

動産ノ即時取得ヲ論ス(其四)

丙 善意無過失ノ占有

即時取得ノ基本タルヘキ占有ハ善意ニシテ且過失ナキ占有タルコトヲ要ス故ニ惡意ノ占有者ハ即時取得ノ恩典ニ浴スルコトヲ得サルハ勿論善意ノ占有者ト雖トモ動産ヲ占有スルノ當時過失アリタルトキハ即時ニ其動産上ニ權利ヲ取得スルコトヲ得ス二十年ノ長期時効ニ因リ其權利ヲ取得スルノ外他ニ道ナシトス。

所謂善意トハ占有者カ其占有ハ正當ノ權利ニ因由スルコトノ信念ヲ有スルコトヲ意味シ又其占有ノ無過失ナルカ爲メニハ占有者カ此信念ヲ以テ動産ノ占有ヲ開始シタル行動カ一般取引上ノ通念ニ於テ正當視セラルヘキコト換言スレハ占有者カ動産ノ占有ニ關シ取引上必要ナル注意ヲ怠リタルノ責ヲ負ハサルコトヲ必要トス。

故ニ民法第九十二條ニ要求スル善意無過失ノ要件ヲ具備スルニハ第一占有者カ動産ノ占有ヲ開始スルニ當リ占有者カ其主觀ニ於テ其動産ニ對シ正當ニ所有權其他ノ實體權ヲ取得シタリト信スルコト第二占有者ニ此信念ヲ生セシムル所以ノ法律事實カ客觀的ニ存在シタルコトヲ必要トシ其一ヲ缺クトキハ占有者ハ第九十二條ニ規定スル權利取得ヲ成就スルコトヲ得ス。

凡ソ私法上ニ於テ各人カ自己ノ意思ニ基ツキ所有權其他ノ物權ヲ取得スルニハ法律ニ權利取得ノ原因トシテ認メラルル一定ノ事實ノ存在スルコトヲ必要トス物權ノ設定移轉ヲ目的トスル法律行爲ハ其一ニシテ無主物先占ハ他ノ一ナリ而シテ物權ノ設定移轉ヲ目的トスル法律行爲ニ因リテ物權ヲ取得スルニハ其當事者間ニ於テ有效ナル意思表示アリテ而カモ物權ヲ設定移轉スル當事者ノ一方カ相手方ノ爲メニ目的物ヲ處分スルノ權利ヲ有スルコト換言スレハ其目的物ハ當事者一方ノ權利ノ目的タルコトヲ必要トス又先占ニ因リテ動産ノ所有權ヲ取得スルニハ何人ノ占有ニモ屬セサル動産ヲ他人ニ先ンシテ占有シ且其動産ハ何人ノ所有ニモ屬セサルコトヲ必要トス故ニ物權ノ設定移轉



ヲ目的トスル意思表示ハ有效ニ存在スルモ目的物カ當事者一方ノ權利ニ屬セサルトキハ何人ト雖トモ自己ノ有セサル權利ヲ他人ニ讓渡スコトヲ得スラフ法律上ノ原則ニ依リ相手方ハ其物ノ上ニ權利ヲ取得スルコトヲ得サルト同時ニ動産ヲ先占スルモ其動産カ他人ノ權利ノ目的タル場合ニ於テハ占有者ハ其動産ノ所有權ヲ取得スルコトヲ得ス約言スレハ各人カ物ニ關シテ權利ヲ取得スヘキ行爲ヲ爲スモ目的物ノ權利狀態カ之ヲ許ササルトキ即チ所謂其權原ニ瑕疵欠缺アルトキハ此瑕疵欠缺ハ權利取得ノ效果ヲ生スルノ障礙トナルモノトス民法第九十二條ハ占有ハ權原ト同一ナル效力ヲ有スナル法律上ノ原則ニ從ヒ動産占有者ノ爲メニ例外ヲ設ケ占有者カ善意無過失ナルトキハ法律ハ占有者ノ爲メニ其權原ノ瑕疵欠缺ヲ補ヒ之ヲシテ其正當ニ豫期シタル權利取得ノ目的ヲ達スルコトヲ得セシメ因テ以テ動産ニ關スル取引ノ安全ヲ保護スルヲ唯一ノ目的トスルモノナルハ之ヲ沿革ニ徵スルモ又之ヲ理論ニ照スモ一點ノ疑ヲ容レサル所ナリ。

故ニ占有者カ動産上ニ即時取得ヲ遂クルニハ權利取得ノ原因トナルヘキ法

律事實カ客觀的ニ存在スルコトヲ要ス左レハ即時取得ノ原則ヲ採用スル多數立法例ハ何レモ皆正權原即チ正當ナル法律上ノ原因ヲ以テ即時取得ノ一要件トシ明カニ之ヲ規定スル所ナリ然ルニ我民法ニハ單ニ善意ニシテ且過失ナキトキハ云々ト規定シ其占有ノ正權原ニ基ツクコトヲ明カニ要求セサルヲ以テ學者往々ニシテ立法ノ趣旨ヲ誤解シ無權限ノ占有ト雖トモ第九十二條ノ規定ノ適用ヲ受クルニ妨ケナキモノノ如ク論スルモ是レ全ク皮相ノ見解ニシテ採ルニ足ラス成程我民法ハ佛國其他ノ立法例ト異ナリ明カニ正權原ノ占有タルヘキ旨ヲ規定セサルモ此條件ハ善意無過失ノ中ニ自カラ包含セララルモノト解スルヲ得ヘシ何トナレハ正權原ナクシテ目的物上ニ權利ヲ取得シタリト信スル占有者ハ法律上ノ見地ヨリスレハ如何ナル事情ノ下ニ於テモ過失アル占有者タルヲ免カレサルヲ以テナリ蓋シ占有者カ法律上正當ナル原因ニ基ツキ動産ヲ占有シタル場合ニ於テ始メテ法律ノ保護ヲ要求シ得ヘク其占有カ正當ナル法律上ノ原因ヲ缺ク場合ニ於テ尙ホ特別ノ保護ヲ占有者ニ附與シ之ヲシテ即時取得ノ恩典ニ浴セシムヘキ立法政策上ノ必要毫モ存セサルヲ以テナ



リ是レ泰西諸國ノ賢明ナル立法者カ特ニ規定ヲ設ク此點ヲ明カニセル所以ニシテ我民法ノ趣旨モ亦之ニ外ナラサルモノト解スルハ解釋ノ當ヲ得タルモノト謂ハサルヘカラス故ニ何等權利取得ノ原因ヲ主觀セスシテ單ニ他人ノ動產ヲ以テ自己ノ所有物ナリト錯覺シ之ヲ占有シタル者ハ其物ノ所有權ヲ取得スルコトヲ得サルノミナラス適マ權利取得ノ原因アリト信シテ動產ヲ占有シタル場合ト雖トモ其主觀シタル事實カ法律上權利取得ノ原因トナラサルトキハ占有者ハ之ニ對シテ權利ヲ取得スルニ由ナシ。

夫レ斯クノ如ク占有者カ占有物上ニ權利ヲ取得スルニハ正當ナル權利取得ノ原因ヲ觀念スルコトヲ要スルノミナラス尙其主觀シタル原因カ客觀的ニ存在スルコトヲ必要トス故ニ占有者カ無効ナル原因ニ基ツキテ動產ヲ占有シタルトキ又ハ取消シ得ヘキ原因ニ基ツキ占有ヲ爲シタル後其原因カ取消サレタルトキハ占有者ハ占有ノ當時有效ナル原因ノ存在ヲ主觀スルモ民法第九十二條ヲ援用シテ其動產ニ對スル權利取得ヲ主張スルコトヲ得ス蓋シ民法第九十二條ノ規定ハ善意無過失ノ占有者ノ爲メニ目的物ニ關スル權限ノ瑕疵欠

缺ヲ補充シ之ヲシテ權利取得ノ目的ヲ達スルコトヲ得セシムルヲ以テ唯一ノ目的トスルハ前既ニ説明スル所ノ如ク無効ナル法律行為ヲ有效ナラシメ又ハ取消シ得ヘキ法律行為ニ存スル瑕疵ヲ除去シ之ヲ有效ナラシムルヲ以テ目的トスルモノニアラス夫レ法律行為カ無効ナルトキハ又ハ法律行為カ取消サレタルトキハ當事者ハ之ニ因リ何等ノ權利ヲ取得シ得ヘカラサルハ動カス可カラサル法律上ノ原則ニシテ此場合ニ付キ當事者ノ意思ノ善惡過失ノ有無ヲ論スルノ必要アルコトナシ唯タ民法第九十五條ニ規定スル要素ノ錯誤ニ關シ重過失ノ責アル當事者ヲシテ其無効ヲ主張スルコトヲ得サラシムルカ如キ例外アルニ過キス從テ無効ナル法律行為ニ因リ動產ノ引渡ヲ受ケ又ハ取消シ得ヘキ法律ニ因リ動產ノ引渡ヲ受ケタル後其行為カ取消サレタルトキハ其當事者カ全然動產上ニ權利ヲ取得セス又ハ之ヲ取得スルモ原狀回復又ハ不當利得ノ原則ニ因リ之ヲ相手方ニ返還スルノ義務アルハ法律行為ノ無効又ハ取消ヨリ生スル當然ノ歸結ニシテ此場合ニ付キ動產ノ引渡ヲ受ケタル當事者ノ利益ヲ保護シ之ヲシテ權利取得ノ恩典ニ浴セシムルノ必要アルナク取引ノ安全ハ之



カ爲メ毫モ妨ケラレルコトナシ何トナレハ此場合ニ於テ當事者カ權利ノ取得ヲ觀念スルモ是レ法律上許スヘカラサル一種ノ錯誤タルニ過キスシテ斯ル原因ニ基ツキ權利ヲ取得スルコトヲ得サルハ當事者ノ須ラク豫期セサルヘカラスル所ニシテ其結果ハ當事者ニ於テ之ヲ甘受スヘキハ理ノ當然ナルヲ以テナリ之ニ反シテ法律行爲ノ主成分タル意思表示ハ有效ニ成立シ單ニ目的物タル動産ノ權利状態ニ關シ瑕疵欠缺アルニ過キサル場合ニ於テ一般原則ノ適用ニ依リ當事者ノ不利益ニ於テ權利ノ取得ヲ否定スルニ於テハ動産ニ關スル取引上ニ重大ナル障害ヲ生シ取引ノ完全ヲ害スルニ至ルヘク而シテ動産ニ關シテハ其占有ヲ以テ權利ノ所在ヲ認識スルノ標準ト爲スノ外其取引ヲ圓滿ナラシムルノ手段方法ヲ存セサルヲ以テ善意無過失ノ占有者ノ爲メニ即時取得ノ原則ヲ認メ之ヲ處理スルコトハ實ニ取引上ノ正當ナル要求ヲ充タスモノト謂ハサルヘカラス民法第九十二條ハ正サニ此趣旨ヲ以テ設ケラレタルモノナリ或ハ曰ク物權行爲ハ無因行爲ナルヲ以テ原因行爲ノ無効取消ハ物權行爲ノ效力ニ影響ナキヲ以テ原因行爲カ無効ナルカ又ハ取消サレタル場合ト雖トモ

其物權行爲ニ關シテハ民法第九十二條ノ適用アリト此說ハ民法第九十二條ヲ徹底的ニ解釋セサルヨリ生スル誤解ニ基ツクモノトス物權行爲ノ無因ナルヤ有因ナルヤハ別論トシ假ニ總テ無因ナリトスル論者ノ說ヲ是認スルモ此解釋ハ正鵠ヲ失スルモノト謂ハサルヘカラス物權行爲カ無因ナル場合ト雖モ當事者ノ豫想シタル原因事實カ存在セサルトキハ當事者間ニ於テ少クモ不當利得ノ問題ヲ生シ無原因ニテ物權ヲ取得シタル當事者ノ一方カ之ヲ相手方ニ返還スルノ義務アリテ其權利ハ之ヲ保有シ得ヘカラサルノ結果ヲ生ス民法第九十二條ノ規定ニ依リテ動産上ニ權利ヲ取得シタル者ハ長期時効ノ場合ト等シク相手方ハ勿論何人ニ對シテモ不當利得トシテ其權利ヲ返還スルノ責任スルモノニアラス而シテ斯ル效果ノ生スルカ爲メニハ原因行爲ノ存在ヲ必要トシ其欠缺ハ權利取得ノ效果ヲ妨クルモノトス加之物權行爲カ其原因ト分離シテ其效果ヲ生スルカ爲メニハ其行爲ハ正當ナル權利者ヲ對手人トシテ爲サレタルコトヲ必要トスルト同時ニ其對手人カ正當ナル權利者ナルトキハ原因ノ有無ニ拘ハラズ其效果ヲ生スルコトヲ妨ケスト雖トモ其對手人カ正當ナ



ル權利者ニアラサルトキ換言スレハ第三者ニ屬スル動産ヲ目的トシテ物權ノ設定移轉ヲ爲シタル場合ニ於テハ其物權行爲ノミニ對シテ第九十二條ノ規定ヲ適用シ其ノ原因ノ有無ヲ不問ニ付スルコトヲ得ス常ニ必ラス其原因行爲ト牽連セシメテ其效果ヲ定ムルコトヲ要ス蓋シ此說モ亦極端ナル獨逸法學崇拜者ノ捻出シタルモノニ係リ之レト法系ヲ異ニスル我民法第九十二條ノ法意ニ適セサルハ論ヲ俟タス。

故ニ民法第九十二條ノ規定ハ無効ノ行爲又ハ取消シ得ヘキ行爲ニ基ツキテ動産ヲ授受シタル當事者間ニハ何等ノ適用ナク其以外ノ第三者ニシテ始メテ之ヲ援用スルコトヲ得ヘシ例之甲者ハ未成年者ニシテ其ノ所有ノ金時計ヲ乙者ニ賣却シタル場合ニ甲者其賣買ヲ取消シタルトキハ乙者ハ金時計ヲ甲者ニ返還スル義務アリ乙者ハ其善意ニシテ過失ナキコトヲ理由トシ第九十二條ノ規定ニ依リ其返還ヲ拒ムコトヲ得サルヤ明トナリ今乙者ハ其時計ヲ更ニ丙者ニ賣却シ丙者其引渡ヲ受ケ善意無過失ニテ占有ヲ開始シタル場合ニ於テハ普通ノ原則ニ依レハ丙者ハ乙者ノ賣買取消ノ結果其所有權ヲ失ヒ甲ヨリノ

回復請求ニ對シ之ニ返還セサルヘカラスト雖トモ丙ハ民法第九十二條ニ依リ即時取得ヲ理由トシテ甲ノ回復ノ請求ヲ拒ムコトヲ得ヘシ蓋シ民法第九十二條ハ動産上權利者ノ回復請求ニ對シ動産ノ占有者ヲ保護シ之ヲシテ其正當ニ豫期シタル權利ヲ取得セシメテ其回復ノ請求ヲ免カルルコトヲ得セシムルモノニ外ナラス之ニ反シテ無効又ハ取消ノ原因アル法律行爲ノ當事者間ニ於テハ常ニ原狀回復又ハ不當利得返還ノ對人的請求權ヲ生スルモノニシテ其請求權ヲ行使スル當事者ノ物權者ナルト否トハ之ヲ問フコトヲ要セス從テ其當事者間ニ於ケル對人的請求權ハ民法第九十二條ノ規定ニ依リ之ヲ拒ムニ由ナキモノトス。

第三者カ回復者ノ請求ニ對シ即時取得ノ效果ヲ對抗スルコトヲ得ルカ爲メニハ有效ナル原因ノ存在ヲ必要トスルヲ以テ前例丙者カ甲者ニ對シ其權利ヲ主張スルニハ乙丙兩者間ノ賣買其他實體取引カ有效ナルコトヲ要シ其取引カ始メヨリ法律上無効ナル場合ハ勿論其取引カ取消サレタルトキハ第九十二條ニ依リ甲者ノ回復請求ヲ拒ムコトヲ得ス而シテ取消シ得ヘキ原因ニ基ツキ



動産ヲ占有シタル場合ニ於テハ第三者ノ權利取得ハ不確定ノ状態ニ在リ法律行爲ノ取消サレサル間ハ第九十二條ヲ援用シテ其請求ヲ阻止シ得ルハ勿論取消權者カ民法總則ノ規定ニ從ヒ取消權ヲ喪失シタルトキハ第三者ノ權利ハ絶對ニ確定スヘシ之ニ反シテ其取引カ取消サレタルトキハ其取引ハ始メヨリ無効ナリシモノト看做サルルヲ以テ此事實ハ占有ノ始メニ溯リ即時取得ノ效果ヲ消滅セシムル結果ヲ生スルモノトス乙丙間ノ取引カ解除セラレタル場合ニ於テモ亦原因ノ解消ト共ニ即時取得ノ效果ヲ滅却セシムルモノト解セサルヘカラス何トナレハ何レノ場合ニ於テモ丙者ハ其一旦取得シタル權利ヲ保有シ得サル地位ニ在ルモノナレハ即時取得ノ效果ヲモ解消シテ回復者ノ請求ニ應セシムルハ毫モ不可ナキノミナラス若シ此場合ニ於テ丙者尙ホ其權利ヲ保有シ回復者ノ請求ヲ拒ミ得ヘキモノトスルトキハ丙者ハ法律行爲ノ取消又ハ解除ニ因リ原狀回復又ハ不當利得ノ原則ニ依リ其權利ヲ乙者ニ返還シ乙者ヲシテ何等ノ正當原因ナクシテ動産上ノ權利ヲ取得セシメテ不當ニ之ヲ利スルノ不條理ナル結果ヲ生スルニ至ルヘケレハナリ或ハ曰ク此場合ニ於テハ甲者

ハ乙者ニ對シ原狀回復又ハ不當利得ノ原則ニ依リ其返還ヲ請求シ得ヘキヲ以テ法的秩序ハ之ニ因リ充分ニ維持セラルヘシト然レトモ既ニ説明スル如ク本邦其動産物上ニ何等ノ權利ヲ有セザリシ乙者ヲシテ取消又ハ解除ノ結果其權利ヲ取得セシムルハ理論ニ反シ且乙者ヲシテ其曾テ有セザリシ動産所有權ヲ取得セシムルニ因リテ原狀回復又ハ不當利得返還ノ觀念ト相容レサルノミナラス動産上ノ權利ヲ丙者ヨリ乙者ニ返還シ更ニ之ヲ乙者ヨリ甲者ニ返還スルカ如キ無益ノ手續ヲ履ムハ私權ノ保護ト取引ノ簡約ヲ主眼トスル立法上ノ要訣ニ背クモノナレハ此解釋ハ到底之ヲ是認スルヲ得ス即時取得ノ效果ヲ解消シ回復者ヲシテ直チニ其權利ヲ行使スルコトヲ得セシムルヲ以テ妥當ナリト解セサルヘカラス。

之ヲ要スルニ民法第九十二條ハ占有者ノ正權原ニ付キ云々セサルモ同條ノ解釋上所謂正權原ノ占有ニシテ始メテ其ノ效果ヲ生スルモノト解スルコトヲ得ヘシ但シ正權原トハ權利ノ取得ノ正當ナル原因ノ意ニシテ專ラ法律行爲ヲ意味スルモノト解セラレ來リタルモノナレトモ之ヲ廣義ニ解シ權利取得ノ



原因トナルヘキ一切ノ法律事實ヲ意味スルモノト解スルヲ穩當ナリトス而シテ權利ノ取得原因ハ法律行爲ノ外相續及ヒ無主物先占強制競賣等アリ強制競賣ハ我民法上一種ノ賣買ト見ルコトヲ得ヘキヲ以テ動産競落ノ場合ニ付キ第百九十二條ノ適用アルヘキハ論ヲ俟タス之ニ反シテ相續ハ民法上權利取得ノ原因タルハ疑ナシト雖モ相續人ハ法律ノ規定ニ依リ當然被相續人ノ地位ヲ承繼シテ其權利義務ヲ包括的ニ取得シ其權利ノ取得ニ付キ相續人ノ意思ヲ要セサルノミナラス相續人ハ相續人タル資格ニ於テハ被相續人ヨリ優等ナル權利ヲ取得スルコトヲ得ス又之レヨリモ優等ナル權利取得セシメテ之ヲ保護スヘキ何等取引上ノ必要存セサルヲ以テ相續財産ニ關シテハ第百九十二條ノ適用ヲ見ルヘキ場合ハ絶無ナリトス但シ相續人ハ相續ニ因リ占有シタル動産ニ關シ新權限ニ基ツキ新占有ヲ開始シタル場合ニ於テハ第百九十二條ノ適用アルヘキハ論ヲ俟タス。

無主物先占ハ野生ノ禽獸ニ關スル場合ト他人ノ遺棄シタル動産ニ關スル場合トヲ區別スルコトヲ得ヘク野生ノ禽獸即チ所謂家畜外ノ動物ノ占有モ亦觀念上民法第百九十二條ノ規定ノ範圍ニ屬スヘキモノナレトモ民法ハ其第百九十五條ニ於テ特ニ其取得ニ關スル規定ヲ設ケタルヲ以テ其取得ノ條件ハ專ラ同條ノ規定ニ依リテ之ヲ定ムヘク民法第百九十二條ヲ適用スルノ餘地ナシ遺棄物ニ關シテハ民法中何等ノ規定ナシト雖トモ實際問題トシテ想像シ得ヘキハ遺失物ノ拾得者之ヲ遺棄物ナリト信シ無主物先占ノ意思ヲ以テ之ヲ占有シタルトキハ民法第百九十二條ノ適用アリヤ否ヤノ場合ナリトス若シ夫レ多數立法例ニ於ケルカ如ク嚴格ナル意義ニ於テ正權原ノ存在ヲ即時取得ノ要件トスルトキハ斯ノ如キ場合ニ於テ第百九十二條ノ適用ヲ否定セサルヘカラスト雖トモ我民法ノ如ク正權原ノ存在ヲ以テ特ニ即時取得ノ要件ト爲ササル法制ニ在テハ之ヲ廣義ニ解シ苟クモ權利取得ノ正當ナル原因ノ存在スル以上ハ第百九十二條ヲ適用スルコトヲ妨ケサルモノト解スルヲ得ヘシ蓋シ遺棄物ハ無主物トシテ先占ノ目的トナルハ各國法制ノ一致スル所ニシテ拾得者カ遺棄ノ状態ニ在ル遺失物ヲ遺棄物ナリト信シ且之ヲ遺棄物ナリト信スヘキ正當ノ理由ヲ有セシトキハ民法第百九十二條ニ所謂善意無過失ニ動産ノ占有ヲ開始シ



タル者ニ該當シ且斯ル場合ニ於テモ亦占有者ヲ保護スヘキ取引上ノ必要アリト謂フコトヲ得ヘケレハナリ然レトモ拾得者カ遺失物ヲ以テ遺棄物ナリト信スヘキ正當ノ理由ヲ有スル場合ノ如キハ殆ト稀ナルヲ以テ拾得者カ善意ノ條件ハ法律ノ推定ニ依リ之ヲ確立シ得ヘシトスルモ無過失ノ事實ハ之ヲ證明スルコト困難ナルヲ以テ到底其目的ヲ達スルコトヲ得サルヘク又他方ニ於テ所有者カ任意ニ遺棄シタル動産ハ遺棄物ナリト推定スヘク所有者カ後ニ至リ所有權ヲ拋棄スルノ意思ナシト主張シ其回復ヲ請求スルモ其立證困難ナル爲メ回復ノ目的ヲ達スルコトヲ得サルヘク何レノ場合ニ於テモ民法第九十二條ノ規定ニ依リ所有權ノ所在ヲ確定スルコトハ極メテ稀ナルヘシト信ス。

—(國家及國家學第七卷九號)—

### 動産即時取得ヲ論ス(其五)

#### 第三 即時取得ノ效果

占有者ハ民法第九十二條ノ規定ニ依リ所有權其他動産物ヲ目的トスル實體權ヲ取得スルハ取得時効ノ場合ニ同シ而シテ其ノ如何ナル權利ヲ取得スルヤハ物ノ占有ニ關スル占有者ノ意思ニ依リテ定マルモノニシテ所有ノ意思ヲ以テ即チ所有權ヲ行使スル意思ヲ以テ占有ヲ開始シタルトキハ其取得スル權利ハ所有權ニシテ質物トシテ即チ質權ヲ行使スルノ意思ヲ以テ占有ヲ開始シタルトキハ其取得スル權利ハ質權ナリ民法第九十二條ニ其動産上ニ行使スル權利ヲ取得スルコトアルハ即此謂ナリ換言スレハ占有ハ事實上ニ於ケル權利ノ行使ナルヲ以テ事實上所有權其他ノ權利ヲ行使スル占有者ハ民法第九十二條ニ規定スル前提條件ヲ充タストキハ其現ニ行使スル所ノ權利ヲ取得スルモノトス。



占有者カ民法第九十二條ニ依リ取得スル權利ハ現行法上所有權質權ノ外ニ出テスシテ留置權先取特權ハ同條ノ規定外ニ屬スルコト唯先取特權ニ關シテハ擔保ノ默約アリトノ推測ニ基ク不動産賃貸、運輸旅店宿泊ノ先取特權ニ付キ民法第三百十九條ノ規定ニ依リ民法第九十二條ノ準用アルコトハ前キニ説明スル所ノ如シ。

占有者カ民法第九十二條ニ依リテ成就スル權利ハ取得時効ニ於ケルト一般原始取得ニシテ承繼取得ニアラス舊民法ハ瞬間時効ノ名稱ノ下ニ之ヲ時効ニ關スル規定中ニ網羅シタリト雖トモ占有者ノ權利取得ハ即時ニ行ハレ時ノ經過ヲ必要トセサルヲ以テ時効ノ觀急ト相容レサルニ依リ現行法ハ占有權ノ效力トシテ之ヲ第九十二條以下ニ規定シタルモノナリ然レトモ之ヲ認メタル立法上ノ理由ハ取引ノ安全ヲ目的トスル公益上ノ必要ヲ主眼トスルコトハ二者全ク同一ニシテ占有者カ原始的ニ動產物上ニ權利ヲ取得シ正當ナル權利者ノ方面ヨリ來ル回復ノ請求ニ對シテ其權利ヲ主張シ以テ追奪ノ厄ヲ免カルルコトヲ得ルコトモ二者全然其揆ヲ一ニスルモノトス。

故ニ民法第九十二條ニ依リテ權利ヲ取得シタル占有者ハ動產物ヲ回復セラルルコトナキハ勿論其回復ニ代ヘ不當利得ノ原則ニ依リ價格償還ノ義務ヲ負フコトナキハ論ヲ俟タス蓋シ占有者ハ他人ニ屬スル物ノ所有權ヲ取得シタルモノナリト雖トモ法律上ノ原因ナクシテ之ヲ取得シタルモノニアラス何トナレハ時効並ニ動產ノ即時取得ハ我民法ニ認ムル適法ナル權利取得ノ原因ナルヲ以テナリ。

斯クノ如ク占有者カ民法第九十二條ニ依リ動產物上ニ所有權ヲ取得シタルトキハ一般原始取得ノ場合ト等シク舊所有權者ノ權利ハ消滅シ舊所有者ハ最早回復ノ請求ヲ爲スコトヲ得サルニ至ルヘキハ勿論ナリ反之占有者カ單ニ質權ヲ取得スルニ過キサリシトキハ所有者ハ尙ホ其權利ヲ保有シ占有者ニ對スル回復請求權ヲ喪失スルコトナシト雖トモ無條件ニテ之ヲ行フコトヲ得ス質權ニ依リテ擔保セラルル債權ノ完全ナル辨濟ヲ爲スニアラサレハ其動產ヲ回復スルコトヲ得サルコト所有者自カラ質權ヲ設定シタル場合ト毫モ異ナル所ナシ。



占有者ノ權利取得ハ原始的ナルハ前述ノ始シト雖トモ占有者カ法律行為ニ基キ動産ノ占有ヲ始メタル場合ニ於テハ承繼取得ノ場合ト同一ノ效果ヲ生スルモノトス例之甲者丙者ヨリ寄託セラレタル一ノ金時計ヲ自己ノ所有ナリト稱シ代金百圓ニテ之ヲ乙者ニ賣渡シ乙者ハ善意無過失ニテ之カ引渡ヲ受ケ占有ヲ爲シタリト假定センニ乙者ハ民法第九十二條ノ規定ニ從ヒ其時計ノ所有權ヲ取得シ丙者ハ乙者ニ對シ其回復ノ請求ヲ爲スコトヲ得サルヤ明カナリ而シテ本件ノ場合ニ於テ普通ノ原則ヨリ言フトキハ甲者ハ時計ノ賣買ニ因リ乙者ニ對シテ其所有權ヲ移轉スルノ債務ヲ負擔シ之ヲ履行スルカ爲メニハ丙者ヨリ其所有權ヲ讓リ受ケ之ヲ乙者ニ移轉スルコトヲ要シ此手續ノ完了ニ因リ乙者ハ茲ニ賣買ノ目的ヲ達スルコトヲ得ヘク乙者カ甲者ニ對シ代金支拂ノ義務ヲ負擔シタルハ全ク此點ニ着眼シタルモノト謂ハサルヘカラス左スレハ前例ノ場合ニ於テ乙者ノ權利取得ハ原始的ニシテ甲者之ヲ乙者ニ移轉シタルモノニアラストセハ權利ノ移轉ニ對シテ代金ノ支拂ヲ約シタル權者ハ甲者ノ代金支拂ノ請求ヲ拒ミ得ヘキカ如シ何トナレハ甲者ハ乙者ニ對シ時計ノ所有

權ニ移轉スルノ債務ヲ履行シタルモノニアラサルヲ以テナリ然レトモ斯クノ如キ解釋ハ之ヲ是認スルヲ得ス蓋シ前例ニ於テ甲者カ丙者ノ時計ヲ乙者ニ賣渡シ何人ト雖モ自己ノ有セサル權利ヲ他人ニ讓渡スルコトヲ得ステフ法上ノ原則ニ依リ乙者其權利ヲ取得スルコトヲ得サルモノトスルトキハ乙者其正當ニ豫期シタル權利ヲ取得スルコトヲ得サルカ爲メ不測ノ損害ヲ被ム取引ノ安全ヲ害スルヲ以テ法律ハ乙者ノ爲メニ權原ノ欠缺ヲ補ヒ之ヲシテ其權利ヲ取得セシメ以テ賣買ニ因テ企圖シタル目的ヲ達スルコトヲ得セシムルモノニシテ其效果ハ甲者カ目的物ノ所有權ヲ乙者ニ移轉シタルト毫モ異ナル所ナシ斯クノ如ク甲者ハ乙者ニ對シ時計引渡ノ義務ヲ履行シ乙者ヲシテ之カ占有ヲ爲サシメ乙者ハ之ニ因リテ其所有權ヲ取得シ何人ヨリモ之ヲ追奪セラルルコトナキニ至リ茲ニ賣買ノ目的ヲ達シタルモノナレハ甲者ヨリノ代金請求ニ對シ之ヲ拒ムヘキ理由ナシトス故ニ乙者ノ權利取得ハ丙者ノ權利ヲ承繼シタルニアラスシテ丙者ノ權利ニ關セス其主觀シタル權利ヲ取得シタルノ點ニ於テ原始的ノ性質ヲ有スルモ賣買ノ目的ヲ達シタル點ニ於テ甲者カ正當ニ其



權利ヲ乙者ニ移轉シタルト毫モ異ナル所ナキヲ以テ後ノ場合ニ於テ乙者代金支拂ノ義務ヲ履行スルコトヲ要スル以上ハ前記ノ場合ニ於テモ亦其履行ヲ拒ムコトヲ得サルヤ明カナリ故ニ乙者ノ權利取得ハ當事者間ノ關係ニ於テハ甲者ノ利益ニ於テ其效ヲ生スルモノトス何トナレハ甲者ハ乙者ニ對シ丙者ヨリ其權利ヲ取得シテ之ヲ乙者ニ移轉スルコトヲ要セス其義務ノ履行ハ民法第九十二條ノ規定ニ依リ當然補充セラルルヲ以テナリ故ニ甲者ハ賣買ノ效力ニ因リ代金百圓ヲ乙者ヨリ請求スルノ權利ヲ有スルモ其受領シタル金百圓ハ乙者ノ時計ヲ賣買シ乙者ヲシテ其所有權ヲ失ハシメテ得タル利益ナルヲ以テ不當利得ノ原則ニ從ヒ之ヲ丙者ニ償還スルノ義務アルノミナラス丙者ハ甲者カ其時計ヲ乙者ニ賣買シ之ヲ乙者ニ引渡シタル當時ノ事情如何ニ依リ民法第七百九條ニ基ツキ不法行爲ニ因ル損害ノ賠償ヲ請求スルノ權利ヲモ有スルモノトス。

動産ノ即時取得ノ原則ヲ應用スヘキ場合ハ頗ル多シ動産上物權ノ取得カ賣買贈與交換其他ノ法律行爲ニ因由スル場合ニ目的物ノ權利狀態カ普通ノ原則

ニ依リ其效果ノ發生ヲ許ササル場合ニ占有者カ善意無過失ナルトキハ法律ハ之ヲシテ其正當ニ主觀シタル權利ヲ取得セシメ以テ其ノ法律行爲ニ因リ企テシタル利益ヲ享有スルコトヲ得セシム換言スレハ其法律行爲ハ目的物ニ關スル權利狀態ノ欠缺ニ拘ハラス其效果ヲ生スルモノトス茲ヲ以テ他人ノ物ヲ目的トシテ質權ヲ設定シ他人ノ物ヲ自己ノ債務ノ辨濟トシテ債權者ニ引渡シ又ハ他人ノ金品ヲ貸與シタル場合ニ於テ質取主債權者借主カ其金品ヲ受領スルノ際善意ニシテ且過失ナキトキハ民法第九十二條ノ規定ニ依リ其所有權ヲ取得スルヲ以テ質權設定行爲辨濟及ヒ消費貸借ハ完全ニ其效力ヲ生スルコトトナル其他ノ場合亦然リ而シテ正當ノ權利者ト不法ニ之ヲ處分シタル者トノ間ニ於テ不當利得又ハ不法行爲ノ問題ヲ生スルハ賣買ノ場合ニ同シ。

——(國家及國家學第七卷十號)——



動産ノ即時取得ヲ論ス(其六)

第四 盜品遺失物

盜品遺失物ハ善意無過失ノ占有者ノ有ニ歸シタル場合ト雖トモ被害者遺失主ハ盜難遺失ノ時ヨリ起算シ二年間其回復ヲ請求スルコトヲ得是レ民法第九十三條ニ規定スル所ナリ故ニ盜品遺失物ノ所有者ハ其盜品遺失物カ加害者又ハ拾得者ノ手裡ニ存スル場合ハ勿論第三者ノ占有ニ歸シタル場合ト雖トモ第三者カ惡意又ハ過失アル占有者ナルトキハ是等ノ者カ二十年間ノ長期時効ヲ成就スルマテハ之ニ對シテ其回復ヲ請求スルコトヲ得ルト同時ニ盜品遺失カ善意無過失ナル第三者ノ占有ニ歸シタル場合ニ於テモ即時ニ回復請求權ヲ失フモノニアラスシテ盜難遺失ノ時ヨリ二年間ハ尙ホ其請求權ヲ行使シ其所有物ヲ回復スルコトヲ得ヘシ。

甲 盜品遺失物ノ意義

所謂盜品トハ主トシテ強竊盜ノ贓物ヲ意味シ詐欺罪横領罪ノ目的物ヲ包含セズ詐欺取財ノ贓物ニ關シテハ解釋上多少ノ異論ナキニアラスト雖モ民法第九十三條ノ盜品ニ屬セサルモノトスルヲ通説ニシテ且正解ナリトス蓋シ盜品遺失物ハ何レモ占有者ノ意思ニ因ラシテ其占有ヲ離脱シ第三者ノ占有ニ歸スルニ至リタルモノナレハ法律ハ特ニ所有者ヲ保護シ其利益ニ於テ一定ノ期間内回復ノ請求權行使ヲ許與スル者ナルハ即時取得ニ關スル立法ノ沿革ニ徴シテ明カナルノミナラス盜品ナル語ハ舊刑法ノ尙ホ效力ヲ有スル時代ニ於テ使用セラレタルモノニ係リ舊刑法ノ下ニ於テ盜罪トハ強盜竊盜ヲ意味シ詐欺取財ハ其中ニ包含セサルハ一點ノ疑ヲ容レザリシヲ以テナリ唯タ民法第九十三條ニ所謂盜品ノ意義ニ付キ解釋上疑ヲ生スルハ或動産カ盜品タルカ爲ニハ他人ノ所持内ニ存スル其動産ヲ奪取シタル者ニ付キ盜罪ノ成立スルコトヲ必要トスルヤ否ヤニ在リ蓋シ他人ノ所持内ニ存スル動産ヲ其所持者ノ意思ニ



反シテ占有スル場合ニ於テハ盜罪成立スルヲ通例トスルモ常ニ必スシモ然ラ  
 ス占有者カ其動産ノ既ニ他人ノ占有内ニ在ルコトヲ意識セスシテ之カ占者ヲ  
 爲ス場合ニ於テハ占有侵奪ノ事實アルモ盜罪ハ主觀條件ノ欠缺ニ因リ成立セ  
 サルコトトナルヘシ若シ此種ノ動産カ轉帳シテ善意無過失ノ第三者ノ占有ニ  
 歸シタル場合ニ於テモ第九十三條ノ適用アリヤ否ヤ疑ナキヲ得ス狹義ノ解  
 釋ニ依レハ盜品トハ盜罪ノ目的タル物體ヲ意味スルモノナレハ盜罪ノ成立セ  
 サル所ニ盜品ナシトスルハ文理解釋トシテハ當然ナリト雖トモ盜品ニ付キ所  
 有者ノ回復ノ請求ヲ認メタル立法上ノ主旨カ其意思ニ因ラスシテ占有ヲ喪失  
 シタル所有者ヲ保護スルニ存スルモノトスルトキハ物ノ所有者カ第三者ノ行  
 爲ニ因リ其占有ヲ侵奪セラレタル總テノ場合ニ於テ其保護ヲ要求シ得ヘキ理  
 由アリ侵奪者ニ付キ盜罪ノ成立スルト否トハ其保護ヲ所有者ニ拒否スルニ付  
 キ重大ナル關係ヲ有スルモノト謂フコトヲ得ス且法律カ遺失物ニ付キテモ同  
 一ノ保護ヲ所有者ニ附與スルヨリ推ストキハ所有者カ第九十三條ノ權利ヲ  
 主張スルニハ意思ナクシテ其占有ヲ喪失シタルノミヲ以テ足り犯罪ノ成立ス

