

福岡地方
裁判所

佐賀地方
裁判所

【同趣旨判例】

余ハ此場合ニモ返還請求權ヲ行使シ得ルモノト信ス例ヘハ掘探者カ礦物ヲ他人ニ賣却シタル場合ニ於テハ其代金ノ利益ハ公法上追徴セラルト同時ニ私法上鑛業權者ノ請求ニ從ヒ之ヲ返還セサルヘカラス或ハ代金ヲ追徴セラルル以上ハ利益ナシトノ論ヲ生センモ追徴ハ行政處分ニシテ賣却ニヨリ代金ノ存在如何ニ關係ナシ掘探者ハ賣却ニヨリ代金ヲ得タル以上ハ之ヲ費消スルモ追徴セラルルモ私法上利益ノ存在ヲ主張スルニ妨ナシ故ニ鑛業權者ハ本來ノ返還請求權ニ代ル代價請求權ヲ行使シテ其利益ノ返還ヲ求メ得ヘシ(法學士鹽田環氏法學志林第十六卷十一號一八頁以下要領)

【反對判例】

民法上ノ觀念ヨリスルトキハ單ニ地殼ヲ構成スルニ過キサル未掘探ノ礦物カ獨立シテ所有權ノ目的物トナリ得ヘキ理ナキカ故ニ鑛業法第三條ノ未掘探ノ礦物ハ國ノ所有トスル旨ノ規定ハ民法上ノ所有者ヲ決定シタル趣意ナリト見ルコトヲ得ス(福岡地方裁判所判決本書第三卷民法四二九頁)

吾人ハ曩キニ本論前段ト同趣旨ナル前掲福岡地方裁判所ノ判示ニ對シ反對ノ意ヲ表シタリ之ニ關聯スル詳細ノ評論ニ付テハ本書第三卷民法四三三頁以下ヲ參看セラレンコトヲ望ム尙前段ニ反對スル以上ハ後段モ亦之ヲ否定スヘキハ勿論ナリ蓋シ未掘探礦物ハ法律上之ニ對シ土地所有權ノ及ハサルモノナルカ故ニ(民法二〇七條)掘探セラレタル礦物ニ付キ土地所有者ニ於テ物上請求權ナキハ當然ナレハナリ

大審院判
決

民法第四六七條第二項ノ規定ハ債權ノ讓渡ハ債務者以外ノ第三者ニ對抗セントスルニハ債務者ニ對シテ舊債權者ノ爲ス通知行爲又ハ債務者ノ爲ス承諾行爲ニ付確定日附アル證書ヲ必要トシタルモノニシテ通知又ハ承諾アリタルコトヲ確定日附アル證書ヲ以テ證明スヘキコトヲ規定シタルニ非ス

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

【上告論旨】 原判決ハ法律ニ違背シテ法則ヲ不當ニ適用シタルノ不法アルモノト思料ス即チ上告人東金作東喜作ハ訴外畑作藏カ熊本縣珠磨郡人吉町ニ差入レタル建築保證金壹百拾四圓ノ債權ヲ讓受ケ大正二年六月六日八代區裁判所人吉出張所ニ於テ確定日附ヲ取り同日人吉町ノ代表者タル同町長澤村正勝宛ニ訴外人畑作藏ト上告人兩名ハ連署ニテ右債權讓渡シタル旨ヲ通知シテ之ヲ讓受人ニ支拂ハレタキ旨ノ願書ヲ差出シタルニ人吉町役場ハ之ヲ同年六月九日ニ受理シタル處被上告人ハ同年六月十三日ニ至リ右保證金百拾四圓ニ對シ債權ノ假差押ヲ爲シタリ前記ノ事實ハ甲第一號證債權讓渡證ニ確定日附第二六八五號ヲ以テ八代區裁判所人吉出張所ノ大正二年六月六日ノ證明ト甲三號證ノ右債權讓渡通知ヲ讓渡人畑作藏讓受人上告人兩名ノ連署ニテ差出シタルヲ受付ケタル人吉役場ノ書面第二號證ノ假差押命令ハ大正二年六月十三日ニシテ同日人吉役場ヘ送達アリシコトハ當事者間爭ナキ所ナルニ係ラス原審

ハ大正二年六月六日債權讓渡ノ確定日附ハ之ヲ認メ得ヘシト雖モ如作讓ト上告人兩名カ人吉町役場ニ右債權讓渡ノ通知ヲ爲シタル其通知書ニ確定日附ナキ故ニ債務者以外ノ第三者ニ對抗スルヲ得ストノ理由ノ下ニ第一審判決ヲ廢棄シ上告人ノ請求ヲ棄却シタリ蓋シ個ハ是民法第四六七條第二項ノ解釋ヲ誤リタルモノナラン同條第二項ノ「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ト」ハ其通知書ニ確定日附ヲ取リテ通知スルニ非サレハ第三者ニ對抗スルコトヲ得ストノ趣旨ニアラス債務者ニ於テ通知ヲ受ケタル事ヲ確定日附アル證書ヲ以テ證明スルニ非サレハ第三者ニ對抗スルヲ得スト云フ趣旨ニ解釋スヘキモノトス此ノ解釋ニ付テハ御院ニ於テモ債權讓受人カ確定日附アル證書ヲ以テ債務者ノ通知ヲ受ケタルコトヲ證明スルニ非ラサレハ第三者ニ對抗スルヲ得スト云フニ外ナラスト屢々判決セラレタル所ナリ故ニ本件ニ付キ上告人ハ甲第一號證ノ確定日附アル證書ヲ以テ債務者カ債權讓渡ノ通知ヲ受ケタルコトハ證明シ得ルニ係ハラス原審カ民法第四六七條第二項ヲ不當ニ解釋シテ上告人ノ請求ヲ却ケタルハ法律ニ違背シ不當ニ法律ヲ適用シタル不法アルモノナリ

【判決理由】 按スルニ指名債權ノ讓渡ニ關スル民法第四六七條第二項ノ規定ハ債權讓渡ノ日附ヲ明確ニシテ依テ以テ債權者ト債務者ト通謀シテ債權讓渡ノ日附ヲ溯ラシメ第三者ヲ害スルノ弊ヲ豫防セントスルノ目的ニ出テタルモノナレハ債權ノ讓渡ヲ債務者以外ノ第三者ニ對抗セントスルニハ債務者ニ對シテ舊債權者ノ爲メ通知行爲又ハ債務者ノ爲メ承諾行爲ニ付確定日附アル證書ヲ必要トシタルモノニシテ通知又ハ承諾アリタルコトヲ確定日附アル證書ヲ以テ證明スヘキコトヲ規定シタルニ非ス

【判決事項】

ト解セサルヘカラス如何トナレハ該條ハ通知又ハ承諾ニ付テノ對抗條件ヲ定メタルモノニ非スシテ債權讓渡ニ付テノ對抗條件ニ關スル規定ナレハ通知又ハ承諾アリタルコトノ證明方法トシテ確定日附アル證書ヲ必要トスルモノト解スルヲ得サレハナリ本件ニ於テ原判決ノ確定セル所ニ依レハ如作讓ト上告人吉町ニ對シテ有セシ係争債權ヲ上告人ニ讓渡シタルモ其讓渡ノ事實ヲ債務者ニ對シテ確定日附アル證書ヲ以テ通知セザリシト云フニ在レハ上告人ハ係争債權ヲ讓受ケタルコトヲ第三者タル被上告人ニ對抗スルコトヲ得サルモノト云ハサルヘカラス然ラハ原裁判所カ如上ノ理由ニ依リ上告人ノ請求ヲ排斥シタルハ至當ニシテ上告論旨ハ理由ナシ以上ノ理由ニ依リ不件上告ハ理由ナキモノトシ民事訴訟法第四五二條第七條ノ規定ニ從ヒ主文ノ如ク判決ス而シテ本件ハ本院從來ノ判例(明治三十六)年オ第六三號同年三月三十日判決明治四十年オ第四二九號同年十一月二十六日判決)ト相反スルヲ以テ裁判所構成法第四九條第五四條ノ規定ニ從ヒ民事總部聯合シテ審判ス(大審院大(正)二年オ第六七七條同三年十二月二十二日民事聯合部判決)

【同趣旨學說】

(一)主文 上告棄却(二)原審 熊本地方裁判所(三)件名 假差押目的物ニ對スル異議事件(四)訴訟關係人 上告人東金作外一名訴訟代理人辯護士大淵村被上告人恒松善吉訴訟代理人辯護士近藤民雄

一 通知又ハ承諾ハ當事者間ニ於テハ如何ナル方法ヲ以テ之ヲ爲スモ可ナリ例ヘハ書簡其他ノ書面ハ勿論、口頭、容態等ヲ以テ之ヲ爲スモ可ナリ唯第三者ニ對シテハ確定日附アル證書ヲ以テスルコトヲ要スルモノトセリ(法學博士梅謙次郎氏著民法要義卷之三債權編二二頁)

二 債務者以外ノ第三者ニ對シテハ尙ホ一ツノ條件ヲ要ス即チ右ニ述ヘタル通知又ハ承諾ハ確定日付ヲ以テ之レヲ爲スヲ要ス

【反對判例】

通常ハ公正證書ヲ作ルコトナリ(法學博士富井政章氏東大四年講義寫版債權總論二一三頁)

三 債務者以外ノ第三者ニ對シテハ債務者ニ對スル通知又ハ承諾ハ確定日附アル證書ヲ以テ之ヲ明確ナラシムルコトヲ要ス是レ第四六七條第二項ニ規定スル所ニシテ債務者ト債權者ト通謀シ讓渡ノ日附ヲ選ラシメ第三者ヲ害スルノ弊ヲ豫防スルノ目的ニ出テタルモノナリ何トナレハ單純ナル私署證書ヲ以テ此事實ヲ證明シ得ヘシトスルトキハ債權讓渡ノ日附ヲ選ラシムルコトハ債務者ト債權者トノ間ニ於テ容易ニ行ハレ得ヘキモ確定日附アル證書ニ在リテハ其日附ハ確定不可動ノ性質ヲ有シ債權讓渡ノ真正ノ日時ハ其日附ニ依リテ之ヲ確認スルコトヲ得ヘキニ依リ利害關係人相互ノ間ニ於テ權利ノ優劣ヲ定ムルニ付キ準據スヘキ最モ確實ナル標準トナリ債權讓渡ノ日時ヲ選ラシメテ不正ニ第三者ヲ害スル詐欺的行爲ハ行ハレ得ヘカラサルヲ以テナリ是レ民法力債務者以外ノ第三者ニ對シテハ債務者ニ對スル通知又ハ承諾ニ付キ確定日附アル證書ヲ要求スル所以ナリ(法學博士橫田秀雄氏著債權總論七六六頁)

四 通知又ハ承諾トイフモノハ口頭ニヨルト書面ニヨルトナ問ハス然レトモ民法ニヨルトキハ此債務者ニ對スル通知又ハ債務者ノ承諾力債務者以外ノ第三者ニ債權ノ讓渡ヲ對抗スルニ適スルモノトナルニハ確定日附アル證書ニヨリテ之ヲナスコトヲ要スル也故ニ其通知又ハ承諾ハ書面ニヨリテ之ヲナスヲ要ス且其書面ハ確定日附アルヲ要ス(法學博士川名兼四郎氏東大講義寫版債權總論二一七頁)

五 我法典ハ第一ノ主義特ニ佛法ニ從ヒ債權ハ讓渡契約ニ依リテ當事者間ニ在リテハ移轉スルモ其讓渡ヲ以テ債務者其他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルカ爲メニハ讓渡人カ之ヲ債務者ニ通知シ又ハ債務者ノ承諾ヲ必要トシ更ニ債務者以外ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルカ爲メニハ其通知又ハ承諾ハ確定日附アル證書ヲ以テスルコトヲ要スルモノトス(法學博士石坂晉四郎氏著日本民法第三編債權第四卷二一七頁)

本聯合部判決ハ學者間ノ定説ニ一致スルモノニシテ固ヨリ正當ナリト信ス

民法第九四條第二項ノ規定ハ虛偽ノ意思表示カ債權ノ發生ニ關スル場合ニモ適用スヘキモノニシテ債權ヲ生セシムル意思表示ノ虛偽ナルコトハ同法第四六八條第二項ノ所謂讓渡ノ通知ヲ受クルマテニ讓渡人ニ對シテ生シタル事由中ニ包含セサルモノトス

九四 相手方ト通シテ爲シタル虛偽ノ意思表示ハ無効トス
前項ノ意思表示ノ無効ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス
四六八第二項 讓渡人カ讓渡ノ通知ヲ爲シタルニ止マルトキハ債務者ハ其通知ヲ受クルマテニ讓渡人ニ對シテ生シタル事由ヲ以テ讓受人ニ對抗スルコトヲ得

【上告論旨】 原審判決理由中「假リニ控訴代理人主張ノ如ク控訴會社ト加藤多之介間ニ何等寄託關係ナキモノトスルモ當事者間ノ虛偽ノ意思表示ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコト能ハス而シテ被控訴人カ惡意ヲ以テ甲一號證ヲ取得シタリト認ムヘキ確證ナキ本件ニ於テハ善意ニ本訴債權ヲ讓受ケタルモノト謂ハサルヘカラス然レハ則チ控訴會社ハ被控訴人ニ對シ本訴ノ請求金額ヲ支拂フヘキ義務アルモノトス」トアリテ民法ノ解釋上上告會社ハ甲一號證預金關係成立ノ虛偽ナルコトヲ以テ讓受人タル被上告人ニ對抗スルコトヲ得ス若シ對抗セントモ被上告人ノ惡意タルコトヲ立證セサルヘカラスト爲セトモ是ハ法律ノ解釋ヲ誤リタルモノト謂ハサルヘカラス即チ民法第四六八條第二項ハ債權ノ讓渡ニ關シテ特別ノ規定ナルヲ以テ民法第九四條ニ優先シテ適用セラルヘキハ論ヲ俟タサルヘク之ヲ獨逸國民法第一一七條ノ新民法ノ九四條第二項ニ相當スル規定ヲ設ケサルコトト及同國民法第四〇四條カ新債權者ニ對シ債務者ノ凡テノ抗辯ヲ許シタルニ對比スルトキハ新民法第四六八條第二項

梅博士

【判決事項】

ノ法意モ亦同一ナリト解スルヲ相當トスヘク從テ原審カ特別規定タル民法第四六八條第二項ニ優先シテ一般の規定タル民法第九四條第二項ヲ適用シタルハ不當ニシテ原判決ハ破毀ノ理由アルモノト信ス

【判決理由】 民法第九四條第二項ノ規定ハ虛偽ノ意思表示カ債權ノ發生ニ關スル場合ニモ適用スヘキモノニシテ債權ヲ生セシムル意思表示ノ虛偽ナルコトハ同法第四六八條第二項ノ所謂讓渡ノ通知ヲ受クルマテニ讓渡人ニ對シテ生シタル事由中ニ包含セサルモノナルコトハ本院判例ノ認ムル所ナリ(明治四十年(オ)第一七一號同年六月一日判決參照)故ニ原判決力「假リニ控訴代理人(上告人)主張ノ如ク控訴會社ト加藤多之介間ニ何等寄託關係ナキモノトスルモ當事者間ノ虛偽ノ意思表示ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スル能ハス」ト判示シタルハ固ヨリ正當ニシテ本論旨ハ其理由ナキモノトス(大審院大正三年(オ)第四九八號同年十一月二十日民二判決)

【同趣旨學說】

(一)主文 上告棄却(二)原審 札幌地方裁判所(三)件名 預金請求事件(四)訴訟關係人 上告人株式會社第六銀行訴訟代理人辯護士多田準之助被上告人赤石梅太郎

一 虛偽ノ意思表示ノ無効ナルコトハ九四、二項ノ規定ニ依ツテ之ヲ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ナイノテアル故ニ善意ノ第三者ヨリハ無効ノ事由カ存シテ居ラヌト云フコトヲ主張スルコトヲ得ルノテアルカラ民四六八、二項ニ所謂「讓渡人ニ對シテ生シタル事由」中ニ其無効ヲ包含スルモノトスルハ確ニ謬トテ居ル斷言スルヲ得ラヌノテアル原來九四、二項ハ主トシテ善意ノ讓受人ヲ保護スルタメニ設ケタ規定ナルト謂フテモイ位テ假ニ所有權ノ讓渡テアツタトスレハ讓渡人ノ權利カ虛偽行為ニ基イテ居ツテモ之ヲ以テ善意ノ讓受人ニ對抗スルコトヲ得ナイノハ蓋シ何人モ爭ハサル所テアラウ然ラハ債權ノ讓渡ノ場合ニ限ツテ虛偽行為ノ無効ヲ善意ノ讓受人ニ對抗スルコトノ出來ル管カナイノテハナイカ(法學博士梅謙次郎氏法學志林論議叢書版二一五頁)

富井博士

横田博士

石坂博士

鳩山博士

第六一號四六頁

二 甲乙二人アリ相通謀シテ其ノ間ニ一定ノ債權關係アル如クニ裝ヒ其ノ債權者カ第三者ニ其ノ虛偽ノ債權ヲ讓渡シタルトセシテ虛偽ノ意思表示ハ無効ナルヲ以テ債權者ハ原則トシテ前條何レノ債權者ニ對シテモ履行ヲ拒ムコトヲ得ト雖モ讓受人ニシテ虛偽ノ契約タルコトヲ知ラザリシ場合ニハ無効ヲ對抗スルコトナシ(第九四條)故ニ其ノ場合ニハ債權者ハ讓渡原因ノ無効ナルニモ關セス讓受人ニ對シテハ其ノ無効ヲ主張スルコトヲ得サル結果トナルナリ(法學博士富井政章氏東大四年債權總論講義版二一五頁)

三 例之甲乙相通謀ノ上甲ヲ債權者トシ乙ヲ債務者トシ兩者間ニ金百圓ノ貸借關係ノ成立セルモノノ如ク裝ヒ貸借證書ヲ授受シタリト假定センニ債權者ノ地位ニ立ツ所ノ甲其證書ノ自己ノ手裡ニ存在スルヲ奇貨トシ之ヲ丙ニ示シ證書面ノ債權者丙ニ讓渡スルノ意思ヲ表示シ丙ハ其假裝ノ債權タルコトヲ知ラスシテ承諾ノ意思ヲ表示シ之ヲ讓受ケタルトキハ丙ハ乙ニ對シテ百圓ノ債權ヲ取得シ乙ハ其債權ノ架空ノモノニシテ讓渡行為ハ何等ノ效力ヲ生セサルモノナルコトヲ知ラズ何トナレハ虛偽ノ意思表示ハ本來無効ナルモノ其無効ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルハ民法第九四條ニ規定スル所ナルヲ以テナリ

債權者ハ讓受人ニ對シ讓渡ノ目的タル債權ノ假裝ナルコトヲ主張スルコトヲ得ヘキヤ否ニ付テハ解釋上異論アルヲ免カレズ大審院ノ判例モ亦初メ民法第四六八條第一項ノ規定ニ從ヒ舊債權者ニ對抗スルコトヲ得ル事由トシテ之ヲ新債權者ニ對抗スルコトヲ得ルモノトシ積極說ヲ採用シタルモ近來ニ至リ民法第九四條ヲ適用シ消極說ヲ採ルコトト爲セリ獨逸民法ハ此場合ニ付キ特ニ明文ヲ設ケ債務者カ債權證書ヲ作成シタル場合ニ債權者カ其證書ノ據示ニ依リテ讓渡セラレタルトキハ債務者ハ新債權者ニ對シ其證書面ノ債權ノ假裝ナルコトヲ以テ抗辯ト爲スコトヲ得サルコトヲ明カニセリ我民法ニハ債權ノ讓渡ニ付キ特別ノ規定ナキモ既ニ第九四條ニ於テ假裝ノ意思表示ノ效力ニ關スル一般の規定アリテ此規定ハ讓渡ノ目的タル債權ノ假裝ナル場合ニ當然適用セラルヘキモノニシテ獨逸民法ノ如ク特別規定ヲ設クルノ必要ヲ見ザリシモノナリ故ニ債權ノ假裝ナルコトヲ以テ新債權者ニ對抗シ得ヘシトスル反對說ハ全ク民法第四六八條第二項ノ文言ニ拘泥シタルモノニシテ我民法ノ精神ニ反シ立法ノ趣旨ヲ違外規シタルモノト謂ハサルヘカラス(法學博士横田秀維氏債權總論第七版七七九頁)

四 虛偽ノ意思表示ニ因リテ生セル債權ヲ讓渡セル場合ニ第四六八條第二項ヲ適用シ債權者ハ虛偽ノ意思表示ノ無効ヲ以テ讓渡人ニ對抗スルコトヲ得ルカ故ニ又讓受人ニ對シテモ其無効ヲ以テ對抗スルコトヲ得ルモノトナシ見解アリ然レドモ本問題ハ第九四條第二項ニ依リテ決スヘキ問題ニシテ第四六八條第二項ヲ以テ擬スルハ當ヲ失ス第九四條第二項ニ依リテ虛偽ノ意思表示示シタル當事者ハ善意ノ第三者ニ對シ其意思表示ノ無効ヲ以テ對抗スルコトヲ得サルカ故ニ本場合ニ於テハ債權者ハ善意ノ讓受人ニ對シ債權ノ原因タル行為ノ無効ヲ以テ對抗スルコトヲ得ズ從テ讓受人ハ有效ニ債權ヲ取得スルモノトス(法學博士石坂香四郎氏日本民法第三編債權第四卷一二三頁)

五 虛偽表示ニ因リテ成立シタル債權者カ善意ノ第三者ニ讓渡シタル場合ニ於テ債務者ハ其虛偽表示ノ無効ヲ讓渡ノ通知以前ニ生シタル事由トシテ民法第四六八條第二項ニ依リ善意ノ讓渡人ニ對抗シ得ルヲ本條(九四條)第二項ニ依リ善意

【同趣旨判例】

ノ第三者ニ對抗シ得サルヤハ争ノ存シタル點ナリ... 詳細ハ之ヲ債權編ニ譲ルモ善意ノ特定承継人ニ對抗シ得ストルコトカ...

【反對判例】

一 大審院民事判決録四〇年六一九頁... 二 當事者相通シテ爲シタル虚偽ノ意思表示ノ無効ハ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルコトハ民法第九四條第二項ノ定ムルト...

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スルモノト認ムヘキトキハ其慣習ニ從フ...

限りハ其慣習ニ依ル意思ヲ有シタルモノト認ムルヲ相當トス

借地人カ地代増額ノ請求ヲ受ケタル日ヨリ値上ノ承諾ヲ爲スヘキ慣習存在スル以上ハ慣習タルノ性質上土地賃借ノ當事者ニ於テ特ニ反對ノ意思ヲ表示セサル限りハ其慣習ニ依ル意思ヲ有シタルモノト認ムルヲ相當トス...

【判決事項】

(一)主文 上告棄却(二)原審 東京控訴院(三)件名 借地料値上請求事件(四)訴訟關係人 上告人秋好善太郎訴訟代理人辯護士河合廉一被上告人星野市郎左衛門

【同趣旨判例】

一 大審院判決(本書第二卷民法七七四頁第一卷民法四九五頁)... 二 公課力増加シ土地繁榮ニ赴キ若クハ物價ノ騰貴シタル場合ニ於テ地主ハ借地人ニ對シ地代値上ノ請求ヲ爲スヲ得ヘク借地人ハ相當額ニ於テ之カ承認ヲ爲スヘキ義務ヲ負擔スル慣習カ東京市内ニ存在スルコトハ被控訴人等ノ争ハサル處ナリ...

【反對學說】

卷民法八〇〇頁
本書第二卷民法八九三頁水ロドクトル論說

二〇六

所有者ハ法令ノ制限内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爲ス
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

土地所有權ハ其目的タル土地ニ對シ地上權ヲ設定スルモ之カ爲メニ其權利ノ全部ハ勿論一部タリトモ消滅スルモノニアラス唯地上權ノ範圍ニ於テ其權利ヲ制限セラルルニ過キサルノミ加之ナラス地上權消滅スルトキハ土地所有權ハ他ニ何等法律上ノ事實ノ發生ヲ要セス當然ニ完全ナル無制限ノ權利ニ回復スルコトヲ得ヘキ地位ニ在ルモノトス然レハ本件ノ如ク土地所有者カ其土地ニ付キ地上權ヲ設定シタル場合ニ

地上權消滅スルトキハ土地所有權ハ他ニ何等法律上ノ事實ノ發生ヲ要セス當然ニ完全ナル無制限ノ權利ニ回復スルモノトス

土地所有者カ其土地ニ付キ地上權ヲ設定シタル場合ニ於テモ所有者ハ土地ヲ不法ニ占據スル者ニ對シ其明渡ヲ請求シ得ルモノトス

土地所有權ハ其目的タル土地ニ對シ地上權ヲ設定スルモ之カ爲メニ其權利ノ全部ハ勿論一部タリトモ消滅スルモノニアラス唯地上權ノ範圍ニ於テ其權利ヲ制限セラルルニ過キサルノミ加之ナラス地上權消滅スルトキハ土地所有權ハ他ニ何等法律上ノ事實ノ發生ヲ要セス當然ニ完全ナル無制限ノ權利ニ回復スルコトヲ得ヘキ地位ニ在ルモノトス然レハ本件ノ如ク土地所有者カ其土地ニ付キ地上權ヲ設定シタル場合ニ

(二四七)

於テモ所有者ハ土地ヲ不法ニ占據スル者ニ對シ其明渡ヲ請求シ得ルモノト解スルヲ相當トス(大審院大正三年(オ)第五七〇號同年十二月十八日民二判決)

【判決事項】

(一)主文 上告棄却(二)原審 横濱地方裁判所(三)件名 土地家屋明渡請求事件(四)訴訟關係人 上告人英國臣民ユル、ボラード訴訟代理人辯護士秋山眞澄被告上告人清田久吉

【參照學說】

一 所有權ハ制限セラレ得ヘキ性質ヲ有スルヲ以テ其本來ノ觀念ニ於テハ絕對的ノ普通的所有權ハ又第三者ノ既得權ニ依テ制限セラレルコトヲ妨ケス換言スレハ所有權ハ總括的ニ物ヲ支配スルノ權利ヲ有スルモノ一若クハ二以上ノ關係ニ於テ物ヲ支配スルノ權利カ所有者ノ手ヲ離レテ他人ニ屬スルコトアリ例之所有者カ其所有物ニ付キ地上權永小作權其他ノ權利設定シタルトキハ所有者ハ第三者ノ權利ノ目的タル關係ニ於テハ物ヲ支配スルノ機能ヲ失ヒ其絕對普通ノ權利ハ他人ノ權利ニ依リテ制限セラルト雖モ是レカ爲メ毫モ所有者タルコトヲ失ハサルモノトス何トナレハ一ノ權利ヲ有スルコトト其權利ヲ制限スルコトトハ兩立シ得ヘキ觀念ニ屬シ所有者ハ其圓滿ナル權利ノ狀態ニ在テハ總テノ關係ニ於テ物ヲ支配スルノ機能ヲ有シ第三者カ目的物上ニ地上權永小作權其他ノ權利ヲ有スル場合ト雖モ是レ唯其權利ヲ制限セラレタルニ止マリ權利ノ本體即チ所有權其者ハ之ヲ喪失シタルニアラスシテ依然トシテ之ヲ自己ノ手ニ保有スルニ因リ之ヲ制限セル第三者ノ權利カ消滅スルト同時ニ當然圓滿ナル支配權ヲ回復スヘケレハナリ斯ノ如ク所有者カ其權利ニ制限ヲ受ケタル場合ニ其制限ノ解消ニ因リ早晩目的物上ニ完全ナル支配權ヲ回復スルコトヲ得ルノ能力ヲ指シテ所有權ノ彈性性又ハ其反歸力ト謂フ(法學博士横田秀雄氏著物權法二七一頁)

二 所有者ノ意思ニ基因スル他物權ノ設定ハ所有權ノ作用ヲ抑壓スル力アリ然シテナカラ其性質ハ一箇ノ所有權ノ一部ヲ割テ他人ニ讓渡スルモノト解スルヲ若シモ所有權ノ本質ハ使用收益處分權等ノ集合ニシテ他物權ノ設定ハ之等機能ノ一部ヲ他人ニ讓渡スルモノト解スルヲハ理論上其他物權消滅スルト雖モ所有權ハ當然完全支配權ニ復スルヲ得ス之カ爲メニハ別ニ其虧缺ヲ補正スルニ必要ナル取得行為ヲ必要トス可シ然レトモ之レ事實ニ非ス故ニ他物權ノ設定行為ハ新ニ強力ナル權利ヲ創設シ之ヲ所有權ノ側ニ置クモノニシテ之レカ爲メ所有權ハ其作用ヲ一時壓迫セラレルモノト解ス可シ如斯クハ他物權消滅スルトキハ所有權ハ其彈性性ニヨリ當然其本來ノ狀態ニ復スルノ理ヲ了解スルヲ得ン故ニ我民法上ハ所謂支配權即チ所有權ノ包含ヲ以テ所有權ノ一種トナスノ觀念ナク所謂支配權ナルモノハ他物權ニ外ナラス又所有權ニ完全所スル機能ノ一部有權不完全所有權ノ別ナシ(法學博士中島玉吉氏著民法釋義卷之二二七九頁)

所有權ハ完全支配權ニシテ之ヲ現實スル爲メニハ物ノ占有ヲ必要トスルカ故ニ所有權ハ觀念上當然物ヲ占有ス可キ權利ヲ包含ス故ニ他人カ其目的物ヲ占有スルトキハ其不法ナルト合法ノ原因ニ基クトナ問ハス占有者ニ對シテ其ノ物ノ返還ヲ請求スル權

利を生ス(同上二八三頁)
至當ノ判決ナリ

(二四八)

大審院判

七五七 隱居ハ隱居者及ヒ其家督相續人ヨリ之ヲ戸籍吏ニ届出ツルニ因リテ其效力ヲ生ス
隱居無効ノ訴ハ隱居ノ意思表示ノ無効ヲ確定スルコトヲ目的トスルモノナレハ
其無効ヲ確定スルニ付法律上ノ利益ノ存スル場合ニ限り之ヲ許スヘキモノトス
隱居ハ戸籍吏ニ届出ツルニ因リテ其效力ヲ生スルモノナレハ其届出ニ因ル身分
登記ニシテ存セサル以上ハ何人モ隱居者タルコトヲ主張スルヲ得サルモノナル
ヲ以テ斯ル場合ニ於ケル隱居無効ノ訴ハ法律上利益ナキモノニシテ之ヲ許スヘ
キニ非ス

隱居無効ノ訴ハ隱居ノ意思表示ノ無効ヲ確定スルコトヲ目的トスルモノナレハ其無
効ヲ確定スルニ付法律上ノ利益ノ存スル場合ニ限り之ヲ許スヘキモノトス而シテ隱
居ハ戸籍吏ニ届出ツルニ因リテ其效力ヲ生スルモノナルコト民法第七五八條ノ規定
スル所ナレハ其届出ニ因ル身分登記ニシテ存セサル以上ハ何人モ隱居者タルコトヲ
主張スルヲ得サルモノナルヲ以テ斯ル場合ニ於ケル隱居無効ノ訴ハ法律上利益ナキ
モノニシテ之ヲ許スヘキニ非ス本件ニ於テ原判決ノ確定スル所ニ依レハ被告上告人ノ
隱居及ヒ上告人ノ家督相續ノ身分登記ハ何レモ抹消セラレタリト云フニ在レハ被告上
告人ハ隱居ノ無効ヲ確定スルニ付キ法律上ノ利益ナキモノト云フヘシ然ラハ被告上

奥田博士
牧野學士

大審院判

入ノ請求ヲ認容シタル原判決及ヒ第一審判決ハ不法ニシテ破毀ヲ免カレス(大審院大
正三年(才)第二二三號同年十二月二十六日民一判決)

【判決事項】

(一)主文 破毀自判(二)原審 宮城控訴院(三)件名 隱居取消請求事件(四)訴訟關係人 上告人佐藤久作訴訟代理人辯護士太田熊藏被
上告人佐藤駒吉訴訟代理人辯護士池田直江

【參照學說】

一 隱居ノ無効ハ左ノ場合ニ於テ生ス(イ)隱居者及家督相續人ヨリ戸籍吏ニ對スル届出ヲ爲ササルトキ、隱居ハ一ノ要式行
爲ナリ故ニ其方式ノ欠缺ハ全ク隱居ノ效力ヲ生セザラシム(法學博士奥田義人氏親族法論八八頁)
二 隱居ハ届出ニ依リテ其效力ヲ生スルモノナルカ故ニ隱居ノ届出ヲ爲ササルトキハ無効ナリ(法學士牧野菊之助氏親族法論
一六四頁)
隱居ノ無効ハ初メヨリ隱居ノ不成立ナルモノニシテ何人ト雖モ裁判上又ハ裁判外ニ於テ之カ無効ヲ主張スルコトヲ得ヘク敢テ
別段ノ訴ニ因リテ其無効ヲ確定スルコトヲ要スルモノニ非ス然レトモ其無効ヲ確定スルコトニ付テ利益ヲ有スル者ハ隱居無効
ノ宣言ヲ求ムル訴ヲ提起スルコトヲ妨ケス(同上二四五頁)

(二四九)

九四五第一項 親族會員ハ三人以上トシ親族其他本人又ハ其家ニ緣故アル者ノ中ヨリ裁判所之ヲ選定ス
九四七第一項 親族會ノ議事ハ會員ノ過半数ヲ以テ之ヲ決ス
三名ノ親族會員ハ會員ノ過半数即二名ノ親族會員ニ於テ有效ニ決議ヲ爲スコト
ヲ得ルモノトス

記録ヲ査スルニ原判決ニハ被告ハ熊本縣八代郡宮地村悟眞寺住職植木祖峯カ明治四
十五年四月三十日數多ノ財産ヲ遺シテ死亡シタルモ其家督相續ヲ爲ス可キ家族ナキ
ヨリ同寺檀徒總代等ニ於テ祖峯ノ實母吉井まつヲ家督相續人ニ選定セントスル狀況
ヲ開知シ被告ノ内藤ノ妻ノ母末村ときカ祖峯ノ親族ナルヲ奇貨トシ吉井まつノ選定

ニ先チとき及其親族ヲ親族會員トシ被告ノ妹ニシテ未成年者ナル田村シヅカヲ繼承ノ相續人ニ選定セシメ自ラ之カ後見トナリテ其財産ヲ私セント企テとき及其親族紫垣ヤナヲ勸誘シ同人等カ親族會員トナリテしつゝ相續人ニ選定スルコトニ同意セシメ同年六月八日被告ハときノ代理人トナリとき「ヤナ」及紫垣政治ヲ繼承ノ親族ト指定シテ祖峯ノ家督相續人選定ノ爲メニスル親族會ノ選定招集ヲ人吉區裁判所ニ申請シ即日右三名ヲ親族會員ニ選定シ同月十一日とき宅ニ於テ其招集ヲ爲ス旨ノ決定ヲ受ケタリ然ルニ紫垣政治ハ當時朝鮮ニ在リテ親族會員ニ選定セラレタル事實ヲ知ラス從テ相續人選定ノ協議ニ加ハリタルコトナク尙三名ハしつゝ後見人選定ノ爲メニスル親族會員ニ選定セラレタルコトナク且被告ヲ後見人ニ爲スコトニ同意シタルコトナキニ拘ハラヌ同月八日人吉町ニ於テ代書人浦上某ヲシテ擅ニ右三名ノ名義ヲ用ヒ同人等カ親族會員トシテ被告ヲしつゝ後見人ニ選定スルコトニ決議シタル旨ノ決議書ヲ作成セシメ尙同月十一日熊本市ニ於テ代書人神山某ヲシテとき「ヤナ」ノ外擅ニ政治ノ名義ヲ冒シテしつゝ亡祖峯ノ家督相續人ニ選定スルコトニ決議シタル者ノ決議書ヲ作成セシメ同日右二通ノ決議書ニ於ケル政治名下ニハ同人ノ實父紫垣繁十郎ヨリ借受ケタル政治ノ認印ヲ擅ニ押捺シ又後見人選定決議書ニ於ケル「とき」ヤナ「名」下ニハ相續人選定決議書ニ押捺スル爲メ預リタル同人等ノ印ヲ捺シ以テ偽造ヲ完成シタル上同月十二日祖峯ノ原籍地タル球磨郡川村戸籍役場ニ右偽造ニ係ル二通ノ決議書ヲ添付シテ家督相續届シすゝノ實父田村忠夫ノ代人トシテ及後見開始届ヲ同時ニ提出シ以テ適法ノ手續ヲ經テ其届出ヲ爲スモノノ如ク裝ヒ戸籍吏ヲシテ身分登記簿並ニ戸籍簿ノ各原本ニ順次右届出ノ趣旨ニ全ク不實ノ記載ヲナサシメタル

【判決事項】

上之ヲ同役場ニ備付ケタルモノナリトアリテ右判示ニ據レハ田村シヅカヲ祖峯ノ相續人ニ選定スル爲メ人吉區裁判所ニ於テ紫垣ヤナヲ求村とき及紫垣政次ノ三名ヲ親族會員ニ選定シ明治四十五年六月十一日とき宅ニ其招集ヲ爲ス旨ノ決定ヲ爲シタル事實ナルヲ以テ右三名ノ親族會員ハ民法第九四七條ノ明文ニ基キ會員ノ過半数即二名ノ親族會員ニ於テ有效ニ田村シヅカヲ祖峯ノ相續人ニ選定スルコトヲ得可キコト勿論ナリ左レハ若シ判示ノ決定書カ適法ニ政次方ニ送達セラレタマハ場合ニ於テハ政次ニ於テ無斷缺席シタリトスルモ將タ判示ノ如ク其事實ヲ知ラサリシトスルモ殘ル兩名ノ親族會員即とき「ヤナ」ニ於テ有效ニしすゝノ祖峯ノ相續人ニ選定シ得可キヲ以テ判示ノ所論ノ如ク被告ニ於テ紫垣政次ノ署名印章ヲ冒用シ決議書ヲ偽造行使シ戸籍吏ニ届出ハ眞實ナルヲ以テ戸籍吏ナシテ身分登記簿並ニ戸籍簿ニ登記セシメタル判示ノ所爲ハ刑法第一五七條第一項ノ罪ヲ構成スヘキ謂アルコトナシ然レトモ若シ右決定書カ適法ニ政次郎ニ送達セラレザリシモノトセンカ右親族會ハ適法ニ成立セザルモノナルカ故ニヤナときノ兩名ノ相續人選定行爲ハ法律上無効タルヲ免レサルヲ以テ判示被告ノ届出行爲カ刑法第一五七條ノ罪ヲ構成ス可キコト是亦論ナキ所ナリトスサレハ前顯親族會員選定及ヒ其招集ニ關スル決定書カ適法ニ政次郎方ニ送達セラレタルト否トハ本件ニ付有罪無罪ノ分岐スル必要ナル事實ナルニ拘ハラヌ原審ニ於テ此點ノ判示ヲ缺キタルハ所謂事實ノ理由ニ不備アルモノニシテ原判決ハ此點ニ於テ破綻ヲ免カレス(大審院大正三年(レ)第二八九四號同年十二月二十一日刑二判決)

(一)主文 破毀移送(二)原審 長崎控訴院(三)件名 文書偽造行使公正證書原本不實記載行使被告事件(四)訴訟關係人 被告人田村次夫辯護人本田桓虎同竹平治作

七〇九 故意又は過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタルモノハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス
特許法二八 特許權ハ登録ニ依リ發生ス

特許權者ハ物ノ特許發明ニ在リテハ其ノ發明ニ係ル物ヲ製作、使用、販賣又ハ擴布スルノ權利ヲ專有シテ特許發明ニ在リテハ其ノ方法ヲ使用シ及其ノ方法ニ依リテ製作シタル物ヲ使用、販賣又ハ擴布スルノ權利ヲ專有ス
新規ナル同一ノ物ハ同一ノ方法ニ依リテ製作シタルモノト推定ス
同一發明ニ關シテハ特許權ハ其ノ出願ノ前出願ニ係ル實用新案權ニ依リ制限ヲ受クルモノトス

特許公報ハ特許權ノ公示方法ニシテ此レニ依リ公示セラレタル事項ハ公知ニ屬スルモノト爲シ一般公衆ニ於テ知ラレタルモノト推定スヘキモノナルヲ以テ特許公報ニ掲載セラレタル本件精米機第一八〇七〇號特許權ノ上告人ノ所有ニ屬スルコトハ他ニ反證ノ存セサル限りハ被上告人ニ於テ知ラシ居リタルモノト推定セサル可カラス而シテ被上告人カ取次販賣セル大正二年宮下式精米機ナルモノカ上告人ノ特許權ノ範圍ニ屬シ彼此同一ノ考案ニ基キタルモノナルコトハ専門家ノ鑑定書並ニ審決書ニ依リ原裁判所ノ認ムル所ナルヲ以テ被上告人カ上告人ノ特許權ヲ侵害シタルハ一應被上告人ノ故意又ハ過失ニ出テタルモノト推定セサル可カラサルヤ明カナリ但原判

特許公報ハ特許權ノ公示方法ニシテ此レニ依リ公示セラレタル事項ハ公知ニ屬スルモノト爲シ一般公衆ニ於テ知ラレタルモノト推定スヘキモノナルヲ以テ特許公報ニ掲載セラレタル本件精米機第一八〇七〇號特許權ノ上告人ノ所有ニ屬スルコトハ他ニ反證ノ存セサル限りハ被上告人ニ於テ知ラシ居リタルモノト推定セサル可カラス而シテ被上告人カ取次販賣セル大正二年宮下式精米機ナルモノカ上告人ノ特許權ノ範圍ニ屬シ彼此同一ノ考案ニ基キタルモノナルコトハ専門家ノ鑑定書並ニ審決書ニ依リ原裁判所ノ認ムル所ナルヲ以テ被上告人カ上告人ノ特許權ヲ侵害シタルハ一應被上告人ノ故意又ハ過失ニ出テタルモノト推定セサル可カラサルヤ明カナリ但原判

【判決事項】

(一)主文 破毀移送(二)原審 大津地方裁判所(三)件名 特許法違犯事件附帶私訴事件(四)訴訟關係人 私訴上告人山田鐵治郎代理人 辯護士織田了私訴被上告人宮下清太郎

【參照判例】

實用新案公報ハ必スシモ各人カ當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録實用新案ノ物ト同一若クハ類似ノ物ヲ製造シタル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(仙臺地方裁判所判決本書第三卷民法五四六頁)

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遅クルコトヲ得サリシ費用其他ノ損害ノ賠償ヲ包含ス

決ニテハ本件兩者ノ精米機ハ外形異ナルヲ以テ普通人ハ之ヲ構造ノ異ナルモノト思應スルハ當然ナリト説示スト雖モ凡ソ二箇ノ發明カ同一ナルヤ否ヤハ兩機主要ナル構造及考案ヲ比較對照シテ決スヘキモノニシテ單ニ外形上ノ異同ニヨリ決スヘキモノニアラサルナリ夫レ然リ既ニ上告人ノ特許權カ特許公報ニ依リ公示セラレタル事實ニ付キテハ當事者間ニ爭ナク而シテ原判決ニ於テ又兩機ノ考案彼此同一ナルコトヲ認定メタル以上ハ本件特許權ノ侵害ハ一應被上告人ノ故意又ハ過失ニ出テタルモノト推定スヘキモノナルニ原判決爰ニ出テ被上告人ノ故意過失ニ關シ尙別ニ其證據ヲ上告人ヨリ提出セサルヘカラサルモノト判示シタルハ立證ノ責任ヲ顛倒セル不法ノ判決ニシテ破毀ヲ免カレス(大審院大正三年(レ)第二四七八號同年十一月十八日刑三判決)

連帶債務者ノ一人ハ其負擔部分ニ該當スル額若クハ之ヨリ少キ額ヲ辨済シタルトキトモ他ノ債務者ニ對シテ求償權ヲ有スルモノトス

四六五第一項 數人ノ保證人アル場合ニ於テ主タル債務カ不可分ナル爲メ又ハ各保證人カ全額ヲ辨済スヘキ特約アル爲メ一人ノ保證人カ全額其他自己ノ負擔部分ヲ超ユル額ヲ辨済シタルトキハ第四四二條乃至第四四四條ノ規定ヲ準用ス

連帶債務者ノ一人ハ其負擔部分ニ該當スル額若クハ之ヨリ少キ額ヲ辨済シタルトキハ求償權ヲ有セサルカ民法第四四二條ノ規定ノ解釋上ニ於テハ從來多數ノ學者ハ負擔部分超過額ノ辨済ヲ以テ求償權發生ノ要件ト認メタルモノノ如シ然レトモ同條ノ規定カ此カル解釋ヲ餘儀ナクセシムヘキ何等ノ文句ヲモ包含スルナキコトハ一目瞭然タリ連帶債務者間ニ於ケル求償權ナルモノハ公平ノ觀念ニ基キテ認メラレタルモノナルカ故ニ僅ニ一部ノ辨済ニ付テモ求償權ヲ生スヘシトスル解釋ハ法カ求償權ヲ認メタル所以ノ本來ノ精神ニ最モ好ク適合ス若シ反對說ヲ採用センカ連帶債務者ノ一人カ其負擔部分以下ノ辨済ヲ爲シタル後ニ至リテ債權者カ他債權者ノ爲メニ殘額ニ付キ債務ノ免除ヲ爲シタル如キ場合ニ於テ殊ニ不公平ナル結果ヲ生スヘシ反對說者或ハ第四四五條第一項ノ規定ヲ根據トシテ第四四二條ノ規定ハ連帶債務者ノ一人カ全額其他自己ノ負擔部分ヲ超ユル額ヲ辨済シタル場合ニ限り求償權ヲ與フルノ趣意ニ出テタリト解スルモノアラシク然レトモ特定ノ法規ノ準用セラルヘキ場合ト其法

【同趣旨學說】

觀ノ本來適用セラルヘキ場合トハ唯前者カ後者ヨリ廣キコトヲ得サルニ止マリ之ヨリ狭キコトハ敢テ妨ケサル所ナリ故ニ同條ノ明文アルノ事實ハ未ダ以テ連帶債務者ノ一人カ其負擔部分ヲ超ユル額ヲ辨済シタル場合ニアラサレハ求償權ヲ有セストイフ主張ノ根據ト爲スニ足ラス

一 免責ヲ來シタル債權額如何ハ問フ所ニアラス即チ債權ノ全額ヲ辨済シタルコトハ必要ナラス自己ノ負擔部分ヨリ少キ辨済シタル場合ニモ其ノ割合ニ應ジテ求償權ハ發生スルモノト信ス例ハ茲ニ甲乙丙ノ三人アリ九百圓ヲ負擔スル場合ニ甲カ三百圓ヲ辨済シタルトセハ自己ノ負擔部分ヲ超ユラサルモ乙丙ニ對シテ各百圓ノ償還ヲ求ムルコトヲ得ルモノト云ハサル可カラス(法學博士富井政章氏東大四講義書債權總論一三三頁)

部ノ辨濟ナシタル場合ニシテ其ノ求債權ヲ有スルモノト解セサルヘカラス(法學博士川名兼四郎氏東大講義寫版債權總論 下九四頁)
三 以上ノ要件ヲ具備スルトキハ免責行爲ヲ爲シタル債務者ハ他ノ債務者ニ對シテ求債權ヲ爲スコトヲ得而シテ其共同免責ヲ得タル額如何ヲ問ハズ縱令免責行爲ヲ爲シタル債務者ノ負擔部分以下ノ額ヲ消滅セシメタル場合ニ於テモ尙各自ノ負擔部分ニ應シテ求債權ヲ爲スコトヲ得蓋各債務者ノ負擔ハ免責ノ額如何ニ依リテ異ナルヘキ理由ナキヲ以テナリ例ヘハ甲ハ五分ノ三乙ハ五分ノ一ノ割合ヲ以テ千五百圓ノ連帶債務ヲ負擔セル場合ニ乙カ百圓ヲ支拂ヒタルトキハ乙ハ甲ニ對シテ六十圓丙ニ對シテ二十圓ノ求債權ヲ爲スコトヲ得ヘシ(法學博士石坂香四郎氏著日本民法第三編債權八七六頁)

【反對學說】

一 債務者ノ一人カ債務ノ全部ヲ辨濟シ(全部ナラサルモ自己ノ負擔部分ヨリ多ク辨濟シタルトキ亦同シ以下之ニ做フ)又ハ辨濟ニ非サルモ更改相殺和解等ニ因リテ債務ノ全部ヲ消滅セシメ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債權ヲ爲スコトヲ得ヘシ(法學博士梅謙次郎氏著民法要義卷之三債權編一二七頁)
二 數人カ連帶シテ債務ヲ負擔セル場合ニ其中ノ一人カ債權者ニ對シ 債務ノ全部ヲ辨濟シ又 自己ノ負擔部分ヨリ多ク辨濟シタルトキハ辨濟ヲ爲シタル債務者ハ他ノ債務者ニ對シテ其負擔部分ニ應シテ之カ償還ヲ求ムルコトヲ得ルハ前ニ說明スルカ如シ例之甲乙丙三人連帶シテヨリ三百圓ヲ借用シ各百圓ヲ使用シタリト假定センニ甲乙丙ノ負擔部分ハ全債務ノ三分ノ一即チ百圓ナリトス此場合ニ甲丁ニ對シ三百圓ヲ辨濟シタルトキハ甲乙丙ノ各自ニ對シテ其負擔部分百圓ノ償還ヲ請求スルコトヲ得又前例ニ於テ甲百八十圓ヲ辨濟シ乙二十圓ヲ辨濟シタルトキハ甲乙丙ノ各自ニ對シテ其負擔部分ヨリ八十圓多ク辨濟シ乙ハ二十圓多ク辨濟シタルモノトシレハ此金額ハ丙ヨリ償還スヘキモノトス即チ丙ハ八十圓乙ニ二十圓ヲ償還セサルヘカラス(法學博士梅田秀雄氏著債權總論五四三頁)

之ヲ文理解釋ヨリ觀ルモ民法第四四二條ノ規定ハ單ニ共同ノ免責ヲ得タルコトヲ以テ求債ノ要件トシ而シテ連帶債務ノ性質上縱令負擔部分ヲ超エサル辨濟ト雖モ共同ノ免責タルコト勿論ナルヲ以テ同條カ求債權ノ發生ニ付キ負擔部分超過額ノ辨濟ヲ必要トセサルハ明カナリ又之ヲ立法理由ヨリ觀ルモ民法カ連帶債務者間ニ求債權ヲ認メタルハ公平ノ觀念ニ基クモノナルカ故ニ負擔部分超過額ノ辨濟ヲ求債ノ要件トスルトキハ例ヘハ博士所論ノ如キ債務免除ノ場合ニ於テ

頗ル不都合ナル結果ヲ生スヘシ吾人ハ本論ニ賛同スルモノナリ

(二五二)

四四八 債務者カ同一ノ債權者ニ對シテ同種ノ目的ヲ有スル數個ノ債務ヲ負擔セル場合ニ於テ辨濟トシテ提供シタル給付カ總債務ヲ消滅セシムルニ足ラザルトキハ辨濟者ハ給付ノ時ニ於テ其辨濟ヲ充當スヘキ債務ヲ指定スルコトヲ得
辨濟者カ前項ノ指定ヲ爲サザルトキハ辨濟受領者ハ其受領ノ時ニ於テ其辨濟ノ充當ヲ爲スコトヲ得但辨濟者カ其充當ニ對シテ直チニ異議ヲ述ヘタルトキハ此限ニ在ラス

四八九 當事者カ辨濟ノ充當ヲ爲サザルトキハ左ノ規定ニ從ヒ其辨濟ヲ充當ス(後略)
七〇三 法律上ノ原因ナクシテ他人ノ財產又ハ勞務ニ因リ利益ヲ受ケ之カ爲メニ他人ニ損失ヲ及ボサシメタル者ハ其利益ノ存スル限度ニ於テ之ヲ返還スル義務ヲ負フ

七〇五 債務ノ辨濟トシテ給付ヲ爲シタル者カ其當時債務ノ存在セザルコトヲ知リタルトキハ其給付シタルモノノ返還ヲ請求スルコトヲ得ス
七〇七 第一項 債務者ニ非サル者カ錯誤ニ因リテ債務ノ辨濟ヲ爲シタル場合ニ於テ債權者カ善意ニテ證書ヲ毀滅シ擔保ヲ拋棄シ又ハ時效ニ因リテ其債權ヲ失ヒタルトキハ辨濟者ハ返還ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス

辨濟カ法律行爲ナルヤ否ヤハ辨濟トシテ爲スヘキ債權ノ目的タル給付ノ性質ニ因リテ定マルモノトス

債權ノ目的タル給付ヲ實行スル者カ債權ヲ消滅セシムル意思ニ非サル或意思ヲ表示セザル限ハ其給付ノ存在ニ因リテ毎ニ辨濟ノ成立ヲ來スモノトス

辨濟トハ債權ノ目的タル給付ヲ實行スルコトヲ謂フ辨濟ハ法律行爲タルコトアリ又ハ法律行爲ニ非ラザル行爲タルコトアリイマ債權ノ目的タル給付カ權利ノ發生、移轉、

變更又ハ消滅ヲ目的トスル意思表示ナルトキハ辨濟ハ法律行為ナリト雖モ債權ノ目的タル給付力此等ノ法律上ノ效果ヲ目的トスル意思表示ヲ包含スルモノニ非サルトキ(例ヘハ勞務)ハ辨濟ハ法律行為ニ非サルナリ故ニ辨濟カ法律行為ナルヲ否ヤハ辨濟トシテ爲スヘキ債權ノ目的タル給付ノ性質ニ因リテ定マル或ハ辨濟其モノト債權ノ目的タル給付即チ辨濟行為トテ區別シ辨濟行為ノ法律行為ナルト否トテ問ハス辨濟ノ法律行為ナルコトヲ主張スル者アリ是レ辨濟ノ成立スルニハ債權ノ目的タル給付ノ外ニ債權ヲ消滅セシムル意思表示アルコトヲ要スルモノト爲シスル意思ヲ表示シテ債權ノ目的タル給付ヲ實行スルコトヲ以テ辨濟ヲリトスル見解ニ外ナラス然レトモ辨濟ノ成立スルニハ斯ル意思ノ表示アルコトヲ要セス單ニ辨濟行為即チ債權ノ目的タル給付アルノミニテ辨濟ノ成立ヲ來スモノナルカ故ニ辨濟其モノト辨濟行為トテ區別スルコト能ハサルノミナラス辨濟ヲ以テ法律行為ト爲スコト能ハサルナリ蓋シ民法ノ規定ニ依レハ辨濟者カ辨濟セラルヘキ債權ヲ指定シテ辨濟ノ充當ヲ爲ササル場合ニ於テモ尙辨濟ノ成立ヲ來スコトヲ得ルモノナルカ故ニ(四八八ノ二四八九)辨濟ノ成立スルニハ辨濟者カ債權ヲ消滅セシムル意思ヲ表示スルコトヲ要セサルモノト謂ハサルヘカラス加之債務者カ不作爲ノ義務ヲ負擔スル場合ニ於テ債務ノ本旨ニ反スル行為ヲ爲ササルトキハ債權ヲ消滅セシムル意思ヲ有シタルト否トテ問ハス辨濟ノ成立ヲ來スモノト謂ハサルヘカラスカ故ニ此點ヨリ見ルモ辨濟ハ債權ヲ消滅セシムル意思ノ表示ヲ包含スルモノト爲スノ非ナルヲ知ルヘシ今反對說ノ如ク辨濟ハ債權ヲ消滅セシムル意思ノ表示ヲ包含スル法律行為ナリトセハ法律行為ノ能力ヲ有セサル者ハ債權ノ目的タル給付力法律行為ノ性質ヲ有セサル場合例ヘハ其給付力

一ノ勞務ナル場合ニ於テモ有效ナル辨濟ヲ爲スコトヲ得サルニ至ラン辨濟ハ債權ノ目的タル給付アルノミニ因リ成立スルモノナリト雖モ斯ル給付ヲ實行スル者カ債權ヲ消滅セシムル意思ニ非サル或意思ヲ表示スルトキハ其意思ニ相當スル法律行為ノ成立ヲ來スカ爲メ辨濟ノ成立ヲ來ササルモノトス然レトモ債權ノ目的タル給付ヲ實行スル者カ債權ヲ消滅セシムル意思ニ非サル或意思ヲ表示セサル限ハ其給付ノ存在ニ因リテ毎ニ辨濟ノ成立ヲ來スモノナルカ故ニ債權者カ其給付ヲ受クルニ當リ債權ヲ消滅セシムル意思ニ非サル或意思ヲ以テ之ヲ受ケタリトスルモ辨濟ノ成立ヲ妨ケサルモノト謂フヘシ辨濟トシテ或行為ヲ爲スニ當リ債權ノ存在セサルカ爲メニ之ヲ消滅セシムル目的ヲ達スルコト能ハサル場合ニ於テモ其法律行為ハ無効ニ非ス此場合ニ於テハ唯不當利得ノ請求ヲ生スルニ過キササルナリ果シテ然ラハ辨濟トシテ爲スヘキ法律行為ハ無因行為ナリト謂フヘシ(法學博士仁井田益太郎氏法學新報第二五卷第二號六〇頁以下要領)

【參照學說】

一 辨濟トハ債權ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ云フ辨濟ハ普通ノ原因ニシテ債權干係ハ辨濟ニヨリテ消滅スルヲ以テ本來ノ目的ト爲スモノナリ或ハ之レヲ單獨履行ナリトシ或ハ之レヲ契約ナリトシ今日ノ通說(而シテ夫レハ最モ正シト信ス)ニヨレハ辨濟ハ場合ニヨリテ其ノ性質ヲ異ニス即チ一方行為タル場合トアリ其ノ區別ノ標準ハ債權者ノ受領ヲ要件トスルト否トニアリ即チ債權者カ辨濟トシテ給付ヲ受クル意思ヲ表示セサルヘカラス場合ニハ双方行為即チ契約ナリ例ヘハ金錢其他ノモノノ引渡ヲ爲スヘキ場合ノ如キ債權者カ受領ノ行為ヲ必要トス故ニ債權者ノ一方行為ニアラス之レニ反シ受領ヲ必要トセサル場合而シテ其中ニハ債權ノ指圖ニヨリテ或ル仕事ヲ爲ス如キ債權者ノ共力ヲ要スル場合アリ履修委任其他不作爲ノ債務ノ如キ全然債權者ノ共力ヲ要セサル場合モアリ其ノ何レタルヲ問ハス受領ヲ必要トセサルカ故ニ之等ノ場合ニハ辨濟ハ單獨行為ナリ佛ノ學者中ニハ辨濟ハ當然一方行為タル如クニ觀クモノ多シ併シ他ノ一方ニ於テ債權者ニ辨濟受領ノ能力ヲ必要トスルコトヲ說クナリ之ハ甚ダシキ矛盾ナリト考フ一方行為ニアラサルハコソ受領ノ能力問題ヲ生スルナリ辨濟ハ如何ナル場合モ

於テモ辨濟トシテ給付ヲ爲ス意思ヲ以テスルコトヲ要ス即チ債務ヲ承認シテ爲ス行爲ナラサルヘカラス例ヘハ債權者ニ贈與スル意思ヲ以テスルトキハ固ヨリ辨濟ニアラス(法學博士富井政章氏四五、東大講義書版二三頁)

