(二條參照)而シテ現行刑法ハ刑名ニ就テ徒刑流刑其他幾多ノ名稱ヲ廢止シ又刑法上重罪輕罪ノ區別ヲ存セス唯刑法施行法第二九條及ヒ第三〇條ヲ以テ舊刑法ニ所謂重罪又ハ輕罪ト看做スヘキモノニ付テ特別ノ規定ヲ設ケ同第一九條乃至第二三條ヲ以テ刑名刑期加減ノ方法等ニ付キ新舊比照ノ法則ヲ定メタルヲ以テ本號ノ適用ニ關シテハ深ク此等ノ規定ニ留意セサル可カラス

(法學士牧野菊之助氏著日本親權法論三〇二頁)

刑法施行法第二二條ノ規定ニ照シ判決ノ見解ハ正當ナリ

(一七六)

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

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

法定ノ推定家督相續人タル長女カ他人ト事實上ノ婚姻ヲ爲シ現ニ姙娠セル場合ニシテ而モ其他人ト婚姻ヲ爲スコトカ其者ノ幸福ニシテ又廢除セラルルモ尚其家ニ他ノ相續人アリテ其家ノ相續ニ付キ敢テ支障ヲ生セサルトキハ相續人廢除ノ正當ナル事由アルモノトス」

被告ハ平原孝文ト事實上ノ婚姻ヲ爲シ爾來孝文ノ妻トシテ同人方ニ居住シ既ニ姙娠八ケ月ニ達セリ元來孝文ハ平原家ノ次男ニ生レ同家ヲ相續スルモノニハアラサレトモ父ヨリ相當ノ資産ヲ分與セラレ分家ヲ爲スコトト爲リ居レハ原告家ニ入リテ被告ト正式ニ婚姻ヲ爲スコトヲ得サル事情アリ故ニ被告カ原告ノ法定推定家督相續人タルコトヲ廢除セラルルニアラサレハ孝文ト被告トハ到底正式ノ婚姻ヲ爲スコトヲ得サルニ至リ兩人ノ間ニ生シタル右ノ關係ハ破壞セラルルノ悲境ニ陷ルコトナシトセス然レトモ右兩人ノ間ヲ分離シ最近ニ生スヘキ兒子ヲシテ私生子タラシムルコトハ原被告ハ勿論孝文ニ於テモ忍ヒ得ルトコロニアラス加フルニ原告方ニハ餘リ資産ナキモ孝文方ニハ相當ノ資産アリ又原告家ニハ被告ヲ廢除スルモ尚ホ他ニ相續人アリテ相續ニ付テハ敢テ支障ヲ生スルニアラス且ツ元來右事實上ノ婚姻ハ被告カ丁年ニ達スルトキハ容易ニ正式ノ婚姻ヲ爲シ得ヘキコトヲ信シテ爲サレタルモノナルヲ以テ被告ヲ廢除シテ正式ニ孝文方ニ嫁セシムルコトハ被告ノ爲メニ幸福ナルハ勿論孝文及ヒ原告ニ取リテ極メテ好都合ナルハ之ヲ推認スルニ難カラス(東京地方三(タ)第一六〇號三年十月十四日民一部鈴木裁判長松野渡邊各判事判決)

【判決事項】

(一)件名　推定家督相續人廢除請求事件(二)訴訟關係人　原告小曾根高範被告小曾根むめ

【參照學說判例】

本書第三卷民法一六頁二三七頁第二卷民法三三三頁五七三頁

至當ノ見解ト信ス

(一七七)

二八七　承役地ノ所有者ハ何時ニテモ地役權ニ必要ナル土地ノ部分ノ所有權ヲ地役權者ニ委棄シテ前條ノ負擔ヲ免ルルコトヲ得

民法第二八七條ニ依ル承役地ノ所有權取得ハ法律ノ規定ニ依ル承繼取得ノ一場合ニシテ承役地所有者カ地役權者ニ對スル一方的意思表示ニ因リテ成立スルモノトス」

民法第二八七條ニ依ル承役地ノ所有權取得ノ性質ニ付テハ疑義ナキニ非ストモ余

雖ハ法律ノ規定ニ依ル承繼取得ノ一場合ニシテ地役權者ニ對スル一方的意思表示ニ因リテ成立スルモノト解ス蓋本條ノ規定ハ第一六二條(取得時效)又ハ第一九二條(卽時取得)ノ如キ公益上ノ理由ニ基クモノニ非サルカ故ニ之ヲ原始的取得トシテ承役地ノ上ニ第三者カ有スル權利ヲ消滅セシムル如キ不當ノ結果ヲ生セシムヘカラス故ニ法律ノ規定ニ依ル原始的取得ト見ルコトヲ得サルヘシ又其所有權ヲ拋棄スルモノト爲スヲ得ス是レ「地役權ニ委棄シテ」トアルニ徵シテモ亦明カナリ(法學博士富井政章氏法學新報第二四卷第十號七四頁以下要領)

【參照學說】

本書第三卷民法四二一頁四二四頁

至當ノ見解ナリト信ス尙詳細ハ本書第三卷民法四二一頁以下所載ノ乾學士ノ論文ニ就キ參照セラレタシ

（一七八）

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

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

民法施行法五　證書ハ左ノ場合ニ限リ確定日附アルモノトス

一　公正證書ナルトキハ其日附ヲ以テ確定日附トス

五　官廳又ハ公署ニ於テ私署證書ニ或事項ヲ記入シ之ニ日附ヲ記載シタルトキハ其日附ヲ以テ其證書ノ確定日附トス

町村制七二　町村長ハ町村ヲ統轄シ町村ヲ代表ス

町村長ノ擔任スル事務ノ概目左ノ如シ

二　財產及ヒ營造物ヲ管理スルコト但シ特ニ之カ管理者ヲ置キタルトキハ其事務ヲ監督スルコト

町村ニ對スル債權ノ讓渡アルニ該リ町村ノ代表者タル町村長カ民法上ノ承諾ヲ爲ス場合ニ於テハ特ニ確定日附ヲ附スルノ要ナキモノトス』

民法施行法第五條第一號ニ於テ公正證書ナルトキハ其日附ヲ以テ確定日附トスル旨ヲ定メタルハ官吏又ハ公吏カ其職務上作成スル文書ニ信用ヲ措キタルニ依ル故ニ同條第五號モ同一ノ基礎ニ依リタルモノナリ然ラハ私法關係ニ於テ作製セラレタリトスルモ町村ヲ債務者トスル債權ノ讓渡ニ對スル町村長ノ承諾書ハ自體ニ於テ確定日附ヲ備フルモノト爲スヘキモノナリ(法曹會決議法曹記事第二四卷第一〇號三四頁)

至當ノ見解ナリト信ス

（一七九）

九　禁治產者ノ行爲ハ之ヲ取消スコトヲ得

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

前項ノ規定ニ反スル行爲ハ之ヲ取消スコトヲ得

七五六　無能力者カ隱居ヲ爲スニハ其法定代理人ノ同意ヲ得ルコトヲ要セス

七七四　禁治產者カ婚姻ヲ爲スニハ其後見人ノ同意ヲ得ルコトヲ要セス

八一〇　第七七四條及ヒ第七七五條ノ規定ハ協議上ノ離婚ニ之ヲ準用ス

八二八　私生子ノ認知ヲ爲スニハ父又ハ母カ無能力者ナルトキト雖モ其法定代理人ノ同意ヲ得ルコトヲ要セス

八四七　第七七四條及ヒ第七七五條ノ規定ハ緣組ニ之ヲ準用ス

八六四　第七七四條及ヒ第七七五條ノ規定ハ協議上ノ離緣ニ之ヲ準用ス

禁治產者カ本心回復中ニ於テ其後見人ノ同意ヲ得テ爲シタル法律行爲ハ之ヲ取消スコトヲ得サルモノトス」

禁治產者ノ法律行爲ハ其後見人ノ同意ヲ得テ爲シタルトキト雖モ尙且民法第九條ノ

規定ニ依リテ之ヲ取消スコトヲ得ヘキカ此問題ニ關シテハ其法律行爲カ心神喪失中ニ於テ爲サレタル場合ト本心回復中ニ於テ爲サレタル場合トヲ別チテ論セサルヘカラス

禁治產者ノ法律行爲ト雖モ其眞ニ心神喪失中ニ於テ爲サレタルモノナル以上ハ全然無效ニシテ其法律行爲ヲ爲スニ付キ後見人ノ同意ヲ得タルヤ否ヤノ如キハ毫モ問フコトヲ要セサルナリ唯其法律行爲ノ無效ヲ主張スル者ハ心神喪失ノ事實ヲ證明セサルヘカラサルノミ然レトモ事實上ニ於テハ後見人カ禁治產者ニ同意ヲ與フルノ外觀ヲ以テ禁治產者ヲ單純ナル機械的ノ意思傳達者トシテ使用シ之ニ因リテ自ラ有效ナル代理行爲ヲ爲スコトハアリ得ヘシ此場合ニ於テモ行爲者ハ後見人ニシテ禁治產者ニアラス從テ此場合ハ本問ト沒交涉ナリ

禁治產者カ本心回復中ニ於テ其後見人ノ同意ヲ得テ爲シタル法律行爲モ尙且民法第九條ノ規定ニ依リテ之ヲ取消スコトヲ得ルカ此點ニ關シテハ學說一ナラス積極消極ノ二派我法學界ヲ兩斷シ互ニ相持シテ降ラサルノ槪アリ

積極說ノ根據ハ極メテ簡單ナリ即チ民法第四條ト第九條トヲ比較對照スレハ民法カ禁治產者ノ後見ニハ代理權ノミヲ認メテ同意權ヲ認メス從テ其同意ハ法律行爲ノ效力ニ對シテ何等ノ影響ナキモノトスルノ精神ヲ洞察スルニ餘アリトイフニアリ然レトモ一タヒ目ヲ法典ノ全局ニ注キ各部ノ調和ヲ保チ全體ノ統一ヲ來タスヘキ解釋ヲ試ミンカ積極說ノ瑕疵明白ニ看取セラレ從テ消極說ヲ措キテ他ニ正解ノ求ムヘカラサルコトヲ知ルニ足ラン思フニ本問ノ如キ解釋問題ニ於テハ能フヘクンハ其根據ヲ民法ノ規定中ニ求ムルヲ以テ最モ正確ナリトスヘシ而シテ余ハ我消極說ノ根據ヲ民

法親族編中ニ於テ發見シ得タリト信スル者ナリ請フ左ニ說カン

(一)民法第七七四條ハ禁治產者カ婚姻ヲ爲スニハ其後見人ノ同意ヲ得ルコトヲ要セスト規定ス此規定ハ禁治產者カ完全ニ有效ナル行爲ヲ爲スニハ後見人ノ同意ヲ要スルコトヲ前提トシタルモノニシテ禁治產者カ本心回復中ニ於テ後見人ノ同意ヲ得テ爲シタル行爲ハ之ヲ取消スコトヲ得ス從テ第九條ノ規定ハ禁治者カ後見人ノ同意ヲ得スシテ爲シタル行爲ハ之ヲ取消シ得ルノ意ニ解セサルヘカラス且第七七四條ノ規定ハ第八一〇條第八四七條及ヒ第八六四條ニ於テ之ヲ協議上ノ離婚養子緣組及ヒ協議上ノ離婚ニ準用スヘキ旨ヲ定ム故ニ若シ禁治產者ノ後見人ニ同意權ナキモノトスルトキハ第七七四條ノ規定ノ全部及ヒ第八一〇條第八四七條第八六四條ノ規定ノ各一部分(即チ第七七四條ヲ準用セル部分)ハ其意義ヲ失フコトトナリ勢ヒ法典ニ幾多ノ缺點アルコトヲ承認セサルヘカラサルニ至ラン

(二)民法第七五六條及ヒ第八二八條ハ無能力者カ隱居又ハ私生子ノ認知ヲ爲スニハ其法定代理人ノ同意ヲ得ルコトヲ要セサル旨ヲ規定ス而シテ法定代理人アル無能力者ハ未成年者及ヒ禁治產者ノ二者ニ限ルカ故ニ是等ノ規定ハ禁治產者ニモ適用アリ從テ今禁治產者ニ付テノミ觀察スルトキハ是等ノ規定ハ禁治產者カ隱居又ハ私生子ノ認知ヲ爲スニハ其後見人ノ同意ヲ要セサル旨ヲ定メタルモノナリ從テ是亦本來後見人カ禁治產者ノ行爲ニ對スル同意權ヲ有スルコトヲ前提トスルモノトイハサルヲ得ス解釋論トシテハ以上ノ根據ヲ以テ消極說ノ正當ナル所以ヲ立證スルニ十分ナリト信スト雖モ飜テ立法論トシテモ消極說ノ理由ナキニアラサルコトヲ述ヘ以テ解釋論トシテノ消極說ノ爲メニ有力ナル裏書ヲ試ミントス

（イ）代理權ト同意權トハ法理上全然別個ノ觀念ニ屬シ互ニ相隨伴スルヲ要セスト雖モ禁治產者ノ後見人ハ既ニ代理權ノ發動ニ依リ取消又ハ追認ヲ以テ禁治產者ノ行爲ノ效力ヲ左右スル權限ヲ有スル以上ハ進ンテ之ニ同意權ヲモ與ヘテ其同意ヲ得テ爲シタル行爲ヲシテ完全ニ有效ナラシムルハ禁治產者ノ財產上及ヒ身體上ノ保護者タル後見人ノ地位ヨリ見ルモ又未成年者ノ後見人トノ權衡上ヨリ考フルモ立法上寧ロ自然ニシテ且穩當ナリト爲ササルヲ得ス

（ロ）本心回復中ニ於ケル禁治產者ノ精神狀態ハ知能ノ發育未タ完カラサル未成年者又ハ心神耗弱ニ因ル準禁治產者ノ精神狀態ニ比シテ優ルコトアルモ劣ルコトナキモノト認メサルヘカラス然ルニ未成年者又ハ準禁治產者ハ法定代理人又ハ保佐人ノ同意ヲ得テ完全ニ有效ナル法律行爲ヲ爲シ得ルモノトスル以上ハ禁治產者モ亦後見人ノ同意ヲ得ルトキハ完全ニ有效ナル法律行爲ヲ爲シ得ルモノトセサルヲ得ス然ラサレハ彼此權衡ヲ失フニ至ルヘシ加之本心回復中ノ禁治產者カ後見人ノ同意ヲ得テ爲シタル行爲ヲ有效ト爲ササルトキハ却テ禁治產者ノ爲メニ不利益ト爲ルコトアリ例ヘハ後見人カ事故アリテ自ラ代理行爲ヲ爲スコト能ハス又適當ナル復代理人ヲ選任スルニ遑アラサル場合ニ於テ禁治產者自ラ或人ト契約ヲ締結スル必要アルモ其人後日取消ニ遭ハンコトヲ慮リテ之ト取引ヲ爲スコトヲ肯ンセサル場合ノ如シ此ノ如キ不便ヲ感スルハ禁治產者ノ本心ノ回復カ愈確實トナリ恰モ禁治產ノ宣告ノ取消ノ手續中ナル如キ場合ニ於テ殊ニ少シトセサルヘシ

（ハ）禁治產ノ制度ハ固ヨリ禁治產者保護ノ精神ニ出ツト雖禁治產者ノ保護ヲシテ完全無缺ナラシメント欲スルトキハ勢ヒ取引ノ安全ヲモ擧ケテ悉ク其犧牲ニ供セサルヘカラサルニ至ルヘシ而カモ此ノ如キハ立法上到底許スヘカラサル事ニ屬スルハ言ヲ俟タス故ニ禁治產者ノ保護ハ之ヲ或適當ナル範圍內ニ制限シテ以テ取引ノ安全ヲ計ラサルヘカラス而シテ此目的ヲ達センカ爲メニハ後見人ノ同意ヲ得テ爲シタル禁治產者ノ行爲ヲ完全ニ有效ニシテ取消シ得サルモノトスルコトヲ要ス

以上ノ論述ニ因リ消極說ハ立法論トシテモ亦遙ニ積極說ニ優レルモノアルコトヲ知ルニ足ラン（法學博士乾政彥氏法學協會雜誌第三二卷第九號八七頁以下及第一一號九〇頁以下要領）

【後見人ノ同意アル禁治產ノ行爲ヲ取消シ得ヘシトスル說】

一 禁治產者ハ民法上常ニ健全ナル精神ヲ有セサルモノト看做スカ故ニ後見人ノ同意アレハトテ完全ニ法律行爲ヲ爲スコトヲ得ス唯其同意アリタル場合ニ於テハ寧後見人ノ行爲（代理行爲）トシテ有效ナルコトアルヘシ是事實問題ナリ（法學博士富井政章氏民法原論總論上一三七頁）

二 禁治產者ハ自ラ法律行爲ヲ爲スコトヲ得ス故ニ假令後見人ノ同意アルモ其自ラ爲シタル行爲ハ取消シ得ヘキモノナリ此點ニ關シ反對論アリ曰ク後見人カ禁治產者ノ行爲ニ同意ヲ與ヘタルトキハ其行爲ハ有效ナリト其論スル所ニ依レハ後見人ハ民法第一二〇條第一二一條ニ依リテ追認スルコトヲ得追認ハ事後ニ爲ス取消權ノ拋棄ナリ後見人カ同意ヲ與フルハ事前ニ爲ス取消權ノ拋棄ニシテ追認ト同一ノ效果ヲ生スト此說ノ不當ナルコトハ論ヲ俟タス元來追認ノ意思表示ハ取消ノ意思表示ト同シク常ニ無能力者以外ノ人ニ對シテ爲スヘキモノナリ反之同意ハ無能力者本人ニ對シテ爲スヘキモノニ非ス本人ニ對スル意思表示カ取消權ノ拋棄ト爲ラサルハ明白ナリ他ノ說ニ依レハ後見人カ禁治產者ノ行爲ニ同意ヲ與フルハ自己カ禁治產者ノ爲メニ自ラ爲スヘキ行爲ヲ禁治產者ヲシテ爲サシムルモノナリ而シテ禁治產者ハ代理人タルコトヲ得ルモノナリ故ニ其行爲ハ法律行爲トシテ有效ナリト此議論モ亦誤レリ此場合ニ於テ禁治產者ハ自ラ行爲ヲ爲スノ意思ヲ有シ後見人ノ爲メニ行爲ヲ爲スノ意思ヲ有セス之ヲ後見人ノ爲メニ爲ス代理行爲ナリト論スルハ附會ノ說ト言ハサルヲ得ス（法學博士平沼騏一郎氏民法總論第五版一六六頁）

三 禁治產者ノ無能力ノ範圍ハ未成年者ノヨリモ廣汎ナリ禁治產者ノ爲シタル法律行爲ハ單ニ權利ヲ得又ハ義務ヲ免ルヘキ行爲ト雖モ尙ホ有效ニアラス取消シ得ヘキモノナリ（但シ其本心ニ復セサルトキノ行爲ノ不成立ナルハ勿論ナルヘシ）後見人ノ同意アルモ其行爲ハ有效ナルコト能ハス（法學博士川名兼四郎氏日本民法總論四八頁）

四 第九條ヲ第四條ニ比較スレハ法律ノ精神ハ寧ロ禁治產者カ後見人ノ同意ヲ得テ行爲ヲ爲スコトヲ認メサルニ在リト解セサ

ルヘカラス故ニ余ハ此點ニ關シテハ消極說ヲ採リ禁治產者ハ後見人ノ同意ヲ得ルモ完全ナル效力ヲ有スル行爲ヲ爲スコト能ハサルモノトス（法學博士松本烝治氏註釋民法全書第一卷人法人及物一四八頁）

松岡學士

五　禁治產者ハ有效ニ總テノ法律行爲ヲ爲スコトヲ得ス故ニ禁治產者ハ未成年者カ獨斷ニテ爲スコトヲ得ル法律行爲即チ單ニ權利ヲ得義務ヲ免カルルノ行爲ヲ爲スコトヲ得ス又禁治產者ハ未成年者カ法定代理人ノ同意ヲ得テ爲スコトヲ得ル法律行爲亦法定代理人タル後見人ノ同意ヲ得テ之ヲ爲スコトヲ得ス後見人ノ同意ハ禁治產者ニ後見人ヲ代理スル權限ヲ付與スル行爲ナルヲ以テ禁治產者ハ後見人ノ同意ヲ得テ自ラ有效ニ法律行爲ヲ爲スコトヲ得ト論スル學說アリト雖モ這ハ誤ナリ蓋此場合ニ於テハ禁治產者ハ後見人ノ代理人トシテ行爲ヲ爲スノ意思ヲ有セサルヲ以テナリ又後見人ノ同意ハ禁治產者ノ行爲ヲ事前ニ追認スル行爲ナルヲ以テ事後ノ追認即チ取消權ノ拋棄ト同一ノ效力ヲ有ス故ニ禁治產者ハ後見人ノ同意ヲ得テ自ラ有效ニ法律行爲ヲ爲スコトヲ得ト論スル學說アリト雖モ這亦誤レリ蓋後見人ノ同意ハ禁治產者ニ對シテ之ヲ爲シ追認ハ禁治產者ノ相手方ニ對シテ之ヲ爲スモノナルヲ以テ彼此同一ノ行爲ナリト云フコトヲ得サレハナリ從テ禁治產者ニ對シ完全ナル効力ヲ生スル法律行爲ハ後見人代テ之ヲ爲スコトヲ要ス（法學士松岡義正氏民法論總則一八五頁）

嘉山學士

六　禁治產ノ制度ハ禁治產者ノ保護ニ在ルヲ以テ其爲シタル行爲ハタトヘ後見人ノ同意ヲ得ルモ取消シ得ヘキモノナリ或ハ禁治產者ノ行爲ハ後見人之ヲ追認スルコトヲ得ルモノナレハ其同意アレハ有效ナリト論スルモノアレトモ追認ハ相手方ニ對スル意思表示ヲ以テ之ヲ爲スヘク同意ハ禁治產者ニ對スル意思表示ヲ以テ之ヲナスヘキモノナレハカク論スルコトヲ得ス禁治產者ノ爲シタル行爲ト雖モ若シ心神喪失中ニ爲シタルモノナルトキニハ其行爲ノ無效ナルコトハ勿論ナリ（法學士嘉山幹一氏中央大學大正元年度民法總論講義謄寫七八頁）

【後見人ノ同意アル禁治產ノ行爲ハ有效ナリトスル說】

梅博士

一　禁治產者カ其後見人ノ同意ヲ得テ爲シタル行爲ハ苟モ其行爲カ後見人ノ權限內ニ在ル以上ハ全ク有效ナルコト勿論ナリ蓋シ禁治產者ハ心神喪失ノ常況ニ在ル者ナルカ故ニ其本心ニ復スルコトハ稀ナルヘク隨テ後見人ノ同意ヲ得テ法律行爲ヲ爲スカ如キ極メテ例外ニ屬スル事項ナルヲ以テ法文ニハ敢テ未成年者ニ於ケルカ如ク禁治產者カ法律行爲ヲ爲スニハ其後見人ノ同意ヲ得ルコトヲ要スト曰ハス後見人常ニ之ニ代ハリテ法律行爲ヲ爲スヘキモノトスルト雖モ若シ其本心ニ復シタル間ニ於テ後見人ノ同意ヲ得テ之ヲ爲サンニハ後見人ノ代理人トシテ之ヲ爲シタルモノト視ルコトヲ得ヘク從テ其法律行爲ノ有效ナルコトハ固ヨリ論ヲ俟タサルナリ（法學博士梅謙次郎氏民法要義總則二七頁）

中島博士

二　禁治產者カ本心ニ復シタル間ニ法定代理人ノ同意ヲ得テ爲シタル行爲ハ完全ニ有效ナリ是獨逸民法等ト異ル所ナリ蓋シ第九條ニヨリ禁治產者ハ取消シ得ヘキ行爲ヲナスノ能力ヲ有ス故ニ法定代理人ノ意思ヲ以テ之ヲ補助スルトキハ完全トナル且ツ第一二二條ニヨレハ法定代理人ハ禁治產者ノ行爲ノ追認ヲナスコトヲ得ルモノナリ追認ハ事後ニ於ケル取消權ノ拋棄ナリ事務ニ於テ追認シテ完全ノ行爲タラシムルヲ得ルモノナレハ事前ニ於テ同意ヲ與ヘテ完全ナラシムルヲ得サル可ラス然シテ禁治產者カ其ノ有效ヲ主張センニハ只法定代理人ノ同意ヲ得タルコトヲ立證スレハ可ナリ其ノ當時ニ於テ本心ニ復セリヤ否ヤ即チ全ク意思ヲ缺キタルヤ否ヤヲ爭ハント欲セハ相手方ニ於テ之ヲ立證ス可シ又相手方ハ法定代理人ノ同意ヲ立證シテ其ノ有效ヲ主張スルコトヲ得禁治產者カ之レニ反對センニハ只其當時事實上意思ヲ有セサリシコトヲ立證シテ無效ヲ主張スルカ又ハ法定代理人ノ同意ヲ否認シテ取消シ得可キ行爲ナルヲ主張スルノ途アルノミ右ノ如ク法定代理人ハ同意ヲ與ヘテ禁治產者ヲシテ法律行爲ヲナサシムルコトヲ得ト雖モ之レ禁治產者カ事實上意思ヲ有スル場合ニ限ル而シテ禁治產者ハ心神喪失ノ常況ニ在ル者ナルヲ以テ意思即チ辨別力アル場合ハ稀ナル可シ故ニ通常ハ後見人カ第九二三條ニヨリ其ノ代理權ニ基キ禁治產者ニ代テ法律行爲ヲナス（法學博士中島玉吉氏民法釋義卷ノ壹一三〇頁）

塚田學士

三　禁治產者カ法定代理人ノ同意ヲ得テ法律行爲ヲ爲スモ其行爲ハ禁治產者ノ行爲タリ故ニ民法第九條ニ依リ之ヲ取消スコトヲ得ヘキカ如キ疑ヲ抱ク者アルヘシト雖モ法定代理人ハ禁治產者ノ行爲ヲ追認シ初メヨリ有效ナリシモノト爲スコトヲ得ヘシ追認ハ事後ノ同意ニシテ取消權ノ拋棄タリ法律ニ於テ豫メ取消權ヲ拋棄スルコトヲ禁セサル以上ハ事前ニ同意ヲ爲シ將ニ生セントスル取消權ヲ豫メ拋棄スルコトヲ得ヘキモノト解釋セサルヘカラス故ニ禁治產者カ法律行爲ヲ爲ス前ニ於テ後見人ノ同意ヲ得タルトキハ其行爲ノ成立ト同時ニ發生スヘキ取消權ハ消滅スルモノニシテ法理上ハ法律行爲成立ノ瞬間ニ後見人カ之ヲ追認シタルト異ルコトナシ從ツテ此場合ニ於ケル法律行爲ハ有效ニ確定セリト斷定セサルヘカラス（法學士塚田達二郎氏法典質疑問答民法總則三〇頁）

加古學士

四　禁治產者カ後見人ノ同意ヲ得テ爲シタル法律行爲ハ苟モ其行爲ニシテ後見人ノ權限內ニ在ル以上ハ取消スコトヲ得サルモノトス民法第八條ハ禁治產者ハ之ヲ後見ニ付スト規定シ未成年者ノ場合ニ於ケルカ如ク禁治產者カ法律行爲ヲ爲スニハ其後見人ノ同意ヲ得ルコトヲ要スト規定セス思フニ禁治產者ハ心神喪失ノ常況ニ在ル者ニシテ其本心ニ復スルハ極メテ稀ナルヘク又假令本心ニ復シタル間ニ於テ後見人ノ同意ヲ得テ法律行爲ヲ爲スコトヲ禁止スルモノト速斷スルコトヲ得ス又此場合ニ於テモ民法第九條ニ依リテ其行爲ヲ取消スコトヲ得ルモノト解スルヲ得サルナリ抑モ民法第九條ニ所謂禁治產者ノ行爲トハ心神喪失ノ情況ニ在ル場合ハ勿論心神ヲ回復シタル間ニ爲サレタル行爲ト雖モ後見人ノ同意ヲ得サリシモノヲ指示スルモノニシテ本問ノ場合ノ如キハ之ヲ包含セス從テ取消シ得ヘキモノニ非サルハ勿論ニシテ或ハ斯ノ如キ場合ニ於テハ禁治產者ハ後見人ノ代理人トシテ法律行爲ヲ爲シタルモノト看ルコトヲ得ヘキコトアルヘク否ラサルモ禁治產者ノ行爲ハ後見人ニ於テ之ヲ追認スルコトヲ得ヘキモノナレハ後見人ハ事後ニ追認ヲ爲ス代ハリニ事前ニ同意ヲ與フルコトヲ爲シ得ヘキモノニシテ從テ其行爲ノ確定不動決シテ取消シ得ヘキモノニ非ルハ明白ナリトス（法學士加古貞太郞氏法典質疑問答民法總則二七頁）

【參照學說】

修正案理由書

一　婚姻ハ一ノ法律行爲ナルヲ以テ禁治產者カ其精神ヲ回復シタル時ニ於テ婚姻ヲ爲スニハ或ハ他ノ法律行爲ト同シク後見人ノ同意ヲ要スルモノナリトノ解釋ヲ生スルコトナシトセス然レトモ後見人ノ法定代理人ハ禁治產者ノ療養看護及ヒ財產ノ管理ニ限ルヲ至當トスルヲ以テ本條ニ於テ明カニ婚姻ノ事ニ付キ同意ヲ與フルコトハ其職務中ニ包含セサルコトヲ示シタリ（民法修正案理由書五二頁）

二 禁治產ノ宣告ヲ受ケタル者ハ法律上總テ行爲能力ヲ有セサル者トシテ未成年者ノ如ク後見ノ下ニ立チ其保護ヲ受ケシムルモノナレハ禁治產者ハ卽チ一般無能力者ニシテ其總テノ行爲ハ後見人之ヲ代表スヘキモノタルコト固ヨリ明白ナリ(法學博士松波仁一郞氏同仁保龜松氏同仁井田益太郞氏民法正解總則編七七頁)

後見人ノ同意アルモ禁治產者カ心神喪失中ニ爲シタル法律行爲ノ無效ナルコトハ一點ノ疑ナキモ其本心回復中ノ同意アル行爲ノ效力ニ付キ學說ノ分岐セルコトハ上揭ノ如ク就中博士ノ本論ト本書第三卷第一號ニ揭ケタル松本博士ノ論文トハ正ニ双璧ト見ルヘキモノナリ吾人ハ博士ノ所論中肯綮ニ値スルモノ少ナカラサルヲ信スルモ其根本ノ論據トセラレタル第七七四條等ノ規定ニ付キ反對ノ解釋(本書第三卷第一號松本博士論文第六頁參照)ニ左袒スルカ故ニ勢ヒ本論ノ斷定ニ反對セサルヲ得サルナリ

(一八〇)

一一三 代理權ヲ有セサル者カ他人ノ代理人トシテ爲シタル契約ハ本人カ其追認ヲ爲スニ非サレハ之ニ對シテ其效力ヲ生セス
追認又ハ其拒絶ハ相手方ニ對シテ之ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ其相手方ニ對抗スルコトヲ得ス但相手方カ其事實ヲ知リタルトキハ之ニ對シテ其效力ヲ生ス

(一) 前訴ニ於テハ不當利得ノ返還請求權ヲ主張シ後訴ニ於テハ寄託契約ニ基ク請求權ヲ主張スルトキハ彼此其請求權ヲ異ニスルヲ以テ一事不再理ノ抗辯ヲ許スヘキ場合ニ非ス』

(二) 無權代理人ノ爲シタル契約ヲ本人ニ於テ主張シ相手方ニ對シテ契約履行ヲ訴求シタルトキハ本人ハ暗默ニ該契約ヲ追認シタルモノニシテ其訴狀カ相手方ニ送達セラレタルトキハ相手方ニ對シ追認ノ意思表示アリタルモノトス」

(一) 確定判決ニ基ク一事再理ノ抗辯ハ確定判決ヲ經タル請求ニ付キ再訴アリタル場合ニ限リ被告ヨリ提出スルコトヲ得ヘキモノナリ本件ニ於テ原判決ノ確定シタル事實ニ依レハ上告人カ確定判決ヲ經タリト主張スル訴訟ハ被上告人カ上告人ニ對シ負擔セル金九千五百圓ノ債務ニ對シ金一萬圓ヲ辨濟シタルヲ以テ金五百圓ハ過剩辨濟ト爲リ上告人ニ於テ不當ニ利得シタルモノナレハ其返還ヲ求ムト云フニ在リテ本件ノ訴旨ハ被上告人カ上告人ヨリ金一萬圓ヲ借受クルニ際シ其辨濟期ヲ期限トシ金五百圓ヲ寄託シタルヲ以テ其返還ヲ求ムト云フニ在リ卽チ前訴ニ於テハ不當利得ノ返還請求權ヲ主張シ本訴ニ於テハ寄託契約ニ基ク請求權ヲ主張スルモノニシテ彼此其請求權ヲ異ニスルヲ以テ原裁判所カ一事再理ノ抗辯ヲ排斥シタルハ正當ナリ

(二) 代理權ヲ有セサル者カ他人ノ代理人トシテ爲シタル契約ハ本人ニ於テ相手方ニ對シテ追認ノ意思ヲ表示スルニ非サレハ相手方ニ對抗スルヲ得サルコト民法第一一三條ノ規定スル所ナリト雖モ追認ノ意思表示ヲ爲ス方法ニ付テハ法律上特ニ規定スル所ナキヲ以テ明示又ハ默示ノ方法ニテ之ヲ爲スコトヲ得ヘキヤ疑ヲ容レス故ニ無權代理人カ締結シタル契約ヲ本人ニ於テ主張シ相手方ニ對シテ其契約履行ヲ訟求シタルトキハ之ニ依リテ暗默ニ該契約ヲ追認スル意思ヲ表示シタルモノニシテ其訴狀カ相手方ニ送達セラレタルトキハ相手方ニ對シ追認ノ意思表示アリタルモノト云フヲ得ヘシ本件原判決ノ確定シタル事實ハ訴外小島幸七ハ其權限ナクシテ被上告

人ノ爲メニ上告人ト寄託契約ヲ締結シ被上告人ハ其契約ヲ追認シテ本件請求ヲ爲スモノナリト云フニ在リテ被上告人ノ追認ノ意思表示ハ前段說示スルカ如キ法理ニ依リ訴狀ノ送達ニ依リ默示的ニ上告人ニ到達シタルモノト爲セルコト原判旨ニ徵シ明白ナレハ原判決ハ所論ノ如キ不法ナシ（大審院大正三年（オ）第二六三號同年十月三日民一判決）

【判決事項】

(一)主文　上告棄却(二)原審　大阪地方裁判所(三)件名　委託金請求事件(四)訴訟關係人　上告人富田龜三郎代理人辯護士中西保之被上告人桝谷清吉

【第二點參照學說】

本書第二卷民法九四〇頁

（一八一）

九五一　親族會ノ決議ニ對シテハ一ケ月內ニ會員又ハ第九四四條ニ揭ケタル者ヨリ其不服ヲ裁判所ニ訴フルコトヲ得

東京控訴院判決

親族會ノ決議後一ケ月內ニ不服ノ訴アラサルトキハ假令決議ノ內容若クハ其手續カ法律ニ違背スルコトアリトスルモ苟モ親族會ノ決議ヲ以テ左右スルコトヲ得サル法律ノ規定ニ違反シ若クハ親族會ノ招集不適法ニシテ其決議ナキト等シキ場合ニアラサル限リハ決議ノ效力確定スルモノトス』親族會員五名ノ中一人ニ對シテ適法ノ招集手續ヲ爲サス他四名カ會合協議シタリトスルモ招集手續欠缺ノ如キハ決議ヲシテ當然無效ニ歸セシムヘキモノニアラスシテ不服ノ訴ニヨリテ無效ノ宣言ヲ受クヘキ素質ヲ有セシムルニ過キサルモノトス」

控訴人等ハ前示十月二十九日ノ決議ハ親族會員中市川愛次郎ニ無斷ニテ其他四名ノ者ノミカ爲シタルモノナルヲ以テ違法ニシテ當然無效ナリト云フモ凡ソ親族會ノ決議ニ對シテハ會員又ハ民法第九四四條ニ揭ケタル者ヨリ一ケ月內ニ其不服ヲ裁判所ニ訴フルコトヲ得ルニ止マルコトハ民法第九五一條ノ規定スルトコロナリ故ニ若シ決議後一ケ月內ニ不服ノ訴アラサルトキハ假令決議ノ內容若クハ其手續カ法律ニ違背スルコトアリトスルモ苟モ親族會ノ決議ヲ以テ左右スルコトヲ得サル法律ノ規定ニ違反シ若クハ親族會ノ招集不適法ニシテ其決議ナキト等シキ場合ニアラサル限リハ決議ノ效力確定スルモノト云ハサルヘカラス而シテ本件親族會ノ決議ハ假リニ控訴人主張ノ如ク會員五名ノ中一人ニ對シテ適法ノ招集手續ヲ爲サス他四名カ會合協議シタル事實ナリトスルモ招集手續ノ欠缺ノ如キハ決議ヲシテ當然無效ニ歸セシムヘキモノニアラスシテ不服ノ訴ニヨリテ無效ノ宣言ヲ受クヘキ素質ヲ有セシムルニ過キス何トナレハ民法ハ親族會員ハ三名以上ナルコト及ヒ其議事ハ會員ノ過半數ヲ以テ之レヲ決スヘキコトヲ規定シタルモ會議ニ出席スヘキ會員ノ定員數ニ付テハ別ニ規定シタル所ナキヲ以テナリ然ルニ本件ニ於テ右十月二十九日ノ決議アリタル後一ケ月ノ期間內ニ亡三郎平ノ親族會員又ハ民法第九四四條所揭ノ人々ヨリ右決議ニ對シ裁判所ニ不服ノ訴ヲ提起シタルモノアルコトハ控訴人等ノ主張セサル所ナルヲ以テ結局右決議ハ有效ニ確定シタルモノト認メサルヲ得ス從テ本抗辯モ採用セス（東

京控訴大正三年(ネ)二一三號同三年八月二十日民三松岡裁判長成道小川各判事判決)

【判決事項】

(一)件名 不動産登記抹消手續請求控訴事件(二)訴訟關係人 控訴人鵜澤清次郎外四名訴訟代理人辯護士森山儀文治同田多井喜源治同辯護士田多井四郎治被控訴人川上さだ訴訟代理人辯護士高橋織之助

(一八二)

九八五 前條ノ規定ニ依リテ家督相續人タル者ナキトキハ親族會ハ被相續人ノ親族、家族、分家ノ戸主又ハ本家若クハ分家ノ家族中ヨリ家族相續人ヲ選定ス
前項ニ掲ケタル者ノ中ニ家督相續人タルヘキ者ナキトキハ親族會ハ他人ノ中ヨリ之ヲ選定ス
親族會ハ正當ノ事由アル場合ニ限リ前二項ノ規定ニ拘ハラス裁判所ノ許可ヲ得テ他人ヲ選定スルコトヲ得

九四四 本法其他ノ法令ニヨリ親族會ヲ開クヘキ場合ニ於テハ會議ニ要スル事件ノ本人戸主親族後見人後見監督人保佐人檢事又ハ利害關係人ノ請求ニ因リ裁判所之ヲ招集ス

九四七第一項 親族會ノ議事ハ會員ノ過半數ヲ以テ之ヲ決ス

一三五 法律行爲ニ始期ヲ附シタルトキハ其法律行爲ノ履行ハ期限ノ到來スルマテ之ヲ請求スルコトヲ得ス
法律行爲ニ終期ヲ附シタルトキハ其法律行爲ノ效力ハ期限ノ到來シタル時ニ於テ消滅ス

他家ノ戸主ヲ家督相續人ニ選定スルコトハ我民法ノ禁セサル所ナルモ一人ニシテ二個ノ戸主權ヲ併有スルコトヲ得サルヲ以テ若シ他家ノ戸主カ更ニ或人ノ家督相續人ニ選定セラレタル場合ニハ該選定ハ被選定者カ前戸主權ヲ喪失スルニ至ルマテ其效力ノ發生ヲ停止セラルルニ過キス故ニ被選定者カ後日他家ノ戸主權ヲ喪失スルトキハ其瞬間ヨリ家督相續人タル地位ヲ獲得スルモノトス』

裁判所カ親族會ヲ招集シタル場合ニハ裁判所ノ指定シタル日時及場所ニ於テ之ヲ開クヘキモノナルコトハ勿論ナリト雖モ親族會ノ決議モ亦一個ノ法律行爲ニシテ其性質上期限ヲ付スルコトヲ得サルモノニアラサルヲ以テ親族會員等カ裁判所ノ指定シタル日時ニ親族會ノ決議ノ效力ヲ發生スルモノトシテ裁判所ノ指定シタル場所ニ於テ其指定ノ日時以前ニ決議ヲ爲スモ違法ニアラス』

被控訴人ハ右十月二十九日當時他家ノ戸主ナリシヲ以テ亡三郎平ノ家督相續人ニ選定セラルル資格ナキ旨抗辯スレトモ他家ノ戸主ヲ更ニ家督相續人ニ選定スルコトハ我民法ノ禁セサル所ナリ元ヨリ一人ニシテ二個ノ戸主權ヲ併有スルコトヲ得サルコトハ疑ナキ所ナルヲ以テ若シ他家ノ戸主カ更ニ或ル人ノ家督相續人ニ選定セラレタル場合ニハ該選定ハ被選定者カ前戸主權ヲ喪失スルニ至ル迄其效力ノ發生ヲ停止セラルルニ過キス故ニ被選定者カ後日他家ノ戸主權ヲ喪失スルトキハ其瞬間ヨリ有效ニ家督相續人タル地位ヲ獲得スルモノナリ從テ此點ニ關スル控訴人等ノ抗辯理由ナシ控訴人等ハ假リニ被控訴人ハ家督相續人ニ選定セラルル資格アリトスルモ裁判所ノ指定シタル以外ノ日時ニ於テ選定セラレタルモノナレハ假令裁判所指定ノ場所ニ於テ選定セラレタリトモ右選定ハ無效ナリト云フヲ以テ此點ニ付キ按スルニ民法第九四四條ニハ民法其他ノ法令ノ規定ニヨリ親族會ヲ開クヘキ場合ニハ利害關係人ノ請求ニヨリ裁判所之ヲ招集スル旨ノ規定アリ故ニ裁判所カ親族會ヲ招集シタル場合ニハ裁判所ノ指定シタル日時及ヒ場所ニ於テ之ヲ開クヘキモノナルコト論ナキ所ナレトモ之カ爲メ親族會員等カ裁判所ノ指定シタル日時ニ親族會ノ決議ノ效力ヲ發生スルモノトシテ裁判所ノ指定シタル場所ニ於テ其指定ノ日時以前ニ決議ヲ爲スモ敢テ違法ニアラス蓋シ親族會ノ決議モ亦一個ノ法律行爲ニシテ其性質上期限ヲ付スル

コトヲ許サザルモノニアラザルヲ以テナリ本件ニ於テハ明治四十四年十月二十九日亡三郎平ノ親族會員等カ裁判所ノ指定シタル親族會招集ノ期日タル同年十一月三日ヲ繰上ケテ即日裁判所指定ノ場所タル亡三郎平宅ニ親族會ヲ開キ以テ被控訴人ヲ家督相續人ニ選定シ而カモ十一月三日決議ヲ爲シタル旨ノ決議書ヲ作成シタルモノナルコト前段既ニ認定シタルカ如シ果シテ然ラハ右十月二十九日ノ決議ハ十一月三日ニ至リ初メテ決議ノ效力ヲ發生スルモノト爲シタルモノナルコトヲ推認スルニ足ル然ラハ右十月二十九日ノ決議ノ有效ナルコト亦論ヲ俟タス（東京控訴三（ネ）第二一三號三年八月廿日民三部松岡裁判長成道小川各判事判決）

【判決事項】

（一）件名　不動産登記抹消手續請求控訴事件（二）訴訟關係人　控訴人關澤清次郎外四名訴訟代理人辯護士森山儀文治同田多井喜源次同田多井四郎治被控訴人川上さた訴訟代理人辯護士高橋織之助

民事局長

【一點反對學說】

現ニ戸主（民法第九八五條第一項ノ場合ヲ除ク）法定ノ推定家督相續人（民法第七四四條第一項但書ヲ除ク）又ハ有夫ノ婦タル者ハ之ヲ家督相續人ニ選定又ハ指定スルコトヲ得ス（大正元年十二月二十七日民事局長回答法曹記事二三卷第一號六九頁）

牧野學士

【參照學說】

固ヨリ戸主ハ一家一人ニ限リ一人一家ニ限ルヲ以テ一家ノ戸主タル者カ重ネテ他家ノ戸主タルヲ得サルヘシト雖モ戸主タルノ身分ハ之ヲ喪失スルコトアリ一旦其身分ヲ失フニ於テハ他家ニ入ルヲ妨クルモノニアラス從テ指定ノ當時戸主タリトスルモ後ニ隱居ヲ爲シ指定ニ應スルヲ得サルニアラス（中略）家督相續人ノ選定ニ關シテハ民九八二及九九五條規定スルカ如ク選定ノ範圍ニ一定ノ限界アリ指定ノ範圍ニ制限ナキト異ナル所アレトモ本論說明セル所ノモノハ亦以テ選定家督相續人ニモ援用シ得ヘキコト疑ヲ容レサル所ナリトス（本書第二卷民法八八二頁ﾉ學士牧野菊之助氏論說）

中島博士

【二點參照學說】

一　學者或ハ契約ニモ非ス單獨行爲ニモ非サル中間ノ種類ノ法律行爲アリトナス其例ヲ見ルニ數人シテ社團法人ヲ設立スル行爲親族會法人ノ社員總會等ヲ上ク是等ノ場合ニ於テ其ノ法律上ノ效果ハ一ナリ而シテ多數ノ意思表示ノ一致ヲ要ス此點ニ於テ契約ニ近シ然レトモ其相互ノ間ニ法律關係ヲ生スルコトナシ此點ニ於テ契約ト異ル故ニ之レヲ共同行爲ト稱シ中間ノ種類ノモノトナス

余ノ見ル所ニ於テハ之レ特種ノモノニ非ス實ハ一方行爲ノ集合ナリ一方行爲ハ一方ノ意思表示ノミニヨリ行爲トシテ完成スルモノヲ云フ前示ノ場合ニ於テハ其效力ノ發生ニ多數ノ意思ヲ要スト雖モ各員ノ意思表示ハ皆各別ニ完成ス故ニ一方行爲ノ集合ナリトス但シ一方行爲ト契約ト併存スル場合ナキニ非ス例ヘハ法人設立者間ニ於テ中途撤回ヲナスモノハ違約金ヲ拂フ可シト約スルカ如キ之レナリ此場合ニハ契約ト一方行爲ト共ニ存スルモノニシテ中間ノ性質ノ一個ノ行爲ニ非ス（法學博士中島玉吉氏民法釋義卷一第四四一頁）

鳩山學士

二　共同行爲又ハ合同行爲トハ獨逸ノげざむとあくとノ飜譯ニシテ又協定行爲ト云フ契約ト同シク二個以上ノ意思表示ノ合致ヲ必要トスルモノナルモ其二個以上ノ意思表示ハ契約ノ場合ノ如ク對應シ別異ノ內容ヲ有スルモノニアラスシテ同一ノ方向ヲ有シ同一ノ內容ヲ有スルモノナリ從ツテ前者ニ在リテハ交錯合致シ後者ニ在リテハ平行合流ス前者ニ在リテハ獨立セル二個以上ノ目的アリ後者ニ在リテハ共同セル一ノ目的アルニ止マル例ヘハ賣買契約ハ賣ルト云フ意思表示ト之ト異リタル買フト云フ意思表示トヨリ成立スルニ反シ法人設立ノ行爲ノ如キ總會ノ決議ノ如キ或ハ土地ノ共有者カ共同シテ地役權ヲ設定スル行爲ノ如キハ多數ノ同一ノ意思ヲ以テ成立スルモノナリ（法學士鳩山秀夫氏法律行爲乃至時效三七頁）

第一點ニ付キ吾人ハ曩ニ牧野學士ノ同趣旨ノ論說ニ對シ贊同シタリ第二點又至當ノ見解ナリ

（一八三）

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

東京控訴院判決

東京市內ニ行ハルル慣習ニ依レハ借地人ハ地主ノ相當額ノ借地料增加承認ノ請求ヲ受ケタル日ヨリ起算シテ其增額ノ承認ヲ爲スヘキ義務アルモノトス」增額請求アリタル後引續キ增額セサル從前ノ割合ノ借地料ヲ支拂ヒタル事實アリトスルモ之カ爲メ當然增加額承認義務免除ノ結果ヲ來スヘキモノニアラス」

第一審被告ニ於テ相當借地料增額ノ承認ヲ爲スヘキ義務アリトスルモ其增額ノ申込ヲ受ケタル時期ニ遡リテ承認ヲ爲サヽルヘカラサル理由ナキ旨ヲ抗爭スルモ前記東京市內ニ行ハルル慣習ノ趣旨ハ借地人ハ地主ノ相當額ノ借地料增加承認ノ請求ヲ受ケタル日ヨリ起算シテ其增額ノ承認ヲ爲スヘキ義務ヲ負フニアルモノト解スヘク然ラサル限リ借地人ハ濫リニ地主ノ相當借地料增加承認ノ請求ヲ拒否シ爭訟ヲ滋クスルノ不當ノ結果ヲ呈スヘキカ故ニ本訴ニ於テモ第一審被告ハ借地料增額承認ヲ請求セラレタルトキ即チ明治三十六年十月一日以降ノ相當額ノ範圍ニ於ケル增額ヲ承認スヘキ義務アルヤ當然ナリ(中略)尙ホ明治三十六年九月以降明治四十一年十二月分迄ノ借地料ハ既ニ支拂濟ニテ其分ノ借地料ノ債務ハ消滅セルカ故ニ拘クトモ此分ニ對スル增額請求ハ失當タルヲ免レスト主張スルモ既ニ前記認定ノ如ク第一審原告カ第一審被告ニ對シ明治三十六年九月中翌月一日ヨリスル借地料增額承認ノ請求ヲ爲シタル事實アリト爲ス以上此處ニ第一審被告ノ右增額承認義務ハ發生スヘキカ故ニ特別ノ消滅原因ナキ限リ當然消滅ニ歸スヘキ道理ナク增額セサル從前ノ割合ノ借地料ヲ第一審原告ニ支拂ヒタル一事ハ當然ニ右增額承認義務免除ノ結果ヲ來タササルヘキヲ以テ此事實ノミヲ捉ヘテ既ニ支拂濟ミト爲レル借地料ニ對スル增額承認ノ請求ハ失當ナリトノ第一審被告訴訟代理人ノ抗辯ハ其理由ナシ尙借地料ヲ供託シオキタリトノ主張事實ハ同一ノ理由ニ依リ本訴借地料增額承認義務ニ何等ノ影響ヲモ及ホササルモノト認ム(東京控訴四五(ネ)第三八八第三八九號三年十月十日民二部須賀裁判長西鄕三橋各判事判決)

【判決事項】

(一)件名　借地料確認支拂請求控訴事件(二)訴訟關係人　控訴人長東治郞訴訟代理人辯護士岡本宏被控訴人新井嘉兵衞訴訟代理人辯護士吉田珍雄

【參照學說】

中島博士

地主ハ地租其他ノ公課ノ增加セル場合又ハ土地ノ隆盛繁昌ニヨリ附近ト共ニ地價ノ騰貴セルカ如キ事由發生スルコトアルモ之レヲ理由トシテ契約ヲ以テ一定ノ年限間定メタル地代ノ增加ヲ請求スル權利ナキハ勿論ナリ蓋シ地代ノ高低ハ賣買ノ代價ト同シク當事者ノ任意ニ定メ得ル所敢テ裁判所ノ干涉ス可キ限ニ非サレハナリ然ルニ我大審院ハ前述ノ如キ事情アリタルトキハ「地主ハ借地人ニ對シテ增額ヲ强要スルヲ得ルコト即チ訴訟上ノ請求ヲナシ得ルコトハ本院ノ一般慣習法トシテ認ムル所ナリ云々」ト說キ當事者カ約定シタル地代ノ變更スル一般慣習法ナルモノヲ認メ其適用ヲ避ケント欲セハ特ニ地代ノ增額ヲ請求セサル旨ヲ約定スルヲ要ストセリ然レトモ之レハ大ナル誤謬ナリ第一ニ地代增加請求ノ一般慣習法ナルモノ果シテ存在スルヤ否ヤ疑問ナリ次ニハ假令斯ノ如キ慣習法アリトスルモ之レ固ヨリ任意的性質ノモノナレハ當事者意思ヲ以テ其適用ヲ除斥スルヲ得サル可ラス而シテ當事者カ一定ノ期間內一定ノ地代ヲ定ムルニ於テハ明ニ其期間內ハ地代ヲ變更セサルノ意思ナレハ之ニヨリテ其適用ヲ除斥シタルモノト解釋セサル可ラス何ソ必ラスシモ特ニ增加ヲ請求セサル旨ノ特約ヲ要センヤ又若シモ大審院ノ認ムル慣習法ニシテ當事者カ一定ノ期間變更セサルノ意思ヲ以テ地代ヲ定ムルモ猶其期間內ニ於テ增加ヲ請求シ得ルニ在リトセハ之レ明ニ公益ニ害アル慣習ニシテ法例第二條ノ禁スル所ナリ蓋シ斯クノ如クスレハ當事者ハ地上權ノ地代ヲ確的ニ定ムルヲ得サル結果トナリ契約自由ノ原則ニ及ホシ一般ノ取引ニ害アレハナリ(法學博士中島玉吉氏著民法釋義卷之二上四九七頁)

至當ノ判決ナリ尙本件ニ付テハ本書第二卷民法一九四頁第一卷民法二八頁ヲ參照セラレタシ、

(一八四)

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

不動產登記法一〇四　不動產ヲ華族世襲財產ト爲スコトヲ認可シタルトキハ當該官廳ハ遲滯ナク世襲財產ノ創設ノ登記ヲ登記所ニ囑託スルコトヲ要ス

民法施行法三七　民法又ハ不動產登記法ノ規定ニ依リ登記スヘキ權利ハ從來登記ナクシテ第三者ニ對抗スルコトヲ

得ヘカリシモノト雖モ民法施行ノ日ヨリ一年内ニ之ヲ登記スルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルヲ得ス

華族世襲財産法ニ世襲財産ハ總テ家督相續者ヲシテ之ヲ相續セシムルモノトス

（一）民法施行法第三七條ノ趣旨ハ民法施行ノ時ヨリ一年内ニ登記スルトキハ其登記ノ日如何ニ拘ハラス民法施行ノ日ニ遡リ從前通リ引續キ對抗力アルコトヲ規定セルモノニシテ一ヶ年ヲ經過セル後ニ於テハ絕對ニ登記ヲ爲スコトヲ許サス假令登記ヲ爲スモ效力ナシト定メタルモノニアラス」

（二）華族世襲財産創設ノ登記アルニ於テハ假令相續ニヨル所有權取得ノ登記ヲ爲ササルモ家督相續人ハ當然世襲財産タル不動産所有權ノ取得ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルモノトス」

（一）控訴代理人並ニ從參加代理人ハ民法施行法第三七條ニヨレハ民法又ハ不動産登記法ノ規定ニ依リ登記スヘキ權利ハ從來登記ナクシテ第三者ニ對抗スルコトヲ得ヘカリシモノト雖モ民法施行ノ日ヨリ一年内ニ之ヲ登記スルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ストアリテ華族世襲財産モ登記法ノ適用ヲ受クヘキ權利ニシテ且ツ從來登記ナクシテ第三者ニ對抗シ得タルモノナレハ民法施行ノ日ヨリ一ヶ年ヲ經過セル後ニ於テ爲サレタル本件世襲財産創設ノ登記ハ對抗條件タルノ效力ヲ生スルコトナシト論スレトモ民法施行法第三七條ノ趣旨ハ民法施行ノ時ヨリ一年内ニ登記スルトキハ其登記ノ日如何ヲ問ハス民法施行ノ日ニ遡リ從前通リ引續キ對抗力アルコトヲ規定セルモノニシテ敢テ一年ヲ經過セル後ニ於テハ絕對ニ登記ヲ爲スコトヲ許サス假令登記ヲ爲スモ效力ナシト定メタルモノニ非ス從テ本件係爭不動産ニ關スル世襲財産創設ノ登記カ明治四十一年四月十一日ニ爲サレタルカ爲メ全然對抗力ナシトノ所論ハ失當ナリ

（二）華族世襲財産ハ總テ家督相續者ヲシテ之ヲ相續セシムルモノトストアリテ世襲財産法第二條ニヨレハ世襲財産ハ常ニ家督相續ヲ爲シタル者ニ於テ當然繼承スルコト明白ニシテ又同法第一五條ニ徵スレハ世襲財産ハ戶主死亡ノ後家督相續ヲ爲スヘキ男子ナキトキ或ハ爵ヲ奪ハレ又ハ族ヲ除カレ家督相續者ナキトキ其他財産自體定額ノ收益ヲ供セサルニ至リ若クハ其存在ヲ失ヒ而カモ之ヲ補充セサルトキニ非サレハ世襲財産タル效力ヲ失ハサルコト明カナルヲ以テ係爭不動産ニ付キ被控訴人カ相續ニ因ル所有權取得ノ登記ヲ爲ササリシ事實ノミニヨリテハ係爭不動産カ世襲財産タル效力ヲ失ヒタルモノト云フヲ得ス然ルニ係爭不動産ニ付世襲財産創設ノ登記カ爲サレタルハ民法施行ノ日ヨリ一年ヲ經過セル後ナリト雖該登記ノ無效ニ非スシテ登記ノ日以後第三者ニ對抗シ得ル效力アルコトハ前段說明ノ通ナレハ係爭不動産ニ付堀親篤ノ家督相續人タル被控訴人ニ於テ之カ世襲財産タルコトヲ右登記ノ日以後タル大正二年七月十五日本件競賣ノ申立ヲ爲シタル株式會社千代田貯藏銀行破産管財人ニ對抗シ得ルコトハ勿論ナリト云ハサルヘカラス而シテ前記ノ如ク家督相續者ニ世襲財産人ヲ相續セシムルコトハ華族世襲財産法第二條ニ明記スル所ナルヲ以テ被控訴人ニシテ堀親篤ノ家督相續人タル以上不動産ニ付キ家督相續ニ因ル所有權取得ノ登記ヲ爲スト否トニ關セス家督相續人トシテ世襲財産タル右不動産ニ付キ所有權ヲ取得シタルコトヲ當然第三者ニ對抗シ得ヘキ以上ハ該不動産ヲ堀親篤ノ財産ナリト認メテ强制執行ニ及ヒタル株式會社千代田貯蓄銀行破産管財人ノ所爲ハ失當

ナリ(東京控訴院三(ネ)第二五六號三年九月廿六日民二部須賀裁判長、西郷三橋各判事判決)

【判決事項】

(一)件名 不動産强制執行異議控訴事件(二)訴訟關係人 控訴人株式會社千代田貯蓄銀行破産管財人岩田宙造訴訟代理人辯護士木内傳之助同植田亥之吉同近藤民雄從參加人片桐寛一郎外一名訴訟代理人辯護士野村大五郎同御子柴擧之助同後藤新次郎同吉野千代吉被控訴人堀秀孝訴訟代理人辯護士鹽入太輔

判示第一點ハ正當ナリ然レトモ第二點ニ付テハ民法第一七七條ノ趣旨ヨリシテ本判旨ニ賛スル能ハス此點ニ付テハ既ニ論シタル處ナレハ本書第三卷民法一三五頁(第一審判決)ニ就テ參照セラレタシ

(一八五)

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

前項ノ規定ニ反スル行爲ハ之ヲ取消スコトヲ得

七歳ニ達スル幼者ハ贈與ニ關スル意思能力ヲ有スルモノト認定スルヲ相當トス」

本件讓渡契約ハ贈與ニ因ルモノニシテ原告カ法定代理人ニ代理セラルルコトナクシテ單獨ニ爲シタルモノナルコトヲ認メ得ルモ既ニ七歳ニ達スル幼者ハ贈與ニ關スル意思能力存スルヲ普通一般トスルカ故ニ何等反證ナキ限リ原告ハ本件債權並ニ抵當讓渡契約ヲ爲スニ付キ完全ニ意思能力ヲ有シ居タルモノト認定スルヲ相當トス而シテ法定代理人ノ同意ヲ得スシテ爲シタル未成年者ノ法律行爲ハ取消シ得ルヲ原則トスルモ單ニ未成年者カ權利ヲ得ルニ止マル行爲ハ單獨ニテ完全ニ爲シ得ルコトハ民法第四條但書ニ定ムル所ナルカ故ニ何等負擔ナキ本件贈與ニ因ル讓渡契約モ亦完全ニ成立シタルモノト謂ハサルヘカラス(東京地方三(カ)第一五六號三年十月十四日民四部名川裁判長五明三雲各判事判決)

【判決事項】

(一)件名 貸金請求證書訴訟事件(二)訴訟關係人 原告和田虎四郎訴訟代理人辯護士鹽谷恒太郎同野村此平被告木村喜三郎訴訟代理人辯護士宮川琴次郎

【參照學說】

行爲能力ハ意思能力ト區別セサルヘカヘラス意思能力ハ事物ヲ合理的ニ判斷スル腦力ヲ謂フ精神狀態ナリ意思無能力ハ合理的判斷能力ナキ精神狀態ナリ一般意思無能力特別意思無能力ト二區別スヘシ甲ハ一般ニ判斷能力ヲ缺キ乙ハ特別ノ場合ニ際シテ其腦力ヲ缺クコトヲ意味ス泥醉人事不省ノ場合ノ如シ(中略)行爲能力ヲ有セサル人間ヲ無能力者ト稱ス意思能力ヲ有スルモノアリ又之ヲ有セサルモノアリ其有無ハ事實ニ依リテ之ヲ定メサルヘカラス(法學博士川名兼四郎氏日本民法總論四二頁以下)

(一八六)

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

九八八 隱居者及ヒ入夫婚姻ヲ爲ス女戸主ハ確定日附アル證書ニ依リテ其財産ヲ留保スルコトヲ得但家督相續人ノ遺留分ニ關スル規定ニ違反スルコトヲ得ス

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

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

舊登記法六 登記簿ニ登記ヲ爲サヽル地所建物船舶ノ賣買讓與質入書入ハ第三者ニ對シ法律上其效ナキモノトス

同法一五 家督相續ニ因リ地所建物船舶ノ登記ヲ請フトキハ契約者双方出頭シ其證書ヲ示スヘシ

死亡者失跡者若クハ離籍戸主ノ遺留シタル地所建物船舶ヲ相續スル者登記ヲ請フトキハ親族二名以上又親族ナキトキハ近隣ノ戸主二名以上連署ノ書面ヲ差出シ且證明書類アルモノハ之ヲ示スヘシ

同法三八 明治十年第二八號布告船舶賣買書入質入手續同十三年第五二號布告土地賣買讓渡規則同十四年第三〇號

> 布告地券證印稅則其他從前ノ法律規則中本法ニ牴觸スルモノハ本法施行ノ日ヨリ廢止ス

舊登記法施行後民法施行前ニ在リテハ隱居ニヨル家督相續開始ノ場合ニハ隱居者カ特ニ留保シタルモノヲ除キ其他ノ財產ハ凡テ家督相續人ニ移轉スルコト民法施行後ト異ル所ナク只留保ノ意思表示ハ何等形式ヲ要セス明示タルト默示タルトヲ問ハス有效ナリシモノトス」

