

90
209

法學博士梅謙次郎著

最近判例批評 完

東京

法政大學
有斐閣書房

70-209
法學博士梅謙次郎著

最近判例批評完

明治
39 9 28
内交

東京

法政大學
有斐閣書房

序

法政大學校友村中清司氏ハ此度予ガ法學志林ニ掲載
シタル判例批評ヲ編纂シテ一小冊子トナシ之ヲ世ニ
公ニセントノ考ヲ起シテ予ニ相談セラレタルニ因ッテ、
予ハ之ニ答ヘテ申スニハ、予ガ批評ハ餘暇ヲ偷ンデ不
當ト思フ判例ノ短評ヲ試ミタルモノニ過ギヌカラ、敢
テ大方ノ參考トナル程ノモノデハナイカモ知レヌガ、
併シ其後判例ノ變ッタモノモ尠クナイノデ、是ハ必ズシ
モ予ノ批評ノ結果デナイコトハ固ヨリデアルケレド
モ、多少與ッテ力ノアッタコトモナイデハナカラウト信ズ

ル、又判例ハ依然變ッテナクテモ予ハ矢張批評中ニ述ベ
タル意見ノ正鵠ヲ得タルモノナルコトヲ信ズルノデ
アルカラ、今後予ト同説ノ人が出デテ終ニ判例ノ變更
ヲ促スヤウニナリタイト希望スルノデアアル、然ルニ雜
誌ナルモノハ多クハ發行ノ都度人ノ注意ヲ惹起スコ
トガアルバカリデ、日月ヲ經ルニ從ッテ人ガ之ヲ忘ルル
ニ至ルノガ常デアアルカラ、予ガ判例批評ヲ一ノ書籍ト
シテ刊行スルノハ必ズシモ無益ノ業デハナカラウ、殊
ニ予ハ雜誌其他ニ於テ批評スベキ判例ヲ見ル毎ニ之
ガ批評ヲ下スノデアアルカラ、其順序ハ頗ル錯綜シテ居

二

ルノデアアル、故ニ之ガ順序ヲ正シテ編纂シタナラバ、或
ハ讀者ニ便利ヲ與フルコトモナイトハ限ラヌカラ、敢
テ予ノ企ニハ反對セヌノデアアルト云フノデ、遂ニ本書
ノ脱稿ヲ見ルニ至ッタノデアアルガ、唯初ニハ予ノ校閲ヲ
經テ刊行スル筈デアッタケレドモ、今夏清韓ニ旅行スル
コトトナッテ其暇ガナカッタ故、之ヲ校閲スルコトヲ得ナ
カッタノハ予ガ遺憾トスル所デアアル
法律ハ本來死物デアッテ、之ヲ活用スルハ人ニ在ルノデ
アルカラ、若シ之ガ適用ヲ掌ル者ガ其適用ヲ誤ッタナラ
バ、如何ナル善法モ實際惡法トナリ了ル恐ガアルト謂

序

三

ハ子バナラヌ、故ニ學者、實際家共ニ其適用ニ付テ研究
ヲ怠ラナイコトが必要デアル、學者ノ判例批評ハ此研
究ヲ公ニシテ判例ノ益改良セラレンコトヲ希望スル
モノデアアルカラ、予ガ率先シテ之ヲナスノハ一ハ以テ
學者ノ本分ヲ盡シ一ハ以テ立法ニ參與シタル者ノ責
任ヲ完ウセント思フノデアアル、故ニ予ハ今後引續イテ
判例ノ批評ヲ公ニセント考ヘテ居ルノデアアルカラ、數
年ナラズシテ本書ノ第二冊ト視ルベキモノノ刊行ヲ
見ルニ至ルデアラウト思フノデアアル、茲ニ本書ノ性質
ヲ明カニシ併セテ予ガ本書ノ發刊ニ反對セナカッタコ

四

トヲ證言スルノデアアル

明治三十九年八月下旬

於黃海航行中

梅 謙次郎誌ス

凡例

- 一 本書ハ主トシテ東京、大阪、横濱、神戸、兩館、名古屋等社會現象ノ最モ複雑頻繁ナル地ノ區裁判所、地方裁判所、控訴院、大審院ガ爲シタル判決、決定ニ對シ批評セラレタルモノナリ
- 二 本書ハ其批評セラレタル判決文ノ理由ヲ各批評論文ノ前ニ二字下リ六號活字ヲ以テ配列挿入セリ
尙ホ博士ト志方鍛氏及岡野、富谷兩博士等トノ論戰其他博士ノ論文以外ノモノハ同シク二字下リ六號活字ヲ以テ博士論文ノ前ニ挿入掲載セリ
- 三 判決文ノ理由ヲ始メ其他參考ノ爲メ引用掲載シタル論文ハ總テ原本ニ據リタルモノニ非ズ主トシテ大審院判決錄、法典質疑錄、法學志林、法律新聞、法律經濟、木曜會雜誌ヨリ蒐集シタルモノナレバ原本ト一字一句モ齟齬ナキヲ保シ難シク乞フ是ヲ諒セヨ
- 四 編纂上殊ニ問題ニ據リ分類ヲ爲シタルハ編者ニシテ博士ノ與リ知ラル、所

凡例

ニ非ス從テ其責任ハ全然編者ニ在リ

二

最近判例批評目次

第一編 民法

甲 總則

- 一 建物ト疊建具……………一
- 二 建物ト疊建具及造作……………二
- 三 建物ト造作……………八
- 四 民一七三、一號ト賣掛代金……………一〇
- 五 期間ノ末日ガ日曜日ニ當ルトキハ銀行ニ付テハ期間ハ其翌日ヲ以テ滿了ス……………一三
- 六 支拂命令ノ申立ハ時效中斷ノ效ヲ生ズ……………一五

目次

二

乙 物 權

- 一 民一七七、一七八等ニ所謂「第三者」ノ意義……………二〇
- 二 再ビ民一七七ノ「第三者」ノ意義ニ就テ……………二一
- 三 動産ノ買主ガ其動産ヲ其儘賣主ニ賃貸スルトキハ引渡アル
モノト視ルコトヲ得……………二四
- 四 占有ノ效力……………二八
- 五 共有物ノ競賣ト競賣代金ノ分配……………三〇
- 六 競落人ノ所有權ノ登記……………三三
- 七 永代地上權ハ期間ノ定ナキ地上權ナリ……………三九
- 八 先取特權ノ效力……………四五
- 九 民三七四ハ遲延利息ニモ適用スベキモノナリ……………五〇

丙 債 權

- 一〇 抵當權移轉ノ登記ト登録税法……………六四
 - 一一 抵當權登記抹消ノ請求ハ抵當權登記名義人ノミニ對シテ
之レヲナスコトヲ得……………七三
 - 一二 抵當權者ハ民三八二、二項ノ一箇月ノ期間經過前ニ抵當不
動産ノ競賣ヲナスコトヲ得ズ……………七七
 - 一三 登記抹消請求ノ相手方……………七八
 - 一四 抵當權登記抹消ト其當事者……………八二
- 丙 債 權
- 一 重利ハ初ノ元本ノ利息ニ非ズ……………八五
 - 二 間接訴權ハ債權者ニ第三債務者ヨリ辨濟ヲ受クル權限ヲ與
ヘズ……………八七

四

三 債權讓渡ノ通知又ハ承諾ノ確定日附……………九一

四 債權ノ讓渡ハ特ニ保證人ニ通知スルニ及バズ……………九三

五 民九四二項ハ虛偽行爲ヨリ生ズル債權ノ讓渡ニ付テモ適用アリ……………九五

六 不履行ニ因ル解除權ヲ行フニハ自己ノ債務ノ履行ヲ提供スルニ及バズ……………九八

七 貸與人ハ貸貨物ヲ引渡シタルコトヲ證明セザルモ借賃ノ請求ヲナスコトヲ得……………一〇五

八 雙務契約ノ不履行ニ因リ履行ニ代ハルベキ損害賠償ヲ請求スルニハ契約ヲ解除スルコトヲ要セズ……………一〇八

九 買戻ノ場合ニハ抹消登記ヲナスベシ……………一一〇

一〇 消費貸借ハ要物契約ナリトノ意義……………一二二

一一 船舶ノ貸貸借期間ト民六〇二條第四號……………一二四

一二 賃借權ノ效力……………一二七

一三 轉借人ノ轉貸……………一二九

一四 貸貸借ノ讓渡ハ法律ノ認ムル所ナリ……………一三一

一五 委任ニ關スル特約……………一三二

一六 債權者ガ債務者ニ非ザル者ニ證書ヲ交付スルモ證書ヲ毀滅シタリト謂フコトヲ得ズ……………一三九

一七 制限外利息ノ充當ト不法原因……………一四一

一八 船舶賃借人ガ過失ニ因リ船舶ヲ燒毀スルモ不法行爲トシテ責任ヲ負フベキモノニ非ズ……………一四四

丁 親族

目次

六

- 一 繼父ノ意義……………一四八
- 二 第三者ノ同意ト其同意ノ意思表示ノ效力 非戸主ノ父ガ其庶子ニ對スル法律上ノ義務……………一五〇
- 三 隱居無效ノ訴……………一五七
- 四 隱居無效ノ請求權者……………一六二
- 五 隱居ノ無效ヲ理由トシテ身分登記ノ變更ヲ求ムルコトヲ得……………一六四
- 六 民七九一ノ解釋ニ就テ……………一七〇
- 七 離婚ノ訴ト一定ノ申立……………一九七
- 八 婚姻登記前ノ子ノ出生登記ニ就イテ……………二〇〇
- 九 借財ノ意義……………二〇三
- 一〇 親族會ノ違法決議……………二二三

- 一一 親族會決議全部ノ無效……………二二六
- 一二 三タビ親族會ノ決議ニ對スル不服ノ訴ヲ論ズ……………二二八
- 一三 親族會ガナシタル家督相續人ノ選定ニ對シ其選定ヲ不適當トシテ不服ヲ訴フルコトヲ得……………二三三

戊 相續

- 一 推定家督相續人ガ家業ヲ嫌忌スルヲ以テ廢除ノ正當ノ事由トナスコトヲ得……………二三七
- 二 隱居ノ留保財産ハ家督相續人ニ對シテモ確定日附ヲ要ス……………二三九

第二編 商法

甲 總則

- 一 商法ノ登記期間ハ登記事項ヲ知リタル時ヨリ起算スベキニ……………七

非ズ

二四五

二 歐文商號ノ登記

二四八

乙 會社

一 株金拂込請求權ノ讓渡

二五二

二 株式ハ有價證券トシテ動産ノ競賣ニ關スル規定ニ依ツテ競

賣スベキモノナリ

二五三

三 株金ノ拂込ナキ場合ニ於ケル株式讓渡人ノ義務ハ民法ノ所

謂保證債務ト觀ルベキモノニ非ズ

二六一

四 株式讓渡人ノ責任

二六四

五 株主總會通知ノ記載事項

二七三

六 再ビ株主總會召集ノ通知記載事項ニ就テ

二八一

七 取締役ハ定數ノ株券ヲ監査役ニ供託スル以前ト雖モ取締役

トシテノ權限ヲ有ス

二八六

八 取締役ガ監査役ノ承認ヲ經ズシテ會社ト爲シタル法律行爲

ノ效力

二八九

九 監査役ノ承認ヲ經ザル取締役ト會社トノ取引

一〇 再ビ監査役ノ承認ヲ經ザル取締役ト會社トノ取引ニ就

テ

二九七

一一 監査役ノ再選

三〇一

一二 監査役ノ豫選ハ有效ナリ

三〇六

丙 商行爲

一 銀行營業ノ目的中ニハ他人ノ債務ノ保證ヲモ包含ス

目次

九

二 流通シ得ベキ荷物送状……………三三三

一〇

丁 手形

- 一 荷爲換手形モ亦爲換手形ナリ……………三二六
- 二 保證ノ目的ヲ以テ手形ノ裏書ヲナシタル場合ニ於ケル求
償權……………三一九
- 三 爲換手形引受ノ約束……………三二四
- 四 手形ノ振出地ニ關スル新判例ヲ聞イテ……………三二六
- 五 再ビ手形ノ振出地ニ關スル新判例ニ就テ……………三三〇
- 六 手形振出行爲……………三七四
- 七 拒絶證書作成ノ免除ト其效力……………三八〇
- 八 手形ノ原本ト異ナル謄本ノ效力……………三八三

九 約束手形ノ裏書讓渡ノ特別規定……………三八五

一〇 裏書年月日遡記ノ效果……………三八六

一一 手形義務者ノ義務ハ連帶ナルカ……………三八八

一二 手形債務ノ更改……………三九七

一三 手形期日ノ下ニ限リテ字ヲ加フルモ滿期日タルニ妨ゲ
ナシ……………四〇〇

一四 手形ノ振出無効ナレバ振出人義務ヲ負ハズ……………四〇二

一五 無能力者ガ手形ヲ讓渡シタル場合ニ於テハ被裏書人ニ對
シテ手形ノ返還ヲ求ムルコトヲ得……………四〇四

一六 支拂場所タル銀行ノ行員ニ對シテ手形ヲ呈示シタルニ支
拂ナキトキハ償還請求ヲナスコトヲ得……………四〇七

一七 「株式會社某銀行ニ於テ御支拂可申候」ト記載シタル手形ニ
對シテ……………四一〇

就テ……………四一〇

一八 再ビ「株式會社某銀行ニ於テ支拂可申候也」ト記載シタル約
束手形ニ就テ……………四一三

一九 三タビ支拂場所トシテ「株式會社某銀行」ニ就テ……………四一六

二〇 小切手ヲ發行スル原因ガ送金ノ爲ニスルト否トニ因リ不
當利得ノ有無ヲ判ズルヲ得ズ……………四一八

二一 手形上ノ效力ヲ失ヒタル小切手ノ所持人ト商四四四……………四二二

第三編 民事訴訟法、破産法

一 假處分命令ノ更正……………四二五

二 裁判所ハ競賣代金ニ付キ債務ヲ負擔ス……………四二七

三 賃借人モ亦競賣ノ利害關係人ナリ……………四三五

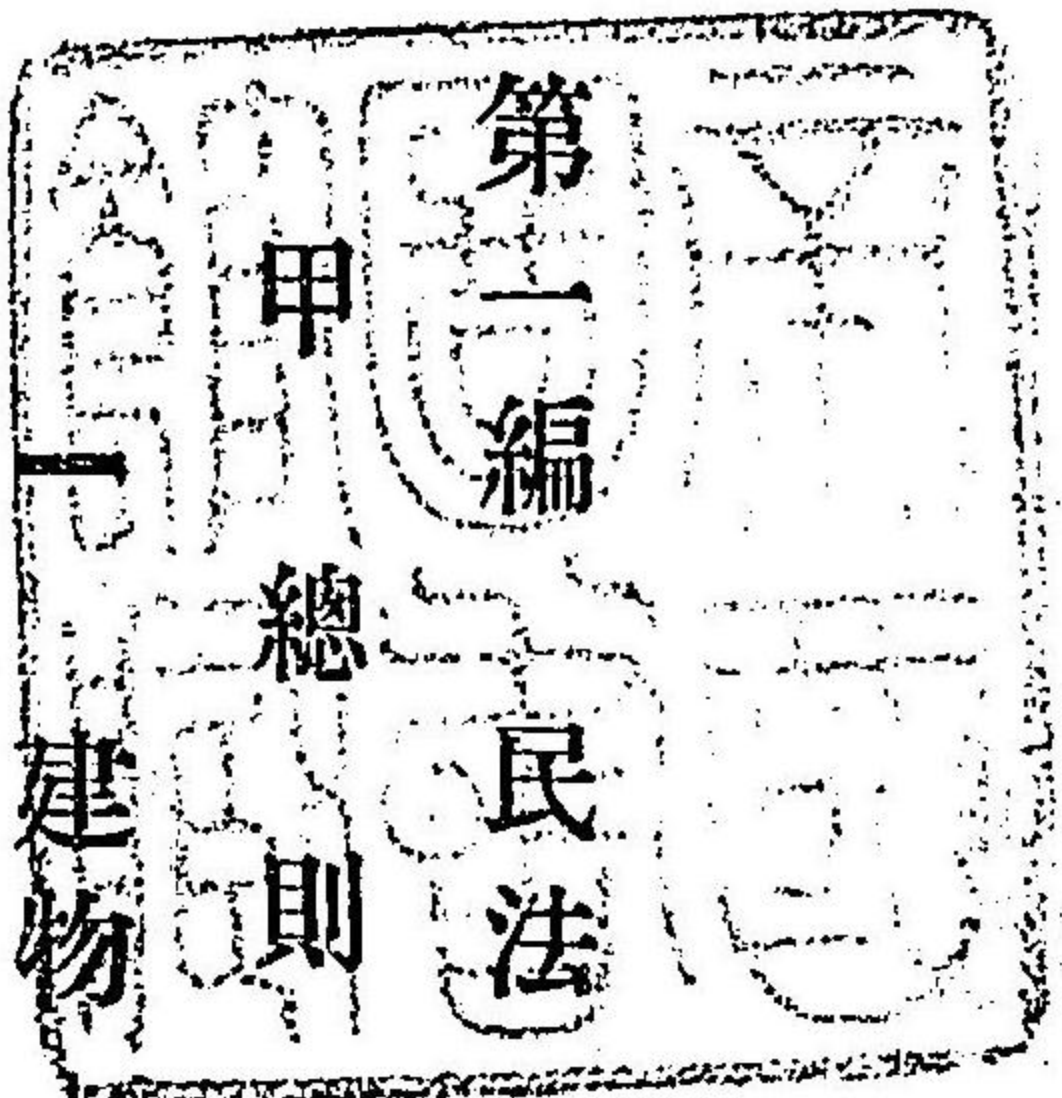
四 支拂停止ノ意義……………四四三

最近判例批評目次畢

目次

最近判例批評

法學博士 梅 謙次郎 著



疊、建具

按スルニ疊建具ハ有體動産ニシテ同一ノ所有者ニ屬スル建物ニ附屬スルトキハ之ヲ其建物ノ從物ト謂フコトヲ得ヘキニ因リ本件ニ於ケル疊建具ハ建物ノ從物ナリト云フヘシ然レトモ從物ハ主物ト同一體ヲ爲スモノニ非ルコト論ヲ俟タサルノミナラス從物ハ主物ノ處分ニ從フコトハ法律ノ規定スル處ナレトモ是主物カ處分セラレタル場合ニ於テ從物ニ關スル別段ノ意思表示ナケレハ當然主物ノ處分ニ從フトノ法意ニシテ主物ヲ處分セントモハ從物ヲモ處分スヘキ事ヲ命スルノ趣意ニ非ス故ニ區裁判所ハ不動産競賣ノ申立ニ因リ主物タル不

第一編 民法 甲總則 一 建物ト疊、建具

動産ヲ競賣ニ付スルハ至當ナルモ從物タル有體動産ヲ併セテ競賣ニ付スルハ不當ナルコト明ナリ因テ本件抗告ヲ理由アリトナシ民事訴訟法第四百六十四條第一項ニ依リ裁判シタリ(明治三十五年七月三十日東京地方裁判所第一休暇部決定理由)

明治三十五年七月三十日東京地方裁判所ガ下シタル決定ハ其當ヲ得ヌト思フ此決定ニ據レバ疊建具ハ從物デアアルケレドモ動産デアアルカラ不動産タル建物(主物)ト共ニ不動産競賣ノ手續ニ由ッテ之ヲ競賣シタノハ不法デアルト云フノデアアル(法律新聞九九號九頁ニ據ル尙ホ法學志林三五號八二頁ヲ觀ヨ)然レドモ民法第八十七條第二項ニ從物ハ主物ノ處分ニ隨フ「トア」テ主物ヲ處分スレバ從物之ニ伴フト云フノデアアルカラ主物ノ差押(是レ一ノ處分ナリ)ハ從物ニ及ビ其結果トシテ競賣(亦一ノ處分ナリ)ヲナス場合ニ於テモ從物ヲ併セテ競賣スルノガ當然デアルト思フ

二 建物ト疊建具及造作

東京區裁判所カ明治三十五年六月十九日債權者福井キンノ申立ニ因リ抵當ノ目的タル本件ノ建物ト共ニ其疊建具及ヒ造作ニ關シ競賣法ニ依ル競賣許可ノ決定ヲ爲シタルハ不當ナル

チ以テ地方裁判所ニ該決定ニ對スル抗告ヲ爲シタル所同裁判所ハ造作疊建具ハ家屋ノ從物ニシテ從物ハ主物ノ處分ニ從フヘキモノナレハ東京區裁判所カ前示ノ決定ヲ爲シタルハ正當ナリトノ理由ヲ以テ前顯ノ如キ決定ヲ爲シタリ然レトモ違ハ甚々違法ナルヲ以テ茲ニ再抗告ヲ爲シタル次第ナリト主張シタリ案スルニ疊建具及造作ハ抵當ノ目的タル本件ノ建物ニ附加シテ之ト一體ヲ成シタル物ト云フヘキモノニ非ラス故ニ本件ノ建物ヲ目的ト爲ス抵當ノ效力ハ該建物ニ附屬セル疊建具及ヒ造作ニ及ハサルモノナリ從テ抵當ノ目的タル本件ノ建物ト共ニ其疊建具及ヒ造作ヲ競賣ニ付スルハ許スヘカラサルコトニシテ原裁判ハ其當チ失スト云ハサルヘカラス(明治三十五年九月十五日東京控訴院第一民事部判決理由)

明治三十五年九月十五日東京控訴院ガ下シタル決定ハ不當デアルト思フ今法學志林ノ報ズル所ニ據レバ「疊建具及ヒ造作ハ抵當ノ目的タル建物ニ附加シテ之ト一體ヲ成シタル物ト云フヘキモノニ非ス故ニ建物ヲ目的ト爲ス抵當ノ效力ハ該建物ニ附屬セル疊建具及ヒ造作ニ及ハサルモノ也」トシテ居ルガ(法學志林三六號八六頁法律新聞一〇七號五頁)是ハ誤ッテ居ルト思フ(第一)造作ト疊建具トヲ同一ニ論ジテ居ルノガ抑、間違デアル造作トハ如何ナル物デアアルカ十年内務省布達甲六號ニ據レバ「造作トハ庇天井敷居鴨居椽板床ノ間、押入等ヲ云フ」トアッテ是レハ確ニ建物ノ一部ヲ成シテ居ルノデアアルカラ抵當權ノ之ニ及ブコトハ一點ノ疑ナキ

所デアアル(第二)抵當權ハ其目的物ト一體ヲ成シテ居ル物ニシカ及バヌト思フノハ
間違デアアル元來民三七〇ノ規定ハ抵當權設定ノ當時其目的物ト一體ヲ成シタル
物ニ抵當權ガ及ブヤ否ヤヲ定メタモノデハナク、抵當權設定後ニ其ノ目的物ト一
體ヲ成スニ至ッタ物ニ抵當權ガ及ブヤ否ヤヲ定メタモノデアアル(拙著民法要義再
訂二卷四七一頁參觀)ソウデナケレバ殆ド意味ノナイ箇條デアアルト謂ハチバナ
ラヌ、ナゼカナレバ抵當權設定ノ際其目的物ト一體ヲ成シタル物ヲ分離シテ抵當
權ノ目的トセナイト云フ事ハ殆ド想像ニモ及バヌ事デアアル、唯土地ト建物トハ理
論上ヨリ言ヘバ一體ヲ成シテ居ル物デアアテ「ボワッソナード」氏ノ草案ニハ佛國ニ倣
ウテ之ヲ分離シテ抵當ト爲スコトヲ得ナイモノトシテ居ッタケレドモ(草案一〇
三、二項)我邦ノ慣習ニ於テハ之ヲ分離スルコトヲ許シテ居ルノミナラズ、登記法ノ
仕組ニテハ却テ之ヲ併セテ抵當ト爲ス場合ニハ土地登記簿ト建物登記簿トニ別
別ニ登記ヲセナケレバナラヌコトニ爲ッテ居ルカラ、是亦明文ハナクモ此二者ヲ
分離シテ抵當ト爲スコトヲ得ルコトハ明カデアラウト思フ、又但書ノ「第四百二十
四條ノ規定ニ依リ債權者カ債務者ノ行爲ヲ取消スコトヲ得ル場合」ト云フノガ殆

四

ド想像ノ出來スコトニ爲ル、民四二四ニ依ッテ取消スコトヲ得ル行爲ハ(一)債權者ヲ
害スル行爲デ、(二)債務者ガ之ヲ知ッテ爲シタル行爲デ、(三)之ニ因ッテ利益ヲ受クル者ガ
之ヲ知ッテ居ッタ行爲デアアル、故ニ例ヘバ抵當權設定前ニ其目的タル建物ニ造作ヲ施
シタノガ右ノ規定ニ該當スル爲メニハ(一)債權者ノ共同擔保タル財産ヲ以テ此造
作ヲ施シ以テ一般ノ債權者ヲ害シ(二)債務者ガ此事實ヲ知リナガラ建物ヲ抵當ト
爲スタメニ此造作ヲ施シ(三)其造作ヲ爲シタル當時將來ノ抵當權者抵當權設定ノ
豫約アル者デナケレバナラヌ(イ)ガ右ノ事實ヲ知ラナケレバナラヌ、ナント珍シキ
場合デハナイカ、且此規定ハ新民法ニ於テ新ニ發明シタモノデハナイ、舊民擔二〇
〇、佛民二一三三三等ヲ參考シテ設ケタモノデアアル、然ルニ擔二〇〇、一項ニハ「抵當ハ
意外及ヒ無償ノ原因ニ由リ或ハ債務者ノ所爲及ヒ費用ニ因リテ不動産ニ生スル
コト有ル可キ増加又ハ改良ニ當然及フモノトス但他ノ債權者ニ對シテ詐害ナキ
コトヲ要シ且前章ニ規定シタル如キ工匠、技師及ヒ工事請負人ノ先取特權ヲ妨ケ
ス」ト云ヒ其意義抵當權設定後ノ増加、改良ニ關スルモノナルコト最モ明瞭ナルノ
ミナラズ、其第二項ニ「抵當ハ債務者カ縱令無償ニテ取得シタルモノナルモ其隣接

地ニ及ハサルモノトス但新圍障ノ設立又ハ舊圍障ノ廢棄ニ因リテ隣接地ヲ抵當
不動産ニ合體シタルトキモ亦同シト云ヒ抵當權設定後ニ取得シタルモノニ付キ
反對ノ規定ヲ置ケルニ因テ益明カデアアル又佛民二一三三ニハ既得ノ抵當ハ抵當
不動産ニ生シタル一切ノ改良ニ及フト云ヒ明カニ抵當權取得ノ後ニ生シタルモ
ノニ付テ規定シテ居ル尙ホ澳民四五七、蘭民一二一一、伊民一九六六、グアイ民一五九
二、グラウブンデン民二八一、ツューリヒ民三五二、モンテネグロ財産法二〇五、一項、西
民一八七七、白民草案二二四二、二項、同國千八百五十一年十二月十六日法四五、二項、
獨民一一二〇、孝舊民四一〇乃至四一三、印度財産移轉法七〇參照、故ニ我民法モ同
様ニ解スルノガ當然デアアル然ラバ抵當權設定前ヨリ存スル物ニ付テハ如何ナル
規定ヲ適用スベキデアアルカト云ハバ疑モナク民八七、二項ヲ適用スベキデアアルト
謂ハナケレバナラヌ、同條ニ據レバ從物ハ主物ノ處分ニ隨フトアテ抵當權ノ設定
ガ處分ノ一デアアルコトハ蓋シ疑ノナイ所デアラウカラ、苟モ疊建具ガ建物ノ從物
デアルト云フコトガ明カデアアル以上ハ建物ヲ目的トスル抵當權ハ當事者ノ反對
意思ナキ限ハ民九一、九二併セテ疊建具ヲモ目的トスルモノデアルト謂ハナケレ

バナラヌ、而シテ疊建具ガ建物ノ從物デアルト云フコトハ既ニ法學志林三六號八
頁ニ論ジテ置イタカラ之ヲ覽テ貫ヒタイ、尙ホ此原則ノ適用ハ疊建具ノ外ニモ幾
ラモアル事デ、例ヘバ建物ヲ目的トスル抵當權ハ通常長家物置等ヲモ併セテ其目
的ト爲スモノデアアル、之ヲ要スルニ當事者ノ反對意思ナキ限ハ建物ヲ目的トスル
抵當權ハ造作ニ付テハ建物ノ一部ナルガタメ、疊建具ニ付テハ其從物ナルガタメ
此等ノ物ヲモ併セテ其目的ト爲スモノデアアルト謂ハナラヌ(法律新聞一一五
號一三頁ニ高橋捨六君ガ予ノ說ナリトシテ引用セラレタル所ニ據レバ、予ハ「建
物ヲ抵當トシタ場合ニ、(一)疊建具及ビ造作ヲ從物ナリト論ジタカノ如ク見ユルケ
レドモ、予ハ抵當ノ目的タル建物ノ造作ニ付テハ今始メテ意見ヲ公ニスルノデアッ
テ(個人ニ對シテハ本文ノ判決アルヤ否ヤ予ガ說ヲ述ベタルコトハアレドモ)高橋
君ガ引用セラレタノハ蓋シ予ガ法學志林三六號ニ「最近判例批評」ト題シテ論ジタ
ルモノノ第二項(八頁)デアラウト思フガ、是ハ(一)強制執行ノ場合デアッテ、(二)疊建具ダ
ケガ問題デアッタノデアアルカラ、法律新聞九九號九頁、法學志林三五號八二頁、讀者ノ
誤解ナキコトヲ請フノデアアル)

三 建物ト造作

抗告趣旨ノ要領ハ凡ソ建物ノ造作ナルモノハ其建物ニ附加シテ一體ヲ爲スモノト單ニ其建物ニ附從スルモノタルトテ間ハ性質上抵當權ノ目的タルコト能ハサルモノナレハ之ニ抵當權ノ效果ヲ及ホスコトヲ得サル筋合ナルニ原裁判所カ造作カ如何ナル場合ニ於テモ常ニ抵當權ノ及フヘキモノトシ抗告ヲ棄却シタルハ違法ナリト云フニ在リ仍テ案スルニ建物ノ造作ハ性質上抵當權ノ目的ト爲スコトヲ得サルノ法則アルコトナシ殊ニ住家ノ如キハ造作ニシテ建物ノ一部ヲ構成スルモノアルコト少カラス斯ノ如キ場合ニ於テハ該造作ニ抵當權ノ及フヘキヲ論テ俟タサル所ナリ然レトモ若シ造作カ建物ノ構成部分ヲ成スニアラスシテ全ク別箇ノ動産トシテ存在スル場合アリトセンカ假リニ建物ニ附從ノ關係アリトスルモノニ抵當權ノ及フヘキモノト謂フヲ得ス蓋シ民法第八十七條第二項ニ從物ハ主物ノ處分ニ從フトアルハ當事者カ主物ノ處分ヲ爲スニ當リ從物ニ付テ何等ノ意思表示ヲ爲サザリシ場合ニ於テ之ヲ補充スル爲メニ設ケタル規定ナリト解スルハ相當トス故ニ此規定ハ當事者カ其意思表示ヲ以テシテモ從物ヲ處分シ得ル場合ニ於テ偶々意思表示ナカリシトキニ之ヲ適用スヘキモノニシテ他ノ規定ニ依リ處分ヲ許サザル場合ノ除外例ヲ爲スモノニアラス而シテ抵當權ノ目的トスルコトヲ得ルモノハ常ニ不動産ニ限ルコトハ民法第三百六十九條ノ規定ニ依リ明白ニシテ又同法中憲民法ノ所謂用方ニ因ル不動産ノ如キモノヲ認メタル規定アル

ヲ見ス故ニ民法第八十七條ノ第二項ノ規定ハ主物ニ抵當權ヲ設定スルニ當リ從物トシテ之ニ附屬セシメタル不動産アル場合ニ於テハ之レヲ適用シ得ヘキモ從物カ動産タル場合ニ於テハ之ヲ適用シ得ヘキ限リニアラス然ルニ原裁判所カ建物ノ造作中ニハ其建物ニ附從ノ關係ヲ有スル別箇ノ動産アルコトヲ認メナカラ本件建物ノ造作ハ其建物ノ一部ヲ成スモノナルヤ否ヤヲ調査セシテ直ニ原抗告ヲ棄却シタルハ違法ニシテ本抗告ハ結局其理由アリ云云(明治三十六年三月四日東京控訴院第四民事部判決理由)

明治三十六年三月四日東京控訴院ガナシタル決定モ誤ッテ居ルト思フ是ハ予ガ嘗テ論ジタル問題デアアルガ(法學志林三八號六頁)東京控訴院ハ一部ハ予ノ説ヲ容レタケレドモ一部ハ未ダデアアル今法律新聞ノ報ズル所ニ據レバ建物ノ造作ニシテ建物ノ一部ヲ構成スルモノアルコト少カラス斯ノ如キ場合ニ於テハ該造作ニ抵當權ノ及ブベキヤ論ヲ俟タサル所ナリ然レトモ若シ造作カ建物ノ構成部分ヲ成スニアラスシテ全ク別箇ノ動産トシテ存在スル場合アリトセンカ假リニ建物ニ附從ノ關係アリトスルモノ之ニ抵當權ノ及フヘキモノト謂フヲ得ストシテ居ルヤウデアアルガ(法律新聞一三〇號一五頁)法學志林四二號八五頁前半ハ予ノ説ヲ容レタモノデアアルケレドモ後半ハ未ダ批難ヲ免レナイト思フ先ヅ第一ニ造作ノ内

一〇
デ建物ノ構成部分ヲ成サヌ物ガアルト云フハ聊カ了解ニ苦シム所デアアル。造作ノ法律上ノ定義ト稱スベキモノハ十年内務省甲六號布達ニアツテ其文ニ「造作トハ庇天井、敷居、鴨居、椽板、床ノ間、押入等ヲ云フ」トアル。固ヨリ例示の規定デアルケレドモ、茲ニ掲ゲタル物ハ皆建物ト一體ヲ成ス物バカリデアルカラ等ノ字ノ中ニハ矢張建物ト一體ヲ成ス棚、地袋、袋戸棚等ノ類ハ這入ルケレドモ、全ク別個ノ動産ハ造作トハ謂ヘナイ。第二ニ假令別個ノ動産デアツテモ若シ其ガ建物ノ從物デアッタラバ矢張抵當權ノ目的トナリ得ルモノデアルコトハ既ニ本誌ニ論ジタ所デアルカラ再ビ茲ニ贅セヌノデアアル(法學志林三八號九頁)

四 民一七三二一號ト賣掛代金

按スルニ甲第一號賣掛臺帳ハ商業帳簿ニシテ其記載整齊ナルヲ以テ信用スルニ足ル該證ノ記載ニ據レハ被控訴人カ控訴人ヨリ明治三十一年一月一日ノ着荷ヲ始メトシ同年六月三十日迄ノ間ニ合計金九百十圓十錢ノ續油ヲ買得シ同年四月三日六月三十日ノ兩度ニ計金三百八十四圓九十七錢五厘ヲ辨濟シ殘金五百二十九圓十二錢五厘ノ滯リアルコト明カナリ而シテ右賣買代金ノ辨濟期ガ間節季即チ三個月毎ナルコトハ控訴人ノ爭ハサル處又被控訴人ハ油

商ナレハ轉賣ノ目的ヲ以テ右續油ヲ買得シタルモノト認ム被控訴人ハ右賣買代金ハ全部辨濟シタリト抗辯スルモ其證憑ナク又右ハ商法第二百八十五條但書民法第七十三條第一號ニ依リ二年間ノ時效ヲ經テ消滅シタル旨抗辯スルモ民法第七十三條第一號ハ消費者ニ賣却シタル代價ニ適用ス可キ規定ニシテ本件ノ如ク控訴人カ轉賣ノ目的ヲ以テ買得シタル場合ニ適用ス可キモノニ非ス乃チ本件ノ賣掛代金ハ舊商法第三百四十九條前段新商法施行法第三十七條民法施行法第三十條第三十一條新商法第二百八十五條前段ニ依リ時效ノ期間ヲ算定ス可キモノナレハ未タ時效ノ完成セサルコトハ論テ俟タス故ニ本訴請求ハ元利共相當ナリト認ムルヲ以テ本件控訴ハ其理由アリ云云(明治三十五年十一月二十日大阪控訴院第三民事部判決理由)

明治三十五年十一月二十日大阪控訴院ガ下シタル判決ハ其當ヲ得ナイト思フ。今法律新聞ノ報ズル所ニ依レバ大阪控訴院ハ民法第七十三條第一號ハ消費者ニ賣却シタル代價ニ適用ス可キ規定ニシテ轉賣ノ目的ヲ以テ買得シタル場合ニ適用ス可キモノニ非ストシテ居ルヤウデアアルガ法律新聞一一七號一一頁是ハ確ニ誤ッテ居ルト思フ。商法ニハ新商法ニモ舊商法ニモ明カニ他ノ法令ニ之ヨリ短キ時効期間ノ定アルトキハ其規定ニ從フ(新商二八五)又ハ「法律上此ヨリ短キ時効期間ヲ規定シタルトキハ此限ニ在ラス(舊商三四九)ト規定シテ居ッテ民一七三二一號ニハ

二年ノ時効ニ罹ルベキモノトシテ「生産者、卸賣商人及ヒ小賣商人カ賣却シタル産物及ヒ商品ノ代價」ヲ掲ゲテ居ル、而シテ毫モ判決ニ云フガ如ク「消費者ニ賣却シタル代價」トモ「轉賣ノ目的ヲ以テ」セザルモノトモ書イテハ居ラヌノデアル、故ニ是レハ商法ニ所謂之ヨリ短キ時効期間ノ一例デアアルコトハ一點ノ疑モナキ所デアアル、今民一七三、一號ノ沿革ヲ言ヘバ、舊出訴期限規則ニハ其第一條六項ヲ以テ「商人互ノ賣掛金」ノ出訴期限ハ六個月ト定メ其第二條第三項ヲ以テ「商人ヨリ商人ニ非サル者ヘノ賣掛代金」ノ出訴期限ハ一年ト定メテアッタノデアアル、然ルニ歐洲諸國デハ大抵却テ反對ニ商人間ノ賣買ノ代金ハ他ノモノヨリ長キ時効ニ罹ルモノトシテアッテ(佛民二二七二、三項、蘭民二〇〇八、三項、伊民二一三九、四項、モンテネグロ財産法六二九、一號、西一九六七、四號、獨民一九六一號、索遜舊民一〇一七、一號、白民草二四〇三、三號、又瑞西債務法一四七、三號ニハ明カニ之ヲ言ハザルモ、單ニ「小賣商人ノ供給ニ關スル訴權」トアッテ自ラ轉賣ヲ目的トスル賣買ノ代價ハ含マヌヤウニ見エド、其理由ハ商人間ノ信用ヲ重ズルニ在ッタノデアアルカラ、舊民法ニモ此主義ニ據リ證據編一五九、一號ニ「非商人ニ爲シタル供給ニ關スル訴權」ニ限ッテ一年ノ短期時効ニ罹

ルモノトシタノデ、新民法ニモ政府案ニハ同一ノ主義ニ據リ一七三、一號ニ左ノ但書ヲ加ヘテアッタノデアアル、即チ「但其買主ノ商業ニ關スルモノハ此限ニ在ラス」トアッタ、然ル處衆議院ニ於テ之ヲ削ッタノデアアル、其理由ハ二ツアッタヤウデアアル、一ハ舊法ニハ却テ商人間ノ賣掛金ノ方ガ早く出訴期限ニ罹ルコトニナッテ居ッタノニ今違ニ之ヲ正反對ニスルハ激ニ失スル、又其理由ニ乏シイト云フノデアッテ、他ノ一ハ若シ斯ノ如キ必要アリトセバ宜シク之ヲ商法ニ規定スベシト云フノデアッテ、ソコデ商法ヲ起草スルニ方ッテ此規定ヲ入レヤウカトモ考ヘタガ、是ダケノ除外例ヲ特ニ商法ニ規定スル程ノ必要モナカラウシ、又衆議院ノ一ツノ理由カラ言ヘバ之ヲ商法ニ規定シテモ不可ナリトスルノデアアルカラ、旁以テ之ヲ規定シナカッタノデアアル、故ニ立法者ノ意思モ確ニ商人間ノ賣買ト他ノ賣買トヲ區別シナカッタノデアアルト謂ッテヨカラウト思フ

五 期間ノ末日ガ日曜日ニ當ルトキハ銀行ニ付テハ期間ハ其翌日ヲ以テ滿了ス

支拂場所タル深川銀行營業所ハ日曜日ニハ他人ニ貸ササル事實アリトスルモ爲メニ法律ニ定メタル拒絕證書作成期間ノ猶豫ヲ得ヘキ理由ト爲ラサルヲ以テ本件支拂拒絕證書ノ作成ハ法定ノ期間ヲ經過シタルモノトス從テ控訴人ハ被控訴人ニ對スル手形上ノ權利ヲ失ヒタルモノナレハ本訴ノ請求ハ失當ナリ(明治三十七年五月二十八日東京控訴院第二民事部判決理由)

明治三十七年五月二十八日東京控訴院ハ聊カ驚クベキ判決ヲ下シタヤウデアアル、今法律新聞ノ報ズル所ニ據レバ手形ノ「支拂場所タル銀行營業所ハ日曜日ニハ他人ニ貸ササル事實アリトスルモ爲メニ法律ニ定メタル拒絕證書作成期間ノ猶豫ヲ得ヘキ理由ト爲ラズトシテ居ルヤウデアアルガ(法律新聞二二二號一八頁)是ハ明カニ謬ッテ居ルト思フ、民一四二ニ期間ノ末日カ……日曜日……ニ當タルトキハ其日ニ取引ヲ爲ササル慣習アル場合ニ限リ期間ハ其翌日ヲ以テ滿了ス下アル、然ルニ銀行ガ日曜日ニ取引ヲナサザルコトハ銀行條例七ノ明文ニ依ッテ定マツテ居ルノデアアルカラ、其慣習アルコト最モ明白ナル場合デアアル、元來慣習ナルモノハ或ハ地方ニ依リ或ハ營業ニ依ッテ定マルコトノアルモノデ、決シテ各地方各職業ニ通ズルモノノミト限ッテ居ルノデハナイ、否ナ此ノ如キ絶對ノ慣習ハ甚ダ稀デアアル、然ラバ

