上告理由第一點ハ原判決ハ手形行爲ノ性質ヲ誤解シタル不法アリ原判決ノ理由ヲ閲スルニ……控訴人（上告人）ハ手形債務者ハ自ラ手形ニ署名スルカ又ハ記名捺印アルニアラサレハ手形債務ヲ負フヘキモノニアラス然ルニ甲號證ノ約束手形ハ控訴人ニ於テ署名シタルニアラス又名下ノ印影ハ控訴人ノ印影ニアラサルヲ以テ控訴人ハ手形債務ヲ負フヘキモノニアラスト主張スレトモ前示ノ證言ヲ綜合スレハ控訴人ハ右約束手形ノ作成ヲ承諾シタルコト明瞭ナルヲ以テ其氏名ノ記載及印影ノ押捺ハ控訴人ノ承諾ニ出テタルモノト云フヘク從テ控訴人ノ記名捺印タルニ外ナラサレハ右ノ所論ハ理由ナシ……云云トアルヲ以テ觀レハ上告人自ラ署名シタルモノト認メタルニアラサルハ勿論記名捺印モ亦上告人ニ於テ之ヲ承諾シタリト認ムヘキヲ以テ結局記名捺印シタルト同一ナリト云フニ在リ然レトモ手形法上署名即チ自署ハ手形成立ノ實質的要件ニシテ苟クモ之ノ署名ナカランカ絶對ニ手形上ノ權義ヲ生スルモノニアラサルコト多言ヲ要セサルナリ但シ明治三十三年法律第十七號ニヨレハ自署ニ代フルニ記名捺印ヲ許ス規定アリト雖モ此規定タルヤ元來手形法ハ自署本位主義ヲ取リ自署ニ重キヲ措キ僅カニ記名捺印ノ二條件ヲ具備スル場合ニ限リ自署ト同一ニ看做スノ規定ナルカ故ニ最モ嚴格ニ解釋セサルヘカラス左レハ手形權利者ハ少クトモ手形ニ捺印シタル印影カ手形當事者ノ印影ニシテ而カモ其印影ハ手形當事者ノ捺印シタルモノナルコトヲ證明セサルヘカラス而シテ之レカ記名捺印ノ證明ハ手形其モノニ依リテノミ之ヲ證スヘキモノニシテ他ノ間接ナル事項ニ係ル他人ノ證言ヲ附會シテ手形面ノ記名捺印ヲ判斷スル如キハ斷シテ手形法上許スヘカラサルモノナリト思料ス本件約束手形ニ付テハ上告人ハ第一審以來全然否認スル所ナルニ拘ハラス原裁判所ハ證人ノ證言ヲ採テ以テ手形ノ記名捺印ハ上告人ノ爲シタルモノニアラサルモ其記名捺印ハ上告人ニ於テ承諾シタリトノ理由ヲ以テ手形ノ成立ヲ認メタルハ甚タ失當ノ裁判ナリト信スト云フニ在リ

然レトモ手形ノ振出又ハ裏書ハ振出人若クハ裏書人ノ署名ニ代ユルニ其記名捺印アルヲ以テ足レリ而シテ記名捺印ハ他人ヲシテ之ヲ爲サシムルモ法律上妨ナキ所ナレハ苟モ記名捺印カ名義人ノ意思ニ出テタルモノナル以上其名義人ハ振出人又ハ裏書人トシテ手形上ノ責ヲ免カルルコトヲ得ス又手形面ノ記名捺印カ名義人ノ意思ニ出テタルモノナルヤ否ヤハ手形面ノ記載ノミニ依リ判斷シ得ヘキニ非サレハ他ノ事實證據ニヨリ判斷セサルヘカラサルハ勿論ナリ抑本件ニ付原院ハ中村福太郎小林健夫鈴木由平等ノ各證言ヲ綜合シテ甲第一二三號證約束手形カ上告人ノ承諾上作成セラレタルコト即チ同證ノ記名捺印カ上告人ノ意思ニ出テタルコトヲ認メ仍テ上告人ニ手形面ノ金額及ヒ滿期日後ノ法定利息ヲ支拂フヘキ義務アリト判定シタルモノナレハ毫モ不法ニ非スシテ本論旨ハ適法ノ理由ナシ

其第二點ハ原判決ハ手形法ノ規定ヲ無視シ不當ニ事實ヲ確定シタル違法アリ控訴人カ如此手形ヲ振出スニ至リタル原因ハ控訴人ハ明治三十四年十二月三十一日被控訴銀行ヨリ金三百五十圓ヲ借用シ之ニ對シテ同金額ノ約束手形ヲ被控訴銀行ヘ宛振出シ又明治三十五年七月十八日被控訴銀行ヨリ金四百圓

ヲ借用シ之ニ對シテ同金額ノ約束手形ヲ被控訴銀行ヘ宛振出シ又明治三十五年十二月十五日被控訴銀行ヨリ金百五十圓ヲ借用シ之ニ對シテ同金額ノ約束手形ヲ同銀行ヘ宛振出シ右手形ハ其後數回書替ヲ爲シ且割引料延滯料トヲ加算シタル上遂ニ甲第一、二、三號證ノ如ク三通ノ約束手形ニ書替ヘタルモノナル旨ヲ證言シ……中略以上ノ證言ヲ綜合シテ甲第一、二、三號證ハ各眞正ニ成立シタルモノト判定ス云云ト說明セルヲ以テ見レハ上告人ハ曾テ被上告人ニ對シ消費貸借上ノ債務ヲ負ヒ其債務ノ爲メニ本件手形ヲ振出シタルモノナルコトヲ認メタルモノニシテ即チ上告人ハ消費貸借ノ債務アルカ故ニ手形債務ヲ負擔シ從テ手形ハ眞正ニ成立シタルモノナリトノ斷定ニシテ是レ明カニ一面ニ於テハ手形債務ノ不要因債務ナル觀念ト背馳シ一面ニハ手形以外ノ意思表示ヲ以テ手形行爲ノ成立ヲ補充シタル失當アルヲ免カレスト信スト云フニ在リ

然レトモ原院ハ中村福太郎等ノ證言ニ依リ甲第一、二、三號證約束手形カ上告人ノ承諾上振出サレタル事實ヲ認メタルニ止マリ手形債務ノ成立ニ原因アルヲ必要ト爲シタルニ非ス又手形行爲以外ノ意思表示ヲ以テ手形行爲ト爲シタルニモ非サルコト判文上明白ニシテ本論旨ハ畢竟原判決ヲ誣ユルモノニ外ナラサレハ上告ノ理由タラス

以上說明ノ如クナルニ因リ民事訴訟法第四百三十九條第一項ニ從ヒ本上告ヲ棄却スルモノナリ

○株券引渡請求ノ件

明治四十二年(オ)第五十八號
明治四十二年三月十日第二民事部判決

◎判決要旨

一株式會社ノ發起人カ定款ヲ作成シタルモ之ニ署名又ハ記名捺印セサリシトキハ其定款ハ當初ヨリ無效ナルカ故ニ縱令會社カ既ニ登記ヲ經テ其事業ニ着手シ形式上存在スル如キ觀ヲ呈スル場合ト雖モ其設立ハ何等ノ手續ヲ竢タスシテ當然無效ナリトス而シテ發起人カ株式ノ總數ヲ引受ケタルニ因リテ成立スル會社ナルト否トハ問フ所ニ非ス(判旨第二點)

一非訟事件手續法第百三十六條ノ規定ハ啻ニ會社解散ノ場合ノミナラス會社カ事業ニ着手シタル後其設立ノ無效ナルコトヲ發見シタル爲メニ清算人ノ選任ヲ要スル場合ニモ亦之ヲ適用スヘキモノトス(同　上)

(參照)　清算人ノ選任又ハ解任ニ關スル事件ハ會社ノ本店所在地ノ區裁判所ノ管轄ト會社設立ノ無效○非訟事件手續法第百三十六條ノ適用

（非訟事件手續法第百三十六條）

第一審　新潟地方裁判所　第二審　東京控訴院

上告人　土田富七　訴訟代理人　竹内平吉

被上告人　中蒲鑛業會社

右清算人　青山松藏外二名

右當事者間ノ株券引渡請求事件ニ付東京控訴院カ明治四十一年十一月十九日言渡シタル判決ニ對シ上告人ヨリ全部破毀ヲ求ムル申立ヲ爲シタリ

判決

本件上告ハ之ヲ棄却ス

理由

上告論旨ノ第一點ハ原判決ハ重要ナル證據ニ對シ說明ヲ與ヘサル不法ノ判決ナリ本件訴訟ニ於ケル爭點ハ上告人ニ於テ被上告會社ノ株式ニ對シ引受ヲ爲シタルヤ將タ被上告人主張ノ如ク上告人ニ於テ引受ヲ爲シタルモノニアラスシテ訴外旗野美乃里ニ於テ引受ヲ爲シ之ヲ上告人ニ讓渡シタルモノナルヤ否ヤニアリ而シテ上告人ハ此爭點ヲ立證スル爲メニ甲第一號乃至七號證ヲ提出シタリ然ルニ原院ハ甲第一號乃至五號證ニ對シ簡單ナル說明ヲ爲シタルモ甲第六號七號證ニ對シテハ何等ノ說明ヲ與ヘス抑モ甲第六號七號證ハ甲第一、二號證ト相俟チテ訴外旗野美乃里カ引受ヲ爲シタルモノニアラスシテ上告人カ引受ヲ爲シタル事實ヲ立證スルモノナリ然ルニ原院カ此證據ニ對シテ何等ノ說明ヲ與ヘサルハ不法ナリト云フニ在リ

然レトモ裁判所ハ判決主文ノ因テ生シタル理由ヲ開示スルコトヲ要スルモ當事者ノ提出シタル總テノ證據方法ニ付キ一一說明ヲ加フルノ義務ナシ原院ハ上告人ノ提出シタル證據方法中甲第一號乃至五號證等ニ付キ排斥ノ理由ヲ說明シタル末其他ノ證據方法ニ依リテモ上告人カ本件株式ノ引受ヲ爲シタル事實ヲ認ムルニ足ラサル旨ヲ判示シタルモノニシテ甲第六號及ヒ七號證ヲ排斥シタルコト判文上明瞭ナレハ其排斥ノ理由ヲ說明セサリシトテ違法ニアラス故ニ本論旨ハ其理由ナシ

第二點ハ原判決ハ商法及ヒ非訟事件手續法ノ立法ノ趣旨ニ違反シタル不法ノ判決ナリ原判決ハ其判決ノ基本ト爲リタル中間判決ヲ以テ被上告會社ノ發起人カ定款ニ署名セサル爲メ其設立ヲ無效ナリト認メ新潟區裁判所カ選定シタル清算人ヲ以テ本件訴訟手續ヲ承繼シタルハ適法ナリト判決セラレタリ右判決ハ左ノ三箇ノ不法アルモノトス一、商法第百二十三條ニヨリ發起人カ株式ノ總數ヲ引受ケタルニヨリ直チニ成立スル株式會社（學者ノ所謂同時成立）ハ定款ノ作成ト同時ニ成立スルヲ以テ此會社設立ノ有效無效ハ一ニ定款ノ有效無效ニヨリ決定セサルヘカラスト雖モ株主ノ募集ニヨリ成立スル株式會社（學者ノ所謂漸時成立）ノ場合ニ於テハ其定款ニ會社成立ノ必要事項一切ヲ記載スルコト能ハス

定款作成以後ニ於ケル株式引受行爲及ヒ創立總會ノ決議ニヨリ會社成立ノ必要事項確定シ始メテ茲ニ會社成立スルモノトス故ニ株主募集ニヨリ設定シタル株式會社ノ設立無效ナルヤ否ヤヲ決スルニハ定款、株式引受行爲及ヒ創立總會ノ三者カ違法ナルヤ否ヤヲ決セサルヘカラサルモノトス而シテ此三者ハ會社設立ノ必要的事項ニシテ會社設立ノ效力ニ關シ其間輕重ノ差アルヘキモノニアラサルハ言ヲ俟タス而シテ我商法ノ立法精神ヲ考フルニ株主募集ニヨリ設立シタル株式會社ニ付テハ其設立要素タル定款、株式引受行爲及ヒ創立總會ニ多少不適法ノ事實アリトスルモ既ニ設立ノ登記ヲ終リ營業ヲ開始シタル以上ハ爲メニ總會ノ決議若クハ判決ヲ經ルコトナクシテ當然其會社ノ設立ヲ無效ナリトスル趣旨ニアラサルモノト信ス今定款ニ付テハ暫ク之ヲ措キ株式引受行爲ニ付テ研究スルニ我商法ハ株式引受行爲ニ無效タルヘキ事實アリトスルモ爲メニ直チニ其會社ノ設立ヲ無效トセス例之商法第百四十二條ハ株式引受人カ詐欺强迫ニヨリ株式ヲ引受ケタリトスルモ會社設立登記後ハ其取消ヲ許サスト規定シ又無能力ニ基ク引受ノ取消權ニ付テハ明白ナル規定ナキモ同法第百三十六條ニ於テ株式ノ申込カ取消サレタルトキハ發起人ヲシテ連帶シテ引受ケセシムル旨規定アレハ是レ又會社ノ設立ヲ無效タラシムル精神ニアラサルヤ明白ナリ更ニ創立總會ニ付テ研究センニ商法第百三十一條ニハ各株ニ付キ第百二十九條ノ拂込アリタルトキハ發起人ハ遲滯ナク創立總會ヲ招集スルコトヲ要スト規定シ拂込ノ終了ハ創立總會招集ノ前提要件トシテ拂込終了セサルニ創立總會ヲ招集スルハ違法ナルニ拘ハラス同法第百三十六條ハ引受ナキ株式拂込未濟ノ株式ハ發起人ニ於テ連帶拂込ヲ爲スヘキ旨規定スルノミニシテ敢テ會社ノ設立ヲ無效トセス又創立總會ハ商法第百三十一條第三項ノ規定ニヨリ同法第百六十三條ヲ準用スルヲ以テ創立總會招集ノ手續又ハ決議ノ方法カ法令又ハ定款ニ反スルモ當然直チニ無效トセス決議無效ノ宣言ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得ヘシト規定シ尙ホ其請求ハ決議ノ日ヨリ一ヶ月ヲ經過セハ之ヲ爲スコトヲ得スト規定スルニ止マレリ此ノ如ク我商法ハ株式引受及ヒ創立總會ノ違法アルモ直チニ以テ其會社ノ設立ヲ無效トセス或ハ其追完ヲ許シテ以テ有效トナシ或ハ判決ヲ俟テ始メテ無效トセリ然ラハ則チ株式會社設立ノ第一階級タル定款ニ付テモ商法第百二十條規定ノ要件ニ欠缺アルカ爲メ直チニ斷然其會社ノ設立ヲ無效トシ必スシモ欠缺シタル要件ノ追完ヲ許サス或ハ又判決ヲ俟タス當然無效ナリトスル立法ノ精神ニアラサルヘキヲ疑ハス如何トナレハ會社設立ノ要素タル定款、株式引受及ヒ創立總會ノ三者ハ其設立ニ關スル效力ニ於テ其間輕重ノ差ナキハ前キニ陳ヘタル通リタルノミナラス株式引受ノ取消ニ對シテハ其追完ヲ許シ創立總會ノ違法ニ對シテハ判決ヲ俟テ無效ヲ宣言スルカ如キ法律關係ハ定款ノ場合ニ於テモ同一ニシテ定款ノミニ限リ何レモ之ヲ許ササル理由ナケレハナリ故ニ原院カ定款ニ發起人ノ署名ナキノ一事ヲ以テ直チニ右會社ノ設定無效ナリト判決セシハ不法ナリ抑モ亦商法第百二十條第八號ニ於テ定款ニ發起人ノ住所姓名ヲ記載セシムルヲ要件トセシハ畢竟スルニ定款ノ正確ヲ保證シ發起人ノ誰タルカヲ知ラシメテ株式引受人ヲシテ其引受行爲ニ錯誤ヲ來タス

コトナカラシメ併セテ商法第百三十六條規定ノ如ク引受ナキ株式拂込未濟ノ株式アリタルトキ又ハ株式ノ申込カ取消サレタル場合ニ於テ發起人ヲシテ之レヲ引受ケシムルニ在リテ依テ以テ有效ニ會社成立ニ付キ責任ヲ負ハシムルニ外ナラス既ニ會社成立シタルモノトセンカ發起人ノ責任ハ茲ニ卸任セラルルモノニシテ會社ハ勿論株主ニ對シテ何等ノ責任ナキモノナリトス本件ニ於テハ既ニ已ニ會社成立ノ後ニ增資ノ拂込サヘ之ヲ終リタルモノニシテ發起人ノ責任タルヤ全ク卸任セラレタルモノナリ然ルニモ拘ハラス尙ホ定款ニ發起人ノ姓名記載ナシトノ一事ヲ以テ其設立ヲ無效ニセントスルカ如キハ實ニ何等ノ必要ナキノミナラス却テ社會ニ大害アルモノナリトス故ニ會社設立ノ後ハ定款ニ發起人ノ氏名記載ナキ一事ヲ以テ其設立ヲ無效トセサルコト恰モ彼ノ商法第百六十三條ヲ以テ無效ノ決議ヲモ一个月內ニ裁判所ニ請求セサレハ之レヲ有效ト看做ス法意ニ鑑ミ是レ商法立法ノ精神ナルヘシト信ス二假リニ會社設立登記ノ後ト雖モ定款ニ發起人ノ姓名住所ヲ記載セサルトキハ會社ノ設立ヲ無效タラシムヘキモノトスルモ爲メニ何等ノ手續ヲ要セス當然無效タルヘキモノニアラスト信ス抑モ定款ノ作成株式引受、創立總會ノ三階級ヲ經テ株式會社ヲ設立シ登記ヲ了リ堂堂タル法人トシテ社會ニ其存在ヲ發表シ形式上現存スル以上ハ假令其設立ノ第一階級ニ違法ノ手續アリタリトスルモ爲メニ何等ノ手續ヲ要セス直チニ其設立ヲ無效トシ形式的存在ヲ否認スルカ如キハ法律カ其存在ヲ認メ登記ヲ許シタル趣旨ト矛盾スルヲ以テ法理上到底認許スヘカラサルコトナリトシ必スヤ總會ノ決議ニヨルカ將タ又訴ヲ以テ設立無效ノ宣言ヲ得テ以テ始メテ其設立ノ無效ヲ主張シ得ヘキモノト信ス（獨逸商法第三百九條參照）今我商法ノ立法趣旨ヲ探究スルニ商法第百三十一條第百六十三條ニ於テ創立總會ハ勿論其ノ後ノ總會ニ於ケル決議カ違法ナリト雖モ直チニ其決議ヲ無效ナリトセス必ス無效宣言ノ判決ヲ待ツヘキモノナリトセリ又非訟事件手續法第百八十四條第百八十六條ニハ合名會社合資會社ノ設立カ判決ニヨリ取消サルル場合アルコトヲ認メタリ然レトモ設立ノ取消ハ必スヤ設立行爲ノ要素タル定款ノ作成若クハ登記手續ニ對シ詐欺强迫ヲ原因トシ又ハ無能力ヲ原因トシテ取消スヘキ場合ナルヲ以テ此ノ如キ場合ニ於テハ民法上其主張者ノ意思表示ニヨリ取消サルヘキモノニシテ敢テ創設的判決ヲ要スヘキモノニアラサルモノトス然ルニモ拘ハラス立法者ハ判決ヲ以テ會社ノ設立カ取消サルルヘキモノト認定セリ以上商法及ヒ非訟事件手續法ノ規定ヲ參照セハ假令會社設立無效ナル場合ノ規定ノ視ルヘキモノナシト雖モ立法者ハ形式的現存スル會社ハ假令其設立行爲ニ違法ノ點アリトスルモ判決ヲ經ルニアラサレハ直チニ其無效ヲ認メサル精神ナルハ推知スルニ充分ナリトス故ニ原院カ判決ヲ待タスシテ會社設立ノ無效ヲ認可シタルハ立法ノ趣旨ニ違反スル不法ノ判決ナリ三、假リニ判決ノ結果若クハ總會ノ決議ヲ俟タス會社設立ノ無效ヲ認メ得ヘシトスルモ區裁判所判事ニ於テハ之ヲ認定シ淸算人ヲ選定スル權限ナキモノト信ス非訟事件手續法第百二十六條ニヨレハ會社解散ノ命令（商法第四十七條第四十八條）會社ノ業務及ヒ會社財產ノ狀況檢査（百十一條）檢査役ノ選任及ヒ處分（百二十四條）總會

招集ノ許可（百六十條）利息配當ノ許可（百九十六條第二項）檢査役ノ選任（第百九十八條）ノ如キ苟モ會社ノ存廢會社ノ現狀調査總會招集等ニ關スル重大ノ事項ハ何レモ地方裁判所ノ管轄ニ專屬セリ然ルニ會社ノ存立ヲ其根底ヨリ消滅セシムル設立無效ノ認定ノ如キハ當然地方裁判所ノ管轄ニ屬スヘキモノニシテ區裁判所ノ管轄スヘキモノニアラス非訟事件手續法第百三十六條ニ於テ清算人ノ選任解任ハ區裁判所ノ管轄タルヘキ旨規定アルモ這ハ商法第八十九條、第九十六條、第百五條、第二百三十四條ノ如ク既ニ會社カ解散ヲ爲シタル場合ニ於ケル清算人ノミノ選任解任ノ場合ニ限リテ本件ノ如キ會社ノ設立無效ヲ認メテ其清算人ヲ選定スルカ如キハ區裁判所ノ權限ヲ超越シタル不法無效ノ行爲ト云ハサルヘカラス原院カ新潟區裁判所ノ選定シタル清算人ヲ適法ト認メタルハ非訟事件手續法ノ立法ノ趣旨ニ違反シタル不法ノ判決ナリトスト云フニ在リ

判旨第二點

仍テ按スルニ本件會社ハ營利ヲ目的トシ株主ヨリ組織セラルル民法上ノ社團法人ニシテ即チ民法第三十五條ニヨリ商法ノ株式會社ニ關スル規定ヲ準用スヘキモノナルコトハ原院ニ於テ確定シタル事實ナリ而シテ商法第百二十條及ヒ明治三十三年法律第十七號ノ規定ニ依レハ株式會社ノ設立ニ付テハ發起人ニ於テ定款ヲ作リ之ニ署名シ又ハ記名捺印スルコトヲ要スルモノニシテ其署名又ハ記名捺印ノ要件ニ付テハ商法第百二十一條第一項ノ如キ追完ヲ許シタル規定存セサルヲ以テ若シ之ヲ缺クトキハ定款ハ當初ヨリ無效ニシテ從テ會社ノ設立ハ其基本要件タル定款ヲ具備セサルモノニ歸シ當然其效ナキモノトス故ニ斯ノ如キ場合ニ於テハ假令會社カ既ニ登記ヲ經テ其事業ニ着手シ形式上存在スルカ如キ觀ヲ呈スルトキト雖之カ爲メニ其設立ノ元來無效ナルモノヲ更ニ有效ナラシムルモノニ非サレハ其設立ノ無效ナルコトハ何等ノ手續ヲ俟タスシテ然ルモノト謂ハサルヘカラス是レ發起人カ株式ノ總數ヲ引受ケタルニ因リテ成立スル株式會社ナルト將タ株主ノ募集ニ因リテ成立スル株式會社ナルトヲ問ハス然ルモノナルコトハ商法ノ規定上疑ヲ容レサル所ナレハ上告人所論ノ如キ株式引受若クハ創立總會ニ關スル商法ノ規定又ハ非訟事件手續法第百八十四條及ヒ第百八十六條ノ規定等ヨリ推シテ定款ニ如上ノ要件ヲ欠缺スル場合ニ於テモ之カ爲メニ直ニ會社ノ設立ヲ無效トセサル立法ノ精神ナリト解スルコトヲ得ス既ニ會社ノ設立ニシテ當然無效ナル以上ハ其會社カ事業ニ着手シタル後其設立ノ無效ナルコトヲ發見シタルトキハ解散ノ場合ニ準シテ清算ヲ爲スコトヲ要シ裁判所ハ利害關係人ノ請求ニ因リ清算人ヲ選任スルコトハ商法第二百三十二條ノ規定ニ依リ明白ナリ而シテ非訟事件手續法第百三十六條ニハ清算人ノ選任ニ關スル事件ハ會社ノ本店所在地ノ區裁判所ノ管轄ニ屬スル旨ヲ規定シ其規定ハ單ニ會社解散ノ場合ノミニ限リ適用スヘキモノト解スルコトヲ得サルヲ以テ會社カ事業ニ着手シタル後其設立ノ無效ナルコトヲ發見シタル爲メニ清算人ノ選任ヲ要スル場合ニ於テモ之ヲ適用シ會社ノ本店所在地ノ區裁判所ハ利害關係人ノ請求ニ因リ會社設立ノ無效ヲ認メ清算人ヲ選任スルコトヲ得ルモノト謂ハサルヘカラス故ニ本論旨モ其理由ナキモノトス

以上說明スルカ如ク本件上告ハ適法ノ理由ナキヲ以テ民事訴訟法第四百三十九條第一項ニ依リ主文ノ如ク判決スルモノナリ

○第一五八九五號登錄商標專用權確認審判請求ノ件

明治四十二年(オ)第五十六號
明治四十二年三月十二日第二民事部判決

◎判決要旨

一二箇ノ商標カ孰レモ楯形欄及ヒ其中央ニ現ハシタル動物ノ圖形顯著ニシテ離隔的觀察ニ於テハ其概觀著シク類似シ之ヨリ生スル自然ノ稱呼モ亦同一ナルヘキトキハ商標法上二者相類似スルモノト云ハサルヲ得ス

原審　特許局

上告人　八木福松　訴訟代理人　秋田信太郎

被上告人　合名會社稻岡商店

右代表者　稻岡九平

右當事者間ノ第一五八九五號登錄商標專用權確認審判請求事件ニ付特許局カ明治四十一年十一月二十五日與ヘシ審決ニ對シ上告人ヨリ全部破毀ヲ求ムル申立ヲ爲シタリ

判決

本件上告ハ之ヲ棄却ス

理由

上告理由第一點ハ原審決ニハ本案ニ付之ヲ審理スルニ(中略)又被請求人使用ノ甲第二號證商標ハ一箇楯形周邊ノ內部中央ニ楕圓形ヲ劃シ楕圓形ノ內ニ一頭ノ鹿カ片脚ヲ擧ケテ立テル圖ヲ現ハシ之ニ附記ノ文字及圖形ヲ加ヘテ成ルモノナリ今兩商標ニ付キ之ヲ對比觀察スル時ハ中央鹿ノ圖形ノ左向ナルト右向シテ左脚セルト中央欄ノ圓形ナルト楕圓形ナルト又其附記ノ文字カ異ナルトニ於テ差別アリト雖モ其外觀著シク相類似スルノミナラス其ニ世人ハ楯形欄及其中央ノ鹿ノ圖形顯著ナルヲ以テ兩商標ヨリ生スル稱呼亦同一ナルヘク彼此混合誤認セラルヘキモノニシテ商標法上ニ於テハ兩商標相類似スルモノト云ハサルヲ得スト說明アリ然ルニ甲第二號證ニハ如上說明以外ニ二本ノ松樹及半弓ヲ擬セル小サキ唐子ノ圖形アルコトハ原承審官ニ於テ之ヲ附記ノ文字及圖形ヲ加ヘテ成ルモノナルコトヲ認メラレアルニモ拘ハラス之ヲ除外シテ中央鹿ノ圖及欄文字ノ相違アル點ノミヲ說明シテ概觀上何故ニ離觀セラルヘキモノナルヤ否ヤノ點ヲ知ルニ由ナキモノトス是レ所謂理由ニ欠缺アル不當ノ審決ナリト言

ハサルヲ得サルナリ之ニヨリテ商標法施行細則第十七條ニヨリ特許法施行細則第五十六條ニ違背シタル理由不備ノ審決ナリトスト云フニ在リ

然レトモ原審決ハ被上告人所有ノ第一五八九五號登錄商標ハ一箇ノ楯形內部中央ニ圓形ヲ劃シ圓形內ニ一頭ノ鹿カ片脚ヲ上ケテ立テル圖ヲ現ハシ楯形周邊ト圓形欄トノ間ニ數箇ノ洋文字ヲ加ヘテ成リ又上告人使用ノ甲第二號證商標ハ一箇楯形周邊ノ內部中央ニ楕圓形ヲ劃シ楕圓形ノ內ニ一頭ノ鹿カ片脚ヲ上ケテ立テル圖ヲ現ハシ之ニ附記ノ文字及ヒ圖形ヲ加ヘテ成ルコトヲ說示シタルヲ以テ其兩商標カ中央鹿ノ圖形ノ左向ナルト右向シテ左向スルト中央欄ノ圓形ナルト楕圓形ナルト又附記ノ文字カ異ナルトニ於テ差別アリト爲シタルハ對比上ノ觀察ニ於テ差異ノ著明ナルモノヲ擧示シタルニ過キスシテ敢テ附記ノ圖形即チ二本ノ松樹及ヒ半弓ヲ擬セル小サキ唐子ノ圖形ヲ除外シタルモノト謂フ可カラス而モ兩商標ハ楯形欄及ヒ其中央ノ鹿ノ圖形顯著ニシテ離隔的觀察ニ於テハ其概觀著シク相類似シ之ヨリ生スル自然ノ稱呼モ亦同一ナルヘキヲ以テ世人ハ彼此混同誤認スヘキ理由ヲ說示シ二者相類似スルコトヲ判定シタルモノナレハ原審決ニハ本論旨ノ如キ不法アルコトナシ

同第二點ハ被上告人ハ明治四十一年十月二十日附ヲ以テ再辯駁書ヲ提出セリ然ルニ上告人ニ對シテハ該辯駁書ノ送達ナキナリ是審理手續ニ違背シタル不法ノ審決ナリトス元來上告人ハ甲第二號證ノ人鹿印ノ商標ヲ第一五八九五號商標ノ登錄以前ニ在リテ同一圖形ノモノヲ西洋手拭ニ貼附シ清國ニ輸出シタル事實ハ被上告人カ援用セル審判第一二八〇號事件中甲第六號證トシテ提出シアルモノナレハ極力之ヲ立證セサルヘカラサル位置ニ在ルモノナリ然ルニ再辯駁書ヲ上告人ニ送達ナキヲ以テ被上告人ノ申立ヲ知ルニ由ナク遂ニ立證ノ途ヲ杜絕シテ不利益ノ審決ヲ與ヘラレタルハ畢竟辯駁書ノ送達ナキニ起因シ所謂書面審理ノ手續ニ違背シタル不法ノ審決ナリトスト云フニ在リ

然レトモ商標法施行細則第十七條特許法施行細則第五十條ノ四第二項ニ依レハ再辯駁書等ノ副本ヲ相手方ニ送付スヘキハ審判長カ必要ト認メタル場合ニ限レリ原審ニ於テ上告人ハ甲第二號證商標ハ商品ニ貼附シ神戸市ニ於テ清商ニ賣渡シタルコトアルモ其他清國ニ直輸出ヲ爲シタルコトナク香港ニ於テ購買セル商品ニ對シテハ絕對ニ答辯ノ義務ナシト主張シ原審決ハ右上告人ノ認ムル事實ニ基キ被上告人ハ特許法第二十九條ニ所謂利害關係人ニアラスト爲スヲ得スト判示シ上告人カ該商標ヲ第一五八九五號商標ノ登錄以前ニ在リテ西洋手拭ニ貼附シ清國ニ輸出シタルコトハ原審決上必要ナラサリシコト明ナレハ本論旨ハ理由ナシ

同第三點ハ本件審決書中「被上告人ハ第一九八一二號（即乙第二號證）登錄商標ハ西洋手拭ニ關スルモノニアラス」トアリ又「被上告人ノ差出シアル再辯駁書ニハ第一二八八五號登錄商標ハ西洋手拭ニ關セサルヲ以テ之ヲ省ク」トアリテ前者ハ關係アルニモ拘ハラス後者ト錯誤矛盾セリ然ルニ原承審官ニ於テ此等ニ對シ適法ノ說明ナキハ全ク當事者陳述ノ要領ヲ錯誤セル理由ニ不備アル審決ト言ハサル

ヲ得サルナリ要之本件審決ハ特許法施行細則第五十五條第五十六條ニ違背シ當事者陳述ノ要領ヲ欠缺セル不法ノ審決ナリトスト云フニ在リ

然レトモ本件ニ於ケル甲第二號證商標ヲ商品西洋手拭ニ附シテ使用スルハ第一五八九五號登錄商標專用權ノ範圍ニ屬スルヤ否ノ爭點ヲ決スルニ付テ第一九八一二號登錄商標又ハ第一二八八五號登錄商標カ商品西洋手拭ニ關スルモノナルヤ否ヲ判示スルノ要ナキコト原審決上明白ナルヲ以テ原審決ニハ本論旨ノ如キ不法アルモノニアラス

以上說明ノ如クナルヲ以テ商標法第二十條特許法第三十五條第二項民事訴訟法第四百三十九條第一項ニ依リ主文ノ判決ヲ與フルモノナリ

○訴訟手續受繼申立事件ノ決定ニ對スル抗告ノ件

明治四十二年(ク)第三十七號
明治四十二年三月十六日第一民事部決定

◎決定要旨

一民事訴訟法第百八十七條ニ所謂受訴裁判所ハ現ニ訴ノ繫屬シ若クハ將ニ繫屬セントスル裁判所ノ義ニシテ一旦繫屬シタルモ既ニ其關係ノ絕ヘタル裁判所ノ謂ニ非ス

（參照）中斷シ又ハ中止シタル訴訟手續ノ受繼及ヒ本節ニ定メタル通知ハ原告若クハ被告ヨリ其書面ヲ受訴裁判所ニ差出シ裁判所ハ相手方ニ之ヲ送達ス可シ（民事訴訟法第百八十七條）

原　審　宮城控訴院

抗告人　佐藤岩助　訴訟代理人　一關根源治　一原嘉道

右抗告人ハ訴訟手續受繼申立事件ニ付宮城控訴院カ明治四十二年二月十七日與ヘタル却下ノ決定ニ對シ本院ヘ抗告ヲ爲シタリ依テ決定ヲ爲ス左ノ如シ

本件抗告ハ之ヲ棄却ス

理　由

抗告ノ趣旨ハ抗告人ハ故佐藤萬三郎ノ家督相續人ナル處故萬三郎ハ明治三十九年六月三十日井澤文七外五名ト共同シ辯護士國井庫、關根源治ヲ訴訟代理人トシ本件被申立人高橋簡策外三名ニ對シ河水引用權確認竝ニ水利妨害差止請求ノ訴訟ヲ山形地方裁判所ニ提起シ同四十年五月二十八日原告勝訴ノ判決ヲ受ケ同年七月七日前記訴訟代理人ニ於テ判決正本ノ送達ヲ受ケタルモ萬三郎ハ其前即チ明治三十九年八月十四日ヲ以テ死亡シタルニ依リ右訴訟手續ハ判決正本ノ送達ニ依リ中斷セラレタリ而シテ此

中斷ハ第一審判決送達後ニ係ルヲ以テ民事訴訟法第百八十七條ニ所謂受訴裁判所ハ該訴訟事件ノ控訴ヲ管轄スル宮城控訴院ナルコトハ御院明治三十九年(オ)第四三六號同年十二月二十七日判決ノ判旨ニ徵シテ明白ナリ故ニ抗告人ハ原院ニ對シ前記訴訟手續受繼ノ申立ヲ爲シタルニ原院ハ其申立ヲ却下シタルニ依リ茲ニ抗告ヲ爲スノ止ムヲ得サルニ至レリ原院決定ノ理由ハ本件ハ山形地方裁判所ノ判決アリタル後控訴ノ提起ニヨリ一旦原院ニ繫屬シタルモ控訴終了シタル爲メ原院ノ繫屬ヲ離脫シ目下御院ニ繫屬中ナルコト記錄中明カナルヲ以テ原院ハ本件ノ受訴裁判所ニアラスト云フニ在レトモ本件ノ記錄(御院明治四十一年(オ)三七〇號)ニ依レハ前項ニ述ヘタル如ク本件訴訟手續中斷後何等受繼ノ手續ナキニ拘ハラス被申立人等ハ死者タル佐藤萬三郎ヲ被控訴人ト記載シテ原院ニ控訴ヲ提起シタルモノニシテ其控訴ハ民事訴訟法第百八十六條第二項ニ依リ抗告人ニ對シ無效ナレハ假令原院ニ於テ誤テ之ヲ受理シ本案ノ裁判ヲ爲シタル結果形式上目下御院ニ繫屬中ノ姿トナリ居ルモ元來無效ノ訴訟手續ニ外ナラサレハ實質上ヨリ見レハ本件ハ今尙ホ一審判決送達濟ノ儘中斷セラレ居ルモノニシテ之カ受訴裁判所ハ前記御院判例ニ依リ控訴ヲ受クヘキ原院ナリト謂ハサルヘカラス然ルニ原院カ先ニ原院ニ繫屬シタルハ不適法ノ控訴ノ結果形式上繫屬シタルニ過キスシテ實質上ニ於テハ今尙ホ一審判決送達後中斷トナリタル儘ナルニ留意セス原院ハ受訴裁判所ニアラストシテ抗告人ノ受繼申立ヲ却下シタルハ不法ナリトスト云フニ在リ

然レトモ訴訟手續ノ受繼ハ其書面ヲ受訴裁判所ニ差出スヘキコト民事訴訟法第百八十七條ニ規定スル所ニシテ同條ニ所謂受訴裁判所ハ訴ノ現ニ繫屬シ若クハ將ニ繫屬セントスル裁判所ノ義ニシテ一旦繫屬スルモ既ニ其關係ノ絕ヘタル裁判所ノ義ニ非サルヤ多言ヲ要セス而シテ抗告人ノ先代佐藤萬三郎外六名ヨリ高橋簡策外三名ニ對シテ提起シタル河水引用權確認竝ニ水利妨害差止請求ノ訴訟ハ第一審判決ノ送達ト同時ニ手續ヲ中斷セラレタルニ拘ハラス敗訴者タル高橋簡策外三名ヨリ原院ニ控訴ヲ提起シ其判決ヲ經テ目下上告中ナルコト抗告人ノ自陳スル所ニシテ該訴訟ハ一旦原院ニ繫屬シタルモ既ニ終局判決ノ送達ヲ受ケ原院ノ繫屬ヲ離脫シタルモノナレハ原院ハ最早民事訴訟法第百八十七條ニ所謂受訴裁判所ニ非サルナリ故ニ此場合ニ於テ抗告人カ其訴訟ニ關シ原院ニ訴訟手續受繼ノ申出ヲ爲シタルハ失當ナルニ因リ原院カ之ヲ却下シタルハ其當ヲ得タルモノト謂ハサル可カラス抗告人ハ高橋簡策外三名ヨリ提起シタル控訴ハ中斷中ノモノニテ抗告人ニ對シ無效ナルカユヘ原院ニ於テ誤テ之ヲ受理シ本案ノ裁判ヲ爲シタル結果外形上目下其訴訟カ上告中ニ在ルモノノ如シト雖モ元來無效ノ訴訟手續ナルヲ以テ實質上ヨリ見レハ該訴訟ハ第一審判決送達濟ノ儘中斷セラレアルモノニテ其控訴ヲ受クヘキ裁判所ハ原院ナレハ原院ハ即チ受繼ノ申出ヲ爲スヘキ受訴裁判所ニ外ナラサル旨論スレトモ假令控訴ノ提起及ヒ爾後ノ訴訟手續カ中斷中ノモノニシテ無效ナルニセヨ苟モ此等ノ手續アル以上ハ裁判ヲ俟タスシテ之ヲ無視スルコトヲ得サレハ原院カ受訴裁判所ニ非サルコト前說明ノ如クニシテ本抗告ハ

訴訟受理ノ書面ヲ差出スヘキ受訴裁判所

理由ナシ仍テ主文ノ如ク之ヲ棄却スルモノナリ

○不當利得金取戻請求ノ件

明治四十二年(オ)第五十四號
明治四十二年三月十日第二民事部判決

◎判決要旨

一證券裏書ニ關スル商法第二百八十二條、第四百五十七條及ヒ明治三十三年法律第十七號ハ證券ノ流通ヲ圓滿ナラシムル爲メ設ケタルモノニシテ專ラ公益ヲ圖リタル規定ナリトス(判旨第三點)

(參照) 第四百四十一條、第四百五十七條、第四百六十一條及ヒ第四百六十四條ノ規定ハ金錢其他ノ物ノ給付ヲ目的トスル指圖債權ニ之ヲ準用ス(商法第二百八十二條)

一證券ヲ讓渡スルニ當リ讓渡人ニ於テ裏書讓渡欄內ニ捺印ノミヲ爲シ氏名ノ記入ヲ讓受人ニ委任シタルトキハ讓受人ハ受任ノ旨趣ニ從ヒ讓渡欄內ニ讓渡人ノ氏名ヲ記入シ裏書ニ關スル商法及ヒ明治三十三年法律第十七號所定ノ形式ヲ完備セシムルニ非サレハ其證

裏書ハ爲替手形、其謄本又ハ補箋ニ被裏書人ノ氏名又ハ商號及ヒ裏書ノ年月日ヲ記載シ裏書人署名スルニ依リテ之ヲ爲ス」裏書ハ裏書人ノ署名ノミヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得此場合ニ於テハ爾後爲替手形ハ引渡ノミニ依リテ之ヲ讓渡スコトヲ得(商法第四百五十七條)商法中署名スヘキ場合ニ於テハ記名捺印ヲ以テ署名ニ代フルコトヲ得(明治三十三年法律第十七號)

券ノ裏書讓渡ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス（同　上）

一讓渡人ノ捺印ノミニ依ル讓渡ヲ以テ證券ノ裏書讓渡トスル商慣習ハ公ノ秩序ニ反スルモノナレハ法例第二條ニ從ヒ之ヲ有效トスルコトヲ得ス（同　上）

（參照）公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサル慣習ハ法令ノ規定ニ依リテ認メタルモノ及ヒ法令ニ規定ナキ事項ニ關スルモノニ限リ法律ト同一ノ效力ヲ有ス（法例第二條）

第一審　神戸地方裁判所　第二審　大阪控訴院

上告人　株式會社十八銀行

右代表者　松田庄三郎　訴訟代理人　菊池儉輔　中村德重郎

被上告人　喜多萬助外一名

右當事者間ノ不當利得金取戻請求事件ニ付大阪控訴院カ明治四十一年十二月三日言渡シタル判決ニ對シ上告人ヨリ全部破毀ヲ求ムル申立ヲ爲シタリ

判決

本件上告ハ之ヲ棄却ス

理由

上告理由第一點ハ假處分中ニ係ル物件ノ換價ハ當事者ノ申立アリテ始メテ行ハルヘキモノ（民事訴訟法第七五五條第七五六條第七五〇條第四項）ニシテ此申立タルヤ當事者ノ權利及ヒ利益ヲ保全スルノ趣旨ヲ以テ付與セラレタル當事者ノ權利ナレハ申立者ノ如何及其權利ノ內容如何ト本案判決ノ結果トニヨリ其申立及換價ハ權利實行方法ニ屬スル場合アリ蓋シ假處分中ノ係爭物件ニ著シキ價格ノ減少ヲ生スルトキハ當事者ノ損失ノミナラス即チ現狀ノ變更ニヨリ當事者一方ノ權利ノ實行ヲ完全ニナス能ハサル場合ナルヲ以テ法律ハ之レニ處スル方法ヲ定メ當事者ヲシテ競賣ノ申立ヲ爲シ許可ヲ得テ競賣スルコトヲ得セシメ其代金ニ對シテハ當事者ニ處分權ヲ得セシメサル爲メ保管人ヲシテ之ヲ供託セシムルコトトナシタルモノナレハ其換價處分ハ一ノ假處分タリ故ニ申立人カ勝訴ニ歸シ且ツ係爭物ニ對シ擔保權ヲ有シ其權利カ換價ノ當時實行シ得ヘキモノタリシ時ハ其競賣申立及競賣ハ權利實行方法ニ外ナラス既ニ競賣申立及競賣カ權利實行方法ナリトセハ假處分ノ爲メ其代金ノ處分ヲ停止セラレタリトスルモ競賣ニ依テ實行サレタル權利カ實體上有效ナリシトキハ其競賣代金ノ所有權ハ買得者ノ支拂ト同時ニ申立人ニ移轉スルモノナリ上告人カ訴外永田德太郎ニ對スル債權四千六百五十圓ヲ擔保セシムル目的ヲ以テ同人トノ間ニ明治三十七年六月二十二日同額ノ金員ヲ上告人ニ支拂フニ於テハ取戻ヲ爲シ得ル約束ノ下ニ同人名義臺灣米五百九十四袋及遞羅碎白米四百袋ニ對スル住友倉庫發行ノ預證券及質入證券ヲ上告人ニ讓渡スル意思表示ヲ爲サシムルト同時ニ別ニ擔保ニ關スル特約（甲第一號證ノ

三）ヲ締結シ前示年月日ニ於テ辨濟セサルトキハ上告人ハ德太郎ニ代リ同人名義ヲ以テ右證券ヲ賣却シ其證券代金ヲ以テ債權辨濟ニ充當スヘキコトヲ約シ上告人ニ於テ右證券ヲ占有シタル行爲ニ對シ被上告人萬助ハ上告人及德太郎ニ係リ證券引渡行爲取消ノ訴ヲ大阪地方裁判所ニ提起シ次テ上告人ニ對シ右證券ノ假處分ヲ申請シタル結果右證券ハ大阪區裁判所執達吏小山雲平ノ保管スル所トナリ訴訟ノ繼續中上告人ノ有スル擔保ハ減價ノ恐アルヲ以テ之ヲ防止シ且右特約ニ基キ該擔保ヨリ完全ナル辨濟ヲ受ケンカ爲メ換價ヲ申請シテ其許可ヲ得執達吏小山雲平ニ委任シテ之ヲ競賣シタリ而シテ右假處分前既ニ手形支拂ノ期限經過シ上告人ハ何時ニテモ擔保ヲ處分シ得ヘキ時期ニ達セルノミナラス其本案訟訟（被上告人萬助對上告人及德太郎間ノ證券引渡行爲取消ノ訴）ニ於テモ上告人ハ善意ヲ以テ右證券ヲ德太郎ヨリ債權ノ擔保トシテ取得シタルモノナリトノ判決ヲ受ケ該判決ハ確定シ且假處分取消判決ヲモ受ケタルカ故ニ前キニ爲シタル上告人ノ換價申立及其申立ニ依テ爲サレタル競賣ハ右判決及特約ノ效力ニ依リ自ラ上告人ノ擔保權實行方法ヲ盡シタル效力ヲ生シ從テ競賣代金ノ所有權ハ執達吏ノ受領ト同時ニ上告人ニ移轉シタルモノナリ然ルニ原院ハ證券カ上告人ノ換價申立及其申立ニヨリ競賣セラレタル事實ヲ認メナカラ「該假處分命令カ有效ニ執行セラレツツアル間ハ假處分被申立者ハ假處分中ノ目的物ニ付キ何等ノ處分行爲ヲ施スコトヲ得サルヘキハ勿論」ト判示シタルハ民事訴訟法第七百五十條第四項同第七百五十五條同第七百五十六條本文ニ違背シタル裁判ニシテ又「執達吏ノ換價金受領行爲ハ被控訴人ノ權利實行ノ結果ニアラサルコト勿論ナルカ故ニ到底執達吏カ換價處分ニヨリ其代金ヲ占有スルト同時ニ該換價金ハ直チニ被控訴人ノ手形債權ニ充當セラレ以テ其所有ニ歸シタリト論スルコトヲ得サルヤ多辯ヲ要セスシテ明瞭ナリトス」ト判示シタルハ上告人ト德太郎間ノ特約ハ證券競賣ノ當時有效ニ存在シ且權利實行ヲ爲シ得ル時期ニ達セシトセハ其實行方法ハ異ルモ上告人ノ申立ニ依テ行ハレタル競賣其モノ（即チ證券ヲ賣却シテ金錢ニ換フルコト）カ證券ノ假處分ナカリシトキ上告人カ特約ニ基キ施シ得ヘキ權利ノ內容（即チ證券ヲ賣却シテ金錢ニ換フルコト）ト同一ニ歸着スルヤ否、被上告人萬助對上告人及德太郎間ノ證券引渡行爲取消ノ訴訟ニ於テ上告人カ受ケタル勝訴ノ判決ト假處分取消ノ判決及右特約ハ上告人ノ換價申立及其申立ニ依リテ爲サレタル競賣賣得金ニ對シ如何ナル效力ヲ生セシムルヤ等是等關聯シタル主要ノ爭點ヲ審理判斷セサルニヨルモノナルヲ以テ民事訴訟法第二百三十條ニ違背シタル不法アルモノニシテ又前示各法條ニ違背シテ不當ニ事實ヲ確定シタル不法アリト云ヒ」第三點ハ尙假リニ執達吏小山雲平カ上告人ノ代理占有ニアラストスルモ本件係爭金ハ上告人ノ所有ト云フヲ得ヘシ何トナレハ動產ノ差押及手形其他裏書ヲ以テ移轉スルコトヲ得ル證券ニ因レル債權ノ差押ハ執達吏之ヲ占有セサルヘカラサルカ故ニ假令擔保權者カ强制執行又ハ假差押執行ノ爲メ擔保物件ヲ執達吏ニ移付スルモ其擔保權ノ喪失ヲ惹起スヘキモノニアラサルト等シク假處分ノ場合ニ於テ執達吏又ハ保管者ノ占有ノ爲メ擔保