二 辨濟ハ債權ノ消滅ヲ目的トスル行爲ナルヲ以テ債權者カ偶マ債權ノ目的タル給付ト同一ノ給付ヲ爲スモ其給付カ債權ノ消滅ノ爲メニ爲シタルモノニアラストキハ債權ノ消滅トシテ其効ヲ生セサルモノトス例之甲、乙ヨリ金百圓ヲ借用シ辨濟期ニ至リ更ニ乙ニ對シテ金圓ヲ贈與スルノ目的ヲ以テ金百圓ヲ交付シタルニ乙ハ之ヲ以テ甲ニ對スル貸金ノ辨濟アリタルモノト誤信シ之ヲ領收シタル場合ニ於テハ百圓ノ授受ハ甲乙間ニ於テ甲ノ債務ノ消滅トシテ其効ヲ生セサルモノトス辨濟ハ債務ノ消滅ノ目的トスル行爲トシテ法律行爲ノ一種ニ屬スルヤ明カナリ然レトモ辨濟ハ債務者ノ意思表示ノミニテ其効ヲ生スル單獨行爲ナルヤ又ハ債權者ノ承諾ヲ必要トスル雙方爲ナルヤニ付テハ學者間ニ議論アル所ナリ辨濟ノ債務者ノ意思ニ基ク行爲タルハ毫モ疑ナシト雖モ債務者一方ノ單獨行爲ナルヤ又ハ債權者ト債權者トノ間ノ双方行爲即チ契約ナルヤハ債務ノ性質ニ付キ個々別々ニ之ヲ定ムルコトヲ要シ一概ニ之ヲ論斷スルコトヲ得ズ予ノ信スル所ニ依レハ辨濟ハ時トシテハ債務者ノ一方ノ行爲ニシテ債權者ノ行爲ヲ必要トセサルコトアリ時トシテハ當事者双方ノ行爲ヲ必要トスルコトアリ此點ハ主トシテ債務關係ノ實質如何ニ依リテ定ムルモノナリ(法學博士橫田秀雄氏債權總論八一頁)

三 辨濟トハ債務消滅ノ原因タル法律事實ニシテ給付ノ實行ヲ必要トスルモノナリトイハサルヘカラス而シテ債務ヲ消滅セシムル意思表示ヲ必要トスル場合ニ於テモ其意思表示カ辨濟ニハアラス給付ノ實行其モノカ辨濟ニモアラス辨濟ト云フ事實ハ債務ノ消滅ト稱スル法律上ノ效果ニ對シ其原因タル事實ヲイフモノナレハ意思表示給付ノ實行カ加ハリタル全體カ辨濟トイフ事實トナル場合アル也故ニ辨濟ハ法律行爲ニアラストイハサルヘカラス何トナレハ辨濟ニハ債務ヲ消滅セシメントスル意思表示ヲ必要トスルモ從テ辨濟カ法律行爲ノ如ク見ユレトモ債務ノ消滅ハ其意思表示アルカ故ニ生スルニアラス債權カ其目的ヲ達スルカ故ニ消滅スル也此ノ意思表示ハ辨濟カ法律行爲トスルニ適スル意思表示ニハアラス故ニ辨濟ハ法律行爲ヨリ成ルコトアレトモ辨濟ハ法律行爲ニハアラス民法ニ於テ辨濟カ無効也又ハ辨濟カ取消シ得ヘキモノナリト云フコトハ債務消滅ノ效力ヲ生セサルコト又ハ辨濟ノ分子トナリタル法律行爲カ取消シ得ヘキモノナリト云フコトハ過キス從テ又辨濟カ法律行爲ヨリ成ル場合ニ於テハ如何ナル場合ニ於テモ意思能力行爲能力行爲存在スルコトナラザルニ過キス從テ又辨濟カ法律行爲ヲ包含セサル場合ニ於テハ如何ナル場合ニ於テモ意思能力行爲能力行爲問題ハ生セサル也從テ不作爲ノ債務ヲ負擔スルモノハ固ヨリ意思無能力者ニテモ有效ニ辨濟ヲナスコトヲ得ル也(法學博士川名兼四郎氏東大講義書版債權總論下二四八頁)

四 辨濟ハ債務ノ内容を實現スル債務者ノ行爲ナリ而シテ債權消滅ノ效果ハ債務者ノ效果意思ニ關スル所ナク發生スルモノナリカ故ニ法律行爲ニアラス然レトモ辨濟ニ依リ法律效果即債權消滅ノ效果ヲ生スルカ故ニ狹義ノ法律的行爲ノ一種ニ屬スルモノト解スヘシ

此ノ如ク辨濟ハ債務ノ内容を實現スル行爲ニシテ其之ヲ實現スル方法ハ之ヲ問ハズ辨濟ノ方法タル給付行爲ハ或ハ契約タルヘク或ハ單獨行爲タルヘク或ハ事實行爲タルヘシ從テ債權者ノ協力ヲ要スル場合ニ於テモ是レ給付行爲ノ爲ニ必要ニシテ辨濟其モノニハ協力ヲ必要トセス(法學博士石坂晋四郎氏著民法研究第一卷四四二頁)

辨濟ノ性質ニ關シテハ議論岐ルト雖モ吾人ハ内容實現說ヲ採ルコト曩ニ述ヘタル所ナリ(本書第一卷民法三一頁ノ二)今博士ノ所說ト吾人ノ所見トヲ比較スルニ博士ハ辨濟ト辨濟トシテ爲ス給付トノ間ニ區別ナシトシ從テ辨濟ノ性質ハ給付ノ性質ニ因リテ定マルモノナリト論セラルルニ反シ吾人ハ給付ノ性質如何ニ拘ハラズ總テノ債權關係ニ付キ辨濟ナル觀念ヲ抽象シ之ニ一定ノ性質ヲ付與セント欲スルニ在リ博士ハ本論冒頭ニ於テ辨濟トハ債權ノ目的タル給付ヲ實行スルコトヲ謂フト定義セラル吾人カ辨濟ナル觀念ニ於テ抽象セントスル所ハ其所謂實行ナル點ニ在リ之ヲ主觀的ニ觀察スレハ給付ノ實行ナリ之ヲ客觀的ニ觀察スレハ債務内容ノ實現ナリ

以上述ヘタル所ハ辨濟ノ本質論ニ屬ス若シ夫レ辨濟ニ付キ債務者ノ辨濟意思ノ表示ヲ要素トセス又債權者ノ内在意思ノ如何ニ拘ラス辨濟ノ效力ヲ生スルノ點ニ至テハ兩說全然一致スル所ナルヲ以テ實際上ノ差別ナキモノト謂ハサルヘカラス尙ホ辨濟トシテ爲ス給付カ無因行爲タルコトニ付テハ異論ナシ

(二五三)

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

私生子ノ母ハ法定代理人トシテ其子ニ代リ私生子認知ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルニ過キスシヲ母カ自ラ原告ト爲リテ私生子認知ノ請求ヲ爲スカ如キハ之ヲ許

ササルモノトス

本訴ハ私生子認知ト届出手續トノ二個ノ請求ヲ併合シタルモノニシテ人事訴訟手續
法第三九條第一項第七條第二項ニ依レハ本訴ノ如キ届出手續ノ請求ハ私生子認知ノ
訴ニ併合シテ之レヲ提起スルコトヲ得サルモノナルヲ以テ本訴ハ既ニ此點ニ於テ不
適法タルコトヲ免レシ假リニ本件訴旨ハ私生子認知ノ一箇ノ請求ニ過キササルモノト
シ原告カ本訴ヲ提起スルコトヲ得ルヤ否ヤヲ審究スルニ原告ノ主張ニ依レハ原告ハ
私生子ノ法定代理人トシテ本訴ヲ提起シタルニアラス唯原告ハ私生子ノ實母ナルヲ
以テ自己ノ資格ニ於テ本訴ヲ提起シタルモノトス然ルニ人事訴訟手續法ヲ通覽シ民
法第八三五條ヲ參酌シテ考フルニ私生子ノ母ハ法定代理人トシテ其子ニ代リ私生子
認知ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルニ過キスシテ母カ自ラ原告ト爲リテ私生子認知ノ請
求ヲ爲スカ如キハ之ヲ許ササルモノト解スルヲ妥當トス故ニ私生子ノ母タル豊田コ
ノカ自ラ原告トナリテ提起シタル本件私生子認知ノ訴ハ法律上之ヲ許スヘキモノニ
アラス(東京地方大正三年(タ)第一八四號同四年二月十二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 私生子認知事件(二)訴訟關係人 原告豊田この訴訟代理人赤尾藤吉郎被告石井庫之助訴訟代理人吉見百藏

【同趣旨判例】

一 民法第八三五條ハ法定代理人カ自己ノ資格又ハ自己ノ權利ニ因リテ認知ヲ求ムルニ非スシテ無能力者タル子又ハ其直系卑
屬ヲ代表シテ認知ヲ求ムルノ意義ニ解釋セサルヘカラス(大審院民事判決録三四年一巻五八頁)
二 子其直系卑屬ノ法定代理人ハ自己ノ權利トシテ父又ハ母ニ對シテ認知ヲ求メ得ル權利ヲ有セス單ニ法定代理人タル資格ニ

大審院
大阪控訴
院

大阪地方
裁判所

至當ノ判決ナリ

(二五四)

於テ其直系卑屬ヲ代表シテ父又ハ母ニ對シテ認知ヲ求メ得ルニ過キササルモノト解釋ス(大阪控訴院民二判決本書第一卷民法一
九二頁)
三 原告カ嬰兒ノ親權者トシテ提起シタルモノニアラサルヲ以テ不適法ナリトノ抗辯ニ付キ按スニ凡ソ法定代理人カ無能
者ノ爲ニ爲ス行爲ハ法定代理人カ其資格ニ於テ有スル自己固有ノ權利ヲ行フモノニ非ラスシテ其代表スル無能力者ニ代テ之レ
ヲ行フニ過キス而シテ認知ノ請求權者ヲ規定シタル民法第八三五條ニ所謂法定代理人モ亦此ノ解釋ノ範疇ヲ出ス可キモノニア
ラス(大阪地方裁判所判決本書第一卷民法四〇頁)

五四九

贈與ハ當事者ノ一方カ自己ノ財産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

一七六 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

土地ノ贈與契約ニ於テ所有權移轉ノ時期ニ付キ特約ノ存在セサル以上ハ該契約
ノ成立ト同時ニ土地ノ所有權ハ當然受贈者ニ移轉スルモノトス從テ後ニ至リ該
契約ヲ變更スルコト能ハサルモノトス

被告ハ明治四十二年十二月中有贈與契約ヲ變更シテ負擔附贈與ト爲シタリト主張ス
ルヲ以テ此點ニ付キ審究スルニ被告カ該事實ノ立證トシテ提出シ其成立ニ争ナキ乙
第一號證ニ依レハ同證ニハ原告カ前記地所ノ外二筆ノ地所ヲ擔保トシテ日本勸業銀
行ヨリ金七千圓ヲ二十五ヶ年賦ヲ以テ借受ケ該地所カ未タ被告ノ名義ト爲リ居レル
關係上登記料調達ノ時期迄被告カ其債務名義者ト爲リ原告ニ於テ毎月被告主張ノ如
キ積立ヲ爲シ預金通帳ヲ被告ニ預置クコト、爲シ若シ原告カ右ノ履行ヲ爲ササル場
合ニハ立會人ナル柿内信順ニ於テ右地所ヲ賣却シ其計算ヲ立ツル特權ヲ得ル旨ノ記
載アルニ過キササルノミナラス明治二十七年八月一日ノ贈與契約ニハ單ニ所有名義書

東京地方
裁判所

換即チ所有權移轉登記ヲ爲スヘキ時期ニ關シ前掲特約アリタルニ止マリ所有權移轉ノ時期ニ付キ特別ノ契約ノ存在シタルコトハ當事者ノ全ク主張セル所ナルヲ以テ該契約ノ成立ト同時ニ前記地所ノ所有權ハ當然原告ニ移轉シタルモノト謂ハサルヘカラス從テ其後明治四十二年十二月ニ至リ既ニ所有權移轉ノ效力ヲ生シタル贈與契約ヲ變更スルコト能ハサルハ當然ナルヲ以テ右ノ贈與契約ヲ負擔附贈與ニ變更シタルモノト認ムルヲ得ス却テ證人柿内信順ノ證言ヲ參酌スルトキハ右乙第一號證ノ契約ハ畢竟原告及ヒ日本勸業銀行間ニ於ケル被告主張ノ如キ金錢消費貸借關係ニ付キ被告カ其債務名義者ト爲リ居ル時期右債務ノ辨濟基金及ヒ登記料基金積立ノ方法及ヒ原告カ右積立ヲ怠リタル場合ニ於ケル右基金調達ノ方法ニ關スル特約ニシテ義ノ贈與契約ノミナラス名義書換ノ時期ニ關スル特約ニ付キテモ亦河等ノ變更ヲ約シタルモノニアラスト解スルナ相當トス(東京地方大正三年ワコ)第八七一號其四年二月一日民四部田山裁判長沼五明各判事判決)

【判決事項】

(一) 件名 地所所有權移轉登記手續請求事件(二) 訴訟關係人 原告小堀鍊之介訴訟代理人松岡孝四郎被告小堀子訴訟代理人關口吾一郎

【參照學說】

贈與ノ目的カ特定物ニ關スル物權ノ設定移轉ナルトキハ民法第一七六條ノ規定ニ從ヒ當事者ノ意思表示ノミニテ直チニ其效力ヲ生シ受贈者ハ何等ノ手續ヲ要セス直チニ其物權ヲ取得シ當事者間ニ於テ何等債權債務ノ關係ヲ殘留セサルコトナルヘシ(法學博士橫田秀雄氏債權各論第二三四頁以下要領)

【參照判例】

橫田博士

大審院

物權ノ設定及ヒ移轉ハ當事者ノ意思表示ノミニ因リテ其效力ヲ生スルコトハ民法第一七六條ノ規定スル所ナルヲ以テ物權ノ移轉ノ目的トスル意思表示ハ單ニ其意思表示ノミニ因リテ直ニ物權移轉ノ效力ヲ生スルコトハ民法一般ノ原則トスル所ナルヲ明カナリ而シテ特定物ノ目的トスル賣買ハ特ニ將來其物ノ所有權ヲ移轉スヘキ約旨ニ出テサル限りハ即時ニ其物ノ所有權ヲ移轉スル意思表示ニ外ナラサルヲ以テ前示法條ノ規定ニ依リ直チニ所有權移轉ノ效力ヲ生スルモノトス(大審院判決本書第二卷民法六四〇頁)

至當ノ判決ナリ

二五五

八九二 無償ニテ子ニ財產ヲ與フル第三者カ親權ヲ行フ父又ハ母ヲシテ之ヲ管理セシメサル意思ヲ表示シタルトキハ其財產ハ父又ハ母ノ管理ニ屬セサルモノトス

前項ノ場合ニ於テ第三者カ管理ヲ指定セザリシトキハ裁判所ハ子、其親族又ハ檢事ノ請求ニ因リ其管理者ヲ選任ス

第三者カ管理者ヲ指定セシトキト雖モ其管理者ノ權限カ消滅シ又ハ之ヲ改任スル必要アル場合ニ於テ第三者カ更ニ管理者ヲ指定セサルトキ亦同シ

第二七條乃至第二九條ノ規定ハ前二項ノ場合ニ之ヲ準用ス

二八 管理人カ第一〇三條ニ定メタル權限ヲ超ユル行爲ヲ必要トスルトキハ裁判所ノ許可ヲ得テ之ヲ爲スコトヲ得(後略)

一〇三 權限ノ定ナキ代理人ハ左ノ行爲ノミヲ爲ス權限ヲ有ス

一 保存行爲

二 代理ノ目的タル物又ハ權利ノ性質ヲ變セサル範圍内ニ於テ其利用又ハ改良ヲ目的トスル行爲
無償ニテ未成年者ニ財產ヲ與フル者カ親權ヲ行フ父又ハ母ヲシテ之ヲ管理セシメサル意思ヲ表示シ別ニ財產管理人ヲ指定シタルトキハ其管理人ハ未成年者ノ受贈財產ヲ管理スルニ付キ未成年者ニ代リテ必要ナル行爲ヲ爲ス權限ヲ有スル一種ノ法律上代理人ト解スヘク而シテ其財產ヲ不法ニ侵奪セラレタル場合ニ之カ回復ヲ計ルコトハ財產ノ管理行爲ニ外ナラザレハ之カ回復方法トシテ訴訟ヲ

東京控訴院判決

提起スルカ如キ固ヨリ其權限ニ屬スヘキモノトス

無償ニテ未成年者ニ財産ヲ與フル者カ親權ヲ行フ父又ハ母ヲシテ之ヲ管理セシメサル意思ヲ表示シ別ニ財産管理人ヲ指定シタルトキハ其管理人ハ未成年者ノ受贈財産ヲ管理スルニ付キ未成年者ニ代リテ必要ナル行為ヲ爲ス權限ヲ有スル一種ノ法律上トハ財産ノ管理行為ニ外ナラサレハ其回復方法トシテ訴訟ヲ提起スルカ如キ固ヨリ其權限ニ屬スヘキモノトス左レハ溝口博カ被控訴人ノ受贈財産管理人トシテ之ニ代リ本訴土地ノ買賣契約ハ管理權ヲ有セサル親權者カ控訴人ト締結シタルモノナレハ無効ナルモノナリトナシ本訴ヲ提起シタルハ正當ニシテ控訴代理人ノ妨訴抗辯ハ其理由ナシ(東京控訴大正三年(ホ)第四五七號同四年二月八日民一部遠藤裁判長前田水口各判事判決)

【判決事項】

(一)件名 土地買賣登記抹消登記請求事件(二)訴訟關係人 控訴人中西建治訴訟代理人井本常治被控訴人駒形忠雄法律上代理人財產管理人溝口博訴訟代理人辯護士小川平四郎外一名

四四六 保證人ハ主タル債務者カ其債務ヲ履行セサル場合ニ於テ其履行ヲ爲ス責ニ任ス (二五六)

銀行ノ頭取カ手形ノ割引ヲ爲スニ當リ該手形カ滿期日ニ支拂ハレサルトキハ其辨濟ニ任スル旨ノ契約ヲ銀行ニ對シテ爲シタル場合契約書中ニ頭取ノ責任トシテノ記載及其肩書ニ「何某銀行頭取」ノ表示アリトスルモ之ヲ以テ該手形ノ支拂ヲ得スシテ其金額ヲ回收シ得サル場合ニ銀行ニ生スル損害ニ付キ取締役タル責任

上之カ負擔ニ任スルコトヲ約シタルモノト認ムヘキモノニアラスシテ保證債務ヲ負擔シタルモノト認ムルヲ相當トス

當事者間ニ甲第二號證ニ記載スル如ク控訴人ハ被控訴銀行ニ對シテ訴外大橋賴模カ其振出シタル額面金五千二百圓ノ手形ヲ支拂期日タル明治四十一年八月三十日ヲ經過スルモ支拂ハサルトキ其辨濟ニ任スル契約成立シタルコトハ双方代理人間ニ爭ナシ而シテ控訴代理人ハ右契約ハ訴外大橋賴模カ負擔シタル手形上ノ債務ノ辨濟ヲ約シタル保證契約ニアラスシテ控訴人カ當時頭取トシテ右手形割引ノ局ニ當リタル關係上其手形ノ支拂ヒヲ得スシテ其金額ヲ回收シ得サル場合ニ被控訴銀行ニ生スル損害ニ付取締役タル責任上之カ負擔ニ任スルコトヲ約シタルモノナリト云フヲ以テ當事者間ニ於ケル係争契約ノ趣旨ヲ先以テ確定スルノ必要アリトス而シテ甲第二號證ニハ控訴代理人ノ採用スル如ク「拙者頭取ノ責任トシテ」ノ記載及控訴人ノ氏名ノ肩書ニ「株式會社遠江共同銀行頭取」ノ表示アルヲ以テ恰モ控訴代理人抗辯ノ知ク取締役ト其會社間ノ内部ニ於テ取締役カ自己ノ行為ヨリ生セル會社ノ損害ニ付キ責任ヲ負フニ在ルカノ外觀ヲ有スルト雖モ之レ單ニ被控訴銀行ノ取締役タル控訴人カ本件債務ヲ負擔スルニ至リタルノ緣山換言スレハ控訴人カ本件債務ヲ負擔スルハ頭取トシテ被控訴銀行カ回收ノ見込充分ナラス從テ損害ヲ蒙ルコトアリ得ヘキ信用不確實ナル手形ヲ割引シ大橋賴模ニ金錢ヲ貸出シタルカ故ニ其責任上本件債務ヲ負擔シタルモノナルコトヲ附記シタルニ過キスシテ之ヲ以テ其責任ノ性質並契約ノ趣旨ヲ明カニシタルモノト認ムルヲ得ス却テ其餘ノ文旨ニ依リ控訴人ハ上述ノ事情存在スルヲ以

テ約束手形振出人大橋頼模カ手形ノ満期日ニ被控訴銀行ニ手形金額ノ支拂ヲ爲サ
ルトキ之ヲ辨濟スルノ義務ヲ負擔セルモノニシテ主タル債務者タル大橋頼模カ其債
務ヲ辨濟セサルトキ自ラ其債務ノ辨濟ヲ約セル保證債務ヲ負擔セルモノト認定スル
ナ相當トス而シテ此ノ契約ハ被控訴銀行ノ監査役ノ承認ヲ經テ控訴人ト被控訴銀行
トノ間ニ成立シタルコトハ第一審證人金田市太郎ノ證言ニ依リ之ヲ認ムルコトヲ得
故ニ右契約ヲ無効ナリトシ及保證債務ニアラサル特種ノ債務負擔ナリトノ前提ノ下
ニ爲シタル時効ニ因リ債務消滅シタル旨ノ控訴代理人ノ抗辯ハ其理由ナシ(東京控訴
大正三年(ネ)第四一〇號全四年二月八日民一部遠藤裁判長前田水口各判事判決)

【判決事項】

(一件名) 契約履行請求事件(二) 訴訟關係人 控訴人渡邊與平訴訟代理人中村盛周外一名被控訴人株式會社遠江共同銀行代表者取
締役鈴木重作訴訟代理人鶴田恣
至當ノ認定ナリト信ス

(二五七)

(一) 賣買ノ目的タル荷物カ現實ニ受渡地ニ到着スル日及ビ到着スヘキ荷物ノ數量
カ豫メ買主ニ明ナル能ハサル場合ニ於テハ該荷物ノ引渡ニ付テハ荷物ノ受渡

四二二

債務ノ履行ニ付キ定期期限アルトキハ債務者ハ其期限ノ到来シタル時ヨリ遲滞ノ責任ス

債務ノ履行ニ付キ定期期限アルトキハ債務者ハ其期限ノ到来シタル時ヨリ遲滞ノ責任ス

四一六

損害賠償ノ請求ハ債務ノ不履行ニ由リテ通常生スヘキ損害ノ賠償ヲ爲サシムルヲ以テ其目的トス
特別ノ事情ニ因リテ生シタル損害ト雖モ當事者カ其事情ヲ豫見シ又ハ豫見スルコトヲ得ヘカリシトキハ債權者ハ其
賠償ヲ請求スルコトヲ得

地ニ到着スルト同時ニ賣主ニ於テ先ツ買主ニ之カ通知ヲ爲スニヨリ始メテ買
主ハ代金ヲ用意シ之ヲ引取ルヘキモノナレハ該荷物ノ積出ニシテ已ニ遲延シ
契約上ノ履行期ニ荷物ノ到着ナク從テ賣主ニ於テ右到着ノ通知ヲ爲スコト能
ハサリシ狀況ノ下ニアリテハ假令買主ヨリ代金ノ提供ヲ爲スニアラサレハ目
的物ヲ引渡ササル旨ノ約定アリトスルモ賣主ハ買主ノ代金提供ナキヲ理由ト
シテ自己ノ不履行ノ責ヲ免カルヘカラサルモノトス

(二) 普通直輸入商ヨリ多額ノ商品買入ノ契約ヲ爲ス商人カ右契約ヲ爲スト前後シ
テ更ニ他ト同一ノ物品ニ付キ賣買契約ヲ締結シ商品ヲ引取ル時期ヲ以テ之ヲ
他トノ契約ニ於ケル履行期ト爲スコトハ尠クトモ豫見シ得ヘキ事情ナリト認
メ得ヘキヲ以テ直輸入者タル賣主ノ義務不履行ニ基キ斯ル事情ノ下ニ買主ノ
蒙リタル損害ハ賣主ニ於テ賠償スヘキ義務アルモノトス

(一) 明治四十四年九月一日原告カ被告ヨリ生地ベツチン二十五箱(一箱十反入平均千
五百五十ヤール)ヲ買入ルル契約ヲ爲シ其條件トシテ代價一ヤールニ付四十五錢五厘
内二十二吋品質見本通りトシ尙該荷物ハ明治四十五年一月二月三月英本國積出ノ上
受渡ノ場所タル横濱ニ送致シ受取期間ハ積載船入港後六十日間代金ハ荷物受渡着手
前現金ヲ以テ支拂フコトト定メタルコト及該荷物カ英本國積出ヨリ横濱到着マテ六
十日乃至七十五日ヲ要スルコトハ當事者間ニ爭ナキトコロニシテ乙第一號證ニヨレ
ハ右買賣契約ニハ前記積出受渡ノ定ニ附隨シテ若シ不可抗力其他意外ノ出來事ニ因

ル積出ノ延引又ハ積載船ノ延着又ハ數量ノ減少ハ注文主ニ於テ豫メ承認スル旨ノ約定アリタル事實ヲ認ムヘシ被告ハ右契約上ノ荷物引渡義務ノ履行期ハ前記契約ノ解
 釋上積載船カ横濱ニ到着シタル後六十日目に到來スルモノニシテ積出ノ日ノ如何ハ
 右履行期ト關係ナキモノナリト主張スレトモ乙第一號證ニヨリテ右ノ約旨ナルコト
 ヲ認ムルニ足ラス寧ロ同號證ニ依レハ右ノ履行期ハ明治四十五年一月二月三月ノ間
 ニ該荷物ヲ積込ミ英本國ヲ出發シタル船舶カ相當ナル航海日數ヲ經テ横濱ニ着港シ
 タル時ニ到來シ荷物引取人ハ爾後六十日間内何時ニテモ代金ヲ支拂ヒテ該荷物ヲ引
 取り得ヘキ約旨ナルコトヲ認ムヘシ仍テ該契約カ果シテ履行セラレタリヤチ按スル
 ニ右契約ノ目的物二十五箱中契約ニ示サレタル積出期間内ニ積出サレ適當ニ受渡サ
 レタルハ四箱ノミニシテ其餘ハ何レモ右期間内ニ積出サレ唯其中明治四十五年四
 月二十九日積出ノ三箱ハ原告ニ於テ其延延ノ點ヲ問ハサルコトトシテ引取リ尙同月
 九日積出ノ二箱ハ海損ニ罹リ原告ニ於テ其履行ヲ求メサルコトトシタル事實並ニ右
 五箱ヲ除キタル以外ノ十六箱中十三箱ハ大正元年十月二日ヨリ大正二年七月九日マ
 ヲノ間被告主張ノ日ニ原告ニ引渡サレタル事實ハ當事者間ニ争ナキトコロニシテ被
 告ハ右十三箱ノ積出延延ハ其當時英國ニ起リタル製造職工ノ同盟罷業ニ原因スト主
 張スレトモ乙第六第七號證ニヨレハ其頃英國ニ起リタル同盟罷業ノ影響トシテハ單
 ニ明治四十五年三月ニ積出スヘキ分カ同年四月ニ積出スノ餘儀ナキニ至リタルマ
 ニシテ其以後ハ正確ニ積出期間ヲ守リ得ヘキモノナリシコト明ナルカ故ニ被告カ同
 年六月以後積出ノ前記十三箱ニ付其積出延延主ノ罪ナ右同盟罷業ニ課スルハ不當ナ
 リト謂ハサルヘカラス從テ右延延ニヨル履行延延ハ被告カ責ニ任セサルヘカラサ

ルナリ又被告ハ全然積出アラサリシ三箱ニ付キテハ當事者間合意ノ上此ノ部分ノ契
 約ヲ解除シタリト主張スト雖モ之ヲ認ムヘキ證據ナキヲ以テ此ノ三箱ニ付キテモ其
 ノ履行懈怠ノ責ニ任スヘキモノト謂ハサルヲ得ス被告ハ假ニ被告ニ於テ契約上ノ履
 行期ニ其目的ヲ引渡スコト能ハサル位置ニアリシトスルモ本件契約ニハ原告ヨリ代
 金ノ提供ヲ爲スニアラサレハ目的物ヲ引渡ササル旨ノ約定アルカ故ニ原告ニ於テ履
 行期ニ代金ノ提供ヲ爲サザリシ以上被告ヨリシテ義務不履行ノ責ニ任セシムルヲ得ス
 ト主張スレトモ元來本件契約ニ基キ荷物ヲ引渡スヘキ時期ハ前ニ論シタル如ク明治
 四十五年一月二月三月荷物ヲ積載シテ英國ヲ發シタル船舶カ普通航海ニ要スル相當
 ノ日子ヲ經テ横濱ニ到着スヘキ時ナルヲ以テ該荷物カ現實ニ横濱ニ到着スル日及到
 着スヘキ荷物ノ數量ハ數メ原告ニ明ナル能ハス從ツテ取引上ノ通念ニ基キ考フルト
 キハ該荷物ノ引渡ニ付キテハ荷物ノ横濱ニ到着スルト同時ニ被告ニ於テ先ツ原告ニ
 之カ通知ヲ爲スヘク該通知ヲ俟ツテ始メテ原告ハ代金ヲ用意シ之ヲ引取ルヘキモノ
 ト爲ササルヘカラス果シテ然ラハ該荷物ノ積出ニシテ已ニ延延シ契約上ノ履行期ニ
 荷物ノ到着ナク從ツテ被告ニ於テ右到着ノ通知ヲ爲スコト能ハサリシ狀況ノ下ニア
 リテハ被告ハ原告ノ代金提供ナキヲ理由トシテ自己ノ不履行ノ責ヲ免カルヘルラサ
 ルモノトス

(二) 被告カ洋織物ノ直輸入業者ニシテ本件契約締結ノ際原告ノ洋織物買入販賣業者
 ナルコトヲ知レルコトハ被告自ラ認ムルトコロニシテ普通直輸入高ヨリ多額ノ商品
 買入ノ契約ヲ爲ス商人カ右契約ヲ爲スト前後シテ更ニ他ト同一ノ物品ニ付買入契約
 ナ締結シ商品ヲ引取ル時期ヲ以テ之ヲ他トノ契約ニ於ケル履行期ト爲スコトハ屢見

ルトコロナルヲ以テ本件ニ於テ被告カ原告ト前記契約ヲ爲ス際原告ニ於テ他ノ商人ト右ニ述フルカ如キ契約ヲ締結スルコトアルヘキハ紛クトモ豫見シ得ヘキ事情ナリト認ムヘク從テ被告ノ義務不履行ニ基キタル事情ノ下ニ原告ノ蒙リタル損害ハ被告ニ於テ賠償スヘキ義務アリト謂ハサルヘカラス(東京地方大正二年ワ)一五六號同三年十二月十五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 損害金請求事件(二) 訴訟關係人 原告瀧浦順平訴訟代理人辯護士山中兵吉被告合名會社芝川商店法律上代理人支配人角川芳太郎訴訟代理人辯護士岩田宙道外二名

【二點參照學說】

一 給付ノ時期カ不確定ニ定メラレタル場合ニ於テハ債務者カ其時期ノ到來シタルコトヲ知リタル時ニ於テ給付ヲササルニヨリテ遲滞ヲ構成スルナリ債權者ノ通知ニヨリテ之ヲ知ルト否トモトヨリ之ヲ問ハス蓋シ到來スヘキ時期ヲ豫知スルコトヲ得サル故債務者カ知ラサルニ先立テテタタ其時期ノ到來ノミニヨリテ遲滞ニアルト云フコトハ酷ナリト考ヘシカ故ナリ此規定ハ我民法ニ特有ノモノナリ外國ノ民法ニ於テハタタ債權者ノ請求アルコトヲ必要トシ請求ノ時ニ於テ給付ヲササルニヨリテ遲滞ヲ成立セシムルモノナリ故テ以テ給付ノ時期カ到來シタル後ニ於テ荷クモ債權者ノ請求アレハ債務者カ其時日ノ到來シタルコト知ラサルトハ問ハサルナリ我民法ニ從ヘハ事實ニ於テ債務者カ其時期ノ到來ヲ知ルコト必要ナル故債務者ノ故意又ハ過失ノ爲ニ其到來ヲ知ルコトヲ延シタル時モ尙ホ債務者ハ遲滞ニアラス(法學博士川名兼四郎氏東大講義債權總論附錄版上一三六頁)

二 履行期カ不確定期限ナル場合ニハ債務者カ履行期ノ到來シタルコトヲ知リタル時ヨリ遲滞ノ責任ニ任ス此場合ニハ豫メ期限ノ到來カ確定セサルカ故ニ其到來ト共ニ債務者カ履行期ノ到來ヲ豫知スルコトヲ得サルニ至リ止ムコトヲ得サルニ至リ止ム責任ニ任セシムヘキモノトセリ而シテ債權者ノ催告ヲ必要トセサル理由ハ確定期限ノ場合ニ關シ述ヘタルト同シ然レトモ債務者カ期限ノ到來ヲ知レルコトハ債權者カ之ヲ證明セサルヘカラス而シテ其證明ハ困難ナルヘキカ故ニ實際ニ於テハ債權者カ債務者ヲ遲滞ノ責任ニ任セシメントセハ催告ヲ爲スカ又ハ期限ノ到來ヲ通知スルコトトナルヘシ(法學博士石坂晋四郎氏日本民法債權編二卷四七二頁)

川名博士

石坂博士

梅博士

【二點參照學說】

一 本條ハ賠償義務ノ範圍ヲ定メタルモノニシテ其原則トスル所ハ不履行ト損害トノ間ニ原因結果ノ關係アルコトヲ要スルモノトスルニ在リ而シテ法理上ヨリ言ヘハ荷モ原因結果ノ關係以上ハ債務者ハ一切ノ損害ヲ賠償スヘキカ如シト雖モ本條ニ於テハ幾分カ債務者ヲ保護シ是ニ制限ヲ附スルコトトセリ其制限如何曰ク假令原因、結果ノ關係アルモ若シ其損害ニシテ全ク特別ノ事情ヨリ生シ當時者之ヲ豫見スルコト能ハサルモノナルトキハ債務者ハ之ヲ賠償スルコトヲ要セス一般ノ規定トシテハ通常ノ場合ニ於テ不履行ヨリ生スヘキ損害ヲ賠償スルコトヲ以テ足レリトセリ例ヘハ製造業者カ其製造ノ原料ヲ注文シタル場合ニ於テ若シ其注文ヲ受ケタル者カ其履行期ヲ爲ササルトキハ製造業者ハ爲メニ其製造ヲ中止スルノ止ムコトヲ得サルニ至リ從テ若干ノ損害ヲ受ケルカ如キハ通常生スヘキ損害ニシテ當業者ノ豫見スヘキモノナルヲ以テ債務者カ常ニ其賠償ノ責任ニ任セサルヘカラスハ敢テ疑ハサレザル所ナリト雖若シ其製造業者カ製造品ノ買主ニ對シ過分ノ違約金ヲ特別ノ事情ヨリル者カ其債務ノ履行ヲ爲ササル爲メ竟ニ其違約金ヲ支拂フノ止ムコトヲ得サルニ至リタルカ如キハ其損害全ク特別ノ事情ヨリ生シタルモノニシテ又債務者カ豫見スルコト能ハサル所ナリ故ニ注文ノ當時特ニ此事情ヲ債務者ニ告ケテ當業者雙方カ其事情ヲ豫見セシ場合ニ非サレハ債務者ハ債務者ナシテ此損害ノ賠償ニ任セシムルコト能ハサルカ如キ是ナリ(特別ノ事情ヨリ生スル損害ニシテ當業者カ豫見スルコトヲ得ヘカリシモノトハ例ヘハ凶作ニ遭ヒ米價俄ニ騰貴スルカ如キ是ナリ此場合ニ於テ米若干石ノ債務ヲ負ヘル者ハ損害賠償トシテ騰貴シタル米價ヲ支拂フヘキモノトス(法學博士梅謙次郎氏民法要義卷之三債權編五九頁)

二 例ヘハ甲所有ノ土地ノ近邊電車カ通スルコトカ確定セル故ニ其土地騰貴ヲ見テ甲ニ其土地ヲ賣却センコトヲ申込メリ甲金ノ入用アリシ故ニ其交渉ニ應ジテコトニ賣買成立セリ然ルニ甲ハ未ダ登記ヲササルニ先チテ其土地ヲ丙ニ賣却シテ登記セリ此場合ニ於テハ甲カ乙ニ對シテ有スル債務ハ遂ニ履行不能ニ歸スルコトナル甲ハ乙ニ對シテ其損害ヲ賠償セサルヘカラス此場合ニ於テ其土地カ電車開通ノ見込アルノ故ヲ以テ已ニ騰貴シタルトキハ其部分ハ債務不履行ト因果ノ關係アルモノトシテ之ヲ賠償セサルヘカラスナリ何トナレハ電車ノ開通ト云フ特別ノ事情ニヨリテ乙カ取得スヘカリシ利益ニシテ而モ其事情ハ當業者カ豫見シタルカ又ハ少クトモ豫見スルコトヲ得ヘキヲ以テナリ例ヘハ甲カ乙ニ一定ノ期日ヲ以テ品物ヲ引渡スヘキ場合ニ於テ甲カ乙ニ其品物ヲ引渡サザリシカ爲ニ遂ニ乙カ丙ニ對シテ違約金ヲ支拂フノ止ムコトヲ得サルニ至リシモノト假定ス此場合ニ於テ甲ノ債務不履行ノ結果ハ乙ニ違約金ヲ支拂フヘキ損害ヲ生セシメタルナリ此損害ハ甲ノ債務不履行ニヨリテ通常生スヘキ損害ニアラサルコトハ勿論ナリタダ乙ト丙トノ間ニ違約金ノ約束ト云フ特別ノ事情ヨリ生シタルナリ故ニ甲カ其事情ヲ知リタルナラハ之ヲ賠償セサルヘカラスナリ(法學博士川名兼四郎氏東大講義債權總論一七八頁)

川名博士

本件契約ニ於ケル荷物ノ受渡期ハ積載船カ受渡場所ニ入港後六十日間ニシテ代

金ハ荷物受渡前買主ニ於テ之ヲ支拂フヘキモノナレハ買主ノ代金支拂義務ノ履行ニ付テハ一種ノ不確定期限アルモノト謂フヘシ蓋シ積載船カ現實ニ受渡地ニ到達スル時ハ豫メ確定セサレハナリ故ニ此場合ニ於テハ民法第四一二條第二項ノ規定ヲ準用シ買主ハ積載船ノ入港ヲ知リタル時ヨリ六十日以内ニ代金ヲ支拂ンコトヲ要シ此期間ヲ經過シタルトキハ遲滞ノ責ニ任スルモノト信ス而シテ入港ノ事實ハ賣主ニ於テ之ヲ買主ニ通知スルノ義務ナシト雖モ買主カ入港ヲ知ラサル以上ハ六十日ノ期間ハ開始スルニ由ナキヲ以テ買主ハ永ク遲滞ニ附セラルルコトナシ又買主ニ於テ之ヲ知リタルコトノ立證ハ困難ナルヘキカ故ニ本判決所論ノ如ク賣主ハ其入港ヲ通知スルヲ通常トスヘシ果シテ然ラハ本件受渡期間ハ未タ開始セス從テ買主ハ未タ代金支拂ノ時期ニ達セサルモノト謂フヘシ此理由ヲ以テ吾人ハ本判決第一點ニ贊同ス

判決第二點亦正當ナリ只一言注意スヘキハ買主カ轉買者ニ對シテ爲シタル違約金ノ特約ニ基キ又ハ轉買者ノ特別ノ事情ニ因リ生シタル損害ヲ買主カ賠償シタル爲メ買主ノ蒙リタル損害ノ如キハ賣主ニ於テ斯カル特約又ハ事情ヲ豫見セサル限り之ヲ賠償セシムヘキモノニアラサルコト是レナリ蓋シ是等ハ賣主ノ豫見シ得ヘキ特別ノ事情ト謂フヘカラサレハナリ

八二一 戶籍吏ハ離婚カ第七七五條第二項及ヒ第八〇九條ノ規定其他ノ法令ニ違反セサルコトヲ認メタル後ニ非サレハ其届出ヲ受理スルコトヲ得ス
 戶籍吏カ前項ノ規定ニ違反シテ届出ヲ受理シタルトキト雖モ離婚ハ之カ爲メニ其效力ヲ妨ケララルコトナシ

七八五 詐欺又ハ強迫ニ因リテ婚姻ヲ爲シタル者ハ其婚姻ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得
 前項ノ取消權ハ當事者カ詐欺ヲ發見シ若クハ強迫ヲ免レタル後三個月ヲ經過シ又ハ追認ヲ爲シタルトキハ消滅ス

九六 詐欺又ハ強迫ニ因リテ意思表示ハ之ヲ取消スルコトヲ得
 或人ニ對スル意思表示ニ付キ第三者カ詐欺ヲ行ヒタル場合ニ於テハ相手方カ其事實ヲ知りタルトキニ限り其意思表示ヲ取消スルコトヲ得

離婚ノ取消ニ付テハ婚姻ノ取消ノ場合ニ於ケルカ如キ特別ノ規定ナク又民法第八一條ハ届出ノ形式ノ違法ナル場合ヲ規定シ當事者ノ意思表示ニ瑕疵アルカ爲メ實質上取消シ得ヘキ場合ノ離婚ノ效力ヲ規定シタルモノニアラサルヲ以テ若シ當事者ノ離婚ノ意思表示ニシテ瑕疵アリトセハ民法總則ノ規定ニヨリ取消シ得ヘキモノトス

其取消ノ方法ニ付テモ亦婚姻ノ取消ニ於ケルカ如キ特別ノ規定ナキヲ以テ民法總則ノ規定ニヨリ相手方ニ對スル意思表示ヲ以テ足り敢テ之ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ要セサルモノトス

離婚ノ取消ニ付テハ婚姻ノ取消ノ場合ニ於ケルカ如ク民法ニ特別ノ規定ナク同法第八百十一條第二項ハ届出ノ形式ノ違法ナル場合ヲ規定シ當事者ノ意思表示ニ瑕疵アルカ爲メ實質上取消シ得ヘキ場合ノ離婚ノ効力ヲ規定シタルモノニアラサルカ故ニ

若シ當事者ノ離婚ノ意思表示ニシテ瑕疵アリトセハ民法總則ノ規定ニヨリ取消シ得ヘキモノト謂フヘク其取消ノ方法ニ付テモ亦婚姻ノ取消ノ場合ニ於ケルカ如ク民法ニ特別ノ規定ナキヲ以テ民法總則ノ規定ニヨリ相手方ニ對スル意思表示ヲ以テ是リ取テ之ヲ裁判所ニ請求スルヲ要セサルモノト解釋スヘキモノトス而シテ本件當事者ノ離婚カ明治四十五年四月二十九日戸籍吏ニ届出ラレタルコトハ當事者間爭ナキ所ナレトモ該離婚ハ原告カ第三者ノ強迫ニヨリ其意思表示ヲ爲シタルモノナルコトハ前段認定ノ如クニシテ原告カ大正二年九月二十一日被告ニ對シ其取消ノ意思表示ヲ爲シタルコトハ被告ノ認メテ爭ハサル所ナルヲ以テ右離婚ハ大正二年九月二十一日取消サレタルモノト謂ハサルヲ得ス然レトモ離婚ハ一ノ要式行爲ニシテ身分登記簿ニ離婚ノ登録アル以上ハ單ニ取消ノ意思表示ノミニテハ取消サレタル離婚カ初ヨリ無効ナリシモノトシテ完全ニ原狀ニ回復セラレサルヲ以テ被告ハ婚姻回復ノ身分登記變更ノ手續ヲ爲スヘキ義務アルモノトス(名古屋地方大正二年通第三ワ五號條原裁判長王井余郷各判事判決)

【判決事項】

(一)件名 離婚取消請求事件(二)訴訟關係人 原告伊藤わき訴訟代理人辯護士坂時憲治被告間瀬一郎訴訟代理人辯護士不破清登

【反對學說】

離婚ハ如何ナル場合ニ無効ナリヤ又如何ナル場合ニ之ヲ取得シ得ヘキヤニ付テ本法ハ婚姻ニ於ケルカ如キ特別ノ規定ヲ存セス唯第八一條第二項ニ於テ法令ニ違反セル協議上ノ離婚ト雖戸籍吏カ既ニ其届出ヲ受理シタル以上ハ届出ノ違法ナルカ爲メニ離婚ノ效力ハ何等ノ影響ヲ受ケサルコトヲ規定シタルニ止マル而カモ協議上ノ離婚カ實質上ノ要件ヲ缺キ又ハ當事者ノ意思ニ瑕疵アル爲メニ當然無効ニ屬スルカ又ハ取消シ得ヘキモノナルカ否ノ點マテテ規定シタルモノニ非ス從テ離婚ノ無効及ヒ取消ニ付テハ一般ノ規定ニ依リ之ヲ定メサルヘカラサルヤ疑ナキ能ハス然レトモ離婚ノ無効及ヒ取消ハ婚姻ノ無効及ヒ取消ト同シ

牧野學士

奥田博士

法曹會決

大阪地方
裁判所
判決

【同趣旨學說】

ク人ノ身分ニ影響ヲ及ボスヘキ重要ナル關係アルモノナレハ一般法律行爲ノ無効及ヒ取消ニ關スル規定ヲ以テ律シ難キモノアリ立法上婚姻ニ於ケルカ如ク特別ノ規定ヲ設クルノ要アル可キモ其規定ヲ缺クテ以テ解釋上ニ於テハ寧ろ婚姻ノ無効及ヒ取消ニ關スル規定ニ準據シ之ヲ判斷スルノ外ナカルヘシ(法學士牧野翁之助氏日本親族法論二九六頁)

一 協議上ノ離婚ハ配偶者雙方ノ意思ニ基クコトヲ要ス故ニ配偶者ノ一方若クハ雙方ニ於テ意思缺ケタルトキ若クハ意思ニ瑕疵アル時ハ總則ノ規定ニ依リ無効トナリ又ハ之ヲ取消スコトヲ得(法學博士奥田義人氏親族法論二二二頁)

二 民法第八〇八條ノ規定ニ從ヒ夫婦其協議ヲ以テ離婚シ届出ヲ爲シタル其離婚カ詐欺又ハ強迫ニ因リタルコトヲ發見シタル場合ニ於テハ其瑕疵アル意思表示ヲ爲シタル當事者ハ民法總則ニ依リ之ヲ取消スコトヲ得ヘキモノトス(法曹會決議決法曹記事一〇七號二五頁)

(二五九)

四〇〇 債權ノ目的カ特定物ノ引渡ナルトキハ債務者ハ其引渡ヲ爲スマテ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ其物ヲ保存スルコトヲ要ス

四〇一 債權者カ債務ノ履行ヲ受クルコトヲ拒ミ又ハ之ヲ受クルコト能ハサルトキハ其債權者ハ履行ノ提供アリタル時ヨリ遲滞ノ責ニ任ス

債權ノ目的カ特定物ノ引渡ナルトキハ其物ノ引渡ヲ爲スマテ債務者カ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ之ヲ保存スルノ義務アルハ民法第四〇〇條ノ規定スルトコロニシテ債務者ノ此義務ハ債權者カ遲滞ニ附セラルルニ至ルモ仍ホ消滅セザルモノトス

民法第五百三十四條ニヨリ原告ハ該損害ヲ負擔スヘキカ如シ然ト雖モ其物ノ引渡ヲ爲スマテ債務者カ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ之ヲ保存スルノ義務アルコトハ同法第四百條ノ規定スル所ナルヲ以テ若シ右注意義務ヲ怠ラサリセハ其滅失ヲ防止シ得ヘカリシトキハ即チ其滅失ハ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ生シタルモノト謂フ

ヘク從テ前記第五百三十九條ヲ適用スヘキ限リニアラサルニヨリ被告ノ立證中同人カ本件固形糖カ古セメント樽ニ入レアリテ容器ノ完全ナラサルコト及ヒ夏期ニ入レハ固形糖ノ溶解スルコトニ意ヲ留メ之カ漏出ヲ防止スルノ設備ヲ爲シタルコトヲ認ムヘキモノ在リヤ否ヤチ案スルニ此點ノ見ルヘキモノ毫モ存在セサルヲ以テ結局右滅失ハ被告ノ責ニ歸スヘキ事由ニヨリ生シタルモノニシテ其損害ハ被告ノ負擔ニ歸スヘキモノト認定セサルヘカラス然リ而シテ本件固形糖ノ受渡期日カ明治四十五年四月十日ナルコトハ甲第一號證ニ依リ三好屋商店ヨリ屢々催促スルモ原告ハ右受領ヲ怠リ同年五月八日ニ至リ始メテ百三十二樽ノ受渡ヲ爲シタルコトハ高橋基一ノ證言並ニ甲第二號證ニ依リ共ニ明カナルヲ以テ原告ハ遲滞ニ在リタルモノト謂ハサルヘカラスト雖モ債務者ノ前記注意義務ハ債權者カ遲滞ニ付セラルムニ至ルモ其消滅セサルハ勿論我法典ニ於テハ此場合ニ於ケル注意義務ノ輕減ニ關シ何等規定ノ見ルヘキモノナラ存セサルヲ以テ右義務ハ尙依然トシテ存續スルモノト謂フヘク從テ債權者カ遲滞ニ付セラレタル間ニ契約ノ目的物カ滅失シタリトテ債務者ノ前記義務ニ何等ノ消長ヲ來スモノニアラス(大阪地方大正二年(ワ)第七三九號同三年七月十五日神谷裁判長池田中各判事判決)

【判決事項】

(一件名) 過渡金返還請求事件(二)訴訟關係人 原告和田佐太郎訴訟代理人辯護士竹内國敏被告水野吉太郎訴訟代理人辯護士高田銀一郎

【同趣旨學說】

一 羅馬法以來一般ノ立法ニ從ヘハ債務者ハ債權者ノ遲滞ニアリテハ其注意義務輕減セラル故意及ヒ重過失ニ對シテノミ責ニ

石坂博士

任スルモノトス即善良ナル管理者ノ注意ヲ爲スヘキ義務ヲ負フ場合ニ於テ遲滞以後ハ單ニ重過失ニ對シテ責任ヲ負フモノトス注意義務ノ輕減ハ遲滞ノ目的ヨリ論スレハ之ヲ認メサルヘカラス蓋債務者ハ供託ニ依リテ債務ヲ免ルルコトヲ得ト雖モ供託ヲ爲スヘキ義務ヲ負フモノニアラス供託ヲ爲ス權利ヲ有スルニ過キス又供託ヲ爲スコトヲ得サル物體アリ且債務者カ供託ヲ爲サントスル場合ニアリテモ供託ヲ爲スマテハ多少ノ時アルカ故ニ其間ニ於ケル注意ノ程度ヲ定ムルコトヲ要ス而シテ債務者ハ債權者ノ遲滞アルモ尙依然トシテ善良ナル管理者ノ注意ヲ用ユヘキモノトナスヲ得ス蓋債權者カ協力ヲ爲シタルトキハ債務者ノ注意義務ハ消滅スヘキモノナルニ唯其協力ナキカ爲メニ其義務ヲ免ルルヲ得サルモノナルカ故ナリ故ニ注意義務ヲ輕減スルヲ要ス然レトモ我法典ハ注意義務ノ輕減ニ關シ全ク規定スル所ナク且他ニ其輕減ヲ認ムヘキ證據ナシ債權者ノ遲滞アルモ債務者ハ給付義務ヲ免レサルカ故ニ尙自己ノ物ヲ保管スル者タリ故ニ第六百五十九條ヲ準用シ受寄者ト同シク具體的過失ノ責任ニ任スヘキモノトナスヲ得ス從テ債務者ハ債權者ノ遲滞後ニアリテモ尙遲滞前ト同一ノ程度ノ注意ヲ用ユルコトヲ要シ原則トシテ善良ナル管理者ノ注意ヲ用ユルコトヲ要スルモノトナスサルヘカラス故ニ我法典ハ債權者ノ遲滞ヲ認ムルモ積極的効力ヲ認メサルカ故ニ實際ニアリテハ債權者ノ遲滞ヲ認メサル佛法ト同一ニ歸ス(法學博士石坂晋四郎氏日本民法第三編債權第二卷六三三頁)

川名博士

須賀學士

【反對學說】

一 債權者ノ遲滞ハ債務者ヲシテ債務ノ不履行ヨリ生スル責任ヲ免レシメ且債務ノ繼續ニ伴フ費用其他ノ負擔ヲ免脱スルコトヲ得セシムルヲ以テ主要ノ効力ト爲スモノニシテ債務者カ他ニ損害ヲ受ケタルトキハ不法行為ニ關スル一般ノ原則ニ從ヒ其賠償ヲ債權者ニ求ムルコトヲ得ルハ格別遲滞ノ効力トシテ此請求權ヲ行使スルコトヲ得ス今其効力ノ最重要ナルモノヲ舉グルトキハ左ノ如シ債務者ハ目的物ノ保管ニ付キ爾後自己ノ財產ニ於ケルト同一ノ注意ヲ爲スノ責ニ任ス是レ民法第六五九條ノ類

士横田博

吾人ハ本判決ノ見解ヲ以テ妥當ナリト信ス

(二六〇)

九七二 第七三七條及七三八條ノ規定ニ依リテ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 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(第二項略)

民法第九七二條ノ規定ハ他家ヨリ入りテ家族ト爲リタル直系卑屬カ曾テ其家族
 タル身分ヲ有シタル場合ナルト初メテ新タニ其家ノ家族ト爲リタル場合ナルト
 ヲ問ハス均シク適用アルモノトス(故ニ一度分家ヲ爲シタル次男カ其家ヲ廢シテ第七
 七三條ニ依リ復籍シタル後長男及其父タル戸主カ
 ハ次男ニアルトキハ其家ノ相續人ナリ)

民法第九七十二條ノ規定ハ他家ニ在リタル直系卑屬カ戸主ノ同意ヲ得テ其家族ト
 爲リタル場合ニ於テ民法第九七十條ノ規定ニ從ヒテ相續順位ヲ定メラル可キモノ
 トセハ當然戸主ノ家ニ在ル可カラサル者カ戸主ノ同意ヲ得テ其家族ト爲リタルコト
 ニ因リ本來當然其家ニ在ルヘキ所謂家附ノ家族タル直系卑屬ノ相續順位ヲ動搖セシ

【判決事項】

ハキ結果ヲ生スル虞アルカ故ニ斯ル不當ナル結果ヲ防止センカ爲メニ設ケラレタ
 ルモノト解ス可キニヨリ其他家ヨリ入りテ家族ト爲リタル直系卑屬カ元來曾テ其家
 ノ家族タル身分ヲ有シタル場合ナルト初メテ新ニ其家ノ家族ト爲リタル場合ナルト
 ナ問ハス均シク本條ノ規定ノ適用ヲ受クヘキモノト解セサル可ラス而テ本件ニ於
 テ東京市下谷區上根岸町五十二番地戸主藤田甫ハ其家族タル直系卑屬ニ長男圭太郎
 次男敏雄(抗告人)及ヒ三男巖ナル三人ノ嫡出男子ヲ有シ大正二年七月二十一日ニ於テ
 死亡シタルコト長男圭太郎ハ右甫ノ死亡ニ先チ大正元年十月十五日死亡シ同人ニハ
 直系卑屬ナキコト並ニ抗告人ハ巖ニ明治四十五年四月九日東京府荏原郡品川町大字
 北品川宿三百十八番地ニ分家シ更ニ同年六月二十九日其家ヲ廢シテ實家ニ復歸シタ
 ルモノナルコトハ何レモ本件記録添付ノ戸籍謄本ニ徴シ明白ナルヲ以テ抗告人ハ元
 來三男巖ニ先チ甫ノ家督ヲ相續ス可キ地位ニ在リタルモノナルモ一旦分家ヲ爲シ其
 後廢家シテ再ヒ民法第七百三十七條ニ依リ甫ノ家族ト爲リタルモノナルコト更ニ巖
 ナ容レサル故ニ前説明ノ理由ニヨリ抗告人ハ民法第九七十二條ノ規定ノ適用ヲ受
 ケ最早巖ヲ排シテ家督相續人ト爲ルコトヲ得サリシモノト謂ハサル可ラス從テ大
 正二年七月二十一日甫ノ死亡ニヨリ同日三男巖ノ爲メニ家督ノ開始アリタルコト明
 白ナルヲ以テ東京市下谷區戸籍吏カ抗告人ノ爲シタル家督相續ノ届出ヲ受理セサリ
 シハ固ヨリ正當ノ處置ニシテ之レヲ認容シタル原決定ニハ何等ノ瑕疵ナキカ故ニ本
 件抗告ハ之レヲ棄却ス可キモノトシ主文ノ如ク決定ヲ爲シタリ(東京地方大正二年
 二四〇號鈴木裁判長渡邊連山各判事判決)

【判決事項】

論ヲ俟タサルヲ以テ本件ニ於テハ其控訴ヲ棄却スルニ止ムルヲ正當トス(大阪控訴大
正三年(ホ)第三〇八條同年十月十三日民三部多喜澤裁判長吉村、佐藤各判事判決)

(一) 取消ノ判決ヲ求ムルト無効確定ノ判決ヲ求ムルトハ申立ノ變更ナルコト明ナ
レトモ本件ノ場合ヲ以テ請求ノ原因ノ變更ナリトナスハ首肯シ難キモノト信ス
蓋シ一定ノ親族會決議アリタルコトヲ主張スル以上ハ其決議力取消シ得ヘキモ
ノナリト主張スルモ將又無効ノモノナリト主張スルモ其原因タル事實ハ同一タ
ルヲ失ハサレハナリ
(二) 正當ナリト信ス

(二六二)

三七二 第二九六條第三〇四條及三五一條ノ規定ハ抵當權ニ準用ス
三〇四 先取特權ハ其目的物ノ賣却貨物減失又ハ毀損ニ因リテ債務者カ受ケヘキ金錢其他ノ物ニ對シテモ之ヲ行フ
コトヲ得但先取特權者ハ其拂渡又ハ引渡前ニ差押ヲ爲スコトヲ要ス
債務者カ先取特權ノ目的物ノ上ニ設定シタル物權ノ對價ニ付キ亦同シ
土地收用法四七第一項 土地所有者又關係人ノ受クル損失ハ起業者之ヲ補償スヘシ
同四八第一項 收用スヘキ土地物件ニ付テハ相當ノ價格ニ依リ其損失ヲ補償スヘシ
同五一第一項 收用又ハ使用スヘキ土地ニ在ル物件ハ移轉料ヲ補償シテ移轉セシムヘシ但シ物件ノ分割ヲ來シ其全
部ヲ移轉スルニ非サレハ從來用キタル目的ニ供スルコト能ハサルトキハ所有者ハ其ノ全部ノ移轉ヲ請求スルコトヲ
得

建物ノ移轉料ハ建物ノ所有者カ其敷地ノ收用ニヨリ之カ取拂ヲナスヲ要スルニ
至リタル損失ノ補償換言スレハ建物ノ毀損ニヨル損失ノ補償ト云フ可キモノナ
ルカ故ニ右建物ニ付キ抵當權ヲ有スルモノハ移轉料請求權ノ上ニモ其抵當權ヲ
行使スルコトヲ得ルモノトス
抵當權者カ土地收用補償金請求權ノ差押ヲ爲ス以前ニ債務者カ之ヲ第三者ニ讓
渡シ又ハ第三者カ之ニ付キ轉付命令ヲ受ケタルトキハ其抵當權ハ消滅スルモノ
トス