銀行ニ於テハ日曜日ニ取引ヲナサザル慣習ガアルカラ、民一四二ニ依リ期間ノ猶豫アルベキコト勿論デアアル、而シテ拒絕證書作成期間モ亦一ノ期間タルコト疑ナイノデアアルカラ、右ノ判決ハ謬ッテ居ルト謂ハキバナラヌ、或ハ單ニ銀行ヲ支拂場所トシタニ過ギヌカラ、銀行條例ヲ適用スベキ限デナイト云フカモ知レヌガ、併シ苟モ銀行ヲ支拂場所トシタ以上ハ其銀行ニ於テ支拂ナル取引ヲシナケレバナラヌノニ、其銀行ニ於テ取引ヲナサヌナラバ、勢ヒ期間ヲ延バサキバナラヌヤウニナルデハナイカ、故ニ是レ亦民一四二ヲ適用シナイ理由トハナラヌノデアアル

六 支拂命令ノ申立ハ時效中斷ノ效ヲ生ズ

本件約束手形ノ債權ニ付キ原告カ明治十七年四月一日東京區裁判所ヘ支拂命令ヲ申請シ同月五日其命令カ被告ニ送達セラレタルコトハ當事者間爭ナキ所ナリ而シテ原告ノ主張ニ依レハ該手形ハ明治三十四年四月二日ヲ滿期日ト定メタルモノナリト謂フニ在ルヲ以テ支拂命令カ被告ニ送達セラレタル日ニ於テハ已ニ三ヶ年ノ消滅時效ノ期間ヲ經過セルコト明カナリ原告ハ支拂命令ノ申請ニ因リ時效ヲ中斷スル效力アリト謂フト雖モ申請ハ命令ニ非ラス支拂命令ハ債權者ノ申請ニ依リ債務者ニ對シ區裁判所ノ發スル命令ニシテ只區裁判所

カ其命令ヲ發スルニハ必ス先ツ申請ヲ要スト謂フノ外申請自體ハ債務者ニ對シテ何等ノ効力ヲ有スルモノニアラス法律ハ明ラカニ支拂命令ヲ以テ時效中斷ノ事由ト爲シ且ツ支拂命令カ權利拘束ノ効力ヲ失フトキハ時效中斷ノ効力ヲ生セスト規定スルニ依リ之ヲ見ルモ支拂命令ニ因ル時效ノ中斷ハ之ヲ債務者ニ送達シ權利拘束ノ効力ヲ生シタルトキハ其時效中斷ノ効力ハ支拂命令ノ申請當時ニ遡リテ生スルモノナキニ非ラサルヘシト雖トモ斯ノ如キハ特別ノ法文ヲ缺テ初メテ言ヒ得ヘキ所ナルモ我カ法律ハ何等特別ノ明文ナキヲ以テ命令ノ効力ヲ既往ニ遡ラシムルト謂フカ如キハ法理ノ許サ、ル所ナリ要スルニ原告カ主張スル手形債權カ假リニ當事者間ニ存シタリト爲スモ原告ハ其債權消滅時效ノ完成ヲ妨クヘキ適法ナル中斷手續ヲ爲サザリシモノナルヲ以テ被告カ口頭辯論ニ於テ時效ヲ援用シ債務ノ消滅ヲ主張スルハ其理由アルモノト謂ハサルヲ得ス依テ當地方裁判所ハ原告ノ請求ハ此點ニ於テ既ニ其理由ナシト認メ云云明治三十七年〇月〇日東京地方裁判所第二民事部判決理由也

「法律新聞」(二三三號七頁)ニ掲載セル東京地方裁判所判決ニ據レハ「法律ハ明ラカニ支拂命令ヲ以テ時效中斷ノ事由ト爲シ且ツ支拂命令ガ權利拘束ノ効力ヲ失フトキハ時效中斷ノ効力ヲ生ゼズト規定スルニ依リ之ヲ見ルモ支拂命令ニ因ル時效ノ中斷ハ之ヲ債務者ニ送達シ權利拘束ノ効力ヲ生ジタルトキニ於テ初メテ其效

力ヲ生ズルモノト謂ハザルヲ得ズトシテ居ルナレドモ予ハ此判決ニ服セズノデアル、抑法律ハ特ニ支拂命令ヲ以テ時效中斷ノ原因トシテ居ルノデハナイ、民一四七ニ時效中斷ノ原因三ヲ列舉シテ居ルガ、其中ニ「支拂命令」ナルモノハナイ、唯請求ナルモノガアツテ、次ノ民一四九乃至一五三ニ其請求ガ時效中斷ノ効ヲ失フベキ場合ガ定メテアルガ、其規定ハ「裁判上ノ請求」「支拂命令」和「解ノ爲メニスル呼出」「破産手續參加」及「催告」ニ付テ各、別ニナツテ居ル、而シテ其民一五〇ニ「支拂命令ハ權利拘束ガ其效力ヲ失フトキハ時效中斷ノ効力ヲ生セストアル、右ノ判決ハ此文字ニ拘泥シテ「支拂命令ハ……時效中斷ノ効力ヲ生セストアルニ因ツテ本條ノ場合ノ外ニ於テハ「支拂命令」其自身ガ中效時斷ノ効力ヲ生ズルノデアラウト推論シタモノノヤウデアアルケレドモ(其ニシテモ判決文中ノ「明ラカニ」ハ聊カ當ラヌヤウデアアル)、元來本條ハ「請求」ナル中斷原因ガ其效力ヲ失フベキ場合ヲ定メタルモノデアツテ、其中斷原因ハ他クマデ「請求」デアルコトガ右ニ論ジタル如クデアアルカラ、若シ文字ノ儘ニテ「支拂命令」ガ請求ト謂ヒ得ラレナイナラバ、論理解釋ニ依ツテ所謂「變更的解釋」(Abändernde Auslegung)ヲ試ミナケレバナラス、然ルニ「支拂命令」其自身ハ裁判所ヨリ發スル

命令デアッテ當事者ノ請求デナイコトハ明カデアアルカラ、是ハ「支拂命令ノ申立」ヲ意味スルモノト解セテバナラス、抑時効ハ一面ニ於テ怠慢者ニ對スル制裁トシテ之ヲ認メタモノデアッテ、若シ權利者ガ其權利ノ行使ヲ怠ラナイナラバ、之ヲシテ時効ニ因ッテ其權利ヲ失ハシムルノハ酷デアルト云フノデ、請求ヲ以テ時効中斷ノ原因トシタノデアアル、即チ請求ヲナス權利者ハ其權利ノ行使ヲ怠ラナイ者トシテ居ルノデアアル、此理由カラ考ヘテモ支拂命令ノ申立コソハ債權者ノ行爲デアアル、支拂命令ノ送達ハ全ク裁判所(寧ロ裁判所書記)ノ行爲デアッテ、何時其送達ガアルカハ債權者ノ豫メ之ヲ知ルコトヲ得ザル所デアアル、斯ノ如クデアアルニ因ッテ、若シ送達アツテ始メテ時効中斷ノ效アルモノデアアルナラバ、債權者ハ如何ニ其權利ヲ重ジテ時効期間滿了前ニ自己ノ行爲ニ屬スルモノヲナシ了ッテモ、裁判所ノ怠慢ノタメニ忽チ其權利ヲ失ッテシマフコト、ナッテ、時効中斷ノ法意ヲ空ウシテシマフノデアアル(和解ノ爲メニスル呼出モ同様デアアル)、裁判上ノ請求ニ付テハ民訴一九〇、一項ニ訴ノ提起ハ、訴狀ヲ裁判所ニ差出シテ之ヲ爲スト云フ明文ガアルガタメ、多少ノ反對說ハアルヤウナレドモ、時効中斷ハ訴狀提出ノ時ニ始マルコトハ殆ド疑ナイト思フガ、

權利拘束ハ矢張送達ヲ以テ始マルノデアアル(民訴一九五、一項)然ラバ督促手續ニ在ッテモ訴狀ノ提起ニ相當スル支拂命令ノ申立ニ因ッテ時効ガ中斷セラルルノデアアル、權利拘束ヲ生ズル所ノ支拂命令ノ送達ガ之ヲ生ズルノデナイト云フコトガ粗明カデアアルダラウト思フ、獨逸ニ於テハ反對デアアルケレドモ(獨民二〇九、二項一號)是ニハ明文ガアルノミナラズ我邦ノ如ク汎ク請求ヲ以テ時効中斷ノ原因トセズシテ各場合ヲ列舉シ、就中時効中斷ハ承認ノ外ハ「訴ノ提起」ヲ以テ本則トシ、支拂命令ノ送達ノ如キハ之ニ準ズベキモノトシテ特ニ之ヲ掲ゲタリ、獨逸ニ於テハ送達ノ主義ガ我邦ト違ッテ原則トシテ當事者送達ノ主義デアアル、サレバコソ訴ノ提起モ訴狀ノ送達ニ因ッテ成立スルコトニナッテ居ルノデアアル(民訴二五三、一項)故ニ獨逸法ニ據ッテ我法律ヲ解釋スルコトハ出來ヌノデアアル

乙 物 權

一 民一七七、一七八等ニ所謂「第三者」ノ意義

按スルニ民法第七十八條ハ第三者カ自ラ權利ヲ有シ讓渡ノ目的物タル動産ニ付キ利害ノ關係ヲ有スル場合ニ限り適用スヘキモノニシテ上告人ノ如ク單ニ物ノ寄託ヲ受ケ寄託者ノ爲メニ之ヲ保管スルモノハ返還ノ時期ヲ定メタルトキト之ヲ定メサルトキトヲ問ハス返還請求次第何時ニテモ之ヲ返還スル義務ヲ負ヒ其寄託物ニ付キ何等ノ利害關係ヲ有セサル者ハ同法條ニ所謂「第三者」ト稱スヘキモノニ非サレハ同法條ハ本件ニ適用スヘキモノニ非ス(明治三十六年三月五日大審院第一民事部判決要旨)

上告人ニ於テハ本件土藏ノ所有權ノ移轉ハ登記ヲ經サルヲ以テ第三者タル上告人ニ對抗シ得ヘカラサルモノノ如ク主張スルモ民法第七十七條ニ所謂「第三者」トハ不動産其モノノ上ニ行ハルル特種ノ權利ヲ有スルカ爲メ不動産上物權ノ得喪變更ニ付キ利害關係ヲ有スル者ノミヲ指シ不動産其モノニ付キ何等ノ關係ヲ有セサル者ハ同條ニ謂フ所ノ第三者ノ内ニ包含セサルモノトス而シテ上告人ハ單ニ欠吉トノ契約ニ基ツキ其土藏ヲ取毀ツノ權利アリト主張スルニ止マリ土藏其物ノ上ニ何等ノ權利ヲ主張スルモノニアラサルコトハ本件ノ事實關係上明白ナレハ民法第七十七條ニ所謂「第三者」ニハアラサルヲ以テ登記ノ欠缺ヲ理由トシテ本件土藏ノ所有權移轉ヲ否認スルコトヲ得サルモノトス(明治三十六年五月十五日大審院第二刑事部判決理由)

近來ノ裁判例ニ往往此「第三者」ハ單ニ物ノ上ニ權利ヲ有シ其物ニ付キ利害ノ關係ヲ有スル者ノミヲ謂ヘルモノデアルト見エテ居ルガ(例明治三十六年三月五日大審院判決(法學志林四二號六三頁)同五月十五日大審院判決(法律新聞一四三號一九頁))是ハ誤ッテ居ルト思フ成程佛國登記法ノ如キハ「不動産ノ上ニ權利ヲ有スル第三者」(tiers qui ont des droits sur l'immeuble art. 3, 1er alinéa, loi du 23 mars 1855 sur la transcription)ト明言シテ居ルケレドモ(尙ホ贈與及ビ抵當ノ登記ニ付テハ通常承繼人トセル者マデモ登記ノ缺ケタルコトヲ主張シテ贈與抵當ヲ無視スルコトガ出來ル(佛民九四一、二一三四 Baudry-Lacantinerie, Précis de droit civil, III, n° 1327 a, 7e éd, p. 826))我民法ニハ汎ク「第三者」ト云ウテ居ル故ニ之ヲ解釋スルニ當ツテ佛國ノ如キ制限ヲ附スルコトハ出來ヌノデアアル

二 再ビ民一七七ノ「第三者」ノ意義ニ就テ

地上權ヲ讓受ケタル者ハ前地上權者ノ承繼人ニシテ土地所有者ニ對シテハ前地上權者ト同等ノ地位ニ立ツカ故ニ其地上權ヲ以テ土地所有者ニ對抗センニハ登記ヲ爲スコトヲ要セス

從テ土地所有者モ亦民法第七十七條ノ所謂第三者ニアラス(明治三十六年十一月十六日大審院第二民事部判決要旨)

明治三十六年十一月十五日發兌法學志林五〇號(一二頁)ニ於テ民一七七ニ所謂第三〇三者ノ意義ニ付キ判決例ノ謬ヲ正シタノデアアルガ其翌日ノ大審院判決ニ於テ地上權ヲ讓受ケタル者ハ前地上權者ノ承繼人ニシテ土地所有者ニ對シテハ前地上權者ト同等ノ地位ニ立ツカ故ニ其地上權ヲ以テ土地所有者ニ對抗セシニハ登記ヲ爲スコトヲ要セス從テ土地所有者モ亦民法第七十七(百七十七)條ノ所謂第三者ニアラス(法典質疑錄七卷五號判例摘要集九頁)トシテ居ルヤウデアアル其後大審院ノ判決例ノ變タコトヲ聞カヌカラ一言之ヲ批評シヤウト思フ抑第三〇三者承繼人ノ意義ニ付テハ從來大家ト稱セラルル法律學者デサヘ往往誤ヲ傳ヘテ居ルノデアアルカラ右ノ判決例ノアルノモ敢テ怪シムニ足ラスケレドモ併シ予ハ明ラカニ謬テ居ルト思フ第三〇三者及ビ承繼人ト云フ詞ハ一定ノ關係ヨリ言フコトデ包括承繼人ノ外ハ絶對ノ承繼人ト云フモノハナイノデアアル(包括承繼人スラ稀ニハ第三〇三者ト視ルベキコトガアル)故ニ民一七七ニ所謂第三者ハ何ノ關係ヨリ視タル第三

者デアアルカラ明カニシナケレバナラス然ルニ是ハ同條ノ明文ニ由テ物權ノ得喪變更ヨリ視タル第三者デアルト云フコトガ最モ明カデアアル今本件ニ付テ觀ルニ地上權ノ取得ニ關シ土地所有者ガ第三者ヲ否ヤガ問題デアアル然ラバ地上權ノ取得行爲ニ付キ當事者ナラザリシ土地所有者ガ第三者タルコトハ實ニ火ヲ暗ルヨリモ明カデアルト謂ハチバナラス成程地上權ノ讓受人ハ讓渡人ノ承繼人デアアルニハ相違ナイガ其ハ一旦其讓受ガ第三者タル土地所有者ニ對抗シ得ラルルモノトナッタ後其權利ノ内容ヲ論ズルニ方ッテハ承繼人トシテ讓渡人ト同一ノ權利ヲ有スル者デアアルコトヲ意味スルニ過ギヌノデアアル然ラズバ甲ガ乙ノタメニ地上權ヲ設定シタル後其目的地ノ所有權ヲ丙ニ讓渡シタル場合ニ於テモ丙ハ甲ノ承繼人デアアルカラ乙ノ地上權ガ登記シテナクトモ甲ニ對抗シ得ベキモノデアアルト云フ理由ニ據ッテ甲ノ承繼人タル丙ニモ對抗シ得ベキモノデアアルト謂ハチバナラヌヤウニナッテ登記ノ原則ハ全ク破壊セラレテ仕舞フデアラウ元來我民法ノ登記ニ關スル主義ハ大體ニ於テ佛國ノ主義ヲ採ッタモノデアアルケレドモ第三〇三者ニ付テハ佛國ノ如ク制限ヲ設ケナイカラ法文以外ニ於テ之ガ制限ヲ設ケヤウ

トスルノハ解釋者ノ謬デアルト思フ

三 動産ノ買主ガ其動産ヲ其儘賣主ニ賃貸ス ルトキハ引渡アルモノト視ルコトヲ得

動産ニ關スル物權ノ讓渡ハ其動産ノ引渡アルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルハ民法第七十八條ノ規定スル所ニシテ買主カ物ノ引渡ヲ受ケス其儘賣主ニ其物件ヲ賃貸スルコトアルモ簡易ノ引渡アリト云フヲ得サルヘク又借主ハ自己ノ使用收益ノ爲メニ賃借物ヲ所持スルモノナレハ賃貸借關係ニ因リテ當然貸主ノ爲メニ代理占有ヲ爲スモノト云フヲ得サルヲ以テ買主カ其儘賣主ニ賃貸シタルトキハ自己ニ占有ノ移轉ヲ得サルカ故ニ其讓渡行爲ハ第三者ニ對抗スルヲ得サルモノトス本件係争物件ハ訴外安藤兼太郎ニ於テ讓渡其儘賣主ニ賃貸シ以テ被控訴人ハ兼太郎ヨリ讓受更ニ其儘今西さんニ賃貸シタリトノ事實ハ被控訴人ノ認メテ争ハサル所ニシテ此事實ニ據リテハ訴外兼太郎及控訴人ニ於テ簡易ノ引受若クハ占有ノ改定等ニ依リ占有ヲ得タリトスルヲ得サレテ以テ被控訴人ハ第三者タル控訴人ニ對シ本件係争物ノ所有權ヲ主張スルコト能ハサルモノトス然ラハ控訴人カ今西さんニ對スル債權執行ノ爲メ本件物權ヲ差押ヘタルハ至當ニシテ被控訴人ノ請求ハ不當ナリ(明治三十七年四月二十三日東京控訴院第二民事部判決理由)

「引渡」トハ羅句語ノ「トラヂシヨ」(traditio)ニシテ占有ノ移轉ヲ意味スルコトハ蓋シ論ノナイ所デアラウ然ルニ占有ノ移轉ニ付テハ民一八二以下ニ規定ガアツテ其一八三ニ「代理人ガ自己ノ占有物ヲ爾後本人ノ爲メニ占有スヘキ意思ヲ表示シタルトキハ本人ハ之ニ因リテ占有權ヲ取得ス」トアル是ハ初ニ「代理人カ」トアルニ因ッテ占有ノ移轉前既ニ代理人トナッテ居ル者ニ付テノミ規定シタルカノ疑ヲ生ズルカモ知レヌガ併シ是ハ羅句語ノ「コンスタトウットム、ボッセソソリエム」(constitutum possessorium)即チ舊民法ニ所謂占有ノ改定財産編一九一、一項、三項ヲ認メタルコトデアアルコトハ從來格別議論ガナイヤウデアアル而シテ法文ニナゼ突然「代理人カ」ト書イタカト云フト本人ガ占有ヲ取得スル時ニハ既ニ代理人ノ資格ガ生ジテ居ルノデアアル換言スレバ「本人ノ爲メニ占有スヘキ意思ヲ表示」スル時ニ於テハ既ニ代理人ノ資格ヲ以テスルノデアアルカラ「代理人カ」ト曰ウテモ差支ナカラウト考ヘタノデアラウ然ルニ動産ノ賣主ガ買主ノ承諾ヲ得テ其動産ヲ直チニ買主ニ交付スル代リニ之ヲ賃借スル場合ニ於テハ「占有ノ改定」ガアルト云フコトハ從來學者ガ皆傳ヘテ居ル所デアアルカラ (Boissonade, *Projet de code civil, noni-éd.*, I, n° 298, P. 403; Baudry-Dacanthorie,

Précis de droit civil, 72 ed., III, no 512, 30, P. 328; *Denbunrg, Das langzeitliche Recht*, 2. Aufl., III, § 18, 1b. S. 60). 買主ハ之ニ由テ占有ヲ取得シ、即チ引渡ヲ受ケタ者ト謂キバナラヌ、然ルニ東京控訴院ハ明治卅七年四月廿三日ノ判決ヲ以テ反對ノ斷定ヲ下シタノハ予ガ意外ニ思フ所デアアル(法律新聞二〇六號一四頁)右ノ判決ニハ「借主ハ自己ノ使用收益ノ爲メニ賃借物ヲ所持スルモノナレバ賃貸借關係ニ因リテ當然貸主ノ爲ニ代理占有ヲ爲スモノト云フヲ得ナイト云ウテ居ルケレドモ、賃借人ハ其權原ノ性質上一面自己ノタメニ占有ヲナスト同時ニ一面賃貸人ノタメニ代理占有ヲナス者デアアル(Boissonade, *op. cit.*, n° 255, P. 359; n° 288 et suiv., P. 392 et suiv.; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, nos 1611 et 1614, P. 977 et 978; *Denbunrg*, a. a. O., § 10, 3.S. 41; § 13, S. 46 條)此事ハ佛民二二三六二項ニ於テモ略明カデアアルガ、殊ニ獨民八六八ニハ最も明カニ之ヲ規定シテ居ルノデアアル、我民法ニハ賃借人ニ付テ別ニ明文ハナケレドモ、占有ニ關スル規定ノ全體カラ明カデアアルダラウト思フ(就中民一八五ヲ民二〇四一項二號ト對照スベシ)成程獨民九三〇ニハ動産ノ所有權ノ移轉ニ付テ占有ノ改定ヲ以テ「ユーベルガトベ」(Uebergabe)ニ代フルコトヲ得ルト規定シテ居ルカラ、若シ「ユーベルガトベ」

ヲ「引渡」ト譯スルト云フト、占有ノ改定ハ眞ノ引渡デナイト云フ論決ヲ下サキバナラヌガ、併シ「引渡」ハ羅馬ノ「トラヂシヨ」ニ當ルトスレバ羅馬ノ「トラヂシヨ」ノ中ニハ明カニ占有ノ改定ヲ含ンデ居「タノデアアル」(*Denbunrg, Pandekten*, 3. Aufl., I, § 181, S. 419 ff.; § 211, S. 487; *Accarius, Précis de droit romain*, 3e éd.; I, no 225, P. 538, note 2.—*Vergl. Denbunrg, Das langzeitliche Recht*, § 101, I 2, S. 285). 然ラバナ、我民法ニハ獨逸民法ノ如ク動産權ノ讓渡ニ付テ特ニ占有改定ノ規定ヲ置カナカッタデアラウカト云フニ、其ハ汎ク占有ノ移轉ニ付テ民一八三ノ規定ガアル故ニ其必要ヲ見ナカッタデアアル、獨逸ニ於テハ占有ノ一般ノ規定トシテハ占有改定ノ事ガナクテ、特ニ動産ノ所有權ノ移轉ニ關シテ之ガ規定ヲ設ケタノデアアル、其理由ハ占有ノ改定ヲ認ムル必要ハ特ニ動産ノ所有權ノ移轉ニ付テ存スルモノトシタカラデアアル(*B. Rensz, Die zivile Lösung des Fiktions eines Bürgerlichen gesess. lands*, I, S. 406, Anm. 1, 410 第一草案八〇五ニハ汎ク占有ノ改定ノ規定ガアッテ動産ノ所有權ノ移轉ノ節ニハ其規定ガナカッタノデアアル)是ニ由ッテモ我民法一七八ノ解釋トシテ占有ノ改定ヲ引渡ノ方法ト認ムベキコトガ分ルデアラウト思フ、尙ホ民三四四ニ「質權ノ設定ハ債權者ニ其目的物ノ引渡ヲ爲

スニ因リテ其効力ヲ生スルモノトシテ次ニ同三四五ニ質權者ハ質權設定者ヲシテ自己ニ代ハリテ質物ノ占有ヲ爲サシムルコトヲ得ストアル是ハ主トシテ占有ノ改定ヲ認メヌコトヲ示シタモノデアアルガ此規定ヲ必要トシタノハ若シ此規定ガナカッタラバ前條ノ「引渡」ノ中ニ占有ノ改定ヲ含ムベキデアッタカラデアアル動産權ノ讓渡ニ付テハ同様ノ規定ガナイカラ占有ノ改定モ亦「引渡」ノ一方法トシテ之ヲ認メタモノデアアルト謂ハチバナラス本件ニ於テハ或ハ債務者ガ債權者ヲ害スルタメニ讓渡ヲナシタノデハナイカト疑ハルルヤウデアアルカラ自然判事ノ頭腦ニ不利益ノ感ヲ與ヘタカモ知レヌガ併シ之ガタメニ法律問題ノ見解ヲ左右シテハナラス

四 占有ノ効力

按スルニ民法第百九十二條ハ占有物カ占有ノ當初ヨリ動産タリシ場合ノ規定ナルカ故ニ占有物ニシテ其當初不動産タリシ場合ニ在テハ同條ノ規定ヲ適用スヘキモノニアラス然ルニ原院カ被上告人ハ本件立木ヲ買受ケ之ヲ伐採シテ伐木ト爲シタル事實ヲ確認シナガラ右規

定ヲ引用シテ上告人ニ對シ回復ヲ求ムルノ權利ナシト判定シタルハ不法ナリ(明治三十五年十月十四日大審院第一刑事部判決理由)

明治三十五年十月十四日大審院ガ下シタル判決ハ不當デアアルト思フ今法學志林ノ報ズル所ニ據レバ民一九二ハ占有物カ占有ノ當初ヨリ動産タリシ場合ノ規定ナルガ故ニ占有物ニシテ其當初不動産タリシ場合ニ在テハ同條ノ規定ヲ適用スヘキモノニアラストシテ控訴院ノ判決ヲ破毀シタヤウデアアルガ(法學志林三七號八九頁法律新聞一一一號一六頁)民一九二ハ斯ノ如キ區別ヲシテ居ラスノデアアル同條ニハ汎ク平穩且公然ニ動産ノ占有ヲ始メタル者カ善意ニシテ且過失ナキトキハ即時ニ其動産ノ上ニ行使スル權利ヲ取得ストアテ假令本件ノ立木ノ如ク初メ不動産タリシ物デモ是ガ動産トナッタ時即チ立木ガ伐採セラレタ時ニハ新ナル物ニ變ズルノデアアテ隨ッテ更ニ動産ノ占有ヲ始ムルノデアアル故ニ其伐採ノ時ニ善意ニシテ且過失ナキ以上ハ民一九二ノ適用ヲ受クベキデアアル而シテ立法論カラ觀テモ立木ヲ伐採スルト同時ニ之ヲ買受クル者モ立木ノ儘之ヲ買受ケテ然ル後之ヲ伐採スル者モ同一ノ保護ヲ受クルノガ當然デアラウト思フ然ラバ何ヲ苦ン

デ法文ニナキ區別ヲナス必要ガアラウカ聊カ了解ニ苦シムノデア
三〇

五 共有物ノ競賣ト競賣代金ノ分配

按スルニ民法第二百五十八條ニハ共有物ニ付キ共有者間ニ分割ノ協議調ハサルトキハ之ヲ
裁判所ニ請求スルコトヲ得ヘク裁判所ハ現物ヲ以テ分割ヲ爲スコト能ハサルトキ又ハ分割
ニ依リテ著シク其價額ヲ損スル虞アルトキハ共有物ノ競賣ヲ命スルコトヲ得ル旨ノ規定ア
リト雖モ民事訴訟法ニ於テハ共有物ヲ裁判所カ競賣ニ付シ其競賣代金ヲ各共有者ニ分配ス
ヘキ手續ニ關スル規定存セサルノミナラス判決ニ依リテハ共有物ヲ競賣ニ付シ其代金ヲ各
共有者ニ分配スルコトヲ得サルヲ以テ本件原告ノ請求ハ不當ナリトス云(明治三十五年三
月三十一日東京地方裁判所第四民事部判決理由)

法律新聞第八十四號ニ明治三十五年三月三十一日東京地方裁判所判決トシテ揭
載セルモノヲ看ルニ裁判所ハ現物ヲ以テ分割ヲ爲スコト能ハサルトキ又ハ分割
ニ依リテ著シク其價額ヲ損スル虞アルトキハ共有物ノ競賣ヲ命スルコトヲ得ル
旨ノ規定アリト雖民事訴訟法ニ於テハ共有物ヲ裁判所カ競賣ニ付シ其競賣代金
ヲ各共有者ニ分配スヘキ手續ニ關スル規定存セサルノミナラス判決ニ依リテハ

共有物ヲ競賣ニ附シ其代金ヲ各共有者ニ分配スルコトヲ得ス云云ト云ヘルノデ
アル予ハ此問題ニ付テ今現行法ニ缺典アルヤ否ヤヲ論ズルノデモナク現行法ヲ
改メタ方ガ一層便利デアアルヤ否ヤヲ講究スルノデモナク唯現行法ニ於テ此判決
ガ至當デアアルヤ否ヤヲ論ジヤウト思フ

第一 民法第二百五十八條ニ於テ共有者ノ協議調ハザルトキハ共有物ノ分割ヲ
裁判所ニ請求スルコトヲ得ルモノトシ若シ現物ヲ以テ其分割ヲ爲スコト能ハ
ザルトキ又ハ分割ニ因リテ著シク共有物ノ價格ヲ損スル虞アルトキハ裁判所
ハ其競賣ヲ命ズルコトヲ得ルモノトシタルコトハ右ノ判決ニ於テモ認メテ居
ルヤウデアアル然ラバ其競賣ヲ命ジテ吳レト請求シ來タナラバ裁判所ハ必ズ之
ヲ命ズルコトガ出來ル否法律ノ條件ガ具ハツテ居ル以上ハ其競賣ヲ命ズルノ外
ナイヤウニ思ハルルノニ裁判所ガ之ヲ拒ンダノハ實ニ了解ニ苦シムノデアアル
第二 裁判所ハ民法ノ實體規定ガアツテモ其手續ガ規定シテナイカラ實際之ヲ適
用スルコトガ出來ヌト云フ趣意ノヤウデアアルガ是レ亦予ガ了解セザル所デア
ル特別ノ手續ガ規定シテナケレバ普通ノ訴訟手續ヲ以テ競賣ヲ命ズレバ善イ

ノデアアル而シテ之ヲ命ジタル結果原告ハ競賣法ノ規定ニ據テ競賣ヲ請求スル
コトニナルデアラウ(競賣法三、二、三、六)是ハ第三者ヲシテ或行爲ヲ爲サシムベ
キコトヲ命ジタル場合ト略同一ノ結果トナルデアラウト思フ(民訴七三三、一項
民施五四參觀)

第三 裁判所ハ或ハ原告一定ノ申立ガ共有物ヲ競賣ニ付シ云云ト云フニ在ッタカ
ラ裁判所ニ於テ直チニ競賣ノ手續ヲ爲スコトヲ請求シタルモノト視タノデア
ルト云フカモ知レヌガ予ハ一件書類ヲ覽ナイカラ確ナ事ハ分ラヌケレドモ判
決文中ノ事實トシテ掲グル中ニ原告ノ陳述要旨ハ明カニ競賣法ニ從フニ在ッタ
リト記載シテアルデハナイカ故ニ競賣ニ付シ云云ノ文字ハ競賣法ニ依ル競賣
ヲ命ジテ吳レトノ意ナリシト解スル方ガ妥當デアルト思フ

第四 裁判所ハ或ハ競賣ハ出來ルニシテモ其代金ヲ各共有者ニ分配スルコトガ
出來スト云フカモ知レヌガ勿論競賣法ニ依テ競賣ヲ爲シ之ニ由テ得タル代金
ヲ受訴裁判所ガ現實ニ分配スルコトハ出來ヌガ判決文中ノ事實ニ據レバ原告
ハ原被各自代價ノ五分ノ一宛ヲ取得ストノ判決ヲ求メタルニテ即チ其ノ權利

ヲ認メテ吳レト請求シタルニ過ギザルヤウニ見ユルニ因リ毫モ不當ナルコト
ヲ見ナイノデアアル原來民法第二百五十八條ノ場合ハ分割ノ請求ガ主デアッテ其
一方法トシテ競賣ヲ命ズルコトヲ許スノデアアルカラ單ニ競賣ヲ命ズル丈ノ裁
判デハ濟マヌノデ必ズ其代價ヲ分ツベキ割合ヲ定メナケレバナラヌ故ニ原告
ガ單ニ競賣ヲ命ジテ吳レト請求シタナラバ少クモ文字ノ上ニ於テハ不當不完
全デアッテ同時ニ其代價分配ノ割合ヲモ定メテ吳レト請求スルノガ當然デア
ルト思フ

之ヲ要スルニ法律新聞ニ掲載セル判決文ニ據レバ原告ノ請求ニ不當ナル所アル
ヲ見ナイノニ之ヲ不當トシテ棄却セラレタルハ或ハ判決ガ不當デアリハセヌ
カト思フ茲ニ卑見ヲ述ベテ大方ノ諸賢ニ質シ併セテ將來ノ爲メ關係判事ノ再考
ヲ煩ハヌノデアアル

六 競落人ノ所有權ノ登記

係争物件ハ元被告倉三郎ノ所有タリシコトハ當事者間ニ争ナキ事實ナリ而シテ該物件ハ大
第一編 民法 乙 物權 六 競落人ノ所有權ノ登記 三三

阪區裁判所明治三十四年(メ)第四百二十三號強制競賣事件ニ付キ明治三十五年三月二十八日同裁判所ニ於テ競落人タル原告竹太郎ニ競落許可ノ決定ヲ爲シ其決定ノ確定シタル事實ハ甲第一號證ニヨリ明確ナリ又同一物件ヲ同年十一月十七日被告倉三郎ヨリ被告トセニ賣買シ且ツ其登記ヲ爲シタル事實ハ是亦當事者ニ争ヒナキ所ナリ然ルニ此後ノ賣買及ヒ登記ハ原告カ競落許可決定ニヨリ完全ニ所有權ヲ取得シタル後ニ係ルヲ以テ原告ニ對シ其效ナキモノトス

被告トセハ原告ノ所有權ハ登記ヲ經サルカ故ニ第三者タル被告ニ對抗スヘキ權利ニアラスト抗辯スレトモ競落人ハ競落許可ノ決定ニヨリ所有權ヲ取得スヘキハ民事訴訟法第六百八十六條ノ規定スル所又其登記ハ競落人ノ隨意ニ之ヲ爲スヲ得ス執行裁判所カ配當ヲ實施シタル後登記判事ニ囑託スヘキモノナルコトハ同法第七百條ノ規定スル所ナレハ此登記ハ敢テ取得ヲ第三者ニ對抗スル條件トシテ必要ナルニアラス民法第七十七條ニ依レハ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ト規定シ其原因ノ如何ヲ問ハサルカ如シト雖モ本條ハ其前條ニ物權ノ設定及ヒ移轉ハ當事者ノ意思表示ノミニ因リテ其效力ヲ生スルトアルヲ承ケタル規定ニシテ當事者ノ意思ニ基カサル移轉即チ強制競賣ニ因リテ取得シタル權利ニ適用スヘキモノニアラス依テ其抗辯ハ理由ナシ被告倉三郎ハ競賣進行ノ停止命令ヲ得之ヲ執行裁判所ニ提出シタルニ裁判所ハ誤リテ競賣ヲ遂行シタルモノナリト抗辯スレトモ原告ニ於テ其提出ノ事實ヲ認メサルニ拘ラス倉三郎ハ之ヲ立證セサルヲ以テ其抗辯ヲ認ムルニ由ナシ又

異議ノ訴訟ニ於テ強制執行ノ基ク債權ナキコト判明シタル上ハ競賣ハ原因ナキニ歸スルヲ以テ無効ナル旨抗辯スレトモ異議ノ訴訟ノ結果ニヨリ第三者ノ既得權ヲ生シタル執行處分ヲモ無効トスヘキモノニ非ス而シテ甲第二號證ニヨレハ大阪地方裁判所ニ於テ強制執行取消ノ判決(乙)第一號證ノ判決ニ當ル)ヲ爲シタルハ明治三十五年十月十四日ニシテ原告カ得タル競落許可決定ノ確定後ナルヲ以テ此抗辯モ理由ナシ又原告ニ於テ競賣ノ原因無効ナルコトヲ知リテ競落シタルモノナルヲ以テ其競落ハ無効ナル旨抗辯スレトモ所謂無効ノ原因トハ前記強制執行ノ基ク債權ナキコト及ヒ競賣ノ遂行ハ裁判所ノ誤リニ出テタリトコトヲ指スニ外ナラス然ルニ原告人異議ノ訴訟アルコトヲ知リ且ツ訴訟代理人ノ事務員ナレハトテ債權者本人黒田忠一ニ債權ナキコトヲ知レルモノト推論スルヲ得ス又競賣進行ノ命令アリタルコトヲ知レハトテ競落遂行ノ誤リナルコトヲ知レルモノト推論スルヲ得ス且ツ前二個ノ抗辯ヲ理由ナシトシタル上ハ此抗辯ノ理由ナキコトモ自ラ明瞭ナリ尙又異議ノ訴訟ニ於テ強制執行ヲ取消ス旨ノ判決ヲ得該判決ノ假執行宣告ニ基キ差押登記ノ抹消ヲ爲シタル上被告トセニ賣渡シタルモノナレハ原告ノ請求ハ不當ナル旨抗辯スレトモ甲第二號證ニヨレハ一旦執行裁判所ニ於テ右判決ニ基キ強制執行取消ノ決定ヲ爲シタルモ其決定ハ抗告裁判所ノ決定ニヨリ廢棄セラレタルコト明瞭ナレハ競落許可ノ決定ハ依然トシテ有效ニ存續ス而シテ被告倉三郎ハ民事訴訟法第六百四十八條ニヨリ競落手續ノ利害關係人ナレハ當然該決定ノ羈束ヲ受クヘキモノニシテ同人ニ對シテハ元來差押登記ノ必要アルモノニアラス故ニ同人ハ差押登記ノ抹消セラレタルヲ理由トシ原告カ該決定ニヨリ有效ニ所有權ヲ取得

セル物權ニ對シ之ヲ處分スル權利ヲ有セサルコト勿論ナレハ此抗辯モ亦理由ナキモノトス
云云(明治三十六年二月二十日大阪地方裁判所第二民事部判決理由)

明治三十六年二月二十日大阪地方裁判所ノ判決トシテ「法律新聞」二四一號(一一頁)
ニ掲グル所ニ據レバ、民一七七ノ規定ハ當事者ノ意思ニ基カザル權利ノ移轉ニ適
用スベキモノニ非ラズ、隨ッテ民訴六八六ノ規定ニ依ッテ競落人ガ取得シタル所有權
ハ登記前ニ於テ既ニ第三者ニ對抗シ得ベキモノデアルトシテ居ルヤウデアルガ、
是ハ誤ッテ居ルト思フ、民一七七ニハ汎ク「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」トアッテ當事者ノ意思ニ因ルモノニ限ッテ意味ハ少シモ現ハレテ居ラヌノデ
アル、成程前條ニハ「物權ノ設定及ヒ移轉ハ當事者ノ意思表示ノミニ因リテ其效力
ヲ生ス」トアッテ專ラ當事者ノ意思ニ因ルモノノミニ關シテ居ルニ相違ナイガ、是ハ
他ノ場合ニ付キ規定ヲ設クル必要ガナクカテデアアル、本問ノ場合タル法文ニ明
カニ競落人ガ所有權ヲ取得スルコトヲ規定シタル場合ノ如キハ別ニ民法ノ規定
ヲ待タズシテ權利移轉ノ時期明カデアアルガ、唯當事者ガ即時又ハ或時期ニ於テ權

利ヲ設定又ハ移轉セント欲スル場合ニ於テ其意思表示ノミニ因ッテ其效力ヲ生ズ
ルコトヲ得ルヤ否ヤ或ハ引渡、登記等ノアルマデハ其效力ヲ生ゼザルニ非ザルカ
ハ時ト國トニ依リ其主義ヲ同ジウセザル所デアッテ、必ズ法文ヲ以テ其孰レノ主義
ヲ取ルカラ定メテバナラヌカラ、我民法ハ其一七六ヲ以テ意思表示ノミニ因リ權
利ノ設定、移轉ガ效力ヲ生ズベキコトヲ定メタルデアアル、之ニ反シテ民一七七ハ登
記ノ效力ノ原則ヲ定メタル唯一ノ箇條ニシテ此箇條ニ依ッテノミニ我民法ハ登記ヲ
以テ權利ヲ第三者ニ對抗スル條件トスルノ主義ヲ取ッテコトガ分ルノデアアル、而シ
テ本條ガ大阪地方裁判所ノ判決ニ言フガ如ク當事者ノ意思ニ因ルモノノミニ關
セザルコトハ前條ニハ「物權ノ設定及ヒ移轉」ト云フニ拘ハラズ本條ニハ「物權ノ得喪
及ヒ變更」ト云ヘルニ因ッテモ分ルノデアアル、故ニ相續ノ場合ト雖モ其登記アルマデ
ハ第三者ハ被相續人ヲ以テ權利者ト視ルコトヲ得ルノデアアル、唯死亡ニ因ル相續
ノ場合ニ於テハ之ヲ權利者ト視タ所ガ本人ハ既ニ死亡シテ居ルカラ當然其相續
人ガ權利者デアルト云フコトニ歸著スルノデアアル、併シ死亡ニ因ラザル相續ノ場
合ニ於テハ(民九六四)全然民一七七ノ適用ガアルノデアアル、然ラズンバ登記ノ制ヲ

設ケタル趣旨ニ反スルコトニナルデアラウ、何トナレバ登記簿ニ隱居者ガ所有者トシテ登記シテアルカラ第三者ハ之レヲ信ジテ其所有權ヲ隱居者ヨリ買受ケタルニ後日相續人ヨリ其權利ニ屬スルモノトシテ之ガ取戻ヲ請求セラルベキモノトシタナラバ登記簿ハ殆ド罪ヲ作り良民ヲ騙ッテ其中ニ陥ルルモノト謂ハ子バナラス、或ハ隱居モ一種ノ意思表示ヨリ成立ツモノデアアルカラ、間接ニモセヨ是ハ當事者ノ意思ニ因ルモノデアルト曰フカモ知レヌガ、婚姻、養子縁組ノ取消等デアッタナラドウデアアルカ(民九六四、二號)皆同ジコトデナケレバナラス、然ラバ競落人ノ所有權ノ登記モ同ジ事デ民事訴訟法ハ單ニ之ヲ登記セヨト規定スルニ止マッテ居ッテ其效力ハ矢張民法ニ依ッテ支配セラルベキモノデアアル、判決文ニハ此「登記ハ競落人ノ隨意ニ之ヲ爲スヲ得ス執行裁判所カ配當ヲ實施シタル後登記判事ニ囑託スヘキモノナル」ガ故ニ此登記ハ敢テ取得ヲ第三者ニ對抗スル條件トシテ必要ナルニアラスト云ッテ居ルケレドモ是ハ理由トナラスノデアアル、此場合ニハ差押ノ登記ガアルカラ(民訴六五二)所有權取得ノ登記ハ如何ニ遅レテモ差支ナイノデアアル、故ニ右ノ判決ノ理由ハ全然誤ッテ居ルト思フ