舊登記法第一五條ハ單ニ隱居ニヨル相續登記申請ノ形式ヲ定メタルモノニ止マリ隱居者ニ於テ讓渡ノ意思表示ヲ爲サザル不動產ハ家督相續人ニ移轉セサルコトヲ示シタル規定ニアラス」

隱居者カ不動產ヲ留保セスシテ家督相續人ヲシテ之ヲ相續セシメタル以上ハ隱居者ハ相續人ノ所有權ヲ認ムルノ義務ヲ有スルコト當然ニシテ其隱居者ノ遺產相續人ハ隱居者ノ一般承繼人トシテ隱居者ト同樣家督相續人ヨリ登記ナクシテ其所有權ノ對抗ヲ受クヘキモノトス」

案スルニ被控訴人ノ先代亡嘉右衞門ノ隱居ヲナシタルハ明治三十年十二月拾日則舊登記法施行後民法施行前ナリシコトハ當事者間ニ爭ナキ事實ナリ而テ當時ノ法律ニヨレハ隱居ニヨル家督相續開始ノ場合ニハ隱居者カ特ニ留保シタルモノヲ除キ其他ノ財產ハ凡テ家督相續人ニ移轉スルコト民法施行後ト異ル所ナク只留保ノ意思表示ハ民法ニ於テハ特別ノ形式ノ定メアルモ亡嘉右衞門ノ隱居當時ニ於テハ何等形式ニ關スル定メナク苟クモ隱居者ニ於テ留保ノ意思ヲ表示シタルトキハ其明示タルト默示タルトヲ問ハス有效ニシテ留保セラレタル財產ハ家督相續人ニ移轉セサリシモノトス控訴代理人ハ亡嘉右衞門ノ隱居當時ニ於テハ登記ヲ經タル不動產ハ特ニ隱居者ヨリ家督相續人ニ讓渡スル旨ノ登記ヲ受クルニ非ラレハ其相續人ニ移轉セサリシモノナリト主張シ舊登記法第一五條ヲ引用スレトモ舊登記法ニ於テモ登記ハ公示方法ニ過キスシテ權利移轉ノ要件ヲナスモノニアラサルコトハ同法第六條第三八條ニヨリ明カナルニヨリテ考フレハ右第一五條ハ單ニ隱居ニヨル相續登記申請ノ形式ヲ定メタルモノニ止マリ隱居者ニ於テ讓渡ノ意思表示ヲナササル不動產ハ家督相續人ニ移轉セサルコトヲ示シタル規定ニアラスト解スルヲ正當トスルカ故ニ控訴代理人ノ論旨ハ之ヲ排斥セサルヲ得ス而テ本件ニ於テ亡嘉右衞門ハ隱居ノ當時其所有名義ニ登記セラレアリタル本訴ノ不動產ヲ被控訴人ニ移轉スル登記手續ヲナササリシコトハ當事者間ニ爭ナキ事實ナルニヨリ之ヲ以テ暗默ノ留保ノ意思表示ト見ルコトヲ得ルヤ否ヤヲ案スルニ丙第一號證及乙第四號證ニヨリ明カナル如ク亡嘉右衞門ハ天保十四年生ナル事實ト甲第十六號證則亡嘉右衞門ヨリ被控訴人ニ宛テタル信書ノ文中ニ「五十四年ト相成云々」トアル記載トニヨリ考覈スレハ同號證ハ明治二十九年以後亡嘉右衞門ノ隱居前ニ成立シタルモノナルコト明カニシテ而テ同號證幷ニ證人清水三之助及菅原謙吉ノ供述ヲ綜合スレハ嘉右衞門ハ隱居ノ當時本訴不動產ヲ家督相續ノ目的トスル意思ヲ有シタリシモノニシテ而モ之ヲ被控訴人ノ所有名義ニ登記ノ書換ヲナサザリシハ公職ニ就ク資格ヲ保存スル爲メニ表面上自己名義ニ殘シ置キタルニ止マリ暗默ニ之ヲ留保スル意思ヲ表示シタルニアラサルコト明白ナリトス控訴代理人ハ乙第三號證遺囑證書ニ他ノ財產ニ關スル記載ノミアリテ本訴不動產ニ付キ何等

言及スル所ナキヲ見ルモ其留保財産ナルコト明カナリト主張スレトモ甲第三號證同第七號證證人菅原謙吉上田清吉清水三之助ノ供述并ニ亡嘉右衛門ハ塚本嘉兵衛ノ長男ニシテ文久二年八月十五日分家シタルモノナリトノ丙第一號證及乙第四號證ニヨリ明カナル事實ヲ綜合スレハ乙第三號證ハ亡嘉右衛門カ其死亡ニヨル家督相續開始ノ場合ヲ豫想シ公證人ヲシテ作成セシメタル文書ニシテ而テ同證中ニ本訴以外ノ財産ヲ被控訴人ニ與フル旨ヲ記載シ本訴ノ地所建物ニ關スル記載ナキハ本訴ノ地所建物ハ亡嘉右衛門カ本家ヨリ讓受ケタル家産ナルカ故ニ被控訴人ニ於テ之ヲ相續スルモ異議ヲ唱フルモノナカルヘキニヨリ特ニ之レカ爲メニ公正證書ヲ作成シ置ク必要ナシトシ紛議ノ生シ易キ他ノ財産ニ付テノミ同號證ヲ作成セシメタルモノニシテ本訴ノ不動産ヲ被控訴人ニ與フル意思ナカリシカ爲メニ之ヲ除外シタル事實ニアラサルコトヲ認メ得可キカ故ニ同號證ニヨリテハ控訴代理人ノ主張ヲ採用スルコトヲ得ス控訴代理人ハ尙ホ反證トシテ丙第八、九號證ヲ引用シ而テ被控訴代理人ノ否認スル丙第八號證中ノ訂正ノ部分ハ其前後ノ記載ヲ熟讀シ且他ノ文字ト其墨色筆蹟ヲ對照スルニ眞正ニ成立セルモノナルコトヲ認メ得ルモ丙第八、九號證ハ控訴代理人ノ主張ニヨルモ何レモ明治四十年以後ニ成立セルモノナルカ故ニ同號證ニヨリテハ單ニ亡嘉右衛門カ同年以後ニ於テ當初ノ意思ヲ飜シ本件地所建物ヲ被控訴人以外ノモノニ與フル希望ヲ有スルニ至リタルコトヲ認メ得ルニ止マリ前記認定ヲ覆ヘシ難ク控訴代理人ハ又乙第二號證ヲ提出シ亡嘉右衛門ハ明治三十六年六月廿四日本訴不動產ノ上ニ抵當權ヲ設定シタル事實アリト主張シ其留保財產ナルコトヲ確メントスルモ右事實ノミニヨリテハ亡嘉右衛門ハ隱居ノ當時ニ於テモ之ヲ留保スル意思ヲ有シタル

モノト認ムルコトヲ得ス控訴代理人ハ亡嘉右衛門ハ其生前ニ於テ本訴ノ不動産ヲ控訴人ふじニ贈與シタル旨主張スレトモ亡嘉右衛門カ隱居以前ニ於テ控訴人ふじニ之ヲ贈與シタリト認ムルニ足ル證據ナク而テ隱居以後ニ於テ其所有權ハ家督相續人タル被控訴人ニ移轉スルカ故ニ假リニ嘉右衛門ヨリ贈與ノ意思表示ヲシタリトスルモ控訴人ふじニ於テ其所有權ヲ取得ス可キ理由ナキニ依リ該抗辯ヲ排斥ス控訴代理人ハ假リニ亡嘉右衛門ノ隱居ニヨリ被控訴人ハ本件地所建物ヲ相續シタリトスルモ其登記ナキカ故ニ第三者タル控訴人ニ之ヲ對抗スルコトヲ得サル旨抗辯スレトモ亡嘉右衛門カ隱居ノ當時本訴ノ不動產ヲ留保セスシテ被控訴人ヲシテ之ヲ相續セシメタル以上ハ嘉右衛門ハ被控訴人ノ所有權ヲ認ムル義務ヲ有スルコト當然ニシテ而テ控訴人ハ其遺産相續人タルコトハ爭ナキ事實ナルニヨリ控訴人ハ亡嘉右衛門ノ一般承繼人ト云フ可ク從テ被控訴人ハ亡嘉右衛門ニ對スルト同樣ニ登記ナクシテ其所有權ヲ控訴人ニ對抗シ得ルコト論ヲ俟タサルカ故ニ該抗辯モ亦不當ト云ハサルヲ得ス控訴代理人ハ尙ホ時效ノ抗辯ヲ提出スレトモ前段認定ノ事實ニヨレハ亡嘉右衛門ハ隱居ノ當時被控訴人ヲシテ本訴ノ不動産ヲ相續セシムル意思ヲ有シ之レカ留保ヲナササリシモノニシテ民法施行ノ當時ニ於テモ被控訴人ノ所有ニ屬スルコトヲ知了シ居リタルモノト認メ得ルカ故ニ亡嘉右衛門ハ民法施行當時ヨリ所有ノ意思ヲ以テ本訴不動産ヲ占有シタリトスルモ善意ノ占有ト云フコトヲ得サルノミナラス假リニ然ラストスルモ控訴代理人ノ立證ニヨリテハ其過失ナカリシコトヲ認ムルヲ得サルカ故ニ其占有ヲ繼承セル控訴人ハ十年ノ時效ニヨリ所有權ヲ取得スル理由ナキモノト云ハサル可ラス仍テ此抗辯モ亦不當トシテ之ヲ排斥ス果シテ然ラハ本訴不動產ノ所有

者タルコトノ確定ヲ求ムル被控訴人ノ請求ハ正當ト云ヒ得ルノミナラス控訴人なかノ受ケタル本訴ノ登記ハ被控訴人ノ所有權ヲ侵害スルモノニシテ之レカ抹消手續ヲナス可キ義務ヲ有スルヤ多辯ヲ要セス（大阪控訴二年（ネ）四七六號同年（ネ）四八三號多喜澤裁判長吉村佐藤各判事判決）

【判決事項】

（一）件名　所有權確認登記抹消手續請求控訴事件（二）原審　京都地方裁判所（三）訴訟關係人　控訴人塚本なか訴訟代理人辯護士奥戸善之助同池田繁太郎控訴人塚本ふじ訴訟代理人辯護士守屋孝藏被控訴人塚本忠三郎訴訟代理人辯護士加瀨禧逸同堀田康人

本書第三卷民法三一三頁以下ニ本判決第一段ニ對シ同趣旨並ニ參考トナルヘキ判例アリ又第二卷民法四二三頁七六五頁以下ニ舊登記法施行以前ニ於ケル隱居ニ基ク家督相續ノ場合ニハ前戸主ノ留保セサル公證記名ノ財產ハ必ス讓渡ノ公證ヲ受クヘキ規則ナリシ旨ノ判決アリ本判決第二段ノ參考トナルヘシ

（一八七）

一四七　時效ハ左ノ事由ニ因リテ中斷ス
一　請求
二　差押假差押又ハ假處分
三　承認

四三四　連帶債務者ノ一人ニ對スル履行ノ請求ハ他ノ債務者ニ對シテモ其效力ヲ生ス

四五七第一項　主タル債務者ニ對スル履行ノ請求其他時效ノ中斷ハ保證人ニ對シテモ效力ヲ生ス

連帶債務者ノ一人ニ對シテ爲シタル差押ハ他ノ債務者ニ對シテ時效中斷ノ效力ナキモノトス」

差押ハ債權者カ其債權ノ辨濟ヲ得ンカ爲メ自カラ行フモノニシテ本來債務者ニ對スル意思表示ノ方法トセルモノニ非サレハ債務者ニ對シ履行ヲ受ケント欲スルコトノ意思表示タル請求ト同一視スヘキニ非サルコト多言ヲ俟タサルノミナラス民法第一四七條ニモ「時效ハ左ノ事由ニヨリテ中斷ス一、請求二、差押假差押又ハ假處分三、承認」トアリテ明ニ請求ト差押假差押又ハ假處分トヲ區別セリ然リ而シテ民法第四三四條ニ於テハ「連帶債務者ノ一人ニ對スル履行ノ請求ハ他ノ債務者ニ對シテモ其效力ヲ生ス」ト規定シアレハ單ニ請求ノミニ付他ノ債務者ニ對シテモ效力ヲ生スルモノト爲シタルニ止マリ同法第四五七條第一項ノ如ク請求以外ノ中斷事由ニ付テハ他ノ債務者ニ對シテ效力ヲ生セサラシムル法意ナルコト疑ヒヲ容レス故ニ原裁判所カ連帶債務者ノ一人ナル佐武巖ニ對シテ爲シタル差押ハ他ノ債務者タル被上告人ニ對シ時效中斷ノ效ナシト爲シタルハ正當ナリ（大審院大正三年（オ）第一三四號同年十月十九日民二判決）

【判決事項】

（一）主文　上告棄却（二）原審　和歌山地方裁判所（三）件名　強制執行異議事件（四）訴訟關係人　上告人森本梅吉代理人辯護士山崎今朝彌被上告人湯川忠太郎

（一八八）

一八〇　占有權ハ自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ物ヲ所持スルニ因リテ之ヲ取得ス

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

刑法二五二　自己ノ占有スル他人ノ物ヲ横領シタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處ス
同二五三　業務上自己ノ占有スル他人ノ物ヲ横領シタル者ハ一年以上十年以下ノ懲役ニ處ス
民事訴訟法五六六　債務者ノ占有中ニ在ル有體動産ノ差押ハ執達吏其物ヲ占有シテ之ヲ爲ス
同五六七　前條ノ規定ハ債權者又ハ物ノ提出ヲ拒マサル第三者ノ占有中ニ在ル物ノ差押ニ付テモ亦之ヲ準用ス

各法律ニ於テ使用シタル占有ナル語ハ必スシモ民法ニ所謂占有ト同一ノ意義ヲ有スルモノニアラス」

「刑法第二五二條第二五三條ニ所謂占有ハ受任者受寄者ノ如キ自己ノ爲メニスル意思ナクシテ他人ノ物ニ付キ事實上ノ力ヲ有スル場合ヲモ包含スルモノトス」

民事訴訟法第五六六條第五六七條ニ所謂占有ハ單ニ物ニ對スル事實上ノ力ヲ指シ自己ノ爲メニスル意思ヲ以テスル物ノ所持ヲ必要トスルモノニアラス」

債務者ノ受任者トシテ物ニ對シ事實上ノ力ヲ有スル委任代理人ハ民事訴訟法第五六七條ノ第三者ニ該當ス」

各法律ニ於テ使用シタル占有ナル　ハ必スシモ民法ニ所謂占有ト同一ノ意義ヲ有スルモノニアラス刑法第二五二條第二五三條ニ所謂占有ハ民法ニ所謂占有ノ如ク自己ノ爲メニスル意思ヲ以テスル物ノ所持ヲ指スモノニアラス受任者受寄者ノ如キ自己ノ爲メニスル意思ナクシテ他人ノ物ニ付キ事實上ノ力ヲ有スル者ト雖モ之ヲ横領スルトキハ右等ノ條文ニ於ケル横領罪ヲ構成スヘキハ些ノ疑ヲ存セス有體動産ニ對スル差押ニ關スル民事訴訟法第五六六條ノ債務者ノ占有同第五六七條ノ債權者又ハ第三者ノ占有ナルモノモ亦民法ニ於ケル占有ナル語ノ用例ト異リ單ニ物ニ對スル事實上ノ力ヲ指シ自己ノ爲メニスル意思ヲ以テスル物ノ所持ヲ指スモノニアラス蓋シ押ハ債務者債權者又ハ第三者ヨリ其目的物ニ對スル事實上ノ力ヲ奪フモノニ外ナラサレハ其債務者債權者又ハ第三者カ目的物ニ對スル事實上ノ力ヲ有シタルコトヲコソ必要トスレハ此等ノ者カ自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ目的物ヲ所持シタルコトヲ必要トスヘキ理由アルヲ見サレハナリ故ニ民法上ノ占有者ナレハトテ差押ノ目的物ニ對シ事實上ノ力ヲ有セサル間接占有者ノ如キハ民事訴訟法第五六六條第五六七條ノ占有者ニアラス自己ノ爲メニスル意思ナキ爲メ民法上ノ占有者ニアラサル者ナレハトテ差押ノ目的ニ對シ事實上ノ力ヲ有スル受任者、受寄者、運送人、問屋、事務管理者ノ如キ者ハ第五六七條ノ占有者ナリトス左レハ債務者ノ受任者トシテ物ニ對シ事實上ノ力ヲ有スル委任代理人ハ民事訴訟法第五六七條ノ第三者ニ該當スルモノニシテ論旨ハ理由ナシ（大審院大正三年(オ)第三二五號同十月二十二日民一判決）

【判決事項】

(一)主文　上告棄却(二)原審　大阪地方裁判所(三)件名　要償事件(四)訴訟關係人　上告人由良ちか訴訟代理人辯護士伊藤秀雄被上告人能島武夫

【參照學說判例】

本書第三卷民事訴訟法一〇六頁一四〇頁

（一八九）

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

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

民法施行前ノ契約ニ基キ保證人ニ對シ辨濟ヲ訴求スルニハ必スシモ主タル債務者ニ對シ强制執行ノ手續ヲ履行スルヲ要セサルモ債務者ニ辨濟ノ資力ナキ事實ヲ證明セサルヘカラス』

明治八年布告第一〇二號第一條ニ「本人身代限濟方申付候上不足相立候節ハ其不足分ハ請人證人ニ濟方申渡シ云云」トアルハ主タル債務者ノ資力ヲ盡シ尙ホ辨濟スルコト能ハサルトキハ其不足額ニ付保證人ニ對シ訴求スルコトヲ得セシメタルモノニシテ即主タル債務者ニ於テ全ク辨濟ノ資力ナキ時ニ至リ始メテ保證債務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ルモノト〔ス〕故ニ民法施行前ノ契約ニ基キ保證人ニ對シ辨濟ヲ訴求スルニハ必スシモ先ツ主タル債務者ニ對シ强制執行ノ手續ヲ履行スルコトヲ要セサルモ債務者ニ辨濟ノ資力ナキ事實ヲ證明セサル可カラサルコト本院判例(明治三十六年(オ)第四二〇號同年十二月十九日言渡)トスル所ナリ抑被上告人ハ明治二十六年一月二十日ノ成立ニ係ル甲第一號證中保證契約ニ基キ本訴ノ請求ヲ爲スモノナルコト原判決ニ引用スル第一審判決ノ事實摘示ニ徵シ明白ニシテ即チ民法施行前ノ契約ニ基キ保證人ニ對シ辨濟ヲ訴求スルモノナレハ主タル債務者ニ辨濟ノ資力ナキ事實ヲ證明セサル限リ其請求ヲ是認スルヲ得サル筋合ナリ然ルニ原院カ主債務者タル茅野寅四郞ニ辨濟資力ナキコトノ證明ナキニ拘ハラス被上告人ノ請求ヲ是認シタルハ前揭布告第一條ヲ適用セサル不法アルモノニシテ原判決ハ破毀ヲ免カレス(大審院大正二年(オ)第三八二號同三年十月十六日民二判決)

【判決事項】

(一)主文　破毀差戾(二)原審　東京控訴院(三)件名　貸金請求事件(四)訴訟關係人　上告人山田要訟代理人辯護士小木曾庄吉被上告人小穴作造訴訟代理人辯護士久保田與四郡

(一九〇)

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

『民法第一一〇條ニ所謂權限アリト信スヘキ正當ノ理由トハ客觀的ニ觀察シ第三者ヲシテ代理人ニ權限アリト信セシムルニ足ル事情ニシテ其事情ノ存在カ本人ノ作爲若クハ不作爲ニ出ツルモノヲ謂フモノトス』

民法第一一〇條ニ依リ本人ヲシテ其責ニ任セシムルニ付テハ第三者ノ善意ナルコト及權限アリト信スヘキ正當ノ理由アリタルコトヲ判定スレハ足リ第三者ノ無過失ナルコトヲ判定スルニ及ハサルモノトス』

民法第一一〇條ニ依レハ代理人カ第三者トノ間ニ爲シタル權限外ノ行爲ニ付キ本人ヲシテ其責ニ任セシムルニハ第三者カ其權限アリト信シタルコトノ外ニ其權限アリト信スヘキ正當ノ理由アリタルコトヲ要ス所謂權限アリト信スヘキ正當ノ理由トハ客觀的ニ觀察シ第三者ヲシテ代理人ニ權限アリト信セシムルニ足ル事情ニシテ其事情ノ存在カ本人ノ作爲若クハ不任爲ニ出ツルモノヲ謂フ本人ノ作爲若クハ不作爲ニ出テタル斯ノ如キ事情ノ存在スルナクンハ縱令第三者ニシテ權限アリト信スルモ代理人ノ爲シタル權限外ノ行爲ニ付キ本人ニ其責ヲ歸スヘキ理由アラサレハナリ斯ノ如キ事情存在セサルニ拘ハラス第三者ニ於テ權限アリト信シタルトキ則チ過失アリ

タルトキハ固ヨリ本人ニ責ヲ歸スルヲ得サルモ是レ權限アリト信スヘキ正當ノ理由ナキカ爲メニシテ第三者ニ過失アルカ爲メニアラス又右ノ如キ事情存在シ第三者ニ於テ權限アリト信シタルトキ則チ過失ナキトキハ固ヨリ本人ニ責ヲ歸スルヲ得ルモ是レ權限アリト信スヘキ正當ノ理由アルカ爲メニシテ第三者カ無過失ナルカ爲メニアラス然レハ第三者ノ過失ノ有無ハ權限アリト信スヘキ正當ノ理由ノ存否ノ反面タルニ止マリ第三者ノ無過失ヲ以テ第一一〇條ノ適用上獨立ノ要件ト爲スヘキモノニアラス當院從來ノ判例モ亦之ニ牴觸スル所ナシ故ニ民法第一一〇條ニ依リ本人ヲシテ其責ニ任セシムルニ付テハ第三者ノ善意ナルコト及ヒ權限アリト信スヘキ正當ノ理由アリタルコトヲ判定スレハ足リ第三者ノ無過失ナルコトヲ判定スルニ及ハサルモノトス而シテ原判決ハ(一)乃至(六)ノ認定事實ヲ擧示シタル上被上告人カ本件ノ手形八通ヲ上告人ノ支配人タル中矢辨次ノ正當權限內ノ發行ニ係ルモノト信シテ善意無過失ニ取得シタル旨判定シタルモノナレハ所謂權限アリト信スヘキ正當ノ理由ハ右一乃至六ノ認定事實ニ於テ明示スル所ニ係レリ從テ論旨ハ理由ナシ(大審院大正三年(オ)第三二九號同年十月二十九日民一判決)

【判決事項】

(一)主文　上告棄却(二)原審　大阪控訴院(三)件名　手形金請求事件(四)訴訟關係人　上告人安藤清次郎訴訟代理人辯護士岡崎正也同寺尾治郎吉第被上告人足立平助

【參照學說判例】

本書第三卷民法三八六頁二九六頁第二卷民法七三四頁商法四四一頁第一卷民法六一六頁

(一九一)

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

民法第一七七條ニ所謂第三者トハ當事者若クハ其包括承繼人ニ非スシテ不動產ニ關スル物權ノ得喪及ヒ變更ノ登記欠缺ヲ主張スル正當ノ利益ヲ有スル者ヲ指稱スルモノトス』

民法第一七七條ニ所謂第三者トハ當事者若クハ其包括承繼人ニ非スシテ不動產ニ關スル物權ノ得喪及ヒ變更ノ登記欠缺ヲ主張スル正當ノ利益ヲ有スル者ヲ指稱スルコトハ當院ノ判例トスル所ナリ而シテ上告人ハ本訴不動產ノ所有者ニ非サル亡吉永勘十郎ノ遺產トシテ右不動產ヲ相續シタリト稱スル吉永六郎ヨリ本訴不動產上ノ同人持分ニ付キ抵當權ノ設定ヲ受ケタルモノナレハ右抵當權設定ノ無效ナルモノナルコトハ原判決ノ確定シタル事實ニ屬スルヲ以テ上告人ハ被上告人ノ本訴不動產ニ對スル相續ニ因ル所有權移轉ノ登記ナキコトヲ主張スルニ付キ正當ノ利益ヲ有スルモノニ非スト云ハサルヘカラス(大審院大正三年(オ)第一六二號同年十月九日民二判決)

【判決事項】

(一)主文　上告棄却(二)原審　東京控訴院(三)件名　抵當權設定登記抹消手續請求事件(四)訴訟關係人　上告人町田ます訴訟代理人辯護士松林治義被上告人吉永重太郎

【參照學說判例】

本書第三卷民法四八六頁第二卷民法一六五頁六〇一頁第一卷民法二二五頁二四〇頁

（一九二）

九二 法令中ノ公ノ秩序ニ關セサル規定ニ異ナリタル慣習アル場合ニ於テ法律行爲ノ當事者カ之ニ依ル意思ヲ有セルモノト認ムヘキトキハ其慣習ニ從フ

民法第九二條ノ規定ハ法則タルノ効力ヲ有セサル單純ナル慣習ノ存スル場合ニ於テ單ニ之ニ依ルノ意思ヲ以テ法律行爲ヲ爲シタル其當事者ノ意思補充タルノ效力ヲ之ニ與ヘタルモノニ過キスシテ其意思アルコトヲ認ムルニハ當事者カ其慣習ニ依ルノ意思ヲ全ク表示セサルモ唯其意思ヲ有スルモノト認ムルコトヲ得ヘキ事情存スルヲ以テ足レリトス故ニ其慣習存スル場合ニ於テ普通之ニ依ルノ意思ヲ以テ爲スヘキ地位ニ在リテ取引ヲ爲ス者ハ特ニ反對ノ意思ヲ表示セサル限リハ之ニ依ルノ意思ヲ有スルモノト推定スルヲ當然トス」

借地料增額ニ關スル慣習ノ存スル東京市內ニ在リテ其市內ノ土地ニ付キ借地契約ヲ爲ス者ハ其慣習ニ依ルノ意思ヲ以テ契約ヲ爲スヲ普通トスルヲ以テ反證ナキ限リハ之ニ依ルノ意思ヲ有スルモノト認ムルハ固ヨリ失當ニアラス」

民法第九二條ノ規定ハ法則タルノ效力ヲ有セサル單純ナル慣習ノ存スル場合ニ於テ單ニ之ニ依ルノ意思ヲ以テ法律行爲ヲ爲シタル其當事者ノ意思補充タルノ效力ヲ之ニ與ヘタルモノニ過キスシテ其意思アルコトヲ認ムルニハ當事者カ其慣習ニ依ルノ意思ヲ全ク表示セサルモ唯其意思ヲ有スルモノト認ムルコトヲ得ヘキ事情存スルヲ以テ足レリトス故ニ其慣習存スル場合ニ於テ普通之ニ依ルノ意思ヲ以テ爲スヘキ地位ニ在リテ取引ヲ爲ス者ハ特ニ反對ノ意思ヲ表示セサル限リハ之ニ依ルノ意思ヲ有スル者ト推定スルヲ當然トス從テ本件ノ如キ借地料增額ニ關スル慣習ノ存スル東京市內ニ在リテ其市內ノ土地ニ付キ借地契約ヲ爲ス者ハ其慣習ニ依ルノ意思ヲ以テ契約ヲ爲スヲ普通トシ特ニ之ニ依ラサルノ意思ヲ以テ契約ヲ爲スカ如キハ普通ノ事例ニ反スルヲ以テ原院判示ノ如ク反證ナキ限リ之ニ依ルノ意思ヲ有スルモノト認ムルハ固ヨリ失當ニアラス畢竟原院カ反證ナキ限リ當事者ハ慣習ニ依ルノ意思ヲ有スルモノト認ムヘキ旨判示シタルハ如上ノ主意ニ出テタルモノニ外ナラサルヤ判文ノ全旨趣ヨリ自ラ推知スルニ足ルヲ以テ原判決ハ結局正當ナルニ歸ス（大審院大正三年(オ)第三二三號同年十月二十七日民一判決）

【判決事項】

(一)主文　上告棄却(二)原審　東京控訴院(三)件名　地代値上請求事件(四)訴訟關係人　上告人寒澤振作外二人訴訟代理人辯護士佐藤有恭被上告人松平賴孝

【參照學說】

一　一般ニ行ハルル明確ナル慣習ニ付テハ當事者カ之ヲ知リテ暗默ニモ反對ノ意思ヲ表示セサル場合ニ於テハ之ニ依ル意思アリト認ムルヲ相當トス（法學博士梅謙次郎氏民法要義一卷二〇五頁）

二　法規ニ異ナル慣習アル場合ニ於テ法律行爲ノ當事者カ其法規ニヨラスシテ其慣習ニ依ル意思ヲ有スルモノト認ムヘキ事情ノ存スルトキハ其任意法規ノ適用ハ排斥セラルヘシ從ツテ任意法規ノ適用ヲ受ケサラントスルノ趣旨カ法律行爲自體ヨリ顯ハルルコトヲ要セス其意味ニ於テ慣習ハ意思表示ヲ補充スルノ效力ヲ有スル此慣習ハ法タルノ效力ヲ有スル慣習ニアラサル慣習ナリ之ヲ事實タル慣習ト稱ス(1)唯法力ヲ有セサルニ止マリ其實質ハ法規ト同樣ノモノニシテ(2)世人カ之ニ從フカ故ニ吾人モ亦之ニ從フモノナルコトヲ要ス（法學博士川名兼四郎氏著日本民法總論二〇七頁）

三 事實タル慣習ノ效力ニ付テハ種々ノ說アリト雖モ本條ノ規定ニヨレハ當事者カ之レニ依ル意思ヲ有セルモノト認ム可キ場合ニ限ル即チ一方ニ於テハ明示又ハ默示的ニ慣習ニ依ル可キ旨ヲ表示スルヲ要セス然レトモ他ノ一方ニ於テハ慣習ニ依ル意思アルモノト認ムヘキ事實アルコトヲ要スルナリ（法學博士中島玉吉氏民法釋義卷之一、四七一頁）

四 當事者カ事實タル慣習ニ依ル意思ヲ表示セサルモ之ニ依ル意思アリト認ムヘキトキ……法文ニ意思アリト認ムヘキ場合ト云ヘルハ敢テ事實タル慣習ニ依ル旨ノ意思表示ヲ要スルニアラス唯諸般ノ事情ヲ參酌シテ之ニ依ル意思アリト認ムルコトカ正當ナルコトヲ要スルノミ（法學士鳩山秀夫氏法律行爲乃至時效八八頁）

【參照判例】

一 東京市内ノ土地賃貸借ノ當事者ニ於テ別段ノ意思表示ヲ爲ササルトキハ當事者ハ東京市内ニ行ハレタル相當ナル地代增額ノ申込ニ應スル慣習ニ依ル意思アリト認定スヘキモノトス

民法第九二條ハ法律行爲ノ當事者カ慣習ニ依ルノ意思ヲ有セルモノト認ムヘキ場合ニ於テハ其慣習ニ從フヘキコトヲ規定シタルニ過キサルモノナルヲ以テ裁判所ハ普通ノ原則ニ依リ當事者ノ意思ヲ推定スルヲ妨ケサルモノトス（大審院大正二年(オ)第四七六號同年十二月十九日二判決本書第二卷民法七七四頁）

二 慣習ニ付テハ當事者カ別段ノ意思表示ヲ爲ササル限リハ當事者ニ於テ之ニ依ルノ意思ヲ有セル モノト認ム ルヲ相當トス（東京控訴院二年(ネ)八一號同年一〇月四日民二判決、本書第二卷民法五五九頁）

三 地代增額ニ付キ慣習アル場合ニ於テ當事者ニ反證ナキ限リハ其慣習ニ依ルノ意思ヲ有スルモノト認ムルコトヲ得ルモノトス（東京地方二年十二月廿四日民四部判決本書第二卷民法八〇〇頁）

至當ノ判決贊同ヲ表ス尙右ノ問題ニ關シ水口ドクトルノ詳細ナル論說アリ本書第二卷民法第八九二頁ヲ參照セラレタシ

（一九三）

四三七 連帶債務者ノ一人ニ對シテ爲シタル債務ノ免除ハ其債務者ノ負擔部分ニ付テノミ他ノ債務者ノ利益ノ爲メニモ其效力ヲ生ス

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

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

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

九五四 直系血族及ヒ兄弟姉妹ハ互ニ扶養ヲ爲ス義務ヲ負フ

商法五四四 船舶所有者ハ船長カ其法定ノ權限内ニ於テ爲シタル行爲又ハ船長其他ノ船員カ其職務ヲ行フニ當タリ他人ニ加ヘタル損害ニ付テハ航海ノ終ニ於テ船舶、運送賃及ヒ船舶所有者カ其船舶ニ付キ有スル損害賠償又ハ報酬ノ請求權ヲ債權者ニ委付シテ其責ヲ免ルルコトヲ得但船舶所有者ニ過失アリタルトキハ此限ニ在ラス

前項ノ規定ハ雇傭契約ニ因リテ生シタル船員ノ權利ニ付テハ之ヲ適用セス

（一）民法第三編第一章債權ノ總則ハ各種ノ債權ニ通スル一般ノ法則ヲ規定シタルモノナレハ不法行爲ニ因リテ生シタル債權ト雖モ特ニ反對ノ規定ナキニ於テハ其性質ノ許ス限リ之ヲ適用スヘキモノトス』

共同不法行爲ニ因リ連帶債務ヲ負擔スル數人中其一人ニ對スル債務免除ノ效力ニ關シテハ不法行爲ニ特別ナル規定存スルナク且性質上民法第四三七條ノ適用ヲ許ササルモノニ非サルヲ以テ債權總則ノ規定ヲ適用スルモ違法ニアラス』

（二）數人カ共同ノ不法行爲ニ因リテ他人ニ損害ヲ加ヘタルカ爲メ連帶債務ヲ負擔スル場合ハ各自ノ不法行爲カ共ニ損害ノ原因ヲ爲スモノナレハ其連帶債務者相互間ノ關係ニ於テハ特別ノ事實存セサル限リ平等ニ債務ヲ分擔スヘキモノトス』

（三）扶養ノ義務ハ親族上ノ義務ナリト雖モ現ニ父ヨリ扶養ヲ受クル幼者カ其父ヲ失ヒタル場合ニ於テ更ニ他ヨリ同一程度ノ扶養ヲ受クルコト能ハサルニ至リ

タルトキハ其之ヲ受クルコト能ハサル程度ニ於テ必然利益ヲ喪失スルモノニシテ其利益ノ喪失ハ財産上ノ損害ニ外ナラス」

(四) 船長カ其職務ヲ行フニ當リ過失ニ因リ他人ニ加ヘタル損害ニ付キ船舶所有者ノ負フヘキ責任ハ船長カ被害者ニ對スル責任ト同一ノ内容ナルカ故ニ船舶ノ各船長カ職務上ノ共同過失ニ因リ他人ニ損害ヲ加ヘタル場合ニ其損害ノ賠償ニ付キ各船長ノ責ニ任スヘキ債務ハ民法第七一九條第一項ニ依リ連帶ナルヲ以テ各船舶所有者モ亦各船長ノ責任ト同シク連帶債務ヲ負擔スヘキモノトス」

(一) 民法第三編第一章債權ノ總則ハ各種ノ債權ニ通スル一般ノ法則ヲ規定シタルモノナレハ不法行爲ニ因リテ生シタル債權ト雖モ特ニ反對ノ規定ナキニ於テハ其性質ノ許ス限リ之ヲ適用ス可キモノトス上告人ノ採用スル本院判例(明治四十三年(オ)第三四〇號事件判決)ノ旨趣モ亦此意ニ外ナラス而シテ共同不法行爲ニ因リ連帶債務ヲ負擔スル數人中其一人ニ對スル債務免除ノ效力ニ關シテハ不法行爲ニ特別ナル規定存スルコトナク且性質上民法第四三七條ノ適用ヲ許ササルモノニ非サルヲ以テ原院カ本件ノ場合ニ之ヲ適用シタルハ違法ニアラス

(二) 數人カ共同ノ不法行爲ニ因リテ他人ニ損害ヲ加ヘタルカ爲メニ連帶債務ヲ負擔スル場合ニ在リテハ各自ノ不法行爲カ共ニ損害ノ原因ヲ爲スモノナレハ其連帶債務者相互間ノ關係ニ於テハ各自常ニ債務ヲ分擔スヘキハ勿論ノ事ニシテ又其分擔ノ割合ニ差等ヲ立ツヘキ特別ノ事實存セサル限リハ平等ニ債務ヲ分擔スヘキハ當然ノ事ナリトス原審記錄ヲ調査スルニ原院ノ確定シタル事實ニ依レハ上告會社ト龍丸合資會社トハ各自所有船舶ノ各船長ノ共同過失ニ因リ被上告人ノ被リタル損害ノ賠償ニ付キ連帶債務ヲ負擔スルモノニシテ其各自ノ負擔部分ニ差等アルヘキ特別ナル事實ノ有無ニ至テハ當事者カ原審ニ於テ何等主張シタル事蹟ノ看ルヘキモノナシ然レハ原院カ其負擔部分ヲ平等ナリト認メタルハ畢竟如上當然ノ原則ニ基キタルモノニ外ナラサルヲ以テ違法ニアラス

(三) 扶養ノ義務ハ親族上ノ義務ナリト雖モ現ニ父ヨリ扶養ヲ受クル幼者カ其父ヲ失ヒタル場合ニ於テ更ニ他ヨリ同一程度ノ扶養ヲ受クルコト能ハサルニ至リタルトキハ其之ヲ受クルコト能ハサル程度ニ於テ必然利益ヲ喪失スルモノニシテ其利益ノ喪失ハ財産上ノ損害ニ外ナラス而シテ原院ハ被上告人家ノ家計狀態職業收入其地方經濟狀態等諸般ノ狀況ヲ參酌シテ被上告人與市カ父與平溺死ノ爲メニ扶養ヲ受クル利益ヲ喪失スル程如ヲ考慮シ其損害額ヲ評定シタルコト判文上自ラ明ナルヲ以テ之ヲ評定スルニ付キシノ扶養義務者及ヒ事實上與市ヲ育スヘキ地位ニ在ル家族等ノ情狀ヲモ斟酌シタルモノナルヤ推知スルニ難カラス

(四) 船舶所有者ハ船長カ其職務ヲ行フニ當リ過失ニ因リ他人ニ加ヘヌル損害ニ付キ之カ賠償ノ責ニ任スヘキモノニシテ其責任ハ船長カ被害者ニ對シテ責ニ任スヘキモノト同一ノ內容ヲ有スル債務ヲ負擔スルニ在ルコトハ商法第五四四條ノ法意ニ徵シ自ラ明ナリ從テ本件事實ノ如ク二人各自ノ所有船ノ各船長カ職務上ノ共同過失ニ因リ他人ニ損害ヲ加ヘタル場合ニ於テハ其損害ノ賠償ニ付キ各船長ノ責ニ任スヘキ債務ハ民法第七一九條第一項ニ依リ連帶ナルヲ以テ各船舶所有者モ亦各船長ノ責任ト同シク連帶債務ヲ負擔スヘキモノトス(大審院大正三年(オ)第六七號同年十月二十九日

【判決事項】（民一判決）

(一)主文　上告棄却(二)原審　宮城控訴院(三)件名　損害賠償請求事件(四)訴訟關係人　上告人東京灣汽船株式會社訴訟代理人辯護士鈴木德太郎被上告人鈴木要之助外六人訴訟代理人辯護士前田藤吉郎同小林龜郎

（一九四）

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

「動産ノ賣渡抵當ハ無效ニアラス」

民法ニ於テハ不動産ニ付テハ抵當權ノ設定ヲ認ムルモ動産ニ於テハ之ヲ認メス債權擔保ノ爲メ動産上ニ設定スルヲ得ヘキ物權トシテハ單ニ質權ヲ認ムルニ過キサルコト原院判示ノ如シト雖モ質權ノ設定ニハ債權者ニ其目的物ノ引渡ヲ爲スコトヲ要シ質權者ハ質權設定者ヲシテ自己ニ代リ質物ノ占有ヲ爲サシムルコトヲ得サルカ故ニ動産ヲ以テ擔保ト爲スニ非サレハ金錢ヲ借入ルルコト能ハサル者カ其動産ヲ占有シテ之ヲ利用スルノ必要アルトキハ質權ヲ設定スルニ由ナシ此ニ於テカ債務者ハ其動産ヲ債權者ニ賣渡シ置キ若シ債務ヲ辨濟セサルトキハ債權者ニ於テ之ヲ處分シテ辨濟ニ充當スルヲ得ルコトトシ即債權ヲ擔保スル爲メ所有權移轉ノ效果ヲ生セシムル意思ヲ以テ賣買讓渡ヲ爲スハ經濟上ノ必要ニ因リ通常世間ニ行ハレ俗ニ賣渡抵當ト稱セラルル信託的行爲ニシテ目的物ノ不動産タル場合ト同シク法律上有效ナルコト本院判例ニ於テモ是認スル所ナリ(明治三十九年(オ)第三七六號同年十月五日言渡明治四十五年(オ)第一三二號同年七月八日言渡明治四十五年(オ)第一六六號大正元年十月七日言渡ノ判例參照)蓋シ斯カル場合ニ於テ當事者ノ目的トスル所ハ債權ヲ擔保スルニ在ルモ擔保ノ方法トシテ所有權移轉ノ效果ヲ生セシムル意思ヲ以テ賣買讓渡ヲ爲スモノナレハ其意思表示カ虛僞ニ非サルハ勿論ナルノミナラス質權抵當權若クハ其他ノ物權ヲ設定スル趣旨ニ出ツルモノニモ非ス又斯カル行爲ヲ禁スル所ノ法規アルニモ非サルヲ以テ之ヲ無效ト爲スヘキ理由ナケレハナリ然リ而シテ所謂賣渡抵當ナル信託的賣買ノ場合ニ於テ目的物ノ所有權ハ當事者間ノ內部關係ニ於テハ債權者ニ存スルモ第三者ニ對スル外部關係ニ於テハ債權者ニ移轉スルモノナルコト亦本院判例ニ示ス所ナリ(前掲判例參照)今本件ノ事實ヲ按スルニ被上告人カ強制執行トシテ差押ヘタル本訴ノ目的物ハ訴外加藤明ノ所有タリシモ明カ上告人ヨリ金二千圓ヲ借入ルルニ當リ上告人ノ債權ヲ擔保スル爲メ之ヲ上告人ニ賣渡シ同時ニ上告人ト明トノ間ニ賃貸借契約ヲ締結シ占有ノ改定ヲ行ヒ明ニ於テ引續キ之ヲ占有セルモノニシテ明ト上告人トノ間ニ於テ所謂賣渡抵當ナル信託的賣買ヲ爲シタルモノナルコト原院ノ確定セル所ナレハ其賣渡行爲ハ法律上有效ニシテ目的物ノ所有權ハ該行爲ノ當事者タル上告人ト明トノ內部關係ニ於テハ明ニ存スルモ外部關係即チ第三者タル被上告人トノ關係ニ於テハ上告人ニ移轉シタルモノト爲ササル可カラサルコト更ニ多言ヲ俟タス然ルニ原院カ不動產ノ賣渡抵當ハ法律上有效ナルモ動產ノ賣渡抵當ハ脫法行爲ニシテ無效ナリトシ隨テ本訴目的物中動產ノ所有權ハ上告人ニ移轉セサルモノトシ仍テ動產ニ關スル上告人ノ請求ヲ失當ナリト判定シ之ヲ棄却シタルハ不法ナリ(大審院大正二年(オ)第五七八號同三年十一月二日民二判決)

【判決事項】

（一）主文 破毀自判（二）原審 名古屋控訴院（三）件名 強制執行異議事件（四）訴訟關係人 上告人樋田芳太郎訴訟代理人辯護士石原毛登馬被上告人久米博外一人訴訟代理人辯護士伊知地榮藏

【反對學說】

動產ノ賣渡抵當契約ハ脫法行爲トシテ無效ナリ蓋シ質權ノ要件ヲ備ヘスシテ擔保ノ目的ヲ達セントスルモノナレハナリ（法學博士松本烝治氏法學協會雜誌第三一卷第二號第三號第四號）

【同趣旨判例】

一 大審院三年七月七日判決（本書第三卷民法三六四頁）
二 動產ノ賣渡抵當ハ有效ナリ（東京控訴院民二部判決、本書第二卷民法七八三頁）
三 動產ノ賣渡抵當ハ有效ナリ（東京地方民一部判決、本書第二卷民法三〇五頁）

至當ノ判決ナリト信ス是レ吾人カ屢々論定シタルトコロナリ尚本書第三卷民法第四四一頁中島博士ノ賣渡抵當論參照

（一九五）

一七七 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
六〇一 賃貸借ハ當事者ノ一方カ相手方ニ或物ノ使用及ヒ收益ヲ爲サシムルコトヲ約シ相手方カ之ニ其賃金ヲ拂フコトヲ約スルニ因リ其效力ヲ生ス

市區改正ノ爲メ家屋ノ移轉料ヲ東京市ヨリ受領シタルノ一事ヲ以テ直チニ家屋ノ所有權カ同市ニ移轉シタルモノト謂フヲ得サルモノトス」賃貸人カ賃貸物ノ所有權ヲ他人ニ移轉スルモ之カ爲メニ賃貸借關係ノ終了ヲ來スモノニアラス」

右家屋ハ大正二年十一月市區改正ノ爲メ東京市ニ買收セラレ同年十二月中旬被控訴人ハ其移轉料ヲ同市ヨリ受取リタルモノナレハ右家屋ノ所有權ハ同市ニ移轉シ從テ同年十二月末日ニ於テハ右家屋ノ賃貸借關係ハ終了シタルモノナル旨主張スルモ被控訴人カ右家屋ノ移轉料ヲ東京市ヨリ受領シタルノ一事ニヨリテ直ニ右家屋ノ所有權カ同市ニ移轉シタルモノト謂フヲ得ス却テ其主張自體ニヨリテ右家屋ノ敷地カ東京市ニ買收セラレタル爲メ被控訴人ハ右家屋ヲ他ニ移轉セシムルニ必要ナル移轉料ヲ同市ヨリ受領シタルニ過キサルモノト認メ得ルニ止マリ他ニ何等ノ立證ナキ限リ進テ右家屋ノ所有權カ同市ニ移轉シタルノ事實ハ之ヲ認ムルニ足ラサルノミナラス假リニ右所有權ノ移轉アリトスルモ之カ爲メニ直ニ賃借關係ノ終了ヲ來スモノニアラス從テ控訴人ト被控訴人トノ間ノ家屋ノ賃貸借關係ハ控訴人主張ノ如ク大正二年十二月中旬終了シタルモノト謂フヲ得ス然レトモ控訴人カ大正三年五月ニテ右家屋ニ住居シ同月中之ヲ明渡シタル事實ニ付テハ當事者間ニ爭ナキ所ナルヲ以テ右家屋明渡ノ時ヲ以テ本件賃貸借關係ハ當事者ノ合意ニヨリ終了シタルモノト認ムヘキモノトス（東京地方三（レ）二二七號三年十月九日民三河邊裁判長細野霜山各判事判決）

【判決事項】

（一）件名 延滯家賃請求事件（二）訴訟關係人 控訴人菊地松太郎訴訟代理人辯護士高木金之助被控訴人山田峯松訴訟代理人辯護士宇都宮政市

（一九六）

九〇九 前七條ノ規定ハ保佐人ニ之ヲ準用ス
保佐人又ハ其代理スル者ト準禁治產者トノ利益相反スル行爲ニ付テハ保證人ハ臨時保佐人ノ選任ヲ親族會ニ請求スルコトヲ要ス
九〇四 前三條ノ規定ニ依リテ後見人タル者アラサルトキハ後見人ハ親族會之ヲ選任ス

九一七第三項 後見人カ前二項ノ規定ニ從ヒ財産ノ目錄ヲ調製セサルトキハ親族會ハ之ヲ免黜スルコトヲ得

九一九第三項 後見人カ被後見人ニ對シ債務ヲ負フコトヲ知リテ之ヲ申出サルトキハ親族會ハ其後見人ヲ免黜スルコトヲ得

一度適法ニ選任セラレタル準禁治産者ノ保佐人ハ親族會ノ決議ヲ以テハ之ヲ免黜スルコトヲ得ス從テ親族會ニ於テ保佐人ヲ免黜シ新ニ他ノ者ヲ保佐人ニ選任スル旨ノ決議ヲ爲シタリトスルモ之ニ因リ新ニ選任セラレタル者ハ保佐人トナルコトナキモノトス」

原告カ準禁治産者ナルコトハ當事者間ニ爭ナキトコロニシテ成立ニ爭ナキ甲第一號證ノ一乃至三ニ依レハ原告ノ爲メニ設ケラレタル親族會ハ大正二年五月二十五日保佐人神山朝吉ヲ免黜シ新ニ鈴木せいヲ保佐人ニ選任スル旨ノ決議ヲ爲シタルコトヲ認メ得ヘシト雖モ民法ニ於テハ親族會ノ權限ハ一々之ヲ限定シ準禁治産者ノ爲メニ設ケラレタル親族會ハ保佐人ヲ選任シ及ヒ保佐人ト準禁治産者ト利益相反スル場合ニ於テ臨時保佐人ヲ選任スル權限ヲ有スルコトヲ規定セルモ右親族會ニ保佐人免黜ノ權限ヲ附與シタル規定無ク保佐人ト類似ノ性質ヲ有スル後見人ノ免黜ニ關シテモ特ニ其場合ヲ制限的ニ擧示シタル規定ノ精神ニ徴スルトキハ一度適法ニ選任セラレタル保佐人ハ親族會ノ決議ヲ以テハ之ヲ免黜スルコトヲ得サルモノト解スルヲ相當トス而シテ保佐人ハ一人ニ限ルモノナルヲ以テ原告ノ爲メ設ケラレタル親族會ノ前記決議ニ依リ新ニ選任セラレタル鈴木せいハ原告ノ保佐人ニアラスト云ハサルヲ得ス然ルニ原告ハ本件訴訟行爲ニ付キ鈴木せいノ同意ヲ得タリト主張スルノミニシテ他ニ適法ナル保佐人ノ同意ヲ得タルコトヲ主張セサルヲ以テ訴訟能力ヲ有セサル原

告カ保佐人ノ同意ヲ得スシテ爲シタル本件訴ハ不適法トシテ之ヲ却下スヘキモノトス（東京地方三年（ワ）第二八二號同年七月二十日民三宮本裁判長渡邊三宅各判事判決法律日々第二二四號二五九頁）

【判決事項】

(一)件名 損害賠償請求事件(二)訴訟關係人 原告杉村龜次郎訴訟代理人辯護士小林賢之助同内藤孫三郎被告神山淺吉訴訟代理人辯護士石田政藏同太田熊藏

至當ノ見解ト信ス

一九七

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

賃借人カ賃借地ノ地盛ヲ爲シタル事實ハ之カ爲メ土地カ改良セラレタリトシテ費用ノ償還ヲ求ムル理由トハ爲シ得ヘキモ賃料增額ノ當否ヲ判斷スルニ當リテハ參酌スヘキモノニアラス」

控訴人中或者ハ地盛ヲ爲シタル事實アルヲ以テ賃料ノ額ヲ料定スルニ付テハコノ事實ヲ參酌スヘキモノナリト主張スルモ斯ノ如キ事實ハ之レカ爲メ土地カ改良セラレタリトシテ費用ノ償還ヲ求ムル理由トハ爲シ得ヘキモ賃料增額ノ當否ヲ判斷スルニ當リテハ參酌スヘキモノニアラス（東京控訴二年（ネ）二〇九號三年六月二十三日民二須賀裁判長三橋三輪各判事判決法律日々第二二四號二五七頁）

【判決事項】

(一)件名 地代增額承認請求事件(二)訴訟關係人 控訴人細谷彌三郎訴訟代理人辯護士横山勝太郎被控訴人松井重右衛門訴訟代理

人辯護士池田季雄

常ニ然リト斷定スルハ實情ニ適セス （一九八）

七〇九 故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス
實用新案法八 實用新案權ハ登錄ニ因リ發生ス
實用新案權者ハ其ノ登錄ヲ受ケタル物品ヲ業トシテ製作使用販賣又ハ擴布スルノ權利ヲ專用ス
同一又ハ類似ノ考案ニ關シテハ實用新案權ハ其出願前ノ出願ニ係ル特許權又ハ意匠權ニ依リ制限ヲ受クルモノトス
同法二〇 特許法……第二九條……ノ規定ハ實用新案ニ關シ之ヲ準用ス
特許法二九 特許權ノ效力ハ左ノ各號ノ一ニ該當スルモノニ及ハス
二 特許出願ノ際現ニ善意ニ帝國內ニ於テ其ノ發明實施ノ事業ヲ爲シ若クハ設備ヲ有スル者又ハ其承繼人ノ特許發明ノ實施
四 特許出願ノ際ヨリ帝國內ニ在ル物及第一號又ハ第二號ニ依リ製作シタル物

登錄實用新案ニ係ル器械ト同一若クハ類似ノ器械ト雖モ實用新案査定出願數年前ヨリ既ニ存在シ公然使用セラレタルモノナルトキハ之ニ對シテ右實用新案登錄ノ效力ヲ及ホスモノニアラス』

實用新案公報ハ必スシモ各人カ常ニ之ヲ見ルヘキ義務アルモノニアラサレハ或者カ之ヲ見サレハトテ不注意アリト論定スルヲ得ス從テ右ノ者カ登錄實用新案ノ物ト同一若クハ類似ノ物ヲ製造シタレハトテ實用新案權者ニ對シテ損害賠償ノ責ニ任スヘキモノニアラス』

本件被告使用ノ傘轂木地器械二臺ハ甲第三號證即チ取寄ニ係ル原告カ實用新案登錄矢田目式傘轂木地器械ト形狀ニ於テ稍異ナル所アルモ其支持裝置ノ同一ナルコトハ

檢證調書及ヒ其附屬圖面ニ照シ明カナルヲ以テ彼是同一ニアラストスルモ類似ノモノタルコト認ムルニ足ルト雖モ證人片岡哲爾沼田千代松ノ各供述及ヒ沼田千代松ノ供述ニ依リテ眞正ノ成立ト認メ得ヘキ乙第一號證ヲ綜合スレハ右二臺ノ器械ハ訴外人飛塚吉次ナル者カ明治三十八年頃ヨリ公然所有且使用シテ傘轂ヲ製造シ同人死亡後大正元年十一月頃妻よねヨリ松田勇カ之ヲ買受ケ更ニ同年十二月二十七日被告ノ父柳之助カ代金四百八十五圓ヲ以テ松田勇ヨリ之ヲ買受ケ被告ハ父ヨリ借受ケ現ニ之ヲ使用シテ傘轂ヲ製造シ居リタル事實ニシテ原告カ本件實用新案査定出願數年前ヨリ既ニ存在シ且公然使用セラレタルモノナレハ原告カ右新案ノ登錄ヲ爲シタリトスルモ之ニ對シテ其效力ヲ及ホスモノニアラス(實用新案法第二〇條、特許法第二九條)假ニ其效力ヲ及ホスモノトスルモ被告ハ斯ク數年前ヨリ人ノ所有且使用シツツアル物件ニ付キ之ト同一ナル實用新案ノ登錄アルヘシトハ想像シ難キ所ニシテ勿論其登錄アリシコトヲ知リタリト認ムヘキ證據ナク却テ乙第三號證ニ依レハ被告ハ之ヲ知ラサリシ故特許局ニ問合セ大正二年九月二十三日付同局ノ回答ニ因リテ始メテ之ヲ知リタルモノト認ムヘク而シテ其登錄ハ實用新案公報ニ掲載アリタルコトハ同回答ニ依リ明カナリト雖モ被告カ之ヲ見タリト認ムヘキ證據ナク又該公報ハ必スシモ各人カ常ニ之ヲ見ルヘキ義務アルモノニアラサレハ被告カ之ヲ見サレハトテ不注意アリト論定スルコトヲ得ス然レハ被告ニ何等過失モ亦之レナキモノナレハ損害賠償ノ責ナシ(仙臺地方二年(ワ)第一二二號三年八月十日民事部境澤裁判長鈴木日下各判事判決法律日々第二二四號二六五頁)

【判決事項】

【判決要旨】(一)件名　損害賠償請求事件(二)訴訟關係人　原告矢田目粂助訴訟代理人辯護士國井庫同村松龜一郎被告遠崎民治訴訟代理人辯護士渡邊乙郎

至當ノ見解ト信ス

（一九九）

九六六　家督相續回復ノ請求權ハ家督相續人又ハ其法定代理人カ相續權侵害ノ事實ヲ知リタル時ヨリ五年間之ヲ行ハサルトキ時效ニ因リテ消滅ス相續開始ノ時ヨリ二十年ヲ經過シタルトキ亦同シ

一〇二〇　法定家督相續人ハ抛棄ヲ爲スコトヲ得ス但第九八四條ニ掲ケタル者ハ此限ニ在ラス

「家督相續回復ノ請求權抛棄ヲ目的トスル契約ハ無效トス」

相續人ノ資格相續ノ順位等ハ一ニ法律ノ規定スル所ニシテ各人ノ自由意思ヲ以テ之ヲ左右スルヲ得ヘキニアラス所謂強行法規ニ屬スルモノナリ從テ被侵害者ト侵害者トノ間ニ於テ相續回復請求權ノ抛棄ヲ目的トスル契約ヲ爲スカ如キハ相續ノ資格ナキ者若クハ相當ノ順位ニ在ラサル者ノ相續ヲ是認スルモノニシテ此種ノ契約ハ實ニ法律ニ於テ禁止セラレタル事項ヲ目的トスル所爲ニ外ナラサレハ之ヲ無效ナリトセサル可ラサルナリ此契約ヲシテ有效ナラシメハ民法第一〇二〇條ノ立法ノ趣旨ハ全ク貫徹スル能ハサルヘシ（法學士牧野菊之助氏法學新報第二四卷第八號八三頁以下要領）

「相續回復請求權ハ相續權トハ全ク別個ノ權利ナルヲ以テ特別ノ明文存セサル以上ハ私權一般ノ原則ニ從ヒ自由ニ抛棄スルコトヲ得ルモノトス」

相續權及相續回復請求權ノ性質ニ付キ何レノ説ヲ採ルモ相續回復請求權カ抛棄シ得ルヤ否ハ一大疑問也元來民法第九六六條ノ立法ノ趣旨ハ相續權ヲ侵害セラレタル相

續人ニ對シ之レカ救濟手段トシテ其回復請求權ヲ認メタルモノニシテ全ク相續人其モノノ保護ヲ目的トスル規定タルニ過キス蓋シ法律ハ相續回復請求權ヲシテ相續人ノ資格順位等ノ強行規定ト一體ヲ爲サシメ相續人ニ其行使ヲ強ユルモノニアラス之ヲ行使スルト否トハ一ニ相續人ノ意思ニ依ルモノト解スルヲ以テ最モ立法者ノ眞意ニ合致スルモノト信ス已ニ相續回復請求權ノ行使カ相續人ノ任意ニ委セラルルモノトセハ之ヲ行使スルト又抛棄スルトハ相續人ノ自由ナラサルヘカラス是レ普通私法ノ大原則也然リ相續權モ亦私權ノ一種ニ外ナラサルヲ以テ私權一般ノ原則ニ從ヒ權利者ニ於テ自由ニ抛棄シ得ルモノト云ハサルヘカラス然レトモ子タル相續人ハ正ニ先人ノ地位ヲ襲クヘキ順位ニ立チ且ツ吾國古來家ヲ重ンスルノ慣習上子カ親ノ相續ヲ肯セサルハ孝ノ最モ甚シキモノト爲スモノト爲スヲ以テ法ハ此ノ純理ト慣習トヲ尊重シ民法一〇二〇條ニ於テ特ニ法定ノ推定家督相續人ノ相續抛棄ヲ禁シタリ之レ法ノ特別禁止規定ノ然ラシムル處ニシテ決シテ相續權其モノノ性質上然ルニ非ス故ニ其他ノ相續人（家督相續人遺產相續人共）ハ凡テ任意ニ之ヲ抛棄シ得ルモノナリ同條ハ一面相續權カ一般私權ト等シク原則トシテ自由ニ抛棄シ得ルモノナルコトヲ暗示シ特別ノ理由ニ基キ抛棄禁止ノ明文ヲ掲ケタルニ過キス然レトモ相續回復請求權ニ付テハ何等ノ明文アルコトナシ斯ク特ニ禁止規定ノ存セサル限リ一般私法ノ原則ニ從ヒ自由ニ抛棄シ得ルモノト云ハサルヘカラス又相續權ト相續回復請求權トハ全ク別個ノ權利ナルヲ以テ相續權ニ關スル處分權禁止カ直チニ相續回復請求權ニマテ追隨スルノ理ナシ

右ノ如ク特ニ法定推定家督相續人ニ對シ其相續ヲ強制スル所以ノモノハ畢竟家ヲ重

柳川學士

山口地方裁判所

ンシ祖先ノ祭祀ヲ絶タサラシメンカ爲メニ外ナラス其主旨タルヤ一ニ家ノ保持ニ在リテ相續人ヲ保護スルニアラサルヤ明也果シテ然ラハ假令正權限ナキモノト雖モ已ニ相續ニ關スル諸般ノ形式ヲ充足シテ相續人タルノ實アルニ至リタルトキハ家ノ絶滅ヲ妨ク立法ノ主意ハ已ニ保持セラルルノミナラス法ハ相續回復請求權ノ行使ニ付キ特ニ短期時效ヲ設ケ相續人又ハ其法定代理人カ相續權侵害ノ事實ヲ知得シタル時ヨリ五ケ年間ニ行使セサルトキハ時效ニ因リテ消滅スルモノトセリ以テ相續回復請求權カ相續人ニ與ヘタル一ノ救濟權ニシテ權利者ニ其行使ヲ强要スルモノニアラサルコト益明ナリ又此規定ノ反面解釋上回復請求權ハ相續人ハ自己ノ相續權ノ被侵害ノ事實ヲ知ルモ必スシモ行使スルコトヲ要セス拋擲シテ時效消滅ニ委スルコトヲ得ルモノナリ而シテ時效援用モ亦當事者ノ意思ニ放任セラレタルヤ勿論也（辯護士横山勝太氏日本辯護士協會錄事第一九一號三二頁以下要領）

【參照判例學說】

一　相續回復請求權ハ訴ノ方法ニ依リテノミ之ヲ主張スルコトヲ得ヘシ或ハ裁判上又ハ裁判外ニ於テ之ヲ行使スルコトヲ得ヘシトノ說アレトモ給付ノ請求ニ非サルコト前述ノ如クナルヲ以テ裁判外ニ於テ此權利ヲ行使スルヲ得サルモノト謂ハサル可ラス相續回復ノ請求ハ相手方ニ對シ意思表示ヲ求ムルモノニ外ナラストセハ相續人ノ身分ノ存否ハ私人ノ意思ニ依リ左右セラルル事ト爲ルヘク彼法定推定家督相續人ハ相續ヲ拋棄スルヲ得ストノ規定ノ如キモ間接ニ適用ヲ免カルルヲ得ルニ至ル結果ヲ生スヘシ（法學士柳川勝二氏日本大學相續法講義錄三二二頁）

二　家督相續回復ノ請求權ニ付テハ法定家督相續人ノ相續權ノ如キ民法上拋棄ヲ禁シタル規定ナキハ勿論公秩良俗ニ違背スヘキ理由ナキカ故私權ノ性質トシテ享有者ニ於テ自由ニ拋棄シ得ヘキモノト解スルヲ妥當トス（山口地方民事部判決法律新聞第八四四號二七頁以下要領）