ルト否トハ之ヲ問フノ必要ナキモノト解スルヲ以テ立法ノ精神ニ合スルモノ  
 ト謂ハサルヘカラス故ニ盜品ナル語ハ之ヲ廣義ニ解シ一般ニ占有者ノ意思ニ  
 反シテ奪取セラレタル動産ヲ意味スルモノトスルヲ正當ナリト信ス蓋シ盜品  
 ナル語ハ占有者ノ意思ニ反シテ奪取セラレタル物品ヲ總稱シタルモノニシテ  
 嚴格ノ意義ニ於テ盜罪ノ成立スルコトヲ要求スルノ意ニアラスト解セントス  
 之ニ反シテ詐欺取財横領罪ノ場合ニ於テハ物ノ占有カ占有者ヲ離脱スルハ  
 占有者ノ意思ニ基ツクモノナリ即チ前者ニ在リテハ占有者カ承諾上之ヲ加害  
 者ニ交付シタルモノニシテ假令占有者カ加害者ノ欺罔手段ニ陥リ其承諾ニ瑕  
 瑾アルニモセヨ尙ホ物ノ交付ニ付承諾アリタルコトヲ妨ケス恐喝取財ノ場合  
 ニ於テモ被害者ハ承諾上物ノ占有ヲ加害者ニ移シタルモノニシテ加害者ノ施  
 用シタル手段カ所謂脅迫トナリテ強盜罪ヲ構成セサル限りハ占有ノ離脱ハ被  
 害者ノ意思ニ出テタルモノト謂フヘク意思ナクシテ其占有ヲ喪失シタルモノ  
 ニアラス又後者ニアリテハ占有者ハ貸借寄託其他ノ名義ヲ以テ其占有物ヲ借  
 主受寄者其他ノ者ニ交付シ更ニ是等ノ者ヨリ善意無過失ノ占有ニ歸シタモノ



ナルヲ以テ法律ハ「手ヲ監守スルニ手ヲ以テセヨ」ノ原則ニ依リ善意ノ第三者ヲ保護シ之ヲシテ確定的ニ所有權ヲ取得セシメ任意ニ物ノ占有ヲ他人ニ移轉シタル所有者ヲシテ絶對ニ回復ノ請求權ヲ失ハシムルモノナリ

遺失トハ占有者カ偶然ニ占有ヲ喪ヒタル動産ヲ意味シ(一)占有者カ其ノ監督内ニ屬セサル公路其他ノ場所ニ於テ取リ落シタル一切ノ動産其他自然ノ出來事ニ因リ占有者ノ所持ヲ離レタル動産(二)占有者カ自己ノ監督外ノ場所ニ置キ去リタル動産、(三)飼養ノ場所ヨリ逃走シタル家畜、(四)誤テ占有シタル動産例之紙屑籠中ニ混入シタル金錢其他ノ貴重品ニシテ屑屋ノ占有ニ歸シタルモノ集會ノ場所ニ於テ自己ノ帽子ナリト誤信シテ占有シタル他人ノ帽子ノ類遺失物法ニシテ遺失物モ亦盜品ト等シク動産物カ占有者ノ意思ニ因ラスシテ其占有ヲ離脱シタルモノナルヲ以テ法律ハ所有者ヲシテ二年間之ヲ回復ヲ請求スルコトヲ得セシムルモノナリ但遺失物ハ之ヲ拾得シタル者ヨリ警察署ニ届出テ警察署ニ於テ之ヲ公告シ一年內ニ遺失主(又ハ所有者)ヨリ何等ノ申出ヲ爲ササルトキハ拾得者其所有權ヲ取得スルヲ以テ所有者ハ公告ノ日ヨリ起算シ一

ケ年ノ滿限ニ依リ回復ノ請求權ヲ失ヒ遺失ノ時ヨリ二年間其回復ヲ請求スルコトヲ得ス故ニ民法第百九十三條ノ規定ハ拾得者ニ於テ届出ノ手續ヲ爲サスシテ不法ニ之ヲ他人ニ交付シ遺失物カ善意無過失ノ占有者ノ手裡ニ歸シタル場合ニ於テノミ其適用アリ遺失物ノ拾得ニ關スル民法第二百四十條ノ規定ト並ニ行ハレテ互ニ相妨クルモノニアラサルコトヲ知ルヘシ

### 乙 盜品遺失物ノ回復請求

被害者遺失主ハ盜難遺失ノ時ヨリ二年間回復ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルハ民法第百九十三條ニ規定スル所ニシテ余ハ以下回復ノ請求ハ何人ヨリ何人ニ對シテ之ヲ爲スヘキモノナルヲ説明セントス

回復請求ニ於テ對手人トナル者ハ盜品遺失物ノ占有者ナルコトハ民法第百九十三條ノ明文ニ徴シテ明カナリ故ニ盜品遺失物カ民法第百九十二條ノ要件ヲ充實シタル善意無過失ノ占有者ノ手裡ニ存スルトキハ之ニ對シ回復ノ請求ヲ爲スコトヲ要シ盜品遺失物カ其承繼人其他ノ人ノ占有ニ歸シタルトキハ現



ニ盜品遺失物ヲ占有スル者ニ對シテ回復ノ請求ヲ爲スコトヲ要シ曾テ盜品遺失物ヲ所持シタルコトアリテ回復者ヨリ請求ヲ受クヘキ地位ニ在リタル者ト雖トモ現ニ其盜品遺失物ヲ所持セサル者ハ回復請求ニ於ケル對手人タル適格ヲ有セサルヲ以テ之ニ對スル請求ハ法律上其効ナシトス但代理占有ノ場合ニ於テハ回復請求ハ現ニ盜品遺失物ヲ所持スル代理人ニ對シテ直接ニ之ヲ爲スコトヲ得ルト同時ニ代理人ヲシテ代リテ所持ヲ爲サシムル本人ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ妨ケス又回復ノ請求ハ裁判外ニ於テ相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ爲スコトヲ得ルト同時ニ訴訟ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ヘク何レノ方法ニ依ルモ其請求ハ回復者ノ利益ニ於テ其効力ヲ生スルモノトス

回復者ノ何人タルヘキヤニ付キテハ學說上數多ノ見解アリ第百九十三條ニ被害者遺失主トアルヲ以テ加害者ノ奪取行爲ニ因リ占有ヲ失ヒタル者及ヒ偶然ニ動産ノ占有ヲ失ヒタル者ハ何人ニ拘ラス回復請求權ノ主體タル適格ヲ有スルニ反シ所有者ハ常ニ必スシモ回復請求權ヲ行使シ得サルニ似タリ是レ徒ラニ法文ニ使用セル被害者及ヒ遺失主ナル語辭ニ拘泥スルニ因リテ生スル謬

見ニシテ正當ナル見解ニアラス凡ソ吾人ハ他人ノ占有スル物件ニ付キ法律上其ノ引渡ヲ請求スルコトヲ得ルニハ常ニ必ラス其請求ノ原因タルヘキ一定ノ權利關係アルコトヲ要シ之ヲ缺クトキハ其請求ノ効ナカルヘキハ論ヲ俟タス而シテ吾人カ他人ニ對シテ物ノ引渡ヲ要求シ得ヘキ權利ハ民法上之ヲ債權的請求權ト物權的請求權トニ區別スルコトヲ得ヘク物權的請求權ハ更ニ之ヲ本權即チ實體上ノ請求權ト占有ヲ基本トスル請求權トニ區別スルコトヲ得ヘシ今盜品遺失物カ善意無過失ノ占有者ノ手裡ニ歸シタル場合ニ何人カ之ニ對シテ其引渡ヲ請求スルノ權利ヲ有スヘキヤヲ案スルニ物ノ借主ノ如キ單ニ債權關係ニ因リ物ノ支配ヲ爲スニ過キサル者ハ其借用物ニ對シテハ占有權ヲ有スルニ止マリ第三者ニ對抗シ得ヘキ實體的權利ヲ有セサルヲ以テ目的物ノ占有者ニ對シ其引渡ヲ請求スルノ權利ナシ何トナレハ民法第百九十三條ノ規定ハ第百九十二條ノ規ノ後ヲ承ケ盜品遺失物カ善意ノ第三者ノ占有ニ歸シタル場合ニ關スルヲ以テ借主ノ占有權ハ民法第二百一條ノ規定ニ依リ絶對ニ消滅セルノミナラス占有權ノ効力ニ因リ二年間占有物ノ返還ヲ請求シ得ヘキ理ナク



之ニ對シテ其返還ノ請求ヲ正當ナラシムヘキ何等ノ權利ヲ有セサルヲ以テナ  
リ物ノ受寄者モ亦タ然リ故ニ民法第九十三條ノ回復請求ヲ以テ恰モ債權又  
ハ占有權ノ效力ナルカ如ク思惟シ借主受寄者ノ如キ者モ亦占有者又ハ占有者  
ノ代理人トシテ盜品遺失物ノ返還ヲ請求シ得ルモノノ如ク解スルハ物ヲ目的  
トスル權利關係及ヒ占有ノ法理ヲ無視シタル謬見ニシテ取ルニ足ラス加之之  
ヲ我民法ノ用語ニ照スニ所謂回復ノ請求トハ常ニ必ラス實體權ヲ基礎トシテ  
目的物ノ返還ヲ請求スルコトヲ意味シ占有權又ハ債權ヲ理由トシテ物ノ引渡  
又ハ返還ヲ請求スル場合ニ於テ回復ノ請求ナルモノアルコトナシ債權ヲ基礎  
トスル請求ニ在テハ單ニ引渡又ハ返還ノ語ヲ以テ請求ノ目的ヲ表示シ占有ヲ  
基礎トスル請求ニ在テハ回復又ハ返還ノ語ヲ以テ請求ノ目的ヲ表示シ回復請  
求ナル言語ヲ使用スルコトナシ是等ノ用語ハ我民法上精確ニ區別セラレ彼此  
混同スルコトヲ許サス故ニ我民法上回復者又ハ回復ノ請求ト謂フトキハ其基  
本タル權利ノ所有權其他ノ實體物權タル事ヲ知ルコトヲ得ヘク民法第九十  
三條カ請求權ノ主體ヲ表示スルニ被害者遺失主ナル語ヲ以テセルモ其後段ニ

「回復ヲ請求スルコトヲ得」ト規定スルニ依リ自カラ被害者遺失主ノ意義ヲ解釋  
シ之ヲ限定シタルモノト解セサルヘカラス何トナレハ動產物ニ對シ實體物權  
ヲ有スル者ニアラサレハ其動產ノ占有者ニ對シ回復ノ請求ヲ爲シ得ヘカラサ  
ルハ之ヲ法理ニ照スモ又民法ノ規定ニ徴スルモ一點ノ疑ナク又本來實體物權  
ヲ有セサル者ハ強竊盜又ハ拾得者ニ對シテスラ回復ノ請求ヲ爲スヲ得サル  
モノナルニ法律カ之ニ對シ善意無過失ナル占有者ノ手ニ存スル盜品遺失物ニ  
付キ特ニ回復ノ請求權ヲ授與スヘキ理由ナク之ヲ授與スルカ如キハ全然法規  
ヲ無視スルモノト謂ハサルヘカラサルヲ以テナリ故ニ民法第九十三條ニ所  
謂被害者遺失主ノ意義ヲ其文字通りニ解釋シ實體權ヲ有セサル借主受寄者ノ  
如キ者モ同條ノ規定ニ依リ盜品遺失物ノ回復ヲ請求シ得ヘシト論スルハ思ハ  
サルノ甚タシキモノト謂ハサルヘカラス然ラハ民法第九十三條ノ規定ニ依  
リ回復ノ請求ヲ爲シ得ヘキ者ハ如何ナル權利ヲ有スルモノタルヘキヤ元來動  
產ニ關スル物權ハ其數稀ナルノミナラス動產ヲ占有スルノ權能ヲ内容トスル  
權利ハ所有權ト質權アルノミナルヲ以テ第九十三條ノ規定ニ從ヒ回復請求



權ヲ有スル者ハ動産上ニ所有權質權ヲ有スル者ノ外ニ出テス而カモ民法第三百五十三條ノ規定ニ依レハ動産質權者ハ占有回收ノ訴ニ依ルニアラサレハ質物ノ回復ヲ請求スルコト能ハサルヲ以テ動産質權者ハ嚴格ナル意義ニ於テ實體上ノ回復請求權ヲ有セス唯タ回收訴權ノ行使ニ因リ奪取セラレタル質物ノ返還ヲ請求シ得ルニ過キス而シテ民法第三百九十三條ノ場合ニ於テハ占有物ハ既ニ善意ノ占有者ノ占有ニ歸シ回收訴權ハ此時ヲ以テ消滅シタルモノナルニ依リ質權者其占有物ヲ回復スルニ由ナキモノトス故ニ民法第三百九十三條ノ規定ニ依リ二年間回復ノ請求ヲ爲シ得ル者ハ結局盜品遺失物ノ所有者ニシテ其他ノ人ハ何人ト雖トモ回復請求權ノ主體タル適格ヲ有セサルモノトス。

—(國家及國家學第七卷十一號)—

### 動産即時取得ヲ論ス(其七)

動産ノ占有者カ第三百九十二條ノ要件ヲ充シタルトキハ占有者ハ其動産上ニ所有權又ハ質權ヲ取得シ所有者ノ回復請求權ハ茲ニ全ク消滅シ又ハ制限セラレルヲ以テ所有者ハ占有者ハ勿論其承繼人ニ對シテ回復ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス何トナレハ占有者ノ承繼人ハ其前主タル占有者ノ法律上ノ地位ヲ承繼シ自己ノ利益ニ於テ占有者既得ノ權利ヲ主張シ得ヘキハ理ノ當然ナルヲ以テナリ唯タ占有者ノ承繼人ハ事實上其前主ノ占有カ民法第三百九十二條ニ適合スル善意無過失ノ占有ニシテ前主ニ於テ權利ヲ取得シタル事實ヲ證明シ得サル場合又ハ之ヲ證明スルニ付キ著シキ困難ヲ感スルコトナシトセス此場合ニ於テハ其承繼人ハ所有者ノ回復請求ニ對シ自己ノ占有ヲ主張シ其占有カ民法第三百九十二條ノ要件ヲ充實シタルコトヲ立證シ以テ其回復請求ヲ拒ムコトヲ得ヘシ故ニ所有者ヨリ回復ノ請求ヲ受ケタル占有者カ之ニ對シ自己ノ占有ヲ主張スヘキヤ又ハ前主ノ占有ヲ主張スヘキヤ或ハ又其前々主ノ占有ヲ主張スヘキ



ハ訴訟上ノ便宜ニ關スル實際問題ニ屬シ其ノ何レノ方法ニ依ルヘキヤハ一ニ占有者ノ選擇ニ依リ定マルヘキモノニシテ法律上何等ノ制限アルコトナシ  
 竊テ盜品遺失物ノ回復請求權ニ付キテ案スルニ所有者カ盜難遺失ノ時ヨリ起算シ二ケ年間ニ於テ盜品遺失物ノ占有者ニ對シ回復ノ請求ヲ爲シタルトキハ所有者ハ之ニ依リテ其所有權ヲ保存シ其回復請求ヲ爲スノ前ニ盜品遺失物ノ占有ヲ開始シタル占有者ノ占有ハ實體權ノ取得原因トシテハ其效力ヲ失ヒ何人モ其占有ヲ所有者ニ對抗シテ其回復請求ヲ拒ムコトヲ得ス而シテ所有者ノ回復請求カ此效果ヲ生スルニハ其動產ノ占有者ニ對シ返還請求ヲ爲スノミヲ以テ足り現ニ其動產ノ占有ヲ回復シタルコトヲ必要トセサルハ法文上容易ニ之ヲ認ムルコトトヲ得ヘシ茲ニ於テ其動產カ所有者ノ回復請求アリタル後更ニ轉讓シテ第三者ノ占有ニ歸シタル場合ニ於テ所有者ハ之ニ對シテ如何ナル權利ヲ有スヘキヤヲ案スルニ所有者ハ回復ノ請求ニ因リ其權利ヲ保存シタルヲ以テ其所有權ヲ主張シ回復ノ請求ヲ爲シ得ヘキハ勿論ニシテ第三者カ長期ノ時効ニ因リ所有權ヲ取得スル迄ハ所有者之ヲ回復シ得ルヲ原則トスルモ

其第三者カ更ニ民法第九十二條ノ要件ヲ充實シタルトキハ第三者之ニ因リテ所有權ヲ取得スルコトヲ妨ケサルヲ以テ所有者ハ盜難遺失ノ時ヨリ起算シ二ケ年内ニ其占有者又ハ其承繼人ニ對シテ回復ノ請求ヲ爲スコトヲ要シ之ヲ經過スルトキハ絶對ニ其所有權ヲ喪失スルノ結果ヲ生スルモノトス故ニ盜難遺失ノ時ヨリ二ケ年ヲ經過シタル後ニ於テ第九十二條ノ要件ヲ充タシタル占有者アルトキハ其占有者ハ同條ノ規定ニ依リ即時ニ所有權又ハ質權ヲ取得スルト同時ニ所有者ハ回復ノ請求權ヲ喪失シ又ハ之ヲ制限セララルニ至ルヘキハ多言ヲ要セスシテ明カナリ

二年間回復請求ノ目的タルヘキ盜品遺失物中ニハ各種ノ動產即チ有體動產及ヒ無記名債權證書ヲ包含スルハ毫モ疑ヲ容レス茲ヲ以テ貨幣兌換券及ヒ各種ノ無記名證券ハ動產トシテ民法第九十二條同第九十三條ノ適用ヲ受クヘキモノト論セサルヘカラス從テ此種ノ動產カ盜品遺失物タル場合ニ於テモ其所有者ハ惡意ノ占有者又ハ善意ナルモ過失アル占有者ニ對シテハ二十年間回復ノ請求ヲ爲シ得ルト同時ニ民法第九十二條ノ要件ヲ充タシタル善意無



過失ノ占有者ニ對シテモ二年間之カ回復ノ請求ヲ爲シ得スハアラス唯貨幣兌換券ハ最高度ニ於テ流通性ヲ有シ其同一性ヲ認識スルコト不可能ナルヲ常トスルヲ以テ所有著カ追求權ノ作用ニ依リ其占有者ニ對シテ回復ヲ請求スルコトヲ得ル場合ハ極メテ稀ナリト雖トモ亦其同一物ナルコトヲ認メ得ル場合アリテ所有者ヲシテ之カ回復ヲ請求スルコトヲ得セシムルコトナシトセス立法上ノ見地ヨリスレハ占有者カ苟クモ善意ナル以上ハ之ヲ保護シ所有者ヲシテ回復ノ請求ヲ爲スコトヲ得サラシムルヲ可ナリトス何トナレハ貨幣及兌換券ニ付キ他ノ動産ニ於ケルカ如ク所有者ノ回復請求ヲ許スニ於テハ善意ノ第三者ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシムルニ因リテ其流通性ヲ害シ取引ノ安全ヲ妨クルノ有害ナル結果ヲ生スルヲ以テナリ是レ多數ノ立法例ニ於テ通貨及無記名債權證書カ善意ノ占有者ノ手裡ニ歸シタル場合ニ付キ所有者ノ回復請求ヲ許ササル所以ニシテ無記名證書中ニハ其同一物タルコトヲ認識シ得ヘキ場合往々ニシテ之レアリ其流通性モ亦通貨ニ比シ概シテ低度ニ在リト雖トモ取引ノ安全ヲ保ツカ爲メ其善意ノ權有者ヲ保護スルノ必要アルハ極メテ明確

ナリトス然ルニ我民法カ此點ニ付キ何等ノ規定ヲ設ケサリシハ立法ノ要諦ヲ得サリシノ感ナキヲ得ス夫レ斯クノ如ク通貨又ハ無記名證券カ盜品又ハ遺失物タル場合ニ過失アル占有者ハ時ニ或ハ所有者ヨリ回復ノ請求ヲ受クルニ至ルヘキハ我民法ノ解釋トシテハ免カル可カラサルノ數ナリト雖トモ余ハ商法ノ規定ヨリ推論シ通貨其他ノ無記名證券ノ占有者ハ回復請求ニ對シ一層有利ナル地位ニ在リ大多數ノ場合ニ於テ其請求ヲ免カレ取引ノ安全ハ之ニ因リテ確保セラレヘキコトヲ信セントス左ニ其理由ヲ開陳スヘシ

商法第四百四十一條ノ規定ニ依レハ手形ノ取得者ハ惡意又ハ重大ナル過失ナキ限リハ何人ヨリモ其手形ノ返還ヲ請求セラルルコトナキヤ明カナリ換言スレハ惡意又ハ重大ナル過失ナクシテ手形ヲ占有シタル者ハ其主觀シタル手形上權利ヲ取得スルモノトス而シテ此規定ハ商法第二百八十二條ニ依リ金錢其他ノ物又ハ有價證券ノ給付ヲ目的トスル有價證券取得ノ場合ニ準用セラルルヲ以テ證券債權ノ讓受人ハ惡意又ハ重大ナル過失ナクシテ其證券ヲ占有スルニ因リテ其證券上ニ權利ヲ取得シ何人ヨリモ回復ノ請求ヲ受クルノ虞ナシ



トス尤モ商法第二百八十二條ニ所謂有價證券ノ意義如何ニ關シテハ學者間ニ議論ノ存スル所ナリト雖トモ無記名公債證書支拂命令其他金錢物品ノ給付ヲ目的トスル所持人拂ノ債權ニシテ有價物トシテ一般取引ノ目的トナル物ハ總テ其中ニ包含スルモノト解セサルヘカラス加之改正前ノ商法ハ手形上權利ノ取得ニ關スル前記ノ原則ヲ單ニ無記名債權ノミニ準用シタルニ過キサリシニ現行法ハ更ニ其範圍ヲ擴張シ之ヲ一般ノ有價證券ニ準用シタルモノナルコト立法ノ沿革ニ徴シテ明カナルヲ以テ此點ヨリ見ルモ各種ノ無記名債權カ叙上原則ノ適用ヲ受クヘキモノナルコトハ毫モ疑ヲ容ルルノ餘地ナシ從テ無記名債權ノ一種タル兌換券ノ取得者ハ惡意又ハ重大ナル過失ナクシテ之ヲ占有スルニ因リテ確定的ニ其所有權ヲ取得シ被害者遺失主ヨリ之カ返還ヲ請求セラシムルコトナキヤ明カナリ兌換券ニシテ既ニ斯クノ如シトセハ一般通貨ニ付キテモ所謂勿論解釋ニ依リ同一ノ原則ヲ適用セサルヘカラス何トナレハ二者何レモ強制適用ノ效力ヲ有シ通貨ノ流通性ハ兌換券ニ比シ寧ロ一層高度ニ在リ從テ通貨ノ占有者ヲシテ普通ノ商品ニ於ケルカ如ク其通貨ノ不正品ナルヤ否

ヤヲ調査スルノ注意義務ヲ負擔セシムルハ其流通性ヲ害シ取引ノ安全ヲ妨クルノ結果ヲ生スルコト兌換券ニ於ケルト毫モ異ナル所ナキヲ以テナリ然レトモ立法論トシテハ無記名債權殊ニ通貨ノ取引ニ關シテハ商法第二百八十二條ノ規定ハ未タ以テ充分ニ其安全ヲ保證スルニ足ラス宜シク多數立法ノ例ニ於ケルカ如ク其占有者ヲシテ全然注意義務ヲ免脱セシメ占有者カ苟クモ善意ナル以上ハ之ヲ保護シ過失ノ有無ニ關セス其占利ヲ取得セシメ以テ絕對ニ取引ノ安全ヲ保護スルヲ以テ政策ノ當ヲ得タルモノト信ス

斯クノ如ク所有者ノ回復請求ハ無記名債權及ヒ通貨ノ善意ニシテ且過失ナキ占有者ニ對シテ效力ヲ有セサルト同時ニ他方其回復請求權ハ大ニ制限セラレ所有者ハ無條件ニテ其所有物ヲ回復スルコトヲ得サル場合アリ民法第九百九十四條ニ規定スルモノ即チ是レナリ同條ノ規定ニ依ルトキハ占有者カ盜品又ハ遺失物ヲ競賣若クハ公ノ市場ニ於テ又ハ其物ト同種ノ物ヲ販賣スル商人ヨリ善意ニテ買受ケタルトキハ被害者又ハ遺失主ハ占有者ノ拂ヒタル代價ヲ辨償スルニアラサレハ其物ヲ回復スルコトヲ得サルモノトス



動産ノ即時取得ヲ論ス (其八)

競賣トハ何人ト雖トモ最高價ヲ提供シタル者ニ物品ノ所有權ヲ移轉スルノ意思ヲ以テ爲ス所ノ各種ノ取引ヲ意味シ強制競賣ニ於ケルカ如ク執行機關ニ依リテ行ハルルト私人ニ於テ施行スルトヲ區別スルコトナシ又其方法ハ代價ノ呼上ニ依ルト入札ニ依ルトニ論ナク物品ノ賣却カ競争的ニ行ハルルニ於テハ茲ニ所謂競賣タルコトヲ失ハサルモノトス公ノ市場トハ公開ノ場所ニ於テ賣方買方集會シテ商品ノ取引ヲ爲ス場合ニ其場所ニ付セラレタル名稱ニシテ其取引ハ一定ノ場所即チ地域ニ於テ行ハル、コト其場所ニハ何人モ出入シ得ヘキコト及ヒ賣方買方集會シテ取引ヲ爲スコトヲ以テ其要件トシ其常設ノモノナルト臨時又ハ定期ニ之ヲ開設スルモノナルトヲ論セス又商品ノ取引ニ從事スル者ノ一般人ナルト又ハ其資格ニ制限アリテ一定ノ業務ヲ營ム者ニ限定セラレ、トヲ論スルコトナシ終リニ同種ノ物ヲ販賣スル商人トハ商品ノ販賣ヲ營業トシ而カモ盜品遺失物ト其種類ニ於テ同一ナル商品ヲ販賣スルモノヲ



謂之例之時計カ盜難ニ罹リ又ハ遺失セラレタル場合ニ於ケル時計商有價證券ヲ奪取セラレ又ハ之ヲ遺失シタル場合ニ於ケル株式仲買人ノ如シ而シテ商品ノ販賣ニ從事スル商人カ其營業ノ種類ヲ異ニスルニ拘ハラス何レモ民法第九十四條ノ意義ニ於テ同種ノ物ヲ販賣スル商人タルコトヲ失ハサルコトアリ例之盜品遺失物カ陶器ナリト假定シ陶器骨董品又ハ美術品トシテ之ヲ販賣スル商人ノ手裡ニ歸シタル場合ニ其商人ハ第九十四條ニ所謂同種ノ物ヲ販賣スル商人ノ資格ヲ有スルモノトス又競賣カ公ノ市場ニ於テ行ハレ又ハ商人カ公ノ市場ニ於テ同種ノ物ヲ販賣シ又ハ商人カ競賣ニ於テ同種ノ物ヲ販賣スル等此三種ノ取引ハ互ニ競合スル場合往々ニシテ之アリ何レモ第九十四條ノ適用ヲ受タルモノトス

占有者カ叙上ノ市場又ハ競賣ニ於テ又ハ前掲商人ノ手ヨリ盜品遺失物ヲ買取リタル場合ト雖トモ所有者ハ盜難遺失ノ時ヨリ起算シ二年間回復ノ請求ヲ爲スノ權利ヲ有スルモ法律ハ其權利行使ニ一ノ制限ヲ加ヘタリ他ナシ普通ノ場合ニ於テハ所有者ノ回復請求權ハ絕對無條件ニ行ハレ所有者ハ單純ニ其所

有物ヲ回復スルコトヲ得ヘク占有者カ之カ爲メ損害ヲ被ムルコトアルモ之ニ對シテ何等ノ賠償ヲ爲スノ義務ナク占有者ハ唯々其權原ノ性質ニ從ヒ他ニ責任者ヲ求メ之ニ對シテ求償スルノ外他ニ途ナキニ反シ此場合ニ於テハ所有者ノ支拂ヒタル代價ヲ之ニ償還スルコトヲ要シ無條件ニ之ヲ回復スルコトヲ得サルコト即チ是ナリ蓋シ是等ノ場合ニ於テ商品ノ買主タル占有者ヲシテ普通ノ場合ニ於ケルカ如ク賣買ノ目的タル商品ノ性質出所ヲ調査スルノ注意義務ニ任セシメ之ヲ怠リタル場合ニ付キ損失ノ危險ヲ負擔セシムルハ取引上ノ觀念ニ適セサルモノトス何トナレハ叙上ノ場合ニ於テモ尙ホ普通ノ原則ヲ適用スルニ於テハ善意ノ占有者ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシムルニ因リテ著シク是等取引ノ安全ヲ害スルノ結果ヲ生スヘケレハナリ是レ法律カ此場合ニ付キ所有者ト善意ノ占有者トノ利害ヲ調和シ所有者ノ爲メニ一面回復ノ請求權ヲ認ムルト同時ニ他面ニ於テ占有者ノ爲メニ其支拂ヒタル代金償還ノ請求權ヲ附與シ所有者カ其所有物ヲ回復スル場合ニ付キ占有者ニ對シ其代金ヲ償還スルノ義務ヲ負ハシムル所以ナリ



民法第九十四條ノ規定ヲ適用スルカ爲メニハ占有者カ目的物ヲ占有スル所以ノ原因カ賣買ナルコトヲ必要トス從テ占有ノ原因カ贈與ナルトキハ同條ノ規定ノ適用ナキヤ明カナリ蓋シ占有者ノ既得權ヲ重スルノ精神ヨリスレハ贈與ニ因ル占有者モ亦法律ノ保護ニ値スルモノト論シ得ハキカ如シト雖トモ此種ノ占有者ハ所有者ノ回復ノ請求ニ因リ敢テ損害ヲ被ムルモノニアラサルヲ以テ所有者ヲ保護シ占有者ノ利益ヲ犠牲ニ供スルヲ公平ナリトスヘク加之占有者カ交換又ハ其他ノ有償行爲ニ因リ目的ノ占有ヲ得タル場合ニ於テモ占有者ハ無條件ニテ所有者ノ回復請求ニ服シ所有者ニ對シテ其代價ヲ請求スルノ權利ヲ有セサルモノトス占有者カ占有ヲ得タル原因カ質權設定行爲ナル場合亦同シ是レ他ナシ民法第九十四條ノ規定ハ同第九十三條ニ規定スル所有者ノ回復請求權ニ關スル例外ヲ規定セルモノニシテ取引ノ安全ヲ保護スルヲ以テ目的トス而シテ競賣又ハ公ノ市場ニ於ケル取引及ヒ其營業ノ部類ニ屬スル商品ニ關スル商人ノ取引ハ安全迅速ニ行ハルルコトヲ必要トスルコト他ノ取引ト同視シ得ヘカラサルモノアルヲ以テ特ニ此場合ヲ選ミ除例外ヲ設ケ

タルハ洵ニ理由アリ猥リニ之ヲ擴張スルニ於テハ所有者ニ對スル保護ヲ薄弱ナラシメ第九十三條ノ精神ヲ沒却スルニ至ルヘケレハナリ故ニ民法第九十四條ノ規定ハ嚴ニ法文ニ明示スル場合ノミニ限り之ヲ適用スヘク比附援引ニ依リ之ヲ他ノ場合ニ擴張スルコトヲ許サス然レトモ占有者カ商法ノ規定ニ從ヒ惡意又ハ重大ナル過失ナクシテ取得シメル證券其他ノ物ニ付キ其權利ヲ主張シ所有者ノ回復請求ヲ拒ミ得ルハ既ニ説明スル所ノ如クニシテ唯タ重大ナル過失ニ因リ善意ニテ證券ヲ占有シタル者ハ其證券ノ取得カ第九十四條ノ場合ニ該當スル場合ニ限り回復者ニ對シ其代價ノ償還ヲ求ムルノ權利ヲ有スルモノトス

夫レ斯クノ如ク占有者カ第九十四條ノ恩典ニ浴スルニハ第九十二條ノ場合ニ於ケルカ如ク無過夫ナルコトヲ必要トセス從テ其過失ノ輕重ヲ區別スルコトヲ要セサルモ占有開始ノ當時ニ於テ善意ナリシコトヲ要ス是レ同條ノ規定ニ徴シテ明カナリ而シテ占有者カ善意ナルカ爲メニハ占有者ニ於テ其買受ケタル商品カ盜品又ハ遺失物ナルノ事情ニ付キ全然認識ヲ缺キタルノミヲ



以テ足ルヤ若クハ一般的ニ賣主ノ無權利者ナルコトニ付キ認識ヲ缺キタルヲ必要トスルヤ此問題ニ付キテハ第九十四條ノ善意ナル語ハ之ヲ第九十二條ニ於ケルト同意義ニ解シ占有者カ其商品ノ盜品遺失物タルコトノ認識アリタル場合ハ勿論此認識ヲ缺キタル場合ト雖トモ少クモ其商品カ賣主ノ所有ニ屬セサルコトヲ認識シタル場合ニ於テハ「善意」ノ條件ノ欠缺ヲ來タス者ト解セサルヘカラス何トナレハ賣主ノ所有ニ屬セサルコトヲ知リテ之ヲ買取リタル占有者ハ回復者ノ請求ニ遭遇スヘキハ其當サニ豫期スヘキ所ニシテ之ヲ保護セサルモ毫モ之ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシムルノ虞ナク取引ノ安全ハ之カ爲メ毫モ阻害セラレ、ノ虞ナキヲ以テナリ加之此認識ハ抽象的ニ他人ノ所有物タルコトヲ認識スルヲ以テ充分ナリトシ具體的ニ何人ノ所有ニ屬スルヤヲ確知シタルコトヲ必要トセス又占有者カ眞ノ所有者ヲ錯覺シタルトキ例之ハ甲者ノ所有物ナルヲ誤テ乙者ノ所有物ナリト信シタル場合ト雖トモ占有者カ賣主以外ノ人ノ所有タルコトヲ主觀シタル事實ハ一ナルヲ以テ占有者ハ惡意タルヲ免カレヌ唯タ占有者カ所有者ヲ錯覺シタル場合ニ於テハ眞ノ認識アリ

謂フコトヲ得サルヲ以テ此場合ニ於テハ尙ホ善意ノ占有者トシテ民法第九十二條第九十四條ノ規定ヲ適用シ得ヘシト論スルコトヲ得ヘク權利ノ取得ヲ主觀スルヲ以テ善意ナリト解セスシテ權原ノ瑕疵ノ認識ヲ欠缺スルヲ以テ善意ナリト解スルノ說ニ依レハ益々此解釋ヲ是認スルコトヲ要スルニ似たり然レトモ占有者カ現ニ無權利者ヨリ目的ノ引渡ヲ受ケ實體上ニ於テ權利ヲ取得スルコトヲ得サルノミナラス其物カ現ニ他人ノ所有物ナルコトヲ主觀シテ之カ引渡ヲ受ケタルモノナル以上ハ占有者ハ其主觀ニ於テ法律ノ保護ニ値セサルモノナレハ之ヲシテ第九十二條第九十四條ノ恩典ニ浴セシムヘキモノニアラス蓋シ何レノ場合ニ於テモ占有者ハ其取引ヲ斷念シテ損害ヲ未然ニ防止シ得ヘク然ルニ之ヲ敢テセルハ危險ヲ履ミタルモノト謂ハサルヘカラスアルヲ以テナリ故ニ占有者ハ相手方ヲ以テ正當ナル權利者ナリト思惟シテ之レト取引ヲ爲シタル場合ニ於テ始メテ善意ノ占有者タリ得ルモノト解セサルヘカラス

所有者カ民法第九十四條ノ場合ニ於テ其所有物ヲ回復スルカ爲メ代



金ヲ占有者ニ提供シテ回復ノ請求ヲ爲スコトヲ要スルヤ換言スレハ代金ノ提供ヲ爲サスシテ爲シタル所有者ノ回復ノ請求ハ法律上無効ナリヤ此問題ハ之ヲ消極的ニ解スルヲ妥當ナリト信ス民法第九十四條ニハ「占有者カ拂ヒタル代價ヲ辨償スルニ非サレハ其物ヲ回復スルコトヲ得ス」ト規定シ物ノ回復ト代價ノ支拂ヲ交換スヘキコトヲ命スルニ止マリ其請求ヲ代價ノ辨償ニ繋ラシメタルモノニアラサルハ其法文ニ徴シテ明カナルヲ以テ所有者カ民法第九十二條ノ期間内ニ占有者ニ對シテ回復ノ請求ヲ爲スニ於テハ其所有權ハ絶對ニ保存セラレ同一期間内ニ其代價ヲ占有者ニ辨償セサルモ其所有權ヲ喪失スルコトナク回復ノ請求ヲ受ケタル占有者ハ長期時効ニ因リ更ニ所有權ヲ取得スル迄ハ占有物ヲ所有者ニ返還スル義務アリ唯タ占有物ノ返還ヲ受クルカ爲メニハ所有者ヨリ代價ヲ占有者ニ提供スルコトヲ要シ之レト引替ニ其物ノ返還ヲ受クヘク無條件ニテ其返還ヲ受クルコトヲ得サルモノトス從テ所有者カ代價ノ提供ヲ爲サ、ルトキハ占有者ハ其返還ヲ拒ム權利ヲ有シ占有者ハ民法第二百九十五條ノ規定ニ依リ之ニ對シテ留置權ヲ行フコトヲ得ヘシ

占有者カ惡意ナルトキ受贈者ナルトキ其他第九十二條ノ規定ニ該當セサルトキハ所有者ハ占有者及ヒ其承繼人ニ對シ無條件ニテ其占有物ヲ回復スルコトヲ得ヘシト雖トモ其承繼人カ民法第九十四條ノ條件ヲ充タシタルトキハ自己ノ權利ヲ主張シ回復者ニ對シテ代價ノ辨償ヲ請求スルコトヲ得ヘシ占有者カ民法第九十四條ノ規定ニ從ヒ物ノ占有ヲ得タル後其物カ承繼人ノ手裡ニ歸シタル場合ニ於テ代價辨償ノ請求權ハ何人ニ屬スルヤ余ノ信スル所ニ依レハ代價辨償ノ請求權ハ物ノ占有ニ關シテ生スル一種ノ請求權ニシテ物ノ回復ハ交換的ニ行ハル、ヲ以テ其本質ト爲スヲ以テ此請求權ノ物ノ占有ト共ニ占有者ノ承繼人ニ移轉スヘキモノトス故ニ例之甲者競賣ニ於テ盜品タル金時計ヲ金百圓ニテ買取リ之ヲ乙者ニ贈與シ乙者之ヲ占有スル場合ニ所有者丙乙者ニ對シテ回復ノ請求ヲ爲スモノトセンニ乙者ハ甲者ノ承繼人トシテ丙者ニ對シ甲者カ競賣ニ於テ支拂ヒタル代金一百圓ノ辨償ヲ求ムルコトヲ得ヘシ丙者ハ無償ニテ占有ヲ得タル者ナレハ無條件ニテ之ヲ回復シ得ヘシト論シ得ヘキニ似タリト雖トモ斯クスルニ於テハ甲者ハ乙者ヨリノ擔保義務ノ履行ヲ