併シ本件ニ於テハ原告ノ訴訟ノ方針ガ間違ッテ居ッタヤウデアアル、即チ差押登記ノ抹消ガ不當デアッタト云フ裁判ガアッタヤウニ見ユルカラ、其抹消登記ノ抹消即チ登記ノ回復ヲ訴ヘレバヨカッタヤウデアアル、左スレバ勝訴ノ上ハ當然前ノ差押登記ガ效力ヲ有スルニ因ッテ、被告ノ一人ハ有效ニ所有權ヲ取得スルコトヲ得ナカッタモノトナッタデアラウ

七 永代地上權ハ期間ノ定ナキ地上權ナリ

按スルニ地上權ニ付テハ民法第二百六十八條第二項ニ於テ設定行為ヲ以テ存續期間ヲ定メサリシ場合當事者ノ請求ニ因リ裁判所ハ二十年以上五十年以下ノ範圍ニ於テ工作物又ハ竹木ノ種類及情況其他地上權設定當時ノ事情ヲ斟酌シ其存續期間ヲ定ムヘキ旨規定シアル迄ニテ當事者間設定行為ヲ以テ存續期間ヲ定ムルコトニ付テハ短期長期共毫モ其制限アルコトナシ若シ民法カ幾數百年又若クハ永代ト云フ如キ無制限ノ契約ヲ爲スコトヲ許ササル律意ナリトセハ永小作權ニ於ケル規定ノ如ク期間ヲ制限ス可キ筈ナルニ其制限ナキヲ以テ之ヲ見レハ其期間ハ當事者ノ設定行為ニ一任シ一切制限セサル律意ナリト解釋セサル可ラス殊ニ明治三十二年第八十三號登録税法改正法律第二條第七號ニハ「永代地上權ノ取得價格千分ノ二十五」トアリテ第八號ノ存續期間ノ定メナキ地上權取得ノ規定トハ全ク異別ニ其稅

額ヲ定メタルヲ見レハ永代地上權ハ法律ノ認ムル所ナルコトハ寔ニ明ナリ被上告代理人ハ右明治三十二年第八十三號法律ノ永代地上權ノ規定ハ外國人ニ於ケル永代地上權ノ爲メ規定セラレタルモノニシテ内國人ニハ關係ナキモノナリト云フト雖モ明治三十四年法律三十九號ヲ以テ永代借地權ニ關スル法律ヲ公布セラレタルト同時ニ民法施行法第四十五條ノ規定ハ廢止シ右第三十九號ノ法律ヲ以テ從前外國人ノ爲メニ設定セル地上權ヲ永代借地權ト改稱セラレ而シテ永代借地權ニハ其第三條ヲ以テ登録稅ヲ付セサル旨規定セラレタルモノナレハ若シ被上告代理人所論ノ如ク明治三十二年第八十三號改正登録稅法第二條第七號ノ永代地上權ノ規定カ外國人ノ爲メニ設定セル地上權ノミニ關スルモノナリトセハ該規定ハ右三十九號法律ノ公布ト同時ニ廢止セラレヘキ筈ナルニ其否ヲサルニ由テ之ヲ見レハ永代地上權ハ民法上認容スル所ナルヲ以テ此規定ノ存スルモノト認ムルハ當然ナリトス故ニ右被上告代理人ノ辯解ハ採用スルニ足ラス然ルニ原裁判所ハ「永代地上權ハ存續期間ノ定メナキ地上權ト同一ニアラスト雖モ永代ノ場合モ亦終了期間ノ不確定ノ點ニ於テ存續期間ノ定メナキ場合ニ準ス可キモノニシテ民法ハ期間ノ定メナキ地上權ヲシテ無限ニ存續セシムルコトヲ許サス云云」ト説明シ永代地上權ハ民法上認容セサルモノト斷定シタルハ地上權ニ關スル法則ヲ誤解シ之ヲ不當ニ適用シタル不法ノ裁判ナリトス斯ノ如ク原判決ハ此點ヲ以テ破毀ス可キモノト認ムル已上ハ他ノ論點ニ對シ説明ヲ爲スノ要ナシ(明治三十六年十一月十六日大審院第二民事部判決理由)

明治三十六年十一月十六日大審院判決ハ其當ヲ得ナイト思フ、今「法學志林」ノ報ズ

ル所ニ據レバ大審院ハ民法ニ期間ノ制限ガナイカラ、永代ノ地上權ヲ設定スルコトヲ得ルノデ、民二六八、二項ヲ此場合ニ適用スルコトハ出來ヌ、「殊ニ明治三十二年第八十三號登録稅法改正法律第七號ニハ「永代地上權ノ取得價格千分ノ二十五」トアリテ其第八號ノ存續期間ノ定メナキ地上權取得ノ規定トハ全ク異別ニ其稅額ヲ定メタルヲ見レバ永代地上權ハ法律ノ認ムル所ナルコトハ寔ニ明ナリ被上告代理人ハ右明治三十二年第八十三號法律ノ永代地上權ノ規定ハ外國人ニ於ケル永代地上權ノ爲メ規定セラレタルモノニシテ内國人ニハ關係ナキモノナリト云フト雖モ明治三十四年法律第三十九號ヲ以テ永代借地權ニ關スル法律ヲ公布セラレタルト同時ニ民法施行法第四十五條ノ規定ハ廢止シ右第三十九號ノ法律ヲ以テ從前外國人ノ爲メニ設定セル地上權ヲ永代借地權ト改稱セラレ而シテ永代借地權ニハ其第三條ヲ以テ登録稅ヲ付セサル旨規定セラレタルモノナレハ若シ被上告代理人所論ノ如ク明治三十二年第八十三號改正登録稅法第二條第七號ノ永代地上權ノ規定カ外國人ノ爲メニ設定セル地上權ノミニ關スルモノナリトセハ該規定ハ右三十九號法律ノ公布ト同時ニ廢止セラレ可キ筈ナルニ其否

ラサルニ由テ之ヲ見レハ永代地上權ハ民法上認容スル所ナルヲ以テ此規定ノ存
 スルモノト認ムルハ當然ナリトス」ト判決シタヤウデアルガ(法學志林五二號七一
 頁法政大學講義錄一學年一〇號雜報四九頁)是ハ到底同意スルコトハ出來ナイ
 (第一)予が大審院ニ問ヒタイノハ永代ノ地上權ハ存續期間ノ定アル地上權デアル
 カ其定ナキ地上權デアルカト云フコトデアル蓋シ大審院ト雖モ期間ノ定アル地
 上權ダトハ曰ハヌデアラウ然ラバ何故ニ民二六八ヲ適用スルコトヲ拒ムノデア
 ラウカ成程立法論トシテハ永代ノ地上權ヲ認メナイ位ナラ最長期間ヲ定メサウ
 ナモノデアルト謂ヘルケレドモ是ハ一ノ立法論ニ過ギナイ如何ニモ予等ガ起草
 シタル原案ニハ最長期間ヲ規定シテ居タケレドモ多數ノ意見ヲ遂ニ之ヲ削除シ
 タノハ今以テ遺憾ニ思ウテ居ルケレドモ民二六八ノ規定ガ儼存シテ居ル以上ハ
 永代ノ地上權トシテ設定シタモノモ當事者ノ請求ニ因ッテ二十年以上五十年以下
 ニ定メラレルカラ眞ノ永代地上權ハ認メヌコトニナル
 (第二)登録税法ニ永代地上權ノ取得登記ノ登録税ガ規定シテアルカラ今日永代地
 上權ヲ認メテ居ルニ相違ナイト云フ論ハ聊カ驚カザルコトヲ得ナイ登録税法ノ

出來タ當時ニハ判決ニモ認メテ居ル如ク民法施行法四五ヲ以テ外國人ノ地上權
 ナルモノヲ規定シテ居テ是ハ舊外國人居留地ノ借地權デアルコトハ予ガ説明ヲ
 待タヌデアラウト思フ然ルニ此借地權ニハ永代ノモノガ多イノデ(悉ク皆永代借地
 權ナリシヤ否ヤハ疑問ナリ)條約上ノ既得權トシテ今俄ニ之ニ制限ヲ附スルコト
 ハ出來ヌカラ自ラ永代ノ地上權ヲ此場合ニ認メ子バナラヌコトトナルノデ大藏省
 ニ於テ起草シタル登録税法ニ之ガ登録税ヲ規定シタノデアル而シテ當時政府ハ其
 税ヲ取ル積デアッタケレドモ外國人ノ抗議ニ遭ウテ段段調査ノ末條約ノ解釋上税
 ヲ取ラヌ方ガ穩デアルト云フコトニナッテ三十四年法三九號三ニ之ヲ課セヌコトヲ
 明言スルニ至ッタ其前ニ勅令ヲ以テ既ニ登録税ヲ課セヌコトニナッテ居タケレドモ今
 必要ガナイカラ言ハヌ尙ホ名稱モ永代借地權トナッタ故ニ登録税法二七號ハ自ラ
 適用ノナイコトニナッタノデアル然ルニ大審院ハ其ナラバ特ニ之ヲ廢止シサウナ
 モノデアルト曰フガ是ハ聊カ迂濶タルコトヲ免レヌト思フ抑後法ハ前法ヲ廢ス
 ルコトハ法律ノ解釋上何人モ知ッテ居ル原則デアル故ニ後法ノ出ヅル時ニ特ニ前
 法ヲ廢スルコトヲ言フ必要ハナイノデアッテ外國ニ於テモ以前ハ大抵之ヲ明言セ

又例ニナッテ居リ、今日仍ホ此主義ヲ取ッテ居ル國ハ多イノデアアル、唯理論上ハ兎ニ角實際上大審院ノ判事諸公デスラ、登録税法二七號ヲ廢止スル明文ガナイカラ、マダ生キテ居ルノダト解サルル位デアッテ、時トシテハ疑ヲ生ズルコトガアルカラ、近來我邦ニ於テハ成ルベク之ヲ明言スル方針ヲ取ッテ居ルケレドモ、到底一切ノ廢止法令ヲ列擧スルコトハ難イノデ、往往後日漏レタモノヲ發見スルヲ例トシテ居ル、殊ニ或法令中ノ或規定ガ新法令ノタメニ效力ヲ失フ場合ニ特ニ之ヲ削除スル規定ヲ置クコトハ寧ロ例外デアルト謂ッテモヨカラウト思フ、況ヤ登録税法ハ大藏省ノ主管ニ屬シ永代借地權ニ關スル法律ハ司法省ノ主管ニ屬シテ居ルカラ、司法省ガ後法ヲ起草スルニ方ッテ前法ニ觸ルコトヲ避クル事情モアタッデアラウト思フノデアアル、或ハ畢竟登録税ヲ取ラスコトニスル必要ヲ認ムル位ナラ、初ニ之ヲ課セントシタノハ確ニ失錯デアルカラ、態ト登録税法ニ觸ラナカッタノカモ知レヌ、要スルニ登録税法二七號ハ今日謂フ所ノ永代借地權ニ課セントシタル税デアッテ今日ハ全く其效力ヲ失ッテ規定デアルコトハ名高イ舊外國人居留地問題ノ一斑ヲ知ッテ居ル人ハ蓋シ一人モ爭ハザル所デアラウト思フ

八 先取特權ノ效力

按スルニ被上告人ヨリ破産者ニ賣渡シタル清酒ハ上告人即チ破産管財人ハ既ニ換價處分ヲ了シ而シテ被上告人ハ其代價ノ拂渡前ニ於テ差押ヲ爲ササリシ事實ハ原判決ノ確定シタル所ニシテ被上告人カ其債權及ヒ優先權ノ届出ヲ爲シタルハ換價終了ノ後即チ其既ニ別除權ヲ行使スルチ得サル時期ニ在リシコトハ實ニ訴訟記録ニ徴シテ明晰ナリ抑先取特權ハ目的物ノ上ニ存スル權利ニシテ就中本件ノ如ク動産ノ上ニ存スルモノハ目的物ヲ第三取得者ニ引渡シタル後ハ其動産ニ付先取特權ヲ行フチ得サルコトハ民法第三百三十三條ニ於テ明カニ規定スル所ナリ然リ而シテ先取特權ノ性質タルハ唯目的物ノ上ニ存在スルニ過キサレトセハ純理ヲ以テ之ヲ言ヘハ此場合ニ於テ先取特權ハ業已ニ消滅シタルモノト斷定セサルチ得ス然レハ則チ民法第三百四條ノ規定即チ先取特權ヲ目的物ノ對價ニ對シテ行フコトヲ得トノ規定ハ特ニ法律ノ明文ヲ待テ而シテ後始メテ然ルコトヲ得ルニ過キス乃チ其先取特權當然ノ作用ニ非サルコト誠ニ明ニシテ其對價ノ拂渡又ハ引渡前ニ差押ヲ爲スコトヲ要スル所以ノ理由實ニ此ニ在リト云フヘシ先取特權ノ性質既ニ此ノ如クナリトセハ若シ先取特權者目的物ノ對價ニ對シテ之ヲ行ハント欲スレハ必スヤ其拂渡又ハ引渡前ニ於テ差押ヲ爲スチ要スルコトハ債務者カ目的物ヲ賣渡シタル場合ト破産管財人カ適法ノ手續ニ依リテ換

假テ爲シタル場合トニ因リテ消長スルノ理アル可ラス何トナレハ破産管財人ハ其任務ノ一トシテ破産財團ニ對スル總債權者ニ共通ナル利益ニ付テ之ヲ代表スルコトアルニ過キスシテ各個債權者ノ特殊ナル利益ニ付テ代表スル者ニ非サレハナリ由是觀之本件ニ於テ被上告人カ清酒ヲ換價シタル金額ノ上ニ先取特權ヲ有セサルコト誠ニ明白ナリ被上告人ハ民法第三百四條ニ債權者カ受クヘキ金錢云云ノ語アルヲ以テ債權者カ破産シタル場合ニハ其規定ヲ適用スヘキ限リニ在ラスト辯明スレトモ前既ニ說明シタル如ク先取特權ヲ目的物ノ對價ニ對シテ行フコトヲ得ル所以ハ該條ノ規定アルニ依ル故ニ若シ被上告人ノ辯明ヲ以テ果シテ當レリト爲サンカ被上告人ハ優先權ノ主張ト相容レサル結論ヲ得ルニ至ルヘシ況ンヤ破産者ハ其財產ニ關シテ權利ヲ行使スルコトヲ得サルニ止マリ之ヲ喪失スルモノニ非サルヲ以テ民法第三百四條ノ債權者ノ語ニハ破産ノ宣告ヲ受ケタル債權者モ亦包含スルモノト解釋スルニ於テテヤ被上告人ノ論旨ハ固ヨリ失當タルコトヲ免カレス又被上告人ハ抵當權者實權者カ各其權利ノ目的ヲ競賣スル場合ニ於テハ特ニ競落人ニ對シテ差押ヲ爲ス要ナキコトヲ援引シテ本件ニ於テモ亦差押ノ要ナキ旨主張スレトモ此ハ是抵當權實權ノ行使ニ因リテ競賣ヲ爲ス場合ナルヲ以テ特ニ競落人ニ對シテ其拂渡スヘキ對價ニ付テ差押ヲ爲ス要ナキニ外ナラス況ンヤ強制競賣ノ場合ニ於テハ必スヤ目的物ヲ差押ヘ而シテ之ヲ競賣スル手續ナルヲ以テ再對價ノ差押ヲ爲スカ如キハ重複ノ手續ナルニ於テオヤ加之抵當權者及ヒ實權者ト雖モ各其權利ノ行使ニ因ラスシテ目的物ノ賣却セラレタル場合ニ於テ其對價ニ付テ優先權ヲ行ハント欲スルトキハ民法第三百四條ノ規定ニ從ヒ差押ヲ爲スノ要アルコトハ同法第

三百五十條及ヒ第三百七十二條ニ徴シテ確モ疑ヲ容ルヘキニ非ス故ニ被上告人ノ此論旨モ亦採用スルニ由無シ(明治三十五年七月三日大審院第一民事部判決理由)

明治三十五年七月三日大審院ガ下シタル判決ハ不當デアルト思フ今和佛法律學校講義録ノ報ズル所ニ據レバ破産ノ場合ニ於テ破産管財人ガ先取特權ノ目的物ヲ賣却シタルトキハ先取特權者ハ最早其代價ノ上ニ先取特權ヲ行フコトヲ得ナイ從テ先取特權ハ全ク消滅スベキモノデアルト判決シタヤウデアアルガ(和佛法律學校講義録二四號雜報一頁法律經濟一七號四七頁)是ハ確ニ謬ッテ居ルト思フ先ヅ舊商一〇四五一項ニ據レバ破産管財人ハ優先權アル債權ヲ支拂ヒタル後ニ非ザレバ他ノ債權者ニ配當スルコトヲ得ナイトシテアル而シテ法文ニ區別ヲシナイカラ先取特權ハ其一般ノ先取特權タルト特別ノ先取特權タルト又動産ノ先取特權タルト不動産ノ先取特權タルトヲ問ハズ皆右ノ優先權中ニ包含セラレテ居ルコトハ蓋シ一點ノ疑モナカラウト思フ而シテ我現行法ニ於テハ總テノ優先權者ガ皆別除權ヲ有スルケレドモ(舊商九九七)別除權ハ權利ニシテ義務デハナイ故ニ若シ別除權者ガ其別除權ヲ行ハナケレバ破産管財人ハ破産財團ノ利益ヲ考ヘ別

除權者ニ全部ノ辨濟ヲ爲シテ別除權ヲ消滅セシメザル以上ハ舊商一〇一九、二項三號ハ「質物ヲ受戻スコト」トアレドモ是ハ現行法ノ用語ノ不精確ナルノデ汎ク別除權ノ目的物ニ適用スベキコトハ蓋シ異論ナキ所ナルベシ、尙ホ同條ハ唯管財人ガ之ヲ爲スニ付キ別段ノ條件ヲ要スルヤ否ヤノ問題ヲ決シタルモノデ、假ニ同條ニ記載セザルモノトスルモ管財人ノ概括的權限ニ據リ(舊商一〇一二、一〇一九、一項)荷モ換價ニ必要ナル事項ハ皆之ヲ爲スノ權限及ビ義務アリ其優先權消滅スベキデハナイ、是ハ亦至當ノ事ト謂ハチバナラヌ、凡ソ法律ガ特ニ保護スル必要アツテ先取特權ヲ與ヘタル以上ハ明文モナキニ破産ニ因ッテ其權利ガ消滅スベキ筈ハナイ、成程破産ノ場合ハ特ニ或先取特權ノ效力ヲ認メズト云フ明文ヲ置イタ例ハ外國ニナイデハナイガ(例佛商四五〇、五五〇)斯ノ如キ明文ナキ以上ハ破産ノ結果ニ因リ先取特權ガ效力ヲ失フベキモノトシテハ先取特權ノ目的ガ達セラレヌ事ガ多イノデアアル、何トナレバ破産ノ場合ノ如ク債務者ノ無資力ナルコト大抵明カナル場合ニ於テコソ特ニ先取特權ノ必要ガアルベキデカラデアアル、或ハ論者ハ速ニ別除權ヲ行ヘバヨイデハナイカト云フカモ知レヌガ、第一、法律ハ何時マデニ別

除權ヲ行ヘト云ツテ居ラヌカラ、何時之ヲ行ハウト勝手デアアル、況ヤ速ニ別除權ヲ行ハナイ、ニハ賣却ノ時機ヲ見計ラウトカ其他正當ノ理由アルコトモ稀デハナイニ於テヲヤト謂ハチバナラヌ、故ニ破産管財人ガ別除權者ニ全部ノ辨濟ヲ爲シテ別除權ヲ消滅セシムルヲ破産財團ノタメ利益ナリトスル場合ノ外一切別除權ノ目的ヲ賣却スルコトヲ得ナイトスルナラバ是モ一方法デアアルケレドモ、破産管財人ガ別除權ノ目的物ヲ勝手ニ賣却シテ而モ其賣却ガ直チニ先取特權ヲ消滅セシムルトハ頗ル無法ト謂ハチバナラヌ、成程動産上ノ先取特權(一般ノ先取特權ト特別ノ先取特權トヲ問ハズ)ハ債務者ガ其動産ヲ第三取得者ニ引渡シタル後ハ其動産ニ付キ之ヲ行フコトヲ得ズシテ(民三三三)單ニ其代價ノ「拂渡又ハ引渡前ニ差押ヲ爲シテ其代價ノ上ニ之ヲ行フコトヲ得ルニ過ギナイノデアアルガ(民三〇四)他ノ先取特權ハ完全ノ保護ヲ受クベキモノデアアルカラ問題トナラヌ、是ハ畢竟債務者ガ代價ヲ受取タ後ハ他ノ財産ト混ズルヲ常トスルガ故ニ、若シ先取特權ノ效力ヲ認ムレバ其目的物ニ代ハリタル物以外ノ物ノ上ニ其效力ヲ認ムル結果トナルコトガ多イカラデアアル、然ルニ破産ノ場合ニ於テハ破産管財人ガ先取特權ノ目的物ヲ

賣却シタルトキハ其代價ハ確ニ破産財團ノ中ニ這入ツタニ相違ナイカラ先取特權ノ效力ヲ認メテモ決シテ右ノ如キ不公平ノ結果ヲ來ス恐ハナイノデアアル而シテ破産管財人ハ一面破産者ノ代理人デハアルケレドモ一ノ公ノ機關デアツテ他ノ普通ノ代理人ノ如ク單ニ本人ノ利益ヲ圖ルベキ者デハナイ寧ロ債權者全體ノ利益ヲ公平ニ圖ラテバナラヌ然ルニ此者ガ假令破産財團ノ利益トハナルニモセヨ或債權者ノ先取特權ヲ奪フ結果ヲ生ズベキ行爲ヲ爲シテモ宜シイモノデアルト云フコトハ到底有リ得ベカラザルコトデアツテ是ハ現行法ノミナラズ其模範タリシ佛國法及ビ獨國法ニ於テモ又改正草案ニ於テモ決シテ認メザル所デアアル(佛商五四六乃至五五一 Lyon—men, Traité de droit Commercial, VIII P. 32et33, n.º 709ets. 猶破産法一二七草案一九九)

九 民三七四ハ遅延利息ニモ適用スヘキモノナリ

依テ案スルニ民法第三百七十四條ニ利息其他ノ定期金云云トアル其他ノト云ヘル文詞ハ間接ニ利息カ定期金ノ中ニ包含スルモノトシテ意味シ但書ニハ單ニ其以前ノ定期金ト云フアリ

別ニ利息ナル文詞ナキヲ以テ其定期金ナル文詞中ニハ利息モ包含スルコト明カニシテ又同條ニ其満期トナリタル最後ノ二年分云云トアルニ由テ觀レハ同條ニ在ル利息トハ單ニ定期金ノ性質ヲ有スル利息ノミヲ指シタルモノニシテ元金支拂期限後ノ利息即チ所謂遅延利息ヲ指シタルモノニ非ラサルモノト解釋セサル可カラス何トナレハ遅延利息ハ約定利息即チ元金支拂前ノ利息トハ其性質ヲ異ニシ民法第四百十九條規定ノ通り金銭ヲ目的トスル債務ノ不履行ヨリ生スル損害ノ賠償ナリ而シテ此利息ハ元金ノ支拂期前ニ在リテ定期拂タリシモノモ其以後ニ在リテハ元金ト共ニ債權者ノ督促次第何時ニテモ支拂ハサルヘカラサルモノニシテ特ニ利息ニ付テ支拂期ナルモノ存在セサルカ故ニ満期トナリタル最後ノ二年分云云ト云フコトヲ得可カラサルヲ以テナリ又抵當權者第三者ニ對シテ效力ヲ生スルハ債權者カ登記法ニ從ヒ其債權ヲ登記シタル場合ニ限ル然ルニ約定利息即チ元金支拂期前ノ利息ハ元金ト共ニ登記セラルト雖モ遅延利息ハ然ラサルモノニシテ此點ヨリ觀察スルモ遅延利息ニ對シ民法第三百七十四條ヲ適用スルハ失當ナリトス(明治三十三年五月二日大審院第二民事部判決理由)

本訴係争ノ金員ハ從來遅延利息ト稱シ辨濟期限後ノ利息ニシテ其性質損害賠償ニ屬シ民法第四百十九條ニ該當スルモノナレトモ同法第五百七十五條第二項第六百六十九條等ニ徴シ之レヲ類推セハ金銭ヲ目的トスル債務ノ不履行ヨリ生スル損害賠償ハ依然利息ト稱シ得ヘキヤ論ヲ俟タサルカ故ニ民法第三百七十四條ニ所謂利息トハ辨濟期前ノ利息ハ勿論辨濟期後ノ利息ヲモ包含スルモノト解釋スルヲ相當トス云云(明治三十二年九月二十七日大阪控訴第一編 民法 乙物權 九 民三七四ハ遅延利息ニモ適用スヘキモノナリ 五一)

院第二民事部判決理由

本件判決ノ要旨ニ對スル大阪控訴院ノ理由トスル處ヲ略言スレハ民法中第三百七十四條以外ノ數箇條ニ於テ規定スル利息中ニハ所謂遲延利息ヲ包含スル事明白ナルカ故ニ第三百七十四條ノ利息モ亦遲延利息ヲ包含スルモノナリト云フニアリ

然シナカラ余輩ハ只此一理由ノミヲ以テ直ニ民法第三百七十四條ノ利息中ニ遲延利息ヲ包含スルモノナリトノ斷案ヲナスヘキ根據トナスニ足ラサルヲ信スルカ故ニ茲ニ其理由ヲ述ヘ併セテ反對ノ卑見ヲ陳述セントス

民法カ其數箇條ニ於テ利息ナル文字中ニ遲延利息ヲ包含セシメタルノ事實ハ實ニ判決理由ノ示スカ如ク民法第四百四十二條第二項第五百七十五條第二項第六百六十九條第七百〇四條ノ利息ノ如キ其本質ニ於テ遲延利息ナルカ又ハ遲延利息ヲ包含スルモノナル事ハ蓋シ何人モ疑ナ容レサルヘク余輩敢テ反對ヲ主張スルモノニアラサルナリ然シナカラ民法カ使用シタル利息ナル文字ハ必ラスシモ常ニ遲延利息ヲ包含スルモノニアラス民法第五百九十條等ノ利息ノ如キ明ニ契約上ノ利息ノミヲ意味スルモノナリ果シテ然ラハ吾民法上ニ於テ利息ナル文字ハ遲延利息ヲ包含スル場合アルト同時ニ亦然ラサル場合ノ存スルモノト云フヘシ故ニ利息中遲延利息ヲ包含スルモノナル事否ヤハ各法條自體ニ付キテ判定スヘキ事ニシテ前ニ示セル第五百七十五條第二項等ノ利息中ニ遲延利息ヲ包含スルモノナル事ハ其法條ソレ自體カ其然ル所以ヲ示スカ故ナリ然ルニ判決ノ理由トスル處ハ前ニ示スカ如ク民法ノ使用スル利息ナル文字中遲延利息ヲ包含スル場合アルカ故ニ第三百七十四條ノ利息中ニ

モ亦遲延利息ヲ含ムモノナリト斷定シ一言ノ第三百七十四條自體ノ論究ニ及ブナキハ其當ヲ得タルモノニアラスト信スルナリ

是ヲ以テ余輩ハ先ツ第三百七十四條自體ニ付キテ攻究シ同條ニ所謂利息トハ定期金タル利息ノミヲ云フモノニシテ損害賠償ノ性質ヲ有スル遲延利期ハ定期金ニアラサルカ故ニ同條利息中ニハ遲延利息ヲ含マサルモノナリトノ反對卑見ヲ述ヘントスルナリ

第一、民法第三百七十四條ノ利息ハ定期金タル利息ノミヲ云フモノナリトス

民法第三百七十四條ハ抵當權者カ利息其他ノ定期金ヲ請求スル權利ヲ有スルトキハ其滿期トナリタル最後ノ二箇年分ニ付キテノミ其抵當權ヲ行フ事ヲ得但シ其以前ノ定期金ニ付キテモ滿期後特別ノ登記ヲ爲シタルトキハ其登記ノ時ヨリ之ヲ行フ事ヲ妨グスト規定ス故ニ本條ニヨリテ之レヲ見レハ抵當權ニヨリテ當然擔保セラルヘキ元本以外ノ債權ノ範圍ハ利息其他ノ定期金ノミナリ而モ定期金タル利息ニアラサレハ抵當權ニ依リテ當然擔保セラルヘキ限ニアラスト云フヘシ何トナレハ本條ハ利息其他ノ定期金ト明言シ本條所謂利息ト定期金トノ關係ハ其他ノ例示的接續詞ニヨリテ連結セラルヘノミナラス本條但書ニハ其以前ノ定期金云トアリテ此定期金タル利息ヲ包含スヘキモノナル事明白ナルカ故ナリ論者或ハ曰ン民法ニ於テ其他ノナル接續詞ハ必スシモ例示的意義ノミヲ有スルニアラスシテ其外ナル意味ニ使用セラルハ場合ナキニアラス故ヲ以テ本條所謂利息其他ノ定期金トハ利息及ヒ定期金ト規定スルモ同一ニシテ利息ト定期金トハ何等ノ關係ナク全ク別箇ノモノト見ルヘシト余輩亦強テ反對ヲ主張セス民法中或ハ論者ノ云フカ如キ意義ニ於テ其他

ノナル接續詞ヲ使用シタル場合アルカ故ナリ然リト雖モ本條但書ハ其以前ノ定期金ニ付テハ云云ト規定シ敢テ其以前ノ利息其他ノ定期金云云ト云ハス故ニ此定期金中ニ利息ヲモ包含スヘキモノトスルハ論者ト雖モ尙ホ首肯スル所ナルヘシ然ラハ即チ本條全體ヨリ觀察シ本條所謂利息ハ定期金タル性質ヲ有スルモノノミト解スヘキハ當然ノ理ト云フヘキナリ

第二、遅延利息ハ定期金タル性質ヲ有セス
 遅延利息ハ金錢ヲ目的トスル債務ノ不履行ヨリ生スル法定ノ損害賠償ナリ、(民法第四百十九條)既ニ其本質ニ於テ損害賠償タリ、尙ホ之ヲ以テ定期金ト云フヲ得ヘキヤ、是ニ於テ定期金ノ何タルヲ示ササル可ラス、元來獨逸ニ於ケル定期金(Pfenn)ハ利息トハ全ク獨立ノ範圍ヲ占ムルモノニシテ一ハ他ノ中ニ包含セラレサルナリ、然レトモ吾民法上定期金ハ之レト異ナリ其意義甚タ漠然タルノ觀アリト雖モ余單ハ定期金トハ法律又ハ當事者ノ意思ニ依リ年年、月月、日日ト云フカ如ク定時ニ履行サナスヘキ金錢其他ノ物ヲ云フト定義シ、一債權ノ履行ノ時期カ定時ナルモノヲ定期金債權、(民法第六十八條、第六十九條、第五百五十二條、第六百十四條)ト云フ、此定義ニシテ果シテ正當ナラシメハ損害賠償ノ請求權ノ如キ其支拂ノ時期カ定時ナリト云フ事ヲ得サル債權ハ之レヲ定期金債權ト云フ事ヲ得サルヤ明白ナリト信スルナリ、論者或ハ曰ン若シ以上ノ所說ニシテ正當ナラシメハ契約上ノ利息ト雖モ當事者カ其支拂ヒノ時期ヲ元本ノ支拂時期ト同一トナシタルトキハ、たとヒ契約上ノ利息ト雖モ抵當權ニ依リテ擔保セラレサルニ至ルヘシ之レ大ニ不條理ニアラスヤト、余答ヘテ曰ン實ニ然リ然リト雖モ之レ只不條理タルニスキスシテ法律ノ明旨ハ處處余ノ所說ノ如クナラハ法律ノ解釋トシテ

又如何トモスル能ハサルナリト
 以上論スル處第一ト第二トチ合セ考フルトキハ民法第三百七十四條ノ利息ハ所謂遅延利息ヲ包含セサル事明白ナラント信ス(法典質疑會決議)

梅會長曰ク本文ハ委員會多數決ノ結果ニ依ルモノナリト雖モ予ハ之ニ同意スルコト能ハス蓋法文ヲ解スルニハ單ニ其文字ニ拘泥スヘカラス須ク其法全體ノ規定ヲ看テ立法者ノ眞意ヲ探究スヘキコトハ固ヨリ論ヲ俟タサル所ナリ然ルニ立法者モ亦神佛ニ非サルカ故ニ往往ニシテ不穩當ナル文字ヲ用フルコトアルハ實ニ免レサル所ナリ故ニ法文ノ意義不明ナルトキハ常ニ常識ニ訴ヘ條理ニ照シ立法者カ言ハント欲シタル所ヲ求メサル可ラス今民法第三百七十四條ノ文字ハ頗ル穩當ナラサルモノアルコトハ之ヲ認メサルヘカラスト雖モ其不穩當ナル文字ニ拘泥シテ本文ノ如ク解スルハ予カ同意シ難キ所ナリ評者モ言ハスヤ本文ニ依レハ定期ニ支拂フヘキモノニ非サル利息ハ契約上ノ利息ト雖モ第三百七十四條ヲ適用スヘキモノニ非スト然ルニ我邦ニ於テハ債權ノ元本ノ滿期ニ至リテ一時ニ利息ヲ併セ支拂フヘキモノトスル例頗ル多キコトハ借

用證書ノ文例トシテ來ル何年何月何日限元利無相違皆濟可仕候云云ト云ヘル
 モノ多キニ徴シテ明カナリ然リ而シテ此種ノ利息ト年年、每半年、月月等定期ニ
 支拂フヘキ利息ト當事者ノ意思ニ於テモ經濟上ノ性質ニ於テモ毫モ異ナルコ
 トナキハ評者モ之ヲ認ムルカ如シ(本文ノ論決ノ不條理ナルコトヲ認ムルニ據
 ル)而モ尙ホ前者ハ抵當權ニ由リテ擔保セラレス後者ハ之ニ由リテ擔保セラル
 ルモノトスルニハ尤モ明白爭フヘカラサル法文アルコトヲ要ス(殊ニ一時ニ支
 拂フヘキ利息ニハ三七四ヲ適用スヘカラサルモノトセハ抵當權者ハ當然其利
 息ニ付キ滿期後ニ於テ特別ノ登記ヲ爲シ其抵當權ヲ行フノ權利ナク更ニ之ニ
 付テ新ナル抵當權ヲ設定セシムルニ非サレハ其利息ハ全ク無擔保ノモノタラ
 サルヘカラサルコトヲ想フヘシ尙ホ不動産登記法一一七ニ據レハ汎ク利息ニ
 關スル定アルトキハ之ヲ登記スヘキモノトセリ(同法五〇)二項參觀若シ一時ニ
 支拂フヘキ利息ニ付テハ一切抵當權ナキモノトセハ之ヲ登記セシムルハ却テ
 第三者ノ誤解ヲ招クヘキカ故ニ立法者ハ必ズ定期ニ支拂フヘキ利息ニ關スル
 定ノミヲ登記セシメシナラン)今第三百七十四條ニハ單ニ利息ト云ヘルニ前者

ハ之ヲ包含セスト曰フハ予カ首肯スル能ハサル所ナリ評者道フゴトヲ休メヨ
 「利息其他ノ定期金」ト云ヒ但書ニ其以前ノ定期金ト云ヘル以上ハ茲ニ謂フ利息
 ハ必ズ定期金ノ性質ヲ有スルモノタラサルヘカラスト成程文字ヲ嚴格ニ解ス
 レハ洵ニ評者ノ言ノ如クナルヘシ然レトモ其他ノ文字ノ上ニ掲ケタルモノハ
 若シ通常其下ニ掲ケタルモノノ性質ヲ有スルトキハ假令時トシテ其性質ヲ有
 セサルコトアルモ往往ニシテ此文字ヲ用フルノ例アルコトハ評者モ亦認ムル所
 ナルニ非スヤ(民法七一、七四三、七五三、一一一四、一項、一一一五、商八、二六、一項、五八
 七〇、五號、三三八、三五五、三七七、四二一、四三一、一項一號、五三八、二項、五七八、一項、六
 四八、一項、六六三等參觀)而シテ但書ニ於テ單ニ定期金ト云ヒタルハ固ヨリ正確
 ヲ缺クノ譏ヲ免レスト雖モ一旦利息ノ多數カ定期金ナルコトヲ認メ本文ニ於
 テ「利息其他ノ定期金」ト云ヒタル以上ハ但書ニ於テ略シテ其以前ノ定期金ト云
 ヒタルハ汎ク利息ヲ包含スルモノトスルヲ妥當トス而シテ一タヒ定期金ナラ
 サル契約上ノ利息ニ付キ第三百七十四條ヲ適用スヘキモノトセハ遲延利息ニ
 付テモ亦之ヲ適用セサルヘカラサルハ殆ト當然ノ理ナリ利息ナル文字ヲ遲延

利息ノミ又ハ遅延利息及ヒ契約上ノ利息ノ意味ニ用ヒタル例ハ本文ニ示セルモノノ外民法中ノミニテモ殆ト枚舉ニ違アラズ(二九七、二項、三二二、三三三、一項、三二八、三四〇、三五八、四〇五、四九一、六四七、六五〇、一項、七九九、二項、九二七、二項、九四〇等參觀)故ニ第三百七十四條ノ利息中ニモ遅延利息ヲ包含スルモノト解セサルコトヲ得ス況ヤ從來ノ慣習上遅延利息カ契約上ノ利息ト共ニ抵當權ニ由リテ擔保セララルルコトハ毫モ疑ナキ所ナリシニ於テヤ

明治三十三年五月二日大審院ハ判決シテ曰ク民法第三百七十四條ハ遅延利息ニ適用スヘキモノニ非スト而シテ其理由ヲ問ヘハ左ノ三ヲ出エサルカ如シ

- 一 民法第三百七十四條ニ利息其他ノ定期金ト云ヒ尙ホ同但書ニ其以前ノ定期金ト云ヘルヲ以テ定期金ニ非サル遅延利息ニハ同條ヲ適用スヘカラサルコト
- 二 同條ニ其滿期ト爲リタル最後ノ二年分ト云ヘルヲ以テ支拂期ナキ遅延利息ニハ同條ヲ適用スヘカラサルコト
- 三 抵當權カ第三者ニ對シテ效力ヲ生スルニハ登記アルコトヲ要ス故ニ登記

ナキ遅延利息ハ抵當權ニ由リテ擔保セラレサルコト

予ハ此判決ニ服スルコト能ハス請フ右ノ三理由カ如何ニ薄弱ナルカヲ論セン

- 一 其他ナル文字ハ通常上ニ例示セルモノヲ包含スル字句ニ接續セシムル爲メニ之ヲ用フルト雖モ苟モ其大部分ヲ包含スヘキ場合ニ於テハ假令其全部ヲ包含セサルモ之ヲ用フルノ例ニ乏シカラス(民七二、七四三、七五三、一一四、一項、一一五、商八、二六、一項、五八、七〇、五號、三三八、三五五、三七七、四二二、四三一、一項、五三八、二項、五七八、一項、六四八、一項、六六三、等)今利息ハ定期金ナルヲ本則トスルカ故ニ立法者ハ利息其他ノ定期金ト云ヒ從テ但書ニ於テ略シテ單ニ定期金ト云ヒタルハ法文トシテ多少ノ批難ヲ免レサルヘキモ未タ是ノミニ據リテ定期金ニ非サル利息ハ皆同條中ニ包含セサルモノト速了スルコト能ハス然ラスンハ定期金ニ非サル約定利息ハ同條ノ適用ヲ受ケサルコトト爲ルヘク從テ法文ニハ單ニ利息ト云ヘルニ拘ハラス同一ノ性質ヲ有スル利息(約定利息)中ニ就キ擅ニ區別ヲ設ケ其一部ニ付テノミ同條ヲ適用セント欲スルモノト爲リ其不穩當ナルコト殆ト疑ヲ容レス殊ニ右ノ解釋ノ結果定期金ニ非サル約定利息ハ元

本ヲ擔保スル抵當權ニ由リテ當然擔保セラレルコトナキモノトスルトキハ竟ニ同條但書ノ規定ニ依リ特別ノ登記ヲ爲スコトサヘヲモ得サルコトト爲リ實ニ不當ノ極ニ陷ルヘシ立法者此ノ如キ不當ナル規定ヲ爲シタリトセンニハ最モ明白疑ナキ法文アルコトヲ要ス豈ニ單ニ其他ノ文字ニ拘泥シテ此解釋ヲ爲スコトヲ得ヘケンヤ而シテ一旦定期金ニ非サル約定利息ニ付キ同條ヲ適用スヘキモノトセハ多少其性質ヲ異ニスルニモセヨ利息ニ相違ナキ所謂遲延利息ニモ亦之ヲ適用セサルコトヲ得ス何トナレハ法文中遲延利息ノミ又ハ之ト約定利息トヲ併セテ單ニ利息ト云ヘル例民法ノミニテモ殆ト枚舉ニ遑アラサレハナリ(民二九七、二項、三二二、三三三、一項、三二八、三四〇、三五八、四〇五、四四二、二項、四九二、五七五、二項、六四七、六五〇、一項、六六九、七〇四、七九九、二項、九二七、二項、九四〇)等蓋シ遲延利息ハ其性質損害賠償タルコトハ我民法ノ明カニ認ムル所ナリト雖モ抑立法者カ金錢債務不履行ノ場合ニ於ケル損害賠償ノ標準ヲ約定利息又ハ法定利息ニ取リタル所以ノモノハ他ナシ金錢ハ何人ノ手ニ在ルモ必ス其利息ニ相當スル利益ヲ與ヘ又之ヲ受ケサル者ハ必ス其利息ニ相當スル損失ヲ被ム

