ニ歸セシムルヲ得ス次ニ控訴人ハ假リニ訴外白崎ニ於テ代理權ナカリシトスルモ同人ハ數年間繼續シテ被控訴人ノ代理人ト爲リ控訴人ト取引シタル事實アルニ因リ本件係爭取引ニ付テモ控訴人ニ於テ同人ヲ以テ被控訴人ノ代理人ナリト信スヘキ正當ノ事由ヲ存シタル者ナリト抗爭スルモ既ニ前段說示ノ如ク本件當事者間ニ從來爲シ來リタル一切ノ取引關係ニ於テ訴外白崎ハ被控訴人ノ代理人ト認ムヘキモノニ非ストスル以上ハ假令控訴人ニ於テ同人ヲ以テ被控訴

人ノ代理人ナリト信シタリトスルモ代理人カ權限外ノ行爲ヲナシタル場合ニ關スル民法第一一〇條ノ規定ハ固ヨリ本場合ニ適用ナク從テ被控訴人ニ於テ訴外白崎ノ行爲ニ付其責ニ任スヘキニアラス（東京控訴院元年（ネ）第五二一號二年二月二四日民三部判決）

公租公課等ノ增加ト賃借料ノ請求

至當ノ見解贊同ヲ表ス尙ホ詳細ハ本書第一卷民法（六一頁）ヲ參照セラル可シ

（八一）

六〇一　賃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其效力ヲ生ス

公租公課等ノ增加ト賃借料（地代）値上ノ慣習及增額ノ時期

近年ノ趨勢ニ徵スルニ東京市ニ於ケル土地ニ對スル公租公課其他諸入費等ノ如キモ此ノ趨勢ニ支配セラレ逐年增加シ來リタルコトハ當院ニ於テ顯著ナル事實ナレハ控訴人ハ右契約ノ旨趣ニ從ヒ被控訴人カ本件地代値上ノ請求ヲ爲シタル時ヨリ相當ノ地代値上ヲ爲スコトヲ承諾セサル可カラサル義務アルモノトス（東京控訴院四四年（ネ）第六三六號元年一二月二四日民一鈴木裁判長、成道、佐野、鈴木、水口各判事判決）

【參照ス可キ判例】

本書第一卷二八、一二六、二二四、二四四、二六五、三三九、三八六頁

賃貸借契約ニ何等ノ特約ナキトキハ公租公課等ノ增加シタル場合ニ於テ賃貸人

ハ賃借料增額ノ請求ヲ爲シ得可キコトハ東京ニ行ハルル慣習ナリトス而シテ賃借人ハ賃貸人ノ請求ニ應ス可キ義務ヲ負擔スルモノナレハ之カ請求卽チ訴ノ提起アリタル時ヨリ其履行ヲ爲ササル可カラサルハ敢テ他ノ請求ト異ナル所ナシ此點ニ關スル右ノ判示ハ正解ナリト信ス

（八二）

四七八　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

四八一　支拂ノ差止ヲ受ケタル第三債務者カ自己ノ債權者ニ辨濟ヲ爲シタルトキハ差押債權者ハ其受ケタル損害ノ限度ニ於テ更ニ辨濟ヲ爲スヘキ旨ヲ第三債務者ニ請求スルコトヲ得

前項ノ規定ハ債權者ヨリ其債務者ニ對スル求償權ノ行使ヲ妨ケス

供託物取扱規程九　供託法第八條ニ規定スル供託者ノ指定シタル者又ハ法令若クハ裁判ニ依リテ定マリタル者ニ於テ供託物ノ全部或ハ幾分ノ拂渡ヲ受ケントスルトキハ第四號書式ノ請求書ヲ作リ第四條及第八條第一項ノ受領證ヲ添ヘ其請求ノ原由ヲ證スヘキ左ノ書類ト共ニ金庫ニ提出ス可シ但シ全部ノ拂渡ヲ要スルトキハ其受領證ニ式ノ如ク奥書ヲ爲シ幾分ノ拂渡ヲ要スルトキハ第五號書式ノ領收證書ヲ提出スルコトヲ要ス

第一　供託者カ指定シタル者ハ其供託通知書

第二　法令ニ依リテ定マリタル者ハ其受取ルヘキ理由ヲ證スルニ足ル書類

第三　裁判ニ依リテ定マリタル者ハ執行力アル正本又ハ裁判所ノ命令書

前項ノ拂渡ヲ請求スル者カ反對給付ヲ爲スヘキ者ナルトキハ其給付ヲ爲シタル金錢證券若クハ物件ノ數量等ヲ表示シタル左ニ揭クル者ノ證明書ヲ仍ホ提出スルコトヲ要ス

第一　供託所ニ給付ヲ爲シタルトキハ其ノ金庫又ハ倉庫營業者ノ作リタル供託受領ヲ證スル書類

第二　反對給付ヲ受クヘキ者ニ給付ヲ爲シタルトキハ供託者ノ書面又ハ判決ノ正本

同一〇　供託者ニ於テ供託物ノ取戻ヲ爲サントスルトキハ前條第一項ノ手續ニ依リ其請求ノ原因ヲ證スヘキ左ノ書類ヲ提出シ其拂渡ヲ金庫ニ請求スヘシ

第一　債權者カ供託ヲ受諾セサル場合ニ於テハ其事由ヲ表示シタル債權者ノ書面

第二　供託ヲ有效ト宣告シタル判決カ未確定ナル場合ニ於テハ其判決書ノ正本

中央金庫カ供託金ニ付命令ヲ受ケタルニ拘ラス供託金ニ差押ヲ受ケタル場合ニ於テハ其債權者ニ支拂ヲ禁シタル者ニ之ヲ拂渡シタルハ違法ナリ

第三　第一第二ノ場合ニ於テ供託カ質權又ハ抵當權ノ消滅ニ關スルトキハ其質權又ハ抵當權ノ消滅セサリシコトヲ證明シ得ヘキ書類

第四　供託ノ原因カ消滅シ又ハ供託カ錯誤ニ出テシ場合ニ於テハ其事實ヲ證明スルニ足ルヘキ書類又ハ判決ノ正本若シ官廳ニ對スル保證又ハ擔保トシテ供託シタルモノナルトキハ其ノ官廳又ハ裁判所ノ證明但シ官吏公吏ノ公務上取扱フモノナルトキハ其事由ヲ表示シタル書面

同一一　前二項ノ規定ニ依リ提出スヘキ書類其他ノ原由ヲ證明スルニ足ルヘキ書類ヲ提出スルコト能ハサル正當ノ理由アル場合ニ於テハ其書面ニ代ヘテ金庫ノ承諾ヲ得タル二名以上ノ保證人ノ連署ヲ以テ其供託物拂戻ノ爲メ政府ニ損害ヲ生シタルトキハ賠償ノ責ニ任スル旨記載シタル書面ヲ提出スルニトヲ得

(一)中央金庫カ供託金ニ付第三債務者トシテ差押命令ヲ受ケタルニ拘ラス供託金受領證ヲ提出シタル者ニ之ヲ拂渡シタルハ違法ナリ』

(二)中央金庫カ供託金受領證ヲ提出セシメテ供託金ヲ支拂フヘキ旨ノ規定ハ給付判決ニ因リ支拂フヘキ場合ニ適用ナシトス』

(一)　原院ノ確定セル事實ニ依レハ訴外長谷川ハ訴外並木カ中央金庫ニ供託シタル金六四五圓六五一厘ノ返還ヲ受ク可キ本訴債權ニ對シ差押ノ上轉付命令ヲ得制規ノ手續ヲ經テ中央金庫ヨリ該供託金ノ返還ヲ受ケタルモノナレハ訴外長谷川ハ自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ右供託金ノ返還ヲ受ク可キ債權ノ行使ヲ爲シタルモノニシテ該債權ノ準占有者ナルコトハ明カナリト雖民法第四八一條第一項ニ依レハ「支拂ノ差止ヲ受ケタル第三債務者カ自己ノ債權者ニ辨濟ヲ爲シタルトキハ差押債權者ハ其受ケタル損害ノ限度ニ於テ更ニ辨濟ヲ爲ス可キ者ヲ第三債務者ニ請求スルコトヲ得」トアリテ債權ノ差押又ハ假差押ニヨリ自己ノ債權者ニ支拂ヲ爲スコトヲ禁セラレタル拘ラス第三債務者カ自己ノ債權者ニ辨濟ヲ爲シタルトキハ差押債權者ニ對シテハ其債權ノ消滅ヲ主張スルコトヲ得サルモノトス蓋シ差押債權者カ債權ノ差押又ハ假差押ヲ爲スハ其有スル法律上ノ權能ヲ行使スルモノナレハ第三債務者ハ差押又ハ假差押ノ禁止ニ違反スルヲ得サルモノニシテ其債務ニ付差押債權者ヲ害スル處分ヲ爲スヲ許サス從テ假令自己ノ眞ノ債權者ニ對シテ爲シタル辨濟ト雖モ差押債權者ニ對シテ效力ヲ有セサルモノトス況ンヤ債權者ノ權利ヲ行使スルニ過キサル準占有者ニ對シテ爲シタル辨濟ニ付テハ差押債權者ニ對シテ效力ヲ有セサル一層强キ理由アルモノト謂ハサル可ラス本件ニ於テ係爭供託金ノ返還ヲ爲ス可キ債務ニ付テハ上告人ノ爲メ差押命令ニ依リ被上告人ニ於テ支拂ノ禁止ヲ受ケ居タルニ拘ハラス之ヲ債權ノ準占有者ナル訴外長谷川ニ辨濟シタルモノナレハ其辨濟ハ上告人ニ對シテハ何等ノ效力ナシ

(二)　明治二七年大藏省令第二號第五條ニ依レハ金庫ハ政府カ明治二六年勅令第二六一號ノ規定ニ依リ第三債務者トシテ差押ヲ受ケタル供託金ヲ支拂フヘキ場合ニ於テモ供託物取扱規程ノ規定ニ準シ供託物拂渡請求書供託受領證トヲ提出セシムルニ非サレハ支拂ヲ爲スヲ要セサルモノナリト雖モ右ノ規定ハ政府ノ債務ニ付金庫カ差押命令ヲ受ケ差押債權者カ進ンテ取立命令又ハ轉付命令ヲ得タル結果金庫カ任意ニ支拂ヲ爲ス可キ場合ニ關スルモノニシテ政府カ給付判決ニ因リ支拂ヲ爲ス可キ場合ニ關スルモノニ非ス惟フニ前示ノ如キ手續ヲ經ルヲ要スト爲シタル所以ノモノハ金庫

ニ於テ容易ニ支拂ヲ受ク可キ正當ノ權利者ナ判斷スルコトヲ得セシメ權利ナキ者ニ支拂ヲ爲スコトナカラシメンカ爲メナリ法律ノ精神玆ニ在ルコトハ支拂ノ請求者カ提出ス可キ書類ヲ提出スルコト能ハサル正當ノ理由アル場合ニハ其書面ニ代ヘテ金庫ノ承諾ヲ得タル二名以上ノ保證人ノ連署ヲ以テ其供託物拂戻ノ爲メ政府ニ損害ヲ生シタルトキハ賠償ノ責ニ任スル旨記載シタル書面ヲ提出セシメテ支拂ヲ爲スコトヲ許シタル供託物取扱規程第一一條ノ規定ニ徵スルモ亦之ヲ知ルニ難カラス然ルニ政府カ自ラ被告トナリテ供託金ニ付給付ノ請求ヲ受ケ裁判所ノ審理判決ヲ受クル場合ニハ權利ナキ者ニ支拂ヲ爲スノ虞絕ヘテ無シ若シ政府ニ對シ給付判決ヲ請求スル場合ニ於テモ尙且前示ノ手續ヲ要スルモノトセハ萬一金庫カ誤テ供託金ノ支拂ヲ受クル權利ナキ者ヨリ供託受領證其他ノ書類ノ提出ヲ受ケテ支拂ヲ爲シタルカ爲メ支拂ヲ受ク可キ眞ノ權利者ニ於テ供託受領證等ヲ提出スルコト能ハサル場合ニハ眞ノ權利者ハ支拂ヲ受クルノ權利ヲ有シナカラ支拂ヲ受クルノ途ナキニ至ラン如斯ハ前示法律ノ精神ト正反對ノ結果ヲ生スルモノニシテ其不當ナルハ明白ナリ(大審院四五年(オ)第二〇一號大正二年四月一二日民一宣告)

吾人ハ第一卷民訴九二頁ニ於テ本件原審タル東京控訴院判決ノ失當ナルコトヲ論シタリ大審院カ之ヲ破毀シタルハ當然ナリトス

(八三)

賃借人カ賃料ノ支拂ヲ爲ササルヲ以テ特ニ一定ノ期間之ヲ怠リタルトキハ當然賃貸借ヲ消滅セシムヘキ旨ヲ定メタルトキハ之ヲ例文ナリト云フヲ得ス

賃貸借契約ノ例文ト見ルヘカキ

成立ニ爭ナキ甲第一號證ニヨレハ被控訴人主張ノ如ク若シ控訴人カ賃料支拂ヲ二ヶ月間怠リタルトキハ何等ノ意思表示ヲ俟タスシテ本件賃貸借契約ハ當然消滅ニ歸ス可キ旨ノ特約當事者間ニ存在セルコトヲ確認スルニ足ル控訴人ハ右特約ノ文詞ハ例文ニシテ當事者ヲ拘束スルモノニ非サル旨抗爭スト雖モ信用ス可キ當審證人相原ノ「係爭地ハ證人ノ差配内ニ屬スルモノナルカ其内一四八坪餘ヲ明治三九年中控訴人ニ貸與シ期間ハ五年地代ハ一坪ニ付キ三錢毎月三〇日限リ支拂ヒ一回タリトモ延滯スレハ明渡ヲ爲ス可キ旨ノ口約ナリシ處其後控訴人ハ地代ヲ支拂ハサルノミナラス請求スレハ暴言ヲ吐キ取合ハサル故證人ヨリ地主ナル被控訴人ニ其旨ヲ告ケ被控訴人ヨリ津田榮吉ヲ頼ミ同人ヲシテ控訴人ト協定セシメタル結果四三年一月七日改メテ控訴人ヨリ借地證ヲ差入レタルモノニシテ控訴人モ該證書ノ文詞ニハ拘束サルルハ勿論ナリ」ト云フ旨ノ證言ニ依レハ右特約ニ關スル文詞ハ所謂例文ニ非スシテ當事者間ニ覊束力ヲ有スルモノナルコトヲ認メ得可シ尤モ控訴人カ反證トシテ提出シタル乙第一號證乃至七號證ニ據レハ被控訴人ハ控訴人及隣地賃借人森ヨリ數个月分ノ賃料ヲ一括シテ時時領收セル事實ヲ認メ得ルモ右ハ被控訴人ニ於テ情誼上特ニ寬容シテ借地人ノ利益ノ爲メニ賃料ノ延滯分ヲ一括シテ時時領收シタルニ過キサルモノト解ス可キ之アルカ爲メニ直ニ前示特約ヲ例文ナリト爲スヲ得サルハ勿論又控訴人主張ノ如ク前示特約ノ效力ヲ除外スルニ足ル可キ慣行當事者間ニ存在シタリトモ認ムルヲ得ス(東京控訴院四五年(ネ)第一九號大正二年五月三日民三松岡裁判長、戸崎、滿田各判

事判決)

本件ハ賃貸借ノ終了ヲ賃料二个月延滯ナル條件ニ繫ラシメタルモノニシテ判示事情ノ如キ場合ニ於テ之ヲ例文ニ非ストナスハ至當ナリ賃貸借例文ニ付テハ本書一卷民法二八八、三八五頁ヲ參照セラルヘシ

(八四)

二六五 地上權者ハ他人ノ土地ニ於テ工作物又ハ竹木ヲ所有スル爲メ其土地ヲ使用スル權利ヲ有ス
二六六 地上權者カ土地ノ所有者ニ定期ノ地代ヲ拂フ可キトキハ第二七四條乃至第二七六條ノ規定ヲ準用ス(下略)

地代ハ地上權ノ要素ニ非ス(地代ヲ定メサルモ地上權設定契約ハ無效ニ非ス)

地上權者カ地代支拂ノ債務ヲ負擔スルハ地上權設定ノ構成要件ヲ成スモノニ非サルカ故地代ノ所定ヲ缺ク地上權設定契約ハ無效ニ非ス從テ裁判所カ地上權設定ノ事實ヲ認定スルニ付テハ地代ニ關スル協定ノ有無ヲ審案スルノ必要ナシ但シ地上權ノ設定ヲ地代ノ協定ニ繫ラシメタリトノ主張アル場合ニハ其點ニ付審案スルコトヲ要スルモ上告人ハ斯カル主張ヲ原院ニ於テ爲シタリト論スルモノニ非サルヲ以テ本論旨ハ理由ナシ(大審院大正二年(オ)第九一號同年四月二四日民一宣告)

地代ハ他ノ上權ノ要素ニ非ス

【同趣旨學說】

地上權ハ地代ヲ要件トセス(岡松博士民法理由中卷二五一頁、梅博士民法要論物權編二〇七頁、横田博士物權法四七五頁)

永小作權ニ付テハ小作料ヲ支拂ヒテトアルニ拘ラス地上權ニハ第二六六條ニ於テ單ニ地代ヲ支拂フヘキトキハトアルニヨリ地代カ地上權ノ要素ニ非サルコト疑ノ餘地ナシトス

(八五)

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

前項ノ規定ハ第三者カ代理人ニ對シテ爲シタル意思表示ニ之ヲ準用ス

一〇一 意思表示ノ效力カ意思ノ欠缺、詐欺、强迫又ハ或事情ヲ知リタルコト若クハ之ヲ知ラサル過失アリタルコトニ因リテ影響ヲ受ク可キ場合ニ於テ其事實ノ有無ハ代理人ニ付キ之ヲ定ム

特定ノ法律行爲ヲ爲スコトヲ委託セラレタル場合ニ於テ代理人カ本人ノ指圖ニ從ヒ其行爲ヲ爲シタルトキハ本人ハ其自ラ知リタル事情ニ付代理人ノ不知ヲ主張スルコトヲ得ス其過失ニ因リテ知ラサリシ事情ニ付キ亦同シ

代理人カ其權限內ニ於テ相手方ト契約ヲ爲シタルトキハ本人カ其相手方ノ誰タルヤヲ知ラサルモ契約ノ成立ニ影響ナキモノトス

本人カ契約取結ノ權限ヲ代理人ニ附與スルニ當リテハ契約ノ相手方ヲ特定スルコトヲ得可ク又之カ選定ヲ代理人ニ一任スルコトヲ得可シ何レモ法律行爲ノ代理ニシテ唯代理權ノ範圍ニ差異アルニ過キサルナリ消費貸借ノ代理ニ付テモ別段之ニ例外ヲ設ク可キ明文上又ハ法理上ノ根據ナシ又我民法ハ所謂代表說ヲ採リ代理ニ於ケル意思表示ハ代理人ノ意思表示ニシテ本人ハ唯其意思表示ノ效力ヲ受クルニ過キスト雖スモノナルコトハ第九九條及第一〇一條ニ徵シ極メテ明白ナルカ故意思表示ノ成立ニ關スル事項ハ總テ代理人ニ付之ヲ定ム可キモノトス代理人カ權限內ニ於テ爲シタル法律行爲ニ於テ代理人ニ付キ意思表示ノ成立要件具ハル以上ハ其效力ハ直チニ本人ニ歸スルモノニシテ本人ニ付キ敢テ意思表示ノ成立要件具ハルコトヲ要セサルナ

リ左レハ代理人カ權限内ニ於テ相手方ト契約ヲ爲シタル以上ハ本人カ其相手方ノ濫ダルヤヲ知ラサルモ契約ノ成立ニ影響ヲ及ホスノ理ナキハ當然ナリ（大審院大正二年（オ）第五九號同年四月一九〇民一宣告）

金策方ヲ委任スルニ當リ特ニ某ヨリ借入レ又ハ某ヨリ借入ルヘカラストノ制限ヲ附セサル限リ何人ト消費貸借ヲ爲スモ代理人ノ權限ニ屬スルヲ以テ本人ニ對シテ效力ヲ生スヘキハ當然ナリ

（八六）

三四 祭祀宗教慈善學術技藝其他公益ニ關スル社團又ハ財團ニシテ營利ヲ目的トセサルモノハ主務官廳ノ許可ヲ得テ之ヲ法人ト爲スコトヲ得

三七 社團法人ノ設立者ハ定款ヲ作リ之ニ左ノ事項ヲ記載スルコトヲ要ス

一 目的
二 名稱
三 事務所
四 資産ニ關スル規定
五 理事ノ任免ニ關スル規定
六 社員タル資格ノ得喪ニ關スル規定

四五 法人ハ其設立ノ日ヨリ二週間内ニ各事務所ノ所在地ニ於テ登記ヲ爲スコトヲ要ス法人ノ設立ハ其主タル事務所ノ所在地ニ於テ登記ヲ爲スコトヲ得ス

法人設立ノ後新ニ事務所ヲ設ケタルトキハ一週間内ニ登記ヲ爲スコトヲ要ス

四七 第四五條第一項及ヒ前條ノ規定ニ依リ登記スヘキ事項ニシテ官廳ノ許可ヲ要スルモノハ其許可書ノ到達シタル時ヨリ登記ノ期間ヲ起算ス

五三 理事ハ凡テ法人ノ事務ニ付キ法人ヲ代表ス但シ定款ノ規定又ハ寄附行爲ノ趣旨ニ違反スルコトヲ得ス又社團法人ニ在リテハ總會ノ決議ニ從フコトヲ要ス

法人成立ノ時期

（一）公益社團法人成立ノ時期（主務官廳ノ許可アリタルトキ成立ス）

（二）法人設立許可後二週間内ニ理事ヲ選任セサル場合ニ於ケル設立登記期間（ス）

（一）和歌山眞善會カ公益ニ關スル社團法人ニシテ營利ヲ目的トセサルモノナルコトハ抗告人代理人提出ノ公益社團法人和歌山眞善會定款ノ寫ニ依リ明カナル所ナリ而シテ此ノ社團法人ハ何時成立シタルヤヲ案スルニ抑社團法人ハ人ノ集會ニ因リ成ル法人ニシテ其ノ設立者ハ定款ヲ作ルコトヲ要シ且公益ニ關シ營利ヲ目的トセサル法人ノ設立ニハ主務官廳ノ許可ヲ受クルコトヲ要件トスルカ故ニ法人ヲ組成スル社員定マリ此等ノ者カ定款ヲ作成シ加フルニ主務官廳ノ設立ノ許可アリタルトキハ茲ニ法人ハ成立ス……和歌山眞善會ナル法人ヲ組成スル所ノ社員ハ明治四三年一二月一九日ノ認可出願當時ニ於テ已ニ阪本彌一郎外一七名ナルコト定マリ此等ノ者ハ此ノ時ニ於テ已ニ設立者トシテ民法第三七條第一號乃至第六號所定ノ事項ヲ記載シタル定款ノ作成ヲ了ヘ其ノ後大正元年八月三〇日ニ至リ内務文部兩大臣ヨリ法人設立ノ許可アリタルモノナレハ法人ハ其許可ノトキニ於テ成立シタルモノト謂ハサルヲ得ス抗告人ハ法人ノ成立ハ創立總會ヲ開キ役員ヲ選擧シタル大正元年一〇月四日ナリト主張スレトモ理事其ノ他ノ役員ノ存在ハ法人成立ノ要件ニ非サルカ故ニ其ノ役員ノ選擧未了ナルモ苟モ法人ヲ組成スル所ノ社員ニシテ存在シ定款作成セラレ且主務官廳ノ設立許可アリタル以上ハ其ノ許可ノトキニ於テ法人成立シタルモノト爲サルヲ得ス

（二）内務文部兩大臣ノ設立許可書ノ出願者ノ許ニ到達シタルハ大正元年九月一〇日

ナルコト及法人ノ成立當時ニ於テハ理事ナク大正元年一〇月四日ニ至リ始メテ抗告人等カ理事ニ選擧セラレタルコトハ和歌山區裁判所ノ判事ノ報告書及會員總會決議錄寫ニ依リ之ヲ認メ得ヘシ然ラハ抗告人等カ理事ト爲リタル大正元年一〇月四日ニ於テハ法人成立ノトキナル同年八月三〇日ヨリ起算スルモ又設立許可書ノ到達シタルトキナル同年九月一〇日ヨリ起算スルモ民法第四五條第一項ノ二週間ナル期間ハ既ニ經過シ居タルモノナルカ故ニ抗告人等ハ同項又ハ同法四七條ニ依リ二週間内ニ登記ヲ爲スニ由ナキモノナリ故ニ抗告人等ハ何時ニ於テ法人設立ノ登記申請ヲ爲ササル可カラサルヤト謂フニ右民法第四五條第四七條等ノ立法ノ精神ニ照ストキハ右ノ如キ場合ニ於テハ抗告人等ハ速ニ登記ヲ爲スコトヲ要スルモノト爲スヲ以テ法律ノ精神ニ合スル解釋ナリト認ム故ニ抗告人等ハ理事ト爲リタルトキ卽チ大正元年一〇月四日ヨリ速ニ設立登記ノ申請ヲ爲ササル可カラサルモノナリ（大阪控訴院大正二年（ヲ）第四號民二判決法律新聞第八五九號二五頁以下要領）

【判示第一點ニ關スル判例學說】

一　祭祀宗教等ニ關スル社團又ハ財團ニシテ營利ヲ目的トセサルモノハ主務官廳ノ許可ヲ得テ始メテ法人ト爲ルコトヲ得ルモノニシテ其許可以前ニ在リテハ法人トシテ存在セサルモノトス（大審院民事判決錄四〇年五七頁）

二　準則ニ適合スルト許可トカ法人ノ成立ニ必要ナリ許可ノアリタル日ヲ以テ設立ノ日トナス（中島博士民法釋義卷ノ一、二四一頁）

三　設立者アルコトヲ要ス設立者ハ定款ヲ作製スルコトヲ要ス主務官廳ノ許可アルコトヲ要ス（川名博士日本民法總論八七頁）

(一)判示第一點ニ就テハ異論ナシ

(二)法人ノ事務ハ理事之ヲ行フ從テ設立登記ハ理事ニ於テ爲スヘキハ疑ヲ容レス

然ルニ民法ハ公益社團法人ニ就テ別ニ設立許可ノ後一定ノ期間内ニ理事ヲ選任スヘキ旨ノ規定ナキヲ以テ（營利社團法人ハ商事會社ノ規定ヲ準用セラルルヲ以テ商法第一二三、一三三條ニ依ル）設立許可二週間内ニ理事ナキ場合ハ之ヲ豫想スルニ難カラス此ノ如キ場合ニハ民法第四五條ハ適用ナキコトトナルノ結果判決ノ如ク解スル又已ムヲ得サルヘシ第四五條アルカ故ニ間接ニ二週間内ニ理事ヲ選任セサルヘカラサルモノトナスカ如キハ餘リニ附會ノ說タルヲ免レス、兎ニ角民法第四五條ハ完全ナル規定ト云フヲ得ス之レカ改正ニ當リテハ宜シク商法ノ如ク登記起算點ヲ修正スヘキモノナリ

一　時效ハ左ノ事由ニ因リテ中斷ス

一　請求

二　差押假差押又ハ假處分（三號略）

一五二　破產手續參加ハ債權者カ之ヲ取消シ又ハ其請求カ却下セラレタルトキハ時效中斷ノ效力ヲ生セス

民法施行法二　民法ニ於テ破產ト稱スルハ民事ニ付テハ家資分散ヲ謂フ

舊商法破產編九七八　商人カ支拂ヲ停止シタルトキハ裁判所ハ本人又ハ債權者ノ申立ニ因リ決定ヲ以テ破產ヲ宣告ス（第二項略）

同一〇五四　破產宣告ヲ受ケタル債務者ハ復權ヲ得ルニ非サレハ會社ノ無限責任社員舊商法ノ規定ニ從ヒテ設立シタル合資會社ノ業務擔當社員株式會社ノ取締役若クハ監査役清算人破產管財人又ハ商業會議所ノ會員ト爲ルコトヲ得ス

家資分散法一　民法訴訟法ノ强制執行處分ニ因リ義務ヲ辨濟スル資力ナキ債務者ニ對シテハ管轄裁判所ハ職權ニ因リ又ハ申立ニ因リ決定ヲ以テ家資分散者タルノ宣告ヲ爲ス可シ

右ノ決定ハ口頭辯論ヲ要セスシテ之ヲ爲スコトヲ得
此決定ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得
同四　家資分散者ハ其宣告ヲ受ケタル日ヨリ選擧權及被選擧權ヲ失フ
家資分散者ノ復權ニ付テハ商法第一〇五條以下ヲ準用ス
同五　商法及本法施行以後ニ於テ從前ノ法律中身代限處分ヲ受ケタル者ニ對シ公權ノ喪失ヲ定メタル條項ハ破産又ハ家資分散ノ宣告ヲ受ケタル者ニ對シ效力ヲ有ス』

民法ニ所謂破産ニハ所謂家資分散ヲ包含スルヤ

(一) 民法ニ所謂破産ナル語ハ家資分散ヲ包含スルヤ否ヤ

(二) 家資分散決定ト時效トノ關係

(一)　民法制定當時立法者ハ將來現行破産法ノ規定ヲ改正シ民事タルト商事タルトヲ問ハス債務者カ其債務ヲ完濟スルコト能ハサル場合ニハ總テ破産法ノ支配ノ下ニ立タシメントノ趣旨ニテ民法中破産ナル文字ヲ使用シタルヨリ改正破産法ノ制定セラルルマテノ間民法ノ規定ト調和ヲ計ルノ必要ヲ生シ爲メニ民法施行法第二條ヲ以テ民法ニ於テ破産ト稱スルハ民事ニ付テハ家資分散ヲ指稱スルコトトシタルヨリ民法第一五二條ニ所謂破産手續參加トハ民事ニ在リテハ家資分散手續參加ト同一意義ニ解ス可キハ一點ノ疑ヲ容ルルノ餘地ナシ然レハ破産手續參加トハ債權者カ破産財團ノ配當ニ加入スルカ爲メニ債權ノ屆出ヲ爲スヲ云ヒ即チ破産宣告アリタル以後ニ生スル者ニシテ破産宣告其モノハ破産手續參加ニ非ス然レトモ破産宣告ハ必スヤ債權者又ハ債務者ノ申立ニ基クモノナルコトハ舊商法第九七八條第一項ニ規定スル所ナルニヨリ破産宣告ハ破産手續參加ニ非ストスルモ破産ノ申立ハ破産手續參加中ニ包含セラルル者ナルヤ否ヤヲ審究スルノ必要アリ此點ニ付テハ多少ノ疑義アルヲ免レ

スト雖モ當院ハ破産宣告ノ申立ヲ以テ破産手續參加ニ非スト解スルヲ以テ正當ナリト認ム蓋シ破産手續參加中ニハ破産ノ申立ヲモ包含スル者トセハ其文字ノ意義ニ反スルニ至レハナリ然レハ則チ家資分散決定ハ素ヨリ家資分散手續ノ參加ニ非ス又家資分散決定ハ債權者ノ申立ニヨリ爲スコトアルハ同法第一條ノ規定ニヨリ明白ナリト雖モ前記破産ノ申立ニ付說明シタルト同一理由ニ基キ家資分散手續參加中ニ包含スル者ニ非サルナリ或ハ破産ノ申立ハ素ヨリ破産手續參加ニ非サルモ而モ一種ノ裁判上ノ請求ト解ス可キ者ナリトスルモ家資分散ノ申立ハ此意義ニ於テモ該當セス蓋シ破産ノ宣告ハ破産者ノ一身上ニ其效果ヲ及ホスコトハ舊商法第一〇五四條ニ規定セリト雖モ其主タル效果ハ破産者ノ財産ヲ債權者ニ公平ニ配當スルコトヲ目的トスルモノニ係リ即チ破産ノ申立ハ此配當實施ヲ要求スルノ意思ヲ包含スルモノナリト論シ得可シト雖モ家資分散決定ハ其效果トシテハ同法第四條第五條ニヨルニ單ニ公權ヲ喪失スルノミニ止リ分散者ノ財産ヲ債權者ニ配當スルノ規定ハ同法中一モ存在スルコトナキニヨリ家資分散ノ申立ハ一種ノ裁判上ノ請求ナリト解スルヲ得サレハナリ要之民事ニ於ケル家資分散ノ申立及其決定ハ民法第一五二條ニ所謂破産手續參加ニアラサルヲ以テ時效中斷ノ事由タル可キモノニ非ス尤モ家資分散ノ決定ハ民事訴訟法ノ强制執行處分ニヨリ債務ヲ辨濟スルノ資力ナキ場合ニ申立若クハ職權ヲ以テ宣告スルモノナルニヨリ其强制執行處分其モノハ民法第一四七條第二號ノ差押ニ該當シ時效中斷ノ事由タルコトヲ得可キハ勿論トス

(二)　家資分散ノ決定ハ民法第一五二條ニ於ケル破産手續參加ニ非サルヲ以テ該決定

ノ取消アル迄時效ハ進行スルモノニ非ズトノ原判決前段ノ理由ハ法則ヲ不當ニ適用シタル不法アリテ失當ナリ又其後段ノ理由タル原審ハ家資分散ノ申立ヲ以テ時效ノ中斷セラルルモノト認メ其前提ノ下ニ其後ノ中斷事實ヲ認定シタリト雖モ家資分散ノ申立ハ是亦前段說述シタル理由ニ基キ中斷ノ事由タル可キモノニ非スシテ其申立ノ前提トナレル民事訴訟法ニヨル强制執行處分其モノカ中斷ノ事由トナル可キモノナレハ該處分ノ爲メニ中斷セラレタル時效ハ其處分終了ノ時ヨリ更ニ其進行ヲ始ム可キモノニ係リ而モ原審ハ其强制執行處分其モノノ終了時期ヲ確定セサルカ故ニ原審カ中斷アリト認メタル明治四二年七月中ニ於ケル上告人ノ承認ノ意思表示ハ果シテ時效ノ中斷トナルヤ否ヤヲ審査スルニ由ナシ(東京控訴院大正元年(ナ)第一〇七號同二年四月一四日民一判決蒲澗裁判長、中尾、木戸、長谷川、水口、各判事宣告)

【參照ス可キ判例學說】

一 消滅時效ノ制度ハ公益ノ爲メ怠慢ナル權利者ナシテ其權利ヲ喪失セシムル趣意ニ出ツ故ニ權利者ニ怠慢ナキ破產決定取消ノ如キハ時效中斷ノ效力ヲ失フモノニ非ズ且破產決定ノ取消ハ之ニ因リ其決定ノ直接ノ效力ナル時效中斷ハ破產決定取消ノ爲メ影響ヲ受ケサルモノトス(東京地方三六年法律新聞第一三五號七頁)

二 本條(六八)ニ破產トハ破產ノ宣告ヲ意味ス現行ノ破產法ハ商人ニ非サルモノノ破產ヲ認メス故ニ當分ノ內ハ家資分散ヲ以テ破產ト看做ス……破產手續參加トハ債權ヲ屆出テ債務者ノ財團ノ配當ニ加入セントスル行爲ノミヲ云フ我民法ノ用語ハ之ヲ狹義ニ解スルヲ正シトス實際上ヨリ云フモ破產ノ申立ヲナスモ債權ノ屆出ヲ爲ササルニ於テハ未タ充分ニ權利伸長ノ實ナシ(中島博士民法釋義三二四、八二六頁)

三 破產手續參加トハ……財團ノ配當ニ加ハル爲メ催告ニ應シテ債權ノ申出ヲ爲スコトヲ謂フ此時效中斷ノ效力ハ債權屆出ノ效果ニシテ破產決定ノ取消ハ其效力ニ影響ヲ及ホスコトナシ(富井博士民法原論總則五六四頁)

四 破產手續參加ハ破產財團ノ配當ニ加入スルノ申出ヲ謂フ(川名博士日本民法總論二九三頁松岡法學士民法論總則三一五、六〇七頁)