同六五 先取特權、質權又ハ抵當權ハ其ノ目的物ノ收用又ハ使用ニ因リテ債務者カ受ケヘキ補償金ニ對シテ之ヲ行
フコトヲ得但シ其拂渡前ニ差押ヲ爲スヘシ

被控訴人及小八ハ各債權ノ擔保トシテ本訴收用地上ノ建物ニ付キ抵當權ヲ有スルコ
トハ爭ナキ事實ナルニヨリ同人等ハ土地收用法第六十五條ニヨリ八十吉カ控訴人ニ
對シテ有スル本件土地補償金ノ請求權ノ上ニ抵當權ヲ行使シ得ルノミナラス建物ノ
移轉料ハ建物ノ所有者カ其敷地ノ收用ニヨリ之レカ取拂ヲナスヲ要スルニ至リタル
損失ノ補償換言スレハ建物ノ毀損ニヨル損失ノ補償ト云フ可キモノナルカ故ニ同人
等ハ本件移轉料ノ請求權ニモ其抵當權ヲ行使シ得ルコト勿論ニシテ而モ小八ノ有ス
ル抵當權ハ被控訴人ノ有スル抵當權ニ比シ先順位ナルコトハ之レ亦爭ナキ事實ナル
ニヨリ小八ハ被控訴人ニ優先シ本件土地補償金及建物ノ移轉料ニヨリ其債權ノ辨濟
ヲ受ケ得ル權利ヲ有スモノト云ハサル可ラス然レトモ土地收用法第六十五條ニハ補
償金請求權ノ上ニ抵當權ヲ行使セントスルモノハ其拂渡ニ先チ之レカ差押ヲナスコ

トチ要スル旨規定シアリテ而テ同條ニ如此抵當權行使ノ條件ヲ定メタル所以チ案スルニ若シ抵當權者ニシテ補償金ノ拂渡ノ後ニ於テモ其請求權ノ上ニ抵當權ヲ行使スルコトヲ得ルモノトセハ債務者タル土地若クハ建物ノ所有者ト取引チナシタル第三者ハ不測ノ損害ヲ蒙ル可キニヨリ第三者保護ノ上ヨリスレハ寧ロカ、ル場合ニ於テハ抵當權ヲ消滅セシムル必要アリトナシタルカ爲メナリト解スルチ正當トス果シテ然ラハ差押前ニ補償金請求權ノ讓渡アリタル場合ニ於テモ抵當權ハ消滅スルモノト解釋セサルチ得ス何トナレハ若シ補償金請求權ノ讓渡アリタル後ニ於テモ抵當權ヲ行使スルコトヲ得ルモノトセハ其讓受人若クハ之レト取引チナシタル第三者ハ不測ノ損害ヲ蒙ル虞アリテ補償金ノ拂渡後ニ抵當權ノ行使アル場合ト甲乙ナキニヨリ已ニ其拂渡アリタル場合ニハ抵當權ハ消滅スヘキモノナリトセハ之レカ讓渡アリタル場合ニモ抵當權ハ消滅スルモノトスルニ非レハ論理徹底セスシテ前記ノ規定ハ殆ント解ス可ラサル不合理ノ規定トナルカ故ニ同條ニ拂渡トアル文字ハ廣ク解釋シ讓渡ヲモ包含セルモノト解スルチ正當トスレハナリ而テ轉付命令ハ轉付ノ目的タル債權ヲ債務者ヨリ轉付命令ヲ得タルモノニ移轉スルノ效力ヲ生シ兩人間ニ債權ノ讓渡アリタル場合ト異ル所ナキモノナレハ前記法條ノ適用範圍ヲ定ムルニ當リテモ補償金ノ請求權ノ讓渡ト同一ニ取扱フ可キコト論チ俟タス然ルニ本件ニ於テ被控訴人ノ受ケタル差押并ニ轉付命令カ債務者及第三債務者ニ送達セラレタル當時ニ於テハ小八ハ未タ本訴ノ土地捕償金及建物ノ移轉料ノ請求權ニ付キ差押チナササリシコトハ爭ナキ事實ナレハ同人ノ有スル抵當權ハ右轉付命令ノ送達ト同時ニ消滅シタルモノニシテ其後ニ於テ小八ノ受ケタル轉付命令ハ效力ナキモノト云ハサルチ得ス果シ

【判決事項】

一 然ラハ被控訴人ハ本訴供託金ヲ受取ル權利ヲ有スルモノニシテ而テ供託金ヲ金庫ヨリ受領スルニ付テハ供託證書ヲ金庫ニ返還スルコトヲ要スルカ故供託者タル控訴人ハ被控訴人ニ對シテ其交付チナス可キ義務ヲ有スルヤ論チ俟タス(大阪控訴院大正三年(ホ)第三六六號同年十月十五日民三部多喜澤裁判長吉村佐藤各判事判決)

【後段參照學說】

債務者カ第三債務者ニ對スル金品ノ請求權ヲ第三者ニ讓渡シタル場合ニ於テモ亦第三〇四條但書ノ規定ヲ適用シ先取特權者カ其權利ヲ保全スルニハ債務者カ第三債務者ニ對シテ讓渡ノ通知チ爲シ又ハ第三債務者カ其讓渡チ承諾スルノ前ニ於テ差押ノ手續チ爲スコトヲ要ス(法學博士橫田秀雄氏物權法六一〇頁)

建物ノ移轉料ハ其名稱ノ示スカ如ク建物ヲ收用地外ニ移轉スルニ要スル費用ニシテ建物ノ毀損ニ因リテ生シタル損害ニアラス建物ノ毀損ニ因ル損失ニ付テハ土地收用法第五三條ノ規定スル所ナリ從テ抵當權者ハ移轉料請求權ノ上ニ其權利ヲ行使スルコトヲ得ヘカラサルモノト信ス後段ハ正當ナリ只讓渡ノ場合ニ於テ債務者カ民法第四六七條ノ規定ニ依リ起業者ニ對シテ其通知ヲ爲ス以前ニ抵當權者カ差押ヲ爲シタルトキハ之ニ對シテ讓渡ヲ對抗スルコトヲ得サル結果抵當權者ニ於テ其權利ヲ行フコトヲ得ヘキハ言フ俟タス

一七七 不動産ニ關スル物權ノ得喪變更ハ登記法ノ定ムル所ニ從ヒ登記チ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
 五四〇第一項 契約又ハ法律ノ規定ニ依リ當事者ノ一方カ解除權ヲ有スルトキハ其解除ハ相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ爲ス
 五四五第一項 當事者ノ一方カ其解除權ヲ行使シタルトキハ各當事者ハ其相手方チ原狀ニ復セシムル義務ヲ負フ但
 第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス
 不動産登記法一 登記ハ左ニ掲ケタル不動産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 七 抵當權 八 賃借權
 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ノ署名捺印スルコトヲ要ス
 五 登記原因及ヒ其日附 六 登記ノ目的
 同四〇六 未登記ノ建物所有權ノ登記ハ左ニ掲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所有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己又ハ被相
 繼人カ土地臺帳ニ敷地ノ所有者トシテ登録セラレタルコトヲ證スル者 三 既登記ノ敷地ノ所有者又ハ地上權者
 ノ證明書ニ依リ自己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己ノ所有權ヲ證スル者

(一) 賣買ニ因リ不動産ヲ取得シタルニ拘ラス之カ登記ヲ爲スニ當リ賣買ニ因テ所
 有權移轉登記ヲ爲サスシテ直ニ所有權ノ保存登記ヲ爲シタルトキハ右保存登
 記ハ事實ニ適合セサル違法ノ登記ニシテ無効ナリ」
 訴狀ニ於テ賣買契約ノ解除ヲ主張シタルトキハ其訴狀ノ送達ニ依リ之カ解除
 ノ意思表示ヲ爲シタルモノト認ムルヲ妥當トス」
 (二) 抵當權設定登記及ヒ賃借權設定登記カ登記法ノ定ムル所ニ從テ爲サレタル以
 上ハ假令其以前ノ登記ニシテ事實ニ適合セサルモノアリトスルモ右各設定登

記ハ有效ナリ」

(一) 本件二棟ノ建物ハ明治四十三年中原告之ヲ建築シ其所有タリシトコロ大正元年
 中未登記ノ儘代金八百圓ヲ以テ被告庄太郎ニ賣渡シタルコトハ之レヲ認ムルニ餘リ
 アリ且ツ被告庄太郎ニ於テ大正二年七月五日該建物ニ付キ所有權保存登記ヲ爲シタ
 ルコトハ同被告ノ自白スル所ナルニヨリ同被告ハ原告ヨリ右物件ヲ賣買ニヨリ取得
 セルニ拘ハラス之レカ登記ヲ爲スニ當リ賣買ニ依ル所有權移轉登記ヲ爲サスシテ直
 ニ所有權ノ保存登記ヲ爲セルコト洵トニ明瞭ナリ從テ同被告ノ爲セル右保存登記ハ
 事實ニ適合セサル違法ノ登記ニシテ無効ナルモノト謂ハサルハカラス何ントナレハ
 不動産登記ハ不動産ニ關スル權利ノ得喪變更保存若クハ其處分ノ制限等ニ付キ其事
 項ヲ公示シ第三者ノ利益ヲ保護シ一數取引ノ安全ヲ期スルモノナレハ實體上ニ於テ
 其物權ノ得喪變更アリタルノミナリ以テ足レリトセス登記法ノ定ムル所ニ吻合シタル
 形式上ノ要件ヲ充タスコトヲモ必要トシ既ニ爲シタル登記カ實體上ノ要件具備スル
 ノ故チ以テ其形式上ノ欠缺ヲ不問ニ附スルコトヲ得サレハナリ然リ而シテ原告ト被
 告庄太郎間ノ本件物件ノ賣買ニ關シ被告庄太郎ニ於テ其代金ヲ支拂ハサリシコト並
 ニ原告ヨリ同被告ニ對シ五日ノ期間ヲ定メテ之レカ履行ノ催告ヲナシタルコトハ同
 被告ノ認ムルコトニシテ原告カ同被告ニ對シ其不履行ニ基キ大正三年六月二十七
 日右賣買契約解除ノ意思表示ヲ爲シタルコトハ之レヲ確ムヘキ證據ナキモ原告カ本
 件訴狀ニ於テ右賣買ノ契約ノ解除ヲ主張シ居ルニヨリ同訴狀ノ送達ニヨリ之レカ解
 除ノ意思表示ヲ爲シタルモノト認ムルヲ妥當トスヘク而モ右訴狀カ被告庄太郎ニ送
 達セラレタルハ大正三年七月二十二日ナルコト記録編輯ノ送達證書ニヨリ明カナル

ニ依リ右賣買契約ハ同日ヲ以テ有効ニ解除セラレ其結果右當事者間ニ於テハ會テ本件建物ノ所有權移轉セザリシ狀態ニ回復スヘキモノナレハ原告ハ前記被告庄太郎ノ爲セル保存登記ノ欠缺ヲ主張スルニ付キ正當ノ利益ヲ有スルモノト云フヘク從テ原告ノ該登記抹消請求ハ其理由アリト謂ハサルヲ得ス

(二) 本件物件ニ付キ被告宇平カ第一番抵當權設定登記並ニ賃借權設定ノ請求權ノ假登記ヲ被告三治カ第二番抵當權設定登記ヲ各原告主張ノ日時ニ爲シタル事實ハ當事者間ニ爭ヒナキトコロナルヲ以テ反證ナキ限リ右各抵當權及賃借權設定ノ請求權ハ眞實被告庄太郎ニ依リテ附與セラレタルモノト認ムルヲ至當トス而シテ前記各抵當權並ニ賃借權設定請求權ハ何レモ前示各登記ノ日附及原告對被告庄太郎間ノ賣買契約解除ノ日附ヨリ之レヲ見テ右契約解除前即チ被告庄太郎ニ於テ本件建物ノ所有權ヲ完全ニ保有セル際同被告ニヨリ附與セラレタルコト明カニシテ且ツ之ニ基キ被告宇平及三治ニ於テ各登記法ノ定ムル所ニ從テ右各登記ヲ經由セル者ナレハ同被告等ノ爲シタル各登記ハ實體上ニ於テ勿論形式上ニ於テモ亦何等欠缺スル所ナク固トヨリ有効ニシテ毫モ事實ニ符合セザルモノト謂フヲ得ス故ニ假令其以前ノ登記ニシテ事實ニ適合セザルモノアリト雖モ其事實ニ符合スル前記各登記ハ之レヲ有效トセザルヘカラス(東京地方大正三年(ワ)第八四一號(ワ)第一二三八號同年十二月十四日民四部名川裁判長五明日下各判事判決)

【判決事項】

(一) 件名 不動産登記抹消事件(二) 訴訟關係人 原告玉置附一 訴訟代理人辯護士川手忠義 被告大久保庄太郎 被告武藤三治 訴訟代理人辯護士東海林俊朗 訴訟復代理人辯護士大橋誠一 被告佐々木宇平 訴訟代理人辯護士大橋誠一

【一點前段同趣旨判例】

建物ヲ建設シテ所有スル者ハ保存登記ヲ爲ササルモ其所有權ノ取得ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルモ其所有權ノ移轉ヲ受ケタル者ハ本登記ノ建物ト雖モ尙ホ其移轉ニ關スル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サルモノトス(大審院民事判決錄四三年六頁)

【一點前段反對判例】

本作ノ如ク原告カ未登記建物ヲ買収シタル場合ニハ必スシモ被告主張ノ如ク所有權移轉登記ノ形式ニ依リテ要セス直ニ自己ノ名義ヲ以テ保存登記ヲ爲シ得ヘキモノナルヲ以テ該登記ハ有效ニシテ原告ハ該建物ノ所有權取得ヲ何人ニ對シテモ之ヲ主張シ得ヘシ(東京地方裁判所判決本書第二卷民法二頁)

【一點前段及ヒ二點同趣旨判例】

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ズ移轉登記ヲ爲スコトナク直チニ自己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レタ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ナリト問ハス當ニ其移轉登記ニ因リ此三者ニ對シ權利ノ取得ヲ主張シ得ルモノナリト解セサルヲ得ス(栃木區裁判所判決本書第三卷民法六六九頁)

(一) 前段ハ正當ナリ是レ既ニ吾人ノ評論シタル所ナリ(本書第一卷一三五頁第二卷二三頁)後段ニ付テハ疑ナキヲ得ス解除ノ意思表示ニ付テハ之ヲ訴狀ニ記載シ其送達ニ因リテ之ヲ爲スコトヲ妨ケサルヘシト雖モ本件ニ所謂解除ノ主張ナルモノハ契約ノ解除テフ私法上ノ效果ヲ發生セシメントスルモノニアラスシテ大正三年六月二十七日契約ノ解除ヲ爲シタリトノ過去ノ事實ヲ裁判所ニ對シテ主張スルモノニ外ナラサレハ之ヲ記載シタル訴狀カ相手方ニ送達セラレタレハトテ契約解除ノ意思表示アリタルモノトナスコトヲ得サルナリ

(二) 設定登記ノ有效ナルコトニ付テハ賛同ヲ表ス

二六四

- 四二二第一項 債務ノ履行ニ付キ確定期限アルトキハ債務者ハ其期限ノ到来シタル時ヨリ遲滞ノ責ニ任ス
- 四二五 債務者カ其債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲ササルトキハ債權者ハ其損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ履行ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルトキ亦同シ
- 四一九 金錢ヲ目的トスル債務ノ不履行ニ付テハ其損害賠償ノ額ハ法定利率ニ依リテ之ヲ定ム但約定利率カ法定利率ニ超ニルトキハ約定利率ニ依ル
- 前項ノ損害賠償ニ付テハ債權者ハ損害ノ證明ヲ爲スコトヲ要セス又債務者ハ不可抗力ヲ以テ抗辯ト爲スコトヲ得ス
- 五三四第一項 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
- 五七五 未タ引渡ササル賣買ノ目的物カ果實ヲ生シタルトキハ其果實ハ賣主ニ屬ス
- 買主ハ引渡ノ日ヨリ代金ノ利息ヲ拂フ義務ヲ負フ但代金ノ支拂ニ付キ期限アルトキハ其期限ノ到来スルマテハ利息ヲ拂フコトヲ要セス

民法第五七五條ノ規定ハ契約當事者力遲滞ニアル場合ニモ亦其適用アルモノトス

買賣ノ目的物ニ對スル公租公課ハ引渡ノ日ヨリ買主ニ於テ之ヲ負擔スヘキモノトス

被控訴人カ明治四十五年一月廿四日其所有ニ係ル本件不動産ヲ一坪金二十三圓五十二錢ノ割合ニテ控訴人ニ賣渡シ同日代金内入金トシテ金二千圓ヲ控訴人ヨリ受領シ殘代金ハ所有權移轉登記完了ノ節支拂フヘキコトトシ其履行期日ヲ同年二月二十日ト定メタルコトハ當事者間爭ナキ處ナリ而テ被控訴代理人ノ主張スル處ニヨレハ控訴人ニ對シ被控訴人方ニテハ登記申請ニ要スル一切ノ準備ヲ整ヒタルニ付キ同年三月

二日迄ニ履行ヲ爲スヘキ旨ヲ催告シタルモ控訴人ハ亦之ニ應セザリシノミナラス被控訴人ニ對シ無益ノ訴訟ヲ提起シ其履行ヲ遲延シ漸ク大正二年九月十九日其債務ヲ履行シタルヲ以テ控訴人カ遲滞ニ陥リタル明治四十五年三月三日ヨリ前記履行ヲ爲シタル九月十九日迄ノ間ニ於テ控訴人ノ履行遲延ニ因リ生シタル損害賠償ヲ求ムト云フニアリト雖モ本件目的物ノ引渡カ右大正二年九月十九日爲サレタルコトニ付テハ被控訴人ハ爭ハサル處ナルヲ以テ(原審大正三年二月廿五日ノ口頭辯論調書參照)若シ控訴代理人就辯ノ如ク買主ハ其遲延ニアルト否トヲ論セス免ニ角目的物ノ引渡ノ日ヨリ代金ノ利息ヲ支拂フヘキ義務アルノミナリトノ理由ヲ正當ナリトセンカ被控訴人前記主張ハ遂ニ之ヲ維持スルコト能ハサルニ至ルヘキハ自ラ明白ナルヲ以テ先ツ此點ニ付キ審究スルニ民法第五百三十四條ニハ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依リテ滅失又ハ毀損シタル時ハ其滅失又ハ毀損ハ債權者ノ負擔ニ歸スル旨ヲ規定スルヲ以テ我民法ハ特定物ノ賣買ニ付テハ其賣買ト同時ニ物ノ危險カ買主ニ移轉スル者ト爲シタルコトヲ明ニ明白ナリ故ニ獨逸民法ノ如ク危險ノ負擔ト果實ノ取得ト相伴フヘキ者トセハ賣買ノ目的物ヨリ生スル果實ハ其目的物ノ引渡前ト雖トモ賣買契約締結ノ日以降買主ニ歸屬スルコトトナルヲ以テ此理論ヲ貫徹スル當然ノ結果トシテ賣主ハ契約締結以後ノ果實ヲ引渡シ且ツ目的物ノ使用ニ對スル報酬ヲ支拂ヒ買主モ亦引渡ノ時ニ至ル迄賣主ノ支出セシ修繕保存其他ノ費用ヲ一々精算シ且ツ代金利息ヲ支拂フコトヲ要スト爲ササルヘカラスシテ其計算甚ダ煩雜ヲ來スニ至ラン而シ新ノ如ク爲スコトノ利益カ其手數ノ煩雜ナルニ比シ通常僅少ナルヲ當トスルモノ

ナルヲ以テ我民法ハ此點ニ關シ獨逸法律ト異ナル主義ヲ採リ民法第五百七十五條ノ規定ヲ設ケタル所以ナリトス而シテ同條ニヨレハ未タ引渡ササル賣買ノ目的物カ果實ヲ生シタルトキハ其果實ハ賣主ニ屬シ其代リニ買主ハ引渡ノ日ヨリ代金ノ利息ヲ支拂フヘキモノナルコト明カニシテ此規定ハ契約當事者カ遲滞ニアル場合ニモ其適用アルモノト解釋スヘキハ前示立法ノ理由ヨリシテ正當ナリト認ム然ラハ假リニ被控訴人主張ノ如ク控訴人ニ於テ大正二年九月十九日迄遲滞ニアリタレハトテ本件買買ハ目的物カ右十九日ニ引渡アリタルコトニ爭ナキ以上ハ前顯ノ理由ニ依リ本訴買買ニ殘代金ニ對スル遲延利息ヲ請求スルコトヲ得サルモノト云ハサルヘカラス而シテ上記買主カ引渡ノ日ヨリ利息ヲ支拂義務ハ賣買ノ目的物カ果實ヲ産スルコトノ可能ナルト否トニ依リ毫モ影響ヲ受クヘキモノニアラスト解スルチ正當トナスカ故ニ被控訴人カ本件不動産ヲ使用シ又ハ之ヨリ現實收益シタルト否トハ素ヨリ前記ノ認定ヲ左右スルニ足ラサル者トス左スレハ殘代金ニ對スル利息トシテ爲ス千八百八十圓九十一錢一厘ニ付テ請求ハ失當ナリト認ム次ニ被控訴人ハ遲延利息ノ外ニ尙ホ目的物ノ引渡ノ日迄ノ間ニ於テ被控訴人カ納付シタル本件不動産ノ租稅二口合計金二十七圓四十七錢五厘ヲモ控訴人ノ履行遲延ニ由リ生シタル損害トシテ請求スルニ付キ其當否ヲ查スルニ民法第五百七十五條第二項ニハ單ニ代金ノ利息トアリテ一見其他ノ費用ヲ排斥スヘキ趣旨ノ如ク看ラレサルニアラスト雖モ前掲説明ノ理由ニ照ラセハ右公租公課ノ如キモ目的物ノ使用收益ヲ爲スモノニ於テ負擔スヘキモノト解スコト穩當ナルヲ以テ此點ニ對スル被控訴人ノ請求モ亦理由ナシト認ム(大阪控訴大正三年(キ)第一八四號中尾裁判長佐藤櫻田各判事判決)

【判決事項】

(一) 姓名 損害賠償請求事件(二) 訴訟關係人 控訴人今津亦兵衛同伏見善次郎兩名訴訟代理人辯護士上益三郎同竹田廣助被控訴人吳錦堂訴訟代理人寺崎熊雄

【同趣旨學說判例】

一 一般ノ規定ニ依レハ買主ハ利息ヲ拂フヘキ特約ヲ爲ササルトキハ有モ遲延ノ責ナキ以上ハ毫モ利息ヲ拂フコトヲ要セザルモノト云ハザルコトヲ得而シテ代金ノ支拂ニ付キ期限アルトキハ(五七三參照)其期限ヲ過キテ仍ホ代金ヲ支拂ハサレハ遲延ノ責アルカ故ニ(四二二、一)項ノ期限到來ノ時ヨリ利息支拂ノ義務ヲ生スヘシ然レトモ買買ノ目的カ有體物ニ關シ賣主カ其物ヲ引渡スヘキ場合ニ於テハ公平ヲ保タンカ爲メ其引渡ノ日ヨリ代金ノ利息ヲ支拂フヘキモノトセリ故ニ買主カ物ノ引渡前ニ代金ヲ支拂フヘキ場合ニ在リテハ賣主ハ固ヨリ其代金ノ支拂ヲ請求スルコトヲ得ヘク而シテ買主カ任意ニ之ヲ支拂ハサルトキハ之ニ對シテ強制執行ヲモ爲スコトヲ得ヘシト雖モ敢テ第四一九條ノ通則ニ依リ買主ヲシテ利息ヲ支拂ハシムルコトヲ得ス(法學博士梅謙次郎氏民法要義債權編五三八頁)

岡松博士
村上學士
大阪控訴
757(民法)

二 「利息ヲ拂フコトヲ要ス」(民法五七五條第二項)期限ノ到來スルモ必スシモ利息ヲ拂フコトヲ要スルモノニアラスト例之期限到來後目的物ノ引渡ナキトキハ利息ヲ拂フコトヲ要セザルカ如シ(法學博士岡松參太郎氏民法理由下卷六一五四頁)

三 買主ハ原則トシテ目的物ノ引渡ヲ受ケタル時ヨリ代金ノ利息ヲ支拂フコトヲ要シ唯代金ノ支拂ニ付キ期限ノ定アル場合ニ於テ目的物引渡ノ際未タ其ノ期限到來セザルトキハ其ノ期限ノ到來シタル時又ハ買主カ其期限ノ到來シタルコトヲ知リタル時ヨリ代金ノ利息ヲ支拂フコトヲ要ス之ヲ換言スレハ代金ノ支拂ニ付キ期限ノ定ナキトキ及代金ノ支拂ニ付キ期限ノ定アリ且ツ其ノ期限カ目的物引渡ノ際又ハ其前ニ到來シタルトキハ其ノ期限ノ到來ノ時ヨリ代金ノ利息ヲ支拂フコトヲ要シ又代金ノ支拂ニ付キ期限ノ定アルモ其期限カ目的物引渡ノ後ニ到來シタルトキハ其ノ期限ノ到來ノ時ヨリ又ハ買主カ其期限ノ到來ヲ知リタル時ヨリ代金ノ利息ヲ支拂フコトヲ要ス(法學士村上恭一氏債權各論四五四頁)

四 民法第四一二條ノ適用上控訴人ハ代金支拂ノ期日以後遲滞ノ責ニ任シ年五分ノ利率ニ相當スル額ヲ損害賠償トシテ被控訴人ニ支拂フコトヲ要スヘク又民法第五三四條一項ノ適用上買主タル控訴人ハ前顯不動産ノ共有持分ノ賣買アリタル日以後ハ其引渡シナキ以前ト雖モ果實ヲ收取シ得ヘキ權利ヲ有スル筋合ナレトモ民法第五七五條ハ是等ノ原則ニ例外ヲ設ケ未タ引渡サザル賣買ノ目的物ヨリ生シタル果實ハ賣主ニ屬セシメ買主ニ屬セシメサルヲ以テ買主ハ未タ賣買ノ目的物ノ引渡ヲ受ケタル以後ニ至リ初メテ果實ヲ收取シ得ヘキヲ以テ其日以後代金ノ支拂ヲ要スヘキコトヲ規定セルカ故ニ縱シヤ代金ノ支拂ニ付キ期限ノ定アル場合ト雖モ未タ賣買ノ目的物ヲ引渡サル以前ニ於テ賣主カ代金支拂期ニ支拂ヲ受ケサリシテ理由トシテ代金ニ對スル年五分ノ利率ニ相當スル額ノ損害ヲ蒙リタルモノトシ之カ賠償ヲ求ムルハ失當トナリ謂ハサル可ラス(大阪控訴院判決本書第一卷民法二〇三頁)

【參照學說】

代金ニハ當事者間ノ契約ヲ以テ利息ヲ附スルコトアリ此場合ニ於テ當事者カ其代金ハ何レノ時ヨリ利息ヲ生スヘキヤナ定メタルトキハ其意思ニ從フヘキハ勿論ナリト雖モ當事者カ前段ノ意思ヲ表示セザリシトキハ買主ハ目的物ノ引渡ノ日ヨリ代金ヲ支拂フ義務ヲ負フモノトス是レ目的物引渡前ノ果實ヲ賣主ノ所有ニ歸セシムルヨリ生スル結果ニシテ賣主カ目的物ノ占有ヲ維持スル間ハ法律ハ其代金ノ利息ト收益トヲ相消シ買主ナシテ代金ノ利息ヲ支拂フ義務ヲ免レシムルモノナリ然レトモ既ニ目的物ノ引渡アリタル以上ハ買主ハ其代金支拂ニ付キ遲滞ノ責ニ任セサルヘカラサルヲ以テ買主ハ爾後賣主ニ對シテ遲延利息ヲ支拂フノ義務ヲ負フモノトス(法學博士横田秀雄氏債權各論三六五頁)

吾人ハ寧ロ民法第五七五條第二項ノ規定ヲ以テ民法第四一二條ノ特別規定トシテ買主ノ遲滞時期ヲ定メタルモノト解ス同條ニ所謂利息ハ遲延利息ニ外ナラス買主カ遲滞ニアラサルニ拘ラス利息ヲ支拂フヘキ場合ナシ

(二六五)

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

民事訴訟法七三八 假差押ハ之ヲ爲サザレハ判決ノ執行ヲ爲スコト能ハス又ハ判決ノ執行ヲ爲スニ著シキ困難ヲ生スル恐アルトキ殊ニ外國ニ於テ判決ノ執行ヲ爲スニ至ル可キハ之ヲ爲スコトヲ得

假差押ハ權利實行保全ノ方法ニ過キサレハ其必要アリト証ヒ妄リニ假差押決定ヲ得
當ニ之ヲ隱匿スル如キ事情ナキニ拘ハラズ假差押ノ必要アリト証ヒテ假差押決定ヲ得ルハ不法ナリ故ニ債務者ハ其假差押ニ因リテ失墜セラレタル名譽ノ回復ヲ求ムルコトヲ得ルモノトス

ルコトハ勿論不法ナリ而シテ真正ノ成立ヲ認ムルニ足ル甲第九號證ニヨレハ原告ハ同月末ニ於テ七百餘圓ノ銀行預金ヲ有シタルコト明ニシテ又原告カ現ニ有決定ノ翌々日即同月二十八日手形金ノ支拂ヲ爲シタルコト爭ナキ所ナレハ此等ノ事情ニ參酌スルトキハ當時被告ニ於テ手形金ノ支拂ヲ回避センカ爲メ不當ニ財産ヲ隱匿スルカ如キ事情ナカリシコトヲ推認スルニ足ルヲ以テ被告ハ明ニ此事實ヲ認明シ因テ不法ニ有決定ヲ得タリト謂ハサルヘカラス而テ同年九月九日發行商業興信所日報ニ原告カ前記約束手形金ノ爲メ假差押ノ決定ヲ受ケタル旨ノ記事掲載セラレタル事實ハ成立ニ爭ナキ甲第一號證ニヨリ又同月十日發行帝國興信所内報ニ之ノ同旨ノ記事掲載セラレタル事實ハ成立ニ爭ナキ甲第五號證ニヨリ何レモ明白ナリ被告ハ右掲載ハ裁判所カ興信所ニ漏洩シタルニ基因スル者ナレハ被告ノ關知スル所ニアラスト云フモ斯ル關係アルカ爲メニ原告カ不法ニ假差押命令ヲ受ケタルコトト前示新聞紙掲載トノ間ニ因果律ヲ中斷スヘキ理由ナシ而シテ假差押ノ決定ヲ受ケタル者カ此事實ヲ知リタル者トノ間ニ於テ信用及名譽ノ失墜ヲ來スヘキコトハ當然ニシテ原告カ假差押ノ決定ヲ受ケタル事實ハ尠クトモ前示新聞紙ノ發行地タル大阪市ニ於テ世評ニ上リタリト認ムヘキニ依リ原告カ金融信託業者ナリトノ爭ナキ事實該營業ニ伴フ社會上ノ地位信用及其信用失墜ノ地域ニ參酌シ之カ名譽回復ノ爲メ被告ニ主文掲記ノ謝罪廣告ヲ大阪朝日新聞及大阪新報ニ各三日間掲載セシムヘキヲ命スルヲ以テ最モ適當ナル處分ト認定ス若シ被告ニ於テ右廣告ヲ爲ササルトキハ被告ノ費用ヲ以テ第三者ナシテ之ヲ爲サシムルヲ得ヘシ(大阪地方大正二年(丙)九〇六號馬越裁判長角南、鬼頭各判事判決)

【判決事項】

(一)件名 名譽回復損害賠償請求訴訟事件(二)訴訟關係人 原告井上方勝訴訟代理人大野清茂被告太太エツ訴訟代理人上村豊

(二六六)

九四 相手方ト通シテ爲シタル虚偽ノ意思表示ハ無効トス
前項ノ意思表示ノ無効ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス
六〇一 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貸金ヲ拂フコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ス

賣渡抵當ハ第三者ニ對スル外部關係ニ於テハ物件ノ所有權債權者ニ移轉スルモ當事者間ノ内部關係ニ於テハ移轉スルコトナク依然債務者ニ存スルカ故ニ債務者ハ所有權ノ行使トシテ物ノ占有及使用ヲ繼續シ得ヘキヲ以テ債權者ト債務者間ニ締結シタル貸借ハ單ニ貸借ヲ假裝シテ外形ノ調和ヲ得セシムルニ出タル虚偽ノ契約ニシテ法律上其効ナキモノト認ムヘキモノトス

賣渡抵當ノ效力トシテ本訴物件ノ所有權ハ第三者ニ對スル外部關係ニ於テ債權者ニ移轉スルモ當事者間ノ内部關係ニ於テハ移轉スルコトナク債務者タル控訴人ニ於テ依然トシテ所有權ヲ有スルモノト認ムヘキヲ當然トス斯ノ如ク控訴人ハ被控訴人トノ關係ニ於テハ依然トシテ本訴物件ノ所有權ヲ有スルモノナル以上ハ貸借其他別段ノ契約ニ依ルヲ要セス其有スル所有權ノ行使トシテ物ノ占有及使用ヲ繼續シ得ヘキコトハ固ヨリ論ヲ俟タサルニヨリ之ニ拘ハラズ當事者間本訴物件ヲ目的トスル貸借契約ヲ締結スルノ真意アリタルモノトハ認ムルヲ得サルカ故ニ本訴甲第一號證ノ貸借ハ要スルニ双方貸借ノ真意アルニアラサルモ賣渡抵當ニヨリテ本訴物件ノ所

有名義ヲ被控訴人ニ移轉シタル關係上單ニ貸借ヲ假裝シテ外形ノ調和ヲ得セシムルニ出テタル虚偽ノ契約ニシテ法律上其効ナキモノト認ムルヲ相當トスハ被控訴代理人ノ立證ハ右認定ヲ動スニ足ラサルモノト認ム然レハ則チ該貸借ヲ以テ恰カモ有效ニ成立セルモノノ如ク前提シ本訴物件ノ返還ヲ求ムル被控訴人ノ請求ハ失當ニシテ到底排斥ヲ免レサルモノトス(大阪控訴大正二年(ネ)四七九號同三年六月二十二日中尾裁判長櫻田佐藤各判事判決)

【判決事項】

(一)件名 貸借物件返還請求訴訟事件(二)訴訟關係人 控訴人福石和三郎訴訟代理人深川重義被控訴人國吉亮之助

(二六七)

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

債務ノ辨濟ノ爲メニスル供託ハ必スシモ債權者ノ受領遲滞ノ場合ノミニ限ラス債權者ノ所在不明又ハ不在ノ爲メ辨濟ノ目的物ヲ受領スルコト能ハサル場合ニ於テモ亦有效ニ供託ヲ爲スコトヲ得ヘク且ツ第三者ト雖モ辨濟ノ爲メ供託ヲ爲スコトヲ得ルモノトス

各證言ヲ綜合シテ考覈スレハ原告ハ東京區裁判所執達吏ヲシテ被告ノ現住所ニ至リ本件六百圓債務ノ辨濟ヲ爲サシムル目的ヲ以テ其金圓ヲ現實ニ提供セントシタルモ被告ノ所在不明又ハ不在ノ爲メ辨濟ノ提供不能ニ終リタル事實ヲ認定シ得ヘシ而シテ債務ノ辨濟ノ爲メニスル供託ハ必スシモ債權者ノ受領遲滞ノ場合ノミニ限ラス債

權者ノ所在不明又ハ不在ノ爲メ辨濟目的物ヲ受領スルコト能ハサル場合ニ於テモ亦有效ニ供託ヲ爲スコトヲ得ヘク且ツ第三者ト雖モ辨濟ノ爲メ供託ヲ爲シ得ヘキコトハ民法第四百九十四條ニ單ニ辨濟者ナル文詞ヲ使用シアリテ債務者ノミニ限定セザリシニヨリテモ推究シ得ルカ故ニ本件被告ノ供託ハ有效ナリト謂ハサル可カラス從テ伊澤順二ノ被告ニ對スル本件六百圓ノ消費貸借債務並ニ之レカ擔保權タル本件三百四株ニ對スル質權ハ右原告ノ供託ニヨリ當然消滅ニ歸シタルヤ勿論ナリ(東京地方大正二年(ワ)一三四三號同三年五月二十九日名川裁判長河邊、五明各判事判決)

【判決事項】
 (一)件名 株券引渡請求事件(二)訴訟關係人 原告遠田重吉訴訟代理人辯護士阿保淺七郎同相馬昌三同平松市藏被告田島新太郎訴訟代理人辯護士福岡伯大西幸馬

(二六八)

五五六 賣買ノ一方ノ豫約ハ相手方カ賣買ヲ完結スル意思ヲ表示シタル時ヨリ賣買ノ效力ヲ生ス
 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產權ハ二十年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅ス

再賣買豫約ノ場合ニ於テハ要約者ハ賣買完結ノ意思ヲ表示スル權利ノミヲ有シ此權利ノ行使ノミニヨリテ賣買ハ完結シ其間何等諾約者ノ作爲不作爲ヲ必要トスルコトナシ

賣主ヨシテ賣買ノ目的物ヲ給付セシムル權利ノ如キハ賣買ノ效果ニシテ再賣買豫約ノ效果ニ非ス故ニ再賣買ノ豫約ニ於ケル要約者ノ權利ハ債權ニ非スシテ一ノ形成權ニ屬ス從テ民法施行後二十年ヲ經過スルニ非ザレハ時効ニ因リテ消滅

スルコトナキモノトス

再賣買豫約ノ場合ニ於テハ要約者ハ賣買完結ノ意思ヲ表示スル權利ノミヲ有シ此權利ノ行使ノミニヨリテ賣買ハ完結シ其間何等諾約者ノ作爲不作爲ヲ必要トスルコトナシ夫ノ賣主ナシテ賣買ノ目的物ヲ給付セシムル權利ノ如キハ賣買完結後ニ生スル賣買ノ效果ニシテ再賣買豫約ノ效果ニ非ス果シテ然ラハ再賣買ノ豫約ニ於ケル要約者ノ權利ハ債權ニ非スシテ一ノ形成權ニ屬シ民法施行後二十年ヲ經過スルニ非ザレハ時効ニ因リテ消滅セス然ルニ民法施行後未だ二十年ヲ經過セサルカ故ニ被控訴人ノ第七ノ抗辯モ亦採用スルヲ得ス(水戸地方大正三年(レ)六一號千谷裁判長土屋、和田各判事判決)

【判決事項】

(一)件名 地所有權移轉登記手續並ニ引渡請求控訴事件(二)訴訟關係人 控訴人石津藤兵衛訴訟代理人辯護士貝塚徳之助被控訴人塚原民男訴訟代理人辯護士龜山要

(二六九)

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產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
 一三〇 法定家督相續人タル直系卑族ハ遺留分トシテ被相續人ノ財產ノ半額ヲ受ク
 此他ノ家督相續人ハ遺留分トシテ被相續人ノ財產ノ三分ノ一ヲ受ク
 一三四 遺留分權利者及ヒ其承繼人ハ遺留分ヲ保全スルニ必要ナル限度ニ於テ遺贈及ヒ前條ニ掲ケタル贈與ノ減殺ヲ請求スルコトヲ得
 民法施行法一 民法施行前ニ生シタル事項ニ付テハ本法ニ別段ノ定アル場合ヲ除ク外民法ノ規定ヲ適用セス
 同九五 民法第一一四五條乃至第一一三六條及ヒ第一一三八條乃至第一一四五條ノ規定ハ民法施行前ニ爲シタル口契ニモ亦之ヲ適用ス

民法施行前ニ於テハ入夫婚姻ヲ爲ス女戸主カ其財産ヲ留保スルニ付キ何等ノ方
式ヲ要セサルモノトス」
民法施行前ニ於テハ被相続人カ留保ヲ爲スニ當リ相続人ノ家名維持ニ必要ナル
財産ヲ遺留セザリシトキハ其留保ハ當然無効ナルモノニアラスシテ只相続人ニ
於テ家名ヲ維持スルニ必要ナル限度ニ於テ留保財産ノ減殺ヲ請求スルコトヲ得
ルニ過キサルモノトス」

第四號證ニ依レハ入夫婚姻以後ナル明治三十一年四月八日ニ於テ小倉友吉カ本件係
争物件ノ大部分ヲ包含スル同證記載ノ不動産カ被控訴人ノ所有ノ財産ナルコトヲ承
認シタルコトヲ認ムルコトヲ得ヘク證人首村定ノ證言ニ依レハ小倉友吉ハ何等ノ不
動産ヲ所有セザリシコトヲ認メ得ヘク又甲第一號證乃至第三號證ニ依レハ入夫婚姻
以後本件係争物件ニ付キ小倉友吉ノ家督相続ニ因ル所有權取得ノ登記ヲ爲サザリシ
事實ヲ認ムルコトヲ得ヘシ此等ノ事情ニ依リテ之レヲ觀レハ被控訴人ハ小倉友吉ト
入夫婚姻ヲ爲シタル際本件係争ノ物件ヲ他件ト共ニ留保シタルモノト認ムルヲ相
トス而シテ民法施行以前ニ於テハ留保ヲ爲スニ何等ノ方式ヲ要セザリシヲ以テ被控
訴人ノ留保ハ有效ナリトス又被控訴人カ其所有ノ全財産ヲ留保シタリトスルモ被相
續人カ留保ヲ爲スニ當リ相続人ノ家名維持ニ必要ナル財産ヲ遺留セザリシ場合ニ於
テハ其留保ハ當然無効トナルモノニアラスシテ相続人ニ於テ家名ヲ維持スルニ必要
ナル限度ニ於テ留保財産ノ減殺ヲ請求スルコトヲ得ルニ過キサルモノトス(東京控訴
大正三年(ホ)第一七四號同年十二月十二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 土地建物所有權移轉登記抹消手續請求事件(二)訴訟關係人 控訴人小倉サヨ 訴訟代理人辯護士植島幹被控訴人小倉いと
訴訟代理人辯護士角田知良

【參照判例】

- 一 戸主カ隱居ヲ爲ス場合ニ於テ特ニ其財産ノ一部ヲ留保シテ依然自己ノ所有ト爲シ得ルハ本邦ノ慣例ナリ(大審院民事判決
錄三二年二卷九頁)
- 二 民法施行前ニ在テモ隱居ニ因ル家督相続ノ場合ニ於テハ家督相続人ハ隱居者ノ有セシ一切ノ財産ヲ承繼スルヲ以テ通則ト
シ唯隱居者カ隱居料トシテ其財産ノ一部ヲ留保スルコトハ之ヲ認許シタルモ其全部ヲ擧ゲテ留保スルカ如キハ慣例ノ許容セザ
ル所ナリ(同上四〇年七〇五頁)
- 三 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止タルト間ハス財産留保ノ效力ヲ生スルモノトス(同上四四年三七頁)
- 四 民法施行前ニ在リテハ隱居ニ因ル家督相続ノ場合ニ隱居者カ相続財産ヲ留保スルニ當リ家名ノ維持ニ必要ナル財産ヲ遺留
セザルトキハ隱居者ノ留保ハ全部無効ト爲ルモノニ非スシテ家名維持ニ必要ナル財産ノ限度トシ家督相続人ノ減殺請求權ニ服セシ
メタルニ過キサルモノトス(同上四五年七四五頁)

(二七〇)

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

法定ノ推定家督相続人ハ本家相續又ハ離籍ニ因ル場合ノ外他家ニ入ルコトヲ得
サルモノナルハ民法第七四四條ノ規定スルコトニシテ該規定ハ絕對的規定ナ
ルカ故ニ假令養子縁組ニ因ル場合ト雖モ之ヲ紊ルコトヲ容サス從テ戸籍吏力其
届出ヲ受理シタリト雖モ有效トナスヲ得サルモノトス」

原告ト被告等トカ大正二年一月廿五日被告等ヲ養子トシ原告ヲ養子トシテ養子縁組

ノ届出ヲ爲シ戸籍吏ニ於テ之ヲ受理シタルコトハ當事者間ニ争ヒナキトコロナルノ
 ミナラス甲第二號證ノ二ニヨリ亦明カニ之レヲ認ムルコトヲ得ヘシ因テ本件ノ養子
 縁組カ果シテ原告主張ノ如ク無効ノモノナリヤナ案スルニ原告ノ實父山田一良カ會
 テ山田宗之助ノ法定ノ推定家督相續人トシテ大正元年十月十三日東京地方裁判所ノ
 判決ニ依リ其地位ヲ廢除セラレタルコトハ甲第一號證ノ一、二並ニ甲第二號證ノ一ニ
 依リ又原告ハ右一良ノ嫡出長男ニシテ一良カ廢除セラレタル以來一良ト同順位ニ於
 テ宗之助ノ法定ノ家督相續人トナリタルモノナルコトハ甲第二號證ノ二ニヨリ孰レ
 モ之レヲ認ムルニ足ル而シテ法定ノ推定家督相續人ハ本家相續又ハ離籍ニ因ル場合
 ノ外他家ニ入ルコトヲ得サルモノナルコトハ民法第七百四十四條ノ明定スルトコロ
 ニシテ該規定タル固ヨリ一ノ絕對的規定ナルカ故ニ假令養子縁組ニ因ル場合ト雖モ
 以テ轉ク之レヲ棄ルコトヲ容サス而カモ斯ノ如キ論結ハ縱令戸籍吏ニ於テ既ニ届出
 ナ受理シタル後ト雖モ明文ナキ以上敢テ異ル所アルヘカラサルカ故ニ本件養子縁組
 ノ届出ノ無効ナルコト復タ多言ヲ要セス(東京地方大正二年(タ)一四一號同年十二月十
 二日宮本裁判長推津、鶴峰各判事判決)

(二七一)

九八八 隱居者及ヒ入夫婚姻ヲ爲ス女戸主ハ確立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

隱居者カ確定日附アル證書ニ依リテ其財産ヲ留保セサルトキハ其財産ハ家督相
 續ニ因リ相續人ノ所有ニ歸スルモノトス

【判決事項】

被告訴人カ訴外岡安幸ハ於テ明治四〇年八月七日隱居ヲ爲シタルニヨリ其家督相
 續ヲ爲シタルコト及ヒ其後ニ至リ控訴人カ本訴ノ地所及ヒ建物ニ對シ賣買ニ因ル所
 有權移轉登記ヲ爲シタルコトハ當事者間争ヒナキ事實ナリ依テ本件保爭ノ地所及ヒ
 建物ハ幸ハノ留保財産ナリヤ否ヤナ案スルニ隱居者ハ確定日附アル證書ニ依リテノ
 ミ其財産ヲ留保スルコトヲ得ルコトハ民法第九八八條ノ規定スル所ナリ然ルニ幸ハ
 カ右不動産ニ付キ右ノ如キ留保ノ手續ヲ爲サリシコトハ控訴人ノ陳述スル所ナル
 ナリ以テ右不動産ハ幸ハノ留保財産ニアラスト認ム從テ右不動産ハ家督相續ニ因リ被
 控訴人ノ所有ニ歸シタルコト明カナリ然ラハ本件不動産ニ付テノ前示賣買ニ因ル所
 有權移轉登記ハ被控訴人ノ本件不動産ノ所有權ニ對スル侵害ナルヲ以テ控訴人ハ被
 控訴人ニ對シテ右登記ヲ抹消スルノ義務アルモノトス(東京控訴大正元年(ホ)第五一一
 號同三年十一月二十一日民三部松岡裁判長成道小川各判事判決)

【同趣旨學說判例】

一 昨年十一月二十六日大阪地方裁判所判決ニ依レハ家督相續人ニ對シテハ留保財産ニ關シ確定日附アル證書ヲ必要トセザル
 モノト爲スカ如キモ蓋シ限リ確定日附ナルモノカ第三者ノ爲メニ之ヲ必要トスルコトハ疑ナキヲ以テ(民四六七
 條二項五一五條民法四條等)本件ノ如ク留保ニ關シ當事者タルノ觀アル家督相續人ニ對シテ之ヲ必要トスト謂フハ一見奇ナル
 如シト雖モ元來隱居者カ財産ヲ留保スル行爲ハ常ニ單獨行爲ニシテ必スシモ家督相續人ニ對シテ其意思表示ヲナスヘキモノト
 セサルカ故ニ家督相續人ニ對シテモ確定日附ヲ必要トスルニアラサレハ隱居後隱居者カ擅ニ留保財産ノ證書ヲ作成シ其當時ヲ
 題記スルモ家督相續人ハ其詐欺ヲ證明スルコト能ハサルヲ通常トスルヲ以テ此點ニ於テハ少シモ第三者ト異ナル所ナシ否寧ロ
 第三者ナリト謂フモ不可ナキナリ故ニ之ニ對シテ確定日附ヲ要スルハ當然ナリトス(法學博士梅謙次郎氏法學志林三十七年第五

(一) 姓名 地所建物賣買登記抹消請求事件 (二) 訴訟關係人 控訴人岡安雪太郎訴訟代理人辯護士阪本生成岡本宏被控訴人岡安
 右審門訴訟代理人辯護士今井千代松

【反對判例】

九號四七頁)
二 隱居者カ相續財産ヲ留保スルニハ必ス確定日附アル證書ニ依ルヘキモノニシテ若シ此方式ヲ履マサルニ於テハ留保ノ効力ナシ從テ縱令隱居者ヨリ其財産ヲ買受ケタル者アリトスルモ其所有權ヲ取得セサルモノトス(明治四十一年六月二日東京控訴院判決)
三 隱居者カ其財産ヲ留保セントスルニハ確定日附アル證書ヲ以テノミ其意思ヲ表示スルニ因テ爲シ得ヘク他ノ方法ニ依ルコトヲ許サス(明治四十一年二年三日長崎控訴院判決)

(二七二)

一〇〇 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
四七八 債權ノ準占有者ニ爲シタル辨濟ハ辨濟者ノ善意ナリシトキニ限リ其効力ヲ生ス
債權者ヨリ債權取立ノ委任ヲ受ケ其債權證書ヲ所持シテ債務者方ニ至リ示談ノ末現金引換ヘニ其債權證書ヲ債務者ニ交付シ以テ濟方ヲナシタル場合ニ於テ債務者カ其代理人ニ和解及現金受領ノ權限アリト信シタルハ實ニ其權限アリト信スヘキ正當ノ理由アリタルモノニシテ其辨濟ハ本人ニ對シ固ヨリ有効トス
債權者ヨリ債權取立ノ委任ヲ受ケ其債權證書ヲ所持シテ債務者方ニ至リ示談ノ末現金引換ヘニ其債權證書ヲ債務者ニ交付シ以テ濟方ヲナシタル場合ニ於テ債務者カ其

【判決事項】

(一) 件名・貸金請求控訴事件(二) 訴訟關係人 控訴人小倉澤百平訴訟代理人辯護士金庭左八被控訴人淺川鹿三訴訟代理人辯護士芥川辰七郎

(二七三)

一七 左ノ場合ニ於テハ妻ハ夫ノ許可ヲ受クルコトヲ要セス
二 夫カ妻ヲ遺棄シタルトキ
夫カ妻ニ對シ夫タルノ本分ヲ盡ササリシノミナラス妻ヲ誣キテ囹圄ノ人タラシメント圖リ或ハ妻ヲシテ虐待ノ痛苦ニ堪ヘス他家ヘ寄食スルノ已ムナキニ至ラシメタル等ノ事實アルトキハ民法第一七條第二號ニ所謂妻ヲ遺棄シタルモノニ該當スルモノトス

控訴人トセイトハ氷炭相容レサル間柄トナリ恒ニ一家内ニ風波ノ絶間ナク紛擾ニ紛

代理人ニ和解及現金受領ノ權限アリト信スヘキ正當ノ理由アリタルモノニシテ其辨濟ハ本人ニ對シ固ヨリ有効ノモノナリトス本件控訴人カ控訴人ニ對スル債權取立ヲ訴外岡野不二ニ委任シ而テ同人ハ債權證書ヲ所持シテ控訴人方ニ至リ示談ノ末現金六十五圓ノ辨濟ヲ受ケ其債權證書ヲ控訴人ニ交付シタルコトハ乙第一號乃至第三號證及證人岡野不二三ノ供述ニ徴シ頗ル明瞭ナルヲ以テ縱令代理人岡野不二三ニ於テ和解ノ權限ナカリシモノトスルモ控訴人ハ其權限アリト信スヘキ正當ノ理由ヲ有スル代理人ニ己ニ業ニ辨濟ヲ了シタルモノナレハ其責任ハ被控訴人本人ノ負擔ニ歸スヘキハ勿論ナリ(前橋地方法大正三年(レ)第二號杉坂裁判長佐藤粕谷各判事判決)

擾ヲ重キ名義ハ夫婦ナルモ開ハ單ニ戸籍面上然ルノミ事實ハ互ニ仇敵ノ如ク相反且
セルコトハ動カスヘカラサル事實ニシテ其愛ニ至リタル原因ハ孰レノ行爲ニ胎胎シ
タリトスルモ控訴人ニ於テ毫モせいテ顯ミス夫タルノ本分ヲ盡ササリシコトハ右事
實ニヨリ條理上之ヲ推斷スルニ難カラサルノミナラスせいテ誣キテ圍圍ノ人タラシ
メント圖リ或ハせいテシテ虐待ノ痛苦ニ堪ヘス他家ニ寄食スルノ已ムナキニ至ラシ
メタル等ノ事實ニ徴シ一層明白ニシテ斯ル行爲ハ決シテ控訴人主張ノ如ク懲戒權ハ
行動ヲ以テ律スル能ハス加之右和解ノ旨趣ハ控訴人トせいトカ約諾シタル條項ヲ實
行スルコトニヨリテ同人等ハ協議離婚ノ届出ヲ爲スト謂フニ在ルヲ以テ控訴人カ爾
後せいトノ婚姻關係ヲ持續スルノ意思ヲ有セザリシコトヲ推測スルニ十分ナリトス
控訴人ノせいニ對スル前記ノ行爲ハ要スルニ民法第十七條第二號ニ所謂遺棄ニ該當
シ甲各號證及ヒ證人駒村勘藏ノ供述ヲ以テハ右認定ヲ覆スニ足ラス而シテ其後ニ於
テ同人間ニ何等事情ノ變更ヲ來シタリト認ムヘキ證左ナキニヨリ本件讓渡行爲ノ締
結セラレタル當時せいハ控訴人ノ許可ヲ要セサル狀態ニ在リタルモノト論斷スルヲ
得ヘキカ故ニ其旨ノ被控訴代理人ノ抗辯ハ理由アリ(浦和地方大正二年(レ)六四號同三
年二月十日森裁判長近判事判決)

【判決事項】

(一) 姓名 抵當權移轉登記抹消手續請求控訴事件(二) 訴訟關係人 控訴人永井行藏代理人辯護士今井千代松被控訴人北西ゆき訴訟
代理人辯護士新井要太郎

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

- (一) 神戸地方ニ於テハ油槽其他肥料ノ如キ商品ヲ多量ニ輸入賣買ヲ爲ス場合ニハ
賣主ハ契約セル全數量ヲ一時ニ引渡サスシテ其運送船ノ入船毎ニ數回ニ分チ
テ引渡スモ買主ハ之カ受取ヲ拒ムコトヲ得サル商慣習アリ
- (二) 商品ノ賣買契約カ買主ノ義務不履行ニ因リ解除セラレタルトキハ賣主ハ賣買
契約代金ト下落セル市價トノ差額ニ相當スル損害ヲ受クルモノナレハ買主ハ
右ノ損害ヲ賠償セサルヘカラス
- (三) 商行爲ニ因リテ生シタル債務ノ不履行ニ原因スル損害ニハ年六分ノ商法上ノ
遅延利息ヲ附スヘキモノトス

(一) 神戸地方ニ於テハ控訴人謂フカ如ク油槽其他肥料ノ如キ商品ヲ多量ニ輸入賣買
チナス場合ニハ買主ハ契約セル全數量ヲ一時ニ引渡サ、ルモ其運送船ノ入船毎ニ數
回ニ分チテ引渡スコトヲ得買主ハ之カ引取ヲ拒ムコトヲ得サル商慣習アルコトハ證
人アール、ピト、ダウイノ供述ニ依リ之ヲ認メ得ヘク本件當事者カ之ニ依ラサル意思ヲ

ルモノト認ムヘキトキハ其慣習ニ從フ
五四五第三項 解除權ノ行使ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ケス
四一五 債務者カ其債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲ササルトキハ債權者ハ其損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得債務者
ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ履行ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルトキ亦同シ
四一六 損害賠償ノ請求ハ債務ノ不履行ニ因リテ通常生スヘキ損害ノ賠償ヲ爲サシムルヲ以テ其目的トス
四一九第一項 金銭ヲ目的トスル債務ノ不履行ニ付テハ其損害賠償ノ額ハ法定利率ニ依リテ之ヲ定ム但約定利率カ
法定利率ニ超ユルトキハ約定利率ニ依ル
四〇四 利息ヲ生スヘキ債權ニ付キ別段ノ意思表示ナキトキハ其利率ハ年五分トス
商法二七六 商行爲ニ因リテ生シタル債務ニ關シテハ法定利率ハ年六分トス

有セシコトハ認ムヘカラサルヲ以テ各當事者カ此商慣習ニ依ルノ意思ヲ有セシモノト認ムルヲ得

(二) 本件カ商品ノ賣買ナルコトハ當事者双方カ商人ナルコトノ争ナキ事實ト甲一號證乃至甲五號證トニ徴シテ明白ナリ而シテ本件賣買契約ハ既ニ解除セラレタルコト前示ノ如クナルヲ以テ賣主タル控訴人ハ買主タル被控訴人ノ不履行ニ因リテ其賣買契約代金ト下落セル市價トノ差額ニ相當スル損害ヲ受クヘタ此損害ハ此ノ如キ賣買ニ於テ買主ノ不履行ニ因リテ通常生スヘキモノナレハ被控訴人ハ其差額ニ相當スル損害ヲ控訴人ニ賠償セサルヘカラス

(三) 本件ハ商人タル當事者間ニ爲サレタル商行爲ニ由リテ生シタル債務ノ不履行ニ原因シテ生シタル損害賠償ノ請求權ナルカ故ニ此要債權モ亦タ商行爲ニ因リテ生シタル債權ニ外ナラサルヲ以テ年六分ノ商法上ノ遅延利子ヲ付スヘキモノトス(大阪控訴大正二年(米)第一號第一六三號同三年十一月九日民三部多喜澤裁判長吉村佐藤各判事判決)

【判決事項】

(一) 件名 損害賠償請求事件(二) 訴訟關係人 控訴人エヌ、エム、エ、ブーナワラ訴訟代理人辯護士高倍權太郎被控訴人油谷重三訴訟代理人辯護士松本堅吾

(二七五)

六九五

和解ハ當事者カ互ニ讓歩ヲ爲シテ其間ニ存スル争ヲ止ムルコトヲ約スルニ因リテ其効力ヲ生ス

權利關係ノ存否ニ拘ハラズ紛争ヲ避クル爲メニ示談シ和解ニヨリテ争議ヲ解決

セント欲スルハ通常行ハルルトコロナルヲ以テ和解センカ爲メニ示談ノ申込アリシノ故ヲ以テ直ニ争ヒアル權利關係ノ存否ヲ承認シタルモノト爲スヲ得ス

證人副島圭三ハ原告カ請求ヲ減額スルニ於テハ示談ニ盡力スヘキ様證人ヨリ原告ニ申込ミタルコトアル旨證言スル處ナリト雖モ權利關係ノ存否ニ拘ハラズ紛争ヲ避クル爲メニ示談シ和解ニヨリテ争議ヲ解決セント欲スルハ通常行ハルル人情ニシテ和解センカ爲メノ示談ノ申込アリシノ故ヲ以テ直ニ争ヒアル權利關係ノ存否ヲ承認シタルモノト爲ス可カラサルノミナラス證人ノ爲シタル示談ノ申込ハ果シテ被告谷壽衛ノ依頼ニヨリ爲サレタリトノ證左ナキ本件ニ於テハ益該證言ハ事實未タ以テ如上ノ判示セル特約ニ對スル判定ヲ覆ヘスニ足ラス(東京地方大正二年(ワ)一四六三號同三年三月十六日池田裁判長細野霜山各判事判決)

