第三者ニ優リテ保護セラルルモノナリトノ主義ヲ採用シタルモノニアラストナス卽チ學士ハ(1)民法等四條及六條ハ單ニ行爲無能力ヲ理由トスル取消ノ效果ニ特別ノ制限ヲ設ケサルニ過キストナス然レトモ本條カ特ニ取消ノ效果ニ制限ヲ設ケサリシ所以ノモノハ亦以テ民法カ未成年者ハ善意ノ第三者ニ優リテ保護セラルテウ原則ヲ認メタルモノト云ハサルヘカラス更ニ民法第十六條ノ規定ト比較對照シテ之ヲ考フル時ハ愈々以テ以上ノ原則ヲ認メタルモノト解セサルヲ得ス若シ未成年者ノ行爲ノ取消カ善意ノ第三者ニ對シテ其效力ヲ及ホササルモノトスレハ少クトモ第十六條ト同一ノ規定ヲ設ケサルヘカラス而カモ妻ノ行爲ノ取消及制限ニ付キ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得サル旨ヲ定メ未成年者ノ行爲ノ取消ノ效力ニ付キ何等ノ制限ヲ設ケス二者異ナリタル規定ヲ爲シタルハ寧ロ未成年者ハ善意ノ第三者ニ優リテ保護セラルルモノナリトノ主義ヲ採用シタルニアラサルカ(2)未成年者ノ相手方カ更ニ法律行爲ノ目的タル動產ヲ第三者ニ讓渡シ第三者カ第一九二條ニ依リ其物ノ上ニ行使スル權利ヲ取得スル結果或ハ第三者ハ未成年者ニ比シテ厚ク保護セラルルカ如シト雖モ是レ占有ノ效力ニ依ル特別ナル規定ニシテ偶々此特則ニヨリ第三者ヲ保護スル結果ヲ生ストスルモ之ヲ以テ直チニ未成年者ハ第三者ニ優リテ保護セラルルモノニ非スト斷言スルハ論理ノ精確ナルモノニアラサルヘシ(3)民法第百十七條第二項ハ無權代理ニ關

スル例外規定ニシテ代理人トシテ契約ヲ爲シタル者カ能力ヲ有セサルトキハ之ヲ適用セスト規定シ獨リ未成年者ニ限ラス一般無能力者ヲ指稱スルヲ以テ直チニ此規定ヨリ推論シテ未成年者ハ第三者ヨリ優リテ保護セラルル原則アリトセハ斯カル規定ヲ設クルノ理由ナシト論斷スルコトヲ得ス況ンヤ第百十七條ハ無權代理行爲ノ當事者間ノ關係ヲ規定セルモノニシテ無權代理人ノ相手方ハ善意ノ第三者ニ非サルハ學士所論ノ如ク未成年者ハ善意ノ第三者ヨリ優リテ保護ストノ原則アリトスレハ第一項ノ責任ヲ有セサル旨ヲ規定スルノ必要ナシトノ批難ハ其當ヲ得サルモノニアラサルカ

(三)吾人ハ以上ニ依リ學士ト根本ノ見解ヲ異ニスルノミナラス更ニ之ヲ民法第一一〇條及第八八七條ノ規定ヲ比較シテ攻究スルトキハ法定代理人カ自ラ未成年者ニ代リテ爲シタル行爲カ取消サレタル場合ニハ第一一〇條ノ規定ヲ適用スルコトヲ得サルモノトス蓋シ未成年者ヲ代表シテ爲シタル法律行爲カ民法第八八七條ノ規定ニ依リ取消サレタルトキハ其行爲ハ遡及シテ效力ヲ生セサリシコトナルヲ以テ其代理人關係モ當然消滅スヘキモノトス然ルニ飜テ民法第一一〇條ノ規定ヲ觀ルニ同條ハ代理關係ノ存在ヲ前提トシ唯其權限ノ超越シタル場合ニ於テノミ適用セラルヘキモノナレハ法定代理人カ未成年者ヲ代表シテ爲シタル法律行爲カ民法第八八七條ニ依リ取消サレタル場合ハ代理關係ヲ生セサルヲ

以テ又第一一〇條ヲ適用スルコトヲ得サルモノトスサレハ吾人ハ此點ニ付キ大審院判決ヲ以テ正當ナル見解ナリト信ス

（二）

一七六
六〇五

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
不動產ノ賃貸借ハ之ヲ登記スルトキハ爾後其不動產ニ付キ物權ヲ取得シタル者ニ對シテ其效力ヲ生ス

賃貸借ノ目的タル不動產ノ所有者カ其不動產ヲ他人ニ讓渡シタル場合ニ於テ舊所有者カ新所有者ニ對シテ其權利義務ヲ一體トシテ移轉スヘキコトヲ約シタルトキハ其契約ハ無效ナリトス』

曄道學士

大審院大正三年（オ）第七八九號同四年四月二十四日判決（本書第四卷三九四頁）

大審院判決ハ我國法ノ採ル原則ハ賣買ハ賃貸借ヲ破ルトノ前提ノ下ニ賃貸人ハ賃貸借ノ目的物ノ賣買ノ爲メニ賃貸人カ蒙ル不利ナル結果ヲ遂ケシムルノ手段卽チ賃貸借ノ目的物ノ賣買ニ拘ラス賃貸借關係ノ存續ヲ可能ナラシムヘキ方法ヲ講セサルヘラカストシ其最善ノ手段方法ハ買主タル賃貸人カ其賃貸人タル法律上ノ地位卽チ賃貸借當事者トシテノ權利義務ヲ買主タル新所有者ヲシテ包括的ニ承繼セシムルニ在リト斷シ此ノ如キ賃貸借契約上ノ權利義務ノ包括的承繼ノ效果ヲ生スル法律要件トシテ（イ）買主タル新所有者ト賃借人トノ間ニ於テ新所有者カ賣主タル賃貸人ニ對スル權利義務ヲ承繼スル契約アルカ（ロ）又ハ單ニ賣主タル賃貸人ト買主タル新所有者トノミノ間ニ權利義務ヲ承繼スヘキ契約アルヲ以テ足レリト見タリ然リ而シテ賃貸借契約上ノ權利義務ノ包括的承繼ノ效果ヲ生スル賃借人ト新所有者又ハ賃貸人ト新所有

者ノ權利義務承繼契約ノ法律上ノ性質ハ之ヲ債務引受ノ契約ナリト解シ又賃貸人ト新所有者間ノ權利義務承繼ノ契約ニ付キテ「債務ノ引受ニハ債權者ノ同意ヲ要スルヲ法理上ノ原則トナスト雖モ所有者カ賃貸人トシテノ舊所有者ノ權利義務ヲ承繼スルコトハ特ニ賃借人ノ承諾ヲ要セスシテ舊所有者ト新所有者間ノ契約ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ヘク此ノ種ノ契約ハ常ニ賃借人（債權者）ノ利益ニ於テ其效ヲ生シ賃借人カ其契約ニ介入スルト否トハ其利益ヲ主張スル賃借人ノ權利ニ何等ノ影響ヲ及ホササルモノナリト斷定セサルヲ得ス從テ債務ノ引受ニ關スル普通ノ原則ハ此場合ニ適用スルヲ得ス」ト說明ス

我國法ハ賣買ハ賃貸借ヲ破ルヲ原則トストノ大審院ノ見解ハ果シテ正當ナリヤ否ヤハ姑ク措テ問ハス假リニ我國法ノ解釋トシテ此原則ヲ認ムヘキモノトスルモ之カ爲メニ生スル賃借人ノ不利ナル地位ヲ救濟スルノ手段トシテ判決ノ示ス所ニハ全然贊同ヲ與フルコトヲ得ス（一）先ツ判決カ賃貸借關係ノ存續ヲ可能ナラシムヘキ最善ノ方法ハ賃貸人ト新所有者又ハ新所有者ト賃借人間ノ契約ヲ以テ賃貸借上ノ權利義務ヲ包括的ニ承繼セシムルニ在リト斷シタルハ誤レリ權利義務ノ包括的承繼ノ原因ハ法律ノ限定スル所ニシテ法律ノ特ニ認メタル場合ノ外ハ行ハレサルモノトス（二）判決ハ賃貸人ト新所有者又ハ賃借人ト新所有者間ニ賃貸借關係ノ存續ヲ可能ナラシムルカ爲メニ爲サルル法律行爲ヲ權利義務ノ包括的承繼ノ契約ナリトシ且其契約ノ法律上ノ性質ヲ債務引受ノ契約ナリト見ル然レトモ此見解ハ二個ノ誤謬ヲ含ム（イ）判決ハ債務引受契約ノ效果トシテ賃貸借上ノ權利義務ヲ移轉スルモノト解スルモノノ如キモ是誤レリ債務引受契約ノ效果ハ債務ヲ引受人ニ移轉スルニ止マリ引受人ヲ原債務發

生ノ原因タル契約ノ當事者トナスノ效果ヲ生スルモノニアラス故ニ賃貸借契約ノ目的物ノ買主カ賃貸借上ノ債務ヲ引受クルコトヲ約シタリトスルモ賃貸人タル賣主ニ代リ賃貸人トナルモノニアラス單ニ賃借人ニ對シ賣主タル賃貸人カ負擔セシ債務ヲ引受クルモノニ過キサルナリ（ロ）又判決ハ債權者タル賃借人ノ同意ヲ要セス債務者タル賃貸人ト引受人タル新所有者トノ契約ヲ以テ賃貸借上ノ債務ヲ賃貸人ヨリ新所有者ニ移轉スルコトヲ得ト論斷セルハ誤ナリ債務者ト引受人ノ債務引受成立スルヤ否ヤ既ニ議論ノ存スル所ナリ況ンヤ債務者引受人間ノ契約ノミニテ債務ノ引受ノ效果ヲ生スルヤ否ヤハ頗ル疑問ナリ而シテ通說ハ債務者ノ債務ノ處分ハ之ヲ認ムルコト能ハサルノ故ヲ以テ債務者引受人間ノ契約ノミヲ以テハ債務引受ノ效果ヲ生セスト雖モ債務ハ其性質上債務者カ之ヲ處分スルコトヲ得サルモノトセハ判決ノ理由トスル所ハ毫モ其論斷ノ正當ナルコトヲ證明スル價値ナシ而已ナラス理由其モノモ亦必スシモ妥當ナラス判決ハ賃貸人ト新所有者間ノ賃貸借上ノ債務引受契約ハ常ニ賃借人ノ利益ノ爲メニ其效ヲ生スルヲ以テ賃借人ノ介入ヲ要セスシテ成立スト說クト雖モ賃借人ハ往々ニシテ賃貸人ノ人柄ニ重キヲ置キ甲ノ人ヨリ賃貸スルコトヲ欲スルモ乙ノ人ヨリ賃貸スルコトヲ欲セサルコト尠カラサルヘキヲ以テ妥當ニアラサルナリ次ニ賃貸物ノ賣却ニ際シ賣主タル賃貸人ト買主タル新所有者トノ間ニ締結セラレタル權利義務承繼ノ契約ヲ大審院ノ如ク債務引受契約ナリト解釋スルノ不條理ナルコトハ既ニ述ヘタルカ如シ而シテ或ハ此契約ヲ第三者ノ爲メニスル契約ナリト論スル者アリ此解釋モ亦妥當ニアラス蓋シ第三者ノ爲メニスル契約ハ單ニ第三者ニ權利ヲ取得セシムルコトヲ內容トナシ得ルニ過キス（五三七條）第三者ニ義務ヲ科スルコトヲ

內容トスル第三者ノ爲メニスル契約アル能ハス余輩ハ賃貸借上ノ權利義務ヲ一體トシテ移轉スルコトヲ約セル契約ハ無效ナリト論ス何トナレハ（一）權利義務ノ包括的承繼ハ法律ニ認メラレタル場合ニ限リ各人ノ自由ニ約シ得ル所ニアラス（二）又此ノ契約ヲ以テ權利義務ノ包括承繼ヲ約シタル一個ノ契約ニアラス權利ノ移轉ヲ目的トスル契約ト義務ノ引受ヲ目的トスル契約トノ複合セルモノト解スレハ第二ノ契約（債務引受契約）ハ無效ナルヲ以テ（債務者ノ引受人間ノ引受契約ヲ以テ債務引受成立セサルコトハ既ニ述ヘタルカ如シ）之ト交換的ニ結合セリト見ラルル第一ノ契約（權利移轉ノ契約）モ亦無效タラサルヲ得サルヘク其結果契約全體無效トナリ（三）而モ其他ニ此ノ契約ヲ解釋スルノ途ナケレハナリ

我國法ハ賣買ハ賃貸借ヲ破ルトノ原則ヲ認ムルカ將亦賣買ハ賣貸借ヲ破ラストノ原則ヲ認ムルカ明文上解釋ノ根據トナスニ足ルモノナシ然ルニ我大審院及學說ハ我國法モ賣買ハ賃貸借ヲ破ルノ原則ヲ認ムルモノナリト解ス之ニ反シテ余輩ハ我國法ハ通說ト反對ノ主義ヲ採ルモノナリト解ス左ニ少シク其然ル所以ヲ說カン

（一）賣買ニ因テ賃貸借關係カ影響ヲ受ケ賃借人カ其豫期ニ反シテ賃借物ヲ新所有者ニ返還セサルヘカラストスルハ只ニ賃借人ニ酷ナルノミナラス公益上決シテ策ノ得タルモノニアラス殊ニ農工商用ノ不動產ノ賃貸借ニ付キ其然ルヲ覺ユ蓋シ賃貸借ノ利用ニ依リテ維持セラルル賃借人ノ事業カ中絕セラレ事業ノ資本ト勞力トカ一時其活動ヲ中止スルノ已ムナキニ至ルヲ以テ是余輩カ賣買ハ賃貸借ヲ破ラストノ原則ヲ認ムルノ實質上ノ理由ナリ動產ニ付テハ同一ノ實質上ノ理由アリト云フヲ得サルモ苟モ反對ノ主義ヲ容ルルコトヲ强要スル事由ナシ以上ハ不動產ニ關スル主義ト同一

ナラシムヘキヲ可トス況ンヤ形式上確固タル根據アルニ於テオヤ要スルニ賃貸借ノ目的物ノ占有カ賃借人ノ手ニ歸シタル以後ニ於テハ其物ノ所有者ノ變更ハ賃貸借關係ノ存續ニ影響ヲ及ホササルモノトス

(二) 賃貸人カ賃貸物ヲ賣買シタル場合ニ其目的物引渡ノ義務ハ民法第一八四條ノ定ムル物ノ返金請求權ノ讓渡ノ方法ニ因ル間接占有ノ移轉ニ依リテ履行セラルルノ外ナシ既ニ賃貸借ノ目的物ノ買主ノ有スル返還請求權ハ賣主ヨリ民法第一八四條ノ規定スル所ニ從ヒ讓受ケタルモノトセハ買主ハ賃借權ノ存續スル間賃借人ニ對シテ賃借物ノ返金ヲ强要スルコト能ハサルハ明ナリ蓋シ物權的請求權ノ讓渡ニ關シテハ債權讓渡ニ關スル規定ノ準用アルヘク其準用ニ依レハ債務者タル賃借人ハ其賃借權ニ基ク抗辨ヲ買主ニ對抗スルコトヲ得レハナリ(民法第四六八條第二項同第一八四條ノ定ムル返還請求權ノ讓渡ナルコトハ同條ニ命シトアルニ由テ疑ナシ)卽チ知ル賃貸借ノ目的物ノ賣買アルモ賃借權ノ存在スル間ハ買主ハ其物ノ返還ヲ强要スルコト能ハス賃貸借關係ハ依然トシテ賃貸人タル賣主ト賃借人トノ關ニ存續シ賃借人ハ賃借物ノ賣買ノ爲メニ其地位ヲ犯サルルコトナシトス(法學士嘩道文藝氏京都法學會雜誌第十一卷第二號九七頁以下要領)

富井博士

横田博士

【參照學說】

一 賃貸人カ契約ノ目的物ヲ第三者ニ讓渡シタリトセハ第三取得者ハ賃貸人ニ對シテ明渡ヲ求ムルコトヲ得ル結果トナルナリ從テ賃貸借ノ效力ハ甚タ微弱ナルモノナリ……此ノ主旨ヨリシテ不動產ノ賃貸借ハ之ヲ登記シタルトキハ爾後第三取得者ニ對シテ其ノ效力ヲ生スルモノトナレリ(法學博士富井政章氏帝大講義大正元年度筆記債權各論二五三頁)

二 例之甲其所有ノ地又ハ家屋ヲ乙ニ賃貸シテ其賃借契約ノ登記ヲ爲シタル場合ニ甲其地所又ハ家屋ヲ丙ニ讓渡シタリト假定センニ乙ハ新地主又ハ新家主ヨル丙ニ對シテ其賃貸借契約ヲ對抗スルコトヲ得ヘク丙ハ賃貸人トシテ甲ノ契約上地位ヲ承繼シ

甲ハ賃貸借關係ヲ離脫ス何トナレハ丙ハ地所又ハ家屋ノ所有權ニ付キ甲ノ地位ヲ承繼スルト同時ニ地主家主トシテ甲ノ契約上ノ地位ヲモ承繼スルモノニシテ賃貸借契約ハ要スルニ土地家屋ノ負擔トシテ土地家屋ノ所有權ト共ニ移轉スルハ地上權永小作權ニ於ケルト異ナル所ナキヲ以テナリ故ニ賃貸賃契約ハ同一ノ內容範圍ニ於テ新地主新家主ト賃借人トノ間ニ於テ繼續シ更ニ新ニ兩者間ニ於テ賃貸借契約ヲ爲スノ必要ナキハ賃借權讓渡ノ場合ニ同シ唯賃借權ノ讓渡ハ賃借人ニ更迭ヲ生スルノ差異アルニ過キス(法學博士横田秀雄氏債權各論五二八頁)

鈴木博士

三 賃借權ハ債權ニシテ物權ニ非ス隨テ第三者ニ其效力ヲ及ホスコトヲ得サルモノナリ然レトモ法律ハ特別ノ規定トシテ不動產ノ賃貸借ハ登記スレハ其以後ニ於テ其不動產上ニ物權ヲ取得シタル者ニ對シテモ效力ヲ生スヘキモノト爲セリ乃チ彼諺ニ云ヘル賣買ハ賃貸借ヲ破滅セシムトノ理論ニ反對ナル主義ヲ認メタルモノナリ一例ヲ以テ之ヲ示セハ不動產ノ賃貸借ヲ登記スルトキハ爾後其物件ノ所有權ヲ取得シタル第三者ハ賃貸借關係ヨリ生シタル權利義務ニ付キ賃貸人ニ代位スルモノト知ルヘシ乃チ第三者ハ修繕ノ義務ヲ負ヒ賃料ノ請求權アルモノトス蓋シ賃貸借契約成立ノ後ニ於テ貸主カ其物件ヲ讓渡シタルトキハ借主ハ第三取得者ニ對シテ其權利ヲ主張スルコトヲ得ストスルハ啻ニ借主ヲシテ不利益ナル位置ニ陷ラシムルノミナラス社會ノ利益ヲモ害スルコト尠カラサルヲ以テ斯ク定メタルモノトス(法學博士鈴木喜三郎氏債權各論日大講義錄一七七頁)

村上學士

四 不動產ニ關スル物權ノ取得ハ其ノ登記ヲ爲ストキハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得(一七七)而シテ賃貸借ノ存續期間內ト雖モ其ノ目的タル不動產ニ付物權取得ノ登記ヲ爲シ得ルコト固ヨリ論ナシ仍テ賃借物タル不動產ノ上ニ或物權ヲ取得シタル第三者カ其登記ヲ爲シタル上其ノ物權ヲ以テ賃借人ニ對抗スルトキハ本來賃借人ハ其ノ賃借權ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルカ故ニ結局賃借人ハ其ノ權利ヲ喪失スルノ結果ヲ生セサルヘカラス然ルニ賃貸借ハ最モ普通ニシテ且概ネ有利ナル財產利用ノ方法ナルカ故ニ法律上其ノ效果ノ確固ヲ圖ルコト獨リ賃借人ノ利益ナルノミナラズ又實ニ一般經濟上ノ利益ナルコト明ナリ仍テ不動產ノ賃貸借ハ之ヲ登記シタルトキハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ヘク從テ爾後其ノ不動產ニ付物權ヲ取得シタル者ニ對シテモ亦其ノ效力ヲ生スルモノトス(法學士村上恭一氏債權各論六一一頁)

伴學士

五 賣買カ賃貸借ヲ破却セストノ規則ハ一羅馬法ハ賣買カ賃貸借ヲ破却スルノ原則ヲ絕對的ニ貫徹セリ蓋シ此原則適用ノ結果ハ物ノ賣買取引ヲ圓滑ナラシムルノ利アリト雖モ之カ爲メニ賃借人ノ地位ヲシテ極メテ薄弱ナラシムルハ看易キ理ナリ例之乙カ甲ノ土地ヲ賃借シテ其上ニ家屋ヲ建築シ壁土未タ乾カサルニ甲カ其土地ヲ丙ニ讓渡シタルトキ丙ヨリ地代ノ增額ヲ求メ之ニ應セサルトキハ立退ヲ爲スヘシト嚴談ヲ受ケンカ乙ハ其家ヲ他ノ土地ニ運フニ非サレハ地代ノ値上ケニ應セサルヘカラス其地位ヤ最モ憐ムヘシ而モ羅馬法カ此原則ヲ貫徹シタリシハ實ハ賃貸人タル者カ社會上優等ノ地位ヲ占メタル結果ナレハ今日四民平等ノ世ニ於テハ少クモ此原則ヲ無制限ニ遵奉スル能ハス却テ賃借人ヲ保護スル必要アリ民法ハ近世諸國ノ實際ニ鑑ミテ不動產ニ付テ賣買ハ賃貸借ヲ破却セストノ規則ヲ採用シタリ(法學士伴房次郎氏京大講義契約法各論二三四頁二三五頁)

六 本書第一卷三四八頁

【參照判例】

一　賃貸借契約ノ存立セル地所ノ所有權カ他ニ移轉シタル場合ニ於テ當事者ノ合意ニ因リ地所ノ新所有者カ其借地權ヲ承繼シタルトキハ其結果トシテ之カ債權債務ヲ引受ケ借地者トノ間ニ從來ノ法律關係ヲ持續スルコトト爲ルモノニシテ斯ノ如キハ契約自由ノ原則ニ從ヒ法律上有效ナリトス（大審院民事判決錄四四年三八六頁）

二　賃貸借契約ハ債權債務ノ關係ニ過キサレハ其目的タル物件ノ所有者ニ移動アリトテ其移動ニ伴ヒテ賃借契約ニ於ケル當事者ニ移轉サ來スヘキモノニ非ス（川越區裁判所法律新聞六五一號一四頁）

未タ登記ナキ賃貸借ノ目的タル不動產ノ所有者カ其不動產ヲ他人ニ讓渡シタル場合ニ於テ大審院判決ハ賃貸借人ト新所有者タル讓受人間ノ契約ヲ以テ賃貸借ノ權利義務ヲ包括ニ承繼シ以テ從來ノ賃貸借關係ヲ持續セシムルコトヲ得ルトナス然ルニ此ノ點ニ付キ本論學士ハ賃貸借上ノ權利義務ヲ一體トシテ移轉スルコトヲ約セル契約ナレハ無効ナリトナス然レトモ學士ノ見解ハ果シテ正當ナリト云フコトヲ得ルヤ吾人ハ學士ト稍其見解ヲ異ニス左ニ此契約ノ內容ヲ分析シテ研究セント欲ス

(一)　先ツ此ノ契約ヲ以テ賃貸人ト新所有者トノ間ニ賃貸借上ノ權利義務ヲ全體トシテ包括的ニ移轉セシムルコトヲ契約ノ內容トスルトキハ其契約ハ無效トス何トナレハ我民法上權利義務ノ包括承繼ハ法律カ特ニ認メタル場合ノ外之ヲ許ササルモノニシテ各人ハ斯カル特約ヲ自由ニ爲シ得ヘキモノニアラサレハナリ此點ニ關スル學士ノ見解ハ正當ナリ

(二)　反之此契約ヲ以テ賃貸借上ノ權利義務ヲ一體トシテ包括承繼ヲ約シタル一個ノ契約ニアラスシテ權利ノ移轉ヲ目的トスル契約ト債務ノ引受ヲ目的トスル契

約トノ混合セル一個ノ契約ト解スルトキハ如何學士ハ債務引受契約ハ無效ナルヲ以テ之ト交換的ニ結合セリト見ラルル第一ノ權利移轉契約モ亦無效ナリト論斷セリ

吾人ハ此點ニ付キ更ニ區別シテ觀察スヘキモノト信ス

(一)　此契約ヲ以テ賃貸借上ノ權利ノ移轉ヲ目的トスル契約ト免責的債務ノ引受ヲ目的トスル內容ヲ有スル一ノ混合契約ト解釋スレハ免責的債務引受契約ノ無效ハ之ト全體シテ同一契約ノ內容ヲ爲ス權利移轉ヲ目的トスル契約モ亦當然無效ナリト云ハサルヘカラス蓋シ債務引受ニハ所謂免責的債務引受ト重疊的債務引受ノ二種アリテ免責的債務引受契約ハ債權者タル賃借人ノ承諾ヲ得ルニアラサレハ之レヲ成立セシムルコトヲ得サルヲ以テ讓渡人タル賃貸人ト讓受人タル新所有者間ノ契約ヲ以テ之レヲ成立セシムルコトヲ得サルモノトス然リ而シテ賃貸借上ノ權利義務ノ移轉ヲ內容トスル契約ハ其內容タル權利ノ移轉ヲ目的トスル契約ト義務ノ移轉ヲ目的トスルトヲ各別ニ分割シテ觀察スルコトヲ許ササルヲ以テ不可分的ニ其內容ヲ構成スル免責的債務引受契約ノ無效ハ當然其他ノ權利移轉ヲ目的トスル契約ノ無效ヲ來ササルヲ得サルモノトス此點ニ關スル學士ノ見解ハ亦正當ナリトス

(二)　反之此契約ヲ以テ賃貸借上ノ權利ノ移轉ヲ目的トスル契約ト義務ノ移轉卽チ

重疊的債務引受契約ヲ內容トスル一個ノ混合契約ト解スルトキハ如何蓋シ所謂重疊的債務引受契約ハ賃貸人ト讓受人タル新所有者間ノ契約ノミニ依リ成立スルコトヲ得ヘク賃借人ノ承諾ハ必スシモ其成立要件ニアラサルヲ以テ免責的債務引受契約ノ如ク無效ニアラスト雖モ吾人ハ左ノ理由ニ依リ重疊的債務引受契約ハ成立スルコト能ハサルモノト解ス

(イ)賃貸借ノ目的タル不動產ヲ讓渡ス場合ニ於テハ賃貸人タル讓渡人ハ之ニ依テ賃貸借上ノ關係ヲ離脫シ又之カ讓受人タル新所有者ハ其不動產上ノ負擔タル義務ヲモ承繼スルノ意見アルモノト推定スヘク從テ讓渡人及讓受人間ニ於テ重疊的ニ債務引受ノ意思ヲ有スルモノト推定スルハ當事者ノ意思ニ反スルモノトス

(ロ)假リニ前陳ノ如キ意思ヲ推定シ得ヘシトスルモ賃貸借ノ目的タル不動產ノ讓渡ニ依テ賃貸借上ノ權利ハ移轉スルカ故ニ讓渡人ハ賃貸借ノ目的ヲ失フニ至ルヲ以テ賃貸人ハ讓受人タル新所有者トノ契約ヲ以テ賣買ノ目的物ヲ他人ニ賃貸シ得ル權利ヲ取得シ賣買後ニ於テ依然トシテ賃貸人タル地位ヲ持續スルノ外ナシ然ルニ賃貸人及新所有者間ニ於テ斯カル內容ヲ有スル契約アルモノト解スルハ聊カ强辯ノ嫌ナキ能ハス

(ハ)且重疊的債務引受契約アルモノト解スルトキハ賃貸人及新所有者ハ何レモ獨立セル賃貸借上ノ權利義務ヲ有セサルヘカラス從テ賃貸人及新所有者ハ何レモ

賃貸借上ノ權利ヲ行使スルコトヲ得ルニ至リ賃借人ハ甚タ不利益ノ地位ニ立タサルヲ得ス而カモ斯ノ如キ結果ハ賃貸人ニ於テ賃貸借ノ目的物ヲ讓渡スニ依テ賃貸借上ノ權利ノミヲ拋棄セルモノト辨護スルコトヲ得トスルモ賃貸人ニ於テ賃貸借關係ノ存續スルニ拘ラス單ニ賃貸借上ノ義務ノミヲ有スト解スルコトヲ得ルヤ否ヤ疑ヒナキ能ハス

本論學士ハ此點ニ付キ何等論及スルコトナシ且此契約ハ他ニ解釋スルノ途ナキヲ以テ無效ト爲セリ是レ果シテ正當ナル見解ト云フコトヲ得ルヤ

(三)吾人ノ見解ニ依レハ此契約ヲ以テ賃貸借上ノ權利ノ移轉ヲ目的トスル契約ト條件附免責的債務引受契約トヲ內容トスル一個ノ混合契約トシテ有效ナルモノト解セント欲ス蓋シ賃貸借ノ目的タル不動產ノ讓渡人ハ讓受人ヲシテ賃貸借上ノ權利義務ヲ承繼セシメ從來ノ賃貸借關係ヨリ離脫シ且之カ讓受人ハ其不動產上ニ存スル負擔ヲ承繼スル意思ヲ有スルモノト推定スヘキハ當事者ノ意思ニ適合シ讓渡人及讓受人間ニ於テ重疊的債受務引ノ意思アルモノト推定スルコト能ハサルコト前陳ノ如シ然リ而シテ讓受人ノ債務引受ハ單純無條件ノモノニアラスシテ賃借人タル債權者ノ承諾ヲ得ルコトヲ條件トシテ免責的債務引受契約ヲ成立セシムル意思アルモノト推定スヘキモノトス故ニ賃借人ニ於テ之ヲ拒ムトキハ條件ノ不成就ニヨリ免責的債務引受契約ハ無效ト爲ルヘシ從テ之ト相結合

シタル賃貸借上ノ權利移轉ヲ目的トスル契約ハ又無效ト云ハサルヘカラス反之賃借人タル債權者ノ承諾アルトキハ條件ノ成就ニヨリ賃貸人ハ賃貸借關係ヲ離脱シ讓受人タル新所有者及賃借人ノ間ニ從來ノ賃貸借關係ヲ持續スルモノト解スルヲ正當トス

（三）

大審院判決

【四六】時效ノ利益ハ豫メ之ヲ拋棄スルコトヲ得ス

時效拋棄ノ意思表示ハ時效完成ノ事實ヲ知リタル後ニアラサレハ之ヲ爲スコトヲ得サルモノトス

時效拋棄ノ意志表示ハ時效完成ノ事實ヲ知リタル後ニアラサレハ之ヲ爲スコトヲ得サルハ純理上當然ノ結果ナリ時效ノ完成ヲ知ラスシテ債務ヲ承認シタル場合ハ或ハ單ニ債務ヲ存在スルモノト信シ其事實ヲ認メタルニ過キサルモノト解スヘク之ヲ以テ時效拋棄ノ意思表示ト認ムルコトヲ得ルモノニアラス從テ其意思表示アリトシ更ニ進テ民法第九五條ノ規定ニ依リ法律行爲ノ要素ニ錯誤アリヤ否ヤ若クハ表意者ニ重大アル過失アリヤ否ヤ等ヲ裁判所ニ於テ審査スル必要ナキモノト謂ハサルヲ得ス（大審院大正四年（オ）第七九九號同年十二月二十三日民二部馬場裁判長田上入江鈴木岩田各判事判決）

【關係事項】

上告棄却○原審廣島地方裁判所○求償金請求事件○上告人胡子秀次郎訴訟代理人辯護士梅村新五郎被上告人濱野幾松

（三六）

【同趣旨學說】

富井博士

一　既ニ完成シタル時效ノ利益ヲ拋棄スルハ有效トス時效ノ拋棄ニハ一定ノ方式ナシ即チ明示ト默示トヲ問ハス一切ノ方法ニ依リテ之ヲ爲スコトヲ得ルモノトス默示ノ拋棄ハ時效ノ完成シタルコトヲ知リテ債務ノ辨濟若クハ承認ヲ爲シ辨濟、猶豫ヲ請求シ又ハ擔保ヲ供スル如キ行爲ヨリ成ルモノトス固ヨリ推定スヘキ行爲ニ非サルカ故ニ其意思ヲ推認スルニ足ルヘキ事實アルコトヲ要ス是畢竟事實問題ナリ（法學博士富井政章氏民法原論第一卷五八八頁）

中島博士

二　拋棄ハ時效完成セルニモ拘ハラス充成セサルモノトナス意思表示ナリ（法學博士中島玉吉氏民法釋義卷之一八〇九頁）拋棄ハ明示タルコトヲ要セス但シ默示ノ拋棄トナルニハ拋棄者カ時效完成事實ヲ知ラサルコトヲ以テ前提トス（同上八一一頁）

鳩山學士

三　拋棄ハ單獨行爲ナリ其方法ノ明示タルト默示タルトヲ問ハサルハ勿論ナルモ拋棄ノ意思ヲ推知シ得ヘキコトヲ要スルヲ以テ時效ノ完成ヲ認識スルニ非スンハ拋棄ノ意思アリト爲スコトヲ得ヘカラス時效完成後ニ於テ延滯セル利息ヲ支拂ヒ又ハ猶豫ヲ求ムルカ如キ行爲ハ其時效完成ヲ知ルヤ否ヤニヨリ拋棄トナリ或ハナラサルモノト信ス（法學士鳩山秀夫氏法律行爲乃至時效六一七頁）

喜山學士

四　時效ノ拋棄ハ相手方アル單獨行爲ナリ時效完成ノ事實ヲ知リテナスモノニ非サレハソノ效力ナシ（法學士喜山幹一氏民法總論講義錄四一九頁）

【參照學說】

岡松博士

一　其拋棄ノ方法ハ明示又ハ默示タルコトヲ得殊ニ（一）債務者カ時效ニ係リタル債務ノ全部又ハ一部ヲ辨濟シ（二）之カ爲メニ擔保ヲ供シ（三）其返還ノ猶豫ヲ請ヒ（四）又占有者カ權利者ヨリ其占有物ノ權利ヲ買取リ（五）占有者カ權利者ト約シ其物ヲ賃借シ（六）權利者カ其權利ヲ他人ニ讓渡スニ付キ占有者保證人トナリ又ハ異議ヲ述ヘサリシトキノ如キハ默示ノ拋棄ナリトス（法學博士岡松參太郎氏民法理由上卷三七五頁）

川名博士

二　民法ハ時效完成後ニ於テ其拋棄ヲ許スカ如シ然シナカラ時效制度ノ目的ニ照シ完成後ニ於テモ之ヲ許ササルモノト解スルコトヲ正當トスヘキニ非スヤ時效ノ效果ハ只當事者ノ利益ノ爲メノミニ生セシムルニアラサルカ故ナリ從テ時效完成後ニ於ケル時效ノ拋棄ハ時效ノ效果ヲ生セサルモノトナスニ非ス其生シタル效果ニ付キテ或他ノ行爲ヲ爲スモノト解スヘシ（法學博士川名兼四郎氏日本民法總論二八八頁）

松岡學士

三　時效ノ拋棄ハ不要式行爲ナルヲ以テ（法律上方式ノ規定ナシ）明示的ニ之ヲ爲シ或ハ默示的ニ之ヲ爲スコトヲ得例ヘハ債務者カ時效ノ完成後其債務ヲ辨濟シタル事實ハ默示的時效ノ拋棄タルカ如シ（法學士松岡義正氏民法總則六二五頁）

【同趣旨判例】

一　時效ノ拋棄ハ完成シタル時效ノ效力ヲ消滅セシムル意思表示ナレハ完成シタル時效ノ存在ヲ知ルニ非レハ之ヲ爲シ得ヘ

（三七）

キモノニアラス（大審院三年四月二十五日民一判決法律評論第三卷民法一六五頁）

二　手形債務ニ對シ支拂義務アルコトヲ承認シタルトキハ該債務ノ時效進行中ニ在テハ其進行ヲ中斷スヘク又時效完成シタル場合ニ於テハ時效ノ利益ヲ拋棄スル結果ヲ生スヘキモノトス（大審院民事判決錄四四年五五二頁）

【反對判例】

東京控訴院　時效ノ完成シタル債務ノ一部ヲ承認シタルトキハ時效ノ利益ヲ拋棄シタルモノトス而シテ債務承認ニ因リテ完成シタル時效ノ利益ヲ拋棄スルニハ債務承認ノ事實以外ニ債務カ時效ニ因リ消滅シタル事實ヲ認知シ居リタル事實ヲ必要トセス（東控四三年五月一九日判決法律新聞六六號一三頁）

【參照判例】

熊本地方裁判所　一　債務者カ債權者ヨリ其金錢債務履行ノ請求ヲ受ケタル場合ニ於テ其債權者ノ債權ヲ承認シツツ之カ支拂延期ヲ求メタルトキハ暗ニ時效ノ利益ヲ拋棄シタルモノト認メラルヘシ（熊本地判決法律新聞四四六號六頁）

青森地方裁判所　二　承認ハ義務存在ノ自覺ノ表白換言スレハ相手方ノ權利存在ヲ有リノ儘ニ認ムル觀察ノ表示ニシテ意欲ヲ必要トスル法律行爲ニ非サルカ故既ニ經過セル期間ノ利益ヲ拋棄シ若クハ之ニ依リテ時效中斷ノ效果ヲ生スルモノタルコトヲ知リ又ハ斯ル效果ノ生スルコトヲ欲シテ爲スコトヲ必要トスルモノニ非ス唯相手方權利ノ存在ヲ認識スル旨ヲ表示スルヲ以テ足レリトス故ニ縱令承認者カ時效中斷ノ效果ヲ生スルコトヲ欲セサル旨ヲ明言スルモ倘法律上當然時效中斷ノ效果ヲ生スルモノトス之ニ反シ時效ノ利益ノ拋棄ハ時效ノ利益ヲ受クヘキモノカ之ヲ受ケスト意思表示ニシテ法律行爲ナルカ故意欲ヲ必要トシ既ニ時効ノ進行ヲ開始シテ或期間ヲ經過シ若クハ時効ノ完成セルコトヲ知リテ而カモ之ニヨリテ生シタル利益ヲ受ケサル旨ノ意思表示ヲ爲スニ非サレハ拋棄トナル能ハサルモノトス故ニ承認ト拋棄トハ全ク其性質ヲ異ニスルモノト謂ハサルヘカラス而シテ性質ノ異ル以上其效力ノ全然同一ナルコトハ想像スル能ハサル所ナルヲ以テ時效完成後ノ債務承認ハ何等ノ條件ヲ須タス當然時效ノ利益拋棄ノ效果ヲ生スルモノナリトノ斷定ハ論理ノ許ササル所ナリト謂ハサル可カラス（青森地判決法律新聞第八七一號二二頁）

至當ノ判決ナリト信ス

（四）

一二七第二項
一三五第一項　停止條件附法律行爲ハ條件成就ノ時ヨリ其效力ヲ生ス
法律行爲ニ始期ヲ附シタルトキハ其法律行爲ノ履行ハ期限ノ到來スルマテ之ヲ請求スルコトヲ得ス

（二八）

賣買代金支拂ノ義務既ニ發生シ其履行ニ期限ヲ附シタルモノナルトキハ假令不確定ノモノト雖モ支拂ノ時期ハ必然到來スヘク唯何時到來スルヤ不確定ノ狀態ニ在ルニ止マルモノナリ反之支拂ノ時期到底到來スルニ由ナキ場合ハ既ニ成立セル債務ノ履行ニ期限ヲ附シタルモノニ非スシテ法律行爲ノ效力ヲ左右スル條件ヲ附シタルモノトス』

（二九）

【上告理由】原判決ハ上告人カ本訴ノ代金支拂ヲ請求スルニ就テ甲第二號證中ノ約款ニ定ムル「三回ノ製氷」トハ機械使用ノ最初ニ行フヘキ試製ノ意義ニシテ製氷ノ數量如何ニ關係ヲ有セストノ上告人ノ主張ヲ排斥シテ曰ク「控訴人主張ノ如ク所謂三回ノ製氷トハ豫定通リ二十四時間ニ五噸ヲ現實ニ製氷シ得タルコトヲ云フト解スルヲ條理上相當ナリトス」云云「其他被控訴人主張ノ如キ趣旨ナリシコトヲ認ムヘキ何等ノ證據ナシ故ニ殘代金ノ支拂ハ豫定ノ如キ數量ノ製氷ヲ現ニ三回爲シタル事實ヲ前提トスルモノニシテ此事實ニ爭アル限リ該代金支拂ヲ訴求スル被控訴人ニ於テ其立證ヲ爲スヘキコト多言ヲ要セス而モ斯カル事實ヲ認ムヘキ何等ノ證據ナシ」ト說明セリ然レハ原判決ノ趣旨ハ三回ノ製氷ヲナシ二十四時間內ニ五噸製出ノ結果ヲ見タルトキハ本代金請求ノ權利アルモ然ラサレハ請求權ナシトスルモノナリ則チ五噸製出ナル未必條件カ本件賣買ノ成否ニ關係アルモノニシテ原院ノ判旨ハ所謂停止條件附賣買ナリトノ結論ニ歸着スヘシ然ルニ其理由ノ末段ニ於テ「然ラハ控訴人カ其答辯第三ノ二ニ於テ抗爭スルカ如ク本訴代金支拂ノ時期ハ未タ到來セサルヲ以テ此點ニ於テ本訴ハ既ニ其理由ナシ」ト謂ヒ上告人ノ代金請求權ハ未タ辨濟期ニ達セス則チ被上告人ハ

期限ノ利益ヲ有スル旨ヲ判示シタリ夫レ期限ハ確定ナルト不確定ナルトヲ問ハス必然到來スヘキモノタルコトヲ要シ製氷ノ結果一定ノ數量ヲ生スヘキヤ否ヤト云フカ如キ未必ノ事項ハ之ヲ條件トスヘキモ期限ナリト謂フヘカラサルヤ勿論ナリ而シテ一ハ法律行爲ノ成立ニ關シ他ハ債務ノ履行ニ關スルコト論ヲ俟タス然ルニ原院カ前示ノ如ク停止條件附法律行爲トナルヘキ事實ヲ確定シナカラ之ヲ辨濟期限ナルカ如ク判定シ上告人ノ請求ヲ期限到來セサルモノトシテ斥ケタルハ期限ニ關スル法則ノ適用ヲ誤リタル不法ノ裁判ナリ

【判決理由】原院カ本訴上告人ノ請求ヲ以テ理由ナシト爲シタルハ上告人カ本訴ニ於テ請求スル製氷機械及ヒ其附屬汽鑵ノ賣買代金殘額九千百七十圓ハ製氷機械ノ試運轉及ヒ三回ノ製氷アリタル後三ケ月ニ之ヲ支拂フヘキ約ナル處其三回ノ製氷トハ豫定ノ通リ二十四時間ニ五噸ヲ現實ニ製氷シ得タルコトヲ謂フモノナルニ本件ノ機械ト汽鑵ニテハ到底約旨ニ適合スル製氷ヲ爲シ能ハサルヲ以テ代金支拂ノ時期ハ未タ到來セサルモノト爲シタルニ由ルト雖モ抑モ賣買代金支拂ノ義務既ニ發生シ其履行ニ期限ヲ附シタルモノナルトキハ假令不確定ノモノト雖モ支拂ノ時期ハ必然到來スヘク唯何時到來スルヤ不確定ノ狀態ニ在ルニ止マルモノナリ故ニ支拂ノ時期到底到來スルニ由ナキ場合ハ既ニ成立セル債務ノ履行ニ期限ヲ附シタルモノニ非スシテ法律行爲ノ效力ヲ左右スル條件ヲ附シタルモノト謂フ可シ然ルニ原院カ前示ノ如ク判示シ代金支拂ノ時期未タ到來セサルモノトシテ上告人ノ請求ヲ排斥シタルハ期限ト條件トヲ混同シ理由不備ノ不法アル判決ナリ（大審院大正四年（オ）第三五六號同年十月二十三日民三部横田裁判長田上大倉嘉山三宅各判事判決）

大審院判決

【關係事項】

破毀差戻○原審東京控訴院○商品賣渡代金支拂請求事件○上告人コルンス、エンド、コンパニー合名會社訴訟代理人辯護士日能倭太郎被上告人三崎製氷株式會社訴訟代理人辯護士丸山長渡同岩田唯雄

（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

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

九六 或人ニ對スル意思表示ニ付キ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

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

相手方ノ詐欺ニ因リ法律行爲ヲ爲シタル者ハ詐欺ニ基キ爲シタル意思表示ノ無效ヲ主張シ又ハ之レカ取消ヲ爲スコトナク單ニ相手方ノ不法行爲ニ基キ自己カ現實ニ受ケタル損害ノミノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ルモノトス』

相手方ノ詐欺ニ因リ法律行爲ヲ爲シタル者ハ其要素ノ錯誤ヲ惹起シタル場合ニ於テ之カ無效ヲ主張シ又然ラサル場合ニ於テハ意思表示ヲ取消シ以テ法律行爲ノ效力ヲ滅却セシメ得ヘキハ論ヲ俟タスト雖モ詐欺ニ基キ爲シタル意思表示ノ無效ヲ主張シ又ハ之レカ取消ヲ爲スコトナク單ニ相手方ノ不法行爲ニ基キ自己カ現實ニ受ケタル損害ノミノ賠償ヲ請求スルハ毫モ妨ケアルコトナシ本件民事原告人タル被上告人ノ請求ハ其私訴狀ノ記載第一審及ヒ原審ニ於ケル私訴判決事實摘示ニヨレハ私訴上告人カ民事被告人タル上告人等ノ詐欺ニ因リ不相當ノ價額ヲ以テ本件土地ヲ買取ルニ至リタル爲メ現實支拂ヒタル代金ト實價トノ差額ニ相當スル損害ヲ蒙リタリトシテ之カ賠償ヲ求ムルニ在リテ原審公訴判決ニ於テ上告人等カ被上告人ヨリ騙取シタル

モノト認メタル全價額ノ返還ヲ請求シタルモノニ非ス而モ被上告人ハ本件賣買行爲ノ無效ヲ主張シ又ハ之レカ取消ヲ爲サス其成立ヲ前提トシテ這般ノ請求ヲ爲シタルモノナレハ其請求自體毫モ不法ノ點ナシ然ラハ原裁判所カ之ヲ棄却セサリシハ相當ナリ（大審院大正四年（れ）第三二三一號同五年一月二十六日刑三部棚橋裁判長水本柳川中西泉二各判事判決）

【關係事項】

公私訴上告棄却○原審大阪地方裁判所○詐欺被告事件並附帶私訴事件○公私訴上告人來田仁三郎外二名辯護人兼代理人上畠益三郎私訴被上告人戸田利三郎

【參照學說】

川名博士　一　詐欺ニ因リ意思表示ニ因テ損害ヲ受クルトキハ詐欺者ニ對シテ其賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシ詐欺者ハ不法行爲ヲナスカ故ナリ（法學博士川名兼次郎氏日本民法總論二三一頁）

岡松博士　二　財三一二條三項ニハ取消ノ外損害アルトキハ其賠償ヲ求ムルコトヲ得トアルハ普通原則ノ結果ナルカ故ニ省ク（法學博士岡松參太郎氏民法理由上二〇〇頁）

平沼博士　三　詐欺ハ一種ノ不法行爲ナリ故ニ表意者ハ常ニ欺罔者ニ對シテ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得此請求權ハ取消權ヲ實行シ又ハ之ヲ拋棄シタルカ爲メニ消滅スヘキモノニアラス又相手方カ欺罔者タルト第三者カ欺罔者タルトニ依リテ差異ヲ生スルモノニ非ス（法學博士平沼騏一郎氏民法總論四九五頁）

中島博士　四　民法九十六條ノ詐欺ハ不法行爲トシテノ詐欺ト其實體ヲ同ウスト雖モ其效果ヲ異ニスルカ故ニ本條ノ效果ヲ生セシムルハ不法行爲責任能力アルコトヲ要セス（法學博士中島玉吉氏民法釋義卷之一五一五頁）

嘉山學士　五　詐欺ニヨル意思表示カ刑法上詐欺取財ノ手段タル場合ニ於テモ其意思表示ハ取消シ得ヘキモノタルニ止マリ之ヲ不法行爲ナリトスルヲ得ス蓋シ意思表示ノ民法上ノ效果ハ民法ニ從ツテ決定セラルヘキモノニシテ而シテ詐欺ニ因ル意思表示カ詐欺取財ノ手段タルカ爲メ此ノ意思表示ノ內容其モノカ公ノ秩序ニ反スルコトナケレハナリ（法學士嘉山幹一氏中央大學民法總則下二九九頁）

至當ノ判決ナリト信ス

東京地方裁判所判決

（六）

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

六、配偶者ヨリ惡意ヲ以テ遺棄セラレタルトキ

妻カ夫トロ論ノ末家出ヲ爲シ獨リ旅館ニ宿泊シ頻リニ年若キ男子ト來往シ夫カ其復歸ヲ促スモ之ヲ肯セサリシ事實ハ民法第八一三條第六號ニ所謂惡意ノ遺棄ニ該當ス」

被告カ原告ノ婦ナルコトハ甲第一號證戸籍謄本ニ據リ明カナリ而シテ被告ハ大正元年十二月中原告トロ論ノ末家出ヲ爲シ獨リ東京市麴町區飯田町河岸松月館ニ下宿シ頻リニ年若キ男子ト來往シ他人ヲシテ其貞操ヲ疑ハシム可キ所業ヲ敢テシ原告カ被告ニ對シ自ラ或ハ人ヲシテ其復歸ヲ促カスモ之ヲ肯セサリシ事實ハ證人千葉和平本願ノ證言並ニ其成立ニ付キ爭ナキ甲第二號證ノ二ニヨリ被告カ本訴提起ニ至ルモ尙別居ヲ繼續シ居タル事實ハ本件記錄綴付ノ送達證書ニヨリ何レモ之ヲ認メ得ヘク以上ノ事實ト被告カ其當時原告ノ親族等ニ對シ辯護士ヲ介シ原告ノ名譽ヲ毀損スヘキ事項ヲ告知セシメ扶養料ノ請求ヲ爲シタル當事者間ニ爭ナキ事實トヲ綜合スルトキハ被告ハ謂レナク原告ノ同居ノ請求ヲ拒絕シ婦タル義務ヲ履行セサルモノナル事ヲ認ムルニ足ル可ク斯クノ如キハ民法第八一三條第六號ニ所謂惡意ノ遺棄ニ該當スルヤ勿論ナリ（東地大正三年（タ）第七五號同五年二月二十三日民一部河邊裁判長大丸近藤各判事判決）

【關係事項】

東京控訴院判決

離婚請求事件○原告三宅愚太郎訴訟代理人辯護士荘田要二郎被告三宅シナ訴訟代理人辯護士本田源次郎

【參照學說判例】

本書第三卷民法六七頁以下

至當ノ判決ナリ

（七）

五七五 法定ノ推定家督相續人ニ付左ノ事由アルトキハ被相續人ハ其推定家督相續人ノ廢除ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得

一 被相續人ニ對シテ虐待ヲ爲シ又ハ之ニ重大ナル侮辱ヲ加ヘタルコト

二 疾病其他身體又ハ精神ノ狀況ニ因リ家政ヲ採ルニ堪ヘサルコト

三 家名ニ汚辱ヲ及ホスヘキ罪ニ因リテ刑ニ處セラレタルコト

四 浪費者トシテ準禁治產ノ宣告ヲ受ケ改悛ノ望ナキコト

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

被相續人家ノ家運ノ隆盛ト其同族全體ノ繁榮トヲ期スル必要上被相續人カ成年ニシテ且ツ人格及ヒ識見ニ於テ缺クルナキ相續人ヲ得ルカ爲メ其利益ヲ不當ニ害セサル方法ヲ講シテ幼年ナル相續人ヲ廢除スルカ如キハ民法第九七五條ニ所謂法定ノ推定家督相續人ヲ廢除スルニ付正當ナル理由アルトキト謂フニ該當スルモノトス』

按スルニ被控訴人カ控訴人ノ嫡孫ニシテ其ノ法定ノ推定家督相續人タルコト及ヒ控訴人カ既ニ六十四歲ノ高齡ニ達シ被控訴人カ未タ八歲ノ幼者ニ過キサルコトハ甲第一號證ニ依リ控訴人家カ三井同族十一家中ノ本家六家ノ一ニシテ同族十一家ノ戶主ヲ以テ組織セル三井合名會社ニ五百七十五萬圓ヲ出資シ其持分ハ之ヲ世襲スヘキモ

ノト定メタルコト右三井合資會社カ其資產ノ大部分ヲ株式會社三井銀行三井物產株式會社三井鑛山株式會社ニ出資シ三會社ノ株式ノ大部分ヲ有スルコト控訴人カ自己ノ名ヲ以テ右三株式會社ノ株式各百株宛ヲ有スルコト及ヒ三井同族中本家六家ノ戶主カ慣例上前記會社ノ樞要ナル役員ノ地位ヲ占ムヘキ關係ヨリ控訴人カ前記會社創立當時ヨリ引續キ三井合名會社ノ業務執行社員株式會社三井銀行ノ取締役社長ノ地位ヲ占メ來リタルコトハ甲第二乃至四號證同第八號證當審證人有賀長文益田孝原審證人三井源右衞門ノ各證言ニ依リ控訴人カ老來多病ニシテ何時萬一ノ事アルヤモ測ラレサル狀態ニ在ルコトハ甲第五號證ニ依リ本家六家中八郎次郎家ノ當主八郎次郎ハ老衰病蓐ニ在リ嗣子壽太郎ハ性來虛弱多病ニシテ共ニ前記會社經營ノ劇務ニ堪ヘス又高修（三郎助）家ノ當主高修ハ未タ配偶者ヲ有セサル青年ニシテ目下洋行修學中ナルコトハ當審證人有賀長文益田孝原審證人三井源右衞門ノ各證言及ヒ甲第七號證ノ二、三ニ依リ各之ヲ認定シ得ヘシ果シテ然ラハ三井同族中ニ於テ慣例上樞要ノ地位ヲ占ムヘキ六本家中ノ二家（八郎次郎家高修家）ニ於テハ既ニ其戶主又ハ嗣子ハ近キ將來ニ於テ到底三井同族十一家ノ戶主ヲ以テ組織セル三合名會社及ヒ右合名會社カ其資產ノ大部分ヲ出資トシテ醵出セル株式會社三井銀行三井物產株式會社、三井鑛山株式會社ヲ經營スルノ任ニ當ルコトヲ得サルノミナラス控訴人家ニ於テモ亦相續人幼少ニシテ當主タル控訴人ハ頹齡藥餌ニ親ミ何時異變アルヤモ保スヘカラサル次第ナルカ故ニ控訴人萬一ノ後ニ於テハ前記四會社ノ經營ニ付テハ主トシテ殘ル本家三家ノ戶主ニ於テ之ニ當ルノ外ナク多大ノ資本ヲ以テ大規模ニ業務ヲ營ム前記四會社ニ於テ其業務執行ニ支障ヲ來スヘキハ極メテ見易キ道理ニシテ之カ爲メ會社事業ニ頓挫

チ生シ延テ控訴人家ハ勿論三井同族全體ノ隆替ニ大關係ヲ及ホスヘキヤ亦明カナリ控訴人カ此點ニ付キ憂慮措ク能ハス幼年ノ被控訴人ヲ廢除シ成年者タル其五男高精チ以テ之ニ代ヘントスルハ寔ニ故アリト謂フヘシ固トヨリ本家三家ノ戸主ノ外連家ノ戸主又ハ其他ノ適任者ヲ以テ會社經營ノ任ニ當ラシメンカ前記ノ缺陷ヲ補塡シ得ヘシト雖モ斯ノ如キハ控訴人一族間ニ行ハレ來リタル古來ノ慣例ニ反スルモノニシテ舊慣ニ重キヲオク控訴人一族ノ如キ連綿タル舊家ニ在リテハ到底實行スル能ハサル處ニシテ亦已ムコトヲ得サルモノト認ム而シテ被控訴人ヲ廢除スルニ因リ當然控訴人ノ法定ノ推定家督相續人ト爲ルヘキ控訴人ノ五男高精ハ嘗テ歐米ニ留學シ現時ハ三井物產會社ニ於テ實務ニ從事シ居リ控訴人家ノ相續人トシテ最モ適當ニシテ將來三井一家ノ柱石トモ爲ルヘキ人物ナルコト及ヒ右高精カ自己ノ相續人ト爲ス爲メ被控訴人ヲ養子ト爲シタルコトハ當審證人有賀長文益田孝原審證人三井元之助三井巷子德大寺實則三井高精ノ各證言及ヒ甲第一號證ニ徵シ極テ明瞭ナリ從テ被控訴人ハ玆ニ一旦廢除セラレタリトスルモ其養父高精ヲ經テ控訴人家ヲ相續スルコトヲ得ヘク結局古來ノ慣習タル仲次相續ニ準據シ一時控訴人ノ五男高精ヲシテ控訴人家ヲ相續セシムル爲メ被控訴人ヲ廢除スルモノト認ムヘキカ故ニ之ニ因リ被控訴人ノ利益ハ別ニ害セラレタル處ナキモノト認ム然レハ控訴人家ノ家運ノ隆昌ト三井同族全體ノ繁榮トヲ期スル必要上控訴人カ成年ニシテ且ツ人格及ヒ識見ニ於テ欠クルナキヲ不當ニ害セサル方法ヲ講シテ幼年ナル被控訴人ヲ廢除スル ハ寔ニ已ムヲ得サルノ舉ニシテ斯クノ如キハ固ヨリ民法第九七五條第二ニ所謂法定ノ推定家督相續人ヲ廢除スルニ付キ正當ノ理由アルトキト謂フニ該當スルモノト

認メサルヲ得ス（東控大正四年（ネ）第三三七號同年十二月二十一日民二部須賀裁判長渡邊三橋各判事判決）

【關係事項】

法定ノ推定家督相續人廢除請求事件○控訴人三井高保訴訟代理人辯護士原嘉道同岡本武尙被控訴人三井高大訴訟代理人辯護士春山泰治

【參照學說判例】

一 推定家督相續人ヲ廢除スルコトハ重大ナル事件タルニ因リ法律上豫メ其原因タル事由ヲ指定スルコトヲ要スト雖モ實際上種々ノ事情存スルアリテ本條第一項ニ列擧セル事由以外ノ原因ニ基キ廢除ヲ許サル可カラサル場合ナシト謂フ可ラス例ヘハ極メテ貧困ナル家ノ推定家督相續人ヲ他家ニ收養シテ之ヲ教育セント欲スル場合ノ如キ廢嫡ノ上本人ヲシテ他家ニ入ルコトヲ得セシムルコトハ實際上有益且必要ニシテ從來ノ慣例モ亦普通ニ斯ノ如キ廢嫡ノ理由ヲ認ムルモノトス故ニ本條第二項ハ第一項ニ列擧セル事由以外ニ於テ正當事由アルトキト被相續人ヲシテ廢嫡ノ請求ヲ爲スコトヲ得セシメタルモノナリ然レトモ濫リニ之ヲ請求スルコトヲ勿ラシムル爲メ此場合ニ於テハ特ニ親族會ノ同意ヲ要スルモノトス（奥田法學博士相續法論一一一頁）

二 相續人ヲ廢除スルコトカ被相續人家ニトリテモ極メテ利益ニシテ又相續人ノ爲メニハ何等ノ害ナク寧ロ其利益ナル場合ナラサル可カラス一家ノ利益ノミ視テ相續人ノ利益ヲ顧ミサルハ勿論相續人ノ利益ノミヲ視テ被相續人家ノ休戚ヲ度外ニ措クモ其ニ廢除ノ正當事由ト爲スニ足ラス一家ノ利益ト本人ノ利益ト雙方相待ツニ非サレハ正當事由ナリト爲スヲ得サルナリ（牧野法學士日本相續法論七四頁）

三 猥リニ廢除ノ請求ヲ許ストキハ被相續人ノ愛憎ノ爲メ之ヲ請求スルカ如キ弊害ヲ生シ一家ノ風波ヲ惹起シ公ノ秩序ヲ害スルニ至ルヘシト雖モ而カモ廢除ノ事由ヲ限定スルトキハ狹キニ失シテ實際ノ事情ニ適合セサルコトアリ故ニ民法ハ第二項ヲ規定シタリ而シテ正當ノ事由ナルカ否ヤハ其家其被相續人及其推定家督相續人ニ付諸般ノ事情ヲ斟酌シ公ノ秩序ト人情トニ稽ヘ之ヲ判斷ス可キモノナリ（島田法學士明治大學相續法講義七八頁）

四 法定ノ推定家督相續人カ身體虛弱ニシテ祖先以來ノ農業ヲナシ能ハサルタメ魚商トナリテ親族ノ家業ヲ繼カント欲シ幼少ヨリ親族ニ行キテ其戸主ニ愛育サレ魚商ヲ習得シ双方嗣子トナリ、ナサンコトヲ希望スルカ如キ場合ニハ其相續人ヲ廢除スルニ正當ノ理由アルモノトス但シ實家ニハ其家業ヲ繼クヘキ子女アルコトヲ要ス（東京控訴院民事二部四二年七月法律新聞五二六號一三頁同趣旨四二年四月大阪控訴院判決法律新聞第五六八號一四頁）

五 被告ハ禀性虛弱多病ニシテ特ニ數年前ヨリ重キ神經衰弱ニ罹リ回復ノ見込ナキモノタリ而シテ證人ハ澁澤男爵家ノ家憲トシテ原告家ニハ多數ノ末家アリテ總家タル原告家ノ戸主ハ各末家ヲ統御シ其家族團體ヲ率ヒテ澁澤家ニ關スル一切ノ事務ヲ決

奥田博士
牧野學士
島田學士

議處理シ總家利得利益ノ幾分ヲ末家ニ分配スヘク且ツ從來經營セル公共事業ニ當ラサルヘカラサルモノナリトノ旨ノ供述ニヨレハ原告家ノ家政ハ甚タ複雜多端ナルコト明カナリサレハ前述ノ如キ身神ノ狀況ニアル被告ハ到底此繁忙ナル家政ヲ執ルニ堪ヘサルモノト認定スルヲ相當トス（東京地方大正元年（タ）第二〇二號民一部判決法律新聞八三九號二三頁）

六 幼弱ナル推定家督相續人ニシテ他ニ廢除ノ法定原因ヲ有セサル限リ幼弱者ヲシテ家督相續ヲ爲サシムルニ於テハ家運ノ維持ノ到底不可能ナル場合若クハ其著シク困難ナル場合ニ非レハ之カ廢除ヲ許スヘキモノニアラス（東京地方三年（タ）第一七號四年九月八日民一本書第四卷民法三〇九頁）

七 本書第二卷民法三三三頁

右ハ近來最モ注目ニ値スヘキ新判例ナリト雖モ吾人ハ之ニ賛同スルヲ得ス之レ蓋シ正當ナル事由トハ相續人ヲ廢除スルコトカ被相續人家ニ取リテモ極メテ利益ニシテ又相續人ノ爲メニハ何等ノ害ナク寧ロ其利益ナル場合ニ之ヲ限定セサル可カラス事案類似ノ場合卽チ相續人カ年小ナル場合ニ於テハ前戸主ノ有シタリシ社會的地位ヲ承繼シ能ハサルコトハ世ニ多ク存スル事例ニシテ此ノ如キ場合ニ於テ家運ニ多大ノ影響ヲ來スヘキコトハ固ヨリ當然ノ事ニ屬シ相續人カ幼弱ナリシコトハ其家ニトリテ偶然ノ不幸ニ屬スルヲ以テ茲ニ法律ハ後見人ノ制度ヲ設ケ此ノ缺陷ヲ補塡シ以テ家運ノ衰運ヲ防遏セントスルモノナリ夫レ然リ從ツテ此ノ如キ場合ニ方リテ幼弱ナル相續人ヲ廢除シ他ノ成年者ヲ以テ之ニ代ヘントスルカ如キハ多ク相續人ノ利益ヲ害スルモノニシテ法ノ精神ヲ沒却スルモノナリト論斷セサル可カラス偶々相續人カ廢除セラレタル後相續可能性アル地位ニアリトスルモ此事由ハ何等反對ノ結論ヲ爲スヘキ確固タル根據ト爲スニ足ラス此點ニ關シテハ吾人屢々評論シタルコトアリ就テ參照セラレタシ（本書第

大審院判決

二卷民法三三三頁第四卷民法三一一頁）

四 未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

六第一項 一種又ハ數種ノ營業ヲ許サレタル未成年者ハ其營業ニ關シテハ成年者ト同一ノ能力ヲ有ス

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

明治三十八年六月警視廳令第二十一號藝妓取締規則一 十二歲未滿ノ者ハ藝妓營業ヲ爲スコトヲ得ス

藝妓ハ宴席ニ侍シ歌舞音曲ヲ以テ興ヲ助クルヲ業トシ報酬ヲ得テ其收入ト爲スモノナレハ固ヨリ一ノ營業ニシテ其抱主ニ對シ或期間其家ニ在テ營業ヲ爲スノ義務ヲ負フト雖モ之カ爲メ獨立ノ營業者タルヲ失ハサルモノトス』

藝妓カ其營業ニ必要ナル衣類ヲ購買スルカ如キハ其營業ニ關スル行爲ナリト謂フヘク從テ其代金ヲ目的トシテ消費貸借ヲ爲スコトモ亦同一ニ論スヘキモノトス』

未成年者カ法定代理人ノ許可ヲ得テ藝妓營業ヲ爲ス場合ニハ其營業ニ關スル行爲ハ民法第六條第一項ニヨリ有效ニ爲シ得ルモノトス』

【上告理由】代理人辯護士大久保端造上告論旨第二點ハ第二審判決理由中「もゝよが藝妓稼業ニ要スル衣類ヲ購入スルコトハ民法第六條ニ所謂許可ヲ得タル營業ニ關スル行爲ニ該當シもゝよハ之ニ付キ成年者ト同一ノ行爲能力ヲ有スルモノト謂フヘク從

テ之カ購入代金ヲ消費貸借ノ目的ト爲ス行爲モ亦同一ニ論定スベキ者トス」トアルモ（一）民法第六條ニ所謂其營業ニ關スル能力ノ範圍ハ未成年者ノ藝妓稼業人ニアリテハ客席ニ侍シ其報酬ヲ受クル關係事項ニ限ラサルヘカラス若シ衣類指輪髪櫛ノ賣買乃至之ニ要スル金錢貸借等ニ及サハ其範圍汎キニ過クヘケレハナリ（二）假リニ稼業用衣類ノ賣買ハ藝妓營業ニ關スル行爲ナリトスルモ代金債務ト準消費貸借トハ性質ヲ異ニシ新タナル法律行爲ヲ爲ス者ナレハ之ヲ推シテ藝妓營業ニ關スル行爲ナリト云フヘカラス故ニ此點ニ關スル第二審ノ判決ハ法則ヲ不當ニ適用シタルモノトスト云ヒ』第三點ハ第二審判決ハ上告人蜷川ももよ法律行爲ノ取消シノ點ニ就テ「中略」もゝよハ四十箇月間三百圓ノ給金ニテ抱ヘラレタルモノニシテもゝよト抱主トノ約定ハ被控諫人主張ノ如キ抱主ニ於テ衣類ヲ負擔スルモノニアラス却テもゝよ自身ニ於テ之ヲ支辨スヘキ約定ナリシコトヲ認ムルニ足レリ而シテ法定代理人ヨリ斯ル契約ノ下ニ藝妓トシテ他ニ雇ハルヽコトノ許可ヲ受ケタルもゝよカ藝妓稼業ニ要スル衣類ヲ購入スルコトハ民法第六條ニ所謂許可ヲ得タル營業ニ關スル行爲ニ該當シもゝよハ之ニ付キ成年者ト同一ノ行爲ヲ有スルモノト謂フヘク從テ之カ購入代金ヲ消費貸借ノ目的ト爲ス行爲モ亦同一ニ論定スヘキモノトスト判決セラレタレトモ此判決ハ理由不備若クハ理由ノ齟齬アル不法ノ判決ト思料ス如何トナレハ「もゝよ四十箇月間三百圓ノ給金ニテ抱ヘラレタルモノニシテ」トハ人身賣貸ノ如キ關係事實ヲ云フモノナルヤ將又民法ノ雇傭ナリヤ若シ雇傭トセハ何人ニ對シ如何ナル勞務ニ服スルト云フ趣旨ナルヤ等ノ點ニ關シテ理由明瞭ナラス又雇傭契約ニ就テ法定代理人ノ許可ノ有無ヲモ說明セス加之藝妓稼業ナルモノカ民法第六條ノ營業ニ該當スル理由ヲモ說明セ

ス假リニ營業ナリトスルモ四十箇月間ヲ三百圓ノ給金ニテ抱ヘラレタリト云フカ如キ年季藝妓ノ稼業ハ兎モ角實質上ニ於テハ雇主ノ利益的營業タルコト十中ノ十ナルコトハ顯著ナル事實ニ付キ本件ノ場合ニ於テ「もゝよ」ノ營業ナリト斷スルニハ其事實ヲ說明セサルヘカラス例セハ「もゝよ」カ藝妓稼業ニ依テ得タル所ノ金錢ノ全部若クハ幾分ヲ自ラ取得シタル等ノ事實ヲ擧ケサルヘカラスト云フニ在リ