右ノ判決ハ大體ニ於テ異論ナシ

(八八)

九〇 一一九 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
無效ノ行爲ハ追認ニ因リテ其效力ヲ生セス但當事者カ其無效ナルコトヲ知リテ追認ヲ爲シタルトキハ新ナル行爲ヲ爲シタルモノト看做ス

『無效ノ法律行爲ノ意義』
『無效ノ行爲追認ノ要件』

凡ソ法律行爲ニハ成立要件ト有效要件トアリ法律行爲トハ成立要件ヲ具ヘ法律行爲トシテハ存在スルモ有效要件ヲ缺ク爲メ法律行爲的效果ヲ生スル能ハサル法律行爲ナリ左レハ無效ノ法律行爲ニ於テ當事者ノ意思表示ハ存在シ當事者カ生セシメント欲スル效果ノ內容ハ既ニ定マルモノナルヲ以テ無效ノ法律行爲ノ追認ニヨリテ新ナル法律行爲ヲ爲シタルモノト看做サルル場合ニハ全ク新ナル法律行爲ヲ爲ス場合ト異ナリ舊法律行爲ノ內容ハ新法律行爲ノ內容ノ解釋材料タルニ止マルモノニ非スシテ直接ニ新法律行爲ノ內容ヲ爲スモノトトス(Oertmann zu § 141.2 Staudinger-Riezler zu 141 3)然レトモ無效ノ法律行爲ノ追認ハ新タナル法律行爲ト看做サルヘキモノナルカ故內容ノ點ヲ外ニシテハ追認當時ニ於テ法律行爲ノ成立要件ヲ具備セサル可カラス又追認當時ニ於テ法律行爲ノ有效要件ヲ具ヘサルヘカラサルハ言ヲ俟タス强行法規又ハ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スルカ爲メ無效ナル行爲ハ其事由存續スル限リハ追認スルモ有效ノ法律行爲トハナラサルナリ(法學士嘉正幹一氏法學新報第二三卷五號八七頁要領)

【無效ノ法律行爲ノ意義ニ關スル學說】

一　法律行爲ノ成立要件ト其效力要件トハ之ヲ區別スルコトヲ要ス成立要件ヲ缺クトキハ法律行爲存在セス效力要件ハ成立シタル法律行爲カ其效力ヲ生スル必要條件ナリ之ヲ缺クトキハ完全ニ法律行爲ノ效力ヲ生セス或事項カ法律行爲ノ成立要件ナルカ又ハ效力要件ナルカハ法律行爲ノ規定ノ解釋ニ依リテ定マル或物ヲ受取ルコトハ消費貸借ノ成立要件ニシテ效力要件ニアラス本人ノ追認ハ代理ニ於ケル法律行爲ノ效力要件ニシテ成立要件ニ非ス遺言者ノ死亡ハ遺言ノ效力要件ニシテ成立要件ニ非ス……法律行爲上ノ效力カ實際ニ於テ生スルト否トハ法律行爲ノ觀念ニ關係ヲ有セス故ニ無效ノ法律行爲モ亦法律行爲ナリ（川博士日本民法總論一八五頁以下）

二　無效行爲トハ法律事實トシテ客觀的ニ完成シタルモ然カモ其有效條件ヲ缺クカ故ニ當事者カ目的トスル所ノ效果ハ全ク生セサルモノヲ云フ故ニ學者ハ無效行爲ハ法律行爲トシテハ存在ヲ有セサルモノナリト云フ正當ナリトス（中島博士民法釋義卷ノ一、六五五頁）

三　法律行爲ノ無效トハ其成立要件ヲ缺キタルカ爲メ法律上存在セサルコトヲ謂フ（富井博士民法原論總則四五五頁）

四　無效ノ行爲ハ法律上全ク成立セサルモノナリ（梅博士民法要義總則編二七六頁）

五　無效ノ法律行爲トハ其目的トシタル效力ニ關シテハ法律上全ク存在セサル行爲ナリ唯事實上ノ存在ヲ有ス（岡松博士民法理由上卷二六二頁）

六　無效ノ行爲ハ行爲者ノ意思表示ヲ要件トシテ法律上發生スヘキ效力カ全然發生セサル行爲ナリ故ニ之ヲ法律上全ク存在セサル行爲ト混スヘカラス法律上全ク存在セサル行爲ハ法律上何等ノ效力ヲ有セスト雖モ無效ノ法律行爲ハ其目的タル效力發生セサルニ止マリ法律上一切ノ效力ヲ生セサルニ非ス蓋シ無效ノ法律行爲ヲ爲シタル當事者ハ他ノ一方ニ對シ損害賠償ノ責ニ任スルコトアルヲ以テナリ（松岡法學士民法論總則五五六頁）

七　無效ト言フコトハ法律行爲ノ存在ニ關スル問題ナリヤハ學說上議論ノ存スル所ニシテ通說ニ依レハ法律行爲ノ無效ト言フコトハ其不存在ト云フコトトハ異ナリ法律行爲ハ外形上存在スルモ其效力ヲ發生セシメサル缺點ノ附着セルコトヲ謂フモノトナス（鳩山法學士法律行爲乃至時效三八四頁）

【無效行爲追認ノ要件ニ關スル學說】

一　舊行爲ノ無效ナルコトヲ知ラサレハ新ナル行爲ヲ爲ス意思ヲ有スヘカラス……新ナル行爲ノ有效ナランカ爲メニハ其新ナル行爲ノ成立スル當時ニ於テ法律ノ要求スル成立要件ヲ備ヘサルヘカラス公序良俗ニ反スル行爲ハ社會ノ事情變遷シテ公序良俗ヲ反セサルニ至ルニ非サレハ新ナル行爲ヲ反覆スルモ有效タリ得サルハ言フヲ俟タス……法律行爲ノ要件ハ追認當時ニ於テ存セサルヘカラス例ヘハ契約ノ追認ニアリテハ更ニ兩當事者ノ合意ヲ要スルカ如シ唯其法律行爲ノ內容ヲ決定スルニ付テハ舊法律行爲ヲ參酌シテ之ヲ決定スルノミ（鳩山法學士前揭三九八頁以下）

二　無效ノ行爲ノ追認ハ無效ナル行爲ト同一ノ內容ヲ存スル行爲ヲ新ニ成立セシムル意思表示ナリ無效ナル行爲カ要式行爲ナ

ルトキハ追認モ亦同一ノ方式ニ依ルコトヲ要ス双方行爲ナルトキハ双方ノ追認ヲ要ス（松岡法學士前揭五六〇頁）

三　無效行爲カ有效ト爲ルニ非ス無效行爲ト同一ノ包有事項ヲ有スル他ノ行爲成立ス（岡松博士前揭二七〇頁）

四　當事者カ法律行爲ノ無效ナルコトヲ知リ且ツ其效力ヲ生セシメントスル意思表示ヲ爲ストキハ更ニ別箇ノ法律行爲ヲ爲シ其內容ヲ定ムルニ無效タリシ行爲ノ內容ニ依リタリシモノト解釋セラル錯誤アリシ實買ノ無效ナルコトヲ知リナカラ各當事者カ其契約ヲ履行スヘキコトヲ約シタル場合ノ如シ（川名博士前揭二七四頁）

五　純然タル新行爲ト異ナルハ法律行爲ヲ全然繰返スヲ要セス舊行爲ノ內容ヲ探リ直ニ新行爲ノ內容トナス點ニ在リ故ニ舊行爲ノ內容ハ單ニ新行爲解釋ノ資料タルノミナラス新行爲ノ眞ノ內容ヲ爲スモノナリ（中島博士前揭六七〇頁）

無效ノ法律行爲モ亦法律行爲ナリヤ換言スレハ法律行爲ノ無效トハ法律行爲ノ存在ニ關スル問題ナリヤ又ハ其效力ニ關スル問題ナリヤハ議論ノ存スル所ナルモコハ畢竟法律行爲ノ意義如何ニ依リテ決セラルヘキ問題ナリ即チ效力ノ觀念ヲ法律行爲ノ觀念ニ包含ストナサハ無效ノ法律行爲ハ法律行爲ニ非ス反之效力如何ハ法律行爲ノ觀念ニ關係ナキモノトセハ法律行爲ナルコト疑ヲ容レス本論ハ無效ノ行爲モ亦法律行爲ナリトノ說ナルモ吾人ハ之ニ贊同セス

無效ノ行爲ノ追認ヲナスニハ追認ノ當時新タナル行爲ヲ爲スト同一ノ要件ヲ具備セサルヘカラス只舊行爲ノ內容カ新行爲ノ內容トナル點カ全然新タナル行爲ヲ爲スト異ナルノミ或學者ハ契約ノ場合ニ錯誤カ當事者ノ一方ニ存スルニ止マルトキハ一方ノミノ意思表示ニ依リテ新タナル行爲ヲ爲スコトヲ得ルモノト論スレトモ舊行爲カ既ニ無效ナル以上ハ更ニ双方ノ意思表示ヲ要スルモノト解スルヲ相當ナリト信ス

未成年戸主ノ親權者ノ婚姻ト同意者

（八九）

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双方ノ代理人トナルコトヲ得ス但債務ノ履行ニ付テハ此限ニ在ラス

七六〇 家族カ婚姻又ハ養子緣組ヲ爲スニハ戸主ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス（下略）

七五一 戸主カ其權利ヲ行フコト能ハサルトキハ親族會之ヲ行フ但戸主ニ對シテ親權ヲ行フ者又ハ其後見人アルトキハ此限ニ在ラス

八八八 親權ヲ行フ父又ハ母ト其未成年ノ子ト利益相反スル行爲ニ付テハ父又ハ母ハ其子ノ爲メニ特別代理人ヲ選任スルコトヲ親族會ニ請求スルコトヲ要ス

父又ハ母カ數人ノ子ニ對シテ親權ヲ行フ場合ニ於テ其一人ト他ノ子トノ利益相反スル行爲ニ付テハ其一方ノ爲メ前項ノ規定ヲ準用ス

未成年戸主ノ親權者カ戸内婚姻ヲ爲サントスル場合ニ於テハ何人カ同意スヘキヤ（左ノ法曹會決議ハ親族會ノ同意ヲ要ストナスモ吾人ハ特別代理人ノ同意ヲ得ヘキモノト信ス）

家族ハ民法第七五一條ノ規定ニ依リ親族會ノ同意ヲ得サル可カラス本問ノ場合ハ恰モ同條但書ニ謂フ親權者アルカ如シト雖其親權者カ自ラ婚姻ヲ爲サントスル家族ナルヲ以テ代理ノ原則ニ依リ戸主ニ代リテ戸主權ヲ行フコトヲ得サルハ勿論ナルカ故ニ親權者ナキ場合ニ該當ス從テ其婚姻ニ付テハ親族會ノ同意ヲ得サル可カラス（法曹會決議法曹記事第二三卷第五號六六頁以下要領）

【參照スヘキ學說】

一 親權ヲ行フ母カ婚姻又ハ入籍ニ因リ其家ヲ去ルニ付キ實際其者ト未成年戸主ト利益相反スル場合ナルニ於テハ民法第八八八條ニ依リ特別代理人ヲ選任シ其者ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス（法曹會決議法曹記事一〇七號五〇頁）

二 民法第八八八條第一項ニ利益相反スル行爲トアルハ人事ニ關スル行爲ヲ包含ス（法曹會決議法曹記事八八號八三頁）

三 本第書二卷五三頁東京控訴院民四判決

吾人ハ右法曹會決議ニ贊スル能ハス所謂同意カ法律行爲ナルハ疑ナシ（中島博士民法釋義卷ノ一、四三九頁）從テ民法第一〇八條ニ依リ母カ子タル戸主ノ代理人トナリテ自己ノ婚姻ニ同意スルヲ得サルハ明ナリ然レトモ本問ハ代理權ハナキモ親權ヲ行フ者卽チ親權者アル場合ナルヲ以テ第七五一條第一項前段ニ依ルヘシトナスハ非ナリ吾人ハ民法第八八八條ニ依リ特別代理人ノ同意ヲ得ヘキモノナリト信ス

（九〇）

三七 社團法人ノ設立者ハ定款ヲ作リ之ニ左ノ事項ヲ記載スルコトヲ要ス

四 資產ニ關スル規定

三九 財團法人ノ設立者ハ其設立ヲ目的トスル寄附行爲ヲ以テ第三七條第一號乃至第五號ニ揭クタル事項ヲ定ムルコトヲ要ス

四六 登記スヘキ事項左ノ如シ

六 資產ノ總額

五一 法人ハ設立ノ時及毎年初ノ三个月內ニ財產目錄ヲ作リ常ニ之ヲ事務所ニ備ヘ置クコトヲ要ス但特ニ事業年度ヲ設クルモノハ設立ノ時及其年度ノ終ニ於テ之ヲ作ルコトヲ要ス（二項略）

五九 監事ノ職務左ノ如シ

一 法人ノ財產ノ狀況ヲ監督スルコト

七二 解散シタル法人ノ財產ハ定款又ハ寄附行爲ヲ以テ指定シタル人ニ歸屬ス定款又ハ寄附行爲ヲ以テ歸屬權利者ヲ指定セス又ハ之ヲ指定スル方法ヲ定メサリシトキハ理事ハ主務官廳ノ許可ヲ得テ其法人ノ目的ニ類似セル目的ノ爲メニ其財產ヲ處分スルコトヲ得但社團法人ニ在リテハ總會ノ決議ヲ經ルコトヲ要ス

前二項ノ規定ニ依リテ處分セラレサル財產ハ國庫ニ歸屬ス

八一 清算中ニ法人ノ財産カ其債務ヲ完済スルニ不足ナルコト分明ナルニ至リタルトキハ清算人ハ直ニ破産宣告ノ請求ヲ爲シテ其旨ヲ公告スルコトヲ要ス(下略)

公益法人ノ資産及財産ノ意義

『公益法人ニハ社團ト財團トノ二種アリ資産ハ法人ノ根本規定タル定款又ハ寄附行爲ヲ以テ定メタル法人ノ正規財産ニシテ即チ抽象的ニ表示シタル法人ノ有スヘキ財産ヲ指稱シ之ニ反シ財産ハ法人ノ現實ノ財産ニシテ具體的ニ法人ノ有スル財産ナリト謂フヲ得ヘシ此故ニ資産ハ定款又ハ寄附行爲カ變更セラレサル限リハ異動スルコトナシト雖トモ實際ノ財産ハ社員又ハ寄附者ノ現ニ供出シタル財産ノ多寡又ハ價格ノ變動等ニ依リ增減スルコトヲ免カレサレハ資産ト財産トハ理論上ヨリ考フルモ將宣際上ヨリ觀察スルモ毎ニ必ラスシモ一致スヘキモノニアラス從テ兩者其範圍ヲ同ウスルモノニアラサルコトヲ知ル可シ(法學士西川一男氏法學新報第二三卷第五號八六頁以下要領)

資本ト財産トノ差異

然リ所謂資産トハ抽象的數額ニシテ財産トハ具體的數額ヲ謂フモノナルコト前掲引用條文ノ對照ニ依リテ知ルコトヲ得ヘシ恰モ之レ株式會社ノ資本カ抽象的數額ニシテ財産カ具體的數額ナルト同一ナリ左ニ參考ノ爲ニ株式會社ノ資本ト財産ニ付キ學者ノ說明セル所ヲ紹介セン

一 資本ト似テ非ナルモノハ財産ナリ資本ハ會社カ有セサルヘカラサル數額ニシテ財産ハ會社カ現ニ有スル數額ナリ資本ハ理想的ノ額ニシテ特ニ之ヲ變更セサル限リハ常ニ一定不動ナルモ財産ハ現實ノ額ニシテ日々變動スルモノナリ(青木博士會社法論六二頁)

二 資本ハ之ヲ會社ノ資産(財産)ト混同スヘカラス資産ハ會社カ現ニ有スル財産ニシテ其額ハ事業ノ狀況ニヨリテ常ニ異動アルヲ免レスト雖モ資本ハ定款ニヨリテ一定シ會社カ事業上損益スルコトアリトモ之ニヨリテ減少又ハ增加スルモノニ非ス換言スレハ資産ハ現實的數額ナレトモ資本ハ理想的數額ナリ(柳川學士改正商法論綱二一三頁)

保佐人ノ缺格

九〇八 左ニ揭ケタル者ハ後見人タルコトヲ得ス

六 被後見人ニ對シテ訴訟ヲ爲シ又ハ爲シタル者及其配偶者並ニ直系血族

九〇九 前七條ノ規定ハ保佐人ニ之ヲ準用ス(下略)

準禁治産者ヨリ訴ヲ受ケタルコトアル者ハ保佐人タルコトヲ得ス

(第九〇八條第六號ハ被後見人又ハ禁治産者カ被告タル場合ニ限ルヘキモノニアラス)』

民法第九〇八條第六號カ「被後見人ニ對シテ訴訟ヲ爲シ又ハ爲シタル者」ニ後見人タル資格ナシトシタル所以ノモノハ此等ノ者ハ反對ノ利害關係ニ立チ其結果訴訟マテモ惹起シ誠實ニ職務ヲ執ラサル虞アルカ爲メナリ斯ノ如キ虞ハ其訴訟ニ於テ原告タル被告タルトニ依リ異ナル所ナキヲ以テ右「被後見人ニ對シテ訴訟ヲ爲シ又ハ爲シタル者」ノ文詞ハ被後見人ヲ相手方トスル訴訟ニ於テ當事者タリ又ハ當事者タリシ者ノ意ニ過キスシテ其原告タリ被告タルヲ問ハサルノ法意ナリト解セサル可カラス前示ノ規定ハ第九〇九條ニ依リ保證人ニ準用セラルルヲ以テ原裁判所カ準禁治産ノ宣告ヲ受ケタル夫伊左衞門ヨリ其宣告前離婚ノ訴ヲ受ケ勝訴ノ判決ヲ受ケタルコトアル抗告人ニ伊左衞門ノ保佐人タル資格ナシトシ抗告ヲ棄却シタルハ正當ナリ(大審院大正二年(ク)九九號同年五月三日民一決定)

【參照ス可キ判例學說】

一　民法第九〇八條ニ所謂被後見人ニ對シテ訴訟ヲ爲ストハ實體上被後見人ノ利益ニ反スルニ拘ハラス之ニ對シ訴訟ヲ爲スノ義ニシテ形式上被後見人ヲ被告トスルモ實質ニ於テ其利益ノ保護ヲ目的トスル訴訟ノ如キハ之ニ包含セシメサル法意ナリ（大審院民事判決錄四三年八五六頁）

二　法廷ニ立チ是非曲直ヲ爭フ者ハ利益相反スルノ結果ニ外ナラス利益相反スル者ナシテ一方ノ代理タラシムルヲ許ササルハ一般ノ原則ナリ本號ニ揭クル者ハ被後見人ト利益相反スルモノナルノミナラス感情相融和セサルモノナリ斯ル者ヲシテ利益ヲ圖ルノ地位ニ立ツヘキ後見人タラシムルヲ得サルハ深ク辯明ヲ要セス（牧野法學士日本親族法論四二二頁）

對シテナル文字ヨリ見ルトキハ被後見人カ被告タル場合ニ限ルヘキカ如シト雖モ立法ノ趣旨ハ判旨ノ如ク解スルヲ以テ其精神ニ適合セルモノト信ス

（九二）

八一三　夫婦ノ一方ハ左ノ場合ニ限リ離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得

四　配偶者カ僞造、賄賂、猥褻、竊盜、强盜、詐欺取財、受寄物費消、贓物ニ關スル罪若クハ刑法第一七五條第二六〇條ニ揭ケタル罪ニ因リテ輕罪以上ノ刑ニ處セラレ又ハ其他ノ罪ニ因リテ重禁錮三年以上ノ刑ニ處セラレタルトキ

八一五　第八一三條第四號ニ揭ケタル處刑ノ宣告ヲ受ケタル者ハ其配偶者ニ同一ノ事由アルコトヲ理由トシテ離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス

配偶者甲カ刑ニ處セラレタルヲ原因トシ離婚ノ訴ヲ提起シ其訴訟繼續中乙モ亦刑ニ處セラレタルトキハ離婚ノ裁判ヲ求ムルコトヲ得ス（訴ヲ提起スルコトヲ得ストハ裁判ヲ求ムルヲ得ストノ意ニ解ス）

離婚不受理ノ原因

控訴人カ被控訴人ト四二年一〇月四日婚姻ヲ爲シタルコトハ甲第一號證ニ依リ被控訴人カ四三年三月一九日東京控訴院ニ於テ殺人罪ニ依リ無期懲役ニ處セラレタルコトハ甲第二號證ニ依リ認メ得ルモ控訴人カ四五年六月二四日前橋地方裁判所ニ於テ横領罪ニ依リ懲役三年ニ處セラレタルコトハ控訴人ニ對スル前科調書ニ徵シ明ナル

ヲ以テ民法第八一五條第八一三條第四號ニ依リ控訴人ハ離婚ノ裁判ヲ求ムルヲ得サルモノト謂ハサル可カラス控訴人カ本訴ヲ提起シタルハ四四年一二月九日ニシテ前記横領罪ニ依ル處刑ノ宣告ハ本訴提起後ニ係ルト雖モ民法第八一五條ニ第八一三條第四號ニ揭ケタル處刑ノ宣告ヲ受ケタル者ハ云云離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ストアルハ離婚ノ裁判ヲ求ムルヲ得サル旨ノ規定ナルヲ以テ假令起訴後ニ處刑ノ宣告ヲ受クルモ苟クモ裁判ヲ爲ス當時迄ニ斯ノ如キ事由發生セハ離婚ノ裁判ヲ求ムルヲ得サルモノト謂ハサル可カラス（東京控訴院大正二年(ネ)第七七號同年五月一〇日民四岩田裁判長、松山、三橋各判事判決）

法ノ精神ニ適合セル至當ノ判決ナリト信ス

（九三）

一六二　二〇年間所有ノ意思ヲ以テ平穩且公然ニ他人ノ物ヲ占有シタル者ハ其所有權ヲ取得ス

一〇年間所有ノ意思ヲ以テ平穩且公然ニ他人ノ不動產ヲ占有シタル者カ其占有ノ始善意ニシテ且過失ナカリシトキハ其不動產ノ所有權ヲ取得ス

一八五　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ス

二〇四　代理人ニ依リテ占有ヲ爲ス場合ニ於テハ占有權ハ左ノ事由ニ因リテ消滅ス

二　代理人カ本人ニ對シ爾後自己又ハ第三者ノ爲メニ占有物ヲ所持スヘキ意思ヲ表示シタルトキ

占有權ハ代理權ノ消滅ノミニ因リテ消滅セス

既ニ消滅シタル賃權ノ目的物ヲ所有ノ意思ヲ以テ平穩且公然ニ一〇年若クハ二〇年繼續占有スルモ之ヲ以テ所有權ヲ取得スルコトヲ得サルモノトス（取得時效）

質權者カ質物ヲ占有スル場合ニ於テハ其權原ノ性質上質權者ハ所有者ノ爲メニ質物ヲ占有スルモノト見ルヘク自己ノ爲メニ所有ノ意思ヲ以テ占有スルモノト認ムルヲ得ス假令其質權カ消滅ニ歸スルモ其質權者タリシ者カ質物タリシ物ヲ質權設定者ニ返還セサル間ハ其物ヲ占有スル關係ハ質權存在ノ當時ト毫モ異ナルコトナシ而シテ民法第一八五條ニ依レハ(一)所有者ニ對シ所有ノ意思アルコトヲ表示スルカ(二)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代理占有ノ性質ヲ變シ自己ノ爲メ占有スルノ效力ヲ生セサルモノトス故ニ本問ノ場合ニ於テハ民法第一六二條ニ從ヒ時效ニ因リ所有權ヲ取得スルコトヲ得サルモノトス（法曹會決議法書記事第二三卷第四號四九頁要領）

【參照スヘキ學說】

一　本條ハ所謂容假ノ占有ニ付テ規定セリ容假ノ占有トハ所謂代理占有ニシテ他人ノ爲ニ占有ヲ爲スヲ云フ（梅博士民法要義物權編三二頁）

二　代理占有ハ物ノ所持人カ契約又ハ法律ニ因リテ他人ニ對シテ占有物ヲ保管スルノ責ニ任シ之ヲ返還スルノ債務ヲ負フ場合ニ成立ス質權者トシテ物ヲ所持スル者ハ其權原ノ性質上質置主ニ對シ返還ノ義務ヲ負擔シテ物ヲ所持スルモノニシテ質置主ノ爲メニハ代理占有者ナリ（横田博士物權法一四八頁）

三　直接占有者ハ悉ク間接占有者ニ對シテ代理占有者タル位置ニ在リ（三潴法學士法學志林十四卷二號六三頁、本書一卷民法二一頁）

至當ノ見解贊同ヲ表ス蓋シ質權消滅スルモ質權者カ代理占有ノ關係ニ在ルコトハ民法第二〇四條第二項ニ依リテ明カニシテ民法第一八五條ハ廣ク代理占有ノ場合ニ適用セラルヘキモノナレハナリ

（九四）

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

六〇四　賃貸借ノ存續期間ハ二〇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二〇年ニ短縮ス

前項ノ期間ハ之ヲ更新スルコトヲ得但更新ノ時ヨリ二〇年ヲ越ユルコトヲ得ス

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

五箇年毎ニ期間ヲ更新シ以テ永久ニ或土地ヲ賃貸シ得ル旨ノ契約ハ有效ナリヤ

將タ無效ナリヤ（吾人ハ無效ナリト信スル）『左ノ判例ハ有效ト解ス』

五ケ年毎ニ期間ヲ更新シ永久ニ係爭地ヲ賃借シ得ル契約ハ民法施行前ニ於テ有效ナルノミナラス民法施行後ニ於テモ此契約ニ付テハ民法施行法第一條ニ依リ民法ニ別段ノ規定ナキ限リ民法ノ規定ヲ準用セサルヲ以テ有效ナリトス一歩ヲ讓リ假リニ民法ノ規定ヲ準用スヘキ者トスルモ民法第六百〇四條ニ依レハ賃貸借ノ期間ハ二〇年ヲ超ユルコトヲ得サル旨規定セルノミニシテ更新後更ニ期間ヲ更新スルコトヲ禁止シタルニ非ス然ルニ前段認定ノ如ク本件賃貸借ハ五年毎ニ更新スル契約ナルカ故ニ民法第六〇四條ニ違反セサルニ付執レノ點ヨリスルモ前示係爭地ノ賃貸借契約ハ有效ニシテ控訴人ハ係爭土地ヲ永久無限ニ使用シ得ル者ト謂ハサルヘカラス（大阪控訴院四四(ネ)第四六四號大正二年三月二九日民二判決濱田裁判長吉村、三浦、井上、黑木各判事宣告法律新聞八六五號二六頁所載）

【參照スヘキ判例學說】

一　民法施行前ニ於テ締結シタル有期賃貸借ニ於テ若シ賃借人ニシテ更新ヲ欲スルトキハ其意ニ隨フヘシトノ契約ヲ爲シタル場合ハ賃借人ノ欲スルニ任シ何回ニテモ更新ヲ爲ササルヘカラス（東京控訴院明治三九年九月二一日民二判決法律新聞三八六號五頁）

二　賃貸借ノ存續期間ニ關スル民法ノ規定ハ公ノ秩序ニ關ス…賃貸借ノ更新トハ更ニ新タナル賃貸借ノ締結ニ外ナラス（横田博士債權各論四九〇頁）

右ノ如キ契約カ民法施行後ニ締結セラレタルモノトスレハ之ヲ無效ナリト云ハサルヘカラス何トナレハ賃貸借契約ヲ更ニ新タニ締結スルノ謂ニシテ五ケ年毎ニ期間ヲ更新シ得ル旨ノ契約ハ之ヲ賃貸借ノ豫約ト見ルヘク從テ賃貸人ハ斯ル豫約ニ拘束セラレ何回ニテモ更新ノ申込ニ應スヘキ義務アルノ結果民法カ賃貸借ノ期間ヲ二十年ト定メタル趣旨ヲ沒却スルニ至レハナリ然レトモ民法施行前ニ於テ此ノ如キ契約ヲ締結シタル場合ハ民法施行後ニ於テモ效力アルモノト云ハサルヘカラス何トナレハ民法施行前ニ於テハ賃貸借ニ關シテ期間ノ制限ナク而カモ施行前爲シタル更新ノ豫約ハ民法施行法ニ何等規定ナキヲ以テ同法第一條ニ依リ施行後ニ於テモ效力アルモノナレハナリ本件ハ民法施行前ノ契約ナルヲ以テ民法施行後ニ於テモ效力アリト爲セル點ハ至當ノ見解ナリ

一〇八―――（九五）―――

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

七七二第三項　父母共ニ知レサルトキ、死亡シタルトキ、家ヲ去リタルトキ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ未成年者ハ其後見人及親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス

八四三　養子ト爲ルヘキ者カ一五年未滿ナルトキハ其家ニ在ル父母之ニ代ハリテ縁組ノ承諾ヲ爲スコトヲ得

繼父母又ハ嫡母カ前項ノ承諾ヲ爲スニハ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス

八四六　第七七二條第二項及第三項ノ規定ハ前三條ノ場合ニ之ヲ準用ス

八八八　親權ヲ行フ父又ハ母ト其未成年ノ子ト利益相反スル行爲ニ付テハ父又ハ母ハ其子ノ爲メニ特別代理人ヲ選任スルコトヲ親族會ニ請求スルコトヲ要ス（二項略）

母ハ其子（私生子）ヲ養子ト爲スコトヲ得』

私生子カ十五年未滿ナル場合ニ母カ之ヲ養子トナサントスルトキハ何人カ養子ニ代リテ養子縁組承諾ノ意思表示ヲ爲スヘキヤ』

民法總則ニ規定セラレタル第一〇八條ノ雙方代理禁止ノ一般原則ハ特別ノ例外規定ノ存セサル限リハ民法全編ニ通シテ適用セラルルコト勿論ニシテ同法第八四三條ハ父母ニ特種ノ法定代理權ヲ付與シタルニ過キサルモノナルカ故ニ該代理權モ同法第一〇八條ニ支配サルルコト多辯ヲ要セサル處トス從テ本件ノ如ク母カ家ニアル一五歲未滿ノ私生子ヲ自己ノ養子ト爲スニハ代理ノ原則上母ハ絶對ニ私生子ニ代ツテ承諾ヲ爲シ得サルモノニシテ如斯縁組ハ同法第八四六條第七七二條第三項ニ則リ之レカ手續ヲ爲ス可キモノトス抗告人ハ本件ノ如キ場合ハ同法第一〇八條ニ抵觸セストノ旨、主張スレトモ養子縁組ハ養親及其血族ト養子トノ間ニ血緣關係ヲ生セシムル要式的法律行爲ニシテ母カ其私生子ヲ養子ト爲ス場合ニ於テ子ニ代リテ承諾ヲ爲スハ同條前段ノ同一ノ法律行爲ニ付テ其相手方ノ代理人トナルニ當ルモノナルコト幸モ

疑ヲ容ルルノ餘地ナシ(東京地方大正二年(ッ)第九一號同年五月二八日民一河本裁判長橋川、竹田各判事決定)

【養子緣組ノ性質ニ關スル學說】

一 養子緣組ハ當事者ノ一方ヲシテ其家ヲ去ツテ其相手方ノ家ニ入ラシメ且ツ其間ニ親子關係ヲ生セシムル合意ニ依ル法律行爲ナリ(奥田博士親族法論二八二頁)

二 養子緣組トハ當事者ノ一方ヲシテ他方ノ嫡出子タル身分ヲ取得セシメ其家ニ入ラシムルコトヲ目的トスル要式ノ法律行爲ナリ(牧野法學士日本親族法論三二〇頁)

三 親族法上ノ效果ヲ生スル法律行爲ヲ親族的法律行爲ト稱ス養子緣組ノ如キ其契約ニヨルモノハ之ヲ親族契約ト稱ス(中島博士民法釋義卷ノ一、四四五頁)

【實子ヲ養子ト爲スコトヲ得ルヤノ學說】

一 實子ト雖之ヲ養子ト爲スニ付法定ノ利益アリ且法規ニ違反セサルニ於テハ之ヲ爲スニ何ノ妨カ之レアラン私生子ノ如キ之ヲ養子トシテ嫡出子タルノ身分ヲ取得セシムルコトハ法益ノ存スルモノナレハ敢テ不都合ナカルヘシ(牧野法學士日本親族法論二二四頁)

二 私生子ヲ改メテ養子トナスモ亦法ノ禁スル所ニアラス(親族法論二八七頁)

三 私生子庶子ヲ養子トナスコトヲ得(法曹會決議法曹記事一六卷九號七頁)

四 實子ヲ養子ト爲スコトヲ得ス(明治三一年一二月一二日司法省民刑局長回答)

【民法第一〇八條ヲ設ケタル理由ノ學說】

一 双方ノ代理人ト爲ルハ觀念上不能ナルニ非ス政策上之ヲ禁スルモノナリ故ニ弊害ヲ生スル虞ナキトキハ例外トシテ之ヲ許ス本條ハ債務ノ辨濟ヲ以テ例外トナス(中島博士民法釋義卷ノ一、六一〇頁)

二 同趣旨鳩山法學士法律行爲乃至時效三一二頁、富井博士民法原論總論四三四頁

母ハ私生子ヲ養子ト爲スコトヲ得ルヤ吾人ハ之ヲ積極ニ解スルヲ正當ト信ス右判決ハ何等此點ニ付キ說明スル所ナキモ蓋シ當然ノ事理ト認メタルモノナルヘシ然ラハ判旨事實ノ如キ養子カ十五年未滿ニシテ母カ之ヲ養子ト爲サントスル場合ニハ果シテ何人カ子ニ代リテ緣組ヲ承諾スヘキヤ左ノ三說ヲ想像スルヲ得ヘシ

(一)緣組ハ法律行爲ナルコトハ疑ナシ然レトモ私生子カ養子ト爲ルハ常ニ利益ナリ何トナレハ養子ト爲ルニヨリ嫡出子タル身分ヲ取得スレハナリ而シテ民法第一〇八條カ双方ノ代理人トナリ又ハ相手方ノ代理人タルヲ禁シタルハ觀念上不能ト認メタルモノニ非スシテ利害ノ衝突ヲ慮リタルニアルコト但書ニ依リテ明白ナリ果シテ然ラハ利害衝突ノ慮ナキ本件ノ場合ニ於テ母カ子ニ代リテ承諾スルモ民法第一〇八條ノ精神ニ抵觸セスト

(二)母ト子トハ利益相反スルモノナルヲ以テ第八八八條ニ依リ特別代理人ヲ選任シ之ヲシテ承諾セシムヘシト

(三)母ハ民法第一〇八條ニ依リ代理人タルコトヲ得サルハ民八四六條第七七二條三項ノ所謂母カ意見ヲ表示スルヲ得サル場合ニ相當スルヲ以テ後見人及親族會代リテ承諾スヘキモノナリト右判決ハ此理由ニ依レルモノナルヘシ

民法第一〇八條ヲ第一說ノ如ク解スルトキハ遂ニ第一〇八條ハ破壞セラルルニ至ルヘシ蓋シ該條カ但書ニ於テ債務ノ履行ノミニ付例外ヲ設ケタルハ其以外ニ於テハ常ニ代理ヲ許ササルノ精神ナレハナリ

然レトモ亦第三說ノ如ク母ハ意思ヲ表示スルヲ得サルモノト解スルハ首肯スル

消滅シタル債務ノ復活契約

能ハス何トナレハ母ハ意思ヲ表示スルコトヲ得ルモノナルモ只相手方トナリテ意思ヲ表示スルコトヲ得サルモノナレハナリ然ラハ第二說ハ如何ント云フニ此說迚モ亦完全ニハアラサルヘシ何トナレハ私生子カ養子（嫡出子）トナルハ普通利益ト解スルヲ相當トスヘク之ヲ以テ利益相反スルモノトナスハ妥當ニ非サレハナリ然レトモ他ノ二說ニ比シテ寧ロ立法ノ趣旨ニ適スルモノニハ非サルカ要之本問ハ尙研究ノ餘地アルモノナルヲ以テ更ニ他日ヲ俟ツテ之ヲ論セントス