【判決事項】

(一) 件名 貸金請求事件(二) 訴訟關係人 原告近藤英治訴訟代理人辯護士後藤徳太郎被告谷壽衛訴訟代理人辯護士近藤民雄

(二七六)

五二三

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

從來ノ消費貸借上ノ債務ノ元利ヲ合計シテ更ニ借用證書ヲ差入レタルニ止マル場合ハ單ニ債務者カ從來ノ債務ニ關シ利子ヲ元金ニ組入ルルコトヲ承諾シタルニ過キスト認ムルヲ妥當トシ未タ之ニヨリ從來ノ債務ヲ消滅セシメ新ナル消費貸借契約ヲ成立セシメタルモノト認ムル能ハス

當事者間ニ控訴代理人主張ノ如キ更改契約成立シタリヤ否ヤノ争點ヲ案スルニ甲第一號及ヒ甲第三號證ハ假リニ其成立ヲ是認スヘキモノトスルモ只控訴人カ被控訴人ニ對シテ從來有シ居リタル貸金米ノ元利ヲ計算シテ之ヲ證書ニ作成シタルコトヲ認メ得ルニ止マリ又當審證人平福昌窪田喜榮ノ各證言ニ依ルモ只毎年三月及ヒ八月ニ貸金米ノ元利ヲ合セ翌年ノ同時期ヲ返濟期トシテ借用證書ヲ更正スル地方慣習アルコトヲ認メ得ルニ止マルモノニシテ如斯只從來ノ消費貸借上ノ債務ノ元利ヲ合計シテ更ニ借用證書ヲ差入レタルニ止マル場合ハ單ニ債務者カ從來ノ債務ニ關シ利子ヲ元金ニ組入ルルコトヲ承諾シタルニ過キスト認ムルヲ妥當トシ未タ之ニヨリ從來ノ債務ヲ消滅セシメ新ナル消費貸借契約ヲ成立セシメタルモノト認ムル能ハサルモノトス故ニ以上ノ立證ニヨリテハ控訴人カ被控訴人ニ對シ控訴代理人主張ノ如ク從來ノ貸金米ノ債權ヲ有シ居リタリト假定スルモ尙控訴代理人主張ノ如ク更改ニヨリ新ニ本件消費貸借契約カ成立セルコトヲ認ムルニ足ラサルナリ(長崎控訴大正二年(ホ)第五四號同三年二月十九日谷岡裁判長淺沼松田各判事判決)

【判決事項】

(一件名) 貸金米並ニ立替金請求控訴事件(二)訴訟關係人 控訴人平正之訴訟代理人辯護士林榮三被控訴人中仲應訴訟代理人辯護士小川寅六

(二七七)

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為ハ無効トス

契約期間中廢休業ヲ爲ササルハ勿論身分ノ變動ヲ來スヘキ行為ヲ爲スコトヲ禁

シ若シ之ニ違背スルトキハ即時違約金ヲ支拂フヘキコトヲ約束セシムルカ如キハ人身ノ自由拘束ヲ目的トスルモノ即チ公秩良俗ニ背反スルヲ以テ無効トス

甲第一號證第四項並ニ第七項ノ約旨ニ徴スルトキハ本件契約ニ付右ナラエハ契約期間中廢休業ヲ爲ササルハ勿論身分ノ變動ヲ來スヘキ行為ヲ爲スコトヲ禁シ若シ之ニ違背スルトキハ即時違約金二百圓ヲ控訴人ニ對シ支拂ハサルヘカラサルコト明カナリ抑モ人ハ爲不爲ノ自由ヲ有シ法令ノ制限内ニ於テ自由ニ諸般ノ契約ヲ爲シ得ヘシト雖モ若シ其契約ニシテ公ノ秩序ニ悖リ善良ノ風俗ニ反スルニ於テハ最早其契約タルヤ法律上有効ニ成立スヘカラサルコト論テ俟タス本件ノ如ク契約期間中身分ノ變更ヲ絕對ニ禁止シ其違反ニ對シ違約金ヲ約束セシムルカ如キハ人身ノ自由拘束ヲ目的トスルモノニシテ即チ公秩良俗ニ背反シ其無効ナルコト勿論ナリトス既ニ契約ノ一部ニ付キ無効ナル以上前示認定ノ如ク不可分ナル本件契約ノ下ニ於テハ前記消費貸借關係モ法律上ノ効力ヲ生セサルコト論テ俟タサルニ依リ有效ナル契約ヲ前提トスル控訴人ノ本件強制施行ハ失當ナリ(長崎控訴大正三年(ホ)七號同年三月二十一日谷岡裁判長淺沼松田各判事判決)

【判決事項】

(一件名) 親權喪失請求控訴事件(二)訴訟關係人 控訴人渡邊リよ訴訟代理人堀之内松十郎被控訴人渡邊いし訴訟代理人辯護士工藤米藏

(二七八)

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為ノ當事者カ之ニ依ル意思ヲ有セ

ルモノト認ムヘキトキハ其慣習ニ從フ
 二五二 共有物ノ管理ニ關スル事項ハ前條ノ場合ヲ除ク外各共有者ノ持分ノ價格ニ從ヒ其過半数ヲ以テ之ヲ決ス但
 保存行爲ハ各共有者之ヲ爲スコトヲ得
 二六八 設定行爲ヲ以テ地上權ノ存續期間ヲ定メザリシ場合ニ於テ別段ノ慣習ナキトキハ地上權者ハ何時ニテモ其
 權利ヲ拋棄スルコトヲ得(但書略)
 地上權者カ前項ノ規定ニ依リテ其權利ヲ拋棄セザルトキハ裁判所ハ當事者ノ請求ニ因リ二十年以下ノ範圍内ニ於テ
 工作物又ハ竹木ノ種類及ヒ狀況其他地上權設定ノ當時ノ事情ヲ斟酌シテ其存續期間ヲ定ム
 民法施行法四四 民法施行前ニ設定シタル地上權ニシテ存續期間ノ定ナキモノニ付キ當事者カ民法第二六八條第二
 項ノ請求ヲ爲シタルトキハ裁判所ハ設定ノ時ヨリ二十年以上民法施行ノ日ヨリ五十年以下ノ範圍内ニ於テ其存續期
 間ヲ定ム
 地上權者カ民法施行前ヨリ有シタル建物又ハ竹木アルトキハ地上權ハ其建物ノ朽廢又ハ竹木ノ伐採期ニ至ルマテ存
 續ス
 地上權者カ前項ノ建物ニ修繕又ハ變更ヲ加ヘタルトキハ地上權ハ原建物ノ朽廢スヘカリシ時ニ於テ消滅ス
 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ノ土地カ使用スル者ハ地
 上權者ト推定ス
 民事訴訟法四八 左ノ場合ニ於テハ共同訴訟人トシテ數人カ共ニ訴ヲ爲シ又ハ訴ヲ受タルコトヲ得
 第一 數人カ訴訟物ニ付キ權利共通若クハ義務共通ノ地位ニ立ツトキ
 同五〇第一項 然レトモ總テノ共同訴訟人ニ對シ訴訟ニ關スル權利關係カ合一ニノミ確定ス可キトキニ限リ左ノ規
 定ヲ適用ス

(一) 土地共有者カ其土地ニ設定セラレタル地上權存續期間確定及ヒ地料増額請求
 ノ訴訟ヲ爲スコトハ共有物ノ利用ヲ 的トスル行爲ニシテ保存行爲ニ非サレ
 ハ各共有者ノ持分ノ價格ニ從ヒ其過半数ヲ以テ之ヲ決行スルコトヲ要スルモ
 ノトス」

地上權存續期間ノ確定及ヒ地料増額承認ハ土地共有者ノ全員ト共同地上權者

ノ全員ニ對シ法律關係カ合一ニノミ確定スルモノナリト雖モ斯ル場合ニ法律
 ハ被告タルモノヲ合スルコトヲ強制スルモノニアラス」

(二) 民法施行法第四四條第二項ハ建物ノ朽廢又ハ竹木ノ伐採期ニ至ル迄ヲ以テ地
 上權ノ存續期間ト定メタルモノニシテ存續期間ヲ定ムル標準ヲ示シタルモノ
 ニアラサレハ民法施行前ヨリ地上權者カ有スル建物ノ現存スル場合ニハ建物
 ノ朽廢又ハ竹木ノ伐採期ナル自然ノ事實ニヨリ其存續期間確定シ當事者ハ民
 法施行法第四四條第一項ニ基キ裁判所ニ對シ其存續期間ノ確定ヲ請求スルヲ
 得ス」

(三) 當事者カ存續期間ヲ定メスシテ地上權ヲ設定シタル後公租公課ノ増徴又ハ土
 地繁榮トナリタル場合ニ地主ヨリ地代ノ増額ヲ請求シタルトキハ地上權者カ
 之ヲ承認スヘキ義務アル慣習アルコトハ名古屋市ニ於ケル裁判上顯著ナル事
 實ニシテ當事者別段ノ定ヲ爲ササル以上ハ右慣習ニ依ルノ意思アルモノト推
 定スルヲ相當トス」

(一) 原告ハ本訴土地共有者ノ一人ニシテ被告七名ハ該土地ノ共同地上權者ノ一部ニ
 シテ全員ニアラサルコトハ原告ノ主張スル所ニシテ本訴請求ニ係ル地上權存續期間
 ノ確定及地料増額ハ共有物ノ利用ヲ目的トスル行爲ニシテ保存行爲ニアラサルニヨ
 リ各共有者ノ持分ノ價格ニ從ヒ其過半数ヲ以テ之ヲ決行スルコトヲ要シ各共有者單
 獨之ヲ專行スルヲ得サルコトハ民法第二五二條ノ規定ニヨリ明白ナリト雖モ原告カ

本訴地所ニ付七分ノ六ト七分ノ一ノ三分ノ一ノ持分ヲ有スルコトハ本訴土地登記簿
 謄本ノ記載ニヨリ原告カ本訴提起後他共有者二名ニ對シ本訴地上權存續期間ノ確定
 及地料增加請求ニ付決議ヲ爲スルカ爲メ集會ヲ爲スヘキ旨ノ通知ヲ發シ持分ノ過半數
 ナリテ之ヲ決議シタルコトハ甲第二號證ノ一乃至三ニヨリ認定スルニ難カラサルカ
 故ニ他ノ共有者ト共同セスシテ訴ヘル原告ノ本訴ハ結局相當ナリト云フヘク又本訴
 地上權存續期間ノ確定及地料増額承認ハ土地共有者ノ全員ト共同地上權者ノ全員ニ
 對シ法律關係カ合一ニノミ確定スルモノナリト雖モ斯ル場合ニ法律ハ被告タルモノ
 ナ合スルコトヲ強制セス地上權者ノ一部ニ對シ訴ヲ提起シ判決確定後更ニ他ノ者ニ
 對シ訴ヲ提起スルコトヲ妨ケサルカ故ニ被告ノ訴不適法ノ抗辯ハ其理由ナシ

(二) 民法施行法第四十四條第一項ハ民法施行前ニ設定シタル地上權ニシテ存續期間
 ノ定ナキモノニ付當事者カ存續期間指定ノ請求ヲ爲シタルトキ裁判所カ其存續期間
 ナ定ムヘキ標準ヲ示シタルモノナルヲ以テ斯ル場合ニ於テハ當事者ハ裁判所ニ對シ
 其存續期間ノ指定ヲ請求シ得ヘシト雖モ同條第二項ハ建物ノ朽廢又ハ竹木ノ伐採期
 ニ至ル迄ヲ以テ其存續期間ト定メタルモノニシテ存續期間ノ標準ヲ示シタルモノニ
 アラサルカ故ニ民法施行前ヨリ地上權者カ有スル建物ノ現存スル場合ニハ建物ノ朽
 廢又ハ竹木ノ伐採期ナル自然ノ事實ニヨリ其存續期間確定シ當事者ハ同條項ニ基ツ
 キ裁判所ニ對シ其存續期間ノ指定ヲ請求スルヲ得ス本訴原告ハ被告等ノ明治三十三
 年法律第七十二號ニ基ツキ建物所有ノ爲メ本訴土地ヲ使用シタルニヨリ地上權者ト
 推定セラレタル地上權ヲ有シ民法施行前ヨリ有シタル建物現存スルヲ以テ民法施行
 法第四十四條第二項ニヨリ地上權存續期間ノ確定ヲ請求スルモノナレトモ其存續期

間ハ右說示ノ理由ニヨリ建物ノ自然ノ朽廢ナル事實ニヨリ確定シ別ニ裁判所ニ於テ
 之ヲ指定スヘキモノニアラサルカ故ニ此點ニ關スル原告ノ請求ハ失當ナリ

(三) 當事者カ存續期間ヲ定メスシテ地上權ヲ設定シタル後公租公課ノ増徴又ハ土地
 繁榮トナリタル場合ニ地主ヨリ地代ノ増額ヲ請求シタル時ハ地上權者カ之ヲ承認ス
 ヘキ義務アル慣習アルコトハ名古屋市ニ於ケル裁判上顯著ナル事實ニシテ當事者間
 別段ノ定メナ爲サ、ル以上ハ右慣習ニヨルノ意思アル者ト推定スルヲ相當トス(名古
 屋地方大正二年(通)第二〇四號民一部谷裁判長余郷北條各判事判決)

【判決事項】

(一) 件名 地代増額並ニ地上權存續期間取定請求事件(二) 訴訟關係人 原告後藤甚助訴訟代理人辯護士青山鏡四郎被告水谷銀次郎
 外七名訴訟代理人辯護士藍川清成

(二七九)

六六七 組合契約ハ各當事者カ出資ヲ爲シテ共同ノ事業ヲ營ムコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ス
 六七八 各組合員ノ出資其他ノ組合財産ハ總組合員ノ共有ニ屬ス

各會員ニ於テ毎月少許ノ金員ヲ貯蓄シ之ヲ共同利殖スルヲ以テ目的トシ滿會ノ
 際ニハ請算ヲ遂ク利益ノ分配ヲ爲ス旨ヲ以テ組織セラレタル貯金會ハ民法上ノ
 組合ニ該當シ業務擔當者ハ業務執行者ナリト認ムルヲ相當トス

被控訴代理人ハ控訴人等ハ本件貯金會々則ニ從ヒテ滯リナク貯金ヲ爲シタル一定ノ
 會員換言スレハ消費寄託者ニ對シ自己ノ財産ヲ以テ拂戻ヲ爲ス義務アリト主張シ控
 訴代理人ハ之レヲ否認シ業務擔當者ハ貯金會ニ現存スル金圓ヲ限度トシテ拂戻ヲナ

スヘキモノニシテ自己ノ財産ヲ以テ拂戻ヲナスノ義務ナキ旨ヲ答辯シタリ依テ此點ニ付キ審案スルニ甲第五號證ノ一、二ニヨリ眞正ニ成立シタリト認ムヘキ甲第四號證及ヒ成立ニ爭ヒナキ甲第三號證(本件貯金會會則)中本會ハ各會員ニ於テ毎月少許ノ金員ヲ貯蓄シ之レヲ共同利殖スルヲ以テ目的トスル旨ノ規定滿會ノ際ニハ清算ヲ遂ケ利益ノ分配ヲ爲ス旨ノ規定義務擔當者ノ選任、辭任、除名、報酬金等ニ關スル規定ニ徴スルニ本件貯金會ハ控訴人等ノ經營セル事業ニアラスシテ民法上ノ組合ニ該當シ業務擔當者ハ業務執行者ナリト認ムルヲ相當トス(東京控訴大正二年(ホ)二一四號同三年三月二十三日江崎裁判長高橋住谷各判事判決)

【判決事項】

(一件名)貯金拂戻債權履行請求控訴事件(二)訴訟關係人 控訴人村上安太郎、土屋辰次郎、大野傳榮、小澁萬吉訴訟代理人辯護士板倉中、同遠山重義被控訴人麻生賢治訴訟代理人辯護士鈴木八郎)

二八〇

- 三七八 抵當不動産ニ付キ所有權地上權又ハ永小作權ヲ取得シタル第三者ハ第三八二條乃至第三八四條ノ規定ニ從ヒ抵當權者ニ提供シテ其承諾ヲ得タル金額ヲ拂渡シ又ハ供託シテ抵當權ヲ濫除スルコトヲ得
- 三八三 第三取得者カ抵當權ヲ濫除セント欲スルトキハ登記ヲ爲シタル各債權者ニ左ノ書面ヲ送達スルコトヲ要ス
 - 一 取得ノ原因、年月日讓渡人及ヒ取得者ノ氏名、住所、抵當不動産ノ性質、所在、代價其他取得者ノ負擔ヲ記載シタル書面
 - 二 債權者カ一ヶ月内ニ次條ノ規定ニ從ヒ増價競賣ヲ請求セザルトキハ第三取得者ハ第一條ニ掲ケタル代價又ハ特ニ指定シタル金額ヲ債權ノ順位ニ從ヒテ辨濟又ハ供託スヘキ旨ヲ記載シタル書面
 - 三八四 債權者カ前條ノ送達ヲ受ケタル後一ヶ月内ニ增價競賣ヲ請求セザルトキハ第三取得者ハ第一條ニ掲ケタル代價又ハ特ニ指定シタル金額ヲ債權ノ順位ニ從ヒテ辨濟又ハ供託スヘキ旨ヲ記載シタル書面
 - 三八七 抵當權者カ第三八二條ニ定メタル期間内ニ第三取得者ヨリ債務ノ辨濟又ハ濫除ノ通知ヲ受ケザルトキハ抵當不動産ノ競賣ヲ請求スルコトヲ得

抵當權者カ第三取得者ノ濫除ヲ承諾スルカ又ハ増價競賣ノ申立ヲ爲シタルモ其申立ヲ却下セラレタルトキハ第三取得者ハ遲滞ナリ濫除金ノ辨濟又ハ供託ヲ爲スコトヲ要シ若シ之ヲ怠リタルトキハ濫除ヲ爲スコトヲ得サルニ至ルモノトス」
 濫除金ノ供託ニ付テハ民法第四九四條ノ規定ニ依リ履行ノ提供其他ノ條件ヲ要スルモノニアラス」
 抵當權ハ濫除金ノ供託ヲ爲シタル時ニ於テ消滅スルモノナルヲ以テ爾後其抵當權ニ付テハ競賣ヲ許ササルモノトス」

抵當不動産ニ付キ所有權地上權又ハ永小作權ヲ取得シタル第三者アル場合ニ於テ此者カ抵當權ノ濫除ヲ爲スヤ否ヤカ確定セサル時ハ抵當權者ハ其ノ抵當權ノ實行ヲ爲スコトヲ得サルヲ以テ之レヲ速ニ確定セシムルコトニ付キ利益ヲ有スルモノトス是レヲ以テ民法ハ第三八二條ニ於テ抵當權者カ抵當權ヲ實行セントスル時ハ豫メ第三取得者ニ對シテ其ノ旨ヲ通知スヘキコトヲ命ジ第三八二條ニ於テ第三取得者ハ抵當權ノ濫除ヲナサント欲スル時ハ右通知ヲ受ケタル後一箇月内ニ抵當權者ニ對シ濫除ノ通知ヲ爲スヘク抵當權者カ右通知ヲ爲シタル後ニ抵當不動産ノ所有權地上權永小作權ヲ取得シタル第三者ハ他ノ第三取得者カ濫除ヲ爲シ得ル期間内ニ限り之ヲ爲シ得ルモノトシ又第三八三條ニ於テ濫除ノ通知ヲ爲シタル第三取得者ハ抵當權者カ一ヶ月内ニ増價競賣ノ申立ヲ爲ササル時ハ濫除金ヲ辨濟又ハ供託スヘキ旨ヲ規定シタリ斯ル規定ハ畢竟速ニ第三取得者カ濫除ヲ爲スヤ否ヤカ確定シ並ニ迅

速ニ滌除手續ヲ完了セシメントシテ設ケラレタルモノナルヲ以テ抵當權者カ第三取得者ノ滌除ヲ承諾スルカ又ハ増價競賣ノ申立ヲ爲シタルモ其ノ申立ヲ却下セラレタル時ハ滌除ノ通知ヲ爲シタル第三取得者ハ速ニ滌除金ヲ辨濟又ハ供託シテ滌除ヲ完了セシムルコトヲ要スルモノニシテ決シテ無制限ニ之ヲ遷延セシムルコトヲ得サルモノトス而シテ法律ハ滌除金ノ辨濟並ニ供託ニ付キ一定ノ期限ヲ定ムル所ナシト雖モ前示各法條ノ趣旨ヲ推究スル時ハ遲滯ナク之ヲ爲スコトヲ要スルモノニシテ若シ辨濟供託ヲ怠リタル時ハ滌除ヲ爲スナ得サルニ至ルモノト解セサル可ラス然レ共第三取得者ノ滌除ノ通知ヲ爲シタルニ對シ抵當權者カ増價競賣ヲ申立テ其ノ申立カ却下セラレタル場合ニ於テハ其ノ裁判ノ確定シタル事ヲ知ラサル第三取得者ハ滌除金ノ於テハ其實事ヲ知リタル時ヨリ遲滯ナク之ヲ爲スヘキモノナリト解セサル可ラス果シテ然リトセハ唯第三取得者カ長年月間増價競賣申立ヲ却下ノ裁判ナリタルコトヲ知ラザリシ時ハ或抵當權者ノ利益ヲ害スル事ナキヲ保シカタクシト雖モ斯ル場合ニ於テハ抵當權者ハ増價競賣申立却下ノ裁判アリタルコトヲ第三取得者ニ通知シ以テ其ノ不利益ヲ避ケ得ヘキヲ以テ相手方主張ノ如キ不都合ヲ生スヘキコトナキモノトス而シテ前記ノ如キ抗告代理人タル小久江美代吉ニ於テ大正二年九月十日頃増價競賣申立却下ノ裁判ノ確定ヲ知リタルコトヲ認メ得ヘク而モ其時期極メテ不明確ナリト雖モ抗告人ハ其後多數ノ日時ヲ經ルコトナク同年十一月廿一日滌除金ノ供託ヲ爲シタルモノナルヲ以テ遲滯ナク供託ヲ爲シタルト認ムルヲ得ヘシ尙右供託ハ民法第三百八十三條第三號ニ依リ爲シタルモノニシテ該供託ハ民法第四百九十四條供託ト

ハ其ノ趣旨ヲ異ニスルヲ以テ直ニ供託ヲ爲シ得ヘク之レカ供託ニ付キ履行ノ提供又ハ其他ノ條件ヲ要スルモノニ非ス蓋シ若シ右供託カ民法第四百九十四條ニ外ナラストセハ同條ニ依リ當然供託ヲ爲シ得ヘキヲ以テ特ニ第三百八十三條ニ於テ之カ規定ノ必要ナキモノト認ムヘシ然ルニ民法カ特ニ規定シタルハ滌除ノ通知ヲ爲シタル第三取得者ヲシテ辨濟ト供託トヲ其欲スル所ニ從ハシムルノ趣旨ニシテ即チ抵當權ニ付キ疑アルカ又ハ債權額ノ明瞭ナラサル場合其他數個ノ抵當債權アリテ其順位明ナラサル時ハ滌除金ヲ供託シ以テ後日二重拂ヲ爲ササルヘカラサル危險ヲ豫防セシムルニ外ナラサルモノトス然レハ相手方ノ抵當權ハ大正二年十一月廿一日抗告人カ滌除金ノ供託ヲ爲シタル時ニ於テ滌除セラレ消滅シタルヲ以テ爾後抵當權ニ付テハ競賣ヲ許ササルモノニシテ原裁判所ノ爲シタル競賣手續開始ノ決定モ亦競賣ノ準備手續ナルヲ以テ既ニ競賣ヲ許ササル以上之レヲ取消スヘキモノト謂フヘク且ツ原裁判所カ該開始決定ノ取消ヲ求メタル異議ノ申立ヲ却下シタルハ正當ナラサルヲ以テ該決定ハ之レヲ廢棄スヘキモノトス(東京地方大正三年(ソ)第一〇三二號同年十二月二十五日民四部名川裁判長五明日下各判事決定)

【決定事項】
 (一) 一件名不動産競賣手續開始決定ニ對スル異議申立事件(二) 訴訟關係人〇抗告人尾張屋信託株式會社決定代理人取締役峰島茂兵衛代理人辯護士小久江美代吉相手方會社山本銀行法定代理人無限責任社員山本文太郎代理人辯護士佐藤重之

【參照學說】
 一 「辨濟又ハ供託」ト云ヘリ果シテ如何ナル場合ニ辨濟ヲ爲シ如何ナル場合ニ供託ヲ爲スヘキカ蓋シ第三取得者ニシテ債權者ノ權利ヲ信認スルトキハ直チニ其提供シタル金額ノ全部ヲ辨濟スルモノ可ナリ唯或ハ債權額ニ差違アル者或ハ優先ノ順位ヲ誤リタル者等アルトキハ第三取得者ハ二重ニ全部又ハ一部ノ辨濟ヲ爲ササルヘカラサルノ危險アリ故ニ若シ第三取得

者ニシテ債権者ノ権利ニ多少ノ疑ナキ自ラ一切ノ責任ヲ負フコトヲ欲セザレハ其提供シタル金額ノ全部ヲ供託シテ可ナリ然レトモ通常ハ權利ノ尤モ明確ナル債権者ニハ直チニ辨濟ヲ爲スヘク權利ノ稍々疑ハシキ債権者ニ對シテノミ特ニ供託ヲ爲スヘキカ(法學博士梅謙次郎氏民法要義卷之二物權編五一六頁)

二 若シ其權利ニ多少ノ疑ナキニ重ニ辨濟ヲ爲ス危險アリトセハ其提供シタル金額ヲ供託スルコトヲ得是法文ニ「辨濟又ハ供託云々」トアル所以ナリ然レドモ告知ヲ受ケタル債権者ハ第三取得者ノ提供ヲ承諾スルカ又ハ之ヲ拒絶スルカ二者其一ヲ選ハサルヘカラス若シ債権者ニ於テ其提供ヲ承諾セハ此ニ兩者間ニ一ノ黙約成立シ第三取得者ハ其債権者ニ對シテ提供シタル金額ヲ辨濟スルカ又ハ之ヲ供託スル義務ヲ負フモノトス但此債務ハ依然第三取得者ノ資格ニ於テ之ヲ負フモノニシテ兩者間ニ更改アリタルニハ非ス此辨濟又ハ供託ニ依リ消除ノ始メテ完了スルモノニシテ其實アルマテハ抵當權ノ消滅ヲ來スコトナシ提供ノ承諾ハ唯債権者ニ對シテ不動產ノ價格ヲ確定スルニ過キス即チ消除ノ手續ヲ終結スルニ止マリ直ニ抵當不動產ノ負擔ヲ免レシムル結果ヲ生スルモノニ非サルナリ(法學博士富井博氏民法原論第二卷物權下五七三頁)

三 第三取得者カ提供金額ヲ債権ノ順位ニ從ヒ債権者ニ辨濟シ又ハ之ヲ供託スルト同時ニ抵當權ハ全ク消滅ニ歸スヘキモノトス而シテ提供金額ノ優先權ノ順位ニ付キ債権者間ニ爭アル場合債権者カ提供金額ヲ受取ルコトヲ拒ミタル場合又ハ債権者ノ辨濟期カ到來セサル場合ニ於テ之ヲ爲スモノトス又提供金額カ一旦確定シタル場合ト雖トモ第三取得者カ債権者ノ請求ニ應ジテ辨濟又ハ供託ヲ爲ササルトキハ抵當權者ハ抵當權ノ實行ヲ爲スコトヲ得ヘシ(法學博士横田秀雄氏物權法八三二頁)

六〇一 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

地主ト借地人トノ間ニ公租公課ノ増加土地ノ繁榮地價ノ騰貴等アルモ地代値上ヲ爲ササル特約アリタル場合ニ於テハ此等ノ事情力漸ヨ以テ進ミ通常ノ發達ノ程度ニ過キサルトキハ地主ハ借地人ニ對シ地代ノ値上ヲ請求スルコトヲ得サルモ地價カ十八倍ニ騰貴シ公課モ十餘倍ニ上リタルカ如キ特別ノ發達ヲ爲シタルトキハ地主ハ一般慣習ニ依リ相當額ノ地代値上ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノトス

控訴代理人ハ本件當事者間ニハ明治三十八年四月ヨリ同五十二年四月ニ至ル十五年ハ五年毎ニ遞次一定ノ値上ヲ爲スヘキ特約アリ此特約ハ地代値上ニ關スル一般慣習ニ從ハサルノ趣旨ヲ包含スルモノナルヲ以テ慣習ニ基ク本訴ハ失當ナル旨抗辯シ乙第一號證ノ一乃至三ヲ以テコレカ立證ニ供スルモ證人小澤銀十郎ハ原審ニ於テハ當事者間ニ乙第一號證ノ如キ借地料値上ニ關スル契約ノ成立セシヲ知レリ當時其案ヲ見テ關係辯護士宮本五朔ニ對シ將來著ルシク土地繁榮ニ赴キ地租増加シタル等ノ場合ニハ如何ニナルヘキヤト問ヒシニ同氏ハ斯ル場合ハ契約以外ニ地代ヲ増加シ得ヘキモノニシテ東京市ノ一般慣習ニ從フノ趣旨ナリ而シテ慣習ニ從フヘキ旨ヲ證書ニ記載スルト否トハ其效力ニ於テ同一ナリト云ヒ居リタリ即チ右契約ハ適當ノ場合ノ値上ノ方法ニシテ非常ノ場合ニハ之ニ羈束セラレズト聞キ居リタリ戰時稅ノ如キモ特別ノ者ナリシ故特ニ借地人ヲシテ之レヲ負擔セシメタリトノ旨ヲ證書シ證人關中敬モ原審ニ於テ乙第一號證ノ一乃至三ハ被控訴人家カ借地人ヨリ差入レシメタル土地賃借ノ契約證ナリ該證ニハ借地料値上ノ割合ヲ定メラレアルカコレ普通ノ場合ノ契約ニシテ特別ノ場合ハ之レニ拘束セラレサルナリ故ニ急速ニ土地カ繁榮ニ赴クカ公租公課カ増徴セラレル爲メ地主カ借地人ニ對シ地代ヲ値上レ得ルノ慣習ハ固ヨリ排除セサル意思ナリシトノ旨ヲ證書シ執レモ信憑スルニ足ラナシ以テ當事者間ノ乙第一號證ノ契約ハ公租公課ノ増加土地ノ繁榮地價ノ騰貴等ガ漸チ以テ進ミ通常ノ發達ノ程度ニ過キスト認メ得ヘキ場合ニノミ遵守セラレヘキモノニシテ其羈束力ナキ者ト認ムルヲ相當トス而シテ前示ノ如ク地價カ十八倍ニ騰貴シ公課モ十餘倍ニ上リ土地繁榮ノ度モ著シク加ハリシ本件ノ場合ハ之レヲ特別ノ發達ト認ムヘキモノナルヲ

【判決事項】

以テ此場合ニハ右契約ハ竊東力ナク從ツテ一般慣習ニ依ルヘキモノトス(東京控訴大正二年(ホ)四〇五號同三年三月十九日松岡裁判長成道高橋各判事判決)

(一件名)地代値上請求控訴事件(二)訴訟關係人 控訴人寒澤振作同杉山文悟同豊崎信訴訟代理人辯護士佐藤有恭被控訴人松平頼孝訴訟代理人辯護士川島仔司同水野豊

(二八三)

七七八

婚姻ハ左ノ場合ニ限り無効トス
一 人進其他ノ事由ニ因リ當事者間ニ婚姻ヲ爲ス意思ナキトキ
人事訴訟手續法二 夫婦ノ一方カ提起スル婚姻ノ無効又ハ取消ノ訴ニ於テハ其配偶者ヲ以テ相手方トス
第三者カ提起スル前項ノ訴ニ於テハ夫婦ヲ以テ相手方トシ夫婦ノ一方カ死亡シタル後ハ其生存者ヲ以テ相手方トス
(第三項乃至第五項略)

(一) 甲ト乙ノ配偶者タリシ亡丙トハ血族ノ五等親ニ該當シ又甲家ハ丙家ニ對シ本家タル關係ヲ有スルトキハ甲ハ乙丙間ノ婚姻ニ付キ其無効ヲ確定スルノ利益ヲ有スヘキヤ勿論ナルカ故ニ婚姻無効確定ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルモノトス

(二) 婚姻當事者ノ年齢四十歳女ハ十七歳ナルトキハ年齢相應セサル觀アリト雖モ此一事ノミヲ以テハ當事者間ニ婚姻ノ意思ナカリシ事實ヲ認メ難シ

(一) 被控訴人ハ控訴人ニ於テ本件ノ訴訟ヲ提起スルノ權利ヲ有セサル旨抗辯スルカ故ニ先ツ此點ニ付キ案スルニ甲第一乃至第三號證ト原審ノ證人掛川幸次郎ノ「建石今ノ父即チ被控訴人ノ配偶者亡三歳ハ三代目三歳ニシテ元ト金藏ト呼ヒ又其先代三歳

【判決事項】

至當ノ判決ナリト信ス

(一件名)婚姻無効請求事件(二)訴訟關係人 控訴人建石要造訴訟代理人辯護士上原龜造同吉村朝郎被控訴人建石きつ訴訟代理人辯護士ト部喜太郎

(二八三)

三三九第二項

無主ノ不動産ハ國庫ノ所有ニ屬ス
地租改正處分ニ依リ或土地カ官有ニ編入セラレタルトキハ縱令行政機關カ自由裁量ヲ誤リ官有ニ編入スヘカラサル私人所有ノ土地ヲ官有ニ編入シタル場合ト

雖モ其處分ハ行政處分タルノ效力ヲ生シ私人ノ所有權ハ消滅シテ國力原始的ニ所有權ヲ取得スルモノトス

地租改正處分ハ明治六年太政官布告第二七二號其他ノ法規ニ基キ行政機關カ爲シタル公法上ノ行爲ナレハ地租改正處分ニ依リ或土地カ官有ニ編入セラレタルトキハ縱令行政機關カ自由裁量ヲ誤リ官有ニ編入スヘカラサル私人所有ノ土地ヲ官有ニ編入シタル場合ト雖モ其處分ハ行政處分タルノ效力ヲ生シ私人ノ所有權ハ消滅シテ國力原始的ニ所有權ヲ取得スヘキモノナリ此事タルヤ國有土地森林原野下辰法第一條第四條ノ解釋ニ關スル當院明治三十七年(オ)第七八號同年四月二十日ノ判決明治三十七年(オ)第二〇五號同年五月十三日ノ判決ノ趣旨ニ於テモ是認セラレル所ナリ此趣旨ハ同法ニ依リ下辰ヲ申請シ得ヘキ適格者ノ何人ナルヤニ依リテ異ル所ナシ上告人ハ明治七年太政官布告第一二〇號ヲ引用シテ云爲スル所アルモ同布告ハ租稅ノ賦課ニ便セシメ地所ノ名稱區別ヲ明カニシタルニ過キス地租改正處分ニ依ル所有權ノ歸屬ニ關スル規定ニアラサルヲ以テ之ニ依リテ地租改正處分ニ依ル官有編入處分ヲ國力シテ所有權ヲ原始的ニ取得セシムルカ將タ承繼的ニ取得セシムルカナ律シ難シ又上告人ハ私權ノ尊重スヘキコト憲法及ヒ正義ノ上ヨリ云爲スル所アルモ地租改正處分カ公法上ノ行爲ナルコト前示ノ如クナリトセハ其處分ノ擅ニ私權ヲ蹂躪スルモノニアラサルハ明白ナレハ此所論モ亦採用シ難シ仍テ上告ハ理由ナシ(大審院大正三年(オ)第五七號同年十二月十九日民一判決)

【判決事項】

(一)主文 上告棄却(二)原審 名古屋控訴院(三)件名 土地返還請求事件(四)訴訟關係人 上告人木村忠兵衛訴訟代理人辯護士奥田大治同平堀健助同戸水寛人被上告人愛知縣名古屋市訴訟代理人辯護士原嘉道

一九三 前條ノ場合ニ於テ占有物カ盜品又ハ遺失物ナルトキハ被害者又ハ遺失主ハ盜難又ハ遺失ノ時ヨリ二年間占有者ニ對シテ其物ノ回復ヲ請求スルコトヲ得

民法第一九三條ニ所謂盜品トハ窃取セラレ若クハ強奪セラレタル物ヲ謂ヒ遺失物トハ偶然占有ヲ失ヒ所在不明トナリタル物ニ限ラルモノニシテ他人カ置去リタル物ニ對シ占有ヲ始メタルカ如キ場合ハ其適用ヲ受ケサルモノトス

被告ハ民法第九十二條ノ要件ヲ具備シテ該物件ノ占有ヲ始メタルモノナレハ其所有權ヲ取得シタルモノト謂ハサルヘカラス尤モ民法第九十三條ニ依レハ右第九十二條ノ場合ニ於テ占有物カ盜品又ハ遺失物ナルトキハ被害者又ハ遺失主ハ其回復請求權ヲ有スルモノナレトモ茲ニ所謂盜品トハ竊取セラレ若クハ強奪セラレタル物又ハ遺失物トハ偶然占有ヲ失ナヒ所在不明トナリタル物ニ限ラレ他人カ置去リタル物ニ對シ占有ヲ始メタル如キ場合ハ本條ノ適用ヲ受クヘキモノニアラス故ニ河本彦次郎カ原告ヨリ貸借セル物件ヲ置去リタル後岩田莊吉カ正當ノ權利ナキニ拘ラス該物件ヲ自己ノ所有物ナリトシテ之ヲ被告ニ賣渡シ其引渡ヲ了ヘタルモノナリトスルモ原告ハ民法第九十三條ノ保護ヲ受ケ得ヘキモノニアラス(大阪地方大正三年(ワ)三二〇號古川裁判長淵上、西原各判事判決)

【判決事項】

【參照學說】

(一) 件名 動産返還請求事件(二) 訴訟關係人 原告西口勇治郎訴訟代理人辯護士木村敦壽被告川合英太郎訴訟代理人安井鹿士

一 盜品トハ強盜竊ニ因リテ占有ヲ奪ハレタル動産ヲ謂ヒ詐欺又ハ背信行為ニ原因スルモノハ之ヲ包含セズ(法學博士富井政章氏民法原論第二卷物權下七〇五頁)

遺失物トハ占有者カ自己ノ意思ニ依ラズ又他人ヨリ奪ハレタルニ非スレテ偶然占有ヲ失ヒタル動産ヲ謂フ一例ヲ示サハ路上ニ取落シタル物ノ如キ是ナリ故ニ遺失物ハ遺棄物ニ相異ナリテ無主物ニ非ス又盜品トモ區別スヘキモノトス(一九三條)然リト雖モ占有ヲ失ヒタル者ハ必スシモ其物ノ所有者タルコトヲ要セス(三十二年三月法律八七號遺失物法一條獨九六五條九七三條)又占有ノ喪失カ其疎虞ニ出テタルト他ノ出來事ニ起因スルトノ如キモ之ヲ問フコトヲ要セサルナリ但現行ノ遺失物法ニ於テハ他人カ誤テ占有シタル物他人ノ店舖其他ノ場所ニ置去リタル物及ヒ逸走シタル家畜ハ之ヲ純然タル遺失物ト見シテ遺失物ニ關スル法規ヲ準用スルコトト爲セリ(同上物權上一二六頁)

二 盜品中ニハ單ニ強盜竊ノ贓物ノミヲ包含スルモノニシテ委託物費消詐欺取財其他ノ犯罪ニ關スル物件ハ其中ニ包含セズ蓋シ此等ノ場合ニ於テハ所有者ハ任意ニ其所有物ノ占有ヲ他人ニ移轉シタルモノニシテ盜難遺失ニ於ケルカ如ク意思ナクシテ占有ヲ失ヒタルモノニアラサルヲ以テナリ……又遺失物中ニハ所有者カ其過失ニ因リテ占有ヲ失ヒタル物品ハ勿論天災地變ニ因リ占有者カ意思ナクシテ占有ヲ失ヒタル物品ヲモ包含スルモノトス(法學博士横田秀雄氏物權法第十二版二〇三頁)

三 盜品トハ竊取セラレタル物及ヒ強奪セラレタル物ヲ併稱ス遺失物トハ偶然占有ヲ失ヒ所在不明トナリタル物ヲ云フ(法學博士中島玉吉氏民法釋義卷之二上一九一頁)

四 盜品ハ強盜竊ノ行為ニ因リテ真正權利者又ハ占有者ノ意思ニ反シテ其占有ヲ離レタル動産ナリ故ニ相手方ノ詐欺取財其他背信行為ニ因リテ任意ニ真正ノ權利者又ハ占有者ノ占有ヲ離レタル動産ハ茲ニ所謂盜品ニ屬セズ……遺失品ハ強盜竊以外ノ行為ニ因リテ不任意ニ最後占有者ノ意思ニ反シテ其占有ヲ離レ且該占有者カ其所在ノ場所ヲ知ラサル動産ナリ故ニ最後ノ占有者ノ意思又ハ天災其他不可抗力ニ因リテ紛失シタル動産及ヒ運送人又ハ差出人ノ錯誤ニ因リテ受取人又ハ差出人ニ交付スルコト能ハサル動産ハ遺失品タリ例ヘハ洪水ノ爲メニ紛失シタル動産又ハ運送人カ受取人ノ氏名及ヒ差出人ノ氏名ヲ表示セル木片ヲ紛失シ爲メニ受取人又ハ差出人ニ交付スルコト能ハサル動産ノ如シ(法學士松岡義正氏民法論物權上冊一八四頁)

(二八五)

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以外ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス
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) 強制執行又ハ競賣法ニヨリ競賣手續ニ於テ競落ニヨリテ競賣ノ目的タル家屋ノ所有權ヲ取得シタルモノハ未タ直ニ其占有權及ヒ該家屋ノ敷地ニ關スル使用權ヲ得タルモノト謂フヲ得ス故ニ競落許可ノ決定ニヨリ競賣家屋ノ所有權カ競落人ニ移轉スルトキハ競賣家屋ノ所有者タリシモノハ競落人ニ對シ該家屋ノ引渡保管其他敷地ニ關スル借地權ノ設立又ハ移轉等賣主ト同一ノ義務ヲ負擔スルモノトス

(二) 保證債務ハ主タル債務ト附從的關係ニアリテ之レト其運命ヲ共ニスルモノナルヲ以テ主タル債權ノ讓渡ナクシテ從タル債權ノミノ讓渡ヲ認ムルヲ得サルモノトス

主タル債務者ニ讓渡ノ通知ナク從テ其讓渡ヲ主タル債務者ニ對抗シ得サル場合ニ於テハ保證人ハ未タ主タル債權ノ讓渡ナキヲ主張シテ保證債務ノ履行ヲ免ルルコトヲ得ルモノトス

保證力連帶保證タル場合ニ於テモ保證人ハ連帶債務者ノ如ク獨立ノ債務ヲ負擔スルモノニアラサルヲ以テ前述ノ理論ニ異ナル結果ヲ生セサルモノトス

民事訴訟法六八六 競落人ハ競落ヲ許ス決定ニ因リテ不動産ノ所有權ヲ取得スルモノトス
競賣法二 競買人ハ競落ニ因リテ競賣ノ目的タル權利ヲ取得ス
同三三 競落人ハ競落ヲ許ス決定カ確定シタル後直チニ代價ヲ裁判所ニ支拂フコトヲ要ス此場合ニ於テハ裁判所ハ其裁判ノ謄本ヲ添ヘ競落人カ取得シタル權利ノ移轉ノ登記ヲ管轄登記所ニ囑託スヘシ

(一) 凡ソ強制執行又ハ競賣法ニヨル競賣手續ニ於テ競落ニヨリテ競賣ノ目的タル家屋ノ所有權ヲ取得シタルモノハ未ダ直ニ其占有權及ヒ該家屋ノ敷地ニ關スル使用權ヲ得タルモノト謂フナ得サルヤ明カナリ競落許可ノ決定ニヨリ競賣家屋ノ所有權カ競落人ニ移轉スル時ハ競賣家屋ノ所有者タリシモノハ競落人ニ對シ該家屋ノ引渡保管其他敷地ニ關スル借地權ノ設立ハ移轉等賣主ト同一ノ義務ヲ負擔スルニ至ルモノト解スヘキモノトス而シテ競賣家屋ノ所有者カ敷地ノ所有者ト異リ該家屋ノ所有者ノ有シタリシ借地權カ讓渡禁止ノ賃借權ナル場合ニ於テハ其借地權ヲ家屋競落人ニ移轉スルコト能ハサル結果トナルモ競落人ニ對シ其借地權ノ内容タル土地ノ使用ハ之レヲ許容スルノ義務アルモノト謂ハサルヘカラス本件ニ於ケル競賣家屋ノ所有者タリシ佐藤好松カ右家屋所有ノ爲メ峯島こうニ對シ有シタル敷地ノ賃借權ハ轉貸禁止ノ特約アリタル者ナルヲ以テ右佐藤好松ハ右家屋ノ敷地借地權ニ基キ競落人タル大内初吉ニ該敷地ノ任意使用ヲ許容シタル者ナルコト原審證人佐藤好松大内初吉ノ各證言ニ徴シテ明カナリ果シテ然ラハ大内初吉ハ前記家屋ノ敷地使用ヲ事實上許容セラレタルニ止マリテ自ラ何等ノ借地權ヲ有セス全ク第三者ノ地位ニアリタルモノト謂ハサルヘカラス

(二) 債權ノ讓渡ヲ保證債務者ニ對抗スルニハ主タル債務者ニ其通知ヲナスコトヲ要シ保證債務ハ主タル債務ト附從的關係ニアリテ之レト其運命ヲ共ニスルモノナレハ主タル債權ノ讓渡ナクシテ從タル債權ノミノ讓渡ヲ認ムルコト能ハサルコト蓋シ疑ナキ所ナリ而シテ保證債務者ニ對スル債權讓渡ノ通知ハ主タル債權ニ付キテハ主タル債務者ニ讓渡ノ通知ナク從テ其讓渡ヲ主タル債務者ニ對抗シ得サル場合ニ於テハト謂ハサルヘカラス

保證人ハ未ダ主タル債權ノ讓渡ナキコトヲ主張シテ保證債務ノ履行ヲ免カレルコトヲ得ルモノト謂ハサルヘカラス而シテ保證が連帶保證タル場合ニ於テモ保證人ハ連帶債務者ノ如ク獨立ノ債務ヲ負擔スルモノニアラサルヲ以テ前述ノ理論ニ異ナル結果ヲ生スル謂レナキモノトス(東京地方大正三年(レ)一四六號同年十月二日渡邊裁判長 細野霜山各判事判決)

【判決事項】

(一) 件名 代位辨濟ニ因ル求償金請求控訴事件(二)訴訟關係人 控訴人祖母井駒太郎被控訴人村松和三郎訴訟代理人辯護士永尾茂

(二八六)

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

當事者間ノ契約ニヨリ二箇ノ金錢給付債務ヲ一括シ其給付ノ目的物ニ付キ更ニ一個ノ消費貸借關係ヲ成立セシメ得ヘキコト固ヨリ法律上支障ナク尙ホ關係者一同ノ契約ニ因リ債務者以外ノ者ヲ其債務關係ニ加入セシメ債務者ト相並ヒテ之ト同一ノ債務ヲ負擔セシメ得ヘキコト是亦法律上許容セララルトコロトス

本件ノ如ク當事者間ノ契約ニヨリ二箇ノ金錢給付債務ヲ一括シ其給付ノ目的物ニ付キ更ニ一個ノ消費貸借關係ヲ成立セシメ得ヘキコト固ヨリ法律上支障ナカルヘク尙關係者一同ノ契約ニヨリ債務者以外ノ者ヲ其債務關係ニ加入セシメ債務者ト相並ヒテ之レト同一ノ債務ヲ負擔セシメ得ヘキコト是レ亦法律上許容セララルトコロトナリト解スヘキヲ以テ本件ノ場合ニ於テハ控訴人ハ債務者西脇忠教ノ負擔セル債務ト同

一原因内容ヲ有スル債務ヲ負擔スルニ至リタルモノト認定セサルヘカラス蓋シ控訴人ハ訴外西脇忠教カ被控訴人ニ對シ負擔セル債務ノ效力ヲ確保スルカタメ本件消滅貸借關係ニ加入シ右西脇忠教ト相並ヒテ被控訴人ニ對シ該消費貸借上ノ債務ヲ負擔シタルモノト認ムヘキカ爲メナリ(東京控訴大正二年(ホ)一七三號同三年六月十六日須賀裁判長滿田住谷各判事判決)

【判決事項】

乙(一件名 貸金請求控訴事件)二訴訟關係人 控訴人馬場與八訴訟代理人辯護士平渡信被控訴人大森佐七郎訴訟代理人辯護士赤松

【參照判例】

當事者相互間ニ於テ既ニ金錢其代ノ代替物ノ給付ヲ目的トスル債務カ存在スル場合ニ當事者カ之ヲ消費貸借ノ債務ニ變更スルハ毫モ妨ナク既存ノ債務カ消費貸借ニ基クテ其他ノ原因ニ基クテハ之ヲ問フテ要セス(大審院民事判決錄大正二年(一頁))

我國ニ於テ日出日没ヲ以テ晝夜ノ分界トセルハ明治五年太陽曆採用以後ノ事ニ屬シ其以前ニアリテハ明六ツ暮四ツ即チ夜明日暮ヲ以テ晝夜ヲ分ツ標準トセルモノナルヲ以テ契約書ニ記載シタル晝夜ノ別ハ其當時ノ曆法ニ準據シテ決スヘキモノトス

本件當事者各自ノ用水使用權ノ範圍ハ享保十五年以來甲第一號證申渡書ノ趣旨ニ從ヒ決定セラルヘキモノニシテ其爭點ハ專ラ同證書ノ解釋如何ニ存シ即チ原告ハ同證ニ所謂晝ノ水夜ノ水トハ今日ノ夜明日暮ヲ境トシ區別セラル、モノナリト主張スル

對シテ被告ハ日出日没ヲ標準トナシテ晝夜ヲ分ツヘキモノナリト主張セリ仍テ之レヲ棄究スルニ當テ於テ此點ニ付鑑定ヲ命ジタル文學博士黒板勝美ノ鑑定ニハ卯酉ノ六ツ時ヲ夜明日暮トシ之レヲ以テ晝夜ヲ分ツノ觀念ハ徳川時代以前ヨリ既ニ發達セシカ徳川時代ニ入り貞享曆ノ頒布アルニ至リテ正確ニ日出日没ヲ計算シテ之ヲ標準トシ之ニ日出前ニアリテハ二刻半(今日ノ三十六分)ヲ過キタル時ヲ酉刻若クハ暮六ツトスルニ定メラレタリ而シテ享保十五年假名曆ニハ晝夜ニ日出日没ヲ標準トスル者ト夜明日暮ヲ標準トスル者ト二様ノ記載アルモ元文五年(享保十五年ヨリ十年後)頒行曆ノ前文ニ世俗一晝夜ヲ云フハ明六ツナ一日ノ初メトシ次ノ明六ツ迄ヲ終リトス云々トアルニヨリ之ヲ觀レハ甲第一號證成立當時享保十五年ニアリテハ晝夜ノ區別ハ明六ツ暮六ツヲ境トセルヲ知ルヘシ依テ甲第一號證寫ノ晝夜ノ意義ハ同證書記載年度享保十五年頃ニ頒行セラレ居タル假名貞享曆ニ掲ケタル明六ツ暮六ツヲ境トシタルモノトス即チ日出前二刻半ヲ明六ツ日没後二刻半ヲ暮六ツトシ之ヲ境トシタルモノニシテ大體今日ノ夜明日暮ニ近カ、リシモノナリ又同證書中卯ノ上刻トハ右明六ツ時ヲ指シタルモノナリト説述シ同鑑定人平山清次ハ徳川時代ノ時刻法ニ二種アリ一ハ曆面ニ記載サレタルモノ(假リニ曆時ト名ク)一ハ民間ニ行ハレタルモノ(假リニ俗時ト名ク)ナリ曆時ハ曆ノ二十四氣土用日月蝕ノ時刻ヲ記スニ用ヒタルモノニシテ晝夜ノ長短ニ關セス俗時ハ弘ク民間ニ行ハレタルモノニシテ夜明日暮ヲ標準トシ氣節ニ應シ時間ニ伸縮アルモノナリ曆時ト俗時トハ通常其記法ニヨリ區別スルコトヲ得又晝夜ノ別ニ二法アリ一ハ日出ヨリ日入迄ヲ晝トシ一ハ明六ツヨリ暮六ツ迄ヲ晝トス貞

享曆書ニ天之晝夜以日出沒爲分人之晝夜以昏明爲限トアリ昏明トハ暮六ツ明六ツヲ謂フ俗時ハ呼フニ上刻、中刻、下刻ノ稱ヲ用ヒ曆時ハ之ヲ用ヒス又其ノ上中下刻ノ唱方ニ一方アリ一ハ假令ハ七ツ半時ヲ卯上刻六ツ時ヲ卯中刻トシ一ハ六ツ時ヲ卯上刻六ツ半時ヲ卯中刻トス甲第一號證ニ記載セル丑中刻寅下刻卯上刻辰中刻等ノ記法ハ所謂俗時ノ記法ニシテ曆時ノ記法ニ非ラス隨テ其俗時ヲ示スモノナルコト明ラカナリ而シテ其上中下刻ノ唱方ハ何レノ方法ニヨリタルヤ同證中晝ノ水ノ内卯上刻ヨリ云々トアルヲ以テ見レハ第二ノ解釋ニ從ヒ之ヲ明六ツ時ト解セサルヘカラス又明六ツ暮六ツトハ如何ナル時刻ナルヤ寬政以前ノ曆家ハ皆日出前二刻半(今日ノ三十六分)ヲ明六ツトシ日入後二刻半ヲ以テ暮六ツトセシカ寬政以後ノ曆家ハ此規定ヲ改メテ太陽ノ俯角七度二十一分四十秒ナル時トセリ此時刻ハ現今ノ曆ニ記載スル所謂夜明日暮ノ時刻ニ相當シ寬政以前ノ規定ト比較シ數分ノ差違アルヲ免レサルモ此改正ハ從前ノ規定ハ不精確ニシテ學術上當チ得サルモノアリシヨリ唯其意義ニ訂正ヲ加ヘタルニ過キスシテ實際其時刻ヲ變更シタルモノニ非ララスト認ムル旨鑑定セリ今是等鑑定ノ結果ニ依據シテ之ヲ考察スルニ我國ニ於テ日出日沒ヲ以テ晝夜ノ分界トセルハ明治五年太陽曆採用以後ノ事ニ屬シ其以前ニアリテハ遠ク徳川幕府時代以前ヨリ明六ツ暮六ツ即チ夜明日暮ヲ以テ晝夜ヲ分ツ標準トセルモノニシテ所謂人之晝夜以昏明爲限トノ觀念ハ汎ク民間ニ行ハレタリシコトヲ認ムヘク而シテ寬政年代以前ニアリテハ日出前二刻半(今日ノ三十六分)ヲ明六ツトシ日入後二刻半ヲ以テ暮六ツトシタルカ此規定ハ學術上不精確ノ點アルヨリシテ寬政以後現今ノ曆ニ記載スル所謂夜明日暮ニ相當スル時刻ニ改訂レタルコトヲ知ルヘシ然ラハ本件甲第一號證ニ所謂晝

【判決事項】

(一) 件名 用水權確認水利妨害排除請求事件(二) 訴訟關係人 原告伊藤甚松外四九名訴訟代理人辯護士清水鐵太郎外一名被告家城

夜ノ別ハ當時ノ曆法ニ準據シ明六ツ暮六ツヲ以テ其分界トシタルモノナルコト疑ナキ所ニシテ同證書成立當時ニアリテハ其明六ツ暮六ツハ日出前二刻半(現今ノ三十六分)日入後二刻半ヲ意味スルモノタリシモ其後寬政以後曆法ノ改訂ニ伴ヒ現今ノ夜明日暮時ヲ以テ晝夜ノ分界トスヘキ趣旨ナリト解釋ス可ク被告ノ日出日沒ヲ以テ晝トスヘキモノナリトノ解釋ハ採用スヘカラス而シテ明治五年曆法改正後現今ニ於テハ日ノ晝夜ハ日出日沒ヲ分界トシ全ク其分界ノ標準ヲ異ニスルニ至リタリト雖モ之カ爲メ當事者間既定ノ權利ニ消長ヲ來スコトナキハ論ナキ所ニシテ甲第一號證申渡書ニ依レハ原告ハ晝ノ水ノ内卯上刻ヨリ辰中刻迄一刻半ヲ濱田ニ分水シ其餘ノ辰中刻ヨリ酉上刻迄引水シ得ヘキモノナルコトヲ認ムヘク其辰中刻酉上刻ヲ現今ノ時刻ニ換算スルトキハ何時ニ該當スヘキカニ付鑑定人平山清次ハ現今曆面記載ノ夜明日暮ハ東京ニ於ケルモノニシテ伊勢地方ハ東京ヨリ經度西約十三分ナルヲ以テ同地方ノ明六ツ暮六ツハ東京ノ同時刻ヨリ約十三分後ル、モノニシテ此計算法ニ從ヒ大正二年曆ニヨリ伊勢地方ニ於ケル五月廿日ヨリ九月十日ニ至ル甲第一號證ノ所謂辰中刻酉上刻時刻ヲ算出スレハ末尾時間表ノ如クニシテ其時刻ハ如何ナル年ニアリテモ二分以上ノ差違アルコトナキ旨鑑定セルニヨレハ本訴ニ於テ原告カ右鑑定ニ準據シテ辰中刻ヨリ酉上刻ニ至ル引水時間ヲ定メ其時間内ニ於ケル用水使用權ノ確認ヲ求ムルト共ニ之カ使用權ノ妨害禁止ヲ求ムル本訴請求ハ正當ナリ(安濃津地方大正二年(通)第三〇五號長濱裁判長谷小林各判事判決)

義蔵外四二名訴訟代理人辯護士木谷利吉

三七〇 抵當權ハ抵當地ノ上ニ存スル建物ヲ除ク外其目的タル不動産ニ附加シテ之ト一體ヲ成シタル物ニ及フ但設
定行爲ニ別段ノ定アルトキ及ヒ第四二四條ノ規定ニ依リ債權者力債務者ノ行爲ヲ取消スコトヲ得ル場合ハ此限ニ在
ラス

八七 物ノ所有者カ其物ノ常用ニ供スル爲メ自己ノ所有ニ屬スル他ノ物ヲ以テ之ニ附屬セシメタルトキハ其附屬セ
シメタル物ヲ從物トス
從物ハ主物ノ處分ニ隨フ

家屋ノ抵當權ノ效力ハ其家屋ノ從物タル疊建具等ニ及フモノニシテ其抵當家屋
ノ競落人ハ其從物ナル疊建具ノ所有權ヲ取得スルモノトス

係争ノ疊建具カ從來原告主張ノ小林周三郎所有家屋内ニ存シ家屋ノ常用ニ供セラレ
タル小林周三郎ノ所有物ナリシコトハ被告ノ認メテ異議ナキ所ニシテ甲一、二號證ニ
依レハ小林カ右家屋ニ付キ疊建具附屬ノ儘原告主張ノ如キ抵當權ノ設定ナシ其ノ
登記手續ヲモ爲シタルコト明カナルヲ以テ右疊建具ハ小林カ該家屋ニ附屬セシメル
家屋ノ從物ナリト認ムヘク從物ハ主物ノ處分ニ從フカ故ニ小林ハ該設定ニ依リ家屋
ニ對スル抵當權ノ效力ヲ疊建具ニモ及ホサシメタルモノト謂ハサル可ラス乙一號證
ノ一二ニ依レハ被告主張ノ如ク小林カ本訴物件ヲ被告ニ對シ債權ノ擔保ニ供スル旨
ノ意思表示ヲ爲シタルコトアリト認メ得ヘキモノ之ノミニテハ小林カ本訴物件ヲ家屋
ノ從物タル關係ヨリ離脱セシメタルモノト爲スヲ得ス然ラハ被告カ其ノ自認スル如
ク原告主張ノ如キ係争物ノ差押ヲ爲シタル抵當權ノ效力ノ及ヘル建物ノ從物ヲ獨立
シテ存在スル單純ナル有體動産視シテ差押ヘタルモノニシテ失當ナルコト論ヲ俟タ