【判決理由】藝妓ハ宴席ニ侍シ歌舞音曲ヲ以テ興ヲ助クルヲ業トシ報酬ヲ得テ其收入ト爲スモノナレハ其業タル固ヨリ一ノ營業タリ其抱主ニ對シ或期間其家ニ在テ營業ヲ爲スノ義務ヲ負フト雖モ之カ爲メ獨立ノ營業者タルヲ失ハサルモノトス而シテ藝妓ハ其業務上美裝ヲ爲スノ要アレハ必要ナル衣類ヲ購買スルカ如キハ固ヨリ其營業ニ關スル行爲ナリト謂フ可ク從テ其代金ヲ目的トシテ消費貸借ヲ爲スコトモ亦同一ニ論セサル可ラス上告人蜷川もゝよハ未成年者ナレトモ法定代理人ノ許可ヲ得テ藝妓營業ヲ爲ス者ナレハ營業ニ必要ナル衣類ヲ購買シ其代金ヲ目的トナシタル本件消費貸借ニ對シ原裁判所カ民法第六條第一項ヲ適用シ其行爲ヲ取消スコトヲ得サルモノト判示シタルハ正當ナリ（大審院大正四年（オ）第七三二號同年十二月二十四日民一部田部裁判長榊原尾古岩田嘉山各判事判決）

【係事項】

上告棄却○原審秋田地方裁判所○貸金請求事件○上告人中元ひげ外一名訴訟代理人辯護士大久保鑄造被上告人佐藤長藏

【民法第六條ノ營業ノ意義ニ關スル參照學說】

一 營業ハ獨立シテ營利的行爲ヲ業トスルコトヲ謂フ商業農業ハ勿論學術上ノ技能ヲ應用スル場合モ亦營業タルコトヲ得辯護士醫者ノ業ノ如シ、許可スヘキ營業ハ一種タルト數種タルトヲ問ハス唯之ヲ特定スルコトヲ要ス（法學博士川名兼四郎氏日本

民法總論四六頁）

二 營業トハ（第八八三條ニ於テハ職業ト云フ）必シモ商業ニ限ラス工業農業其他ノ營利的職業ヲ包含スヲ抽象的ニ定義セハ法律行爲ヲ爲スヲ要スル一切ノ營利的職業ト云フヘシ例ヘハ農業ノ如キモ土地ヲ借入シ種子肥料ノ購入耕作人ノ雇入等多クノ法律行爲ヲ要スルカ故ニ本條營業ノ中ニアリ然レトモ法律行爲ヲ要セサルモノハ本條ノ中ニ入ラス（法學博士中島玉吉氏民法釋義卷之三一二〇頁）

平沼博士

三 營業トハ一私人カ利得ノ淵源トスルノ意思ト繼續ノ意思トヲ以テ爲ス所ノ行爲ノ全體ヲ云フ即營業ハ一私人ノ行動ナリ故ニ公ノ資格ニ於テ爲ス職務行爲ヲ包含セス利得ノ淵源ト爲スノ意思ヲ以テ爲スコトヲ要スルカ故ニ他ノ意思ヲ以テ爲ス行爲ヲ包含セス繼續ノ意思ヲ以テ爲スヲ必要トスルカ故ニ各個ノ行爲ヲ爲シテ其間ニ連絡ヲ有セサルモノハ實業ニ非ス（法學博士平沼駒一郎氏民法總論第六版一五四頁）

松本博士

四 營業トハ職業ヲ營ムト謂フニ同シ（八八三、九二一）職業ヲ營ムト謂フ語ハ稍ミ廣汎ニシテ一見他人ニ使用セラレテ營業ニ從事スル場合ヲモ包含スルカ如キモ然ラス未成年者カ自己ノ營業ヲ爲ス場合ノミヲ指スモノニシテ他人ノ爲メニ營業上ノ行爲ヲ爲ス場合ニハ本法第百二十條ノ規定ニ依リテ有効ニ其行爲ヲ爲スコトヲ得ヘキナリ營業ノ目的タル行爲ハ商行爲ニシテ即チ營業カ商業タル場合最モ多カルヘキモ而カモ其他ノ營業即チ農業鑛業漁業等タルコトヲ得ヘク又科學上藝術上ノ營業タルコトヲ妨ケス苟クモ營利的事業ニシテ自己ノ事業ト認ムヘキトキハ之ヲ職業ヲ營ムコト即チ營業ト謂フコトヲ得ヘシ

奥田博士

營業タル爲メニハ營業者ノ所得ノ通常ノ根源トシテ爲サルコトヲ要ス然レトモ其主タル根源トシテ之ニ因リテ得タル所得ヲ以テ生活ヲ支フルコトヲ心要トセス又其所得ヲ自己ノ爲メ用フルヤ否ヤハ問フ所ニ非ス故ニ例ヘハ宗教又ハ慈善等ノ手段ニ供スル爲メ營業ヲ爲ス場合モ亦之ヲ營業ト謂フコトヲ得ヘシ

岡松博士

營業タル爲メニハ同種ニシテ連續セル一團ノ行爲ヲ目的トスルコトヲ要ス個別的ニ個々ノ營利行爲ヲ爲スカ如キハ之ヲ營業ト謂フコトヲ得サルナリ然レトモ一團ノ行爲ハ必スシモ長期間ニ亘ルヲ要セス（法學博士松本烝治氏註釋民法全書第一卷人法人及物一二六頁）

五 職業ヲ營ム（營業）トハ收入ヲ得ルノ目的ヲ以テ或行爲ヲ常業ト爲スヲ謂フ收入ヲ得ルノ目的ヲ以テ常業ヲ爲スモノナルトキハ其何等ノ常務タルヲ問ハス其ノ商工業ナルト又ハ所謂自由職業例之學校教師、辯護士、醫師、官吏ノ類ナルトヲ問ハス故ニ本條ノ職業トハ商法ニ所謂營業ニ非ス（法學博士奥田義人氏親族法論三五四頁）

【『營業ニ關シテ』ノ意義ニ關スル參照學說】

一 其營業ニ關シテハ――營業ニ關係アル一切ノ法律行爲ヲ包含ス營業ノ爲メニ訴訟ヲ爲シ不動產ヲ讓渡スカ如キモ尙ホ有効ナリ――財五五〇二項ハ佛ニ倣ヒ之ヲ禁スト雖モ既ニ不動產ノ抵當質借ヲ認メ讓渡ノミヲ禁スルハ理由ナシトス（法學博士岡松參太郎氏民法理由上二八頁）

中島博士

松本博士

二 營業ニ關シテハ營業ニ必要ナル準備行爲及ヒ獨立シテ營業ヲナスニ必要ナル行爲ヲ包含ス例ヘハ商業ヲ營ムナラハ店ノ借入レ、自己ノ生活ニ必要ナル諸種ノ行爲例ヘハ薪炭米鹽ノ購入ノ如キモ亦當然包含セラル訴訟行爲ニ關シテモ亦成年者ト同一ノ能力アルヘシ但シ其營業ニ關シ生シタル訴訟ナルヲ要ス（法學博士中島玉吉氏民法釋義卷之一一二一頁）

三 營業ニ關スル行爲トハ單ニ營業部類ニ屬スル行爲ノミヲ指スモノニ非ス營業ノ爲メニスル行爲モ亦營業ニ屬スル行爲ト謂フヘシ例ヘハ吳服商カ吳服ノ賣買ヲ爲スハ營業部類ニ屬スル行爲トシテ勿論本條ノ適用アリト雖モ其他營業ノ爲メニ店舗ヲ借入レ使用人ヲ雇入レ運送保險等ノ契約ヲ爲スカ如キトキハ其營業ノ爲メニスル行爲トシテ本條ノ適用アルモノタリ（法學博士松本烝治氏民法全書人法人及物一二九頁）

行爲カ營業ニ關スルモノナリヤ否ヤハ單ニ未成年者ノ意思ノミニ依リテ主觀的ニ之ヲ決スヘカラス例ヘハ吳服商ヲ營ム未成年者カ自用ノ爲メ反物ヲ卸賣商ヨリ購入スル場合ノ如キハ本條ノ適用ヲ免レサルモノト謂フヘシ即チ行爲カ營業ニ關スルモノナリヤ否ハ社會見解ニ基キテ客觀的ニ之ヲ決スルノ外ナキナリ而シテ苟クモ客觀的ニ營業ニ關スルモノニ非サル以上ハ假令未成年者カ其營業ニ關スルモノタルコトヲ明言スルモ本條ノ適用アルコトナシ

營業ヲ許サレタル未成年者カ其生居ノ爲メニ爲ス行爲ニ付テハ本條ノ適用アリヤ否ヤニ付テハ爭ナリト雖モ其行爲カ營業ト分離スヘカラサル關係ヲ有スルヤ否ヤニ依リテ決スルヲ可トス

以上ノ要件ヲ具備スル以上ハ未成年者ノ行爲ノ契約ナルト單獨行爲ナルトヲ有償行爲ナルト無償行爲ナルトヲ其未成年者ニ有利ナルト否其法定代理人ノ意思ニ適合スルモノナルトヲ區別セス總テ本條ノ適用アルモノタリ（同上一二八頁）

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

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

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

踏切番人カ開閉器ニ故障アリタル爲メ通行人ニ警告ヲ爲シ居リタルニ拘ハラス自己ノ不注意ニ因リ負傷シタル者ハ損害ノ賠償ヲ求ムルノ權利ナキモノトス

原告カ其主張ノ日時場所ニ於テ其主張ノ如キ負傷ヲ爲シ其結果名倉病院及ヒ帝國大學附屬病院ニ入院治療ヲ受ケタルモ全治セサル事實ハ被告答辯ノ一部並ニ證人三枝

きん諏訪一郎本島一郎ノ各證書ヲ綜合シテ之ヲ認ムルコトヲ得ルヲ以テ進ンテ原告ノ負傷カ被告會社ノ使用人タル踏切番人ノ行爲ト果シテ因果ノ關係アリヤ否ヤヲ按スルニ此點ニ付キ原告ハ踏切番人三枝きんニ於テ下リ列車進行ノ際該踏切ノ開閉機ニ故障アルヲ知リ乍ラ此ニ代ル可キ他ノ方法ニヨリ原告其他ノ通行人ニ列車進行ノ危險ヲ警告セサリシ過失ニ基因スルモノナリト主張スレトモ當時きんカ踏切番人トシテ其職ニ當ラスシテ內緣ノ夫吉田梅五郎ヲシテ代リテ其任ニ當ラシメタルコトハ同人ノ證言ニヨリテ明ナルヲ以テ右梅五郎ニ原告主張ノ如キ過失アリタルヤヲ審按スルニ證人山崎伊三吉ノ證言ノミニテハ梅五郎ニ原告主張ノ如キ過失アリト認メ難ク却テ證人吉田梅五郎ノ當夜ハ月夜ニシテ踏切ノ手前ヨリ馳ケテ來ル人ニモ路切ノ所ニ大勢人カ集合シ居ルヲ認メ得ヘカリシ旨ノ證言ト曆ニ照シテ當夜カ恰モ滿月ニ該當スルノ事實ト證人猪狩當次郎林連宮本幸助ノ各證言ヲ綜合考覈スルトキハ梅五郎カ開閉器ニ故障アリタル爲メ通行人ニ警告ヲ爲シ居リタルニモ拘ハラス原告自身ノ不注意ニヨリ負傷スルニ至リタルモノナルコトヲ認ムルニ難カラス從ツテ原告ノ負傷ハ吉田梅五郎ヲシテ自己ニ代リテ踏切番ノ職ニ當ラシメタル三枝きんノ過失ニ基因スルモノナリト云フヲ得サルモノトス果シテ然ラハ被告會社カ其事業ノ爲メニ使用スル踏切番三枝きんカ其事業ノ執行ニ付キ原告ニ加エタル損害ノ賠償ヲ被告ニ求ムル本訴請求ハ既ニ此點ニ於テ之ヲ排斥シ得ルモノト云ハサルヲ得ス（東京地大正四年（ワ）三七六號同年十二月二十四日民二部神谷裁判長阿部稻本各判事判決法律新聞第一〇八八號一五頁）

【關係事項】

慰藉料及損害金請求事件○關係人原告野口從治郎訴訟代理人辯護士入山祐次郎被告東武鐵道株式會社右法律上代理人取締役根津嘉一郎訴訟代理人辯護士廣瀨重太郎

（一〇）

民法施行法三七　民法又ハ不動產登記法ノ規定ニ依リ登記スヘキ權利ハ從來登記ナクシテ第三者ニ對抗スルコトヲ得ヘカリシモノト雖モ民法施行ノ日ヨリ一年內ニ之ヲ登記スルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

不動產カ民法施行前ニ於テ華族世襲財產ト爲リ其狀態カ民法施行當時繼續スルニ於テハ民法施行法第三七條ニ從ヒ登記ヲ爲スニ非サレハ華族世襲財產タルコトヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトス』

民法施行法第三七條ニ「民法又ハ不動產登記法ノ規定ニ依リ登記スヘキ權利ハ從來登記ナクシテ第三者ニ對抗スルコトヲ得ヘカリシモノト雖モ民法施行ノ日ヨリ一年內ニ之ヲ登記スルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス」トアルハ民法又ハ不動產登記法ノ規定ニ依リ登記スヘキ事項ニ因リ生シタル權利ノ現在ノ狀態ハ民法施行ノ日ヨリ一年內ニ之ヲ登記スルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ストノ法意ヲ有スルモノニシテ登記スヘキ事項則チ權利ノ動的事實其モノヲ登記スヘシトノ意義ニアラス蓋シ既往ニ遡リテ權利ノ動的事實其モノヲ一々登記スヘシト爲スカ如キハ無用ノ干涉ニシテ民法施行法カ之ヲ要求スルノ理由ナク寧ロ民法施行法ハ民法施行後ニ於テ第三者ノ正當ノ利益ヲ保護スルカ爲メニ民法及不動產登記法ニ依レハ登記スヘキ事項ニ依リ既ニ生シタル權利ノ現在ノ狀態ハ之ヲ登記スヘキモノト爲シ第三者ヲシテ如何ナル場合ニ於テモ登記簿ヲ一覽スレハ不動產上ノ權利狀態ヲ知ルコトヲ得セシメントナシタルモノト解セサルヘカラサレハナリ而シテ不動

産ニ對スル華族世襲財産ノ創設ハ不動産ニ關スル處分ノ制限ナレハ不動産登記法第一條ニ依リ登記スヘキ事項ニ係リ同法第一〇四條ニ於テモ特ニ之カ登記手續ヲ定ムルカ故ニ不動産カ民法施行前ニ於テ華族世襲財産トナリ其狀態カ民法施行當時繼續スルニ於テハ民法施行法第三七條ニ從ヒ登記ヲ爲スニ非サレハ華族世襲財産タルコトヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルヤ當然ナリ抗告人ハ華族世襲財産ノ創設ハ華族世襲財産法所定ノ特別ノ公示方法ヲ採レハ足ルモノナリト論スルド雖モ這ハ民法施行前ニ於テノミ謂ヒ得ヘク民法施行後ニ於テハ以上説明ノ如ク華族世襲財産ノ創設モ之ヲ登記スルコトヲ要スルモノトシ第三者ヲ保護スルノ主義ヲ採リタルモノナレハ抗告人ノ所論ハ民法施行後ニ於テハ當ラス從テ華族世襲財産法ノ規定ハ此點ニ於テ民法及不動産登記法ノ規定ニ依リ變更セラレタルモノナレハ華族世襲財産法ハ特別法タルノ故ヲ以テ普通法タル民法及ヒ不動産登記法ノ規定ニ優ルトノ抗告人ノ所論モ亦其當ヲ得ス又抗告人ハ民法施行前ニ創設セラレタル華族世襲財産ニ付キ民法施行法第三七條ノ適用アルモノトセハ其登記ハ宮内大臣ノ囑託ニ依ルヘク且所有者ヨリ登錄稅ヲ納付スルコトヲ要スルモノナレハ華族世襲財産タルコトヲ第三者ニ對抗スルニハ第一段ニ宮内大臣ノ意思ニ左右セラレ第二段ニ所有者ノ意思ニ左右セラルルノ結果ヲ生シ華族世襲財産法ノ精神ヲ沒却スルニ至ルヘキ旨論スレトモ宮内大臣ハ囑託ノ職責ヲ有シ又所有者タル華族ハ登錄稅法施行規則第三條ニ從ヒ登錄稅ヲ納メテ華族世襲財産タルコトヲ第三者ニ對抗スルノ手段ヲ執リ以テ華族世襲財産ヲ保全スルコトヲ得ヘキモノナレハ華族世襲財産ニ付キ民法施行法第三七條ノ適用アリトスルカ爲メニ華族世襲財産保全ノ精神ヲ沒却スルコトナク唯第三者保護ノ爲メ必要ナル手續ヲ執ルノ制限ヲ加ヘラルルニ過キス果シテ然レハ原判決ハ正當ニシテ抗告ハ理由ナシ（大審院大正四年（ク）第六一四號同年十二月二十二日民三部横田裁判長大倉岩田嘉山三宅各判事決定）

東京控訴院判決

【關係事項】

抗告棄却○原審東京地方裁判所○不動産競賣異議事件○抗告人岩倉具榮代理人辯護士大西孝次郎

（一一一）

八一三　夫婦ノ一方ハ左ノ場合ニ限リ離婚ノ訴ヲ起スコトヲ得

五　配偶者ヨリ同居ニ堪ヘサル虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキ

六　配偶者ヨリ惡意ヲ以テ遺棄セラレタルトキ

（一）夫カ無斷家出ヲ爲シ妻ト別居スルコト十數年ニ及ヒ其間妻ニ扶養料等ヲモ送付セサルノミナラス妻カ女婿ヲ迎フルニ當リ夫ノ同意ヲ得ルノ途ナキモノト爲シテ己レノミノ同意ヲ以テ其届出ヲ爲シタルニ右ハ戸籍吏ニ對スル虐僞ノ届出ナリトシテ告訴ヲ爲シタルカ如キ事實アル場合ハ夫ハ家出ノ時惡意ヲ以テ其妻ヲ遺棄シタルモノト認定スルヲ相當トス』

（二）夫カ惡意ヲ以テ妻ヲ告訴シ之ニ刑事上ノ責任ヲ負ハシメントシタルノ所爲ハ妻ニ對シテ重大ナル侮辱ヲ與ヘタルモノナリ』

（一）本件當事者カ夫婦タル身分關係ヲ有スルモノナルコトハ甲第一號證ニ依リ明カナリ而シテ被控訴人ノ本訴請求ノ原因事實トシテ主張スル離婚ノ原因ハ控訴人カ一、惡意ヲ以テ被控訴人ヲ遺棄シ二、重大ナル侮辱ヲ被控訴人ニ加ヘタリト謂フニ在リ仍

テ右原因事實ノ有無ニ付キ審究スルニ乙第二號證及原審證人松村藤藏並ニ中村海次郎ノ證言ニ依リ控訴人ハ横濱市ニ被控訴人ハ其本籍所在地ニ住居シ十年餘互ニ同棲セサリシモノナルコトヲ認ムルヲ得而カモ本來控訴人ハ養子トシテ被控訴人ノ父ノ家ニ入リ被控訴人ト結婚シ夫婦トナリ其間ニ四人ノ子女ヲ擧ケタルコトハ甲第一號證ニ依リ之ヲ認ムルヲ得又其末子タル末松ノ出生當時即チ明治三十四年ノ當時既ニ控訴人ハ被控訴人ト同棲セスシテ横濱ニ在リタルコトハ乙第二號證ノ一ニ依リ之ヲ認ムルヲ得ルヲ以テ控訴人及被控訴人カ夫婦同棲セサルコト十餘年ニ及ヘルモノトス然リ而シテ本來夫婦同棲スヘキモノナルヲ通常トスルニ此長年月間互ニ同棲スルコトナクシテ經過シタル其原因ハ原審證人豐崎次右衛門及中村海次郎ノ證言ニ依リ控訴人カ賭博ノ爲メ又ハ被控訴人ノ父榮次郎ノ商業補助中米買入資金ヲ費消シ無斷家出シタルニ在ルコトヲ認ムルヲ得即チ控訴人カ被控訴人ノ家ヲ去リタルハ何等被控訴人トノ合意ニ依リタルモノニアラサルコトヲ認ムルヲ得而カモ此長年月ノ別居中控訴人カ被控訴人ニ對シ扶養料等ヲ送附シ來リタル事實ノ認ムヘキモノナク却テ大正元年八月頃ニ至リ當事者間ノ三女せんニ小管勝十郎ヲ婿養子トヲシ其屆出ヲ爲スニ際シ控訴人ノ同意ヲ得ルノ途ナキモノト爲シ被控訴人ノミノ同意ヲ以テ屆出ヲ爲シタルニ控訴人ハ被控訴人及其父榮次郎並ニ右せん及勝十郎ニ對シ右ハ戸籍吏ニ對スル虚僞ノ屆出ナリトシテ告訴ヲ爲シタルコトハ原審證人仲田宗太郎ノ證言ニ依リ之ヲ認メ得ル所ナルヲ以テ控訴人ハ被控訴人家ヲ去リタルハ被控訴人ト夫婦關係ヲ持續スルノ意思ナク却テ之ヲ斷絶スルノ目的ヲ以テ爲シタルモノニシテ被控訴人ヲ惡意ヲ以テ遺棄スルニ在リシモノト認ムルコトヲ得

大審院
東京控訴院
奥田博士
牧野學士

（二）仲田宗太郎ノ證言ニ依リ認メ得ル如ク當事者間ニ出生シタル三女せんニ小管勝十郎ヲ配セントシタル際其屆出ニ關シ被控訴人ヲ告訴シ之ニ刑事上ノ責任ヲ負ハシメントシタル所爲ハ控訴人カ他出シタル後ニ於ケル被控訴人家ノ一家經營上此結婚ヲ必要ト認メラルルニ而カモ何等前以テ被控訴人ニ注意ヲ促シタル事實ノ認ムヘキモノナキヲ以テ妻タル被控訴人ニ對シ重大ナル侮辱ヲ與ヘタルモノニシテ離婚ノ原因ト爲ルモノトス（東控大正三年（ネ）第五九七號民一部遠藤裁判長前田水口各判事判決）

【關係事項】

離婚請求事件○蛯原角次訴訟代理人辯護士木村格之輔外一名被控訴人蛯原きく訴訟代理人辯護士小沼操

【第一點參照學說判例】

一 民法第八一三條ニ所謂惡意ノ遺棄トハ扶養義務ノ如何ニ干セス夫婦ノ一方カ惡意ヲ以テ他ノ一方ヲ遺棄スルヲ謂フ（大審院民事判決錄三三年一〇卷一六頁）

二 夫カ一個年前家出ヲ爲シ爾來一回ノ通信モ爲サス其所在ヲ晦シ剩ヘ家出ノ時惡意ヲ以テ其妻ヲ遺棄シタルモノト認定スルヲ相當トス（東控民三、四三年七月六日判例彙報七節七二頁）

三 惡意ノ遺棄トハ正當ノ事由ナクシテ夫カ妻ヲシテ同居セシムルコトヲ拒ミ又ハ妻カ夫ト同居スルコトヲ肯セサルヲ謂フ其正當ノ事由アルト否トハ裁判官ノ認定ニ由ル（法學博士奥田義人氏親族法論二二七頁）

四 夫婦ハ同居ノ義務ト相扶クルノ義務トアルモノナレハ正當ノ事由ナクシテ夫カ妻ヲ同居セシムルコトヲ拒ミ又妻カ許可ナク夫ノ住所ヲ去リテ復歸スルコトヲ拒ミタル場合ノ如キ何レモ惡意ノ遺棄トシテ離婚請求ノ原因ト爲スコト至當ナリトス唯夫レ所謂遺棄ナルモノハ如上ノ義務ニ違背スル場合ヲ指スモノニシテ俗ニ所謂捨ツルト置去ルトノ二個ノ場合ヲ包含スルモノト解スヘク惡意ヲ以テ捨テ又ハ置去リタルトキハ乃チ本號ノ原因ヲ形成スヘシ而シテ其所謂惡意トハ故意ニ對スル語トシテ行爲ノ結果ノ企圖ヲ謂フ故ニ例之ハ夫カ職業上遠隔ノ地ニ在リ意外ノ不幸ノ爲メ已ムナク一時妻ノ給養ヲ怠リタルトキノ如キ未タ以テ離婚ノ原因トスルニ足ラサルナリ

惡意ノ遺棄ハ扶養義務如何ニ關セス扶養ノ義務ハ扶養ヲ受クル者カ自己ノ資產又ハ勞務ニ因リテ生活スルコト能ハサルトキニ於テノミ存在スルモノナリ（九五九）故ニ扶養ヲ受クヘキ者カ自已ノ資產又ハ勞務ニヨリ生活ヲ爲シ得ルニ於テハ扶養ヲ受クルヘキ者カ自已ノ資產又ハ勞務ニ因リテ生活スルコト能ハサルトキニ能ハサルモノナレトモ此場合ニ於テ他ノ一方カ惡意ヲ以テ遺棄スルニ於テハ均シク離婚ノ原因タルヘシ（法學士牧野菊之助氏

親族法論二六八頁）

五 玆ニ惡意トイフハ善意ニ對スルニ非スシテ故意ニ對ス故意トハ行爲ノ結果ノ豫見ヲ謂ヒ惡意トハ行爲ノ結果ノ企圖ヲイフ

次ニ遺棄トハ共同生活ノ廢止ヲ謂フ隱テ例ヘハ夫カ罪ヲ犯シ逮捕ヲ免レンカ爲メ逃走シタル如キ場合ニ在リテハ逃走ノ結果妻トノ共同生活ヲ廢止スルニ至ルコトヲ豫見シタルヘシト雖モ其廢止ヲ欲スル爲メニ逃走シタルニ非ルカ故ニ之ヲ以テ故意ノ遺棄ト謂フコトヲ得レトモ之ヲ以テ惡意ノ遺棄ト謂フヲ得ス（法學士島田鐵吉氏明治大學親族法講義二五〇頁）

島田學士

【第二點參照學說判例】

大審院

一 夫カ相當ナル理由ニヨリ其妻ニ犯罪行爲アルコトヲ確信シタル場合ニ於テ之ヲ告訴スルカ如キハ必スシモ不當ノ行爲ニ非サレハ單ニ檢事カ該事件ニ付キ不起訴ノ處分ヲ爲シ又ハ告訴ノ事實カ眞實ニ吻合セサル事由ノミニヨリ直ニ其行爲ヲ以テ民法第八百十三條第五號ノ所謂重大ナル侮辱ニ該當スルモノト爲スヲ得ス（大審院四三年判決錄九六三頁）

東京控訴院

二 毫モ姦通ノ事實ナキニ拘ハラス夫カ妻ニ對シテ姦通ノ告訴ヲ爲スカ如キハ其身分職業ノ如何ヲ問ハス妻ノ名譽ヲ毀損スルノ甚シキ重大ナル侮辱ナリト謂フヘシ（東京控訴院判決判例彙報七卷七二頁）

牧野學士

三 重大ナル侮辱トハ言語動作又ハ文書ヲ以テ名譽面目ヲ毀損スルノ甚シキヲ謂フ而シテ如何ナル所爲ヲ以テ侮辱ト云フカニ至リテハ各場合ニ付キ配偶者ノ性質地位其他ノ事情ヲ酌酌シテ之ヲ決スヘキモノトス……姦通ノ讒訴ヲ爲スカ如キ又ハ夫カ妻ニ對シテ窃盜ノ汚名ヲ負ハシムル如キハ婦人ヲ辱カシムルノ甚シキモノニシテ其人ノ自分職業ノ高下ヲ論セス妻ニ對シ重大ナル侮辱行爲ヲ構成スルモノト認フヘシ（牧野學士日本親族法論三〇三頁以下）

島田學士

四 重大ナル侮辱トハ其人ノ社會上ノ品位ニ相當スル其人ノ自尊心ヲ甚シク毀損スルヲ謂フ（島田學士明治大學親族法講義二七五頁以下）

大審院判決

至當ノ判決ナリト信ス

（一二）

九〇 公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ存スル事項ヲ目的トスル法律行爲ハ之ヲ無效トス

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

取立ノ爲ニスル債權讓渡ハ讓渡當事者間ニ在テハ單純ナル債權讓渡ト其效果ヲ異ニスルハ論ヲ俟タサル所ナレトモ讓受人ノ債務者ニ對スル關係ニ於テハ單純ナル讓渡ノ場合ト其效果ヲ同ウスルモノトス』

（一三）

取立ノ爲ニスル債權讓渡ハ讓渡當事者間ニ在テハ單純ナル債權讓渡ト其效果ヲ異ニスルハ論ヲ俟タサル所ナレトモ讓受人ノ債務者ニ對スル關係ニ於テハ單純ナル讓渡ノ場合ト其效果ヲ同フシ讓受人ハ單純ナル讓渡ノ場合ト同シク債權者トシテ其權利ヲ主張スルコトヲ得ヘシ然ルニ原裁判所カ被上告人ハ取立ノ爲メニ本件債權ヲ讓受ケタル者ナルカ故ニ之ヲ自己ノ債權ナリトシテ上告人ニ對シ本訴請求ヲ爲スハ尖當ナリトシ其請求ヲ却下シタルハ取立ノ爲メニスル債權讓渡ノ效果ヲ誤解シタルノ不法アルモノトス（大審院大正三年（オ）第九〇九號同四年十一月九日民一部田部裁判長榊原尾古岩田嘉山各判事判決）

東京地方裁判所判決

【關係事項】

破毀差戻○原審岐阜地方裁判所○貸金請求事件○上告人成瀨貞次郎訴訟代理人辯護士鈴木德太郎被上告人伊藤淺次郎

中島博士

【反對學說判例】

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（法學博士中島玉吉氏民法釋義第一卷四九五頁）

川名博士

二 表意者カ財產ヲ他人ニ讓渡サント欲スル意思表示ヲ爲シ而カモ經濟上ニ於テハ之ヲ護渡ササルト同一ナル終局ノ結果ヲ敢メント欲スルコトアリ之ヲ信託行爲ト謂フ（法學博士川名兼四郎氏日本民法總論二一二頁）

鳩山學士

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アリ信託行爲カ虛僞表示ニ非スト謂フハ唯タ此意義ニ於テノミ正當ナリ（法學士鳩山秀夫氏民法註釋全書法律行爲乃至時效一一八頁）

四 債權擔保ノ目的ヲ以テ所有權ノ讓渡ヲナス所謂信託行爲ニ在リテハ外部第三者ニ對スル關係ニ於テ所有權移轉ノ效果ヲ生スルハ勿論內部當事者間ニ於テモ亦同樣ノ效果ヲ生シ只其基本タル債務カ適法ニ履行セラレタルトキハ受託者ハ委託者ニ對シ擔保物返還ノ債務ヲ負擔スルニ過キサルモノトス（東京地方裁判所民四部判決法律新聞八一〇號二五頁同裁判所民三判決法律新聞八〇三號二四頁）

【同趣旨學說判例】

一 關係的權利ナルモノハ如斯既ニ成法ニ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ルヘ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ルモノト見ルハ最モ能ク公平ニ適シ且法律的論理ヲ抵ケサルノ好結果ヲ得ルモノニ非ルカ（法學博士岡松參太郎氏內外論叢第一卷六號一四二頁）

二 本書第一卷民法三三二、五一六、五一八頁大審院判決

三 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

四 本書第二卷民法五〇八頁

五 本書第三卷民法三六四、五四〇、六八一、

東京控訴院判決

判旨ハ正當ナリ蓋シ取立ノ爲ニスル債權讓渡行爲卽チ信託行爲ノ性質及效果ニ關シ判例ト同一見解ヲ採ルハ當事者ノ意思ニ適合シ且ツ實際上ノ必要ニ順應スル所以ノモノナルコトハ屢々吾人カ主張シタル所ナリ故ニ今又茲ニ特說セサルヘシ

（一三）

六一六
五九七第一項
五九八

……第五百九十七條第一項及ヒ第五百九十八條ノ規定ハ賃貸借ニ之ヲ準用ス

借主ハ契約ニ定メタル時期ニ於テ借用物ノ返還ヲ爲スコトヲ要ス

借主ハ借用物ヲ原狀ニ復シテ之ニ附屬セシメタル物ヲ收去スルコトヲ得

賃貸借契約成立ノ際當事者ニ於テ地上ノ建物ハ既ニ朽廢ニ瀕セルヲ以テ賃貸借期間ヲ一定シ其期間滿了シタルトキハ必ス右地上ニ存在スル建物ヲ收去シテ明渡スヘキコトヲ約シタル其特約ハ有效トス』

控訴人カ本件ノ土地ヲ被控訴人ヨリ賃借シ其地上ニ在ル柿葺平家二棟各間口十間奥行四間ノ建物ヲ所有シテ該地ヲ使用セル事實ハ當事者間ニ爭ナク、甲第一號證ノ記載

（一四）

及ヒ原審證人原金藏ノ證言ニ依レハ本件賃貸借契約成立ノ際當事者間ニ於テ右地上ノ建物ハ既ニ朽廢ニ瀕セルヲ以テ賃貸借ノ期間ハ之ヲ明治四十五年五月三十一日トシ其期間滿了シタルトキハ必ス右地上ニ存在スル建物ヲ收去シテ之ヲ明渡スヘキコトヲ特約シタル事實ヲ認ムルコトヲ得ヘシ、控訴人ハ右ノ期間ハ地代更定ニ關スルモノニシテ本件賃貸借ハ永久ニ存續スヘキモノナリト主張スレトモ當審證人中野彖吉ノ證言ハ信用スルニ足ラス、乙第一號證同第三號證並ニ同第四號證ノ一乃至十及ヒ當審證人印東胤一ノ證言ニ依リテ之ヲ認ムルニ足ラス、又控訴人ハ假リニ初控訴人主張ノ如キ賃貸借期間ノ定メアリシトスルモ被控訴人ハ其期間滿了後賃料ヲ受取リ居ルカ故ニ賃貸借ハ依然存續セリト主張スレトモ乙第一、二號證ニ「賃借料滯納金ノ內金」トアルハ「賃借料損害金ノ內金」ノ誤記ナルコト甲第三號證ニヨリテ明瞭ナルヲ以テ乙第二號證ニヨリテハ右ノ事實ヲ認ムルニ足ラス、其他之ヲ認ムヘキ證據ナキヲ以テ控訴人ノ抗辯ハ何レモ其理由ナシ、然ラハ柿葺平家二棟各間口十間奥行四間ノ建物ヲ收去シテ本件ノ地所ノ明渡ヲ求ムル被控訴人ノ本訴請求ハ正當ニシテ控訴人ノ本件控訴ハ其理由ナキモノトス（東京控訴大正四年（ネ）第六九號同四年十一月十八日民三部成道裁判長岩木高瀨各判事判決）法律新聞第一〇八五號

（一五）

【關係事項】

棄却○土地明渡請求事件○控訴人佐藤浪吉訴訟代理人辯護士田邊喜一伊東勝藏被控訴人高島嘉兵衛訴訟代理人辯護士松田武之丞

（一四）

九七五 法定ノ推定家督相續人ニ付キ左ノ事由アルトキハ被相續人ハ其推定家督相續人ノ廢除ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得（以下略ス）

奥田博士
仁井田博士

家督相續人廢除ノ請求ハ必ス被相續人本人ノ意思ニ出ツルコトヲ要シ被相續人カ意思無能力者タル場合ニハ法定代理人ニ於テ代リテ之カ請求ヲ爲シ得サルモノトス』

相續人廢除ハ戸主權ノ內容ヲナスモノニアラス』

家督相續人廢除ノ請求ハ必ス被相續人本人ノ意思ニ出ツルコトヲ要シ被相續人カ意思無能力者タル場合ニハ法定代理人ニ於テ代ハリテ之カ請求ヲ爲シ得サルモノトス控訴人訴訟代理人ハ相續人廢除ハ戸主權行使ノ一部ナルヲ以テ戸主タル被控訴人ノ法定代理人ニ於テ代ハリテ請求シ得ヘキモノナリト主張スレトモ相續人廢除ハ戸主權ノ內容ヲ爲スモノニアラサルコト云フ迄モナケレハ右主張ハ是認シ難シ而シテ控訴人本人カ意思無能力者ニシテ本訴カ本人ノ意思ニ出ツルモノニ非サルコトハ控訴代理人ノ供述自體ニヨリ明カナルヲ以テ控訴人ノ後見人ヨリ提起シタル本訴ハ不適法トシテ却下スヘキモノトス（東控大正四年（ネ）第四六三號同年十二月二十一日民二部須賀裁判長渡邊三橋各判事判決）

【關係事項】

相續人廢除請求事件○控訴人島林直次郎法定代理人後見人島村きやう訴訟代理人辯護士三浦通太被控訴人島林三五郎

【參照學說】

一　廢除ノ請求權ヲ有スル者ハ被相續人ニ限ル（法學博士奥田義人氏相續法論第六版一〇七頁）

二　被相續人カ法定ノ事由アル場合ニ於テ其生存中ニ法定ノ推定家督相續人廢除ノ請求ヲ爲ササルトキハ遺言ヲ以テ其廢除ノ意思ヲ表示スルコトヲ得ヘシ（法學博士仁井田益太郎氏親族法相續法論四一〇頁）

松本博士
飯島學士
牧野學士

三　其法定代理人ノ權限ハ未成年者ノ財產ヲ管理シ又其財產ニ關スル法律行爲ニ付キ其未成年者ヲ代表スルニ在リ（八八四、九二三、八七八）而シテ法定代理人ノ未成年者ニ代リテ爲シ得ル行爲ハ其財產ニ關スル法律行爲ニ限ルヲ以テ身分上ノ法律行爲ハ之ヲ爲スノ權限ナキヲ原則トス（法學博士松本烝治氏人法人及物一一一頁）

四　廢除トハ從來謂フ所ノ廢嫡ナリ法定ノ原因存スル場合ニ於テ被相續人ノ意思ヲ以テ法定ノ推定遺產相續人ニ適法ノ原因存スル場合ニ於テヲ失ハシムルコトヲ謂フ（法學士飯島喬平氏民法要論一〇三三頁）

五　廢除トハ被相續人ノ意思ヲ以テ法定ノ推定家督相續人又ハ遺留分ヲ有スル推定遺產相續人ニ適法ノ原因存スル場合ニ於テ判決ニ因リ其相續權（相續能力）ヲ剝奪スルヲ謂フ（法學士牧野菊之助氏日本相續法論六四頁）

廢除ハ被相續人ノ意思ニ基キ裁判上之カ請求ヲ爲サヽルヘカラス親族其他利害關係ヲ有スル者ニ於テ自己ノ意思ニ因リ之ヲ請求スルノ權利アルコトナシ勿論被相續人ハ自ラ之カ請求ヲ爲スヘキヲ普通トスルモ遺言ヲ以テ廢除ノ意思表示ヲ爲スコトヲ妨ケス（同上六五頁以下）

廢除ノ訴ハ推定家督相續人又ハ推定遺產相續人ヲ相手方トシテ被相續人ヨリシテ之カ請求ヲ爲スヘキモノトス（同上七六頁）

社會ノ實情ニ適合セサル憾無キニシモ非スト雖モ現今民法ノ解釋トシテハ蓋シ止ムヲ得サル結論ナルヘシ

（一五）

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

陸軍軍人恩給法**四二**　恩給ハ賣買贈與質入出入スルコトヲ得ス又負債ノ抵償トシテ差押フルコトヲ得ス

民事訴訟法**六一八**　左ニ揭クル債權ハ之ヲ差押フルコトヲ得ス

第五　文武ノ官吏神職僧侶及ヒ公立私立ノ教育上教師ノ職務上ノ收入、恩給及ヒ其遺族ノ扶助料

第一號第五號第六號ノ場合ニ於テ職務上ノ收入恩給其他ノ收入カ一ケ年間ニ三百圓ヲ超過スルトキハ其超過額ノ半額ヲ差押フルコトヲ得

恩給ヲ受クル權利ハ法規上融通性ヲ具有セサルヲ以テ恩給ヲ擔保トスル契約ハ無效トス』

原判決ハ恩給ヲ受クル權利ヲ以テ法規上融通性ヲ具有セサルモノトシ從テ被上告人小久保惠作及阿井操ノ間ニ於ケル惠作ノ所有スル恩給ヲ擔保トスル契約ハ無效ナリ

ト判示シタルモノニシテ單純ナル委任及ヒ辨濟充當契約ヲ爲シタルモノト認メタルニ非サレハ上告論旨ハ理由ナシ（大審院大正四年（れ）第二七九四號同年十二月十四日刑一部末弘裁判長遠藤平野谷野中西各判事判決）

【關係事項】

上告棄却○原審廣島控訴院○詐欺業務横領被告事件ニ附帶スル私訴事件○私訴上告人高中莊太郎外四名代理人辯護士横山勝太郎同白砂直人私訴被上告人小久保憲作外六名

【同趣旨學說】

美濃部博士

一　恩給權ハ公法上ノ權利ナルカ故ニ私法上ノ財産權トハ多クノ點ニ於テ適用ノ法則ヲ異ニス恩給權ハ之ヲ他人ニ讓渡シ又ハ質權ノ目的物ト爲スコトヲ得ス（法學博士美濃部達吉氏日本行政法五四二頁）

岩田學士

二　三百圓以上ヲ超過シタル金額ヲ差押フルコトヲ得トノ規定ハ民事訴訟法ニ於テハ恩給扶助料ニ對シテモ其適用ヲ見ルヘキモノナレトモ特別法ヲ以テ其恩給扶助料ニ關シテ其差押ヲ禁止スルニ因リ民事訴訟法ニ於ケル此規定ハ現時適用ナシト爲スヘキナリ（法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論第六版一一四四頁）

板倉學士

三　官吏恩給法第一八條軍人恩給法第四二條ニハ絶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（法學士板倉松太郎氏法學志林第一五卷第五號六九頁）

【同趣旨判例】

一　東京地方裁判所判決法律新聞第一四七號一八頁

二　同　本書第二卷民事訴訟法一五九頁

大審院判決

至當ノ判決ナリト信ス

（一六）

土地ハ其性質ヲ失フコトナクシテ分割スルヲ得ヘク土地ノ上ニ存スル權利モ亦可分ナルヲ原則トスルヲ以テ地上權ノ目的タル土地ノ一部カ他ニ讓渡セラレタル場合ニ於テモ殘部ニ存スル地上權ハ當然消滅スルモノニ非ス

（一八）

被告先代カ本件土地及其隣接地ヲ單一ノ契約ノ下ニ一括シテ原告ヨリ借入レ其一括シタル地所ニ付キ推定ノ地上權ヲ有シタルコト及ヒ右隣接地カ市區改正ニ因リテ東京市ニ買收セラレタルコトハ共ニ當事者間ニ爭ナキトコロニシテ本件ノ主要爭點ハ右隣接地ノ買收ニヨリ該地ト一括シテ一個ノ借地關係ノ下ニ立ツ本件土地ノ地上權ハ消滅スルヤ否ヤニ在リ、偽テ案スルニ土地ハ其性質ヲ失フコトナクシテ分割シ得ヘク土地ノ上ニ存スル權利モ亦可分ナルヲ原則トス故ニ權利ノ目的タル土地ノ一部カ消滅シ又ハ之ヲ他ニ讓渡セラレタル場合ニ於テモ殘部ニ存スル權利ハ當然消滅セサルハ勿論ナリ故ニ本件地上權ノ目的タル土地ノ一部カ市區改正ノ爲メ東京市ニ買收セラレタルカ爲メ當然殘存セル本件土地ニ付キ地上權ノ消滅スル理由ナシ原告ハ被告先代ノ有セシ地上權ハ本件土地及隣接地ヲ一括シテ其目的トシタルモノニシテ本件土地ニ付キ獨立シテ存在シタルモノニアラス本件土地ニ地上權ノ存スルハ工作物ノ存在セシ隣接地ノ周圍ノ空隙地タルカ爲メニ過キサルカ故ニ工作物所在地ノ地上權消滅ト同時ニ本件土地ニ存スル地上權カ消滅セサルヘカラスト謂フモ當事者間ニ特約ノ要セサル限リ到底斯ノ如キ主張ヲ是認スルコト能ハス（東京地方裁判所大正三年（ワ）第八四九號同五年一月三十一日民四部田山裁判長竹田波野平各判事判決）

（一九）

【關係事項】

土地明渡請求事件○原告青柳孫太郎訴訟代理人辯護士牧野充安被告今井伊之助訴訟代理人辯護士横山勝太郎

大審院判決

七〇九
二〇二 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

占有ノ訴ハ本權ノ訴ト互ニ相妨クルコトナシ

一九八 占有ニ關スル訴ハ本權ニ關スル理由ニ基キテ之ヲ裁判スルコトヲ得ス

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

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

所有權カ侵害セラレタルトキハ不法行爲ニ關スル規定ニ從ヒ損害ノ賠償ヲ請求シ得ヘキコト勿論ナルモ其侵害セラレタル所有權尚ホ存スルトキハ之ニ基キ所有物ノ取戻妨害排除其他一般ニ所有權侵害ノ除却ヲモ請求シ得ヘキモノトス』

敷地ニ附着シ土地ノ一部トシテ存シタル下水溝ハ縱令其埋立ニ因リ形跡ヲ失ヒタリトスルモ其敷地ノ存スル以上ハ土地所有權消滅シタルモノニ非ルヲ以テ之ニ基キ下水溝埋立前ノ原狀回復ヲ請求スルニ妨ケナキモノトス』

【上告理由】原判決ハ「控訴人所有ニ係ル兵庫縣武庫郡魚崎村四百二十番宅地ノ北側石垣ニ沿ヒ曾テ控訴人主張ノ如キ下水溝カ存在セシコト並ニ被控訴人等カ大正元年九月中此下水溝ヲ埋立タルコトハ當事者間ニ爭ナキ所ナリ（中略）本件四百二十番地上建物北側ノ軒下地ハ同番地所有者ノ所有ニ屬シ從テ其軒下地内ニ在ル本訴下水溝敷地ハ當然同番地所有者ノ所有ニ屬スルモノナルコトヲ推斷スル事ヲ得ヘシ（中略）然ラハ即チ被控訴人等カ曩ニ同溝ヲ埋立タルハ洵ニ不法ノ措置ニシテ控訴人ノ權利ヲ侵害シタルモノト謂ハサル可カラス故ニ被控訴人等ハ控訴人主張ノ如ク同人所有宅地ノ

北側石垣ニ沿ヒ花崗石ヲ以テ長サ三十一間半幅八寸深サ現在道路面ヨリ一尺三寸ノ溝ヲ築造シテ原狀ニ回復スヘキ義務アルヤ自カラ明カナリトス」ト說明セリ然レトモ我民法ノ規定ヲ通覽スルニ權利侵害ノ場合ニ於ケル救濟方法トシテ(一)占有權侵害(二)名譽權侵害(三)當事者カ別段ノ意思表示ヲ爲シタル場合等ノ如キ特種ノ場合ニ於テノミ金錢的賠償以外ノ救濟方法ヲ認メ一般ノ權利侵害ニ對シテハ斯クノ如キ救濟方法ヲ認メス此點ヨリ觀察スル時ハ我民法ノ解釋トシテハ一般ノ權利特ニ本件ノ如ク所有權ノ侵害アリタル場合ニ於テハ一般ノ原則タル金錢的損害賠償ノ方法ニ依ルヘキモノニシテ特殊ノ例外規定タル原狀回復ノ方法ニ依ルヘキモノニ非ラス（御院明治三十七年（オ）第五一二號同年十二月十九日宣告判例參照）或ハ曰ハン被上告人ハ下水溝ノ物上請求權ニ基キ原狀回復ヲ請求スルコトヲ得ルモノナリト然レトモ物ヲ他人ヨリ奪取セラレタルカ如キ場合ニ於テ所有者ヨリ物上請求權ニ基キ其物ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ルカ如キハ固ヨリ之レヲ認メサル可カラサル所ナリト雖モ本件ノ如キ場合ニ於テハ被上告人ハ物上請求權ニ基キ埋立テラレタル下水溝ノ原狀回復ヲ請求スルコトヲ得サルモノナリ蓋シ物上請求權ナルモノハ侵害セラレタルモノト其運命ヲ共ニシ物カ既ニ消滅シタル時ハ物上請求權モ亦消滅スルモノナルコトハ其權利ノ性質上自ラ明白ナリ而シテ本件係爭ノ下水溝（本件ノ如キ花崗石ヲ以テ築造セラレタル下水溝ト其存在スル土地トハ別物ナリ）ハ上告人ノ埋立タルモノナルコトハ前記ノ如ク原判決ノ認定セラレタル所ニシテ該下水溝ハ乃チ埋立ニ因リテ其形跡ヲ失ヒテ消滅ニ歸シタルモノナルカ故ニ其物上請求權モ亦消滅スヘキモノナレハ埋立テラレタル下水溝ノ物上請求權ニ基キ原狀回復ヲ請求スルコトヲ得サルモノナリ然ルニ原判

決ハ上告人ニ對シテ原狀回復ノ義務アルコトヲ判示セラレタルハ法則ヲ不當ニ適用シタル違法ナルモノトス假リニ原判決ノ所謂下水溝ノ埋立ナルモノハ下水溝ノ四所ヲ他物ヲ以テ塡塞シタルコトヲ指スニ止マリ下水溝カ破壞撤去ニ依リテ其形跡ヲ失ヒタルコトヲ指スモノニアラストセンカ是レ當事者間ニ爭ナキ事實ヲ不當ニ無視シテ事實ヲ確定シタル違法アルノミナラス(原判決カ引用セラレタル第一審判決ノ事實摘示ノ部ニ於テ原告カ下水溝カ被告ノ爲メニ破壞撤去セラレ其築造ニ用ヒタル花崗石及ヒ車馬止メ石ヲ他ニ持去リタル事實ヲ主張シ被告モ亦原告所有倉庫北側石垣ニ沿フテ築造シアリシ溝ヲ取拂ヒタル事實ヲ認メ居レハナリ)下水溝ヲ塡塞シタル土砂ノ撤去ヲ上告人ニ命スルコトナク新タニ下水溝ヲ花崗石ヲ以テ築造スヘキコトヲ命シタルハ原狀回復ノ範圍ヲ超越シテ過當ノ賠償ヲ命シタル不法タルヲ免カレス

【判決理由】所有權カ侵害セラレタルトキハ不法行爲ニ關スル原則ニ從ヒ損害ノ賠償ヲ請求シ得ヘキコト勿論ナルモ其侵害セラレタル所有權尙ホ依然トシテ存在スルトキハ之ニ基キ所有物ノ取戻妨害排除其他一般ニ所有權侵害ノ除却ヲモ請求スルコトヲ得ヘシ而シテ本件ノ場合ニ於テハ被上告人カ所有權ノ侵害ヲ主張スルモノナルモ不法行爲ニ因ル損害賠償ヲ求ムルモノニアラス所有權ニ基キ其侵害除却ノ方法トシテ原狀回復ノ請求ヲナスモノナレハ論旨前段ハ全ク原判旨ニ副ハサルモノニシテ其理由ナキモノト謂ハサルヲ得ス上告人ハ本訴ノ請求カ下水溝ノ物上請求權ニ基キ原狀回復ヲ求ムルニ在ルモノトスルモ元來物上請求權ナルモノハ侵害セラレタルモノト其運命ヲ共ニシ物カ既ニ消滅シタルトキハ物上請求權モ亦消滅スルモノニシテ本件係爭ノ下水溝ハ上告人ノ埋立ニ因リ其形跡ヲ失ヒ消滅ニ歸シタルモノナルカ故ニ

其物上請求權モ亦消滅スヘキモノナレハ埋立テラレタル下水溝ノ物上權ニ基キ原狀回復ヲ請求スルコトヲ得サルモノナリト主張スレトモ原判決理由ニハ「從テ四百二十番地宅地及建物ヲ買受ケタル控訴人(被上告人)ハ勿論本件下水溝ヲ其敷地ト共ニ同番地ノ一部トシテ取得シ之ヲ所有スルモノト認メサルヘカラス」トアリ即チ原院ノ認定シタル事實ニ依レハ本件下水溝ハ獨立シタル物トシテ所有權ノ目的タリシモノニアラス其敷地ニ附着シ土地ノ一部トシテ被上告人カ之ヲ所有シタルニ過キサルモノナレハ假令「下水溝ハ埋立ニ因リ其形跡ヲ失ヒタルモノトスルモ其敷地ノ存スル以上ハ土地所有權消滅シタルモノニアラサルヲ以テ之ニ基キ下水溝埋立前ノ原狀回復ヲ請求スルニ妨ナキモノト謂ハサルヲ得ス」從テ右上告人ノ主張ハ之ヲ採用スルヲ得ス論旨末段ニ述フル所モ亦原判旨ニ副ハサルモノト認ム(大審院大正三年(オ)第六二六號同四年十二月二日民二部馬場裁判長田上榊原入江鈴木各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審大阪控訴院○所有權侵害回復請求事件○上告人山邑太左衞門外一名訴訟代理人辯護士岸清一被上告人下市慶藏訴訟代理人辯護士岡崎正也同鈴木於用

【前項參照學說】

一　所有者以外ノ人ハ所有者ノ承諾アルニ非レハ物ノ上ニ何等ノ行爲ヲモ爲スコトヲ得ス換言スレハ物ノ所有權ハ所有者以外ノ人ヲシテ物ニ關シテ積極的ニ或行爲ヲ爲シ又ハ單純ニ物ニ關スル所有者ノ行爲ヲ妨害スルコトヲ避止スヘキ消極的ノ義務ヲ負ハシムルモノナリ故ニ第三者カ此義務ニ違背シ所有物ニ關スル所有者ノ行爲ヲ妨害シ所有物ヲ侵奪シ又ハ之ヲ毀損シ若クハ之ヲ滅失セシメタルトキハ所有者ハ所有權ヲ基本トシテ此侵害行爲ニ對スル救濟ヲ求ムルノ權利ヲ有ス即チ所有者ハ場合ニ從ヒ第三者ニ對シテ妨害ノ排除原狀回復所有物ノ返還又ハ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシ(法學博士横田秀雄氏物權法第一二版二七八頁)

二　物權ヨリシテ二種ノ請求權ヲ生ス即一ハ債權的請求權ニシテ例ヘハ物權者カ第三者ノ不法行爲ニ基キ損害賠償ヲ請求スル權利ノ如シ他ハ物權的請求權ニシテ第三者ノ侵害ニ因リテ生シタル事實上其内容ニ適合セサル狀態ノ回復ヲ請求スル權利ニシテ例ヘハ所有者カ占有侵奪者ニ對シテ其取戻ヲ請求スル權利ノ如シ物權的請求權ハ必スシモ物權者ト當初物權ヲ侵害セル者トノ間ノミニ生スルモノニ非ス現ニ物權ノ實行ヲ妨害スル者トノ間ニ生ス例ヘハ占有ヲ侵奪セル者ニ對シテ所有者ハ取戻ノ請求權ヲ有スルニ止マラス若シ其物カ侵奪者ヨリ第三者ニ移轉セラレタル場合ニハ現ニ占有ヲナス者ニ對シテ取戻ヲ訴求スルコトヲ得（法學博士石阪音四郎氏日本民法第三編第一卷三四頁以下）

三　所有權カ他人ノ爲メニ圓滿ヲ欠クニ至リシトキハ其圓滿ヲ回復スル請求權ヲ生ス此點ニ付テハ吾民法ニ何等ノ規定ナシ然シナカラ此請求權ノ發生ヲ否認シタル規定ナキノミナラス第二〇二條ニ所謂本權ノ訴ヲ認ムルカ故ニ吾民法ニ於テモ亦此請求權カ特ニ存スルモノト見サル可カラス此請求權ニ二種アリ其一ハ所有權者カ所持ヲ有セサル場合ニ於テ其回復ヲ請求スル權利ナリ其二ハ所有權者カ所持ヲ失ヒタル以前ノ方法ニテ其圓滿ヲ缺キタル場合ニ於テ其回復ヲ請求スル權利ナリ（法學博士川名參四郎氏物權法要論六〇頁）

所有者カ物ノ所持ヲ有セサルトキハ其物ノ取戻ヲ請求スル權利ヲ有ス取戻即チ返還ノ請求ハ當然ノ作用トシテ爲シ得ルモノニシテ特ニ或人ニ對シ物ノ所持ヲ所有者ニ與フルニ適スル積極的ノ行爲ヲ請求スルニ在リ……此請求權ハ所有權ヨリ流出シ而モ之ト別箇ノ存在ヲ有スル權利トセサルヲ得サルナリ（同上六一頁）

此請求權ハ所有者カ其所有物ヲ失フニ因リテ生ス其所持ノ喪失カ所持者ノ意思ニ基キタルト又其意思ニ反シタルト否トヲ問ハス故ニ所有者カ其所有物ヲ預ケタル場合ニ於テモ所有者ハ二個ノ請求權ヲ有スヘシ一ハ寄託契約ニ基ク請求權ナリ其二ハ所有權ニ基ク請求權ナリ（同上六二頁）

此請求權ハ物ノ引渡ニ因リ又物ノ滅失ニ因リ又返還義務者カ所有者ト爲ルニ因リ又時效ニ因リテ消滅ス（同上六四頁）

所有者カ所持ノ欠缺以外ノ方法ニ因リテ其圓滿ナル狀態ヲ回復スル請求權ヲ生ス之ヲ所有權妨害排除ノ請求權ト稱ス　我民法ニ於テハ特別ノ明文ナシト雖モ之ヲ認ムルモノト爲スヘキハ當然ナリ此請求權ハ所有權カ所持ヲ欠ク以外ノ方法ニ依リテ其圓滿ナル狀態ニ欠損ヲ失スルニ因リテ發生ス而シテ此請求權ハ不滿ノ狀態カ除去セラルルニ因リ妨害者カ所有者トナルニ因リ又時效ニ因リテ消滅ス（同上六六頁）

四　所有權ノ保護ニ關シテハ本法ニ規定スル所ナシ然レトモ凡ソ權利ハ其内容ニ應シテ法律ノ保護ナカル可カラス然リ而シテ所有權ハ物ヲ完全ニ支配スル權利ナルカ故ニ他人カ其支配ヲ妨ケタルトキハ完全ノ狀態ニ復スル爲メニ他人ニ對スル請求權ヲ生セサルヲ得ス此請求權ハ本來所有權ノ内容ヲ爲スモノナリト雖モ其滿足ナル狀態ニ在ル間ハ其作用ヲ現ハサス他人ノ侵害ニ依リ又其侵害ノ繼續スル間ハ其本然ノ狀態ヲ回復センカ爲メニ特定人ニ對シテ作爲又ハ不作爲ヲ要求スル權利トナリテ現ハル然リ而シテ其請求權ノ内容ハ侵害ノ種類ニ依リテ同シカラス之ヲ大別シテ二種トナス即チ他人カ所有權ノ目的物ヲ占有スルトキハ其返還ヲ請求スル權利ヲ生ス蓋シ物ヲ完全ニ支配スル爲メニハ物ノ占有ヲ必要トスレハ也……又他人カ目的物ノ占有以外ノ方法ニヨリ所有權者ノ物ヲ支配スルコトヲ妨害スルトキハ其妨害ノ停止（又ハ除去）ヲ請求スル權利ヲ生ス以上ノ二者ヲ純然

タル所有權上ノ請求權トナス（法學博士中島玉吉氏民法釋義卷之二三八二頁）

所有權妨害者ノ對人的責任ニ付テハ債權法一般ノ原則ニ從フ可キモノニシテ所有權ノ妨害カ故意又ハ過失ニ出ツルトキハ不法行爲ノ損害賠償請求權ヲ生ス又他人カ法律上ノ原因ナクシテ所有物ノ占有ヲ得タルトキハ不當利得ノ返還請求權ヲ生スルカ如シ而シテ此等ノ對人的責任ハ物上請求權ト互ニ相妨ケス二者ハ兩立スルコトヲ得ルモノナリ玆ニ於テカ同一ノ經濟上ノ目的ニ對シテ被害者ハ數個ノ請求權ヲ有スル結果トナル即チ請求權ノ競合ヲ生スルカ故ニ其一方ヲ行使シテ滿足ヲ得タルトキハ他ノ一方カ消滅スルモノト認メサル可カラス（同上二九五頁）

五　所有權ヨリ生スル請求權ノ重ナルモノハ所謂物件取戻ノ請求及ヒ妨害排除ノ請求之ナリ……物件取戻ノ原因ハ物ノ奪取ニ存シ妨害排除ノ原因ハ支配力ノ妨害ニ存ス二者共ニ物權ノ侵害タリ民法ノ規定ニ依レハ權利ノ侵害ハ即チ不法行爲ニシテ其ノ救濟方法ハ損害ノ賠償即チ金錢賠償ナリトス然ルニ物權ノ侵害ニ對シ直接ニ物件ノ取戻又ハ妨害ノ排除ヲ請求シ得ヘシト爲ストキハ少クトモ不法行爲ニ關スル規定トノ對照上別段ノ規定ヲ設クル必要ナキニ非ラス又物件ノ取戻妨害ノ排除ニ關スル請求權ノ實行特ニ裁判上ノ請求ニ付テハ民法第四百十四條ノ規定ニ準據シツツアリ（法學士飯島喬平氏物權法一部明治大學講義三七頁）

【參照判例】

所有權ハ物ニ對スル總括的支配權ニシテ所謂絶對權ニ屬シ其本質トシテ該權利ヲ侵害セサル不作爲ノ義務ヲ第三者ニ負ハシムルモノナルヲ以テ其效力トシテ所有權モ亦侵害行爲ニ對スル妨害排除ノ訴權ヲ包含スルモノトス（大分地方判決書第三卷民法八〇一頁所載）

判旨各項共ニ至當ナリ（一）勿論所有權ノ侵害ニ對スル救濟方法トシテ占有權ノ場合ニ於ケル一九七條一九八條ノ如キ規定ヲ欠缺スルモ（イ）理論上效力極メテ薄弱ナル占有權スラ妨害排除物ノ回復ヲ求メ得ル以上所有權ニシテ之ヲ認メ得サル理由ナシ蓋シ所有權ハ物ニ對スル總括的支配權ニシテ所謂絶對權ニ屬シ其本質トシテ該權利ヲ侵害セサル不作爲ノ義務ヲ第三者ニ負ハシムルノミナラス民法カ占有權ニ付キテノミ特ニ規定ヲ爲シタルハ畢竟占有權カ占有ナル事實ニ伴ハサルヘカラサル極メテ薄弱ナル權利ナルヲ以テ特ニ之レヲ明カニスルノ要アリ

シニ過キサレハナリロ尙之ヲ法典ニ徵スルモ何等此種ノ權利發生ヲ否認スルカ如キ規定ナク却ツテ第二〇二條ニ於テハ本權ト占有訴權トヲ相對立セシメタル點ヨリ之ヲ見ルモ物件取戻妨害排除等ノ效果ハ卽チ所有權ノ對外的作用ニシテ所有權其モノヨリ生スル直接ノ效力ナリト論定セサル可カラス(ハ)此ノ如ク理論上法典ノ解釋上反對說ハ採ルヲ得サルノミナラス實際取引上ニ於テモ斯クノ如ク解スルヲ妥當トス(ニ)只所有權モ一ノ財產權タルヲ以テ他方ニ於テ所有權侵害ヲ理由トシテ損害賠償ノ請求權ヲ有スルハ不法行爲一般ノ原則ニ照シテ寸疑ヲ容レサル所ナリ從ツテ此主旨ニ出テタル判決ハ至當ナリト謂ハサルヘカラス(二)後項ニ關シテハ敢テ論議ヲ挾ムヘキ餘地ナシ

大審院判決

（八一）

四六六
九〇　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
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

明治三十八年北海道廳令第七二號ハ其第六條ニ於テ代書業者カ紛議アリ又ハ紛議ヲ生スヘキ虞アル債權ヲ讓受クルコトヲ禁スレトモ是唯代書業者ニ對スル取締規則タルニ止マリ之レカ爲メニ代書業者トノ間ニ成立シタル如上債權ノ讓渡ヲ無效ナリト爲スヲ得ス』

債權ノ讓渡ハ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスルモノニ非ス又法律ノ禁スル所ニモ非サレハ適法ノ法律行爲トシテ有效ナルコト論ヲ俟タス明治三十八年北

東京地方裁判所判決

海道廳令第七二號ハ其第六條ニ於テ代書業者カ紛議アリ又ハ紛議ヲ生スヘキ虞アル債權ヲ讓受クルコトヲ禁スレトモ是唯代書業者ニ對スル取締規則ニ止マリ之レカ爲メニ代書業者トノ間ニ成立シタル如上債權ノ讓渡ヲ無效ナリト爲スヲ得ス故ニ原裁判所カ讓渡人タル白石長四郎ト代書業者タル被上告人トノ間ニ成立シタル本件債權讓渡ヲ無效ナラスト判示シタルハ結局正當ナリ（大審院大正四年（オ）第六九六號同年十二月十日民一部田部裁判長榊原尾古入江岩田各判事判決）

【關係事項】

上告棄却○原審札幌地方裁判所○貸金請求事件○上告人橫山扁次郎訴訟代理人辯護士龜山要被上告人北川信

（一九）

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

相續人カ被相續人ニ代リテ其家業ヲ爲スニ付テハ尙數年ノ日時ヲ要シ被相續人ハ老衰ノ身ニテ業務ニ從事シ家政ヲ執ルコト甚タ難ク且被相續人ノ家ニハ相續人ノ實兄アリ民法施行前ニ他人ノ死跡相續ヲ爲シタルモ事實上幼少ノ時ヨリ被相續人ノ家ニ在リ被相續人ニ代リ專ラ家業ニ從事シ家政ノ總テヲ執リヲルノミナラス其被相續人ノ家ヲ相續スル目的ニテ廢家ノ許可ヲ受ケ現ニ被相續人ノ戶

籍ニ復歸シヲル場合ニ相續人ヲ廢除シ其實兄ヲシテ被相續人ノ家督ヲ相續セシムルハ民法第九七五條第二項ニ所謂廢除ニ付キ正當ノ事由アルモノト認ムヘキモノトス』

被告カ原告ノ法定推定家督相續人タルコトハ成立ニ爭ナキ甲第一號證ノ一ニ依リ本訴提起ニ付キ親族會ノ同意アリタルコトハ成立ニ爭ナキ甲第二號證ノ一、二ニ依リ各明ナリ而シテ被告ハ目下未タ醫科大學在學中ニシテ原告ニ代リテ其家業タル醫業ヲ爲スニ就テハ尙數年ノ日時ヲ要スルニ拘ラス原告ハ老衰ノ身ニテ業務ニ從事シ家政ヲ執ルコト甚タ難ク且被相續人ノ家ニハ野本泰ト稱スル被告ノ實兄アリテ右泰ハ明治拾八年中戸籍上ノミ祖母野本まさノ死跡相續ヲ爲シタルモ事實ニ於テ祖母ノ家ナルモノナク幼少ノ時ヨリ原告ノ家ニ在リテ成長シ明治三十八年中千葉醫學專門學校ヲ卒業シ爾來原告ノ家ニ在リテ老衰セル原告ニ代リ專ラ家業ニ從事シテ家政ノ總テヲ執リ居ルノミナラス泰ハ原告ノ家督ヲ相續スル目的ニテ廢家ノ許可ヲ受ケ目下原告ノ戸籍ニ復歸シ居レルコトハ證人平林忠右衛門ノ證言並ニ成立ニ爭ナキ甲第一號證ノ一、二ニ依リ明瞭ナリトス然ラハ原告ニ於テ被告ヲ廢除シ其實兄野本泰ヲシテ原告ノ家督ヲ相續セシムルコトハ洵ニ相當ノ措置ト謂フヘク民法九七五條第二項ニ所謂廢除ニ付キ正當ノ事由アルモノト認ム（東地大正四年（タ）第二六七號同五年三月十五日民一部河邊裁判長犬丸近藤各判事判決）

【關係事項】

家督相續人廢除請求事件○原告野本立學被告野本篤藏

大審院判決

【參照學說判例】

一、本書第二卷民法三三三、三八五、五七三、八一〇頁

二、本書第三卷民法一六、二三七、四六八、四九八、六五九頁

至當ノ判決ナリト信ス

（二〇）

四一二第二項　債務ノ履行ニ付キ不確定期限アルトキハ債務者ハ其期限ノ到來シタルコトヲ知リタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任ス

二二七　停止條件附法律行爲ハ條件成就ノ時ヨリ其效力ヲ生ス

解除條件附法律行爲ハ條件成就ノ時ヨリ其效力ヲ失フ

當事者カ條件成就ノ效果ヲ其成就以前ニ遡ラシムル意思ヲ表示シタルトキハ其意思ニ從フ

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

（一）債務ノ履行ニ付キ不確定期限アルトキハ債務者ハ其期限ノ到來シタルコトヲ知リタルトキヨリ遲滯ノ責ニ任スヘキモノナレハ之ヲ知リタルヤ否ヤノ事實ヲ確定セス漫然期限到來ノ時ヨリ遲滯ノ責ニ任セシメタル判決ハ失當ナリ』

