

タリトアリトノ説明ニ徴スレハ依然トシテ民法規定ノ權利ヲ侵害セラレタリト云フニ在ルモ亦明カナリ然ルニ原院カ被告上告人本訴ノ主張ハ民法規定ノ不法行為ニ因ルモノニアラス又民法規定ノ物權ニ本ツクモノニアラスシテ慣習上一種ノ權利ニ基ツキタルモノトシタルハ本訴原因外ニ逸出シ當事者ノ辯論ヲ標準トナサス畢竟口頭辯論ノ法則ヲ適用セサル不法アリ蓋シ慣例ニ於テ自己ノ財產生命ニ危險ヲ及ホスヘキ他人ノ工事取除等ノ請求ヲ是認セラル、モ是レ權利侵害ヲ原因ト爲スニ非スシテ權利侵害ノ豫防ヲ爲ス場合ニシテ本件ノ原因トスル所ト固ヨリ之ヲ異ニスルモノアリト信スト云フニ在リ因テ按スルニ本訴ニ於ケル被告上告人ノ訴旨ハ原判決ノ引用セル第一審判決ノ事實摘示ニ依リテ明カナル如ク被告上告人ハ往古ヨリ東春日井郡片山村大字牛山ニ於テ西行堂川ノ流水ヲ利用シ水車營業ヲ爲シ來リ且其沿岸ノ所有者ナル處被告上告人所有ノ水車ヲ距ル下流百七十五間ノ所ニ於テ板堰ハ川底ヨリ一尺五寸八分ヲ踰ヘサルヲ限度トシテ新ニ水車營業ヲ開始スルコトヲ吉田代助外一名ニ對シテ承諾シ上告人ハ其後該水車營業ヲ繼續シ板堰ハ自今上告人ノ所有且使用スルモノナル處上告人ハ漸次之ヲ高メ殆ント四尺餘ニ垂ントスル爲メ被告上告人ノ水車ハ大ニ運轉ヲ妨害セラレ上告人ハ被告上告人ノ水流使用ヲ侵害スルニ依リ將來ノ侵害ヲ防止スル爲メ上告人カ設置セル板堰ノ低縮ヲ請求スト云フニ在レハ被告上告人ハ係争河川ノ水流ヲ使用シ得ヘキ權利ヲ主張シ之ヲ侵害セル上告人ニ對シテ其侵害ヲ防止スル爲メ本訴ヲ提起シタルモノニシテ單ニ不法行為ニ因ル損害ノ賠償ヲ請求スルモノニ非ス凡ソ、河川ノ沿

判旨第一點

岸所有者ハ他人ノ權利ヲ害セサル範圍ニ於テハ田地ニ灌漑シ水車ニ利用スル等各自其水流ヲ使用スル一種ノ權利ヲ有スルコトハ法律ノ明文ナキモ慣習上認め來リタル所ニ係ル而シテ此權利ヲ侵害セラレタル者ハ加害者ニ對シテ損害ノ賠償又ハ妨害ノ排除ニ因リテ其救済ヲ求め得ヘキコトモ亦當院判例ハ是認セル所ニシテ但不法行為ニ因ル損害賠償ヲ求ムルニ當リテハ金錢ヲ以テスルノ外他ノ賠償方法ヲ許サ、ルヲ通例ト爲スト雖モ妨害ノ排除ニ因リテ侵害セラレタル權利ノ回復ヲ求め得ル妨ト爲ルヘキモノニアラスハ原院カ如上被告上告人ノ訴旨ニ基キ被告上告人ハ慣習上一種ノ權利ヲ主張スルモノニシテ不法行為ニ因ル損害賠償ヲ求ムルモノニアラスト爲シタルハ損害賠償ノ法則ヲ適用セサル不法ナキハ勿論請求ノ原因以外ニ逸出シテ口頭辯論ノ法則ヲ適用セサル不法アルモノニアラス故ニ本論旨ハ共ニ理由ナシ

同第三點ハ原判決理由ニ「乙第十三號證ハ明治三十八年三月即チ本訴繫屬中ニ從參加村タル外山村長ノ證明シタルモノニ係リ信憑ノ價值ナキモノトス」ト斷定セラレタルモ同證ハ一件記録中謄本ニ顯ハル、如ク前外山村長タリシ小川武右衛門カ在職中明治三十年十月十五日片山村長稻垣桂三郎ニ對シ本村堅切工作物ハ上告人個人ノ所有ナルコトヲ回答シ置キ（此答書ハ被告上告人ヨリ甲第一號證トシテ提出シタルモノナリ）タルニ武右衛門カ退職後其誤謬ヲ發見シ後任村長ニ再調査ヲ求め後任村長カ再調査ノ上甲第一號證ノ錯誤ヲ確メ之レカ訂正ヲ片山村長ニ申送リタルモノニ係ル抑モ公吏カ其管掌ニ係

ル文書ヲ作成シタル場合ニ人民ノ陳述ニ依リ作成シタル事項ハ其陳述ノ内容ニ付テハ事實裁判官カ自由ニ其心證ヲ以テ眞否ヲ判斷シ得ヘキモ公吏ノ親驗シタル有形ノ事項ニ付テハ偽造ノ證據アルマテ若クハ少クトモ之レカ反證ノ信スヘキモノアルマテハ之ヲ眞正ノ事實ト推定スヘキハ探證法ノ原則ナリ然ルニ原院カ乙第十三號證ヲ以テ何等ノ反證ナキニ拘ハラシテ不實ノモノトナシ却テ該證ニヨリ錯誤ヲ證セラレタル甲第一號證ヲ採用シタルハ探證ノ法則ヲ適用セサル不法アリト云フニ在リ然レトモ公吏ノ作成セル管掌ノ文書ト雖モ其作成ノ眞實ナルコトニ付テノミ裁判所ヲ羈束スヘキモノニシテ其記載ノ内容カ果シテ眞正ノ事實ナルヤ否ヲ判斷スルハ専ラ事實承審官ノ職權ニ屬スレハ原院カ乙第十三號證ヲ以テ本訴ノ繫屬中ニ從參加人タル外山村長ノ證明シタルモノトシ之ニ信憑ヲ措カサリシトテ探證ノ法則ニ違背シタルモノニアラス

判旨第二點

同第四點ハ原判決理由ニ「第五然ルニ控訴人（上告人）ハ被控訴人（被上告人）ノ水車運轉ニ障害ヲ來シタル原因ハ獨リ本訴ノ板堰增高ノミニ歸ス可カラサル旨ヲ抗辯シ云々係爭水路ニハ砂礫ノ流下等自然ノ變更ニ加フルニ水量増加ノ事實アルコトヲ主張スルモ假リニ係爭水路カ控訴人主張ノ如キ自然的現象ニ依リ幾分ノ變更ヲ來シタリトスルモ河水ノ自然ニ流下スル大勢ニ影響スルモノト認ムルヲ得ス又水量増加モ事實ナリトスルモ控訴人主張ノ如ク單ニ水路ノ浚渫ニ因ルモノナレハ之ヲ係爭水路ノ水流落下ニ影響スヘキ事情ナリト認ムル能ハス」ト斷定セラレタルモ此點ニ付上告人カ原審ニ於テ主

張シタル所ハ「前畧被控訴人カ其水車運轉力ノ漸次ニ緩徐ト爲リタルモノトセハ云云水路ノ如キハ風雨震災殊ニ上流ノ水路水源及關係山林ノ情況等約言セハ日々刻々變化ヲ來タスヘキ地文的現象等ニ因ルナラン然ルニ一切之ヲ度外ニ付シ水平ノ增高ナリシ一事ヲ以テ之ヲ控訴人カ下流ノ堅切板ヲ增高シタル事實ニ歸納スルニ止マリ堅切板增高ノ事實ヲモ立證セサリシハ太タシキ非論理的ト云ハサルヲ得ス尙ホ愛知縣地方ニ公知セラレタル木津用水ハ當路者ノ勉勵ヲ以テ明治十六年中壯大ナル浚渫工事ヲ起シ平均幅員二間ノ川床ヲ六間ニ開通シ從テ三倍ノ水量増大ヲ得タル事實アリ而シテ本件西行堂川ハ該用水ノ支流ナルヲ以テ爾來水流ニ至大ノ變化ヲ來タシ一帶ニ水流ノ增高ト漸次ニ川床ノ深凹ヲ來タシタルハ爭フ可カラス是等著名ノ現象ヲ拋棄シ去リテ單ニ其責ヲ控訴人ノ堅切板工事ニ嫁セントスルハ太シキ不當ナリ又西行堂川ニハ大山川ノ餘流ヲ注キ大山川ハ砂礫ノ空川ニシテ降雨ノ際暴漲シ其度毎砂礫ヲ西行堂川ニ注キ下流ノ開通ヲ妨クルノ状態アリ云々」ト云フニ在リ（明治三十八年五月八日法廷調書ニ援用セル同日附準備書）抑モ本訴被上告人カ上告人ニ對シ主張スル事實千係タルヤ被上告人ハ西行堂川ノ水勢ヲ利用シテ水車運轉ノ營業ヲ爲シ上告人モ亦其下流百七十五間ノ所ニ水勢ヲ利用シテ水車ノ運轉ヲ爲シ其水勢ヲ激増スル爲メ堅切板設ケ居ル處其堰板ノ高キニ失スルニ因リ水平ヲ增高シテ其上流ナル被上告人ノ水車運轉力ヲ遲徐ナラシムルト云フニ在リ（原判決ニ援用セル第一審判決事實）上告人ハ被上告人カ如上ノ事實ニ對シ前述ノ如ク（明治三十八年五月八日附準備書）（一）

地文的自然ノ現象ヲ以テ抗辯シ(二)西行堂川ノ上流タル木津用水路ハ川床二間ヲ六間ニ擴張シ明治十六年以來約三倍ノ水量増加ノ事實ヲ主張シ(三)尙西行堂川カ流注ヲ受クヘキ大山川ハ砂礫ノ空川ニシテ降雨ノ際暴漲シテ砂礫ヲ西行堂川ニ注キ水勢ノ下流ニ至リ緩徐スルノ度ニ應シ下流ノ川床ヲ凸高ナラシムル事實ヲ主張シ被告人ノ水車運轉力ノ遲緩トナリタルハ以上ノ數因ニ基ツク旨ヲ抗辯シタルナリ就中上流ナル木津用水ニ約三倍ノ水量ヲ増加シタルモノトセハ其下流ニシテ浚渫セサル西行堂川ニモ亦約三倍ノ水量ヲ増加シ且ツ水勢ニヨリテ幾分ハ川床ノ深凹ヲ來タシ又幾分ハ水平ノ增高ヲ來タシ同川ニ施設セル水車ノ運轉力ヲ遲緩ナラシムヘキハ理法上當然ノ推定ナラサルヲ得ス況ンヤ更ニ空川ノ暴雨毎ニ砂礫ヲ流注スルニ於テハ爲メニ一般ノ疏通ヲ妨ケ水勢ヲ緩徐ナラシムルモ亦タ水力上ノ理法ナルニ於テオヤ故ニ上告人カ如上ノ事實ヲ眞實ナリトセハ被告人ノ水車運轉力ヲ遲延ナラシムルノ原因ハ獨リ其下流ニ施シアル上告人水車ノ板堰增高ニ因ルモノトナス可カラサルハ探證上一往ノ推定タラサルヘカラス然ルニ原院ハ右ノ事實ニ關スル唯一ナル證人ノ取調ヲ拒絕シ(原審調書ニ援用セル明治三十八年五月八日附證據調申請書)テ上流タル水路ノ浚渫ニヨリ水量ヲ増加シタルモノトスルモ下流ニ影響セサルモノト斷定セラレタルハ自然ノ理法ヲ無視シ探證ノ法則ヲ適用セサル不法アリトスト云フニ在リ

然レトモ原判決ハ上告人ノ主張ニ對シテ論旨摘録ノ如ク判示シタル末「而シテ前記伊藤雄三ノ鑑定書

ニ依レハ通常ノ流水勾配ニテ仍ホ一尺二寸七分三七五ノ障害アルコト明カナルヲ以テ此障害ハ全ク控訴人ノ板堰ニ因リ生スルモノト認定セサルヲ得ス」ト説示シ上告人主張ノ如キ係争水路ノ自然的變更及ヒ水量増加等ノ事實アリトシテ之ニ因リテハ河水ノ自然ニ流下スル大勢ニ影響ヲ及ホシ即チ被告人ノ水車運轉ニ障害ヲ與フルモノトハ認メス其障害ハ全ク上告人ノ板堰ニ因リテ生スルモノト認定シタルモノナレハ畢竟本論旨ハ原院ノ職權タル事實認定證據取捨ニ對スル非難ニシテ適法ノ理由トナラス

同第五點ハ原判決理由ニ「又從參加村ハ本訴板堰ハ從參加村ノ耕田灌漑用ニモ供セラル、ヲ以テ被控訴人(被告)ニ於テ控訴人(原告)ノミニ對シ其低縮ヲ請求スルハ不當ナリト抗辯スルモ前認定ノ如ク本訴ノ板堰ヲ以テ控訴人ノ所有ナリトスル以上ハ被控訴人カ控訴人ニ於テ其板堰ヲ增高シタル事由ニヨリ其低縮ヲ控訴人ニ對シ請求スルハ當然ニシテ若シ從參加村カ灌漑用ノ爲メ被控訴人ニ對シ其低縮ヲ拒ムノ權利アリトセン乎控訴人又ハ從參加村ハ宜シク其旨ヲ立證セサルヘカラス然ルニ乙號證ニ依リテハ唯々被控訴人所有ノ水車ノ下流ニ於テ從參加村カ灌漑用ノ爲メ流水ヲ使用シ居タル事實ヲ認メ得ルニ止マリ從參加村カ現在ノ高サニ於テ本訴板堰ヲ存置スルコトヲ被控訴人ニ對シ主張スル權利アルコトヲ確認スルヲ得ス」ト説明セラレタルモ板堰工作物ハ性質上流水ニ附屬セル物件ニシテ之ヲ低縮スルニ於テハ其板堰ヲ利用シテ流水ヲ引用スル者ニ直接ノ利害ヲ與フルコト言フヲ待タス

故ニ之カ低縮ヲ要求セントセハ其所有者タル上告人ニ對シテハ勿論之ニヨリ耕地ニ灌溉ノ利益ヲ有スル從參加上告村ニ對シテモ亦タ均シク訴ヲ起サ、ル可カラス蓋シ一箇ノ板堰ニヨリ水利ヲ得ル當事者數人アル場合ニ於テ必要的共同訴訟ノ關係アリ何トナレハ一箇ノ板堰ノ低縮ハ其水利ヲ得ル當事者ニ對シ不可分のニ事實上及ヒ權利上ノ利害關係ヲ有スルハ勿論ナレハナリ然ルニ原院カ單ニ板堰ノ所有者ニ對シテノミ出訴スルヲ以テ足レリトナシタルハ必要的共同訴訟ニ關スル法則ヲ適用セサル不法アリ然カノミナラス從參加上告村及上告人カ該板堰ニヨリ流水ヲ使用シ居ル事實アル以上ハ板堰ノ現狀ヲ變更セント要求スル被上告人ヨリ其權利アル旨ヲ立證スヘキ責任アリトス何ントナレハ從參加上告村及上告人ハ現狀ニ於ケル占有ニヨリ正當ニ現狀ノ高サニ於テ引用シ得ル權利アリトノ推定ヲ受クルハ當然ナレハナリ然ルニ原院カ立證責任ヲ從參加村ニ要求シタルハ探證ノ法則ヲ適用セサル不法アリト信スト云フニ在リ

然レトモ原判決認定ノ如ク係爭板堰カ上告人ノ所有ニシテ從參加村ノ所有ニアラス又從參加村ハ被上告人所有水車ノ下流ニ於テ灌溉用ノ爲メ流水ヲ使用セル事實アルニ止マリ本訴板堰ヲ現在ノ高サニ存置スル權利ナキモノナルニ於テハ增高ノ板堰ニ因リテ權利ヲ主張シ得ヘキモノハ其所有者タル上告人ノ外アラサルヘキ筋合ニシテ上告人ト從參加村トカ被上告人ニ對スル權利關係上合一ニノミ確定スヘキモノニアラス又現在ノ板堰カ從參加村ノ所有ニアラサル以上ハ所有ニアラサルモ尙ホ灌溉用ノ爲メ

增高ヲ維持スル權利ヲ主張スル者ニ於テ立證スヘキコト當然ナレハ本論旨ノ前段後段共ニ理由ナシ同第六點ハ原判決事實ニ被上告人ノ主張スル事實上ノ演述ハ第一審判決ノ事實ヲ援用シアルモ從參加上告村ハ第二審級ニ至リ始メテ參加シ原判決事實中ニ掲ケラル、カ如ク本訴板堰ハ從參加上告村カ耕田灌溉ノ用ニモ使用シ居ル新事實ヲ提起シタルニ此點ニ於テ被上告人カ之ヲ爭ヒタルヤ否ヤ假リニ之ヲ爭ヒタリトセハ何レノ程度マテ之ヲ爭ヒタルヤ事實ノ欄内ニ之ヲ揭示セサルノミナラス理由ノ説明ヨリモ之ヲ推知スヘキ文詞ナシ抑モ事實裁判官ハ當事者間爭論ノ範圍内ニ於テ曲直是非ヲ審査スヘキモノナルヲ以テ其爭點ヲ明示スヘキハ民事訴訟法第二百三十六條第二號ノ命スル所ナリ然ルニ原判決ニ於テ如上從參加上告村ノ主張ニ對シ被上告人カ之ヲ爭ヒタルヤ否ヤ假リニ之ヲ爭ヒタルモノトセハ何レノ點マテ之ヲ爭ヒタルヤヲ明示セサルハ同條ノ法則ヲ適用セサル違法アリト信ス蓋シ被上告人ニ於テ從參加上告村カ本訴板堰ヲ耕田灌溉ノ用ニ供スルヲ以テ若シ之ヲ低縮セハ灌溉ノ妨害タルヘキ主張ノ全部若クハ一部ヲ爭ハサリシモノトセハ原判決理由中「然ルニ乙號證ニヨリテハ唯被控訴人（被上告人）所有ノ水車ノ下流ニ於テ從參加村カ灌溉用ノ爲メ流水ヲ使用シ居タル事實ヲ認メ得ルニ止マリ從參加村カ現在ノ高サニ於テ本訴板堰ヲ存置スルコトヲ被控訴人ニ對シ主張スル權利アルコトヲ確定スルヲ得ス」トノ判斷ハ當事者ノ爭ハサル點ニ對シ事實ノ判斷ヲ爲シタル不法ノ結果ヲ見ルニ至リ結局判決ニ影響スヘキ不法アリテ破毀ヲ免ル、能ハサルモノト信ス此點ニ付キ特ニ御注意ヲ仰キ度ハ

從參加上告村カ上告人ト共ニ本訴板堰ヲ利用シテ耕田灌漑用ニ供シツ、アルコトハ原審ニ於テ當事者ノ爭ハサル所ナルコト是ナリ（原審第二回明治三十八年五月十五日調書ニヨリ從參加上告人カ此點ニ關スル陳述ニ對シ被告上告人カ之ヲ爭ハサリシコト及ヒ同調書中記錄第六十一枚表二行目ノ被控訴人陳述ニヨリ之ヲ證ス）原院カ此等ノ點ニ付キ判決ニ掲ケサルハ不法ナルノミナラス益々其探證ノ法則ニ違背シタルヲ論證スルニ足ルモノト信スト云フニ在リ

然レトモ被告上告人ノ原審ニ於ケル供述ハ前第一、二點ニ對スル説明中ニ摘録セル如クニシテ原判決カ從參加村ノ陳述トシテ摘示セル「本件板堰ハ東春日井郡外山村ノ所有ニシテ云々耕田一般ノ灌漑ニ供スル爲メニ設ケタルモノナリ云々板堰ヲ低縮セラル、ニ於テハ從參加村一般ノ灌漑ヲ妨害セラル、コト、爲リ云々」ニ對照セハ係爭板堰カ上告人所有ナルヤ將タ從參加村所有ナルヤ又從參加村ハ尙ホ灌漑用ノ爲メ板堰ノ低縮ヲ拒ムコトヲ得ルヤ否ヤノ爭點ヲ生シタルコト分明ニシテ爭點ノ明示ナキモノト謂フ可ラス而シテ原判決ハ兩點共ニ從參加村ノ抗辯ヲ排斥シ板堰ハ從參加村ノ所有ニアラス又從參加村ハ灌漑用ノ爲メ之ヲ現在ノ高サニ於テ存置スルノ權利ナシト認メタルモノナレハ當事者ノ爭ハサル點ニ對シ判斷シタル不法ナシ

以上説明ノ如ク上告適法ノ理由ナキニ付民事訴訟法第四百三十九條一項ニ依リ之ヲ棄却スヘキモノトス

○損害賠償請求ノ件

明治三十八年（カ）第三百七十八號
明治三十八年十月十二日第二民事部判決

○判決要旨

一當事者カ他ノ判決ヲ證據トシテ提出シタル場合ト雖モ其證據ハ普通ノ證書ト異ナル所ナケレハ裁判所ハ之ヲ取捨解釋スルニ付キ毫モ羈束ヲ受クルコトナク又他ノ證據ヲ取捨解釋スル場合ニ於テモ如上ノ證據ニ羈束セララル、コトナシ

第一審 名古屋地方裁判所 第二審 名古屋控訴院

上告人 星野藤兵衛 訴訟代理人 高木祖來

被上告人 淺野公平

右當事者間ノ損害賠償請求事件ニ付名古屋控訴院カ明治三十八年五月十五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