ス而シテ原告カ前示家屋ニ付キ競賣法ニヨル競賣ノ申立ヲナセシコトハ争ナキ所ニ
カ、リ家屋カ大正三年五月五日原告ニ競落ヲ許可セラレ其ノ決定カ同年六月十三日
確定シタルコトハ甲三號證ニヨリ之レカ登記ヲ經由シタルコトハ同四號證ニヨリ明
カナリ差押ヘ前示ノ如ク實質上無効ニシテ事實上疊建具ノ從物タル關係ニ變更ヲ生
シタリト認ムヘキ事述ナク且ツ家屋ノ競落ニ付キ特ニ疊建具ヲ除外シタル事述(被告
ノ採用スル甲三號證ニテハ是アリト認ムルニ足ラス)ナキカ故ニ家屋ノ從物タル疊建
具ハ家屋ト共ニ競賣ニ付セラレ其所有權ハ競落許可決定ニヨリ主物タル家屋ノ所有
權ト共ニ原告ニ移轉シタリト爲サ、ル可ラス(東京區大正三年(ハ)三九五—號三井判事
判決)

【判決事項】

(一件名 強制執行異議事件(二)訴訟關係人 原告尾張屋信託株式會社法定代理人取締役島茂兵衛訴訟代理人辯護士小久江美代
吉被告人山田八三郎訴訟代理辯護士長谷川吉次

【同趣旨學說】

一 抵當權ハ其當時ニ於ケル抵當不動産ノ從物ニ及フモノトス即チ建物ニ附屬スル疊建具ノ如キ是ナリ從來ノ判例ハ民法第三
七〇條ヲ根據トシテ疊、建具ノ如キハ其所謂抵當不動産ト一體ヲ成ス物ニ非サルカ故ニ抵當權ノ目的物中ニ包含セラレサルモ
ノト爲スモ此見解ハ正當ナラス何トナレハ同條ハ抵當權ノ設定後抵當不動産ニ附加シタル物ノミニ關スルコトハ其沿革及ヒ文
面ニ徴シテ殆ト疑ヲ存セサル所ナレハナリ又論理上ヨリ觀察スルモ主物ノ處分カ從物ニ及フコトハ讓渡ト抵當權ノ設定トノ間
ニ毫モ差別アルコトヲ見ス(法學博士富井政章氏民法原論第二卷物權下五四三頁)

二 抵當權ハ不動産其者ハ勿論抵當權設定當時ニ於ケル其附屬物ヲ包含ス是レ抵當權ハ不動産ノ所有權ヲ目的トシテ目的物ト
ノ關係上之ト同一ノ範圍ナ有スルヨリ生スル結果ニシテ此點ニ於テハ即時ニ不動産所有權ヲ讓渡スル場合ト毫モ異ナル所ナキ
ヲ以テナリ故ニ抵當權設定當時抵當不動産ニ附加シテ之ト一體ヲ爲シタル者ハ勿論其不動産ノ從物トシテ之ニ附屬スル物則之家
屋ニ附屬スル疊建具障子ノ類ニシテ抵當權設定者ノ所有ニ係ル物ハ主タル不動産ト共ニ抵當權ノ目的トナル(法學博士横田秀
雄氏物權法七七五頁)

【反對判例】

一 民法第一編總則第八七條末項ニ從物ハ主物ノ處分ニ隨フトアリ故ニ建物ノ所有者カ其建物ニ抵當權ヲ設定シタルトキハ之ニ附屬セル從物タル動産ニモ亦抵當權ヲ設定シタルモノト看做サルヘキカ如シト雖モ抵當權ハ獨リ不動産ノミニ設定スルコトヲ許サレ動産ニハコレヲ設定スルコトヲ許ササルコトハ民法第二編物權第十章第三六九條ノ規定スル所ニシテ動産力抵當權ノ目的物ト成リ得ルハ抵當權ノ目的物タル不動産ニ附加シテコレト一體ヲ成シタル場合ニ限ルコトハ同第三七〇條ノ法意ニ徴シテ明瞭タリ蓋シ抵當權ハ其設定者ニ於テ物ノ占有ヲ債權者ニ移サスシテ單ニコレヲ債務ノ擔保ニ供スルモノナルニ動産ハ其性質トシテ唯タ類似品多ク甲ヲ以テ乙ニ代ヘ得ルノミナラス此ヨリ彼ニ轉シ容易ニ其所在ヲ失シ債權擔保ノ擔保トスル目的ヲ達シ難ク當事者間常ニ紛議ヲ生シ得メニ訴訟ヲ惹起シ公私共ニ其弊ヲ受クルニ至ルハ理ノ當然ナルヲ以テ動産ニ對シテハ抵當權ヲ設定スルコトヲ許サス而シテ動産力不動産ニ附加シテ之ト一體ヲ成シ動産タルコトヲ變シテ不動産ノ一部分ヲ成スニ於テハ前項ノ如キ弊害ヲ生スル虞ナキニ依リ之ニ對シテ抵當權ヲ設定スルコトヲ許シタルモノトス然レトモ動産ニシテ不動産ニ附加シテ之ト一體ヲ成サス依然動産トシテ存在スル以上ハ獨立ノ動産タルトナリトハ同第一編總則第八七條末項ノ原則ニ對シテハ爲スコトヲ許スニ於テハ共ニ前項ノ弊害ニ陷ルハ二者同一ニシテ毫モ擇フ所ナキヲ以テ獨リ前者ニ禁シテ後者ニ許スノ理アルヲ視ス是ニ由テ之ヲ觀レハ民法第二編物權第十章第三六九條抵當權ニ關スル規定ハ同第一編總則第八七條末項ノ原則ニ對スル除外例タルコトヲ知ルニ足レリ然ラハ則チ動産力不動産ニ附加シテ抵當權ノ目的物ト成レルヤ否ヲ識別センニハ該動産力抵當物タル不動産ニ附加シテ之ト一體ヲ成スヤ否ヲ以テ標準トセサルヘカラサルハ多言ヲ俟タサル所ナリ然レニ原院ニ於テハ事茲ニ出テ本訴動産タル器械カ抵當物タル建物ノ從物タルヤ否ヲ審判シ右器械ヲ以テ建物ノ從物ナリトシ既ニ本訴建物ノ從物タル以上ハ建物ト共ニ抵當權ノ目的物トナリタルモノナリト判定シタルハ違法ニシテ破毀ノ原由アル不法ノ判決ナリトス(大審院民事判決錄三十九年八月二頁明治三十九年五月二十三日第二民事部判決)

二 當事者間ニ於テ疊建具ヲ併セテ抵當ノ目的トナスモ是等ノ物件ハ通常其物ニ附加シテ之レト一體ヲ爲スモノニアラサルヲ以テ右ノ物件ニ抵當權ヲ及ホスコトヲ得ス(大阪地民事三三〇四十二年十一月二十九日判決法律新聞六一三號一三頁)

- 一九八 占有者カ其占有ヲ妨害セラレタルトキハ占有保持ノ訴ニ依リ其妨害ノ停止及ヒ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得
- 一九九 占有者カ其占有ヲ妨害セラレタルトキハ占有保全ノ訴ニ依リ其妨害ノ豫防又ハ損害賠償ノ擔保ヲ請求スルコトヲ得

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任ニ任ス

所有權ハ物ニ對スル總括的支配權ニシテ所謂絕對權ニ屬シ其本質トシテ該權利ヲ侵害セザル不作爲ノ義務ヲ第三者ニ負ハシムルモノナルヲ以テ其效力トシテ

所有權モ亦侵害行爲ニ對スル妨害排除ノ訴權ヲ包含スルモノトス

民法ハ其第九十八條及ヒ第九十九條ニ於テ占有權者カ占有保全并ニ占有保持ノ訴ニ依リテ妨害ノ停止又ハ妨害ノ豫防ヲ請求シ得ヘキコトヲ規定スレトモ所有權其他ノ權利ニ付キ斯カル規定ヲ缺ケリ然レトモ民法ハ獨リ占有權ニ付テノミ此種ノ訴權ヲ認メタルモノト謂フヲ得ス占有權ニ比シ更ニ完全ナル所有權其他ノ絕對權ニ付テモ亦因ヨリ此種ノ訴權ヲ認メタルモノト解スルヲ妥當トス惟フニ所有權ハ物ニ對スル總括的支配權ニシテ所謂絕對權ニ屬シ絕對權ハ其本質トシテ該權利ヲ侵害セザル不作爲ノ義務ヲ第三者ニ負ハシムルモノナルヲ以テ其效力トシテ所有權モ亦侵害行爲ニ對スル妨害排除ノ訴權ヲ包含スルモノト論斷セサルヲ得ス然レハ民法カ占有權ニ付キ其規定ヲ爲シタルハ畢竟占有權カ占有ナル事實ニ伴ハサルヘカラサル極メテ薄弱ナル權利ナルヲ以テ特ニ明文ノ規定ヲ設ケテ之ヲ明カニシタルニ過キサルモノト謂フ可シ叙上ノ如ク所有權ハ其本質トシテ妨害排除ノ請求權ヲ具有シ妨害排除ノ手段トシテハ妨害ノ停止殊ニ將來ニ對シ妨害行爲ヲ爲サ、ルノ請求(不作爲)ヲ爲シ得ヘキコト明カナリ(大分地方北里裁判長湯淺、後藤各判事判決)

【判決事項】

(一件名 住居妨害差止請求事件) (二) 訴訟關係人 原告木邊一郎岡岡村繁誠訴訟代理人辯護士河野卓治被告長野德次郎訴訟代理人

辯護士三浦數平
至當ノ見解贊同ヲ表ス

(二九〇)

五四〇 契約又ハ法律ノ規定ニ依リ當事者ノ一方カ解除權ヲ有スルトキハ其解除ハ相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ爲ス(後略)
五四五 當事者ノ一方カ其解除權ヲ行使シタルトキハ各當事者ハ其相手方ヲ原狀ニ復セシムル義務ヲ負フ但第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス(後略)

合意ニ因ル物權契約ノ解除ハ全然我國法ノ認容セサル所ナリト爲スヲ得サルヲ以テ當事者ノ意思ニシテ債權契約ヲ解除スルト同時ニ物權契約ヲ解除スルモ何等差支ナキノミナラス思ナルトキハ之ニ效力ヲ認メ契約解除ノ效果ニ物權的效力ヲ附與スルモ何等妨クナキモノトス

アリト爲サハルヘカラス何トナレバ若シ然ラスシテ單ニ債權契約ノ解除ニ過キス從テ其效力債權的タルニ止マルモノナリトセンカ本件ニ於テ買主タル大浦新太郎ハ契約解除ニヨリ單ニ土地所有權ヲ賣主タル佐藤辰之助ニ移轉スルノ義務ヲ負擔スルニ止マルヲ以テ右移轉登記前ニハ右土地ハ買主ノ所有タリシモノナレハ賣主ノ所有者トシテ右賣買登記後ニ設定セラレタル横田好實ノ前記抵當權ハ無効トナルニ至ルヘク從テ横田好實ナシテ右土地上ニ第一順位ノ抵當權ヲ取得セシムルニハ更ニ設定行爲ヲ爲サハルヲ得サルニ至ルヘシ斯ノ如キハ當事者ノ意志ニ反スルノミナラス亦以テ實際ノ取引ニ適合スル所以ノ理ニ非ルヤ明ナレハ斯ル場合ニハ當事者ニ於テ債權契約ト共ニ物權契約ヲモ解除スルノ意思アリタルモノトシ契約解除ニ物權的效力ヲ認ムルヲ以テ實際ニ適合スルモノト爲ササルヘカラサレハナリ斯クスルニ於テハ契約解除ノ結果賣主タル佐藤辰之助ハ當然最初ヨリ右土地ノ所有者タリシモノト爲リ從テ賣買登記後賣主タル佐藤辰之助ノ所有土地トシテ右土地上ニ設定セラレタル横田好實ノ抵當權ハ勿論有效トナルニ至リ從テ新ニ抵當權ノ設定行爲ヲ爲スノ要ナク横田好實ハ約旨ノ如ク右抵當權ニヨリ優先ニ辨濟ヲ求メ得ヘケレハナリ斯ノ如ク本件賣買契約ノ解除セラレタル場合ニハ右解除ニ物權的效力ヲ認ムヘク從テ本件土地ノ所有權ハ當然賣主タル佐藤辰之助ニ復歸スヘキモノナルモ右不動産ノ賣買代金及登記料トシテ先キニ大浦新太郎カ支拂ヒタル金額ハ其物ニ關シ生シタル費用ニシテ賣主タル佐藤辰之助ニ於テ支拂フヘキモノニ歸シ併カモ辨濟期ニアルヘキモノナルヲ以テ大浦新太郎ハ右金額ニ付キ右不動産上ニ留置權ヲ取得シ右不動産ノ競買人ハ右競買代金中ヨリ右金額ヲ支拂フニ非レハ其競買不動産ノ引渡ヲ求ムルヲ得サルモ

ノナルヲ以テ結局横田好實ハ右第一順位ノ抵當權ヲ行使シ辨濟ヲ求ムルニ當リテモ右賣買代金及登記費用ハ第一次ニ右賣買代金中ヨリ支拂ヒ其殘額ニ付キ優先辨濟ヲ得ルニ過キサルモノナレハ右金額ハ賣買契約解除ヨリ横田好實ノ取得スヘキ利ヨリ控除セラレサルヘカラス換言スレハ横田好實ハ右不動產ノ代價中ヨリ右賣買代金及ヒ登記費用ヲ控除シタル殘額ニ付キ契約違背ヲ理由トシ損害賠償ヲ被告ニ請求シ得ヘキモノナリト謂ハサルヘカラス(京都地方大正二年ワ)二四二號樺木裁判長清水池内各判事判決)

【判決事項】

(一)件名 損害賠償請求事件(二)訴訟關係人 原告田邊良平訴訟代理人辯護士守屋孝藏被告三宅茂之助訴訟代理人辯護士寺尾次郎吉同川上清同伊藤全治

【參照學說判例】

本書第一卷民法六五六頁三〇九頁等

(二九一)

九四 相手方ト通シテ爲シタル虚偽ノ意思表示ハ無効トス
前項ノ意思表示ノ無効ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

虚偽ノ意思表示ニ基キテ財産ヲ取得シタル者ノ相續人ハ民法第九四條第二項ニ所謂第三者ニ該當セサルモノトス

證言ニ依レハ本件不動産ハ大畑吉右衛門ノ死亡ニ因リ大畑和三郎ニ於テ之ヲ相續シタルモ當時同人ハ其素行放逸ナリシ爲メ實母大畑ふさハ之ヲ和三郎ノ所有名義ト爲シ置クニ於テハ遂ニ蕩盡スルニ至ランコトヲ虞レ同人カ朝鮮ニ流浪セル間ニ名ヲ賣

買ニ籍リ之ヲ自己ノ所有名義ニ移シタルモノニシテ其後右和三郎ニ於テモ該不動産ノ所有名義カ其實母ふさニ移轉シ居ルコトヲ發見シタルモ從來ノ自己ノ素行ニ顧ミ之ヲ其儘ふさ名義ニ爲シ置クコトヲ認諾シ居リタルコトヲ認ムルニ充分ナルヲ以テ右賣買ニ因ル所有名義ノ移轉カ所謂虚偽ノ意思表示ニ依ルモノナルコト疑フヘクモアラス然ラハ即チ右不動産ノ所有名義カ表面上大畑和三郎ヨリ同ふさニ移轉シ居ルトスルモふさは於テ其所有權ヲ取得スル管ナク從テ原告ニ於テふさノ隱居ニ因リ之ヲ相續シタリトスルモ該不動産ノ所有權カ原告ニ移轉スヘキ理ナシ原告ハ假リニ被告主張ノ如ク右賣買カ虚偽ノ意思表示ニ基クモノナリトスルモ之ヲ以テ其實事ヲ知ラサル原告ニ對抗スルヲ得スト主張スレトモ原告カ右ふさノ包括承繼人ナルコト其主張自體ニ依リ明カナレハ民法第九四條ニ所謂第三者ニ該當セサルヲ以テ假令右賣買カ大畑和三郎ト同ふさノ虚偽ノ意思表示ニ因ルモノナルコトヲ知ラザリシトスルモ右法條ニ依リテ保護ヲ受クルコトヲ得ス依テ原告ニ該不動産ノ所有權アルコトヲ前提トシふさは於テ擅ニ之ヲ賣却シタルコトヲ原因トスル本訴原告ノ請求ハ既ニ此點ニ於テ失當ナリ(大阪地方大正三年ワ)第七七號同年四月八日馬越裁判長角南鬼頭各判事判決)

【判決事項】

(一)件名 損害賠償請求事件(二)訴訟關係人 原告大畑淺次郎訴訟代理人辯護士森作太郎被告大畑こふ財産管理人淺野巳之助訴訟代理人辯護士阿部直藏

【同趣旨學說】

一 第三者ハ表意者其相手方及其一般承繼人以外ノ者ニシテ虚偽ノ意思表示ノ無効ナルカ故ニ影響ヲ受クヘキ法律上ノ關係ヲ

成立セシメタル者ヲ謂フ(法學博士川名兼四郎氏日本民法總論二二頁)
二 第三者トハ當事者及ヒ其包括承繼人ニアラサル總テノ人ヲ謂フ債權者及ヒ特定承繼人ハ固ヨリ茲ニ謂フ第三者ナリ(法學士場山秀夫氏法律行為乃至時效一一七頁)

(二九二)

六八三 已ムコトヲ得サル事由アルトキハ各組員ハ組合ノ解散ヲ請求スルコトヲ得
五四四第一項 當事者ノ一方カ數人アル場合ニ於テハ契約ノ解除ハ其全員ヨリ又ハ其全員ニ對シテノミ之ヲ爲スコトヲ得

民法第六八三條ノ規定ニ依リ組合員カ組合ノ解散ヲ請求スルニハ他ノ組合員全員ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ爲スコトヲ要スルモノトス

組合ハ已ムコトヲ得サル事由アルトキハ各組員ノ請求ニ依リ解散スヘキモノナルコトハ民法第六百八十三條ノ規定ノ趣旨ニ徴シ疑ナシト雖モ組合ハ組員全員ノ意思ノ合致ニ依リ成立スルモノナレハ同條ノ規定ニ依リ解散スル場合ト雖モ其解散ノ請求ハ其請求ヲ爲ス組合員ヨリ他ノ各組員ニ對スル意思表示ニ依リ爲スコトヲ要スルモノニシテ只法定ノ條件ヲ具備スル場合ニ於テハ各組員ハ之ヲ拒否スルコトヲ得サルニ過キサレモノトス從ツテ本件組合ヲ解散スルニ至リタル原因ヲ假リニ控訴代理人主張ノ如ク已ムコトヲ得サルノ事由ナリトシ其解散ノ請求カ組合員全員ニ對シテ爲サレタルモノナルトキハ其解散並ニ清算人ノ選任ハ當然有効ナルモ單ニ組合員中一部ノ者ニノミ對シテ爲サレタルトキハ其解散並ニ清算人ノ選任ハ共ニ無効ニシテ組合ハ依然トシテ存續スヘキモノトス(大邱覆審法院大正三年民控第七〇五號 淺田裁判長八橋立川各朝鮮總督府判例判決)

【判決事項】

(一) 件名 釜山共同建築會費拂戻請求事件(二) 訴訟關係人 控訴人小野和一同岡本小太郎同藤瀨與吉三名訴訟代理人辯護士秀島浩一控訴人大戸復三被控訴人山田ふさ同阿部角次郎山田たつ三名訴訟代理人辯護士泥川正直

【同趣旨學說】

任意ノ解散ハ解散ヲ請求スル組合員カ他ノ總テノ組合員ニ對シテ組合契約ヲ解散スルモノナリ仍テ其意思表示ハ他ノ組合員全員ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ要ス各組合員ハ一定ノ條件ノ下ニ組合ノ解散ヲ請求スルコトヲ得或組合員カ適法ニ組合ノ解散ヲ請求シタルトキハ他ノ組合員ハ之ヲ拒否スルコトヲ得サルモノトス即チ各組合員ハ已ムコトヲ得サル事由アルトキニ限り組合ノ解散ヲ請求スルコトヲ得(法學士村上恭一氏債權各論七八七頁)

至當ノ判決ナリ

(二九三)

九 禁治産者ノ行為ハ之ヲ取消スコトヲ得

禁治産者ノ行為ハ其法定代理人ノ同意ヲ得テ爲シタルトキト雖モ之ヲ取消スコト得ルモノトス

禁治産者カ其後見人ノ同意ヲ得テ爲シタル行為ハ之ヲ取消スコトヲ得ヘキモノナリヤ否ノ問題ヲ論スルニ當リテハ先ツ其行為カ心神喪失中ニ爲サレタル場合ヲ除外セサルヘカラス此場合ニ於テハ其行為ノ無効ナルヘキヤ言フ俟タス蓋シ後見人ノ同意ハ禁治産者ノ行為ノ缺點ヲ補充シ之ヲシテ完全ナル效力ヲ有セシメムトスル補助的法律行為タルニ過キスシテ基本的ノ行為ナキ所ニ其行為ヲ點出シ無中ニ有テ發生セシムルカ如キ效力ヲ有セサルモノナレハナリ本論ニ於テ説述セムトスル所ハ禁治産者カ本心回復中(Quaestio interualis)ニ於テ其法定代理人タル後見人ノ同意ヲ得テ爲シタル

行為ノ效力ニ關ス禁治産者ノ行為ノ取消スコトヲ得ヘキハ民法第九條ノ明定スル所ナレトモ其法定代理人ノ同意ヲ得テ爲シタル行為モ尙且ツ取消スコトヲ得ヘキモノナルカ以下ニ聊カ此問題ニ付テ論究スル所アラムトス

民法第四條第一項ニハ「未成年者カ法律行為ヲ爲スニハ其法定代理人ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス」云トアリテ第二項ニ「前項ノ規定ニ反スル行為ハ之ヲ取消スコトヲ得」トアリ之ヲ以テ第九條ニ簡單ニ「禁治産者ノ行為ハ之ヲ取消スコトヲ得」ト規定セルニ對照スレハ法律ノ精神ハ禁治産者カ其法定代理人ノ同意ヲ得テ法律行為ヲ爲スコトヲ認メス假令同意ヲ得テ之ヲ爲スモ其行為ハ尙且ツ之ヲ取消スコトヲ得ヘキモノトスルニ在ルヤ明白ニシテ復一點ノ疑ヲ容レザルニ似タリ是レ余ノ從來多數ノ學者ト同ク本問題ニ付テ積極說ヲ採用セル所以ナリ(富井博士民法原論一卷一三七頁、川名博士民法總論八四頁以下、平沼博士民法總論一六六頁以下、松岡法學士民法論一卷一八五頁以下、拙著人法人及物一四七頁以下參照)然ルニ本問題ニ關シテハ有力ナル學者ニシテ消極說ヲ主張セルモノ尠シトセス先ツ一此種ノ論者ノ論點ヲ舉ケ同時ニ其根據ヲキモノタルコトヲ道破シ次テ自說ノ條理ニ適合スル所以ヲ説明スヘシ

(一) 二三ノ學者ハ曰ク法定代理人タル後見人ハ自己ノ責任ヲ以テ復代理人ヲ選任スルコトヲ得ヘキモノニシテ復代理人ハ能力者タルコトヲ必要トセス(民法一〇二條、一〇六條、一〇七條)故ニ禁治産者カ後見人ノ同意ヲ得テ法律行為ヲ爲シタル場合ニ於テハ後見人カ禁治産者ヲ自己ノ復代理人ニ選任シテ其行為ヲ爲サシメタルモノト觀察シ其行為ノ效力カ本人タル禁治産者ニ及フコトヲ認ムヘシト(梅博士民法要義九條、法典質疑問答一編二七頁以下加古法學士解答參照)然レトモ第一ニ此說ハ事實ニ付テ擬

制ヲ試ムルモノニシテ當事者ノ意思ニ反スルコト甚シキモノアリ後見人ノ同意ヲ與フルハ之ヲ復代理人ヲ選任スルノ意思ト解スルコトヲ得ヘカラス又禁治産者カ其行為ヲ爲スハ直接自己ノ爲メニ之ヲ爲スモノニシテ代理人トシテ之ヲ爲スモノト解スルコトヲ得ヘカラス第二ニ此說ハ代理ノ根本觀念ニ背反スルモノタリ代理トハ第二者タル代理人カ第一者タル本人ノ爲メニ或行為ヲ爲シ其效力カ直接第一者ニ對シテ發生スルヲ謂フ假シ後見人ノ同意カ禁治産者ヲ復代理人ニ選任スルノ意味ニ解スヘキモノトスレハ禁治産者ハ一人ニシテ同時ニ本人タリ又代理人タルモノト爲ルヘク(民法一〇七條)此ノ如キハ法理上到底許容スヘキ所ニ非サルナリ故ニ此說ノ不可ナルコトハ明白ナルヘシ

(二) 學者或ハ曰ク後見人ハ禁治産者ノ法定代理人トシテ其爲シタル取消シ得ヘキ行為ヲ追認スルコトヲ得ヘキモノタリ然ルニ追認ハ取消權ノ拋棄ニ外ナラサルヲ以テ行為後ニ於テ追認ヲ爲スコトヲ得ヘキ者ハ行為前ニ於テモ亦取消權ノ拋棄ヲ爲スコトヲ得ヘカラサルヘカラス後見人ノ同意ハ即チ事前ニ於ケル取消權ノ拋棄ニ外ナラサルモノト觀察シ禁治産者ノ行為ハ始ヨリ完全ナル效力ヲ生スルモノト解スヘシト(法典質疑問答一編三〇頁塚田法學士解答)然レトモ第一ニ取消權ノ事後ニ於ケル拋棄ヲ許スノ故ヲ以テ其事前ニ於ケル拋棄ヲ許スモノト推論スルコトヲ得ヘカラス本問題ノ場合ニ付テハ法律カ取消權ヲ認メタル趣旨ニ鑑ミ寧ロ其事前ニ於ケル拋棄ヲ許ササルモノト解スルヲ正當トスヘシ(民法九〇條)第二ニ假ニ取消權ノ事前ノ拋棄ヲ是認スルモ同意ヲ以テ取消權ノ拋棄ナリト解スルハ當事者ノ意思ニ反ス又取消權ノ拋棄ハ行為ノ相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ爲サルヘキモノナルニ拘ハラヌ(民法一

二三條參照)同意ハ禁治産者ニ對スル意思表示ニ外ナラサルカ故ニ(前掲拙著一三頁以下參照)同意ヲ以テ取消權ノ拋棄ト觀察スルコトヲ得ヘカラス此說ハ誤謬ナルコト亦明白ナルヘシ

(三) 學者或ハ曰ク禁治産者ハ取消シ得ヘキ行為ヲ爲スノ能力ヲ有スルヲ以テ法定代理人ノ意思ヲ以テ之ヲ補助スレハ其行為ハ完全ト爲ルヘシ且法定代理人ハ事後ニ於テ禁治産者ノ行為ヲ追認シテ完全ナラシムルコトヲ得ルモノナルヲ以テ事前ニ於テ同意ヲ與ヘテ完全ナラシムルコトヲ得サルヘカラスト(中島博士民法釋義一卷一三〇頁)然レトモ第一ニ取消シ得ヘキ行為ヲ爲スノ能力ヲ有スル者カ他人ノ同意又ハ許可ヲ得テ完全ナル行為ヲ爲スコトヲ得ヘキハ法律規定ノ之ヲ認ムルアルカ故ニ始メテ然ルモノタリ(民法四條一四條)禁治産者ノ法定代理人ハ之ニ代ハリテ法律行為ヲ爲ス權限ヲ有スト雖モ法律規定ノ認メサル同意ヲ與ヘ禁治産者ノ能力ヲ補充スルノ權限ヲ有スヘキモノニ非ス第二ニ事後ニ於テ追認ヲ與フルコトヲ得ヘキコトハ當然ニ事前ニ於ケル同意ヲ與フルコトヲ得ヘキノ推論ヲ生セス寧ロ法律カ事後ノ追認ヲ認ムルノ規定ヲ爲シ而モ事前ノ同意ヲ認ムルノ規定ヲ爲ササルヨリ之ヲ觀レハ反對ノ推論ヲ生スヘキナリ且ツ事後ニ於ケル追認ハ其追認スヘキ行為ノ利害得失ヲ考究シテ後徐ニ之ヲ與フルコトヲ得ヘキモノナルモ事前ニ於ケル同意ハ無能力者カ如何ナル行為ヲ爲スヤチ豫見スヘカラサルノ危險アルヲ以テ事後ノ追認ヲ認メテ而モ事前ノ同意ヲ認メサルハ立法論トシテモ亦頗ル條理ニ適合セルモノアリ故ニ此說ノ採ルヘカラサルコト亦明白ナルヘシ

(四) 學者或ハ曰ク一方ニ於テハ本心ニ復シタル禁治産者カ其後見人ノ同意ヲ得テ爲

シタル行為ヲ其同意ナクシテ爲シタルモノト同一視スヘキ理由ナキノミナラス他ノ一方ニ於テハ取消又ハ追認ニ依リテ禁治産者ノ法律行為ノ效力ヲ左右スルノ權限ヲ有スル後見人タルモノハ苟モ其權限内ニ在ル法律行為ニ付テハ禁治産者ニ與フル所ノ同意ニ依リテ之ヲ有效ナラシメ得ルハ當然ノ事理ニ屬スト(法典質疑錄中卷四頁乾法學士解答)然レトモ第一ニ後見人ノ同意アル行為ヲ其同意ナキ行為ト同一視スヘキ理由アリヤ否ハ立法論ノ問題ニシテ法律カ之ヲ同一視セル以上ハ此點ニ關スル議論ハ解釋論トシテハ何等ノ價值ヲ有セサルナリ而シテ立法論トシテ余ハ後ニ詳述スル如ク我法律カ採リタル同一視主義ヲ理由アリトスルモノタリ第二ニ取消又ハ追認ニ因リテ禁治産者ノ行為ノ效力ヲ左右スルコトヲ得ヘキ者カ同意ニ因リテ其行為ヲ有效ナラシムルコトヲ得ヘキハ當然ノ事理ナリトハ是レ亦立法論ニ屬ス法律カ追認及ヒ取消ヲ明定シテ同意ヲ明定セサルハ同意ヲ認メサルノ趣旨ニ解釋スルヲ至當トス況ヤ立法上モ事後ノ追認又ハ取消ト事前ノ同意ト同一視スヘカラサルノ理由アルニ於テチヤ此點ニ付テハ第三說ニ對スル駁撃ニ一言セルヲ以テ之ヲ再說セス之ヲ要スルニ此說ノ根據ニ乏シキモノナルコト明白ナルヘシ

(五) 學者或ハ曰ク民法第七四條ハ禁治産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シ第八一〇第八四七條及ヒ第八六四條ハ協議上ノ離婚、養子縁組及ヒ協議上ノ離縁ニ此規定ヲ準用スヘキモノト是等ノ規定ハ禁治産者カ有效ニ法律行為ヲ爲スニハ後見人ノ同意ヲ要スルコトヲ前提トセルモノニシテ即チ後見人ノ同意ヲ得テ爲シタル禁治産者ノ行為ノ取消スコトヲ得ヘカラサルヲ默示スルモノニ非スシテ何ソト(乾法學士前掲解答)同一論者ハ恐クハ復タ曰ハン民法第七五六條又

ハ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其法定代理人ノ同意ヲ得ルコトヲ要セサル旨ヲ定ム是レ亦禁治産者ニ適用アルヘキ法文ニシテ即チ後見人ノ同意ヲ得テ爲シタル禁治産者ノ行爲ノ完全ナル效力ヲ有スルコトヲ默示スルモノトモリト然レトモ第一ニ第七七四條外三條ノ規定カ明カニ禁治産者カ其後見人ノ同意ヲ得ルコトヲ要セサル旨ヲ定メタルハ同一ノ行爲ニ付キ近接セル法條ニ於テ子カ之ヲ爲スニ其家ニ在ル父母ノ同意ヲ得ルコトヲ要スル旨ヲ定メタルヲ以テ(民法七七二條八〇九條、八四四條、八六三條)或ハ禁治産者カ其後見人ノ同意ヲ得ルコトヲ要スルヤノ疑ヲ生スヘキヲ慮リ之ヲ避クルノ趣旨ヲ以テ立法セラレタルモノニ外ナラス元來本論ノ目的タル問題ハ後見人カ禁治産者ノ法定代理人トシテ當然之ニ代ハリテ爲スコトヲ得ヘキ行爲ニ付キ禁治産者ニ同意ヲ與ヘテ之ヲ爲サシムルコトヲ得ルヤ否ノ點ニ在リ民法第九條ニ「禁治産者ノ行爲ハ之ヲ取消スコトヲ得」トアルハ實ニ此種ノ行爲ニ上ノ行爲ニ限リテ之ヲ言ヘルモノナリ論者ノ擧ケタルカ如キ身分上ノ各種ノ行爲ニ付テハ後見人ニ法定ノ代理權ナキヤ明瞭ニシテ從テ本稿ノ目的タル問題トハ全然没交渉ノモノタリ(前掲拙著一四五頁參照)第二ニ民法第七五六條及ヒ第八二八條モ亦法定代理人ノ代理權ナキ行爲ニ付キ注意的ニ其同意ヲ必要トセサル旨ヲ示シタル規定タルニ過キサルヲ以テ之ヲ以テ禁治産者ノ行爲ノ有效ナル爲メニ其後見人ノ同意ヲ必要トスルコトヲ前提トスルモノト解スルコトヲ得ヘカラス之ヲ要スルニ此說ハ法律ノ精神ヲ誤解セルノ結果泰山ヲ取リテ楚湖ヲ填メムトスルカ如キ思想ノ混亂ヲ生シタルモノニシテ其重ヲ置クニ足ラサルコト亦明白ナルヘシ

以上繰述セル所ニ依リ消極說ヲ支持スヘキ根據一モ存在セサルコトヲ知ルニ足ルヘ

シ而シテ積極說ヲ主張スルニハ民法第四條及ヒ第九條ヲ見ヨ法文明カニ之ヲ示セリト一言スルノ外解釋論トシテハ何等論辯ヲ須キサルモノナリト雖モ何カ故ニ此ノ如キ規定ヲ爲セルカノ立法ノ理由ヲ付度シテ之カ簡單ナル說述ヲ試ミ以テ積極說ノ論據ヲ確保セムトス

抑モ法律カ禁治産ノ制度ヲ設ケタル趣旨ヲ考究スルニ一ハ以テ心神喪失ノ常況ニ在ルカ如キ精神病者ヲ保護スル爲メナリ意思能力ナキ者ノ行爲ハ法律上當然無効ナリト雖モ行爲ノ當時ニ於テ意思能力ナカリシコトノ證明ハ實際上極メテ困難ナルヲ以テ此ノ如キ精神病者ヲ禁治産者トシ其行爲ハ常ニ之ヲ取消スコトヲ得ヘキモノト定メテ不利ノ結果ヲ生スルコトヲ防止セルモノナリ然ルニ假シ禁治産者カ後見人ノ同意ヲ得テ爲シタル行爲ハ取消シ得ヘキモノニ非ストスレハ禁治産制度立法ノ上述セ

ル趣旨ノ一半ハ没却セララルニ至ルヘシ今其理由ヲ述ヘンニ後見人ノ同意ハ勿論事前ニ與ヘラルルモノナルヲ以テ行爲ノ當時ニ於テ心神喪失ノ狀態ニ陥ラサルコトヲ保シ難カルヘシ後見人カ行爲ノ時ニ於テ又ハ極メテ之ニ接近シテ同意ヲ與フルコトヲ得ヘキ場合ニ於テハ寧ロ禁治産者ヲ代理シテ自ら其行爲ヲ爲スヘク又禁治産者ノ本心ノ回復カ確實ナル場合ニ於テハ禁治産ノ原因止ミタルモノトシテ其宣告ノ取消ヲ請求スヘキモノナルヲ以テ後見人カ本心ノ回復ヲ信用シテ同意ヲ與ヘタルニ拘ハラス禁治産者カ其行爲ヲ爲スニ當リテ再ヒ心神喪失ノ狀態ニ陥ルコトハ必スシモ稀有ナラサルヘシ然ルニ消極說ニ依レハ後見人ノ同意アルトキハ一應ハ其行爲ハ完全ナル效力ヲ有スルモノト推定セララルコトト爲ルヘキヲ以テ禁治産者ノ行爲カ心神喪失中ノ行爲ナリトノ理由ヲ以テ之カ無効ヲ主張セムトスル者カ其證明ノ責任ヲ負

フニ至リ(乾法學士前掲解答及ヒ中島博士前掲著書共ニ之ヲ認ム)其結果ハ證明不能ニ歸シテ禁治產者ノ不利ヲ來スヘキヤ明瞭ナリ此ノ如キハ豈ニ法律ノ精神ニ適合スルモノナランヤ

禁治產制度立法ノ第二ノ趣旨ハ以テ取引ノ安全ヲ保護スル爲メナリ意思能力ノ有無ノ證明ノ結果トシテ禁治產者ノ行爲カ或ハ有效ト爲リ或ハ無効ト爲ルコトアラハ取引ノ安全ハ保持セラレサルヲ以テ禁治產者ノ行爲ハ常ニ之ヲ取消スコトヲ得ヘキモノト定メ意思能力ノ有無行爲ノ效力ノ有無ノ問題ヲ回避セルモノナリ然ルニ假シ禁治產者カ後見人ノ同意ヲ得テ爲シタル行爲ハ行爲當時ノ意思能力ノ有無ニ因リ或ハ完全ニ有效タリ或ハ當然無効タリ得ヘキモノトスレハ此場合ニ於テハ禁治產制度立法ノ上述セル趣旨ハ全然蹂躪セララルニ至ルヘシ此ノ如キモ亦豈ニ法律ノ精神ニ適合スルモノナランヤ

禁治產者カ其後見人ノ同意ヲ得テ完全ニ有效ナル效力ヲ有スル行爲ヲ爲スコトヲ得ヘキモノトスルノ結果ハ上述セルカ如キ不都合ヲ生シ禁治產制度立法ノ趣旨ニ撞著スルニ至ルヘシ是レ恐クハ法律カ禁治產者ノ行爲ハ常ニ之ヲ取消シ得ヘキモノトシ後見人ノ同意ニ依リテ其效力ヲ補充スルコトヲ認メサリシ所以ナルヘシ以テ積極說ノ立法論トシテモ亦理由アルモノナルヲ知ルヘシ(法學博士松本丞治氏法律評論第三卷第一號論說一頁以下)

【參照學說】

本書第三卷民法五〇一頁同六四〇頁

吾人ハ本論ニ贊スルモノナルコト曩ニ屢述ヘタルトコロナリ

轉質ノ性質ハ質物ノ再度ノ質入ナリトス

三四八 質權者ハ其權利ノ存續期間内ニ於テ自己ノ責任ヲ以テ質物ヲ轉質ト爲スコトヲ得此場合ニ於テハ轉質ヲ爲ササレハ生セサルヘキ不可抗力ニ因ル損失ニ付テモ亦其實ニ任ス

質權ハ債權ニ從タル權利ナルヲ以テ主從ニ關スル原則ノ適用上主タル債權ノ處分ニ從フト同時ニ主タル債權ト分離シテ之ヲ處分スルコトヲ得サルハ毫モ疑ヲ容レサル所ナリ

茲ヲ以テ質權者カ質權ニ依リテ擔保セララル債權ヲ第三者ニ讓渡シタルトキハ質權ハ何等特別ノ意思表示ヲ要セス主タル債權讓渡ノ當然結果トシテ第三者ニ移轉スヘク質權者カ第三者ニ對シテ自己ノ債權ヲ質入シタルトキハ債權質成立スルト同時ニ債權ニ從タル質權モ亦當然債權質ノ目的トナリ質取主ハ其債權ノ取立ヲ爲スニ當リ質物ニ對シテ質權ヲ行フコトヲ得ヘシ
質權ハ財產權通有ノ性質ニ從ヒ移轉性ヲ有シ質權者ニ專屬セス又之ヲ專屬セシムルコトヲ得ス何トナレハ質權ハ質借權ノ如ク相手方ノ一身ニ着眼シテ之ヲ設定スル權利ニアラス又永小作權地役權ニ於ケルカ如ク之ヲ質權者ニ專屬セシムルノ特約ヲ認許スル規定存セサルヲ以テナリ故ニ質權者カ其債權ヲ讓渡スルニ因リテ其質權ヲ第三者ニ移轉シ又ハ其債權ヲ質入スルニ因リテ其質權ヲ以テ債權質ノ目的ト爲スハ法律上質權者ニ附與セララル所ノ權能ニシテ之ヲ爲スニ付キ質權設定者ノ許諾ヲ得ルノ必要ナク又特ニ之ヲ許與シタル法律規定ノ存在ヲ必要トスルコトナシ
之ニ反シテ質權者ハ主タル債權ト分離シテ質權ヲ讓渡シ又ハ之ヲ他ノ權利ノ目的ト

爲スコトヲ得サルト同時ニ質物其物ノ上ニ質權其他ノ權利ヲ設定スルコトヲ得ス何
 トナレハ第一ノ處分ハ質權ノ從タル性質ニ反シ第二ノ處分ハ單ニ物質ヲ賣却シテ之
 ナ其債權ノ辨濟ニ充ツルヲ唯一ノ目的トスル質權者ノ權利ノ範圍外ニ屬スルモノナ
 レハナリ轉質ニ關スル民法第三四八條ハ上記ノ原則ニ對スル例外規定ヲ包含スルモ
 ノニシテ民法ハ實際上ノ便宜ヲ慮リ質權者ヲシテ主タル債權ト分離シテ質物ヲ處分
 スルコトヲ得セシムルモノナリ

轉質ノ性質ニ付キテハ學者間ニ於テ議論ノ岐ルル所ニシテ甲論乙駁未タ其歸着ヲ見
 ルニ至ラスト雖モ質權付債權讓渡説及ヒ質權付債權質入説ノ採ルニ足ラサルハ喋々
 ナ要セサル所ナリ何トナレハ質權者カ債權ト共ニ其質權ヲ移轉シ又ハ債權ト共ニ質
 權ヲ質入スルハ質權カ從タル權利ニシテ且專屬性ヲ有セサルヨリ生スル結果トシテ
 質權者カ法律上當然享有スルノ所ノ權利ナルハ既ニ説明スル所ノ如ク質權者ヲシテ
 此種ノ處分ヲ爲スコトヲ得セシムルニ付キ特ニ法律ノ明文ヲ要スルモノニアラス又
 質權者ノ權利行使ニ付キ制限條件ヲ設クヘキ理ナケレハナリ

轉質ノ性質ニ關スル學說中最モ有力ナルモノハ質權ノ條件付讓渡説ニシテ理論上ニ
 於テハ推獎スヘキ價值ナキニアラサルモ余ハ我民法ノ解釋トシテハ再度質入説即チ
 新ナル質權設定説ノ正當ナルヲ信セントス依テ余ハ左ニ其理由ノ概要ヲ説明スヘシ
 民法第三四八條ノ文理解釋ハ明カニ再度質入説ノ正當ナルヲ證明スルモノト謂フヘ
 シ何トナレハ同條ハ質權者ノ處分行爲ノ内容ヲ示スカ爲メ轉質ナル語辭ヲ用キタル
 ナ以テナリ轉質トハ讓渡トテ字ノ如ク更ニ質ト爲スノ意ニシテ質權者カ設定者ヨリ質
 物トシテ交付ヲ受ケタル物件ヲ更ニ第三者ニ對シテ質入スルノ作用ヲ稱スルモノナ

リ我民法カ轉ノ字ヲ冠セル法律關係ヲ指示セル場合ハ轉質ノ外ニ尙ホ轉貸アリ轉貸
 ハ質借權ノ讓渡ニアラスシテ新ナル質貨借契約ノ締結ナルコトニ付キテハ學者間ニ
 毫モ異論ナキ所ナリ左スレハ轉質ニ付キテモ亦立法者ハ同一ノ意義ヲ以テ此用語ヲ
 使用シタルモノト解スヘク彼此綜合參酌スルトキハ轉質ハ再度質入ノ意ナルハ明確
 一點ノ疑ヲ容レヌ又反對論者ノ主張スル如ク轉質ハ質權ノ讓渡ナリトセハ何故ニ立
 法者ハ明確ナル語辭ヲ以テ之ヲ示スコトヲ爲サスシテ文理上讓渡ノ觀念ヲ包含セザ
 ル轉質ノ語辭ヲ使用シタルヤ是レ解スヘカラサルノ一ナリ又若シ轉質ハ質權ノ讓渡
 ナリトセハ民法第三四八條ニ其ノ權利ノ存續期間内トアルハ蛇足ニ屬ス何トナレハ
 何人ト雖モ自己ノ有スルヨリモ大ナル權利ヲ他人ニ讓渡スルコトヲ得サルハ法理上
 ノ原則ナルヲ以テ質權者カ自己ノ權利ノ存續期間ヲ超越シテ質權ノ讓渡ヲ爲スコト
 ナ得サルコト讓渡ノ目的タル質權ハ其存續期間ノ滿了ニ因リテ當然消滅ニ歸スヘキ
 ハ自明ノ理ナルヲ以テ法文ヲ以テ特ニ之ヲ明確ナラシムルノ必要ナケレハナリ是レ
 解スヘカラサルノ二ナリ唯我立法者ハ轉質ヲ以テ新ナル質權ノ設定ナリト思惟セル
 ナ以テ質權者ヲシテ自己ノ有スル質權ノ範圍外ニ於テ質權ノ設定ヲ爲スコトヲ得サ
 ラシメ以テ設定者ノ利益ヲ保護スル爲メ之カ條件ヲ規定シタルモノニ外ナラス斯ク
 ノ如ク解釋シテ第三四八條ノ規定ハ洵ニ故アリト謂フコトヲ得ヘシ理論上立法
 上ニ於テハ質權ノ讓渡可ナリ質權ノ質入モ亦可ナリト雖モ我民法ノ解釋トシテハ其
 可ナルヲ信スルヲ得ス

反對論者ハ動モスレハ曰ク質權者ハ債務者カ債務ノ辨濟ヲ爲ササル場合ニ付キ質物
 ヲ賣却シ其代金ヲ以テ債權ノ辨濟ヲ受クルノ權利ヲ有スルニ止リ質物ヲ第三者ニ質

入シ之ヲ自己ノ債務ノ擔保ニ供スルカ如キハ全ク權利ノ範圍外ニ屬スルヲ以テ轉質
 ナ目シテ再度ノ質入ト爲スハ非ナリト質權者カ其固有ノ權利トシテ質物上ニ質權ヲ
 設定スルヲ得サルハ洵ニ論者ノ言ノ如シ若シ質權者ニ斯クノ如キ權利アリトセハ第
 三四八條ノ規定ハ全然不必要トナルヘシ唯タ質權者ニ斯ル權利ナケレハコソ法律ハ
 特ニ明文ヲ以テ此權利ヲ質權者ニ附與シ質物ノ流用ニ因ル取引上ノ便宜ニ満足ヲ與
 ヘタルモノナリ且法律カ既ニ轉質ノ條件ヲ定メテ轉質權者ヲシテ質權者ノ有スルヨ
 リ以上ノ權利ヲ行フコトヲ得セシメサルノ注意ヲ拂フト同時ニ質權者ヲシテ轉質ヨ
 リ生スル危險ヲ負擔セシムル所ナルヲ以テ不當ニ質權者ヲ利シ設定者ノ權利ト利益
 ナ蹂躪シタルモノト謂フコトヲ得ス結局質權者ハ自己ノ有スル權利ノ範圍内ニ於テ
 第三者ヲシテ質物上ニ權利ヲ有セシムルニ過キスシテ結果ニ於テハ質權ノ讓渡ト異
 ナル所ナク唯タ法律ノ構造ハ質權ノ讓渡ニアラスシテ質物ノ再度ノ質入トナルモノ
 ナレハ反對論者ノ駁論ハ毫モ價值ナシトス蓋シ轉質ハ數多ノ點ニ於テ轉貸ニ類スル
 モノニシテ賃借人カ賃借權讓渡ノ方法ニ依ラスシテ自己ノ權利ノ範圍内ニ於テ賃借
 人ノ所有物ヲ轉借人ニ貸與スルカ如ク質權者モ亦第三四八條ノ規定ニ則トリ自己ノ
 權利ノ範圍内ニ於テ設定者ノ所有物ヲ轉質權者ニ質入シ之ヲシテ質權ヲ行フコトヲ
 得セシムルモノナリ唯タ此兩者間ニ存スル重要ノ差異ハ賃借人ハ賃借人ノ承諾アラ
 サル轉貸ヲ爲スコトヲ得サルニ反シ質權者ハ法律ノ規定ニ依リ當然轉質ヲ爲スコト
 ナ得ルニ在リテ質權者ハ賃借人ニ比シ極メテ有利ナル地位ニ在ルハ全ク我立法者カ
 質物ノ融通ヨリ生スル實際取引上ノ便宜ニ着眼シ設定者ノ承諾如何ニ拘ラス轉質ヲ
 爲スノ權能ヲ質權者ニ附與シタルモノナリ

反對論者ハ又曰ク民法第二九八條ハ留置權者カ債務者ノ承諾ヲ得シテ留置物ヲ其
 債務ノ擔保ニ供スルコトヲ禁スル所ニシテ此規定ハ同法第三五〇條ヲ以テ質權ニ準
 用セラルルニ依リ質權者モ亦質權設定者ノ承諾アルニアラサレハ質物ヲ自己ノ債務
 ノ擔保ニ供シ新タニ質權ヲ設定スル事ヲ得サルヤ明カナリト是思ハサルノ甚ダシキ
 モノト謂ハサルヲ得ス成程民法第二九八條ハ留置權者ニ對シテ留置物ノ質入其他擔
 保物權ノ設定ヲ禁スルヲ以テ唯一ノ目的トシ單ニ之ニ關スル規定ノミヲ包含スルモ
 ノトセハ同條ノ規定カ質權ニ準用セラルル結果質權者モ亦質權設定者ノ承諾ナキ限
 リハ第三者ニ對シテ質物ヲ交付シ質權ヲ設定スルコトヲ得ステフ論結ハ正論ヲ得タ
 ルモノト謂フコトヲ得ヘシ然レトモ第二九八條ノ規定ハ其第一項ニ於テ留置權者ヲ
 シテ善良ナル管理者ノ注意ヲ爲スノ責ニ任セシメ其第二項ニ於テ留置權者ニ對シ留
 置物ノ使用及ヒ質貨ヲ禁シ其第三項ニ於テ留置權者ノ義務違背ノ制裁トシテ留置權
 ノ消滅ヲ請求スルノ權利ヲ債務者ニ附與スル所ニシテ是等ノ規定ハ質權者ニ準用ス
 ルヘキハ勿論ナリ凡ソ法律規定ノ準用ハ特定ノ法律關係ノ爲メニ設ケタル立法規定
 ナ他ノ法律關係ニ應用スルヲ目的トシ該應用ハ他ノ法律關係ノ性質ノ許ス範圍ニ於
 テノミ行ハレ其法律關係ニ付キ特ニ設ケタル規定ト相容レサル事項ニ付キテハ行ハ
 レ得ヘカラサルハ多言ヲ要セスシテ明カナリ然ルニ民法第三四八條ハ特ニ明文ヲ以
 テ質權者ノ爲メ債務者ノ承諾ヲ要セスシテ質物ノ轉質ト爲スコトヲ許ス故ナルヲ以
 テ質權ニ準用セラレタル第二九八條ノ規定ハ此一點ニ關シテハ之ヲ質權ニ應用シ得
 ヘカラサルハ多辯ヲ要セスシテ明カナリ是レ留置權ト質權トノ間ニ存スル重要ナル
 差異ニシテ目的物ノ賣却權ヲ包含セサル留置權ト之ヲ内容トスル質權トノ間ニ於テ

斯ル差異ノ生スルハ免カレハカラサルノ數ニシテ立法ノ主旨モ亦此點ニ存スルコト
 ナ窺フニ足ル故ニ民法第二九八條ノ規定カ質權ニ準用セララルルヲ理由トシ轉賣ノ再
 度質入ニアラサルノ論據ト爲スカ如キハ解釋ノ當ヲ得タルモノト謂フコトヲ得ス換
 言スレハ民法第二九八條ノ規定ハ第三四八條ノ規定ニ抵觸セサル範圍ニ於テノミ質
 權ニ準用セララルルモノニシテ第二九八條ノ規定中債務者ノ承諾ナクシテ留置物ヲ擔
 保ニ供スルコトヲ得ストノ點ハ結局質權ニ準用シ得ヘカラサルコトトナルハ前段説
 明ノ如クナルヲ知ルニ足ル

之ヲ要スルニ轉賣ヲ以テ質權ノ條件付讓渡ナリトスルノ説ハ理論トシテハ傾聽スヘ
 キモノナリト雖モ我民法ノ解釋論トシテハ理論ニ拘泥シテ立法規定ヲ無視シタルノ
 嫌ナキ能ハス再度質入説ヲ以テ民法ノ精神ニ適シ解釋ノ當ヲ得タルモノナリト信ス
 若シ夫レ再度質入説ニ依レハ同一質物上ニ質權者ノ本來有スル質權ト轉賣者ノ有
 スル質權ノ並立ヲ見ルニ至ルヘク其相互ノ關係并ニ其效力如何ニ付キテハ較ヤ複雜
 ニ涉リ質權ノ條件付讓渡説ニ於ケルカ如ク單純ナラスト雖トモ一言以テ之ヲ示スト
 キハ同一質物カ轉賣ニ依リ數個ノ質權ノ目的トナリタル場合ニ於ケル法律關係ハ同
 一不動産上ニ數個ノ不動産賣買ノ先取特權カ并立シタル場合ニ於ケル法律關係ト其
 歸趣ヲ同フスルモノト謂フコトヲ得ヘシ唯タ此二者間ニ存スル重要ノ差異ハ不動産
 賣買ノ先取特權ニ在リテハ優先權ハ前キノ賣主ニ屬シ後ノ賣主ハ前キノ賣主カ満足
 ナ得タル後ニアラサレハ其權利ヲ行フコトヲ得サルモノナルニ轉賣ノ場合ニ於テハ
 優先權ハ轉賣者ニ屬シ前キノ質權者ハ後ノ質權者カ満足ヲ得タル後ニアラサレハ
 其權利ヲ行フコトヲ得サルニ在リ是レ不動産賣買ノ先取特權ニ在リテハ前ノ賣主ハ

後ノ賣主ノ債權者ナルヲ以テ後ノ賣主ハ其債權者タル前ノ賣主ヲ擱キテ其不動産ニ
 付キ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受ケルコト能ハサルカ爲メ又轉賣ノ場合ニ於テハ轉賣者
 ハ前キノ質權者ノ債權者ナルヲ以テ前キノ質權者ハ轉賣者ヲ擱キ質物ニ付キ辨濟
 ナ受ケルコト能ハサルカ爲メニシテ優先權ノ順位ハ彼此顛倒スルノ觀アルモ理論ニ
 於テハ毫モ差異アルコトナシ而シテ不動産賣買ノ先取特權ニ於テ前キノ賣主カ其權
 利ヲ實行シタルトキハ後ノ賣主ノ先取特權ハ其限度ニ於テ效力ヲ失フト一般轉賣權
 者カ其權利ヲ實行シタルトキハ前キノ質權者ノ質權モ亦其限度ニ於テ效力ヲ失ヒ質
 權者ハ單ニ其殘部ニ對シテ權利ヲ行フコトヲ得ルニ過キササルハ此二者ニ共通スルノ
 點ニシテ不動産賣買ノ先取特權及ヒ轉賣權ノ性質上自ラ然ラサルヲ得サル所ナリ
 以上ハ余カ轉賣ヲ以テ質物ノ再度ノ質入ナリトスル理由ノ概要ヲ略述シタルモノニ
 シテ更ニ他日ナ期シテ其性質效力ヲ詳論スヘシ(法學博士横田秀雄氏法律評論第三卷
 第一一號論說一五七頁以下)

【參照學說】

本書第三卷民法三五九頁以下

轉賣ノ性質ニ就テハ頗ル議論ノ存スルトコロナリト雖モ吾人ハ本論ニ賛同スル
 モノナルコト嘗テ富井博士ノ論說ニ對シ一般學說ヲ掲ケテ論シタルトコロナル
 ヲ以テ茲ニ再論セス本書第三卷民法三五九頁以下ヲ參照セラレタシ

承祖相續トハ相續開始前死亡又ハ失權シタル推定家督相續人ノ直系卑屬カ推定家督相續人ト同順位ニ於テ被相續人ヲ相續スヘキモノト爲ス法律ノ擬制ヲ曰フモノトス

承祖相續ハ轉歸相續ト異リ其直系卑屬カ被相續人ヲ相續スルハ推定家督相續人ヲ通シテ之ヲ相續スルモノトス

承祖相續ヲ爲シ得ルニハ(一)被相續人ノ相續開始前ニ於テ推定家督相續人カ死亡又ハ失權シタルコト(二)推定家督相續人カ相續開始前ニ死亡又ハ失權シタルコト(三)死亡失權シタル者ハ推定家督相續人タリシ者ナルコト(四)第九七四條ノ適用ヲ受クヘキ者ハ被相續人ト家ヲ同フスル直系卑屬ナルコト(五)承祖相續ヲ爲シ得ヘキ者ハ被相續人ト家ヲ同フスル直系卑屬ナルコト(六)承祖權者ハ被相續人ノ直系卑屬ナルコトヲ要スルモノトス

推定家督相續人カ被相續人ヲ死ニ致サントシタル爲メ刑ノ言渡ヲ受ケタル後其判決確定前相續開始シタルトキハ第九七四條ノ適用アルモノトス

被相續人ニ對シ推定家督相續人タル資格ヲ取得セシテ死亡シタル者ノ直系卑

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

屬ハ承祖相續ノ適用ヲ受ケサルモノトス(孫ハ自己ノ父タル祖父ノ子ノ生存中ハ承祖權ヲ取得スルコトニキモノトス)

承祖相續トハ相續開始前死亡又ハ失權シタル推定家督相續人ノ直系卑屬カ推定家督相續人ト同順位ニ於テ被相續人ヲ相續スヘキモノト爲ス法律ノ擬制ヲ曰フ即チ死亡失權セル推定家督相續人ト同親等ノ直系卑屬ハ民法第九七〇條第一項第一號ノ原則ニ從ヘハ右推定家督相續人ノ直系卑屬ニ先シテ相續スルコトヲ得ヘキモ同第九七四條承祖相續ノ特例ニヨリ該直系卑屬ヲ超エテ相續スルヲ得サルコトト爲ル

承祖相續ハ法律ノ假設タルニ過キサルモ遺ハ古來特種ノ階級ニ行ハレタル嫡孫承祖ノ習慣ヲ確定シ之ヲ一般化シタルモノニシテ(註一)裔ニ戸主ノ地位繼承ニ關シテノミナラス單純ナル財產相續ニ付テモ其極メテ相當ナルコトヲ了知スルニ足ラン蓋シ死亡又ハ失權シタル推定家督相續人ニシテ是等ノ事由ナク被相續人ヲ相續シタリシナランニハ其直系卑屬ハ當然ノ順序トシテ相續スルヲ得タルヘカリシモノナルヲ以テ偶々自己ノ尊屬タル推定家督相續人ニ死亡又ハ失權ノ事由アリタルカ爲メ相續人ト爲ルコトヲ得ストスルハ自然ノ順序ニ反スルト共ニ情理ニ悖ルノミナラス場合ニ依テハ直系卑屬ナシテ其尊屬ノ行爲ノ犠牲タラシムル結果ヲ來スコトト爲リ正義ノ觀念ニ反スレハナリ(註二)然レハ財產相續ヲ以テ本體ト爲ス外國立法例ニ於テモ同一ノ規定ヲ設ケサルモノ殆ント罕ナリ佛國ニ在テハ之ヲ代表相續(Succession par representation)ト稱スルモ遺ハ用語ノ妥當ヲ缺クモノタルニ過キスシテ實質ニ於テ我承祖相續ト異ナルコトナシ唯多少承祖相續ノ範圍ヲ異ニスルノミ(佛民七三九、七四一、プラニオール