（九六）

辨濟ニ因リ既ニ消滅シタル債務關係ハ當事者ノ契約ヲ以テ更ニ之ヲ復活セシムルコトヲ得ス」

案スルニ明治四二年七月一四日訴外荒川常藏カ控訴人ヨリ金五〇〇圓ヲ借リ入レ被控訴人ハ之レカ連帶保證人トナリシコト同四三年七月四日ヨリ同四四年七月一八日迄ノ間ニ於テ前後八回ニ荒川常藏カ有債務中ニ金二〇〇圓ヲ辨濟シタルコト及ヒ同四四年一二月二八日右消費貸借公正證書ノ債務名義ニ基ツク執達吏村越氏ノ執行ニ際シ被控訴人ニ於テ該借入金元利金額幷ヒニ明治四四年八月以降ノ損害金合計五二七圓二〇錢ヲ支拂セシコトハ何レモ當事者間ニ爭ヒナシ爭點ハ被控訴人ノ辨濟スヘキ債務ハ同代理人主張ノ如ク荒川常藏ノ支拂殘額金三〇〇圓及ヒ之レニ對スル明治四四年八月分以降ノ損害金ノミナリシヤ將タ控訴代理人主張ノ如ク金五〇〇圓ノ元

利金全部ナリヤニアリ

案スルニ控訴代理人ノ主張スルトコロハ控訴人ハ明治四四年七月二六日主タル債務者荒川常藏ニ對シテ金二〇〇圓ヲ交付シ之レニヨリ同人ノ其以前ニ爲シタル前記金二〇〇圓ノ內辨濟ハ曾テ之ナカリシ者トシ被控訴人ニ於テモ該契約ヲ承認シタルヲ以テ控訴人ノ當初ノ金五〇〇圓ノ債權ハ玆ニ復活セラレタルモノナリ假リニ若シ右契約ニヨリテハ債權ノ復活ヲ爲シ得ストスルモ被控訴人ハ該契約ヲ承諾シ居ルモノナレハ全債務金五〇〇圓ニ付キ辨濟ノ責ヲ有スルモノナリト謂フニアレトモ主債務者荒川常藏カ明治四四年七月迄ニ金二〇〇圓ヲ當初ノ金五〇〇圓ノ債務中ニ辨濟シタルコトハ爭ヒナキトコロナレハ該二〇〇圓ニ對スル債權債務ノ關係ハ已ニ此時ニ於テ辨濟ニヨリ適法ニ消滅シ了リシモノニシテ後ニ至リ何等法律上ノ理由ニ依ルモノニアラス漫然之レヲ復活セシメントスルカ如キハ到底不可能ニ屬シカカル契約ハ之ヲ有效ト認ムルヲ得ス（東京控訴院大正元年（ネ）七一三號同二年三月一三日民二判決鈴木裁判長成道、鈴木、高橋、水口各判事宣告）

【同趣旨判例】

債務關係カ辨濟ニ因リ消滅シタル場合ニ於テハ縱令當事者カ異時舊債務關係ヲ復活セシムヘキ意思表示ナ爲スモ其行爲ハ新ナル債務關係ヲ發生セシムヘキ效力アルニ止マリ之カ爲メニ一旦消滅シタル債務關係ヲ復活セシムルヲ得ス（大審院民事判決錄三七年一五三五頁）

同時履行ト遲滯責任トノ關係

當然ノ見解異論アルコトナシ

(九七)

四一二　債務ノ履行ニ付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
債務ノ履行ニ付キ期限ヲ定メサリシ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
四一三　債權者カ債務ノ履行ヲ受クルコトヲ拒ミ又ハ之ヲ受クルコト能ハサルトキハ其債權者ハ履行ノ提供アリタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任ス
四九二　辨濟ノ提供ハ其提供ノ時ヨリ不履行ニ因リ生ス可キ一切ノ責任ヲ免レシム
四九三　辨濟ノ提供ハ債務ノ本旨ニ從ヒテ現實ニ之ヲ爲スコトヲ要ス但債務者カ豫メ其受領ヲ拒ミ又ハ債務ノ履行ニ付キ債權者ノ行爲ヲ要スルトキハ辨濟ノ準備ヲ爲シタルコトヲ通知シテ其受領ヲ催告スルヲ以テ足ル
五三三　雙務契約當事者ノ一方ハ相手方カ其ノ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其限ニ在ラス

雙務契約ト不履行ニ因ル遲滯責任トノ關係

双務契約ニ於テハ當事者ノ一方ハ相手方カ其債務ノ履行ヲ提供スル迄ハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得ルヲ以テ已ニ相手方ヨリ履行ノ提供ヲ爲ス能ハサルカ爲メ延期ヲ申出ツルトキニ尙一方ハ自カラ履行ノ提供ヲ爲スニアラサレハ遲滯ノ責ヲ負フト爲スハ民法ノ趣旨ニ合ハサレハナリ、而シテ翌三十日ニハ抵當權者カ登記所ニ來會セシモ控訴人カ出頭セサリシコト加藤清樹、鴨田清俊、小倉鑄朝、長谷川敬三、窪田豬之吉等ノ證言ニ依リ明ラカナリト雖モ二十九日ニ被控訴人カ自己ノ盡スヘキ義務ヲ盡シ得サル狀況ニ在リシヲ以テ翌三十日ニ延ハサンコトヲ申シ出テシモ控訴人ノ代理人タル上島寛市ハ之レヲ承諾セス結局當事者双方ニ於テ特ニ履行期日ヲ確約セスシテ別レタル事實ヲ上島寛市ノ證言ニヨリテ認メ得ヘキヲ以テ履行期限ハ當事者間ニ於テ無期ニ延期セラレタル者ト認定スルノ外ナシ故ニ三十日ニ控訴人カ登記所ニ出頭セサリシトテ之レヲ以テ又直チニ控訴人ニ不履行アリト云フヲ得ス(東京控訴院大正元年ネ(五八四號同二年二月二〇日民四判決岩田裁判長、野田、松山、三橋、三輪各判事宣告)

【同趣旨學說】

一　債務者カ反對給付ヲ受クルノ權利ヲ有スル場合ニ於テハ債務者ハ債務者ヨリ反對給付ヲ提供スルニ非サレハ給付ヲ爲スノ責任ナキヲ以テ遲滯ノ效力ハ反對給付ノ提供アルマテ停止セラル(横田博士債權各論一〇八頁)

二　同時履行ノ抗辯ハ双務契約ニ於ケル給付交換性ニ基クモノナレハ同時履行ノ抗辯ヲ使用シ得ルニ拘ハラス當然遲滯ノ責ニ任スルモノトナストキハ不履行ノ責任ヲ負擔セシメツツ他方ニ於テ履行ヲ爲スコトヲ要セサルコトヲ許容スト云フカ如キ不條理ノ結果ヲ生スルヲ於テ消極ニ解セントス(飯島法學士明治大學契約總論講義一〇六頁)

至當ノ見解ナリ理由ハ引用學說ニ依リ明白ナルヘシ

(九八)

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

民法第三九五條ハ賃貸借契約ノ解除ヲ訴求スルコトヲ得ル實體上ノ權利ヲ抵當權者ニ附與シタルモノトス(解除ノ意思表示ヲ求ムヘキ權利ヲ與ヘタルモノニ非ス)

民法第三九五條ハ抵當權者ニ與フルニ其抵當權ニ損害ヲ及ホスヘキ賃貸借ノ解除ヲ裁判所ニ請求シ得ヘキ實體上ノ權利ヲ以テシ(訴トシテハ創設ノ訴トナル)敢テ賃貸借契約ヲ締結シタル當事者ニ解除ノ意思表示ヲ爲サシムヘキ實體上ノ權利ヲ與ヘタル

ニアラス其他此ノ如キ場合ニ解除ノ意思表示ヲ求ムヘキ權利ヲ抵當權者ニ與ヘタル規定ノ存スルナシ然ルニ被控訴人ノ原審ニ於ケル一定ノ申立ハ疑モナク控訴人ニ對シ賃貸借解除ノ意思表示ヲ求ムルモノニシテ被控訴人カ訴訟ニ因リ遂行セントスル目的ハ賃貸借ノ解除ヲ裁判所ニ求ムルトハ全ク別異ノモノナレハ右請求ハ夫自體ニ於テ不當ナリ（大坂地方民三判決山本裁判長渡邊、末廣各判事宣告法律新聞八六五號第二五頁所載）

【參照スヘキ學說】

一　民三九五條但書ニ依リ賃貸借ノ解除ヲ命スルトハ已ニ存スル解除義務ニ付キ其存在ヲ宣言スルニ非スシテ創設的ノ判決ヲ爲スモノナリ（法曹會決議法曹記事一五四號三頁）

二　賃貸借ノ解除ハ裁判所ニ對シテ之ヲ請求シ裁判所ノ命令ニ依リテ爲スヘキモノトス（岡松博士民法理由中卷五八〇頁）

三　抵當權者ハ其賃貸借ヲ以テ當然無效ナリト主張スルヲ得ス必スヤ其賃貸借ノ解除ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ要ス（横田博士物權法八四〇頁）

至當ノ見解異論アルコトナシ

（九九）

六一七　當事者カ賃貸借ノ期間ヲ定メサリシトキハ各當事者ハ何時ニテモ解約ノ申入ヲ爲スコトヲ得（下略）

家屋賃貸借賃料增額請求中ニハ該請求不承諾ノ場合ニハ賃貸借ヲ解約スヘシトノ條件附意思表示ヲ包含セス又賃料値上請求ヲ受ケタル後當該家屋ニ居住シタレハトテ値上ヲ承諾シタルモノト言フヲ得ス又從前ヨリ多少餘分ノ賃料ヲ支拂ヒタル事實アルモ之ヲ以テ値上ヲ承諾シタルモノト言フヲ得ス』

賃料値上請求

當事者カ賃貸借ノ期間ヲ定メサリシ場合ニ於テハ各當事者ハ何時ニテモ解約ノ申入ヲ爲スコトヲ得其解約申入後法定期間ノ經過ニ依リ賃貸借ノ終了スルコトハ民法第六一七條ノ規定スル所ナリ而シテ本件賃貸借ニハ其存續期間ノ定ナシト雖モ單ニ此一事ヲ以テ賃貸人タル上告人ヨリ賃借人タル被上告人ニ對シテ爲シタル賃料增額ノ通知中ニ被上告人ノ不承諾ヲ條件トスル立退要求ノ意思表示ヲモ包含スルモノト解ス能ハス斯ル場合ニハ其明示スル所ニ從ヒ之ヲ單純ナル家賃値上ノ請求ト認ムルヲ相當トス從テ其請求ニシテ相當ナラハ被上告人ニ於テ之ニ應スヘキ義務アルニ止マリ應セサレハトテ右請求後法定期間ノ經過ニ因リ賃貸借ノ終了ス可キモノニ非ス加之借家人カ家主ノ賃料値上請求ニ應セス協定不調ノ儘立退ヲ要求セラルルマテ借家ヲ繼續スルカ如キハ世上尠カラサル事例ナルヲ以テ假令被上告人カ上告人ノ前示家賃値上ノ請求ニ對シ明カニ不承諾ノ意思ヲ表示スルカ若クハ家屋ヲ明渡シテ間接ニ不承諾ノ意思ヲ表示スルカ其一ニ出テサリシトテ直チニ依然其家屋ニ居住シタル事實ノミヲ採リ被上告人ニ於テ其家賃値上ノ請求ヲ承諾シタルモノト解ス能ハサルヤ多言ノ要ナシ將又被上告人カ家賃値上請求後從前ノ家賃トシテ多少餘分ニ家賃ノ支拂ヲ爲シ來リタルコトハ原判決ニ於テ確定スル所ニシテ斯ノ如ク借家人カ家賃値上ノ請求ヲ受ケタル後從前ノ家賃ヨリ多額ノ支拂ヲ爲スコトハ時トシテ借家人カ家賃値上ノ請求ニ應シタル事實ヲ認ムル證據資料トナル場合アル可シト雖モ常ニ其資料タリト云フヲ得ス其資料ト爲スト否トハ一ニ事實裁判所ノ職權ニ屬スルモノトス原裁判所ハ先本件賃貸借ニ付上告人カ被上告人ニ對シ家賃月額ヲ金一〇圓ニ値上スル

招集手續ニ欠缺アルノ親族會ノ決議ノ效力

コトヲ請求シタルハ從來ノ賃料ニ比シ十二割餘ニ該リ到底想像モ及ハサル過當ノ要求ナルヲ以テ被上告人ニ於テ暗默ニ之ヲ承諾シタルモノト認ムル能ハストナシ次イテ右家賃月額金六圓位ヲ相當ナリトシテ增額支拂ヲ爲シ來レリトノ被上告人辯解ヲ信實ト認メ被上告人カ上告人ノ家賃値上請求ニ應セリトノ上告人主張事實ヲ否定シ本訴請求ヲ排斥スルニ至リタルモノナリ果シテ然レハ原判決ハ所論ノ如ク法則ニ反シテ不當ニ事實ヲ確定シタル所ナキヲ以テ本論旨ハ上告適法ノ理由トナラス(東京控院大正二年(ナ)第三七號同年五月十九日民一、蓮淵裁判長、木戸、長谷川各判事判決)

(一〇〇)

九四四 本法其他ノ法令ノ規定ニ依リ親族會ヲ開クヘキ場合ニ於テハ會議ヲ要スル事件ノ本人、戸主、親族、後見人、後見監督人、保佐人、檢事又ハ利害關係人ノ請求ニヨリ裁判所之ヲ招集ス

九四八 本人、戸主、家ニ在ル父母、配偶者、本家竝ニ分家ノ戸主、後見人、後見監督人及保佐人ハ親族會ニ於テ其意見ヲ述フルコトヲ得

親族會ノ招集ハ前項ニ揭ケタル者ニ之ヲ通知スルコトヲ要ス

九五一 親族會ノ決議ニ對シテハ一个月內ニ會員又ハ第九四四條ニ揭ケタル者ヨリ其不服ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得

民法第九四八條ノ規定ニ違背セル親族會ノ決議ト雖モ當然無效ニ非ス(本人、戸主父母等ニ對スル親族會招集通知ノ欠缺)

『親族會ノ決議ハ假令其內容若クハ手續ニ法律違背ノ點アルモ民法九五一條ニ依ル不服ノ訴アラサル限リハ確定スルヲ原則トス故ニ親族會ノ構成不適法ニシテ決議ナキト均シキ場合其他決議事項カ公ノ秩序ニ關スル規定ニ違背スル場合ハ格別民法第九四八條第二項ノ規定ニ違背シテ決議ヲ爲シタル場合ノ如キハ同法第九五一條ニ依リ不服ノ訴ヲ爲スヲ得ルコト勿論ナルモ其決議ヲ以テ當然無效ノモノト爲ス可カラスサレハ本訴親族會ノ招集ニ付本家ノ戸主タル上告人ノ父照政ニ通知ナカリシコトヲ理由トシテ其親族會ノ決議ヲ當然無效ト云フヲ得ス(大審院大正二年(オ)第一一五號同年五月一七日民一判決)

【同趣旨判例】

一 親族會招集ニ付分家戸主ニ通知ヲ缺キタリトスルモ當然無效ニ非ス只裁判所ノ無效宣言ニ因リテ始メテ其決議ノ效力ヲ喪失スルニ過キス(東京控訴院、民三、四二年六月一八日判決、判例彙報五卷二二八頁)

二 三名ノ親族會員中其一名ニ對シ適法ノ招集手續ヲ爲サスシテ他ノ二名ノミ招集セラレテ開キタル親族會ノ決議ハ不服ノ訴ニ因リテ無效ノ宣告ヲ受クヘキ素質ヲ具スレトモ當然無效ノモノニ非ス(大審院民事判決錄四一年五〇六頁)

至當ノ見解、尙本書第二卷民法一五八頁以下ヲ參照セラルヘシ

(一〇一)

四一 生前處分ヲ以テ寄附行爲ヲ爲ストキハ贈與ニ關スル規定ヲ準用ス

遺言ヲ以テ寄附行爲ヲ爲ストキハ遺贈ニ關スル規定ヲ準用ス

四二 生前處分ヲ以テ寄附行爲ヲ爲シタルトキハ寄附財產ハ法人設立ノ許可アリタルトキヨリ法人ノ財產ヲ組成ス

遺言ヲ以テ寄附行爲ヲ爲シタルトキハ寄附財產ハ遺言カ效力ヲ生シタルトキヨリ法人ニ歸屬シタルモノト看做ス

(一)生前處分ヲ以テ寄附行爲ヲ爲シ法人カ未タ成立セサルニ先チ寄附者カ死亡シタルトキハ其寄附財產ハ何人ニ歸屬スヘキヤ」

(二)死後處方ヲ以テ寄附行爲ヲ爲シタル場合ニ寄附者死亡後其寄附財產ハ何人ニ歸屬スヘキヤ」

(一) 法人ノ未タ成立セサルニ先チ寄附者カ死亡シタル場合ニ付テハ法律上別段ノ規定存セス寄附財産ハ一旦相續人ノ所有ニ歸シ法人設立ノ許可アリタル時ヨリ法人ノ財産ヲ組成スルモノト解ス

(二) 死後處分ヲ以テ寄附行爲ヲ爲シタルトキハ遺贈ニ關スル規定ヲ準用スヘキモノナレハ寄附者ノ死亡シタル後ニ至リ始メテ法人ノ設立許可ニ關スル手續ヲ爲スヘキモノナリ從テ寄附財産ハ一旦相續人ニ移リ法人設立ノ許可アリタル時ニ於テ更ニ相續人ヨリ法人ニ移轉ス可キモノトナスハ理論上至當ナルモ法律ハ寧ロ實際ノ便宜ニ基キ寄附財産ハ遺言カ效力ヲ生シタルトキニ遡リテ法人ニ歸屬シタルモノト看做シ恰モ條件成就ノ效果ヲ其成就以前ニ遡ラシムヘキ意思表示アリタル停止條件附法律行爲ニ類似スルヲ以テ相續ノ開始ヨリ法人ノ設立許可ノ時ニ至ル迄ノ間ニ遡及力ヲ有スル停止條件附遺贈ニ準シテ之ヲ衡定スルコトヲ得ヘシ（法學士西川一男氏法學新報第六號七四頁以下要領）

【參照スヘキ學說】

一　寄附行爲トハ財團法人ヲ設立スル目的ヲ以テ或財産ヲ無償ニテ處分スル單獨行爲ヲ謂フ故ニ其實質ハ一ノ法律行爲ナルコト言ヲ俟タスト雖モ具形的ニ觀察スルトキハ社團法人ノ定款ニ對當スル一種ノ證書ニ外ナラス寄附行爲ハ其目的トスル財團法人設立ノ時ニ於テ其效力ヲ生スヘキモノナルコト言ヲ俟タス卽チ寄附財産ハ主務官廳ノ許可アリタル時ヨリ法人ニ歸屬スルモノト謂フヘシ生前處分ヲ以テ寄附行爲ヲ爲ス場合ニ於テハ寄附者ハ法人成立ノ際ニ生存スルコト常ナルカ故ニ此原則ニ依ルヘキモノトスルモ敢テ不便ヲ見ルコトナシ故ニ此場合ニ於テハ寄附財産ハ法人設立ノ許可アリタル時ヨリ法人ノ財産ヲ組成ス反之遺言ヲ以テ寄附行爲ヲ爲ス場合ニ此原則ヲ適用スルトキハ甚穩當ナラサル結果ヲ生スヘシ何トナレハ寄附者ハ官廳ノ許可ニ依リテ法人ノ成立スル時期ニハ已ニ死亡セルモノナルカ故ニ寄附財産ハ其死亡ノ時ヨリ法人成立ノ時マテ相續人ニ屬スル結果ト爲リ之ヨリ生シタル果實其他ノ利益ハ通常寄附者ノ意思ニ反シテ相續人ノ所有ト爲ルニ至ルヘケレハナリ故ニ法律ハ此場合

ニ於テ寄附財産ハ遺言カ效力ヲ生シタル時ヨリ法人ニ歸屬シタルモノト看做セリ是固ヨリ一種ノ便宜法ニ外ナラサルナリ（富井博士民法原論總則二〇八頁）同趣旨（岡松博士民法理由上卷八四頁以下）同（梅博士民法要義卷ノ一、八四頁以下）

二　寄附行爲カ生前行爲ナル場合ニ於テハ寄附者ノ死亡後法人設立ノ許可アリタルトキモ死亡ノ時ヨリ其時マテノ間ニ於テ寄附財産ハ法人ニ歸屬シタルモノト看做サルルニアラス（川名博士日本民法總論九五頁）

三　寄附行爲者カ財團法人設立前ニ死亡シタルトキハ其寄附財産ハ一旦相續人ニ移轉シ財團法人設立ノ時ヨリ其法人ノ財産ト爲ル（松岡法學士民法論總則二七五頁）

至當ノ見解ナリト信ス或ハ(一)ニ付キ第四二條二項ノ規定ヨリ類推シテ反對說ヲ想像シ得サルニ非サルモ第四二條二項自體カ特則ナルカ故ニ本論ノ如ク解スルヲ以テ正當ナリト信ス本問ニ關聯シテ相續人カ寄附行爲ヲ撤回スルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題アルヲ注意スヘキナリ（中島博士民法釋義卷ノ一、二五八頁）

（一〇二）

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

二八三　地役權ハ繼續且者表現ノモニ限リ時效ニ因リテ之ヲ取得スルコトヲ得

(一) 時效ニ因ル不動産物權ノ取得モ之ヲ登記スルニ非サレハ第三者ニ討抗スルコト能ハサルヤ」

(二) 民法第一七七條ニ所謂第三者ノ意義」

(一)　民法第一七七條ハ不動産物權ノ取得原因ニ付キ區別スル所ナキト民法カ登記ヲ以テ不動産物權ノ得喪變更ニ付イテノ公示方法トナシ以テ第三者ヲ保護セントシタル趣旨トニ基ツキ同條所定ノ不動産物權ノ取得中ニハ時效ニ因ル原始的取得ノ場

合ヲモ包含シ不動産物權ノ時效取得ヲ以テ第三者ニ對抗スルニハ登記ヲ爲スコトヲ要スト解セサルヘカラス故ニ本件ニ於テ控訴人カ明治四一年七月一六日時效ニヨリ取得シタリト主張スル通行地役權ニ付キ之レカ取得ノ登記ヲ爲ササルコトハ控訴人ノ主張スルトコロナルヲ以テ控訴人カ右通行地役權ヲ時效ニ因リ取得シタリトスルモ之レカ取得ヲ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノト謂ハサルヘカラス

(二) 登記ノ欠缺ヲ主張スル正當ノ利益ヲ有スル者トハ必スシモ對抗ヲ受クヘキ物權ノ目的物ニ關シ權利ヲ取得シタルモノニ限定セラルヘキモノニアラス卽チ同一不動産ニ關シ權利取得ノ競合ヲ要スルモノニアラスシテ廣ク其他ノ事由ニヨリ法律上登記ノ欠缺ヲ主張スル正當ノ利益ヲ有スト認メラルヘキモノモ又登記ノ欠缺ヲ主張スル正當ノ利益ヲ有スルモノト謂ハサルヘカラス而シテ本件ニ於テ控訴人ハ被控訴人カ本件承役地上ニ建物ヲ新築所有スルコトヲ主張シ此事實ハ被控訴人ノ爭ハサルトコロナリトス今若シ控訴人カ其地役權取得ヲ以テ被控訴人ニ對抗スルコトヲ得トセン乎被控訴人ハ控訴人ノ請求ニ從ヒ地役權ノ存在ヲ確認シ且ツ其所有ニ屬スル本件建物ノ一部ヲ收去セサルヘカラス又若シ控訴人ハ其地役權取得ヲ以テ被控訴人ニ對抗スルコトヲ得サルモノトセン乎被控訴人ハ地役權ノ存在ヲ確認スルノ要ナク且ツ其所有建物ニ付キ所有權ノ行使ヲ完フスルコトヲ得ヘシ如斯登記ノ有無ハ被控訴人ノ所有權ノ行使ニ重大ナル影響アルヲ以テ此事由ニ依リ被控訴人ハ本件登記ノ欠缺ヲ主張スル正當ノ利益ヲ有スルモノニシテ民法第一七七條ニ所謂第三者ナリト謂ハサルヘカラス隨ツテ控訴人ノ主張スルカ如ク被控訴人カ本件承役地ニ付キ全然貨借

權ヲ有セサルモノトスルモ被控訴人ヲ以テ所謂第三者ナリト稱スルニ妨ケアルヲ見ス控訴人ハ被控訴人カ本件通行地役權ノ存在スルコトヲ了知シ之レカ行使ニ對シ異議ヲ述ヘサリシト主張スト雖トモ實際上相隣者間ノ交誼ニ徵シ此事實アル故ヲ以テ法律上重大ナル效果ノ發生スヘキ對抗權ノ拋棄ヲ爲シタルモノト推測スルコトヲ得スシテ此事實ハ唯他人ノ權利行使ヲ看過シ德義上異議ヲ述ヘサリシニ過キサリシモノト解スヘキモノトス故ニ被控訴人ハ本訴ニ於テ登記ノ欠缺ヲ以テ控訴人ニ對抗スルコトヲ得ヘシ（東京控訴院大正元年（ネ）六五一號同二年二月一四日民三判決松田裁判長中尾、滿田、前田、高瀨各判事宣告）

【第一點ニ付テ同趣旨學說】

一 占有ノ效用ニ至リテハ登記法第一條ハ占有ヲ要素トスル權利（占有權及留置權）ヲ除外スト雖モ苟モ登記ヲ要スル權利ノ部類ニ屬スル以上ハ其取得原因ノ如何ニ依リテ區別スルコトナシ取得時效ハ繼續セル占有ヲ要件ト爲スモ一旦完了シタル後ニ在リテハ其必要ナキコト言ヲ俟タサレハ登記ノ必要ナシト云フヲ得ス唯登記法第一條ニ列擧セル登記事項ノ中時效ニ因ル取得ハ其何レニモ該當セサルカ如シ之畧覽法文ノ不備ナリ然レトモ凡ソ法文ヲ解釋スルニハ大ニ從來ノ用例ヲ參酌スル必要アリ此點ヨリ觀察スルトキハ同條ニ所謂權利ノ移轉トハ之ヲ廣義ニ解シ時效ニ因ル取得ヲモ包含スルモノト爲スコトヲ得サルニ非ス（富井博士著民法原論物權七一頁以下）

二 時效ニ因リテ權利ヲ取得シタモノト雖モ尙ホ登記ヲ爲サナケレハ以テ第三者ニ對抗スルコトカ出來ヌ時效ノ條件カ何時具備シタカ一〇年又ハ二〇年ノ占有ト云フモノカ法律ノ總テノ條件ヲ具ヘテ何時行ハレタカト云フコトハ第三者ニ分リヤウカナイソレテアルカラ矢張リ是ハ登記スヘキモノテアルソレ故ニ法文ニモ得喪變更ト廣ク書イテアリテ決シテ時效ニ因ルモノヲ除イテハナイ（故梅博士、民法第一七七條ノ適用範圍ヲ論ス、法學志林九卷四號四五頁以下）

三 民法第一七七條ハ廣ク不動產物權ノ得喪變更ヲ以テ第三者ニ對抗スル爲メニハ登記スヘキ旨ヲ規定シ其得喪變更ノ原因如何ヲ問ハス且同條立法ノ精神ハ第三者ヲシテ不慮ノ損失ヲ蒙ルコトナカラシメントスルニアリ第三者保護ノ必要アル點ニ於テハ時效ニ因ル取得ノ場合モ設定又ハ移轉ニ因ル取得ノ場合モ全然同一ナリ（乾學士法學協會雜誌三〇卷六號以下、本書一卷民法二二五頁）

四　法曹記事二一卷七號所載司法省民刑局長回答
五　法律日日一九四號鈴木學士意見

【第一點同趣旨判例】

時效ニ因リテ物權ヲ取得シタルモノモ之ヲ以テ第三者ニ對抗セントスルニハ其登記ヲ爲ササル可ラサルモノトス（長崎地方判決法律新聞七〇四號二五頁）

【第一點參照判例】

民法第一七七條ノ規定ハ不動產ニ關スル物權ノ得喪及變更カ當事者ノ意思表示ニ因リテ生シタル場合ノミナラス家督相續ノ如キ法律ノ規定ニ因リテ生シタル場合ニモ亦適用セラルヘキモノトス（大審院民事判決錄四一年一三〇一頁）

【第一點反對學說】

民法第一七七條ハ承繼取得ニノミ適用アリ從テ原始取得ニ屬スル時效取得ニハ適用ナシ其理由ノ一ハ本條ニ第三者トアル以上ハ其所謂得喪變更ハ當事者ノ權利關係ヨリ生シタルモノヲ意味スト解スルヲ得ヘク而シテ取得時效ハ占有ノ事實ヨリ生シ當事者ノ權利關係ヨリ生セス故ニ同條ハ取得時效ニ適用ナシ其二ハ占有者ハ常ニ登記面ノ權利者ニ對シテ其取得時效ヲ完了シ得ヘキカ故ニ時效完了前登記面ノ權利者ニ變更ヲ生スルモ此事實ハ占有者ノ時效ニ因ル所有權ノ取得ヲ妨クルコトナシ從テ占有者ノ權利ハ時效完了後ニ於テモ登記ニ拘ハラス存立スト爲ササルヲ得ス其三ハ取得時效ノ要件ハ繼續セル公然ノ占有ニ在ルヲ以テ之ヲ認識スルコト容易ナルニ依リ夫自體ニ於テ第三者ニ對スル公示ノ要件ヲ具備シ發記ニヨリ之ヲ公示スル必要ナシ其四ハ現行法ニ依レハ登記ハ物權ノ得喪變更ヲ公示スルノ方法タルニ過キサルヲ以テ眞正ノ權利ニ基カサル登記ハ實體上何等ノ效力ヲ生セサルノミナラス其登記ヲ信シテ取引ヲ爲シタル第三者モ亦法律ノ保護ヲ受クルコトヲ得ス（横田博士著物權法六八頁以下松岡學士著民法論物權五七頁以下）

【第一點反對判例】

一　不動產ノ取得時效ノ完成シタル後ニ保存登記ヲ爲シタル前所有者ヨリ其不動產ヲ買得シテ所有權ノ取得登記ヲ爲シタル者ハ取得時效ニ因ル取得登記ノ欠缺ヲ主張スルヲ得ス（大審院民事判決錄四三年七八四頁）

二　時效ニ因リ不動產ノ所有權ヲ取得シタル場合ニ於テハ民法第一七七條ノ適用ヲ受クルコトナク登記ヲ要セスシテ他人ニ對抗シ得可キモノトス（東京地方民四判決法律新聞六二三號一一頁）

【第二點ニ付テ同趣旨判例學說】

一　民法第一七七條所謂第三者トハ當事者若クハ其包括承繼人ニ非スシテ不動產物權ノ得喪變更ノ登記欠缺ヲ主張スル正當ノ利益ヲ有スル者ヲ指稱ス（大審院民事判決錄四一年一二七六頁）

二　民法第一七七條ニ所謂第三者トハ當事者及其包括承繼人ヲ除キ登記ノ欠缺ヲ主張スルコトニヨリテ同一不動產ニ關スル自己ノ權利ノ存在ノ事實又ハ其權利カ特定ノ制限ヲ受ケサル事實ヲ法律ニヨリ少クトモ實體的ニ認メラルヘキ地位ニアルモノヲ云フト解シテハ如何請フ左ニ之ヲ分析說明セン

(イ)當事者ノ包括承繼人カ所謂第三者ニ屬セサルコトニ付テハ殆ト異論アルコトヲ聞カス

(ロ)玆ニ所謂權利トハ不動產ノ上ノ權利タルコトヲ要セス不動產ニ關スル權利タルヲ以テ足ル故ニ啻ニ物權ノミナラス强制執行ヲ爲ス權利及賃借權ノ如キモノヲモ包含ス從テ一般ノ債權者及賃借人モ亦第三者タリ

(ハ)登記ノ欠缺ヲ主張スルコトニ因リテ自己ノ權利ノ存在ノ事實又ハ其權利カ特定ノ制限ヲ受ケサル事實ヲ認メラルヘキ地位ニ在ルモノニハ自己ニ對抗セントスル物權ノ變動ト全然又ハ或範圍ニ於テ相容レサル權利ヲ有スル者ヲ云フ即チ其物權ノ變動ヲ承認スルトキハ其結果トシテ自己ノ權利ノ存在ヲ否認スルコトトナリ又ハ自己ノ權利ニ付テ特定ノ制限ヲ承認スルコトトナル可キ運命ヲ有スルモノヲ云フ（乾學士、法學協會雜誌三〇卷六號一頁以下本書一卷民法二三一頁）

吾人ハ本件判決ト略同趣旨ノ見解ヲ有ス本書第一卷民法二二五頁以下ヲ參照セラルヘシ

（一〇三）

二九九　裁判所ハ管理人ヲシテ財產ノ管理及ヒ返還ニ付キ相當ノ擔保ヲ供セシムルコトヲ得（二項略）

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

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

四六一　前二條ノ規定ニ依リ主タル債務者カ保證人ニ對シテ賠償ヲ爲ス場合ニ於テ債權者カ全部ノ辨濟ヲ受ケサル間ハ主タル債務者ハ保證人ヲシテ擔保ヲ供セシメ又ハ之ニ對シテ自己ニ免責ヲ得セシム可キ旨ヲ請求スルコトヲ得右ノ場合ニ於テ主タル債務者ハ供託ヲ爲シ又ハ保證人ニ免責ヲ得セシメテ其賠償ノ義務ヲ免ルルコトヲ得

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

商法一七八第二項 前項ノ請求ヲ爲シタル株主ハ監査役ノ請求ニ因リ相當ノ擔保ヲ供スルコトヲ要ス會社カ敗訴シタルトキハ右ノ株主ハ會社ニ對シテノミ損害賠償ノ責ニ任ス

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

不動産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 前條ニ掲ケタル權利ノ設定、移轉ノ變更又ハ消滅ノ請求權ヲ保全セントスルトキ

右ノ請求權カ始期附又ハ停止條件附ナルトキ其他將來ニ於テ確定スヘキモノナルトキ亦同シ

將來發生スヘキ債權ニ對シテ擔保ヲ設定スルコトヲ得ルヤ(根抵當ノ設定)

根抵當トハ將來ノ債權ヲ擔保スルノ目的ヲ以テ設定セラレタル抵當權其他ノ擔保權ナリ或ハ擔保權ハ擔保セラルヘキ債權ニ從タル權利ナルヲ以テ主タル債權ノ發生以前ニ於テハ擔保權獨リ獨立スルコトヲ得ストノ說ナキニアラスト雖モ擔保權ノ從タル性質ハ單ニ其主タル權利ノ範圍ニ制限セラルルノ意義ヲ有スルニ過キスシテ主タル債權ノ存在ヲ以テ其成立ノ要件トスルノ義ニアラサルナリ加之我法制ニ於テモ別ニ將來ノ債務ニ對スル擔保ノ成立ヲ否認スルノ規定ナキノミナラス却テ之ヲ容認スルノ趣旨ハ民法第二九條第一九九條第四六一條第九三三條及ヒ商法第一七八條二項第二八一條等ニ依ルモ之ヲ推知スルニ難カラス或ハ根抵當ハ信用契約ニ依ル受信用者ノ債務ヲ擔保スルモノナリト言フ者アレトモ受信用者ハ與信用者ニ對シテ貸付ケヲ請求スルコトヲ得ルノ權利ヲ有スルモ何等ノ義務ヲ負擔スルモノニアラス與信用者カ受信用者ノ請求ニ依リ其義務ヲ履行シテ貸付ヲ實行シタルトキニ於テ受信用者