管掌タル確定判決ノ取捨解釋

本件上告ハ之ヲ棄却ス

理由

上告論旨第一點ハ本件ハ被上告人カ甲第一號證確定判決ニ於テ命セラレタル義務ヲ履行セサルニ依リテ生スル損害ノ賠償ヲ強要スル案件ニ係リ而シテ上告人ノ主張スル所ハ被上告人ハ右確定判決ニ因リ第三者淺野瀧三郎ヲシテ上告人ニ對シ金員ヲ支拂ハシムヘキ義務ヲ負擔スルモ之ヲ履行セス強制執行ヲ爲スモ履行不能ノ爲メニ生スル損害賠償ヲ求ムト云ヘルニ在リ故ニ本件ノ曲直ヲ判斷セラルヘキ原判決ニ於テハ先ツ以テ被上告人カ甲第一號證判決ニ因リ履行スヘキ義務ノ目的如何ヲ判示セラル、ヲ必要トスルニ拘ハラス原判決ハ此點ニ關シ毫モ判定スル所ナク唯確定判決ノ理由トナリタル契約ノ趣旨ノミニ關シ縷々説明ヲ與ヘ結局被上告人ニ不履行ノ責メナキ旨判斷ヲ下サレシハ必要ナル爭點ヲ遺脱シ且ツ判決ニ理由ヲ付セサル不法アリト云フニ在リ

依テ審按スルニ本件ノ訴旨ハ被上告人ノ弟淺野瀧三郎カ振出シタル約束手形ノ満期日（明治三十二年一月二十五日）ニ支拂ヲ爲スコト能ハサルヨリ被上告人カ其手形ノ所持人ニ對シ明治三十二年一月三十一日ヲ期シ振出人ヲシテ支拂ハシムルコトヲ約シタルニ拘ハラス其義務ノ履行ヲ爲サ、ルヲ以テ之ヲ原因トシテ損害賠償ヲ請求スルニ在リテ確定判決（甲第一號證）ヲ基礎トシ之ヲ本件ノ問題ト爲シタルニアラサレハ本件ニ於テハ被上告人カ本件ノ手形ノ所持人ニ對シテ約シタル義務ノ履行ヲ怠リタ

リヤ否ヤヲ定ムレハ足ルモノニシテ一ノ證據トシテ提出セラレタルニ過キササル甲第一號證確定判決ニ因リ履行ス可キ義務ノ目的如何ヲ審究セサル可カラサルモノニアラス依テ原院カ之ヲ審究セサリシハ相當ニシテ本論旨ハ採用スルヲ得ス

上告論旨第二點ハ假リニ原判決理由前段ヲ以テ確定判決ノ解釋ニ關スル説明ト認メンカ此解釋ノ不當ナル固ヨリ論ヲ俟タサル所何トナレハ甲第一號證判決主文ニハ單ニ「被控訴人ハ金三百圓ニ云々淺野瀧三郎ヲシテ控訴人ニ支拂ハシム可シ」ト記載シアリテ瀧三郎ノ資力等ヲ條件トスル文詞毫モ存セサルヲ以テ被上告人ハ瀧三郎ヲシテ支拂ヲ爲サシムルニ付キ絕對ノ義務ヲ有スルモノト解釋セサルヲ得ス果シテ然レハ右瀧三郎カ支拂ヲ爲サ、ル間被上告人ハ常ニ義務不履行ノ地位ニ立ツモノト論定セサル可カラサルニ拘ラス原院カ右被上告人ノ義務ハ瀧三郎ヲシテ支拂ヲ爲サシムルニ盡力スヘキ程度ニ止ルカ如ク認メ同人カ資力缺乏ノ爲メ之ヲ支拂ハサル以上ハ被上告人ニ何等ノ責任ナキ旨判定セシハ甲第一號證判決ノ解釋トシテ根據ナキ認定ニ屬スレハナリ右ノ理由ニ依リ原判決ハ此點ニ關シ理由不備ノ不法ヲ免レサルモノトス尙又原判決前段ニ於ケル説明ノ甲第四號證解釋ヲ以テ本件甲第一號證ハ執行スルニ及ハストノ主旨ナリトスルトキハ本件判決ヲ以テ甲第四號證確定判決ヲ取消スモノニ外ナラサレハ又違法ノ判決ナリト云フニ在リ

依テ審按スルニ原判決前段ハ確定判決タル甲第一號證ノ解釋ニ非スシテ甲第四號證ノ解釋ナルコトハ

其説明自體ニ依リ明白ナリ依テ本論旨前段ハ原判旨ニ副ハサルモノナレハ採用スルヲ得ヌ又本件カ既判效問題ニアラスシテ甲第一號證ハ唯ターノ證據トシテ提出セラレタルモノニ過キサコトハ第一點ニ於テ説示シタルカ如シ左レハ當事者カ他ノ判決ヲ證據トシテ提出シタル場合ニ其證據ハ普通ノ證書ト毫モ異ナル所ナキカ故ニ裁判所ハ之ヲ取捨解釋スルニ羈束ヲ受クルコトナク亦他ノ證據ヲ取捨解釋スル場合ニ如上ノ證據ニ羈束セラルコトモナキモノナレハ原院カ甲第四號證ヲ原判示ノ如ク解釋シタルハ全ク其職權ニ屬スルモノトス依テ本論旨後段ハ法律カ事實承審官ニ一任シタル證據ノ取捨解釋ヲ非難スルモノニシテ上告ノ理由ト爲スヲ得ヌ

上告論旨第三點ハ原判決理由末段ニ「如上ノ理由ニ依リ本件ハ控訴人ニ於テ甲第四號證ノ約旨ニ基キ盡力ヲ爲シタルモ瀧三郎カ無資力ナリシ爲メ手形金ノ支拂ヲ爲サシムル能ハサルモノト認ムルニ依リ云々」ト説明シ控訴人（被上告人）ハ其義務ヲ履行セシモ目的ヲ遂ケ能ハサリシ旨事實認定ヲ下サレシモ右被上告人カ盡力ヲ爲シタリトノ事ハ素ヨリ上告人ノ認メサル事實ニ係リ而シテ被上告人ハ毫モ之レカ立證ヲ爲サルニ拘ハラヌ事ハ事實ヲ認定セラレシハ不法ヲ免レス但瀧三郎カ無資力ナリトノ事實ハ證據ニ依リ其認定ノ理由ヲ説示セラレシモ被上告人カ爲スヘキ盡力ト瀧三郎ノ無資力トハ全然別箇ノ事實ニ屬スルカ故ニ瀧三郎ノ無資力カ直チニ被上告人ノ盡力ヲ證スルニ足ラサル筋合ナルヲ以テ被上告人ノ義務履行即チ盡力ヲ爲シタリトノ事實ハ別ニ證據ニ基キ事實認定ノ理由ヲ説明セラ

ルヘキ必要アリ如上ノ理由ニ依リ原判決ハ證據ニ依ラス不當ニ事實ヲ認定シ且ツ判決ニ理由ヲ缺如セシ不法アリト信スト云フニ在リ

依テ審按スルニ事實ノ認定ハ事實承審官ノ專權ニ屬スルモノナレハ之ヲ非難シテ上告ノ理由ト爲スヲ得ス然ルニ本論旨前段ハ原院カ甲第四號證乙第三號證及ヒ上告人ノ供述等ヲ綜合考覈シテ被上告人ハ甲第四號證ノ約旨ニ基キテ盡力ヲ爲シタルモ淺野瀧三郎カ無資力ナリシ爲メ手形金ノ支拂ヲ爲サシムルコト能ハサリシモノト認定シタルヲ非難スルモノニシテ上告ノ理由ト爲スヲ得ヌ又論旨後段ニ付テハ原院ノ解釋スル所ニ據レハ被上告人カ負擔シタル甲第四號證ノ義務ハ保證義務ノ如ク淺野瀧三郎カ無資力ナルトキハ被上告人ノ私財ヲ以テ支拂ヲ爲スト云フニ非スシテ手形ノ満期日ニ瀧三郎ヲシテ支拂ヲ爲サシムルコトニ盡力スルニ過キサルモノト云フニ在リテ被上告人カ其盡力ヲ爲シタルモ瀧三郎無資力ニシテ其義務ヲ盡サシムルコト能ハスト認定シタル以上ハ上告人所論ノ如キ理由ヲ付スル必要ナク又此認定カ證據ニ基キタルモノナルコトハ前段論旨ニ對シテ説明シタル如クナレハ原判決ハ上告人所論ノ如キ違法アルコトナシ

上告論旨第四點ハ原判決ハ法律ニ違背シ事實ヲ確定シタルモノナリ原判決ニ於テ（次ニ被控訴人ハ坂野嘉七カ瀧三郎ニ係リ本訴ノ手形金請求事件ニ付キ執行ヲ爲シタル際ハ瀧三郎ニ於テ無資力ナリシモ其以前甲第四號證履行期限ハ其記載ノ如ク明治三十二年一月三十一日迄ニシテ瀧三郎カ手形金ヲ支拂

ハサル爲メ嘉七ニ訴ヘラレタルハ乙第三號證ノ如ク同年二月十三日ナリ而シテ右訴訟ノ結果執行ヲ受ケタルモ瀧三郎ハ被控訴人ノ認ムル如ク無資力ナリシナリ尙ホ控訴人ノ援用セル當審ニ於ケル口頭辯論調査(明治三十六年十月二十九日附)ニ被控訴人ハ瀧三郎ノ無資力ナルコトヲ認メタル旨記載アルニ依リ以上ヲ綜合考覈スルニ甲第四號證履行ノ際瀧三郎カ無資力ナリシトノ控訴人ノ主張ハ眞實ナリト認定ス)ト説示セリ如上判旨ハ瀧三郎カ明治三十二年二月十三日乙第三號證ノ訴訟以降數月年ノ後無資力ナリシ事實ニ基キ溯テ明治三十二年一月三十一日以前同人ノ無資力ヲ推定シタルモノナレトモ凡ソ人ノ貧富ハ一定不動ノモノニアラス昨日ノ有資者今日ノ無資者タルハ社會一般ノ現象ナリ原判決ハ此原理ヲ闕却シタル不當ノ認定ニシテ即表示ノ不法アルモノナリト云フニ在リ

依テ審按スルニ本論旨ハ原院ノ爲シタル事實ノ認定ヲ非難スルモノナレハ上告ノ理由ト爲スヲ得ス上告論旨第五點ハ原判決ハ判決ニ理由ヲ付セサルモノナリ本件ハ被上告人ニ於テ甲第一號證ノ執行ヲ拒ミタルヲ原因トスルモノナレハ甲第四號證ノ效力ハ假リニ原判決理由ノ前段ノ判示ノ如ク(瀧三郎ヲシテ支拂ヲ爲サシムルコトニ盡力ス可シトノ趣旨)トスルモ若シ盡力ニシテ足ラサル所アレハ被上告人ニ賠償ノ責アルコトモ亦原判決ノ判示スル所ナリ然レハ原判決ニ於テ被上告人カ甲第一號證ノ執行トシテ盡力シ其際瀧三郎カ無資産ナリシ事實ヲ認ムルニアラサレハ上告人ノ請求ヲ排斥ス可ラサル筋合ナリ但シ原判決理由後段ニ於テ甲第四號證履行ノ際即明治三十二年一月三十一日迄ハ無資力ナリ

シ認定アルモ以テ前陳ノ理由トス可ラス然ルニ原判決ハ此點ニ對シ更ニ判示スル所ナキハ表示ノ不法ヲ免レサルモノナリト云フニ在リ

依テ審按スルニ本件ノ訴ノ原因ハ第一點ニ對シテ説示スル如ク被上告人ハ甲第四號證ノ如ク約シタル義務ヲ履行セサルヲ以テ損害ノ賠償ヲ請求スルニ在ルコト訴狀並ニ原判決ニ依リテ明瞭ニシテ上告人所論ノ如ク甲第一號證ノ執行トシテ盡力云々ト云フニアラサルヲ以テ原院カ此點ニ對シテ説明セサルハ相當ニシテ本論旨モ亦採用スルヲ得ス

以上説明スル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棄却ス可キモノトス

○擔保金返還並損害賠償請求ノ件

明治三十八年(オ)第三百六十四號
明治三十八年十月十二日第一民事部判決

○判決要旨

一合議裁判所ヲ組織スル判事カ裁判前豫メ評決ヲ爲シタル事實ハ必
スシモ調査ニ之ヲ明確ニ記載スルコトヲ要セス故ニ縱令其旨調査

評決ヲ爲シタル事實ノ認定

ニ記載ナキモ反對ノ事跡記録中ニ存セザル以上ハ裁判前其評決ヲ爲シタルモノト認ムルヲ相當トス

第一審 大阪地方裁判所 第二審 大阪控訴院

上告人 正田吉造 訴訟代理人 羽田智隆

被上告人 戀田清三郎

右當事者間ノ擔保金返還並ニ損害賠償請求事件ニ付大阪控訴院カ明治三十八年五月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

上告論旨ノ第一ハ被上告人（控訴人）ハ第一審以來係争船舶ノ賃貸借契約ヲ解除シタル事ナク契約ハ尙ホ効力ヲ保有スト主張シ（第一審明治三十七年十二月十二日口頭辯論調書並ニ之ヲ引用スル控訴狀準備書面參照）原院ニ於テモ契約ノ存續セル事實ヲ認定シタル事原判文上明瞭ナリ果シテ然ラハ賃貸人タル被上告人ハ契約存續中ハ船舶ヲ賃借人ノ利用ニ供スル義務アリ此義務タル賃借人ニ於テ之レヲ利用セサルノ意思アルト若クハ此意思ヲ表示シタルトニ論ナク苟クモ契約ノ解除セラレサル以上ハ自

ラ進テ之レカ利用ヲ妨クルカ如キハ明ニ契約違反ノ行爲タル可シ蓋シ賃借人カ不使用ノ表示ハ時ニ契約解除ノ表意ト見ルヘク賃貸人ニ於テ之レニ應スレハ合意ノ解約トナリ之レニ應セザレハ契約ハ依然存續スルカ故ニ一而其賃金ヲ請求シ得ヘキ代リニ一面船舶ヲ賃借人ノ利用ニ提供セサルヘカラサル義務アレハナリ然ルニ原院カ被上告人ニ甲第一號契約違反行爲アリヤ否ヤヲ判定スルニ方リ（原判決理由後段）單ニ賃借人カ船舶修繕中及其後ニ於テ之レヲ利用スルノ意思ナキ事ヲ表示シ被上告人カ利用ノ催告ヲ拒シテ之レニ應セザリシ事實ノミヲ根據トシテ直チニ被上告人ニ契約違反ナキ事ヲ斷シ被上告人カ契約存續中船舶ヲ賃借人ノ利用ニ供セス擅ニ自己ノ貨物ヲ搭載シ該船舶ヲ被上告人自身ノ用ニ供シタルハ契約違反ナリトノ上告人ノ主張並ニ立證ヲ度外シ何等ノ判斷ヲ與ヘサルハ契約ノ效力ニ關スル民法ノ法則ニ背キ必要ナル事實ヲ確定セスシテ漫リニ契約違反ノ事實ナキ事ヲ斷定シタル理由不備ノ違法アル裁判ナリト云フニ在リ

依テ按スルニ原院ノ確定セシ事實ハ係争船舶ノ賃借人タリシ中田久七ハ被上告人ニ對シ同船舶ノ修繕中ヨリ之ヲ利用スルノ意ナキ旨ヲ表示シ修繕後ニ於テモ亦被上告人カ爲シタル利用ノ催告ニ應セザリシヲ以テ同人カ右船舶ノ利用ヲ爲サ、リシハ被上告人カ其利用ヲ妨ケタルニアラス同人自カラ之ヲ利用セザリシモノナレハ被上告人ニ契約違反ノ行爲ナシト云フニ在リテ上告人カ提出シタル被上告人ハ契約ノ繼續中船舶ヲ賃借人ノ利用ニ供セス擅ニ自己ノ貨物ヲ搭載シ係争船舶ヲ被上告人ノ用ニ供シタ

ルハ契約違反ナリトノ主張ハ自カラ排斥セラレタルモノナレハ本論旨ハ理由ナシ
 上告論旨ノ第二ハ本件甲第一號船舶賃貸借契約證書第二條第二項ニ「賃貸人ハ本船引渡ノ日ヨリ本
 船ノ占有ト利益トヲ賃借人ニ移付シ船員ハ賃借人ノ指圖ニ從フモノトス」トアリ即チ契約期間中ハ船
 舶ハ賃借人ノ占有ニ歸シ其利用ニ供セラル、モノニシテ契約期間中其占有ヲ奪ヒ之レカ利用ヲ妨クル
 カ如キ明ニ契約違反ノ行爲ナリ故ニ原院カ被上告人ニ占有侵害利用妨害ニ相當スル行爲アル事ヲ認定
 シナカラ契約違反ナシト斷定シタルハ契約ノ條項ヲ無視シ法律ニ違背シタル不法ノ裁判ナリト云フニ
 在リ

依テ按スルニ若シ原判決ニシテ被上告人ハ賃借人中田久七ヨリ係争船舶ノ占有ヲ奪ヒ之カ利用ヲ妨ケ
 タルモノトノ事實ヲ認メタルモノナランカ本論旨所陳ノ如キ不法ヲ免レスト雖モ前段説示セシ如ク原
 院ハ被上告人カ係争船舶ヲ利用セシハ賃借人ニ於テ其占有ト利用トヲ拒ミタルニ因ルモノト判定シタ
 ルモノニシテ被上告人ニ占有侵害ト利用妨害ニ相當スル行爲アル事實ヲ認メタルモノニアラサルヲ以
 テ本論旨モ亦理由ナシ

上告論旨ノ第三ハ甲第一號契約證書第五條同第十三條ニヨレハ船舶ノ引渡地並ニ返還地ハ大阪安治川
 港ニシテ其出船地モ亦常ニ同港ナリシ事ハ證人増田才次郎ナル船長ノ證言ニヨリ明ニシテ修繕前ノ賃
 金ハ支拂濟ナル事修繕中ノ賃金ハ支拂ヲ要セサル事ハ當事者間ニ争ナキ事實ナリ然ルニ本件被上告人

ノ行爲ハ船舶カ修繕ノ爲メ安治川港ヨリ木津川港ニ廻船シアリシ際之レヲ賃借人ノ利用ニ提供セシム
 ルコトナク却テ自己ノ使用ニ供スル目的ヲ以テ船長ヲシテ木津川ヨリ直チニ神戸港ニ引揚ケシメタル
 モノナル事並ニ賃借人ハ事後始メテ其事實ヲ發見シタルモノナル事ハ被上告人ノ自白船長ノ證言並ニ
 證人竹内勢兵衛ノ證言ニヨリ明白ナレハ本件被上告人ノ行爲ハ占有侵害利用妨害ノ行爲ナルコト明ニ
 シテ賃借人カ任意ノ返還ニアラサル事明瞭ナリ然ルニ原院カ之レヲ以テ任意ノ返還ニ出テタルモノ、
 如ク事實ヲ認定シ被上告人ニ契約違反ノ行爲ナシト斷シタル結果上告人ノ敗訴ニ歸シタルハ上陳ノ事
 實並ニ證據ヲ遺脱シ不法ニ事實ヲ認定シタル不法アリト云フニ在リ

依テ按スルニ係争船舶ノ修繕後賃借人ニ於テ之ヲ利用セサリシ事實ト賃借人タル被上告人自カラ之ヲ
 利用シタル事實トハ被上告人ニ於テモ認メテ争ハサリシ所ナルモ賃借人ノ意ニ反シ擅ニ被上告人カ之
 ヲ利用セシ旨ヲ自白セシ形跡毫モ記録中ニ存セス故ニ原院カ被上告人ハ係争船舶ノ占有ヲ侵害シタル
 コトナク又其利用ヲ妨ケタルモノニアラサル事實ヲ判定シタルハ相當ニシテ本論旨所陳ノ如キ不法原
 判決ニ存セス

上告論旨ノ第四ハ原判決ニ於テ甲第一號契約書第十九條ニ「所謂解除トハ當事者ノ合意ニヨリ契約ノ
 解除ヲナシタル場合ヲ意味シ其他ノ場合ヲ包含セス」ト判示シタルハ不當也蓋シ同條ハ契約履行ノ擔
 保トシテ金五百圓ヲ賃借人ヨリ賃貸人ニ寄託シ契約解除ノ場合ニ原狀ニ回復ス可キ事ヲ約シタルモノ

ニシテ讀テ字ノ如ク解除トハ汎ク契約ノ解除ヲ意味シ故テ合意ノ解約ト一方ノ解約トヲ區別セサル事
 一見明了也加之前後ノ條項ヲ按スルニ第十六條ニハ當事者ノ一方ニ契約違背アレハ相手方ニ契約解除
 權アル事ヲ規定シ第十九條ニハ貸貸人ニ於テ契約ニ違背スルトキハ損害賠償トシテ擔保金五百圓ヲ金
 一千圓トシテ貸借人ニ支拂フモノトストアリ同條ニ所謂一千圓中契約違反ニ因ル損害賠償ハ五百圓ニ
 過キス他ノ五百圓ハ擔保金五百圓ナルカ故ニ第十六條ニヨリ解除權行使ノ結果第十八條ニヨリ原狀回
 復ヲ求ムヘキ五百圓ヲ指シタルモノナルコト明也然ルニ原院ハ契約違反ヲ原因トスル損害賠償ト契約
 解除ヲ原因トスル原狀回復トノ觀念ヲ混同シ第十九條ヲ曲解シタル結果第十八條ニ所謂解除ヲ合意上
 ノ解約ノミニ限リタルハ主要ナル事實ヲ認定スルニ方リ法則ニ違背シタル不法アリト云フニ在リ
 依テ按スルニ甲第一號證第十八條（上告狀ニ第十九條トアルハ誤記ト認ム）ニ謂フ解除トハ當事者ノ
 明諾ニ因ル契約ノ解除ノミヲ指スカ或ハ其他契約解除ノ一切ノ場合ヲモ之ニ包含スルモノナルヤ否ハ
 全ク同條ノ解釋ニ屬ス而シテ證書ノ解釋ハ事實裁判所タル原院ノ職權ニ專屬スルモノナレハ之ヲ論難
 スルニ過キサル本論旨ハ適法ノ上告理由タラス