吾人ハ牧野學士ノ說ニ贊シ横山辯護士ノ見解ニ反對スルモノナリ蓋シ相續人ノ資格相續ノ順位等ハ一ニ法律ニ規定スルトコロニシテ各人ノ自由意思ヲ以テ左右シ得ヘキモノニアラサレハナリ横山辯護士ハ相續回復請求權拋棄ニ關シテハ之ヲ禁止スヘキ何等特別ノ明文ナキヲ以テ私權一般ノ原則ニ從ヒ自由ニ拋棄スルコトヲ得ルモノナリト說カルルモ吾人ハ民法第一〇二〇條ニ於テ其基本的權利タル相續權ノ拋棄ヲ禁止スル趣旨ヨリシテ相續回復請求權ノ拋棄モ亦之ヲ許ササルモノト解スルノ妥當ナルヲ信ス何トナレハ相續回復請求權ノ拋棄ハ單ニ訴權ノ拋棄ニアラスシテ一ニ實體權ヲ拋棄スルモノニ外ナラサレハナリ又同辯護士ハ相續人ハ其相續侵害ノ事實ヲ知ルモ必スシモ相續回復ノ請求權ヲ行使スルコトヲ要スルモノニアラス故ニ之ヲ拋擲シテ時效消滅ニ委スルコトヲ得ルニ見ルモ亦其拋棄ヲ許ササルノ趣旨ニアラサルヤ明カナリト論セラルルモ吾人ハ法律カ時效ニ因リ相續回復請求權ノ消滅ヲ認ムルハ是レ時效ノ制ヲ設ケタル所謂他ノ理由存スルニヨリ然ルモノニシテ之ヲ以テ直チニ拋棄ヲ認ムルノ法意ナリト解スヲ得サルモノト信ス尙ホ本書第二卷民法八頁ニ就キ參照セラレタシ

（二〇〇）

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

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

多數當事者間ノ双務契約ヨリ生スル債務ニ付テハ各當事者ハ其債務ノ全部履行ヲ提供スルニ依リテ相手方ニ對シ反對給付ノ全部履行ヲ請求スルノ權利ヲ有ス

横田博士

ルト同時ニ相手方ヨリ其債務ノ全部履行ヲ提供シ來ラサル限リハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムノ權利ヲ有スルモノトス」

多數當事者間ノ雙務契約ヨリ生スル債務ニ付キテハ民法第四二七條ノ單純ナル適用ニ依リテ債務ノ分割ヲ爲スコトヲ得スシテ當事者ノ單數ナルト複數ナルトニ論ナク又其給付ノ可分ナルト否トヲ論セス各當事者ハ其債務ノ全部履行ヲ提供スルニ依リテ相手方ニ對シ反對給付ノ全部履行ヲ請求スルノ權利ヲ有スルト同時ニ相手方ヨリ其債務ノ全部履行ヲ提供シ來ラサル限ハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムノ權利ヲ有スルモノトス是レ雙務契約ノ性質ヨリ生スル結果ナリ(法學博士横田秀雄氏法學新報第二四卷第八號八頁以下領)

【同趣旨學說】

一 債權債務ハ當事者間ニ分割セラル其分割ノ割合モ別段ノ意思表示又ハ規定ナキトキハ平等ニ於テス即チ平等ニ分割セラレタル丈ケノ獨立ナル債權債務カ成立スルナリ獨立ト云フモ全ク別々ニ當事者ノ頭數丈ケノ債權債務カ成立スル場合トハ結果異ルナリ例ヘハ雙務契約同時履行ノ抗辯權ノ規定ヲ適用シテ當事者ノ一人カ履行ヲ提供セサルトキハ相手方ハ其全員ニ對シテ自己ノ給付ヲ拒ムコトヲ得例ヘハ甲乙丙ノ三人丁ヨリ金一千圓ニテ或物ヲ買ヒタリトス甲乙ハ各金三百三十三圓三十三錢ヲ提供シテ引渡ヲ求ムルモ丙一人カ自己ノ負擔ヲ提供セサルトキハ丁ハ賣品ノ引渡ヲ拒ムコトヲ得故ニ全ク獨立ニアラス(法學博士富井政章氏東大四五年度講義債權總論一二四頁)

二 數箇ノ債權又ハ債務存スト雖モ分割債權關係ハ同一ノ發生原因ヲ有スルカ故ニ各債權關係ノ間ニ尙連絡ヲ有ス特ニ分割債務カ雙務契約ヨリ生スル場合ニ債務者ノ一人カ履行ヲ爲ササル間ハ他ノ債務者カ履行ヲ爲スモ債權者ハ契約不履行ノ抗辯ヲ援用スルコトヲ得(法學博士石坂音四郎氏日本民法第三編債權第三卷七六六頁)

【反對學說】

當時者ノ一方カ一人ニシテ相手方カ數人ナル場合ニ於ケル各當事者ノ同時履行ノ抗辯ニ付テハ更ニ場合ヲ區別スルコトヲ要ス

(甲) 數人ノ當事者ノ債權及債務カ不可分又ハ連帶ニ非サル場合　此場合ニ於テハ其ノ債權及ヒ債務ハ當然分割セラレ數人ノ當事者ノ各自ハ平等ノ割合ヲ以テ權利ヲ有シ義務ヲ負フ仍テ一人ノ當事者ト數人ノ當事者ノ各自トハ一部ノ權利義務ニ付相互ニ同時履行ノ抗辯ヲ援用スルコトヲ得

(乙) 數人ノ當事者ノ債權カ不可分債權ニシテ其ノ債務カ通常ノ債務ナル場合　此場合ニ於テ數人ノ當事者ノ各自ハ其ノ債務ハ可分ナルモ其ノ債權ハ不可分ナルカ故ニ相手方ヨリ債務ノ全部ノ履行アル迄自己ノ債務ノ履行ヲ拒ミ得ルコト勿論ナリ又一人ノ當事者ハ其ノ債權ハ可分ナルモ其ノ債務ハ不可分ナルカ故ニ其ノ債權及ヒ債務ノ間ニ均衡ヲ保ツ爲メ相手方ヨリ債務ノ全部ノ履行アル迄自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得ヘキ道理ナリ

(丙) 數人ノ當事者ノ債權カ通常ノ債權ニシテ其ノ債務カ不可分債務又ハ連帶債務ナル場合　此ノ場合ニ於テハ一人ノ當事者ハ其ノ債務ハ可分ナルモ其ノ債權ハ不分割ナルカ故ニ相手方ヨリ債務ノ全部ノ履行アル迄自己ノ債務ノ履行ヲ拒ミ得ルコト勿論ナリ又數人ノ當事者ノ各自ハ其ノ債權ハ可分ナルモ其債務ハ不可割ナルカ故ニ其ノ債權及ヒ債務ノ間ニ均衡ヲ保ツ爲メ相手方ヨリ債務ノ全部ノ履行アルマテ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得ヘキ道理ナリ是レ前段ニ述ヘタル所ト同一ノ論理ナリ(法學士村上恭一氏債權各論一九五頁)

多數當事者間ノ双務契約ヨリ生スル債權債務カ不可分又ハ連帶ニ非サル場合其各當事者ハ自己ノ負擔額ヲ提供シテ相手方ニ對シ反對給付ノ全部履行ヲ請求スルノ權利ヲ有スルヤ否ヤ又其相手方ヨリ債務ノ全部履行ヲ提供シ來ラサル限リハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムノ權利ヲ有スルヤ否ヤ吾人ハ本論博士ノ見解ト同シク之ヲ積極ニ解スルヲ以テ妥當ナリト信ス蓋双務契約ハ全給付ノ交換ヲ目的トスルモノニシテ其契約ハ一個ノ契約ニシテ數個ノ契約ノ集合ニアラス故ニ各當事者ハ相手方ノ承諾アレハ格別然ラサレハ其給付ヲ分割シ其分割シタル各部ニ付キ部分的ニ交換ヲ爲スヘキコトヲ相手方ニ强ユルノ權利ヲ有スルモノニアラサレハナリ

一八〇　占有權ハ自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ物ヲ所持スルニ因リテ之ヲ取得ス

一八二　占有物ノ讓渡ハ占有物ノ引渡ニ依リテ之ヲ爲ス
讓受人又ハ其代理人カ現ニ占有物ヲ所持スル場合ニ於テハ占有物ノ讓渡ハ當事者ノ意思表示ノミニ依リテ之ヲ爲スコトヲ得

一八七　占有者ノ承繼人ハ其選擇ニ從ヒ自己ノ占有ノミヲ主張シ又ハ自己ノ占有ニ前主ノ占有ヲ併セテ之ヲ主張スルコトヲ得
前主ノ占有ヲ併セテ主張スル場合ニ於テハ其瑕疵モ亦之ヲ承繼ス

二〇三　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在ラス

一九七　占有者ハ後五條ノ規定ニ從ヒ占有ノ訴ヲ提起スルコトヲ得他人ノ爲メニ占有ヲ爲ス者亦同シ

三瀦學士

不知ノ間ニ郵便受函ニ投入セラレタル書狀ニ付キ受信者ハ原始的ニ占有權ヲ取得スルモノトス」

豫メ郵便受函ヲ設ケ置キタリト謂フ事實ニ因リテ此中ニ投入セラルヘキ郵便物ニ付キ主人カ占有ノ意思ヲ有スルコトヲ推知シ得ヘキカ故ニ夜中不知ノ間ニ於テ投入セラレテ其郵便物カ主人ノ實力支配ノ可能範圍内ニ入リタルトキハ物ノ所持ナル條件モ具備セラルルニ至リ主人ハ此書狀ノ上ニ其投入ト同時ニ完全ナル占有權ヲ取得スルモノナリ而シテ此取得ハ余ノ見ル所ヲ以テスレハ原始的取得ニシテ繼受的取得ニ非ス何トナレハ發信者カ郵便物ヲ「ポスト」ニ託シタル上ハ既ニ其郵便物ノ所持ヲ失ヒ國家又ハ郵便夫ノ如キハ郵便物ノ單ナル所持ヲ爲シタリト謂フヲ得レトモ是レ唯他人ノ爲メニ所持セルニ過キスシテ我民法ノ上ニ於テハ第一八〇條ニ依リ決シテ占有權者ニ非ス故ニ受信人ハ此者ヨリ占有權ヲ繼受的ニ取得シタリト見ルコト能ハサルナリ(法學士三瀦信三氏法學志林第一六卷第九號七九頁以下要領)

【參照學說】

富井博士

一　占有ノ原始的取得トハ他人ノ權利ニ基カスシテ獨立ニ之ヲ取得スルコトヲ謂フ即チ自己ノ爲メニ占有ヲ創設スルコト是ナリ(法學博士富井政章氏著民法原論第二卷物權下六五五頁)
占有權ノ繼受的取得トハ他人ノ占有權ヲ承繼スルコトヲ謂フ故ニ他人カ現ニ占有權ヲ有スルコトヲ前提トシ且其占有權ハ從來ノ性質ヲ以テ取得者ニ移轉スルモノトス占有承繼ノ原因ハ讓渡及ヒ相續ノ二トス(同上六五七頁)
讓渡人カ其讓渡サントスル占有權並ニ處分ノ能力ヲ有スルコト及ヒ占有ノ移轉ニ關シテ雙方ノ合意アルコトヲ必要トス(同上六五八頁)

横田博士

二　占有權ノ取得ニハ自己ノ爲メニスルノ意思アルコトヲ必要トスルヲ以テ意思能力アル者ニアラサレハ自身ニ占有權ヲ取得スルコトヲ得ス故ニ意思能力ナキ幼者白痴瘋癲其他ノ事由ニ因リ心神ヲ喪失シタル者ハ實力占領ノ要件ヲ充スコトヲ得ルモ意思ノ要件缺乏スルヲ以テ直接ニ占有權ヲ取得スルコトヲ得ス然レトモ無能力者ハ其法定代理人ニ依リテ之ヲ取得スヘク法人ニ在テハ占有權ノ取得ニ必要ナル要件ハ總テ理事其他ノ代理人ニ於テ之ヲ充タスヘキモノタルコトハ既ニ一言セル所ナリ(法學博士横田秀雄氏著物權法一四五頁)

中島博士

三　占有機關カ物ヲ他人ニ交付シタル場合ニハ其他人ハ占有權ノ讓受人ニ非ス蓋シ占有機關ハ占有權者ニ非サルカ故ナリ(法學博士中島玉吉氏著民法釋義卷ノ二上一四四頁)
郵便受函ヲ設置スル者ハ其ノ中ニ投入セラレタル郵便物ハ發信者ノ何人タルヲ問ハス又信書ノ內容ノ如何ヲ問ハス凡テ之レカ占有ヲ得ントスルノ意思ヲ有スル者ナリ故ニ個々ノ信書ニ就テハ全ク知ル處ナシト雖モ既ニ之ヲ取得セントスル一般意思存スルカ故ニ之ニヨリ占有ヲ取得スルコトヲ得(法學博士中島玉吉氏京都法學會雜誌第八卷第八號九號十號)

松岡學士

四　占有ノ原始的取得ハ他人ノ有セシ占有權ニ關係ナク獨立的ニ占有權ヲ取得スル行爲ナリ故ニ占有ノ原始的取得ハ其有效原因カ行爲自體ニ存シ毫モ他人ノ有セシ占有權ニ依ルコトナシ而シテ占有ノ原始的取得行爲ハ羅馬法獨逸普通法等ニ在リテハ一方的法律行爲ナリ故ニ占有ノ原始取得者カ占有權ヲ取得セント欲スル意思アルコトヲ要ス(法學士松岡義正氏著民法論物權上册二〇六頁)
占有ノ傳來取得ハ他人ノ占有權ノ存在ヲ前提要件トシテ成立スル占有權取得ノ行爲ナリ故ニ舊占有者カ其占有權ヲ新占有者ニ全然移轉シタルト又占有者カ其占有權ニ基キ他人ノ爲メニ占有權ヲ創設シタルトノ區別ヲ問ハス他人ノ占有權ニ基キテ占有ヲ取得スル事實ハ傳來取得ニ屬ス又占有ノ傳來取得ノ原因ハ古來之ヲ分テ法律行爲及ヒ相續トス而シテ占有ヲ移轉スル法律行爲ハ學說上之ヲ占有契約ト稱シ又日本民法ハ之ヲ占有權ノ讓渡ト稱ス(同上二一四頁)

飯島學士

五　暗默ノ方法ニ依ル場合ニ在リテハ或事實ノ存在カ其意思アリト認ムヘキ材料タルコトニ注意スルコトヲ要シ而モ其事實カ自己ノ爲メニスル意思ヲ示スモノト解スルノ外ナキ場合タラサルヘカラス例之郵便函ヲ設置スルカ如キハ自己ノ爲メニスル意思ノ存在ヲ認メ得ヘキヤ明白ノ事實ナルヘシ(法學士飯島喬平氏物權法第一部一一二頁)

然リ豫メ設ケ置キタル郵便受函ニ投入セラレタル書狀ニ對シ受信者ハ其占有權

ヲ取得スルヤ勿論ナリ蓋シ受信人カ其郵便受函ヲ設置スルハ其中ニ投入セラレタル郵便物ニ付キ占有ノ意思アルヲ推知シ得ヘク又ハ其函中ニ投入セラレタル郵便物ハ其設置者ノ實力支配ニ存スルモノナルヲ以テ所謂受信者ノ所持ニ屬スルヤ明ナルヘク而カモ占有意思ト物ノ所持トハ必シモ同時ニ存スルコトヲ要セサルハ學者ノ等シク認ムルトコロナレハナリ

唯問題ナルハ受信者カ取得スル占有權ハ原始的取得ナルヤ將タ繼受的取得ナルヤニ存ス然レトモ吾人ハ之ヲ原始的取得ト解スルヲ以テ正當ナリト信ス蓋シ郵便受函ヲ設置シタル受信者ハ其中ニ投入セラレタル郵便物ニ對シ其郵便物ノ發信者ノ何人タルト又信書ノ内容ノ如何トヲ問ハス凡テ之カ占有ヲ取得スルモノニシテ何等他人ノ占有ヲ承繼スルノ意思又ハ他人ト占有讓渡ノ意思ノ合致ヲ要セサレハナリ例ヘハ發信人カ友ノ家ヲ訪問シ友ノ机上ニ在ル書翰紙ヲ以テ戯レニ第三者ニ宛テ書狀ヲ作成シ置キシニ友人ハ後日之ヲ發見シ其戯ニ作製セラレタルコトヲ知ラス一ニ發信スルヲ遺忘シタルモノト推シ自ラ之ヲ「ポスト」ニ投入セリ然ルニ書狀ハ後刻郵便配達吏ノ手ニ依リ其第三者カ豫メ設置シタル郵便受函ニ投入セラレタルカ如キ發信人ニ何等占有讓渡ノ意思存セス又受信者ニ何等占有承繼ノ意思存セサル場合ト雖モ其受信者タル第三者ハ其書翰ニ對シ占有權ヲ取得スルヤ明カナレハナリ故ニ此ノ點ニ關シ原始的取得ナリトスル學士ノ見解

ハ吾人ノ贊同スルトコロナリ

（二〇二）

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

四四九　無能力ニ因リテ取消スコトヲ得ヘキ債務ヲ保證シタル者カ保證契約ノ當時其取消ノ原因ヲ知リタルトキハ主タル債務者ノ不履行又ハ其債務ノ取消ノ場合ニ付キ同一ノ目的ヲ有スル獨立ノ債務ヲ負擔シタルモノト推定ス

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

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

四五五　第四五二條及ヒ第四五三條ノ規定ニ依リ保證人ノ請求アリタルニ拘ラス債權者カ催告又ハ執行ヲ爲スコトヲ怠リ其後主タル債務者ヨリ全部ノ辨濟ヲ得サルトキハ保證人ハ債權者カ直チニ催告又ハ執行ヲ爲セハ辨濟ヲ得ヘカリシ限度ニ於テ其義務ヲ免ル

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

四五八　主タル債務者カ保證人ト連帶シテ債務ヲ負擔スル場合ニ於テハ第四三四條乃至第四四〇條ノ規定ヲ適用ス

四三四　連帶債務者ノ一人ニ對スル履行ノ請求ハ他ノ債務者ニ對シテモ其效力ヲ生ス

四三八　連帶債務者ノ一人ト債權者トノ間ニ混同アリタルトキハ其債務者ハ辨濟ヲ爲シタルモノト看做ス

一二〇第一項　取消シ得ヘキ行爲ハ無能力者若クハ瑕疵アル意思表示ヲ爲シタル者其代理人又ハ承繼人ニ限リ之ヲ取消スコトヲ得

停止條件附債務又ハ將來ノ債務ノ爲メニ保證ヲ爲シタル場合ニ於テハ保證債務ハ主タル債務ノ發生シタルトキニ至リ發生スルモノトス』第三者カ代リテ履行スルコトヲ得サル債務ハ保證ヲ爲スコトヲ得ス然レトモ右ノ債務カ不履行ニ因リテ損害賠償ヲ目的トスルニ至リタル場合又ハ違約金ノ債務カ生シタル場合ニ於テハ保證債務ノ存在スルコトヲ得ルハ論ヲ竢タス斯ル場合

ニ於テハ停止條件附ニテ保證ヲ爲シタルモノト認ムヘキモノトス」

無能力ニ因ル取消ニ因リテ消滅スルコトアルヘキ債務ヲ保證スル旨ノ契約ヲ爲シタル者カ其契約ノ當時其取消ノ原因ヲ知リタルトキハ反對ノ證據ナキ限リハ其者ハ保證契約ニ非サル契約ニ依リ保證債務ニ非サル條件附債務ヲ負擔セルモノト認ムヘキモノトス」

保證人カ檢索ノ抗辯ヲ有スルニハ主タル債務者カ其債務ヲ完全ニ辨濟スル資力ヲ有スルコトヲ必要トシ其債務ヲ一部辨濟スル資力ヲ有スルノミヲ以テ足レリトセス」

保證人ハ主タル債務者ノ債務ニ付テノ承繼人タル地位ヲ有スルコトナシ然レトモ第四四九條ノ規定ヲ根據トシテ保證人ハ主タル債務者ニ屬スル取消權ヲ行使スルコトヲ得ルモノト謂ハサルヘカラス」

保證債務トハ他人カ其債務ヲ履行セサル場合ニ於テ之ニ代ハリテ其履行ヲ爲スヘキ債務ヲ謂フ故ニ保證債務ハ他人ノ債務ノ從トシテ之ヲ擔保スルカ爲メニ存スルモノトス保證債務ハ主タル債務者カ其債務ヲ履行セサル場合ノ爲メ其不履行ヲ待タスシテ存在スルモノナルカ故ニ此場合ニ至リ始メテ發生スルモノト謂フヘカラス故ニ主タル債務ノ不履行ニ繫ル條件附債務ト異ナル保證債務ハ主タル債務ノ外ニ存在スル別箇ノ債務ナルカ故ニ保證人カ保證債務ヲ負擔スルコトト數人カ同一ノ債務ヲ負擔スルコトハ之ヲ區別セサルヘカラス保證債務ハ主タル債務ヲ擔保スヘキモノナルカ故ニ主タル債務ノ存在セサルカ爲メニ債權者ノ被ルヘキ損害ヲ賠償スヘキ債務ト之ヲ區別セサルヘカラス

保證債務ハ法律ノ規定ニ因リテ發生スルコトアリ(商六三)然レトモ保證債務ハ保證契約ニ因リテ發生スルヲ通常トス保證契約ハ片務契約ナリ即チ當事者ノ一方カ債務ヲ負擔スルノミニテモ保證契約ノ成立ヲ來スモノトス然レトモ債權者カ保證人ニ對シテ債務ノ負擔ヲ約ス・スルコトヲ妨ケス又保證契約ハ無償契約ナリ然レトモ債權者カ保證人ニ報酬ヲ與フルコトヲ妨ケス

保證人カ保證ヲ爲ス理由ノ如何ハ主タル債務者ニ對スル保證人ノ求償權ノ存否及ヒ範圍ニ影響ヲ及ホスモノトス然レトモ此事情ハ保證契約ヨリ之ヲ見レハ其緣由ニ外ナラサルカ故ニ保證人ト債權者トノ關係ニ影響ヲ及ホサス故ニ保證人カ主タル債務者ノ委任ニ因リテ保證ヲ爲シタルニ其委任カ無效ナルカ如キ場合ニ於テモ保證債務ノ發生ヲ妨ケス主タル債務ハ保證ヲ爲ス前ニ存在スルコトアリ又ハ之ヲ爲スト同時ニ發生スルコトアリ又ハ之ヲ爲シタル後ニ至リテ發生スルコトアリ停止條件附債務又ハ將來ノ債務ノ爲メニ保證ヲ爲ス場合ハ最後ノ場合ニ屬スルモノトス而シテ停止條件附債務又ハ將來ノ債務ノ爲メニ保證ヲ爲シタル場合ニ於テハ保證債務ハ主タル債務ノ發生シタルトキニ至リ發生スルモノニシテ當然主タル債務ノ發生ヲ以テ條件(法定條件)ト爲スモノト謂フヘシ身元保證又ハ信用保證等ハ將來ノ債務ノ保證ナリ

保證債務ハ主タル債務者カ其債務ヲ履行セサル場合ニ於テ保證人カ之ニ代ハリテ其履行ヲ爲スヘキ債務ナルカ故ニ第三者カ代ハリテ履行スルコトヲ得ヘキ債務ノ爲メニ非サレハ保證ヲ爲スコトヲ得ス然レトモ第三者カ代ハリテ履行スルコトヲ得サル

債務カ不履行ニ因リテ損害賠償ヲ目的トスルニ至リタル場合又ハ此等ノ債務ノ不履行ニ因リテ違約金ノ債務カ生シタル場合ニ於テハ保證債務ノ存在スルコトヲ得ルハ論ヲ俟タス而シテ此等ノ債務ノ爲メニ保證ヲ爲ス者ハ通常此等ノ場合ノ爲メ停止條件附ニテ保證ヲ爲シタルモノト認ムヘキモノトス

法律行爲ノ取消ニ因リテ消滅スルコトアルヘキ債務ト雖モ之ヲ保證スルコトヲ得ヘシ而シテ斯ル債務ニ付キ保證債務ヲ負擔スル者ハ後ニ說明スルカ如ク主タル債務者ノ取消權ヲ行使スルコトヲ得ヘク且主タル債務カ取消ニ因リテ消滅スルトキハ保證債務ヲ免ルルモノトス唯左ニ揭クル法律上ノ推定アリ

無能力ニ因ル取消ニ因リテ消滅スルコトアルヘキ債務ヲ保證スル旨ノ契約ヲ爲シタル者ハ其ノ契約ノ當時其取消ノ原因ヲ知リタルトキハ主タル債務者カ履行ヲ爲ササルカ又ハ取消ニ因リテ其債務ノ消滅シタル場合ニ付キ同一ノ目的ヲ有スル獨立ノ債務ヲ負擔シタルモノト推定セラル第四四九條ノ規定ハ此意ニ外ナラス故ニ反對ノ證據ナキ限ハ其者ハ保證契約ニ非サル契約ニ依リ保證債務ニ非サル條件付債務ヲ負擔セルモノト認ムヘキモノニシテ主タル債務者カ取消ヲ爲スカ又ハ履行ヲ爲ササル場合ニ於テハ自ラ履行ヲ爲スコトヲ要シ敢テ主タル債務ノ取消ニ因リ自己ノ債務ヲ免レタルコトヲ主張シ又ハ主タル債務者ノ取消權ヲ行使スルコトヲ得ス

保證債務ハ從タル債務ナルカ故ニ主タル債務ノ目的タル給付ト同一ノ給付ヲ以テ其目的ト爲ササルヘカラス而シテ保證債務ノ目的ハ主タル債務ノ目的ト單ニ經濟上同一タルヲ以テ足レリト爲スヘカラサルナリ例ヘハ主タル債務者カ米ヲ與フル義務ヲ負擔スル場合ニ於テ保證人カ金錢ヲ與フル義務ヲ負擔スルコトヲ得サルカ如シ故ニ

主タル債務ノ目的ト異ナル給付ニ付キ保證ヲ爲スコトヲ約スルトキハ其契約ハ實際保證契約ニ非ス唯主タル債務者カ其債務ヲ履行セサルコトヲ條件トシテ債務ノ負擔ヲ約シタルモノニ外ナラス故ニ所謂保證人ハ其契約ニ因リ債務者ノ不履行ヲ條件トスル債務ヲ負擔スルモノトス而シテ債權者ノ權利ハ所謂保證人カ其債務ヲ履行スルニ因リテ消滅ニ歸スルモノナリ又所謂保證人カ履行ヲ爲シタルトキハ主タル債務者ニ利益ヲ與フルカ爲メニ債權者ニ對シテ義務ヲ負擔シタル場合ヲ除キ主タル債務者ニ對シテハ不當利得ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ヘシ

保證債務ノ目的ハ主タル債務ノ目的ト異ナルコトヲ得サルカ故ニ主タル債務者カ其債務ノ不履行ニ對シテ違約金又ハ一定ノ賠償額ノ支拂ヲ約セサルニ保證人カ主タル債務ノ不履行ニ對シテ之ヲ約スルコトヲ得スト雖モ保證債務ノ不履行ニ對シテ之ヲ約スルコトヲ妨ケス即チ保證人ハ保證債務ニ付テノミ違約金又ハ損害賠償ノ額ヲ約定スルコトヲ得ヘシ蓋シ保證債務ニ付キ違約金又ハ損害賠償ノ額ヲ約定スルハ保證債務ノ目的ヲ定ムルモノニ非スシテ其目的タル給付ヲ爲ササル場合ニ於ケル保證人ノ責任ヲ別ニ定ムルモノニ外ナラサルヲ以テナリ

保證債務ハ別段ノ定メナキ限ハ主タル債務ノ目的ヲ全部包含ス是レ保證債務カ從タル債務ナルカ爲メニ生スル結果ナリ然レトモ主タル債務ニ關スル利息、違約金、其他其債務ニ從タルモノ(例ヘハ主タル債務者ノ返還スヘキ果實其負擔ニ歸スヘキ契約締結ノ費用若クハ訴訟費用又ハ催告ノ費用)ハ保證債務カ從タル性質ヲ有スル爲メニ當然其範圍内ニ屬スルモノト謂フコトヲ得ス蓋シ主タル債務ニ附帶スル債務ト雖モ獨立ノ債務ナルヲ以テナリ然ルニ民法ハ佛國民法ノ主義ニ從ヒ保證債務ハ總テ主タル債

務ニ從ヒタルモノヲ包含スルモノト定メタリ

保證債務ノ範圍ハ其性質又ハ法律ノ規定ニ因リ當然定マルモノナリト雖モ特約ニ因リテ其範圍ヲ制限スルコトヲ得ヘシ今若シ保證人カ主タル債務者ノ爲スヘキ損害賠償ノミニ付キ保證債務ヲ負擔スルコトヲ約スルトキハ其保證契約ハ所謂損害保證ナリ然レトモ主タル債務ノ範圍ヨリ之ヲ大ナラシムルコトヲ得ス

保證債務ノ體樣ハ之ヲ主タル債務ノ體樣ヨリ重クセサル限ハ別段ノ定ニ依リ之ヲシテ主タル債務ノ體樣ト異ナラシムルコトヲ得ヘシ例ヘハ保證債務ニ付キ主タル債務ノ履行期ヨリ遲キ履行期ヲ定メ又ハ主タル債務カ無條件ナルニ保證債務ニ條件ヲ附スルコトヲ得ルカ如シ

保證人カ主タル債務者ト連帶スルハ保證債務ノ體樣ニ外ナラス即チ主タル債務者ト連帶シタル保證人ハ主タル債務者カ其債務ヲ履行セサル場合ニ於テ其履行ヲ爲スヘキ責ニ任スルモノナリト雖モ其履行ニ關シテハ債權者ニ對スル關係上主タル債務者ナクシテ獨リ債務ヲ負擔スルモノト看做サル故ニ此保證人ハ後ニ說明スルカ如ク催告ノ抗辯及ヒ檢索ノ抗辯ヲ有スルコトヲ得ス且分別ノ利益ヲ有スルコトヲ得ス連帶保證カ保證人ニ及ホス效果ハ之ニ過キサルナリ民法第四五八條ニ於テハ主タル債務者カ保證人ト連帶シタル場合ニ於テハ第四三四條乃至第四四〇條ノ規定ヲ適用スヘキ旨ヲ定ムルヲ以テ此等ノ規定ヲ連帶保證ノ場合ニ於テ主タル債務者ニ適用スヘキコトヲ示セリ然レトモ保證人ト債權者トノ間ニ更改又ハ相殺アリタルトキハ主タル債務者ハ保證人ト連帶シタルト否トヲ問ハス其債務ヲ免ルヘキモノナルカ故ニ連帶保證ノ場合ニ於テモ第四三五條及ヒ第四三六條第一項ノ規定ヲ主タル債務者ニ適用

スル旨ヲ特ニ規定スルノ必要ナシ又保證人ハ負擔部分ヲ有セサルカ故ニ第四三六條第二項第四三七條及ヒ第四三九條ノ規定ハ連帶保證ノ場合ニ於テモ之ヲ主タル債務者ニ適用スルニ由ナシ果シテ然ラハ第四三四條及ヒ第四三八條ノ規定ノミニ限リ連帶保證ノ場合ニ於テ主タル債務者ニ適用セラルヘキモノト謂フヘシ

保證人ノ負擔カ債務ノ目的又ハ體樣ニ付キ主タル債務ヨリ重キトキハ其負擔ハ當然主タル債務ノ限度ニ減縮セラルルモノニシテ此限度ニ於テノミ保證債務ノ存在ヲ認ムヘキモノナリト雖モ保證人カ主タル債務ヨリモ其負擔ノ重キコトヲ知リテ之ヲ約シタルトキハ主タル債務ノ限度ヲ超ユル點ニ於テ如何ナル效果ヲ生スヘキヤハ契約ノ解釋ニ依リテ之ヲ定メサルヘカラス例ヘハ主タル債務ノ目的カ千圓ナルニ保證人カ千二百圓ヲ支拂フコトヲ約シタルトキハ千圓ニ關シテ保證契約ノ成立ヲ來スモ二百圓ニ關シテハ或ハ擔保契約ノ成立スルコトアルヘク或ハ贈與ノ成立スルコトアルヘシ

保證債務ハ從タル債務ナルカ故ニ主タル債務ノ全部又ハ一部ノ消滅ハ其原因ノ如何ヲ問ハス保證債務ノ全部又ハ一部ノ消滅ヲ來シ又主タル債務ノ性質ニ基ク其變更又ハ擴張ハ保證債務ニ影響ヲ及ホスモノトス尙ホ主タル債務ニ關スル事由カ法律ノ規定ニ依リ保證債務ニ影響ヲ及ホスコトアリ即チ左ノ如シ

(四五七)

主タル債務者ニ對スル履行ノ請求其他時效ノ中斷ハ保證人ニ對シテモ其效力ヲ生ス

保證人カ履行其他債務者ニ滿足ヲ與フル行爲ヲ爲シタルカ爲メニ保證債務ノ消滅ヲ來シタルトキハ主タル債務モ亦同時ニ消滅スルモノトス

保證人ハ債權者カ保證人ニ債務ノ履行ヲ請求シタルトキハ保證人ハ先ツ主タル債務者ニ催告ヲ爲スヘキ旨ヲ請求スルコトヲ得然レトモ左ノ場合ニ於テハ之ヲ有セス

(一) 主タル債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキ

(二) 主タル債務者ノ行方不明ナルトキ

茲ニ行方ノ不明ナルトキトハ繼續的ニ行方ノ不明ナルコトヲ指スモノトス而シテ主タル債務者ノ行方カ繼續的ニ不明ナルモ其財産ノ管理人アル場合ニ於テハ保證人ハ前述ノ權利ヲ有セサルモノト謂フヘシ

債務者カ主タル債務者ニ催告ヲ爲シタル後ト雖モ保證人カ主タル債務者ニ辨濟ノ資力アリテ且執行ノ容易ナルコトヲ證明シタルトキハ債務者ハ先ツ主タル債務者ノ財産ニ付キ執行ヲ爲スコトヲ要ス

保證人カ右ノ權利ヲ有スルニハ左ノ條件ノ存在スルコトヲ必要トス

(一) 主タル債務者ニ辨濟ノ資力アルコト

保證人カ前述ノ權利ヲ有スルニハ主タル債務者カ其債務ヲ完全ニ辨濟スル資力ヲ有スルコトヲ必要トシ其債務ヲ一部辨濟スル資力ヲ有スルノミヲ以テ足レリトセス今若シ此見解ヲ採ラスンハ一部ノ辨濟ヲ受クルコトヲ債權者ニ強ユル結果ヲ生スルニ至ラン

(二) 執行ノ容易ナルコト

保證人カ先ツ主タル債務者ノ財産ニ付キ執行ヲ爲スコトヲ債權者ニ請求スル權利及檢索ノ抗辯ヲ拋棄シタルトキハ之ヲ有スルコトヲ得ス保證人カ主タル債務者ト連帶シタル場合ニ於テモ亦然リ

保證人ハ主タル債務者ニ屬スル一切ノ抗辯ヲ援用スルコトヲ得ヘク且之ニ屬スル相殺權及ヒ取消權ヲ行フコトヲ得ヘシ

保證人カ主タル債務者ニ屬スル相殺權ヲ行使シテ主タル債務ノ債權ニ依リ相殺ヲ以テ債權者ニ對抗スルコトヲ得ルハ民法ノ明ニ規定スル所ナルモ保證人カ主タル債務者ノ取消權ヲ行使スルヲ得ルコトニ付テハ民法ニ明文ナキカ故ニ此點ニ付キ學者間ニ異論アリ積極説ヲ唱フル者ハ曰ク保證人ノ債務ハ主タル債務者ヨリ傳來スルカ故ニ保證人ハ主タル債務者ノ債務ニ付テハ其承繼人ナリ故ニ保證人ハ第一二〇條ノ規定ニ依リ取消權ヲ有スルモノナリト此説ニ依レハ保證人ハ主タル債務者ニ屬スル取消權ヲ行フモノニ非ス自己ノ權利トシテ取消權ヲ行フモノト謂ハサルヘカラス又保證債務ハ從タル債務ナルカ爲メ主タル債務アルニ非サレハ存在セスト雖モ敢テ主タル債務者ヨリ保證人ニ移轉セルモノニ非ス故ニ保證人ハ承繼人タル地位ヲ有スルコトナシ

無能力ニ因ル取消ニ因リテ消滅スヘキ債務ヲ保證スル旨ヲ約シタル者カ契約ノ當時取消ノ原因アルコトヲ知リタルトキハ主タル債務者カ取消ヲ爲ス場合ノ外尚ホ其不履行ノ場合ニ付キ同一ノ目的ヲ有スル獨立ノ債務ヲ負擔シタルモノト推定スル旨ヲ定メタル第四四九條ノ規定ハ保證人カ主タル債務者ニ屬スル取消權ヲ行使スルヲ得ルコトヲ前提ト爲シタルモノト謂ハサルヘカラス蓋シ同條ノ規定タルヤ保證人ハ本來主タル債務者ニ屬スル取消權ヲ行使スルコトヲ得ヘキカ爲メ前述ノ契約ヲ爲シタル者カ保證ヲ爲スノ意思ヲ有シタリトセハ保證債務ノ發生ヲ來シ主タル債務者カ履行ヲ爲サヽルモ其者ハ之ニ屬スル取消權ヲ行使シテ主タル債務ヲ消滅セシメ以テ其

履行ヲ爲スコトヲ要セサルニ至リ債權者ノ權利ヲ保全セントスル目的ニ副ハサルカ故ニ獨立ノ債務ヲ負擔スルノ意思ヲ有シタルモノト推定スルヲ至當ト認メタルモノニ外ナラス今若シ保證人カ主タル債務者ニ屬スル取消權ヲ行使スルコトヲ得ストセハ前述ノ契約ヲ爲シタル者ハ保證債務ヲ負擔スルニセヨ主タル債務者ノ不履行ニ際シ之ニ屬スル取消權ヲ行使シテ主タル債務ヲ消滅セシメ以テ其履行ヲ爲スヘキ義務ヲ免ルルニ由ナク敢テ債權者ノ債權ヲ保全セントスル目的ニ副ハサル結果ヲ生セサルカ故ニ保證ヲ爲スノ意思ヲ有セスシテ獨立ノ債務ヲ負擔スルノ意思ヲ有シタルモノト推定スヘキ理由ナキニ至ラン果シテ然ラハ第四四九條ノ規定ヲ根據トシテ保證人カ主タル債務者ニ屬スル取消權ヲ行使スルコトヲ得ルモノト謂ハサルヘカラサルヲ知ルヘシ

共同保證人アル場合即同一ノ債務ニ付キ數人ノ保證人アル場合ニ於テハ其保證人カ各別ノ行爲ヲ以テ債務ヲ負擔シタルトキト雖モ其債務ハ當然其保證人ノ間ニ平等ニ分割セラルルモノトス而シテ各自他ニ保證人アルコトヲ知ルト否トヲ問ハサルナリ

共同保證人ハ左ノ場合ニ於テ分別ノ利益ヲ有セス

(一)共同保證人カ各自連帶シ又ハ主タル債務者ト連帶シタルトキ

(二)共同保證人カ分別ノ利益ヲ拋棄シタルトキ

(三)共同保證人カ可不分債務ヲ保證シタルトキ

共同保證人カ以上述ヘタル所ニ從ヒテ債權者ニ對シ全額ノ辨濟ヲ爲スヘキ責ニ任スル場合ニ於テモ相互ノ間ニ於テハ各自ノ負擔部分ハ別段ノ定メアル場合ノ外第四二七條ノ規定ニ從ヒ之ヲ定ムヘキモノトス(法學博士仁井田益太郎氏法學新報第二四卷第九號一頁以下第一〇號第三二頁以下第一一號四一頁以下要領)

【一點參照學說判例】

石坂博士

一 本書第二卷民法二三八頁五八五頁

二 債務カ停止條件附ナル場合ニ於テモ之ヲ保證スルコトヲ得然レトモ此場合ニハ保證債務モ亦條件附ナリトス是レ保證債務ノ附從性ヨリ生スル結果ナリ蓋シ債務カ條件附ナル場合ニハ債務ハ未タ發生セサルカ故ニ之ニ對シテ保證ヲ爲スコトヲ得ス且保證債務ノ體樣ハ主タル債務ヨリ重キコトヲ得サルカ故ニ(第四百四十八條)條件附債務ヲ無條件ニテ保證スルコトヲ得サルハ明ナリ故ニ條件附債務ヲ保證スル場合ニハ保證債務モ亦條件附ニシテ條件成就シ主タル債務カ發生シタルトキ保證債務ハ成立スルモノトス條件附債務ト異ナル條件ノ成否未定ノ間ニ於ケル義務モ亦之ヲ保證スルコトヲ得ルモノトス(第一二九條)將來ノ債務モ亦之ヲ保證スルヲ得然レトモ此場合モ亦條件附債務ヲ保證スルト同シク債務ノ發生ヲ條件トシテ保證ヲ爲スモノト解セサルヘカラス將來ノ債務トハ條件附ニモ存在セサル債務ニシテ單ニ將來發生スルコトヲ得ヘキ可能アルニ止マリ現在ニ於テハ其發生原因タル事實全クナキ債務ヲ謂フ故ニ保證債務ノ附從性ヨリシテ將來ノ債務ヲ現在ニ保證スルコトハ之ヲ認ムルヲ得ス(法學博士石坂音四郎氏日本民法第三編第三卷一〇〇〇頁)

大審院

三 保證契約ハ必スシモ結約當時ニ於テ債務ノ存在スルコトヲ要セス未來ノ債務ト雖モ之ヲ保證シ得ルハ勿論ニシテ此場合ニ於テハ後日主タル債務成立スルトキハ保證債務モ亦其效力ヲ發生スルモノトス(大審院民事判決錄三七年八一七頁)

【二點同趣旨學說】

橫田博士

一 主タル債務ノ目的タル給付カ其性質上主タル債務者ニ非サレハ爲シ得ヘカラサル場合往々ニシテ之アリ……斯ル債務ニ付キテ保證ヲ爲シタル第三者ハ保證人トシテ履行ノ責ニ任スヘキヤ否ヤニ付キテハ學者間議論アリ蓋シ此種ノ債務ノ保證ヲ爲シタル第三者ニ於テ之ヲ履行スルコトヲ得サルヲ以テ債權者ハ其直接履行ヲ第三者ニ求ムルコトヲ得ス第三者モ亦債權者ノ請求ニ對シ履行ヲ爲スノ義務ナキヤ明カナリ故ニ債務ノ本旨ニ從フ履行ヲ目的トスルノ保證債務ハ成立セサルモノトス何トナレハ保證人ハ主タル債務者カ其債務ヲ履行セサル場合ニ其履行ヲ爲スノ責任ヲ負フヘキモノニシテ債務ノ本旨ニ從ヒ履行ヲ爲スノ責任ハ保證債務ノ主タル內容ヲ組成スルモノナルニ此場合ニ於テハ債務ノ本旨ニ從フ履行ハ保證人之ヲ爲スコトヲ得サルヲ以テナリ然レトモ當事者ノ意思カ第三者ヲシテ債務者ニ代リ債務ノ不履行ヨリ生スル損害ヲ賠償スルノ責ニ任セシムルニ在ルトキハ損害ノ賠償ヲ目的トスル保證債務ハ有效ニ成立スルモノト解釋セサルヘカラス(法學博士橫田秀雄氏債權總論四版五八六頁)

石坂博士

二 主タル債務ノ物體ハ代替給付ナルコトヲ要ス債務ノ物體カ專屬的給付ニシテ債務者自ラ履行スルコトヲ要シ他人カ履行スルヲ得サルモノナルトキハ之ヲ保證スルヲ得サルモノナリトス蓋シ既ニ論スルカ如ク保證債務ノ物體ハ主タル債務ノ物體ト同一ナルコトヲ要スルカ故ナリ故ニ保證債務ノ最モ適用アルハ金錢債務ナリ然レトモ必スシモ金錢債務ノミニ限ラス金錢以外ノ代替物又ハ代替作爲ノ給付ヲ物體トスル債務ニ關シテモ適用アリトス之ニ反シテ不代替給付ヲ物體トスル債務ヲ保證スル場合

ニハ主タル債務者ノ不履行ニ因リテ生スヘキ損害賠償債務ヲ保證スルモノト解スヘク從テ保證債務ハ條件附ナリト云ハサルヘカラス（法學博士石坂音四郎氏前掲九九七頁）

【三點參照學說】

橫田博士

一 保證人カ債務者ノ無能力ナルヲ知リツツ其債務ヲ保證シタルトキハ法律ハ債務者カ債務ヲ履行セサルトキハ保證人ハ獨立シテ債務ヲ負擔スルノ意思ヲ有スルモノト推定スルニ依リ主タル債務ヲ履行セサルニ於テハ保證人ハ主タル債務者トシテ履行ノ責ニ任シ債權者ニ對シテ主タル債務ニ關スル取消ノ抗辯ヲ主張スルコトヲ得ス之ヲ要スルニ主タル債務者ノ無能力ナルコトヲ知リテ其債務ヲ保證シタル第三者ハ保證人トシテ債務履行ノ責ニ任セスシテ一種ノ停止條件附債務ヲ負擔スルモノナリ換言スレハ第三者ハ主タル債務ノ取消又ハ主タル債務者ノ不履行ヲ條件トシテ之レト同一ノ目的ヲ有スル固有ノ債務ヲ履行スルノ責ニ任スルモノトス蓋シ主タル債務者ノ無能力ナルコトヲ知リテ保證ヲ爲シタル第三者ハ保證人トシテ債務辨濟ノ責ニ任スルヤノ問題ニ付テハ學者間ニ議論アル所ニシテ多數ノ學者ハ之ヲ肯定シ第三者ハ一面保證人トシテ義務ヲ負擔スルト同時ニ他ノ一面ニ於テ主タル債務ノ取消又ハ不履行ヲ條件トシテ獨立ノ債務ヲ負擔スルモノト爲セリ然レトモ余ハ此說ニ贊同スルコトヲ得ス其理由ハ(一)保證債務成立說ニ依リ第三者ハ主タル債務ノ取消迄ハ保證人トシテ義務ヲ負擔シ主タル債務者ノ取消ト共ニ獨立ノ債務ヲ負擔スルモノト爲スハ敢テ不可ナシト雖モ主タル債務不履行ノ場合ニハ其債務ハ不履行ニ因リ當然消滅スヘキニアラサルヲ以テ第三者ハ保證人トシテ債務ヲ負擔スルト同時ニ條件ノ成就ニ因リ獨立ノ債務者トシテ義務ヲ負擔スルヲ以テ同一人カ同時ニ保證人タリ獨立ノ債務者タル奇觀ヲ呈スルニ至ルヘク立法者カ第四百四十九條ノ規定ヲ設クルニ當リ斯ル杜撰ナル推定ヲ爲スノ理ナシ……故ニ第四百四十九條ノ規定ハ第三者ヲシテ主タル債務ノ取消ト共不履行ノ場合ニ付キ獨立ノ債務ヲ負擔セシメ保證人トシテ義務ヲ負ハシメサルノ趣旨ナリト解セサルヘカラス（法學博士橫田秀雄氏前掲五七七頁）

石坂博士

二 本條（四四九條）ノ規定ニ依リ保證人ハ主タル債務ノ取消ノ場合ニ付キ主タル債務ト同一ノ物體ヲ有スル獨立ノ債務ヲ負擔スルモノトナスカ故ニ主タル債務ノ取消ノ場合ニ保證人カ負擔スル債務ハ保證債務ニアラス獨立ノ債務ナリトス故ニ保證人ハ主タル債務ノ取消ヲ條件トシテ獨立ノ債務ヲ負擔スルモノト解セサルヘカラス第四百四十九條ハ主タル債務ノ取消ノ場合ノ外尙主タル債務者ノ不履行ノ場合ニ於テモ保證人ハ同一ノ物體ヲ有スル獨立ノ債務ヲ負擔スルモノト推定スト雖モ債務不履行ノ場合ニ保證人カ同一ノ物體ヲ有スル獨立ノ債務ヲ負擔スルコトハ理論上之ヲ認ムルヲ得ス蓋主タル債務者ノ不履行ノ場合ニハ其不履行カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ生セルモノナルトキハ給付不能ノ場合タルト遲滯ノ場合タルトヲ問ハス主タル債務者ハ其債務ヲ免ルルコトナシ給付不能ノ場合ニハ主タル債務者ハ全部ノ損害ヲ賠償スヘキ責ニ任シ遲滯ノ場合ニハ本來ノ給付ト共ニ遲滯ニ因リテ生セル損害ヲ賠償スヘキ責ニ任ス而シテ此場合ニ保證人ハ其債務ヲ免ルルコトナク保證債務ノ附從性ヨリシテ主タル債務者ノ損害賠償債務ニ對シ保證ヲ爲スヘキ義務ヲ負フ（第四百四十七條第一項）從テ若シ主タル債務者ノ不履行ノ場合ニ保證人カ主タル債務ト同一ノ物體ヲ有スル獨立ノ債務ヲ負擔スルモノトナストキハ債權者ハ主タル債務者ニ對シ從來ノ債權（即損害賠償債權尙遲滯ノ場合ニハ損害賠償債權ト共ニ本來ノ給付ヲ請求スル債權）ヲ有スル外保證人ニ對シテ更ニ

新ナル債權ヲ取得スル結果トナルヘク又保證人ハ保證債務ノ外更ニ新ニ債務ヲ負擔スルノ結果トナルヘシ而カモ主タル債務者クハ保證人カ從來ノ債務ヲ履行スルモ保證人ハ新ニ負擔セル債務ヲ免ルルコトヲ得サルカ故ニ其當ヲ得サルハ云フヲ俟タス……從テ第四百四十九條ハ債務者ノ不履行ノ場合ニハ適用ナキモノト解スヘシ（法學博士石坂音四郎氏前掲一〇〇六頁）

【四點同趣旨學說判例】

石坂博士

一 主タル債務者ノ資力カ債務ノ完全ナル辨濟ヲ爲スニ足ル場合ニ於テノミ保證人ハ檢索ノ抗辯ヲ用ユルコトヲ得ルヤ否ヤニ關シテハ議論岐ル之ヲ檢索ノ抗辯ヲ認メタル目的ヨリ見ルトキハ主タル債務者ノ財產カ債務ノ一部ヲ辨濟スルコトヲ得ルニ於テハ保證人ハ檢索ノ抗辯ヲ用ユルコトヲ得ルモノト解スヘキカ如シ然レトモ此場合ニ檢索ノ抗辯ヲ用ユルコトヲ得ルモノトナストキハ債權者ニ一部辨濟ヲ受クヘキコトヲ强ユルコトヲ得ル結果ヲ生スルカ故ニ檢索ノ抗辯ヲ用ユルコトヲ得サルモノトナササルヘカラス且第四百五十三條ノ所謂「辨濟ノ資力」ハ債務ヲ完濟スルニ足ル資力ヲ云フ是レ第四百五十條第二號ノ辨濟ノ資力ナル文字ニ就テ見ルモ明ナリ（法學博士石坂音四郎氏前掲一〇六二頁）

大審院

二 債權者ハ債務ノ一部辨濟ヲ受ケサルヘカラサルモノニ非ス從テ民法第四百五十三條ノ主タル債務者ニ辨濟ノ資力アリト云ヘルハ債務全部ヲ辨濟スヘキ資力アルノ意ナリトス（大審院判決錄三九年一六五〇頁）

三 民法第四百五十三條ニ所謂債務辨濟ノ資力アリトハ主タル債務者カ其債務ノ全部ヲ辨濟スルニ足ルヘキ資產ヲ有スルノ義ナリ（同上四二年六四一頁）

【四點反對學說】

橫田博士

玆ニ一ノ問題アリ保證人カ檢索ノ利益ヲ主張スルニハ債務者ニ其債務ノ完全ナル辨濟ヲ爲スノ資力アルコトヲ必要トスルヤ若クハ債務者カ幾分ノ資力ヲ有シ一部分ニテモ債務ノ辨濟ヲ爲シ得ルヲ以テ足ルヤノ問題之レナリ此問題ニ關シテハ學者間議論ノ存スル所ナリト雖モ予ハ債務者ニ於テ幾分ノ資力ヲ有スル以上ハ假令其資力カ債務全額ヲ辨濟スルニ足ラサルモ保證人ニ於テ檢索ノ利益ヲ主張シ得ヘキモノト確信ス其理由ハ第一民法ハ單ニ「債務者ニ辨濟ノ資力アリテ」ト規定シ明確ニ完全ナル辨濟ノ資力ヲ要求セサルモノナレハ債務者カ尙ホ幾分資力ヲ有スルヲ以テ十分ナリトシ其資力ノ厚薄ハ之ヲ問ハサルモノト解釋スルノ餘地ヲ存ス加之若シ反對論者ノ主張スルカ如ク保證人カ檢索ノ利益ヲ主張スルニハ主タル債務者ニ完全ナル資力アルコトヲ必要トスルニ於テハ第四百五十五條ノ規定ト牴觸スルノ結果ヲ生スルニ至ルヘシ何トナレハ同條ハ債務者ノ資力カ其債務ヲ完濟スルニ足ラサル場合ト雖モ債權者ハ保證人ノ請求ニ基キ執行ヲ爲ス義務アルコトヲ認メ此手續ヲ怠リタルノ制裁トシテ債務者カ直チニ執行ヲ爲セハ辨濟ヲ受クヘカリシ限度ニ於テ保證人ヲシテ其義務ヲ免脫セシムルヲ以テナリ（法學博士橫田秀雄氏前掲六二八頁）

【五點參照學說】

横田博士

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

梅博士

二　主タル債務カ取消サレタルトキハ保證人モ亦其義務ヲ免ルヘキコトハ既ニ第四百四十六條ニ付テ論シタル所ナリト雖モ尚ホ一歩ヲ進ミ假令主タル債務者カ其債務ヲ取消サヽルモ保證人カ債權者ノ請求ヲ受ケタルトキハ抗辯トシテ其取消ヲ對抗スルコトヲ得ヘシト曰ハン是レ他ナシ保證人ハ主タル債務ノ履行ヲ爲ス責ヲ負フ者ナルカ故ニ（四四六）若シ其債務ニシテ履行スルコトヲ要セサルモノナルトキハ保證人モ亦其履行ノ責ニ任セサルモノナリトス故ニ債務ニ付テハ保證人ハ所謂特定承繼人ナリ然ルニ第百二十條ニ依レハ取消シ得ヘキ行爲ハ其取消權ヲ有スルモノノ承繼人モ亦之ヲ取消スコトヲ得ルモノトシ尚第百二十二條ニ依レハ取消シ得ヘキ行爲ノ追認ハ以テ第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得サルモノヽセリ然ルニ取消シ得ヘキ行爲ノ特定承繼人ハ追認ニ付テ之ヲ見レハ第三者ナルカ故ニ保證人ハ假令主タル債務者カ其取消權ヲ拋棄スルモ尚ホ其取消權ヲ第三者ニ對抗スルコトヲ得ヘシ況ンヤ主タル債務者カ未タ追認ヲ爲サヽルニ於テヲヤ（法學博士梅謙次郎氏民法要義二九版一四七頁）

富井博士

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

石坂博士

四　主タル債務ノ原因タル法律行爲カ取消スコトヲ得ヘキモノナル場合ニ保證人ハ其行爲ヲ取消スコトヲ得ルヤ此點ニ關シ法典ニ取消權ヲ認ムル明文ナキノミナラス理論上之ヲ認ムルヲ得サルカ故ニ保證人ハ取消權ヲ行使スルコトヲ得サルモノトス第百二十條ニ於テ承繼人カ取消權ヲ行使スルコトヲ規定スルモ保證人ハ承繼人ニアラサルカ故ニ債務者ノ取消權ヲ承繼スルコトナシ故ニ同條ニ依リ保證人カ取消權ヲ行使スルヲ得サルハ云フヲ俟タス　法學博士石坂音四郎氏前掲一〇四三頁）

鳩山學士

五　總テ民法本條（一二〇條）ノ條文ヲ見ルニ單ニ無能力者等ノ承繼人ト言ヒ其如何ナル權利ニ付テノ承繼人ナルカヲ明ニセスト雖モ其代理人ト言フハ取消權ニ付テ之ヲ言フコト明ナルノ點ヨリ推論スレハ取消權ノ承繼人ト解スルヲ至當トスヘシ而シテ如何ナル場合ニ取消權ノ承繼アルカハ明文上規定ナシト雖モ法律カ取消權ヲ與ヘテ保護シタル當該ノ法律上ノ地位ヲ伴ヒテ權利ノ移轉アリタル場合ニ其承繼アリト解スルヲ以テ至當ト信ス

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

松岡學士

六　保證人ハ第三者ニシテ主債務者ノ承繼人ニ非ス故ニ主債務者ノ承繼人トシテ其取消權ヲ有スルコトナシ（法學士松岡義正氏民法論五六六頁）

民法第四四九條ハ契約ノ當初ヨリ獨立ノ債務（條件付債務）ヲ負擔セシメタルモノナルカ或ハ取消又ハ不履行ノ發生マテハ純然タル保證債務ヲ負擔シ其發生後ニ於テ始メテ獨立ノ債務ヲ負擔セシムルノ意ナルカ吾人ハ前說ヲ以テ正解ナリト信ス蓋シ後說ニヨランカ同條ハ主タル債務ノ取消ト不履行トノ場合ヲ規定ス然ルニ債務ハ單ニ不履行ニ因リ當然消滅スヘキモノニアラサルヲ以テ第三者ハ保證人トシテ債務ヲ負擔スルト同時ニ條件ノ成就ニ因リ獨立ノ債務ノ債務者トシテ亦債務ヲ負擔セサルヘカラサルノ奇觀ヲ生スレハナリ

保證人ハ主タル債務者ノ取消權ヲ行使スルコトヲ得ルカ吾人ハ消極說ヲ採ルコト嘗テ（本書第一卷民法三〇八頁）述ヘタルトコロナリ然ルニ同博士ハ保證人ハ主タル債務者ノ承繼人ニアラサルモ保證人カ主タル債務者ノ取消權ヲ行使スルコトヲ得ルハ民法第四四九條ヲ定メタル立法ノ理由ニヨリ當然推知スルヲ得換言セハ民法第四四九條カ單ニ取消ノ場合ノミニ止メスシテ不履行ノ場合ヲモ共ニ規定シタルハ主タル債務ノ不履行ナル場合保證人カ其債務ヲ取消シ以テ其責任ヲ免ルルコトヲ防止センカ爲メ茲ニ保證人ノ取消權ヲ行使セシメサルノ趣意ヲ以テ同條ニ獨立ノ債務ヲ認メ以テ債務者ヲ保護セントシタルニヨル故ニ同條ノ規定ハ保證人ニ主タル債務者ノ取消權ヲ行使スルコトヲ得ルヲ前提トシテ初メ

テ規定セラレタルモノナリト解セサルヘカラスト爲サルルカ如シト雖モ吾人ハ遽ニ承服スルヲ得サルナリ蓋シ民法第四四九條ハ苟クモ取消シ得ヘキ行爲ナルコトヲ知リツツ債權者ニ對シテ其債務ヲ擔保シ之ヲ安固ナラシムルコトヲ約束スルカ如キハ寧ロ保證契約ヲナス意思ヲ有スルモノニアラスシテ自ラ其債務ヲ負擔セントノ意思ナリトナスヲ當事者ノ眞意ニ適スルモノトナシ以テ法律カ其意思ヲ推定シタルニ外ナラサルナリ是レ同條カ獨立ノ債務ヲ負擔シタルモノト推定スト規定セルニ見ルモ明カナルヘシ又博士ハ同條カ取消ノ場合以外ニ不履行ノ場合ヲモ規定シタルハ同條カ保證人ニ主タル債務者ノ取消權行使ヲ認ムルヲ前提トスルニ非サレハ不履行ノ場合保證人ハ尚ホ依然トシテ保證債務ヲ負擔スルニ拘ハラス新ニ獨立ノ債務ヲ負ハシムルノ理ヲ解スルヲ得スト論セラルルモ同條ハ前述セシ如ク第三者ヲシテ初ヨリ獨立ノ債務ヲ負擔セシムルモノニシテ取消又ハ不履行ノ發生マテ保證債務ヲ負擔セシムルモノニアラス又不履行ノ場合取消ノ場合ト同シク獨立ノ債務ヲ負擔スルモノト推定スルハ其當事者ノ意思ヲ推定シテ規定シタルモノハ前述セルカ如クニシテ又單ニ保證債務ノ成立ヲ認メ以テ債權者ヲ保護センヨリハ寧ロ獨立ノ債務ヲ負擔シタルモノトシテ債權者ヲ保護スルノ債權者ニ於テ利益ナリトシ以テ之ヲ定メタルモノナレハナリ尚ホ同條設定ノ理由ニ關シテハ川名博士ノ說明ヲ參照セラレタシ

保證人カ檢索ノ抗辯ヲ爲スニハ主タル債務者カ其債務ヲ完全ニ辨濟スル資力ヲ有スルコトヲ必要トスルヤ否ヤ吾人ハ之ヲ積極ニ解スル本論博士ノ見解ヲ至當ナリト信ス其詳細ハ本書第一卷民法三五九頁ニ就テ參照セラレタシ

保證人ヲ承繼人ト見ル人ハ保證債務ハ元來主タル債務ニ從タル債務也從タル債務ハ主タル債務ニ基キテ生スルモノナリ故ニ承繼人ナリトスル也（横田氏債權總論六五二頁）恰モ所有者カ甲ニ永小作權ヲ設定シタルトキハ甲ハ所有者ノ承繼人ナリトイフコトヲ得ルト同一也トスルナリ此場合ニ之ヲ承繼人トスルコト通說ナリ併シ民法一二〇條ノ承繼人トイフコトヲ得ルカ否カハ又別ノ問題也若シ承繼人ナリトスレハ例ハ無能力者カ讓リ受ケタル所有權ヨリ永小作權ノ設定ヲ受ケタル甲ハ其不作ノタメニ自己ノ永小作權ヲ消滅セシメンカタメニ無能力者ノ承繼人トシテ其取消權ヲ行ヒテ無能力者カ所有權ヲ取得セサリシコトトナシテ自己ノ永小作權ヲ消滅セシメ小作料ヲ支拂フ義務ヲ免ルルコトヲ得ルカ如キコトハ常識ヲ以テ其許スヘカラサルコトハ明也ト思フ故ニ一二〇條ノ承繼人ハ取消權ヲ有スルモノトシテモアル權利ニ基キテ他ノ權利ヲ取得シタルモノヲ包含スルモノト解スルコト能ハス然ラハ主タル債務者ノ債務ニ基キ保證ヲ負擔シタルハ尚承繼人トスルモ一二〇條ノ適用ナキコトト考ヘサルヘカラス故ニ保證人ハ絶對ニ承繼人ニ非スト思フモシ之ヲ承繼人ナリトセハ甲カ債務者ニ對シテ其債務ヲ辨濟スヘキ約束ヲシタルトキハ保證人ニハ非サレトモ同シク債務者ノ承繼人ト云ハサルヘカラス何トナレハ其債務者ニ對シテ其債務ヲ辨濟スヘキ債務ハ其債務ヲ履行スルコトニ存スル故同シク主タル債務ノ存スルコトヲ必要トシ之ニ基キテ生シタルモノ也此場合ニ之ヲ承繼人トシテ債務者ノ取消權ヲ行フコトヲ得ルモノトスルハ實ニ奇ナルモノト謂ハサルヘカラス畢竟之ハ其甲ヲ承繼人ナリトスルコトヨリ起ル結果ナル故民法ノ下ニ於テ保證人ハ決シテ承繼人ト云フヘカラサルモノト考フ