ルモノトシタルニ因レリ故ニ純然タル利息即チ金錢使用ノ對價ヲ損害賠償トシテ拂ハシムルモノト謂テ可ナリ是レ蓋シ從來ノ立法者及ヒ學者カ多ク利息附債務不履行ノ場合ニ於テ約定利息カ辨濟スヘキ時期ニ至リ其性質ヲ變シテ遲延利息ト爲ルコトニスラ思ヒ及ハサリシ所以ナリ而シテ我慣習ニ於テモ從來此變化ヲ認メス尙ホ進ミテ法定利息ヲモ元本ノ爲メニスル抵當權ノ登記ニ由リ當然擔保スルモノト認メシカ故ニ最モ明白ナル法文ナキ限ハ此慣習ヲ打破シタルモノト爲スヘカラザルナリ

二 遲延利息ニ支拂期ナキヲ以テ之ニ滿期ノ文字ヲ適用スルコト能ハスト云フハ果シテ絶對ニ支拂期ナシトシタルカ若シ然ラハ是レ大ナル誤謬ナリ何トナレハ遲延利息ハ直チニ請求スルコトヲ得ルモノニシテ支拂期自ラ定メレルモノナレハナリ思フニ判決ノ意モ敢テ絶對ニ支拂期ナシトスルニハ在ラサルヘシ是レ債權者ノ督促次第何時ニテモ支拂ハサルヘカラサルモノニテ云云ト云ヘルニ由リテ明カナリ然ラハ單ニ支拂期ノ定ナシトノ意ナルヘシ然リト雖モ定期金ナル約定利息ニ付テモ亦支拂期ノ定ナキコトアリ況ヤ定期金ニ非サル

約定利息ヲ蓋シ滿期ト云フハ、辨濟期ノ到來シタルモノノ意ニシテ遲延利息ノ如キハ皆辨濟期ノ到來シタルモノ即チ滿期ト爲リタルモノト謂ハサルコトヲ得ス

三 抵當權ヲ第三者ニ對抗スルニ登記ヲ要スルコトハ法律ニ明文アル所ニシテ固ヨリ爭ナキ所ナリ唯一ノ債權ニ付キ抵當權ノ登記アリタル場合ニ於テ其抵當權カ如何ナル範圍ニマテ其債權ヲ擔保スルカカ問題ナリ先ツ判決ノ主意ニ從ヘハ約定利息カ定期金ニ非サル場合ニ於テモ苟モ此利息ノ約定アリタルコトヲ登記スル以上ハ元本ト共ニ其登記ニ由リテ擔保セラルルモノトセサルコトヲ得ス是レ或ハ第一點ト矛盾スルノ嫌ナシトセス尙ホ一步ヲ進ミテ論スレバ約定利息カ定期金ナル場合ニ於テモ利息ハ實際定期ニ支拂ハルルコト多キヲ以テ第三者ハ現在又ハ畢竟何程ノ利息ニ付テ抵當權ノ行使アルヘキカヲ知ルコト能ハス唯法律ハ民法第三百七十四條ヲ以テ最後ノ二年分ヨリ多クノ利息ニ付テ其抵當權ヲ行使スルコトヲ許ササルカ故ニ多クモ二年分ノ利息即チ年五分トスレハ元本ノ一割年一割トスレハ元本ノ二割ヲ超エサルヘキコトヲ

知ルノミ而シテ予ノ説ヲ採ルモ亦約定利息ト法定利息トヲ通シ二年分ヨリ多クノ利息ニ付キ其抵當權ヲ行フコトナキカ故ニ第三者ハ決シテ意外ノ損失ヲ被ムルノ虞ナシ論者道フコトヲ休メヨ約定利息ハ必ス其率ヲ登記スルモ遲延利息ハ之ヲ登記スルコトナク殊ニ債權カ無利息ナルトキハ利息ニ關シ何等ノ登記ナカルヘシト(一)約定利息法定利息ヨリ高キカ遲延利息モ亦約定利息ニ同シキコトハ民法第四百十九條第一項但書ニ明文アル所ナリ(二)約定利息法定利息ヨリ低キカ元本ノ期限後ハ法律ノ結果ニ因リ法定利息ヲ拂フヘキモノナルカ故ニ第三者モ亦之ヲ知ラサルヘカラス(三)假令債權無利息ナルモ期限後ハ遲延利息トシテ法定利息ヲ拂ハサルヘカラサルコト法律ノ結果ナルカ故ニ第三者ハ亦之ヲ知ラサルヘカラス要スルニ法定利息ヨリ高キ利息ノ登記アルトキハ其利息二年分其他ノ場合ニ於テハ法定利息二年分ハ元本ト共ニ抵當權ニ據リテ其辨濟ヲ求ムルコトアルヘキハ第三者カ知ラサルヘカラサル所ニシテ爲メニ抵當權ノ公示(登記)及ヒ限定(債權額及ヒ目的物ヲ限定スルコト)ノ主義ヲ傷クルコトナク第三者ハ決シテ意外ノ損失ヲ被ムルモノト爲スヘカラサルナリ

以上ノ理由ニ據リ予ハ前ニ掲ケタル大審院ノ判決ヲ以テ其當ヲ得サルモノト爲
スナリ道路傳フル所ヲ聞ケハ曰ク大審院ハ將ニ聯合會議ヲ開キ右ノ判例ヲ變更
スヘキヤ否ヤヲ決セントスト若シ之ヲシテ事實ナラシメハ予ハ信ス我大審院ノ
判事ノ賢明ナル其多數ハ必ス予等ト同一ノ意見ヲ持スルナラント(法典質疑錄第
三十號判決批評欄參觀)

一〇 抵當權移轉ノ登記ト登録税法

仍テ案スルニ本件登記ハ抵當權移轉ヲ目的トスルモノニシテ抵當權ノ移轉ハ移轉ヲ受クル
者ヨリ見ル時ハ抵當權ノ取得タルヲ當然ノ事理トス而シテ抵當權ノ取得ハ設定ニヨル場合
ト移轉ニヨル場合ト唯二箇ノ場合アルノミニシテ登録税法第二條第十三號ニ抵當權取得ノ
登記ニ付キ納付ス可キ税率ヲ規定シ其取得ノ原因カ設定シタルト移轉シタルトヲ區別セサ
ルヲ以テ同號ニハ右兩様ノ取得ノ登記ヲ包含スルモノト爲ステ當然ノ解釋トス然ラハ則チ
本件登記ノ申請ハ同號ノ登録稅ヲ納付ス可キモノニ該當スルヤ明白ニシテ登録税法第二條
第二十一號ニハ付記登記ノ税率ヲ定メ登記法第百二十五條ニハ抵當權移轉ノ登記ハ付記ニ
ヨリテ之ヲ爲ストアリテ而カモ登記法三所謂付記登記ト登録税法ノ所謂付記登記ト方同一

意義ノ語辭タル勿論ナリト雖トモ右登録税法第二條第二十一號ハ付記登記ノ總テノ場合ニ
同號ニ據ル可キコトヲ定メタルモノニアラスシテ本件ノ如キ同號以外ノ税率ニ準フ可キモ
ノハ素ヨリ其規定ノ範圍外ニ屬ス故ニ抗告人等カ抵當權取得ノ登録稅ヲ納付セス單ニ付記
登記ノ税率ヲ納メ本件登記ノ申請ヲ爲シタルハ失當ニシテ原廳ニ於テ該申請ヲ却下シタル
ハ相當ナリトス(明治三十五年六月三十日大阪地方裁判所第四民事部決定理由)

明治三十五年六月三十日大阪地方裁判所ガ下シタル決定モ亦不當デアルト思フ、
今其決定ノ要旨ヲ擧グレバ、主タル債權ト共ニ抵當權ヲ讓渡シタル場合ニ於テハ
登録税法第二條第一項第十三號ニ掲ゲタル登録稅ヲ拂フベキモノデアッテ、同第二
十一號ニ掲ゲタルモノヲ拂フベキデハナイト決定シタノデアルガ、今其理由ヲ釋
スルニ、抵當權ノ讓渡ハ抵當權ノ取得デアルガ故ニ右ノ第十三號ヲ適用スベキデ
アル、成程、抵當權ノ移轉ノ登記ハ附記ニ依リテ之ヲ爲スモノデアルカラ(不動産登
記法一二五)彼第二十一號ノ附記登記ノ税率ニ依ルベキデアルヤウニ見エルケレ
ドモ、第二十一號ノ附記登記ハ他號ニ含マザル場合ノ附記登記ノミデアッテ、本件ノ
如キ抵當權ノ取得ニ付テハ第十三號ノ規定ガアルカラ、其附記登記ハ第二十一號
ニハ含マザルモノデアルト云フノデアアル(法律新聞九六號五頁ニ據ル)然レドモ元

來附記ナルモノハ民法が始メテ之ヲ規定シ不動産登記法が更ニ之ヲ補ヒ登録稅法ガ之ニ課稅シタルノデアアル故ニ其性質ヲ明カニセント欲セバ先ヅ民法が如何ナル場合ニ如何ナル目的ヲ以テ附記ヲ命ジテ居ルカラ調ベナケレバナラヌ今予ノ記憶ニ存スル三ツノ場合ニ就テ看ルニ第一ハ抵當權若クハ其順位ノ讓渡又ハ拋棄ノ場合(民三七五)第二ハ次順位ノ抵當權者ガ先順位ノ抵當權者ニ代位シタル場合(民三九三)第三ハ保證人ガ先取特權質權抵當權ニ付キ債權者ニ代位スベキ場合(民五〇一、一號)デアアル而シテ何故ニ此場合ニ普通ノ登記ヲナサシメズシテ附登記ヲナサシムルカト云フト第一ニハ搜索ニ便スルタメ第二ニハ低額ノ登録稅ヲ拂ハシムルタメデアアル是ハ我新民法ニ於テ始メテ思附イタ事デハナク外國ノ模範法及ビ舊民法ニ同一ノ理由ヲ以テ之ヲ規定シテ居ッタノヲ採用シタルデアアル不動産登記法ハ此趣意ニ據ッテ民法ヲ補ヒ先取特權質權又ハ抵當權ノ移轉ノ登記ハ附記ニ依リテ之ヲ爲スト規定シタルデアアル(登一二五)是ハ一部ハ民法ト重複スルケレドモ元來民法ハ如何ナル場合ニ普通ノ登記ヲナシ如何ナル場合ニ附記登記ヲナスカラ定メタルデハナイ是ハ初カラ不動産登記法ニ讓ッタルデアアル(民一七七)

唯民法ノ趣意カラシテ當然附記登記トスベキ場合ニ付キ規定ヲ設クル際特ニ其趣意ヲ知ラシムルタメ「登記」ノ文字ヲ用ヒズシテ「附記」ノ文字ヲ用ヒタルニ過ギヌノデアアルカラ重複ヲ厭ハズ不動産登記法ニ右ノ規定ヲ設ケタルノガ寧ロ至當デアッタト謂フベキデアラウ但右ノ規定ガ全ク重複スルナラバ他ノ場合ニ於ケルガ如ク民法ノ規定ノミニ甘ジテ更ニ不動産登記法ニ規定スル勞ヲ省イタデアラウガ民法ハ先取特權質權抵當權ノ移轉ノ總テノ場合ニ付キ附記ニテ足レルコトヲ言ハヌニ因ッテ特ニ右ノ第二百二十五條ヲ設クル必要ガアツタルデアアル即チ先取特權ハ民法第三百七十五條ハ當嵌ラヌ又質權抵當權ニ付テモ右ノ第三百七十五條ハ質權者抵當權者ガ任意ニ其權利ノ讓渡ヲナシタル場合ノミニ適用セラレ(民三六一参照)法律ノ力ヲ以テ質權抵當權ヲ移轉シ又ハ本件ノ場合ノ如ク債權ト共ニ之ヲ渡讓シタル場合ニハ嵌ラヌノデアアル然ルニ同ジク擔保物權ノ移轉デアリナガラ一ハ附記ニ依ッテ登記シ他ハ普通ノ登記ニ依ルトスル理由ナキニ因リ不動産登記法ニ於テ一般ニ擔保物權ノ移轉ノ登記ハ總テ附記ニ依ッテ之ヲナス旨ヲ規定シタルハ能ク民法ノ趣意ニ適ッテ居ルノデアアル其他予ノ記憶ニ據レバ不動産登記法

中ニ尙ホ附記ノ二ツノ場合ヲ規定シテ居ルノデアルガ(登五六、五八)是ハ何レモ變更登記ノ場合デアルカラ本問ニ關係ナイト云フコトハ後ニ論ズルデアラウ、扱登録税法ガ登記ニ課税スルニ當テモ能ク民法及ビ不動産登記法ノ趣意ヲ守テ、附記登記ノ場合ニハ特ニ税率ヲ輕クシ、一般ニ分一税ノ而モ頗ル高率ナルモノヲ課スルニ拘ハラズ、此場合ニハ僅僅二十錢ノ低額税ヲ課スルニ止メタノデアアル、而シテ大阪ノ裁判所ガ主張スル如ク、登録税法第二條第一項第二十一號ハ附記登記ニ關スル原則ヲ掲ゲタルモノデ他號ノ規定ハ之ニ對スル例外ノ姿ヲナスモノデナイト云フコトハ、附記登記ノ場合ヲ通覽スレバ分ル、先ヅ此論ニ據ルト不動産登記法ニ規定シタル三ツノ場合ニ於テ皆右第二十一號ヲ適用スルコトハ出來ヌ、何トナレバ第五十六條及ビ第五十八條ノ場合ハ皆變更登記ノ場合デアルカラ次ノ第二十二號ヲ適用スベキモノデアッテ、第二百二十五條ノ場合ハ決定ニ言ヘルガ如ク先取特權、質權、抵當權ノ取得ノ場合デアルカラ同第十二號、第十三號ヲ適用スベキモノデアルカラデアアル、又民法ニ規定シタル場合ニモ大抵ハ第二十一號ヲ適用スベキモノデアナイヤウニ見エル、先ヅ第三百七十五條ノ場合ハ大率抵當權取得ノ場合デアアル、

即チ「抵當權」ヲ以テ他ノ債權ノ擔保ト爲スノハ取りモ直サズ「抵當權」ノミノ讓渡デアッテ即チ「抵當權」取得ノ場合デアアル、又同一ノ債務者ニ對スル他ノ債權者ノ利益ノ爲メ「抵當權」ヲ讓渡スルコトガ「抵當權」取得ノ場合デアアルコトハ言フヲ待タヌ、又「抵當權」ノ順位ヲ讓渡スルノモ「抵當權」ノ讓渡即チ「抵當權」取得ノ場合デアアルト思フ、併シ是ハ兎ニ角普通ノ「抵當權」取得ノ場合ト違フカラ第二十一號ヲ適用スベキモノデアルトシテモ、斯ク類似シタル場合ニ於テ斯ク著シキ差異ノアルノハ了解シ難イ事ト謂ハチバナラヌ、左スレバ全ク殘ルノハ「抵當權」若クハ其順位ノ拋棄ノ場合ノミデアアル、又代位ノ性質ニ就テハ大ニ議論ガアルケレドモ要スルニ權利取得ノ場合デアアルコトハ疑ナイト思フ、何トナレバ代位者ハ從來有セザリシ權利ヲ得タルニ相違ナイカラデアアル、然ラバ民法第三百九十三條及ビ第五百一條第一號ノ場合ニモ右ノ第二十一號ヲ適用スルコトハ出來ヌト謂ハチバナラヌ、或ハ第五百一條ノ場合ハ未ダ權利ヲ取得セザル前ニ附記ヲナスノデアアルカラ第二十一號ヲ適用スベキデアルト曰フカモ知レヌガ、サウスルト同ジク代位ノ附記デアッテ法文ニモ皆「代位」ト云ヒ「附記」ト云ッテ居ルノニ斯ク著シキ相異アリト曰フハ頗ル奇妙ナ事デアアル、

之ヲ要スルニ一ノ場合ヲ除イテハ附記登記ニハ第十二號第十三號又ハ第二十
 二號ノ規定ヲ適用スベキモノデアツテ所謂原則ヲ定メタル等ノ第二十一號ノ適用
 ハナイコトニナルノデアアル、剩ヘ其一ノ場合モ或ハ甚ダ稀ナル場合デアアルカ或
 ハ頗ル疑ハシイ場合デ結局最モ多クノ場合ニハ第二十一號ヲ適用スベキモノデ
 ナイト謂ハチバナラスコトニナルノデアアル、是ガ果シテ登録税法ノ正當ナル解釋
 デアラウカ予ハ甚ダ疑フノデアアル、今予ノ説ニ從ヘバ登録税法ノ解釋ハ極メテ圓
 満ニ出來ルノデアアル、同法第二條ニハ先ヅ第一號ヨリ第十七號ニ至ルマデニ原則
 ノ場合ヲ規定シ、第十八號以下ニ例外ノ場合ヲ規定シタノデアアル、是ハ法規ノ普通
 ノ順序デアツテ、稀ニ終リニ概括の規定ヲ置ク場合ニハ特ニ之ヲ明言スルノガ例デ
 アル、故ニ第十二號第十三號ハ擔保權取得ノ登記ニ關スル原則ヲ規定シ、第二十一
 號ガ例外トシテ附記ニ依ッテ登記ヲナスベキ場合ニノミ適用スベキ規定ヲ設ケタ
 ノデアアル、而シテ此場合ハ比較的稀ナル場合デ、新ニ此等ノ權利ガ發生スル場合、即
 チ質權、抵當權ニ就テ言ヘバ設定ノ場合ガ最モ多イコトハ言フヲ待タヌ所デアアル
 カラ、如何ニモ第十二號第十三號ガ原則タル實ヲ失ハナイノデアアル、而シテ何故ニ

第十三號ニ質權、抵當權ノ設定ト云ハナカッタカト云ヘバ、他ノ地上權、永小作權、賃借
 權、地役權、先取特權等ニ就テ皆取得ト云ッタカラ、質權、抵當權ニ就テノミ設定ト云ッテ
 ハ體裁其宜ヲ得ナイカラデアアル、然ラバ他ノ權利ニ就テハ何故ニ設定ト云ハナカッ
 タカト云フニ設定ト云フコトガ出來ナカッタカラデアアル、其譯ハ地上權、永小作權、賃
 借權、地役權ニ就テハ「設定」ト「移轉」トヲ含ミ先取特權ニハ「設定」ト云フコトガナイカ
 ラデアアル、尙ホ附ケ加ヘテ言ヘバ登録税ハ通例取得者ニ於テ拂フモノデアアルカラ
 殊ニ「設定」ノ文字ヲ避ケタモノカモ知レヌ、然ラバ何故ニ地上權等ノ移轉ノ場合ニ
 ハ附記ニ依ラズ隨テ分一税ヲ課セラレ、唯リ擔保權ノ移轉ノ場合ニノミ附記ニ依
 リ隨テ僅僅二十錢ノ定額税ヲ課セラルルノデアアルカト云フト、抑、擔保權ナルモノ
 ハ債權ト共ニ消滅スベキモノデアツテ、概シテ之ヲ言ヘバ短期ニシテ消滅スルモノ
 デアル、隨テ代位、更改等ノ場合ヲ除ク外、其移轉ノ場合ハ極メテ稀ナルベク、其代位
 更改等ノ場合ハ多クハ必要、已ムヲ得ザル場合ニシテ法律ガ特ニ保護シテ居ル場
 合ガ多イノデアアル、故ニ此場合ニハ一ニハ搜索ニ便スルタメ一ニハ低税ヲ課スル
 タメ特ニ附記ニ依ッテ登記ヲナスベキモノトシタノデアアル、之ニ反シテ地上權等ハ

或ハ永久ニ或ハ長期ヲ以テ之ヲ設定スルコトガ多イ故ニ其間ニ權利ノ移轉スルコトハ随分頻繁デアアルガ、是ハ所有權ノ移轉杯ト異ナル所ナク別段ニ保護スベキ理由モナキ故、普通ノ登記ニ依リ隨テ分一稅ヲ課セララルコトニナッテ居ルノデアラウ、殊ニ存續期間ノ定アルモノニ付テハ期間ノ長短ニ依ッテ稅率ヲ定メ、移轉ノ場合ニハ既ニ經過シタル期間ヲ控除シ其殘期ヲ標準トシテ課稅スルガ故ニ、設定ノ場合ヨリ低額ノ登録稅ヲ拂フコトニナッテ居ルケレドモ、擔保權ニ付テハ類似ノ規定ナキ故ニ反對稅ニ從ヘバ一層苛稅ヲ課スルコトナルノデアアル、況ヤ地上權等ノ取得ノ稅率ハ千分ノ一乃至五ナルニ擔保權ノ取得ノ稅率ハ常ニ千分ノ六ナルニ於テオヤデアアル、尙ホ附記ガ變更登記ニ係ル場合ニハ(登五六、五八)附記登記ノ登録稅二十錢ヲ拂ハズシテ變更登記ノ登録稅十錢ヲ拂フベキモノナルコトハ蓋シ疑ヲ容レヌデアラウ、何トナレバ管ニ上ニ述ベタル如ク法文ノ順序ハ原則ヲ先ニシテ例外ヲ後ニシタヤツニ見エルノミナラズ、變更登記ノ場合ハ右ノ二箇條ノ場合ヲ除クトキハ僅ニ表題部ノ變更ノミトナルノデアアルカラ、多分立法者ノ意ハ右ノ二箇條ノ場合ヲモ第二十二號ニ包含セシムル積デアッタラウト思ハレル、況ヤ附

記登記ハ屢、説明シタル如ク其登録稅ヲ低額ナラシムルノガ其一ノ目的デアアルノニ、低イ變更登記ノ登録稅ヲ課セズシテ却テ高イ附記登記ノ登録稅ヲ課スル理由ナキニ於テヲヤデアアル

本篇ハ旅行中ニ起稿シタモノデアッテ參考ノ材料ニ乏シイ故ニ、未ダ盡サザル所ガアルノデアアル、讀者諸君ドウゾ焉ヲ諒察シタマヘ

一一 抵當權登記抹消ノ請求ハ抵當權登記名義人ノミニ對シテ之ヲナスコトヲ得

本件原告主張ニ依ル事實ノ當否ヲ考査スルニ先チ其一定ノ申立ノ適當ヲ審察スルニ原告ハ第一乃至第三ノ申立ニヨリ所有權移轉登記及抵當權設定登記ノ各抹消ヲ求ムルニ當リ何レモ本訴ノ目的タル原登記上ニ於ケル登記權利者乃チ係爭建家ニ對スル所有權ノ移轉ヲ受ケタル者及ヒ抵當權ヲ取得シタル者ノミヲ對手トシ本訴ヲ提起セリト雖モ元來登記權利者及登記義務者共同ノ申請ニ基キ爲シタル登記ノ抹消ヲナスニハ前申請者ノ共同行為ヲ必要トスルモノナルカ故ニ從テ本件ノ如キ請求ヲ起ス場合ニ於テハ右説明ノ理由ニヨリ抹消セントスル原登記ノ登記權利者及登記義務者乃チ所有權ヲ移轉シタル者及抵當權ヲ設定シタル

第一編 民法

乙 物權

一一

抵當權登記抹消ノ請求ハ抵當權登記名義人ノミニ對シテ之ヲナスコトヲ得

七三

者タリシ者ノ雙方ヲ對手ト爲ササルベカラス

然ラサレハ到底登記ノ抹消ヲ爲スコト能ハサル場合ナルニ拘ラス原告ニ於テ前記ノ如ク單ニ原登記申請者タリシモノ、一方ノミニ對シ本訴ヲ提起シタルハ結局不動産登記法規定ノ趣旨ニ違背シ不可能ノ請求タルニ歸スルヲ以テ此點ニ於テ本訴ハ失當タルヲ免レザルモノトス云(明治三十六年十一月二十四日大阪地方裁判所第三民事部判決理由)

按スルニ不動産登記ハ原始登記ノ場合ヲ除ク外登記權利者ト登記義務者トノ必然的共同行為ニシテ抵當權登記抹消ノ場合ニ於テモ必然的共同行為ナリトス然ラハ本件抹消登記ノ場合ニ於テ登記上ノ權利者義務者ノ共同行為ヲ要スヘキモノナルニ原判決ニ於テ上告人一名ニ對シテ抵當權登記抹消ノ手續ヲナスヘキコトヲ命シタルハ上告人所論ノ如ク違法ノ判決ニシテ破毀ノ原因アルヲ免カレス此點ニ於テ原判決ヲ破毀スヘキノミナラス破上告人カ本訴ニ於テ請求スル所ハ訴外小山たまたま設定シタル抵當權ノ登記抹消ヲ上告人一名ニ對シテ請求スルモノナルコト其主張自體ニ於テ明白ナルヲ以テ其請求ハ正當ナラス云(明治三十七年二月五日東京控訴院第一民事部判決理由)

從來裁判例ニ於テハ多ク抵當權設定登記ノ登記權利者、即チ抵當權者及ビ其登記義務者、即チ抵當權設定者ニ對シテ抵當權登記抹消ノ請求ヲナスベキモノトシテ居ルノデアアルガ、予ハ之ニ同意スルコトガ出來ヌノデ、既ニ本誌ニ論ジタコトデアアル(法學志林四六號一頁)其後安濃津地方裁判所ニ於テハ予ト同論ヲ採用シタノデ

アルガ(法律新聞一八五號二〇頁)是ハ孤立ノ姿デ、他ハ皆前裁判例ヲ維持シテ居ルヤウデアアル(三十六年十一月二十四日大阪地方裁判所判決(法律新聞一七八號一四頁)三十七年二月五日東京控訴院判決(法律新聞一九三號九頁)等)然レドモ予ハ未ダ此裁判例ニ服スルコトガ出來ヌノデアアル、其論據ハ既ニ本誌ニ掲ゲタ通デアアルカラ、再ビ茲ニハ贅セヌガ、唯一點追加シテ置キタイ事ガアル、予ハ原來權利ノ側カラ登記ヲ觀察シテ、抵當權設定登記ノ登記義務者ハ其登記ヲ了レバ其義務ヲ免ルルノデアアテ、其後之ガ抹消登記ヲナスニハ抵當權ノ登記名義人ノミガ登記義務者デアアルコトヲ信ズルノデアアルガ、思フニ裁判例ハ登記原因ノ側カラ觀察シテ、初ノ登記原因、即チ抵當權設定行為ノ當事者ガ其抹消登記ノ登記義務者デアルトスルノデアアラウ、若シ然ラバ抵當權設定者ガ其所有權ヲ第三者ニ讓渡シタル場合ニ於テハ、裁判所ハ矢張前所有者、即チ抵當權設定者ヲ以テ登記義務者ノ一人トシナケレバナナルマイ、然レドモ既ニ抵當不動産ノ所有者ニ非ズ、隨ツテ其不動産ニ付キ何等ノ關係ヲ有セザル前所有者ニ登記ノ義務ガアルト云フコトハ實ニ常理ニ反スルノ甚シキモノデアアル、或ハ此場合ニハ現在ノ所有者ガ登記義務者デアルト云フカモ

第一編 民法 乙 物權 一一 抵當權登記抹消ノ請求ハ抵當權登記名義人ノミニ對シテ之ヲナスコトヲ得 七五

知レヌガ、自己ガ關係シタコトモナイ登記ノ抹消ニ其抹消登記ノ義務ガアルト云フコトハヨモヤ裁判所モ主張ハセマイト思フ、或ハ現在ノ所有者ハ抵當權設定者ノ承繼人デアルカラ、其義務ヲ承繼シタ者デアルト云フカモ知レヌガ、現所有者ハ所有權ノ承繼人デアアルケレドモ、抵當權ノ設定カラ見レバ全クノ其三者デアッテ、濫除サヘモ出來ル位デアアル(民三七八)故ニ抵當權ノ抹消登記ニ付テハ不動産ノ所有者ハ常ニ登記權利者デアッテ、決シテ登記義務者トナルコトハナイデアアル(法學志林四六號一頁參觀)

尙ホ本年二月五日東京控訴院判決ニ付テ一言スベキハ、右ノ判決ニ據レバ「本件抹消登記ノ場合ニ於テ登記上ノ權利者義務者ノ共同行為ヲ要スベキモノナルニ原判決ニ於テ上告人一名ニ對シテ抵當權登記抹消ノ手續ヲナスベキコトヲ命ジタルハ「違法ノ判決デアルトシテ居ルガ、是ハ文字ノ末ニ拘泥シタル論デ、忌憚ナク言ヘバ、聊カ揚足取ノ觀ナキニ非ズト謂ハテバナラス、近來往往ニシテ此類ノ判決ヲ見ルハ予ガ慨嘆スル所デアアル(法學志林三五號九頁參觀)又本文ト同意味ノ判例ニ付テハ同三二號三頁ヲ看ヨ、如何ニモ登記ノ申請カ登記權利者及ビ登記義務者ノ

共同行為デアアルコトハ固ヨリ疑ナキ所デアアルガ、恰モ是ガ疑ナキ所デアアルガ故ニ、假令原判決ニ「上告人一名ニ對シテ抵當權登記抹消ノ手續ヲナスベキコトヲ命ジ」テ居ルニモシロ、其ハ原告ノ請求ニ應ジ之ト共ニ抹消登記ノ申請ヲナスベキコトヲ命ジタルモノト解スベキデアッテ、之ヲ被告一人ニテ登記ノ申請ヲナスベキコトヲ命ジタルモノトシテ、違法ノ判決デアルト曰フノハ甚ダ酷デアルト謂ハテバナラス

一二 抵當權者ハ民三八二二項ノ一个月ノ期間經過前ニ抵當不動産ノ競賣ヲナスコトヲ得ズ

因テ案スルニ民法第三八二條ノ一个月ノ期間ハ上告人ノ如キ第三取得者ヨリ抵當權者ニ對シテ第三八三條ノ送達ヲ爲スニ付定メタルモノニシテ抵當權者カ抵當權ヲ實行スルニハ其通知後一个月ヲ經過セサル主旨ニアラサルノミナラス上告人ハ原審ニ於テ被上告人カ一个月ノ經過前ニ競賣ヲ請求シタル旨抗辯シタルニモ非サレハ原判決カ特ニ期間經過ノ如何ヲ判斷セス上告人ニ於テ法定ノ手續ヲ爲ササリシモノト認メタルハ相當ニシテ理由不備ニアラス又法則ヲ適用セサルモノニアラス云云(明治三十六年十一月二十五日大審院第二民事部

明治三十六年十一月二十五日大審院判決ハ民法第三百八十二條ノ一个月ノ期間ハ第三取得者ヨリ抵當權者ニ對シテ第三百八十三條ノ送達ヲ爲スニ付キ定メタルモノニシテ抵當權者ガ抵當權ヲ實行スルニハ其通知ノ後一个月ヲ經過セサル可ラサルニアラサルモノトシテ居ルヤウデアアルガ法律新聞一七八號一五頁法學志林五二號七四頁是ハ誤ッテ居ルト思フ民三八七ニハ明カニ抵當權者カ第三百八十二條ニ定メタル期間内ニ第三取得者ヨリ債務ノ辨濟又ハ滌除ノ通知ヲ受ケサルトキハ抵當不動産ノ競賣ヲ請求スルコトヲ得テアッテ其間ヲ經ギナケレバ競賣ヲ請求スルコトガ出來スト云フコトハ最モ疑ナキ所デアルト謂ハチバナラヌ然ラズバ特ニ右ノ箇條ヲ規定スル筈ガナイカラデアアル

一三 登記抹消請求ノ相手方

按スルニ登記ハ登記權利者及ヒ登記義務者又ハ其代理人登記所ニ出頭シテ之ヲ申請スルコトヲ要スルモノニシテ本件ニ於テ上告人カ抹消ヲ請求スル抵當權設定登記及ヒ所有權移轉

登記ハ固ト抵當權者ト抵當權設定者又ハ所有權ヲ移轉スル者ト其移轉ヲ受ケル者トノ共同ノ申請ニ基キタルモノナリ然レハ其登記ヲ抹消スルニモ前申請者ノ共同行爲ヲ要シ何レカ一方ノ行爲ノミニ因テハ抹消ス可カラサル筋合ナリ故ニ之カ抹消ヲ請求スル者ハ原登記ノ當事者雙方ヲ相手ト爲スヲ必要トス云云明治三十五年十二月二十六日大審院第二民事部判決理由

明治三十五年十二月二十六日大審院ガ下シタル判決ハ誤ッテ居ルト思フ今和佛法律學校講義録ノ報ズル所ニ據レバ右ノ判決ニハ「登記權利者及ビ登記義務者共同ノ申請ニ基キタル登記ヲ抹消スルニハ前申請者ノ共同行爲ヲ要スルモノトシテ居ルヤウデアアルガ和佛法律學校講義録三十六年度高等科五號雜報一八頁」予ノ信ズル所ニ據レバ抹消登記ニ付テモ別段ノ規定アル場合ヲ除ク外所謂「登記權利者」ト「登記義務者」トノ申請ヲ要スルモノデアアル(不動産登記法二六尙ホ同一四一乃至一四九參觀)而シテ「登記權利者」「登記義務者」ノ文字ハ我不動産登記法ニ於テ創定シタル文字デアッテ法文ニ其説明ヲ掲ゲテ居ラヌカラ其意義頗ル不明タルヲ免レヌケレドモ不動産登記法全體ノ精神カラ推シテ考ヘルノ外ナイ左スレバ「登記權利者」トハ登記ニ由ッテ自己ノ權利ヲ確メヤウト思フ者デ「登記義務者」トハ之ニ由ッテ自

己ノ權利ノ全部又ハ一部ノ喪失ヲ確ムベキ者デアルト謂ハチバナラス、先ヅ「登記
 權利者」ノ文字カラ視テモ「登記ノ權利ヲ有スル者」デ即チ登記ニ由テ確メント欲ス
 ル權利ヲ有スル者デアルコトハ疑ナイ、又「登記義務者」ハ「登記ノ義務ヲ負フ者」デア
 ルカラ之ニ由テ自己ノ權利ノ全部又ハ一部ノ喪失ヲ明カニスル者デナケレバナ
 ラヌ何トナレバ之ニ由テ自己ノ權利ニ何等ノ影響ヲ受ケナイ者ニ他人ノタメニ
 スル登記ニ付キ義務ノアルベキ謂レナキハ勿論、之ニ由テ自己ノ權利ノ増加ヲ確
 ムル者ハ登記ノ權利コソアレ其義務ノアルベキ謂レガナイカラデアアル、然ルニ登
 記法ノ上カラ觀察スレバ或登記ヲ抹消スル場合ニ於テハ抹消ニ因テ自己ノ權利
 ヲ確メント欲スル者即チ通常ハ抹消セントスル登記ノ登記義務者タリシ者ガ登
 記權利者デアッテ登記名義人即チ抹消セントスル登記ノ登記權利者タリシ者ガ登
 記義務者デアアル、何トナレバ登記法ノ上カラハ原則トシテ登記簿ニ記載シタル權
 利ノ外ハ認めヌノデアアルカラ、抹消登記ノ結果登記ノ上ニ於テ權利ノ増加スベキ
 者、例ヘバ抵當權ノ登記ノ抹消ニ因テ權利ノ増加ヲ見ル所有者、否ナ所有者ノ登記
 名義人ガ登記權利者デアッテ、抹消セラレテ登記上權利ヲ失ハントスル登記名義人

即チ右ノ例ニ於テハ抵當權ノ登記名義人ガ登記義務者デアアルコトハ明カデアアル
 カラデアアル、今本件ニ於テハ抹消セントスル登記ノ第三者ガ登記權利者デアアルコ
 トヲ前提トシテ居ルヤウデアアルケレドモ、タメニ登記義務者ノ變更スベキ謂レハ
 ナイ、就中前例ノ登記權利者ガ登記義務者トナルベキ筈ハナイ、何トナレバ此者ハ
 抹消登記ノ結果登記上權利ノ増加ヲ見ルノミデ、毫モ權利ノ減少ヲ見ナイカラデ
 アル、本件ノ事實ハ和佛法律學校講義録ノ記事簡略ニシテ之ヲ知ルコトヲ得ナイ
 ケレドモ、例ヘバ一番抵當權ノ登記ノ抹消ヲバ二番抵當權者其他所有者ノ債權者
 ヨリ請求スル場合トスレバ、其抵當權者ハ抹消ニ由テ登記上二番抵當權者ヨリ一
 番抵當權者ニ進ンデ其權利ノ増加ヲ見ルベク、他ノ債權者ハ所有者ノ權利ガ増加
 スルタメ自己モ其權利ニ付キ強制執行ヲナスコトガ出來即チ權利ノ増加ヲ見ル
 ベキデアアルカラ、是ガ登記權利者デアアルコトハ疑ナク、登記上ノ一番抵當權者ハ抹
 消ニ由テ其權利ノ喪失ヲ確ムベキ地位ニ在ル者デアアルカラ、其登記義務者タルコ
 ト亦疑ナク、所有者即チ一番抵當ノ登記義務者ガ此抹消登記ノ登記義務者デアアル
 ト云コトハ決シテナイノデアアル、何トナレバ此者ハ權利ノ増加ヲ見ルノミデアアル

カラデアアル然ラバ本件ノ判決ニ登記権利者及ビ登記義務者共同ノ申請ニ基キタル登記ヲ抹消スルニハ前申請者ノ共同行爲ヲ要スルモノトセルハ誤デアルト謂ハチバナラヌデハナイカ

一四 抵當權登記抹消ト其當事者

本件原告主張ノ事實ニ付テハ當事者間争ナキ所ナルヲ以テ争點ハ被告ハ本件登記抹消ノ手續ヲ爲スヘキ義務アリヤ若シ有リトセハ被告一人ニ對シ本件請求ヲ爲スヘキコトヲ得ルヤ否トニ歸着スヘシ依テ案スルニ抵當權者カ其裁判ヲ實行シ目的タル不動産カ競賣ニ付セラレタルトキハ其目的ノ上ニ存スル抵當權ニ競落ニ依リテ消滅スルコト競賣法ノ規定スル所ニシテ競落人ノ取得シタル權利ノ移轉ノ登記ハ裁判所カ登記所ニ囑托シテ之ヲ爲スモノナレトモ競落ニ因リテ消滅シタル抵當物ノ抹消登記ハ裁判所ノ囑托ニ因リテ之ヲ爲スモノニ非ルノミナラス不動産登記法第一條ノ規定ニ依レハ登記ハ抵當物ノ消滅ニ付テモ亦之ヲ爲スモノニシテ別段ノ規定ナキ限リハ登記シタル權利ノ消滅ニ因ル抹消ノ登記モ亦當事者ノ申請ニ基キテ之ヲ爲スモノト解釋スヘキヲ以テ本件ノ場合ニ於テハ被告ハ其消滅シタル抵當權ノ抹消登記ノ手續ヲ爲ス義務アルモノト認定スヘク被告カ引用シタル不動産登記法第二十九條第四百十八條ノ規定ハ本件ニ關シ適用ナキモノト認ムルヲ以テ此點ニ關スル被告

ノ抗辯ハ其理由ナキモノトス然レトモ凡ソ登記ハ登記權利者及登記義務者ノ申請ニ因リテ之ヲ爲スヲ原則トシ抹消ニ關スル登記モ亦登記權利者ト登記義務者ト共ニ申請スルニ因リテ之ヲ爲スモノニシテ本件ノ場合ニ於テハ別段ノ規定ナキヲ以テ其抹消ノ登記手續ヲ爲スニハ被告及本件抵當權ヲ設定シタル登記義務者ト共ニ申請スルニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ得サルナリ故ニ被告一人ニ對シ本件請求ヲ爲スニハ法律上不能行爲ヲ被告ニ要求スルモノナレハ則チ此點ニ於テ原告ノ請求ハ失當タルヲ免レス(明治三十五年五月五日東京地方裁判所第四民事部判決理由)

法律新聞第八十九號ニ據レバ東京地方裁判所ハ抵當權消滅ノ場合ニ於テ登記權利者ヨリ登記義務者ニ對シ抹消登記ノ請求ヲ爲スハ不能ヲ求ムルモノニシテ失當ナリ何トナレバ登記ハ雙方ノ申請ニ因ルベキモノナレバナリト判決シタノデアアル予ハ又一驚ヲ吃シタノデアアル此論鋒ヲ以テスレバ總テノ登記ノ請求ガ皆同一理由デ却下セラルベキデアアル(判決若クハ相續ニ依ル登記及ビ不動産登記法一四一、一四二ノ場合ヲ除イテハ)成程論者ハ「其ハ一定ノ申立ガ惡イノデアアル單ニ登記ヲ請求セズシテ『原告ト共ニ登記ノ申請ヲ爲セヨ』ト請求スレバ善イノデアアル」ト云フカモ知レヌガ是ハ實ニ不深切ナ裁判ト謂ハチバナラヌ机上ノ空論デモ右様

ノ論鋒ハ之ヲ揚足取ト謂テ一笑ニ付シ去ルモノデアアルノニ堂堂タル裁判所ガ人民ノ生命、身分、財産ニ大影響アルベキ裁判ヲ爲スニ當テ「揚足取」ヲ以テ能事ト爲スヤウデハ甚ダ嘆ハシキ次第デアルト思フ、斯様ノ論鋒ヲ以テスレバ凡ソ債務ノ履行ハ多少債權者ノ行爲ヲ要スルコトガ多イカラ單ニ履行ノ請求ヲ爲セバ皆之ヲ却ケテバナラスデアラウ、例ヘバ原告ノ所有地ニ被告ガ家屋ヲ建築スル義務アル場合ニ於テ若シ其土地ニ圍障アリ且鎖鑰ヲ施シテアルナラバ原告ガ家屋ノ建築ヲ請求スルモ被告ノミノ行爲ニテ其義務ヲ履行スルコトガ出來ヌ、原告ニ於テモ土地ノ鎖鑰ヲ開カテバナラスカラ其請求ヲ却下スルト云ハテバナラヌ、又物ノ引渡ノ請求ニテモ引渡ハ被告ノ行爲ノミニテハ出來ヌ、必ズ原告ニ於テ之ヲ受取ル行爲ヲ要スルカラ此請求モ却下スルト云ハテバナラヌ