權者ノ權利ハ喪失スヘキモノニアラサルヲ以テ本件係爭金ノ前身タル證券カ小山雲平ノ爲メニ占有セラレタルモ上告人ノ特約ニ基ク擔保權ハ依然存續シ而シテ前ニ述ヘタル如ク上告人ト德太郎間ノ擔保契約ノ目的ハ證券ノ代金ニアリシコト明カナレハ證券換價ノ當時債權及特約ヲ實行シ得ル時期ニ達セルモノナルカ故ニ被上告人對上告人間ノ證券引渡行爲取消ノ訴訟カ上告人ノ勝訴ニ歸シ且之ニ附隨スル假處分取消ノ判決確定シタル以上ハ特約ノ效力トシテ證券カ賣却セラレ金錢ニ代ルト同時ニ當然債權ハ其金額ノ存スル限度ニ於テ消滅シタルモノナレハナリ上告人ハ原院ニ於テ上告人ト德太郎間ノ擔保特約ニ基キ證券ノ賣却カ手形金支拂期限後ニ係ルカ故ニ換價代金ハ特約ニ基キ債權金額ノ限度ニ於テ上告人ノ所有ニ歸シタルコトヲ述ヘタルニ對シ原院ハ「被控訴人カ前示特約云云ノ主張ノ立證ニ供スル甲第一號證ノ三(中畧)本證ノ趣旨タル永田德太郎カ手形金不拂ノ場合ニ於テ被控訴人(上告人)ハ其權利實行トシテ適意本件預證券ヲ賣却シ其代金ヲ以テ自己ノ手形債權ニ充當スヘキ約旨ナルコト明白ニシテ其他ノ證據ニヨルモ被控訴人ノ權利實行ニヨルモノニアラサル場合ヲモ包含セシメタル廣汎ナル約旨ナリトハ到底解スルヲ得ス」ト判示シタルハ民事訴訟法第七百五十條第七百五十六條ヲ不當ニ適用シ且法律ノ保護ヲ無視シタル違法ノ判決ナリトス蓋シ假處分執行ニヨルトスルモ擔保權ヲ喪失セサルハ前述ノ如クニシテ而シテ擔保ナルモノハ或ル債務ノ爲メニ現在ノ權利又ハ物件ニ代ヘテ取得スヘキ他ノ權利又ハ物件ヲ以テ債務ノ辨濟トスルモノナレハ假令權利者ノ權利實行ノ結果ニアラストスルモ法律規定ノ執行ニ基キ契約ニ定メタル權利又ハ物件ニ代ヘラレタルトキハ特別ノ規定ナキ已上ハ擔保權ハ其權利又ハ物件ニ對シ行ハルヘキモノニシテ且辨濟ト同一ノ效果ヲ奏ス(若シ契約實行ニアラサルカ故ニ辨濟ノ效果ヲ生セストセハ既ニ代ヘラレタル權利又ハ物件ニ對シテハ何等ノ契約アラサルカ故ニ實行シ得ラレサルコトトナリ且法律カ認メタル擔保權繼續ハ結局不繼續ニ歸スルモノナレハナリ)ルモノナルニ原院判示ノ如クナリトセハ上告人ノ契約違反又ハ故意過失又ハ擔保權拋棄ノ結果ニアラサルニモ不拘上告人ノ擔保權ハ當然消滅シテ換價金ニ對シ何等ノ權利ヲ有セサルコトトナリ假處分ナルモノハ正當權利者ノ權利ヲ喪失又ハ消滅セシムル結果ヲ生スルニ至ルヲ以テ前示假處分規定ヲ不當ニ適用シタル違法ノ判決ニシテ且法律ノ保護ヲ無視シタル不法アリト思料スト云ヒ」第四點ハ叙上ノ論旨ニシテ總テ其理由ナシトスルモ原審ニ於ケル上告人ノ主張ハ假令本件證券ノ裏書ニ瑕瑾アリトスルモ上告人ト訴外永田德太郎トノ間ニ別ニ擔保ニ關スル契約ヲ結ヒ德太郎カ約束手形金ノ支拂ヲ遲延シタルトキハ上告人ハ右證券ヲ自由ニ處分シ其代金ヲ以テ該手形金ノ支拂ニ充當スルノ特約アルカ故ニ上告人ハ手形金ノ辨濟ヲ受クル迄右證券ヲ占有シ且ツ約束手形支拂期限後ハ何時ニテモ右證券ヲ賣却シテ自己ノ債權ヲ滿足スルノ權利ヲ有ス而シテ被上告人カ本件證券ノ假處分ヲ爲シタルハ被上告人ヨリ上告人及ヒ德太郎ニ對スル本件證券引渡行爲取消訴訟ノ權利實行保全ノ爲ナルヲ以テ右證券カ假處分中大阪區裁判所ノ換價命令ニ依テ競賣セラレタリトスル

モ上告人ノ有スル權利ニ聊カノ消長ヲ來スコトナク依然トシテ右證券ノ代表物タル換價金ヲ占有シ且ツ之ニ依テ自己ノ債權ヲ滿足スルノ權利ヲ有ス故ニ右換價金カ執達吏ノ保管ニ屬スルモ素ト上告人ノ代理占有ニ外ナラサレハ被上告人カ德太郎ニ對シテ債權アリトスルモ前示上告人ノ權利ヲ無視シ轉付命令ニ依リテ執達吏ヨリ其保管ニ係ル右換價金ヲ領收セルハ不當ニシテ該金員ハ正當ノ權利者タル上告人ニ返還スヘキモノナリト云フニ在リ（上告人ノ原審ニ提出セル準備書面及ヒ原審口頭辯論調書參觀）而シテ上告人ノ提出セル甲第一號證ノ三擔保品差入證書ノ記載ニ徵スレハ上告人ト德太郎トノ間ニ前示特約ノ存スルコト明カニシテ然カモ（一）右假處分ハ被上告人對上告人及德太郎ノ本件證券引渡行爲取消訴訟ノ權利實行保全ノ爲メナルモ該訴訟ハ被上告人ノ敗訴ニ歸シ右假處分モ亦從テ裁判所ノ命令ニヨリ取消サレタルコト（二）假處分中上告人ノ申立ニヨル換價命令ニヨリ競賣セラレタル事（三）右假處分中上告人ノ德太郎ニ對シテ有スル手形債權カ其支拂期限ヲ經過シタルコトハ當事者間爭ヒナキノ事實ナルヲ以テ上告人ノ主張スル如ク上告人ハ前陳ノ特約ニヨリ本件證券ヲ占有シ且ツ手形金ノ支拂ナキ場合ニ於テ該證券ヲ處分シ之ニ依テ自己ノ債權ヲ滿足スルノ權利ヲ有シ假令假處分中換價セラレタリトスルモ該換價金ハ右證券ノ代表物ナレハ上告人ハ之ニ對シ繼續シテ同一ノ權利ヲ有ス可キハ勿論ニシテ從テ上告人ハ德太郎ニ對シテ右換價金ヲ返還スヘキ謂レナク換言スレハ德太郎ハ上告人ニ對シテ之カ返還ヲ求ムルノ權利ナシト謂ハサルヲ得ス又從テ德太郎ハ上告人ノ代理占有者タル執達吏ヨリモ右換價金ヲ受領スルノ權利ナク只獨リ上告人ノミ之ヲ受領スルヲ得ルモノタルヤ洵ニ明カナリ左レハ被上告人カ德太郎ニ對シテ債權ヲ有ストスルモ該債權ノ辨濟ヲ得ルカ爲メニ元來上告人ノ占有ニ屬シ上告人ニ於テ自己ノ債權ノ辨濟ニ供スヘキ右換價金ニ對シ之カ保管者タル執達吏ヲ第三債務者トシテ債權差押ヲ爲シ轉付命令ニ依テ直ニ執達吏ヨリ右金員ヲ受取ルノ權利ナシト謂ハサルヲ得ス何トナレハ前陳ノ如ク該換價金ハ元來上告人ニ於テノミ獨リ執達吏ヨリ受取リ以テ其債權ノ辨濟ニ充ツヘキモノニシテ德太郎カ直接ニ執達吏ヨリ受取ルヲ得サル筋合ニシテ則チ德太郎ハ右金員ニ付執達吏ニ對シテ何等ノ權利ヲ有スヘキモノニアラサルニヨリ從テ執達吏ハ被上告人ニ對シテ第三債務者ノ地位ニ立チ得可キモノニ非サレハナリ故ニ原判決ハ先以テ（一）上告人カ德太郎トノ特約ニヨリテ本件係爭ノ換價金ヲ占有シ且之ニ依テ其債權ヲ滿足スルノ權利ヲ有スルヤ否ヤ（二）執達吏ハ右換價金ニ付上告人ノ代理占有者ナリヤ否ヤ又（三）被上告人ノ轉付命令ハ正當ナリヤ否ヤノ點ヲ決定スルニ非サレハ上告人ノ請求ヲ拒斥スルヲ得サル筋合ナルニ不拘右ノ爭點ヲ全ク不問ニ付シ單ニ本件證券假處分中上告人ハ該證券ニ對シテ處分行爲ヲ行フヲ得ストノ理由ニヨリ上告人カ換價金ノ上ニ所有權ヲ有セサルモノトナシ輙ク上告人ノ請求ヲ棄却セラレタルハ未タ審理ヲ盡ササル不當ノ裁判ナリト云フニ在リ

◎依テ按スルニ上告人ハ原院ニ於テ本訴甲第三第四號證ノ預證券及ヒ質入證券ハ上告人ノ永田德太郎ニ對スル手形債權ヲ擔保スルノ目的ヲ以テ裏書ニ依リ德太郎ヨリ讓受ケ其所有權ヲ取得シタルモノナ

リ而シテ德太郎ト上告人間ニ於テ甲第一號三ノ特約アリテ德太郎カ手形金ノ支拂ヲ遲延シタルトキハ上告人ニ於テ該證券ヲ賣却シ其代金ヲ手形金ノ辨濟ニ充當スヘキコトヲ約セリ然リ而シテ本訴證券ハ被上告人ノ申立ニ依リ假處分トナリタルモ上告人ノ申立ニ基キ換價命令ニ依リ賣却セラレ其賣却ハ手形ノ滿期日後ニ係ルヲ以テ換價金ハ上告人ノ所有ニ屬シ執達吏ハ上告人ノ爲メニ之ヲ保管シタルモノナリト主張シ以テ本訴請求ヲ爲シ乃チ原院ハ甲第三第四號證證券ノ讓渡欄ニハ單ニ永田德太郎ノ捺印アルニ止リ其記名ナキカ故ニ裏書トシテハ不適法ニシテ證券讓渡ノ效力ヲ生セス又甲第一號三ノ特約ノ趣旨ハ永田德太郎カ手形金ヲ支拂ハサルトキハ上告人ニ於テ債權ノ實行トシテ適意ニ本訴證券ヲ賣却シ其代金ヲ以テ手形債權ノ辨濟ニ充當シ得ヘキ旨ヲ約シタルモノニシテ債權ノ實行トシテ適意ニ賣却シ得サル場合即チ該證券カ被上告人ノ申立ニ依リ假處分トナリ上告人ニ於テ適意ニ賣却處分ヲ爲スコトヲ得サルコトトナリタル本件ノ場合ハ該特約ニ包含セスト判定シ以テ上告人ノ本訴請求ヲ排斥シタルコト原判文上洵ニ明白ナリ然ルニ本論旨明瞭ナラサル所アルモ上告人ハ本訴甲第三第四號證ノ證券ニ對シテ擔保權ナル一ノ物權ヲ有スルモノトシ此見地ニ基キ原判決ヲ非難攻擊スルモノニシテ畢竟原判旨ヲ了解セス其判旨ニ副ハサルモノナレハ上告適法ノ理由トナラス

上告理由第二點ハ民事訴訟法第七百五十八條第一、二項ニ據リ保管人ヲ置キ係爭物ノ保管ヲ命スル假處分ノ場合ニ於テハ執達吏タルト其他ノ官公吏若クハ已人タルトヲ問ハス等シク保管人タルコトヲ得（民事訴訟法第七百五十六條但書）ヘク裁判所ハ是等ノ者ノ中ヨリ適當ト信スル者ヲ選定シテ命スルモノニシテ其選ニ當リタル保管者ハ現占有者タル當事者一方ニ代ハリテ保管スルモノナルヲ以テ其保管占有ハ被申請人ニ對シ法定代理（法律ノ規定ニヨリ發生スル代理）ナリトス本件係爭金及其前身タル證券ヲ執達吏小山雲平カ占有保管シタルハ此場合ニ當ルモノナルカ故ニ同人ハ上告人ノ代理占有ナリ（被上告人モ原審ニ於テ倉庫證券ハ大阪區裁判所ノ執達吏ヲシテ保管セシムル旨ノ決定ヲ與ヘラレタル旨陳述セルニ徵シ明カナルモ尙ホ御參考ノ爲メ別紙假處分決定謄本添附ス）假リニ上告人ノ爲シタル換價申立及之ニ依テ爲サレタル競賣カ上告人ノ權利實行ニアラストスルモ小山雲平カ上告人ノ法定代理タル已上ハ同人ノ代金受領（保管者タル執達吏小山雲平カ自ラ證券ヲ競賣シタルハ競賣ハ單ニ執達吏ノ資格ヲ以テシ其代金ハ執達吏トシテ受領スルト同時ニ保管者トシテ受領シタルモノ即チ簡易ノ引渡ヲ爲シタルモノナリ）ハ即チ上告人ノ受領ナルヲ以テ其受領ト同時ニ上告人對德太郎間ノ債權ハ其金額ノ存スル限度ニ於テ消滅シタルモノナリ何トナレハ假令證券ノ賣却カ上告人ノ權利實行ニ出テサリシトスルモ苟モ換價金受領ノ當時債權及特約カ有效ニ存在シ且ツ辨濟期限後ナリシ已上ハ擔保契約ノ主旨ハ證券ノ代金ニアリシコト明カナレハ小山雲平ノ換價金受領ト同時ニ特約ノ目的ヲ達シタルモノナレハナリ蓋シ契約中特別ノ意思表示ナキトキハ內國通用ノ金錢債權ニ對シ內國通用ノ金錢其モノカ擔保タルコトナク又如此ハ金錢債權ノ擔保タル性質ニ反スルノミナラス假處分前ニ締結セラレ

タル契約ニ關シテハ其假處分ノタメ法律上契約ノ實行迄モ停止セラルルモノニアラサレハ上告人ノ代理者タル小山雲平ノ換價金受領ハ德太郎ノ債務履行タルト同時ニ上告人モ自ラ其履行ヲ受ケタルモノト云フヲ得ヘケレハナリ上告人ハ尙ホ原院ニ於テ前示事實理由ヲ簡畧シ執達吏ノ占有（此處ニ所謂執達吏ノ占有トハ執達吏小山雲平カ保管人トシテ占有セルコトノ畧語ナリ）ハ上告人ノ代理占有ナルカ故ニ德太郎トノ特約ニ基キ上告人ハ執達吏ノ占有ト同時ニ該代金ノ引渡ヲ受ケタルモノナリトノ主張ニ對シ原院ハ右代理占有ノ點ニ付何等ノ判斷ヲ與ヘサルハ重要ナル爭點ヲ遺脫シタル不法ノ裁判（民事訴訟法第二百三十條ニ違背）ニシテ假リニ原院ノ說明シタル「執達吏カ其換價命令ニ依リ職責上換價金ヲ占有セル以上ハ云云」ヲ以テ判斷ヲ與ヘタルモノトスルモ何故ニ上告人ノ代理占有ニアラサルヤノ理由ヲ示ササルハ民事訴訟法第二百三十六條第三號ニ違背セル理由不備ノ裁判ニシテ此理由不備ハ結局判斷ヲ與ヘサルニ歸スル不法ノ裁判タルヲ免レス且ツ原院ハ右說明ヲ以テ本件ノ如ク保管人ヲ置キタル場合ニ於テモ競賣代金ノ供託ハ保管人ニ命セスシテ直チニ競賣ヲ執行スル執達吏ニ命スルカ如ク判示シタルハ民事訴訟法第七百五十六條同第七百五十八條ヲ無視シタル違法アリト云フニ在レトモ○假處分ハ假處分申立人ノ權利實行ヲ保全スル爲メ係爭物ニ相當ノ處分ヲ爲スモノナルカ故ニ其保管人ハ假處分申立人ノ爲メ係爭物ヲ占有シ之ヲ保管スルモノナルコト多言ヲ要セス故ニ本論旨モ亦其理由ナシ

上告理由第五點ハ又上告人ハ原審ニ於テ本件證券ノ裏書ニ德太郎ノ記名ナキモ捺印ノミニ依リ記名ヲ受取人ニ委任シテ轉輾スルノ商慣習アルヲ以テ有效ナルコトヲ主張シタリ然ルニ原判決ハ「前示裏書ニ關スル商法ノ規定ハ公益規定ニ外ナラサルモノト解スルヲ妥當ト認ムルニヨリ右規定ニ異ナル慣習ノ適用ハ絕對ニ之ヲ許容セサルモノトス」ト說明セラレタリ然レトモ倉庫證券ノ裏書ニ關スル前示慣習ハ記名株券カ白紙委任狀ト相竢テ轉輾スルノ慣習ト等シク何等公益ニ反スルモノニ非ルハ勿論裏書ニ關スル規定ハ公益規定ト解スヘキモノニアラサルニ不拘絕對ニ許容スヘカラサル慣習ナリト判定セラレタルハ法則ノ解釋ヲ誤リタル不當ノ裁判ナリト思料スト云ヒ」第六點ハ上告人ハ原院ニ於テ「永田德太郎ハ商慣習ニ從ヒ預證券ノ讓渡裏書欄內ニ押印ノミヲ爲シ氏名ノ記入ヲ被控訴人ニ委任シテ證券ノ所有權ヲ被控訴人ニ讓渡シタルモノナル」旨ヲ主張シタリ而シテ原院ハ之ニ對シ先ツ預證券及質入證券ノ裏書ハ商法四百五十七條所定ノ形式ニ循由スルヲ要シ而シテ其裏書人ノ署名ハ明治三十三年法律第十七號ニヨリ記名捺印ヲ以テ之ニ代ユルコトヲ得ヘキモ其捺印ハ記名ト併存スルヲ要シ其一ヲ欠クトキハ署名ノ效力ナク而シテ本訴ハ其一ヲ欠クヲ以テ無效ナリト說明シ次ニ裏書ニ關スル規定ハ公益規定ナルヲ以テ之ニ異ナル慣習ヲ許サスト判定セラレタリ裏書カ商法ノ規定ニ遵據スルニアラサレハ有效ニアラサル事又商法ノ署名ハ記名捺印ノ二者兼備スルニアラサレハ其效ナキ事ハ上告人ト雖モ認メテ爭ハサル所ナリ唯本訴ノ爭點ハ記名ノ記載ヲ證券所持人ニ委任スル慣習アリタル場合ニ其慣

習ニ從ヒタル裏書ハ有效ナリヤ否ヤニ在リ按スルニ法律行爲ノ委任ハ其相手方ヲ代理人ト定ムル能ハサルコトハ民法第百八條ノ規定ナレトモ本訴ハ裏書ナル法律行爲自體ヲ所持人ニ委任シタルニアラスシテ裏書行爲ハ裏書人ニ於テ決意シ且ツ捺印ヲ爲シ唯其記名ノミヲ所持人ニ委任シタルニ外ナラサルヲ以テ之ヲ前條ニ違反スル無效ノ裏書ト爲ス能ハサルコト明ナリ斯ノ如キ委任ノ有效ナルコトハ御廳ニ於テ自地委任等ノ場合ニ於テ屢〻是認セラレタル法則ナリ從テ本訴ノ如キ委任ノ有效ナルコト無論ニシテ若シ斯ノ如キ慣習アリタル場合ニ當事者ニ於テ之ニ從フ意思アリト認ムヘキ場合ニ於テハ之ヲ有效ト解セサル可ラサルコト勿論ナリト信ス而シテ本訴ニ於テハ所持人タル上告人ハ何時ニテモ裏書人ノ記名ヲ爲シ以テ被上告人ニ其裏書ノ效力ヲ對抗スルコトヲ得ヘキ地位ニ在リタルモノトス然ルニ其之ヲ爲スニ先タチ被上告人ハ詐害行爲取消ノ訴ヲ提起シ同時ニ係爭證券ヲ假處分ニ付シ次テ上告人ハ換價命令ヲ得テ係爭證券ヲ換價シ其金員ハ執達吏小山雲平ニ於テ保管シタリ其保管中被上告人ハ不法ノ手續ニ依リ保管金ヲ轉付シ去リタルヲ以テ本訴ヲ提起セシ事實關係ナレハ今日ト雖モ上告人ニ於テ裏書人ノ記名ヲ爲ス權限ヲ有シ唯事實上之ヲ爲ササリシハ被上告人ノ申請ニ係ル假處分ニ妨ケラレタルニ過キス然ラハ適法ナル權限ニ基キ完成スヘキ記入ヲ妨ケタル被上告人ニ對シテハ未タ其記入ヲ爲サスト雖モ之ヲ對抗スルコトヲ得ヘシト爲ササル可ラス若シ然ラストスレハ本訴ノ如キ記入委任ヲ爲シタル裏書ニ於テハ常ニ之ヲ對抗セントスル相手方ノ爲メ其記入ヲ妨害セラルルコトナリ他人ノ不法行爲ノ爲メ其不法行爲者ニ對抗スル能ハサルコトトナラハ法律ハ却リテ不法行爲者ヲ保護スルノ結果ニ陷レハナリ故ニ本訴ニ於テ未タ記入ヲ完了セスト雖其記入ヲ妨ケタル被上告人ニ對シテハ其效力ヲ對抗スルコトヲ得ト思量ス原判決ノ之ニ異ナルハ畢竟裏書ニ關スル法則ニ背反シタル不法アルモノト信スト云フニ在リ

判旨第三點

○依テ按スルニ預證券及ヒ質入證券ヲ讓渡スルニ當リ讓渡人ニ於テ單ニ裏書讓渡欄內ニ捺印ノミヲ爲シ氏名ノ記入ヲ讓受人ニ委任シ讓受人ヲシテ其記入ヲ爲サシムルコトハ敢テ公益ニ反スル行爲ナリト云フヲ得サルハ本論旨ノ如シ然レトモ證券裏書ニ關スル商法第二百八十二條第四百五十七條及ヒ明治三十三年法律第十七號ノ規定ハ證券ノ流通ヲ圓滿ナラシムル爲メ設ケタルモノニシテ專ラ公益ヲ圖リタル規定ナルコトハ之ヲ立法ノ精神ニ照シ之ヲ其法文ニ徵シテ毫モ疑ヲ容レス故ニ讓受人ニ於テ受任ノ趣旨ニ從ヒ裏書讓渡欄內ニ讓渡人ノ氏名ヲ記入シ以テ裏書ニ關スル前顯商法第二百八十二條第四百五十七條及ヒ明治三十三年法律第十七號所定ノ形式ヲ完備セシムルニアラサレハ證券ノ裏書讓渡ヲ以テ第三者ニ對抗スルヲ得サルヤ多言ヲ要セス然ルニ上告人ニ於テ右形式ヲ完備セス單ニ讓渡人ノ捺印ノミヲ以テスル讓渡ヲ以テ證券ノ裏書讓渡トスル商慣習アルカ如ク主張スルモ斯ノ如キ商慣習ハ公ノ秩序ニ反スルモノナルカ故ニ法例第二條ニ從ヒ之ヲ有效トスルヲ得ス要スルニ原院ニ於テ證券ノ裏書ニ關スル商法第二百八十二條第四百五十七條及ヒ明治三十三年法律第十七號ヲ以テ公益規定ナリトシタルハ其當ヲ得タルノミナラス本訴證券裏書讓渡欄內ニハ單ニ讓渡人永田德太

郎ノ捺印アルニ止リ其氏名ノ記入ナキヲ以テ第三者タル被上告人ニ對シ裏書讓渡ノ效力ヲ生スヘキモノニアラストシタルハ是亦其當ヲ得タルモノニシテ本論旨ハ其理由ナシ

右ノ理由ナルヲ以テ民事訴訟法第四百三十九條第一項ニ從ヒ主文ノ如ク判決ス

○證人忌避申請却下ノ決定ニ對スル抗告ノ件

明治四十二年(ク)第四十二號
明治四十二年三月十五日第二民事部決定

●決定要旨

一證人カ民事訴訟法第二百九十九條ニ所謂原告若クハ被告ノ前主又ハ代理人トシテ係爭ノ權利關係ニ干與シタリトノ事實ハ必スシモ訴訟ノ事實上ノ演述ニ於テ既ニ表明セラレ又ハ其疏明アルコトヲ要スルモノニ非ス證人ニ依リ證セントスル事項ニシテ苟モ同法條ニ掲クル場合ニ該當スルトキハ證據決定ノ施行上證人ハ其證言ヲ拒ムコトヲ得ス從テ相手方ハ其證人ヲ忌避スルコトヲ得サルモノトス

（參照）證人ハ第二百九十七條第一號及ヒ第二百九十八條第四號ノ場合ニ於テ左ノ事項ニ付キ證言ヲ拒ムコトヲ得ス「原告若クハ被告ノ前主又ハ代理人トシテ係爭ノ權利關係ニ關シ爲シタル行爲（民事訴訟法第二百九十九條第一項第四號）」

原　審　大阪控訴院

抗告人　水野正巳　訴訟代理人　伊藤秀雄

右抗告人ハ大阪控訴院明治四十一年(ネ)第二百六十四號報酬金返還請求事件ニ付キ同院カ明治四十二年三月三日證人渡邊萬壽太郎ニ對スル抗告人ノ忌避ハ其原因ナシト決定シタルニ服セス抗告ヲ爲シタリ依テ當院ハ決定スルコト左ノ如シ

本件抗告ハ之ヲ棄却ス

理　由

抗告ノ趣旨ハ(一)抗告人カ本件證人渡邊萬壽太郎ヲ忌避スル原因ハ同人カ明治四十二年二月二十二日受命判事ニ對シ控訴人本山昌次ト從兄弟ナリト供述セルカ故ニ民事訴訟法第二百九十七條第一號ニ該當シ同法第三百三條ニ因リテ之ヲ忌避スルニ在リ然ルニ控訴人ハ本件權利株ハ證人ヲ代理トシテ買受ケシメタルモノナレハ同法第二百九十九條第四號ニ該當シテ證言ヲ拒ムコトヲ得ス從テ忌避ノ原因ナシト主張セリ蓋シ原院モ亦控訴人ノ主張ヲ容レテ忌避ノ原因ナシト決定セラレタルモノナルヘシ(二)

然レトモ民事訴訟法第二百九十九條ニ於テ證言ヲ拒ムコトヲ許ササル規定ヲ設ケタルハ畢竟同法第二百九十七條第一號及ヒ第二百九十八條第四號ノ例外ニ過キサルヲ以テ無限ニ擴張シテ之ヲ解釋スヘキモノニアラス則チ證人カ原告若クハ被告ノ代理トシテ係爭ノ權利關係ニ關與シタリトノ事實ハ單ニ證人申出人ノ陳述ノミニ止マラス其訴訟ノ事實上ノ演述ニ於テ表明セラルルカ又ハ其疏明ニヨリテ之ヲ知リ得ヘキ場合ナラサルヘカラス若シ夫レ證人申出人一片ノ主張ノミニヨリテ證言拒絶ヲ許ササランカ相手方ハ常ニ忌避權ヲ失フニ反シ此二百九十九條ヲ利用シテ自己ニ利益ナル證言ヲ爲サシメ遂ニ第二百九十七條ノ原則ヲ空文ニ歸セシムルノ結果ヲ來タスヘキナリ(三)本件權利株ノ賣買ニ就キ控訴人ノ主張ニハ一審以來曾テ中間ニ人ヲ介シテ之ヲ履行シタリトノ事實存スルコトナク又表明セラレタル事實ニ於テモ渡邊萬壽太郎カ控訴人ノ代理トシテ之ヲ買受ケタリトノコトハ其端緒タモ存セサル所寧ロ却テ控訴人ハ被控訴人ト直接ノ賣買ナルコトヲ主張シ甲第一號證ヲ提出セル事實ナルニ抗告人カ本件權利株ハ控訴人ト直接ニ賣買シタルニ非ス訴外村上政之助ニ之ヲ賣却シ同人ハ奥才五郎ニ奥才五郎ハ更ニ渡邊萬壽太郎ニ之ヲ轉賣セシモノナリトノ事實ヲ立證スルヤ控訴人ハ同人ト親族ナルヲ奇貨トシ渡邊萬壽太郎ヲ代理トシテ之ヲ買受ケタリトノ證言則チ控訴人ト抗告人間ニ直接之ヲ賣買シタリトノ主張ヲ立證セントスルニアリテ證人ハ控訴人トノ情義上其豫期ノ證言ヲ爲ササルヘカラサル境遇ニアルモノナレハ到底第二百九十九條ノ例外ヲ適用スヘキモノニアラス然ルニ原院カ忌避ノ原因ナシト決定セルハ不法ノ裁判ナリト云フニ在リ

按スルニ證人カ原告若クハ被告ノ前主又ハ代理人トシテ係爭ノ權利關係ニ關シテ爲シタル行爲ニ付テハ設令證人ト原告若クハ被告ト親族關係アル場合ト雖モ證人ハ證言ヲ拒絶スルコトヲ得サルコトハ民事訴訟法第二百九十九條ノ規定スル所ニシテ其所謂係爭ノ權利關係ニ關與シタリトノ事實ハ抗告所論ノ如ク必スシモ訴訟ノ事實上ノ演述ニ於テ既ニ表明セラレタルコトヲ要セス又必スシモ其疏明アルコトヲ要スルモノニ非ス證人ニヨリ證セントスル事項ニシテ苟モ前示法條ニ掲記スル場合ニ該當スルモノナラシメハ證據決定ノ施行上證人ハ其證言ヲ拒ムコトヲ得サルモノトス斯ノ如ク證人ヲシテ其證言ヲ拒ムコトヲ得サラシムル所以ノモノハ斯ル事項ニ付テハ他ニ立證ノ方法ヲ求ムヘカラサルヲ以テ證言ノ拒絶ヲ許ストキハ立證杜絶ノ慮アルニ由ル從テ相手方ヲシテ之ヲ忌避スルコトヲ得セシメス之ヲ忌避スルコトヲ得セシメサル所以ノ理由亦同シク此點ニ存スト謂フヲ得ヘシ抗告人ハ證據申出人一片ノ陳述ノミニヨリ證言拒絶ヲ許ササランカ一方ハ忌避權ヲ失フニ反シ一方ハ利益ナル證言ヲ爲サシムルコトヲ得ルニ至ルト云フト雖モ裁判所カ民事訴訟法第二百九十九條ニ該當スルモノトシ證言ヲ爲サシメタリトモ其證言ノ採擇スヘキヤ否ハ一ニ裁判所ノ專權ニ屬スル所ナレハ本論旨ハ毫モ原決定ヲ廢棄スルノ理由ト爲スニ足ラス原決定ハ上述ノ理由ニ基キ相當ニシテ本件抗告ハ全然其理由ナシ依テ主文ノ如ク決定スルモノナリ

○假處分當否辯論ノ件

明治四十二年(オ)第七十二號
明治四十二年三月十七日第二民事部判決

◎判決要旨

一係爭物ノ所在地ヲ管轄スル區裁判所カ民事訴訟法第七百六十一條第一項ニ依リ假處分ヲ命シタル場合ニ於テ其命令中ニ申請人ハ該命令送達ノ日ヨリ十四日内ニ本案管轄裁判所ニ訴訟ヲ提起スヘキコトヲ掲クルモ之カ爲メニ該命令ヲ目シテ不適法又ハ無效ナリト謂フヲ得ス

(參照)急迫ナル場合ニ於テハ係爭物ノ所在地ヲ管轄スル區裁判所ハ假處分ノ當否ニ付テノ口頭辯論ノ爲メ本案ノ管轄裁判所ニ相手方ヲ呼出ス可キ申立ノ期間ヲ定メ假處分ヲ命スルコトヲ得(民事訴訟法第七百六十一條第一項)

第一審　札幌地方裁判所　第二審　函館控訴院

上告人　田中一郎　訴訟代理人　熊谷直太

被上告人　渡邊兵四郎外一名

右當事者間ノ假處分當否辯論事件ニ付函館控訴院カ明治四十一年十一月二十八日言渡シタル判決ニ對シ上告人ヨリ全部破毀ヲ求ムル申立ヲ爲シタリ

判決

本件上告ハ之ヲ棄却ス

理由

上告理由第一點ハ原院判決ハ上告人(控訴人)カ第三點ノ抗辯ニ對シ「起訴命令ハ特ニ假處分被申請人ノ申立ニ依リ爲スヘキモノニシテ而シテ右記載ノ用語ハ不穩當ノ嫌ヒナキニ非スト雖モ假處分命令書中假處分申請ヲ採用スル旨ノ記載アルニ依リテ見レハ其命令ハ右呼出申立期間ヲ定メタルモノト解スルヲ相當トス假リニ右ハ起訴命令ナリトシ呼出申立期間ノ定メナキモノトスルモ該期間ハ必スシモ假處分命令ト同時ニ定ムルヲ要セス」云云ト判示セラレタリ然レトモ區裁判所カ假處分ヲ爲ス場合ハ特例ニシテ其當否ニ付テノ口頭辯論ノ爲メ本案ノ裁判所ニ相手方ヲ呼出スヘキ申立ノ期間ヲ定メ之ヲ爲スモノ換言スレハ區裁判所ニ一ノ條件附權能ヲ付與シタルモノニ過キス然ラハ區裁判所權限ニ關スル唯一ノ條件ヲ欠キ(即チ呼出申立期間ヲ定メサル)タル命令ニシテ不適法ノ命令ナリト云ハサル可ラス既ニ命令自體カ不適法ナル以上ハ何等命令ナキニ歸着スヘキモノト信ス然ルニ原院カ該假處分命

令カ適法ナリト判定セラレタルハ法律ヲ不當ニ適用シタルモノニシテ到底破毀ヲ免レサルモノトスト云ヒ」同第二點ハ本件ニ付區裁判所カ下シタル命令ヲ見ルニ其決定主文中ノ二項ニ「申請人ハ此命令送達ノ日ヨリ十四日内ニ本案管轄裁判所ニ訴訟ヲ提起ス可シ」トノ記載アリ此文詞ヲ平易ニ通譯スレハ何人モ之ヲ以テ起訴命令ト解スヘキモノトス然ルニ原院ハ之ヲ以テ本件假處分ノ當否ニ付テノ口頭辯論ノ爲メ相手方ヲ呼出スヘキ申立ノ期間ヲ定メタルモノト爲シ其理由トシテ判示シテ曰ク「起訴命令ハ特ニ假處分被申請人ノ申立ニヨリ爲スヘキモノニシテ而シテ右記載ノ用語ハ不穩當ノ嫌ヒナキニアラスト雖モ假處分命令中假處分申請ヲ採用スル旨ノ記載アルニヨリテ見レハ其命令ハ右呼出申立期間ヲ定メタルモノト解スルヲ相當トス」トコレ何等ノ不法アルノ判旨ナルカ原院ハ第一文旨ヲ解釋スルニ於テ文理解釋ト論理解釋適用ノ順序ヲ誤ルモノナリ文ノ解釋上先ツ文理解釋ニヨラサルヘカラサルハ論理學上何等ノ疑義ナキ所ニシテ然モ文理解釋ハ文意字義ニ基キ平易通常ノ意義ニヨリ之ヲ解釋ス可キモノトス若シ文旨ニ疑義アランカ始メテ論理解釋ヲ採リ補正補充補縮解釋ヲ許ス可キモノトス本件ノ文旨論理解釋ヲ許スヘキ餘地更ニ之アルコトナキニ此法則ヲ無視シ論理解釋ニ依據シタルノ不法アリ第二假リニ文理解釋ヲ超ヘ論理解釋ヲ許ス可キモノトスルモ尙理由ノ不備ヲ免レス何トナレハ原院カ如上明確ノ文字ヲモ呼出申立期間ヲ定メタルモノト解セシ理由ハ假處分命令書中假處分申請ヲ採用スル旨ノ記載アルカ爲メニ歸着セリ然レトモ假處分申請ヲ採用スル旨アレハトテ何故ニ如上明確ナル起訴命令ノ文字ハ變シテ呼出申立期間ヲ定メタルモノト解シ得ヘキヤ單ニ假處分申請ヲ採用スル前提アルカ故ニ申立期間ヲ定メタリト結論ヲ來タスヘキヤ冷靜ナル普通ノ頭腦ヲ以テハ殆ント解スルコト能ハサルナリ何レニセヨ原院ハ解釋法ノ元則ニ違反シ理由不備ノ不法アルモノトスト云ヒ」同第三點ハ第一點論述ノ如ク文字ニ示ス所ニヨリ起訴命令ナリト前提ヲ置キ本件假處分ノ效果如何ヲ見ルニ上告理由ニ陳辯スルカ如ク該命令ハ全然無效ナリト信ス假リニ一歩ヲ讓リ該命令ハ無效ニアラスシテ唯單ニ當否辯論ノ爲メ相手方呼出期間ノ定メナキ命令ナリトスルモ假處分當否辯論ノ爲メ相手方ヲ呼出ノ期間ヲ定ムルハ區裁判所判事之ヲ爲ス可キモノナルコトハ法文上疑ナキカ如シ（民事訴訟法第七百六十一條第二項假處分取消ノ場合參照）故ニ本件ニ於テハ當事者ハ右呼出ノ期間ナキヲ理由トシ其補充ノ決定ヲ小樽區裁判所ニ爲スヘキモノナルニ關ラス被上告人（假處分申請人）ハ右手續ニ違背シ直チニ本案裁判所ニ其呼出ノ申請ヲ爲シタルハ訴訟手續ニ違背スルノ不法アリ本案裁判所ハ職權上之ヲ調査シ其申立ヲ却下ス可キモノナルニ却テ之ヲ受理判決シ原院モ亦之ヲ看過シタルハ訴訟手續ニ違背シ法律ヲ適用セサル不法アルモノトスト云フニ在リ

因テ按スルニ假處分ノ命令ハ本案ノ管轄裁判所之ヲ管轄スルヲ以テ本則トスレトモ急迫ナル場合ニ於テハ例外トシテ係爭物ノ所在地ヲ管轄スル區裁判所モ亦假處分ヲ命スルコトヲ得ヘク唯此場合ニ於テハ區裁判所ハ假處分ノ當否ニ付テノ口頭辯論ノ爲メ本案ノ管轄裁判所ニ相手方ヲ呼出スヘキ申立ノ期

間ヲ定ムヘキコト民事訴訟法第七百六十一條第一項ノ規定スル所ナリトス本件假處分ノ命令ハ此例外ノ場合ニ該當スルモノナレハ其命令中ニ「申請人ハ此命令送達ノ日ヨリ十四日内ニ本案管轄裁判所ニ訴訟ヲ提起スヘシ」トアルハ其用字不穩當ナルニモセヨ前示民事訴訟法ノ規定ニ準據シタルモノナルコトヲ推知シ得ヘキカ故ニ原判決カ其命令ノ全趣旨ヨリ之ヲ解釋シテ假處分當否辯論ノ爲メニスル呼出申立期間ヲ定メタルモノトシタルハ失當ナリト謂フヘカラス既ニ本件假處分命令ニシテ呼出申立期間ヲ定メタルモノナルコト原判決ノ認定スルカ如クナル以上ハ被上告人カ本案ノ管轄裁判所ニ相手方呼出ノ申請ヲ爲シタルハ相當ナリト謂ハサル可カラス若シ又該命令中ノ訴訟ヲ提起スヘシトアルハ起訴命令ナリトスルモ之カ爲メニ假處分命令ヲ不適法ナリト云フヲ得サルハ勿論假リニ所論ノ如ク呼出申立期間ノ定メナキ命令ナリトスルモ之ヲ追完スルヲ得ヘキモノナルヲ以テ直ニ假處分命令ノ無效ヲ惹起スヘキモノトスル能ハス何トナレハ假處分當否辯論ノ爲メニスル呼出申立期間ハ必スシモ假處分命令中ニ揭記スルヲ要スルモノニ非ス假處分ヲ命スルト同時ニ其期間ヲ定ムルコトヲ以テ假處分ノ一要件トスルモノニ非サレハナリ故ニ上告論旨ハ何レモ其理由ナシ

上來説明ノ如ク本件上告ハ一モ其理由ナキヲ以テ民事訴訟法第四百三十九條第一項ニ依リ主文ノ如ク判決スルモノナリ

欠

MISSING

右清算人　川眞田徳三郎　訴訟代理人（足利義泉　武内作平　高木益太郎）

被上告人　犬伏九郎左衛門外二名　訴訟代理人（森作太郎　渡邊清正）

右當事者間ノ株主總會決議無效宣告請求事件ニ付大阪控訴院カ明治四十一年十月二十七日言渡シタル判決ニ對シ上告人ヨリ全部破毀ヲ求ムル申立ヲ爲シ被上告人ハ上告棄却ノ申立ヲ爲シタリ

判決

本件上告ハ之ヲ棄却ス

上告ニ係ル訴訟費用ハ上告人之ヲ負擔ス可シ

理由

上告理由第一點ハ原判決ハ上告人カ吉成梅吉ニ對シ總會招集ノ通知ヲ發セサリシ事實推斷ノ資料トシテ庄野龜五郎ノ證言ノ一部ヲ引用シ「按スルニ第一審ノ證人庄野龜五郎ノ證言ニヨルトキハ右株主總會ノ招集通知ヲ擔當シタルハ同證人ニシテ取扱者カ便宜ノ爲メ株主名簿ニヨリ調製シタル補助簿（乙第三號證ヲ指ス）ニヨリ各株主ニ通知ヲ發シタリト證言シ云云控訴會社ハ誤テ株主ノ一人ナル吉成梅吉ニ招集通知ヲ發セスシテ總會ヲ開キタルモノト認ムルヲ妥當トス」ト云ヒ恰モ同人ニ於テ補助簿ニ

記名サルルモノニ限リ通知狀ヲ發シタリト證言セシモノノ如ク判斷セリト雖モ庄野龜五郎ハ斯ル趣旨ノ供述ヲナシタルコトナシ（德島地方裁判所ニ於ケル訊問調書）同人ノ供述ハ之ヲ要スルニ吉成梅吉ニ對シ通知書ヲ發シタルコトハ承知シ居レリ吉成梅吉ハ會社ノ株主名簿ニハ登記漏トナリ居タルモ明治四十年一二月頃本株券ト引換ノ爲メ假株券ヲ持參シタル際株主ナルコトヲ發見シ招集ノ通知ハ勿論起業十年祭ニモ案内狀ヲ發シタリト云フニ在リ同證言中最後ノ一節ニ通知狀ヲ發送シタル人名ハ取扱者カ便宜調製シタル帳簿（補助簿ニシテ株主名簿ニヨリ調製シタルモノ）ニ依テ殘リナク發送セリ云云トアルハ前段ニ於テ一一指名シテ訊問シタル以外ノ株主ニ對シテモ總テ通知狀ヲ發シタリヤトノ原告ノ問ニ對スル答ニシテ右帳簿記載ノ者ニ限リ發送セリトノ趣旨ニアラサルコトハ調書ノ全體ヲ熟讀玩味セハ自ラ瞭然タラン乃チ原判決ハ漫リニ證言ノ一半ヲ分割セシ結果證言ノ趣旨ヲ誤認シ依テ以テ係爭事實ヲ不當ニ確定セシ不法ノ判決ナリト云フニ在リ

然レトモ證據ノ判斷取捨ハ原院ノ專權ニ屬スルヲ以テ證言ノ一部ヲ分割シテ之ヲ事實認定ノ資料ニ採用シタリトテ違法ト謂フヲ得ス

第二點ハ原院ハ尙ホ上告人カ吉成梅吉ニ對スル招集ノ通知ヲ發セサリシ事實ヲ推斷スル資料トシテ證據保全ニ關スル檢證調書ヲ引用シ「甲第九號證ノ檢證調書ニ其證據保全ノ際控訴會社ノ取締役川眞田市兵衛ハ高津受命判事ニ對シ前記補助簿ニ基キ各株主ニ招集通知ヲ發シタル旨ノ申立記載アルニ拘ハラス云云」ト說示セルモ右川眞田市兵衛ノ陳述ハ總會招集ノ通知書發送ニ關スル一般ノ取扱振ヲ傳聞ノ儘申立タルニ過キスシテ係爭ノ總會ニ關シ補助簿記載ノ者ニ對シテノミ招集狀ヲ發シタリトノ趣旨ニアラサルノミナラス本來高津受命判事ノ職權ハ調書自體ノ證明スル如ク帳簿ノ檢證ヲナスニ止マリ右ノ如ク當事者ヲ審訊シテ其供述ヲ聽クカ如キハ全ク職權ノ範圍ヲ踰越セルモノニシテ法律上何等ノ證據力ヲ保有スヘキモノニアラス然ルニ原院カ斯ル無效ノ調書ニ依據シ而カモ其記載ノ趣旨ヲ誤認シテ通知欠缺ノ事實ヲ判定セシハ不法ノ判決ナリト云フニ在リ

然レトモ檢證ニ立會ヒタル者カ檢證物ニ關シテ爲シタル陳述ヲ必要ニ應シ檢證調書ニ記載スルハ法律ノ禁スル所ニ非スシテ其供述ヲ證據ノ價値アリトシテ採用スルト否トハ原院ノ專權ニ屬スルヲ以テ本論旨モ亦上告ノ理由トナラス

第三點ハ株主總會招集ノ通知ヲ株主ノ一人ニ發セスシテ開會シタル場合ニ其決議ヲ無效ナリトスル訴ハ其招集ノ通知ヲ受ケサリシ株主ニ限リ之ヲ提起シ得ルモノニシテ法律ハ之ニ依テ會社ノ過失ニ基キ招集ノ通知ヲ受ケサリシ特定ノ株主ヲ保護セントスルニアレハ其株主カ總會ノ決議ヲ甘諾シ法定ノ期間内ニ何等ノ訴ヲモ起ササルニ拘ハラス他ノ株主ニ於テ之レヲ無效宣言請求ノ理由ト爲ス如キハ法律ノ認容セサル所ナリトス而シテ本件事實ニヨレハ招集ノ通知ヲ發セラレサリシト謂ヘル株主吉成梅吉

（總株數一万六千株中十株ノ株主）ハ訴外ノ位置ニ在リテ此通知ノ存否ニ何等ノ利害關係ナキ被上告

判旨第三點

人カ通知ノ欠缺ヲ理由トシテ訴ヲ提起シタルモノナルニ原判決カ之ヲ認容シタルハ如上ノ法旨ニ背反スルモノナリト云フニ在リ

然レトモ株主總會招集ノ際各株主ニ通知ヲ發スルコトハ必須ノ手續ニシテ之ニ背キタルトキハ其通知ヲ受ケサリシ株主ノミナラス他ノ總テノ株主ニ於テ總會ノ決議無效ノ宣告ヲ請求スルコトヲ得ルハ商法第百五十六條ノ明文及ヒ第百六十三條ニ右決議無效ノ宣告ヲ請求スルコトヲ得ル株主ヲ限定セサルニ徴シ疑ヲ容ルルノ餘地ナク本論旨ハ右法律ヲ誤解シタルモノトス