（二）當事者カ不確定ナル事實ノ發生ヲ豫期シ之ニ消費貸借上ノ債務ノ履行ヲ素ラシメタル場合ニ於テハ當事者ノ意思ハ不確定ノ事實ノ發生シタルトキ又若シ發生カ不能トナリタルトキハ其時ニ於テ辨濟義務ヲ履行セントスルニ在リト解スヘキモノトス』

（三）當事者カ不確定ノ事實ノ發生ヲ以テ債務ノ履行期限ト定メタルトキハ其事實ノ發生カ不能トナリタルトキニ於テモ亦期限到來スルモノト爲スヘク其債務

ハ此時ニ於テ無期限債務トナルモノニ非ス』

（一）【上告論旨】 原判決ハ「上略中島信忠ハ明治四十四年十二月二日右家屋ヲ善意ノ第三者タル神田鐳藏ニ賣却シ其登記ヲ經タルコトヲ認メ得ヘキヲ以テ被控訴人ニ於テハ最早本件家屋ヲ賣却スルコト能ハサルニ至リタルモノト認ムヘキナリ而シテ家屋ヲ賣却ノ上支拂フト云フカ如ク當事者カ不確定ナル事實ノ到來ヲ以テ辨濟期ト定メタル場合ニ於テ其事實全ク到來スル能ハサルニ至リタルトキハ其時ニ於テ直チニ辨濟期ノ到來シタルモノト解スヘク故ニ本件ニ於テ訴外中島信忠カ神田鐳藏ニ家屋ヲ賣却シタル時ニ於テ辨濟期ニ達スルモノト認ムヘク中略控訴人ノ請求中金五百圓及ヒ之ニ對スル明治四十四年十二月三日以後ノ損害金ノ請求ヲ相當トス」ト判定セラレタルモ債務ノ履行ニ付キ不確定期限アルトキハ債務者ハ其期限ノ到來シタルコトヲ知リタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任スヘキコトハ民法第四一二條第二項ノ明定スル所ナリ而シテ不確定期限ノ到來不能ニ因リ辨濟期到來シタリト爲ス場合ニ於テモ亦同一ニ解スヘキモノトス（東京控訴院明治四十三年（ネ）第一七六號事件同四十四年一月二十四日判決法律新聞七〇五號二二頁以下參照）蓋シ不確定期限ノ場合ニ於テハ其時期ノ到來カ確定セサルカ故ニ其到來ト共ニ債務者ヲシテ遲滯ノ責ニ任セシムルハ酷ナリトシ債務者カ其到來ヲ知リタルトキヨリ遲滯ノ責ニ任スヘキモノトセル前記法條ノ法意ヨリセハ均シク期限ノ到來ヲ知リ得ヘカラサル本件ノ如キ場合ニ於テモ亦同樣ニ解スヘキモノナリトス而シテ上告人ハ期限到來ヲ爭ヒ從テ遲滯ノ有無ヲ爭ヒタルモノナルヲ以テ斯ル場合ニ債務者カ期限ノ到來ヲ知リタルコトハ債權者ニ於テ之ヲ證明セサルヘカラサル責任アル（石坂博士民法研究第二卷四七三頁參照）ニ拘ラス被上告人

ハ何等之カ證明ヲ爲サス且ツ原判決亦此點ニ付キ債務者カ期限ノ到來ヲ知リタリトノ事實ヲ確定スルコトナクシテ漫然第三者タル中島信忠カ家屋ヲ賣却シタル日ノ翌日ナル明治四十四年十二月三日以後ノ遲滯損害金ノ支拂ヲ上告人ニ命シタルハ法律ノ解釋ヲ誤リタル違法ノ裁判ニ非スンハ此點ニ關シ裁判ノ理由ヲ缺ケル違法ノ裁判ナリト信ス

【判決理由】 債務ノ履行ニ付キ不確定期限アルトキハ債務者ハ其期限ノ到來シタルコトヲ知リタルトキヨリ遲滯ノ責ニ任スヘキコトハ民法第四一二條第二項ノ明定スル所ナレハ上告人ハ本件債務ニ付キ銀行家屋ノ賣却ナル不確定ノ事實ノ發生不能トナリテ辨濟期到來シタルコトヲ知リタル上ニアラサレハ遲滯ノ責ニ任スヘキモノニアラサルニ拘ハラス原判決ハ上告人カ之ヲ知リタルヤ否ヤノ事實ヲ確定セス漫然明治四十四年十二月三日以後ノ遲滯損害金ノ支拂ヲ命シタルハ失當ニシテ論旨ハ理由アリ

（二） 消費貸借ノ成立シタル以上ハ借主ハ辨濟ノ義務アルモノナルカ故ニ當事者カ不確定ナル事實ノ發生ヲ豫期シ之ニ辨濟義務ノ履行ヲ繫ラシメタル場合ニ於テハ當事者ノ意思ハ不確定ノ事實ノ發生シタルトキ又若シ其事實ノ發生カ不能トナリタルトキハ其時ニ於テ辨濟義務ヲ履行スルニ在リト爲ササルヘカラス」蓋シ此場合ニハ當事者ハ不確定ナル事實ノ發生ニ辨濟義務ノ履行ヲ繫ラシメタルモノナレハ當事者ノ意思ハ必ス辨濟義務ノ履行ヲ要スト爲スニ在リ從テ不確定ナル事實カ發生シタルトキハ勿論其發生カ不能トナリタルトキハ債務者ハ直チニ履行ヲ爲スヲ要ストノ約旨ナリト推定セサルヘカラサルヲ以テナリ不確定ノ事實ナレハトテ期限ト爲スコトヲ得

サルモノト謂フヘカラス期限ハ到來スルコトヲ得ルモノタレハ足リ而シテ右ノ如キ約旨ニ於テ期限ハ必ス到來スヘキモノナレハナリ故ニ原判決カ上告人ニ於テ銀行家屋ヲ賣却シタルトキ本件債務ヲ辨濟スルノ約旨ナリトノ事實ヲ確定シ不確定ノ事實ノ發生ヲ以テ辨濟期ト爲シタルモノト認メタルハ法則ニ違背スル所ナシ

(三)【上告論旨】 原判決ハ「家屋賣却ノ上支拂フト云フカ如ク當事者カ不確定ナル事實ノ到來ヲ以テ辨濟期ト定メタル場合ニ於テ其事實全ク到來スルコト能ハサルニ至リタルトキハ其時ニ於テ直チニ辨濟期到來シタルモノト解スヘク下略」ト判定セラレタルモ之レ甚タ首肯シ難キ見解ト云ハサルヘカラス何トナレハ當事者カ到來不確定ノ事實ノ發生ヲ以テ辨濟期ト定メタル場合ニ於テ若シ其事實カ到來不能トナリタルトキハ其以後辨濟期ハ到來ノ期無ク其狀宛モ當初ヨリ期限ヲ定メサリシト同一ニ歸スルヲ以テ寧ロ其以後期限ノ定メナキ債權ト認メ民法第四一二條第三項ニ依ラシムヘキヲ正解トスヘケレハナリ然ルヲ原判決ノ如ク其到來不能ヲ以テ直チニ期限ノ到來トヲ爲スカ如キハ全ク據ル所ナキ見解ニシテ法律ノ解釋ヲ誤リタル違法ノ裁判ナリ

【判決理由】 期限ハ必ス到來スヘキモノタルコトヲ要スルカ故ニ當事者カ不確定ノ事實ノ發生ヲ以テ履行期限ト定メタルトキハ其事實ノ發生カ不能トナリタルトキニ於テモ亦期限到來スルモノト爲スヲ以テ事理ニ悖スルモノトス若シ不確定ノ事實ノ發生カ不能トナリタルトキハ無期限債務トナルモノトセハ期限ハ必ス到來スヘキモノナルコトヲ要スルノ性質ニ反スルニ至ラン元來不確定ノ事實ノ發生ヲ以テ期限ト爲シタリト云フハ精確ニ言說セハ其不確定ノ事實發生シタルトキ若シ發生不能トナラハ其時トノ一體不可分ノ事實ヲ期限ト爲シタルモノト謂フヘク單ニ不確定ノ事實ノ

發生ノミヲ期限ト爲シタルモノト謂フヘカラス單ニ不確定ノ事實ノ發生ノミヲ取ルトキハ必スシモ到來スルモノト爲シ難キヲ以テ之ヲ期限ト爲スハ不可能ナリトス不確定ノ事實ノ發生カ不能トナリタルトキ無期限債務トナルトノ見解ハ不確定ノ事實ノ發生ノミヲ期限ト爲スコトヲ得ルモノトスル觀念ヲ基礎トスルモノニシテ其失當タルヤ明カナリ從ツテ論旨ハ理由ナシ（大審院大正四年（オ）第三五〇號同年十二月一日民三部横田裁判長大倉岩田嘉山三宅各判事判決）

【關係事項】

破毀差戻○原審東京地方裁判所○貸金請求事件○上告人宇佐美銀次郎訴訟代理人辯護士猪股淇清同長谷川正光被上告人幸島晉次郎訴訟代理人辯護士高木金之助

【第二點參照學說】

一　條件ニハ一定ノ形式ナシ或ハ何事實カ發生セハ何物品ヲ贈與スヘシ」ト言フコトアリ或ハ「何物品ヲ贈與スルコトヲ約ス但何事實カ生シタル後ニ於テスヘシ」ト云フカ如キ方法ヲ採ルコトモアリ要スルニ其文例ニ區々一定セスト雖モ常ニ不確實ナル事實ニ法律行爲ノ效力ヲ繫カラシムルモノニアラサルハナシ縱令其事實ハ必然發生スルモノナル如クニ示サルルトモ其性質ニシテ發生スルコトノ確定セサルモノハ之ヲ條件ト看做スヘシ例ヘハ「汝ノ結婚ノ日」又ハ「汝カ成年ニ達スル時」ト云フカ如キ是ナリ蓋斯ノ如キハ期限ノ形式ヲ具フト雖モ其實質ニ於テハ一般ニ條件ト見ルヘケレハナリ（法學博士富井政章氏民法原論四九一頁本書第四卷民法第一六九頁）

二　不確定期限トハ豫定シ得ヘカラサル期限ヲ云フ換言セハ必ス到來スヘキモノナルモ何時到來スルヤ前以テ知ルコトヲ得サルモノナリ人ノ死亡ヲ以テ履行ノ時期ト爲スカ如キハ其適例ナリ羅馬ニ於テハ不確定期間ハ前者ナリ後者ハ時期ヲ示スモ其時期カ不確スクアンドー」及「ヂエストインツエルツスアン」ト爲セリ玆ニ所謂不確定期間ヲ分別シテ「ヂエストインツユルツ實ナル事實ニ關聯シテ指定セラルルヲ以テ其到來スヘキヤ否ヤヲ豫知スルコト能ハサルモノナリ例ヘハ某カ成年ニ達シタルトキトイフカ如シ某カ丁年ニ達スル時期ハ其ノ人ノ生年月日ヲ詳ニスレハ直ニ之ヲ知ルヲ得ルモ其人カ其前ニ死亡セハ期限ハ到來スルコトナカルヘシ此ノ如キハ期限ノ外觀ヲ有スルモ其實質ヲ具ヘス法律上ヨリ論スレハ期限ニ非スシテ一種ノ條件ナルコト疑ナカルヘシ（法學博士平沼騏一郎氏民法總論六五一頁）

三　期限ノ事實ハ確實ニシテ將來ノモノナリ期限ハ通常曆日ヲ以テ之ヲ定ムト雖モ他ノ事實ヲ以テ之ヲ定ムルモ可ナリ（例ヘ

川名博士
中島博士
松岡學士
嘉山學士
鳩山學士

ハ甲ノ死スル時）然レ共（一）必ス將來ノ事ニシテ（二）又必ス到來ス可キ事ナカルヘシ（故ニ甲結婚スル時ト云フハ期限ニ非ス）當事者カ發生スルヤ否ヤ不確實ナル事實ヲ期限トシテ附シタルモノト看做ス（法學博士岡松參太郎氏民法理由上卷二九二頁）

四 期限ハ將來ノ事實ニシテ其到來スルコトノ確實ナルモノナリ其事實ノ到來スルヤ否ヤ不確實ナルモノハ期限ニアラスシテ條件ナリ（余カ外國ヨリ安全ニ歸朝セシナラハ汝三十歳ニナラハト云フカ如キハ期限ニアラスシテ條件ナリ）是レ條件ト期限トノ異ナル點ニシテ將來ノ事實ニアラサレハ期限トナラサルモ亦此二者ノ異ナル點ナリトス（法學博士川名兼四郎氏民法總論四九二頁）

五 時期ハ確定セルモ其到來ノ不確定ナルモノ例之「汝成年ニ達スルノ時」ト云フハ期限ニ非スシテ條件ナリ蓋シ其者成年ニ達セスシテ死亡スルトキハ到來スルコトナケレハナリ又時期及其到來共ニ不確定ナルモノ例之「汝ノ婚姻ノ日」ニ於テト云フカ如キ亦然リ要スルニ期限ハ必ス到來ス可キ時期ナルヲ要ス（不確定期限ト雖モ）到來ノ不確定ナルモノハ期限ニ非スシテ條件ナリ（法學博士中島玉吉氏民法釋義卷之一、七二七頁）

六 期限ノ根據タル事實ノ到來不確定ナル期限ハ條件ニシテ期限ニアラス例ヘハ甲カ乙ニ對シ丙カ成年ニ達セハ金千圓ヲ贈與スト云フカ如シ蓋丙カ成年ニ達スル時期ハ曆ニ從テ之ヲ豫知スルコトアリ（法學士松岡義正氏民法論總則五四八頁）

七 或學者ハ到來スヘキヤ否ヤ不確定ナルモ到來スルトセハ時期確定スルモノナリ當事者カ法律行爲ニ附シタル意義ニ從ヒ或ハ條件タリ或ハ期限タリ得ルト云フモ到來スルヤ否ヤ不確定ナルモノハ決シテ期限ナルコトナシ期限トナルハ到來スルヤ否ヤ不確定ナル事實カ發生シタルトキハ勿論發生セサルトキト雖モ或時期ノ到來シタルトキハ法律行爲ノ發生若クハ消滅アリ又ハ履行ヲ爲ササルヘカラストスルモノニ限ル此場合ハ必到來スルコト確定セル事實ナリ成否不確定ノ事實ニアラス例ヘハ身代持直シ次第辨濟セントハ身代ヲ持シ直シタルトキモ亦辨濟スヘキ當事者ノ意思ナルコト明カナル故此ノ事實ハ到來セルコトノ確定セルモノニシテ期限トナルナリ（法學士嘉山幹一氏大正元年度中央大學講義民法總論下卷三八四頁）

八 到來スルヤ否ヤ不確定ナル將來ノ事實ヲ以テ期限トセルトキハ其形體ハ期限ナルモ實質上ハ條件ナリ例ヘハ「汝ノ結婚ノ日ニ」金時計ヲ與フト言フハ「汝若シ婚セハ」ト言フト同一ニシテ條件ナリ然レトモ此場合ト「不確定ナル某事實カ發生スルカ若クハ其發生セスシテ或ル時期ヲ經過スルカ何レカ其一ノ發生スヘキコト今日既ニ確實ニシテ附款ハ其兩者ヲ包含スルモノナレハ附款トセスシテ一定ノ期間ヲ經過スルカ其一ノ發生スヘキコト今日既ニ確實ニシテ附款ハ其兩者ヲ包含スルモノナレハ附款トシテハ發生ノ確實ナル事實ヲ內容トスルモノニシテ即チ期限ト言ハサルヘカラス例ヘハ歳費受領ノ日ニ返濟スヘシト言ヒ又ハ辯護士試驗ニ及第ノ上返濟スヘシト言フハ或ハ歳費ヲ受領セハ又ハ試驗ニ及第セハト言フ條件ナルコトアレト又或ハ必ラス返濟スヘキモノニシテ歳費ヲ受領スル時ハ勿論議會ノ解散自己ノ死亡等ニヨリ歳費ヲ受領スルニ至ラサル時ニモ尙返濟スヘシト云フ當事者ノ意思ナルコトアリ此後ノ場合ニ於テ若シ當事者カ死亡セハ即チ期限ノ到來シタルモノニシテ其遺產ヨリ債務ヲ辨濟スヘキモノトス然レ共之レ敢テ將來發生スルヤ否ヤ不確定ナル事實ヲ以テ期限トナシタルニハアラスシテ其事實ニ他ノ事實

東京控訴院
大審院

ヲ附加シテ確定ナル事實トナシ其事實ヲ以テ期限トナセルモノナリ判例カ「出京ノ節」返濟スヘシ「立身ノ上」返濟スヘシト云フ附款ヲ以テ期限ト解シ且不確實ノ事實ノ發生ヲ以テ期限トナスコトヲ得ルモノト判決セルハ其理由ヲ示スニ於テ廣キニ失セルモノト考フ若シ立身セハ返濟スヘク立身セサレハ返濟スルヲ要セスト云フ當事者ノ意思ナラハ債務ノ效力ヲ發生スヘキヤ否ヤ尙未タ不確定ニシテ既ニ債務ノ成立セルモノト認ムルヲ得ス即チ法律行爲ノ效力ノ發生スルヤ否ヤカ不確定ノ狀態ニ存ヒスルモノト謂ハサル可ラス而シテ之レ即チ條件ニ特殊ナル法律關係ニシテ之ヲ條件ト謂フハ今ヨリ確定セル場合ニ於テノミ之ヲ期限ト言フヘク即チ立身セハ返濟スヘキモノトナセル場合即チ法律行爲ノ效果ヲ發生スヘシト云フ當事者ノ意思ナルトキニ於テノミ之ヲ期限ト云フヘキモノト信ス又將來到來スルコトノ確定ナル事實ニヨリテ法律行爲ノ效力ヲ制限スルトキハ縱令其形體ニ於テ條件ノ如キ形ヲ採ルモ實質上期限ナリ所謂必條件ハ之ナリ又將來到來スルコトノ不確實ナル事實ニテモ唯之ニヨリテ其到來スヘク定マリタル一定ノ曆日ヲ示スニ過キサルトキハ其期限タルコト亦勿論ナリ例ヘハ結婚ノ日ト言フモ結婚セハト云フノ意義ニアラスシテ結婚スヘク定マリタル某月某日ヲ指稱スルニ過キサル場合ノ如キ之ナリ（法學士鳩山秀夫氏法律行爲乃至時效四八三頁）

【第二點參照判例】

債務ノ履行ノ時期ヲ定ムルニ當リ債務者ノ婚嫁又ハ分家シタル時ヲ以テ履行ノ時期ト爲スコトヲ約シタルトキハ債務ノ履行ニ付キ不確定期限ヲ定メタルモノニシテ債務ノ消滅ヲ條件ニ繫ラシメタルモノト云フヲ得ス……右ノ場合ニ於テ債務者カ婚嫁又ハ分家スルコトナクシテ死亡シタルトキハ債務ノ辨濟期ハ其死亡ノ時ニ到達シタルモノトス（大審院民事部判決本書第四卷民法一六八頁）

【參照判例】

一 消費貸借ニ因ル債務ニ付キ借主ノ立身ナル不確定ノ事實ヲ以テ其履行ノ期限ト爲スハ違法ニ非ス（大審院民事判決錄四三年七三九頁）

二 不確定ナル事實ノ到來ヲ以テ義務履行ノ期限ト爲スコトヲ得サルモノニ非ス（大審院民事判決錄三二年二卷二四頁）

三 原則トシテ條件ノ場合ニ於ケル事實ハ未來且不確定ノモノニシテ期限ノ場合ニ於ケル事實ハ未來且ツ確定ノモノナリト言フコトヲ得ヘシ從テ當事者カ未來且ツ不確定ノ事實到來ノトキニ債務ヲ支拂ヒ又ハ其消滅スヘキコトヲ約シタルトキハ其行爲ニハ通常ノ條件ヲ包含スルモノト言フコトヲ得ヘシ然レトモ此原則タルヤ決シテ絕對的ノモノニアラス法律行爲ノ當事者カ假令其未來且ツ不確定ノ事實到來セサルトキモ猶ホ債務ノ支拂ヲナサシ又ハ其消滅スヘキコトヲ希望シタルトキハ其行爲ハ單純ナル期限付ノ法律行爲ト見ルヘク斯クノ如キ場合ニ於テ條件ハ存在セサルモノ即チ單ニ事實ノ未來且不確定ナリトノ一事ノミヲ

以テ條件存スト云フコトヲ得ス當事者ノ意思如何ヲモ解釋シテ之ヲ決スルコトヲ要スルモノトス（東京控民一法律新聞六六二號一三頁）

四 期間ハ到來スヘキコトノ客觀的ニ確定シタル事實ヲ要素トシ條件ハ到來スヘキコトノ客觀的ニ確定セサル事實ヲ要素トスレトモ客觀的ニ到來スヘキコトノ決定セサル事實ト雖モ當事者カ其事實ノ到來シタル時ヲ以テ既ニ存在セル債務ヲ履行スヘキコトヲ約シ而シテ其當事者ノ意思タルヤ右ノ事實到來セサルコト確定シタルトキト雖モ尙此ニ其債務ヲ履行セント欲スルコトアリ此場合ニ於テハ當事者ハ條件ヲ約シタルモノニ非スシテ期限ヲ約シタルモノナリ（東京控民一法律新聞四八〇號一七頁）

五 當事者カ客觀的不確定ノ事實ヲ以テ期限ノ場合ニ於ケル事實ヲ定メタル場合（客觀的不確定ノ事實發生セルトキニ債務ヲ履行スヘキコトヲ約スルモ其約旨ニシテ假令該事實ノ發生セサルトキモ尙ホ債務ヲ履行スルコトヲ要スル場合）ニ於テハ期限附債務ナリトス故ニ其事實發生セサルコト確定シタルトキハ其時ニ於テ期限到來シタルモノト解スルヲ妥當トス（東京控民一、四四年一月二四日判決法律新聞七〇五號二一頁）

判旨各點共ニ至當ナルモノト信ス

（二一）

大審院判決

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

賠償額ノ豫定ハ履行又ハ解除ノ請求ヲ妨ケス

違約金ハ之ヲ賠償額ノ豫定ト推定ス

債務不履行ニ付テノ損害賠償額ヲ豫定スルニ當リテハ一定ノ額ヲ確定セスシテ冤モ利息計算方法ノ如キ算定ノ準據ノミヲ豫定シ債務ノ履行ヲ爲スニ至ル迄ノ期間ニ應シ債務額ニ對スル一定ノ割合ヲ以テ積算スヘキモノト爲スコトヲ得ルモノトス』

【上告論旨】上告人（控訴人）ハ原審ニ於テ甲第一號證ノ契約ハ利息ヲ約シタルモノニシテ違約金ノ契約ヲ爲シタルモノニアラス而シテ使用貸借ニ利息ヲ附スルハ使用貸借

（三六）

ノ本質ニ反スル旨抗辯シタルニ對シ原判決ハ（「前略）本件使用貸借ニ付キ違約金ノ契約アリタルヤ否ヤヲ審究スルニ控訴代理人ハ甲第一號證ヲ否認スレトモ原審證人內山貫一及ヒ乾和之ノ供述ニ依レハ同證（添付ノ委任狀トモ）ノ眞正ニ成立シタルコト蓋シ疑ナシ而シテ右甲第一號證ニ前記證人乾和之ノ（中略）旨ノ供述ヲ參酌スルトキハ訴外內山貫一ハ控訴會社ノ代理人トシテ被控訴人及ヒ兒玉利吉トノ間ニ公債返還ノ延期契約ヲ締結シ其際明治四十一年十一月十五日ノ期限迄公債全部ヲ返還セサルトキハ公債百圓付キ日步五錢ノ割合ノ違約金ヲ支拂フヘク尙ホ其違約金ノ範圍ハ同年八月二十一日以後全部完濟迄ノ期間前記ノ割合ニ應シテ計算シタル額ヲ以テスヘキコトヲ約束シタルモノト認定スルヲ相當トス」ト說明シ甲第一號證ヲ以テ違約金ノ契約ヲ證スルモノト認定セラレタリ然レトモ右甲第一號證ヲ閱スルニ「明治四十一年一月十日付證券使用貸借證書ニ基ク特別五步利公債證券額面壹萬五千五百圓也（略ス）返濟期日來ル十一月十五日迄延期被下候ニ付テハ同期日前ニ於テ無間違御返濟可仕猶利子ハ本年八月二十一日以後ハ日步五錢ノ割合ニテ御支拂可申候」云云トアリ卽チ「利子」ト謂ヒ又「日步」ト稱スルハ消費貸借ノ利息又ハ手形割引ノ日步タルコトヲ意味スルハ吾人實驗法則ニ照シ極メテ明カニシテ原判決ノ如ク「利子」又ハ日步ノ文詞ヲ解シテ違約金ノ契約ナリト認定スルハ法則ニ反シタル認定ナリト信ス加之甲第一號證ニ依レハ「猶利子ハ本年八月二十一日以後ハ日步五錢ノ計算ニテ御支拂可申候」トアリテ其反面ヨリシテ八月二十一日以前ニモ尙ホ幾干カノ利息ノ定メアリシコトヲ解スルニ充分ナリ然リ而シテ被上告人（被控訴人）カ第一審以來主張スル所ノ事實ニ依レハ被上告人ハ訴外兒玉利吉ト共ニ明治四十一年一月十日使用貸借契約ニ依リ上告人ニ對シ特別

（三七）

五分利公債二萬千百圓ヲ貸渡シ其返還期限ハ同年七月十五日ナリシ處右期日ニ返還ヲ受ケサリシニ付キ更ニ返還期日ヲ同年八月二十日ト定メ同年七月十五日ヨリ返還期日迄株式取引所最高中値ヲ標準トシ金百圓ニ付キ日歩四錢ノ割合ノ違約金（利息）ヲ附スルコト（中略）ヲ約定シ云云トアリテ其七月十五日ヨリ八月二十日ノ返還期日ニ至ル迄ノ日歩カ四錢ナリシコトハ原判決ニ於テ之ヲ認メ居レル所トス然ラハ甲第一號證契約中「八月二十一日以後ハ」ノ文詞ハ其時ヨリ日歩四錢ヲ日歩五錢ニ改ムルノ意味タルヤ明白ナリ而シテ所謂違約金ナルモノハ法律上損害賠償ノ豫定ト推定セラレ（民法第四二〇條）債務者ノ債務履行ヲ確保スル爲メ若シ債務者ニ於テ期限ニ債務ヲ履行セサリシナラハトノ所謂條件附ニテ債務者ヨリ一定ノ金額ヲ給付スヘキ約束ヲ爲スモノナルカ故ニ未タ債務者ノ爲メニ支拂時期到來前即チ債務ノ履行期限以前ニ於テ既ニ或給付義務ヲ約スルカ如キハ違約金ノ性質ト相容レサルモノトス然ルニ本件當事者間ノ契約ニ依レハ被上告人ノ主張自體ニ依ルモ其最初ノ契約ニ於テ上告人カ被上告人ニ公債ヲ返還スルノ期限ハ八月二十日ナリシニモ拘ラス其前七月十五日ヨリ日歩四錢ノ支拂義務ヲ約シ又甲第一號證ノ契約ニ在リテモ同上返還期限ハ十一月十五日ナリシニモ拘ラス八月二十一日ヨリ日歩五錢ヲ支拂フコトヲ約シタルモノニシテ未タ債務者ノ爲メニ履行期限到來前而カモ契約ノ時ヨリ直チニ若クハ契約以前ニ溯リテ一定ノ率ニ依ル金錢支拂義務ヲ約シタルモノニシテ之ヲ違約金ノ契約ナリトスルハ違約金ノ性質ヲ無視シタル違法ノ判斷ナリト信ス況ンヤ最初ノ契約ニ於ケル被上告人ノ主張ニ依ルモ又甲第一號證ノ文詞ニ依ルモ上告人カ履行義務ヲ怠リタラハト云フカ如キ意味ノ記載アルナク單純ニ七月十五日ヨリ若クハ八月二十一日ヨリ

日歩何錢ヲ支拂フ旨ノ約旨タルニ過キサルニ於テナヤ然ルニ原判決カ甲第一號證ノ成立ヲ認メ且ツ被上告人ノ利益ノ爲メ之ヲ援用シナカラ甲第一號證ノ文詞ニ反シ且ツ違約金ノ性質ト相容レサルノ事實ヲ採リテ違約金ノ契約ナリト判斷シ其局上告人ニ不利益ナル判定ヲ與ヘラレタルハ法則ニ違背シ事實ヲ確定シタルモノニシテ破毀セラルヘキモノナリト信ス

【判決理由】當事者ハ債務ノ不履行ニ付キ損害賠償ノ額ヲ豫定スルコトヲ得ヘク違約金ハ之ヲ賠償額ノ豫定ト推定スヘキモノナルヲ以テ違約金支拂ノ債務ハ當事者ノ債務不履行ノ事實ノ發生ニ伴ヒ發生シ未タ債務ノ履行期到來セス從テ不履行ノ事實ノ發生セサル以前ニ於テ違約金支拂債務ノ存立ヲ認ムルハ違約金カ債務不履行ニ因ル損害賠償額ノ豫定ナルノ性質ニ反スルコト明カナリト雖モ原審ハ昔テ斯ル認定ヲ爲シタル事跡ナキハ勿論當事者ハ豫メ賠償金額ヲ確定セスシテ單ニ之カ算定ノ準據ノミヲ豫定シ得ヘク而シテ之カ準據ニ付テハ何等制限ノ存セサルヲ以テ宛モ利息ノ計算ト同一ノ方法ニ依リ現ニ債務ノ履行ヲ爲スニ至ル迄ノ期間ニ應シ債務額ニ對スル一定ノ割合ヲ以テ積算スヘキ方法ヲ定メ得ヘキカ故ニ原審カ甲第一號證ノ文言ヲ證人乾和之ノ證言ニ對照シ甲第一號證中ノ明治四十一年八月二十一日以後債務額ニ對スル日歩五錢ノ割合ヲ以テ計算シ支拂フヘキ旨ノ約旨ヲ以テ違約金ノ定メヲ爲シタルモノナリト認定シタリトテ何等違約金ノ性質ニ反スル不法ノ存スルコトアルナシ上告人ハ右約旨ヲ以テ消費貸借契約ニ於ケル利息ノ計算方法ヲ定メタルモノアリト解シ此見解ニ基キ原審カ履行期到來前ニ於ケル違約金支拂債務ヲ存立ヲ認メタルモノナリト論難シ又甲第一號證中ノ利子日歩等ノ文字ニ拘泥シテ原審ノ事實認定ヲ非

難スルモノニシテ畢竟本論旨ハ原判旨ニ副ハサルカ又ハ原審ノ專權タル事實ノ認定ヲ非難スルニ過キサルモノトス（大審院大正四年（オ）第八〇〇號同年十二月一日民三部横田裁判長大食岩田嘉山三宅各判事判決）

大阪控訴院判決

【關係事項】

上告棄却○原審大阪控訴院○違約損害金請求事件○上告人皇國殖民合資會社訴訟代理人辯護士吉野千代吉被上告人藤井吉次郎

至當ノ判決ナリト信ス之レ蓋シ債務不履行ニ基ク賠償金額ノ算定ノ準據ニ關シテハ法文上何等制限ノ存スルモノナケレハ也

（二二）

四四二 連帶債務者ノ一人カ債務ヲ辨濟シ其他自己ノ出損ヲ以テ共同ノ免責ヲ得タルトキハ他ノ債務者ニ對シ其各自ノ負擔部分ニ付キ求償權ヲ有ス

前項ノ求償ハ辨濟其他免責アリタル日以後ノ法定利息及ヒ避クルコトヲ得サリシ費用其他ノ相當ノ賠償ヲ包含ス

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

五〇一 債權ノ一部ニ付キ代位辨濟アリタルトキハ代位者ハ其辨濟シタル價額ニ應シテ債權者ト共ニ其權利ヲ行フ

前項ノ場合ニ於テ債務ノ不履行ニ因ル契約ノ解除ハ債權者ノミ之ヲ請求スルコトヲ得但代位者ニ其辨濟シタル價額及ヒ利息ヲ償還スルコトヲ要ス

五〇三 代位辨濟ニ因リテ全部ノ辨濟ヲ受ケタル債權者ハ債權ニ關スル證書及ヒ其占有ニ在ル擔保物ヲ代位者ニ交付スルコトヲ要ス

債權ノ一部ニ付キ代位辨濟アリタル場合ニ於テハ債權者ハ債權證書ニ其代位ヲ記入シ且代位者ヲシテ其占有ニ在ル擔保存物ノ保存ヲ監督セシムルコトヲ要ス

連帶債務者ハ辨濟ヲ爲スニ付キ法律上正當ノ利益ヲ有スルモノナルカ故ニ民法第五〇〇條及ヒ第五〇二條ノ規定ニヨリ自己ノ有スル求償權ノ範圍内ニ於テ當

然債權者ニ代位シ其辨濟シタル價額ニ應シテ一切ノ權利ヲ行使シ得ルモノトス」

案スルニ控訴人ハ大正三年十一月二十七日訴外後藤文宸ヨリ同人カ被控訴人及上田菊治郎、木村清吉ノ三名ヲ連帶債務者トシ公證人阿部保治郎役場第一〇五九號抵當權設定金錢貸借公正證書ヲ以テ明治四十三年八月一日菊治郎ノ所有ニ係ル被控訴人主張ノ不動產上ニ順位一番ノ抵當權ヲ設定セシメ其登記ヲ經由シタル上貸付ケタル二千八百圓（期限明治四十四年八月二十五日、利息一箇月八厘毎月二十五日支拂ノ約）ノ抵當債權ヲ讓受ケ抵當權移轉ノ登記ヲ爲シタルコト并ニ其後大正三年十二月二十八日控訴人ニ於テ連帶債務者ノ一人ナル被控訴人ヨリ一部辨濟トシテ金一千五百圓ヲ受領シタル事實ハ雙方ノ爭ナキ所ナリトス、被控訴代理人ハ被控訴人ハ前示債務ニ付何等負擔部分ヲ有セサル連帶債務者ナリト云ヒ控訴代理人ハ右事實ヲ否認スレトモ原審證人上田菊治郎、青木虎之助當審證人木村清吉ノ證言ニヨレハ被控訴人及木村清吉ハ訴外菊治郎カ前記金員ヲ後藤文宸ヨリ借入使用スル際菊治郎ノ依頼ニヨリ同人ノ爲メニ連帶債務ヲ負擔シタルニ止マリ該債務ニ付何等實際上ノ利益ヲ受ケタルニアラス從テ被控訴人及木村清吉ハ負擔部分ナキ連帶債務者ナルモ菊治郎ニ於テ辨濟ヲ爲ササルタメ止ムヲ得ス被控訴人ヨリ前示一千五百圓ノ一部辨濟ヲ爲シタル關係ノモノナルコトヲ認メ得ヘキカ故ニ被控訴人ハ訴外菊治郎ニ對シ民法第四百四十二條ノ規定ニヨリ辨濟シタル金額ノ全部ニ付求償ノ權利ヲ有スルモノナルコト疑ヲ容レス、而シテ連帶債務者ノ爲シタル辨濟ハ債權者ニ對シテハ自己ノ債務ヲ履行シタルニ外ナラスト雖モ、連帶債務者相互ノ關係ヨリ見レハ本件ノ如ク負擔部分ナキ債務者カ他ノ債務者ノ負擔部分ニ付爲シタル辨濟ハ是卽チ他人ノ債務ヲ辨濟シタルモノニシ

テ而カモ連帶債務者ハ辨濟ヲ爲スニ付キ法律上正當ノ利益ヲ有スルモノナルカ故ニ被控訴人ハ民法第五百條及第五百二條ノ規定ニヨリ自己ノ有スル求償權ノ範圍內ニ於テ當然債權者タル控訴人ニ代位シ其ノ辨濟シタル價額ニ應シテ控訴人ト共ニ同人ノ有スル一切ノ權利ヲ行使シ得ルモノト謂ハサルヘカラサルヤ明白ニシテ、連帶債務者ノ負擔部分ノ有無多少ハ債務者間ノ合意若シクハ債務者ノ實際受ケタル利益ノ有無多少ニヨリ定マルヘキ問題ニシテ毫モ債權者ニ關係ヲ有スル問題ニアラサルヲ以テ右ニ反スル見解ニ基キ被控訴人ノ辨濟ニ因ル代位ヲ否定セントスル控訴代理人ノ第一、第二抗辯ハ其理由ナキノミナラス、被控訴人ノ一部辨濟後本件ノ抵當不動產カ賣買ニヨリテ第三者タル中村すがノ所有ニ移轉シタリトスルモ之カ爲メニ被控訴人ノ代位ヲ否定シ若シクハ制限スヘキ法律ノ規定ナキカ故ニ反對ノ見解ニ基ク控訴代理人ノ第三抗辯モ採用ニ由ナキモノトス(大阪控訴大正四年(ネ)第二二三號同五年二月二十九日民三部多喜澤裁判長横田齊藤各判事判決法律新聞第一〇九五號)

【關係事項】

代位辨濟記入及代位登記手續並ニ權利共同行使請求控訴事件○控訴人中邨佐兵衛訴訟代理人辯護士川勝武夫竹田廣助被控訴人林常次郎訴訟代理人辯護士克田佐吉奥平昌洪大鐘彥市

【同趣旨學說】

梅博士

一 「正當ノ利益ヲ有スル」コトノ一條件ヲ具備スルヲ要スルノミ而シテ其適用ハ殆ト總テノ場合ヲ網羅スヘシ先ツ保證人ハ辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スルモノナルコト固ヨリ論ヲ俟タス數人ノ保證人アル場合ニ於テモ連帶債務ナルカ不可分債務ナルカ又ハ特約ニ因リ一人カ全部ノ辨濟ヲ爲シタルトキハ各保證人ハ其全額ヲ辨濟スルニ付キ正當ノ利益ヲ有スルモノナルカ故ニ債權者ニ代位スヘキハ當然ナリ唯以上ノ場合ニ該ラシテ一人カ全部ノ辨濟ヲ爲シタルトキハ其負擔部分以外ニ付テハ債權者ニ代位スヘキニアラス物上保證人モ亦保證人ト同シク辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有ス何トナレハ辨濟ヲ爲ササレハ自己ノ財產ヲ失フヘケレハナリ(法學博士梅謙次郎氏大正二年法政講義錄民法債權五一三頁)

寺井博士

二 法律上ノ代位ハ凡テ辨濟ヲ爲スモノニ許シアラス辨濟ヲ爲スニ付正當ノ利益ヲ有スルモノハ債權者及ヒ債務者ノ意思如何ニ關セス當然債權者ニ代位ス(第五〇〇條)辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スルモノトス第一連帶債務者及ヒ不可分債務者第二保證人第三物上保證人卽チ債務者ノ爲メニ自己ノ財產ヲ擔保ニ供シタルモノ第四擔保財產第三取得者之レ等ノモノカ辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スルコトハ殆ント說明ヲ待タサルコトト考フ(法學博士富井政章氏明治四十五年東大講義謄寫本債權總論二七一頁)

岡松博士

三 「正當ノ利益」法律上當然生スヘキ利益ヲ云フ(故ニ第三者カ辨濟ヲ爲メニ高利ノ債務ヲ辨濟シ爲メニ其利子ノ支拂等ニ付自己ニ累ヲ及ホサルコトナキニ至リタル如キ利益ハ之ヲ正當ノ利益ト云フヲ得ス)例之(一)不可分債務者連帶債務者保證人及自己ノ財產ヲ以テ他人ノ債務ノ擔保ニ供シタル者ノ如キ(二)又ハ物上擔保ノ目的タル動產又ハ不動產ノ第三取得者(是等ノ者ハ辨濟ニ依リ自己モ亦債務ヲ免レ或ハ負擔ヲ免ルルコトヲ得ヘキヲ以テ辨濟ニ依リ正當ノ利益ヲ有ス)ノ如キ又ハ(三)債務者ノ財產差押ヲ防止シ又ハ物上擔保ノ目的タル債務者ノ財產ノ競賣ヲ防止セントスル他ノ債權者(他ノ債權者ハ其競賣カ債務者ノ財產ニ不利益ナル結果ヲ來タシ之レカ爲メ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クルコト能ハサルニ至ルノ虞アルヲ以テ亦辨濟ニ依リ正當ノ利益ヲ有ス)ノ如キ是レナリ(法學博士岡松參太郎氏註釋民法理由三〇七頁)

横田博士

四 連帶債務者ハ債權者ニ對シテハ恰カモ唯一ノ債務者タルカ如ク看做サルルモ其相互ノ間ニ負擔部分ノ定メアリテ各其一部ヲ履行スルノ責ニ任スル場合ニ於テハ全部辨濟ヲ爲シタル債務者ハ自己ノ負擔部分ヲ除キテハ他ノ債務者ニ代リテ辨濟ヲ爲シタルモノニ外ナラスシテ之ヲ辨濟スルニ付キ法律上正當ノ利益ヲ有スルモノナレハ他ノ債務者ニ對シテ求償權ヲ有スルハ勿論此求償權ヲ確保スルノ必要上法律カ辨濟者ニ附與スル所ノ代位權ヲモ享有スヘキハ理ノ當然ナルノミナラス民法第五〇〇條ハ辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者ト規定シ何等ノ區別ヲ設ケサルヲ以テ苟クモ辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者ハ第三者タルト共同債務者タルトニ論ナク債務者ニ對シテ債權者ノ地位ヲ繼承シ其權利ヲ行使スルコトヲ得ルモノト解釋セサルヘカラス(法學博士横田秀雄氏債權總論九一六頁)

石坂博士

五 此ニ所謂ル利害關係ヲ有スル第三者ハ第五〇〇條ノ所謂ル辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者ト同一ノ範圍ニアラス辨濟ヲ爲スニ正當ノ利益ヲ有スル者ノ中ニハ不可分債務者連帶債務者保證人等自ラ債務ヲ負擔スル者ヲモ含ムト雖モ利害關係ヲ有スル第三者ノ中ニハ之ヲ含マス之ニ反シ辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有セサルモ利害關係ヲ有スル者アルヘシ(法學博士石坂音四郎氏日本民法第三編債權第四卷一三八五頁)

【反對學說】

川名博士

求償者ハ債權者カ債務者ニ對シテ有セシ權利ニ代位スル事ヲ得ルヤ否ヤハ我民法ニ於ケル一問題也例ヘハ債權者カ連帶債務ヲ約スルト同時ニ其債權ヲ擔保セシメンカ爲ニ他人ヲシテ抵當權ヲ設定セシメタルトキ若シ求償權者カ債權者ノ權利ニ代位スル

モノトセハ此抵當權ハ當然求償者ノ其求償權ヲ擔保スルコトトナル此問題ヲ決定スルニハ只民法第五〇〇條ノ規定アルノミ同條ニヨレハ辨濟ヲナスニ就キ正當ノ利益ヲ有スル者ハ辨濟ニヨリテ當然債權者ニ代位ストアリ併乍ラ此規定ハ債務者ニ非サルモノカ他人ノ債務ヲ辨濟シタル時ニ適用アルモノナリ自己ノ債務ヲ辨濟シテ代位ト云フ事ノ生ス可キ理由ナシ然ルニ連帶債務者カ其債務ヲ辨濟スルニ當リテハ經濟上或ハ他人ノ債務ヲ辨濟スルコトニナルカモ知レス然レトモ法律上ハ常ニ自己ノ負擔スル債務ヲ辨濟スル也從テ五〇〇條ノ規定ハ適用ナキコトトナル然ラハ求償權者ハ債權者ニ代位スルコト能ハス獨逸民法ハ代位カ必要ナリト認メ獨リ連帶債務者ノ一人カ辨濟ヲ爲シタルトキニ限ラス一般ニ債權者ニ滿足ヲ與ヘタルトキハ債權者ノ有セシ其債權ハ當然ノ滿足ヲ得セシメタルモノニ移轉スト定ム（獨四二六條二項瑞西民法一六八條三項）如斯キ特別ノ規定ナキ我民法ニ於テハ以上ノ如ク解スルノ外ナシト考フ（法學博士川名兼四郎氏債權法要論三三四頁）

【參照學說】

須賀博士

法律上ノ代位辨濟ニ於テハ債務者ノ爲メニ辨濟ヲ爲ス第三者カ辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者ナルコトヲ必要トス即チ辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者カ辨濟ヲ爲シタル場合ニ限リ法律上當然其辨濟者ニ債權者ノ權利ヲ移轉セシムルナリ辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者トハ保證人物上保證人擔保財產ノ第三取得者ノ如キ債務者ノ爲メニ辨濟ヲ爲スニ依リ法律上當然自己モ亦其利益ヲ受クヘキ地位ニアル者ヲ謂フ（法學士須賀喜三郎氏明大講義錄合本債權法總論三五〇頁）

【同趣旨判例】

東京地方裁判所

一　連帶債務者ノ一人カ債務ヲ辨濟シタルトキハ其求償權ノ範圍內ニ於テ債權ノ效力トシテ其債權者ノ有セシ一切ノ權利ヲ他ノ債務者ニ對シテ行使シ得ルカ故ニ連帶債務者カ債務ヲ辨濟セサルトキハ直ニ强制執行ヲ受クルモ異議ナキコトヲ公正證書ニヨリテ債權者ニ特約シタルトキハ辨濟ヲ爲シタル債務者ハ他ノ債務者ニ對シ有公正證書ノ特約ニ基キ强制執行ヲ爲スコトヲ得ルモノトス（東京地方裁判所判決法律新聞第三一八號一〇頁）

東京控訴院

二　連帶債務者ハ法定ノ代位辨濟者タルコトヲ得ストノ說アルモ連帶債務者間ニ分擔額ノ定メアリ其他ノ債務者ノ負擔部分ノ辨濟ニ付テハ當然代位權ヲ享有ストノ事ハ通說タルヲ以テ之ヲ妥當トス（東京控訴院判決法律新聞第八三一號六八五頁）

至當ノ見解ナリト信ス蓋シ連帶債務者ニ對シテハ全部辨濟ノ義務ヲ負擔スルモ各債務者間ニ在リテハ一定ノ負擔部分アリ既ニ求償權ノ行使ヲ認ムル以上ハ全然債權者トノ關係ヲ離レタル代位關係ニ於テ第三者ト何等區別スル必要ナク又之カ爲メニ債務者ノ利益ニ消長ヲ來スコトナケレハナリ（本書第一卷民法一五八

東京地方裁判所判決

頁五〇二頁第三卷民訴六九頁參照）

（二三）

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

七〇五　債務ノ辨濟トシテ給付ヲ爲シタル者カ其當時債務ノ存立セサルコトヲ知リタルトキハ其給付シタルモノノ返還ヲ請求スルコトヲ得ス

鐵道營業法一八　旅客鐵道係員ノ請求アリタルトキハ何時ニテモ乘車券ヲ呈示シ檢査ヲ受クヘシ

有效ノ乘車券ヲ所持セス又ハ乘車券ノ檢査ヲ拒ミ又ハ取集ノ際之ヲ渡ササル者ハ鐵道運輸規定ノ定ムル所ニ依リ割增賃金ヲ支拂フヘシ

前項ノ場合ニ於テ乘車停車場不明ナルトキハ其ノ列車ノ出發停車場ヨリ運賃ヲ計算ス乘車等級不明ナルトキハ其ノ列車ノ最後第二級ニ依リ運賃ヲ計算ス

鐵道運輸規定二三第一項　乘車券ヲ所持セス又ハ無效ノ乘車券ヲ以テ乘車シ若ハ檢査ノ際乘車券ノ呈示ヲ拒ミ又ハ取集ノ際之ヲ渡ササル旅客ニ對シ鐵道ハ普通運賃二倍以內ノ割增運賃ヲ請求スルコトヲ得

鐵道營業法第一八條第三項ハ乘車停車場ヲ認メ得サルカ爲メ同條第二項鐵道運輸規定第二三條第一項ノ定ムル所ニ依リ割增運賃ヲ算定スルコトヲ得サル場合ノ處置トシテ設ケタル便宜規定タルニ過キスシテ乘車停車場ニ關スル事實證明ノ資料即チ當該事實認定ノ資料マテ制限セントシタル者ニ非サルモノトス故ニ乘車停車場ノ明不明ハ乘車券ヲ所持セサル事ヲ發見シ若クハ乘車券ノ檢査ヲ拒ミ又ハ其取集ニ應セサリシ當時ノ狀況ノミヲ資料トシテ判定スヘキモノニ非ス」非債辨濟ノ返還ヲ求ムルコトヲ得サルカ爲メニハ債務ノ存在セサルコトヲ知レルノミナラス其債務ノ辨濟トシテ給付ヲ爲シタルコトヲ要スルヲ以テ取戻ヲ後

日ニ期シテ割増運賃ノ支拂ヲ爲シタルカ如キ場合ヲ含マサルモノトス」

按スルニ控訴人カ大正三年七月二十一日朝乘車券ヲ所持セスシテ被控訴人經營ノ鐵道ナル横濱停車場發上リ列車二等客車ニ投乘シ新橋停車場ニ下車シタルコト其際被控訴人ノ鐵道係員ハ控訴人カ大森停車場ヨリ右列車ニ投乘シタルモノナル旨ヲ告ケ訴外堀江專一郎モ亦控訴人ノ爲メニ其旨陳辯シタルニ拘ラス其乘車停車場ヲ不明ナリトシ割増運賃トシテ右横濱停車場ヨリノ運賃ノ倍額金九十三錢ノ支拂ヲ要求シ控訴人ヨリ之ヲ受領シタルコト及ヒ横濱停車場ヨリ大森停車場マテノ割増運賃ハ金六十錢ニシテ大森停車場ヨリ新橋停車場マテノ割増運賃ハ金三十三錢ナルコトニ付キテハ當事者間ニ爭ナキ所ナルヲ以テ控訴人ノ乘車シタル停車場如何ヲ按スルニ原審證人堀江專一郎ノ證言ニ依レハ控訴人ハ右係員ニ對シテ陳辯シタルカ如ク大森停車場ヨリ右列車ニ投乘シタル者ナルコトヲ認メ得ヘク被控訴人ノ舉ケタル證據ニ依リテハ右認定ヲ覆ヘシ難シ被控訴人ハ右乘車停車場ニ關スル事實認定ノ點ニ付キ鐵道營業法第一八條第三項ニ所謂乘車停車場不明ナリヤ否ヤノ事實ハ鐵道係員ニ於テ乘車券ヲ所持セサルコトヲ發見シ若シクハ旅客カ乘車券ノ檢査ヲ拒ミ又ハ乘車券ノ取集ニ應セサリシ時ノ狀況ニ就キテ之ヲ判定スルコトヲ要スル者ナル旨主張スルヲ以テ此見解ノ當否ニ付キ按スルニ鐵道營業法第一八條第二項及鐵道運輸規程第二三條第一項ノ規定ト鐵道營業法第三項ノ規定トヲ對照シテ考フレハ元來法ハ鐵道保護ノ爲メ乘車券ヲ所持セスシテ乘車シタリト云フカ如キ懈怠アル旅客ニ對シテハ鐵道ヲシテ割増運賃トシテ普通運賃即チ其乘車部分ニ對スル鐵道規定ノ運賃ノ倍額マテヲ請求スルコトヲ得セシメタルモ何レノ停車場ヨリ乘車シタルカノ事實ヲ認メ得サル

場合ノ如キハ右ニ依リ割増運賃ノ數額ヲ算定シ得サルノ筋合ナルヲ以テ法ハ右鐵道營業法第一八條第三項ノ規定ヲ設ケ以テ斯ル場合ニ處スヘキ途ヲ開キタルモノト謂フヘク同條項ニ所謂「乘車停車場不明ナルトキ」トハ畢竟何レノ停車場ヨリ乘車シタルモノナルカノ事實ヲ判定シ得サル場合ヲ指稱セルニ外ナラスト謂フヘキナリ從ツテ鐵道カ乘車停車場ヲ不明トナシ之ニ關スル旅客ノ主張ヲ爭フ場合ニ於テ旅客ノ主張ヲ認定スルニ足ルヘキ證據ナキトキハ其乘車停車場ヲ不明ト爲ササルヲ得スト雖モ同條項ハ右ノ如ク乘車停車場ヲ認メ得サルカ爲メ同條第二項鐵道運輸規定第二三條第一項ノ定ムル所ニ依リ割増運賃ヲ算定スルコトヲ得サル場合ノ處置トシテ設ケタル便宜規定タルニ過キスシテ乘車停車場ニ關スル事實證明ノ資料他面ヨリ言ヘハ該事實認定ノ資料マテ制限セントシタルモノニアラサルカ故ニ乘車停車場ノ明不明ハ乘車券ヲ所持セサルコトヲ發見シ若クハ乘車券ノ檢査ヲ拒ミ又ハ其取集ニ應セサリシ當時ノ狀況ノミヲ資料トシテ判定スヘキモノト爲スカ如キ見解ハ之ヲ採用スルニ由ナキモノトス果シテ然ラハ縱令被控訴人主張ノ如ク被控訴人ノ鐵道係員カ控訴人ノ乘車券ヲ所持セサルコトヲ發見シタル當時ノ狀況ノミニ就キテ之ヲ見レハ其乘車停車場ヲ認定シ難キモノトスルモ前示ノ如ク其乘車停車場ノ大森停車場ナルコトヲ認定シ得ル以上之ヲ不明ト爲スコトヲ得サルヘク控訴人ハ右大森停車場ヨリ割増運賃金三十三錢ヲ支拂フヲ以テ足レルモノナルコト亦明カナルヘキカ故ニ控訴人ノ支拂ヒタル其餘ノ金格六十錢ハ被控訴人ノ不當ニ利得シタルモノト謂ハサルヲ得ス、此ノ點ニ付キ被控訴人ハ控訴人ハ右ノ支拂ヲ爲シタル當時之ヲ支拂フヘキ債務ノ存在セサルコトヲ知リ居タルモノナレハ之カ返還ヲ請求スルコトヲ得サルモノナル旨抗

東京控訴院

爭スト雖モ民法第七〇五條ノ規定ニ依レハ「非債辨濟ノ返還ヲ求ムルコトヲ得サルカ爲メニハ」債務ノ存在セサルコトヲ知レルノミナラス其債務ノ辨濟トシテ給付ヲ爲シタルコトヲ要スルモノナルカ故ニ其給付ハ無條件換言スレハ「相手方ナシテ其給付ノ目的タル利益ヲ完全ニ取得セシムルノ意思ヲ以テ給付シタルコトヲ要スルモノト謂ハサルヘカラス」然ルニ被控訴人ノ自認スル所ニ依レハ控訴人ハ「取戻ヲ後日ニ期シテ前記割增運賃ノ支拂ヲ爲シタルモノナレハ」其支拂ハ無條件ニ爲サレタルモノト謂フコトヲ得サルカ故ニ縱令控訴人カ右ノ支拂義務ナキコトヲ知リ居タリトスルモ民法第七〇五條ノ適用ニ依リ其返還ヲ求ムルコトヲ得スト論スヘキニアラサルナリ依ツテ右被控訴人ノ抗辯ヲ排斥ス然レハ被控訴人ハ控訴人ニ對シ其ノ不當ニ利得シタル前記金六十錢ヲ返還スヘキ義務アルコト明カナリ(東京地方大正三年レ第三〇五號同四年六月八日民五部河邊裁判長下田鹽澤各判事判決)

【關係事項】

不當利得返還請求事件○控訴人田坂貞雄訴訟代理人辯護士吉田三市郎被控訴人國代表者中原東吉

【後項同趣旨判例】

債務ノ不存在ヲ知ルニ拘ハラス其辨濟トシテ給付ヲ爲シタルトキハ之カ返還ヲ請求スルコトヲ得スト爲シタルハ常ニ贈與成立シタルカ爲メナリトノ解釋ハ穩當ナラス第一ニ給付者カ給付當時債務ノ不存在ヲ知ルコトヲ要シ(債務ノ存在ニ付キ疑ヲ懷クニ過キサルトキハ未タ債務ノ不存在ヲ知ルモノト云フヘカラス)第二ニ其給付カ給付者ノ任意ニ出テタルコトヲ要ス給付者カ債務ノ辨濟ニヨリ不存在トナレルヲ知レルモ辨濟ヲ證明スルコト能ハサルカ爲メ裁判上ノ訴追及ヒ强制執行ヲ受クルノ虞アリテ其不利益ヲ避クル爲メ餘儀ナク給付ヲ爲シタルカ如キハ未タ任意ニ給付シタルモノト云フヘカラス即チ玆ニ任意ニ非スト云フハ給付者カ脅迫若クハ强制ニヨリ其自由意思ヲ抑制セラレタル場合ニ止マラサルナリ蓋シ給付者ニ於テ債務ノ不存在ヲ知ラサリシコトヲ立證スル責任ナク相手方ニ於テ給付者カ給付當時債務ノ不存在ヲ知リシコトヲ立證スルニ非サレハ給付者ハ第七百五條ノ適用ヲ受ケスシテ返還請求權ヲ拒絕セラレサルノ法意ナリ(東京控訴院判決法律新聞第五〇七號二二頁)

(四八)

大審院判決

判旨各點共ニ至當ナリト信ス今後段ノ場合ヲ接スルニ第七〇五條ノ法旨ハ債務ノ存在セサルコトヲ知リテ給付ヲ爲シタル者ハ自己ノ財產業務ニ因リ他人カ利益ヲ享受スルコトヲ認諾シタルモノニ外ナラスト推定セルモノナルヲ以テ事案ノ場合卽チ後日取戻ヲ爲ス可キ旨ヲ豫メ通告シテ爲シタル金錢ノ支拂カ第七〇五條ノ適用圈外ニ在ルハ多言ヲ要セスシテ明ナルヘシ

(二四)

四八二 債務者カ債權者ノ承諾ヲ以テ其負擔シタル給付ニ代ヘテ他ノ給付ヲ爲シタルトキハ其給付ハ辨濟ト同一ノ效力ヲ有ス

代物辨濟ハ辨濟ノ如ク給付行爲ニ依ル債務ノ內容ノ實現ニ非スシテ本來ノ給付ニ代リ他ノ給付ヲ爲スト同時ニ之ニ依リ債權ヲ消滅セシムル契約ナリ』

代物辨濟ハ當事者ノ契約ノ效力ニ外ナラサルヲ以テ當事者ハ後日ニ至リ反對契約ヲ以テ其效力ヲ動カスコトハ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反セサル限リ敢テ妨ケナキモノトス』

原裁判所ノ確定シタル事實ニ依レハ係爭債權ノ讓渡ハ上告人カ淺野與吉ニ對シ有シタル一千餘圓ノ債權ノ一部辨濟ニ充テ之ヲ爲シタルモノニシテ則チ代物辨濟ナリ然ルニ代物辨濟ハ辨濟ノ如ク給付行爲ニ依ル債務ノ內容ノ實現ニ非スシテ本來ノ給付ニ代リ他ノ給付ヲ爲スト同時ニ之ニ依リ　ヲ消滅セシムル契約ナリ債務ノ內容ノ實現ハ當事者ノ意思表示ニ基キ其效力ヲ有スルモノニ非サルヲ以テ後日ニ至リ契約

(四九)

チ以テ其實現ナカリシモノト爲サゾトスルモ當事者ノ得テ能クスヘキ所ニアラサレトモ代物辨濟ハ當事者ノ契約ノ效力ニ外ナラサルヲ以テ當事者ハ後日ニ至リ反對契約ヲ以テ其效力ヲ動カスコトハ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反セサル限リ敢テ妨アルコトナシ上告論旨ハ畢竟代物辨濟ヲ辨濟ト同視シタル誤謬ニ基クモノナリ（大院大正四年（オ）第六七一號同年十一月二十日民三部横田裁判長大倉鈴木嘉山三宅各判事判決）

【關係事項】

上告棄却○原審札幌地方裁判所○貸金請求事件○上告人粟屋しず江被上告人河合迪

【第二點參照學說】

石阪博士

一　債權ハ一旦消滅シタル後ニアリテハ契約ヲ以テ再ヒ之ヲ復活セシムルコトヲ得ス故ニ債權カ全然消滅セル場合ニハ當事者ハ同一ノ內容ヲ有スル新ナル債權ヲ發生セシムルコトヲ得ヘシト雖モ舊債權其モノニアラス從テ舊債權ニ附從スル擔保ハ存續スルコトナシ（法學博士石阪晉四郎氏日本民法債權第四卷一三六三頁）

川名博士

二　己ニ消滅シタル債權ハ如何ニスルモ再ヒ之ヲ蘇生セシムル能ハサルモノトス固ヨリ債權者ト債務者トカ外見上既ニ消滅シタル債權ヲ蘇生セシムヘキ契約ヲ爲スコトハ勿論可能ナラン然レトモ之ハ舊債權ヲ蘇生セシムルニハ非スシテ新ナル契約ヲ爲スモノ也只其契約ノ內容ヲ定ムルニ當リテ舊債權ノ內容ヲ借用シタルニ過キス故ニ新債權ニツイテハ勿論舊債權ニツイテ存セシ擔保權繼續スルコトナシ（法學博士川名兼四郎氏債權法要論四八五頁）

判旨ハ之ヲ首肯スルコトヲ得ス之レ蓋シ（一）第一ニ代物辨濟ノ效力ハ後日ニ至リ當事者間ノ反對契約ヲ以テ之ヲ動カシ得ヘキヤ否ヤ判決ハ其根據ヲ代物辨濟ハ當事者間ノ契約ノ效力ナリトノ單純ナル名題ニ求メ直ニ之ヲ肯定シタリ然レトモ如斯ハ誤謬ナリト信ス蓋シ代物辨濟ハ債權消滅ノ一原因タリ果シテ然ラハ債權カ一旦消滅シタル後ニ於テ當事者間ノ契約ヲ以テ之ヲ復活セシムルコト能ハ

サルハ恰モ死者ニ對シ如何ニ良藥ヲ注入スルモ再ヒ之ヲ蘇生セシムル能ハサルニ等シ判決カ以テ其效力ヲ變更セシムルヲ得ト謂フハ唯一ノ假想ニ過キスシテ絕對的ニ不能ナリト論定セサル可カラス事案ノ場合ニ於テハ舊債權ノ蘇生ニ非スシテ新債權ノ發生ニ過キサルナリ

（二）當判決ハ辨濟ト代物辨濟トヲ區別シテ論結ヲ爲セルモ吾人ハ其理由ノ奈邊ニ存スルヤヲ疑フモノナリ勿論判旨ノ如ク兩者其本質ヲ異ニスルハ絮說ヲ要セサルモ其效力ノ點ニ於テハ全然同斷ナリ（民四八二）問題ハ當該效力ヲ變更シ得ヘキヤ否ヤニ在ルナリ果シテ然ラハ此點ニ付テハ兩者反對ノ論結ヲ爲スヘキ理由ナキコト炳トシテ瞭ナリト謂ハサル可カラス從ツテ吾人ハ此點ニ於テモ判例ニ贊同ノ意ヲ表スル能ハサルナリ

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

不動產登記法**二**　假登記ハ左ノ場合ニ於テ之ヲ爲ス

一　登記ノ申請ニ必要ナル手續上ノ條件カ具備セサルトキ

二　前條ニ揭ケタル權利ノ設定移轉變更又ハ消滅ノ請求權ヲ保全セントスルトキ

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

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

同**一一七**　抵當權ノ設定ノ登記ヲ申請スル場合ニ於テハ申請書ニ債權額ヲ記載シ若シ登記原因ニ辨濟期ノ定アルトキ利息ニ關スル定アルトキ其發生期若クハ支拂時期ノ定アルトキ債權ニ條件ヲ附シタルトキ又ハ民法第三百七十條

但書ノ定アルトキハ之ヲ記載スルコトヲ要ス

根抵當設定契約ニ因リ抵當權ヲ設定シタル場合ニ其抵當權ノ根抵當權ナルコトヲ以テ第三者ニ對抗スルニハ其登記ニ登記原因トシテ根抵當設定契約ノ記載アルヲ要スルモノトス

根抵當設定契約ニ因リ抵當權ヲ設定シタル場合ニ其抵當權ノ根抵當權ナルコトヲ以テ第三者ニ對抗スルニハ其登記ニ登記原因トシテ根抵當設定契約ノ記載アルヲ要スヽ若シ然ラスシテ單純ナル抵當權設定契約ヲ以テ登記原因トシタルトキハ其登記ハ根抵當權設定ノ登記タルノ效ヲ有セス原裁判所カ此見解ノ下ニ上告人ハ其抵當權ノ根抵當權ナルコトヲ以テ被上告人ニ對抗スルコトヲ得サル旨判示シタルハ正當ナリ

（大審院大正四年（オ）第六六〇號同年十二月三日民一部田部裁判長大倉榊原尾古岩田各判事判決）

【關係事項】

上告棄却○原審神戸地方裁判所○不動產競賣取下並抵當權設定登記抹消請求事件○上告人株式會社東條銀行訴訟代理人辯護士阿保淺次郎被上告人藤本すみ外一名

【參照學說】

梅博士

一　根抵當カ抵當權又ハ不動產質テアル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ヲ得ヌノテアル而シテ此場合ニハ假登記ノ方法ニ由ルヘキコトハ不動產登記法第二條第二號第二項ノ規定ニ依ツテ明カテアルト思フ即チ根抵當權設定契約（大抵信用契約ノ一部）ヨリ與信用者ノ爲メニ抵當權又ハ質權ノ設定ノ請求權カ生スルノテアルカ其請求權ハ停止條件付テアルカラ右ノ規定ニ該當スルノテアル併シ假登記ヲ爲シタル後條件カ成就シテ本登記ヲ爲セハ其順位ハ假登記ノ順位ニ依ルノテアル而シテ本登記ハ何時之ヲ爲スモ可ナルモノニシテ結局其抵當權ヲ實行シヤウト思フ時ニ之ヲ爲セハ可ナルコトト爲ルノテアル（法學博士梅謙次郎氏法律新聞第五五號）

富井博士

二　條件附設定說ハ根抵當ヲ以テ將來ノ債權ノ爲メニ擔保權ヲ設定スルモノト爲スコトニ付キ前說ト見解ヲ一ニス唯假ニモ擔保權カ之ニ先チテ發生スルモノト爲ササルノミ又前說ト其結果ニ於テモ大差アルコトナシ即チ擔保權ハ即時ニ發生セサルモ受信者ニ於テ其目的物ヲ他人ニ讓渡シ又ハ其物ノ上ニ先順位ノ擔保權ヲ設定スル危險ナキナリ蓋根抵當ノ目的物カ動產ナルトキハ受信者ハ必ス相手方ニ其占有ヲ移スヘキカ故ニ爾後其動產ニ付キ與信者ニ對抗スルコトヲ得ヘキ權利ヲ第三者ニ取得セシムルコトヲ得ス又不動產ニ在リテハ與信者ハ假登記ニ依リテ其權利ヲ保全スルコトヲ得ヘキカ故ニ擔保ヲ失フニ至ル危險毫モ之ナキモノトス（登二條二號二項、七條二項）唯前說ト相異ナル所ハ設定ノ時ヨリ本登記ヲ爲スコトヲ得サルニ在リ但實際ニ於テハ上述セル第三說ニ基キ直ニ本登記ヲ爲スコトヲ得ルモノトスル如シ余輩ハ主トシテ此點ニ於テ前示獨民法條文ノ如キ規定ナキヲ遺憾トスル者ナリ（法學博士富井政章氏民法原論四六一頁）

中島博士

三　根抵當ハ將來ノ債務ニ對スル現在ノ抵當權ナリ此ノ故ニ其登記ハ一般ノ原則ニヨリテ本登記ヲ爲スヘキモノニシテ假登記ヲ爲スヘカラス抑モ假登記ハ登記法第二條ニヨリ之レヲ爲ス可キモノナリ而シテ其第一號ハ既成物權ニ付之ヲ爲シ第二號ハ物權變動ヲ目的トナス債權ニ付爲ス可キモノナリ即チ此場合ニ就テ云ヘハ抵當權ヲ設定ス可キ債務カ存スルナラハ其債務ノ登記ハ假登記ニヨルヘキモノナリ然ルニ根抵當ノ場合ニ於テハ抵當權ハ即時ニ設定セラルルモノニシテ何人モ將來ニ於テ抵當權ヲ負擔スルコトナシ故ニ假登記ヲ許ササルナリ（前揭明治三十五年一月二十七日大審院判決同論梅博士前揭富井博士前揭カ假登記ヲ爲スヘキモノトスルハ誤ナリ）（法學博士中島玉吉氏法學協會雜誌第三卷第三號三二頁）

【參照判例】

大審院民刑局

一　根抵當ハ之ヲ登記スルトキハ其登記ノ日ヲ以テ債權者ノ順位ヲ定ムルモノトス（大審院民事判決例三五年、一二七頁）

二　當事者カ信用契約ヲ爲シタル場合ニ於テ其信用契約ニ基キテ爲ス所ノ取引ハ畢竟信用契約ノ信用ニ外ナラスシテ其個々ノ取引ヲ以テ各獨立シタル消費貸借ト見ルヘキモノニアラス而シテ所謂根抵當ハ信用契約ニ付テ之ヲ改定スルモノニシテ信用契約ノ成立ト同時ニ其效力ヲ生スルヲ以テ根抵當ノミニ付テモ一般抵當ト同シク本登記ヲ爲スヘキモノトス（民刑局回答法曹記事第九八號四七頁）