三卷五三二頁(尙此點ハ後述スヘシ)

註一 嫡孫承祖ノ制度ハ我古來ノ習慣ニ於テ行ハレタル處ノモノナレトモ其制度ハ有位者然カモ三位以上ノ有位者ニ關スルモノニシテ四位以下ノ有位者ハ此制度ノ適用ヲ受ケザリシモノナレトモ大寶令繼嗣編ノ規定ニ依リテ明白ナリ從テ王朝時代庶民ハ勿論嫡孫承祖ノ制限ヲ受ケタルコトナカリシ餘倉開府以後室町時代ニ於テモ嫡孫承祖ハ幕府家人庶民ヲ通シテ相續ノ本則タリシコト史上ニ明白ナル事實ナルモ朝家ハ格別他ニ在テハ嫡子ナキトキハ必ス嫡孫ヲ立ツルノ法則行ハレタルコトナク却テ器量ニ從テ先人ノ左右スルヲ得ル處ト爲リシモノナルコト(御成敗式目)許多ノ事例ノ證明スル處ナリ降テ徳川時代ニ至リテ士大夫以上ノ者ニ對シテ嫡孫承祖ノ習慣ヲ再興シタルトモ(憲法部頭)庶民以下ニ對シテ之ヲ一ノ制度トシテ適用シタル事跡ナキカ如シ然カモ士大夫以上ニ對スル嫡孫承祖ト雖トモ其始メ現今所謂承祖相續ト内容チ一ニシタルトモ(諸例集下)後ハ單ニ形式ノ用語ニ過キサルコト爲レリ例ハ嫡子相續前死亡スルトキハ次子ヲ立テ次子カ嫡子ノ子ヲ養ヒトスルコトキハ之ヲ嫡孫承祖ト稱スヘシト指令セルノ類之ナリ(諸例集八項伊賀守答)明治維新後ニ至リ此制度行ハレタルヤト云フニ家督相續ノ基本タル條規トモ觀ルヘキ明治六年一月第十八號同七月第二十六號太政官布告ニ依ルモ家督相續ハ必ス總領ノ男子タルヘシ若シ亡没或ハ廢篤疾不得止事故アレハ其事實ヲ詳カニシテ次男三男又ハ女子ニ養子相續顯出ツヘシ次男三男女子無之者ハ血統ノ者ヲ以テ相續顯出ツヘシ若シ故ナク順序ヲ越ヘテ相續致ス者ハ相當ノ答可申付事トアリ其後ノ布告達何指令等ニ依ルモ明白ニ嫡孫承祖ノ習慣ヲ確定シタルモノナシ依是觀之嫡孫承祖ハ我古來ニ於ケル普通ノ習慣ニ非スシテ特種ノ階級ニ限ラレタル部局ノ制度タルニ過キザリシモノナルコトナク察スルニ足ルヘシ元來大寶令ノ嫡孫承祖ノ制度ハ唐制ニ模倣シ之ヲ我國ニ移植シタルモノナレトモ固ト敍位ノ制度ニ伴ヒ之ヲ認メタルモノニ過キザリシヲ以テ父祖ノ庶孫ニ及ハス從テ敍位ニ浴セサル四位以下ノ嫡孫ニハ此法ヲ行ハザリシモノナラン徳川幕府ニ至リテ次ノ註ニ示スカ如キ理由ヨリテ嫡孫承祖ノ制ヲ認ムルコトト爲リシモ令ノ遺制ニ從ヒ比較的高官ノ者ニ之ヲ限リタルハ官位職職ヲ世襲セシムル制度上寬ニ止ムヲ得サルニ出テタルモノナラン然レハ明治時代ニ至リテモ此制度カ一般ノ條規トシテ採用セラレザリシモノナルコトハ深ク怪シムニ足ラス要スルニ民法第九七四條ノ規定ハ嫡孫承祖ノ部局ノ制度ヲ確認シ外國ノ制度ニ參酌シ自然ノ情理ト正義ノ觀念ヨリ之ヲ一般ノ制度トシテ規定スルニ至リシモノナリ

註二 徳川幕府カ嫡孫承祖ノ制チ一部階級者ニ適用シタル理由ハ子ヲ父ノ非行ノ犠牲タラシムルハ當テ得ストノ觀念ニ出テタルモノナルコトハ諸例集十所載市川出雲守但戸田八郎兵衛實子主馬改易ノ場合其子登ヲシテ直チニ八郎兵衛ヲ相續セシムルノ可否ニ付テノ裁決書類ニ徵シ之ヲ證スルヲ得ヘシ文書ノ内容ハ煩チ避ケテ茲ニ登載セス

承祖相續ハ無限ニ行ハルヘシ即チ被相續人ノ子孫相踵テ死亡又ハ失權スルトキハ曾孫、曾孫モ亦同一ノ運命ニ遭遇スルトキハ玄孫ハ其前者ノ順位ニ於テ相續人ヲ相續スヘキナリ玄孫ノ直接ノ前者タル曾孫ハ孫ノ地位ヲ承繼シ之ト同順位ニテ被相續人ヲ

相續スルモノナルカ故ニ玄孫カ曾孫ノ有セル順位ト同一順位ニ於テ相續スト旨ヘハ結局被相續人ノ推定家督相續人タリシ子ト同順位ニ於テ相續スルコトト爲ルナリ勿論民法第九四七條ノ要件ヲ具備スルヲ要ス即チ自己ノ前者カ悉ク被相續人ノ相續開始前ニ於テ死亡失權シタルコト及ヒ其直接前者ノ死亡失權當時ニ於テ直系卑屬トシテ承祖權アリシモノナルコト之ナリ斯ク曾孫又ハ玄孫カ被相續人タル高祖父母又ハ其父母タル被相續人ヲ直接ニ相續スルカ如キ事例ハ殆ント絶無ナルヘシト雖モ理論上ハ之ヲ否定スルヲ得ス勿論玄孫ハ其前者中或者例ハ孫カ相續權ヲ有スル能ハザリシトキト雖モ被相續人ヲ相續スルヲ妨ケス何トナレハ此場合ト雖モ曾孫ハ推定家督相續人タル子ノ直系卑屬タルコトヲ失ハサルカ故ニ第九七四條ノ規定ニヨリ子ノ順位ニ於テ相續スルヲ得ヘキヲ以テナリ

承祖相續ハ之ヲ轉歸相續(Succession par transmission)ト混同ス可ラス轉歸相續トハ推定家督相續人ヲ相續スルニ因リテ被相續人ヲ相續スルモノヲ曰フ轉歸相續ノ場合ニ於テハ推定家督相續人ハ一度被相續人ヲ承繼シタルモノニシテ死亡其他ノ相續開始事由ニヨリ更ニ其直系卑屬カ之ヲ相續スルニ因リテ被相續人ヲ相續スル者ナリ故ニ此場合ニ被相續人ヲ相續スルハ其權義カ推定家督相續人ノ權義ニ包含セラレルモノトシテ之ヲ相續スルナリ故ニ直系卑屬カ推定家督相續人ノ相續ヲ承認セザルトキハ被相續人ヲ相續スルヲ得ヘカラス之ニ反シテ承祖相續ニ在リテハ推定家督相續人ハ相續開始前ニ死亡失權シタルモノナルヲ以テ被相續人ヲ相續スルコトナカリシモノナリ故ニ此場合ニ於テ其直系卑屬カ被相續人ヲ相續スルハ推定家督相續人ヲ通シテ之ヲ相續スルモノニ非スシテ自己ノ資格ニ於テ自己固有ノ權利トシテ之ヲ相續スルナリ

第九七〇條ノ規定ニ從ヒ一ヒ推定家督相續順位ニ立テタル者カ死亡又ハ前示ノ事由ニ因リ失權シタルコトヲ要ス故ニ被相續人ニ對シ推定家督相續人タル資格ヲ取得セシテ死亡シタル者ノ直系卑屬ハ承祖相續ノ適用ヲ受ケルコトナシ例ハ孫ハ祖父ノ子ノ生存中ハ推定家督相續人ノ順位ニ在ル者ニ非サルヲ以テ孫カ子ノ生存中ニ死亡スルモ曾孫ハ承祖權ヲ取得スルコトナカルヘク又第七三七條ノ規定ニ依リ父家ニ入りタル直系卑屬カ第九七二條ノ適用ヲ受ケヘキ場合ニ於テ相續開始前死亡シタルトキ亦同シ此場合其直系卑屬ノ子ハ其祖父ヲ相續スルヲ得ス

第四 第九七四條ノ適用ヲ受ケヘキ者ハ死亡又ハ失權シタル者ノ直系卑屬ナルコトヲ要ス

推定家督相續人ノ直系卑屬ニ非サル者ハ第九七〇條ノ規定ニ從ヒ推定家督相續人ヲ相續シ得ヘカラサル者ナルヲ以テ第九七四條立法ノ理由ニ照シ承祖權ヲ與フルノ要ナシ但直系卑屬ハ己ニ出生シタルコトヲ要セス胎兒ニテモ可ナリ勿論胎兒ハ第九七〇條第九七二條ノ規定ニヨリ相續開始當時ニ於テ推定家督相續人ヲ相續スル資格アル者ナルコトヲ要ス胎兒ヨリ優先ノ順位ニ立ツ者アルトキ●胎兒ニ相續權ナキコトハ當然ナルヲ以テ此場合ハ胎兒ニ第九七四條ノ適用ナシ民法實施以前ニ在テハ胎兒ノ權利ヲ認メタル規定ナカリシヲ以テ推定家督相續人カ相續開始前ニ死亡又ハ失權シタルトキト雖モ承祖權ハ胎兒ノ利益ノ爲メニ發生セサリシモノト謂ハサル可ラス

第五 承祖相續ヲ爲シ得ヘキ者ハ被相續人ト家ヲ同フスル直系卑屬ナルコトヲ要ス被相續人ト家ヲ同フスル直系卑屬ニアラサレハ承祖權ナキコトハ多ク論スルヲ須キス蓋シ第九七四條ハ第九七〇條ノ本則ニ從ヒ相續資格アル者ノ順位ニ關スル特例ニ

シテ第九七〇條ニ依レハ推定家督相續人ト家ヲ同フスル直系卑屬タルコトヲ要スルハ明白ナルハナリ而シテ茲ニ家ヲ同フスルトハ承祖相續開始ノ時ニ於テ被相續人ト家ヲ同フスルモノナル意ナルコトハ勿論ナルノミナラス仍ホ承祖權發生ノ時即チ推定家督相續人ノ死亡又ハ失權ノ時ニ於テ被相續人ト家ヲ同フシタルモノナラサル可ラス這ハ第九七四條ノ文意ニ照シ明白ナリトス尙此點ニ付テ下ノ第七ノ説明ヲ觀ヨ

第六 承祖權者ハ被相續人ノ直系卑屬ナルコトヲ要ス

此點ニ關シテハ學者間異論アリ消極說ハ第九七四條ノ法文ニ云々「相續權ヲ失ヒタル推定家督相續人ニ直系卑屬アルトキハ」云々トアルヲ唯一ノ根據トスル者ナルモ(註)余ハ積極說ニ左祖シ承祖相續ヲ爲シ得ル者ハ被相續人ノ直系卑屬タルコトヲ要スト言ハントス其理由ハ極メテ簡單ナリ曰ク第九七四條ノ規定ハ第九七〇條ニヨリ相續資格アル者ノ「推定順位ヲ變更スル」モノタルニ過キスシテ之ニ依リテ第九七〇條ノ與ヘサル資格ヲ附與セントスルモノニ非ス同條ニ依レハ其明文ニモアル如ク「被相續人ノ直系卑屬」トアリ知ルヘシ第九七四條ノ特例ノ場合ニ於テ此資格ニ對スル本則ヲ除外スルモノニ非サルノ極メテ明白ナルヲ又知ルヘシ斯ノ如キハ直系相承クルヲ以テ相續ノ本義ト爲スニ照シ極メテ正當ナルヲ殊ニ第九七四條ニ依レハ云々第九七〇條第九七二條ノ順序ニ從ヒ家督相續人ト爲ルトアリ而カモ是等各條ハ何レモ被相續人ノ直系卑屬タルコトヲ前提トスルヲ以テ到底反對ノ解釋ヲ容ルヘキ餘地ナシト謂ハサル可ラス故ニ例ハ推定家督相續人カ養子ニシテ其者ノ他家ニ在ル直系卑屬カ民法第七三八條ノ規定ニ從ヒ被相續人ノ家ニ入り其家族ト爲リタル者ノ如キハ父ノ養親ト何等親族關係ヲ有セス從テ之カ直系卑屬タル地位ヲ有セサル者ト謂ハサル可ラス繼

父母ニ對スル繼子、嫡母ニ對スル庶子ノ他家ニ在ル直系卑屬ノ如キ亦同シ(同說奥田博士一〇三頁牧野學士一三六頁明治四一年三月二八日法曹會決議同年七月八日同四三年一〇月四日同上等、異說法典質疑錄二二四頁梅博士解答)

尙反對說ハ第九七條ノ立法理由カ推定家督相續人ニシテ相續シタランニハ相續スルコトヲ得ヘカリシ者ノ利益ヲ保護スル爲メ此規定ヲ設ケタルニ在ルコトヲ論據トシ被相續人ノ直系卑屬ニ非ストモ推定家督相續人ノ直系卑屬タル以上ハ右立法理由ニ照シ同條ノ權利ヲ付與セサル可カラスト言フモ(梅博士前出)第九七條ハ第九七〇條ノ規定スル親等ノ遠近ニ關スル順位ヲ變更スル目的トスルニ止マルヲ以テ此趣旨ニ從ヒ被相續人其者ノ直系卑屬ニ非サル者ヲ除外スルノ注意ナリト解スルヲ至當トス反對論ハ第九七條ニ第九七〇條ノ定メタル順序ニ從ヒトアルヲ解シ第九七〇條ニ從フヘキ事項ハ單ニ順位ニ限ルヲ以テ同條ノ所謂直系卑屬タラサルモ可ナリト主張スルモ右第九七〇條ノ順序ニ從ヒトアルハ第九七四條ニ依リテ承祖權アルヘキ直系卑屬數人アル場合ニ其相互ノ關係ニ就テ言ヘルモノニシテ之ヲ以テ同條第一項本文ノ直系卑屬ナルコトヲ不

必要トスル趣意ニ非サルハ明白ナルヲ以テ此主張ハ到底肯シ難シ

第七 承祖權ノ發生ハ推定家督相續人ノ死亡又ハ失權ト同時ナルコトヲ要ス
此要件ハ第九七四條ノ法文ニ家督相續人タルヘキ者カ云々死亡シ又ハ其相續權ヲ失ヒタル場合ニ於テ其者ニ直系卑屬アルトキハトアルヲ根據トスルモノニシテ斯ノ如キハ嫡孫承祖ノ從來ノ慣習ニ依ルモ是認セサル可ラサル解釋ナリトス故ニ推定家督相續人カ死亡失權ノ當時被相續人ノ家ニ在ラザリシ者ハ假令其後ニ至リ被相續人ノ家ニ入ルモ承祖權ヲ取得スルコトナカルヘク又推定家督相續人カ死亡ニ因リ相續權ヲ取得スル能ハザリシ場合ニ就テハ胎兒ヲ生存者トシテ取扱ハザリシ舊法時代ニ於テハ此要件ヲ明示スル必要アリシナランモ胎兒ノ相續權ヲ認ムル新法ノ下ニ於テハ此要件ヲ啗々スルノ要ナシ何トナレハ推定家督相續人死亡後ニ其直系卑屬カ懷胎セラルルコトハ考ア可ラサルコトニ屬スレハナリ
以上ハ承祖相續ニ關シ民法第九七四條ノ規定ニ從ヒ其要件ヲ叙說シタルモノニシテ

之ニ依リテ同條ノ適用範圍ヲ明確ニシ得タリト信ス終リニ一言スヘキハ死亡又ハ失權シタル推定家督相續人ノ直系卑屬ハ推定家督相續人ノ「順位ニ於テ」被相續人ヲ承繼スルモノニ非スシテ死亡失權シタル者ト同順位ニ於テ直接ニ被相續人ヲ相續スルモノナリ故ニ推定家督相續人カ死亡又ハ失權セザリセハ相續開始ノ時ニ於テ被相續人ヲ相續シ得ヘカリシ順位ニ在リタル者ナルコトヲ要ス從テ第九七四條ノ直系卑屬ノ父カ被相續人ノ相續開始ノ當時ニ於テ被相續人ノ他ノ直系卑屬ニ優先シテ相續スルヲ得ヘカラザリシ者ナルニ於テハ其直系卑屬ハ同條ノ承祖權ヲシ左ニ一例ヲ示シテ此意義ヲ明カニスヘシ

戶主甲其女乙ニ丁ヲ婿養子ト爲シ丙女出生ス然ルニ甲ノ相續開始前甲ハ丁ヲ離縁シ乙ハ丁ニ從ヒテ其家ニ入レリ後丁死亡シ爲メ乙ハ實家ニ復歸シタルヲ以テ甲ハ更ニ戊ヲ迎ヘテ乙ノ婿養子ト爲セリトセハ此場合甲ヲ相續スヘキ者丙、戊孰レナルカト云フニ丙ハ丁カ離縁セラレ失權シタル當時ニ於テ甲家ノ家族ニシテ又甲ノ直系卑屬ナルカ故ニ前示第六、七ニ於テ說示セル處ニ從ヒ承祖權ヲ取得スヘシ此場合ニ於テ丁カ離縁失權セザリシトセハ丁ハ被相續人ノ相續開始ノ場合ニ於テ甲ヲ相續スルコトヲ得タルヘカリシモノナルヲ以テ丙女ハ其順位ニ於テ甲ヲ相續スルコトヲ得ヘキハ勿論ナリ假令丁離縁後ニ戊ヲ婿養子ト爲シタリシトスルモ戊ハ其養子縁組カ丁ノ後ナルカ爲メ民法第九七〇條第二項ニ從ヒ丁ヨリ後ニ嫡出子タル身分ヲ取得セルモノナルヲ以テ年齡ノ長幼如何ニ拘ラス丁ニ先立ツコトヲ得ス丁ニシテ失權セザランニハ當然戊ヲ排シテ相續スルコトヲ得タリシ者ナルヲ以テ丙女ニ承祖權アルハ疑ナシ然リト雖モ例ヲ改メテ右ノ場合ニ於テ戊カ單純養子トシ

テ迎ヘレタルモノナルトキハ丁ハ假令失權セサリシトスルモ戊ニ先立テ相續スル
 コトヲ得ヘカラサリシ者ナリ何トナレハ第九七三條ノ特例ニ依リ戊ノ姉妹ニ當ル
 乙ノ女婿タル丁ハ後ニ來リタル戊ノ相續權ヲ害スルヲ得サルヲ以テナリ然ラハ丁
 ノ地位ニ於テノ外相續權ヲ有セサル丙女ハ結局承祖權ナシト決セサル可ラス
 民法施行前ニ於ケル相續人ノ死亡失權ハ同時ニ其直系卑屬ノ承祖權ヲ發生セシムヘ
 キハ慣例ノ認ムル所ノモノナリト雖モ民法ハ特ニ民法施行法第八五條ヲ以テ第九七
 四條ノ規定ハ民法施行前ニモ適用アルヘキ旨ヲ明定セリ(法學士柳川勝二氏法律評論
 第三卷第一三號論說一七七頁以下)

【參照學說】

- 一 法學博士梅謙次郎氏民法要義卷之五相續編四二頁以下法典質疑錄二三四頁
- 二 法學博士與田義人氏相續法論一〇一頁以下
- 三 法學士牧野菊之助氏相續法論一三四頁以下
- 四 法曹會決議法曹記事一八卷六號一頁一七卷九號二九頁
- 五 大審院民事判決錄三五年四卷一四九頁三六年三頁四六頁三八一年二一〇頁四三年六一四頁

吾人亦本論學士ノ見解ヲ以テ正當ナリト信ス

二九六

- 一八一 占有權ハ代理人ニ依リテ之ヲ取得スルコトヲ得
- 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カ之ニ依リテ占有權ヲ取得ス
- 一八四 代理人ニ依リテ占有爲メニ於テ本人カ其代理人ニ對シ爾後第三者ノ爲メニ其物ヲ占有スヘキ旨ヲ命シ第三者之ヲ承諾シタルトキハ其第三者ハ占有權ヲ取得ス
- 二〇四 代理人ニ依リテ占有爲メニ於テハ占有權ハ左ノ事由ニ因リテ消滅ス

代理占有トハ占有權ノ成立ニ必要ナル條件カ占有權者以外ノ人ニ依リテ充タザルル占有ノ一状態ヲ謂フモノトス」
 代理占有ニ於ケル代理關係ハ乙者カ甲者ニ代リテ物ヲ所持スル事實關係アルヲ以テ足り民法總則ニ所謂代理權アルコトヲ要セサルモノトス」
 代理占有者ハ占有者ノ單純ナル機關タルニ止マラスシテ自己モ亦占有物上ニ占有權ヲ有スルコトアルモノトス」
 代理占有者ハ他人ニ代リテ他人ノ爲メニ物ヲ所持スル者ニシテ本人トノ間ニハ常ニ一定ノ法律關係アリテ其法律關係ハ物ヲ返還スヘキ權利義務ヲ内容トシ此種ノ法律關係ノ存在スル所ニハ常ニ代理占有ノ成立ヲ見ルモノトス」
 之ニ反シテ甲者ト乙者トノ間ニ於テ物ノ引渡ヲ目的トスル權利關係存スルモ占有者カ其權限ノ性質上他人ノ爲メニ其物ヲ占有シ之ニ對シテ返還義務ヲ負擔スルニアラサレハ代理占有ノ關係ヲ生セサルモノトス」
 代理占有ハ甲乙兩者間ニ於テ物ノ返還ヲ目的トスル權利義務ノ存在ヲ前提要件トスルヲ以テ其權利義務ノ消滅ハ代理占有ノ關係ヲ消滅セシムモノトス」

- 一 本人カ代理人ヲシテ占有爲メニ其意思ヲ放棄シタルコト
 - 二 代理人カ本人ニ對シ爾後自己又ハ第三者ノ爲メニ占有物ヲ所持スヘキ意思ヲ表示シタルコト
 - 三 代理人カ占有物ノ所持ヲ失ヒタルコト
- 占有權ハ代理權ノ消滅ノミニ因リテ消滅セス

代理占有トハ占有権ノ成立ニ必要ナル所持ノ條件カ占有権者以外ノ人ニ限リテ充タサルル占有ノ一状態ナリ換言スレハ占有権以外ノ人カ占有権者ニ代リテ占有権ノ目的物ヲ所持スル場合ニ於テ其占有ニ付スルニ代理占有ノ名稱ヲ以テスルモノナリ

代理占有ニ於ケル代理關係ハ乙者カ甲者ニ代リテ物ヲ所持スル事實關係アルヲ以テ足リ我民法總則ニ所謂代理權アルコトヲ必要トセス蓋シ乙者カ甲者ニ代リテ物ノ所持ヲ爲ストキハ其所持ハ甲者ノ利益ニ於テ其效ヲ生スルコト尙ホ乙者カ甲者ニ代リテ法律行爲ヲ爲スノ權限ヲ授與セラレタル場合ニ乙者カ其權限内ニ於テ爲シタル意思ノ表示ハ甲者ニ對シテ其效力ヲ生スルト同一般ナルニ依リ甲者ヲ以テ占有ニ關スル本人トシ乙者ヲ以テ其代理人トスルモノニシテ代理ニ關スル民法總則ノ規定ハ此場合ニ準用セラレヘキハ毫モ疑ナク存セサル所ナリ

代理占有ノ最モ單純ナルモノハ寄託ノ場合ニシテ甲者其所有ノ時計(又ハ自己ノ所有トシテ所持セル時計)ヲ乙者ニ寄託シ乙者カ保管ノ責ニ任スル場合ニ於テ占有權ノ主體ハ甲者ニシテ乙者ハ其單純ナル代理人ナリ其寄託カ有價ナル場合ト雖モ乙者ハ物ノ所持ニ付キテハ何等ノ利害ヲ有セス唯タ甲者ノ爲メニ物ノ所持ヲ爲スニ過キサルヲ以テ乙者ハ其物ニ對シテ占有權ヲ有スルコトナシ

代理占有ノ場合ニ於テ本人カ自身ニ目的物ヲ所持セサルニ拘ハラス尙ホ之ニ對シテ占有權ヲ有スル所以ノモノハ他ナシ代理人ハ本人ノ爲メニ物ヲ所持スルモノナレハ其物ノ處置ニ付キ本人ノ命令ニ服從スヘキハ勿論ナルヲ以テ本人ハ自カラ其物ヲ所持セサルモ代理人ヲシテ其意思ニ服從セシムルニ依リテ間接ニ其物ヲ支配シ得ヘキ地位ニ在リテ自身ニ其物ヲ所持スルト毫モ異ナル所ナキヲ以テナリ

代理占有者ハ占有者ノ單純ナル機關タルニ止マラスシテ自己モ亦占有物上ニ占有權ヲ有スルコトアリ是レ物ノ占有者カ所有權以外ノ物權又ハ債權ノ行使トシテ物ヲ占有スル場合ニ於テ見ル所ノ現象ニシテ地上權者永小作人質權者トシテ動産又ハ不動産ヲ占有スル者ハ地主質權設定者ニ對シテ代理占有者タルノ地位ニ在ルト同時ニ自己モ亦地上權永小作權質權ノ行使トシテノ占有權ヲ有シ他人ノ動産不動産ヲ賃借シテ之カ使用收益ヲ爲ス者モ亦賃貸人ノ爲メニ代理占有ヲ爲スト同時ニ自己モ亦賃借權ノ行使トシテノ占有權ヲ有スルモノナリ

代理占有者ハ他人ニ代リテ他人ノ爲メニ物ノ所持ヲ爲ス者ニシテ本人ト代理人トノ間ニハ常ニ一定ノ法律關係アリテ其法律關係ハ物ヲ返還スヘキ權利義務ヲ以テ内容トシ此種ノ法律關係ノ存在スル所ニハ常ニ代理占有ノ成立ヲ見ルモノトス即チ左ノ如シ

- 一 委任代理又ハ法定代理ノ關係ニ基ツキテ物ヲ占有スル者(受任者親權者後見人ノ類)ハ本人(委任者未成年者禁治產者ノ類)ニ對シ其物ヲ返還スヘキ債務ヲ負擔ス從テ前者ハ後者ノ代理占有者ナリ
- 二 雇傭契約請負契約ニ因リテ物ヲ占有スル者(雇人カ主人ノ爲メニ購買シタル物品ヲ占有シ時計師カ修飾ノ爲メ顧客ノ時計ヲ占有スルノ類)ハ雇主注文者ニ對シテ其物ヲ返還スヘキ債務ヲ負擔ス故ニ雇主注文者ト雇人請負人トノ間ニ於テ代理占有ノ關係ヲ生ス
- 三 地上權者永小作人質取主賃借人ハ地主質權設定者賃貸人ニ對シ其權利ノ目的物ヲ返還スルノ債務ヲ負擔ス故ニ前者ハ後者ノ代理占有者トナル

四 事務管理人モ亦本人ニ對シテ事務管理ノ目的タル物ヲ返還スルノ債務ヲ負擔スルヲ以テ其物ニ付キ本人ノ代理占有者トナル他人ノ物ヲ不法ニ使用スル者ト雖トモ横領ノ意思ヲク本人ニ對シテ之カ返還ヲ爲スノ意思ヲ有スル限りハ本人ノ爲メニ代理占有ヲ爲スモノト認ムルコトヲ得ヘシ

之ニ反シテ甲者ト乙者トノ間ニ於テ物ノ引渡ヲ目的トスル權利關係存スルモ占有者カ其權限ノ性質上他人ノ爲メニ其物ヲ占有シ之ニ對シテ返還義務ヲ負擔スルニアラサレハ此兩者間ニ代理占有ノ關係ヲ生スルコトナシ即チ左ノ如シ

一 無効ノ行爲又ハ取消ノ結果無効トナリタル行爲ニ基ツキ物ノ引渡ヲ受ケタル當事者ハ更ニ其物ヲ相手方ニ引渡シテ之ヲ原狀ニ復スルノ義務アルモ其互互間ニ代理占有ノ關係ヲ生スルコトナシ

二 賈買贈與交換ニ於テ賈主贈與者交換者ハ各契約ノ目的物ヲ相手方タル賈主受贈者交換者ニ引渡スル義務アルモ其占有ハ自己ノ爲メニスル占有ニシテ相手方ノ爲メニスル占有ニアラサルヲ以テ其互互間代理占有ノ關係ヲ生スルコトナシ

三 強盜盜ノ如キ不法ニ他人ノ物ヲ占有スル者ハ被害者ニ對シテ之ヲ返還スル義務ヲ負擔スルモ被害者ノ爲メニ占有ヲ爲スモノニアラサルヲ以テ其代理占有者ニアラス

以上説明スル所ニ依リ甲乙間ニ代理占有ノ關係ノ生スルニハ其相互間ニ於テ他人ノ爲メニスル法律關係ヲ創設シ其一方ヲシテ他ノ一方ニ對シテ物ヲ返還スルノ義務ヲ負擔セシムルコトヲ必要トス即チ左ノ如シ

一 甲者自己ノ所有トシテ一ノ時計ヲ所持スル場合ニ之ヲ乙者ニ寄託シ質入シ質

貸シタルトキハ甲乙間ニ於テ寄託契約質契約質貸借契約成立シ乙者ハ甲者ニ對シ返還義務ヲ負擔スルニ因リ兩者間ニ代理占有ノ關係ヲ生ス

二 甲者自己ノ所有トシテ一ノ時計ヲ所持スル場合ニ賈買贈與交換ニ因リ之ヲ乙ニ讓渡シタルトキ假令センニ甲者ハ乙者ニ其時計ヲ引渡シ占有權ヲ移轉スルノ義務アルヤ明カナリ此場合ニ於テ甲者ノ引渡義務カ乙者ノ爲メニ其時計ヲ占有スヘキ或種類ノ法律關係ニ轉換シ甲者乙者ニ對シテ其返還義務ヲ負擔スルト同時ニ甲者ハ乙者ノ代理占有者トナリ乙者ハ之ニ因リテ時計ノ占有權ヲ取得ス例之乙者カ更ニ其時計ヲ甲者ニ質貸シ質入シ寄託シタルトキハ甲乙兩者間ニ於テ質貸借契約質契約寄託契約成立スルト同時ニ甲ノ引渡義務ハ是等ノ契約ヨリ生スル返還義務ニ變シ茲ニ甲ハ乙ノ代理占有者トナリ所有者トシテノ占有權ハ甲ヨリ乙ニ移轉スルト同時ニ質貸借契約質契約ノ場合ニ於テハ甲ハ新タニ質借人質權者トシテ占有權ヲ取得スルコトトナル民法第一八三條ニ規定スル占有ノ改定ハ斯クノ如キ徑路ニ依リテ行ハルモノナリ然レトモ占有ノ改定ハ甲者カ乙者ニ對シ其ノ現ニ占有スル特定物ヲ引渡スル義務ヲ負フ場合ニ於テ行ハルモノニシテ兩者間ノ債務關係カ金錢其ノ他ノ不特定物ヲ目的トスル場合ニ於テハ占有ノ改定ニ因リテ債務關係ヲ轉換セシムルコトヲ得ス此場合ニ於テハ他ノ原則ノ應用ニ依リテ其效果ヲ定ムルコトヲ要ス例之準消費貸借ノ如シ蓋シ此場合ニ於テハ物ノ二重ノ引渡ヲ省略シ直チニ他ノ債務ノ目的物ヲ消費貸借ノ目的物ニ轉換セシムルハ占有改定ノ場合ト其歸趣ヲ同フスルモ其目的物ハ種類數量ニ依リテ抽象的ニ定マリ具體的ニ確定スルコトナシ之ニ反シテ占有權ハ物權ナルヲ

以テ當ニ必ラス權利ノ目的タル特定物ノ存在ヲ必要トスルヲ以テ占有ノ改定モ亦特定物アルニアラサレハ行ハレ得ヘカラサルヲ知ルニ足ル

三 代理占有ハ甲者ト乙者トノ間ニ於テ物ノ返還ヲ目的トスル法律關係ノ發生ニ因リテ生スルハ前述ノ如ク其返還ヲ請求スルノ權利ヲ有スル者ハ占有權者ニシテ之カ義務ヲ負擔スル者ハ代理占有者ナリ故ニ占有權者カ其權利ヲ第三者ニ讓渡シタルトキハ其權利第三者ニ移轉スルト同時ニ占有權者ハ占有權ヲ喪失シ第三者ハ占有權者ノ地位ヲ承繼シテ其占有權ヲ取得ス例之甲者米百俵ヲ乙者ニ寄託シ乙者其倉庫内ニ於テ之ヲ保管スルモノト假定センニ甲者ハ乙者ニ對シテ其返還ヲ請求スルノ權利ヲ有シ甲者ヲ其米ノ占有權者ニシテ乙者ハ其代理人ナリトス此場合ニ於テ甲者カ其米ヲ丙ニ讓渡シ米ノ占有權ヲ丙ニ移轉スルニハ甲者ハ乙者ニ對スル返還請求權ヲ丙者ニ讓渡スルヲ以テ足ルモノトス換言スレハ甲丙者間ニ於テ甲カ乙ニ對スル米ノ返還請求權ヲ移轉スルノ契約成リ甲者ヨリ其旨ヲ乙者ニ通知スルニ因リ(民法第四六七條一八四條參照)其請求權ハ丙者ニ移轉シ丙者ハ之ニ因リ甲者ノ地位ヲ承繼シテ其米ノ占有權ヲ取得スルモノトス民法第一八四條ハ即チ此場合ニ關スル規定ヲ包含スルモノニシテ同條ニ所謂「第三者」之ヲ承諾シタルトキトハ返還請求權ノ讓渡ニ付キ占有權者ト占有權ノ讓渡人タル第三者トノ間ニ於テ意思ノ合致シタルコトヲ意味シ其前段ニ「第三者」ノ爲メニ占有スヘキ旨ヲ命シトアルハ占有權者カ返還請求權ヲ第三者ニ讓渡シタルコトヲ代理占有者ニ通知スルノ意ニ解スヘキモノトス蓋シ代理占有者ハ本人ノ爲メニ占有ヲ爲スモノニシテ物ノ處分ニ付キテハ本人ノ命令ニ服從セサルヘカラサ

ルノ地位ニアルヲ以テ占有權ノ移轉ニ付キ其承諾ヲ得ルノ必要ナク唯其移轉アリタルコトヲ知ラシムルノミナリテ足ルノミナラス之ヲ債權讓渡ノ方面ヨリ觀察スルモ之ヲ債務者ニ通知スルヲ以テ足リ特ニ其承諾ヲ得ルノ必要ナキヲ以テナリ加之甲カ乙ニ對スル債權カ指圖債權無記名債權ナルトキハ前者ニ付キテハ甲ハ其證書ニ讓渡ノ裏書ヲ爲シテ之ヲ丙ニ交付シ後者ニ付キテハ單純ニ債權證書ヲ丙ニ交付スルニ因リテ丙ハ其債權ヲ取得シ之レト同時ニ丙ハ乙ノ倉庫内ニ保管シアル米ノ占有權ヲ取得スルモノニシテ代理占有者タル乙ニ對シテ其旨ヲ通知スルノ必要ナシトス

代理占有ハ甲乙兩者間ニ於テ物ノ返還ヲ目的トスル權利義務ノ存在ヲ前提要件トスルヲ以テ其權利義務ノ消滅ハ代理占有ノ關係ヲ消滅セシムルノ效果ヲ生ス即チ左ノ如シ

一 乙甲ヨリ時計一個ヲ借受ケ之ヲ占有スル場合ニ乙ハ甲ノ代理占有者タルコト明カナリ然レトモ乙甲ヨリ其時計ヲ讓リ受ケタルトキハ乙カ甲ニ對スル返還義務ハ消滅スルト同時ニ乙ハ代理占有者タル地位ヲ脱シ新タニ自主占有者トナル

(民法第一八二條)

二 甲乙ニ一ノ時計ヲ寄託シ之カ保管ヲ爲サシムル場合ニ占有權者タル甲其代理占有者タル乙ニ對シ時計返還ノ債務ヲ免除シタルトキハ甲乙間ニ於テ返還義務ノ消滅ヲ來スト同時ニ代理占有ノ關係モ亦タ消滅シ甲ハ時計ノ占有權ヲ失フモノトス(民法第二〇四條第一號)

三 甲乙間ニ物ノ返還ヲ目的トスル權利義務ノ存續スル限リハ其間ニ代理占有存

【參照學說】

假令甲ハ其占有權ヲ喪失セサルヲ原則トス從テ乙者ハ委任代理人又ハ法定代理人トシテ本人ニ代リ物ノ占有ヲ爲シタル場合ニ於テ其代理權消滅スルモ占有ニ關スル代理人タル資格ヲ失却スルコトナク本人ハ依然トシテ其占有權ヲ保有スルモノトス何トナレハ代理權ノ消滅ハ代理人カ本人ノ爲メニ其物ヲ占有シ之ニ對シテ返還義務ヲ負擔スル法律上事實上ノ關係ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナキヲ以テナリ然ラハ代理人ノ返還義務ノ存スル限リハ代理占有ハ永久ニ存立スヘキヤ此問題ニ付キテハ一ノ區別ヲ爲スコトヲ要ス代理人カ本人ニ對シテ其義務ヲ否定セサル場合ニ於テハ代理占有ハ存続スヘク之ニ反シテ代理人カ其義務ヲヘキ旨ヲ表示シタルトキハ代理占有ハ終了ヲ告ケ本人ハ占有權ヲ喪失ス(民法二〇四條第三號)是レ他ナシ此場合ニ於テハ代理人ハ最早占有ニ關スル本人ノ機關ニアラス換言スレハ物ノ處分ニ付キ本人ノ命令ニ服從セサルヘキヲ以テ本人ハ代理人ノ手裡ニ存スル物ヲ支配スルノ權力ヲ全然失却スルヲ以テナリ(法學博士横田秀雄氏法律評論第三卷第一九號論說二五五頁以下)

一 法學博士富井政章氏民法原論第二卷物權下六七頁以下
 二 法學博士梅謙次郎氏民法要義卷之二物權編二五頁以下
 三 法學博士中島玉吉氏民法釋義卷之二上三四頁以下
 四 法學博士松岡義正氏民法論物權上冊二三頁二五二頁以下
 五 法學士飯島喬平氏明治大學講義物權法一一三頁

留置權者ハ苟モ物ト債權トノ間ニ牽連存スルトキハ物ヲ占有スル以前ニ於テ生シタル債權ノ爲メニモ其物ヲ留置スルコトヲ得ルモノトス」
 留置權者カ一度任意ニ其物ヲ引渡シタル場合ト雖モ再ヒ其占有ヲ取得シタルトキハ前ノ債權ノ爲メニ其物ヲ留置スルコトヲ得ルモノトス」
 民法第二九五條ニ所謂占有トハ自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ物ヲ所持スル場合ノミナラス廣ク單純ナル所持ヲ得タル場合ヲモ包含スルモノトス」

二九五 他人ノ物ノ占有者カ其物ニ關シテ生シタル債權ヲ有スルトキハ其債權ノ辨濟ヲ受クルマテ其物ヲ留置スルコトヲ得但此債權ノ辨濟期ニ在ラサルトキハ此限ニ在ラス

(一) 民法第二九五條ハ他人ノ物ノ占有者カ其物ニ關シテ生シタル債權ヲ有スルトキハ其債權ノ辨濟ヲ受クルマテ其物ヲ留置スルコトヲ得ト規定シテ歐洲ニ於ケル民法上ノ留置權ヲ要件トシテ何レモ認メテ居ル牽連(關聯)牽連(Konnextiv; Connexité, connexité)ヲ要スルコトヲ明言シテ居ル然シ此牽連ト謂フ意味ニ付テハ實ハ立法例モ學說モ決シテ歸一シテハ居ラヌノチアル例ハハ獨逸民法ハ留置權ヲ物權ト見テハ居ラヌケレトモ矢張り牽連ヲ必要トスル然シ乍ラ其牽連ナル意味ハ物ト債權トノ牽連ヲハタクシテ相手方ニ對シテ留置權者カ有スル債權ト相手方カ此者ニ對シテ有スル物ノ引渡ヲ目的トスル債權トカ互ニ牽連スルコトヲ要スルト謂フノチアツテ之ハ蓋シ羅馬法カ留置權ノ起源トモ謂フヘキ詐欺ノ抗辯(exceptio doli)ニ付テ探ツテ主義テアル然ルニ佛伊瑞ノ民法我新舊民法等ノ如キハ物ト債權トノ牽連ト規定シテ居ル蓋シ留置權ヲ以テ純然タル一ノ物件ト見ル以上ハ當テ得テ居ルト思フ

(二) 今茲ニ述ヘント欲スルノハ此問題ト直接ニ關係ヲ有シテ居ルカ然シ之ト同一ノ問題ヲ説カントスルノテハナイノテアツテ從來我民法ノ下ニ於テモ論争セラレテ居ル問題即チ我民法ノ規定ハ占有物ト債權トノ間ニ牽連アルコトヲ必要トスル以外ニ更ニ占有(占有物ト混同スル勿レ)ト債權トノ間ニモ亦牽連ヲ要スルヤ否ヤノ問題ニ付テ私見ノ一端ヲ述ヘタイト思フノテアル從來物權法ニ關スル著書論文ニモ多少論セラレテアルケレトモ餘リニ簡ニ失スルノミナラス自分ニハ解シ難イ點モアルカ故ニ茲ニ之ヲ述ヘタイト思フノテアル

此問題ノ意味ヲ先ツ明白ニスル必要カアル此問題ハ換言スレハ留置權者ノ有スル債權ハ留置權ノ目的物ヲ占有シツツアル間又ハ少クトモ占有ト同時ニ生シタコトヲ必要トスルヤ或ハ然ラスシテ物ヲ占有スル以前ニ於テ生シテ居ツタ債權ノ爲メニテモ物ト債權トノ間ニ牽連サヘアレハ之ヲ留置シテ差支ナキヤノ問題テアル更ニ更ニ簡單ニ謂ヘハ占有ノ取得ト債權ノ取得トハ同一ノ賣買同一ノ運送契約ト謂フカ如キ全ク同シ法律關係ニ因ツテ生シタコトヲ要件トスルヤ否ヤノ論争テアルト謂フテモ取テ誤テハナイ

占有ト債權トノ牽連モ亦要件テアルト主張スル學者ノ説ヲ見ルニ其理由トシテ舊民法擔保篇ノ第九二條ニハ「其物ニ關シ又ハ其占有ニ牽連シテ」云々ノ字句カアツテ正シク占有ト債權トノ間ノ牽連ヲモ要件ト爲シテ居ツタノテアツテ現行法ニハ此明文ヲ缺クケレトモ夫レハ當然ノコトトシテ明示セヌト謂フノミテ別ニ舊民法ノ趣意カ變更ヲ受ケタノテハナイ其證據ニハ民法修正案理由ニモ第二九五條ハ舊法典ノ主義ニ據ツタモノテ多クハ字句ノ修正ヲ爲シタルニ過キスト明言シテ居ルト謂フノテアル

横田博士馬場學士等大體ニ於テ之ト同趣旨ノ説ヲ採ラルルコトハ其著書講義錄等ニ示サレテ居ル

然ルニ他ノ一説ニ依レハ擔保セラルヘキ債權カ物ノ占有中又ハ之ト同時ニ生スルト謂フコトハ多クノ場合ニ於テ事實テアルケレトモ唯夫レ通常然リト謂フノミテアツテ物ノ引渡ヲ爲スヘキ時ニ占有ヲ爲セハ足ルト主張サレルノテアル例ヘハ他人ノ占有ニ在ル物ヲ修繕シタル者カ後ニ至ツテ其物ノ占有ヲ爲シテモ留置權者ト爲レルト見ルノテアル此説ハ富井博士ノ近著民法原論物權ノ下卷ニモ出テ居ルシ舊ク既ニ博士ノ御説トシテ法典質疑錄等テモ承知シテ居ルノテアル

此二ノ説ハ全ク異ツテ居ル見方テアツテ留置權ニトツテハ實ハ大問題ト謂ハネハナラヌ

(三) 此牽連ノコトニ付テハ既ニ獨逸普通法テモ論争カ絶エナカツタノテアツテ現行ノ獨逸民法(三七二條)ハ留置權ヲ物權視シテ居ラヌノミナラス牽連トハ前ニ述ヘタ如ク債權相互間ノ牽連ト見テ居ルケレトモ此意味ニ付テ既ニ争カアル之ヲ以テ直接ニ我第二九五條ノ解釋ニ資スルコトハ無理テアルケレトモ茲ニ參考トシテ充分ニ攻究スヘキ價值カアルト思フ即チ獨逸民法テハ同一ノ法律的ノ關係カラ(Causa demerschen rechtlichen Verhältniss) 双方ノ債權カ生シタコトヲ要件トシテ居ルノテアツテ此解釋トシテ二者ハ全然同一ノ法律關係(Rechtsverhältniss)カラ生セハナラヌト主張スル者モアルカ然シ通説トシテハ獨逸民法カ特ニRechtsverhältnissト謂ハスシテ rechtliches Verhältnissナル字句ヲ使用シタノヲ見テモ廣ク解スヘキモノテ唯取引觀念上何カ關係サヘアレハ牽連アリトシ又或ハ此牽連トハ法律上テモ經濟上テモ差支ハナイト見テ居ル Dernburg, Oertma-

nn, Kuhlbeck, Planck, 等皆此見解ヲ採ルノミナラス判例モ亦之ヲアル(R. G. 72, 103)

更ニ眼ヲ轉シテ留置權ヲ物權ト見テ居ル瑞西民法(八九五條)ノ解釋トシテモ該條カ我
 民法ト全然立言法ヲ同シクシテ物ト債權トノ牽連ヲ要スト記シテ居ル點ヲ廣ク見テ
 占有ノ取得ト債權トカ全ク同一ノ法律關係カラ來ラストモ目的サヘ同一ナラハ此牽
 連ノ要件ハ充タサルヘキモノト解シテ居ル Wiand²⁾ノ瑞西民法註釋ノ如キモ Oertmann 其
 他ノ說ヲ引用シテ物權ニシテ唯物ト債權トノ牽連ヲ規定シテ居ル瑞西ノ留置權ノ下
 ニ於テ之ヲ主張シテ居ルノテアル例ヘハ甲カ或投機ヲ爲スヘキコトヲ乙カラ委託サ
 レテ之ヲ爲シタケレトモ損失ヲ爲シタトカ又ハ其他ノ關係カラシテ乙ハ甲ニ報酬ヲ
 支拂ハヌトスレハ後ニ至リテ乙カラ甲カ再ヒ同様ノ投機ヲ委託サレタ際ニ何カ受取
 ヲタ物カアレハ甲ハ前ノ報酬請求ノ債權ヲ擔保スル爲メニ此後ニ占有シタ物ヲ留置
 シテモ差支ナイ何トナレハ此前後二回ノ投機ノ委託ハ思フニ無關係テハナク或ハ進
 シテハ後ノモノハ前ノ損失ノ回復ヲ目的トスルトモ見ラレルノミナラス兎ニ角前後
 兩度ノ委託ハ各皆同一連鎖ノ一節ヲ成スモノト見ルコトカ出來ルノテアルカ此目
 的ノ同一性サヘアレハ矢張り物ト債權トノ間ニ牽連アリト謂ヘルト主張スルノテア
 ル其他同一目的ノ爲メニ二個ノ物ヲ買入ルヘキ委託ヲ受ケタ者ハ一ノ物ニ付テ支出
 シタ費用償還請求ノ債權ノ爲メニ他ノ一ノ物ヲ留置シテモ差支ナイノテアル

(四) 自分ハ矢張り大體ニ於テハ此ノ如ク廣ク解スル說ヲ採ル然シ最後ニモ迷ヘント
 スル如ク更ニ一層廣ク解シテモ差支ナイカト思ハレルノテアル

既ニ紹介シタ反對論者カ舊民法及ヒ修正案理由書ヲ云々スルノハ當ラヌト信スル何
 トナレハ現行法カ舊民法ノ如キ制限的ノ字句ヲ除イダケレトモ其趣意ヲ改メタ形跡ナシ

ト謂フケレトモ之ハ所謂水掛論テアル即チ一方ニ於テハ當然ナルカ故ニ刪除シタト
 見ラレルニ反シ又他方ニ於テハ字句ヲ改メタノハ反對ニ廣ク解釋セシムル注意トモ
 見ラレルテアルカラ之ニ因リテ立法者ノ意思ヲ速斷スルコトハ出來ヌノテアル又修
 正案理由書ニ舊法ノ趣旨ヲ改メストアルカラ字句カ變更サレテモ舊法ト同意義テア
 ルト論結スルコトモ贊成ハ出來ナイ何トナレハ理由書ハ法典ニ非ス理由書ニ何トア
 ラウトモ夫レハ法文ノ由ツテ來ル所ノ沿革ヲ語ツテ居ルノニ過キヌノテアツテ勿論
 解釋ノ補助的材料ト爲ルコトハ吾人ト雖モ否マヌケレトモ之ヲ唯一ノ根據絕對的ノ
 權威アルモノトシ決定の理由ト爲スコトハ出來ヌ況ンヤ帝國議會カ政府提出案通リ
 ニ之ヲ協賛シタト假定シテモ其協賛ヲ與ヘタ理由ハ政府案ニ添附サレタ理由ト同一
 テアルヤ又ハ他ノ理カラテアルカハ不明テアル故ニ其裏面ニ如何ナル緣由由來アル
 ニモセヨソハ法文カ不明テアルトキニ解釋上補助的ノ材ヲ供スルニ過キヌノテアツ
 テ法文カ普通ノ法文義上廣ク解シテ可ナルモノナラハ他ノ法條ノ關係ヨリ殊更ニ
 制限的ニ解スヘキ根據ナキ限リハ其文字通リニ廣ク解スヘキモノテアツテ殊ニ斯ク
 解シテ少シモ留置權ノ本質ニ矛盾スルコトハナイノテアル

(五) 之ヲ要スルニ自分ハ法文ノ直接ニ示スカ如ク物ト債權トノ間ニ牽連アルヲ以テ
 足レリトシ物自身カ債權發生ノ原因ヲ爲シタ場合(例ヘハ物ノ受寄者カ此物ニ因ツテ
 損害ヲ受ケタ場合)ハ勿論其他ノ占有ト債權トカ同一ノ法律的又ハ經濟的關係ヨリ生
 スルモ又同一ノ目的ヨリ生スルモ之ヲ問フコトナクシテ苟シクモ物ト債權トノ間ニ
 何等カ關係スル所アレハ留置權ハ存在スルモノト信スル前ノ投機事業其他ノ事例ハ
 凡テ留置權カ成立スルコトト爲ル

茲ニ最後ニ問題ト爲ルノハ留置權者カ一度任意ニ此物ヲ引渡シタ後ニ再ヒ其占有ヲ取得シタ場合ニハ前ノ債權ノ爲メニ後ニ占有シタ物ヲ留置スルヲ得ルヤノ疑テアル第二九五條ヲ廣ク解シテ占有ト債權トノ牽連ヲ必要トセスト論スル學者モ本間ノ場合ニハ一度占有ヲ失フタ以上ハ留置權ハ消滅シタノテアルカラ後ニ再ヒ偶然ニ此物ノ占有ヲ得テモ駄目テアルト謂フノテアル(富井博士原論物權下)然シ自分ハ此場合テモ尙ホ留置權ヲ行ヒ得ルノテアルマイカト思フ留置權ハ之ヲ行フ時ニ其要件カ具備スレハ差支ナイノテアルト思フ例ヘハ甲カ乙カラ物ノ修繕ヲ託サレ乙カ修繕料ノ支拂ヲ怠ツタトスレハ甲カ假令此物ヲ任意ニ一度乙ニ引渡シタモ後ニ貸借其他ノ偶然的原因テ同一物カ甲ノ手ニ戻ツタ場合ニ甲ハ前ノ債權ノ爲メニ此物ヲ留置スルコトカ出來ルト思フ所謂留置權ノ再生テハナクシテ此權利カ再ヒ其要件ヲ具備スルニ至ツタ爲メニ又生シタノテアル勿論此場合ニハ此貸借ト前ノ修繕ノ委託トハ一連鎖中ノ一節テアルトハ謂ヒ難イノテアルケレトモ第二九五條ノ所謂其物ニ關シテ生シタ債權云々ノ條件ニ於テ別ニ缺クル所ハナイ論者或ハ第三〇二條ニ留置權ハ占有ノ喪失ニ因リテ消滅ストアル規定ヲ援用スルケレトモ此規定ハ占有カ喪失スレハ留置權カ消滅スルコトヲ示スノミテアツテ更ニ占有ヲ同一物ニ付テ得テモ留置權カ再ヒ生シナイトノコトマテモ之ヨリ解釋スルコトハ無理テアルマイカ

(六) 又第二九五條ノ占有ナル語モ自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ物ヲ所持スル場合即チ嚴格ナル意味ニ於ケル占有權ヲ有ストノ意味テハナイト信スル換言スレハ單ナル所持ヲ得タ場合マテモ廣ク包含スルモノテアルト思フ何トナレハ我民法ニ於ケル占有ナル語ハ決シテ常ニ必スシモ占有權ヲ有ストノ義ニノミ用キラレテ居ラマコトハ

第一九七條ノ「他人ノ爲メニ占有ヲ爲ス者云々」ヲ見テモ分カル他人ノ爲ニスル意思ヲ有スルノテハ實ハ第一八〇條ノ占有權ノ要件ニハ當ラヌ然ルニ尙ホ占有ト謂フテ居ルテハナイカ此點ニ付テハ既ニ故梅博士モ民法要義ノ中ニ第二九五條ノ下ニ論シラレテ居ル自分モ亦斯ク廣ク解シテ可ナリト信スル然ラサレハ單純ナル受寄者ヤ他人ノ財產ヲ管理スル人ハ留置權ヲ得ラレヌコトニ爲ル此事ハ本問題ニハ左迄關係ハナイカ間接ニ影響ヲ有スルコトテアルカラ附記シテ置クノテアル(法學士三浦信三氏法律評論第三卷第五號論說二〇三頁以下)

【參照學說】

- 一 法學博士富井政章氏民法原論第二卷物權下三一八頁以下
- 二 法學博士梅謙次郎氏民法要義卷之二物權編二七八頁以下
- 三 法學博士橫田秀雄氏物權法五六五頁以下
- 四 法學博士岡松參太郎氏民法理由中卷三一四頁以下
- 五 法學士飯島喬平氏日本大學講義物權法九頁以下

本論ノ可否如何ハ直チニ留置權者ニ取リテ至大ノ關係ヲ及ホス問題ナルヲ以テ吾人ハ茲ニ輕々ニ斷スルヲ止メ其是否如何ハ之ヲ後日ノ研究ニ讓ラント欲ス

(二九八)

- 七三七 戶主ノ親族ニシテ他家ニ在ル者ハ戶主ノ同意ヲ得テ其家族トナルコトヲ得但し其者カ他家ノ家族タルトキハ其家ノ戶主ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス
- 前項ニ掲ケタル者カ未成年者ナルトキハ親權ヲ行フ父若クハ母又ハ後見人ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス
- 七三八 婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入り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嫁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
- 婚家又ハ養家ヲ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

九七〇

被相続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在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子ヨリ先ニス
- 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

第八三六條ノ規定ニ依リ又ハ養子縁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

九七二 第七三七條及ヒ第七三八條ノ規定ニ依リテ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

民法附則第二項但書 本法施行前ニ分家ヲ爲シタル者ノ直系卑屬ニシテ民法第七三七條ノ規定ニ依リ分家ノ家族ト爲リタル者ニ付テハ同法第九七二條ノ規定ヲ適用セス但第三者カ既ニ取得シタル權利ヲ害スルコトヲ得ス

(一) 離婚縁ニ因リ被相續人ノ家ニ復歸シタル者及ヒ戸主ノ適法ナル廢家ニ因リ

之ニ從テ被相續人ノ家ニ入りタル被相續人ノ直系卑屬ハ民法第九七二條ノ適用ヲ受ケサルモノトス

民法附則但書ハ既ニ相續開始シ第三者カ家督相續人ト爲リタル場合ヲ假定セ

ルモノトス

(二) 民法第九七二條ハ被相續人ノ家ニ嫡出子又ハ庶子タル他ノ直系卑屬アル場合ニ於テ入家ノ直系卑屬ヲ指定順位ヨリ排除スルニ在ルヲ以テ他ニ直系卑屬アルトキト雖モ其者カ私生子ナルトキハ同條ノ適用ナキモノトス

(三) 民法第九七二條ニ所謂嫡出子又ハ庶子タル直系卑屬ノ有無ハ被相續人ノ直系卑屬入家ノ時ヲ標準トスヘキモノニ非スシテ家督相續開始ノ時ヲ標準トセザ

ル可ラス

(四) 民法第九七二條ニ所謂嫡出子又ハ庶子タル直系卑屬ナキトキトアル其直系卑屬ハ被相續人自身ノ嫡出子又ハ庶子タル直系卑屬ニ限ルモノニアラスシテ其嫡出子又ハ庶子ノ直系卑屬ヲ包含スヘキモノトス

(五) 民法第九七二條ノ規定ハ入家ノ直系卑屬カ曩キニ廢除セラレテ他家ニ入りタル者ニシテ廢除ノ取消ヲ得テ再ヒ被相續人ノ家ニ入りタル場合ニ於テモ適用アリ

(六) 民法第九七二條ノ規定ハ同第七三七條第七三八條ノ規定ニ依リ被相續人ノ家ニ入りタル直系卑屬相互間ニ在リテモ其入籍日時ニ先後アルトキハ適用アリ

註ニ本題ヲ掲ケテ論述セントスルモノハ法定ノ推定家督相續人タル直系卑屬ノ相續順位ニ關スル本則ノ説明ニアラス又養子ト他ノ嫡出子トノ相續權ノ競合ヲ記述セントスルモノニモアラスシテ民法第七三七條又ハ第七三八條ノ規定ニヨリ被相續人ノ家ニ入りタル被相續人ノ直系卑屬ト其家ニ在ル被相續人ノ直系卑屬トノ相續順位ノ優劣ヲ論明セントコトヲ目的トス而シテ以上……二者競合ノ場合其孰レヲ相續上優者ト爲スヘキカニ付テハ民法第九七二條ノ規定ノ存スルアリ法意極メテ明白ナルカ如ク尠モ議論ノ餘地ヲ遺ササルカ如シ然レトモ同條ノ規定ニ就キ仔細ニ考究スルトキハ未タ必スシモ余輩ノ看過ヲ許ササルモノアリ請フ先ツ同條ニ關スル理由ノ大體ヲ述ヘ次ニ同條適用範圍ニ關スル所見ヲ述ヘテ大方ノ是正ヲ仰カントス