上告論旨ノ第五ハ原判決ノ理由第一ハ要スルニ甲第一號ノ契約カ解除セラレタルヤ否ヤニ對スル判斷
 ニ外ナラス而シテ其判斷ハ契約ハ未タ解除セラレタルモノニアラスト判示シタリ其理由トスル所ハ被
 上告人ヨリ上告人ニ對スル擔保金五百圓ヲ沒收スル旨ノ通告ハ契約解除ノ意思表示ト認メ難シト言フ

ニアリ然レトモ是爭點ノ基本タル重要事實ヲ脱漏シテ判斷シタル違法ノ判決ナリト言ハサルヲ得ス何
 トナレハ上告人カ契約解除ノ事實ヲ主張セルハ原院ノ認メラレタルカ如ク前記ノ通告ニヨリテ解除ノ
 意思表示トナシ之ニ對シ上告人ハ解除ヲ合意シタルヲ以テ契約ハ合意上解除セラレタリト主張シタル
 カ故ニ此主張ニ對スル原院ノ判決ハ假リニ當ヲ得タリトスルモ被上告人ノ解除ヲ否認セル事實（控訴
 人原審ニ於ケル第一抗辯）ヲ按スルニ「當時貸借人ハ賃料高値ナルヲ以テ七百五十圓ニ減額シ吳レ度
 キ旨申込タル趣キナルヲ以テ控訴人ハ之レヲ容レサリシ處値下ノ承諾ナキ上ハ使用セサルニヨリ勝手
 ニ處置シ吳レトテ船舶ノ使用ヲ拒ミ且其器具備品ヲ持去リ五月十八日以後ノ賃料ヲ前拂ナサ、ルヲ以
 テ控訴人ハ之レヲ自己ノ計算ニ於テ自ラ使用スルノ已ムヲ得サルニ至リシナリ」トアリテ此事實ハ契
 約ヲ合意上解除シタルモノト言ハサルヲ得ス特ニ乙第一、二號ニ依レハ雙方合意ノ上係爭船舶内ニ殘
 留シタル石炭ヲ代金ニ見積リ之ヲ當事者間ニ授受シタル事實明了ナルニ於テオヤ而シテ被上告人ハ此
 事實ハ上告人カ利益權ノ拋棄ナリト主張シテ契約解除ノ事實ヲ否認セントスルモ裁判所ハ宜シク原告
 タル上告人ノ主張事實ト被告タル被上告人ノ主張事實ヲ公平ニ之レヲ判斷シ以テ契約解除ノ事實及效
 果ヲ判斷セサルヘカラサル義務アリ換言セハ原告ノ主張事實ハ解除ナルヤ否ヤ相手方ノ主張事實ハ契
 約解除ナルヤ否ヤ將タ利益權ノ拋棄ナルヤ否ヤヲ判斷シ以テ其爭點ニ歸着セサル可ラス然ルニ原判決
 ノ事茲ニ出テスシテ單ニ上告人ノ主張事實ノミヲ判斷シテ相手方ノ主張事實ノ法律上ノ效果ニ付キ何

等ノ判断ヲ與ヘスシテ漫然契約ノ解除ノ效果ヲ否認セラレタルハ是レ争點ノ基本タル重要事實中一方ノ主張事實ヲ脱漏シ單一ナル相手方タル一方ノ主張事實ノミヲ判断シタルモノニシテ民事訴訟法第二百三十條ニ違背シタル違法ノ判決ナリト思料スト云フニ在リ

依テ按スルニ係争船舶ノ賃借人タル中田久七ニ於テ賃貸人タル被上告人ニ對シ賃貸借ノ目的物タル右船舶ハ以後利用セサルニ付被上告人ニ於テ自由ニ之ヲ處理スヘキ旨ヲ通告シ被上告人ニ於テハ異議ヲ留メス該船舶ヲ其後自カラ占有シ之ヲ自己ノ用ニ供シタル場合ニ於テハ當事者間暗ニ賃貸借契約ノ解除ヲ合意シタルモノト認メ得ラレサルニアラスト雖モ原院ハ甲第一號證第十八條ノ解除トハ當事者カ解除ニ付特ニ意思ヲ明示シタル場合ノミヲ指シタルモノニシテ本件ノ如キ場合ハ同條ノ解除中ニ包含セサルモノト判定シタルモノナルコトハ同判文中「同條ノ所謂解除トハ當事者ノ合意ニ因リ契約ノ解除ヲ爲シタル場合ヲ意味シ其他ノ場合ヲ包含セサルコトハ前後ノ條項ニ參酌シ明瞭ニシテ本件ノ如キ場合ニ該當セサルノミナラス」云々ト説示シアルニ徴シ明ナルヲ以テ本論旨モ亦理由ナシ

上告論旨ノ第六ハ原判決ハ本件第二ノ争點トスル契約違反ノ事實ヲ認定スルニ當リ證人増田才次郎ノ證言ヲ採用シタリ是レ法則ニ違背シタル證據ヲ採用シタル違法アリト言ハサルヲ得ス蓋シ證人増田才次郎ノ證言ハ第一審ニ於ケル第一回ノ口頭辯論即チ明治三十七年十月十九日ニ於テ裁判長單獨ニテ爲シタル證據決定ニ依ル同十二月十二日ノ訊問ニ外ナラス而シテ證據決定ハ一種ノ裁判ニシテ單獨裁判

所ニ於テハ單獨判事ノ決定ニテ之レヲ爲シ合議裁判所ニ於テハ合議ノ上決定ニテ之レヲ爲サ、ル可ラス然ルニ第一審ノ口頭辯論調書（明治三十七年十月十九日）ニ依レハ「被告代理人ハ云々別紙ノ通り船長増田才次郎ヲ證人トシテ訊問セラレタシト申請シタリ」原告代理人ハ別紙ノ松浦久七竹田勢兵衛ヲ證人トシテ訊問セラレ度シト申請シタリ」裁判長ハ右雙方ノ申請ヲ採用ストノ決定ヲ言渡シ云々トアリ此ノ證據決定ハ裁判長單獨ノ決定ニシテ合議裁判上ノ決定ニアラサルコトハ調書ニヨリテ之レヲ證明スルコトヲ得ヘシ然ラハ此決定ハ訴訟手續ニ違背シテ爲シタル決定ニ外ナラス從テ此決定ニ基キ爲シタル同人ノ訊問ハ違法タルヲ免レス原院ハ此違法ノ證人ノ供述ヲ看過シ争點事實ノ判断ニ供シタルハ違法タルヲ免レサルモノナリト云フニ在リ

依テ按スルニ合議裁判所ニ於ケル裁判ハ同裁判所ヲ組織スル判事ニ於テ豫メ評決スヘキモノナルコト勿論ナリト雖モ其評決ヲ爲シタル事實ハ必ラスシモ之ヲ調書ニ明確ニ記載スルヲ要スルモノニアラス故ニ其旨調書ニ記載シアラサルモ直ニ以テ其評決ヲ爲サ、リシモノト速斷スヘキモノニアラサルノミナラス裁判前豫メ評決ヲ爲スハ普通ノ手續ナルヲ以テ反對ノ事跡記録中ニ存セサル以上ハ裁判前其評決ヲ爲シタルモノト認ムルヲ相當トス今本件第一審口頭辯論調書ニハ本論旨ニ陳フル如ク「裁判長ハ右雙方ノ申請ヲ採用ストノ決定ヲ言渡シ」云々トノミ記載シアルモ評決ヲ爲サス裁判長一人ノミニテ證據決定ヲ爲シタリト認ムヘキ事跡記録中ニ存セサルヲ以テ裁判長ハ評決ノ上右證據決定ヲ言渡シタ

ルモノト認ム依テ本論旨モ亦理由ナシ

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基キ本上告ハ棄却スヘキモノトス

○不動産競賣手續開始決定取消請求ノ件

明治三十八年(九)第二百三十三號
明治三十八年十月十三日第二民事部判決

●判決要旨

一債權者ハ管轄區裁判所カ競賣法ニ依リ宣言シタル不動産競賣手續開始決定ヲ取消シ得ル權利ナキハ勿論受訴裁判所ト雖モ判決ヲ以テ該決定ヲ取消シ得ヘキ法規ナシ故ニ債務者ハ競賣手續開始決定ノ後其債務ヲ辨濟シタルト否トニ論ナク債權者ニ對シテ該決定ノ取消ヲ請求スルコトヲ得ス

第一審 大分地方裁判所 第二審 長崎控訴院

上告人 倉橋政喜 訴訟代理人 元田 肇

被上告人 秋吉宇内 訴訟代理人 牧野賤男

右當事者間ノ不動産競賣手續開始決定取消請求事件ニ付長崎控訴院カ明治三十八年二月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

本院ニ於テ職權ヲ以テ本案上告人ノ請求ハ法律上之ヲ許容シ得ヘキモノナルヤ否ヲ調査スルニ上告人本案請求ノ趣旨ハ上告人ニ於テ競賣法ニ基キ爲シタル本案不動産競賣手續開始決定ノ送達ヲ受ケタルヲ以テ其競賣ニ先チ債權者タル被上告人ニ對シ債權ヲ辨濟シタリ故ニ被上告人ハ競賣ヲ遂行シ得ヘキ權利ナキハ勿論ナルニ尙ホ之ヲ遂行セントスルカ故ニ本訴ヲ提起シ以テ被上告人ニ係リ本案不動産競賣手續開始決定ノ取消ヲ請求スト云フニ在リ乃チ競賣法ヲ按スルニ不動産競賣手續開始決定ノ後競落期日ノ前ニ在リテ債權者ニ於テ其債權ノ辨濟ヲ受ケタルトキハ同法第二十三條ニ從ヒ先ニ爲シタル一競賣申立ノ取下ヲ爲スヘキ責任アルコト明カナリ左スレハ債權ヲ辨濟シタル債務者ハ債權者ヲシテ競賣申立ノ取下ヲ爲サシムヘキ權利アルハ辯ヲ俟タサルモ債權者ニ於テ競賣法ニ依リ管轄區裁判所カ爲シタル競賣手續開始決定ヲ取消シ得ヘキ權利ナキハ勿論受訴裁判所ト雖モ判決ヲ以テ管轄區裁判所

カ、競、賣、法、ニ、依、リ、爲、シ、タ、ル、競、賣、手、續、開、始、決、定、ヲ、取、消、シ、得、ヘ、キ、法、規、ナ、キ、ハ、ミ、ナ、ラ、ス、亦、其、法、理、ア、ル、ナ、シ、然、ラ、ハ、則、チ、上、告、人、ニ、於、テ、本、訴、競、賣、手、續、開、始、決、定、ノ、後、其、債、務、ヲ、辨、濟、シ、タ、ル、ト、否、ト、ヲ、問、ハ、ス、本、訴、請、求、ハ、法、律、上、許、容、シ、得、ヘ、キ、モ、ノ、ニ、ア、ラ、ス、ト、シ、テ、之、ヲ、却、下、ス、ヘ、キ、ハ、當、然、ナ、ル、ニ、原、院、ニ、於、テ、上、告、人、ハ、被、上、告、人、ニ、對、シ、本、訴、債、權、ヲ、辨、濟、シ、タ、リ、ト、認、ム、ヘ、キ、確、證、ナ、シ、ト、ノ、理、由、ニ、基、キ、上、告、人、請、求、ヲ、却、下、シ、タ、ル、ハ、即、チ、判、決、ノ、理、由、ニ、於、テ、法、律、ニ、違、背、シ、タ、ル、モ、ノ、ナ、リ、ト、雖、モ、上、告、人、ノ、請、求、ヲ、却、下、シ、タ、ル、ハ、民、事、訴、訟、法、第、四、百、五、十、三、條、ノ、所、謂、他、ノ、理、由、ニ、因、リ、正、當、ニ、歸、ス、ル、モ、ノ、ニ、該、當、ス、

以上説明ノ如ク原判決ハ其理由ニ於テ不當ナルモ他ノ理由ニ因リ正當ナル以上ハ原判決ノ理由ニ於テ尙ホ上告人主張ノ如キ不法アルモ原判決ヲ破毀スル理由ト爲スヲ得サルニ因リ上告理由ノ當否ニ付一判斷ヲ爲サス

右ノ理由ナルヲ以テ民事訴訟法第四百五十三條ニ從ヒ本件上告ハ之ヲ棄却スヘキモノト評決ス

○産業組合法違反事件ノ決定ニ對スル抗告ノ件

明治三十八年(ク)第百八十九號
明治三十八年十月十四日第一民事部決定

○決定要旨

一 産業組合員ノ名簿ハ效力其他ノ關係ニ於テ之ヲ登記簿ト同視シ名簿記載ノ變更ハ登記ノ變更ト同視スヘキモノナリ(判旨第一點)
一 産業組合ノ理事カ組合員名簿ノ變更登記ヲ爲スコトヲ怠リタル理由ヲ以テ之ヲ過料ニ處スルニハ其過失ニ因リ法定ノ期間内ニ登記ヲ爲サ、リシ事實アルコトヲ要ス(判旨第二點)

原 審 廣島控訴院

抗 告 人 岡部 治郎

外二名

訴訟代理人

長谷川彦太郎

右抗告人ハ産業組合法違反抗告事件ニ付廣島控訴院カ明治三十八年七月六日與ヘタル決定ニ服セス更ニ當院ニ抗告ヲ爲シタリ依テ決定ヲ爲ス左ノ如シ

原決定ハ之ヲ廢棄シ廣島控訴院ニ委任シテ本件ニ付更ニ裁判ヲ爲サシム

理 由

抗告理由第二點ハ産業組合法第七十六條一號本法ニ定メタル登記ヲ爲スコトヲ怠リ云々ハ同法第十四條第六十三條第六十四條ノ登記ヲ指シタルモノニシテ同第十五條第一項ノ組合員名簿ヲ指シタルモノニ非サルナリ然ルニ原院ハ之ヲ同條第四項ニ依リ登記ト解釋セリ同項ノ所謂登記ト看做ストハ其效力ニ於テ登記ト同一ナリト云フニアルコトハ之ヲ爭ハサルモ制裁法タル同第七十六條一號登記中ニ包含

産業組合員名簿ノ效力○産業組合理事ノ登記懈怠

スルモノナリト解釋スルハ失當ナリ何トナレハ制裁法ハ狹義ニ解釋スルハ解釋法ノ原則ナレハナリト云フニ在リ

判旨第一點

因テ按スルニ産業組合法第十五條末項ニ依レハ裁判所ニ差出シタル組合員名簿ハ之ヲ登記簿ノ一部ト看做シ其記載ハ之ヲ登記ト看做ストアリ又同條第三項ニ於テハ同法第十四條第二項ノ規定ハ組合員名簿ノ記載ニ之ヲ準用スト規定シ而シテ右第十四條第二項ニハ前項ニ掲ケタル事項(登記事項)中ニ變更ヲ生シタルトキハ二週間内ニ其登記ヲ爲スヘシ登記前ニ在リテハ其變更ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ストアリ又同法第八十二條第三項ニ依レハ同條第一項ノ規定ヲ組合員名簿ノ記載ノ申請ニ進用スヘキ旨ヲ規定シ而シテ同條第一項ニハ事務所ノ新設移轉其他登記事項ノ變更ノ登記ハ理事ノ申請ニ因リテ之ヲ爲ストアリ此等ノ規定ニ依レハ效力ノ關係ニ於テハ勿論其他ノ關係ニ於テモ組合員名簿ハ之ヲ登記簿ト同視シ名簿ノ記載ハ登記ト同視シ其變更ハ登記ノ變更ト同視スヘキモノト解釋スルヲ相當トス從テ名簿變更ノ登記ヲ怠タリタル理事ハ産業組合法第七十六條第一號ノ制裁ヲ免カルコトヲ得サルモノトス故ニ本論旨ハ抗告ノ理由ト爲スニ足ラス

抗告理由ノ第一ハ裁判所備付名簿變更ノ法定期間ハ産業組合法第十五條三項(第十四條二項ノ規定ハ組合員名簿ノ記載ニ之ヲ準ス)同第十四條二項(前項ニ掲ケタル事實ニ變更ヲ生シタルトキハ二週間内ニ其登記ヲ爲スヘシ)ニ依リ登記事項ノ變更ト均シク二週間内ナリ而シテ其起算點ハ事項中ニ變更

ヲ生シタルトキトアリテ其事項ノ變更トハ死亡其モノヲ指スニ非スシテ組合カ其事實ヲ知りタル日ナリ然ルニ原院ハ之ヲ其事實發生ノ日ナリトシテ抗告人カ二週間内ニ其手續ヲ爲サルモノナリトテ過料ノ制裁ヲ科シタリ抑モ産業組合ナルモノハ少クモ數百人多キハ數千人ヨリ組織スルモノニシテ理事ハ悉ク其組合員ノ死亡ヲ了知シ得ヘキモノニ非ス故ニ法律ハ理事ヲシテ其事實了知ノ義務ヲ科セス然ルニ原院決定ノ如ク理事カ組合員ノ死亡ヲ知りタル場合ト知ラサル場合ヲ問ハス其死亡ノ日ヨリ起算シテ二週間内ニ名簿變更ノ手續ヲ爲スヘシ否ラサレハ過料ノ制裁ヲ科スルトセハ法律ハ理事ニ間接組合員死亡了知ノ義務ヲ科スルモノト謂ハサルヘカラス斯ノ如ク苛酷ノ義務ハ重大ナル權力ヲ有スル警察官タリトモ恐クハ盡スコト能ハサラン然ルニ況ンヤ權力ヲ有セサル理事ニ於テヤ故ニ其起算點ハ事實了知ノ日ナルコト疑ヒナシト云ヒ」其第三ハ假ニ名簿變更ハ登記ニシテ其名簿變更ノ登記ハ其事實發生ノ日ヨリ起算シテ二週間内ニ爲スヘキモノナリトスルモ同法第七十六條ノ制裁ヲ受クヘキ場合ハ第一期間内ニ登記ヲ爲サルコト第二懈怠アルコトノ二條件ヲ要ス然ルニ本案事實ハ第一條件ハ之ヲ具備スルモ第二條件タル懈怠ナシ第一理由ニ述ヘタル如ク理事ハ各組合員ノ死亡ヲ知ラサルヘカラス義務ヲ負ハス又法律ニ於テ組合員死亡ノ場合ニ届出義務者ノ指定ナク又理事ニ取調ノ權利ヲ付セス故ニ理事ハ死亡者ノ家族ノ届出其他組合員等ノ談話ニ依リ其事實ヲ了知シ其日ヨリ二週間内ニ登記ヲ爲ストキハ其制裁ヲ受クヘキモノニアラスト信ス故ニ本件事實ハ理事カ之ヲ知りタル日ヨリ十二日

判旨第二點

目ニ其變更手續ヲ了シ懈怠ナキモノナリト云フニ在リ

按スルニ産業組合ノ理事カ組合員名簿ノ變更登記ヲ爲スコトヲ怠タリタル理由ヲ以テ之ヲ過料ニ處スルニハ其過失ニ因リ法定ノ期間内ニ登記ヲ爲サル事實ノ存スルコトヲ要ス從テ組合員ノ死亡ノ日ヨリ法定ノ期間タル二週間内ニ名簿變更ノ登記ヲ爲サルモ理事ニ於テ毫モ過失ナクシテ其死亡ノ事實ヲ知ラサリシトキハ之ヲ過料ニ處スヘキモノニ非ス何トナレハ産業組合法ハ其第七十六條第一號ヲ以テ登記ヲ爲スコトヲ怠タリタル場合ニ過料ノ制裁ヲ加フヘキ旨ヲ規定シタルモ登記ノ事由ノ生シタル時ヨリ二週間内ニ登記ヲ爲サルヲ以テ常ニ登記ヲ怠タリタルモノト看做スヘキ規定ヲ明定セサルノミナラス其精神ヲ推知シ得ヘキ規定ヲモ設ケサレハナリ抑人ノ死亡ノ如キハ其家族ト雖モ尙且之ヲ知ラスシテ多少ノ日月ヲ經過スル場合ナキニ非サレハ理事ヲ以テ組合員ノ死亡シタル日ヲ知ルモノト看做シ此日ヨリ登記ノ法定期間ヲ起算シ其期間内ニ登記ヲ爲サル者ヲ過料ニ處スルカ如キハ頗ル過酷ニ失スルモノト謂ハサル可カラス隨テ法律上明文ノ存スル場合ハ格別ナルモ然ラサル場合ニ於テハ之ヲ以テ法律ノ精神ナリト解スヘキモノニ非ス然ルニ原決定ハ産業組合ノ理事タル原告人等ハ組合員柴田林三ノ死亡ノ日ヨリ二週間内ニ名簿ノ變更ヲ爲サ、リシ事實ノミヲ確定シ原告人等ニ果シテ過失アリシヤ否ヤヲ審理セスシテ直ニ之ヲ過料ニ處シタルハ不法ナリトス故ニ本件抗告ハ此點ニ於テ理由アルヲ以テ本院ハ非訟事件手續法第二十五條及民事訴訟法第四百六十四條第一項ノ規定ニ從ヒ主文ノ如ク決定ス