第四點ハ明治四十年(オ)第四十二號株主總會決議無效宣言請求上告事件ニ對スル御院ノ判旨ニ依レハ株主トハ株主名簿ニ氏名住所ヲ記載シタル者ヲ指シ之ニ氏名住所ノ記載ナキ者ヲ以テ株主ト看做ササル法意ナルコトヲ知リ得ヘシ然リ而シテ株式會社ノ株主ハ常ニ實數夥多ナルカ故ニ日日株主ノ死亡等ニ依リ株式ノ所有者ニ更迭アルノミナラス其株式ハ會社ノ承諾ナクシテ之ヲ讓渡スコトヲ得ルモノナレハ會社ハ株主ヨリ其届出ヲ受クルニ非サレハ株主ノ異動ヲ知リ之ヲ株主名簿ニ記載スルニ由ナシ茲ニ於テ乎讓渡ノ場合ニ付テハ商法第百五十條ニ於テ讓受人ノ氏名住所ヲ株主名簿ニ記載シ且其氏名ヲ株券ニ記載スルニ非サレハ會社ニ於テ讓受人ヲ以テ株主ト看做ササルモノトセリ然ルニ株主ノ死亡等ニ依リ株式ノ所有權ヲ得タル者ニ付テハ何等ノ明文ナキモ亦同一ノ法意ニ從ヒ相續等ニ依リ株式ノ所有權ヲ得タル者ノ届出ニ依リ株主名簿ニ其氏名住所ヲ記載シ且株券ニ其氏名ヲ記載スルニ非サレハ會社ニ於テ其取得者ヲ以テ株主ト看做ササル者トスヘキハ當然ナリ從テ株主ノ相續人ハ未タ株主名簿ニ其氏名ノ記載ナキモ尚且ツ總會招集ノ通知ヲ爲ササルヘカラストスルハ不法ナリ」トセラレタリ果シテ然リトセハ株主ノ住所變更ノ場合ニ於テモ亦株主ニ於テ之ヲ届出テ株主名簿ニ記載ノ手續ヲ經ルニアラサレハ會社ハ其株主ニ對シテ招集ノ通知ヲ發スルノ義務ヲ生セサルモノト謂ハサルヘカラス蓋シ如上ノ判旨ニ依ルトキハ株主ノ住所ハ其氏名ト相俟テ株主名簿ノ登記ヲ經ヘキ二大要件ニシテ株主住所ノ變更ハ株主其人ノ變更ニ等シク人ノ變更ヲ登記セサル場合ニ招集ノ通知ヲ發スルノ要ナシトセハ住所ノ認更ヲ登記セサルモノニ之ヲ發スル義務ナキハ自明ノ理ナリ抑モ商法第百七十二條ニ於テ株主名簿ヲ備ヘ株主ノ氏名現住所ヲ記載スルコトヲ命シタル以上ハ株主モ亦其住所ニ變更アリシトキハ直ニ會社ニ向ツテ届出ヲナス義務アルハ當然ノ事理ニシテ此義務ヲ缺キタルトキハ株主ヨリ會社ニ其通知ナキコトヲ以テ異議ヲ主張スルコトヲ許スヘキモノニアラス然ルニ原院カ上告人ニ於テ吉成梅吉ハ屢〻住所ヲ變更シ居所不明ナルヲ以テ假ニ招集ノ通知ヲ發セサリシモノトスルモ不法ニアラスト抗辯セシニ對シ「住所ノ變更ハ通知ヲ受クル權利ノ拋棄ト看做ス能ハサルヲ以テ着否ハ暫ク措キ會社ハ届出アル住所ニ向テ通知ヲ發スヘキ責任ヲ有ス」ト說明シ上告人ノ抗辯ヲ排斥シタルハ不法ノ判決ナリト云フニ在リ

然レトモ株主カ住所ヲ變更シタルニ拘ハラス之ヲ會社ニ届出テサルトキハ會社ハ必要ナル通知ヲ其株

主ノ舊住所ニ發スルノ外ナキヲ以テ其株主ハ新住所ニ通知ヲ受ケサルノ故ヲ以テ異議ヲ唱フルコトヲ得サルハ勿論ナリト雖此場合ヲ初メヨリ全然株主トシテ住所氏名ノ屆出ナク隨テ株主名簿ニ記載ナカリシ場合ト同視スルハ事理ノ許ササル所ナルヲ以テ原判決カ上告人ノ抗辯ニ對シ所論ノ如ク說示シタルハ正當ナリ

第五點ハ原審ハ檢證調書記載ノ川眞田市兵衛ノ陳述ヲ信憑シテ判斷ノ資料ニ供セラレタリ上告人ハ此陳述ノ眞正ヲ爭ヒ唯一ノ證據方法トシテ同人ノ喚問ヲ申請シタルニ之ヲ却下シタルハ違法ナリ又原審カ吉成梅吉ニ對スル招集狀發送ノ取扱ヲ擔當シタル稻飯左膳ノ喚問ヲ招集狀發送ノ事實證明ノ爲メ申請シタルニ故ナク之ヲ却下シタルハ違法ナリト云ヒ」第六點ハ原審ニ於テ控訴人ハ證人庄野龜五郎國見多藏（第一審ノ證人）赤川藤五郎桑田貞二（第二審ノ證人）ノ供述ヲ引用シ招集通知發送ノ事實ヲ精確ニ立證シタルニ之ニ對シ原判決ハ何等ノ說明ヲ與ヘサル而已ナラス赤川桑田ノ證言ニ至テハ判決事實摘示ノ部ニモ記載セラレス果シテ判事ノ考慮中ニ加ヘラレタルヤ疑ハシ則チ原判決ハ此點ニ於テモ亦タ不法タルヲ免カレスト云ヒ」第七點ハ檢證調書中吉成梅吉ノ氏名ナカリシトノ記事ハイロハ別ニ記入サレタルヨノ部ニナカリシトノ意味ナルニ是ニ因リ直チニ末尾ノ記載ヲ後日ノ記入ト斷定シタルハ調書ノ趣旨ヲ誤認シテ事實ヲ確定セシ不法ノ判決ナリト云フニ在リ

然レトモ係爭事實又ハ證據ノ眞否ニ關スル證據調ノ申請ノ採否既ニ提出シタル證據ノ判斷取捨ハ原院ノ專權ニ屬シ而シテ其理由ノ如キハ一一判文ニ明示スルヲ必要トセサルヲ以テ之ヲ非難スルニ過キサル本論旨ハ適法ノ上告理由トナラス

第八點ハ上告會社ハ明治三十九年法律第十七號鐵道國有法ニ依リ解散シ目下清算中ニ屬スルカ故ニ清算ノ目的ノ範圍外ニ亘ル本訴ノ如キハ清算人ニ於テ上告會社ヲ代表スヘキ權能ヲ有セサルノミナラス元來本訴請求ノ目的ハ明治四十年八月二十五日上告會社ノ臨時總會ニ於テ爲シタル決議ノ無效宣言ヲ求ムルニ在リ而シテ總會決議ヲ無效トスル被上告人ノ主張ハ當然清算人ノ存在ヲモ否認スルノ主張ニ歸スルモノト謂ハサルヘカラス然レハ其無效ノ決議ヲ敢テ爲シタル上告會社ノ取締役ヲ相手トシテ判斷スヘキハ格別被上告人等カ其主張ニ於テ自ラ存在ヲ否認セル清算人ニ對シ下シタル原判決ハ訴訟當事者ヲ誤解シ併セテ清算人ノ代表權限ヲ不法ニ認メタルモノナリト云フニ在リ

然レトモ會社ノ解散前ニ起リタル本件訴訟ノ如キハ其解散後清算人ニ於テ商法第九十一條ニ所謂現務ノ結了トシテ之ヲ承繼處理スルノ外途ナク又商法第百六十三條ニ規定セル株主總會ノ決議ハ當然無效ナルモノニ非ス裁判所ノ宣告ヲ待チテ始メテ無效トナルモノナレハ現ニ解散ノ狀態ニ在ル會社ニ對シテハ清算人ヲ會社ノ代表者トシテ右決議無效ノ請求ヲ爲スヲ相當トス故ニ原判決ハ所論ノ如キ不法アルコトナシ

判旨第六點

第九點ハ株主名簿ニ其氏名住所ヲ記載セサル株主ニ對シ會社ハ株主總會招集ノ通知ヲ發スルノ義務ナ

タ從テ是等ノ株主ニ對シテ招集ノ通知ヲ發セサルコトアルモ株主總會ノ決議ノ效力ハ之レヲ妨ケサルヘキ法旨ナルコトハ御院ニ於テモ既ニ認容セラルル所ナリ（明治四十年（オ）第四十二號株主總會決議無效宣言請求上告事件ニ對スル判決參看）飜テ原判決ヲ見ルニ「甲第九號證ノ檢證調書ニ據ルトキハ株主名簿ヲ閲スルニ同簿中吉成梅吉ナル氏名ナキ旨ノ明記アルト云云控訴人カ當院ヘ提出スル乙第三號證ノ最終末尾ニ特ニ注意者トシテ吉成梅吉ノ氏名記載アルモ前段說明ノ如ク第一審カ證據保全ヲナス當時ハ記入ナカリシコト檢證調書ニヨリ明白ナレハ檢證以後ノ記入ニ係ルコト疑ヲ容ルルノ餘地ナシ」トアリ之ニ由テ是ヲ觀レハ原判決ハ係爭株主總會招集ノ通知ヲ發スルノ當時ニ於テハ株主吉成梅吉ノ住所氏名ハ上告會社ノ株主名簿ニ記載シアラサリシコトヲ確定シタルモノナルコト明ナルニ拘ハラス原判決カ尙上告會社ニ招集通知ヲ發スルノ義務アルモノトシテ本件株主總會ノ決議ノ無效ヲ宣言セラレタルハ法則ヲ誤解シテ其適用ヲ誤リタルノ不法アリ且原判決理由中ニ所謂株主名簿トアルハ商法第百七十二條第百五十條ニ規定セシ株主名簿ナルヤ否ヤ明確ナラス若シ之ヲ同條ノ株主名簿ヲ指スモノニ非ストセン乎原院ハ上告會社カ吉成梅吉ニ對シ株主總會招集ノ通知狀ヲ發送セサリシコトヲ以テ其總會無效ヲ宣言スルニハ先ツ以テ前記法條ニ規定セシ株主名簿ニ梅吉ノ氏名住所カ適法ニ記載アリシコトヲ確定シタル上ニ非サレハ果シテ上告會社ニ怠リアリヤ否ヤ明白ナラサル筋合ナルニ此要點ヲ審査說明ヲナサスシテ漫然上告會社カ總會招集ノ通知ヲナス義務ヲ怠レリト斷定シタルハ理由不備ノ裁判ナリト云フニ在リ

然レトモ原判決ニ所謂株主名簿トハ乙第三號證即補助簿ヲ指稱シタルモノナルコト判文ノ明示スル所ニシテ眞ノ株主名簿ニ吉成梅吉ノ氏名記載ナシトノ事實ハ原判決ノ確定シタル所ニ非サルノミナラス其爭トナリタル事蹟ヲモ認メ難キヲ以テ本論旨ハ其理由ナシ

第十點ハ上告會社ハ鐵道國有法ニ依リ其鐵道ヲ政府ニ買收セラレタルカ爲メ解散スルモノニ非サルモ其解散登記ノ手續ハ鐵道國有法第十一條ニ依リ遞信大臣ノ權限ニ屬シ上告會社ハ登記ヲ申請スルノ權能ヲ有セス然ルニ上告會社カ明治四十年八月二十五日臨時株主總會ニ於テ爲シタル會社解散ノ決議ハ被上告人ハ之ヲ否認シ決議ノ無效ヲ主張シ又遞信大臣ハ解散決議不必要ノ解釋ヲ採リ株主總會ノ決議ヲ解散ノ事由ト爲サス別紙登記謄本ノ如ク鐵道國有法ニ依リ政府ニ買收セラレタルカ爲メ解散ストノ理由ヲ以テ其登記ヲ爲シタリ然レトモ上告會社ノ解散ハ商法第二百二十一條及ヒ私設鐵道法第八十三條ニ揭ケタル事由ノ外解散スルモノニアラス從テ遞信大臣カ囑託シタル解散登記ハ法律上其效ヲ生セス上告會社ハ今尙存續セルヲ以テ會社ノ代表者ハ依然取締役ニシテ清算人ニアラス然ルニ原裁判所カ上告會社ノ代表者ヲ清算人トシテ言渡シタル裁判ハ違法ナルヲ以テ民事訴訟法第四十五條及ヒ第四百三十六條第五號ニ該當スル上告理由アルモノトスト云フニ在リ

然レトモ上告會社カ既ニ其鐵道ヲ政府ヨリ買收セラレタル以上ハ全ク事業ノ目的ヲ失ヒ商法第七十四

條第二號ノ所謂事業成功ノ不能ニ歸シタルモノニシテ同法第二百二十一條ニ依リ當然解散セサルヲ得サルカ故ニ鐵道國有法第十一條ニ會社カ買收ニ因リテ解散シタルトキトアルニ該當シ遞信大臣ノ囑託シタル解散登記ハ固ヨリ有效ニシテ上告會社ノ解散シタルコト復タ爭フヘカラサルヲ以テ其取締役ハ商法第二百二十六條ニ依リ當然清算人ト爲ルヘク隨テ原院カ清算人ヲ以テ上告會社ノ代表者ト爲シタルハ正當ナリ

第十一點ハ德島鐵道株式會社ハ本件訴狀送達後即チ明治四十年九月一日解散ヲナシ茲ニ訴訟中斷ノ原因發生シタルノミナラス其法定代理人タル取締役ノ資格モ亦タ消滅シタルニ拘ハラス第一審以來中斷及ヒ訴訟受繼等手續ヲ盡サスシテ其儘新清算人カ訴訟ヲ進行シタルハ民事訴訟法第百七十八條第百八十條第百八十三條ノ規定ニ違反セリ從テ斯ル欠陷ヲ其儘看過セシ原裁判モ亦タ違法ナリトスト云フニ在リ

然レトモ記錄ヲ調査スルニ上告會社ノ新法律上代理人タル清算人川眞田德三郎ハ明治四十年九月二十六日附答辯書ニ其清算人タル資格ヲ表示シテ之ヲ第一審裁判所ニ提出シ而シテ相手方カ其送達ヲ受ケタルコト亦自ラ明カナルヲ以テ上告會社ノ新法律上代理人ハ自ラ其任設ヲ相手方ニ通知シ爾後上告會社ヲ代表シテ訴訟行爲ヲ爲サンコトヲ告白シタルモノト謂ハサルヘカラス然レハ則チ民事訴訟法第百八十條ノ規定ニ依リ訴訟手續中斷ノ事由ハ既ニ消滅シタルモノニシテ爾來受訴裁判所カ訴訟手續ヲ續行シタルハ相當ニシテ所論ノ如キ不法アリト謂フヲ得ス

以上說明スル如ク本件上告ハ其理由ナキヲ以テ民事訴訟法第四百五十二條第七十七條ノ規定ニ從ヒ主文ノ如ク判決ス

○抵當權無效確認抹消登錄請求ノ件

明治四十二年(オ)第六十四號
明治四十二年三月十二日第二民事部判決

◎判決要旨

一採掘權ヲ抵當トシテ金圓ヲ貸付シタル者ハ債權一部ノ辨濟ヲ受クルモ登錄抹消又ハ變更ヲ爲スヘキ義務ナシ

第一審　大阪地方裁判所　第二審　大阪控訴院

上告人　松本彌太郎　訴訟代理人　瀧下清通

被上告人　喜多河榮助

右當事者間ノ抵當權無效確認抹消登錄請求事件ニ付大阪控訴院カ明治四十一年十二月二十八日言渡シタル判決ニ對シ上告人ヨリ全部破毀ヲ求ムル申立ヲ爲シタリ

判決

本件上告ハ之ヲ棄却ス

理由

上告理由第一點ハ原判決「理由」ノ第一段ニ於テ「本件主要ノ爭點タル甲第三號證ノ四ニ記載セル五千圓ノ金錢貸借契約ハ當事者カ相通シテ爲シタル虛僞ノ意思表示ナリヤ否ヤヲ按スルニ甲第二號證ニヨレハ甲第三號證ノ四ハ乙第一號證約束手形債務ノ擔保トシテ作成シタルモノナルカノ如キ觀ナキニ

アラスト雖モ原審ニ於テ訊問シタル證人原庄次郎ハ廣岡外兵衛及被控訴人ト共ニ被控訴人先代名義ニテ備仲傳助ニ對シ愛媛縣西宇和郡日土村鑛山ヲ抵當トシ金五千圓ヲ又證人ノ名義ニテ別ニ五千圓ヲ合計一万圓ヲ貸與シ其債權ヲ確保スル爲メ金一万圓ノ約束手形ヲ受取リ置キ返リ證ニ押印シタルコトアリト證言シ證人廣岡外兵衛モ之ト同一趣旨殊ニ金ハ證人カ被控訴人先代ノ代理トシテ備仲ニ交付シタリト證言シ是等信ヲ措クニ足ルヘキ證言ヲ甲第三號證ノ四ハ明治二十九年八月十九日附同年十一月二十八日支拂期日ナルニ乙第一號證ノ約束手形ハ同年八月二十一日振出同年十一月十八日滿期日ニシテ約束手形ハ公正證書作成後ノ發行ニ係リ其滿期日モ亦公正證書ノ支拂日ヨリ以前ニ定メアル事實ニ參照シテ之ヲ考覈スレハ甲第二號證ハ其語辭適當ナラサル所アルモ畢竟スルニ右證言ノ如ク約束手形ヲ以テ公正證書ノ債務ヲ擔保シ若シ備仲傳助カ約束手形ノ滿期日ニ其支拂ヲ爲シタルトキハ公正證書ハ之ヲ返戻スヘシトノ約旨ヲ記載セルモノト解釋シ甲第三號證ノ四ニ於テ表示スル所ハ正ニ當事者ノ眞意ト一致シ且同證記載ノ如ク金員ノ授受アリタルモノト認メサルヲ得ス」ト判決シタルハ(イ)擔保ノ法理ニ違背シタル不法(ロ)理由ノ齟齬シタル不法(ハ)證據法理ニ違背シタル不法ノ判決ナリ(イ)擔保ハ之ヲ大別シテ「人的擔保」ト「物的擔保」トノ二種トシ其以外ニ擔保ナキハ言ヲ俟タス又「人的擔保」ノ中ニ「債務者」ヲ包含セサルコトモ亦言ヲ俟タス然ルニ右判決ハ乙第一號證ハ甲第三號證ノ四ノ擔保トシテ之ヲ作製シタルモノナリト判示シタルモノナルカ故ニ擔保ノ法理ニ違背シタル不法ノ判決ナルコト明カナリ何トナレハ乙第一號證（約束手形）ノ債務者モ甲第三號證ノ四（消費貸借）ノ債務者モ共ニ同一人ナレハナリ(ロ)債務ヲ辨濟シタルトキハ其擔保ヲ返還スヘキハ言ヲ俟タサル所ナリト雖債務ヲ辨濟セサルニモ拘ハラス其債務證書ヲ返還スヘキ法理ナキハ明カナリ然ルニ右判決ハ甲第三號證ノ四ハ眞實ノ消費貸借ナリト判示シタルト同時ニ甲第二號證ハ甲第三號證ノ四ノ債務ヲ辨濟セサルニモ拘ハラス乙第一號證ノ債務ヲ辨濟シタルトキハ甲第三號證ノ四（債務證書）ヲ返還スヘキ約旨ナリト明示シタルモノナルカ故ニ理由ノ齟齬シタル不法ノ判決ナリ何トナレハ甲第二號證ノ判示ヲ正當ナリトスレハ甲第三號證ノ四ハ眞實ノ消費貸借ニアラサルコト自明ナレハナリ何トナレハ乙第一號證約束手形金ヲ支拂フタルトキハ甲第三號證ノ四（消費貸借證書）ヲ返還スルモノナレハ甲第三號證ノ四ハ眞實ノ消費貸借ニアラサルコト自明ナレハナリ(ハ)證人ハ第三者ナラサルヘカラス故ニ當事者及之ト同一視スヘキ者ハ證人ト爲ルコトヲ得サルモノト謂フヘシ（仁井田法學博士民事訴訟法要論上卷三〇六丁記載）ノ學說ト所謂當事者トハ民法上ノ當事者ヲモ包含スルモノナルコト自明ナルトニ依リ上告人ハ原院ニ於テ被上告人ノ證人廣塚外兵衛原庄治郎ハ被上告人ト共ニ本訴債權ノ共同債權者ナレハ證人能力ナキカ故ニ其證言ハ不法ノ證據ナル旨主張シタルニモ拘ハラス原判決ハ其證言ヲ事實認定ノ重ナル資料ニ供シタルコト明カナルカ故ニ證據法理ニ違背シタル不法ノ判決ナリ附言廣塚外兵衛原庄治郎及被上告人三名カ本訴債權ノ共同債權者ナルコトハ被上告人カ原院明治四十一年十一月十

二日ノ口頭辯論調書中「被控訴代理人ハ裁判長ヲ經タル相手方ノ間ニ對シ答(中略)原庄治郎廣塚外兵衛ト被控訴人ノ三人カ一万圓ヲ貸與シ」ト自白シタルニ依リ明カナリ又上告人カ原院ニ於テ廣塚外兵衛原庄治郎ノ證言ハ不法ナル旨主張シタルコトハ原院明治四十一年十二月二十二日ノ口頭辯論調書ノ末尾ノ「控訴代理人ハ(中略)一審證人廣塚外兵衛原庄治郎ハ被控訴人ト共ニ本訴債權ノ共同債權者ナレハ此證言ヲ引用スルハ不適法ナリト申立タリ」ト記載ニ依リ明カナリ但シ原判決及原院口頭辯論調書ノ「廣岡」ハ「廣塚」ノ誤記ナルコト明カナリト云フニ在リ○依テ按スルニ原院ハ證人ノ供述ヲ甲第二號證ノ文詞ニ參酌シ以テ甲第二號證契約ヲ解釋シ甲第三號證ノ四即チ貸主喜多河榮助借主備仲傳助ナル金五千圓ノ貸借證ノ債務者備仲傳助カ辨濟期日前ニ於テ其擔保トシテ差入レタル乙第一號證即チ備仲傳助ノ發行ニ係ル金一万圓ノ約束手形ノ金員ヲ支拂フトキハ甲第三號證ノ四ヲ返還スヘキ旨ヲ約シタルモノト判斷シタルコト原判文上洵ニ明白ナリ而シテ斯ノ如キ契約ヲ爲スハ契約ノ自由範圍ニ屬シ法規ノ禁止スル所ニアラサルノミナラス法理ノ許ササル所ニモアラサルヲ以テ原院ニ於テ右契約ヲ以テ有效ナリトシタルハ其當ヲ得タルモノトス依テ(イ)(ロ)論旨ハ共ニ其理由ナシ又廣塚外兵衛原庄治郎ハ本訴債權ノ共同債權者ナルヲ以テ第一審ニ於テ同人等ヲシテ宣誓ヲ爲サスシテ供述ヲ爲サシメタルコト本件記錄ニ徵シテ明白ナリ右兩人ハ民事訴訟法第三百十條第五ニ該當スル者ナルモ素ヨリ訴外人ナルヲ以テ本訴ノ當事者若クハ之ト同一視スヘキ者ナリト云フヲ得ス故ニ原院ニ於テ同人等ノ第一審ニ於ケル供述ヲ採テ以テ證據ト爲シタルモ(ハ)論旨ノ如キ不法アルモノトスルヲ得ス

上告理由第二點ハ原判決「理由」第三段ニ於テ「次ニ控訴人カ當院ニ於テ新ニ提出シタル主張ニ付其當否ヲ按スルニ控訴人カ本訴ニ於テ登錄ノ抹消ヲ求ムル抵當權ハ被控訴人先代ト貞次郎ノ前鑛業主備仲傳助トノ間ニ成立セル金二万五千圓ト本訴係爭ノ金五千圓トヲ合シタル三万圓ノ債權ノ爲ニ設定セラレタルモノナルコトハ當事者ノ爭ハサル所ニシテ控訴人ハ唯右五千圓ノ債權ハ初ヨリ成立セサリシモノナリト主張スルニ過キス而カモ五千圓ノ債權ノ成立セルコトハ前段判示スル所ノ如クニシテ且抵當權ハ不可分的ノモノナレハ債權金額三万圓ノ内二万五千圓ハ既ニ消滅シタリトスルモ苟モ五千圓ノ債權カ殘存スル以上ハ抵當權ハ其殘存スル五千圓ノ債權ノ爲ニ抵當物全部ニ付存立セルハ勿論ナルヲ以テ最初ニ爲シタル登錄ハ之ヲ抹消若クハ變更スヘキモノニアラス故ニ原裁判所カ控訴人ノ請求全部ヲ排斥シタルハ相當ナリトス」ト判決シタルハ(イ)法則ニ違背シテ事實ヲ認定シタル不法(ロ)法則ヲ不當ニ適用シタル不法(ハ)法則ヲ適用セサル不法ノ判決ナリ(イ)第一審判決「事實」ノ中ノ「其請求ノ原因トシテ(中略)且ツ一定ノ申立ニ記載スル被告ノ抵當權ハ其原因即チ被告ノ前戸主ト貞次郎ノ前鑛業主備仲傳助トノ間ノ消費貸借金三万圓ノ内金二万五千圓ハ既ニ辨濟シタルト其殘金五千圓モ其當事者カ相通シテ爲シタル虛僞ノ意思表示ナルトニ因リ其效力ヲ全滅シタルニモ拘ハラス被告ヲシテ其抵當權ノ抹消登錄申請手續ヲ爲サシムルコトヲ怠リ原告等ノ共同擔保タル鑛業權ヲ保全セス因テ原告

ハ民法第四百二十三條ニ倚リ自己ノ債權ヲ保全スル爲メ貞次郎ニ屬スル權利ヲ行使シ一定ノ申立ノ如ク請求スル旨演述シ」ノ記載ト原判決「事實」ノ末尾ノ「第一審判決摘示ト同一ナルヲ以テ茲ニ之ヲ引用ス」ノ記載トニ依リ上告人カ原院ニ於テ本件抵當權ノ原因タル消費貸借金三万圓ノ内金二万五千圓ハ既ニ辨濟シタルニ因リ其辨濟シタル部分ノ抵當權ノ消滅シタルコトヲ主張シタルコト明確ナルニモ拘ハラス「控訴人ハ唯タ右五千圓ノ債權ハ初ヨリ成立セサリシモノナリト主張スルニ過キス」ト判決シタルハ法則ニ違背シテ事實ヲ認定シタル不法ノ判決ナリ何トナレハ判決ハ當事者ノ提出シタル事實ニ依據シテ之ヲ爲スヘキモノナルコト御院判例ノ明示セラルル法則ナレハナリ何トナレハ上告人カ右主張シタル事實ハ原判決モ亦之ヲ認定シタルニモ拘ハラス原判決ハ其事實ニ依據セサリシモノナルコト右記載ノ如ク明カナレハナリ（ロ）抵當權不可分ノ法則ハ現ニ存在スル債權ニ關スル法則ニシテ既ニ消滅シタル債權ニ關スル法則ニアラサルコトハ明確ナルニモ拘ハラス「抵當權ハ不可分的ノモノナレハ債權金額三万圓ノ内二万五千圓ハ既ニ消滅シタリトスルモ苟クモ五千圓ノ債權カ殘存スル以上ハ抵當權ハ其殘存スル五千圓ノ債權ノ爲ニ抵當物全部ニ付存立セルハ勿論ナルヲ以テ最初ニ爲シタル登錄ハ之ヲ抹消若クハ變更スヘキモノニアラス」ト判決シタルハ抵當權不可分ノ法則ヲ不當ニ適用シタル不法ノ判決ナリ何トナレハ債權金三万圓ノ内二万五千圓ハ既ニ消滅シタルトキト雖モ殘存スル五千圓ノ爲メニ既ニ消滅シタル二万五千圓ノ抵當權ノ抹消（變更登錄）ヲ爲スヘキモノニアラスト判決シタルハ抵當權不可分ノ法則ヲ既ニ消滅シタル債權ニ適用シタルモノナルコト明カナレハナリ（ハ）原判決「事實」ノ中ニ記載シタル「控訴代理人カ假ニ本訴係爭ノ債權三万圓中五千圓カ殘存セルモノトスルモ二万五千圓ハ既ニ消滅シタルコトハ當事者間ニ爭ナキ所ナレハ二万五千圓ヲ抹消シ殘存債權五千圓ノ金額ニ改ムル變更登記ヲ命スヘキモノナルニ原裁判所カ全部控訴人ノ請求ヲ排斥シタルハ不當ナリト主張シ」ノ上告人ノ申立ニ對シ右ノ如ク判決シタルハ左記ノ法則ヲ適用セサル不法ノ判決ナリ鑛業法第十五條鑛業權ハ物權トシ不動產ニ關スル規定ヲ準用ス但シ（畧ス）第十九條鑛業權及抵當權ノ設定、變更、移轉、消滅竝處分ノ制限ハ鑛業原簿ニ登錄ス（下畧）學說○不動產登記法正解（法學士三宅德業著）五九丁記載「權利ノ變更トハ（中畧）權利ノ内容ニ變動ヲ生スルコトナク例ヘハ（中畧）債務ノ一部ノ辨濟ニ因リテ質權抵當權等ノ範圍ニ減少ヲ生スルカ如シ（下畧）○不動產登記法（法學博士岡松參太郎述三二丁記載2附記登記トハ既ニ存スル登記ニ附記シ其一部ヲ變更シ新タナル登記トシテ舊登記ヲ維持スル場合ヲ云フ（中畧）而シテ其場合ハ（一）權利又ハ登記名義人ノ變更ノ登記、登五六、五八（下畧）ト云フニ在リ○依テ按スルニ原院ニ於テ本訴貸借金三万圓ノ内二万五千圓ハ辨濟ニ因リ既ニ消滅シタルコトハ當事者間ニ爭ナキ事實ニシテ唯其爭トナリシハ殘額五千圓カ最初ヨリ成立セサリシモノナルヤ否ヤニ在リシコトハ原院法廷調書及第一審判決事實摘示ニ徵シテ明確タリ而シテ原院ハ其判決事實摘示ニ於テ第一審判決事實摘示ヲ引用シ以テ本訴貸借金三万圓ノ内二万五千圓ハ辨濟ニ因リ既

ニ消滅シタルコトハ當事者間ニ爭ナキ事實ナルコトヲ明ニシタルヲ以テ判決理由ニ於テハ單ニ本訴曲直ヲ判斷スルニ必要ナル五千圓ニ關スル事ノミヲ說明判斷シタルヤ原判文上洵ニ明カナルヲ以テ(イ)論旨ノ如キ不法アルモノトスルヲ得ス又抵當權ハ性質上不可分ノモノナレハ設定當時ニ於ケル債權額元利ノ辨濟ヲ受クルニアラサレハ債權者ハ其抹消登錄ヲ爲スヘキ義務ナキモノナリ而シテ債權者ニ於テ債權一部ノ辨濟ヲ受ケタルトキハ登錄抹消又ハ變更ヲ爲スヘキ規定ナキハ勿論復其法理アルナシ左スレハ原院ニ於テ本訴債權三万圓ノ內二万五千圓ハ既ニ消滅シタルモ苟モ五千圓ノ債權殘存スル以上ハ最初ニ爲シタル登錄ハ之ヲ抹消若クハ變更スヘキモノニアラストシタルハ結局其當ヲ得タルモノニシテ(ロ)及(ハ)ノ論旨ハ其理由ナキモノトス

右ノ理由ナルヲ以テ民事訴訟法第四百三十九條第一項ニ從ヒ主文ノ如ク判決ス

○料金增額請求ノ件

明治四十二年(ネ)第八十八號
明治四十二年三月二十六日第二民事部判決

●判決要旨

一法令又ハ慣習上定メラレタル事項ニ非サルモ事物ノ實驗上自明ニシテ爭フヘカラサル條理ハ裁判所カ事實ヲ判斷スルニ付キ當事者ノ提出シタル證據方法ノ外尙ホ當然之ヲ以テ資料ト爲スコトヲ得ルモノトス

第一審　廣島地方裁判所　第二審　廣島控訴院

上告人　廣島電燈株式會社
右代表者　熊谷柴次郎
被上告人　廣島水力電氣株式會社
右代表者　松本清助
訴訟代理人　菊池武夫

右當事者間ノ料金增額請求事件ニ付廣島控訴院カ明治四十一年十一月六日言渡シタル判決ニ對シ上告人ヨリ一部破毀ヲ求ムル申立ヲ爲シタリ

判決

本件上告ハ之ヲ棄却ス

理由

上告論旨ノ第一點ハ本訴ハ權利關係ノ確認ヲ求ムルニ非スシテ契約ノ履行ヲ求ムルモノナリ即チ甲第二號證第三條ノ實行ヲ求ムルモノナリ然レハ本訴ノ當否ハ其請求カ果シテ同條ノ本旨ニ從ヒルモノナ

リヤ否ヤニ依テ定メラルヘキ筋ナリ而シテ右第三條ハ當事者間ノ電氣料ヲ改正スルニハ鹿兒島電氣株式會社外四會社ノ料金ヲ比準スヘキコトヲ命ス故ニ比準トハ參考ノ謂ナルニモセヨ比例ノ謂ナルニモセヨ兎ニ角明約ノ一部ナレハ五會社ノ料金ヲ比準シタル結果ニ非サレハ本條ノ約旨ニ基キタル改正トハ謂フヘカラス然ルニ被上告人（原告）ノ主張スル料金ハ「戰後物價非常ニ騰貴シ電力生產費モ增加シ其他諸般經濟上ノ事情ニ變更ヲ來シタルヨリ其有樣ニ照シ相當ナリトスル所ヲ以テ量定シタル」ノミニシテ毫モ五會社ノ料金ヲ比準セサルモノナルニモ拘ラス被上告人ハ其承認ヲ上告人（被告）ニ强ルカ故ニ上告人ハ約旨ニ副ハサル要求ナリトシテ之ヲ拒ミタリ此場合ニ於テ原院ハ宜シク先ツ五會社ノ料金ヲ比準セサル被上告人（原告）ノ請求カ甲第二號證第三條ノ本旨ニ從ヒルモノナリヤヲ判定シ之ヲ採用スルニハ明約ノ一部ヲ度外視スルモ尙ホ可ナル所以ヲ說示セサルヘカラサルニ單ニ比準ナル語ノ解釋ニ據テ承認義務ノ有無ヲ定メタルハ不當ナリト云ヒ」第二點ハ契約ノ履行ヲ求ムル訴ニ於テハ請求カ約旨ニ副フヤ否ヤハ唯一ノ問題ニシテ若シ副ハサル點アルトキハ裁判所ハ原告ニ代リテ其欠點ヲ補フコトヲ得サルヘシ被上告人ハ料金ヲ改正スルニハ五會社ノ料金ヲ比準スヘキ旨ヲ約シタルコトヲ知リ乍ラ故ラニ之ヲ無視シ專ラ電力生產費等ヲ標準トシテ量定シタル料金ノ承認ヲ求ムルカ故ニ其請求カ約旨ニ副ハサルハ明白ナリ而シテ此ノ如キ故意ナル契約ノ不遵守即チ雙務契約ニ因ル自己ノ債務ノ不履行ハ請求ノ效力ニ付テノ欠點ニシテ金額ノ多寡ニ關スル誤謬ニアラス然ルニ原院ハ被上告人ノ請求ヲ斥ケサルノミナラス反テ「甲第二號證第三條ノ規定アルニヨリ前記五會社ノ料金增減ヲ觀察スルニ云云」トテ其增減程度ヲ參酌シ被上告人ノ請求上ノ欠點ヲ隨意ニ補ヒ以テ承認ヲ上告人ニ强ヒラレタルハ不當ナリト云フニ在リ

然レトモ被上告人カ原審ニ於テ主張シタル所ハ甲第二號證第三條ノ約旨ハ契約ノ日ヨリ滿三ヶ年每ニ同條所揭ノ五會社ノ料金ヲ參考シ尙ホ電力ノ生產費需用供給及ヒ小賣値段ノ增減諸物價ノ高低其他諸般經濟上ノ事情ヲ參酌シ當事者雙方協議ノ上本件電力供給ノ料金ヲ改正シ得ヘキコトヲ定メタルモノニシテ其約旨ニ基キ戰後經濟上ノ事情ヲモ參照シ相當ナリトスル本訴請求ノ如キ料金ノ增額ヲ裁判外ニ於テ求メタルモ上告人之ニ應セサルヲ以テ本訴ノ請求ニ及ヒタリト云フニ在ルコトハ原審口頭辯論調書及原判文ノ事實摘示ニ徵シ明瞭ナリ故ニ本訴ノ請求ハ決シテ五會社ノ料金ヲ全然度外ニ措キ專ラ戰後經濟上ノ事情ノミヲ標準トシテ計算シタル料金ノ增額ヲ求メタル趣旨ニ非スシテ實ニ甲第二號證第三條ノ約旨ニ基キ經濟上ノ事情ノ外ニ尙ホ五會社ノ料金ヲモ參考シ相當ナリト思料シタル增額ヲ求ムル趣旨ニ出テタルモノナルヤ疑ヲ容レス而シテ原院カ甲第二號證第三條ヲ解シテ被上告人主張ノ如キ約旨ニ出テタルモノト認メ其理由ヲ說明シタルコトハ戴セテ判文ニアルカ如クナルヲ以テ其判旨ハ畢竟本訴ノ請求カ右約旨ニ基キタルモノナルコトヲ認メ其理由ヲ明ニシタルモノニ外ナラス從テ原院カ五會社ノ料金ヲモ參酌シテ本訴請求ノ一部ヲ是認シタルハ固ヨリ違法ニアラス要スルニ右論旨ハ何

レモ本訴請求ノ趣旨及ヒ原院ノ判旨ニ副ハサル非難ヲ爲スモノニシテ適法ノ上告理由ト爲スニ足ラス

第三點ハ契約ノ解釋ハ其明文及ヒ成立趣旨ニ背反スヘカラス甲第二號證第三條ニハ「第一條第二條ノ料金ハ本契約有效ノ日ヨリ滿三个年每ニ左ノ數會社ノ料金ヲ比準シ雙方協議ノ上改正スルコトヲ得ルモノトス」トアレハ之ヲ解シテ三年每ニ改正シ得ルトノ單純汎博ナル規定ナリトスルハ明文ニ違反スルノミナラス亦當事者カ折角本條ヲ設ケタル趣旨ヲ無ニスルモノナリ(イ)當事者カ此規定ノミニ依リテ料金ノ改正ハ行ハレ得ルモノ且ツ改正ヲ容易ナラシムルモノト信シテ本條ヲ設ケタルハ其成立事情ニ照ラシテ知ラルヘシ乃チ甲第一號證第九條第二項「本契約實施ノ日ヨリ滿三个年經過後ニ於テ同所(京都市水利事務所ヲ謂フ)トノ價格ヲ對照シ增減アルトキハ其增減ノ比例ヲ以テ料金ノ標準ヲ定メ」ヲ本條ニ改メタルハ比例ヲ惡シトシタルニハアラテ營利會社ナラサル水利事務所ヲ對照物トスルヲ不可トシタルニ因ルモノニシテ之レニ代フルニ鹿兒島電氣株式會社等ヲ以テシタルハ當事者間ニ爭ナキ所ナリ唯前ニハ標準ハ一事務所ナルニ反シテ後ニハ數會社ナレハ增減ト云フモ四會社ハ增シ一會社ハ減スル場合モアルヘク一會社ハ增シ四會社ハ減スル場合モアルヘク單純ノ比例ニヨリ決定シ難キカ故ニ五會社ノ料金ヲ比準シテ協議改正スルコトトシタレトモ當事者カ改正ノ準據ヲ立テ改正ヲ容易ナラシムルカ爲メニ此第三條ヲ成立セシメタルハ規定其物ノ性質及ヒ前陳ノ事情ニ照ラシテ自ラ明カナリ然ルニ原院ハ五會社ノ料金ノ比準ヲ準據ノ意ナリトスレハ協議ナル語ハ無意味ニ歸スルトノ事由ニ依リ比準ヲ參考ノ義ナリトセラレタレトモ參考トスレハ改正ニ及ホスヘキ效果及ヒ其程度一切不明ト爲リ比準ハ無意味ト爲リ隨テ本條ハ單ニ三个年每ニ改正シ得ルトノ空漠タル規定ト爲ルヘシ是レ正ニ契約ノ明文及ヒ成立趣旨ト相容レサル解釋ナリ(ロ)原院ハ料金改正ニ關スル協議ノ基礎トナスヘキ標準ヲ契約ノ明文外ニ覓メ電力生產費ヲ主タル標準トセラレタリ右ハ或ハ恰好ノ基礎ナルヘキモ當事者カ之ヲ標準ト爲スニ合意シタリトセラルルニハ原院自己ノ想像ノミニテハ不可ナリ必ス證據ニ基ク推定ナラサルヘカラス而シテ比準ハ見比ヘノ意ナリトノ證言ハアルモ生產費ヲ標準トスル合意ナリシトノ證憑ハ一モアルコトナシ乃チ第三條ハ當事者カ改正ノ準據ヲ置キ之ヲ容易ニ行フカ爲メニ設ケラレタルモノニシテ其明文ハ尋常平凡ナル解釋ニ依リ其意ヲ示スニモ拘ハラス原院カ强テ條外ヨリ材料ヲ輸入シ爾モ證據ノ維持セサル推想ヲ輸入シテ施サレタル解釋ハ亦契約ノ明文及ヒ成立趣旨ヲ無視シタルモノナリト云ヒ」第四點ハ當事者カ協議ヲ爲スヘキ旨ヲ約定スル場合ニハ必ス同時ニ協議ノ標準ヲ豫定スヘキ法則アルコトナシ豫定スルモ豫定セサルモ一ニ其自由ナレハ契約カ協議ノ標準ニ付キ何等表示スル所ナキ場合ニ於テハ裁判所ハ此標準ヲ推定スルノ義務モ職權モナカルヘシ然ルニ原院ハ第三條ノ協議ノ標準ニ付キ甲第二號證ハ何等明言セサルヲ認メ乍ラ亦標準ヲ豫定スルノ必要ニ付キ何等ノ理由ヲモ說明セサルニ拘ハラス强テ電力生產費等ヲ標準ナリト推定セラレタルハ不法ナリト云フニ在リ然レトモ裁判所カ契約ヲ解釋スルニ當リ證書ノ文詞ニ拘ラス其契約ニ關スル諸般ノ證據及ヒ情狀ヲ斟

酌シテ當事者ノ合意ノ眞相ヲ探究シ如何ナル趣旨ヲ以テ契約シタルモノナルヤヲ自由ナル心證ヲ以テ判斷スルコトハ實ニ其權內ニ在ル事實認定ノ範圍ニ屬スルモノト謂フ可シ原判文ヲ通讀スルニ原院ハ甲第一號及ヒ第二號證ノ作成ニ公證人トシテ干與シタル證人藤川德成ノ證言即チ同證人カ甲第二號證作成ノ際特ニ同證第三條文案ノ意義ニ關シ疑ヲ質シ當事者雙方ノ代表者カ之ニ對シ答ヘタル趣旨ニ付テノ證言ヲ引用シ尙ホ他ノ證據ヲモ參照シテ甲第二號證第三條ニ定メタル料金改正ノ方法ハ被上告人主張ノ如ク五會社ノ料金ノ增減ヲ參考トシ當事者雙方協議ノ上改正スヘキ趣旨ニ出テタルモノト解釋シタルモノニシテ其解釋ハ固ヨリ原院ノ職權ニ屬スル所ナレハ之ヲ非難シテ上告ノ理由ト爲スコトヲ得ス而シテ原院カ甲第二號證中料金改正ニ際シ協議ノ基礎トナスヘキ標準ニ付明文ナキコトヲ認メタルニ拘ラス當事者雙方カ被上告人主張ノ如キ經濟上ノ事情ニ基キ協議ヲ遂クヘキ趣旨ヲ以テ契約シタルモノト判定シタル所以ノモノハ一面ニハ叙上ノ如ク證據ニヨリ五會社ノ料金ハ本件料金改正ニ付テ唯參考トスヘキモノタルニ止マリ專ラ之ノミニ依リテ料金ヲ定ムヘキ約旨ニアラサル事實ヲ認定シ他ノ一面ニハ甲第二號證中ノ記載ニヨリ本件當事者間ノ電力賣買ハ兩會社ノ存續中永久ニ行ハルヘキモノニシテ一方ノ都合ニ依リ之ヲ廢止シ得サルモノナルコトヲ認定シ尙ホ當事者雙方ハ何レモ營利ヲ目的トスル會社ナルコト及ヒ電力ノ卸賣値段ハ普通被上告人主張ノ如キ經濟上ノ事情ニ依リ定マルヘキモノナルコトヲ示シ以上各般ノ事實狀況ヲ彼此參照シテ契約ノ趣旨ヲ推究シタルカ爲メナルヤ判文上明白ナリ故ニ其判定ハ單純ナル一般經濟上ノ狀態ノミニ基キ臆斷シタルモノニアラスシテ諸般ノ證據ニ依リ認メタル事實ヲ參酌シテ當事者ノ眞意ヲ探究シ甲第二號證ノ契約ヲ解釋シテ本件電力供給ノ料金ヲ改正スルニ付テハ五會社ノ料金ヲ參考トスルノ外ニ尙ホ如上普通ナル經濟上ノ標準ニヨリ之ヲ定ムヘキ約旨ニ出テタルコトヲ推認シタルモノニ外ナラサレハ是レ亦原院ノ職權ニ屬スルモノト謂ハサルヲ得ス故ニ右論旨ハ亦何レモ適法ノ上告理由ト爲スニ足ラス

第五點ハ契約ノ表示セサルニ拘ハラス或事項ニ依遵スヘシトノ當事者ノ合意ヲ推定スルニハ其事項ハ法則又ハ確定ノ慣習ナラサルヘカラス而シテ利害相反スル當事者間ノ電力賣買代價カ常ニ電力生產費其他原院ノ指摘セラレタル標準ニ依テ定メラルヘシトノ法則例規ナキハ勿論亦慣習ノ存在モ證明セラレサルニ拘ハラス原院カ經濟上普通ノ狀態ナリトノ獨斷想定ヲ前提トシテ當事者ハ斯ル不定ノ事項ニ羈束セラルヘキ合意ヲ爲シタリト推定セラレタルハ不當ナリト云フニ在リ

然レトモ法令又ハ慣習上定メラレタル事項ニアラサルモ一般ノ常識ニ於テ事物ノ實驗上自明ニシテ爭フヘカラサル當然ノ條理ハ裁判所カ事實ヲ判斷スルニ付テ當事者ノ提出シタル證據方法ノ外ニ尙ホ當然之ヲ資料ト爲スコトヲ得ルモノナルヤ言ヲ俟タス從テ裁判上證據ニ依リ契約ヲ解釋シテ當事者カ世間普通ノ狀態ニ於テ或事項ノ定マルヘキ標準ヲ以テ之ヲ定ムヘキコトヲ約シタルコト明白ナル場合ニ於テハ苟モ其標準カ如上事物當然ノ條理ナルニ於テハ其約旨ニ出テタルコトヲ認ムルニ付テ必スシモ

其標準ノ當然ナル所以ノ說明ヲ要セスシテ之ヲ判斷ノ資ニ供スルコトヲ得ルモノトス而シテ凡ソ物價ハ其物ノ生產費、需用供給、卸賣値段ト小賣値段トノ關係、他諸物價ノ高低其他諸般經濟上ノ事情ニ依リ定マルヲ普通ノ狀態トスルコトハ實ニ經濟上明白ニシテ爭フ可カラサル當然ノ條理ナレハ電力ノ卸賣値段モ亦如上經濟上ノ事情ニヨリ定ムルヲ通例トスルコトハ誠ニ自明ノ事理ニ屬ス原判決ノ理由ニ電力ノ卸賣値段ハ電力ノ生產費、需用供給及小賣値段ノ增減、諸物價ノ高低其他諸般經濟上ノ事情ニヨリ定マルヲ普通ノ狀態トスル旨說示シアルハ原院ノ臆斷ニ出テタルモノニ非スシテ如上事物當然ノ條理ニ基キタルモノニ外ナラサルヤ昭乎トシテ寸疑ヲ容レス然レハ原院カ諸般ノ證據ニ依リ甲第二號證ノ契約ヲ解釋シテ當事者カ本件電力供給ノ料金ヲ改正スルニ付テハ五會社ノ料金ヲ參考トスルノ外ニ尙ホ如上事物當然ノ條理ニ屬スル標準ニ依リ之ヲ定ムヘキ約旨ニ出テタルコトヲ推認シタルハ固ヨリ違法ニアラス故ニ本論旨モ採用スルコトヲ得ス