ハ之ヲ返濟スルノ債務ヲ生スルニ外ナラス或ハ又根抵當權ハ停止條件付債權ヲ擔保スルモノナリトノ說アリ即受信用者ハ將來現實ニ借入レヲ爲シタルトキハト云フコトヲ條件トシテ返濟ノ債務ヲ負擔スルモノナリ根抵當ハ此條件附債務ヲ擔保スルニ外ナラス唯債權カ條件附キタルヲ以テ擔保權モ亦條件附ナリト云ハサルヘカラスト又或ハ根抵當ハ條件附ニテ質權又ハ抵當權ヲ設定スト爲ス者アリ信用契約ニ基キ「借入ヲ爲サハ」ト云フ條件附ニテ擔保權ヲ設定スルモノニシテ後日條件成就シ消費貸借成立セハ右契約ハ主タル債權ト共ニ其效力ヲ生シ擔保權ノ發生ヲ來スモノトスト然レトモ停止條件附債務擔保說ニ於ケル所謂返還ノ債務ハ將來消費貸借カ成立シタル場合ニ於ケル其消費貸借ノ效果ニシテ與信用契約ノ效果ニ非ス又條件附擔保權設定說モ正當ニ非ス蓋シ當事者ノ意思ハ將來ノ借入金ニ對シ豫メ現ニ擔保ヲ供スルニ在ルノミナラス若シ條件附設定ナリトセハ第一回ノ一部借入ヲ爲シタトキハ玆ニ條件成就シ無條件ノ擔保設定セラルルヲ以テ與信契約ノ繼續中ト雖モ爾後ニ爲サル可キ借入金ニ對シテハ既ハ根抵當ノ性質ヲ失フニ至ルノ結果ヲ生スヘク斯クテハ根抵當本來ノ性質ニ反スト云ハサル可カラス

以上ノ理由ニヨリ根抵當ニ付テハ直ニ與信契約ニ依ヨ定マレル金額ニ付テ本登記ヲ爲スヲ正シトス(法曹會決議法曹記事第二三卷第五號五五頁以下要領)

【根抵當ニ關スル學說判例】

一 根抵當カ一般ノ抵當ニ相異ナル所ハ將來ニ發生スヘキ債權ヲ擔保スル爲メ豫メ設定シ置キ登記ノ日附ヲ以テ順位ヲ定ムル一點ニ過キナイノテアル信用ニ對スル現在ノ債務ヲ擔保スルトイフ觀念ニハ不同意テアル……停止條件付法律行爲ト將來條件

ノ成就ニ因リテ成立スヘキ法律關係トハ混同スヘカラサルモノナリ……未來ノ債權ハ何故ニ之ヲ擔保スルコトヲ得ナイカ現ニ甲者ト乙者トノ契約ニ於テ甲カ乙ヲ信用シテ後日貸渡ヲ爲ス義務ヲ負ヘルコト確實ナル以上ハ其契約ノ日附ヲ以テ後日ニ發生スヘキ債權ノ擔保ヲ設定スルニ如何ナル妨モ無イコトテアルト思フ……夫ノ身元保證ノ如キハ主タル債權ニ先チ成立スル點ニ於テ根抵當ト全ク性質ヲ同フスルモノナリ而シテ世間一人トシテ其有效ナルコトヲ疑フ者ハナイ……債權ノ擔保ハ從タル權利ナリトハ或債權ノ爲ニ存在スルモノナリツテ其債權ノ範圍ヲ超エテ存在スルコト能ハサル意義ニ外ナラス又決シテ主タル債權ノ發生以前ノ日附ヲ以テ之ヲ擔保スルコトヲ得サル意義ナナイ（富井博士根抵當ノ有效ナル理由ニ付テ、法律新聞第八三號）

二 根抵當ハ信用契約ニ因ツテ受信用者ノ爲ニ生スル條件附債務ヲ擔保スル爲メニ設定シタル條件附ノ抵當權又ハ質權ナリ根抵當カ抵當權又ハ不動產質ナリトキハ登記ヲ爲ササレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコト得ヌノナリ而シテ此場合ニハ假登記ノ方法ニ依ルヘキコトハ不動產登記法第二條第二項ノ規定ニ依ツテ明カナリ（梅博士根抵當ヲ論ス法律新聞五五號）

三 根抵當ハ條件附ニテ質權又ハ抵當權ヲ設定スルモノナリ……其目的物カ不動產ナル場合ニハ與信用者ハ假登記ニ依リテ其權利ヲ保全シ後日債權發生シタルトキ更ニ本登記ヲ爲サハ擔保ヲ失フ危險毫モ之アルコトナシ（富井博士未タ發生セサル將來ノ債權ノ擔保ニ就テ、法學志林記念論文集四七一頁）

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

五 占有保全ノ訴ニ於テ占有者カ占有妨害ノ危險ニ付キ責任アル者ニ對シ將來生スヘキ損害ノ爲ニ豫メ擔保ヲ要求ムルコトヲ得ルハ此兩者間ニ已ニ權利義務ノ關係ヲ生シタルカ爲メニシテ其權利義務ハ占有妨害ノ危險ニ對シテ占有者ノ利益ヲ保全スルヲ目的トスルモノナリ……與信契約ノ成立當時ニ在テ受信者ハ與信者ニ對シテ未タ具體的ニ或給付ヲ爲スノ義務ヲ負擔スルモノニアラルモ之カ爲メ其間ニ何等權利義務ノ關係ヲ生セサルモノト謂フコトヲ得ス與信者ハ受信者ニ信用ヲ與ヘタル結果受信者ノ請求ニ應シ金錢ヲ貸與スルノ義務ヲ負擔スルト同時ニ受信者モ亦自己ノ利益ノ爲メニ與信者ノ爲シタル信用開始ノ結果ニ對シ與信者ヲ保護スルノ義務ヲ負擔スルヲ以テナリ此義務ヲ擔保スルカ爲メニ根抵當ヲ供スルモノナリ根抵當ハ與信契約ヨリ生スル抽象的權利義務ヲ擔保スルヲ目的トシ當事者間ニ於テ豫想ノ如ク具體的ニ金錢債務ノ發生ヲ見ルニ至リタルトキハ根抵當ヲ其債務ノ擔保ニ轉換セシムルコトニ依リテ與信者ノ權利ヲ確保スルモノナリ總テ此等ノ場合ニ於テ當事者ノ供シタル擔保ハ將來生スヘキ債務ヲ擔保スルニ非スシテ現在ニ於テ存在スル債務ヲ擔保シ後ニ至リ其債務關係ヨリ發展シタル具體的金錢債務ノ擔保ニ轉換スルモノナリ（横田博士物權法六八九頁以下）

六 民法ノ一般的規定ヨリ將來ノ債務ニ就テ保證契約ヲモ爲シ得ルト云フ意義ハ明カニ認メ得ラルヘキ規定カアル即民一二九

條ト不動產登記法第二條第二項ノ規定トヲ對照シテ解釋スルト云フト條件附法律行爲ノ場合ニ於テハ其條件ノ成就ニ依リテ初メテ發生スヘキ債務ヲ擔保スルコトノ出來ルト云フコトハ一點ノ疑モナイノテアル然ルニ條件ノ成就ニ依ツテ初メテ發生シ得ヘキ債務トハ取リモ直サス將來ニ於テ發生シ得ヘキ債務テアル停止條件附法律行爲ノ場合ニ於テハ其目的トシタル權利義務ハ其條件カ成就スルマテハ未々發生シナイト云フコトハ學者間ニ殆ント異論ナイ所テアル……民法ハ此將來ノ債務ト雖モ一般ノ規定ニ從ヒ擔保スルコトヲ得ルモノトシテアル……從テ亦豫メ保證契約ヲ締結スルコトヲ許スノ精神ナリト推測スルコトカ出來ルモノテアル（乾法學士將來ノ債務ニ對スル保證ニ就テ法學志林八卷一一號一頁以下一二號二六頁以下）

七 根抵當トハ將來ニ發生スヘキ擔保トシテ前以テ抵當ヲ設定シ置ク行爲ヲ云フ……此行爲ハ從來銀行若クハ商人間ニ汎ク行ハレ裁判上保護シ來レル慣例ナルカ故ニ現行ノ法規ニシテ抵觸セサル以上法律上此行爲ノ有效ナル可キコト固ヨリ論ヲ俟タス（大審院民事判決錄八輯七四頁）

根抵當カ有效ナリヤ否ヤハ已決ノ問題ニシテ只其有效ナル理由ニ就テ說ヲ異ニスルノミ而シテ其說ノ揆一セサル所以ノモノハ畢竟擔保權ノ從タル性質ヲ如何ニシテ調和スヘキカニアリトス然レト吾人ハ本論ノ如ク民法カ各所ニ將來ノ債權ニ對シ擔保權ヲ設定シ得ルコトヲ規定セル點ヨリ推理シ當事者ノ意思ヲ以テ債權發生前ニ於テ擔保權ヲ設定スルハ法ノ精神ニ牴觸セサルモノナリト說明スルヲ以テ足レリト信ス

一一〇 代理人カ其權限外ノ行爲ヲ爲シタル場合ニ於テ第三者カ其權限アリト信スヘキ正當ノ理由ヲ有セシトキハ前條ノ規定ヲ準用ス

代理人ニ非サル者ノ行爲ニ就テハ假令第三者カ代理ノ權限アリト信シタル場合ト雖モ民法第一一〇條ノ適用ナキモノトス』

原院ハ黒澤カ被上告會社ノ支配人若クハ支配人ト同樣ノ權限ヲ有スル代理人ニモ非ス又其他ノ代理人ニモ非スト認定シタルモノナルコト判文上明示スル所ナリ而シテ代理人ニモ非ス者ノ行爲ニ付テハ假令第三者カ代理ノ權限アリト信シタル場合ト雖モ民法第一一〇條ノ適用アルヘキニ非サルハ原院判示ノ如クナルヲ以テ原院カ上告人ニ於テ黒澤ニ甲第一號證約束手形ノ振出ニ付被上告會社ヲ代理スル權限アリト信スヘキ正當ノ理由アリタルヤ否ヤヲ判斷セサリシハ不法ニ非ス又原院ハ黒澤カ主命ニ因リ被上告會社ノ事務ヲ執リ居タル事實ヲ認メタルモ代理權ヲ有セサル者ニシテ代理人トシテ事務ヲ執リタルニ非ストセルモノナレハ原判決ハ理由ニ齟齬ナシ（大審院大正二伴(オ)九七號同年五月一日民一判決）

【同趣旨學說】

一　代理人カ其權限外ノ行爲ヲ爲シタルコトヲ要ス從ツテ代理人ナルコトヲ要シ又權限アルコトヲ要スサレハ全ク代理權ナキ場合ニハ本條ノ適用ナシ（鳩山學士著法律行爲乃至時效三二八頁要領）

【同趣旨判例】

一　民法第一一〇條ハ代理人カ權限外ノ行爲ヲ爲シタル場合ニ關スル規定ナリトス從テ後見人カ其權限內ノ行爲ヲ爲シタル場合ニハ之ヲ適用ス可キモノニ非ス（大審院民事判決錄三九年七五八頁）

二　民法第一一〇條ハ代理人タル資格アル者カ權限超過ノ行爲有リタル場合ニ限リ適用セラルヘキ規定ナリ（本書二卷民法一九二頁東京控訴院三判決）

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

法人ノ目的ノ範圍內ニ在ラサル行爲ニ因リテ他人ニ損害ヲ加ヘタルトキハ其事項ノ議決ヲ贊成シタル社員理事及之ヲ履行シタル理事其他ノ代理人連帶シテ其賠償ノ責ニ任ス

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

七一五　或事業ノ爲メニ他人ヲ使用スル者ハ被用者カ其事業ノ執行ニ付第三者ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス

但使用者カ被用者ノ選任及其事業ノ監督ニ付相當ノ注意ヲ爲シタルトキ又ハ相當ノ注意ヲ爲スモ損害カ生スヘカリシトキハ此限ニ在ラス

使用者ニ代ハリテ事業ヲ監督スル者モ亦前項ノ責ニ任ス

前二項ノ規定ハ使用者又ハ監督者ヨリ被用者ニ對スル求償權ノ行使ヲ妨ケス

自働車事故ト故意過失ナキ賠償責任』

(一)　自働車ニ關スル特別ノ責任法規ナキ今日ニ於テ或自働車カ人ヲ轢タ場合轢カレタ人ニ過失カナカツタ時ニハ其人ハ何人ニ對シテ如何ナル要求ヲ爲シ得ルテアラウカ之ニ付テハ多クハ場合ヲ分ツテ考ヘテ見ネハナラス勿論刑事上ノ問題ハ玆ニ論スルノテハナイ自働車カ所謂自用自働車テアツテ其運轉手カ乘用車ノ雇人テアルト假定スレハ民法第七一五條カ其適用ヲ見ルコトニ爲ル同條第一項本文ニハ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第三者ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責ニ任スト規定サレテアル此事業ナル文字ノ解釋ニ付テハ多少研究ノ餘地カ存スルケレトモ之ヲ狹ク解シテ事務ノ執行（Geschäftsführung）トカ又ハ營業タル事業（Gewerbeicher Betrieb）ト見ルコトハ不當テ寧ロ廣ク解スヘキモノト信スル即チ本問ノ場合ニ於テモ雇主ハ其責ヲ免カルルコトヲ得ヌノテアル但シ同條第一項但書ニモアル如ク使

事業ノ意義
事業トハ繼續的觀念ナルヤ

用者又ハ之ニ代ハリテ事業ヲ監督スル者カ被用者ノ選任及其事業ノ監督ニ付相當ノ注意ヲ爲シタルトキ又ハ相當ノ注意ヲ爲スモ尙ホ損害カ生スヘカリシトキハ責任ナキコトトナルカ故ニ主人カ未熟ナル運轉手ヲ雇タトカ自働車ノ發働機商止等ノ設備其他運轉上ノ注意ト云フカ如キコトニ付テ不注意テアル場合ヲ除テハ多クハ責任ヲ負ハサル結果ト爲ルノテアル

本條ニ「事業」トアルカ爲メニ假令營業タルコトヲ必要條件トシタルニ非ストスルモ尙ホ多少繼續的ノ意味ヲ有スルモノト認ネハナラヌ果シテ然ラハ甲カ所有スル自働車ト甲ノ使用スル運轉手トヲ一時借リ受ケテ乙カ乘用シテ他人ニ損害ヲ與ヘタ如キ場合ニハ第二項ノ所謂「使用者ニ代リテ事業ヲ監督スル者ト看做ス」ヘキ場合ノ外ハ乙ハ責任ナクシテ寧ロ時トシテ甲ノ責任ト爲ルカ如キ結果ヲ來スノテアル又主人カ法人ナル場合ニ付テハ民法第四四條ヲ顧慮セナケレハナラヌ然ルニ若シ自働車カ乘用者ノ所有物テモ無ク又運轉手カ常雇ノ者テモナキ場合ニハ現行法條ノ處置ハ如何テアルカ乘客ニ故意又ハ過失ナキ時ハ別ニ乘客ヨリシテ何等賠償等ヲ爲スヘキ理由ハナイノテアル然ラハ自働車會社ノ雇人タル運轉手ニ向テ之ヲ求ムルカ若クハ前ニ述ヘタル如ク法人ノ理事ニ該當スヘキ役員又ハ其他ノ代理人カ使用者タル運轉手ノ選任及事業ノ監督ニ付相當ノ注意ヲ爲サナカツタ時ニ於テ會社自身ニ向ツテ賠償ヲ求ムルノ外ハナイ然ルニ閉クカ如クンハ是等ノ貸自働車會社又ハ一個人トシテ貸自働車屋ハ是等ノ場合ヲ慮テカ又ハ他ノ關係ヨリカ知ラヌケレトモ各自働車ノ所有主ヲ運轉手ノ名義ニシテ居ルノモ有ルト謂フ然ラハ危害ヲ受ケタ者カ運轉手ト會社トノ直

自働車事故ト被害者ノ保護
故意過失ト不法行爲

接ノ法律行爲ヲ知ラサルトキ即チ善意ナラハ運轉手ヲ相手取ツテ其自働車ノ假差押又ハ差押ヲモ爲シ得ルノテアラウ

(二) 現行民法ノ規定ノミヲ以テ律スルナラハ被害者ハ事實上保護ニ浴スルコト甚タ薄イ何トナレハ運轉手ニ故意又ハ過失アリトシテモ運轉手ハ實際ニ於テハ無資力者テアル又第七一五條第四四條ニ依ツテ主人又ハ會社等ニ對シテ損害賠償ヲ求メ得ル場合ニモ選任監督ニ付テ使用者カ相當ノ注意ヲ缺キタルヤ否ヤノ判定ハ甚タ困難テアル多クノ場合ニハ第七一五條第一項但書末段ノ「相當ノ注意ヲ爲スモ損害カ生スヘカリシトキハ此限ニ在ラス」ノ規定ニ依ツテ使用者カ責ヲ免カルルコトニ爲リハセヌカ之ヲ要スルニ自働車事故其他之ニ類似スル場合ニ於テハ現行民法不法行爲ノ規定ノミヲ以テシテ滿足スルコトハ出來ヌ從來吾人ハ唯何トナク一切ノ賠償責任ハ必ス故意又過失ヲ原因トセネハナラヌト謂フ觀念ニ捉ハレテ居ツタノテアルカ社會ノ事物カ複雜ト爲ルニ從ツテ便宜公平一般ノ安寧ト謂フカ如キ諸種ノ社會的要求カラシテ立法主義ニ變動ヲ來サネハナラヌ即チ故意過失ニテ他人ニ損害ヲ與ヘタ者ノミカ賠償責任ヲ負フト謂フ狹イ觀念テハ被害者ノ保護ハ得ラレナイノテアル（法學士三潴信三氏法學志林第一五卷第五號五〇頁以下要領）

【參照ス可キ學說判例】

一 本書第一卷民法三〇、二五〇、六六九頁

二 玆ニ所謂被用者中ニハ僕婢園丁車夫馬丁車掌運轉手其他雇傭關係ニ因リ他人ノ指揮命令ヲ受ケテ其使役スル勞務者ヲ包含ス……使用人及監督者ノ責任ハ被用者ノ選任又ハ事業ノ監督上ニ於テ怠慢アリタルコトヲ豫想スルヲ以テ使用人カ被用者ノ選任及監督ニ付相當ノ注意ヲ爲シ過失怠慢ノ責ム可キモノナカリシコトヲ證明シタルトキハ責任ノ因リテ生スル基本ノ事實ヲ缺

クニ至ルヲ以テ被害者ニ對シテ賠償ヲ爲スノ義務無シ（横田博士債權各論八七六頁）

三　同說民法正解債權編一四七二頁岡松博士民法理由下卷次四八二頁梅博士民法要義債權八九四頁

穩健ナル說明大體ニ於テ異論ナシ然レトモ（一）所謂事業ノ觀念ハ本論ノ如ク之ヲ稍ヤ狹義ニ解ス可キカ吾人ハ一般學說ト共ニ廣義ニ解シ以テ被害者ヲ保護スヘキヲ正當ト信ス（二）現行民法以上ニ被害者ヲ保護ス可キ規定ヲ設クヘキコトニ付テハ吾人モ同感ナリト雖モ而モ亦他方ニ於テハ自働車ノ發達並ニ戰時ニ於ケル徵發利用ノ如キ必要ヲ顧ミ適當ナル立法ヲ爲スヘキ要アリト信ス

（一〇七）

四一四　債權者カ任意ニ債務ノ履行ヲ爲ササルトキハ債權者ハ其强制履行ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但債務ノ性質カ之ヲ許ササルトキハ此限ニ在ラス

債務ノ性質カ强制履行ヲ許ササル場合ニ於テ其債務カ作爲ヲ目的トスルトキハ債權者ハ債務者ノ費用ヲ以テ第三者ニ之ヲ爲サシムルコトヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但法律行爲ヲ目的トスル債務ニ付テハ裁判ヲ以テ債務者ノ意思表示ニ代フルコトヲ得

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

前三項ノ規定ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ケス

民訴七三〇　債務者カ特定ノ動産又ハ代替物ノ一定ノ數量ヲ引渡ス可キトキハ執達吏ハ之ヲ債務者ヨリ取上ケテ債權者ニ引渡ス可シ

同七三二　引渡ス可キ物カ第三者ノ手中ニ存スルトキハ債務者ノ引渡ノ請求ハ申立ニ因リ金錢債權ノ差押ニ關スル規定ニ從ヒテ之ヲ債權者ニ轉付スヘシ

同七三三　民法第四一四條第二項及第三項ノ場合ニ於テハ第一審ノ受訴裁判所ハ申立ニ因リ民法ノ規定ニ從ヒテ決定ヲ爲ス債權者ハ同時ニ其行爲ヲ爲スニ因リ生ス可キ費用ヲ豫メ債務者ニ支拂ヲ爲サシムル決定ノ宣言アランコトヲ申立ツルコトヲ得但シ其行爲ヲ爲スニ因リ此ヨリ多額ノ費用ヲ生スルトキ後日其請求ヲ爲ス權利ヲ妨ケス

同七三四　債務ノ性質カ强制履行ヲ許ス場合ニ於テ第一審ノ受訴裁判所ハ申立ニヨリ決定ヲ以テ相當ノ期間ヲ定メ債務者カ其期間內ニ履行ヲ爲ササルトキハ其遲延ノ期間ニ應シ一定ノ賠償ヲ爲ス可キコト又ハ直ニ損害ノ賠償ヲ爲ス可キコトヲ命スルコトヲ要ス

民法第四一四條ノ規定ノ性質

加藤博士ハ法學志林誌上ニ於テ本問ニ付詳論セラレ雖本博士ノ京都法學會雜誌ニ於テ之ヲ論セラレタルニ對シ答ヘラル今其要旨ヲ擧クレハ左ノ如シ

第一項　判決ニ依ル債權ノ保護

予輩ノ見ル所ニ依レハ凡ソ債權ノ國家的保護ニ付テハ之ニ訴權即判決請求權ヲ與ヘ判決ニ依リテ之ヲ保護スル場合ト之ニ强制執行請求權ヲ與ヘ强制執行ニ依リテ之ヲ保護スル場合トハ斷然區別シテ考察スルノ必要アリト信ス夫ノ確認判決及創設判決ノ場合ニ在リテハ强制執行ナク又和解調書若クハ公證人ノ執行證書ニ依リテ執行スル場合ハ判決ナクシテ强制執行ノミニ依リテ保護ヲ與フルコトモ是亦明白ナリ卽チ此等ノ場合ニアリテハ判決ト强制執行トハ相伴ハス二者全ク獨立シタル權利保護ノ方法タルコトハ一見明瞭ナリ然ルニ唯リ給付判決ノ場合ニ於テノミ判決ト執行トハ相牽連スルモノトシ執行シ能ハサル判決ハ之ヲ爲スコト能ハスト考フルカ如キハ大ナル誤謬ナリ

現今ノ訴訟法ノ原理ヨリスレハ凡ソ債權カ其保護ヲ必要トスル場合ニ於テ之ニ判決請求權ニ依ル保護ヲ與ヘサルモノハ無シ而シテ縱令債權ノ性質上强制執行ニ適セサル場合ニモ其債權ノ存否ヲ確定シ給付ヲ命スル判決ヲ與フルモノ也然ルニ反對論者

國家トモ事實上不能ナルモノチ可能トスル能ハス

判決ハ必ラスシモ強制執行ヲ伴ハス

民法四一一項第一項ノ解釋

強制履行ナル語ノ意義

債權ノ強制執行ニ依ル保護

直接ノ強制執行ヲ許ス債權

ハ強制執行ナ爲シ能ハサル判決ハ民法第四一四條第一項ノ法文ヲ離レテ理論上ニ於テモ之ヲ與フルコト能ハサルモノノ如ク思惟スルハ大ナル誤謬ナリ債務ノ性質カ本來強制執行ヲ爲シ能ハサルモノニ在リテハ國家ハ給付判決ヲ命シテ以テ債務者ノ任意ノ履行ヲ促スモ債務者ニシテ任意ノ履行ヲ爲ササルトキハ國家ト雖モ原債權其モノノ保護ニ付テハ其以上ニ爲シ能ハサル所ニシテ給付ヲ命スル判決ヲ爲ス丈ケニシテ止マルノ外ナキナリ是レ國家ノ權力足ラサルカ故ニ非ス又其保護ノ盡力足ラサルカ故ニ非ス債權其モノノ本來ノ性質然ルカ故ナリ國家ハ如何ニ萬能ナリト雖モ事實上不能ノ行爲ヲ可能ト爲スコトヲ得ス性質上強制履行ヲ爲スコト能ハサル債權ハ國家モ亦已ムコトヲ得ス給付ヲ命スル判決ヲ與フルヲ以テ其保護ノ極度ト爲スノ外ナシ隨テ債權者モ亦原債權ノ保護ニ付テハ此請求ニ止メ其レ以上ハ方向ヲ轉シテ履行ニ代フル損害賠償ノ請求ニ進ムノ外ナキナリ然ルニ反對論者ハ性質上強制執行シ能ハサル債權ハ單ニ給付ヲ命スル判決ニ依ル保護スラモ之ヲ與フルヲ得スト論スルハ不當モ亦極レリ是レ其國家カ與ヘ得ル保護ノ手段ヲ其極度マテ盡サシムルニ至ラス猥リニ保護ノ手段ヲ削減縮少セントスルモノニシテ其理由ナキハ多言ヲ要セス

反對論者カ右ノ如キ謬見ニ陷リタルハ恐ラク判決ハ確定セハ強制執行ニ入ルヲ普通トス其普通狀態ニ眩惑サレテ判決ハ執行ノ爲メニシ執行シ能ハサル債權ハ判決ヲ爲スヲ得ス ト考ヘタルカ故ナルヘシ然レトモ判決ト強制執行トハ獨立シタル權利保護ノ手段タルコトハ現今訴訴法學者ニ異論無キ所ニシテ國家モ亦判決請求權ト分離シテ強制執行請求權ナル別箇ノ權利ヲ與フル所以ナリ然ルニ論者ハ唯リ判決ト強制執行トニ付テノミ互ニ牽連的性質ヲ有セシメントス論者ハ何故ニ更ニ進ンテ證據保全ニ付テモ破產手續參加ニ付テモ同一ノ主張ヲ爲ササルカ

唯反對論者ノ爲メニ存スル成法上ノ根據ハ勿論民法第四一四條第一項ナレトモ同條ハ訴權即チ判決請求權ニ關スル要件ヲ定メタルモノニ非スシテ強制執行ニ關スル規定ト解スヘキコトハ石坂博士及予輩ノ反覆論述シタル所ナリ

然レトモ本條ニ所謂強制履行ノ文字ヲ汎ク直接間接ノ強制執行ノ意味ニ解シ本條第一項ヲ以テ汎ク強制執行ニ關スル規定ナリト解セハ強制執行ニ關スル當然自明ノ通則ヲ言ヒ表ハシタルモノニ過キサルコトトナリ無用ノ規定トナル故ニ本條第一項ニ所謂強制履行ノ文字ハ必スヤ直接ノ強制執行ノ意味ニ解セサルヘカラス是レ本條第二項トノ關係上斯ク解スル必要アルノミナラス斯ク解シテ始メテ本條第一項カ有用ノ規定トナル

第二項　強制執行ニ依ル債權ノ保護

予輩ノ見ル所ニテハ債權ハ其性質上強制執行ヲ許スヤ否ヤニ依リ左ノ三種ニ區別スルコトヲ得

(一)　直接ノ強制執行ヲ許ス債權　是レ最普通ノ場合ニシテ國家ノ執行機關ニ依リテ直接ニ原債權ノ內容ヲ債權者ノ利益ノ爲メニ實現セシメ得ル性質ノ債權ヲ云フ例ヘハ金錢債權特定動產又ハ代替物ノ一定ノ數量ノ引渡ヲ請求スル債權不動產又ハ船舶ノ引渡若クハ明渡ヲ請求スル債權第三者ノ手中ニ存スル物ノ引渡ヲ請求スル債權ノ如キ是ナリ然リ而シテ民法第四一四條第一項ニ所謂強制履行ノ文字ハ直接ノ強制執

行ノ意義ニ解スヘキコトハ予輩ノ既ニ反覆論述シタル所ナリ故ニ民法第四一四條第一項ト直接ノ強制執行ヲ許ス債權ノ爲メニ直接ノ執行ヲ請求シ得ル通則ヲ規定シタルモノナリ然レトモ民事訴訟法ニ於テ直接ノ執行ヲ爲シ得ル各箇ノ債權ノ爲メニ既ニ箇々別々ニ之カ直接ノ執行方法ヲ規定セル以上ハ民法第四一四條第一項ノ二則ハ之レアルコトヲ要セサルナリ民訴法ノ箇箇ノ直接執行ノ方法ノ規定ニ依リテ此通則ハ不用ニ歸ス唯直接ノ執行ヲ許ス債權中或モノニ付萬一民事訴訟法中ニ其直接ノ執行方法ヲ規定セス脱漏セサルモノアリタル場合ニ於テ民法第四一四條第一項ハ其適用ヲ見ルヘキカ如シ學者或ハ斯カル主張ヲ爲ス者アラン然レトモ予輩ハ之ヲ採ラス蓋シ本條ハ唯直接ノ強制執行ヲ請求スルコトヲ得ト言フニ止マリ直接ノ強制執行ニ關スル執行方法ノ一般的通則ヲ規定セサルヲ以テ或特種ノ債權ニシテ性質上直接ノ執行ヲ許スモノニ付問題ノ生シタル場合ニ執行機關ハ如何ナル執行方法ニ依ル可キカ得テ知ル可カラス

不作爲ノ債權ノ執行方法ニ付テハ民法第四一四條第三項及民訴第七三三條ニ其規定アレトモ予輩ノ見ル所ニテハ是レ唯數回又ハ繼續的ノ不作爲ノ債權ノ爲メニ設ケタル執行方法ナリト信ス即チ法文ニ所謂債務者ノ費用ヲ以テ其爲シタルモノヲ除却シ且將來ノ爲メ適當ノ處分ヲ爲スコトヲ請求スルコトヲ得ト云フハ既ニ一部ノ違反行爲アリテ尚ホ引續キ債務ノ存續セル場合ヲ見タルモノナリ唯一回ノ不作爲ノ債權ニアリテハ其一回ノ違反行爲ニ因リ履行不能トナリ原債權消滅ス可キヲ以テ違反行爲ニ因ル結果ヲ除却スル點ニ付テハ民法第四一四條第三項前段ノ適用アレトモ爾後ノ

豫防ニ付テハ其適用アリ得サルナリ故ニ一定ノ時期ニ於ケル唯一回ノ不作爲ノ債權ニ付テハ其原債權ノ强制執行ノ爲メニハ同條ヲ適用スルコトヲ得ス

凡ソ現今ノ强制執行法ノ一般觀念ヨリ云ヘハ直接ノ執行ニ適スル債權ハ必ス直接ノ執行ニ依リテノミ其保護ヲ與フヘク往時ノ如ク敢テ罰金拘留其他身上執行等ニ依ル間接ノ執行手段ヲ取ル可カラサルコトハ明白ナリ是レ人權保護ノ觀念ヨリ見ルモ明カニシテ又債權者ノ保護スヘキヲ忘ルヘカラサルカ故ナリ隨テ直接ノ執行ニ適スル債權ニ付テハ成ルヘク直接執行ニ依リテノミ其保護ヲ與フヘク間接ノ執行手段ヲ許スヘカラス

民訴第七三四條ニ所謂强制履行ヲ許スノ文字ハ民法ニ第四一四條ニ所謂强制履行ヲ許スノ文字ト異ナリ間接ノ執行ヲ許スノ意味ニ解スヘキコトハ予輩既ニ詳論セリ然リ而シテ性質上直接ノ執行ヲ許ス債權ハ又間接ノ執行ヲ許ス債權タリ故ニ間接ノ執行ヲ許ス總テノ債權ニ付第七三四條ヲ適用シ得ルモノトスレハ直接ノ執行ヲ許ス債權ハ又間接ノ執行ヲ許ス總テノ債權ニ付第七三四條ヲ適用シ得ルモノトスレハ直接ノ執行ヲ許ス總テノ債權ハ更ニマタ第七三四條ノ適用ヲ受ケ間接執行ノ保護ヲモ受ケ得ルカ如シト雖モ右ニ述ヘタルカ如ク直接ノ執行ヲ許ス各債權ノ爲メニ既ニ前掲諸條ニテ特別ノ執行方法ヲ規定セルモノニ在リテハ必ス之ニ依リテノミ保護ヲ受クヘク第七三四條ニ依ルコトヲ得サルモノナリ

(二) 間接ノ執行ヲ許ス債權　故ニ間接ノ强制執行ト云フハ我民訴第七三四條ニ所謂一定ノ賠償等ニ依リ債務者ノ意思ヲ抑壓シ又ハ威嚇シ債務者自身ヲシテ債權者ノ利

益ノ爲メニ債務ノ内容ヲ實現セサル可カラサルニ至ラシムルコトヲ云フ此間接ハ强制ヲ受ケテ履行ヲ爲スハ自由意思ニ基ク任意ノ履行ト異ナリ强制執行ハ一種ノ外ナラス

債權ノ性質上直接ノ執行ヲ許ス債權ハ間接ノ執行ヲモ亦之ヲ許ス所ノ債權タリ然レトモ直接ノ執行ヲ許ス債權ニ付直接ノ執行ノ爲メ特別ノ執行方法ヲ規定セルモノニ在リテハ必ス直接ノ執行ニ依リテノミ執行セサル可カラサルコトハ前論シタルカ如シ故ニ予カ今茲ニ間接ノ執行ヲ許ス債權トシテ掲ケタルハ直接ノ執行ヲ許サスシテ唯リ間接ノ執行ノミヲ許ス所ノ債權又ハ直接ノ執行ヲ許スモ之ニ付特別ノ執行方法ノ規定ナキモノヲ云フナリ如何ナル債權カ間接ノ執行ノミヲ許ス債權ナルカ先ツ代替的作爲ノ債權ハ之ニ屬ス凡ソ作爲ノ債權ハ總テ直接ノ執行ヲ許ササル債權ニ屬ス蓋シ作爲ノ債務ノ履行ニハ意思作用ヲ必要トス然ルニ意思作用ハ心理的作用ニ屬シ執行機關ノ直接ノ執行ニ依ルモ之ヲ起サシムルコトハ不能ニ屬スレハナリ作爲ノ債權中所謂代替的作爲ノ債權ハ間接ノ執行ヲ許ス性質ノモノニ屬ス蓋シ代替的作爲ノ債權トハ例ヘハ機械ヲ運轉シ車ヲ挽ク義務ノ如ク他人カ代リテ履行シ得ル所ノモノナリ

次ニ不代替作爲ノ債權ノ中ニ間接ノ執行ヲ許ス債權アリヤ否ヤヲ稽フルニ必スシモ之レ無シト云フヘカラス不代替的作爲ノ債權ハ本人ノ履行スルコトヲ要シ他人ノ代リテ履行スルコト能ハサルモノナレトモ若シ債務者本人カ間接ノ强制手段ニ基リ其意思ヲ抑壓セラレテ履行スルトモ而カモ尙ホ完全ニ其債權ノ目的ヲ達スル場合アリ

是レ其債權カ債務者本人ノ履行ニ重キヲ置クノミニシテ其決意ノ動機如何ヲ問ハサル場合ナリ斯カル債權ノ執行ハ第七三四條ノ適用ノ下ニ立ツ要スルニ債權ノ性質カ間接ノ執行ヲ許スモノニアリテハ他ニ特別ノ執行方法ノ規定ナキ限リハ第七三四條ニ依リテ其保護ヲ仰クコトヲ得ルモノトス