求メラレ求償ニ應セサルヘカラサル場合アリテ甲者損害ヲ被ムルニ至ルヘク  
 甲者ヲシテ更ニ所有者ニ對シテ求償ヲ爲サシメサルヘカラサルノ結果ヲ生ス  
 ヘク斯クノ如キ繁雜ナル手續ヲ履ムコトハ手數ノ節約ヲ旨トスル近世ノ法律  
 思想ニ適セサルノミナラス元來代價ノ辨償ヲ受クルノ權利ハ物ノ占有ヨリ生  
 スル法律上ノ利益ナレハ此占有ヲ承繼人ニ移轉シタル以上ハ其占有ト共ニ代  
 價ノ辨償ヲ受クル權利モ亦當然承繼人ニ移轉スルモノト解スルヲ以テ尤モ好  
 ク此權利ノ性質ニ適スルモノト謂ハサルヘカラス蓋シ占有者ノ承繼人ハ其前  
 主ノ權利ヲ主張シ得ルハ民法第八十七條ニ規定スル所ニシテ同條ノ規定中  
 ニ包含セラルル原則ハ本間ノ場合ニ於テモ亦之ヲ應用スルヲ正當ナリト信ス故  
 ニ前例ニ於テ甲者金百圓ヲ以テ時計ヲ競落シ之ヲ金八十圓ニテ乙者ニ買渡シ  
 乙者之ヲ占有スル場合ニ丙者乙者ニ對シ其回復ヲ請求シ其時計ハ現ニ百五十  
 圓ノ價格ヲ有スルモノト假定スルトキハ乙者ハ丙者ニ其時計ヲ引渡スニ當リ  
 甲者カ競賣ニ於テ支拂ヒタル代價百圓ヲ丙者ヨリ受取ルヘク甲者ハ乙者カ追  
 奪ニ因リテ被リタル損害トシテ金五十圓ヲ乙者ニ賠償スルノ義務ヲ負フコト

ナル斯クノ如ク盜品遺失物カ權利承繼ノ結果轉讓シテ數人ノ手ニ渡リ所有  
 者カ最後ノ占有者ヨリ之カ回復ノ請求ヲ爲ス場合ニ於テハ其占有者ハ自己ノ  
 前主タル占有者中ニ民法第九十四條ニ規定スル代價辨償請求權ヲ有スルモ  
 ノアルトキハ自己ノ利益ニ於テ之ヲ主張スルコトヲ得ヘク盜品遺失物カ數回  
 競賣又ハ公ノ市場於ニテ又ハ同種ノ物ヲ販賣スル商人ノ手ヲ經テ販賣セラレ  
 タルトキハ占有者ハ其前主中尤モ有利ナル地位ニ在ル者即チ最モ高價ニ買取  
 リタル者ノ權利ヲ選擇シテ之ヲ行使スルコトヲ得ヘシ

——(國家及國家學第八卷一號)——



動産ノ即時取得ヲ論ス (其九)

丙 權利取得ノ時期

盜品遺失物ヲ善意無過失ニテ占有シタル者ハ如何ナル時ニ於テ其所有權ヲ取得スルヤ是レ民法第九十三條ノ解釋上ニ於テ生スル一ノ疑問ニシテ學者間ニ於テ議論ノ岐ルル所ナリ蓋シ占有者カ盜品遺失物ヲ占有シタル後盜難遺失ノ時ヨリ起算シ二年間回復ノ請求ヲ受ケサルトキハ舊所有者ハ絶對ニ其所有權ヲ喪失シ占有者確定のニ其所有權ヲ取得スルハ毫モ疑ナク之ニ反シテ動産ノ所有者カ右期間内ニ於テ占有者ニ對シ回復ノ請求ヲ爲シタルトキハ所有者ハ其所有權ヲ保存スルコトヲ得ヘク即時取得ノ效果ハ全然消滅ニ歸シ占有者ハ其動産上ニ其所有權ヲ主張シ得サルヤ明カナリ故ニ動産上所有權ノ歸屬ハ何レノ場合ニ於テモ二年ノ法定期間ノ經過ト共ニ確定スルヤ論ナシト雖トモ此二ケ年ノ期間内未タ回復ノ請求ヲ提出セラレサル間ニ於ケル動産物ノ所

有權ノ所在如何從來ノ所有者ニ於テ依然トシテ其所有權ヲ保有シ占有者ハ法定期限ノ滿了ニ因リテ其所有權ヲ取得スルニ過キササルヤ若クハ占有者ハ善意無過失ニテ動産ヲ占有シタル瞬間ニ於テ早ク既ニ其所有權ヲ取得シ舊所有者ハ其期間内回復請求ヲ爲スコトニ因リテ其所有權ヲ回復スルコトヲ得ルニ過キササルヤ是レ法理上實際上極メテ重要ナル問題ニ屬スルモノトス。

占有者ハ法定期間ノ滿了ニ因リテ始メテ動産物ノ所有權ヲ取得スルモノナリトスルノ學說ハ民法第九十三條ニ於テ被害者遺失主ヨリ其占有者ニ對スル回復請求權ヲ認ムル旨ヲ規定セル法文ノ裏面解釋ニ其根據ヲ置キ民法第九十五條ニ規定スル家畜外ノ動物ヲ占有スル場合ト等シク占有者ヲシテ法定期間ノ滿了ニ因リ其所有權ヲ取得セシムルヲ以テ法律ノ精神ニ適スルモノト解スルモノナリ抑モ回復ノ請求ハ實體物權ノ效力ナルヲ以テ法律カ被害者遺失主ニ回復ノ請求ヲ認ムル以上ハ其回復ノ請求ノ因テ生スル所有權ハ尙ホ被害者遺失主ニ存スルコトヲ暗示スルモノト謂フヘク動産ノ所有權カ占有者ニ歸シ從前ノ所有者既ニ其所有權ヲ喪失シタルモノトセハ所謂回復ノ請求ナル



モノノ存在スヘキ理由ナシ何トナレハ斯クノ如キハ原權ヲクシテ其救濟權ノ尙ホ存在スルコトヲ肯定スルノ不條理ニ陷ルニ至ルヘケレハナリ故ニ民法第百九十三條ノ規定ハ第百九十五條ノ場合ニ於ケルカ如ク法定期間ノ滿了ト共ニ占有者ヲシテ動產物上ニ所有權ヲ取得セシムルノ趣旨ナリト解セサルヘカラスト然レトモ余ハ盜品遺失物ニ關シテモ占有者ハ即時ニ所有權ヲ取得シ其取得ニ付キ二ケ年ノ經過ヲ必要トセサルノ說ニ贊同スルモノニシテ其理由ノ概要ヲ左ニ開陳セントス。

民法第百九十二條ノ即時取得ノ原則ハ一般動產ニ通スルモノニシテ盜品遺失物ト雖トモ尙ホ同條ノ適用ヲ受クヘキモノナルコトハ毫モ疑ヲ容レズ故ニ盜品遺失物ノ占有者カ其上ニ所有權ヲ取得スルニハ第百九十二條ノ條件ヲ充實スルヲ必要トスルト同時ニ之ヲ充實スルノミヲ以テ足ルモノトス而シテ民法第百九十三條ハ盜品遺失物ニ關スル權利取得ノ條件ヲ特ニ規定シタルモノニアラスシテ唯第百九十二條ノ規定ノ後ヲ承ケ盜品遺失物ニ付キ即時取得ノ效果ヲ緩和スルヲ以テ目的トスルモノナルハ其法文ニ徴シテ明カナリ何トナ

レハ民法第百九十三條ハ其冒頭ニ於テ「前條ノ場合ニ於テ」ト前提シ占有者カ第百九十二條ヲ規定スル要件ヲ充實シテ動產上ニ權利ヲ取得シタル場合ニ付キテ第百九十三條ノ規定ヲ設ケタルモノナルコト毫モ疑ナキヲ以テナリ故ニ民法第百九十三條カ被害者遺失主ノ爲メニ二年間回復ノ請求ヲ認メタレハトテ此一事ノミヲ以テ直チニ盜品遺失物ニ付キテハ民法第百九十二條ノ法定要件ノ外ニ尙ホ期間ノ要件ヲ附加シタルモノトスルハ解釋ノ當ヲ得タルモノト謂フコトヲ得ス寧ロ被害者遺失主ハ占有者ノ即時取得ニ因リテ其所有權ヲ喪失スルモ二年間ハ之ヲ回復シ得ヘク第百九十三條ノ規定スル二年ノ期間ハ占有者ノ所有權取得ノ要件ニアラスシテ被害者遺失主カ其所有權ヲ回復スルコトヲ得ルノ期間ナリト解スルヲ妥當トス。

被害者遺失主ノ回復ノ請求ハ請求權ノ基本タル所有權ノ存在ヲ豫想スルモノナリトノ論旨ハ第百九十三條ノ裏面解釋トシテ一見穩當ナルカ如シ然レトモ此解釋ハ必スシモ適切ナリト謂フコトヲ得ス何トナレハ被害者遺失主ハ動產占有者カ民法第百九十二條所定ノ要件ヲ充實スルニ因リ其所有權ヲ取得シ



タル後ト雖トモ盜難遺失ノ時ヨリ二ケ年内ニ於テ其返還ヲ請求スルニ於テハ其所有權ヲ回復シテ之ヲ原狀ニ復シ即時取得ノ效果ヲ滅却セシムルコトヲ得ルノ意ニ解スルコトヲ得ヘケレハナリ加之占有ノ目的カ盜品遺失物ナル場合ト雖トモ權利取得ノ條件ハ民法第九十二條ニ依リテ定マルヘキモノニシテ盜品遺失物ノ占有者カ民法第九十二條ノ條件ヲ具備シタル占有ヲ爲シタル以上ハ之ニ因リ其所有權ヲ取得スルモノト解スヘキハ當然ナルヲ以テ民法第九十二條ノ規定ト第九十三條ノ規定トヲ對照シ兩條規定ノ趣旨ヲ詭味スルトキハ占有者カ回復ノ請求ニ因リテ所有權ヲ回復セラルル場合ハ格別回復ノ請求ナキ限リハ動産ノ所有權ハ占有者ニ存スル者ト解スルヲ以テ正當ナリトス而シテ物權者カ實體上其權利ヲ喪失シタルニ拘ハラヌ尙ホ法律ノ保護ニ依リテ其權利ヲ收容シ曾テ其權利ヲ喪失シタルコトナキト同一ノ狀態ニ復舊シ得ヘキ法律關係ハ民法第九十三條ノ規定ヲ外ニシテ尙ホ其事例アリ占有回收ノ訴即チ是レナリ夫レ占有者カ其占有物ヲ奪取セラレ其物カ侵奪者ノ所持内ニ入りタルトキハ侵奪者之ニ因リ占有權ヲ取得スルハ民法第八十條ノ

規定ニ依リ明カニシテ物ノ所持ヲ以テ成立要件トスル舊占有者ノ占有權ハ之ニ因リテ消滅ニ歸スヘキハ占有權ノ性質ヨリ生スル當然ノ結果ナリ然レトモ法律ハ舊占有者ノ占有喪失カ侵奪行為ニ基因スルカ爲メ占有者ノ爲メニ回收訴權ヲ認メ侵奪ノ時ヨリ一年内ニ回收ノ訴ヲ起スニ於テハ其占有ヲ回收シ侵奪者ノ成就シタル占有權取得ノ效果ヲ滅却セシメ侵奪ノ時ニ溯リ其占有ヲ繼續スルコトヲ得シムル所ナリ而シテ侵奪者ハ回收ノ訴ニ因リ溯及的ニ其占有權ヲ失フモ回收訴權ノ行使ナキ間ハ占有權ヲ有シ第三者ノ方面ヨリ來ル妨害行為ニ對シテ占有者トシテ法律ノ保護ヲ要求スルコトヲ得スンハアラス盜品遺失物ノ所有者ト善意無過失ノ占有者ノ關係モ亦之ニ異ナラス善意無過失ノ權有者ハ民法第九十二條ノ規定ニ依リ即時ニ其所有權ヲ取得スルモ二年間ハ被害者遺失主ヨリ其動産ヲ回復セラルルノ地位ニ在リ從テ回復ノ請求ニ因リ其所有權ハ解消セララルニ至ルモ回復ノ請求ナキトキハ所有者トシテ法律ノ保護ヲ要求スルコトヲ得ルハ回收訴權ノ行使ナキ限リ侵奪者ニ於テ占有權ヲ主張シ得ルト毫モ異ナルコトナシ而シテ占有權ニ關シテハ民法第二百四



條ハ占有權ハ占有者カ占有ノ意思ヲ拋棄シ又ハ占有物ノ所持ヲ失フニ因リテ消滅ス但占有者カ占有回收ノ訴ヲ提起シタルトキハ此限ニアラスト規定シ民法第九十三條ハ第九十二條ノ後ヲ承ケ前條ノ場合ニ於テ占有物カ盜品又ハ遺失物ナルトキハ被害者又ハ遺失主ハ盜難又ハ喪失ノ時ヨリ二年間占有者ニ對シテ其物ノ回復ヲ請求スルコトヲ得ト規定シ其文詞ヲ異ニスルモ占有者及ヒ所有者カ原則上喪失シタル權利ヲ保存シ之ヲ原狀ニ復スルコトヲ得ルノ趣旨ニ解スヘキモノナルハ二者全ク同一ナリト謂フコトヲ得ヘシ

夫レ斯クノ如ク民法第九十三條ハ前條ノ場合ニ於テト前提シ占有者ハ民法第九十二條ノ規定ニ依リ所有權ヲ取得シタル場合ヲ豫想シ此場合ニ付キ所有者ノ回復請求占ヲ認メタルモノト解スヘキ法文上ノ理由アルノミナラス之ヲ實際上ノ問題トシテ觀察スルモ舊所有者ノ回復請求ナキ間ハ占有者ヲ以テ所有者トシ法律ノ保護ヲ與フルノ必要アリト信ス蓋シ善意無過失ノ占有者ハ占有者トシテ第三者ノ侵害行爲ニ對スル救済ヲ求メ得ヘク是レカ爲メ占有訴權ヲ行使シ得ヘシト雖トモ占有訴權ハ其效力薄弱ニシテ占有侵奪ノ場合ニ

於テハ單ニ一ケ年間其權利ヲ行使シ得ルニ過キサレノミナラス侵奪者ヨリ占有物ノ引渡ヲ受ケタル善意ノ承繼人ニ對シテ絕對ニ之ヲ行使シ得サルハ既ニ説明スル所ノ如シ加之權有者カ無効ナル法律行爲ニ基ツキ其他無原因ニテ任意ニ占有物ヲ他人ニ引渡シタル場合ニ於テハ其所持人ニ對シ占有ノ訴ヲ起スコトヲ得サルハ勿論ナルヲ以テ是等ノ場合ニ於テ善意無過失ノ占有者ハ民法第九十二條ニ依リテ取得シタル所有權ヲ以テ不法ノ占有者ニ臨ミ以テ目的物ノ回復ヲ請求スルノ必要アルハ敢テ辯テ俟サル所ナリ若シ夫レ斯ル場合ニ於テ占有者ハ二年ノ法定期間滿了セサル間ハ所有權ヲ取得スルコトヲ得ストセシカ善意無過失ノ占有者ハ此種ノ不正ノ占有者ニ對シテ救済ヲ求ムルノ道ナク法定期間ノ滿了スル迄ハ袖手傍觀シテ其爲スカ儘ニ放任セサルヲ得サルニ至リ二年ノ經過ヲ待テ其回復ヲ請求セントスルモ既ニ其時機ヲ失シ完全ニ其目的ヲ達シ得サルノ結果ヲ生スルニ至ルヘシ斯クノ如キハ善意無過失ノ占有者ヲ遇スル所以ノ道ニアラサルノミナラス著シク取引上ノ觀念ニ背馳スルモノト謂ハサルヘカラス而シテ斯カル不利ナル權利狀態カ二年ノ久シキ間繼



續スルモノトシ善意無過失ノ占有者ノ利益ヲ犧牲ニ供スルハ立法政策ノ當ヲ得タルモノト謂フコトヲ得ス之ニ反シテ舊所有者ヨリノ回復請求ナキ限リハ占有者ヲ以テ其所有者ト爲スノ解釋ニ依レハ前示ノ弊ヲ救済スルコトヲ得ルノミナラス是レカ爲メ舊所有者ノ利益ヲ害スルノ虞ナシ何トナレハ二年ノ法定期間内所有者回復ノ請求ヲ爲ササリシトキハ占有者ヲシテ占有ノ始メヨリ所有權ヲ取得セシムルコトハ何等ノ害惡ヲ伴ハサルノミナラス其期間内ニ於テ所有權回復ノ請求ヲ爲シタルトキハ占有ノ始メニ溯リテ占有者ノ權利ヲ解消セシメ所有者ノ占利ヲ復活セシムルヲ以テ其中間ニ於テ占有者ヲシテ第三者ニ對シテ所有權ヲ主張スルコトヲ得シムルノ事實ハ毫モ舊所有者ニ不利ナル結果ヲ生スルコトナケレハナリ

故ニ善意無過失ノ占有者ノ權利取得ノ時期ヲ其占有開始ノ當時ニ溯及セシムルコトハ管ニ民法第九十二條ト第九十三條トノ牽連的解釋ニ於テ之ヲ是認シ得ルノミナラス取引上ノ必要ニ應スルモノニシテ立法ノ精神ハ正サニ此點ニ存スルコトヲ斷言スルニ躊躇セサルモノナリ而シテ此問題ニ付キテハ

民法第九十五條ニ規定スル家畜外ノ動物ニ關スル權利取得ノ場合ト全然趣ヲ異ニスル所ナリ何トナレハ民法第九十三條ハ第九十二條ノ規定ヲ前提シテ盜品遺失物ニ關スル回復請求權ヲ規定シタルニ反シ第九十五條ハ獨立的ニ家畜外ノ動物ニ對スル權利取得ノ條件ヲ規定シ且其條件ノ一トシテ家畜外ノ動物カ飼養ノ場所ヨリ逃走シタル時ヨリ一ヶ月ヲ經過シタルコトヲ明カニ要求スルヲ以テナリ而シテ家畜外ノ動物ニキ法定期間ノ經過カ權利取得ノ一條件タル以上盜品遺失物ニ付キテモ亦法定期間ノ滿了ヲ以テ其所有權ヲ取得スルノ要件トスルヲ以テ立法ノ精神ニ適スルモノナリト解スルハ一見妥當ナルカ如シト雖トモ此ノ解釋ハ毫モ反對說ヲ肯定スルノ理由タルヲ得ス蓋シ野生ノ禽獸ニ關スル權利ヲ取得スルニ要スル期間ハ僅カニ一ヶ月ニシテ此短時日ノ間ニ重要ナル法律事實ノ發生スルコトハ極メテ稀ナルヲ以テ占有者ヲシテ占有ト同時ニ權利ヲ取得セシムルコトナク其期間ノ經過ヲ待テ之ヲ取得セシムルコトトスルモ是レカ爲メ取引上ニ於テ多大ノ不便ヲ生スルコトナシ之ニ反シテ盜品遺失物ニ關シ占有者ノ權利取得ヲ法定期間ノ滿限ニ繫ラシム



ルニ於テハ其期間カ比較的長期ナルカ爲メ取引上有害ナル結果ヲ生スルノ虞アルハ前説明ノ如クナルヲ以テ此二者間ニ於テ區別ヲ設クルノ必要アルノミナラス普通ノ場合ニ於テハ即時取得ヲ以テ動産ノ占有ノ效力トスルコトハ民法第九十二條ニ明定スル所ナレハ明文ヲ以テ一定期間ノ經過ヲ要求スルコトニ依リテ家畜外ノ動物ニ付キ特例ヲ設ケタル第九十五條ノ場合ト日ヲ同フシテ論スルコトヲ得サルハ解釋法ノ原理ニ照シテ明確ナリ故ニ第九十五條ノ規定ハ反對論ニ有利ナル論據ヲ供スルモノニアラサルルミナラス却テ其不當ナルコトヲ論證スルノ材料トナルヘキモノナリトス

—(國家及國家學第八卷二號)—

### 動産ノ即時取得ヲ論ス (其十)

盗品遺失物カ善意無過失ノ占有者ノ手裡ニ歸シタル後未タ二年ノ法定期間ヲ經過セサル前ニ於テ滅失毀損シタルトキハ此事實ハ利害關係人ノ權利ニ如何ナル影響ヲ及ホスヤ動産物カ單ニ毀損シタニ止マルトキハ所有者ノ回復請求權ハ之カ爲メニ毫モ妨ケララルコトナシト雖トモ動産物カ滅失シタルトキハ如何其動産ハ何人ノ所有物トシテ滅失シタルモノナルヤ原權利者ニ於テ尙ホ其所有權ヲ保有スルモノトスヘキヤ若クハ善意無過失ノ第三者又ハ其承繼人ノ所有物トシテ滅失シタルモノトスヘキヤ此問題ハ善意無過失ノ占有者ノ動産物ニ對スル權利取得ノ時期ニ關シテ採ル所ノ主義ノ如何ニ依リテ定マルモノトス故ニ善意ノ第三者カ動産物上ニ權利ヲ取得スルノ一要件トシテ二年ノ日子ノ經過ヲ要求スルノ主義ニ依レハ其動産ノ占有者及ヒ其承繼人ハ權利ノ取得ニ付キ未タ法定期間ノ要件ヲ充實セサリシモノナレハ其動産ニ對シテ所有權(又ハ質權)ヲ取得スルコトヲ得ス從テ原權利者完全ニ其所有權ヲ保有シ

動産ノ即時取得ヲ論ス (其十)



動產物ハ原權利者ノ所有物トシテ滅失シ善意ノ第三者又ハ承繼人ハ何人ニ對シテモ其所有權ヲ主張シ得サルノ結果ヲ生スヘク原權利者カ果シテ回復ノ請求ヲ爲スヤ否ヤ全然未必ナルニ拘ハラズ善意無過失ノ占有者又ハ其承繼人ヲシテ第九十二條ノ恩典ニ浴スルコトヲ得サラシムルハ法律カ同條ノ規定ヲ設ケ之ヲ保護スル所以ノ趣旨ニ反スルモノト謂サルヘカラス。

之ニ反シテ善意無過失ノ占有者ハ動產物ノ占有ヲ開始シタルノ時ヲ以テ之ニ對シテ權利ヲ取得スルモノトスルトキハ其動產物ハ善意無過失ノ占有者又ハ其承繼人ノ所有物トシテ滅失シタルモノトナリ其滅失ニ付キ他ニ責任者アルトキハ占有者又ハ其承繼人ハ其所有權ヲ主張シ賠償ノ請求ヲ爲シ得スンハハアラス而シテ回復ノ請求ハ目的物ノ存在ヲ前提要件トシ目的物ノ滅失後ニ於テハ回復ノ請求ハ不能トナルヲ以テ盜品遺失物カ滅失シタル場合ニ於テハ原權利者ハ最早其ノ喪失シタル權利ヲ回復スルコトヲ得サルコトトナリ占有者ノ權利取得ハ茲ニ全ク確定不可動トナルモノト解セサルヘカラス尤モ盜品遺失物カ滅失シタル場合ト雖トモ原權利者カ其ノ責任者ニ對シ目的物ノ回復

ニ代ヘ損害賠償ノ請求ヲ爲スニ於テハ其權利ハ尙ホ保存セラレ得ルモノト解シ得ヘキニ似タリト雖トモ回復ノ請求ト損害賠償ノ請求トハ縱シ後者ハ前者ヨリ轉化シタルモノトスルモ全然請求ノ目的ヲ異ニスルモノナレハ後者ヲ目シテ回復ノ請求ト稱スルコトヲ得サルハ勿論ナルヲ以テ原權利者ハ回復ノ請求ノミニ依リテ其權利ヲ保全スルコトヲ得サルモノト解スルヲ正當ナリトス

盜品遺失物カ加害者拾得者又ハ惡意ノ占有者ノ手ヲ經テ善意無過失ノ占有者ノ手裡ニ歸シタル後賣買交換其他ノ原因ニ基ツキ更ニ加害者拾得者又ハ惡意ノ占有者ノ所有ニ歸シタル場合ニ原權利者カ之ニ對シ法定期間後返還ノ請求ヲ爲シタルトキハ是等ノ者ハ民法第九十二條第九十三條ノ規定ヲ援用シテ其請求ヲ拒ムコトヲ得ルヤ此問題ニ付キテハ一ノ區別ヲ爲スコトヲ要ス即チ原權利者カ所謂回復請求權ヲ以テ之ニ臨ミタルトキハ其請求ハ法律上其効ナシ換言スレハ原權利者ハ其回復請求ニ依リ即時取得ノ效果ヲ解消セシメ溯及的ニ其所有權ヲ回復スルコトヲ得ス何トナレハ加害者拾得者及ヒ惡意ノ占有者ハ其不正ノ占有ニ因リ即時取得ヲ成就スルコトヲ得サルハ勿論ナリト



雖トモ此要件ヲ充實シタル善意無過失ノ占有者ノ承繼人トシテ其權利ヲ承繼シ之ヲ自己ノ利益ニ於テ主張シ得ルハ勿論ナルノミナラス善意無過失ノ占有者ノ權利取得ノ效果ハ加害者拾得者又ハ惡意ノ占有者其目的物ヲ占有シタルノ一事ヲ以テ解消スヘキ理ナキヲ以テナリ左スレハ原權利者ノ權利ハ法定期間ノ滿了ト共ニ確定的ニ消滅シ最早之ヲ回復スルニ由ナキモノト斷セサルヲ得ス然レトモ加害者拾得者及ヒ惡意ノ占有者ハ其不法ノ占有ニ因リ原權利者ヲシテ其權利ヲ喪失セシメタルモノナレハ之ニ對シ原狀回復損害賠償又ハ不當利得返還ノ義務アルヲ以テ原權利者ハ是等ノ不法權有者ニ對シ其所有ニ歸シタル動產ノ所有權ヲ原權利者ニ移轉シ因テ以テ原權利者ノ地位ヲ其原狀ニ復スルコトヲ要求スルノ權利ヲ有スルヤ勿論ナリ然レトモ此場合ニ於ケル原權利者ノ權利ハ更ニ新タニ其動產物ノ所有權ヲ自己ニ移轉セシムルコトヲ目的トシ原權利者ハ唯タ將來ニ向テ其所有權ヲ取得スルニ止マリ溯及的ニ其所有權ヲ回復スルコトヲ得サルト同時ニ此效果ヲ生スルカ爲メニハ相手方ノ同意ヲ強要スルノ必要アリ民法第百九十三條ノ場合ニ於ケルカ如ク權利者ニ方

ノ請求ノミヲ以テ其權利ヲ回スルコトヲ得サルモノトス從テ其動產ニ付キ善意ノ占有者及ヒ其承繼人トシテ加害者拾得者及ヒ惡意ノ權有者カ第三者ノ爲メニ設定シタル權利ハ原權利者ノ回復請求ノ爲メニ毫モ影響ヲ受クルコトナキハ論ヲ俟タス

### 第五 家畜外ノ動物

逃走シタル家畜外ノ動物ノ所有權取得ニ必要ナル條件ハ民法第百九十五條ニ規定スル所ナルヲ以テ專ラ同條ノ規定ニ從ヒ其效果ヲ定ムルコトヲ要シ民法第百九十二條ノ規定ハ逃走シタル家畜外ノ動產ヲ權有スルニ因リテ其所有權ヲ取得スル場合ニ適用ナシ但シ此種ノ動物ト雖トモ其權有者ヨリ賣買其他ノ名義ヲ以テ之ヲ第三者ニ引渡シタル場合ニ其第三者ニ於テ民法第百九十二條ヲ援用シ得ヘク又其動物カ盜品遺失物タル場合ニ於テハ所有者ハ第百九十三條ノ規定ニ從ヒ二年間復ノ請求權ヲ有スルト同時ニ占有者カ競賣公ノ市場又ハ同種ノ物ヲ販賣スル商人ヨリ善意ニテ買取リタルトキハ所有者ハ第百九



十四條ノ規定ニ依リ之ニ對シテ其代價ヲ償還スルノ義務アリトス但シ飼養ノ場所ヨリ逃走シタル家畜外ノ動物ハ遺失物ニアラサルヲ以テ所有者ハ二年間回復ノ請求權ヲ有セス家畜外ノ動物カ遺失物タルカ爲メニハ其動物カ自カラ逃走シタルニアラスシテ其所有者カ偶然ニ其所持ヲ失ヒタル場合例之禽鳥ノ所有者カ之ヲ鳥籠ニ入レタル儘自己ノ監督外ノ場所ニ置キ去リタルカ如キ場合ナルコトヲ要ス。

甲 家畜外ノ動物ノ意義

家畜トハ人ニ飼養セラレテ生活スルヲ其性質トスル所ノ動物ヲ意味シ其種類ハ社會觀念上自カラ一定スルモノナリ馬、牛、羊、雞、犬、猫、家兔、鶯、家鴨、金魚、ノ類ハ之ニ屬ス之ニ反シテ家畜外ノ動物トハ自然ノ狀態ニ於テ棲息スルヲ其性質トスル所ノ動物ヲ意味シ鶯、鷹、雀、鴨、鵝、鯉、鮒、其他自然生ノ禽獸蟲魚ヲ包含シ先占ニ因リ所有權ノ目的トナルモノトス但外來ノ動物ニシテ我國ニ産出セサル動物ハ其本來ノ性質ニ依レハ家畜外ノ動物中ニ入ルヘキモノナレトモ我國ニ於ケル其生活狀態ヨリ見ルトキハ自然ノ狀態ニ於テ棲息スルモノニアラスシテ

飼養者アルヲ普通ノ狀態トスルヲ以テ民法第九十五條ノ適用上ニ於テ家畜ノ部類ニ屬セシムルヲ妥當ナリトスヘキニ似タリ然レトモ或動物ノ家畜ナルヤ否ヤハ其性質ニ依リテ之ヲ定ムルコトヲ要スルヲ以テ此種ノ動物カ我國ニ於テハ自然生ノ者ナク人ニ依リテ飼養セララルルヲ普通ノ狀態トスルモ尙ホ家畜外ノ動物タルヲ失ハサルモノトス。

乙 所有權取得ノ要件

民法第九十五條ニ曰ク家畜外ノ動物ヲ占有スル者ハ逃走ノ時ヨリ一ヶ月内ニ所有者ヨリ返還ノ請求ヲ受ケサルトキハ其所有權ヲ取得スト故ニ占有者カ同條ノ規定ニ依リ動物ノ所有權ヲ取得スルニハ第一目的物ハ家畜外ノ動物ナルコト第二其動物ハ飼養ノ場所ヨリ逃走シタルモノナルコト第三占有者カ所有ノ意思ヲ以テ善意ニ之ヲ占有スルコト換言スレハ無主物ナリト思惟シ先占ノ目的ヲ以テ之ヲ捕獲シタルコト第五逃走ノ時ヨリ一ヶ月内ニ所有者ヨリ返還ノ請求ヲ受ケサルコトヲ必要トス。

家畜外ノ動物ハ無主物ナルヲ普通ノ狀態トシ一旦人ノ所有ニ歸シテ之ニ飼



養セララル場合ト雖トモ飼養ノ場所ヨリ逃走シテ天然ノ自由ヲ回復シタルト  
 キハ茲ニ再ヒ無主ノ状態ニ復歸シタルモノナレハ何人ト雖トモ先占ニ因リ其  
 所有權ヲ取得シ得ルモノト論スルコトヲ得ヘク之ヲ所有シタル者ヲシテ直チ  
 ニ其所有權ヲ取得セシムルヲ正當ナリトス然レトモ動物ノ所有者カ其逃走ト  
 同時ニ直チニ其權利ヲ喪失スルモノトスルトキハ所有權ノ保護薄弱ニシテ所  
 有者ニ對シテ苛酷ナル結果ヲ生スルヲ以テ之ニ與フルニ一ヶ月ノ猶豫期間ヲ  
 以テシ其期間内ニ之ヲ追跡回復スルコトヲ得シムルモノニ外ナラス而シテ民  
 法第九十五條ノ規定ニ依レハ占有者ハ第九十一條ノ場合ト異ナリ法定期  
 間ノ經過ト共ニ其所有權ヲ取得スルモノナレハ其期間内ハ所有者其權利ヲ保  
 有シ此期間ノ經過ト共ニ其所有權ヲ喪失スルヤ明カナリ蓋シ占有者カ權利ノ  
 取得ニ要スル期間ハ極メテ短カキヲ以テ權有者ヲシテ其經過ヲ待テ其所有占  
 ヲ取得セシムルモ取引上有害ナル結果ヲ生スルノ虞ナキヲ以テナリ

故ニ占有者カ善意ナルトキ即チ無主物先占ヲ主觀シタル場合ニ於テハ法定  
 期間經過ノ後ハ常ニ所有權ヲ取得シ之ヲ占有シタル時日カ其期間經過ノ前ナ

ルト若クハ其後ナルトヲ區別スルノ必要ナシトス

之ニ反シテ法定期間經過前他人ノ飼養シタル動物ナルコトヲ意識シテ之ヲ  
 捕獲シタル惡意ノ占有者ハ二十年ノ長期時効ヲ成就スル迄ハ飼養主ヨリノ回  
 復ノ請求ニ應セサルヘカラス何トナレハ其占有者ハ不法ニ他人ノ所有物ヲ占  
 有スルモノニシテ長期時効ニ因ルノ外他ニ其所有權ヲ取得スルノ途ナキヲ以  
 テナリ法定期間經過後他人ノ飼養シタル動物ナルコトヲ知リテ之ヲ占有シタ  
 ル者モ亦同一ノ運命ニ遭遇スヘキヤ我民法ノ解釋上疑問ヲ生スルヲ免カレス  
 ト雖モ余ハ反對ノ解釋ヲ正當ナリト信ス抑モ家畜外ノ動物カ飼養ノ場所ヨリ  
 逃走シ其天然ノ自由ヲ回復シタル場合ニ於テハ其動物ハ先占ニ因リテ所有權  
 ノ目的トナリタル以前ノ原始的状態ニ復歸シ茲ニ再ヒ無主物トナルヘキハ其  
 其動物ノ性質ヨリ生スル當然ノ歸結ナリトス今若シ此種ノ動物カ飼養ノ場所  
 ヨリ逃走シタル場合ト雖モ其所有者ハ尙ホ其所有權ヲ保有スルモノトセンカ  
 所有權ハ無期ノ物權ニシテ永久存續シ得ヘキモノナレハ動物ノ所有者ハ事實  
 上之ニ對シテ支配權ヲ行フヲ得サルニ到リタルニ拘ハラス永久ニ之ニ對シ



ヲ所有權ヲ有スルノ奇怪ナル結果ヲ生スルニ至ルヘク斯クノ如キ解釋ハ著シク法律的常識ニ反スルモノト謂ハサルヘカラス寧ロ其動物カ天然ノ自由ヲ回復シ之ニ對スル管理カ事實上不能トナリタル以上ハ其動物ハ權利ノ目的物トシテハ其存在ヲ失ヒ所有權ハ茲ニ全ク消滅スルモノト解スルヲ妥當ナリトス唯タ所有者ヲシテ其動物ノ逃走ニ因リ即時ニ其所有權ヲ喪失セシムルハ立法政策上不可ナリトシ所有者ヲシテ逃走ノ時ヨリ一ヶ月内ニ其動物ヲ追跡シ其支配ヲ回復スルニ因リテ其所有權ヲ保存スルノ餘地ヲ存シタルモノニ外ナラサルハ前既ニ説明スル所ノ如シ故ニ家畜外ノ動物ノ法律的性質ト第九十五條ノ規定トヲ參照スルトキハ動物ノ所有者ハ其逃走ノ時ヨリ一ヶ月間ハ尙ホ其權利ヲ保有シ此期間經過ニ依リテ全然其所有權ヲ喪失スルモノトス而シテ民法第九十五條ノ規定ハ占有ノ效力ニ因リ他人ノ權利ノ目的タル動物ニ對シテ所有權ヲ取得スルノ方法トシテ一ヶ月ノ期間内ニ其動物ヲ占有シタル場合ニ於テ其適用ヲ見ルヘク占有者ハ同條ニ定メタル條件ニ從ヒ其所有權ヲ取得スルモノトス之ニ反シテ家畜外ノ動物ハ一ヶ月ノ經過ニ依リ無主ノ狀態ニ

復歸スルハ前説明スル如クナルヲ以テ爾後何人ト雖トモ先占ニ因リ其所有權ヲ取得スルコトヲ得ヘク其動物カ曾テ他人ノ飼養ヲ受ケタル事實及ヒ占有者カ之ヲ知リタルヤ否ヤハ其權利取得ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナシ

—(國定及國家學第八卷三號)—



物上代位ヲ論ス

一

民法第三百四條ニ曰ク先取特權ハ其目的物ノ賣却貸貸滅失又ハ毀損ニ因リ債務者カ受クヘキ金錢其他ノ物ニ對シテモ之ヲ行フコトヲ後但先取特權者ハ其拂渡又ハ引渡前ニ差押ヲ爲スコトヲ要ス(第一項)債務者カ先取特權ノ目的物ノ上ニ設定シタル物權ノ對價ニ付キ亦同シ(第二項)ト是レ我民法上學者ノ所謂物上代位ノ原則ヲ規定シタルモノニシテ同條ノ規定ハ第三百五十條第三百七十二條ヲ以テ質權及ヒ抵當權ニ準用セラルル所ナルヲ以テ物上代位ハ優先權ヲ伴フ物上擔保ニ通スル法則ナルコトヲ知ルヲ得ヘシ余ハ以下各項ニ於テ第三百四條ノ意義ヲ明カニシ且同條ノ解釋上ニ於テ生スル二三ノ疑問ニ付キ説明セントス

第一 物上代位ヲ認メタル立法上ノ理由ヲ案スルニ先取特權者質權者抵當權者亦同シカ債務者ノ有ニ屬スル特定ノ動産又ハ不動産上ニ優先權ヲ有スル

場合ニ其動産又ハ不動産カ種々ナル法律上ノ原因ニ基ツキテ他物ニ變スルコトアリ此場合ニ於テ其變體物ハ全部又ハ一部其動産又ハ不動産ヲ代表スルモノ掲言スレハ債務者ノ資産中ニ於テ全部又ハ一部其動産ノ價格ヲ代表スルモノナンハ其動産不動産ヲ賣却シ其價格ヲ以テ優先辨濟ヲ受クルノ權利ヲ有スル先取特權者ヲシテ其動産不動産ノ全部又ハ一部ノ價格ヲ代表スル變體物ニ對シテ其權利ヲ行フコトヲ得セシムルモノナリ是レ物上代位ノ名稱アル所以ニシテ變體物ハ先取特權ノ目的トシテ本來ノ目的タル動産又ハ不動産ニ代位シ先取特權者ハ其變體物ニ對シテモ亦其優先權ヲ行フコトヲ得ルコトナル而シテ特權者カ二重ニ其權利ヲ行フコトヲ得ルヤ又ハ何レカ其一ヲ選擇シテ其權利ヲ行フコトヲ要スルヤハ後ニ説明スヘシ

第二 先取特權本來ノ目的物ニ代位スヘキ物ハ第三百四條ニ限定セラレアル

一、目的物ノ賣却代金二、借賃三、目的物ノ滅失毀損ヨリ生スル損害賠償金及ヒ四、物權ノ對價ノ四種ニシテ其他ノ物ヲ包含セス蓋シ第三百四條ノ規定ハ例外規定ナルヲ以テ類推解釋ニ因リ之ヲ同條規定外ノ物ニ及ホシ之カ補充擴