判旨ハ至當ノ見解ナリ蓋シ(一)前提トシテ根抵當ハ我民法上有效ナリヤ否之ヲ肯定シ得ヘキトセハ其法律的釋明ハ之ヲ如何ニスヘキヤ前者ニ就テハ學說判例歸一セルモ後段ニ關シテハ我民法上一大疑問タルヲ失ハス或ハ信用債務擔保ノ理ヲ以テ說カントスル者アリ然レトモ本說ハ一ノ架想ニ過キス之レ蓋シ信用債務ハ如何ナル本體ヲ有スヘキヤ明ナラサレハナリ或ハ條件附債務擔保說ヲ主張ス

ル者アルモ正確ナリト云フヲ得ス之レ蓋シ根抵當ノ場合ニ於テハ其擔保スヘキ債權ノ發因タル法律行爲ハ未タ成立セス從テ其效果タル消費貸借上ノ債務ハ條付附ニテモ發生シタルモノト謂フ能ハサレハ也吾人ハ根抵當ハ將來ノ債權ノ爲メニ設定セル擔保權ナリトノ說ヲ正當ト信スルモノナリ詳言スレハ擔保權ハ債權ニ先チテ發生スルコトヲ得而シテ將來ノ債權ニ付之ヲ設定スルモ何等其從タル性質ト相抵觸スル所ナシ之レ擔保權ハ從タル權利ナリトハ唯債權ノ爲メニ存在シ之ト運命ヲ共ニスルコトヲ謂フニ過キス此圈外ニ於テハ獨立ノ作用ヲ有スルモノニシテ債權ニ先チテ發生スルコトモ亦此根據ニ基クモノナリ（二）果シテ然リトセハ其當然ノ結果設定ノ時ヨリ本登記ヲ爲スヲ得ヘシ之レ條件附設定說ト異ル點ナリトス論者或ハ根抵當ノ本質ヲ解スルニ將來ノ債權擔保說ヲ採リ乍ラ而モ不動產登記法第二條第二號第二項ヲ根據トシテ假登記說ヲ主張スルモノアリ否ナリ（イ）根抵當ノ如キ初メヨリ登記ノ申請ニ必要ナル手續上ノ條件ニ何等欠缺スル所ナク（ロ）加之根抵當ノ場合ニ於テハ抵當權ハ卽時ニ設定セラルルモノニシテ何人モ將來ニ於テ抵當權ヲ設定スヘキ債務ヲ負擔スルコトナシ故ニ假登記說ハ斷シテ不可ナリ、（三）本登記ヲ爲ス可シトシテ單純ニ抵當權設定契約ヲ以テ登記原因トナスモ可ナルヤ否ヤヲ檢スルニ大體二說ニ岐ル反對論ハ不動產登記法上此方法ニヨル以外ノ方法ナシト謂フニアルモ否ナリ蓋シ（イ）不動產登記法

（五四）

第一一七條ニ抵當權設定ノ登記申請ノ場合ニ於テ其債權ノ條件ヲ附シタルトキハ之ヲ申請書ニ記載スルコトヲ必要トストアルニ徵シ（ロ）尙登記法第五十條第二項ニ照スモ根抵當設定契約ニ因リ抵當權ヲ設定シタル場合ニ於テ其抵當權ノ根抵當權ナルコトヲ以テ第三者ニ對抗スルニハ登記原因トシテ根抵當設定契約ノ記載アルコトヲ要スト解セサル可カラス（ハ）況ンヤ根抵當ト單純ナル抵當權トハ其抵當權ノ內容ヲ異ニスルニ於テヲヤ

（五五）

（二六）

一四五 時效ハ當事者カ之ヲ援用スルニ非レハ裁判所之ニ依リテ裁判ヲ爲スコトヲ得ス

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

保證人ハ時效ヲ援用スルニ付キ直接ノ利益ヲ有シ其當事者ナルヲ以テ保證人ニ於テ時效ヲ援用スル以上ハ假令主タル債務者ニ於テ之ヲ援用セサルモ債務ハ時效ノ完成シタルトキ消滅スヘキヲ以テ保證人ハ之ニ依リテ保證債務ヲ免ルルモノトス』

「主タル債務カ時效ニ依リテ消滅スルトキハ保證債務モ亦消滅スヘキモノナレハ保證人ハ時效ヲ援用スルニ付テ直接ノ利益ヲ有シ其當事者ナルコト疑ヲ容レス」果シテ然ラハ保證人ニ於テ時效ヲ援用スル以上ハ假令主タル債務者カ他ノ訴訟ニ於テ之ヲ援用セサルモ債務ハ時效ノ完成シタルトキ消滅スヘキヲ以テ保證人ハ之ニ依リテ保證債務ヲ免カルヘキモノトス然ルニ原審カ本件預金ニ關スル被上告人並ニ主債務者小

池權兵衛間ノ別訴訟ニ於テ主債務者カ時效ヲ援用セサリシコトヲ認メ其之ヲ援用セサリシ理由ヲ說明スルニ當リ何等ノ證據ヲ擧示スルコトナク漫然當時右預金債務ハ債權者ノ請求若クハ債務者ノ承認等ノ事由ニ由リ時效ノ中斷セラレタル爲メナリト爲シ保證人タル上告人ノ時效完成ノ抗辯ヲ排斥シタルハ理由不備ノ不法アル判決ニシテ破毀スヘキモノトス（大審院大正三年（オ）第五九七號同四年十二月十一日民三部橫田裁判長大倉岩田嘉山三宅各判事判決）

【關係事項】

破毀差戻○原審長野地方裁判所○保證債務履行請求事件○上告人小池政之烝訴訟代理人辯護士小木曾庄吉被上告人石井命一郎訴代理人辯護士遠藤直一郎

【同趣旨學說】

富井博士

一　時效ヲ援用スルコトヲ得ル者ハ法文ニ當事者トアリ故ニ時效ニ因リテ權利ヲ得又ハ義務ヲ免ルヘキ者及ヒ其代理人ハ勿論其承繼人モ亦承繼人トシテ此權利ヲ有スルモノト解スヘシ保證人ハ保證債務ノ性質上廣義ニ於ケル承繼人トシテ時效ノ援用ヲ爲スコトヲ得ルモノナルヘシ（法學博士富井政章氏民法原論第一編總論五五頁）

岡本博士

二　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即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（法學博士岡松參太郎氏民法理由上三七一項）

平沼博士

三　時效ハ不利益ヲ受クヘキ者ニ於テ援用スヘキナリ第百四十五條ニ當事者トアルハ利益ヲ受クヘキ當事者ト爲スヲ至當トス當事者ノ代理人承繼人（保證人ヲ含ム）モ亦援用スルコトヲ得（法學博士平沼騏一郎氏民法總論六九三頁）

鳩山學士

四　時效ニ因リ利益ヲ受クヘキ人ニハ主タル利益ヲ受ク可キ人ト從タル利益ヲ受クヘキ人ト在リ……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稱スルコトヲ得ヘシ本條ニ當事者トハ之ヲ包含スヘキ乎民法ハ唯タ連帶債務者及連帶保證債務者ニ付テノミ規定ヲ設ケ是等ノ者モ亦之ヲ當事者ノ中ニ包含セリ其他ニ付テハ明文ナケレハ疑ナキニ非スト雖モ時效ノ當事者ト言フハ時效ニ因リ直接ニ權利ヲ取得シ又ハ義務ヲ免ル可キ人ナルコトヲ要ス保證人ハ主タル債務ノ不履行ノ場合ニ付テノミ履行ノ責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羅リタルトキハ其當然ノ結果トシテ其責ヲ負フ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（法學博士鳩山秀夫氏註釋民法全書法律行爲乃至時效六一〇頁）

嘉山學士

五　時效ヲ援用スヘキ者ハ其當事者ナリ時效ノ當事者トハ時效ニヨリ直接ニ權利ヲ取得シ又ハ義務ヲ免ルルモノ換言スレハ時效ニヨリ直接ニ利益ヲ受クヘキ者ヲ指シ之ニヨリ不利益ヲ被ルヘキモノヲ含マス又直接ニ利益ヲ受クヘキ者ニ限リ間接ニ利益ヲ受クヘキ者ニ及ハス……單純ノ保證人ニ付テハ明文ナキモ保證人ノ債務ハ主タル債務ヲ履行スヘキ債務ナレハ主タル債務カ時效ニ罹リタルトキハ保證人ハ直接ニ時效ノ利益ヲ受クル者ニシテ從ツテ時效ヲ援用スルコトヲ得ヘシ（法學博士嘉山幹一氏中央大學講義民法總則下四一六頁以下要領）

【反對學說】

中島博士

時效ノ當事者ハ如何ナル人カ曰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謂フ取得時效ニ於テハ占有者ヲ意味シ債權ノ消滅時效ニ付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ヘキモノ例ヘハ取消シ得ヘキ行爲ノ相手方又ハ解除セラルヘキ契約ノ相手方ヲ意味ス……時效ニ因リ間接ノ利益ヲ受クヘ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フ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ヘ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（法學博士中島玉吉氏民法釋義卷之一、八〇五頁）

【同趣旨判例】

大審院

一　保證人ハ民法第一四五條ニ所謂當事者トシテ主タル債務ノ時效ヲ援用スルコトヲ得ヘキモノトス（大審院民事第一部判決本書第四卷民法七七八頁）

長崎控訴院

二　民法第一四五條ニ所謂當事者トハ時效ノ援用ニ依リ直接ニ權利ヲ得義務ヲ免ルルヲ指稱スルモノトス而シテ保證人ハ主タル債務ニ關スル消滅時效ヲ援用スルニ依リテ直接ニ其債務ヲ免ルルコトヲ得ヘキニ由リ所謂當事者ニ該當シ主タル債務ノ消滅時效ヲ援用スルコトヲ得ルモノトス（長崎控訴院判決本書第二卷民法八〇七頁）

東京控訴院

三　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（東京控訴院民三部判決本書第二卷民法二五六頁）

宮城控訴院

【反對判例】

民法一四五條ノ時效援用ハ其時效ニ因リテ直接ニ利益ヲ受クヘキモノニ限ラル故ニ主タル債務ニ付テハ之カ保證人ハ所謂當事

者ニ該當セサルヲ以テ時效ヲ援用スルコトヲ得ス（宮城控訴院民事部判決判例彙報七卷一九八頁）

【參照判例】

民法第一四五條ニ所謂當事者トハ時效ニ因リ直接ニ利益ヲ受クヘ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）

我民法上保證人ハ第一四五條ニ所謂時效ノ當事者ナリヤ若シ肯定スヘシトセハ主タル債務者ノ有スル援用權トノ關係如何ニ付テハ學說必スシモ一致セス（一）前段ハ之ヲ肯定ス蓋シ時效ノ當事者ノ意義ニ關シ廣狹兩義アルモ之ヲ何レニ解スルモ保證人ハ主タル債務ノ不履行ノ場合ニ於テノミ履行ノ責ニ任スヘキ從タル債務者ナルヲ以テ主タル債務ニシテ消滅時效ニ罹リタリトセンカ其當然ノ結果トシテ其責ヲ免ルヘキ筋合ノモノナレハナリ論者或ハ積極說ハ何等解釋上ノ根據ナシトノ理由ヲ以テ消極ニ解スルモノアルモ深ク省ミルニ足ル價値ナシ（二）後段ノ場合卽チ時效ニ因リテ利益ヲ受クヘキ者數人アル場合ニ於テ其各自ノ有スル援用權ノ關係如何ニ付テハ連帶債務ニ關シ規定アルニ止マリ何等明文ノ徵スヘキモノナシ按スルニ時效ノ當事者ハ各獨立シテ時效ニ付キ直接ノ利益ヲ有スル者ナルノミナラス法律上何等共同ヲ要求シタリト看ルヘキ形跡ノ存スルモノナキヲ以テ消滅時效完成シタルトキハ各自獨立ノ權利ヲ享有スルニ臻ルモノト解スヘク從ツテ一當事者ノ援用權ヲ拋棄シタルカ爲メニ他ノ當事者ノ之ヲ失フ可キモノニ非スト信ス從ツテ事案ノ場各判旨ノ如ク解スルハ至當ノ解釋ナリト

論定セサル可カラス

七〇九
七三八

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

假差押ハ之ヲ爲ササレハ判決ノ執行ヲ爲スコト能ハス又ハ判決ノ執行ヲ爲スニ著シキ困難ヲ生スル恐アルトキ殊ニ外國ニ於テ判決ノ執行ヲ爲スニ至ルヘキトキハ之ヲ爲スコトヲ得

假差押ヲ爲シタル本訴請求ノ理由ナカリシ場合ト雖モ故意又ハ過失ヲ認ムルニ足ルヘキモノナキトキハ不法行爲ヲ原因トスル請求ハ當ヲ得サルモノトス」

被告カ明治四十五年四月其有スル右特許權ニ基キ原告ニ對シ假差押ヲ爲シ同年五月告訴ヲ提起シタル事實ハ當事者間ニ爭ナキトコロナルヲ以テ果シテ被告カ原告主張ノ如ク右假差押ヲ爲スニ付キ故意又ハ重大ナル過失アリ又右告訴ヲ提起スルニ付キ故意アリタルヤヲ案スルニ證人稻木繁太郎水野博德南部皆治ノ各供述ニ徵スレハ被告ハ其特許ヲ受ケタル「セルロイド」形付法發明ノ性質カ成立ニ爭ナキ乙第一號證ニ示ス如ク空氣應用形付法ニ在ルヲ以テ原告ノ實施シタル空氣ノ膨脹力ニヨル「セルロイド」形付法ハ正シク右ノ性質ヲ有スル特許權ノ範圍ニ屬スルモノト確信シ特許權ニ基キ假差押及告訴ノ手續ヲ爲シタルモノニシテ決シテ原告ノ所爲カ被告ノ特許權ヲ侵害セサルコトヲ知リナカラ此等ノ手續ニ及ヒタルモノニアラサリシコトヲ認メ得ヘク被告カ他ノ同業者ニ對シ其特許權ニ基キ交渉ヲ爲シタルコトアル旨ノ證人千種稔丸田芳郎ノ各供述及甲第四號證ニヨリテハ未タ以テ前記認定ヲ覆スニ足ラス又成立ニ爭ナキ乙第二號證ニヨレハ特許辯理士鹽田元三郎カ本件ニ關スル證據保全手續ニ於ケル鑑定人トシテ原告ノ形付法ト被告ノ形付法トハ發明ノ性質及目的ニ於テ大體

同一ナリト認ムトノ旨ヲ鑑定シ明ニ原告ノ實施セル形付法カ被告ノ特許權範圍ニ屬スルコトヲ認メタルニ徵スレハ專門家ニ非サル被告カ前記水野博德ノ意見ヲ徵シテ右鑑定人ト同樣ノ感想ヲ抱キ原告實施ノ形付法ノ爲メニ自己ノ特許權ヲ侵サレタルモノト信シ之ニ因リテ財產上ノ損害ヲ蒙リシトナシ假差押ノ手續ニ及ヒタルハ寧ロ相當ノ注意ヲ加ヘテ執リタル措置ナリト認ムヘク之ヲ目シテ過失ニ出テタルモノト論スルハ失當ナリ而シテ右差押アリタル後特許權範圍確認審判及之ニ對スル抗告審判ニ於テ原告實施ノ形付法カ被告ノ特許權ヲ侵害スルモノニ非ストノ審判アリタル一事ハ未タ以テ假差押及告訴手續ヲ爲シタル當時被告ニ故意又ハ重大ナル過失アリトノ證據ト爲スニ足ラス（東地大正四年（ワ）第一八一號同年十二月二十二日民三部神谷裁判長阿部稻本各判事判決）

【關係事項】

損害賠償名譽回復事件○原告八木四郎訴訟代理人辯護士中村俊輔被告永峯清次郎訴訟代理人辯護士川島仟司

【參照判例】

大審院

一　不當ナル差押處分ニ基キ財產ヲ低價ニ賣却シタル場合ニ於テ其差押カ差押債權者ノ故意又ハ過失ニ出ツルトキハ該債權者之ニ因リテ生シタル債務者ノ損害ヲ賠償セサルヘカラス（大審院民事判決錄三八年四七九頁）

二　假差押ヲ爲シタル者カ債權ヲ有スルコトヲ確信シ而カモ之ヲ信スヘキ相當ノ理由アル場合ニハ縱令裁判上其債權ナキニ歸スルモ他ニ特別ノ事由ナケレハ其假差押ヲ以テ故意又ハ過失ニ出テタルモノト爲スコトヲ得ス（大審院民事判決錄三九年一二八九頁）

東京控訴院

三　山林ヲ買受ケタルモノ其地域ノ判然セサリシニ因リ超エテ隣地ノ立木ヲ伐採シタリトスルモ故意若クハ過失ナラサル限リハ民法上不法行爲トシテ損害賠償ノ責ヲ負ハス（東京控訴院判決判例彙報第三卷一三七頁）

大阪地方裁判所

四　假差押ハ權利實行保全ノ方法ニ過キサルカ故ニ債務者カ相當財產ヲ有シ且ツ不當ニ之ヲ隱匿スル如キ事情ナキニ拘ハラス假差押ノ必要アリト認ヒテ假差押決定ヲ得ルハ不法ナリ故ニ債務者ハ其假差押ニ因リテ失墜セラレタル名譽ノ回復ヲ求ムルユ

トヲ得ルモノトス（大阪地方裁判所判決本書第三卷民法七五八頁）

五　假差押ニヨル不法行爲ハ執達吏カ物件ヲ差押ヘタルトキニ成立スルモノニシテ其後被害者カ假差押ニヨリテ損害ヲ蒙リタル事實ヲ知リタルトキハ假差押ノ解放カ其後ナリシトスルモ民法第七二四條ノ時效ハ被害者カ損害ヲ蒙リタル事實ヲ知リタル時ヨリ進行スルモノトス（東京控訴院判決本書第三卷四五五頁）

東京控訴院

至當ノ見解ナリ之レ蓋シ不法行爲ノ客觀的要件トシテ他人ノ權利侵害ノ事實アルヲ要シ主觀的要件トシテ故意又ハ過失ノ存在ヲ要ス事案ノ場合ニ於テハ事實審理ノ結果故意又ハ過失ナシト認定シ得タルモノナルヲ以テ主觀的要件ヲ欠缺ス卽チ不法行爲アリト論定スル能ハサル所以ナリ

鳩山學士

（二八）

一八七　占有者ノ承繼人ハ其選擇ニ從ヒ自己ノ占有ノミヲ主張シ又ハ自己ノ占有ニ前主ノ占有ヲ併セテ之ヲ主張スルコトヲ得

前主ノ占有ヲ併セテ主張スル場合ニ於テハ其瑕疵モ亦之ヲ承繼ス

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

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

（一）第一八七條ニヨリテ自己ノ占有ヲ主張スルカ爲メニハ新權原ヲ要セス」

善意ノ占有者トハ善意ニテ占有ヲ爲ス者ヲ謂ヒ善意ニテ占有ヲ爲ス者トハ善意ニテ占有ヲ取得セル者ノミヲ指スニ非スシテ縱令占有取得ノ際ニハ惡意ナルモ爾後善意トナリシトキハ其時ヨリ善意ノ占有者トナルモノトス故ニ善意惡意ノ標準ハ占有ノ繼續スル期間ノ各個ニ付キテ決定セサル可カラス」

(二)相續人カ被相續人ト同一ノ法律上ノ地位ヲ有ストノ原則ハ權利ノ性質又ハ法律ノ規定ニ依リテ除外セラルルコトアルモノトス』

(三)民法第一六二條ニ所謂占有ノ始善意トハ時效ノ要件トシテ問題トナレル占有ニ付キテ其始善意ナリト謂フコトヲ意味スルモノニシテ其占有ノ本來成立シタル當初ニ遡ツテ善意ナリシコトヲ要スルノ法意ニ非ルモノトス』

大正四年六月二十三日大審院第三民事部判決(本書第四卷民法六五九頁)

占有權ノ相續人其他一設承繼人ハ其承繼シタル前主ノ占有ノ性質及ヒ瑕疵ヲ離レテ自己固有ノ占有ノミヲ主張スルコトヲ得ス

(一) 判決理由ニ曰ク「相續ハ新權原ニアラス相續人ハ新ニ占有ヲ取得スルモノニ非ルカ故ニ自己ノ占有ノミヲ主張スルコトヲ得ス」ト然レトモ此理由ニ對シテハ二個ノ疑問カ有ル第一ハ相續モ亦一ノ權限ニアラスヤトイフ點テアル第二ハ第百八十七條ニヨリテ自己ノ占有ヲ主張スルカ爲メニハ新權限ヲ要スルカトイフ點テアル余カ判決理由ニ反對スルハ第二ノ理由ニ據ルノテアル

第百八十七條ニ依ツテ占有權ノ承繼人カ自己ノ占有ノミヲ主張センカ爲メニ固有ノ權限ヲ必要トスルトイフコトハ條文上ノ根據ナシ論者ノ之ヲ必要トスルハ專ラ理論上ノ根據ニ基クモノテ無ケレハナラヌ學理上果シテ其根據アリヤ惟フニ占有權ハ占有トイフ事實ノ存スルトキハ常ニ成立スルモノテアツテ其成立センカ爲メニ特ニ權限ナルモノヲ要セサルモノテアルカラ論者ノ原則ハ之ヲ占有權ニハ適用スルコトヲ得ナイ相續人ニ付テ所謂占有ノ心素ト體素トカ成立スルナラハ相續人ハ即チ其占有

トイフ事實ニ基イテ占有權ヲ有スル其占有ノ心素ト體素トカ新ナル權原ニ因リテ成立セリヤ否ハ問フヲ要セナイノテアル

判決ハ善意ノ占有者ヲ解シテ善意ニテ占有ヲ取得セル者ト解シ善意ニテ取得セル者トハ權原タル取得行爲カ善意ナルモノト解スルノテアラウ併シ之ハ誤ツテ居ル善意ノ占有者トハ善意ニテ占有ヲ爲ス者ヲ謂フノテアル而シテ善意ニテ占有ヲ爲スモノトハ善意ニテ占有ヲ取得セル者ノミヲ言フノテハ無クシテ縱令占有取得ノ時ニハ惡意テモ爾後善意トナツタナラハ其時ヨリ善意ノ占有者トシテ待遇セネハナラヌ又反對ナル場合即チ取得ノ當時善意ニシテ爾後惡意ニナツタ者ニ付テハ其時ヨリ之ヲ惡意占有者トシテ待遇セネハナラヌ又何レノ場合ニ於テモ占有ノ性質ヲ變スルカ爲メニ新權原ヲ必要トセヌ(1)此ノ如ク解スルニ付テノ條文上ノ根據ハ之ヲ第百八十五條第百八十九條及ヒ第二〇四條第二號ニ求ムルコトヲ得ル之等ノ規定ハ占有ノ性質カ其取得行爲ノ時即チ權原ノ時ニ一定スルノテナクシテ權原ニ變更ハ無クトモ占有者ノ主觀的狀態ニ變更アラハ占有ノ性質ハ之ニ從ツテ變更スルトイフコトヲ前提トスルニ非スンハ解スルコトヲ得又此前提ヲ採リ而シテ此前提ノ論理上ノ結果カ不都合ナルヘキ場合ニ付テ特則ヲ設ケタルモノト解スルノ外ナイノテアル(2)次ニ以上ノ如ク解スル理論上ノ根據ハ上ニモ一言シタルカ如ク占有ノ本質テアル抑モ或ル法律事實カ善意ニテ成立セシヤ惡意ニテ成立セシヤハ其事實成立ノ時ニ付テ之ヲ言フモノテアル而シテ普通ノ場合ニ於ケル法律事實成立ノ時ハ瞬間的ナルカ故ニ善意惡意ノ標準トナルヘキ時ハ一ノ時點テ無ケレハナラヌ占有權ノ基礎タル事實ハ單ニ或ル時點ニ於テ一回存在シ其後ハ消滅シテモ差支ナイモノテハナク占有權ノ存續スル間ハ

繼續シテ存在スルコトヲ要スル事實テアル從ツテ其善意惡意ニ付テ標準トナルヘキ時モ亦其始期即チ取得ノ時ノ點ノミナルコトヲ得ス其事實ノ繼續スル期間ノ各個ニ付テ換言スレハ問題トナレル其時ニ付テ善意惡意ヲ決定セネハナラヌ

(二) 判決理由ノ第二ニ曰ク「相續人ハ被相續人ノ人格ヲ繼承シ法律上同一人ト看做サルヘキモノナリ」ト然レトモ亦理由トスルニ足リヌ(1)相續人カ原則トシテ被相續人ト同一ノ法律上ノ地位ヲ有ストノ原則ハ相續人ハ被相續人ト法律上同一人ト云フ程絕對ナモノテハナイ權利ノ性質又ハ法律ノ規定ニ依ツテ此原則ノ適用ヲ除外スルノ例ハ決シテ其數ニ乏シクナイ今夫ノ原則ヲ理由トシテ第一八七條ヲ狹ク解シ明文上汎ク承繼人ト言ヘルヲ單ニ特定承繼人ノミナリト爲スハ誤ツテ居ルト思フ(2)一歩ヲ進メテ論スレハ相續人カ被相續人ト同一人ナリト看做サルルモ尙其自己ノ善意ノ占有ノミヲ主張スルヲ妨ケヌ蓋シ同一人テアツテモ若シ善意ニ變シタルコトヲ證明シ得ルナレハ其時ヨリ之ヲ善意占有者トシテ待遇スヘキテアル

(三) 判決ニハ揭ケテナイカ其隱レタル然モ重要ナル理由ハ民法第一六二條第二項ニ存スルノテアルマイカ同項ニハ「占有ノ始善意云云」ト言ツテ居ルノテ取得ノ時卽チ權原ノトキニ善意ナルコトヲ要スルモノト解セラレヌコトハナイ併シ理論上及ヒ沿革上此ノ如ク解スルノハ誤謬ナリト考ヘル(1)沿革上我民法ハ獨民法佛民法ト異リ時效期間ノ全部ニ亘リテ善意ナルコトヲ要セストイフ意味テ此規定ヲ設ケタノテアル(2)時效制度ノ本旨カラ考ヘテ見ルトキハ一定ノ期間一定ノ事實狀態繼續スレハ事實的秩序成立スルカ故ニ乃チ之ヲ保護シテ法律的秩序ト爲スノテアツテ苟クモ其事實ノ存在スルニ於テハ如何ニシテ其成立セルヤノ歷史ハ之ヲ問フヘキテナイ此點ニ於

テハ我民法及ヒ獨逸民法カ羅馬法及ヒ佛蘭西法ト異ツテ時效成立ノ要件トシテ權原ノ存在ヲ要求シテヲラヌトイフコトヲ熟考スヘキテアル以上ノ理由ニヨリ一六二條ニ所謂占有ノ始善意トハ時效ノ要件トシテ問題トナレル占有ニ付テ其始善意ナリトイフコトヲ意味スルノテアツテ其占有ノ本來成立シタル當初ニ遡ツテ善意ナリシコトヲ必要トスルノ意味テハナイ從ツテ相續人ノ占有カ善意テ始マレル場合ニハ固ヨリ占有ノ始善意ナリトイフヲ妨ケヌト思フ(法學士鳩山秀夫氏法學協會雜誌第三四卷第三號一二一頁以下要領)

【參照同趣旨學說】

梅博士 一 相續人其他包括又ハ特定ノ承繼人ハ皆占有權ヲ承繼スルコト他ノ權利ニ異ルコトナシ唯占有ナルモノハ一ノ事實ニシテ法律ハ此事實ヲ保護スルカ爲メニ權利ヲ與フルモノナルカ故ニ相續人等ハ前占有者ノ權利ヲ承繼スルノ外自己ノ占有ノ事實ニ據リ法律ノ保護ヲ仰クノ權利ヲ有スルモノトセサルヘカラス(法學博士梅謙次郎氏民法要義第一卷三八頁)

富井博士 二 占有ハ自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ物ヲ所持スル事實ナルカ故ニ此要件ヲ具備スル者ハ他人ノ占有權ヲ承繼シタル場合ニ於テモ尙自己固有ノ占有ニ對シテ法律ノ保護ヲ受クルコトヲ得サルヘカラス又承繼ノ結果トシテ自己ノ占有ニ前者ノ占有ヲ併セテ之ヲ主張スルコトヲ得ヘキハ當然トス民法ハ上記ノ觀念ニ基ツキ占有者ノ承繼人ハ其選擇ニ從ヒ自己ノ占有ノミヲ主張シ又ハ自己ノ占有ニ前主ノ占有ヲ併セテ之ヲ主張スルコトヲ得ルモノトセリ(法學博士富井政章氏民法原論第二卷六六七頁以下)

川名博士 三 占有ハ直接占有タルト間接占有タルトヲ問ハス相續ニ因リテ之ヲ承繼スルコトヲ得ヘシ其他ノ原因ニ因ル(法律行爲ニ因ル)承繼タルト否トヲ問ハス占有者ノ承繼人ハ其選擇ニ從ヒ自己ノ占有ノミヲ主張シ又ハ自己ノ占有ニ前主ノ占有ヲ併セテ之ヲ主張スルコトヲ得(法學博士川名兼四郎氏物權法要論三二頁)

中島博士 四 占有ヲ併合シ得ル者ハ占有ノ承繼取得者ニ限ル原始的取得者ハ併合スルヲ得ス——然レトモ凡テ承繼人ニ併合ノ權利アリ特定承諾人包括承諾人皆然リ(法學博士中島玉吉氏民法釋義卷ノ二上一五八頁以下)

西川學士 五 占有者ノ承諾人ハ其選擇ニ從ヒ自己ノ占有ノミヲ主張シ又ハ自己ノ占有ニ前主ノ占有ヲ併セテ之ヲ主張スルコトヲ得ルモノトス玆ニ所謂承繼人ハ一般承繼人ト特定承繼人トヲ包含ス(法學士西川一男氏物權法第一部講義一四六頁)

末廣學士 六 法學士末弘嚴太郎氏論文占有權ノ相續穗積博士還曆祝賀論文集一〇一一頁

【參照反對學說】

大審院判決

現行民法ニ於テモ一般承繼人カ當然其先人ノ占有ヲ繼續スルコト相續又ハ包括名義ノ遺贈ニヨリテ財產ノ占有ヲ爲スモ新占有ヲ閉始セサルハ毫モ疑ナク唯一般承繼人カ賣買贈與其他ノ權原ニ因リ新タニ其固有ノ占有ヲ始ムルトキ之ヨリ生スル利益ヲ享受スルコトヲ得ルノミ（法學博士横田秀雄氏物權法一九二頁）

學士ノ見解ハ至當ナリ惟フニ民法第一八七條ハ一般承繼人ニ適用アリヤ否ヤハ輕々ニ論斷スヘカラサル問題タルヲ失ハス然レトモ吾人ハ之ヲ積極ニ解スルヲ妥當ト信スルモノナリ之レ蓋シ之ヲ占有ノ本質時效制度ノ本旨ニ鑑ミ之ヲ關係法文ノ辭句及ヒ旨趣ニ照シ到底第一八七條ノ明瞭ナル辭句ヲ曲ケテ迄モ判決ノ如ク解セサル可カラサル理由ヲ發見シ得サレハナリ

（二九）

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

甲所有ノ建物ヲ乙ニ賣渡シタルモ乙未タ其登記ヲ爲ササル場合ニ於テ甲ハ自己ノ爲メニ該建物ノ保存登記ヲ爲シ更ニ丙ニ對シ抵當權ノ設定ヲ爲シ丙其登記ヲ爲シタルトキハ丙ハ甲乙間ノ賣買ニ關シテハ民法第一七七條ニ所謂第三者ニ該當スルモノトス』

前項ノ場合ニ於テハ抵當權設定ノ登記ハ完全ニ其效力ヲ有スルヲ以テ其結果乙ハ甲ノ爲シタル所有權保存登記ヲ抹消スルコトヲ得サルモノトス』

原審ニ於テ確定シタル事實ニ依レハ被上告人平治郎ハ其所有ニ係リ且未登記ナリシ本件建物ヲ上告人ニ賣渡シ ル後自己ノ爲メニ其所有權保存ノ登記ヲ爲シ即日被上

（一四）

告人秀松ニ對スル債務ノ爲メニ該建物ニ付キ抵當權設定ノ登記ヲ爲シタルコト明白ナリ然レハ本件建物ニ付キ上告人ト被上告人平治郎トハ賣買ノ當事者ナルヲ以テ上告人ハ其所有權取得ヲ以テ平治郎ニ對抗スルコトヲ得ヘシト雖モ被上告人秀松ハ右賣買ニ關シテハ第三者ニシテ且平治郎ニ對スル債權擔保ノ爲メ同人ヨリ抵當權ノ設定ヲ受ケタルヲ以テ登記ノ欠缺ヲ主張スルニ付キ正當ノ利益ヲ有スルモノナレハ民法第一七七條ノ規定ニ從ヒ登記ヲ爲ササリシ上告人ハ其所有權取得ヲ以テ秀松ニ對抗スルコトヲ得ス從テ秀松ノ爲メニ爲シタル抵當權設定ノ登記ハ完全ニ效力ヲ有シ之ヲ抹消スヘキ理由ナキヲ以テ其結果平治郎ノ爲メニ爲シタル所有權保存ノ登記モ亦其效ヲ保有スルニ至リ之ヲ抹消スルコトヲ得サルモノトス何トナレハ平治郎ノ所有權保存登記ハ實ニ秀松ノ抵當權ニ關スル登記ヲ維持スルニ必要ニシテ前者ナクシテ後者ノミ存セシムルコト能ハサレハナリ（大審院大正四年（オ）第六三九號同年十二月三日民一部田部裁判長大倉榊原尾古岩田各判事判決）

（一五）

【關係事項】

上告棄却○原審新潟地方裁判所○所有權保存登記並ニ抵當權設定登記抹消請求事件○上告人關根繁藏訴訟代理人辯護士磯部四郎被上告人小川平治郎同内山秀松

（三〇）

八五一 緣組ハ左ノ場合ニ限リ無效トス
二 當事者カ緣組ノ屆出ヲ爲ササルトキ但其屆出カ第七七五條第二項及ヒ第八四八條第一項ニ揭ケタル條件ヲ缺クニ止マルトキハ緣組ハ之カ爲メニ其效力ヲ妨ケラルルコトナシ

戸籍法**八八** 緣組ノ屆出ニハ左ノ事項ヲ記載スルコトヲ要ス
二 養子ノ實父母ノ氏名及ヒ本籍

人事訴訟法**二四** 養子緣組ノ無效若クハ取消又ハ離緣ヲ目的トスル訴ハ養親カ普通裁判籍ヲ有スル地又ハ其死亡ノ

奈良地方裁判所判決

時ニ之ヲ有シタリシ地ノ地方裁判所ノ管轄ニ專屬ス但婚姻事件ニ附帶シテ緣組ノ取消又ハ離緣ノ請求ヲ爲ス場合ハ此限リニ在ラス

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回復ノ事實ヲ知リタル時ヨリ五年間之ヲ行ハサルトキハ時效ニ因リテ消滅ス相續開始ノ時ヨリ二十年ヲ經過シタルトキ又同シ

養子緣組ノ届出ハ其内容ニ於テ實父母ノ方面ニ關スル事實ニ眞實ニ反スルモノアリトスルモ其届出カ全然缺如スルモノト謂フヲ得サルモノトス』

養子緣組及家督相續ノ效力ヲ爭ハントスルニハ養子緣組ノ效力ニ關スル人事訴訟及ヒ相續ヲ違法トスル相續回復ノ訴ヲ提起セサルヘカラス從テ夫レ等ノ訴訟手續ニ據ラスシテ同一ノ結果ヲ目的トスル戸主タル戸籍ヲ除籍セントスル申請ハ失當ナルモノトス』

甲第二號證戸籍謄本ニ依レハ抗告人ハ被抗告人豐田佐一長女豐田梅雄名義ヲ以テ明治三十四年四月六日豐田むめト養子緣組ヲ爲シ明治四十五年一月二十二日養母むめノ死亡ニ因リ被抗告人佐一カ同年三月二十日抗告人ノ後見人トシテ就職シタルコト明カニシテ又右等ノ各届出ハ被抗告人佐一ニ於テ爲シタルコト並ニ右養子緣組ノ届出ヲ爲スニ當リ抗告人ヲ佐一ノ長女トシテ爲シタルハむめカ、抗告人ヲ私生子トシテ戸簿ニ表示スルヲ抗告人ノ爲メニ厭ヒタル結果ナルコト及右梅雄ハはるえ即チ抗告人ヲ指稱スルコトハ被抗告人佐一、ますゑ代理人ノ認ムル所ナリ然ラハ即チ抗告人カ養子豐田むめカ養母トシテ養子緣組ヲ爲シタル旨ノ届出ハ現存スル次第ニシテ其届出ノ内容ニ於テ抗告人ノ實父母ノ方面ニ關スル事實カ眞實ニ反スルモノアリトスルモ養子緣組ノ届出ヲ全然缺如スルモノト謂フコトヲ得ス、而シテ

抗告人カ養母むめノ死亡ニ因リ明治四十五年一月二十二日同人ノ相續人トシテ豐田家ノ戸主トナリ居ル次第ナルヲ以テ被抗告人等ニ於テ右抗告人ノ養子緣組及家督相續ノ效力ヲ爭フニ付テハ養子緣組ノ效力ニ關スル人事訴訟及相續ヲ違法ノモノナリトスル相續回復ノ訴ヲ提起セサルヘカラサルモノニシテ夫レ等ノ訴訟手續ニ據ラスシテ同一ノ結果ヲ目的トスル本件抗告人ノ奈良縣高市郡八木町大字八木一番地ノ一ニ戸主タル戸籍ヲ除籍セントスル被抗告人佐一ノ申請ハ失當ノモノナルコト明カナリ、蓋シ訴訟手續ヲ要スヘキ事項ニ關スル問題ニ於ケルモノハ戸籍法ニ規定スル戸籍訂正ノ範圍ニ屬セサルコト勿論ナルニ拘ハラス原裁判所カ佐一ノ右申請ニ基キ抗告人ノ戸主タル戸籍ノ除籍許可決定ヲ爲シタルハ失當ナリトス被抗告人ハ養子緣組ノ效力ノ點ニ付如上三個ノ主張ヲ爲スト雖モ戸籍訂正ニ關スル本件ニ於テハ以上判示スル如クナルヲ以テ其當否ヲ判斷セス、爾リ而シテ被抗告人しげノ認ムル(一)豐田家ハ元來抗告人ノ實父伊藏カ相續スヘモノナリシコト(二)むめニ子カ、ナカリシヨリ抗告人ヲ三歲ノ時むめカ同人方ニ連レ行キテ自己ノ名ナル梅ノ字ヲ冠シタル梅雄ト呼ヒテ養育シ佐一カ其子ヲむめノ相續人ニ爲サントシテ申込タルモむめカ承諾セサリシコト(三)抗告人ノ妹タルしげノ二女秋枝ヲ抗告人ノ本名ナルはるえト呼ヒ其名ヲ以テ通學セシメ大正四年三月十日秋枝トシテ始メテ出生届出ヲ爲シタルコト(四)しげニ於テ或ハむめト抗告人ノ父伊藏トノ間ニハ抗告人ヲむめノ養女ト爲ス合意カ出來居リシモノト思料スルトノ事實並ニ甲三、四號證及如上理由冒頭ニ於ケル佐一こすゑ代理人ニ於テ認ムル事實等ヲ綜合シテ考覈スルトキハ被抗告人實母しげニ於テモ抗告人トむめカ養子緣組ヲ爲スニ付承諾ヲ爲シ只其届出ニ關シ如上ノ必要ヨリ佐一ノ長女ト

シテ屆出ヲ爲シタルニ過キサルモノト認定スルヲ相當トスル、ノミナラス、本件ニ於テ已ニ抗告人ハ豐田むめノ養子トシテ相續ヲ爲シ豐田家ノ戸主ニシテ抗告人カ島田しげノ長女島田はるえナルコト雙方爭ナキ所ナレハ戸籍簿上豐田家ノ抗告人ニ關シ明治三十四年四月六日豐田佐一長女梅雄養子緣組ヲ爲シタル旨ノ記載アルハ眞實ニ反スルモノナレハ同年同月同日奈良縣高市郡今井町大字今井百五十二番屋敷島田しげ長女島田はるえ養子緣組ヲ爲シタル旨ノ記載ニ訂正スルノ許可ヲ求ムル申請ハ其理由アリ、該申請ヲ却下シタル原決定ハ失當ナリトス（奈良地方大正四年（ソ）一七號同五年一月三十一日天野裁判長石田增田各判事決定法律新聞第一〇九四條）

【關係事項】

戸籍訂正不許可決定ニ對スル抗告事件除籍許可決定ニ對スル抗告事件○抗告人豐田はるえ訴訟代理人辯護士伊藤三郎同大島實太郎同柿崎欽吾被抗告人谷田佐一訴訟代理人辯護士中島信夫氏外二名被抗告人谷田こすえ訴訟代理人米田吉次郎同板垣不二男被抗告人島田しげ

至當ノ決定ナリト信ス

（三一）

二六五
六〇一

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

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

明治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其土地ヲ使用スル者ハ地上權者ト推定ス

建物ヲ所有スル爲メ地上權ヲ有スル者カ其建物ヲ土地ニ定着シタル儘他人ニ讓渡シタルトキハ特別ノ事情ナキ限リ右地上權ハ建物ノ所有權ト共ニ新所有者ニ

讓渡シタルモノト推斷スルヲ相當トス』

法律知識ノ十分ナラサル普通人間ニ於テ授受セラルル借地證書ニ賃貸借ナル文詞存在ノ事實ハ未タ既得ノ地上權ヲ拋棄シ新ニ賃貸借契約ヲ締結シタルモノト謂フヲ得サルモノトス』

他人ノ土地ヲ使用スル場合ニ於テ假令地主カ該土地ノ工事費用ヲ負擔スルモ其一事ノミヲ以テハ該借地關係ハ賃貸借ナリト云フヲ得ス』

本件土地カ原告ノ所有ニ屬シ被告カ右地上ニ本件建物ヲ所有スルコトハ當事者間ニ爭ナシ依テ重要ノ爭點タル本件係爭ノ借地關係ハ賃貸借ナリト主張スルモ其證左ナク却テ訴外鈴木善助カ明治二十二年頃當時ノ本件土地所有者ヨリ借地シテ該地上ニ本件建物ヲ所有シ居リタルコト及ヒ其他被告主張ノ如キ建物所有權轉轉ノ事實ハ原告訴訟代理人ノ自認スルトコロナルヲ以テ被告訴訟代理人主張ノ如ク訴外鈴木善助ハ當時本件地所ニ付キ明治三十三年法律第七二號ニ依リ地上權ヲ有シタルモノト推定セサルヲ得ス而シテ同人ヨリ右地上ノ本件建物ヲ順次讓受ケタル被告ハ右建物所有權移轉ト共ニ前記推定地上權ヲ承繼シタルモノト認定スルヲ相當トス蓋シ我國法上建物カ其定著セル土地ト別個獨立ノ不動產トシテ存在ヲ認ムルモ事實上土地ヲ離レテ存在スルニ由ナク其不動產トシテ取扱ハルル所以ハ一ニ其土地ニ定著スルカ爲ナルヲ以テ土地ノ所有者ニアラスシテ建物ヲ所有スル者ハ必ス其土地ヲ使用スル權利ヲ有セサルヘカラス然ラハ「建物ヲ所有スル爲メ地上權ヲ有スル者カ其建物ヲ土地ニ定著シタル儘他人ニ讓渡シタルトキハ

右建物ノ取毀ヲ其他將來建物トシテ存在セシメサルカ如キ特別ノ事情ナキ限リ右地上權ハ建物ノ所有權ト共ニ新所有者ニ讓渡シタルモノト推斷スル」ハ社會取引ノ常態ニ合致シ且當事者ノ眞意ニ適合スル所以ナレハナリ然リ而シテ右地上權ノ登記ナキモ乙第一號證ノ一、二ニ依レハ被告訴訟代理人主張ノ如ク被告カ明治四十三年七月九日本件建物所有權取得登記ノ存在ヲ證シ得ヘキカ故ニ被告ハ明治四十二年法律第四〇號第一條ニ依リ前記登記ナキ本件地上權ノ承繼ヲ以テ原告ニ對抗シ得ヘキコト謂フヲ俟タス尤モ甲第一號證第七號證ノ右借地證書ニ依レハ賃貸借ナル文詞ノ存在ヲ認メ得ヘキモ之レ法律智識ノ十分ナラサル普通人間ニ於テ授受セラルル借地證書ニ賃貸借ナル文詞存在ノ事實ハ未タ既得ノ地上權ヲ抛棄シ新ニ賃貸借契約ヲ締結シタルモノト謂フ能ハサレハ勿論ナルヲ以テ前記甲各證ノ賃貸借ナル文詞ニ依リテハ本件借地關係ヲ推斷スルノ資料ト爲スニ足ラス證人八木虎之助ノ甲第一號證差入當時借地關係カ地上權ナリヤ賃貸借ナリヤハ論ナク唯地主ノ云フカ儘ニ署名捺印シタル旨ノ供述ハ前記認定ヲ維持スルニ餘アリ而シテ甲第四、五號證ニ依レハ原告ニ於テ本件地所ニ對スル工事費用ヲ負擔シタル事實ヲ認メ得ヘキモ右事實ハ毫モ本件借地關係ヲ以テ賃貸借ナリト認ムルニ足ラス以上叙說ノ如ク本件借地關係ハ地上權ナルカ故ニ賃貸借契約ヲ前提トスル本件請求ハ失當ナリ(東地大正四年(ワ)第六五一號同五年二月七日民四部田山裁判長竹田波野平各判事判決)

【關係事項】

地所明渡請求事件○原告狩澤梗造訴訟代理人辯護士若林成昭被告鈴木清訴訟代理人辯護士横山勝太郎

【一點參照學說】

富井博士

一 土地ノ定着物ハ一般ノ原則トシテ單獨ニ物權ノ目的タルコトヲ得サルカ故ニ地上權者カ其所有ニ屬スル工作物ヲ讓渡シタル場合ニ於テ反對ノ意思表示ナキトキハ之ト共ニ地上權ヲモ讓渡シタルモノト推定スルコトヲ得唯此場合ニ於テモ特ニ地上權ノ移轉登記ヲ爲ササル限リハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルハ勿論トス(法學博士富井政章氏民法原論第二卷物權上一九七頁)

二 地上權ハ賃借權ト異リ之ヲ讓渡スルコトヲ得(六一二)而シテ之レカ爲メニハ土地所有者ノ同意ヲ得ルヲ必要トセス猶地上權者カ工作物ヲ有スル場合ニ於テ其所有權ヲ他ニ移轉スルトキハ之レト共ニ地上權ヲ移轉セシムルノ意思アルモノト一應推測スルコトヲ得(法學博士中島玉吉氏民法釋義卷之一四八五頁)

【一點參照判例】

大審院

一 地上權ニシテ工作物ヲ所有スル者カ工作物ノ所有權ヲ他ニ移轉シタル場合ニ於テハ競賣ニ因ルト竇買其他ノ行爲ニ因ルトヲ問ハス反對ノ意思表示ナキ限リハ地上權ハ工作物ノ所有權ト共ニ新所有者ニ移轉シタルモノト推定セサルヘカラス(大審院民事判決錄三七年一六〇〇頁)

二 他人ノ地上權ヲ有スル者カ其土地ノ上ニ存スル建物ノ所有權ヲ任意竇買又ハ强制競賣ニ依リテ他ニ移轉スルニ當リ特ニ地上權ト分離シテ之ヲ讓渡スヘキ意思表示ヲ爲ササル以上ハ其地上權ハ建物ト共ニ建物ノ買主ニ移轉シタルモノト看做スハ當然ナリ(大審院民事判決錄三三年四八頁)

三 地上權アリト推定サルル敷地上ノ建物ヲ讓受ケタル者ハ地上權ヲモ讓受ケタルモノト認ムルヲ當然トス(大阪控訴判決法律世界八四號一二頁)

四 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移轉ト共ニ讓受人ニ移轉スヘキモノトス(大阪地方判決法律新聞六四六號一三頁)

五 建物ヲ所有スル爲メニ地上權ヲ有スル者カ其建物ヲ他ニ移轉シタルトキハ反對ノ意思表示ナキ限リハ地上權ハ建物ノ所有權ト共ニ新所有者ニ移轉スヘキモノト推定セラルルナリ(東京地方判決法律新聞五一一號二〇頁)

【二點參照學說】

一 今此ニ他人ノ土地ヲ使用スル權利ヲ有スル者アリトシ其權利カ地上權ナルヤ將タ賃借權ナルヤハ畢竟當事者ノ意思解釋ニ依リテ之ヲ決定スヘキモノトス普通ニハ地上權又ハ賃借權ナル用語ニ依リテ其意思ヲ推知スルコトヲ得ヘシト雖モ決シテ此方法ノミニ依ルヘキモノニ非ス又契約書ノ條項ニ基キ其設定セント欲シタル權利關係ノ內容(土地使用ノ目的存續期間ノ長短修繕義務ノ負擔者等)ヲ探究スルヲ必要トス……二十年ヲ越エサル借地權(殊ニ登記ヲ經サル)ノ如キハ地上權ト明言セサル限リ

ハ寧ロ賃借權ト見ルコト最多數ノ場合ニ於テ當事者ノ意思ニ適合スルモノト謂フヘキナリ（法學博士富井政章氏民法原論第二卷物權一九五頁）

二　或借地權カ地上權ナルヤ又賃借權ナルヤヲ判斷スルハ實際ニ於テ大ニ困難ナリ故ニ民法實施ノ際ニ於テ從來他人ノ土地ニ工作物又ハ竹木ヲ所有スル者アル場合ニ付キテ反證ナキ限リハ地上權者ト推定スルコトニ爲セリ民法實施後ニ生シタル借地權ニ付キテハ此推定ナシ當事者ノ意思表示ノ解釋ニ依リテ定マルモノトス故ニ當事者カ地上權ハ賃借權ナル用語ヲ用ヒタル場合ト雖モ其設定行爲ノ全般ヲ研究シテ其何レナルヤヲ決定スヘキモノトス（法學博士川名兼四郎氏物權法要論一三八頁）

三　或人カ他人ノ土地ヲ使用スルノ權利ヲ有スル場合ニ於テ其權利ハ地上權ナルヤ將タ賃借權ナルヤニ付キ疑ヲ生スルコト往往ニシテ之レアリ……總テ此等ノ場合ニ於テハ權利設定ノ當時ニ於ケル當事者ノ明示又ハ默示ノ意思ニ基ツキテ疑問ヲ決スルコトヲ要ス就中當事者ノ用ヰタル文詞及ヒ設定セシ權利ノ內容ハ此疑問ヲ決スルニ付キ參照スヘキ重要ナル材料トナルヘシ例之民法實施後ニ締結シタル契約中ニ當事者カ貸賃借ノ文字ヲ用ヒ且契約ヨリ生スル權利ノ內容カ民法ノ認ムル賃借權ニ抵觸セサルトキハ其權利ハ賃借權ナリト認ムルヲ得ヘク之ニ反シテ土地ノ所有者カ堅牢ナル鐵造煉化造ノ家屋其他ノ建物ヲ建築スルカ爲メ其土地ヲ他人ニ使用セシメ別ニ其使用期限ヲ定メス或ハ其期限ヲ二十年以上ニ定メタルカ如キ場合ニ於テハ契約中貸賃借ノ文詞アリトスルモ當事者ノ設定シタル權利ハ賃借權ニ非スシテ寧ロ地上權ナリト推定スルヲ得ヘシ（法學博士横田秀雄氏物權法四三二頁）

四　地上權ト賃借權トカ其目的ヲ同ウスル場合ニ於テハ土地使用ノ狀態ヨリ觀察スルトキハ一見兩者ヲ判別スルコト頗ル難シ……宜シク契約ノ趣旨土地ニ存在スル物件土地使用ノ狀況各地方ノ慣習等ヲ參酌シテ其內容カ物權的ナリヤ否ヤニ因テ之ヲ決定セサル可カラス（法學士西川一男氏物權法一部中央大學講義三三〇頁）

五　此問題ニ付テハ契約ノ趣旨土地使用ノ狀態等一切ノ事情ヲ參照シテ之ヲ決定スヘキモノトス（法學士飯島喬平氏物權法第一部明治大學講義二七六頁）

川名博士

横田博士

西川學士

飯島學士

【二點參照判例】

一　地上權ナルヤ將タ賃借權タルヤハ當事者ノ合意ニ依リ定マルヘキ事實問題ナリ（大審院民事判決錄三三年五〇頁）

大審院

二　土地ノ賃借契約證ニ單ニ「借地料」ナル文詞ノ使用セラレ居ル一事ノミニ依リテハ該契約ハ賃貸借ナリト云フヲ得ス（東京控訴院判決法律新聞二二號六頁）

東京控訴院

三　地所使用ノ權利ニ付テハ其性質如何ニ拘ハラス從來概シテ借地ナル文字ヲ使用シ來リタルヲ以テ假令其契約書ニ「賃借致候云云」トノ文字アルモ該文字アルノ故ヲ以テ直チニ賃貸借契約ナリト云フヲ得ス（東京控訴判決法律新聞八號五頁）

四　民法施行前ヨリ建物所有ノ爲メニセシ借地ハ一應地上權ト推定サルルトモ其後明治三十九年ニ至リ更ニ借地證書ヲ入レ其證書ニ「賃借致候云々賃借人ハ賃貸人ノ承諾ヲ得スシテ左ノ行爲ヲ爲ササルコト」等ノ文言アル以上ハ其借地ハ地上權ナラスシテ賃貸借ト認メラル（大阪控訴判決判例彙報一卷一八五頁）

大阪控訴院

一八一
一九二
取得ス

占有權ハ代理人ニ依リテ之ヲ取得スルコトヲ得
平穩且公然ニ動產ノ占有ヲ始メタル者カ善意ニシテ且過失ナキトキハ即時ニ其動產ノ上ニ行使スル權利ヲ

（三二）

(一)甲カ乙ヨリ或物件ヲ買受ケタル後更ニ乙ニ賃貸センカ賃借人トシテ當該物件ヲ占有セル間ハ甲モ亦間接ニ其物件ノ占有者タルモノトス』

(二)占有者カ平穩且公然ニ物ノ占有ヲ始メ善意ニシテ過失ナキトキハ其占有物ノ上ニ行使スル權利ヲ取得スルモノトス』

(三)乙カ甲ヨリ物ノ占有ヲ取得スルニ當リ惡意且過失アリトスルモ乙ヨリ當該物件ノ占有ヲ承繼シタル丙カ民法第一九二條ニ依リ完全ナル所有權ヲ取得シタルトキハ假令甲ヨリ當該物件ヲ讓受ケ其所有權ヲ有スル第三者アリトスルモ其第三者ノ所有權ハ茲ニ消滅スルモノトス』

案スルニ丙第一號證乃至第四號證ニ依リ被控訴人ノ從參加人田中昇次郎ニ於テ大正二年七月及十月係爭物件ヲ被控訴會社ヨリ買受クルト同時ニ更ニ之ヲ被控訴會社ニ賃貸シタルモノナルコトヲ認ムルヲ得故ニ從參加人ハ被控訴會社カ賃借人トシテ係爭物件ヲ占有スル事實ニ因リ間接ニ其物ノ上ニ占有權ヲ行使スルモノトス即チ從前ノ占有者タル被控訴會社ハ其賣渡後更ニ賃借人トシテ自己ノ爲メニ占有スルト同時ニ從參加人ノ爲メニモ占有スルモノナルヲ以テ從參加人ハ之ニ依リ係爭物件ヲ占有スルモノトス而シテ占有者カ平穩且ツ公然ニ占有ヲ始メタル者ニシテ善意ニシテ且

東京控訴院判決

（三三）

過失ナキトキハ其占有物ノ上ニ行使スル權利ヲ取得スルカ故ニ本件ニ於テ從參加人ハ完全ニ係爭物ノ所有權ヲ取得セルモノト謂ハサルヘカラス何トナレハ　參加人ハ本件係爭物件ノ占有ニ付キ右所有權取得ヲ妨ケラルヘキ瑕疵アルモノト認ムヘキ證據存セサルヲ以テナリ故ニ控訴人カ訴外三橋房吉ヨリ係爭物件ヲ買受ケ更ニ同人ニ賃貸シテ其所有權ヲ有セシモノト認メ且ツ被控訴會社カ訴外三橋房吉ヨリ係爭物件ノ占有ヲ取得スルニ當リ(當院ハ原審證人吉田只次及田中佐市ノ證言ニ依リ係爭物件ハ訴外三橋房吉ヨリ被控訴會社設立ニ際シ有限責任社員ノ資格ニ基ク出資ニ供セラルルモノト認ム)惡意且ツ過失アリシトスルモ從參加人カ係爭物件ノ完全ナル所有權ヲ取得スルト同時ニ控訴人ハ其所有權ヲ喪失シタルモノニシテ控訴人ハ現時係爭物件ノ所有者ニアラス左レハ自ラ係爭物ノ上ニ所有權ヲ有スルモノナリトノ前提ノ下ニ其引渡ヲ求ムル控訴人ノ本訴請求ノ理由ナキコト明カナリ(東京控訴大正四年(ネ)第四七號同年十一月八日民一部遠藤裁判長前田水口各判事判決)

【關係事項】

物品返還請求事件○控訴人野田榮左衛門訴訟代理人辯護士大西幸馬外一名被控訴人合資會社山崎屋染物商店代表社員小池三郎被控訴人從參加人田中昇次郎訴訟代理人辯護士高山三千雄

【第一點學說】

中島博士

川名博士

一　一人カ他人ニ對シテ一定又ハ不定ノ期間物ヲ占有スル權利義務ヲ有スルニ依リテ占有者タル場合ニハ其他人ハ間接占有ヲ有ス其條件ハ　A)直接占有者ニ對シテ物ノ返還請求權ヲ有スルヲ要ス　(B)直接占有者タル物ノ所持人ノ有スル物ヲ占有スル權利義務ハ一定又ハ不定ノ期間內存在スルモノナルヲ要ス今其例ヲ求ムレハ賃借權等ニ於テハ占有ヲ與ヘタル契約ノ當事者カ間接占有者タルヘシ云々(法學博士中島玉吉氏民法釋義卷ノ二物權篇上一一二頁以下)

二　吾民法上占有權ハ代理人ニ依リテ之ヲ取得スルコトヲ得(一八一、又代理人ニ因リテ之ヲ保有スルコトヲ得占有ノ取得ハ意

富井博士

中島博士

大審院

川名博士

思表示ニヨルニアラス占有ノ繼續ハ意思表示ニアラス故ニ占有ニ付キテ存スル代理ハ一種特別ノ意義アルモノト見サルヘカラス吾民法ニ依リテ之ヲ案スルニ(1)甲カ乙ヲシテ占有ヲ爲サシムル意思ヲ有シ(二〇四一號)乙カ甲ノ爲メニ所持ヲ爲スノ意思ヲ有シ(2)而シテ其物ノ所持ヲ有スルコトヲ占有ヲ爲サシムル意思ヲ有シ(二〇四一號)乙カ甲ノ爲メニ所持ヲ爲スノ意思ヲ人ハ占有ヲ有スルモノトス(中略)此場合ニ於テ代理人ナリトス即チ此場合ニ於テ本人ハ占有ノ代理トナスニ外ナラス甲ハ本人ニシテ乙ハ代理人ナリトス即チ此場合ニ於テ本他方ニ於テ自己ノ爲メニ所持ヲ爲スナリ例ヘハ地上權者、永小作權者、賃借人、質權者ノ如キハ一方ニ於テハ自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ其目的物ヲ所持スルコトハ確實ニシテ他方ニ於テハ所有者ノ爲メニ所持ヲ爲スモノナリ其爲メト云フハ本人ニ其目的物ヲ返還スヘキ點ニ於テ之ヲ云フモノト知ルヘシ(法學博士川名兼四郎氏物權法要論二七、二八頁)

三　時效又ハ占有ノ效力ニ因リテ所有權ヲ取得スルニハ自主的ニ占有ヲ爲スコトヲ要スル如シ故ニ地上權者又ハ賃借人ノ如キ他主占有者ハ自己ノ爲メニ行使スル權利ニ關シテ純然タル占有者ナルコト言ヲ俟タスト雖モ所有權ニ關シテハ占有ノ利益ヲ享クルコトヲ得ス即チ所有權ノ取得時效ハ自己ニ占有ヲ爲サシメタルノ爲メニ完成スルモノト謂フヘシ是獨民法ノ間接占有ノ效力ニシテ我民法上ニ於テハ代理占有ノ觀念ニ依リテ之ヲ說明スルノ外ナシ即チ所有權ノ取得時效ニ必要ナル占有ハ他主占有者ニ於テ之ヲ代理スルモノト謂フヘキナリ(法學博士富井政章氏民法理由第二卷物權六三四頁)

【第三點學說判例】

一　余輩ノ解スル處ニ於テハ本條(第百九十二條)ハ「占有ニ因ル權利取得」ヲ定メタルモノナリ故ニ其動產カ爾後舊主ノ占有ニ歸スルコトアリト雖トモ之ニヨリテ占有者ノ權利ハ崩壞ニ歸スルコトナシ獨逸ノ學者ハ本條ノ事實ヲ「非權利者ヨリノ權利取得」ト稱ス之固ヨリ誤レルニアラスト雖モ斯クシテハ權利取得ノ原因ヲ言ヒ表ハス所ナシ故ニ占有ニ因ル權利取得ト見ル方尤モ正シ本法カ之ヲ占有權ノ效力中ニ規定シタルモ此趣旨ナリ

又本條ニヨル權利取得ハ所謂承繼取得ニアラスシテ原始取得ナリ蓋承繼取得ニハ其觀念上前者ハ權利者ナルヲ要シ前者カ權利者ニ非レハ後者ハ權利ヲ得ル能ハサルナリ然ルニ本條ノ非權利者ヨリ權利ヲ取得スル場合ニシテ前者カ權利者ニアラサルコトカ前提タリ故ニ明ニ承繼取得ニアラス然レトモ占有者カ本條ニヨリ權利ヲ取得スル結果トシテ舊所有者ノ權利ハ消滅又ハ制限セラルヘシ(法學博士中島玉吉氏民法釋義第二卷物權篇上百八十七頁)

二　動產ノ占有者カ善意ニシテ過失ナク且平穩公然ニ其占有ヲ始メタル以上ハ該動產ノ上ニ行使スル權利ヲ取得スルモノトスヤハ問フ所ニ非ス(大審院判例四〇年一一七四頁)

而シテ其動產ノ取得カ繼承取得ナルヤ否ヤハ問フ所ニ非ス(大審院判例四〇年一一七四頁)

三　所有權ノ消滅トハ所有權カ全ク其存在ヲ失フコトヲ謂フ其原因ヲ大別スルトキハ所有者ノ意思ヲ必要トスルモノト然ラサルモノトナスコトヲ得ヘシ占有ノ效果トシテ占有者カ所有權ヲ取得シタルカ故ニ一方ニ原所有者ノ所有權カ消滅スルハ後者ニ屬ス(法學博士川名兼四郎氏物權法要論一一一頁)

判決第一點ニ所謂從參加人甲カ自己ノ所有ニ歸シタル物件ヲ被控訴會社(乙)ニ賃

貸シ(乙)カ賃借人トシテ該物件ヲ占有セル間ハ甲モ亦間接ニ占有權ヲ有ストノ論旨ノ當否ヲ見ルニ此場合ニ於テモ賃貸人カ占有權ヲ有スルモノナルコトハ學說判例ノ一致スル處ニシテ吾人モ亦何等異論ナシ何者占有權ハ代理人ニ依リテモ之ヲ取得シ且保有スルコトヲ得ルハ民法第百八十一條及ヒ第二百四條其他ニ規定スル所ニシテ卽チ甲カ乙ヲシテ占有ヲ爲サシムル意思ヲ有シ乙ハ甲ノ爲メニ所持ヲ爲スノ意思アリ且其物ノ所持ヲ有スルコトハ代理占有ノ要件ニシテ賃借人ハ自己ノ爲メ占有スルノ意思ヲ有スルト共ニ賃貸人ニ目的物ノ返還ヲ爲スヘキ觀念卽チ賃貸人ノ爲メニスルノ意思ヲ以テ占有ヲ繼續シ而モ賃貸人ハ賃借人ヲシテ自己ノ爲メニ占有ヲ爲サシムル意思ヲ有スルモノナレハ冒頭ノ斷定ハ自明ノ理ナリ唯問題トナルハ此場合ニ賃貸人ノ占有ハ間接占有ノ理ニ據ルヘキカ將又代理占有ノ法理ヲ以テスヘキカニアリ或ハ兩者ハ同一ナリト主張スル者アリ(中島、横田、博士)或ハ全然別異ノ觀念ニ屬ストナス者(川名、富井、博士)アリ吾人ハ後說ニ左袒スル者ナリ之レ蓋シ占有ヲ別ツテ直接間接ノ二種ト爲スハ獨民法固有ノ制度ニシテ同法カ占有ノ基礎觀念ヲ客觀說ニ採リタルニ基因スルモノニシテ所謂直接占有ナルモノハ自己ニ依ル占有ノ意義ニ非スシテ自己以外ノ第二ノ占有者アルモノヲ謂フ卽チ所持者ハ凡テ占有者ニシテ其意思如何ヲ問ハス他人ノ占有カ之ニ附隨スル場合ニ於テ此區別ヲ爲スノミ然ルニ我民法ニ於テハ自己ノ

爲メニスル意思ナキ所持者ノ如キハ直接ニモ占有者ト稱スルコトヲ得ス從ツテ間接占有者モ之アルコトナシ唯賃借人質權者ノ如キ他主占有者アル場合ニ於テ此語ヲ使用スルコトヲ得サルニ非スト雖モ獨法ニ於ケルト同一意義ヲ有セサルカ故ニ我民法上直接間接ノ區判ヲ認メサルモノト論定スルヲ至當ト信スレハ也而シテ占有ノ取得占有ノ繼續ハ意思表示ニ非ス故ニ占有ニ付テ存スル代理ハ民法總則ノ適用ヲ受クヘキモノニ非ス民法第一八一條以下ニ認メタル一種特別ノ意義ヲ有スルモノト見サル可カラス要之判旨第一點カ賃貸人ニ占有權ノ存在ヲ認メタルハ至當ナリ

判決第二點ハ民法第一九二條ヲ其儘適用シタルモノニシテ本條ヲ適用スヘキ條件ヲ具備スルヤ否ヤハ畢竟事實認定ノ問題ニ屬ス故ニ判決カ從參如人ニ此條件ヲ充スヘキ事實ヲ認メ本條ヲ適用シタルハ至當ニシテ法理上別ニ論スヘキ點ナシ

判決第三點前段ヲ見ルニ從參加人(丙)ノ前占有者タル被控訴會社(乙)カ訴外三橋房吉(甲)ヨリ物ノ占有ヲ取得スルニ當リ惡意且過失アリトスルモ元來占有ハ自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ物ヲ所持スル事實ナルカ故ニ此要件ヲ具備スル者ハ他人ノ占有權ヲ承繼シタル場合ニ於テモ尙自己固有ノ占有ニ對シ法ノ保護ヲ受クヘキモノナルコトハ民法第一八七條第一項前段ヨリ見ルモ明カナレハ(乙)ヨリ占有

ヲ承繼シタル從參加人(丙)ニ於テ平穩且公然ニシテ善意無過失ナル以上前者ノ占有ノ瑕疵ノ存否如何ヲ問ハス丙者ハ民法第一九二條ノ適用ヲ受クヘク而シテ事案ノ場合丙者ハ其物ノ讓渡ヲ受ケ之ヲ占有スル者ナルカ故ニ其物ノ上ニ行使スル權利卽チ所有權ヲ取得スルモノナルコト論ヲ俟タス果シテ然ラハ從參加人(丙者)カ物ノ上ニ完全ナル所有權ヲ有スト認定シタル判旨ハ正當ナリト謂ハサルヘカラス

次ニ第三點後段ニ於ケル控訴人(第三者)ノ所有權ハ如何ナル影響ヲ受クヘキヤヲ按スルニ所有者ハ其所有物ヲ讓渡若クハ拋棄セサル場合ト雖モ同一ノ物ニ付他人カ法律ノ規定ニ基キテ完全ナル所有權ヲ取得シタルトキハ一物二主ヲ容レサル原則ニ由リ其所有權ハ當然消滅スヘキコト自明ノ理ナリトス故ニ此點ニ關スル判旨モ亦至當ナリト謂ハサル可カラス

大審院判決

(三三)

五七五 未タ引渡ササル賣買ノ目的物カ果實ヲ生シタルトキハ其果實ハ賣主ニ屬ス
買主ハ引渡ノ日ヨリ代金ノ利息ヲ拂フ義務ヲ負フ但代金ノ支拂ニ付キ期限アルトキハ其期限ノ到來スルマテハ利息ヲ拂フコトヲ要セス