丙 債 權

一 重利ハ初ノ元本ノ利息ニ非ス

因テ其契約ニ關スル甲第二、三號證ノ約旨ヲ案スルニ甲第二、三號證ハ甲第一號證消費貸借支拂期限ノ延期證ニシテ且甲第一號證ノ貸借當日ヨリ起算シ既往ノ每年末ニ於テ已ニ延滞シタル利息ヲ元金ニ組入レ更ニ之ニ對シ組入ノ日ヨリ元金ノ利息ト同利率ノ利息ヲ支拂フコトヲ特約シタルモノトス即甲第二、三號證ハ已ニ延滞セル利息ニ付特約以前ノ各年末ニ遡リ之ヲ元金ト爲シ更ニ其日ヨリ利息ヲ附スル事ヲ爲シタルモノトス抑モ利息ナルモノハ之ヲ元金ニ更改シタル以後ニ於テハ之ニ利息ヲ附スルコトヲ約スルヲ得ベキハ勿論ナルモ既ニ利息トシテ生シタルモノニ付其性質ヲ契約以前ニ遡リテ元金ニ變更セシメントスルモ利息ハ實際其利息タル性質變スルモノニアラザルニヨリ右ノ約旨ハ必竟利息ニ利息ヲ附スルモノト云ハザルベカラス而シテ甲第一號證ノ約定利息ハ利息制限法第二條ニ定ムル制限内ノ最對高利率ハ更ニ利息ニ利息ヲ附セントスル甲第二、三號證ノ特約ハ甲第一號證ノ元金ニシテ制限利率ヲ超過セシムルモノナルカ故ニ不法ノ契約ナリト云ハザルヘカラズ(明治三十七年四月十三日東京控訴院第三民事部判決理由)

重利ハ利息ノ利息ナリト云フト、不當ナルモノノヤウニ思ハルルケレドモ、是ハ俗

ニ分リヨク言ヒタルモノデアッテ、法律的ニ言ヘバ利息ハ一定ノ時期ニ拂フベキモノデアルノニ、債務者ガ之ヲ拂ハキバ他ノ債務ノ不履行ト同シ事デアルカラ、更ニ之ニ利息ヲ附スルコトガ出來ル、名ケテ之ヲ「重利」ト曰フノデアアル、然レドモ此場合ニ於テハ延滞シタル利息ハ更ニ元本トナルノデアッテ、所謂「重利」ハ初ノ元本ノ利息デハナイ、故ニ初ノ利息ガ利息制限法ニ違反シテ居ラヌナラバ、其利息ガ延滞シタル場合ニ更ニ之ニ利息ヲ附スルトモ、タメニ利息制限法ニ違フ氣遣ハナイ、然ルニ三十七年四月十三日東京控訴院判決ニ初ノ利息ハ利息制限法第二條ニ定ムル制限内ノ最高額ナレバ更ニ利息ニ利息ヲ附セントスル特約ハ不法ノ契約ナリト云ッテ居ルノハ謬ッテ居ルト思フ、尙ホ民四〇五ハ特約ナキ場合ニ關シ當事者ノ普通ノ意思ヲ推測シ、利息カ一年分以上延滞シタル場合ニ於テ債權者ヨリ催告ヲ爲スモ債務者カ其利息ヲ拂ハサルトキニ限ッテ更ニ之ニ利息ヲ附スルコトヲ得ルモノト規定シテ居ルケレドモ、固ヨリ特約ヲ禁ズルノデナイコトハ蓋シ疑ノナイ所デアラウ、成程本件ニ於テハ特約以前ノ延滞利息ニ利息ヲ附スルコトトシタノデアッテ、隨分因業ナ契約ノヤウニ見ユルカラ、之ヲ無効トシタイト思フハ人情ノ弱點ナレ

ドモ、本判決ニシテ一たび判例トナッタナラバ、他ノ正當ナル特約マデモ無効トシナケレバナラヌヤウニナルカラ、茲ニ其不當ヲ鳴ラスノ已ムコトヲ得ナイノデアアル

二 間接訴權ハ債權者ニ第三債務者ヨリ 辨濟ヲ受クル權限ヲ與ヘズ

第一被控訴人ハ控訴人カ横井フサニ辨濟スル爲メフサノ債權者タル控訴人ニ支拂フ可シトノ請求ハ民法第四百二十三條第一項ニ違背セル不適法ノモノナリト主張スレトモ同條ハ債權者ヲシテ債務者ニ代ハリ間接ニ其權利ヲ行使シ以テ自己ノ債權ヲ保全スルコトヲ得セシムルノ趣旨ナレハ債權者ハ第三債務者ヲシテ債務者ニ對スル債權ノ履行トシテ自己ニ其ノ債務ノ辨濟ヲ爲サシムルコトヲ得ヘシ換言スレハ債權者ハ第三債務者ヨリ債務者ニ對スル債權ノ履行トシテ自己ノ債務ヲ取立ツルノ權アルヤ勿論ナリ、若シ否ラスシテ債務者ノ名義ヲ用ヒテ起訴シ直接ニ債務者ニ辨濟セシムルノ請求ヲ爲ササルヘカラストセンカ判決確定スルモ債權者ハ自ら其ノ判決ヲ執行スルニ由ナク、隨テ法律カ債權者ニ間接訴權ヲ與ヘタル趣旨ハ殆ント減却シ了ルニ至ラン而シテ一定ノ中立横井フサニ辨濟スルタメトハ控訴人自ラ釋明スル如クフサノ財産ニ歸屬セシムルノ謂ニ外ナラサレハ則チ債務者ニ對スル債權ノ履行ヲ求ムルモノナルコト明ニシテ且フサノ債權者タル控訴人ニ支拂フ可シトハ控訴

人自ヲ釋明スル如クフサニ代ハリテ債務ノ辨濟ヲ受ケルコト即チ債務ノ取立ヲ爲スノ意義ナルコト其前段ノ文詞ニ參照シテ明カナレハ本訴請求ハ前項法條ニ違背セルモノトハ謂フ可ラス

第二被控訴人喜代松鏡太郎ハ連帶借主同熊吉ハ連帶保證人トシテ横井ミナ不動産強制管理人古宇田義鼎トノ間ニ一ヶ年ノ期限ヲ以テ本訴建物ノ貸借ヲ爲シタルコト其貸借期限中本訴建物全部カ火災ニ罹リ滅失シタルコト及ヒ其滅失シタル建物ノ價格ハ金壹萬六千七百圓ナルコトハ何レモ被控訴人ノ是認シテ爭ハサル事實ナリ因リテ被控訴人ハ右建物ノ燒失ニ付之カ損害賠償ヲ爲スノ義務アルヤ否ヤヲ審案スルニ被控訴人ハ本件建物ヲ使用スルノ權利アルト同時ニ又期限ニ至リ之ヲ返還スルノ義務アルカ故ニ其返還ヲ爲スマテハ善其ナ管理ノ注意ヲ以テ之ヲ保存スルコトヲ要スルヲ論テ峽タス而シテ本訴ニ於テハ已ニ該建物滅失シテ返還不能トナリタルモノナレハ被控訴人ハ其滅失カ自己ノ過失ニ因由セザリシコトヲ舉證スルニアラサレハ之カ價格賠償ノ責ヲ免ルルヲ得ス然ルニ被控訴人ノ援用セル證據ハ一ツモ當院ヲシテ本訴建物ノ燒失ハ例ヘハ天災其他ノ不可抗力ノ如キ被控訴人ノ責ニ歸スヘカラサル原由ニ出タルコト換言スレハ其過失ニ因ラサルコトヲ信認セシムルニ足ルモノナケレハ結局被控訴人ハ之カ損害賠償ヲ爲スノ義務アリトス而シテ控訴人カ横井ミナノ承繼人横井フサニ對シテ債權ヲ有スルコトハ甲一號證判決正本ニ依リテ之ヲ認メ得ルカ故ニ其請求ハ至當ニシテ控訴ノ理由アルコト明ナレハ他ノ爭點ニ付ニテ說明スルノ要ナシ云云明治三十七年六月三十日大阪控訴院第二民事部判決理由

明治三十七年六月三十日大阪控訴院判決(法律新聞二二三號八頁)ニ據レバ、民四二三ハ債權者ヲシテ債務者ニ代ハリ間接ニ其權利ヲ行使シ以テ自己ノ債權ヲ保全スルコトヲ得セシムルノ趣旨ナレバ債權者ハ第三債務者ヲシテ債務者ニ對スル債務ノ履行トシテ自己ニ其債務ノ辨濟ヲ爲サシムルコトヲ得ベシ換言スレバ債權者ハ第三債務者ヨリ債務者ニ對スル債務ノ履行トシテ自身ニ其債務ヲ取立ツルノ權アルヤ勿論ナリトシテ居ルヤウデアルガ予ハ此判決ヲ不當トスル者デア
ル抑、間接訴權ノ行使ハ執行行為デナイコトハ從來爭ノナイ所デアルト思フガ、若シ右ノ判決ノ說ヲ採レバ、債權者ハ取立命令ヲ得タノト同ジ事ニナツテ、實際優先權ヲ有スル結果トナル、其譯ハ、債權者ガ第三債務者ヨリ受ケタルモノハ直チニ自己ノ債務者ニ支拂フベキモノデアルケレドモ、之ヲ自己ノ債權ト相殺スルコトガ出來ルカラデアル(債務ノ目的ハ債權者ノ債權ノ目的ト違フコトモアリ得ルケレドモ、實際ノ適用ハ本件ニ於ケルガ如ク雙方トモ金錢ヲ目的トスル場合ニ多イノデアル)若シ斯ノ如キ見解ヲ取レバ世ノ債權者ハ大抵皆債權ニ對スル強制執行ヲナス代リニ間接訴權ヲ行フコト、ナツテ、民訴五九四以下ノ規定ハ殆ド死文トナ

ツテ仕舞フデアラウ、右ノ判決ニ據レバ若シ「債務者ノ名義ヲ用ヒテ起訴シ直接ニ債務者ニ辨濟セシムルノ請求ヲ爲サルベカラズトセンカ判決確定スルモ債權者ハ自ラ其判決ヲ執行スルニ由ナク隨テ法律ガ債權者ニ間接訴權ヲ與ヘタル趣旨ハ殆ンド滅却シ了ルニ至ラン」トシテ居ルケレドモ、債權者ハ矢張債務者ニ代ツテ判決ノ執行ヲナスコトガ出來ルノデアアル、唯之ニ由ツテ債務者ガ受クベキモノハ直接ニ債務者ニ與フベキデアツテ、債權者ガ之ヲ受クルコトハ出來ナイノデアアル、論者ハ其デハ債權者ニ間接訴權ヲ與フル必要ガナイト曰フカモ知レヌガ、ソウデナイ、時效中斷等ノ利益ハ姑ク措キ、第三債務者ハ債權者ノ請求ニ應ジ債務者ニ對シテ辨濟ヲナスコトガ多カラウ、此場合ニ於テ債權者ガ直チニ債務者ニ請求スルトキハ、其辨濟ヲ得ルコトガ亦少クナイデアラウ、若シ債權者ガ其辨濟ヲ得ルコトガ六ヶ敷イト見タナラバ、民事訴訟法ノ規定ニ從ツテ差押ヲナセバヨイノデアアルカラ、先ヅ間接訴權ヲ行ウテ見ルノガ利益デアアル場合ハ稀デナカラウト思フ、原來間接訴權ハ佛法ニ取ツタモノデアアルガ、佛法ニ於テモ一般ニ予ノ見解ガ行ハレテ居ルヤウデアアル(Bandry, *Leaeningrigg*) *Précis de droit civil*, 7e éd., II, no 910, P. 660)

三 債權讓渡ノ通知又ハ承諾ノ確定日附

按スルニ民法第四百六十七條ハ指名債權ノ讓渡ニ關スル對抗條件ノ規定ニシテ公示方法ト云フコトヲ得サレトモ同法第七十七條及ヒ第七十八條ノ規定ト同一ノ主義ニ出テタルコトハ固ヨリ言テ待タズ抑對抗トハ讓渡ニ因リテ權利ヲ取得シタル者即チ讓受人カ其取得シタル權利ヲ讓渡人以外ノ者ニ對シテ主張スルノ謂ニ外ナラサルヲ以テ第四百六十七條第一項ハ指名債權ノ讓受人カ其權利ヲ債務者及ヒ其他ノ第三者ニ對抗スルニ必要ナル條件ヲ規定シタルモノニシテ其第二項ハ讓受人カ之ヲ債務者以外ノ第三者ニ對抗スルニ必要ナル條件ヲ規定シタルニ外ナラサルコト毫モ疑ナ容ルヘキニ非ス由是之ヲ觀レハ指名債權ノ讓受人カ其權利ヲ債務者以外ノ第三者ニ對抗センカ爲メニハ讓渡人カ讓渡ヲ債務者ニ通知シ若クハ債務者カ之ヲ承諾スルコトヲ要スル一條件ト其通知若クハ承諾ハ必スヤ確定日附アル證書ヲ以テスルコトヲ要スル一條件ト二條件具備スルコトヲ要スレトモ其之ヲ債務者ニ對抗モンカ爲メニハ唯第一ノ條件存スルヲ以テ足ルコト法文上自ラ明ナレハ債務者ハ一旦讓渡ノ通知ヲ受ケ若クハ之ヲ承諾スルトキハ確定日附タル證書ノ有無ニ關セス讓受人ト自巳トノ間ニ債務關係存在スルヲ以テ他ニ同一ノ債權ヲ主張スル者アラハ之ヲ排斥スルノ權アルヘキハ自明ノ理ナリト云ハサルヲ得ス之ヲ要スルニ民法第四百六十七條第二項ノ規定ハ債務者ト第三者トノ關係ヲ率ヘキ規定ニ非サルコトハ上來判示スル如クニシテ原判決

明治三十六年四月十八日大審院ガ下シタル判決ハ其當ヲ得ナイト思フ、今和佛法律學校講義録ノ報ズル所ニ據レバ大審院ハ「指名債權ノ債務者ガ一旦債權讓渡ノ通知ヲ受ケ若クハ之ヲ承諾スルトキハ確定日附アル證書ノ有無ニ拘ハラヌ讓受人ト自己トノ間ニ債務關係存立スルヲ以テ他ニ同一ノ債權ヲ主張スル者アラハ之ヲ排斥スルノ權利ヲ有スルモノトスト判決シタヤウデアアルガ(和佛法律學校講義録三十六年度高等科一〇號雜報四一頁)右ノ講義録ニハ判決ノ全文ヲ載セテナイ位デアッテ固ヨリ事實ノ詳細ヲ知ルニ由ナキガ故ニ委敷論ズルコトガ出來ヌガ併シ兎ニ角債權讓渡ノ通知又ハ承諾ニ確定日附アル證書ガナキニ債務者ガ之ヲ以テ他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルモノトシタル點ハ誤ッテ居ルヤウデアアル、但其第三者ガ同ジク債權ノ讓受人デアアルナラバ矢張其讓渡ノ通知ガアッテ且其通知ノ事實ガ確定日附アル證書ヲ以テ證セラレンケレバナラス、此場合ニ於テハ第二ノ讓渡ハ何人ニ對シテモ成立シテ居ルケレドモ、第一ノ讓渡ハ債務者以外ノ第三者ニハ對抗シ得ラレナイノデアアルカラ、之ヲ以テ第二ノ讓受人ニハ對抗スルコト

ヲ得ナイノデアアル、隨ッテ債務者ハ第二ノ讓受人ニ對シテ辨濟ヲシナケレバナラス、併シ若シモ第二ノ讓渡ニ付テ全ク通知ガナイカ又ハ確定日附ナキ通知ノミガアッタナラバ債務者ハ之ヲ排斥スルコトヲ得ルノハ固ヨリデアアル、何トナレバ此第二ノ讓渡ハ全ク讓渡ノ當事者以外ニ對抗シ得ラレナイモノデアアルカ又ハ其他債務者ニ對シテノミ成立スルコト第一ノ讓渡ニ等シキガ故ニ、債務者ノ眼ヨリ見レバ或ハ讓渡ガ全ク成立セザルカ或ハ既ニ第一ノ讓受人ガ債權ヲ取得シタル後舊債權者が最早有セザル所ノ債權ヲ讓渡シタルモノデアアルカラデアアル(民四六七)

四 債權ノ讓渡ハ特ニ保證人ニ通知スルニ及バズ

案スルニ債權讓渡ノ場合ニ債權者ニ爲スヘキ通知ハ獨リ主タル債務者ノミナラス從タル債務者即チ保證人ニモ通知ヲ爲スニアラサルハ讓渡ヲ以テ保證人ニ對抗シ得ヘカラサルコトハ民法第四百六十七條ノ解釋上疑ナ容レヌ然ルニ本件ニ於テハ主タル債務者佐野爲市ニ對シ債權讓渡ノ通知アリタルノミニテ保證人タル控訴人等ニ何等ノ通知ナキコトハ被控訴人ノ自認スルトコロナルヲ以テ被控訴人ノ請求ハ失當タルヲ免レス既ニ此點ニ於テ被控訴人

ノ請求ヲ排斥スル以上ハ他ノ争點ニ付説明ヲ爲スノ要ヲ看ス(明治三十六年〇月〇日大阪地方裁判所第一民事部判決理由)

「法律新聞」ニ大阪地方裁判所ノ判決トシテ聊カ驚クベキ判決ヲ掲ゲテ居ル(法律新聞一七一號八頁)其判決ニ據レバ債權讓渡ノ場合ニ債務者ニ爲スヘキ通知ハ獨リ主タル債務者ノミナラス從ナル債務者即チ保證人ニモ通知ヲ爲スニアラサレハ讓渡ヲ以テ保證人ニ抗對シ得ヘカラサルコトハ民法第四百六十七條ノ解釋上疑ヲ容レズトシテ居ルノデアルガ予ハ寧ロ保證人ニハ通知ヲナサズトモ讓渡ヲ以テ保證人ニ對抗シ得ベキコト疑ヲ容レズト曰ハント欲スルノデアル抑保證債務ノ從タル債務ナルコトハ判決ニモ認ムル所デアアルガ從タル債務ハ主タル債務ノ運命ニ隨フベキコトハ予ノ喋喋ヲ待タヌ所デアアル(民八七二項參觀)故ニ苟モ債權ノ讓渡ガ何人ニモ對抗シ得ベキモノトナク以上即チ主タル債務者ニ其通知ガアリ且其通知ガ確定日附アル證書ニ由テ證明セラルルナラバ保證人モ所謂債務者以外ノ第三者ナルガ故ニ確定日附アル證書ヲ要ス別ニ保證人ニ通知セズトモ之ニ對スル債權ハ當然債權ノ讓受人ニ移轉スベキデアアル然ラズバ保證債務ダケ

殘テ前債權者ニ對シテ存スルコトトナルケレドモ保證債務ハ決シテ獨立シテ存スルコトハ出來ヌカラデアアル我民四六七ハ佛民一六九〇其他之ニ倣ウテ設ケタル規定ヲ模範トシテ規定シタルモノデアアルガ佛民一六九二ニハ明カニ債權ノ讓渡ハ保證人ヲモ包含スルト云フ規定ガアツテ苟モ債權ノ讓渡ニ必要ナル手續ヲ踐ンダル以上ハ之ヲ以テ保證人ニモ對抗スルコトガ出來ルコトヲ示シテ居ッタノデアアル(佛國民法ニ於テハ承繼人及ビ第三者ノ觀念ガ我民法ト異ナル故)苟モ債權ノ讓渡ヲ主タル債務者ニ對抗シ得ベクナレバ保證人ニモ對抗シ得ベキノデアアル唯我民法ニ於テハ言フヲ待タヌトシテ之ヲ掲ゲナカッタノデアアル

五 民九四二二項ハ虛偽行爲ヨリ生ズル債權ノ讓渡ニ付テモ適用アリ

原判決ハ其理由ノ前段ニ於テ千葉龜吉ト被上告人トノ間ニ爲シタル賣買契約ハ虛偽ノ意思表示ナル事實ヲ確定シタリ而シテ上告人ハ前記ノ賣買契約ニ因リテ千葉龜吉カ被上告人ニ對シテ有スル賣買代金ノ支拂ヲ目的トスル債權ヲ讓受ケタリト主張スルモノナレハ被上告

第一編 民法 丙 債權 五 民九四二二項ハ虛偽行爲ヨリ生ズル債權ノ讓與渡ニ 九五 付テモ適用アリ

人ハ其讓渡ノ通知ヲ受ケルマテニ讓渡人タル龜吉ニ對シテ生シタル事由ヲ上告人ニ對抗スルヲ得ヘキコトハ民法第四百六十八條ノ規定ニ依リ自ラ明ナリ然レハ則本件ノ如キ虛偽ノ意思表示ニ因ル無効ハ所謂讓渡ノ通知ヲ受ケルマテニ讓渡人ニ對シテ生シタル事由ナルコト辯テ待タスシテ明ナルヲ以テ被告上告人ハ之ヲ上告人ニ對抗スルコトヲ得ヘシ乃チ本訴ノ場合ニ於テハ上告人カ善意ノ讓受人タルト否トヲ問ハス民法第九十四條ニ所謂第三者ニ該當セサルコト亦明白ナリ由是之ヲ觀レハ本件ニ付テ辨濟ノ有無及ヒ其行為ノ時期ト債權讓渡ノ通知トノ前後ノ如何ノ如キハ之ヲ判斷スルノ必要ナシ然ルニ原院カ一面ニ於テ前掲ノ如ク虛偽ノ意思表示ナル事實ヲ判斷シタルニ拘ラス他ノ一面ニ於テ上告人ハ善意ノ讓受人ナルカ故ニ虛偽ノ意思表示ナルコトヲ對抗スルヲ得サレトモ債權讓渡ノ通知前ニ於テ真正ノ賣主ニ辨濟アリタル事實ヲ判示シ以テ上告人ノ請求ヲ排斥シタルハ其論理一貫セスシテ失當タルコトヲ免レス然レトモ原院ノ確定シタル事實ニ依レハ上告人ノ請求理由ナキコト前示ノ如クニシテ結局原判決ハ相當ナルヲ以テ本論旨ハ上告ノ理由トナラス(明治三十七年一月二十八日大審院第一民事部判決理由)

明治三十七年一月二十八日大審院判決ハ虛偽ノ意思表示ニ因ッテ生シタル債權ヲ讓渡シ之ヲ通知シタル場合ニ於テハ其虛偽行為ノ無効ナルコトハ通知前ニ生シタル事由ニシテ讓渡人ニ對抗シ得ベキモノデアラカラ宜シク民四六八二項ヲ適用スベキ場合デアッテ民九四二項ヲ適用スベキ場合デハナイトシテ居ルヤウデア

ルガ(法律新聞一九一號八項)是ハ謬ッテ居ルト思フ民四六八二項ハ法律上何人ニ對シテモ成立シテ居ル事由ニ關スルモノデ假令讓受人ガ之ヲ知ラナカッタト曰ッテモ承繼人ノ事デアラカラ讓渡人ノ權利ヨリ強大ナル權利ヲ獲ベキ筈ガナイニ因ッテ此規定ガアルノデ實ハ此規定ナクトモ一般ノ原則ニ依ッテ當然言フヲ待タヌ所デアルケレドモ第一項ト比較シテ明瞭ナルタメ注意的ニ之ヲ明言シタルデアアル今虛偽ノ意思表示ノ無効ナルコトハ九四二項ノ規定ニ依ッテ之ヲ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ナイノデアアル故ニ善意ノ第三者ヨリハ無効ノ事由ガ存シテ居ラヌト云フコトヲ主張スルコトヲ得ルノデアアルカラ民四六八二項ニ所謂讓渡人ニ對シテ生シタル事由中ニ其無効ヲ包含スルモノトスルハ確ニ謬ッテ居ルト斷言スルヲ憚ラヌノデアアル原來九四二項ハ主トシテ善意ノ讓受人ヲ保護スルタメニ設ケタ規定デアルト謂ッテモヨイ位デ假ニ所有權ノ讓受デアッタトスレバ讓渡人ノ權利ガ虛偽行為ニ基イテ居ッテモ之ヲ以テ善意ノ讓受人ニ對抗スルコトヲ得ナイノハ蓋シ何人モ爭ハザル所デアラウ然ラバ債權ノ讓渡ノ場合ニ限ッテ虛偽行為ノ無効ヲ善意ノ讓受人ニ對抗スルコトノ出來ル筈ガナイデハナイカサレバコソ「ボワッ

第一編 民法 丙 債權 五 民九四、二項ハ虛偽行為ヨリ生ズル債權ノ讓渡ニ付テモ適用アリ 九七

ソナード氏ノ民法草案理由書ニハ第一ノ例トシテ虚偽行為ニ因テ生ジタル債權ノ讓渡ヲ掲ゲテ居ル位テアル (Project de Code civil, nouv. édit., T. IV, liv. V, n° 164, p. 1451 see edit., T. V, p. 151) 而モ「ボワソナー」氏ノ草案三六七三項ニモ民四六八二項ト同一ノ規定ヲ設ケテ居ルノデアル獨逸民法ニ於テハ虚偽行為ニ關シ我民九四二項ノ如キ概括的規定ガナク故ニ其第四百五條ヲ以テ明カニ虚偽行為ニ因ル債權ノ無効ハ之ヲ其善意ノ讓受人ニ對抗シ得ベカラザルコトヲ規定シテ居ルノデアアル而モ其第四百四條ヲ以テ我民四六八二項ト同様ノ規定ヲ設ケテ居ルノデアアル

六 不履行ニ因ル解除權ヲ行フニハ自己ノ債務ノ履行ヲ提供スルニ及バズ

本訴ニ付テ被控訴人ニ損害賠償及ヒ工賃支拂ノ義務アリト否ナ案スルニ(一)控訴人ハ被控訴人ニ於テ紙捲製造機械燒失後豫メ契約ノ履行ヲ拒ミタルニヨリ控訴人ハ被控訴人ニ對シ相當豫期間ヲ定メテ履行ノ催告ヲ爲シタルモ之ニ應セサルヲ以テ契約解除ノ意思表示ヲ爲シタルニヨリ當事者間ノ契約ハ解除セラレタリ故ニ被控訴人ハ其不履行ノ責ニ任セサル可ラスト主張シ被控訴人ハ控訴人ハ自己ノ債務履行ノ提供ヲ爲ササルニヨリ相當ノ猶豫期間

ヲ定メテ履行ノ催告ヲ爲シ解除ノ意思表示ヲ爲スモ該契約ハ被控訴人ノ不履行ノ爲ニ解除セラレルコトナク被控訴人ハ其履行ノ責ニ任スヘキ者ニ非スト抗辯スルヲ以テ茲ニ審究スヘキ争點ハ被控訴人ハ右契約不履行ノ責ニ任スヘキヤ否ナニ在リトス依テ案スルニ甲第一號及甲第三號(乙第一號及乙二號)ニ據レハ本件契約ハ要スルニ控訴人ハ其發明ニ係ルヲタラシメテト稱スル紙捲煙草製造機械廿臺ヲ限リ被控訴人ノ工場ニ据付ケ之ヲ使用シテ被控訴人ノ紙捲煙草ヲ製造シ被控訴人ハ其製造ノ結果ニ應シ工賃ヲ支拂フモノニシテ其雙務契約タルコト論ヲ俟タズ而シテ右當事者ニ於テ右契約ノ履行中火災ニヨリ紙捲煙草製造機械燒失シ爲メニ契約ノ履行ハ中断セラレタル状態ニ在ルコトハ争ナキヲ以テ當事者雙方ノ債務ハ共ニ辨濟期ニ在ルコト明シリ而シテ甲第八號甲第十六號ニ據レハ被控訴人ハ煙草製造機械燒失後豫メ控訴人カ債務ノ履行ヲ拒ミタルコト明白ナルヲ以テ控訴人ニ於テ被控訴人ニ對シ契約不履行ノ責ヲ負ハシメントスルニハ控訴人ハ被控訴人ニ對シ現實ニ債務履行ノ提供ヲ爲スコトヲ要セサルモ少クトモ控訴人ハ其債務履行ノ準備ヲ爲シタルコトヲ被控訴人ニ通知シ其履行ヲ受クヘキコトヲ催告セサル可ラスンハ縱令控訴人ニ於テ相當ノ期間ヲ定メ履行ノ催告ヲ爲シ被控訴人ノ之ニ應セサルトキ契約解除ノ通知ヲ爲スモ元來被控訴人ハ相手方カ其債務ノ履行ヲ提供スルカ或ハ履行ノ準備ヲ爲シタルコトヲ通知シ履行ヲ受クルノ催告ヲ爲スマテハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムノ權利ヲ有スルモノナルヲ以テ被控訴人ノ右不履行ニヨリ契約ノ解除セラレルコトナク從テ被控訴人ニ契約不履行ノ責ヲ負ハシムルコト能ハス然リ而シテ甲第四號證ニヨレハ控訴人ハ被控訴人ニ對シ相當期間ヲ定

メテ本件契約履行ノ催告ヲ爲シ又甲第五號證ニ據レハ被控訴人カ其催告ニ應セサルニヨリ
 契約解除ノ意思表示ヲ爲シタル事實ハ認ムルニ足ルモ控訴人カ被控訴人ニ對シ現實ニ債務
 履行ノ提供ヲ爲シタル事ハ其履行ノ準備ヲ爲シタル事ヲ通知シ履行ヲ受クルノ催告ヲ爲シ
 タル事實ハ毫モ見ルヘキモナキニヨリ控訴人カ右甲第四號證第五號證ノ手續ヲ爲ストモ
 之レカ爲メニ本件契約ノ當然解除セラレルコトナク從テ被控訴人ニ契約不履行ノ責ヲ負フ
 ヘキモノニアラスレハ控訴人カ損害賠償ノ請求ハ不當ナリ

(二)被控訴人ハ控訴人ノ請求ニ係ル明治三十五年五月分ノ工賃金三百四十六圓二十錢ハ既ニ
 被控訴人ヨリ控訴人ニ對スル債權ト相殺ノ意思表示ヲ爲シタリト抗辯スルニヨリ之ヲ案ス
 ルニ控訴人カ自己ノ債務ノ辨濟ヲ證スル爲メ提出シタル甲第六號證ノ末尾ニ依レハ五月分
 ノ工賃三百四十八圓五十錢及二十七圓七十錢ノ二口合計三百四十六圓二十錢ハ控訴人カ被控
 訴人ニ對スル債務ノ辨濟ニ充當シタルコトヲ認ムルニ足ルヲ以テ明治三十五年五月分ノ工
 賃金三百四十六圓二十錢ハ被控訴人抗辯ノ如ク既ニ相殺ヲ爲スノ意思表示ヲ爲シ控訴人之
 ナ承認シタルコトヲ推知スヘキニヨリ控訴人カ右工賃ノ請求モ亦不當ナリト云云(明治三
 十七年七月十一日大阪控訴院第一民事部判決理由)

明治三十七年七月十一日大阪控訴院判決ニ據レバ、雙務契約當事者ノ一方ガ豫メ
 他方ノ債務ノ履行ヲ受クルコトヲ拒ミタル場合ニ於テ他方ガ不履行ニ因ル解除
 權ヲ行ハシムルハ其債務ノ履行ノ準備ヲナシタルコトヲ相手方ニ通知セテバナラ

ス、換言スレバ不履行ニ因ル解除權ヲ行フニハ先ヅ自己ノ債務ノ履行ヲ提供セテ
 バナラヌトシテ居ルヤウデアアルガ(法律新聞二二七號八頁)是ハ謬ツテ居ルト思フ、
 民五四一ニ債務ヲ履行セサルト云フノハ雙務契約ニ在ツテハ必ズ一方ガ自己ノ
 債務ノ履行ヲ提供シタルニ拘ラズ相手方ガ其債務ノ履行ヲ拒ンダ場合ヲ言フノ
 デハナイ、是ハ他ノ箇條ニ於ケル如ク民四一二ノ規定ニ依リ債務者ガ遲滯者タル
 場合ヲ意味スルノデアアル故ニ其債務ノ履行ニ付キ確定期限ガアルナラバ其期限
 到來ノ時ヨリ、不確定期限ガアルナラバ債務者ガ其期限ノ到來ヲ知ツタ時ヨリ、其
 他ノ場合ニ於テハ債權者ノ請求ノ時ヨリ債務者ハ其債務ヲ履行セサル者ト謂フ
 ベキデアアル、而シテ雙務契約ニ在ツテハ若シ雙方ノ債務ニ付キ同一ノ確定期限ガ
 アレバ雙方ノ債務者ガ同時ニ遲滯者トナルノデアアルケレドモ、此場合ニハ雙方各
 解除權ヲ有スルコトトナルマデ決シテ民五四一ノ適用ヲ除外スルモノデハナ
 イ、又雙方ノ債務ニ付キ不確定期限アルトキハ先ニ其期限ノ到來ヲ知リタ者ガ先
 ツ遲滯者デアアル併シ相手方ガ解除權ヲ行フ場合ニハ最早其期限ノ到來ヲ知ツテ
 居ル筈デアアルカラ、同じク遲滯者デアアル、唯遲ク遲滯者トナツタタメ多少利益アル

第一編 民法 丙 債權 六 不履行ニ因ル解除權ヲ行フニハ自己ノ債務ノ履行ヲ一〇一
 提供スルニ及バズ

地位ニ立ツコトガアルデアラウ又雙方ノ債務ガ皆無期限無條件デアラナラバ先ニ請求ヲ受ケタ者ガ遲滯者デアアル請求ト提供トガ同一テナイコトガ明カデアアル以上ハ相手方ヲ遲滯ニ付スルニハ先ヅ自己ノ債務ノ提供ヲシナケレバナラヌトハ謂ハレヌ

然ラバ此場合ニ民五三三ノ規定ハ如何ニ適用セラルルカト云ヘバ先ニ請求ヲ受ケタル者ハ相手方ニ向ツテ先ヅ其債務ノ履行ヲ提供シナケレバ請求ニ應ズルコトハ出來ヌト答ヘル權利ガアルマデデアアル若シ自己ガ不履行ノ責ヲ免レヤウト思フナラバ民四九二四九三ニ依ツテ其債務ノ履行ヲ提供セテバオラヌ此場合ニ於テモ若シ相手方ガ自己ノ債務ノ履行ヲ提供シナイナラバ提供者ハ固ヨリ其履行ヲ拒ンデ宜イノデアアル而シテ此時ヨリハ全ク不履行ノ責ヲ免ルルノデアアルカラ相手方ノミガ不履行者デアアル然ラズシテ單ニ相手方ガ不履行者デアアルコトヲ口實トシテ自己ノ債務ノ履行ヲモ提供セズ而モ不履行ノ責ヲ免レヤウトシテモ法律ハ之ヲ許サヌノデアアル

本件當事者ニ於テ成立ニ爭ナキ甲第一號證ハ當事者雙方爲スヘキ義務ヲ負擔シ若シ一方カ其義務ニ違背スルトキハ他方ハ契約ノ解除ヲ爲シ得ヘキ雙務契約ナルコトハ其第一條及十條ニ依リ明白ナリ凡ソ雙務契約ノ場合ニ於テ一方カ他方ノ義務違背ニ由リ契約ヲ解除セントスルトキハ自己モ亦其義務ニ違背セサルコトヲ要ス若シ自己其義務ニ違背シタルトキハ假令他方ニ義務違背アルモ解除權ヲ行フコト能ハサルヤ勿論ナリトス然ルニ本件被控訴人ノ請求趣旨ハ控訴人ノ特許權アル安全燈爐及燃料等ハ被控訴人ニ限り之ヲ日本鐵道會社ニ賣込ムヘキ契約ナルニ控訴人ハ之ニ背キ日本鐵道會社ヨリ注文ヲ受ケナカラ被控訴人ニ告ケス無斷且ツ隱密ニ同會社ニ賣込ミ利益ヲ壟斷シタルニ付キ契約ヲ解除シ貸金等ノ返還等ヲ求ムト云フニ在リテ控訴人カ一己ノ名ヲ以テ日本鐵道會社ニ安全燈爐等ヲ賣込ミタル事ハ乙第二號證乃至七號證及證人鮫島愛之助ノ証言ニヨリ之ヲ認メ得ヘシ然レトモ甲第一號證第二條ノ約旨ニ依レハ被控訴人ハ控訴人ヨリ注文ノ通知ヲ受ケタルトキハ販賣スヘキ本商品ノ員數ヲ定メ其二分ノ一ニ相當スル金額ヲ製造資金トシテ申込ト同時ニ控訴人ニ支拂フヘキ義務アルモノナレハ被控訴人ハ控訴人ニ對シ義務違背ニヨリ契約ヲ解除セントスルニハ先ヅ以テ自己ノ負ヒタル義務ヲ履行シタルコトヲ證明スルノ必要アルニ之ニ對スル立證ハ一モアルコトナク却ツテ控訴人ハ日本鐵道會社ヨリ注文アリタルコトヲ被控訴人ニ通知シタル事實ハ乙第一號證中ニ「日鐵注文ノ燈爐ハ今ノ内ニ着々取掛ラス候ハスハ途ニ云云」ノ文旨ニヨリ之ヲ認メ得ヘク從ツテ被控訴人ハ注文アリタルコトノ通知ヲ受ケナカラ其ノ

義務タル二分ノ一金額ヲ支拂ヒ又ハ支拂ヒノ提供ヲ爲サ、リシ者ト見ルノ外ナケレハ控訴人ニ義務違背ノ點アリトスルモ之ヲ以テ契約ノ解除ヲ爲スノ權ナク本訴請求ハ不當ナリトス然ラハ原審カ被控訴人ハ契約解除ヲ行フノ權アリトシ其請求ヲ是認シタルハ不當ニシテ本件控訴ハ理由アリトス依テ爾餘ノ點ニ付キ説明スルノ必要ナク云云(明治三十七年三月十日東京控訴院第一民事部判決理由)

是ニ於テ明治三十七年三月十日東京控訴院判決モ亦其當ヲ得ヌト思フ此判決ニ於テハ凡ソ雙務契約ノ場合ニ於テ一方ガ他方ノ義務違背ニ由リ契約ヲ解除セントスルトキハ自己モ亦其義務ニ違背セザルコトヲ要スト云ツテ居ルケレドモ法律新聞二七一號七頁是ハ何等ノ據ナキ說デアル一方ノ不履行ノ場合ニ於テ相手方モ亦履行ヲナサザル權利ガアルノデハナイ若シ其履行ノ責ヲ免レヤウト思フナラ己ヨリ進ンデ解除權ヲ行ヘバヨイノデアアル然ラズシテ自己モ亦不履行者トナレバ相手方ヨリ先ンジテ解除權ヲ行ハレテモ仕方ガナイ成程獨逸ノ著書ニハ不履行者ニ對シテ解除權者ヲ指示スルノニ通常遲滯ニ在ラザル當事者」(nichtsamtiger Theil od Partner)ナル語ヲ用フルケレドモ(Dernburg, Das Bürgerliche Recht, II, 1. sbt, §98, s. 213ff.; Cronq. System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, II § 171, s. 1 86 ff.) 法文ニハ斯ノ如キ文字ヲ用ヒテ居ラヌノミナラズ(獨逸三二六此等ノ問題ニ付テハ大分我民法ト獨逸民法トハ主義ガ違フカラ濫ニ獨逸ノ著書ニ倚ルコトハ出來ヌ(Cf. Baudry-Lacournerie, op. cit. nos 944ets, p. 685 ets, Demante et Comet de Sauterre, Cours analytique de Code civil, 2e ed., V, nos 104-104 bis II, p. 165 ets.)