第六點ハ原院ハ電力ノ卸直段ヲ定ムルニ付テハ其小賣直段ハ當然標準ノ一タルヘキコト乃チ相互ノ高低ハ隨伴スヘキコトヲ認メラレタリ（判決書理由ノ部第九項(ロ)印）又小賣直段ハ甲第二號證ノ成立當時ト同一ニシテ增減ナキコトヲ認メラレタリ（判決書理由ノ部第十四項）而シテ小賣直段ニ增減ナキヲ以テ卸直段ヲ增加スヘキ事由トセラレタルハ理由ニ齟齬アルノミナラス亦事理ヲ誤マリタルモノナリト云フニ在リ

然レトモ原院ハ本件電力供給ノ料金ヲ改正スルニ付テハ五會社ノ料金ヲ參考シ尙ホ電力ノ生產費、需用供給及小賣値段ノ增減、諸物價ノ高低其他諸般經濟上ノ事情ヲ參酌シテ之ヲ定ムヘキ契約ナルコトヲ認定シタルモノニシテ決シテ單ニ小賣値段ニ增減ナキノ故ヲ以テ卸賣値段ヲ增加スヘキコトヲ判定シタルモノニ非ス又卸賣値段ト小賣値段トノ高低カ必然相互ニ比例隨伴スヘキモノナルコトヲ判示シタルモノニモ非サレハ本論旨ハ原判旨ニ副ハサル非難タルヲ免レス而シテ原院カ本訴請求額ノ當否ヲ定ムル理由トシテハ電力ノ小賣値段ニ增減ハナキモ其生產費及需用供給等ヲ參照シテ料金ノ增額ヲ適當ト認ムヘキ旨判示シタルモノナレハ毫モ所論ノ如キ違法アルコトナシ

以上說明スルカ如ク本件上告ハ適法ノ理由ナキヲ以テ民事訴訟法第四百三十九條第一項ニ依リ主文ノ如ク判決スルモノナリ

○山林賣買代金請求事件ニ關スル主參加ノ件

明治四十二年(ヲ)第八十六號
明治四十二年三月二十九日第二民事部判決

◎判決要旨

一甲者カ山林ノ賣主乙者ヨリ賣買代金ノ債權ヲ讓受ケタリト主張シ主參加訴訟ニ於ケル確認ノ請求

テ買主タル丙者ニ對シ其全額引渡請求ノ訴訟ヲ提起シタル場合ニ於テ丁者カ右代金ハ眞正ノ所有者タル戊者ニ其引渡ヲ求メ得ヘキ權利アリトシ戊者ニ對スル債權ニ基キ轉付命令ヲ受ケ甲丙兩者ヲ共同被告トシテ丙者ニ一分ノ支拂ヲ請求シ且甲者ニ對シテ之カ確認ヲ請求スルハ違法ニ非ス

第一審　福岡地方裁判所久留米支部　第二審　長崎控訴院

上告人　下川壽泰外一名　訴訟代理人　岡崎正也

被上告人　田代泰一

右當事者間ノ山林賣買代金請求事件ニ關スル主參加事件ニ付長崎控訴院カ明治四十一年十二月十一日言渡シタル判決ニ對シ上告人ヨリ全部破毀ヲ求ムル申立ヲ爲シタリ

判決

本件上告ハ之ヲ棄却ス

理由

上告理由第一點ハ上告人等カ原審ニ於テ主張セル「本件山林賣却代金ハ果シテ被上告人主張ノ如ク訴外稻益庄三郎カ上告人株式會社六十一銀行ニ對スル債權ニシテ被上告人ハ轉付命令ニ依リ該債權ヲ取得シタルノ事實ナリトセハ被上告人ハ右六十一銀行ニ對シ之カ引渡ヲ請求シ得可ク上告人下川壽泰ニ對シテ右債權關係ノ確認ヲ求ムルノ必要ナキカ故ニ上告人壽泰ニ對スル確認ノ請求ハ其當ヲ得サルモノニシテ從テ本訴主參加ノ訴ハ不適法ノモノナリ」トノ抗辯ニ關シ其理由第一ニ於テ(前畧)「一面銀行ニ對シ支拂ヲ求メ一面下川ニ對シ同人ノ權利ニアラスシテ被控訴人ノ權利ナルコトヲ認メシメントスルモノナルコトハ其訴旨ニヨリ明瞭ナリ而シテ斯ノ如キ場合ニ於テハ下川ノ銀行ニ對スル請求ノ訴カ一旦勝訴ノ判決ヲ受ケ執行セラレタランニハ場合ニ依リ銀行ハ債權ノ準占有者ニ對スル善意ノ支拂トシテ被控訴人ニ對スル債務ヲ免カルルカ如キ虞ナシトセサレハ被控訴人カ下川ニ對スル確認請求ノ必要アルヤ勿論ニシテ從テ本訴主參加ノ訴ハ不適法ニ非ス」云云ト判示セラレタリ然レトモ本件山林賣却代金請求ノ權利カ元來稻益庄三郎ノ享有ニ屬シ而シテ被上告人ハ適法ノ轉付命令ニ依テ該權利ヲ取得シタルノ事實ナリトセハ上告人六十一銀行カ縱令善意ヲ以テ上告人壽泰ニ右賣却代金ノ支拂ヲ爲スコトアリトスルモ被上告人ノ轉付命令ニ依テ取得セル右權利ニ何等ノ消長ヲ來スヘキノ謂レナク上告人六十一銀行ハ被上告人ニ對シ依然トシテ右賣却代金支拂ノ義務ヲ負擔シ上告人壽泰ニ對シテ拂渡シタル金員ニ付テハ民法第七百三條ノ規定ニヨリ不當辨濟ヲ原因トシテ之カ返還ヲ求ムルヲ得可シ而シテ素ト確認ノ訴ハ係爭ノ權利關係ヲ即時ニ確定スルニ付法律上正當ノ利益ヲ有シ即チ判決ヲ以テ其權利關係ヲ確定セサルトキハ該權利ノ存在又ハ實行ニ付危害ヲ受クルノ虞アル場合ニ非サレハ之ヲ許

ス可キモノニ非サルコト御院判例ノ屢〻示サルル所ナルヲ以テ前陳ノ如ク法律上何等ノ利益ヲ有セサル右被上告人ノ確認請求ハ當然許サル可キモノニ非スシテ從テ本訴主參加訴訟ハ不適法トシテ却下サル可キモノナルニ不拘原判決カ何等法規ノ據ル所ナク漫然六十一銀行ハ債權ノ準占有者ニ對スル善意ノ支拂トシテ被上告人ニ對スル債務ヲ免ルルノ虞アリトシテ本件主參加訴訟ヲ認容セラレタルハ法則ノ適用ヲ誤リタル不當ノ裁判ナリト云ヒ」第二點ハ確認ノ訴ナルモノハ當事者間ニ於ケル權利關係ノ存否ニ付其當事者ノ一方カ他ノ一方ニ對シ之カ存否ノ確認ヲ求ムルノ訴ニシテ權利關係ノ當事者以外ノ第三者ニ對シテ之カ確認ヲ求ムルノ訴ヲ許シタルノ法規ナキハ勿論我國判例ノ之ヲ認ムルモノナク替言スレハ確認ノ訴ヲ以テ其存否ノ確認ヲ求メントスル權利關係ハ其當事者間ニ於ケル權利關係ニ限ラルルモノト謂ハサル可カラス然ルニ本件被上告人カ上告人壽泰ニ對シテ其存在ノ確認ヲ求メントスル事項ハ被上告人ヨリ上告人六十一銀行ニ對スル山林賣却代金支拂請求ノ權利ニシテ即チ被上告人ト六十一銀行間ノ權利關係ニ過キサレハ上告人壽泰ハ確認ノ目的タル該權利關係ニ付全ク第三者ノ地位ニアルコト極メテ明瞭ナルカ故ニ右被上告人ノ確認請求ノ訴ハ不適法ノモノニシテ從テ本件主參加訴訟モ亦當然棄却セラル可キ筈ナルニ事茲ニ出テサル原判決ハ是亦確認訴訟ニ關スル法理ヲ誤解セル違法ノ裁判ナリ而シテ主參加ノ訴ナルモノハ主參加人カ本案訴訟ノ原被當事者雙方ニ對シ其權利ヲ主張シ得ヘキ場合ニ限リ特ニ許サルヘキモノナル事ハ論ナキ所ナレハ既ニ右ノ點ニ關シ瑕瑾アル以上ハ御院ニ於テ直ニ本件主參加ノ訴ヲ全部棄却セラルヘキ筋合ナリト思考スト云フニ在リ

然レトモ本件ニ於テ原院ノ確定セル所ニ依レハ上告人下川壽泰ハ本件山林賣買代金ニ付山林所有者豐田長次郎ヨリ債權ヲ讓受ケタリトテ上告人第六十一銀行ニ對シ其全部即チ一万三千五百圓ノ引渡請求ノ本訴訟ヲ提起シ目下繫屬中ニ係レリ而シテ被上告人ハ右山林賣買代金ハ眞正ノ所有者稻益庄三郎カ上告人第六十一銀行ニ對シ引渡ヲ求メ得ヘキモノトシテ庄三郎ニ對スル債權ニ基キ轉付命令ヲ得テ同銀行ニ對シ其一分即チ一万千五百圓ノ支拂ヲ請求シ上告人下川壽泰ニ對シテハ之カ確認ヲ請求スルニ在レハ上告人下川壽泰又ハ被上告人ノ上告人第六十一銀行ニ對スル各主張ハ同一權利ヲ伸張セントスルモノニシテ其請求ノ目的モ彼此相牴觸シ上告人下川壽泰カ本訴訟ニ於テ勝訴ノ判決ヲ受ケ執行シタランニハ被上告人ハ上告人第六十一銀行ニ對シテ再ヒ辨濟ヲ請求スルコトヲ得サルヲ以テ本件ハ主參加訴訟ノ要件ヲ缺クモノト謂フ可カラス且ツ斯ノ如キ場合ニ於テ上告人下川壽泰ニ對シテ被上告人ト上告人第六十一銀行間ノ權利關係ヲ即時ニ確定セシムルニ於テ被上告人カ法律上ノ利益ヲ有スルコト喫然タリ然レハ原院カ本件主參加訴訟ノ不適法ニ非サルコトヲ判示シタルハ適當ニシテ本論旨ハ孰レモ理由ナシ

同第三點ハ原判決ハ其理由第二ニ於テ「各控訴人ハ民法第百四十五條ノ所謂時效ヲ援用スルヲ得ルノ當事者ニアラサルノミナラス云云(中畧)時效中斷ノ有無ニ付キ判斷スルノ必要ナク即チ商行爲ナリト

ノ前提ニ基ク本抗辯モ理由ナシトス」云云ト判示シ以テ被上告人カ稻益庄三郎ニ對シテ有スル丙第一號證ノ債權ハ商行爲ニヨリ生シタルモノニシテ既ニ時效ニ依テ消滅シタリトノ上告人ノ抗辯ヲ排斥セラレタリ然レトモ時效ニ依テ其利益ヲ享受ス可キモノハ民法第百四十五條ノ規定ニヨリ何人ト雖モ之ヲ援用シ得ヘキ筋合ニシテ同條ノ所謂當事者トハ唯獨リ時效ニ依テ直接ニ權利ヲ得義務ヲ免ルルモノノミニ非スシテ其者ノ承繼人、連帶債務者、保證人、債權者、債務者其他時效ノ利益ヲ受クヘキモノハ總テ之ヲ包含スルノ法意ナリト解スルヲ相當トス（御院明治三十八年（オ）第三五五號同年十一月二十五日第一民事部判決參觀）而シテ上告人六十一銀行ハ稻益庄三郎ニ對シテ係爭山林賣却代金支拂ノ義務ヲ負擔シ即チ被上告人ノ庄三郎ニ對スル丙第一號證ノ債權ニ關シテハ第三債務者ノ地位ニアリ又上告人壽泰ハ訴外豐田長次郎ヨリ係爭山林賣却代金ノ請求權ヲ讓受ケテ被上告人ノ權利ト相容レサル權利ヲ有スルコトヲ主張スルモノニシテ共ニ時效ノ利益ヲ享受スヘキモノナレハ民法第百四十五條ノ當事者ナルコト頗ル明瞭ナルニ不拘原判示カ前示ノ如ク上告人等カ時效ヲ援用シ得ルノ當事者ニ非スト判定セラレタルハ法則ヲ不當ニ適用シタル違法ノ裁判ナリト云ヒ」第四點ハ又原判決ハ右時效ノ抗辯ニ關シテ「被控訴人カ石炭商ナルコトハ爭ナク而シテ甲第十三號證ノ一被控訴人ト稻益庄三郎間ノ金員貸借公正證書カ同號證ノ二同人間ノ石炭販賣委託契約公正證書ト同日ニ作成セラレタルコトト貸金ノ返濟期ト販賣契約ノ終了期ト同時ナルコト貸金ノ返濟方法カ石炭ノ代金ヨリ逐時支拂ハルルコト等ノミニヨリテハ被控訴人ノ金員貸付カ石炭代金ノ前渡ナリト認ムルヲ得サルヲ以テ時效中斷ノ有無ニ付判斷スルノ必要ナク即チ商行爲ナリトノ前提ニ基ク本抗辯モ理由ナシトス」云云ト說示セラレタリト雖モ被上告人カ石炭商人ナルコトハ當事者間ニ爭ナク原判決モ亦既ニ其事實ヲ認ムル以上ハ本件丙第一號證（甲第十三號證ノ一ニ當ル）ノ金員貸借ノ契約ハ商法第二百六十五條第二項ノ規定ニヨリ反證ナキ限リハ被上告人ノ營業ノ爲メニナシタルモノト推定セラレ從テ同條第一項ノ適用ニ依テ商行爲タルコト誠ニ明白ナリトス而カモ原判決カ商行爲ニ非サルコトヲ認メントセハ反對ノ證據ニ依リ其營業ノ爲メニシタルモノニ非ル事ヲ說明セサル可カラス然ルニ前示ノ如ク原判決ハ單ニ上告人ノ提出セル證據ニ依テハ右丙第一號證ノ金員貸付カ石炭代金ノ前渡ト認ムルヲ得ストノ一事ヲ以テ輙スク商行爲ニ非ルモノト判斷セラレタルハ即チ前示法則ノ適用ヲ遺脫シ且ツ立證ノ責任ヲ轉倒シテ理由不備ノ瑕瑾ニ陷リタル不當ノ裁判ナリト云フニ在リ

然レトモ原判決ハ被上告人ノ稻益庄三郎ニ對スル金員貸借ヲ以テ石炭代金ノ前渡ト認メス即チ通常ノ金員貸借ニシテ石炭商人カ其營業ノ爲メニスル行爲ニ非サル理由ヲ判示シ商事時效ヲ適用ス可カラサルコト勿論ナルヲ以テ上告人等カ時效ヲ援用シ得ル當事者タルト否トヲ問ハス原院カ上告人等ノ抗辯ヲ排斥シタルハ相當ナリ故ニ本論旨ハ孰レモ理由ナシ

同第五點ハ又原審ニ於ケル被上告人ノ主張ハ「稻益庄三郎カ園田助夫ノ名義ヲ以テ岡野藏吉ヨリ係爭

山林ヲ買受ケタル際甲第一號證ノ契約ヲ結ヒ將來該山林賣却ノ場合ニ於ケル其ノ代金分配方法ヲ定メ(一)庄三郎ヘ金六千圓ヲ支拂フコト(二)金五千六百圓ハ庄三郎ヨリ六十一銀行ニ對スル債務ノ擔保トシテ同銀行ヘ預置クコト(三)宮原雄藏ニ純益金ノ十分ノ三ヲ支拂フコト(四)右支拂殘金ハ六十一銀行ヨリ庄三郎ニ對スル債權ノ殘額ニ充當シ尚殘餘アレハ庄三郎ニ支拂フヘキコトトナレリ然ルニ係爭山林賣却前ニ於テ右六十一銀行カ庄三郎ニ對スル債權ハ辨濟又ハ免除等ニ依リ既ニ消滅シタルヲ以テ銀行ハ金五千六百圓ヲ留置スルノ權利ナク又宮原雄藏ニ支拂フ可キ純益金存セサルニヨリ庄三郎ニ於テ該賣却代金ノ全部ヲ受取ルノ權利アリ」ト謂フニアリテ（第一審訴狀請求原因三、四ノ記載參照）上告人ハ之ニ對シ「右甲第一號證契約ノ當事者ハ豐田長次郎ニシテ庄三郎ニ非ス而シテ右契約ハ其後長次郎ニ於テ賣却代金ノ七分、六十一銀行ハ其三分ヲ取得スルコトニ變更セラレタルヲ以テ六十一銀行ハ右賣却代金受取濟ノ分即チ金一万千五百圓ノ中金八千四百五十圓ヲ長次郎ノ讓受人ナル下川壽泰ニ引渡シ其殘餘ハ銀行カ庄三郎ニ對スル債權ノ内ニ充當シタルモ該銀行ノ債權ハ未タ消滅シタルモノニ非ル事」ヲ主張シタリ（原審口頭辯論調書及準備書面參照）故ニ(一)上告人主張ノ如ク甲第一號證契約成立後ニ於テ該契約ノ變更セラレタル事實アリヤ否ヤ(二)又若シ斯ル事實ナシトスルモ果シテ被上告人主張ノ如ク六十一銀行ノ債權カ係爭山林賣却前既ニ辨濟又ハ免除等ノ事由ニ依リ消滅シタルモノナリヤ否ヤハ實ニ本件主要ノ爭點ナリトス何トナレハ甲第一號證ノ分配契約ハ其後變更セラレタル事ナク又六十一銀行ヨリ庄三郎ニ對スル債權カ免除辨濟等ニ依テ消滅シタル事ナク今尚ホ依然存續スルモノナリトセハ右分配契約ノ趣旨ニ依リ六十一銀行ハ山林賣却代金ノ内金五千六百圓ヲ右債權ノ擔保トシテ留置スルノ權利ヲ有シ從テ庄三郎ノ承繼人タル被上告人ハ同銀行ニ對シテ該代金ノ全部ヲ請求スルノ權利ヲ有セサルハ事理ノ當然ナレハナリ然ルニ原判決ハ右第一ノ爭點ニ付テハ其理由ノ第四ニ於テ斯ル變更契約ノ存在セサル事ヲ判定セリト雖モ第二ノ爭點タル六十一銀行ノ債權カ免除又ハ辨濟ニ依テ消滅シタルノ事實アリヤ否ヤノ點ニ關シテハ何等ノ判斷ヲ與フルコトナク其末段ニ至テ「此ノ如クシテ控訴銀行カ本訴山林賣買ニヨリ得タル代金一万一千五百圓ハ稻益庄三郎ノ取得スヘキ權利即チ庄三郎カ銀行ニ對シ引渡ヲ求メ得ヘキ債權ナリト認ムル以上ハ被控訴人カ庄三郎ニ對スル債權ニ基ツキ轉付命令ヲ受ケ控訴人間ニ爭フ所ノモノニ付主參加トシテ本訴請求ヲ爲スハ至當ニシテ控訴人ノ各抗辯ハ排斥スヘキモノトス」云云ト判示セラレタルハ主要ノ爭點ヲ遺脫シ未タ其審理ヲ盡サスシテ濫ニ被上告人ノ請求ヲ容レラレタル不法ノ裁判ニシテ結局破毀セラルル可キモノト思料スト云フニ在リ然レトモ原判決カ上告人等ノ主張ニ係ル變更契約ノ存在セサルコトヲ判示シタルハ本論旨ノ認ムル如クナリ而シテ上告人等ハ原院ニ於テ變更契約ナシトスルモ上告人第六十一銀行ノ債權カ免除又ハ辨濟ニ因リテ消滅シタルコトナク山林賣却代金ノ内金五千六百圓ハ債權ノ擔保トシテ留置スル權利アル旨ヲ主張シタルモノニアラス然レハ原院カ右債權ノ消滅シタルヤ否ヤヲ審究スルコトナク論旨摘錄ノ如

ク判示シタルハ本論旨ノ如キ不法アルモノニアラス

以上説明ノ如クナルヲ以テ民事訴訟法第四百三十九條第一項ニ依リ主文ノ判決ヲ與フルモノナリ

○養子離縁請求ノ件

明治四十二年(オ)第七十三號
明治四十二年三月三十日第一民事部判決

◎判決要旨

一子ニシテ父母ノ命ニ從ハス其言自己ノ意ニ適セサレハ之ヲ罵ルニ馬鹿ヲ以テスルカ如キハ宥恕スヘキ事情存セサル限リ父母ニ對シテ重大ナル侮辱行爲ヲ構成スルモノトス(判旨第一點)

一養子カ養父ニ對シテ不當ノ要求ヲ爲シ之ヲ法廷ニ爭ヒ一審ニ於テ敗訴シタルニ拘ハラス尚ホ無益ノ上訴ヲ敢テスルカ如キハ縱令他人ノ爲メニシタル場合ト雖モ人道ニ反スルノ甚シキモノニシテ家名ヲ汚瀆セル行爲ナリトス(判旨第二點)

第一審　山形地方裁判所　第二審　宮城控訴院

上告人　皆川傳藏　訴訟代理人　假田宏作
被上告人　皆川安之助　外一名

右當事者間ノ養子離縁請求事件ニ付宮城控訴院カ明治四十一年十二月二十三日言渡シタル判決ニ對シ上告人ヨリ一部破毀ヲ求ムル申立ヲ爲シタリ

判決

本件上告ハ之ヲ棄却ス

理由

上告論旨第一點ハ上告人カ六七年以來被上告人ノ不興ヲ受ケ和熟ヲ缺キタルコトハ本訴ヲ提起セラレタル事實ニ依リ明ナリ但タ被上告人ノ主張シ或證人ノ供述スルカ如キ行爲ハ實ニ之ヲ爲シタルニ非サルモ今敢テ之ヲ爭ハス若シ證人ノ供述スルカ如キ事實アリトスレハ其ノ離縁ノ原因ト爲ルコト甚タ明白ナレトモ原院モ此證言ヲ採用シタルニ拘ラス其供述全部ノ事實ヲ認メスシテ「被控訴人ハ控訴人等ノ命ニ從ハス兩親ノ言語已ノ意ニ適セサルコトアルニ於テハ馬鹿親父婆抔呼ハルコトアル事實」ノミヲ認メラレタリ命ニ從ハサルノ子道ニ悖ルハ勿論ナルモ直チニ侮辱ナリト斷スルコトヲ得ス馬鹿親父婆抔鄙猥ノ言ヲ弄スルノ尊屬親ニ對スル侮辱タルハ亦勿論ナルモ其侮辱ノ重大ナリヤ否ヤハ鄉黨ノ習俗當事者ノ位置分限境遇等ヲ參酌シテ之ヲ認定スヘク單ニ此ノ如キ言語ノミヲ以テ侮辱ノ重大ナルモ

判旨第一點

ノトスルハ酷ニ失スルノ嫌ナシトセス即チ原判決ハ侮辱ノ重大ナルモノアリトスルニ十分ナル理由ヲ具セサル不法ノ判決ナリト云フニ在リ

然レトモ子トシテ父母ノ命ニ從ハス其言己ノ意ニ適セサレハ之ヲ罵ルニ馬鹿ヲ以テスルカ如キハ宥恕スヘキ事情ノ存セサル限リハ父母ヲ侮辱スルノ重大ナルモノト謂フ可シ故ニ原院カ上告人ノ其養父母ニ對スル如上言行ヲ以テ重大ナル侮辱ナリト判示シタルハ理由不備ニ非ス

上告論旨第二點ハ上告人カ執達吏ヲシテ抵當權ヲ滌除スヘキ通知ヲ爲サシメタル結果被上告人ヨリ辨濟提供シタルニ債權ハ其金額以上ナリトシテ受領セス爲メニ被上告人ヨリ訴訟ヲ提起サレ敗訴ノ判決ニ對シテハ控訴及上告ヲ爲シタルハ上告人カ爭ハサル事實ナリ若シ此事實ハ被上告人主張ノ如ク被上告人ニ對シ金員ヲ騙取セントスルノ意ニ出テシモノナリトセハ家名ヲ汚スヘキ行爲タルヤ疑ヲ容レスト雖モ原判決ハ被上告人ノ主張ヲ認メスシテ上告人ノ要求ハ失當ナリト認メラレタリ執達吏ヲシテ失當ノ要求ヲ通知セシメ訴訟ヲ提起サルルニ及ヒ前要求ヲ固執シテ應訴シ且上訴スルモ亦子道ニ悖ルコトナシト云フ可ラス然レトモ若シ其債權ニシテ上告人主張ノ如ク他人ノ爲メニ管理スルモノニ係ラシメハ假令十分ナル證據ナクモ其債權ヲ保全スル爲メニ終審マテ爭フコト他人ニ對スル場合ニ於テハ當然ノコトタルト同時ニ尊屬親ニ對シテモ宥恕スヘキ情狀ナシトセス其他要求ト應訴ノ時期等ニ依リ家名ヲ汚ス行爲トナラサルハ勿論侮辱ナリトスルモ重大ノ度ニ達セサルコトアリ然ルニ原院カ前述ノ爭ハサル事實ノミヲ以テ直ニ侮辱ノ重大ナルモノニシテ且家名ヲ汚瀆スル行爲ト斷定シ債權ノ性質訴訟ノ時期等ヲ參酌セサルハ是又離緣ノ法定原因ナリトスルニ十分ナル理由ヲ具セサル不法ノ判決ナリト云フニ在リ

判旨第二點

然レトモ上告人カ縱令他人ノ爲メナルニモセヨ其養父ニ對シ不當ノ要求ヲ爲シ之ヲ法廷ニ爭ヒ一審ニ於テ敗訴シタルニ拘ラス尙無益ノ上訴ヲ敢テシタルハ人道ニ反スルノ甚シキモノニシテ家ニ斯ル不道ノ行ヲ爲ス者アルハ家門ノ汚辱トスル所ナレハ原院カ其行爲ヲ目スルニ家名ノ汚瀆ヲ以テシタルハ理由不備ニ非ス原院ハ右行爲ヲ以テ養父ニ對スル重大ナル侮辱ナリトセス隨テ其點ヨリ觀テ離緣ノ原因トナササリシコトハ判文上明瞭ナレハ之ニ關スル論旨ハ判旨ニ副ハサルモノトス

上來説明ノ如ク本上告ハ一モ適法ノ理由ナキヲ以テ民事訴訟法第四百三十九條第一項ニ依リ主文ノ如ク判決ス

○抵當權登記抹消及地上權抹消登記回復假登記抹消請求ノ件

明治四十二年(ナ)第十二號
明治四十二年三月三十一日第二民事部判決

◎判決要旨

一不動産登記法第七條第二項ハ登記權利者カ假登記ヲ爲シタル後登記義務者ヲシテ本登記ヲ爲サシメントスル場合ニ於テモ兩者間ノ法律關係確定シテ正當ノ登記原因存在スルモノト認メラルルトキハ第三者ニ對シ假登記ノ順位ニ於テ登記ノ效力ヲ發現セシムル法意ナリトス

(參照)假登記ヲ爲シタル場合ニ於テハ本登記ノ順位ハ假登記ノ順位ニ依ル(不動産登記法第七條第二項)

第一審　大阪地方裁判所　第二審　大阪控訴院

上告人　日野嘉三郎　訴訟代理人　(大橋誠一 / 菊池佩二 / 吉田音松)

被上告人　坪井嘉作　訴訟代理人　武田貞之助

右當事者間ノ抵當權登記抹消及地上權抹消登記回復假登記抹消請求事件ニ付大阪控訴院カ明治四十一年十一月十三日言渡シタル判決ニ對シ上告人ヨリ全部破毀ヲ求ムル申立ヲ爲シ被上告人ハ上告棄却ノ申立ヲ爲シタリ

判決

本件上告ハ之ヲ棄却ス

上告ニ係ル訴訟費用ハ上告人之ヲ負擔ス可シ

理由

上告理由ハ原判決ハ假登記ノ效力ヲ本登記ト同視シ本登記ト同一ニ第三者ニ對抗シ得ヘキモノト誤判シ此論據ニ依ツテ上告人ニ敗訴ノ判決ヲ言渡サレタルモ元來假登記ノ性質タルヤ單ニ順位留保ノ點ノミニ付效力ヲ生スルモノナルコトハ不動産登記法上自明ノ理ナルニ原院カ「何時ニテモ本登記ヲナストキハ不動産登記法ノ規定ニ依リ所有權移轉假登記ノ日ヨリ所有權者トシテ第三者ニ對抗シ得ヘキハ勿論ナルノミナラス民法第百七十七條ニハ假登記タルト本登記タルトヲ區別セサルヲ以テ假登記モ亦民法第百七十七條ニ所謂登記ニ外ナラサルニ由リ係爭地ノ所有權移轉ノ假登記ヲナシタル控訴人(被上告人)ハ其移轉ヲ以テ第三者タル被控訴人(上告人)ニ對抗シ得ヘキヲ以テ既ニ抵當權ニ由リ擔保セラレタル債權ヲ辨濟シタルニ拘ハラス無效ノ登記殘存セハ控訴人ニ對シ不利益ナルニ付之カ抹消ヲ請求シタルハ相當ナリ」ト釋明シ全然假登記ナルモノノ效力ヲ絶對無限ニ認識セラレタルハ頗ル不當

ニシテ若シ夫レ原院ノ見解ヲシテ正鵠ヲ得タルモノトセン乎終ニ假登記ト本登記トヲ區別シタル立法ノ趣旨那邊ニ存スルヤ得テ知ルヘカラス要之不法タル判決ヲ免レスト云ヒ」同補充第一點ハ原判決理由中「民法第百七十七條ニハ假登記ト本登記タルトヲ區別セサルヲ以テ假登記モ亦民法第百七十七條ニ所謂登記ニ外ナラサルニ依リ係爭地ノ所有權移轉ノ假登記ヲナシタル控訴人ハ其移轉ヲ以テ第三者タル被控訴人ニ對抗シ得ヘキヲ以テ云云(中略)之カ抹消ヲ訴求シタルハ相當ナリ」ト判示セラレタリ然レトモ假登記ト本登記トハ其效力ヲ異ニスルコトハ不動產登記法ニ因ルモ之ヲ明知スルヲ得ヘシ若シ原院ノ如ク假登記カ本登記ト同一ノ效力アリト解スルトキハ登記法上此兩者ヲ區別シタル法意ハ全然沒却サルヘク殊ニ假登記ノ如ク不完全ナル條件ニテ登記權利者ト稱スル一方ノ者ノ申請ニ依リ爲シタル假登記カ常ニ本登記ト同一ナリトスルハ頗ル矛盾ノ理論ナリ不動產登記法第二條ニ因ルモ凡ソ假登記ハ後日ニ至リ本登記ニ變シタル場合ニ於テ假登記ヲナシタル日ヨリ本登記ト同一ノ效力ヲ有スヘク換言セハ登記ノ順位ヲ保全スルノミノ效力ヲ有スルモノト斷スヘキナリ然リ而シテ民法第百七十七條ノ登記中ニハ假登記ヲ包含スト解スルモ尙如上ノ論旨ハ妨ケラルルコトナシ何トナレハ假登記ヲナシタルモノハ順位ノミヲ保全スル上ニ於テ本登記ト等シク第三者ニ對抗シ得ルノ效果アレハナリ故ニ本件假登記權利者タル被上告人ハ本登記ヲナサスシテ第三者タル上告人ニ對抗スルコト能ハサルモノト論斷スルヲ相當トスヘシ第一審ニ於テハ上告人ノ右ノ論旨ヲ採用セラレタレトモ原院ハ假登記モ登記ナリ第三者ニ對抗スルニ於テ何等本登記ト異ル所ナキトノ見解ヲ以テ上告人ノ抗辯ヲ排斥シタル不法アリト云ハサルヲ得スト云ヒ」第二點ハ原判決理由中「被控訴代理人ハ抵當權抹消手續ハ不能ナル旨抗辯スレトモ前述ノ如ク控訴人カ係爭地ノ所有者トシテ被控訴人ニ對抗シ得ルモノト認ムル以上ハ控訴人ハ登記法上ノ登記權利者ニ外ナラサルヲ以テ決シテ手續不能ナリト云フヲ得ス」ト判示セラレタリ然レトモ第一點ニ於テ論スル如ク假登記ハ順位ヲ保持スルノミノ效力ヲ有シ本登記ト同一ノ效力ニ非ス故ニ假登記權利者ヲ登記法上ノ登記權利者トシ登記手續ノ申請ヲナスモ登記官吏ニ於テ之ヲ採用スヘキモノニ非ス又從來ノ登記取扱例ニ於テ如此登記申請ヲ受理セサルナリ故ニ假登記權利者タル被上告人ニ於テ上告人ニ對シ抵當權抹消ノ登記ヲ强要スルモ登記手續ノ不能ナルコト明ナリトス原院ハ假登記ヲ本登記ト同一ナリト解シタル結果上告人ノ本抗辯ヲ排斥シタルハ不法ナリト云フニ在リ

因テ按スルニ假登記ハ不動產ニ關スル權利ノ得喪變更ニ付キ登記義務者カ登記ヲ爲スコトヲ承諾セサル場合ニ於テ登記權利者單獨ノ申請ニテ之ヲ爲スコトヲ得ヘキモノナレハ不動產登記法第七條第二項ハ假登記ノ後本登記ノ爲サレタル場合ニ於テ本登記ノ順位ヲ假登記ノ順位ニ依ラシムルハ勿論登記權利者カ後ニ本登記ヲ爲サシメントスル場合ニ於テモ苟モ登記義務者トノ法律關係確定シテ正當ノ登記原因存在スルモノト認メラルル以上ハ第三者ニ對シテ假登記ノ順位ニ於テ登記ノ效力ヲ發現セシムルモノト解釋スルヲ相當トス（明治三十七年(オ)第一四三號事件同年四月二十日言渡第二民事部判決參

照）然ラサレハ登記義務者カ第三者ニ對シテ更ニ不動產ノ所有權ヲ移轉シ若クハ其他ノ權利ヲ設定シテ登記ヲ了シタル場合ニ於テ最前ノ登記權利者ハ假登記ニ依ル自己ノ權利ヲ以テ第三者ニ對抗シ其登記ヲ抹消セシメ登記義務者ヲシテ本登記ヲ爲サシムルニ由ナキ結果ヲ生スヘシ是レ豈ニ法律カ假登記ヲ認ムル精神ナランヤ故ニ原院カ本件被上告人ニ於テ眞實係爭地ヲ讓受ケ何時ニテモ本登記ヲ爲シ得ヘキ地位ニ在ルコトヲ確定シ假登記モ亦民法第百七十七條ニ所謂登記ニ外ナラスト判示シ第三者タル上告人ニ對抗セシメタルハ適當ニシテ本論旨ハ孰レモ採用スルニ足ラス

同第三點ハ原判決理由中「被控訴人カ讓受ケタル移轉登記ノ抹消ヲ求ムル旨申立テタレトモ是レ用語ノ不穩當ナルニ過キス結局係爭地所ニ對シ設定シアル抵當權ノ抹消ヲ求ムルニ外ナラサルモノト認ム」ト判示セラル然レトモ移轉登記ノ抹消ヲ求ムルハ決シテ用語ノ不穩當ニ非ス何トナレハ不動產登記法上移轉登記ナルモノ存在スレハナリ故ニ被上告人ハ正當ナル用語ヲ以テ移轉登記ノ抹消ヲ求メツツアルナリ原院ハ被上告人ノ主張セサル申立ヲ獨斷的ニ先決シ直ニ用語ノ不穩當ノ下ニ上告人ニ對シ抵當權ヲ抹消スヘキモノナリト命シタルハ違法ナリト云フニ在リ

然レトモ原院ハ被上告人ノ一定申立ヲ解釋シテ係爭地所ニ對シ設定シアル抵當權ノ登記抹消ヲ求ムルモノニシテ上告人カ讓受ケタル移轉登記ノ抹消ヲ求ムルモノニ非サル旨ヲ判示シタルモノナレハ當事者ノ申立以外ニ出テタル不法アルコトナシ

同第四點ハ地上權抹消登記回復假登記抹消請求ノ點ニ付テ原判決ハ「當時訴外三谷仙吉カ係爭地ノ所有者トシテ假登記ヲナセルニ付前顯說明ノ如ク同人ハ係爭地ノ所有者トシテ第三者ニ對抗シ得ヘク訴外浪次郎ハ所有者ニ非ルヲ以テ被控訴人カ所有者ニ非ル訴外浪次郎トノ契約ニ依リ設定シタル地上權ハ無效ナルニ付云云（中略）其設定ノ登記ヲ取消スヘキ義務ヲ有ス」ト判示セラレタリ然レトモ上告人ハ明治三十八年十一月三十日係爭地所ニ付本登記權利者タル訴外大川浪次郎ト地上權設定ノ契約（甲一號乙六號）ヲナシ其地代ヲ明治四十一年四月迄ノ先拂ヲナシタルモノナルヲ以テ上告人ノ地上權ハ今尙存在シ他ヨリ障碍ヲ受クヘキモノニ非ス假登記ハ第一點ニ於テ論スル如ク順位上ノ效力ニ止マリ訴外三谷仙吉ノナシタル所有權移轉ノ假登記カ本登記ニ變更セラレタル場合ニ於テ初メテ上告人ノ地上權カ抹消サルヘキ筋合ナレトモ所有權移轉ノ未確定ナル假登記ヲナシ之ニ基キテ不動產登記法上ノ登記權利者トシテ上告人ノ地上權ヲ云爲スルハ法律ノ許ササル所ナリ原院ハ假登記ヲ以テ本登記ト同一ニ看做シタル結果上告人ノ地上權ヲ無效ナルモノト判斷シ之ニ因テ上告人ノ抗辯ヲ排斥シタルハ違法ナリト云フニ在リ

然レトモ原判決ハ訴外三谷仙吉カ係爭地ノ所有權ヲ讓受ケテ假登記ヲ爲シタル事實竝ニ上告人カ係爭地ノ所有者ニ非サル訴外大川浪次郎トノ契約ニ因リ設定シタル地上權ハ無效ナル旨ヲ判示シ而シテ假登記ノ效力ニ付テハ前數點ニ對スル說明ノ如クナルヲ以テ上告人ニ對シ地上權抹消登記回復假登記ノ

抹消ヲ命シタル原判決ハ本論旨ノ如キ不法アルモノニアラス

同第五點ハ原判決理由中「假リニ甲一號證ニ記載セル明治三十九年十一月二十三日ノ地上權拋棄登記カ僞造ノ申請書ニ依リ爲サレタリトスルモ其根元タル明治三十八年十一月三十日ノ地上權設定登記ニシテ取消スヘキモノナル以上ハ其後ノ地上權抹消登記回復ノ假登記ハ其根元ヲ失シ之ヲ回復スヘキ理由存在セサルヲ以テ被控訴人ハ控訴人ノ請求ニ依リ之ヲ抹消スヘキ義務ヲ有ス」ト判示セラレタリ然レトモ被上告人ノ請求スル所ハ明治四十年九月十九日上告人ノナシタル地上權抹消登記回復假登記ノ抹消ニアリテ明治三十八年十一月三十日訴外大川浪次郎トノ間ニナシタル地上權ノ抹消ニ非ス故ニ明治三十九年十一月二十三日ノ地上權拋棄登記ニシテ上告人ノ眞意ニ非ス他人ノ僞造ニ出テタル（原院ノ認ムル如ク）登記ナル以上ハ其拋棄登記ノ無效ナルコト明カニシテ上告人カ之ヲ回復スル爲メ回復假登記ヲナシタルハ至當ナリ故ニ被上告人ニシテ上告人ノ爲シタル回復假登記ヲ抹消セント欲セハ之レト同時ニ明治三十八年十一月三十日爲シタル本來ノ地上權ノ抹消ヲ求ムヘキナリ然ラサレハ地上權拋棄登記ノ無效タル以上ハ先キノ地上權ハ其形式ニ於テ存在スルノ結果トナレハナリ然レハ單ニ假登記權利者タル被上告人ヨリ第三者タル上告人ニ對シテ本件ノ如ク正當ニ爲シタル地上權抹消回復假登記ノ抹消ヲ主張スルコト能ハサル筋合ナルニ拘ハラス原院カ假登記ノ效力ヲ絕對的ノ效力ナリトシ併セテ前說明ノ如ク被上告人ノ不合法ノ訴旨ヲ認容シ上告人ノ抗辯ヲ排斥シタルハ法律ニ違背シタル判斷タルヲ免カレスト云フニ在リ

然レトモ明治三十八年十一月三十日ノ地上權設定登記ニシテ取消スヘキモノナルコト原判示ノ如クナル上ハ同四十年九月十九日上告人ノ爲シタル地上權抹消登記回復假登記ヲ抹消スヘキハ當然ニシテ同三十九年十一月二十三日ノ地上權拋棄登記カ僞造ノ申請書ニ基クカ爲メ無效タルト否トハ右ノ抹消ニ影響ヲ及ホサス故ニ本論旨モ理由ナシ

以上說明ノ如クナルヲ以テ民事訴訟法第四百五十二條ニ依リ主文ノ判決ヲ與フルモノナリ

○貸金請求ノ件　明治四十二年(オ)第五十二號　明治四十二年三月十二日第二民事部判決

◎判決要旨

一事實上寺院ノ信徒總代ニ選任セラレ總代トシテ寺務ニ參與スル者ト雖モ所轄役場ニ届出ヲ爲スニ非サレハ法律上寺院ノ總代タル資格ヲ有セス故ニ其者ニ於テ連署シ無檀家寺院ノ爲メニ借財ヲ爲スハ第三者ノ信認如何ヲ問ハス明治十年第四十三號布告ニ依リ之ヲ住職ノ私借ト看做スヘキモノニシテ寺借トシテハ無效ナリトス

(參照)神社並寺院ニ於テ其社寺ノ爲メ金穀ヲ借入ルルトキ若クハ金穀ヲ借入ルル爲メ社寺附地所(除稅地ヲ除クノ外)建物什器(寶物古文書類ヲ除タノ外)等ヲ抵當ト爲ストキハ必ス氏子檀家ト協議シ總代二名以上ノ連署ヲ要スヘシ若シ此連署ナキトキハ總テ該社寺神官僧侶ノ私債ト看做シ縱令右ノ抵當アルモ其效ナキ者ト爲スヘシ(明治十年太政官布告第四十三號)

第一審　安濃津地方裁判所　第二審　名古屋控訴院

上告人　金剛院

右法定代理人　林　眞猛　訴訟代理人(井上剛一　石山彌平)

被上告人　正福寺

寺院ノ信徒總代タル資格要件

右法定代理人　青山隆快

右當事者間ノ貸金請求事件ニ付名古屋控訴院カ明治四十一年十二月十五日言渡シタル判決ニ對シ上告人ヨリ一部破毀ヲ求ムル申立ヲ爲シタリ

判決

本件上告ハ之ヲ棄却ス

理由

上告理由第一點ハ本案上告人請求ノ原因タル甲第一號證ノ成立ニ就テハ第一審以來被上告人ノ認ムル所ニシテ而シテ同號證ニ署名シアル信徒惣代竹内作助川中源七松本彦七ノ三名ハ被上告人正福寺信徒惣代トシテ適法ニ寺務ニ參與シ以テ被上告人ノ利益ヲ保護シ住職樹下快明カ寺院代表行爲ニ付監督ノ權利ヲ行使シアリタルノ事實ハ第一審證人訊問調書中證人川中源七ノ證言ニ徵シ明白ナリトメ則チ其證言ニ據レハ「自分居村正福寺ノ前住職ハ樹下快明ト云ヒ明治二十三四年頃ヨリ昨三十五年九月迄住職ト爲リ居リ又自分ハ快明カ住職中同寺ノ信徒惣代ノ一人ナリシ者ニ有之」云云、且「正福寺ハ無檀家ノ寺院ニシテ近來其維持ニ困難ナルヨリ前住職樹下快明ハ明治三十一年七月頃初メテ同寺ノ保存會ナルモノヲ組織センコトヲ企圖シ自分等信徒惣代ニモ相談アリ快明自ラ會主トナリ志摩郡各村長及ヒ有志者數名之ヲ贊シ共ニ發起人トナリテ寄附金ヲ募集スル事ニ爲シタリ然ルニ其運動費ヲ要スルトノ事ニテ初メ發起シタルヨリ半ケ年位ヲ經タル頃ト覺ユ金剛院ヨリ金五百圓ヲ借入ルル事ニシ度トノ相談モアリテ自分等信徒惣代モ連署シタル證書ヲ差入レ金借シタル事アルニ相違ナシ」云云、尚進ンテ「右ノ金借ニ付テハ利子一圓ニ付一ケ月一錢ツツトノ事ナリシモ返期ハ覺無之御示シノ證書（此時裁判長ハ甲第一號證ヲ示シタリ）ハ則チ其時ノ證書ニ相違無之」云云ト、由是觀之本案上告人カ請求ノ原因タル甲第一號證ノ金額ハ被上告寺院カ維持ニ困難ナルヨリ其寺院保存ノ目的ヲ以テ寄附金募集ノ爲ニ要シタル費額ニシテ被上告寺院カ利益保護ノ爲メニ爲シタル借金ナルコトハ極メテ明白ナル事實ニシテ甲第一號證ハ明治十年第四十三號布告ノ要件ヲ具備シ適法ニ成立シタルモノナルコトハ多言ヲ要セスシテ明カナリ且被上告寺院債務整理ノ爲メ本山代表者トシテ立會ヒタル丸山法梁カ第一審證言ニ徵スルモ「正福寺ノ借金四千五百圓ノ内五百圓ハ月日不詳、靜岡縣周智郡三倉村金剛院ヨリ借入レタルモノナルコトハ承知ス」云云ト又以テ上叙論旨ヲ確ムルニ餘リアリト信ス宜ナル哉被上告人カ利益トシテ提供シタル乙第一號證即チ被上告寺院負債整理協議書ニ徵スルモ上告人カ有スル債權額金五百圓也ハ被上告人ノ負擔スヘキモノナルコトハ自明ノ理ニシテ一片寺借、私借ノ疑點ヲ挾ムヘキ餘地ノ存セサルハ言ヲ俟タサルヘシ加之該乙第一號證後段記載ノ「尚又萬一信徒惣代改選アルモ該負債件ニ付新任惣代ト同權利ヲ有スルモ法類ニ於テ異議故障等無之候」云云、而シテ右乙第一號證ハ被上告寺院法類ト甲第一號證ニ署名シアル信徒惣代川中源七外二名トノ間ニ交換セラレタル協議書ニシテ前