張ヲ爲スコトヲ得サルヲ以テナリ

第三百四條ニ「目的物ノ賣却ニ因リテ債務者カ受クヘキ金錢」トハ賣買契約ニ因リ買主ノ負擔ニ屬スル財産權ノ對價即チ代金ヲ意味シ債務者カ目的物ノ交換ニ因リテ相手方ヨリ受クヘキ物ハ其中ニ包含セス何トナレハ法文ニハ賣却トアルヲ以テ賣主タル債務者ノ方面ヨリ觀察シタル賣買ヲ指シタルモノニシテ交換ノ場合ハ假令賣買類似ノ法律行爲トシテ立法上之ヲ賣買ノ場合ト同視スルコトヲ可ナリトスル理由アリトスルモ第三百四條ノ「賣却」ノ中ニ之ヲ包含セシムルコトハ文理解釋ノ許ササル所ナルヲ以テナリ然レトモ補足金ハ財産權ノ對價トシテ賣買代金ニ準セラルルハ第五百八十六條第二項ニ特別規定アル所ナルヲ以テ第三百四條ノ場合ニ於テモ亦賣買代金ト等シク代位ノ目的タルヲ得ヘキモノト解スルヲ妥當ナリト信ス

借賃ハ動産不動産ノ使用收益ノ對價トシテ其一部ノ價格ヲ代表スルモノト見ルヘク代位ノ目的タルヘキコトハ第三百四條ノ明示スル所ナリ而シテ借賃ハ金錢ヨリ成ルヲ通例トスルモ米穀其他ノ代替物ヲ以テ之ニ充ツル場合ハ

往々ニシテ之レアリ第三百四條ニ所謂金錢其他ノ物トハ專ラ此場合及ヒ後ニ説明スル物權ノ對價就中小作料ヲ意味スルモノナリ

物權ノ對價トハ利益權就中地上權永小作權ノ對價ヲ謂ヒ地役權者カ承役地ノ所有者ニ一定ノ報酬ヲ支拂フトキハ其報酬ヲモ包含ス而シテ地上權者カ地上權設定ノ對價トシテ一時ニ一定ノ金錢ヲ支拂フトキ換言スレハ地主カ一定ノ代金ヲ以テ地上權ヲ賣却シタルトキハ其代金ハ即チ土地ノ價格ノ一部ニ相當スルヲ以テ其代金ハ代位ノ目的タルヘク又地上權者カ定期ニ地代ヲ支拂フノ義務ヲ負擔スル場合ニ於テハ時日ノ經過ニ從ヒテ生スル地代ハ代位ノ目的トナリ先取特權者ハ滿期トナリタル地代ニ對シテ優先權ヲ行フコトヲ得ヘシ永小作權ノ對價タル小作料モ亦地代ト等シク代位ノ目的トナル蓋シ地代小作料ハ借賃ト等シク土地使用ノ對價タル性質ヲ有シ土地ノ價格ノ一部ヲ代表スルモノナレハナリ但シ永小作權ハ常ニ必ラス永小作人ニ於テ小作料ヲ支拂フコトヲ要シ地上權ニ於ケルカ如ク地主ハ一定ノ代金ヲ以テ小作料支拂フ義務ナキ永小作權ヲ賣却スルコトヲ得サルニ依リ永小作權



ノ對價タル代金ヲ以テ代位ノ目的ト爲スノ問題ヲ生スルコトナシ且永小作權設定ノ際當事者カ定期ノ小作料ノ外ニ一定ノ金額ヲ授受スルコトヲ約シタルトキハ其金額ハ永小作權ノ對價タル性質ヲ有スヘキヲ以テ先取特權者ハ之ニ對シテ其權利ヲ行フコトヲ妨ケサルモノトス

三四四條ニ所謂目的物ノ滅失毀損ハ動産不動産ノ有形的滅失毀損ヲ意味スルコトハ毫モ疑ヲ容レス從テ動産不動産ノ價格ノ消滅又ハ減少ヲ惹起スヘキ一切ノ有形事實ヲ包含スルヤ明カナリト雖モ動産不動産カ有形的ニ何等ノ變化ヲ受ケサルニ拘ハラズ之ニ對スル債務者ノ權利ノ消滅又ハ減縮ヲ惹起スヘキ法律的事實例之ハ債務者ノ爲メニ動産ヲ保管シタル者カ其動産ヲ善意無過失ノ第三者ニ讓渡シ債務者ヲシテ其所有權ヲ失ハシメタルカ如キ場合ハ其中ニ包含スヘキヤニ付キテハ法文上多少疑ナキニアラスト雖モ其所謂滅失毀損ハ之ヲ廣義ニ解シ其動産不動産カ債務者ノ財産トシテ存在シ失ヒタル場合ハ勿論債務者カ其權利ニ制限ヲ受ケ損害ヲ受ケタル一切ノ場合ヲモ包含スルモノト解スルヲ相當トス何トナレハ此場合ニ付キ有形ノ滅

失毀損ト法律上權利ノ消滅減縮トノ間ニ區別ヲ設クヘキ理由ナク又滅失毀損ノ意義ヲ廣義ニ解シ權利ノ消滅減縮ヲモ包含セシムル場合往々ニシテ之レアルヲ以テナリ

滅失毀損ノ原因ニ關シテハ其滅失毀損カ第三者ノ不法行爲ニ因由スル場合ニ之ニ對シテ債務者ノ請求スヘキ賠償金カ代位ノ目的タルヘキハ解釋上異論ナキ所ナリ債務者カ先取特權ノ目的物ヲ保險ニ付シタル場合ニ其滅失毀損ニ因リテ債務者ノ受クヘキ保險金ハ代位ノ目的タリ得ルヤ否ヤニ付キテハ學者間議論ノ存スル所ナリト雖トモ積極說ハ通說ニシテ且正當ナリト信ス蓋シ保險契約ハ目的物ノ滅失毀損ノ場合ニ付キ之ヨリ生スル損害ヲ填補スルヲ以テ目的トシ被保險人カ目的物ノ滅失毀損ニ因リ受取ル金銭ハ全部又ハ一部其物ノ價格ヲ代表スルハ毫モ疑ナキヲ以テ先取特權者ヲシテ其保險金ニ對シテ優先權ヲ行ハシムルハ民法カ第三百四條ニ於テ代位ヲ認メタル立法ノ精神ニ合シ且法文ノ趣旨ニモ適スルモノト謂ハサルヘカラス何トナレハ民法第三百四條ニハ單ニ目的物ノ滅失毀損ニ因リテ債務者ノ受クヘ



キ金錢ナルコトヲ概括的ニ規定シ其原因ノ何タルヤヲ區別セサルノミナラズ保險金ノ性質ニシテ前示ノ如クナル以上ハ第三百四條ノ意義ニ於テ等シク目的物ノ滅失毀損ニ因リ債務者ノ受クヘキ金錢タルヲ失ハサルヲ以テナリ凡ソ物ノ滅失毀損生スル損害賠償ハ不法行爲ニ基因スルト契約ニ基因スルト行政處分ニ基因スルトニ論ナク被害者ヲシテ其物ニ代ヘ金錢ヲ以テ其價格ヲ保有セシメ因テ以テ其物ノ滅失毀損ヨリ生スル損害ヲ填補スルコトヲ得セシムルヲ以テ目的トシ被害者ノ受領スル金錢カ其資産中ニ於テ滅失毀損シタル物ニ代位スルモノナルハ明確一點ノ疑ヲ容レサル所ニシテ叙上損害ノ賠償ニ因由スル代位ノ觀念ハ其原因ノ不法行爲ナルト契約ナルト行政處分ナルトニ依リテ差異ヲ生スヘキ理ナク現ニ土地收用其他ノ公用徵收ノ場合ニ付キ法律ハ民法第三百四條ノ規定ニ則トリ代位ヲ認ムル所ニシテ保險契約ノ場合ニ付キ其適用ヲ除外スヘキ理由ナシ唯保險契約ノ場合ニ於テハ債務者カ其財産ノ滅失毀損ニ付キ豫定ノ保險金ヲ領收スルニハ特ニ保險契約ヲ締結スルニトヲ要スルヲ以テ保險金ハ契約ノ效力ニ因リテシタル

金錢ニシテ物ノ滅失毀損ニ因リ受クル金錢ニアラスト主張スル論者ナキニアラスト雖トモ保險金ハ目的物ノ滅失毀損ヨリ生スル豫定ノ賠償金ニシテ保險契約ハ此賠償金ヲ得ルヲ以テ唯一ノ目的トシ保險契約者ノ義務ハ目的物ノ滅失毀損ニ因リテ生スルモノナルコトニ想到スルトキハ保險金ハ民法第三百四條ノ意義ニ於テ目的物ノ滅失毀損ニ因リ債務者ノ受クヘキ金錢ニ該當スルヤ明カニシテ保險契約ハ要スルニ債務者カ其財産ノ滅失毀損ノ場合ニ付キ之ニ代ヘテ其價格ヲ保存スル一ノ手段方法タルニ過キス之カ爲メニ支拂フ保險料ハ其財産價格ヲ保存スルカ爲メノ費用ナルコト恰カモ家屋ノ所有者カ修善費ヲ投シテ其家屋ヲ保存スルト同一一般ナリト解セサルヘカラス故ニ保險金ノ代位性ヲ否定スルノ説ハ正鵠ヲ得タルモノト謂フコトヲ得ス

第三 先取特權者カ本來ノ目的物ト代表物トニ付キ二重ニ權利ヲ行使シ得ヘキヤ否ヤノ問題ニ付キテハ代表物ノ性質如何ニ依リテ其歸結ヲ異ニス  
目的物滅失ノ場合ニ於テハ先取特權ハ消滅シ先取特權者ハ第三者ニ對スル



債務者ノ損害請求權ノ存スル限リ其賠償金ニ對シテ優先權ヲ行フノ外他ニ途ナキハ論ヲ俟タス物上代位ノ原則ハ此場合ニ於テ尤モ有益ナリ何トナレハ先取特權者ハ代位ナカリセハ全然其優先權ヲ喪夫スヘケレハナリ債務者カ目的物ヲ第三者ニ賣却シ先取特權者カ其目的ニ對シテ追及權ヲ有セサル場合例之債務者カ先取特權ノ目的タル動産ヲ第三者ニ賣渡シ既ニ其引渡ヲ完了シタルカ如キ場合ニ於テモ亦然リトス

借貸地代小作料ニ付キテハ先取特權者ハ其取立ニ因リテ優先辨濟ヲ受クルト同時ニ其債權ノ存スル限リ本來ノ目的物ニ對シテ優先權ヲ行フコトヲ得ヘシ目的物毀損ノ場合ニ於テモ亦先取特權者ハ之ニ因リ債務者ノ受クヘキ金錢ニ對シテ權利ヲ行フコトヲ得ルト同時ニ本來ノ目的物ニ對シテ其權利ヲ行フコトヲ妨ケス蓋シ是等ノ場合ニ於テハ代表物ハ本來ノ目的物ト相俟テ先取特權者ヲシテ其本全ノ權利ヲ行フコトヲ得セシメ先取特權本來ノ目的ヲ達セシムルモノニ外ナラサルヲ以テ先取特權者カ此二者ニ對シテ其權利ヲ行フハ寧ロ事理ノ當然ナレハナリ債務者カ先取特權ノ目的物ヲ賣却シ

又ハ其目的物ニ付キ一定ノ代金ヲ以テ地上權ヲ設定シタル場合ハ如何先取特權者ハ其選擇ニ從ヒ本來ノ目的物ヲ競賣シ其代金ヲ以テ優先辨濟ヲ受クルト其賣却代金又ハ物權ノ對價ニ對シテ其權利ヲ行使スルトハ固ヨリ隨意ナリト雖トモ後者ニ對シテ權利ヲ行使シタル後殘存セル債權ニ付キ尙ホ其本來ノ目的物ニ對シテ其權利ヲ行使シ優先辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘキヤ然レトモ先取特權者カ既ニ目的物ノ賣却代金ニ對シテ其權利ヲ實行シタル上ニ於テ更ニ本來ノ目的物ヲ競賣シ其代金ニ付キ優先權ヲ行フモノトセハ是レ前者ヲ以テ後者ノ不足ヲ補フモノニアラスシテ重複ニ其權利ヲ行使スルノ結果ヲ生スヘク地上權ノ對價ニ付キ優先辨濟ヲ受ケタル後更ニ本來ノ目的タル不動産ヲ競賣シ其代金ヲ以テ優先辨濟ヲ受クルニ於テハ地上權ノ對價ニ相當スル部分ニ付キテハ二重ニ其權利ヲ行使スルコトトナルヘシ是レ民法第三百七十七條ノ規定アル所以ニシテ同條ノ規定ニ依レハ抵當不動産ニ付キ所有權又ハ地上權ヲ買受ケタル第三者カ抵當權者(先取特權者質權モ亦之ニ準ス民法第三百四十一條第三百六十一條)ノ請求ニ依リ其代金ノ全部



ヲ抵當權者ニ辨濟シタルトキハ抵當權ハ第三者ノ爲メ消滅スルモノニシテ抵當權者ハ最早抵當權ノ實行ニ因リ第三者ノ取得シタル所有權地上權ヲ消滅セシムルコトヲ得サルモノトス故ニ代位ノ目的物カ不動産ノ代金又ハ地上權ノ對價ナルトキハ先取特權者質權者抵當權者ハ其本來ノ擔保タル不動産ト其代金又ハ地上ノ對價トニ付キ何レカ其一ヲ選擇シテ其優先權ヲ行使スルコトヲ要シ二重ニ其權利ヲ行フコトヲ得ス從テ是等債權者カ其權利ノ目的タル不動産ニ對シテ其權利ヲ實行シタルトキハ代表物ニ物スル來利ヲ失却スヘク反對ニ於テ代表物ニ對シテ其權利ヲ實行シタルトキハ本來ノ目的物タル不動産ノ所有權又ハ地上權ノ對價ニ對シテ其權利ヲ失フノ結果ヲ生スルモノトス

二

余ハ前回ニ於テ物上代位ノ原則ヲ認メタル我民法第三百四條ノ規定ニ附キ二三ノ點ニ附キ説明ヲ試ミタリ余ハ更ニ進ンテ他ノ重要ナル二個ノ點ニ附キ説明セントス

第四 民法第三百四條ハ代位ノ目的物ヲ表示スルニ當リ債務者ノ受クヘキ金錢其他ノ物ト規定セリ依テ其所謂債務者トハ何人ヲ意味スルヤノ問題ニ附キ研究スルコトヲ要ス

民法第三百四條ハ先取特權ノ目的物ニ附キ物上代位ヲ認メタルモノナルハ其法文ニ依リテ明カナリ而シテ先取特權ノ目的物ハ債務者ノ總財產又ハ其特定財產ナルコトハ第三百三條ノ規定ニ依リテ明カナルヲ以テ先取特權ノ目的物ノ賣却貸貸減失毀損ニ因リ第三者ヨリ代金其他ノ名義ヲ以テ金錢其他ノ物ヲ受取ルノ權利ヲ有スル者ハ目的物ノ所有者タル債務者タルヘキハ論ヲ俟タサル所ナルヲ以テ先取特權者ハ是等債務者ノ受クヘキ金錢其他ノ物ニ對シ其權利ヲ行フコトヲ得ルヤ明カナリ

然レトモ民法第三百四條ノ規定ハ民法第三百五十條同第三百七十一條ヲ以テ質權及ヒ抵當權ニ準用セラルルニ依リ質權抵當權ノ目的物ニ關スル代位ニ付キ第三百四條ニ所謂債務者ノ意義ヲ定ムルノ必要アリ蓋シ先取特權ノ目的物ハ債務者ノ財產ナルコトハ前示ノ如シト雖トモ質物抵當物ハ債務者



ニ於テ之ヲ供スルコトアリ又ハ第三者ニ於テ債務者ノ爲メニ之ヲ供スルコトアルヲ以テ民法第三百四條ノ準用ニ關シ其所謂債務者ヲ以テ先取特權ニ於ケルカ如ク純然タル債務者ノ意義ニ解シ代位ノ原則ハ質物抵當物カ債務者ノ所有ニシテ債務者其人カ賣却貸貸滅失毀損ニ因リ第三者ヨリ金品ヲ受取ルノ權利ヲ有スル場合ニ限リ之ヲ適用スヘキモノトスルノ解釋ハ狹隘ニ失シ其當ヲ得タルモノト謂フコトヲ得ス寧ロ第三百四條ニ所謂債務者ハ質權抵當權ノ場合ニ於テハ質權又ハ抵當權ノ設定者ニ該當シ質權者抵當權者ハ目的物ノ賣却貸貸滅失毀損ニ因リ設定者カ第三者ヨリ受クヘキ金錢其他ノ物ニ對シテ其權利ヲ行フコトヲ得ヘク設定者ノ債務者タルト第三者タルトハ之ヲ問ハサルモノト解スルヲ妥當トス何トナレハ質權者抵當權者カ既ニ本來ノ目的タル動産又ハ不動産ニ對シテ優先權ヲ有スル以上ハ代表物タル代金其他ノ物ニ付キ其權利ヲ有スヘキハ代位ノ觀念ヨリ生スル當然ノ結果ニシテ其目的物カ債務者ノ所有タルト否トヲ區別スル理ナキヲ以テナリ蓋シ代位ノ原則ハ債務辨濟ノ責任ヲ負擔スル債務者ノ財産ニ對スル一種ノ

制限ト見ルコトヲ得ス物上擔保ノ性質並ニ物上擔保本來ノ目的物ト其代表物トノ關係ヨリ生スル法律上ノ原則ナリト解スヘキモノトス故ニ先取特權者質權者抵當權者ハ目的物ノ賣却貸貸滅失毀損ニ因リ債務者又ハ第三者設定者ノ受クヘキ金錢其他ノ物ニ對シ其權利ヲ行フコトヲ得ルヤ明カナリ然レトモ擔保物件カ第三取得者ノ有ニ歸シタル場合ニ於テモ尙ホ民法第三百四條ノ適用アリヤ否ヤ換言スレハ代位ノ原則ハ擔保物カ債務者又ハ設定者ノ所有ナル場合ニ限定セラレ其擔保物件カ賣却其他ノ理由ニ因リ第三者ノ所有トナリタルトキハ先取特權者質權者抵當權者ハ最早是等第三取得者カ賣却貸貸滅失毀損ニ因リ第三者ヨリ受クヘキ金錢其他ノ物ニ對シ其權利ヲ行フコトヲ得サルヤ此問題ニ付キテハ多少ノ議論アリ第三百四條ヲ極メテ狹義ニ解シ之ヲ否定スル論者ナキニアラスト雖トモ余ハ之ヲ肯定スルニ於テ躊躇セサルモノニシテ反對論ハ物上代位ノ觀念ニ適セス且謂レナク其適用ヲ制限スルモノト謂ハサルヘカラス蓋シ物上代位ノ因テ生スル根本ノ觀念ハ上來説明スルカ



如ク物上擔保債權者ノ代表物ニ對スル權利ハ是等債權者カ本來ノ目的物ヲ賣却シ其價格ヲ以テ優先辨濟ヲ受クルコトヲ得ル權利ニ淵源スルモノニシテ債權者カ既ニ本來ノ目的物ニ對シテ斯ル權利ヲ有スル以上ハ代金其他ノ物ハ目的物ノ價格ノ全部又ハ一部ヲ代表スルモノナレハ債務者ハ本來ノ目的物ニ代ヘ又ハ之レト共ニ其價格ニ對シテ其權利ヲ行フコトヲ得ヘキハ事理ノ當然ナリトスルニ在リ果シテ然ラハ債權者カ第三取得者ノ有ニ歸シタル動産不動産ニ付キ優先權ヲ有セサル場合ハ格別其優先權カ存在シ之ヲ賣却シテ優先辨濟ヲ受クルノ權利ヲ有スル限リハ代表物ニ對スル權利モ亦依然トシテ存在シ第三取得者カ賣却其他ノ事由ニ因リ第三取得者ヨリ受クヘキ金錢其他ノ物ニ付キ權利ヲ行フコトヲ得ヘキモノト解セサルヘカラス但シ斯クノ如ク解スルトキハ債務者又ハ設定者ニアラサル第三取得者ニ不利ナル結果ヲ生シ一見之ニ對シテ不公平ナル結果ヲ生スルカ如キ觀ナキニアラスト雖トモ仔細ニ研究スルトキハ其然ラサルヲ知ルヲ得ヘシ蓋シ第三取得者カ賣却其他ノ事由ニ因リ第三取得者ヨリ受クヘキ金錢其他ノ物ヲ物上擔保債權

者ニ於テ取立テ之ヲ其債務ノ辨濟ニ充ツルコトヲ得ルニ於テハ時ニ或ハ第三取得者ヲシテ其正當ニ豫期シタル利益ヲ奪ハルルノ思ヲ爲サシムルコトナキヲ保セスト雖トモ之カ爲メ第三取得者ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシムルモノト謂フコトヲ得ス何トナレハ第三取得者ハ物上擔保ノ目的物ヲ讓受クルニ際シ斯クノ如キ結果ノ生スヘキコトヲ豫期セサルヘカラサルノミナラス第三取得者ハ辨濟又ハ滌除ノ方法ニ因リ物上擔保ヲ消滅セシメテ之ヲ豫防スルノ手段方法ヲ有スルニ拘ハラス之ヲ爲サスシテ叙上ノ結果ヲ生スルニ至ルモ是レ自カラ招キタル結果ニ外ナラサルヲ以テナリ如之物上擔保債權者カ第三者ニ對スル債權ヲ取立テ之ヲ其債權ノ辨濟ニ充テタル曉ニ於テ第三取得者ハ代位辨濟ノ原則ニ從ヒ債務者ニ對シテ求償ヲ爲スコトヲ得ルト同時ニ民法第五百六十七條ノ規定ニ從ヒ賣主ニ對シテ求償ヲ爲スコトヲ得ルヲ以テ其利益ハ充分ニ保護セラルヘク從テ之ニ對シテ不公平ナル結果ヲ生スルコトナシ故ニ物上代位ノ原則ハ又第三取得者カ目的物ノ賣却賃借滅失毀損ニ因リ第三取得者ヨリ受クヘキ金錢其他ノ物ニ適用アリト解スヘキモノトス



第三取得者カ目的物ノ賣却其他ノ事由ニ因リ第三者ヨリ受取ルヘキ金錢其他ノ物カ代位ノ目的タリ得ルヤ否ヤノ問題ニ付キ之ヲ肯定スルト否トニ依リ實際上ニ於テ生スル重要ナル差異ニ付キ一ノ例ヲ示サンニ甲者乙者ヨリ金一萬圓ヲ借用シ一萬圓ニ相當スル其家屋ヲ抵當ニ供シタリト假定センニ甲者其家屋ヲ丙者ニ贈與シタル後丙者金一萬圓ヲ以テ之ヲ丁者ニ賣却シタル場合ニ反對說ニ依レハ乙者ハ丙者カ丁者ヨリ受取ルヘキ代金一萬圓ニ對シテ權利ヲ行フコトヲ得サルモ余ノ解釋ニ依レハ此場合ニ於テモ乙者ハ其代金ニ對シテ權利ヲ行フコトヲ妨ケサルモノトス又前例ニ於テ甲者ハ金五千圓ヲ以テ其家屋ヲ丙者ニ賣却シ丙者ハ更ニ金一萬圓ヲ以テ之ヲ丁者ニ賣渡シタリト假定スルトキハ乙者カ甲者ノ受取ルヘキ五千圓ノ代金ニ對シテ其權利ヲ行フトキハ民法第三百七十七條ノ規定ニ依リ抵當權ノ消滅ヲ來スト同時ニ五千圓ノ不足ヲ生シ不利ナル結果ヲ生スルヤ明カナリ而シテ反對說ニ依レハ乙者ハ物上代位ノ原則ニ依リ其權利ヲ行フノ餘地ナキニ至ルモ余ノ解釋ニ依レハ乙者ハ丙者ノ受取ルヘキ代金一萬圓ニ對シ優ニ其權利

ヲ行フコトヲ得ヘシ

第三取得者カ抵當物ヲ保險ニ付シタル場合ニ於テ其受取ルヘキ保險金ハ代位ノ目的タリ得ルヤ否ヤニ付キテモ亦從來議論アリ此場合ニ付キ第三百四條ノ適用アリヤ否ヤヲ疑フ者又更ニ進ンテ全然之ヲ否定スル者アリト雖トモ余ハ上來説明スル如ク不法行爲ヨリ生スル損害賠償金ト契約其他ノ原因ヨリ生スル損害賠償金トノ間ニ區別ヲ設ケサルト同時ニ第三百四條ニ所謂債務者ハ擔保物ノ所有者ト同意義ニ解シ債務者設定者及ヒ其承繼人タル第三取得者ヲ包含スルモノト解スルヲ以テ第三取得者ノ受取ルヘキ保險金モ亦第三百四條ノ規定ニ從ヒ代位ノ目的タルニ妨ケナキハ余ノ採リタル解釋ヨリ生スル當然ノ歸結ナリトス

第六 民法第三百四條ハ其前段ニ於テ物上代位ノ原則ヲ認メ其後段ニ於テ「但先取特權者ハ其拂渡又ハ引渡前ニ差押ヲ爲スコトヲ要ス」ト規定セリ余ハ以下此但書ノ規定ニ付キ説明セントス

第三百四條ニ所謂差押ハ先取特權者カ代表物ニ對スル其權利ヲ保全スルカ



爲メニ爲ス所ノ手續ニシテ假差押ノ性質ヲ有シ其效力ハ第三債務者ニ對シ代表物タル金錢其他ノ物ヲ債務者ニ拂渡シ又ハ引渡スコトヲ禁スルト同時ニ債務者ニ對シテ其金錢物品ヲ給付セシムヘキ債權ヲ處分スルコトヲ禁シ因テ以テ先取特權者ヲシテ其代表物ニ對スル權利ヲ行使スルコトヲ得セシムルニ在リ蓋シ民法第三百四條ニ掲クル金錢其他ノ物ハ債務者物上擔保設定者第三取得者ヨリ第三債務者ニ對スル債權ノ目的トシテ存在スル間ハ代表物タルノ特定性ヲ保有スルヲ以テ先取特權者カ之ニ對シテ優先權ヲ主張スルモ之カ爲メ他ノ債權者ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシムルノ虞ナシト雖トモ第三債務者カ其金錢物品ヲ債務者ニ交付シ其金錢物品カ債務者ノ資産ニ入リテ他ノ財産ニ混シタル後ニ於テ先取特權者ノ優先權ヲ認ムルニ於テハ斯ル優先權ノ存在ヲ豫期セサル他ノ債權者ヲシテ意外ノ損失ヲ被ラシムルノ結果ヲ生スルニ至リ又債務者カ是等金品ノ給付ヲ目的トスル債權ヲ第三者ニ讓渡シタル後ニ於テ先取特權者カ第三者ノ有ニ歸シタル債權ニ追及シテ優先權ヲ主張スルニ於テハ第三者ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシムルニ至ル

ヘシ故ニ先取特權者カ代表物タル金品ニ對シテ其優先權ヲ保存スルニハ債務者カ第三債務者ヨリ其金品ノ辨濟ヲ受ケ又ハ其給付ヲ目的トスル債權ヲ第三者ニ讓渡スルコトヲ妨クルノ必要アリ第三百四條ニ規定スル差押ハ即チ先取特權者ヲシテ此目的ヲ達スルコトヲ得セシムルモノナリ故ニ余ノ信スル所ニ依レハ目的物ニ對スル差押ハ先取特權者ノ優先權發生ノ要件ニアラス先取特權者ノ優先權ハ第三百四條前段ノ規定ニ依リ差押前ト雖トモ法律上存在スルモノトス故ニ先取特權者カ差押ヲ爲スノ前第三債務者ニ對シテ金品ノ引立ニ着手シ第三債務者カ先取特權者ノ請求ニ應シ其金品ヲ先取特權者又ハ其委任ヲ受ケタル執達吏ニ交付シ先取特權者カ其金品ヲ以テ辨濟ヲ受ケタル場合ニ於テハ民法第三百四條ノ意義ニ於テ適法ナル先取特權ノ行使アリタルモノト謂フヘク先取特權者カ先ツ差押ヲ爲サザリシヲ理由トシテ其權利ヲ否定スルコトヲ得サルモノトス(民法第三百七十七條參照)差押ハ寧ロ金品ノ拂渡又ハ引渡並ニ其給付ヲ目的トスル債權ノ處分ヲ禁スルヲ以テ唯一ノ目的トスル保全處分ナリト解スルヲ妥當ナリトス



ヘク或ハ之ヲ以テ第三債務者其他ノ第三者ニ對シ優先權ヲ主張スルコトヲ得ヘキ一ノ對抗條件ナリトモ謂フコトヲ得ヘシ之ヲ要スルニ先取特權者(質權者抵當權者亦同シ)カ代表物ニ對シテ優先權ヲ行フコトヲ得ルニハ二ケノ條件ヲ必要トス一其代表物ハ第三債務者ニ對スル債務者(設定者)第三者取得者亦同シノ債務ノ目的トシテ現ニ存在スルコト第二其債權ハ尙ホ債務者(設定者)第三取得者亦同シニ於テ之ヲ所有スルコト即チ是レナリ故ニ辨濟其他ノ事由ニ因ル債權ノ消滅ハ優先權ノ消滅ヲ來スト同時ニ債權ノ移轉モ亦同一ノ效果ヲ生スルヲ以チ先取特權者(質權者)抵當權者ハ差押ノ手續ヲ爲シテ之ヲ豫防セサルヘカラス

民法第三百四條前段ノ規定ニ依リ代表物ニ對シテ優先權ヲ有スル債權者數人アルトキハ各自ニ差押ヲ爲シテ其權利ヲ保存スルコトヲ得ヘシ例之甲者一ノ家屋ヲ所有シ之ヲ順次ニ乙丙丁ニ對シテ抵當トシ乙五千圓丙四千圓丁三千圓ノ債權ヲ有スルモノト假定シ甲其家屋ヲ代金一萬圓ニテ戊ニ賣却シタルトキハ乙丙丁カ各其代金一萬圓ニ付キ物上代位ニ因リテ優先權ヲ主張

スルニハ各自各別ニ差押爲スコトヲ要スルト同時ニ各自ニ差押ヲ爲スニ因リ其債權額ニ對シ優先辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘク此場合ニ於テハ同一ノ債權ハ二重三重ニ差押ノ目的トナリ得ヘク一債權者ノ差押手續ハ他ノ債權者カ其優先權保全ノ爲メニスル差押ヲ排除スルコトナシ何トナレハ斯クセサルニ於テハ先取特權者抵當權者質權者ハ第三百四條ニ依リ代表物ニ對スル優先權ヲ附與セラルルニ拘ハラズ終ニ之ヲ實行スルヲ得ス爲メニ物上代位ノ原則ハ有名無實トナル場合住々ニシテ之アリ各債權者ヲシテ各自ニ差押ヲ爲シテ其權利ヲ保存實行スルコトヲ得セシムルハ第三百四條ノ法意ニ適スルモノト謂ハサルヘカラサルヲ以テナリ

民法第三百四條ハ先取特權者ノ權利行使ノ條件トシテ差押ヲ爲スヘキ旨ヲ規定ス茲ニ於テ同一ノ代表物ニ對スル優先權者數名アル場合又ハ同一物ニ對シ優先權者ト普通債權者ノ權利カ競合スル場合ニ優先權ノ順位又ハ共有無ハ差押ノ前後ニ依ルヘキヤ若シクハ實體上ニ於ケル權利ノ優劣ニ依ルヘキヤノ問題ヲ生ス此問題ニ付キテハ多少ノ議論アリ其解釋ハ物上代位ノ性



質殊ニ民法第三百四條但書ニ規定スル差押ノ效力如何ニ繫ルモノトス  
差押ヲ以テ優先權發生ノ要件規定スルナリト解スル者ハ差押ノ效力ニ重キ  
ヲ置キ其前後ヲ以テ優先權ノ順位並ニ其有無ヲ定ムルノ標準ト解ス蓋シ先  
取特權者ハ差押ニ因リ第三債務者其他ノ第三者ニ對シ代表物ニ付キ既得ノ  
權利ヲ主張シ得ルモノナレハナリ此解釋ハ一理ナキニアラスト雖トモ余ハ  
物上代位ノ性質ト差押ノ效力ヨリ推論シ代表物ニ關スル優先權ノ有無並ニ  
順位ハ實體權利ノ効力ニ因リ定ムルヲ正當ナリト信スルモノナリ蓋シ先取  
特權者カ代表物ニ對シテ其權利ヲ行フニハ一其給付ヲ目的トスル債權カ存  
在スルコトニ其債權ハ債務者設定者第三取得者ノ所有トシテ其資産中ニ存  
スルコトヲ必要トスルハ前既ニ説明スル所ノ如シ故ニ優先權者カ差押ヲ爲  
スノ前ニ於テ債務者又ハ他ノ債權者カ取立行爲ヲ完了シタルトキ又ハ債務  
者カ其債權ヲ第三者ニ讓渡シタルトキハ代表物ニ對スル優先權者ノ權利ハ  
消滅ニ歸スヘキハ論ヲ俟タスト雖トモ其債權カ債務者設定者又ハ第三取得  
者ノ資産中ニ現存スル以上ハ優先權者ハ民法第三百四條ノ規定ニ從ヒ之カ

差押ヲ爲シタル上其權利ノ本質ニ從ヒ順位ノ劣等ナル物上擔保債權者ニ對  
シテ優先權ヲ主張シ得スンハアラス故ニ前例ニ於テ第三順位ノ丁先ツ差押  
ヲ爲シ第二順位ノ丙之ニ次キ第一順位ノ乙最終ニ差押ヲ爲シタル場合ト雖  
トモ其差押命令カ債權取立ノ前ニ第三債務者ニ送達セラレタルトキハ代金  
一萬圓ハ順次ニ乙丙丁ノ債權ノ辨濟ニ充ツヘキモノニシテ差押ノ前後ニ因  
リ丁乙丙ノ順位ヲ以テ充當ヲ爲スヘキモノニアラス蓋シ叙上ノ場合ニ於テ  
丁先ツ差押ヲ爲シタルトキハ其以前ニ差押ヲ爲ササル丙及ヒ乙ハ丁ニ對シ  
テ優先權ヲ主張スルコトヲ得ス又丙乙ニ先ンシテ差押ヲ爲シタルトキハ乙  
ハ丙ニ對シテ優先權ヲ主張スルコトヲ得サルニ似タリ然レトモ民法第三百  
四條ノ差押ハ第三債務者ニ對シテ金錢物品ノ拂渡又ハ引渡ヲ爲スコトヲ妨  
ケ又ハ債務者ヲシテ其給付ヲ目的トスル債權ノ處分ヲ爲スコトヲ得サラシ  
メ因テ以テ優先權ノ目的タル金錢物品ヲ保存スルヲ以テ唯一ノ目的トシ先  
取特權其他ノ優先權行使ノ前提條件タルニ過キササルヲ以テ其目的物ノ現存  
スル限リハ優等ナル順位ヲ有スル債權者カ特ニ差押ヲ爲シテ其權利ヲ行使



セントスルニ當リ劣等ナル債務者カ其以前ニ於テ差押ヲ爲シタルヲ理由トシテ其優先權ヲ否定スルコトヲ得ス蓋シ先取特權其他ノ權利本來ノ目的物ニ付キ優先權者ノ順位カ定マル以上ハ代表物ニ對シテモ亦同一順位ニ從フヘキモノトスルハ物上代位ノ觀念ニ適スルノミナラス之カ爲メ順位ノ劣等ナル債權者ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシムルモノニアラス何トナレハ同一目的物 對シテ數個ノ物上擔保カ競合スル場合ニ優先權ノ順位ニ從ヒ相互ノ關係ヲ定ムルコトヲ要スルハ法理上當然ノ事ニ屬シ代表物ニ關シテモ亦此順位ニ從フヘキコトハ各債權者ノ豫期スヘキ所ナルヲ以テナリ若シ夫レ實體上ニ於ケル優先權ノ順位如何ニ拘ハラス差押ノ前後ニ依リテ優先權ノ順位並ニ其有無ヲ定ムルハ差押ノ效力ヲ過重視シ却テ實體上權利ノ效力ヲ全然度外視スルモノト謂フヘク斯クノ如キハ決シテ代位ヲ認メタル立法ノ精神ナリト信スルコトヲ得ス但順位ノ劣等ナル債權者カ既ニ取立行爲ヲ了ラタル後ハ先取特權ノ目的ハ茲ニ全ク消滅スルハ債務者自身ニ取立ヲ爲シタル場合ト毫モ異ナル所ナキヲ以テ此場合ニ於テハ順位ノ優等ナル債權者ト雖

トモ其優先權ヲ主張スルニ由ナキハ前述ノ如シト雖トモ其取立行爲ノ完了セサル間ハ各債權者ヲシテ第三百四條ノ規定ニ從ヒ權利ヲ主張スルコトヲ得セシムルヲ以テ立法ノ精神ニ適スルモノト信ス而シテ以上ノ説明ハ優先權ヲ有スル債權者ノ差押ニ先タチテ普通債權者ノ差押アリタル場合ニ之ヲ應用スルコトヲ得ヘク普通債權者カ代表物ノ給付ヲ目的トスル債權ノ差押ヲ爲シタル後ト雖トモ先取特權者質權者抵當權者ニ於テ其取立前第三百四條ノ差押ヲ爲シ之ニ對シテ優先權ヲ主張スルコトヲ妨ケルモノトス終リニ債務者設定者第三取得者カ代表物ノ給付ヲ目的トスル債權ヲ讓渡シタル場合ニ於テハ先取特權者其他ノ債權者ト債權ノ讓受人タル第三者トノ權利ノ優劣ハ債權者カ第三百四條ノ規定ニ從ヒ差押ヲ爲スコトト民法第四百六十七條ノ規定ニ從ヒ讓渡人ヨリ債權ノ讓渡ヲ第三債務者ニ通知シ又ハ債務者ニ於テ其讓渡ヲ承諾スルコトノ前後如何ニ繫ルヘキハ多言ヲ要セスシテ明カナリ故ニ先取特權者カ債權者ノ債權讓渡ノ通知又ハ債務者ノ承諾前ニ債權ノ差押ヲ爲シタルトキ換言スレハ差押命令カ第三債務者ニ送達セ



ラレタルトキハ代表物ニ對スル其權利ハ保全セラルヘク反對ノ場合ニ於テハ其權利ハ消滅ニ歸スルモノトス

—(國家及國家學第六卷第八號)—

### 轉質ヲ論ス

質權者ノ有スル轉質權ハ質權ノ性質ヨリ流出スル當然ノ效力ニアラスシテ其一變體ニ屬スルヲ以テ轉質ノ性質效力ニ關シテハ古來學者ノ說數派ニ分カレ之ヲ支持スルカ爲ニ提出セラレタル說明中ニハ法理上ノ原則ヲ無視シ解釋法ノ原理ニ背キタルモノ少ナシトセス而シテ是等學說ノ最モ重要ナルモノヲ舉クルトキハ一、質權付債權ノ條件付讓渡說(停止條件付讓渡說解除條件付讓渡ニ分カル) 二、質權付債權ノ質入說 三、債權ト分離シタル質權ノミノ質入說 四、債權ト分離シタル質權ノミノ條件付讓渡說(停止條件付讓渡說ト解除條件付讓渡說ニ分ル) 五、質權ノ目的タル物件ノ再度質入說等ニシテ我國多數ノ學者ハ第四說中ノ停止條件付讓渡說ヲ採ルモノノ如ク第三ノ質權ノ質入說ヲ主張スル學者亦少ナカラス余ハ第五ノ質物ノ再度質入說ヲ以テ正解ナリトスルノ意見ヲ抱持スルヲ以テ本論ニ於テ此說ニ對スル駁論ノ二、三ニ付キテ説明セントス。