(三) 直接及間接ノ執行ヲ許ササル債權　如何ナル債權カ直接及間接ノ執行即强制執行ヲ全然許ササル債權ナリヤニ付テハ予輩ハ石坂博士ノ見解ニ贊成ス例ヘハ特別ナル學術技藝ヲ必要トスル行爲夫婦ノ共同生活忠實ナル雇傭關係ノ義務ノ如シ此等ノ債權ハ直接ノ執行ヲ爲スコト能ハサルハ勿論ニシテ又不代替的ニシテ他人ヲシテ代テ履行セシムルコト能ハス又間接執行ニヨリ債務者ノ意思ヲ抑壓シテ之ヲ履行セシメントスルモ債權ノ本旨ニ從テ滿足ヲ債權者ニ與フル事ヲ得ス卽チ强制ニ依リテハ到底債權ノ目的ヲ達スルコトヲ得ス債務者カ全然自由意思ニ基キ任意ニ履行シテ始メテ債權ノ目的ヲ達スルナリ雖本博士ハ債務ノ性質カ强制執行ヲ許ササルトハ債務ヲ執行スルトキハ公序良俗ニ反スル場合ヲ云フト爲スル

然レトモ石坂博士モ十分辯駁セラレタル如ク或債權カ苟モ有效ニ成立セル以上ハ之ヲ强制執行スルコトカ公序良俗ニ反スル場合ハ有リ得サルナリ若シ其執行カ公序良俗ニ反スルモノタラハ債權其モノハ有效ニ成立セス隨テ法律又ハ國家ノ權力カ自ラ認許シ又ハ行フ所ノ强制執行ニ公序良俗ニ反スルモノアリ得サルナリ

國家ハ債權ノ成立ヲ認ムルモ之ニ對スル或種ノ執行方法ヲ公序良俗ニ反スルモノトシテ之ヲ非認スルコトアリトスルモ其執行方法カ國家カ他ノ場合ニ公序良俗ニ反ス

ルモノト認ムル場合ト同一方法ニ歸シ國家モ亦其執行方法ヲ避クルヲ適當ト認ムル場合ト雖モ此場合ハ執行行爲其モノカ性質上爲シ能ハサルニ非ス唯公序良俗ニ反スト言フニ過キス予翻カ見テ以テ債務ノ性質カ强制執行ヲ許サスト言フハ債務ノ性質上到底强制執行ヲ爲シ能ハサル强制執行不可能ノ場合ヲ云フナリ而シテ凡ソ原債務ノ執行ノ手段トシテ吾人ノ考ヘ得ヘキモノハ直接ノ執行カ間接ノ執行カ將タ二者ノ併用カノ三種中ノ一ヲ出テサルモノナリ此執行手段ニ依リテ事實上到底執行シ能ハサル性質ノ債權ヲ稱シテ吾人ハ債務ノ性質カ强制執行ヲ許サスト云フナリ(法學博士加藤正治氏法學志林第一五卷第五號一頁以下要領)

【參照ス可キ學說判例】

本書第一卷民法四一〇頁、第二卷民法二八頁以下雉本博士ノ强制履行及强制執行論、三四頁以下石坂博士ノ雉本博士ニ對スル駁論並各所ニ引用セル學說判例

右博士ノ所論ハ大體ニ於テ吾人ノ見解ト相一致スルハ嘗テ論シタル所ノ如シ故ニ爰ニ之ヲ再論セス右掲出ノ所ヲ參照セラレンコトヲ望ム

然レトモ博士ノ如ク「間接ノ强制ヲ受ケテ履行ヲ爲スハ自由意思ニ基ク任意ノ履行ト異ナリ强制執行ノ一種ニ外ナラス」ト解スルハ聊カ疑ナキ能ハス蓋シ債務者カ履行ヲ爲スニ至リタルハ威嚇强制ノ結果ニ外ナラサル可キモ而カモ履行其モノハ債務者ノ行爲ニシテ且ツ不任意(機械的)ノモノニアラス唯タ履行ヲ爲スノ動機ニ於テ一ハ威嚇的ナルニ反シ他ハ否ラサルノ差アルノミ敢テ之ヲ區別スルノ理由ナキニ非サルカ若シ博士ノ所說ノ如クンハ例ヘハ債務者カ詐欺ニ因リ履行ヲ爲シタルモノナルトキハ民法ニ則トリ之ヲ取消スコト能ハスシテ民事訴訟法ヲ適用シ之ヲ處理セサル可カラサルニ至ラム故ニ吾人ハ此點ニ關スル博士ノ所論ニハ贊同ノ意ヲ表スル能ハサルナリ

(一〇八)

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

五五五 賣買ハ當事者ノ一方カ或財產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

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

債權者ヲ詐害スル意思ヲ以テ假裝賣買ヲ爲シ所有權移轉ノ登記ヲ爲シタル後之カ返還(抹消)請求ヲ爲スハ不法ニ非ス(本問ノ場合ニハ民法第七〇八條不當利得」ノ適用ナシ)

【參照】サルモノナリト主張スルモ民第七〇八條ニ所謂不法原因ニ基ク給付ハ其返還ヲ請求スルヲ得ストノコトハ給付ノ結果或財產權カ相手方ニ歸屬シタル場合ニ其得タル利益ノ返還ヲ求ムルヲ得サルコトヲ云フモノナリ本件ノ如ク始ヨリ何等權利ノ移轉ナ

本件賣買ニシテ果シテ被控訴人主張ノ如ク他ノ債權ニ對スル履行ヲ逃避スルニ出テタル假裝ノ賣買ナリトセハ其ハ不法原因ニ基ク給付ナルヲ以テ其返還ヲ求ムルヲ得

キ場合ニハ素ヨリ不當利得ノ問題ヲ生セス(東京控訴院、四四年(ネ)第六五二號、大正二年五月二二日、民三、松岡裁判長、戸崎、前田各判事、判決)

【參照ス可キ學說判例】

一　本書第一卷民法三七一頁

二　不動產ノ賣買行爲カ虛僞ノ意思表示ナリシ事實ヲ主張シテ其所有權移轉登記ノ抹消ヲ請求シタル場合ニ於テ裁判所カ民法第七〇八條ヲ適用シテ之ヲ排斥シタルハ不法ナリ

債務者カ債務ノ履行ヲ免レンカ爲メニ其不動產ヲ賣買ニ假裝シテ所有權移轉ノ外觀ヲ裝ヒタル行爲ハ家資分散ノ際ニ在ラサル限リ之ヲ目スルニ不法ノ原因ヲ以テスルヲ得ス(大審院民事判決錄四二年一七一頁)

三　不法原因トハ第九〇條ニ規定スル所ノ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスルモノニ外ナラス而シテ其不法ノ原因ハ或ハ受益者ニシテ存スルコトアリ或ハ兩當事者ニ存スルコトアリ或ハ兩當事者ニ存スルコトアリ不法ナル場合ニハ其行爲ノ全部無效ナル可キハ疑ナカル可シ故ニ不法原因ノ爲メニスル行爲ハ如何ナル場合ニ於テモ無效ナリ從テ之ニ基キテ爲サシタル給付ハ當ニ無原因ナリ(中島博士京都法學會雜誌第三卷第一〇號五〇頁不當利得論)

至當ノ見解ト信ス

(一〇九)

一四五條(時效ノ援用)ニ所謂當事者ノ意義

民法第一四五條ニ所謂當事者ハ時效ノ援用ニ因リテ直接ニ利益ヲ受クル者ヲ指示スルヲ以テ保證人ノ如ク主債務ノ時效ニ因ル消滅ニ基キテ免責ノ利益ヲ受クル者ハ同條ニ所謂當事者ニ屬スト解スルヲ妥當ナリトス故ニ保證人タル控訴人カ主債務ノ消滅時效ヲ援用スルハ民法ノ許ス所ナリ從テ被控訴人ノ此點ニ關スル主張ハ失當ナリ

時效援用ニ關スル當事者ノ意義

(東京控訴院四五年(ネ)第二二〇號大正二年五月二七日民三松岡裁判長、江崎、前田各判事判決)

【參照ス可キ學說例例】

一　本書第一卷民法二四九頁

二　民法一四五、ニ所謂當事者トハ時效ニ因リ直接ニ利益ヲ受ク可キ者ヲ指稱ス從テ抵當權ヲ設定シタル第三者ノ如キ債權ノ消滅時效ニ付テ間接ニ利益ヲ受クル者ハ之ニ包含セス(大審院民事判決錄四三年二二頁)

三　當事者……本人、時效ニ依リテ權利ヲ得義務ヲ免ルル者其代理人及其承繼人ヲ包含ス其他時效ノ完成ニ因リ利益ヲ受ク可キ者ハ皆時效ヲ援用スルコトヲ得則チ連帶債務者保證人是等ノ者ハ自己ノ權利ニ基キ時效ヲ援用スルヲ得ルヲ以テ本人時效ヲ援用セサルモ又ハ之ヲ拋棄スルモ尙ホ援用ノ權利アリ(岡松博士民法理由上卷三七一頁)

四　時效ノ當事者トハ時效ノ完成ニ因リテ直接ニ利益又ハ不利益ヲ受クル者ヲ云フ但シ專ラ其利益ヲ受クル一方ノ者ト解ス可キ場合モ是アルナリ(富井博士民法原論總則五五〇頁)

五　時效ノ當事者ハ時效ニ因リテ第一次ニ利益ヲ得タル者及之ヲ失ヒタル者消滅時效ニ在リテハ權利ヲ失ヒタル者及其權利ノ制限ヲ免レタル者ヲ當事者トス人タルト法人タルトヲ問ハス(川名博士日本民法總論二八七頁)

六　時效ニ因リ利益ヲ受ク可キ人ニハ主タル利益ヲ受ク可キ人ト從タル利益ヲ受ク可キ人ト在リ……主タル債權ノ消滅時效ノ爲メニ保證人連帶債務者ノ受ク可キ利益ハ之ヲ從タル利益トスルヲ得タル者及之ヲ失ヒタル者消滅時效ニ在リテハ權利ヲ失ヒタル者及其權利ノ制限ヲ免レタル者ヲ當事者トス人タルト法人タルトヲ問ハス(川名博士日本民法總論二八七頁)

六　時效ニ因リ利益ヲ受ク可キ人ニハ主タル利益ヲ受ク可キ人ト從タル利益ヲ受ク可キ人ト在リ……主タル債權ノ消滅時效ノ爲メニ保證人連帶債務者ノ受ク可キ利益ハ之ヲ從タル利益トスルヲ得タル者及之ヲ失ヒタル者消滅時效ニ在リテハ權利ヲ失ヒタル者及其權利ノ制限ヲ免レタル者ヲ當事者トス人タルト法人タルトヲ問ハス(川名博士日本民法總論二八七頁)

債務ノ不履行ノ場合ニ付テノミ履行ノ實ニ任ス可キ從タル債務者ニシテ從ツテ主タル債務ノ時效ニ罹リタルトキハ其當然ノ結果トシテ其責ヲ免ル可キモノナレハ余ハ通說ニ從ヒテ之ヲ本條ニ謂フ當事者ノ中ニ包含セシメント欲ス(鳩山法學士註釋民法全書法律行爲乃至時效六一〇頁同說平沼博士民法總論六九三頁)

七　時效ノ當事者ハ如何ナル人カ曰ハク玆ニ當事者トハ時效ニ因リ直接ニ權利ヲ取得シ又ハ相手方ノ權利消滅ニ因リ利益ヲ受クル者ヲ云フ取得時效ニ於テハ占有者ノ意味シ債權ノ消滅時效ニ於テハ債務者ヲ意味シ取消權解除權ノ如ク一方ニ義務者ナキ權利ノ消滅時效ニ於テハ其權利ノ消滅ニヨリ直接ニ法律上ノ利益ヲ受ク可キモノ例ヘハ取消シ得可キ行爲ノ相手方又ハ解除セラル可キ契約ノ相手方ヲ意味ス……時效ニ因リ間接ノ利益ヲ受ク可キ地位ニ在ルモノハ時效ノ當事者ニ非ス時效ノ間接利益者

ニ之ヲ許ストキハ其結果間接ノ利益者ニ與フルニ時效ノ利益ヲ直接當事者ニ强ユルノ權能ヲ與フルニ等シク援用ヲ必要トナス本條ノ精神ニ反ス可シ例之債務者ノ債權者占有者ノ債權者保證人物上保證人ハ債務者占有者主タル債務者ノ爲メニ完成シタル時效ヲ援用スルヲ得ス尤モ第四二三條ニ則トリ債務者ノ權利ヲ行ヒ得ル場合ハ此限ニ非ス(中島博士民法釋義卷ノ一、八〇五頁)

吾人ハ嘗テ評論シタル如ク本件判旨ニ贊同ヲ表スル者ナリ其詳細ナル理由ハ前掲出ノ所ヲ參照セラル可シ

(一一〇)

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　第一二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
一六　夫ハ其與ヘタル許可ヲ取消シ又ハ之ヲ制限スルコトヲ得但シ其取消又ハ制限ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス
一七　左ノ場合ニ於テハ妻ハ夫ノ許可ヲ受クコトヲ要セス
一　夫ノ生死分明ナラサルトキ
二　夫カ妻ヲ遺棄シタルトキ
三　夫カ禁治産者又準禁治産者ナルトキ
四　夫カ瘋癲ノ爲メ病院又ハ私宅ニ監督サルルトキ

【參照ス可キ學説判例】

夫ノ取消權ト其承繼並ニ婚姻解消後ノ取消

五　夫カ禁錮一年以上ノ刑ニ處セラレ其刑ノ執行中ニ在ルトキ
六　夫婦ノ利益相反スルトキ

妻カ夫ノ同意ヲ得スシテ爲シタル法律行爲ノ取消權ハ相續ニ因リテ承繼スルコト能ハス」

妻カ夫ノ許可ヲ得スシテ爲シタル法律行爲ニ付法律カ其取消權ヲ夫妻ニ附與セル所以ノモノハ夫權ヲ保護シ夫婦間ノ平和ヲ保持スル目的ニ出テタルモノナレハ該取消權ハ性質上夫妻タル身分ニ專屬シ他人ノ之ヲ承繼シ得サルハ勿論夫妻關係ノ解消ト同時ニ消滅ニ歸スル者ト云ハサルヲ得ス然レハ假リニ「ヨネ」カ右加入行爲ノ取消權ヲ有シタリトスルモ同人カ明治四四年一月二六日ニ死亡シタルモノナレハ該權利ハ其死亡ニヨリ當然消滅シ相續財産ヲ組成セサルモノナレハ控訴人ハ「ヨネ」ノ遺産相續人トシテ該取消權ヲ承繼セサルモノナルヤ頗ル明瞭ナリ(宮城控訴院大正元年(ネ)第一四八號中尾裁判長、石井、林、内藤、櫻田各判事判決法律新聞第八六八號三〇頁)

【參照ス可キ學説判例】

一　本書第一卷民法五五四頁
二　形成權ハ讓渡スコトヲ得ルヤ否ヤハ概括的ニ之ヲ云フヲ得ス形成權ハ專屬的ノ性質ヲ有スルモノヲ除キテハ相續シ得ヘキヲ原則トシ又專屬的性質ヲ有セサル限リハ形成權ハ其基本關係ト共ニ之ヲ讓渡スコトヲ得サルヲ原則トス殊ニ取消權ノ獨立讓渡ハ絶對ニ許ササルモノト解スヘシ(石坂博士民法研究五一頁)
三　而シテ是等ノ形成權ハ、、權利ニシテ之ト分離シテ處分スルコトヲ得ヘカラス(松本博士註釋民法全書一卷七五頁)
四　取消權ハ從タル權利ナルカ故ニ取消サルヘキ行爲ニヨリ生シタル權利ト分離シテ讓渡スルヲ得ス(中島博士民法註釋義一卷六六六頁)
五　取消權ノ存スル場合ハ各本條ニ規定セラルルモ要スルニ財産的關係ニ起因スルモノハ主タル權利關係ト共ニ之ヲ讓渡スコ

トヲ得ヘク身分的關係ニ基クモノハ之ヲ讓渡スコトヲ得サルモノト解シテ可ナリ（法學士西川一男氏法學新報二三卷一號九五頁以下）

六 夫ハ離婚後ト雖モ妻ノ行爲ノ取消權ヲ有ス其立法上ノ理由ハ若シ其取消權ヲ認メサレハ離婚ヲナサントスル前ニ於テ妻ハ夫ノ許可ナクシテ一切ノ行爲ヲ爲シ夫ノ之ヲ知ルニ遑アラスシテ遂ニ離婚ヲ爲スコト多カルヘク實際妻ヲシテ夫權ヲ蔑ニセシムルコトナルヘキヲ以テナリ此理由ニ據リ舊民法人事編第七三條第一項ニハ夫ノ取消權ハ婚姻ノ解消ニ依リテ消滅スヘキ規定アリタルモ特ニ之ヲ削除セリ尙ホ本問中夫ノ取消權ヲ以テ「夫婦間ノ平和ヲ目的トスルモノ」トセルモ是レ聊カ當ラス夫ノ取消權ハ夫權ヲ尊重スルニ出テタルモノナリ此理由ヨリ言ヘハ婚姻解消ノ後ト雖モ仍ホ夫ニ取消權ヲ與フルヲ至當トス（梅博士法典質疑問答民法總則四六頁）

七 夫ノ許可ヲ得スシテ妻カ爲シタル行爲ヲ何時迄夫カ取消スコトヲ得ルヤ否ヤニ關スル標準ハ之ヲ婚姻ニ求ムルコトヲ得スシテ取消權ノ時效ニ關スル規定ニ依リテ判斷セサルヘカラス而シテ取消權ハ追認ヲ爲スコトヲ得ル時ヨリ五年間之レヲ行ハサルトキ又ハ行爲ノ時ヨリ二〇年ヲ經過シタルトキハ時效ニ因リテ消滅スヘキハ第一二六條ノ規定スル所ニシテ夫カ追認ヲ爲ス場合ニハ第一二四條第一項及第二項ノ適用ヲ受ケサルハ同條第三項ノ明記スル所ナレハ夫ハ婚姻ノ繼續スル間ト雖モ其行爲ヲ知リタル時ヨリ追認ヲ爲スコトヲ得ヘク此時ヨリ起算シテ五年又ハ其行爲ノ時ヨリ二〇年ヲ經過セハ縱令婚姻繼續中ニテモ尙夫ノ取消權ハ時效ニ因リテ消滅スヘク又離婚後ト雖モ有ノ期間ヲ經過セサル以前ナレハ夫ハ取消權ヲ行使スルコトヲ得ヘキモノナリトス（加古法學士法典質疑問答民法總則四五頁）

八 夫ハ婚姻解消後ト雖モ仍ホ取消權ヲ有スルヤ否ハ多少ノ疑問ニシテ或ハ他ニ取消權消滅ノ事由在ラサル限ハ仍ホ取消權ヲ有スルモノト解スル說アレトモ夫ノ取消權ハ夫タル地位ニ伴フモノナルヲ以テ離婚ノ場合ニハ前夫ニ取消權ナキモノト解スルヲ可トス（松本博士註釋民法全書人法人及物一八一頁）

九 夫及妻ノ有スル取消權ハ夫又ハ妻タル身分ニ專屬スル權利ナリ此點ニ付テ民法ハ明文在ルニ非スト雖モ民法カ妻ノ行爲ニ對シテ夫ニ許可權ヲ與ヘ其結果トシテ之ニ背キタル場合ニ取消權ヲ與ヘタルハ財產的關係ニ基キタル者ニ非スシテ夫タリ妻タル身分的關係ヲ理由トシタルコト明カナリ之カ故ニ其身分ノ消滅ト共ニ取消權モ亦消滅ス可ク其包括的承繼人ト雖モ取消權ヲ承繼スルコトナク又債權者ハ第四二三條ニヨリ夫又ハ妻ノ有スル取消權ヲ行使スルコトヲ得ルコトナシ或ハ之ニ對シテ離婚後ニ於テモ前夫ニ取消權ヲ與フルコトカ夫權ノ圓滿ヲ期スル所以ナリト論スルモ夫權尊重ノ點ノミヨリ見ルモ自ラ夫權ヲ拋棄シタル人ニ夫權ヲ行使セシムルノ必要ナキモノト考フ一旦離婚シテ後更ニ同一當事者間ニ婚姻ノ成立シタル場合ニ於テモ亦其理ヲ異ニスルコトナシ（鳩山法學士註釋民法全書法律行爲乃至時效四一〇頁）

當然ノ解釋異論アルコト無シ則チ夫ノ同意ナクシテ爲シタル妻ノ行爲ヲ取消スノ權利ハ所謂形成權ニシテ其承繼ヲ許ササルハ一般ニ是認セラル從テ取消權者カ死亡シタル場合ニ於テハ取消權ノ消滅ニ歸スルハ承繼ヲ許ササル當然ノ結論トス唯タ問題ト爲ルヘキハ死亡ニ因ラサル婚姻ノ解消即チ離婚ノ場合ナリ此點ニ就テハ學說ノ存スル所ナルモ他日問題ニ接シタル時ニ詳論スヘシ

（一一一）

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

五四三 履行ノ全部又ハ一部カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ不能ト爲リタルトキハ債權者ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得

五六〇 他人ノ權利ヲ以テ賣買ノ目的ト爲シタルトキハ賣主ハ其權利ヲ取得シテ之ヲ買主ニ移轉スル義務ヲ負フ

(一) 所謂履行不能ノ意義（主觀的不能カ客觀的不能カ）『

(二) 二重賣買ニ因リ權利ヲ移轉スル能ハサルトキハ相手方ハ直チニ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得可シ」

(一) 賣主カ自己ノ所有物ヲ買主ニ賣渡シタル後之ヲ第三者ニ讓渡シ其所有權ヲ第三

二重賣買ノ他人ノ賣買ハ物ト異ナルト

者ニ移轉ス可キ賣主ノ債務ハ所謂主觀的履行不能ノ狀態ニ陷ルモノトス此場合ニ於テ買主ハ賣主ニ對シ履行ノ不能ヲ理由トシテ履行ニ代ヘ全部ノ損害賠償ヲ請求シ又ハ賣買契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得ルヤ若クハ債務ノ履行ハ尙ホ可能ナリトシテ其履行ヲ賣主ニ請求シ賣主カ其請求ニ應セサルカ若クハ目的物ノ所有權ヲ取得シタル第三者カ其再讓渡ヲ峻拒シ其他賣主カ其所有權ヲ買主ニ移轉スルコト能ハサルノ事實カ明確トナリタル場合ニ於テ始メテ全部賠償ノ請求又ハ契約ノ解除ヲ爲シ得可キモノナルヤハ我民法ノ解釋上疑ハシキ問題ニ屬ス然レトモ民法第四一五條同第五四三條ニ所謂履行不能ハ必スシモ物理的不能ヲ意味スルモノニ非ス一般取引上ノ觀念ニ從ヒ其然ルヤ否ヤヲ判別スルコトヲ要ス債務ノ履行カ物理的ニハ尙可能性ヲ失却セサル場合ト雖モ取引上ノ觀念ニ於テ之ヲ不能視ス可キモノナルトキハ其履行ハ我民法ノ意義ニ於テ不能タルヲ妨ケサルヲ以テ債務者ノ爲メニ全部賠償ノ請求權ト契約解除權トヲ認メサル可カラス

(二) 賣主カ賣買ノ目的物ヲ第三者ニ讓渡シタル場合ト雖モ賣主ハ更ニ第三者ヨリ其所有權ヲ讓受ケ之ヲ買主ニ移轉スルコトハ物理的ニハ不能ナリト謂フコト能ハサルモ第三者カ果シテ再讓渡ノ要求ニ應スル否ヤ賣主カ果シテ第三者ヲシテ目的物ノ再讓渡ヲ承諾セシムルノ手段方法ヲ有スルヤ否ヤハ全ク不明ニシテ疑ハシキ場合ニ於テハ之ヲ否定スルヲ以テ取引上ノ通念ト爲ス賣主カ買戻其他ノ方法ニ依リテ第三者ヨリ目的物ノ所有權ヲ回復シ之ヲ買主ニ移轉スルコトノ可能ナル事實ヲ證明シタル場合ハ格別其他ノ場合ニ於テハ賣主カ買主ニ對シテ負擔セル所有權移轉ノ義務ハ履

二重賣買ニ因リ移轉ス可キ賣權ハ直チニ解除ス可キ契約ハ

行不能ノ狀態ニ在ルモノト斷定セサル可カラス是レ他人ノ所有物ヲ以テ賣買ノ目的物トシタル場合ト異ニスル所ナリ何トナレハ此場合ニ於テハ賣主ハ其所有權ヲ取得シテ之ヲ買主ニ移轉スルノ義務ヲ負フモノナレハ目的物ノ所有權カ他人ニ屬スル一事ノミヲ以テ其履行ヲ不能ナリトスルヲ得ス之ヲ不能ナリトスルニハ之ヲ肯定ス可キ特別ノ事情存スルコトヲ必要トス而シテ原院ノ認メタル事實ニ依レハ上告人ハ本件ノ土地建物ヲ被上告人ニ賣渡シタルニ拘ハラス更ニ之ヲ第三者タル神谷ニ賣渡シタルモノニシテ賣主タル上告人ノ義務ハ茲ニ上告人ノ賣ニ歸ス可キ事由ニ因リ履行不能トナリタルモノナレハ被上告人ハ代金ヲ提供シテ履行ノ催告ヲ爲スコトヲ要セス當然契約ヲ解除スルノ權利ヲ有スルモノナリ左レハ被上告人ノ爲シタル契約解除ハ有效ニシテ損害賠償ノ請求モ亦正當ナルノミナラス被上告人カ本件契約ヲ解除スルニ當リ代金殘額ノ提供ヲ爲シタルヤ否ヤハ本訴ノ曲直ニ何等ノ影響ナシ（大審院大正二年(オ)第九〇六同年五月一二日民二判決）

【參照ス可キ學說判例】

一 本書第一卷民法三八、四五一九頁判決

二 給付不能ノ意義ニ關シテハ二說アリ一ハ狹義ニ論理的意義ニ解シ論理上必然的ニ給付ヲ爲スコト能ハサルヲ謂フト爲シ他ハ廣義ニ解シ法律上ニ於テハ不能ハ特別ノ意義ヲ爲ス卽チ論理上可能ナルモ其給付ノ爲メニ公平ノ觀念上債務者ニ對シ請求スルヲ得サル過大ノ犧牲ヲ供セシムルコトヲ要スル場合ニハ給付不能存スト爲ス後說ヲ可トス何トナレハ法律上ノ不能ハ論理上ノ不能ト同一ニ解スルヲ要セス恰モ法律上ノ因果關係ハ論理上ノ因果關係ト同一ニ解スルヲ要セサルト同シ法律上ニ於テハ實際生活上ノ觀念ニ從テ不能ノ意義ヲ定ムルコトヲ要ス（石坂法學博士日本民法債權五一七頁）

三 民法第五四三條ハ契約ノ履行カ債務者ノ責ニ歸ス可キ事由ニ因リ絕對ニ不能ト爲リタル場合ヲ規定シタルモノニシテ其履行カ單ニ困難ト爲リタル場合又ハ債務者ニ於テ其債務ヲ履行セサルコトヲ明言シタル場合ヲ規定シタルモノニ非ス（大審院民

事判決錄三七年一四五三頁)

四 賣買ノ目的物カ强制競賣ニ附セラレタリト云フノミニテハ契約履行困難ナリト云フニ止マリ絶對的履行不能ナリト云フヲ得ス……民法第五四三條ニ所謂履行ノ不能トハ絶對的不能ヲ云フ(大阪地方民一判決法律新聞第六七六號一五頁)

吾人ハ嘗テ論シタル如ク判旨第一點ニ贊同ヲ表ス從テ判旨第二點ニ付其結論ヲ異ニセサルハ當然ナリ

大審院ハ嘗テ反對說ヲ以テ判示シ今吾人ト同一見解ヲ以テ判決セラル事實上從來ノ判例ハ變更セラレタルモノニシテ注意ヲ要スル判決ナリ

(一一二)

二〇一第一項　占有保持ノ訴ハ妨害ノ存スル間又ハ其止ミタル後一年內ニ之ヲ提起スルコトヲ要ス但工事ニ因リ占有物ニ損害ヲ生シタル場合ニ於テ其工事著手ノ時ヨリ一年ヲ經過シ又ハ其工事ノ竣成シタルトキハ之ヲ提起スルコトヲ得ス

占有妨害ニ因リテ生シタル損害ニ付テハ妨害ノ止ミタル後一箇年ヲ經過シタルトキハ之カ賠償ヲ請求スルコト能ハサルヤ』

民法第二〇一條第一項後段ハ妨害ノ止ミタル場合ニ於ケル占有保持訴權行使ノ期間ヲ妨害ノ止ミタル後一箇年內ニ制限ス而シテ占有ノ妨害ヨリ生シタル損害ノ賠償ヲ求ムルノ權利ハ妨害停止ノ請求ト共ニ占有保持訴權ノ內容ヲ成ス之レカ救濟ヲ求ムルノ權利ハ其救濟方法ノ如何ニ關セス法定ノ一箇年內ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要シ一箇年ノ經過ニ依リテ全然消滅ニ歸スルモノト謂ハサルヘカラス但占有者カ同時ニ所有者其他ノ實體權者ナルトキハ其權利ヲ基礎トシテ本權ノ訴ヲ提起シ尙救濟ヲ求ム

(一一三)

ルコトヲ得ヘシ(横田博士法學新報第二一卷第一號九二頁)

【參照ス可キ學說】

一 占有保全ノ訴ノ行使期間ハ原則トシテ妨害ノ存スル時ヨリ始マリ妨害カ止ミタル後一年ノ經過ヲ以テ終ハル損害償賠ノ請求ハ此期間ヲ過クルトキハ占有者ノ資格ヲ以テ之ヲ請求スルコトヲ許サストスルモ占有者カ眞ニ其權利アルコトヲ證明スルヲ得ダルトキハ一般ノ原則ニ從ヒ賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルヲ以テ其權利行使ノ終期到達スルモノヽ爲スモ實際ニ於テ弊害ヲ見ス(岡松博士民法理由中卷一一四頁)

二 一年ノ期間ノ經過シタル後ハ占有者ハ保持ノ訴ヲ起スコトヲ得サルノミ他ノ訴ニ關シテハ固ヨリ本條ノ關スル所ニ非ス殊ニ損害賠償ノ請求ノ如キハ消滅時效ノ規定ニ從ヒ一〇年間ハ之ヲ爲スコトヲ得可シ(民法正解物權編三七四頁)

三 占有保持ノ訴ハ妨害又ハ妨害ノ爲メニ蒙リタル損害賠償ヲ求ムルコトヲ目的トス而シテ損害賠償ハ加害者カ故意又ハ過失ニ因リ妨害ヲ加ヘタルトキニ限リ之ヲ請求スルコトヲ得ルモノニシテ民法七〇九不法行爲ニ因リテ生スル負擔ノ一種ノ適用ナリ故ニ占有保持ノ訴ヲ起ストキハ一面妨害ノ停止ヲ爲スト同時ニ故意又ハ過失ニ依リテ妨害ヲ加ヘタルトキノ損害賠償ヲモ請求スルコトヲ得可キモノナレハ此場合ニ際シ此訴ニ依ラスシテ單ニ第七〇九過失ニ依ル不法行爲ノ訴ノミヲ提起スルトキハ損害賠償ノ救濟ヲ求メ得可キモ妨害停止ノ目的ヲ達スル能ハサルヘシ(法學士棟居寛九馬氏法典質疑問答物權七八頁——會長曰ク予ノ信スル所ニ依レハ占有權ニ基キテ損害賠償ヲ求ムルハ專ラ第一九八條ニ據ルヘク若シ所有權其他ノ本權ヲ有スルトキハ第七〇九條ノ通則ニ依リテ之ヲ求ムルコトヲ得可シ(同上七九頁)

四 占有訴權ハ一年間ニ提起セサルトキハ消滅ス此期間ハ除斥期間ニシテ時效ニ非ス故ニ裁判所ハ職權ヲ以テ適法ノ期間內ニ提起シタル訴ナルヤ否ヤヲ調査セサル可カラス(松岡法學士民法論物權一五二頁)

本論ハ一般ノ學說ニ於テ是認セラルル所ニシテ吾人モ亦贊同ヲ表スル者ナリ右列擧ノ學說中賠償請求權ハ第二〇一條ニ依ラス第七〇九條不法行爲ノ原則ニ基クヘキモノナリト主張セルモノアリト雖トモ苟モ占有權侵害ニ基ク賠償請求ナルトキハ第二〇一條ニ依リテ主張スヘキモノト解スルヲ正當ト信ス

(一一三)

三七八　抵當不動產ニ付所有權、地上權又ハ永小作權ヲ取得シタル第三者ハ第三八二條乃至第三八四條ノ規定ニ從ヒ抵當權者ニ提供シテ其承諾ヲ得タル金額ヲ拂渡シ又ハ之ヲ供託シテ抵當權ヲ滌除スルコトヲ得

三八一　抵當權者カ其抵當權ヲ實行セントトキヲ要ス欲スルトキハ豫メ第三七八條ニ揭ケタル第三取得者ニ其旨ヲ通知スルコ

三八二　第三取得者ハ前條ノ通知ヲ受クルマテハ何時ニテモ抵當權ノ滌除ヲ爲スコトヲ得

第三取得者カ前條ノ通知ヲ受ケタルトキハ一个月內ニ次條ノ送達ヲ爲スニ非サレハ抵當權ノ滌除ヲ爲スコトヲ得ス

前條ノ通知アリタル後ニ第三七八條ニ揭ケタル權利ヲ取得シタル第三者ハ前項ノ第三取得者カ滌除ヲ爲スコトヲ得ル期間內ニ限リ之ヲ爲スコト得

抵當權者カ第三取得者ニ對シ抵當權實行ノ通知ヲ爲シタル後一ヶ月內ニ其被通知者ヨリ更ニ取得シタル第三者アルトキハ此者ニ對シテモ再ヒ實行ノ通知ヲ爲サヽレハ抵當權ノ實行ヲ爲シ得サルヤ」

民法第三八二條ニ「前條ノ通知アリタル後ニ第三七八條ニ揭ケタル權利ヲ取得シタル第三者ハ前項ノ第三取得者カ滌除ヲ爲スコトヲ得ル期間內ニ限リ之ヲ爲スコトヲ得」トアリテ後ノ取得者ニ對シテ特ニ通知ヲ爲スヘキコトヲ要求セス却テ後ノ取得者ハ其前者カ滌除ヲ爲スコトヲ得ル期間內ニ限リ之ヲ爲スコトヲ得ヘキ旨ヲ規定セルヲ以テ之ニ對シテ二重ニ通知ヲ爲スノ要ナキモノトス（横田法學博士法學新報第二一卷第八號九七頁）

【參照ス可キ學說】

一　抵當權實行ノ通知ヲ爲シタル後抵當不動產ニ付權利ヲ取得シタル者アル場合ニ此第三取得者ニ全ク滌除ノ權利ヲ與ヘサルハ酷ニ失スト雖モ抵當權者ヲシテ更ニ此取得者ニ對シテ通知ヲ爲サシメ其後一个月間滌除ヲ許スモノトセンカ爲メニ抵當權ノ實行ヲ遲延セシムルコト言ヲ俟タサルヲ以テ抵當權者ノ不利益ヲ豫カラサル可シ故ニ双方ノ利益ヲ調和シ既ニ通知ヲ受ケタル第三取得者カ滌除ヲ爲シ得可キ期間內ニ限リ此取得者モ亦滌除ヲ爲スコトヲ得ルモノト爲セルナリ（鶴松博士民法理由中卷五六〇頁）

二　抵當權者ヨリ抵當權實行ノ通知アリタル後其家ヲ更ニ他人ニ讓渡スコトアリ此場合ニ於テハ新取得者ハ前上ノ獨擇ヲ爲スコトヲ得而シテ此期間ハ讓渡人カ滌除ヲ爲スコトヲ得ル期間ナルヲ以テ一月一日ニ抵當權者ヨリ通知アリタル家ヲ二五日頃ニ買受ケタル取得者ハ急遽ニ何レニカ決セサル可カラス而シテ滌除スルコトニ決シタルトキハ急ニ其手續ニ取掛ラサル可カラス（民法正解債權編一一六四頁）