顧第一審證人川中源七ノ證言中被告（當度ノ被上告人）代理人ノ請求ニ依リ爲シタル證言ニ據リ明カナリ果シテ然ラハ被上告寺院ニ於テ信徒惣代ハ適法ニ選定セラレ以テ法規ノ手續ヲ經由セシ者ナルコトハ行文自體ノ示ス所ナル耳ナラス被上告人ハ第一審ニ於テ「甲第一號證ニ署名スル信徒惣代三名ハ村役場ニ正福寺信徒惣代トシテ届出テアル事ヲ認ムル」旨自白シアル以上ハ成立ニ爭ナキ甲第一號證ニ連署セシ信徒惣代ハ何レモ法律上被上告寺院ノ信徒惣代タル資格ニ欠缺セサル者ナリト解釋セサル可ラス然ルニ原審ニ於テハ甲第一號證ニ署名シアル信徒惣代川中源七外二名ハ法律上有效ナル被上告寺院ノ信徒惣代タル資格ヲ有セサル者ナリト解釋シ以テ上告人ノ請求ヲ排斥セラレタリ其判示ニ曰ク「此點ニ關シ被控訴人（上告人）ハ甲第一號證ニ連署セル川中源七外二名ハ控訴寺（被上告人）ノ信徒惣代トシテ所轄村役場ニ届出アル法律上有效ノ惣代ナル旨主張スレトモ這ハ控訴人ノ否認スル所ナルニ付被控訴人ハ須ラク之カ立證ヲ爲ササル可ラス然ルニ被控訴人カ其證據トシテ援用セル甲第一號證ニ署名セル惣代三名ハ正福寺ノ信徒惣代トシテ村役場ニ届出アル事實ハ之ヲ認ムル旨ノ第一審ニ於ケル控訴人ノ自白ハ當審ニ於テ右ハ第一審ニ於ケル訴訟代理人ノ錯誤ニ出テシ者ナリトノ理由ヲ以テ之カ取消ヲ爲シ其錯誤ニ出テシ者ナリトノ控訴人陳述ハ乙第二號證ナル控訴寺所轄村長ノ證明ニ照徵シ之ヲ眞實ナリト認メ得ヘキニ付該自白ハ以テ被控訴人主張事實ノ證據トシテ採用スルニ由ナク又川中源七ノ證言ハ樹下快明カ正福寺ノ住職中同寺ノ信徒惣代ヲ勤メ居リタリト云フニ止マリ届出ノ有無ニ就テハ何等陳述スル所ナキニ付是亦被控訴人主張事實ノ立證ト爲スニ足ラス」云云トアリテ第一審ニ於ケル信徒惣代届出ノ自白ヲ以テ訴訟代理人ノ錯誤ニ出テタル者ナリト輕信シ舉證ノ責任ヲ轉倒シ不當ニ事實ヲ認定シタル不法アルヲ免ル可ラス何トナレハ被上告人カ第一審廷ノ自白ヲ取消ス資料タル乙第二號ハ川中源七外二名ノ「明治二十八年以後ニ於テ正福寺信徒惣代當選ノ届書更ニ見當ラス」トノ所轄村長ノ證明ニシテ「届出無シ」トノ證明ニアラス故ニ被上告人ハ一歩ヲ進メ更ニ「届出無キ」旨ノ立證ヲ爲スニ非レハ未タ以テ上告人ノ主張ヲ覆スニ足ラス然ルニ原審ハ右「届出更ニ見當ラス」トノ證明ニ對シ上告人カ前段闡明セシ立證以外ニ更ニ反證ヲ擧クヘキ責任ヲ嫁セラルルニ至テハ不法モ亦極マレリト謂ハサル可ラス何トナレハ被上告寺ノ信徒惣代ノ選任並ニ其届出等ノ法律行爲ハ須ラク被上告寺ノ專屬行爲ニシテ上告人ノ關知スヘキ所ニ非ス此場合ニ於テ被上告人ハ川中源七外二名ハ被上告寺ノ信徒惣代トシテ選任且ツ届出等ヲ爲シタル者ニ非サル旨ノ事實ヲ主張シ據テ以テ其免責ヲ計リ格段ナル利益ヲ得ント企圖スル上ハ單ニ「届書見當ラス」トノ證明ヲ以テシテハ未タ擧證ノ責任ヲ完フシタル者トスヘカラサルハ證據法ノ原則タリ原審ハ斯ル見易キ法理ヲ無視シ遂ニ不當ニ事實ヲ認定シ法則ノ適用ヲ誤リタル不法ハ免ル可ラサル者ト信スト云ヒ」第二點ハ假リニ信徒惣代トシテノ當選届書見當ラサル旨ノ證明ヲ以テ直ニ「届出ナシ」ト速斷シ得ヘシトスルモ苟モ川中源七外二名ハ被上告寺ノ信徒惣代トシテ其寺務ニ參與シ其寺院ノ保存上寄附金ヲ募集スル等ノ行爲其レ自體ニ

於テ第三者タル上告人ヲシテ其信徒惣代ナリト信認セシメ依テ以テ甲第一號證ノ債權關係ヲ成立セシメ而シテ其得タル金額ハ之ヲ以テ直チニ被上告寺ノ利益ニ流用シアル事實ノ存在スル以上ハ容易ニ其義務ヲ免ル事能ハサルハ一般法理ノ示ス所ナリ然ルニ原審ハ川中源七外二名ノ法律上信徒惣代タルヘキ資格ヲ具備セサル者ナリトシ上告人ノ請求ヲ排斥シタルハ法則ノ適用ヲ誤リ事實ヲ確定シタル不法ノ裁判ナリト確信スト云フニ在リ

因テ按スルニ寺院ノ信徒總代ハ信徒中相應ノ財産ヲ有シ衆望ノ歸スル者三名以上ヲ選擧シ且滿三年毎ニ改選ノ上所轄市町村役場ニ届出ヘキモノナルコトハ明治十四年及ヒ同二十四年各内務省乙第三十三號達ノ定ムル所ナリ而シテ其届出ハ寺院ノ願届等ニ連署シテ差出サシムル爲メナルコトハ明文ノ示ス所ナルヲ以テ之ニ因リテ信徒總代タルコトヲ公認シ届濟ノ者ニ非サレハ法律上寺院ノ總代タル資格ヲ有セサルモノト解釋スルヲ相當トス去レハ事實ニ於テ信徒總代ニ選任セラレ總代トシテ寺務ニ參與スルトモ所轄役場ニ届出ナキ以上ハ其者ニ於テ連署シ本件ノ如ク無檀家寺院ノ爲メ借財ヲ爲スハ第三者ノ信認如何ヲ問ハス明治十年第四十三號布告ノ適用上住職ノ私借ト看做スヘク寺借トシテ無效ナリ原院ニ於テ被上告寺ハ上告寺カ貸與シタリト主張スル金員ヲ借受ケタルコトナク甲第一號證ノ連署者ハ信徒總代タル資格ヲ有セサル旨ヲ以テ抗辯セリ然レハ右連署者カ被上告寺ノ適法ナル信徒總代タルコトハ上告寺ニ於テ立證スヘキハ當然ナルノミナラス乙第二號證ニ依リ所轄村役場ニ信徒總代當選ノ届出ナキコト隨テ被上告寺ノ代理人カ第一審ニ於ケル自白ノ錯誤ニ出タルコトヲ判斷スルハ事實承審官タル原院ノ專權ニ屬スル所ナレハ原院カ甲第一號證ニ連署セル川中源七外二名ハ所轄村役場ニ信徒總代トシテ届出アルコトヲ認メス法律上被上告寺ノ總代タル資格ヲ有セサル旨ヲ判示シ上告寺ノ請求ヲ排斥シタルハ適當ニシテ本論旨ハ孰レモ理由ナシ

同第三點ハ原判決ハ證據及ヒ當事者ノ申立ヲ誤解シ不當ニ事實ヲ確定シ判決ノ理由ヲ付セサル不法アリ原判決ハ其理由ニ於テ被上告人カ第一審ニ於テ信徒惣代届出ノ事實ヲ認メタル自白ヲ錯誤ニ付取消シタリトシ乙第二號證ヲ以テ届出ナキ事ヲ證シ且之ニ依リ自白取消ハ眞實ト認ムル旨判斷セリ然レトモ第二審調書ニ依レハ被上告代理人ハ單ニ第一審ノ右自白ハ「全ク代理人ノ誤謬ニ出テシモノナリ」ト申立タルノミニテ之カ取消ノ意思ヲ明言セス而シテ乙第二號證ハ前既ニ申立タル如ク村役場ニ右届出ノ見當ラストノ記載ニ有之絶對ニ之カ届出ナキ證明ニアラス隨テ被上告代理人ノ取消及乙第二號證ヲ届出ナキ趣旨ニ認定シタルハ申立ナキ事柄記載ナキ事柄ヲ之レアルモノトセル表記誤謬アルノミナラス若シ之ヲ以テ原判決認定ノ如ク申立以外記載以外ノ判斷ヲ爲スニハ特別ノ理由ヲ付スヘキ筈ナルニ其之ナキハ理由不備ノ裁判ト云ハサルヘカラスト云ヒ」第四點ハ原判決ハ理由ヲ付セスシテ自白取消ヲ眞實ト認メタル不法アリ原判決ハ被上告人カ甲第一號證ニ署名ノ惣代三名カ村役場ニ届出アル事實ヲ認ムル第一審ノ自白ハ錯誤ニ出テシ理由ヲ以テ之ヲ取消シ其錯誤ハ乙第二號所轄村長ノ證明ニ照

徹（照徹ノ誤ト認ム）シ之ヲ眞實ト認メ得ヘキニ付該自白ハ上告人主張事實ノ證據ニ採用シ得スト說明セリ然レトモ本件ニ付テハ他ニ寺借ト認ムヘキ立證アルノミナラス乙第二號證ハ書面自體ニ於テ右自白ト正反對ノ意味ニ非ス單ニ見當ラストノ證明ニ過キサル以上ハ特殊ノ理由ナキ限リ被上告代理人カ爲セル第一審ノ自白ヲ取消スニ付之ヲ眞實ト認定スヘキ材料トナラサルヤ明カナリ然ルニ原判決カ漫リニ照徹ナル曖昧ノ文字ヲ以テ眞實ト說明シ去リタルハ前記ノ不法アルノミナラス進テ擧證ノ責任ヲ上告人ニ嫁セシメタル不法アルモノナリト云フニ在リ

然レトモ原院ニ於テ被上告寺カ甲第一號證ノ連署者ハ信徒總代タル資格ヲ有セサルコトヲ主張シ村役場ニ届出アリトノ第一審ノ自白ハ代理人ノ誤謬ニ出テシモノナリト申立テ乙第二號證ヲ提出シテ之ヲ立證シタル上ハ其自白ハ錯誤ニ出テタルモノトシテ取消シタルニ外ナラサルコト原判示ノ如クナリ而シテ乙第二號證ノ村役場ニ届書ノ見當ラサル記載ヲ其届出ナキ趣旨ニ解釋判斷シ右自白ノ錯誤ニ出テタルコト及ヒ寺借ニ非サルコトヲ判示スルハ原院ノ專權ニ屬スル證據ノ取捨判斷事實ノ認定ヲ爲シタルニ過キスシテ之ヲ不法トスル本論旨ハ孰レモ理由ナシ

以上說明ノ如クナルヲ以テ民事訴訟法第四百三十九條第一項ニ依リ主文ノ判決ヲ與フルモノナリ

○商標登錄無效請求ノ件

明治四十二年（オ）第七號　明治四十二年四月一日第一民事部判決

○判決要旨

一代理人ヲ以テ商標ノ登錄ヲ出願スル場合ニ在リテハ代理權ヲ證明スヘキ書面ハ登錄願書ノ一要素ト看做スヘキモノナルヲ以テ其書面ヲ添附スルニ非サレハ適法ノ出願アリタルモノト謂フヲ得ス、但該書面即チ委任狀ノ如キハ委任ノ意思分明ナラサルニ非サルモ書面ニ具備セサル所アラハ後日之ヲ補正セシムルコトヲ妨ケス

原審　特許局

上告人　田中六郎　訴訟代理人　花岡敏夫

被上告人　ウエルス、メツハ、コンパニー　訴訟代理人　鳩山和夫

右商標代理人　ウオルター、オーガスタス、デハヒランド

右當事者間ノ商標登錄無效請求事件ニ付キ特許局カ明治四十一年十一月十一日爲シタル審決ニ對シ上告人ヨリ全部破毀ヲ求ムル申立ヲ爲シ被上告人ハ上告棄却ノ申立ヲ爲シタリ

判決

原審決ヲ破毀シ更ニ辯論及ヒ裁判ヲ爲サシムル爲メ本件ヲ特許局ニ差戻ス

理由

上告趣旨ノ第一ハ原審決ハ商標法施行細則第十七條及ヒ特許法施行細則第十二條ヲ適用セサル違法アリ原審決理由ヲ見ルニ「本件所爭ノ要點ハ請求人カ被請求人ノ有スル第二九二二〇號登錄商標ト同一又ハ類似ノ商標ニ關スル先願者ナルヤ否ヤニ在リ仍テ按スルニ請求人ノ出願ハ明治三十九年十月二十九日ナリト雖モ出願當時ニ於テハ代理出願ニ關スル委任狀ノ提出ナク委任ノ意思分明ナラサルカ故ニ未タ以テ完全ニ有效ノ出願ナリト云フヲ得サルモノナリ然ルニ其後ニ至リ明治四十年一月十二日附請求人作成ノ委任狀ヲ提出シタルヲ以テ同日以後ニ於テハ前記出願ハ有效ノ出願トナリタルモノト云ハサルヘカラス而シテ之ヲ被請求人ノ本件登錄商標出願ノ日ニ比較スルニ被請求人ノ出願ハ明治四十年一月二十一日ナルヲ以テ請求人ノ出願ハ尙ホ被請求人出願ニ對シ其先ナルモノト云ハサルヘカラス」ト說明シアリ明治三十九年十月二十九日即チ出願當時ニ於テハ被上告人カ代理出願ニ關スル委任狀ノ提出ナク委任ノ意思分明ナラサルカ故ニ未タ以テ完全ナル有效ノ出願ナリト云フヲ得サルモノナリト說明シタルハ其說明ノ意義尙ホ未タ明瞭ヲ欠ケルカ此說明ニヨレハ委任狀ノ添附ナキ商標登錄出願ヲ絕對的無效ノ出願ト見サリシモノニシテ之レ商標法施行細則第十七條特許法施行細則第十二條ノ規定ニ違背シ法律ヲ適用セサル違法ノ審決理由ナリト信ス蓋シ普通ノ法律行爲ニ於テハ代理權ヲ有セサル者カ他人ノ代理人トシテ爲シタル行爲ヲ本人ニ於テ追認シ得ルモノナレトモ商標專用出願及特許出願ノ場合ニハ之レカ追認ヲ許サス漫リニ他人ノ先願權ヲ妨害セントスル行爲ノ顯ハルルヲ恐レテ此競願ノ爭ヲ生シ易キ商標法特許法ノ下ニ於テ之ヲ許ササルモノナルコトハ法文ノ明示セル所ナリ故ニ假令特許局ニ於テ委任狀ノ提出ニ付猶豫ヲ與ヘタル事實アリシトスルモ之レ單ニ出願書面ヲ止置キタルニ過キスシテ適式ニ受理シ得ヘカラサルモノト云ハサルヘカラス法律上ハ絕對無效ノ出願ナリ決シテ特許法施行細則第八條及ヒ第九條ニヨル訂正又ハ補充シ得ル場合トハ全ク其性質ヲ異ニスルモノナリ然ルニ原審決ハ「然ルニ其後ニ至リ明治四十年一月十二日附請求人作成ノ委任狀ヲ提出シタルヲ以テ同日以後ニ於テハ前記出願ハ有效ノ出願トナリタルモノト云ハサルヘカラス」トテ恰モ訂正補充シ得ル事項ト同樣ノ見解ヲ抱キタルハ法文ノ精神ヲ誤マリタル審決ナリ唯タ實際ニ於テハ競願者等ナキ場合ニハ强ヒテ法理ニ拘泥シテ却下スルハ手數ヲ重ヌルノ結果ヲ生スルヲ以テ便宜上如此委任狀ナキ無效ノ出願書面ヲモ一時止置キ後日委任狀ト共ニ提出シタルモノトシテ取扱ヲ許スハ一概ニ咎ムヘキニ非サルモ之レヲ以テ法文ノ適用ヲ拒止スヘカラスト信スト云ヒ又其第二ハ原審決ハ商標法ニ違反シタル違法アリトス原審決理由ヲ見ルニ「本件所爭ノ要點ハ請求人カ被請求人ノ有スル第二九二二〇號登錄商標ト同一又ハ類似ノ商標ニ關スル先願者ナルヤ否ヤニ在リ仍テ按スルニ請求人ノ出願ハ明治三十九年十月二十九日ナリト雖モ出願當時ニ於テハ代理出願ニ關スル委任狀ノ提出ナク(中略)然ルニ其後ニ至リ明治四十年一月十二日附請求人作成ノ委任狀ヲ提出シタルヲ以テ同日以後ニ於テハ前記出願ハ有

效ノ出願トナリタルモノト云ハサルヘカラス云云」トアリテ委任狀提出ノ日（明治四十年二月二十七日）ニヨラスシテ委任狀作成ノ日ニ遡及シテ其以後ニ於テハ直チニ有效ノ出願ナリト判斷シタルコトハ明カナルカ蓋シ委任狀作成ノ如キハ單ニ請求人カ商標登錄出願ノ決心ヲナシタル日ニ外ナラスシテ之レヲ以テ出願ノ先後ヲ決スヘキ標準トナスヘカラサルハ商標法施行細則第十七條特許法施行細則第一條及ヒ商標法第八條ノ主旨ナリ而シテ此商標法施行細則第十七條及ヒ商標法第八條カ出願主義ヲ採リタル除外例トシテハ單ニ書留郵便ヲ以テ書類ヲ差出シタル場合ニ發信主義ヲ採レル場合（商標法施行細則第十七條特許法第六條）アルノミニシテ本件ノ如ク書類作成ノ日ニ遡及シテ有效ナリトシタル主旨ハ毫モ見ルヘカラサルナリ然ルニ原審決ハ前記ノ前提ニヨリテ「而シテ之ヲ被請求人ノ本件登錄商標出願ノ日ニ比較スルニ被請求人ノ出願ハ明治四十年一月二十一日ナルヲ以テ請求人ノ出願ハ尙ホ被請求人出願ニ對シ其先ナルモノト云ハサルヘカラス」ト判斷シタルハ商標法ノ出願即チ差出主旨ニ反スル違法ノ審決ナリト信ス原審決理由ヲ見ルニ「仍テ按スルニ請求人ノ出願ハ明治三十九年十月二十九日ナリト雖モ出願當時ニ於テハ代理出願ニ關スル委任狀ノ提出ナク委任ノ意思分明ナラサルカ故ニ（中略）然ルニ其ノ後ニ至リ明治四十年一月十二日附請求人作成ノ委任狀ヲ提出シタルヲ以テ云云」トアリテ明治四十年一月十二日附請求人（被上告人）作成ノ委任狀ヲ以テ有效ナルモノト認メテ判斷ヲ下タシアレトモ該委任狀ハ單ニ作製ノ日時ヲ記入シアルノミニシテ特許局ニ提出ノ日時ノ記入ナシ（若シ之レヲ記入セハ上告人ノ出願日時ヨリモ以後ナルコト勿論ナリ）之レ明カニ商標法施行細則第十七條特許法施行細則第一條ニ違背シ單ニ書類作製ノ日時ヲ記入シタルノミニシテ特許局ニ差出ノ年月日ヲ記載セサルモノナリ從テ同法規ニヨリ無效ノ書面ナルニモ拘ハラス之レヲ有效ナル委任狀トシテ判斷シタルハ違法ノ審決ナリト信スト云フニ在リ

按スルニ商標ノ登錄出願競合スル場合ニ於テハ出願ノ先後ハ優劣ノ因リテ分ルル所ナリ而シテ代理出願ノ場合ニ在リテハ代理權ヲ證明スヘキ書面ハ登錄願書ノ一要素ト看做スヘキコト勿論ナルヲ以テ其書面ノ添附アルニ非サレハ適法ノ出願アリタルモノト謂フヲ得ス但代理權ヲ證明スヘキ書面即チ委任狀ノ如キモノハ若シ委任ノ意思分明ナラサルニ非サレトモ書面ニ具備セサル所アラハ後日之ヲ補正セシムルコトヲ妨ケス本件ハ原審決ニ「請求人ノ出願ハ明治三十九年十月二十九日ナリト雖モ出願當時ニ於テハ代理出願ニ關スル委任狀ノ提出ナク委任ノ意思分明ナラサルカ故ニ云云」ト判示シタル所ヨリ之ヲ觀レハ單純ナル委任狀補正ノ場合ニ非サルコト之ヲ知ルニ難カラス然レハ則チ委任狀ノ當該官廳ニ提出アラサル限ハ請求人即チ被上告人ノ出願ハ適法ニシテ有效ナルモノト謂フヲ得サルヘキコト自明ナリ由是之ヲ觀レハ原審決ハ其後段ニ至リ唯「其後ニ至リ明治四十年一月十二日附請求人作成ノ委任狀ヲ提出シタルヲ以テ（中略）被請求人ノ出願ハ明治四十年一月二十一日ナルヲ以テ請求人ノ出願ハ尙被請求人出願ニ對シ其先ナルモノト云ハサルヘカラス云云」ト判示シタルニ止マリ其委任狀ヲ當該

官廳ニ提出シタル時期又ハ提出シタリト看做スヘキ時期ヲ確定セサリシハ漫然委任狀作成ノ日ハ上告人出願ノ日ニ先タチタルコトヲ理由トシテ當事者出願ノ優劣ヲ判斷シタルモノニシテ理由ヲ付セサル不法アルコトヲ免レス

上來判示シタル理由ニ依リ民事訴訟法第四百四十七條第一項及ヒ第四百四十八條第一項ノ規定ニ從ヒ主文ノ如ク判決ス

○約束手形金請求ノ件

明治四十二年(オ)第三十一號
明治四十二年四月一日第一民事部判決

◎判決要旨

一商法第二百七十九條ニ所謂履行ノ請求ヲ爲シタル時トハ裁判上ノ請求ニ在テハ訴狀カ相手方タル債務者ニ送達セラレタル時ヲ謂フ

(參照)指圖債權又ハ無記名債權ノ債務者ハ其履行ニ付キ期限ノ定アルトキト雖モ其期限カ到來シタル後所持人カ其證券ヲ呈示シテ履行ノ請求ヲ爲シタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任ス(商法第二百七十九條)

第一審　新潟地方裁判所　第二審　東京控訴院

上告人　星山友次　訴訟代理人　竹内平吉　高橋新平

被上告人　山田雄虎　訴訟代理人　宮島次郎　渡邊浩

右當事者間ノ約束手形金請求事件ニ付東京控訴院カ明治四十一年十一月十二日言渡シタル判決ニ對シ上告人ヨリ全部破毀ヲ求ムル申立ヲ爲シ被上告人ハ上告棄却ノ申立ヲ爲シタリ

判決

原判決中損害金及ヒ訴訟費用ニ關スル部分ヲ破毀シ更ニ辯論及ヒ裁判ヲ爲サシムル爲メ本件ヲ東京控訴院ニ差戻ス

其他ノ部分ニ對スル上告ハ之ヲ棄却ス

理由

上告理由第一點ハ第一審判決理由中「云云控訴代理人ハ事實摘示ノ部ニ掲載セル如ク本訴手形ハ振出ノ際法律上ノ要件ヲ欠如セル無效ノモノナルノミナラス訴外板垣新太郎等ニ欺カレ控訴人ハ其責任ヲ負ハサルコトト信シテ之レヲ作成セシモノニシテ被控訴人ハ此等ノ事實ヲ知リナカラ之レヲ受取リタルモノナリト抗辯スルヲ以テ此抗辯事實ニ付キ按スルニ乙第三號證ニ依レハ本訴手形ノ宛名ハ板垣新太郎ニ於テ記入セルモノナルコトヲ認メ得ヘシト雖モ云云新太郎カ被控訴人ノ宛名ヲ本訴手形ニ記入

シタルハ控訴人ノ委任ニヨリ記入シタルモノナルコトヲ推知スルヲ得ヘシ」トアリ此理由ニヨレハ係爭ノ約束手形ハ其作製ノ當時ニ在ツテハ手形ノ宛名ヲ記入セサリシコト明カニシテ而シテ原院ハ其宛名ハ板垣新太郎ニ於テ控訴人（上告人）ノ委任ニ依リ記入シタルモノナルコトヲ推知スルヲ得ヘシト說示サレタルモ斯ノ如キ重要ナル事實ヲ推定スルニハ如何ナル證據ト如何ナル理由トニ由リテ推定セルカヲ明示セサルヘカラス然ルニ原判決ハ之レヲ明示セスシテ漫然右ノ如ク推知スルヲ得ヘシト斷セラレタルナリ尤モ前揭說明中ニハ「甲第二號證及同第四號證乃至第六號證ニ依レハ」トアルモ右ハ持倉銅山ノ組合券ヲ買受クル爲メ同人ニ對シ振出サレタリトノ事實ヲ認定スル資料ニ引用サレタルモノナルコト文法上誠ニ明カニシテ該證ヲ以テ手形宛名記入ノ委任事實ヲ認定スル資料ニ引用セラレタルモノニアラサルコトモ亦甚タ明カナリ左レハ原判決ハ此點ニ於テ事實ヲ確定スル理由ヲ備ヘサル不法アリト信スト云フニ在リ

然レトモ原判決ハ甲第二號證及ヒ同第四號乃至六號證ヲ憑據トシ所論ノ事實ヲ推斷シタルモノナルコト判文上明白ナレハ本論旨ハ原院ノ專權ニ屬スル證據ノ判斷竝ニ事實ノ認定ヲ非難スルニ外ナラスシテ適法ノ上告理由トナラス

第二點ハ控訴人（上告人）ノ抗辯ハ前揭判文ニ記載セル如ク手形ノ要件ヲ記入セサル爲メ無效ナリトノ事ト尙手形上ノ責任ヲ負ハサルコトト信シテ之レヲ作成シ被控訴人モ此事實ヲ知リナカラ受取リタルモノナリトノ事トヲ以テ爭點トナシタルナリ然ルニ原院ニ於テハ前段ノ爭點ニ對シテハ前項ノ如ク不十分ナカラ說明ヲ與ヘラレシモ後段即チ手形上ノ責任ヲ負ハサル旨及ヒ被控訴人モ此事實ヲ知リナカラ受取リタル旨ノ爭點ニ對シテハ何等ノ說明ヲ與ヘサルモノナリ前項ニ摘示スル持倉銅山組合券買入ノ爲メ振出シタリトノ事又ハ委任ニ依リ宛名ヲ記入サレタリトノ事ニ關シ說明アリトスルモ此事柄ト手形上ノ責任ヲ負ハサル事柄トハ法律上全ク別箇ノ問題ニ屬スルニ由リ說明モ亦別別ニ與ヘサルヘカラス然ルニ此點ニ關シテ何等ノ說明ナキハ即チ理由不備ノ不法アル裁判ト信スト云フニ在リ

然レトモ原判決ハ明カニ上告人ノ主張シタル抗辯事實ヲ認メ難キ旨說明セルヲ以テ所論ノ如キ不法アルコトナシ

第三點ハ原判決中「乙第三號證ニ依レハ本訴手形ノ宛名ハ板垣新太郎ニ於テ記入セルモノナルコトヲ認メ得ヘシト雖モ甲第二號證及同第四號乃至六號證ニ依レハ本訴手形ハ元來控訴人カ被控訴人ヨリ持倉銅山ノ組合券ヲ買受クル爲メニ同人ニ對シ振出サレタルモノナルコトヲ認ムルニ足ルヲ以テ云云」トノ說明ヲ與ヘラレ其甲第二號及ヒ同第四號乃至第六號證ハ實ニ本件勝敗ヲ決スル有力ノ證據トセラレタルモノナリ依テ原院ノ口頭辯論調書ヲ閱覽スルニ明治四十一年十一月五日ノ口頭辯論調書中「被控訴代理人ハ乙第二號證乃至九號證ハ成立ノミヲ認メ乙第十號十一號證ハ不知ト述ヘタリ取寄書類ヲ引用シ甲第三號證乃至甲第八號證ト爲シ之レニヨリテ本訴ノ約束手形ハ控訴人ニ於テ騙取サレタルモ

ノニアラサルコトヲ證スト述ヘタリ」トアリテ右證據ハ被控訴人ニ於テ裁判所ニ向テ呈示シタル事ヲ見ルニ足ルト雖モ之レヲ控訴人ニ示シテ辯解セシメタル形跡ノ認ム可キモノナシ相手方ニ示ササル證據ヲ採テ判決ノ資料トナシタルハ不法ノ裁判ト信スト云フニ在リ

然レトモ當事者ノ一方カ口頭辯論ニ於テ證據ヲ提出シ其立證趣旨ヲ陳述シタルトキハ相手方ハ自ラ其閲覽ヲ求メ且辯解ヲ爲スコトヲ得ヘキヲ以テ擧證者又ハ裁判所ハ故ラニ之ヲ相手方ニ示シテ辯解ヲ促スノ義務アルモノニ非ス故ニ本論旨モ亦理由ナシ

第四點ハ上告人ノ抗辯ハ手形ノ要件ヲ記入セサル爲メ無效ナリトノ事ト又訴外板垣新太郎等ニ欺カレテ其責任ヲ負ハサルコトト信シテ之ヲ作成シ被上告人（被控訴人）ハ此等ノ事實ヲ知リナカラ之ヲ受取リタルモノナリトノ事トヲ以テシタルモノナリ而シテ被上告人ノ立證方法ハ明治四十一年十一月五日ノ口頭辯論調書ニ依ルニ「被控訴人代理人ハ（中略）取寄書類ヲ引用シ甲第三號證乃至甲第八號證トヲ爲シ之ニヨリテ本訴ノ約束手形ハ控訴人ニ於テ騙取サレタルモノニアラサルコトヲ證スト述ヘタリ」トアリテ右各證據ハ單ニ騙取サレタルモノニアラサル事實ノ證據タルニ過キス語ヲ換ヘテ言ヘハ該證ハ上告人ノ抗辯中僅カニ其一部ニ對スル反證ニシテ全部ニ對シテ證據力ノ及ハサルヤ論ヲ俟タス然ルニ原判決ニハ此證據ヲ採テ手形要件ノ具備セサル旨ノ抗辯其他總テニ對シテ之ヲ引用セラレシハ當事者ノ申立サル證據ヲ以テ事實ヲ確定シタル不法アリト信スト云フニ在リ

然レトモ原判決ハ甲第二號證及ヒ第四號乃至第六號證ニヨリ本件手形ノ正當ニ成立シタル事實ヲ認メタルモノニシテ其反面ノ趣旨ハ即チ該手形ノ騙取セラレタルモノニ非サルコトヲ確定シタルモノナレハ被上告人ノ立證趣旨ニ反スルモノト謂フヲ得ス

第五點ハ原判決ハ商法第五百二十九條第四百八十三條第二百七十九條第二百七十八條二項ニ違反シ且ツ訴訟提起ノ效力ヲ誤解シタル不法ノ判決ナリ原判決ハ其理由ノ末段ニ於テ本訴ノ手形ニ對シテハ其所持人タル被上告人ニ於テ其支拂請求ノ爲メ嘗テ手形ヲ振出人タル被上告人ニ呈示シタルコトナシト事實ヲ認定シタルニモ拘ハラス上告人ニ對シテ手形支拂ノ義務アリ且ツ遲滯ノ責任アルモノト判決セラレタリ然レトモ商法第二百七十九條ニ「指圖債權又ハ無記名債權ノ債務者ハ其履行ニ付キ期限ノ定メアルトキト雖モ其期限カ到來シタル後所持人カ其證券ヲ呈示シテ履行ノ請求ヲ爲シタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任ス」ト規定シアレハ證券ヲ呈示スルニアラサレハ履行ノ請求ハ無效ニシテ債務者ヲ遲滯ニ付スル效果ヲ生セサルハ勿論債務者ニ於テモ履行ノ責任ナキモノナルハ法文上明白ナリトス又タ同法第五百二十九條ニヨリ約束手形ニ準用セラルル同法第四百八十二條第一項ニ「支拂ハ爲替手形ト引換ニアラサレハ之ヲ爲スコトヲ要セス」ト規定シアレハ手形所持人ハ之ヲ交付スルノ意思ヲ以テ交換的ニ支拂ヲ求ムルコトヲ要スルハ明白ナリトス此ノ如ク手形カ呈示證券タリ又タ受戻證券タル性質上其支拂ヲ請求スルニハ必ス手形ノ呈示ヲ必要條件トナシ然カモ其呈示ノ義務カ形式上ノ嶮嚴ヲ以テ實行セ

ラルルハ手形法ノ特性ニシテ裁判上ニ於ケルト裁判外ニ於ケルトニヨリ異ナルコトナシ故ニ手形呈示ニ先チテ遲滯ノ責任ナク又タ支拂ノ義務ナキモノト信ス故ニ原院カ本件ニ於テ手形ノ呈示ナシト事實ヲ確定シナカラ尚ホ上告人ニ支拂ノ義務アリ遲滯ノ責任アリト判決シタルハ前記法條ニ違反シタル不法ノ判決ナリトス原院ハ訴ノ提起ヲ以テ直チニ債務者ニ遲滯ノ責任アリト說明セラレタルモ訴ノ提起ハ單純ナル訴訟行爲ニシテ債務者ヲ遲滯ニ付スヘキ法律行爲ニアラス先以テ債務者ニ手形ヲ呈示スルコトナク初メヨリ裁判所ニ手形上ノ請求ヲ爲スモ爲メニ債務者ニ支拂ノ義務ヲ發生セス蓋シ原院カ訴ノ提起ヲ以テ其性質上當然債務者ヲ遲滯ニ付セシムヘキモノトスルハ何等法律ノ規定ニ基ツカサル根據ナキ論議ト云ハサルヘカラス又タ訴ノ提起ハ裁判所ニ對スル私權保護請求ノ意思表示ニシテ相手方ニ對スル意思表示ニアラサレハ訴ノ提起ヲ以テ直チニ彼ノ裁判外ノ（相手方ニ對スル）請求ト同一ノ效力ヲ發生スヘキモノト云フヘカラス第三者タル裁判所ニ訴ヲ提起シタル事實ハ轉輾スル手形ノ性質上債務者ノ少シモ知ルコト能ハサル所ナレハ爲メニ債務者ヲ遲滯ニ付スヘキ責任ノ發生スヘキ理由ナシ又タ假リニ訴ノ提起ハ其性質上債務者ヲ遲滯ニ付スルニ至ルヘキ事裁判外ノ請求ト同一ナルモノトスルモ這ハ訴提起ノ結果債務者ニ訴狀送達セラレ何人カ債權者ナルヤヲ確知シタル後始メテ遲滯ニ付セラルヘキモノニシテ訴狀送達前訴狀提出ノ時ヨリ遲滯ノ責任ヲ生スルトスルハ裁判外ノ請求ト其權衡ヲ失シ理論ヲ一貫セサル不法アルモノト信ス又タ手形ノ支拂ヲ請求スルニハ手形ヲ呈示スルコトヲ要スルコトハ訴ノ提起後法廷ニ請求ノ辯論ヲ爲ス場合ニ於テモ同一ナリトス手形ヲ呈示セスシテ口頭ニテ請求スルトキハ其者カ果シテ眞ノ債權者ナルヤ否ヤヲ確知スルコト能ハサルコト裁判外ノ請求ノ場合ニ手形ノ呈示ヲ受クルニアラサレハ何人ニ辨濟スヘキモノナルヤヲ知ルコト能ハサルト同一ナレハナリ而シテ又タ假令裁判上ノ請求ノ場合ニ證據トシテ其手形ヲ提出シタリトスルモ支拂ヲ受クル爲メニ呈示スルニアラサル以上ハ是又タ手形ノ呈示アリタリト云フヘカラス之ヲ要スルニ裁判外ハ勿論裁判上ニ於テ手形ノ呈示アラサル限リハ到底支拂ノ責任ナキモノナルニ拘ハラス原判決カ漫然訴ノ提起ヲ以テ債務者ニ遲滯ノ責任アリ支拂ノ義務アリト判決セシハ失當ノ甚タシキモノナリトス又タ商法第二百七十八條第二項ニヨレハ手形上ノ請求ハ債務者ノ營業所ニ爲スヘキ旨規定シアレハ初メヨリ裁判所ニ手形ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス必スヤ先ツ債務者ノ營業所ニ請求ヲ爲スヘク債務者カ之レニ應セサル場合ニ始メテ裁判所ニ請求シ得ヘキモノトス原院カ本訴ニ於テ裁判外ニ於テ手形ノ呈示ナキ事實ヲ認メナカラ初メヨリ直ニ裁判所ニ手形ノ請求ヲ爲シタルヲ認可シタルハ同條ニ違反シタル不法ノ判決ナリトスト云フニ在リ

按スルニ裁判上手形ノ支拂ヲ請求スル場合ニ於テハ特ニ其手形ヲ呈示スルノ要ナキコトハ既ニ本院判例ノ說示シタル所ノ如クニシテ本件約束手形ノ呈示ナキヲ理由トシテ其支拂義務ノ發生ヲ否認スル論旨ハ固ヨリ理由ナシ然レトモ手形義務者タル上告人カ遲滯ノ責ニ任スルハ商法第二百七十九條ニ規定

スル如ク手形ノ所持人タル被上告人カ履行ノ請求ヲ爲シタル時以後ナラサルヘカラス蓋シ債權者カ履行ノ請求ヲ爲シタル時トハ相手方タル債務者カ其請求ヲ受ケタル時ヲ謂フモノナルヤ疑ヲ容ルヘカラス而シテ訴ノ提起即チ訴狀ヲ裁判所ニ提出シタル時ハ未タ以テ債務者カ履行ノ請求ヲ受ケタルトキト謂フヘカラスシテ訴狀ノ送達アリタル時即請求ヲ受ケタル時ナリトハ既ニ他種ノ事件ニ付キ本院判決（明治四十年(オ)第四百四十九號明治四十一年三月十日判決）ノ說明シタル所ナレハ原判決カ上告人ヲ以テ本件訴提起ノ時ヨリ遲滯ノ責ニ任スルモノトシ其以後ノ損害金ノ支拂ヲ命シタル第一審判決ヲ認可シタルハ失當ニシテ此點ニ於テハ上告ハ理由アリ

以上說明スル如ク原判決ノ損害金ニ關スル部分ニ付テハ上告ハ理由アルヲ以テ民事訴訟法第四百四十七條第一項第四百四十八條第一項ノ規定ニ從ヒ其他ノ部分ニ付テハ上告ハ理由ナキヲ以テ同法第四百五十二條ノ規定ニ從ヒ主文ノ如ク判決ス

○用水權妨害排除請求ノ件

明治四十一年(オ)第四十二號
明治四十二年四月二日第二民事部判決

○判決要旨

一控訴審ニ於ケル訴訟代理人カ控訴判決ノ送達ヲ受クルニ際シテ既ニ法律上代理ノ變更アリシトキト雖モ其訴訟代理人ハ上告審ニ對シ委任消滅ノ通知ヲ爲ス權限ヲ有セサレハ該判決ノ送達ヲ受クルト同時ニ訴訟手續ハ當然中斷スルモノトス（判旨第一點）

一公流ノ水源地又ハ川筋ニ掘下若クハ修繕工事ヲ爲シ其費用ヲ負擔スルモ之カ爲メニ其流水ヲ專用スルノ權利アリトスルカ如キ法則若クハ慣習アルコトナシ（判旨第二點）

第一審　甲府地方裁判所　　第二審　東京控訴院

上告人　明見村

右法定代理人　勝俣仙之甫外原告一名　　訴訟代理人　（鳩山和夫　上鳩山一郎　原鹿造）

從參加人　瑞穗村

右法定代理人　渡邊小左衛門　　訴訟代理人　鳩山一郎

被上告人　渡邊虎藏外四名　　訴訟代理人　足立隆則

右當事者間ノ用水權妨害排除請求事件ニ付東京控訴院カ明治四十一年十一月二十日言渡シタル判決ニ對シ上告人及從參加人ヨリ全部破毀ヲ求ムル申立ヲ爲シ被上告人ハ上告棄却ノ申立ヲ爲シタリ

判決

本件上告ハ之ヲ棄却ス

上告ニ係ル訴訟費用ハ上告人之ヲ負擔ス可シ

理由

被上告人ハ左ノ抗辯ヲ提出シ以テ本件上告ハ不適法ナリト主張シ上告人ハ本件上告ハ不適法ニアラスト答辯シタリ

被上告人抗辯ノ趣旨ハ本件ニ付キ原審ニ於ケル上告村明見村ノ法律上代理人ハ桑原肇ニシテ又上告村福地村ノ法律上代理人ハ小俣彦作ナリシニ上告審ニ至リ勝俣仙之甫ハ上告村明見村ノ又堀内啓治ハ上告村福地村ノ新法律上代理人ト爲リシヲ以テ之ヲ受繼シタルモノナルコトハ被上告人ノ受ケタル通知ニヨリ明ナリ從テ右桑原肇小俣彦作ハ法律上代理權消滅シタルモノナルコトモ該書面ニヨリ之ヲ知ルコトヲ得ト雖モ法律上代理人カ訴訟代理人ニ委任シテ訴訟行爲ヲ爲サシメタル場合ニ於テハ其後ニ至リ法律上代理人ノ代理權カ消滅スルモ訴訟代理ノ委任カ消滅シタルコトヲ通知セサル以上ハ訴訟手續ノ中斷ヲ生セサルコトハ民事訴訟法第百八十三條ニ規定スルトコロナレハ此場合ニ於テ新法律上代理人カ之ヲ受繼センニハ先ツ訴訟代理人ヨリ委任ノ消滅ヲ通知スルヲ要ス尤モ終局判決送達以後ニ在リテハ訴訟委任消滅スヘケレハ同時ニ訴訟手續ノ中斷アルヘキヲ以テ殊更ニ消滅ノ通知ヲ要セス受繼ノ手續ノミ爲セハ足レリトスル感ナキニ在ラサルモ訴訟委任ハ强制執行ニ因リ生スル訴訟行爲及ヒ相手方ヨリ辨濟スル費用ヲ領收スル權等ヲ授與セラレタルコトヲ思ヘハ終局判決ノ送達ニヨリ當然其代理權ハ消滅スルモノニアラサルカ故ニ果シテ桑原肇小俣彦作ニ於テ法律上代理權カ消滅シタルモノナリセハ民事訴訟法第百八十三條ノ規定ヲ適用シテ訴訟手續ヲ中斷シ然ル上新法律上代理人ニ於テ之ヲ受繼スヘキモノナリ而シテ此通知ニ關シテハ其書面ヲ受訴裁判所ニ差出シ之レカ送達ノ手續ヲ盡ササルヘカラス然ラサレハ假令法律上代理人ノ任設アルモ訴訟上無效ナルコトハ御院第二民事部ニ於テ明治三十四年五月八日言渡ノ判例ニヨリ示サレタルトコロナリ然ルニ本件上告ハ其提起ノ當時中斷ノ手續ヲ盡サス直チニ承繼ノ手續ヲ爲シタルモノナルヲ以テ前記勝俣仙之甫カ明見村ヲ又堀内啓治カ福地村ヲ代表シテ提起シタル本件上告ハ不適法タルヲ免レサルヲ以テ之ヲ棄却スヘキモノト信スト云フニ在リ

判旨第一點

○依テ按スルニ控訴審ニ於ケル訴訟代理人ニ於テ控訴判決ノ送達ヲ受ケタル後ハ其判決ノ强制執行ニ因リ生スル訴訟行爲及ヒ相手方ヨリ辨濟スル費用ノ領收ヲ爲ス權限ヲ有スルニ止リ上告ヲ提起スル權限ヲ有スルモノニアラサルコトハ民事訴訟法第六十五條ノ規定ニ徵シテ明カナリ左スレハ右訴訟代理人カ控訴判決ノ送達ヲ受クル際ニ於テ既ニ法律上代理ノ變更アリシトキト雖モ訴訟代理人ハ上告ニ關スル訴訟行爲ヲ爲ス權限ナキニ依リ上告審ニ對シ委任消滅ノ通知ヲ爲ス權限ヲ有セサルハ言ヲ俟タサル所ナリ從テ訴訟代理人カ控訴判決ノ送達ヲ受クルト同時ニ訴訟手續ハ當然中斷スルモノトス乃

チ本件記錄ヲ調査スルニ本件ノ控訴審ニ於テハ上告人ノ法律上代理人桑原肇小俣彦作ハ辯護士鳩山和夫上原鹿造ニ訴訟代理ヲ委任シ右訴訟代理人ニ於テ控訴判決ヲ受ケ明治四十一年十二月十九日該判決ノ送達ヲ受ケタルニ其際既ニ上告人ノ法律上代理ノ變更アリシコト明白ナルヲ以テ本件訴訟手續ハ明治四十一年十二月十九日ニ在リテ前顯訴訟代理人カ控訴判決ノ送達ヲ受クルト同時ニ中斷シタルモノナリ故ニ其後明治四十二年一月二十一日ニ至リ上告人ノ新法律上代理人勝俣仙之甫堀内啓治ニ於テ訴訟手續受繼ノ通知ヲ爲シタル上本件上告ヲ提起シタルハ其當ヲ得タルモノニシテ本抗辯ハ其理由ナキモノトス

上告理由第一點ハ原判決ハ其前段ニ於テ「上告村及ヒ從參加村カ桂川ノ流水ヲ村内ノ田畑養水等ニ使用スル便宜上遲クモ嘉永年度ノ頃ヨリ桂川殊ニ其水源地山中湖水吐口字梁尻川筋ノ掘下ケ其他修繕等ノ費用ヲ村費又ハ水掛田畑ノ反別ニ割當テテ支辨シ其工事ヲ爲シ來タリタルコト明カナルモ云云從テ公流タル桂川ノ流水ノ使用權カ控訴村及ヒ從參加村ニ專屬スヘキ謂ハレナシ」ト說明シタレトモ水源地ノ掘下工事及ヒ其修繕等ヲ上告村ニ於テ之ヲ爲シ其費用モ亦上告村ニ於テ負擔セシ以上ハ其地盤カ假令官有地ナリト雖モ之ヲ通過スル水ノ使用權ハ掘鑿工事ノ執行者ニ存スルコト明白ノ事由ナリトス而シテ此場合ニ於テ工事ノ施行者以外ニ用水ノ權利アリト主張スルモノハ其權利ノ發生ニ付證明ヲ爲スノ責任アルハ勿論ナリ然ルニ原判決カ工事ノ施行者カ上告村ナルコトヲ認メ其費用モ亦上告村ノ村費及ヒ水掛田畑ノ反別ニ割當テテ支辨シタル事實ヲ認メナカラ其線路ニ於ケル水ノ使用權カ上告村又ハ水掛田畑ノ所有者ニ專屬セスト判定シタルハ前後理由ノ矛盾セルモノトスト云フニ在レトモ○公流ノ水源地又ハ川筋ニ掘下若クハ修繕工事ヲ爲シ其費用ヲ負擔スル者ヲ以テ其流水ヲ專用スル權利ヲ有スル者トスルカ如キ法則若クハ慣習アルナキニ依リ原院ニ於テ上告人カ桂川ノ水源地又ハ川筋ニ其費用ヲ以テ工事ヲ爲シタル事實アルモ公流タル桂川流水ノ使用權カ上告人等ニ專屬スヘキ謂ハレナシト判定シタルハ其當ヲ得タルモノニシテ本論旨ハ其謂ハレナシ

上告理由第二點ハ我國從來ノ慣習ニ依レハ用水又ハ山野ノ入會等ニ對シ庄屋又ハ戸長等ノ如キ法人ノ代表者カ居住民ノ各自ヲ代表シテ民法上ノ契約ヲ締結スルコト其事例ニ乏シカラス上告人カ原院ニ提出セル甲第一、二、三、五、六號證其他ノ證據ニ依レハ上告村及ヒ從參加村ニ於テ水掛田畑以外ニ桂川ノ水ヲ灌漑セサル旨契約シタルモノニシテ此契約ハ居住民各自ヲ羈束スルノ效力アルコト勿論ナリ而シテ被上告人等モ亦上告村福地村ノ住民ナレハ當然此契約ニ羈束サルヘク從テ特定地以外ニ桂川ノ水ヲ灌漑スヘカラストノ條件ハ被上告人等ニ於テモ之レニ服從スルノ義務アルコト亦自然ノ結果ナリ然ルニ原判決カ以上ノ各證ハ三个村相互間又ハ各村内ノ規約ナルコトヲ認メナカラ被上告人等ニ該契約以外ノ用水權アリト判定シタルハ不法ナリト云フニ在レトモ○原院ハ甲第一乃至第七號證等ハ獨リ上告村二个村及ヒ從參加村所在ノ地所ニ關スル規約ニシテ右三个村以外ニ存在スル本訴地所ニ關スル規約

ナリト認ムヘキ證據ナシト判定シタルコト原判文上洵ニ明白ナリ左スレハ本論旨ハ原判旨ヲ了解セスシテ漫ニ不服ヲ唱フルモノニシテ畢竟原判旨ニ副ハサルモノナレハ上告適法ノ理由トナラス

上告理由第三點ハ凡ソ或人ト或人トノ間ニ民法上ノ爭論ヲ生シ其一方カ相手方ノ主張事實ヲ認メ相手方ニ正當ノ理由アルコトヲ承認シタル以上ハ其承認ヲ得タル當事者ノ主張カ正理ナリシトスルハ勿論ニシテ反證ナキ限リハ之ヲ以テ正當ノ推理ナリトセサル可カラス上告人ハ原院ニ於テ甲第十號證及甲第十二號證丙第三號證等ヲ提出シ係爭地附近ニ於ケル桂川ノ水ノ使用者ニ對シ屢〻上告村ヨリ故障ヲ申出テ之ヲ承認セシメタル事實ヲ立證シ及ヒ丙第四號證ヲ以テ上告村等ニ水車場ノ設置ヲ出願セシメタル事實ヲ立證シ此事實ヲ以テ上告村ニハ用水ノ專權アルコトヲ證明セントシタルニ原判決ハ其故障カ果シテ正當ナルヤハ何等ノ證明ナク又上告村ニ之ヲ認可スヘキ權アリトノ事實モ亦何等ノ證明ナケレハ上告人ノ此點ニ對スル主張モ之ヲ採用セスト判示セラレタリ然レトモ上告人ハ以上ノ事實ハ上告村カ慣習的ニ桂川ノ水ニ對シ專用ノ權利ヲ行ヒタル證據ニ供シタルモノニシテ而モ其故障カ正當ナリヤ否ヤ及認可ノ權利アリヤ否ノ點ハ原院ニ於テ被上告人ノ何等爭ハサリシ所ナリ而シテ此承認ノ爲ニ一ノ民法的關係ヲ生スルコト前述ノ如クナレハ原判決ノ此點ニ對スル說明ハ當事者ノ爭ナキ事實ヲ基本トシ而シテ一方ニ於テハ上告人ノ立證ノ趣旨ヲ誤解シタル不法アリトスト云フニ在レトモ○被上告人ハ原院ニ於テ甲第十二號證ヲ否認シ甲第十號證丙第三號證ハ之ヲ知ラスト主張シ丙第四號證ノ成立ノミヲ認メ立證ノ趣旨ヲ否認シ以テ上告人ノ本訴桂川流水專用權ヲ爭ヒタルコト原院法廷調書ニ徵シテ明白ナレハ本論旨ニ揭ケタル事項ヲ以テ被上告人ノ認メテ爭ハサル事項ナリトスルヲ得ス依テ本論旨モ亦其理由ナシ