○貸金請求ノ件

明治三十八年(光)第三百八十一號
明治三十八年十月十四日第一民事部判決

○判決要旨

一一定ノ期間ヲ示ス場合ニ何月迄ト記載シテ殊ニ日時ヲ明示セサルトキハ其月ノ末日迄ヲ意味スルモノトス

第一審 高松地方裁判所

第二審 大阪控訴院

上告人 樹下 亮三

訴訟代理人 村松 藤太

被上告人 中村 興七郎

右當事者間ノ貸金請求事件ニ付大阪控訴院カ明治三十八年五月九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

月ヲ以テスル期間ノ指定

理由

上告理由第一點ハ原院判決ハ其主文ニ於テ被控訴人ハ金五百圓ニ明治三十六年八月三十一日ヨリ同三十七年五月迄ノ年五分ノ利息ヲ付シテ控訴人ニ辨濟スヘシト判決シタリト雖モ其三十七年五月何日迄ノ利息ヲ支拂フヘキモノナルヤヲ明示セサルハ違法ナリト信ス蓋判決ノ主文ハ主文自體ニ依リテ執行スルコトヲ得ヘク確定シテ言ヒ表ハサレサルヘカラス而シテ原院判決ハ明治三十六年八月三十一日ヨリ同三十七年五月迄ノ年五分ノ利息ト稱スルモ其三十七年五月最初ノ日迄ナルヤ最終ノ日迄ナルヤ將真中ノ日迄ナルヤ不明ニシテ判知スルコトヲ得サレハナリト云フニ在リ

然レトモ一定ノ期間ヲ示ス場合ニ於テ何月迄ト記シテ殊ニ日時ヲ明示セサル場合ニ在テハ其月ノ末日迄ヲ意味スルコトハ普通ノ解釋上毫末ノ疑ヲ存セサル所ナリ故ニ原判決主文ニ「三十七年五月迄」ト記載セシハ即チ同月ノ末日迄ヲ意味シ其日迄ノ利子ノ支拂ヲ命シタル趣旨ナルコトハ誠ニ明カナルヲ以テ本論旨ハ上告ノ理由ナシ

上告理由第二點ハ原院判決ハ其末段ニ於テ「被控訴（當審ノ上告人）代理人ハ林慈眼カ被控訴人ノ周旋ヲ以テ圓通寺ニ復住スルニ代ヘ眞光寺ノ住職トナリタル爲甲第一號證ハ其效力ヲ失却シタルモノナリト主張スレトモ」云々ト記載シ乙第一號證岡本惣治ノ證言西田惠定ノ證言カ其立證タルニ足ラサルヲ説明シテ「其他慈眼カ圓通寺以外ノ寺院ノ住職トナル場合ニ於テモ甲第一號證ハ無効トナルヘキ約

旨ナリシコトヲ認ムヘキ證左ナキカ故ニ此點ニ付テモ被控訴人ノ抗辯ヲ是認シ難シ」ト結論シタリ然レトモ上告人ハ此抗辯ノ立證トシテ尙其他ニ乙第四號證ヲ提出シ居レルハ原審ニ於ケル明治三十八年三月二十三日ノ口頭辯論調書ニ徴シテ明カナリトス然レハ原院判決ハ之ヲ遺脱シテ裁判シタル違法ヲ免レスト信スト云フニ在リ

然レトモ證據方法ヲ排斥スルニ付キ逐一其理由ヲ説明セサルヘカラサル責任アルコトナキヲ以テ原院カ乙第四號證ニ付キ兎角ノ説明ヲ與ヘサリシハ畢竟スルニ同號證ヲ以テ認定ノ資料トスルニ足ララストシテ之レヲ排斥シタルニ外ナラス故ニ本論旨モ亦上告適法ノ理由トナラス

上告理由第三點ハ原院判決ノ引用シタル第一審判決事實ノ摘示ヲ閱スルニ上告人ハ原院ニ於テ中井道禪ヨリ現實ニ金員ヲ借り受ケタルモノニアラス換言スレハ現物授受ナキヲ以テ消費貸借ハ成立セサルモノナリトノ抗辯ヲ提出シタルコト明カナリ然ルニ原院判決ハ此重要ナル事實ノ判斷ヲ遺脱シテ何等ノ説明ヲ與ヘサルハ違法ナリト信スト云フニ在リ

然レトモ原院ハ其判決理由ノ冒頭ニ於テ甲第一號證ハ金五百圓ノ借用證書ナルコトヲ確認シ之ニ對スル被控訴人（上告人）ノ抗辯ヲ排斥スルニ付キ充分其理由ヲ説明シテ結局甲第一號ノ貸借契約ハ假裝ニアラサルコトヲ說示セリ是即チ其貸借契約ハ正當ノ成立ナルコトヲ判定シタルモノニシテ其説明カ直接ニ現物授受ノ有無ニ及ハサリシト雖モ自然ニ其要件ノ存在ヲ判定シタルモノト云ハサルヘカラサ

ルコトハ勿論ナレハ本論旨モ亦上告ノ理由ナシ

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依リ主文ノ如ク判決ス可キモノトス

○樹木伐採禁止ノ件

明治三十八年(オ)第二百十六號
明治三十六年十月六日第二民事部判決

○判決要旨

一 明治三十六年内務省令第二號官國幣社以下神社並寺院佛堂境内官
有地木竹管理規則第六條ハ神社寺院等ニ由緒アル木竹及ヒ風致ニ
必要ナル木竹ヲ保存シ以テ其利益ヲ保護スルノ旨趣ニ出テタルモ
ノトス從テ神社寺院等ハ自ラ如上ノ木竹ヲ伐採シ得サルノミナラ
ス又之ヲ保存スルノ權利ヲ有シ何人ト雖モ該規定ニ違反シ之ヲ伐
採セントスル者アルトキハ一種ノ私權トシテ其行爲ヲ差止ムルコ
トヲ得

第一審 長野地方裁判所

第二審 東京控訴院

上告人

新設三社神社司
神 戸 貢

頁

訴訟代理人 元 田 傑

被上告人

山 宮 三

外三名

訴訟代理人 (井出善一) 久保田與四郎

右當事者間ノ樹木伐採禁止事件ニ付東京控訴院カ明治三十八年三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且被上告人山宮海藏中條吉之助ハ期日出頭セサルニ付闕席ノ儘判決
アリタキ旨申立テ被上告人山宮三六島田常藏ハ上告棄却ノ申立ヲ爲シタリ

明治三十六年内務省令第二號第六條ノ旨趣

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東京控訴院ニ差戻ス

理由

上告論旨ハ原判決ニ援引シタル内務省番外達ハ明治三十六年三月二十六日ノ同省省令二號ニ據リ廢止セラレタルモノナリ而シテ該二號ノ省令ニ據レハ係争木ノ如キ目通り一丈以上ノ大木ハ絶對的ニ伐採ヲ禁止シアリ加之神社ノ風致ニ必要ナル樹木ハ其所有ニ非ストスルモ單ニ由緒アルタケニテ伐採ヲ禁止セリ而シテ原告ハ自社ノ風致及由緒ヲ保ツニ必要ナルヲ以テ此等樹木ノ取締ヲ爲スノ權能アルハ勿論ナリトス左レハ原裁判ハ廢止ニ屬スル法律ニ據レハ當否ノ判定ヲ爲シタルニ歸シ現行法令ニ對シ原告請求ノ相當ナル理由アリヤ否又其理由ヲ認ムヘキ事實ノ有無ヲ判定セサルモノニシテ到底破毀ヲ免レサルモノト信スト云フニ在リ

仍テ按スルニ明治十五年八月内務省達番外社寺伐木取扱規則ハ明治三十六年三月内務省令第二號官國幣社以下神社並寺院佛堂境内官有地木竹管理規則ニ依リ廢止セラレタルコトハ同省令ノ明示スル所ニシテ本件ニ付テハ原判決ノ當時現ニ行ハル、同省令ヲ適用スヘキモノナルコトハ其法律關係ノ性質上當然ノ事ナリトス而シテ同省令第六條ニハ前二條ニ該當スルモノト雖モ神社寺院佛堂ニ由緒アル木竹及風致ニ必要ナル木竹ハ之ヲ伐採スルコトヲ得ストアリテ此規定ハ神社寺院等ニ由緒アル木竹及ヒ風

致ニ必要ナル木竹ヲ保存シ以テ其利益ヲ保護スルノ趣旨ニ出テタルコト明白ナレハ神社寺院等ハ斯ノ如キ木竹ヲ自ラ伐採スルコトヲ得サルノミナラス又之ヲ保存スルノ權利ヲ有シ何人ニテモ同省令ノ規定ニ反シ之ヲ伐採セントスルモノアルトキハ一種ノ私權トシテ其行爲ヲ差止ムルコトヲ得ルモノト解スルヲ相當トス故ニ本件請求ノ當否ヲ決スルニハ右省令ニ依リ係争樹木カ風致ニ必要ナルモノナルヤ否ヤヲ確定セサル可カラス然ルニ原院ハ事茲ニ出テスシテ既ニ廢止ニ歸シタル前示明治十五年ノ内務省達ヲ適用シ係争樹木カ同達ニ所謂第二類ノ立木ニ屬スルコトヲ認メ之ヲ以テ本訴請求排斥ノ理由ト爲シタルハ違法ニシテ上告ハ其理由アリ

被上告人山宮海藏中條吉之助ノ兩人ハ本口頭辯論ノ期日ニ出頭セサルモ本件ノ法律關係ハ總テノ共同訴訟人ニ對シ合一ニノミ確定ス可キ場合ナルヲ以テ民事訴訟法第五十條第四項ニ依リ出頭シタル他ノ被上告人ニ代理ヲ任シタルモノト看做ス

右ノ理由ナルニ依リ本件上告ハ民事訴訟法第四百四十七條第四百四十八條各一項ノ規定ニ從ヒ主文ノ如ク判決スヘキモノトス

○不動産強制競賣事件ノ決定ニ對スル抗告ノ件

明治三十八年(ウ)第二百七十五號
明治三十八年十月十八日第二民事部決定

○決定要旨

一 地方裁判所判事カ裁判所構成法ノ規定ニ依リ控訴院判事ノ代理ヲ爲シタル場合ニ於テハ縦令裁判ニ代理ナル肩書ヲ脱スルモ之ヲ以テ裁判所ノ構成ニ違背シタルモノト云フヲ得ス

原 審 大阪控訴院

抗 告 人 辰 七 藏

右抗告人ハ不動産強制競賣事件ニ付大阪區裁判所ノ言渡シタル競落許可決定ニ對シ抗告ヲ爲シ大阪地方裁判所ニ於テ之ヲ棄却セラレ其棄却ノ決定ニ對シ再抗告ヲ爲シ大阪控訴院ニ於テモ亦之ヲ棄却セラレ此棄却ノ決定ニ對シ更ニ當院ニ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

本件抗告ノ要旨ハ原決定ハ裁判長判事望月源治郎判事石川正判事下山英五郎判事吉村利三郎判事森田庄藏ノ五名ヲ以テ組織シタル裁判所ニ於テ爲シタルモノナレトモ判事森田庄藏ハ大阪控訴院ノ判事ニ非サレハ同判事カ關與シテ爲シタル裁判ハ裁判所ノ構成ニ違背シタルモノナリト云フニ在リ

依テ之ヲ按スルニ判事森田庄藏ハ大阪地方裁判所ノ判事タルコトハ官報ニ依リ顯著ナル事實ニ係ル然ラハ則チ裁判所構成法第三十六條ノ規定ニ則リ大阪控訴院ハ判事差支等アルトキハ大阪地方裁判所ノ判事ヲシテ代理ヲ爲サシムルコトヲ得ヘキニ因リ原決定ニ代理ナル肩書ヲ脱スルモ右ノ規定ニ從ヒ同判事ニ代理ヲ爲サシメタルモノト推認スルニ難カラス故ニ原決定ハ抗告人所論ノ如キ裁判所ノ構成ニ違背シタル點ナシ依テ本件抗告ハ其理由ナシトシテ之ヲ棄却スルモノナリ

○工費金支拂認諾及其支拂方請求ノ件

明治三十八年(オ)第二百八十一號
明治三十八年十月十八日第二民事部判決

○判決要旨

一 契約書ノ解釋ハ事實裁判所ノ職權ニ屬ス從テ其解釋ニ不服ヲ唱ヘ之カ當否ヲ論争シ以テ上告ノ理由ト爲スヲ得ス(判旨第二點)
一 第二審裁判所カ控訴ノ申立ナキ點ニ對シ控訴棄却ノ判決ヲ爲シタル場合ト雖モ被控訴人ハ之ヲ以テ上告ノ理由トスルヲ得ス(判旨第三點)

契約書ノ解釋○控訴ノ申立ナキ點ニ對スル判決ト上告理由

第一審 松江地方裁判所 第二審 廣島控訴院

上告人 安井儀之助 訴訟代理人 兩角彦六

被上告人 安達佐太郎

外一名

右當事者間ノ工費金支拂認諾及其支拂方請求事件ニ付廣島控訴院カ明治三十八年三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

上告理由第一點ハ原院ニ於テハ「上畧工事資金供給ノ不充分ナル爲メ工事遅延シタリトノ被控訴人ノ主張ヲ確ムル爲メ被控訴人代理人ノ援用シタル證人ノ證言ハ何レモ信用スルコトヲ得ヌ又書證トシテ提出シタル甲第三四號證及丙第八號證ハ其文旨ニ於テ立證ノ趣旨ヲ認ムヘキ點ナシ」トシテ輒スク上告人ノ本爭點ニ對スル主張ヲ排斥セラレタリト雖モ上告人ハ此必要爭點ニ對シテハ實ニ原院ニ於テ甲第六號證及第七號證ヲ提出シテ其主張事實ヲ立證シタリ（明治三十八年三月十六日原院口頭辯論調書抄録）甲第六號證ニヨリ景山岩太郎安達佐太郎ニ於テ本件工事ヲ緩慢ニ付シ殆ント中止ノ有様ナリシヲ以テ新田宇太郎ハ島根縣廳ヨリ督促ヲ受クルニ至リシコトヲ證ス甲第七號證ニ依リテ乙第五號證及

高倉平次郎ノ證言ハ全ク控訴人佐太郎ト平次郎トノ間ニ於ケル或ル事情ノ爲メ事實ヲ構造セシモノナルコトヲ證ス甲第六號證ハ本工事監督主幹島根縣技手カ工事ノ緩慢中止ノ事實ヲ指摘シテ請負人ヲ詰責シタル書證ニシテ甲第七號證ハ訴外小川喜一ナル者ノ回答書ナレハ縱令相手方ニ於テ之ヲ否認スルモ其否認ノ一事ヲ以テ證據力ヲ失墜スヘキ筋合ノモノニ非サレハ原院ハ必要爭點ニ對スル此等ノ證據ニ對シテヨシ之ヲ取捨スルノ理由ヲ解示セサル迄モ少ナクトモ之カ取捨採否ノ判斷ヲ與ヘサルヘカラサルニモ拘ハラス全然之ヲ不問ニ付シ而シテ上告人ノ主張ヲ排斥セラレタルハ不法ナリト云フニ在リ

○依テ按スルニ事實承審官タル原院ハ判決主文ノ因テ生スル事實理由ヲ判示スヘキ職責ヲ有スルノミニシテ其採用セサル證據ニ付キ之ヲ採用セサル理由ヲ判示スヘキ職責ヲ有スル者ニ非ス故ニ原院ニ於テ其採用セサル甲第六第七號證ニ付キ之ヲ採用セサル理由ヲ說明セサルモ敢テ不法ノ判決ナリト云フヲ得ス

上告理由第二點ハ原院ハ本件上告人ノ請求ノ基本タル新田宇太郎對景山岩太郎間ノ工事下請負契約解除ノ適法ナリシヤ否ヤニ對シ其ノ判決理由中「而シテ天災ハ實ニ人力ノ避クルコト能ハサル人爲外ノ變災ナレハ普通斯ノ如キ不慮ノ災害ヲ以テ一方ノ怠慢トシテ責任ヲ負ハシムルコトヲ得サルハ當然ニシテ云々」ト判示セラレタリト雖モ元來請負契約ニ於ケル請負人ハ或仕事ヲ完成セシムルコトノ義務ヲ負フモノニシテ而シテ其契約ニ期間ノ存在スル場合ニハ其期間内ニ一定ノ仕事ヲ完成セサル可カラ

ス其期間内若シ不慮ノ災害アリトセハ其損害ハ請負人ノ負擔スヘキモノニシテ注文者ニ於テ何等責任ヲ負フヘキ筋合ナシ殊ニ工事請負ノ如キ各當事者ノ意思ハ當初ヨリ一定ノ期間ニ重キヲ置クモノニシテ其期間内ニ於ケル風雨降雪等ノ障害ノ如キ固ヨリ請負人ノ之ヲ豫想シテ一定ノ期間ヲ定ムルモノ普通ノ状態ニシテ之ニ反スル場合ニハ却テ反對ノ意思表示アラサルヘカラス請負契約ノ性質斯ノ如キカ故ニ本件丙第二號證中「工事緩慢ニシテ竣工ノ見込ナシト認ムルトキハ何時ニテモ該工事ヲ引揚クルモノトス」トノ文詞ハ契約上注文者ノ權利ヲ一層有力ニ確保スルモノト解セラルヘク毫モ注文者ノ權利ヲ制限スルモノニ非ルヤ論ナシ然ルニ原判決ハ請負契約ノ性質ヲ誤了セルト共ニ丙第二號證ノ解釋ヲ誤リ該契約ハ故意ニ人爲的緩慢ノ場合ノミヲ指シタルモノナリト曲解シテ僅ニ期間内多少ノ風雨降雪アリタルノ故ヲ以テ上告人ニ契約解除權ナシト判斷セラレタルハ縱マ、ニ事實ヲ確定セラレタル不法アリト云フニ在レトモ○本訴丙第二號證請負契約書ヲ解釋スルハ原院ノ職權ニ屬スルヲ以テ他ヨリ其解釋ニ不服ヲ唱ヘ其當否ヲ論争シ以テ上告ノ理由ト爲スヲ得ス依テ本論旨モ亦其理由ナシ

判旨第二點

上告理由第三點ハ上告人ヨリ被上告人島根縣ニ對スル請求ニ對シ島根縣ハ第一審判決中安達佐太郎ノ干係セル金三千百圓ノ請求ノミニ對シ控訴ヲ申立福田等治ノ干係セル金千六百二十九圓六十一錢九厘ノ請求ニ對シテハ控訴ヲ爲サ、リシハ島根縣ノ控訴狀及原判決事實摘示中ニモ明記スル所ナリ而シテ福田等治ノ控訴ヲ以テ民事訴訟法第五十條ヲ適用シ島根縣ノ控訴モ包含セルモノナリト云フヲ得サル

判旨第三點

ハ島根縣ト福田等治トノ本訴ニ於ケル干係ハ單ニ同一事實ニ對シ一ツハ其確認ヲ求メ一ツハ之レカ給付ヲ請求シタルモノニシテ敢テ權利干係カ共通ナラサルヘカラサルモノニ非ス又假リニ權利干係カ合一ニ確定スヘキモノナリト假定スルト雖モ被上告人島根縣ハ全然上訴期間ヲ懈怠シタルモノニ非サルハ其ノ一部分ニ付キ上訴シタルニヨリ明ニシテ從テ民事訴訟法第五十條第四項ヲ適用シ得ヘキニ非ス然ルニ原院ハ其申立ナキ事實ニ對シ判決ヲ爲シタルモノニシテ明ラカニ民事訴訟法第四百十一條ニ違背セル違法ノ判決ニシテ事ハ一部分ニ係ルト雖モ不可分のニ判決自體全部ノ違法ヲ惹起スヘキ筋合ト思考スト云フニ在リ○依テ按スルニ原院ニ於テ島根縣ノ控訴ハ之ヲ棄却スト判決シタルハ控訴ノ申立ナキモノニ對シ控訴ノ判決ヲ爲シタルモノトスルモ上告人ノ原判決ニ對スル上告理由トスルヲ得ス何トナレハ島根縣ノ控訴ハ之ヲ棄却ストノ判決ハ即チ上告人ニ對シ勝訴ノ判決ヲ言渡シタルモノナルコト原判文ニ徴シテ明カナルヲ以テ本論旨ハ畢竟自己ニ利益ナル判決ヲ受ケナカラ之ニ不服ヲ唱フルモノニ過キサレハナリ

以上説明ノ如ク本件上告ハ一モ其理由ナキニ依リ民事訴訟法第四百三十九條第一項ニ從ヒ之ヲ棄却スヘキモノト評決ス

○所有權移轉登記抹消及登記手續請求ノ件

明治三十八年(オ)第四百七號
明治三十八年十月二十日第二民事部判決

○判決要旨

一 不動産ノ賣買カ當事者一方ノ冒認罪ニ原因シタル場合ト雖モ當事者雙方ノ間ニ財產權ヲ移轉セシムルコトヲ以テ目的トスルトキハ當然其效力ヲ生セサルモノニ非ス(判旨第二點)

一 民法第百七十七條ハ不動産上ノ物權ノ得喪ヲ生セシメタル法律行為カ犯罪ニ原因シタルト否ト又第三者ノ善意ナルト惡意ナルトヲ區別セサレハ苟クモ其法律行為ニシテ當然無効ナラサル以上ハ該規定ノ適用ヲ妨クルコトナシ(同上)

(參照) 不動産ニ關スル物權ノ得喪及ヒ變更ハ登記法ノ定ムル所ニ從ヒ其登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス(民法第百七十七條)