第二ノ第三取得者ニ對シテ通知ヲ爲サスシテ抵當權ノ實行ヲ爲スハ聊カ酷ニ失セルカ如キ嫌アリト雖トモ抵當權實行ノ遲延モ亦顧ミサル可カラス加之第二ノ第三所得者ハ既ニ債務ノ期限到來セルコトヲ知リテ取得スヘキモノナルヲ以テ更ニ之ニ對シテ通知ヲ要セサルモノトナシタル所以ナリ

（一一四）

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

遺產相續ノ開始ニハ遺產アルヲ要スルモ積極財產ノ存在ヲ要セス單ニ消極財產（債務）ノミナルモ可ナリ」

亡忠藏ニハ財產ナキニヨリ控訴人ハ事實上其相續ヲ爲サストノ旨抗爭スレトモ遺產相續人ハ相續開始ノ時ヨリ被相續人ノ財產ニ屬セシ一切ノ權利義務ヲ承繼スヘキコトハ民法第一〇〇一條ノ明定スル所ニシテ遺產相續ノ開始ニハ勿論遺產ノ存在スルコトヲ要スルモ其所謂遺產ハ獨リ財產上ノ權利ノミニ止マラス義務ヲモ包含スヘキモノナルカ故ニ控訴人ハ遺產相續人トシテ被相續人忠藏ノ負擔セシ本件債務ヲ承繼

スヘキモノナルニヨリ該抗辯ノ不當ナルコト多言ヲ要セス(東京地方元年(レ)第二四八號民一河本、橘川、日下部各判事二年四月七日判決)

【參照ス可キ判例學說】

一　民法第一〇〇一條ノ所謂被相續人ノ財產ニ屬セシ權利義務ニハ債務ヲ包含スルコト勿論ナルヲ以テ遺產相續人ハ被相續人カ負擔セシ債務ノミ存スル場合ト雖モ尙ホ之ヲ承繼ス(大審院民事判決錄四二年六四一頁)

二　被相續人ノ義務ノ應分承繼ニ付テハ共同相續人ハ自己ノ相續分ニ應シテ被相續人ノ債務ヲ辨濟ス可ク其辨濟シタル部分ハ自己ノ相續分ニ照シテ超過セルモノアルトキハ他ノ共同相續人ヲシテ之ヲ補塡セシムルヲ得可キモノトス(奥田博士相續法論一七四頁)

三　被相續人ノ義務モ亦應分承繼ス可キモノナルカ故ニ各共同相續人ハ連帶ノ責任ヲ以テ之ヲ負擔スルノ要ナク均シク相續分ノ割合ニ應シテ之ヲ負擔スルヲ以テ足ル唯タ夫レ本條ハ被相續人ノ負擔セル債務ハ如何ナル割合ニ於テ各共同相續人カ其責ニ任ス可キモノナルヤ卽チ債務ノ負擔方法ハ如何ニシテ之ヲ定ム可キモノナルカヲ規定シタルモノニシテ之ヲ債務ノ辨濟ト區別セサル可カラス(牧野法學士相續法論二〇〇頁)

至當ノ解釋異論ノ餘地ナシトス

(一一五)

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

三六九　抵當權者ハ債務者又ハ第三者カ占有ヲ移サスシテ債務ノ擔保ニ供シタル不動產ニ付他ノ債權者ニ先チテ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クル權利ヲ有ス

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

五一七　更改ニ因リテ生シタル債務カ不法ノ原因ノ爲メ又ハ當事者ノ知ラサル事由ニ因リテ成立セス又ハ取消サルタルトキハ舊債務ハ消滅セス

錯誤ノ法律要素ニ關スル錯誤ヲ以テ擔保ノ約束手形ヲ誤テ無擔保ノ約束手形ヲ發行シタルトキハ其債權ハ消滅セス

(一)抵當權ヲ以テ擔保セル約束手形ヲ誤テ無擔保ノ約束手形ヲ誤テ無抵當權ヲ保證ノ爲メ換手形ヲ發行爲ノ要素ニ錯誤アルモノトス」

(二)抵當權附約束手形ヲ誤テ無抵當ノ約束手形ニ切換ヘタルハ表意者ニ重過失アリト謂フ可キカ」

(一)　控訴人所平治カ控訴人安十ノ保證ニテ明治四二年六月一一日同年九月五日ヲ滿期日トセル一、四五〇圓ノ約束手形ヲ被控訴人ニ宛テ振出シ同日右手形ノ支拂ヲ擔保スル爲メ本件抵當權ハ設定セラレ其登記ノ完了セラレタルコト及同年九月五日右手形滿期日ニ於テ控訴人ハ其支拂ヲ爲ス能ハサリシ爲メ翌六日前同樣控訴人所平治ハ控訴人安十ノ保證ニテ同年一二月三日ヲ滿期日トセル同金額ノ約束手形ヲ被控訴人ニ宛テ振出シ被控訴人ハ前手形ヲ控訴人所平治ニ返還シ所謂手形切換ヲ爲シタルコトハ當事者間爭ナキ所ナリ而シテ被控訴人ハ右手形切換ハ要素ニ錯誤アル無效ノ法律行爲ナレハ前手形債權ハ尙存續スルモノナリト抗爭スルニヨリ此點ニ付審按スルニ原審證人德三郎カ被控訴人ハ九月六日手形切換ニ際シ六月一一日振出ノ前手形カ抵當附ナルコトニ心附カス抵當附ナラサルモノト誤リ右切換ヲナシタル旨並控訴人所平治モ其後右切換カ被控訴人ノ錯誤ニ出テタルモノナルコトヲ了シ切換ニヨリ返還ヲ受ケタル前手形ヲ控訴人兩名立會ノ上更ニ被控訴人ニ返附シタル旨ヲ證言セルト右六月一一日振出ノ手形ナル乙第四號證ノ現ニ被控訴人ノ手中ニ存在スルト被控訴人ハ六月一一日右手形ヲ受取ルニ際シテハ特ニ抵當權

債權ヲ抵當權ヲ附與シタル場合ニ於テハ其抵當權ハ債權ニ從ヒテ移轉スルモノトス

抵當權ヲ附與シタル債權ニ關スル訴訟ニ於テハ其抵當權ハ當然ニ其債權ニ從ヒテ移轉スルモノトス

債權ノ譲渡ニ當リ債權者ハ債務者ニ對シ其債權ニ關スル證書ヲ交付スルコトヲ要ス

債權ノ譲渡ニ當リ債權者ハ債務者ニ對シ其債權ニ關スル證書ヲ交付スルコトヲ要ス

債權ノ譲渡ニ當リ債權者ハ債務者ニ對シ其債權ニ關スル證書ヲ交付スルコトヲ要ス

ヲ設定セシメ其支拂ヲ確保シタルニ拘ラス何等ノ特別ノ事情ノ存在シタリト認メラレサルニ九月六日ニ於テ之ヲ輙ク無抵當ノ手形ニ切換ヘ其抵當權ヲ消滅セシムルカ如キハ頗ル異常ノ事實ト認ム可キトニヨリ之ヲ考フレハ被控訴人カ本件切換ヲ爲シタルハ其主張ノ如ク六月一一日振出ノ手形ヲ抵當附ナラサルモノト誤リタルカ爲メニシテ當時此錯誤ナカリセハ右切換ヲ爲ササリシモノト認ムルヲ妥當トスルカ故ニ本件手形切換ノ法律行爲ハ被控訴人主張ノ如ク要素ニ錯誤アル無效ノモノニシテ六月一一日振出ノ手形債權並之ヲ擔保セル抵當權ハ尙未タ消滅セス被控訴人ハ右手形ノ正當所持人ナリトス

(二) 被控訴人カ右手形切換ニ際シ前手形ヲ無抵當ナリト誤リタルハ其過失ナルヤトハ參言ヲ要セサルトモ此過失カ要素ノ錯誤ニヨル法律行爲ノ無效ノ主張ヲ許ササル程度ノ重大ノモノナリトハ控訴代理人ノ主張セサル所ナルノミナラス被控訴人ハ控訴人所爭治ト數多ノ取引アリテ屢手形ヲ切換ヘタルコトアルハ證人ノ證言ニヨリ明ニシテ數多ノ切換中偶斯カル錯誤アルハ普通人ニ於テハ免レサル所ナリト認ム可キヲ以テ其過失ハ重大ナラサルモノニシテ民法第九五條但書ノ場合ニ該當セサルモノトス

(東京控訴院大正二年(ネ)第一二二號同年五月六日民三松岡裁判長、戸崎、前田各判事判決)

右ノ判決ト同一事案ニ就キ吾人ハ嘗テ屢評論ヲ試ミタリ本書第一卷民法(二七七、五六三、六〇五、第二卷民法(八五、一七一、一七七頁)ヲ參照セラル可シ

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

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

七七五 婚姻ハ之ヲ戸籍吏ニ届出ツルニ因リテ其效力ヲ生ス

前項ノ届出ハ當事者双方及ヒ成年ノ證人二人以上ヨリ口頭ニテ又ハ署名シタル書面ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ要ス

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 當事者カ婚姻ノ届出ヲ爲ササルトキ但其届出カ第七七五條第二項ニ掲ケタル條件ヲ缺クニ止マルトキハ婚姻ハ之カ爲メニ其效力ヲ妨ケラルルコトナシ

不法行爲ヲ原因トシテ損害賠償ヲ請求スル訴ニ於テ故意及過失ナキヤ否ヲ審究セサル判決ハ理由不備ノ違法アリ(儀式ヲ擧ケナカラ婚姻ノ届出ヲ爲サス婦人ノ名譽權ヲ侵害シタリトノ事件ニ於テモ過失ノ有無ヲ審究スルヲ要アリ)

上告人ハ被上告人カ婚姻式ヲ擧クル當時ヨリ其婚姻届出ヲ爲シテ適法ニ夫婦關係ヲ發生セシムル確定意思ヲ有セサリシニ拘ラス恰カモ之ヲ有セシモノノ如ク裝ヒ以テ上告人ヲ誤信セシメ明治四四年四月一三日上告人ト婚姻式ヲ擧ケ同月二六日迄同樣シタルモ遂ニ婚姻ノ届出ヲ爲ササリシノミナラス上告人ニ於テ何等指摘スヘキ缺點ナキニ拘ラス同年五月四日不法ニモ上告人ヲ離別シ以テ其名譽ヲ毀損シタリトノ不法行爲タル事實關係ヲ主張シテ本訴ノ請求原因ト爲シタルコトハ原判決ノ引用セル第一審判決ノ摘示ニ依テ明カナリ果シテ然レハ上告人ハ右名譽毀損カ被上告人ノ故意ヨリ出テタル場合ノミナラス被上告人カ普通注意ヲ用ユル人ノ同一境遇ニ於テ通

當爲スヘキ注意ヲ怠リタルニ基因シテ起リタル場合即チ民法第七〇九條ニ所謂過失侵害ノ場合ヲモ主張シタル者ナルヤ勿論ナリ然レハ原裁判所ハ其全般ニ渉リテ請求原因ノ有無ヲ判斷セサルヘカラサル筋合ナルニ事愛ニ出テス本訴主要ノ爭點ハ被上告人カ初ヨリ上告人ト適法ナル婚姻ヲ爲ス誠意ナキニ拘ラス事實上ノ婚姻ヲ爲シ何等ノ過失ナキ上告人ヲ離別シタルモノナリヤ否ヤニ在リトナシ上告人ノ立證スル所ニテハ被上告人カ婚姻ヲ爲ス誠意ヲ缺キタルコト及故意又ハ重過失ニ依リ上告人ノ節操ヲ汚シテ離別シタルモノナルコトヲ認ムル能ハストノ狹隘ナル理由ノ下ニ上告人ノ本訴請求ヲ棄却シ被上告人カ前顯普通注意ヲ用ユル人ノ爲スヘキ注意ヲ怠リタル爲メ上告人ノ名譽ヲ毀損スルニ至リタルニ非サリシヤ否ヤヲ確定セサリシハ理由不備ノ違法アリ(東京控訴院元年(ナ)第一一八號二年三月八日民一部判決長、宮内、中尾、木戸、長谷川各判事判決)

【參照ス可キ判例】

本書第一卷民事訴訟法二八一頁第二卷民法一八〇頁

當然ノ解釋異論アルコト無シ

(一一七)

二六六　地上權者カ土地ノ所有者ニ定期ノ地代ヲ拂フヘキトキハ第二七四條乃至第二七六條ノ規定ヲ準用ス

此他地代ニ付テハ賃貸借ニ關スル規定ヲ準用ス

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

通俗ニ所謂地代ナル語ノ意義

抵當權ノ設定行爲ハ假令無效ナルモ消費貸借ハ通常成立ス

通俗ニ所謂地代ナル語ノ意議』

地上權ノ場合ニハ地代ト云ヒ賃貸借ノ場合ニハ賃料ト云フコト民法ノ用例ナリト雖モ通俗ニハ地代ト云フ文字ハ如何ナル權利ニ基クヲ問ハス廣ク土地使用ノ對價ト云フ意味ニ用ヒラル而シテ前記乙號證ノ樣式記載ノ方法等ニ徵スレハ同證ニ於ケル地代ト云フ文字ハ特ニ法律上ノ嚴格ナル用例ニ從ヒテ記載セラレシモノト認ムルヲ得サルヲ以テ此文字アルノ故ヲ以テ直チニ控訴人ノ權利ヲ地上權ナリト認定スルヲ得ス(東京控訴院四四年(ネ)第七〇七號大正二年二月二四日民三滿田裁判長、松山、三橋、前田、高瀬各判事判決)

至當ノ見解ト信ス

(一一八)

三六九　抵當權者ハ債務者又ハ第三者カ占有ヲ移サスシテ債務ノ擔保ニ供シタル不動產ニ付他ノ債權者ニ先チテ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クル權利ヲ有ス(後略)

五八七　消費貸借ハ當事者ノ一方カ種類、品等及數量ノ同シキ物ヲ以テ返還ヲ爲スコトヲ約シテ相手方ヨリ金錢其他ノ物ヲ受取ルニ因リテ其效力ヲ生ス

(一)抵當權ノ設定行爲カ無效ニ屬スルモ特別ノ事情ナキ限ハ消費貸借契約ハ有效ニ成立ス』

(二)民事訴訟法施行前ニ爲サレタル勸解ハ强制執行ノ債務名義ト爲ラス』

(一)　消費貸借ノ成立スル以上ハ其債權ヲ擔保スル爲メノ抵當權ノ設定カ官廳ノ許可ヲ經サリシカ爲メ無效ニ歸スルコトアルモ特別ノ事由存セサル限リハ消費貸借ヲ當

然無效タラシムルモノニ非ス

(二) 民事訴訟法施行以前行ハレタル勧解ハ和解ノ勧告ニ外ナラスシテ當事者カ裁判所ノ勧告ニ服從シタルトキ即チ勧解ニテ済方トナリタルトキハ最早强制的處分ヲ爲スノ必要ナカリシヲ以テ當時ニ於テハ済方ヲ以テ民事訴訟法上ノ和解ノ如ク債務名義ト爲ササリシナリ（大審院大正二年(オ)第一二七號同年六月五日民一判決）

抵當權ノ設定カ法律行爲ノ要素ト認ムヘキ場合ニ於テハ消費貸借モ亦成立セス

要素ノ意義ニ就テ第一卷民法（二七七、五六三、六〇五頁）第二卷同上（八五、一七一、一七三、一七七頁）參照

（一一九）

四六七　指名債權ノ讓渡ハ讓受人カ之ヲ債務者ニ通知シ又ハ債務者カ之ヲ承諾スルニ非サレハ之ヲ以テ債務者其他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

前項ノ通知又ハ承諾ハ確定日附アル證書ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ以テ債務者以外ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

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

民訴四九七　强制執行ハ確定ノ終局判決又ハ假執行ノ宣言ヲ付シタル終局判決ニ因リテ之ヲ爲ス

更改ニ因リ消滅シタル債權ノ讓受人カ假執行宣告ニ基キ强制執行ヲ爲シタリトスルモ此事實ノミヲ以テ直チニ不法行爲ナリト謂フヲ得ス

貸金請求ノ訴ヲ提起シ勝訴判決ヲ受ケ次テ假執行ノ宣言ニ基キ强制執行ヲ爲シタルコト並ニ原告ハ右判決ニ對シテ控訴ニ及ヒタル所前顧債權ハ更改ニ因リテ既ニ消滅ニ歸シタリトノ理由ニヨリ原告勝訴ノ判決ヲ受ケ遂ニ確定スルニ至リタルコトハ當事者間ニ爭ナシ故ニ被告等カ第一審判決ニ附セラレタル假執行ノ宣言ニ基キテ爲シ

タル强制執行カ爾後無原因ノ行爲タルニ至リタルハ素ヨリ論ヲ俟タスト雖モ此一事ヲ以テ直ニ被告等ヲシテ不法行爲ノ責ニ任セシムルニ足ラス蓋シ被告等カ債權讓受ノ當時若クハ强制執行ノ完結以前ニ於テ右債權ハ既ニ消滅ニ歸シタルコトヲ知リ若クハ知ルコトヲ得ヘカリシニモ拘ラス漫然原告ニ對シテ訴求ヲ爲シ以テ强制執行ニ及ヒタル事實アルニ非スンハ不法行爲タルノ要件ヲ充實スルニ至ラサレハナリ……讓渡ノ際讓受人タル被告等ニ對シ各關係人ニ就キ債權ノ存否如何ヲ確ムヘキ旨ヲ强ユルカ如キハ取引ノ實際ニ適セサル措置ナリ左スレハ則チ被告等カ甲第五號證ニ基ク債權ヲ手倉芳佐ヨリ讓渡ヲ受クルニ際シテ手殘證文タルノ事實ヲ知ラサリシヲ以テ重大ナル過失アリト認定シ難ク而シテ其後上訴ノ結果右債權ハ更改ニ因リテ消滅ス歸シ該證書ハ手殘證文ナリトノ理由ヲ以テ被告敗訴ノ判決ヲ受ケタレハトテ右裁判ヲ事前ニ遡及シ債權讓受當時ニ於テモ手殘證文タルノ事實ヲ豫知シ得ヘカリシニ相當ノ注意ヲ缺キタルカ爲メ事茲ニ到リタルモノナリト推斷スルニ足ラス（山口地方民事部判決法律新聞第八六八號一二頁）

事實認定ノ問題蓋シ至當ノ見解ト信ス

（一二〇）

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

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ヨリテ消滅ス

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

民訴二〇六　妨訴ノ抗辯ハ本案ニ付テノ被告ノ辯論前同時ニ之ヲ提出ス可シ(下略)

荷物ト引換ニ支拂ヲ爲ストハ荷物ヲ受取ト同時ニ且同所ニ於テ之ト交換的ニ支拂ヲ爲スノ謂ナリ

口頭辯論ノ始マル以前ニ於テハ有效ニ之ヲ提出スルコトヲ得ヘシ

(一) 荷物ト引換ニ支拂ヲ爲ストハ荷物ヲ受取ト同時ニ且同所ニ於テ之ト交換的ニ支拂ヲ爲スノ謂ナリ』

(二) 妨訴抗辯ハ被告ノ本案ニ關スル口頭辯論ノ始マル以前ニ於テハ有效ニ之ヲ提出スルコトヲ得ヘシ』

(一) 被告ハ……本件債務ノ支拂場所ハ依然原告營業所ナリト抗爭スト雖トモ荷物ト引換ニ支拂ヲ己ストハ荷物ヲ受取ト同時ニ且同所ニ於テ之ト交換的ニ支拂ヲナスノ意ナルヲ以テ被告住地ニ到着スル荷物ト引換ニ支拂ヲ爲スコトヲ契約シタル以上ハ被告ハ同所ニ於テ荷物ト交換的ニ支拂ヲ要スルト共ニ原告モ亦同所ニ於テノミ支拂ヲ求ムルコトヲ得ルニ止マルモノト解釋スルノ外ナク其契約ヲ爲スニ至リタル理由カ被告ノ便宜ニ基キタルト否ト被告ノ申出ニ由リタルト否トハ毫モ問フ所ニ非ルナリ

(二) 被告ノ妨訴抗辯ハ答辯書提出後ニ係ルヲ以テ時機ニ後レタルモノナリト主張スルモ妨訴抗辯ハ被告ノ本案ニ關スル口頭辯論ノ始マル以前有效ニ提出スルコトヲ得ルモノニシテ答辯書ハ辯論ノ準備ノ爲メニスルニ過キサレハ之ヲ提出シタレハトテ口頭辯論ヲ爲シタルモノト云フコト能ハサルハ論ヲ俟タサル所ナレハ此點ニ關スル原告代理人ノ主張モ理由ナシ(和歌山地方田邊支部兵藤裁判長、大島、喜多村各判事元年一二月一六日判決法律新聞第八六八號二六頁)

他人ノ物ノ賣買ト法律行爲ノ要素ノ錯誤トノ關係

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

五六一　前條ノ場合ニ於テ賣主カ其賣却シタル權利ヲ取得シテ之ヲ買主ニ移轉スルコト能ハサルトキハ買主ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得但契約ノ當時其權利ノ賣主ニ屬セサルコトヲ知リタルトキハ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス

(一二一)

他人ノ物ノ賣買ト法律行爲ノ要素ノ錯誤トノ關係』

我民法ニ於ケル賣買契約ノ效力ハ賣主ニ於テ其目的タル財產權ヲ買主ニ移轉スヘキ債務ヲ負擔スルニ止リ直ニ當事者間ニ財產權移轉ノ效果ヲ發生スヘキモノニアラサレハ(五五五)他人ノ物ヲ以テ目的トスル賣買ノ有效ナルコトハ理論上當然ト謂フ可シ即チ其目的タル權利カ他人ニ屬スルコトヲ當事者双方相知リテ賣買シタリヤ又ハ賣主カ他人ニ屬スルモノトシテ賣却シタリヤ將タ賣主カ自己ニ屬スルモノトシテ賣却シタリヤ否ヤハ毫モ之ヲ問フノ必要ナク執レノ場合ニ於テモ其賣買ハ有效ナリ然リト雖モ其目的タル權利カ他人ニ屬スルカ爲メ意思表示ノ要素ニ錯誤ヲ來シ其結果契約カ無效ニ歸スヘキヤ否ヤハ自ラ別問題ニ屬ス苟モ賣買ノ目的タル權利カ他人ニ屬スルカ爲メ契約ノ要素ニ錯誤アリタルニ於テハ則チ第九五號ノ適用上其賣買契約ハ當然無效ニ歸シ第五六一條ノ適用ヲ受クヘキニ非サルナリ(法學士西川一男氏法學新報第二二卷第一號七四頁以下要領)

【參照ス可キ學說】

一　民法五六〇ノ規定ニ依ルトキハ賣買ノ目的タル財產權カ賣主ニ屬セサルトキハ賣主ハ之ヲ取得シテ買主ニ移轉スルノ義務

チ負フ賣主カ自己ノ所有トシテ之ヲ賣却シタルヤ又ハ他人ノ所有トシテ賣却シタルヤ當事者ニ於テ權利ノ他人ニ屬スルコトヲ知リタルヤ否ヤハ之ヲ問フヲ要セス何トナレハ民法ハ此點ニ付何等ノ區別ヲ爲ササレハナリ（横田博士債權各論二九五頁）

二、其權利カ賣主ニ屬セサル以上ハ其何人ニ屬スルヲ問ハス但買主ニ屬スル權利ノ賣買ハ不能ノ事項ヲ目的トスルカ故ニ無效ナリ……本條ハ賣買ノ目的タル權利カ他人ニ屬スルコトヲ双方共ニ之ヲ知リ又ハ其一方ノミ之ヲ知リテ他方ハ之ヲ知ラス又ハ双方共ニ之ヲ知ラスシテ賣買ヲ爲シタル場合ニ適用セラル然レトモ當事者双方ノ意思直チニ其權利ヲ移轉スルニアルトキハ不能ノ爲メニ無效トナリ當事者一方ノ意思ハ直チニ權利ヲ移轉スルニアリテ他方ノ意思之ニ反スル時ハ錯誤ノ爲メ其賣買ヲ無效トナリ當事者双方ノ意思不正ナルトキハ公益ニ反スルヲ以テ賣買無效ナリ（岡松博士民法理由下卷次七四頁）

三、賣買ノ目的タル財產權ノ第三者ニ屬スル場合ニ於テハ當事者一方又ハ双方カ之ヲ知リタルト否トヲ問ハス賣主ハ之ヲ取得シテ買主ニ移轉スルノ義務ヲ負擔ス……此ノ如ク一ハ他人ノ權利ノ賣買ヲ無效トシ一ハ之ヲ有效ナリト爲ス所以ノモノハ主トシテ賣買ノ性質ニ付彼是見解ヲ異ニスルヲ以テナリ（民法正解債權九八二頁）

四、即時賣買ハ其成立ト同時ニ當然財產權ヲ賣主ニ移轉スルノ效力ヲ有スルモノナルカ故ニ賣主ハ之カ爲メニ財產權移轉ノ義務ヲ負擔スルコトナシ然レトモ猶豫賣買ニ在テハ即時ニ財產權ヲ移轉スルノ效力ヲ生セスシテ單ニ賣主ヲシテ之ヲ買主ニ移轉スルノ義務ヲ負擔セシムルニ止マルモノナリ故ニ賣主カ不特定物ヲ以テ賣買ノ目的トナスカ又ハ他人ノ有スル財產權ヲ以テ賣買ノ目的物ト爲ストキハ其財產權ヲ買主ニ移轉セシムル行爲ヲ爲ササル可カラス例ヘハ不特定物タル米一〇〇俵ヲ代金五〇〇圓ニテ賣却スルコトヲ約シタルトキハ賣主ハ其權利ヲ移轉スルノ行爲ヲ爲スニ必要ナル行爲ヲ完了スルノ義務ヲ負擔ス又他人ノ有スル建物ヲ賣却スルコトヲ約シタルトキハ賣主ハ自カラ之ヲ取得シテ買主ニ移轉スルノ義務ヲ負フ然レトモ他人ノ權利ヲ目的トスル賣買ニ於テ其締結ト同時ニ財產權ヲ買主ニ移轉スルコトヲ條件ト爲シタルトキハ其賣買ハ之ヲ無效ト爲ササル可カラス何トナレハ如此契約ハ法律上不能ナル事項ヲ目的トスルモノナレハナリ（法學士馬場愿治氏契約各論四二、四三頁）

然リ他人ノ物ヲ以テ賣買ノ目的物ト爲スモ常ニ無效ノ契約ニ非サルハ右所說ノ如シ然レトモ此契約ノ無效ナル場合ハ其要素ニ錯誤ヲ存スルトキニ限ルモノト解ス可キカ吾人ハ他人ノ物ヲ以テ賣買契約ノ目的物ト爲シ其權利ノ即時移轉ヲ爲ス意思表示ヲナシタルトキハ法律上不能ノ事項ヲ目的トスルモノニシテ其契約ハ無效ナルモノト信ス故ニ此點ニ關スル右所說ニハ贊同ヲ表スル能ハス

九六四　家督相續ハ左ノ事由ニ因リテ開始ス

一、戶主ノ死亡隱居又ハ國籍喪失

二、戶主カ婚姻又ハ養子緣組ノ取消ニ因リテ其家ヲ去リタルトキ

三、女戶主ノ入夫婚姻又ハ入夫ノ離婚

九六六　家督相續回復ノ請求權ハ家督相續人又ハ其法定代理人カ相續權侵害ノ事實ヲ知リタル時ヨリ五年間之ヲ行ハサル時ハ時效ニヨリテ消滅ス相續開始ノ時ヨリ二〇年ヲ經過シタルトキ亦同シ

九七四　第九七〇條及第九七二條ノ規定ニ依リテ家督相續人タルヘキ者カ家督相續ノ開始前ニ死亡シ又ハ相續權ヲ失ヒタル場合ニ於テ其者ニ直系卑屬アルトキハ其直系卑屬ハ第九七〇條及第九七二條ニ定メタル順序ニ從ヒ其者ト同順位ニ於テ家督相續人トナル

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

相續權ノ意義及其作用

我民法ニ於テ用ユル相續權ナル語ハ余ノ考ニテハ少クモ二意義アリ即チ家督相續、遺產相續等ノ相續開始前ニ於ケル相續人ノ地位ヲ指稱スル場合ト相續開始後ニ於ケル相續人ノ地位ヲ指稱スル場合ナリ例ヘハ民法第九七四條ニ用フル相續權ナル文字トハ其意義自ラ異ル第九七四條ニハ「家督相續人タルヘキモノカ家督相續ノ開始前ニ死亡シ又ハ其相續權ヲ失ヒタル場合云々」トアルヲ以テ相續人ハ相續開始前ニ相續權ヲ有スルモノナルコトヲ前提セリ乍併相續開始前ニ果シテ相續權在リヤ否ヤ之レ多少疑ヲ存ス通說ニ從ヘハ相續ノ開始ニ依リテ相續權發生シ開始前ニ於テハ未タ相續權ナシト然リ相續開始前ニ於テ相續人ノ有スル所ノモノハ只一ノ希望ニ過キス此希望ヲ以テ權利ト云フハ少クモ穩當ヲ缺クノ據

相續權ノ本義

アリ權利ト云ヘハ少クモ確定的又ハ不可動的ノモノナラサルヘカラス然ルニ相續開始前ニ於ケル相續人ノ希望ハ確定的ノモノニモアラス又不可動的ノモノニモアラス故ニ斯ルモノヲ以テ權利ト稱スルハ甚タ不適當ナルコト明カナルモ民法ノ用例ニハ斯如モノヲモ尚ホ且ツ權利即チ相續權ナリト稱スルハ他ニ適當ノ文字ナク止ヲ得ス此文字ヲ用ヒタルモノナラン今相續人カ相續開始前ニ於テ相續權ヲ有ストシテモ相續人タリ得ヘキ凡テノ者カ皆同時ニ相續權ヲ有スルモノナルヤ否ヤ是レ亦疑ノ存スル所ナリ例ヘハ家督相續ニ付之ヲ述フレハ被相續人ニ數人ノ直系卑屬アリテ其中ノ一人ノミカ即チ法定ノ推定家督相續人トシテ被相續人ヲ相續シ得ルモノナルカ故ニ其一人ノミカ家督相續權ヲ有ストハ或ハ云ヒ得ラルヘキモ其以外ノ者ハ既ニ法定ノ推定家督相續人存スル以上ハ被相續人ヲ直接ニ相續シ得サルヲ以テ相續權ヲ有ストハ云ヒ得サルヘシ從テ相續開始前ニ於テ假リニ相續人カ相續權ヲ有ストスルモ現實ニ被相續人ヲ相續シ得ル相續人ノミカ相續權ヲ有スルモノト解セサルヘカラス

相續權本來ノ意義ヨリ解スル時ハ相續權トハ相續開始ニヨリ被相續人ヲ相續スル權利換言スレハ被相續人ノ人格ヲ承繼スル所ノ權利之レナリ此意味ニ於ケル相續權ノ用例ハ我民法中處々ニ散在ス即チ第九六六條ノ如キハ正ニ其一例タリ然ラハ此權利ノ目的ハ何ナリヤ曰ク被相續人ノ人格ヲ承繼スルコト之レ即チ其目的ニシテ其權利ノ內容ヲナスモノハ理論上家督相續ト遺產相續トニヨリテ自ラ異ラサルヘカラス而シテ相續ノ開始ニヨリテ被相續人ノ人格ノ承繼即チ包括的ニ權利義務ノ移轉アルハ之レ全ク相續ノ結果又ハ效力ノ然ラシムル所ナリト雖モ亦相續權ノ活動ニ外ナラス

相續權ノ承認又ハ拋棄ト關スル保全ノ訴訟

此活動ヲ惹起スル動力ハ即チ相續ノ承認ナリ故ニ相續ノ承認ト云ヒ又ハ拋棄ト云フハ猶ホ相續權ノ一ノ作用ニ過キス去レハ相續回復ノ請求ノ如キモ亦相續權ノ作用ニシテ之ニ由テ以テ權利侵害ノ回復ヲナスコトヲ得

相續權ノ回復ノ請求ノ訴訟

元來相續ノ回復ト云フハ相續權ヲ侵害セラレタル者カ裁判上其救濟ヲ求ムルノ謂ニシテ被害者ハ侵害者ニ對シテ訴ノ形式ニ依リテ自己ニ相續ヲ挽回セントスルモノナリサレト此訴ヲ以テ相續回復ノ訴ト稱シ相續權回復ノ訴ト唱ヘサル所以ノモノハ畢竟此訴ハ相續權ノ有無ヲ確定スルヲ以テ其目的トナサス相續權ノ存在ヲ理由トシテ相續ニ因リ自己カ取得スヘキ相續ノ效力ヲ回復セントスルモノニ外ナラサルカ故ナリ或ハ相續回復ノ請求ハ身分ノ回復ヲ請求スルモノナルカ故ニ相續權ノ內容ヲナス個々ノ財產ニ對シ之カ引渡若クハ相續登記ノ取消ヲ求ムルカ如キハ相續回復ノ訴ナリト云スヘカラス寧ロ身分ノ確定ヲ目的トスル訴ニ非サレハ相續回復ノ訴ト云フ能ハスト主張スル說ナキニ非サルモ是レ非ナリ何トナレハ相續回復ノ訴ハ必スシモ身分回復ノ訴ニ非ス遺產相續ノ如ク相續權ノ內容ヲナス個々ノ財產ニ對シテ侵害アリタル場合ニ於テ之カ取戻ヲ請求スルカ如キモ亦相續權ノ主張ニ外ナラサレハ之ヲ以テ相續回復ノ請求トナスニ於テ何ノ妨カ之アラン相續ハ元ヨリ權利義務ノ包括的承繼ナリト雖モ相續回復ノ請求ト相續ニ因ル權利義務ノ承繼トハ亦自ラ別種ノ問題タリ故ニ假令包括的ニ身分ノ回復ヲ請求セスシテ個々ノ財產ニ對スル侵害行爲ノ排除ヲ請求スルモ毫モ相續回復ノ訴タルニ妨ナシ苟モ相續權ニ基クモノナル以上ハ相續回復ノ請求ナリト云フコト敢テ支障ナシト解セサルヘカラス(法學士牧野菊之助氏法

律新聞第八八九號四頁以下要領

【參照學說判例】

一 相續權トハ相續人ト爲ル地位ノ上ニ存スル權利ヲ謂フ通常ノ學說ハ二種ノ相續權ヲ認ム一ハ相續人ト爲ルノ權利ニシテ一ハ相續人トシテ有スル權利タリ此相續人トシテ有スル權利ハ相續財產ヲ客體トスルモノニシテ相續人カ相續財產ノ上ニ有スル權利ヲ謂フ然レトモ相續財產上ニ相續權ナル單一ノ權利カ存在スルヤ否ヤニ付テハ疑ヲ挾ム可キ點少カラス相續財產回復ノ請求權ノ如キハ通說ハ之ヲ以テ獨立單一ノ請求權ト看レトモ寧ロ相續財產ヲ組成スル各個財產ヨリ生スル請求權ノ集合ト看ルヲ正當トスルカ如シ若シ相續財產ナル一體ノ財產ノ上ニ存スル一個ノ權利ヲ認ム可カラストスレハ相續人トシテ有スル權利ハ相續人カ取得シタル各個權利ノ總稱タルニ過キスシテ別ニ獨立ノ權利トシテ之ヲ認ム可キニ非ス從テ相續權ハ相續人ト爲ルノ權利ノミヲ指稱スルニ外ナラサルモノト爲ルヘシ(松本博士註釋民法全書五七頁)