民法ハ保證人ニ債務者ノ有スル相殺權ヲ行フコトヲ許セトモ取消權ヲ行フヲ得ルコトハ規定セス即之ヲ規定セサルハ許ササルナリト解スル也モシ一二〇條アルカ故ニ保證人取消スコトヲ得ル故規定スル必要ナシトシテ規定セサリシモノトセハ其目的ハ全ク達セサリシコトトナル（法學博士川名兼四郎氏債權總編下卷東大講義謄寫版一五三頁以下）

主タル債務ヲ發生セシメタル法律行爲カ取消得ヘキ故ヲ以テ取消サレタルトキハ保證債務ハ當初ヨリ成立セサリシモノトナル取消以後ニ於テハ如何ナル場合ニ於テモ保證債務ハ存在スル事ヲ得ス保證人トナルヘキモノカ契約ノ當時ニ於テ其取消ノ原因ヲ知リタルト否トハ毫モ關係ヲ有セス然レトモ此最終ノ點ニ就キテ民法ニ特別ノ規定アリ即無能力ニヨリテ取消スコトヲ得可キ債務ヲ保證シタルモノカ保證契約ニ於テ其取消ノ原因ヲ知リタルニ係ハラス尚其債務ヲ保證シタルハ一種ノ意思解釋ノ規定アル也其規定ニヨレハ其債務ヲ保證シタルモノハ主タル債務者ノ不履行又ハ其債務ノ取消ノ場合ニツキ同一ノ目的ヲ存スル獨立ノ債務ヲ負擔シタルモノト推定セラルル也（四四九條）即チ初メヨリ保證契約ヲナシタルニ非スト推定スルナリ此規定ハ無能力者ノ法律行爲ニヨリテ之ニ對シテ債權ヲ有スルモノノ利益ノ爲メニ設ケラレタルモノ也蓋シ主タル債務者タル無能力者カ取消權ヲ有スルト云フコトヲ知リ從テ其取消ニヨリテ債務ノ成立セサルニ至ルヘキコトヲ知ルニ拘ハラス債權者ニ對シテ其債權

チ擔保シ之チ安固ナラシムルコトチ約束シタルモノハ保證契約チナス意思チ有スルモノニ非ス即取消ニヨリ債務カ成立セサルニ至リタルトキハ當然保證人タル責任チ免ルヘキ意思チ以テ契約チナスモノニ非ス只債權者ノ利益ノ爲メニ之ニ損害チ生セシメサルコトチ約束シタルモノ也從テ其取消ノ場合ハ勿論又債務者カ其債務チ履行セサル場合ニ於テ主タル債務ト同一ノ物體チ有スル給付チ內容トスル獨立ノ債務チ負擔スル意思チ有スルモノト推定シタル也（同上一一一五頁以下）

（二〇三）

東京地方裁判所判決

五五五　賣買ハ當事者ノ一方カ或財産權チ相手方ニ移轉スルコトチ約シ相手方カ之ニ其代金チ拂フコトチ約スルニ因リテ其效力チ生ス

五六〇　他人ノ權利チ以テ賣買ノ目的ト爲シタルトキハ賣主ハ其權利チ取得シテ之チ買主ニ移轉スル義務チ負フ

五六一　前條ノ場合ニ於テ賣主カ其賣却シタル權利チ取得シテ之チ買主ニ移轉スルコト能ハサルトキハ買主ハ契約ノ解除チ爲スコトチ得但契約ノ當時其權利ノ賣主ニ屬セサルコトチ知リタルトキハ損害賠償ノ請求チ爲スコトチ得ス

（一）或人ニ建物ヲ賣渡シタル者カ更ニ其建物ヲ他ノ人ニ賣渡シタル場合第二ノ賣買ハ他人ノ權利ヲ以テ其目的トナシタルモノナレハ賣主ハ右建物ヲ前ノ買主ヨリ取得シテ後ノ買主ニ引渡シ之カ移轉登記ヲ爲スヘキ義務アルモノトス』右ノ場合前ノ買主カ賣買契約ノ解除ヲ肯セサル爲メ賣主カ前ノ買主ヨリ建物ヲ取得シテ後ノ買主ニ移轉スルコト能ハサルモノトスルモ右不能ハ絕對的ノモノニアラス從テ賣主ハ右ノ一事ヲ以テハ後ノ買主ニ對スル賣買義務ヲ免ルルコトヲ得サルモノトス』

（二）右ノ場合後ノ買主カ契約當時建物ノ所有權カ賣主ニ屬セサリシコトヲ知リ居リタリトスルモ當事者間ニ於テ契約不履行ノ際ニハ損害賠償ヲ爲スヘキ旨ノ特約ヲ爲シタルトキハ該契約ニ基キ賣主ハ後ノ買主ニ生シタル損害ヲ賠償スル義務アルモノトス』

（一）本件鍛町ノ建物十七棟ハ被告先代松平直靜カ原告ニ對シ大正二年九月三十日ニ賣却スル以前ニ於テ同年同月一日已ニ右牧野錠次郎ニ金貳千七百圓ニテ賣渡シタルコト其賣渡シタルコトチ知リナカラ更ニ原告ニ之チ賣渡シタルモノナルコトチ認メ得ヘク從テ同被告先代ノ原告ニ對スル右賣買ハ他人ノ權利チ以テ其目的トナシタルモノナレハ右松平直靜ノ相續人タル被告ハ訴外牧野錠次郎ヨリ右建物チ取得シテ原告ニ引渡シ並ニ之カ移轉登記チ爲スヘキ義務アルヤ炳カナリ而シテ證人ノ證言ニ依レハ右建物ハ被告カ之チ右錠次郎ヨリ取得シテ原告ニ移轉スルコトハ錠次郎ノ不承諾ノ爲メ不能ナルコトチ認メ得ヘケレトモ右不能ハ絕對的ノモノニ非スシテ右錠次郎ハ前記賣買契約ノ解除チ肯セサルニ止リ其他ノ賣買交換等ノ方法ニヨリ該建物チ被告ニ移轉スルコトモ承諾セサルモノニ非ルノミナラス該解除チ後日ニ至リ承諾スルヤモ圖リ難キチ以テ關係的ノモノナリト謂フヘク從テ錠次郎カ同人ト被告先代トノ賣買ノ解除チ承諾セサルノ一事チ以テ被告ハ原告ニ對スル賣買履行ノ義務チ免ルチ得サルモノナルニヨリ原告ノ右建物ノ引渡及移轉登記ノ請求ハ正當ナリトス然レ共前記十七棟ノ內十五棟ノ建物ニ對スル原告ノ所有權確認ノ請求ニ付テハ叙上ノ如ク該建物ノ賣買ハ他人ノ物ノ賣買ナルニヨリ原告ト被告先代ノ賣買ニ因リ直ニ原告ハ其所有權チ取得シ得ヘキモノニ非ス更ニ彼告先代又ハ被告ノ相續後ニ於テハ被告カ之チ所有權者ヨリ取得シ原告ニ移轉スルコトチ要スルモノニシテ斯カル行爲ハ未タ存在セサルニヨリ原告ハ未タ右建物ノ所有權チ取得シタルモノト稱シ難ク該所有權ノ確認ノ請求ハ不當ナリト謂ハサルヘカラス

(二) 原告ハ本件契約ノ際已ニ該建物ノ所有權カ賣主松平直靜ニ屬セサリシ事ヲ聞知シ居リタル事ヲ認メ得ヘク此點ニ關スル證人ノ證言ハ措信シ難キヲ以テ原告ハ該建物ノ引渡ヲ得サル場合ニ於テモ之ニヨル損害ノ賠償ヲモ請求シ得サルカ如キ觀アリ然レトモ原告主張ノ被告先代松平直靜カ原告トノ該建物賣買ノ際萬一契約不履行ノ際ニハ當事者双方ニ於テ如何ナル損害賠償ヲモ負擔スヘキ旨ノ特約ヲ爲シタル事實ハ甲號證及證人等ノ證言ヲ參照スルトキハ之ヲ認定スルニ十分ニシテ該特約ハ不法ニ非ルハ勿論其特約タルヤ當事者一方ノ不履行ニヨリテ生スル相手方ノ損害ハ相當額ニ於テ之カ賠償ヲ爲スヘシトノ趣旨ナリト解スルヲ正當トスヘキカ故ニ被告カ右建物ノ引渡ヲ爲サヽルトキハ該特約ニ基キ原告ニ生シタル損害ヲ賠償スル義務アルコト勿論ナリトス(東京地方三(ワ)二九八號三年十月廿一日民四名川裁判長五明、三雲各判事判決)

【判決事項】

【判決事項】

(一)件名　家屋引渡所有權移轉登記手續請求事件(二)訴訟關係人　原告林庫次郎訴訟代理人辯護士横山寛平被告松平直幹訴訟代理人辯護士芹澤孝太郎

(二〇四)

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

債務者カ其債務ヲ擔保スル目的ヲ以テ物件ヲ賣渡ス意思表示ヲ爲シタルトキハ當事者間ニハ眞實所有權移轉ノ意思表示ヲ爲シタルモノト稱スヘク從テ該物件ハ債權者ノ所有ニ屬シタルモノトス然レトモ債務者ニ於テ該債務ヲ辨濟シタルトキハ債權者ハ右物件ノ引渡ヲ請求スルコト能ハサルハ勿論其滅盡ヲ理由トシテ之カ賠償ヲモ請求スルコトヲ得サルモノトス」

被告兵四郎主張ノ如ク該物件ハ同被告ヨリ原告ニ對スル金貳千貳百圓ノ債務ヲ擔保スル目的ヲ以テ之ヲ原告ニ賣渡ス意思表示ヲ爲シタルコトヲ認メ得ヘシ然ラハ該賣事者間ニ於テハ該物件ハ原告ノ債權ノ實行ヲ確實ナラシメンカ爲メ原告ニ移轉ノ意思表示ヲ爲シタルモノナレハ當事者間ニハ眞實所有權移轉ノ意思アリタルモノト稱スヘク從テ該物件ハ原告ノ所有ニ屬シタルモノトス然レトモ叙上ノ如ク右物件ノ移轉ハ賣渡擔保ニ過キサルヲ以テ同被告ニ於テ該債務ヲ辨濟シタルトキハ原告ハ右物件ノ引渡ヲ請求スルコト能ハサルニ至ルハ勿論其滅盡ヲ理由トシテ之カ賠償ヲモ請求スルコトヲ得サルモノトイハサルヘカラス(中略)本物件ハ被告兵四郎カ原告ニ對シ貳千貳百圓ノ債務ヲ負擔セル爲メ之ヲ賣渡擔保トナシタルモノナルコト前說示ノ如クニシテ證人ノ證言ト甲號證トニ依レハ他ノ被告等ハ被告兵四郎ノ債務ノ保證人トナリタル關係上右物件ヲ被告兵四郎カ貸借名義ヲ以テ占有スルニ付キテ其連帶貸借人ト爲リタルニ過キサルコト、ヲ認メ得ヘシ而シテ被告兵四郎ハ既ニ其債務ヲ辨濟シタルカ爲メ原告ハ同被告ニ對シ該物件ノ引渡ヲ請求スルノ權利ナキニ至リタルモノナルコト叙上ノ如クナル以上ハ原告ハ他ノ被告ニ對シテモ其物件ノ引渡又ハ其滅盡ニ因ル損害賠償請求ノ權利ナキコト明ナリ(東京地方二(ワ)六三四號三年十一月九日民四部名川裁判長渡邊、日下各判事判決)

【判決事項】

(一)件名 貸貸物返還請求事件(二)訴訟關係人 原告佐藤宇之松訴訟代理人辯護士岡田博國水野博德被告渡邊兵四郎外三名訴訟代理人辯護士尾崎利中

【參照學說判例】

一 本書第三卷民法三六四頁四四一頁五四〇頁
二 本書第二卷民法一三三頁五〇六頁

吾人ハ判決ノ理由ニ贊スル能ハス(一)所謂賣渡擔保ハ賣買契約ノ締結ト同時ニ當事者間ニ於テモ當然其物ノ所有權移轉スルモノナリヤ否ヤハ學說岐カルルトコロナルモ吾人ハ當事者間ニ於テハ所有權移轉セスト解スルコト屢論述シタルトコロナリ(二)假ニ積極說ヲ是認スルモ債權者カ一旦取得シタル所有權ニ付キ何等物權移轉ノ意思表示ヲ爲ササルニモ拘ハラス單ニ債務ノ辨濟テフ事實ニ因リ債務者ニ所有權カ移轉スヘキ理由存セス果シテ所有權尙存在スルモノトセハ其請求ヲ排斥セラルヘキ理由(不當利得請求權ニ基ク相殺ノ如キ)ナキ限リ其物件ノ引渡又ハ物件滅失ニヨリ生シタル損害ヲ請求スルノ權利ハ之ヲ認容セサルヘカラサルニアラスヤ吾人ハ冒頭ニ一言シタル如ク當事者間ニ於テハ所有權ハ未タ移轉セサルヲ以テ其債務ノ辨濟ニヨリ債權者ハ斯ル請求權ヲ有セサルナリ吾人ハ判決ノ結論ニ贊スルモ其理由ニ反對スルモノナリ

(二〇五)

五八七 消費貸借ハ當事者ノ一方カ種類品等及ヒ數量ノ同シキ物ヲ以テ返還ヲ爲スコトヲ約シテ相手方ヨリ金錢其他ノ物ヲ受取ルニ因リテ其効力ヲ生ス
民事訴訟法二一八 裁判所ニ於テ顯著ナル事實ハ之ヲ證スルコトヲ要セス

東京地方裁判所判決

消費貸借ニ於ケル目的物ノ引渡ハ必スシモ現實ニ行ハルル授受ノ方法ニヨリテ爲サルルコトヲ必要トセス』

消費貸借ノ當事者カ貸借金額ノ授受ヲ爲スニ際シテハ貸主ハ豫メ借主ヲシテ若干期間ノ利息ヲ前拂スルコトヲ約セシメ該利息ニ相當スル金額及ヒ貸借手數料ヲ併セテ之ヲ貸借金額ヨリ差引キ其殘額ヲ授受スルコト普通ノ事例ナルハ裁判所ニ顯著ナル事實ナリトス』

凡ソ消費貸借ニ於ケル目的物ノ引渡ハ必スシモ現實ニ行ハルヽ授受ノ方法ニヨリテ爲サルヽヲ必要トセス目的物ノ性質ニヨリテハ其價値カ貸主ヨリ借主ノ財産中ニ編入セシメラルヽコトヲ以テモ爲サルヽ場合アルモノニシテ特ニ金錢ノ消費貸借ニ於テハ各種ノ手段ニヨリ其價値カ貸主ヨリ借主ニ移サルヽコトニヨリ有效ニ目的物引渡ノ要件ヲ充タシ得ヘキカ故ニ本件ニ於テ當事者間ニ現實ニ現金ノ授受ナカリシトスルモ直ニ消費貸借カ全部ニ付成立セサリシト爲スヘカラス而シテ今本件當事者カ現實千五百圓ノ現金ヲ授受セサルニ係ラス金一千五百圓ノ消費貸借契約ヲ内容トスル公正證書ヲ作成シタル事實ニ徴スルトキハ反證ナキ限リ其授受ナカリシ金額ニ付キテハ當事者間ニ何等カノ契約アリテ現金授受ノ方法ニヨラス該金額ニ相當スル價値ヲ移轉シテ結局一千五百圓ノ消費貸借ヲ成立セシメタルモノト認ムルヲ相當トスヘク而モ現時金錢取引ノ實際ニ徴スレハ消費貸借ノ當事者カ貸借金額ノ授受ヲ爲ス

ニ際シテハ貸主ハ豫メ借主ヲシテ爾後該貸借ニ基キ支拂フヘキ若干期間ノ利息ヲ前拂スルコトヲ約セシメ該利息ニ相當スル金額及貸借ニ附帶シテ借主ノ支拂フヘキ手數料ヲ併セテ之ヲ貸借金額ヨリ差引キ其殘額ヲ授受スルコト普通ノ事例ナルハ當裁判所ニ顯著ナル事實ナルヲ以テ反對ノ證據ナキ限リ本件貸借當事者間ニ於テモ被告主張ノ如ク原告等借主ニ於テ負擔スル利息及手數料ニ相當スル額ヲ貸借金額中ヨリ差引キ其殘額ヲ授受シタルモノト認ムヘク之ニヨリ原告等ハ本件消費貸借ノ目的物全部ノ引渡ヲ受ケタリト謂フヘキヲ以テ本件消費貸借ハ有效ニ原告被告間ニ成立シタルモノニシテ此事實ヲ公證シタル本件公正證書ノ記載ニハ毫モ事實ニ吻合セサル缺點ナシト謂ハサルヘカラス從テ此點ニ關スル原告ノ異議モ理由ナシ(東京地方三(ワ)六一〇號三年十月廿七日民三部神谷裁判長渡邊三宅各判事判決)

【判決事項】

(一)件名　強制執行異議事件(二)訴訟關係人　原告中村善䊵訴訟代理人辯護士永屋茂被告武藤三治訴訟代理人辯護士東海林俊朗

【參照學說判例】

本書第二卷民法八三頁四一七頁七五一頁

(二〇六)

九二　法令中ノ公ノ秩序ニ關セサル規定ニ異ナリタル慣習アル場合ニ於テ法律行爲ノ當事者カ之ニ依ル意思ヲ有セルモノト認ムヘキトキハ其慣習ニ從フ

六五二　第六二〇條ノ規定ハ委任ニ之ヲ準用ス

商法二六七　商行爲ノ受任者ハ委任ノ本旨ニ反セサル範圍內ニ於テ委任ヲ受ケサル行爲ヲ爲スコトヲ得

東京地方裁判所判決

東京米穀商品取引所仲買人ト委託者トノ間ニ於ケル委託關係ニ付テハ委託者カ仲買人ニ對シ定期米取引委託ノ證據金トシテ交付スル證據金ハ委託者カ同一仲買人ニ委託スル同一限月ノ定期米ノ取引全部ニ共通ノモノトナス商慣習存在スルヲ以テ特別ノ事情ノ存セサル限リ證據金ハ右慣習ニ從フ意思ヲ以テ授受セラレタルモノト認ムルヲ相當トス」

委任契約ノ解除ハ將來ニ向テノミ效力ヲ有スルニ過キス」

委託者ノ指値ヨリモ低廉ナル價額ヲ以テ定期米買付ヲ爲スハ委託者ノ利益トナルモ不利益トナルコトナキヲ以テ委託ノ趣旨ニ反スルモノト認ムルヲ得ス」

被告ハ原告及ヒ訴外百瀨十一郎ヨリ委託ヲ受ケタル右各定期米ノ買付ヲ取引所ニ於テ實行シタルヤ否ヤヲ案スルニ證人小林要及ヒ保正禎告ノ各證言ニ依レハ被告ハ原告ヨリ大正三年四月廿一日ノ前場ニ於テ買付ヲ爲スヘキ委託ヲ受ケタル六月限定期米三百石ニ付テハ內百石ハ一石十六圓七十六錢殘二百石ハ一石十六圓八十二錢ノ値段ヲ以テ其買付ヲ爲シ又原告ヨリ同年四月廿七日ノ前場ニ於テ買付ヲ爲スヘキ委託ヲ受ケタル六月限定期米百石ニ付キテハ原告ノ指値通リ一石十六圓二十七錢ヲ以テ買付ヲ爲シ又訴外百瀨十一郎ヨリ同年五月一日ノ後場ニ於テ買付ヲ爲スヘキ委託ヲ受ケタル七月限定期米二百石ニ付キテハ內百石ハ一石十六圓七十八錢殘百石ハ一石十六圓七十二錢ノ値段ヲ以テ買付ヲ爲シタル事實ヲ認メ得ヘシ然ルニ證人ノ證言ニヨレハ東京米穀商品取引所仲買人ト委託者トノ間ニ於ケル委託關係ニ付キテハ委託者カ仲買人ニ對シ定期米取引委託ノ證據金トシテ交付スル證據金ハ委託者カ同一仲

買人ニ委託スル同一限月ノ定期米ノ取引全部ニ共通ノモノトナス商慣習ノ存在スル事實ヲ認メ得ルヲ以テ假リニ原告カ被告ニ對シ前記六月定期米ノ買付委託ノ證據金トシテ差入レタル金額カ原告主張ノ如ク合計四百圓ナリトスルモ特別ノ事情ノ存セサル本件ニ於テハ右證據金ハ右慣習ニ從フ意思ヲ以テ授受セラレタルモノト認ムルヲ相當トスルカ故ニ該證據金ハ前記六月限三百石及同月限壹百石ノ各定期米ノ買付委託ニ共通ナルモノト認定セサルヲ得ス然リ而シテ原告カ被告ニ對シ大正三年六月七日右各定期米買付委託ノ契約ヲ解除スル旨ノ意思表示ヲ爲シタルコトハ被告ノ認ムルトコロニシテ原告カ右契約ノ解除ヲ爲シ得ルコトハ民法第六五一條ニ依リ明カナリト雖其解除ハ將來ニ向ツテノミ效力ヲ有スルニ過キス然ラハ被告カ前記六月限定期米三百石ノ内二百石ヲ一石十六圓八十二錢ノ値段ヲ以テ買付ヲ爲シタルハ委託契約ノ趣旨ニ從ヘル買付ニ非スト假定スルモ被告ニ於テ已ニ右三百石ノ内ノ百石及同月限定期米百石ヲ原告指定ノ値段ヲ以テ買付ケタル以上ハ原告ニ於テ被告カ買付ヲ爲シタル右定期米ニ付其取引關係ヲ終了セシメ被告ト原告トノ間ニ於テ計算ヲ遂クルニ非サレハ被告カ前記證據金ヲ擔保トシテ保有スヘキ原因ハ消滅セサルヲ以テ被告ハ未タ該證據金ヲ返還スヘキ義務ヲ有セサルモノト謂フヘク又委託者ノ指値ヨリモ低廉ナル價額ヲ以テ定期米ノ買付ヲ爲スハ委託者ノ利益トナルモ不利益トナルコトナキヲ以テ仲買人カ指値ヲ以テ定期米ノ買付委託ヲ受ケタル場合ニ於テ委託者ノ指値以下ノ値段ヲ以テ其買付ヲ爲スハ固ヨリ委託ノ趣旨ニ反スルモノトハ認ムルヲ得ス從テ被告カ訴外百瀨十一郎ヨリ一石十六圓七十九錢ノ指値ヲ以テ買付ノ委託ヲ受ケタル七月限定期米二百石ヲ前記ノ如ク指値以下ノ値段ヲ以テ買付ヲ爲シタルハ委託契約ノ本旨ニ適ヘルモノト謂ハサルヘカラス然ルニ其後訴外百瀨十一郎カ被告ニ對シ右定期米買付委託ノ契約ヲ解除スル旨ノ通知ヲ爲シタルコトハ被告ノ認ムル所ナレトモ之亦遡及的效力ヲ有セサルヲ以テ右十一郎ニ於テ被告カ買付タル前記定期米ニ付取引關係ヲ終了セシメ其計算ヲ遂ケタル上被告ニ塡補スヘキ損害ナキコトヲ明カニスルニ非サル間ハ被告カ十一郎ヨリ受取リタル前記證據金百五十圓ヲ保有スヘキ原因ハ消滅セス從テ單ニ十一郎ヨリ右證據金返還ノ債權ヲ讓受ケタリト主張スル原告ニ於テ該證據金ノ返還ヲ求ムルヲ得サルヤ言ヲ俟タス（東京地方三（ワ）七三九號三年十月十五日民二三淵裁判長菅原大森各判事判決）

【判決事項】

(一)件名　證據金返還請求事件(二)訴訟關係人　原告菅沼金十郎訴訟代理人辯護士小川平四郎被告大矢安次郎訴訟代理人辯護士大久保鑄吉）

【參照學說判例】

一　本書第二卷民法五五九頁七七四頁八〇〇頁八九三頁

二　大凡行爲ノ委任ヲ受ケタル者ハ委任ノ本旨ニ從ヒ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ委任事務ヲ處理スル義務ヲ負フヘキコトトシ此原則ハ大體ニ商行爲ニモ適用セラル然レトモ商行爲ニ在リテハ更ニ受任者ニ特別ノ權限ヲ與フル必要アリトシ商法ニ於テ「商行爲ノ受任者ハ委任ノ本旨ニ反セサル範圍內ニ於テ委任ヲ受ケサル行爲ヲ爲スコトヲ得」トシタリ（二六七民六四四）委任ヲ受ケサル行爲ヲモ爲シ得ルヲ以テ受任者ノ踰越權ト稱ス

受任者ニハ踰越權ヲ與フルモ同時ニ濫用ヲ豫防スル然メ此踰越ヲ委任ノ本者ニ反セサル範圍內ニ限定ス何カ委任ノ本旨ニ反セサルカハ到底ハ事實問題ニ委シ理論上爲シ得ト見得ルコトハ事情避クヘカラサリシモノ委任者ノ利益トナルモノ委任者ノ爲メニ更ニ大ナル損害ヲ防止スルモノ等ナリ事情避クヘカラサル程ニ非サルモ而モ之ヲ爲スハ委任者ノ利益ナル場合モ之ニ入ルナラン此等ノ事實問題ヲ判斷スルニ際シテハ特ニ委任者ノ特別事情ニ注意セサルヘカラス例ヘハ委任者カ百圓ニテ販賣シ與レヨト云ヒシモノヲ受任者カ百十圓ニテ販賣スルトキハ普通ノ狀況ヨリセハ委託ノ本旨ニ適合スルモ若シ賣主カ初メニ廉價ニテ賣リテ多クノ得意ヲ得ント欲スル事情アルトキハ受任者ノ此行爲ハ踰越權ノ濫用ト爲リテ其責ヲ負フコトアラン（法學博士松波

二六五　地上權者ハ他人ノ土地ニ於テ工作物又ハ竹木ヲ所有スル爲メ其土地ヲ使用スル權利ヲ有ス
明治三三年法律第七二號一　本法施行前他人ノ土地ニ於テ工作物又ハ竹木ヲ所有スル爲其土地ヲ使用スル者ハ地上權者ト推定ス

明治三十三年法律第七二號ニ依リ地上權ヲ有スルモノト推定セラルル場合ニ當事者間ノ借地證ニ賃貸借賃貸人賃借人賃金賃借物件賃借權等ノ文字ヲ羅列スルモ斯ノ如キ文辭アルノ故ヲ以テ未タ地上權ナリトノ推定ヲ覆スニ足ラス」

小學校舍トシテノ建物所有ヲ「目的トスル借地證ニ五年後明渡ヲ爲スヘキ旨ノ記載アルモ只例文タルニ止マリ何等借地人ヲ羈束スルノ效ナキモノト認定ス」

被告竹内錄太郎ハ明治三十三年法律第七二號第一條ニ依リ本件土地ニ對シ地上權ヲ有スルモノト推定スヘク甲二號證ナル當事者間ノ本件土地ノ借地證ニハ表題ヲ地所賃貸借公正證書正本ト稱シ原告ヲ賃貸人被告竹内錄太郎ヲ賃借人ト稱シ其他賃金賃借物件賃借權等ノ文字ヲ羅列スレトモ地上權ナル文辭ハ民法ニ於テ始テ使用セラレタルモノニシテ其以前宅地ニ付テハ借地關係如何ヲ問ハス齊シク借地關係ニ賃借又ハ借地借地料ニ賃料地料又ハ地代等ノ語ヲ使用シ來リタルヲ以テ民法施行後ニ於テモ尙此舊慣ヲ襲用シ借地關係ノ地上權ナル場合ニ於テモ賃借ナル文辭ヲ使用セル事ハ當裁判所ノ實驗ニ依リ明カナルトコロナルヲ以テ同號證ニ前文ノ如キ文辭アルノ故ヲ以テ未タ右推定ヲ覆スニ至ラサルモノトス然レハ爭點タル其借地關係ノ存續期間ニ付テハ民法施行法第四四條第二項ニ依リ本件建物ノ朽廢ニ至ル迄存續スヘキモノト解スヘク而シテ該建物カ未タ朽廢ニ至ラサルコトハ原告ノ明カニ爭ハサルトコロナルヲ以テ被告ノ本件土地ニ付キ有スル地上權ハ今尙存續スルモノト謂ハサルヘカラス甲二號證ニハ本件土地ハ明治四十二年中被告ニ於テ明治四十七年二月二十二日限リ返地スヘキコトヲ約シタル旨ノ記載アレトモ本件建物ハ私立小學校舍ナルコトハ原告ノ明カニ爭ハサルトコロナルヲ以テ眞實五年ノ後ニ於テ土地ヲ明渡スヘキ義務アルモノトセハ右小學校舍トシテノ建物所有ノ目的並ニ小學教育ノ目的ハ之ヲ達スルコト能ハサルヘシ去レハ當時被告竹内錄太郎ニ於テ斯カル短期ニ明渡ヲ爲スヘキコトヲ要スルニ至リタル特別ノ事情ノ存在シタルコトヲ原告ニ於テ證明セサル限リハ同號證ノ該記載ハ當裁判所ノ實驗ニ依リ炳カナル坊間往々借地證ニ例文的ニ五年三年ノ借地期間ヲ記載セルモノト同一趣旨ノモノニシテ只例文タルニ止マリ何等同被告ヲ羈束スルノ效ナキモノト認定ス（東京地方三(ワ)五七三號三年十月三十日民四部名川裁判長五明三雲各判事判決）

【判決事項】

(一)件名　建物收去地所明渡等請求事件(二)訴訟關係人　原告横山たま訴訟代理人辯護士近藤定喜同田島佐太郎被告竹内錄太郎外一名

【參照判例】

本書第二卷民法一九〇頁

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

株式ノ利益配當ヲ擔保トシテ金策ノ依頼ヲ受タルヲ奇貨トシ債權者ヲ信用セシムル爲メナリト稱シテ株主ヨリ株券ヲ受取リ株券其者ヲ擔保トシテ右株券ヲ債權者ニ交付シテ之ヲ横領シ同人ヨリ金圓ヲ騙取シタル者カ株主ヨリ株券ノ返還ヲ迫ラルルヲ虞レ恰モ其依頼通リニ金策ヲ爲シタルカ如ク裝ヒテ騙取シタル金圓ノ一部ヲ交付シタルトキハ其給付ハ犯罪ノ發覺ヲ妨止セントスル不法ノ原因ニ基クモノナルカ故ニ其返還請求ヲ爲スノ權利ナキモノトス」

原告ハ不當利得ヲ原因トシテ其返還ヲ求ムル權利ヲ有スルモノナリヤ否ヤニ付キ案スルニ被告第一ノ抗辯ハ原告カ隆長ニ金三千圓ヲ給付シタリトスルモ當初ノ隆長ノ依頼ニ基キ隆長ノ代理人トシテ同人ノ爲メニ金策シタル事實ナキヲ以テ原告ハ給付ノ當時其義務ナキコトヲ知リタルモノナレハ民法第七〇五條ニ依リ之カ返還ヲ求ムルコトヲ得サルモノナリト云フニ在レトモ原告ハ給付ノ當時債務ノ辨濟トシテ給付シタルニ非ス又隆長ニ於テモ債務ノ辨濟トシテ受領シタルニ非サルヲ以テ同條ヲ理由トスル被告ノ抗辯ハ採用スルニ由ナシ被告第二ノ抗辯ハ本件ハ原告カ其文書僞造行使詐欺ノ犯跡ヲ蔽ハンカ爲メニ爲シタル給付ナレハ不法ノ原因ニ基クモノニシテ民法第七〇八條ニ依リ原告ハ之カ返還ヲ請求スルコトヲ得スト云フニ在ルヲ以テ此點ニ付キ案スルニ原告カ當初隆長ノ依頼ニ基キ同人ノ世襲財産タル十五銀行株式ノ利益配當ヲ擔保トシテ金策ヲ爲ス可キ旨約束シ置キ一方ニ於テハ世襲財産ヲ取消ス旨ノ官文書並ニ其他ノ書類ヲ僞造シテ恰モ原告ノ爲メニ隆長カ擔保ヲ供スルモノノ如ク裝ヒ以テ山田久右衛門ヲ欺罔シ擔保トシテ右株券ヲ同人ニ交付シテ之ヲ横領シ同人ヨリ金八千五百圓ヲ騙取シタルコトハ乙號證ニ徴シ疑ナキ處ニシテ原告カ隆長ニ交付シタル金三千圓ハ右金員ノ内ナルコトハ前述ノ如ク又山本靜之助カ隆長ニ株券ハ金主方ヘ預ケ置キタリト告ケタルコトヲ認メ得ルヲ以テ以上ノ事實ヲ綜合スルトキハ原告カ隆長ヨリ其世襲財産タル十五銀行株式一百株ノ利益配當ヲ擔保トシテ金策ノ依頼アリタルヲ奇貨トシ株券其者ヲ擔保ニ供スルトキハ多大ノ金員ヲ借リ入レ得可キヲ以テ寧ロ之ヲ横領シテ株券ヲ擔保ニ供シ他ヨリ金員ヲ騙取センコトヲ企テ先ツ隆長ニ對シテハ其依頼ヲ承諾シ尚債權者ヲ信用セシムル爲メナリト稱シテ隆長ヨリ株券ヲ受取リ以テ前示ノ犯罪ヲ爲シテ山田久右衛門ヨリ金八千五百圓ヲ騙取スルニ至リ隆長ニ對シテハ依頼ニ基ク金員ヲ交付セサルトキハ直ニ株券等ノ返還ヲ迫ラルル虞アルヲ以テ恰モ隆長ノ依頼通リニ金策ヲ爲シタルカ如ク裝ヒテ金三千圓ヲ交付シ且株券ハ債權者方ニ預ケ置キタリト告ケテ同人ヲ信用セシメ因テ其犯罪ノ發覺ヲ妨止セントシタルモノト認ムルヲ相當トス然ラハ原告カ隆長ニ給付シタルハ不法ノ原因ニ基クモノナリトノ被告ノ抗辯ハ結局理由アルヲ以テ其他ノ爭點ニ付テハ判斷ヲ俟タスシテ原告ノ請求ノ不當ナルコト明白ナリトス(東京地方三(ワ)七六五號三年十一月九日民三河邊裁判長細野霜山各判事判決)

【判決事項】

(一)件名 不當利得金返還請求事件(二)訴訟關係人 原告山本富治訴訟代理人辯護士齋藤二郎被告岩城隆德訴訟代理人辯護士吉岡秀四郎

（二〇九）

一三八　期間ノ計算法ハ法令裁判上ノ命令又ハ法律行爲ニ別段ノ定アル場合ヲ除ク外本章ノ規定ニ從フ

一四〇　期間ヲ定ムルニ日、週、月又ハ年ヲ以テシタルトキハ期間ノ初日ハ之ヲ算入セス但其期間カ午前零時ヨリ始マルトキハ此限ニ在ラス

五八三第一項　賣主ハ期間内ニ代金及ヒ契約ノ費用ヲ提供スルニ非サレハ買戻ヲ爲スコトヲ得ス

(一)或日ヨリ滿三年間トアルノミヲ以テシテハ未タ以テ當事者間ニ期間ノ計算ニ付キ初日ヲ算入ス可キ特約アリタルモノト認ムルコトヲ得ス」

(二)賣主カ他ヨリ買戻代金ニ相當スル金錢ヲ借受クルコトヲ約シ該金圓ヲ懷ニセル貸主ト連立チテ登記所ニ出頭シ買主ノ出頭ヲ待合ハセタルモ買主カ當日同所ニ出頭セサリシ事實ハ之ヲ以テ賣主カ買戻代金及費用ノ提供ヲ爲シタルモノト稱シ得ヘキモノトス」

(一)期間ヲ定ムルニ日、週、月又ハ年ヲ以テシタルトキハ其期間カ午前零時ヨリ始マル場合ノ外期間ノ初日ハ之ヲ算入セサルコトハ民法第一四〇條ノ規定スルトコロニシテ同月十七日ヨリ滿三年間トアルノミヲ以テシテハ未タ以テ當事者間ニ期間ノ計算ニ付キ初日ヲ算入ス可キ特約アリタルモノト認メ難ク右民法ノ原則ニ基キ翌十八日ヨリ起算スヘキモノト認ムルヲ相當トス

(二)原告ハ右大河原金藏ヨリ本件買戻代金ニ相當スル金錢ヲ借受クルコトヲ約シ同月十七日原告代理人村田はる及ヒ同村田彥四郎ノ兩名ハ訴外大河原金藏ト連立チテ右登記所ニ出頭シ金藏ハ當時原告ノ買戻代金支拂ニ用立テンカ爲メ金六百圓ヲ懷ニシテ被告ノ出頭ヲ待合ハセタルモ被告カ當日同所ニ出頭セサリシコトヲ認メ得ヘク原告ト金藏トノ間ニ金六百圓ノ貸借ハ大正二年十一月十八日成立シタルコトヲ認メ得可シト雖モ同月十七日ニ於テ金藏カ六百圓ヲ懷ニシテ右中野出張所ニ出頭シタルモノニシテ其當日被告ニ於テ出頭スルトキハ金藏ハ直チニ原告ト右六百圓ノ消費貸借ヲ爲シ其金錢ヲ原告代理人村田はるニ渡シ同人ハ直チニ之ヲ被告ニ交付スヘキ準備整ヒ居リタルコトハ證言ニヨリ明瞭ナルヲ以テ斯ル事實ハ之ヲ以テ買戻代金及費用ノ提供ヲ爲シタルモノト稱シ得ヘキノミナラス證人ノ證言及甲號證ニ依レハ其翌十九日被告ハ原告ノ買戻ノ意思表示ノ適法ナルコトヲ承認シ其代金及費用タル六百圓ヲ受領シ買戻ニ依ル所有權移轉ノ意思表示ヲ爲シタルコトヲ認メ得ヘシ（東京地方三(ワ)第九五一號三年十月廿八日民四部名川裁判長五明三雲各判事判決）

【判決事項】

(一)件名　所有權移轉登記請求事件(二)訴訟關係人　原告村田傳八訴訟代理人辯護士鳩山一郎同伊藤一重被告伊藤傳左衞門訴訟代理人辯護士新井要太郎

實情ニ適シタル判決ナリ

（二一〇）

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

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

債權者カ保證人ニ對シ絕對ニ履行ヲ求メ得ヘキコトノ確定シタル時期ニ達セサル間ハ保證債務ハ其性質上相殺ニ適セサルモノトス」

保證人ハ種種ナル抗辯ヲ爲スノ權利ヲ有スルモノナルヲ以テ保證債務ハ其抗辯權ノ附着スル間ハ性質上相殺ニ適セサルモノト謂ハサルヲ得ス若シ之ト反對ニ債權者ハ保證債務ノ履行期到來ト同時ニ之ヲ相殺ニ利用スルコトヲ得ヘキモノトセンカ(一)相殺ノ意思表示カ直チニ其效力ヲ發生スルモノトセハ(イ)保證債務ハ相殺ニ因リテ消滅スヘキヲ以テ保證人ハ之カ爲メ自己ノ有スル抗辯權ヲ奪ハルルノ結果ヲ生スヘク(ロ)相殺後ト雖モ保證人ハ抗辯權ヲ行使スルコトヲ得ルモノトセンカ相殺ニ因リテ既ニ消滅シタル保證債務ニ基キ抗辯權ヲ行使スルノ結果ト爲ルヘシ(二)相殺ノ意思表示ノ效力カ直チニ確定セス保證人ノ抗辯權ヲ行使スルト否トニ依リ左右セラルルモノトセハ原判決ニ說示スルカ如ク法律カ特ニ相殺ニ付キ條件又ハ期限ヲ附スルコトヲ得ストノ規定ヲ設ケタル趣旨ニ反スルニ至ルヘシ故ニ原裁判所ニ於テ債權者カ保證人ニ對シ絕對ニ履行ヲ求メ得ヘキコトノ確定シタル時期ニ達セサル間ハ保證債務ハ其性質上相殺ニ適セサルモノト判示シタルハ洵ニ至當ト謂ハサルヲ得ス上告人ハ主債務者大越菊次郞カ辨濟ノ資力ヲ有セサルコトハ證人大越菊次郞ノ證言ニヨリ明カナルヲ以テ原判決ニ所謂現實ニ履行ヲ求メ得ヘキ時期ニ達シタルモノナリト主張スレトモ主債務者カ無資力ナリヤ否ヤハ原審ニ於テ當事者間ニ問題ト爲リ證人大越菊次郞ノ證言ヲ以テ其立證ト爲シタル形跡ナク從テ原裁判所ニ於テモ右無資力ノ事實ヲ確定シタルモノニアラサルヲ以テ未タ上告人ハ保證人タル大越熊太郞ニ對シ絕對ニ債務ノ履行ヲ求メ得ヘキ時期ニ達シタルモノト謂フコトヲ得サルヘク右上告人ノ主張ハ之ヲ採用スルヲ得ス（大審院大正三年(オ)第三三〇號同年十一月十三日民二判決）

【判決事項】

(一)主文　上告棄却(二)原審　福島地方裁判所(三)件名　貸金請求事件(四)訴訟關係人　上告人吉田喜次郞訴訟代理人辯護士近藤達兒　被上告人大越龍作

【參照學說】

一　相手方ノ爲メニ抗辯權ノ存スル債權ニ付キ相殺ヲ許スニ於テハ間接ニ其抗辯權ヲ相手方ヨリ奪フノ不公平ナル結果ヲ生スルヲ以テ此種ノ債權ハ相殺ノ目的タルコトヲ得サルモノトス（法學博士横田秀雄氏著債權總論九四九頁）

二　債務ノ性質カ相殺ヲ許スヘキモノナルコトヲ要ス五〇五―双方ノ債務ノ目的カ同種類ナルニ拘ハラス尙債務ノ性質カ相殺ニ適セサルモノアルコトヲ認ム如何ナル債務ナルカハ甚明白ナリト云フヘカラス蓋シ相殺者ノ債權ニ對シ相手方カ請求拒絕ノ抗辯權ヲ有スル場合ヲ意味スルト考フ獨三九〇蓋シ我民法ニ於テハ相手方ノ期限ノ利益カ相殺ニヨリテ剝奪セラレサルコトヲ明示スルト雖モ相手方カ債權者ノ請求ヲ拒絕スル權利ヲ有スル場合ニ於テ其相手方ノ權利カ相殺ニヨリテ剝奪セラレサルコトハ之ヲ明示セス併シ乍ラ甲ノ場合ニ於テハ相手方ノ利益ハ之ヲ顧ミサルヘカラサルモノ乙場合ニ於テハ之ヲ顧ミルノ必要ナキモノト解スルコトヲ得ス（法學博士川名兼四郞氏東大講義債權總論下卷三一二頁）

至當ノ判決ナリト信ス

（二一一）

五一三　當事者カ債務ノ要素ヲ變更スル契約ヲ爲シタルトキハ其債務ハ更改ニ因リテ消滅ス
條件附債務ヲ無條件債務トシ、無條件債務ニ條件ヲ附シ又ハ條件ヲ變更スルハ債務ノ要素ヲ變更スルモノト看做ス
債務ノ履行ニ代ヘ爲替手形ヲ發行スル亦同シ

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

證書ハ手形上ノ債務ノ要素ニアラスシテ單ニ手形行爲ノ要件タルニ過キス故ニ手形上ノ債務ヲ通常ノ債務ニ變更スルモ更改ヲ生スルモノニアラス」

大審院大正二年(オ)第九二號同年一〇月二〇日民二判決（本書第二卷商法三二七頁所載）

判決ハ證書ハ手形上ノ債務ノ要素ナルカ故ニ手形上ノ債務ヲ通常ノ債務ニ變更スル場合ニハ更改ヲ生スルモノトナスモ吾人ノ解スル所ヲ以テスレハ證書ハ手形上ノ債

務ノ要素ニアラス手形行爲ノ要件ナリ即チ手形上ノ債務ヲ發生セシムル手形行爲ヲ爲スノ要件ニ外ナラス蓋シ債權ハ特定人間ニ存スル無形ノ法律關係ニシテ手形上ノ債權ト雖モ亦異ナル所ナシ故ニ有形ナル證書其モノヲ以テ債權ノ要素トナスコトヲ得ス若シ證書即債權トナストキハ除權判決ノ場合ニ手形無クシテ手形上ノ債權ヲ主張スルコトヲ得ル所以ヲ說明スルコトヲ得サルニ至ルヘシ我法典ニ於テハ何ヲ債務ノ要素トナスヤニ關シ直接ノ規定ヲ缺クト雖モ第五一四條乃至第五一六條第五一八條等ニ依リテ見レハ債權者、債務者及債務ノ目的ヲ以テ債務ノ要素トナスモノト解セサルヘカラス之ヲ債權ノ觀念ヨリ論スルモ沿革ヨリ見ルモ亦然リ故ニ證書ヲ以テ債務ノ要素トナスノ見解ハ法典上ノ根據ヲ缺クモノナリ通常ノ債務ヲ手形上ノ債務ニ變更スル場合ニ更改ヲ生スルカ故ニ同一ノ理論ニ從ヒ手形上ノ債務ヲ通常ノ債務ニ變更スル場合ニモ亦更改ヲ生スルモノト論スルヲ得サルカ我國ニ於ケル通說ニ從ヒ第五一三條第二項後段ニ於テ債務ノ履行ニ代ヘテ爲替手形ヲ發行スルニ因リテ更改ヲ生スル理由ハ條件附ニ債務者ノ更替アリトナスカ爲メナリトナストキハ此規定ヲ準用シ手形上ノ債務ヲ通常ノ債務ニ變更スルニ因リテ更改ヲ生スルモノトナスコトヲ得ス蓋手形上ノ債務ヲ通常ノ債務ニ變更スル場合ニハ全然主體ノ變更ナキヲ以テナリ吾人ハ通常ノ債務ヲ手形上ノ債務ニ變更スル場合ニハ代物辨濟ヲ成立スルモノトナス且通常債務ヲ手形上ノ債務ニ變更スル場合ニハ手形上ノ債務ハ獨立セル手形行爲其モノニ基キテ生シ舊債務ヲ消滅セシムル行爲其モノニ基キテ生セルニアラス之ニ反シ手形上ノ債務ヲ通常ノ債務ニ變更スル場合ニハ舊債務ノ消滅ト新債務ノ發生ト

ハ一箇ノ行爲ニ依リテ爲サルルカ故ニ通常ノ債務ヲ手形上ノ債務ニ變更スル場合ト同一ニ論スルコトヲ得サルハ明カナリ且假ニ有因債務ヲ無因債務ニ變更スルニ因リテ更改成立スルモノトナスモ之ヲ反對ノ場合ニ適用シ無因債務ヲ有因債務ニ變更スル場合ニ更改成立スルモノトナスヲ得ス

無因債務ヲ有因債務トナス場合ニ債務ノ要素ノ變更ヲ認ムルコトヲ得サルカ換言スレハ手形上ノ債務ノ履行ニ代ヘテ同一額ノ金錢ノ給付ヲ物體トスル債務ヲ負擔スル契約ヲ締結スルニ依リテ更改カ成立スルコトヲ得サルカ吾人ハ更改ハ成立セサルモノト解ス蓋此場合ニ債權者若クハ債務者ノ變更アルニアラス又債權ノ物體ノ變更アルニアラス從來手形上ノ債務トシテ負擔セルニ代ヘテ新ニ同一額ノ債務ヲ負擔スルニ過キス然ルニ更改ヲ生スルカ爲メニハ原因ノ變更以外ニ於テ舊債務ニ變更ヲ生スルコトヲ要スレハナリ固ヨリ手形上ノ債務ト通常ノ債務トハ權利行使ノ方法其他ノ點ニ於テ異ナル點ナキニアラス從テ通常ノ債務ト變更スルコトヲ以テ便利トナスコトナキニアラサルヘシ然レトモ此ノ如キ場合ニハ第五八八條ノ規定ニ依リ消費貸借ヲ成立セシムレハ足レリ(法學博士石坂音四郎氏法學會雜誌第九卷第一一號一一八頁以下要領)

【參照學說】

一 債務ノ履行ニ代ヘテ爲替手形ヲ發行スルモ亦同シ即チ要素ノ變更ト見ルナリ此規定ニ付テハ履行問題トシテハ論スヘキ事アレトモ民法ノ主意ヲ云ヘハ爲替手形ヲ發行スル場合ニハ支拂人ヲ以テ債務者トナスナリ少モ主タル債務者トスルモノナリ振出人ハ只擔保義務者ナリ償還請求ニ應スル責アルニ過キス之ニ反シテ約束手形又ハ小切手ノ振出人ニアリテハ債務者ハ依然債務者ナリ毫モ要素ニ變更ヲ生セス只支拂ノ辨濟方法ヲ變更シタルニ過キス(法學博士富井政章氏東大講義謄寫版債權總論二九三頁)所謂原因ノ變更ニヨル更改ナルモノモ之レヲ認メサル主意ト解スヘキカ當然ナラン(同上二九四頁)

梅博士

二 債務ノ要素トハ果シテ何ヲ謂フカ是レ多少ノ議論アルコトヲ免レサルヘシト雖モ新民法ノ全般ヲ通覧シテ其意義ヲ求メハ蓋シ一定ノ解釋ヲ得ヘキノミ即(一)債權者(二)債務者(三)債務ノ目的是ナリ……舊民法ニ於テハ原因ノ變更ニ因ル更改ヲ加ヘタリ蓋シ物トシテ原因ナクシテ生スルハアラサルカ故ニ原因モ亦其要素ナリト謂フコトヲ得サルニ非スト雖モ而モ其發生ノ方法如何ニ拘ハラス既ニ生シタル債務カ一定ノ債權者債務者及目的ヲ有スルトキハ其債務ハ當然成立スルモノニシテ復原因ヲ問フノ要ナキコト多シ若シ夫レ原因ニ依リテ債務ノ効力ヲ變更スルコトアラハ是レ固ヨリ附隨ノ事項ニシテ恰モ債務ニ期限アリ擔保アリ履行アルカ如シ故ニ新民法ニ於テハ原因ノ變更ヲ以テ債務ノ要素トセス從テ此場合ニハ更改アルコトヲ認メス……法律行爲ノ要素ト債務ノ要素トハ大ニ同シカラサルモノアルノミナラス所謂法律行爲ノ原因ト債務ノ原因トハ其名同シクシテ其實全ク異レリ甲ハ當事者カ法律行爲ヲ爲スニ至リタル理由ニシテ乙ハ債務發生ノ原因ニシテ即多クノ場合ニ於テハ法律行爲其モノナリ故ニ假リニ甲ヲ以テ法律行爲ノ要素トスルモ敢テ乙ヲ以テ債務ノ要素ト爲スコトヲ得サルヤ多辯ヲ竢タスシテ明ナリ(法學博士梅謙次郎氏民法要義債權編三四九頁)

岡野博士

三 既存ノ法律關係カ手形ノ授受ニ因リテ消滅スルノ理ハ代物辨濟ナルヤ將更改ナルヤニ付テハ學說其揆ヲ一ニセス……余ハ手形行爲カ既存ノ法律關係ヲ消滅セシムルハ必スシモ更改ニ依ルニ非ス代物辨濟タルコトアルヲ信ス代物辨濟ハ物的行爲ナルヲ原則トスルモ必スシモ有體的ノ授受ヲ以テ成ルニ非ス債務者カ債權者ニ對シテ新ニ債務ヲ負擔シ又ハ第三者カ債務ヲ負擔スルモ亦代物辨濟ノ性質ニ悖ルコトナキナリ苟モ當事者間ニ於テ既存ノ債務ノ履行辨濟スル契約アラハ其外形ニ於テ既存ノ債務ニ代フルニ新ナル債務ヲ以テスルモ亦代物辨濟ナリ我民法第四八二條モ亦斯ノ如ク解釋セサルヘカラス然ラハ何ヲ以テ更改ト區別スヘキカ余ハ一ニ當事者ノ意思如何ヲ標準トスルノ說ヲ是認スルモノニシテ債務ノ辨濟トシテ授受スルノ意思ナルトキハ代物辨濟ナリ債權ノ形體ヲ變シテ新ナル法律關係ニ依リテ既存ノ法律關係ノ經濟的目的ヲ達セント欲スルトキハ更改ナリ余ハ民法第五一三條第二項ノ規定ハ單ニ一例ヲ揭ケタルニ過キスト解セント欲ス(法學博士岡野敬次郎氏日本手形法一二〇頁以下)

横田博士

四 債務ノ履行ニ代ヘテ爲替手形ヲ發行スルハ債務ノ要素ヲ變更スルモノト看做サルルモノトス是レ第五一三條第二項後段ニ規定スル所ナリ蓋シ債務者カ直接ニ債務ヲ辨濟セスシテ爲替手形ヲ發行スルハ要スルニ支拂人ヲ以テ主タル債務者ト爲サントス欲スルモノニ外ナラサルヲ以テ之ヲ以テ債務者ノ更替ニ因ル一種ノ更改ナリト看ルコトヲ得ヘシ然レトモ支拂人カ未タ支拂ノ引受ヲ爲サス從テ之ニ對スル債權カ未タ發生セサル間ハ更改契約ハ未タ成立セサルニノト論スルコトヲ得ヘキヲ以テ民法ハ特ニ規定ヲ設ケ爲替手形ノ發行ト共ニ要素ノ變更アリトシ解釋上ニ於テ生スル疑問ヲ豫防シタル所以ナリ之ニ反シテ約束手形ノ發行ハ普通ノ債權ヲ手形債權ニ變シタルノ外當事者及ヒ目的ニ何等ノ變更ナキヲ以テ所謂債務ノ更改ナク支拂ノ方法タルニ過キサルモノトス(法學博士横田秀雄氏著債權總論九七六頁)

岡松博士

五 債務ノ原因ヲ變更スル契約ハ更改ニ非ス何者原因ハ債務ノ要素ニ非サルノミナラス又契約ニ因リ債務ノ原因ヲ變更スルコトハ不能ナレハナリ……我法典ハ第五一三條第二項ニ於テ爲替手形ヲ振出シタルトキハ更改ナルモノノ如ク規定シ恰モ債務ノ原因ヲ變更スルニ因リ更改ヲ生スルモノヽ如シト雖モ此場合ニハ手形上ノ債務ハ手形ヲ原因トシ更改ヲ原因トスルモノニ非サルカ故ニ更改ニ非スシテ代物辨濟ナリ又我法典カ此場合ヲ以テ更改ト爲シタルモ原因カ變更サルヽト云フ理由ニ出タルニ非スシテ爲替手形ノ振出ハ條件附ノ債務者ノ變更ナリト云フノ理由ニ出テタルモノナリ(法學博士岡松參太郎氏法學新報第二〇卷第一號一〇頁)

松波、仁保、仁井田三博士

六 舊民法ハ債務ノ原因ヲモ債務ノ獨立要素ト誤認シタルヨリ其變更ノ場合ヲモ更改ナリトセリ(法學博士松波仁一郎氏同仁保龜松氏同仁井田益太郎氏民法正解債權篇七二三頁)

債務ノ履行ニ代ヘテ爲替手形ヲ發行スルヲ更改ト看做スハ爲替手形ノ性質ヨリ來ル結果ナリトス爲替手形ハ債務者之ヲ發行シ、手形ニ記載シタル支拂人ヲシテ債務者ニ對シ額面記載ノ金額ヲ支拂ハシムルモノナリ債務者自ラ直接ノ支拂ニ當ラス唯支拂人カ支拂ヲ爲サヽル場合ニ償還ノ請求ヲ受クヘキ地位ニ立ツノミ從テ爲替手形ノ發行ハ恰モ主タル債務者ヲ變更スル觀アリ而シテ債務者ノ變更ハ更改ノ一ナルヲ以テ之ニ尤モ近似セル爲替手形ノ發行ヲモ更改ト看做スナリ約束手形ニ至リテハ之ト異ナル所アリ約束手形ハ債務者之ヲ發行シ一定ノ期日ニ於テ自ラ額面記載ノ金額ヲ支拂フヲ約スルモノニシテ其法理上ノ性質ハ單ニ債務者ノ期日ヲ延長シタルニ外ナラス其法理上ノ性質ハ單ニ債務辨濟ノ期日ヲ延長シルニ外ナラス而シテ新民法ニ於テハ債務辨濟ノ期日ノ伸縮ヲ更改ト見サルヲ以ケ約束手形ノ發行ヲモ更改ト看做サヽルナリ小切手ノ外觀ハ大ニ爲替手形ニ類ス即チ債務者之ヲ發行シ切手ニ記載シタル銀行ニテ切手ノ持參人ニ對シ額面記載ノ金額ヲ支拂ハシムルニアリテ恰モ債務者ヲ變更スルカ如キ觀アリ然レトモ爲替手形ト小切手トハ單ニ其外觀ノ似タルニ過キスシテ其實質ニ至リテハ互ニ異ル所アリ小切手ハ畢竟或人カ金錢ヲ銀行ニ寄託シテ其引出ヲ便ニシタル方法ナリ決シテ銀行ヲシテ支拂義務者タラシメント欲シタルニ非ス從テ支拂ノ期限ハ短カク且多クノ點ニ於テ爲替手形トハ法律ノ規定ヲ異ニスルモノ多シ約束手形及小切手ノ發行ハ之ヲ更改ト看做サス他ノ證書ノ發行ハ如何曰ク素ヨリ更改ト看做サヽルナリ(法學博士松波仁一郎氏同仁保龜松氏仁井田益太郎氏共著民法正解債權篇七三六頁以下)

松波博士

七 手形債務ノ成立ト既存債務ノ關係ハ當事者ノ意思ニ依リテ定マル……當事者カ手形ヲ既存債權ノ辨濟トシテ取得スルトキハ代物辨濟トナリ既存債權ノ要素ヲ變更シテ之ヲ消滅セシメ代リニ手形債務ヲ成立セシムルトキハ更改トナル……而シテ爲替手形ノ發行ノ場合ノ外或手形行爲ニ因リテ更改ヲ爲サントスル際ニハ其行爲ニ更改ヲ爲スニ足ル要素アリヤ否ヤヲ見テ更改ノ有無ヲ決スルモノナリ(法學博士松波仁一郎氏著日本手形法三五〇頁以下)

川名博士

八 債務ノ履行ニ代ヘテ爲替手形ヲ發行(裏書等ヲ包含セス)スルモ亦更改契約ナリトスルカ如シト雖同條ハ舊債務ノ消滅トヲ關係シテ爲替手形ヲ振出シタル場合ニ於テハ當事者ハ舊債務ヲ消滅セシメ新債務ヲ發生セシメントスル意思ヲ有スルモノト解釋シタルナリ故ニ只意思解釋ノ規定ナルニ過キス蓋爲替手形ノ振出ニヨリテ生スヘキ債權ト舊債權トハ別個ノ債權ナルカ故ニ此ノ如キ場合ニ於テハ舊債權ハ消滅スルノ意思ヲ有スヘキカ如シ此理由ニヨリテ民法ハ其意思解釋ノ規定ヲ設ケタル也併シナカラ當事者ハ實際ニ於テ此ノ如キ意思ヲ有セサル事情ニシテ振出シタル約束手形カ不渡トナリタルカ如キ場合ニ於テハ舊債權ニヨリテ辨濟ヲ受ケントノ意思ヲ有スルコトヲ常トスルカ故ニ同條末文ノ規定ハ實際ニ於テ其適用ナキモノト云ハサルヘカラス此ノ如キ場合ニ於テハ代物辨濟ノ存スル事常ナルヘシ或ハ又辨濟ノタメニ手形ヲ振出スコトアルヘシ(法學博士川名兼四郎

青木博士

氏東大講義謄寫版債權總論下卷三二一頁）

九　既存債務ヲ消滅セシムル目的ヲ以テ手形ノ授受ヲ爲ス場合ニ於テ其既存債務ノ消滅ノ效力ヲ生スルハ其手形ノ授受カ更改契約タルカ爲メニ非スシテ代物辨濟タルカ爲ナリ……民法第五一三條第二項後段ハ債務ノ履行ニ代ヘテ爲替手形ヲ發行スルトキハ特ニ債務ノ要素ニ變更アルモノト看做シ更改契約ノ存在ヲ認メタリ故ニ其他ノ場合例ヘハ約束手形又ハ小切手ノ振出爲替手形ノ引受及各種手形ノ裏書等ノ場合ニハ假令之ニ因リテ既存債務ヲ消滅セシメントスル意思ヲ以テスルモ更改ヲ生セサル理ナリ（法學博士青木徹二氏著改正手形法論一八六頁）

須賀學士

一〇　更改契約ノ當事者ハ從來ノ債務ニ代ユル意思ヲ以テ新ニ債務ヲ負擔セサルヘカラス即チ舊債務ノ消滅ト新債務ノ發生トヲ因果關係ノ下ニ立タシムル旨ノ當事者ノ意思存セサルヘカラス此意思ノ有無カ更改ト代物辨濟トノ區別ノ標準ヲ爲スナリ即チ既存ノ債務ノ履行ニ代ヘテ新ニ債務ヲ負擔シタル場合ハ代物辨濟ニシテ此代物辨濟カ更改ト異ナルハ實ニ既存ノ債務ヲ他ノ形式ニ於テ持續セシムルノ意思ニアラスシテ既存ノ債務ヲ全然消滅セシムルノ意思ニ出テタルモノナルノ點ニアリ換言スレハ債權者ニ其債權ニ付キ現實ノ滿足ヲ得セシムルノ意思ヲ以テ新債務ヲ負擔スル場合ハ代物辨濟ニシテ既存ノ債務ニ代ユル意思ヲ以テ新ニ債務ヲ負擔スル場合ハ更改ナリ即チ代物辨濟ニアリテハ從來ノ信用關係ヲ消滅セシムルコトヲ以テ目的ト爲スモ更改ニアリテハ從來ノ信用關係ヲ他ノ形式ニ於テ持續セシムルコトヲ以テ目的ト爲スナリ結局代物辨濟トシテ新ニ債務ヲ負擔スル場合ト更改トノ區別ハ當事者ノ意思如何ニ依リ之ヲ決スヘク此場合ニ於ケル代物辨濟ト更改トハ其形式ニ於テハ何等差異アル點ヲ見出ス能ハサルモノト謂フヘシ（法學士須賀喜三郎氏債權法總論三八二頁）

此場合モ亦條件ノ場合ト同シク法律カ當事者ノ意思ト實際ノ便宜トニ鑑ミ法律ノ擬制ニ依リ之ヲ以テ債務ノ要素ヲ變更シタル場合ト認メ更改ヲ成立セシメタルモノト解スヘシ從テ之ヲ他ノ手形即チ約束手形及ヒ小切手ノ振出ノ場合ニ類推援引シテ更改ノ成立ヲ認ムルコトヲ得サルヤ勿論ナリト謂フヘシ蓋シ約束手形振出ノ場合ニ於テハ手形上ノ債務者ハ從來ノ債務者ニシテ債務者ニ交替ナキカ故ニ其間ニ更改ノ成立ヲ認ムルコトヲ得サルヘク小切手振出ノ場合ニ於テハ振出人即チ從來ノ債務者カ手形上ノ擔保義務ヲ負擔スルノミニテ引受ナル制度ヲ認メサル結果支拂人カ手形上ノ義務ヲ負フ場合ナク且ツ小切手ノ支拂證券タル性質上債務關係ヲ存續スル期間甚タ短少ナルカ爲メ是レ亦其間ニ更改契約ノ成立ヲ認ムルコトヲ得サルヘケレハナリ同一ノ理由ニ基キ債務ノ履行ニ代ヘテ爲替手形ノ引受又ハ裏書ヲ爲シタル場合約束手形又ハ小切手ノ裏書ヲ爲シタル場合何レモ其間ニ更改契約ノ成立ヲ認ムル能ハス蓋シ債務ノ履行ニ代ヘテ爲替手形ヲ發行シタル場合ニ於テノミ例外的ニ更改ノ成立ヲ認ムヘキモノト爲ス當然ノ結果ナリ但シ債務ノ履行ニ代ヘテ爲替手形ヲ發行シタル場合ハ法律上更改契約成立スト爲スモ當事者ノ意思カ之ニアラスシテ代物辨濟ヲ爲スノ意思ナリトセンカ此場合ニ於テハ代物辨濟トシテ其效力ヲ認メサルヘカラス蓋シ法律行爲ヲ發生原因ト爲ス債務關係ニ於テハ當事者ノ意思ニ因リ其效力ヲ定ムヘキコト當然ナリト謂フヘキヲ以テナリ（同上三八八頁）