第一審 橫濱地方裁判所 第二審 東京控訴院

上告人 鈴木範作 訴訟代理人 渡邊 漸

被上告人 篠崎啓次郎

外一名

右當事者間ノ所有權移轉登記抹消及ヒ登記手續請求事件ニ付東京控訴院カ明治三十八年六月二十日言

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「被控訴人啓次郎カ係争不動産ニ付キ冒認販賣ノ行為アリトスルモ其行為ハ無効ニアラサルヲ以テ控訴人ノ賣買登記抹消ノ請求ハ其請求自體ニ於テ理由ナシト爲サルヘカラス」ト説明シ上告人(控訴人)ノ請求ヲ排斥シタルハ理由不備ノ判決ナリ何故ニ冒認販賣行為ハ無効ニアラサルカ抑モ冒認販賣行為ハ刑法第三百九十三條ニ於テ刑罰ヲ制裁トシテ禁止スル行為ニアラサルカ刑罰法ニ於テ禁止スル行為ハ公ノ秩序ニ反スル行為ニシテ無効ナルコト當然ノ自理ニアラサルカ若シ夫レ刑法ノ禁止スル行為モ有效ナリトセンカ法律ハ一面ニ於テ絶對ニ禁止シ一面ニ於テ之ヲ保護スルモノト云ハサルヘカラス豈如斯不合理ノ法律アラシヤ故ニ苟モ冒認販賣行為ヲ無効ニアラストシ上告人ノ請求ヲ排斥セント欲セハ之レカ理由ヲ説明セサルヘカラサルニ事爰ニ出テス之レ理由不備ノ判決ト云フ所以ナリト云フニ在リ

然レトモ原判文ニハ被上告人兩名間ノ賣買ハ被上告人啓次郎ノ冒認罪ニ原因シタリトスルモ民法ノ規定上無効ニアラサル所以ヲ説明シアルコト明白ニシテ其説明ハ原判決ノ理由ヲ爲スニ十分ナルヲ以テ

原判決ハ其理由ヲ具備セサルモノト謂フヲ得ス尙ホ何カ故ニ本件賣買ノ無効ニアラサルヤヲ説明スルカ如キハ原判決ニ對スル直接ノ理由ニアラスシテ其理由ノ理由ニ屬スルヲ以テ裁判所ハ必ラスシモ之ヲ開示スルヲ要セス若シ本件賣買ハ上告論旨ノ如ク冒認罪ニ出テタルモノナルカ故ニ絶對ニ無効ナリトセンカ原院カ之ヲ無効ニアラストナシタルハ法律ノ適用ヲ誤リタルモノト云フヲ得ヘキモ判決ノ理由ヲ付セサルモノニアラス而シテ本件賣買ノ無効ニアラスシテ原院カ法律ノ適用ヲ誤ラサリシコトハ下ニ説明スルカ如シ故ニ本論旨ハ採用スルコトヲ得ス

上告論旨ノ第二點ハ本件係争不動産ハ上告人ノ所有ナルニ拘ハラス明治三十八年一月二十三日被上告人篠崎啓次郎カ冒認シテ被上告人藤江千藏ニ販賣シタルモノニシテ其行爲カ犯罪タルト同時ニ何等ノ效力ヲ生セサルモノトス冒認販賣ノ被害者ハ其犯罪行爲トナレル賣買ノ買主ナルコトモ法則ヨリ演繹シ認メラレタル法則ナリ無効ノ行爲ニヨリ眞ノ所有者カ所有權ヲ失フノ理ナク又無効ノ行爲ニヨリ所有權ヲ獲得スルモノアルノ理ナシ右ノ法則ニヨリ被上告人間ノ賣買カ犯罪行爲即チ無効行爲タレハ被上告人藤江千藏カ所有權ヲ獲得スヘキ理由ナク又上告人カ所有權ヲ失フノ理ナク本件犯罪行爲ニヨリ直接ニ損害ヲ受クルモノハ其犯罪行爲ニ干與シタルモノ即チ被上告人藤江千藏ニシテ犯罪行爲ニ與ラサル上告人カ害ヲ受クヘキ筈ナシ然ルニ原判決カ「被控訴人啓次郎カ其所有ナル係争不動産ヲ控訴人ニ賣渡シ其登記ヲ爲サ、ルニ乘シ之レヲ更ニ被控訴人千藏ニ賣渡シタリトスルモ控訴人ノ所有權取得

ニ付キ登記ナキ以上ハ第三者タル被控訴人(藤江千藏)ニ對シ所有權取得ヲ對抗スルヲ得サルモノトス」ト說示シテ眞ノ所有者タル上告人カ係争不動産ノ所有權ヲ失却シ被上告人藤江千藏カ犯罪行爲ニヨリ所有權ヲ取得スヘキモノト判定シタルハ前示ノ法則ニ違反シタル不法ノ判決ナリ」第三點ハ原判決ハ不動産ニ關スル物權ノ得喪及ヒ變更ハ登記法ノ規定ニヨリ其登記ヲ爲スニアラサレハ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルハ民法第七十七條ノ規定スル所ナレハ云々ト說示シ民法第七十七條ハ絶對的ノ規定ニシテ例外ヲ認メサルカ如ク判示シタルハ右ノ法條ヲ誤解シテ適用シタル不法ノ判決ナリ民法第七十七條ハ(一)適法行爲ニヨリ二箇ノ物權カ競合シテ生シタル場合ニ其對抗力ヲ定メタルモノニシテ犯罪行爲ノ場合ヲ規定シタルモノニアラス詳言スレハ二箇ノ有效ナル行爲ニ關シ其權利ノ牴觸ニ付テ定メタルモノニシテ無効行爲ハ初ヨリ他ノ權利ト牴觸ヲ生スルコトナキヲ以テ何等ノ規定ヲ要セス故ニ犯罪行爲ハ本條ニ例外ノ規定ナキモ當然除外セラレタルモノナリ(二)登記ハ權利得喪ノ原因ニアラス故ニ賣買ハ無効ナルモ登記ハ有效ナリトノ意ニ解釋スルヲ得ス登記ノ有效タルニハ必スヤ賣買ノ有效ヲ主張セサルヘカラス登記ノ有效ナルヲ前提トシテ其賣買ノ效力ヲ認メントスルカ如キハ不合理ノ極ニシテ本條ノ法意ニアラサルナリ是レ原判決カ民法第七十七條ヲ誤解シ適用シタル不法ノ判決ト云フ所以ナリト云フニ在リ

仍テ按スルニ公ノ秩序ニ反スル事項ヲ目的トスル行爲ハ無効ナルヲ以テ罪ヲ犯スコトヲ以テ法律行爲

判旨第二點

ノ目的ト爲スカ如キハ其行爲ノ無効ナルコト論ヲ竣タス然レトモ法律行爲カ單ニ犯罪ニ原因シタルノ一事ヲ以テ必ラスシモ常ニ其效力ヲ生セサルモノト謂フヲ得ス斯ノ如キ場合ニ於テモ法律ハ相手方又ハ第三者若クハ一般取引ノ安全ヲ保護スルカ爲メニ其效力ヲ有セシムルコト少シトセス本件ノ賣買ハ其當事者一方ノ冒認罪ニ原因シタルモノニシテ其冒認ノ行爲其モノハ犯罪ナルモ其實買ハ當事者一方ノ犯罪ヲ以テ其目的トスルモノニアラスシテ當事者雙方間ニ財産權ヲ移轉セシムルコトヲ以テ其目的トスルモノナルヤ論ヲ竣タサル所ナレハ當然其效力ヲ生セサルモノニアラス而シテ民法第百七十七條ハ第三者ヲ保護シ且一般取引ノ安全ヲ確保スル爲メニ不動産ニ關スル物權ノ得喪ハ登記法ノ定ムル所ニ從ヒ其登記ヲ爲スニアラサレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サル旨ヲ規定シ其得喪ヲ生セシメタル法律行爲カ犯罪ニ原因シタルト否ト又第三者カ善意ナルト惡意ナルトヲ區別セサルヲ以テ苟モ其法律行爲カ當然無効ナラサル以上ハ該規定ノ適用ヲ妨クルコトナシ故ニ本件ニ於テハ被上告人啓次郎カ係争不動産ヲ上告人ニ賣渡シタル後之ヲ冒認シテ更ニ被上告人千藏ニ賣渡シタリトスルモ上告人カ其所有權取得ニ付キ未タ登記ヲ經サル限りハ右法條ノ規定ニ依リ其取得ヲ以テ既ニ登記ヲ經タル被上告人千藏ニ對抗スルコトヲ得サルモノニシテ被上告人兩名間ノ賣買ハ其效力ヲ有スルモノト謂フヘシ然レハ原院カ結局右ト同一ノ趣旨ニ基キ判決ヲ爲シタルハ正當ニシテ上告論旨ノ第二點及ヒ第三點ハ何レモ其理由ナキモノトス

上告論旨ノ第四點ハ本件係争不動産ハ被上告人篠崎啓次郎カ上告人ノ所有ヲ冒認シテ被上告人藤江千藏ニ販賣シタルモノナルカ故ニ其名ハ土地賣買ナルモ其實犯罪行爲ナルカ故ニ絶對ニ無効ニシテ民法上何等ノ效力ヲ生スルモノニアラストハ上告人カ第一審以來主張スル所ニシテ被上告人篠崎啓次郎ノ本件係争不動産ニ關スル冒認販賣事實ヲ證明スル爲メ第一審ニ於テハ横濱地方裁判所檢事局(一)第一九一號不動産冒認販賣事件ノ記録取寄ノ申請ヲナシタルモ必要ナシトシテ却下シ原裁判所ニ於テハ全然證據調ヲ爲サス是主要ナル争點ヲ無視シテ架空ノ判斷ヲ爲シタル不法ノ判決ナリト云フニ在リ然レトモ前項ニ説明シタルカ如ク被上告人兩名間ノ賣買ハ被上告人啓次郎ノ冒認罪ニ原因シタルニ拘ハラス有效ニシテ上告人ハ本件不動産ノ取得ヲ以テ被上告人千藏ニ對抗スルコトヲ得サル以上ハ上告人ノ請求ヲ維持スヘカラサルコト明白ナルヲ以テ其冒認罪ニ關スル事實ノ立證ヲ必要トセサルヤ亦明ナリ故ニ原院カ其立證ニ關スル申請ヲ却下シタルハ當然ノ事ナレハ本論旨モ探ルニ足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ノ規定ニ從ヒ主文ノ如ク判決ス

○先取金返償請求ノ件

明治三十八年(オ)第二百五十七號
明治三十八年十月二十四日第一民事部判決

○判決要旨

一 強制執行ノ目的物以外ノ建物ニ對シテ競賣ヲ實施シ競落許可ノ決定ヲ爲シタルトキハ其決定ハ無効ナリトス從テ其建物ニ對シ質權ヲ有スル者ハ縱令該物件ノ所有權カ表面上他人ニ移轉スルモ質權其モノニ消長ヲ來スヘキ原因アラサル以上ハ毫モ之カ實行ヲ妨ケラル、コトナシ

第一審 大阪地方裁判所

第二審 大阪控訴院

上告人 松村榮三郎

訴訟代理人 廣岡宇一郎

被上告人 木村彦右衛門

訴訟代理人 辻 淡

右當事者間ノ先取金返償請求事件ニ付大阪控訴院カ明治三十八年三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本訴ノ競落許可決定ハ全然無効ニシテ改甲第一號證ニ記載シアル建物ニ對スル質權ハ之カ爲メニ其效力ヲ妨ケラルヘキモノニ非ストシテ上告人ノ請求ヲ排斥シタリ右競落許可決定ノ效力ノ有無ハ之ヲ別論トシテ假ニ原判決ノ如ク該決定カ法律上全然無効ノモノナリトスルモ形式上一度存在シタル決定ノ執行ニ依リ乙第七號證ノ二ノ如ク本件係争ノ建物カ競賣ニ付セラレ第三者ノ手ニ其所有權ヲ移轉シタル以上ハ上告人カ有スル質權ハ茲ニ消滅シテ回復ス可ラサル状態ニ在リト云ハサル可ラス而シテ被上告人カ配當ニ依テ受ケタル利益ハ上告人ノ有スル質權ニ基ク優先ノ權利ヲ害シテ不當ニ之ヲ取得シタルモノト云ハサル可ラス蓋シ決定カ法律上無効ナリト雖モ一旦形式上存在シタル以上ハ之ニ依テ爲サレタル凡テノ行爲カ悉ク無効ナリト云フ可ラサレハナリ然ルニ原判決カ如上ノ判決ヲ爲シタルハ法則ヲ不當ニ適用シタル違法アリト云フニ在リ

依テ按スルニ原院ノ認ムル所ハ本訴ノ競賣開始決定ハ乙第五號證並ニ甲第三號證ニ記載シアル平家一棟五十四坪ノ建物ニ對シ開始シタルモノニシテ競落許可決定モ亦同一ノ建物ノ競落ヲ許可シタリ然ルニ之レヲ實施スルニ當リ平家五十四坪ノ建物ナリトシテ指定セラレタルモノハ乙第五號證平家一棟五十四坪ノモノニアラスシテ改甲第一號證ノ二階家二十四坪同十八坪ノ二棟ノ建物ニ該當スト云フニ在リテ結局其目的物以外ノ物件ニ對シ競賣ヲ實施シ其物ニ對シ競落許可ノ決定ヲ爲シタリト云フニ在ル

競落許可決定ノ無効ト質權ノ實行

ヲ以テ其決定ノ無効タルコト勿論ナルノミナラス、假令競落人ニ對シ、本件ニ於テ確定スル無効ノ原因ヲ主張スルコト能ハストスルモ、上告人ノ質權ハ依然存續シテ其物件ノ所有權カ表面上移轉スルモ、質權其モノハ消長ヲ來スヘキ原因アラサル限リハ之ヲ實行スル上ニ於テ支障アルヘキ謂ハレナシ、本件ニ於テ上告人ノ主張スル所ハ單ニ質權ノ目的物タル本件ノ建物カ競落ノ結果其所有權カ他人ニ移轉シタリト云フノミニシテ質權其モノ、消長ニ關スル事由ノ主張アルコトナシ故ニ本論旨ハ上告適法ノ理由ナシ

上告理由第二點ハ原判決前段ニ於テ「本訴ノ競賣開始決定ハ乙第五號證並ニ甲第三號證ニ記載シアル平家一棟五十四坪ノ建物ニ對シ競賣ヲ開始シタルコトハ當事者間ニ異議ナキ所ナルカ故ニ」トアルモ、本件ノ爭論ハ當初ヨリ却テ此點ニ在テ存スルモノニシテ甲第四號證ハ此事實ヲ立證セン爲メニ提出シタルモノナリ元來本件ノ競賣ハ被上告人カ抵當權實行ノ爲メニ之ヲ爲シタルニ非サルコトハ乙第四號證並ニ競賣開始決定ニ依テ明ナル事實ニシテ只其競賣終了後抵當權ヲ有シタリト稱シテ其代金ヲ先取シタルヨリ遂ニ本件訴訟ヲ見ルニ至リタルモノナルヲ以テ前示原院ノ判旨ハ架空ニ事實ヲ認定シタル不法アリト云フニ在リ

依テ記錄ヲ調査スルニ競賣開始決定ニ指定セシ現物如何ニ付テハ當事者ノ爭ヒタル明確ノ事跡ヲ認ムルコト能ハス只其現物カ證書上何レニ合致スルカ即チ其稱呼ニ付テハ彼是一致セサルモノアルヲ認ム得ルニ外ナラス而シテ原院カ當事者間ニ異議ナシトセシ所ハ即チ其現物ニ付テノ謂ニシテ之レヲ乙第五號證並ニ甲第三號證ニ記載シアル平家一棟五十四坪ノ建物ト稱シタル趣旨ニ外ナラサルヲ以テ架空ニ事實ヲ認定シタル不法アリト云フヘカラス

右ノ理由ニ依リ民事訴訟法第四百五十二條ノ規定ニ從ヒ本件上告ハ之ヲ棄却スヘキモノトス

○手附金倍返代金拂戻ノ件 明治三十八年(オ)第三百九十號
明治三十八年十月二十四日第一民事部判決

○判決要旨

一 債權證書ハ債權者カ其債權ヲ行使スルニ必要ナル證書ナレハ債權讓渡ノ場合ニ於テ反對ノ意思表示ナキ以上ハ讓渡人ハ讓受人ニ對シ其債權證書ヲ引渡スヘキ義務ヲ負フモノトス

第一審 秋田地方裁判所 第二審 宮城控訴院
 上告人 佐々木藤吉 訴訟代理人 磯部四郎
 被上告人 柴田長太郎

債權讓渡人ノ證書引渡ノ義務

右當事者間ノ手附金倍返代金拂戻事件ニ付宮城控訴院カ明治三十八年五月二十六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

上告趣旨ノ第一ハ原判決ハ上告人カ甲第一號證ノ契約ヨリ生シタル債務ヲ履行セサリシ事實ヲ認定シ其不履行ニ基キ爲シタル被上告人ノ契約解除ヲ有效ナリト判定シタリ然レトモ上告人カ債權讓渡ノ通知證書ノ引渡配當金一部ノ支拂ヲナサ、リシハ全ク被上告人カ履行ノ提供ヲ拒ミシニ由ルモノニシテ殊ニ證人ノ證言ニヨリテ明カナルトコロナリ然ラハ原判決ノ示スカ如ク被上告人ニ對シテ不履行ニ基ク解除權發生スルノ謂ハレナク反ツテ被上告人ヲ遅延ノ責ニ任セサルヘカラサルニ事茲ニ出テスシテ上告人ノ主張ヲ斥ケタル原判決ハ證人ノ證言ヲ無視シ事實ヲ不當ニ確定シ解除權發生ノ法定原因ヲ誤判シタル不法アルモノト云ハサルヘカラスト云フニ在リ

然レトモ本論旨ハ徒ラニ原院ノ專權ニ屬スル事實判斷ヲ非難スルニ外ナラサレハ上告ノ理由トナラス上告追加趣旨ノ第一ハ原判決ハ甲第一號證ニ「右債權貴殿ニ讓渡シ兼ル場合ハ手附金倍返可申候」トアル約款ヲ以テ控訴人又ハ被控訴人ノ責ニ歸スヘキ事實ノ爲メ債權讓渡ノ效果ヲ奏セサル場合ヲ總テ指稱スルモノト解釋セリ抑々右手附金倍返ノ約款ハ之レヲ以テ賠償額ノ豫定ト看ルヘキモノトセンカ損害賠償ナルモノハ債務ノ不履行ニ因リテ債權者ニ生シタル損害ヲ債務者ヲシテ賠償セシムルニアルヲ以テ其不履行カ常ニ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ由ルヘキ場合ニ限ルヘクシテ其債權者ノ責ニ歸スヘキ事由ニヨリテ不履行ノ結果ヲ生シタル場合ニ於テモ尙債務者ヲシテ其不履行ニ因リテ生シタル債權者ノ損害ヲ賠償スヘキ義務アル道理アルヘカラス然ルニ原判決ハ前示ノ如ク控訴人又ハ被控訴人ノ責ニ歸スヘキ事實ノ爲メ云々ト説明シ被控訴人即チ債權者ノ責ニ歸スヘキ事實ノ爲メ不履行ヲ生シタル場合ヲモ尙甲第一號證ニ所謂手附金倍返云々ノ約款ニ包含スヘキモノト解釋シタルヲ以テ原判決ハ該約款ヲ以テ賠償額ノ豫定ト爲シタルモノニ非サルヘキハ當然ナリ然ラハ則チ原判決ハ右約款ヲ以テ如何ナル法律上ノ性質ヲ有スルモノト爲シタルヤ復タ之レヲ知ルニ由ナシ然ルニ漫然該約款ニ基キ上告人ノ義務ヲ認メタルハ即チ不當ニ法則ヲ適用シタル不法アルヲ免レスト信スト云フニ在リ

然レトモ本論旨ハ原院カ甲第一號證ノ文詞解釋ノ不當ヲ鳴スモノナレハ適法ノ上告理由トナラサルノミナラス假ニ原院カ被上告人ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ債權讓渡ノ效果ヲ收ムルコト能ハサル場合ト雖モ尙甲第一號證ニ所謂債權讓渡シ兼ル場合ノ中ニ包含スルモノト判示シタルハ失當ナリトスルモ原判決ハ本訴債權讓渡ノ契約解除ニ歸シタルハ上告人ニ不履行ノ事實アリシニ基因スル旨明示シアルヲ以テ本論旨ハ到底原判決破毀ノ理由トスルニ足ラス

上告追加趣旨ノ第二ハ手附金ナルモノハ當事者カ別段ノ意義ヲ付セサル場合ハ之レニ由リテ解除ノ權利ヲ生スルニ過キス甲第一號證ニ「右債權貴殿へ讓渡シ兼ル場合ハ手附金倍返可申候」トハ右手附金ノ法律上ノ效果ヲ言明シタルニ過キサルモノナリ然ルニ原判決ハ何等別段ノ意思表示又格別ノ情況アルコトヲ明示セシテ漫然手附金ニ對スル法定以外ノ效果ヲ付シタルハ則チ理由不備及ヒ不當ニ法則ヲ適用シタル不法アルモノナリト云フニ在リ

然レトモ本件手附金ハ損害賠償ノ豫定額タル意義ヲ含蓄シタル事實ニ付テ上告人カ原院ニ於テ爭ハサリシコトハ其甲第一號證ニ所謂債權讓渡シ兼ル場合トハ他ノ障礙ニ因リ讓渡シ兼タル場合ヲ指稱シタルモノニシテ債務ノ不履行ニ因リ解除サレタル場合ノ如キハ與ラスト主張シタル事蹟ニ徴シテ自明ナリ然レハ則チ原院カ本件手附金ノ性質ニ付テ特ニ判示セサリシハ當然ニシテ本論旨モ亦上告ノ理由トナラス