第一 轉質ハ質權ノ性質ヨリ生スル當然ノ結果ニアラスシテ其變體ナリ法律ノ特別規定ナクンハ之ヲ認ムルコトヲ得サルモノナリ論者動モスレハ質權者カ質物ノ再度ノ質入ヲ爲スハ質權ノ性質ニ反スルモノナルコトヲ理由トシテ再度質入説ヲ攻撃スルモ此攻撃ハ正鵠ヲ得タルモノニアラス何トナレハ若シ轉質カ質權當然ノ效果トシテ之ヲ是認スルコトヲ得ヘクンハ民法カ特ニ第三四四十八條ノ規定ヲ設ケテ之ヲ律スルノ必要ナク却テ轉質カ質權當然ノ結果ニアラスシテ一種ノ民事政策上ノ必要ニ因リ一般原則ノ例外トシテ認メラレタルモノナルヲ以テ民法ハ特ニ同條ノ規定ヲ設クルニ至リタルモノニシテ再度ノ質入カ質權當然ノ結果ニアラサルヲ理由トシテ之ヲ否定スル論旨ハ總テ誤膠ヲ免カレス

第二 轉質ヲ以テ再度ノ質入即チ質權ノ新タナル設定ト解スル主要ノ理由ハ民法第三百四十八條ノ明文ナリ同條ハ明カニ質權者ハ云々質物ヲ轉質ト爲スコトヲ得ト規定セルヲ以テ其文理解釋トシテ質物其物ヲ更ニ質入スルノ謂ナリト解スルヲ最モ穩當ナリトスルノミナラス之ヲ他ノ意義ニ解スルハ

文理解釋ノ許サル、所ニシテ若シ茲ニ同條ノ法文ヲ解シテ質權ノ質入又ハ質權ノ條件付讓渡ノ意ナリトスル論者アリトセハ其ノ論者ハ民法第三百四十八條ニ用キラレタル文詞ノ意義ヲ解釋スルノ能力ヲ欠缺スルカ若クハ自己ノ説ヲ支持スルニ急ナルカ爲メ故ラニ之ヲ曲解シタルカ二者中其一ノ責任ヲ辭スルコトヲ得サルモノトス殊ニ轉質ヲ以テ質權ノ移轉ト解スルカ如キハ曲解ノ尤モ甚タシキモノニシテ此解釋ニ依ルトキハ轉賃借ヲ以テ賃借權ノ移轉ト解セサルヲ得サルノ論理的結果ニ陷ルニ至ルヘク民法カ賃借權ノ讓渡ト轉賃借トノ間ニ設ケタル明確ナル區別ヲ全然沒却スルニ至ルヘシ轉賃借カ賃借權ノ移轉ニアラスシテ新タナル賃借ナルト一般轉質モ亦質權其物ノ移轉又ハ質入ニアラスシテ新タナル質權ノ設定タルヘキハ自明ノ理ニシテ質物ヲ轉質ト爲スコトヲ得テ更ニ質物ヲ質入スルコトヲ得ルノ意義ニ解セスシテ之ヲ權利ノ移轉又ハ權利質入ノ意義ニ解釋スルハ當ニ其文詞ノ普通一般ノ解釋法ニ反スルノミナラス民法ニ用キラレタル語辭ノ通義ヲモ無視スルモノト謂ハサルヘカラス故ニ民法第三百四十八條ノ法文ノ文



理解釋トシテハ再度ノ質入説ノ正當ナルコトヲ肯定セサルヘカラス而シテ法律ノ明文カ明確一點ノ疑ヲ容レサルトキハ註釋者ハ之ニ從フコトヲ要シ其精神ヲ付度スルノ口實ノ下ニ之ニ違フコトヲ得サルハ解釋法上ノ原則ナルヲ以テ法ノ明文ヲ根據トスル質入説ヲ否定セントスル者ハ法文以外ニ於テ法ノ明文ニ反スルモ尙他ノ説ヲ以テ可ナリトスルニ足ルヘキ重大ナル理由ヲ提出セサルヘカラス。

轉質ハ質權ノ性質ヨリ生スル當然ノ結果ニアラスシテ其變體ナリ民法カ之ヲ認メ特ニ第三百四十八條ノ規定ヲ置キタルハ要スルニ我國古來ノ慣例ニ從ヒ取引上ノ便宜ニ基ツキタルモノナリ蓋シ僅少ノ資本ヲ運轉シテ營業ヲ爲ス小質屋カ其顧客ヨリ受取リタル質物ヲ更ニ資本ノ潤澤ナル大質屋ニ質入シテ資金ノ融通ヲ受ケタルモノニシテ此慣習ハ久シキ以前ヨリ行ハレ顧客モ亦其恩澤ニ浴シ來リタルモノナレハ此制度ハ我國ノ金融上大體ニ於テ有益ナリト認メ之ヲ存續セシムルト同時ニ再度質入ノ制限ヲ設ルノ必要アリトシ第三百四十八條ノ規定ヲ設クルニ至リタルモノナリ

質權者カ自己ノ受取リタル質物ヲ利用シテ他ヨリ資金ノ融通ヲ受ケルカ爲メニ依ルヘキ法律上ノ手段方法如何ハ大ニ研究ヲ要スル問題ニシテ再度ノ質入ハ即チ其一方法タルハ疑ヲ容レスト雖必スシモ最良ノ方法ナリト謂フヲ得ス故ニ立上ノ見地ヨリスレハ第三百四十八條ノ規定ハ論議ノ餘地ナキニアラスト雖トモ反對論者ノ主張スルカ如ク全然法理上ノ觀念ヲ度外視シタルモノニアラス質權者ノ再度質入權ハ假令質權ノ性質ヨリ生スル當然ノ結果ニアラサルモ質權者ノ本來有スル權利ト絕對ニ相容レサルカ如キモノニアラス却テ質權ノ性質ヨリ見テ充分ニ其正當ナルコトヲ辯明スルコトヲ得ヘシ蓋シ同一物ハ同時ニ數個ノ質權ノ目的タルコトヲ得ルト同時ニ質權者カ既ニ一定ノ内容範圍ヲ有スル債權ノ爲メニ質物上ニ質權ヲ有スル以上ハ自己ノ權利ノ範圍内ニ於テ更ニ質權ヲ設定シ自己ノ債權者ヲシテ先ツ質權ヲ行使セシムルト同時ニ自己モ亦第二位ニ於テ質權ヲ行使シ斯クシテ質物ニ對スル轉質權ノ行使ハ常ニ必ラス質權者ノ本來有スル質權ノ範圍内ニ止マルヘキモノナレハ其法律上ノ構造コソ異ナレ其結果ニ於テハ所



謂質權ノ質入説若クハ質權ノ條件付讓渡説ト何等ノ差異ナキニ歸着スヘケレハナリ

轉貸借ト轉質トハ類似ノ法律關係ナリ唯タ前者ニハ貸貸人ノ承諾ヲ必要トシ後者ニハ之ヲ要セサルノ差異アリ是レ貸貸借ハ對人的法律關係ニシテ轉貸ハ貸貸人ノ利害ニ重大ナル影響ヲ及ホスカ爲メニシテ反之質權ハ貸借權ノ如ク對人關係ヲ有セス又古來轉質ノ習慣アルカ爲メ質置主ノ承諾ナシト雖トモ第三百四十八條所定ノ制限條件ノ下ニ轉質ヲ許シタルモノニ外ナラサルヲ以テ轉質カ質置主ノ承諾ナクシテ行ハル、ヲ理由トシテ質物ノ質入タル性質ヲ否定スルハ正鵠ヲ得タルモノト謂フコトヲ得ス

第三 轉質ハ新タナル質權ノ設定ナリ故ニ民法ハ之ヲ許否スヘキヤ否ヤノ問題ニ付キ無制限ニ之ヲ許スヘキニアラス其設定ノ條件トシテ自己ノ質權ノ存續期間ヲ遵守スヘキヲ命ス自己ノ權利ノ範圍内トスヘキヲ單ニ自己ノ權利ノ存續期間トシタルハ失當ナルモ民法起草者ノ此種ノ不用意ハ民法第二百零七十二條ニ規定スル永小作人カ土地ノ貸貸ヲ爲ス場合ニ於テモ見ル所

ニシテ解釋上之ヲ補フコトヲ得ヘシ若シ夫レ轉質カ質權ノ讓渡又ハ質入ナリトセハ讓受人又ハ轉質權者ノ權利ハ法律ノ特別規定ヲ待ツ迄モナク原質權ノ存續期間外ニ及フヘキ理ナキヲ以テ其權利ノ存續期間内云々ノ規定ハ全然無意味ノモノトナルヘシ然ルニ民法カ特ニ此制限ヲ明記スルヨリ推スモ立法ノ主旨ハ轉質ヲ以テ質權ノ設定ナリトシ其設定ノ一制限トシテ特ニ之ヲ法文ニ顯ハシタルモノナルコトヲ知ルヘシ

第四 説ヲ爲ス者アリ曰ク留置權ニ關スル民法第二百零九十八條ノ規定ハ第三百五十一條ニ依リ質權ニ準用セラル、所ナリ而シテ第二百零九十八條第二項ノ規定ニ依レハ留置權者ハ債務者ノ承諾ナクシテ留置物ヲ自己ノ債務ノ擔保ニ供スルコトヲ得ス果シテ然ラハ質權者モ亦質物ヲ他人ニ質入スルコトヲ得サルモノニシテ質入説ハ民法ノ規定ニ牴觸スト是レ甚タシキ謬見ナリ若シ夫レ民法第二百零九十八條ノ規定ニシテ留置權者ニ對シ留置物ヲ擔保ニ供スルコトヲ禁スルコトノミヲ以テ唯一ノ目的トシ單ニ之レニ關スル條項ノミヲ包含スルモノトセハ論者ノ説ク所必スシモ不可ナシト雖トモ第二百零



九十八條ニハ尙ホ他ノ條項アリ即チ留置權者カ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ留置物ヲ保管スルノ責ニ任スルコト、留置權者ハ留置物保存ノ必要以外ニ於テ之ヲ使用スルコトヲ得サルコト、又之レヲ他人ニ賃貸スルコトヲ得サルコトヲ明カニセリ左スレハ是等ノ事項ハ民法第三百五十一條ノ規定ニ依リ質權ニ準用セラル、モ目的物ヲ擔保ニ供スルコトハ第三百四十八條ニ特別規定存スルヲ以テ此點ニ關スル留置權ノ規定ハ質權ニ付キテハ其準用ヲ除外セラルヘキハ解釋法ノ原則ヲ了解スル者ノ容易ニ知リ得ル所ニシテ論者ノ說ノ如キハ畢竟適用ト準用ノ區別ヲ全ク等閑ニ付シタルモノト謂フヘシ。

第五 他ノ說ニ曰ク夫レ民法第二百九十八條ハ債務者ノ承諾ナクシテ留置物ヲ擔保ニ供スルコトヲ留置權者ニ禁スル所ナリ然ルニ第三百四十八條ニ至リ突然斯ル權利ヲ質權者ニ授與スルカ如キハ到底有リ得ヘカラサルノ事ナリト此說ハ留置權ト質權トノ性質上ノ差異ヲ無視シタルモノニシテ其可ナルヲ知ラス留置權ハ我民法上單純ニ物ヲ占有スルコトヲ得ルノ權利ニシテ所謂優先權ヲ包含セサルヲ以テ法律カ留置權者ニ質入權ヲ認メサルハ當然

ニシテ毫モ怪ムニアラス之ニ反シテ質權ハ優先權ヲ伴フ權利ナルヲ以テ法律カ實際取引ノ便宜上質權者ニ其權利ノ範圍ヲ限度トシテ質物ヲ自己ノ債權者ニ質入スルノ權利ヲ認メタレハトテ何等立法上ノ矛盾アルコトナク此クノ如キ理由ハ質入說ヲ打破スルニ付キ何等ノ價值ヲ有セサルモノトス。

第六 質權ハ他ノ物權ト等シク專屬性ヲ有セサル權利ニシテ主タル債權ト共ニ之ヲ移轉スルニ付キ債務者ノ承諾ヲ必要トセサルハ一點ノ疑ヲ容レス然レトモ質權ハ債權ニ從タル物權ナルヲ以テ主タル債權ト運命ヲ同フシ主タル債權ト共ニ他ノ權利ノ目的トナル玆ヲ以テ債權者カ主タル債權ヲ讓渡シタルトキハ質權モ亦之レト共ニ讓受人ニ移轉スルト同時ニ主タル債權ヲ以テ質權ノ目的ト爲シタルトキハ之ニ從タル質權モ亦質權ノ目的トナルハ法理上當然ノ歸結ニシテ是等效果ノ發生ニ付キテハ敢テ法律ノ特別規定ヲ要スルコトナシ故ニ質權者カ主タル債權ト共ニ質權ヲ處分スル(讓渡シ又ハ擔保ニ供ス)場合ニ於テハ質權者ハ法律上當然享有スル權利ヲ行使スルモノニ外ナラサルヲ以テ其處分行爲ニ付キ法理上制限ヲ受クルノ理ナク又之ニ制



限ヲ加フヘキ必要アルコトナシ故ニ轉質ヲ以テ質權付債權ノ質入又質權付債權ノ條件付讓渡ナリト解スルノ說ハ其根底ニ於テ誤謬ノモノタルヲ免カレシテ而シテ質權付債權讓渡說ハ有力ナル學者之ヲ主張スルモ其ノ不可ナルハ多言ヲ要セスシテ明カニシテ債權ノ讓渡ハ其當然ノ結果トシテ質權移轉ノ效果ヲ生スルコトカ法理上爭フヘカラサルモノナル以上ハ條件付ニテ債權ヲ讓渡シタル場合ニ於テモ亦條件ノ成就ト共ニ其債權ト質權トヲ併セテ讓受人ニ移轉スルハ當然ニシテ是レカ爲メ特ニ第三百四十八條ノ規定ヲ置クノ必要ナク此場合ニ於テ其制限條件ヲ規定スルカ如キハ實ニ謂レナキモノト謂ハサルヘカラス次キニ茲ニ質權ノ附屬スル債權アリトシ其債權ヲ以テ質權ノ目的トシタルトキハ如何ナル效果ヲ生スルヤ此問題ニ對シテハ苟クモ普通ノ法律知識ヲ具フル者ナランニハ主從ノ原則ノ適用ニ依リ主タル債權ヲ目的トセル所ノ質權ハ其債權ニ從タル質權ニ及フト答フルコトヲ過マラサルヘシ而シテ此效果ヲ生スルニ付キ何等法律ノ特別規定ヲ必要トセス民法第三百四十八條ノ轉質ヲ以テ質權付債權ノ質入ナリト主張スル論旨

ハ此規定ナカリセハ假令主タル債權ヲ質入スルモ其效力ハ債權ニ從タル質權ニ及ハサルモノト解スルヤ若クハ又債權ト共ニ質權ヲ質入スル場合ト雖トモ質權者ハ尙ホ第三百四十八條ノ制限就中危險負擔ノ責任ニ服セサルヘカラスシテ同條ノ規定ハ即チ此場合ノ爲ニ設ケラレタルモノト解スルヤ其解釋ノ何レニ存スルヤニ拘ハラス此說ハ債權ト共ニ移轉シ債權ト共ニ他ノ權利ノ目的タルノ可能性ヲ有スル質權ニ付キ第三百四十八條ノ如キ特別規定ヲ置キ質權者ノ當然享有スル權利ニ付キ制限ヲ附スルノ不條理ニ陷ルノミナラス著シク民法第三百四十八條ノ明文ニ反スルモノニシテ解釋ノ當ヲ得タルモノト謂フコトヲ得ス何トナレハ民法第三百四十八條ハ「質物ヲ以テ轉質ト爲スコトヲ得」ト規定スルヲ以テ其轉質ハ質物ノミニ關シ主タル債權ニ關係ナキ一ノ處分行爲タルコトハ明確一點ノ疑ヲ容レサルヲ以テナリ若シ論者ノ說ノ如シトセハ何ヲ苦ンテ尤モ明確ナル語辭ヲ以テ主タル債權ト共ニ質權ヲ轉質ト爲スコトヲ得ト規定セサリシヤ而シテ我立法者ノ茲ニ出テサリシハ斯ル規定ハ質權當然ノ效力ニシテ特ニ之ヲ規定スルノ必要ナキ



ノミナラス第三百四十八條ノ主眼ノ目的ハ債權ニ關係ナク質物ヲ處分スル場合ヲ律スルニ在リシモノナル權ヲ知ルニ足ル而シテ主タル債權ト共ニ質權ヲ質入スルト否トハ實際上ノ效果ニ於テモ亦大ニ差異アリ質權付債權ノ質入說ニ依レハ轉質權者ハ質權者ニ代リテ直接債權ノ取立ヲ爲スノ權利ヲ有スルコトトナルヘキモ余ハ轉質權者ニハ斯ル權利ナク唯轉質權者ハ質權者カ債務ノ辨濟ヲ爲サ、ル場合ニ於テ質物上ニ轉質權ヲ行フノ權利ヲ有シ質權設定者ハ質物ノ所有權ヲ保存スルノ必要上質權者ニ代リテ轉質權者ニ辨濟ヲ爲スヘク餘儀ナクセラシム、ニ過キサシムモノト信ス。

第七 同一物上ニ數個ノ質權併立スル場合ニ其優先權ノ順位ハ設定ノ前後ニ依リテ定マルハ民法第三百五十五條ニ規定スル所ナリト雖トモ同條ノ規定ハ物ノ所有者カ數人ノ爲メニ質權ヲ設定シタル場合ニ適用セラシムヘキモノニシテ質權者カ轉質ヲ爲シタル場合ニ於テハ此規定ニ依ルコトヲ得ス此場合ニ於テハ轉質權者ニ優先權アルハ自明ノ理ナリ何トナレハ同一物ニ付キ債權者ノ優先權ト債務者ノ優先權トカ競合シタル場合ニハ債權者ニ優先權

アリ債務者ハ自己ノ債務ノ擔保タル物ニ付キ債權者ヲ排斥シテ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クルコト能ハサルハ法理上當然ナルヲ以テナリ斯クノ如ク同一質物ニ付キ質權者轉質權者ノ質權カ併立シ後者ニ優先權アリトスルトキハ質權設定者ハ其順位ニ從ヒ先ツ轉質權者ニ辨濟シ然ル後質權者ニ辨濟シタル後ニアラサレハ質物ヲ回復スルコトヲ得ス故ニ設定者カ質權者ニ辨濟シタルトキハ其質權ハ消滅スヘキモ轉質權者ノ質權ハ依然トシテ存立スルヲ以テ更ニ轉質權者ニ辨濟スルニアラサレハ其質權ハ消滅スルコトナシ反對ニ於テ設定者カ轉質權者ニ辨濟ヲ爲シタルトキハ其辨濟金額ノ範圍ニ於テ質權者ノ債權ヲ減縮スルノ結果ヲ生スルヲ以テ兩者ノ債權額カ同一ナルトキハ轉質權者ニ對スル辨濟ニ因リ質權者ノ債權ハ全部消滅スルト同時其質權モ亦消滅ニ歸スヘク其額同一ナラサルトキ轉質權者ノ有スル質權ノ範圍ハ質權者ノ有スル質權ノ範圍ヲ超ユルコトヲ得ス對當額ニ付キ質權者ノ債權ノ一部消滅ト共ニ其質權ノ範圍ヲ縮小スルノ結果ヲ生ス又質物ヲ競賣シタル場合ニ於テモ其代金中轉質權者先ツ辨濟ヲ受ケ質權者ハ自己ノ債權額



ヨリ轉質權者ノ辨濟受領金額ヲ控除シタル殘額ニ付キ其權利ヲ行フニ過キサルモノトス故ニ普通ノ場合ニ於テハ目的物ノ價格ノ存スル限り各質權者ハ優先權ノ順位ニ從ヒ各自其債權ノ辨濟ヲ受クルノ權利ヲ有スルモ轉質ノ場合ニ於テハ質權者ノ有スル質權ノ範圍ヲ限度トシ其範圍内ニ於テ第一ニ於テ轉質權者其權利ヲ行ヒ第二位ニ於テ質權者其權利ヲ行フコトヲ得ルニ止マル蓋シ質權者ハ自己ノ債務ノ擔保タル轉質權ヲ消滅セシムルニ必要ナル金額カ質權者ノ利益ニ於テ支拂ハレタル以上ハ自己ノ債權ニ付キ其金額ノ支拂ヲ受ケタルト同一ノ結果ニ歸着スルヲ以テナリ。

—(國家及國家學第五卷第三號)—

### 競賣ニ因ル所有權ノ取得

民事訴訟法第六百八十六條ニ曰ク競落人ハ競落ヲ許ス決定ニ因リテ不動產ノ所有權ヲ取得スト其所有權取得原因ノ性質如何原始的ナリヤ將タ承繼的ナリヤ若シ其取得原因カ原始的ナリトセハ競落人ハ絶對的ニ競賣ノ目的タル不動產ノ所有權ヲ取得シ何人ヨリモ之カ回復ヲ請求セラレ、ノ虞ナク之ニ反シテ其取得原因カ承繼的ナリトセハ競落許可決定ハ常ニ必スシモ競賣ノ目的タル不動產ノ所有權ヲ競落人ニ授與スルモノニアラスシテ其所有權ヲ競落人ニ移轉スヘキ法律事實ノ存在ヲ必要トシ此事實ノ欠缺ハ所有權ノ移轉ヲ妨クルモノトス執達吏カ動產ノ競賣ヲ爲ス場合ニ於ケル競落人ノ動產所有權ノ取得ニ付キテハ民事訴訟法中特別ノ規定ナシト雖トモ競落人カ最高價ヲ申出テ民事訴訟法第五百七十七條第一項ノ手續ヲ爲スニ因リテ目的物ノ所有權ヲ取得スルハ毫モ疑ナク其所有權取得ノ性質ニ付キ前同一ノ疑問ヲ生スルコトヲ免カレス



競賣ニ因ル所有權取得ノ原因ニ付キテハ學者間ニ議論アリ之ヲ以テ一種ノ原始取得ナリトスル論者ナキニアラスト雖トモ我現行法上一種ノ承繼取得ニシテ此點ニ於テハ任意賣買ト異ナルコトナキハ民法第五百六十八條ノ規定ニ徴シ明確一點ノ疑ヲ容ル、ノ餘地ナシト信ス今同條ノ規定ヲ案スルニ「強制競賣ノ場合ニ於テハ競落人ハ前七條ノ規定ニ依リ債務者ニ對シテ契約ノ解除ヲ爲シ又ハ代金ノ減額ヲ請求スルコトヲ得」トアリテ此規定タル競賣ノ目的タル權利ノ全部又ハ一部カ第三者ノ所有ニ屬シ又ハ權利ノ目的物ニ第三者ノ權利存スル爲メ競落人ニ於テ競買ヲ爲シタル所以ノ目的ヲ達スルコトヲ得ヌ又ハ過當ナル競落代金ヲ支拂ヒタル場合ニ債務者ヲシテ賣買ニ固有ナル所謂權利欠缺ノ擔保責任ヲ負ハシムルモノナルコトハ其條文ノ位置並ニ其規定ノ趣旨ニ依リテ充分ニ之ヲ推斷スルコトヲ得ヘシ而シテ同條ノ規定ヨリ續釋スルトキハ左ノ結論ニ歸着スヘシ

一 強制競賣ヲ以テ一種ノ賣買トスヘキヤ又ハ別種ノ法律關係トスヘキヤハ議論ナキニアラスト雖トモ我民法ハ財產權ト代金トヲ交換スルノ點ニ重

キヲ置キ之ヲ以テ一種ノ賣買トシ賣主ノ擔保責任ニ關スル規定ヲ之ニ準用シタルモノトス

二 強制競賣ニ於テハ買主ハ競落人ニシテ賣主ハ債務者ナリ而シテ債務者ハ全然受働的地位ニ在リテ任意ニ賣買ヲ爲シタルモノニアラスト雖トモ執達吏又ハ區裁判所ノ執行處分ハ債務者ノ意思表示ニ代ルヘキモノニシテ債務者ニ對シテ其效ヲ生スルモノトス

三 何人ト雖トモ自己ノ有セサル權利ヲ他人ニ移轉スルコトヲ得ヌテフ任意賣買ニ於ケル原則ハ強制競賣ノ場合ニ於テ其適用ヲ除外セラル、コトナシ從テ第三者ノ所有ニ係ル財產權ヲ強制競賣ノ目的トシタル場合ニ於テハ競落人ハ競落ニ因リ其財產權ヲ取得スルコトヲ得ヌシテ眞ノ權利者タル第三者ヨリ回復セラルヘク其權利取得ノ原因カ競落許可ノ決定又ハ執達吏ノ執行處分ナリシコトヲ理由トシテ第三者ノ回復ノ請求ヲ拒ムニ由ナキモノトス

之ニ由テ之ヲ觀レハ強制競賣ノ場合ニ於ケル所有權ノ取得ハ一種ノ承繼取得



ニシテ原始取得ニアラサルハ疑ヲ狭ムヘキ餘地ナク之ヲ以テ原始取得ナリトスルハ民法第五百六十八條ノ明確ナル規定ヲ無視シタル解釋ニシテ到底之ヲ是認スルコトヲ得サルモノトス何トナレハ若シ夫レ強制競賣ノ場合ニ於ケル所有權ノ取得カ一派ノ論者ノ主張スル如ク全然原始的ノモノナリトセンカ真ノ所有者ト債務者トノ間ニ於テ不當利得ノ問題ヲ生スルコトアルヘシト雖トモ競落人カ競賣ノ目的タル權利ノ欠缺ニ因リ追奪其他ノ損害ニ遭遇スル場合アルコトナク從テ債務者ニ對シテ擔保義務ノ履行ヲ求ムルノ必要ヲ生スルカ如キハ絶エテ之レアルコトナカルヘシ然ルニモ拘ハラス民法第五百八十六條ノ規定カ競落人ト債務者トノ間ニ於テ權利ノ欠缺ニ因ル擔保責任ノ關係ノ存スルコトヲ明示シタルヨリ推論スルトキハ競賣ノ場合ニ於ケル權利取得ハ原始的ニアラスシテ移轉的ナルコトヲ暗示シタルモノト謂ハサルヘカラサルヲ以テナリ

夫レ然リ故ニ競賣ノ場合ニ於ケル競落人ノ所有權取得カ競落許可ノ決定ニ因ルト執達吏ノ執行處分ニ因ルトニ論ナク其目的物ノ不動産タルト動産タルトヲ問ハス一種ノ承繼取得ナリトスル以上ハ競落許可決定又ハ執達吏ノ執行處分カ目的物ノ所有權ヲ競落人ニ移轉スルニハ競落許可決定又ハ執達吏ノ處分カ其移轉ヲ可能ナラシムヘキ前提條件ヲ具備スルコトヲ必要トシ此條件ノ欠缺ハ所有權ノ移轉ヲ妨クルモノトス依テ余ハ場合ヲ分チテ此點ニ論及セントス

甲 債權者カ執行力アル債務名義ニ基キ債務者ノ財産ヲ差押ヘ之ヲ競賣ニ付スル場合ニ其財産カ債務者ノ所有ナルトキハ競落人ハ不動産ニ付キテハ競落許可ノ決定ニ因リ動産ニ付キテハ執達吏ノ三回ノ呼上ニ因リテ其所有權ヲ取得ス蓋シ此場合ニ於テ賣主ノ地位ニ立ツ者ハ債務者ニシテ競落許可決定及ヒ執達吏ノ執行々爲ハ普通賣買ニ於ケル賣主ノ意思表示ニ代ルヘキモノナレハ債務者ト競落人トノ間ニ於テ一種ノ賣買ヲ成立セシムルモノナリ從テ賣主タル債務者ノ有スル動産不動産ノ所有權カ買主タル競落人ニ移轉スルハ普通ノ賣買ト毫モ異ナル所ナシ

之ニ反シテ競賣ノ目的タル動産不動産カ第三者ノ所有ニ係ルトキハ競落許



可決定及ヒ執達吏ノ執行行爲ハ目的物ノ所有權ヲ競落人ニ移轉スルノ效力ヲ生セス何トナレハ是レ恰カモ賣主カ他人ノ所有物ヲ買主ニ賣渡シタル場合ト其揆ヲ一ニシ賣買當事者間ノ契約ハ第三者ノ權利ヲ左右スルコトヲ得サルト一般債務者ニ對スル執行處分ハ真正ノ權利者タル第三者ノ利害ニ於テ其效ヲ生スルコトナケレハナリ是ヲ以テ第三者ハ競落人ニ對シテ回復ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヘク茲ニ競落人ハ民法第五百六十八條第一項ノ規定ニ從ヒ賣主ノ地位ニ立ツ所ノ債務者ニ對シ契約ノ解除代金減額ノ請求ヲ爲シ同第二項ノ規定ニ從ヒ債務者又ハ債權者ニ對シ損害賠償ノ權利ヲ行フコト、ナルヘク民法第五百六十八條ノ規定ハ正サニ此場合ニ於ケル救濟方法トシテ設ケラレタルモノナリ

乙 物上擔保ヲ有スル債權者カ競賣法ノ規定ニ從ヒ擔保物ニ對シテ其權利ヲ行使シ之ヲ競賣シタル場合ニ目的物ニ對スル債權者ノ擔保物權カ法律上正當ニ成立スルトキハ執達吏ノ執行行爲又ハ競落許可ノ決定ハ目的物ノ所有權ヲ競落人ニ移轉スルノ效力ヲ生スルコト強制執行ノ場合ニ同シ唯タ余ノ

信スル所ニ依レハ此場合ニ於テ賣主ノ地位ニ立ツ者ハ債務者ニアラスシテ寧ロ擔保物權設定者其承繼人其他動產不動產ノ所有者ナリトスヘク競落許可ノ決定又ハ執達吏ノ執行行爲ハ是等ノ人ト競落人トノ間ニ於テ賣買ヲ成立セシムルモノト解スルヲ得ヘシ之ニ反シテ競賣ノ目的物カ債務者權上擔保設定者其承繼人ノ所有ニアラスアルトキハ競落人ハ其所有權ヲ取得スルコト能ハサルヲ以テ競落人ハ真正ノ權利者タル第三者ヨリ其回復ヲ請求セラル、ニ至ルヘク競落人ト賣主ノ地位ニ立ツ者トノ間ニ於テ民法第五百六十八條ノ規定ヲ適用スルノ必要ヲ生ス蓋シ同條ニハ強制競賣ノ場合ト規定シ別ニ制限ヲ設ケサルヲ以テ民事訴訟法ノ競賣ハ勿論競賣法ノ競賣モ亦之ヲ包含スルモノト解スルコトヲ得ヘケレハナリ然ラハ何人ヲ對手人トシテ契約ノ解除又ハ代金減額ノ請求ヲ爲スヘキヤ此點ニ付キテハ疑問ヲ生スルヲ免カレス例ヘハ甲者乙ヨリ金一萬圓ヲ借用シ丙ノ所有名義ニ係ル一ノ地所ヲ以テ擔保トシ丙ノ承諾ノ上抵當權ヲ設定シ競賣ノ結果戊ハ其地所ヲ競落シタル場合ニ其地所ハ名義人タル



丙ノ所有ニアラスシテ其實丁ノ所有ナリシモノト假定センニ丁ハ自己ノ設定サセル抵當權ノ爲メニ其權利ヲ奪ハル、理ナキヲ以テ戊ニ對シテ回復ノ請求ヲ爲シ得ヘク丁ノ追奪ニ遭ヒタル戊ハ賣買ヲ解除シ其競落代金ノ返還ヲ受クル必要アリ而シテ此場合ニ於テ賣主ノ地位ニ立ツ者ハ設定者丙ナルカ如ク(何トナレハ丙所有者ナルトキハ競落人ハ丙ノ地位ヲ承繼シテ丙ノ權利ヲ取得スルヲ以テナリ)從テ戊ハ丙ニ對シ賣買契約ノ解除ヲ爲スコトヲ要スルニ似タリ然レトモ設定者丙ハ賣買契約ノ解除ニ付キ何等ノ利害關係ヲ有セス目的物ノ競賣代金ヲ以テ自己ノ債務ヲ消滅セシメタル債務者甲ノミ其賣買ノ解除ニ付キ利害關係ヲ有シ競落人タル戊ノ目的トスル所モ亦甲ノ債務ノ消滅ノ爲メニ使用セラレタル競賣代金ヲ甲ヨリ返還セシムルニ存スルモノト見ルヘキヲ以テ此場合ニ於テモ戊ハ債務者甲ニ對シテ賣買契約ヲ解除シ民法第五百六十八條所定ノ擔保權ヲ行使スルコトヲ要スルモノト解スルハ管ニ同條ノ文理ニ適スルノミナラス亦其精神ニモ合スルモノト謂ハサルヲ得ス

丙 任意賣買ノ場合ニ於テ當事者間ノ契約ハ其契約ニ干與セサル第三者ノ權利ヲ左右スルコトヲ得サルト一般強制賣買ノ場合ニ於テモ執達吏又ハ區裁判所ハ當事者以外ノ第三者ノ權利ヲ處分スルコトヲ得ス從テ第三者ノ權利ハ執行處分ノ爲メニ毫モ影響ヲ被ムコトナシ然レトモ執達吏又ハ區裁判所ハ甲者ニ對スル債務名義ニ基キ甲者ノ權利ヲ競賣ニ付スルノ權限ヲ有スルヲ以テ其ノ執行處分ハ常ニ甲者ノ不利益ニ於テ其效ヲ生シ甲者ハ其債務名義カ實體上ノ權利關係ト一致セサルヲ理由トシテ其處分ノ無效ヲ主張スルコトヲ得ス甲者ハ唯タ異議ノ訴ニ依リテ其處分ヲ未然ニ豫防スルコトヲ得ルニ止マル又賣競法ノ規定ニ因ル競賣ハ執行力アル債務名義ニ基ツクモノニアラスト雖トモ同法ニ定ムル手續上ノ要件具備スルトキハ區裁判所又ハ執達吏ハ目的物ヲ競賣ニ付スルノ權限ヲ有スルコト民事訴訟法ノ強制競賣ニ於ケルト同一般ニシテ此場合ニ於ケル當事者ハ債務者物上擔保設定者其承繼人ナリト解スヘク執達吏又ハ區裁判所ハ甲債務者ノ財産ニ對スル先取特權ノ實行トシテ甲債務者其承諾人ノ財産ヲ競賣ニ付シ又乙者ノ設定シタ



ル物上擔保權ノ行使トシテ乙者又ハ其承繼人ノ動產不動產ヲ競賣ニ付スルコトヲ得ヘク主タル債權又ハ物上擔保權ノ實質上存在スルヤ否ヤハ競賣ノ效力ニ影響ヲ及ホスコトナク設定行爲ノ無効債權ノ消滅及ヒ物上擔保權ノ消滅ハ競賣處分ヲ妨クルノ效力ヲ生スヘキモ既ニ爲シタル競賣處分ヲ無効ナラシムルノ效力ヲ有セサルモノトス蓋シ執達吏又ハ區裁判所ハ競賣ノ當事者ニ對シテ執行處分ヲ爲スノ權限ヲ授與セラレ、モノニシテ其處分ハ當事者ヲ羈束スルノ效力ヲ生スルモノナレハナリ之ニ反シテ執達吏又ハ區裁判所ハ甲ニ對スル債務名義ニ基ツキ乙ノ財產ヲ競賣シ又ハ甲ノ財產ニ對スル先取特權ノ實行トシテ乙ノ財產ヲ競賣シ甲ノ設定シタル質權抵當權ノ實行トシテ乙ノ動產不動產ヲ競賣スルモ其競賣ハ乙ニ對シテ效力ヲ生スルコトナク乙ハ競賣ニ拘ハラズ依然トシテ其權利ヲ保有スルコトヲ得ヘシ蓋シ此場合ニ於テハ乙ハ競賣ノ當事者ニアラサルヲ以テ其競賣ハ乙ヲ羈束セサルハ尙ホ第三者ハ當事者間ノ賣買ニ因リ其權利ヲ左右セラレ、コトナキト同一理ナルヲ以テナリ

—(國家及國家學第四卷第六號)—

### 刑事裁判ト國民ノ信賴

左ノ一編ハ横由博士カ第五回刑政研究會ニテ講演セラレタ所ノモノテアル言言句句判官諸公ノ服膺スヘキ玉條而シテ一般法曹諸氏ノ心得タルヘキハ勿論苟モ經世ニ志アル者ハ一讀スヘキテアル今博士ノ許諾ヲ得テ爰ニ掲クルコトシタ讀者ノ精讀ヲ請フ(記者談)

諸君、私ハ今夕賢明ナル諸君御集會ノ席上ニ於テ刑事裁判ト國民ノ信賴ト云フ問題ニ付テ一場ノ講話ヲ爲スコトノ出來マスノハ私ノ最モ光榮トスル所ヲアリマス私ハ今夕此問題ニ就テ深ク研究ヲシタ其結果ヲ諸君ニ御報告致スノテハナクシテ此問題ニ觸レテ私カ從來考ヘテ居タ事又人カラ聞イタ事ヲ綜合シテソレニ私ノ意見ヲ加ヘテ御話ヲ致ス譯テアツテ甚タ通俗的テ且ツ卑近ナ事ヲアリマスカ、ソレヲ以テ私ノ責ヲ塞カウト考ヘマス

一

凡ソ訴訟ト云フモノハ其民事テアルト又刑事テアルトニ論ナク當事者ノ利



害ニ重大ナル影響ヲ及ホスモノテアツテ往往不祥ナル結果ヲ伴フコトハ我  
カ日常見聞シテ居ル所ノ事實テアリマス前者ニ付テ申セハ敗訴者、時トシテハ  
勝訴者モ亦資産ヲ蕩盡シテ非常ナル苦境ニ陥ルヤウナコトカアリ後者ニ付テ  
申セハ或ハ貴重ナル生命ヲ失フモノアリ或ハ牢獄ノ裡ニ其生ヲ終ル者モアリ  
或ハ又其名譽信用ヲ傷ケラレテ社會ノ暗黒面ニ葬ラレテ一生ヲ終ルヤウナ者  
モアリ而シテ其結果ノ悲惨ナルハ刑事ノ訴訟ニ於テ最モ甚シイノテアリマス  
ウイクトル、ユーゴーハ其ノ有名ナル小説「ミセラブル」ニ於テジャン、バル、ジャ  
ント云ヘル一青年カ飢渴ニ迫ツテ麵麩屋ノ店頭ニアツタ一片ノ麵麩ヲ盜ンタ  
カ爲メニ刑ニ處セラレテ獄ニ入ツタノカ因トナツテ罪惡ニ罪惡ヲ重ネ處刑ニ  
次クニ處刑ヲ以テシテ終ニハ重刑ニ處セラルルニ至リタル徑路ヲ叙シテ現代  
社會ノ缺陷ヲ諷刺シ經世家ノ反省ヲ求メタノテアリマスカ刑事訴訟ノ結果牢  
獄ニ投セラレタル被告人ノ身上ニハ其性格トカ地位トカ境遇ニ依テ多少ノ變  
化アリ又程度ノ輕重ハアルカウイクトル、ユーゴーノ小説中ノジャン、バル、ジャ  
ンノ境遇ニ類シタ事カ多クアルノテアリマス而シテ其此ニ至ツタノハ自ら招