賣買ノ目的物ノ引渡ニ付期限ノ定メアリテ賣主カ其引渡ヲ遲滯シタルトキト雖モ其引渡ヲ爲スマテハ之ヲ使用シ且ツ果實ヲ收得スルヲ得ヘキト同時ニ代金支拂ニ付期限ノ定メアリテ買主カ其支拂ヲ遲滯シタルトキハ勿論同時履行ノ場合ニ於テ買主カ其目的物ノ受領ヲ拒ミ遲滯ニ付セラレタルトキト雖モ目的物ノ引渡ヲ受クル迄ハ代金ノ利息ヲ支拂フコトヲ要セサルモノトス』

特定物ノ賣買ニ付テハ特約ナキ限リハ契約成立ノ時ヨリ目的物ノ所有權ハ買主ニ移轉シ其危險ハ買主ノ負擔ニ歸スヘキハ民法ノ原則ナルヲ以テ目的物ノ引渡前ニ生シタル果實モ買主ニ於テ之ヲ收得スヘキハ當然ナリト雖モ此原則ニ依ルトキハ買主ハ賣主ヨリ果實ノ引渡ヲ要求スル權利ヲ有スルノミナラス假令目的物カ果實ヲ生セサルモ賣主カ之ヲ使用スルトキハ其對價ヲ要求スルコトヲ得ルト同時ニ一面ニ於テ賣主ニ對シ目的物ノ管理保存ニ要シタル費用ヲ償還シ且代金ノ利息ヲ支拂フノ債務ヲ負擔スルニ至リ相互ノ關係頗ル錯雜スルニ至ルヘキヲ以テ民法第五七五條ニ於テ賣買ノ目的物ヨリ生スル果實ト代金ノ利息トヲ相消スル規定ヲ設ケ以テ相互ノ關係ヲ簡易ナラシメタル所以トス是ニ依テ之ヲ看レハ賣買ノ目的物ノ引渡ニ付期限ノ定メアリテ賣主カ其引渡ヲ遲滯シタルトキト雖其引渡ヲ爲ス迄ハ之ヲ使用シ且ツ果實ヲ收得スルヲ得ヘキト同時ニ代金支拂ニ付期限ノ定メアリテ買主カ其支拂ヲ遲滯シタルトキハ勿論同時履行ノ場合ニ於テ買主カ目的物ノ受領ヲ拒ミ遲滯ニ付セラレタル場合ニ付テノ規定ヲ設ケタルニ拘ハラス目的物ノ引渡ニ付期限ノ定メアル場合及ヒ其引渡前ニ代金支拂ノ期限到來スヘキ場合ニ付其區別アルコトヲ規定セサル法意ヨリ推スモ同條ハ當事者ノ遲滯ニ付セラレタルト否トニ關セス適用スヘキモノト解ス

ルヲ至當トスレハナリ而シテ同條ノ規定ハ賣買ノ目的物カ果實ヲ生スル場合ノミ適用スヘキ趣旨ニ非サルコトハ同條第一項ニ「果實ヲ生シタルトキハ」云云ト規定シ果實ヲ生スルコトヲ要件トセル法意ノ看ルヘキナキヨリスルモ之ヲ知ルヲ得ヘク又同條ノ法意ヨリスルモ不動産賣買ニ於テハ其引渡ヲ爲ス迄ハ賣主ハ之ヲ使用收益スルコトヲ得ヘキヲ以テ引渡前ノ公租公課ハ特約ナキ限リ賣主ニ於テ負擔スヘキヲ至當トスルヘカラス然ラハ之レト同趣旨ニ出テタル原判決ハ正當ナリ（大審院大正四年（オ）第九〇號同年十二月二十一日民一部田部裁判長大倉榊原尾古岩田各判事判決）

【關係事項】

上告棄却○原審大阪控訴院○損害賠償請求事件○上告人吳錦堂訴訟代理人辯護士岡崎正也同草鹿甲子太郎被上告人今津亦兵衛外一名訴訟代理人辯護士竹田廣助

（三四）

東京控訴院判決

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

契約當事者ノ一方カ附隨ノ約款ニ違反セル事實アルトキニ他方カ契約ヲ解除シ得ヘキヤ否ハ一概ニ論スルヲ得ス若シ其附隨ノ約款ニヨリ定ムル所カ履行サレサルニ於テハ契約ヲ爲シタル當事者ノ目的ヲ達シ得サルカ如キ場合ニハ附隨約款違反ノ事實モ契約解除ノ理由ト爲シ得ヘシト雖モ否ラサル場合ニハ約款ヲ解除シ得ヘキモノニ非ス』

甲第一號證ニヨレハ被控訴會社ハ控訴人ニ活動寫眞ヲ映寫セシムル爲メ之ニ必要ナ

ル機械寫眞ヲ提供シテ之カ使用ヲ許シ控訴人ハ之ニ對シテ一定ノ料金ヲ支拂フコトヲ約束セルモノニシテ當事者ノ意思タルヤ賃貸借ヲ爲スニ在リシコト一點ノ疑ナシ只同證第二條中「此契約期間中甲者（控訴人）ハ乙者（被控訴會社）以外ノ者ノ寫眞ヲ賃借使用シ又ハ映寫セサルコトノ約款アレトモ之ハ寧ロ被控訴會社カ自家ノ發展ヲ欲スル所ヨリ右賃貸契約ニ附隨シテ控訴人ト特約セル條項ニ過キスト認ムルヲ相當トシ之レアルカ爲メ本件契約ハ賃貸借契約ニアラスシテ之ト異レル別個ノ契約ナリトハ認メ難シ已ニ賃貸借ト認ムヘキ以上被控訴會社ニシテ映寫ヲ爲シ得ル設備ヲ整ヘテ寫眞並ニ機械ヲ提供シ控訴人ヲシテ之ヲ使用シ得ヘキ狀態ニ置クカ若シ控訴人ニシテ豫メ履行ノ提供ヲ受クルコトヲ拒ムニ於テハ履行ノ準備ヲ爲シタルコトヲ通知シソノ受領ヲ催告スルカノ手續ヲ爲セハ被控訴會社ハ約定ノ料金ヲ請求シ得ヘク控訴人ニ於テ寫眞ヲ使用スルト否トハ毫モ被控訴會社ノ料金請求權ニ影響ナシ而テ甲第二號證第四號證第五號證ヲ綜合スレハ控訴人カ豫メ履行ノ提供ヲ受クルコトヲ拒ミシ爲メ被控訴會社ニ於テ履行ノ準備ヲ爲シソノ旨ヲ通知シ受領ヲ催告シタル事實ヲ推知シ得ヘキカ故ニ被控訴會社カ控訴人ニ對シ料金ノ請求ヲ爲シ得ヘキコト明カナリト云ハサルヘカラス然レトモ甲第二號證ニヨレハ被控訴會社カ控訴人ニ對シ義務ノ履行ヲ催告シタルハ大正三年一月十日ナリ然ルニ大正二年十二月二十九日以降一ケ月分ノ料金カ已ニ控訴人ヨリ前拂セラレ居ル事實ハ當事者間ニ爭ナキ所ナレハ右催告ノ當時ニ於テハ控訴人ハ料金支拂義務ニ付キ何等不履行ノ事實アルモノト云フヲ得ス從テ甲第二號證ノ催告カ料金支拂義務ニ付キ爲サレタルモノトセハ其催告ノ失當ナル事云フ迄モナク延テ甲第三號證ニ於ケル解除ノ意思表示ハ無效ト云ハサルヘ

カラス仍テ被控訴會社カ本訴請求原因トシテ控訴人ニ義務不履行ノ事實アリト主張スルトコロハ專ラ前記附隨ノ特約ニ反セリトノ點ト解センカ元來契約當事者ノ一方カ附隨ノ約款ニ違反セル事實アルトキニ他方カ契約ヲ解除シ得ヘキカ否カハ一概ニ斷言スルヲ得ス若シ其附隨ノ約款ニヨリ定ムルトコロカ履行サレサルニ於テハ契約ヲ爲シタル當事者ノ目的ヲ達シ得サルカ如キ場合ニハ附隨約款違反ノ事實モ契約解除ノ理由トナシ得ヘシト雖モ斯ル重要ノ關係ナキ場合ニ於テ當事者ノ一方カ特約ニ違反シタレハトテ直ニ相手方ハ契約ヲ解除シ得ルモノトハ認メ難ク斯クノ如キ場合ニハ單ニ損害賠償ヲ求メ得ルニ止マルモノト解スルヲ相當トス而シテ今本件ノ附隨約款ニ付キ考フルニ控訴人カ假令他人ヨリ寫眞ヲ賃借シ又ハ他人ヲシテ映寫セシメタリトスルモ本件賃貸借ニ影響ナケレハ被控訴會社ノ料金請求ニハ何等消長ヲ來タスコトナキヲ以テ當事者カ賃貸借ヲ爲シタル目的ヲ達セサルカ如キ虞毫モナク從テ右附隨約款ニヨル特約ニ付キ控訴人ニ義務不履行ノ事實アリトスルモ之ヲ以テ本件甲第一號證ノ契約ヲ解除シ得ルモノト云フヲ得ス然レハ被控訴會社カ契約ヲ解除シタリトシテ以テ損害賠償ヲ求ムル本訴請求ハコノ點ニ於テ失當ナリト云ハサルヘカラス或ハ被控訴會社ノ本訴請求ノ趣旨ハ敢テ解除ヲ前提トスルモノニアラスシテ單ニ控訴人ノ右特約上ノ義務ノ不履行ニ對シ損害賠償ヲ求ムルモノナリトスルモ右特約上ノ義務ヲ控訴人カ履行セサル爲メ卽チ控訴人カ他人ヨリ寫眞ヲ賃借使用シ又ハ他人ヲシテ映寫セシメタル爲メ本件賃貸借上ノ義務ニ影響ナキコト前述ノ如クナルヲ以テ被控訴會社ノ被ル損害ハ固ヨリ料金ヲ標準トシテ算定スヘキモノニ非ス斯ル場合ノ損害ハ通常生スヘキ損害タルト特別ノ事情ニヨリ生スル損害タルトヲ問ハス

大審院判決

須ラク被控訴會社ニ於テ之ヲ立證スルヲ要ス然ルニ被控訴會社ノ提出援用スル證據方法ニヨリテハ此種ノ損害ヲ認ムルニ足ルモノナシ然ラハ本訴請求ハ到底失當タルヲ免カレス(東控大正四年(ネ)第三一五號同年十二月廿八日同民二部須賀裁判長渡邊三橋各判事判決)

【關係事項】

損害賠償請求事件○控訴人林信行訴訟代理人辯護士尾越辰雄被控訴人日本活動寫眞株式會社法律上代理人取締役鈴木要三郎訴訟代理人辯護士鈴木濟美

(三五)

四九三 辨濟ノ提供ハ債務ノ本旨ニ從ヒテ現實ニ之ヲ爲スコトヲ要ス但債權者カ豫メ其受領ヲ拒ミ又ハ債務ノ履行ニ付キ債權者ノ行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

四九四 債務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

債權者債務者間ノ契約ニ依リ利息若クハ費用ノ債務ヲ元本ノ債務ト各個分割シテ支拂フヘキコトヲ約シタル場合ニ於テハ其各債務ノ辨濟ノ爲メニスル各債務全額ノ提供ハ卽チ債務ノ本旨ニ從フモノナルヲ以テ債權者之レカ受領ヲ拒絕スルトキハ債務者ハ有效ニ其目的物ヲ供託シテ債務ヲ免ルルコトヲ得ルモノトス』

債務者カ一個ノ債務ニ付キ元本ノ外利息及ヒ費用ヲ支拂フヘキ場合ニ於テ債務ノ本旨ニ從ヒ之カ辨濟ヲ爲サンニハ元本ノ外利息及ヒ費用ノ全額ヲ提供スルコトヲ要シ其一部ノ提供ハ債權者之カ受領ヲ拒絕シ得ヘク從テ債務者カ其提供ノ目的物ヲ供託スルモ債務ノ一部免脫ノ效ヲ生セサルコト勿論ナリト雖モ元本ノ擴張ニ外ナラサル

利息及ヒ費用ノ債務モ亦性質上元本ト分割シ得ヘキモノナルヲ以テ債權者債務者間ノ契約ニ依リ利息若クハ費用ノ債務ヲ元本ノ債務ト各個分割シテ支拂フヘキコトヲ約シタル場合ニ於テハ其各債務ノ辨濟ノ爲メニスル各債務全額ノ提供ハ即チ債務ノ本旨ニ從フモノナルヲ以テ債權者之レカ受領ヲ拒絶スル時ハ債務者ハ有效ニ其目的物ヲ供託シテ債務ヲ免ルルコトヲ得ルモノトス本件ニ於テ被上告人先代カ上告人ヨリ提起セラレタル肥料代金七圓六十二錢ノ支拂請求ノ別途訴訟ニ於テ被上告人先代ハ上告人ニ對シ肥料代金七圓五十錢及ヒ之ニ對スル明治四十五年七月五日ヨリ月一歩ノ割合ノ利息金並ニ訴訟費用金四圓五十五錢ヲ支拂フヘキ條項ノ下ニ裁判上和解ヲ爲シタルコト其後被上告人先代ハ右肥料代金並ニ利息ヲ辨濟ノ爲メ上告人ニ提供シタルニ訴訟費用ト共ニセサル故ヲ以テ受領ヲ拒絶セラレタル爲メ之カ供託ヲ爲シタルコトハ原審ノ確定スル所ナレハ即チ本訴債務ハ一個ノ債務ニ付キ元本ノ外利息及ヒ費用ノ存スル場合ナルヲ以テ當事者間ニ別異ノ契約ノ存セサルニ於テハ右ノ提供及ヒ供託ハ法律上債務免脫ノ效果ヲ生セサルコト所論ノ如シト雖モ原審ハ右ノ事實確定ト同時ニ被上告人先代ハ上告人ト前示和解ヲ爲スニ當リ元本及ヒ利息ノ債務ト費用ノ債務トヲ分割シ二個ノ債務トシテ支拂フヘキ契約ヲ爲シタルモノナル事實ヲ認定シタルモノナレハ被上告人先代ノ爲シタル提供ハ右和解契約ノ趣旨ニ照シ元本及ヒ利息債務ノ消滅ノ爲メニスル辨濟ノ提供トシテ元ヨリ適法ナレハ原審カ上告人ノ受領ノ拒絶ヲ失當トシ被上告人先代ノ爲シタル供託ハ有效ニシテ之レカ爲メ本訴肥料代金及ヒ利息ノ債權ハ既ニ消滅ニ歸シタルモノナリト判示シ上告人ノ請求ヲ排斥シタルハ相當ナリ(大審院大正四年(オ)第七六四號同年十二月四日民三部横田裁判

東京控訴院

大審院

大審院決定

長田上大倉嘉山三宅各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審山口地方裁判所○肥料代金請求事件○上告人加屋野友吉訴訟代理人辯護士横山勝太郎被上告人阿部眞一

【參照判例】

一 債務者カ辨濟ノ目的物ヲ供託シテ其債務ヲ免ルルニハ債務ノ本旨ニ從ヒクル現實ノ提供又ハ辨濟ノ準備ヲ通知シ受領ヲ催告シ債權者ニ於テ其受領ヲ拒絶シタルコトヲ前提トス故ニ若シ現實ノ提供ナク又ハ辨濟ノ準備ヲ通知シテ受領ノ催告ヲ爲スコトナク直チニ供託スルコトアルモ債務ヲ免ルルコトヲ得ス(東京控訴判決法律新聞四九八號六頁)

二 債務一部ノ辨濟提供ハ債權者ニ於テ之ヲ受領セサルヘカラサルモノニ非ス從テ債務者カ債務ノ一部ヲ供託スルモ債務免脫ノ效力ヲ生セサルカ故ニ請求債額ヨリ其供託ヲ控除スヘキモノニアラス(東京控訴判例彙報八卷四九頁)

三 一部辨濟ノ提供ハ債權者ノ承諾ナキ限リ提供トシテ有效ナラス之ヲ供託スルモ辨濟ノ效力ヲ生スルモノニ非ス(大審院民事判決錄四五年六八四頁)

至當ノ判決ナリト信ス

(三六)

九四九 第一項 無能力者ノ爲メニ設ケタル親族會ハ其者ノ無能力ノ止ムマテ繼續ス

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

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

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

家督相續人選定ノ爲メニ招集セラレタル親族會ハ其目的事項ノ決議ヲ終ラサル間ハ縱令親族會招集決定ニ於テ示サレタル招集日時ハ茲ニ終了スルモ親族會ハ尚ホ存續スト解スヘキモノナレハ親族會ハ其後ノ日時ニ於テ隨時ノ開會決議ヲ爲スコトヲ得ヘキモノニシテ裁判所ニ之カ招集ヲ申請スヘキモノニ非ス』

家督相續人選定ノ爲メニ招集セラレタル親族會ハ其目的事項タル家督相續人ノ選定ヲ終リタル後ハ當然解散スヘキモノナリト雖モ其目的事項ノ決議ヲ終ラサル間ハ縱令親族會招集決定ニ於テ示サレタル招集日時ハ玆ニ終了スルモ親族會ハ尙ホ存續スト解スヘキモノトス故ニ此ノ如キ場合ニ於テハ親族會ハ其後ノ日時ニ於テ隨時ノ開會決議ヲ爲スコトヲ得ヘキモノニシテ裁判所ニ之カ招集ヲ申請スヘキモノニ非ス而シテ本件ニ於テ亡田中喜三郎ノ家督相續人選定ノ爲メ選定セラレタル招集ノ日時ニ所定ノ場所ニ出席シタルニ拘ハラス單ニ田中きくヲ家督相續人ニ選定セサル旨ノ決議ヲ爲シタルニ止マリ其目的事項タル相續人ノ選定ヲ終リタルニ非サルヲ以テ原審ニ於テ抗告人カ爲シタル相續人選定ノ爲メニスル親族會員ノ選定並ニ招集ノ申請ヲ却下シタル東京區裁判所ノ裁判ヲ不當トスル抗告人ノ抗告ヲ棄却シタルハ正當ナリ

（大審院大正四年（ク）第四五九號同年十一月八日民二部馬場裁判長田上尾古入江鈴木各判事決定）

【關係事項】

抗告棄却○原審東京地方裁判所○親族會員選定並招集申請却下ノ決定ニ對スル抗告事件○抗告人渡邊仙之助代理人辯護士岡本宏

【參照判例】

一　無能力者ノ爲メニ設ケタル親族會ハ其者ノ無能力ノ止ムマテ繼續スルモノナルモ其他ノ親族會即チ相續人選定ノ爲メニ招集セラレタル親族會ハ其決議事項ヲ議了スルト同時ニ當然解散スルモノトス而シテ其決議ノ有效ナリヤ否ヤハ問フ所ニ非ス從テ爾後親族會モ無ク親族會員モナキヲ以テ當テ親族會員タリシモノ又ハ其他ノ者カ尙親族會存續スルモノトシ之ヲ招集スルコトヲ得サルハ固ヨリ論ヲ俟タス（大審院民事判決錄大正二年六九九頁）

二　親族會ナルモノハ其目的タル特定ノ事項ニ干シ完全有效ナル決議ヲ爲ス迄存續ス（長野地方元年（ワ）一一九號判決法律新聞

大審院判決

嘩道學士

八四六號二六頁）

判旨ハ正當ナリ蓋シ本來親族會ハ必要ノ事項ヲ生シタルトキ組織スルヲ普通トスルヲ以テ選定ノ效力ハ一回ノ親族會ニノミ其效力ヲ生シ會議ヲ要スル事件ヲ議了シタルトキハ親族會ハ當然解散セラルヘク反之會議ヲ要スル事件ヲ議了セサルトキハ縱令親族會招集決定ニ示サレタル招集日時ハ終了スルモ親族會ハ尙ホ存續スト解スルヲ至當ト信ス

（三七）

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

前項ノ規定ハ財產權ヲ目的トセサル法律行爲ニハ之ヲ適用セス

成立要件ト效力要件トノ區別アル法律行爲ニ民法第四二四條カ適用セラルルニハ其成立要件效力要件共ニ完備スルコトヲ要シ且詐害ノ事實ハ成立ノ時及ヒ效力發生ノ時ニ存スルコトヲ要スルモノトス』

（一）　法律行爲成立當時ニ於テ債務者ノ財產狀態ハ債權者ニ滿足ヲ與フルニ十分ナリシモ其效力發生ノ時期ニ於テ債務者ハ支拂不能又ハ債務過超ノ狀態ニ陷リタル場合ニ於テ之ヲ取消スコトヲ得ルヤ予輩ハ此場合ニ於テ法律行爲ハ之ヲ取消スコトヲ得サルモノナリト解ス何トナレハ債務者ノ爲シタル法律行爲ヲ民法四二四條ノ定ムル所ニ從ヒ取消スコトヲ得ルニハ行爲ノ當時債務者ハ行爲ノ結果カ債權者ヲ害スヘキ

コトヲ觀念スルコトヲ要シ、行爲ノ當時支拂不能又ハ債務過超ノ狀態ニ在ラサリシ債務者ニハ此觀念アルコトヲ得サレハナリ

（二）法律行爲成立ノ當時ニ於テ債務者ハ支拂不能又ハ債務過超ノ狀態ニアリシモ其效力發生ノ時ニ於テ財產狀態カ債權者ニ十分ナル滿足ヲ與フル程度ニ回復シタル場合ニ之ヲ取消スコトヲ得ルヤ否ヤ余輩ハ此問題モ亦前場合ト均シク之ヲ消極的ニ解スヘキモノト信ス何トナレハ債務者ノ爲シタル行爲ヲ民法四二四條ノ定ムル所ニ從ヒ取消スコトヲ得ルニハ行爲ノ結果債權者ニ損害ヲ與ヘタルコトヲ要ス換言スレハ行爲ノ結果債權者ノ滿足ニ供セラルヘキ債務者ノ財產カ減少シ且債務者カ債權者ヲ滿足セシムルコト能ハサルコトヲ要ス然ルニ行爲ノ效力發生ノ時ニ於テ債務者ノ財產狀態カ債權者ニ十分ナル滿足ヲ與フル程度ニ回復シタリトセハ行爲ノ結果カ債權者ニ損害ヲ與フルモノト謂フコトヲ得サレハナリ

（三）法律行爲ノ成立後效力發生前ニ之ヲ取消スコトヲ得ルヤ此問題ハ民法四二四條ノ取消權ノ性質ヲ請求權ト解スル說ニ依ルモ形成權ト解スル說モ共ニ否定セラルヘキモノナリト信ス何トナレハ法律行爲ニ成立要件ト效力條件トノ區別アル場合ニ成立要件ノミ完成スルモ效力條件備ハラサル限リハ其行爲ハ全然法律上ノ效果ヲ生セサルヲ以テ請求セラレ若クハ形成セラルヘキモノ全然存在セサレハナリ

要スルニ成立要件ト效力條件トノ區別アル法律行爲ニ民法四二四條カ適用セラルルニハ其成立要件效力條件共ニ完備スルコトヲ要シ且詐害ノ事實ハ成立ノ時及ヒ效力發生ノ時ニ存スルコトヲ要スルモノトス（法學士嘩道文藝氏京都法學會雜誌第一一卷第三號一〇一頁以下要領）

（三八）

横田博士
石坂博士
川名博士

【參照學說】

一　行爲ヲ爲スノ當時惡意ニシテ債權者ヲ害スルコトヲ知リテ其行爲ヲ爲シタル場合ニ於テ其行爲ハ純然タル不法行爲トシテ其取消ヲ裁判所ニ求ムルノ權利ヲ債權者ニ附與スルモノナリ而シテ債務者カ債權者ヲ害スルコトヲ知リタルヤ否ヤノ問題ハ行爲ノ當時ニ於ケル債務者ノ意思ノ狀態ニ基キテ定ムルコトヲ要シ債務者カ行爲ノ當時此事實ヲ知ラサリシトキハ其行爲ハ適法ニシテ其行爲ヲ爲シタル後ニ於テ此事實ヲ知ルモ之カ爲メ其行爲ハ不法トナラサルモノトス（法學博士横田秀雄氏債權總論四二七頁）

債務者カ債權者ヲ害スルコトヲ知リテ處分行爲ヲ爲シタル場合ニ其行爲カ全體ニ於テ債權者ニ不利ナル結果ヲ生シタルトキハ債權者ハ廢罔訴權ヲ利用シテ之ヲ取消スコトヲ得之ニ反シテ債務者ノ行爲カ此結果ヲ生セサリシトキハ債權者ハ廢罔訴權ヲ利用シテ之ヲ取消スコトヲ得之ニ反シテ債務者ノ行爲カ此結果ヲ生セサリシトキハ債權者ハ之ヲ取消スコトヲ得ス（同上四四五頁）

二　取消權ハ債權者ヲ保護スルヲ以テ目的トスルカ故ニ取消權發生ノ要件トシテ債權者カ債務者ノ行爲ニ因リテ損害ヲ受ケタルコトヲ要スル法典ハ「單ニ債務者カ債權者ヲ害スルコトヲ知リテ」ト云ヒ債務者ノ行爲カ現實ニ債權者ヲ害スルノ結果ヲ生スルコトヲ要スル旨ヲ明示スル所ナシ然レトモ取消權ノ目的ヨリ論シ現實ニ債權者ニ損害ヲ生スルヲ以テ取消權發生ノ要件ト爲サルヲ得ス（法學博士石坂音四郎氏日本民法債權篇七〇三頁）

債務者ハ其行爲ノ結果カ債權者ヲ害スヘキコトニ對シ觀念アルコトヲ要ス故ニ債務者ハ債權者ヲ害スルノ意思アルコトヲ要セス（同上七〇八頁）

三　第一ノ要件トシテ債務者カ債權者ヲ害スル事實ナカラサルヘカラス即チ債務者カ債權者ナシテ十分ナル滿足ヲ得ルコト能ハサラシムル財產上ノ狀況ヲ作出スルコトヲ意味ス故ニ常ニ强制執行ニヨリテ債權者ニ滿足ヲ與フルコトヲ得サル財產上ノ狀況ヲ作出スルコトヲ云フ

第二ノ要件トシテ債務者カ債權者ヲ害スルノ事實ヲ知ルコトヲ必要トス（法學博士川名兼四郎氏債權法要論二六四頁）

債權者取消權ハ其發生ノ要件ニ付イテ無能力詐欺脅迫ニ基ク取消權其者ノ性質ニ於テハ全ク之ト一ナリ同シク法律行爲ノ效力ノ發生ヲ否認スルコトヲ內容トスル權利ナリ故ニ其取消ノ效果ハ物權的ニシテ且遡及的ナリ（同上二七六頁）

【參照判例】

一　債務者ノ爲シタル法律行爲カ債權者ヲ害スルト否トハ其行爲當時ノ事情ニ依リ之ヲ定ムヘキモノニシテ爾後時勢ノ變遷ニ從ヒ物價ノ騰貴シタル場合ニ比シ不利益ナリシカ如キ事由ハ未タ以テ債權者ヲ害スルモノト云フヲ得ス（大審院民事判決錄四〇年七四五頁）

二　民法第四二四條ノ訴ノ一要件タル債權者ヲ害スルコトハ債務者カ財產權ヲ目的トスル法律行爲ヲ爲シ之ニ因リテ其債權

（三九）

長崎控訴院
東京控訴院

者ノ爲メ一般擔保ヲ組成スル自己ノ財産ヲ減少シ辨濟ノ資力ヲ薄弱ナラシメタル場合ナ云フ（同上三七年一三四七頁）

三 賣買契約ノ成立ノ要件ニシテ具備シ且其具備カ詐害行爲タラサル以上ハ許可ノ出願並ニ許可ハ債權者ヲ詐害スルコトアルモ之ヲ取消スコトヲ得ルモノニ非ス（大正四年四月廿二日大審院民二部判決）

四 廢罷訴權ニ於テ取消ノ目的トナルハ其法律行爲自體ニ外ナラスシテ其效力ニアラサルコト民法第四二四條ノ規定ニヨリテ明白ナレハ法律行爲カ債權者ヲ詐害スルヤ否ヤハ專ラ法律行爲ヲ爲シタル當時ノ事情ニヨリテ之ヲ定ムヘク其效力發生當時ノ事情ニ依ルヘキモノニアラス（長崎控訴院三年九月廿六日民事部法律評論第三卷民法六〇五頁）

五 當事者カ或行爲ヲ爲スノ結果債權者ヲ害スルニ至ルヘシト信スルモ若シ債務者ノ資力不足ナラス客觀的ニ債權者ヲ害スルコトナケレハ詐害行爲廢罷ノ場合ニ該當セス（東京控訴三年八月三日民一部法律評論第三卷民法四一八頁）

論旨ハ至當ナリ蓋シ債權者取消權發生ノ要件トシテ客觀的ニ其不正ナル分子（債務者カ債權者ヲ害スルノ事實）ト主觀的ニ不正ナル分子（債務者カ債權者ヲ害スルノ事實ヲ知ルコト）トノ存在ヲ必要トス然リ而シテ法律行爲ノ成立ト其效力ノ發生トカ時ヲ異ニスル場合ニ於テ吾人ハ前者ニ付テハ法律行爲ノ效力發生當時ヲ標準トシ又後者ニ付テハ法律行爲ノ成立當時ヲ標準トシ各之ヲ觀察シ此兩個ノ事情カ積極ニ認定セラルル場合ニ於テ其法律行爲ノ取消ヲ認ムルヲ最モ至當ナリト信スルモノナリ（第三卷民法六一〇頁）學士所論ハ吾人年來ノ主張ト全然相一致スルモノニシテ毫モ異論ヲ挾ムヘキ餘地ナシ

（三八）

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

明治四十三年四月二十一日法律第五十八號漁業法**七** 漁業權ハ物權ト看做シ土地ニ關スル規定ヲ準用ス

民法第二編第九章ノ規定ハ漁業權ニ之ヲ適用セス

大審院判決

漁業權ハ私法上ノ財産權ナルヲ以テ漁業權者ハ不法行爲者ニ對シ其權利ノ行使

ヲ妨ゲラレタルニ因リテ生シタル損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ルモノトス』

眞實漁業權者ナルモ其登錄名義ヲ他人ニ移轉シタル者ハ行政官廳トノ公法關係ニ於テハ漁業權者ト看做サレスト雖モ公法關係ト私法關係トハ別箇ノ關係ニ屬スルヲ以テ私法關係ニ於テハ其權利ヲ行使シ以テ私權ノ本能ヲ發揮スルコトヲ得ルモノトス』

原判決ハ其前段ニ於テ上告人ト被上告人近藤孫三郎トノ間ニ爲シタル係爭漁業權ノ賣買契約カ虛僞ノ意思表示ナル事實ヲ確定シタル上漁業權ハ私權ナレハ之ヲ移轉スルノ意思ナクシテ移轉スヘキ理由ナキヲ以テ縱令讓渡ニ因ル免許狀ノ書換申請ニ基キ漁業原簿ニ其登錄アリタリトスルモ漁業權ハ被上告人近藤孫三郎ニ移轉セス依然トシテ上告人ニ存スル旨ヲ說明シタリ舊漁業法第七條ハ漁業權ハ相續讓渡共有及ヒ貸付ノ目的トナスコトヲ得ル旨規定スルヲ以テ漁業權カ私法上ノ財産權ナルコト毫末ノ疑ナク原判決ニ確定シタル如ク上告人ト被上告人近藤孫三郎トノ間ノ係爭漁業權ノ賣買契約ヲ以テ虛僞ノ意思表示ナリトスレハ私法關係ニ於テハ漁業權カ被上告人近藤孫三郎ニ移轉スルノ理由更ニナク上告人ハ依然トシテ漁業權者ナルコト原判決說明ノ如クナラサルヘカラス此說明ニ依ルトキハ私法上漁業權ヲ行使シ得ル者ハ上告人ヲ措キテ他ニ存シ得ヘカラサルノ道理ナリ蓋シ私法上ノ權利ハ權利者自ラ之ヲ行使スルヲ原則トシ他人カ其行使ヲ爲スヲ得ルコハ民法第四二三條第七九九條等ノ如キ別段ノ法規又ハ權利者ノ承諾アルコトヲ必要トスルモノナルニ本件ノ場合ニ於テ別段ノ私法上ノ法規存スルコトナク又斯ル承諾アルコトハ原判決ノ確定セサル

所ナレハナリ斯ノ如ク上告人ナ以テ私法上漁業權ヲ行使シ得ヘキ者ト爲ストキハ上告人ハ其行使ヲ妨ケラレタルニ因リテ生シタル損害ノ賠償ヲ不法行爲者ニ對シテ請求スルコトヲ得ルモノト爲ナサルヲ得サルニ至ルヘシ然ルニ原判決ハ其後段ニ於テ更ニ一轉シテ漁業原簿ノ登錄事項ハ實際ノ事實ト符合スルコトヲ期スルモノナレハ漁業ヲ爲シ得ルノ權原ハ漁業原簿ノ登錄名義ニ在リ眞實漁業權者タリトモ其登錄名義ヲ他人ニ移轉シタル者ハ漁業權ヲ行使スルコトヲ得ス從テ上告人ハ係爭漁業權ヲ行使シ得ヘカラサルモノナレハ其行使ヲ妨ケラレ損害ヲ生スヘキ謂ハレナキ旨ヲ說明シ以テ上告人ノ損害賠償ノ請求ヲ排斥シタリ此說明ハ明カニ前段ノ說明ト牴觸スルモノニシテ其牴觸タルヤ私法關係ト公法關係トヲ混同シタルノ誤ニ職由ス蓋シ行政官廳ハ原判決ニ說明スル如ク「一ニ原簿ノ指示スル所ニ從ヒ其登錄名義人ヲ以テ漁業權者ト看做シ之ニ對シテ諸般ノ監督ヲ爲ス」ヘシト雖モ是レ唯行政官廳カ行政上ノ取締徵稅其他ノ行政行爲ヲ爲スノ必要ニ基キ登錄名義人ヲ以テ漁業權者ト看做スニ外ナラス換言スレハ行政官廳トノ公法關係ニ於テハ登錄名義人ニ非スンハ漁業權者ト看做サレスト云フニ止マリ之カ爲メニ眞實ノ漁業權者カ私法關係ニ於テ其權利ノ行使ヲ妨ケラルルノ理由ナシ公法關係トハ別個ノ關係ナリ私權ヲ有スル者ハ縱令公法關係ニ於テハ特定ノ條件ヲ具ヘサレハ權利者トシテ取扱ハレストスルモ私法關係ニ於テモ亦同一ノ取扱ヲ受ケサルヘカラストノ推理ヲ生スルコトナク從テ私法關係ニ於テ其權利ヲ行使シ以テ私權ノ本能ヲ發揮スルヲ得ヘキハ睹易キノ道理ニシテ漁業權ノ私權ナルコトハ曩ニ說明シタル如クナレハナリ果シテ然レハ原判決ハ右前段ノ說明ト後段ノ說明トニ於テ互ニ牴觸シ理由不備ノ不法アルヲ免レス(大審院大正三

永井學士

年(オ)第五七一號同四年十二月二十五日民三部横田裁判長田上大倉嘉山三宅各判事判決)

【關係事項】

破毀移送○原審函館控訴院○損害賠償請求事件○上告人山田多吉訴訟代理人辯護士原嘉道被上告人近藤孫三郎外一名訴訟代理人辯護士岸清一同八木橋榮吉

【前項參照學說】

漁業權トハ公有水面ノ一定ノ區域ニ於テ他人ヲ排斥シテ或特定ノ漁業ヲ爲シ得ルノ權利ニシテ漁業免許ナル行政處分ニ依リ附與セラレタル財產權ナリ

(一) 漁業權ハ公有水面ノ一定ノ區域ニ於テ他人ヲ排斥シテ或特定ノ漁業ヲ爲シ得ルノ權利ナリ漁業權ハ水面ノ一定ノ區域ニ於テ行ハルル權利ニシテ區域ヲ稱シテ漁場ト謂フ漁業ハ漁業權行使ノ範圍ナリ而シテ其漁場タル水面ノ區域ハ公有水面ニシテ私有水面ニ非ス(漁業法二條)漁業權ハ一定ノ漁場ニ於テ免許ヲ受ケタル漁業ヲ爲スノ權利ナリ漁業トハ營利ノ目的ヲ以テ水產動植物ノ採捕又ハ養殖ヲ業トスルヲ謂フ故ニ漁業權ノ目的ハ水產動植物ノ採捕又ハ養殖ニ在リ而シテ法律カ既ニ漁業權ナルモノヲ認メ一定ノ漁場ニ於テ特定ノ漁業ヲ爲スノ權利ヲ認メタル以上ハ其一定ノ漁場ニ於テ他人ヲ排斥シテ權利ヲ行使シ特定ノ漁業ヲ行フカ爲メニ排斥的ニ其ノ漁場ヲ占用スルコトヲ得ルハ勿論當然ノ事ニ屬ス漁業權ハ一定ノ漁場ニ於テ特定ノ漁業ヲ爲スノ權利ナルヲ以テ同一漁場ニ二以上ノ同種ノ漁業權ノ存在セサルコトヲ以テ原則トス故ニ同一漁場ニ於テハ同一名稱ノ漁業ヲ免許セス

(二) 漁業權ハ漁業免許ニ依リ附與セラレタル財產權ナリ漁業權ハ漁業免許ナル行政處分ニ因リテ設定セラレタル私權ナリ漁業權ハ相續讓渡共有及貸附ノ目的ト爲スコトヲ得但シ地先水面專用ノ漁業權ヲ處分スルハ行政官廳ノ認可ヲ受クルコトヲ要ス(漁業法七條)從來漁業ハ明治八年太政官布告一九五條ニ基キ海面ヲ借用シ或ハ官有地取扱規則ニ依リ水面使用ノ許可ヲ受ケ或ハ地方取締規則ニ依リ漁業ノ許可又ハ鑑札ヲ受ケ或ハ慣行ニ依リ漁業ヲ爲シ來タリ其ノ許可ヲ與ヘタルモノト雖モ多クハ營業上又ハ課稅上ノ目的ニ基キ特ニ漁業上ノ權利ヲ認メ其權利ノ移轉處分ヲ公許スルコトナカリシカ漁業法ノ制定ニ依リテ漁業權設定ノ免許ヲ與ヘ漁業權カ相續讓渡貸付ヲ爲スコトヲ得ルモノトシタルヲ以テ漁業權カ私權タリ財產權タルコトハ毫モ疑ナ容レス漁業權ハ相續贈與遺贈賣買交換等ニ因リ之ヲ他人ニ移轉スルヲ得レト漁業權ノ一部ヲ分割シテ讓渡ヲ爲スコトヲ得ス蓋シ漁業權ハ漁業免許ニ因リテ設定セラレタル單一ノ權利ナレハナリ漁場ノ分割ハ漁業權ノ分割ニ非ス漁場ノ分割ニ因リテ二個ノ漁業權ト爲ル一個ノ漁業權ハ其範圍ヲ縮少シテ依然トシテ存續シ別ニ他ノ一個ノ漁業權ヲ發生ス故ニ漁場ノ分割ハ漁場區域變更ノ免許ヲ受ケ其分割セシ漁場ニ付キ更ニ漁業ノ免許ヲ受クルニ非サレハ之レヲ爲スコトヲ得ス

東京地方裁判所

漁業權ノ共有トハ一個ノ漁業權ヲ數人ニテ享有スルヲ謂フ而シテ漁業權ハ一種ノ財產權ナルヲ以テ漁業權ノ共有ニ關シテハ民法共有ノ規定ヲ準用ス然レトモ各共有者ハ漁業權ノ分割ヲ請求スルコトヲ得ス又共有ノ性質ヲ有スル入會漁業權ニ付テハ各地方ノ慣習ニ從フ外民法共有ノ規定ヲ適用ス專用漁業ノ免許ヲ受ケタルトキハ各專用漁業權者ハ漁業權ヲ共有シ地方ノ慣習ニ從フノ外民法共有ノ規定ヲ適用ス漁業權ノ貸付トハ漁業權ヲ移轉スルニ非スシテ漁業權ノ全部ノ行使ヲ爲サシムルコトヲ謂フ現行漁業法ハ漁業權ヲ不動產物權ト看做サルルヲ以テ漁業權ノ貸付ニ民法賃貸借ノ規定ヲ適用スルコト能ハズ漁業權ノ賃付ハ入漁ト異ナル入漁權ハ專用漁業權ノ上ニ設定セラレタル一種ノ地役的性質ヲ有スル權利ニシテ漁業權ノ制限ニ外ナラス其性質タルヤ地役ニ類ス故ニ共有ノ性質ヲ有セサル入會權ニ付テハ各地方ノ慣習ニ從フ外民法地役權ノ規定ヲ準用ス漁業權ハ抵當權ノ目的ト爲スコトヲ得ス現行漁業法ニ於テハ相續讓渡共有及貸付ノ目的ト爲スコトヲ得ルノ外如何ナル權利ノ目的ト爲スコトヲ得ス又質權ノ目的ト爲スコトヲ認メス從テ漁業權ハ質權抵當權ノ如キ擔保權ノ目的タルコト能ハサルハ民法上抵當權ノ目的ト爲スヲ得ルモノハ不動產タルヲ原則トシ例外トシテ地上權及永小作權モ抵當權ノ目的ト爲スコトヲ得ルニ止マリ(民法三六九)其他ノ財產權ハ法律ニ明文ヲ存セサル限リ抵當權ノ目的タルコト能ハサルハ毫モ疑ヲ容レスト雖モ漁業權カ質權ノ目的タルヲ得ルヤ否ハ稍疑ナキニアラス民法三六二條ニ質權ハ財產權ヲ以テ其目的ト爲スコトヲ得トアリ漁業權モ亦一種ノ財產權ナルヲ以テ特ニ之ヲ禁セサル限リ質權法ノ主旨ハ漁業權ノ一切ノ處分ヲ許シタルニアラス唯タ相續讓渡共有及貸付ノ目的タルヲ得ル範圍ニ於テ財產權タルヲ認メタルニ過キス漁業法第七條ノ規定ハ例示的ノ規定ニアラスシテ制限的ノ規定ナリト解セサルヘカラス從テ漁業權ハ質權及抵當權ノ目的ト爲ルコトヲ得スト論斷スルヲ以テ至當トス然レトモ實際ニ於テハ漁業權ノ貸付ヲ認メタルノ結果地人ニ漁業權ノ占有(行使)ヲ移シテ貸付料ヲ徵收スルノ實益少シト謂ハサルヘカラス

(三)漁業權ハ有期ノ權利ナリ漁業權ハ漁業免許ニ因リテ發生シ免許ノ取消又ハ免許期間ノ滿了ニ因リテ消滅ス漁業免許ノ期間ハ二十箇年以內トス但免許停止ノ期間ハ免許期間ニ算入セス(法學士永井享氏法律大辭書第二卷八〇〇頁以下)

【參照判例】

按スルニ漁業權ヲ物權視スル新漁業法ハ四十四年四月一日ヨリ施行サレタリト雖トモ其以前ニ於テモ漁業權ハ行政官廳ノ免許ニヨリ生スル一種ノ財產權ニシテ之カ差押假差押ハ素ヨリ法ノ認許スル所ナルヲ以テ苟クモ適法ナル假差押ノ實施アル以上假差押債權者ハ民事訴訟ノ認ムル一種ノ擔保權ヲ漁業權ノ上ニ獲得スルヤ勿論ナリ(東京地方裁判所判決法律新聞第八一九號二六頁)

大體ニ於テ賛同ノ意ヲ表ス(一)漁業權ハ國權ノ發動ニヨリ創設セラレタル私權ニシテ且財產權タルノ性質ヲ具有スル點ニ於テ學說一致ス從ッテ不法ニ同權ヲ侵

大審院判決

害シタル者アル場合ニ於テ被害者ハ民法第七〇九條以下ノ規定ニ依準シ救濟ヲ求ムルコトヲ得ルハ論ヲ俟タス(二)判旨後段ニ就テハ理義明白更ニ疑ヲ挾ムヘキ餘地ナシ

(三九)

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

大阪府令講會取締規則ニ違反シテ講會ヲ組織シ及ヒ擧行スル者アルトキハ其違反者ハ同規則所定ノ制裁ヲ免ルルコト能ハスト雖モ講員各自カ締結シタル講契約其モノニ至リテハ他ニ私法上ノ無效原因存セサル限リハ如上規則違反ノ爲メ當然無效トナルモノニ非ス』

明治三十年九月大阪府令第一五三號講會取締規則同四十四年二月改正同規則ハ同府ニ於ケル類母子講其他類似ノ講會取締ニ關スル法令ニシテ其講會ノ組織擧行ニ付テ所轄警察署ノ認可ヲ得セシムル所以ハ好點ノ徒カ之ニ依リテ私曲ヲ逞フシ諸種ノ弊害ノ生スルヲ防止シ以テ公衆ノ利益ヲ保護センカ爲メ專ハラ警察上ノ視察ヲ加フル趣旨ニ外ナラス故ヲ警察署ノ認可ヲ受ケスシテ講會ヲ組織シ及ヒ擧行スル者アルトキハ其違反者ハ同規則所定ノ拘留又ハ科料ノ制裁ヲ免カルルコト能ハスト雖モ講員各自カ契約自由ノ範圍內ニ於テ締結シタル講契約其モノニ至リテハ他ニ私法上無效ノ原因存セサル限リハ如上警察署ノ認可ヲ受ケサルカ爲メ當然無效ト爲ルヘキモノニ非ス是レ當院ノ判例トスル所ナリ然ルニ原因カ前揭府令ハ各種講會ノ成立ヲ警察

大審院
大阪控訴院
大阪地方裁判所

署ノ認可ニ羅ラシメタルモノニシテ該認可ヲ受ケサル講會ハ講契約其モノヲ無效トスル趣旨ナルカ如ク解釋シ所轄警察署ノ認可ヲ受ケサル本件頼母子講ヲ無效ト爲シ上告人等ノ請求ヲ棄却シタルハ法則ヲ不當ニ適用シタル不法アルモノニシテ破毀スヘキモノトス（大審院大正四年（オ）第五六九號同四年十二月二十二日民三部横田裁判長大倉嘉山中尾三宅各判事判決）

【關係事項】

破毀差戻○原審大阪控訴院○頼母子講掛込金拂戻請求事件○上告人奥山友次郎外一名訴訟代理人辯護士伊藤秀雄被上告人岡本勝之助外五名訴訟代理人辯護士丸山良策

【同趣旨判例】

一　講會擧行者カ京都府令講會取締規則ニ違反シテ所定ノ届出及ヒ認可ヲ受ケサルモ之カ爲メニ其講會ニ關スル契約ヲ當然無效ナリト斷スルヲ得サルモノトス（大審院大正四年（オ）第四三五號同年八月二十七日判決）

二　大阪府令ニ違背セル頼母子講ト雖モ講ノ擧行者ト講員間ニ締結セル諸契約ニ影響ナ及ホサス（大阪控訴院判決法律世界七一號五頁）

三　大阪府令ノ講會取締規則ハ行政上ノ取締ノ目的ヲ以テ制定セラレタルモノニシテ之ニ違反シテ所轄警察署ノ認可ヲ受クルコトヲ懈怠セル事實アル頼母子講ハ單ニ其違反者ニ對シ同府令ニ定ムル所ノ制裁ヲ加フヘキ原因タルニ止マリ講契約其者ノ成立ニハ何等ノ影響ナシ（大阪地方裁判所判決法律新聞六四二號一二頁）

【反對判例】

行政上ノ漁業取締規則ニ背反スル契約ハ縱令其規則發布以前ノ締結ニ係ルモノト雖モ當然無效ニ歸ス（大審院民事判決錄三二年三卷一頁）

判旨ハ至當ナリト信ス

惟フニ頼母子講取締令制定ノ趣旨ハ頼母子講ノ組織及ヒ擧行ニ際シ奸黠不正ノ徒カ跳梁跋扈シ以テ凡百ノ弊害ヲ釀製スルヲ未然ニ豫防シ鎮壓セントスルニヤ

岐阜地方裁判所判決

リテ純然タル行政上ノ取締ニ外ナラス然リ而シテ各人ノ契約ノ自由ハ法律ノ認容スル所ナレハ公秩良俗ニ背反スル事項ヲ目的トスルモノニ非サル限リ其範圍內ニ於テ締結セル講會契約ニ何等ノ影響ナキコト勿論ナリト云ハサル可カラス

（四〇）

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

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

七一一　他人ノ生命ヲ害シタル者ハ被害者ノ父母配偶者及ヒ子ニ對シテハ其財產權ヲ害セラレサリシ場合ニ於テモ損害ノ賠償ヲ爲スコトヲ要ス

營業ノ許可ハ私權ヲ設定スルモノニ非サルヲ以テ或者カ官廳ノ許可ヲ得テ渡船營業ヲ爲ス場合ニ於テ縱令第三者カ許可ヲ受ケサル場所ニ於テ渡船營業ヲ爲シタリトスルモ其者ニ對シ渡船營業ヲ差止メ又ハ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得サルモノトス』

原告ノ訴旨ハ原告ハ當該官署ノ許可ニヨリ渡船營業ニ關スル專用權ヲ取得シタリト主張シ被告等カ原告ノ渡船場附近ニ於テ渡船行爲ヲナシタル爲メ之ヲ侵害セラレタルヲ以テ被告等ノ渡船營業ヲ禁止シ且ツ損害ノ賠償ヲ請求スト云フニ在リ故ニ本訴ノ爭點ハ渡船營業ハ許可ニヨリテ一種ノ專用權ヲ發生スルモノナリヤ否ヤニ在ルヲ以テ此點ヲ審案スルニ凡ソ各人ハ法令ノ範圍內ニ於テ其欲スル所ニ從ヒ各種ノ營利事業ニ從事スルノ自由ヲ有スレトモ各人ノ有スル營業ノ自由ハ唯法令ニ禁止セサル條件ノ下ニ營業ヲ爲スコトヲ得ルニ止マリ所有權其他ノ私權ノ如ク一ノ權利トシテ

法律ノ保護ヲ受クルモノニアラスオ営業ニ從事スル者ニ對シ脅迫又ハ暴行ヲ加ヘ之カ爲メ營業上ノ損害ヲ生シタルトキハ恰モ營業權ヲ侵害セラレタルカ如キ觀アレトモ此場合ニハ所謂人格權ノ一種ナル自由權ヲ侵害セラレ因テ財產上ノ損害ヲ蒙リタルタメ民法上ノ不法行爲ヲ形成スルニ外ナラス營業權ナル私權ヲ侵害セラレタルカ故ニ損害賠償ナル請求權ヲ發生スルニハアラス渡船營業ハ此點ニ於テ普通一般ノ營業ト異ナル所ナク唯其相異ナルハ渡船營業ヲ爲サントスル者ハ豫メ官署ノ許可ヲ受クルコトヲ要スルノ點ニアリ然レトモ渡船營業ニ關スル官署ノ許可ハ渡船ニ付テハ交通機關ノ便益人命保護等ノ公安ト密接ノ關係ヲ有スルカ爲メ之カ取締上ニ於テ必要トナシタルモノニシテ渡船營業ニ付キ其許可ヲ必要トスルハ即チ營業ノ自由ニ對スル一ノ制限タルニ外ナラス抑モ許可ト特許トハ各其性質及ヒ效力ヲ異ニシ許可ハ法令ニ於テ一般ニハ禁止セル行爲ヲ特定人ニ對シ其行爲ヲ爲スコトヲ許サレタル行政處分ニシテ此許可ハ單ニ當該官署ト私人トノ間ニ於ケル公法上ノ關係ヲ生スルニ止マリ私人ト私人トノ間ニ於ケル私權關係ヲ生スルコトナシ故ニ許可權ハ官署ニヨリテ侵害セラルルコトアルモ私人ノ爲メニ侵害セラルルコトナシ反之特許ハ一私人ニ對シ著作權特許權意匠權ノ如キ所謂專用權ヲ授與スル行政處分ニシテ此專用權ハ私人ト私人トノ間ニ於ケル私權關係ヲ生ス故ニ專用權ニ付テハ私人ノ爲メニ侵害セラルルコトアルモノトス果シテ然ラハ原告ハ當該官署ノ許可ヲ受ケタレハトテ渡船營業ニ付專用權ヲ取得スヘキ理由ナク其營業ハ尙ホ普通一般ノ營業ト異ナル所ナシ從テ被告カ假リニ許可ヲ受ケサル場所ニ於テ渡船營業ヲ爲シタルモノトスルモ被告ニ對シ渡船營業ヲ差止メ且損害賠償ヲ求ムル原告ノ請求ノ失當ナルハ論ヲ俟タス

叙上說明ノ如ク我法制ハ渡船營業ニ付キ專用權ヲ認メサルカ故ニ一私人ノ意思ニ依リテ渡船營業ニ對シ一般ノ第三者ニ對抗スル排外的對世權ヲ發生セシムルコトハ法律上ノ絕對不能ニ屬スルモノト云フヘシ而シテ訴訟法上認諾カ實質上有效ナルニハ其請求カ當事者ノ任意ニ處分シ得ヘキモノニ限レルコト勿論ナレハ被告新之助ニ於テ原告ノ請求ヲ認諾シタレハトテ渡船營業ニ付對世的專用權ヲ創設セシムルコト能ハス從テ同被告ニ對スル原告ノ請求モ亦之ヲ認容スルコトヲ得ス（岐阜地方大正四年通一一五號大正五年二月十四日民事部三浦裁判長北條渡邊各判事判決）

【關係事項】

渡船業差止並損害賠償請求事件○原告森太助被告田中藤七外一人

【參照學說】

一　不法行爲アリトスルニハ他人ノ私權ヲ侵害スルノ行爲アルコトヲ必要トスルモ其權利ノ何タルヤハ之ヲ問フコトヲ要セス故ニ財產權ハ勿論人格權親族權モ亦不法行爲ニ因ル侵害ノ目的タルヲ得ヘシト雖民法第七〇九條以下ニ規定スル不法行爲ハ常ニ必ス對世的關係ニ於ケル權利ノ侵害タルコトヲ要シ對人的權利關係ノ當事者間ニ於ケル權利ノ侵害ハ玆ニ所謂不法行爲ヲ組成セサルモノトス……然レトモ債權其他ノ對人權ニ付キテモ亦對世的關係ニ於ケル權利侵害ノ場合ヲ想像スルコトヲ得ヘシ（法學博士横田秀雄氏債權各論八四二頁）

二　余ハ我民法ノ解釋上人ハ其營業ニ關シ他人ヨリ侵害セラレサルノ權利ヲ有シ此權利ハ不法行爲ノ目的タルヲ得ルモノト觀察ス此權利ハ營業ニ關シテ主人ノ有スル人格權ニシテ營業ノ上ニ存スル財產權ニ非ス之ヲ混同スヘカラス……余ハ我民法上第七一〇條及ヒ第七一一條ノ解釋上第七〇九條中ノ所謂權利ニハ廣ク各種ノ人格權ヲ包含スルモノト解ス違法性ヲ帶ヒタル方法ニ依リテ人ノ營業ヲ侵害スルモノアルトキハ之ヲ不法行爲トシテ被害者ニ法律上ノ救濟ヲ與フヘキ者ト解スヘキヤ當然ナリ其爲メニハ營業不可侵權ナル一種ノ人格權ヲ認メサルヘカラス此種ノ權利ハ營業財產ヲ目的トスルモノニ非サルハ勿論營業ナル無體ノ組織又ハ得意タル其他ノ事實關係ヲ客體トスルモノニモ非スシテ單ニ營業者自體ノ營業上ノ行動ニ關スル人格權ニ外ナラサルナリ（法學博士松本烝治氏會社營業讓渡論法學協會雜誌第三二卷第一號五一頁五四頁）

三　自由權トハ固ヨリ自儘ノ權利ニアラス法律秩序ノ下ニ各人ノ心身自體ノ活動ニ基タ幸福ノ擴張ヲ其ノ目的トナス者ニシテ

大審院

其自由活動ヲ不法ニ拘制スルコトニ依リテ絶世權力侵害セラルルモノナリトス……憲法上ノ自由權ハ玆ニ自由權ノ一部分ナリ言論著作印行信教等ノ自由ハ主トシテ心神上ノ自由ヲ保證シタルモノニシテ居住移轉若クハ逮捕監禁審問處罰ニ對スル保障ハ主トシテ體軀ノ自由ヲ認メタルモノナリ然レトモ憲法ニ掲ケラレサル自由ト雖モ法律秩序ニ於テ制限ヲ受ケサル限リハ亦タ自由權ノ一ナリ例セハ服裝若クハ營業ノ如キ是ナリ（法學士菱谷精吾氏不法行爲論四頁）

四 民法上自由權ノ存在疑ナシトセハ次ニ來ルヘキハ自由權ノ性質論ナリトス自由トハ一切ノ自由ヲ指スヤ又ハ意思自由若クハ行爲自由ノミニ限定セラルルヤト言フニ我民法ニ於テハ自由ハ一般ニ權利ノ目的ナリト規定セラルルカ故ニ一切ノ自由カ自由權トシテ保護セラルルモノナリト云ハサルヘカラサルナリ（法學士二上兵治氏民法債權契約總則及ヒ事務管理以下法政大學講義錄一七七頁）

【第二點參照判例】

一 上告人ハ原院ニ於テ被上告人トノ間ノ契約ニ因リ湯屋營業權ヲ取得シタリト主張シ被上告人カ之ヲ侵害シ（他ニ讓渡シテ）タルヲ理由トシテ損害ノ賠償ヲ請求シタルモノナルコトハ上告論旨ニ謂フ所ノ如シ故ニ本訴ノ爭點ハ湯屋營業ハ我民法上一ノ權利トシテ存在ヲ有スルモノナリヤ否ヤニ在ルヲ以テ此點ニ付キ審按スルニ凡ソ各人ハ法令ノ範圍内ニ於テ其欲スル所ニ從ヒ各種ノ營利事業ニ從事スルノ自由ヲ有スト雖モ各人ノ享有スル營業ノ自由ハ唯法令ニ禁止セサル限リ其制限條件ニ從ヒ營業ヲ爲スコトヲ得ルニ止マリ所有權其他ノ私權ノ如ク一ノ權利トシテ法律ノ保護ヲ受クルモノニアラス湯屋營業ハ此點ニ於テ普通一般ノ營業ト異ナル所ナリ其相異ルハ湯屋營業ヲ爲サントスル者ハ豫メ當該官廳ノ認可ヲ受クルコトヲ要スルノ點ニアリ然レトモ其認可ハ取締上必要トナリタルモノニシテ之ヲ必要トスルハ即チ營業ノ自由ニ對スル一ノ制限タルニ外ナラス從テ當該官署ノ認可處分ハ特許其他一私人ニ或專用權ヲ授與スル行政處分ト全ク其性質ヲ異ニスルモノナレハ湯屋營業者カ營業ノ認可ヲ受ケタレハトテ湯屋營業權ナル一ノ私權ヲ發生スヘキ理由ナク其營業ハ尙ホ普通一般ノ營業ト異ル所ナシ果シテ然ラハ上告人ノ主張スルカ如キ湯屋營業權ナルモノハ民法上存在セサルモノナレハ上告人ニ於テ之ヲ取得スヘキ理由ナク其侵害ヲ名トシテ賠償ヲ求ムル上告人ノ訴ノ失當ナル論ヲ俟タス（大審院民事判決錄四十四年五二四頁）

二 不法行爲トハ損害ノ原因タル權利侵害ノ行爲ヲ指稱ス故ニ結果タル損害自體ヲ權利ノ侵害ナリトシテ不法行爲ト謂フヲ得ス（同上三三五頁）

三 債權者カ債務者ノ營業用有體動産ヲ不法ニ差押ヘ其營業ヲ爲スコト能ハサルニ至ラシメタルトキハ之ニ因リテ生スル損害ヲ賠償スヘキ責アルモノトス（同上三九年九七九頁）

四 故意又ハ過失ニ因リ他人ノ權利ヲ侵害スル即チ不法行爲ニシテ其他人ノ權利ハ必スシモ法令ノ明文ヲ以テ認諾セラレタルコトヲ要セス（同上四四四五頁）

五 商品販賣ノ委託ヲ受ケタル者ヲ脅迫シテ其返賣ヲ停止スルノ已ムナキニ至ラシメタル者ハ受託者ニ對シ損害賠償ノ責ニ任スヘク之ト共ニ如上ノ事實ニ因リ委託者カ委託販賣ニ依リ得ヘキ利益ヲ喪失スルニ至リタルトキハ委託者亦自己ノ營業ヲ妨害

セラレタルモノナルヲ以テ之ニ對シテモ不法行爲ノ責ニ任スヘキモノトス（大審院大正三年四月二十三日民一部判決本書第三卷民法一六二頁）

六 第七〇九條ニハ他人ノ權利ヲ侵害云々トアリ玆ニ權利ト云フハ權利範圍換言スレハ法律ニヨリ保護セラレタル利益ト云フカ如ク廣義ニ解スヘク例ヘハ所有權質權著作權ト云フカ如キ一個特定ノ權利ノミヲ指スト解スヘカラス何トナレハ若シ然ラストセンカ例ヘハ第三者ノ詐欺ニヨリ善意ノ相手方ニ對シ無償ニテ金錢債務ヲ負擔シタル者ノ如キ右ノ法律行爲ハ之ヲ取消スヲ得サル結果財産上ノ損害ヲ蒙ルコト勿論ナルト共ニ或ル特定シタル權利ノ侵害アルニ非サルヲ以テ右ノ第三者ニ對スル不法行爲ノ損害賠償請求權モ又タ發生セス而カモカカル場合何等ノ救濟タモ與ヘサル法意ナリトハ認メ得サルヲ以テ結局權利ナル文字ハ之ヲ狹義ニ解スヘカラサルコト疑ヲ容レサレハナリ法文ノ解釋ヨリ云フモ民法第七一〇條ハ當面ニハ賠償スヘキ損害ハ財産上ノ其レニ止マラサルコトヲ明カニスルトトモニ裏面ニハ身體自由名譽等ニ對シテ亦前條即チ第七〇九條ニヨリ不法行爲ノ存スヘキコトヲ注意的補充的ニ表示セル規定ナリ而カモ自體自由名譽等ニ對シ概括的權利詐言スレハ例ヘハ所有權著作權ト云フト同一ノ意義ニ於ケル一個特定ノ權利アリヤ俄カニ斷定シ難キモノアルト共ニ之等カ法律（殊ニ刑法）ニヨリ保護ヤラルル利益ナルコトハ多言ヲ俟タス（東京控訴院判決法律新聞第八〇六號二四頁本書第一卷民法三二〇頁）

七 他人ノ家屋ノ不法占有者カ其家屋所有者ノ法定ノ手續ニ依ラサル權利ノ强制行爲ニヨリ其家屋内ニ於ケル營業上ノ利益ヲ毀損セラレタリトスルモ其損害ノ賠償ヲ請求スルノ權利ナシ（京都區裁判所判決法律新聞第三六二號五頁）

稍穩當ヲ缺ク點無キニ非スト雖モ大體ニ於テ贊同ノ意ヲ表ス

(一) 營業ノ許可ハ私權ヲ設定スルモノナルヤ消極ニ解ス蓋シ許可トハ一般ニ許サル行爲ヲ實在ノ場合ニ於テ適法ナル行爲ト爲ス國家ノ權力的意思表示ニシテ其效果ハ唯單ニ其一般ノ禁止ヲ解除シ人民自然ノ自由ヲ恢復スルニ過キスシテ其效果ノ範圍ハ國家對私人間ノ關係ニ外ナラス之レ行政處分ヲ以テ私權ヲ設定スル特許ト異ル要點ナリトス

(二) 我民法ノ解釋上人ハ其營業ニ關シ他人ヨリ侵害セラレサルノ權利ヲ具有スルモノナルヤ學說紛々タルモ消極ニ解スルヲ通說トス其論據トスル所ハ營業ノ自

由ハ私權ノ如ク一ノ權利トシテ保護ヲ受クヘキ筋合ノモノニ非スト謂フニアルモ贊スルヲ得ス吾人ハ成法ノ解釋上營業不可侵權(營業者自體ノ營業上ノ行動ニ關スル權利)ナル一種ノ人格權ヲ認容スヘキモノニシテ此權利ハ不法行爲ノ對象タルヲ得ルモノト信ス(イ)法典ノ解釋上第七一〇第七一一條ヨリ之ヲ推覈スルモ第七〇九條ノ所謂權利中ニハ汎ク各種ノ人格權ヲ包容スヘク(ロ)社會共同生活ノ必要ヨリ之ヲ勘案スルモ苟クモ違法性ヲ帶有スル方法ニ依リ人ノ營業ヲ侵害スル者アルトキハ之ヲ不法行爲者トシ被害者ニ救濟ヲ與ヘサル可カラサレハナリ反對論カ營業ノ自由ハ唯法令ノ禁止セサル限リ其制限條件ニ依準シ營業ヲ爲スコトヲ得ルニ止マリ所有權其地ノ私權ノ如ク保護ヲ受クルモノニ非スト爲スハ法文ノ意義ヲ不當ニ局限シ社會實際ノ需用ニ適合セサル批難ナキ能ハス

(三)果シテ然ラハ事案ノ場合ハ原告ノ請求ヲ認容スヘキカ吾人ハ之ヲ否定ス蓋シ此種ノ權ハ營業者自體ノ營業上ノ行動ニ關スル人格權ニ外ナラサルヲ以テ例ヘハ許可ヲ受ケタル渡船營業者ヲ脅迫シテ營業ヲ爲サシメサルカ如キ場合ニ於テハ營業不可侵權ナル人格權ノ侵害ナルモ事案ノ場合卽チ第三者カ單ニ渡船營業ヲ爲スニ止マル場合ニ在リテハ縱令營業者ニ若干ノ損害ヲ生シタリトスルモ營業者自體ノ營業上ノ行動ニ關スル人格權ヲ沮害シタルモノト論定スルヲ得サレハ也

東京地方裁判所判決

〔四一〕

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

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

七一九 數人ノ共同不法行爲ニ因リテ他人ニ損害ヲ加ヘタルトキハ各自連帶ニテ其賠償ノ責ニ任ス共同行爲者中ノ執レカ其損害ヲ加ヘタルカヲ知ルコト能ハサルトキ亦同シ

七二三 他人ノ名譽ヲ毀損シタル者ニ對シテハ裁判所ハ被害者ノ請求ニ因リ損害賠償ニ代エ又ハ損害賠償ト共ニ名譽ヲ回復スルニ適當ナル處分ヲ命スルコトヲ得

他人ノ名譽又ハ信用ヲ毀損スヘキ記事ノ材料ヲ新聞記者ニ供給シテ之ヲ新聞紙ニ掲載セシメタル者ハ其事實ノ眞僞如何ニ關セス他人ノ權利ヲ害シタルモノナルヲ以テ之ニ因リテ生シタル損害ノ賠償又ハ毀損セラレタル名譽信用ノ回復ニ付キ其責ニ任スヘキモノトス』

何人ト雖モ刑事上犯罪人タルノ嫌疑者ナル旨又ハ淫亂ノ行アル旨新聞紙上ニ掲載サルルニ至テハ其ノ社會上ニ於ケル名譽並ニ信用ヲ害セラルヘキコト謂フヲ俟タサルトコロナリ從テ此ノ如キ記事ノ材料ヲ新聞記者ニ供給シテ之ヲ掲載セシメタル者ハ其事實ノ虛僞ナルト否トニ拘ラス他人ノ權利ヲ侵害シタルモノニシテ之ニ因リテ生シタル損害ノ賠償又ハ毀損セラレタル名譽信用ノ回復ニ付キ其責ニ任スヘキヤ勿論ナリ依テ被告小暮菊次郎ハ原告豐太郎及スイカ右記事ノ掲載サレタルニヨリ毀損セラレタル名譽ノ回復ニ適當ナル處分ヲ爲スヘキ義務アルモノト謂ハサル可カラス而シテ原告豐太郎ハ差配ノ傍ラ淸潔舍ヲ經營シ一ケ月百圓內外ノ收入アリテ原告兩人共相當ノ生活ヲ爲シ居ルモノナルコトハ證人坂本一新ノ證言ニヨリ明カナルヲ以テ

東京控訴院
大審院判決

當裁判所ハ原告等ノ右社會上ノ地位ニ鑑ミ被告小暮ニ對シ主文ノ如キ方法ヲ以テ謝罪廣告ヲ爲サシムルコトヲ最モ適當ナル處分ト認定ス（東京地方大正四年（ワ）第七八號同五年二月七日民三部神谷裁判長阿部山田各判事判決）

【關係事項】

名譽回復事件○原告横山豐太郎外一名訴訟代理人辯護士宮古啓三郎外三名被告中川嵩太外四名訴訟代理人辯護士黒澤長八郎外一名

【參照判例】

他人ノ名譽又ハ信用ヲ毀損スヘキコトヲ新聞紙ニ寄稿シ又ハ材料ヲ新聞記者ニ供給シテ新聞紙ニ掲載セシメタル者ハ被害者ニ對シ慰藉料及ヒ名譽回復ニ適當ナル處置ヲ爲スヘキ義務アルモノトス（東京控訴判決本書第一卷民法一七〇頁）

至當ノ見解賛同ヲ表ス

（四二）

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

賴母子講ノ敷札人カ講員ニ對シテ有スル落札金ノ掛戻ヲ求ムル權利ハ講契約ニ基ツキ講ノ事務ヲ處理スル爲メニ有スル債權ニ外ナラサレハ落札講員カ講關係以外ノ法律關係ニ於テ敷札人ニ對シテ有スル債權ト性質上相殺ニ適スルモノトス謂フヲ得サルモノトス