上告追加趣旨ノ第三ハ當事者カ意思表示ノ爲メ使用シタル語辭ハ特別ノ情況ナキ以上之ヲ普通ノ意義ニ解スヘキナリ甲第一號證ニ「右債權貴殿へ讓渡シ兼スル場合ハ手附金倍返可申候」トアル讓渡シ兼ルトハ普通ノ意義ニ於テハ讓渡シ能ハサル事情アル場合ヲ意味スルモノニシテ其單ニ履行遲怠ノ場合ニハ違約其他ノ語辭ヲ用フルヲ通例トス故ニ普通ノ意義ニ反スル履行遲怠ノ場合ヲ指示シタルモノト解スルニハ斯ク解スヘキ特別ノ情況ヲ明示セサルヘカラス然ルニ原判決ハ何等特別ノ情況ナキニ拘ハ

ラス前示ノ如ク普通ノ意義ニ反スル解釋ヲ爲シタルハ理由不備及ヒ解釋法則違反ノ不法アルモノト信スト云フニ在リ

然レトモ書證ノ解釋ハ原院ノ專權ニ屬スルコト勿論ナレハ之レヲ非難スル本論旨ハ畢竟上告ノ理由トナラス

上告追加趣旨ノ第四ハ原判決ハ債權讓渡ノ通知債權證書引渡義務ノ不履行ヲ以テ債權讓渡契約ノ不履行ト爲シ其義務不履行ニ基ク解除ヲ正當ト判斷セリ然レトモ債權讓渡ノ契約ニ於テ民法第五百四十一條ノ所謂債務トハ債權自體ヲ移轉スルノ義務ヲ指稱スルモノニシテ債權證書ノ引渡及ヒ讓渡通知ノ如キ債權讓渡ノ效果ニ過キサル義務ヲ指稱スルモノニアラス原判決ハ即チ不當ニ法則ヲ適用シタル不法アルモノナリト云フニ在リ

然レトモ民法第五百四十一條ノ規定ハ契約ヨリ生シタル主要ノ債務ヲ履行セサル場合ニ限リテ之ヲ適用スヘキ法意ナリト速斷スルハ失當ノ議論タルヲ免レサルノミナラス原院ハ債權讓渡ニ附隨シテ通例生スル讓渡ノ通知及ヒ債權證書ノ引渡ニ止マラス抵當物競賣配當金ノ一部引渡ノ如キ皆甲第一號證ノ契約ヨリ發生シタル義務ナル旨判示シ而シテ更ニ上告人カ之ヲ履行セサリシ事實ヲ確定シアルヲ以テ本論旨ハ原判決ノ確定シタル事實ニ副ハサル事項ヲ基本トスルモノト云ハサルヲ得ス故ニ亦上告ノ理由トナラス

上告追加趣旨ノ第五ハ原判決ハ債權讓渡アリタルトキハ讓渡人ハ債權證書ヲ讓受人ニ引渡スヘキ義務アルコトヲ前提トシテ上告人ニ債務不履行ノ責アルモノト判断セリ然レトモ讓渡人ハ債權證書ヲ引渡スヘキ義務アルヤ否ヤヲ按スルニ獨逸民法ノ如キハ明文ヲ以テ此義務アルコトヲ規定スルモ我民法ニハ斯ル明文ナク且ツ民法四百八十七條ニ於テ辨濟者カ辨濟受領者ニ對シ證書ノ交付ヲ要求スル權利ヲ與ヘタルニ拘ハラス之レト同一ノ情況アルニ過キサル債權讓渡ノ場合ニ其債權證書ヲ引渡ス規定ナク又其交付ヲ要求スヘキ權利ヲ有スルモノト解スヘキ法理上ノ論據ナキヲ以テ我民法ハ債權證書交付ノ義務ヲ認メサルモノト解セサルヘカラス原判決ハ即チ法律ヲ不當ニ適用シタル不法アルモノト信スト云フニ在リ

然レトモ債權證書ハ債權者カ其債權ヲ行使スルニ必要ナル證書ナレハ債權讓渡ノ場合ニ於テ反對ノ意思表示アラサル限りハ讓渡人ハ讓受人ニ其債權證書ヲ引渡ス義務アルコトハ債權質ニ關スル民法第三百六十三條ノ規定ニ徴スルモ亦之レヲ知ルニ難カラス然リ而シテ債權讓渡ニ關シテ民法第四百八十七條ノ如キ規定存セサル所以ノモノハ他ナシ債權證書ハ債權者ノ所有物ナルヲ以テ辨濟ノ場合ニ在リテハ該條ノ如キ明文ノ必要ヲ感スト雖モ債權讓渡ノ場合ニ在リテハ特ニ之レヲ聲明スル必要アラサルヲ以テナリ是故ニ本論旨ハ理由ナシ

上告追加趣旨ノ第六ハ原判決ハ「控訴人ハ甲第一號證ニ所謂債權讓渡シ兼ヌル場合トハ他ノ障礙ニヨリ讓渡シ兼ヌタル場合ヲ示稱シ前示義務ノ不履行ニヨリ解除サレタル場合ノ如キヲ指スモノニアラスト陳辯スレトモ右文詞ハ控訴人又ハ被控訴人ノ責ニ歸スヘキ事實ノ爲メ債權讓渡ノ效果ヲ奏セザリシ場合ヲ總テ指稱シタルモノト解釋スルヲ以テ此ノ主張ハ採用シ難シト説明セリ然レトモ右告人ノ主張ハ前示甲第一號證ニ所謂債權讓渡シ兼ヌル場合ナル語辭ハ之レヲ如何ニ解釋スヘキヤニ關スルモノナルコト原判決ノ示ス如クナルヲ以テ原院カ右ノ意義ヲ判定スル以前ニ於テ上告人主張ノ當否ヲ判断シ然ル後自由心證ニヨリテ其意義ヲ判定スヘキモノナリ然ルニ原院ハ事茲ニ出テス右ノ解釋ニ付キ先ツ自ラ豫斷ヲ爲シ上告人ノ主張カ其豫斷ニ反ストノ理由ヲ以テ直チニ其主張ヲ斥ケ遂ニ其豫斷ヲ以テ爭點ノ判断ト爲シタルモノナレハ全ク事理ノ本末ヲ顛倒シタルモノニシテ結局爭點ニ關スル當事者ノ抗辯ヲ看過シタル不法ニ歸着スヘキモノト信スト云フニ在リ

然レトモ債務不履行ニ因ル契約ノ解除ハ果シテ甲第一號證ニ所謂債權讓渡シ兼ヌル場合中ニ包含スルヤ否ハ實ニ原院ニ於ケル當事者間ノ一爭點ナリ而シテ原院ハ上告人ノ主張ヲ排斥シテ債權讓渡シ兼ヌル場合ノ文詞中ニハ不履行ニ因ル契約ノ解除ヲ包含スルモノト判断シタルヲ以テ原判決ハ爭點ニ關スル當事者ノ抗辯ヲ看過シタルモノト云フヲ得ス

上來判示スル如ク上告論旨ハ一トシテ適法ノ理由アラサルヲ以テ民事訴訟法第四百三十九條第一項ノ規定ニ從ヒ主文ノ如ク判決ス

○約定履行請求ノ件

明治三十八年(大)第四百二十六號
明治三十八年十月二十五日第二民事部判決

◎判決要旨

一當事者カ私署證書ヲ否認セル場合ニ於テハ檢眞ノ方法ニ依ルノ外
其效力ヲ認ムヘカラストスル法規ナケレハ他ノ證據方法ニ據リテ
其成立ヲ認ムルモ妨ナシ

第一審 神戸地方裁判所

第二審 大阪控訴院

上告人

軸谷宇之吉

訴訟代理人

山口正
入山正
仙

被上告人

岸本榮太郎

右當事者間ノ約定履行請求事件ニ付大阪控訴院カ明治三十八年六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ハ明治三十六年八月十日被上告人ヨリ田畑宅地建物ノ一部ヲ代金三百五十圓
ニテ賣戻シテ受ケ其代金ハ上告人ヨリ現實被上告人ニ交付シタルコトヲ主張シタリ而シテ此事實上ノ
主張ハ乙二號證ト牴觸スルモノナレハ此事實ノ存在アリトセハ乙二號證ハ成立シ得ヘキモノニ非ス然
ルニ原院カ此事實ノ存否ヲ判斷セラレサルハ理由ヲ備ヘサル不法アリト思考スト云フニ在リ

依テ原判決ヲ閱スルニ其理由ノ末段ニ控訴人(上告人)ハ甲第三六號證ニヨリ係争地外ノ地所建物ヲ
代金三百五十圓ニテ買戻シタル事ヲ立證セントスルモ云々結局控訴人ノ主張事實ヲ認ムルニ由ナシ云
云ト説明シアリテ明カニ上告人ノ主張ヲ排斥シタル判斷ノ理由ヲ掲ケアルニヨリ上告論旨ハ原判決ノ
理由ニ副ハサル批難ニシテ適法ノ理由ナシ

第二點ハ乙二號證ハ私成證書ニシテ上告人ノ否認スル所ナレハ檢眞ノ方法ニ依ラサル乙二號證ヲ有效トセシハ不法ナリト云
效力ヲ有ス可キモノニ非ス然ルニ原院ハ檢眞ノ方法ニ依ラサル乙二號證ヲ有效トセシハ不法ナリト云
フニ在リ

然レトモ私署證書ヲ其當事者カ否認スル場合ニ於テ檢眞ノ方法ニヨルノ外其效力ヲ認ムヘカラストス
ル法規アルコトナシ故ニ他ノ證據方法ニヨリテモ亦其成立ヲ認メ得ヘキ書證ノ檢眞ハ當事者ハ申立ニ
依リ裁判所カ必要ト認メタル場合ニ之ヲ爲スコトヲ得ヘキモノナリ而シテ本件ニ付テハ檢眞ノ申立ナ
ク被上告人ハ乙二號證ヲ提出シテ乙二號證ノ真正ニ成立シタルコトヲ立證シ原裁判所ハ之ニ依テ其

成立ヲ認メタルモノナレハ原判決ハ此點ニ於テモ違法ノ廉ナシトス
以上説明ノ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ノ規定ニ從ヒ之ヲ
棄却スヘキモノトス

○不當利得金取戻請求ノ件

明治三十八年(オ)第二百七十八號
明治三十八年十月二十八日第一民事部判決

○判決要旨

一手形振出人ハ手形ノ振出ニ依リ現實自己ヲ利シタルト否トニ拘ハ
ラス手形ノ文言ニ因リ券面記載ノ金額ヲ支拂フヘキ義務ヲ負擔ス
ルモ此債務ヲ免レタル振出人ハ常ニ手形面記載ノ金員ヲ利得シタ
ルモノト速斷スルコトヲ得ス

第一審 名古屋地方裁判所岡崎支部 第二審 名古屋控訴院

上告人 原田幾太郎 訴訟代理人 菊池武夫

被上告人 株式會社御殿銀行

右法定代理人 關谷泰 訴訟代理人 (藍川清成 後藤文一 服)

右當事者間ノ不當利得金取戻請求事件ニ付名古屋控訴院カ明治三十八年三月十八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名古屋控訴院ニ差戻ス

理由

上告論旨第二點ハ不當利得ノ場合ニ於テハ受ケタル利益ハ現實ナラサルヘカラス而シテ上告人ハ乙第
三號證ノ振出ニ因リ割引又ハ其他ノ利益ヲ被上告人ヨリ受ケタルコトナシ唯タ訴外本郷委託販賣株式
會社ヨリ既ニ廢紙トナリタル後ノ右乙第三號證ヲ引渡サレタルノミ乃チ上告人ハ同號證ノ受領ニ因リ
何等ノ實益ヲモ受ケ得サルニモ拘ハラス原院カ右趣旨ノ抗辯ヲ排斥セラレタルハ不當ナリト云ヒ同
第三點ハ取戻債權者カ請求權ヲ失フハ其損失ト謂フコトヲ得ヘキモ常ニ取戻債務者ノ利益トハ爲ラサ
ルコト商法第四四四條ニ受ケタル利益ノ限度ヲ標準トスルノ規定(民法第七〇三條亦同シ)アルニ徴
シテ明カナリ(明治三十二年オ第二二四號同三三年五月分判決錄第一二二頁)然ルニ原院カ乙第三號證
ニ依ル債務ノ消滅ヲ以テ即チ上告人ノ受益ナリト斷セラレタルハ不當ナリト云フニ在リ
按スルニ不當利得ノ規定ニ依リ受益者ニ對シ其利益ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ヘキ限度ハ請求當時受
手形振出人ノ不當利得

益者ニ現存スル利益ナラサル可カラズ而テ凡ソ手形振出人ハ手形ノ振出ニ依リ現實己ヲ利シタルコトアルト否トニ拘ハラズ手形ノ文言ニ因リ券面記載ノ金額ヲ支拂フノ義務アリト雖モ是唯手形債務ノ性質上然ラシムルモノニ過キサルカ故ニ手形金支拂ノ債務ヲ免レタル振出人ハ常ニ手形面記載ノ金額ヲ己ニ利シタルモノト速断スヘキモノニ非サルナリ(明治三十三年五月三十一日判決不當利得金返還請求事件参照) 翻テ本件被告上告人請求ノ趣旨ヲ按スルニ被告上告人ハ上告人カ曾テ振出シタル乙第三號證約束手形ノ支拂ヲ請求シタルニ上告人ハ右手形金ノ辨濟ニ代ヘ本郷委託販賣株式會社振出ニテ被告上告人ニ裏書シタル本訴甲第一號證手形ヲ交付シタリ然ルニ右甲一號證ハ當事者ノ豫期ニ反シ法律上無効ノ手形ニシテ何等法律關係ヲ發生シ得ヘキモノニ非ス隨テ上告人ハ此無効手形ニヨリ被告上告人ニ對スル手形債務ヲ免レ依テ不當ニ利得ヲ受ケタルモノナリト云フニ在リ而テ上告人ノ此ニ對スル抗辯中其主要ナルモノハ乙第三號證ノ手形ハ本郷委託販賣株式會社ノ依頼ニヨリ上告人ハ振出人タルノ名義ヲ貸シタルノミニシテ曾テ爲替資金ヲ領收シタルコトナシ隨テ被告上告人カ縱令甲一號證ノ無効手形ノタメ其手形債權ヲ失ヒタリトスルモ上告人ハ之カタメ何等ノ利益ヲ受ケタルモノニ非スト云フニ在リ左レハ本件被告上告人請求ノ當否ヲ審理スルニ付キテハ上告人ハ果シテ乙三號證ノ手形債務ヲ免脱セラレタルカタメ利益ヲ受ケタリヤ否ヤ又其現存スル利益ノ限度如何ヲ審究セサル可カラズ然ルニ原判決爰ニ出テス「手形ハ其文言ニ從ヒ責任ヲ負フモノナルヲ以テ假令被告上告人(上告人)ト訴外人本郷委託

販賣株式會社トノ間ニ如何ナル關係存スルモ其署名者即チ被告上告人ヲ目的トシテ其手形ヲ取得シタル控訴人(被告上告人)ニ對シ之カ支拂ノ債務ヲ免カレス而テ該債務ハ叙上ノ如ク手形ノ返還ヲ受ケ消滅シタルモノナレハ則チ消極的ニ利益ヲ收得シタルモノナリト判決シタルハ前掲不當利得ニ關スル法理ヲ誤解シタル不法アルモノトス既ニ此點ニ於テ原判決ヲ破毀スル以上ハ他ノ上告論旨ニ對シ逐一之ヲ説明スルノ要ナシ

以上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

○契約謝金請求ノ件

明治三十八年(大)第四百八號
明治三十八年十月二十八日第一民事部判決

○判決要旨

一 明治十年布告第四十三號ノ規定ハ社寺カ金穀ノ消費貸借ヲ爲ス場合ニノミ適用スヘキモノニ非スシテ其金穀ノ給付ヲ目的トスル他ノ債務ヲ負擔スヘキ場合ニモ亦均シク之ヲ適用スルコトヲ要ス(判

明治十年布告第四十三號ノ適用○寺院僧信徒總代ノ代表資格

旨第二點)

一寺院ノ檀信徒總代カ明治十年布告第四十三號ニ依リテ證書ニ連署スルハ寺院ノ代表者タル住職ノ事務執行ヲ監査スヘキ職責アルニ由ルモノナレハ之ヲ以テ檀信徒總代ハ寺院ヲ代表スル權限アリト云フヲ得ヌ(判旨第四點)

(參照) 神社並寺院ニ於テ其社寺ノ爲メ金穀ヲ借入ル、トキ若クハ金穀ヲ借入ル、爲メ社寺附地所(除稅地ヲ除クノ外)建物什器(寶物古文書類ヲ除クノ外)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(明治十年布告)

第四十號)

第一審 京都地方裁判所 第二審 大阪控訴院

上告人 藤間正隆 訴訟代理人 (岡崎正也 若林秀之助 大瀧新之助)

被上告人 本能寺

右代表者 桃井日威

右當事者間ノ契約謝金請求事件ニ付大阪控訴院カ明治三十八年六月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

上告趣旨ノ第一ハ上告人ハ原審ニ於テ本件ノ謝金契約ハ被上告寺院ノ信徒總代二名ノ追認アリタルモノナリト主張シ之カ事實ヲ證スル爲メ甲二十一號、甲二十二號、甲二十六號、甲三十號證(原審ニ於テ甲三十二號ヲ甲三十號ト訂正シタリ即チ本件ノ書證ハ甲一號乃至甲三十二號ナリシモ甲三十號證ノ一、二及甲三十一號證ヲ取消シタル結果ナリ)ヲ提出(明治三十七年十月二十六日附事實補充ノ申立、立證方法、同年十一月二十五日附ノ同上訂正及追加申立、明治三十八年一月二十四日ノ原審辯論調書ノ記事ニ於テ明ナリ)シタルニ被上告人ハ甲二十一號、甲二十二號證ヲ認メタルモ甲二十六號證ヲ否認シ甲三十號證ハ不知ノ陳述ヲ爲シタルヲ以テ上告人ハ此二箇ノ書證ニ對シ被上告人カ筆蹟ヲ認ムル所ノ甲二十七號證ト對照セラレンコトヲ申立タリ(明治三十八年一月二十四日原審辯論調書ニ記載アリ)而テ此甲二十六號證ニ依レハ「先般總代委任狀相渡シ候節方丈ニ於テ無斷ニテ一萬五千圓借入不致様ノ方丈直筆ニテ相認違承院モ調印致候テ拙ヘ其書面ヲ出シ石田ト違承トノ面前ニテ右ノ金借入ノ儀ハ一應方丈ヨリ御知セ被下候由ニ付方丈ノ委任狀管長ノ證明書取揃候節ハ一萬五千圓ハ皆金貴殿ヘ御渡可申カ又ハ一萬二千カ三千ニテ皆濟ニナルカヲ慥メ相渡可申事ヲ違承兩人ヨリ拙ヘ申入該書

而ニ執事ノ調印セヨト申シタルニ付承知シテ調印シタリ云々」又甲三十號證ニハ「種々心配ノ結果石田氏ヨリ彼ノ委任狀一枚ヲ消シ一枚ハ使用セヨト申事ヲ只今申來リ一同小踊リシテ四名トモ石田方ニ參リ貴家へ可相渡ノ事ト會計上ノ事トア打明シ得心爲致今晚御宅へ持參仕事ニ相成リ尙又少々ナリトモ現金モ明日借入ノ上ハ持參可仕候迄ノ運ニ相成候間云々」トアリ右ノ文意ハ孰レモ本件甲二十一號證ノ信徒總代ノ委任狀ヲ上告人ニ交付シタル手續ニ關スルモノナルヲ以テ若シ此書證カ對照ノ結果眞正ナリトスルトキハ本件ノ謝金契約ハ信徒總代ノ追認ニ係リタルモノト論定スルコトヲ得可シ左スレハ此書證ハ信徒總代追認ノ有無ヲ判斷スルニ最モ重要ナル證據方法ナルニ原審ハ漫然甲五號、甲十八號、甲二十一號乃至甲二十四號ノミニ依リ追認ノ事蹟ナシト判定シ最モ重要ナル右甲二十六號、甲三十號證ニ對シ對照ノ結果ヲ示サ、ルノミナラス何等ノ説明ヲモ與ヘスシテ不當ニ本件ノ事實ヲ確定シタルハ第一、證據調ノ法則ニ違背シ第二、裁判ニ理由ヲ付セサル不法アルモノト思考スト云フニ在リ仍テ按スルニ上告人カ原審ニ於テ甲第二十六號證及ヒ甲第三十號證ノ筆蹟ヲ甲第二十七號證筆蹟ト對照センコトヲ申立テタル事蹟ハ原院ノ法廷調書ニ其記載ナキニ非スト雖モ甲第二十六號證ノ立證趣旨ハ明治三十六年十月二十六日附事實補充申立書ニ甲第二十六號證右委任狀ヲ以テ借入ルヘキ金一萬五千圓ハ被控訴人（上告人）ノ報酬ニ充當スルモノタルコトヲ證ストアリ又甲第三十號證ノ立證趣旨ハ原院明治三十八年一月二十四日ノ法廷調書ニ取寄書類ヲ引用シ甲第三十號證トナシ謝金ノ契約ヲ爲シタルコトヲ證ストアルニ止マリ果シテ本論告ノ如ク上告人カ此兩箇ノ書證ヲ以テ追認ノ事實ヲ立證スル資料ニ供シタル事蹟ヲ徵スルニ由ナシ然リ而シテ原判決ニハ追認ノ事實ヲ認定スルコトヲ得サル所以ノ理由ヲ開示シアルヲ以テ裁判ニ理由ヲ付セサル不法アルモノト云フヲ得ヌ又甲第二十六號證及ヒ甲第三十號證ノ立證趣旨果シテ前掲ノ如クナリトスレハ原院カ其筆蹟ノ眞否ヲ判斷セサリシハ畢竟判決ニ影響セサルヲ以テノ故ニ外ナラスト謂フヲ得ヘシ之ヲ要スルニ本論旨ハ到底適法ノ上告理由トナラス