二 家督相續ノ目的中ニハ種々ノ權利義務ヲ包含スルモノニシテ各權利義務ニ就テ之ヲ云ヘハ各時效ノ規定ニ從ヒ取得又ハ消滅セシム可シト雖モ本條ニ所謂家督相續回復ノ請求權ハ純然タル相續自體ニ關シテ之ヲ言フモノニシテ各時效ノ規定ト抵觸スルモノニ非ス(奧田博士相續法論七四頁)

三 我民法ノ解釋上相續權トハ如何ナル意義ニ解ス可キカ少クトモ家督相續人ハ相續開始ノ時ヨリ前戶主ノ有セシ權利義務ヲ承繼スルモノニシテ啻ニ財產權ノミナラス戶主權ト謂フカ如キ身分權ヲモ相續スルモノナルヲ以テ相續權ハ相續財產ヲ目的トスル權利ナリト言フコトヲ得ス我邦ノ學者中民法九七三、九七四、九九五、八七五、等ノ規定ヨリ推測シテ相續權ヲ以テ推定相續人ノ有スル權利ナリト解スル者アリ是レ民法ノ解釋上頗ル有力ニシテ或ハ適當ナルモノナルヤモ知ル可カラス乍併余輩ハ此說ノ當否ニ付少シク疑ヲ抱ク者ナリ相續權ヲ以テ推定相續人ノ有スル權利ト爲サハ其權利ノ目的ハ相續人ト爲ルニ在ルヲ以テ相續開始シ既ニ相續人ト爲リタル後ハ最早相續權ナルモノハ相續開始後ニ於テ存在スルノミナラス寧ロ相續權ハ其開始後始メテ發生スルモノナルコトヲ推知シ得ルモノノ如シ又相續權ハ相續人ト爲ルノ權利ナリトノ說モ亦右ニ述フルト同樣ノ理由ニ因リ民法九六六、ノ規定ノ精神ニ合ハサルモノト信ス余輩ハ民法ノ解釋上民法九七四、九九五ノ規定ト多少抵觸スル所アルカ如キモ第九六六條ノ規定ノ精神ヨリ相續權トハ相續人カ被相續人ノ身分ノ承繼者タルコトヲ主張シ得ル地位ヲ言フモノト信ス即チ相續トハ固ヨリ相續人カ被相續人ノ有スル特定ノ權利義務ヲ承繼スルノ意ニ在ラス又其權利義務ヲ包括的ニ承繼スルノ意ニモ在ラス相續人カ被相續人ノ身分ヲ承繼スルヲ謂フ從テ相續ハ權利義務ノ主體ヲ變更スルニ非スシテ寧ロ其主體ヲ持續スルモノナリ(法學士鈴木英太郎氏明治大學民法總則講義一一三頁)

四 相續人ノ權利ハ之ヲ三種ニ大別スルコトヲ得可シ其一ハ被相續人死亡ノ前ニ於テ法定相續人トシテ有スル權利其二ハ被相續人ノ死亡ノ後相續人トシテ決定セラレタルモノカ其相續人タルコトヲ主張シ得ル權利其三ハ相續ノ承認ノ後ニ至リ相續人タ

ルコトヲ主張シ得ル權利是レナリ而シテ第三種ハ之ヲ特種ノ權利トシテ論スルコト正當ニ在ラス何トナレハ相續ニ因テ家督又ハ遺產ニ關スル總テノ權利ハ相續人ニ移轉シ其權利ヲ主張スルニ付單ニ相續ノ名義ヲ以テスル場合ニ外ナラサレハナリ又第二種ノ權利ハ之ヲ相續權トシテ論スルコト穩當ヲ缺ク何トナレハ相續ノ效力トシテ相續開始ノ時ヨリ被相續人ノ權利義務ハ相續人ニ移轉スルヲ以テ特種ノ權利トシテ認メラレタルモノ即チ承認權ハ單ニ既成ノ事實ヲ確定スルニ外ナラサレハナリサレハ相續權トシテ論ス可キハ第一種ニ限ルヲ正當ト信ス(志田博士明治大學民法總則講義六四頁)

五 相續回復ノ請求ハ法律上ノ原因ナクシテ相續ノ目的ヲ占領セル者ニ對シ其返還ヲ求ムルモノナルカ故ニ相續財產ニ關シテハ不當利得ヲ原因トスル返還ノ請求ノ性質ヲ有スルモノトス……又相續人タルコトヲ主張セシテ相續ノ目的ニ屬スル財產ヲ占有セル者ニ對シ相續人ハ相續ニ因リテ自己カ繼承シタル權利ヲ主張シ其他事情ニ從ヒ一般ノ規定ニ因リテ之カ返還ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヘシ但相續回復ノ請求權ニ付消滅時效完成シタル後ハ此限リニ在ラス(島田法學士明治大學相續法講義二五〇頁)

六 余ハ相續權ハ權利ニ非ス即チ相續權ト名ク可キ特殊ノ權利ハ存在スルモノニ非ス相續ニ依リ物權、債權、專用權、人身權以外ニ權利ノ移轉ヲ見ルコトナシトノ說ヲ採ラントス此議論ノ根據ハ至簡ナリ即チ新ナル權利アリトスルニハ新ナル法律關係ノ創設ナカル可ラス然ルニ相續ニハ新ナル法律關係ノ創設ナシ故ニ相續權ハ權利ニ非ス相續人ハ相續ニ因リ被相續人ノ有セシ以外ニ何等ノ特種權利ヲ取得スルコトナシ(法學士淺見倫太郎氏法律新聞第一八七號三頁)

七 民法七三七ノ規定ニ依リテ家族ト爲リタル直系卑屬カ果シテ戶主ノ家督相續人ト爲ルヤ否ヤハ相續開始ノ時ニ在ラサレハ確定セサルモノトス(大審院民事判決錄三九年七〇二頁)

八 自己ニ家督相續權アルコトヲ主張シ他人ノ不法相續ヲ排斥セントスルニハ必スヤ家督相續回復ノ訴ニ依ルヘキモノニシテ之ヲ請求スル權利ハ家督相續人ニ專屬ス(同上三八年一六六二頁)

相續權ナル語ハ民法上其用例一樣ナラス從テ其意義ヲ定ムルニ當リ種々ナル學說ヲ生スルハ已ムヲ得サル所トス然レトモ之カ爲メニ或學者ノ如ク相續權ナル觀念ヲ否認セントスルハ絕對ニ非ナリ民第九六六條ニ於テ認メタルモノハ相續ノ目的タル箇箇ノ權利ヲ回復セシムル意義ニ於テ認メタルニ非サルコトハ同條ヲ一讀スレハ明白ナリ然ラハ相續權ハ之ヲ如何ナル意義ニ解ス可キカ吾人ノ信スル所ニ據レハ相續權トハ相續人カ現實ニ其地位ヲ主張シ得ル法律上ノ力ニシ

テ將來ニ於テ其地位ヲ主張シ得ルニ至ルコトアル可キ狀態ヲ意味スルニ非ス換言スレハ推定相續人ノ有スル地位ハ單純ナル希望ニシテ其內容ニ於テ確定不可動ノモノニ非サルヲ以テ權利ノ觀念ヲ以テ說ク可ラス而シテ相續權ヲ如上ノ意義ニ解スルトキハ民法第九七四、九九五條等ノ規定ト相牴觸スル感ナキニ非サルモ斯ハ前述シタルカ如ク民法ニ於テ種々ナル意義ニ此語ヲ使用シタルカ爲メニシテ蓋シ不得已結果ト謂フ可シ

牧野法學士ハ本論ニ於テ第九六六條ニ所謂相續回復ノ訴ヲ說明シ「本訴ハ相續權ノ有無ヲ確定スルヲ目的ト爲サス相續ノ效力ヲ回復スルモノナルカ故ニ確認訴訟ニ非ス」ト云ハル然リ本訴ハ給付ノ訴ニシテ確認訴訟ニ非サルハ明カナリト雖モ而モ相續權ノ有無ハ本訴ニ於テ全然度外視スヘキモノニ非サル可シ何トナレハ本訴ハ相續權者カ他人ノ爲メ不法ニ侵害セラレタル相續ノ目的ヲ形式的ニ回復ヲ命スルモノナルヲ以テ先ツ其相續權者タルコトヲ前提トシ相續權ノ有無ヲ度外シテ裁判スル如キハ想像スル能ハサレハナリ又本論ニ於テハ相續ノ效力ヲ回復スト云フモ相續ノ實體的效力ハ眞正ノ相續人ニ於テ當然承繼シ不法ノ相續人ニ於テ繼承スル場合ヲ生セサルヘシ

要之本問ハ解釋上ノ一大難問ニシテ尙ホ充分研究ノ餘地アルヲ疑ハス

四九四 債權者カ辨濟ノ受領ヲ拒ミ又ハ之ヲ受領スルコト能ハサルトキハ辨濟者ハ債權者ノ爲メニ辨濟ノ目的物ヲ供託シテ其債務ヲ免ルルコトヲ得辨濟者ノ過失ナクシテ債權者ヲ確知スルコト能ハサルトキ亦同シ

四九七 辨濟ノ目的物カ供託ニ適セス又其物ニ付滅失若クハ毀損ノ虞アルトキハ辨濟者ハ裁判所ノ許可ヲ得テ之ヲ競賣シ其代價ヲ供託スルコトヲ得其物ノ保存ニ付過分ノ費用ヲ要スル時亦同シ

辨濟ノ目的物競賣ト債務關係

民法第四九七條ノ場合ニ於テモ債務者ハ賣得金ノ供託ニ因リテ債務ヲ免ルルニ至ルモノナルヘキハ多言ヲ要セスト雖モ而モ競賣カ何等ノ效果ヲモ生セサルモノト解スルコトヲ得ス則チ競賣ハ債務者ヲシテ賣得金ヲ供託セシメ又之ヲ債務者ニ交附スルニ因リテ其債務ヲ免レシムルノ權利ヲ得セシムルモノニシテ此意味ニ於テ競賣ハ物ハ給付ヲ目的トスル債權關係ヲ變スルノ效果ヲ生スルモノト論斷セサルヲ得ス然レトモ凡テノ場合ニ於テ賣得金カ必ス債務關係ノ目的タラサルヘカラスト論スルノ必要アルコトナシ何トナレハ賣得金ノ供託交附ニ依リテ債務者ヲシテ債務ヲ免レシムルハ畢竟債權者ノ保護ト共ニ競賣權ノ目的ヲ達セシムルニ適當ナレハナリ左レハ債務者カ競賣ニ依リ自ラ競賣物ヲ賣得スルカ又ハ供託前ニ再ヒ其物件ヲ取得シタルトキハ其物件ヲ給付スルニ因リテ債務ヲ免ルルコトヲ得セシムルヲ禁スルノ理由アルコトナシ隨テ債權者ニ於テモ其物件ノ引渡ヲ求ムルコトヲ得ヘシト論セサルヘカラス(法學士飯島喬平氏明治學報第一二四號五三頁以下要領)

然リ競賣ハ換價供託ノ準備行爲ニシテ何等ノ效果ナシト謂フ可カラサルハ本論

ノ如シ然レトモ競賣ノ效果トシテ物ノ給付ヲ目的トスル債權關係ヲ競賣代金ヲ目的トスル債權關係ニ變セシムルモノト論スルハ聊カ疑問ノ餘地ナクンハアラス則チ債權ハ目的物ヲ異ニスルモ而カモ從來ノ債權存續スルニ非サルカ即チ債權ノ目的物カ債務者ノ責ニ歸ス可キ事由ニヨリテ滅失シタル場合ト同一ノ法理ヲ以テ論スル能ハサルヤ之レ吾人ノ疑問トスル所ナリ

尙ホ本論ハ競賣ニ因ル債權關係ノ變更ヲ認メ而カモ其變更後ニ於テ競賣セラレタル目的物ヲ以テ債務者ハ辨濟ヲ爲シ債權者ハ其請求ヲ爲スコトヲ得ルモノノ如ク解スルハ矛盾ノ觀念ニアラサルナキカ則チ債權關係ハ既ニ目的物ノ轉換ニヨリテ變更セラレタルモノト解セハ原債權卽チ變更前ノ債權ノ目的物ヲ以テ爲ス辨濟ハ所謂代物辨濟ト解スヘケレハナリ

（一二四）

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

四三三　連帶債務者ノ一人ニ付法律行爲ノ無效又ハ取消ノ原因ノ存スル爲メ他ノ債務者ノ債務ノ效力ヲ妨クルコトナシ

四四〇　前六條ニ掲クタル事項ヲ除ク外連帶債務者ノ一人ニ付生シタル事項ハ他ノ債務者ニ對シテ其效力ヲ生セス

連帶債務ノ性質ヲ論ス

第一節　緒論

連帶債務ノ性質

連帶債權關係ハ債權者又ハ債務者數人存シ各債權者カ全部ノ給付ヲ請求スルコトヲ得ヘク又各債務者カ全部ノ給付ヲ爲スコトヲ要シ一回ノ全部ノ給付ニ依リテ全債權關係ヲ消滅セシムル債權關係ヲ云フ而シテ債權者數人アル場合ニハ之ヲ自働的連帶（Aktive Gesamtsolidarverhältnis）又ハ連帶債權（Gesamtforderung）ト稱シ債務者數人アル場合ニハ之ヲ受働的連帶（Passive Gesamtschuldverhältnis）ト稱ス

連帶債務ノ定義

第二節　各國立法

獨普通法ニ於テ一派カ共同連帶、單純連帶ノ區別ヲ認ムル外一般ノ立法ハ唯一種ノ連帶ノミヲ認ム之ヲ經濟上ノ目的ヨリ論スレハ連帶債權關係ハ債權者ノ權利ノ效力ヲ確保シ且其行使ヲ容易ナラシムルニアリ其目的ノ爲メニハ二種ノ連帶ヲ認ムルヲ要セス一種ノ連帶ヲ認ムルヲ以テ足レリトス我法典モ亦一般ノ立法ニ從ヒ單ニ一種ノ連帶ヲ認ム且法典ハ單ニ連帶債務ニ關シテノミ規定ヲ設ク

連帶債務ニ關シテ各國立法

第三節　連帶債務ノ性質

連帶債務トハ數人カ同一ノ原因ニ基キテ負擔スル同一ノ目的、同一ノ物體ヲ有スル數個ノ債務ヲ云フ

(一) 連帶債務ハ多數主體ノ債權關係ノ一場合ニシテ數人ノ債務者存ス數人ノ債務者存セサルトキハ他ノ總テノ要件ヲ具フルモ連帶債務ニアラス

(二) 連帶債務ニアリテハ債務者ノ數ニ應シテ數個ノ債務存ス理論上所謂共同連帶ナル觀念ハ之ヲ認ムルヲ得サルカ故ニ單純連帶ノ觀念ニ從ヒ連帶債務ハ數個ノ債務ヲ成立スルモノトナササルヲ得ス我法典ノ解釋トシテ數個ノ債務ヲ認ムヘキ理由ヲ

遂レハ連帶債務者ハ各全部ノ給付ヲ負擔スルカ故ニ論理上一個ノ債務存スルモノトナスヲ得ス債務者ノ數ニ應シ數個ノ債務存スルモノトナササルヘカラス蓋シ數人ノ債務者存スル場合ニハ數人カ共同シテ全部ノ給付ヲ負擔スルモノトナシ總有債權關係ノ形式ヲ取ルトキハ一個ノ債務存ストナスヲ得ヘシ然ルニ連帶債務ニアリテハ各債務者カ全部給付ヲ負擔スルカ故ニ論理上債務者カ各一個ノ債務ヲ負擔スルモノトナササルヘカラス連帶債務ハ各債務者ニ付期限ヲ異ニスルコトヲ得ヘク又債務者ノ一人ニ付無條件ナルモ他ノ債務者ニ付條件附ナルヲ得各債務者ニ付期限條件ヲ異ニスルコトヲ得ル點ヨリ見レハ數個ノ債務存ス又連帶債務者ノ一人カ免除、時效ノ完成ニ依リ債務ヲ免レ又ハ債務者ノ一人カ其責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リ債務ヲ免ルルコトヲ得ルニ依リテ見レハ數個ノ獨立セル債務存スルモノトナスコトヲ要ス更ニ連帶債務ヲ以テ一個ノ債務ト爲ストキハ共同連帶ニ於ケルカ如ク連帶債務者ノ一人ニ付生セル事項ハ絕對的效力ヲ生シ他ノ債務者ニ效力ヲ及ホスモノトナササルヘカラス然レトモ法典ハ特ニ規定セルモノノ外ハ他ノ債務者ニ效力ヲ及ホササルモノトス

(三) 連帶債務ニ於ケル數個ノ債務ハ同一ノ給付ヲ物體トス瑕格ニ之ヲ解スレハ債務者ノ異ルニ依リテ給付モ亦異ル數人カ同一ノ特定物ヲ給付スヘキ場合ニ於テモ尙給付ハ同一ナリト云フヲ得ス蓋シ甲ノ給付ハ乙ノ給付ニアラサルカ故ナリ然レトモ何レノ債務者ヨリ給付ヲ受クルモ債權者ニ取リテ同一ナル場合ニハ各債務者ノ給付ハ同一ナリト云フヲ妨ケス此意義ニ於テ連帶債務ニ於ケル各債務者ノ給付ハ同一ナリ

(四) 同一ノ給付ヲ物體トスル數個ノ債務存スルモ直ニ連帶債務ナリト云フヲ得ス例ヘハ數人カ各獨立シテ同一物ヲ或特定人ニ賣却スルノ契約ヲ爲ス場合ニハ同一ノ給付ヲ物體トスル數個ノ債務存スト雖モ各債務者ハ債權者ニ對シ獨立シテ其物體ヲ給付スヘキ義務ヲ負ヒ其一人カ履行ヲ爲スモ他ノ債務者ハ債務ヲ免ルルコトナシ之ニ反シ連帶債務ニアリテハ給付ノ同一ノミニ止マラズ尙他ニ各債務ヲ連結シ一債務ノ全部ノ給付カ他ノ債務ヲモ消滅セシムル理由ナカルヘカラス而シテ通說ハ凡テノ債務カ同一ノ目的ヲ有スルカ爲メナリトナス即數個ノ債務ハ同一ノ目的ヲ有スルカ故ニ債務者ノ一人ノ全部ノ給付ニ依リ債權者カ滿足ヲ受ケタルトキハ單ニ其債務ノミナラス他ノ債務モ亦其目的ヲ達シ物體ナキニ至ルカ故ニ消滅スルモノトス本來債務ハ債權者ニ利益ヲ得セシムル手段ニシテ債務其モノハ自存ノ目的ヲ有セス故ニ請求權ノ競合ノ場合ト同シク連帶債務ニ關シテモ債務ノ目的ノ觀念ヨリ其效力ヲ說明スルヲ以テ當ヲ得タルモノトス蓋連帶債務ニアリテハ債權者ノ權利ヲ確保シ且其行使ヲ容易ナラシムルカ爲メニ存スルモノニシテ數箇ノ債務ハ唯一箇ノ目的ヲ有ス從テ一箇ノ債務ニ依リテ其目的ヲ達スルヲ得タルトキハ他ノ債務モ亦存在ノ理由ナキニ至ルカ故ニ消滅セサルヘカラス債務者ノ一人カ履行スル場合ニハ唯自己ノ債務ヲ履行スルニ過キス從テ他ノ債務カ消滅スルモ其履行アリタルカ爲メニアラス債務者ノ一人ノ履行ニ依リ其目的ヲ達シタルカ爲メ反射作用トシテ消滅スルモノトス數箇ノ債務ハ同一ノ目的ヲ有スルモ目的ノ意義ニ關シテハ學說必スシモ一致セス或ハ之ヲ法律上ノ目的ノ意義ニ解スル者アリ然レトモ法律上ノ目的ノ意義ハ必スシモ

明白ナラス故ニ通說ハ經濟上ノ目的ノ意義ニ解ス即債權者ノ方面ヨリ見テ債權者カ債權關係ニ基キ取得スル經濟上ノ利益ヲ云フモノト解ス而シテ目的ノ同一ハ連帶債務カ法律行爲ヨリ生スル場合ニハ當事者ノ意思ニ依リテ定マル又法律ノ規定ニ基キ生スル場合ニハ目的ノ同一ハ債務ノ性質ニ依リ定マルモノニシテ畢竟法律カ之ヲ定ムルモノトス

(五) 數箇ノ債務カ單ニ同一ノ目的ヲ有スルモ未タ連帶債務ト稱スルヲ得ス連帶債務タルニハ更ニ數箇ノ債務カ同一ノ原因ニ基キ發生スルコトヲ要ス其發生原因ヲ同フスルハ連帶債務カ不眞正連帶債務(Unechte Solidarität)ト區別セラルル點ナリ不眞正連帶債務ニアリテハ各債務ノ發生原因ハ同一ニアラス例ヘハ保險者ト不法行爲者トカ共ニ損害賠償義務ヲ負フ場合ニハ兩者ノ債務ハ其目的ヲ同フスト雖モ其原因ハ異ナル即一債務ハ保險契約ニ基キ他ノ債務ハ不法行爲ニ基ク故ニ連帶債務ニアラス而シテ此ニ云フ原因ハ債務發生ノ實質的原因ヲ云フ債務發生ノ形式的原因タル行爲ヲ云フニアラス例ヘハ各債務者カ債權者ト締結スル契約ハ必スシモ一箇ナルヲ要セス故ニ甲乙丙カ時ヲ異ニシ債權者ト連帶債務ヲ負擔スル契約ヲ締結スルコトヲ得ヘシ唯實質的ニ原因カ同一ナルコトヲ要ス(石坂法學博士法學新報第二三卷六號二五頁以下要領)

【參照學說】

一 連帶債務ハ債務者ノ數ニ應シテ存在スル數箇ノ債務ニシテ債權者ハ其債務ノ履行ニ付自由ナル選定權ヲ有シ且ツ債權者カ之ヲ部辨濟ヲ受クルトキハ總債務者ハ其債務ヲ免カルルモノナリ(川名博士債權總論二〇八頁)

二 連帶債務ヲ生スルニハ一方ニ於テハ多數ノ契約存シ之ト同時ニ其多數ノ債務ヲ連結セシムル他ノ原因即チ所謂連帶ノ特約アルモノト見サル可カラス約言スレハ契約上ノ連帶債務ノ原因ハ二個アリ一ハ其負擔部分ニ對スル各個契約ニシテ他ハ之レヨリ生スル債務ヲ連結セントスル別個ノ契約ナリ此二契約ヨリ生スル法律上ノ效果ノ總高カ即チ連帶債務ナリ(中島博士連帶債務論法學志林第一三卷第八、九號一〇頁)

三 數人カ共同シテ債權ヲ有スル場合ニ各債權者カ共同且各別ニ債權ノ目的タル全部ノ給付ヲ債務者ヨリ受クルノ權利ヲ有シ債務者カ一回全給付ヲ爲シタルトキハ總債權者ノ債權カ消滅スル場合ニ各債務者カ共同且各別ニ全給付ヲ爲スノ義務ヲ負ヒ債權者トハ稱シ其債權ヲ連帶債權ト謂フ又數人カ共同シテ債務ヲ負擔スル場合ニ債務者カ債務ヲ免脫ス可キトキハ債務者間ニ連帶アリト謂ヒ各債務者ヲ連帶債務者ト稱シ者カ一回全給付ヲ受ケタルトキハ總債務者カ債務ヲ免脫ス可キトキハ其債務ヲ連帶債務ト謂フ故ニ予ノ信スル所ニ依レハ連帶債務ハ多數ノ共同債務者ヲシテ共同且各別ニ債務ノ目的タル全給付ヲ爲スノ義務ヲ負ヒ債權ヲ爲スノ義務ヲ負ハシムル債務ナリ(横田博士債權總論四九六頁)

四 數人ノ連帶債務者ハ各〻體樣ヲ異ニシテ債務ヲ負擔スルコトヲ得ルモノナリ此事タルヤ敢テ連帶ノ性質ト相容レサルモノニ非ス連帶債務ハ數人ノ當事者ニ對シテ同一ナリト主張スル學者アリト雖モ亦數人ノ連帶債務者ハ各自體樣ヲ異ニシテ債務ヲ負擔スルコトヲ得ルモノトセリ今一人ノ連帶債務者ハ期限附又ハ條件附ニテ債務ヲ負擔シ他ノ連帶債務者ハ無期限又ハ無條件ニテ債務ヲ負擔スルトキハ是レ即チ數人ノ連帶債務者ハ各〻體樣ヲ異ニシテ債務ヲ負擔スルモノト謂フ可キナリ(民法正解債權編二六六頁)

通說ト一致スル至當ノ見解ナリト信ス

(一二五)

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

二六六 地上權者カ土地ノ所有者ニ定期ノ地代ヲ拂フ可キ時ハ第二七四條乃至第二七六條ノ規定ヲ準用ス

此他地代ニ付テハ賃貸借ニ關スル規定ヲ準用ス

四一四 債務者カ任意ニ其債務ノ履行ヲ爲ササルトキハ債權者ハ其强制執行ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但債務ノ性質カ之ヲ許ササルトキハ此限ニ在ラス

債務ノ性質カ强制履行ヲ許ササル場合ニ於テ其債務カ作爲ヲ目的トスルトキハ債權者ハ債務者ノ費用ヲ以テ第三者ニ之ヲ爲サシムルコトヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得法律行爲ヲ目的トスル債務ニ付テハ裁判ヲ以テ債務者ノ意思表示ニ代フルコトヲ得(後略)

地代値上ノ慣習ト其義務ヲ認メタル判決ノ效力發生時期

民訴七三六　債務者カ權利關係ノ成立ヲ認諾ス可キコト又ハ其他ノ意思ノ陳述ヲ爲ス可キコトノ判決ヲ受ケタルトキハ其判決ノ確定ヲ以テ認諾又ハ意思ノ陳述ヲ爲シタルモノト看做ス反對給付ノ有リタル後認諾又ハ意思ノ陳述ヲ爲ス可キ場合ニ於テハ第五一八條及第五二〇條ノ規定ニ從ヒ執行力アル正本ヲ付與シタルトキ其效力ヲ生ス

地代値上ノ慣習ト其義務ヲ認メタル判決ノ效力發生時期

東京市内ニ行ハレタル値上ニ關スル慣習ノ趣旨ハ地上權者ハ地主ノ相當額ノ値上承認ノ請求ヲ受ケタル日ヨリ起算シテ値上ケノ承認ヲ爲ス可キ義務ヲ有スルニ有リト解スルヲ相當トス故ニ地上權者カ地主ノ値上請求ヲ相當ナリトシ直ニ承認ヲ爲シタルトキハ其値上ケ請求ノ日ヨリ增額セラレタル地代ヲ支拂フノ義務アルコト論ヲ俟タサル所ナリ地上權者カ之ヲ爭ヒタルカ爲メ判決ニヨリテ其承認ノ意思表示ニ代ラシムル場合ニ於テモ之ト結果ヲ異ニスヘキモノニアラスシテ判決ノ確定ニ依リテ陳述ヲ爲シタルモノト看做サル可キ意思表示ノ內容ハ土地所有者ヨリ地上權者ニ地代ノ値上請求ヲナシタル日ニ遡リテ其日ヨリ增額セラレタル地代ヲ支拂フコトヲ承認スト言フニアルモノトス故ニ被控訴人ハ本件訴狀送達ニヨリテ地代値上ノ請求ヲナシタル日ノ翌日即チ明治四四年四月一四日ヨリ前記一ケ月金拾圓ノ値上ノ承認ヲ控訴人ニ求ムルコトヲ得ヘク控訴人ハ其値上ヲ承認スヘキ義務アルモノトス（東京控訴院大正元年(ネ)第五五六號民事第二部判決成道、裁判長鈴木、高橋各判事宣言）

【參照學說判例】

本書第一卷民法六、二八、一二六、一九五、二二四、二四四、二六五、三三九、三八六頁同第二卷民法一九四頁

吾人ハ嘗テ論シタル如ク右判旨ニ贊同ヲ表スル者ナリ或ハ反對說ヲ提唱シ形成權ニ基ク創設判決ナリト解スル者（本書第一卷民法一二六頁）アルモ非ナリ則チ賃貸借（法律上ノ地上權ヲ除クノ外ハ總テ當事者ノ合意ヲ以テ定ム）ハ必ス契約ヲ以テ創設セラレ且ツ借賃ハ其契約ノ內容ヲ爲スモノトス然ルニ貸主一方ノ意思表示ヲ以テ借賃ヲ定ムルモノト解スルトキハ契約ノ一部ハ一方的意思表示ニテ變更セラルルニ至リ契約ノ性質ト相容レス故ニ此說ヲ以テハ到底說明スル能ハサルコト明白ナリ

地上權消滅ノ請求ハ特定承繼人ニ對シテモ之ヲ爲スコトヲ得ルカ

二六六　地上權者カ土地ノ所有者ニ定期ノ地代ヲ拂フ可キトキハ第二七四條乃至第二七六條ノ規定ヲ準用ス

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

地上權消滅ノ請求ハ地上權ノ特定承繼人ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得ルカ

民法第二六六條ハ永小作權ニ關スル第二七六條ノ規定ヲ準用シ而シテ第二七六條ノ永小作權ノ消滅ノ請求ハ永小作權ノ物權的制限ナレハ均シク物權タル地上權ニ付適用アルモノト解シ特定承繼人ニ對シテ之ヲ行使シ得ヘシ（法學士嘉山幹一氏法學新報第二三卷第六號七六頁以下要領）

【反對學說】

一　地上權消滅ノ請求ハ相對的ノ性質ヲ有スルヲ以テ地主ハ舊地上權者ノ地代不拂ヲ理由トシテ新地上權者ニ對シ地上權ノ消滅ヲ請求スルコトヲ得ス（横田法學博士物權法四六一頁）

二　地代ノ請求權ハ純然タル債權ナリ故ニ地上權者カ其權利ヲ他人ニ讓渡シタル場合ニ於テハ土地ノ所有者ハ直接ニ讓受人ニ對シ地代ノ支拂ヲ請求スルコトヲ得スシテ其債務ハ依然讓渡人之ヲ負擔スルモノトス地上權ニ準用スルコトヲ得可キ第六一三

條ハ轉貸ノ場合ニ付規定セルノミ而シテ其規定ハ一ノ變則ナルカ故ニ讓渡ノ場合ニ類推スルコトヲ得サル可シ民法ハ地上權及永小作權ノ讓渡ヲ認ムルニモ拘ラス其讓渡人カ土地ノ所有者ニ對シテ直接ニ地代又ハ小作料ヲ拂フ義務ヲ負フモノト爲ササリシハ一ノ缺點ト謂フ可キカ如シ(富井博士民法原論物權二〇九頁)

三 本書第一卷民法一九六頁

地上權消滅ノ請求ハ物權的ノモノナリトシテ特定承繼人ニ對シ之ヲ主張シ得可キヤ蓋シ疑問ノ餘地ナクンハアラス蓋シ之ヲ物權的ナリト解スルハ實際ニ應スル解釋ナル可シ即チ地代ヲ支拂ハスシテ將ニ地上權消滅ノ請求ヲ受ケントスルニ際シ其地上權ヲ第三者ニ讓渡スルカ如キ場合ニ於テハ土地所有者ハ讓受人ニ對シテ其消滅請求ヲ爲シ得可キヲ以テ土地所有者ノ保護ハ之ニヨリテ完キヲ得ム然レトモ之ヲ物權的ナリト解スヘキ解釋上充分ナル根據ヲ發見スル能ハサルヲ遺憾トス何トナレハ地上權ハ地代ヲ以テ其要素ト爲ササレハ此關係ハ本質上全ク對人的ノモノニシテ且ツ數年前ニ於テ讓渡人カ地代ノ延滯アリシヲ理由トシテ消滅ノ意思表示ヲ對抗スルハ物權ノ本質ニ副ハサルモノナレハナリ要スルニ本問ハ尚ホ研究ノ餘地アルヲ疑ハス

——(一二七)——

六六八 各組合員ノ出資其他ノ組合財産ハ總組合員ノ共有ニ屬ス

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

講ノ世話人タル資格ニ於テ證書宛名人トナリ居ル權利義務ハ相續人ニ於テ承繼セラルル可キモノニ非ス

講ノ世話人カ其資格ニ於テ證書宛名人トナリ居ル權利義務ハ相續人ニ於テ承繼ス可キモノニ非ス」

講ノ世話人タリシ原審證人齋藤仙吉ハ該講ノ世話人證書宛名人ハ講員中ヨリ選任シ其世話人タル證書宛名人カ死亡セシトキハ更ニ講員中ヨリ之ヲ選任シ其當選者ノ宛名ニ證書ヲ書換ユヘキ定メニテ死亡セシ世話人ノ相續人カ當然世話人タルヘキモノニ非サル旨證言シ讓證言ハ本件ノ如キ講ノ實際ニ適合スルモノト認ムヘク信用スルニ足ルカ故ニ被控訴人ハ其先代ノ死亡ニ因リ本件講事ノ世話人タル先代ノ權利義務ヲ當然承繼スルモノニ非スト認ムルヲ相當トス(東京控訴院四五年(ネ)第四〇二號大正二年三月六日民四、岩田裁判長、瀬端、松山、古川、三輪、各判事判決)

本件ニ就テハ本書第一卷民法(一四、六九九頁)ヲ參照セラル可シ

——(一二八)——

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

前項ノ規定ニ反スル行爲ハ之ヲ取消スコトヲ得

一一〇 代理人カ其權限外ノ行爲ヲ爲シタル場合ニ於テ第三者カ其權限アリト信スヘキ正當ノ理由ヲ有セシトキハ前條ノ規定ヲ準用ス

八八七 親權ヲ行フ母カ前條ノ規定ニ違反シテ爲シ又ハ同意ヲ與ヘタル行爲ハ子又ハ其法定代理人ニ於テ之ヲ取消スコトヲ得此場合ニ於テハ第一九條ノ規定ヲ準用ス前項ノ規定ハ第一二一條乃至第一二六條ノ適用ヲ妨ケス

九二九 後見人カ被後見人ニ代ハリテ營業若クハ第一二條第一項ニ揭ケタル行爲ヲ爲シ又ハ未成年者ノ之ヲ爲スコトニ同意スルニハ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス但シ元本ノ領收ニ付テハ此限ニ在ラス

九三六 第六四四條第八八七條第八八九條第二項及ヒ第八九二條ノ規定ハ後見人ニ之ヲ準用ス

(一)後見人カ親族會ノ同意ヲ得スシテ被後見人ノ不動産ヲ賣却シタル事案ニハ民法一一〇條（代理權限）ノ適用ナシ』

(二)後見人カ親族會ノ同意ナクシテ爲シタル法律行爲ヲ被後見人ニ於テ取消權ヲ行使スルニハ其不動産ノ所有權ヲ有スルカ少クトモ該不動産ニ付法律上ノ利益ヲ有スルコトヲ必要トス』

(一)　後見人タル渡邊左一郎カ僞造ノ親族會同意書ヲ添ヘ本件賣買ヲ爲シタリトノ事ノミニテハ直ニ民法第一一〇條ニ所謂正當ノ理由アリシモノト認ムルヲ得ス民法第一一〇條ノ規定ハ法定代理權ニ欠缺アル場合ニ於テモ適用アルコト論ヲ俟タサル所ナルモ民法第九二九條第一二條ノ規定ハ唯後見人ノ行爲ニ付或制限ヲ附シタルニ止マリ之ヲ以テ後見人カ親族會ノ同意無クシテ被後見人ヲ代表シ不動産ヲ賣買スル權限ナシト言フヲ得サルコトハ同法第九三六條第八八七條ニ其取消權ヲ認メタル法意ニヨリ明瞭ナリ故ニ本件ノ如ク假令後見人カ被後見人ヲ代表シ其不動産ヲ賣却スルニ際シ親族會ノ同意ナキニ拘ハラス買主ニ於テ同意アリタルモノト信スヘキ正當ノ理由アリトスルモ前記無權代理ノ法則ヲ適用シ控訴人ニ於テ本件賣買ノ取消權ナシト言フヲ得ス