賴母子講ノ敷札人カ講員ニ對シテ有スル落札金ノ掛戻ヲ求ムル權利ハ講契約ニ基キ講ノ事務ヲ處理スル爲メニ有スル債權ナレハ其法律關係ヲ消費貸借ナリトスル場合

ニ在テモ其債權ノ性質タルヤ講員全體ノ爲メニ講金ヲ蒐集スル權利ニ外ナラサレハ賴母子講ノ敷札人タル資格ニ於テ有スル債權ナリ從テ敷札人カ其資格ヲ離レ講關係以外ノ法律關係ニ於テ落札者ニ對シ個人トシテ有スル債權ト其性質ヲ異ニスルモノトス故ニ落札講員カ講關係以外ノ法律關係ニ於テ敷札人ニ對シテ有スル債權ト敷札人カ落札講員ニ對シテ有スル前示債權トハ性質上相殺ニ適スル者ト云フヲ得ス本件原判決理由ノ冒頭ノ判示稍々不明ナルモ被上告人等ハ本件賴母子講ノ講員ニシテ執レモ既ニ落札金ヲ受領シタルコトハ爭ナキ事實トシテ確定セル趣旨ナルカ如シ而シテ後段ニ至リ被上告人等ノ落札金ヲ掛戻ス債務ハ同人等カ敷札人榊原虎之助ニ對シテ有スル債權ト相殺ニ依リテ消滅シタリト判示セルニ依テ見レハ原裁判所ハ敷札人榊原虎之助カ賴母子講ノ敷札人トシテ被上告人等ニ對シテ有スル落札金ノ掛戻ヲ求ムル債權ハ被上告人等カ榊原虎之助ニ對シテ講關係以外ノ法律關係ニ基キ有スル債權ト相殺ニ依リテ消滅シタリトセル不法アルモノニシテ原判決ハ破毀ヲ免カレス（大審院大正四年（オ）第四五三號同年十二月二十一日民一部田部裁判長大倉榊原尾古岩田各判事判決）

【關係事項】

破毀差戻○原審神戸地方裁判所○講金請求事件○上告人山崎芳松訴訟代理人辯護士宮崎確雄被上告人竹内善藏外三名訴訟代理人辯護士中野勇治郎

【參照學說】

一　債權ノ性質カ相殺ニ適スルモノナラサルヘカラス之レハ一般ノ學者カ相殺ノ一條件トシテ云フ所ナルカ余ハ獨立ノ要件トシテ見ルヘカラスト爲ス双方ノ債務カ同一ノ目的ヲ有スル場合ニ於テモ例ヘハ金錢債務ノ場合ニ於テモ一方ノミ必ラス金貨ヲ以テ

梅博士

支拂ハサルヘカラスト云フ如キ場合ヲ云フ之レハ前ニ示シタル債務ノ目的物ト云フ語ヲ狹キニ解シ二ツノ債務共ニ金錢債務ナレハ今云ヒタル如キ種類ヲ限リアルモ金錢債務ナリ目的物ハ金錢ナリト云フコトヨリシテ更ニ玆ニ云フ要件ヲ說クモノナラン カ余ノ見ル所ヲ以テスレハ今例示シタル所ハ同一ノ目的ニアラス目的ト云フ語ハ明瞭ナラス故ニ余ハ愛ニ其ノ內容ヲ云ヘハ一方ハ金貨ニテ支拂ハサルヘカラスト云ヘハ決シテ內容カ同一ナラサルコトハ明ナリト考フ（法學博士富井政章氏四十五年東大講義債權總論二八一頁）

二 相殺ノ行ハルルニハ總テ同種ノ目的ヲ有スル債權タルコトヲ要ス同種ノ目的ヲ有スル債權ニシテ而モ性質上相殺ヲ許ササル場合ハ其例甚タ多カラス例ヘハ甲ナル農夫ト乙ナル農夫ト各々互ニ耕作ノ爲メ數日間ノ勞力ヲ供スルコトヲ約束シタリトセンカ是レ甲乙互ニ其土地ヲ耕作スルニ自己及ヒ其家族ノミノ勞力ニテハ手不足ナルカ故ニ相助合ハントスルニ在リテ例ヘハ甲ノ方ニ於テハ早稻ヲ作ルカ爲メニ其多忙ナル時ニ於テ乙ヨリ十人前ノ勞力ヲ借ラントシ乙ハ又晚稻ヲ作ルカ爲メニ乙ノ多忙ナルトキハ甲ハ稍々閑ナル故ニ甲ヨリ十人前ノ勞力ヲ借ラントヲ約束シタルカ如キ是ナリ斯ル場合ニ於テハ互ニ自ラ往キテ働クモ可ナルヘク又他人ヲシテ代ラシムルモ可ナラン（其期限カ十日未滿ナルトキハ必ス他人ノ勞力ヲ供セサルコトヲ得ス）要ハ各々之ニ因リテ一定ノ期間多人數ノ勞力ヲ得ント欲スルニ在リ然ルニ若シ此義務ヲ相殺スルトキハ雙方ノ土地ハ耕作スルコト能ハサルカ若クハ甚ク疎漏ニ陷ルヘシ故ニ斯ル場合ニ於テハ相殺ヲ許ササルモノトス（法學博士梅謙次郎氏大正二年法政大學講義錄民法債權第一章五四九頁）

横田博士

三 不特定ナル給付ヲ目的トスル債務ニシテ其給付ノ種類相同シキトキハ相殺ニ因リテ之ヲ消滅セシムルコトヲ得ルヲ原則トスルモ此種ノ債務ニ付テモ亦其性質上相殺ヲ許ササルモノナキニアラス例之甲乙ヨリ金四圓ヲ借用シ之ト同時ニ乙ニ時計ヲ賣渡シ其代金百圓ハ十圓金貨ヲ以テ支拂フコトヲ特約シタト假定センニ雙方ノ債務ハ何レモ金錢ノ給付ヲ目的トシ同種ノ目的ヲ有スルモ相殺ニ依リテ之ヲ消滅セシムルコトヲ得ス何トナレハ斯クスルニ於テハ十圓金貨ヲ以テ支拂フヘシトスル甲乙間ノ特約ハ無效ニ歸シ當事者ノ意思ニ反スル結果ヲ生スルヲ以テナリ又甲乙二人金百圓ヲ丙ヨリ借用シ特約ヲ以テ其債務ヲ不可分ト爲シタリト假定シ又甲ハ丙ニ對シ金五十圓ノ賣掛代金ノ債權ヲ有スルモノト假定センニ甲ハ相殺ニ因リテ債務ヲ免脫スルコトヲ得ス何トナレハ甲乙ノ百圓ノ債務ハ不可分ニシテ分割履行ヲ許サス從テ其一部ニ付キ相殺ヲ爲スコト能ハサルハ不可分債務ノ性質ヨリ生スル結果ナルヲ以テナリ相手方ノ抗辯ニ依リ排斥セラルヘキ債權モ亦之ヲ相殺ノ用ニ供スルコトヲ得ス例之甲者乙ニ對シ金百圓ヲ貸與シ乙ハ甲者ニ對シ一個ノ時計ヲ賣渡シ代金百圓ノ債權ヲ取得シタリト假定センニ乙ハ甲ヨリ貸金ノ辨濟ヲ求メラルルニ當リ之ヲ時計ノ代金百圓ト相殺スルコトヲ得ス（法學博士横田秀雄氏債權總論九四七頁）

川名博士

四 債務ノ性質カ相殺ヲ許ス可キモノナル事ヲ要ス（五〇五）双方ノ債務ノ目的カ同種類ナルニ拘ハラス尙ホ債務ノ性質カ相殺ニ適セサルモノアル事ヲ認ム如何ナル債務ナルカハ甚タ明白ナリト云フ可ラス蓋シ相殺者ノ債權ニ對シ相手方カ請求拒絕ノ抗辯權ヲ有スル場合ヲ意味スト考フ（獨三九〇）蓋シ吾民法ニ於テハ相手方ノ期限ノ利益カ相殺ニ因リテ剝奪セラレサル事ヲ明示スルト雖モ相手方カ債權者ノ請求ヲ拒絕スル權利ヲ有スル場合ニ於テ其相手方ノ權利カ相殺ニ因リテ剝奪セラレサル事ハ之ヲ明示セス然シナカラ甲ノ場合ニ於テハ相手方ノ利益ハ之ナ顧ミサル可カラサルモ乙ノ場合ニ於テハ之ヲ顧ミルノ必要ナキ

石坂博士

モノト解スル事ヲ得ス（法學博士川名兼四郎氏債權法要論五六一頁）

五 債權ノ性質カ相殺ヲ許サストハ給付ノ性質上相殺ヲ爲ストキハ債權ハ辨濟ニ依ルノ外其目的ヲ達スルヲ得ス從テ相殺ヲ許ササル場合ヲ云フ例ヘハ雙方ノ作爲ヲ物體トスル場合ニ相殺ヲ許ストキハ債權ノ目的ヲ達スルコトヲ得サルヲ通常トス不作爲ヲ物體トスル場合ニモ亦雙方共ニ履行スルニ因リテ始メテ債權ノ目的ヲ達スルコトヲ得ルカ故ニ性質上相殺ヲ許ササルモノトス通說ニ從ヘハ消費貸借ノ豫約ヨリ生セル貸金ノ交付ヲ請求スル債權ニ對シ他ノ金錢債權ヲ以テ相殺ヲ爲スコトヲ得サルモノトナス蓋一ハ契約成立ノ立メニ給付ヲ爲シ他ハ辨濟ノ爲メニ給付ヲ爲ス場合ナルカ故ナリ又兩替屋カ交換者ニ對シ兩替トシテ支拂フヘキ債務ト兩替屋カ交換者ニ對シテ有セル債權トハ相殺スルコトヲ許サス（法學博士石坂音四郎氏日本民法一五七〇頁）

平沼博士

六 相殺ハ雙方カ履行スルト同一ノ結果ヲ生セサルヘカラス若シ履行セスシテ雙方ノ債權ヲ同時ニ消滅セシムルニ依リ債務ノ本旨ヲ貫ク能ハサルトキハ假令雙方ノ目的カ同種類ナルモ性質上相殺ヲ許ササルモノト爲ス物ノ給付以外ノ行爲ヲ目的トスル債權ハ通常性質上相殺ヲ許サス債權ノ目的カ不特定物ノ給付ニアルトキト雖モ双方共ニ履行スルニ非サレハ當事者ノ目的ヲ達スル能ハサル場合亦同シ（法學博士平沼騏一郎氏早稻田大學講義錄債權法總則三二七頁）

須賀學士

七 債務ノ性質カ相殺ヲ許ササル場合ニ相殺ヲ爲シ得サルヤ言フ迄モナカルヘシ性質上相殺ヲ許ササル債務如何ト謂フニ債務ノ性質上現實ノ辨濟ヲ要求スルモノニシテ相殺行ハルヘキモノトセンカ其債務存在ノ目的ヲ達スル能ハサルヘキ性質ヲ有スルモノヲ謂フト解スルヲ妥當ナリトス元來相殺ハ辨濟ノ費用ト勞力トヲ省キ且ツ双方ノ辨濟ヲ確保スヘキ方法トシテ便宜上認メラレタルモノナルカ故ニ當事者ハ常ニ之ニ依テ相互ニ辨濟ヲ受ケタルト同一ノ利益ヲ收メサルヘカラス此利益ヲ收ムル能ハサル場合ハ債務存在ノ目的ヲ達スル能ハサルモノナルカ故ニ此場合ニ尙ホ相殺ヲ許スヘキモノトスルハ事理ニ反ス從テ相殺行ハルトセハ當事者ヲシテ債務ノ目的タル利益ヲ收ムル能ハサルニ至ラシムヘキ債務カ性質上相殺ヲ許ササル債務ナリト謂フヘキナリ當事者雙方ハ或ル不作爲債務ヲ負擔スル場合ノ如キ相共力スルニアラサレハ成功スル能ハサル事業ニ互ニ助力スヘキ債務ヲ負擔スル場合ノ如キ其債務ノ性質カ相殺ヲ許ササル場合ノ適例ナルヘシ（法學士須賀喜三郎氏明治大學講義錄債權法總論三七四頁）

飯島學士

八 雙方ノ債務カ同種ノ目的ヲ有スル場合ニ於テモ債務ノ性質カ相殺ヲ許ササルトキハ相殺ヲ爲スコトヲ得ス例之甲乙兩名丙ニ對シ金千圓ノ不可分債務ヲ負擔シ丙ハ甲ニ對シ金百圓ノ賣掛代金債務ヲ負擔ス此場合ニ甲丙間ニ於テ百圓ノ部分ニ付キ相殺ヲ爲スコトヲ得ス何トナレハ若シ之ヲ許ストキハ金千圓ノ貸金債務ノ不可分性ヲ害スルヲ以テナリ（法學士飯島喬平氏民法要論六一三頁）

【參照判例】

一 寺院ノ住職タル者カ在職中自己ノ私財ヲ以テ其寺院ノ爲メニ必要ナル費用ヲ立替ヘ記キ後日什金ヲ以テ辨濟ヲ受ケントス

ル場合ニハ宗規所定ノ手續ヲ經ルコトヲ要ス從テ其立替金ノ債權ト什金返還ノ債務トハ相殺スルコトヲ許サス（大審院四十三年民事判決錄五一二頁）

二　金錢ノ消費貸借ノ豫約ニ基キ豫約者ニ對シ相手方ノ有スル債權ハ金錢ノ支拂ニ因リ消費貸借ヲ成立セシムルコトヲ目的トスル債權ニシテ金錢ノ支拂ヲ目的トスル債權ニ非ス從テ豫約者ノ相手方ニ對シテ有スル金錢給付ノ反對債權ヲ以テ之ト相殺ヲ爲スコトヲ得ス（同上大正二年民事判決錄四五八頁）

三　町村有給吏員ノ給料ヲ受クル權利ハ官吏ノ給料ヲ受クル權利ト同シク私法上ノ債權ニ非サルカ故ニ其性質上私法上ノ債權ト相殺ヲ許スヘキモノニ非ス（東京控訴院民三部判決法律新聞第八一二號一四頁）

四　金員貸與ノ契約ニ基キ金員ヲ交付セシメテ消費貸借ヲ成立セシメンカ爲メ其金員ノ交付ヲ求ムルノ權利ハ若シ他ノ債權ト相殺シ有金員ノ交付ヲ免レ得可キモノトスレハ金錢ノ消費貸借成立ノ要件タル金員ノ交付ヲ缺キ遂ニ其貸借ヲ不成立ニ歸セシムヘキ結果ニ陷ラシムルニ至ルヲ以テ此ノ如キ債權ハ其性質上他ノ債權トノ相殺ヲ許スヘキモノニ非ス（長崎控訴民事判決法律新聞第八八五號二六頁）

五　民法上不法行爲ヲ原因トスル事件ニ因リテ生シタル訴訟費用負擔ノ義務ハ或ル一種ノ公法上ノ義務ニシテ私法的損害賠償ノ性質ヲ有スルモノニ非サレハ之ニ基ク債權ヲ通常消費貸借ニ關スル債權ト彼此相殺ヲ爲シ得ヘキモノトス盛岡區四十三年三月三日民事判決法律新聞第五五六號一〇頁）

至當ノ判決ナリ蓋シ相殺ノ要件トシテ債權ノ性質ヲ許スコトヲ要求ス故ニ債權ノ性質カ相殺ヲ許サヽル場合換言スレハ給付ノ性質上相殺ヲ爲ストキハ債權ノ目的ヲ達スルコト不能ナル場合ニ於テハ相殺ヲ認容スルヲ得ス事案ノ場合亦性質上相殺不認容ノ債權ニ屬スルコト多ク論スルヲ俟タスシテ明ナルヘシ

（四三）

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

注文者ハ瑕疵ノ修補ニ代ヘ又ハ其修補ト共ニ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得此場合ニ於テハ第五三三條ノ規定ヲ準用ス

六三七　前三條ニ定メタル瑕疵修補又ハ損害賠償ノ請求及ヒ契約ノ解除ハ仕事ノ目的物ヲ引渡シタル時ヨリ一年內ニ之ヲ爲スコトヲ要ス

仕事ノ目的物ノ引渡ヲ要セサル場合ニ於テハ前項ノ期間ハ仕事終了ノ時ヨリ之ヲ起算ス

六三八　土地ノ工作物ノ請負人ハ其工作物又ハ地盤ノ瑕疵ニ付テハ引渡ノ後五年間其擔保ノ責ニ任ス但此期間ハ石造土造煉瓦造又ハ金屬造ノ工作ニ付テハ之ヲ十年トス工作物カ前項ノ瑕疵ニ因リテ滅失又ハ毀損シタルトキハ注文者ハ其滅失又ハ毀損ノ時ヨリ一年內ニ第六三四條ノ權利ヲ行使スルコトヲ要ス

（一）請負契約ニ於ケル瑕疵修補ノ請求權ヲ有スルカ爲メニハ單ニ請負契約ノ注文者タル資格ヲ有スルヲ以テ足リ注文者カ現ニ目的物ノ上ニ所有權又ハ占有權其他ノ權利ヲ有スルコトヲ必要トスルモノニ非ス」

請負契約ニ於ケル瑕疵修補ノ請求權ハ注文者ニ於テ之ヲ拋棄シタルカ又ハ右請求權ノ行使期間ノ經過シタルニ非スンハ消滅スヘキモノニ非ス故ニ請負人ニ於テ瑕疵修補ノ義務ヲ負ヒ居ラサル事實ヲ認定スルカ爲メニハ單ニ注文者ニ於テ目的物ノ引渡ヲ受ケ且請負金全部ノ支拂ヲ爲シタル事實及ヒ注文者ヨリ請負人ニ對シ修補ノ請求ヲ爲シタルコトナキコトノ消極的事實アルノミヲ以テ足レリトセス必スヤ前段ニ擧示セル拋棄又ハ期間經過ナル二個ノ事實中其一アルコトヲ確定セサルヘカラサルモノトス」

（二）民法第六三八條ニ所謂土地ノ工作物中ニハ建物ヲモ包含スルモノトス」

（一）請負契約ニ於ケル瑕疵修補ノ請求權ヲ有スルカ爲メニハ單ニ請負契約ノ注文者タル資格ヲ有スルヲ以テ足リ注文者カ現ニ目的物ノ上ニ所有權又ハ占有權其他ノ權利ヲ有スルコトヲ必要トスルモノニ非ス然ルニ原審ハ本件ニ付其判決理由ノ冒頭ニ〔於テ上告人カ本郷村小學校校舍ノ建築ヲ坪谷部落氏ヨリ請負ヒタル上更ニ其建築ニ

付キ被上告人ト下請負契約ヲ爲シタルコトヲ認メ上告人カ右下請負契約ニ於ケル注文者タルコトヲ認メタルニ拘ハラス其判示中ニ於テ蓋シ既ニ仕事ノ目的物ヲ坪谷部落氏ニ引渡シタル後ハ控訴人(上告人)ハ最早其目的物上ニ何等ノ權利ヲモ有スル者ニアラサルカ故ニ現在ノ所有者ヲ差措キ獨立シテ目的物ノ瑕疵ニ付キ修補請求ノ權利ヲ有スル能ハサルハ明白ナル所ナルノミナラス」云云ト說示シ上告人カ瑕疵修補請求權ヲ有スルカ爲メニハ單ニ被上告人トノ間ニ於ケル下請負契約ニ於ケル注文者タルヲ以テ足レリトセス上告人ハ更ニ其目的物上ニ或ル權利ヲ有セサルヘカラサルカ如ク判示シタルハ之ヲ不法ナリト謂ハサルヘカラス又請負契約ニ於ケル瑕疵修補ノ請求權ハ注文者ニ於テ之ヲ拋棄シタルカ又ハ右請求權ノ行使期間ヲ經過シタルニ非スンハ消滅スヘキモノニ非ス故ニ請負人ニ於テ瑕疵修補ノ義務ヲ負ヒ居ラサル事實ヲ認定スルカ爲メニハ單ニ注文者ニ於テ目的物ノ引渡ヲ受ケ且請負金全部ノ支拂ヲ爲シタル事實及ヒ注文者ヨリ請負人ニ對シ修補ノ請求ヲ爲シタルコトナキコトノ消極的事實アルノミヲ以テ足レリトセス必スヤ前段ニ擧示セル拋棄又ハ期間經過ナル二個ノ事實中其一アルコトヲ確定セサルヘカラス蓋シ建物築造ノ如キ仕事ノ目的物ニ在リテハ瑕疵ハ引渡後ニ發見セラルル場合少ナカラサルカ故ニ假令引渡後ニ瑕疵ヲ發見シタル場合ト雖モ其修補ノ請求ヲ爲シ得サルノ理ナケレハナリ然ルニ原審ハ本件ニ付キ「然ルニ本件ニ於テハ前項說明ノ如ク被控訴人(控訴人ノ誤記ト認ム)ハ完全ニ仕事ノ目的物ヲ坪谷部落氏ニ引渡シ請負金全部ノ支拂ヲ受ケ居ルノミナラス原審證人(中略)ノ各證言ニヨリテハ未タ控訴人カ坪谷部落氏ヨリ仕事ノ目的物ニ瑕疵アリトシテ修補ノ請求ヲ受ケタルコトヲ認ムルニ足ラサルカ故ニ控訴人ハ坪谷部落氏ニ對

シ契約ノ本旨ニ適スル義務ノ履行ヲ爲シ且ツ目的物ニ關シ瑕疵修補ノ義務ヲ負ヒ居ラサルモノト認ムヘキモノトス下略」トノミ判示シ前記必要ノ事實ヲ確定セスシテ上告人ノ瑕疵修補請求權ノ消滅シタルコトヲ判斷シタルハ法則ニ違背シテ事實ヲ確定シタルモノト云ハサルヘカラス

(二) 民法第六三八條ニ依レハ「土地ノ工作物ノ請負人ハ其工作物又ハ地盤ノ瑕疵ニ付テハ引渡ノ後五年間其擔保ノ責ニ任ス」トアリ而シテ右土地ノ工作物中ニハ建物ヲモ包含スヘキコトハ同條ノ立法理由トシテ土地ノ工作物ニ付テハ其瑕疵カ短時日ノ間ニ容易ニ發見シ得サルカ爲メニ其修補請求權ノ行使期間ヲ長期ニ定メタルモノト解スヘク而シテ此理由ハ建物ト其他ノ土地ノ工作物トニ付差別アルヘキモノニ非サルノミナラス第六三五條但書ノ文理解釋上ヨリスルモ亦此解釋ノ正當ナルコト疑ヲ容レサル所ナリトス而シテ本件ニ於ケル上告人主張ノ瑕疵ハ本鄕村小學校校舍ノ建築ヲ目的トスル下請負契約ノ目的物タル右校舍ノ建物ニ付キ有スル瑕疵ナル「ハ原判決自體ニ依リ明カナル所ナレハ之カ瑕疵擔保ノ責任期間ハ右第六三八條ニ依リ目的物ノ引渡後五年間ナラサルヘカラス然ルニ原審ハ此點ニ付キ其他ノ瑕疵修補ノ請求ニ至リテハ右同一ノ理由ニ由ル外既ニ目的物引渡後一年以上經過セルカ故ニ修補請求權消滅セルニヨリ被控訴人ニ修補ノ義務ナキモノト謂ハサルヘカラスト判示シタルハ又之ヲ違法ナリト謂ハサルヘカラス(大審院大正四年(オ)第一六九號同年十二月二十八日民二部馬場裁判長田上大倉入江三宅各判事判決)

【關係事項】

一部破毀差戻○原審長崎控訴院○工事請負金請求事件○上告人矢野力治訴訟代理人辯護士澁澤昇三被上告人石川滉訴訟代理人辯護士鳩山一郎

判旨各點共ニ至當敢テ異論ナシ

（四四）

一二〇 取消シ得ヘキ行爲ハ無能力者又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

一四八 前條ノ時效中斷ハ當事者及ヒ其承繼人ノ間ニ於テノミ其效力ヲ生ス

四五七 第一項主タル債務者ニ對スル履行ノ請求其他時效ノ中斷ハ保證人ニ對シテモ其效力ヲ生ス

民法第一二〇條ニ所謂承繼人中ニハ保證人ヲ包含セサルモノトス

第三點ニ付キ按スルニ前示ノ消費貸借契約締結ノ當時主タル債務者磯田富三郎カ未成年者ナリシコトハ當事者間ニ爭ナキ事實ニシテ右借財ヲ爲スコトニ付後見人ノ同意アリタルコトハ眞正ニ成立シタル者ト認ムヘキ乙第二號證ニ依リ認メ得ル所ナリ然レトモ斯ノ如ク後見人ニ於テ同意ヲ爲スコトニ付其親族會ノ同意アリタルコトニ關シテハ何等見ルヘキ證據ナキヲ以テ右消費貸借契約ハ債務者又ハ其承繼人ニ於テ取消シ得ヘキモノタルヲ免レス因テ進ンテ其取消ニ關スル廣告ノ主張ノ當否ニ付審按スルニ民法第一二〇條ニ所謂承繼人ノ中ニ保證人ヲ包含セサルコトハ理論上又解釋上疑ヲ挿ム餘地ナキ所ナリ蓋シ同條ニ所謂承繼人トハ卽取消權ノ承繼人ヲ指稱シ取消シ得ヘキ行爲ニ因リテ生シタル權利義務ノ讓渡人ヲ指稱スルモノニアラサルヲ以テナリ若シ保證人モ亦同條ニ所謂承繼人ナリトスル時ハ單ニ主タル債務者ノ債務ヲ擔保スルニ過キサル保證人カ啻ニ其債務ノミナラス他人間ノ全法律關係ヲ消滅セシムルノ不當ナル結果ヲ生スルノミナラズ解釋ノ權衡上民法第百四十八條モ亦保證人ニ適用セサルヘカラサルニ至ルノ結果其第四百五十七條第一項ヲシテ贅文ニ終ラシメ特ニ同條ヲ設ケル立法ノ精神ヲ沒却スルニ至ルヘシ斯ノ如キハ解釋ノ當ヲ得タル者ニアラサルヘク從テ右第一四八條アルニモ拘ラス特ニ意ヲ用ヰテ第四四五七條第一項ヲ設ケタル所以ヲ解シ民法ニ所謂承繼人ノ中ニ保證人ヲ包含セシメサルノ趣旨ナリト爲スヲ以テ正當ナリト信ス（大阪區大正五年一〇三二號同五年三月十三日廳頭判事判決法律新聞第一〇九九號二一頁）

【關係事項】

强制執行異議事件○原告住友九平八木善藏訴訟代理人辯護士吉村義之被告關西共榮無盡株式會社法律上代理人取締役岡元久敬訴訟代理人小谷甚吉

【參照學說】

一 保證人カ主タル債務者ニ屬スル取消權ヲ行使スルコトヲ得ルヤ否ヤニ付キテハ學者間議論ノ存スル所ニシテ或學者ハ保證人ニ此權利ナシト主張シ他ノ學者ハ保證人ニ此權利ヲ認メ且ツ保證人ノ取消權ハ從タル債務者トシテ當然享有スル權利ナリト主張セリ然レトモ民法ハ第百二十條ヲ以テ取消權者ノ範圍ヲ限定セルヲ以テ若シ保證人ニシテ該條ニ明定セル取消權者ノ一ニ該當セサルニ於テハ此權利ヲ行フコトヲ得サルハ勿論ナルヲ以テ保證人カ取消權ヲ有スルヤ否ヤハ結局第百二十條ノ解釋ニ依リテ定マルヘキ問題ナリトス而シテ保證人ハ主タル債務ノ存在ヲ前提トシテ其履行ヲ爲スノ義務ヲ負擔シ主タル債務者ニ代位シテ債務辨濟ノ責ニ任スルモノナレハ其傷務ハ要スルニ主タル債務者ノ債務ヨリ傳來スルモノニ外ナラスシテ其負擔スル債務ニ付キテハ保證人ハ主タル債務者ノ特定承繼人ナリト謂ハサルヘカラス故ニ保證人ハ主タル債務者ノ特定承繼人トシテ主タル債務者ニ屬スル取消權ヲ行フコトヲ得スンハアラス（法學博士横田石雄氏前掲六五二頁）

二 主タル債務カ取消サレタルトキハ保證人モ亦其義務ヲ免ルヘキコトハ既ニ第四百四十六條ニ付テ論シタル所ナリト雖モ尙ホ一歩ヲ進ミ假令主タル債務者カ其債務ヲ取消ササルモ保證人カ債權者ノ請求ヲ受ケタルトキハ抗辯トシテ其取消ヲ對抗スルコトヲ得ヘシト曰ハン是レ他ナシ保證人ハ主タル債務ノ履行ヲ爲ス責ヲ負フ者ナルカ故ニ（四四六）若シ其債務ニシテ履行スルコトヲ要セサルトキハ保證人モ亦其履行ノ責ニ任セサルモノトス故ニ債務ニ付テハ保證人ハ所謂特定承繼人ナリ

富井博士
仁井田博士
石阪博士
鳩山學士

然ルニ第百二十條ニ依レハ取消シ得ヘキ行爲ハ其取消權ヲ有スルモノノ承繼人モ亦之ヲ取消スコトヲ得ルモノトシ尙第百二十二條ニ依レハ取消シ得ヘキ行爲ノ追認ハ以テ第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得サルモノトセリ然ルニ取消シ得ヘキ行爲ノ特定承繼人ハ追認ニ付テ之ヲ見レハ第三者ナルカ故ニ保證人ハ假令主タル債務者カ其取消權ヲ拋棄スルモ尙ホ其取消權ヲ第三者ニ對抗スルコトヲ得ヘシ況ンヤ主タル債務者カ未タ追認ヲ爲ササルニ於テヲヤ（法學博士梅謙次郎氏民法要義二九版一四七頁）

三 保記人ハ正確ナル意義ニ於ケル承繼人ニ非スト雖モ主タル債務ヲ履行スル義務ヲ負フ點ニ於テ廣義ニ於ケル承繼人ト看做シ一般ニ取消權ヲ有スルモノト解スヘキカ如シ（法學博士富井政章氏民法原論總則下四六四頁）

四 無能力ニ因ル取消ニ因リテ消滅スヘキ債務ヲ保證スル旨ヲ約シタル者カ契約ノ當時取消ノ原因アルコトヲ知リタルトキハ主タル債務者カ取消ヲ爲ス場合ノ外尙ホ其不履行ノ場合ニ付キ同一ノ目的ヲ有スル獨立ノ債務ヲ負擔シタルモノト推定スル旨ヲ定メタル第四四九條ノ規定ハ保證人カ主タル債務者ニ屬スル取消權ヲ行使スルモ保證人ハ承繼人ニアラサルカ故ニ債務者ノ取消權ヲ承繼スルコトヘカラス蓋シ同條ノ規定タルヤ保證人ハ本來主タル債務ノ發生ヲ來シ主タル債務普カ履行ヲ爲ササルモ其者ハ之ニ屬スル取消權ヲ行使シテ主タル債務ヲ消滅セシメ以テ其履行ヲ爲スコトヲ要セサルニ至リ債權者ノ權利ヲ保全セントスル目的ニ副ハサルカ故ニ獨立ノ債務ヲ負擔スルノ意思ヲ有シタルモノト推定スルヲ至當ト認メタルモノニ外ナラス今若シ保證人カ主タル債務者ニ屬スル取消權ヲ行使スルコトヲ得ストセハ前述ノ契約ヲ爲シタル者ハ保證債務ヲ負擔スルニセヨ主タル債務者ノ不履行ニ際シ之ニ屬スル取消權ヲ行使シテ主タル債務ヲ消滅セシメ以テ其履行ヲ爲スヘキ義務ヲ免ルルニ由ナク敢テ債權者ノ債權ヲ保全セントスル目的ニ副ハサル結果ヲ生セサルカ故ニ保證ヲ爲スノ意思ヲ有セシテ獨立ノ債務ヲ負擔スルノ意思ヲ有シタルモノト推定スヘキ理由ナキニ至ラン果シテ然ラハ第四四九條ノ規定ヲ根據トシテ保證人カ主タル債務者ニ屬スル取消權ヲ行使スルコトヲ得ルモノト謂ハサルヘカラサルヲ知ルヘシ（法學博士仁井田益太郎氏本書第三卷民法第五五七頁以下）

五 主タル債務ノ原因タル法律行爲カ取消スコトヲ得ルヤ此點ニ關シ法典ニ取消權ヲ認ムル明文ナキノナラミス理論上之ヲ認ムルヲ得サルカ故ニ保證人ハ取消權ヲ行使スルコトヲ得サルモノトス第百二十條ニ於テ承繼人カ取消權ヲ行使スルコトヲ規定スルモ保證人ハ承繼人ニアラサルカ故ニ債務者ノ取消權ヲ承繼スルコトナシ故ニ同條ニ依リ保證保證人カ取消權ヲ行使スルヲ得サルハ云フヲ俟タス（法學博士石坂音四郎氏前揭一〇四三頁）

六 讀テ民法本條（一二〇條）ノ條文ヲ見ルニ單ニ無能力者等ノ承繼人ト言ヒ其如何ナル權利ニ付テノ承繼ナルカヲ明ニセス如何ナル場合ニ取消權承繼アルカハ明文上規定ナシト雖モ法律カ取消權ヲ與ヘテ保護シタル當該ノ法律上ノ地位ヲ伴ヒテ權利ノ移轉アリタル場合ニ其承繼アリト解スルヲ以テ至當ト信ス

承繼人以上ノ意義ニ解スレハ保證人ヲ承繼人ニ數フヘカラサルハ疑無シト信ス保證人ハ如何ナル意義ニ於テモ權利ノ移轉ヲ受クル人ニアラサレハナリ又實際上ヨリ言フモ主タル債務者ノ取消スヤ否ヤノ確定スル迄保證人ニ延期ノ抗辯ヲ與フルハ可ナルヘシト雖モ獨立ノ取消權ヲ與フルハ是認シ難キ所ニ屬ス（法學士鳩山秀夫氏法律行爲乃至時效四〇六頁）

東京控訴院判決

七 本五第三卷法五五七頁以下

判旨ハ至當ナリ蓋シ(一)保證人ハ如何ナル點ヨリ之ヲ勘案スルモ民法一二〇條ノ承繼人ニ該當セス之レ保證債務ノ本質ニ鑑ミテ明ナリ(二)保證債務ハ從屬的性質ヲ有スルヲ以テ之ヲ積極ニ解センカ他人間ノ法律行爲ヲ消滅セシムルカ如キ絕大ノ權能ヲ認ムルニ至リ頗ル失當ナリトス(三)實際上之ヲ認ムヘキ必要ナシ

（四五）

九八〇 家督相續人ノ指定又ハ其取消ハ之ヲ戶籍吏ニ屆出ツルニ因リテ其效力ヲ生ス
明治八年大政官達第二〇九號 婚姻養子女若クハ離緣等戶籍ニ登記セサル內ハ其效ナキモノトス
民法施行法一 民法施行前ニ生レタル事項ニ付テハ本法ニ別段ノ規定アル場合ヲ除ク外民法ノ規定ヲ適用セス

民法實施前ニアリテモ家督相續人ノ指定ハ單ニ其屆出ノミヲ以テ足レリトシ戶籍簿ニ登錄スルコトヲ要件トセス

【理由】訴外中村正義カ大正元年十月十六日死亡シタルコトハ當事者間ニ於テ爭ヒナシ然ルニ同人ノ印鑑簿タルコトニ爭ヒナキ甲第五號證ノ印影ト甲第六發證（卽チ甲第二號證ノ原本）ノ印影ト同一ナルコトハ原審ニ於ケル總テノ鑑定ノ一致スルトコロナルヲ以テ此事實ニ徵スレハ明治二十四年五月七日中村正義ハ被控訴人ヲ指定家相續人トシテ當該官廳ヘ申出テタルコトヲ得ヘク該屆書ハ僞造ナリトノ控訴人ノ主張ハ之レヲ認ムヘキ何等ノ證據ナシ而シテ右屆出ノ當時正義ニ指定ノ家督相續人ナカリシトノ被控訴人ノ主張ハ控訴人ノ明カニ爭ハサル所ナルノミナラス甲第三號證ニ據ルモ又タ明白ナルヲ以ッテ被控訴人ハ中村正義ノ相續人トシテ有效ニ指定セラレタ

神戸地方裁判所判決

ルモノト謂ハサルヘカラス民法實施以前ニアリテモ家督相續人ノ指定ハ單ニ其届出チノミチ以テ足レリトシ戸籍簿ニ登錄スルコトチ要件トセサルコトハ(之レト反對ナル大審院明治三十六年(ホ)第五二六號事件同三十六年四月五日判決參照)家督相續人ノ指定ニ關スル明治六年一月二十二日太政官布告第二十八號同年七月二十二日太政官布告第二百六十三號ニハ單ニ願出トノミ規定シアルニ反シ届出及ヒ登錄チ必要トスル場合例ヘハ婚姻ノ如キニアリテハ(明治八年太政官達第二百九號)特ニ其旨チ明示シアルニ徴シ甚タ明白ナリ從テ右指定ノ當時ノ戸籍簿記載ノ如何ハ之チ判斷スルノ必要ナク自然甲第三號證ニ付テハマタ云々スルチ須ヒス(東京控訴大正四年(ネ)第四七六號四五年一月二十一日遠藤裁判長前田水口各判事判決法律新聞第一〇九八號二六頁)

【關係事項】

家督相續回復控訴事件○控訴人中村なか訴訟代理人辯護士赤尾彦作被控訴人中村粂三郎訴訟代理人安齊林八郎

(四六)

九〇 公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項チ目的トスル法律行爲ハ無效トス

四一五 債務者カ其債務ノ本旨ニ從ヒタル履行チ爲ササルトキハ債務者ハ其損害ノ賠償チ請求スルコトチ得債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ履行チ爲スコト能ハサルニ至リタルトキハ亦同シ

七七五 婚姻ハ之チ戸籍吏ニ届出ツルニ因リテ其效力チ生ス

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又ハ署名シタル書面チ以テ之チ爲スコトチ要ス

七七八 婚姻ハ左ノ場合ニ限リ無効トス

一 人違其他ノ事由ニ因リ當事者間ニ婚姻チ爲ス意思ナキトキ

二 當事者カ婚姻ノ届出チ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チ欠クニ止マルトキハ婚姻ハ之カ爲メニ其效力チ妨ケラルヽコトナシ

入輿以來婦德ヲ缺キ爲メニ到底將來兩人間ニ夫婦關係ヲ持續シ得ルノ見込無キ

ヲ覺知シ親族一同ト協議ヲ遂ケ婦女ヲ離別スルニ決シ其結果婚姻届出ノ手續ヲ爲スヲ肯ンセサリシ場合ニ於テ夫タルヘキ者ニ損害賠償ノ責ナキモノトス」

被告ハ訴外村田團藏ノ媒妁ニヨリテ原告ト婚約チ結ヒ原告主張ノ月日ニ華燭ノ典チ擧ケ爾來事實上夫婦トシテ同居シ居タルコト爭ナキ處ニシテ本件主要ノ爭點ハ被告ハ正當ノ事由ナクシテ原告トノ婚姻届出手續チ履踐セサリシヤ否ヤニ在リトス仍テ按スルニ證人村田團藏福田兼治福田キクノ各證言チ綜合考覈スルトキハ原告ハ被告方ヘ入輿以來被告並ニ其父母ニ對スル體度柔順ナラサルノミナラス往々不遜ノ言チ弄シ又他ノ親戚ニ對シテモ頗ル冷淡ニシテ爲メニ原告ハ被告並ニ其兩親及ヒ他ノ親族トノ間柄兎角圓滿ナラスシテ紛擾絶エサリシニヨリ被告ハ到底將來原告ト夫婦關係チ持續シ得ルノ見込無キチ覺知シ親族一同ト協議チ遂ケ原告チ離別スルニ一決シ其結果婚姻届出ノ手續チ爲スチ肯セサリシモノナルコトチ認ムルニ足ル果シテ然ラハ被告ハ不當ニ婚姻豫約チ履行セサリシモノト斷スルチ得サルカ故ニ被告チシテ其不履行ニヨリ生スル損害チ賠償スルノ責チ負ハシムヘキニ非ス從テ右不履行チ原因トスル本訴請求ハ之チ認容シ難シ(神戸地方大正四年(ワ)第四三二號木村裁判長墨野高木各判事判決法律新聞第一〇九七號)

前提トシテ婚姻豫約ノ效力如何ノ難問アリ吾人ハ其效力ヲ認容スル能ハサルコト既ニ論述シタル所ナリ(本書第四卷民法九頁)果シテ然ラハ本件ハ既ニ之ヲ研覈スル餘地甚タ尠キモノト信ス若シ夫レ婚姻豫約ノ效力ヲ認容センカ本判決ハ蓋シ至スラノモノナリト論定セサル可カ

（四七）

九二 法令中ノ公ノ秩序ニ關セサル規定ニ異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

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

賃貸借ノ場合ニ於テ地主ハ相當額迄借地料ノ値上ヲ請求シ得ヘク借地人之ヲ承諾スヘキ義務アルコトハ東京市ニ於ケル慣習トシテ顯著ナル事實ナルヲ以テ反證ナキ限リ當事者ハ右ノ慣習ニ依ル意思ヲ有スルモノト認ムルヲ相當トスヘキニヨリ地主ハ賃料値上ノ事情存在スル以上其値上ヲ請求シ得ヘキモノトス』

本件ニ於テ被告カ原告所有ニ係ル宅地九十二坪ヲ明治四十二年二月一日以降原告主張ノ賃料ヲ以テ賃借シ居ルコト及原告カ大正三年一月中ニ於テ同年二月一日ヨリ該賃料ヲ一箇月一坪ニ付キ金參拾五錢ノ割合ニ增額スヘキコトヲ被告ニ請求シタル事實ハ當事者間爭ナキ所ナリ而シテ本件土地ノ繁盛又ハ物價ノ騰貴若クハ公租公課ノ增加其他使用上便宜ヲ得ルニ至ル等ノ場合ニ於テハ將來相當額ニ賃料ヲ値上スヘキ旨當事者間ニ協約セラレタル事實ハ成立ニ爭ナキ甲第一號地所賃借契約證書ノ文旨ニ徵シ明白ナルノミナラス敍上ノ場合ニ於テ地主ハ相當額迄借地料ノ値上ケヲ請求シ得ヘク借地人之ヲ承諾スヘキ義務アルコトハ東京市ニ於ケル慣習トシテ顯著ナル事實ニシテ而モ反證ナキ限リ當事者ハ右ノ慣習ニ依ル意思ヲ有スルモノト認ムルヲ相當トスヘキニヨリ地主タル原告ハ前示賃料値上ノ事情存在スル以上右特約ニ基クハ勿論慣習ニ據ルモ亦其値上ヲ請求シ得ヘキコト毫モ疑ナキ所ナリ然ラハ原告カ特

約及慣習ニ基ツク本訴借地料値上ノ請求ハ果シテ原告主張ノ如キ値上スヘキ事情存在スルヤ否ヤ本訴主要ノ爭點ナルヲ以テ先ツ値上事情ノ存否ニ付キ審究スルニ措信スヘキ證人猪俣吉平ノ原告所有地タル溜池三番地ト自分所有五番地ノ土地ハ互ニ接續シ居リ自分ハ其五番地ノ土地ヲ賃貸シ置キタル處明治四十三年六月二十一日ヨリ一坪ニ付金參拾錢ニ其後大正二年六月一日ヨリ一坪ニ付金四拾錢ニ値上シタリ該地所ハ明治四十二年十一月頃ハ紙表一坪ノ價額金五六十圓ナリシモ大正三年一月頃ニハ一坪金九拾圓百圓位ニ騰貴シ從テ公租公課ヲ增加シタル旨ノ供述ヲ爲セルト之ニ鑑定人山名篤義福島彰文等ノ各鑑定ノ結果ヲ參酌スレハ本件土地及其附近ハ過去數年間ニ著シク繁榮ノ度ヲ增シ明治四十四年地價修正ニ因リ爾後公定地價及公租公課ハ從前ニ比シ二割乃至四割激增シ比隣地亦是等ノ事情ヲ理由トシ其借地料二割乃至四割ヲ値上シタル等ノ事實ヲ認メ得ルヲ以テ本件賃貸借ニ於ケル賃料ニ付テモ其値上ケスヘキ事情發生シタルコト疑ナク從テ被告ハ原告ニ對シ其ノ値上ノ請求アリタル大正三年二月一日ヨリ本件土地ノ賃料ヲ相當額迄値上スヘキコトヲ承諾セサルヘカラサルヤ勿論ナリ（東京區大正五年（ニ）第一四一號同五年三月十五日宮野判事判決法律新聞第一〇九七號二一頁）

【關係事項】

賃料値上請求事件○原告金田瑩之助右親權者金田ひさ訴訟代理人辯護士原元藏絲山貞規黑田清輝訴訟代理人辯護士町井鐵之助山川瓊夫

【同趣旨判例】

一 無期限ニテ宅地ヲ借受ケタル後租稅ノ增額其他相當ノ原因生シタル場合ニ於テ地主ヨリ借地料ノ增加ヲ求メ得ヘキコトハ

東京控訴院

一般ノ慣例ナリ（大審院民二部判決三十五年民事判決第六卷六八頁）

二、宅地ノ無期限賃貸契約ヲ締結シタル後租稅ノ負擔比隣借地料ノ增加等ノ事由發生シタル場合ニ於テ其借地料ノ增加ヲ求メ得ルコトハ一般ノ慣習法ナリ（同上三十一年第五卷八三頁）

三　地價ニシテ比隣一般ニ騰貴シタルトキハ之ニ伴隨スヘキ諸般ノ影響ハ自ラ免カルヘカラサレハ之ニ準據シ地賃ノ引上ヲ爲シ得ルハ東京地方ノ慣習ナリトス（同上二十三年裁判粹誌第五卷三〇〇頁）

四　地價ノ騰貴公租公課ノ增徵比隣地代ノ增加等アリタルトキハ貸地人ハ借地人ニ對シ相當價格ニ地代ヲ增加スルコトヲ請求シ得ル慣習アリ（東京控訴四十三年四月二十三日民二部判決法律新聞第六五一號一二頁判例彙報第六卷一九二頁）

五　負擔ノ增加土地ノ繁榮及ヒ比隣賃料ノ騰貴等ノ事由アルトキハ地主カ借地人ニ對シ地代ノ値上ヲ請求シ得ル權ハ或地方的慣習法トシテ認メラルル顯著ナル例ナリトス（同上四十二年三月十一日民一判決判例彙報第四卷九一頁）

大阪地方裁判所

六　土地ノ繁榮公租公課ノ增加賣價格ノ騰貴其一アルトキハ從來ノ地代及隣地地代ニ比較シ相當ニ增加シ得ルノ慣習東京市分ニ存在スルコトハ顯著ナル事實トシテ之ヲ認メ得ヘク而シテ反對ノ意思表ホナキ限リハ當事者ハ之ニ從フノ意思アリシモノト解スルヲ以テ妥當トス（同上民二判決法律新聞第三七六號二三頁）

七　大阪ニハ借地權者ニシテ建物ヲ所有スルモノカ其ノ建物ノ所有權ヲ他ニ移轉シタル場合ニ其借地權ヲ建物所有權ト共ニ新所有者ニ移轉シタルモノト認ムル慣習存在ス（大阪地方民一判決法律新聞第六六〇號一六頁）

東京地方裁判所

八　土地ノ繁榮公租公課等增額シタル場合ニ於テ地主カ相當範圍內ニ於テ地料値上ノ請求ヲ爲シタルトキハ借地人ハ之ヲ承認セサルヘカラサル旨ノ慣習カ東京市內ニ存在スルコトハ東京地方裁判所ニ於テ顯著ナル事實トス（東京地方民三判決法律新聞第六四四號一一頁）

九　公租公課ノ增加又ハ土地繁榮トナリタル場合ニ地主ヨリ地代增額ヲ請求シタルトキハ借地人ハ之レニ應スル義務アルコトノ慣習カ東京市ニ存在スルコトハ裁判上顯著ナル事實ナリ（同上民三判決法律新聞第六四〇號一二頁）

一〇　請求カ東京市外ニ於ケル借地料增額ニ關スル慣習ニ基キ其增額ヲ求ムル場合ニ於テハ借地關係カ地上權ニ基クト將タ亦賃借權ニ基クトハ毫モ其請求ノ原因ニ影響ナキモノトス（同上四十三年三月十六日判決法律新聞第六三九號一二頁）

一一　建物ヲ所有スル爲メ他人ノ土地ヲ使用スル借地人ハ其土地ノ比隣地代ノ增加土地ノ繁榮又ハ公租公課ノ增徵ヲ理由トシテ貸主ヨリ相當地代ノ增加ヲ請求サレタル場合ニ於テハ之ニ應スヘキ責務アルコトハ東京市內ニ於ケル慣例ナリ（同上民三判決法律新聞第五六九號一一頁）

一二　東京市內ニ於テ土地賃貸借以來其土地カ漸次繁盛ニ赴キ公租公課亦增加シ且ツ其近隣ノ地代著シク騰貴シタル場合ニ於テハ賃借人ハ賃貸人ノ地代相當値上ノ請求ニ應スヘキ義務アルモノトス（同上四十二年三月二十九日判決法律新聞第五六五號一三頁）

一三　土地ニ對スル公租公課ノ增加土地ノ繁榮比隣地借地料ノ增加物價ノ騰貴等其中ノ一事由アル場合ニ於テハ地主ヨリ相當ノ額マテ借地料ノ增額ヲ請求スルコトヲ得ヘク借地人ハ之ヲ承諾スヘキ義務アルコトノ慣習カ東京市ニ存スルコトハ裁判上顯

東京地方裁判所

大阪地方裁判所

著ナル事實ナリ（同上四十一年判決法律新聞第五三七號一二頁）

一四　土地ノ價額カ騰貴シテ公租公課ノ負擔カ著シク增加シタルトキハ地主ハ借地人ニ對シ地代値上ノ請求ヲ爲スヲ得ヘク借地人ハ相當額ニ於テ之カ承諾ヲ爲スヘキ義務ヲ負擔スル慣習カ東京市內ニ存在スルコトハ顯著ナル事實トシテ裁判上認ムル所トス（同上四十一年十月二十八日民三判決法律新聞第五三四號一六頁）

一五　東京市ニ於テハ土地公租公課ノ增加土地ノ繁榮又ハ物價騰貴ノ如キ事由アランカ借地人ハ相當額ニ既定ノ地代ヲ增加スヘキ地主ノ請求ニ應セサルヘカラサル習慣アルコトハ顯著ナル事實ニシテ何等ノ證明ヲ要セスシテ之ヲ認メ得ルノミナラス尙近時著シク物價騰貴シ且ツ土地ニ對スル公租公課ノ增加シタルコトモ亦タ顯著ナル事實ナルヲ以テ該慣習ニ遵據スルノ意思ナカリシトノ反證ヲ提出セサル限リ慣習ノ性質上本件當事者間ニ於テ借地契約ヲ爲スニ當リ該慣習ニ據ルノ意思アリシモノト認定スルヲ相當ナリトスヘキヲ以テ被告等ハ該慣習ニ基キ原告ノ相當地代增額請求ニ應スヘキ義務アルヤ勿論ト謂フヘシ（同上四十年十二月二十日民三判決法律新聞第四七三號一九頁）

一六　契約當日ヨリ物價ノ騰貴シタル場合土地ノ繁榮ニ赴キタル場合地租ノ增加シタル場合等孰レノ場合ニ於テモ不動產ノ貸主ハ既定ノ賃料ヲ相當ノ額ニ增加スルコトヲ得トノ慣習カ東京市ニ存在セルコトハ東京地方裁判所カ顯著ナル事實トシテ認ムル所ナリトス（同上三十八年三月二十三日民三部判決法律新聞第二七三號八頁）

【參照判例】

一　存續期間ノ定メナキ土地賃貸借契約ノ存スル場合ニ於テ其ノ目的地ノ公租公課增徵セラルル又ハ地價騰貴スル等地料額ヲ定ムル標準タルヘキ重要事實ニ著シキ變動ヲ發生シタル場合ニ於テハ借地人ハ地主ノ地料增加ノ請求ニ應スヘキ義務アルコトハ一般慣習法ノ認ムル所ナリ（大阪地方民二判決法律新聞第五九六號九頁）

二　地上權ヲ設定スルニ際シ其存續期間ヲ建物朽廢迄トシテ其間ニ租稅地價其他地代ヲ定ムヘキ事情ニ變更ヲ生スルコトヲ豫期シ得ヘキモノナルトキハ土地所有者ハ其土地ノ經濟狀況ノ變更ヲ理由トシテ地上權者ニ對シ相當額マテ地代ノ增加ヲ請求シ得ヘク地上權者ハ之ヲ承繼スヘキ義務アルコトハ一般ノ慣習トシテ存在スルコトハ裁判上顯著ナル書實ナリ（同上第五六六號一三頁）

三　地料增加ニ付キ特約ナキ地上權ニアリテハ縱令其存續期間ヲ建物朽廢迄ト定メタリトスルモ土地所有者ハ租稅地價其他地料ヲ定ムヘキ事情ニ變更ヲ生シタルコトヲ理由トシテ地上權者ニ對スル通知ノミニ依リ地料ヲ增加シ得ヘク地上權者ニ於テ之ニ應スル義務アルコトハ一般ノ慣習ナリ但其地料ノ額ニ付テハ相當額ヲ超過シ得サルモノトス（同上四十一年五月十九日判決法律新聞第五二一號一四頁）

【反對判例】

一　土地ノ盛衰ニ從ヒ合意無キニ地代ヲ增減スルハ東京市內ノ慣習ニアラス（東京地方三十五年五月三十日民事判決法律新聞

第九六號六頁）

二　契約ノ變更ハ契約ニ依ルヲ原則トス故ニ賃借人ノ承諾ヲ經スシテ賃貸人ニ於テ爲シタル地代增加ノ請求ハ不法ナリトス（同上三十四年六月十三日民事判決法律新聞第四四號一三頁）

三淞博士

【同趣旨學說】

地代ノ額ニ付キ當事者間ニ定メアリタル場合ト雖モ地租其他公課ノ增加又ハ地價ノ騰貴等ニヨリテ相當ノ增額ヲ强要シ得ヘキコトハ或ハ地方慣習トシテ或ハ慣習法トシテ大審院其他ノ裁判所カ屢々認メタル所ニシテ此慣習又ハ慣習法カ一定ノ地代ヲ定メタル當事者ノ契約ヲ左右スル效力アルコトハ一二ノ論者ヲ除ク外何人モ異論ナキ所ニシテ余輩又此判決及ヒ其理由ニ對シテ別段ノ疑ヲ挿マサルモノナリ（法學士三淞信三氏法學協會雜誌第三〇卷第九號一三五頁以下本書第一卷民法三三九頁以下）

中島博士

【反對學說】

一　地主ハ地租其他ノ公課ノ增加セル場合又ハ土地ノ隆盛繁昌ニヨリ附近ト共ニ地價ノ騰貴セルカ如キ事由發生スルコトアルモ之レヲ理由トシテ契約ヲ以テ一定ノ年限間定メタル地代ノ增加ヲ請求スル權利ナキハ勿論ナリ蓋シ地代ノ高低ハ賣買ノ代價ト同シク當事者ノ任意ニ定メ得ル所敢テ裁判所ノ干涉ス可キ限ニ非サレハナリ然ルニ我大審院ハ前述ノ如キ事情アリタルトキハ「地主ハ借地人ニ對シテ增額ヲ强要スルテ得ルコト即チ訴訟上ノ請求ヲナシ得ルコトハ本院ノ一般慣習トシテ認ムル所ナリ云々」ト說キ當事者カ約定シタル地代ノ變更スル一般慣習法ナルモノヲ認メ其適用ヲ避ケント欲セハ特ニ地代ノ增額ヲ請求セサル旨ヲ約定スルヲ要ストセリ然レトモ之レハ大ナル誤謬ナリ第一ニ地代增加請求ノ一般慣習法ナルモノ果シテ存在スルヤ否ヤ疑問ナリ次ニハ假令斯ノ如キ慣習法アリトスルモ之レ固ヨリ任意的性質ノモノナレハ當事者意思ヲ以テ其適用ヲ除斥スルヲ得サル可ラス而シテ當事者カ一定ノ期間內一定ノ地代ヲ定ムルニ於テハ明ニ其期間內ハ地代ヲ變更セサルノ意思ナレハ之ニヨリテ其適用ヲ除斥シタルモノト解釋セサル可ラス何ソ必ラスシモ特ニ增加ヲ請求セサル旨ノ特約ヲ要センヤ又若シモ大審院ノ認ムル慣習法ニシテ當事者カ一定ノ期間變更セサルノ意思ヲ以テ地代ヲ定ムルモ猶其期間內ニ於テ增加ヲ請求シ得ルニ在リトセハ之レ明ニ公益ニ害アル慣習ニシテ法例第二條ノ禁スル所ナリ蓋シ斯クノ如クスレハ當事者ハ地上權ノ地代ヲ確的ニ定ムルヲ得サル結果トナリ契約自由ノ原則ニ及ホシ一般ノ取引ニ害アレハナリ（法學博士中島玉吉氏著民法釋義卷之二上四三七頁）

二　法タル慣習ハ當事者ノ意思如何ニ拘ハラス當事者ヲ拘束スル效力アルモ事實的慣習ハ當事者カ之ニ依リタル場合ニノミ始メテ民法ノ規定ヲ排除シテ之ヲ適用スルコトヲ得ルモノトス……地代增加ハ當事者ノ一方ノ意思ヲ以テ相手方ノ意思ヲ强制スルヲ得ル慣習ニシテ民法ノ規定ニ反スルモノナリ故ニ斯ル慣習法ノ存在ハ到底我民法上許ササルモノトス……東京市二地代增額ニ關スル慣習存スルコト疑ナキ場合ニ於テモ當事者カ之ニ依ル意思ナカリシトキハ右慣習ニ從ツテ解決スルヲ得ス……當事者右慣習ニ反對ノ意思ヲ表セサルトキハ直チニ之ニ依ルノ意思アリタルモノト認定スルハ不當ナリ（ドクトルユリス水口吉藏氏本書第二卷第一一號一二三頁以下要領）

添田辯護士

三　地代增加ヲ請求セントスルニハ（一）地代增加ノ慣習アルコト（二）此慣習ハ公ノ秩序ニ反スルモノニ非サルコト（三）當事者カ此慣習ニヨル意思表示ヲ爲シタルコトヲ要ス大審院ノ採用スル地代增額ノ慣習ハ公序ニ反サセル慣習ナリヤ否……借地權ノ經濟上ノ作用ヲ案スルニ（一）社會問題ト密接ノ關係ヲ有シ或ハ貧富ヲ甚カラシメ或ハ土地併合ヲ斷行セシムル結果ヲ來タシ（二）借地人ハ充分ナル建築ヲ爲スコト能ハス其結果建築術ノ進步ヲ阻害シ（三）或ハ地震賣買行ハレ借地人ノ地位ハ不安ニアル等借地權ノ安固ヲ害スルモノナルヲ以テ此慣習ハ公序ニ反スルモノト言ハサル可カラス從ツテ地主ハ地代增額ノ請求權ナキモノトセサル可カラス（辯護士添田增男氏法律新聞七九七號五頁以下）

富井博士

【參照學說】

土地ノ所有者ハ地上權設定後ニ於ケル地價ノ騰貴租稅ノ增加等ヲ理由トシテ相當ナル地代ノ增額ヲ認ムルコトヲ得ヘキヤ此問題ハ地上權ト賃貸借權トノ間ニ差別ナク一般借地權ニ付キ實際頻繁ニ生スル所ノモノナリ從來ノ判決例ハ增額ヲ爲シ得キモノトスル慣習ノ在在スルヨリ（少クトモ東京地方ニ於テ）ヲ認メ別段ノ意思表示ナキ限リハ當事者ニ於テ之ニ依ル意思ヲ默示シタルモノト看做スコトニ一定セリ此判決ハ果シテ問然スル所ナキヤ疑ナキ能ハス蓋一旦契約ヲ以テ定メタル地代ヲ變更スル如キハ慣例ニ屬スルコトナルヲ以テ縱令其慣習存在スルニモセヨ當事者カ之ニ依ル意思ヲ有セルモノト確認スルニ足ルヘキ事實ナキ限リハ寧ロ容易ニ增額ヲ許ササルコト妥當ナル如クナレハナリ……右地代ノ增加ハ土地所有者ノ單獨意思ヲ以テ其數額ヲ定メ之ヲ地上權者ニ通知スルヲ以テ足レリトス而シテ地上權者ニ於テ其要求ニ應スルノ義務アルコトハ前揭判決例ノ確認スル所ナリ但其增加ハ相當額ヲ限度トスヘク……裁判所モ亦增額ヲ必要トセル理由ニ考ヘテ過當ノ要求ヲ斥ケ以テ借地人ノ權利ヲ保護スルコトニ努ムヘキナリ（法學博士富井政章氏民法原論第二卷物權上二一〇頁以下）

此點ニ關スル判例ハ其論旨ニ一貫セサル所ナリ之ヲ純理ニ照シ稽考スルニ判旨ハ幾分不妥當ノ見解タルヲ免レス蓋シ一旦契約ヲ以テ確定シタル賃料ヲ變更スルカ如キハ異例ニ屬スルヲ以テ當事者カ之ニ依準スル意思ヲ有セルモノト確認スヘキ事實ナキ限リハ寧ロ反對ニ解スルヲ至當トスレハ也只通常其期間永續ノ可能性ヲ具有スル賃貸借地上權カ其期間內ニ諸種ノ原因ニ依リ契約締結當時ノ狀況ニ著大ナル變更ヲ來スコト頻繁ナルヲ以テ判旨ノ如ク解スルハ事實ニ適合シ社會ノ實際ニ順應スルモノト信ス

若シ夫レ賃料値上ノ慣習ハ其性質上公序良俗ニ反ストノ見解ハ不當ナル可シ蓋シ適正ナル値上ヲ認容スルハ經濟ノ原理ニ適シ公平ヲ保持スル所以ナレハ也

〔四八〕

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

民事訴訟法**四五** 裁判所ハ訴訟ノ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハス職權ヲ以テ訴訟能力法律上代理人タル資格及ヒ訴訟ヲ爲スニ必要ナル授權ニ欠缺ナキヤ否ヤヲ調査スヘシ

裁判所ハ遲滯ノ爲メ原告若クハ被告ニ危害アリ且欠缺ノ補正ヲ爲シ得ルモノト認メタルトキハ原告若クハ被告又ハ其法律上代理人ニ其欠缺ノ補正ヲ爲ス條件ヲ以テ一時訴訟ヲ爲スコトヲ許スコトヲ得此場合ニ於テ裁判所ハ欠缺補正ノ爲メ相當ノ期間ヲ定メ其期間ノ滿了前ニ判決ヲ爲スコトヲ得ス但其欠缺ノ補正ハ判決ニ接着スル口頭辯論ノ終結ニ至ルマテ之ヲ追究スルコトヲ得

大審院判決

(一)管理ノ便宜上不動産所有權名義ヲ其所有者ヨリ移轉セラレタル者及ヒ其相續人ハ民法第一七七條ニ所謂第三者ニ該當セサルモノトス』

(二)適法ノ法定代理人ニ非サル者カ代理人トシテ第一審ノ訴訟行爲ヲ爲シタル場合ト雖モ第二審ニ至リ本人又ハ適法ノ法定代理人カ訴訟手續ヲ受繼キ追認ヲ爲シタルトキハ代理ノ欠缺ハ補正セラレ第一審ノ訴訟行爲モ有效ナルモノトス』

(一) 原審ハ本訴地所ハ執レモ被上告人カ拂下ヲ受ケタルモノニシテ增田精一又ハ鶴川八千雄ノ所有名義ト爲シタルハ管理上便宜ノ爲メタルニ過キス又此等地所ヲ上告人先代知足ノ所有名義ト爲シタルモ同シク管理ノ趣意ヲ以テセシニ止マルモ手續ヲ異ニスル爲メ精一又ハ八千雄ヨリ知足ヘ賣渡シタル如キ登記ヲ爲シタルモノナル事

富井博士
横田博士

實ヲ認メタルモノナリ然レハ知足ハ勿論其相續人タル上告人ハ登記ノ欠缺ヲ主張スル正當ナル利益ヲ有スル者ニ非スシテ民法第一七七條ニ所謂第三者ニ該當セサルコト更ニ多言ヲ俟タサレハ原審カ同法條ヲ適用セス且ツ特ニ之レカ理由ヲ明示セサリシトテ不法アルモノト爲ス可カラス

(二) 適法ノ法定代理人ニ非サル者カ代理人トシテ第一審ノ訴訟行爲ヲ爲シタル場合ト雖モ第二審ニ至リ本人又ハ適法ノ法定代理人カ訴訟手續ヲ受繼キ追認ヲ爲シタルトキハ代理ノ欠缺ハ補正セラレ該訴訟行爲ノ有效タルコト本院判例(明治四十三年(オ)第三二五號同年十一月二十六日言渡)ニ示ス所ナレハ被上告神社ノ社務取扱人小野善成ニ代表權ナカリシニセヨ第二審ニ於テ同神社ノ社掌增田善之助カ訴訟手續ヲ受繼キ追認ヲ爲シタル以上ハ善成ノ爲シタル訴訟行爲ハ適法ニシテ有效ノモノタルカ故ニ原審カ右ノ趣旨ニ基キ本件訴訟行爲ニ缺クル所ナシト判定シタルハ正當ナリ(大審院大正四年(オ)第三一〇號同年十一月四日民二部馬場裁判長田上尾古入江鈴木各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審青森地方裁判所○土地所有權確認登記抹消請求事件○上告人奈良きよ訴訟代理人辯護士平澤均治被上告人八坂神社訴訟代理人辯護士阿保淺次郎

【第一點參照學說判例】

一 凡ソ第三者トハ當事者及ヒ其包括承繼人以外ノ者ヲ謂フ(一卷九四頁)民法第一七七條及ヒ第一七八條ニ於テモ此意義ハ變更スルコトナシ……要スルニ物權得喪ノ原因上ヨリ見タル當事者及ヒ其相續人以外ノ者ハ凡テ第三者ノ部類ニ屬スル者ト解スヘシ漫ニ法文ニ據ル所ナキ區別ヲ爲シテ其適用ヲ制限スルハ正當ノ解釋法ニ非サルナリ(法學博士富井政章氏民法原論六一頁)

二 第三者ニハ廣狹二樣ノ意義アリ狹義ノ第三者ハ當事者又ハ當事者ノ一方ノ承繼人ニアラサルモノヲ謂フ……第三者ナル語

チ廣義ニ解スルトキハ當事者及ヒ其一般承繼人以外ノ總テノ人ヲ意味ス……民法一七七條ニ所謂第三者ハ即チ廣義ノ第三者ヲ意味シ物權ノ得喪變更ノ當事者及ヒ其一般承繼人ノ間ニハ絶對的ニ其效ヲ生スルモ其以外ノ人ニ對シテ之ヲ主張セントスルニハ登記ヲ必要トスルモノナリ例之甲其所有ノ家屋ヲ乙ニ賣渡シタリト假定センニ甲乙及ヒ其各自ノ相續人ハ第三者ニアラス從テ其相互ノ關係ニ於テハ所有權ノ移轉ハ絶對的ニ其效ヲ生シ之カ爲メ登記手續ヲ履行スルコトヲ必要トセス故ニ乙及ヒ其相續人ハ甲及ヒ其相續人ニ對シ登記ノ有無ニ拘ラス其權利ヲ主張スルコトヲ得ヘシ故ニ甲又ハ其相續人カ更ニ其家屋ノ所有權ヲ丙ニ賣渡シタリト假定スルトキハ他人ノ所有物ヲ横領シタルモノトシテ民事上ノ責任ヲ負フハ勿論刑罰ノ制裁ヲモ受ケサルヘカラサルニ至ルヘシ之ニ反シテ丙ハ第三者ナルヲ以テ丙ニ於テ其權利ヲ登記シタルト否トニ拘ハラス乙ハ登記ヲ爲シタル上ニアラサレハ之ニ對シテ其所有權ヲ主張スルコトヲ得サルモノトス（法學博士横田秀雄氏改訂增補物權法七四頁）

三 第三者ト云フハ物權上ノ變動ノ當事者及ヒ其一般承繼人以外ノ一切ノ人ヲ謂フ物權上ノ變動ニ付キテ法律上利害ノ關係ヲ有スルモノナルト否トヲ問ハス故ニ例ハ甲カ乙ニ其不動産ヲ譲渡シ未タ登記ヲ爲ササル間ハ甲ノ債權者ハ其譲ラレタル不動産ニ對シテモ强制執行ヲ爲スコトヲ得ヘク又甲ヨリ其不動産ヲ賃借スル者ニ對シ乙ハ其明渡ヲ請求スルコトヲ得サルハ勿論賃借人モ亦甲ニ對シテ地代ヲ支拂ハサルヘカラス加之全ク關係ナキ第三者カ其不動産ヲ毀損スルカ如キ場合ニ於テハ不法行爲ニ基ク損害賠償ノ義務ハ甲ニ對シテ存シ乙ニ對シテ存スルニハアラス勿論第三者ト甲乙間ノ譲渡ヲ認メタレハトテ乙ニ對シテ其義務ヲ負擔スルニ至ルコトナシトス反對論者ハ此結果ヲ認ム（法學博士川名兼四郎氏物權法要論一六頁）