上告趣旨ノ第二ハ原判決ハ本件ノ如キ寺ト報酬契約ヲ締結スルニハ信徒總代ノ承認ヲ必要トスルヤ否ヤヲ判定スルヲ判決ノ基本トナシ「明治十年第四十三號布告ニ依レハ社寺ノ爲メ金穀ヲ借入レ又ハ金穀ノ借入ニ關シ社寺ノ地所建物等ヲ抵當ニ供スルカ如キコトハ氏子檀家總代ト協議シ總代二名以上ノ連署ヲ要スヘキ旨ノ規定アリテ其律意ハ社寺ノ資産ヲ保護スル旨趣ニ由リ住職等ノ行爲中社寺ノ資産ニ直接影響スルモノニ關シテハ必ス氏子檀家總代二名以上ノ承諾ヲ要スルモノト定メタルニ在ルコト明ナリ」ト論示シ而シテ「本件報酬契約ノ如キハ控訴寺獨リ出捐ヲ爲スニ止マリ其財産上何等ノ給付ヲ相手方ヨリ受クルニアラサルヲ以テ同契約ノ控訴寺ノ資産ニ直接影響スヘキモノタルコト極メテ明白ナル」ヲ以テ「本件報酬契約モ亦法規ニ從ヒ信徒總代二名以上ノ承諾ヲ要スルモノト爲サ、ルヘカラス」ト論斷シ遂ニ本件契約ノ締結ニハ信徒總代二名以上ノ承諾ヲ要スルモノト判定セラレタリ然レ

トモ此論結ハ明ニ明治十年第四十三號布告ヲ不法ニ擴張シ以テ適用スヘカラサル法則ヲ本件判定ノ基礎ニ適用セラレタルモノト云ハサル可カラス凡ソ例外法規ハ之レヲ狹義ニ解釋シ類推解釋ヲ許サ、ルヲ法規解釋ニ關スル原則トス寺院ハ既ニ事實上ノ法人トシテ住職ニ寺院ヲ代表スルノ資格アルコトヲ認ムル以上ハ原則トシテ住職ハ寺院ヲ代表シ諸般ノ法律行為ヲ爲ス權限ヲ有スルモノナリトノ前提モ亦合理ナルモノト認メサル可カラス既ニ住職カ寺院ヲ代表シテ諸般ノ法律行為ヲ爲シ得ルモノトスレハ其行為ニ付キ有效ナラシムルニハ或ル條件ヲ具備セサル可カラスト爲スハ一ノ例外タルニ外ナラス故ニ明治十年第四十三號布告ハ一ノ例外規定ニシテ寺院ニ對スル普通ノ法規ニ非ス果シテ然ラハ此布告ハ之レヲ文字ニ示スカ如ク嚴格ニ之レヲ解釋シ類推シテ其法意ヲ擴張解釋ス可キモノニ非サルハ論ナシ加之明治十年第四十三號布告ハ明治九年教部省第四十號達「各管内寺院修繕其他寺用ノ爲メ一時借財候者有之節地所建物及寄附物寺附什器等抵當ニ書入候向ハ法類檀家協議ノ上檀家二名以上連署各本寺法類等ノ承認ヲ受ケ云々」ノ布達カ一方ニ於テハ其範圍餘リニ狹ク他方ニ於テハ其要件餘リニ複雑ナルニ依リ其範圍ヲ抵當ナクシテ金穀ヲ借入ル、場合ニ擴張シ其要件ヲ單ニ總代二名以上ノ連署ニ縮少シタルモノニシテ沿革上ヨリ觀察スルモ明治十年第四十三號布告ハ「住職ノ行為中寺ノ資産ニ直接影響スルモノニ關シテハ氏子檀家總代二名以上ノ承諾ヲ必要トスルモノト定メ」タルモノニ非ス若シ夫レ直接ニ寺院ノ財産ニ影響ヲ及ホスモノハ凡テ總代二名以上ノ承諾ヲ要ストノ解釋ヲ正當ナリトスルニ於テハ凡テノ住職ノ財産上ノ行為ハ悉ク直接ニ寺院ノ財産ニ影響ヲ及ホスヘキヲ以テ住職一個ノ行為ハ凡テ無効トナルノ結果ヲ生スヘク從テ住職ノ寺院代表資格ハ有名無實トナリ寺院ヲ事實上ノ法人ト認メタル實益全ク存セサルニ至ルヘシ現今ニ於テハ多數財産ノ衆合タル株式會社ニアリテモ取締ヲシテ各自會社ヲ代表セシムルノ權能ヲ與ヘ居ルニ拘ラス寺院ノ住職ヲシテ猶ホ財産上ノ凡テノ行為ヲ自己ニ代表スル能ハスト爲スノ理由何レニモ存セサルナリ故ニ法ノ解釋上ヨリ見ルモ沿革上ヨリ見ルモ特ニ論理上實益上ヨリ觀察スルモ明治十年第四十三號布告ハ其文字ニ示ス如ク金穀ノ借入レ若クハ金穀借入レニ付キ社寺ノ地所建物什器等ヲ抵當ニ入ル、場合ニ限リ總代二名以上ノ連署ヲ要スルモノト解釋スヘキモノニシテ原判決ニ於テ論示スル如ク直接ニ寺院ノ財産ニ影響ヲ及ホス本件報酬契約ノ如キ場合ト雖モ總代二名以上ノ連署ヲ必要ト爲スヘキモノニ非ス然ルヲ原審ハ本件報酬契約ノ場合ニハ總代二名以上ノ連署ヲ要スルモノト斷定シ之レヲ基礎トシテ本件ノ判定ヲ爲シタルハ不當ニシテ所謂法律ヲ不當ニ適用シタル不法アリト思考スト云フニ在リ

然レトモ明治十年第四十三號布告ニ金穀ノ借入トアルハ金穀ノ給付ヲ目的トスル債務ヲ表示セント欲シテ世間常有ノ事爲タル借入ノ語ヲ用ヒタルニ過キス故ニ該規定ハ社寺カ金穀ノ消費貸借ヲ爲ス場合ニ限リテ適用スヘキモノニ非スシテ其金穀ノ給付ヲ目的トスル他ノ債務ヲ負擔スヘキ場合ニモ亦均シク之ヲ適用スルヲ要ス何トナレハ該布告ハ社寺ノ利益ヲ保護スル精神ニ出テタル規定ナレハ消費貸借

以外ナル金穀ノ給付ヲ目的トスル債務ノ負擔ニ付テ神官住職ノ專斷ニ一任シテ願ミサルハ理萬アラサレハナリ如上ノ法理ハ從來本院ノ判例ニ於テ屢聲明スル所ニシテ未タ之ヲ變更スヘキ理由アルヲ見ス若夫住職ノ寺院代表權ニ至リテハ寺院ノ事務執行ニ關スル手續ノ規定タル明治十年第四十三號布告ノ爲メニ消長スルモノニ非サルコト固ヨリ論ヲ俟タヌ要スルニ本論旨ハ本院ノ判例ト見解ヲ異ニシ以テ原判決ヲ非難スルニ外サラサレハ到底上告ノ理由トナラス

上告趣旨ノ第三ハ抑本件ハ上告人ハ被上告人ト謝金契約ヲ爲シタリト主張シ之カ事實ヲ立證センカ爲メ甲第一號證乃至甲第三十號證ヲ提出シ且數多ノ證言ヲ援用シタリ被上告人ハ上告人カ主張ノ事實ヲ全然非認シタルコトハ原判決事實摘示ノ記事ニ於テ明白ナリ左レハ本件ノ爭點ハ斯ル法律行爲カ當事者間ニ爲サレタルヤ否ニ存スルヲ以テ原判決ハ先ツ此爭點ニ對シ事實ノ存在即チ寺院ノ債務ナルカ住職一己ノ債務ナルカ將タニツナカラスル債務ハ存在セサルカヲ定メサル可ラス明治十年第四十三號布告ハ寺院ノ住職カ檀家總代ノ連署ヲ得スシテ寺院ノ債務ヲ約シタル場合ハ住職一己ノ私債ト見做ストノ律意ナレハ此布告ヲ適用センニハ住職カ檀家總代ノ連署ヲ得スシテ寺院ノ債務ヲ約シタル事實ノ存在ヲ基礎トセサル可ラス若シ此ノ事實ノ存在ナケレハ右布告ヲ適用スルコトヲ得サルハ多言ヲ要セサルナリ今原判決ヲ見ルニ(被控訴人^{上告}ノ自供スル所ニ依レハ本訴請求ノ基本タル報酬契約ハ其結約ノ當時控訴寺^{被上}信徒總代ノ承諾ナカリシモ其後ニ至リ同信徒總代二名ノ追認ヲ得タリト云フニ在リ

ヲ以テ先ツ如此契約ニ關シテ總代ノ承諾ヲ必要トスルヤ否ノ點ニ付審按スルニ云々明治十年第四十三號布告ニ依レハ社寺ノ爲メ金穀ヲ借入レ又ハ金穀ノ借入レニ關シ社寺ノ地所建物等ヲ抵當ニ供スルカ如キコトハ氏子檀家總代ト協議シ總代二名以上ノ連署ヲ要スヘキ旨ノ規定アリテ云々本訴ノ報酬契約ノ成立其原因及其他ノ點ニ關スル被控訴人^{上告}ノ主張ヲ事實ナリト爲スモ同契約ハ前掲布告ノ旨趣ニ依リ控訴寺^{被上}信徒總代ニ對シ無効ナルコト明白ナルヲ以テ他ノ爭點ニ關シテハ別ニ説明ヲ爲スノ要ナシトアリテ即チ原判決ハ上告人主張ノ事實ヲ(假定事實)ト爲シ判決カ認メサル可ラサル一定ノ事實ヲ確定セシテ前掲布告ヲ適用セラレタルモノナレハ原判決ハ要スルニ裁判ニ必要ナル事實ヲ確定セシテテ單ニ假定事實ヲ基礎トシテ法律ノ適用ヲ爲サレタル違法アルモノトスト云フニ在リ

然レトモ本訴ハ上告人カ被上告人タル寺院ニ對シテ請求權アリト主張スル訴訟ナレハ本訴債務ハ被上告人ノ負擔シタルモノナルヤ否ヲ判斷スレハ請求ノ當否ヲ斷スルニ足ルコト勿論ニシテ其住職ノ債務ナルヤ或ハ寺院又ハ住職ノ債務トシテモ亦存在セサルヤ否ノ如キハ毫モ之ヲ判斷スルノ要ナシ然リ而シテ原判決ハ明ニ被上告人ノ負擔ニ歸スヘキ債務存立セサル旨判示シアルヲ以テ必要ノ事實ヲ確定セサル不法アルモノト云フヲ得ス

上告趣旨ノ第四ハ原判決ハ其理由ノ冒頭ニ於テ「被控訴人ノ自供スル所ニ依レハ本訴請求ノ基本タル報酬契約ハ其結約ノ當時控訴寺信徒總代ノ承諾ナカリシモ後ニ至リ同信徒總代二名ノ追認ヲ得タリト

云フニ在ルヲ以テ云々ト説示シ恰モ上告人ニ於テ本件係争ノ報酬契約締結ノ當時被上告寺ノ代表者トシテ該契約ヲ締結セル委員日繼日秀及ヒ執事雜賀日秀ハ被上告寺ヲ代表スルノ權限ナキ事ヲ自認セルカ如ク説明セリト雖モ右日繼日秀及ヒ雜賀日秀カ完全ニ被上告寺ヲ代表シテ右報酬契約ヲ締結スルノ權限ヲ有シ從テ右契約ノ有效ニ成立セル事ハ上告人カ第一審以來極力主張セル所ニシテ而カモ其完全ニ代表權ヲ有ストハ固ヨリ信徒總代ノ承諾ヲ得テ該契約ヲ取結フノ權限ニ瑕瑾ナシトノ意味ナルヤ言ヲ竣タス而シテ假リニ右日繼日秀及ヒ雜賀日秀等ノ代表資格ニ欠缺アリトスルモ後ニ至テ被上告寺ノ住職及ヒ其信徒總代二名以上ノ追認ヲ得タルヲ以テ該契約ハ有效ニ存在スル旨主張セル事モ亦原院判決事實摘示竝ニ原院口頭辯論調書ノ記載ニ徴シテ明カナリ然ルニ原判決ハ右上告人ノ主張スル假定事實ヲ以テ上告人ノ自認セル所ナリト妄斷シ且ツ本件主要ノ争點タル委員日繼日秀執事雜賀日秀等カ報酬契約成立ノ際完全ニ被上告寺ヲ代表スルノ權限アリシヤ否ヤノ點ニ付何等ノ説明ヲ與ヘサルハ不當ニ事實ヲ確定セルト同時ニ理由不備ノ裁判ニシテ破毀ヲ免レサルモノト思料スト云フニ在リ然レトモ寺院ノ檀信徒總代カ明治十年第四十三號布告ニ依リテ證書ニ連署スル所以ノモノハ寺院ノ代表者タル住職ノ事務執行ヲ監査スル職責アルニ之由ル是ヲ以テ檀信徒總代カ寺院ヲ代表スル者ト爲スハ極メテ安ナリ本訴ニ於テ上告人カ當初報酬契約ヲ締結シタル時信徒總代ノ承諾アリタル事實ヲ主張シタル形蹟ハ一モ訴訟記録ニ存セサルノミナラス本論旨ハ畢竟寺院ノ代表權ト事務執行ノ監査權トヲ混視シタル非難ナレハ亦上告ノ理由トナラス

判旨第四點

上來判示スル如ク上告論旨ハ一トシテ適法ノ理由アラサルヲ以テ民事訴訟法第四百三十九條第一項ノ規定ニ從ヒ主文ノ如ク判決ス

〇不動産強制競賣事件ノ決定ニ對スル抗告ノ件

明治三十八年(ク)第二百二十四號
明治三十八年十月三十日第二民事部決定

〇決定要旨

一 抗告裁判所カ不動産競落許可決定ニ對スル抗告ヲ強制競賣手續ニ關スル異議申立却下ノ決定ニ對スルモノト誤認シ其抗告主旨ニ付キ何等ノ判斷ヲ與ヘス不適法ノ抗告トシテ之ヲ棄却シタルトキハ重要ナル裁判手續ニ違背セルモノニシテ其裁判ニ因リ新ナル獨立ノ抗告理由ヲ生スルモノトス

原 審 東京控訴院

抗 告 人 山下吉五郎 外一名 訴訟代理人 今泉丘之

獨立ノ抗告理由

右不動産強制競賣事件ニ付明治三十八年八月七日東京控訴院カ與ヘタル抗告棄却ノ決定ニ對シ更ニ抗告ヲ爲シタルニ依リ當院ハ決定スルコト左ノ如シ
原決定ヲ廢棄シ更ニ本件ノ裁判ヲ爲スコトヲ原院ニ委任ス

理由

抗告理由ハ抗告人ハ不動産競落許可決定ニ對スル抗告ヲ爲シタルニ原院ニ於テハ不動産強制競賣事件ニ對スル異議申立ノ却下ニ對スル抗告ノ如ク筋違ノ解釋ヲサレタルモ抗告人等ハ原院ニ提出シタル抗告狀ニハ不動産競落許可決定ニ對スル再抗告トシテ理由ヲ付シテ提出シタルニ原院ニ於テハ不動産強制競賣事件ニ對スル異議申立ノ却下ニ對スル抗告ノ如ク誤認シテ本件抗告ヲ棄却ノ決定ヲ爲シタルハ不當ナリトスト云フニ在リ

因テ記録ヲ査閱スルニ抗告人ハ明治三十八年七月四日東京地方裁判所ニ於テ強制競賣手續ニ關スル異議申立却下ノ決定ニ對スル抗告ニ付棄却ノ決定ヲ受ケ又同日同廳ニ於テ不動産競落許可決定ニ對スル抗告ニ付テモ棄却ノ決定ヲ受ケタルモノニシテ抗告人カ原院ニ爲シタル抗告ハ前者ニ對スルモノニアラスシテ後者ニ對スルモノナルコトハ其再抗告狀ノ記載ニ徴シテ明確ナリ而シテ該抗告狀ニ依レハ原裁判所即チ東京地方裁判所ニ明治三十八年五月十七日附ヲ以テ提出シタル抗告理由ヲモ主張スルモノナルニ原院カ抗告人ノ抗告ヲ以テ強制競賣手續ニ關スル異議申立却下ノ決定ニ對スルモノト誤認シタル結果抗告人カ明治三十八年五月十九日附ヲ以テ東京地方裁判所ニ提出シタル抗告理由ヲ主張スルモノ、如ク見做シ抗告人ノ右抗告主旨ニ對シテハ何等ノ判斷ヲ與ヘス不適法ノ抗告トシテ之ヲ棄却シタルハ重要ナル裁判手續ニ違背シタルモノニシテ原裁判ニ因リ新ナル獨立ノ理由ヲ生シタルト同時ニ抗告ハ其理由アルモノトス依テ民事訴訟法第四百六十四條一項ニ從ヒ主文ノ如ク決定スルモノナリ

○土地所有權移轉登記手續請求ノ件

明治三十八年(大)第二百三十七號
明治三十八年十月二十日第二民事部判決

○判決要旨

一 同一ノ係争物ニ付キ二箇同一ナル假處分ヲ爲スモ其執行ニ支障ナ
キ以上ハ二者共ニ有效ニ存立スルモノトス然レトモ第一ノ假處分
ノ效力ハ第二ノ假處分ヲ以テ阻却スルコト能ハサルカ故ニ第一ノ
假處分ニ因リ保全セラレタル請求權ノ實行ニ對シテハ第二ノ假處
分ヲ以テ之ヲ妨クルコトヲ得ス

第一審 静岡地方裁判所

第二審 東京控訴院

上告人 齋藤峰三郎

訴訟代理人

外三名

〔江木 高窪喜八郎 裏〕

被上告人 石川常太郎

訴訟代理人

鶴田 窓

從參加人 和田長十郎

訴訟代理人

飯田宏作

右當事者間ノ土地所有權移轉登記手續請求事件ニ付キ東京控訴院カ明治三十八年三月三十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被上告人及從參加人ハ上告棄却ノ申立ヲ爲シタリ

判決

同一ノ係争物ニ對スル二箇ノ假處分

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東京控訴院ニ差戻ス

理由

上告第一點ノ要旨ハ本件係争山林ハ明治二十九年中被上告人ヨリ上告人等ニ對シ相當ノ價額ヲ以テ賣渡スヘキ契約ヲ結ヒタルニ拘ハラヌ被上告人之ヲ履行セサルカ爲メニ上告人等ハ同年八月二十六日該山林全體ノ處分行爲ヲ禁スル假處分命令ヲ得タル上之ヲ登記シ次テ其一部（即チ百十二番地ノ三ノ二山林一畝二十三歩）ニ付テ訴訟ヲ提起シ被上告人ニ對シ一定ノ價額ヲ以テ賣渡ヲ爲ス可キコトヲ求メ遂ニ甲第五號證判決ノ如ク勝訴ノ判決ヲ受ケ其判決確定ト同時ニ代金支拂ヲ爲シ又之ト同時ニ他ノ部分全體ニ付テモ和解ヲ爲シテ代金支拂ヲ完了シタリ然ルニ從參加人ハ右判決確定前即チ明治三十年四月十九日ニ於テ同一山林ニ付被上告人ニ對シテ讓與又ハ抵當トナスコトヲ禁スル假處分命令ヲ得タル上登記シタリ本件ノ事實概畧斯ノ如シ原院ハ之ヲ判定シ上告人カ賣買契約ヲ爲シタルハ從參加人ノ爲シタル假處分登記ノ後ニ屬スルヲ以テ其行爲ハ無効ナリ從テ登記手續ノ請求ハ失當ナリト爲シタリ然レトモ上告人ハ前述ノ如ク係争山林ノ全部ヲ取得スヘキ權利ヲ保全センカ爲メニ未タ何人ヨリモ假處分登記ナキ時代即チ明治二十九年八月中ニ其全部ニ對シテ假處分命令ヲ受ケタル上先ツ最モ必要ナル部分ニ付テ訴訟ヲ提起シ勝訴ノ判決ヲ受ケ確定ニ歸シ其代金支拂ヲ了リタルモノナルヲ以テ假令判決確定前ニ於テ從參加人カ更ニ同山林ニ對シテ假處分ヲ得タルコトアリトスルモ之カ爲メ上告人ノ權利