民法第九七十二條ハ同第九七〇條ノ法則ニ關スル特例ニ外ナラス蓋シ第九七〇條ノ本則ニ從ヘハ相續開始當時被相續人ノ家ニ在ル其直系卑屬ハ同條ノ定ムル區別ニ從ヒ法定ノ推定家督相續人トシテ相續權ヲ取得スヘキカ故ニ假令其直系卑屬カ民法第七三條ノ規定又ハ同第七三八條ノ規定ニヨリ被相續人ノ家ニ入りタル場合ト雖トモ第九七〇條ノ法則ニ從ヒ相續人ト爲ルコトヲ得ト謂ハサルヘカラス從テ此場合ニ於テ其家ニ他ノ嫡出子又ハ庶子タル直系卑屬アルトキト雖トモ此者カ第九七〇條ノ法則ニ從ヘハ入家ノ直系卑屬ニ優先スル能ハサル場合ニ於テハ入家ノ直系卑屬ハ是等ノ者ヲ排シテ被相續人ヲ相續スルコトヲ得ヘシ然レトモ第七三七條ノ規定ニ因リ家族ト爲リタル者ハ多クハ其家ニ生レタルモノニアラス僅ニ其家ノ戸主ノ同意ヲ得テ始メテ家族ト爲リタル者ニ過キヌ又第七三八條ニ因リ入籍シタル者モ亦之ニ同シク其直系卑屬カ配偶者又ハ養親ノ同意ヲ得テ之ヲ其家ニ引取リタル者ニ外ナラス是等ノ者ヲシテ相續上本來其家ニ生レタル者ニ先立タシムルコトハ家ヲ重ニスル觀念ニ反ス第七三七條第七三八條ノ規定ニ因リ入籍者カ其家ニ生レタル者ト假定スルモ是等ノ者ハ分家本家相續廢絶家再興其他ノ事由ニヨリ其家ヲ去リタル者ナリ是等家ヲ出テ他家ニ入りタル者ヲシテ自家ニ復歸スル以上ハ何時ニテモ通常ノ規定ニ從ヒ其家ニ在ル直系卑屬ヲ凌テ相續スルコトヲ得ルモノト爲スニ於テハ毎ニ被相續人ノ意思ヲ以テ法定ノ相續順位ヲ紛更スル結果ヲ來タシ相續法ノ精神ヲ没却スルノ虞アルニ至ルヘシ是レ第九七十二條特例ノ規定アル所以ナリ故ニ同條ノ規定ニ依レハ他家ヨリ入りタル直系卑屬ハ自己ヨリ他ニ嫡出子又ハ庶子タル直系卑屬アルトキハ假令此者カ自己ヨリ年少ナルモ又自己カ嫡出子ニシテ此者カ庶子ナルトキト雖トモ推定相

續順位ハ此者ニ歸スヘク入家者ハ之ヲ排シ優先ニ相續スルコト能ハサルコトト爲ルヘシ

民法第九七十二條適用ノ範圍ニ付注意スヘキ事項ヲ左ニ叙述スヘシ

第一 同條特例ノ適用ヲ受クヘキ者ハ民法第七三七條第七三八條ノ規定ニ因リ被相續人ノ家ニ入りタル其直系卑屬ナルコトヲ要ス故ニ(A)離婚離縁ニ因リ被相續人ノ家ニ復籍シタル者ハ同條適用範圍外ニ屬ス殊ニ是等ノ者ハ復籍ニ因リ當然實家ニ於ケル身分ヲ回復スルコト明カナレハ(離縁ニ付テハ特ニ其旨ノ明文アルモ離婚ニ付テハ特別ノ規定ナキヨリ議論アリシモ離婚ノ場合ニ於テ特ニ離縁ノ場合ト區別スヘキ理由ナキヲ以テ類推解釋トシテ同様ノ決定ヲ爲シ得ヘシト信ス此點ニ於テ判例學說共ニ異論ナキカ如シ)在來ノ直系卑屬トノ關係ニ於テ第九七〇條ノ法則ヲ適用シ相續順位ヲ定ムヘキハ當然ナルノミナラス本條立法ノ理由ヨリ觀ルモ在來ノ直系卑屬ニ比シ是等復籍者ヲ薄遇セサル可ラサル必要ヲ見サルナリ(B)戸主ノ適法ナル廢家ニ因リ之ニ從テ被相續人ノ家ニ入りタル被相續人ノ直系卑屬モ亦第九七二條ノ適用ヲ受クル者ニアラス此種ノ入家ハ假令廢家戸主カ第七三七條ノ規定ニ因リ入籍シタル場合ト雖トモ其家族タル被相續人ノ直系卑屬ハ民法第七六二條ノ規定ノ結果當然被相續人家ニ入りタル者ニ外ナラサルヲ以テ本條ノ適用ナク第九七〇條ノ本則ニ從ヒ相續順位ヲ定メラルヘキナリ但是等ノ直系卑屬カ他ノ直系卑屬ヲ排シテ被相續人ヲ相續スルヲ得ルカ如キ場合ハ實際ニ稀有ノ事實ナルヘシ(四三、五、一五法曹會決議參照)

茲ニ注意スヘキハ第九七十二條ニ該當スル直系卑屬ニシテ然カモ同條ノ適用ヲ受ケサル例外ノ場合アルコト之ナリ即チ明治三十五年法律第三七號民法中改正法(民七四三條ノ二)施行前ニ分家シタル者ノ家族タリシ直系卑屬之レナリ同法施行後ニ於テハ同法

ノ規定ニ因リ分家者ノ直系卑屬ハ分家者ニ伴ハレ分家ト同時ニ分家ノ家族ト爲ルコトヲ得ルニ至リシモ同法施行前ニ分家シタル者ニ在テハ其家族タリシ直系卑屬ハ假令同法施行後ト雖モ民法第七三七條ノ規定ニ因ルニ非サレハ其分家ニ入ルコトヲ得サルハ當然ナリト謂ハサル可ラス然ラハ其直系卑屬ハ即チ本條ニ該當スル者ナルカ故ニ本條ノ適用ニ因リ他ノ直系卑屬タル嫡出子庶子ニ先ンシテ相續スルヲ得サルモノト謂ハサル可ラサルヘシ斯ノ如キハ分家ノ主ノ直系卑屬ハ原則トシテ當然分家ニ屬スルヲ妥當ナリトストノ考ニ出テタル改正法ノ精神ニ矛盾シ權衡ヲ得サル結果ト爲ルヘキヲ以テ同改正法ハ此ノ如キ場合ヲ豫見シ一ノ附則ヲ設ケ斯ル直系卑屬ニ對シテハ之ヲ本條ノ適用ヨリ除外スルコトト爲セリ故ニ此種ノ直系卑屬ハ分家ニ入籍スルニ因リテ被相續人ニ對シ有シタリシ舊身分ヲ回復シ第九七〇條ノ本則ニ復歸シテ推定家督相續人タル地位ヲ取得スヘキナリ

前示改正法附則但書ニ付テハ學者間議論アリ但書ニ第三者カ既ニ取得シタル權利ヲ害スルコトヲ得ストアルハ同附則ニヨリ民法第九七二條ノ適用ヲ受ケサルコトト爲レル直系卑屬ト雖トモ既ニ分家ニ在リテ法定ノ推定家督相續人タル權利ヲ保有セル者アルトキハ之ヲ排除シテ推定家督相續人タル地位ヲ回復スルヲ得スト爲ス論者アリ其論旨ハ民法第七三七條ニ因リ分家ノ家族ト爲リタル者カ未タ分家ノ家族ト爲ラザリシ以前ニ於テ既ニ家督相續開始シタリトスレハ其者ハ分家ノ家族ニ非サリシカ故ニ但書ノ規定ナキモ到底戸主ト爲ル能ハサリシ者ナリ然レハ但書ハ未タ家督相續開始セサル場合ニ關スル規定ナリト解スルノ外ナシ然ラハ右直系卑屬カ分家ノ家族ト爲リタル當時既ニ分家ニ在リテ推定家督相續順位ヲ有スル者アリトセハ入家ノ直

系卑屬ハ之ヲ排シテ相續スルヲ得スト云フニ在リ(島田學士相續法講義錄一一二頁)シ參照)ト雖トモ余ハ之ニ反對シ但書ハ既ニ相續開始シ第三者カ家督相續人ト爲リタル場合ヲ假定セルモノト解セント欲ス但書ノ法意ハ附則ニ依レハ分家後入籍セル直系卑屬ハ分家ノ當初ヨリ當然分家ニ籍屬セル直系卑屬ト同一ニ取扱ハサルヘキモノト爲ス趣旨ナルヲ以テ或ハ分家ニ在リテ既ニ家督相續開始シ相續人アルニ至リタルトキト雖モ仍ホ入籍ノ直系卑屬ハ分家ノ家族タル直系卑屬タルヘカリシモノナルヲ以テ既ニ相續セル者ノ相續ヲ回復スルコトヲ得ルニ非サルカノ疑ヲ抱ク者アルヘキヲ以テ其然ラサル所以即チ第九七二條ノ適用ヨリ除外セラレタル直系卑屬ト雖トモ既得ノ權利ヲ侵害スルヲ得サルモノナルコトヲ明示センカ爲メニ外ナラサルモノトス附則但書ノ如キ規定ハ親族法中諸所ニ散見ス養子離縁ノ效力ニ關スル第八七五條但書ノ規定其一ナリ此場合ニ於テ但書ノ意味カ相續開始後ニ於ケル第三者既得ノ權利ヲ指セルモノナルコトハ判例學說(大審院明三五、一、二)民一判決、法曹記事第八三條民刑局回答參照)ノ一致スル處ナリ既ニ同一種類ノ規定ニ於テ反對ノ解釋アルコト斯ノ如シ然ラハ同一ノ規定ナル改正法附則但書ノ場合ニ於テノミヒトリ之ニ異ナリタル解釋ヲ爲スヘキ理由アラシキ況ンヤ論者ノ說ノ如クスルトキハ民法第九七二條ヲ適用セスト爲シタル附則立法ノ趣旨毫モ意義ヲ有セサルニ至ラン故梅博士ハ私生子認知ニ關スル民法第八三二條但書ニ付キ同一ノ見解ヲ表セラレタリ(法典質疑錄一五二頁)

第二 民法第九七二條ハ被相續人ノ家ニ嫡出子又ハ庶子タル他ノ直系卑屬アル場合ニ於テ入家ノ直系卑屬ヲ指定順位ヨリ排除スルニ在ルヲ以テ(A)他ニ直系卑屬アルト

キト雖モ其者カ私生子ナルトキハ本條ノ適用ナシ從テ入家ノ直系卑屬自身私生子ナルトキト雖モ第九七〇條ノ順位ニ從ヒ其者カ男子ナルカ又ハ年長者ナルトキハ家ニ在ル女子又ハ年少者タル私生子ニ先ダテテ相續スヘシ勿論此場合ハ母タル戸主ヲ相續スル場合アリ(B)被相續人カ他ニ直系卑屬ヲ有セサル場合ニ於テハ勿論本條ノ適用ナク入家ノ直系卑屬ハ第九七〇條ノ本則ニ從ヒ相續權ヲ得ヘシ此場合ニ於テ他家ヨリ入りタル直系卑屬カ女子及ヒ其女婿ナルトキハ孰レカ相續權アルヘキカト云フニ此場合ニ於テハ女子カ相續人タルヘク女婿ハ相續人タルヲ得ストノ說アリ(明四二、一〇九法曹決議)其理由ハ民法第七三七條ニヨリ家族ト爲リタル直系卑屬カ家督相續人ト爲ルニハ必ス被相續人ト血族ノ關係ヲ有スルモノナラサル可ラス而シテ本條ニ第九七〇條ニ定メタル順序ニ從ヒ家督相續人ト爲ルトアリテ被相續人トノ血族關係ノ親疎遠近ヲ標準トシテ其相續順位ヲ定メタル趣旨ト血族相承クルチ家督相續ノ本義ト爲ス我立法ノ精神ニ鑑ミレハ斯ク決セサル可ラスシテ女婿ノ如キ單ニ姻族關係アルニ過キサル者ナシテ相續人タラシムヘカラスト云フニ在リ斯ク論スルトキハ推定家督相續人タル女子ニ婿養子ヲ迎エタル場合ト彼此權衡ヲ失スルノ餘アルカ如シ然レトモ婿養子ハ被相續人ニ對シ嫡出子タル身分ヲ取得スルヲ以テ第九七〇條ノ規定ニ從フモ當然第一順位ノ推定家督相續人タリ得ル者ナルニ拘ハラズ單純ナル女婿ハ此身分ヲ取得スル者ニ非サルヲ以テ第九七〇條ノ法則ニ照シ當然推定家督相續人タリ得サル者ト爲ス正當トセンカ

第三 民法第九七二條ニ所謂嫡出子又ハ庶子タル直系卑屬ノ有無ハ被相續人ノ直系卑屬入家ノ時ヲ標準トスヘキモノニ非スシテ家督相續開始ノ時ヲ標準トセサル可ラ

ス何トナレハ斯クスルニ非サレハ其家ニ生レタル直系卑屬ヲ獨キ他家ヨリ來リタル者ナシテ相續セシムルコトト爲リ家ヲ重ニスル習俗ニ反スルノミナラス相續ニ關シテハ法文特別ナル規定ナキ限りハ常ニ相續開始ノ時ニ從テ觀察セサル可ラサル旨趣ヨリ云フモ斯ク決スルノ正當ナルヲ覺知シ得ヘケレハナリ又法意ノ技ニ在ルモノト觀ルヘキ根據ハ本條ニ云々家族ト爲リタル直系卑屬ハ云々第九七〇條ニ定メタル順序ニ從ヒ家督相續人ト爲ルトアル點ニ存ス第九七〇條ハ相續開始ノ時ヲ標準トシテ相續順位ヲ定ムルモノナルコト論ナキ處ナレハ既ニ同條ノ規定セル順序ニ從ヒ云々トアリテ順序ハ相續開始ノ時ニ確定スルモノナル以上ハ相續開始ノ時ヲ以テ本條嫡出子又ハ庶子ノ有無ヲ觀此時ニ於テ相續權ハ確定スルモノト爲ササルヲ得サレハナリ故ニ入家ノ時他ノ直系卑屬ナキモ其後相續開始ノ時ニ至ルマテ之レアルニ至リタルトキ又開始當時ニ胎兒アルトキハ入家ノ直系卑屬ハ本條ニヨリ相續權ヲ取得スルヲ得サルモノト謂ハサルヘカラス或ハ他家ヨリ入りタル直系卑屬カ入家ノ當時嫡出子モ庶子モナキトキハ自己カ推定家督相續人タル既得ノ地位ヲ有スルカ故ニ後ニ生レタル嫡出子又ハ庶子ノ爲メ妨ケラルコトアルヘカラスト言ハンカナレトモ相續開始前ニ在リテハ相續權ハ一種ノ希望ニシテ確定ノ權利ニ非ス後ニ生シタル事實ニ因リ此希望ヲ害セラルルコトアルハ止ムヲ得サルノミナラス其家ニ生レタル子ノ利益ヲ保護スル本條ノ精神ヨリスルモ入家ノ當時ニ限リ嫡出子又ハ庶子ノ存在ヲ前提トシタルモノニ非スト爲スナ以テ法意ヲ得タルモノト謂ハサルヲ得ス

第四 本條ニ嫡出子又ハ庶子タル直系卑屬ナキトキトアル其直系卑屬ハ被相續人自身、嫡出子又ハ庶子タル直系卑屬ニ限ルモノニアラスシテ其嫡出子又ハ庶子ノ直系

卑屬ヲ包含スヘキモノトス皮想ノ見ヲ以テスルトキハ此場合ニ於テハ本條ノ適用ナ
 ク入家ノ直系卑屬ハ其相續權ヲ妨ケラレサルモノト解スヘキカ如クナルモ本條特例
 ノ立法趣旨ヨリ論スルトキハ嫡出子又ハ庶子タル直系卑屬ノ中ニハ其者ノ直系卑屬
 ナモ包含セシメ解釋スルヲ相當ト思惟ス蓋シ若シ然ラスシテ此場合本條ノ適用ナシ
 トスルトキハ被相續人自身ノ嫡出子又ハ庶子ニシテ生存シタランニハ當然其後ヲ承
 クテ被相續人ヲ相續スルコトヲ得タルヘカリシニ嫡出子又ハ庶子ノ不在ノ爲メ他
 ヨリ入家セシ被相續人ノ直系卑屬ノ爲メ先ンシテ相續セラルルノ不利益ヲ受クルコ
 トト爲ルヘク法カ承祖相續ノ規定ヲ受ケテ推定家督相續人ノ直系卑屬ノ利益ヲ保護
 セントシタル精神ヲ貫徹セサルノミナラス本條ノ文詞ヨリ云フモ必スシモ反對ニ解
 スルノ要ナク却テ被相續人ノ家ニ在ル者カ被相續人ト一親等ノ關係アルト否トヲ論
 セス苟クモ嫡出子ナルカ若クハ庶子ノ身分アル直系卑屬ナランニハ他ヨリ入家シタ
 ル直系卑屬ヲシテ其者ノ相續ヲ妨ケサラシメントスル法意ナルコトヲ解スルヲ得ル
 ナリテナリ如上ノ解釋ハ殆ント異論ノ餘地ナキモノニシテ明治四十五年五月十一日
 法曹會決議ハ他ニ分家シタル一男カ其家ヲ廢シテ被相續人ノ家ニ親族入籍トシテ入
 リタル場合其家ニ在ル次男ノ子ヲ排シテ相續スルヲ得ルヤ否ヤノ問題ニ對シテ消極
 的ノ斷定ヲ與ヘタリ

第五 本條他ヨリ入家シタル被相續人ノ直系卑屬ハ其家ニ在ル嫡出子又ハ庶子タル
 直系卑屬ニ先タツコトヲ得ストノ規定ハ入家ノ直系卑屬カ曩キニ廢除セラレテ他家
 ニ入りタル者ニシテ廢除ノ取消ヲ得テ再ヒ被相續人ノ家ニ入りタル場合ニ於テモ適
 用アリ此點ニ付テハ反對ノ意味ニテ判決セラレタルコトアリシモ(明四一、四、八東地判

決同四二、一一、一六同上)首肯スルヲ得ス何トナレハ本條ノ規定ハ被相續人ノ家ニ在ル
 推定家督相續人ノ權利ヲ害セザランカ爲メノ規定ナルカ故ニ假令前ニ推定家督相續
 人タリシ者ニテモ一ヒ廢除セラレ其家ヲ出テ他ノ者カ推定家督相續人ト爲リシ以上
 ハ爾後廢除ノ取消アリテ再ヒ入家スルモ相續ノ第一順位ヲ與フヘキモノニ非サレハ
 ナリ或ハ廢除ノ取消ハ推定家督相續人ノ地位ヲ回復スト云フヲ得ヘキカナレトモ單
 ニ取消アリタルノミニテ假令其者カ入家スルモ恰カモ年長ノ嫡出子カ入家シ來リタ
 ル場合トモ異ナルコトナカルヘク之レカ爲メ家ニ在ル年少者タル他ノ嫡出子ノ相
 續順位ヲ變更スル結果ト爲ラサルヘキヲ以テ如上ノ解釋ヲ正當ト信ス

第六 民法第九七二條ノ規定ハ同第七三七條第七三八條ノ規定ニ依リ被相續人ノ家
 ニ入りタル直系卑屬相互間ニ在リテモ其入籍日時ニ先後アルトキハ適用アリ例ヘハ
 三人ノ男子ヲ有スル者カ次男三男ヲ分家セシメタル後長男死亡シタルカ爲メ三男ニ
 其分家ヲ廢セシメ第七三七條ノ規定ニ因リ之ヲ自家ニ入籍セシメ其後重ネテ同條ノ
 定規ニ從ヒ次男ヲ入籍セシメタル場合最後ニ入籍シタル次男ハ先キニ入家シタル三
 男ヲ排シテ相續スルコトヲ得サルモノトス此點ニ關シテハ反對論アリ(奥田博士民法
 親族法論九頁牧野學士日本相續法論一二七頁)論者ハ本條ノ規定ハ民法第七三七條
 第七三八條ノ規定ニ因リ入家シタル者ト其家ニ生レタル嫡出子庶子トノ關係ヲ規定
 スルニ止マリ同條ニ因リ入籍者相互ノ關係ヲ規定スルモノニ非サリ以テ入籍相互ノ
 相續順位ハ第九百七十條ノ本則ニ從ハサル可ラスト主張スルカ如クナルモ本條ハ入
 籍者相互ノ關係ヲ規定シタルモノニ非スト爲ス何等ノ根據ヲモ條文上發見スルヲ得
 サルノミナラス論者ノ言ハントスル如ク入籍者ヲ他家ニ生レタル者ニ限ラントスル

趣旨ヲモ法文上觀ルコトヲ得ス法文ハ單ニ第七三七條第七三八條ニ因リ入籍シタル者ハ假令被相続人ノ直系卑屬ナルモ其家ニ嫡出子庶子アル場合ニハ之ニ先立チ相續スルコトヲ得ストノ趣旨ヲ言ヘルニ過キサルヲ以テ前例ノ場合ニ於テ三男ハ次男ヨリ先キニ入籍シタル嫡出子ナルカ故ニ後ニ入籍セル次男ヨリ觀レハ其家ニ嫡出子アル場合ニ外ナラス從テ本條ヲ文詞通リ解スルトキハ此場合ハ正ニ本條ノ適用ヲ受クル場合ニ該當スト謂ハサル可ラス殊ニ本條立法ノ趣旨ハ既ニ家ニ在リテ推定家督相續人タル地位ヲ有スル者カ他ヨリ來リタル者ノ爲メ相續權ヲ妨ケラレザラントスル目的ニ出テタルモノトセハ(本條嫡出子庶子ノ存否ハ相續開始ノ時ヲ標準トスルコトハ勿論ナルモ三男カ引續キ相續開始ノ時ニ至ルマテ其家ニ在ルモノトセハ此標準ニ依ルモ三男ハ相續開始當時ニ存スル推定家督相續人タル嫡出子タルコトヲ失ハス)三男ハ既ニ先キニ入籍シ被相續人ノ家族トシテ推定家督相續人タル地位ヲ取得シタルモノナルカ故ニ後ニ入籍シタル次男ノ爲メ其地位ヲ動カサルモノト爲スニ於テハ正ニ本條立法ノ精神ニ背戾スルヲ免カレサルヘシ況ンヤ斯ク解シテ妨ナシトセハ被相續人カ其家ニ在ル推定家督相續人ノ權利ヲ左右センカ爲メ他ヨリ第九七〇條ノ法則ニ從ヘハ順位上優先スヘキ直系卑屬ヲ入籍セシメ之ヲ相續人タラシメント企ツルコトアルモ爭フコトヲ得サル不都合ナル結果ヲ見ルニ至ルヘキニ於テオヤ勿論以上ノ如ク解スルハ長幼ノ序ヲ紊リ相續ニ關スル自然ノ法則ニ反スル奇怪ナル結果ヲ來タスチ免カレサルヘク論者如上ノ主張モ恐ラクハ斯ル結果ヲ生スルノ不都合ヲ顧ミタルニ出テタルモノナルヘシ余輩モ衷心斯ル結果ヲ懼フ者ニ非スト雖モ反對ノ解釋ヲ爲スヘキ勇氣ヲモ有セサルナリ今此場合ヲ例ハ始メヨリ其家ニ在リテ他家ニ入ラ

【一點前段同趣旨學說】

一 廢家者ニ從ヒテ入籍シタル者ノ如キ家ニ對スル關係ヨリシテ之ヲ見レハ本條ニ列記スル所ノモノト尠モ異ナル所アルナシタル三男ト第七三七條ノ規定ニ因リテ他家ヨリ入籍シタル次男トアル場合ニ對比シテ考察セハ如何後例ノ場合ヲモ向本條ノ適用ナキ場合ノ一ニ數エント言ハハ余輩又何チカ言ハシ然レトモ此後ノ場合ハ恐ラクハ論者ト雖トモ本條ノ適用アリトシテ三男ヲ先キニ相續セシムルニ異議ナカルヘシ既ニ此決定ニ異論ナシトセハ之ト區別スヘキ理由ナキ前例ノ場合ニ於テノミヒトリ異ナル解釋ヲ採リ年長者ヲ先キニセサル可ラサル道理ナカルヘシ論者若シ斯ル場合後ニ入籍セシ次男ハ其復歸ニ因リ前ニ有セシ身分ヲモ回復スト云フニ在ラハ一應反對ニ解スルモ聽ク可シト雖モ斯ル身分回復ノ效果ハ離婚離縁ニ因ル復籍ノ場合ヲ外ニシテ法ノ認メサル所ナルヲ以テ論者ノ說ハ茲ニ根據セルニ非サルハ勿論ナルヘシ要スルニ本問ノ場合ニ於テ三男カ次男ニ先立チテ相續スルニ至ルハ法文ノ解釋上定ニ止ムヲ得サルモノト云フノ外ナク立法上別段ノ規定ヲ設ケテ斯ル結果ノ發生ヲ避クルカ如キハ寧ロ余輩ノ双手ヲ擧ケテ贊同スル所ナリ然ラハ如何ニ修正スヘキカ余輩チシテ言ハシムレハ本條ノ適用ヲ他ニ生レテ被相續人ノ家ニ入籍シタル被相續人ノ直系卑屬ト被相續人ノ家ニ生レタル直系卑屬トノ關係ニ限ルモノトシ被相續人ノ家ニ生レタル者ハ民法第七三七條第七三八條ニ因リ入籍シタル者ト否トナ問ハス總テ其家ニ於ケル被相續人ノ直系卑屬トシテ第九七〇條ノ法則ニ從ヒ相續順位ヲ定ムルコトト爲スチ可ト信ス斯ノ如キハ最モ善ク被相續人ノ意思ニ適シ長幼ノ序ヲ紊ラズコトヲ家制ノ觀念ヨリ見テ極メテ適當ナル解決ナルヘシ(法學士柳川勝二氏法律評論第三卷第二四號論說三二七頁以下)

法曹會

島田學士

梅博士

牧野學士

梅博士

【二】點後段反對學說

而カモ彼ニ在リテハ何等ノ除外例アルナク獨リ親族入籍又ハ引取入籍ノ手續ニ依ル者ニ付テ此特例ヲ存スルハ立法上其是非ヲ疑ハス...

【三】點同趣旨學說

一 本條(九七二條)ニ於テハ家ニ嫡出子又ハ庶子タル直系卑屬ナキ場合ニ限リ他家ヨリ入りタル者カ相續ヲ爲スヘキコトヲ言ヘリ...

【三】點同趣旨學說

一 本條(九七二條)ノ規定ニ依レハ第七三七條又ハ第七三八條ニ依リテ他家ノ者カ家族ト爲リタル當時ニ於テ他ニ嫡出子又ハ庶子タル直系卑屬ナキモ他家ヨリ入りタル者カ必ス相續權ヲ有ス...

牧野學士

島田學士

大審院

次郎氏民法要義續編(三六頁)

二 第七三七條及第七三八條ノ規定ニ依リ戸主ノ家ニ入りタル者カ其入籍ノ當時ニ在テハ嫡出子又ハ庶子タル他ノ直系卑屬ナカリシニ後ニ至リ嫡出子又ハ庶子タル他ノ直系卑屬アルニ至リタルトキハ其者ト相續順位ノ關係如何蓋シ入籍ノ當時ニ於テ他ニ嫡出子又ハ庶子タル直系卑屬ナカリシトキハ入籍者ニ於テ第九七〇條ノ規定ニ從ヒ家督相續人ト爲ルヘク從テ後ニ至リ...

【四點同趣旨學說】

民法第九七二條ニ所謂嫡出子又ハ庶子タル他ノ直系卑屬トハ獨リ嫡出子又ハ庶子ノミチ意味スルモノニアラスシテ其嫡出子又ハ庶子ノ直系卑屬ヲモ意味スルモノト解スヘシ(法曹會決議法曹記事第二二卷八號五五頁)

【五點參照判例】

一 家督相續人廢除取消ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルモノハ推定家督相續人タルヘキ者ニシテ廢除ニヨリテ當然此權利ヲ回復スルコトヲ得ヘキ場合ニ限ルモノト謂ハサルヲ得ス蓋シ推定家督相續人カ相續開始前ニ於テ相續開始セル相續人タルヘキ地位ニ在ルトキハ民法ニ於テ之ヲ相續權ト稱シタルコト明ニシテ(民法第九七三條第九七四條等參照)一ノ權利ナリト謂フ可ク而シテ此權利ハ相續開始セハ直チニ家督相續人トナル可キ者即チ第一順位ノ者ノミチ有スルモノニシテ第二順位以下ノ者ハ單純ニル希望ヲ有スルニ過キスシテ右ノ權利ヲ有セサルモノトス故ニ第二順位以下ノ者ハ推定家督相續人ト云フコトヲ得サルモノトスルチ相當トスヘク從テ廢除取消ノ訴ヲ許ササルモノト解スヘキモノナリ故ニ廢除セラルル當時推定家督相續人タリシ場合ニ於テモ後ニ他家ニ入りタル等ノ事由ニヨリ推定家督相續人タルコトヲ得サルニ至リタルトキハ再ヒ推定家督相續人タル權利ヲ回復スヘキ事情發生スルニアラサレハ廢除ノ取消ヲ請求スルコトヲ得サルモノトス從テ第九七三條第一項ニヨリ廢除取消ノ訴ヲ爲スニハ廢除ノ裁判當時存在シタル廢除ノ事由止ミタルコトヲ要スルハ勿論ナルモ尙其後右ノ如キ新ナル事情發生シテ推定家督相續人タルヲ得サルニ至ラサルコトヲ要ス(東京控訴院判決本書第一卷民法四〇二頁)

二 相續人廢除取消ノ訴ハ廢除ニヨリ其廢止セラレタル相續人ノ地位ヲ回復シ廢除ニ因リテ相續人ト爲リタル者ハ其地位ヲ失却スル場合ニ限リ提起スルコトヲ得ヘキモノトス故ニ一旦廢除ノ上他家ニ入りタル者カ其原因全ク止ミタリトスルモ既ニ彼相續人ノ家ニ嫡出子其他直系卑屬ノ存スル場合ハ廢除取消ニヨリテ相續ノ地位ヲ回復シ得サルモノナルヲ以テ廢除取消ノ訴ハ之ヲ許サス(名古屋控訴院判決例彙報第四卷二三號)

【六點反對學說】

一 新ニ家族ト爲リタル者ノ間ニ在テハ第九七〇條第二項ノ如キ年齡計算ノ制限アラサルヲ以テ乙家ヨリ甲家ニ轉シタル者ハ其轉シタル時ノ先後ニ拘ラス通則ノ順位ニ從フヘキモノトス(法學博士奥田義人氏相續法論九九頁)

二 第九七二條ハ他家ヨリ入りテ家族ト爲リタル者ト其家ニ於テ生マレタル者トノ相續順位ノ關係ヲ定メタルニ止マリ他家ヨリ入りテ家族ト爲リタル直系卑屬數人アル場合ニ於ケル其間ノ相續順位ヲ定メタルモノニ非ス從テ之等ノ者ノ間ニ於テハ第九七〇條ノ規定ニ依リテ相續順位ヲ定ムヘク入籍ノ前後ニ因リテ之ヲ區別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一二七頁)

民法第三九九條ハ唯債權カ未タ害セラレサル狀態ニ在リテハ之カ金錢的評價ヲ爲スコト不能ナリト謂フニ過キサルモノニシテ其債權カ害セラレタル後即チ不履行トナリタル後ニ於テハ常ニ金錢ヲ以テ賠償ヲ爲シ得ヘキモノナリトス」

債務不履行ニ因ル損害カ無形的ノモノナル場合ニ於テモ之ヲ金錢的ニ賠償セシメ得ヘキモノトス」

民法第三九九條ノ債務カ不履行ト爲リタルトキハ有形的損害ニ對シテハ勿論無形的損害ニ對シテモ亦賠償ヲ求メ得ヘキモノナルカ故ニ之カ擔保ノ爲メニ質權又ハ抵當權ヲ設定シ得ヘク此場合擔保セラレタルモノハ元來ノ債權其モノナリトス」

- 一 金錢ニ見積ルコトヲ得サルモノヲ目的トスル債權ノ意義及ヒ之ト質權又ハ抵當權トノ關係ニ付テハ嘗テ一度法典質疑會員ノ質疑ニ應シテ之カ解答ヲ與ヘタルコトアリ(法學志林第一二卷一〇號)爾來擔保物權ノ研究ヲ進メツツアル間ニ其意見ニ多少ノ變化ヲ來シタルノミナラス本問題ハ不履行ニ因ル損害賠償ノ性質及ヒ範圍ニ關スル原則ト根本的ニ相觸ルル所アルカ故ニ茲ニ私見ノ一端ヲ述ヘテ讀者ノ參考ニ供セントス

三九九 債權ハ金錢ニ見積ルコトヲ得サルモノト雖モ之ヲ以テ其目的ト爲スコトヲ得
四一五 債務者カ其債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲ササルトキハ債務者ハ其損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ履行ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルトキ亦同シ
三四六 質權ハ元本利息連約金質權實行ノ費用質物保存ノ費用及ヒ債務ノ不履行又ハ質物ノ隠レタル瑕疵ニ因リテ生シタル損害ノ賠償ヲ擔保ス但設定行爲ニ別段ノ定アルトキハ此限ニ在ラス

第三九九條ノ所謂金錢ニ見積ルコトヲ得サルモノヲ目的トスル債權ヲ擔保スル爲メニ質權又ハ抵當權ヲ設定シ得ルヤ否ヤノ問題ニ對シテ從來多少條件ヲ附シタル否定説行ハレタルコトアル外通説トシテハ殆ント積極的ニ解セラレツツアルカ如シ而カモ其理由ニ至リテハ更ニ見ルヘキ説明ナク且擔保セラルヘキ債權ハ本來金錢ニ見積ルコトヲ得サル債權其モノナリヤ將タ又之カ不履行ニ因リテ生シタル金錢賠償ノ請求權ナリヤ等ノ如キ更ニ立入りタル點ニ付テ學說判例共ニ何等示ス所ナキハ甚タ遺憾トスル所ナリ是等ノ問題ヲ解決セント欲スルニハ第三九九條ノ意義ト擔保物權殊ニ質權及ヒ抵當權ノ性質ノミヨリ立論スルコト能ハサルモノニシテ更ニ根本的ナル問題即チ抑モ我民法ハ不法行爲ニ非サル單ナル債權不履行ニ因ル損害賠償ニ付テ果シテ如何ナル原則ヲ採リツツアルヤ明カニセサルヘカラス換言スレハ我民法ハ債務不履行ノ場合ニ付テモ明文ナキニ拘ハラズ不法行爲ノ場合ト同様ニ非財產的ノ無形損害ニ付テモ賠償義務ヲ認メタルモノナリヤ否ヤヲ考フヘキ必要アリ而カモ債務不履行ノ場合ニハ明文ナキカ故ニ財產的損害ヲ生シタル場合ニ限リテ所謂損害賠償ノ問題ヲ生スト爲ス從來ノ解釋論カ果シテ動カスヘカラサルモノナリヤ否ヤハ惑ナキ能ハサルナリ以下本論ニ入ルニ及ヒテ順次是等ノ諸問題ニ付テ略叙スル所アラントス

二 佛法系ノ民法ニ於テハ債權ノ目的ハ金錢ニ見積リ得ルモノニ限ルカ如シト雖モ羅馬法ニ於テハ寧ロ金錢以外ノモノヲ目的トスル債權ヲモ認メタルモノニシテ唯此種ノ債權ニ付テハ之カ強制執行ヲ爲スニ當リテ裁判官ハ先ツ請求ノ本來ノ目的ニ從ヒテ履行スヘキ旨ヲ Arbitratusニ依リテ命シ債務者カ之ニ服セサル場合ニ於テ初メテ之

チ金錢債務ニ變更スルコトヲ判決 (Sententia)ニ依リテ命シタルモノナリ獨逸法系ノ民法ニ在リテハ明文ノ有無ニ拘ハラズ金錢價格ヲ有セサルモノト雖モ債權ノ目的ト爲シ得ルコトニ略一致セルハ多言ヲ要セサル所ニシテ我第三九九條モ亦全然之ニ倣ヘルモノナリト雖モ本條ノ解釋ニ付テハ說岐ル

金錢ニ見積ルコトヲ得サルモノヲ目的トスル債權カ履行セラレスシテ損害賠償ノ請求ト爲ルトキハ其賠償額ヲ定ムルニ付テハ何等カノ標準ニ據リテ算出セラルヘキカ故ニ金錢ニ見積ルコトヲ得サルモノヲ目的トシタリト謂フモ實ハ何等カノ標準ニ據リテ見積リ得ルモノニシテ第三九九條ノ文句ハ意味ヲ爲サスト論スル者アリト雖モ探ルニ足ラス何トナレハ債務不履行ノ結果トシテ生シ來ルモノハ通常損害ノ賠償ナルヘシト雖モ實ハ必スシモ常ニ然ルニハ非スシテ或ハ債務者ノ費用ヲ以テ第三者ヲシテ代テ之ヲ爲サシムル場合モアルヘク又裁判ヲ以テ債務者ノ意思表示ニ代フルコトヲ得ル場合モアルハ第四一四條ノ示ス所ノ如シ況ンヤ不履行アリテモ事實上財產的損害ヲ生セサル場合モ豫想シ得サルニ非ス例ヘハ音樂ヲ奏セサル債權カ不履行ト爲リタル結果トシテ即チ音樂ヲ奏シタル結果トシテ債務者ニ財產的損害ヲ與フルコトナシト謂フヘカラサルモ而カモ多クハ然ラスシテ唯不愉快ト謂フカ如キ無形ノ損害ヲ與ルニ止マルコトアラシカモ此無形ノ損害ハ之ヲ以テ賠償セシメ得ヘキヤ否ヤハ後ニ説カント欲スル所ナリト雖モ假令之ヲ金錢ヲ以テ賠償セシメ得レハトテ之カ算出ニ付テハ一般ノ財產的損害ノ場合ノ如キ的確ナル標準アルモノニ非サルナリ即チ一定ノ標準ニ據リテ評價ヲ爲シ得ルニ非スシテ裁判官ノ自由ナル裁量ニ一任セラレタルモノナリ故ニ第三九九條ノ所謂金錢ニ見積リ得サルモノヲ以テ目的トスル

債務ノ不履行ハ常ニ財産損害ヲ生スト見或ハ少クトモ常ニ金錢賠償ト爲ルトノ理由
 ナ提ケテ第三九九條ノ無意味ヲ主張スルコト能ハサルヘシ
 三 第三九九條ヲ斯クノ如ク解セスシテ意味アルモノナリト爲ス説ノ中ニ就テモ此
 種ノ債務カ不履行ト爲ルトモ決シテ損害賠償ノ請求權ヲ生セスト解スル者アリ此
 提ノ下ニ立ツテ質權又ハ抵當權トノ關係ヲ論スル者ハ場合ヲ區別シテ二ト爲シ若シ
 此種ノ債權ノ履行セラレサル場合ニ賠償スヘキ金錢其他ノ有價物ヲ豫定シ置キタル
 トキハ此賠償義務ヲ履行セシムル爲メニ質權又ハ抵當權ヲ以テ擔保セシムルコトヲ
 得ヘク又若シ之ニ反シテ此不履行ノ場合ニ付テ金錢其他ノ有價物ヲ豫定シ置カサリ
 シトキハ債權ノ性質上強制執行ヲ爲シ得ル外別ニ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得サ
 ルモノニシテ從テ之ヲ擔保スル爲メニ質權又ハ抵當權ヲ設定スルコト能ハスト爲ス
 ナリ(馬場法學士中央大學講義錄參照)其理由トスル所ハ第四一七條カ損害賠償ハ別段
 ノ意思表示ナキトキハ金錢ヲ以テ其額ヲ定ムト規定セルカ故ニ本問ノ場合ハ金錢賠
 償ヲ爲ササルヘカラス然ルニ債權其モノカ既ニ金錢ニ見積ルコト能ハサルモノナル
 ナリ以テ此債權ノ侵害ニ因リテ亦金錢上ノ損害ヲ生スル理由ナシ即チ此場合ニ於テハ
 賠償請求ノ權利ナキカ故ニ此權利ヲ擔保スル爲メニ質權ヲ設定スルコト能ハスト謂
 フニ在リ然レトモ此理由ニ至リテハ之ヲ首肯スルコト能ハサルナリ何トナレハ後ニ
 モ説ク如ク假令債權ノ目的カ金錢ニ見積リ得サルモノニテモ此不履行ニ因リテ生シ
 タル損害カ財産的損害ヲ生セストノ結論ヲ生スルコトナシ例ヘハ音樂ヲ奏セサル義
 務ノ不履行ニ因リテ債權者ノ精神上ニ無形ノ損害ヲ與フル外ニ之ト關聯シテ業務ヲ
 爲シ能ハサルニ至リテ爲メニ財産的損害ヲ蒙ルル場合モ亦之ヲ想像シ得ヘキノミナ

ラス更ニ此音樂ヲ奏シタルコトニ因リテ直接ニ債權者ノ營業其他ニ財産的損害ヲ與
 フルコトナシト謂フヘカラス論者或ハ斯クノ如キハ債務ノ不履行ニ因リテ通常生ス
 ヘキ損害ト謂フヘカラスト謂ハンモ而カモ斯カル特別ノ事情ニ因リテ生シタル損害
 ト雖モ當事者カ其事情ヲ豫見シ又ハ豫見スルコトヲ得ヘカリシトキハ債權者ハ之カ
 賠償ヲ求メ得ルハ第四一六條二項ノ明言スル所ナリ
 殊ニ論者ノ筆法ヲ以テ推ストキハ此種ノ債務ノ不履行ノ場合ニ付キ金錢其他ノ有價
 物ヲ賠償ノ爲メニ豫定シ置クコト夫レ自身モ不可能ナル理ナリ何トナレハ此種ノ債
 務カ不履行ト爲リタランニハ何々ヲ賠償トシテ與フヘシトノ合意ハ第四二〇條ノ所
 謂損害賠償額ノ豫定ナリトスレハ論者ノ筆法ヨリ謂ヘハ債權ノ目的カ既ニ金錢ニ見
 積ルコトヲ得サルカ故ニ不履行アリテモ金錢上ノ損害ヲ生セス從ツテ其不履行アル
 ヘキコトヲ豫想シ豫メ損害賠償ノ額ヲ定メ置クコトハ不能ナリト謂ハサルヘカラス
 假令損害賠償額ノ豫定ヲ爲シタルトキハ事實損害ヲ生セストモ尙ホ之ヲ請求シ得ヘ
 シトスルモ是レ單ニ事實上損害ヲ生サリシト謂フニ止マルモノニシテ賠償額ノ豫定
 ナ爲ス當時ニ在リテハ損害ノ生スヘキコトヲ豫想シタルモノナリト見ルヘク而シテ
 唯之カ豫定ヲ爲シタルトキハ裁判所ト雖モ其額ヲ増減スルコトヲ得サル旨ヲ示シタ
 ルノミ然ルニ論者ハ第三九九條ノ債務ノ不履行ハ財産的損害ヲ生セストノ事ヲ初メ
 ヲリ前提トシツツ而カモ損害ノ賠償額ノ豫定ヲ爲シ得ト爲スハ解スル能ハサル所ナ
 リ故ニ若シ此種ノ債務ノ不履行ト爲ルヘキ場合ヲ豫想シテ金錢其他ノ有價物ヲ與フ
 ルコトヲ約シタリトセハ論者ノ前提ノ下ヨリ云フトキハンノ純然タル違約罰ノ性質
 ナ有スルモノナルカ若クハ一種ノ條件附贈與ト解スルノ外ナキニ至ルヘシ

四 思フニ第三九九條ト質權又ハ抵當權トノ關係ヲ知ラント欲セハ債權カ未タ不履行ト爲ラサル前即チ其本來ノ狀態ニ於ケル債權ト不履行ニ因リテ生シタル損失トハ嚴ニ之ヲ區別スルコトヲ要ス從來ノ學說ト雖モ之ヲ區別スヘキコトヲ無視シタルニ非ス否寧ロ餘リニ自明ノ理ナルカ故ニ此區別ノ存在ヲ看過シタルモノナルヘシ蓋シ第三九九條ノ意義ハ唯債權カ未タ害セラレサル狀態ニ在リテハ之カ金錢的評價ヲ爲スコト不能ナリト謂フニ過キサルモノニシテ之ニ反シ其債權カ害セラレタル後即チ所謂不履行ト爲リタル後ニ於テハ常ニ金錢ヲ以テ賠償ヲ爲シ得ヘキモノナリ然レトモ斯ク謂フトキハ論者或ハ不履行ニ因ル損害ニハ有形的ノモノト無形的ノモノト在リ得ヘク而シテ幸ニモ有形的財産的損害ノミチ生シタルトキハ金錢的評價ヲ爲シ得ルカ故ニ此請求權ヲ擔保スル爲メニ質權又ハ抵當權ヲ設定スルコトハ妨ケナシト雖モ若シ無形ノ損害ヲ生シタルトキハ評價ヲ爲シ得ス從ツテ之カ擔保ノ爲メニ質權又ハ抵當權ヲ設定スルコトハ不可能ノ理ナリト難ニスル者アルヘシ抑モ我民法ハ不法行為ノ場合ニ於テ第七一〇條ヲ以テ他人ノ身體自由又ハ名譽ヲ害シタル場合ト財産權ヲ害シタル場合トヲ問ハス前條ノ規定ニ依リテ損害賠償ノ責ニ任スル者ハ財産以外ノ損害ニ對シテモ其賠償ヲ爲スコトヲ要スト規定シ次ニ第七一條ニ於テモ亦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産權ヲ害セラレザリシ場合ニ於テモ損害ノ賠償ヲ爲スコトヲ要スト規定シ以テ所謂無形ノ損害ヲ生シタルニ過キサル場合ニ於テモ亦賠償ノ義務ヲ免カレサル旨ヲ明カニシタリ然ルニ之ニ反シテ債務不履行ノ場合ニ於テハ直接ニハ無形ノ損害ノ賠償ニ關シテ明言シタル規定ナシ茲ニ於テカ前ニ述ヘタル如ク金錢ニ見積リ得サルモノ

ヲ以テ目的ト爲シタルトキハ金錢其他ノ有價物ヲ賠償トシテ豫定シタル場合ノ外ハ不履行ニ因ル賠償ヲ求ムルコトヲ得ス從ツテ之ヲ擔保スル爲メニ質權又ハ抵當權ヲ設定スルコトヲ得スト爲ス說サヘモ生スルニ至レルモノナルヘシ然レトモ此種ノ解釋ハ不法行為ト債務不履行トノ異同ヲ知ラサルニ因リテ生セルモノナルノミナラス法文解釋ノ原理ニモ反セルモノト謂フヘシ請フ以下之ヲ明カニセン

五 我民法ハ債務不履行ノ場合ト不法行為ノ場合トヲ全然區別シテ規定ヲ設クト雖モ意味ヲ爲ササルコトナリ若シ夫レ不法行為ヲ以テ故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害スルコトヲ謂フト定義スルコト我第七〇九條ノ如クスルモ債權ノ侵害タル不履行モ觀念上ハ全然此中ニ合ムヘキモノナルコトハ何人モ爭フ能ハサル所ニシテ唯我民法ハ佛法系ノ立法例ニ倣ヒテ債權ナル權利ノ侵害ニ付テノ區別ニ債權篇ニ規定ヲ設ケタリト見ルノ外ナシ此以外別ニ原理原則ノ上ニ於テ兩者ノ間ニ差異アルコトヲ知ル能ハサルナリ況ンヤ我民法中ニモ債務ノ不履行トモ見ルヘカラス又不法行為トモ稱スヘカラサル場合ニ唯法律ノ規定ヨリ當然生スル損害賠償ノ規定アリ(二〇九條二項二三二條等其數決シテ少カラス)是等ノ場合ニ付テハ如何ニ損害賠償ノ要件範圍方法等ヲ決スヘキヤニ關シテハ別ニ規定ヲ設ケサルカ故ニ一ニ裁判官ノ自由ナル裁量ニ俟ツノ外ナキ結果ト爲ルヘシ故ニ立法論トシテハ我民法ノ如ク債權ノ侵害ト其他ノ權利ノ侵害タル不法行為トニ付テ各別ニ規定ヲ設ケタルコトヲ爲サスシテ寧ロ獨逸民法ノ如ク損害賠償ノ一般の概括的規定ヲ設ケルノ必要アリ近時我國ニ於テモ此說ヲ採ル學者少カラス(石坂博士日本民法第三篇一卷二七三頁)

而レテ今我民法ノ解釋論トシテ債務不履行ニ因ル損害カ無形ノモノナル場合ニ於

テモ不法行為ノ場合ノ如ク之ヲ金錢的ニ賠償セシメ得ルヤ否ヤ余ハ解釋論トシテモ亦之ヲ肯定シ得ヘシト信ス何トナレハ

(イ) 債務不履行ニ因リテ無形の損害ヲ生シタル場合ニモ之ヲ賠償スヘシトノ明文存セサルカ故ニ之ヲ賠償セシムルコトヲ得スト爲ス説ハ法文解釋ノ方法ヲ知ラサルモノナリ思フニ明文ヲ設ケサル理由ハ常ニ一アルニ非ス即チ權利ヲ與ヘサルカ故ニ明文ヲ設ケサルコトモアリ得ルト同時ニ法理上當然ニシテ一般ノ原則ニ據ラシムヘキモノナルカ故ニ特ニ明文ヲ置カサルコト亦決シテ少カラス故ニ明文ノ有無ノミヲ以テ直チニ權利ノ有無ヲ決スヘキモノニハ非スシテ之ト相俟ツテ更ニ理由ヲ求メサルヘカラス

(ロ) 獨逸民法第二五三條ノ如キハ法律ニ別段ノ規定アル場合ノ外財產以外ノ損害ニ付テハ金錢賠償ヲ許サスト明言シタルヲ以テ此立法ノ下ニ於テハ明文ナキノ故ヲ以テ無形の損害ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得スト解釋スルハ妥當ナリト雖モ我民法ノ如ク此種ノ制限の規定ナキ立法例ノ下ニ在リテハ不法行為ト債務不履行トノ間ニ本質上ノ差異ナキ以上ハ無形の損害ニ付テモ亦賠償ヲ求メ得ルモノト解スヘシ佛及ヒ伊ノ判例ニ於テモ亦無形ノ損害ニ對スル賠償ヲ認メタルノミナラス最近ノ立法タル瑞西新債務法第九九條ヲ見ルニ其第三項ニ於テハ責任ノ程度ニ關スル不法行為ノ規定ハ之ヲ契約違反ノ行為ヨリ生スルモノニモ適用スト明言シタルノミナラス更ニ第九八條二項ヲ見ルトキハ不作爲ノ義務ヲ有スル者ハ單ニ違反行為ヲ爲シタル場合ト雖モ損害賠償ノ責任ニ任スヘキ旨ヲ規定シタルカ故ニ例ヘハ音樂ヲ奏セサル義務ト謂フカ如キ金錢ニハ見積リ得サル而カモ不作爲ヲ目的トセル債務

カ不履行ト爲リタル場合ニハ假令之カ爲メニ相手方ニ財產的損害ヲ與ヘストモ單ニ其契約違反ノ行為アリタリトノ事實ノミニテ既ニ金錢賠償ヲ求メ得ヘキモノトス之ヲ以テ見ルモ不法行為ト債務不履行トノ間ニ別ニ本質上ノ差異アルニ非サルヲ知り得ヘシ

(ハ) 論者或ハ謂ハン若シ無形の損害ヲ賠償セシムルニ金錢ヲ以テスルニ至ラハ此種ノ損害ハ被害者ノ主觀ニ存スルモノナルカ故ニ如何ニシテ此範圍ヲ定ムルヤヲ知ルニ苦シムト然レトモ此疑問ハ債務不履行ノ場合ニノミ生スヘキモノニハ非スシテ不法行為ニ因リテ無形の損害ヲ生シタル場合ニモ當然生スヘキ問題ナリ即チ不法行為ノ場合ト同シク裁判官ノ公平ニシテ自由ナル裁量ニ一任スヘキモノナルニ過キスシテ財產的損害ノ場合ニ於ケルカ如ク比較的正確ナル算出ノ標準アルニ非サルナリ(右坂博士日本民法三卷一册三六三頁參照)

(ニ) 若シ無形の損害ノ賠償ヲ求ムルコト能ハスト假定スレハ第三九九條ノ所謂金錢ニ見積ルコトヲ得サルモノヲ目的トスル債務ノ不履行アリタル場合ニ於テハ殆ント常ニ債權者ハ何等ノ救済ヲモ得サル結果ニ了ルヘシ何トナレハ此種ノ債權ハ大多數ノ場合ニ於テハ不作爲ヲ内容トスルモノニシテ其不履行ハ亦多ク無形ノ損害ヲ生スルニ過キサレハナリ

(ホ) 以上論述セル所ニ依リテ第三九九條ノ債務カ不履行ト爲リタルトキハ有形的損害ニ對シテハ勿論無形の損害ニ對シテモ賠償ヲ求メ得ヘキモノニシテ從ツテ之カ擔保ノ爲メニ質權又ハ抵當權ヲ設定シ得ヘキコト勿論ナリト謂ハサルヘカラス然ラハ此擔保物權ハ何ヲ擔保シタルモノナリヤ元來ノ債權其モノヲ擔保シタルモノ

ト見ルヘキヤ將々又此本來ノ債務カ履行セラレサル爲メニ生シタル有形無形ノ損害ノ賠償ヲ請求スル權利即チ學者ノ所謂第二權又ハ救済權ヲ擔保シタルモノナルヤノ疑問ヲ生スルニ至ルヘシ而シテ此問題ハ賠償請求權ナルモノカ原權ノ延長乃至變形ニ過キサルモノナリヤ若クハ原權トハ全然性質ヲ異ニスル權利ナリヤノ問題ヲ解決スルニ依リテ釋然タルヘシ余ハ救済權ハ原權ヲ害セラレタル場合ニ發生スヘキモノナルカ故ニ之ニ代ハルヘキ性質ヲ有スルモノト見ルカ故ニ本問ノ場合ニ於テモ原權カ擔保セラレタルモノニシテ其結果其延長又ハ變形トモ稱スヘキ救済權ヲモ擔保スルニ至ルモノナリト解セント欲ス尙ホ第三四六條ノ趣旨ヲ見レハ此理論ヲ更ニ明カニスルヲ得ヘキナリ(法學士三藩信三氏法律評論第三卷第九號論說一一九頁以下)

【參照學說】

本書第一卷民法二〇五頁ノ二

至當ノ見解ナリト信ス是レ嘗テ吾人ノ贊同シタル所ナリ

三〇〇

- 六二二 賃借人ハ賃貸人ノ承諾アルニ非サレハ其權利ヲ讓渡シ又ハ賃借物ヲ轉貸スルコトヲ得ス
賃借人カ前項ノ規定ニ反シ第三者ヲシテ賃借物ノ使用又ハ收益ヲ爲サシメタルトキハ賃貸人ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得
- 六一三 賃借人カ違法ニ賃借物ヲ轉貸シタルトキハ轉借人ハ賃貸人ニ對シテ直接ニ義務ヲ負フ此場合ニ於テハ借賃ノ前項ノ規定ハ賃貸人ニ對シテ其權利ヲ行使スルコトヲ妨ケス

賃借人カ賃貸人ノ承諾ヲ經テ適法ニ賃借權ヲ讓渡シタルトキハ讓受人ハ之ニ因リ讓渡人ノ地位ヲ承繼シテ賃借人ト爲リ爾後同人ト賃貸人トノ間ニ賃貸借關係ノ存續ヲ見ルモノトス
賃借物ノ轉貸ハ賃借權ノ讓渡ト異ナリ賃借人ハ賃貸人ニ對シ依然トシテ權利義務ヲ有シ賃貸關係ヨリ離脱スルコトナリ同時ニ更ニ賃借人ト轉借人トノ間ニ一新ナル賃借關係ヲ生スルモノトス
我民法ニ所謂轉貸トハ有償ノ場合ハ勿論無償ノ場合ヲモ包含スルモノトス
賃借人カ第三者ニ物ノ使用收益ヲ許容スルモ必スシモ常ニ轉貸ナリト謂フコトヲ得ス
賃借人カ賃貸人ノ承諾ヲ得スシテ他人ト爲シタル轉貸借ト雖モ當然無効ニアラス
民法第六一三條ハ賃貸人ニ權利ヲ付與シタルニ止マリ之ニ義務ヲ負ハシメタルモノニ非サルカ故ニ轉借人ハ賃貸人ニ對シテ直接ニ義務ヲ負フニ拘ハラズ之ニ對シテ直接ニ權利ヲ行フコトヲ得サルモノトス

- 賃借人ハ其賃借權ヲ讓渡シ又ハ其賃借物ヲ轉貸スルコトヲ得ヘキヤ否ニ付キテハ諸國ノ法制其授チ一ニセス
- (一) 佛國民法第一七一七條及ヒ獨逸ノ舊普通法ハ契約中ニ禁止無キ限ハ轉貸又ハ讓

渡ヲ爲シ得ルヲ原則トシ

(二) 德國民法第一〇九八條ハ物ノ所有者ニ損害ヲ生セシメスシテ轉貸シ得ヘキカ又ハ契約ニ明カニ禁止無キトキハ轉貸シ得ヘキモノトシ

(三) 獨逸民法第一章案(第五一六條)ニモ賃借人ハ賃貸人ノ承諾無クシテ讓渡又ハ轉貸ヲ爲シ得ヘキ旨ノ定アリテ債權ハ讓渡シ得ヘキモノナリトノ原則ト相一致スルモノナリトセリ

(四) 我舊民法財産編一三四條モ外國多數ノ立法例ニ倣ヒテ反對ノ慣習無キ限ハ賃借人ハ其賃借權ヲ讓渡シ又ハ其賃借物ヲ轉貸スルコトヲ得ヘキモノト定ム

(五) 然レトモ字漏西國舊法(第一編第二十一章第三〇九條以下)ハ以上ノ主義ト異ナリ賃貸人ノ承諾アルトキニ限り讓渡轉貸ヲ許シ唯タ賃貸人カ不當ニ拒絕シタルトキハ賃借人ニ於テ契約ヲ解除シ得ヘキモノトシ

(六) 現行獨逸民法第五四九條モ亦右ニ同シク賃借人ハ貸主ノ承諾無クシテ第三者ニ讓渡轉貸ヲ爲スコトヲ得サルモノトシ唯タ貸主カ讓渡又ハ轉貸セラルヘキ第三者ニ付キ重要ナル拒絕ノ理由ノ存スルニ非スシテ之カ承諾ヲ拒ミタルトキハ賃借人ハ法定ノ豫告期間ヲ遵守シテ契約ヲ解除シ得ヘキモノトス同法第二章案ノ規定亦然リ

以上列記ノ法制中讓渡轉貸ヲ許容スルヲ原則トスル主義ハ賃貸借ニ於テハ賃貸人ハ主トシテ賃貸ヲ得ンコトニ著眼シ借主タル人ノ如何ニ著眼セサルモノト認メ以テ實際ノ需要ニ應センコトヲ期シタルモノニシテ尙ホ獨逸民法第一章案ハ同時ニ債權ノ讓渡シ得ヘキモノナリテフ原則ヲ一貫スルニ努メタルモノナルコト前陳ノ如シ

然レトモ凡ソ賃借關係使用賃借消費賃借賃貸借等皆然リニ於テハ借主ノ責力性行、職

業ノ如何等ニ依リ貸主ノ利益ニ至大ノ影響アルコト勿論ニシテ或ハ貸主ニ於テ豫期ノ借賃ヲ收ムル能ハサルコトアルヘク又タ物ノ使用收益ノ方法其當ヲ得サルカ爲メ物ノ滅失毀損ヲ來スコトアルヲ免レサルヘク殊ニ賃貸ノ目的物ヨリ生スル收益ノ一部ヲ以テ借賃ト爲ス場合ノ如キニ於テ借主ノ如何ハ貸主ノ利益ニ至大ノ關係アルヤ言ナ埃タス是レ讓渡轉貸ノ自由ヲ以テ本則トスルハ却テ實際ノ事情ニ適セサルモノトシテ反對ノ主義アル所以ナリ