飯島學士

一一　債務ノ履行ニ代ヘ爲替手形ヲ發行スルハ債務ノ要素ヲ變更スルモノト看做ス爲替手形ハ第三者ニ支拂ノ委託ヲ爲スコトヲ其本質トスルモノナレハ其發行ニ因リテ手形上ノ權利關係ヲ生シ又引受ニ因リテ債務者ニモ變更ヲ生スヘキヲ以テ債務ノ要素ニ變更ヲ生スルモノト定メタルナリ而シテ債務ノ履行ニ代ヘ約束手形、小切手ヲ振出シ又ハ爲替手形約束手形、小切手ヲ裏書シタルトキハ債務ノ要素ヲ變更シタルモノトシ更改ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ明文ナシト雖モ更改ヲ生スルモノト解スヘキモノト信ス（法學士飯島喬平氏著民法要論六二二頁）

【參照判例】

大審院

一　普通債務ノ成立ニハ敢テ證書ノ存在ヲ必要トスルモノニ非サルモ手形債務ニ在テハ證書ハ其成立ニ缺クヘカラサル要素ナルヲ以テ手形債務ヲ普通債務ニ變更スル場合ニ於テハ債務ノ要素ヲ變更スルモノニシテ民法第五一三條ノ更改ニ該當スルモノトス（大審院民事判決錄一九輯八三四頁）

二　手形ハ他ノ證書ノ如ク啻ニ債務ノ存在ヲ證明スルノ具タルニ止マラス債務ノ成立ニ缺クヘカラサル要件ナルヲ以テ手形以外ノ債務ヲ手形債務ニ變更シ又ハ手形債務ヲ他ノ債務ニ變更スルハ民法第五一三條ノ更改ニ該當ス（同上第一一輯一七九七頁）

三　他ノ債務ヲ手形債務ニ變更シ若クハ手形債務ヲ他ノ手形債務ニ變更セル場合ニ於テハ舊債務ハ更改ニ因リテ消滅スルモノトス（同上第一一輯一二三九頁）

四　約束手形ノ債務ヲ變更シテ金錢ノ給付ヲ目的トスル手形以外ノ債務ト爲シタル場合ニハ舊債務ハ更改ニ因リテ消滅スルモノトス（同上第一一輯一一一一頁）

東京控訴院

五　凡テ現存債務ヲ原因トシテ債務者ヨリ債權者ニ宛テ約束手形ヲ振出シタル場合ニ更改トナルヤ否ヤハ畢竟當事者ノ意思如何ニヨリ決スヘキ問題ナリ（東京控訴院民三大正二年一月二一日判決法律新聞八五〇號二三頁）

大阪控訴院

六　或債務ノ爲ニ約束手形ヲ振出スハ債務ノ要素ヲ變更スルモノニ非テ從テ更改ニアラス（大阪控訴院民一、四二年一二月七日判決法律世界第五四號四頁）

東京地方裁判所

七　債務者カ從來ノ債務ノ爲メニ約束手形ヲ振出ス場合ニ於テ從來ノ債務カ約束手形ノ振出ニ因リ更改若クハ代物辨濟ニ因リ消滅スルヤ或ハ約束手形ノ振出ハ從來ノ債務ノ爲メニ支拂ノ方法ヲ設ケ其債務ノ支拂ヲ確實ニスルニ過キサルヤ否ヤハ因ヨリ場合ニ依リテ同一ナラス……此判斷ハ各場合ニ於ケル當事者ノ意思如何ニ依リテ之ヲ決スル外ナカルヘシ（東京地方民四判決、法律新聞八八六號二六頁）

八　本書第三卷民法二八二頁第二卷民法四三四頁第一卷民法六六四頁

證書ハ手形上ノ債務ノ要素ナルヤ否ヤ換言セハ證書ハ單ニ手形上ノ債務ヲ發生セシムル手形行爲ノ要件ニ止マラス手形債務ノ行使存在ニ缺クヘカラサルモノニシテ彼ノ除權判決ノ場合ハ民事訴訟法ニ於テ唯一例外ヲ認メタルニ外ナラス

ト解スヘキカ或ハ本論博士ノ見解ノ如ク證書ハ單ニ手形債務ヲ發生セシムル行爲ノ要件ニ外ナラサルカ吾人ハ博士ノ見解ヲ以テ妥當ナリト信ス故ニ此點ニ於テハ吾人ハ博士ト同シク大審院判決ノ見解ニ反對スルモノナリ然ラハ普通債務ヲ手形債務ニ變更シ又ハ手形債務ヲ普通債務ニ變更スル場合其契約ハ常ニ更改契約タルヲ得サルカ吾人ハ此點ニ於テ博士ト見解ヲ異ニスルモノナリ博士ハ「更改ハ債權者若クハ債務者ノ變更又ハ債務ノ物體ニ變更アル場合ニノミ成立スルモノナルニ普通債務ヲ手形債務ニ變更スル場合ハ何等其要素ニ變更ナク殊ニ手形債務ハ手形債務發生ノ行爲ニ因リ無因ニ生スルモノニシテ既存債務ヲ原因トスルモノニアラス故ニ舊債務ニ代ヘテ新債務ヲ發生セシムル場合換言セハ新債務ハ更改契約其モノヨリ生スルコトヲ要スル所謂更改ニアラサルハ勿論手形債務ヲ普通債務ニ變更スル場合ハ其債務ノ要素ニ關シ何等變更ヲ生スルトコロナイヲ以テ斷シテ更改ヲ生スヘキ理ナシ」ト論セラルルモ我民法ハ第五一三條第二項ニ於テ條件附債務ヲ無條件債務トシ又ハ無條件債務ニ條件ヲ附シ或ハ債務ノ履行ニ代ヘテ爲替手形ヲ發行スル場合ヲ以テ債務ノ要素ニ變更アルモノト看做シ其要素ヲ變更スル契約ヲ爲ストキハ之レヲ更改ト指稱スルカ故ニ吾人ハ嘗テ論シタルカ如ク苟クモ舊債務ニ代ヘテ新債務ヲ負擔スル場合ニシテ其新債務負擔カ舊債務ノ履行トシテ爲サルル場合（所謂代物辨濟ニシテ新債務ヲ舊債務ノ辨濟トシテ履行スルモノヲ謂ヒ單ニ舊債務ノ履行ニ代ヘテ爲スモノニアラス）又ハ舊債務履行ノ確保トシテ爲サルル場合ヲ除キ而モ其新債務ノ負擔カ一ニ舊債務ニ代ヘテ負擔スル場合換言セハ舊債務ヲ消滅セシムルカ爲メニ新債務ヲ負擔スル場合即チ新債務ヲ負擔スルカ爲メニ舊債務ヲ消滅セシムル場合ナルトキハ其契約ヲ稱シテ所謂更改ナリト解セントス是レ我國ノ實際ニ照シ汎ク行ハルル說ナルニ見ルモ其妥當ナルコトヲ明カニスルモノナルヲ信スレハナリ而シテ其標準ハ一ニ契約當事者ノ意思ヲ以テ之ヲ定ムヘク民法第五一三條第二項ノ如キ亦一ノ例示的規定ニ外ナラス從テ本案ノ場合亦同シク若シ當事者ノ意思カ手形債務ヲ普通債務ニ代フルモノナルトキハ所謂更改契約ニシテ單ニ手形債務ノ確保ニ過キサル場合又ハ手形債務ノ辨濟トシテナサルルモノナルトキハ更改契約ニアラサルモノト解ス尙ホ本書第二卷民法四三四頁商法一七一頁等參照セラレタシ

〔二一一〕

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

母タル親權者カ親族會招集ニ反對シテ其申請手續ヲ爲ササリシコト又ハ亡夫ノ債務ヲ辨濟スル爲メ子所有ノ家屋一棟ヲ賣却シタルコトハ未タ之ヲ以テ著キ不行跡若クハ親權濫用ナリト謂フヲ得ス」

被控訴人カ親族會招集ニ反對シテ其申請手續ヲ爲サヽリシコトハ之ヲ認ムルヲ得ヘシト雖モ未タ之ヲ以テ著キ不行跡若クハ親權濫用ナリト謂フヲ得ス又被控訴人ノ夫久吉カ其死亡前訴外三浦管ヨリ所有地ヲ抵當トシテ金圓ヲ借受ケタルニ其後田村藤吉郎カ三浦管ヨリ其債權ヲ讓受ケ該抵當地所ニ對シ競賣申立ヲ爲シ森下眞佐市郎カ競落人トナリタルコトハ之ヲ認ムルコトヲ得ルモ控訴人其他ノ親族ト協議シタルトキハ辨濟ノ方法ヲ立ツルコトヲ得タルニ拘ラス被控訴人カ故ラニ競賣ヲ爲サシメタリトノ事實ハ之ヲ認ムルヲ得ス而シテ被控訴人カ森下眞佐市郎ヲシテ競落人タラシメ同人ノ爲メニ競落代金ヲ支出シタルコトハ之ヲ認メ得ヘシト雖モ被控訴人カ未成年者榮一ノ爲メニ不動産ヲ失ハサラシムル方法トシテ之ヲ爲シタルモノニシテ後ニ未成年者ノ爲メニ之ヲ買受ケタリト認メ得ヘキヲ以テ親權濫用ノ結果ナリト云フコトヲ得ス尤モ被控訴人ハ後ニ其地所ノ内二筆ヲ田村藤吉郎ニ賣渡シタルコトヲ認メ得ルモ被控訴人ハ前顯競落代金ヲ藤吉郎ヨリ借入レタル爲メ之ヲ辨濟スル方法トシテ右ノ賣買ヲ爲シタルモノト認メ得ヘキヲ以テ未成年者ノ利益ヲ謀リタルモノニシテ被控訴人自己ノ利益ノ爲メニシタルモノニアラスト認ムルヲ相當トス又被控訴人カ控訴人主張ノ家屋一棟ヲ田村藤吉郎ニ賣却シタルコトハ明カナレトモ被控訴人カ亡夫ノ殘債務ヲ辨濟スル爲メ之ヲ爲シタルモノト認メ得ヘキヲ以テ亦自己ノ利益ノ爲メニシタルモノニアラス尙ホ甲號證ニ依レハ未成年者所有ノ畑一反九歩カ租稅滯納ノ爲メ公賣ニ付セラレタルコトヲ認ムルコトヲ得ヘシトイヘトモ被控訴人カ自己ノ爲メニ金錢ヲ費消スル目的ヲ以テ故ラニ稅金ヲ滯納シ土地ノ公賣處分ヲ受ケタリトノ點ハ何等ノ立證ナキヲ以テ之ヲ認ムルコトヲ得ス然ラハ被控訴人ハ著キ不行跡

アリ又親權ヲ濫用シタルモノト謂フコトヲ得サルモノトス（東京控訴三(ネ)第一八五號三年十月十日民三部松岡裁判長成道小川各判事判決）

【判決事項】

(一)件名　親權喪失宣告請求控訴事件(二)訴訟關係人　控訴人田村いと訴訟代理人辯護士金庭友八被控訴人山崎むら

【參照學說判例】

一　親權ノ濫用トハ親權ヲ過度ニ行フヲ云ヒ例之ハ其子ヲ毆打拷責スルカ如キ又ハ必要ナル養料ヲ給セサルカ如キノ類ヲ云フ蓋シ親權者ハ子ノ身體ヲ監護シ又ハ懲戒ヲ加フルノ權アリト雖子ノ生命又ハ健康ニ害ヲ加フルカ如キ親權當然ノ效用ト稱スヘキニアラス其當然ノ範圍ヲ超越シテ爲シタル行爲ハ子ノ不利益ナルノミナラス公益ニ害アリ從テ權利ノ濫用ヲ以テ全部喪失ノ一因トス

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

二　本書第一卷民法一四四頁

至當ノ見解ナリ

（二一三）

五三四　特定物ニ關スル物權ノ設定又ハ移轉ヲ以テ双務契約ノ目的ト爲シタル場合ニ於テ其物カ債務者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ滅失又ハ毀損シタルトキハ其滅失又ハ毀損ハ債權者ノ負擔ニ歸ス

不特定物ニ關スル契約ニ付テハ第四〇一條第二項ノ規定ニ依リテ其物カ確定シタル時ヨリ前項ノ規定ヲ適用ス

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

特定物ノ所有者カ其物ニ付キ二重ニ賣買契約ヲ締結シタル場合ニ於テ其物カ引

渡ヲ爲スヘキ期限前ニ事變ニ因リテ滅失シタルトキハ賣主ハ二人ノ買主ニ對シテ二重ニ代金ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノトス」

特定物ニ付キ二重賣買ヲ爲シタル場合ニ於ケル賣主ノ代金請求權ノ存在及範圍ニ關シテハ凡ソ三説ヲ想像シ得ヘシ

第一　否認説即賣主ハ何レノ買主ニ對シテモ代金請求權ヲ有セストノ説

此説ノ非ナルハ多言ヲ要セサルヘシ蓋シ特定物ノ賣買モ亦是純然タル債權的契約タリ其效力トシテ其物ノ所有權カ當然買主ニ移轉スルニアラス單ニ賣主之ヲ買主ニ移轉スルノ債務ヲ負フニ止マル故ニ同一ノ特定物ニ付キ二個ノ有效ナル賣買ヲ成立スルコトヲ妨クルモノニアラサレハナリ

第二　單數説即買主ノ一人ニ對シテノミ代金請求權ヲ有ストノ説

此説ハ更ニ三個ニ別ツコトヲ得

(甲)第一ノ買主ニ對スル賣主ノ代金請求權ノミヲ認ムル説　此説ノ理由トスル所ハ凡ソ特定物ノ賣買ハ其所有權カ賣買ノ直接ノ效力トシテ買主ニ移轉スルカ故ニ第二ノ賣買ヲ行フモ同一物ノ所有權ハ第二ノ買主ニ歸スル能ハスト云フニアリ即チ賣買ノ物權的效力ヲ以テ其前提トス然ルニ賣買ハ純然タル債權的契約ナリ前提既ニ誤レリ其結論ノ價値モ亦知ルヘキノミ今假ニ賣買ニ物權的效力アルモノトスルモ當事者ハ特別ノ意思表示ヲ以テ所有權ノ移轉ヲ一定ノ時期マテ留保スルコトヲ得ルハ論者ト雖モ亦認ムル所ナリ然ラハ二個ノ賣買ニ共ニ此留保アル場合ハ到底解決ヲ下スコト

能ハサルニ至ルヘシ又假ニ此説ヲ正シトスルモ二個ノ賣買カ同時ニ行ハレタル場合ニ適用スルコトヲ得サルノ缺陷アリ

(乙)第二ノ買主ニ對スル賣主ノ代金請求權ノミヲ認ムル説　此説ノ理由トスル所ハ第一ノ買主ヲ害スルノ惡意ヲ有シタルトキハ其惡意ノ故ヲ以テ又惡意ナシトスルモ賣主ハ自ラ事實上ニ於テ第一ノ賣買ノ存在ヲ無視シタルモノナリ然ルニ第一ノ買主ニ對シテ代金ノ請求ヲ爲スハ信義ニ反スト然レトモ第二ノ賣買モ亦純然タル債權的契約タルニ止マルヲ以テ其自身第一ノ買主ヲ害スルコトヲ得ヘキニアラス假ニ第二ノ賣買カ第一ノ買主ヲ害シ得ヘキモノトシ且賣主ハ第一ノ買主ヲ害スルノ目的ヲ以テ第二ノ賣買ヲ締結シタリトスルモ第二ノ賣買ハ未タ之カ爲メニ不法ノ内容ヲ有スルコトナシ蓋シ其不法(若シ有リトスルモ)ハ法律行爲ノ動機ニ存シ其内容ニ存セサレハナリ又第一ノ賣買ヲ無視シタリト云フハ必スシモ事實ニ合セス(例ヘハ第一ノ賣買ヲ忘却シタル場合ノ如シ)又假ニ此説當レリトスルモ二個ノ賣買カ同時ニ行ハレタル場合ニ適用スルコトヲ得サルヘシ

(丙)賣主ハ其選擇ニ從ヒ何レカ一人ノ買主ニ對シテ代金ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノトノ説　此説ハ法文上ノ根據ナキ一個ノ獨斷的解釋タルニ過キス

第三　複數説　以上ノ諸説皆非ナリトスレハ賣主ハ各買主ニ對シ重複的ニ代金ヲ請求ヲ爲シ得ルノ見解ヲ是認スルノ外ナシ蓋シ各賣買カ其自身ニ於テ有效ナル以上ハ各賣買ニ付キ第五三四條ノ規定ノ適用アルノ結果論理上當然茲ニ至ラサルヲ得サレハナリ此説ハ啻ニ解釋論トシテ正鵠ヲ得タルモノナルノミナラス立法論トシテモ亦

毫モ非難スヘキ點アルヲ見ス先ツ買主ノ方面ニ付キ之ヲ見ルニ各買主ノ利益ハ此說ヲ採ルノ結果トシテ秋毫モ變更ヲ生スルコトナシ若シ二重賣買ノ場合ニ於テ賣主ハ唯一人ノ買主ニ對シテノミ代金ノ請求ヲ爲シ得ルモノトセンヵ其請求ヲ受ケサル買主ハ二重賣買トイフ偶然ノ事實ノ爲メニ本來負擔スヘキ危險ノ負擔ヲ免ルル如キ奇怪ナル結果ヲ生スルニ至ラン又飜テ賣主ノ方面ニ付キ之ヲ見ルモ各買主ヨリ重複的ニ代金ノ支拂ヲ受ケ得ルモノトスルモ決シテ不當ノ利得ナリトイフヘカラス蓋シ賣主ハ二重代金ノ利得ヲ受クルモ是レ二重賣買ナル二個ノ法律上ノ原因ニ基クモノナレハナリ（法學博士乾政彦氏法學志林第十六卷第十二頁以下要領）

横田博士

梅博士

【參照學說】

一　數多ノ買主間ニ在リテハ登記又ハ引渡シナキ間ハ互ニ其所有權ノ移轉ヲ否認スルコトヲ得從テ危險問題ニ付テモ買主間ノ關係同一ナリト雖モ各賣買ニ付テ觀察スルトキハ第二以後ノ賣買ニ於テ賣主ハ他人ノ權利ヲ目的ト爲スモノニシテ所有權ハ既ニ第一ノ買主ニ移轉セラレタルモノナリ故ニ此者ヲシテ危險ヲ負擔セシムルヲ以テ最モ公平ノ觀念ニ合スルモノナリ（法學博士横田秀雄氏債權各論一二〇頁）

二　第一ノ買主ヲシテ危險ヲ負擔セシムヘキモノナリ或ハ第二以後ノ買主モ均シク債權者ニシテ且ツ第一ノ賣買ニヨル所有權ノ移轉ヲ否認スルコトヲ得ルモノナルカ故ニ其間甲乙ナキカ如キモ第二ノ買主ヲシテ危險ヲ負擔セシメント欲セハ賣主カ權利ヲ移轉シ得ヘキ場合ナルニ拘ラス不可抗力ニ因リテ移轉スルコト能ハサリシコトヲ主張セサルヘカラス然レトモ賣主ハ第一ノ賣買ヲ否認スルコトヲ約シタルモノニシテ此ノ主張ヲ爲スコトヲ得ス却テ第二ノ買主ハ第一ノ賣買ヲ認メ所有權ノ移轉ヲ主張スルコトヲ得ルモノナルカ故ニ第二ノ買主ヲシテ危險ヲ負擔セシムヘキモノニアラス（法學博士梅謙次郎氏法學志林第十卷三號四三頁）

實際上ヨリ吾人ハ到底本論ニ贊成スル能ハス尚本書第一卷民法三七五頁ノ菱谷學士ノ論文ヲ參照セラレタシ

長崎控訴院判決

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

前項ノ規定ハ財產權ヲ目的トセサル法律行爲ニハ之ヲ適用セス

國有林野部分林規則**三**　造林者ハ大林區署長ノ許可ヲ得ルニ非サレハ其ノ權利ヲ處分スルコトヲ得ス

國有林野法施行規則**五三**　造林者其權利ヲ處分セントスルトキハ當事者願書ニ連署連印シ契約書ヲ添附シテ之ヲ大林區署長ニ差出スヘシ

國有林野部分林處分ノ效力ハ大林區署長ノ許可アルニアラサレハ發生セスト雖モ其處分行爲ハ既ニ許可出願前之ヲ成立セシメ得ルモノトス』

法律行爲ハ其成立ニ必要ナル條件ト效力發生ニ必要ナル條件トヲ區別シ得ルモノニシテ若シ其成立ニ必要ナル條件ニシテ完備センカ效力發生ニ必要ナル條件ハ未タ存立セサルモ法律行爲ハ既ニ完全ニ成立シタルモノト謂ヒ得ヘシ』

廢罷訴權ニ於テ取消ノ目的トナルハ其法律行爲自體ニ外ナラスシテ其效力ニアラサルコト民法第四二四條ノ規定ニヨリテ明白ナレハ法律行爲カ債權ヲ詐害スルヤ否ヤハ專ラ法律行爲ヲ爲シタル當時ノ事情ニヨリテ之ヲ定ムヘク其效力發生當時ノ事情ニヨルヘキモノニアラス』

先ツ係爭部分林賣買行爲成立ノ時期ニ關シ之ヲ案スルニ國有林野部分林規則第三條ニハ造林者ハ大林區署ノ許可ヲ得ルニアラサレハ其權利ヲ處分スルコトヲ得スト規定シアレトモ國有林野法施行規則第五三條ニハ造林者其權利ヲ處分セントスルトキハ當事者願書ニ連印シ契約書ヲ添附シテ之レヲ大林區署長ニ差出スヘシト規定シア

リテ之ヲ相對照スルトキハ部分林處分ノ效力ハ大林區署長ノ許可アルニアラサレハ發生セサルコト勿論ナリト雖トモ其處分行爲ハ既ニ出願前之ヲ成立セシメ得ルコトヲ認メタル法意ナルコト毫モ疑ナキ處トス而シテ係爭部分林賣買行爲ニ付テハ明治四十三年九月十五日大林區署長ノ許可ヲ得タルコト當事者間ニ爭ナキ所ナレハ契約ノ效力ハ此際發生シタルモノナルコト明白ナレトモ乙第一號證ノ一、二、三、乙第三號證ヲ綜合スルトキハ其賣買行爲ハ既ニ明治三十年一月二十二日安全ニ成立シ居リタルコトヲ認ムルニ足レリ被控訴代理人ハ法律行爲ハ其效力ヲ發生セサレハ完全ニ成立セサルカ如ク論スレトモ法律行爲ハ必スシモ其成立ト同時ニ效力ヲ發生スルコトヲ要セサルコトハ疑ナキ所ナルカ故ニ法律行爲ハ其成立ニ必要ナル條件ト效力發生ニ必要ナル條件トヲ區別シ得ルモノニシテ若シ其成立ニ必要ナル條件ニシテ完備センカ效力發生ニ必要ナル條件ハ未タ存立セサルモ法律行爲ハ既ニ完全ニ成立シタルモノト謂ヒ得ヘシ去レハ右係爭部分林賣買行爲ノ如ク既ニ明治三十年一月中其成立ニ必要ナル條件完備セル以上ハ效力發生ノ要件タル官廳ノ許可アルヲ俟タス當時完全ニ成立シタルモノト謂ハサルヘカラス況ンヤ廢罷訴權ニ於テ取消ノ目的トナルハ法律行爲自體ニ外ナラスシテ其效力ニアラサルコト民法第四二四條ノ規定ニヨリテ明白ナレハ法律行爲カ債權ヲ詐害スルヤ否ヤハ專ラ法律行爲ヲ爲シタル當時ノ事情ニヨリテ之ヲ定ムヘク其效力發生當時ノ事情ニヨルヘキモノニアラサルコト自明ノ理ナルニ於テヲヤ故ニ右被控訴代理人ノ所論ハ之ヲ採用シ難シ

次ニ被控訴人ノ債權成立時期ニ關シ被控訴代理人ハ既ニ明治二十六年中大字田小野カ重平藏ニ委任狀ヲ交付セサリシ當時成立シタリト主張シ又控訴代理人ハ明治三十

二年中大字田小野カ部分林ヲ楠田一兄ニ賣却シタル際始メテ成立シタルモノナリト爭フカ故ニ之ヲ案スルニ乙第四號證ノ一乃至四ヲ綜合スルトキハ該債權ハ被控訴人ノ前主重平藏カ大字田小野ヨリ部分林ノ官民收分割出願ノ委任ヲ受ケタルニ關シ大字田小野ハ平藏ニ對シ其目的ヲ達シタルトキハ立木ノ三分ノ一ニ相當スル報酬ヲ與フルコト出願ニ要スル委任狀ハ何時ニテモ之ヲ交付スルコト又部分林ノ賣却委任解除等苟クモ出願運動ヲ妨クル行爲ハ之ヲ爲サヽルコト及若シ違約シタルトキハ損害ヲ賠償スヘキコトヲ契約シタルニ不拘大字田小野ハ平藏ニ對シ委任狀ノ交付ヲ爲ササリシノミナラス部分林ヲ楠田一兄ニ賣却シ右契約ニ違反シタルカ爲メ平藏カ委任ノ目的ヲ達スルニヨリ得ヘカリシ報酬ノ利益ヲ失ヒタル損害トシテ成立シタルモノナルコト明白ナル處トス

然ルニ大字田小字ノ單純ナル委任狀交付義務ノ不履行ハ元ヨリ之ヲ委任解除ト認ムル能ハサルニヨリ當然平藏カ報酬上ノ權利ヲ喪失スヘキ結果ヲ伴フモノニアラサルコト多辯ヲ要セサルヲ以テ前陳損害ハ委任狀交付義務不履行ニヨリテ生シタル損害ト謂ヒ得サルニ反シ大字田小野カ該部分林ヲ楠田一兄ニ賣却シタル行爲ハ平藏ヲシテ委任ノ目的ヲ達スル能ハサラシメタルモノニシテ平藏ハ之カ爲ニ得ヘキ報酬ノ利益ヲ喪フコト洵ニ明白ナレハ本件損害賠償ノ債權ハ明治二十六年中ニアラスシテ明治三十二年中大字田小野カ部分林ヲ楠田一兄ニ賣渡シタルトキ成立シタルモノト認メサルヘカラス

以上ノ如ク係爭部分林賣買行爲ハ明治三十年一月中ニ成立シ被控訴人ノ債權ハ其後明治三十二年中ニ成立シタルモノトスレハ係爭賣買行爲カ被控訴人ノ債權ヲ詐害ス

ヘキ謂レナキハ勿論既ニ係爭部分林賣買行爲成立ノ時期ヲ明治三十八年一月中ト認メタル以上ハ假リニ被控訴人ノ債權ハ明治二十六年中ニ成立シタルモノトスルモ係爭賣買行爲ハ大字田小野カ楠田一兄ニ前示部分林ヲ賣渡ス以前ノ事ニ屬シ然カモ一兄ニ賣渡シタル該部分林ノ價格ハ本債權ノ三倍ニ相當スルコト被控訴代理人ハ本債權成立ニ關スル主張ニヨリ明白ナレハ大字田小野ハ係爭賣買行爲ノ當時尙被控訴人ノ債權ヲ辨濟スルニ十分ナル資產ヲ有シ居リタルモノト謂フヘク從テ係爭部分林賣買行爲ハ被控訴人ノ本訴債權ヲ詐害シタルモノニアラスト認メサルヘカラス（長崎控訴院三年(ネ)第五七號三年九月廿六日民事部淺沼裁判長松田吉村各判事判決）

【判決事項】

(一)件名　詐害行爲取消請求事件(二)原審　熊本地方裁判所(三)訴訟關係人　控訴人楠田郁太郎訴訟代理人辯護士林榮三楠田義任被控訴人近藤喜蘇訴訟代理人辯護士山隈康

【二點參照學說】

川名博士

法律行爲ノ成立要件ト其效力要件トハ之ヲ區別スルコトヲ要ス成立要件ヲ缺クトキハ法律行爲存在セス效力要件ハ成立シタル法律行爲カ其效力ヲ生スル必要條件ナリ之ヲ缺クトキハ完全ニ法律行爲ノ效力ヲ生セス或事項カ法律行爲ノ成立要件ナルカ又ハ效力要件ナルカハ法律ノ規定ノ解釋ニ依リテ定マル或物ヲ受取ルコトハ使用貸借消費貸借又ハ寄託契約ノ成立要件ニシテ效力要件ニアラス本人ノ追認ハ代理ニ於ケル法律行爲ノ效力要件ニシテ成立要件ニアラス遺言者ノ死亡ハ遺言ノ效力要件ニシテ成立要件ニアラス屆出ハ婚姻契約ノ成立要件ニシテ效力要件ト見サルヲ正當ト考フ（法學博士川名兼四郎氏日本民法總論一八六頁）

【三點參照學說】

横田博士

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

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

石坂博士

二　取消權ハ債權者ヲ保護スルヲ目的トスルカ故ニ取消權發生ノ要件トシテ債權者カ債務者ノ行爲ニ因リテ損害ヲ受ケタルコトヲ要ス法典ハ「單ニ債務者カ債權者ヲ害スルコトヲ知リテ」ト云ヒ債務者ノ行爲カ現實ニ債權者ヲ害スルノ結果ヲ生セルコトヲ要スル旨ヲ明示スル所ナシ然レトモ取消權ノ目的ヨリ論シ現實ニ債權者ニ損害ヲ生スルヲ以テ取消權發生ノ要件ト爲ササルヲ得ス（法學博士石坂音四郎氏日本民法債權編七〇三頁）債務者ハ其行爲ノ結果カ債權者ヲ害スヘキコトニ對シ觀念アルコトヲ要ス（同上七〇八頁）

法律行爲ニ付キ其成立ニ必要ナル條件ト效力發生ニ必要ナル條件トヲ區別シ得ルコト及ヒ大林區署長ノ許可カ本件賣買ノ效力要件ナルコトハ本判決所論ノ如シト雖モ前者ノミヲ備ヘテ未タ後者ヲ備ヘサル法律行爲カ取消ノ目的タリトスルノ點ニ至テハ之ヲ首肯スルコトヲ得ス蓋シ詐害行爲ノ取消ハ法律行爲ノ效力ノ發生ニ因リ債權者ヲ害シタル場合ニ於テ其行爲ヲ無效タラシメ行爲ナカリシト同一狀態ニ復歸セシムルヲ目的トスルモノナルヲ以テ假令法律行爲成立ノ條件ヲ具フルモ未タ其效力ヲ發生セサルモノハ之ヲ取消スノ要ナク又理論上之ヲ取消シ得ヘキモノニアラサレハナリ詳言スレハ民法第四二四條ニ所謂法律行爲トハ效力發生條件ヲ具ヘタル法律行爲ナリ同條ニヨリ取消シ得ヘキ法律行爲ハ其行爲ノ存在ニ因リ債權者ノ債權ヲ害スルモノタルヲ要ス然ルニ未タ其效力ヲ發生セサル事案ノ行爲ハ其存在ニ因リ何等債權者ヲ害スヘキモノニアラサレハ

ナリ若シ判決ノ所論ニ從ハンカ本件賣買カ未タ大林區署長ノ許可ヲ得サルモ債權者ハ其取消ヲ求ムルコトヲ得ルモノト謂ハサルヘカラス民法第四二四條ニハ固ヨリ法律行爲ノ取消ト規定スルモ之ヲ以テ法律行爲ノ效力ヲ消滅セシムルノ謂ニアラスシテ其成立ヲ消滅セシムルト解スルハ取消ノ語中ニ效力ヲ遡及的ニ消滅セシムルノ意ヲ含蓄セルヲ看過シタル論ナリ法律行爲自體ハ如何ニシテ之ヲ消滅セシムルヲ得ンヤ

然リト雖モ債務者カ其債權者ヲ害スルコトヲ知リタルヤ否ヤヲ決スヘキ標準時期如何ノ問題ハ別ニ之ヲ考察スルコトヲ要ス而シテ此問題ニ付テハ法律行爲成立ノ時ト解スルヲ相當トス蓋シ效力發生條件ハ行爲成立條件ノ外ニ存シ且ツ債務者ノ意思ノ善惡ハ行爲自體成立ノ時ニ決スルヲ以テナリ

以上述ヘタル所ニ依リ法律行爲ノ成立ト效力ノ發生トカ時ヲ異ニスル場合ニ於テ吾人ハ債務者ノ行爲カ債權者ヲ害スルヤ否ヤノ客觀的事情ハ法律行爲ノ效力發生當時ヲ標準トシ又債務者カ之ヲ知リタルヤ否ヤノ主觀的事情ハ法律行爲ノ成立當時ヲ標準トシテ各之ヲ觀察シ此兩個ノ事情カ積極ニ認定セラレタルトキニ於テ其法律行爲ノ取消ヲ認メント欲ス故ニ此點ニ於ケル判決ノ見解ハ吾人ノ賛同セサルトコロナリ然レトモ判決ハ事案ノ場合債權者ノ債權ハ其取消スヘキ行爲ノ後ニ生シタルモノ（其行爲ニ因リ害セラルヘキ債權ノ存在ニ關シ何等ノ主張ナシ）ナルコト假リニ行爲以前ニ債權生シタルモノトスルモ事案ノ行爲ハ債權者ノ債權ヲ害スヘキモノニアラス從テ本訴債權ヲ詐害シタルモノニアラスト認定セルヲ以テ結局ニ於テ判決ハ正當ナルヘシ

（二一五）

四九二 辨濟ノ提供ハ其提供ノ時ヨリ不履行ニ因リテ生スヘキ一切ノ責任ヲ免レシム

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

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

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

競賣法二二 不動產ノ競賣ハ留置權者、先取特權者、質權者、抵當權者其他民法ノ規定ニ依リテ競賣ヲ爲サントスル者ノ申立ニ因リ不動產所在地ノ區裁判所之ヲ爲ス

（一）原告カ自己ニ債務ノ存在スルヲ認メナカラ未タ供託手續ヲ爲サス漠然自己カ將來ニ現金ヲ提供スヘキコトヲ條件トシ之ト交換的ニ抵當登記ノ抹消ヲ求ムルハ未タ發生セサル權利ニ基キ豫メ條件附ニテ給付的訴求ヲ爲スモノナルヲ以テ許スヘカラサルモノトス』

（二）契約證書ニ「乙ヨリ甲ニ設定シタル抵當權ハ現金ノ納入ト同時ニ甲ハ登記ノ抹消ヲ爲スモノトス」トアルハ債務辨濟前ニ抵當權者カ抵當權拋棄ヲ承諾シタルモノニアラスシテ辨濟ヲ前提條件トシテ直チニ登記抹消ヲ爲スヘキ旨ヲ約シ

タルモノト解スヘキヲ相當トス』

(三)債務ノ履行ニ付キ債權者カ遲滯ニ付セラレタル後ニ於テモ債權者カ其債權ノ擔保タル抵當不動産ノ競賣申立ヲ爲シタルトキハ其競賣申立ハ債務辨濟ヲ求ムルノ趣旨ヲ包含スルモノナレハ債務者ハ辨濟ノ提供又ハ供託ヲ爲スニ非サレハ履行遲滯ノ責ヲ免レス從テ相手方ハ競賣手續ノ進行ヲ拒ムコトヲ得サルモノトス』

(一)本訴ハ債務辨濟ト交換的ニ抵當登記ノ抹消ヲ請求スルモノナルヲ以テ先ツ其當否ヲ審按スルニ抑モ給付ノ訴ハ原告カ被告ニ對シ現ニ其給付ヲ求ムルコトヲ得ヘキトキニ限リ理由アルモノト云フヘク而テ抵當登記末消ノ請求權ハ債務消滅ノ後始メテ發生スルモノニシテ其消滅前ニ於テハ斯ル權利ノ存在スヘキ理由ナキコトハ抵當權ノ性質上毫モ疑ヲ容レサル所ナリ然ルニ本件ハ原告ノ主張ニ依ルモ被告ニ對シ金千二百圓ノ債務ノ尙ホ存在スルヲ認メナカラ未タ供託手續ヲ爲サス漠然自己カ將來ニ現金ヲ提供スヘキコトヲ條件トシ之ト交換的ニ抵當登記ノ抹消ヲ求ムルモノナレハ即チ未タ發生セサル權利ニ基キ豫メ條件付ニテ給付的訴求ヲ爲スモノニ外ナラス

(二)原告代理人ハ甲第一號證ヲ以テ債務辨濟ト抵當抹消ハ同時ニ履行スヘキ特約ナリト主張スルモ該證末項ニ「乙ヨリ甲ニ設定シタル抵當權ハ現金ノ納入ト同時ニ甲ハ登記ノ抹消ヲ爲スモノトス」トアルハ債務辨濟前ニ被告カ抵當權拋棄ヲ承諾シタルモノニアラス換言スレハ辨濟ヲ前提條件トシ直チニ登記抹消ヲ爲スヘキ旨ヲ約シタルニ外ナラスト解スヘキモノナレハ假リニ甲第一號證ノ如キ契約アリトスルモ右條項ハ毫モ前揭ノ論斷ヲ妨クルモノニアラス

(三)假リニ原告代理人主張ノ如ク契約期日登記所ニ於テ原告カ辨濟金ヲ提供シタルニ被告カ出頭セサル爲メ之ヲ受領セサリシ事實アリトセハ當時債權者タル被告カ一應遲滯ニ付セラレタルモノノ如クナルモ競賣申立ハ債務辨濟ヲ求ムルノ趣旨ヲ包含スルコト勿論ナレハ其後原告カ本件競賣開始決定ノ送達ヲ受ケナカラ未タ辨濟金ノ提供又ハ供託ヲ爲ササル以上ハ此以後原告ハ自ラ履行遲滯ノ責ヲ免カレサルモノト云フヲ得ヘク從ッテ競賣手續ヲ進行セラルルモ何等之ヲ拒否スヘキ理由ナキヲ以テ競賣申立取下ノ請求モ亦失當ナリ(岐阜地方三年(通)一一三號同年十月二十八日三浦裁判長淸水濵田各判事判決)

【判決事項】

(一)件名　抵當權抹消登記手續履行並不動産競賣申立取下請求事件(二)訴訟關係人　原告志津野嘉道訴訟代理人辯護士石原救被告山下廣吉訴訟代理人辯護士白木彌衛松

【一點參照學說判例】

岩田學士

一 給付ノ訴ニ依ル私權保護ノ條件ハ他人ノ爲メニ私權狀態カ不滿足ヲ受ケタルコト是ナリ將來ニ於テ私權ノ侵害ヲ受クヘキ虞アルトキト雖モ法律ノ明文ヲ以テ給付訴權ノ發生ヲ認メサルトキハ苟クモ現ニ私權不滿足ノ狀態カ發生セサル以上ハ給付訴權ハ發生スルモノニ非ス……我現行法ニ於テハ將來ノ給付ヲ求ムル訴權ハ之ヲ認メス强制執行ニ關シ養料ヲ支拂フ義務ヲ言渡ス判決ハ訴ノ提起後ノ時期ニ支拂フモノニ付テハ假執行ノ宣言ヲ爲シ得ルコトヲ規定シ又請求ノ主張カ日時ノ到來ニ繫ルトキハ其日時ノ滿了後ニ限リ强制執行ヲ始ムルコトヲ得ト規定セルヨリシテ將來ノ給付ヲ求ムル訴ヲ廣ク許シタルモノトスル說アリト雖モ此等ノ規定ハ强制執行ニ關スル規定ナルヲ以テ該規定ニ基キ給付ノ時期ノ到來セサル請求ニ付キ一般ニ給付ノ訴ヲ提起スルヲ許シタルモノト爲スヲ得サルノミナラス給付ノ訴ニ依ル私權保護ノ請求權ハ私權ノ不滿足ナクシテ發生スルモノニアラス(法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論二二四頁)

大審院

二 起訴者カ將來ニ於ケル私權ノ侵害ヲ豫期スル場合ト雖モ其豫期カ顯著ナルトキハ廣義ノ私權侵害ト看做シ其訴ヲ採用スヘキモノトス(大審院民事判決錄十二輯九二六頁)

【三點參照學說】

一 債權者ノ遲滯ノ效果ハ第一遲滯ノ時ヨリ債務者ヲシテ不履行ヨリ生スル凡テノ責任ヲ免レシム（第四九二條）其適用如何ト云ヘハ例ヘハ……債權者ハ質權抵當權解除權等ヲ實行スルコトヲ得ス（法學博士富井政章氏債權總論東大四五年度講義）

二 我法典ノ債權者ノ遲滯ニ關スル規定ハ不備ナルヲ免レス今我法典ノ規定ノ適用ヲ述フレハ（一）債務者ハ債務ノ不履行ニ因リテ生スヘキ一切ノ責任ヲ免ルル故ニ……債權者ハ質權抵當權其他ノ擔保權ヲ行使スルコトヲ得ス（法學博士石坂音四郎氏日本民法債權第二卷六三二頁）

本判決第一點ハ正當ナリ抵當登記抹消請求權ハ債務ノ辨濟アリテ始メテ發生スル權利ナルヲ以テ原告ノ訴求ノ不當ナルハ勿論ナリ此場合ハ請求權ノ行使カ反對給付ニ繫レルモノト同一ナラス全然訴訟ノ目的物タル請求權存在セサルナリ

第三點ハ誤レリ債權者カ遲滯ニアルトキハ債權者ハ抵當權ヲ行使スルコトヲ得ス從テ競賣申立ノ權ナシ故ニ斯カル申立ニ基ク競賣手續ハ之ヲ施行スヘカラサルナリ

況ンヤ競賣ノ申立ハ單ニ債權者カ裁判所ニ對シ競賣手續ノ開始ヲ求ムル執行上ノ意思表示タルニ止マリ債務者ニ對スル請求ノ趣旨ヲ包含スルモノニアラサルヲ以テ開始決定ノ送達ニ依リテ債權者ノ遲滯カ除去セラレ却テ債務者ノ遲滯ヲ生スルモノト解スヘカラサルニ於テヲヤ

（二一六）

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

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

民事訴訟法四一三 訴ノ變更ハ相手方ノ承諾アルトキト雖モ之ヲ許サス

（一）假裝賣買ヲ主張シテ詐害行爲ノ廢罷ヲ求メタル者カ賣買ハ眞正ナルモ詐害行爲ナルヲ以テ其取消ヲ求ムト改ムルモ訴ノ原因ノ變更アリト云フヲ得サルモノトス」

（二）相續ニ因リテ承繼シタル權利ハ前主ノ權利ニ優ルコトヲ得サルモノナルヲ以テ苟モ前主ノ權利取得ノ行爲カ詐害行爲ニシテ取消スヘキモノナルトキハ假令相續人ニ詐害ノ意思ナシトスルモ以テ其取消ノ請求ヲ拒ムコトヲ得サルモノトス」

（一） 被控訴人ハ控訴人カ原審ニ在リテハ假裝賣買ヲ主張シテ詐害行爲ノ廢罷ヲ求メタルニ當審ニ於テ賣買ハ眞正ナルモ詐害行爲ナルヲ以テ其取消ヲ求ムト改メタルハ訴ノ原因ノ變更ナリト云フモ控訴人ノ主張ハ原審以來被控訴人先代六右衞門及ヒ訴外今井榮之助ノ先代善八郎間ノ本件係爭ノ建物ノ賣買カ善八郎ノ債權者タル控訴人ヲ害スルヲ以テ其詐害行爲ノ廢罷ヲ求ムルニアルコト本件記錄ニヨリ明カナルヲ以テ原因ノ變更ナキモノト認ム

（二） 被控訴人ハ倘ホ自己ハ相續ニ因リ本件係爭建物ノ所有權ヲ取得シタルモノニシテ詐害ノ意思ナシト主張セリ然レトモ相續ニ因リ承繼シタル被控訴人ノ權利ハ前主

東京控訴院

ノ權利ニ優ルコトヲ得ス故ニ苟モ前主タル先代六右衞門ノ右權利取得ノ行爲カ詐害行爲ニシテ取消スヘキモノナル以上ハ假令被控訴人ニ詐害ノ意思ナシトスルモ以テ其ノ取消ノ請求ヲ拒ムコトヲ得サルハ勿論ナリ(東京控訴三六年(ネ)第七〇七號三年十一月廿六日民三部松岡裁判長成道小川判事判決)

【判決事項】

(一)件名　詐害行爲廢罷貸金請求事件(二)訴訟關係人　控訴人武田應助右訴訟代理人辯護士小木曾庄吉丸山長渡國重貞熊篠原義男須田義之被控訴人今井百太郎訴訟代理人辯護士秋山襄

【一點參照學說例】

擔保ノ目的ヲ以テセル賣買ナルコトヲ主張シタル事實明カナルトキハ最初虛僞ノ賣買ナリト主張シ後ニ信託的賣買ナリト陳述スルモ訴ノ原因ヲ變更シタルモノト謂フコトヲ得ス(東京控訴院判決本書第二卷民訴一四八頁)

川名博士

【二點參照學說例】

轉得者ト云ヘハ所謂特定承繼人ヲ意味スルニ外ナラス我カ民法ニ於テハ相續人又ハ之ト同視スヘキ承繼人例ヘハ包括受遺者ト云フモノハ常ニ被相續人又ハ遺贈者ト同一人也從テ同一ニ之ヲ取扱ハサルヘカラスト云フ觀念カ民法ノ全體ニ亘レリ其觀念ノ誤レルコトハ勿論ナレトモ其精神ニヨリテ生シタル規定ナレハ玆ニ轉得者ト云フモノハ相續人等ヲ包含セサルモノト解セサルヘカラス……故ニ我民法ニ承繼人トハ言ハスシテ轉得者ト稱シタル也即チ相續人ノ如キ承繼人ヲ除外セントスルノ主意ニ出ツ(法學博士川名兼四郎氏債權總論下卷東大講義三六頁)

至當ノ見解ト信ス尙訴ノ原因ノ意義並ニ變更ニ關スル學說判例ニ付テハ第三卷民訴七六頁ヲ參照セラレタシ

――(二一七)――

嘉山學士

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

取消シ得ヘキ行爲ハ初ヨリ有效ナル行爲ナリ故ニ其行爲ノ追認ニ因リ第三者ノ權利ヲ害スヘキ場合アルノ理ナシ』

取消シ得ヘキ行爲ハ初ヨリ有效ナル行爲ナリ唯取消權者ニ於テ取消權卽チ取消ノ意思表示ヲ爲シテ其行爲ヲ初ヨリ無效トスルノ形成權ヲ有スルノミ追認ハ取消權ノ拋棄ニシテ取消權消滅ノ一方法ナレハ追認ノ效果モ亦此外ニ出テス第一二二條ノ法文ハ措辭穩當ナラサルモ追認アリタルトキハ取消シ得ヘキ行爲ニ因リ初ヨリ生シタル效力ハ最早動スヘカラサルモノニ確定ストノ意義ナリト解釋スヘシ斯ノ如ク取消シ得ヘキ行爲カ初ヨリ效力ヲ有スルハ追認ニ因ルモノニアラストセハ追認カ第三者ノ權利ヲ害スヘキ場合アルノ理ナシ(法學士嘉山幹一氏法學新報第二五卷第一號八五頁以下要領)

富井博士

【參照學說】

一　追認ノ效果ハ取消シ得ヘキ行爲ヲ完全ノモノト爲スコト卽チ將來ニ取消權ヲ消滅セシムルニ在リ蓋其行爲ハ本來有效ニ成立セルモノニシテ追認ニ因リ始メテ其效力ヲ生スルニ非ス然リト雖モ一タヒ之ヲ追認スルトキハ恰モ當初ヨリ完全ナル行爲ノ如クニ其效力カ確定スルニ至ルモノナリ民法第一二二條ニ「初ヨリ有效ナリシモノト看做ス」ト曰ヒ恰モ追認ノ遡及效ニ因リテ有效ノ行爲ト爲ル如クニ規定セルハ聊カ語弊ナキニ非スト雖モ立法ノ趣旨ハ從來有效ノ行爲トシテ生シタル效果ニ毫モ變更ヲ來ササルコトヲ示スニ在ルモノト解スヘシ(一二二條、佛一三三八條三項、獨一四八條一項)然リト雖モ此原則ニハ一ノ制限アリ第三者ノ權利ヲ害スヘカラサルコト卽チ之ナリ(同條但書、佛一三三八條三項末文、獨一八四條二項)例ヘハ此ニ甲ナル未成年者乙ニ或不動產ヲ賣却シ成年ニ達シタル後更ニ之ヲ丙者ニ賣却シ後ニ至リテ前ノ賣買ヲ追認シタリト假定スヘシ若此追認カ第三者タル丙ニ對シテモ其效力ヲ生スルモノトセハ丙ハ不當ニモ其取得シタル權利ヲ失フニ至ルヘシ固ヨリ甲乙間ノ賣買ハ本來不成立ナルニハ非スト雖モ亦追認ナキ間ハ取消シ得ヘキモノナルコト忘ルヘカラス果シテ

梅博士

然ラハ甲ニシテ詐欺者ニ非サル限ハ後ノ讓渡ニ依リテ丙ノ爲メ暗默ニ追認權ヲ抛棄シタルモノト見ルヘキナリ然リト雖モ是單ニ第三者ヲ保護スル爲メ追認ノ效果ヲ制限シタルモノニ過キス當事者間ニ於テ追認其モノカ無效ト爲ルニハ非ス故ニ前例ノ場合ニ於テモ甲ハ乙ニ對シテ追奪擔保ノ責任ヲ免ルルコトヲ得サルナリ(法學博士富井政章氏著民法原論第一卷四七六頁)

二 此原則ニ一ノ例外アリ他ナシ第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得サル是ナリ例ヘハ取消シ得ヘキ賣買ニ於テ取消權ヲ有スル賣主カ追認ヲ爲ササル前其賣却シタル權利ヲ更ニ第三者ニ賣却スルトキハ後日其取消權ヲ抛棄シ前ノ賣買ヲ追認スルモ此追認ハ毫モ後ノ買主ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス故ニ後ノ買主カ得タル權利ハ法律上完全ナルモノニシテ前ノ買主ハ終ニ其權利ヲ失フヘキノミ又例ヘハ取消シ得ヘキ行爲ヨリ生シタル債務ヲ善意ニテ保證シタル者ハ主タル債務者カ有スル取消權ノ利益ヲ受クヘキ者ナリ(四四九參觀)然ルニ主タル債務者ニ於テ隨意ニ其行爲ヲ追認スルコトヲ得ルモノトセハ保證人ノ權利ヲ害スルコト甚シ故ニ此追認保證人ニ對シテハ全ク效ナキモノニシテ保證人ハ右ノ追認アリタルニ拘ハラス其取消權ヲ援用スルコトヲ得ヘキノミ(法學博士梅謙次郎氏著民法要義卷二八四頁)

平沼博士

三 右ノ效果ニ對シテハ民法第一二二條但書ヲ以テ一ノ制限ヲ加ヘ之ニ因テ第三者ヲ害スルコトヲ得サルモノト爲ス即追認カ效力ヲ生スルニ因リ取消シ得ヘキ行爲カ有效ト爲ルモ第三者ノ利益ノ爲メニハ取消權カ抛棄セラレサリシト同一ニ取扱ハル、ナリ例ヘハ甲ナル無能力カ乙ニ物ヲ讓渡シ其能力者ト爲リタル後更ニ之ヲ丙ニ讓渡シ然ル後乙ニ對シテ爲シタル讓渡ノ行爲ヲ追認シタリトセヨ若シ追認ノ效力カ丙ニ對シテ生スヘキモノトセハ丙ハ物ノ上ニ得タル權利ヲ失ハサルヘカラス此ノ如キハ第三者ヲ不當ニ害スルモノナリ甲カ乙ニ對シテ爲シタル讓渡ヲ追認スルノ意思ヲ有シナカラ丙ニ讓渡ヲ爲スハ權利ヲ附與シナカラ後ニ至リ之ヲ奪フヘシト云フニ同シ論理ヲ貫徹スルカ爲メ此ノ如キ效果ヲ生スルコトハ無論之ヲ避ケサルヘカラス仍テ此ノ如キ場合ニ於テ假令乙ニ對シテ追認ノ意思表示ヲ爲スモ其效果ヲ丙ニ及ホスヘカラサルモノト爲ス(法學博士平沼騏一郎氏著民法總論六〇四頁)

岡松博士

四 未成年者甲カ獨斷ニテ物件ヲ乙ニ讓渡シ之ヲ引渡ササル前法定代理人ノ同意ヲ得テ又其物件ヲ丙ニ讓渡シ而シテ後成年ト爲ルニ迨ヒ乙ニ對スル讓渡ヲ追認セリ丙ハ其物ノ所有權ヲ得乙ハ甲ヨリ自己ニ對シテ爲シタル追認ニ因リ當初ヨリ所有權ヲ有スルト主張シ丙ヨリ其物件ヲ追奪スルコトヲ得ス但唯第三者ノ權利ヲ害スル能ハサルノミニシテ其追認ハ素ヨリ有效ナリ從テ當事者間ニ於テハ其法律行爲ハ尚ホ當初ヨリ有效ナルモノト看做サル故ニ前例ノ場合ニ於テハ甲ハ乙ニ對シテ追奪擔保ニ依リ責任ヲ負ハサル可ラス(法學博士岡松參太郎氏著民法理由總則編二七六頁)

松波、仁保、仁井田三博士

五 一旦取消權ノ抛棄ニ依ツテ取消シ得ヘカラサルモノト爲リタルトキハ其效力ヲ確定シ初ヨリ完全ナル効力ヲ生シタルモノト看做サルモノトス本條ニ所謂初ヨリ有效ナリシモノト看做ストハ畢竟此意ニ外ナラス追認ニ依リ既往ニ遡リテ效力ヲ生スト云フノ意ニ非サルナリ(法學博士松波仁一郎氏同仁保龜松氏同仁井田益太郎氏合著民法正解總則編六八八頁)

川名博士

六 取消シ得ヘキ法律行爲ノ追認ハ其取消權ヲ抛棄スル旨ノ意思表示ナリ故ニ取消權ヲ有スル者ニアラサレハ爲ス事ヲ得ス但シ代理人ヲシテ爲サシムル事ヲ得ルハ勿論ナリ故ニ其性質上將來ニ向ツテ其行爲ハ取消シ得ヘカラサルモノトナルヘシ然シナカラ民法ハ追認ニ遡及ノ效力ヲ與ヘ其行爲ハ初メヨリ取消シ得ヘカラサリシモノトス猶ホ之カ爲メニ第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得サル旨ヲ定ム其理由ヲ見出シ其例ヲ求ムルニ苦シム(法學博士川名兼四郎氏著民法總論二七九頁)

中島博士

七 追認ハ取消權ノ抛棄ナルカ故ニ其效力ハ當然既往ニ遡リ追認セラレタル行爲ハ始メヨリ完全ナリシモノト看做サル即チ追認ノ時ニ於テ新ナル行爲ヲナシタルモノト見ル可キニ非サルナリ追認ノ遡及效ハ當事者間ニ於テハ絕對的ナリト雖モ之ニヨリ第三者ノ權利ヲ害スルヲ得ス例ヘハ未成年者カ債權ヲ第三者甲ニ讓渡シ法定代理人之ヲ追認シタリトス然ルニ法定代理人ハ未成年者ノ讓渡後追認前ニ於テ之ヲ他ノ第三者乙ニ讓渡シタル事實アリトス然ルトキハ追認ノ效力カ遡及スル結果甲ニ對スル讓渡ハ確定的ニ有效トナリ乙ニ對シテ讓渡ヲナシタル時ニ於テハ讓渡人ハ權利者ニ非サルカ故ニ乙ニ對スル讓渡ハ無效タル可キニ似タリ然シナカラ本條但書ノ結果乙ノ權利ハ之ニヨリ影響ヲ受ケス(法學博士中島玉吉氏著民法釋義卷ノ一、六八三頁)

松岡學士

八 追認ハ取消權ノ抛棄ナルヲ以テ取消シ得ヘキ行爲ノ追認アリタルトキハ其行爲ハ初ヨリ有效ナリシモノト看做サル故ニ取消シ得ヘキ行爲ハ當初ヨリ完成シタル行爲ト同一ノ效力ヲ有シ更ニ之ヲ取消スコトヲ得ス然レトモ之カ爲メニ第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス是取引ノ安全ヲ保護スルカ爲メナリ例ヘハ未成年者甲カ乙ニ不動產ヲ讓渡シ又成年ニ達シタル後同一不動產ヲ丙ニ讓渡シ且甲乙間ノ讓渡ヲ追認シタルトキハ此追認ハ丙カ甲乙間ニ成立シタル行爲ノ取消シ得ヘキコトヲ知ルトキト雖丙ノ權利ヲ害セサルカ如シ(丙ハ甲乙間ノ行爲ノ取消ヲ豫想シテ甲ト取引ヲ爲シタレハナリ)(法學士松岡義正氏著民法總論則五七二頁)

飯島學士

九 追認トハ取消シ得ヘキ行爲ニ付キ取消權者カ其取消權ヲ抛棄スル一方的意思表示ヲ云フ追認ノ效力ハ取消シ得ヘキ行爲ヲ初ヨリ有效ナラシムルニ在リ換言スレハ追認ニ因リ其法律行爲ヲ何等瑕疵ナクシテ成立シタルト同一タラシムルナリ左レハ自稱代理人ノ行爲ト追認ト其性質效力ヲ異ニスルコト明カナルヘシ斯ノ如ク追認モ亦遡及效ヲ生スルモノナリト雖モ之カ爲メ第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得サルモノトス(法學士飯島喬平氏著民法要論二一三頁)

鳩山學士

一〇 第三者ノ權利ト言フハ正當ニ取得セラレタル第三者ノ權利ニシテ追認ノ遡及效ニ因リテ性質上侵害セラルヘキモノノ總テヲ包含ス學者ハ本條ノ例トシテ擧ケテ曰ク未成年中ニ土地ヲ賣却シ成年トナリタル後之ニ付テ抵當權ヲ設定シ又ハ更ニ之ヲ賣却シタル場合ニ於テ第一ノ賣買ノ追認ハ第二ノ買主又ハ抵當權者ノ權利ニ損害ヲ與フヘシ之レ即チ本條但書ノ適用ニヨリテ豫防セラルヘキ場合ナリト其理論ニ於テ取消シ得ヘキ行爲ノ性質ニ反シ且其結果ニ於テ第三者ノ保護ニ偏重スルノ嫌アルハ上述ノ如シト雖モ本條但書カ主トシテ上記ノ如キ特定承繼人ノ保護ノ爲メニ設ケラレタルモノナルコトハ疑フコトヲ得ス反之取消權者ノ債權者ノ如キハ假令追認ニ因リテ事實上不利益ヲ被ルコトアリトスルモ之レカ爲ニ債權其ノモノヲ失フモノニアラサレハ本條ニ所謂權利ヲ害セラルルモノト言フ能ハサルモノト信ス(法學士鳩山秀夫氏著法律行爲乃至時效四二七頁)

然リ取消シ得ヘキ行爲ハ初ヨリ有效ナル行爲ニシテ追認ニ因リテ始メテ有效ナル行爲ト爲ルモノニアラス又追認ハ取消シ得ヘキ行爲ヲ完全ノモノト爲スニ外ナラスシテ單ニ將來ニ取消權ヲ消滅セシムルニ存シ無效ノ行爲ヲ追認ニ因テ有

効ナラシムルモノニアラス故ニ取消シ得ヘキ行爲ハ若シ取消權者カ取消權ヲ行使シタランニハ第三者ニ於テ利益ヲ受クルコトアルヘキニ止マル然レトモ取消權者ハ第三者ノ爲メニ取消權ヲ行使セサルヘカラサルノ關係ニ立ツモノニアラサルヲ以テ理論上ハ追認ニ因リ第三者ノ權利ヲ害スルノ理ナキモノタルヤ勿論ナリ然レトモ民法第一二二條但書ハ一般學者ノ設例ノ如キ特定承繼人ノ保護ノ爲メニ設ケラレタルモノナルコトハ之ヲ疑フヲ得ス故ニ吾人ハ理論ニ於テハ學士ノ見解ノ是ナルヲ信スルモ解釋トシテハ猶通說ニ從ヒ例ヘハ甲ナル未成年者乙者ニ或不動產ヲ賣却シ成年ニ達シタル後更ニ之ヲ丙者ニ賣却シ後ニ至リテ前ノ賣買ヲ追認スルモ此追認ノ效力ハ第三者タル丙ニ對シテハ其效力ヲ生セサルモノト解スルノ外ナキヲ信ス從テ此ノ點ニ關シテハ未タ遽ニ承服スルヲ得サルナリ

學士ハ一般學者ト同シク取消シ得ヘキ行爲ノ追認ヲ以テ單ニ取消權ノ拋棄ト說明セラルルモ是レ果シテ正當ナル見解ナルカ聊カ疑ナキ能ハス蓋シ取消シ得ヘキ行爲カ意思表示ニ瑕疵アル場合ナルトキハ固ヨリ異論ナキモ取消シ得ヘキ行爲カ無能力ニ因ルモノナルトキハ尙ホ考究スヘキ點ナキニアラサルヤヲ信スレハナリ今追認ヲ以テ通說ノ如ク常ニ取消權ノ拋棄ナリト解セハ若シ妻ノ爲シタル取消シ得ヘキ行爲ヲ夫カ追認シタル場合ハ如何ナル效果ヲ生スヘキカ換言セ

ハ夫ノ追認後妻カ其妻タル身分ヲ失ヒタルトキハ妻ハ猶ホ取消權ヲ有スルヤ否ヤ學士ノ見解ニヨラハ妻ハ當然取消權ヲ有スト結論スルノ外ナカルヘシ何トナレハ妻ノ行爲ニ對スル夫ノ取消權ハ妻ノ取消權ヲ行使スルノ權利ニアラスシテ妻ノ取消權以外ニ獨立シテ有スル權利ナルハ一般學者ノ是認スルトコロナルト同時ニ又取消權ノ拋棄ハ取消權者カ自己ノ有スル取消權ヲ拋棄スルニ過キスシテ他人ノ有スル取消權ヲ拋棄スルノ謂ニアラサルコトモ共ニ是認スルトコロナリ故ニ追認ヲ以テ單ニ取消權ノ拋棄ナリトセハ夫ハ自己ノ有スル取消權ハ之ヲ拋棄スルヲ得ルモ妻ノ有スル取消權ハ之ヲ拋棄スルヲ得サルノ理ナレハナリ或ハ夫ノ追認ハ自己ノ取消權ヲ拋棄スルト同時ニ妻ノ取消權ヲモ拋棄スルノ效果ヲ生スルモノナリト論スルアランモ斯クノ如キハ法律ノ規定アルニアラサレハ到底爲シ得サル論ナリ果シテ然ラハ妻タリシ者ハ其ノ夫タリシ者カ既ニ追認ヲ爲シタルモノナルニ拘ハラス猶ホ取消權ヲ行使シ得ルモノナリヤ又若シ然リトセハ夫ノ追認ハ單ニ夫ニ對シテノミ完全ナル行爲タルノ效力ヲ有スルニ過キサルモノナルカ又ハ時效完成以前ニ妻ノ取消權ノ行使ナキヲ條件トシテ追認ノ效果ヲ生ストナスヘキカ或ハ其他ノ效力ヲ有スルモノト解スヘキカ夫ノ追認ト妻タリシ者ノ取消トノ效力如何等疑問百出スルヲ免レサルヘシ知ラス學士ハ之ヲ如何ニ解決セラルルカ