被控訴人カ訴外清原公澤ノ所有タリシ本件家屋ヲ競落シテ所有權ヲ取得シ登記ヲ受ケタルコト是ヨリ先キ控訴人ハ前所有者清原公澤ト右家屋ニ付存續期間三ヶ年賃料一ヶ月十八圓ノ賃貸借契約ヲ結ビ其登記ヲ爲シタルコトハ爭ナキ事實ナリ因テ控訴人ノ第一抗辯ヲ棄スルニ賃借人ナシテ其家屋ノ使用收益ヲ爲サシムル爲メ之ヲ引渡スヘキコトハ賃借人ノ義務ナルヲ以テ賃借人カ其義務ヲ履行セザルトキハ賃借人ハ其使用收益ノ對價タル賃料ノ支拂ヲ拒ムコトヲ得ヘシ從テ賃借人カ其物ノ引渡ヲ爲シタルハ否ヤニ付爭アルトキハ賃借人ニ

七 賃借人ハ賃借物ヲ引渡シタルコトヲ證明セザルモ借賃ノ請求ヲナスコトヲ得

第一編 民法 丙 債權 七 賃借人ハ賃借物ヲ引渡シタルコトヲ證明セザルモ借 一〇五

賃ノ請求ヲナスコトヲ得

於テ引渡ノ事實ヲ證明セサル可ラス本件被控訴人ハ前主ノ貸貸借契約ニ基キ其賃料ノ支拂ヲ請求シ賃貸物ノ引渡アリシコトヲ主張シ控訴人ハ之ヲ否認スルモノナレハ被控訴人ニ於テ其引渡ノ事實ヲ立證セサル可ラス然ルニ被控訴人ハ其舉證ヲ爲ササルヲ以テ物ノ引渡アリシ事實ヲ認ムルニ由ナク從テ賃料支拂ノ請求ハ失常ニシテ控訴人ノ抗辯ハ理由アリ此點ニ於テ被控訴人ノ本訴ノ請求ハ不當ナルヲ以テ爾餘ノ爭點ニ付キ判斷ヲ與ヘス因テ控訴ハ其理由アルモ附帶控訴ハ其理由ナシトシ云明治三十七年九月二十日東京控訴院第二民事部判決理由也

所謂同時履行ノ規定(民五三三)ニ就テハ世間ニ往々誤解ガアツテ裁判例ニモ不當ト思フモノガ尠クナイカラ曩ニ本誌ニ於テ批評ヲ試ミタコトモアツタガ(七卷六號五頁以下)明治三十七年九月二十日東京控訴院判決(法律新聞二三五號五頁)モ亦不當デアルト思フ此判決ニ據レバ賃借人ヲシテ其家屋ノ使用收益ヲ爲サシムル爲メ之ヲ引渡スベキコトハ賃貸人ノ義務ナルヲ以テ賃貸人ガ其義務ヲ履行セザルトキハ賃借人ハ其使用收益ノ對價タル賃料ノ支拂ヲ拒ムコトヲ得ベシ從テ賃借人ガ其物ノ引渡ヲ爲シタルヤ否ヤニ付爭アルトキハ賃貸人ニ於テ引渡ノ事實ヲ證明セザル可ラズトシテ居ルノデアアルガ是ハ同時履行ノ規定ヲ誤解シタルモノ

デアルト思フ賃貸借ハ羅馬法以來既ニ諾成契約デアツテ我民法ニ於テ之ヲ實成契約(contrat réel, Realcontract)トシナイコトハ言ハズモガナデアロウ隨テ當事者雙方ノ義務ハ雙方ノ意思ノ合致ガアツタ時カラ發生シテ居ルコトモ亦疑ナキ所デアアル故ニ原則トシテハ雙方トモ其義務ヲ履行シナケレバナラヌノデアアル唯民五三三ハ先ニ請求ヲ受ケタ者ニ與フルニ相手方カ其義務ノ履行ヲ提供スルマデハ自己ノ義務ノ履行ヲ拒ムノ權ヲ以テシタルデアアル故ニ其履行ヲ拒ムニハ先ヅ請求者ガ其義務ノ履行ヲ提供シナイコトヲ證明スベキデアツテ其者ヲシテ之ヲ提供シタル云フコトヲ證明セシムベキデハナイ證據法ノ原則トシテ原告ハ其權利ノ存スルコトヲ證明セシバナラヌノハ勿論デアアルガ(Actori incumbit onus probandi)本件ニ於テハ賃貸人ハ賃貸借契約ノ成立ヲ證明シテ賃借人ニ對シ債權ヲ有スルコトヲ舉證シタルデアアル唯賃借人ハ抗辯トシテ相手方ノ債務ノ履行ノ提供ナキコトヲ主張シテ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムノデアアルガ抗辯ノ證據ハ被告ニ於テ提出スベキコトハ是レ亦證據法ノ原則トシテ一般ニ認メラレテ居ル所デアアル(Reus in exceptione fit actor)故ニ本件ニ於テ賃借人ガ相手方ノ債務ノ履行ノ提供ナキコトヲ證明スベ

第一編 民法 丙 債權 七 賃貸人ハ賃貸物ヲ引渡スタルコトヲ證明セザルモ債 一〇七
賃ノ請ヲナスコトヲ得

八 雙務契約ノ不履行ニ因リ履行ニ代ハ

ルベキ損害賠償ヲ請求スルニハ契約

ヲ解除スルコトヲ要セス

案スルニ雙務契約ニ在リテハ契約ノ本旨ニ從ヒ之カ履行ヲ爲スヲ本則トスルモノナルヲ以テ若シ契約ノ不履行又ハ履行不能ノ場合ニ於テ履行ニ代ルヘキ損害賠償ヲ請求セントセハ其契約ヲ解除スルニ非サレハ之ヲ許サス然ルニ被控訴人ハ本件再買賣ノ契約ハ控訴人ノ所爲ニ因リ履行不能トナリタリト主張シ履行ニ代ハルヘキ損害賠償ヲ請求スルニ拘ラス其契約ヲ解除セスシテ直チニ本訴ノ請求ヲ爲スモノナルヲ以テ其請求ハ不當トス(明治三十六年十二月十九日東京控訴院第二民事部判決理由)

明治三十六年十二月十九日東京控訴院判決トシテ「法律新聞(二八四號二三頁)ニ掲グル所ニ據レバ、雙務契約ニ在リテハ契約ノ不履行又ハ履行不能ノ場合ニ於テ履行ニ代ハルベキ損害賠償ヲ請求セントセバ其契約ヲ解除スルニ非ザレバ之ヲ許サズ」トシテ居ルヤウデアアルガ、是レ亦謬ッテ居ルト思フ、損害要債權ト解除權トハ各

獨立ニ債權者ニ付與シタル權利デアッテ(民四一五、五四一)損害要債權ガ解除權ノ行使ヲ條件トシテ居ル旨ヲ規定シタル箇條ハ何處ニモ見ナイノデアアル否寧ロ雙務契約ニ在ッテハ不履行者ノ相手方ハ其債務ヲ履行スルニ非ザレバ不履行者ニ對シテ履行ニ代ハルベキ損害賠償ヲ請求スルコトハ出來ヌト思フ、例ヘバ交換ニ於テ當事者ノ一方タル甲ガ其債務ヲ履行セズ又ハ過失ニ因ッテ其債務ノ目的物ヲ滅失シタルトキハ相手方タル乙ガ履行ニ代ハルベキ損害賠償即チ甲ノ債務ノ目的物ノ代價(他ニモ附隨ノ損害アルベキモ今假ニ三ヲ省ク)ヲ請求センニハ必ず自己ノ債務ノ目的タル權利ヲ移轉シ其目的物ヲ引渡ス等、其債務ヲ履行セ子バナラヌ、其ヲ却テ先ヅ契約ヲ解除セヨト曰フノハ頗ル了解ニ苦シム所デアアル、或ハ履行ニ代ルベキ損害賠償トハ雙方ノ債務ノ價額ヲ比較シ其差額ヲ請求スルコトヲ謂フノデアアルト曰フカモ知レヌガ、判決文ニ由ッテハ其意味ガ見エナイノミナラズ、假令不履行者ノ相手方ガ此ノ如キ請求ヲナスモ特ニ解除ノ意思表示ヲナサザル以上ハ(而シテ通常ハ先ヅ催告ヲシナケレバナラヌ、民五四一)其義務ヲ免ルルコトハ出來ヌカラ、矢張解除ヲナシテカラデナケレバ損害賠償ノ請求ガ出來ナイトハ謂ハレ

九 買戻ノ場合ニハ抹消登記ヲナスベシ

不動産登記法ヲ案スルニ同法ニハ買戻特約履行ノ登記ヲ爲スヘキ規定アルニアラス故ニ買戻ノ特約ニ依ルト新ナル買戻ニ出ツルトテ間パス均シク買戻ノ登記ヲ爲スヘキモノト解釋セサルヲ得ス然ラハ登記簿ニ單ニ買戻ノ登記ノミアリタルノ一事ヲ以テ買戻ノ特約履行ニテアラスト断定スルヲ得サル筋合ナリ然ルニ原判決ハ其理由ノ冒頭ニ於テ本訴主要ノ争點ハ被控訴人カ買戻期限内ニ於テ其買戻ノ特約履行ノ登記ヲ爲シタルヲ否ヤニ在リトストノ前提ヲ置キ而シテ登記簿原本ニ依レハ買戻登記ヲ爲シタルコトヲ認ムヘキ即チ買戻ノ特約履行ノ登記ヲ爲シタルニアラスシテ新ナル買戻ノ登記ヲ爲シタルモノトスト列示シ由テ上告人ハ買戻期間ニ於テ其特約ノ履行登記ヲ爲シタルニ非サルモノトシ上告人ノ請求ヲ排斥シタルハ上告人所論ノ如ク違法ノ裁判ニシテ上告ハ其理由アリ(明治三十七年四月十一日大審院第二民事部判決理由)

因テ案スルニ再買戻買戻トハ其法律關係ヲ異ニシ買戻ヲ實行セハ初メヨリ買戻ナカリシト同一ノ状態ニ復スルコトハ上告人所論ノ如シト雖トモ不動産登記法上ニ於テハ特ニ再買

買ノ登記又ハ買戻ノ登記ナルモノ存セス執レノ場合ニ於テモ所有權移轉ノ登記ヲ爲スニ過キスシテ唯登記原因カ再買戻ナルト買戻ナルトノ差異アルノミ去レハ原判決カ本件被上告人ノ買戻約定履行ノ請求ヲ理由アルモノト認メタル以上ハ其主文ニ於テ控訴人ハ云々被控訴人ニ對シ金三十五圓ニテ賣渡所有權移轉ノ登記ヲ爲ス可シト命シタル其賣渡アル文字ハ賣戻ノ意義ト解スヘキノミナラス之ヲ以テ所有權移轉ノ登記原因カ新ナル買戻行為ニ基クモノト爲シタル如ク誣ユルコトヲ得サルニ依リ原判決ハ本論ノ如キ法則ヲ誤解シ若クハ理由齟齬ノ不法アルモノニアラス(明治三十七年六月十五日大審院第二民事部判決理由)

買戻ハ新ナル權利移轉ノ原因ニ非ズシテ買主ノ權利ノ消滅ノ原因デアアルコトハ不動産登記法三八ニ買戻ハ特約其他登記ノ目的タル權利ノ消滅ニ關スル事項ノ定下アルノデモ分ルガ民法ノ規定カラ言ウテモ買戻ハ賣買ノ解除(民五七九)解除ハ原狀ノ回復デアアルカラ(民五四五)一項買戻ヲナシタル賣主ハ新ニ權利ヲ取得スルニ非ズシテ前ノ權利ヲ回復スルノデアアテ即チ買主ノ權利ガ消滅スルノデアアル唯原則トシテハ解除ハ第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ナイカラ(同上但書)第三者カラ視レバ新ニ權利ガ移轉シタノト同ジデアアルガ買戻ノ場合ニ於テハ特ニ第

三者ニ對抗スルコトガ出來ルトナッテ居ルカラ(民五八一、一項)此場合ニハ第三者ノ
 眼カラ視テモ權利ノ移轉ハナクテ權利ノ消滅ガアルノデアル然ルニ權利ノ消滅
 ハ抹消ニ由ッテ之ヲ登記スベキコトハ蓋シ疑ノナイ所デアラウ譬ヘバ抵當權地上
 權等ノ消滅ノ場合ニ抹消登記ヲナスベキコトハ從來議論ノアッタコトヲ聞カヌノ
 デアル故ニ所有權ノ消滅ノ場合ニモ亦抹消登記ヲナスベキコトハ當然デアルト
 信ジテ居ッタノニ三十七年四月十一日及ビ六月十五日ノ大審院判決ニ所有權移轉
 ノ登記ヲナスベキモノデアッテ而モ登記原因ヲ賣買トシテモ差支ナイトシテ居ル
 ノハ予ガ意外トスル所デアアル(法律新聞二〇五號一四頁三一九號一二頁法學志林
 五八號七四頁六一號七七頁法政大學講義錄特別法一八號雜報七一頁)

一〇 消費貸借ハ要物契約ナリトノ意義

本件訴狀カ法定ノ形式ヲ完備スルヤ否ヤノ點ニ付當裁判所ハ職權ヲ以テ調査スルニ大阪區
 裁判所判事三浦順太郎ノ作製ニ係ル山口吉郎兵衛及ヒ住友吉左衛門ノ各商號登記簿抄本ニ

一ハ山口ナル商號一ハ住友一ハ住友銀行ナル商號ヲ有スル銀行業者ナル旨ノ記載アルニ
 該商號及ヒ營業ヲ有スル人格ノ存在スルハ明確ニシテ訴狀ニ於ケル山口銀行及ヒ住
 友銀行ナル記載ハ右營業ト商號ニヨリ此二個ノ人格ヲ表示シタルモノト解スルニ難カラ
 被告ハ山口銀行及ヒ住友銀行トアルノミニテハ未タ果シテ山口吉郎兵衛及ヒ住友吉左衛門
 ナル氏名ヲ有スル人格ヲ表示シタルモノナルヤ否ヤヲ明ニスルヲ得サルニ付此記載ハ完全
 ニ當事者ヲ表示シタルモノト謂フヲ得スト抗辯スルモ凡ソ當事者タル人格カ自然人ナルト
 キハ其氏名ニヨリ之ヲ表示スルヲ普通其人格ヲ明ラカニスル最便ノ方法ト爲スヘキハ言
 俟タサルナリト雖トモ必スシモ之カ氏名ヲ表示スルコトヲ要スト云フハ誤ナリ蓋シ民事訴
 訟法第九十條第二項第一號ニハ當事者ノ表示ノ具備スルヲ以テ訴狀ノ一要件トシタルモ
 其表示ハ必スシモ氏名ニヨリ之ヲ爲ス可キコト規定セサルヲ以テ所謂當事者ノ表示トハ何
 レノ方法ニ依ルチ間ハス其當事者ノ人格ヲ特定シ如何ナル人格間ニ訴訟關係ヲ生スヘキカ
 ナ明ラカニスルヲ以テ必要ニシテ且十分ナリトシ之ニヨリ其當事者ノ氏名ヲ知ラシムルコ
 トヲ要セサルヲ疑ヒテ容レサル論理ナリトス仍テ更ニ訴狀ニ就キ密案スルニ争ニ係カル當
 事者ハ住所營業及ヒ商號トニ依リテ表示セラレ而カモ他ニ同一ノ住所ニ於テ同一商號ノ下
 同一商業ヲ營ム人格アリト認ムヘキモノナキニ付右訴狀ノ記載ハ當事者ナル人格ヲ特定シ
 テ誤ナク表示ノ方法ニ於テ缺クル所ナシトス若夫訴狀ニ表示セル人格モ果シテ住友吉左衛
 門及ヒ山口吉郎兵衛ナル氏名ヲ有スル人格ト同一ナルヤ否ヤノ問題ハ訴狀以外ノ書面又ハ
 其他ノ證據方法ニ據リテ決スルコトヲ得ヘキ所ニ屬シ前記商業登記ノ抄本ニ徴シ所謂山口

銀行住友銀行ナル表示カ山口吉郎兵衛及ヒ住友吉左衛門チ指スモノナリトノ右兩名ノ代理
 人シ主張以眞實ナリト判断ス右ノ如クナルヲ以テ本件訴狀ニ係争欠缺ナキヤ明カニシテ而
 シテ此適法ノ訴ニヨリ山口吉郎兵衛及ヒ住友吉左衛門ト被告トノ間ニ有效ニ訴訟關係ノ成
 立シタルコト勿論ナリトス
 訴訟ノ本案ニ付被告代理人ハ全然原告主張ノ事實ヲ否認シタリ然ルニ此争點ニ關シ信ヲ措
 クニ是ル證人橋本壽一耶ハ同人カ株式会社大阪貯蓄銀行ノ支配人トシテ其職ヲ執リシ際明
 治三十四年五月二十七日原告ハ銀行ハ預金取付ノ悲境ニ陥リタル株式会社貯蓄銀行ヲ救
 済セシコトヲ大阪貯蓄銀行副頭取外山脩三ニ謀リ共ニ貯蓄銀行ノ財産ノ狀況ヲ調査シタル
 ニ約二十二萬圓ノ預金アリテ内三萬圓ノ代理店ニ於テ支拂フコトヲ得ヘキ見込ナリシモ
 其他十九萬餘圓ハ之ヲ支拂フヘキ資力ナカリシヲ以テ該金額ヲ同行ニ貸渡スニアラサレハ
 救済ノ目的ヲ達スルコト能ハス而シテ右ノ内七萬圓ハ擔保ヲ供スヘキモノナリシモ爾餘十
 二萬三千五百圓ハ無擔保ノ貸出ヲ要スルコト明ナリシヲ以テ右七萬圓ハ大阪貯蓄銀行ニ於
 テ其擔保ヲ取りテ手形ニテ貸付ケ爾餘ノ額ハ原告ハ銀行ニ於テ保證スルコト、定メテ貸渡ス
 ルコトニ爲リタリ而シテ其ノ無擔保ノ額ニ付テハ之ヲ八分シ各其一分ヲ目的トスル入通
 手形ヲ作成シ何レモ貯蓄銀行ノ取締役ノ一人タリシ逸身佐一耶其第一ノ裏書人ト爲リ之ヲ
 入銀行ニ預キ各第二ノ裏書ヲ爲シ各通シ期限ヲ八月二十六日ト定メ貯金銀行ヨリ大阪貯金
 銀行ニ交付シ右額中割引料ヲ控除シ十八萬圓餘ヲ帳簿上貯金銀行ニ渡シ更ニ之ヲ大阪貯金
 銀行ニ於テ預リ受ケタルコト、爲シ同行ニ於テ現金ヲ要スル都度順次之レヲ引出サシム

便宜ヲ與ヘタリ而シテ右預金額ハ契約ノ當日即チ五月二十八日ニ於ケル金十萬圓爾後二日
 ヲ隔テ、更ニ三萬五千圓及ヒ其後順次數回ヲ引出ニヨリテ全ク拂渡サレタリ云々證人橋本
 元之助ハ右帳簿上ノ預金ヲ證スル爲メ大阪貯蓄銀行ヨリ貯金銀行ニ交付シタル通帳ハ即甲
 第二號證ナル旨ノ供述ヲ爲シ甲第二號證ニハ貯蓄銀行カ同證ニ基キ明治三十四年五月二十
 八日金十萬圓同月三十一日二萬五千圓同年六月十日金三千七百七圓九十錢五厘同月十一日
 金五千圓同月十四日金五千圓同月十七日金五千圓同日更ニ三千圓同月十八日五千圓同月十九
 日金五千圓同月二十日金五千圓同月二十五日金七千圓爾後十二回ニ總預金額ヲ引出シタル旨
 ヲ記載アルニ據リ案スルニ原告ハ銀行貯金銀行及ヒ大阪貯蓄銀行ノ間ニ原告主張ノ如キ消
 費貸借ノ協定ヲ爲シ一面ニ手形ヲ振出シ一面ニ前記ノ如キ帳簿上ノ預金關係ヲ結ヒ尋テ前
 記ノ時期ニ於テ前記ノ如ク順次金額ヲ引出シタルコト明瞭ナリトス然リト雖モ右明治三十
 四年五月二十八日協定ニヨリ大阪貯蓄及ヒ貯金ノ兩銀行間ニ消費貸借關係ヲ成立セシメ
 タリトノ原告代理人ノ第一ノ主張ハ正當ナラス蓋シ消費貸借關係タル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テ相手方ヨリ金錢其他ノ物ヲ受取ル
 ニヨリテ其效力ヲ生スルコトハ民法第五百八十七條ノ明記スル所ニシテ貸主ヨリ借主ニ對
 シ此等消費物ノ引渡ヲ爲スニアラサレハ未ダ消費貸借ナル關係ハ成立スルニ至ラス然リ而
 シテ本件ニアリテハ原告ノ主張ニヨルモ現金ノ引渡ヲ爲スコトナク唯單ニ合意上引渡シタ
 ルモノト着做シ更ニ該金額ヲ預リ受ケタル體ト爲シタリト云フヲ以テ一方ニ於テ前記民法
 ノ規定スル物ノ引渡ナル事實ナキガ爲メ未ダ消費貸借關係ヲ成立スルニ至ラザルト同時ニ

一方ニ於テ同様現物ノ引渡ヲ要件トスル預金關係カ其效力ヲ發生セサルコト勿論ナリトス
 原告ハ右事實關係ヲ以テ金錢ノ簡易引渡アリタルモノト爲スモ前記法條ノ意義ヲ案スルニ
 所謂金錢其他ノ物ヲ受取ルトアルハ貸主ヨリ借主ニ對シ其消費物ノ所有權ヲ取得セシムル
 ナ目的トスルモノタルハ法律ノ沿革上疑ナ容ルヘカラサル所ニシテ而シテ所有權ノ取得ハ
 其消費物ノ特定シタルコトヲ前提要件トスルヤ明白ナリトス果シテ然ラハ大阪貯蓄及ヒ貯
 金ノ兩銀行カ前記ノ如キ相互ニ面ノ法律關係ヲ結ヒタルカ如ク裝フタルモ未タ其金錢ヲ指
 定セサル以上ハ單ニ其額ヲ定ムト雖モ原告代理人ノ所謂簡易ノ引渡ナル事實ノ發生スヘキ
 謂ナキヤ勿論ナリトス故ニ右原告ノ主張ハ其理由ナキコト明確ニシテ法律關係ノ性質ニ關
 スル原告カ第二ノ主張ノ如ク消費貸借ハ所謂假定ノ預金ノ引出ノ時ヲ以テ成立シタルモノ
 ト解釋スルヲ正當ナリトス蓋シ先キニ断定シタル事實關係ノ全部ヲ綜合シテ案スルニ明治
 三十四年五月二十八日ノ契約ハ信用契約ノ一ニシテ所謂消費貸借ノ豫約ト認ムルノ外ナク
 而シテ其豫約ノ實行ハ假定ノ預金引出ノ時ヲ以テ順次成立シタルコト勿論ニシテ又此引出
 ニヨリ其金額ハ指定セラレ初メテ其額ニ對スル所有權ノ取得ナル事實ノ發生ヲ得ルコトヲ
 見ルヲ以テナリ

然ルニ貯蓄銀行ノ取締役カ銀行ノ債務ヲ負擔スヘキ連帶無限ノ責任ハ其在任中ニ生シタル
 債務ニ限ル關係ナルコトハ貯蓄銀行條例第三條ノ規定ノ精神トスル所ニシテ而テ被告ノ先
 代平池昇一カ消費貸借豫約ノ初ヨリ其死ニ至ルマテ貯金銀行ノ取締役タリシコトハ證人橋
 本元之助ノ供述中平池昇一ハ明治三十一年頃初メテ貯金銀行ノ取締役トナリ明治三十四年

六月初旬死亡シ同月末頃其退任ノ登記ヲ爲シタリトアルニ據リ明白ニシテ而シテ同人ノ死
 亡ノ日カ明治三十四年六月四日ニシテ同月二十四日ヲ以テ其解任ノ登記ヲナシタルコトハ
 被告一家ノ戶籍抄本及ヒ甲第四號證ナル株式會社貯金銀行ノ登記簿謄本ニ其旨ノ記載アル
 ニヨリ明白ナリ而シテ登記スヘキ事項ハ登記アルニアラサレハ第三者ニ對シ對抗スルヲ得
 サルヲ以テ右登記ノ日ニ至ルマテ貯金銀行カ引出シタル所謂預金ノ額ニ達スルマテ平池昇
 一ニ於テ第三者タル債權者ニ對シ連帶無限ノ責任ヲ負ヒシコト勿論ニシテ右登記ノ日以前
 ニアリテ貯金銀行カ受取リタル金額ハ總計十六品千七百七圓九十錢五厘ナルヲ以テ此額ニ
 關シテハ昇一ニ於テ貯金銀行ト連帶無限ノ義務ヲ負擔シ被告ノ戶籍謄本ニ據リ右昇一ノ相
 續人ナルコト明確ナル被告ニ於テ右相續ニ因リ其義務ヲ承繼シタルコト勿論ナリトス然リ
 而テ原告ハ銀行中株式會社浪速銀行及ヒ山口吉郎兵衛ヲ除キ其他六行カ明治三十五年二月
 三日前二行カ同月四日ヲ以テ其保證債務ノ全部ヲ辨濟シタルコトハ證人橋本壽一即ノ其旨
 ノ供述ニ據リ明瞭ナルヲ以テ原告ハ銀行カ右保證債務ノ辨濟ニヨリ其求償權ノ範圍内ニ於
 テ債權者ニ代位シ被告ニ對シ大阪貯蓄銀行カ有セシ債權ヲ行使スル權利ヲ有スルモノナリ
 而テ前記事實關係ヲ案スルニ當初約定ノ出金額十九萬三千五百圓中額七萬圓ニ達スル迄ハ
 物上擔保ノ設定アリ爾餘ノ額ニ限リ原告等ニ於テ保證ノ責任シ而カモ其間二個ノ債權ヲ
 發生セシムル意思ニアラサリシコトハ右總額ヨリ割引料ヲ控除シタル殘額ヲ預金ノ總額ト
 シ之ヲ一括シテ記入シタル事實ニ徴シ明確ニシテ一個ノ關係ニ付一方ニ於テ物上擔保一方
 ニ於テ保證人タル原告ハ銀行トハ七萬圓ト十二萬三千五百圓ノ債務額ヲ確保シタルモノト

見ルヘク換言スレハ原告八銀行ハ貯金銀行ノ本件債務額ヲ十九萬三千五百分シ其十二萬五千五百ヲ平分保證シタルヲ以テ其債務ノ辨濟ニヨリ大阪貯蓄銀行ニ代位シ同行カ被告ニ對シ有セシ債權中右ノ割合ニテ權利ヲ行使スルコトヲ得テ各自ノ出捐ニ係ル一萬二千九百一圓十一錢五厘及ヒ辨濟ノ日以後ノ法定利息ノ返還ヲ被告ニ請求スルコトヲ得ヘキハ當然ナリトス但シ原告ハ手形ノ満期日以後ノ法定利息ヲ請求スルモ右利息ノ代位辨濟ノ事實アルト認ムヘキモノナキニ付右一萬二千九百一圓十一錢五厘及ヒ其辨濟ノ日以後ノ遲延利息ヲ超過スル原告ノ請求ハ何レモ不當ナリトス

被告約束手形ノ振出ニヨリ前記消費貸借ニ基ク債權ハ更改セラレタリト抗辯スルモ凡ソ手形ハ其原因タル關係ヲ問ハス形式ト同一ノ關係ニ於テ唯其文言ニ依リ署名者カ義務ヲ負擔スルノ一點ニ於テ通常債務ト異ナリト雖モ手形債務ノ負擔ハ必ス一個ノ原因ヲ前提トシ原因ナキ手形ノ振出又ハ其裏書ハ素ヨリ無効ニシテ手形債務ハ其裏面ニ於ケル原因關係ト相離ルヘカラサルモノタリ而シテ蓋シ其原因カ一ノ債權關係ナルトキハ其債權ハ普通手形ノ振出又ハ裏書ニ因リ消滅スルモノニアラスシテ其手形債務ノ辨濟消滅ヲ俟テ初メテ消滅ニ歸スルモノナルカ故ニ手形債務ノ發生ハ原因タル債權關係ヲ消滅スル所謂更改力アルモノニアラサルヲ本則トス唯爲替手形ニアリテハ直接ノ債務者ヲ變更スル形式ヲ有スルカ爲メ民法ノ規定ニヨリ其振出シニ特ニ更改ノ效力ヲ附シタルモ此ノ如キ明文ナキ約束手形振出及ヒ裏書カ舊債務ヲ更改スル效力ナキコト勿論ナリトス本件第一回ノ手形ニアリテハ其外觀上ノ形式ハ其當事者ヲ變轉シタルカ如シト雖モ前項主債務保證債務關係ニ基キ成立シタ

ルモノタルヤ疑ナキ所ナルヲ以テ原告ニ於テ原因關係ナル消費貸借ヨリ生スル債務ノ保證辨濟ニ基ク代位權ノ主張ハ固ヨリ正當ニシテ又第二第三回ノ手形ハ第一回ノ手形債務ノ延期ノ爲メ發行セラレタルコトハ證人橋本壽一郎其旨ノ證言ニ徴シ明カニシテ原因タル債務ヲ消滅セシムル意思ニテ振出サレタルモノニアラサルコト疑ナキヲ以テ前同一ノ理由ニ限リ本件消費貸借關係ヲ消滅セシムル效力ナキヤ勿論ナルヲ以テ此等手形カ消費貸借關係ヲ消滅セシムルノ論旨ニ基ク第三ノ抗辯ハ全部不當ナリトス殊ニ其末段手形割引ノ效力如何ノ問題ハ前示説明ノ結果トシテ本件請求ノ當否ニ消長ヲ來サ、ルコト勿論ナリトス第四ノ抗辯ニ付案スルニ凡ソ信用契約ハ銀行營業ノ主要ノ部分ヲ成スモノニシテ其所謂信用ヲ與フルハ必スシモ現金貸借ノミナ指スモノニアラスシテ信用ヲ受クルモノ、爲メニ保證ヲ爲スカ如キ亦素ヨリ其一部ニ屬シ所謂銀行取引ノ一ト認ムヘキヤ勿論ニシテ定款申特ニ之ヲ禁シタルモノアルコト明ナラサル以上ハ法人タル資格ヲ有スル原告銀行ノ營業ノ範圍内ニ屬スルモノト推測スルヲ相當トス從テ本件保證行爲ノ有效ニシテ因テ生シタル保證債務ノ辨濟ニ基ク代位ノ主張ハ素ヨリ正當ニシテ本抗辯又採用セス云々(明治三十五年十月二十四日大阪地方裁判所第四民事部判決理由)

明治三十五年十月二十四日大阪地方裁判所ガ下シタル判決中ニハ聊カ其當ヲ得ナイ點ガアルト思フ、今法律新聞ノ報ズル所ニ據ジバ消費貸借ハ物ノ引渡ニ由ツテ成立スルモノデアラカラ直チニ現金ノ授受ヲナサズシテ貸主ハ一旦貸與ヲ約

シタル金額ヲ預リ置クモノト看做シ借主ノ必要ナル場合ニ之ヲ引出ス契約ヲナスモ消費貸借及ビ寄託ハ直チニ成立セズシテ信用契約若クハ消費貸借ノ豫約成立スベク消費貸借ハ借主ガ其金額ヲ引出ストキニ成立スベシト云フ意味ノ事ガ右ノ判決中ニ書イテアルヤウデアアルガ法律新聞一一二號六頁法律經濟一七號四二頁予ハ此見解ヲ取ラスノデアアル成程消費貸借及ビ寄託ノ踐成契約(俗ニ要物契約ト云フモノ)デアアルコトハ固ヨリ疑ノナイ所デアアルケレドモ物ノ引渡ト云フモノハ必ズシモ實物ヲ授受スルニ及バヌコトハ從來爭ノナイ所デアアル故ニ例ヘバ現ニ借主ガ貸主ノ所有物ヲ預カテ居ルトキニ之ヲ消費貸借ノ目的トナスニハ必ズシモ其物ヲ貸主ノ面前ニ運ンデ更ニ其引渡ヲ受ケズトモ消費貸借ハ成立スルノデアアル之ト同ジク借主ガ貸主ニ消費貸借ノ目的物ヲ其儘寄託スル場合ニハ必ズシモ貸主ニ於テ其物ヲ借主ノ面前ニ運ビ更ニ其引渡ヲ受ケテバナラヌト云フコトハナイノデアアル就中銀行ニ於テ金錢ヲ取扱フ場合ニ一一現金ヲ運ビ出シテ又之ヲ金庫ニ運ビ入ルルガ如キ無益ノ手数ヲナスコトハ我邦デモ西洋デモ慣習ニナキ所デアラウト思フ若シ貸借寄託等ノ成立ニ此ノ如キ無益ノ手数ヲ要スル

モノトシタナラバ將來我邦ガ英國ノ如ク發達シテ少クモ東京大阪等ニ於テハ龍動ノヤウニ稍大ナル金額ハ一切現金ノ授受ヲナサズ銀行ノ帳簿上デ其支拂ヲ済マシヤウニナッタラバ貸借寄託等ハ非常ニ稀ナ契約ニナッテ仕舞フデアラウ斯様ナ説ハ到底採用ガ出來スト思フ例ヘバ或銀行ノ株主ガ配當金ヲ受クベキトキニ之ヲ直チニ其銀行ニ寄託スルコトハ最モ煩繁デアラウサウシテ其場合ニハ必ズシモ一旦配當金ヲ受取テ更ニ之ヲ預入ルル手續ヲシナクテモ銀行ノ帳簿上デ済ムコトガ多カラウト思フガ此場合ニモ寄託ハ成立シナイト謂ハナケレバナルマイカサウスルト預金トシテ之ニ約定ノ利息ヲ附スルコト其他一切寄託ノ效力ハ生ゼヌト謂ハナケレバナラヌヤウニナッテ大ニ當事者ノ意思ニモ反スルコトニナルデアラウ予ノ見ル所ヲ以テスレバ銀行ハ常ニ多額ノ金錢ヲ藏スルモノデアアルカラ荷モ其銀行ノ資力相應ノ金錢ハ現ニ其金庫ニアルモノト視ナケレバナラヌ故ニ消費貸借ノ目的タル金額ガ其契約ノ當時銀行ノ金庫ニナカッタト云フ反證ナキ限ハ消費貸借ヲナシテ其金錢ヲ其儘銀行ニ預ケタイト云フ時ニハ假令其金錢ヲ當事者ノ面前ニ運ビ出サズトモ一旦之ヲ借入レテ又更ニ之ヲ預入レタルモノト

視ルノガ至當デアルト思フ、判決ニハ信用契約デアルト云ツテ居ルガ、是ハ全ク當事者ノ意思ニ反スルコトデアアル、信用契約ナラバ實際信用ヲ利用シテ金ヲ借出スマデハ一錢ノ利息ヲモ拂ハヌモノデアアルガ、銀行ガ貸付ケタル金額ヲ其儘預カル場合ニハ貸付金ニハ即日ヨリ貸金利息ヲ附シ預金ニハ又預金利息ヲ附スルコトトナツテ其間ニハ必ズ利息ノ差ガアルデアラウト思フ、故ニ決シテ之ヲ同一視スルコトトハ出來ヌト思フ、本件ノ事實ハ判決文ダケデハ多少不明ナ點ガ多イケレドモ初ニ割引料ヲ控除シタルアルカラ多分貸金ノ金額ニ付キ即日ヨリ期限マデノ利息ヲ計算シ之ヲ割引料ノ名義ノ下ニ控除シタモノデアラウト思フ、若シ然ラバ當事者ノ意思ハ前者ニアラズシテ後者ニアルコトハ蓋シ疑ナキ所デアラウ、論者ハ或ハ民五八八ニ消費貸借ニ因ラスシテ金錢其他ノ物ヲ給付スル義務ヲ負フ者アル場合ニ於テ當事者カ其物ヲ以テ消費貸借ノ目的ト爲スコトヲ約シタルトキハ消費貸借ハ之ニ因リテ成立シタルモノト看做ス下云フ規定アルヲ見テ、若シ予ノ論ノ如クシバ此場合ニモ明文ヲ待タズ純然タル消費貸借ガ成立スベキデハナイガト詰ルカ知ラヌガ、是ハ見當違デアアル、第一、此場合ニ於テモ若シ債務者ガ現ニ金錢

等ヲ所持シテ居テ其ヲ其儘貸借ノ目的トシタイト云フ當事者ノ意思デアアルコトガ明カデアレバ予ハ民五八八ヲ適用スベキモノデナク純然タル消費貸借ガ成立スルモノト信ズルノデアアル、第二、若シ此場合ニ於テ債務者ガ現ニ金錢等ヲ所持シテ居ラナカッタコトガ明カデアラナラバ決シテ純然タル消費貸借ハ成立セヌノデアアルガ、僅ニ民五八八ノ規定アルガタメ消費貸借ガアツタモノト看做サルノデアアル、第三、而シテ右孰レノ事實モ明カナラザル場合ニ於テハ寧ロ後者ヲ推測スベキデアアル、何トナレバ債務者ガ貸借ヲナシタイト云フトキハ恰モ金錢等ノ支拂ガ出來ナイ場合ガ多イカラデアアル

尙ホ右ノ判決中ニハ他ニ一二不穩當ナル處ガアル、例ヘバ「手形債務ノ負擔ハ必ず一個ノ原因ヲ前提トシ原因ナキ手形ノ振出又ハ其裏書ハ素ヨリ無効ニシテ云云」ト云ヘルガ如キハ正ニ謬デアルト思フ、苟モ能力ヲ具ヘタル者ガ任意ニ手形ヲ振出シ又ハ其裏書ヲナシタル場合ニハ、後日原因ナカリシコトヲ證明シテ其手形又ハ裏書ノ無効ヲ主張スルコトハ出來ヌノデアアル、又「手形ノ振出及ビ裏書ハ原則トシテ更改トナルモノデハナイガ唯爲替手形ノ振出ダケニ付テハ明文ガアルタメ

更改トナルト云フ趣意ガ書イテアルガ是モ聊カ謬ヲ含ンデ居ルト思フ如何ニモ振出ハ當然更改ヲ成スモノデハナイガ裏書ハ爲替手形ノ裏書デアラウトモ約束手形ノ裏書デアラウトモ又他ノ指圖債權ノ裏書デアラウトモ裏書人ガ他ノ債務ノ履行ニ代ヘテ之ヲナシタナラバ必ズ更改ヲ成スコト明カデアアル何トナレバ常ニ債務者ノ變更ヲ來スモノデアアルカラデアアル爲替手形ハ引受アルマデハ主タル債務者ナキタメ其裏書ガ債務者ノ變更ヲ來スト云フハ當ラヌヤウニ見ユルケレドモ既ニ振出人ガ手形義務者トシテ存シテ居ルカラ債務者ノ變更アリト謂テ差支ナイト思フ唯本件ノ場合ニハ裏書ガ他ノ債務ノ履行ニ代ヘテナサレタノデナイカラ更改トナラヌノデアアル

一一 船舶ノ貸貸借期間ト民六〇二條 第四號

案スルニ民法第三百五十九條ハ不動産ノ抵當權ノ規定ナルカ故ニ同條ニ所謂抵當權者ニ對抗シ得ヘキ貸貸借ニ關スル第六百二條所定ノ期間トハ或ル種ノ貸貸借ニ付テハ十年或ルモ

三付テハ五年或ルモノニ付テハ三年ト云フ意味ニシテ動産ニ關スル六個月ノ期間ヲ包含セサルヲ論テ俟タス而シテ不動産ノ抵當權ニ關スル規定カ登記シタル船舶ノ抵當權ニ準用セラルヘキコト商法第六百八十六條第三項ノ明規スル所ナルカ故ニ船舶ノ抵當權登記後ニ登記シタル貸貸借モ民法第三百九十五條ニ所謂第六百二條ノ期間ヲ超過セザルニ於テハ抵當權者ニ對抗スルヲ得ルモノナリト謂ハサルヘカテス而シテ該期間ハ前段説明ノ如ク三種アリト雖モ民法第三百九十五條ハ本來例外的規定ナルヲ以テ之ヲ船舶ニ準用スルニ付テハ別段ノ規定ナキ限りハ最少ノ期間タル三年ヲ限度トスヘキモノト解スルヲ至當トス即三年ヲ超ヘサル以上ハ船舶ノ貸貸借ハ其登記前ニ登記シタル抵當權者ニ對抗スルコトヲ得然ラハ本件ニ於テ被告間ノ貸貸借ハ其存續期間三年ナルカ故ニ抵當權者タル原告ニ對シ有效ニシテ原告ハ貸貸借登記ノ抹消ヲ請求スルヲ得ス既ニ此點ニ於テ原告ノ請求ヲ排斥スルニ足ルヲ以テ其他ノ爭點ニ付一々判斷スルノ必要ナシ云云明治三十七年〇月〇日東京地方裁判所第四民事部判決理由

「法律新聞」二四三號八頁ニ掲ゲタル東京地方裁判所ノ判決ニ據レバ民法第三百九十五條ハ不動産ノ抵當權ノ規定ナルカ故ニ同條ニ所謂抵當權者ニ對抗シ得ヘキ貸貸借ニ關スル第六百二條所定ノ期間トハ或ル種ノ貸貸借ニ付テハ十年或ルモノニ付テハ五年或ルモノニ付テハ三年ト云フ意味ニシテ動産ニ關スル六個月ノ期

間ヲ包含セザルヤ論ヲ俟タズ而シテ不動産ノ抵當權ニ關スル規定ガ登記シタル船舶ノ抵當權ニ準用セラルベキコト商法第六百八十六條第三項ノ明規スル所ナカガ故ニ船舶ノ抵當權登記後ニ登記シタル賃貸借モ民法第三百九十五條ニ所謂第六百二條以期間ヲ超過セザルニ於テハ抵當權者ニ對抗スルヲ得ルモノナリト謂ハザルベカラズ而シテ該期間ハ前般説明ノ如ク三種アリト雖モ民法第三百九十五條ハ本來例外的規定ナルヲ以テ之ヲ船舶ニ準用スルニ付テハ別段ノ規定ナキ限ハ最少ノ期間タル三年ヲ限度トスベキモノト解スルヲ至當トストシテ居ルノデアルガ是ハ聊カ驚クノデアアル如何ニモ民法六〇二ノ期間ハ不動産ノ抵當ニ關シテハ十年五年三年ノ分ノミ適用ガアツテ六個月ノ分ハ自ラ適用ガナイノデアアルガ是ハ偶々抵當ノ目的物ガ不動産デアアルガタメデアアル今船舶ハ動産ナルニ拘ハラズ例外トシテ之ヲ抵當トナスコトヲ許シ之ニ不動産ノ抵當權ニ關スル規定ヲ準用スル以上ハ自ラ民法六〇二ノ期間ノ中デ六個月ノ分ガ適用セラルコトハ明カデアルト思フ若シ民法ノ抵當權ノ章ニ船舶モ亦之ヲ抵當權ノ目的ト爲スコトヲ得ト規定シテアツタナラバ蓋シ論者ト雖モ予ト同一ノ解釋ヲ取ツタデアラウ併シ船

船ノ抵當ニ關スル規定ガ偶々商法中ニアツタカラト云ツテ其適用ヲ違フベキ筈ハナイ
 之ハ其力殊論者ノ所謂「最少期間」デアラカラト云ツテ建物ニ關スル三年ノ期間
 ヲ船舶ニ適用スルニ至テハ法ヲ適用スルニ非ズシテ法ヲ制定スル者デアアルト謂
 熟ナクレバナラヌ

二二 賃借權ノ效力

案スルニ賃借權ノ之ヲ登記シタル上ハ其後ニ於テ賃貸物ニ付キ所有權ヲ得タル者ニ對シテ
 之ニ依テ其效力ヲ有スルモノナリ本案被控訴人カ賃借權ヲ登記シタルハ明治三十五年六月九
 日ニシテ控訴人カ競落ニ因テ其目的タル土地ノ所有權ヲ得タレハ同權ハ控訴人ニ對抗スル
 コトヲ得ル固ヨリ其所トス控訴代理人ニ於テ控訴人ハ抵當權ノ實行ニ因リ本件土地ヲ競落
 シタルモノナレバ有抵當權ノ設定後ニ登記シタル五年ヲ越ヘタル被控訴人ノ賃借權ハ民法
 第三百九十五條ニ依リ抵當權者ニ對抗スルヲ得サリシモノナルカ故ニ抵當權者ハ本件ノ土
 地ニ賃借權ヲキト同一ノ狀態ニアリ從テ之ヲ競落シタル控訴人モ亦賃借權ヲキト同一ノ狀
 態ニ於テ所有權ヲ得タルモノナリト主張スレトモ該條ハ五年ヲ越エサル賃貸借ハ抵當權設
 定後ニ登記シタルモノト雖モ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得ル旨ヲ定メタルニ止マリ五年ヲ
 越エタル賃貸借ハ抵當權者ニ對シ絕對ニ無効タルコトヲ定メタルニアラス故ニ控訴代理人

ノ本登記ナキモノト同一ノ状態ニアリトノ申立ハ不當ナルノミナラス控訴人ハ元本件ノ土地ニ付キ抵當權ヲ有セシト雖モ競賣ニ因テ其權利ハ當然消滅シ更ニ所有權ヲ得タル今ニ至ルニ及テ業已ニ消滅ニ屬シタル抵當權ニ溯リ被控訴人ノ貸借權ヲ抹消セントスルハ論據ヲ認リタル申立ナルヲ以テ採用スルヲ得ス云云明治三十五年〇月〇日函館控訴院第〇民事部判決理由