我カ民法(第六一二條第一項)モ此第二種ノ主義ニ從ヒ賃借人ハ賃貸人ノ承諾アルニ非サレハ其權利ヲ讓渡シ又ハ賃借物ヲ轉貸スルコトヲ得サルモノト定ム賃貸人ノ承諾アルトキ讓渡轉貸ヲ爲シ得ヘキモノトセル所以ハ賃借人ノ何人ナルヤハ前陳ノ如ク賃貸人ニ利害ノ關係アルニ止マリ公益ニ關セサルヲ以テ苟モ賃貸人ノ承諾アルニ於テハ其意思ニ從ヒ讓渡轉貸ヲ許スヲ以テ當然トスヘケレハナリ

右陳フルカ如ク我民法ハ讓渡轉貸ニ付キ賃貸人ノ承諾アルコトヲ要スト定ムレトモ其承諾ハ明示又ハ默示タリ得ルハ勿論又タ慣習上承諾アリト認ムヘキ場合アルヘク又タ承諾ハ必シモ賃貸借契約取結ノ當時ニ存スルコトヲ要スルモノニ非スシテ爾後讓渡轉貸ヲ爲サントスルトキニ於テ之ヲ得ルヲ以テ足ル而シテ此承諾ヲ缺ク場合ニ於テ讓渡轉貸カ賃貸人ニ對シ效力ヲ生セサルコト勿論ナルモ民法(第六一二條第二項)ハ尙ホ明文ヲ以テ賃借人カ前陳ノ規定ニ反シ第三者ヲシテ賃借物ノ使用又ハ收益ヲ爲サシメタルトキハ賃貸人ハ契約ノ解除ヲ爲シ得ヘキモノトシ以テ賃貸物ヲ回復シ利益ヲ保護スルコトヲ得セシム

茲ニ注意ヲ要スルハ賃貸人カ賃借權ノ讓渡又ハ賃借物ノ轉貸ニ付キ賃借人ニ與フル

承諾ノ法律上ノ性質如何テフコトニシテ

(一) 或ハ之ヲ以テ讓渡又ハ轉貸ノ禁止權ノ拋棄ナリト認ムル者アリ(例ヘハ、エソデマ
ン第一六九章註一八)ト雖モ貸貸人ハ拋棄サルヘキ特別ノ權利ヲ有スルニ非スシテ寧
ロ賃借ニ於テ賃貸人ノ承諾無クハ存在セサル權利ヲ其承諾ニ依リテ取得スルモノト
認ムルヲ相當トス(同說エルトマン)

(二) 或ハ前掲ノ承諾ニシテ賃貸借契約成立ノ當時ニ與ヘラレルモノハ契約構成ノ一
要素ニシテ反之契約成立後ニ與ヘラレルモノハ賃貸借契約ノ追加契約ナリト認ムル
モノアリ(例ヘハ、エルツバツヘル)

(三) 然レトモ前掲承諾ハ通常之ヲ一方的ノ受領ヲ要スル意思表示ト認ムルヲ以テ相
當トス(同說エルトマン)但前說ノ如ク承諾力賃貸借契約ノ一成分タルコトアルヘク又
追加契約中ニ包含セラルルコトアルヘク尙ホ最初賃貸借契約中ニ讓渡又ハ轉貸ヲ
禁止スルノ條項アリテ後ニ至リ之ヲ變シテ承諾ヲ與フルニ方リテハ又タ契約ヲ以テ
スルコトヲ要スルヤ勿論ナリ

終リニ注意スヘキハ不動産ノ賃借人カ家族チ有シ來客ヲ泊メ僕婢ヲ置クカ如キハ賃
借權ノ讓渡ニモ非ス轉貸トモ謂フヘカラサルハ勿論苟モ賃借物ノ支配權ヲ他人ニ移
轉セサル限ハ一時他人ヲ收容シ他人ノ所有物ヲ貯藏スルカ如キコトアルモ讓渡轉貸
ノ孰レニモ該當セサルコト之ナリ但此ノ如キ事柄ト雖モ賃貸借契約ノ趣旨ニ違反ス
ルノ結果契約ノ解除損害賠償ノ請求ヲ免カレサル場合アルヤ言テ埃ダス

第一節 賃借權ノ讓渡

賃借權ノ讓渡ハ買賣贈與等種々ノ法律原因ニ基キテ生スヘク賃借人カ賃貸人ノ承諾

ヲ經テ適法ニ賃借權ヲ讓渡シタルトキハ讓受人ハ之ニ因リ讓渡人ノ地位ヲ承繼シテ

賃借人ト爲リ爾後同人ト賃貸人トノ間ニ賃借關係ノ存續ヲ見ルモノトス隨テ讓受人
ハ賃貸人ニ對シ直接ニ物ノ使用收益ヲ許サントヲ求メ得ヘク(第六〇一條)又タ賃借
物ニ付キ賃貸人ノ負擔ニ屬スル費用ヲ支出シタルトキハ之カ償還ヲ求メ得ル等(第六
〇八條)賃貸人ニ對シ直接ノ權利ヲ取得シ直接ニ賃貸人ニ對シ訴ヲ提起スルコトヲ得
ルモノトス而シテ適法ノ讓渡ニ在リテハ賃借權ノ移轉ト共ニ賃借人ノ義務モ亦讓受
人ニ移轉シ讓受人ハ賃貸人ニ對シ其讓渡人カ負擔シタルト同一ノ義務ヲ有シ賃借人
ハ賃貸借關係ヲ離脱スルモノトス但賃借人カ其權利ノミヲ讓渡シ依然賃貸人ニ對シ
テ義務ヲ負擔スル旨ヲ約スルヲ妨ケス

尙ホ賃借權ノ讓渡ノ場合ニ於テハ賃貸人ノ先取特權ハ讓受人ノ動産ニ及フヘキコト
民法第三一四條ノ明定スル所ナリ

第二節 賃借物ノ轉貸

轉貸ハ賃借權ノ讓渡ト異ナリ賃借人ハ賃貸人ニ對シ依然賃借人トシテ權利義務ヲ有
シ賃貸借關係ヨリ離脱スルコト無ク同時ニ更ニ賃借人ト轉借人トノ間ニ一ノ新ナル
賃借關係ヲ生スルモノトス隨テ讓渡ニ在テハ讓渡人タル賃借人カ賃貸人ニ對シテ有
セシ權利義務ト讓受人カ賃貸人ニ對シテ有スヘキ權利義務トハ全ク内容ヲ同クスル
同一ノ權利義務ナルニ轉貸ニ在リテハ之ニ因リテ轉借人ニ生スル權利義務ハ必シモ
最初ノ賃貸借ヨリ生シタル權利義務ト其内容ヲ同クスルコト無キハ勿論假ニ内容ヲ
同シクスルコトアルモ全然別個ノ權利義務タリ尙ホ賃借人ハ最初ノ賃貸借契約ニ因
リ賃借物ノ使用收益ニ關シテ取得シタル權利ヨリモ内容ノ廣大ナル權利ヲ轉借人ニ

與フルコト能ハサルヤ勿論ナリ

註一 故ニ貸借人カ貸借物ヲ例ヘハ毎週一回使用シ得ヘキ場合ニ在テハ轉借人モ毎週一回以上使用スルコトヲ得ヘカラス、又タ一反歩ノ收益權ヲラハ轉借人一反歩ヲ超ユヘカラス、但此界限ヲ超ユル轉借借モ當然無効ナリト謂フヘカラス唯タ之ヲ以テ貸借人ニ對抗スルコトヲ得サルニ止マリ轉借借ノ當事者タル貸借人ト轉借人トノ間ニ於テハ貸借人ハ約定通リ轉借人ヲシテ使用、收益ヲ爲サシムル義務ヲ負擔シ、隨テ約定ノ履行ヲ爲スコト能ハサルトキハ契約(轉借借)ノ解除ヲ受ケ損害賠償ノ請求ヲ免ルル能ハサルヘシ

尙ホ貸借人カ一反歩ノ收益權アルニ方リ其内半反歩轉借借スルカ如キ其使用收益權ノ範圍内ニ於テ貸借人ノ承諾ヲ得テ有效ニ轉借借ヲ爲シ得ヘキハ勿論ナリ

又タ轉借借ニ基キ轉借人ヨリ貸借人ニ對スル負擔力最初ノ貸借借ニ因リ貸借人カ貸借人ニ對シテ負擔スル所ヨリモ重キコトアルヲ妨ケス例ヘハ貸借人カ貸借人ニ百圓ノ借借ヲ支拂フヘキ場合ニ轉借人ハ貸借人(轉借借ノ貸主)ニ百五十圓ノ借借ヲ支拂フカ如キ是レナリ

註二 茲ニ注意ヲ要スルハ歐洲諸國ニ於ケル轉借借ナル語(Übernahme, Unternehmung, 借入)ハ必ス有價ニテ轉借借スル場合ヲ指シ轉借借ハ即チ貸借關係ニシテ隨テ學者ハ貸借權ノ讓渡ト貸借物ノ轉借トノ區別ノ一トシテ前者ハ有價又ハ無價タルコトヲ得ルモ後者ハ必ス有價ニシテ無價タルコト無シト主張スレトモ我民法ニ於テハ必シモ此ノ如ク論スヘカラサルコト是レナリ我民法第六一三條ニ於テ轉借人ハ借借ノ前拂ヲ以テ貸借人ニ對抗スルコトヲ得スト規定セルニ徴シ又我民法成立ノ沿革ニ徴スルトキハ轉借借ナルモノハ歐洲諸法ニ於ケルカ如ク貸借借ヲ指スモノノ如シト雖モ我國ノ用語トシテ轉借借、轉借借ナル語ニ必ス有價ナラサルヘカラサルトノ意義ヲ存セス又貸借人カ貸借人ノ承諾ヲ得ス有價ニテ貸借物ヲ他人ニ使用又ハ收益セシメタルトキト雖モ貸借人ハ第六一二條第二項ニ依リ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得サルヘカラサルノ理ナルニ因リ我民法所謂轉借借トハ有價ノ場合ハ勿論、無價ノ場合ヲモ包含スルモノト謂フヘク隨テ前掲歐洲學者ノ如ク報償ノ有無ヲ以テ貸借權ノ讓渡ト貸借物ノ轉借借トノ差異ノ一徵憑ト爲スコトヲ得ヘカラス又タ隨テ無價ノ轉借借ト雖モ適法ナル轉借借ニ在リテハ轉借人ハ第六一三條第一項ニ依リ貸借人ニ對シテ直接ニ義務ヲ負フモノト謂フヘシ但同條項ノ實用ハ轉借借ノ有價ナル場合ニ於テ多ク生スヘキハ勿論ナリ

註三 貸借人カ第三者ニ物ノ使用、收益ヲ許容スルモ必スシモ轉借借ナリト謂フヘカラス轉借借ハ貸借人カ事實上物ノ支配ヲ第三三者ニ許シ第三三者カ貸借人ニ代ハル場合ヲ指スモノトス故ニ親族、來客ヲ家内ニ收容スルカ如キ場合ニ於テ轉借借ヲ生セサルコト前陳ノ如シ明治四十一年二月八日大阪控訴院判決ニ一貸借人ハ貸借人カ貸借物ヲ轉借借シタル上第三三者ヲシテ貸借物ノ使用又ハ收益ヲ爲サシメタル場合ニ於テハ契約ヲ解除シ得ヘキモノニシテ單ニ貸借人カ第三三者ヲシテ使用收益セシメタルニ止マリ轉借借ノ事實ナキニ於テハ契約解除ヲ爲ス權利ヲ有セスト判示シタルハ右ノ如キ場合ヲ指スモノナルヘク當然ニ屬ス今適法ニ轉借借アリタル場合ニ於ケル當事者間ノ權利關係ヲ説クニ先チ貸借人カ貸借

人ノ承諾ヲ得スシテ他人ノ轉借關係ヲ結ビタル場合ニ於ケル轉借借ノ效力ノ如何ニ付キ攻究センニ貸借人ハ貸借人ノ承諾無キニ拘ハラス貸借物ヲ第三三者ニ轉借借スルコトヲ得ス此ノ如キ法律行為ハ當然無効ナリトノ説ヲ爲ス者アリ

註四 例ヘハ明治四十四年四月十五日東京控訴院民事二部判決、明治四十二年二月五日東京地方裁判所民事一部判決、明治四十一年七月七日千葉地方裁判所判決ノ如シ

然レトモ貸借人ノ承諾ヲ經サル轉借借ト雖モ其當事者タル貸借人(即チ轉借人)ト轉借人トノ間ニ於テハ有效ニ貸借關係ノ成立ヲ見ルコトヲ得ヘク貸借人ハ貸借人ニ承諾ヲ求メテ轉借人ニ希望ヲ達セシムルノ義務ヲ負擔ス轉借人ハ之ニ對シ約定ノ借借ヲ支拂フコトヲ要シ唯タ貸借人カ如上ノ義務ヲ履行スルコト能ハサル場合ニ於テ契約解除損害賠償ニ了ルヘキコト既ニ註一ニ説ケルカ如シ

若シ前陳ノ如ク當然無効ナリトノ説ニ從ハンカ(一)貸借人ニ於テ轉借借成立後貸借人ノ承諾ヲ得テ轉借人トシテノ義務ヲ履行シ得ル場合ト雖モ尙ホ轉借借關係ハ當然有效ナリト謂ハサルヘカラサル不都合ナル結果ヲ生スルノミナラス(二)民法力第五六〇條ニ於テ他人ノ權利即チ未タ賣主ニ屬セサル權利ヲ以テ賣買ノ目的ト爲スコトヲ認許シ此ノ如キ場合ニ於テハ賣主ハ其權利ヲ取得シテ之ヲ買主ニ移轉スルノ義務ヲ負フト規定スルニ徴スルモ前掲ノ如キ轉借借ヲ當然無効トスル説ノ不當ニシテ貸借人ノ承諾無キ轉借借ニ在テモ尙ホ轉借人(最初ノ貸借人)ハ其相手方タル轉借人ニ目的物ノ使用、收益ヲ爲サシムルノ義務ヲ負擔シ轉借人ハ之ニ其貸金ヲ支拂フノ義務ヲ負擔スルモノト謂ハサル可カラサルヲ知ルヘシ

尙ホ貸借人カ貸借人ノ承諾ヲ得スシテ獲リニ貸借物ヲ第三三者ニ轉借借シタルトキ貸借

人ヨリ契約ヲ解除セラレ損害賠償ノ請求ヲ受クルニ至ルコトアルヘキハ言ヲ竣タス

陸五 東京控訴院民事二部(明治四十二年二月十三日)判決カ「貸借人カ貸借人ノ承諾ヲ得シテ賃借物ヲ第三者ニ轉貸スル場合ニ於テハ貸借人ト轉借人トノ間ニ直接ノ權利關係ヲ生セシムル效力ヲ生セサルモ賃借人ト轉借人間ニハ其物品ヲ使用セシムル契約有效ニ成立シ賃借人ハ單ニ賃借人ニ對シ契約解除權ヲ有スルニ過キス」ト判示シタルハ洵ニ正當ナリ

尙ホ前陳ノ如クナルヲ以テ大阪地方裁判所(民事二部明治四十二年十月二十九日判決、法律世界五一)カ「賃借人カ其權限(一)内ニ於テ轉貸ヲ爲シタル以上ハ賃借借カ解除サルモ轉貸借ハ有效ナリ」ト判示シタルコトノ其當ヲ得サルヲ知ルヘシ、蓋シ賃借人カ其權限内ニ於テセサルモ轉貸借カ其當事者間ニ於テ有效ナルハ前陳ノ如クナルノミナラス(二)隨テ又タ權限外ニ於テ轉貸借ヲ爲シ其結果最初ノ賃借借カ解除セラレモ轉貸借カ之ニ因リ當然其效力ヲ失フコト無キハ勿論ナレハナリ

陸六 前陳ノ如クナルヲ以テ明治四十年五月二十七日大審院判決カ「賃借人ハ賃借人ノ承諾アルニ非サレハ賃借物ヲ轉貸スルコトヲ得サレトモ賃借人カ賃借人ノ承諾無キニ拘ハラズ第三者ニ賃借物ノ使用收益ヲ爲サシメタルトキハ賃借人ト第三者トノ間ニ於ケル賃借物ヲ目的トセル使用收益ニ關スル法律行為ハ當然無効タルニ非シテ唯タ賃借人ハ賃借人ヨリ契約ノ解除セラレコトアルニ過キサルコトハ民法第六一三條ノ規定ニ徴シテ明瞭ナリ」ト判示シタルコトノ當然ナルヲ知ルヘシ但同判決中右判示ノ前段トシテ「轉貸借カ成立スルトキハ賃借人ト轉借人トノ間ニモ賃借借ニ付キ直接ニ法律關係ヲ生スルモノナルカ故ニ轉貸借ハ賃借人カ之ヲ承諾シタルニ非サレハ成立セサルコト勿論ナリ」ト判示シタルヲ見ルトキハ賃借人ノ承諾ヲ經タル民法第六一三條所謂適法ノ轉貸ノミヲ轉貸ト稱シ得ヘキモノノ如ク判示シタル觀アルモ賃借人ノ承諾ヲ得サル民法所謂適法ナラサル場合ヲモ轉貸ト謂フコトヲ妨ケサルハ第六一三條用語其モノヨリ之ヲ認ムルコトヲ得ヘシト信ス

左ニ適法ニ轉貸アリタル場合ニ於ケル權利關係ニ付キテ説明セン

(甲) 賃貸人ト賃借人トノ關係 此間ノ關係ハ轉貸ニ依リ毫モ影響ヲ受クルコト無ク依然存續スルコト勿論ニシテ民法第六一三條第二項カ轉貸ノ場合ニ於テモ賃貸人ハ賃借人ニ對シテ其權利ヲ行使スルコトヲ妨ケサル旨ヲ定ムルハ即チ其意ヲ明カニシタルモノナリ蓋シ轉貸借ハ先ノ賃貸借ニ對シテハ當事者ヲ異ニスル全然別個ノ契約ニシテ契約ハ之ニ與カラサル第三者ニ利害ノ關係ヲ及ボササルヲ原則トスルヲ以テ前ノ契約ヲ變更スルノ效力ヲ有セサレハナリ

(乙) 賃借人ト轉借人トノ關係 此間ノ關係ハ新ナル賃貸借ノ關係ニシテ其間ニハ一

般賃貸借契約ヨリ生スヘキ權利義務ヲ生スヘク其契約ノ趣旨ニ從ヒ其效力ヲ決スヘキモノトス

(丙) 賃貸人ト轉借人トノ關係 純理ヨリ言ヘハ賃借人ト轉借人トノ間ノ契約ハ賃貸人ニ毫モ效力ヲ及ボスコト無シト雖モ若シ此ノ理論ニ從フトキハ賃貸人ト轉借人トカ賃借人ニ對スル義務ヲ履行シ賃貸人ハ賃借人ニ物ノ使用收益ヲ許シ轉借人ノ使用ニ供セラレ又タ轉借人ハ賃借人ニ對シ借賃ノ支拂ヲ爲スニ拘ハラズ賃借人ハ其賃貸人ニ對スル義務ヲ履行セス之ニ對スル借賃ノ支拂ヲ爲スコト無クシテ獨リ不當ノ利ヲ占メ之ト反對ニ賃貸人獨リ損害ヲ被ルコト無シト謂フヘカラス之ヲ以テ民法ハ賃借人カ適法ニ賃借物ヲ轉貸シタルトキハ轉借人ハ賃貸人ニ對シテ直接ニ義務ヲ負フヘキモノトシ以テ賃貸人ノ利益ヲ保護スルコトトセリ(第六一三條第一項)故ニ轉借人カ賃借人ニ對シ轉貸契約ニ因リ負擔スル借賃ノ支拂物ノ修繕等ノ義務ハ賃貸人ノ求ニ依リ之ニ對シテ履行スルノ責アルモノトス但賃貸人カ轉貸人ニ對シ右ノ權利ヲ行使スルニ付キテハ左ノ制限ニ從フヘキモノトス

其一 賃貸人ハ賃借人カ轉借人ニ對シテ有スル權利ノ限度内ニ於テスルコトヲ要ス換言スレハ轉借人ノ賃貸人ニ對シテ履行スヘキ義務ノ範圍ハ賃借人(轉貸人)ニ對スル義務ノ範圍ニ限ラル蓋シ轉借人カ適法ニ其權利ヲ取得シタルニ於テハ其契約ニ依リ負擔シタルヨリモ多クノ義務ヲ賃貸人ニ對シテ履行スヘキ理由無ケレハナリ

其二 賃貸人ハ其賃借人ニ對シテ有スル權利ノ限度内ニ於テスルコトヲ要ス換言スレハ賃貸人ノ權利ハ賃借人カ同人ニ對シテ負擔スル義務ノ範圍ニ限ラル蓋シ賃貸人ハ賃借人カ轉貸シタルニ因リ賃借人ニ對スルヨリモ多クノ權利ヲ轉借人ニ對シテ取

得スヘキ理由無ケレハナリ
 貸貸人ハ右ノ範圍内ニ於テハ直接ニ自己ノ權利ニ基キ轉借人ニ對シテ義務ノ履行ヲ
 求ムルコトヲ得ヘシト雖モ轉借人カ既ニ貸借人ニ對シテ其義務ヲ履行シタルトキ換言
 スレハ貸借人ヨリ轉借人ニ對スル權利カ辨濟其他ノ事由ニ依リ消滅シタルトキハ貸
 貸人ハ轉借人ニ對シテ權利ヲ行フコトヲ得ス又タ轉借人ハ貸貸人ノ請求アルモ更ニ
 履行ヲ再ヒスルコトヲ要セサルハ勿論ニシテ隨テ轉借人カ既ニ借賃ヲ辨濟シタルト
 キハ貸貸人ハ之ニ對シテ借賃ノ請求權無キヤ言テ埃タスト雖モ民法第六一三條第一
 項ハ貸貸人保護ノ爲メニ例外ヲ設ケテ轉借人ハ借賃ノ前拂ヲ以テ貸貸人ニ對抗スル
 コト能ハサルモノト定ム故ニ轉借人カ借賃支拂期日ノ到來後ニ支拂ヲ爲シタルトキ
 ハ其支拂ハ有效ニシテ之ヲ貸貸人ニ對抗スルコトヲ得ルモ其以前即チ約定ノ時期以
 前(支拂ノ時期ニ付キ別段ノ約束無キトキハ慣習上又ハ法定ノ時期以前)ニ支拂ヒタル
 トキハ之ヲ以テ貸貸人ニ對抗スルコトヲ得サルモノトス蓋シ若シ借賃ノ前拂ヲ了シ
 タリトノコトヲ以テ貸貸人ニ對抗スルコトヲ許ストキハ轉借人ト貸借人ト通謀シテ
 債權者ヲ詐害スルノ虞アレハナリ

註七 前條第六一三條第一項ノ規定ハ貸貸人ノ權利保護ヲ以テ唯一ノ目的トスルモノニシテ貸貸人ハ之カ爲メニ其貸借人ニ
 對シテ有スル權利ヲ失フコト無キハ勿論ナリ
 尙ホ民法第四二三條ノ規定スル間接詐權ノ途アルニ因リ貸貸人ハ貸借人ニ代ハリ轉借人ニ對シテ其義務ノ履行ヲ求メ得ヘキ
 ニ拘ハス民法第六一三條第一項ノ規定ヲ設ケタル所以ニ付キテハ梅博士民法要義中第六一三條ノ說明ヲ參照スヘシ
 註八 民法第六一三條第一項ノ規定ハ物ノ全部カ轉賃セラレタルトキモ又タ一部カ轉賃セラレタルトキモ其適用ヲ見ルコト
 ナリ得
 註九 第六一三條ニ依リ轉借人カ貸貸人ニ對シテ直接ニ義務ヲ負フ結果トシテ貸貸人ノ先取特權ハ轉借人ノ動産ニ及フヘキ
 モノニシテ民法第三一四條ハ其旨ヲ明定ス

然レトモ茲ニ注意ヲ要スルハ第六一三條ノ規定ハ貸貸人ト轉借人トノ間ニ貸賃借ノ
 關係ヲ創設シタルモノニ非サルヲ以テ轉借人ヨリ貸貸人ニ對シテ直接ニ權利ヲ行フ
 能ハサルコト是レナリ換言スレハ同條ハ貸貸人ニ權利ヲ付與シタルニ止マリ之ニ義
 務ヲ負ハシメタルモノニ非サルカ故ニ轉借人ハ貸貸人ニ對シテ直接ニ義務ヲ負フニ
 拘ハラズ之ニ對シテ直接ニ權利ヲ行フコトヲ得サルモノトス
 且本條ノ規定タルヤ貸貸人ニ與フルニ轉借人ニ對スル直接ノ訴權ヲ以テシタルニ過
 キスシテ貸借人ノ轉借人ニ對シテ有スル權利ヲ奪ヒテ貸貸人ニ與ヘタルモノニ非サ
 ルカ故ニ貸借人ハ本條ノ規定ニ拘ハラズ依然其權利ヲ保有シ轉借人ニ對シ之ヲ行使
 シ得ヘク然ルトキハ轉借人ハ其履行ヲ拒ムコトヲ得ヘカラス隨テ若シ其後ニ於テ更
 ニ貸貸人ヨリ履行ノ求アルトキハ既ニ貸借人ニ對シテ履行ヲ爲シタルニ因リ義務ヲ
 免レタル旨ヲ以テ答フルコトヲ得ヘシ但借賃ノ前拂ヲ以テ對抗スルコト能ハサルハ
 既ニ陳ヘタルカ如シ

註一〇 貸借人ノ賃借權ノ終了スルト共ニ轉借人ハ賃借物ノ取戻ヲ免カレサルヘク此場合ニ於テ未タ轉賃ノ期間滿了セサル
 トキハ轉借人ハ賃借人(即チ轉賃人)ニ對シ賠償ノ請求ムルノ外無シ
 (法學士吾孫子勝氏法律評論第三卷第二號論說四二三頁以下)

(三〇一)

- 三〇四 先取特權ハ其目的物ノ賣却、質貸、滅失又ハ毀損ニ因リテ債務者カ受クヘキ金錢其他ノ物ニ對シテモ之ヲ行
 フコトヲ得但先取特權者ハ其拂渡又ハ引渡前ニ差押ヲ爲スコトヲ要ス
- 三〇七 共益費用ノ先取特權ハ各債權者ノ共同利益ノ爲メニ爲シタル債務者ノ財産ノ保存、清算又ハ配當ニ關スル
 費用ニ付キ存在ス
- 三〇九 雇人給料ノ先取特權ハ債務者ノ雇人カ受クヘキ最後ノ六個月間ノ給料ニ付キ存在ス但其金額ハ五十圓ヲ限
 ラス

- 三二七 旅店宿泊ノ先取特權ハ旅客、其從者及ヒ牛馬ノ宿泊料並ニ飲食料ニ付キ其旅店ニ存スル手荷物ノ上ニ存在ス
 - 三三〇第二項 第一順位ノ先取特權者カ債權取得ノ當時第二又ハ第三ノ順位ノ先取特權者アルコトヲ知りタルトキハ之ニ對シテ優先權ヲ行フコトヲ得ヌ第一順位者ノ爲メニ物ヲ保存シタル者ニ對シテ亦同シ
 - 果實ニ關シテハ第一ノ順位ハ農業ノ勞役者ニ第二ノ順位ハ種苗又ハ肥料ノ供給者ニ第三ノ順位ハ土地ノ賃貸人ニ屬ス
 - 三三四 先取特權ト動産質權ト競合スル場合ニ於テハ動産質權者ハ第三三〇條ニ掲ケタル第一順位ノ先取特權ト同一ノ權利ヲ有ス
 - 三三九 第一九二條乃至第一九五條ノ規定ハ前七條ノ先取特權ニ之ヲ準用ス
 - 三四一 先取特權ノ效力ニ付テハ本節ニ定メタルモノノ外抵當權ニ關スル規定ヲ準用ス
 - 三七五 抵當權者ハ其抵當權ヲ以テ他ノ債權ノ擔保ト爲シ又同一ノ債務者ニ對スル他ノ債權者ノ利益ノ爲メ其抵當權若クハ其順位ヲ讓渡シ又ハ之ヲ拋棄スルコトヲ得
- (一) 保險金ハ目的物ノ代表物ト稱スルコトヲ得ルヲ以テ先取特權ノ目的物タルコトヲ得ルモノトス
- (二) 強制執行ノ爲メニ要シタル費用ハ勿論強制執行ヲ保全スル爲メニ爲ス假差押及ヒ現狀ノ變更ニ因リテ當事者一方ノ權利ノ實行ヲ爲スコト能ハス又ハ之ヲ爲スニ著シキ困難ヲ生スル虞アル場合ニ限ツテ許サレ居ル假處分ノ爲メニ支出シタル費用ニ付テモ民法第三〇七條ノ先取特權ヲ行フコトヲ得ルモノトス
- (三) 民法第三〇九條ニ所謂雇人トハ單ニ主人ノ指揮命令ニ從ツテ其身體財産ニ關スル雜役ニ服スヘキ者ノミヲ指スニアラスシテ廣ク雇傭契約ニ基ツク一切ノ勞務者ヲ指スモノトス
- (四) 民法第三一七條ニ所謂牛馬トハ廣ク人員及ヒ荷物ノ運搬ニ使用スヘキ一切ノ

- 獸類ヲ指スニアラスシテ其文字通り牛馬ト解スヘキモノトス
- (五) 民法第三三〇條ノ第一順位ノ先取特權者カ債權取得ノ當時第二又ハ第三ノ順位ノ先取特權者アルコトヲ知りタルトキハ之ニ對シテ優先權ヲ行フトヲ得サルハ勿論同一ノ順位ニ於テモ自己ノ權利ヲ行フコトヲ得サルモノトス
- (六) 動産質權ト不動産ノ賃借旅店ノ宿泊又ハ運輸ノ先取特權トカ同一ノ動産ニ付テ存在スル場合第一ノ順位ニ在ル動産ノ先取特權者ハ其目的物カ既ニ質物ナルコトヲ知レル場合又ハ知ラサルヘカラサル場合ヲ除テハ此目的物ヲ以テ債務者ノ所有物ト同一視スルコトヲ得ルヲ以テ此上ニ質權ヲ有スル者ニ優先スルモノト解スヘキモノトス
- (七) 先取特權ノ移轉性ハ之レヲ認ムルヲ得ルモ主タル債權ヲ移轉セハ當然先取特權モ隨伴スト見ル從來ノ通説ハ不當トス
- 先取特權ニ關スル法制ハ實ニ區々テアツテ佛伊蘭ノ如キハ之ヲ物權ト見ルニ反シテ獨逸民法ノ如キハ單ニ特別ナル債權殊ニ破産ノ場合ニ於ケル或ル債權ノ一效力ニ過キサルモノト見テ居ルノテアル唯獨逸民法テモ法定質權(Gesetzliches Pfandrecht)ノ名ヲ以テ物權タル先取特權ニ類似スル法制ヲ認メテ居ルケレトモ(獨民五五九條六四七條七〇四條等參照)之モ亦純然タル先取特權トハ云ハレナイ勿論立法論トシテ先取特權ヲ物權ト爲スヘキカ將タ又債權ノ一效力トスヘキカニ付テハ大ニ研究ノ餘地ヲ存シテ居ルノテアルカ今茲ニ之ヲ論スルノハ目的テハナイ唯之ヲ以テ純然タル一ノ物權ト

見テ居ル我法制ノ下ニ於テ解釋上疑カ存スル箇々ノ場合ニ付テ卑見ヲ述ヘテ見タイト思フノミテアル先取特權ノコトハ法文ノ不備ノミテハナク學者モ餘リ研究シテ居ラヌ從テ實際ノ場合ニ當ツテ解決ニ苦シムコトカ頗ル多イノテアルカラ茲ニ其疑問數則ヲ摘出シテ見タノテアル

(一) 保險金ト所謂物上代位問題

民法第三〇四條ハ先取特權ハ其目的物ノ賣却貨貸滅失又ハ毀損ニ因リテ債務者カ受クヘキ金錢其他ノ物ニ對シテモ之ヲ行フコトヲ得ト規定シテ所謂物上代位ノコトヲ定メテ居ルノテアルカ保險金ハ目的物ノ代表物ト稱スルコトカ出來ルヤ否ヤニ付テハ説力較レテ居ル海法ヲ著ハシタ Pappenheim 等一派ノ主張スル所ニ依レハ元來保險金ナルモノハ目的物ノ對價テモナク又代表物テモナイ何トナレハ保險料ハ先取特權ノ目的物以外ノ財産ノ中ヨリ支出シテ居ルノテアルカラ理論上先取特權ノ目的物ノ變形ト見ルコトハ出來ヌト云フノテアルケレトモ此考ハ首肯スルコトハ出來ヌ何トナレハ例ヘハ今茲ニ一軒ノ家屋ヲ貸貨スルト假定スレハ此火災保險料ハ貸貨ノ中ヨリ支出サルヘキモノテアツテ此家賃ハ此家屋カ漸次ニ腐朽スル割合代金等ヲ含メテ之ヲ算出スルノ外此家屋カ火災ニ因ツテ消滅毀損セラレヘキ危險ヲ考慮シテ算出セラレヘキ性質ノモノテアル故ニ保險料ハ目的物夫レ自身カラ支出サレルモノテアツテ保險金ハ保險料ノ對價ニシテ同時ニ目的物ノ對價ナリト論スルコトカ正シイト信スル又若シ例ヲ轉シテ家屋ヲ自己ノ住宅用ニ供シツツアルモノト見テモ保險料ハ此使用ノ利益ノ中ヨリ支出スヘキモノテアルカラ即チ目的物自身カラ支出サレテ居ルト云フコトハ決シテ不當ノ見解テハナイ思フニ使用價格ハ目的物自身ノ價格ヲ構成ス

ルモノテアルカラテアル尙ホ之ニ付テハ加藤博士海法研究四一四頁以下富井博士民法原論物權三五二頁梅博士民法要義物權篇三二八頁松本博士海商法二一九頁橫田博士物權法六〇七頁等ヲ參照サレタイ

(二) 假差押假處分ト共益費用ノ先取特權

強制執行ノ爲メニ要シタル費用ニ付テハ勿論第三〇七條ノ先取特權ヲ行フコトカ出來ル然シ強制執行ヲ保全スル爲メニ爲ス假差押及ヒ現狀ノ變更ニ因リテ當事者一方ノ權利ノ實行ヲ爲スコト能ハス又ハ之ヲ爲スニ著シキ困難ヲ生スル虞アル場合ニ限ツテ許サレテ居ル假處分ノ爲メニ支出シタ費用ニ付テモ亦同様ニ先取特權カ與ヘラレテ居ルモノト見テ差支アルマイ假差押ノミニ付テハ既ニ法曹會ノ決議モアル(法曹記事一五六號)此點ハ最早疑義ト稱スルマテモナイト思フ

(三) 雇人ノ給料ノ先取特權ト雇人ノ二義

第三〇九條ニ所謂雇人ノ意義ハ今日未タ爭ハレテ居ル從ツテ茲ニ之ニ關スル卑見ノ一端ヲ述ヘタイ此雇人ナル文字ヲ雇傭契約(六二三條以下)ニ基ツク一切ノ勞務者ヲ指スモノト廣ク見シテ唯狹ク主人ノ指揮命令ニ從ツテ其身體財產ニ關スル雜役ニ服スヘキ者ノミヲ指スト見ル説カ多イ様ニ思フ(富井博士民法原論物權三六一頁橫田博士物權法六二三頁)其理由ハ思フニ大會社ノ雇人ノ如キ比較的多額ノ給料ヲ得又從ツテ比較的ニ資産ヲ有スル者ハ此先取特權ヲ與ヘル必要モナク唯給料ノミニ依リテ衣食スル者ノミヲ保護スルヲ以テ至當ナリト見ルニ在ルノテアラウ併シ第三〇九條ハ無限ニ雇人ノ給料ニ付テ之ヲ保護スルノテハナクシテ金額モ五十圓ヲ限度トセラレ又最後ノ六箇月ト謂フ制限モアル故ニ雇人ナル字句ヲ廣ク解シテ毫モ差支ナク又立

法ノ趣旨モ没却スルコトナク寧ロ此廣義ニ解シテコソ法文解釋ノ原則ニ合スルモノ
ヲハナイカト思ハレル例ヘハ月額百圓ヲ受クル者モ第三〇九條ノ但書ニ制限サレテ
五十圓ノミニ付テ先取特權ヲ與ヘラレ又月額七圓ノ薄給者ハ本條本文ノ適用ニ依ツ
テ六箇月即チ第四十二圓ニ付テ先取特權ヲ與ヘラレルコトニ爲ル假令金百圓ノ給料
ヲ受クル者テモ之ハ財産ヨリ拱手シテ得ル所得テハナクシテ勤勞所得テアルカラ五
十圓丈ケニ付テハ此特權ヲ與フルコトハ決シテ反對論者ノ所謂立法ノ趣旨ニ反スル
モノテハナイ

(四) 旅店宿泊ノ先取特權ト牛馬

旅店宿泊ノ先取特權ハ旅客其從者及ヒ牛馬ノ宿泊料并ニ飲食料ニ付キ存在スル旨ノ
規定(三一七條)ヲ解スルニ當ツテ此牛馬ナル文字ヲ廣ク人員及ヒ荷物ノ運搬ニ使用ス
ヘキ一切ノ獸類ヲ指スモノトスル説カ在ル(横田博士物權法六四七頁)之ハ少數説テモ
アリ又餘リ小問題テアルケレトモ他ノ條文トノ關係其他特別ニ擴張的ニ解スヘキ根
據ナクシテ徒ラニ廣ク見ル解釋法ニハ左祖スルコトカ出來ヌ殊ニ本問題ノ如キハ立
法ノ趣意カラ見テモ唯文字通り牛馬ト解スヘキテアル何トナレハ先取特權ノ制ノ如
キハ一般債權者ヲ成ルヘク害セサル限度ニ於テ已ムヲ得サル場合ノミ一定ノ債權者
ニ特別擔保ヲ與ヘントスルニ在ルノテアル

(五) 同一動産ノ上ノ先取特權ニ關スル疑問

第三三〇條ハ同一ノ動産ニ付テ特別ノ先取特權カ競合スル場合ニ關スル順位ヲ定メ
テ居ルカ其第二項ヲ見ルトキハ疑ヲ生スル同項ニハ第一順位ノ先取特權者カ債權取
得ノ當時第二又ハ第三ノ順位ノ先取特權者アルコトヲ知リタルトキハ之ニ對シテ優

先權ヲ行フコトヲ得スト規定シテ居ルカラ之ヲ知ツテ居ツタトキハ優先權ハ之ヲ行
フコトハ出來ヌケレトモ第二第三ノ順位ニ在ル者ト同一ノ順位ニ於テハ自己ノ權利
ヲ行ヒ得ル如クニモ解シ得ル又此ノ如キ解釋モ強チ無理トノミ排斥シ兼ヌルノテア
ルケレトモ思フニ本條ハ凡テ順位ノ上下ヲ決スルコトヲ以テ目的トスルモノト認メ
ルコトカ妥當テアルカラ既ニ同條ノ第三項ニ果實ニ關シテノ順位ヲ定メテ居ル立言
法ヲ見テモ此趣旨ヲ推シ知ラレルノテアル故ニ矢張舊民法擔保篇第一六四條ト同シ
趣旨ト見テ差支アルマイト思フ

(六) 動産質權ト不動産貸借旅店宿泊運輸ノ先取特權トノ競合問題

動産質權ト不動産ノ貸借旅店宿泊又ハ運輸ノ先取特權トカ同一ノ動産ニ付テ存
在スル場合ニ相互ノ關係如何ニ付テハ民法中直接ノ規定ヲ缺テ居ルカ爲メニ疑ヲ生
スル此場合ハ屢々生シ得ルコトアル例ヘハ家屋ノ賃借人カ賃物トシテ他人ノ物ヲ
占有シツツアル場合ニ之ヲ其家屋ニ備附ケタトスレハ若シ此賃借人カ賃借料ノ支拂
ヲ怠ツタトスレハ賃借人ノ有スル先取特權ト借家人ノ有スル動産質權トノ關係ハ如
何ニ決スヘキテアルカノ疑問ヲ生スル其他質取主カ賃物ヲ運送ニ託シテ運賃ヲ支拂
ハサル場合ナソニモ同一ノ問題ヲ生スルノテアル之ニ對シテハ質權者ト先取特權者
トハ各ノ債權額ノ割合ニ應ジテ辨濟ヲ受クヘキモノテアルトスル説モアル(富井博士
民法原論物權四一〇頁)第二三四條ヲ見ルトキハ之ヲ以テ正シトスヘキ如クテアルカ
然シ此答ノ當否ニ付テハ自分ハ疑ヲ有スル何トナレハ第三一九條ハ所謂即時々效(一
九二條)ニ關スル規定ヲ動産ノ先取特權ニ準用シテ居ルカラ本問ノ場合ノ如キ第一順
位ニ在ル動産ノ先取特權者カ目的物ノ既ニ質物テアルコトヲ知レル場合又ハ知ラザ

ルヘカラサル場合ヲ除テハ此目的物ヲ以テ債務者ノ所有物ト同一視スルコトカ出来
ルノテアツテ即チ此上ニ質權ヲ有スル者ニ優先スルモノト解スルチ正シイト信スル
(梅博士民法要義物權篇四〇九頁參照)

(七) 先取特權ノ移轉ト當然隨伴
此問題ハ既ニ擔保物權一般ニ關シテ法學協會雜誌(三一卷一一號)ニ掲ケタコトアルカ
ラ茲ニ沿革立法例等ノコトハ一切略スコトニシテ唯先取特權ニ付テハ自分ハ多少前
説ヲ改メタカラ唯ソレノミニ付テ一言スル自分ハ嘗テ先取特權ノ如キ法律上當然生
スル擔保權ハ之ヲ主タル債權ト共ニ到底移轉サレ得ヘキモノテハナイ(包括承繼ハ別
論テアル)ト主張シ其理由トシテ尙ホ種々ノコトヲ掲ケタノテアルケレトモ矢張り留
置權ナトト多少異ナル論結チセネハナラヌカトモ思フノテアル印チ不動産登記法(一
條)ニモ移轉登記スヘキ權利ノ中ニ先取特權ヲ入レアルノミナラス民法第三四一條ハ
先取特權ノ效力ニ付テ抵當權ニ關スル規定ヲ準用シテ居ルカラ之ニ依ツテ準用セラ
レタ第三七五條ノ規定ノ趣旨カラ見テモ移轉性タケハアルモノト見テ差支アルマイ
唯主タル債權カ移轉サレル意思表示ノアツタトキハ先取特權ニ付テ此意思表示ナク
トモ當然主タル債權ニ隨伴スト見ル從來ノ通説ニ對シテハ矢張り從前通り反對スル
唯從ハ主ニ從フト云フカ如キ單純ナル理由テ此當然隨伴性ヲ肯定スルコトノ困難ナ
ル理由ハ前顯法學協會雜誌ノ論文ヲ參照セラレタイ技ニ重複チ避ケテ略スル(法學士
三瀧信三氏法律評論第三卷第二二號論說三一頁)

參照學說

一 法學博士富井政章氏民法原論物權三五二頁三六一頁四一〇頁

- 二 法學博士梅謙次郎氏民法要義物權編三二八頁四〇九頁
- 三 法學博士橫田秀雄氏物權法六〇七頁六二三四頁六四七頁
- 四 法學博士加藤正治氏海法研究四一四頁
- 五 法學博士松本滋治氏海商法二一九頁
- 六 法曹會決議法曹記事一五六號

(三〇二)

申込ノ發送後到達前ニ申込者カ死亡シ又ハ能力ヲ喪失シタル場合ハ(1) 申込者カ
反對ノ意思ヲ表示シ(2) 相手方カ死亡又ハ能力喪失ノ事實ヲ知りタルトキヲ除キ
テハ其效力ヲ妨ケラルルコトナク依然トシテ生存者又ハ能力者ノ爲シタル申込
トシテ效力ヲ保有スルモノトス
申込カ相手方ニ到達シタル後ニ至リテ申込者カ死亡シ又ハ能力ヲ喪失スルモ原
則タル第九七條第二項ノ規定ノ適用ナキハ勿論第五二五條ニ規定セルカ如キ條
件ヲ具備セル場合ト雖モ一旦效力ヲ生シタル申込ハ爾後其效力ヲ喪失シ又ハ無
能力者ノ爲シタル申込トシテ取扱ハルルコトナキモノトス

- 九七 隔地者ニ對スル意思表示ハ其通知ノ相手方ニ到達シタル時ヨリ其效力ヲ生ス
- 九八 表意者カ通知ヲ發シタル後ニ死亡シ又ハ能力ヲ失フモ意思表示ハ之カ爲メニ其效力ヲ妨ケラルルコトナシ
- 九八 意思表示ノ相手方カ之ヲ受ケタル時ニ未成年者又ハ禁治產者ナリシトキハ其意思表示ヲ以テ之ニ對抗スルコ
トヲ得ス但法定代理人カ之ヲ知りタル後ハ此限ニ在ラス
- 五二五 第九七條第二項ノ規定ハ申込者カ反對ノ意思ヲ表示シ又ハ其相手方カ死亡若クハ能力喪失ノ事實ヲ知りタ
ル場合ニハ之ヲ適用セス
- 五二六 隔地者間ノ契約ハ承諾ノ通知ヲ發シタル時ニ成立ス

申込ノ爲サレタル對話状態ノ繼續中ニ死亡又ハ能力喪失カ發生シタル場合ニハ結局申込者ノ意思如何ヲ以テ決シ若シ意思不明ナルトキハ申込ハ決シテ其效力ヲ失フコトナキモノトス

申込者カ申込ノ通知ヲ發シタル後ソノ未タ到達セサルニ先タチテ被申込者カ死亡シタルトキハ申込者ノ意思カ被申込人其ノ人ノミヲ相手方トスルモノナリシヤ否ヤニヨリテ其效力ヲ決シ若シ能力ヲ喪失シタル場合ナルトキハ第九八條ノ制限ヲ受クルノ外特ニ申込者ニ反對ノ意思ナキ限りハ申込ハ毫モ效力ノ發生ヲ妨テラルルコトナキモノトス

申込ノ到達後承諾ノ發送前ニ被申込者カ死亡シ又ハ能力ヲ喪失シタルトキ亦同一ニ解スヘキモノトス

契約ノ申込カ爲サレタル後ニ至リ申込者又ハ被申込者カ死亡シ若クハ行爲能力ヲ喪失セル時ハ之ニヨリテ申込ハ如何ナル影響ヲ受クルニ至ルヘキカ此點ニ關シテハ古來諸國ノ法律必スシモ其規定スル處チ同シウセス例ヘハ獨逸普通法上ノ通説ハ承諾前ニ於ケル申込者若クハ被申込者ノ死亡又ハ能力喪失ハ原則トシテ申込ノ效力ヲ消滅セシムルモノ也ト説キ(Windscheid, Pandekten II S. 354—519 Aufj. Derndung, Pandekten II S. 317 Aufj.)英法ハ又申込者又ハ被申込者ノ死亡ハ共ニ申込ノ效力ヲ消滅セシムルモノナルコトヲ認ム(申込者ノ死亡ニ關スル判例ハ Dickinson v. Dadds [1876] ニシテ被申込者死亡ノ場合ニ關

シテハ Duff's Executors, Case [1886] ノ判例アリ)反之普通西民法(第一部第五章一〇六條以下)乘運民法(第八一八條)ハ申込者又ハ被申込者ノ死亡ハ原則トシテ申込ノ效力ニ何等ノ影響ヲ與ヘサルモノト爲シ獨逸舊商法(第二九七條)ハ又商人カ其營業上爲シタル契約ノ申込ハ原則トシテ申込者ノ死亡ニヨリ何等ノ影響ヲ受ケサルモノト定タリ獨逸民法ハ此等後ノ立法主義ニ從ヒ先ツ其第一三〇條第二項ニ於テ「表意者カ意思表示ヲ爲シタル後ニ至リテ死亡シ又ハ行爲無能力トナルモ意思表示ノ效力ニ對シテ何等ノ影響ヲ及ホサス」ト規定スルノ外第一五三條ニ於テ「契約ノ成立ハ申込者カ承諾前ニ死亡シ又ハ行爲無能力トナルニヨリテ妨ケラルルコトナシ但シ申込者ニ別段ノ意思アルコトカ推知セララルトキハ此限ニアラス」ト規定セリ蓋シ「契約ノ申込ハ通常經濟上ノ需要 ein wirtschaftliches Bedürfnis 若クハ少クトモ金錢上ノ利益 ein Geldinteresse」ニ基キテ爲サルモノトス而シテ此需要若クハ利益ハ假令財產カ從來ノ所有者ヨリ移ツテ他人ノ手ニ入ルモ尙其財產ト共ニ存續スルモノトス(Motive Bd. 1 S. 176)從ヒテ其需要若クハ利益ノ存續スル限り此レニ基キテ爲サレタル申込モ亦財產所有者ノ變更如何ナ間ハスシテ存續スルモノトナステ正當トスヘシト云フナ其立法理由ト爲ス而シテ能力喪失ノ點ニ付キテハ理由書何等規定スル處ナキモ當事者ニ於テ別段ノ意思ヲ有スルモノト認メ得ヘカラサルニ抱ラス單ニ能力ヲ喪失セルカ爲メ申込ノ效力ヲ消滅セシムルノ理由毫モ存在セスト云フナ其立法理由ト爲スモノノ如シ

吾舊民法ハ財産編第三〇八條第五項ニ於テ「言込人カ死亡シ又ハ合意スル能力ヲ失ヒタルモ先方カ未タ此事實ヲ知ラサル間ハ其受諾ハ有效ナリ」ト規定シタルカ現行民法ハ之ト反對ニ第九十七條第二項ニ於テ「表意者カ通知ヲ發シタル後ニ死亡シ又ハ能力

ヲ失フモ意思表示ハ之カ爲メニ其效力ヲ妨ケラレルコトナシナル原則ヲ設ケタルノ外特ニ例外トシテ第九十七條第二項ノ規定ハ申込者カ反對ノ意思ヲ表示シ又ハ相手方カ死亡若クハ能力喪失ノ事實ヲ知りタル場合ニハ之ヲ適用セス(第五二五條)ナル規定ヲ設ケ一見獨逸民法ト其法規ヲ同シウスルカ如キ觀アルモ其内容ニ於テハ互ニ大ナル差異アリテ吾民法ノ規定カ此點ニ於テ著シキ不備ヲ包藏セルコト後ニ説明スル所ノ如シ加之以上民法ノ規定ハ獨リ申込者カ死亡シ又ハ能力喪失セル場合ヲノミ規定シ被申込者ノ死亡又ハ能力喪失ノ場合ニ付キテハ民法中何等ノ明文アルコトナシ而シテ又民法第五二五條自身ノ解釋ニ付キテモ從來諸學者ニヨリテ説明セラレ所頗ル疎漫ニシテ到底正確ナル解釋トシテ認ムヘカラサルモノ少カラス故ニ以下聊カ此等ノ點ニ關スル卑見ヲ開陳シテ大方諸士ノ叱正ヲ乞ハムト欲ス

二

先ツ第一ニ申込者ノ死亡シ又ハ能力喪失セル場合ヲ論セム

(一) 申込カ隔地者間ノ意思表示ニヨリテ爲サレタル場合

此ノ中更ニ申込者ノ死亡又ハ能力喪失カ申込ノ發送後到達前ニ起リタル場合ト到達後ニ至リテ初メテ起リタル場合トヲ區別セサルヘカラス

(イ) 申込ノ發送後到達前ニ申込者カ死亡シ又ハ能力喪失シタル場合

此場合ニ於テハ民法第九十七條第二項ノ規定ニ從ヒ申込ハ原則トシテ其效力ヲ妨ケラレルコトナク依然トシテ生存者又ハ能力者ノ爲シタル申込トシテノ效力ヲ保有スヘク從テ申込カ相手方ニ到達セルトキハ之ニヨリテ其效力ヲ發生シ(第九十七條第一項)被申込者ハ承諾ヲ爲スニヨリテ有效ニ契約ヲ成立セシムルコトヲ得ヘシ然ルニ民法ハ

此點ニ關シ第五二五條ニ於テ下記ノ如キ二個ノ場合ニ例外ヲ設ケ以テ第九十七條第二項ノ適用ナキコトヲ定メタリ

第一 申込者カ反對ノ意思ヲ表示セルトキ

元來第九十七條第二項ノ規定ハ任意法規ニシテ強行法規ニアラサルヲ以テ表意者ニ於テ特ニ反對ノ意思ヲ表示セルトキハ爲メニ其適用ヲ排除セラレルニ至ルヘキヤ勿論ナリ故ニ本條ハ此點ニ於テハ單ニ自明ノ理ヲ言明セル注意規定タルニスキサルモノト云フヘシ而シテ右ノ意思表示ハ必スシモ明示ナルコトヲ要セス默示ナルモ亦妨ケナシ

第二 相手方カ死亡又ハ能力喪失ノ事實ヲ知りタルトキ

民法ハ舊民法財産編第三〇八條ニ於ケルト同様被申込者カ死亡又ハ能力喪失ノ事實ヲ知りタルトキハ當然ニ第九十七條第二項ノ適用ナキ旨ヲ規定セリ其立法理由ハ多數學者ノ説ク所ニヨレハ此場合ニハ例ヘ申込ノ效力ヲ消滅セシムルモ被申込者ヲシテ不測ノ損害ヲ蒙ラシムルノ虞ナキカ爲メナリト云フ(村上恭一氏債權各論九七頁)横田秀雄氏債權各論四六頁)然レトモ被申込者カ死亡又ハ能力喪失ノ事實ヲ知レル場合ニ於テ何故ニ申込ハ當然第九十七條第二項ノ適用ヲ受ケサルニ至ルモノトスルノ必要アリヤ申込者ハ例ヘ自己ノ死亡シ又ハ能力喪失セル場合ト雖モ尙申込ノ效力ヲ發生セシメムトスルノ意思ヲ有スルコトアルヤ勿論ニシテ被申込者モ亦申込者ノ死亡若クハ能力喪失ニ拘ラス申込ノ效力發生ヲ希望シ之ニヨリテ契約ヲ成立セシメムトスルノ意思ヲ有スルコト少カラサルヘシ然ルニ尙此場合ニハ申込ノ效力ヲ消滅セシムルモ被申込者ニ對シテ何等不測ノ損害ヲ蒙ラシムルノ虞レナシトノ理由ノ下ニ強ヒ

テ申込ノ效力ヲ消滅セシムルノ必要果シテ何レニアリヤ吾人遂ニ其是ナル所以ヲ解
 スルコト能ハサル也被申込者ハ申込ノ效力發生スルモ之カ爲メ何等ノ損害ヲ受クル
 モノニアラス寧ロ反ツテ之レニヨリ契約ヲ成立セシメ得ルノ機會ヲ取得スルニスキ
 ス故ニ此場合ニ強ヒテ第九七條第二項ヲ適用セサルコトトナシ申込ヲシテ效力ヲ生
 セサラシムルモ之レ被申込者ニ對シテ何等ノ利益ヲ與フル所以ニアラサルノミナラ
 ス寧ロ反ツテ不利益ヲ與フルモノ也ト云ハサルヘカラス故ニ本條ハ此點ニ於テ立法
 理由ノ果シテ那邊ニアリヤナ知ルニ苦シムノ規定ナリト云ハサルヘカラス但シ申込
 者ハ別段ノ意思表示ニヨリテ本例外規定ノ適用ヲ排除スルコトヲ得ヘシ何トナレハ
 本規定ハ何等公ノ秩序ニ關スル強行法規ニアラサルノミナラス申込者ノ意思表示ニ
 ヨリテ死亡又ハ能力喪失ノ事實アルニ拘ラス申込ノ效力ヲ發生セシムルコトトスル
 モ毫モ被申込者ニ對シテ不利益ヲ蒙ラシムルノ虞ナケレハ也尙本規定ヲ適用スルカ
 爲メニハ被申込者カ此等ノ事實ヲ申込ノ到達ニ先立テテ知ルコトヲ必要トスヘシ蓋
 シ一旦到達セル以上ハ申込ハ之レニヨリテ其效力ヲ發生シ(第九七條第一項)從ヒテ第
 九七條第二項ノ適用ヲ受クルノ限リニアラス故ニ又同規定ノ適用ヲ排除スヘキ第五
 二五條ノ適用ヲ受クヘキ限リニアラサルヲ以テ也
 以上二事由ノ中何レカ一カ存在スルトキハ上述セル第九七條第二項ノ原則ハ其適用
 ヲ排除セラル、ニ至ルヘク從ヒテ既ニ發送セラレタル申込カ死亡ノ時以後ニ到達ス
 ルモ何等ノ效力ヲ生セス又能力喪失ノ時以後ニ到達スルモ單ニ無能力者ノ爲シタル
 申込トシテノ效力ヲ生スルニ過キサルモノトス然ルニ此後ノ點ニ關シテハ從來多ク
 ノ學者ハ單ニ無能力者ノ爲シタル申込タルト同一ノ效力ヲ生スルニ止マラス全然何

等ノ效力ヲ生セサルニ至ルモノ也ト説ケリ(横田氏前掲四六頁、村上氏前掲九七頁、岡松
 參太郎氏民法理由第三卷四二四頁、梅謙次郎氏民法要義第五二五條註等)ト雖モ是レ大
 ニ不可ナリ盛シ元來民法第九七條第二項ニ『所謂其效力ヲ妨ケラル、コトナシ』トハ
 常ニ必スシモ意思表示カ全然效力ヲ生セサルニ至ルコトナシトノ意義ヲ有スルモノ
 ニアラス單ニ能力ヲ喪失シタルニ止マル場合ニ之レカ爲メ其效力ヲ妨ケラル、コト
 ナシトハ無能力者ノ爲シタル意思表示トシテ取扱ハルルニ至ラス尙依然トシテ能力
 者ノ爲シタル意思表示トシテ取扱ハルヘキコトヲ意味スルモノナレハ(富井政章氏民
 法原論第一卷四百頁(三)梅氏前掲第九七條註參照)單ニ『第九七條第二項ノ規定ハ(中略)
 之ヲ適用セス』ト云ヘルニ止マル本條ノ解釋トシテハ申込ノ發送後申込者其能力ヲ喪
 失セルトキハ原則ノ場合ト反對ニ以後無能力者ノ爲シタル申込トシテ取扱ハル、ニ
 至ルヘシトノ結論ヲ生スルニ止マルヘキヲ以テ也勿論獨逸普通法上ノ通説ハ能力喪
 失ノ場合ト死亡ノ場合トヲ全然同一ニ取扱(Weinsohnd, pand. Bd. II § 307, 3. S. 25519 Anh.)獨逸
 民法第一五三條亦之レニ同シキモ明文ヲ異ニセル我民法上ノ議論トシテ之レト同様
 ノ解釋ヲ爲サムトスルハ明白ナル法文ノ規定ヲ無視スルノ暴ヲ犯スモノ也ト云ハサ
 ルヘカラス也但シ此場合ト雖モ申込者カ別段ノ意思表示ヲ爲シテ能力喪失ノ場合
 ニモ死亡ノ場合ニ於ケルト同様申込カ全然何等ノ效力ヲ生セサルコトヲ定メタル
 トキハ其意思表示ノ有效ナル勿論也
 尙以上法律ニ明定セル事由ノ以外ニ於テモ申込ノ目的トセル契約カ例ヘハ委任ノ如
 ク委任者又ハ受任者ノ何レカ、死亡スルニヨリテ當然ニ終了スル契約(第六五三條)組
 合ノ如ク當事者死亡スルトキハ之ヲシテ當然ニ脫退セシメ相續人ヲシテ其地位ヲ承