上告理由第四點ハ甲第九號證ノ一、二及甲第十三號證並ニ武藤信明ノ證言ハ明治八年中ニ於テ被上告人等カ係爭地ニ桂川ノ水ヲ引入レタル際上告村ヨリ故障ヲ申出テ山梨縣廳カ諭示ノ上被上告人等ニ用水ノ差止ヲ爲サシメタル事實ヲ證明スル爲メニ原院ニ提出シタルモノニシテ甲第九號證ノ一、二ナル差留願ニ依レハ被上告人等ニ用水ノ權利ナキ事實ヲ主張シタルハ明カニシテ甲第十三號證ニ依レハ被上告人等カ此趣旨ニ從ヒ請書ヲ差出シタルモノナリ故ニ縣廳ノ諭示シタル理由モ之ニ外ナラサルハ自明ノ理ナリトス而シテ被上告人カ此承認ヲ爲シタル以上ハ假リニ上告人ノ專用權ヲ認メサリシトスルモ其承認ハ上告村對被上告人間ニハ完全ニ民法的效果ヲ生スルモノニシテ爾後被上告人ハ同一ノ土地ニ再ヒ用水ヲ引入ルル權利ナキコト明カナリ然ルニ原判決カ前段ニ對シテハ諭示ノ理由不明ナリト說明シ後段ニ對シテハ單ニ專用權ヲ承認シタルモノト推斷スルヲ得スト判定シタルハ一ハ事實ヲ不當ニ確定シタルモノニシテ一ハ理由不備ノ缺點アルモノトスト云フニ在レトモ○山梨縣廳ニ於テ甲第九號證記載ノ趣旨ヲ以テ被上告人等先代ニ對シ諭示ヲ爲シタルヤ否ヤ又被上告人等ノ先代ニ於テ山梨縣廳ノ諭示ニ從フヘキ旨上申シタルハ上告人等ノ本訴桂川流水專用權ヲ承認シタルカ爲メナリシヤ否ヤハ

事實ノ問題ニシテ法律ノ問題ニアラス而シテ甲第九號證ノ差留願書アルニ於テハ山梨縣廳ハ該證記載ノ趣旨ニ從ヒ諭示ヲ爲シタルモノト認ムヘシトノ法則ナキハ勿論山梨縣廳ノ諭示ニ從ヒタル者ハ上告人等ノ本訴桂川流水專用權ヲ承認シタル者ト認メサルヘカラサル理ナシ要スルニ本論旨ハ原院カ其職權ヲ以テ甲第九號證ニ付キ爲シタル判斷ニ對シ漫ニ不服ヲ唱フルモノニ過キサレハ上告適法ノ理由トナラス

上告理由第五點ハ第四點ニ於テ辯明セシ如ク原審證人武藤信明ノ證言ニ依レハ明治八年中山梨縣廳カ上告村及被上告人トノ間ニ立入リ被上告人ノ行爲ノ不法ナルコトヲ認メタル際上告村ヨリ提出シタル差留願ノ趣旨ノ如ク被上告人ヲシテ承認セシメ上告村亦之ニ甘ンシテ甲第十三號證ノ成立ヲ見ルニ至リタル事實ヲ知リ得ヘク而シテ上告人ハ原院ニ於テ此事實ヲ援用シ被上告人ノ先代及係爭地ノ前所有者カ上告村ニ對シ桂川ノ水ヲ灌漑セサルコトヲ約シタル事實ヲ主張シタリ然ルニ原判決ハ其前段ニ於テ武藤信明ノ證言ヲ此趣旨ニ援用シナカラ後段ニ於テ此點ニ關スル同人ノ證言ハ信用スルニ足ラスト判示シタルハ理由ノ矛盾アルヲ免レスト云フニ在レトモ○證人ノ供述中其信スヘキモノト認メタル部分ノミヲ採用シ其信ネヘカラサルモノト認メタル部分ヲ採用セサルハ事實承審官タル原院ノ職權ニ屬ス故ニ原院ニ於テ證人武藤信明ノ供述ノ一部ヲ採用シナカラ明治八年中被上告人等先代ニ於テ上告人ニ對シ本訴桂川流水ヲ使用セサルコトヲ約シタリトノ點ニ付テハ同證人ノ供述ヲ信用セスト判定シタルハ敢テ不法ナリトスルヲ得ス

上告理由第六點ハ上告人ハ原院ニ於テ甲第三十八號證ノ一、二ヲ提出シ上告村ハ桂川ノ下流ニ於テ田畑ヲ所有スルカ故ニ本訴ノ利害關係者ナルコトヲ主張シタリ而シテ田地ノ如キハ反證ナキ限リハ從來ニ於テモ現狀ト同一ナリシト推定スヘキハ當然ノ事ナリトス然ルニ原判決ハ此上告人ノ所有田地ニ桂川ノ水ヲ引用シタルハ係爭地ニ引用セル時ヨリ以前ナルコトカ證明セラレサルニ依リ上告村ヲ以テ利害關係者ニ非スト判定シタルハ舉證ノ責任ヲ顚倒シタル不法アリトスト云フニ在レトモ○上告人明見村カ桂川沿岸ニ於テ所有スル田地四筆ニ桂川流水ヲ引用シタルハ被上告人カ係爭田地ニ同流水ヲ引用シタルヨリ前ナルカ將タ後ナルカノ如キハ實ニ事實ノ問題ニシテ法律ノ問題ニアラス而シテ上告人明見村カ桂川沿岸ニ於テ田地ヲ所有スル事實アルニ於テハ被上告人ニ先チテ桂川流水ヲ右田地ニ引用シタルモノト認メサルヘカラサル理ナキニ依リ原院ニ於テ上告人ノ提出スル證據ニ依リテハ上告人明見村カ前顯田地ニ桂川流水ヲ引用セシハ被上告人ノ本訴係爭田地ニ同流水ヲ引用セシ以前ナリト認メ難シト判定セシハ敢テ所論ノ如キ不法アルモノト云フヲ得ス

上告理由第七點ハ原判決ハ乙第七乃至十號證ヲ援用シテ明治八年頃係爭地附近ニ桂川ノ流水ヲ引用シタル堀割夥多描示シアル事實ノ證明ニ供シタリ然レトモ上告人ハ此點ニ對シ反證トシテ甲第十號證ヲ提出シ乙第七乃至十號證ノ堀割ハ何レモ甲第十號證ニ依リ取潰サレタル事實ヲ證明シタリ而シテ此點

ハ重要ナル爭點ナルニ拘ハラス之ニ對シ原判決カ何等ノ說明ヲ與ヘサリシハ不法ナリト云フニ在レトモ

◎原院ハ乙第七第八號證ノ繪圖面明治二十一年地押調査當時ノ地圖及ヒ檢證調書ヲ參照考覈シ以テ係爭地ハ明治二十一年頃ヨリ桂川流水ヲ引用シタルモノト認メ上告人ノ提出シタル證據ハ之カ反證トタスニ足ラスト判定シタルコト原判文上洵ニ明白ナリ故ニ原判決ハ所論ノ如キ不法アルモノト云フヲ得ス

右ノ理由ナルヲ以テ民事訴訟法第四百五十二條ニ從ヒ主文ノ如ク判決ス

○親族會決議不服ノ件

明治四十一年(オ)第四百六十五號
明治四十二年四月六日第一民事部判決

◎判決要旨

一親族會招集ノ手續ニ違法アルカ爲メ其決議カ無效タルヘキ素質ヲ有スルモ初メヨリ無效ニ非サル場合ニ於テハ其取消ヲ請求スルモ違法ニ非ス(判旨第一點)

一民法第九百五十一條ニ依ル不服ノ訴ノ被告タルヘキ者ハ不服ヲ申立テラレタル決議ヲ爲シタル親族會員タルヘキコト勿論ナリ(判旨第二點)

(參照)親族會ノ決議ニ對シテハ一个月內ニ會員又ハ第九百四十四條ニ揭ケタル者ヨリ其不服ヲ裁判所ニ訴フルコトヲ得(民法第九百五十一條)

第一審　神戸地方裁判所　第二審　大阪控訴院

上告人　福井トメ　訴訟代理人　牧野賤男

被上告人　海野末吉外二名

右當事者間ノ親族會決議不服事件ニ付大阪控訴院カ明治四十一年十月二十日言渡シタル判決ニ對シ上告人ヨリ全部破毀ヲ求ムル申立ヲ爲シ且ツ被上告人等ハ期日出頭セサルニ付闕席ノ儘判決アリタキ旨申立タリ

判決

海野末吉ニ對スル本件上告ハ之ヲ棄却ス其上告費用ハ上告人ノ負擔トス

上告人及被上告人福井乙吉、田口辰藏間ノ原判決ヲ破毀シ更ニ辯論及ヒ裁判ヲ爲サシムル爲メ本件ヲ大阪控訴院ニ差戻ス

理由

上告理由第一點ハ原判決ハ民法第九百五十一條ノ解釋ヲ誤リタル不法アリ原判決ハ上告人ノ請求ヲ排斥スル理由トシテ「控訴人ノ演述スル事實ニ依レハ被控訴人カ親族會員ノ一人タル控訴人ニ對シ何等招集ノ通知ヲ爲サスシテ之ヲ除外シ他ノ親族會員ノミニテ親族會ヲ招集シ恣ニ未成年者南澤はつノ不動產ヲ賣却スルコト及其登記事項ヲ決議シタルハ不法ナリト云フニ在リテ即其決議カ初メヨリ無效ニ歸スヘキコトノ結論ヲ生スヘキ親族會招集手續違法ノ事實關係ヲ主張スルモノナルニ依リ斯ノ如ク決議無效ノ事實ヲ原因トシテ其決議ノ取消ヲ求メントスル控訴人ノ本訴請求ハ業ニ已ニ此點ニ於テ事實ニ副ハサル不當ノ請求ト論ス可ク」ト說明セラレタレトモ會員又ハ法律上通知ヲ要スヘキモノニ通知ヲ欠缺シタル親族會ノ決議ハ當然無效ニアラスシテ民法第九百五十一條ニ依リ判決ヲ俟チテ始メテ之レヲ無效タラシムヘキ素質ヲ有スル事ハ夙ニ御院判例ノ是認スル所ナリ（御院本年四月三十日言渡四一（オ）一三號判例及本年十月十日言渡四一（オ）二七七號判例參照）原審ハ此種ノ欠缺ヲ以テ當然親族會ノ決議ヲ無效ナラシムルモノトシ不服ノ訴ヲ許容セサリシハ不法ナリト思料スト云フニ在リ

依テ按スルニ親族會招集ニ付其會員又ハ法律上通知ヲ要スヘキ者ニ通知ヲ欠如シタルカ如キ手續ニ違法ノ點アリトスルモ其親族會ノ決議ハ當然無效ニアラスシテ裁判所ノ宣言ニ因リテ始メテ效力ヲ喪失スルモノナルコトハ本院判例ノ既ニ是認スル所ニシテ其決議ノ效力ヲ喪失セシメントスル場合ニ裁判所カ其決議ヲ取消スト云フモ又之ヲ無效ナリト宣言スルモ其裁判ノ效力ハ異ナル所ナシトノコト同判例ノ認ムル所ナリ果シテ然ラハ本件ノ如ク親族會招集手續違法ノ爲メ其決議カ無效タルヘキ素質ヲ有スルモ初メヨリ無效ニアラサル場合ニ於テハ之レカ取消ヲ請求スルモ毫末ノ不法アルコトナシ然ルニ原院ハ本件親族會ノ決議ハ初メヨリ無效ニ歸スヘキコトヲ原因トシナカラ其取消ヲ請求シタルハ不當ナリトシテ本件上告人ノ請求ヲ棄却シタルハ不法ニシテ上告人及被上告人福井乙吉同田口辰藏間ニ與ヘタル原判決ハ全部破毀ヲ免カレサルモノトス

上告理由第二點ハ親族會決議不服ノ訴ニ於テ其被告タルヘキモノハ必ラス親族會員タラサルヘカラス然ルニ本件ニ於テハ後見人タル海野末吉ヲモ被告トシテ訴ヘ居ルモノナルニヨリ原院ニ於テハ先ツ同人ニ對スル訴ハ之ヲ却下スヘキ筋合ナリトス而シテ既ニ海野末吉ニ於テ被告タルヘキモノニアラサル以上ハ同人ト他ノ相手方（即チ被上告人福井乙吉、田口辰藏）トノ間ニハ權利關係カ合一ニノミ確定スヘキ聯絡ナキヲ以テ海野末吉ノミ事實ヲ爭ヒ他ハ之レヲ認諾シタル以上ハ認諾者ニ向ツテハ認諾判決ヲ爲ササルヘカラサル關係ナルニ係ハラス原判決ハ「本件ハ被控訴人間ニ權利關係カ合一ニ確定スヘキ事案ナルカ故ニ被控訴人福井乙吉、田口辰藏ニ於テ認諾スルモ民事訴訟法第五十條第三項ニ則リ被控訴人海野末吉ト同シク認諾セサルモノト看做シ」云云ト說明シ海野末吉ニ對スル請求ト共ニ其認諾書ニ對スル請求ヲモ棄却セラレタルハ法律ヲ不當ニ適用シタル不法ノ判決ナリト確信スト云フニ在リ

依テ按スルニ民法第九百五十一條ニ依ル不服ノ訴ノ被告タルヘキ者ハ其不服ヲ申立テラレタル決議ヲ爲シタル親族會員タルヘキコト勿論ナリ然ルニ被上告人海野末吉ハ未成年者南澤はつノ後見人ニシテ法律上右はつノ爲メノ親族會ノ會員タルコト能ハス又現ニ會員ニアラサルコトハ明白ナレハ上告人カ右海野末吉ヲ他被上告人ト共ニ被告トシテ本訴ヲ提起シタルハ誠ニ不法ナルカ故ニ隨テ本件ノ權利關係カ右末吉ト他被上告人間ニ合一ニノミ確定スヘキモノニアラサルコト勿論ニシテ右末吉ニ對スル上告人ノ本訴ノ訴ヲ棄却スヘキモノナルコトハ本論旨所論ノ如シ然レトモ原院ハ其判決ニ於テ同人ニ對スル上告人ノ請求ヲ他ノ被上告人ニ對スルモノト共ニ棄却シタルモノナレハ結局相當ナルヲ以テ本論旨ハ原判決ヲ破毀スル理由トナラス

右ノ理由ニ依リ民事訴訟法第四百四十七條第一項同第四百四十八條第一項ノ規定ニ從ヒ主文ノ如ク判決ス

○商標登錄無效審判請求ノ件

明治四十二年(オ)第三十四號　明治四十二年四月七日第二民事部判決

判決要旨

一審判請求ノ審理中請求ノ目的物ニ變動ヲ來シタル場合ニ於テハ審決當時ノ狀態ニ依リ其審決ヲ爲スヘキモノトス從テ審決ノ當時既ニ最初求メタル目的物現存セサルトキハ其請求ハ之ヲ却下スルヲ當然トス

原審　特許局

上告人　合名會社マツチアスヘホーネル

右代表者　マツチアスヘホーネル　訴訟代理人　花岡敏夫

被上告人　石原久之助

右當事者間ノ商標登錄無效審判請求事件ニ付特許局カ明治四十一年十一月十二日爲シタル審決ニ對シ上告人ヨリ全部破毀ヲ求ムル申立ヲ爲シ且ツ被上告人ハ期日出頭セサルニ付闕席ノ儘判決アリタキ旨申立タリ

判決

本件上告ハ之ヲ棄却ス

上告ニ係ル訴訟費用ハ上告人之ヲ負擔ス可シ

理由

審決ノ標準時期

上告理由第一點ハ原審決ハ登錄商標專用權失效ト無效トノ法則ヲ混同シテ適用シタル違法ノ審決ナリ抑モ商標專用權ノ拋棄ニ關シテハ其權利ノ消滅原因トシテ我商標法中何等規定スルトコロナク元來商標專用者カ其權利ヲ拋棄スルコトヲ得ルヤ否ヤハ多少問題ヲ生スヘシト雖モ商標モ亦特許ト同シク財產權ナルカ故ニ法律ノ明文ヲ俟タスシテ其專用權ヲ拋棄シ得ト解スルヲ至當トスルヲ以テ外國ノ立法例ニハ特許ト同シク消滅原因トシテ拋棄ヲ明記スルモノ尠カラス故ニ商標專用權ノ拋棄ハ他ノ消滅原因即チ商標ノ專用年限經過シタルトキ（商標法第三條）商標ヲ使用スル營業ヲ廢止シタルトキ（商標法第十二條）及特許局長ニ於テ登錄ヲ取消シタルトキ（商標法第十一條）ト同一ニシテ其失效ノ原因タリ此登錄商標失效ノ效力タルヤ商標專用年限ノ經過シタルトキ商標ヲ使用スル營業ヲ廢止シタルトキ特許局長ニ於テ取消シタルトキ又ハ商標專用權ヲ拋棄シタルトキヨリ將來ニ於テ登錄ノ效力ヲ失フモノナリ故ニ其失效以前ニ於ケル登錄其モノノ效力ニハ何等ノ影響ヲ及ホサスシテ依然有效タルヘキコト論ヲ俟タス之レニ反シテ登錄商標ノ無效ハ將來ノミナラス登錄當初ヨリ絕對ニ無效（商標法第二條、第八條、第十條）ニシテ而シテ此無效ハ審決ニヨリテ確定スルモノナリト雖モ無效審決ノ確定日ヲ待ツテ將來ニノミ其效力ヲ失フモノニ非ラサルナリ然リ而シテ商標登錄無效審判請求ノ目的タルヤ商標登錄失效ノ宣言ヲ求ムルニアラスシテ無效ノ宣言ヲ求ムルニアレハ審判請求中商標專用權ヲ拋棄アリタリトテ請求目的物消滅スルモノニアラス何トナレハ登錄ニシテ有效ナルトキハ目的物存在ストヽハサルヘカラス而シテ無效審判請求ナルモノハ實ニ根本的ニ登錄ノ效力ヲ滅却セシカ爲メニ他ナラサレハナリ殊ニ從來特許局審決ニ於テ失效ト無效トヲ全然區別シ失效原因ヲ以テ無效審判請求ノ理由トナスコトヲ得サルト（特許局登錄商標審判請求事件第四百二十六號明治三十三年六月十三日審決及ヒ第三百九十一號明治三十四年七月二日審決參照）スルヲ以テ無效審判請求ハ失效ヲ目的トスルモノニアラサルコトモ亦タ寔ニ睹易キ道理ナリ然ルニ原審決ハ「請求人カ其無效ヲ主張スル第二三七二四號登錄商標ハ本件審理中明治四十一年六月十五日附ヲ以テ被請求人ニ於テ其專用權ヲ拋棄シタル旨ヲ届出テ同年同月十七日特許局ノ商標原簿ニ其旨登錄セラレタルヲ以テ本件請求ノ目的物ハ既ニ消滅シタルモノトス」トノ理由ニヨリ上告人ノ請求ヲ却下シタルハ登錄商標無效ト失效トノ法則ヲ混同シタル違法ノ審決ナリト信スト云ヒ」第二點ハ原審決ハ商標法第二條第四、五號及第十條ノ解釋ヲ誤リテ適用シタル違法ノ審決ナリ今假リニ原審決ノ如ク拋棄等ニ因リ登錄權ノ消滅シタルトキハ審判モ目的ナキニ至リ其ニ消滅スルヲ以テ其請求ハ却下スヘキモノナリトノ理論果シテ正當ナリトスルモ實際ニ於テ左ノ不都合ヲ生ス本來無效ノ登錄商標ナルトキハ其商標ヲ侵害スルモノアルモ之レカ爲メニ商標法第十六條ノ刑罰ヲ科セラルルコトナク加之民事上ノ責任ヲモ負擔セサル筋合ナルニ無效審判請求中偶〻被請求人ノ惡手段ニ出テ專用權ヲ拋棄スルトキハ請求人ノ請求ハ排斥セラレ結局登錄其モノノ無效トナラサルニヨリ之レヲ侵害スルモノアルトキハ或ハ刑事民事上ノ責任ヲ負擔セサルヘカラサル不

條理ヲ來スハ其一ナリ次キニ商標法施行前ヨリ他ニ使用者アル商標ト同一若シクハ類似ノ商標ハ商標法第二條第五號ニヨリ登錄ヲ受クルコトヲ得スヲ之レニ違反シタルトキハ商標法第十條ニヨリ其登錄ハ無效トス然ルニ今甲者カ商標法施行前ヨリ使用スル商標ト同一若クハ類似ノ商標ヲ乙者ニ於テ登錄ヲ受ケ甲者カ其無效審判ヲ請求シ其審理中乙者カ專用權拋棄シタリト假定セン若シ之レヲ原審決ノ趣旨ニ從フトキハ拋棄前ノ登錄ハ有效ニ歸スルヲ以テ拋棄後一年間ハ商標法第二條第四號ニヨリ甲者カ自己ノ商標登錄出願ヲナスコトヲ得サル不條理ヲ來タスハ其二ナリ若シ夫レ斯クノ如クンハ奸譎ノ徒輩妄リニ他人ノ登錄商標ト類似ニシテ同商品ニ使用セントスルモノ或ハ商標法施行前ヨリ他ニ使用者アル商標ト同一若クハ類似ノ商標ノ登錄ヲ受ケ徒ラニ法律ヲ弄ヒ而シテ無效審判請求セラレタルトキハ之レヲ拋棄シ以テ元來無效ナル登錄商標ナルニ係ラス一个年間之レカ專用ヲ逞フシ請求人ノ商標法第二條第四、五號ニ規定スル法律ノ保護ヲ薄カラシメ且ツ其登錄出願權利ヲ妨害スルコトトナルヘシ之レ社會ノ秩序ヲ紊亂シ公益ヲ害スルノ甚シキモノニシテ豈ニ商標法第二條第四、五號第十條規定ノ精神ニ適合スルモノナランヤ今試ニ本件ト同一ノ境遇ニ陷ルヘキ實例ヲ列擧セハ特許局審判番號第四百七十二號、第五百二十三號、第六百二十六號、第六百二十七號、第七百三號登錄商標無效審判事件ノ如キ皆然リ是豈商工業ヲ保護スル上ニ於テ一日ノ看過スヘカラサル大問題ナリトス故ニ原審決ハ商標法第二條第四、五號及第十條ノ解釋ヲ誤マリタル不當ノ審判タルヲ免レスト云フニ在リ○依テ按スルニ審判請求ハ審理中ニ於テ請求ノ目的物ニ變動ヲ來タシタル場合ニ於テハ審判請求ノ當時ニ於ケル狀態ニ依ラスシテ審決當時ノ狀態ニ依リ其審決ヲ爲スヘキモノナルヲ以テ審決ノ當時ニ於テ既ニ最初求メタル目的物消滅シ現存セサルニ於テハ其請求ハ目的物消滅シタルモノトシ之ヲ却下スヘキハ當然ナリ乃チ本件記錄ヲ按スルニ上告人ノ本件請求ハ審判請求ヲ爲シタル當時即チ明治四十一年六月五日ニ在リテ現ニ被上告人カ專用セシ第二三七二四號登錄商標ノ無效審決ヲ求ムルニ在ルコトハ審判請求書ニ徵シテ明確タリ左スレハ原審ニ於テ本件審理中明治四十一年六月十五日被上告人カ其登錄商標ノ專用權ヲ拋棄シタルニ依リ同月十七日特許局ニ於テ商標原簿ニ其旨登錄シ右第二三七二四號登錄ノ消滅ニ歸シタル事實ヲ認メ以テ本件請求ハ其目的物消滅シタルモノトシ上告人ノ本件請求ヲ却下シタルハ其當ヲ得タルモノトス然ルニ上告人ニ於テ原審決ハ登錄商標專用權ノ失效ト其無效トヲ混同シタルモノナリト主張スルモ登錄商標專用權ノ消滅カ其失效ニ因リ來リタルト將タ其無效ニ因リ來リタルトヲ問ハス苟モ審理中ニ在リテ請求ノ目的物タル登錄商標專用權ノ消滅シタルトキハ請求ノ目的物ノ消滅ヲ理由トシ其請求ヲ却下スルハ當然ナルヲ以テ原審ニ於テ被上告人ノ拋棄ニ因リ本件請求ノ目的物タル登錄商標專用權消滅シタルモノトシ本件請求ヲ却下シタルハ其當ヲ得タルモノニシテ所論ノ如キ不法アルモノトスルヲ得ス又上告人ニ於テ登錄商標無效ノ審理中被請求人ノ拋棄ニ因リ請求ノ目的物消滅シタルモノトシ其請求ヲ却下スルトキハ種種ノ弊害アリト主張シ原審決ヲ非難攻擊スルモ弊害ノ有

無ノ如キハ自ラ別問題ニ屬スルカ故ニ弊害アリトノ一事ニ依リ原審決ヲ破毀シ得ヘキモノニアラス之ヲ要スルニ原審ニ於テ本件請求ノ目的物ノ消滅ヲ以テ理由トシ本件請求ヲ却下シタルハ結局其當ヲ得タルモノニシテ本論旨ハ共ニ上告適法ノ理由トナラス

右ノ理由ナルヲ以テ民事訴訟法第四百五十二條ニ依リ主文ノ如ク判決ス

○株券名義書換請求ノ件

明治四十二年(オ)第三號
明治四十二年四月十三日第一民事部判決

◎判決要旨

一株券記名者カ名義書換ノ手續ニ關スル白紙委任狀ヲ添附シタル株券ハ交付ニ依リテ輾轉流通スルモノトス而シテ委任狀記名者ノ死亡ハ其輾轉流通ヲ妨クルノ事由ト爲ラス

第一審　長野地方裁判所　第二審　東京控訴院

上告人　平林イソ　訴訟代理人　上原鹿造

被上告人　百瀬勝郎　訴訟代理人　〔岡崎正也　菊地倫輔〕

右當事者間ノ株券名義書換請求事件ニ付東京控訴院カ明治四十一年十一月四日言渡シタル判決ニ對シ上告人ヨリ全部破毀ヲ求ムル申立ヲ爲シ被上告人ハ上告棄却ノ申立ヲ爲シタリ

判決

本件上告ハ之ヲ棄却ス

上告ニ係ル訴訟費用ハ上告人之ヲ負擔ス可シ

理由

上告論旨第一點ハ株券ニ白紙委任狀ヲ添附シテ之ヲ質入賣買等ノ目的ニ於テ輾轉流通セシムルコトハ我國商取引上ノ習慣タルニ相違ナキモ此習慣タル委任狀ノ記名者カ生存シ居ル事及其委任狀カ適式ノモノナルコトヲ必要トスヘキモノニシテ委任者カ死亡シ又ハ委任狀カ適式ナラサル場合ニ於テハ自由ニ流通シ得ヘキモノニアラサルコト明カナリ而シテ本件株券ニ添附セル委任狀ノ記名者ハ被上告人カ係爭株券ヲ取得セル前既ニ死亡シ居ルコトハ被上告人ノ爭ハサル所ナリ然ルヲ原判決カ此場合ニ於テモ尙委任狀ノ效力ヲ消滅セシムヘキモノニアラスト判定シタルハ習慣ニアラサルモノヲ習慣ナリトシ引テ法則ノ適用ヲ誤リタルモノナリトスト云ヒ」第三點ハ株券ニ白紙委任狀及承諾書ヲ添附シテ輾轉流通スル場合ニ委任狀記名者ノ死亡シタル事アルモ委任狀ノ效力ニ變動ヲ來タサストハ原判決ノ說明スル所ナリ果シテ然ラハ委任狀ノ效果ハ引テ之ヲ第三者ニ及ホシ得ヘキモノニシテ委任狀記名者ノ相

續人タル上告人カ更ニ完全ナル委任狀ヲ交付スルノ義務ナク又名義書替ニ干與スルノ義務アルヘキ筈ナシ然ルニ原判決カ一方ニ記名者ノ死亡後ニ於ケル取引モ法律上ノ欠點ナキ事實ヲ認メナカラ他方ニ於テ上告人ニ其欠缺ヲ補正スヘキ義務即チ名義書替ノ手續ヲ履行スヘキ行爲ヲ命シタルハ理由矛盾ノ瑕瑾アルモノトスト云フニ在リ

然レトモ株券記名者カ名義書換ノ手續ニ關スル白紙委任狀ヲ添附シタル株券ハ交付ニ依リテ輾轉流通シ委任狀記名者即株券記名者ノ死亡カ其輾轉流通ヲ妨クルノ事由トナラサルコトハ一般ノ習慣トシテ行ハルル所ナリ蓋シ株券記名者カ白紙委任狀ヲ株券ニ添附スルハ善意ノ株券取得者ニ對シテハ其何人タルヲ問ハス名義書換ノ義務ヲ負擔スヘキ意思表示ト共ニ其書換手續ヲ委任スヘキ意思表示トヲ爲シタルモノニシテ名義書換義務負擔ノ意思表示ハ意思表示ニ關スル通則ニ從ヒ表意者タル株券記名者ノ死亡ニ因リ其效力ヲ失フコトナク死亡後ノ株券取得者ニ對シテモ書換義務ヲ發生スルノ法理ト相待テ實ニ白紙委任狀添附ノ記名株券カ交付ニ依リ且記名者ノ死亡後ト雖モ輾轉流通スル習慣ノ行ハルル所以ノ基礎タリ故ニ上告人カ委任狀記名者ノ死亡ヲ以テ株券ノ輾轉流通ヲ妨クルモノトナスハ習慣ニ反スルノ論ニシテ採ルニ足ラス若シ夫レ名義書換手續委任ノ意思表示ハ書換義務負擔ノ意思表示トハ別箇ノモノニシテ委任ノ效力カ委任者ノ死亡ニ因リ消滅スルニ由テ觀レハ委任ノ意思表示ハ表意者ノ死亡後ハ其效力ヲ失フモノト論セサル可ラス而シテ原院ハ委任狀記名者ノ死亡スルモ委任ノ效力ニ變動ヲ來ササルカ故ニ株券ノ輾轉流通ヲ妨ケスト判定シタルニ非ラスシテ習慣ニ基キ其判定ヲ下シタルモノナレハ上告人所論ノ如キ法則ヲ適用セサルノ不法モ理由矛盾ノ瑕瑾モ存セサルモノトス

上告論旨第二點ハ甲第二號證ニハ「右ハ拙者所有ノ處今般貴殿ニ使用ヲ許シ貸渡候ニ付テハ貴殿ノ御都合ニ依リ他ヘ抵當トシテ御渡被成候共聊カ異議無之云云」トアリテ明文上擔保ノ事實ヲ許シタル趣旨ナルハ明カナリ故ニ上告人ハ原院第一回辯論ノ際第二ノ抗辯トシテ此事實ヲ主張シ同號證ヲ援用シタルニ原判決ハ「右兩號證ハ單ニ株券ヲ擔保ト爲スコトヲ承諾シタルニ過キストノ抗辯ハ何等立證ナキヲ以テ之ヲ採用セス」ト說明シ而シテ同證ニ對スル上告人ノ解釋ニ付何等ノ說明ヲ與ヘサリシハ爭點ニ對シ判斷ヲ與ヘサルノミナラス明文ニ背キテ不法ニ事實ヲ確定シタル違法アリト云フニ在リ

然レトモ原院ハ上告人先先代瀨平カ株券ニ白紙委任狀及ヒ名義書換ノ承諾書（甲第二號證）ヲ添附シテ他人ニ交付シタルハ習慣ニ從ヒ株券ヲ輾轉流通ノ狀態ニ置キタルモノト判示シタレハ甲第二號證中ニ株券ヲ擔保ト爲スコトヲ許ス旨ノ文詞アルモ之ノミニ依リテ擔保ニ供スルコトノミヲ承諾シタルモノト認ム可ラストシテ上告人ノ抗辯ヲ排斥シタルヤ自ラ明ナルヲ以テ本論旨モ理由ナシ

上告論旨第四點ハ原院ニ於テ上告人ハ本件株券ハ平林九平外一名ニ託シタル際何人カ之ヲ引出シ之ヲ輾轉セシメ終リニ上告人先代ノ不任意ニ被上告人ノ手ニ渡リタル旨ヲ主張シ其事實ヲ證明スル爲メニ長野地方裁判所松本支部明治三六年（ワ）第一八三號約束手形請求事件ノ記錄取寄ヲ申請シタルニ原院

ハ此申請ヲ却下シナカラ「反證ナキ限リハ平林九平等ニ寄託中盗難其他不任意ノ事由ニ據リ他人ニ奪取セラレタリト認ムルニ由ナシ」ト說明シタルハ甚シキ不法アルモノトスト云フニ在リ

然レトモ上告人カ長野地方裁判所松本支部明治三十六年(ワ)第一八三號約束手形請求事件ノ記錄ノ取寄ヲ申請シタルハ果シテ所言ノ如キ事實ヲ證明センカ爲メナリシヤ記錄ニ徵シ見ルヘキモノナケレハ本論旨モ採用スルニ由ナシ

上來說明ノ如ク本件上告ハ理由ナキヲ以テ民事訴訟法第四百五十二條第七十七條ニ依リ主文ノ如ク判決ス

○強制執行異議ノ件

明治四十二年(オ)第九十四號　明治四十二年四月七日第二民事部判決

◎判決要旨

一明治六年布告第三百六十二號出訴期限規則ハ出訴ヲ要スル債權ナルト否トヲ問ハス金穀貸借物品賣買等ニ依リ生シタル債權ニ付キ一定ノ歲月經過ニ因リ債務者カ其義務ヲ免ルルコトヲ定メタル消滅時效ノ法則ニシテ民法ノ消滅時效ト其性質ヲ同ウスルモノトス

一民法施行前ニ出訴期限ヲ經過セサル債權ニ付キ民法施行法第三十條ニ從ヒ民法中時效ノ規定ヲ適用スル場合ニ於テ其期間ヲ計算スルニハ民法施行前ニ經過シタル年月日數ニ施行ノ日ヨリ經過シタル年月日數ヲ通算スヘキモノトス

(參照)民法施行前ニ出訴期限ヲ經過セサル債權ニ付テハ民法中時效ニ關スル規定ヲ適用ス(民法施行法第三十條)

第一審　東京地方裁判所　第二審　東京控訴院

上告人　栗田庄造　訴訟代理人(星野直鵜澤總明)

被上告人　熊田良之

出訴期限規則ノ性質○民法施行法第三十條ノ時效期間計算法

右當事者間ノ强制執行異議事件ニ付東京控訴院カ明治四十二年一月十六日言渡シタル判決ニ對シ上告人ヨリ全部破毀ヲ求ムル申立ヲ爲シタリ

判決

本件上告ハ之ヲ棄却ス

理由

上告理由第一點ハ明治六年第三百六十二號布告出訴期限規則ハ其名ノ如ク起訴要件ニシテ法律上ノ時效トハ其性質ヲ異ニス何者該布告文中（拔萃）「右延期勘辨中數多ノ歲月ヲ過去リ出訴致候時ハ貸方借方請人證人ノ內死亡又ハ失踪等ノ者モ有之事理曖昧ニ立至リ裁判上不都合不少候ニ付訴訟ノ事柄ニ因リ夫々出訴期限ヲ定メ候條來ル明治七年一月一日ヨリ後ニ結ヒタル條約期限ニテ右出訴期限ヲ過去リ出訴セサル者ハ自分條約ヲ取消シタル者ト看做シ」云云明記シアルヲ以テ也再言セハ該規則ヲ制定セラレタル主旨ハ其明文ノ如ク貸借其他法律上ノ事實發生ヨリ永ク歲月ヲ經過セハ漸次證據ハ湮滅シ其權利ノ所在ヲ知ルコト難ク故ニ或ル期間ヲ定メ訴ヲ起サシメ其權利ヲ確定セシメントスルニアルハ寔ニ明炳焉タリ隨而權利者カ該規則ニ定メラレタル期間內訴ヲ提起スルトキハ同時ニ該規則ノ支配ヲ脫スルハ勿論其制裁（第一條乃至第三條）ニ拘束セラルル理由萬萬アルコトナシ本件ノ貸借ハ公正契約ニ因ツテ成立シタルモノナレハ最初ヨリ確定セル債務名義ヲ得タルモノニテ訴ヲ俟ツテ始メテ確定スルカ如キ未定ノ權利ニアラス根元訴ヲ要セサル確定ノ權利ナレハ訴ヲ强要スル出訴期限規則ノ支配拘束ヲ受クヘキモノニアラス要スルニ出訴期限規則ハ不確定ノ權利ニ對スル起訴要件ニシテ其第一條乃至第三條ノ期間モ亦不確定ノ權利ニ適用サルヘキモノナルコトハ識者ヲ俟タサルモ該規則ノ明文即チ制定ノ主旨ニ照ラシテ明炳ナリトス然リ而テ舊法ニ於テ本件貸借ノ如キ確定セル債務名義ニ關スル出訴期限ノ制定アルヲ見ス否全ク之ナシ故ニ本件ハ民法施行法第三十二條ニ依リ同法第三十一條但書ヲ準用スヘキモノトス但公證人規則ハ明治十九年法律第二號ヲ以テ發布セラレ此規則ノ實施ニ依リ始メテ貸借關係ニ於ケル債權者カ確定セル債務名義ヲ得ルニ至レリ換言セハ債權者カ訴ヲ要セスシテ自己ノ權利確定債務ノ存在明確直ニ强制執行ヲ爲スコトヲ得ルニ至リタルモノナレハ之レヨリ十數年ノ昔、即チ明治六年制定セラレタル出訴期限規則ニ於テ未タ世ノ中ニ生レ出テサル確定權利即チ起訴不必要ノモノニ對スル出訴期限ヲ設クルノ理由モ必要モアルコトナシ由是觀之倍〻以テ上告論旨ノ正當ナルヲ確信スト云ヒ」第二點ハ民法施行法第二十九條末文「時效ニ因リテ消滅シタルモノト看做ス」トアルニ依リ出訴期限規則ハ法律上ノ時效トハ其性質ヲ異ニスルコト明カニシテ上告人カ該規則ハ起訴要件ナリトノ主張ヲ强クスルノミナラス同法第三十條ニ依ルトキハ本件時效ノ起算點ハ民法施行ノ日ナリトス何者同條ニハ民法中時效ニ關スル規定ヲ適用ストアルノミニテ原審判決ノ如ク民法施行以前ノ既往ニ遡ラシムトノ文辭ナク却テ法律ハ既往ニ遡ラストノ原則在リ故ニ曰ク民法施行以前ニハ民法ナ

シ隨テ時效ニ關スル規定ナシ依テ民法ノ時效規定ヲ適用セントスルニハ其施行ノ日ナラサルヘカラス加之同法第三十一條前段舊法カ民法ノ時效期間ヨリ長キトキハ舊法ニ從フトアツテ後段但其殘期カ民法施行ノ日ヨリ起算シテ尙ホ長キトキハ其日ヨリ起算シテ民法ノ規定ヲ適用スト在リ故ニ舊法ニ從フトハ名而已ニテ其實民法ノ時效ヲ適用セントスルニ在リ同法第三十二條モ亦民法ノ時效ヲ適用スルモノナリ要スルニ民法第三十條乃至第三十二條ヲ翫味セハ其法意ハ民法施行以前ニ出訴期限ヲ經過セサル債權ハ其長期ナルト短期ナルト將タ無期ナルトヲ問ハス總テ民法ノ時效ヲ適用セントスルニ在ルハ明カナリトスト云ヒ」第三點ハ本件ハ被上告人ニ對シ强制執行ノ末明治三十年六月五日元金三千圓ニ對スル配當金四圓七十一錢五厘ノ辨濟ヲ受ケタルコト在リ此事實ハ時效ノ中斷ニ相當ス然レトモ民法施行以前ニハ法律上時效制度ナク故ニ時效ノ中斷又ハ停止ニ關スル規定ナシ隨テ中斷シタル時效ハ其儘靜止スルヤ又ハ何時進行ヲ始ムルヤモ亦規定アルコトナシ是レ民法施行法第三十三條ノ設定ヲ要セシ原由ナリトス何者民法施行以前ニ進行ヲ始メタル出訴期限ニシテ時效中斷又ハ停止ノ事實アリタル場合ニ適用スヘキ法律ナキヲ以テ斯ノ場合ニハ民法ノ時效中斷及停止ニ關スル規定ヲ適用スヘク而カモ之レヲ適用スルハ民法施行ノ日ヨリト定メラレタルモノトス故ニ本件ノ時效中斷ノ事實ニ對シテ民法ノ時效中斷及停止ニ關スル規定ヲ適用スルハ民法施行ノ日ナラサルヘカラス之レヲ適用シテ始メテ本件ノ中斷時效カ進行スルモノナレハ之レカ起算點ハ民法施行當日ナルコトハ論ヲ俟タス原審判決說示ノ如ク同三十三條ハ民法中時效ノ中斷ニ關スル規定カ民法施行前ニ發生シタル債權ニ適用スルコトヲ得ルハ民法施行ノ日以後ニ於テノミ行ハルルコトヲ得ルニ止マルトセンカ同條ハ全ク無用ノ蛇足ト化シ去ルヲ奈何セン立法者豈ニ焉ソ其愚ヲ爲サンヤ又原審判決ハ民法施行前ニ生シタル中斷事由カ舊法ニ從フヘキコト勿論ナルヲ以テ云云說示セリ由是觀之原審ハ時效中斷ニ關スル舊法ノ存在ヲ認ムルモノナリ果シテ然ラハ何故ニ其舊法ヲ明示セサル乎之ヲ明示セサルハ一大理由ノ不備ナルヲ免レスト云ヒ」第四點ハ民法施行法第一條民法施行前ニ生シタル事項ニ付テハ本法ニ別段ノ定メアル場合ヲ除ク外民法ノ規定ヲ適用セス本件强制執行ニ依リ時效ヲ中斷シタル事實ハ民法施行前ニ生シタル事項也之ニ對スル本法別段ノ定メトハ即チ民法施行法第三十三條ニ該當ス若シ夫レ原審判旨ノ如ク民法施行前出訴期限ノ進行ヲ始メタル債權ニシテ民法施行後ニ於テ中斷事由ノ生シタルモノニ限リ民法ノ時效中斷又ハ停止ニ關スル規定ヲ適用スルニ止マルトセンカ民法施行法第三十三條ハ抑モ何ノ用ヲ爲スヤ全ク無意義ニ沒了ス何者民法施行後ニ於ケル萬般ノ事項（例ヘハ時效中斷、停止等）ニ對シテハ總テ民法ノ規定ヲ適用スヘキモノナルコトハ三尺ノ稚童モ尙克ク辨知スルヲ以テナリ果シテ然ラハ該第三十三條ハ無用ノ冗法ナルカ豈ニ焉ソ其理アランヤ由是觀之同條ハ上告第三點所論ノ如ク其必要アツテ我立法者カ民法施行法中特ニ第三十三條ヲ設定セラレタル所以ノ理ヲ知ルニ足レリト云ヒ」第五點ハ原判決ニ於テハ出訴期限トシテ進行シタル時日ト時效トシテ進行シタル時日トノ間ニハ本來概念上ノ

區別アリテ兩者ハ混同ス可キモノニ非サル理由ヲ看過シテ民法施行法第三十條ヲ解釋スルニ當リ時效ノ起算點ヲ民法施行前ニ繫ラシメタルハ不當也單ニ年月經過ノ事實ヨリ觀察スレハ出訴期限ノ一年モ時效ノ一年モ敢テ異ナル所ナシト雖モ法理上ノ概念ヨリ判斷ヲ下サンカ兩者ノ異ルコト論ヲ俟タス故ニ單ニ民法中時效ニ關スル規定ヲ適用ストアル場合ニ於テハ其進行モ亦民法施行ノ時ヨリ始マルモノト解釋スルニアラサレハ民法ノ時效カ遡リテ民法施行前ニ及フカ如キ奇觀ヲ呈スヘシ此法理ハ餘リ簡單ナルノ故ヲ以テ註釋家モ往往誤解ニ陷ルカ如シ之レ特ニ茲ニ追加シテ公明ナル御判定ヲ仰カントスル所以ナリト云フニ在リ○依テ按スルニ明治六年布告第三百六十二號出訴期限規則ハ之ヲ一見スルニ於テハ其名稱ノ示スカ如ク單ニ債權者カ債務者ニ對シ出訴ヲ爲シ得ヘキ期限ヲ規定シタルモノニ過キサルカ如シト雖モ該布告文中ニモ「出訴期限ヲ過去リ出訴セサル者ハ自分條約ヲ取消シタル者ト看做シ受取ルヘキ權利ヲ失ヒ引渡スヘキ者ハ引渡スヘキ義務ヲ免レ候事ト相定メ候」云云トアリテ一定ノ歳月ノ經過ノ效力トシテ債務者ハ其責ヲ免ルルコトヲ規定シタルモノ即チ民法ノ所謂消滅時效ヲ規定シタルモノナルコトヲ知リ得ヘキノミナラス深ク立法ノ精神ヲ考察シ該布告文ノ趣旨ヲ攻究スルニ於テハ出訴ヲ要スル債權ナルト否トヲ問ハス金穀貸借物品賣買等ニ依リ生シタル債權ニ付キ歳月ヲ經過スルモ久シク其債權ヲ行使セサルニ於テハ一定ノ歳月經過ニ因リ債務者ハ其義務ヲ免ルルコトヲ規定シタルモノニシテ即チ消滅時效ノ規定タルコトハ毫モ疑ヲ容レス既ニ該規則ハ消滅時效ノ規定ナリトスル以上ハ時效ノ中斷ヲ認ムヘキハ法理ノ然ラシムル所ナリ是レ本院ニ於テ從來判例トシテ明治六年布告第三百六十二號ヲ以テ消費貸借等ニ因リ生シタル債務ノ消滅時效ヲ規定シタル法則ナリトスルノミナラス裁判上ノ請求强制執行差押又ハ債務者ノ承認ヲ以テ右時效ヲ中斷スルモノトスル所以ナリ此判例ノ該布告ノ精神ニ適合スルコトハ之ヲ民法施行法ニ徵シテ愈々明白ナリ何トナレハ出訴期限規則ニシテ消滅時效ノ性質ヲ有セス民法ノ消滅時效ト全ク性質ヲ異ニスルモノナリトセハ民法施行法第三十一條ニ於テ民法施行前ニ進行ヲ始メ施行ノ日ニ在リテ未タ出訴期限ヲ經過セサル債權ニ對シ其殘期ト民法ノ消滅時效ノ期間トヲ對照比較シ其長短ニ從ヒ或ハ出訴期限規則ヲ適用シ或ハ民法ノ消滅時效ノ規定ヲ適用セシムルノ理ナキノミナラス民法施行後出訴期限規則ヲ適用スル場合ニ於テ民法施行法第三十三條ニ依リ民法ノ時效中斷及ヒ停止ニ關スル規定ヲ適用セシムヘキ理ナケレハナリ而シテ原院ノ認ムル所ニ據レハ本件債權ハ辨濟期アル消費貸借ニ基キタルモノナル故ニ出訴期限規則第三條ニ依リ五个年ノ出訴期限ニ羅ルモノトス然レハ則チ本件債權ハ民法施行前ニ出訴期限ヲ經過セサル債權ニシテ而モ出訴期限カ民法ニ定メタル時效ノ期間即チ民法第百六十七條ニ定メタル十年ノ期間ヨリ短キカ故ニ民法施行法第三十條ニ從ヒ民法中時效ニ關スル規定ヲ適用スヘク右十年ノ期間ヲ計算スルニハ民法施行前ニ經過シタル年月日數ニ施行ノ日ヨリ經過シタル年月日ヲ通算スヘキモノトス何トナレハ舊法ナル出訴期限規則ハ消滅時效ノ規定ニシテ民法ノ消滅時效ト其性質ヲ同クスル以上ハ舊法ノ下ニ