法律新聞一二八號八頁ニ聊カ驚クベキ函館控訴院ノ判決ヲ掲ゲテ居ル其ニ據レバ「貸借權ハ之ヲ登記シタル上ハ其後ニ於テ賃借物ニ付所有權ヲ得タル者ニ對シテモ依然其效力ヲ有スルモノタリ」民三九五ハ「五年(本件ノ目的物ハ宅地ナリ)ヲ越エサル貸借權ハ抵當權設定後ニ登記シタルモノト雖モ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得ル旨ヲ定メタルニ止マリ五年ヲ越エタル賃借權ハ抵當權者ニ對シ絕對ニ無効タルコトヲ定メタルニアラス」トノ理由ニ基キ抵當權設定後ニ登記シタル賃借權ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得ルモノトシテ居ルヤウデアアルガ是ハ大ナル謬デアアル抵當權ハ物權デアテ所謂追及權ヲ生ズルモノデアアルカラ其後ニ第三者ガ如何ナル權利ヲ取得シテモタメニ抵當權ヲ左右スベキ筈ナインデアアル泥ヤ元來債權タル賃借權ヲ之ニ對抗シ得ベキ筈ハナイガ唯實際ノ必要上ヨリ第六

百二條ニ定メタル期間ヲ超エサル賃借ハ抵當權ノ登記後ニ登記シタルモノト雖モ之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得ルモノト定メタルデアアル(民三九五)故ニ此期間ヲ超エタル賃借ニ付テハ本則ニ返リ之ヲ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得ザルモノトスベキハ理ノ當然デアアルノミナラズ法文ノ解釋上モ然ラザルコトヲ得ナイト思フ何トナレバ若シ函館控訴院ノ言フガ如ク法定期間ヲ超エタル賃借デモ之ヲ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得ルモノナラバ何ヲ苦ンデ態態第六百二條ニ定メタル期間ヲ超エサルノ文字ヲ加フルコトガアラウカト謂ハテバナラヌカラデアアル

一三 轉借人ノ轉貸

賃借人カ賃借物ヲ轉貸シ得ルコトハ民法第六百十二條第一項ノ明カニ認ムル所ナルモ轉借人カ更ニ其轉借物ヲ轉貸シ得ルコトハ別ニ法律ニ之ヲ認ムルノ規定ナキヲ以テ如此轉貸行爲カ法律上何等ノ效力ヲ生セサルモノト云フヘシ何トナレハ賃借人以外ノ者ヲシテ妾リニ賃借物ノ使用收益ヲ爲サシムルトキハ結局賃借ノ目的ヲ達スル克ハサルニ至ルヲ以テ法律ニ特別ノ規定アル場合ノ外ハ賃借人ハ他人ヲ以テ賃借物ノ使用收益ヲ爲サ

シムルコトヲ得サルモノト云ハサルヘカラス從テ貸借人カ爲ス轉貸借ノ場合ノ外ハ他人カ
貸借物ノ使用收益ヲ爲スノ權利ヲ得ルコトナキハ當然ノコトトス然ラハ被告ノ答辯シタル
事實ヲ凡テ眞實ナリトスルモ結局被告ハ轉借人ト岐久六ヨリ本件地所ノ一部ヲ轉借シタリ
ト云フニ歸スルナリ以テ之カ爲メ被告ハ其地所ヲ使用スルニ付キ何等ノ權利ヲモ取得セサル
ヤ勿論ナリ(明治三十六年四月十三日東京地方裁判所第四民事部判決理由)

明治三十六年四月十三日東京地方裁判所ガ下シタル判決ハ誤ッテ居ルト思フ、今法
律新聞ノ報ズル所ニ據レバ同裁判所ハ轉借人ガ更ニ其轉借物ヲ轉貸シ得ルコト
ハ別ニ法律ニ之ヲ認ムルノ規定ナキヲ以テ如此轉貸行爲ハ法律上何等ノ效力ヲ
モ生ゼザルモノト云フベシト判決シタヤウデアアルガ(法律新聞一三六號二二頁、民
法ニ於テハ別ニ轉貸ナル特種ノ契約ヲ認メテ居ルノデハナクテ是レ亦一ノ貸借
借契約デアアル(使用貸借ノ場合モ想像シ得ラルルケレドモ本件ノ如ク土地ノ貸借
ニ於テハ蓋シ極メテ稀ナル場合デアラウカラ本文ニハ常ニ貸借ノ場合トシテ
論ズルノデアアル)故ニ轉借人ガ果シテ轉貸ヲナスコトヲ得ルヤ否ヤハ契約ノ解釋
ニ由ッテ定マルノデアアル、即チ特約又ハ慣習當事者ガ慣習ニ依ル意思アリシト認ム
ベキトキニ限ル、民九二ニ因ッテ轉借人ガ當然轉貸權ヲ有スル場合ニ於テハ固ヨリ

有效ニ轉貸ヲナスコトヲ得ベク、尙ホ特ニ初ノ轉貸人ノ承諾ヲ得レバ常ニ轉貸ヲ
ナスコトヲ得ルモノトシナケレバナラス(民六一二)唯此場合ニ於テ若シ初ノ轉貸
人ガ其貸借契約ニ由ッテ特ニ轉借人ノ轉貸ヲ許ス權利ヲ有セザルトキハ初ノ貸借
人ハ其者ヲ契約違反者トシテ之ニ相當ノ制裁ヲ加フルコトヲ得ルガ、併シ通常ノ
場合ニ於テハ一旦轉貸ノ自由ヲ貸借人ニ與ヘタル以上ハ既ニ貸借人自ラ物ノ使
用、收益ヲナサザルモノ可ナリトスルモノデアアルカラ、貸借人ガ親シク其使用、收益ヲ
ナス者ヲ選バウトモ又ハ己ガ信用スル轉借人ヲシテ更ニ其使用、收益ヲナス者ヲ
選ンデ再轉貸ヲナサシメヤウトモ自由デアルト謂ハチバナラス、要スルニ法律ガ
一般ニ轉借人ノ再轉貸ヲ認メヌト云フノハ誤ッタ見解デアルト思フ

一四 貸借ノ讓渡ハ法律ノ認ムル所ナリ

案スルニ貸借ノ讓渡ナルモノハ法律ノ認メサルモノナルテ以テ之レカ禁止ノ假處分ヲ爲
ス必要ナシ而シテ又本件家屋カ申請人ノ主張ノ如ク轉貸セラレ其他現狀ニ變更ヲ生スルコ
トアリトスルモ之カ爲メ申請人カ貸借契約解除ノ請求權ヲ實行スルニ困難ヲ來スコトナ
シ因リテ本件申請ヲ理由ナシトシ云云(明治三十七年三月一日東京地方裁判所第四民事部判

明治三十七年三月一日東京地方裁判所判決ハ「貸貸借ノ讓渡ナルモノハ法律ノ認メザルモノナルヲ以テ之レガ禁止ノ假處分ヲ爲ス必要ナシ」ト曰ッテ居ルケレドモ（法律新聞一九五號八頁）是ハ認ッテ居ルト思フ、民六一二、一項ニハ明カニ貸貸人ノ承諾ガアレバ貸借權ヲ讓渡スコトヲ得ル旨ヲ示シテ居ルカラ、若シ之ガ禁止ノ假處分ヲナサンケレバ貸借人ハ何時貸貸人ノ承諾ヲ得テ其權利ヲ讓渡スカモ知レナイ、故ニ此ノ如キ假處分ガ不必要ナリト曰ッテ之ヲ許サヌノハ不法デアル

一五 委任ニ關スル特約

案スルニ民法上委任ノ規定ハ公ノ秩序ニ關スルモノト認ムヘカラサルヲ以テ委任契約ニ付テハ民法ノ規定ニ異リタル特約ヲ爲スコトヲ得ヘシ然レハ原裁判所カ委任契約ハ各當事者ニ於テ何時ニテモ解除スルヲ得ヘキ規定アルヲ以テ反對ノ契約ヲ爲スコトハ許スヘカラサルモノナリト説明シタルハ不法ナリト雖モ原判決ニ認定シタル事實ニ據レハ本件ハ被上告人ノ扶助料受取方ヲ上告人ニ委任シタル契約ナレハ被上告人ニ於テ其委任ノ解除ヲ求ムル以上委任ハ其性質上假令或期間委任ヲ解除セスト云フカ如キ特約アルモ受任者タル上告人

ニ於テ其特約ヲ強要スルヲ得サルモノナルヲ以テ原判決ニ被上告人カ委任解除ノ意思表示ヲ爲シタル事實ヲ認メテ被上告人ノ證書返還ノ請求ヲ其理由アリト判斷シタルハ結局相當ノ裁判ニシテ上告論旨ハ理由ナシ（明治三十六年一月二十三日大審院第二民事部判決理由）

明治三十六年一月二十三日大審院ガ下シタル判決モ亦認ッテ居ルト思フ、今法學志林ノ報ズル所ニ據レバ右ノ判決ニハ扶助料受取方ノ委任者ニ於テ其委任ノ解除ヲ求ムル以上ハ委任ハ其性質上假令或ル期間委任ヲ解除セズト云フガ如キ特約アルモ受任者ニ於テ其特約ヲ強要スルヲ得ザル者トシテ居ルヤウデアアルガ（法學志林四一號七〇頁）和佛法律學校講義錄三十六年度高等科七號雜報二五頁、同第一部第一二號雜報四五頁、予ノ信ズル所ニ據レバ大審院ノ認メテ居ル如ク民六五一ノ規定ハ命令規定デナイカラ反對ノ契約ヲナスコトハ自由デアアル、然ルニ其契約ハ受任者ノミヲ羈束スルモノデ委任者ヲバ羈束シナイト云フノハ如何ナル條文、將々如何ナル法理ニ據ッテ大審院ハ主張スルノデアアルカ、予ハ斯ノ如キ條文ヲ知ラヌノデアアル、又斯ク如キ法理ヲモ發見スルコトハ出來ヌノデアアル、抑、契約ト云フモノハ特約ナキ以上ハ當事者雙方ヲ羈束スベキコトハ一般ニ之ヲ言ヘバ蓋シ争ノ

ナイ所デアラウト思フ、然ルニ本件ニハ反對ノ特約ガアッタトハ判決書ニ書イテナイヤウデアル、若シ又本件ノ事實ニ於テ其特約アリシト認ムベキヤ否ヤガ問題デアルナラバ是ハ事實問題デアッテ大審院ニ於テ決スベキ問題デハナイ(大審院ハ株式會社某銀行又ハ株式會社某銀行支店ニ於テ支拂フベシト記載シタル手形ニ付テ支拂場所ヲ記載シタル手形ナルヤ否ヤハ事實問題ナルガ故ニ大審院ニ於テ之ヲ決スルコトハ出來ヌトサヘ曰ッテ居ルデハナイカ、前號四五頁、然ラバ大審院ハ委任契約ノ性質上受任者ノミヲ羈束スベキデアルト曰フノデアルカ、是ハ一概ニ言フコトハ出來マイト思フ、成程委任契約ハ受任者ノミノ利益ノタメニ結バルコトガ多イケレドモ委任者、受任者雙方ノタメ又ハ受任者ノミノ利益ノ爲ニ結バルルコトモ亦決シテ稀デハナイ、羅馬法以來「プロクラシヨ、イン、レム、スアム」(procuratio in rem suam)「自己ノ利益ニ於ケル委任」ノ意ナルモノガアッテ是ハ皆受任者ノ利益ノタメニスル委任デアアル、例ヘバ甲ガ乙ヨリ金千圓ヲ借りテ居ル場合ニ乙ニ委任シテ甲ノ債務者タル丙ヨリ同ジク金千圓ヲ受取ラジメテ直ニ之ヲ甲ノ債務ノ辨濟ニ充テル約束ヲシタナラバ此委任契約ハ受任者ト受任者トノ利益ノタメニ結バ

レタルモノデアアル、又例ヘバ甲ガ乙ヨリ頼マレテ無利息ニテ金ヲ貸サント思ヘドモ手許ニ金錢ナキタメ乙ニ委任シテ其所有ノ物品ヲ賣却セシメ其代價ヲ其儘乙ニ貸スノ約束ヲシタナラバ是ハ受任者ノミノ利益ノタメニ結ブ所ノ委任契約デアアル、此等ノ委任契約ニ解除ヲナサザル特約ヲ附シタナラバ其特約ハ受任者ノタメノミ又ハ主トシテ受任者ノタメニナシタルモノナルコト蓋シ一點ノ疑モナキ所デアラウ、然ルニ是ハ單ニ受任者ヨリ辭任ノ出來ナイト云フ意味デアッテ委任者ヨリ解任ラスルノハ自由デアルト曰フ者ガアッタナラバ誰モ其不條理ナル論旨ニ驚カヌ者ハナカラウ、予ハ進ンデ委任ガ受任者ノ利益ノミ又ハ受任者ト委任者トノ利益ノタメニ結バレタルコトノ明カナル場合ニハ解任ヲ許サナイト云フ特約ガ暗ニ含まレテ居ルモノト解スベキ場合又ハ慣習上當事者ニ此ノ如キ意思アリト認ムベキ場合カ多カラウト思フ位デアアル、現ニ舊民法財産取得編二五二ニハ「委任者ノミノ利益ノ爲メニ委任セシ代理ノ廢罷ハ謝金ヲ諾約シタトキト雖モ委任者ハ何時ニテモ隨意ニ之ヲ爲スコトヲ得」ト規定シ、「ボソツナード」氏ノ草案理由書ニハ「前條第一號ノ下ニ於テ委任者ヨリスル委任ノ取消ハ主トシテ委任者ハ常ニ

其利益ノタメニナシタル契約ノ利益ヲ拋棄スルコトヲ得ルト云フコトヲ基礎トシテ居ルコトヲ説イタガ併シ委任ハ亦同時ニ受任者又ハ第三者ノ利益ノタメニスルコトモアリ得ル(中略)此場合ニハ受任者ハ其豫期ニ反シ又ハ其利益ヲ害スルモノトシテ取消ヲ拒ムコトニ利益ヲ持ツデアラウ是ガ本條ニ言フ所デアアル併シ任意ノ取消ヲ委任ガ委任者ノ利益ノミノタメタルコトノ條件ニ繋ラシメ以テ之ヲ間接ニ言フノミデアアルト書イテアル(Boissonade, *Projet de Code civil*, III, nouv. éd., § 794, p. 994.) 又獨逸民法六七一一項ハ我民法六五一一項ト同一ノ事ヲ規定シテ居ル其規定ニ委任ハ委任者ヨリ何時ニテモ之ヲ取消シ受任者ヨリ何時ニテモ之ヲ解約スルコトヲ得トアル然ルニ第一草案五九七ニハ委任者ハ何時ニテモ受任者ニ對スル意思表示ヲ以テ委任ヲ取消スコトヲ得取消權ハ之ヲ拋棄スルコトヲ得トアルタノヲ第二草案六〇二一項ニ於テ右ニ掲ゲタル規定ノ如ク改メ遂ニ是ガ確定法文トナッタノデアアルガ今レアツノ著書ニ據ッテ第一草案五九七二項ノ規定ヲ削ッテ理由ヲ譯スルニ第一普通ノ場合ニ於テハ此規定ハ疑ナキ所デアッテ隨ッテ不用デアリ、第二受任者ノ利益ノタメニモ委任ヲナシタル場合又ハ主トシテ受任者ノ利益ノ

タメニ委任ヲナシタル場合ニハ之ヲ適用スルノハ誤デアアルカラト云フノデアッタヤウデアアル(Realtz, *Die zweite Lesung des Entwurfs eines eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich*, I, s. 309, Ann. 6.) 右ノ第一理由ハ予ノ了解ニ苦シム所デアアルケレドモ是ハ從來ノ沿革ニ誤ラレタ論デアラウト思フガ第二ノ理由ニ至ッテハ至極尤ト謂ハナケレバナラス

之ヲ要スルニ受任者ノミノ利益ノタメ又ハ受任者ト委任者トノ利益ノタメニ結ンダル委任契約ニ解除ヲナサヌト云フ特約ガアッタナラバ委任者ヨリ其解除ヲナスコトヲ得ナイコトハ最早明カデアラウト思フ因ッテ是ヨリ進ンデ本件ノ委任ハ多分受任者ト委任者トノ利益ノタメニスルモノデアッテ隨ッテ委任者ヨリ其解除ヲナスコトヲ得ナイモノデアラウト云フコトヲ説明シヤウト思フ右ニ引用シタ雜誌及ビ講義録ニハ事實ヲ掲ゲテ居ラヌカラ詳シイ事ハ分ラヌガ扶助料受取方ヲ委任シタル契約ニ或ル期間委任ヲ解除セズト云フ特約ガアッタモノノヤウデアアル是ハ世間ニアリ觸レタル扶助料權利者ガ其債權者ニ與フル委任狀ノ一例カト思ハレル若シ其ナラバ全ク委任者ト受任者トノ利益ノタメニ與ヘタル委任デ

アル、何トナレバ扶助料権利者ガ其債權者ニ委任シテ扶助料ヲ受取ラシメ其ヲ其儘債務ノ辨濟ニ充ツルノ約束デ所謂「プロクラシヨ、イン、レム、ス、アム」デアラカラデアル、而シテ解除ヲナサヌト云フ特約ハ全ク債權者即チ受任者ノタメニナシタルモノデ、世ノ不徳義ナル扶助料権利者ガ動モスレバ一旦右ノ委任ヲ與ヘタル後民六五一、一項ヲ楯トシテ之ヲ解除スルコトアルガ故ニ此奸策ヲ防ガンタメニナス所ノ特約デアアル、尙ホ多クノ場合ニ於テハ之ヲ委任狀ニ書イテ居ルガ、委任狀ハ慣習上委任者ヨリ出ダスモノデアラカラ之ニ右特約ヲ書イテ居ッタナラ、無論受任者ノ辭任權ヲ奪ッタモノデハナク全ク委任者ノ解任權ヲ拋棄シタモノデアアル、若シ是ガ受任者ヲ束縛シテ委任者ヲ束縛シナイト曰フナラバ聊カ滑稽ニ近イノデアアル、若シ夫レ扶助料ハ之ヲ讓渡シ又ハ之ヲ質入スルコトヲ得ナイノニ(二十三年法四四號官吏遺族扶助法一三、同年法四五號軍人恩給四二)此規定ヲ潜ルタメニ右様ノ委任ヲナスノデアアルカラ其解除ヲ有效トシナケレバナラヌト曰フナラバ是ハ見當違ト謂ハテバナラヌ、固ヨリ右ノ事實ガ證明セラレタナラバ委任契約全部ガ無効デアツテ特約ダケガ無効デアアルノデハナイ、故ニ本件ノ判決ハ如何ナル方面ヨリ

觀察スルモ其當ヲ得ヌト謂ハテバナラヌ

一六 債權者ガ債務者ニ非ザル者ニ證書ヲ交付スルモ證書ヲ毀滅シタリト謂フコトヲ得ズ

控訴ハ適法ナリ案スルニ債務者ニ非サル者カ錯誤ニ因リテ債務ノ辨濟ヲ爲シタル場合ニ債權者ニ於テ眞實ノ辨濟ヲ受ケタルモノトシ證書ヲ其辨濟者ニ引渡シタル事實ハ將來債權者カ眞ノ債務者ニ係リ請求ヲ爲スニ付テ舉證ニ困難ナラシムルニ至リタルモノナルヲ以テ民法第七百七條第一項ニ所謂「債權者カ善意ニシテ證書ヲ毀滅シ」トアルニ適合スルモノナリ而シテ甲一號證ノ一ヲ閱スルニ被控訴人氏名ノ肩書ニ親戚立會人トアル部分ヲ親戚立會保證人ト描改シアリテ第一審ニ於ケル證人宮崎竹藏、守屋兵次郎ノ各證言ニ依レハ訴外高橋新馬カ控訴人ニ對スル金參百圓ノ債務ニ付キ被控訴人ハ初メ單ニ親戚立會人ナリト信シ居タルニ控訴人ヨリ被控訴人ニ對シ保證人トナリ居ル故之ヲ辨償セヨト申込マレタルヨリ被控訴人ハ或ハ保證人トナリシヤモ知レヌト信シテ内入金ヲ差引キ元利合金貳百九十七圓五十錢ヲ辨償スルニ至リタルコト明白ナルヲ以テ被控訴人カ本件ノ辨濟ヲ爲シタルハ其主張ノ如ク全ク錯誤ニ出テタルモノト認ムルニ足ル又甲第一號證ノ一中被控訴人ノ肩書ニ「親戚立會人」トアリシヲ「親戚立會保證人」ト描改シ恰モ被控訴人カ保證債務ヲ負擔シタルモノノ如ク證

第一編 民法 丙 債權 一六 債權者ガ債務者ニ非ザル者ニ證書ヲ交付スルモ 一三九
證書ヲ毀滅シタリト謂フコトヲ得ズ

書ヲ變造シタルハ高橋橋馬ノ犯罪行爲ニ出テタルコトハ甲一號證ノ二、浦和地方裁判所高橋橋馬被告事件記録中證人宮崎竹藏守屋兵次郎、椎橋重大郎ノ各豫審調書ニ記載セル事實並ニ甲一號證ノ三、判決正本ニ記載ノ事實ニ徴シ明瞭ニシテ控訴人カ惡意ナルコトノ見ルヘキ證憑一モ之レナキヲ以テ控訴人ハ被控訴人ヲ保證人ナリト信シテ善意ニ本件ノ辨濟ヲ受ケ甲一號證ノ一、借用金證書ノ裏面ニ「表書ノ金圓正ニ請取候也」ト記載シテ之ヲ被控訴人ニ交付シタルモノト認ムルヲ相當トス故ニ被控訴人カ本件ノ辨濟ヲ爲シタルハ自ラ保證ヲ爲シタルモノト誤信シタルノ結果ナリトスルモ控訴人カ善意ニテ右辨濟ヲ受ケ甲一號證ノ一モ被控訴人ニ引渡シ以テ將來眞ノ債務者タル高橋橋馬ニ對シ債權ヲ有スルコトノ舉證ヲ困難ナラシムルニ至リタルモノト認ムヘキニ依リ民法第七百七條第一項ノ規定ニ從ヒ錯誤ニ因ル辨濟者ナル被控訴人ハ善意ニテ證書ヲ毀滅シタル控訴人ニ對シ木金圓ノ返還ヲ請求スルコトヲ得サルモノトス既ニ此點ニ於テ被控訴人ノ請求ヲ不當ナリトスルヲ以テ自餘ノ攻撃防禦ノ方法ニ關シテ說明ヲ要セス云云明治三十七年四月十九日東京控訴院第四民事部判決理由也

明治三十七年四月十九日東京控訴院判決ハ「債務者ニ非ザル者ガ錯誤ニ因リテ債務ノ辨濟ヲ爲シタル場合ニ債權者ニ於テ眞實ノ辨濟ヲ受ケタルモノトシ證書ヲ其辨濟者ニ引渡シタル事實ハ將來債權者ガ眞ノ債務者ニ係リ請求ヲ爲スニ付テ舉證ヲ困難ナラシムルニ至リタルモノナルヲ以テ民法第七百七條第一項ニ所謂「債權者ガ善意ニテ證書ヲ毀滅シ」トアルニ適合スルモノナリ」ト曰フテ居ルケレドモ

(法律新聞二〇四號一〇頁)是ハ少クモ理由不備ノ判決ト謂ハチバナラヌ、單ニ債權者ガ證書ヲ辨濟者ニ渡シタダケナラバ之ヲ取返スコトガ出來ル、若シ辨濟者ガ之ヲ破毀シ又ハ紛失シタノデアルカ其他何等ノ理由ニ拘ハラズ辨濟者ヲシテ之ヲ返還セシムルコトガ出來ヌナラバ毀滅トモ謂ヘヤウケレド、唯之ヲ辨濟者ニ渡シタト云フダケノ理由ヲ以テ之ヲ毀滅シタルモノト判斷スルノハ大早計デアラウト思フ、本件ニ於テハ債權者ガ證書ノ裏面ニ「表書ノ金圓正ニ請取候也」ト記載シテ之ヲ辨濟者ニ交付シタヤウデアルケレドモ、其裏書ハ之ヲ抹消スレバ宜シイノデアツテ證書ノ效力ニハ何等ノ影響アルベキ事デハナイ、故ニ東京控訴院ガ上記ノ理由ダケニ據ッテ不當辨濟ノ取戻ヲ許サナカタノハ確ニ其當ヲ得ナカッタト思フ

一七 制限外利息ノ充當ト不法原因

利息制限法ハ公益規定ナルヲ以テ若シ制限ニ超過シタル利率ヲ契約シタルトキハ獨リ債權者ニ背法ノ行爲アルコト勿論ナレハ債務者カ任意ニ制限超過ノ利息ヲ債權者ニ支拂ヒタル場合ニ於テハ所謂不法ノ原因ノ爲メ給付ヲ爲シタルモノト云ハサルヲ得ス而シテ不法ノ原因

因ノ爲メ給付ヲ爲シタルモノ、返還ヲ請求スルヲ得サルコトハ民法第七百八條ニ於テ明カニ規定スル所ナリ「中略」

按スルニ制限外ノ利息ト雖モ當事者間ニ於テ既ニ任意授受シタルモノハ債務返還ノ請求ヲ爲スコトヲ得サルコトハ前般ニ於テ説明セシ所ノ如シ故ニ本論告ノ目的トナリタル原告旨ナシテ當事者ノ意思ヲ以テ債務者ノ支拂ヒタル金額ヲハ先ツ利息ニ充當シ其餘金ヲ元金ニ充當シタルモノナリト事實ヲ確定シタルモノナラシメンカ其判斷ハ不法ナリト云フヲ得サレトモ原告判決ニハ「前略右金額ハ普通ノ法則ニ從ヒ先ツ其利息ニ充當シ其餘金ヲ元金ニ充當シタリト看做サルヘキヲ以テ云々」ト說示シアルヲ以テ法律上ノ充當ヲ爲シタル判旨ナリト云ハサルヲ得ス然レハ則チ制限外ノ利息ニ關スル契約ハ無効ナルヲ以テ原院方法律上ノ充當ノ場合ニ於テ制限外ノ利息ニ付テ有効ニ充當スルコトヲ得ヘキモノト爲シタルハ不法ノ裁判タルヲ免レス(明治三十五年十月二十五日大審院第一民事部判決理由)

明治三十五年十月二十五日大審院ガ下シタル判決ハ頗ル其當ヲ得スト思フ、今和佛法律學校講義録ノ報ズル所ニ據レバ利息制限法ノ制限ニ超過シタル利息ハ一旦之ヲ支拂ヒタル後ハ民七〇八ノ規定ニ因ッテ其返還ヲ求ムルコトヲ得ナイモノデアルト判決セラレタヤウデアアルガ是ハ謬デアルト思フ(和佛法律學校講義録三四號雜報一七頁、三六號同一頁、法典質疑錄五七號七六頁、法律新聞一一三號一八頁)

凡ソ法律ノ規定ニ違背シタル行爲ハ必ズシモ全部無効ナルモノデハナクテ、往往法律ハ他ノ制裁ヲ附スルコトガアル例ヘバ民二七八一項、三六〇一項、五八〇一項、六〇四一項等ニ於テ永小作權、不動産質、買戻ノ特約、質貸借等ノ期間ヲ限定シタルハ皆公益規定タルコト蓋シ疑ナキ所デアアルガ併シ其制限ヲ超エタル契約ハ全部無効ニアラズシテ單ニ其期間ヲ制限マデニ短縮スルノデアアル、是ト同ジャウニ利息制限法ニ背キタル契約ハ全部無効ニアラズシテ單ニ之ヲ制限マデニ引直スベキモノトセルコトハ十年六六號布告利息制限法ニ明文アル所デアアル、成程同法ハ何分明治十年ニ發布セラレタル法律デアアルカラ、其文章ハ今日ノ法令ノヤウニ正確デナイ故ニ、若シ此制限ヲ超過スル分ハ裁判上無効ノモノトシ各其制限ニマテ引直サシムヘシ「トアッテ、或ハ全部無効ナルカラ疑ハシムルケレドモ、同條ノ初ヨリ讀下セバ決シテソウ云フ意味デナイコトハ明瞭デアアル、即チ「契約上ノ利息云云」ト書キ起シテ「若シ此制限ヲ超過スル分ハ云云」ト云ヘルガ故ニ、分トハ利息ノ一部ノ意味タルコト明カデアアル、況ヤ直グ其下ニ「各其制限ニマテ引直サシムヘシ」ト明言セルニ於テ「ヤト謂ハナケレバナラヌ、然ルニ民七〇八ハ法律上全部無効ナル

行爲ニ基キテ給付ヲナシタル場合ニ於テノミ適用アルモノタルコトハ不當利得ニ關スル規定ナルガ故ニ疑ナキ所デアルト思フ蓋シ法律行爲ガ全部無効ナル場合ニ於テ之ニ基キテ給付ヲナシタルバコソ之ヲ受ケタル者ガ之ヲ利得スルノガ不當利得ニナルノデアレ、不當利得ニナレバコソ原則ニ據レバ之ガ返還ヲ請求スルコトヲ得ルノデアレ、原則ニ據レバ之ガ返還ヲ請求スルコトヲ得ルノデアレ、原因ガ當事者雙方ニ付テ存スル場合ニハ之ガ返還ヲ請求スルコトヲ得ナイト定メタノデアレ、故ニ利息制限法二ノ如ク明カニ利息ノ引直ダケヲ命ジテ居ル場合ニ民七〇八ヲ適用シタノハ謬デアルト謂ハテバナラヌノデハナイカ

一八 船舶賃借人が過失ニ因リ船舶ヲ燒燬スルモ不法行爲トシテ責任ヲ負フベキモノニ非ズ

本件船舶ノ所有權カ被告石川熊吉ニ移轉シタル事實被告カ明治三十四年九月三十日ヲ返還

期限トシテ該船舶ヲ使用シタル事實該船舶カ失火ニ罹リタル事實原告カ船舶引揚費金二百七十五圓修繕料金七百二十七圓二十三錢七厘ヲ支出シタル事實及ビ船舶賃借料一ヶ月金二百二十五圓タルコトハ當事者間爭ヒナキ所ナレハ本件ニ於テハ(第一)原告山本常太郎ハ訴權ヲ有スルヤ(第二)本件失火ニ付テハ被告カ原告石川熊吉ニ對シ其責ニ任スヘキモノナルヤヲ判斷スルヲ以テ足レリトス因テ案スルニ(第一)原告山本常太郎ハ本件船舶ニ付テハ何等ノ權利ヲ有スルモノニアラサレハ假令被告ニ過失アリトスルモ何等ノ損害ヲ受クヘキモノニアラス從テ本訴ニ於テ差モ利益ヲ有スルモノニアラサレハ其請求タルヤ全ク理由ナキモノトス(第二)本件船舶カ被告ノ占有ニ屬スルコトハ甲第一號證契約ノ第一條ニ受渡ノ後ニ於テハ船舶ハ雇船主又ハ其代理者ノ管理ニ屬ストノ記載アルニ依リ明ニシテ又同證第三條ニ依レハ雇船主ニ於テ職務上不都合ト認ムルトキハ役員ニ對シテハ船主へ通知ノ上其他ノ乗組員ニ對シテハ隨意ニ變更増減スルヲ得ルモノナレハ船員ニ對スル支配權ハ原告ニ在ラスシテ被告ニ存シ被告ハ只役員ニ對シテハ權利ヲ行使スルニ付キ一定ノ制限ヲ受ケタルニ過キサルモノニシテ船員ノ過失ニ付テハ被告カ專ラ其責ニ任セサルヘカラス而シテ失火ノ場所カ船内、ランブ、部屋タリシコトハ甲第五號證第十號證ニ依リ明ニシテ其當時被告ヲ初メ船長機關士及ヒ事務員カ上陸シ船中ニ在ラサリシコトハ同第四號乃至第十一號證ニ依リ又船長ハ水夫長箱崎福松ナルモノヲ選任シテ代テ其職務ヲ行ハシメタルコトハ同第四號證第五號證第六號證第十號證ニ依リ明ナリ又箱崎福松カ當該官廳ニ於テ海員タル公認ヲ得タルモノニアラサルコトハ被告ノ認ムル所ナリ去レハ斯ノ如キ海員タル資格ヲ備ヘサルモノ、行爲ハ責任

第一編 民法 丙 債權 一八 船舶賃借人が過失ニ因リ船舶ヲ燒燬スルモ不法 一四五
行爲トシテ責任ヲ負フベキモノニ非ズ

者ノ行爲ト認メ得ヘカラサレハ全ク船舶ヲ無監督ノ状態ニ置キタルト同一ニシテ船長ノ處
置タルヤ重大ナル過失タルヲ免レス被告ハ尙ホ過失ノ責任ハ失火ノ場合ニ適用セサルモノ
ナリト論争スルモ明治三十二年法律第四十號ハ専ラ家屋ノ失火ニ付キ規定シタルモノナル
コトハ立法ノ精神ニ於テ明ニシテ本件ノ如キ場合ニ於テハ同法ヲ適用スヘキ限リニアラス
然ルニ被告ハ其立證トシテ甲第一號第四號第五號證ヲ採用シタル外本件失火ハ不可抗力ニ
原因シタルコトノ證左ヲ示サ、ルモノナレハ被告ハ原告ニ對シ損害ヲ賠償スルノ義務アル
モノニシテ原告石川熊吉ノ請求ハ其理由アルモノトス(明治三十五年六月二十日大阪地方裁
判所第二民事部判決理由)

明治三十五年六月二十日大阪地方裁判所ガ下シタル判決ノ理由ハ不當デアルト
思フ、今法律新聞ニ掲載スル所ニ據レバ、右ノ判決ハ船舶ノ賃借人ガ其過失ニ因リ
(直接ニハ船員ノ過失ナレドモ之ニ付キ賃借人ニ責任アルコトヲ認メテ居ル故ニ
即チ賃借人ノ過失ト謂ハチバナラス)其船舶ヲ燒燬シタルニ付キ賃借人ニ對シ損
害賠償ノ責任アルコトヲ認メタルハ可ナレドモ、其理由ハ不法行爲ノ責任アル者
トシテ明治三十二年法律第四十號ハ専ラ家屋ノ失火ニ付キ規定シタルモノナル
ガ故ニ民七〇九七一五一項ニ依リ賠償ノ義務アル者トシタルガ如ク見ユル(法律
新聞一〇一號九頁ケレドモ是ハ二ツノ謬ヲ包含シテ居ルト思フ(第一)本件ハ賃借

人ガ賃借契約ニ因リ賃借人ニ對シ賃借物保存ノ義務ヲ負ヒ居ルガ故ニ其義務不
履行ノ結果トシテ責任アルモノニシテ(民四〇〇五九七一項六一六)決シテ民七〇
九ノ適用ヲ受クベキ不法行爲ノ場合デハナイ、隨ッテ三十二年法四〇號ニハ何等ノ
關係モナイ(第二)併ナガラ若シ不法行爲ノ場合デアルトシタナラバ三十二年法四
〇號ハ家屋ノミデナク廣ク失火ト云ヘルガ故ニ船舶ニモ適用アルコトハ勿論デ
アル、之ヲ要スルニ右ノ判決ハ其結論ニ至ッテハ誤ッテ居ラヌケレドモ其理由ガ間違ッ
テ居ルト思フノデアアル

丁 親 族

一四八

一 繼父ノ意義

按スルニ岩田松太郎ガ岩田カギノ夫トナリテ同家ニ入りタルハ明治三十一年七月十五日ニシテ民法實施以前ニ在レハ其入家ハ民法施行法第六十二條ノ規定ニ依リ不適法ニアラサルヲ以テ原裁判所カ松太郎ノ入家ヲ民法ノ規定ニ違反シタルモノナリト判斷シタルハ適當ナラスト雖モ松太郎カ被上告人鶴吉ノ繼父ニアラサルコトハ原判決ノ說明セシ如クナリ何トナレハ繼父トハ嫡出子又ハ庶子ノ父カ死亡シ又ハ家ヲ去リタル後入夫トナリタル者ヲ指スノ稱ナルニ鶴吉ハカギノ私生子ニシテ適法ノ認知ヲ受ケタルモノニアラサルコトハ原判決ニ採用シタルモ甲第七號證ニ依リ明カナレハナリ然レハ松太郎カカギノ夫トナリテ岩田家ニ入りタル後モ尙ホ鶴吉ハ岩田家ニ在ルカギノ親權ニ服スヘキモノニシテ松太郎カ親權者ナリトシテ本訴ノ土地ヲ賣渡シタルハ無効ナリト判斷シカギハ鶴吉ノ親權者ナルヲ以テ本訴ヲ提起シ得ヘキモノト爲シタル原判決ハ結局相當ニシテ破毀ノ原由ナシトス明治三十七年五月二十三日大審院第二民事部判決理由

繼父ノ根原ノ意味ハ母ノ連子ヨリ母ノ後夫ヲ指シテ言フノデアアルコトハ人ノ皆知ル所デアアルガ(太宰純撰親族正名)一八葉裏入夫ノ制一タビ認メラレテヨリハ(聲

養子ノ場合ニモ同一ノ問題ガ起リ得ル)最早繼父ノ意義ヲ右ノ一ツノ場合ニ限ルコトハ出來ナイ故ニ母ノ嫡出子庶子(嫡母ヨリ庶出ノ子ヲ視タル者)ヨリ母ノ入夫ヲ指シテ言フニモ此語ヲ用フルコトトナツタコトハ今日議論ノナキ所ノヤウデアアル三十七年五月二十三日大審院判決ニハ繼父トハ嫡出子又ハ庶子ノ父カ死亡シ又ハ家ヲ去リタル後入夫トナリタル者ヲ指スノ稱ナリト云ツテ(法學志林五九號七九頁)却テ根原ノ意義ヲ忘レテ仕舞ツタヤウデアアルガ其ハ姑ク措イテ右ノ判決ニ據レバ母ノ私生子ヨリ其出生後母ノ夫トシテ其家ニ入りタル者ヲ指シテ繼父ト稱スベキモノデハナイトシテ居ルヤウデアアルケレドモ予ハ之ニ同意シ兼子ルノデアアル成程維新前ニハ箇様ナル者ヲ繼父トハ曰ハナカッタデアアラウ何トナレバ父ノ知レザル私生子ハ法律上認メナカッタト謂ツテ宜シイカラデアアル然レドモ今日ハ既ニ父ナキ私生子ヲ法律上認ムルノデアアルカラ私生子モ亦母ノ子デアツテ却テ庶子ヨリ關係厚キ者トナツテ居ルノデアアル(民七二八參觀)故ニ庶子ノ出生後ニ嫡母ノ夫トシテ其家ニ入りタル者ガ繼父デアアルナラバ私生子ノ出生後ニ母ノ夫トシテ其家ニ入りタル者ハ猶更繼父デアアルト謂ハナケレバナラス或ハ

私生子ノ父ハ知レヌカラ、母ノ夫ヲ父ニ繼グ者(又ハ繼グ父)ト謂ハシヌト云フカモ知レヌガ、父ノ知レナイト云フノハ唯法律上ノ話デ、實際父ナクシテ子ノ出來ヤウ管ガナイカラ、法律上知レナイ父ニ繼グ者トシテ「繼父」ノ名稱ヲ用フルノハ固ヨリ差支ナキ所デアアル

二 第三者ノ同意ト其同意ノ意思表示ノ效力 非戸主ノ父ガ其庶子ニ對スル法律上ノ義務

本訴ハ庶子ノ父及父ノ家ニ在ル戸主ニ對シ庶子ノ入籍ヲ請求スルニアルヲ以テ先少庶子ノ父ハ入籍手續ヲナスノ義務アルヤ否ヤヲ案スルニ民法第七百三十五條ニ依レハ家族ノ庶子ハ戸主ノ同意アルニアラサレハ其家ニ入ルコトヲ得サルヲ以テ認知シタル父ガ戸主ニアラスシテ家族ナルトキニ其庶子ヲ其戸主ノ家族ト爲スノ法律上ノ義務アルモノニアラス甲第四號裁判決牒本ニヨレハ控訴人五郎右衛門ハ私生子松本五一ヲ認知スヘシトノ判決ヲ受ケタルコトヲ認ムヘキニヨリ控訴人ハ今更此認知ヲ爭フコトヲ得スト雖モ五郎右衛門ハ源助ノ家族ニシテ戸主ニアラサルコトハ爭ナキトコロナルヲ以テ五一ヲ源助ノ家族トナスノ法律上ノ

義務ナキモノト云ハサルヘカラス故ニ五郎右衛門ニ對スル本訴ノ請求ハ失當ナリ次ニ控訴人源助ニ對スル訴狀ヲ案スルニ凡ソ法律行為ニ付第三者ノ同意ヲ要スルトキハ同意ノ意思表示ハ其法律行為ノ當事者ニ對シテナスニアラサレハ其效力ナキモノトス甲第三號證ハ其文旨ニ徴スレハ源助カ彼控訴人常松ニ對シテ五一カ其家族トナルヘキコトニ付同意ヲ與ヘタルモノト認定スルニ足ルモ其同意ノ意思表示ハ法律行為ノ當事者ニアラサル常松ニ對シテナシタルモノナルヲ以テ法律上無効ノモノト云ハサルヘカラス何トナレハ入籍ハ戸籍法第百四十六條ニヨリ此場合ニ於テハ庶子タル五一又ハ認知シタル五郎右衛門ノ外其當事者タルモノナクシテハナリ又甲第三號證ハ源助カ常松ニ對シテ前示ノ同意ヲナスヘキコトヲ豫メ契約シタルモノトセンカ身分權ノ行使ハ契約ヲ以テ羈束スルコトヲ得サルヲ本則トス故ニ源助ニ對シ其戸主權ノ行使ヲ羈束スル右ノ契約モ亦無効ノモノトス然レハ源助ニ對スル本件ノ請求モ亦失當ナリ云云(明治三十五年十一月十九日東京控訴院第三民事部判決理由)

明治三十五年十一月十九日東京控訴院ガ下シタル判決ニハ其當ヲ得ヌ點ガ多イト思フ、今法律新聞ノ報ズル所ニ據レバ被控訴人松本常松ナル者ガ控訴人堀越源助外一人ニ對スル庶子入籍請求事件ニ付キ判決理由中ニ左ノ如キコトヲ書イテ居ルヤウデアアル