四 當事者及ヒ第三者ノ意義ハ民法上一定セス（本書一卷四四九頁）各場合ニ就テ之ヲ定メサルヘカラス而シテ本條ノ意義ニ就キ左ノ數說アリ第三者トハ同一不動産上ニ物權ヲ取得シ先ツ登記ヲ經タル者ヲ指スト物權得喪變更ノ原因タル行爲ノ當事者及ヒ一般承繼人以外ノ者ヲ總稱ストナス說不動産ニ關スル物權ノ得喪變更ノ登記欠缺ヲ主張スル正當ノ利益ヲ有スル者ヲ指稱スト云フ說（明治四一、一二、一五、大審院判決）是ヲ最新ノ說トナス曰ハク「本條ノ規定ハ同一不動産ニ關シテ正當ノ權利若シクハ利益ヲ有スル第三者ヲシテ登記ニ依テ物權ノ得喪變更ノ事情ヲ知悉シ以テ不慮ノ損害ヲ免カルヽコトヲ得セシメンカ爲メニ存スルモノナレハ其條文ニハ（本條ヲ指ス）特ニ第三者ノ意義ヲ制限スル文詞ナシト雖モ其ノ意義ヲ登記ノ欠缺ニ付キ正當ノチ字句ノ外ニ求ムルコト豈難シト云フヘケンヤ云云」ト云フ理由ニヨリテ前說ヲ飜シ第三者ノ意義ヲ登記ノ欠缺ニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者ニ限リタルモノナリ本說ニコレハ不法行爲者ニ對スルニハ登記ヲ要セス又建物所有權ノ確認ノ訴ニ於テ原告カ前所有者ヨリ買取リタル旨ヲ主張セル場合ニハ登記ノ欠缺ヲ理由トシテ原告ノ所有權ヲ否認スルヲ得サル可シ故ニ本說ハ其結果ニ於テ明ニ前二說ニ優ルモノト云フ可シ以上ノ內（イ）ハ明ニ狹キニ失ス何トナレハ債權者ヲ除外スル結果債權者ニ對抗スルニハ登記ヲ要セサルニ至ルカ故ナリ（ロ）ハ廣キニ失ス不法行爲者ニ對抗スルニモ登記ヲ要ストハ其ノ何ノ故タルヤ知ルニ苦シム之レ法文ノ文理解釋ニ重キヲ置キ登記ノ性質ヲ輕視セシ結果ナリ獨リ最後ノ說ニ至テハ此ノ如キ不都合ナシ而シテ法典上第三者ノ意義ハ一定スル所ナキカ故ニ此場合ニハ登記ノ性質ニ考ヘ且ツ實際上不都合ノ結果ヲ生セサル樣解ス可シ第三說カ登記ノ欠缺ヲ主張スル正當ノ利益ヲ有スル者ヲ指稱スト爲シタルハ「第三者」ノ意義ヲ制限スルモノニ非スシテ「第三者」ノ眞義ヲ宣明シタルモノナリ然レトモ此ノ如ク解スルトキハ當事者ニモ非ス第三者ニモ非サル者（例之不

（三七）

法行爲者ヲ生ス可シ之レ一見奇ナルカ如キモ實際上毫モ不可ナルコトナシ（法學博士中島玉吉氏中島川名民法釋義六九頁）

五 第三者ノ意義ニハ種々アリ或ハ間接ノ利害關係人ヲ指定シ（民九四、九六、一〇九等）或ハ當事者及ヒ其一般承繼人ニ非サル各人ヲ指示ス前者ハ他人（直接ノ利害關係人）（民七〇三、七〇九）ニ對稱シ後者ハ當事者ニ對稱ス登記及ヒ引渡ハ後者ノ利益ヲ保護スルカ爲メニ存ス故ニ玆ニ所謂第三者ハ當事者及ヒ其一般承繼人ニ非サル各人ナリトス是ヲ以テ第一ニ第三者タルニハ目的物ニ付キ法律行爲又ハ法律ノ規定ニ依リ（例ヘハ先取得權ノ如キ）權利ヲ取得シ先ニ登記ヲ爲シ又ハ引渡ヲ受ケタル者ナルコトヲ要セス通常ノ債權者亦第三者タルコトヲ得第二ニ第三者タルニハ善意ナルコトヲ要セス是意思ノ善惡ニ關スル訴訟ヲ避クル注意ニ他ナラス第三ニ第三者タルニハ不法行爲者ニ非サルコトヲ要ス（法學博士松岡義正氏民法論四三頁）

六 本書第三卷民法八二、四八六、五二二、五三三各頁參照

七 本書第一卷二二五、二七八、四六五、四七七、四九一、五八二、六七四各頁參照

【第二點參照學說】

松岡博士

一 裁判所カ斯ル處置ヲ爲スニ當リテハ欠缺補正ノ爲メ相當ノ期間ヲ定メ且ツ期間カ滿了シ又ハ欠缺カ補正セラルマテ判決ヲ爲スヘカラサルモノトス欠缺ノ補正ハ期間ノ滿了後ト雖モ判決ニ接着スル口頭辯論ノ終結マテ之ヲ追完スルコトヲ得ヘシ是レ蓋シ欠缺補正ノ期間ハ欠缺ノ補正ヲ爲スカ爲メニ訴訟ノ遲滯ヲ來スニ至ランコトヲ防カンカ爲メ之ヲ設クルモノナルヲ以テヲリ欠缺ノ補正ハ訴訟能力又ハ法律上代理權若クハ特別授權若クハ特別授權ヲ得タル後ニ至リテ前ノ訴訟行爲ヲ追認シ若クハ眞正ノ法律上代理人カ其追認ヲ爲ス場合ニ代理權若クハ特別授權ヲ得タル後ニ至リテ前ノ訴訟行爲ヲ追認シ若クハ眞正ノ法律上代理人カ其追認ヲ爲ス場合ニ於テ生スルモノトス（法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論上卷第三版一六八頁）

仁井田博士

二 欠缺ノ補正アリタルトキハ其訴訟行爲ハ既往ニ遡リテ全然有效ト爲ル若シ欠缺補正ヲ爲サヾルトキハ訴訟行爲ハ全然無效ト爲ル（法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論第六版一六五頁）

岩田學士

三 期間內ニ補正ヲ爲シタルトキハ遡リテ最初ヨリ訴訟能力又ハ法定代理等ノ欠缺ナカリシモノト看做サン今村信行氏民事訴訟法第一編中央大學講義一六二頁）

今村信行氏

【第二點同趣旨判例】

一 適法ノ後見人ニ非サル者カ未成年者ノ代理人トシテ第一審ノ訴訟行爲ヲ擔任シタル場合ト雖モ第二審ニ至リ過法ノ後見人其訴訟手續ヲ受繼シタルトキハ前審ノ訴訟行爲ヲ追認セルモノニ外ナラサレハ之ヲ以テ上告ノ理由ト爲スヲ得ス（大審院民事判決錄四十三年八一七頁）

二 大字ノ屬スル各村ノ村會ニ於テ第一審以來大字代表者ノ爲シタル訴訟行爲ヲ追認シ且上告審ニ於ケル應訴ノ決議ヲ爲シタル以上ハ綴令控訴審ニ於ケル應訴ノ村會決議カ不完全ナル爲メ右代表者ニ對スル授權ニ欠缺アリトスルモ其欠缺ハ追認ノ爲メ

ニ補正セラレ代表者ノ行爲ハ總テ有效ナリトス(大審院民事判決錄四十四年五四六頁)

三 法定代理人タル資格ナキ者カ爲シタル訴訟行爲ト雖モ本人又ハ正當ノ法定代理人之ヲ追認シタルトキハ代理ノ欠缺ハ補正セラレ其訴訟行爲ハ適法ト爲ルモノトス(大審院民事判決錄四十三年五九八頁)

四 後見人カ親族會ノ同意ヲ得スシテ被後見人ノ爲メニ訴訟ヲ提起シタルモ第二審ニ至リ親族會ノ追認ヲ受ケタルトキハ既往ノ欠缺ハ之カ爲メニ補正セラレ其訴訟行爲ハ當初ニ遡テ有效ナリトス(大審院民事判決錄三十六年四八七頁)

五 下級審ニ於テハ法律上代理人ノ資格ニ關スル證明書ヲ提出セス上級審ニ至リ初メテ之ヲ提出シタルトキト雖モ法律上代理人カ下級審ニ於テ爲シタル訴訟行爲ヲ無效ト看做スヘキ規定ナケレハ之ヲ有效ト爲ササルヘカラス(大審院民事判決錄三十七年九三〇頁)

六 法律上代理人タル資格ニ欠缺アル者カ提起シタル訴訟ト雖モ絕對ニ無效ノモノニ非スシテ其資格ノ欠缺ハ追究ニ依リテ之ヲ補正シ有效ノ訴訟タラシムルコトヲ得ルハ民事訴訟法第四五條ノ認ムル所ナリトス(大審院大正三年七月二十日民二部判決本書第三卷民訴一三三頁)

七 我民事訴訟法ハ訴訟無能力者或ハ資格欠ハ授權ナキ公法上代理人ノ訴訟行爲ハ能力者トナリタル當事者又ハ權限アル法律上代理人ニ於テ又委員ニ欠缺アル代理人ノ訴訟行爲ハ委任者ニ於テ各之ヲ追認スルニ因リ有效ノ訴訟行爲トナルコトヲ認メタルモノトス：：訴訟法中別ニ右追認ノ時期ニ制限ヲ設ケタル規定ヲ見サルカ故ニ追認ニヨリ利益アル以上ハ事件ノ如何ナル程度ニ於テモ之ヲ爲シ得ルモノトス(長崎控訴院判決法律新聞第九五八號二六頁)

八 法定代理人ニアラサルモノカ法定代理人トシテ爲シタル訴訟ト雖モ控訴審ニ至リタルトキ本人カ成年者トナリ之ヲ追認シタルトキハ初メヨリ適法ナル行爲トナルモノトス(東京控訴判決本書第一卷民訴法一四二頁)

長崎控訴院

(一) 判旨第一點ハ正當ナリ蓋シ事案ノ場合卽チ管理ノ便宜上不動產所有名義ヲ其所有者ヨリ移轉セラレタル者及ヒ其相續人カ民法第一七七等ニ所謂第三者ニ包容セラルヽヤ否ヤハ一ニ第三者ノ意義如何ニ繫ル之ヲ廣義ニ解センカ當然積極ノ判定ヲ下ス可ク之ニ反シ大審院從來ノ見解ニ從ハンカ之ヲ消極ニ解スルニ多ク論スルヲ須ヒス吾人ハ社會ノ實情ニ鑑ミ條理ニ依準シ文理ニ幾分ノ制限ヲ加ヘテ判例ニ贊同ノ意ヲ表スルコトハ從來屢々論シタル所ナリ從ツテ其當然ノ結論タル本判旨ニモ贊同ス

(二) 第二點ニ關シテハ多大ノ疑ヲ存ス(イ)事案ノ如キ場合ハ所謂法律上代理人欠缺ノ補充ト謂ヒ得ヘキヤ否ヤ(ロ)資格欠缺ノ法律上代理人ノ訴訟行爲ノ追認ハ民訴法第四五條第七〇條ニ所謂欠缺ノ補正ノ一方法ニ過キサルヤ否ヤ判例ハ前者ニ就テハ之ヲ肯定シ後者ニ就テハ之ヲ否定シテ全然別異ノモノト解ス其結果追認ノ時期ニ關シテハ欠缺補正時期ニ關スル規定ノ適用ナク法律上無制限ニ之ヲ爲シ得ルモノト解セサル可カラス然レトモ如此解釋ハ實際ノ便宜ニハ適合スト雖モ嚴正ナル法文ノ解釋トシテ果シテ認容スヘキ見解ナルヤ否ヤ吾人ハ寧ロ之ヲ反對ニ解セント欲スルモノナリ(本書第一卷民訴法第一四三頁參照)

(四九)

四二三 債權者ハ自己ノ債權ヲ保全スル爲メ其債權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

不動產登記法二八 登記名義人ノ表示ノ變更ノ登記ハ登記名義人ノミニテ之ヲ申請スルコトヲ得

第三者カ債務者ノ爲メ抵當權ヲ設定シタル不動產ノ變更又ハ更正ノ登記ニ付テハ債權者ハ代位申請ヲ爲スヲ得サルモノトス』

元來不動產ノ變更又ハ更正ノ登記申請ヲ爲スコトヲ得ル者ハ登記名義人タル第三者ニシテ債務者ニアラス故ニ債權者ハ民法第四百二十三條ノ規定ニ依リ債務者ニ代位シ變更又ハ更正登記ノ申請ヲ爲スヲ得サルモノトス(法曹會決議法曹記事第二六卷第

三號五三頁）

至當ノ見解ト信ス

（五〇）

一二七　停止條件附法律行爲ハ條件成就ノ時ヨリ其效力ヲ生ス
解除條件附法律行爲ハ條件成就ノ時ヨリ其效力ヲ失フ當事者カ條件成就ノ效果ヲ其成就以前ニ遡ラシムル意志ヲ表示シタルトキハ其意志ニ從フ

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

四一二　債務ノ履行ニ付キ確定期限アルトキハ債務者ハ其期限ノ到來シタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任ス
債務ノ履行ニ付キ不確定期限アルトキハ債務者ハ其期限ノ到來シタルコトヲ知リタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任ス
債務ノ履行ニ付キ期限ヲ定メサリシトキハ債務者ハ履行ノ請求ヲ受ケタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任ス

（山口）

債務履行ノ時期ヲ定ムルニ當リ債務者ノ婚嫁又ハ分家シタルトキヲ以テ履行ノ時期ト爲スコトヲ約シタルトキハ債權ノ履行ニ付キ不確定期限ヲ定メタルモノト解スヘク債務ノ消滅ヲ條件ニ繫カレラシメタルモノト云フヲ得ス」

叙上ノ場合ニ於テ若シ其事實ノ發生スルコトナクシテ債務者死亡シタルトキハ其死亡ノ時ニ履行期到來シタルモノト爲スヘキモノトス」

大正四年二月十九日大審院第一民事部判決（本書第四卷民法一六八頁所載）

至當ノ判決ナリト信ス即チ此種ノ附款アル契約ヲ債務者ノ死亡ノ時カ不確定期限タルコトヲ前提トシテ締結セラレタル契約ナリト解釋スルハ取引上ノ慣習ニ適スルハ勿論當事者ノ眞意ニモ相當スルモノナリト謂ハサルヘカラス即チ婚嫁又ハ分家シタル時ト云フ契約ニ於ケル定メハ死亡ノ時ノ代用タリ得ヘキ事實ヲ指定セルモノニ過

（山口）

東京控訴院判決

スト見ルヘキナリ又婚嫁又ハ分家ナル事實ハ將來發生スルヤ否ヤ不確實ナル事實ニシテ本來條件タルコトヲ得ルモ期限タルコトヲ得サル性質ノモノナリト雖當事者カ死亡ノ時ナル將來發生スヘキコト確實ナル事實ノ代用トシテ指定セルモノナルヲ以テ當該法律行爲ノ附款トシテハ條件ニアラス期限ナリト謂ハサルヘカラス從テ玆ニ其一般的性質ヨリ云ヘハ到來スルヤ否ヤ不確實ナル將來ノ事實ヲ期限ニシテ條件ニアラスト云フモ決シテ條件ト期限トノ觀念上ノ區別ヲ無視スルモノニアラサルナリ

（法學士曄道文藝氏京都法學會雜誌第一一卷第四號八五頁）

至當ノ見解ナリ詳細ハ本書第三卷民法一六八頁以下參照

（五一）

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

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

所有權移轉ハ無償讓渡ナルニ拘ハラス其登記ニ關シ賣買名義ヲ用フルモ所有權移轉行爲及ヒ其登記ハ有效ナルモノトス」

係爭不動產ニ付キ被控訴人カ明治三十八年六月二十八日及二十九日付ヲ以テ訴外柿沼傳一郎ヨリ所有權取得ノ登記ヲ爲シタルコトハ被控訴代理人ノ爭ハサル所ニ係ルヲ而シテ控訴代理人ハ取得登記ノ登記原因タル所有權移轉行爲ハ所有者タリシ柿沼傳一郎カ控訴人ニ對シ負擔セル債務ノ辨濟ヲ免ルル目的ヲ以テ爲シタル假裝ノ賣買ニシテ虛僞ノ意思表示ナルヲ以テ該登記ハ無效ナリト主張シ被控訴代理人ハ之ヲ爭ヒ

所有權移轉行爲ハ眞正ナリト抗辯スルヲ以テ右所有權移轉行爲ハ虚僞ノ意思表示ニシテ登記ハ無效ナリヤ否ヤニ付キ案スルニ甲第四號證ニ依レハ係爭不動產中ノ土地ハ素ト柿沼源三郎ノ所有ナリシヲ明治三十八年六月二十三日同人ノ隱居ニ因リ柿沼傳一郎カ當家督相續ヲ爲シテ其所有權ヲ取得シ更ニ同月二十八日柿沼傳一郎ヨリ被控訴人ニ所有權ヲ移轉シタルモノニシテ又本件記錄添付ノ被控訴人ノ戸籍謄本ニ依リ被控訴人ハ柿沼傳一郎ノ長男ニシテ明治三十八年六月十九日戸主柿沼源三郎ノ隱居ニ因リ分家シタルモノナルコト認ムルヲ得故ニ被控訴人ノ分家及訴外柿沼源三郎ノ隱居並ニ係爭不動產ノ移轉登記ハ旬日ノ間ニ行ハレタルモノトス而シテ當時柿沼源三郎カ嫡孫タル被控訴人ヲシテ分家セシメ又柿沼傳一郎カ家督相續ニ因リ取得シタル不動產ヲ被控訴人ニ讓渡スルニ至リタルハ原審證人山田繁十郎ノ證言乙第一七號證ニ錄取アル井田淳ノ供述及甲第三號證ニ錄取アル柿沼傳一郎ノ供述ニ依リ當時被控訴人ノ父ニシテ柿沼源三郎ノ法定推定家督相續人タリシ柿沼傳一郎カ放蕩ニシテ多額ノ負債ヲ爲セルヲ以テ同人ヲシテ財產ヲ相續セシムルトキハ之ヲ失ヒ家族ヲシテ糊口ニ窮セシムルニ至ルヲ以テ家產保護ノ方法トシテ被控訴人ヲ分家セシメ同人ヲシテ財產ヲ取得セシメタルモノト認メ得ルカ故ニ訴外柿沼傳一郎カ被相續人源三郎ノ隱居ニ因リ家督相續ヲ爲シ係爭不動產ヲ取得シタルハ源三郎ヨリ被控訴人ニ讓渡スル一階梯トシテ爲シタルニ過キスシテ柿沼傳一郎ニ於テ相續直ニ之ヲ被控訴人ニ讓渡スルニ至リタルハ前戸主タル柿沼源三郎カ目的トセル家產保護ノ方法ヲ實行シタルニ外ナラスト認メ得ルヲ以テ被控訴人及柿沼傳一郎間ニ於ケル係爭不動產ノ所有權移轉行爲ハ各自眞正ニ所有權ヲ移轉シ及取得スルノ意思ヲ以テ爲シタル有效ナル

中島博士
大審院

法律行爲ト認ムヘキモノニシテ之ヲ相通シテ爲シタル虚僞ノ意思表示ニヨリ成立セルモノト認ムルヲ得ス從テ係爭不動產ノ所有權取得登記ハ無效ノモノニアラス而シテ右所有權移轉ハ無償讓渡ナルニ拘ラス其登記ニ關シ賣買名義ヲ用ヒタリトスルモ所有權移轉行爲及其登記ハ無效ニアラサルカ故ニ代金授受ナキ事實ハ本件係爭不動產ノ所有權ノ取得及登記ニ有效ト爲スモ妨ナキモノトス(東京控訴大正四年(ネ)第一〇三號同五年二月二十八日民一部遠藤裁判長前田水口各判事判決)

【關係事項】

所有權取得登記抹消請求事件○控訴人江森右一訴訟代理人辯護士磯部四郎外二名被控訴人柿沼一訴訟代理人辯護士柳沼傳吉外一名

【後項參照學說判例】

一　登記原因トハ物權變動ノ原因ノ義ニシテ卽チ物權行爲ヲ爲スモノナリ物權行爲ノ原因ヲ債權關係ヲ指スニ非ス故ニ債權關係ハ無效不存在又ハ取消サルルモ物權行爲ニシテ有效ナル以上ハ其登記ハ有效ナリ然レトモ此場合ニ於テハ其物件ノ取得ハ法律上ノ原因ヲ失フカ故ニ不當利得ノ原則ニ因リテ之ヲ返還スヘキ義務ヲ生ス而シテ之ヲ實行シタルトキハ登記ハ無原因トナリ無效トナル物權行爲ト債權行爲カ共ニ無效又ハ取消サルル場合ニハ其ノ無效取消カ第三者ニ對抗シ得ル場合ト然ラサル場合ニ因リテ效果ヲ異ニスヘシ(法學博士中島玉吉氏民法釋義卷三二上六三頁)

二　上告人ハ原審カ事實ニ合致セサル權利取得ノ登記ハ固ヨリ無效ナルコトヲ認メナカラ被上告人ノ爲メ其登記ノ存在ヲ有效ト爲シタリト論シ理由ノ齟齬アリトシテ之ヲ批難スレトモ原審ハ所論ノ如ク無效ノ登記ノ存在ヲ有效ト爲シタルニ非スシテ上告人ハ登記ノ無效ヲ主張スル何等ノ利益ヲ有セサル旨ヲ判示シタルモノナレハ此點ノ所論亦理由ナシ(大審院判決本書第四卷民法二四頁)

後項無償讓渡ニ因ル所有權移轉ノ場合ニ其登記原因ヲ賣買ト爲シタルトキニ於テ其登記ノ效力果シテ如何大審院ハ上揭判決ニ於テ本點ニ關スル直接ノ判定ヲ

回避シタルヲ以テ其眞意如何ヲ忖度シ難シト雖モ登記カ有效ナルカ爲メニハ登記原因カ眞實ニ適合セサル可カラサルヤ勿論ナルヲ以テ問題ノ要點ハ登記原因ノ本義如何ニ在リト云ハサル可カラス從ッテ中島博士ノ所說ヲ正當ナリトセハ事案ノ場合登記ノ有效ナルハ喋々ヲ要セスト雖モ登記原因ヲ物權行爲ト解スルノ果シテ正當ナリヤ否ヤハ今猝カニ論斷スヘカラス吾人ハ之ヲ後日ノ攻究ニ待タント欲スルモノナリ

牧野學士

(五一)

八三二
八七五

認知ハ出生ノ時ニ遡リテ其效力ヲ生ス但第三者カ既ニ取得シタル權利ヲ害スルコトヲ得ス
養子ハ離緣ニ因リ其實家ニ於テ有セシ身分ヲ回復ス但第三者カ既ニ取得シタル權利ヲ害スルコトヲ得ス

民法第八三二條但書及ヒ同第八七五條但書ニ所謂第三者カ既ニ取得シタル權利トハ之ヲ同一義ニ爲スヘキモノトス』

右兩法條ノ權利中ニハ相續開始前ニ於ケル相續權ヲ包含セサルモノトス』

民法第八三二條但書及ヒ同法第八七五條但書ニ所謂第三者カ既ニ取得シタル權利トハ之ヲ同一義ニ解釋スヘキモノニシテ且其權利中ニハ相續開始前ニ於ケル相續權ノ如キハ之ヲ包含セサルモノト解ス蓋シ我民法上相續權ナル文字ハ二樣ノ意義ニ用ヒラルルモ純理上相續人ハ相續開始前ニ於テハ相續權ヲ有スト云フヘキニアラスシテ相續權ハ相續開始ノ時ニ於テ初メテ發生スルモノト謂ハサルヘカラス果シテ然ラハ右兩法條ニ所謂既得ノ權利中ニ相續權ヲ包含ストスルトキハ第八七五條但書ノ規定

梅博士
牧野學士

大審院
民刑局

ハ之ヲ解スルニ苦シマサルヲ得ス假リニ相續權ナル文字ヲ法定家督相續人ト爲ルヘキ權利ナリトノ意義ニ解スルモ之ヲ既得權ト云ヒ得ヘキヤ否ハ疑ナクンハアラス相續開始前ニ於ケル法定家督相續人タルヘキ權利ノ如キハ之ヲ確定的ノモノト云ヒ得ヘキニアラサルナリ此ノ如キ不確定的ノモノヲモ尙且既得權ナリト云ヒ得ヘキ乎之ヲチシモ既得權ナリトシ第八七五條但書ノ規定ヲ適用ストセハ種々ノ不條理ノ結果ヲ生スヘタ決シテ之ヲ認容スヘキモノニ非サルナリ(法學士牧野菊之助氏法學志林第一八卷第四號六五頁以下要領)

【後段同趣旨學說判例】

一 法學博士梅謙次郎氏民法要義第四卷第八七五條ノ說明參照

二 法律ハ認知ノ爲メニ第三者カ既ニ取得シタル權利ヲ害スルコトヲ得ストセリ(第八三二條但書)故ニ例之ハ父ノ隱居ニ因リ家督相續開始シ男子ナキノ故ヲ以テ女子相續ヲ爲シタル場合ニ於テ後日父カ一私生男子ヲ認知シタリトセンカ相續開始ノ當時庶男アリタルコトトナルヘキモ一旦相續ヲ爲シタル女子ヲ排斥シ得ルカ如シ(法學士牧野菊之助氏親族法論三四八頁)

三 養子カ其實家ニ復歸スルニ當リテハ新ニ其家ニ入リタル者ト同一權利ヲ有スヘキモノナルカ將タ以前ノ權利ヲ回復スヘキカハ一個ノ疑問タラサルヲ得サルヘシ而カモ養子ト爲リタルカ爲メニ實家ニ於テ親族關係ヲ失ハサリシモノナレハ父母其他ノ者トノ關係ハ敢テ以前ト異ナルヘキヤニアラス換言スレハ新ニ其家ニ入リタル者ト見ルヘキモノニアラスシテ緣組當時ヨリ引續キ其家ニ在リ同一ノ家族關係ヲ保持シタルモノト看做スヘキモノトス故ニ例之ハ次男カ養子ト爲リ實家ニハ長男ト三男トアリシカ長男死亡後ニ離緣ニヨリテ次男復歸シタリトセハ異日相續開始ノ曉ニハ次男相續スヘキカ如シ若シ之ニ反シ三男ニシテ既ニ相續ヲ爲シタル後次男カ離緣ニ因リテ實家ニ復歸シタリトセハ三男ノ相續ハ全ク有效ニシテ次男ハ相續ノ回復ヲ爲スコトヲ得ス何トナレハ第三者カ既ニ取消シタル權利ヲ害スルコトヲ得サレハナリ(同上四一四頁)

四 家督相續權ハ相續開始ノ時ヲ以テ始メテ確定スヘキモノナレハ其未タ開始セサルヤ推定家督相續人タル身分ハ一種ノ權利タルコト勿論ナリト雖モ確定不動ノ權利ニ非サルヲ以テ民法第八七五條ニ所謂既ニ取得シタル權利ニ非ス(大審院明治三十五年民事判決錄第一〇卷一一八頁)

五 長男死亡シ二男他家ノ養子ト爲リタルモ離緣復籍シタル場合ニ於テハ其家ニ三男アルモ推定家督相續人タル身分ハ二男之ヲ取得シ三男ハ相續開始ニ在テハ未タ相續權ヲ取得シタルモノニ非サルカ故ニ民法第八七五條但書ノ場合ニ該當セス(民刑局回答法曹記事第八卷第三號一〇二頁)

奥田博士
仁井田博士
島田學士
飯島學士

【後段反對學說】

一 「第三者カ既ニ取得シタル權利ヲ害スルコトヲ得サル」コトヲ規定セリ故ニ例ヘハ（イ）認知ヲナス以前ニ於テ既ニ法定ノ推定家督相續人タル權利ヲ取得セル他ノ同順位（九七〇、一號乃至四號）ノ者ナルトキハ其後ニ認知セラレタル者ハ假令之ヨリ年長者ナルモ推定相續人タル權利ヲ得ル事ナシ（法學博士奥田義人氏民法親族法論二六七頁）養子ハ離緣ニ因リ實家ニ復籍ス（七三九）而シテ實家ニ於テ緣組以前ニ有シタリシ身分ヲ回復スルモノナリ但シ之ニ因リテ養子ノ離緣ノ以前ニ於テ第三者カ取得シタリシ相續權其他ノ權利ヲ侵害スル事ヲ得ス（同上三三二頁）

二 私生兒ノ認知ハ子ノ出生ノ時ニ遡リテ其效力ヲ生スルモ第三者カ既ニ取得シタル權利ヲ害スルコトヲ得ス（八三二）例ヘハ女カ父ノ法定ノ推定家督相續人タル場合ニ於テ父カ男ヲ認知スルモ女ハ之カ爲ニ法定ノ推定家督相續人タラサルニ至ルコトナキカ如シ（法學博士仁井田益太郎氏親族法相續法論二二八頁）

三 第三者ノ既ニ取得シタル權利ヲ害スルコトヲ得サルカ故ニ養子ノ離緣前ニ第三者カ法定ノ推定家督相續人ト爲リタルトキ卽チ法定家督相續人ト爲ルヘキ權利ヲ取得シタルトキハ養子ハ離緣ニ因リ實家ノ家族トシテ一定ノ順序ニ從ヒ法定ノ推定家督相續人ト爲ルヘキ其身分ヲ回復スルニ拘ラス實際法定ノ推定家督相續人ト爲ルコトヲ得サルナリ（同上二七七頁）

四 實家ニ於ケル身分ヲ回復ストハ離緣ノ時ニ於テ之ヲ回復スルモノト解釋スヘク既往ニ遡リテ之ヲ回復スルモノト解釋スルニ由ナキカ故ニ離緣復籍前既ニ實家ニ於テ家督相續開始シタル場合ニ在リテハ其當時實家ノ家族タラスシテ他家ニ養子タリシ者ハ本條但書ノ規定ナキモ到底法定家督相續人タルコト能ハス直系卑屬カ法定家督相續人ト爲ルニハ家督相續開始ノ時ニ於テ其家ノ家族タルコトヲ要スレハナリ之ヲ以テ予ハ本件ハ實家ニ於テ家督相續開始セサル以前ニ離緣復籍シタル場合ニ付キ其復籍者カ法定ノ推定家督相續人ト爲ル順位ニ關スル規定ナリト解釋スル外ナシト信ス（法學士島田鐵吉氏親族法三四四頁）

【後段參照學說】

之カ爲メ第三者ノ取得シタル權利ヲ害スルコトヲ得サルモノトス例之二男養子ニ出テタル後三男家督相續ヲ爲シタルニ二男離緣ニ因リ實家ニ復籍スルモ三男ノ戸主タル地位ニ影響ヲ及ホササルカ如シ（法學士飯島喬平氏民法要論九六三頁）

至當ノ見解ナリト信ス

（一）前項ニ關シテハ異論ノ餘地無シ（二）後項ハ著シキ疑問ニシテ學說ノ趨勢ハ相續開始前ニ於ケル相續權ヲ以テ前揭法條ニ所謂既得ノ權利中ニ包容セラルルモノト爲スモ吾人ノ所信ハ之ニ反ス蓋シ（イ）相續開始前ニ於ケル相續權カ純理上權利

東京控訴院判決

ノ性質ヲ具有セサルハ勿論（ロ）縱令法典カ之ヲ權利視スルモ其權利狀態タルヤ頗ル浮動脆弱ニシテ上揭法條ニ所謂既得權ノ性質（確定的又ハ不可侵的ナルコト）ヲ帶有セサルモノト爲スヘク（ハ）又之ヲシモ既得權トシテ保護スヘクンハ社會ノ實情ニ適合セサルノミナラス家族制度ニ立脚セル我親族法根本ノ趣旨ヲ破壞スルモノト謂フヘケレハナリ。

（五三）

七七八 婚姻ハ此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七百七十五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

婚禮ノ賀筵アリタルノ一事ノミヲ以テ直ニ當事者間ニ婚姻ヲ爲スノ意思アリタルモノト爲スヲ得サルモノトス

案スルニ甲第一號證ニ據レハ當事者間ノ入夫婚姻届ハ大正三年三月三十一日千葉縣君津郡長浦村戸籍吏ニ届出セラレ同日戸籍簿ニ之レカ登記アリタルコトヲ認メ得ラルヘシ然ルニ證人小島なつ花澤淺吉在原林藏ノ各證言ヲ綜合考覈スルトキハ被控訴人ノ母小島なつハ當事者双方未タ幼少ナル際被控訴人ノ夫タラシムル目的ヲ以テ控訴人ヲ養子ニ貰受ケタル所被控訴人稍長スルニ及ヒ控訴人ヲ嫌忌シ母なつ並ニ親戚ノ懲懲スルニ拘ラス婚姻ヲ拒ミテ之ニ應セサルヨリ母なつハ親戚ト種々協議ノ末菊モ戸籍吏ニ對シ當事者双方ノ入夫婚姻届ヲ提出シ置カハ被控訴人モ遂ニ心ヲ鎭シ母

なつ等ノ意ニ從ヒ控訴人ト婚姻スルニ至ルヘシト思惟シ被控訴人ノ承諾ナキニ拘ラス被控訴人ノ氏名ヲ訴外花澤八十吉ヲシテ代署セシメ其名下ニハなつニ於テ拇印シ以テ右入夫婚姻屆ヲ作成シ之ヲ戸籍吏ニ提出シタルコトヲ認定シ得ヘシ之ニ對シ控訴代理人ノ援用スル證人榎本清藏花澤音次郎小島初太郎高橋龜太郎ノ證言ニテハ曩時大正二年十二月廿七日被控訴人ノ母なつカ被控訴人ノ爲メニ親戚隣佑ヲ招キ控訴人トノ婚禮ノ賀筵ヲ張リタルコトヲ認メ得ルモ右なつ及證人米本キミノ證言ニ據レハ之レ素ヨリ被控訴人ノ意見ヲ徵シタルモノニアラサルノミナラス寧ロ被控訴人ハ其席ニ列スルヲ厭ヒ泣ヒテ別席シ居リシカ宴撤セラレ客將ニ去ラントスルニ當リ客人ニ對スル情實ノ爲メ漸ク席ニ出テ立茶(證人米本貢ノ證言ニヨレハ婚禮ノ式濟ミ客歸ル時汝ムモノ)ヲ汲ミシニ過キスシテ到底控訴人トノ婚姻ヲ承諾スル意思ヲ表白シタルコトヲ認メ難キヲ以テ前段認定ヲ覆スニ足ラス果シテ然ラハ被控訴人名義ノ入夫婚姻屆ハ他人ノ僞造ニ係リ被控訴人ハ控訴人ト入夫婚姻ヲ爲ス意思全然ナカリシコト明白ナルヲ以テ被控訴人ノ請求ハ至當ナリト云ハサルヘカラス(東京控訴大正四年(ネ)第一九六號同五年三月十七日民一部遠藤裁判長渡邊水口各判事判決)

【關係事項】

入夫婚姻無效請求事件○控訴人小島朝長訴訟代理人辯護士鴇澤總明外二名被控訴人小島ハツ訴訟代理人辯護士清古平吉外一名

【前項參照學說判例】

一 奥田博士親族法論一三三頁 一四二、一四三
二 牧野學士親族法論二二八頁
三 島田學士親族法 二〇六頁

四 名古屋控訴院判決民法判決實例八七四頁

判旨ハ至當ナリト信ス唯判決指摘ノ事實ニ徵スルトキハ判決ハ戸內婚姻ト入夫婚姻トヲ混淆シタル嫌アリ換言スレハ本判決ニ摘示セル婚姻ハ寧ロ戸內婚姻ト斷シテ論ヲ進ムルヲ相當トスヘキカ如シ然レトモ兩者何レニ解スルモ事枝葉ニ屬シ法論ニ何等ノ影響ヲ來スモノニ在ラス。

(五四)

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キ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

一二五 前條ノ規定ニ依リ追認ヲ爲スコトヲ得ルトキヨリ後取消シ得ヘキ行爲ニ付キ左ノ事實アリタルトキハ追認ヲ爲シタルモノト看做ス但異議ヲ留メタルトキハ此限ニ在ラス

五 取消シ得ヘキ行爲ニ因リテ取得シタル權利ノ全部又ハ一部ノ讓渡

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

刑事訴訟法二 私訴ハ犯罪ニ因リテ生シタル損害ノ賠償臟物ノ返還ヲ目的トスルモノニシテ民法ニ從ヒ被害者ニ屬ス

同 四 私訴ハ其金額ノ多寡ニ拘ハラス公訴ニ付キ第二審ノ判決アルマテ何時ニテモ其公訴ニ附帶シテ之ヲ爲スコトヲ得

第三者ハ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ公訴附帶ノ私訴ニ參加スルコトヲ得

(一)他人ノ强迫ニ因ル意思表示ヲ以テ之ニ金錢ヲ給付シタル者ハ其意思表示ノ取消前ニ於テ損害賠償ニ關スル債權ト共ニ其意思表示ノ取消權ヲ讓渡シ得ヘキモノトス』

法律行爲ヲ取消スコトニ因リ生スヘキ債權ヲ讓渡スルモ其法律行爲ヲ追認シタルモノト看做サルル效果ヲ生セサルモノトス』

(二) 被害者ノ包括承繼人タルト又ハ其特定承繼人タルトヲ問ハス私訴ヲ爲シ得ルモノトス』

(一) 他人ノ强迫ニ因ル意思表示ヲ以テ之ニ金錢ヲ給付シタル者ハ其意思表示ヲ取消シテ損害賠償ヲ請求スルヲ得ルカ故ニ其取消前ニ於テ損害賠償ニ關スル債權ト共ニ其取消權ヲ讓渡スル行爲ハ法律上有效ナリトス原審私訴判決ノ認ムル事實ニ依レハ被害者山根佐一郎ヨリ民事原告人保田常次郎ニ讓渡シタル損害賠償請求ノ權利ハ取消ニ依テ發生スヘキ將來ノ債權ニシテ其讓渡契約ニ於ケル讓渡ノ效力ハ取消ニ因テ發生スルモノニ外ナラス原來佐一郎ハ取消シ得ヘキ法律行爲其モノニ因テ權利ヲ取得シタルモノニアラス反ツテ取消シ得ヘキ法律行爲ニ因テ金錢ヲ給付シタルモノニ屬ス從テ法律行爲ヲ取消スコトニ因リ始メテ權利ヲ有スルニ至ルヘキモノナルヲ以テ同人カ取消ニ因テ將來發生スヘキ債權ヲ民事原告人ニ讓渡シタル場合ハ民法第一二五條第五號ニ該當セサルモノト云フヘク此場合ハ取消シ得ヘキ行爲ヲ追認スルノ意思ナキノミナラス反ツテ取消權ノ行使ヲ豫期シタル事實存在スルヲ以テ追認ヲ爲シタルモノト看做サルヘキ謂ハレナシ

(二) 私訴ハ犯罪ヲ原因トシテ賍物ノ返還又ハ損害ノ賠償ヲ請求スル者ヲシテ公訴ニ附帶シテ之ヲ提起スルヲ得セシムル爲メニ設ケタル刑事訴訟法上ノ制度ニ外ナラス故ニ被害者ノ包括承繼人タルト又ハ其特定承繼人タルトヲ問ハス均シク皆公訴附帶

中島博士
鳩山學士

ノ私訴ヲ提起スルヲ得ルモノトス刑事訴訟法第四條規定ノ趣旨モ亦之ニ外ナラス故ニ原審カ被害者山根佐一郎ノ特定承繼人タル被上告人私訴ノ提起ヲ適法ト認メタルハ正當ナリ(大審院大正四年(れ)第二一九五號同年十二月二十三日刑二部鶴裁判長鶴見水本藤波泉二各判事判決)

【關係事項】

公私訴上告棄却○原審廣島控訴院○恐喝被告事件並附帶私訴事件○公私訴上告人名方坦一外二名辯護人兼私訴代理人花井卓藏同鶴田悉同澤田薫同三隅正同四方田保同高木益太郎同後藤德太郎私訴被上告人保田常次郎

【第一點參照學說】

一 承繼人ノ取消權ハ自己固有ノ取消權ニ非スシテ前主ニ屬セシ取消權ヲ承繼シタルモノナリ故ニ時效期間ノ計算ニ於テハ前後ヲ通算スヘキモノナリ此ノ如クニ取消權ハ讓渡承繼ヲ許スルヲ得ルヲ許サルモノトス蓋シ取消權ハ從タル權利ニシテ取消サル可キ權利關係ニ變更ヲ與ヘシムルヲ目的トス故ニ其權利關係ニ關係ナキモノニ之ヲ與フ可キ理由存セサレハナリ(同上六七三頁)

取消シ得可キ行爲ニヨリテ取消タル權利ノ全部又ハ一部ノ讓渡アリタルトキ並ニ取消權者カ取消ノ原因タル情況ノ止マサル前ニ履行ヲ請求シテ受ケタル給付タル債權ノ全部又ハ一部ノ讓渡此第五號ノ適用セラルル場合ハ取消シ得可キ行爲ニヨリテ取消(所有權其他ノ權利)ヲ讓渡ス場合ナリ追認ヲナスコトヲ得ル時ニ至リテヨリ履行ヲ受ケタル場合ハ第一號ノ內ニ包含セラルルカ故ニ之レニヨリ得タル權利ノ讓渡ヲ爲スヲ待タスシテ取消權ハ消滅ス可シ(同上六九五頁)

二 而シテ取消權解除權等所謂形成權ノ承繼ニ付テハ獨逸ニ於テモ種々ノ議論アリ未タ研究ノ盡サレサルモノアルカ如シ按スルニ取消シ得ヘキ行爲ヨリ生スル本來ノ權利義務ト取消權其モノトハ一見密接ナル關係ヲ有スルカ如シト雖モ詳ニ之ヲ見レハ此關係ハ取消シ得ヘキ行爲ニ由リテ成立シタル權利義務ト取消權トノ間ニ存スト言ハンヨリハ寧ロ取消シ得ヘキ行爲ニ付テ當事者ノ有スル法律上ノ地位ト取消權トノ間ニ存スト言フヲ至當トスヘシ此法律上ノ地位ハ夫ノ權利義務ナルコト多シ然レトモ必スシモ然ルニアラス而シテ法律カ取消權ヲ與フル理由ハ夫ノ權利義務ヲ有スル者ヲ保護スルニ存スルナリ例ヘハ甲カ取消シ得ヘキ行爲ニ因リテ成立シタル權利ノ承繼人トハ言ヒ難シト雖モ設定行爲ニ付テ甲カ有シタル法在ル者ヲ保護スルニ存スルナリ例ヘハ甲カ取消シ得ヘキ行爲ニ因リテ成立シタル權利ノ承繼人トハ言ヒ難シト雖モ設定行爲ニ付テ甲カ有シタル法律上ノ地位ヲ承繼シタル者ニシテ若シ取消權ノ特定承繼ヲ認ムルトセハ正ニ之ニ數フヘキモノニ屬ス又例ヘハ甲カ取消シ得ヘキ行爲ニテ乙ヨリ土地ノ所有權ヲ取得シ後ニ其土地ノ上ニ丙ノ爲メ地上權ヲ設定シタルトキハ丙ハ甲ノ承繼人ナリ然レトモ

丙ニ取消權ヲ與フルコトハ是認シ難キ所ニ屬ス翻ツテ民法本條ノ條文ヲ見ルニ單ニ無能力者等ノ承繼人ト言ヒ其如何ナル權利ニ付テノ承繼人ナルカヲ明ニセスト雖モ其代理人ト言フハ取消權ニ付テノヲ言フコト明ナルノ點ヨリ推論スレハ取消權ノ承繼人ト解スルヲ至當トスヘシ而シテ如何ナル場合ニ取消權ノ承繼アルカハ明文上規定ナシト雖モ法律カ取消權ヲ與ヘテ保護シタル當該ノ法律上ノ地位ヲ伴ヒテ權利ノ移轉アリタル場合ニ其承繼アリト解スルヲ以テ至當ト信ス此ノ如キ權利ノ移轉ハ取消シ得ヘキ行爲ニ因リテ取得シタル權利ノ承繼ノ場合ニ在スルコト最モ多シト雖モ必ラスシモ之レト一致スルコト無キハ上ニ述ヘタルカ如シ（法學士鳩山秀雄氏法律行爲乃至時效四〇五頁）

【第二點參照學說判例】

一 私訴權ノ主體ハ其權利ノ讓渡ニ因リ變スルコトアルヘシ私訴權ノ實體ハ私法上ノ請求權ナルヲ以テ權利者ハ之ヲ讓渡スルヲ得ヘシ然レトモ被害者ノ一身ニ專屬スル權利ノ毀損ヨリシテ生セル私訴權ハ之ヲ讓渡スル能ハス又相續人ニ移轉スルコトナシ被害者カ被告人ノ爲メニ名譽ヲ毀損セラレ又ハ自由ヲ束縛セラレタル場合ノ如シ（民法第九八六條）然レトモ名譽ノ毀損又ハ自由ノ束縛ヨリシテ特ニ財產上ノ損害ヲ生シタルナラハ其賠償請求權ハ相續又ハ讓渡ノ目的タルヲ得ルヤ勿論ナリ（法學博士板倉松太郎氏刑事訴訟法玄義六一九頁）

二 刑事訴訟ノ物體タル事實ニ因リ損害ヲ受ケタル者ハ何人ト雖モ私訴ヲ提起スルコトヲ得ヘク必シモ公訴ノ物體タル犯罪ノ法益ノ歸屬者ノミニ限ルモノニアラス苟モ犯罪ニ因リ直接間接ニ損害ヲ受ケ民法上之ニ對スル救濟權ヲ有スル者ハ私訴ノ原告タルコトヲ得ルモノトス例ハ被告人ノ爲ニ殺害セラレタル者ニ對スル扶養權利者ハ財產上ノ損害ヲ受ケタルモノナルカ故ニ私訴原告トシテ之カ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘク又扶養ノ權利義務ニ關係ナク被害者ノ父母配偶者子等ハ民法第七一一條ニ依リ慰藉料ヲ請求シ得ルカ故ニ私訴原告トシテ之ヲ主張スルコトヲ得ヘキカ如シ而シテ當該救濟權カ民法上移轉シ得ル場合ニ於テハ其相續人又ハ讓受人ハ亦私訴原告トシテ之ヲ主張スルコトヲ得ルモノトス（檢事林頼三郎氏刑事訴訟法五八一頁）

三 又私訴ノ物體タル權利ハ私法上ノ請求權ナルヲ以テ其權利者死去スルモ之カ爲メ權利ノ消滅ヲ來タスモノニ非ス被害者ノ相續人ハ當然其權利ヲ承繼シ（民法九八六條）有效ニ私訴ノ實行ヲ爲スコトヲ得只被害者ノ一身ニ專屬スル權利ノミハ被害者ノ相續人之ヲ實行スルコトヲ得ス（前揭法文）自由名譽ヲ害セラレタル場合ノ如キ是レナリ（法學博士富田山壽氏最近刑事訴訟法要論一三〇三頁）

四 私訴ハ犯罪ニ依リ生シタル損害ノ賠償贓物ノ返還ヲ目的トスル民事ノ訴訟要求ナルヲ以テ刑事訴訟法中承繼ノ手續ニ關シ何等ノ規定ナシト雖モ被告人ノ死亡失踪等ノ場合ニ於テハ其相續人財產管理人等ハ相當ノ手續ニ依リ訴訟ヲ承繼シ得ルモノトス（大審院明治四十四年刑事判決錄八六八頁）

板倉博士
林檢事
富田博士
大審院

（一）第一點贊同ス

東京地方裁判所判決

（二）判旨第二點ハ一見公訴附帶ノ私訴ナル制度カ一ノ便宜的規定ニシテ案リニ其範圍ヲ類推擴張スルヲ得サルモノナルコトヲ看過シタル觀ナキニ非サルモ之ヲ私訴ノ本質ニ照シ之ヲ刑事訴訟法第四條ニ鑑ミ稽考スル時ハ被害者ノ一般承繼人ハ勿論特定承繼人ト雖モ原則トシテ私訴提起權アリト論定スルヲ相當ト信ス

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

不動產登記法**一一一** 地上權ノ設定又ハ移轉ノ登記ヲ申請スル場合ニ於テハ申請書ニ地上權設定ノ目的及ヒ範圍ヲ記載シ若シ登記原因ニ存續期間地代又ハ其支拂時期ノ定アルトキハ之ヲ記載スルコトヲ要ス

地代ノ請求權ハ本來債權タルノ性質ヲ有スルモ當事者カ地上權ヲ設定スルニ當リ特ニ地代ヲ定メ之カ登記ヲ爲シタル場合ニ於テハ地代債務ハ當然地上權ニ從屬シ全ク之ト分離スルコト能ハサルモノトス』

叙上ノ場合ニ於テ地上權讓受人ハ地上權ノ讓受ト同時ニ前地上權者カ延滯シタル地代支拂ノ義務ヲ承繼スルモノトス』

按スルニ原告カ大正二年八月七日訴外谷村清衞ニ對シ原告主張ノ如キ地上權ヲ設定シテ其登記ヲ爲シタルコト及ヒ被告カ右地上權ヲ大正四年二月二十五日谷村清衞ヨリ讓受ケ其登記ヲ爲シタルコト並ニ被告カ原告ニ對シ原告主張ノ如キ地代ノ延滯アルコトハ當事者間ニ爭ナキトコロナルヲ以テ本件ノ爭點ハ前地上權谷村清衞カ原告

ニ對シ原告主張ノ如キ地代ノ延滯アリシヤ否ヤ及ヒ現地上權者タル被告ハ前地上權者カ延滯セル地代ヲ支拂フノ義務アリヤ否ヤノ二點ニ在リ仍テ先ツ谷村清衞カ原告ニ對シ原告主張ノ如キ地代ノ延滯アリシヤ否ヤヲ按スルニ被告ハ右ノ事實ナシト主張スルモ成立ニ爭ナキ甲第一號證ニヨレハ右谷村清衞カ原告ニ對シ大正三年五月分以降ノ地代ノ支拂ヲ延滯シタルコトヲ認ムルニ足ル仍テ更ニ進ンテ被告ハ前記地上權者カ延滯シタル地代ヲ支拂フノ義務ヲ負フモノナリヤ否ヤヲ按スルニ凡ソ地代ノ請求權ハ本來債權タルノ性質ヲ有スルコト勿論ナリト雖モ當事者カ地上權ヲ設定スルニ當リ特ニ地代ヲ定メ之カ登記ヲ爲シタル場合ニ於テハ地代ノ債務ハ當然地上權ニ從屬シ全ク之ト分離スルコト能ハサルモノニシテ常ニ地上權關係ト其運命ヲ共ニスルモノト解セサルヘカラス從テ土地ノ所有者カ其所有權ヲ他人ニ讓渡シタルトキハ地代請求權ハ當然新所有者ニ於テ之ヲ承繼スヘク又地上權者カ其地上權ヲ他人ニ讓渡シタルトキハサルヘカラス換言スレハ土地ノ新所有者ハ地代ノ債務ヲ當然新地上權者ニ於テ之ヲ承繼スルモノト謂有權ヲ取得シ又新地上權者ハ地代ノ債務ヲ負擔スル狀態ニ於テ該地上權ヲ取得スルモノトス然ラハ地上權讓受人ナル被告ハ右地上權ノ讓受ト同時ニ前地上權者谷村清衞カ原告ニ支拂ハサリシ地代支拂ノ義務ヲ承繼シタルモノニシテ被告ノ抗辯ハ理由ナシ（東京地方大正五年（ワ）第一四六號同年三月十四日民四部田山裁判長竹田波野平各判事判決）

【關係事項】

地代請求事件○原告福岡平右衞門訴訟代理人辯護士大西幸馬被告海老原七郎訴訟代理人辯護士藤苗代

【前項同趣旨學說】

此ノ問題ヲ斷スルニハ一方地代債務ノ性質ヲ考ヘ他ノ一方ニ於テハ現行法ノ規定ニ鑑ミルヲ要ス抑モ地代ハ如何ニシテ生スルカ言フ迄モナク地代ハ大審院カ說明セル如ク土地使用ノ報酬ニ外ナラス然レトモ之ヲ以テ直チニ地上權ニ從屬シ之ト運命ヲ共ニス可キモノナリト斷スルハ不可ナリ試ミニ問ハン當事者間ニ於テ地代ノ定アリテ而シテ其登記無キ場合ハ如何此ノ場合ニ於テモ地代ハ其性質上地使用ノ報酬ナル可キコトハ蓋シ疑ヲ容レサル可シ大審院ノ論法ニヨレハ此ノ場合ト雖モ亦當然地上權ト其運命ヲ共ニセサル可ラサルニ至ラン然レトモ登記ナクシテ地上權ニ從屬スルモノトナサハ地上權ノ讓受人ハ其額ヲ知ル能ハス其存否ヲ知ル能ハス爲メニ不測ノ損害ヲ蒙ルコトアル可キハ火ヲ見ルヨリ明ナラスヤ此ノ故ニ地代ハ土地使用ノ報酬ナルカ故ニ地上權ニ從屬ストナス論ハ余輩ノ贊セサル所ナリ余輩ハ寧ロ登記ニ重キヲ置キ地上權ノ地代ハ登記能力アル權利ナルカ故ニ（登第一一一條）其登記アリタル場合ニハ地上權ト結合シテ之ト運命ヲ共ニスルモノト信スルナリ換言スレハ地上權ノ地代ハ其性質上當然地上權ト結合スルモノニアラス然レトモ登記法ニヨリ之ヲ登記スルニヨリテ地上權ト結合スルモノナリ其他地上權ト結合スルノ理由ハ其性質ニ在ラシテ登記ニ在リ然レトモ其地代カ土地使用ノ報酬タルノ性質ハ決シテ之ヲ輕視スルヲ得ス登記法ニ於テ地代ノ登記ヲ認メタル所以全ク此所ニ存スルモノト曰ハサル可ラス唯大審院カ一言登記ニ論及スル所ナクシテ地代ノ性質ヨリ直ニ其效果ヲ斷定シタルハ誤謬ト認メサル可ラス蓋シ此ノ如クンハ登記ナキ場合ト雖モ亦地上權ニ追從スル結合トナル可ケレハナリ富井博士モ亦地上權ノ地代ヲ論スルニ當リテ登記ヲ等閑ニ附スルモノノ如ク簡單ニ「地代ノ請求權ハ純然タル債權ナリ」トノ前提ヲ直キ置チニ其論理上ノ結果ヲ引出タセリ地代請求權カ債權ナルコト及ヒ當然地上權ト結合スルモノニ非サルコトハ余輩モ亦之ヲ認ム然リト雖モ一旦之ヲ登記シタル以上ハ假令シヤ其債權タルノ性質ハ之ヲ變更スルコトナシトスルモ其效力ニ於テハ至大ノ變化アルヲ認メサル可ラス若シ夫レ然ラスンハ吾人ハ遂ニ其登記ヲ認メタルノ理由ヲ覺見スル能ハサルニ至ラン故ニ地代債務ノ效力ハ明カニ博士ノ論スル所ト異ナラサルヲ得ス然リ而シテ債權登記ノ效果ニ關シテハ民法及ヒ不動產登記法上直接且ツ一般的ノ規則ヲ缺クト雖モ之ヲ不動產物權ノ登記並ニ賃借權ノ登記ノ效力等ニ考ヘ類推スルニ債權ノ效力ヲ第三者ニ對抗セシムルニ在リト認メサル可ラス卽チ此ノ場合ニ於テハ地上權ノ讓受人ニ對抗セシムルノ精神ニ外ナラサル可シ以上論スル所ヲ要スルニ定期ニ支拂フ可キ地上權ノ地代債務ハ（一）其登記ナキ場合ニ於テハ全然地上權ト結合セス地上權ノ讓渡ノ場合ニ於テハ讓渡人カ依然其債務者ニシテ讓受人其債務ヲ承繼スルコトナシ卽チ此ノ場合ニ關シテハ富井博士ノ說ニ贊ス（二）其登記アル場合ニ於テハ地上權ト結合シ地上權ノ讓渡ノ場合ニハ之ト運命ヲ共ニス可シ卽チ登記アル場合ニ關シテハ大審院ノ所見ヲ正シトス（法學博士中島玉吉氏民法論文集三二四頁民法釋義卷之二上四九五頁）

【前項反對學說】

富井博士　一　地代ノ請求權ハ純然タル債權ナリ故ニ別段ノ規定ナキ限ハ地上權讓渡ノ場合ニ於テ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結果ト爲ルヘシ(反對—三十九年七月五日大審院判決)地上權ニ準用スルコトヲ得ヘキ第六一三條ハ轉貸ノ場合ニ付キ規定セルノミ讓渡ノ場合ニ付キ同樣ノ規定ナキハ一ノ缺點ナルヘシ民法ニ地上權及ヒ永小作權ノ讓渡ヲ認メタルヨリシテ其讓渡人ハ土地ノ所有權ニ對シ地代又ハ小作料ヲ拂フ義務ヲ免ルルモノト爲ス多數學者ノ說ノ如キハ其結果ニ於テモ甚不當ト謂ハサルコトヲ得ス(法學博士富井政章氏民法原論二〇九頁)

石坂博士　二　地代ヲ支拂フヘキ地上權ノ移轉アリタル場合ニ前者ノ地代怠納ノ結果ヲ承繼人ニ負ハシムルヲ得ス從テ兩者ノ怠納斯間カ通シテ二年以上ニ亘ルモ地主ハ地上權ノ消滅ヲ請求スルコトヲ得ス(法學博士石坂音四郎氏京都法學會雜誌第九卷第六號一六二頁本書第三卷民法二四二頁)

【前項參照學說判例】

横田博士　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支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(法學博士横田秀雄氏物權法四六一頁)

川名博士　二　地代債務ハ地上權ノ讓渡ト共ニ當然第二ノ地上權者ニ承繼セラル此點ハ吾民法上議論ノ存スルトコロナリ或ハ地代ヲ支拂フノ債務ハ依然トシテ第一ノ地上權者ニアリトスル者ナキニアラス(富井先生二一〇)然シナカラ自己ノ考フルトコロニ依レハ地上權者カ地代ヲ拂フヘキ場合ニ於テハ其債務ハ地上權ノ內容ヲ爲シ其地上權ハ地代ヲ拂ヒテ土地ヲ使用スル權利ナルモノト思フ從テ地上權ノ讓受人ハ當然其地代債務ヲ承繼スルモノト爲ル第一ノ地上權者カ依然トシテ負擔スル地代ノ債務ノ履行ヲ怠ルニ依リテ讓受人カ其地上權ヲ失フノ結果(二七六、二六六)ヲ生セサルモノトス(法學博士川名兼四郎氏物權法要論一四一頁)

飯島學士　三　地代ノ支拂ハ當事者間ニ於ケル債權關係ニ過キスト雖モ苟クモ地代ノ定アルニ於テハ其地代ハ地上權存在ノ一要件ヲ爲スモノト解セサルヘカラス換言スレハ地上權其モノト地代支拂ノ關係トヲ全然分離シテ觀察スルコトヲ得ス而シテ玆ニ地代附ノ地上權存スルニ至ルモノトス隨テ地上權ノ讓受人ハ當然地代支拂ノ義務ヲ負擔スヘク地主ノ變更アルトキハ新地主ハ當然地代ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノトス地代ノ支拂時期カ地上權登記ノ一事項タルニ依リテ見ルモ明白ナルヘシ(法學士飯島喬平氏明治大學講義錄物權法二七八頁)

大審院　四　地上權者カ土地所有者ニ地代ヲ支拂フヘキ場合ニハ之ヲ以テ地上權存立ノ要件ト爲スモノニシテ其支拂ハ地上權者ノ義務ニ屬シ之カ收受ハ土地所有者ノ權利タルモノナレハ特ニ變更ヲ加ヘサル限リ地上權ニ從屬シテ之ト運命ヲ同ウスルモノトス從テ相續ノ場合ハ勿論賣買讓與ニ因リ地上權若クハ土地所有權ヲ取得スル者ハ當然之ヲ踏襲セサルヘカラス(大審院明治三十九年民事判決錄一〇七四頁)

大阪控訴院　五　地上權ニ付地代ノ定メアル場合ニ於テ之カ登記ヲ爲ササル時ハ其知ルト知ラサルトニ論ナク第三者ニ對抗スルコトヲ得サルハ論ヲ俟タス隨テ其登記ナキ場合ニ於テ第三者カ地代ノ定メアルコトヲ知リナカラ法律上地代支拂義務ノ生セサル可キコト

ヲ自覺シテ之ヲ轉得シタル場合ニ於テハ土地所有者ニ於テ此轉得者ニ對シ單ニ地代ノ支拂ヲ請求スル爲メニ直チニ當事者間ニ地代支拂ノ契約暗默ニ成立シタリト謂フヲ得ス(大阪控訴明治三十九年十二月四日民一部判決法律新聞第四〇三號一〇頁)

【後項參照學說判例】

石阪博士　一　地上權ノ內容ト云ヘルハ其意義明ナラス地上權ノ特定承繼人カ地代支拂ノ義務ヲ承繼スルコトヲ要ストノ意義ナリトナスモ正當ニアラス蓋我法典ニ於テハ地代支拂義務ハ地上權ト共ニ移轉スルモノト爲スヘキ根據ナキカ故ナリ假ニ特定承繼人カ地代支拂ノ義務ヲ承繼スルモノトナスモ之カ爲メニ前者ノ地代支拂義務懈怠ノ結果ヲ承繼人ニ負ハシムルヲ得ス蓋特定承繼人カ地代支拂ノ義務ヲ負フモノトナスモ單ニ地上權讓渡後ニ於ケル地代ヲ負フニ止マリ前者カ懈怠セル地代ヲ支拂フヘキ義務ヲ負フモノニ非サルカ故ナリ(法學博士石阪音四郎氏京都法學會雜誌第九卷六號一六二頁)

嘉山學士　二　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者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爲シ特定承繼人ニ對シテ之ヲ行使シ得ヘシ(法學士嘉山幹一氏本書第二卷民法二九三頁)

東京控訴院判決　三　地上權消滅ニ關スル一事由トシテ當然地上權ノ內容ヲ爲スヘキ地代怠納ノ結果ニ付テハ控訴人ハ其前主ノ分ヲ承繼スヘキモノナルコト地上權讓受ノ性質上固ヨリ言ヲ俟タサルヲ以テ地主ヨリ地上權消滅ノ請求ニ付テハ控訴人ハ明治四十一年十二月分ヨリ地代ノ支拂ヲ怠リタルモノトシテ其怠納ノ結果ヲ歸セラルヘキモノトス(東京控訴院判決書第二卷民法四七四頁)

(一)前項卽チ地代債務ト地上權トノ關係如何ノ問題ハ決シテ單純ニ非スト雖モ吾人ハ判旨ニ贊同ス卽チ地代ノ登記アル場合ニ限リ兩者ハ結合關係ヲ生スルモノト爲ス之レ地代カ土地使用ノ報償的性質ヲ具有スル點並ニ不動產登記法第一一一一條ノ規定ト對照スルモ明白ナリトス

(二)後項ニハ贊同セス惟フニ判決ハ其前提ニ於テ地代ノ登記アルトキハ地代ト地上權トハ結合關係ヲ生ストノ命題ヲ以テ一擧ニ延滯地代ハ承繼人ニ於テ當然承繼スト論定シタルモ之レ論理ノ行程ヲ誤レル・モノナリト信ス蓋シ地上權ノ特定承繼人カ地代支拂ノ債務ヲ負擔スト爲スモ單ニ地上權讓渡後ニ於ケル地代ヲ支

拂フヘキ債務ヲ負フニ止マルヘキハ地代ノ本質ニ顧ミテ明白ナリト信ス從テ前者カ延滯セル地代支拂義務ノ存在ハ絶對ニ之ヲ否定セサルヘカラス

(五六)

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

前項ノ規定ハ財產權ヲ目的トセサル法律行爲ニハ之ヲ適用セス

四二五 前條ノ規定ニ依リテ爲シタル取消ハ總債權者ノ利益ノ爲メニ其效力ヲ生ス

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

一七八 動產ニ關スル物權ノ讓渡ハ其動產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

特定物ノ引渡ヲ爲スノ債務ヲ有スル乙カ之ヲ惡意ナル丙ニ讓渡シ先ツ引渡ヲ爲シタル場合ニ於テ乙カ資力ヲ有セス債權者甲ニ對シ損害賠償ヲ爲シ得サルトキハ甲ハ乙丙間ノ行爲ヲ取消シ得ルモノトス』

特定物ノ引渡ヲ目的トスル債權ニ付テハ廢罷訴權ニ關スル規定ノ適用ナキカ例ヘハ甲者乙者ニ其ノ所有ノ不動產ヲ賣却シ未タ其ノ登記ヲ爲ササル間ニ甲者ハ同一ノ不動產ヲ情ヲ知レル丙者ニ讓渡シ其ノ登記ヲ經タリ此場合ニ丙者カ第一七七條ニ從ヒテ所有權ヲ取得スルコトハ疑ナキカ如クナレト乙者ハ第四二四條ニ依リテ甲丙間ノ法律行爲ヲ取消シ得サルカ余ハ第四二四條ニ謂フ所ノ債權ニハ何等ノ區別カ無イノテアルカラ積極ニ解スヘキモノト信スル然レトモ固ヨリ常ニ甲丙間ノ行爲ヲ取消スコトヲ得ルト言フノテハナイ其行爲ニ因ツテ債務者ノ無資力ヲ生シ即チ第四二四條

ニ謂フ所ノ意味ニ於テ債權者ヲ害シタル場合ニ限リ之ヲ取消シ得ルモノト言フノテアル

(一) 消極論者ノ有力ナル論據トスル所ハ第一七七條テアル「若シ特定物ノ給付行爲ノ取消ヲ認ムルトキハ第一七七條第一七八條ニ物權對抗ノ要件トシテ登記又ハ引渡ヲ必要トセル規定ト矛盾ス」ト併シナカラ余ハ之ヲ正當ト考フルコトヲ得ス特定物ノ給付ヲ目的トスル債權ニ第四二四條ヲ適用スルモ第一七七條ト第四二四條トノ間ニ直接ニ矛盾ヲ生セサルハ明瞭テアル何トナレハ第一七七條ニ依リテ本問ノ場合ヲ解スレハ登記ヲ了セル物權變動ト登記ヲ了セサル物權變動トノ間ノ問題テアツテ此點ニ付テ登記ヲ了シタルモノヲ以テ時ノ前後ニ拘ハラス有效ナリトスル結果トナル然ルニ第四二四條ヲ此本問ノ場合ニ適用スレハ夫レハ債權ト物權變動トノ間ノ問題テアツテ二個ノ物權變動ノ間ノ問題テハナイ故ニ第一七七條ト第四二四條トハ規定セル事項ヲ異ニシテ居ルノテ從テ其間ニ直接ニ矛盾ヲ生シ得ヘキ餘地ヲ存セヌ故ニ論者カ「矛盾」ト稱スルハ直接ノ矛盾テハ無クシテ間接ノ矛盾テアラネハナラヌ即チ第一七七條ニ依レハ物ニ對シテ物權ヲ取得セル者テアツテモ其物權ニ付テ對抗要件カ備ハツテ居ラヌトキハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス況ンヤ未タ物ニ對シテ物權ヲモ取得セスシテ單ニ債權ヲ有スルニ止マル者ハ當然又對抗要件ヲ備ヘタル物權變動ノ效力ヲ爭フコトヲ得サルヘキテアルト論スルノテナケレハナラヌ論者ハ「物權ト債權ト其效力ニ於テ異ル所ナキニ至ルヘク」ト謂フハ此意味ナリト解スル果シテ然ラハ余ハ此點ニ於テモ論者ノ所說ニ從フコトヲ得ヌ第四二四條ニ依ツテ甲丙間ノ物權的法律行爲ヲ取消スハ敢テ乙カ物ニ付テ權利ヲ有スルカ故テハナイ從ツテ又偶々乙

ノ有スル債權カ物ト關係ヲ有スル場合ニ於テ乙ノ物ニ付テ有スル權利カ第一七七條ニ依レハ未タ對外關係ニ於テハ保護ニ値セサルモノテアツテ之カ爲メニ第四二四條ノ適用ヲ妨ケサルモノト言ハネハナラヌ凡ソ矛盾ト言フコトハ法律カ同一事項ニ對シテ異ツタル而シテ相反セル效果ヲ規定セル場合ニ生スルノテアル然ルニ第一七七條ト第四二四條トヲ比較スレハ第四二四條ノ場合ニハ債務者ノ無資力トイフ新ナル法律事實カ加ハツテ居ルノテアルカラ同一事項ニ對シテ異リタル效果ヲ定メタルモノト言フコトヲ得ス