於テ經過シタル年月日數ニ新法ナル民法ノ下ニ於テ經過シタル年月日數ヲ通算スヘキハ當然ニシテ舊法ノ下ニ於テ經過シタル年月日數ヲ控除シ更ニ新法施行ノ日ヨリ起算スヘキ理ナケレハナリ然ルニ本論旨ハ總テ明治六年布告第三百六十二號出訴期限規則ハ單ニ債權者カ債務者ニ對シ出訴ヲ爲シ得ヘキ期限ヲ定メタルモノニシテ民法ノ消滅時效ト全ク其性質ヲ異ニスルモノナリトシ此見地ニ基キ原判決ヲ非難攻擊スルモノナルモ右出訴期限規則ハ消滅時效ノ規定ナルコト前顯說明ノ如クニシテ民法ノ消滅時效ト其性質ヲ異ニスルモノニアラストスル以上ハ本論旨ノ理由ナキコト言ヲ俟タスシテ明カナリ之ヲ要スルニ原院ニ於テ本件債權ニ對シ出訴期限規則第三條民法施行法第三十條ヲ適用シ民法施行前ノ進行ニ係ル出訴期限經過ノ一部ニ民法施行ノ日以後ノ時效期間ノ經過ノ一部ヲ通算スヘキモノトシタルハ其當ヲ得タルモノニシテ本論旨ハ總テ其理由ナシ

右ノ理由ナルヲ以テ民事訴訟法第四百三十九條第一項ニ從ヒ主文ノ如ク判決ス

○地所所有權移轉登記手續竝地所引渡請求ノ件

明治四十二年(オ)第十八號　明治四十二年四月十六日第二民事部判決

◎判決要旨

一訴訟代理人ヲ以テ訴訟ヲ爲ス場合ニ於テ法定代理權ノ消滅ニ因ル委任消滅ノ通知及ヒ訴訟手續受繼ノ方法ニ關スル規定ハ畢竟相手方ヲ保護スルノ旨趣ニ外ナラス故ニ口頭辯論ノ爲メニ開カレタル法廷ニ於テ新法律上代理人ヨリ委任消滅ノ通知竝ニ訴訟手續受繼ノ申立ヲ爲シ相手方之ヲ承認シテ其旨ヲ法廷調書ニ明記セラレタルトキハ該通知及ヒ申立ハ其效力ヲ生スルモノニシテ必スシモ更ニ法定ノ方法ヲ履踐スルコトヲ要セス

第一審　神戸地方裁判所　第二審　大阪控訴院

上告人　高砂町
法律上代理人　八木虔介　訴訟代理人　飯田宏作
被上告人　菅原木平　訴訟代理人　廣瀨德藏　上村豐

右當事者間ノ地所所有權移轉登記手續竝ニ地所引渡請求事件ニ付大阪控訴院カ明治四十一年十一月十二日言渡シタル判決ニ對シ上告人ヨリ全部破毀ヲ求ムル申立ヲ爲シ被上告人ハ上告棄却ノ申立ヲ爲シタリ

判決

本件上告ハ之ヲ棄却ス

上告ニ係ル訴訟費用ハ上告人之ヲ負擔ス可シ

理由

上告論旨ノ第一點ハ上告人ハ原院ニ於テ明治三十九年九月二十五日本件地所ノ賣買ヲ約シテ甲第一號證ヲ授受シタリ鐘淵紡績期成同盟會等ノ組織ヲ見ルニ至リシハ被上告人カ登記手續ヲ爲ササルヨリ町民ノ同情ヲ失ヒタルカ爲メニシテ甲第一號證授受ノ後ノ事ナリトノ事實ヲ主張シタリ（第一回口頭辯論調書及ヒ第一審判決事實摘示）故ニ須ク明治三十九年九月二十五日以前ニ強迫ノ行爲アリトノ事實ヲ認定セサルヘカラサルニ此點ニ關シ何等ノ說明ヲ與ヘサルハ必要ナル爭點ヲ判斷セサル不法ノ判決ナリト云ヒ」第二點ハ原判決ニ「本件ノ賣買契約ハ被控訴人カ控訴町長及ヒ同人ト意思ヲ同フスル一部ノ町民ヨリ强迫セラレ自己ノ本意ニ反シテ締結シタルモノニ外ナラサル」ト推定シタルハ即チ明治三十九年九月二十五日以前ニ强迫アルコトナシトノ爭點ヲモ判斷シタルモノナリトセン乎此判斷ハ松本熊市兼子源二郎ノ證言ニ據リ「被控訴人カ最初之ヲ承諾セスシテ他ニ旅行シタルカ買收運動繼續中歸來リタルヨリ控訴町長松本利平等ハ更ニ被控訴人ニ迫リ甲第一號證ノ土地賣渡承諾書ニ調印ヲ求メタル處被控訴人ハ其他行中ニ於テ松本熊市カ被控訴人ノ家族ニ與ヘタル叙上ノ警告ヲモ家族ヨリ聞知シ居タルヨリ若シ强テ承諾ヲ拒ムトキハ絕交其他ノ害惡ヲ加ヘラレン事ヲ恐レ已ムヲ得ス其承諾書ニ調印シタルモノ」ノ事實ヲ認定シタルニ基ケリ然ルニ松本熊市兼子源二郎ノ證言ハ其經歷若クハ見聞シタル事實ハ明治三十九年九月二十五日以前ニ係ル事ヲ言明セサルノミナラス承諾セサル者ニ對シテ配付シタル絕交スル旨ノ書面ハ乙第一號證ト同一ナルコトヲ供述シ而シテ乙第一號證ノ二ハ四十年二月同號證ノ一ハ四十年五月ノ日附ナルヲ以テ絕交スヘシトノ書面ヲ配付シタルハ三十九年九月二十五日ヨリ以後ノ事ナルヲ知ルヘシ殊ニ原院カ認定シタル松本熊市カ被上告人ノ家族ニ警告ヲ與ヘタリトノ事實ハ三十九年九月二十五日以後ニ在リトノ事ハ熊市カ「夫レハ明治三十九年十月中ト思ヒマス」ト供述スル所ノ如シ即チ原判決ハ證據ナキニ拘ハラス漫然明治三十九年九月二十五日以前ニ强迫アリトノ事實ヲ認定シタルハ不法ノ判決ナリト云フニ在リ

然レトモ原審口頭辯論調書及ヒ之ニ引用シアル第一審判文中ノ事實摘示ニ依レハ原審ニ於テ被上告人カ上告人ノ代表者松本利平ノ勢力ノ下ニ鐘淵紡績期成會ナルモノヲ組織シ種種ノ方法ヲ以テ强迫セラレタルニ因リ甲第一號證ニ調印シタリト主張シタル抗辯ニ對シ上告人ハ鐘淵紡績期成同盟會等ノ組織ヲ見ルニ至リシハ甲第一號證授受後ノ事ニシテ强迫ニ因リテ本件賣買ヲ成立セシメタル事實ナシト主張シタルコト明白ナルモ特ニ右同盟會等組織ノ時日ト甲第一號證日附ノ日トニ重キヲ措テ論爭シタル形跡アルヲ見ス故ニ其爭點ハ被上告人カ上告人ノ代表者等ノ强迫ニ因リ甲第一號證ニ調印シタルヤ否ヤニ在リシコト言ヲ俟タサル所ナルモ上告人所論ノ如キ强迫ノアリタル日時如何ノ問題ハ特別ノ爭點

ト爲ラサリシモノナルヤ知ル可シ而シテ原院ハ證人二名ノ證言ニ依リ被上告人カ上告人ノ代表者等ノ強迫ニ由リ甲第一號證ニ調印スルニ至リタル事實ヲ認定シタルモノナレハ其強迫カ同證成立前ニ行ハレタルコト自ラ明白ニシテ爭點ニ對スル判斷ハ既ニ備ハレルモノト謂フ可シ其強迫ノアリタル時日カ果シテ同證ノ日附タル明治三十九年九月二十五日以前ナリシヤ否ヤハ叙上ノ如ク特別ノ論點ト爲リシ事項ニ非サルヲ以テ原院カ明カニ之ヲ判示セサリシトテ違法ニアラス又其強迫ニ因リ同證ノ成立シタル事實ノ證據トシテ原院カ援用シタル證人二名ノ各訊問調書ヲ通讀スルニ原判文ニ引用シアルカ如キ證言ノ記載アルコト明白ナリ而シテ果シテ之ニ依リテ其事實ヲ認ムルニ足ルモノナルヤ否ヤヲ定ムルコトハ原院ノ自由ナル心證ヲ以テ判斷シ得ヘキ證據取捨及ヒ事實認定ノ範圍ニ屬スルヲ以テ其判斷ノ當否ハ本院ニ於テ容喙シ得ヘキ限リニ在ラス故ニ右論旨ハ何レモ適法ノ上告理由ト爲スニ足ラサルモノトス

第三點ハ訴訟ヲ中斷セサル以上ハ受繼ヲ爲ス可ラサルハ固ヨリ論ナキ所ニシテ而シテ訴訟代理人ヲ以テ訴訟ヲ爲ス場合ニ當事者ノ法律上代理人ノ代理權消滅シタルトキハ訴訟代理委任消滅ノ通知ニ因リ訴訟ヲ中斷スルコトハ民事訴訟法ノ規定スル所ナリ本件控訴中控訴町長辭職ニ付助役ニ於テ訴訟ヲ受繼ク旨ノ申立ヲ爲シタル旨原院明治四十一年二月十八日口頭辯論調書ニ記載シアルモ一件記錄中委任消滅ノ通知ヲ爲シタル事實ヲ見ルモノナシ即チ訴訟ノ中斷ナキニ拘ハラス受繼アリトシテ審理判決シタルハ不法ノ判決ナリト云フニ在リ

仍テ按スルニ訴訟代理人ヲ以テ訴訟ヲ爲ス場合ニ於テハ民事訴訟法第百八十三條第一項ノ規定ニ依リ委任消滅ノ通知ニ因リテ訴訟手續ヲ中斷スルモノニシテ其通知及ヒ訴訟手續ノ受繼ヲ爲スニ付テハ同法第百八十七條ノ規定ニ依リ書面ヲ受訴裁判所ニ差出シ裁判所ハ相手方ニ之ヲ送達ス可キモノナレトモ其通知及ヒ訴訟手續受繼ノ方法ニ關スル規定ハ其事ヲ相手方ニ知ラシムルニ付テ正確ナランコトヲ期シ且其事ニ關スル後日ノ紛爭ヲ避ケンカ爲メニ方法ヲ鄭重ニシタルニ過キスシテ畢竟相手方ヲ保護スル趣旨ニ出テタルモノニ外ナラサレハ口頭辯論ノ爲メニ開カレタル法廷ニ於テ當事者ノ一方ヨリ委任消滅ノ通知及ヒ訴訟手續受繼ノ申立ヲ爲シ相手方之ヲ承認シ其旨法廷調書ニ明記セラレタル場合ニ於テハ委任消滅ノ通知及ヒ訴訟手續受繼ノ申立ハ其效力ヲ生スルモノニシテ必スシモ更ニ法定ノ方法ヲ履踐スルコトヲ要セス（明治三十六年（オ）第百四十六號事件同年十一月二十一日判決參看）本件ニ於テハ原審ニ控訴ノ提起アリタル當時上告人ノ法律上代理人即チ町長タリシ松本利平ハ辯護士菅沼豐次郎ニ控訴ニ關スル一切ノ訴訟委任ヲ爲シ同辯護士ハ其委任ニ基キ訴訟行爲ニ從事中更ニ明治四十一年二月十八日町長代理助役笹倉源一郎ヨリ本件控訴ニ關スル一切ノ訴訟委任ヲ受ケ同日口頭辯論ノ爲メニ開カレタル原審法廷ニ於テ町長辭職シタルニ因リ助役ニ於テ訴訟手續ヲ受繼ク旨ヲ申立テ相手方之ニ異議ナキ旨ヲ述ヘ其趣旨ヲ法廷調書ニ記載セラレタルコトハ原審記錄ニ徵シ明白ナレハ法律上代

理人タリシ利平カ町長ヲ辭職シテ其代理權消滅シタルカ爲メニ生シタル訴訟委任消滅ノ通知及ヒ町長代理助役源一郎ノ訴訟手續ノ受繼ハ同法廷ニ於テ同時ニ有效ニ行ハレタルモノニシテ即チ訴訟手續ノ中斷及ヒ受繼アリタルモノト謂ハサルヘカラス故ニ本論旨モ亦其理由ナシ

以上說明スルカ如ク本件上告ハ其理由ナキヲ以テ民事訴訟法第四百五十二條ニ依リ主文ノ如ク判決スルモノナリ

○債務不存在確認ノ件　明治四十一年(オ)第四百八十一號　明治四十二年四月十七日第一民事部判決

◎判決要旨

一被告カ原告ニ對シ相殺ニ適スル債權ヲ有スルモ口頭辯論終結前相殺ノ意思表示ヲ爲ササリシトキハ未タ債務消滅ノ事由發生セサリシモノナレハ敗訴ノ判決確定後ニ至リ相殺ノ意思ヲ表示シ以テ其債務ヲ消滅セシムルコトヲ得

第一審　大阪地方裁判所　第二審　大阪控訴院

上告人　村西茂左衛門　訴訟代理人　岩田宙造　吉崎龜之助

被上告人　大谷豐三郎　訴訟代理人　伊藤秀雄　高野金重

右當事者間ノ債務不存在確認事件ニ付大阪控訴院カ明治四十一年十月三十日言渡シタル判決ニ對シ上告人ハ全部破毀ヲ求ムル申立ヲ爲シ被上告人ハ上告棄却ノ申立ヲ爲シタリ

判決

原判決ヲ破毀シ更ニ辯論及ヒ裁判ヲ爲サシムル爲メ本件ヲ大阪控訴院ニ差戻ス

理由

上告理由第二點ハ原判決ハ確定判決ノ效力ヲ不當ニ認容シタル不法アリ前第一點ニ援用シタル原判決ノ趣旨ニシテ確定判決ノ效力ハ其最終ノ口頭辯論期日前ニ於テハ假令之ヲ援用セサリシトスルモ若シ之ヲ援用セハ其判決ニ於テ認メラレタル債務ヲ消滅ニ歸セシムルコトヲ得ヘカリシ一切ノ原因モ亦絕無ナリシコトヲ確定スルモノナリトスルニ在ラハ是レ確定判決ノ效力ヲ不當ニ認容スルモノト言ハサル可ラス何トナレハ判決ハ特別ナルモノノ外ハ凡テ當事者間ニ於ケル權利關係ノ存否ヲ決定スルニ止リ之ニ因リテ權利關係ヲ創設スルモノニ非サルハ勿論ナルカ故ニ被告カ提出スヘキ防禦方法モ亦原則トシテ其關係ノ現ニ存在シ若シクハ存在セサルコトヲ證明スヘキ方法ニ限ラルルモノトス從テ判決ノ確定力モ亦此以上ニ及フコトヲ得サルハ當然ナレハナリ蓋シ相殺ノ抗辯ノ如キ裁判所ニ於テ其意思表

示ヲ爲シ直ニ防禦方法ト爲スコトヲ得ルハ防禦方法ニ因リ始メテ債務ヲ消滅ニ歸セシムルモノノ如シト雖モ是レ便宜上實體法上ノ行爲ヲ訴訟行爲ト共ニ爲スコトヲ許サレタル變例タルニ止リ此ノ如キハ決シテ當然ノ防禦方法ナリト言フ可キモノニアラス則チ防禦方法トシテ被告カ相殺ノ意思表示ヲ爲スハ被告ニ與ヘラレタル特別ノ權利ニシテ既ニ意思表示ヲ爲シタル相殺ノ抗辯ノ如ク訴訟法上被告カ之ヲ提出スヘキ義務アルモノニアラス從テ確定判決ノ效力ヲシテ此ノ如キ原因マテ絶無ナリシコトヲ確定セシムルハ極メテ不法ナリト言ハサルヲ得ス若シ右ノ原判決ヲ正當ナリトセハ被告ハ之カ爲メ相殺スルコトヲ得ヘカリシ債權ヲ全然喪失スルノ極メテ不當ナル結果ヲ生スヘシ何トナレハ此ノ如キ債權ハ全タ存在セサリシコトカ確定判決ノ主文ニ包含サレテ永久ニ確定スルコトトナレハナリ之ニ反シ相殺ノ意思表示ナカリシコトノミ確定スルモノトセハ此ノ如キ不都合ヲ生スル虞ナキニ照スモ亦以テ原判決ノ不當ナルヲ知ルニ足ルヘシト云フニ在リ

依テ按スルニ相殺ハ當事者雙方ノ債務カ相殺ヲ爲スニ適シタル時ニ於テ當然其效ヲ生スルモノニ非スシテ其一方カ相手方ニ對シ相殺ノ意思表示ヲ爲スニ依リテ始メテ其效ヲ生スルモノナルハ民法第五百六條ノ明ニ規定スル所ナレハ訴訟ニ於テ相殺ノ抗辯ヲ提出スル者ハ單ニ當事者相互間ニ相殺ニ適スル債務アルコトヲ主張スルヲ以テ足レリトセス進テ相殺ノ意思表示アリタルコトヲ主張セサルヘカラス故ニ未タ其意思表示ナカリシ場合ニ於テハ先ツ相手方ニ對シ相殺ヲ爲サントスル旨ノ意思ヲ表示シ依リテ以テ相殺ニ因ル債務消滅ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ然レハ被告カ原告ニ對シ相殺ニ適スル債權ヲ有シ且相殺ノ意思表示ヲ爲シ以テ雙方ノ債權ヲ消滅セシメタル事實アルニ拘ハラス相殺ノ抗辯ヲ爲サスシテ敗訴ノ判決ヲ受ケタルトキハ口頭辯論ニ於テ主張シ得ヘカリシ債務ノ消滅事由アリシニ之ヲ主張セサリシモノナレハ判決確定後ニ至リ之ヲ主張シテ其執行ヲ免レントスルカ如キハ固ヨリ確定判決ノ效力ヲ無視スルモノト謂フヘキモ被告カ原告ニ對シ相殺ニ適スル債權ヲ有スルニ止マリ相殺ノ意思表示ヲ爲ササリシトキハ未タ債務消滅ノ事由ハ發生セサリシモノナレハ敗訴ノ判決確定後ニ至リ相殺ノ意思ヲ表示シ其判決ニ依リテ確認セラレタル債務ヲ消滅セシムルコトヲ得サルノ理アルヘカラス何トナレハ確定判決ニ依リテ確認セラレタル債權ハ强制執行力ヲ付與セラルルニ止マリ口頭辯論終結後ニ生シタル一般債務消滅ノ事由ニ因リテ消滅スヘキハ毫モ疑ヲ容ルヘカラサルノミナラス相殺ニ依リテ之ヲ消滅セシムル債務者ハ同時ニ自己ノ債權ヲ消滅ニ歸セシムルノ不利ヲ甘受スルモノニシテ確定判決ヲ無視スルモノト謂フヘカラサルハ勿論反テ之ヲ是認シ之ニ服從スルモノタルハ任意辨濟ノ場合ト異ナル所アルヲ見サレハナリ本件ノ事實ハ上告人ニ於テ確定判決ニ依リテ認メラレタル木谷末吉ノ上告人ニ對スル債權ハ右判決ノ確定後末吉竝ニ其債權讓受人タル被上告人ニ對シ末吉ニ對スル上告人ノ手形債權ト相殺スル旨ノ意思表示ヲ爲シタルヲ以テ其執レカ一方ニ對スル意思表示ニ因リテ消滅シタルモノナリト主張シ本件請求ヲ爲シタルモノニシテ原判決カ辯論終結前既ニ相殺ニ適シタル

債權ハ判決確定後ニ至リ其判決ニ依リテ認メラレタル債權ト相殺スルコトヲ許サストノ見解ニ基キ上告人ノ主張事實ハ民法第四百六十八條第二項ノ規定ニ依リ債權讓受人タル被上告人ニ對抗スルコトヲ得ヘキ事由ニ非ストシ上告人ノ請求ヲ排斥シタルハ失當ニシテ上告ハ理由アリ依テ民事訴訟法第四百四十七條第一項第四百四十八條第一項ノ規定ニ從ヒ主文ノ如ク判決ス

○共有財産確認請求ノ件

明治四十一年(オ)第三百六十六號
明治四十二年四月十九日第二民事部判決

●判決要旨

一共有者カ協議上其一人ヲシテ共有財産ヲ管理セシムル場合ニ於テ管理スヘキ財産ノ範圍ヲ爭フ管理者ニ對シ其範圍ノ確定ヲ求ムル訴ハ現在ノ權利關係ヲ即時ニ確定スルニ於テ法律上ノ利益ヲ有スルモノニシテ適法ナリ(判旨第一點)

一如上ノ場合ニ於テハ縱令共有財産ノ種目數箇ニ分レ數額ニ多寡アルモ其確認ノ訴ハ一箇ノ請求ニ外ナラサレハ被告ニシテ原告等ノ請求中第一審判決ノ認容セル部分ニ對シ控訴ヲ申立テ其廢棄ヲ求ムル以上ハ被告ノ爭フ所ハ或種目ノ一部ニ止マルトキト雖モ其他ノ部分ニ關スル請求ニ付テモ亦移審セラレタルモノトス(判旨第二點)

第一審　熊本地方裁判所　第二審　長崎控訴院

上告人　田邊初五郎外八名　訴訟代理人　今村力三郎

被上告人　山下熊七　訴訟代理人　岸清一

右當事者間ノ共有財産確認請求事件ニ付長崎控訴院カ明治四十一年六月六日言渡シタル判決ニ對シ上告人ヨリ全部破毀ヲ求ムル申立ヲ爲シ被上告人ハ上告棄却ノ申立ヲ爲シタリ

判決

原判決ヲ破毀シ更ニ辯論及ヒ裁判ヲ爲サシムル爲メ本件ヲ長崎控訴院ニ差戻ス

理由

上告理由第一點ハ原院ハ熊本縣天草郡二江村漁業團體ハ現ニ存續期間内ニシテ其共有財産ヲ分割スヘキ時期ニアラサルコト共有財産ノ種目竝ニ數額ハ時ニ變更增減スヘキモノナレハ單ニ明治三十八年舊十月末日ニ存在セシ共有財産ノ數額ヲ決スルモ他日ニ於ケル共有財産分配ノ基礎トナラストノ理由ヲ

以テ確認ノ訴ヲ不適法トシ却下ノ判決ヲ爲シタリ此理由ニ依レハ共有權者ハ其管理人ニ對シ共有財産ノ分割ヲ請求スルノ權利ヲ有スルニ止マリ他ニ何等ノ權利ヲ有セサルモノノ如シ然レトモ共有者ハ直接ニ其目的物ニ對シ所有權ヲ有スルモノナレハ原院説明ノ如キ單ニ滿期後ノ分割請求權ニ止マラスシテ縱令共有物分割時期以前ト雖モ刻下ノ共有物ノ分量ハ直ニ自己ノ所有權ノ分量ナルヲ以テ苟モ共有ノ目的物ニ關シ自己ノ權利ヲ犯スモノアルトキハ之カ救濟ヲ求ムルニ於テ單純ナル所有權ト異ナルコトナシ然ルニ原院カ前段摘示ノ理由ニ基キ本訴確認ノ訴ヲ不適法トシテ却下シタルハ法則ノ適用ヲ誤リタル判決也ト云ヒ」第二點ハ共有者カ直ニ共有物ノ分割ヲ請求シ得ヘキトキハ其分割請求ト同時ニ自己ノ權利ノ分量ヲ確定スルヲ得ヘキヲ以テ此場合ニハ共有物ノ分量ニ關シ確認ノ訴ヲ起スヘキ必要ナシ之ニ反シ未分割請求ノ時期ニ達セサル時ニ方リ其管理人ノ故意又ハ過失ニ依リ共有ノ目的物ヲ侵害セラレ若クハ將ニ侵害セラレントスルトキハ共有者ハ其目的物ノ性質ニ從ヒ自ラ保存行爲ヲナシ又ハ確認ノ訴ヲ提起スルヲ得ヘシ此場合ニ際シ共有者ハ手ヲ拱テ分割時期ノ至ルヲ待ツノ外何等ノ救濟ナシトセハ證據ハ日ニ湮滅シ危害ハ月ニ大ナルヲ致ス可シ確認ノ訴ハ斯ル場合ニ於テ最モ利益アルモノナリト云ハサルヘカラス原院カ本訴確認ノ訴ヲ以テ權利關係ヲ即時ニ確定スルモノニアラストナシタルハ共有權ヲ以テ一ノ分割請求權トナシタル誤解ニ出ツルモノニシテ當事者間ニ爭アル明治三十八年舊十月末日ノ現在高ヲ確定スルトキハ一方ニ於テハ共有權ノ分量確定シ一方ニ於テハ他日分割ノ基礎ヲ定ムルヲ得ヘシ假リニ同日以後共有財産ノ種類數額ニ增減變更アリトスルモ當事者間ニ其增減變更ニ爭ナキトキハ判決ニ依リ確定シタル明治三十八年舊十月末日ニ於ケル現在高ヲ基礎トシテ之ヲ增減變更ヲナシ以テ共有物ノ分量ヲ算出スルヲ得ヘキヲ以テ增減變更ヲ理由トシ確認訴訟ヲ許サストスルハ眞ニ淺薄ナル解釋ニシテ是亦法則ノ適用ヲ誤リタルモノナリト云ヒ」第三點ハ原院ノ引用セル一審判決事實摘示ニ依レハ原告（上告人）ハ明治三十八年舊十月末日ニ（甲）金千三百八十二圓ノ貸付元金債權（乙）額面六百五十圓ノ國庫債券（丙）金三百五十一圓六十三錢七厘ノ貸付利息債權（丁）金八百九十四圓十七錢五厘ノ現金ヲ共有財産ノ總額ナリト主張シ管理人タル被告（被上告人）ハ甲乙丙ノ三項ハ數額ニ爭ナキモ（丁）ノ現金ハ金百七圓四十三錢四厘ナリト抗辯スルヲ以テ此差金ハ則チ被上告人カ明治三十八年舊十月末日ニ於テ上告人ノ所有權ヲ不正ニ侵害シタルモノナリ上告人ハ斯ル侵害ヲ受クルモ共有物分割ノ時期ニ達セサルヲ以テ直ニ給付ノ訴ヲナスヲ得ス爰ヲ以テ止ムヲ得ス共有物ノ分量ヲ確認セシメ被上告人ノ侵害ヲ免レントスルモノニシテ被上告人ニ命シタル確認判決ノ結果ハ即時ニ自己ノ所有ニ係ル共有物ノ分量ヲ增スモノナレハ此場合ニ確認訴訟ノ利益ナシトスルハ不當ニ事實ヲ確定シ且法則ノ適用ヲ誤リタル判決也ト云フニ在リ

因テ按スルニ原判決並ニ其引用セル第一審判決ノ事實摘示ニ依レハ上告人等ハ明治三十三年一月天草郡二江村漁業團體ナルモノヲ組織シ二江村韓國沿海通漁者ニ對シ縣稅ヨリ補助トシテ交付セラルル金

員、團體員中ノ漁撈者以外ノ者ヨリ供出スル金員（濱金鯛網引揚金）及ヒ貸付金利息ハ之ヲ總團體員ノ共有ト爲シ協議上團體長タル被上告人ニ於テ該共有財産ヲ管理スヘキコトヲ約シ被上告人カ右協議ニ基キ管理スル共有財産ハ明治三十八年舊十月末日ニ於テ（甲）金千三百八十二圓ノ貸付元金（乙）額面六百五十圓ノ國庫債券（丙）金三百五十一圓六十三錢七厘ノ貸付利息（丁）金八百九十四圓十七錢五厘ノ現金ナルニ拘ハラス被上告人ハ之ヲ認メサルヲ以テ其存在確認ヲ求ムルニ在リ而シテ上告人等カ本團體ハ三十个年間存續シ其後ニ於テ共有財産ノ分配ヲ爲スニ當リ計算上紛爭ヲ生スル危險ヲ除去スル爲メ本訴ヲ提起シタル旨ヲ陳述シタルハ被上告人所論ノ如クナルモ之ニ依リテ本訴カ上告人等ニ於テ共有者間ノ共有關係ヲ主張シテ他日分割請求權ヲ行使セントスル基礎ヲ作ランカ爲メ提起セラレタルモノト謂フコトヲ得ス又單ニ既往一定ノ日時ニ於ケル當事者間ノ計算狀態ヲ確定セシメムトスルニモ非ス本訴ハ實ニ當事者間ノ契約關係ニ基キ被上告人ノ管理スル共有財産ノ範圍ヲ確定シテ被上告人ノ之ニ對スル管理義務ヲ認メシメ上告人等ノ受クル權利侵害ヲ排除セントスルモノナルコト叙上ノ如クナレハ上告人等ハ現在ノ權利關係ヲ即時ニ確定スルニ於テ法律上ノ利益ヲ有スルモノト謂フ可シ然ルニ原判決カ本件ノ如キ確認ノ訴ハ許ス可キモノニアラス不適法トシテ却下スヘキモノト爲シタルハ失當ニシテ破毀ヲ免カレス上告ハ其理由アルモノトス

同第四點ハ本件ハ第一審ニ於テ（甲）金一千三百八十二圓貸付金（乙）金六百五十圓國庫債券（丙）金三百五十一圓六十三錢七厘利息債權（丁）金五百三十九圓十錢四厘現金ノ確認判決ヲ爲シ之ニ對シ控訴人ハ明治四十一年四月二十九日一部不服ノ控訴ヲ爲シ一定ノ申立トシテ「第一審判決中原告等其餘ノ請求ハ之ヲ却下ストアル部分ヲ除キ其他ヲ廢棄ス被控訴人ハ控訴人カ管理スル天草郡二江村漁業團體員ノ共有財産ハ明治三十八年舊十月末日ニ於テ（甲）金千三百八十二圓ノ貸付元金債權（乙）額面金六百五十圓ノ國庫債券（丙）金三百五十一圓六十三錢七厘ノ貸付金利息債權（丁）金百七圓四十三錢四厘ノ現金ナルコトヲ確認スヘシ」トノ判決ヲ求ムル旨ノ申立ヲ爲シタリ故ニ控訴人ノ一審判決ニ對スル不服ノ程度ハ（丁）現金五百三十九圓十錢四厘ヲ金百七圓四十三錢四厘ニ減額セント欲シ其差金四百三十一圓六十七錢ヲ爭フニ過キス此他ノ請求ニ付テハ控訴人自カラ確認スルノ申立ヲナシ其數額ハ總テ一審判決ト異ルコトナシ故ニ一審判決ハ控訴人カ爭ハントスル現金四百三十一圓六十七錢ヲ除キタル其餘ノ部分ハ既ニ確定シタルモノナリ控訴人ハ明治四十一年五月三十日原院ヘ一定申立變更竝ニ答辯事由補充申立ト題スル書面ヲ提出シ一審判決全部ノ廢棄ト訴却下ノ申立ヲ爲セトモ元來一定ノ申立ノ變更ハ第一審ニ於テハ提起セラレタル訴ノ目的。第二審ニ於テハ控訴セラレタル不服ノ程度。ニ制限セラレ此範圍内ニ於テノミ申立ノ變更ヲ許スモノニシテ一定ノ申立ヲ變更シテ訴ノ目的若クハ不服ノ程度以外ニ擴張スルコト能ハサルヤ勿論也既ニ述フルカ如ク控訴人ハ第一審判決中（丁）現金五百三十九圓十錢四厘中ノ金四百三十一圓六十七錢ニ付テ不服ノ申立ヲ爲シ是ニ對シ控訴ヲ爲シタルモノナレハ第一審判

決主文ニ掲クル甲乙丙ノ三項ト丙ノ現金中百七圓四十三錢四厘ノ確認ハ控訴セラレタル不服ノ範圍ニ入ラサルモノナリ然ルニ明治四十一年五月三十日ニ至リ突然一定ノ申立ヲ變更シ一審判決ノ全部廢棄ト訴ノ却下トヲ申立タルハ一審判決ノ控訴セラレサル部分ニ對シ變更ヲ求メントスルモノニシテ固ヨリ許容スヘキモノニアラス原裁判所カ控訴人（被上告人）ニ右ノ申立ノ變更ヲ許シタルハ民事訴訟法第四百十一條ノ規定ニ背キタル不法アリ又此申立ニ依リ一審判決全部ノ廢棄ト訴ノ却下トノ判決ヲナシタルハ既ニ確定シタル判決ヲ妄リニ變更シタルノ不法アリト云フニ在リ

判旨第二點

因テ按スルニ本件上告人等ノ請求ハ前數點ニ對スル說明ノ如ク被上告人ノ管理スル共有財産ヲ確認セシムルニ在リ財産ノ種目數箇ニ分カレ數額ニ多寡アルモ要スルニ一箇ノ請求ニ外ナラスシテ數箇ノ請求ヲ併合シタルモノニ非サルヲ以テ被上告人ニシテ上告人等ノ請求中第一審判決ノ認容セル部分ニ對シ控訴ヲ申立テ其廢棄ヲ求ムル以上ハ被上告人ノ爭フ所ハ或種目ノ一部ニ止マルトキト雖モ其他ノ部分ニ關スル請求ニ付テモ移審セラレタルモノニシテ確定スルモノニアラス去レハ原院カ第一審判決ヲ廢棄シ上告人等ノ訴ヲ却下ストノ被上告人ノ申立變更ヲ許シタルハ毫モ本論旨ノ如キ不法アルコトナシ

以上說明ノ如クナルヲ以テ民事訴訟法第四百四十七條第四百四十八條各第一項ニ依リ主文ノ判決ヲ與フルモノナリ

○貸金請求ノ件

明治四十二年（オ）第百三號
明治四十二年四月二十二日第一民事部判決

◎判決要旨

一債務者ノ更替ニ因ル更改ハ債權者ト新債務者トノ契約ニ因リテ成立スルヲ原則トシ舊債務者ノ意ニ反シテ之ヲ爲ス場合ハ例外ナレハ例外ノ場合ニ該當スルコトヲ主張シテ更改ノ效力ヲ爭フ者ハ其事實ヲ證明スヘキ責任アリ

第一審　岐阜地方裁判所　　第二審　名古屋控訴院

上告人　田中清兵衛外一名　　訴訟代理人　別府賢吉

被上告人　安田彌兵

右當事者間ノ貸金請求事件ニ付名古屋控訴院カ明治四十二年一月二十三日言渡シタル判決ニ對シ上告人ヨリ全部破毀ヲ求ムル申立ヲ爲シタリ

判決

債務者ノ更替ニ因ル更改ト證明責任

本件上告ハ之ヲ棄却ス

理由

上告論旨第一點ハ理由ヲ具備セス且ツ舉證ノ責任ヲ轉倒シ法則ヲ不當ニ適用シタル判決ナル點ニ付テ本件被上告人タル原告ハ第一審以來本訴ノ請求ノ原因タル債權ハ素ト訴外稲津頼三ノ債務タリシモノヲ其保證人タリシ上告人等ニ於テ被上告人トノ契約ヲ以テ更改シ該更改契約ノ結果生シタリト主張シ本案請求ヲ爲シ上告人ハ第一審以來其主張ヲ全然否認シ該被上告人トノ契約ハ更改ニ非ス舊債務ヲ確保スル一方法トシテ締結セラレタルモノニシテ之レヲ假リニ更改契約ナリトセハ舊債務者稲津頼三ノ意思ニ反スルモノナリトノ抗辯ヲ爲シタル事實ハ第一審判決書及ヒ原院判決書中事實摘示ノ部ニ明瞭ナリトス然ルニ相手方タル被上告人即チ原告ハ此點ニ付第一二審共何等立證ヲ爲サス故ニ民法第五百十四條但書ニ牴觸セサル適法ナル更改ナリト認定スヘキ證據ナキモノトス從テ被上告人ノ本訴請求ハ此點ニ於テ棄却セラルヘキモノナリ而シテ原院ハ此抗辯ヲ採用セス其理由トスル所ハ「主タル債務者カ其履行ヲ爲ササル可カラサルコトハ主タル債務者カ當初ヨリ豫想シタルモノト云ハサルヲ得ス依テ主タル債務者カ辨濟ヲ怠リタルニヨリ保證人カ代テ其債務ヲ消滅セシメタルトキハ之ヲ以テ意思ニ反シタルモノト推定セサルヲ相當トス」ト說明シ之ニ辨濟及ヒ相殺又ハ更改等何レモ債務消滅ノ原因タルハ同一ナリトノ趣旨ヲ附加シ其何レニ依ルモ理論異ナルコトナシトノ意義ヲ說明シタリ然レトモ辨濟ニハ明カニ民法第四百七十四條第二項ニ辨濟ニ付利害關係ヲ有スルモノハ債務者ノ意思ニ反シテモ尙ホ且ツ有效ニ辨濟シ得ル旨ノ規定アリ相殺ニハ如此特別ノ明文ナキモ特ニ更改ノ場合ノ如ク反對ノ規定ナキヲ以テ相殺ヲ以テ保證人カ其債務ノ辨濟ニ代ヘタル場合ニハ辨濟ニ關スル規定ノ趣旨ヲ類推シ以テ原院ノ說明ノ如ク判斷スルニ難カラス然レトモ更改ニアリテハ明文ノアルアリテ民法第四百七十四條ノ場合ノ如ク利害關係アル人ト雖モ債務者ノ意思ニ反スル更改ヲ認容セス故ニ苟モ更改契約ヲ原因トシテ權利ヲ主張スル者タル以上ハ舊債務者ノ意思ニ反セサル更改契約タルハ舉證ヲ必要トス從テ原院ノ說明ノ如ク利害關係ヲ有スルモノノ更改ヲ以テ舊債務者ノ意思ニ反スルモノト推定スル能ハサルト同シク利害關係ナキモノノ締結シタル更改契約ト雖モ直ニ之ヲ以テ舊債務者ノ意思ニ反スルモノト推定スルヲ得サルハ當然ナリトス然ルニ原院ハ其後段ニ於テ「元來控訴人ハ主タル債務者ノ委託ヲ受ケ其保證ヲナシタルコト乙第二號證ノ文旨ニヨリ明瞭ナレハ反證ナキ限リハ右更改ヲ以テ主タル債務者ノ意思ニ反セサルモノト認ムルヲ相當トス」トノ判斷ヲ下シ本件更改契約ノ原因タル舊契約ニ於テ上告人等ハ訴外稲津頼三ノ委託ヲ受ケテ保證人トナリタル事實ヲ前提トシ直チニ債務者ノ意思ニ反セサルモノト認定スルヲ相當トストノ判定ヲ爲シタルハ前說明ニ揭ケタルカ如ク債務者ノ意思ニ反シタルモノト推定セサルヲ相當トストノ說明ト全ク相牴觸セルモノニシテ後ノ認定ハ前推定ノ一歩ヲ進メタルカ如キ觀アレトモ之ヲ區別スルトキハ前ニハ消極的事實ノ認定ヲ爲ス能ハスト說示シ後ニハ

之レヲ以テ積極的事實ヲ認定スルニ足ルトノ論旨ハ恰モ或倉庫ノ扉ヲ開カスシテ在貨ナシト推定セサルヲ相當トスト謂ヒ後ニハ雜貨充滿スト認定スルヲ相當トスト謂フニ等シク同一事實ニ基キ如斯推定又ハ認定ヲ爲スハ理由ヲ具備セサル不法ノ裁判タルヲ免レス加之事實ヲ主張シ其主張事實ニ基キ或種類ノ給付又ハ行爲ヲ求メ若クハ權利ノ確認ヲ求メントスル原告ハ其主張事實ヲ立證スル責任アルハ訴訟法上ノ一大原則ナリトス然ルニ原院ノ說明ノ如クスルモ唯委託ヲ受ケタル保證人ナル事實アルノミニシテ其他該更改契約ハ舊債務者ノ意思ニ反セサルモノナリトノ被上告人即チ原告ノ擧證ナキニ「反證ナキ限リハ」ト宣言シ上告人ニ擧證ノ責任ヲ負擔セシメタルハ適法ノ更改契約ナル旨ヲ主張スル被上告人即チ原告ニ立證ノ責任ヲ負ハシメサル不法ノ判決也ト云フニ在リ

然レトモ原判文中其意ニ反シタルモノト推定セサルヲ相當トストアル文意トハ共ニ均シク主タル債務者ノ意ニ反セサルヲ越旨ヲ言明セサルモノト認ムルヲ相當トストアル文意トハ正面ヨリ立言シタルノ差異アルニ止マリ其意義ニ於テ相牴觸スル所ナケレハ斯ル立言上ノ差異アレハトテ判決理由ヲ具備セサルモノト謂フヲ得ス又債務者ノ更替ニ因ル更改ハ債權者ト新債務者トノ契約ニ因リテ成立スルヲ原則トシ舊債務者ノ意ニ反シテ爲シタル場合ハ其例外ナルコト民法第五百十四條ノ法文上明ナレハ原則ニヨリ更改ノ成立ヲ主張スル者ニ例外ノ場合ノ存在セサルコトヲ證明スルノ責任ナク其存在ヲ主張シテ更改ノ效力ヲ爭フ者ニ其存在ヲ證明スヘキノ責任アルヤ論ヲ俟タス故ニ原院カ本件更改ヲ以テ舊債務者ノ意ニ反シテ爲シタルモノト主張スル上告人ニ之レカ證明ノ責任ヲ負ハシメタルハ不法ニ非ス

上告論旨第二點ハ證人ノ證言ヲ遺脫シ不當ニ事實ヲ確定シタル點ニ付テ前揭ノ如ク原院ハ「反證ナキ限リハ右更改ヲ以テ主タル債務者ノ意思ニ反セサルモノト認ムルヲ相當トス」ト判示シ上告人タル控訴人ハ何等此點ノ立證ヲ爲ササリシ如ク說明スルト雖モ現ニ舊債務者タル稻津賴三ハ原院ニ證人トシテ出廷シ右更改契約ハ其意思ニ反スルモノナル旨ヲ陳述シ甲第一號證ノ債務成立當時ヨリ自己ノ提供シタル擔保物ノ價値アルコトヲ信シ上告人等ヨリ增擔保ノ提供ヲ爲スサヘ不同意ナリシコトヲ證言シ居ルニ不拘上告人ハ此點ニ對スル擧證ヲ拋棄シ居タル如ク看做シ原院ノ判決理由稻津賴三ノ證言ニ及ハサリシハ同人ノ證言信スルニ足ラスト爲シタルニ非スシテ全ク證人ノ證言ヲ上告人ニ於テ立證ノ方法ト爲シタルコトヲ遺脫シ何等立證ナシトノ判決ヲ與ヘタルモノニシテ其結果本論旨ノ如キ違法アルモノトスト云フニ在リ

然レトモ原判文ニ所謂反證ナキ限リトハ反證トナルヘキモノ無キ限リト云フノ意ニシテ反證ノ提出ナキ限リト云フノ趣旨ニ非ス隨テ原院ハ上告人ノ援用シタル稻津賴三ノ證言ハ更改カ舊債務者ノ意ニ反シタルコトヲ證明スルニ足ラサルモノト認メ之ヲ採用セサリシモノナルヤ自ラ明ナレハ本論旨モ理由ナシ

以上説明ノ如ク本件上告ハ一モ適法ノ理由ナキヲ以テ民事訴訟法第四百三十九條第一項ニ依リ主文ノ如ク判決ス

○共有物分割請求ノ件

明治四十二年(オ)第百十六號
明治四十二年四月二十三日第二民事部判決

◎判決要旨

一地租改正處分ニ因リ現ニ國有ニ屬スル山林立木ニ付キ國ト分收ノ事實アリタルカ爲メ其下戻ヲ受ケテ新ニ分收ノ權利ヲ取得シタル者ハ國有林野法第十九條第二項ニ所謂國有林ニ就キ收益ノ分收ヲ爲スモノニ外ナラス從テ其山林立木ハ部分林ト看做スヘキモノナリ

(參照)國ハ造林者ト其ノ收益ヲ分收スルノ契約ヲ以テ國有林野ニ部分林ヲ設クルコトヲ得」法令慣行又ハ其ノ他ノ理由ニ依リ國有林ニ就キ收益ノ分收ヲ爲スモノハ前項ノ部分林ト看做ス(國有林野法第十九條)

第一審　秋田地方裁判所　第二審　宮城控訴院

上告人　富樫榮藏　訴訟代理人　江木衷　川島龜夫

被上告人　秋田大林區署

右代表者　林廳之助

右當事者間ノ共有物分割請求事件ニ付宮城控訴院カ明治四十二年一月二十二日言渡シタル判決ニ對シ

上告人ヨリ全部破毀ヲ求ムル申立ヲ爲シタリ

判決

本件上告ハ之ヲ棄却ス

理由

上告理由第一點ハ原判決ニハ乙第一號證ノ一、乙第二號證ノ一及控訴代理人ノ主張ノ趣旨ヲ綜合シテ石川傳太カ山林立木ノ下戻ヲ申請シタルハ官有ニ編入セラレタル當時三官七民ノ割合ニテ之ヲ分收シ居リタル事實ヲ主張シ以テ其下戻ノ許可ヲ受ケタルモノナリトノ事實ヲ認ムトアレトモ右ハ證據ヲ誤解シテ不當ニ事實ヲ確定シタルモノナリ今其引用シタル證據ヲ閲スルニ乙第一號證ノ一即チ判決書中原告ノ申立ニ「古道下ノ山林立木ニ付部分木下戻ヲ申請シ」トアルハ乙第二號證ノ一即チ石川傳太ノ「植立杉部分木引直申請書」ナル書面ノ題詞ヲ指スモノニシテ其下戻サレタル目的物カ事實上部分木ナリトノ主張ノ趣旨ニ非ス乙第二號證ノ一ナル申請書ニハ上陳ノ題詞アリ且「舊藩御定ノ御割合三官七民ノ部分木ニ御引直得度」トアレトモ其題詞及末尾ノ表示ヲ以テ直ニ請求ノ目的自體カ部分木ナリトノ法律ノ適用ヲ受クヘキモノニ非ス況ンヤ控訴代理人ハ所有ヲ主張シ以テ所有權ノ下戻ヲ得タリト主張シタレトモ決シテ分收ノ許可ヲ得タリトノ主張ヲナシタルコトナキニ於テヲヤ之ヲタモ尚分收ノ事實ヲ主張シ以テ分收ノ許可ヲ得タリト主張セシモノト思考セラルルハ其主張自體ヲ誤解セラルルノ非タシキモノナリ申請書中ニ「部分木」ノ文字アリトスルモ分收ヲ目的トシテ植立タリト申述シタルニアラサルヲ以テ實體上部分木トナルヘキモノニアラス「三官七民ノ部分木」云云トハ其ノ所有ノ率ヲ全立木ニ比シ抽象的ニ言現ハシタルニ過キス而シテ原判決中特ニ說明シアル甲第六號證理由ノ部ニ「現在植立木ノ七分ヲ私所有ニ引直相成度」ノ意義ト同一趣旨ナリトス殊ニ同申請書ニハ「自費勞力ヲ以テ植立テタル樹木ニ候處」トアリテ明治三十五年五月農商務省訓令第十二號國有土地林野下戻法適用心得第六ノ所謂私費造林ノ事實ヲ主張シタルコト明カナレハ下戻法第一條ノ所謂立木ノ所有ノ事實ト稱スルモノニ該當セルナリ原審ニ於テハ此點ニ關シ特ニ其主張ヲ爲シタルコトハ明治四十二年一月十八日準備書面ニ依リ之ヲ徵スルニ足ル然ルニ原院ハ前示ノ二證據ヲ誤解シ竝ニ控訴人主張カ反對且不利益ニ主張セラレタルモノノ如ク誤解シテ不當ニ事實ヲ確定シタルモノナレハ不法ヲ免レスト云ヒ」第二點ハ原判決ニハ前陳ノ如ク控訴人ノ主張ハ「三官七民ノ割合ニテ分收シ居リタル事實ヲ主張シタリ」ト前段ニ認メ置キナカラ其後段ニ控訴人ノ主張ヲ反駁スルニ方リテハ「控訴人ハ石川傳太ニ於テ右下戻申請ノ際山林立木ニ付所有ノ事實ヲ主張シタリシモノノ如ク主張シ而シテ其立證ニ供シタル甲第六號證ニハ」云云ト說示セリ之レ明カニ前後ノ理由齟齬シ互ニ矛盾セル不法ノ判決ナリト云ハサル可ラス（控訴人カ原審ニ於テ專ラ所有ノ主張ヲ爲シタリシコトモ自ラ此判決書上明確タルヘキナリ）ト云ヒ」第三點ハ甲第六號證（乙第二號證ノ一ト同一物ナリ）ニハ明カニ「現在植立木ノ七分ヲ