凡ソ法律行為ニ付第三者ノ同意ヲ要スルトキハ同意ノ意思表示ハ其法律行為

第一編 民法 丁 親族 二 第三者ノ同意ト其同意ノ意思表示ノ效力 非戸主 一五一
ノ父ガ其庶子ニ對スル法律上ノ義務

ノ當事者ニ對シテナスニアラサレハ其效ナキモノトス甲第三號證ハ其文旨ニ
徴スレハ源助ガ被控訴人常松ニ對シテ五一(判決文ニテハ明瞭ナラザレドモ常
松ト五トノ關係ハ常松カ五ノ母ノ戸主ナルガ如シ)カ其家族トナルヘキコ
トニ付同意ヲ與ヘタルモノト認定スルニ足ルモ其同意ノ意思表示ハ法律行爲
ノ當事者ニアラサル常松ニ對シテナシタルモノナルヲ以テ法律上無効ノモノ
ト言ハサルヘカラス(法律新聞一一五號一〇頁)

ケレドモ是ハ謬ッテ居ルト思フ、抑、民七三五、一項ノ規定ニ依ッテ庶子ガ其父ノ家ニ
入ル事柄ヲ一ノ法律行爲ト視タノガ謬ノ本デアル、同條及ビ前二條ノ場合ハ子ガ
當然父又ハ母ノ家ニ入ル場合デアッテ右ノ七三五、一項ノ場合ヲ除イタナラバ毫末
ノ疑モナカラウト思フ、先ヅ七三三、一項、二項ノ場合ガ當然父又ハ母ノ家ニ入ル場
合デアルコトハ何人モ之ヲ疑ハヌデアラウト思フ、何トナレバ若シ此場合ニ本人
ノ法律行爲ヲ要スルモノトシタナラバ天下ノ生兒ハ皆一旦一家ヲ創立スルコト
トナルカ(民七三三、三項)又ハ皆家ナシトナラチバナラヌカラデアアル、是ハ事理ニ於
テアルベカラザル事デアアルノミナラズ戸籍法ニモ明カニ反スルモノデアアル、七三

四ハ七三三ヲ適用スルトカセヌトカ云フ規定デアルカラ別ニ説明スル必要ガナ
イトシテ、併七三五ノ二項ハドウデアアルカ、是モ當然母ノ家ニ入ルノデハナウテ本
人ノ法律行爲ヲ要スルト云フコトナラバ、天下ノ庶子ハ皆一旦一家ヲ創立スルカ
(民七三五、三項)又ハ家ナシトナラチバナラヌコトトナルデアラウ、是モ事理ニ於テ
アルベカラザルノミナラズ戸籍法ニモ明カニ反スルノデアアル(民七三三、三項、七三
五、三項ニ依リ一家ヲ創立スルノモ當然デアッテ決シテ何等ノ法律行爲ヲ要セヌコ
トハ明カデアアル)然ラバ獨リ七三五ノ一項ガ特ニ本人ノ法律行爲ヲ要スルト云フ
コトハ到底不通ノ論デ、殊ニ同條ノ二項ニ庶子カ父ノ家ニ入ルコトヲ得サルトキ
ハ母ノ家ニ入ルトアルガ、生兒ハ未ダ法律行爲ヲナスコトガ出來ヌカラ寧ロ庶子
ハ皆一旦母ノ家ニ入ルモノデアアルト謂ハチバナラヌヤウニナッテ來ル、如何ニ民法
ノ立法者ガ文章ガ下手デモ此ノ如クマデ迂遠極マツタ法文ヲ書イタモノトハ受取
レヌノデアアル、思フニ七三五ノ一項ハ七三三ノ一項、二項ヲ承ケテ、本來子ハ嫡出子
デアラウト庶子デアラウト私生子デアラウト皆父又ハ母ノ家ニ入ルベキモノデ
アル、ケレドモ家族ガ戸主ノ同意モ得ズニ庶子又ハ私生子ヲ生ンデ之ヲシテ當然

第一編 民法 丁 親族 二 第三者ノ同意ト其同意ノ意思表示ノ效力 非戸主 一五三
ノ父ガ其庶子ニ對スル法律上ノ義務

父又ハ母タル自己ノ家即チ戸主ノ家ニ入ラシメテ其家族トナシ戸主ヲシテ之ニ對シテ扶養ノ義務ヲ負ハシムルコトガ出來ルトシテハ(民七四七)如何ニモ不當ナルカラ、特ニ戸主ノ同意ヲ要スルモノトシタノデアル、然ラバ庶子ガ父ノ家ニ入ルタメニハ、戸主ノ同意ト云フ法律行為ノミヲ要スルノデ、他ノ行為ハイラヌノデアル、而シテ戸主ノ同意ハ法律ガ何等ノ條件ヲ設ケテ居ラヌカラ何人ニ對シテ其意思ヲ表示シタリトモ有效デアル、唯届出ノ場合ニハ同意ノ證書又ハ届書ニ同意ノ旨ヲ附記シナケレバナラヌ(戸籍法四三、五四乃至五六、一四七)、ケレドモ是ハ唯證明方法ニ過ギヌコトハ戸籍法五六ニ由テ明カデアル、殊ニ同意ノ證書ノ方式ヲ限定シテ居ラヌカラ本件ノ所謂「甲第三號證」ガ同意ノ證書ト視ラルルカモ知レヌ、要スルニ右ノ判決ノ理由ハ謬テ居ルト思フ

併シ此謬ヲ誘起シタノハ或ハ戸籍法一四六、一四七デアルカモ知レヌ、此二條ニハ如何ナル間違デアツタカ民七三五、一項ノ場合ト同七三七、七三八ノ場合ト併セテ規定シタカラ、後ノ二條ノ場合ノ如ク民七三五、一項ノ場合モ必ズ本人ノ法律行為ヲ要スルカト疑ハシムルノデアル、ケレドモ同時ニ出デタル實體法ト手續法トノ

間ニ牴觸ガアツテモ手續法ヲ以テ實體法ヲ改メタモノト解スルコトヲ得ナイノミナラズ、戸籍法ハ民法ノ施行ノタメ必要ナルニ因リ急速ニ起草セラレタル法律デアツテ他ニモ往來不完全ナ點ガアルノデ、比較的鄭重ニ起草セラレタル民法ト同様に看ルコトハ出來ヌカラ、是ハ戸籍法ノ不手際ナル所トシテ看過スルノ外ナイト思フ、尤此場合ニ於テ一四六ノ適用モ全クナイデハナイ、即チ棄兒其他ノ者デ偶然意思能力ヲ有スルニ至ルマデ出生ノ届出ナカリシ者又ハ意思能力ヲ有スルニ至リタル後父又ハ母ノ認知ヲ得タル者ガ民七三五、一項ニ依リ父又ハ母ノ家ニ入ラント欲スル場合ニ於テハ一四六ノ規定ヲ適用スベキデアル、戸籍法ハ或ハ此場合ヲ慮テ右ノ規定ヲ設ケタモノカモ知レヌ、何トナレバ通常ノ場合ニ於テハ庶子ノ父ガ出生届ヲナスニ方ッテ戸主ノ同意書ヲ添へ又ハ届書ニ戸主ガ同意ノ旨ヲ附記シテ出ダスデアラウ、又出生届ノ後ニ父ガ認知ヲナス場合ニハ其届出ト同時ニ戸主ノ同意書ヲ提出スレバ戸籍吏ハ自ラ其子ヲ父ノ家ノ戸籍ニ記入セバナラヌケレドモ、戸籍法四三、五四乃至五六、六八、六九、二項、七一、二項乃至四項、八〇、一四七、一七六、一七八、一八五、右ニ假設シタル場合ニハ實際本人ヨリ戸主ノ同意ヲ請ウ

第一編 民法 丁 親族 二 第三者ノ同意ト其同意ノ意思表示ノ效力 非戸主 一五五
ノ父ガ其庶子ニ對スル法律上ノ義務

テ入籍ノ手續ヲナスコトガ多イカラデアアル
斯ク論ジ來テ看ルト判決ノ他ノ部分モ亦當ヲ得ヌト云フコトニナルヤウデアアル、
判決中ニ左ノ一節ヲ見ルノデアアル

民法第七百三十五條ニ依レハ家族ノ庶子ハ戸主ノ同意アルニアラサレハ其家
ニ入ルコトヲ得サルヲ以テ認知シタル父カ戸主ニアラスシテ家族ナルトキハ
其庶子ヲ其戸主ノ家族ト爲スノ法律上ノ義務アルモノニアラス
成程庶子ノ父タル家族ニ其庶子ヲ戸主ノ家族トナス義務アリトハ何處ニモ規定
シテナイケレドモ、戸籍法ノ不備ナルニ拘ハラズ父ガ子ノ出生届アリタル後認知
ヲナス場合ニハ認知届ト同時ニ戸主ガ其子ノ其家ニ入ルコトニ同意スルヤ否ヤ
ヲ確メナケレバナラヌ、何トナレバ子ハ父ノ家ニ入ルノガ本則デ、唯庶子ガ父ノ家
ニ入ルコトヲ得ザルトキニ限り母ノ家ニ入ルベキデアアル(民七三三、一項、七三五、二
項)然ルニ認知ハ出生ノ時ニ遡リテ其效力ヲ生ズベキモノデアアルカラ、右ノ場合ニ
子ガ依然母ノ家ニアルタメニハ(父ノ認知前ニハ子ハ必ズ母ノ家ニアルベキハ民
七三三、二項ニ由テ明カデアアル)必ズ父ノ家ニ入ルコトヲ得ザルコトヲ確メナケレ

バナラヌカラデアアル、本件ノ場合ノ如ク既ニ戸主ガ同意ヲナシタ場合ニハ其同意
ノ證書ヲ添ヘテ認知届ヲナスベキデアアルト思フ、然ラズバ父タル家族ノ選擇ニ從
ヒ或ハ戸主ノ同意ヲ求メテ之ヲ届出デ或ハ此勞ヲ執ラヌコトガ出來ルト謂ハ子
バナラヌヤウデアアルガ、法律上斯様ナ事ハアルマジキ事ト思フ、就中其者ガ此勞ヲ
執ラヌダケデ、父ノ家ニ入ルコトヲ得ザルモノトスルコトハ出來ナイト思フ、然ラ
バ畢竟認知者ニ此義務アリト云フ結果ニナルデアラウ(出生届ノ際既ニ父ノ認知
アル場合ニ於テモ同様ノ問題ヲ生ズレドモ是ハ本件ニ關係ナキガタメ省ク)
要スルニ右ノ判決ハ其當ヲ得ナイ所ガ多イヤウデアアル

三 隠居無効ノ訴

案スルニ法令ニヨリ特ニ請求權ヲ付與セラレタル場合ノ外何人ト雖モ自己ノ利害ノ關係ヲ
有セサル事項ニ付キ訴及スルノ權利ナキヤ論ヲ俟タス原告シマハ被告家ノ親族ナリト雖モ
單ニ親族タルノ一事ヲ以テ被告家ノ戸主ガ政吉タルトシモタルトニヨリ利害ヲ異ニスルノ
理由ナク又隠居無効ノ訴ヲ提起シ得ヘキ權利ヲ親族ニ付與シタルハ法規ナキカ故ニ同人カ
本訴ノ請求ハ全然採用スル能ハサルモノトス然レトモ山崎むめニ至テハ同人カ被告家ノ家

族ナルコトハ甲第三號證ニヨリ明白ニシテ家族ハ戸主ニ對スル扶養權利者タルノミナラズ
 戸主ノ人物如何ニヨリ少カラサル影響ヲ蒙ルモノナレハ同人ハ本訴ヲ提起スルニ付正當ノ
 利害關係アルモノト云ハサル可ラス故ニ同人ハ隱居ノ效力有無ヲ爭フヘキ訴權ヲ有セスト
 ノ被告ノ抗辯ハ採用シ難シ被告ハ無効ナル行為ニ付テハ裁判所ニ向テ其無効ノ宣告ヲ求ム
 ルノ必要ナク取消請求ノ外隱居無効ノ訴ハ法律上許スヘカラサルモノ、如ク抗辯スト雖トモ
 法律上ノ效力如何ヲ關キ事實成立シタル隱居ノ届出カ其效力ナキ旨ノ宣告ヲ求メ以テ舊狀
 ニ回復シ被告ヲシテ戸主權ヲ行使セサラシムルハ原告むめニ於テ必要ナル事柄ニ屬シ人事
 訴訟法第三十六條第三項ニ於テ當事者以外ノモノカ隱居無効ノ訴ヲ提起スル場合ヲ規定シ
 タル精神ニヨルモ右抗辯ノ其理由ナキコトヲ見ルヘシ依テ進テ被告しもノ隱居ノ效力如何
 ヲ審査スルニ其隱居届テ後見人トシテ山崎熊吉名義ヲ以テ届出テタルモノナルコトハ被告
 代理人ノ認ムル所ナリ而シテ被告家先代清吉死亡ニ當リ其家督相續人選定ノ爲メ一タヒ親
 族會員トシテ古川甚八外二名ノ選定アリタル外被告しもカ禁治產者トナリタル場合ニ於テ
 モ曾テ親族會員ノ選定招集ナク山崎熊吉カ後見人ト稱シタルハ適法ナリシモノ親族會員ヨ
 リ選定セラレタルモノニアラサルコトハ山崎熊吉古川甚八等ノ證言ニ徴シテ明白ナレハ則
 チ熊吉ハしもノ後見人ニアラス從テ同人カ後見人トシテしもカ隱居ノ届出ヲ爲シタルハ全
 然違法ノ行為ナリト云ハサル可ラス被告ハむめカ最ニ和解ニヨリ隱居ノ無効ヲ主張スル權
 利ヲ拋棄シタルモノ、如ク主張シ乙第三號證ノ二ヲ提出スト雖トモ同證ハ原告ノ否認スル
 所ニ係リ其他其事實ヲ確認スルニ足ル證據ナキヲ以テ主張ヲ採用スル能ハス故ニ隱居無効

宣言ニ付テノ原告むめノ請求ハ正當ナリトス終リニ身分登記變更手續ノ請求ニ付テハ登記
 ノ變更ナルモノハ登記事項中ノ一部ヲ變更スヘキ場合ニ爲スヘキ手續ニシテ本訴ノ如ク登
 記原因カ全然無効ニシテ全部ヲ抹殺スヘキ場合ニ爲スヘキモノニアラサルヲ以テ其請求ハ
 失當ナリトス(明治三十五年〇月〇日大阪地方裁判所第三民事部判決理由)
 大阪地方裁判所ノ判決トシテ「法律新聞」三四號七頁ニ掲グルモノハ其當ヲ得ザ
 ル點多キヤウニ思フ

(第一)戸主ノ後見人ニ非ザル者ガ戸主ニ代ハツテ隱居届ヲナシタノハ無効デアルト
 云ヒ暗ニ後見人ガ其届出ヲナシタナラバ有效デアルト云フコトヲ認メテ居ルヤ
 ウデアルケレドモ是ハ誤ッテ居ルト思フ、後見人ハ戸主權ノ行使ヲナスコトハ出來
 ルガ(民九三四)一項戸主權ヲ拋棄スルコトハ出來ヌ、然ルニ隱居ハ戸主權ノ拋棄ニ
 外ナラスノデアアルカラ後見人ハ被後見人ニ代ハツテ隱居ヲナスコトハ出來ヌト思
 フ、殊ニ隱居ニ付テハ本人ノ意思ノミニ依ッテ之ヲナスベキモノトセル立法ノ精神
 ハ民七五六ニ無能力者ガ隱居ヲナスニ付キ其法定代理人ノ同意ヲ要セザルモノ
 トセルニ由ッテ明カデアルト思フ(此明文ナキモ民八八四九二三)一項ニ親權者又ハ
 後見人ハ財産ニ付テノミ代表權ヲ有スルコトヲ規定スルガ故ニ隱居ノ如キ身分

上ノ行爲ニ付テハ反對ノ明文ナキ限ハ代表權ナク、隨テ之ニ付テハ法定代理人ヲ
ル資格ナク、自ラ隱居ニ付テ同意ヲ與フルコトハナイ筈デアルケレドモ、萬一ノ疑
ヲ防グタメ此明文ヲ置イタノデアル

(第三)當事者間ニ隱居ノ無効ニ付キ和解成立シ原告ハ之ヲ主張スル權利ヲ拋棄シ
タリト云フ被告ノ抗辯ニ對シ判決ハ單ニ證據不十分ナルガタメニ之ヲ採用スル
コトガ出來ヌト曰フテ居ルケレドモ、本件ノ如キハ身分權ニ關スルモノデ之ガ訴權
ヲ拋棄スルノハ公ノ秩序ニ反スルモノデアアルカラ(民九〇)之ヲ以テ和解ノ目的ト
ナスコトハ出來ヌト謂ハチバナラヌト思フ

(第三)判決ニハ登記原因ガ全然無効ニシテ全部ヲ抹殺スベキ場合ニ於テハ身分登
記ノ變更ヲナスベキモノデハナイト云フテ居ルケレドモ、是ハ誤テ居ルト思フ、成程
不動産登記法ニハ抹消登記ニ關スル一般ノ規定ガ存シテ居ルケレドモ(不動産登
記法一四一以下)戶籍法ニハ右様ノ規定ハ存シテ居ラズ、唯特別ノ場合ニ取消ノ規
定ガアツテ(例、戶籍法七三、二項、八四、九一、九二、一〇五、一〇六、一二二、一二四、一三四、一三
六、一三九、一四三、一四五)他ハ皆登記變更ノ一般規定(戶籍法一六七以下)ニ依ルベキ

モノデアルト謂ハチバナラヌ、蓋シ戶籍法一七ニ據レバ登記ハ法律ニ特別ノ規定
アル場合ヲ除ク外之ヲ取消シ又ハ之ヲ變更スルコトヲ得ナイモノトシテアルカ
ラ、本件ノ場合ニ於テ登記ヲ取消スコトヲ得ナイノハ明カデアルト思フ、併シナガ
ラ判決ニ因テ確定シタル事實ニ反スル登記ガ其儘ニナツテ居テハ登記ノ目的ニ反
スルカラ之ヲ訂正スル方法ガナケレバナラヌ、然ルニ某ガ隱居ヲナシタト登記シ
タノヲ未ダ隱居ヲセヌトスルノハ登記ノ變更ニ相違ナイカラ、登記ノ變更ニ關ス
ル一般規定ニ依ルノハ決シテ不當デハナイト思フ、而シテ同様ノ場合ハ他ニモ數
多アルト思フ、例ヘバ私生子認知、養子離縁、離婚、後見人ノ指定、選定、家督相續人ノ指
定、選定、入籍、離籍、復籍、拒絕、廢家、分家、廢絶、家再興ノ無効、其他登記シタル事實ノ錯誤
ニ基ケル場合ハ皆同様デアルト思フ、成程此等ノ場合ニ於テ皆登記ノ取消ヲナス
ベキモノトスルノガ立法上穩當デアッタラウ、殊ニ隱居ニ付テハ其取消ノ場合ニハ
登記ノ取消ヲナスベキモノトシナガラ(戶籍法一二二)其無効ノ場合ニハ登記ノ變
更ヲナスベシト云フノハ立法上權衡ヲ得ナイコト明カデアアルケレドモ、戶籍法ハ
急速ニ出來タ法律デアツテ法典調査會ニ於テモ帝國議會ニ於テモ十分ノ審査ヲ遂

ゲナカッタ法律デアアルカラ、此位ノ缺點ノアルノハ敢テ怪シムニ足ラスト思フ(法典
質疑録五九號三〇頁、民一二九七號問題參觀)

四 隠居無効ノ請求權者

按スルニ凡隠居家督相續等ノ如キ身分ノ得喪ニ關スル行爲ノ無効又ハ取消請求權ニ付テハ
法律ニ於テ特ニ規定シタル場合ヲ除ク外債權者ハ之ヲ有シ若クハ行フコトヲ得サルハ固ヨ
リ論ヲ俟タス人事訴訟手續法第三十六條第三項ニ所謂隠居家督相續人ニ非サル者云々トハ
隠居者及家督相續人以外ニシテ請求權ヲ有スル者ノ謂ニシテ同條ノ規定ハ請求權ノ何人ニ
屬スルヤノコトヲ規定シタルモノニ非ス故ニ上告論旨ノ第一乃至第四點ハ總テ上告ノ現由
トナルモノニ非ス但シ上告第五點ノ論旨アリト雖モ上告人ハ被上告人等ノ隠居及ヒ家督相
續ヲ無効トストノ判決ヲ求ムルモノナレハ結局上告人ノ請求ハ被上告人等ノ身分權ニ干渉
スルコト明カナリ故ニ原判決ハ訴旨ニ副ハサル不法アリト云フヲ得サルモノトス(明治三十
六年七月七日大審院第一民事部判決理由)

明治三十六年七月七日大審院判決トシテ「法政大學講義録」ニ載スル所ニ據レバ債
權者ハ隠居ノ無効ヲ請求スル權利ナシトシテ居ルヤウデアアルガ(法政大學講義録
三學年二號雜報五頁)予ハ之ニ同意シ兼テ爾ノデアアル、凡ソ取消シ得ベキ行爲ハ其

取消マデハ法律上成立シテ居ルノデアアルカラ、取消權ヲ有スル者ヨリ其取消ヲ請
求シナケレバ其行爲ガ無効ニ歸スルコトハナイ、隨テ法律ハ特ニ取消權者ヲ定ム
ル必要ガアルノデ、總テノ場合ニ之ヲ定メテ居ルケレドモ、無効ノ場合ニハ其行爲
ハ法律上全く成立シナイノデアアルカラ、通常ハ特ニ其無効ヲ請求スル必要ハナイノ
デアツテ、其無効ヲ主張スルニ付テ法律上ノ利益ヲ有スル者ハ何時ニテモ之ヲ主張
スルコトヲ得ルノデアアル、故ニ債權者ガ其債務者ノ隠居又ハ其債務者ガ相續シタ
ル第三者ノ隠居ノ無効ヲ主張スルヲ利益ナリト信ズルトキハ、其債權上ノ利益ハ
即チ法律上ノ利益タルコト固ヨリ言フヲ待タヌカラ、何時ニテモ其隠居ノ無効ヲ
主張スルコトヲ得ルノデアアル、而シテ自己ノ權利ヲ保全ノタメニ豫メ其隠居ノ無
効ヲ確定シテ置ク必要ヲ感ジタナラバ、他ノ利害關係人ノ如ク其無効ノ訴(性質確
認ノ訴)ヲ提起スルコトヲ得ルノデアアル、判決ニハ隠居ノ如キ身分上ノ問題ガ債權
者ノ請求ニ因テ決セラルベキ筈ハナイト云フ趣意が見ハレテ居ルヤウデアアルケ
レドモ、苟モ債權者ガ身分關係ノ結果ニ因テ利害ヲ感ズベキ場合ニ於テ債務者其
他ノ者ガ主張スル所ノ身分ガ法律上ノ身分デナイナラバ、債權者ハ之ヲ争フ權利

ノアルコトハ疑ナシ故ニ其身分ガ無効行爲ニ基ケル場合ニハ之ヲ主張スルコトガ出来ナケレバナラヌ然ラバ法律ガ隱居無効ノ訴ナルモノヲ許ス以上ハ債權者モ亦此訴ヲ起スコトガ出来ナケレバナラヌ成程此訴ニ於ケル判決ノ效力ハ通則ニ反シテ絶對的效力ヲ有スルケレドモ(人訴一八一項三九一項)是ハ檢事ガ訴訟ニ干與シ又裁判所ガ職權調査ヲナス等通則ニ反スル用意ヲ取テ居ルカラ(人訴五一二三七三九一項)誤判ノ恐ナキモノトシテ此例外ヲ認メタモノデアッテ決シテ請求者如何ニ因ルノデナイカラ以テ債權者ノ請求權ヲ斥クル理由トスルコトハ出来ヌノデアアル

五 隱居ノ無効ヲ理由トシテ身分登記ノ變更ヲ求ムルコトヲ得

被控訴人カ本訴ニ於テ被控訴人ノ隱居竝ニ控訴人ノ家督相續ノ身分登記ノ取消ヲ請求スル原因トシテ主張スル所ハ曾テ控訴人カ被控訴人ニ對シ家督讓與竝ニ相續届加判請求ノ訴訟ヲ提起シ第一審ニ於テ勝訴ノ判決ヲ得被控訴人ヨリ上訴中甲第二號證ノ和解契約成立ト共ニ訴訟シタルヲ以テ第一審判決ハ當然確定力ナキモノナルヲ控訴人ハ該判決ノ形式上確定シ

タルヲ奇貨トシ之ニ基キ前記隱居竝ニ家督相續ヲ戸籍吏ニ届出テ登記ヲ受ケタルモノナレハ其登記原因ハ無効ナリト云フニ在リ然ラハ則チ本訴ハ其理由ニ於テ確定判決ノ效力ニ關シ非議スル所アルモ結局身分登記ノ無効ヲ主張シ一箇獨立ノ請求トシテ其取消ヲ求ムルモノニシテ單ニ右判決ノ強制執行ニ對シ異議ヲ主張スルニアラサルハ明白ナリト然ルニ隱居竝ニ家督相續ノ如キ身分ニ關スル登記ノ無効ナルコトヲ主張スルハ即チ隱居竝ニ家督相續ノ效力ニ關シ權利ヲ主張スルモノニ外ナラスシテ其登記ノ取消ヲ請求スルハ隱居及ヒ家督相續ノ無効ヲ目的トスル訴トモ擇フ所アラス何トナレハ此場合ニ被控訴人ハ單ニ隱居及ヒ家督相續ノ無効ヲ確定センコトノ訴ヲ提起スルモ其勝訴ノ判決確定セハ身分登記ノ變更ノ如キハ戸籍法第六十九條ニ從ヒ判決ノ執行トシテ當然之ヲ爲シ得ヘク然カモ猶訴ヲ以テ身分登記自體ノ變更ヲ請求スルハ判決ヲ以テ隱居及ヒ家督相續無効ヲ確定セラルルト同時ニ其判決法律上當然身分登記ニ及ホスヘキ效果ニ過キサルモノヲモ特ニ該判決ニ表記セラレンコトヲ欲スルモノニシテ實質上隱居及ヒ家督相續無効ノ確定ヲ請求スルト政テ異同アル可ラサレハナリ且ツ夫レ隱居ノ無効ヲ目的トスル解釋ハ人事訴訟手續法ニ依ルモ人事訴訟ニ屬シ特別ノ訴訟手續ヲ適用スヘキモノナルニ今本件ノ如キ隱居ノ登記取消ヲ目的トスル訴ヲ以テ人事ニ屬セサル獨立ノ請求ナリトセンカ凡ソ人事訴訟ニ屬スル請求ハ一トシテ身分登記ニ影響セサルハナク而シテ猶身分登記ノ變更ヲ目的トスル訴ヲ以テ人事訴訟ノ外ニ置カントスルトキハ人事訴訟手續法ハ如此場合ニ全ク適用スルニ由ナク特ニ該法ヲ設ケタル精神ハ没却セラルルニ至ルヘシ是亦本件ノ隱居ノ登記取消ノ請求ハ其實質ニ基

第一編 民法 丁 親族 五 隱居ノ無効ヲ理由トシテ身分登記ノ變更ヲ求ムルコトヲ得 一六五

ツキテ隱居ノ無効ヲ目的トスル人事上ノ請求ナリト看做スヘキ所以トス以上説明シタル如ク本訴ノ請求ヲ以テ一ハ隱居ノ無効ヲ目的トスル人事上ノ請求ト爲シ一ハ家督相續ノ無効ヲ目的トスル相續法上ノ請求ト爲ストキハ此ノ如キ訴ノ併合ハ人事訴訟手續法第三十九條第一項第七條第二項ノ規定ニ依リ許スヘカラサルコト明白ニシテ此規定ノ遵守ハ職權ヲ以テ調査スヘキ事項ニ屬スルカ故ニ控訴人ノ抗辯如何ニ拘ハラヌ本訴ハ既ニ此點ニ於テ不適法トシテ却下スヘキモノトス

然ラハ則チ原審ニ於テ此點ヲ看過シ被控訴人ノ請求ヲ是認シタルハ失當ニシテ控訴ハ其理由アリトス明治三十六年十一月五日名古屋控訴院第〇民事部判決理由

「法律新聞」ニ三十六年十一月五日名古屋控訴院判決トシテ掲グルモノハ聊カ其當ヲ得ザルモノガアルト思フ(法律新聞一七三號九頁)其判決ニハ「隱居竝ニ家督相續ノ如キ身分ニ關スル登記ノ無効ナルコトヲ主張スルハ即チ隱居竝ニ家督相續ノ效力ニ關シ權利ヲ主張スルモノニ外ナラズシテ其登記ノ取消ヲ請求スルハ隱居及ヒ家督相續ノ無効ヲ目的トスル訴トモ擇ブ所アラズ……本訴ノ請求ヲ以テ一ハ隱居ノ無効ヲ目的トスル人事上ノ請求ト爲シ一ハ家督相續ノ無効ヲ目的トスル相續法上ノ請求ト爲ストキハ此ノ如キ訴ノ併合ハ人事訴訟手續法第三十九條第一項第七條第二項ノ規定ニ依リ許スヘカラザルコト明白ニシテ云云」アル

ガ是ハ數多ノ謬ヲ含シテ居ルト思フ

(第二)此判決ニ據レハ隱居ノ無効ヲ理由トシテ身分登記ノ變更ヲ求ムルニハ必ず先ヅ隱居無効ノ訴ヲ起サネバナラヌトシテ居ルヤウデアアルガ是ハ謬デアアル凡ソ行爲ノ無効ナルモノハ法律上全ク存在セザルモノデアアルカラ特ニ訴ヲ起サズトモ利害關係人ハ何時ニテモ其必要アルトキニ其行爲ノ無効ナルコトヲ主張スレバヨイノデアアル乃チ身分登記ノ變更ヲ求ムルニ付キ隱居ナル行爲ノ無効ナルコトヲ主張スル必要ガアルナラバ之ヲ主張シテ差支ナイノデ別ニ無効ノ訴ヲ起スニハ及バヌノデアアル然ラハ何故ニ人事訴訟手續法ガ特ニ隱居無効ノ訴ナルモノヲ規定シテ居ルカト云フニ是ハ利害關係人ガ其利益ノ保全ノタメ一般ニ隱居ノ無効ナルコトヲ確定シ置ク必要ヲ感ジタトキニ確認ノ訴ニ由テ之ガ判決ヲ得ント欲スルコトガアルカラデアアル而シテ此判決ノ殊ニ利益アルノハ何人ニ對シテモ效力アルト云フ例外規定ガアルカラデアアル(人訴一八、一項、三九、一項)ケレドモ法律行爲ノ一般ノ原則トシテ無効行爲ノ無効ナルコトヲ主張スルニハ獨立ノ訴ヲ以テスルニ及バヌノニ唯リ隱居ノ無効ナルコトヲ主張スルニハ必ず獨立ノ訴ヲ以

テセキバナラヌト云フハ(論者ハ人訴一、二項、三、一、項七、一、項九、一、項一五、一八、一、項二四、二七等ニ據テ婚姻、養子縁組及ビ私生子認知ノ無効ニ付テモ同様デアルト曰フデアラウガ是モ同ジ事デアアル併シ論者ト雖モ他ノ法律行為ハ其人事ニ關スルト否トヲ問ハズ之ガ無効ヲ主張スルニ必ズ獨立ノ訴ヲ以テスベシトハ曰ハヌデアラウ)如何ナル規定ニ據ルノデアアルカ予ハ之ヲ發見スルコトヲ得ナイノデアアル(法學志林五四號二一頁參觀)

(第二)右ノ判決ニハ、隱居ノ無効ヲ目的トスル訴ハ人事訴訟手續法ニ依ルモ人事訴訟ニ屬シ特別ノ訴訟手續ヲ適用スベキモノナルニ今本件ノ如キ隱居ノ登記取消ヲ目的トスル訴ヲ以テ人事ニ屬セザル獨立ノ請求ナリトセンカ……人事訴訟手續法ハ如此場合ニ全ク適用スルニ由ナク特ニ該法ヲ設ケタル精神ハ沒却セラルルニ至ルベシ云云トアレドモ人事訴訟手續法ハ特ニ確認ノ訴トシテ隱居ノ無効ヲ主張スル者ニ關シテノミ規定ヲ設クルモノデアアル而シテ此場合ニ於テハ隱居ノ無効ノミガ訴ノ目的トナテ居ルノデアアルカラ一方ニ於テハ干涉主義ヲ取ルト同時ニ他ノ一方ニ於テハ判決ノ絕對的效力ヲ認ムルノデアアル(人訴五、一、二、一八、一)

項三七、三九、一項等)之ニ反シテ他ノ問題ニ關シテ隱居ノ無効ヲ主張スルニハ干涉主義ヲ取ラヌ代リニ判決ノ絕對的效力ヲモ認メヌノデアアル故ニ毫モ人事訴訟手續法ノ精神ヲ沒却スルコトハナイノデアアル

(第三)右ノ判決ガ家督相續無効ノ訴ナルモノヲ想像シテ剩ヘ之ト隱居無効ノ訴トヲ併合スルコトガ出來ヌト云フヲ理由トシテ本件ノ訴ヲ却下シタノハ聊カ驚カザルコトヲ得ナイ、家督相續ナルモノハ行為デナイカラ之ガ無効デアルトハ殆ド意味ノナイ事デアアルガ其意味ハ蓋シ隱居無効ノ結果一旦相續ガ開始シテ相續人ガ定マツタト思ウタノガ誤デ、相續ガ開始セズ隨ツテ家督相續ノ届出ヲナシタ者ガ相續人トナラナカッタコトヲ確認セシムル訴ヲ謂フノデアラウ、若シ然ラバ是ハ隱居無効ノ當然ノ結果デアアルガ故ニ、之ト隱居無効ノ訴トヲ併合スルト云フハ恰モ原告ノ債權確認ノ訴ト被告ノ債務確認ノ訴トヲ併合スルト云フニ等シイノデアアツテ、是ハ全ク一個ノ訴デアアル

(第四)予ヲ以テ見ルトキハ本件ノ訴ハ隱居者ヨリ家督相續人ニ對スル訴ヲ以テ請求スベキモノデナイト云フ理由ニ據ツテ之ヲ却下スベキモノデアアツタト思ハルル(判

決文ニハ事實ヲ掲ゲナイカラ明カデナイケレドモ、隱居者ヨリ家督相續人ニ對スル訴ノ如ク見ユルカラ、假ニ然リトシテ論ズ、本件ノ目的ハ隱居及ビ家督相續ノ登記ノ取消ヲ求ムルニ在ルヤウデアアルガ、是ハ戶籍法ノ詞デ言ヘバ、判決ニモ認メテ居ルヤウニ見ユル如ク、身○分○登○記○ノ○變○更○デ○ア○ッ○テ○戶○籍○法○一○六○七○ニ○依○リ○區○裁○判○所○ノ○許○可○ヲ○得○テ○戶○籍○吏○ニ○對○シ○申○請○ス○ベ○キ○モ○ノ○デ○ア○ル○(法學志林五〇號一三頁法典質疑錄五九號三一頁參觀)故ニ判決ガ訴ヲ却下シタノハヨケレドモ、其理由ヲ誤ッテ居ルト思フ

六 民七九一ノ解釋ニ就テ

右上管理由ノ正當ナルヤ否ヤハ民法第七百九十一條ノ解釋如何ニ因テ定マル依テ之ヲ按スルニ該條ハ婚姻ノ效力ノ規定中ニ存シ後見ノ規定中ニアラス又成年ノ夫ハ後見人ノ職務ヲ行フト規定シ致テ夫ハ後見人トナル若クハ未成年ノ女カ婚姻スルトキハ後見開始スト規定セサルニ由テ親レハ未成年ノ女カ婚姻スルトキハ親權者ノ存スルト否トナ問ハス後見ノ開始スルト否トナ別ダス婚姻ノ效力トシテ成年ノ夫カ直チニ其後見人ノ職務即チ普通ノ場合ニ於テハ後見ノ開始セルトキ後見人ノ執ルヘキ職務ヲ行ヒ民法第九百二十一條ニ定メタル

權利義務ヲ有ス可キ旨ヲ規定シタルモノト解スルヲ妥當トス之ヲ上告人所論ノ如ク解センカ親權者ハ未成年ノ妻ノ爲メニ民法第十四條ニ掲ケタル行爲ヲ爲スニハ夫ノ許可ニ併セテ親族會ノ同意ヲモ得サル可カラズ妻カ自身ニ前記ノ行爲ヲ爲ザンニハ親權者ノ同意ト夫ノ許可トヲ得サル可カラズ親權ヲ行フ母カ之ニ同意ヲ爲スニ尙ホ親族會ノ同意ヲ得サル可カラズシテ頗ル煩累ナリト云フ可シ又民法第九百二條ニハ妻カ禁治産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ親權者ニ先チテ夫カ其後見人ト爲ル旨ヲ規定セルニ妻カ未成年者タル場合ニハ妻ノ行爲ヲ代理スルハ親權者ニシテ夫ニ非ストセハ彼是甚々權衡ヲ得ヌ加之法定財產制ニ依ルヘキ場合ニ於テハ民法第七百九十九條第八百一條ニ依リ夫ハ妻カ未成年者タルトキト雖モ其財產ノ使用及ヒ收益ヲ爲ス權利ヲ有シ且ツ財產ヲ管理ス可ク親權ノ範圍ハ其レダケ縮少セラズ、ハ云フヲ缺タサル所ナリ然ルニ夫ニシテ後見人ノ職務ヲ行ハストセハ民法第八百七十九條ニ依リ親權者ハ未成年ノ女子カ婚姻シタル後ト雖モ依然トシテ其監護及ヒ教育ノ義務ヲ有スルニ拘ハラス民法第八百九十條但昔ノ養育ノ費用ハ其子ノ財產ノ收益ト之ヲ相殺シタルモノト看做ストノ規定ハ其適用ナク反テ收益ヲ爲ス夫ハ監護教育ノ義務ナキノ不公平ヲ生ス可シ然ルニ前記ノ如ク解釋シ婚姻ノ效力トシテ夫ハ後見人ノ執ルヘキ職務ヲ行フトセハ其範圍ニ於テ親權ハ效力ヲ失フニ至リ如上ノ煩累ナク不權衡ナク不公平ナク又別ニ支障ヲ生セス以テ前解釋ノ至當ナルヲ知ル可シ(明治三十六年二月二十日大審院第二民事部判決理由)

明治三十六年二月二十日大審院ガ下シタル判決ハ誤ッテ居ルト思フ、今法學志林ノ

報ズル所ニ據レハ其判決文ニ「民法第七百九十一條ハ婚姻ノ效力ノ規定中ニ存シ
 後見ノ規定中ニアラス又成年ノ夫ハ後見人ノ職務ヲ行フト規定シ敢テ夫ハ後見
 人トナル若クハ未成年ノ女カ婚姻スルトキハ後見開始スト規定セサルニ由テ觀
 レハ未成年ノ女カ婚姻スルトキハ親權者ノ存スルト否トヲ問ハス後見ノ開始ス
 ルト否トヲ別タス婚姻ノ效力トシテ成年ノ夫カ直チニ其後見人ノ職務ヲ行フ可
 キ旨ヲ規定シタルモノト解スルヲ妥當トス」ト云テ居ルヤウデアアルガ(法學志林四
 二號七〇頁、法律新聞一三三號二七頁)立法論トシテハ予ハ夫婦トモ未成年者ト雖
 モ婚姻ニ因ッテ當然成年者ニ均シキ能力ヲ得ルモノトスルヲ可トスレドモ、解釋論
 トシテハ到底大審院ノ判決ニ同意スルコトヲ得ナイノデアアル、未成年者ニ對スル
 後見人ガ親權ノ全部又ハ一部消滅ノ上デナケレバ存シ得ナイト云フコトガ明カ
 デアル以上ハ(民九〇〇一號)後見人ノ職務ナルモノモ亦其場合デナケレバ存シ得
 ナイト云フコトハ明カデアアルダラウト思フ、然ルニ法文ニハ「後見人ノ職務ニ均シ
 キ事ヲ行フト云ハズシテ直チニ後見人ノ職務ヲ行フト云ヘル以上ハ自ラ親權ノ
 全部又ハ一部ガ消滅シテ後見ガ開始シタ場合ヲ前提トシテ居ルコトガ明カデア

ルト思フ唯禁治産ノ場合ノ如ク夫ヲ以テ後見人トセスシテ(民九〇二二項)單ニ後
 見人ノ職務ヲ行フトシタノハ蓋シ婚姻ヲナシタル婦人ハ通常既ニ成年ニ垂タル
 者デアアルカラ特ニ夫ヲ以テ後見人トセズトモ唯事實ニ於テ後見人ノ事ヲ行フ者
 ガアレバ善イカラト云フノデアラウ、尙ホ判決ノ理由ニハ(一)民法第九百二條ニハ
 妻カ禁治産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ親權者ニ先チテ夫カ其後見人ト爲ル旨ヲ規
 定セルニ妻カ未成年タル場合ニハ妻ノ行爲ヲ代理スルハ親權者ニシテ夫ニ非ス
 トセハ彼是甚タ權衡ヲ得ス」ト云テ居ルケレドモ、禁治産ハ動モスレバ終身繼續ス
 ルモノデアアルガ未成年ハ限ノアルモノデ殊ニ結婚ヲナシタル婦人ハ通常既ニ成
 年ニ垂タル者デアアルコトハ右ニ述べタ通デアアルカラ法律ハ此區別ヲナシタモノ
 ト視ナケレバナラヌ、(二)又判決ニハ「法定財産制ニ依ルヘキ場合ニ於テハ民法第七
 百九十九條第八百一條ニ依リ夫ハ妻カ未成年タルトキト雖モ其財産ノ使用及ヒ
 收益ヲ爲ス權利ヲ有シ且ツ財産ヲ管理ス可ク親權ノ範圍ハ其レタケ縮少セラル
 ベキヲ心配シテ居ルヤウナレドモ是ハ毫モ差支ナイ事デアアル、禁治産ノ場合ニ於
 テ夫ガ後見人タラザルトキニモ同一ノ結果ヲ見ルノデアアル(民九〇二二項)(三)又判