イタ結果テアツテ已ムヲ得ナイ譯テアルカ併シ我我ノ同胞カ斯ル境遇ニ陥ル  
ノヲ見テハ轉々同情ノ念ヲ禁スルコトカ出來ナイノテアル況ヤ是等社會ノ落  
伍者ノ中ニ若シ誤判ノ結果斯ノ如キ運命ニ遭遇シタ者カアツタトスレハソレ  
ハ洵ニ昭代ノ不祥事テアリ天下ノ痛恨事是ヨリ大ナルハ無ク又其不遇ニ對シ  
テハ如何ナル物モ之ヲ慰メルコトカ出來ナイタラウト考ヘル私カ未タ一介ノ  
書生テアツタ時分即今ヨリ三十年許リ前ニ「情況誤判錄」ト云フ一ノ翻譯書ヲ見  
タノテアル是ハ諸君ノ中ニモ御承知ノ方カアルテアラウト考ヘマスカ其中ニ  
如何ナル事カ書イテアツタカト云ヘハ殺人ノ嫌疑ヲ受ケタ人カ重罪ノ法廷ニ  
立ツテ裁判官ノ裁判ヲ受ケルニ方リ其身邊ヲ圍繞スル種種ナル情況ノ爲メニ  
疑ヲ受ケ其熱誠ナル辯解モ裁判官ノ惑ヲ釋クコトカ出來ナイテ重刑ニ處セラ  
レ恨ヲ吞ンテ刑ニ就イタトイフ事例ヲ澤山示シテアルノテ爾來私ハ刑事裁判  
ノ忽セニスヘカラサルヲ深ク感シタノテアリマス此「情況誤判錄」ニアルノハ多  
クハ英國ニアツタ事ノヤウニ記憶シテ居ルノテアルカ世界各國ヲ調ヘテ見タ  
ナラハ之ニ類スルヤウナ事カアルタラウト思フ又是ハ誤判ナルコトノ明ニナ



ツタモノチアルカ中ニハ遂ニ其誤判タルコトカ分ラナイ。テ所謂開カラ關ヘテ  
ラレタ者モアルテアラウト思フ。又是ハ死刑ト云フ極メテ重キ刑罰ヲ科セラル  
ヘキ罪ニ就テノ誤判チアルカ其以下ノ犯罪ニ付ラモ矢張同様ノ事例カアルテ  
アラウト考ヘルノテ是等ノモノヲ總テ能ク研究シテ見タナラハ決シテ其數ハ  
尠クナイタラウト思ヒマス。私ハ是等ノ點ニ付テ多少ノ研究ヲ重ネテ見タナラ  
ハ大ニ裁判ノ進歩改良ニ益スルテハナカラウカト考ヘル實ニ恐ルヘキハ誤判  
チアルト思ヒマス。

ソコテ國民カ刑事裁判ニ信賴スルヤ否ヤ即チ私カ是ヨリ述ヘヤウトスル問  
題チアリマス。カ是ハ我我職ヲ司法ニ奉スル者ニ取ツテハ極メテ重要ナル當面  
ノ問題チアツテ我我司法官タル者ハ深ク此問題ニ意ヲ注キ日ニ三タヒ反省シ  
テ刑事裁判ヲシテ威信アラシメ國民ヲシテ安心シテ其裁判ニ賴ラシメ斯クシ  
テ何所マテモ國民ノ期待ニ應ヘナクテハナラヌト考ヘルノテアリマス。而シテ  
刑事ノ裁判ニ對スル信用ノ由ツテ來ル原因ハ極メテ復雜ニシテ一一之ヲ指摘  
スルコトハ出來マセヌカ私ノ考ヘル所テハ大要左ノ四點ニ歸著スルテアラウ

ト考ヘマス

刑事裁判ノ信用ヲ維持スルニ必要ナル第一ノ條件ハ唯今述ヘタ通り誤判ヲ  
豫防スルニ在ルタラウト考ヘル即チ裁判所ノ事實ノ認定ヲシテ絕對的眞實ト  
一致セシムルニ在ルテアラウト考ヘル尙ホ語ヲ換ヘテ言ヘハ現ニ罪ヲ犯シタ  
者ヲシテ免罪ヲ僥倖セシムルヤウナコトカアツテハナラナイ。ソレト同時ニ無  
辜ノ良民ヲ有罪トシテ之ニ刑罰ヲ當行スルヤウラコトハ避ケナクテハナラナ  
イ。就中後ノ誤判ヲ防クカ爲メニ細心ノ注意ヲ拂ハナクテハナラヌテアラウト  
考ヘル元來絕對的眞實ノ發見ト云フコトハ民事訴訟ニ於テモ矢張之ヲ目的ト  
シナクテハナラヌ。譯テアリマス。カ併ナカラ民事ノ裁判官ハ當事者ノ提出シタ  
ル證據ニ依ツテノミ事實ヲ認メナクテハナラヌコトニナツテ居ルカラ舉證ノ  
責任トカ當事者ノ提出シタル證據ノ如何ニ依ツテハ所謂相對的眞實ヲ以テ滿  
足セネハルラヌノテアルカ刑事ノ裁判ノ方ハソレトハ全ク趣ヲ異ニシテ裁判  
所ハ決シテ形式的證據ノ爲メニ罪ノナイ者ヲ罰スルコトハ出來ヌノテ被告人  
ハ自分ノ無罪ヲ證明スル爲メニ證據ヲ提出スルコトカ出來ルノテアル併ナカラ



ソレヲ提出スル義務ハナイノテアツテ無罪ノ證據ヲ擧ケ得ナイカラト云ツテソレカ爲メニ刑罰ノ制裁ヲ受クルトイフコトハ決シテアリ得ヘカサル事テアルソレト反對ニ裁判所ハ證據ナクシテ犯罪ヲ認ムルコトハ出來ヌノテアルカラ縱令被告人カ罪ヲ犯シタトイフコトカ絶對的眞實ニ合スルトシテモ又裁判官ノ心證カ被告人カ罪ヲ犯シタリトスルニ在リトシテモ適法ノ證據ニ基イテ之ヲ認メナケレハナラヌノテ證據ナクシテ決シテ罪ヲ斷スコトハ出來ナイノテアリマス

刑事裁判ノ威信ヲ保ツニ必要ナル第二ノ條件トシテハ裁判所カ其認定シタル事實ニ對シテ正當ニ刑法其他刑罰法ノ規定ヲ適用シ且刑事訴訟法ノ規定ニ從テ作成シタル判決ナルモノカ其事實ノ摘示理由ノ說明等ニ於テ識者ヲシテ首肯セシムルモノカナクテハナラヌ裁判所ノ裁判カ其實質ニ於テハ實體事實ニ符合スル良裁判テアツタトシタ所カ判決ニ表示シタル事實上法律上ノ理由カ其當ヲ得ナイトキニハ其裁判ノ價值ヲ減シ到底國民ノ信望ヲ維クコトカ出來ナイノテ裁判官ノ苦心モ全ク水泡ニ歸スルヤウナ結果カ生スルノテアル

刑事裁判ノ威信ヲ保ツニ必要ナル第三ノ條件トシテハ刑事ノ訴訟手續カ公明正大ニ行ハルルコトニ在ルノテアル刑事訴訟法ハ被告人ニ辯護ノ餘地ヲ與ヘ其利益ヲ保護スルニ於テ極メテ丁寧親切テアル是ハ其規定ヲ一讀スレハ容易ニ了解スルコトカ出來ルノテアル又證據ヲ蒐集スルニ付テモ種種ナル制限カアリ豫審判事ハ威嚇詐術ヲ用ヒテ被告人ヲ審問シテハナラヌ證人ニ付テモ矢張同様テアツテ其手續ハ總テ公明正大ナルコトヲ期スルノ精神ハ其規定ニ徴シテ明カテアル然ラハ刑事裁判ノ衝ニ當ル者ハ此刑事訴訟法ノ精神ヲ體シテ常ニ人身ノ自由ヲ尊重シ威嚇其他ノ不正手段ヲ用ヒテハナラヌ又被告人ニハ充分辯護ノ餘地ヲ與ヘ被告人ニ充分ナル辯護ヲ爲サシメスシテ裁判ヲスルトイフヤウナコトハ避ケナクテハナラス刑事ノ訴訟手續カ公明正大ニ行ハルルヤ否ヤハ國ノ文野ヲ別ツ標識トモナルヘキモノテアツテ今若シ公明ナラサル手段ニ依ルニアラサレハ治罪ノ目的ヲ達スルコトテ出來ヌ國カアツタトスレハ其國ノ文化ハ推シテ知ルヘキテアル若シ刑事ノ裁判カ斯ノ如キ條件ノ下ニ成立ツタトスレハ縱令其裁判ハ實體的眞實ニ合シ又其裁判ノ理由ニ於テ毫



モ間然スル所カナイトシテモ其裁判ハ到底國民ノ信用ヲ得ルコトハ出來ヌテ  
アウト考ヘル

刑事裁判ノ信用ヲ保ツカ爲メニ必要ナル<sup>△</sup>第四ノ條件ハ其人格ニ於テ又其伎  
倆ニ於テ卓越セル裁判官ヲ得ルニ在ル蓋刑事裁判ノ威信ハ今述ヘタ通り第一  
乃至第三ノ條件ヲ最高度ニ於テ充タスコトニ依テ完全ニ之ヲ維持スルコトカ  
出來ル是等ノ條件カ缺ケコトニナルト忽チ裁判ノ信用ニ影響ヲ及ホスノテア  
ル而シテ裁判官其人ヲ得ナイトキニハ千言萬語モ其效カナイノテアルソコテ  
刑事裁判ノ威信ヲ發揚シ國民ヲシテ適歸スル所ヲ知ラシムルニハ優秀ナル裁  
判官ヲシテ刑事裁判ノ任ニ當ラシムル優秀ナル裁判官ニシテ始メテ今述ヘタ  
條件ヲ完全ニ充シスコトカ出來ル乃チ其人格伎倆カ能ク刑事裁判ヲシテ公明  
正大ナラシムル確實ナル保證トナルノテアル加之裁判官ト雖モ鬼神ニ非サル  
限リハ時ニ或ハ誤判ヲ爲スコトナキヲ保シ難イノテアルカ併ナカラ裁判官ノ  
人格及ヒ其伎倆ニ對スル國民ノ畏敬ノ念ハ尙ホ能ク刑事裁判ニ對スル信用ノ  
失墜ヲ豫防シ國民ノ信望ヲ維クコトカ出來ルノテアル

刑事裁判ノ威信ヲ保チ國民ヲシテ由ル所ヲ知ラシムル責任ノ大部分ハ勿論  
懸テ裁判官ノ双肩ニ在ルノテアル併ナカラ刑事ノ訴訟ハ種種ナル段階ヲ經テ  
轉回進行スルモノテアル乃チ犯罪ノ搜查ニ始マリ檢事ノ起訴トナリ豫審ヲ經  
テ公判ニ繫屬シ公判裁判所ハ茲ニ始メテ被告人ノ罪ノ有無ヲ定ムル所ノ裁判  
ヲ下スノテアルカラ是等ノ訴訟手續ハ總テ分離スヘカラサル密接ノ關係ヲ有  
シテ居ル犯罪ノ搜查豫審ニ關スル處分ノ當否カ刑事裁判ノ當否ニ多大ノ影響  
ヲ及ホスモノテアルカラシテ刑事裁判ノ信用ヲ保持スル爲メニハトウシテモ  
總テ是等ノ手續カ徹頭徹尾公明正大ニ行ハレナケレハナラヌノテアツテ犯罪  
ノ搜查又ハ豫審處分ニ關シテ非違カアレハ是ハ矢張刑事裁判ノ威信ヲ傷ケル  
結果ヲ生スルノテアルソコテ私ハ此問題ヲ論スルニ方リテ刑事訴訟ノ各段階  
ニ於ケル手續ニ關シテ刑事裁判ノ信用ヲ保ツニ必要ナル事柄ニ付テ少シク意  
見ヲ述ヘヤウト思フ

二

第一犯罪ノ搜查 檢事其他司法警察官ハ犯罪アリト思料シタルトキハ其搜



査ヲ爲ストイフコトハ是ハ刑事訴訟法ニ掲ケテアル通りテアルサレハ是等ノ  
檢事及司法警察官ハ或ハ證憑ノ所在ヲ明ニシ尙ホ進ンテ其證憑ヲ蒐集シ其他  
公訴提起ニ必要ナル準備ヲ爲スノハ勿言其職責テアル而シテ之カ爲メニハ檢  
事ナリ司法警察官ナリハ或ハ嫌疑者ヲ調ヘルコトモアリ其他ノ關係人ノ供述  
ヲ聽クコトモアリ或ハ犯所ニ臨檢シテ其實況ヲ見聞スルコトモアリ犯罪ヲ證  
明スルニ必要ナル書類物件ヲ蒐集スルコトモアルケレトモ搜查處分ニ大切ナ  
ル點ハ強制手段ヲ用ヒテハナラストイフコトテアル然ラハ我國ニ於ケル搜查  
處分ナルモノハ果シテ何等ノ強制手段ヲ用ヒスシテ公明正大ニ行ハレテ居ル  
カトイフコトヲ考ヘテ見ルト私ハ此問題ヲ肯定スルニ躊躇スルモノテアル司  
法警察官トシテノ警部其補助機關トシテノ巡查ノ搜查處分カ往往人権ヲ無視  
シテ刑事訴訟法ノ精神ニ背戾スルト云フノ非難ハ我我カ裁判所ノ内外ニ於テ  
屢耳ニスル所テアツテ或ハ濫リニ嫌疑者ヲ引致スル或ハ嫌疑者竝ニ關係人ニ  
對シテ威力ヲ用ユル其供述ヲ徵スルカ爲メニ威嚇又ハ詐術ヲ用ヒ甚シキニ至  
リテハ名ヲ道路妨害トカ或ハ浮浪罪トカ其他ノ犯罪ニ假託シ之ヲ拘留シ其拘

留中ニ於テ其自白ヲ強ヒ其供述ヲ強ヒ或ハ被告人ヲ毆打拷責シテ創傷ヲ負ハ  
シメ昔時ノ拷問ニ等シキ所業ヲ敢テスル斯ル非難ハ新聞紙上ニ之ヲ見ルコト  
カアリ法廷ニ於ケル辯護人ノ辯論被告人ノ辯解中ニ之ヲ聞クコトカアリ其他  
交際場裡ニ於ケル談話ニ上ルコトカアルノテアル是ハ果シテ眞實テアリマセ  
ウカ私ハ警部巡查ノ搜查處分ニ付テ常ニ斯ノ如キ非違カ行ハルルモノトハ決  
シテ信スルコトハ出來ナイ併ナカラ時ト場合ニ依テ屢行ハルルハ爭フヘカラ  
サル事實テアツテ到底口舌ヲ以テ之ヲ打消スコトハ出來ナイノテアルト考ヘ  
ル果シテ然ラハ此警部巡查ハ豫審判事ノ職權ヲ行ツテ居ルモノテアル而已ナ  
ラス豫審判事ノ爲スコトヲ得サル又爲スコトヲ敢テセサル事マテスルノテア  
ツテ斯ル事ハ法治國ニ於テハ到底許スコトカ出來ナイノテアル元來我國ノ司  
法警察官ハ職務上ノ觀念カ極メテ鞏固テアツテ專心一意犯罪ヲ檢舉セントス  
ル其熱心ハ如何ニモ賞讃ニ値スル併ナカラ犯罪搜查ノ實績ヲ舉ケントスル其  
熱心ノ爲メニ人権ヲ無視スル人権ヲ尊重スルトイフ精神カ充分ニ徹底シテ居  
ラナイノテアル是ハ實ハ慨歎ニ堪ヘナイ所テアル官尊民卑ハ我國古來ノ弊風



テアル今日ハ他ノ方面ニ於テハ其面目ヲ改メテ居ルカ獨リ警察部内ニ於テハ此弊風カ尙ホ存シテ居ルヤウニ思ハレル是ハ警察官カ常ニ下級ノ人民ニ接觸シテ居ツテ動モスレハ其輕侮ヲ招ク虞カアルカラ多少其威嚴ヲ保ツノ必要カアルカラテアル又治罪ノ手續ニ關スル舊幕以來ノ因襲ノ然ラシムル所テアルト考ヘマスカ併ナカラ斯ノ如キ舊思想ハ到底新時代ノ要求ト相容レサルモノニシテ法治國ノ體面ヲ汚スモノト云ハナクテハナラヌト思フ大正維新ノ搜查處分ハ之ヲ刑事訴訟法ノ精神ニ照スモ又時代ノ思想カラ見テモトウシテモ人權ヲ尊重シ可及的人身ノ自由ヲ拘束セサルコトヲ旨トシテ之ヲ行ハナケレハナラヌ成程犯罪搜查ハ困難テアル之カ目的ヲ達セントスル警察官ノ苦心勤勞ニ對シテハ我我ハ衷心ヨリ同情ノ念ヲ寄セルケレトモ之ヲ爲スニハ自ラ途アリ徒ニ強制手段ヲ用ユルト却テ國民ノ反感ヲ招キ決シテ策ノ得タルモノトハ云ヘナイ私ハ常ニ考ヘテ居ル事カアル刑事訴訟法ハ人權ヲ尊重スル歐米文明諸國ノ立法主義ヲ採用シテ豫審公判ノ訴訟手續ニ付テハ被告人ノ利益ヲ保護スルニ於テ多大ノ注意ヲ拂ヒ之ニ關シテ數多ノ規定ヲ設ケテ居ル併シ搜查處

分ニ就テハ刑事訴訟法外ノ手續トシテ一ツモ規定シテ居ル所カナイ而シテ之ヲ實際ノ事實ニ徴シテ見ルト此搜查處分ナルモノハ刑事訴訟法ノ精神トハ全ク反對ニ人權ヲ尊重セサル舊思想ノ下ニ遂行セラレテ居ル是ハ例ハフロッツクコトト著用シテ下駄ヲ穿イテ居ルト同シテアル此ノ事ハ我國ニ於テハ治罪ノ手續ニ關スル一大矛盾テアルト私ハ考ヘルノテアル若シ此搜查處分ナルモノカ唯タ起訴不起訴ヲ決定スヘキ單純ナル準備行爲タルニ止マレハ其及フ所ノ影響ハ左マテ大キクハナイケレトモ大審院從來ノ判例ニ依レハ司法警察官カ犯罪ノ搜查上ニ於テ作成シタル聽取書ナルモノハ斷罪ノ資料トシテ完全ナル證據力ヲ有スルコトニナツテ居ル隨ツテ豫審ヲ經サル事件ニ付テハ被告人ノ罪ノ有無ハ聽取書ニ錄取セラレタル被告人竝ニ關係人ノ自白トカ供述ニ依テ定マルコト尙ホ豫審調書ノ記載カ被告人ノ罪責ヲ斷スルノ證據トナルト少シモ異ル所カナイノテアル隨ツテ搜查處分ノ當否ハ刑事訴訟ノ結果ニ多大ナル影響ヲ及ホスコトトナル元來聽取書ノ證據力ナルモノニ就テハ議論カ岐レテ居ル自由心證主義ヲ採用シタル我刑事訴訟法ノ下ニ於テハ其效力ヲ認メ



論者モアルケレトモ此聴取書ノ效力ヲ認メルト云フノハ是ハレ法理論テハナクテ寧ロ實際論テアラウト思フ何故ナレハ此聴取書ニ效力ヲ有タセルコトノ爲メニ檢事豫審判事公判判事ノ勞ヲ省キ刑事訴訟ノ進行ハ之カ爲メニ圓滿トナリ訴訟費用ヲ節約スルコトカ出來ル今此聴取書ノ效力ヲ裁判所カ全然否認スルコトニナツタナラハ如何ナル結果ヲ生スルカト云ヘハ是ハ我國ノ刑訴訟ニ一大變動ヲ生スルニ相違ナイ豫審ヲ經サル事件ハ總テ公判裁判所ニ於テ直接證人其他ノ關係人ヲ訊問セネハナラス、サウスルト裁判所職員ノ増加ヲシナケレハナラス經費ノ増額ヲシナケレハナラス是ハ必然ノ結果テアル是等ノ不便カアルニモ拘ラス此不便ヲ忍テ之ヲ廢スヘキヤ否ヤトイフコトカ刻下ノ問題トナルノテアル、ソコテ此搜查處分ニ就テノ將來ノ問題ハ結局人權尊重ノ精神ニ基イテ斷然聴取書ノ效力ヲ否認スルカ若クハ搜查處分ニ就テ特ニ規定ヲ設ケ從來ノ搜查ノ方針ニ付テハ一大改革ヲ斷行シ聴取書ノ信用ヲ増スニ依テ其證據力ヲ維持シテ行クカ或ハ又刑事訴訟法ヲ改正シテ現行犯ノ場合ノ外證據保全ノ必要アル場合ニ限テ此搜查處分ノ效力ヲ認メ其他ノ場合ニ於テハ一

切之ヲ否認スルカ是ハ關係官廳、大審院及ヒ刑事訴訟法改正委員等ニ牽聯シタ問題テアツテ我我ノ大ニ研究ヲ要スル事テアラウト考ヘル一體此犯罪搜查ニ關スル事ハ立法上ニ於テハ動モスレハ輕視サレテ居ル豫審以上ノ手續ニ付テハ嚴密ナル規定ヲ設ケラレテアルケレトモ<sup>捜査</sup>搜查處分ナルモノニハ少シモ關係セス所謂馬耳東風ノ觀カアル併シナカラ實際ニ於テハ此搜處分ナルモノハ極メテ重要ナル關係ヲ有シ最大多數ノ訴訟ハ此搜查處分ノ如何ニ依テ其運命ヲ左右セララルルコトニナツテ居ルノテアル成ル程豫審公判ニ關スル手續ハ人權ヲ尊重シ誠ニ難有イ規定テアルカ併ナカラ多クノ訴訟ハ搜查處分ニ依テ其運命ヲ決定サレテシマウノテアルカラシテ此難有イ法律ノ規定モ之ヲ適用スル餘地ハ殆ト無イヤウナコトニナツテシマウ私ハ法廷ニ於テ或辯護人ノ辯論ヲ聽イタコトカアリマス其言ニ曰ク檢事ハ警察官ニ致サレル判事ハ檢事ニ致サレル被告ハ結局ソレカ爲メニ有罪ノ判決ヲ受クルニ至ツタト言奇矯ニ失スルノハ嫌ハアルカ亦多少ノ眞理カアル其意ハ檢事ハ警察官ノ過誤ヲ襲踏シ判事復タ檢事ノ過誤ヲ襲踏スルト云フニ在ル職取書ノ證據力カ法律上認メラル



ルコトニナル以上ハ判事ハ格段ナル事由ナクシテハ其效力ヲ否定スルコトカ  
出来ナイ多クノ場合ニ於テハ之ヲ採用サセルヲ得ヌコトニナル

之ヲ要スルニ捜査處分ノ如何ハ實際上刑事裁判ノ當否ニ密接ノ關係ヲ有ス  
ルモノテアルカラ之ヲ改善スルハ目下ノ急務テアリ刑事裁判ノ威信ヲ保ツ上  
ニ於テモ極メテ必要テアル歐羅巴諸國ニ於テハ人權ヲ尊重スルノ精神ト又一  
方ニハ探偵術ノ進歩トカ相俟ツテ司法警察官ヲシテ被告人又ハ關係人ノ自由  
ヲ拘束スルコト無クシテ犯罪捜査ノ實績ヲ擧グルコトヲ得セシムルニ至ツタ  
ト同時ニ一般人民モ警察官ノ爲メニ進ンテ其見聞ニ係ル事實ヲ報告シ犯人ノ  
發見證憑蒐集ニモ協力スル是等ハ著シク捜査處分ヲ容易ナラシムルモノテア  
ツテ我國ノ犯罪捜査モ亦此方針ニ從ツテ著著改良セラルルコトヲ私ハ希望ス  
ルノテアル

檢事ノ捜査處分ハ警察官ノソレト異リ其地位人格ノ保證カアリ講察官ニ認  
ムルカ如キ非違ノ行ハレテ居ラヌコトハ疑ヲ容レナイ併シ檢事モ亦刑事訴訟  
ニ於テハ原告官タル地位ニ在ルノテアルカラ犯罪捜査ノ實績ヲ擧ゲントスル

ニ急ナル時ニ或ハ常軌ヲ逸スル行動カ無イトハ云ヘヌノテアル近來檢事ニ對  
スル人權蹂躪ノ非難カアツテ議會ノ問題トモナツタノテアルカ私ハ其事件ノ  
内容其實否ハ承知シテ居ラヌ併シ檢事ノ行動ニ對スル非難ハ矢張刑事裁判ノ  
信用ニ危害ヲ及ホス虞カアル何トナレハ檢事ノ捜査處分ニ依テ組立テラレタ  
ル訴訟ニ依ツテ裁判所カ言渡シタ刑事ノ裁判カ結局其弊ヲ受ケナケレハナ  
ゴトカアルカラテアル刑事裁判ハ常ニ不正テアル不公平テアルトイフヤウナ  
疑惑ニ超絶シテ居ラナケレハナラヌ其疑惑ナルモノハ根據ノアル場合ハ勿論  
根據ノ無イ場合テアツテモ尙ホ様判ノ威信ヲ傷ケル結果ヲ生スルノテアル、ソ  
レ故ニ私ハ講察官ニ於ケルト等シク檢事ノ捜査處分モ亦人權ヲ尊重スル所ノ  
開明ノ思想ニ基イテ最モ公明正大ニ行ハルルコトヲ希望シテ已マナイモノテ  
アル

尙ホ微罪不檢舉ノコトニ付テ言ヘハ文明ノ進歩人口ノ繁殖ハ著ク犯罪ヲ増  
加スル傾向ノアルノハ是ハ世界各國ニ共通スル所ノ現象テアル若シ人ノ非行  
ニシテ苟モ犯罪ヲ構成スルモノカアレハ悉ク之ヲ羅致シ之ニ當行スルニ刑罰



ヲ以テスルコトニナツタナラハ如何ナル結果ヲ生スルテアラウカ被告事件ハ  
 數倍シ限リアル裁判官ニ於テ到底之ヲ處理スルコト能ハス裁判費用ハ著シク  
 増加スル又牢獄ハ囚徒ヲ以テ充滿シ隨ツテ監獄費ハ増シ國家ノ經濟ハ之カ爲  
 メニ非常ナ打撃ヲ受ケルスル結果ハ到底忍フコトハ出來ナイ譯テアル故ニ微  
 罪不檢舉ハ刑事政策ノ上ニ於テ最モ其當ヲ得タルモノト私ハ考ヘル犯罪ノ輕  
 度ナルモノニ付テハ刑法ニ執行猶豫ノ特典カアル併ナカラ其極メテ輕微ナル  
 モノハ成ルヘク之ヲ訴追サセルノ勝レルニ若カスト考ヘル微罪不檢舉主義ハ  
 從來檢事局ノ探ツテ居ル所ノ主義テアルト考ヘマスカ將來ハ一層其範圍ヲ擴  
 張シテ輕微ナル犯罪ニシテ犯人ニ惡性ノ認ムヘキモノ無ク再犯ノ虞ノ無イ者  
 ハ嚴シク將來ヲ戒メテ之ヲ放還スル政策ヲ益勵行センコトヲ望ムモノテアル  
 此種ノ微罪ヲ不問ニ附シテ措イタ所カソレカ爲メニ別ニ公安ヲ害スル虞カナ  
 イノミナラス國家ノ輕費ヲ節約シ裁判所ヲシテ他ノ被告事件ニ全力ヲ傾注ス  
 ルノ機會ヲ與ヘ裁判事務ノ改良ヲ促スコトカ出來ル古ヨリノ格言ノ如ク「最モ  
 忙殺セラルル裁判官ハ最モ粗漏ナル裁判ヲ爲ステ微罪不檢舉主義ハ此弊害ヲ

除クニ於テ必ス效果アルト考ヘルノテアル

三

第二豫審 豫審處分ニ付テハ私ハ格段ナル消息ヲ有タナイ又左迄非難ノ聲  
 ヲ聞カナイカラ大體ニ於テ刑事訴訟法ノ精神通り遂行セラレテ居ルト考ヘル  
 ノテアル唯被告人カ公判廷ニ於テ豫審ニ於ケル供述ヲ否定スルコトカ往往ア  
 ル其大部分ハ窮餘ノ遁辭テアラウト考ヘルカ併シ一考ヲ要スル問題テアツテ  
 スル事 外國ニモ矢張實例カアルノテ彼ノ佛國ノ有名ナルマダム、スタネル  
 事件ト云テ夫ヲ殺シ母ヲ殺シタトイフノテ法廷ニ立ツニ至ツタ一婦人カアル  
 カ其事件ニ於テ證人ハ往往豫審ノ供述ト異ツタ證言ヲ爲シ豫審調書ノ記載カ  
 是ナルカ又ハ證人ノ言フ所カ眞ナルカトイフコトニ付テ物議ヲ生シ其結果豫  
 審訊問ニ際シテハ被告人ニ辯護人ヲ附ケタダケテハ足ラナイ證人ニモ辯護人  
 ヲ附ケナケレハナラヌト主張スル論者モ出テ或ハ豫審ノ訊問モ公開セネハナ  
 ヲヌ、サウシナケレハ證人供述ノ眞實ナルコトヲ確認スルカ出來ナイト云フ論  
 者モ出テ是等ノ提案ハ行ハレナカツタノテアルカ併シサウイフ議論カ起ツタ



ノチアル又我國ニ於テハ久シキ以前ニハ豫審事件カ澁滯シ二年餘モ未決ニ居  
 ヲタトイフヤウナ例カアル又夜間訊問トイフヤウナモノカアツテ豫審判事カ  
 通宵被告人ヲ訊問シタ其豫審判事ノ中ニ被告人ヲ前ニ控ヘテ座睡ヲ禁シ得ナ  
 カツタ者カアツタト聞イテ居ル併シ是ハ舊イ事テアツテ今日ハ斯クノ如キ事  
 ハナカラウト考ヘル豫審調書ハ重罪事件其他錯綜セル事件ニ在ツテハ公判裁  
 判所ニ最モ有力ナル證據ノ材料ヲ供スルノチアルカラ刑事裁判ノ基礎トナリ  
 隨ツテ其訊問カ最モ公明正大ニ行ハルルトイフコトハ刑事裁判ノ威信ニ重大  
 ナル關係ヲ有スルモノチアル故ニ豫審處分ハ假令刑事訴訟法上附與セラタル  
 職權ノ發動テアツタモ豫審判事タルモノカ之ヲ行フニ方リテハ常ニ人權尊重  
 ノ精神ヲ以テ寬嚴宜シキヲ得セシムルコトカ必要テアルト考ヘル此豫審ノ事  
 ニ付テハ是モ久シキ以前テアリマスカ私ハ佛蘭西語ヲ以テ書イテアル「ゴーズ、  
 セルトブルト」云フ裁判録是ハ有名訴訟トモ譯スルカソレヲ讀ンタコトカア  
 リマス其一節ニ著者ノ刑事訴訟觀カ掲ケテアル此著者ハ英國ニ於ケル刑事訴  
 訟ノ公明正大ニ行ハルルコトヲ口ヲ極メテ賞讃シ英國ニ於テ行ハルル所謂訊

問反對訊問ノ制度ハ極テ其當ヲ得タモノチアルコト英國ニ於テハ陪審制度カ  
 陪審官ヲシテ公平ナル裁判ヲ爲サシムルニ必要ナル條件ノ下ニ行ハルルコト  
 ヲ叙述シタル後ニ佛國ニ於ケル豫審別度ニ論及シテ往時ハ肉體的拷問カ行ハ  
 レタカ現今ハ精神的拷問カ行ハレテ居ル被告人ハ豫審判事ノ訊問ヲ受ケ過去  
 ノ記憶ヲ辿テ陳述スル而シテ其陳述カ前後相違スルヤ豫審判事ハ忽チ之ヲ捉  
 ヘテ詰問シ之ヲ追究シ遂ニ被告人ヲシテ轉々辯解ニ窮セシムル是ハ被告人ニ  
 取テ非常ナ苦痛テアル是レ一種ノ精神的拷問テハナイカト言ツテ居ル其後佛  
 國ニテハ豫審ニ於ケル被告人ニ辯護人ヲ附スルノ制度ヲ採用スルコトトナリ  
 ソレト同時ニ被告人ハ豫審判事ノ訊問ニ答ヘルコトハ出來ルカ其義務ハナイ  
 一應辯護人ト會見シタル後ニアラハザレルハ其訊問ニ應シナイトイフ權利ヲ  
 認メラレタ且辯護人ハ何時ニテモ豫審廷ニ出入シテ豫審記錄ノ閱覽ヲ求ムル  
 權利ヲ有シテ居ル之ニ反シテ檢事ニハ此檢利ヲ認メテナイソレハ所謂不意打  
 ヲ豫防スルカ爲メテアツテ咄嗟ノ間ニ被告人ノ供述ヲ微シテ之ヲ證據トスル  
 從來ノ制度ヲ改メタノチアル隨テ被告人ハ辯護人ノ忠言ニ依ツテ自己ニ最モ



利益ナル述ヲ爲スコトカ出來ル此機會ヲ被告人ニ與ヘテ被告人ヲシテ最モ完全ニ辯護權ヲ行フコトヲ得セシムコトニナツテ居ル是等ノ點ハ我國ノ制度トハ正反對ニナツテ居ル斯ノ如キ制度ハ我刑事訴訟法ニ於テ之ヲ採用スルノ可否ハ別問題トシテ兎ニ角其精神タケハ我豫審訊問手續ニ應用シタイト考ヘル且ソレカ時代ノ要求ニ應スルノテ刑事裁判ノ信用ヲ増加スルコトニ於テ非常ナ効力カアルト信スル元來被告人ノ備ナキニ乘シテ威嚴ヲ以テ其自白ヲ強ユルトイフヤウナコトハ是ハ舊クカラ行ハレタ訴訟上ノ術策テアツタノテアルカ併シナカラ今日ハ之ト異リ被告人以外ニ於テ成ルヘク證據ヲ蒐集シ其自白ヲ強ユルコトナク却テ被告人ニ充分辯護ノ餘地ヲ與ヘルノハ時代ノ精神ニ適スルモノテアル故ニ將來ノ刑事訴訟手續ハトウシテモ此方針ニ從ツテ編成シテ行カナケレハナラヌト考ヘル

## 四

第三公判 公開ノ辯論ヲ經テ被告人ノ罪ノ有無ヲ斷スルハ公判裁判所ノ職責テアル而シテ其任ニ當ル裁判官ハ其人格竝ニ伎倆ニ於テ卓越シテ居ルコト

カ刑事裁判ノ威信ヲ保ツニ必要ナルコトハ前ニ一言シタ所テアリマスカ此所ニ於テ此點ニ付テ重ネテ述ヘヤウト思フ

第一ハ人格テアル刑事裁判官カ衆人ヲシテ畏敬ノ念ヲ生セシムヘキ徳道的資質ヲ有ツテ居ルコトハ裁判ノ神聖ヲ保ツ上ニ於テ必要テアリ一般官吏ニ於ケルヨリモ寧ロ一層適切テアルト感スルノテアル從來ニ於ケル裁判官ノ選任ハ近來訴訟事件カ極テ複雑ニナリ之ヲ裁クニ手腕ヲ要スルトイフ事ヨリシテ裁判官ノ技術ノ方面ニノミ重キヲ措キ其人格徳望ノ如キハ之ヲ顧ミルコトノ出來ナイヤウニナツテ居ルノハ私ノ甚タ遺憾トスル所テアリマス英國ノ法官カ其學識經驗ニ於テ卓越スルノミナラス其人格亦群ヲ絶シ一代ノ師表タルニ足リ世界ニ比類ノナイ優秀ナル裁判官トシテ各國ノ賞讃スル所テアルカ聞ク所ニ依レハ此裁判官ノ選任ハ英國ニ於テ「キングスカウンセラ」ノ稱號ヲ有スル先輩辯護士ノ中ヨリ選拔スルノテアルカ其標準ハ學識經驗ヨリモ寧ロ其人格ニ重キヲ措キ其儕輩ヨリ畏敬セラルル者ヲシテ法官ノ識ニ就カシムルトイフコトテアルカ英國ノ法官カ一世ノ徳望ヲ負フテ英國人ハ勿論世界各國ノ人



人ヨリ尊崇ノ念ヲ以テ迎ヘラルルノハ尤モノ事テアルト考ヘル  
 刑事裁判官ノ有スヘキ人格ノ一ツハ裁判官ハ其意思堅確ニシテ能ク外部ヨ  
 ツ來ル壓迫ニ堪ヘ最モ公平ナル裁判ヲ下スニ必要ナル膽力ト勇氣トヲ持ツテ  
 居ラナクテハナラヌ

五

先ツ第一ニ裁判官ハ自己ニ對スル勇氣ト云フカ或ハ事件ニ對スル勇氣ト云  
 カ此勇氣ヲ持タナケレハナラヌ被告事件カ所謂一種ノ疑獄テアツテ殊ニ其結  
 果カ極メテ重大テアルトキ例ヘハ裁判官カ被告人ノ死刑其他ノ重罪ト無罪ト  
 孰レカ一ツヲ選擇セネハナラヌ必要ニ迫ラレタト假定スレハ是ハ一種ノ怯懦  
 心カ自ラ生スルコトヲ禁スルコトカ出來ナイ誤ツテ被告ニ無罪ヲ言渡サンカ  
 社會ノ安寧秩序ヲ維持スヘキ重責ヲ曠シクスル虞カアル誤ツテ之ヲ有罪トキ  
 ンカ無辜ノ良民ニ刑罰ヲ當行シタル責任ヲ免ルルコトカ出來ナイ裁判官カ冷  
 靜ナル頭腦ト沈著ナル勇氣トヲ持ツテ居ラナケレハ到底公明正大ニ事件ヲ解  
 決スルコトカ出來ナイテアル