（二一八）

九七三 九七〇 法定ノ推定家督相續人ハ其姉妹ノ爲メニスル養子緣組ニ因リテ其相續權ヲ害セラルルコトナシ
五　被相續人ノ家族タル直系卑屬ハ左ノ規定ニ從ヒ家督相續人ト爲ル
　前四號ニ揭ケタル事項ニ付キ相同シキ者ノ間ニ在リテハ年長者ヲ先ニス
　養子緣組ニ因リテ嫡出子タル身分ヲ取得シタル者ハ家督相續ニ付テハ其嫡出子タル身分ヲ取得シタル時ニ生レタルモノト看做ス
八六〇 養子ハ緣組ノ日ヨリ養親ノ嫡出子タル身分ヲ取得ス
八三九 法定ノ推定家督相續人タル男子アル者ハ男子ヲ養子ト爲スコトヲ得ス但女婿ト爲ス爲メニスル場合ハ此限ニ在ラス

婿養子ハ緣組後ニ生レタル實男子ニ先チテ養親ノ家督相續人タルコトヲ得サルモノトス』

法定ノ推定家督相續人ハ其姉妹ノ爲メニスル養子緣組ニ因リテ其相續權ヲ害セラルルコトナキヲ以テ被相續人ハ其姉ノ婿養子タル者ノ爲メニ相續權ヲ奪ハルヘキニ非サルナリ固ヨリ養子ハ養親ノ嫡出子タル身分ヲ取得シ其身分ニ基キ相續ノ權利アルヘシト雖モ長女ノ婿養子タル者ハ男子タルノ故ヲ以テ長女ニ代ハリテ相續スルヲ得ヘキモ被相續人ノ實男子タル者ハ其姉ヲ排シテ相續ヲ爲シ得ヘキ地位ニ在ル者ナルカ故ニ實男子ニ先ンスルヲ得サル姉ノ配偶者カ實男子ヲ排シテ相續人タルヘシトスルハ民法第九七三條規定ノ主旨ニ反スルモノト謂ハサルヘカラス（法曹記事第二四卷第一二號七五頁）

【參照學說】

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

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

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

四　法定ノ推定家督相續人カ女子ナル場合ニ單純ニ男養子ヲ爲シタルトキ若クハ婿養子ヲ爲シタルトキハ其養男子ハ家督相續人タルヘキカ故ニ此場合ニ於テハ法定ノ推定家督相續人ハ養子緣組ノ爲メニ相續權ヲ害セラルヘシ第九七三條ハ法定ノ推定家

柳川學士
島田學士

督相續人ハ其姉妹ノ爲メニスル養子緣組ニ因リテ相續權ヲ害セラルルコトナシト云フヲ以テ若シ同條ノ規定ナクンハ姉妹ノ爲メニスル養子緣組ノ爲メニ相續權ヲ害セラルルコトアルヘキ相續人ヲ保護センカ爲メニ設ケラレタルモノト云フヘク而シテ姉妹ノ爲メニスル養子緣組ニ因リテ相續權ヲ害セラルヘキ者ハ養子緣組後ニ生マレタル實男子ニ若クモノアルナシ故ニ同條ニ所謂法定ノ推定家督相續人トハ之ヲ指稱スルモノト解スルヲ相當トスヘシ例之ハ一男一女ヲ有スル者カ其女子ノ爲メニ婿養子ヲ爲シタル後次男出生シ家督相續開始前ニ其長男死亡シタルカ如キ場合ニ於テハ次男ハ本條ノ規定ニヨリ家督相續人ト爲ルヘク又二人若クハ三人ノ女子ヲ有スル者カ其次女ノ爲メニ婿養子ヲ爲シタル後長男生シタルトキハ其男子ハ同シク家督相續人ト爲ルヘキカ如シ斯ノ如クシテ初メテ同條立法ノ趣旨貫徹スルコトトナルハ勿論家督相續カ血統相承クルヲ以テ本義トスルノ精神ニモ適合スト謂フヘキナリ（法學士牧野菊之助氏著相續法論一三二頁）

五 此規定ハ男子カ庶子ニシテ推定家督相續人タルトキ若クハ推定家督相續人カ女子ナルトキニ限リ實益アリ（法學士柳川勝二氏講述相續法一二〇頁）

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

吾人モ亦本決議ト同シク婿養子ハ實男子ニ先チテ家督相續人タルヲ得スト解スルモノナリ蓋シ民法第九七三條ヲ設ケタル趣旨ヲ案スルニ婿養子ノ家督相續順位ハ其配偶者タル者ノ地位ニ代ハリテ存スト爲シタルモノトナスノ妥當ナルヲ信スレハナリ

論者或ハ同條ヲ解シ同條ニヨリ相續權ヲ保護セラルルモノハ養子緣組ヲ爲ス當時ニ於ケル法定ノ推定家督相續人ヲ指稱スルモノニシテ事案ノ如キ場合ヲ規定シタルモノニアラスト論スルアランモ失當ナリ何トナレハ同條ニ於テ保護セラレタル所謂法定推定家督相續人如何ハ家督相續開始當時ニ於テ決スヘキモノニ

シテ緣組當時ニ於テ定ムヘキモノニアラサレハナリ若シ然ラスシテ之ヲ反對ニ解センカ茲ニ一男一女ヲ有スル甲者アリ其女ノ爲メ佳婿ヲ得セシムルノ目的ヲ以テ乙者ヲ婿養子トセリ然ルニ其後二男丙出生シ後長男死亡シ甲者亦次テ死亡セリ斯カル場合甲者ノ實男子タル丙者ハ婿養子タル乙者ノ爲メ遂ニ家督相續ヲ爲スコトヲ得サルニ至リ獨リ血統相承ヲ目的トスル民法ノ本義ニ反スルノミナラス甲者乙者ノ意思ニモ相反スルノ不都合ナル結論ニ逢著セン固ヨリ本決議ノ場合ノ如キ單ニ長女ノミ存スル場合ニシテ而モ若シ其緣組カ戸主ノ老身又ハ病弱ノ爲メ一家ノ生活ヲ保持スルノ必要上眞ニ家督相續人タラシムルノ目的ヲ以テ婿養子緣組ヲ爲シ又婿養子ノ努力奮勉ノ效ニヨリ巨萬ノ財ヲ累ヌルヲ得タルカ如キ場合偶々其後實子出生シタルヲ以テ其相續權ヲ得サルカ如キハ婿養子ノ爲メ酷ナルト共ニ聊カ古來ノ慣習ニモ反スルノ嫌ナキニアラサルモ民法ハ何等此ノ間ノ區別ヲ爲ササルヲ以テ解釋トシテハ又如何トモ爲スヲ得ス又斯クノ如キハ其緣組ヲ爲スニ當リ多少手續ノ複雜ヲ來スコトナキニ非サルモ之ヲ婿養子ト爲スヲ止メ養子緣組ト婚姻トヲ別個ニ行ヒ以テ救濟スル方法ナキニアラサレハナリ

（二一九）

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

第四百六十七條ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス

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

五〇一 前二條ノ規定ニ依リテ債權者ニ代位シタル者ハ自己ノ權利ニ基キ求償ヲ為スコトヲ得ヘキ範圍内ニ於テ債權ノ效力及ヒ擔保トシテ其債權者カ有セシ一切ノ權利ヲ行フコトヲ得但左ノ規定ニ從フコトヲ要ス

一 保證人ハ豫メ先取特權不動産質權又ハ抵當權ノ登記ニ其代位ヲ附記シタルニ非サレハ其先取特權不動産質權又ハ抵當權ノ目的タル不動産ノ第三取得者ニ對シテ債權者ニ代位セス

二 第三取得者ハ保證人ニ對シテ債權者ニ代位セス

三 第三取得者ノ一人ハ各不動産ノ價格ニ應スルニ非サレハ他ノ第三取得者ニ對シテ債權者ニ代位セス

四 前號ノ規定ハ自己ノ財産ヲ以テ他人ノ債務ノ擔保ニ供シタル者ノ間ニ之ヲ準用ス

五 保證人ト自己ノ財産ヲ以テ他人ノ債務ノ擔保ニ供シタル者トノ間ニ於テハ其頭數ニ應スルニ非サレハ債權者ニ代位セス但自己ノ財産ヲ以テ他人ノ債務ノ擔保ニ供シタル者數人アルトキハ保證人ノ負擔部分ヲ除キ其殘額ニ付キ各財産ノ價格ニ應スルニ非サレハ之ニ對シテ代位ヲ為スコトヲ得ス

右ノ場合ニ於テ其財産カ不動産ナルトキハ第一號ノ規定ヲ準用ス

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

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

（一）代位辨濟トハ他人ノ債務ヲ辨濟スル者カ債權者ノ有セシ權利ヲ自己ノ為メニ行フコトヲ得ル效果ヲ『生スヘキ辨濟ニ外ナラス』

（二）辨濟ニ因リ債權者ニ代位スル債權者ノ有セシ權利ハ實際辨濟ニ因リ消滅シタルニ拘ハラス法律カ其代位者ノ利益ノ為メ之ヲ消滅セサルモノト看做シ其代位者ヲシテ自己ノ為メニ之ヲ行使スルコトヲ得セシムルモノトス』

（三）民法第四九九條ニ債權者ノ承諾ヲ得テ之ニ代位ストハ債權者トノ契約ニ因リ之ニ代位スルノ謂ニシテ單ニ債權者カ代位ヲ承認スルノ謂ニアラス』

（四）債權ノ效力タル權利ト雖モ代位者カ債務者ニ對シテ求償ヲ為スカ為メニ必要ナラサルトキハ代位者ハ之ヲ行フコトヲ得サルモノトス故ニ契約ノ不履行ニ因ル契約解除ノ權利ハ債權ノ效力ナリト雖モ代位者ハ之ヲ行フコトヲ得ス』

代位辨濟トハ他人ノ債務ヲ辨濟スル者カ債權者ニ代位スル效果ヲ生スヘキ辨濟ヲ謂フ他人ノ債務ヲ辨濟スル者ノ代位ハ其辨濟カ債權者ノ有セシ權利ヲ自己ノ為メニ行フニ在リ故ニ代位辨濟ハ他人ノ債務ヲ辨濟スル者カ債權者ノ有セシ權利ヲ自己ノ為メニ行フコトヲ得ル效果ヲ生スヘキ辨濟ニ外ナラサルナリ

代位辨濟ハ第三者カ任意ニ債務者ノ債務ヲ辨濟シタル場合ニノミ之ヲ認ムヘキモノト謂フ可ラス第三者カ强制執行ニ因リ又ハ物上擔保權ニ基ク競賣ニ因リ自己ノ財産ヲ以テ債權者ノ債務ヲ辨濟シタル場合ニ於テモ亦代位辨濟ヲ認ムヘキモノトス

辨濟ニ因リ債權者ニ代位スル者ハ債權者ノ有セシ權利ヲ自己ノ為メニ行使スル權利ヲ有スルモノトス然レトモ債權者ノ有セシ債權及ヒ其從タル權利ハ辨濟ニ因リテ消滅スルモノナルカ故ニ辨濟ニ因リ債權者ニ代位スル者カ債權者ノ有セシ權利ヲ自己ノ為メニ行使スルコトヲ得ヘシトセハ其權利ハ實際消滅シタルニ拘ハラス法律カ其代位者ノ利益ノ為メ之ヲ消滅セサルモノト看做シ其代位者ヲシテ自己ノ為メニ之ヲ行使スルコトヲ得セシムルモノニ外ナラスト謂フヘシ故ニ之ヲ承繼スルモノト謂フヘカラス從テ辨濟ニ因ル代位ハ債權者ノ權利カ債務者ノ為メニ其債務ヲ辨濟シタル者ニ移轉スルコトヲ指スモノニ非サルヲ知ルヘシ

債權者ノ權利相續ノ假想ハ代位者ノ利益ノ為メニノミ存在スルモノナルカ故ニ債權

者カ其ノ有セシ權利ヲ再ヒ行使スルコトヲ得サルハ勿論ナリ

辨濟者カ債權者ニ代位スルニハ左ノ要件ナカルヘカラス

(一)辨濟者カ他人ノ債務ノ辨濟ヲ爲シタルコト

(二)辨濟者カ債務者ニ對シテ求償權ヲ有スルコト

辨濟者カ委任事務管理又ハ不當利得ニ基キ債權者ニ對シテ全部又ハ一部ノ求償ヲ爲スコトヲ得ヘキ場合ニ於テハ債權者ニ代位スルコトヲ得ルモ債務者ニ利益ヲ與フルカ爲メニ其債務ヲ辨濟シタルニ因リ之ニ對シテ求償權ヲ有セサル場合又ハ之ヲ拋棄シタル場合ニ於テハ債權者ニ代位スルコトヲ得サルモノトス

(三)債權者ノ有セシ債權カ其性質上他人ノ行使スルヲ得ヘキモノナルコト

(四)辨濟者カ債權者ニ代位スルニ付キ債權者ノ承諾ヲ得ルカ又ハ辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スルコト

玆ニ債權者ノ承諾ヲ得テ之ニ代位スト謂フハ債權者トノ契約ニ因リ之ニ代位スルコトヲ謂フ今若シ債權者カ代位ヲ承諾スルコトヲ以テ債權者カ代位ヲ承認スルノ義ニ解スルトキハ其承諾ハ一ノ單獨行爲ニシテ辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有セサル辨濟者其意思ニ因ラスシテ代位權ヲ取得スル結果ヲ生スルニ至ラン

債權者ノ承諾ハ辨濟ト同時ニ之ヲ爲スコトヲ要ス是レ辨濟者カ辨濟後ニ於ケル債權者ノ承諾ニ因リテ之ニ代位スルコトヲ得ルモノトセハ辨濟ニ因リテ既ニ債權者ノ權利ノ消滅シタルモノト信シタル債權者其他ノ第三者ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシムルニ至ルヘキカ爲メナリ然レトモ敢テ辨濟前ニ豫メ之ヲ爲スコトヲ妨クルモノニ非サルナリ他人ノ債務ノ辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者ヲ擧クレハ左ノ如シ

(イ)不可分債務者及ヒ連帶債務者

不可分債務者ハ債務ノ一部ヲ負擔スルニ過キサルカ故ニ辨濟ヲ爲ス不可分債務者ハ其負擔部分ヲ超ユル點ニ付キ他人ノ債務ノ辨濟ヲ爲スモノト謂ハサルヘカラス

連帶債務者ハ債務ノ全部ヲ負擔スルモノナルカ故ニ其一人カ辨濟ヲ爲スモ他人ノ債務ノ辨濟ヲ爲スモノト謂フヘカラス然レトモ辨濟ヲ爲ス連帶債務者ハ連帶債務者ニ對スル關係ニ於テハ自己ノ負擔部分ヲ超ユル點ニ付キ他人ノ債務ノ辨濟ヲ爲スモノト謂ハサルヘカラス

(ロ)保證人及ヒ自己ノ財産ヲ以テ他人ノ債務ヲ擔保スル者

(ハ)擔保物權ノ目的タル財産ニ關スル第三取得者

(ニ)債務者ノ他ノ債權者

債務者ノ財産ニ付キ擔保物權ヲ有セサル債權者ハ債務者ノ財産ニ付キ擔保物權ヲ有スル債權者ニ辨濟ヲ爲ストキハ此債權者ノ債權ヲ消滅セシムルト同時ニ擔保物權ヲ消滅セシメ以テ債務者ノ財産ニ付キ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘキカ故ニ辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スルモノナリ

順位ノ後ナル擔保物權ヲ有スル債權者ハ先順位ノ擔保物權ヲ有スル債權者ニ辨濟ヲ爲シ以テ先順位ノ擔保物權ヲ消滅セシムルニ付キ正當ノ利益ヲ有ス

辨濟ニ因ル代位ヲ以テ債務者其他ノ第三者ニ對抗スルニハ契約上ノ代位ノ場合ニ限リ債權讓渡ノ手續ニ從ヒテ債權者カ之ヲ債務者ニ通知シ又ハ債務者カ之ヲ承諾スルコトヲ要ス而シテ此通知又ハ承諾ハ確定日附アル證書ヲ以テスルニ非サレハ債務者以外ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

債權者ノ承諾ヲ得テ又ハ直接ニ法律ノ規定ニ依リ債權者ニ代位シタル者ハ自己ノ權利ニ基キ債務者ニ對シテ求償ヲ爲スコトヲ得ヘキ範圍内ニ於テ債權ノ效力及ヒ擔保トシテ債權者ノ有セシ一切ノ權利ヲ行フコトヲ得ヘシ

辨濟ニ因リ債權者ニ代位スル者ハ其ノ辨濟シタル債權ノ效力及ヒ此債權ノ擔保トシテ債權者ノ有セシ權利ヲ自己ノ爲メニ行フコトヲ得ルニ過キス敢テ債權者ニ屬スル一切ノ權利ヲ行フコトヲ得ルモノニ非ス例ヘハ債權者カ契約ニ因リ特ニ有スル契約解除ノ權利又ハ無能力ニ因ル法律行爲取消ノ權利ハ債權ノ效力ニ非サルカ故ニ辨濟ニ因リ權債者ニ代位スル者ハ之ヲ行フコトヲ得サルカ如シ

權債ノ效力タル權利ト雖モ代位者カ債務者ニ對シテ求償ヲ爲スカ爲メニ必要ナラサルトキハ代位者ハ之ヲ行フコトヲ得ス蓋シ代位權ハ權務者ニ對シテ求償ヲ爲スカ爲メニ存スルモノナルヲ以テナリ故ニ契約ノ不履行ニ因ル契約解除ノ權利ハ債權ノ效力ナリト雖モ代位者ハ之ヲ行フコトヲ得ス

代位辨濟者ハ債權者ノ有セシ權利ヲ行フコトヲ得ヘシト雖モ債務者ニ對シテ求償ヲ爲スコトヲ得ヘキ範圍内ニ於テノミ之ヲ行フコトヲ得ルニ過キス故ニ代位權ハ代位者ノ債務者ニ對スル求償權ヲ確保スルモノト謂フヘシ

代位辨濟者ハ債權者ノ有セシ權利ヲ行フコトヲ得ヘシト雖モ之ヲ行ハスシテ固有ノ求償權ヲ行フコトヲ妨ケサルナリ

辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スルカ爲メ辨濟ヲ爲サハ當然債權者ニ代位スルコトヲ得ヘキ者數人アル場合ニ於テ其一人カ辨濟ヲ爲スモ他ノ者ニ對シテ債權者ニ代位スルヲ得サルコトアリ（民五〇一）（法學博士仁井田益太郎氏法學協會雜誌第三三卷第

（一號七一頁以下要領）

【一點參照學説】

富井博士
一 代位辨濟トハ債務者ニアラサルモノ又ハ共同債務者ノ一人カ辨濟ヲ爲シタル場合ニ於テ債務者又ハ他ノ共同債務者ニ對シテ債權者ニ代位シテ其ノ權利ヲ行フコトヲ得ルヲ云フ（法學博士富井政章氏東大講義謄寫版債權總論二六七頁）

横田博士
二 代位辨濟ハ債務者ノ爲メニ債務ノ辨濟ヲ爲シタル者カ法律ノ擬制ニ因リ債務者ニ對シテ求償權ヲ實行スルカ爲ニ必要ナル限度ニ於テ債權者ノ有セシ一切ノ權利ヲ承繼スル法律關係ナリ（法學博士横田秀雄氏著債權總論九〇八頁）

岡松博士
三 債務ノ辨濟ハ第三者之ヲ爲スコトヲ得ルハ四七四ニ規定スル所ナリ此場合ニ於テ若シ其辨濟ヲ爲ス第三者カ債權者ニ代位シテ其權利ヲ行フノ地位ニ立ツトキハ其辨濟ヲ稱シテ代位辨濟ト云フ（法學博士岡松參太郎氏著民法理由上卷二〇三頁）

須賀學士
四 代位辨濟トハ債務者ノ爲メニ辨濟ヲ爲シタル者カ債務者ニ對シテ有スル求償權ヲ實行スルカ爲メ債權者ノ有セシ一切ノ權利ヲ承繼スルコトヲ謂フ（法學士須賀喜三郎氏講述債權法總論三四五頁）

【二點參照學説】

富井博士
一 代位ハ常ニ當事者ノ意思ニヨリテ成立スルモノニアラス後ニ説明スル如ク法律ノ規定ニヨリテ成立スル場合最モ多シ（第五〇〇條）此ノ場合ニ讓渡ト云フコトハ甚タ當ラス又當事者ノ意思表示ニヨリ成立スル場合（第四九九條）ニ於テモ債權者ノ同意ハ代位ノ要件タルニ過キスシテ讓渡ノ契約ナルモノ成立スルニアラス故ニ債權ハ移ルモ讓渡ニアラスシテ法律ノ規定ニヨル債權ノ移轉ト見ルヘキナリ（法學博士富井政章氏東大講義謄寫債權總論二六七頁）

梅博士
二 債權ハ本來辨濟ニ因リテ消滅シタルニ相違ナシト雖モ法律ハ特ニ辨濟者ノ求償權ヲ確保センカ爲メ其債權ヲ以テ恰モ未タ消滅セサルモノノ如ク看做シ以テ辨濟者ヲシテ之ヲ行使スルコトヲ得セシムルモノナリ（法學博士梅謙次郎氏著民法要義卷ノ三、三〇六頁）

横田博士
三 代位辨濟ノ場合ニ於テハ債權ハ辨濟ニ因リテ全部又ハ一部消滅ニ歸シタルモノナレハ理論上ノ見地ヨリスレハ辨濟者カ債權者ニ代位シテ其權利ヲ承繼スルコトノ絶對ニ不可ナルヘキハ論ヲ竢タサル所ナリト雖モ法律ハ辨濟者ノ求償權ヲ確保スル爲メ一ノ擬制ヲ設ケ債權者ノ有セシ債權ハ辨濟ニ拘ハラス依然トシテ存續スルモノト看做シ辨濟者ヲシテ其權利ヲ承繼シテ之ヲ行フコトヲ保セシムルモノナリ故ニ代位辨濟ハ又代位ノ目的タル債權ノ移轉繼承カ假定的ナルニ於テ債權ノ讓渡ト其性質ヲ異ニスルモノト謂フヘシ（法學博士横田秀雄氏著債權總論九〇九頁）

岡松博士
四 代位辨濟ノ場合ニ在テハ債務者ハ元來ノ債權者ニ對シテハ其債務ヲ免ルルト雖トモ之ト同時ニ辨濟ヲ爲シタル第三者ハ債權者ニ代テ其權利ヲ行フヲ以テ尙此者ニ對シテ債務ヲ負擔シ結局債務者ヨリ見レハ單ニ其債權者ヲ代ヘタルマテニシテ元來ノ債務ヲ免ルルコトヲ得サルナリ（法學博士岡松參太郎氏著民法理由下卷三〇三頁）

川名博士

五 代位ノ法律上ノ性質ハ如何ニ之ヲ觀察スヘキカ蓋シ民法上ニ於ケル難問ノ一也余ハ法律上ノ代位ト約定代位トハ其性質ニ於テ異ナルモノト解ス――(一)法律上ノ代位ハ辨濟者カ債務者ニ對シテ有スル求償權ノ限度ニ於テ債權者ノ有セシ債權ノ移轉ヲ生スルモノト見ルナリ債權ハ辨濟ニヨリテ消滅スヘク從テ第三者ノ辨濟ニヨリテ已ニ消滅シタル債權カ辨濟者ニ移轉スルト云フハ矛盾ノ論法ノ如ク見ユルト雖民法ニ特別ニ規定アルカ爲ニ第三者ノ辨濟ハ辨濟ノ效力ニ對スル例外ヲナス即チ辨濟ニヨリテ債權ノ消滅ヲ來サス只債權カ舊債務者ヨリ脱シテ辨濟者ニ移轉スルモノトナル從テ辨濟者ニ辨濟者カ債權ノ效力又ハ擔保トシテ有セシ一切ノ權利ヲ行フコトヲ得五〇一舊債權カ利息付ナルトキハ辨濟者ハ尙其利息ヲ請求スルコトヲ得ヘシ但其債權承繼ノ範圍ハ辨濟者カ債務ニ對スル求償權ノ範圍ニヨリテ定マル又其求償權ノ範圍ハ辨濟者ト債務者トノ間ニ存スル法律關係ニヨリテ定マル四六二、六九七、六五〇(二)債權者トノ契約ニヨリテ代位ノ生スル場合ハ一種ノ債權ノ讓渡ナリト解セントス或ハ此場合ニ於テモ債權ハ辨濟ニヨリテ法律上當然ニ移轉シ債權者ノ承諾ハ此場合ニ於ケル債權ノ移轉ニ必要ナル一ノ事實ニ過キストナス人ナキニ非スト雖首肯スルコトヲ得ス實ハ辨濟ノ事實ト債權者辨濟者間ニ於テ債權移轉ノ契約ノ存スルニヨリテ債權ノ移轉ヲ生ス元來債權ハ辨濟ニヨリテ消滅スルコトヲ原則トスレトモ此場合ニ於テハ辨濟ニヨリテ債權ハ消滅セス故ニ債權移轉ノ契約ヲナスコトヲ得ヘシ又辨濟後ニ於テハ債權ハ消滅スルカ故ニ此契約ヲナスコトヲ得ス民法ハ必ス辨濟ト同時ニ此契約ヲナスヘキモノトス又債務ノ辨濟カ債權移轉ノ契約ト併存スルコトヲ必要トスル故ニ此點ニ於テ普通ノ債權讓渡ノ契約ト異ル併シ債權ノ讓渡ナル性質ハ失ハサルカ故ニ債權ノ讓渡ニ關スル四六七條ノ規定ヲ適用スヘシ(法學博士川名兼四郎氏東大講義謄寫下卷三〇〇頁)

須賀學士

六 契約上ノ代位辨濟ニ於テハ單ニ代位辨濟者ノ求償權ノ範圍內ニ於テノミ債權移轉ノ效力ヲ生スヘク法律上ノ代位辨濟ニアリテハ債權ノ移轉者ハ全ク法律ノ規定ニ基キ當事者ノ意思毫モ之ニ預カラサルヲ以テ債權讓渡ト其性質ヲ異ニスルモノト謂フヘク其他ノ點ニ付テモ契約上ノ代位辨濟ノ場合ニ說明シタルト同シク代位辨濟者ノ求償權ヲ確保スルカ爲メニ認メラレタル債權ノ移轉ナリトノ性質ニ基キ債權讓渡トノ間ニ差別アルヘシ(法學士須賀喜三郎氏講述債權總論三四九頁)

【三點參照學說】

横田博士

一 辨濟者カ債權者ニ代位シテ其權利ヲ行フコトヲ得ルカ爲メニハ債權者ノ承諾アルコトヲ必要トス蓋シ辨濟者ハ債權者ニ代位シテ其權利ヲ承繼スルモノニ外ナラサルカ故ニ債權讓渡ノ場合ト等シク債權者ノ承諾ヲ必要トシタルモノナリ(法學博士横田秀雄氏著債權總論九一二頁)

岡松博士

二 代位ハ債權者カ辨濟者ノ辨濟ヲ條件トシテ其者ノ爲メニ自己ノ權利ヲ處分スルモノナルカ故ニ辨濟者カ代位ヲ爲スニ付キ債權者ノ承諾ヲ要スヘキヤ當然トス(法學博士岡松參太郎氏著民法理由下卷三〇五頁)

須賀學士

三 債務者ノ爲メニ辨濟ヲ爲シタル者ハ其辨濟ト同時ニ債權者ノ承諾ヲ得テ之ニ代位スルコトヲ得ト規定スルカ故ニ辨濟者ト債權者トノ間ニ代位辨濟ノ契約成立スル場合ナルコト疑ナク然カモ其契約ハ必ス辨濟ト同時ニ締結セラレサルヘカラサルナリ(法學士須賀喜三郎氏講述債權總論三四八四頁)

【四點參照學說】

富井博士

一 辨濟者ハ法律上ノ代位者ト任意上ノ代位者タルトヲ問ハス自己固有ノ權利ニ基ツキテ求償ヲ爲スコトヲ得ヘキ範圍內ニ於テ債權者ニ屬セシ擔保及債權ノ效力ト見ルヘキ一切ノ利益ヲ取得ス擔保ノミニアラス(法學博士富井政章氏東大講義謄寫債權總論二七三頁)

横田博士

二 辨濟者ハ絕對無限ニ債權者ノ權利ヲ行フコトヲ得ス唯辨濟者カ委任又ハ事務管理ノ原則ニ從ヒ債權者ニ對シテ求償ヲ爲スコトヲ得ル限度ニ於テ債權者ニ代位スルニ過キス故ニ辨濟者カ債務者ニ對シテ其固有ノ求償權ヲ有スルコトハ代位辨濟ノ必要條件タルト同時ニ辨濟者ノ有スル求償權ハ辨濟者ノ代位スヘキ權利ノ範圍ヲ定ムル唯一ノ標準トナルモノナリ(法學博士横田秀雄氏著債權總論九二〇頁)

岡松博士

三 代位ハ辨濟者ヲシテ自己ノ權利ニ基キ求償ヲ爲スコトヲ得ヘキ範圍內ニ於テ債權ノ效力及擔保トシテ債權者カ有セシ一切ノ權利ヲ行フコトヲ得セシムルモノナリ故ニ(一)代位辨濟者ハ債權者ノ有セシ債權ノ效力ヲ繼承ス――即チ債權ノ效力トシテ生シタル法定利息損害賠償若クハ違約金ノ請求等ニ付テ債權者ニ代位スルコトヲ得ヘシ(三)債權者カ有セシ一切ノ擔保權ヲ行フコトヲ得――即チ債權者カ保證人ヲ有セシトキハ之ニ對シテ請求スルコトヲ得ヘク其他債權者カ留置權、先取特權、質權、抵當權等ヲ有セシ場合ニ於テハ亦是等ノ權利ヲ行フコトヲ得ヘシ(三)然レトモ代位辨濟者カ債權者ノ權利ヲ行フハ自己カ自己ノ固有權トシテ求償權ヲ有スル場合ニノミ限ラルルモノトス(法學博士岡松參太郎氏著民法理由下卷三〇九頁)

川名博士

四 債權者カ債務ノ不履行ニヨル契約ノ解除權ヲ有スルトキハ其解除權ハ代位者ニ移轉スルニアラスシテ債權者ニ存ス債權者カ契約ヲ解除スルトキハ代位者ニ對シ其辨濟シタル價格及其利息ヲ償還スルノ債務ヲ負擔ス(法學博士川名兼四郎氏東大講義謄寫債權總論下卷三〇二頁)

須賀學士

五 代位辨濟ノ效力トシテ債權其モノノ移轉ヲ來タスカ故ニ其債權ニ附着スル債權ノ效力ニシテ其當時債權者カ有セシ一切ノ權利ハ勿論其債權ニ從タル一切ノ擔保權ハ總テ代位辨濟者ニ移轉スルナリ故ニ債務不履行ニ因ル損害賠償請求權豫定賠償額ノ請求權、代位訴權、廢罷訴權等ノ如キハ債權ノ效力トシテ生スル權利トシテ代位辨濟者之ヲ行使スルコトヲ得ヘク又質權、抵當權、留置權、先取特權ハ勿論保證人ニ對スル請求權連帶債務關係ヨリ生スル債權者ノ權利ノ如キ債權ニ從タル擔保權トシテ總テ代位辨濟者之ヲ行使スルコトヲ得ヘシ但其何レノ場合ヲ問ハス代位辨濟者カ承繼スヘキ權利ハ其者カ有スル固有ノ求償權ノ範圍內ニ止マラサルヘカラサルハ代位辨濟ノ性質上當然ノコトナリトス(法學士須賀喜三郎氏講述債權總論三五七頁)

代位ノ法律上ノ性質ハ之ヲ如何ニ觀察スヘキカ民法上一ノ難問タラスンハアラス然レトモ吾人ハ債權者ノ權利ハ實際辨濟ニ因リ消滅シタルニ拘ハラス法律カ其代位者ノ利益ノ爲メ之ヲ消滅セサルモノト看做シ其代位者ヲシテ自己ノ爲メ

ニ之ヲ行使セシムルモノニシテ其代位スヘキ權利ハ其債務ヲ辨濟シタル者ニ移轉スルモノニアラスシテ依然トシテ債權者ニ存シ辨濟者ハ唯自己ノ、求償權ヲ完フセンカ爲メ其權利ヲ行使スルヲ得ルモノニ過キストナス本論博士ノ見解ヲ以テ正解ナリト信ス蓋シ(1)代位ハ常ニ當事者ノ意思ニヨリテ成立スルモノニアラス又當事者ノ意思表示ニヨリテ成立スル場合ニ於テモ債權者ノ承諾ハ唯代位ノ要件タルニ過キスシテ讓渡ノ契約ナルモノ成立スルニアラス故ニ讓渡說ハ妥當ナラス(2)法律ノ規定ニヨル債權ノ移轉ナリト解スヘキヤ否ヤハ多少疑ナキニアラサルモ吾人ハ法文ノ解釋上之ニ賛同スルヲ得サルナリ第四九九條第五〇〇條第五〇一條等ノ規定ニ見ルモ亦明カニシテ同條等ニ代位云々ト規定スルモ其權利カ自己ノ權利ニアラスシテ他人ノ權利ヲ行使スルモノナルハ之ヲ民法四二三條非訟事件手續法第七二條等ニ依リテモ亦知ルヲ得ヘシ殊ニ第五〇一條第一項第一號ニ代位ハ單ニ之ヲ附記スルヲ以テ足ルニ見ルモ明カナルト同時ニ第五〇二條第二項ニ債務ノ不履行ニ因ル契約ノ解除權ハ尙ホ債務者ノ獨リ有スルモノナルヲ明記セシニ見ルモ亦斯ク解スルノ正當ナルヲ信スレハナリ何トナレハ債權ハ既ニ消滅シタルニ拘ハラス代位者ノ爲メ法ノ擬制ニ因リ未タ消滅セサルモノトシテ其權利ヲ移轉セシムルモノナリトセハ債權者ニ特ニ此權利ノミ保留セシムルノ要アルヘキノ理ナク假リニ其要アリトスルモ權利ノ一部ハ移轉シ一部

ハ留保スルコトヲ明カニシタルモノナリト解センヨリハ寧ロ代位スヘキ權利ハ尙債權者ノ權利トシテ存續スルモノニシテ同條ハ斯カル權利ノ如キハ債務者ニ對シテ求償ヲ爲スカ爲メニ必要ナラサルモノトシテ法律カ其代位權ノ行使ヲ許ササルモノナルコトヲ明カニシタルモノナリト解スルノ妥當ナレハナリ

(二二〇)

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

東京控訴院判決

贈與契約證「ニ不動產物ハ百圓以上二百圓以下及ヒ有體動產物ハ不都合無カラシムル樣可仕候」トアルトキハ當事者間ニ於テ更ニ贈與物件ヲ協定スル迄ハ右物件ハ特定セサルモノトス』

凡ソ給付ノ請求ヲ爲スニハ其目的物特定シ居ラサルヘカラス本件ニ於テ控訴人カ被控訴人先代ノ二女やまじノ夫トシテ被控訴人先代ト婿養子緣組ヲ爲シタルコトハ當事者間爭ナキ處ニシテ其後明治四十二年四月三日控訴人實兄古澤藤吉及ヒ被控訴人先代間ニ被控訴人先代ニ於テ明治四十三年四月三十日迄ニ控訴人ヲ分家シ動產不動產ヲ贈與スヘキ旨ノ契約アリタルコトハ甲號證ニ依リ控訴人カ本訴提起前柳澤長作ヲシテ被控訴人先代ニ對シ右契約ノ利益ヲ享受スル意思ヲ表示セシメタルコトハ證人ノ供述ニ依リ之ヲ認ムルコトヲ得然レトモ甲號證ニハ分家ノ儀ハ不動產物ハ百圓以上二百以下及ヒ有體動產物家ハ不都合無カラシムル樣可仕候トアリテ毫モ贈與物

件特定シ居ラサルノミナラス同號證ニ依リテハ控訴人ニ贈與物件ヲ指定シ得ヘキ權利アルコトヲ認メ難シ而シテ他ニ控訴人ニ於テ之カ指定權ヲ有スルコトノ證據ナキヲ以テ控訴人ニハ該指定權ナキモノト認ム果シテ然ラハ當事者間ニ於テ更ニ贈與物件ヲ協定スル迄ハ右物件ハ特定セサルモノト云ハサルヘカラス從テ甲號證ノ契約ニ基キテハ未タ控訴人ニ給付ノ請求權發生セサルヲ以テ結局本訴請求ハ不當ナリ（東京控訴（ネ）二二七六號三年十二月五日民三部松岡裁判長成道小川各判事判決）

【判決事項】

（一）件名　契約履行請求事件（二）訴訟關係人　控訴人唐澤啓尾訴訟代理人辯護士小木曾庄吉同須田義之被控訴人唐澤清一訴訟代理人辯護士永津靜吉同武智彌三郎

（二二一）

一二　準禁治産者カ左ニ掲ケタル行爲ヲ爲スニハ其保佐人ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス
二　借財又ハ保證ヲ爲スコト

八七八　繼父繼母又ハ嫡母カ親權ヲ行フ場合ニ於テハ次章ノ規定ヲ準用ス
九二九　後見人カ被後見人ニ代ハリテ營業若クハ第一二條第一項ニ掲ケタル行爲ヲ爲シ又ハ未成年者ノ之ヲ爲スコトニ同意スルニハ親屬會ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス但元本ノ領收ニ付テハ此限ニ在ラス

繼母カ約束手形ヲ振出スニハ民法第八七八條第九二九條第一二條ニ依リ親族會ノ同意ヲ要スルモノトス』

民法第一二條第一項第二號ニ所謂借財ノ中ニハ約束手形ヲ振出ス如キ行爲モ包含スルモノニシテ後見人カ被後見人ニ代ハリテ約束手形ヲ振出スニハ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要スルモノナルコトハ本院判例ノ認ムル所ナリ（明治三十九年（オ）第一二一號同年五月十七日判決參照）原判決ノ說明スル所ハ該判例ト少シク異ナル所アルモ繼母カ約束手形ヲ振出スニハ民法第八七八條第九二九條第一二條ニ依リ親族會ノ同意ヲ要スルモノト爲ス點ハ全然同一ニ歸着スルヲ以テ原判決ハ結局正當ナリ（大審院大正三年（オ）第四五八號同年十一月二十日民二判決）

【判決事項】

（一）主文　上告棄却（二）原審　東京控訴院（三）件名　約束手形金請求事件（四）訴訟關係人　上告人株式會社宇都宮銀行訴訟代理人辯護士石田仁太郎被上告人山中彥太郎

【參照學說】

一　抑々「借財」ナル文字ハ通俗語トシテ從來用ヒ來ツタモノテアツテ「借入金」ト粗同一ノ意味テアルコトハ人ノ皆知ツテ居ル所テアル故ニ「金錢其他之ニ準スヘキモノノ消費借」ヲ意味スルコトハ多分疑ノナイ所テアラウト思ツテ予モ起草ノ際ニモ之ヲ用ヒタノテアル
成程本件ニ於ケル約束手形ノ振出ハ隨分危險ノ多イモノテアル母カ未成年ノ子ノ爲メニ之ヲ爲スニハ親族會ノ同意ヲ要スルモノトスル方カ宜イト云フ立法論ハ固ヨリ一應ノ理由アルコトテ現ニ獨逸ノ如キハ親權者及ヒ後見人カ手形ニ署名スルニハ裁判所ノ許可ヲ要スルモノトシテ居ルノテアツテ予カ起草ノ際ニモ十分考ヘタルコトテアツタカ兎ニ角我民法テハ之ヲ必要トシナカツタコトテアル故ニ約束手形ノ振出其レ自身ニ付テハ親族會ノ同意ヲ要センノテアルカ若シ是カ右ニ論シタ意味ノ借財ノ方法テアルコトカ證據立テラレタナラハ借財トシテ親族會ノ同意ヲ要スルノテアル反之既存ノ債務ヲ承認シテ約束手形ヲ振出シ又ハ更改ノ結果之ヲ振出シタル場合テアラハ「振出人ト受取人トノ間ニ存セシ金錢債務ヲ手形債務トスル爲メ約束手形ヲ振出シタルトキハ更改トナラヌコトハ民五一三、二項ノ裏面論法ヲ明テアル」其同意ヲ要セヌノテアル（法學博士梅謙次郞氏法學大家論文集民法上卷一五二頁）

二　借財ヲ爲ストハ消費貸借契約其他ノ原因ニ因リ金錢債務ヲ負擔スルヲ云フ（法學博士平沼騏一郎氏日本大學講義錄一八一頁）

三　借財(emdrunt)トハ消費貸借ニ因リ金錢又ハ之ニ準スヘキモノヲ借入ルルヲ謂フ之ヲ廣ク金錢債務ヲ負擔スル行爲ト爲スハ不可ナリ又大審院ハ約束手形ノ振出行爲ヲモ借財中ニ包含セシメタリト雖モ（三十九年五月十七日）其不可ナルハ多言ヲ俟タス梅博士ハ借財ノ爲メニ手形ヲ振出ストキハ本號ノ規定ニ依リテ保佐人ノ同意ヲ要スト論スレトモ手形行爲ハ其原因ヨリ離脫セル獨立ノ一法律行爲タルヲ以テ此說モ亦之ヲ採ルヘカラス（法學博士松本烝治氏人法人及物一六六頁）

中島博士
川名博士
牧野學士
松岡學士
大審院
長崎控訴院
千葉地方裁判所
長野地方裁判所
東京控訴院

四　約束手形ノ振出ハ借財ニ非ス但シ其原因カ消費貸借ニアルトキハ借財ト見ルモ可ナリ反之賣買ノ代價支拂ノ爲メニ約束手形ヲ振出スハ借財ニ非ス其他類推スヘシ（法學博士中島玉吉氏民法釋義一四一頁）

五　借財トハ金錢消費貸借ヲ爲スコトヲ意味ス（法學博士川名兼四郎氏民法總論八八頁）

六　所謂借財トハ單ニ貸借關係ニ基ク借財ノミヲ指シタルモノニ非スシテ金錢給與ノ債務ヲ負擔スル凡テノ行爲ヲ指稱シ彼ノ約束手形ノ振出ノ如キ亦手形金額支拂ノ義務ヲ生スルカ故ニ斯ニ所謂借財ヲ爲スコトニ該當スルモノトス（法學士牧野菊之助氏日本親族法論三九二頁）

七　借財ハ金錢債務ヲ負擔スル行爲（手形ノ振出裏書ヲ包含ス）ナリ（法學士松岡義正氏民法論總則一九五頁）

【約束手形振出ノ行爲モ所謂借財中ニ包含スト爲ス判例】

一　民法第一二條第二號ニ所謂借財トハ獨リ消費貸借ヲ指稱シタルニ非スシテ約束手形ノ振出行爲ノ如キモ亦之ニ包含セルモノトス（大審院民事判決錄明治三十九年七五八頁）

二　約束手形ノ振出ハ手形金額支拂ノ義務ヲ生スルカ故ニ民法第八八六條第二號ニ所謂借財ヲ爲スコトニ該當ス（同上明治三十六年八二四頁）

三　通常約束手形ノ裏書人ハ約束手形ノ所持人若クハ其所持人ニヨリ償還請求ヲ受ケタル後者ヨリ償還請求ヲ受ケタルトキハ金錢支拂ノ債務ヲ負擔スル者ナルヲ以テ其裏書讓渡ノ行爲ハ民法第一二條第二號ニ所謂借財ヲ爲スコトニ該當ス（長崎控訴院明治三十九年三月十三日判決法律新聞第三四五號五頁）

四　手形振出行爲ハ民法第八八六條ニ所謂借財ヲ爲スコトニ該當スルヲ以テ未成年者ノ親權者ナル母カ其未成年者ニ代リテ手形ヲ振出スコトハ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス（東京地方裁判所明治四十一年三月三十一日判決法律新聞第四九一號一二頁）

五　民法第一二條第一項第二號ニ所謂借財トハ單ニ金錢ヲ借入ルル場合ニ限ラレタル趣旨ニアラスシテ債務ヲ負擔スル總テノ場合ヲ包含スルモノト解スヘキモノトス

立替金ヲ支拂フヘキ點ノ意思表示ハ右借財ヲ爲スコトトアルニ該當ス（千葉地方裁判所判決法律新聞第六〇三號一三頁）

六　民法第八八六條第二號ノ借財ヲ爲スコトハ未成年者カ金錢債務ヲ負擔ス可キ法律行爲ヲ爲スコトト解スルヲ至當トス（長野地方裁判所判決法律新聞第四二八號九頁）

【約束手形ノ振出行爲ハ借財中ニ包含セスト爲ス判例】

一　約束手形ノ振出ハ借財ニハ非サルモ未成年者ノ爲メニ重要ナル財産上ノ影響ヲ及ホスコト借財ト擇フ所ナキヲ以テ親權者タル繼母カ未成年ノ子ニ代ハリテ之ヲ爲スニハ親族會ノ同意ヲ要スルモノトス（東京控訴院二年二月一四日判決、本書第三卷民法八八頁所載）

二　凡ソ借財ナル語ハ世俗慣用ノ意義ニ從ヘハ或ハ廣ク負目ト稱シテ一切ノ債務ヲ總稱スルコトアリ或ハ狹ク借金若クハ借錢ト稱シテ單ニ金錢若クハ之ニ準スヘキ物ノ消費借ノミヲ意味スルコトアリ各場合ニヨリ其意義ノ廣狹ヲ決スルノ外ナシトス而シテ民法第一二條第一項第二號前段ニ所謂借財ナル語ハ寧ロ之ヲ狹義ニ解シ金錢其他之ニ準スヘキ物ノ消費借ヲ意味スルモノト解スルヲ穩當トス

東京地方裁判所

法律カ準禁治產者ニ對シテ有效ニ借財ヲ爲スニハ其保佐人ノ同意ヲ要スルコトヲ定メタル以上ハ之ト價値ヲ同フスル行爲若クハ其以上ノ行爲ヲ爲スニ付テモ均シク其同意ヲ要スルノ趣旨ナリト解スヘキモノトス（東京控訴院判決明治四十三年四月十二日判決法律新聞第六五三號一一頁）

三　民法ニ於テ借用ト云フハ消費貸借ニ依リ金錢其他ノ物ヲ借受クルコトヲ指スモノニシテ約束手形ノ振出ト言フカ如キ行爲ハ其內ニ包含スルモノニ非ス（東京地方裁判所明治三十八年十月二十五日判決法律新聞第三一五號一八頁）

然リ繼母カ約束手形ヲ振出スニハ親族會ノ同意ヲ要ス然レトモ吾人ハ原審判決ト同シク約束手形ノ振出ヲ以テ民法第一二條ニ所謂借財ノ中ニ包含セスト解ス是レ吾人カ曩ニ原審判決ニ對シ評論セシトコロナリ故ニ此點ニ關スル本判決ノ見解ハ吾人ノ贊同セサルトコロナリ其詳細ハ本書第三卷民法九〇頁ニ就キ參照セラレタシ

(二二二)

九　禁治產者ノ行爲ハ之ヲ取消スコトヲ得

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

七四　前項ノ規定ニ反スル行爲ハ之ヲ取消スコトヲ得

七七四　禁治產者カ婚姻ヲ爲スニハ其後見人ノ同意ヲ得ルコトヲ要セス

八一〇　第七七四條……ノ規定ハ協議上ノ離婚ニ之ヲ準用ス

八四七　第七七四條……ノ規定ハ緣組ニ之ヲ準用ス

八六四　第七七四條……ノ規定ハ協議上ノ離緣ニ之ヲ準用ス

七五六　無能力者カ隱居ヲ爲スニハ其法定代理人ノ同意ヲ得ルコトヲ要セス

八二八　私生子ノ認知ヲ爲スニハ父又ハ母カ無能力者ナルトキト雖モ其法定代理人ノ同意ヲ得ルコトヲ要セス

禁治產者カ本心回復中ニ其後見人ノ同意ヲ得テ爲シタル法律行爲ト雖モ亦之ヲ取消スコトヲ得ルモノトス』

禁治產者ノ行爲カ取消スコトヲ得ヘキモノタルハ第九條ノ定ムル所ニシテ同條ハ何等ノ制限ヲ加フル所ナキカ故ニ縱令禁治產者カ本心回復中法定代理人ノ同意ヲ得テ法律行爲ヲ爲ス場合ト雖モ尙取消スコトヲ得ヘキモノタルハ一點ノ疑ヲ容レサル所ナリ

消極説ノ根據ハ種々アリ其重ナルモノヲ擧クレハ(一)法定代理人ノ同意ニ依リ禁治產者ヲ以テ復代理人タラシムトナスモノ(二)同意ヲ以テ行爲前ノ追認トナシ法定代理人ハ追認ヲ爲スコトヲ得ルカ故ニ行爲前ニ同意ヲ與フルコトヲ得トナスモノ(三)追認ヲ以テ取消權ノ拋棄トシ法定代理人ハ行爲前ニ同意ヲ爲スニ依リテ豫メ取消權ヲ拋棄スルコトヲ得トナスモノ(四)第七七四條其他ノ規定ノ反對解釋ニ依リ禁治產者ハ後見人ノ同意ヲ得テ法律行爲ヲ爲スコトヲ得トナスモノ是レナリ此等ノ諸説ノ中第一説第二説及ヒ第三説ハ既ニ松本烝治博士ノ駁擊ニ依リテ其採ルヘカラサルハ明カナルカ故ニ今此ニ第四説即乾博士ノ所説ニ付キ批評シ吾人ノ疑義トスル點ヲ述ヘントス

若シ博士ノ言フカ如ク禁治產者ハ其本心回復中ニ於テ法定代理人ノ同意ヲ得テ完全ニ有效ナル法律行爲ヲ爲スコトヲ得ルモノトナセハ何故ニ法典ハ第九條ニ於テ其趣旨ヲ示スヘキ規定ヲ設ケサリシヤ禁治產者カ法定代理人ノ同意ヲ得テ完全ニ有效ナル法律行爲ヲ爲スコトヲ得ルモノトセハ是レ禁治產者ノ行爲能力ニ關スル根本ノ大

原則ナリ法典カ此ノ如キ大原則ヲ正面ヨリ規定セス僅ニ其例外規定ヲ設ケ其反對解釋ニ依リテ大原則アルコトヲ推理セシメントスト云フハ之ヲ解スヘカラス法典ハ未成年者禁治產者妻等ノ行爲能力ニ關シテハ論者カ禁治產者ノ行爲能力ニ關スル見解ト同一ノ見解ヲ採リ明文ヲ以テ之ヲ明ニス若シ法典カ禁治產者ノ行爲能力ニ付テモ同一ノ見解ヲ採ルモノトセハ何故ニ獨リ禁治產者ニ付テノミ第四條第一二條第一四條等ト同一規定ヲ設ケサルヤ法典カ禁治產者ニ付キ規定ヲ異ニセルハ是レ明ニ禁治產者ト他ノ無能力者トヲ區別スルカ爲メナリトナササルヲ得ス法典カ未成年者ト禁治產者トニ付キ規定ヲ異ニセルハ其立法ノ精神ニ於テ異ナルカ爲メナリ第四條ト第九條トハ其文字ノ示スカ如ク未成年者ハ法定代理人ノ同意ヲ得テ完全ニ有效ナル行爲ヲ爲スコトヲ得ルニ反シ禁治產者ハ法定代理人ノ同意ヲ得テ行爲ヲ爲スモ尙取消スコトヲ得ルモノト解スルヲ以テ正當ノ解釋トナササルヘカラス

博士ノ主要ノ根據トセル第七七四條ハ果シテ行爲能力ニ關スル規定ナリヤ否ヤ議論ノ餘地ナキニアラス若シ同條ヲ以テ行爲能力ニ關スル規定ニアラストナストキハ同條ノ反對解釋ヲ根據トスル消極説カ成立スルコトヲ得サルハ明カナリ故ニ今一般ノ通説ニ從ヒ第七七四條ヲ以テ行爲能力ニ關スル規定ト解シテ始メテ反對解釋ヲ許スヤ否ヤヲ論スル餘地アリ然レトモ第七七四條ヲ以テ禁治產者ノ行爲能力ニ關スル規定トナスモ此規定ヨリ推シテ禁治產者ノ行爲能力ニ關スル一般的原則ヲ定ムルコトヲ得ス蓋第七七四條ハ婚姻ニ關スル行爲能力ヲ定メタル特別ノ規定ナルカ故ニ此規定ヨリ一般ノ場合ニ推論スルコトヲ得サルカ故ナリ第七七四條ニ於テ禁治產者カ婚姻ヲ爲スニ後見人ノ同意ヲ得ルコトヲ要セスト定メタル理由ハ主トシテ婚姻ハ身分

上ノ行爲ナルカ故ニ婚姻ヲ爲スヤ否ヤハ當事者ノ自由決定ニ一任スヘキモノニシテ他人ノ容喙スヘキモノニアラストナスカ爲メナリ故ニ第七七四條ニ於テ禁治産者カ婚姻ヲ爲スニ後見人ノ同意ヲ得ルコトヲ要セストナセルハ婚姻ノ特別ナル性質ニ基ク從テ同條ノ規定ヲ根據トシテ後見人ノ同意ヲ得テ財産上ノ行爲ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤヲ論スルコトヲ得ス本來反對解釋ヲ用ユルコトヲ得ルハ或規定ト反對スル原則ヲ反對ノ場合ニ適用スルコトヲ要スルコトカ其規定ニ含マレ居ルカ爲メニ外ナラス單ニ形式上ヨリ觀察シテ反對解釋ヲ用ユルコトヲ得ス

博士ハ尙第七五六條第八二八條ヲ以テ其根據トセラル然レトモ此等ノ規定カ博士ノ見解ノ根據タルコトヲ得サル理由ニ關シテハ吾人カ第七七四條ニ關シテ述ヘタル所ヲ凡テ適用スルコトヲ得故ニ此ニ再ヒ贅セス且第七五六條第八二八條カ博士ノ見解ノ根據タルコトヲ得サルハ尙他ニ有力ナル理由存ス蓋此二箇ノ規定ハ禁治産者ノミニ關スル規定ニアラス同時ニ未成年者ニ關スル規定ナリ而シテ其規定ノ形式ニ於テハ主トシテ未成年者ニ着眼シ第四條ノ例外規定トシテ規定ヲ設ケタルモノトス故ニ禁治産者ニ關シテハ稍當ヲ失スル嫌アルハ免レス然レトモ此ノ如キ文字上ノ缺點ハ法文ノ起草上簡約ヲ尙フカ爲メ屢々生スル所ニシテ已ムヲ得サルナリ(法學博士石坂音四郎氏法學志林第一七卷一號四〇頁以下要領)

【參照學說】

本書第三卷論說一頁以下松本博士論文
同第三卷民法五〇一頁以下乾博士論文摘錄並ニ引照學說

然リ婚姻離婚緣組等ノ特別ノ理由ニ基キ規定セラレタル民法第七七四條第八一

〇條第八四七條等ノ特別規定ヲ採テ以テ民法第九條ノ原則ヲ反對推理スルヲ得ス假リニ民法ノ解釋ハ常ニ民法ノ全編ニ瀰リ統一シテ其原則ヲ定メサルヘカラストナス乾博士ノ說ヲ前提トスルモ法律カ同シク能力規定ヲナスニ當リ一ハ其原則ヲ明カニシ他ハ他ノ特別規定ノ推理ヲ俟ッテ其原則ヲ明カナラシメントシタルモノナリトハ解スルニ難ケレハナリ況ンヤ民法カ第四條ト第九條トヲ特ニ區別シテ其原則ヲ定メタルハ是レ未成年者ト禁治産者トノ能力ヲ區別スルノ理由存スルニ因リ然ルニ於テヲヤ又之ヲ事實ニ見ルモ禁治産者ハ心神喪失ノ常況ニ在ル者ニシテ偶本心ニ回復スルコトアルモ亦突如トシテ喪心スルナキヲ保セス然ルニ斯ノ如キ者ニ法定代理人ノ同意アルノ故ヲ以テ直チニ自ラ法律行爲ヲ爲スヲ得ルモノトセンカ遂ニ法カ禁治産者ヲ認メタルノ趣旨ヲ沒却スルニ至ルヘク斯ノ如キハ法カ禁治産者ヲ以テ精神狀態カ持續的ナラストナシタルニ反スルニアラスンハ一方心神喪失ノ證明ノ難キヲ避ケシメタルノ理ヲ無視スルモノト謂フヘキナリ

(二二三)

五五七第一項　買主カ賣主ニ手附ヲ交付シタルトキハ當事者ノ一方カ契約ノ履行ニ著手スルマテハ買主ハ其手附ヲ抛棄シ賣主ハ其倍額ヲ償還シテ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得

手附ノ抛棄又ハ倍額ノ償還ハ解除權ノ內容ヲ成シ買主又ハ賣主ハ手附ノ抛棄又

ハ倍額ノ償還ヲ爲スニアラサレハ契約ヲ解除スル能ハサルモノトス」

民法第五五七條第一項ニハ「前略買主ハ其手附ヲ拋棄シ賣主ハ其倍額ヲ償還シテ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得」トアリテ文理上容易ニ買主ノ解除權ハ手附ノ拋棄ヲ條件トスル解除權タリ賣主ノ解除權ハ手附ノ倍額ノ償還ヲ條件トスル解除權タルコトヲ看取シ得ヘキノミナラス元來同條ノ規定タルヤ手附ノ授受ニ關スル當事者ノ意思明白ナラサルトキハ買主ハ手附ノ拋棄タニ爲セハ契約ノ履行ヲ爲ササルコトヲ得賣主ハ手附ノ倍額ノ償還タニ爲セハ契約ノ履行ヲ爲ササルコトヲ得ルノ意思ヲ以テ當事者間ニ手附ノ授受ヲ爲シタルモノト看做スヲ至當ナリトシ買主又ハ賣主ハ手附ノ拋棄又ハ倍額ノ償還ヲ爲シテ契約ヲ解除スルノ權利アル旨ヲ規定シタルモノナリ故ニ手附ノ拋棄又ハ倍額ノ償還ハ解除權ノ內容ヲ成シ買主又ハ賣主ハ手附ノ拋棄又ハ倍額ノ償還ヲ爲スニアラサレハ契約ヲ解除スル能ハサルモノトス買主又ハ賣主ハ自由ニ契約ヲ解除シテ之ヲ履行セサルコトヲ得其不履行ノ制裁トシテ手附ヲ喪失シ又ハ倍額償還ノ義務ヲ負擔スルモノニアラサルナリ是ニ由テ之ヲ觀レハ賣主ハ手附倍額ノ償還ヲ爲スニアラサレハ契約ヲ解除スルノ權利ナキモノトス勿論償還ト云フモ賣主ノ爲スヘキ行爲以外ヲ之ニ强ユルノ謂ハレナキヲ以テ賣主ハ手附倍額ノ償還ノ提供ヲ爲シテ契約解除ノ意思ヲ表示スレハ契約ヲ解除スルニ十分ナリト雖モ單純ニ契約解除ノ意思ヲ表示シタルノミニテハ契約解除ノ效力ナキモノトス然レハ單純ニ契約解除ノ意思ヲ表示シタルノミニテ契約解除ノ效力アリト爲シタル原判決ハ不法ナリ（大審院大正二年（オ）第六三三號同三年十二月八日民一判決）

東京控訴院

【判決事項】

（一）主文　破毀差戻（二）原審　東京控訴院（三）件名　所有權取得登記手續請求事件（四）訴訟關係人　上告人梅澤政吉訴訟代理人辯護士近川清澄同中野俊助被上告人松本宗隆訴訟代理人辯護士宮島次郎

【反對判例】

賣主ハ其倍額ヲ償還シテ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得トアルハ賣主ニ手附ノ倍額ヲ償還スヘキ義務ヲ負ハシメタル趣旨ニシテ契約解除ノ條件トシテ先ツ其倍額ノ辨濟ヲ爲スニアラサレハ賣主ニ解除ヲ許ササルコトヲ規定シタルモノニアラス（東京控訴院二年（ネ）五〇三號民四判決、本書第二卷民法五一〇頁）

吾人ハ本書第二卷民法五一一頁ニ於テ前掲東京控訴院判決ニ對シ詳細ナル反駁ヲ加ヘタリ本判決ハ全然吾人ノ所見ト一致スルモノニシテ固ヨリ吾人ノ贊同スル所ナリ

（二二四）

八五　本法ニ於テ物トハ有體物ヲ謂フ

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

一〇〇二　遺產相續人數人アルトキハ相續財產ハ其共有ニ屬ス

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

警察犯處罰令三　左ノ各號ノ一ニ該當スル者ハ二十圓未滿ノ科料ニ處ス

一　許可ナクシテ人ノ死屍又ハ死胎ヲ解剖シ又ハ之レカ保存ヲ爲シタル者

刑法一九〇　死體、遺骨、遺髮又ハ棺內ニ藏置シタル物ヲ損壞、遺棄又ハ領得シタル者ハ三年以下ノ懲役ニ處ス

同一九一　第一八九條ノ罪ヲ犯シ死體、遺骨、遺髮又ハ棺內ニ藏置シタル物ヲ損壞、遺棄又ハ領得シタル者ハ三月以上五年以下ノ懲役ニ處ス

東京地方

人ノ死體遺骨等モ亦私權ノ目的タルコトヲ得ヘキ物ナリ從テ死體遺骨等ニ付キ

所有權ノ成立スルコトヲ妨ケス」
死體遺骨ハ相續人ノ所有ニ歸スル「モノトス」
相續財産トハ相續ヲ原因トシテ相續人ニ歸シタル財産ノ總稱ニシテ其權利ハ必スシモ一旦被相續人ニ歸シタルモノナルコトヲ必要トセサルヲ以テ相續人ノ所有ニ歸シタル被相續人ノ死體遺骨ハ亦相續財産ノ一部ナリトス」

人ノ死體遺骨遺髪等カ私權ノ目的タルコトヲ得ヘキ物ナルヤ否ヤニ付キ案スルニ民法ハ其第八五條ニ於テ本法ニ物トハ有體物ヲ謂フト規定シ如何ナル有體物カ私權ノ目的タルコトヲ得ヘキヤ否ヤニ付キ決定スル處ナキヲ以テ何カ私權ノ目的タルコトヲ得ヘキ有體物ナルヤ否ヤハ一ニ其當時ニ於ケル取引上ノ通念ニ從ヒ之ヲ決セサルヘカラス而シテ人ノ死體遺骨等ハ一般ノ物ト異ナリ學術上ノ目的ニ供セラルルカ如キ特別ノ場合ヲ除キテハ之ヲ埋葬スルコトヲ要シ許可ナクシテ解剖又ハ保存スルコトヲ得ス（警察犯處罰令第三條第一號）不法ニ損壞遺棄スルコトヲ得ス（刑第一九〇條第一九一條）其他賣買讓渡等處分行爲ノ目的タルコトヲ得スト雖モ何レモ死體遺骨等カ一般ノ物ト異ナリ道德上並ニ衞生上特種ノ性質ヲ有スルモノナルヨリ生スル結果ニシテ公ノ秩序善良ノ風俗ヲ維持スルノ必要上而ルノミ其制限アルカ故ニ死屍ニ對シテ私權ノ成立スルコトヲ排斥シタルモノト謂フヲ得サルノミナラス一般ノ物ニ於ケルト同樣死體遺骨等ニ對シテモ吾人ノ私權ヲ保護スヘキ十分ノ理由アルコトヲ認メサルヲ得ス結局人ノ死體遺骨等モ亦私權ノ目的タルコトヲ得ヘキ物ナリト認ムルヲ相當トス從テ死體遺骨等ニ付キ所有權ノ成立スルコトヲ妨ケス