(二)　本訴ノ不動産ノ所有權ハ其實左一郎ニ屬シ控訴人ハ眞ノ所有者ニアラス且ツ何等ノ利益ヲモ有セサルコトヲ認メ得ヘシ而シテ未成年者タル控訴人ニ於テ其後見人カ親族會ノ同意ナクシテ爲シタル行爲ニ付取消權ヲ有スルハ其目的物カ未成年者ヲ被後見人ニ於テ取消ヲ少クトモ該不動産ニ付法律上ノ利益ヲ有スルコトヲ必要トス

ル控訴人ノ所有ニ屬スルカ然ラサルモ之ニ對シ利益ヲ有スル場合ニ限ルコトハ論ヲ俟タサルヲ以テ控訴人ハ被控訴人田上キヨト控訴人ノ後見人渡邊左一郎トノ間ニ行ハレタル本訴ノ不動産ノ賣買行爲ニ付テハ取消權ヲ有セサルモノトス（長崎控訴院元年（ヲ）第九五一號二年二月一五日刑一判決荒井裁判長、藤瀬、森、臼井、清永各判事宣告法律新聞第八六七號二五頁以下要領）

（一二九）

三六九　抵當權者ハ債務者又ハ第三者カ占有ヲ移サスシテ債務ノ擔保ニ供シタル不動産ニ付他ノ債權者ニ先チテ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クル權利ヲ有ス

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

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事ヲ得但其行爲ニ依リ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ル時ハ此限ニ在ラス

前項ノ規定ハ財産權ヲ目的トセサル法律行爲ニハ之ヲ適用セス

債務者カ債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル法律行爲ト雖モ其目的物カ既ニ他人ノ抵當權ノ目的タル場合ニ於テ之ヲ取消スモ取消權者ニ利益ヲ與ヘサルトキハ之カ取消ヲ許ス可キニ非ス』

債務者清水カ債權者タル控訴人ヲ害スルコトヲ知リテ其所有ニ屬スル鑛業權ヲ被控訴人浦中ニ讓渡シ同人ハ其情ヲ知リテ之ヲ讓受ケ被控訴人佐伯モ其情ヲ知リテ更ニ浦中ヨリ鑛業權ヲ讓受ケタルモノナリト云フニ在ルモ訴外喜多河カ抵當權者トシテ本件鑛業權ニ付控訴人ニ優先シテ債權ノ辨濟ヲ受クヘキ權利ヲ有シ而カモ抵當權ノ

知ラシテ本訴ノ鑛業權ニ付增價競賣ノ申立ヲ爲シ競賣ノ末右鑛業權カ同人ニ競落シ同人ノ抵當債權カ六一一一圓五七錢六厘ナルコトハ控訴人ノ自ラ主張セル所ニシテ競落代金カ六〇〇〇圓ナリトストハ甲證ニ依リ之ヲ認ムルヲ得ヘシ夫レ斯クノ如ク本訴詐害行爲ノ目的タル鑛業權カ他ノ債權者ノ爲メ設定セラレタル抵當權ノ目的トナリ居リ而カモ既ニ抵當權ノ實行トシテ競賣ニ付セラレ其競落代金ハ抵當債權ノ辨濟ニ充テラレ餘ス所ナカリシトキニ當リテハ縱令控訴人ノ主張スル所ニ從ヒ債務者清水ノ本訴鑛業權ニ關スル讓渡行爲ヲ取消スモ之カ爲メ抵當權者喜多河カ有スル抵當權ニ影響スル所ナキカ故ニ同人カ抵當權ノ實行トシテ本訴鑛業權ノ競賣ニ依リ得タル競落代金全部ハ依然トシテ有效ニ抵當債權ノ辨濟ニ充テラルヘキ筋合ニシテ債務者清水ヨリ一旦離脫セル鑛業權カ同人ノ財產ニ回復セラレ控訴人ハ右鑛業權ニ依リ債權ノ辨濟ヲ受ケラルヘキ限リニアラス（大阪控訴院二年（ネ）第一五號同年四月五日民二猶田鼓判長、吉村、三浦、井上、黑木各判事判決）

（一三〇）

六三二 請負人ハ當事者ノ一方カ或仕事ヲ完成スルコトヲ約シ相手方カ其仕事ノ結果ニ對シテ之ニ報酬ヲ與フルコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ス

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六二四條第一項ノ規定ヲ準用ス

建物築造ノ請負契約ニ於テ請負人ヨリ材料ヲ供給シタル場合ニ建物ノ所有權ハ何時註文者ニ歸屬スルヤ

建物築造契約ノ請負人ヨリ材料ヲ供給シタル場合ニ於テハ註文者ノ所有權ハ何時ノ時期ニ取得スルヤ

被告彌太郎カ火災ニ依リ從來ノ建物ヲ失ヒタルタメ原告福松ハ右ノ不幸ニ同情ヲ寄セ特ニ本件請負代金ノ內當初着手金トシテ金二〇五圓ノミヲ受取リ其殘額ハ同被告ニシテ本件建物ヲ擔保トシ他ヨリ金策セシメ以テ其支拂ヲ受ク可キコトヲ諾シ右建築工事ヲ請負ヒタルモノニシテ同被告ハ右ノ約旨ニ基キ大正元年九月一二日該建物ノ略ホ完成スルニ及ヒ原告ノ承諾ヲ得タル上金策ノ便宜ヲ計リ其保存登記ヲ爲シタルモノナルコトヲ認メ得尤モ其當時本件建物ニ關シ現實ノ引渡ナカリシコト明白ナルモ原告カ被告ニ對シ保存登記ヲ爲スコトヲ承諾シタルモノナル以上ハ同時ニ該建物ノ所有權移轉ノ意思表示ヲ爲シタルモノト認メ得可キニヨリ其引渡ノ有無ニ拘ハラス被告ハ登記ヲ爲シタル日ニ於テ其所有權ヲ取得シタルモノトス（東京地方大正元年（ワ）第一五五三號同二年三月三一日判決民四、三宅裁判長、里見、雲藤各判事）

【參照ス可キ學說判例】

一 本書第一卷民法六九二頁

二 家屋其他ノ建物ノ新築カ請負契約ノ目的タル場合ニ於テ其建物ハ何レノ時ヲ以テ註文者ノ所有ニ歸スルヤ學者間議論ノ存スル所ニシテ其多數ハ建物ノ引渡ト共ニ註文者其所有權ヲ取得ストスルモノノ如シ：然レトモ請負人ハ註文者ニ代リテ勞務ニ從事スルモノニ外ナラサルヲ以テ註文者ハ請負人カ其材料ヲ土地又ハ建物ニ定着セシムルニ從ヒ漸次ニ其所有權ヲ取得シ全部工事ノ竣成又ハ引渡ヲ待テ初メテ其所有權ヲ取得スルモノニ非ス（横田法學博士債權各論五八七頁）

三 請負人ノ材料ヲ以テ註文者ノ地上權ヲ有スル土地ノ上ニ建物其他工作物ヲ設ク可キ請負ヲ爲シタル場合ニ於テハ仕事ノ結果其材料ヲ土地ニ附屬セシムルヤ否ヤ當然其所有權カ註文者ニ移轉スルモノニ非スシテ請負人ヨリ註文者ニ對シ建物又ハ工作物ヲ引渡スニ因リテ始メテ移轉スルモノトス（大審院民事判決錄三七年八六一頁）

家屋ノ建築カ請負契約ノ目的タル場合ニ於テ其建物ノ所有權ハ何時註文者ノ所有ニ歸屬スヘキヤ此點ニ付テハ學說岐ル

(一) 建物ノ各材料ヲ定着セシムルニ從ヒ

漸次其所有權ヲ取得スト唱フルアリ(三)家屋ト稱スルコトヲ得ルニ至リ其所有權ヲ發生シ同時ニ註文者ニ於テ之ヲ取得スト云フ者アリ吾人ハ第三說ヲ正當ト信ス蓋シ第一說ハ當事者ノ意思ニ合致セス何トナレハ請負契約ノ目的タル結果ノ供給ハ當事者ノ欲スル所ナルハ勿論ナルモ而カモ各箇ノ材料ニ付テノ所有權ヲ授受スル意思ハ之ヲ推定スル能ハサレハナリ又第二說ノ如ク解スルトキハ一旦請負人ニ於テ所有權ヲ取得シ以テ註文者ニ移轉スルノ手續ヲ爲ササル可カラス從テ不動產ニ關シテハ所有權ノ移轉登記ヲ爲スニ非サレハ事實ニ合致セサルニ至ル斯ノ如キハ實際ニ適合セサル見解ニシテ吾人ノ採ラサル所ナリ第三說ハ當事者ノ意思ニ反セス且ツ實際ノ狀態ニ適合スル至當ノ見解ナルヲ信ス而シテ如何ナル程度ニ到リタルトキハ家屋ト稱スルコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ本書第一卷民法(四〇五頁)ヲ參照セラル可シ

右ノ判決ハ結論ニ於テ吾人ト見解ヲ異ニセサルモ其理由ヲ同フセス

(一三一)

七一五 或事業ノ爲メニ他人ヲ使用スル者ハ被用者カ其事業ノ執行ニ付第三者ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス但使用者カ被用者ノ選任及其事業ノ監督ニ付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時ハ此限ニ在ラス

失火者ノ賠償責任ノ範圍

使用者ニ代ハリテ事業ヲ監督スル者モ亦前項ノ責ニ任ス

前二項ノ規定ハ使用者又ハ監督者ヨリ被用者ニ對スル求償權ノ行使ヲ妨ケス

三二年法律第四〇號　民法第七〇九條ノ規定ハ失火ノ場合ニハ之ヲ適用セス但シ失火者ニ重大ナル過失アリタルトキハ此限ニ在ラス

(一)失火者ノ損害賠償責任ノ範圍

(二)監督者ノ過失ニ對スル使用者ノ責任

明治四五年(オ)第二六四號大正二年二月五日大審院民二判決本書第二卷民法第六二頁

(批評)

(一) 失火トハ判例ノ言フカ如ク人ノ行爲ニ依リ火災ヲ惹起スヲ云フ故ニ燃燒作用ニ因リ發火藥其他ノ物質ヲ爆發セシメ其爆發ヨリ生スル强壓力ノ作用ニ因リ財物カ破碎毀壞スルハ失火ノ間接ノ結果ナリ故ニ失火者ノ損害賠償範圍ハ直接ノ結果ニ對シテノミ責任ヲ負フモノナリヤ又ハ間接ノ結果ニ對シテモ責任ヲ問フモノナリヤヲ定ムルコトヲ要ス而シテ判決ハ直接ノ結果ニ對シテノミ責任ヲ負フモノト解ス

間接ノ結果ニ對シテモ責任ヲ負フモノト解ス

判決ハ失火ノ責任ニ關スル特別法ニ依リ失火者ハ失火ニ對シテノミ責任ヲ負フ故ニ單純ナル燃燒作用ニ因ル財物ノ損傷滅燼卽チ火災ノミニ對シテ賠償責任ヲ負フモノトナスモノノ如シ然レトモ失火ハ單ニ火災ヲ惹起スノ謂ナリ故ニ苟モ失火ニ因リテ生セル損害ハ凡テ之ヲ負擔セサルヘカラス直接ノ結果タル燃燒作用ニ因ル財物ノ損傷滅燼モ間接ノ結果タル爆發ヨリ生セル强壓力ノ作用ニ因ル財物ノ破碎毀損モ同シク失火ニ原因ス强壓力ノ作用ニ因ル財物ノ破碎毀壞ハ失火ノ結果ニシテ兩者ノ間ノ

連續ハ斷續セルニアラス

(二) 判決ハ使用者ハ監督者ノ選任及監督ニ付自ラ過失ナキ場合ニ於テモ尙監督者ノ過失ニ對シテ責任ヲ負フモノトス吾人ハ本判決ト全然見解ヲ異ニシ監督者ノ過失ニ對スル使用者ノ責任ニ關シテハ第七一五條第一項ヲ適用シ使用者自ラ監督者ノ選任及監督ニ付過失アル場合ニ於テノミ監督者ノ過失ニ對シテ責任ヲ負フモノト解ス

(一) 判決ハ使用者カ自己ノ義務ニ屬スル被用者ノ監督ニ付特ニ第三者ヲ雇使シ又ハ其監督ヲ之ニ委託シタル時ニ是等ノ監督者ノ過失懈怠ハ使用者ノ過失懈怠トシテ法律上其效力ヲ生スヘク使用者カ其雇使又ハ委託シタル監督者其人ノ選任監督ニ付不注意ナカリシコトヲ理由トシテ其責任ヲ辭スルコトヲ得ス使用者ハ自己ノ過失ナキモ監督者ノ過失ニ對シテ責任ヲ負フモノトナス然レトモ判決ノ如クンハ不法行爲ノ成立ニ關シ過失ヲ必要トスル我法典ノ主義ヨリ言ヘハ一般原則ノ大ナル例外ヲ爲スモノト云ハサルヘカラス債務ノ履行以外ニ於テ他人ヲ使用スル場合過失ナキ使用者ニ被用者ノ過失ニ對スル責任ヲ負ハシムルハ佛民法ヲ除キテハ他ニ之ヲ認ムルモノナシ(二)之ヲ法典ノ解釋ヨリ云フモ監督者ニ對シテ第七一五條第一項ノ適用アルハ云フヲ俟タス使用者ニ代リテ事業ヲ監督スル者モ亦事業ノ爲メニ使用セラルル者ニ外ナラス被用者ノ過失ニ對シ使用者カ選任及監督ノ過失アル場合ニ於テノミ其責ニ任スヘキモノトナサハ同シク監督者ノ過失ニ對シテモ使用者カ選任及監督ニ付過失アル場合ニ於テノミ其責ニ任スルモノナリトナササルヲ得ス兩者ノ間ニ區別ヲ設クヘキ理由毫モ存スルコトナシ(三)使用者カ自己ノ過失ナクシテ監督者ノ過失ニ對シテ責任

ヲ負フモノトナストキハ使用者ハ全ク事變ニ對シテ責任ヲ負フモノナルカ故ニ特ニ其責任ヲ負フ根據ナカルヘカラス判決ハ監督者ノ過失懈怠ハ使用者ノ過失懈怠トシテ法律上其效ヲ生スト云ヒ又使用者ハ監督者ノ行爲ニ對シテハ自己ノ行爲ニ於ケルト同一ノ責任ヲ負ハサル可カラサルハ事理ノ當然ト云ヘルニ依リテ見レハ監督者ヲ以テ使用者ノ代理人若クハ機械トナシ使用者ハ當然監督者ノ過失ニ對シテ責任ヲ負フモノトナス然レトモ使用者自ラ過失ナキニ拘ハラス監督者ノ過失ニ對シ責ニ任スルモノトナストキハ使用者ヲシテ事變ニ對シ責ニ任セシムルモノナルカ故ニ其責任ヲ過重スルモノニシテ使用者カ過失アル場合ニ監督者ノ過失ニ對シ責ニ任セシメテ始メテ公平ナルヲ得ルモノトス由是觀之過失ナキ使用者ヲシテ監督者ノ過失ニ對シ責ニ任セシムル根據ナキハ明カナルヘシ(法學博士石坂音四郎氏京都法學會雜誌第八卷第六號一五四頁以下要領)

吾人ハ嘗テ右大審院判決ノ不當ナル所以ヲ論シタリ(本書第二卷六二頁)然ルニ今復其判決ノ非ナル所以ヲ詳論セル石坂法學博士ノ高見ヲ得テ益其非ナル所以ヲ明白ナラシムルヲ得タリ而シテ吾人ノ所見ト其揆ヲ一ニスルヲ以テ爰ニ反覆シテ之ヲ論セス

(一三二)

九重 意思表示ハ法律行爲ノ要素ニ錯誤アリタルトキハ無效トス但表意者ニ重大ナル過失アリタルトキハ表意者自ラ其無效ヲ主張スルコトヲ得ス

履行時期ト雖モ法律行爲ノ要素ナルコトナキニ非ス

九六 詐欺又ハ强迫ニ因ル意思表示ハ之ヲ取消スコトヲ得
或人ニ對スル意思表示ニ付第三者カ詐欺ヲ行ヒタル場合ニ於テハ相手方カ其事實ヲ知リタルトキニ限リ其意思表示ヲ取消スコトヲ得
詐欺ニ因ル意思表示ノ取消ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

履行時期ハ絶對ニ法律行爲ノ要素タルコト無シトノ前提ヨリ其事實ヲ確定スルコトナク上告人ノ請求ヲ排斥シタルハ理由不備ノ不法アリ』

本件賣買契約ニシテ其目的物タル家屋カ即時取毀チ得ヘキモノタルヲ條件トシテ成立シタルモノ詳言スレハ買主タル上告人カ其主張スル如ク主トシテ該家屋ノ即時ニ取毀チ得ルモノタルニ着眼シテ決意チ爲シ若シ其即時ニ取毀チ得ヘカラサル法律上ノ狀態ニ在ルニ於テハ買取チ諾セサルヘカリシモノトシテ上告人カ相手方若クハ代人ノ詐欺ニヨリ右條件ヲ誤信シタルモノトセハ民法ニ所謂法律行爲ノ要素ニ錯誤アリト云ハサルヘカラサルハ洵ニ所論ノ如シ然レハ即チ原判決カ右事實ノ如何チ確定セスシテ直チニ本件家屋ノ即時取毀チ得ルヤ否ヤハ履行時期ノ問題ニ屬シ契約ノ要素ニアラスト斷定シ上告人ノ請求ヲ排斥シタルハ理由不備ノ不法アルモノト云ハサルチ得ス(大審院二年(れ)第七五六號同年五月二七日刑一宣告)

當然ノ解釋異論アルコトナシ尙ホ本書第二卷民法(八五、一七一、一七三頁)ヲ參照セラルヘシ

(一三三)

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チ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス
一八三 代理人カ自己ノ占有物チ爾後本人ノ爲メニ占有ス可キ意思チ表示シタルトキハ本人ハ之ニ因リテ占有權チ取得ス

動産ノ賣渡抵當ノ效力

動産ノ賣渡抵當(信託的讓渡)ハ有效ナリヤ(本件判決ハ有效ト解ス)』

控訴人ハ訴外勝次郎ニ對シテ金三〇〇圓チ貸與シ右債權擔保ノ目的チ以テ同人所有ノ本件係爭物件(動産)外數十點ノ所有權チ眞正ニ取得スル意思ニテ之チ買取リ占有ノ改定ニ因リ之カ引渡チ完了シ更ニ之チ同人ニ賃貸シタル所謂賣渡擔保ナル信託行爲ト認定スルチ相當トス果シテ然ラハ右行爲ノ效力トシテ外部關係ニ於テ本件係爭物件ノ所有權移轉スルコト明白ナレハ控訴人ハ本件信託行爲ノ第三者タル被控訴人ニ對シテハ右物件ノ所有權者ニシテ且前示認定ノ如ク既ニ引渡完了シタルモノナレハ右所有權チ以テ被控訴人ニ對抗シ得可キコト亦明白ナリ(東京地方大正元年(レ)第二四九號同二年五月一九日民一、河本裁判長、橘川、竹田、各判事判決)

【參照ス可キ學說判例】

一 本書第二卷民法一三二項松本法學博士ノ賣渡抵當及動產抵當論
二 擔保ノ實チ擧クル爲メ外形上動產ノ所有權チ移轉スル行爲ハ法律上有效ナリ(大阪控訴院民一判決法律世界第五二號五頁)

動產ノ賣渡抵當ハ有效ナリヤ否ヤ吾人ハ嘗テ論シタル如ク之ヲ絶對ニ無效視スル者ニ非サルモ而カモ本件事業ノ如キハ脫法行爲トシテ無效ニアラサルナキカ何トナレハ本件ノ如キ場合ニ於テ尙ホ之ヲ有效ナリト解センカ動產質權ニ關スル規定ト甚タシク權衡ヲ失スルニ至レハナリ然ラハ如何ナル場合ニ於テ動產ノ賣渡抵當ヲ認ムヘキヤ吾人ノ信スル所ニヨレハ占有ノ改定ニ依ラスシテ現實ニ

損害賠償請求權ノ起算點

損害ノ發生中ノ時效ハ進行スルヤ否ヤ

其引渡ヲ爲シ然ル後賃貸借其他ノ法律關係ノ設定ニ依リ信託讓渡人カ占有ヲ取得セルモノナルトキハ之ヲ有效ナリト解シテ可ナルヘシ

（一三四）

一六六　消滅時效ハ權利ヲ行使スルコトヲ得ル時ヨリ進行ス（後略）

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

七二四　不法行爲ニ因ル損害賠償ノ請求權ハ被害者又ハ其法定代理人カ損害及加害者ヲ知リタル時ヨリ三年間之ヲ行ハサルトキハ時效ニ因リテ消滅ス不法行爲ノ時ヨリ二〇年ヲ經過シタル時亦同シ

損害賠償ノ請求權ト其時效（被害者カ損害及加害者ヲ知リタルトキハ損害發生ノ繼續中ト雖モ尙時效ハ進行スルヤ否ヤ）

不法行爲ニ基ク損害賠償請求權ハ權利ノ侵害及損害發生ノ時ヨリ直ニ發生シ損害賠償ノ範圍ハ即チ賠償請求權ノ債權目的ナルヲ以テ未タ算定シ盡サストモ其目的範圍ハ客觀的ニ既ニ確定シタルモノト云フヲ妨ケサルコト民法第七〇九條ノ法意ニ徴スルモ明ナルヲ以テ本件賠償請求權ノ時效ハ何時ヨリ起算スヘキヤヲ案スルニ民法第七二四條ニ規定セル被害者カ損害及加害者ヲ知リタル時ハ苟モ賠償請求權ニシテ發生シタル以上ハ損害發生ノ繼續中ナルト否トヲ問ハス損害カ被害事實及加害者何人タルヤヲ知リタル時ヲ指スモノニシテ賠償請求權ノ時效期間ハ此時ヨリ起算シ三年間之ヲ行ハサルトキハ時效ノ完成ニヨリ消滅ニ歸スヘキモノトス蓋シ當事者ノ權利關係ヲ永ク不確定ノ地位ニ置クハ公益ニ害アルニヨリ不法行爲ヲ覺知シタル被害者サシテ可及的迅速ニ救濟ヲ求メシメ當事者ノ權利關係ヲ確定セシムルノ必要アルヲ以テナリ（千葉地方大正二年（ワ）第二九號民判決保田裁判長、飯田、石田各判事宣言法律新

【參照スヘキ學說】

一　不法行爲ニ因ル損害賠償請求權ハ被害者又ハ其法定代理人カ損害及加害者ヲ知リタル時ヨリ三年間之ヲ行ハサルトキハ時效ニ因リテ消滅ス是レ當事者間ノ權利義務ノ關係ヲ永ク不確實ノ地位ニ置クハ公益上害アルヲ以テ不法行爲ヲ認知シタル被害者ヲシテ可及的迅速ニ救濟ヲ求メシメ當事者ノ權利關係ヲ確定セシメントスルノ必要ニ出テタルモノニシテ不法行爲並ニ加害者ヲ認識スルニ拘ハラス救濟ヲ求メサルハ被害者ノ怠慢ナリトシ三箇半ノ經過ト共ニ被害者ノ請求權ヲ消滅セシムルモノナリ（横田博士債權各論九〇三頁）

二　最初ニ知リタル損害ノ外更ニ損害アリタルコトヲ知リタルトキハ其後ニ知リタル損害ニ付テハ之ヲ知リタル時ヨリ時效期間ヲ起算ス（岡松博士民法理由下卷一〇四七頁）

三　法文ニ於テ所謂「不法行爲ノ時ヨリ」トハ不法行爲完成ノ時ヨリトノ意義ニシテ權利侵害及損害發生ノ時ヨリ起算ス可キモノトス故ニ侵害ト損害トヲ異ニスルコトアリトセハ損害發生ノ時ヨリ始マリ刑法上ノ繼續犯又ハ連續犯ニ係ルモノナルトキハ刑法ニ於ケルカ如ク私犯ニ於テモ其行爲ハ連續シタル一行爲ト觀ル可キモノナルヲ以テ其最終ノ損害發生ノ時ヨリ起算ス可キモノトス然リ而シテ非行者ノ行爲完了後數十年ノ後ニ損害ヲ發生スルモ損害未發前ニハ時效ノ進行ヲ始ムル能ハサルヲ以テ時トシテ非行者死亡ノ後ニ不法行爲ノ完成スルコトナキニ非サル可シ斯ル場合ニ於テハ其相續人ニ於テ賠償責任ヲ負擔ス可キハ恰モ停止條件付ノ債務ニ於ケルト異ナル所ナシ（菱谷法學士不法行爲論三四六頁）

不法行爲ニ基ク損害賠償ノ請求權ハ何時ヨリ時效ヲ起算ス可キヤ本件判決ハ加害ノ意思實行及之ニ基キテ生ス可キ損害ノ一部ト雖モ苟モ損害カ生シタルトキハ時效ハ直チニ其進行ヲ始ムヘキモノト判示ス果シテ至當ノ見解ナルヤ否聊カ疑問ノ餘地ナクンハアラス

行爲ハ意思實行及其結果ヨリ成立スルモノナルコトハ殆ント通說ト謂フモ大過ナカラム而シテ不法行爲モ亦意思實行及其結果即チ損害ノ發生ヲ要素トナシ其損害ハ相當因果ノ關係アル總テノモノヲ包含ス從テ本件ノ如ク損害發生ノ繼續

中ニシテ其經過時代ニ屬シ其行爲ハ未タ完成狀態ニ至ラサルモノニ付テハ之ニ對スル損害賠償請求權ハ時效ヲ進行セシメサルモノト解スルヲ正當ト信ス例ヘハ或加害行爲カ數年間繼續シテ損害ヲ生セシムル場合ニ於テ被害者ハ其賠償ヲ數回ニ請求セサル可カラスト爲スカ如キハ被害者保護ノ當ヲ得タルモノニ非サル可シ

右ノ判決ハ事案ノ請求權ヲ數個ト爲シ以テ時效ノ進行ヲ始ムルモノト解シタルカ或ハ一個ノ請求權ナルモ各部分宛時效ニ因リテ消滅スルモノト解シタルカ此點ニ關スル判旨明カナラス之ヲ解決セスシテ單ニ時效ノ進行ヲ始ム[illegible]モノナリト斷定シタルハ理由不備ノ判決ト謂ハサル可カラス

(一三五)

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

四六六第一項 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

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

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

(一)金鵄勳章ノ取立ヲ委任シ債務ノ辨濟ヲ完了スル迄之ヲ解除セスシテ取立金ヲ直チニ辨濟ニ充當スルコトヲ約スルハ脫法行爲ニシテ無效ナリ」

(二)不適法行爲ニ基ク給付ト民法第七〇八條トノ關係(年金證書ノ返還ヲ請求スルコトヲ得)」

年金債權ノ取立ヲ委任シ之ヲ解除セシメテ債務ノ辨濟ヲ充當スル契約ハ脫法行爲ナリ

(一) 金鵄勳章年金ハ拔群ノ武功アリタル者ノ忠勇ヲ嘉賞奬勵スル爲メ金鵄勳章ヲ下賜セラレタル者又ハ其遺族ニ對シ支給セラルルモノニシテ之カ支給ヲ受クル權利ハ其性質上一身ニ專屬ス法文ニハ特ニ明記セスト雖モ此權利ヲ他人ニ讓渡シ又ハ質入ヲ爲スカ如キ行爲ハ法律ノ禁スル所ナリト云ハサル可カラス然ラハ控訴人カ其債務ノ履行ヲ確保スル爲メ債務完濟ニ至ル迄ハ解除權ヲ行使セサル特約ヲ以テ金鵄勳章年金ノ受取方ヲ委任シ該年金證書ヲ被控訴人ニ交付シタル行爲ハ委任ノ形式ニ依リ右權利ハ之ヲ以テ質權ノ目的ト爲スコトヲ許サスト爲ス法律ノ禁止ヲ回避セントスル所謂脫法行爲ニ屬スルモノト認メサルヲ得ス何トナレハ本件契約ニ於ケルカ如ク受任者カ委任事務ノ執行ニ付自ラ利益ヲ有スル場合ニ於テ委任者カ一定ノ期間委任ヲ解除セスト特約スルハ固ヨリ法律上有效ニシテ斯カル特約ヲ以テ年金ノ受取方ヲ委任シ受任者ニ於テ委任者カ其債務ノ辨濟ヲ爲ササルトキハ之ニ代ハリ受領シタル年金ヲ以テ直チニ自己ノ債權ノ辨濟ニ充當スルコトヲ得ト爲ストキハ一方ニ於テハ委任者ハ一定ノ期間年金債權ニ依リ自ラ利益ヲ享受スル能ハス又地方ニ於テハ受任者ハ年金債權ニ因リ自己ノ債權ノ滿足ヲ得ルコトトナリ恰モ受任者ノ爲メ年金債權ニ對シ質權ヲ設定シタルト同一ノ效果ヲ生スルヲ以テナリ然リ而シテ本件契約カ既ニ脫法行爲ニ屬スルモノトナス以上ハ該契約カ法律上無效ノモノタルコトハ多辯ヲ要セサル所ナルヲ以テ控訴人ハ被控訴人ニ對シ右契約ニ因リ給付シタル本件金鵄勳章年金證書ノ返還ヲ求ムルコトヲ得ルヤ勿論ナリ

(二) 被控訴人ハ本件契約ヲ脫法行爲ナリトセハ前記年金證書ハ控訴人カ被控訴人ニ

對シ不法ノ原因ノ爲メ給付シタルモノナルヲ以テ控訴人ニハ之カ返還ヲ請求スル權利ナシト抗爭スレトモ法律ノ禁止ニ違反セル行爲ニ因リテ爲シタル給付ハ必スシモ取戻シ得可カラサルモノニ非ス抑ト法律カ一定ノ行爲ヲ禁止スルハ或ハ其行爲自體ハ公序又ハ良俗ニ違反スルカ爲メナルコトアリ或ハ又其行爲自體ハ公序又ハ良俗ニ違反セスト雖モ他ノ理由ヨリシテ之ヲ禁止スルノ必要アルニ因ルコトアリ而シテ汎ク不法ノ行爲ト云フトキハ法律ノ許ササル所謂不適法ノ行爲ヲ總稱スル者ナルカ故ニ其行爲自體カ公序又ハ良俗ニ反スルト否トヲ問ハス苟クモ法律ノ禁止セル行爲ハ總テ之ヲ不法ノ行爲ナリト云フコトヲ得ヘシト雖モ民法第七〇八條ニ所謂不法ノ原因ノ爲メ爲シタル給付トハ法律ノ禁止ニ違反セル行爲ニ因リ爲サレタル一切ノ給付ヲ包含スルヤ否ヤニ付テハ頗ル疑ナキ能ハス然レトモ法律カ不法ノ原因ノ爲メ給付シタルモノノ返還ヲ請求スルコトヲ許ササルハ公秩又ハ良俗ニ反スル事項ヲ主張シテ權利ノ保護ヲ求ムルコトヲ許サストノ法意ニ出ツルモノナルヲ以テ其給付ノ原因自體カ公序又ハ良俗ニ反セサル限リハ其原因ヲ主張シテ給付シタルモノノ返還ヲ請求スルコトハ毫モ妨ケアル可カラス然ラハ即チ法律ノ禁止ニ違反セル行爲ト雖モ其行爲自體カ公布又ハ其俗ニ反セサル以上ハ其行爲ニ因リ爲シタル給付ハ民法第七〇八條ニ所謂不法ノ原因ノ爲メノ給付ニ該當セサルモノト解スルヲ妥當トス然ルニ今本件金鵄勳章年金證書ニ付テ之ヲ審案スルニ金鵄勳章年金ノ支給ヲ受クル權利カ一身ニ專屬セルモノニシテ之ヲ他ニ讓渡シ又ハ質權ノ目的ト爲スカ如キ行爲ハ法律ノ許ササル所ナリト雖モ斯カル行爲ハ夫レ自體公序又ハ其俗ニ反スル醜惡ナル行爲ト認ムルヲ得サルカ故ニ控訴人カ委任ノ形式ヲ以テ爲シタル前示脫法行爲ニ因リ本件年金證書ヲ被控訴人ニ交付シタル行爲ハ所謂不法ノ原因ノ爲メニ給付シタルモノナリトハ斷定スルヲ得ス（東京地方二年（レ）第三號同年五月七日民四三宅裁判長、里見、菅原各判事判決）

【參考學說判例】

一　民法第七〇八條ニ所謂不法ノ原因ノ爲メ給付ヲ爲ストハ給付者カ法律上ノ原因ニ基キテ給付ヲ爲シタルニ其原因カ不法ナリシコト換言スレハ公序又ハ良俗ニ反スルヲ云フ元來給付者カ一定ノ原因ニ基キテ給付ヲ爲シタル場合ニ其原因カ不法ナルトキハ給付者ハ給付義務ヲ負擔セサルヲ以テ其給付ハ結局法律上ノ原因ナキモノトナルヲ以テ拔ニ給付者ト給付受領者間ニ於テ不當利得返還ノ問題ヲ生ス（横田法學博士債權各論八三四頁）

二　民法第七〇八條ニ所謂不法ノ原因トハ法律行爲ノ內容ヲ成スモノニ非ス法律行爲以外ニ在ル動機ヲ云フ是レ法典カ「不法ノ原因ノ爲メ」ナル文字ヲ用フルヲ見ルニ依リテ明ナリ加之「不法ノ原因カ受益者ニ付テノミ存シタルトキハ」ト云ヘルニ依リテ見ルモ法律行爲其モノカ良俗ニ反スル場合ニアラスシテ當事者ノ一方又ハ雙方カ良俗ニ反スル場合ニ本條ノ適用アリト解ス（石坂法學博士法學志林第一五卷第二號二九以下）

三　官吏恩給法第一八條軍人恩給法第四二條ニハ絕對ニ恩給ノ差押ヲ禁シタルヲ以テ民事訴訟法第六一八條第二項ハ恩給ニハ適用ナシ其理由ハ差押ノ法規ニ付テハ民事訴訟法ハ一般法ノ位置ニ在リ官吏恩給法及軍給法ハ特別法ノ位置ニ在ルモノニシテ後者ハ民事訴訟法ノ發布ノ後ニ成立シタルモノナレハ即チ特法ヲ以テ通法ヲ變更シタルモノナレハナリ質疑ニ述フル恩給ナル苟本權ト異基本權ヨリ生スル請求權トノ區別ハ恩給ノ性質ニ照セハ之ヲ立ツルニ因難ニシテ余輩ハ恩給卽チ恩給請求權ナリトスル平明ナル見解ヲ採ル、次ニ金鵄勳章年金令ニハ實質讓與差押ヲ禁スルノ明文ナシト雖モ年金ハ實質ニ於テハ少クトモ恩給ト同視ス可キモノナレハ差押フルコトヲ得セシメサル法律ノ精神ナリト解ス（法學士板倉松太郎氏法學志林第一五卷第五號六九頁）

四　法律ノ許ササル之ヲ不法ト云フ法律カ當事者ノ意思ニ一任セサル事項ハ凡テ法律ノ許ササル所ナリ故ニ宏ク之ヲ解スルトキハ强行的規定ニ違反スル凡テ之ヲ不法ト云フヲ妨ケス本條ノ規定ヲ解シテ如此論スル者ナキニ非ス然レトモ法律ノ强行的規定ハ必スシモ之ニ反スル行爲ヲ禁止、防壓スルカ爲ノミニ存スルモノニ非ス亦法律行爲ノ成立若クハ權利義務ノ發生ノ要件ヲ定ムル目的ヲ有スルモノ少カラス此場合ニ於テハ法律ノ規定ニ反シテ給付ヲ爲スモ所謂不法原因ノ給付ニ非サルヤ勿論ナリ又法律カ一定ノ行爲ヲ防壓禁止スル場合ニ於テモ其行爲自體カ公益ニ害アルカ爲ナルト又行爲自體ニハ斯カル性質ナシト雖モ之