(二) 然レトモ絕對的ノ積極論卽チ常ニ第四二四條ノ適用アリトスル說モ亦誤謬ナリト考ヘル第四二四條ノ要件タル「債權者ヲ害スル結果ヲ生ス」トハ債權ノ直接履行ヲ受クルヲ得スト言フ意味テハナクシテ債務者ノ財產ノ減少ニ因リテ所謂共同擔保ノ減少ヲ生シ債務者無資力ノ狀態ヲ生スルカ爲メニ債權ニ付テ金錢的賠償ヲ受クルコトヲモ得サルニ至ラシムトイフ意味テアル此ノ如ク解スヘキコトハ今深ク論スルヲ要シナイカ(a)取消ノ效果カ總債權者ノ利益ニ歸スルコト(b)第一七七條第一七八條トノ關係(c)債權ノ本質(d)債權者取消權ノ性質等ニ考ヘテ疑問ノ餘地ナシト信スル

(三) 以上ノ如ク常ニ取消シ得ト解スル說モ常ニ取消シ得スト解スル說モ共ニ誤ツテ居ル甲丙間ノ不動產賣却及ヒ不動產物權讓渡ノ爲メニ債務者無資力ノ狀態ヲ生シタル場合ニ於テノミ取消スコトヲ得ルモノト解スルヲ正當ト信スル若シ「取消ハ總債權ノ利益ノ爲メニ其效力ヲ生ス」トイフノ點ヲ以テ消極說ノ論據トスル學說ハ無制限ニ取消シ得ヘシト解スル說ニ對シテノミ正當テアツテ余ノ如ク債務者ノ無資力ヲ條件トスルナラハ取消ノ結果債務者ノ辨濟力ハ一般的ニ回復セラレ從ツテ他ノ債權者モ

亦利益ニ均霑スルノテアルカラ此否難ヲ被ラサルハ言ヲ俟タヌ（法學士鳩山秀夫氏法學志林第一八卷第三號五三頁）

梅博士

【參照學說】

一 特定物ノ所有者タル債務者カ特ニ其債權者ヲ害スルコトヲ知リ若クハ害スル意思ヲ以テ其契約ノ履行前ニ他ニ賣却シタル場合ノ如キハ右舊民法財產編第三四〇條ノ適用ヲ受クヘキモノナリヤ否ヤ動產ニ付キ單ニ債權ヲ生スル場合卽チ賃貸借若クハ使用貸借ノ如ク債權ノミヲ生スル場合モ亦同シ此等ノ場合ニ於テ若シ買主カ賣主及ヒ其債權者ノ契約ヲ知リテ之ヲ買ヒタル場合ハ如何ト云フニ場合ニ依リテハ「財產ヲ減シ」又ハ「債務ヲ增ス」ナル文字ニハ包含セサルヘシ固ヨリ特定物ノ所有權ヲ失フハ財產ヲ減スルニ似タリト雖モ之ヲ却セハ之ニ對スル金錢ヲ得ヘキカ故ニ債務者カ有資力者ナル場合ニ於テハ未タ其財產ヲ減シタリト謂フコトヲ得ス然レトモ其債權者ヲ害スル點ニ至リテハ疑ナキ所ナリ何トナレハ債權者カ得ント欲シタル權利ヲ得ルコト能ハサルニ至レハナリ此場合ニ於テモ廢罷訴權ノ適用アルカ曰ク有リ新民法ハ廣キ文字ヲ用ヒタルヲ以テ予ハ此ノ如キ行爲ヲ含ムモノト信ス（法學博士梅謙次郎氏大正二年法政大學講錄民法債權第一章二六四頁）

二 一說ニ曰ク此訴權ハ沿革上一般擔保權ノ侵害ニ對シテ認メラレタルモノニシテ物權的請求權ヲ確保スルコトハ目的ニ非ス二說ニ曰ク沿革ハ一說ノ如クナルモ民法ノ解釋トシテハ其債權ノ種類如何ニ拘ラス苟モ四二四條ノ條件ヲ具備スルニ於テハ取消ヲ請求スルノ權利ヲ有スルモノナリ然レトモ此解釋ハ一七八條ト矛盾ス蓋シ我民法ハ動產ニ關スル取引ヲ安全ナラシムルノ必要上引渡ヲ以テ物權ノ讓渡ヲ第三者ニ對抗スルノ要件トシ其意思ノ善惡ヲ問ハス然ルニモシ第三者ノ惡意ヲ理由トシテ廢罷訴權ヲ許スモノトセハ法律ハ左手ニテ第三者ニ與ヘタル權利ヲ右手ニテ奪フコトトナリ一七八條ノ主旨ト相容レサルノ結果ヲ生スルニ至ルヘシ故ニ物權的請求權ヲ確保スルコトハ四二四條ノ規定外ニ屬スルモノト解スヘシ余ハ此說ヲ採ル（橫田博士法學志林一〇卷第九號五八頁以下要領本書第一卷民法四七九ノ二頁）

川名博士

三 第一ノ要件トシテ債務者カ債權者ヲ害スル事實ナカラサルヘカラス卽チ債務者カ債權者ヲシテ十分ナル滿足ヲ得ルコト能ハサラシムル財產上ノ狀況ヲ作出スルコトヲ意味ス故ニ常ニ强制執行ニヨリテ債權者ニ滿足ヲ與フルコトヲ得サル財產上ノ狀況ヲ作出スルヲ云フ也……故ニ例ヘハアル物ノ引渡ナスヘキ債務者カ其物ヲ他人ニ讓渡シタル場合ニ於テ債務者ハ資力十分ナルトキハ玆ニ所謂債權者ヲ害スルト云フコトニハ當ラサル也（法學博士川名兼四郎氏債權法要論二六四頁）

石阪博士

四 特定物ノ引渡ヲ物體トスル債權ニ取消權ノ適用アリヤ例ヘハ或特定物ノ賣買ヲ爲シタルニ賣主其契約ニ違反シ其物ヲ二重ニ賣却シ且之ヲ引渡セリ此場合ニ第一ノ買主ハ第二ノ賣買ヲ取消スコトヲ得ルヤ此問題ニ關シテハ從來最議論アル所ナリ適用アリトナスノ說ノ根據トスル所ハ債權者ノ取消權ハ債務者及ヒ第三者ノ債權侵害ニ基ク故ニ特定物ノ引渡ヲ物體トスル債權ニアリテモ亦債權ヲ侵害スル行爲ニ關シテハ取消ヲ認メサルヘカラス且法典ハ給付ノ物體ヲ區別スル所ナク一般債權ニ取消權ヲ認ムルカ故ニ特定物ノ引渡ヲ物體トスル債權ニモ同シク取消權ノ適用アリトナササルヲ得ストナスニアリ然レトモ此說ニ從フヲ得ス此說ハ債權者又ハ第三者ノ債權侵害ヲ以テ取消權ノ根據トナス然レトモ取消權ハ債權侵害ニ基クモノニアラサルハ既ニ

述ヘタルカ如シ若シ特定物ノ給付行爲ノ取消ヲ認ムルトキハ物權ト債權ト其效力ニ於テ異ナル所ナキニ至ルヘク債權者ハ直ニ物體上ニ物權ヲ取得スルト同一ノ結果ヲ生スヘシ第一七七條第一七八條ニ物權移轉ノ對抗要件トシテ登記又ハ引渡ヲ必要トセル規定ト矛盾ス例ヘハ甲乙ニ特定ノ動產ヲ賣却シ未タ之カ引渡ヲ爲サス乙ハ債權ノミヲ取得セル場合ニ甲ハ更ニ同一物ヲ丙ニ賣却シ且之ヲ引渡セリ反對說ニ從フトキハ乙ハ甲丙ノ賣買契約及ヒ所有權移轉ノ行爲ヲ取消スコトヲ得ヘシ從テ實際ノ結果ニ於テハ乙ハ引渡ヲ受ケサルモ既ニ所有權ノ取得ヲ以テ第三者ニ對抗スルヲ得ヘク丙ハ既ニ引渡ヲ受ケタルニ拘ラス其所有權取得ヲ以テ第三者ニ對抗スルヲ得サルノ結果トナルヘシ從テ引渡又ハ登記ヲ以テ所有權移轉ノ第三者ニ對抗スル要件トナス法典ノ規定ハ全ク打破セラルルニ至ルヘシ若シ普國法ノ如クノ物上ノ權利ノ觀念ヲ認メハ此場合ニ取消權ヲ認ムルヲ得ヘシ然レトモ此觀念ヲ排斥セル我國法ニ於テハ之ヲ採ルヲ得ス更ニ第四二五條ニ於テ取消ノ結果ハ總債權者ノ利益ノ爲メニ生ストナス規定ヨリ論スルモ反對說ハ之ヲ採ルヲ得ス蓋特定物ノ給付行爲ノ取消ヲ認ムルモ單ニ其特定ノ債權者ノ利益ニ歸スルニ止マリ總債權者ノ利ニ歸スルコトナキカ故ナリ此ノ如ク理論上法典ノ解釋上反對說ハ採ルヲ得サルノミナラス實際取引上ニ於テモ特定物ノ給付行爲ノ取消ヲ認ムルハ取引ノ安全ヲ害スルニ過キス獨法ノ通說ハ取消ノ適用ナキモノトス

(法學博士石阪音四郎氏日本民法第三編債權第二卷七一九頁)

大體ニ於テ贊同ノ意ヲ表ス

惟フニ特定物ノ引渡ヲ目的トスル債權ニ付キ債權者取消權ニ關スル規定ノ適用アリヤ否ヤハ民法上ノ一大疑團タルモ通說ハ之ヲ消極ニ解ス今學士ノ所說ヲ視ルニ(一)債權者取消權ハ債權保全ノ爲メ存シ債權者ノ共同擔保タル債務者ノ財產ヲ確保スル手段ナルヲ以テ事案ノ場合債權者カ第四二四條ニ依リ甲丙間ノ行爲ヲ取消シ得ル場合ハ其甲丙間ノ行爲ニ因リテ債務者ニ一般債權者ニ對スル辨濟資力ヲ失ハシムル狀態ヲ生シタル場合ナルコトヲ要スルヤ勿論ナリ故ニ或論者ノ如ク第四二四條ハ單ニ債權ト規定シ制限的旨趣ヲ存セサルヲ以テ苟クモ債權者ハ其債權ヲ害セラレタルトキハ常ニ取消權ヲ存スト爲ス說ノ不可ナル論ヲ俟タス(二)消極論ノ骨子タル民法第一七七條第一七八條トノ關係如何ノ點ハ學士ノ

說クカ如ク一般的無資力ヲ條件トスニ於テハ直接ニ矛盾セサルハ勿論間接ニモ矛盾ヲ生セス(三)積極論カ社會取引ノ安全ヲ沮害ストノ批難ハ幾分考量スヘキ點ナルモ事枝葉ノ論點ニ屬シ積極論ヲ覆ヘスニ足ラス(四)若シ夫レ債權者取消權ノ基礎ヲ債權侵害ナル觀念ニ求メ積極ニ解スル說ノ如キハ吾人贊同セス蓋シ取消權ハ債權侵害ニ基クモノニ非スシテ債權者ノ共同擔保ニ其根低ヲ置クモノナレハナリ

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

前項ノ規定ハ財產權ヲ目的トセサル法律行爲ニハ之ヲ適用セス

四二六　第四百二十四條ノ取消權ハ債權者カ取消ノ原因ヲ覺知シタル時ヨリ二年間之ヲ行ハサルトキハ時效ニ因リテ消滅ス行爲ノ時ヨリ二十年ヲ經過シタルトキ亦同シ

(五七)

詐害行爲ノ目的タル財產カ受益者ノ手ヲ離レテ轉得者ノ有ニ歸シタル場合ニ於テハ債權者カ受益者ニ對シテ取消權ヲ行使スルト轉得者ニ對シテ之ヲ行使スルトハ其自由ニ屬スルモノトス』

民法第四二六條ニ規定セル二年ノ時效期間ノ起算點タル取消ノ原因ヲ覺知シタル時トハ債權者ニ於テ債務者ノ法律行爲カ詐害ノ目的ニ出テタルコトヲ覺知シタル時ヲ云フモノニシテ受益者ニ對スルト轉得者ニ對スルトニ依リ起算點ヲ異ニスヘキモノニアラス』

民法第四二四條ニ規定セル詐害行爲取消訴權ハ債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル債務者ノ法律行爲ヲ取消シ債務者ノ財產上ノ狀態ヲ其法律行爲ヲ爲シタル以前ノ原狀ニ復シ以テ債權者ノ權利ヲ保全スルコトヲ目的トスルモノニシテ詐害行爲ノ目的タル財產カ受益者ノ手ヲ離レ轉得者ノ有ニ歸シタル場合ニ於テハ債權者カ受益者ニ對シテ取消權ヲ行使スルトハ其自由權內ニ屬スト雖モ取消權ノ目的タル法律行爲ハ受益者又ハ轉得者ノ行爲ニ非スシテ常ニ債務者ノ行爲ニ外ナラサレハ民法第四二六條ニ所謂取消ノ原因トハ債務者カ債權者ヲ害スルコトヲ知リテ法律行爲ヲ爲シタル事實ヲ云フモノト解セサルヘカラス或ハ債權者カ受益者又ハ轉得者ニ對シテ取消權ヲ行使スルニハ是等ノ者ノ惡意ナルコトヲ必要トスルヲ以テ受益者又ハ轉得者ノ惡意ナルコトモ亦所謂取消ノ原因タルヘキカ如キモノ推定スルモノナルコト民法第四二四條第一項ノ規定ニ徵シ明白ナレハ債權者カ債務者ノ法律行爲カ詐害ノ目的ニ出テタルコトヲ知リタルトキハ受益者又ハ轉得者ノ惡意ナルコトヲ知ラサルトキト雖モ取消權ヲ行使シ以テ自己ノ權利ノ保全ヲ計ルヲ得ヘシ是ニ依テ之ヲ看レハ民法第四二六條ニ規定セル二年ノ時效ノ起算點タル取消ノ原因ヲ覺知シタル時トハ債務者ノ法律行爲カ詐害ノ目的ニ出テタルコトヲ債權者ニ於テ覺知シタル時ヲ云フモノニシテ受益者ニ對スルト轉得者ニ對スルトニ依リ起算點ヲ異ニスルモノト解スヘキニ非ス若シ受益者ニ對スルト轉得者ニ對スルトニ依リ起算點ヲ異ニシ轉得者ニ對シテハ轉得行爲以後ニ於テ時效ノ起算點ヲ定ムヘキモノトセンカ數次ノ轉得者アリタル場合ニ於テハ各轉得者ニ對シ起算點ヲ異ニスル結果轉得者ノ權利ハ永ク不確定ノ狀態ニ在リテ民法

カ短期時效ノ制度ヲ認メ第三者ノ權利狀態ヲ速カニ確定セントスルノ趣旨ニ反スルニ至ルヘシ本件ニ於テ債務者後藤徹ト受益者三宮槌藏姫野又三郎トノ間ニ於ケル係爭採掘權ノ賣買ハ後藤徹カ被上告人ノ前主佐藤定市ノ債權ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル行爲ニシテ被上告人先代ハ惡意ノ受益者タル三宮槌藏姫野又三郎ヨリ其情ヲ知リテ採掘權ヲ轉得シ被上告人ハ之ヲ相續シタルモノナルコト原判決ノ確定スル所ナリト雖モ被上告人ノ前主ナル債權者佐藤定市ハ債務者後藤徹ノ賣買行爲ノ當時ニ於テ詐害ノ事實ヲ知悉セルモノナルヲ以テ被上告人ノ取消權ハ二年ノ時效ニ依リ既ニ消滅シタリトノ上告人ノ抗辯ニ對シ原院ハ詐害行爲取消權ノ時效ハ其取消權者ノ對手人タル受益者又ハ轉得者ニ對シ各別ニ進行スヘキモノトシ債權者佐藤定市カ係爭賣買行爲ノ當時ニ於テ詐害ノ事實ヲ知リタリトスルモ上告人先代及ヒ上告人ニ對シテハ時效進行ノ始期ト爲ラストシテ上告人ノ人證申請ヲ排斥シ敗訴ヲ言渡シタルハ民法第四二六條ノ法意ヲ誤解シタルモノニシテ原判決ハ破毀ヲ免カレス(大審院大正四年(オ)第三九三號同年十二月十日民一部田部裁判長神原尾古入江岩田各判事判決)

【關係事項】

破毀差戻○原審長崎控訴院○詐害行爲取消請求事件○上告人柏木純一訴訟代理人辯護士添田增男被上告人橋爪增太訴訟代理人辯護士松田源治

【前項同趣旨學說】

債權者ノ取消ノ訴ハ受益者又ハ轉得者ニ對シテ之ヲ爲スヘキモノトス卽チ此訴ハ債權者ノ詐害行爲タル法律行爲ニ基ク利益ヲ有スル者ニ對シテ此訴ヲ提起スヘキモノナリ故ニ受益者カ既ニ其利益ヲ他人ニ與ヘタルトキハ此訴ハ轉得者ニ對シテ之ヲ提起スヘキモノナリ然レトモ債務者ニ對シテハ取消ノ訴ヲ提起スヘキモノニ非ス(法學博士仁井田益太郎氏法學協會雜誌第三一卷第一二號七八頁)

梅博士

【前項反對學說】

一 詐害行爲ノ取消權ヲ行フニハ債務者受益者及ヒ轉得者ヲ共同被告トスルコトヲ要セス予カ思フニハ債務者ハ理論ニ於テモ行爲ノ當事者テアルカラ之ヲ相手取ルノカ至當テアリ又實際ニ於テモ大ニ利害ヲ感スヘキモノテアルカラ之ヲ被告トシテ訴ヘシムルノヲ妥當トスヘキテアル而シヲ之ニ關シテ何等ノ明文ナキ以上ハ或行爲ヲ取消スタメニハ其總テノ當事者ヲ被告トスヘキコトハ疑ナイト思フ然レトモ第三者ヲ被告トスルト否トハ原告ノ隨意テアツテ殊ニ本件ニ於テハ判決ノ效力カ第三者ニ及ハストモ必スシモ訴訟ノ目的ヲ達シ得ラレサルニ非サルニモ拘ラス第三者ヲモ併セテ被告トスルニ非サレハ訴カ不適法テアルト曰フニ至ツテハ全ク其當ヲ得ナイト思フ（法學博士梅謙次郎氏最近判例批評法學志林第一一卷第六號一頁以下）

岡松博士

二 廢罷訴權ノ客體タル者ハ債務者及其相續人ノ外其行爲ノ相手方タル受益者又ハ轉得者ニシテ前ノ條件ヲ具備スル者ナリ債權者ハ何人ヲ以テ實際客體ト爲スヤハ債務者カ爲シタル法律行爲ノ種類ニ依リテ異リ結局直ニ債務者ノ行爲ノ取消ヲ對抗セント欲スル者ニ對シテ廢罷訴權ヲ行フコトトナル故ニ其客體タルモノハ通常債務者ノ行爲ノ相手方ニシテ此者カ第三者ニ其利益ヲ移轉セル場合ニモ亦之ニ對シテ取消ヲ爲スコトヲ得然レトモ債權者ハ轉得者ニ對シ又ハ受益者轉得者ニ對シ又ハ之ト共ニ債務者ヲ共同被告トスルコトヲ得サルニ非スト雖モ必シモ必要ニ非ス然レトモ此等ノ者ハ自己ノ利益ノ爲メニ參加スルコトヲ得可シ（法學博士岡松參太郎氏法學新報第一一九號二三頁）

横田博士

三 詐害行爲廢罷ノ訴ハ債務者受益者及最後ノ轉得者ヲ共同被告トス債務者受益者ヲ共同被告トスヘキ爲ノ當事者ナルカ爲メ最後ノ轉得者ヲ共同被告トナスハ行爲ノ取消ニ因リ直接ニ利害ヲ感スルハ最後ノ轉得者ニシテ行爲ノ取消ノ結果直チニ其財產ヲ回復セラルルカ爲メナリ（法學博士横田秀雄氏債權總論四五〇頁）

川名博士

四 此債權者取消訴ノ被告ハ誰ナルカト云フ問題ヲ決定スルニハ此取消權行使ノ相手方ハ何人ナルカト云フ問題ヲ決スルニヨリ定マル民一二三條ニヨルトキハ取消シ得ヘキ行爲ノ相手方カ確定スルトキハ取消ハ其行爲ノ相手方ニ對シテ之ヲ爲スヘシトアリ民四二四條ニハ取消ノ相手方ニ付テハ何等ノ規定ヲ設ケス然シ乍ラ其權利其物ノ性質ニ於テハ全ク同一ナル故一二三條ヲ根據トシテ取消シ得ヘキ行爲ノ相手方即チ受益者ニ對シテ取消權ヲ行フヘキモノト解セントス（法學博士川名兼四郎氏債權法要論二七九頁）

石阪博士

五 民法第一二三條ニ於テハ取消ハ相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ爲スヘキ旨ヲ規定ス蓋シ此ノ場合ニハ行爲ヲ取消ス者ハ行爲者本人又ハ同意權者ナルカ故ニ相手方ノミニ對スル意思表示ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ然レトモ取消權ノ物體タル行爲カ債務者ノ單獨行爲ナルトキハ債務者ヲ被告トス爲スコトヲ要シ契約ナルトキハ債務者及ヒ其相手方タル受益者ヲ以テ共同被告ト爲スコトヲ要スヘシ之ニ反シ轉得者ハ如何ナル場合ニ於テモ被告タルコトナシ蓋取消ノ訴ハ債務者ノ行爲ノ取消ヲ目的トス而シテ取消權カ其效果ヲ轉得者ニ及ホスハ債務者ノ行爲カ取消サレタル結果ニ過キス轉得者ハ債務者ノ行爲ニ干與スル所ナシ（法學博士石阪音四郎氏日本民法債權第二卷七三七頁以下）

須賀學士

六 此訴ニ於ケル被告タルヘキ者如何ニ付テハ吾民法上大ニ議論ノ存スル所ナリ或ハ廢罷訴權ハ債務者ノ行爲ヲ取消スコトヲ以テ目的ト爲スカ故ニ直接ニ其取消ノ結果ヲ受クル者即チ其行爲カ單獨行爲ナル場合ニハ債務者ノミヲ以テ契約ナル場合ニハ

富井博士

債務者及ヒ受益者ヲ以テ被告ト爲スヘク轉得者ハ如何ナル場合ト雖モ廢罷訴權行使ノ訴ニ於ケル被告タルコトナシト主張スルモノアルモ吾民法ノ解釋トシテハ此說ハ正當ニ非ス何トナレハ被告ト爲ルコトヲ得サル受益者又ハ轉得者ハ其善意ナル旨ヲ主張シテ廢罷訴權ノ行使ヲ免ルコトヲ得ルノ機會ヲ失フニ至ルヘク受益者又ハ轉得者ヲ除外シテ廢罷訴權ヲ行使スルコト能ハサルヘク尙ホ第四二四條ニ於テ明カニ受益者及ヒ轉得者ノ利ヲ害スルモ其行爲ノ物體タル物又ハ權利ヲ債務者ニ回復セシメ得ヘキヤ否ヤ不明ニシテ債權保全ノ目的ヲ達債務者受益者及ヒ轉得者ノ凡テニ對シ債務者ノ行爲ノ取消カ合一ニ確定スヘキコトヲ規定シタルト反對ノ結果ヲ生スヘキヲ以テナリ故ニ廢罷訴權行使ノ訴ニ於テハ債權者受益者及ヒ凡テノ轉得者ヲ以テ共同被告ト爲ササルヘカラス（法學士須賀喜三郎氏債權法總論一七八頁）

【前項參照學說】

何人ヲ被告トナスヘキヤ詐害行爲ノ種類ニヨリテ異ナル物件ニ關スルモノナルトキハ物權ノ取得者新ニ債權ヲ約シタル場合ナルトキハ債權者ト爲リタルモノ債務ヲ免除シタル場合ニハ債務者自身通常ハ行爲ヲ爲シタル債務者ノ相手方カ被告ト爲ルナリ而シテ其者數人ナルトキハ之ヲ共同被告ト爲スヘキナリ若シ相手方カ其權利ヲ讓渡シタル場合ハ尙ホ相手方ニ對シテ取消ヲ爲スコトハ固ヨリ妨ケナシ實際財產ヲ占有スルモノ轉得者ナレハ其返還ハ轉得者ニ對シテ之ヲ求ムヘキハ云フヲ俟タス債權者ハ受益者ト轉得者ヲ共同被告ト爲スハ固ヨリ妨ケナシ又債權者ヲモ被告トナスコトヲ得（法學博士富井政章氏債權總論帝大講義一一三頁）

【前項同趣旨判例】

大審院

一 廢罷訴權ヲ行使スルニハ債務者受益者ヲ轉得者ノ訴訟ニ參加セシメ一ノ共同訴訟ヲ形成スルノ要ナク受益者又ハ轉得者ノ何レカ其一ヲ對手トシテ訴ヲ提起シ其他ノ者ヲ訴外ニ置クコトヲ妨ケス（大審院民事判決錄）

東京控訴院

二 民法第四二四條ニ依ル詐害行爲取消ノ訴ハ惡意ノ受益者又ハ轉得者ノ利ヲ害スルモ其行爲ノ物體タル物又ハ權利ヲ債務者ニ回復セシメ得ヘキヤ否ヤ不明ニシテ債權保全ノ目的ヲ達キ適格者ニ非ス（東京控訴院判決本書第二卷民法一〇一頁）

三 債權者カ債務者ノ財產ヲ讓受ケタル受益者又ハ轉得者ニ對シテ訴ヲ提起シ之レニ對スル關係ニ於テ法律行爲ヲ取消シタルトキハ該財產ノ回復又ハ之レニ代ハルヘキ賠償ヲ得ルニ依リ其擔保權ヲ確保スルヲ以テ足リ特ニ債務者ニ對シ訴ヲ提起シ其法律行爲ノ取消ヲ求ムルノ必要ナキモノトス（東京控訴院判決本書第二卷民法七五頁）

東京地方裁判所

四 詐害行爲廢罷ノ訴ハ債務者ヲ相手方ト爲ス必要ナキモノトス（長崎控訴院判決法律新聞七六一號二二二頁）

五 債務者ノ財產ヲ讓受ケタル者ニ對シ訴ヲ起シ相對的ニ其法律行爲ヲ取消スニ依リテ廢罷訴權ノ目的ヲ達スルヲ得ヘケレハ特ニ債務者ニ對シテ訴ヲ提起シ其法律行爲ノ取消ヲ求ムル必要ナキナリ故ニ債務者ハ此ノ適格ヲ有セス從テ之レヲ共同被告トスヘキモノニアラス（東京地方裁判所判決法律新聞第九三三號五三二頁）

名古屋控訴院

東京地方裁判所

富井博士　岡松博士　横田博士　川名博士　石阪博士　須賀學士

【前項反對判例】

一　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ハ債權者ニ於テ之カ取消ヲ求メ得ヘシト雖モ其取消權ハ民法第四二四條但書ヲ以テ其行爲ニ因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リタル場合ニノミ限定セルニヨリ觀察スルトキハ其受益者又ハ詐害ノ意思ハ該取消權成立ノ條件ヲ爲スモノナルヲ以テ債權者ハ債權者受益者及ヒ轉得者ヲ共同被告トシ其取消權ヲ行使スルニ非サレハ其目的ヲ達スルコトヲ得ス（名古屋控訴院判決法律新聞第五六八號一二頁）

二　取消ノ訴ノ被告タルヘキ者ハ當該法律行爲ヲ爲シタル債務者ナルコトヲ要シ相手方アル法律行爲ノ場合ニハ其相手方ト共同被告タルコトヲ要スルモノトス（東京地方裁判所判決本書第二卷民法七〇〇頁）

【後項參照學說】

一　廢罷訴權ハ何人ニ對シテ之ヲ行フトキモ二年ノ後時效ニヨリテ消滅ス其ノ起算點ハ債權者カ取消ノ原因ヲ確知シタルトキ卽チ詐害行爲アリシコトヲ知リタルコトナリ（法學博士富井政章氏債權總論一一七頁）

二　債權者カ債務者ノ詐害行爲ヲ覺知シタルトキハ一般ノ時效期間ヲ短縮シ其時ヨリ起訴ノ爲メ二ケ年ノ期間ヲ與フ（法學博士岡松參太郎氏民法理由下一一九頁）

三　詐害行爲廢罷ノ訴權ハ債務者ト直接ニ取引ヲ爲シタル受益者ニ對スルト轉得者ニ對スルトヲ問ハス二年ノ後消滅時效ニ罹ルモノトス而シテ其起算點ハ債權者カ取消ノ原因ヲ覺知シタルトキ卽チ債務者受益者轉得者ノ詐害行爲ヲ爲シタルコトヲ發見シタルノ時トス故ニ債權者カ其原因ヲ知リタルノ後二ケ年內ニ此訴權ヲ行ハサルトキハ其權利ヲ喪失スヘシ（法學博士横田秀雄氏債權總論四五六頁）

四　時效進行ノ起算點ハ債權者カ取消ノ原因卽債務者ノ加害行爲アリタルコトヲ知リタルトキヨリ進行ス各債權者ハ取消權ノ原因ヲ知ルトキヲ異ニスルコトアリ得ル故時效ハ各債權者ニ對シテ別々ニ進行ヲ始メ其進行ヲ終ル也此時效期間ハ二年也（法學博士川名兼四郎氏債權法要論二八三頁）

五　取消ノ原因トハ債務者ノ行爲ヲ謂フ（法學博士石阪音四郎氏日本民法第三篇債權第二卷七五三頁）

六　債權者カ取消原因ヲ覺知シタル時トハ債權者カ廢罷訴權ノ物體タルヘキ債務者ノ行爲アリタルコトヲ覺知シタルトキヲ意味シ債務者ノ行爲ノ時トハ廢罷訴權ノ物體タルヘキ債務者ノ法律行爲成立ノ時ヲ意味ス故ニ債權者ハ債務者ノ加害行爲アリタルコトヲ知リタルトキハ其覺知ノ原因如何ヲ問ハス其覺知ノ時ヨリ二年間ニ廢罷訴權ヲ行使セサル限リ廢罷訴權ハ時效ニ依リ消滅ス（法學士須賀喜三郎氏債權法總論一八三頁）

（一）前項ニハ贊同セス蓋シ廢罷訴權行使ノ相手方ハ何人ナリヤノ問題ハ之ヲ廢罷

大審院判決

訴權ノ本質如何ノ前提ニ求メサル可カラス吾人ハ物權說ヲ奉スルモノナルヲ以テ固ヨリ判例ニ贊セサルコトハ從來屢〻論シタル所若シ夫レ大審院ハ廢罷訴權ノ性質ヲ債權的請求權ナリト爲シ判例一定セルヲ以テ本判旨ハ當然ノ結論ナリト謂フ可シ

（二）判旨後項ハ異論ノ餘地ナシト信ス

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

明治四十年山形縣令第二十五號賴母子講取締令ノ規定ニ違反シテ講會ヲ擧行スルトキハ其第一條ニ違反シテ所轄警察署ノ許可ヲ受ケサルト第四條ニ違反シテ同條所定ノ行爲ヲ爲シタルヲ問ハス同令所定ノ制裁ヲ受クルニ止マリ之カ爲メニ契約自由ノ範圍內ニ於テ締結セル講會契約其モノノ效力ニマテ影響ヲ及ホスモノニ非サルモノトス』

明治四十年三月山形縣令第二五號賴母子講取締令ハ同縣下ニ於ケル賴母子講會ノ取締ニ關スル法令ニシテ賴母子講無盡講若クハ之ニ類似スル講會ヲ組織シ及ヒ擧行スルニ際シ奸黠ノ徒カ不正ノ行爲ヲ行ヒ幾多弊害ノ之ニ依リテ發生センコトヲ豫防スル目的ヲ以テ所轄警察官署ノ監視ヲ受ケシメ以テ行政上ノ取締ヲ爲ス趣旨ニ出タルモノナリ故ニ該令ノ規定ニ違反シテ講會ヲ擧行スル者アルトキハ其第一條ニ違反シテ所轄警察署ノ許可ヲ受ケサルト第四條ニ違反シテ同條所定ノ行爲ヲ爲シタルトヲ

問ハス同令所定ノ拘留又ハ科料ノ制裁ヲ受クルニ止マリ各人ノ契約ノ自由ハ法律ノ認ムル所ナレハ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ナラサル限リ其範圍内ニ於テ締結セル講會契約其モノノ效力ニマテ影響ヲ及ホシ之カ無效ヲ來タスヘキモノニ非ス然ルニ原院カ本件山形恆產會ナル賴母子講ノ規約ニ於テ講員ノ醵出金ヲ籤取ニ類似スル方法ヲ以テ引取リ及ヒ宴會費奬勵金役員ノ報酬其他ノ經費合計九十五圓ヲ講金引取人ニ負擔セシメ講金ヨリ引去ル事實ヲ認メ斯ノ如キハ前示縣令第四條第一號又ハ第四號ノ絕對ニ禁止スル所ナルカ故ニ公ノ秩序ニ反スル事項ヲ目的トスルモノニシテ無效ノ規約ナリトシ其規約ニ基ク本件貸借モ亦無數ナリト判示シタルハ法則ヲ不當ニ適用シタル不法アル判決ニシテ破毀スヘキモノトス(大審院大正四年(オ)第六八六號同五年一月二十九日民三部横田裁判長大倉尾古嘉山三宅各判事判決)

【關係事項】

破毀差戻○原審宮城控訴院○貸金請求事件○上告人新關善八外一名訴訟代理人辯護士原嘉道同大塚茂馬被上告人石原末郎訴訟代理人辯護士鵜澤總明同小松季藏同熊谷直太

(五九)

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

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

甲カ乙ニ對シ其所有土地ニ就キ再賣買ノ豫約ヲ爲シタル後兩人合意ノ上兩人間

ニ存スル各種ノ取引ヨリ生スル一切ノ權利關係ヲ爾今悉ク消滅ニ歸セシムヘキ旨ノ示談ヲ爲シタルトキハ右再賣買ノ豫約モ之ニヨリ解除セラレ乙ハ爾後該土地ニ付キ再賣買ノ豫約ヲ完結セシムヘキ權利ナキニ至リタルモノナルヲ以テ其遺產相續人カ該權利ヲ承繼スヘキ謂ハレナキモノトス』

案スルニ被控訴人ハ明治二十一年五月十三日先代平藏ノ死亡ニ因リ家督相續ヲ爲シタルコト並ニ右平藏カ控訴代理人主張スル如ク明治十八年七月十七日矢部市右衞門ニ對シ本件土地ニ就キ再賣買ノ豫約ヲ爲シタルコトハ當事者間爭ナキ所ニシテ乙第一號證及證人矢部源右衞門ノ供述ニ依リ明治二十二年五月六日彌市右衞門及被控訴人ハ合意ノ上兩人間ニ存スル各種ノ取引ヨリ生スル一切ノ權利關係ヲ爾今悉ク消滅ニ歸セシムヘキ旨ノ示談ヲ爲シタル結果右土地ノ再賣買豫約モ之ニヨリ解除セラレ爾後當事者双方ニ對シ右豫約ニ付キ何等權利關係ノ存スルコトナキヲ認ムヘシ然ラハ彌市右衞門ハ爾後該土地ニ付キ再賣買ノ豫約ヲ完結セシムヘキ權利ナキニ至リタルモノト云フヘキヲ以テ控訴人等ハ右彌市右衞門ノ遺產相續ヲ爲シタリトスルモ該權利ヲ承繼スヘキ謂ナキニヨリ控訴人ノ請求ハ失當ナリト云ハサルヘカラス(東控大正四年(ネ)第三一六號同五年二月二十一日民一部遠藤裁判長前田水口各判事判決)

【關係事項】

所有權移轉登記手續請求事件○控訴人矢部喜之助外四名訴訟代理人辯護士一瀨房之助外一名被控訴人矢部哲訴訟代理人辯護士內藤庄吉

至當ノ判決ナリ唯判示セル『合意ノ上兩人間ニ存スル各種ノ取引ヨリ生スル一切

ノ權利關係ヲ爾今悉ク消滅セシムヘキ旨ノ示談』ノ性質效力ノ點ニ就テ幾分疑ヲ挾ム可キ餘地ナシトセサルモ法律カ廣汎ナル範圍ニ於テ個人ニ私法的自治能力ヲ認ムル點ヨリ見テ何等其效力ヲ否定スヘキ理由ナシ果シテ然ラハ爾餘ノ點ハ當然ノ解釋ノミ敢テ異論ノ餘地ナキモノトス

(六〇)

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

前項ノ規定ハ第七五〇條第二項ノ適用ヲ妨ケス

九七五 法定ノ推定家督相續人ニ付キ左ノ事由アルトキハ被相續人ハ其推定家督人ノ廢除ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得

一 被相續人ニ對シテ虐待ヲ爲シ又ハ之ニ重大ナル侮辱ヲ加ヘタルコト

二 疾病其他身體又ハ精神ノ狀況ニ因リ家政ヲ執ルニ堪ヘサルヘキコト

三 家名ニ汚辱ヲ及ホスヘキ罪ニ因リテ刑ニ處セラレタルコト

四 浪費者トシテ準禁治產ノ宣告ヲ受ケ改悛ノ望ナキコト

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

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

東京控訴院判決

民法施行以前特ニ明治二十五年頃ニ行ハレタル慣習法ニ依レハ官廳ニ願濟ノ上一旦廢嫡サレテ他家ノ養嗣子トナリタルモノカ離緣ニヨリテ實家ニ復籍シタルトキ其實家ニ於ケル家督相續人ニ於テ既ニ家督相續人ノ地位ヲ取得セル者ヲ廢嫡シテ復籍シタル者ヲ相續人トナスコト即チ相續人ノ改定ヲ行政官廳ニ出願シ其ノ許可ヲ受クルコトヲ要スルモノニシテ被相續人カ一片ノ嗣子改定屆書ヲ提出スルノミニテハ不可ナリトス』

相續人ノ實父ニシテ前相續人タリシ者カ再ヒ被相續ノ養嗣子トナルモ現相續人ノ地位ニ何等ノ影響ナキヲ以テ民法實施後相續人ノ實父カ相續人ヲ伴ヒ分家ヲ爲シ其家族トナリタル如ク戸籍ニ記載アルモ民法第七四四條ノ規定ニ依リ法律上效力ナキヲ以テ右戸籍簿ノ記載ノ取消ノ有無ニ拘ラス相續人ハ被相續人ノ家ニ殘存スルモノト認メサルヘカラサルモノトス』

按スルニ岩崎宗治カ明治十七年三月十五日其長男安治ヲ願濟ノ上廢嫡シ同月十七日田邊悟策方ヘ養嗣子ニ遣ハシタルコト宗治カ明治十九年十二月二十四日廣作ヲ養嗣子トシテ長女タキニ配シテ控訴人ハ明治二十二年七月二十五日右夫婦間ニ生シタルコト廣作カ明治二十五年八月十七日離緣ニヨリ岩崎家ヲ去ルニ當リ控訴人カ岩崎家ニ止マリシコトハ當事者間爭ナキ點ナレハ廣作ノ岩崎家ヲ去リテ宗治ノ家督相續人タル地位ヲ失フト同時ニ控訴人ハ當時ノ慣習法タル嫡孫承祖ノ法則ニヨリ祖父タル宗治ノ家督相續人トナレルモノト云ハサルヘカラス而シテ其後即チ明治二十五年九月十日被控訴人カ離緣ニヨリ岩崎家ニ復籍セシコト同日宗治ニ於テ被控訴人ヲ嗣子ニ改定スル旨ノ屆出ヲ爲シタルコトハ亦當事者間ニ爭ナシト雖モ民法施行以前特ニ其當時ニ行ハレタル慣習法ニヨレハ斯クノ如ク願濟ノ上一旦廢嫡サレテ他家ノ養嗣子トナリタル者カ離緣ニヨリテ實家ニ復籍シタルトキ其實家ニ於ケル家督相續人タル地位ヲ回復セントスルニハ被相續人ニ於テ家督相續人ノ地位ヲ既ニ取得シ居レル者ヲ廢嫡シテ復籍シタル者ヲ相續人トナスコト即チ相續人ノ改定ヲ行政官廳ニ出願シソノ許可ヲ受クルコトヲ要スルモノニシテ被相續人カ一片ノ嗣子改定屆書ヲ提出

スルヲ以テ足ルモノニアラス然ルニ本件嗣子改定屆ニ付テハ其屆出ニ先チ宗治ニ於テ管轄行政官廳ニ相續人ノ改定ヲ出願シソノ許可ヲ受ケタル事跡ナキコト當事者間ニ爭ナキノミナラス甲第六號證ニヨリ之ヲ認ムルニ足ルヲ以テ結局本件嗣子改定屆出ニヨリテハ改定ノ效力ヲ生セス從テ控訴人ハ依然宗治ノ嫡孫トシテ家督相續人タル地位ヲ失ハサリシモノト認メサルヘカラス斯クノ如キハ被相續人タル宗治ノ眞意ニ合ハサルヘシト雖モ同人ノ採リタル手續カ當時ノ法則ニ適合セサリシ以上前記ノ如ク認定スルノ外ナシ既ニ明治二十五年九月十日以後尙宗治ノ家督相續人タル以上其後明治二十八年九月十一日廣作カ再ヒ宗治ノ養嗣子トナルモ控訴人ノ宗治ノ家督相續人タルト地位ニハ何等影響スルトコロナク從テ民法施行後ニ於テモ控訴人ハ宗治ノ推定家督相續人ナレハ明治三十二年四月八日廣作カ分家ヲ爲スニ際シ廣作ニ於テ控訴人ヲ伴ヒ岩崎家ヲ出テ控訴人カ廣作ノ家族トナリタルカ如ク戸籍簿ニ記載アルモ民法第七四四條ノ規定ニヨリ控訴人ハ他家ニ入コトヲ得サルコト明白ナルヲ以テ控訴人カ岩崎宗治ノ家ヨリ除籍セラレ廣作ノ家ニ入リタルコトハ法律上效力ナク右戸籍簿ノ記載ノ取消サレタルト否トニ拘ラス控訴人ハ宗治ノ家ニ殘存セルモノト認メサルヘカラス而シテ明治四十四年十一月十六日宗治カ死亡セシコトハ當事者間爭ナキヲ以テ同人ノ死亡ニヨリ開始セル家督相續人ハ控訴人ニ於テ之ヲ爲スヘキ權利アリ從テ被控訴人カ戸籍吏ニ對シ家督相續ノ屆出ヲ爲シ又主文表示ノ不動產ニ付キ家督相續ニヨル所有權取得ノ登記ヲ爲シタルコトハ控訴人ノ相續權ヲ侵害シタルモノト云ハサルヘカラス(東控大正四年(ネ)第二一二號同五年五月二十九日民二部須賀裁判長渡邊三橋各判事判決)

東京控訴院判決

【關係事項】

家督相續回復請求並相續財產引渡請求事件○控訴人岩崎恒作訴訟代理人辯護士横山寛平同原喜道同春山泰治同牧田彌七郎被控訴人岩崎安治訴訟代理人辯護士高野金重同岸清一同江木衷同末繁彌次郎中村泰治

(六一)

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

二 妻カ姦通ヲ爲シタルトキ

明治三十一年六月二十一日法律第十號法例一六 離婚ハ其原因タル事實ノ發生シタル時ニ於ケル夫ノ本國法ニ依ル但裁判所ハ其原因タル事實カ日本ノ法律ニ依ルモ離婚ノ原因タルトキニ非サレハ離婚ノ宣告ヲ爲スコトヲ得ス

姦通ハ英國法及ヒ我民法ノ共ニ認ムル法定ノ離婚原因ナリトス

本件訴狀添付ノ英國領事館婚姻登錄簿謄本ニ依リ本件當事者カ西歷千九百八年六月十八日婚姻ヲ爲シ以テ夫妻ト爲リタルコトヲ認ムルコトヲ得而シテ甲第一號證乃至第六號證及第一一號證ニ依リ被控訴人カ控訴人主張ノ如ク姦通ナシタル事實ヲ認ムルコトヲ得然リ而シテ姦通ヲ以テ法定ノ離婚原因ト爲スコトハ本件當事者ノ本國法タル英國法及我民法ノ共ニ認ムル所ナルヲ以テ控訴人ノ被控訴人ニ對スル本訴請求ハ正當トス尙ホ甲第一四號證ニ依リ被控訴人カ右姦通ノ事實ヲ知リタルハ西暦千九百十三年十一月四日ナルコトヲ認ムルヲ得從テ本訴ハ離婚ノ原因タル姦通ノ事實ヲ知リタルトキヨリ一年內ニ提起シタルモノナレハ之ヲ適法ナル請求ト認ム(東京控訴院大正四年(ネ)第五三七號同五年一月十九日民一部遠藤裁判長前田水口各判事判決)

【關係事項】

離婚請求事件○控訴人ルイス、ワツトソン訴訟代理人辯護士中村弘被控訴人ヴイオレット、アリス、ワツトソン

【參照學說】

若シ我國ノ裁判所カ外國人ノ離婚ヲ宣告シ得ヘキ場合ニ離婚ノ原因ハ何レノ法律ニ依ルヘキヤノ問題發生ス我國ニ於テハ離婚ハ從來頗ル自由ナリシカ現行ノ法律即チ民法ニ依レハ一定ノ原因アル場合ニ限リ離婚ヲ許セリ又歐洲諸國ニ於テ離婚ヲ許ササル國ニ於テハ（或ハ之ヲ許ス國ニ於テモ）離婚以外ニ尙ホ別居ノ制度ヲ認ムルモノアリ斯ノ如ク離婚ノ原因ニ至テハ各國ノ規定相同シカラス又我法律ニ認メサル別居ノ制度アル場合ニ我裁判所ハ何レノ法律ニ依リテ離婚ヲ宣告シ或ハ別居ヲ宣告シ得ルヤノ問題ヲ決セサルヘカラス之ニ關シ凡ソ三種ノ重ナル主義アリ（一）法廷地方主義（二）夫ノ本國法主義（三）折衷主義即チ之ナリ折衷主義ハ最モ正當ナル主義ニシテ離婚ノ原因ハ其本國法及ヒ訴訟地ノ法律カ共ニ之ヲ認ムル場合ニ限リ離婚ヲ宣告シ得ルモノトス即チ不法行爲ノ場合ニ行爲地法ト法廷地法ト相共通スルヲ要スル如ク離婚ノ原因カ其本國法ニ於テ認メラレタルコトヲ要シ且法廷地法タル我日本ノ法律ニ依ルモ亦離婚ノ原因タル場合ニ限リ離婚ヲ宣告シ得ルモノトセリ玆ニ所謂本國法トハ夫ノ婚姻當時ノ本國法又ハ訴訟當時ノ本國法ヲ謂フニアラスシテ離婚ノ原因タル事實ノ發生シタル當時ノ夫ノ本國法ヲ謂フモノトス即チ此主義ハ我法例第一六條ニ於テ採用シタル主義ニシテ海牙國際法私法條約ニ於テモ亦之ヲ認メタリ即チ左ノ如シ第一條夫婦ハ其本國法及訴訟提起地ノ法律カ共ニ離婚ヲ許ス場合ニ於テノミ離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得別居ニ付テモ亦同シ第二條判決ヲ下スヘキ事件カ夫婦ノ本國法及訴訟提起地ノ法律ニ從ヒ何レモ離婚ノ理由アルトキニ限リ離婚ヲ宣告スルコトヲ得但其原因ノ同一ナルト否トヲ問ハス別居ニ付テモ亦同シ第三條前二條ノ規定ニ抱ラス訴訟提起地ノ法律カ本國法ニノミ從フコトヲ規定シ又ハ之ヲ許シタルトキハ本國法ノミニ依ル第四條第三條ニ掲ケタル本國法ハ夫婦又ハ其一方カ前ニ他國ノ國籍ヲ有セシ間ニ發生シタル事實ヲ以テ離婚又ハ別居ノ原因ト爲サンカ爲メニ之ヲ援用スルコトヲ得ス（法學博士山田三良氏中央大學講義錄國際私法三五一頁）

至當ノ判決ナリト信ス

（六二）

二五八第一項　分割ハ共有者ノ協議調ハサルトキハ之ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得
二六一　各共有者ハ他ノ共有者カ分割ニ因リテ得タル物ニ付キ賣主ト同シク其持分ニ應シテ擔保ノ責ニ任ス
民訴二二第一項　不動產ニ付テハ其所在地ノ裁判所ハ總テ不動產上ノ訴及ヒ分割並ニ經界ノ訴ヲ專ラニ管轄ス

雉本博士

共有物分割ノ請求ハ現行法ノ解釋論トシテハ訴訟事件ニ屬スヘキモノトス

共有物ヲ分割シ當該ノ部分ニ對スル各共有者ノ所有權ヲ創設スル形成判決ヲ要求スル訴ナリト解スヘキモノトス

大審院大正元年（オ）第一四三號民聯判決（本誌第三卷民法七四頁所載）共有物分割ノ訴ハ共有物ヲ分割スル創設判決ヲ要求スル訴ナリトスル大審院判決ハ正當ナリ（一）共有物分割ノ請求ハ事ノ性質ヨリ論スルトキハ非訴事件手續ニ依ルヘキモノトシ裁判所ヲシテ共有者ノ利害關係ヲ充分ニ酌酌スルコトヲ得セシムルカ至當ナルヘキモ我非訴事件手續法ニハ共有物分割ニ關スル規定ナキノミナラス却リテ民事訴訟法第二二條ニハ分割並ニ經界ノ訴ト規定シテ少クモ共有不動產ノ分割請求ハ訴訟事件ナルコトヲ示シタリ故ニ現行法ノ解釋論トシテハ訴訟事件ニ屬スルコト疑ヲ容レス（二）共有物分割ノ判決カ形成的（創設的）ナルヤ又ハ確認的ナルヤヲ案スルニ共有物分割ノ訴ハ共有持分ニ應シテ共有物ヲ分割シ當該ノ部分ニ對スル各共有者ノ所有權ヲ創設スル形成判決ヲ要求スル訴ナリト解スヘキカ故ニ（判旨ニ於テ共有物分割ノ實施方法ニ付キ共有者間ノ權利關係ヲ定ムル創設的判決ト云ヘルハ趣旨頗ル徹底セス）該判決ノ確定ニ因リ各共有者ハ當該ノ部分ノ上ニ所有權ヲ取得ス分割判決ノ確定前ニ於テハ共有者間ニ於テ分割ニ依リ歸屬スヘキ物ノ給付ヲ請求スルコトヲ得サルヤ論ヲ俟タス（法學博士雉本朗造氏京都法學會雜誌第一一卷第四號一〇八頁以下要領）

【參照學說判例】

一　裁判上ノ分割ハ非訴事件トシテ請求スヘキモノナルコトハ獨逸法ヲ始メトシ近世一般ニ認ムル所ナルカ如シ是手續法ニ屬スル事項ナルカ故ニ民法ハ此點ニ關シテ特ニ規定セル所ナシ然ルニ非訴事件手續法ニハ分割ノ手續ニ關シテ何等ノ規定ヲモ設ケラレサリシカ故ニ訴訟事件トシテ其請求ヲ爲スヘキモノトスルノ慣例ヲ成スニ至レリ故ニ分割ノ請求ハ他ノ共有者一同ニ對スル訴ヲ以テ之ヲ爲ササルヘカラス（法學博士富井政章氏民法原論第二卷一七八頁）

二　裁判所ニ對スル共有物分割ノ請求ハ共有者カ第二五六條ニ依テ附與セラレタル分割ノ請求權ヲ實行スルノ手續ニ關シ分割

ノ方法ヲ裁判所ノ自由裁量ニ委スルモノニシテ當事者間ニ於ケル權利關係ノ存否ヲ確定スルコトヲ目的トスルモノニアラサルヲ以テ一ノ非訴事件トシテ特別ノ手續ニ依ルヘキモノニアラサルコトハ分割手續ノ性質並ニ民法カ第二六〇條ニ於テ特ニ明文ヲ設ケ利害關係人ノ參加ヲ認許スルニ徴シテ明確ナリ然ルニ非訴事件手續法中ニ分割ニ關スル手續ノ規定ナキカ爲メ立法ノ趣旨ニ從ヒ非訴事件トシテ之ヲ取扱ノニ由ナク止ムヲ得ス單純ニ普通訴訟ノ形式ヲ以テ共有物ノ分割ヲ裁判所ニ請求セシムルコトナリ居ルハ立法上ノ一大欠點ナリ（法學博士横田秀雄氏物權法四〇九頁）

三 此請求ハ訴ノ形式ニ於テ之ヲ爲ス之チ共有物分割ノ訴ト稱ス給付ノ訴ニモアラス又確認ノ訴ニモアラス法律上ノ效果創定スヘキ裁判ヲ求ムル訴ナリ故ニ此訴ニ應スル裁判ハ共有ノ廢止ヲ宣告スルコトニ存ス此裁判ニヨリテ共有廢止ノ結果ヲ生スルモノトス（法學博士川名兼四郎氏物權法要論一二九頁）

四 分割ノ訴ハ二個ノ性質ヲ異ニスル場合ヲ包含ス一ハ分割請求權ノ有無ニ關スル爭ニシテ此ノ點ハ民事訴訟タル性質ヲ有ス他ハ分割方法ノ裁定ヲ求ムルモノニシテ其性質ハ非訴事件ナリ蓋シ當事者間ニ爭ノ存スルヲ前提トセサレハナリ現ニ獨逸ニ於テハ之ヲ非訴事件トナスモ我非訴事件手續法中ニハ此規定ナシ故ニ此點ニ付テモ民事訴訟法ノ形式ニ依ルヨリ外ニ途ナケン（法學博士中島玉吉氏民法釋義巻之二上四六〇頁）

五 裁判上ノ分割請求ノ性質ニ付テハ學者間議論存スル處ニシテ要ハ訴訟事件ナリヤ非訴事件ナリヤニ存ス立法例トシテモ之ヲ非訴事件ト爲スモノナリ我法典ニ付テハ此點ニ付キ何等規定スル處ナク又訴訟法若クハ非訴事件手續法中ニ於テモ別段ノ規定ナシトス乍併我邦ニ於ケル實際問題トシテ之ヲ訴訟事件トシテ審理裁判ヲ爲シツツアルノミナラス學說トシテモ之ヲ訴訟事件ト解スルモノ多キカ如シ此問題ハ畢竟訴訟事件非訴事件ノ區別論ヲ基礎トスヘキカ故ニ比較的大ナル問題ナリト云ハサルヘカラス余ノ信スル處ニ依レハ各共有者ノ持分ニ付キ爭アルトキハ之ヲ定ムルハ訴ニ依ルノ外ナキハ勿論ナリト雖モ分割ノ方法ニ付キ協議調ハサル場合ニ於ケル分割ノ請求ハ之ヲ非訴事件ト爲シ區裁判所ノ權限ニ屬セシムルコトヲ相當ナリト信ス乍併現行非訴事件手續法ニ於テハ分割證書保存ニ關スル規定アルノ外分割請求其自身ニ付テハ何等規定スル處ナキカ故ニ訴訟事件ト解スルノ外ナカルヘシ（法學士飯島喬平氏明大講義錄物權法二五九頁）

六 民法第二五八條ニ依ル訴ハ共有物分割ノ實施方法ニ付キ共有者間ノ權利關係ヲ定ムル創設的判決ヲ求ムルモノナレハ其判決前ニ於テハ未タ分割セラレサルヲ以テ共有者間ニ於テ分割物ノ給付ヲ請求スル權利未タ發生セサルモノトス（大審院大正三年三月十日民聯判決本書第三巻民法七四頁）

大體ニ於テ博士ノ所說ニ贊同スルモノナリ只共有物分割ノ判決ヲ以テ分割部分ニ對スル各共有者ノ所有權ヲ創設スル形成判決ナリトノ意味カ若シモ分割部分ニ對スル各共有者ノ所有權カ新ニ創設セラルルモノナリトセハ吾人ノ首肯セサ

川名博士
中島博士
飯島學士
大審院

大審院判決

ル所ナリ何トナレハ此判決ノ確定ニ依リ各共有者ヲシテ其分割部分ニ對シ所有權ヲ取得セシムルハ互ニ其持分ノ交換ヲ爲シ以テ其分割部分ノ上ニ完全ナル所有權ヲ取得セシムルモノニシテ敢テ所有權ヲ新ニ創設スルモノニアラサレハナリ

（六三）

一八〇 占有權ハ自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ物ヲ所持スルニ因リテ之ヲ取得ス

一八七 占有者ノ承繼人ハ其選擇ニ從ヒ自己ノ占有ノミヲ主張シ又ハ自己ノ占有ニ前主ノ占有ヲ併セテ之ヲ主張スルコトヲ得

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

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

前主ノ占有ヲ併セテ主張スル場合ニ於テハ其瑕疵モ亦之ヲ承繼ス

占有權ハ相續開始當時被相續人カ占有ヲ有スルトキハ原則トシテ相續ニ因リ相續人ニ移轉スルモノニシテ其移轉スルニハ必スシモ相續人ニ於テ物ノ所特ヲ爲スコトヲ要セサルモノトス』

隱居ニ因リ相續開始シ且隱居者タル被相續人カ其相續開始後モ尙依然トシテ占有ヲ繼續スル場合ニ於テハ占有權ハ相續人ニ移轉セサルモノトス』

隱居ニ因リ相續開始シタル場合ニ於テ占有權カ相續人ニ移轉シタリトノ事實ヲ判定セント欲セハ必ラス先ツ被相續人カ相續開始後依然トシテ占有ヲ繼續スル

モノニアラサル事實ヲ確定スルコトヲ要スルモノトス』

占有權ハ相續開始當時被相續人カ占有ヲ有スルトキハ他ノ財產權ト同シク原則トシテ相續ニ因リ相續人ニ移轉スルモノトス而シテ其移轉スルニハ上告人主張ノ如ク必シモ相續人ニ於テ物ノ所持ヲ爲スコトヲ必要トセス何トナレハ此場合ニ於テ占有權カ相續人ニ移轉スルハ法律カ相續開始ノ事實ニ對シ直接ニ附シタル效力ニシテ占有物ノ引渡ニ因リ占有權カ相續人ニ移轉スルモノニアラサレハナリ然レトモ此相續ニ因ル占有移轉ノ原則ニハ多少ノ例外ナキニアラス卽チ相續開始スルモ占有權カ相續人ニ移轉セサル場合アリ例ヘハ占有權カ被相續人ノ死亡ニ因リ當然消滅シ又ハ第三者ニ移轉スヘキ場合ノ如シ又相續人カ占有ヲ取得スルコトヲ得ル機會ヲ失ハシムル狀態ニ於テ相續開始シタルカ如キ場合モ其一例ナルヘシ何トナレハ元來占有權ナルモノハ占有物ノ所持ヲ失フニ因リテ消滅スヘキ性質ノ權利ナルニ若シ右ノ如キ場合ニ於テモ占有權カ相續人ニ移轉スルモノトセハ其相續人ノ取得シタル占有權ハ永久消滅セサル權利トナル民法第二〇三條及ヒ第二〇四條等ノ規定ノ適用ナキニ至ルヘケレハナリ其他隱居ニ因リ相續開始シ且隱居者タル被相續人カ其相續開始後モ尙ホ依然トシテ占有ヲ繼續スル場合ニ於テモ占有權ハ相續人ニ移轉セサルモノト解セサルヘカラス何トナレハ若シ此場合ニ於テモ占有權カ相續人ニ移轉スルモノトセハ事實上隱居者タル被相續人カ依然トシテ占有ヲ有スルニ拘ハラス之ヲ占有者ニアラストスルカ相續人ノ代理占有者ト爲スカ若クハ相續人ノ占有ヲ侵奪シタル者ト看做スト謂フカ如キ法律上ノ假定ヲ設ケサルヘカラサルニ至ルヘケレハナリ故ニ隱居ニ因リ相續開始シタル場合ニ於テ占有權カ相續人ニ移轉シタリトノ事實ヲ判定セント欲

セハ必ラス先ツ被相續人カ相續開始後依然トシテ占有ヲ繼續スルモノニアラサル事實ヲ確定スルコトヲ要ス然ラサレハ占有權ノ相續人ニ移轉シタルコトヲ斷定シ得ヘキモノニアラス然ルニ原裁判所ハ本件ニ付キ本訴ノ土地ハ上告人ニ於テ從來之ヲ占有シタルコトノ爭ナキ事實ヲ認メナカラ單ニ「乙第二號證ニヨレハ控訴人(上告人)ハ明治三十九年七月三十日隱居シ訴外廣地久藏ニ於テ其家督ヲ相續シタルコト明カナリ從テ該土地ニ對スル控訴人ノ占有權ハ相續ニヨリ當然久藏ニ移轉シタルモノトス」ト說明シ卽チ隱居ニ因リ家督相續開始シタル事實ノミヲ認メ之ニ依リ直チニ上告人ノ本件土地ノ占有權カ訴外廣地久藏ニ於テ其家督相續開始シタル事實ノミヲ認メ之ニ依リ直チニ上告人ノ點ニ於テ理由不備ノ不法アルモノトス(大審院大正三年(オ)第九四四號同四年十二月二十八日民二部馬場裁判長田上入江鈴木岩田各判事判決)

【關係事項】

破毀差戻○原審富山地方裁判所○占有保持事件○上告人廣地六助訴訟代理人辯護士中村了詮被上告人鳥田利吉

【第一點參照學說】

一 近世諸國ノ法律何レモ相續ニ因ル占有權ノ承繼ヲ認ムルニ至レリ我民法ニモ此主義ヲ採リテ占有權ノ包括承繼ヲ認メタルコトハ第一八七條ノ明文ニ徵シテ毫モ疑ヲ存セサル所ナリトス是レ占有權ヲ以テ一ノ物權ト爲シタル當然ノ結果ニシテ他ノ財產權ト區別スヘキ理由ナキモノト謂フヘシ一旦相續ニ因ル占有權ノ承繼ヲ認ムル以上ハ相續ニ關スル規定ノ適用アルコト言ヲ待タス殊ニ相續人ハ法律ノ規定ニ依リ當然被相續人ノ占有權ヲ承繼スルモノニシテ之カ爲メニ占有意思及ヒ握取ノ事實ヲ必要トセス唯被相續人カ占有者ナリシコトヲ前提トシ且其占有ノ性質ヲ變セスシテ之ヲ承繼スルモノト謂フヘシ(法學博士富井政章氏民法原論六六六頁)

二 相續ニ因ル占有權ノ取得ニ付キテ論センニ甲者死亡シタルトキハ相續者乙者ハ當然甲者ノ地位ヲ承繼シテ占有者トナルコト卽チ我民法ノ規定ニ從ヒテ言フトキハ被相續人甲者ノ占有權ハ其死亡ト同時ニ其相續人乙者ニ移轉スルコトハ何人モ異論ナキ所ニシテ多數ノ學者ハ相續人ニ所持ノ條件具備スルヤ否ヤヲ研究セス單ニ相續ノ效力ノミニ因リテ相續人ノ占有權取得ヲ肯

仁井田博士

定スルモ斯クノ如キ解釋ハ占有權ノ性質ヲ無視シクルモノニシテ解釋ノ當ヲ得タルモノト信スルコトヲ得ス何トナレハ我民法ハ勿論如何ナル法制ニ依ルモ物ノ所持ハ占有權ノ基礎タル要件ヲ成スルモノニシテ物ノ所持ナクシテ占有權ノ存在ヲ肯定スルハ占有權ノ性質ト相容レサルヲ以テナリ

三 前戸主ノ有セシ占有權ハ家督相續人カ自ラ占有ヲ爲ス場合ニ於テノミ之ヲ承繼スルコトヲ得ヘシ（法學博士仁井田益太郎氏親族法相續法論四三九頁）

川名博士

四 占有ハ直接占有ナルト代理占有ナルトヲ問ハス相續ニ因リテ之ヲ承繼スルコトヲ得ヘシ其他ノ原因ニ因ル（法律行爲ニ因ル）承繼タルト否トヲ問ハス占有者ノ承繼人ハ其選擇ニ從ヒ自己ノ占有ノミヲ主張シ又ハ自己ノ占有ニ前主ノ占有ヲ併セテ之ヲ主張スルコトヲ得（一八七）（法學博士川名兼四郎氏物權法要論三二頁）

松岡博士

五 第三ニ占有權ノ相續ニハ相續人ニ占有的意思アルコトヲ必要トセス蓋相續人ハ法律ノ規定ニ依リ前主ノ權利ヲ承繼スルヲ以テ相續人カ占有ヲ知リ又ハ之ヲ欲スル事實ヲ要件トセサレハナリ又相續人カ其承繼シタル占有權ノ目的物ヲ事實上支配スルコトヲ得ヘキ地位ニ在ルコトヲ必要トセス蓋相續人ハ法律ノ規定ニ依リ當然前主ノ權利ヲ承繼スルヲ以テナリ例ヘハ相續人ハ被相續人カ其生前ニ於テ土地ニ埋藏シタル寶石ノ占有權ヲ取得シ敢テ其相續人カ之ヲ知ルト否トヲ問ハサルカ如シ（法學博士松岡義正氏民法論物權上册二二八頁）

西川學士

六 相續占有ハ相續ニ因テ之ヲ取得スルコトヲ得ヘキハ佛獨ノ民法ニ於テモ認ムル所ニシテ（佛民二二三五獨民八五七）我舊民法（財一九二第一項）及現行民法（一八七）ニ於テモ亦是認スル所タリ殊ニ我民法ハ占有權ヲ以テ物件ノ一種ト爲シタルカ故ニ他ノ權利ト同シク相續ニ因テ之ヲ取得スルコトヲ得ヘキハ當然ナリ而シテ相續ニ因ル占有權ノ取得ハ他ノ權利ヲ承繼スル場合ト敢テ撰フ所ナケレハ之ニ關シテ特別ノ規定ヲ設ケス專ラ相續ニ關スル一般ノ規定ニ從テ律スヘキモノトス（法學士西川一男氏大正四年中央大學講義錄物權法第一部一三九頁）

鳩山學士

七 我民法ニハ明文ナキモ其相續ニヨリ移轉スヘキコトハ學者ノ殆ント疑ハサル所ナリ只其ノ移轉スル理由ヲ如何ニ說明スヘキカニ付キテハ議論アリ余モ亦結論トシテハ占有權ハ我民法上相續セラルノ權利ナリト考フ而シテ其理由ハ我民法上相續人ハ原則トシテ總テノ權利ヲ承繼ス（九八六一〇〇一）其相續セラレサルモノハ特ニ權利ノ性質上移轉性ナキモノニ限ル然ルニ民法ハ占有ノ讓渡及承繼ヲ認メテ占有權ノ移轉性ヲ有スルコトヲ定ム故ニ我民法上占有權ハ相續性ヲ有セサルヘカラス（法學士鳩山秀夫氏大正五年帝大講義物權法上一〇五頁）

横田博士

【第二點同趣旨學說】

隱居相續ノ場合ニ於テハ法律行爲ニ因ル占有權移轉ニ於ケルカ如ク隱居者カ其財產ヲ相續人ニ引渡ス ニ因リテ相續人ハ其財產ノ占有權ヲ取得シ目的物ノ引渡ナキ限リハ隱居者ニ於テ依然トシテ其占有權ヲ保有スルモノトス換言スレハ隱居相續ノ場合ニ於テハ隱居者ノ有セル占有權カ隱居者ヨリ相續人ニ移轉スヘキ原因ハ既ニ發生セサルモ占有權ノ取得ニ要スル所持ノ條件カ未タ相續人ニ備ハサルヲ以テ其效果ヲ發生セサルモノトス是レ當事者ノ意思ニ因リ占有權ヲ移轉スル場合ニ當事者ニ於テ意思表

示アリタルモ未タ目的物ノ引渡ナキ場合ト全然其揉ヲ一ニスルモノニシテ相續ノ場合ニ付キ此原則ニ例外ヲ認ムヘキ理由ナクノ之ヲ認ムルハ占有權ノ性質ニ反スルモノナリ（法學博士横田秀雄氏本書第五卷論說一〇頁）

判旨第二點第三點ハ至當ナルモ第一點後段ニハ左袒スルヲ得ス蓋シ占有權カ相續ノ客體可能性ヲ具有スルコトハ同權カ財產權ナル點及ヒ占有權ハ其性質上移轉性ヲ欠缺スルモノニ非サル點（民法一八七條參照）ニ顧ミテ明ナリ從テ相續人カ相續ノ開始ト共ニ相續財產ノ一部トシテ占有權ヲ承繼シ得ヘキハ喋々ヲ俟タサルナリ然レトモ其承繼ノ法理ヲ釋明スルニ當リ一般通說ノ如ク法規ノ結果當然相續人ニ歸屬スト解スルカ如キハ占有權ノ本質ヲ顧慮セサルモノニシテ頗ル失當ナリト信ス蓋シ我民法上占有權ハ特種ノ性質ヲ有シ其要件トシテ主觀要素ト客觀要素トヲ要求ス卽チ占有權ハ本權又ハ其權原如何ニ關スル所ナク此兩要素ヲ具備スルニ依リ當然發生シ兩者其一ヲ缺虧スルニ因リ當然消滅ヲ來スモノニシテ此點ニ於テ何等除外例ナシ事按卽チ相續ニ基因スル占有權ノ承繼ノ場合モ上叙純理ノ適用ヲ受クヘキモノナルカ故ニ判決ノ如ク必スシモ所持ヲ要セスト解スルカ如キ說ハ相續ナル點ノミニ眩惑シテ占有權ノ特質ヲ閑却シタルモノニシテ頗ル失當ノ見解ナリト信ス

九七五 法定ノ推定家督相續人ニ付キ左ノ事由アルトキハ被相續人ハ其推定家督相續人ノ廢除ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得（中略）

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

（六四）