而シテ人ノ後繼者ヲ得スシテ夭折スル場合ハ姑ク措キ然ラサル場合ハ其相續人ニ於テ先人ニ對スル送葬並ニ祭祀ニ任スヘキモノナルコトハ吾人ノ信シテ疑ハサルトコロナリ是ニ由リテ之ヲ觀レハ法ハ亦吾人ノ死體遺骨ヲ以テ相續人ノ所有ニ歸セシムルモノナルコトヲ推論スルニ難カラス尙相續財産トハ相續ヲ原因トシテ相續人ニ歸シタル財産ノ總稱ニシテ其權利ハ必スシモ一旦被相續人ニ歸シタルモノナルコトヲ必要トセサルヲ以テ相續人ノ所有ニ歸シタル被相續人ノ死體遺骨ハ亦相續財産ノ一部ナリト斷定スルコトヲ得ヘシ

本件ニ於テ原告貫ノ妻雪野カ明治四十四年八月廿四日死亡シタルコト被告等カ原告ノ承諾ヲ得スシテ亡雪野ノ遺骨ヲ鎌倉笹目ケ谷火葬場ヨリ被告等方ニ持歸リタルコト並ニ亡雪野カ原告一家ノ家族ニシテ原告喜代子、壽子、英子ハ共ニ亡雪野ノ同順位ノ直系卑屬ナルコトハ當事者ニ爭ナキトコロナレハ亡雪野ノ遺骨ハ原告喜代子、壽子、英子、三名ノ所有ニ歸シ其相續分ハ相均シキモノト認ムルノ外ナク被告等カ右原告等ノ承諾ヲ得スシテ亡雪野ノ遺骨ヲ領得シタル所爲ハ故意ニ原告喜代子、壽子、英子ノ各所有權ヲ侵害シタル共同不法行爲ナリト認定セサルヲ得ス而シテ被告等カ亡雪野ノ遺骨ヲ領得シタル行爲ニ因リ侵害セラレタルモノハ原告喜代子、壽子、英子ノ各所有權ニシテ之カ爲メ原告等ノ名譽ヲ毀損シタル廉ナク原告等ハ又是ニ因リテ亡雪野ニ對スル祭祀ヲ妨ケラレタルモノト解スルヲ得サルハ勿論原告貫ハ被告等ニ對シ何等ノ請求權ヲ有セサルヲ以テ原告貫ノ請求ハ之ヲ排斥スヘキモノトス次ニ原告喜代子、壽子、英子ト被告等トノ間ニ存スル親族關係ニ徴シ之ヲ考察スルトキハ右原告三名カ所有權ヲ侵害セラレタルコトニ因リテ被リタル精神上ノ苦痛ハ金五十圓宛ヲ以テ之ヲ賠

償シ得ヘキモノト認ムルヲ以テ被告等兩名ハ連帶シテ原告喜代子、壽子、英子ニ對シ右金額ヲ支拂フヘキ義務アルモノトス(東地二年(ワ)一二五八號三年七月廿三日民三部宮本裁判長渡邊三宅各判事判決)

【判決事項】

(一)件名　損害賠償請求事件(二)訴訟關係人　原告西本貫西本喜代子西本壽子西本英子訴訟代理人辯護士櫻井長藏被告西本國之輔西本うたよ訴訟代理人辯護士田邊喜一

【參照學說】

本書第三卷民法二九九頁

死體カ民法上ノ物ニシテ所有權ノ目的タルコトヲ妨ケサルコトハ吾人ノ既ニ論定シタル所ナリ(三卷民法三〇二頁)而シテ本判決カ先人ニ對スル送葬祭祀ニ任スヘキ者カ其相續人ナル點ヨリ觀察シテ死體遺骨ノ所有權ヲ相續人ニ歸セシメタルコトモ亦吾人ノ贊同スルトコロナリ然レトモ死體遺骨ヲ以テ相續財產ナリトスル見解ニ至リテハ之ニ反對セサルヲ得ス蓋シ相續財產トハ被相續人ヨリ承繼シタル財產ノ謂ナルコト疑ヲ容レス然ルニ事案ノ場合所謂被相續人ナル者ノ身體ハ其被相續人タル者ノ所有物ニアラサレハナリ故ニ之ヲ以テ相續財產ナリトシ當然相續ニ因テ取得スト解スルハ當ラス殊ニ判決ノ如ク之ヲ以テ遺產相續ナリト解センカ其相續人タルヘキ者カ其相續ヲ拋棄シタリトセハ死體ノ所有權及ヒ埋葬ノ義務ハ果シテ何人ニ歸屬スヘキヤ問題タルヘシ吾人ハ固ヨリ疑問ナキニハアラサルモ死體ノ所有權ハ祭葬ノ義務ト同シク其祭葬ニ任スヘキ者卽チ相續人タルヘキ者ニ原始的ニ歸屬スルモノト解セント欲ス

(一二五)

一二第一項　準禁治產者カ左ニ揭ケタル行爲ヲ爲スニハ其保佐人ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス
二　借財又ハ保證ヲ爲スコト
八八六　親權ヲ行フ母カ未成年ノ子ニ代ハリテ左ニ揭ケタル行爲ヲ爲シ又ハ子ノ之ヲ爲スコトニ同意スルニハ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス
二　借財又ハ保證ヲ爲スコト

民法第一二條同第八八六條等ニ所謂借財トハ金錢ノ消費貸借ノミヲ指スモノトス」

借財ノ爲メニスル手形ノ振出ニハ借財ニ關スル規定ヲ準用スヘキモノトス」

東京控訴院大正二年(ネ)六四號三年二月十四日民三判決(本書第三卷民法八八頁所載)本來借財ナル文字ハ通俗語トシテ用ヒラルルモノナルカ故ニ又通俗ニ用ヒラルル意義ニ從ヒテ之ヲ解スルコトヲ要ス而シテ通俗ニ於テハ金錢ノ消費貸借ヲ指シテ借財ト云フカ故ニ第一二條第八八六條等ニ於テ云フ借財モ亦金錢ノ消費貸借ノ意義ニ解スルヲ至當トス或ハ借財ハ金錢ノ消費貸借ノミナラス金錢ニ準スヘキモノノ消費貸借ヲモ含ムモノトナス金錢ニ準スヘキモノトハ何ヲ云フヤ明カナラスト雖モ取引上專ラ價格ニ著眼シテ消費貸借ノ目的物トナスモノ例ヘハ公債株券ノ如キモノヲ指スモノト解スヘキカ然レトモ公債株券等ノ消費貸借ヲ締結スル場合ニハ其實ハ金錢ノ消費貸借ヲ締結スルモノトス故ニ此說ハ之ヲ採ルコトヲ得ス或ハ消費貸借ノ目的ノ

爲メニ手形ヲ振出ス場合モ亦借財ニ含マルルモノトナス然レトモ借財ノ爲メニ手形ヲ振出ス場合ニ手形行爲ハ原因ト獨立シテ存スルカ故ニ金錢ノ消費貸借ハ成立スルコトナシ故ニ之ヲ借財中ニ包含セシメ直接ニ第一二條第一項第八八六條ヲ適用スルヲ得ス或ハ借財ナル文字ヲ廣ク金錢債務ノ意義ニ解ス然レトモ此說ハ全然根據ナシ以上述フル所ヲ以テスレハ借財ハ金錢消費貸借ノミヲ含ムモノトナサルヘカラス然レトモ吾人ハ借財ニ關スル規定ノ準用ニ依リテ借財ノ爲メニスル手形ノ振出ヲ爲スニハ同意ヲ要スルモノト解セントス蓋直接ニ金錢消費貸借ヲ締結スルト同シク手形振出ニ依リテ消費貸借ノ目的ヲ達スルコトヲ得故ニ手形ノ振出行爲ト其原因(即消費貸借ノ爲メニスル目的)トヲ加ヘテ觀察スルトキハ金錢消費貸借ト異ル所ナシ或ハ日ハン手形行爲ハ其原因ト獨立スルカ故ニ原因ト關係ナク手形行爲能力ヲ定ムルコトヲ要スト然レトモ法律行爲ノ原因ヨリ見テ行爲能力ヲ定ムルコトヲ得サル理由ナシ且之ヲ實際ノ必要ヨリ見ルモ借財ニ同意ヲ要ストナス以上ハ借財ノ爲メニスル手形振出モ同意ヲ要ストナスニアラサレハ規定ノ目的ハ全然達スルコトヲ得サルニ至ルヘシ然ルニ本判決ハ廣ク手形ノ振出ニ付キ其原因ヲ問ハス同意ヲ要スルモノトナスモノノ如シ然レトモ手形ヲ振出ス原因ハ種々アリ此等ノ凡テノ場合ヲ借財若クハ借財ニ準スヘキモノトナストキハ法律カ特ニ借財ナル文字ヲ用ヒタル精神ハ沒却セラレ從テ第一二條第八八六條ニ於テ列擧主義ヲ取リタル理由ハ無視セラルルニ至ルヘシ(法學博士石坂音四郎氏京都法學會雜誌第十卷第一號一二九頁以下要領)

【參照學說判例】

本書第三卷民法九〇頁

博士ハ約束手形中借財ノ爲メニスルモノト然ラサルモノトヲ區別シ前者ノミニ付キ同意ヲ要スルモノナリト斷セラルルモ吾人ハ仍ホ曩キニ賛同シタル東京控訴院判決ノ至當ナルヲ信ス蓋シ約束手形ノ振出ハ所謂借財ニハアラサレトモ未成年者ノ爲メニ財產上重要ナル影響ヲ及ホスコト借財ト擇フ所ナキヲ以テ親權者タル繼母カ未成年ノ子ニ代ツテ之ヲ振出カ如キ場合ハ親族會ノ同意ヲ要スト爲スノ無能力者ヲ保護スル所以ナルヲ信スレハナリ故ニ同條ノ規定ヲ準用スルノ範圍モ亦手形ノ振出行爲其自體ヲ以テ足リ敢テ其振出行爲ノ原因カ借財ノ爲ナルヲ要スト狹義ニ解スルノ要ナキヲ信ス

(二二六)

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

九〇〇 後見ハ左ノ場合ニ於テ開始ス

一 未成年者ニ對シテ親權ヲ行フ者ナキトキ又ハ親權ヲ行フ者カ管理權ヲ有セサルトキ

九三四第二項 後見人ハ未成年者ニ代ハリテ親權ヲ行フ

民法第九〇〇條第一號ニ所謂親權ヲ行フ者トハ親權者ニ代リテ其親權ヲ行フ者ヲモ包含スルモノトス」

戸主カ未成年ナルコトハ民法第七五一條ニ所謂其權利ヲ行フコト能ハサル場合ニ該當ス」

金崎權理ノ親權者タル其母きくハ未成年者ナレトモ其後見人アリテ民法第九三四條

第二項ニ從ヒきくノ親權ヲ行フカ故ニ權理ニ對シ親權ヲ行フ者ナシト謂フヘカラス同法第九〇〇條第一號ニ所謂親權ヲ行フ者トハ親權者ニ代リテ其親權ヲ行フ者ヲモ包含スレハ權理ノ爲メ後見人ヲ選定スルノ原因存在セサルモノト謂ハサルヘカラス同法第七五一條ニ依レハ戸主カ其權利ヲ行フコト能ハサルトキハ戸主ニ對シ親權ヲ行フ者其權利ヲ行フコトヲ得ヘク戸主カ未成年者ナルコトモ其權利ヲ行フコト能ハサル場合ニ屬スルヲ以テ戸主タル權理ノ親權者カ未成年者ナルカ爲メ其戸主權ヲ行フ者ヲ缺クノ憂モ亦存セサルモノトス故ニ權理ノ後見人選定ノ爲メニ親族會ヲ招集センコトノ申請ヲ却下シタル七尾區裁判所ノ決定ヲ是認シタル原決定ハ適法ニシテ本抗告ハ理由ナシ（大審院大正三年（ク）第六〇三號同年十二月十日民一決定）

【決定事項】

（一）主文　上告棄却（二）原審　金澤地方裁判所（三）件名　親族會招集申請却下ノ決定ニ對スル抗告事件（四）訴訟關係人　抗告人金崎はる代理人辯護士松田宮太郎

【參照判例】

未成年者ノ父又ハ母カ禁治産者若クハ準禁治産者ナルトキハ親權ヲ行フコトヲ得ス而シテ其未成年者ニ對シ他ニ親權者ナキ場合ニハ後見ノ開始アルヘキモノトス（大審院民事判決綠三九年五五三頁）

正當ノ判決ナルヲ信ス

（一二七）

九八八　隱居者及ヒ入夫婚姻ヲ爲ス女戸主ハ確定日附アル證書ニ依リテ其財産ヲ留保スルコトヲ得但家督相續人ノ遺留分ニ關スル規定ニ違反スルコトヲ得ス
一六六第一項　消滅時效ハ權利ヲ行使スルコトヲ得ル時ヨリ進行ス
一六七　債權ハ十年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅ス
債權又ハ所有權ニ非サル財産權ハ二十年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅ス
民法施行法一　民法施行前ニ生シタル事項ニ付テハ本法ニ別段ノ定アル場合ヲ除ク外民法ノ規定ヲ適用セス

（一）民法施行前ニアリテハ隱居者ノ財産留保ニ付キ別段ノ方式ヲ必要トセス從テ隱居者カ隱居ノ當時或財産ヲ留保スル意思ヲ表示スル以上ハ其表示ノ明示タルト默示タルトヲ問ハス財産留保ノ效力ヲ生スルモノトス」

（二）物權變動ノ場合ニ於ケル登記請求權ハ其性質債權ナリトス」物權變動ナル法律事實ノ發生及ヒ存續ハ登記請求權發生ノ不斷ノ原因ナルヲ以テ其發生ニ適スヘキ法律事實ノ繼續スル間ハ登記請求權モ亦存續スルモノトス故ニ存續最終ノ時ヨリ起算シテ十年ヲ經過スルニアラサレハ登記請求權ハ時效ニ因リテ消滅セス』

（一）『岡田平藏ノ隱居ハ民法施行前ニ係ル民法施行前ニアリテハ隱居者ノ財産留保ニ付キ別段ノ方式ヲ必要トセス從テ隱居者カ隱居當時或財産ヲ留保スル意思ヲ表示スル以上ハ其表示ノ明示タルト默示タルトヲ問ハス財産留保ノ效力ヲ生スルモノナルヲ以テ固ヨリ消極的事實ニヨリ之ヲ認メサルヘカラサル場合アルハ明カナリ之ヲ本件ニ見ルニ第一審證人四十萬小七郎ハ本件土地ハ明治三十四年四月被控訴人ニ於テ岡田平藏ヨリ買受ケ用水敷地ニ當ル部分ヲ除キ其他ハ同年度ヨリ被控訴人ニ於テ耕作シ居ル旨證言シ同證人小竹彌三吉ハ本件土地賣買後用水敷地以外ノ地ハ入江松次郎ニ於テ被控訴人ヨリ請作シ居ル旨證言シ兩者ニ於テ現實耕作者ニ付キ異ナル點アルモ要スルニ何レモ本件土地ハ被控訴人ニ於テ買受後今日迄十八年間引續キ支配シ

居ル事實ヲ供述セルモノニシテ之レヲ信用スルニ足ル然モ其間平作ノ家督相續ヲ順次承繼シタル磯次郎又ハ平次ニ於テ被控訴人ニ對シ本件土地ノ賣買ノ無效ヲ主張シ自己ニ所有權アリトシテ對抗シタル事蹟ノ見ルヘキモノナキニ徵スレハ本件土地ハ平作ニ隱居ノ際之レヲ留保シタルモノト認ムルヲ相當トス

(二)物權變動ノ場合ニ於ケル登記請求權ハ物權ヲ原因トシテ發生スルモノナルモ物權其モノヨリ發生スルモノニアラス民法ノ規定ト不動産登記法ノ規定トニヨリ登記權利者ニ與ヘラレタル一種ノ權利ニシテ所謂物上請求權ニアラサルナリ勿論該權利ハ特定人カ特定人ニ對シ給付ヲ求ムル權利ナルヲ以テ其性質タルヤ債權ナリト云フヲ得ヘシ而シテ債權カ時效ニヨリ消滅スヘキコトハ民法ノ規定スル所ナルヲ以テ登記請求權モ亦消滅時效ニ罹ルコト明ナリ然リト雖モ不動産登記ハ物權變動ノ場合ニ於ケル第三者ニ對スル對抗要件ナレハ事實上ノ權利關係ト相一致スルコトヲ要スルコト敢テ論ヲ俟タサル所ナリ故ニ實際上其一致ヲ缺ク場合ニハ常ニ之ヲ一致セシムル爲メ登記請求權ヲ發生セシムルモノト認ムルコトヲ得然ラハ即チ物權變動ナル法律事實ノ發生及存續ハ實ニ登記請求權發生ノ原因タルノミナラス之カ發生不斷ノ原因ナルヲ以テ其發生ニ適スヘキ法律事實ノ繼續スル間ハ登記請求權モ亦存續スルモノニシテ物權變動ナル法律事實發生ノ時ヨリ起算シ已ニ十年經過スト雖モ該事實ノ終了即チ存續最終ノ時ヨリ起算シ十年經過スルニアラサレハ登記請求權ハ時效ニヨリ消滅スヘキモノニアラサルナリ之レ不動産登記カ物權變動ノ要件タル場合ト異ナル處ニシテ從テ本件ハ前認定ノ如ク被控訴人ニ於テ明治三十四年四月三十日岡田平藏ヨリ本件土地ヲ買受ケ引續ギ今日迄之ヲ支配シ居ルニ拘ラス未タ之カ移轉登記ヲ受ケサルモノナレハ所謂物權變動タル法律事實ハ現ニ存在シ居タルモノナルヲ以テ控被訴人ノ本件ノ登記請求權ノ消滅時效ハ未タ其進行ヲ始メサルモノトス蓋シ被控訴代理人主張ノ如ク登記請求權カ物件變動ノ時ヨリ起算シ時效ニ罹ルモノトセンカ登記ト事實上ノ權利關係ハ其一致ヲ缺キ然モ物權取得者ハ之ヲ補正シ得サルノミナラス登記名義人ハ之カ爲メ何等利得スルコトナキニ反シ權利者ハ第三者ニ對抗シ其權利ヲ行使シ得サルニ至リ遂ニ取引上ノ安寧ヲ害スルニ至ルヘシ斯ノ如キハ豈能ク法ノ許容スル處ナランヤ(富山地方裁判所大正三年民控第一四號澤田裁判長嘉多村大竹判事判決)

【判決事項】

(一)件名 登記手續請求事件(二)訴訟關係人 控訴人岡田平次外一人訴訟代理人辯護士高井晉平被控訴人宮島才次郎訴訟代理人辯護士森田幸太郎

【一點同趣旨判例】

一 民法施行前ニ在リテハ隱居者ノ財産留保ニ付キ別段ノ方式ヲ必要ト爲サザリシヲ以テ隱居者カ隱居ノ當時或財産ヲ留保スル意思ヲ表示スル以上ハ其表示ハ明示タルト默示タルトヲ問ハス財産留保ノ效力ヲ生スルモノトス(大審院民事判決錄四十四年三七一頁)

二 舊登記法施行後民法施行前ニ在リテ隱居ニヨリ家督相續開始ノ場合ニハ隱居者カ特ニ留保シタルモノヲ除キ其他ノ財産ハ凡テ家督相續人ニ移轉スルコト民法施行後ト異ル所ナク只留保ノ意思表示ハ何等方式ヲ要セス明示タルト默示タルトヲ問ハス有效ナリシモノトス(大阪控訴院判決本書第三卷民法五二二頁)

三 東京地方裁判所民四判決(本書第三卷民法三一三頁)

判決ハ物權變動ナル事實ノ存續スル間ハ登記請求權ハ不斷ニ發生スト說明スルモ一ノ物權變動ニ基ク登記請求權ハ一アリテ二ナシ殊ニ物權ノ變動ナル事實ハ其性質上存續スヘキモノニアラス單ニ承繼人ノ所有狀態カ存續スルノミ所有狀

態存續スルカ故ニ登記請求權不斷ニ發生スト謂フハ是レ登記請求權ヲ以テ所有權ニ基ク一種ノ請求權ナリト爲スニ外ナラサレハ常ニ所有狀態ノ存續ト終始シ從テ所有權ノ存續ナキニ至ルトキハ登記請求權ハ直チニ消滅スヘク之ニ對シテ消滅時效ノ觀念ヲ容ルルヲ得サルヘシ尚ホ此問題ニ付テハ本書第一卷民法第一四五頁ノ長崎地方裁判所判決ヲ參照セラレタシ

（一一二八）

九〇 公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行爲ハ無效トス

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

九五一 親族會ノ決議ニ對シテハ一ケ月內ニ會員又ハ第九四四條ニ揭ケタル者ヨリ其不服ヲ裁判所ニ訴フルコトヲ得

一二 準禁治產者カ左ニ揭ケタル行爲ヲ爲スニハ其保佐人ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス

三 不動產又ハ重要ナル動產ニ關スル權利ノ得喪ヲ爲スコト

五 贈與、和解又ハ仲裁契約ヲ爲スコト

仙臺地方裁判所判決

民法第九〇條ニ依リ法律行爲ヲ無效ト認ムルニハ其行爲ノ目的タル事項カ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ背反スルモノナルコトヲ要シ其行爲ヲ爲ス緣由ノ如キハ法律行爲ノ目的タル事項ニ包含セラレサルモノナルヲ以テ緣由ノ如何ハ何等法律行爲ノ效力ニ消長ヲ來スヘキモノニアラス』

未成年者ノ後見人カ親族會ノ同意ヲ得テ未成年者ノ財產ヲ他人ニ賣却又ハ贈與シタルトキハ縱令其行爲カ後見人カ未成年者ノ財產ヲ橫領スルノ意思ヲ以テ爲シタル場合ナリトスルモ民法第九五一條ニ從ヒ親族會ノ決議ノ取消ナキ以上ハ有效ナルモノトス』

被告カ原告先代やゑヨリ明治三十六年三月二十日及同二十三日本訴不動產中名取郡東多賀村高柳字中西二十六番田二反六畝二歩外二十一筆同郡同村高柳字中西四十七番郡村宅地反別四反五畝二十八步右宅地內建物七棟（以上一定申立第一記載）ヲ贈與ニ因リ同三十八年三月二十四日及ヒ同月二十五日前記以外ノ本訴不動產ヲ賣買ニ因リ各之ヲ取得シタル旨ノ登記アルコト及ヒ右贈與並ニ賣買ニ付キ親族會ノ同意アリタルコトハ當事者間ニ爭ナキ處ナリ原告訴訟代理人ハ右贈與及ヒ賣買ハ未成年者やゑノ後見人伊東定右衞門カ未成年者ノ不利益ヲ顧ミスシテ爲シタル公安良俗ニ背反セル無效ノ行爲ニシテ斯カル行爲ヲ是認シタル親族會ノ決議ノ如キモ亦當然無效ナリト主張スルモ乙第一第二第四第五號ノ各證及ヒ證人丹野勝三郎伊東定右衞門ノ供述ヲ綜合スレハ右贈與及ヒ賣買ハ何レモ親族會ノ同意ヲ得テ爲シタル眞正ノ行爲ニシテ虛僞ナリトハ認メ難キノミナラス元來民法九〇條ニ依リ法律行爲ヲ無效ト認ムルニハ其行爲ノ目的タル事項カ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ背反スルモノナルコトヲ要シ其行爲ヲ爲ス緣由ノ如キハ法律行爲ノ目的タル事項ニ包含セラレサルモノナルヲ以テ從テ緣由ノ如何ハ何等法律行爲ノ效力ニ消長ヲ來ス可キモノニ非ラス今本訴不動產ハ伊東定右衞門カ未成年者やゑノ後見人トシテ同人ヲ代表シ親族會ノ同意ヲ得テ之ヲ被告ニ贈與若クハ賣却シタルモノナレハ右各行爲ハ何レモ其目的タル事項ニ於テ何等公序良俗ニ背反スル處ナキ完全有效ノモノナルコト一點ノ疑ナシ原告訴訟

代理人ハ右賣買行爲ハ未年年者ノ財産ヲ横領スル意思ヲ以テ爲サレタルモノナリト論スルモ横領ノ意思ヲ以テ爲サレタリヤ否ヤノ如キハ單ニ行爲ノ縁由タルニ止マリ行爲ノ目的タル事項ニ包含セラレサルコト明白ナレハ以テ其行爲ヲ無效ナリト論スルヲ得ス從テ親族會カ右贈與及ヒ賣買ニ同意ヲ與ヘタル決議モ亦固ヨリ有效ニシテ當然無效タル可キモノニ非ラス若シ夫レ親族會ノ決議カ未成年者ノ利益ヲ保護セサル不當ノモノナリトセンカ民法第九五一條ニ從ヒ之カ取消ヲ爲スコトヲ得可シト雖トモ其ノ取消ナキ以上ハ有效ノモノナルコト論ナシ而シテ後見人ハ未成年者ヲ代表シテ其財産上ニ關スル一切ノ法律行爲ヲ爲スノ權限ヲ有スルモノニシテ唯民法第九二九條第一二條第一項ニ定メタル行爲ニ付キ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要スルニ過キサルモノナレハ本件ニ於テ後見人カ親族會ノ同意ヲ得テ爲シタル贈與及ヒ賣買ハ之ヲ無效ト認ム可キ理由一モ之レナキヲ以テ爾餘ノ爭點ニ付キ説明ヲ須ヒス原告ノ請求ハ却下ヲ免レサルモノトス（仙臺地方大正三年（ワ）第一五號境裁判長日下伊藤各判事判決、法律新聞第九九〇號二七頁以下）

【判決事項】

（一）件名　不動産登記抹消請求事件（二）訴訟關係人　原告伊東健治訴訟代理人辯護士門屋直哉被告伊東伊勢吉訴訟代理人辯護士齋田信利

（二二九）

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

一　被相續人ニ對シテ虐待ヲ爲シ又ハ之ニ重大ナル侮辱ヲ加ヘタルコト　二　疾病其他身體又ハ精神ノ狀況ニ因リ家政ヲ執ルニ堪ヘサルコト　三　家名ニ汚辱ヲ及ホスヘキ罪ニ因リテ刑ニ處セラレタルコト　四　浪費者トシテ準禁治産ノ宣告ヲ受ケ改悛ノ望ナキコト

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

原告家ニハ被告ノ外三男某ナル者存シ被告ヲ廢除スルモ家督相續上敢テ支障ナク而シテ被告ハ數年前ヨリ朝鮮漁業株式會社ノ技師トシテ朝鮮清津ニ居住シ會社ノ事業ヲ一身ニ引受ケ之カ經營ノ任ニ當リ居ルノミナラス同地方ニ於ケル漁業ハ將來益發展ノ見込アリテ被告ハ別ニ獨立シテ漁業ヲ計畫シ同所ニ永住スル覺悟ヲ爲シ且ツ被告カ同所ニ永住シテ漁業ニ從事スルトキハ原告ノ妹ヨリ資本金一萬圓内外ヲ供給スルコトトナリ居リ該事業ニ從事スルニハ永住スルニアラサレハ他人任セニテハ爲シ得ス及被告カ右漁業ニ從事スルニ付テハ到底原告家ノ家政ヲ執ルコト能ハサルニ依リ相續人タル地位ヲ退キタキ希望ヲ有シ此際被告ヲ廢除スルコトハ原被告双方ニ取リテ利益ナリトノ事情アル場合ニ於テハ右ノ事情ハ民法第九七五條第二項ニ所謂相續人廢除ヲ爲スヘキ正當ノ事由アルモノトス」

原告カ大竹家ノ戸主ニシテ被告ハ其二男ニテ法定推定家督相續人ナルコト及原告家ニハ三男時和ナルモノ存シ被告ヲ廢除スルモ家督相續上敢テ支障ナキコトハ成立ニ爭ナキ甲第一號證戸籍謄本ノ記載ニヨリテ明ラカナリ而シテ被告カ明治四十四年五月頃ヨリ朝鮮漁業株式會社ノ技師トシテ朝鮮清津ニ居住シ會社ノ事業ヲ一身ニ引受ケ之カ經營ノ任ニ當リ居ルノミナラス同地方ニ於ケル漁業ハ將來益發展ノ見込アリ

テ被告ハ別ニ獨立シテ漁業ヲ計畫シ同所ニ永住スル覺悟ヲ爲シ且ツ被告カ同所ニ永住シテ漁業ニ從事スルトキハ原告ノ妹梅浦もとヨリ資本金一萬圓內外供給スルコトナリ居リ該漁業ニ從事スルニハ永住スルニアラサレハ他人任セニテハ爲シ得サルコト及原告カ右漁業ニ從事スルニ付テハ到底原告家ノ家政ヲ執ルコト能ハサルニ依リ相續人タル地位ヲ退キタキ希望ヲ有シ此際被告ヲ廢除スルコトハ原被告双方ニ取リテ利益ナル旨ノ原告ノ主張事實ハ證人坂辰三岩田吉藏ノ各證言及被告ノ同趣旨ノ供述ヲ綜合シ之ヲ認定スルニ足ル果シテ然ラハ斯クノ如キ場合ニ被告ヲ相續人ノ地位ヨリ廢除シテ專念將來大ニ發展ノ見込アル漁業ノ計畫ヲ繼續セシムルコトハ被告ノ爲メ至大ノ幸福ナルノミナラス原告家ニハ倘三男時和ナルモノアリテ被告ヲ廢除スルモ家督相續上何等ノ差支ヲ生スルコトナキヲ以テ右ノ事情ハ民法第九七五條第二項ニ所謂相續人廢除ヲ爲スヘキ正當ノ事由アルモノト認ム(東地三年(タ)二〇七號四年一月十三日民一部鈴木裁判長霜山日下各判事判決)

【判決事項】

(一)件名　家督相續人廢除請求事件(二)訴訟關係人　原告大竹逸藏訴訟代理人辯護士高橋織之助被告大竹健吉訴訟代理人辯護士西山次郎

至當ノ見解ト信ス

(二三〇)

九九二　遺産相續ハ家族ノ死亡ニ因リテ開始ス

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

被相續人カ毫モ財産ヲ遺留セス債務ノミヲ負擔シタル儘死亡シタル場合ト雖モ遺産相續人ニ於テ之ヲ承繼スキモノトス』

遺産相續ハ家族ノ死亡ニ因リテ當然開始シ遺産相續人ハ其相續開始ノ時ヨリ財産ニ關スル被相續人ノ權利義務ヲ包括的ニ承繼スルヲ以テ被相續人カ毫モ財産ヲ遺留セス債務ノミヲ負擔シタル儘死亡シタル場合ト雖モ遺産相續人ニ於テ之ヲ承繼スヘキモノナルコト當院判例ノ存スル所ナリ(明治四十一年三月九日第二民事部判決及ヒ同四十二年六月二十九日第一民事判決參照)然レハ原裁判所カ友三郎ニ於テ其義務ヲ遺シテ死亡シタルコトヲ認メ何等權利ヲ殘ササルモノトスルモ同人ノ遺産相續開始セストハ謂フコトヲ得サル旨ヲ判示シ抗告人ノ抗告ヲ棄却シタルハ相當ナリ(大審院大正三年(ク)第六一四號同年十二月十一日民二決定)

【決定事項】

(一)主文　抗告棄却(二)原審　德島地方裁判所(三)件名　遺産相續拋棄申述事件(四)訴訟關係人　抗告人松村加久太郎

【同趣旨學說】

一　遺産相續ハ其開始ノ當時被相續人カ多少ノ財産ヲ有セシコトヲ前提トスルモノニ非ス被相續人カ毫モ財産ヲ遺留セス單ニ義務ノミヲ遺シテ死亡シタルトキト雖モ其義務ニシテ財産上ノ關係ニ屬スルモノナラシメハ遺産相續ニ因リ相續人ヲ承繼スルモノト謂ハサル可カラス(法學士牧野菊之助氏日本相續法論一八一頁)

二　遺産相續ノ開始ニハ勿論遺産ノ存在スルコトヲ要スルモ其所謂遺産ハ獨リ財産上ノ權利ノミニ止マラス義務ヲモ包含スヘキモノナリトス(東京地方裁判所元年(レ)第二四八號二年四月七日民一判決本書第二卷民法二六七頁)

至當ノ見解ナリ

(二三一)

八八八　親權ヲ行フ父又ハ母ト其未成年ノ子ト利益相反スル行爲ニ付テハ父又ハ母ハ其子ノ爲メニ特別代理人ヲ選任スルコトヲ親族會ニ請求スルコトヲ要ス
父又ハ母カ數人ノ子ニ對シテ親權ヲ行フ場合ニ於テ其一人ト他ノ子トノ利益相反スル行爲ニ付テハ其一方ノ爲メ前項ノ規定ヲ準用ス

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

親權者カ未成年者タル子ヲ代理シ之ト共ニ合名會社設立行爲ヲ爲スハ第八八八條及ヒ第一〇八條ニ違反スル行爲ナリトス』

東京控訴院二年(ネ)第三八〇號三年二月十九日民三判決(本書三卷民法一〇五頁所載)

判決ハ親權者カ未成年者タル子ヲ代理シ之ト共ニ合名會社設立行爲ヲ爲スモ第八八八條及ヒ第一〇八條ニ違反スル行爲ニアラストナスモ吾人ハ此二條ニ違反スル行爲ナリトナス判決ニ合名會社設立ノ行爲ハ共同ノ事業ヲ營ムコトヲ目的トスル法律行爲ナルカ故ニ設立者間ニ於テ利益相反スル行爲ニアラストナス然レトモ共同ノ事業ヲ營ム場合ニ於テモ各自獨立ノ利益ヲ有スルカ故ニ其各自ノ利益カ衝突スルコトアルハ免レサル所ナリ故ニ今親權者カ其子ヲ代理シ其子ト共ニ會社ヲ設立スルコトヲ得ルモノトナストキハ親權者ハ單獨ニテ會社ノ組織、出資、經營方法等ヲ定ムルカ故ニ子ノ利益ハ全ク犧牲ニ供セラルルニ至ルヘシ又判決ハ第一〇八條ノ規定ハ當事者間ニ利益相反スル法律行爲ニ付テノミ適用アルモノトナス然レトモ同條ハ全ク制限ヲ附スル所ナク如何ナル行爲ト雖モ當事者ノ一方ハ相手方ノ代理人ト爲ルコトヲ得サルモノトナス絕對ニ代理人ノ自己行爲ヲ許サストノ明文炳乎トシテ存スルニ拘ハラス恣ニ制限ヲ加ヘントスルハ其非ナルハ殆論スルヲ要セス法律カ代理人ヲシテ誠實ニ本人ノ利益ヲ圖ラシムルノ主旨ヲ以テ第一〇八條ヲ設ケタルハ實ニ判決ノ云フ所ノ如シ然レトモ利益相反スル場合ノミニ代理人ノ自己行爲ヲ許サストナスモ代理人ヲシテ誠實ニ本人ノ利益ヲ圖ラシムル目的ハ之ヲ達スルコトヲ得ス本來二人ノ當事者對立スル財產法上ノ法律行爲ニアリテハ各當事者ハ自己獨立ノ利益ヲ有ス從テ一般的ニ云ヘハ利益ノ衝突ヲ來ス危險アルハ明カナリ代理人ノ自己行爲ヲ許サルハ此ノ如キ利益ノ衝突ノ危險ヲ豫防センカ爲メニ外ナラス(法學博士石坂音四郎氏京都法學會雜誌十一卷一號一二五頁以下要領)

【參照學說判例】

本書第三卷民法一〇八頁以下同三一頁

本件ニ關シテハ吾人既ニ論評セリ其詳細ハ本書第三卷一一一頁ニ就キ參照セラレタシ

（二三二）

八五　本法ニ於テ物トハ有體物ヲ謂フ

不動產登記法七九　土地ノ分合、滅失、段別若クハ坪數ノ增減又ハ地目若クハ番號ノ變更アリタルトキハ其土地ノ所有權ノ登記名義人ハ遲滯ナク其登記ヲ申請スルコトヲ要ス

朝鮮總督府臨時土地調査局規定二　面洞ノ疆界カ道路、溝渠、河川、山嶺又ハ海面ニ接スルトキハ其ノ疆界線ハ左ノ區分ニ依リ調査スヘシ

三　海岸ハ海潮時ニ於ケル水陸分界線

土地カ崩壞流失シテ海面トナルトキハ其所有權ハ直チニ消滅スルモノトス」

土地ト海面トハ最高滿潮時ニ於ケル水陸分界線ヲ以テ之ヲ區分スヘキモノトス」

案スルニ所謂土地トハ區劃セラレタル一定ノ陸地ヲ指稱スルモノナルヲ以テ河川池沼ノ如キ水地モ法律ニ禁止ナキ限リハ亦土地トシテ所有權其他ノ私權ノ目的トナルコトヲ得ヘシト雖モ海面ハ公衆ノ使用ニ供セラレ箇人ノ獨占スルコトヲ得サルモノ即チ所謂公共物ニ屬シ其性質所有權ノ目的トナルコト能ハサルモノトス唯法規ニ基ク官廳ノ處分ニ因リ箇人カ使用埋築等ノ私權ヲ取得スルコトアリト雖モ何人モ之レニ對スル所有權ヲ取得スルコトナシ而シテ海面カ元來ノモノナルト土地ノ崩壞流失等ニ因リ成リタルモノナルトハ毫モ其性質ニ變異ヲ來サス均シク所有權ノ目的タル可能性ナキモノトス是故ニ土地カ崩壞流失シテ海面トナルトキハ其所有權ハ直チニ消滅ニ歸ス是レ不動產登記法第七九條ニ土地ノ滅失アリタルトキハ遲滯ナク其登記ヲ爲スヘキ旨ヲ規定シタル所以ナリ抑モ物ノ所有權ヲ有スルトハ現ニ一定ノ形狀ヲ具ヘタル物質ノ所有權ヲ有スル意義ナレハ其形狀變スルモ其物質ニシテ存在スル以上ハ其物ノ上ニ依然所有權ヲ保有スヘシト雖モ其形狀變更ト共ニ所有權ノ目的タル可能性ヲ喪失スルニ至ルトキハ同時ニ所有權消滅ニ歸スヘキハ自ラ明カナリ土地カ海面ニ變スルトキニ於テモ物質其物ハ全然消滅スルニアラスト雖モ土地トシテノ存在ナク所有權ノ目的タル可能性ヲ喪失スルニ至ルヲ以テ其所有權消滅ニ歸スルモノトス然ラハ土地カ如何ナル形狀トナレハ海面ニ變シタリト云フカ潮水ノ自然ノ浸漫ハ之ヲ判定スルノ標準タルヘシト雖モ風濤海嘯等ニ因リ一時浸漫ヲ見ルモ之ヲ原狀ニ回復スルコトノ可能ナル場合ニ於テハ尙ホ陸地タルコトヲ妨ケサルヲ以テ其浸潮ハ繼續的若クハ連續的ノモノナラサルヘカラサルハ勿論ナリ而シテ土地ト海面トノ疆界ハ水陸ノ分界ヲ以テスヘキハ毫モ疑ヲ容レスト雖モ海面ハ潮汐干滿ニ因リテ廣

狹常ナラサルヲ以テ滿潮時ニ於ケルト干潮時ニ於ケルトニ因リテ水陸分界線ニ差アリ其何レヲ以テ疆界ト爲スヘキヤ法令中直接此點ノ規定ヲ設ケタルモノヲ見ス然レ共大正二年六月朝鮮總督府訓令第三三號臨時土地調査局調査規定第二條ハ「面洞ノ疆界カ海面ニ接スルトキハ其疆界線ハ左ノ區分ニ依リ調査スヘシ(中略)三、海岸ニ於テハ滿潮時ニ於ケル水陸分界線」ト規定セリ此規定ハ臨時土地調査局ノ則ルヘキ調査標準ニ過キサレトモ法ノ趣意ハ滿潮時ニ於ケル水陸分界線ヲ以テ土地ト海面トノ疆界線トナスニアルコトヲ知ルニ足レリ而シテ滿潮ハ季節ニヨリテ高低アレトモ其最高滿潮時ヲ以テ標準ト爲ス趣意ト解スヘキモノトス以上ノ法意ハ又社會生活上ノ觀念ニモ恰適スルモノトス蓋年々月々時ニハ日々夜々潮水ノ浸漫スル場所ハ吾人カ土地トシテ利用スルニ適セサルモノナレハナリ今本件ニ就テ觀ルニ原告カ土地ト指稱スル第一乃至第三係爭場所ハ被告會社ニ於テ一部埋築スルニ至ル迄即チ大正元年頃迄其全部ハ滿潮時ニ於テ潮水ノ浸漫アリタル場所ナルコトハ爭ナキ所ニシテ該場所ハ元ト陸地ナリシヤ否ヤハ當事者ノ極力相爭フ所タリ然レ共原告主張ニ依ルモ係爭第一ノ場所ハ明治三十八年頃土砂ノ掘取及流失ニ因リ潮水ノ浸入スルニ至リ第二ノ場所ハ明治三十三年以前ヨリ潮水浸入ノ場所タリ又第三ノ場所ハ原告買受當時(舊韓國時代)以後風濤ノ爲メ漸次破壞シ浸潮スルニ至リタルモノニシテ臨時土地調査局モ以上ノ場所ハ何レモ水地ト認メ調査ノ範圍外ニ置キタリト云フニ在レハ假ニ原告主張ノ如ク係爭場所カ元ト陸地ニシテ原告ニ其土地所有權アリタリトスルモ其浸潮スルニ至リタルト同時ニ其土地ハ滅失シテ海面トナリ所有權ハ消滅ニ歸シタモノト謂ハサルヘカラス是故ニ原告ハ係爭場所ノ海面ハ勿論埋築ニ因リ土地トナリタル部分ニ對

シテモ何等ノ權利ヲ有セサルモノトス朝鮮ニ於テハ海岸ノ土地陷落シテ對岸ニ沙洲生スレハ落江地ノ所有者タリシ者ハ其沙洲ノ上ニ新ニ所有權ヲ取得スルノ慣例アレトモ海岸ノ崩壞流失ニ付キ是種ノ慣例存セサルノミナラス係爭場所中埋築セル部分ハ被告會社カ行政處分ニ因リ得タル埋築權ニ基キ土工ヲ施シ原始的ニ其所有權ヲ取得シタルモノナレハ今ニ於テ原告カ其所有權ヲ主張スルノ理毫モ之レナキモノトス原告カ引續キ係爭場所ニ付キ地稅ヲ納付セル事實アリトスルモ夫ハ土地滅失ノ屆出ヲ怠慢セル結果タルヘク是アルカ爲メ土地ノ滅失セルニ關ラス其所有權存續セリト爲スヘカラス(釜山地方法院大正三年(民)第六一八號同年十二月三日野村裁判長田尻堀部各判事判決)

【判決事項】

(一)件名　土地所有權確認並侵害排除請求事件(二)訴訟關係人　原告迫間房太郎訴訟代理辯護士安武千代吉被告朝鮮起業株式會社

海面ト雖モ土地ノ一種ナルヲ以テ固ヨリ所有權ノ目的タルコトヲ妨ケサルハ論ヲ俟タス唯海面ハ其性質公用ニ供スヘキモノナル爲メ普通之レヲ私人ニ拂下ケ得サルニ過キス』

海面ト雖モ土地ノ一種ナルヲ以テ固ヨリ所有權ノ目的タルコトヲ妨ケサルハ論ヲ俟タサルトコロニシテ唯海面ハ其ノ性質公用ニ供スヘキモノナルタメ普通之レヲ私人ニ拂下ケ得サルモノナレトモ其海面カ交通ノ便利惡水ノ疎通等ヲ害セサル場所ナルトキハ德川幕府時代ニ於テモ之レヲ凡繩ト稱シ拂下埋立ヲ許シ來リタルモノニシテ其拂下埋立ヲ許可セラレタルトキハ當然其所有權ヲ取得シタルモノナルニヨリ右糀谷先海面ハ右拂下ニヨリ前示糀谷村民四十八名ノ所有權ニ歸シタリト認定スルヲ妥當トス明治二十三年內務省訓令第三六號ニ依レハ海面ノ埋立ニ依リ陸地ヲ構成シタル後ニ於テ始メテ國ヨリ其埋立ヲ爲シタル者カ之レカ所有權ヲ取得スヘキ旨規定シアルヲ以テ現今ニ於テハ海面埋立ノ許可ニ依リ其許可ヲ得タル者ニ於テ直チニ其海面ノ所有權ヲ取得スルコトヲ得サルニ至リタリト雖トモ同法施行前ニ於テ一旦有效ニ取得シタル權利ハ同法ノ施行ニ依リ之レヲ失フヘキ理由存在セサルヲ以テ該法施行ニ依リ右糀谷住民四十八名カ寬政年間取得シタル所有權ヲ失ハサルハ勿論前示ノ如ク右糀谷住民ハ該土地ニ付キ地劵ノ下附ヲ受ケ居ルヲ以テ最賀その二賣渡ス迄所有權ヲ失ヒタルコトナク該所有權ハ轉輾シテ被告之レヲ繼承シ現ニ之レヲ有スルモノト謂ハサルヘカラス(東京地方大正二年ワ(一)四三號同三年十月九日名川裁判長五明三雲各判事判決)

【判決事項】

(一)件名　土地所有權確認並所有權登記抹消請求事件(二)訴訟關係人　原告坂口半兵衞訴訟代理人辯護士岡崎正也同原孫六被告漆昌巖訴訟代理人辯護士植田亥之吉

【參照學說】

一　所有權ノ目的物カ全部又ハ一部滅失シタルトキハ所有權ハ全部又ハ一部消滅ス例之家屋カ全部燒失シタルトキハ家屋ノ所有權ハ全部消滅シ土地ノ一部カ洪水ニ因リテ流失シタルトキハ土地ノ所有權ハ一部分消滅スルカ如シ後ノ場合ニ於テハ土地ノ所有權ハ殘存セル部分ヲ目的トシ目的物ノ減縮ト同時ニ減縮スルモノトス(法學博士橫田秀雄氏物權法第一二版三七頁)

二　公共物—凡テノ人ノ使用ニ供スルモノ(例之空氣光線海洋(法學博士岡松參太郎氏民法理由一四三頁)

三　物ハ吾人ノ意力ノ及フヘキモノナルコトヲ要ス日月星辰太洋地球ノ如キハ物ニアラス故ニ民法上ノ物ハ物理上ノ物ト異ナル(法學博士川名兼四郎氏日本民法總論一三二頁)

四　公共物—凡テノ人ニマテ共通ノ物ト云フ義ナリ換言スレハ個人ノ獨占ヲ許ササルモノナリ例ハ空氣流水海洋海岸等ノ類ナ

リ羅馬人ノ學說ニヨレハ是等ノ物ハ各人ノ生活ニ必要缺ク可ラス故ニ個人ノ專用ヲ許サストナス是今日ニ於テモ猶認ムヘキ論ナラスヤ而シテ公共物ニ對シテハ凡テノ人ハ之ヲ使用スル權利ヲ有ス又其一部ヲ取テ專用スルヲ妨ケサルモノトス（法學博士中島玉吉氏民法釋義卷ノ一、三七一頁）

(二三三)

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

不動產登記法一 登記ハ左ニ揭ケタル不動產ニ關スル權利ノ設定、保存、移轉、變更、處分ノ制限又ハ消滅ニ付キ之ヲ爲ス
一 所有權

同三五第一項 登記ヲ申請スルニハ左ノ書面ヲ提出スルコトヲ要ス
一 申請書 二 登記原因ヲ證スル書面

同三六 申請書ニハ左ノ事項ヲ記載シ申請人之ニ署名、捺印スルコトヲ要ス
五 登記原因及ヒ日附 六 登記ノ目的

同一〇五 未登記ノ土地所有權ノ登記ハ左ニ揭ケタル者ヨリ之ヲ申請スルコトヲ得
一 土地臺帳謄本ニ依リ自已又ハ被相續人ノ土地臺帳ニ所有者トシテ登錄セラレタルコトヲ證スル者
二 判決ニ依リ自己ノ所有權ヲ證スル者

同一〇六 未登記ノ建物所有權ノ登記ハ左ニ揭ケタル者ヨリ之ヲ申請スルコトヲ得
一 建物ノ敷地ノ所有者又ハ地上權者トシテ登記簿ニ登記セラレタル者 二 土地臺帳謄本ニ依リ自已又ハ被相續人カ土地臺帳ニ敷地ノ所有者トシテ登錄セラレタルコトヲ證スル者 三 旣登記ノ敷地ノ所有者又ハ地上權者ノ證明書ニ依リ自已ノ所有權ヲ證スル者 四 判決其他官廳又ハ公署ノ書面ニ依リ自已ノ所有權ヲ證スル者

賣買ニ因リ未登記建物ノ權利ヲ取得シタルモノナルニ拘ラス移轉登記ヲ爲スコトナク直チニ自己ノ權利ノ保存登記ヲ爲シタルトキハ其登記ハ以テ民法第一七七條ニ所謂第三者ニ對シ權利ノ取得ヲ主張シ得ルノ效果ヲ生スルコトナシト雖モ其登記ニシテ抹消セラルルコトナク登記簿上現存シ爾後轉得者ニ於テ該登記ニ基キ順次移轉登記手續ヲ經由シタル場合ニ於テハ轉得者ハ該保存登記ノ效力ニ付キ惡意ナルト否トヲ問ハス常ニ其移轉登記ニ依リ第三者ニ對シ權利ノ取得ヲ主張シ得ルモノトス』

味村安平ノ爲シタル保存登記ハ同人ニ於テ早川銀次郎ヨリ賣買ニ因リ權利ヲ取得シタルモノナルニ拘ハラス移轉登記ヲ爲スコトナク直チニ自已ノ權利保存登記ヲ爲シタルモノナルカ故ニ其登記ハ以テ民法第一七七條ニ所謂第三者ニ對シ權利ノ取得ヲ主張シ得ルノ效果ヲ生スルコトナシト雖モ其登記ニシテ抹消セラルルコトナク登記簿上現存シ爾後轉得者ニ於テ該登記ニ基キ順次登記手續ヲ經由シタル場合ニ於テハ公示方法タル登記制度ノ性質上其移轉登記ハ有效ニシテ轉得者ハ其權利取得ノ原因ニ付キ瑕疵アル場合ハ格別其然ラサル場合ニ於テハ此基本タル保存登記ノ效力ニ付キ惡意ナルト否トヲ問ハス常ニ其移轉登記ニ依リ此三者ニ對シ權利ノ取得ヲ主張シ得ラルモノナリト解セサルヲ得ス（栃木區裁判所大正三年(ハ)第四八四號同年十一月二十日細谷判事判決）

【判決事項】

(一)件名 家屋明渡請求事件(二)訴訟關係人 原告竹村勘五郎訴訟代理人辯護士茂木淸脫、被告金井伊勢松參加被告松本なを訴訟代理人畔田定芳

【參照學說判例】

一 未登記ノ建物ヲ買得シタル者ハ其移轉ニ關スル登記ヲ爲スニアラサレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス（大審院民事判決錄四十三年一頁）

二 未登記ノ不動產ヲ相續スル場合ハ單ニ相續人ヨリ所有權保存ノ登記ヲ申請スルヲ以テ足ルモノトス（三十二年民刑第一一六二號民刑局長回答法曹記事第九十二號二三頁）

三 本書第二卷民法二三頁第一卷民法一三五頁

本問ニ關シテ吾人屢論評セリ本書第二卷民法二三頁第一卷民法一三五頁等ニツキ參照セラレタシ

（二三四）

九八二 法定又ハ指定ノ家督相續人ナキ場合ニ於テ其家ニ被相續人ノ父アルトキハ父、父アラサルトキ又ハ父カ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ母、父母共ニアラサルトキ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ親族會ハ左ノ順序ニ從ヒ家族中ヨリ家督相續人ヲ選定ス

第一 配偶者但家女ナルトキ 第二 兄弟 第三 姉妹 第四 第一號ニ該當セサル配偶者 第五 兄弟姉妹ノ直系卑屬

九八三 家督相續人ヲ選定スヘキ者ハ正當ノ事由アル場合ニ限リ裁判所ノ許可ヲ得テ前條ニ掲ケタル順序ヲ變更シ又ハ選定ヲ爲サヽルコトヲ得

民法九八二條ハ選定者及被選定者ノ資格並ニ順位ヲ規定シタルニ止マリ被選定資格者ニ選定請求權ヲ付與シタルモノニアラス』

本件ニ於テ原告カ亡戸主渡邊律二ノ妻ニシテ律二ノ家族トシテハ原告ノ外其相續人ニ選定セラル可キ者ナキコトハ當事者間爭ヒナキ事實ナレハ唯一ノ爭點ハ原告カ法律上本訴ノ如キ選定請求權ヲ有スルヤ否ニ在リ依テ案スルニ民法第九八二條ニ「法定又ハ指定ノ家督相續人ナキ場合ニ於テ其家ニ被相續人ノ父アルトキハ父、父アラサルトキ又ハ父カ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ母父母共ニアラサルトキ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ親族會ハ左ノ順序ニ從ヒ家族中ヨリ家督相續人ヲ選定ス」トアルハ選定者及被選定者ノ資格並ニ其順位ヲ規定シタルニ止マリ右被選定資格者ニ選定請求權ヲ付與シタルモノニアラス何トナレハ現ニ其次條ニ「家督相續人ヲ選定スヘキ者ハ正當ノ事由アル場合ニ限リ裁判所ノ許可ヲ得テ前條ニ掲ケタル順序ヲ變更シ又ハ選定ヲ爲サヽルコトヲ得」トアルヲ以テ前條列記ノ被選定資格及其順位ハ決シテ決定的ノモノニアラサルノミナラス選定ノ方法及其時期ニ付テハ他ニ何等ノ制限ヲ設ケタル規定ナキヲ以テ全ク選定者ノ任意ナリト解セサルヘカラサレハナリ若夫原告訴訟代理人所論ノ如ク選定者カ故ラニ選定ヲ遲延シ永ク相續人ヲ未定ナラシムル如キ弊害アリトセンカ斯ハ全ク別箇ノ立法問題ニシテ之カ爲メ叙上ノ論斷ヲ覆スヘキ理由ヲ生セサルナリ（岐阜地方大正三年通一一二號同年十一月二日三濱裁判長清水濱田各判事判決）

【判決事項】

(一)件名 家督相續人選定請求事件(二)訴訟關係人 原告渡邊滿明訴訟代理人辯護士武谷次直被告渡邊くの訴訟代理人辯護士野澤金一

【參照學說判例】

一 唯夫レ選定權者カ相當ノ事由アルニ非ス又裁判所ノ許可ヲ得タルニ非スシテ謂ハレナク選定ヲ爲サヽル場合ニ於テハ之ヲ如何ニスヘキカ將タ又選定權者ハ何時マテ其權利ヲ行使スヘキモノナルカ荏苒歲月ヲ徒經シテ相續人ヲ選定セサル場合ニ於テハ亦之ヲ如何ニスヘキカ斯ル場合ニ於テ被選定者ハ選定要求ノ權利アリヤ否ヤハ一箇ノ疑問タラサルヲ得ス若シ此權利ナシトセハ法律上別ニ救濟ノ途ナキヤ否ヤ是レ豈法律ノ不備缺點ニ非サルナキヲ得ンヤ（法學士牧野菊之助氏日本相續法論一五三頁）

二 民法第九八二條ニ掲ケラレタル者ハ選定ヲ受クル以前ニ於テハ家督相續人ニ非サルヲ以テ相續權回復ノ請求權ヲ有セス（大審院民事判決錄明治四十年九二三頁）

判決ノ見解ヲ以テ正解ナリト信ス

（二三五）

一一〇六 遺言書ノ保管者ハ相續ノ開始ヲ知リタル後遲滯ナク之ヲ裁判所ニ提出シテ其檢認ヲ請求スルコトヲ要ス遺言書ノ保管者ナキ場合ニ於テ相續人カ遺言書ヲ發見シタル後亦同シ

前項ノ規定ハ公正證書ニ依ル遺言ニハ之ヲ適用セス
封印アル遺言書ハ裁判所ニ於テ相續人又ハ其代理人ノ立會ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ開封スルコトヲ得ス
非訟事件手續法一一二　遺言書ノ檢認ハ公證人カ記載シタルモノヲ除ク外遺言ノ方式ニ關スル總テノ事實ヲ調査シテ之ヲ爲ス
同一一四　遺言書ノ提出、開封及ヒ檢認ニ付テハ調書ヲ作ルヘシ
調書ニハ左ノ事項ヲ記載シ判事、書記及ヒ立會人之ニ署名、捺印スヘシ
一　提出者ノ氏名、住所　二　提出、開封及ヒ檢證ノ年月日　三　立會人ノ氏名住所　四　訊問シタル證人、鑑定人、相續人其他ノ利害關係人ノ氏名、住所及ヒ其陳述　五　事實調査ノ結果
同一二〇　裁判ニ因リテ權利ヲ害セラレタリトスル者ハ其裁判ニ對シテ抗告ヲ爲スコトヲ得
申立ニ因リテノミ裁判ヲ爲スヘキ場合ニ於テ申立ヲ却下シタル裁判ニ對シテハ申立人ニ限リ抗告ヲ爲スコトヲ得

檢認ノ實質ハ遺言書ノ形式態樣等專ラ遺言ノ方式ニ關スル一切ノ事實ヲ調査シテ遺言書其者ノ狀態ヲ確定シ其現狀ヲ明確ニスルニ在リテ遺言ノ內容ノ眞否其效力ノ有無等遺言書ノ實體上ノ效果ヲ判斷スルモノニアラス」檢認ハ遺言執行前ニ於ケル一種ノ檢證手續ニ過キサルヲ以テ之カ申請ハ遺言書ノ內容形式如何ニ拘ハラス却下シ得ヘキ性質ノモノニアラス」

民法第一一〇六條ニ規定セル遺言書ノ檢認ハ遺言ノ執行前ニ於テ遺言書ノ狀態ヲ確證シ後日ニ於ケル僞造若クハ變造ヲ豫防シ其保存ヲ確實ナラシムル目的ニ出ツルモノナルヲ以テ檢認ノ實質ハ遺言書ノ形式態樣等專ラ遺言ノ方式ニ關スル一切ノ事實ヲ調査シテ遺言書其者ノ狀態ヲ確定シ其現狀ヲ明確ニスルニ在リテ遺言ノ內容ノ眞否其效力ノ有無等遺言書ノ實體上ノ效果ヲ判斷スルモノニアラス即チ檢認ハ當該裁判所カ非訟事件手續法第一一二條以下ノ規定ニ準據シ之ニ關スル調書ニ檢認ノ手續及ヒ其調査ノ結果ヲ明確ニスルニ止マリ其得タル結果ニ對スル判斷ヲ宣示スルモノ

ニアラサルカ故ニ檢認ノ裁判ニアラサルハ勿論ニシテ畢竟檢認ハ遺言執行前ニ於ル一種ノ檢證手續ニ過キサルヲ以テ之カ申請ハ遺言書ノ內容形式如何ニ拘ハラス却下シ得ヘキ性質ノモノニアラス然ラハ抗告人カ遺言書ノ檢認ヲ裁判ナリト誤解シ檢認ノ申請ヲ却下スヘキ場合アルモノノ如ク思爲シテ非訟事件手續法第二〇條ニ依リ横濱區裁判所ノ爲シタル檢認ニ對シ原裁判所ニ爲シタル抗告ノ不適法ナルコト明ナレハ原審カ之ト同一趣旨ニ基キ抗告人ノ抗告ヲ却下シタルハ相當ナリ(大審院大正四年(ク)第二七號同年一月十六日民三決定)

【決定事項】

(一)主文　抗告棄却(二)原審　横濱地方裁判所(三)件名　遺言書檢認ニ對スル抗告事件(四)訴訟關係人　抗告人米國人民ヘテー、ウェー、ウォーデン代理人辯護士佐藤博愛

【前段同趣旨學說判例】

一　遺言書ノ檢認ハ遺言書ノ形狀樣式其ノ他遺言書其モノニ付テノ模樣ヲ調査スルニ在リテ一ノ檢證ニ外ナラス故ニ必シモ遺言カ遺言者ノ眞意ニ出テタリヤ否ヤ將タ遺言トシテ適法ノモノナルヤ否ヤヲ判斷スルヲ要セス裁判所ハ唯遺言書ノ模樣ニ付テ調書ヲ作ルヘキノミ換言スレハ遺言書ノ檢認ハ受遺者又ハ相續人ノ爲メ當該裁判所カ非訟事件手續法第一一二條ノ規定ニ從ヒ遺言ノ方式ニ關スル一切ノ事實ヲ調査シテ遺言書ノ狀態ヲ確認シ其僞造又ハ變造ノ狀況如何ヲ審査スルノ手續ニ外ナラス故ニ檢認ハ同法第一一四條ノ規定ニ從ヒ遺言書ノ狀態ヲ調書ニ記載スルノミニテ足リ敢テ遺言書ノ實質上ノ適法不適法ヲ審理決定スヘキモノニアラサルナリ(法學士牧野菊之助氏日本相續法論四九六頁)

二　遺言書ノ檢認ハ遺言書ノ形狀樣式模樣等ヲ調査スル一種ノ檢證ニ外ナラスシテ裁判ニアラサルヲ以テ遺言書ノ有效無效ヲ判定スヘキモノニアラス故ニ假令裁判所カ檢認ノ方法ニ依リ遺言書ヲ有效ナリト判定シ又ハ之ヲ無效ナリト判決スルモ之レカ爲メ遺言書ノ效力ニ影響ヲ及ホスヘキモノニアラス(東京控訴院判決本書第一卷民法六五三頁)

至當ノ見解ナリ唯檢認ノ申請カ形式的條件(例ヘハ裁判所ノ管轄)ヲ缺ク場合ニ於テ之ヲ却下スヘキハ勿論ナリ

九七〇第一項　被相續人ノ家族タル直系卑屬ハ左ノ規定ニ從ヒ家督相續人ト爲ル
一　親等ノ異ナリタル者ノ間ニアリテハ其近キ者ヲ先ニス　二　親等ノ同シキ者ノ間ニ在リテハ男ヲ先ニス　三　親等ノ同シキ男又ハ女ノ間ニ在リテハ嫡出子ヲ先ニス　四　親等ノ同シキ嫡出子、庶子及ヒ私生子ノ間ニ在リテハ嫡出子及ヒ庶子ハ女ト雖モ之ヲ私生兒ヨリ先ニス　五　前四號ニ掲ケタル事項ニ付キ相同シキ者ノ間ニ在リテハ年長者ヲ先ニス

九七二　第七三七條及ヒ第七三八條ノ規定ニ依リ家族ト爲リタル直系卑屬ハ嫡出子又ハ庶子タル他ノ直系卑屬ナキ場合ニ限リ第九七〇條ニ定メタル順序ニ從ヒテ家督相續人ト爲ル

七三七第一項　戸主ノ親族ニシテ他家ニ在ル者ハ戸主ノ同意ヲ得テ其家族ト爲ルコトヲ得但其者カ他家ノ家族タルトキハ其家ノ戸主ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス

七三八　婚姻又ハ養子緣組ニ因リテ他家ニ入リタル者カ其配偶者又ハ養親ノ親族ニ非サル自己ノ親族ヲ婚家又ハ養家ノ家族ト爲サント欲スルトキハ前條ノ規定ニ依ル外其配偶者又ハ養親ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス
養家又ハ婚家ニ去リタル者カ其家ニ在ル自己ノ直系卑屬ヲ自家ノ家族ト爲サント欲スルトキ亦同シ