私所有ニ引戻相成度」ト明示シアルニ拘ラス「舊藩御定ノ御割合三官七民ノ部分木ニ御引直ヲ得度」トアル文詞ヲ捉ヘ來テ「現在云云」ノ文詞ハ傳太ノ取得スヘキ權利ノ持分ヲ表明シタルモノニシテ傳太カ所有ノ事實ヲ主張シタルモノト解釋スルヲ得ス」ト判定シタルハ違法ナリ本訴係爭地カ官有ニ編入セラレタル以後ハ官民有區域ノ限界混交シタルヲ以テ本申請ニハ抽象的ニ其所有ノ分界ヲ三官七民ト稱シタルモノニシテ現在ヨリ之ヲ云ハハ其一團ニ對スル權利ノ持分ノ表明タルコトハ勿論ナレトモ此持分關係ハ民法上共有ノ法理ヲ適用セラルルニ過キス原初ノ主張カ分收ヲ條件トシ又ハ之ヲ目的トシタルモノナリヤ否ヤヲ判斷スルニ方テハ宜シク其根本ノ如何ヲ審究セサルヘカラス下戻法ニ於テ分收ト稱スル事實ハ前顯訓令第七ニ列擧シアル場合ナラサル可ラス然ルニ本申請ハ前第一點ニ論述シタル如ク私費造林ノ事實ヲ申立テ傳太ノ祖先石川主税カ私費造林シタルモノトシテ下戻サレタルモノナレハ控訴人主張ノ如ク傳太ハ所有ノ事實ヲ主張シタルモノト解釋スヘキニ之ニ反對ノ解釋ヲ下シタルハ畢竟共有ト分收ノ法理ヲ混同シ之ヲ同一視シタル結果權利ニ持分關係アルモノハ常ニ所有ニアラス換言セハ所有ノ狀態カ共有ノ法則ヲ適用スヘキ場合ニハ常ニ收益ノ分收ニシテ部分林ナリト誤了シタルヨリ斯ル不法ノ判決ヲ爲シタルモノナリト云ヒ」第四點ハ甲第六號證中未六月ノ令達即チ藩制ハ官民各自ノ權利ノ持分ヲ定メタルモノナルコトハ原判決ノ如シトスルモ文化年度ニ植立テタル本訴係爭物ハ右藩制ニ依リ「七歩ハ林主ニ被下之三歩ハ召上ケラルヘク」少クトモ伐採期ヲ過キタル明治年度官没ノ當時マテ之カ分界ヲ爲ササリシトノ推測ハ其當ヲ得ス故ニ控訴人ハ官没當時ハ官民有ノ區分アリ既ニ單獨所有ニ歸シ居レリトノ事實ヲ主張シ置キタリ故ニ此主張ヲ排斥センニハ先以テ單獨所有ノ事實ナキコトヲ認定セサルヘカラス然ルニ原判決ハ單ニ右令達ニ對シ如上ノ解釋ヲ下シタルノミニテ直ニ控訴人ノ主張ハ採用シ難シト判斷シタルハ理由不備ノ判決ト云ハサル可ラス且又同令達ニ「可召上候事」トアルニモ拘ラス伐採期ヲ越ヘタル後マテモ之ヲ召上ケサリシモノト解釋スルハ當時ノ制度ナル藩制ヲ不當ニ解釋シタル違法アルモノナリト云フニ在リ

然レトモ證書ノ解釋判斷事實ノ認定ハ事實承審官タル原院ノ專權ニ屬ス原院ハ乙第一號證ノ一、乙第二號證ノ一及ヒ上告人主張ノ趣旨ヲ綜合シテ訴外石川傳太ニ於テ係爭山林立木カ地租改正ニ依リ官有ニ編入セラレタル當時三官七民ノ割合ニテ分收シ居リタル事實ヲ主張シ國有土地森林原野下戻法第一條ノ規定ニ從ヒ其下戻ヲ申請シ農商務大臣ヨリ下戻ヲ受ケタル事實ヲ認定セリ而シテ原院ハ上告人ニ於テ石川傳太カ三官七民ノ割合ニテ分收シ居リタル事實ヲ主張シタルモノト爲シタルニアラス傳太カ所有ノ事實ヲ主張シタルモノト爲シタルモ甲第六號證ノ文詞ヲ以テ山林立木ノ下戻ニ因リ傳太カ取得スヘキ權利ノ持分ヲ表明シ又ハ官民各自ノ權利ノ持分ヲ定メタルモノト解釋シ上告人主張ノ如ク傳太カ所有ノ事實ヲ主張シ又ハ立木ヲ分割シテ官民各自ノ單獨所有ニ歸セシメタルモノト解釋セサルモノナレハ本論旨ハ孰レモ原院ノ爲シタル證書ノ解釋判斷事實ノ認定ヲ非難スルモノニシテ適法ノ理由ナ

シ

同第五點ハ明治三十二年法律第八十五號國有林野法第十九條第一項ハ同法施行後ニ於テ國カ造林者ト契約ヲ爲シ新ニ部分林ヲ設クル場合ノ規定ナリ同法實施以前ニ於ケル法令即チ部分木仕付條例ニ依リ設定セラレタル部分木其他舊來ノ慣行ニテ入會權アリタルモノ又ハ拂下等ニテ從前ヨリ收益ノ分收ヲ爲スモノハ同條第二項ノ規定ニ依リ部分林ト看做サルヘキモ同項ノ場合ハ總テ同法實施前ニ起リタルモノニノミ其適用ヲ見ルヘク同法實施以後ニ於テハ斯ル場合ヲ生セサルナリ假リニ「法令」カ同法實施後ノ「法令」トセンカ更ニ適用スヘキ法令アルヲ見ス慣行モ亦然リトス而シテ「其他ノ理由」トアルハ其意義廣ク一見限界不定ノ如キモ法令上收益ノ分收ヲ要件トセルヲ以テ同法施行前ニハ或ハ斯ル場合モ實在シタルコトアランカナレトモ以後ハ蓋シ其例ナカルヘシ故ニ同條第二項ヲ適用スル場合ハ常ニ同法施行前ノミニ於ケル部分林ヲ包括セシムルヲ以テ立法ノ趣旨ナリト解釋スルヲ至當トス明治三十二年法律第九十九號國有林野下戻法ニ依リ下戻サルヘキモノノ中分收權ヲ下戻サルル場合ハ一見「此他ノ理由」トアルニ該當スルカ如キモ同下戻法ノ精神ハ國ト共ニ造林セント欲スルモノニアラスシテ其下戻ト同時ニ之ヲ申請者ニ引渡シ任意ノ處分ヲ爲サシムルニ在レハ同條第二項ヲ適用スヘキモノニ非サルコトハ此二法律ヲ對照シテ考覈セハ容易ニ推知シ得ヘキナリ假リニ其下戻ト同時ニ其引渡ヲ命セサル場合アリトセンカ或ハ同條ノ適用ヲ免カレサランモ本件ハ特ニ同條ノ適用ヲ爲ササラシムル爲メ明カニ乙第六號證ヲ以テ其引渡方ヲ被上告人ニ命シ（部分林規則第二十二條參照）而シテ其共有ノ分割ヲ爲サシメタル場合ナレハ最早部分林トシテ取扱フヘキモノニアラス少クトモ國有林野法第二十二條ヲ適用スヘキモノニアラサルニ原判決ニハ本件ニ對シ前示第十九條二項ヲ適用シ援テ第二十二條ヲ適用シタルモノナレハ違法ノ判決ト云ハサル可ラスト云ヒ」第六點ハ明治三十二年勅令第三百六十二號國有林野部分林規則ハ明治十一年布達部分木仕付條例ヲ改正シタルモノニテ同規則第一條ニモ明カナル如ク「國有林野ニ部分林ヲ設定スルハ本令ノ定ムル所ニ依ル」トアリテ新ニ部分林ヲ設定スル場合ノミニ適用スルヲ立法ノ本旨トス分收權ノ下戻サレタル場合ハ法律上當然此規則ニヨル部分林ヲ創設スルモノニアラス若シ下戻ヲ受ケタル者カ國ト共ニ引續キ造林セサルヘカラサル場合ナルカ若クハ進ンテ造林セント欲スル場合ハ同規則及明治三十二年農商務省令第二十五號國有林野法施行規則ニ則リ先ツ以テ勅令第二十二條ニ依リ農商務大臣ハ其存續期間ヲ定メ（下戻法ニ依ル場合ハ常ニ存續期間ノ定メナキモノタルコトハ地租改正又ハ上地處分ニ依リ官沒セラレタル場合ニ限ラルルヲ見テモ自カラ明カナリトス）而シテ造林者ハ省令第五十二條ノ手續ヲ爲スヘシ然ル時ハ茲ニ初メテ同省令又ハ同勅令ノ支配ヲ受クヘキモノナルモ此場合ノ外當然下戻物件ニ對シ同勅令ヲ適用スヘキモノニアラス假リニ本件カ國有林野法第十九條第二項ノ部分林ト看做サルル以上ハ同條第一項ノ準用ヲ受ケ其施行法タル省令第五十二條ノ手續ヲ爲ササルヘカラス同省令附則第六十八條第二項ハ本則施行前ノ部

分林ニ適用セラレ同法施行後ニ部分林ヲ創設スルトキハ當然第五十二條ニ依ルヘキモノト解スルハ法律ノ解釋トシテ免レサル筋合ナリ既ニ然リトセハ同省令第五十八條第三號ノ規定ニ依ル存續期間又ハ其伐期ヲ定ムルニハ勅令第二十二條ニ依ラサル可ラサルコトハ前陳ノ如シ然ルニ本件ニ於ケルカ如ク乙第六號證ノ命令アリ農商務大臣カ其期間ヲ定メスシテ單ニ之カ引渡ヲ命スル場合若クハ被上告人カ大臣ノ委任權限ニ依リ伐期ヲ認メ之ヲ分割シテ其引渡ヲ爲シタル場合ノ如キハ（之レハ被上告人ノ第一審ノ主張ヲ援用ス）省令第五十二條ノ手續ヲ爲スノ途ナカルヘシ是レ本件ニ對シ同法律及同勅令ノ適用ヲ爲スヘキモノニアラスト云フ所以ナリ又少クトモ本下戻ハ其適用ヲ受ケシムルノ本旨ニアラサルコトヲ論證スルニ足ル殊ニ同勅令ヲ通覽スルニ「造林者」云云トアリ元來其造林者ハ造林ノ權利ニ伴ヒ一面其植樹ヲ爲シ及ヒ樹木保護ノ義務アルヲ以テ權利ノ處分ニハ大林區署長ノ許可ヲ要スルコトトセリ然レトモ下戻法ニ依リ下戻サレタル立木ノ如キハ之カ引渡ト同時ニ分割スルモノナレハ同條ニ規定シアル責任ヲ負ハシムルノ必要ナカルヘシ又其引渡以前ハ國ニ於テ之ヲ領有シ同規則ノ造林者ノ義務ハ一モ其下戻ヲ受ケタルモノニ歸屬セサルヘシ新ニ殖林スル場合ハ常ニ造林者カ其立木ヲ占有スレトモ下戻ノ場合ハ引渡スニアラサレハ常ニ國カ其立木ヲ占有セルヲ以テ其立木ノ共有者ナル私人ノ權利義務ニ著シキ差異アルハ勿論ニシテ之ヲ同一法規ノ下ニ律スルノ必要ナキナリ故ニ其下戻サレタル權利カ假リニ分收ノ場合トスルモ新ニ部分林ノ設定手續ヲ爲シタル後ニアラサレハ同勅令ノ支配ヲ受クルモノニアラスト信ス然ルニ原判決ハ本件ニ對シ當然同法ノ適用ヲ受クヘキモノトナシタルハ違法ノ判決ト云ハサルヘカラス少クトモ本點ニ於ケル抗爭ヲ原審ニ提出シアルヲ以テ此重要ナル爭點ニ對スル判決ヲ爲ササリシ原判決ハ理由不備ヲ免レスト云ヒ」第十點ハ本件係爭地カ假リニ國有林野法第十九條第二項ニ依リ同條第一項ノ部分林ト看做サルルモノトスルモ部分林規則第三條ヲ適用スヘキモノニアラス同條ノ適用セラルル場合ハ造林者カ分收ノ權利アルト同時ニ造林者ノ義務ノ隨伴セル場合ニ限ルヲ以テ立法ノ本旨トス義務隨伴セストセハ斯ル制限ヲ置クノ必要ナシ本件下戻物ハ更ニ造林者ノ義務ヲ負擔スルコトナク單ニ收益ノ權利ノミヲ有セルモノナルコトハ前陳論述ノ如シ故ニ石川傳太カ其有セル收益權ヲ處分シタルハ適法ノ行爲ナリ何トナレハ收益權ヲ處分シ得ルハ民法上私人ノ權利ニ屬シ法律カ特ニ之ヲ制限スル謂ハレナケレハナリ原審ニ於テ此點ニ關スル抗爭ヲ爲シタルニ原判決ニ之カ判斷ヲ與ヘサリシハ理由不備ナルノミナラス前示第三條ヲ適用シタルハ法律ノ解釋ヲ誤リタル違法アルモノナリト云ヒ」第十三點ハ原院ハ要スルニ本件係爭立木ハ明治三十二年法律第八十五號國有林野法及ヒ明治三十二年勅令第三百六十二號國有林野部分林規則ニ支配サルヘキモノナルコトヲ唯一ノ根據トシ以テ上告人ノ請求ヲ排斥セラレタリ然レトモ一、本件係爭物ノ如ク國有林野下戻法ニヨリ下戻サレタルモノハ其下戻處分ニヨリ始メテ創設的ニ其權利ヲ取得スヘキモノタルヤ國有土地森林原野下戻法第四條ノ明定スル所ナルノミナラス御院判例ニ於テモ屢〻明認セラレタル所ニ屬ス從テ

所有權ノ下戻ト分收權ノ下戻トニ論ナク所有又ハ分收ノ權利ハ此下戻處分ニヨリ原始的ニ發生スヘキモノタルコト疑ナシ國有林野法第十九條第一項ニハ「國ハ造林者ト其收益ヲ分收スルノ契約ヲ以テ國有林野ニ部分林ヲ設クルコトヲ得第二項ニハ法令慣行又ハ其他ノ理由ニヨリ國有林ニ就キ收益ノ分收ヲ爲スモノハ前揭ノ部分林ト看做ス」トアリ而シテ第一項ハ分收權ノ發生カ國ト造林者トノ契約ニ原因シタル場合ノミヲ指スヤ明カニシテ第二項ハ契約ニヨラスシテ該法發布以前ノ法令慣行又ハ其他ノ理由ニヨリ既ニ分收ノ事實アルモノニ對スル規定ナリ蓋シ該法發布以前ニ於テモ法令ノ性質ヲ有スル明治十一年內務省布達部分木仕付條例ニヨル分收權アリ其他慣行ニヨリ國有原野ニ對スル入會ノ性質ヲ有スル分收權アリ其他維新以來各地ニ於テ慣習又ハ其他ノ理由ニヨリ斯ル性質ヲ有スル事實多多アリシハ顯著ナル事實ニ屬ス而シテ前記國有林野法第十九條第二項ハ既往ニ於ケル既存ノ斯ル分收權ヲシテ國有林野法ニ服從セシムルノ規定ナリ換言スレハ斯ル過渡的事實ニ對スル施行法的規定ナリ從テ該法發布以後ニ於テハ第十九條第一項則チ契約ニヨリ生スル部分林ノ外同法第二項ノ適用ヲ受クヘキ部分林ナルモノノ發生スヘキモノニアラサルコト亦明白ナリ果シテ然ラハ本件係爭物ノ如ク國有林野法發布以後ニ於テ下戻處分ニヨリ原始的ニ其權利ヲ得タルモノニ付テハ其下戻カ所有權タルト分收權タルトニ論ナク該法ヲ適用スヘキモノニアラス換言スレハ本件係爭物ハ根本ニ於テ國有林野法及部分林規則ノ適用ヲ受クヘキモノニアラス原院カ本件係爭地ニ對シ國有林野法及ヒ部分林規則ヲ適用シタルハ擬律ニ錯誤アル不法ノ判決ナリ況ンヤ本件ニ對スル下戻ハ分收權ノ下戻ニアラサルコト終始上告人ノ抗爭スル如クナルニ於テヲヤト云ヒ」第十四點ハ國有林野法第二十條ニハ部分林ノ樹木ハ國ト造林者トノ共有トストアリ而シテ此規定ヲ承ケタル同第二十二條ニハ民法第二百五十六條ノ規定ハ部分林ノ樹木ニ適用セストアリ又部分林規則第三條ニハ造林者ハ大林區署長ノ許可ヲ受クルニアラサレハ其權利ヲ處分スルコトヲ得ストアリテ此等法條ヲ通覽スルトキハ此規定ニヨリテ分割又ハ權利ノ處分ニ付キ此等ノ制限ヲ受クヘキモノハ國トノ造林契約ニヨリ部分林ノ權利ヲ得タルモノ則チ造林者ニ局限セラルヘキヤ其明文自體ニ徵シ明白ナリ換言スレハ部分林ノ取得カ直接ニ造林契約ニ原因シタル場合ニ於テ始メテ此等ノ制限ヲ適用シ得ヘキノミ蓋シ國家カ造林者トノ契約ヲ以テ部分林ヲ設定スル場合ニ於テハ契約者タル造林者ハ各種森林法規ニ於テ諸般ノ義務ヲ負フノミナラス造林者ノ如何ハ造林事業ノ成否ニ付キ重要ナル關係ヲ有ス然ルニ造林者ハ無制限ニ何時ニテモ其權利ヲ處分シ又ハ之レカ分割ヲ請求シ得ヘシトセンカ國家カ此等ノ方法ニヨリテ達セントスル政策上及ヒ財政上ノ目的ニ反スルニ至ルヘシ之レ此等ノ場合ニ於テ如上ノ制限ヲ設ケタルモノニ外ナラス然ルニ本件係爭物ニ對スル上告人ノ權利ハ造林契約ニ原因シタルモノニアラサルノミナラス國有林野法第二十一條ニ於テ部分林ノ最長期トスル八十年ヲ超ユルコト明白ニシテ法規ノ明文竝ニ精神ニ照シ上記制限ヲ受クヘキモノニアラス原院カ本件ニ對シ此等制限ニ關スル法規ヲ適用シタルハ明文ヲ無視シ且法ノ精神ヲ沒却シタル

不法ノ判決ナリ況ンヤ本件係爭物ハ根柢ニ於テ部分林規則及ヒ國有林野法ノ適用ヲ受クヘキモノニアラサルコト前述ノ如クナルニ於テヲヤト云フニ在リ

因テ按スルニ明治三十二年三月法律第八十五號國有林野法第十九條第一項ハ國カ造林者ト其收益ヲ分收スル契約ヲ以テ國有林野ニ部分林ヲ設クルコトヲ得ヘキ規定ナルヲ以テ同法施行以後ニ於テ國ト造林者トノ契約ニ依リ新タニ部分林ヲ設定スル規定ナルコトハ上告論旨ノ如クナルモ同條第二項ハ法令慣行又ハ其他ノ理由ニ依リ國有林ニ就キ收益ノ分收ヲ爲スモノハ前項ノ部分林ト看做ス規定ニシテ同法施行以前ヨリ之ニ該當スル場合ニ限リ適用スヘキ規定ニアラス而シテ明治三十二年四月法律第九十九號國有土地森林原野下戻法第一條第四條等ニ依レハ現ニ國有ニ屬スル山林立木等ニ付所有又ハ分收ノ事實アリタル者ヨリ其下戻ヲ申請シ下戻ヲ受ケタル者ハ之ニ因リテ所有又ハ分收ノ權利ヲ取得スヘク此等ノ權利ヲ取得スルヤ創設的ニシテ國ノ權利ヲ承繼スルモノニ非サルハ上告論旨ノ如クナルモ國ト分收ノ事實アリタルカ爲メ分收ノ權利ヲ取得シタル者ハ國有林野法第十九條第二項ニ所謂國有林ニ就キ收益ノ分收ヲ爲スモノニ外ナラスシテ部分林ト看做スモノトス既ニ部分林ト看做ス以上ハ同法第二十條乃至第二十二條ヲ適用スヘキハ勿論明治三十二年八月勅令第三百六十二號國有林野部分林規則又ハ同年同月農商務省令第二十五號中部分林ニ關スル規定ノ適用ヲ受クヘキハ當然ナリ然レハ原院カ本件ニ於テ訴外石川傳太ハ下戻ノ山林立木ニ付國ト分收ノ權利ヲ取得シタル結果其山林立木ハ部分林ト看做サルヘキコトヲ判示シ右法令ノ規定ヲ適用シタルハ相當ニシテ本論旨ハ孰レモ理由ナシ

同第七點ハ本件カ假リニ國有林野法第十九條第二項ノ云云「其他ノ理由ニ依リ收益ノ分收ヲ爲ス」場合ニ該當シ而シテ共有物分割ニ關スル民法第二百五十六條ヲ適用スヘカラサルモノトスルモ本件ノ一定ノ申立ニハ共有權ヲ確認シ而シテ其分割ヲ求ムルノ訴旨ナルヲ以テ被上告人ヲシテ上告人ノ共有權ヲ確認セシムルノ利益アルヘシ然ルニ此點ニ關スル判決ヲ遺脫シタルハ不法ナリ一定ノ申立中「古道下ノ立木ハ其十分ノ七ヲ控訴人十分ノ三ヲ被控訴人ノ所有トシ」トアルハ即チ共有權ノ持分ヲ現實ニ確認セシムルニ在リ「同鼻コクリ澤東方境界秋田大林區署カ境界査定ノ爲メ設ケタル木標第四十三號ヨリ西方境界同木標第十號ヲ見通シ東西線ヲ以テ之ヲ二分シ其南部ヲ控訴人所有ノ部分トス」トハ即チ共有物ノ分割請求ナリ確認請求ハ必スシモ「確認」ノ文字ヲ現用セストモ其趣旨ニ於テ確認セシムルニアレハ即チ確認訴訟ト云フヘシ本訴一定ノ申立ヲ二段ニ執筆セシハ即チ此二要求ヲ包含セシムルノ趣旨ニ出テタルナリ原院カ此點ニ對シ判決ヲ爲ササリシハ受ケタル訴ヲ判決セサリシ不法アルヲ免レスト云ヒ」第十二點ハ本件ハ共有物分割ノ請求ト題シ訴狀ノ一定ノ申立ニ於テモ亦立木ノ分割スヘキヲ請求シタルモ其本旨茲ニ在ラサルヲ以テ明治四十一年七月八日附訴狀訂正申立書ノ通リ共有權確認ノ請求ニ訂正セリ即チ部分林モ亦政府ト人民トノ共有林ナルコト明白ニシテ政府ノ許可ナケレハ之ヲ分割スルコト能ハサルノミ故ニ本訴ノ物體ハ縱令部分林ナルニモセヨ其權利ノ確認即チ七分三分ノ

割合ニ於ケル共有權ノ確認ハ未タ分割處分ヲ實行セス若クハ政府カ之ヲ承認セサル場合ニ於テ其訴ヲ提出シ得ヘキハ當然ナルノミナラス部分林トシテ直チニ其分割ヲ請求シ得ヘカラサル場合ニ於テコソ始メテ確認訴訟ノ必要ヲ見ルモノト云フヘシ唯本件ニ於テ爭點トスルハ共有物タル山林ノ區域如何ニアルナリ故ニ上告人ハ原院調書（四十二年一月十八日）ニ（二）本件ノ請求原因ハ毫モ部分林ナルト否トニ關係ナシト陳述シタリト明記スルカ如ク如上ノ理由ヲ主張セルノミナラス本件訴ノ原因ハ訂正ニ係ル一定ノ申立ノ如ク一ノ權利ノ確認ヲ請求スルモノナルニ拘ラス原院カ本件請求ノ目的物ヲ以テ主務官廳ノ許可ナケレハ分割シ得ヘカラサル部分林ナリトシ上告人ノ請求ヲ却下シタルハ請求ノ目的ヲ誤リ且ツ申立テタル重要ノ爭點ニ付判決ヲ與ヘサル不法ノ判決ナリト確信スト云フニ在リ

然レトモ原判決ハ國有林野部分林規則第三條ニ依リ造林者ハ大林區署長ノ許可ヲ得ルニ非サレハ其權利ヲ處分スルコトヲ得サルニ上告人カ石川傳太ヨリ山林立木ニ關スル權利ノ讓渡ヲ受クルニ付大林區署長ノ許可ヲ得サルコト隨テ權利讓渡ノ效力ヲ生セサルコトヲ判示シ且國有林野法第二十二條ニ依リ共有物分割ニ關スル民法ノ規定ハ本訴國ト傳太トノ共有ニ歸シタル山林立木ニ適用スルコトヲ得ス其分割ヲ請求スルハ失當ナル旨ヲ判示シタルヲ以テ上告人ノ共有物分割ノ請求ノミナラス其確認請求ニ付テモ判斷ヲ與ヘタルモノナリ故ニ本論旨ハ理由ナシ

同第八點ハ乙第六號證ハ下戻物件ヲ石川傳太ニ引渡スヘク被上告人ニ命シタル引渡命令書ナリ被上告人カ之ヲ主務大臣ヨリ受クルヤ立木ノ伐期如何ニ拘ラス之ヲ傳太ニ引渡ササル可ラス（本訴目的物ハ當時其樹齡七八十年ニシテ既ニ其伐採期ヲ經過シ居レリ）本訴根本ノ權利カ分收ニアリトスルモ農商務大臣ハ伐期ニ到達セルモノト認メ其引渡ヲ命シタル以上ハ被上告人ニ於テ之ヲ云爲スルノ職權ナク絶對ニ之ニ服從セサル可ラス既ニ然リトセハ共有物ノ分割請求即チ其結果ヨリ見レハ其物ノ引渡ナレハ之レヲ拒ムハ該命令ニ違背スルモノナリ被上告人ハ唯其目的物ノ該當ヲ爭フノ外本訴ニ於テ何等抗爭スヘキモノニアラス國有林野法第二十二條ハ絶對的ニ其共有分割ヲ容レサル趣旨ニアラスシテ其伐期以前ニ其分割ヲ許ストキハ國ハ其期ニ熟達スルヤテ自ラ其造林ヲ管理セサル可ラサル不便アルカ若クハ期ニ先ツ之ヲ伐採シ豫期シタル造林ノ趣旨ニ反スルコトアランカヲ慮リ同條ノ規定ヲ爲セトモ本件ノ如ク伐期既ニ熟シ而シテ農商務大臣ハ之カ引渡ヲ被上告人ニ命シタル場合ニハ最早同條ヲ適用スヘキモノニアラス而シテ努メテ同條ノ適用ヲ受ケサル樣法律ヲ活用スヘキナリ原判決カ本件ノ場合ニ同法二十二條ヲ適用シタルハ失當ナルノミナラス實ニ不法ト云ハサル可ラスト云ヒ」第九點ハ原院ハ乙第六號證ヲ以テ下戻ヲ受ケタル石川傳太ニ造林者ノ義務ヲ負ハシムル爲メ之カ引渡ヲ主務大臣ヨリ被上告人ニ命シタルモノト解釋シタルハ該命令ヲ事實ニ添ハサル樣不當ニ解釋シタル違法ノ判決ナリ乙第六號證ノ命ヲ受ケタル被上告人ハ其當時直ニ下戻サレタル物件ナリトテ其隣地ノ立木ヲ指定シ之ヲ分割シテ現ニ之ヲ引渡シ任意ニ之ヲ伐採セシメタルコトハ被上告人モ主張シ當事者間ニ爭ナキ所ナ

リ該命令カ單ニ造林者ノ義務ヲ負擔セシムル爲メノミノ引渡命令ニアラサルコトハ（現ニ被上告人カ此命令ノ下ニ爲サレタル行爲ニ鑑照スルモ亦明カナルノミナラス）下戻物件取扱手續上既ニ一般ニ顯著ナル事實ナリトス此場合ニ於テ現ニ宮城大林區署ハ部分林トシテ之ヲ取扱ハサルヲ以テ此顯著ナル事例ヲ立證スル爲メ原院ニ證據調ヲ申請シ宮城大林區署長ヲ證人トシテ申請シタルニ原院ハ之ヲ排斥シタリ本訴ニ對シ前陳法令ヲ適用スルニ方リ法令ノ解釋ハ素ヨリ法律問題ニシテ證人ノ鑑識ヲ參酌スルノ必要ナシト雖モ右命令（乙第六號證）ハ如何ニ行ハレ居ルヤノ慣行及其取扱ニ關スル事實ハ素ヨリ證明ヲ許容セラルヘキ事態ニシテ右法令適用ノ重要ナル基礎事實ナリ乙第六號證ノ解釋ハ一ノ事實ノ認定ナリ此事實ノ認定ニ對スル反證タル證人ノ申出ハ此事實ノ認定ニ影響スヘキハ勿論ナリ左レハ前陳主張ノ事實ヲ立證スル上告人ノ證據調ハ唯一ノ立證トシテ許容セサルモノト信ス然ルニ此申請ヲ排斥シ而シテ該命令ヲ前陳ノ如ク解釋シ事實ヲ確定シタルハ審理不盡ニ基ク誤判ニシテ破毀ヲ免レスト云ヒ」第十一點ハ本件ニ於テ當事者ノ重要ナル爭點トスル所ハ下戻立木ノ區域如何ニアリ控訴人ノ主張ト被控訴人ノ主張トハ下戻區域ヲ異ニスルモ下戻立木ハ之ヲ引渡スヘキモノニシテ當事者ノ間單ニ造林經營ノ契約關係ニ過キサル部分木關係ヲ生スルモノニアラサルハ一ナリ何トナレハ被控訴人ハ被控訴人ノ主張スル區域ノ立木ハ畢ニ既ニ引渡ヲ了シタリトスルモノナルヲ以テ最早部分林ナルト否トヲ爭フヘキ餘地ヲ存セサルコト自ラ明カニシテ而シテ控訴人ハ被控訴人カ其引渡ヲ了スヘキ區域ハ控訴人主張ノ區域タルヘキコトヲ爭フモノナレハ最早當初ニ遡リテ部分林タルト否トヲ爭フヘキ餘地ヲ存セサルモ亦自ラ明カナルヘケレハナリ故ニ上告人（控訴人）ハ明治四十二年一月十八日ノ口頭辯論調書ニ（一）被控訴人ノ主張スル下戻區域ノ立木ハ既ニ申請人ニ下付シタリトノ事實ヲ以テ本件ノ下戻ハ部分林ノ下戻ニアラサルコトヲ證スト明記セラレ本件ハ部分林ノ下戻ニアラサル理由ヲ主張シ且其立證方法ヲ申立テタルモ原院カ此點ニ付キ何等ノ判定一言ノ說明ヲモ與ヘス部分林ナリトノ理由ヲ以テ控訴ヲ棄却シタルハ重要ナル爭點ヲ遺脫シテ之ヲ不問ニ付シタル違法ノ判決ナリト確信スト云ヒ」第十五點ハ下戻處分ヲ受ケタルモノカ下戻處分ニヨリ如何ナル權利ヲ取得スヘキヤハ一一其之レヲナシタル主務大臣ノ指令ニヨリテ決スヘキモノタリ農商務大臣ハ本件係爭物ニ對シ被上告人ニ其引渡ヲ命令シタリ（乙第六號證）而シテ上告人ハ該命令並ニ被上告人カ該命令ニ基キ他ノ地域ノ立木ヲ引渡シタル事實等ヲ根據トシ農商務大臣ハ分收權ヲ下戻シタルモノニアラスシテ係爭物ニ對スル分割下戻ヲ許可シ之レヲ被上告人ニ命令シタルモノナルカ故ニ根柢ニ於テ部分林規則ノ適用ヲ受クヘキモノニアラサルコトヲ主張シタルニ對シ原院ハ（中略）「其引渡方命令ノ事實ハ乙第六號證ニヨリ之レヲ認メ得ヘシト雖モ其命令ノ旨趣ハ毫モ其山林立木ノ分割ニ關スルモノニアラスシテ却テ其山林立木ハ前示說明ノ如ク部分林ト看做サルヘク從テ傳太ハ前示部分林規則ニ所謂造林者トシテ同規則第四條第七條ニヨリ其山林立木ニ付キ手入等造林ニ必要ナル行爲ヲ爲スヘク又火災ノ豫防消防等ノ保護

ヲ爲スヘキ義務ヲ負フカ故ニ之ヲ傳太ニ引渡スコトヲ命令シタルモノト解釋スヘク」云云以テ上告人ノ右主張ヲ排斥セラレタリ然レトモ或包括的ノ立木ニ付キ三、七ナル割合的權利ヲ認メ而シテ其七分ヲ引渡スヘシトノ命令ハ其分割ヲ許シタルモノニアラスシテ何ソヤ蓋シ法律上引渡ナル語ハ一定ノ意義ヲ有スル則チ或モノヨリ或モノニ對シ占有ノ移轉ヲ意義スルコト些ノ疑ナシ而シテ其引渡カ包括的一體ノ物ヨリ或割合的ノ引渡ヲナス場合ニ於テハ其割合ニ應シタル占有ノ移轉ヲナシ其結果ハ分割サレタル二箇ノ物件ヲ生スヘキヤ論ヲ俟タス換言スレハ一物ノ全部ノ引渡タルト將一物ノ想像的部分ノ引渡タルトニ論ナク引渡ナル語ハ常ニ占有ノ移轉ヲ意義シ而シテ包括物ノ割合的引渡ハ常ニ當然分割ヲ意義スルコト論ヲ俟タス畧言スレハ斯ル場合ニ於ケル引渡ト分割トハ全然同一義タルモノナリ然ルニ原院ハ此等命令ノ存在ヲ認メタルニ拘ラス此等ノ關係ヲ無視シ分割ノ命令ニアラストナシタルハ引渡ナル法律上ノ意義ヲ誤解シタル不法ノ甚タシキモノナリ或ハ原判決ニシテ引渡ナル記載ハ引渡ナル事實ヲ命令シタルモノニアラスト解センカ其曲解タルハ勿論ナリト雖モ暫ク如上ノ批難ハ之レヲ免レ得ヘシ然ルニ原院ノ說明ハ命令又ハ命令書（乙第六號證）ノ解釋ニアラスシテ命令及ヒ命令書ハ上告人主張ノ如ク引渡ノ命令タルコトヲ認ムルモノタルコトハ「其引渡方命令ノ事實ハ乙第六號證ニ依リ之ヲ認メ得ヘシ」云云「之ヲ傳太ニ引渡スコトヲ命令シタルモノト解釋スヘク」云云ノ判示ニ微シ毫末ノ疑ナシ從テ原判決適否ノ問題ハ命令又ハ命令書ノ解釋ノ當否ニアラスシテ純然タル引渡ト分割トノ法律的關係ノ問題ニ歸着ス而シテ本件係爭物ノ如ク包括物ニ對スル割合的ノ引渡ハ常ニ分割ヲ意義シ分割ヲ離レテ引渡ナルモノノ存在ヲ認ムヘカラサルコト前既ニ反覆論述シタルカ如クニシテ原判決ノ不法ナルコト論ヲ俟タス或ハ曰ク原判決ノ乙第六號證ニ對スル解釋ハ農商務大臣ハ石川傳太ニ對シ部分林規則第四條第七條ノ義務ヲ盡サシムヘク其全部ノ引渡ヲ命シタルモノナルヲ以テ從テ分割請求ヲ否認シタルモノナリト然レトモ乙第六號證ニハ中署「杉立木一万本」中署「右國有林立木三官七民ノ割合ヲ以テ下戻ノ儀」云云「今般聞屆旨及指令候條引渡方取計フヘシ」トアリ而シテ右所謂一万本トハ七分ノ木數ヲ指示シタルモノナルコトハ同號證及ヒ乙第二號證ノ一並ニ乙號證ノ大部分ヲ占ムル該下戻ニ關スル關係書類ノ全體ニ徵シ明白ナリ則チ此等證據ニヨレハ農商務大臣ノ引渡命令ハ其下戻部分タル七分ノ引渡ヲ命令シタルモノナルコト寸毫ノ疑ナキヲ以テ若シ原院ノ判旨ニシテ或者ノ解スル如シトスルモ之レ亦證據ヲ誤解シタルモノニアラサレハ理由不備ノ不法アルコト勿論ニシテ此點ヨリスルモ原判決ハ到底破毀ヲ免レサルモノナリト云フニ在リ

然レトモ原判決ハ前數點ニ對スル說明ノ如ク下戻ノ山林立木ハ國ト石川傳太トノ共有ニ屬スル部分林ト看做サルルコトヲ判示セリ又乙第六號證ニヨリテ農商務大臣カ山林立木ノ引渡方ヲ被上告人ニ對シテ命令シタル事實ヲ認メタルモ其命令ノ趣旨タルヤ山林立木ノ分割ニ關スルモノニアラス即チ上告論旨ノ如ク立木ノ伐期ニ達セルモノト認メ分割引渡ヲ命令シタルモノニアラスシテ其山林立木ハ部分林

ト看做サルル結果共有者タル傳太ハ國有林野部分林規則第四條第七條ニ依リ造林者トシテ手入等ノ造林ニ必要ナル行爲ヲ爲スヘク又火災ノ豫防消防等ノ保護ヲ爲スヘキ義務ヲ負フカ故ニ之ヲ傳太ニ引渡スコトヲ命令シタルモノト解釋セリ其解釋ハ如上部分林ノ性質上當然ノコトニ屬シ反證ヲ許スヘキモノニ非サルヲ以テ之ヲ不法トスル本論旨ハ孰レモ適法ノ理由ナシ

以上説明ノ如クナルヲ以テ民事訴訟法第四百三十九條第一項ニ依リ主文ノ如ク判決セリ

○名譽回復竝損害要償ノ件

明治四十一年(オ)第四百三十七號
明治四十二年四月二十七日第一民事部判決

◎判決要旨

一破産事件ノ裁判費用等ヲ負擔スル責任ハ不法行爲ノ有無ニ關セス

申立若クハ抗告ノ當否ニ因リテ定マルヘキモノナレハ不法行爲ヲ原因トシテ之ヲ請求スルハ失當ナリ

第一審　神戸地方裁判所　第二審　大阪控訴院

上告人　櫻田夏治

被上告人　合資會社西尾商會

右清算人　櫻田昭治

右當事者間ノ名譽回復竝損害要償事件ニ付大阪控訴院カ明治四十一年九月二十五日言渡シタル判決ニ對シ上告人ヨリ一部破毀ヲ求ムル申立ヲ爲シ且被上告人ハ期日ニ出頭セサルニ付闕席ノ儘判決アリタキ旨申立タリ

判決

本件上告ハ之ヲ棄却ス

上告ニ係ル訴訟費用ハ上告人之ヲ負擔ス可シ

理由

上告趣旨ノ第一ハ原判決理由ニハ「控訴人カ被控訴人ニ對シ債務ヲ負擔セサル旨告知シタルニ拘ラス被控訴人ハ控訴人ニ對シ破産申立ヲ爲シ神戸地方裁判所ニ於テ破産宣告ヲ爲シタレトモ抗告ノ結果大阪控訴院ニ於テ原決定ヲ破棄シ被控訴人ノ破産申立ヲ却下シタルコトハ甲第一號證乃至四號證ニ徵シ之ヲ認ムルコトヲ得ヘシ然レトモ控訴人ハ他ニ立證ヲ爲ササル限リ此一事ヲ以テ直ニ被控訴人カ故意又ハ過失ニ因リ破産申立ヲ爲シ控訴人ノ權利ヲ侵害シタルモノト認ムルコト能ハサルヲ以テ」云云トアリテ控訴人カ被控訴人ニ對シ債務ヲ負擔セサル旨告知シタルニ拘ラス被控訴人カ控訴人ニ對シ破産

ノ申立ヲナシタルコトヲ認メ得ラルル以上ハ既ニ其破産ノ申立カ故意ナルコトヲ認メ得ラレシモノナリト言ハサルヲ得ス亦タ甲第二號證ノ破産申立理由ニハ「申立人ハ其當時既ニ麻袋一千五百袋ヲ被申立人ニ送付シアルニヨリ被申立人ハ四月末日迄ニ右代金合計二百五十五圓ヲ辨濟スヘキ筈ナルニ被申立人ハ其義務ヲ果サス」云云又「申立人ハ明治三十八年六月二日被申立人ニ催告狀ヲ送達後三日以内ニ右代金ヲ辨濟スヘキ旨催告シ被申立人ハ右催告狀ヲ同六月五日受取リタルニモ拘ラス正當理由ナク支拂ヲナササル次第ニ候」トアリテ被上告人ノ送達シタル催告狀ニ對シテハ甲第一號證ノ如ク被上告人ヨリ同物件送付ヲ受ケタル覺ナシ依テ代金支拂ヒノ義務從テ無之旨告知ヲ爲シ其支拂ヒヲ爲スヘキ義務ナキ理由ノ表明ヲナシアルニ拘ラス正當理由ナク支拂ヒヲナササルモノノ如ク申立ヲ爲シタルハ則チ故意ヲ以テ虛僞ノ申立ヲ爲シタリト言ハサルヲ得ス然ルニ原院ハ判決ニ前後矛盾シタル不法アル而已ナラス證據誤認モ亦甚タシキモノナリト思料スト云フニ在リ

然レトモ原判決ニハ上告人カ被上告人ニ對シテ債務ヲ負擔セサル旨通告シタル事實ヲ確定シタルニ止マリ彼此ノ間ニ債務關係存在セサリシ事實ヲ確定シタルニ非ス然レハ則チ原院カ被上告人ノ爲シタル破産宣告ノ申立ハ故意又ハ過失ニ因ルモノト認ムル能ハサル旨判示シタリトテ前後ノ理由矛盾シタルモノト謂フヲ得サルハ勿論證據ヲ誤認シタルモノト謂フヲ得ス何トナレハ假令債務者カ豫メ債務ノ存在セサルコトヲ債權者ニ通告シ債權者カ其通告ヲ顧ミス債務者ニ對シテ破産宣告ノ申立ヲ爲シタリトテ未タ必シモ故意若クハ過失ニ出テタルモノト速斷スルコトヲ得サレハナリ

上告趣旨ノ第二ハ原判決理由ニハ「縱シヤ控訴人カ破産申立事件ノ爲メ損害ヲ蒙リタル事實アルモ民法不法行爲ノ規定ニ基キ被控訴人ニ對シ名譽回復竝ニ損害賠償ノ請求ヲ爲シ得ヘキ權利ヲ有セス」トアレトモ名譽回復ノ請求ニ對シテハ其加害行爲ノ不法ナル場合ハ回復ニ適當ナル處分ヲ命セラルヘキ筈ナルニ原院ハ之ヲナササルハ不法ナリト云フニ在リ

然レトモ原院ハ被上告人カ上告人ニ對シテ破産宣告ノ申立ヲ爲シタルハ其故意又ハ過失ニ出テタルモノト認定スルコト能ハサル旨判示シ即チ被上告人ノ加害行爲ノ不法ナルコトヲ認定シタルモノニ非サルヲ以テ本論旨ハ原判旨ニ副ハサルモノト謂フヘシ

上告趣旨ノ第三ハ原判決理由ニハ「猶控訴人ハ破産事件ニ付要シタル裁判費用等ハ當然敗訴者ニ於テ負擔スヘキモノナルヲ以テ故意又ハ過失ノ存在ニ關シ有力ナル舉證ノ有無ニ關セス被控訴人ニ於テ賠償スヘキ義務アル旨ヲ主張スレトモ該費用ノ負擔者ノ誰ナルカハ當該破産事件ノ審判ニ依リ定マルヘキモノナルヲ以テ更ニ實體上ノ法規ヲ根據トシ之カ賠償ヲ求ムルコトヲ得ス」トアレトモ通常民事訴訟法ニ依ル訴訟費用ハ判決ニ其負擔者ノ言渡シアルモノナレトモ破産事件ノ抗告裁判ニハ裁判費用負擔者ノ言渡シナケレハ被害者タル上告人ハ獨立訴訟ヲ以テ請求スル權利ヲ有スル筈ナリ猶請求中ノ破産管財人費用豫納不足等ハ上告人ノ財産ヲ以テ支辨セラレアルモノナレハ之等ノ損害ハ被害者タル上

告人ヨリ加害者タル被上告人ニ對シ獨立訴訟ヲ以テ請求スル權利ヲ有スルハ勿論之等ノ點ハ被上告人モ認メテ爭ハサル所ナリ然ルニ原院ハ法ノ適用ヲ誤リ猶被上告人ノ主張セサル理由ノ本ニ上告人ニ敗訴ヲ言渡シタル不法アルモノナリト云フニ在リ

然レトモ本訴請求ノ原因ハ不法行爲ノ事實ナルコトハ原判決及ヒ第一審判決ノ事實摘示ニ徵シテ極メテ明白ナリ而シテ破産事件ノ裁判費用等ハ不法行爲ノ有無ニ關セス申立若クハ抗告ノ當否ニ因リテ其負擔ノ責任定マルヘキモノナレハ不法行爲ヲ原因トシテ之ヲ請求スルノ失當タルコト固ヨリ論ヲ待タス本論旨ニ關スル原判決ノ理由ハ法律上ノ理由ナルヲ以テ當事者ノ主張ノ有無ヲ問フ要ナシ故ニ本論旨ハ理由ナシ

上告趣旨ノ第四ハ原院判決ニ引用セラレタル本件第一審ノ被上告人ノ答辯書ノ抗辯ニハ「原告ハ被告會社ニ支拂フヘキ麻袋代金ヲ辨濟期ニ支拂ヲ爲ササリシヨリ原告ハ小麥粉販賣商人ニモ有之西尾ニ於テハ商人支拂停止シタルモノニシテ破産宣告ヲ爲ス條件具備セルモノトシテ其申請ヲ爲シタルモノナルヘシ」トアリ其破産宣告ノ條件カ具備セシモノナレハ甲第四號證ノ如ク之ヲ取消ノ決定言渡シアル筈ナシ之ヲ取消ノ決定ノ言渡アリシハ破産宣告ノ條件具備セサリシモノナリ然ラハ具備セサリシモノヲ具備セシモノトシタルハ則チ過失ト言ハサルヲ得ス依テ原院ニ於テ上告人ノ控訴理由ニハ「第一審ニ於テ被告ノ主張ハ原告カ被告會社ニ支拂フヘキ麻袋代金ヲ支拂ハサル爲メ小麥粉販賣商人タル原告ニ支拂停止ノ事實アリ破産ヲ受クヘキ條件具備セルモノトナシ破産ノ申立ヲ爲シタリ云云トアレハ被控訴人ハ其債權ノ成立ヲ確メス輕卒ニ破産ノ條件具備セシモノト誤信シテ破産申請ヲ爲シタルモノナレハ之レ則チ過失アリシ事ヲ自白セシモノト言ハサルヲ得ス依テ控訴人モ右自白ニヨリ過失ナリシヲ主張セリ然ルニ第一審裁判所ハ右ノ理由ヲ以テ却下セラレタルハ不當ナリ」ト主張セリ然ルニ原院ハ之等本件爭點ノ主眼ニ對シ何等判斷ヲ與ヘサリシハ遺脫シタルモノト言ハサルヲ得スト云フニ在リ

然レトモ原判旨ハ被上告人カ破産宣告ノ申立ヲ爲シタル基本トナリシ債權存立セサルモノトスルモ其申立カ被上告人ノ過失ニ出テタルコトヲ立證スル責ハ上告人ニ在リト爲シタルニ外ナラス而シテ甲第一號證乃至四號證ノ事實ハ未タ以テ被上告人ノ故意若クハ過失ニ因リテ破産宣告ノ申立ヲ爲シ上告人ノ權利ヲ侵害シタルモノト認ムル能ハサル旨判示シアルヲ以テ本論旨ノ爭點ニ付テハ特ニ判斷スル要ナキコト自明ナリ

上來判示スル如ク上告論旨ハ一トシテ理由アラサルヲ以テ民事訴訟法第四百五十二條及ヒ第七十七條ノ規定ニ從ヒ主文ノ如ク判決ス但被上告人ハ適法ノ呼出ヲ受ケタルニ拘ラス期日ニ出頭セスト雖モ闕席判決ヲ爲スヘキ事由アラサルヲ以テ對席トシテ判決ス