裁判官カ權勢ノ命スル所ニ從ヒ又ハ其意ヲ迎ヘテ訴訟ノ曲直ヲ斷スルノ弊  
 ハ古今東西ノ歴史ニ於テ見ル所ノ事實テアル我國ニ於テモ往時權威ノ壓迫ニ  
 對スル裁判官ノ獨立ニ就テ疑惑ヲ生シタル事例カナイテハナイカ今日ニ於テ  
 ハ斯ル疑惑ハ先ツ其痕ヲ絶ツタト云ツテ宜シイト考ヘル併ナカラ裁判官ノ獨  
 立ハ其人ノ裁判ノ神聖ヲ保ツニ必要ナル勇氣カアルノミテハ足ラナイノテア  
 ル其他位ニ對スル完全ナル保障ノ存セサル限りハ眞ノ獨立ハ到底之ヲ保ツコ  
 トカ出來ナイノテアル蓋眞ノ獨立ナルモノハ矢張英國ノ裁判官ニ於テ始メテ  
 見ルコトカ出來ルノテアツテ大陸主義ノ制度ニ於テハ到底之ヲ期待スルコト  
 カ出來ナイ何トナレハ行政官カ司法官ノ進退黜陟ヲ爲スノ實權ヲ掌握シテ居  
 ルニ於テハ其獨立ヲ害スヘキ危險ハ常ニ存在シテ居ル而シテ裁判ノ公平ニ對  
 スル疑惑ハ其根據アルト否トニ拘ラス其裁判ノ信用ヲ傷クル結果ヲ生スルハ  
 前ニ説明シタ所テアツテ裁判ハ總テノ疑惑ニ超絶シテ居ラナケレハナラヌ大  
 陸主義ノ法制ヲ採用シタル我國ニ於テハ裁判官ノ獨立ハ唯裁判官其人ノ人格  
 ニ保障ヲ求ムル外ナイ併シ司法當局者其他ノ官憲ニ於テモ深ク此點ニ注意シ



テ裁判ノ信用ヲ傷ケルコトノナイヤウニ、サウイフ疑ヲ惹起スヤウナコトノナイヤウニ私ハ希望シテ已マナイモノテアル

六

裁判官ノ有スヘキ人格ノ第二ハ裁判官ハ叮嚀親切ニシテ被告ニ對スル同情心ニ富ミ之ヲシテ充分ニ辯護權ヲ行フコトヲ得セシムルノ寛宏ナル度量ヲ有スルコトニ在ル

大陸主義ノ刑事訴訟ニ於ケル通弊ハ裁判官ハ動モスレハ被告人ヲ有罪視スルニ在ルノテアル其心證ハ辯論終結ノ際マテモ浮動的ノ状態ニ在ツテ反證ヲ容ルルノ餘地カナクテハナラヌノテアルノニ公判開始ノ際早ク既ニ固定シテシマツテ被告ノ辯解ニ多クノ餘地ヲ與ヘナイノニ在ル刑事裁判官ニ對シテ所謂豫斷ノ非難カアリ其審問苛酷ニ失スルトシテ物議ヲ生スルハ全ク之カ爲メテアル英國法官ノ刑事訴訟ニ於ケル公明正大ナル態度ハ是亦一般ニ認メラルル所テアル佛國人ノ英國法廷觀ヲ記述シタル一節ニ此點ニ就テノ觀察カ掲ケテアル著者カ英國ノ法廷ニ於テ刑事ノ公判ヲ傍聽シタル際裁判長ハ陪審官ニ

對シテ叮嚀親切ニ事實證據ノ説明ヲシタ然モ其説明ハ極メテ公平ニシテ毫モ偏倚スル所カナク其心證ノ果シテ那邊ニ存スルヤヲ知ルコトカ出來ナカッタ證據説明終ツテ後チ著者ハ判事ノ控室ニ抵リ判事ニ對シテ其被告事件ニ關スル心證ハ如何テアルト尋ネタサウスルト判事ハ即座ニ無論有罪テアルト答ヘタ、ソコテ著者ハ公判廷ニ於ケル判事ノ態度ニ對シテ益々崇敬ノ念ヲ高メ、ダイ書イテアル然ルニ海ヲ渡ツテ佛國ニ入ツタナラハ如何テアルカ人權ノ尊重自由博愛平等ヲ標榜スル所ノ佛國―其佛國ニ於テ裁判長ノ態度カ英國ニ於ケル如ク公明正大ナラス裁判官ノ審問カ動モスレハ酷ニ失シテ屢物議ヲ生シテ居ル其初メ佛國ニ於テモ重罪事件ノ審理ニ際シテハ裁判長ハ英國ニ於ケルト同様ニ陪審官ニ對シテ事件ノ概要ヲ説明スルノ職權ヲ有シテ居ツタノテアル然ルニ其説明ナルモノハ常ニ被告ニ不利益テアリ恰モ第二ノ論告タルノ觀カアリ之カ爲メニ世論カ沸騰シ遂ニ法律ヲ改正シテ此職權ヲ裁判長ヨリ奪ツテシマツタ併シ被告人ヲ訊問スルノ權利ハ依然トシテ裁判長カ有シテ居ツタノテアル然ルニ端ナクモ裁判長ハ此職權ヲモ奪ハルル出來事カ起ツタ、ソレハ被ノ有



名ナルマダム、スタネル事件ノ審理ニ際シテザハールト云フ判事カ其學識經驗ニ於テ尊重スヘキ法官テアツテ重罪裁判所ノ裁判長トシテ指定サレ一件記録ノ調査杯ハ極メテ綿密テアツタ然ルニ其裁判長ハ一件記録上得タル心證ニ基イテスタネル夫人ノ訊問カ常軌ヲ逸シテ苛酷ニ涉リ被告人ト裁判長トノ間ニ絶エス烈シキ論戰カアツタ又被告人ハ婦人テアツテ之ニ同情ヲ寄セル者モ尠クナカッタソレカ爲メニ忽チ物議ヲ生シ佛國新聞ハ勿論ノコト英米ノ新聞モ舉ツテ此裁判長ノ態度ヲ攻撃シタ其結果刑事訴訟法ノ改正ニ關スル種種ナル提案カアリ又議會ノ問題トモナツテ遂ニ重罪裁判所ノ手續ヲ改正シテ英國ノソレノ如キ當事者主義トシ被告人訊問ノ權利ヲ裁判長ヨリ奪フコトニナツテ此議案ハ議院ニ提出セラレタコトハ知ツテ居ル其後ノ消息ハ缺イテ居ルカ是ハ必ス成立シタモノト信スル

私ハ熟ラ考ヘルニ人間ノ健康ハ攝生ニ依テ之ヲ保ツコトカ出來ルノテアル之ヲ濫用スレハ之ヲ失フ人ノ職權モ矢張同様テアツテ之ヲ濫用スレハ忽チ之ヲ失フ結果ヲ生スル近時獨逸ニ於テモ刑事裁判官ノ審問カ苛酷ニ失スルトイ

フ非難ヲ耳ニスルノテアル

又之ヲ我國古來ノ沿革ニ徴スルニ法官トシテ國民ノ信賴ヲ贏チ得タル者ニシテ寛宏ナル度量ト被告人ニ對スル同情心ノ無カツタ者ハ殆ト稀テアル玉乃世履氏ハ近世ノ名法官トシテ人口ニ膾炙スル所テアル併シ是ハ其頭腦ノ明敏ニシテ學識ノアツタ爲メテハナイノテアツテ寧ロ事件ノ審理カ極メテ叮嚀親切テアツテ此事カ一般ニ認メラレタ爲メテアル是ハ私カ先輩カラ聽イタ所テアル私カ今ヨリ二十有餘年前千葉ノ裁判所ヘ行ツタ時ニ此裁判所ニ言行ノ奇矯ヲ以テ有名ナル一人ノ判事カアツタ其判事カ被告事件ヲ審理スル時分ニハ被告人カラ申請シタ證人ハ何テモ彼テモ許シタ併シ其結果ハ如何テアルカトイフト多クハ有罪トナツタ併シ被告人ハ多クハ其判決ニ服シテ控訴シタ者ハ極メテ稀テアツタトイフコトテアル此判事ノ行動ハ稍、常軌ヲ逸シタヤウナ嫌ヒハアルカ併ナカラ之ヲ以テ人心ノ機微ヲ察スルコトカ出來ヤウト思フ

刑事裁判官ハ決シテ被告人ヲ有罪視シテハナラヌノテアル少クモ疑問ノ人トシテ之ヲ取扱ヒ能ク其言ハント欲スル所ヲ言ハシメナケレハナラヌ口頭無



證ナル被告人ノ言葉ノ中ニモ矢張眞理ヲ含ンテ居ルコトカアル又其利益トナ  
ルヘキ證據ノ申立ハ成ルヘク之ヲ採用シ辯護ノ餘地ヲ充分之ニ與ヘテヤラナ  
ケレハナラヌ博愛ト云フ事ハ刑事訴訟ト沒交渉ナル道德ヲハナイ矢張刑事訴  
訟ニ於テモ遵守セネハナラヌ道德テアルト考ヘル故ニ私カ切ニ裁判官ニ望ム  
ノハ裁判官カ假リニ己レノ身ヲ被告ノ地位ニ置イテ而シテ「己レノ欲セサル所  
之ヲ人ニ施スコト勿レ」汝ノ欲スル所之ヲ人ニ施セ」ト云フ東西兩聖人ノ格言ノ  
眞意ヲ幾分ニテモ翫味シテ貫ヒタイノテアル古賀博士ハ刑事ノ被告人トナツ  
テ遂ニ免訴ノ言渡ヲ受ケタ刑事ノ被告人トナラレタコトニ付テハ私ハ大ニ弔  
意ヲ表シ免訴ノ言渡ヲ受ケラレタニ付テハ滿腔ノ祝意ヲ表スル古賀博士ハ嘗  
テ檢事トシテ峻烈ナル論告ヲ爲サレタモノテアル併シ此度第一番第二番ノ法  
廷ニ立タレタ時ノ感想ハ如何テアツタカ私ハ古賀博士ニ聽キタイノテアル

## 七

元來刑事訴訟ハ先著手ノ權利ヲ檢事ニ與ヘテアルノテアル故ニ被告事件カ  
公判ニ繫屬スルニ方リテ其罪ヲ斷スルニ足ルヘキ形式的ノ證據ハ既ニ完備シ

シテ居ツテ檢事ニ於テ其補充ノ必要ヲ感スル場合ハ極メテ稀テアラウト思フ  
被告ハ未タ嘗テ辯護ヲスルノ機會カナカツタノテアル其事件カ公判ニ移リ茲  
ニ始メテ自分ノ辯護權ヲ行ヒ反證ヲ提出シテ自己ニ有利ナル裁判官ノ心證ヲ  
起サシムルコトカ出來ル之カ唯一ノ機會テアル裁判官ハ被告人ノ此要求ニ對  
シテハ可及的少クトモ或程度ニ於テ満足ヲ與ヘナケレハナラヌ其有罪ノ證據  
カ既ニ訴訟記録上充分テアルトイフコトヲ其要求ヲ斥ケルノハ決シテ穩當ノ  
處置トハ考ヘラレナイ私ハ刑事訴訟ニ於テ既ニ先著手ノ權利カ檢事ニ認メラ  
レテ居ル以上ハ公判ノ辯論ニ於テハ純然タル當事者對等主義ノ行ハルルコト  
ヲ切望スルモノテアル固ヨリ被告人ノ際限ナキ要求ニ満足ヲ與フルハ裁判官  
ノ堪ユル所テハナイテアラウト思フ併ナカラ其取捨採擇ニハ自ラ程度カアリ  
中庸ノ道ハ自ラ存スルコトヲ疑ハナイ若シ被告人ノ要求ヲ排シ訴訟記録ノミ  
ヲ以テ裁判ヲスルコトカアツタトスレハ是ハ片言ヲ聽テ獄ヲ斷スルモノヲ其  
裁判ハ決シテ公明正大ナリト云フコトハ出來ナイト考ヘル私ハ從來證據申請  
ノ許否ニ關シテ判事ト辯護人ノ間ニ意見ノ衝突感情ノ背戾ヲ生スルノヲ見テ



衷心之ヲ悲シムモノテアル裁判所カ辯護人ノ提出セル證據調ノ申請又ハ延期ノ申請ヲ却下シ辯護人ハ之ニ報ユルニ忌避ノ申請ヲ以テスル是ハ刑事訴訟ニ於テ往往見ル所ノ事實テアツテ其是非曲直ノ如何ニ拘ラス裁判ノ信用ヲ害スヘキ甚シキ不祥事テアルト考ヘル私ハ辯護人諸君ニ向ツテハ成ルヘク事件ノ進行ヲ妨ケサルノ注意ヲ望ムト共ニ裁判官諸公ニ對シテハ辯護人ニ辯論ノ進行ヲ徒ニ妨ケントスル惡意ノ見ルヘキモノノナイ限リハ其要求ニ満足ヲ與ヘ被告人ノ利益ノ爲メニ辯護權ヲ完全ニ行使セシムルコトヲ望ムモノテアル證據調ノ必要ナルヤ否ヤヲ判斷スルハ勿論裁判所ノ職權テハアルカ裁判所ハ反證ノ提出ヲ被告人ニ許ス刑事訴訟法ノ精神ニ鑑ミテ其職權ノ行使ヲ緩和シ被告並ニ辯護人ノ情願ヲ容ルル雅量ヲ示スノハ刑事裁判ノ信用ヲ發揚スル所以テアルト考ヘル直接審理ヲ原則トスル國ニ於テハ裁判所ハ檢事及ヒ辯護人ヨリ申請シタル若干ノ證人ヲ開廷前ニ裁判所ニ喚出シテサウシテ兩者ノ要求ニ適度ノ満足ヲ與ヘテ居ルノテアル我國ニ於テ證人調ノ申請カ往往斥ケラルルノハ事件ノ進行ヲ著シク害シ又ハ之ヲ害スルノ虞アルカ爲メテアル是ハ裁判

所ニモ已ムヲ得サル事情カアル場合モアルノテアル、ソコテ私ハ外國ニ行ハルル刑事訴訟ニ則リ公判開廷前ニ當事者雙方ヨリ必要ナル證人ノ喚問ヲ申請シ裁判所ハ期日ニ之ヲ喚出シテ取調ヲ爲シ一面被告人ノ要求ヲ容ルルト同時ニ他ノ一面ニ於テ訴訟ノ進行ヲ迅速ナラシメ其淹滞ヲ豫防スルノ慣例ヲ作ルコトヲ希望スルノテアル是ハ現行刑事訴訟法ニハ矢張其場合ヲ認メテアルカ何故カ我國ノ裁判所ニテ行ハレテ居ラヌ是ハ豫審調書トカ聽取書ノ記載ニ重キヲ措ク結果テアラウト考ヘル今日マテ實行サレテ居ラヌカ併シ成ルヘク斯ウイフヤウニシテ證人調ヲスルノカ刑事訴訟ノ改善ニ效力カアルト信スルノテアル

其次ハ所謂伎倆ノ問題テアルカ此點ニ付テハ多ク言フ必要ハナイ

## 八

刑事裁判官ニ尊重スヘキ第三ノ資格ハ裁判官カ卓越シタル學識ト經驗ヲ有スルコトニ在ル 刑事裁判官ハ法律學ノ素養アルノミヲ以テ足レリトセス其研究ヲ以テ畢生ノ事業トスヘク其學殖ハ大學教授ト伯仲ノ間ニ在ルヲ以テ理



想トスル併シ刑事裁判官ニ最尙フヘキ資格ハ其豐富ナル常識ト經驗テアル何トナレハ刑事ノ裁判ハ最モ事實ノ認定ヲ重ニスルカ故ニ事實ノ認定カ其當ヲ得ルコトカ刑事裁判官ニ必要ナル條件テアツテ是ハ卓越シタル常識經驗カナケレハ到底出來ナイ事テアル常識經驗ノ乏シキ被判官ハ刑事裁判官トシテ最モ不適當ナモノテアル古來良法官トシテ後世ニ其名ヲ傳ヘタル者ハ其卓越セル常識經驗ニ依テ事實ノ真相ヲ看破シ適切ナル裁判ヲ下スコトヲ得テ其名ヲ成スニ至ツタモノテアル此常識經驗ニ於テモ英國ノ裁判官ハ第一位ニ居ル是ハ事實ノ裁判ヲスルノテハナイカ矢張第一位ニ居ル佛國ノ法官カ之ニ亞キ獨逸ノ法官カ之ニ亞タコトニナツテ居ル是ハ獨逸ニ於ケル人モ亦認メテ居ル所テアル就中獨逸ノ少壯法官ニ對シテハ所謂「ウエルト、フレムド」——世間知ラストテモ譯スカ——ト云フ非難カアル是ハ大學ニ於ケル法律學ノ研究カ餘リニ抽象的ニ失シソレカ主因ヲ成スノテ宜シク其教授ノ方法ヲ改正セネハナラヌトイフコトカ漸ク識者間ニ認メラレテ來タノテアル我國ノ裁判官カ其職權ヲ完ウスルニ足ル常識經驗ヲ有スルヤ否ヤハ別論トシテ刑事裁判官タルモノハ

常ニ此常識經驗ノ修養ニ意ヲ用ヒ事案ニ適切ナル裁判ヲ下シテ刑事用判ノ威信ヲ發揮セネハナラヌノハ敢テ私ノ喋喋ヲ要シナイ所テアル

## 九

以上ハ私カ現行制度ノ下ニ於テ刑事裁判ト國民ノ信賴ト云フ關係ニ付テ此信賴ニ値スルニハ如何ニシテ宜シイカトイフコトヲ述ヘタノテアル然ルニ近來陪審制度論ナルモノカ起ツテ其聲カ漸ク大キクナツタ是ハ一面現行制度ニ對スル不滿テアルケレトモ又他ノ一面ニ於テハ刑事裁判ニ對スル不信任ヲ意味スルモノト解釋スルコトカ出來ル司法ノ危機漸ク其急ヲ告クルモノト言ツテモ決シテ誣言テハナカラウト思フ陪審制度ノ利害得失其國情ニ選スルヤ否ヤ其實行ノ難易如何ノ問題ハ別トシテ此制度ノ採用セララルヤ否ヤハ詰マリ將來ニ於ケル我刑事裁判ノ信用如何ニ存スルハ私ノ斷言シテ憚ラナイ所テアル苟モ現今ノ制度ニ忠ナラントスル論者ハ最後ノ奮勵努力ヲ爲シテ刑事裁判ノ信用ヲ維持シ狂瀾ヲ既倒ニ回スノ策ヲ講シナケレハナラヌ然ラサレハ現行制度カ其終焉ヲ告クルノ日ノ遠クナイコトヲ私ハ信セサラント欲スルモ能



### 記念號ノ發刊ニ就テ

余曾テ歐洲各國ヲ巡遊シ其文物制度人情風俗ヲ觀察ス其物質的文明ノ進歩偉大ニシテ後進國ナル我日本ノ夫レニ比シ實ニ隔世ノ感アリ我國ハ果シテ是等先進歩ト比肩スルコトヲ得ルニ至ルヘキヤ若シ然リトセハ向後幾星霜ヲ經テ此域ニ達シ得ルヤニ付キ深キ怪疑心ノ腦裡ニ浮フヲ禁スルコトヲ得サリキ外國トノ交通開始セラレ彼ノ長ヲ取リテ我短ヲ補フノ國是一定シタルヨリ以來我國ハ銳意外國ノ文物制度ヲ輸入シ僅々五十有餘年ノ短日月ニ於テ長足ノ進歩ヲ遂ケ最近ノ戰勝ニ因リテ一躍列強ノ伍伴ニ入り外人ヲシテ一驚ヲ喫セシメタルハ大イニ國民的自負心ヲ満足セシムルモノアリテ吾人ノ相共ニ慶スル所ナリ。然リト雖モ我日本カ世界各國トノ交通上ニ於テ重キヲ成シ外人ノ我國民ヲ畏敬スルハ彼ノ所謂好戰國民タルカ爲メニシテ軍事ヲ除キ其他ノ方面ニ於テハ未タ以テ大ニ彼レニ誇ルモノアルナク科學技藝ノ進歩工商業ノ發達交通機關ノ普及其他社會公共ニ關スル各般ノ施設尙ホ遙カニ低位ニ在リ



テ彼ニ及ハサルコト頗ル遠シ

茲ニ於テ我國民ハ開國以來ノ國是ニ從ヒ憤勵一番彼ノ進步ノ跡ヲ追ヒ漸次之ニ接近シ終ニハ之ヲ凌駕シテ最終ノ目的ヲ達スルノ斷乎タル大決心ヲ以テ進マサルヘカラス。

外人ノ我國民ヲ評スルノ語ニ曰ク「日本人ハ摸倣ニ巧ニシテ創造力ニ乏シ彼等ハ猿猴ノ如キ國民ナリト

是レ日本人ノ性格ヲ究メサル皮想ノ見解ニシテ我國民ヲ誣ユルノ甚タシキモノト謂ハサルヘカラス。近來歐米諸國ニ於テ日本人ニ關スル研究ノ漸ク盛シナルニ從ヒ其性格ハ端ナク認識セラレテ世界ノ文明史上ニ一異彩ヲ放ツニ至レリ、方今歐米諸國ニ於ケル識者ノ見解ハ「日本人ハ特殊ノ歴史ト發達トヲ有スル著名ナル國民ニシテ外國文明ノ粹ヲ拔キテ之ヲ自家藥籠中ノ物トナシ其國粹ト調和セシメテ之ヲ醇化スルニ妙ヲ得タリ左レハ支那ノ文明ハ日本ニ輸入セラレテ光彩ヲ放ツニ至レルハ歴史ノ證明スル所ニシテ西洋ノ文明モ亦日本ニ輸入セラレ日本ノ國粹ト同化シテ一層ノ光輝ヲ發スルニ至ルヤ必セリト

云フニ一致ス是等豈ニ開國以來終始一貫シテ實行セラレタル我國是ニ於テ表明セラル、國民性ヲ説明シテ餘蘊ナキモノニアラスヤ

「彼ノ長ヲ取り我短ヲ補フテ」國是ハ我國粹ヲ棄テ舊文明ヲ抛テ盲目的ニ西洋ノ文明ヲ移植スルノ意義ヲ有セズ我國粹ニ配スルニ西洋ノ文明ヲ以テシ新舊文明ヲ適度ニ調和シテ新文明ヲ創始スルヲ以テ其究極ノ目的トス

東洋ノ文明印度支那ヨリ日本ニ入り日本ノ國粹ニ配シテ醇化シタルモノ即チ我國ノ舊文明ニシテ我舊文明ハ實ニ東洋文明ヲ代表スルモノト謂フヘシ。而シテ東西文明ヲ折中シテ特殊ノ文明ヲ形成シ世界ノ文明史上ニ於テ新生面ヲ開始スヘキ最モ好適ノ地位ニ在リテ而カモ充分ナル實力ヲ有スル者ハ我國ヲ措テ他ニ之ヲ求ムルヲ得ズ。

西洋諸國ノ文明ハ其物質的經濟的進步ニ於テ若カク偉大ニシテ後進タル我國民ヲ眩惑セシムルモノアリト雖モ亦幾多ノ缺陷ト暗黒面トヲ有シ經世家ヲシテ其前途ニ付キ憂慮措ク能ハサラシムル所ニシテ現ニ貧富ノ懸隔奢侈ノ增長風儀ノ墮落、人口ノ減少、同盟罷工、其他道德的進步ノ伴ハサル物質的ノ文明ニ



免カル可カラサル幾多ノ弊害ハ是等先進國民ヲシテ舉ツテ其救濟策ニ腐心セシム、後進タル我國民ノ深ク鑑ミサルヘカラサル所ナリ

我國が開國進取ノ大方針ヲ確定シ西洋ノ文物制度ヲ輸入シテ其物質的文明ノ跡ヲ追フコトトナリタルヨリ以來其長所ト共ニ其弊害ヲモ受クルニ至ルハ數ノ免カルベカラザル所ニシテ質素浮朴ナル風俗ト忠君愛國ノ精神トヲ以テ全世界ノ稱讚ヲ博シタル我國民中ニ淫靡放縱ナル風俗ノ漸ク仄メクノミカ假令極メテ狹小ナル範圍ニ於テトハイヘ我國體ト相容レサル危險ナル思想ノ發生ヲ見ルニ至リタルハ慨嘆ニ堪ヘサル所ナリ既ニ西洋ノ物質的文明ヲ輸入ス之ニ伴フ弊害ノ從テ生スルハ避ケントシ避クル能ハサルハ言フ俟タスト雖トモ此弊害ヲ未然ニ豫防シテ之ヲ最少限度ニ止マラシムルハ將來ニ於ケル我國民努力ノ存スル所ニシテ我國ノ經世家ハ此點ニ向ツテ其全力ヲ傾注スルノ極メテ急務ナルヲ信ゼントス。抑モ西洋ノ文明ハ其固有ノ沿革ト發達トヲ有シ其物質的進歩ヲ追イテ以テ今日ニ至リタルモノナレハ勢ノ趣ク所止マラントシテ止マルヲ得ス轉セントシテ轉スル能ハサルノ境遇ニ陥リタルモノナリ。

我國情ハ之ニ異ナリ其文明ハ特殊ノ歴史ト發達ヲ爲シ西洋ノ文明ハ我舊文明ヲ保存シ之ヲ我國粹ニ配シテ醇化シ以テ其特色ヲ發輝セシムルカ爲メニ之ヲ採用シタルニ過キス從テ我舊文明ハ西洋文明ノ輸入ニ因リテ幾多ノ變更ヲ受ケタルニ拘ラス國民ノ生活ニ於テ深キ根底ヲ爲シ社會活動ノ各方面ニ於テ其存在ヲ認ムルコトヲ得ヘク而シテ我物質的文明カ西洋ノ文明ニ後ル、丈ソレ丈ケ其利害得失ヲ研究シ取捨採擇ヲ慎重ニシ我文明ニ利スルノ餘地ヲ存スルモノト謂フベク徒ラニ西洋ノ文明ニ心醉シテ其利弊ヲ極メス其取捨ヲ慎マサルニ於テハ其弊ヲ受クル益々多ク他日噬臍ノ悔ヲ殘スニ至ルヤ知ルベカラス我國文明ノ前途ノ爲メニ寒心スヘキ至リナラスヤ。

我國民ハ專心一意西洋ノ物質的文明ヲ摸倣シテ猿猴的國民タルノ名稱ニ甘ンスヘキヤ若クハ開國以來ノ國是ヲ嚴守シ西洋文明ノ研究其取捨ヲ慎重ニシ彼ノ長ヲ以テ我國粹ニ配シ東西文明ノ粹ヲ拔テ新文明ヲ鼓吹シ彼此國民ヲシテ其惠ニ依ラシムルノ理想ヲ實現スヘキヤハ將來ニ於ケル我國民ノ決心如何ニ在リ我國ノ前途ハ懸リテ此一點ニ存スト云フモ敢テ不可ナシト信ス



我明治大學ハ日本ノ私立大學中ニ在テ最モ古キ歴史ヲ有シ新日本ノ爲メニ有爲ナル人物ヲ供給スルコト茲ニ數十年是等同校出身者諸君カ我日本ノ各方面ニ於ケル活動ハ其進歩發達ニ與リテ大ニカアリ其功績ノ顯著ニシテ比類ナキハ衆目ノ共ニ認ムル所ナリ而シテ學叢ハ諸君カ互ニ氣脈ヲ通シテ有益ナル問題ヲ研究シ以テ我日本國ノ向上發展ニ資セラレタル機關雜誌ニシテ我國ノ前途ニ多大ノ裨益ヲ與フヘキハ余ノ信シテ疑ハサル所ナリ今ヤ紀念號ノ發行セラル、ニ臨ミ我日本ノ將來ニ就キテ余ノ所信ヲ披瀝シ諸君ニ託スルニ此問題ノ研究ヲ以テスルハ深ク諸君ニ信賴シテ其成功ヲ期スルヲ以テナリ。

——(明發創刊號)——

# 法學論集第一編終

## 法學論集 第二編

法學博士 横田 秀雄 著

### 期限ニ就テ

期限トハ法律行爲ノ效力ノ發生消滅又ハ其履行ヲ到來スルコトノ確實ナル時期ニ繫ラシムル法律行爲ノ附款ニシテ民法第三百三十五條ノ規定ニ依ルトキハ之ヲ二種ニ區別スルコトヲ得ヘシ始期及ヒ終期即チ是レナリ

始期付法律行爲ニ付キテハ民法ハ第三百三十五條第一項ニ之カ規定ヲ設ケタリ曰ク「法律行爲ニ始期ヲ付シタルトキハ其法律行爲ノ履行ハ期限ノ到來スルマテ之ヲ請求スルコトヲ得ス」ト例之申者乙者ニ對シ大正九年十二月三十一日ヲ期シテ金一萬圓ヲ贈與スヘキコトヲ約シタル場合ニ於テ乙者ハ其契約ニ定

期限ニ就テ

三五五



メタル期限ノ到來スル迄ハ甲者ニ對シテ金一萬圓ノ支拂ヲ請求スルコトヲ得サルカ如シ而シテ民法第三百三十五條第一項ノ規定ハ當事者間ノ法律行為カ其相互ノ間ニ於テ債權的請求權ヲ發生セシムル場合ニ於テ適用アルハ論ヲ俟タスト雖トモ其法律行為カ物權ノ設定移轉變更ヲ目的トスル場合ニ於テハ同條ノ規定ニ依リテ其效力ヲ定ムルコトヲ得ス例之甲者乙者ニ對シ大正九年十二月三十一日ヲ期シテ其所有地上ニ地上權ヲ設定スヘキコトヲ約シタル場合ニ於テ乙者ノ地上權ハ期限ノ到來ニ因リテ當然發生シ甲乙兩者間ニ於テ履行請求ノ問題ヲ生スルコトナキヲ以テ第三百三十五條第一項ノ規定ヲ適用スルコトヲ得ス唯タ地盤ノ引渡又ハ登記手續ノ如キ甲者ノ行為ヲ必要トスル事項ニ付キテハ同條ノ規定ニ依リテ其履行ヲ停止スルコトヲ要スルノミ而シテ物權ノ設定移轉變更ヲ目的トスル法律行為ニ始期ヲ付スルコトハ常ニ見ル所ノ事實ニシテ其法律行為ノ有效ナルコトハ學說上一般ニ認メラル所ナルヲ以テ民法中此種ノ法律行為ノ效力ニ付キ特ニ規定スル所ナシト雖トモ我民法ノ解釋上ニ於テモ亦之ヲ是認セサルヘカラス果シテ然ラハ始期付法律行為ニ付キテハ其

ノ物權ノ設定移轉變更ヲ目的トスルモノト債權ノ創設ヲ目的トスルモノトヲ區別シ前者ニ付キテハ期限ハ法律行為ノ效力ヲ停止スルコト尙ホ停止條件付法律行為ニ於ケルト毫モ異ナル所ナク物權ノ設定移轉變更ハ期限ノ到來ニ因リ茲ニ始メテ其效力ヲ生スヘク後者ニ在リテハ期限ハ債務ノ履行ヲ停止シ債權者ハ期限ノ到來スルマテハ其履行ヲ債務者ニ請求スルコトヲ得サルコトトナルヘク民法第三百三十五條第一項ノ規定ハ此ノ後ノ場合ニ付キテ設ケラレタルモノト解セサルヘカラス

物權ノ設定移轉變更ニ始期ヲ付スルコトノ法律上可能ナルコトハ既ニ説明スル所ノ如シ蓋シ期限ハ條件ト異ナリ早晚必ラス到來スヘキモノナルヲ以テ物權ノ設定移轉變更ニ始期ヲ付シタル場合ニ於テハ其物權關係ノ將來成立スヘキコトハ必至ノ事實ナルモ物權ハ物ト權利者トノ間ニ於テ現在存スルコトヲ其成立要件トスルヲ以テ將來ニ於テ物ヲ支配スルノ權能ヲ獲得スルノ可能ニシテ必然ナルコトハ未タ以テ現在ニ於テ物權關係ヲ成立セシムルニ足ラス故ニ物權ノ設定移轉變更ニ始期ヲ付スルコトハ常ニ其期限ノ到來スルマテ其效果ノ發生ヲ



妨タルノ效力ヲ生スルモノトス債權モ亦タ物權ト等シク契約ヲ以テ其效力ノ發生ヲ期限ノ到來ニ繫ラシメ其期限ノ到來セルマテ其效力ヲ停止シ期限ノ到來ニ因リ始メテ債權ヲ發生セシムルコトヲ得ルヤ余ハ債權關係ニ在リテハ始期ヲ付シテ其履行ヲ停止スルコトヲ得ルモ其發生ヲ期限ノ到來ニ繫ラシムルコトハ法律上不可能ナルノミナラス全然無意義ナリト信ス抑モ債務關係カ當事者間ニ成立シタリヤ否ヤヲ決スルノ標準ハ一ニ當事者ノ一方カ債務ノ目的タル給付ニ付キ相手方ニ對シ確定的ニ拘束ヲ受ケ苟クモ給付ヲ爲スニアラサレハ其拘束ヲ免カルコト能ハサル法律上ノ地位ニ在リヤ否ヤニ存シ當事者間ニ於テ斯クノ如キ狀態カ發生シタルトキハ其給付ヲ目的トスル債務關係ハ既ニ成立シタルモノトス之ニ反シテ當事者ノ一方カ相手方ニ對シテ拘束ヲ受クルヤ否ヤカ未必ニシテ給付義務ヲ負擔スルヤ若クハ之ヲ負擔セサルヤカ確定セサル間ハ債務關係ハ未タ成立スルニ至ラサルモノトス停止條件付法律行為ニ在テハ債務關係ノ成立ハ條件ノ成就ニ繫リ其法律行為ハ條件ノ不成就ニ因リ全然其效力ヲ失フヲ以テ條件ノ成就未定ノ間ハ債務者カ拘束ヲ受クルヤ否

ヤ不確定ナリ隨テ債務關係ハ未タ成立スルニ至ラス唯タ其成立スヘキ一ノ希望存スルニ過キス又第三者ノ爲メニスル契約ニ在テハ諾約者カ第三者ニ對シ給付義務ヲ負擔スヘキヤ否ヤ未確定ニシテ其然ルヤ否ヤハ第三者ノ受益ノ意思表示如何ニ繫ルヲ以テ此意思表示ナキ間ハ諾約者ハ第三者ニ對シ契約ノ目的タル給付義務ニ付キ未タ絶對ニ拘束ヲ受ケタルモノト謂フコトヲ得ス勿論停止條件付法律行為ニ在テハ權利者ハ一種ノ期待權ヲ有シ第三者ノ爲メニスル契約ニ在テハ第三者ハ一種ノ形成權ヲ有シ此程度ニ於テ各自既ニ法律ノ保護ヲ受クルコトヲ得ヘシト雖トモ其權利ハ既成ノ債權ニアラス唯タ一定ノ條件ノ下ニ未必的ニ債權ニ變スヘキ效力ヲ有スルニ過キス之ニ反シテ始期付債權ニ在テハ期限ノ到來スルコトハ必然ニシテ其期限ノ不到來ニ因リテ債權ノ發生ヲ妨クヘキ可能性毫モ存セサルヲ以テ當事者カ其債權ノ發生ニ始期ヲ付スルモ債務者ハ始メヨリ絶對的ニ拘束ヲ受ケテ給付義務ヲ負擔シ早晚之ヲ履行セサルヘカラサル地位ニ在リ給付ヲ爲サシテ止ミ得ヘキ機會ハ一モ之レアルコトナシ果シテ然ラハ當事者カ到來スルコトノ確定シタル日時ヲ始期ト



シテ債權ヲ發生セシムルコトヲ約スルモ其期限ハ民法第三百三十五條第一項ノ規定ニ從ヒ其履行ヲ停止スルノ效力ヲ生スヘキモ債權ノ發生ヲ停止シ其到來ニ因リテ之ヲ成立セシムルノ意義ニ於テ其效力ヲ生スルコトヲ得サルモノトス是レ期限ト條件トノ間ニ於テ存スル差別ノ要點ニシテ條件ハ常ニ必ラス法律行為ノ效力ヲ停止シ法律行為ノ目的タル權利ノ得喪變更ハ條件ノ成就ニ因リテ其效力ヲ生スルモノナルニ期限ハ常ニ必ラシモ然ラスシテ債權行為ニ在テハ期限ハ常ニ其履行ヲ停止スルノ效力ノミヲ生シ唯タ物權行為ニ關シテノミ其效力ヲ停止スルコトヲ得ルニ過キス故ニ甲者カ乙者ニ對シ大正九年十二月三十一日ヲ期シテ金一萬圓ヲ贈與スヘキ旨ヲ約シタル場合又ハ甲乙兩者間ニ於テ大正十年一月一日ヲ期シテ家屋一棟ノ賣買ヲ爲スヘキ旨ノ契約成立シタル場合其他一般ニ債權契約ニ付キ始期ヲ付シタルトキハ其期限ハ其債務ノ履行ニ付シタル期限ナリトスヘク債權ノ發生ニ始期ヲ付シタルモノト解スルヲ得ス

終期付法律行為ニ付キテハ民法第三百三十五條第二項ニ規定スル所ニシテ終

期付法律行為ハ期限ノ到來ニ因リテ其效力ヲ失フハ解除條件付法律行為カ條件ノ成就ニ因リ其效力ヲ失フト同一一般ナリ而シテ法律行為ハ其物權ノ設定移轉ヲ目的トスルト債權ノ創設ヲ目的トスルトニ論ナク終期ヲ付スルコトヲ得ヘシ例之(一)甲五年ノ期限ヲ付シテ土地ノ所有權ヲ乙ニ讓渡シ(二)甲二十年ノ期限ヲ以テ乙ノ爲メニ地上權ヲ設定シ(三)甲、乙ノ爲メニ乙ノ終身ヲ期シテ年金債權ヲ設定スルカ如シ而シテ第一ノ場合ニ於テハ甲ヨリ乙ニ移轉シタル甲ノ所有權ハ五年ノ期限到來ニ因リ更ニ乙ヨリ甲ニ復歸シ第二ノ場合ニ於テハ乙ノ地上權ハ二十年ノ經過ニ因リテ消滅シ第三ノ場合ニ於テハ乙ノ終身年金債權ハ乙ノ死亡ニ因リテ消滅スヘシ而シテ何レノ場合ニ於テモ法律行為ノ效力ハ將來ニ向ツテ消滅スルモノニシテ解除條件付法律行為ニ於ケルカ如ク當事者ノ意思表示ヲ以テ其效果ヲ期限到來前ニ溯ラシムルコトヲ得ス

地上權永小作權其他ノ制限物權ノ設定行為ニ終期ヲ付シテ其物權ヲ有期ナラシムルコトノ法律上可能ナルハ毫モ疑ヲ容レスト雖トモ所有權ニ終期ヲ付シ期限ノ到來ニ因リテ之ヲ消滅セシムルコトヲ得ルヤ否ヤニ付キテハ學者間



議論ノ存スル所ナリト雖トモ之ヲ否定スルヲ正當ナリト信ス蓋シ地上權永小作權其他ノ制限物權ハ所有者ノ意思ヲ以テ之ヲ創設スルコトヲ得ヘク之ヲ創設スルニ當リ民法第三百三十五條第二項ノ規定ニ從ヒ之ニ終期ニ付シ一定ノ日時ノ經過ト共ニ之ヲ消滅セシムルハ固ヨリ其隨意ナリ反之所有權ハ制限物權ト異ナリ之ヲ創設スルコトヲ得ス若シ夫レ物ノ所有者ハ其物ニ付キ他人ノ爲メニ所有權ヲ創設シ得ルモノトセンカ同一物上ニ二個ノ所有權ノ並立ヲ認めサルヘカラサルノ不條理ニ陥リ一物二主ヲ容レサルノ原則ニ反スルノ結果ヲ生スルニ至ルヘシ故ニ物ノ所有者カ其物ニ付キ所有權ヲ他人ニ授與セントスルニハ須ラク自己ノ有スル所有權ノ全部ヲ擧ケテ之ヲ他人ニ移轉スルコトヲ要シ別ニ新タニ所有權ヲ創設シテ之ヲ他人ニ歸屬セシムルコト地上權永小作權ノ設定ニ於ケルカ如クナルヲ得ス然レトモ是レカ爲メ所有者ハ終期ヲ付シテ其所有權ヲ他人ニ讓渡スルコトヲ妨クルモノニアラス此場合ニ於テハ讓受人ハ期限ノ到來ト共ニ其所有權ヲ喪失スヘシト雖トモ其所有權ハ期限ノ到來ニ因リテ消滅シタルニアラスシテ更ニ再ヒ讓受人タル舊所有者ニ移轉シテ讓