七六三　戸主カ適法ニ廢家シテ他家ニ入リタルトキハ其家族モ亦其家ニ入ル

七八八第二項　入夫及ヒ婿養子ハ妻ノ家ニ入ル

七三六　女戸主カ入夫婚姻ヲ爲シタルトキハ入夫ハ其家ノ戸主ト爲ル但當事者カ婚姻ノ當時反對ノ意思ヲ表示シタルトキハ此限ニ在ラス

七二八　繼父母ト繼子ト又嫡母ト庶子トノ間ニ於テハ親子間ニ於ケルト同一ノ親族關係ヲ生ス

民法第七六三條ノ規定ニ依リ他家ニ入リタル者ニ付テハ第九七二條ノ如キ規定ノ制限ナシ故ニ長男甲ヲ有スル男戸主カ廢家ノ上長男乙ヲ有スル女戸主ト入夫婚姻ヲ爲シ戸主ト爲リタル後相續開始シタル場合ニ於ケル相續順位ニ付テハ民法第九七〇條第一項第五號ヲ適用シテ之ヲ定ムヘキモノトス』

民法第七六三條ノ規定ニ依リ他家ニ入リタル者ト第七三七條第七三八條ノ規定ニ依リ他家ニ入リタル者トハ家督相續順位ノ關係ニ於テ後者ニ付テハ第九七二條ノ規定

存スレトモ前者ニ付テハ何等ノ規定ヲ存セス從テ之ヲ同一視スルコトヲ得ス長男甲ヲ有スル男戸主カ廢家ノ上長男乙ヲ有スル女戸主ト入夫婚姻シテ戸主ト爲リタル後相續開始シタル場合ニ於テハ甲乙兩男トモニ被相續人ノ家族タル直系卑屬ニ外ナラサルヲ以テ相續權ニ付テハ親等ノ同順位ナルモノト認メ民法第九七〇條第一項第五號ヲ適用スヘキモノトス(法曹會決議法曹記事二十五卷一號三六頁以下要領)

解釋論トシテハ異論ナキモ立法論トシテハ家ノ觀念ニ反スルノ非難アルヘキハ勿論ナリ殊ニ當事者ノ反對意思表示ニ依リ入夫カ戸主トナラサリシ場合ヲ考フレハ其不當ナルコト益明ナリ蓋シ此場合ニ於テモ女戸主ト入夫ノ長男トノ間ニハ繼親子關係ヲ生スルヲ以テ女戸主ノ死亡等ニ因リ相續開始シタルトキハ女戸主ノ長男ト親等ノ相同シキ結果之亦民法第九七〇條第一項第五號ニ依リ其相續權ヲ決セラルヘキモノナレハナリ

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

四四二　連帶債務者ノ一人カ債務ヲ辨濟シ其他自己ノ出捐ヲ以テ共同ノ免責ヲ得タルトキハ他ノ債務者ニ對シ其各自ノ負擔部分ニ付キ求償權ヲ有ス
前項ノ求償ハ辨濟其他免責アリタル日以後ノ法定利息及ヒ避クルコトヲ得サリシ費用其他ノ損害ノ賠償ヲ包含ス

四五九　保證人カ主タル債務者ノ委任ヲ受ケテ保證ヲ爲シタル場合ニ於テ過失ナクシテ債權者ニ辨濟スヘキ裁判言渡ヲ受ケ又ハ主タル債務者ニ代ハリテ辨濟ヲ爲シ其他自己ノ出捐ヲ以テ債務ヲ消滅セシムヘキ行爲ヲ爲シタルトキハ其保證人ハ主タル債務者ニ對シテ求償權ヲ有ス第四四二條第二項ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス

四六〇　保證人カ主タル債務者ノ委託ヲ受ケテ保證ヲ爲シタルトキハ其保證人ハ左ノ場合ニ於テ主タル債務者ニ對

乾博士

シテ豫メ求償權ヲ行フコトヲ得（下略）

四六一 前二條ノ規定ニ依リ主タル債權者カ保證人ニ對シテ賠償ヲ爲ス場合ニ於テ債權者カ全部ノ辨濟ヲ受ケサル間ハ主タル債務者ハ保證人ヲシテ擔保ヲ供セシメ又ハ之ニ對シテ自己ニ免責ヲ得セシムヘキ旨ヲ請求スルコトヲ得

右ノ場合ニ於テ主タル債務者ハ供託ヲ爲シ擔保ヲ供シ又ハ保證人ニ免責ヲ得セシメテ其賠償ノ義務ヲ免ルルコトヲ得

各連帶債務者ハ他ノ連帶債務者ニ對スル關係ニ於テハ自己ノ負擔部分ヲ之ニ前拂スルノ義務ハ勿論債權者ニ自己ノ負擔部分ノ履行若クハ履行ノ提供ヲ爲スノ義務ヲモ負フモノニアラス』

連帶債務者相互間ニ於テ履行ニ協力スルノ義務ハ性質上當然發生スルモノニアラスシテ特別ノ法規ヲ俟チテ始メテ發生スルモノナリ故ニ何等ノ規定ナキ我民法ノ解釋トシテハ此義務ノ存在ヲ否定セサルコトヲ得ス學者或ハ我民法第四四二條第二項ノ規定ヲ基礎トシテ此義務ノ存在ヲ肯定スレトモ民法カ連帶債務者間ニ於テ求償權ヲ認メタルハ公平ノ觀念ニ基キタルモノニシテ求償ノ範圍中ニ損害ノ賠償ヲ包含セシヽタルモ亦同一ノ觀念ニ出テタルモノニ外ナラス若シ此賠償ニシテ協力義務違反ニ因ルモノナラシメハ被求償者ニ過失アリシコトヲ要件トナスヘキニ其然ラサル所以ノモノハ何ソヤ又論者ノ言ニシテ眞ナラハ被求償者ヲシテ損害ノ全部ヲ賠償セシムヘキニ其然ラスシテ求償者モ亦其負擔部分ニ應シテ其損害ノ一部ヲ負擔スル所以ノモノハ何ソヤ

今假ニ我民法カ連帶債務者間ニ於ケル協力ノ義務ヲ認メタリトスルモ其所謂協力ノ義務ハ自己ノ負擔部分ノ履行若クハ履行ノ提供ヲ爲スノ義務ヲ包含スルニ止マリ決シテ自己ノ負擔部分ヲ他ノ連帶債務者ニ前拂スルノ義務ヲ包含スルモノニアラス其

理由ハ左ノ如シ

（一）協力ノ義務ヲ認ムルハ求償ノ煩ヲ事前ニ防遏センコトヲ其理想ト爲ス然ルニ前拂ノ義務ヲ認ムルトキハ此理想ニ矛盾シタル結果ヲ生ス例ヘハ甲乙丙三人カ金一千圓ノ連帶債務ヲ負ヒ各自ノ負擔部分カ順次ニ五百圓三百圓二百圓ナル場合ニ於テ相互間ニ於ケル前拂ノ義務ヲ認ムルトキハ甲ハ乙丙ニ對シテ各五百圓ヲ乙ハ甲丙ニ對シテ各三百圓ヲ丙ハ甲乙ニ對シテ各二百圓ヲ支拂フ義務ヲ負フ而シテ各相殺ノ結果ハ甲ハ乙ニ二百圓丙ニ三百圓ヲ又乙ハ丙ニ百圓ヲ支拂ハサルヘカラス從テ履行前ニ於テハ實際ニ於テ甲ハ五百圓ヲ支出セサルヘカラサルニ乙ハ百圓ヲ丙ハ四百圓ヲ受取リ得而シテ後ニ甲カ全額ノ履行ヲ爲シタルトキハ甲ハ一千五百圓ノ支出ヲ爲シタルコトトナル而シテ其負擔部分ヲ超過スル一千圓ニ付テハ乙丙ニ對シテ求償スルコトヲ得ス乙丙ハ既ニ其負擔部分ヲ甲ニ前拂シタレハナリ（唯甲ノ義務ニ對スル相殺ノ形式ヲ採リタルノミ）然レトモ甲ハ履行前ニ於テ其負擔部分タル五百圓ヲ乙丙ニ對シテ各前拂ヲ爲シタリ故ニ不當利得ノ原則ニ依リ乙丙ニ對シテ各五百圓ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ヘシ此ノ如ク復雜ナル結果ヲ生スルハ協力ノ義務ヲ認ムル精神ニ反ス（二）前拂ノ義務ヲ認ムル直接ノ目的ハ連帶債權務ノ一人ヲシテ他ノ連帶債務者ノ負擔部分ノ前拂ヲ受ケ之レニ自己ノ負擔部分ヲ加ヘ一括シテ全額ノ辨濟ヲ爲スコトヲ得セシメントスルニアリ然レトモ總テノ連帶債務者カ相互ニ前拂ノ義務ヲ主張センカ各自ノ負擔部分相等シキトキハ實際ニ於テ何人モ前拂ヲ受クルコトヲ得サルヘク立法ノ目的ハ竟ニ之ヲ達スルコトヲ得ス（三）前拂ノ義務ヲ認メントスルトキハ民法第四四二條第一項ノ規定ニ牴觸ス（四）民法第四五九條、第四六〇條ヨリ生スル危險ニ對シテ主

タル債權者ヲ保護センカ爲メニハ特ニ民法第四六一條ノ規定アリ然ルニ前拂ヲ受ケタル連帶債務者カ辨濟ヲ爲ササルコトアルヘキ危險ニ對シ前拂ヲ爲シタル連帶債務者ヲ保護スルノ規定ヲ設ケサルハ前拂ヲ認メサルノ法意ニ出ツ(法學博士乾政彦氏法學志林第一七卷第一號七九頁)

【反對學說】

我法典ハ佛法ノ如ク連帶債務者間ニ組合關係ノ成立ヲ認メス然レトモ我法典ノ解釋トシテ連帶債務者間ニ於テハ單ニ求償權ヲ生スルニ止マリ其以外ニ於テハ何等ノ關係ヲモ生セサルモノト解スヘキカ之ヲ第四四二條ノ規定ヨリ云ヘハ我法典ハ單ニ求償權ノミヲ認ムルモノト解スヘキカ如シ然ルニ同條第二項ニ於テ共同ノ免責行爲ヲ爲シタル債務者カ他ノ債務者ニ求償スルコトヲ得ヘキ範圍中ニ損害ヲモ含マシムル點ヨリ見レハ連帶債務者間ニ一種ノ關係ヲ生スルモノト解セサルヘカラス蓋同項ノ規定スル損害賠償義務ハ如何ナル理由ニ基ツクモノナリヤ明白ヲ缺クト雖モ吾人ノ見ル所ヲ以テスレハ後ニ述フルカ如ク連帶債務者ハ相互ニ債務ノ履行ヲ協力スヘキ義務ヲ負フ即相互ニ他ノ債務者ヲシテ其負擔部分以上ニ辨濟ヲ爲サシメサルコトヲ勉ムヘキ義務ヲ負ヒ其義務違反ノ結果トシテ損害賠償ノ義務ヲ負フモノト解スルヲ以テ當ヲ得タルモノトナササルヘカラス固ヨリ各債務者ハ相互ニ債務ノ辨濟ノ爲メニ負擔部分ニ應シ豫メ出資ヲ爲スヘキコトヲ請求スル權利ヲ有スルモノトナスヲ得サルヘシ然レトモ各債務者ハ直接ニ債權者ニ對シ辨濟其他ノ免責行爲ヲ爲シ他ノ債務者ヲシテ負擔部分以上ノ辨濟ヲ爲サシメサル義務ヲ相互ニ負擔スルモノト解セサルヘカラス辨濟協力ノ義務ヲ認メ其義務違反ノ結果トシテ損害賠償義務ヲ生ストナスニアラサレハ損害賠償義務ノ根據ヲ明カニスルヲ得ス(法學博士石坂音四郎氏著日本民法第三編債權第三卷八七一頁)

各國ノ立法ニ於テ免責行爲ヲ爲シタル連帶債務者ノ一人カ他ノ債務者ニ對シ損害ノ求償ヲ爲スコトヲ得ヘキヲ規定スルモノアルヲ見ス我法典カ獨リ損害ノ求償ヲ認ムルハ如何ナル根據ニ基ツクモノナリヤ議論ノ餘地アリ……損害賠償ノ請求ヲ認ムルコトヲ得ヘキ根據ハ法律カ公平ノ觀念ニ基ツキ特ニ損害ノ分擔ヲ認メタルモノト解スルカ又ハ連帶債務者ハ相互ニ免責ニ協力スヘキ義務ヲ負ヒ之ニ違反シタルカ爲メ損害賠償ノ義務ヲ負擔スルモノト解スルカ其一ナラサルヘカラス而シテ前ノ見解ハ損害賠償債務ノ根據ヲ說明スルモノニアラサルカ故ニ寧ロ後ノ見解ニ從ヒ協力ノ義務違反ニ基ツクモノト解スルヲ以テ當ヲ得タリトス蓋各債務者ハ相互ニ其負擔部分ニ應シ辨濟ヲ爲スヘキ義務ヲ負フ債務者ノ一人ヲシテ全部ノ辨濟ヲ爲サシムルニ至リタルハ他ノ債務者カ其負擔部分ニ應シ辨濟ヲ爲ササルカ爲メナリ故ニ辨濟ヲ爲シタル債務者ノ損害ニ對シ他ノ債務者モ亦之ヲ分擔スヘキモノトナササルヲ得ス(同上八八二頁)

【參照學說】

連帶債務ハ債權者ト債務者間ニ於ケル債權關係ナリ債務者ハ相互ノ關係ニハ連帶ト云フコトナシ其ノ間ノ權利義務ハ一ニ相互

間ノ內部關係ニヨリテ定マル之レハ殊ニ各債務者ノ求償權ニ付キ其ノ基本トナル原則ナリローマ法ハ此ノ點ニ於テモ今示シタル原則ヲ極端ニ適用シテ若シ債務者間ニ時ニ關係ナキ限リハ求償權ナシト爲シタリ純理上ヨリ云フトキハ斯クアルヘキコトナルモ此ノ理論ヲ貫徹スルトキハ辨濟又ハ之レト同視スヘキ行爲ヲ爲シタル債務者ニ對シテ甚タ酷ニ過キ不公平ナル結果ヲ來スヲ以テ近世ノ立法例ハ皆其ノ者ノ爲メニ他ノ債務者ニ對シテ求償ヲ爲ス權利ヲ認メタリ(第四四二條)要スルニ求償權ノ基礎ハ公平ヲ保ツニアリ(法學博士富井政章氏東大四五年講義謄寫版債權總論一五一頁)

連帶債務ノ特質ハ債權者ト各連帶債務者トノ間ニ於テ債權者ノ權利ヲ確保スル點ニ存シ所謂連帶債務者相互間ニ於ケル協力義務ノ有無ハ連帶債務ナル觀念ノ要素ニアラス是レ負擔部分ナキ連帶債務者ノ存シ得ルコト特ニ連帶債務カ法律ノ規定ニ依リテ發生シ得ルニ徵シテ明瞭ナリ故ニ法律カ連帶債務ヲ認ムルモ是レニ依リテ當然連帶債務者相互間ニ於ケル協力義務ヲ認メタルモノトナスコトヲ得ス其之ヲ認ムルニハ特別ノ規定アルコトヲ必要トス而シテ我民法ニハ斯ル規定ナシ連帶債務者ノ求償ニ關スル規定ハ公平ノ觀念ニ基クモノニシテ協力義務不履行ニ因ル損害賠償ノ請求權ヲ認メタルモノニ非ス若シ夫レ連帶債務者間ニ負擔部分前拂ノ義務ヲ認メタリト解スルノ不當ナルハ博士ノ痛論セラルル所更ニ架說ノ要ヲ見サルナリ吾人ハ本論ニ贊同ス

(二三八)

九〇八 左ニ掲ケタル者ハ後見人タルコトヲ得ス

八 裁判所ニ於テ後見人ノ任務ニ堪ヘサル事跡、不正ノ行爲又ハ著シキ不行跡アリト認メタル者

九〇三 前三條ノ規定ニ依リテ後見人タル者アラサルトキハ後見人ハ親族會之ヲ選任ス

九〇九第一項 前七條ノ規定ハ保佐人ニ之ヲ準用ス

民法第九〇八條第八號ノ裁判所ノ認定ハ民事訴訟手續ニ依リ判決ヲ以テ之ヲ爲スヘキモノトス」

未タ裁判所ノ認定ヲ經サルニ拘ラス法定保佐人ニ民法第九〇八條第八號ニ該當スル事項アルモノトシ直チニ保佐人選任ノ爲メノ親族會招集ノ申請ヲ爲スコトヲ得ス」

民法第九〇八條第八號ノ事跡、行爲又ハ行跡アリヤ否ヤハ如何ニシテ之ヲ認定スヘキカ非訟事件手續法等ニモ此點ニ關シ何等ノ規定ナシト雖モ民事訴訟手續ニ依リ判決ヲ以テ右事項ヲ認定スヘキモノト解スルヲ相當トス從テ法定保佐人ニ右該當事項アルモノトシ未タ裁判所ノ認定ヲ經サルニ拘ラス直チニ保佐人選定ノ爲メノ親族會招集ノ申請ヲ爲スモ裁判所ハ法定保佐人カ尙存在ストノ理由ニ依リ右申請ヲ却下スヘキモノトス（法曹會決議法曹記事二十五卷一號三五頁以下要領）

【參照學說判例】

一　「八號」―裁判所ニ於テ之ヲ認ムルハ親族會ノ請求ニ依ル（法學博士奥田義人氏親族法論四一〇頁）

二　後見人免黜ノ請求權ハ果シテ何人ニ屬スヘキヤ被後見人親族後見監督人ハ孰レモ之カ請求ヲ爲シ得ヘキカ從前ノ慣例亦其範圍ヲ限定セサルモノノ如クナルヲ以テ總テノ利害關係人ハ後見人ノ免黜ヲ請求シ得ヘシト云ヒ得ヘク或ハ否ラスト云ヒ得ヘク解釋區々ニ岐ルルモ畢竟法ノ不備之カ原因タルモノトス然ルニ法曹會ハ未成年者ノ後見人ハ親權ヲ行フ父又ハ母ト殆ント同一ノ權利義務ヲ有スルモノナルヲ以テ後見人免黜ニ關シテハ親權喪失ノ場合ノ規定ヲ準用シ未成年者ノ親族又ハ檢事ニ限リコノ訴ヲ提起シ得ヘク（第八九六條）後見人ハ被後監督見人ノ親族ニ非サル者ナリトモ後見人ノ事務ヲ監督スル職責上當然後見人免黜請求權ヲ有スルモノト解スヘク禁治產者ノ後見監督人ニ付テモ亦同一ノ論結ヲ下スヘキモノト決議セリ是レ蓋シ至當ナリト謂フヘキナリ（法學士牧野菊之助氏日本親族法論四七九頁）

三　後見人ノ免黜ハ親族會ノ全權ニ存シ其免黜ニ對シ不服アルトキニ於テ裁判所ノ裁判ニ依ルコトヲ必要トスルナリ（法學士柿原武熊氏民法親族編講義七四六頁）

四　未成年者ノ後見人ハ親權ヲ行フ父又ハ母ト殆ント同一ノ權利ヲ有シ殊ニ繼父母又ハ嫡母カ親權ヲ行フ場合ハ民法第八七八條ノ規定ニ依リ未成年者ノ後見人ト全ク其權利義務ヲ同一ニスヘキヲ以テ後見人免黜ノ場合ニ關シテハ親權喪失ノ場合ノ規定ヲ準用シテ解釋スヘシト爲スコト最モ立法ノ精神ニ適スル妥當ノ見解ナリト信ス故ニ未成年者ノ後見人免黜ノ訴ニ於テハ民法第八九六條ヲ準用シテ未成年者ノ親族又ハ檢事ニ限リ其訴ヲ提起シ得ヘキモノト謂フヘシ但シ後見監督人ハ被後見人ノ親族ニ非サル者ト雖モ職責上當然免黜請求權ヲ有スルモノト解セサルヘカラス禁治產者ノ後見人ニ付テモ亦同一ノ論結ヲ下サヽルヘカラス（法曹會決議法曹記事十七卷十號三二頁）

五　親權濫用ヲ生セサラシムル保障トシテハ親カ子ニ對スル自然ノ愛情モ不十分ナルコトアルヘキヲ豫想シ民法第八九六條ハ子ノ利益ノ爲メ親權者ニ對スル親權喪失ノ請求權ヲ子ノ親族ニ許與シタルニ徵スレハ自然ノ愛情ナル保障ナキ後見人ノ場合ニ於テ後見人ノ不正行爲其他職權濫用ノ所爲ニ對シ被後見者ヲ保護スル爲メ其親族ニ後見消滅ノ請求權ヲ許與シタル法意ナルコトハ彼此ノ權衡上之ヲ推知スルヲ得ヘク前者ニ付キ明文アリテ後者ニ付キ明文ナキハ第八九六條ノ規定ヨリ類推セハ後者ノ場合ニ於テ親族ニ右請求權アルコトヲ知ルニ難カラサルヲ以テナリ（大審院民事判決錄四〇年九〇三頁）

前段ニ付テハ反對說アレトモ吾人ハ本論ノ見解ニ從ハント欲ス而シテ此見解ヲ前提トスル以上ハ後段ハ固ヨリ正當ナリ蓋シ民法第九〇九條第一項及ヒ第九〇三條ニ依レハ親族會カ保佐人ヲ還任スルハ指定又ハ法定ノ後見人ナキコトヲ要件トス然ルニ後見人ニシテ未タ裁判所ノ判決ニ依リ免黜セラレサル以上ハ後見人ナシト謂フコトヲ得サルヤ明カナレハナリ

（二三九）

三四四　質權ノ設定ハ債權者ニ其目的物ノ引渡ヲ爲スニ因リテ其效力ヲ生ス
三四五　質權者ハ質權設定者ヲシテ自己ニ代ハリテ質物ノ占有ヲ爲サシムルコトヲ得ス
三四九　質權設定者ハ設定行爲又ハ債務ノ辨濟期前ノ契約ヲ以テ質權者ニ辨濟トシテ質物ノ所有權ヲ取得セシメ其他法律ニ定メタル方法ニ依ラスシテ質物ヲ處分スルコトヲ約スルコトヲ得ス

動產賣渡抵當ハ有效ナリ」

吾人ハ動產賣渡抵當ハ脫法行爲ニアラス信託行爲ナリトシテ有效ナルコトヲ主張セ

ントス脫法行爲ハ禁止規定ニ違反スル場合ニ於テノミ成立スルコトヲ得然ルニ第三四四條及ヒ第三四五條ハ質權ノ成立及ヒ存續ノ要件ヲ定メタルモノニシテ禁止規定ニアラス固ヨリ此等ノ規定ニ依リテ動產抵當ヲ認メサルノ主旨ハ明カナリト雖モ此等ノ規定カ直接ニ動產抵當ヲ禁止スルニアラス從テ動產賣渡抵當ヲ以テ無效說ヲ唱フル學者ハ第三四四及ヒ第三四五條ノ規定ニ依リ一債權者ハ他ノ債權者ニ優先シテ債務者ノ占有ニ在ル財產ヨリ辨濟ヲ受クルコトヲ禁止スル一般的原則ヲ推論スルコトヲ得ルモノトナス之ヲ脫法行爲ノ性質ヨリ見ルモ亦此ノ如キ一般的禁止規定ヲ認ムルニアラサレハ脫法行爲ハ成立スルコトヲ得ス然レトモ吾人ハ此ノ如キ一般禁止規定ハ之ヲ認ムルコトヲ得サルモノト解ス若シ法律カ一債權者カ他ノ債權者ニ優先シテ債務者ノ占有ニ在ル財產ニ付キ辨濟ヲ求ムルコトヲ得サル一般的原則ヲ認ムルモノトセハ他ニ之ト矛盾スル規定アルヲ許スヘカラス然ルニ或種ノ債權者ハ債務者ノ占有ニ在ル財產ニ付キ先取特權ヲ行使シ他ノ債權者ニ優先シテ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルモノトス若シ法律カ債務者ノ占有ニ在ル動產ニ付キ辨濟ヲ受クヘキコトヲ定ムルヲ得ストノ原則ヲ認ムルモノトセハ法律自ラ其禁止ヲ破リ一債權者カ優先シテ債務者ノ占有ニ在ル動產ニ付キ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルモノトナスヲ得ス從テ此原則ハ質權ノミニ付キ適用アルモノトナササルヘカラス故ニ賣渡抵當ノ場合ヲ以テ第三四四條第三四五條ノ規定ヲ回避スルモノトナスコトヲ得ス

擔保ノ爲メニスル所有權移轉カ流質禁止規定ニ違反スルヤ否ヤニ關シテモ亦議論岐ル動產賣渡抵當ニ關シテモ亦同一ノ問題ヲ生ス而シテ賣渡抵當ニアリテモ若シ當事者カ債務者ノ不履行ノ場合ニ擔保物(卽賣買ノ目的物)ヲ賣却シテ債權額ノ範圍ニ於テ辨濟ヲ受ケ其殘額ハ之ヲ債務者ニ返還スヘキモノトナストキハ流失禁止規定ニ違反スル所ナキハ明カナルカ故ニ其有效ナルハ云フヲ俟タス故ニ流質禁止規定ニ違反スルヤ否ヤヲ論スルノ餘地アルハ債權者カ債務者ノ不履行ノ場合ニ擔保ヲ保有シ辨濟ニ充ツル場合ナリトス此場合ニハ第三四九條ノ脫法行爲ニアラサルヤノ疑ヲ生ス然レトモ吾人ハ動產賣渡抵當ハ流質禁止規定ニ違反スルモノニアラスト解ス本來流質契約ハ理論トシテハ其有效ナルコトハ云フヲ俟タサル所ニシテ唯實際上ノ理由ヨリシテ債權者カ債務者ノ窮迫ニ乘シテ債權額以上ノ價格ヲ有スル質物ノ所有權ヲ取得スルノ弊害ヲ杜絕センカ爲メナリ故ニ豫メ當事者ノ契約ニ依リ債務不履行ノ場合ニ債權者ヲシテ債權額以上ノ價額アル物體ヲ取得セシムルコトヲ禁止スル一般的原則ハ之ヲ認ムルコトヲ得ス故ニ債務者ノ擔保物占有カ脫法行爲ニアラサルコトヲ述ヘタルト同一ノ理由ニ依リ賣渡抵當ハ第三四九條ノ脫法行爲ニアラストナササルヲ得ス(法學博士石坂音四郞氏京都法學會雜誌第九卷第一二號一一九頁以下要領)

中島博士

【同趣旨學說判例】

一 論者或ハ占有ノ改定ノ場合ヲ以テ民法第三四五條ニ反スル者トシテ脫法行爲ナリト爲スモ苟モ代理占有及ヒ占有改定ノ方法カ認メラルル以上ハ民法第三四五條ノ規定ハ一般ニ經濟上ノ結果ヲ禁止スルモノニハ非スシテ只質權ノ形式ニ依ル場合ニ設定者ノ代理占有ヲ禁止スルモノト云フ可ク而シテ信託行爲ハ所有權讓渡ノ形式ニ依ルモノニシテ質權ノ形式ニ依ルモノニ非サルカ故ニ信託行爲ハ第三四五條ニ對スル脫法行爲ト見ル可キモノニ非サルナリ(法學博士中島玉吉氏本書第三卷民法四四七頁)

二 大審院判決本書第三卷民法三六四頁五四〇頁

松本博士

【反對學說】

我民法ハ不動產ニ付テハ抵當權ヲ認ムレトモ動產ニ付テハ之ヲ認メス動產ノ上ニ擔保權ヲ設定スル方法トシテハ唯質權ヲ認ムルニ止マレリ而シテ法律ハ質權ノ設定ニハ債權者ニ目的物ノ引渡ヲ爲スコトヲ必要トシ且質權者ハ質權設定者ヲシテ自己ニ代

リテ質物ノ占有ヲ爲サシムルコトヲ得サル旨及動產質權者ハ繼續シテ質物ヲ占有スルニ非サレハ其質權ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サル旨ヲ規定ス是等ノ規定ヲ綜合シテ考察スルニ法律ノ精神ハ同一債務者ニ對スル數債權者ヲ公平ニ保護シ其一人カ他人ノ損害ニ於テ優先的ノ利益ヲ享クルコトヲ禁止セントスルニ在ルコト明白ナリ不動產ニ付テハ登記ナル公示方法アルヲ以テ擔保ノ占有ヲ債務者ヨリ奪フコトナクシテ仍ホ他ノ債權者ヲシテ其擔保權ノ存在ヲ知ラシムルコトヲ得ヘキモ動產ニ付テハ此ノ如キ公示方法ナキヲ以テ法律ハ擔保權ノ目的タル動產ハ之ヲ債務者ノ占有ヨリ脫離シテ擔保權者ノ占有ニ歸屬セシメ之ニ因リテ他ノ債權者ニ不測ノ損害ヲ與フルノ結果ヲ避ケンコトヲ期セルモノタリ然ルニ動產ノ賣渡抵當ノ許容ハ直接ニ此法律ノ精神ニ背反ス此場合ニ於テハ一債權者ハ現ニ債務者ノ占有ニ屬スル動產ニ付テ他ノ債權者ニ優先シテ債務ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘク他ノ債權者ハ其優先權ノ存在ヲ知ルノ方法ヲ有セサルナリ此ノ如キハ質權ヨリモ一層强力ナル擔保ニ付債權者カ質權設定者ヲシテ自己ニ代ハリテ質物ノ占有ヲ爲サシムルコトヲ得サル旨ノ民法第三四五條ノ禁止規定ノ趣旨ニ背反スル結果ヲ認ムルモノニシテ法律上到底認容スヘカラサル所ナリ賣渡抵當其他如何ナル名義方法ニ依ルヲ問ハス債務者ノ所有動產ニ付優先的ノ辨濟ヲ受ケントスル債權者ハ債務者ヲシテ其動產ノ占有ヲ爲サシムルコトヲ得サル旨ノ隱レタル禁止規定ハ上述セル規定ノ趣旨ニ鑑ミテ確實ニ存在セルモノト謂ハサルヘカラス動產賣渡抵當ハ此隱レタル禁止規定ニ違反スル脫法行爲ニシテ當然無效タルヤ明瞭ニシテ更ニ一點ノ疑惑ヲ挾ム餘地アルコトナシ（法學博士松本烝治氏本書第二卷民法一四五頁）

吾人ハ動產抵當ヲ以テ有效ナルモノト解シ本論ニ贊同ス是レ既ニ屢々論評シタル所ナリ

（二四〇）

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

抵當權者カ第三九五條ニ依リ賃貸借解除請求ノ訴ヲ提起スルニハ賃貸人及ヒ賃借人ヲ共同被告ト爲スコトヲ要ス」

名古屋地方裁判所大正三年通第五號

抵當權者カ其抵當權ヲ害スル賃貸借契約ノ解除ヲ訴求スル場合ニアリテハ抵當權

者ハ直接ニ其對抗ヲ受クル賃借權ノ效力ヲ消滅セシメ抵當物件ノ負擔ヲ輕減セシムルニヨリテ其目的ヲ達シ得ヘキモノナレハ當該賃借權ノ自己ニ對スル效力ヲ攻擊スルヲ以テ足リ必スシモ賃貸借契約ヲ根本ヨリ消滅セシムルノ要ナシ從ツテ此訴訟ニ於テ對手者トナリテ直接ニ利害關係ヲ有スルモノハ賃借權者ニシテ賃貸人ニ及ハス賃貸人ハ此訴訟ノ結果ニ對シテハ事實上ノ利害關係ヲ有スルコトアランモ賃借權者ト賃貸人間ノ法律關係ハ此訴訟ノ判決如何ニヨリテ何等影響ヲ來スヘキモノニ非サルナリ故ニ此訴訟ニ於テハ賃借權者ノミヲ相手方トナスヘク賃貸人ハ其相手方トナルヘキ適格ヲ有セサルモノトス

賃貸借ノ如キ繼續的債權關係ニ在リテ債權關係ヲ消滅セシムル場合ハ單ニ將來ニ對シテノミ消滅セシムルヲ通常トス且第三九五條ノ場合ニハ抵當權者ハ將來ニ對シテ賃貸借ヲ消滅セシムルニ依リテ其目的ヲ達スルコトヲ得故ニ第三九五條ノ所謂解除ハ告知卽解約申入ノ意義ニ解スルヲ以テ當ヲ得タルモノトス此ノ如ク解スルトキハ抵當權者ハ同條ニ依リテ抵當不動產ノ所有者カ締結セル賃貸借ヲ告知スルノ權利ヲ取得スルモノトナササルヘカラス然レトモ此告知ハ通常ノ告知ト二個ノ點ニ於テ異ナル卽(一)第三者カ告知權ヲ有ス(二)告知權ヲ行使スルニハ裁判上ノ手續ニ依ルコトヲ要ス而シテ告知權ハ形成權ナルカ故ニ此訴モ亦形成ノ訴タル性質ヲ有シ裁判所ノ判決ニ依リテ賃貸借關係ハ終了ス以上吾人ノ解スル所ニシテ謬ナキモノトセハ抵當權者カ第三九五條ニ依リ賃貸借解除請求ノ訴ヲ提起スルニハ賃貸人及ヒ賃借人ヲ共同被告ト爲ササルヘカラス蓋第三者タル債權者カ賃貸借關係其モノヲ消滅セシムルノ訴ヲ提起スルモノナルカ故ニ當事者ノ一方タル賃借人ノミヲ訴フヘキモノニアラ

ス判決ハ「賃借權者ト賃貸人トノ法律關係ハ此訴訟ノ判決如何ニ依リテ何等影響ヲ來スヘキモノニ非サルナリ」ト云フモ判決ノ結果賃貸借ハ消滅ニ歸スルカ故ニ賃貸人ニ利害關係ヲ及ホスハ明カナリ(法學博士石坂音四郎氏京都法學會雜誌第十卷第一號一二一頁以下要領)

【同趣旨學說】

抵當權者カ賃貸借ノ解除ヲ請求スル場合ニハ必的共同訴訟トシテ契約ノ當事者タル賃貸人ト賃貸人トヲ其訴訟ノ對手人ト爲スヘキモノトス(法學博士横田秀雄氏物權法八四〇頁)

民法第三九五條ニ依ル賃貸借解除ハ其效果トシテ其賃貸借ノ效力ヲ將來ニ向テ消滅セシムルモノナレハ之ニ對シテ法律上ノ利害關係ヲ有スル者ハ賃貸人及ヒ賃借人ナルコト勿論ナリ故ニ博士カ此双方ヲ共同被告ト爲スコトヲ必要ナリトセラレタルハ洵ニ正當ナリト信ス

(二四一)

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

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

(一)地主カ借地人ニ對シ借地料ノ增額ヲ請求シ得ル場合ニ其請求カ當事者ノ特約ニ基クト將タ慣習ニ因ルトヲ問ハス借地人ニ於テ地主ノ求ムル値上額ヲ承諾スルカ又ハ之ニ代ルヘキ確定判決アルニ非サレハ該値上額ハ未タ支拂時期ニ

達セサルカ故ニ其間地主ハ値上額ニヨル借地料ノ支拂ヲ請求スル權利ナク借地人ハ又從來ノ借地料ヲ支拂ヘハ足ルモノトス」

(二)民法第五四一條ニ所謂相當ノ期間トハ債務者カ其義務履行ノ準備ヲ爲スニ足ルヘキ猶豫期間及其義務ヲ履行スル期間ヲ包含スルモノニシテ其期間ノ相當ナルヤ否ヤハ債務ノ性質債務者ノ住所ト債務履行地トノ距離及其間ノ交通機關ノ狀態其他一般經濟狀態等ヲ參酌シテ個々ノ場合ニ付キ之ヲ判定スヘキモノニシテ一律ニ之ヲ論定シ得ヘキモノニアラス」

(一)原告ノ爲セル賃料支拂ノ催告カ從來ノ賃料ノ支拂ヲ求メタルモノナルヤ否ヤニ付キ按スルニ乙第一號證ノ二ノ催告書ニヨレハ單ニ大正三年七月ヨリ同年十月分迄ノ延滯賃料ヲ求ムルモノナルヤ將タ値上額ニヨル賃料ノ支拂ヲ求ムルモノナルヤ不明ナルカ如キモ凡ソ地主カ借地人ニ對シ借地料ノ增額ヲ請求シ得ル場合ニ其請求カ當事者ノ特約ニ基クト將タ慣習ニ因ルトヲ問ハス借地人ニ於テ地主ノ求ムル値上額ヲ承諾スルカ又ハ之ニ代ルヘキ確定判決アルニ非サレハ該値上額ハ未タ支拂時期ニ達セサルカ故ニ其間地主ハ値上額ニヨル借地料ノ支拂ヲ請求スル權利ナク借地人ハ又從來ノ借地料ヲ支拂ヘハ足ルモノトス然リ而シテ被告カ原告主張ノ賃料增額ノ請求ニ應セサルコト當事者間ニ爭ナク且被告ノ承諾ニ代ルヘキ確定判決ノアルコトノ認ムヘキ證左ナキカ故ニ原告主張ノ値上額ハ前記理由ニヨリ未タ支拂時期ニ達セサルモノト謂フヘク從テ原告ハ被告ニ對シ値上額ニヨル賃料ノ支拂ヲ請求スル理由

ナク右ノ催告ハ從來ノ賃料ノ支拂ヲ求メタルモノナルコト洵ニ炳ナリ

(二)原告ノナセル履行ノ催告カ相當ノ猶豫期間ヲ與ヘタルモノナルヤ否ヤニ付キ審査スルニ雙務契約ニ於テ相手方ノ義務不履行ヲ原因トシテ契約ヲ解除スルニハ當事者間ニ特約アル場合又ハ民法五四二條ノ如キ特別ノ場合ヲ除ク外相手方ニ對シ相當ノ期間ヲ定メテ履行ノ催告ヲ爲スニ非サレハ契約ノ解除ヲ爲スヲ得ス單ニ催告ヲ爲シタルノミニテハ解除權ヲ發生セサルモノトス而シテ右ニ所謂相當ノ期間トハ債務者カ其義務履行ノ準備ヲ爲スニ足ルヘキ猶豫期間及其義務ヲ履行スル期間ヲ包含スルモノニシテ其期間ノ相當ナルヤ否ヤハ債務ノ性質債務者ノ住所ト債務履行地トノ距離及其間ノ交通機關ノ狀態其他一般經濟狀態等ヲ參酌シテ個個ノ場合ニ付キ之ヲ判定スヘキモノニシテ一律ニ之ヲ論定スヘキモノニ非ス本件ニ於テ原告ノ住所地カ東京市ニシテ被告ノ住所ハ横濱ニ存在スルコトハ乙第一號證ニヨリテ明ナリ而シテ原告主張ノ催告狀カ大正三年十一月十二日午後被告ニ送達セラレタルコトハ乙第一號證ノ一ノ日附印ニヨリテ之ヲ認メ得ヘク催告狀送達ノ日ト原告指定ノ契約履行期日トノ間ニ僅カニ一日ノ日子ヲ存スルニ止マルヲ以テ該期間ハ本件延滯賃料支拂ノ準備ヲ爲シ且之カ履行ヲ爲スニ十分ナリト云フヲ得ス從テ該催告ハ不適法ノモノニシテ原告カ被告カ之ニ應セサルヲ理由トシテ爲セル契約解除ノ意思表示ハ被告ノ爲セル供託ノ適否ニ關セス何等其效ナシ(東京地方大正三年(ワ)第一四六三號同四年二月三日民四部田山裁判長沼五明各判事判決)

【判決事項】

(一)件名 地所明渡請求事件(二)訴訟關係人 原告長岡助七訴訟代理人辯護士山中兵吉被告金子竹次郎訴訟代理人辯護士有竹雅己

【一點同趣旨學說判例】

平田氏

一 地代增額ニ關スル成文法ナシト雖モ慣習法ノ存在スルモノト認ムルコト最モ社會ノ實情ニ適ス當事者ノ一方ノ意思ニ依リ地代ヲ增額セシムルノ權利アリトセハ是レ所謂形成權ナルカ故ニ之カ確定ヲ爲ス判決ハ必スヤ創設判決タラサルヘカラス……法律關係ハ形成權ノ行使ニヨリテ變更サルルモノナルヲ以テ判決ノ效力ハ既往ニ遡ルト言フハ誤レリ(平田親助氏本書第一卷民法一二七頁)

東京控訴院

二 東京地方裁判所判決本書第二卷民法七六一頁

【反對學說】

東京控訴院

東京市內ニ行ハレタル値上ニ關スル慣習ノ趣旨ハ地上權者ハ地主ノ相當額ノ値上承認ノ請求ヲ爲ス可キ義務ヲ有スルニアリト解スルヲ相當トス故ニ地上權者カ地主ノ値上請求ヲ相當ナリトシ直ニ承認ヲ爲シタルトキハ其値上請求ノ日ヨリ增額セラレタル地代ヲ支拂フノ義務アルコト論ヲ俟タサル所ナリ地上權者カ之ヲ爭ヒタル爲メ判決ニヨリテ其承認ノ意思表示ニ代ラシムル場合ニ於テ之ト結果ヲ異ニスヘキモノニアラスシテ判決ノ確定ニ依リテ陳述ヲ爲シタルモノト看做サル可キ意思表示ノ內容ハ土地所有者ヨリ地上權者ニ地代ノ値上請求ヲナシタル日ニ遡リテ其日ヨリ增額セラレタル地代ヲ支拂フコトヲ承認スト言フニアルモノトス(東京控訴院判決本書第二卷二九二頁)

【二點同趣旨學說】

橫田博士

當事者ノ一方カ催告ノ手續ヲ爲スニ當リ履行ノ期間ヲ定メス又ハ其定メタル期間カ相當ナラサルトキハ其催告ハ法律上效力ナキヲ以テ解除ノ意思表示モ亦其效力ナシトス(法學博士橫田秀雄氏債權各編一七一頁)

【參照判例】

東京控訴院

被控訴人ハ催告狀到達ノ翌日ニ支拂フヘシト催告シタルコトハ乙第二號證ニヨリ明カニシテ其催告狀カ控訴人ニ到達シタルハ明治四十三年九月十三日午前十時三十分ナルコトハ當事者ニ爭ヒナキ所トス而カルニ乙第八號證ニ依レハ控訴人ノ居村及附近三里以內ハ金融機關ナキコト明カナレハ右ノ如キ短期間內ニ四百五十六圓餘ノ支拂ヲ催告スルカ如キハ相當ノ期間ヲ定メテ催告シタルモノトハ認メ難シ(東京控訴院判決本書第一卷民法四六四頁)

吾人ハ第一點判旨ニ反對ナリ(本書第一卷民法一二八頁第二卷民法二九二頁評論

參照第二點ハ至當ノ見解ナリト信ス

（二四二）

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

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

「民法第五四九條ハ贈與契約ノ本質ヲ定メタル强行的規定ナルヲ以テ書面ニ依ル贈與契約締結ニ際シテハ該契約書ハ同條所定ノ成立要件ヲ具備スルコトヲ要スヘク從テ之ヲ具備シタル契約書之ナキニ於テハ未タ該契約ハ成立セスシテ後日書面ニヨリ之カ追完ヲ爲シタル時ヨリ始メテ該契約ハ成立スヘキモノトス」

「書面ニ依ル贈與契約ニ於テハ其成否ハ一ニ唯契約書ノミニ依リ之ヲ決スヘク其他ノ事實ニ依リテハ之ヲ決スヘカラサルモノトス」

原告ハ被告ハ原告ニ等シ書面ニ依ル贈與契約ヲ締結シタリト主張スルヲ以テ之カ當否ニ付審案スルニ凡民法五四九條ハ贈與契約ノ本質ヲ定メタル强行的規定ナルヲ以テ書面ニ依ル贈與契約締結ニ際シテハ該契約書ハ同條所定ノ成立要件ヲ具備スルコトヲ要スヘク從テ之ヲ具備シタル契約書之ナキニ於テハ未タ該契約ハ成立セスシテ後日書面ニヨリテ之カ追完ヲ爲シタル時ヨリ始メテ該契約ハ成立スヘキモノナルコトハ論ヲ俟タサル所ニシテ之レ法律カ書面ニヨル贈與ト書面ニ依ラサル贈與トヲ區別シ其效力ヲ二樣ニ規定シタルニ徵シテモ明カナルトコロナリトス然ルニ原告カ贈與契約書ナリト主張スル本件甲第二號證ヲ査閲スルニ該書面ハ武術公開道場建設ニ

關スル決議要項覺書ト題シ其第一項ニハ右道場建設ニ關スル費用概算額金三萬五千圓ハ被告ニ於テ之ヲ引受ケ支出スヘキ旨及第二項ニハ右費用支出方法第三項ニハ右道場完成期第四項ニハ右費用保管者ヲ各定メタル旨ノ記載アルノミナルヲ以テ何人カ贈與者ニシテ何人カ受贈者ナルカヲ知ルニ由ナキノミナラス該書面ニ依レハ本件當事者外四名ノ者カ決議ノ結果前記記載ノ各事項ヲ定メタルコトヲ推知シ得ヘキヲ以テ寧ロ甲第二號證ハ本件道場建設費用ノ支出方法ヲ協定シタル書面ナリト認ムヘク從テ當事者ノ一方カ自己ノ財產ヲ相手方ニ與フル意思ヲ表示シ相手方カ之ヲ受諾シタリト認ムヘキ記載ナクシテ全ク贈與契約ノ成立要件ヲ具備セサルモノナルヲ以テ該書面ハ贈與契約書ナリト稱スルヲ得サルニ依リ本件書面ニ依ル贈與契約ハ成立セサルモノナリト認定スルノ外ナシ證人鈴木文治同菊地主殿ノ各證言ニ依レハ該書面ニ記載セル本件當事者以外ノ者ハ立會人ニシテ從テ之等ノ者ヲ除キタル本件當事者カ贈與契約ノ當事者ナリト認メ得ヘキモ書面ニ依ル贈與契約ニ於テハ其成否ハ一ニ唯契約書ノミニ依リテ之ヲ決スヘク其他ノ事實ニ依リテハ之ヲ決スヘカラサルモノナルニ拘ラス前說示ノ如ク該書面自體ニ依リテハ未タ以テ當事者間ニ贈與契約成立シタリト認メ得ヘカラサルニヨリ原告ノ請求ハ失當ナリ（東京地方大正三年（ワ）第三九〇號同年十二月二十八日民三部河邊裁判長細野霜山各判事判決）

【判決事項】

（一）件名　契約履行請求事件（二）訴訟關係人　原告野口正八郎訴訟代理人辯護士龜山要被告岡本峰吉訴訟代理人廣岡宇一郎岩崎幸次郞牧野充安

【參照學說判例】

一　本條(第五五〇條)ハ贈與ヲ以テ要式契約トセル學說ノ遺物ニシテ余ハ立法論トシテハ之ヲ取ラスト雖モ強ヒテ之ヲ說明セハ蓋シ書面ヲ作ラサル贈與ハ或ハ贈與者ノ意思未タ全ク確定セサルコトナキヲ保セス且書面ナキトキハ後日爭ヲ生シ易キヲ以テナリ此理由タル敢テ贈與ニ限ラスト雖モ而モ贈與ハ一時惻隱ノ心ヨリ之ヲ爲スヘキコトヲ約シ怨ヲ之ヲ悔ユルカ如キコト稀ナリトセサルヲ以テ從テ之ニ付キ後日爭ヲ生シ易キハ人情ノ免レサル所ナレハナリ

右ノ理由ニ因リテ本條ニ於テハ贈與ハ書面ヲ作ラサルモ固ヨリ成立スルト雖モ其履行ナキ間ハ之ヲ取消スコトヲ得ルモノトセリ(法學博士梅謙次郞氏民法要義債權編四六四頁)

二　我民法ニ依ルトキハ贈與ハ諾成契約ニシテ無償契約ナルヿト明カナリ又タ民法ハ多數ノ外國立法例ノ如ク贈與契約ノ成立ニ付キ證書、公正證書又ハ裁判上ノ證書ノ作成ヲ必要トセサルヲ以テ不要式契約ナリ……然ルニ第五五〇條ニ依ルトキハ書面ニ依ラサル贈與ハ各當事者之ヲ取消スコトヲ得ヘシトセルカ故ニ我民法ノ下ニ在テモ贈與ハ書面ニ依ルニアラサレハ完全ニ其效力ヲ生セサルモノトス蓋シ我民法ハ書面ノ作成ヲ以テ契約ノ成立要件トシ此要件ヲ缺ケル贈與ノ意思表示ヲ全然無效ナリトシタル從來ノ立法主義ヲ變更シ書面ノ作成ヲ以テ契約ノ有效條件トシ此條件ヲ充タササル贈與ハ之ヲ取消シ得ヘシトシテ折衷主義ヲ採リタルモノナリ(法學博士横田秀雄氏債權各編二三二頁)

三　我民法ニ於テハ贈與ヲ以テ諾成契約ト爲シ單ニ當事者ノ意思ノ合致ノミニ因リテ有效ニ成立スルモノト爲ス從テ我民法上贈與ハ一種ノ不要式契約ナリ此見解ニ對シテ稍々例外ニ類スル規定アリ即チ書面ニ依ラサル贈與ハ未タ履行ヲ終ラサル部分ニ限リ各當事者ニ於テ之ヲ取消スコトヲ得即チ我民法ニ於テハ書面ニ依ラサル贈與ハ無效ニ非サルモ之ヲ取消シ得ヘキモノナリ故ニ此ノ規定ハ贈與ヲ以テ諾成契約及不要式契約ト爲スノ主義ノ例外ニハ非サルモ少クトモ反對ノ主義ノ遺物ナリトス(法學士村上恭一氏債權各編三三六頁)

四　民法第五五〇條ハ主トシテ一方ニハ贈與者カ贈與ヲ爲スニ當リテ其意思ノ明確ナルコトヲ期シ他ノ一方ニハ輕忽ニ贈與ヲ爲スコトヲ豫防セントスルノ旨趣ニ出テタル規定ニシテ當事者双方ノ意思表示ニ付キ書面ヲ作成スヘキコトヲ命シタルモノニ非ス(大審院民事判決錄四〇年五〇三頁)

贈與ハ當事者ノ一方カ無償ニテ財產ヲ與フル意思ヲ表示シ相手方カ之ニ對シ承諾ヲ爲スニ因リテ其效力ヲ生スルモノナルハ民法第五四九條ノ明規スルトコロナルヲ以テ贈與カ此ノ二個ノ意思表示ヲ具備スルコトヲ要スルハ勿論ナリ然レトモ所謂取消スコトヲ得サル贈與即書面ニ依ル贈與ハ必ス此ノ二個ノ要素ヲ書面ニヨリ明示スルヲ要スルヤ否ヤ右判決ハ之ヲ積極ニ斷スルモ吾人ハ聊カ疑ナキ能ハス例ヘハ甲者其友乙者ノ貧窮且ツ病床ニ呻吟スルヲ憐ミ金百圓ヲ贈與スル旨ノ書面ヲ作製シ其使者丙者ヲシテ之ヲ送達セシメタルニ乙者ハ甲者ノ厚意ヲ感謝シ有難ク之ヲ拜受スル旨ノ意思ノ傳達ヲ丙者ニ依賴シ丙者ハ歸リテ之ヲ甲者ニ申告セリ然ルニ甲者ハ後日乙者ノ受諾ノ意思書面ニ作製セラレサルノ故ヲ以テ之ヲ取消スコトヲ得ト解スヘキカ民法第五四九條ハ贈與ニハ二個ノ意思表示ノ存在ヲ要素トシ第五五〇條ハ各當事者云云ト規定セルヲ以テ文理上固ヨリ疑義ナキニアラサルモ吾人ハ寧ロ大審院判決ノ見解ト同シク之ヲ消極ニ取消スコトヲ得スト解スルノ寧ロ立法ノ趣旨ニ合致スルモノト信ス蓋シ民法第五五〇條ハ主トシテ一方ニハ贈與者カ贈與ヲ爲スニ當リテ其意思ノ明確ナルコトヲ期シ他ノ一方ニハ輕忽ニ贈與ヲ爲スコトヲ豫防セントスルノ趣意ナリト解シ又斯ク解スルノ我邦現狀ノ實際ニモ適スルモノナリト信スレハナリ是レ吾人カ右判決ニ贊同スルヲ得サル所以ナリ

(二四三)

二〇六　所有者ハ法令ノ制限內ニ於テ自由ニ其所有物ノ使用、收益及ヒ處分ヲ爲ス權利ヲ有ス

二〇七　土地ノ所有權ハ法令ノ制限內ニ於テ其土地ノ上下ニ及フ

鑛業法三　未タ掘採セサル鑛物(廢鑛及鑛滓ヲ含ム)ハ國ノ所有トス

同二第一項　本法ニ於テ鑛物ト稱スルハ金鑛……及硫鑛ヲ謂フ(但書略)

同四第二項　鑛業權者ハ鑛區ニ於テ其ノ許可ヲ受ケタル鑛物ヲ掘採シ及之ヲ取得スル權利ヲ有ス(但書略)

同一五　鑛業權ハ物權トシ不動產ニ關スル規定ヲ準用ス但シ民法第一七九條第一項ノ規定ハ此ノ限ニ在ラス

同九四　鑛業權ヲ有セスシテ鑛物ヲ掘採シタル者又ハ詐僞ノ所爲ヲ以テ鑛業權ヲ得タル者ハ二年以下ノ重禁錮又ハ

一　千圓以下ノ罰金ニ處ス過失ニ因リ鑛區外ニ侵掘シタル者ハ五百圓以下ノ罰金ニ處ス

同九五　前條ノ場合ニ於テハ其ノ掘採シタル鑛物ヲ沒收ス既ニ之ヲ讓渡シ又ハ消費シタルトキハ其ノ代金ヲ追徵ス

鑛業法第三條ノ規定ハ未掘採鑛物ノ民法上ノ所有權ヲ定メタルモノニアラスシテ單ニ土地所有者カ其本來ノ權利ニ基キ未掘採ノ鑛物ヲ處分スルコトヲ制限シタル規定ナリトス』

鑛業權者カ許可ヲ受ケタル鑛物ノ掘採ニ從事中許可ヲ受ケサル鑛物ヲ掘採シタルトキハ當該鑛物ニ付キ別ニ鑛業權ノ設定ナキ限リ土地所有者ハ其所有權ニ基キ之カ返還ヲ請求スルコトヲ得ルモノトス』

鑛業法第三條ニ「未タ掘採セサル鑛物ハ國ノ所有トス」トイフ規定アリ國ノ所有トイフハ國家カ未掘採鑛物ニ對スル所有權ヲ有スル義ナリト解スル說ハ法律カ特ニ其意味ヲ明カニスル爲本條ヲ設ケタル立法上ノ理由竝文理解釋ニ其根據ヲ有スルモノトス換言スレハ土地所有權ノ效力ハ法令ノ制限內ニ於テ土地ノ上下ニ及フモ本條ノ制限ニヨリ未掘採鑛物ニ付テハ絕對ニ其所有權ヲ取得セス從テ土地所有制限ノ結果國ハ此法令ノ規定ニヨリ所有權ヲ保有スルコトヲ明ニスルカ爲規定シタルナリト然レトモ地下ノ鑛物カ掘採セラレサル以上ハ土地ト分離セサルモノタルコトハ明ニシテ畢竟土地ノ構成部分ナリト謂ハサルヘカラス未掘採ノ鑛物ハ果シテ能ク土地ヨリ分離シテ直ニ所有權ノ目的タル獨立資格ヲ有シ得ルヤ且又地中至ル所ニ而モ何レニアルヤ不確實ナル存在狀體ニ在ル未掘採ノ鑛物カ能ク獨立シテ物權ノ目的ト爲ルコトヲ得ルヤ殆ト爭フ所ナクシテ否定ノ見解ヲ採用スルヲ得ヘシ從テ鑛業法第三條ノ規定

ハ未掘採鑛物ノ民法上ノ所有權ヲ定メタルモノト認ムヘカラサルハ明カナリ普國鑛業法第一條ニヨレハ「下記ノ鑛物ハ土地所有者ノ處分權ヨリ排斥セラル」云トアリ此規定ハ實ニ右土地所有者ノ所有權ヲ制限スル爲ニ設ケヽレタルモノトス從テ「處分權ヨリ排斥セラル」トノ意味ハ右民法上ノ所有權ヲ剝奪スル別種ノ法律效果ヲ賦與スルモノニハ非スシテ唯鑛業法ヲ設ケタル結果所有權本來ノ行使トシテ鑛物ヲ取得スルコトヲ得サル旨ヲ明ニシタル也我鑛業法第三條ニ「未タ掘採セサル鑛物ハ國ノ所有トス」トアルハ正シク右普國法第一條ノ規定ト其立法ノ由來精神ヲ一ニスルモノト云ハサルヘカラス從テ彼是互ニ比較研鑽シテ其眞義ヲ探究スルトキハ我鑛業法モ亦決シテ未掘採鑛物ノ所有權ヲ玆ニ認メ私法上ノ例外規定ヲ設ケタルモノト解スルコトヲ得ス蓋シ鑛業法ハ主トシテ鑛業保護監督ノ必要上鑛業權ヲ創設シタルモノニシテ鑛業權ハ明ニ私權ナルコト之ヲ物權トシタルニ由ルモ疑ナキ所ナレトモ鑛業權ナル私權ノ發生原因ハ畢竟國家ノ特許行爲ニ因ルモノニシテ此發生原因ヲ國家ニ留保スルコトカ必要ナルカ爲鑛業法ナル特別法ヲ生シタルモノト謂ハサルヘラス然ラハ何人ト雖モ自由ニ鑛業ニ因ル未掘採鑛物ノ取得ヲ爲スコトヲ禁止スルノ目的ヲ有スル結果本來ノ權利者タル土地所有者ト雖未掘採鑛物ニ對シ其所有權ヲ行使シテ之ヲ取得スルコトヲ制限スル爲鑛物ノ掘採取得ハ之ヲ鑛業權ノ效果トシ而シテ斯カル特種ナル鑛業權ノ發生原因ヲ特許ナル國家ノ行政處分ニ留保スルノ意味ヲ以テ第三條ノ規定ヲ設ケタルモノト解釋セサルヘカラス換言スレハ土地所有者ハ其本來ノ權利ニ基キ未掘採ノ鑛物ヲ處分スルコトヲ制限セラルルノ意味ニ於テ「國家ノ所有トス」ナル曖昧ナル用語ノ下ニ第三條ノ規定ヲ生シタリト見ルヲ至當トス

未掘採鑛物カ土地所有者ニ屬スルト否トニヨリ其法律上ノ效果モ影響スル所渺カラス(一)鑛業權者カ許可ヲ受ケタル鑛物ノ掘採ニ從事中許可ヲ受ケサル鑛物ヲ取得シタルトキハ(イ)當該鑛物カ鑛業法ニ列擧セラレタル鑛物ニ非ルトキハ土地所有者ハ其處分權ヲ制限セラルルコトナキヲ以テ完全ナル所有權ニ基キ該占有鑛物ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ヘシ鑛業權者ハ先占ノ法理ニ依リ之カ所有權ヲ主張スルコトヲ得ス何トナレハ鑛業權者ハ許可ヲ受ケタル鑛物ニ限リ之ヲ掘採取得スルヲ得ルニ過キサレハ土地所有者ニ屬スル鑛業法以外ノ鑛物ヲ掘採スルコトヲ得サレハ也(ロ)掘採鑛物カ許可ヲ受ケサル他ノ鑛業法ニ因ル鑛物ナルトキハ如何此場合其掘採取得カ過失ニ出テタルモノトシテ觀察センニ其一ハ當該鑛物ニ付テハ鑛業權ノ設定ナキ場合ナリ蓋シ斯ノ如キ鑛物ニ付テハ鑛業權者ハ占有ヲ條件トシテ之ヲ取得スルコトヲ得サル結果本來ノ原則ニ從ヒ土地所有者ハ其所有權ニ基キ掘採シタル鑛物ノ返還ヲ請求スルヲ得ヘシ然シ乍ラ已ニ土地ヨリ分離シタル鑛物ハ土地所有者ニ於テ之カ占有ヲ回復シ得ルトスルモ同時ニ處分權ヲ獲得スルヤ否ヤニ付テハ疑問アリ抑モ斯ル場合ニ於テ尙之ヲ未掘採ノ鑛物ト認ムルヲ相當トスヘキ乎土地所有者カ未掘採鑛物ノ處分ヲ制限セラルルハ依テ鑛業權ナル掘採取得ノ優先權ヲ認ムルノ目的ニ外ナラス然ラハ鑛業權者ノ存セサル場合ニ於テ第三者カ假ニ之ヲ掘採占有シタルトキハ所有權ノ效果ニ基キ土地所有者ニ完全ナル請求權ヲ與フルコトカ理論上至當ニ非スヤ第三者ノ不適法行爲ニヨリテ分離シタル鑛物ニ付テハ之ヲ鑛業權ノ方面ヨリ觀察セスシテ單純ナル所有權ノ方面ヨリ考察スルヲ可トセサル乎故ニ已ニ掘採セラレタル鑛物ニ付テハ土地所有者ハ假令鑛業權者トシテ權利ヲ取得スルニ非サルモ恰モ鑛業法ノ規定

ニ依ラスシテ土地開鑿ノ結果鑛物ヲ取得スルアルコトカ土地所有者ノ正當ナル權原ナルト同シク他ニ其權利ヲ制限セラレサル以上掘採物ノ完全ナル返還請求權ヲ有スルモノト解スヘシ其二ハ掘採セラレタル鑛物ニ付鑛業權者ノ存スル場合是ナリ鑛業權者ハ許可ヲ受ケタル鑛物ニ付絕對ニ他人ヲ排除シ掘採取得スルノ權利ヲ有スルヲ以テ掘採者ニ對シ其當然ノ權利ニ基ク返還又ハ不法行爲ニ因リ被リタル損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシ土地所有者ハ處分權ヲ制限セラルルノ結果請求權ヲ有セス(二)鑛業權ヲ有セスシテ鑛物ヲ掘採シタル場合(許可ヲ受ケサル鑛物ヲ故意ニ掘採スルハ勿論此中ニ含マル)及過失ニ因リテ他人ノ鑛區ヲ侵掘シタル場合ニ於テハ土地所有者竝鑛業權者ノ請求權如何鑛業權者カ掘採者ニ對スル請求權ハ此場合ニ於テ競合スルコトヲ妨ケス其一ハ不法行爲ニ因ル損害賠償ノ請求權ナリ何トナレハ該鑛業權者ノミカ掘採取得シ得ヘキ權利ヲ侵害セラレタルカ爲ニ生シタル損害ノ回復ヲ求ムルノ權利アレハ也其二ハ鑛業權ナル物體ニ基ク請求權ナリ詳言スレハ掘採取得ノ權利ニ基キ鑛業權者ハ絕對ニ他人ヲ排除スルノ結果其他人ノ掘採シタル鑛物ニ對シ追及權ヲ行使スルコトヲ得鑛業權ハ物權ナリ鑛區內ニ於テ他人ヲ排除シ許可ヲ受ケタル鑛物ヲ掘採取得スル絕對權ナリ此權利ハ本來ノ鑛物所有者タル土地所有者ヲ初メ凡テノ第三者ニ對抗シ又何人ニ對シテモ追及スルコトヲ得鑛物ニ對スル現實ノ所有權取得ハ鑛業權ノ效果ニシテ本質ニ非ス從テ鑛業權者カ採掘スル權利ニ基テ掘採物ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ルハ理ノ當然ナレハナリ鑛業法九五條ニヨリ掘採物カ沒收セラルルトキハ假令鑛業權者ニシテ返還請求權ヲ有スルモ沒收ノ結果請求スヘキ目的物ヲ失フヲ以テ之ヲ行使スルコトヲ得ス單ニ不法行爲上ノ債權ヲ有スルニ止ル乎