渡前ノ舊態ニ復スルニ過キス故ニ其終期ハ讓渡行爲ノ效力タル所有權ノ移轉ニ付シタルモノニシテ其移轉ノ效力ハ終期ノ到來ニ因リテ消滅スルモノト解スヘク之ヲ直接ニ所有權其者ニ付シタル期限ナリトシ讓受人ノ所有權ハ終期ノ到來ニ因リ消滅スルモノト解スルハ近代ノ法律思想ニ反スルモノト謂ハサルヘカラス何トナレハ主體ノ變更アルモ權利カ其實質ヲ變更セスシテ同一性ヲ保有スル場合ニ於テハ權利ノ得喪アルモ權利ノ消滅ナシトスルハ近世ニ於テ一般ニ認めラルル所ノ法律學上ノ原則ニシテ地上權永小作權其他ノ設定物權カ期限ノ到來ニ因リ其存在ヲ失フ場合ト全然其趣ヲ異ニスルヲ以テナリ

期限ハ到來スルコトノ確實ナル時期ヲ意味スルコトハ既ニ説明スル所ノ如ク其然ルヤ否ヤハ實驗上ノ法則ニ依リ之ヲ定ムルコトヲ要ス而シテ此問題ニ關シテハ三個ノ時期ヲ區別スルコトヲ得ヘシ到來スルコトノ不能ナル時期到來スルコトノ必然ナル時期到來スルコトノ可能ニシテ而カモ未然ナル時期即チ是レナリ到來スルコトノ不能ナル時期ハ期限タルコトヲ得ス例之永久ノ如シ到來スルコトノ必然ナル時期ハ常ニ期限タルコトヲ得例之大正九年十二月



三十一日又ハ何某死亡ノ時ノ如シ到來スルコトノ可能ニシテ而カモ未必ナル時期ハ何某ノ結婚ノ時又ハ何某ノ任官ノ時ノ類ニシテ其期限タリ得ルヤ否ヤハ後ニ説明スヘシ他方ニ於テ期限ハ其到來ノ日時ヲ豫メ認識シ得ルヤ否ヤニ依リ之ヲ確定期限ト不確定期限ニ區別スルコトヲ得確定期限トハ曆日ニ依リテ算出シ得ヘキ期限ヲ謂フ曆日ヲ指定シテ定メタル期限年數月數日數ニ依リ定メタル期限ハ確定期限ナリ不確定期限トハ到來スルコトカ實驗上確實ナルモ曆日ニ依リ豫シメ其到來ノ日時ヲ知ルコト能ハサルモノヲ謂フ何某死亡ノ時又ハ次キノ降雨ノ時ノ類ナリ

法律行爲ノ效力ノ發生ヲ到來スルコトノ不能ナル時期ニ繋ラシメタルトキハ其法律行爲ハ無効トシ其效力ノ消滅ヲ到來スルコトノ不能ナル時期ニ繋ラシメタルトキハ期限ヲ定メタル附款ヲ無効トシ其法律行爲ヲ無期限トス法律行爲ノ效力ノ發生又ハ消滅ヲ到來スルコトノ可能ニシテ而カモ未必ナル時期ニ繋ラシメタルトキハ其法律行爲ハ條件付法律行爲ニシテ期限付法律行爲ニアラス何トナレハ此點ハ實ニ期限付法律行爲ト條件付法律行爲トヲ區別スヘ

キ要件ニ屬スルヲ以テナリ債務ノ履行ヲ到來スルコトノ不能ナル時期ニ繋ラシメタルトキハ其債務ハ無期限トシ又債務ノ履行ヲ到來スルコトノ可能ニシテ而カモ未必ナル事實ノ到來ニ繋ラシメタル場合ニ於テハ其事實ハ條件ニアラス何トナレハ條件ハ常ニ必ラス法律行爲ノ效力ノ發生ヲ停止シ又ハ既ニ發生シタル法律行爲ノ效力ヲ消滅セシムルモノタルコトヲ要シ法律行爲ノ效力ノ發生又ハ消滅ニ影響ナキ事實ハ條件タルノ性質ヲ有セサルヲ以テナリ然ラハ此種ノ事實ハ期限トシテ其效力ヲ生スヘキヤ此問題ニ付キテハ一ノ區別ヲ爲スコトヲ要ス例之甲者帝國大學在學中ノ學生乙ニ金一百圓ヲ貸與シ卒業ノ時ヲ以テ之カ返済ヲ受クヘキコトヲ約シタリト假定センニ消費貸借契約ヨリ生スル乙ノ返還義務ハ既ニ成立シ其義務ノ履行ヲ卒業ノ時マテ猶豫シ乙ヲシテ此時ヲ以テ履行ヲ爲スノ責ニ任セシムルモノナルヤ明カナリ此場合ニ於テ乙カ卒業ノ可能ナル間換言スレハ乙ノ在學中ハ返還義務ノ履行ハ停止セラレ甲ハ乙ニ對シテ其履行ヲ請求スルコトヲ得ス而シテ後ニ至リ乙ハ豫期ノ如ク卒業シタルトキハ茲ニ返還期限到來スルヲ以テ乙ハ甲ニ對シテ借用金ノ全



部ヲ辨濟スルノ義務アリ之ニ反シテ乙中途退學シ卒業ノ日時ノ到來セサルコトカ確定シタルトキハ甲ハ乙ニ對シテ直チニ其返還ヲ請求スルコトヲ得ヘシ蓋シ甲乙兩者間ニ於テ借入金返還ノ時期ヲ定メタル附款ハ乙ノ卒業ノ可能ニシテ其日時ノ早晚到來スヘキコトヲ豫想スルモノナレハ此前提要件カ乙ノ退學ニ因リ欠缺ヲ來スニ至リタルトキハ其附款モ亦其效力ヲ失ヒ乙ノ借入金ノ債務ハ何等期限ノ定メナキ單純債務ノ原狀ニ復スヘキハ理ノ當然ナルヲ以テナリ我大審院ハ此種ノ債務ニハ常ニ二重ノ期限アリ契約ニ定メタル日時カ到來シタルトキハ其日時ヲ期限トシ又日時ノ到來セサルコトカ確定シタル時ハ其時ヲ期限トスヘシト説示スト雖モ當事者間ニ特約アル場合ハ格別猥リニ其意思ヲ推測シテ斯ル斷定ヲ下スコトハ妥當ナリト謂フコトヲ得ス寧ロ一般債務關係及ヒ其履行期限ヲ定ムル附款ノ性質ヨリ解釋シ前示ノ如ク解釋スルヲ正當ナリト信ス故ニ到來スルコトノ可能ナル時期ハ其必至ノモノニアラサル場合ト雖トモ尙債務ノ履行ヲ停止スヘキ期限タルコトヲ妨ケサルモノトス

—(國家及國家學第八卷第八號)—

### 山林立木買主ノ競合

法典質疑會員好法生夙ニ競合セル山林立木買主ノ權利ノ優劣ヲ判定スルニハ如何ナル標準ニヨルヘキヤナル問題ヲ提出セラレテ同會ノ解答ヲ徵サル而シテ其疑點トスル所ハ「立木ハ土地ト一體ヲナシ性質上不動産タルハ勿論ナレトモ之カ公示方法ノ規定ナキヨリ買主競合シ爲メニ紛争ヲ見ルハ往往有之例ハ權利ノ取得ヲ外形ニ表示シ他人ヲシテ之ヲ明認セシムルニ足ルヘキ行爲ノ有無ヲ以テ權利ノ優劣ヲ判定スヘキモノトナセトモ斯ル公示方法ハ成法ノ認許スル所ニアラス(判決カ一法源ナルハ勿論ナレトモ)寧ロ權利取得ノ前後ヲ以テ優劣ヲ定ムル方法理上正當ニアラサルカノ點ニ在リ而テ横田法學士ヲ煩ハシテ左ノ解答ヲ得タルモ本欄ニ掲載スルヲ便宜ナリト信シテ茲ニ掲出シタリ讀者諒焉(編輯員誌)

余ハ本問ニ付キテハ動産賣買ノ場合ト等シク引渡ヲ以テ權利ノ優劣ヲ定ムルノ標準トシ且引渡ノ手續トシテハ立木ヲ伐採シテ之ヲ買主ニ引渡シタル場合ハ格別土地ニ定著シタル儘其引渡ヲ爲スニハ其立木カ買主ノ實力範圍ニ入りタルコトヲ認知スルニ足ルヘキ外形の標識ヲ施スコト大審院判決ニ謂フトコロノ如クナルコトヲ要スルモノト信ス故ニ余ノ見解ハ結果ニ於テハ大審院



判決ト同一ナルモ其理由ニ於テハ大ニ異ナルモノナリ余ハ以下前記ノ解説ヲ爲スニ至リタル法理上ノ根據ヲ説明セントス

凡ソ立木ハ家屋ト等シク土地ニ定著シ我民法上不動産タルノ性質ヲ有スルコトハ毫モ疑ナシ然レトモ立木ハ我法制上土地家屋ノ如ク獨立ノ不動産ヲ形成スルモノニアラスシテ其定著スル土地ノ一部トシテ不動産タルノ性質ヲ有スルニ過キス若シ夫レ立木ニシテ我法制上獨立ノ不動産ナリトセンカ立木ハ土地家屋ト等シク獨立ナル財産トシテ法律取引ノ目的タルコトヲ得ヘキハ論ヲ俟タサル所ニシテ立木ニ關スル物權ノ得喪變更ニ付キテハ不動産上物權ノ得喪變更ニ關スル一般ノ原則ヲ適用スルコトヲ要スルヲ以テ茲ニ立木ノ所有權移轉ヲ目的トスル法律行為アリトセンニ其法律行為ハ民法第七十六條ノ規定ニ依リ直チニ其效力ヲ生シ唯タ第三者ニ對スル關係ニ於テ同法第七十七條ノ登記手續ヲ履行スルノ必要ヲ生スルヤ明カナリ然ルニ立木ニ付キテハ登記手續ノ定メナキヲ以テ其所有權移轉ノ登記ヲ爲スニ由ナク從テ民法第七十七條ノ規定ハ此場合ニ適用シ得ヘカラサルコトナルカ故ニ民法第七十七

六條ノ原則ニ從フノ外ナク隨テ同一ノ立木ニ付キ二重ノ賣買アリタルトキハ買主相互間ノ權利ノ優劣ハ權利取得ノ前後ニ依リテ之ヲ定ムルコトヲ要スルコト質疑者見解ノ如クナラサルヲ得ス是レ立木ヲ以テ獨立ノ不動産ナリトシテ立論シタル結果ナリ然レトモ前述ノ如ク余ハ立木ヲ以テ獨立ノ不動産ニアラスシテ土地ノ一部ナリトスルノ正當ナルコトヲ信スルモノナルヲ以テ質疑者ノ見解ニ同意スルコトヲ得ス

立木ハ土地ト分離シテ獨立ノ不動産ヲ成ササルヲ以テ立木ヲシテ不動産タルノ性質ヲ有セシムルニハ土地ト立木トヲ連結セシムヘキ法律關係ノ存在スルコトヲ要シ此關係ヲ缺ク所ノ立木ハ不動産タルノ性質ヲ有セス故ニ立木カ其定著スル土地ノ所有者ノ所有ニ屬スルトキハ其立木ハ土地所有權ノ從トシテ土地ニ定著シ不動産タルノ性質ヲ有スヘク地上權者カ其權限ニ因リ他人ノ所有地ニ立木ヲ植付ケタルトキハ其立木ハ地上權ノ作用ニ因リ土地ニ定著スルヲ以テ是又タ不動産タルノ性質ヲ有スヘク賃借人カ其權利ノ範圍内ニ於テ借用ノ土地ニ立木ヲ栽植シタル場合亦タ同シ故ニ立木ノ所有權移轉カ土地ノ



所有權ノ移轉、地上權ノ設定、貸借契約ノ締結ニ伴フトキハ其立木ハ不動産トシテ法律行為ノ目的トナリタルモノニシテ其移轉ノ第三者ニ對スル效力ハ之ヲ土地ニ定著セシムル所以ノ土地所有權ノ移轉、地上權ノ設定、貸借契約ノ登記ニ依リテ定マルヘキモノニシテ立木ノ讓渡人ハ所有權、地上權、貸借權ノ登記ヲ爲スニ因リテ其權利ヲ保存シ得ヘキモノトス

之ヲ要スルニ立木ノ所有權ハ土地所有權ノ從トシテ土地ノ所有者ニ屬ス從テ其所有權ヲ移轉スルニハ土地ノ所有權ト共ニ之ヲ讓渡スルカ若クハ地上權、貸借權ヲ設定シ讓受人ヲシテ他人ノ所有地内ニ於テ立木ヲ所有スルコトヲ得セシムルコトヲ要スルヤ明ラカナリ故ニ理論上ヨリ言フトキハ土地ノ所有權ト分離シ地上權又ハ貸借權ノ如キ他人ノ所有地内ニ於テ立木ヲ所有シ得ヘキ權利ヲ設定スルコトナクシテ立木ノミノ所有權ヲ讓渡シ直チニ其ノ效果ヲ發生セシメ讓受人ヲシテ土地ニ定著シタル儘其立木ノ所有權ヲ取得セシムルコトハ法理上ノ觀念ニ於テ許ササル所ナリト謂ハサルヲ得ス何トナレハ立木ハ土地ニ合體シテ其一部ヲ形成スルモノナレハ土地ノ所有權又ハ少クトモ其使

用權ナクシテ別箇獨立ナル所有權ノ目的タルコトヲ得サルハ立木ノ性質上明白ナルヲ以テナリ左レハ立木ハ民法第二百四十二條ノ規定ニ依リ土地ニ附合スルト同時ニ土地所有者ノ所有ニ歸シ不動産上權利者カ其權限ニ因リ之ヲ土地ニ附屬セシメタル場合ノ外ハ土地ノ所有者以外ノ人ニ屬スルコトヲ得サルモノナリ且我民法ニ依ルトキハ天然果實ハ元物ニ定著スル間ハ元物ノ所有者ノ所有ニ屬シ元物ヨリ分離シテ始メテ之ヲ收取スルノ權利ヲ有スル者ノ所有ニ歸スルモノニシテ法律ハ元物ト之ニ定著スル果實トカ別異ナル所有者ニ屬スルコトヲ許ササルト一般我法制上土地ノ從物ニ過キササル立木モ亦タ土地ニ定著スル間ハ土地所有者以外ノ人ニ歸着シ得ヘカラサルモノト論スルヲ正當トスヘシ又タ之ヲ羅馬法以來ノ沿革ニ徵スルニ學說立法例ハ概ネ皆立木ノ獨立性ヲ否定スル所ニシテ立木ハ土地ト何等法律上ノ關係ナクシテ所有權其他ノ物權ノ目的タルコトヲ得ストスルノ點ニ於テ一致スル所ナリ故ニ土地ト分離シテ立木ノミヲ賣渡ス契約ハ賣主ニ於テ其立木ヲ土地ヨリ分離シテ其所有權ヲ買主ニ移轉スヘキ債權的效力ヲ生スルニ止マリ買主ヲシテ直チニ立木ノ



所有權ヲ取得セシムヘキ物權の效力ヲ生スルモノニアラス而シテ此場合ニ於テ該契約カ物權の效力ヲ生セサルハ畢竟賣買ノ目的タル立木カ土地ニ定著スルカ爲メニ外ナラサルヲ以テ其立木カ土地ヨリ分離スルト同時ニ物權の效果ヲ發生シ買主ニ於テ其所有權ヲ取得スルコト尙ホ果實カ元物ヨリ分離スルニ因リテ之ヲ收取スル權利ヲ有スルモノノ所有ニ歸スルト毫モ異ナル所ナシ是レ土地ニ定著シテ之レト一體ヲ成ス立木ノ性狀ヨリ生スル當然ノ歸結ニシテ各國ノ法制其揆ヲ一ニスル所ナリ

然レトモ此理論ハ終始之ヲ一貫スルコトヲ得ルヤ權利ノ目的トシテ立木ヲ觀察スルニ當リ其物理的性質ノミニ依據シ其用法ノ如キハ之ヲ顧ルコトヲ要セサルヤ例ヘハ植木職カ其顧客ヨリ竹木ノ培養ヲ委託セラレ自己ノ所有地内ニ於テ之ヲ栽培保管スル場合ニ其竹木ハ土地所有權ノ從トシテ之レト運命ヲ同ウスヘキヤ又タ植木職カ顧客ノ求ニ應スル爲メ自己ノ庭園内ニ栽培スル所ノ竹木類ハ何時ニテモ土地ヨリ收去セラルヘキモノニシテ永久土地ニ定著スヘキモノニアラス此場合ニ於テモ竹木ト土地トハ之ヲ一體ノモノトシテ法律

上同一ノ運命ニ服從セシムヘキヤ余ハ是等ノ場合ニ於テハ竹木ハ土地ニ定著スル物理的ノ性質ヨリ見レハ土地ト共ニ一ノ不動產ヲ形成スルモ其用法上定マレル法律の性質ヨリ見レハ一ノ動產ニシテ土地ト分離シテ獨立ノ存在ヲ有シ土地所有權又ハ使用權ノ之ニ伴フコトナキモ尙ホ特別ナル所有權其他ノ物權ノ目的タルコトヲ得ヘキモノト信ス故ニ此種ノ竹木ノ讓渡ヲ目的トスル法律行爲ハ直チニ物權の效力ヲ生シ且第三者ニ對スル效力ニ付キテハ民法第七十八條ノ規定ニ從ヒ目的物引渡ノ形式ニ依ルヘキモノトス

伐採ヲ目的トスル立木ノ所有權讓渡ニ在テモ其立木ハ土地ヨリ收去セラルヘキ運命ヲ有シ之ヲ土地ニ定著セシメ置クヘキモノニアラサルヲ以テ其性質前例ニ於ケル植木屋ノ竹木ニ等シ隨テ土地ト分離シテ之ヲ他人ニ讓渡シ讓受人ニ於テ有效ニ其所有權ヲ取得シ得ヘキモノトナササルヘカラス若シ夫レ現行法中立木ト土地トノ分離ヲ許ササル旨ヲ規定スルモノアリトセハ此ノ如キ解釋ノ爲シ得ヘカラサルハ勿論ナルモ現行法中此種ノ禁止規定ナキノミナラス我國ノ舊慣ハ土地ト立木カ別異ナル所有者ニ歸屬シ得ヘキコトヲ認メ現ニ



大審院ノ判例モ亦タ此舊慣ヲ認メテ立木ノミノ讓渡契約ニ物權の效力ヲ付與スルノミナラス權利ノ目的トシテノ立木ノ法律の性質モ亦タ絶對的ニ立木ノ獨立性ヲ否定スルモノニアラスシテ其用法上ヨリ例外ヲ置クヲ正當ナリトスルハ前既ニ説明スル所ノ如クナルヲ以テ土地ト分離シテ賣買讓渡ノ目的タルコトヲ得ヘキモノトナササルヘカラス

立木ハ其物理的の性質ニ於テハ土地ニ定著シ之ト共ニ不動產ヲ形成ス故ニ此見地ヨリスレハ立木ハ土地ト分離シテ權利ノ目的タルコトヲ得ス然レトモ立木ハ其用法ニ依リテ土地ト分離シテ獨立ノ財產ヲ形成シ別ニ權利ノ目的トナルコトヲ得ルコトハ既ニ説明スル所ノ如シ此場合ニ於ケル立木ハ不動產ナルヤ否ヤ立木カ土地ニ定著スル限リハ其不動產タルノ物理性ヲ否認スルコトヲ得サルモ其法律の性質ハ動產ナリ何トナレハ該立木ハ土地ヨリ收去セラルヘキ運命ヲ有シ法律的の見地ヨリスレハ土地ト立木トハ最早一體ヲ爲スモノニアラスシテ別箇獨立ノ存在ヲ有スルニ過キス茲ニ於テ土地ト法律上何等ノ因縁ヲ有セサルニ至リタル立木ハ不動產タルノ性質ヲ失却シ動產ニ變シタルモノ

ト謂ハサルヘカラサルヲ以テナリ夫レ然リ故ニ土地ト立木ノ分離ヲ許ササレハ即チ止ム既ニ之ヲ許ス以上ハ立木ヲ以テ一ノ動產トシ之ヲ目的トスル權利ノ得喪ノ效力ヲ定メサルヘカラス茲ニ於テ山林ノ立木ニ付キ二重ノ賣買アリタルトキハ買主相互間ノ權利ノ優劣ハ引渡ノ前後ニ依リテ定マルコトトナルヘシ

然レトモ立木ハ土地ニ定著スルヲ以テ其土地ニ定著シタル儘立木ノ引渡ヲ爲スコトハ可能ナルヘキヤ此點ニ付キテハ賣買ノ目的タル立木ニ一一檢印ヲ押捺シ又ハ立木ノ引渡區域ヲ定メ其區域ノ境界ヲ形成スル立木ニ檢印ヲ押捺シ其境界内ノ立木ヲ引渡シタルノ標識トシ(現ニ大林區署ノ拂下木ニ付キテハ此手續ニ依ル)或ハ特ニ看守者ヲ置キ或ハ繩張ヲ爲シ或ハ標札ヲ建ツル等適宜ノ方法ヲ以テ立木ノ引渡アリタルコトヲ外形的ニ標示スルコトヲ得ヘク大審院判例ニ所謂權利ノ取得ヲ外形ニ表示シ他人ヲシテ之ヲ明認セシムルノ行爲ニ該當スルモノナリ而シテ大審院ノ判例ハ立木ヲ其物理的の性質ニ從ヒ飽迄モ不動產ナリトシ登記法ノ定メナキヨリ法律ニ認メサル權利移轉ノ形式ヲ案出



シタルモノニシテ法文上竝ニ法理上ノ根據ヲ有セス專ラ實際上ノ便宜ノミニ  
 著眼シタルモノナリ大審院ノ見解ノ如ク立木ヲ不動産トナス以上ハ立木ニ關  
 スル登記手續ノ設ケナキ今日ニ在テハ入會權ト一般當事者ノ意思表示ノミニ  
 テ其權利ヲ移轉スヘキモノトシ權利取得ノ前後ヲ以テ權利ノ優劣ヲ定ムルノ  
 法理ニ從フコト質疑見解者ノ如クナラサルヘカラス然レトモ余ハ土地ト分離  
 シタル立木ハ一ノ動産タルニ過キサレモノトナスヲ以テ引渡ヲ以テ權利ノ優  
 劣ヲ定ムルノ標準トナスハ立木ニ付キテ採用シタル余ノ前提ヨリ生スル當然  
 ノ結果ニシテ大審院ノ判例トハ結果ヲ同ウシテ理由ヲ異ニスル所ナリ  
 以上ヲ以テ本問ニ對スル余ノ解答ナリトス然レトモ此問題ハ議論ニ餘地ヲ  
 存シ現行法ノ解釋上ニ於ケル一難問タルヲ以テ質疑者ニ於テモ尙ホ充分ニ研  
 究アラントコトヲ希望ス

—(法學志林第八卷第二號)—

### 永久無限ナル地上權ノ設定

本編ハ法典質疑會會員松野純吉氏ノ質疑「設定行為ヲ以テ地上權ノ存續期間ヲ永久  
 ト爲スコトヲ得ルヤ」ニ對スル横田博士ノ解答ナリ尙ホ質疑者ハ其質疑ニ對シ次ノ  
 如ク質疑ノ理由ヲ附記シタリ曰ク「設定行為ヲ以テ地上權ノ存續期間ヲ永久(茲ニ永  
 久トハ期間ノ無窮ノ意味)トシテ設定シ得ルヤ否ヤニ付テハ民法第二編第四章地上  
 權ノ章ニ明文ナシ若シ永久ノ地上權ヲ設定シ得トセハ殆ント所有權ニ等シキ效果  
 ヲ有スルニ至リ狹狹ナル外國人ハ名ヲ地上權ニ藉リ實ハ所有權ノ效果ヲ有スルニ  
 至リ外國人ニ地土ノ所有權ヲ與ヘサル法ノ精神ハ没却セラルルニ至ラン又今日登  
 記所ノ實地ニ取扱フ所ハ一千年トカ二千年トカノ永キ期間ノ地上權ハ設定行為ヲ  
 以テ爲スコトヲ得レトモ永久ノ地上權ハ設定行為ヲ以テ爲スモ之ヲ許ササルカ如  
 シ然ルニ登録稅法第二條第七號ハ永代地上權ノ登録ニ付テ規定セリ此永代ノ意味  
 ハ本問予ノ所謂永久ト同一義ト解ス何トナレハ同條第八號ニ存續期間三十年以上  
 ハ云云ト規定シテ別別ニ規定シ居レハナリ此第二條第七號ノ明文アル以上ハ設定  
 行為ヲ以テ永久ノ地上權ヲ設定シ得ト解シテ誤ナキカ本問ニ對シ御教示ヲ希フ」ト

(編輯者誌)

永久無限ナル地上權ヲ設定スルコトヲ得ルヤ否ヤニ付キテハ學者間ニ議論



ノ存スル所ナリト雖モ我民法ノ解釋トシテハ消極論ヲ支持スヘキ有力ナル論據アリ以下項ヲ分チ説明スヘシ

第一、所有權ノ觀念ニ關スル法理上ノ論據トシテハ凡ソ所有者カ其權利ノ内容ヲ成ス所ノ權能ノ幾部ヲ割キテ之ヲ他人ニ讓渡シ以テ自己ノ權利ニ制限ヲ加フルハ敢テ所有權ノ本質ニ反スルモノニアラスト雖モ所有者ヨリ其權利ノ内容ヲ成ス重要ナル權能ヲ剝奪シ之ヲシテ永久ニ目的物ノ支配權ヲ失ハシムルハ總括的支配權タル所有權ノ觀念ニ反スルモノナレハ永代借地權ノ如ク萬止ムヲ得サル必要ノ爲メ法律ノ規定ヲ以テ特ニ之ヲ認許シタル場合ハ格別當事者ノ合意ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得サルモノト斷定セザルヲ得ス然ルニ土地ノ上ニ永久無限ナル地上權ヲ設定シ永久ニ土地ノ支配權ヲ其所有者ヨリ奪ヒ去ルニ於テハ土地ノ所有權ハ名ノミニシテ全ク其實ナキニ至リ前掲所有權ノ觀念ニ關スル法理ニ反スルコトナルヲ以テ永久無限ナル地上權ヲ設定スルノ不可ナルコトハ先ツ以テ法理上ノ見地ヨリ之ヲ論證スルコトヲ得ヘシ

第二、今之ヲ明文ニ徵スルニ民法カ特ニ地上權ノ最長期ヲ限定セザルハ一見永久無限ナル地上權ト雖モ之ヲ設定スルニ妨ケナキモノト解スヘキカ如シ然レトモ民法カ地上權ノ最長期ヲ限定セザルコトハ直チニ之ヲ以テ永久無限ナル地上權ト雖モ之ヲ設定スルニ妨ケナシトノ意味ニ解スルコトヲ得ス蓋シ民法カ地上權ノ最長期ヲ限定セザリシヨリ生スル效果トシテ當事者ハ地上權ヲ設定スルニ當リ隨意ニ其終期ヲ定ムルノ權能ヲ有シ十年可ナリ五十年可ナリ一百年一千年ト雖モ敢テ不可アルコトナシト雖モ存續期間ノ長短ハ永久無限トハ分量ノ相違ニアラストシテ性質ノ相違ナリ當事者ハ如何ニ長キ終期ヲ地上權ニ附スルモ妨ケナシト雖モ之レニ終期ヲ附セスシテ之ヲ永久無限ノモノト爲スノ權能ヲ有スルモノニアラス何トナレハ是レ自ラ別異ノ觀念ニ屬シ之ヲ混同スルコトヲ許ササルモノナレハナリ

第三、之ヲ民法其他ノ法律ノ規定ニ徵スルニ立法者ハ地上權ニハ存續期間アルコトヲ豫想セルコトヲ窺フニ足ルヘシ民法第二百六十八條一項ニ設定行爲ヲ以テ地上權ノ存續期間ヲ定メサリシ場合ニ於テ別段ノ慣習ナキトキ



ハ地上權者ハ何時ニテモ其權利ヲ拋棄スルコトヲ得云云トアリ又第一項ニ「地上權者カ前項ノ規定ニ依リテ其權利ヲ拋棄セサルトキハ裁判所ハ當事者ノ請求ニ因リ二十年以上五十年以下ノ範圍ニ於テ云云其存續期間ヲ定ムトアリ不動産登記法第百十一條ニモ亦地上權ノ設定又ハ移轉ノ登記ヲ申請スル場合ニ於テハ申請書ニ地上權設定ノ目的及範圍ヲ記載シ若シ登記原因ニ存續期間地代又ハ其支拂時期ノ定アルトキハ之ヲ記載スルコトヲ要ス」トアリ此等ノ規定ニ依レハ立法者ハ當事者カ設定行爲ヲ以テ特ニ其存續期間ヲ定メタル場合ト之ヲ定メザリシ場合トヲ豫想シタルモノト謂フ可ク設定行爲ニ存續期間ノ定メアル地上權ニ付テハ何等ノ困難ヲ生スルコトナキモ設定行爲ニ期間ノ定メナキトキハ其地上權ハ何レノ時迄存續スヘキヤニ付疑ヲ生スルヲ以テ特ニ第二百六十八條ノ規定ヲ設ケ其期間ヲ確定スルノ標準ヲ示シ當事者ヲシテ之ニ依ラシムルコトトナシタルモノニ外ナラス而シテ第二百六十八條ニ所謂存續期間トハ地上權ノ發生ヨリ消滅ニ至ルマテノ時ノ經過ヲ意味シ始期ト終期トヲ有セサルヘカラサルハ勿論ナルヲ以テ地上

權ノ永久無限ニ存續スヘキ場合換言スレハ地上權ノ始期ノミアリテ其終期ナキ場合ハ其中ニ包含セサルモノナルコトハ文理解釋上明確一點ノ疑ヲ容レサル所ニシテ其中ニ「永久無限」ヲモ包含セシムルコトハ存續期間ナル觀念ト相容レサルモノニシテ到底曲解タルヲ免カレサルモノトス

第四、然ルニ茲ニ積極說ノ爲メ有力ナル論據ヲ供スルモノアリ登録税法第ニ條第七號ノ規定即チ是レナリ何トナレハ同條規定ノ明文ニ徴スルニ法律ハ地上權ニ永代ノモノアルヲ認め之ニ登録税ヲ課シタルコトヲ知り得ヘク從テ登録税法ハ民法ノ地上權ハ永久無限ニ存續スヘキモノトシテ之ヲ設定スルコトヲ得ヘキコトヲ暗示シタルモノ換言スレハ立法者ハ前キニ發布セラレタル民法ノ地上權ノ意義ヲ後ニ發布シタル登録税法ヲ以テ明確ナラシメタルモノト論スルコトヲ得ヘケレハナリ然レトモ登録税法ノ規定ハ未ダ以テ積極說ノ正當ナルコトヲ論證スルニ足ラサルモノナリ其理由ハ第一民法施行法ハ其四十五條ニ於テ外國人又ハ外國法人ノ爲メニ設定シタル地上權ニハ條約又ハ命令ニ別段ノ定メナキ場合ニ限り民法ノ規定ヲ適用スヘキ



旨ヲ規定シ其所謂地上權ハ明治三十四年九月法律第三十九號ヲ以テ外國人又ハ外國法人ノ爲メニ認メタル永代借地權ノ前身ニ該當スルコト明カニシテ現ニ同法ハ第六條ヲ以テ施行法第四十五條ノ規定ヲ廢止セル所ナリ左スレハ登録税法第二條第七號ノ發布セラレタル當時ニ在テハ永代地上權ノ存在ヲ認メサルヘカラサルト同時ニ其永代地上權ハ設定行爲ヨリ生スルモノニアラスシテ外國人ノ獨リ享有スルコトヲ得ヘカリシ特殊ノ權利ナリシコトヲ窺フニ足ル第二、永代借地權ニ關スル登記ニ登録稅ヲ課セサルコトハ前掲外國人ノ永代借地權ニ關スル法律第三條ニ規定スル所ナリ然ルニ永代地上權ハ永代借地權ノ前身タルモノヲ除キ他ニ之ヲ認ムルコトヲ得ストスル以上外國人ノ爲メニ登録稅ノ免除ヲ爲シタル結果最早永代地上權取得ノ登録稅ナルモノ存スヘキ理由ナケレハ登録税法第二條第七號ハ全ク空文ニ歸スル條理ナレハ外國人永代借地權ニ關スル法律ノ發布ト共ニ之ヲ廢止スルコト猶其第六條ヲ以テ民法施行法ノ規定ヲ廢止スルカ如クナルコトヲ要スルハ論ヲ俟タス然ルニ登録税法第二條第七號ノ規定ハ刪除セラレスシテ依

然トシテ存在スルヨリ推究スルトキハ外國人ノ享有スル永代地上權ノ外ニ設定行爲ニ因ル永代地上權ヲモ認メサルヘカラサルニ似タリ成程外國人ノ永代借地權ニ關スル明治三十四年九月ノ法律ヲ發布スル際特ニ登録税法第二條第七號ヲ刪除シタランニハ何等ノ疑問ヲ生セサリシナルヘク又立法上ヨリ云フモ之ヲ廢止スルノ明文ヲ設クルコトノ得策ナリシコトハ今更喋々ヲ要セサル所ナリト雖モ一ノ法令カ之レト牴觸スル他ノ法令ニ依リテ暗黙ニ廢止變更セララルルハ古今其類例ニ乏シカラサル所ニシテ之ヲ廢止變更スルニ付必シモ明確ナル規定ヲ要スルモノニハアラサルヲ以テ我現行法ニ登録税法ノ規定ヲ廢止スルノ明文ナキコト縱シ反對論ノ爲メニハ多少有利ナル情況ナルニモセヨ我民法上永代地上權ノ存在ヲ肯定スルノ有力ナル理由タルノ價值ナキモノト謂ハサルヘカラス

之ヲ要スルニ設定行爲ヲ以テ永代地上權ヲ設定スルコトヲ許ササルコトニ付キテハ前述ノ如ク法理上竝ニ法文上有力ナル論據アルヲ以テ本問題ニ付キテハ消極說ヲ採ルヲ可ナリト信ス



## 地上權者永小作人ノ義務違背ニ 對スル制裁ヲ論ス

余ハ此問題ニ付キ地上權者永小作人カ地代小作料ノ支拂ヲ怠リタル場合ト其權利ノ範圍外ノ行爲ヲ爲タル場合トニ區別シテ説明セントス

### 第一 地上權者カ地代小作料ノ 支拂ヲ怠リタル場合

此場合ニ付テハ民法第二百七十六條(永小作權)第二百六十九條(地上權)ニ特別規定アリ地上權者永小作人カ二年間引續キ地代小作料ノ支拂ヲ怠リタルトキハ地主ハ地上權、永小作權ノ消滅ヲ請求スルコトヲ得ヘシ其所謂「二年間引續キ」ノ意義ニ付キテハ學者間ニ議論ナキニアラスト雖トモ二年分ノ地代小作料ノ支拂ヲ怠リタルノ意ニアラス又一期分ノ地代小作料ヲ二年間怠納シタルノ意

地上權者永小作人ノ義務違背ニ對スル制裁ヲ論ス



ニモアラズ二年間繼續シテ其期間ノ地代小作料ノ支拂ヲ忘リタルコト換言スレハ毎月拂ノ地上權ニ在リテハ二十四ヶ月間引續キ地代ヲ忘納シ毎年拂ノ地上權永小作權ニ在リテハ二年間引續キ地代小作料ヲ忘納シタルノ意民法第六百十四條參照ニ解スルヲ以テ文理解釋ニ適シ且立法ノ精神ニ合スルモノト謂ハサルヘカラス之ヲ前二者ノ意ニ解スルハ當ヲ得ス故ニ其期間ノ中途ニ於テ一回タリトモ地代小作料ノ支拂ヲ爲シタルトキハ所謂引續キノ法定要件欠缺スルヲ以テ其忘納ノ金額カ二年分以上ニ及フモ地主ハ地上權、永小作權ノ消滅ヲ請求スルコトヲ得ス但シ忘納ノ地代小作料ニ對スル内入金ハ地主ノ承諾アル場合ノ外ハ順次ニ最モ古キモノニ充當スヘキモノトス何トナレハ斯クセサルニ於テハ地上權者、永小作人ニ於テ任意ニ充當スヘキ地代小作料ノ部分ヲ指定シ引續キノ法定要件ノ充實ヲ遮斷シ第二百七十六條ノ制裁ヲ回避スルコトヲ得ルノ不當ナル結果ヲ生スルヲ以テナリ

地上權者小作人カ其權利ヲ他人ニ讓渡シタルトキハ地代小作料ヲ支拂フノ義務ハ地上權ト共ニ讓受人ニ移轉ス何トナレハ永小作權ニ在リテハ小作料ヲ

支拂フコトハ永小作權ノ構成要件ニ屬シ地上權ニ在リテモ地代支拂ノ義務付ニテ地上權ヲ設定シタル場合ニ於テハ當事者ハ永小作權ニ於ケルト等シク之ヲ以テ地上權ノ構成要件ト爲シタルモノナレハ法律ハ之ヲ當事者ノ自由意思ニ一任ス地代小作料ヲ支拂フノ義務ハ何等法律ノ特別規定ヲ俟タスシテ地上權永小作權ト共ニ其承繼人ニ移轉スヘキハ當然ナルヲ以テナリ故ニ地上權永小作權ノ讓渡アリタル場合ニ於テハ其以後ノ地代小作料ハ讓受人ニ於テ之ヲ支拂フノ義務アリ讓渡人ハ地上權、永小作權ノ讓渡ニ因リ地代小作料支拂ノ義務ヲ免脫スヘキハ論ヲ俟タス而シテ讓受人タル新地上權者カ引續キ二年間地代小作料ノ支拂ヲ忘タリタルトキハ地主ハ之ニ對シテ地上權永小作權ノ消滅ヲ請求シ得ヘキハ疑ヲ容レスト雖モ地代小作料ノ忘納カ讓渡人ノ權利者タリシ時代ニ其端ヲ發シ引續キ讓受人カ權利ヲ取得シタル後ニ繼續シタルトキハ如何地主ハ前後ヲ通シテ二年ヲ計算シ讓受人タル新權利者ニ對シ地上權、永小作權ノ消滅ヲ請求シ得ルヤ蓋シ讓渡人ノ忘納シタル地代、小作料ハ舊地上權者、永小作權人ノ義務ニ屬シ地上權、永小作權ノ讓渡ニ因リ之ヲ免脫スルコトヲ得