取得ヲ妨クヘキ理由ナシ蓋シ後日ニ爲シタル第二ノ假處分ニ因リ雖ニ爲シタル第一ノ假處分ノ效力ヲ消滅セシメ能ハサルハ最モ踏易キ道理ナリ此種ノ假處分ハ權利ノ取得ヲ保全セントスルニ在ルコト勿論ナリ然ルニ此保全方法ヲ行ヒテ其履行ヲ強要シツ、アル間ニ於テ他人カ更ニ假處分ノ登記ヲナスコトアラハ前假處分ハ之カ爲メ其效力ヲ失フヘキモノト解センカ然ラハ假處分ナルモノ、效用ハ全ク零トナルヘシ日附ノ後レタル假處分登記カ日附ノ前ナル假處分登記ニ對シテ優先ノ效力ヲ有スルノ結果ヲ生ス天下豈之ヨリ奇ナルコトアラランヤ故ニ如何ニ曲解スルモ後レテ爲シタル從參加人ノ假處分登記ニヨリテ上告人ノ爲シタル假處分登記ノ效力ヲ失ハシムルモノト解スルコト能ハサルハ明白ナリ果シテ然ラハ此假處分ノ效力持續シ上告人ノ爲メニ權利取得ヲ保全シツ、アル間ニ於テ其一部分ハ確定判決ニ因リ又其一部分ハ和解ニ因リテ之ヲ取得セントシタルニ在ルヲ以テ毫モ其取得ヲ妨クヘキ理由ナキコト疑ヲ存セサル所ナリ然ルニ原院ニ於テハ是等ノ事實ヲ顧ミス單ニ賣買契約カ從參加人ノ爲シタル假處分ノ後ニ在ルノ一事ヲ以テ上告人ノ請求ヲ排斥シタルハ最モ失當ナリ之ヲ別言スレハ上告人ノ爲シタル第一假處分ハ請求權ノ保全ニ在ルコト勿論ナルヲ以テ第二ノ假處分ハ此第一ノ假處分ニヨル請求權ヲ妨クルコト能ハサルハ明白ナリ即チ第一ノ假處分ヲ害セサル範圍ニアラサレハ第二ノ假處分ヲ認ムルコト能ハス換言スレハ假令從參加人ノ得タル假處分命令ニ權利ノ讓渡ヲ禁シアリタリトスルモ此禁止ハ上告人ノ請求權ニ對シテハ其效ヲ及ホスヘキモノニアラスト確信ス尙且ツ右山林ノ一部即

チ百十二番地ノ三ノ二ニ該當スル部分ノ賣買カ判決確定ニ因ルコトハ原審辯論調書殊ニ甲第五號立證趣旨ノ陳述ニヨリ明白ナリト云フニ在リ

按スルニ本件ノ目的物タル被上告人所有名義ノ係争山林ニ對シテハ曩ニ上告人ニ於テ假處分ノ申請ヲ爲シ其命令ニ因リ登記ヲ經タル後從參加人佐藤長十郎モ亦同一山林ニ對シ假處分ヲ申請シ其命令ニ因リ登記ヲ經テ右兩箇ノ假處分命令ノ登記併立スルコトハ當事者間ノ争ナキ事實ニ係ル而シテ同一係争物ニ付キ二箇同一ナル假處分ヲ爲スモ其執行ニ支障ナキ限リハ第二ノ假處分モ有效ニ執行スルコトヲ得又第一ノ假處分ノ執行モ第二ノ假處分ノ爲メ其效ヲ失フ理ナク二者共ニ有效ニ存立セシメ敢テ違法ナル所ナシ然レトモ第一ノ假處分ノ效力ハ第二ノ假處分ヲ以テ阻却スル能ハサルカ故ニ第一ノ假處分ニ因リ保全セラレタル請求權ノ實行ニ對シテハ第二ノ假處分ヲ以テ對抗シ之カ實行ヲ妨クルコトヲ得サルモノト云ハサルヲ得ス換言スレハ第二ノ假處分ノ效力ハ第一ノ假處分ニ因リ保全セラレタル請求權ノ實行ヲ妨ケサル範圍ニ於テ存立スルモノトス故ニ本件ノ如ク同一係争物ニ付同種ノ假處分アリタル場合ニ於テハ本件請求ハ第一ノ假處分ニ因リ保全セラレタル請求權ノ實行ニ係ルモノナルヤ否ヤヲ決セサレハ第二ノ假處分ノ爲メ其請求權ノ實行ヲ妨ケラルヘキモノナルヤ否ヤヲ斷定スルヲ得サル筋合ナリ然ルニ原判決ハ其理由中ニ「被控訴人ノ援用シタル甲第三號證ニ徴スレハ被控訴人ハ從參加人ノ申請ニ基ク明治三十年四月十九日附吉原區裁判所ノ假處分命令ニ因リ其所有名義ナル本件係争山林

ノ讓與ヲ禁止セラレ翌二十日該命令ノ登記セラレタルコトヲ認メ得ヘシ云々被控訴人ハ該命令以後ハ係争山林ニ付キ權利移轉ノ效果ヲ生スヘキ總テノ處分行爲ハ絕對ニ之ヲ爲スヘキ能力ナキモノト論定セサルヘカラス然ラハ此假處分命令後則チ明治三十年九月二十五日其處分ノ目的タル係争山林ニ付當事者間ニ爲シタル本訴賣買契約ハ假リニ控訴人主張ノ如ク之ヲ眞實ナリト看ルモ被控訴人ハ之ヲ賣却スル能力ナキコト上述ノ如クナレハ其賣買契約ハ全ク無効ノモノナリト云フヘシトノ前提ヲ置キ其後段ニ於テ「本件係争山林ニ關シ右ノ假處分前則チ明治二十九年八月中控訴人モ亦被控訴人ニ對シ處分行爲禁止ノ假處分命令ヲ得タルコトハ甲第三號證ニ徴シ明カナリ然レトモ假處分債權者ノ異ナルトキハ同一目的物ニ對シ同一ノ假處分命令ヲ爲スコト毫モ妨ケナケレハ本件從參加人ノ得タル前記假處分命令ハ之ヲ不法ト云フヘカラス云々」ト斷定シ既ニ本件係争物ニ對シ二箇ノ假處分併立セル事實ヲ認メナカラ上告人ノ申請ニ係ル假處分即チ第一ノ假處分ハ本訴請求權ノ執行ヲ保全スル爲メニナシタルモノナルヤ又ハ本訴請求權ノ執行ヲ保全スル爲メト認メ得ヘカラサルヤヲ判斷シ若シ正シク本訴請求權ノ執行ヲ保全スル爲メニナシタル假處分ニシテ上告人ト後藤福藏トノ間ニ係争山林ニ關シ賣買契約ノ完結若クハ契約已成ノ事實又ハ少クトモ賣買ノ豫約存在ノ事實ヲ認メ以テ被上告人ヲ敗訴セシメラレタルモノナランニハ其執行ノ目的ヲ全フセシモノトシテ上告人ノ請求ヲ是認スヘク又否ラサルモノト認メタルトキハ其否ラサルノ理由ヲ付シ以テ上告人ノ訴旨ヲ排斥スヘキモノナルニ原判決ハ事茲

ニ出テスシテ單ニ從參加人ノ申請ニ基ク第二ノ假處分ハ有效ニシテ其後ニ係ル本訴請求原因タル賣買契約ハ無効ナリト云フノミヲ以テ上告人ノ訴求ヲ排斥シタルハ理由不備ノ裁判タルヲ免カレス已ニ此點ニ於テ原判決ノ全部ヲ破毀スヘキモノト決スルニ因リ他ノ上告論旨ニ對シテハ一々説明ヲ要セサルモノトス

右説明ノ如ク本件上告ハ其理由アルヲ以テ民事訴訟法第四百四十七條第一項ノ規定ニ依リ原判決ノ全部ヲ破毀シ同法第四百四十八條第一項ノ規定ニ則リ主文ノ如ク判決スルモノナリ

○地上權登記請求ノ件

明治三十七年(オ)第四百九十號
明治三十八年十月三十日第二民事部判決

○判決要旨

一 明治三十二年勅令第三百二十九號第一條ハ直接ニ外國領事廳ノ登記簿引渡ニ關スルコトヲ規定シタルモノニ非スト雖モ同條ノ登記期間ハ同年勅令第四百五十八號ニ依リ明治三十三年十二月三十一日マテ延長セラレタルカ故ニ同條所定ノ外國領事廳ノ登記簿ハ其

延長セラレタル期間内ニ引渡スヲ以テ足レリトス(判旨第二點)

(參照) 外國人居留地ニ設定シタル地上權(永代借地權)ノ移轉アリタルトキハ其土地ノ所在地ヲ管轄スル地方廳ニ於テ地券ニ其旨ヲ記載スルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス第一項ニ掲ケタル權利ヲ除ク外國人又ハ外國法人カ不動産ニ關シ明治三十二年勅令第二百五十一號ヲ以テ定メタル期日前ニ適法ニ取得シタル權利カ第三者ニ對抗シ得ヘキモノナル場合ニ於テ右ノ期日前ニ其登記アラザリントキハ明治三十三年十二月三十一日マテニ登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス(明治三十二年勅令第四百五十八號第一項第四項)

一 明治三十二年勅令第三百二十九號第五條ニハ第一條ノ不動産ニ關スル外國領事廳ノ登記簿ノ謄本ハ登記簿ト同一ノ效力ヲ有ストアリテ別ニ何等ノ制限ナケレハ其登記簿ニ登記シタルモノハ爾後同一ノ物件ニ付キ我登記簿ニ登記シタルモノニ對抗シ得ヘキ趣意ナリトス(同上)

一 不動産登記法第三十六條及ヒ第一百一條ハ當事者カ任意ニ登記ノ申請ヲ爲ス場合ト判決ニ基キ登記ヲ申請スル場合トヲ區別セス從テ判決ニ依リ登記ヲ爲ス場合モ亦同條ノ適用ヲ受クヘキモノトス

(判旨第三點)

(參照) 申請書ニハ左ノ事項ヲ記載シ申請人之ニ署名捺印スルコトヲ要ス一、不動産所在ノ郡市區町村字及ヒ土地ノ番號二、地目及ヒ段別又ハ坪數三、申請人ノ氏名住所若シ申請人カ法人ナルトキハ其名稱及ヒ事務所四、代理人ニ依リテ登記ヲ申請スルトキハ其氏名住所五、登記原因及ヒ其日附六、登記ノ目的七、登記所ノ表示八、年月日(不動産登記法第三十六條)

地上權ノ設定又ハ移轉ノ登記ヲ申請スル場合ニ於テハ申請書ニ地上權設定ノ目的及ヒ範圍ヲ記載シ若シ登記原因ニ存續期間地代又ハ其支拂時期ノ定アルトキハ之ヲ記載スルコトヲ要ス(不動産登記法第一百十一條)

一 明治三十二年勅令第三百二十九號ハ廣ク外國人又ハ外國法人カ不動産ニ付キ登記ヲ以テ第三者ニ對抗シ得ヘキ權利ニ關スル事項ヲ定メタルモノニシテ政府ノ永代借地券ヲ以テ設定シタル永代借地權ト一私人カ雜居地ニ於テ設定シタル地上權及ヒ賃借權等ニ付キ何等ノ區別ヲ設クルコトナシ(判旨第五點)

一 明治三十二年勅令第三百二十九號及ヒ同年勅令第三百三十三號ハ爾後公布ノ勅令ニ依リ共ニ廢止セラレタルモ之カ爲メニ其施行中

同勅令ニ依リテ不動産上ノ權利ヲ他人ニ對抗シ得タル者ノ權利マテ既往ニ遡テ效力ヲ失ハシメタルモノニ非ス(同上)

一 明治三十二年司法省令第四十一號外國人又ハ外國法人ノ權利ノ目的タル不動産ニ關スル登記取扱手續第七條及ヒ第八條ハ外國領事廳ノ登記ヲ登記簿ニ移ス場合ノ事項ヲ規定シタルニ過キスシテ同年勅令第三百二十九號第五條ノ效力發生ノ時期ヲ規定シタルモノニ非ス而シテ同條ノ效力發生ノ時期ニ付テハ別ニ何等ノ制限ナケレハ外國領事廳ヨリ我地方裁判所ニ登記簿ヲ引渡シタル時ヲ以テ標準ト爲サ、ルヘカラス(判旨第六點)

(參照) 明治三十二年勅令第三百二十九號第五條第二項ノ規定ニ依リ外國領事廳ノ登記ヲ登記簿ニ移スニハ其譯文ニ依ルヘシ(明治三十二年司法省令第四十一號第七條)

外國領事廳ノ登記ヲ登記簿ニ移シタルトキハ外國領事廳ノ登記簿ノ謄本及ヒ其譯文ニ登記簿第何冊第何丁ニ移シタル旨、登記番號及ヒ年月日ヲ記載シ登記官吏捺印スヘシ(明治三十二年司法省令第四十一號第八條)

一 英國法ニ依ル遺言執行者ハ一千八百九十七年ノ土地移轉條例施行

以後ニ在リテハ實產ニ付テモ亦死者ヲ代表シ訴訟ヲ提起スルノ權限ヲ有スルモノトス(判旨追加第三點)

第一審 神戸地方裁判所 第二審 大阪控訴院

上告人 原 庫次郎 訴訟代理人 (高橋 拾六 齋藤 二郎)

被上告人 シヨシエツチリキマツク 訴訟代理人 平田 讓衛

右當事者間ノ地上權登記請求事件ニ付大阪控訴院カ明治三十七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

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

上告論旨第一點ハ上告人ハ原院ニ於テ左ノ抗辯ヲ以テ争ヒタリ即チ「英國領事廳ノ簿冊ニ係争永代借地權カ登録セラレ居リタリト假定スルモ該登記ハ最モ不完全ニシテ係争地ニ關スル借地權ノ登記ナリトハ何人モ知ルコト能ハサルモノナルヲ以テ其登記ハ要スルニ第三者ヲ羈束スルノ效力ナシ例之ハ我登記簿中ニモ現ニ第三者ヲ羈束スルコト能ハサル不完全ノ登記アリ即チ登記物件ノ表示カ誤謬ニ依リ

又ハ不分明ナル爲メ或ハ地目字番號等ノ表示ニ相違アリテ何人モ其眞實ノ被表示物ニ付テノ登記ナルコトヲ知ルコト能ハサルモノ、如キ斯ノ如ク登記ノ内容ニ重大ノ瑕瑾アルモノハ有效ノ登記トシテ第三者ニ對抗シ得サルコト疑ナキト等シク本訴係争地ノ登記謄本ナリト稱スルモノハ其表示ノ物件ハ何人ノ理解ニ訴フルモ係争地ト同一物ナリト認ムルコト能ハサル如ク記載セラレアリ故ニ係争ノ登記ハ第三取得者タル上告人ニ對抗スル效力ナシト言フニアリテ謄本ノ效力ト登記ノ效力トヲ混同セサルコトヲ論シテ判決ヲ求メタリ」(控訴狀第三點引用) 然ルニ原院ハ此點ニ對シテ下ノ如ク説明セラレタリ「惟フニ我國法ニ於ケル登記ノ本旨ヨリ之ヲ觀レハ如此不完全ナル登記ハ其目的ヲ達スル能ハサルノ誹ヲ免レスト雖モ勅令第三百二十九號ハ汎ク外國領事廳ノ登記簿謄本ニ我登記簿ト同一ノ效力ヲ與ヘ記載ノ内容如何ニ依リ等差ヲ設ケサルヲ以テ苟モ外國領事廳ノ登記簿謄本タル性質ヲ具有スル以上ハ縱令其記載ニ於テ不完全ノ點アルモ之レカ爲メ法律ノ賦與シタル效力ヲ拒否スルヲ得サルナリ」ト是理由不備ノ裁判ナリ何トナレハ原院ノ説明ハ外國領事廳ノ登記簿ノ謄本タル以上ハ勅令第三百二十九號ニ依リ我登記簿ト同一ノ效力ヲ有スルカ故ニ事實上不完全ノ登記ニシテ其目的ヲ達スル能ハサルノ誹ヲ免レサル係争ノ登記ナルモ既ニ我登記簿ト同一ノ效力ヲ與ヘラレタル以上ハ其法律ノ賦與シタル效力ヲ拒否スルヲ得スト言フニ在リテ要スルニ係争ノ謄本ハ我登記簿ト同一ナリトノ該謄本ノ效力ヲ説明シタルニ過キス是レ上告人ノ抗辯トスル爭點ヲ決セサル裁判ナリ上告人ハ係争謄本ノ有效無効ヲ

外國領事廳ノ登記簿引渡期間○外國領事廳ニ於ケル登記ノ效力

争フモノニアラス又其謄本カ我登記簿ト同一ノ效力ヲ有スヘキ法規ノ存在ヲ争フモノニアラスシテ實ニ係争登記夫自體ノ效力ヲ争フモノナリ即チ其偏ヘニ裁判ヲ求ムル所ハ係争地所ニ對シ係争權利ノ設定セラレ居ルコトヲ其登記自身ニ付テ何人モ知ルコト能ハサル程ノ不完全ナル本件係争ノ登記カ第三取得者タル上告人ヲ羈束スヘキ效力アリキ否ヤノ點ニシテ原院ハ此點ニ對シ十分ニ説明ヲ付シタル裁判ナカルヘカラサルニ之レナカリシハ不法ナリト信スト云フニ在リ

依テ審按スルニ原院ハ先ツ甲第六號證即チ「ジヨジソイマーク」商會及ヒ「ワイマーク」及ヒ「トムソン」商會ノ占有セル榮町（神戸市）一丁目角ニ位セル地所ハ故「マークボイゼー」ト星野クマトノ間ニ永代借ノ契約アリテ英國領事館ニ適法ニ登記セラレタルコトノ英國副領事ノ證明書、證人星野クマノ證言、甲第一號證、甲第四號證、甲第八號證等ニ依リ本件ノ地所ニ付テハ前所有者タル星野クマト故「マークボイゼー」トノ間ニ於テ明治十七年中永代地上權設定ノ契約アリテ其地上權ハ在神戸英國領事館ニ登記セラレタルコトヲ認メ次ニ乙第八號證英國領事廳登記簿謄本ハ吾登記簿ノ如ク完全ナラサレトモ甲第六號證及ヒ甲第十三號證等ニ依リ英國領事廳ニ於ケル本件ノ登記ノミカ不完全ナルニ非スシテ同應ニ於ケル登記ハ總テ同様ニ登記セラレアルモノニシテ其登記ハ一見シテ直チニ何レノ地所タルカヲ表示スルニ足ラサルトモ法律カ外國領事廳ニ登記セラレタルモノニ對シテ效力ヲ付シタル以上ハ本件ノ登記ニ付テモ同一ノ效力ヲ有スヘキ旨ヲ説示シタルハ原判決ハ上告人所論ノ如キ違法アルコトナシ

上告論旨第二點ハ上告人カ原院ニ於テ抗辯セル「上告人カ係争地所ヲ買得シタル當時ハ其係争ノ登記簿謄本ハ未タ我カ所轄登記裁判所ニ存在セザリシカ故ニ其謄本ハ未タ我登記簿ト同一ノ效力ヲ有スヘキモノニアラス何トナレハ明治三十二年勅令第三百二十九號第五條ニ外國領事廳ノ謄本ヲ以テ我登記簿ト同一ノ效力ヲ有セシメタルコトハ疑ヒナキ事實ナルモ其謄本カ我登記簿ト同一ノ效力ヲ有シ世人ヲ羈束スヘキ時期ハ其謄本カ所轄登記裁判所ニ引渡サレ而シテ我登記簿ト等シク其公示ノ場所ニ備ヘラレタルトキヨリ效力ヲ有スヘキモノナレハ上告人カ係争地所ヲ買得シタル明治三十四年五月十六日ニハ該登記簿謄本ハ未タ所轄神戸區裁判所ニ存在セズ其後同年六月十四日ニ於テ同裁判所ニ引渡サレタルモノナレハ該係争登記簿謄本ハ上告人ニ對シ我登記簿ト同一ノ效力ヲ有セサルモノナリ」トノ旨ヲ主張セリ（控訴狀第四點引用）原院ハ此點ニ對シ「明治三十二年勅令第三百二十九號第一條ノ登記期間ハ同年勅令第四百五十八號ニ依リ明治三十三年十二月三十一日マテニ延長セラレタルニ付此期間ニ引渡アリタル登記簿謄本ハ都テ完全ナル效力ヲ有スルモノト謂ハサルヘカラス而シテ被控訴人ノ援用セル第一審ノ檢證調書ヲ見ルニ係争地上權ニ關スル登記簿謄本ハ千九百年（明治三十三年）十二月二十七日他ノ登記簿謄本ト共ニ英國領事ホール、ヨリ我當局者ニ引渡シアリタル事跡顯然タルヲ以テ控訴人主張ノ如ク對抗力ヲ失ヒタルモノト爲スヲ得ス尤モ其檢證調書ニ依レハ神戸區裁判所ニ於テ其

譯文ヲ作リタルハ明治三十四年六月十四日ナルコトヲ認メ得ヘキモ譯文ノ有無ハ登記簿謄本ノ效力ニ消長ヲ及ホスヘキモノニアラスト説明セリ。此說明中「尤モ右ノ檢證調書ニ依レハ神戸區裁判所ニ於テ其譯文ヲ作リタルハ明治三十四年六月十四日ナルコトヲ認メ得ヘキモ譯文ノ有無ハ登記簿謄本ノ效力ニ消長ヲ及ホスヘキモノニアラスト恰モ明治三十四年六月十四日以前該謄本ハ既ニ神戸區裁判所ニ存在セシモノ、如ク意味セラル、モ是全ク原院カ神戸地方裁判所ニ於テ其譯文ヲ作リタル檢證調書ヲ神戸區裁判所ニ於テ作リタルモノト誤解セシモノニシテ此點ニ對シテハ存在セサル事實ヲ不當ニ確定シタル不法アリ而シテ原院ハ明治三十二年勅令第三百二十九號第一條ノ登記期間ハ同年勅令第四百五十八號ニ依リ明治三十三年十二月三十一日マテニ延長セラレタルニ付此期間ニ引渡アリタル登記簿謄本ハ總テ完全ナル效力ヲ有スルモノナリト説示セラレタレトモ右勅令第三百二十九號第一條ノ登記ハ外國領事廳ニ於テ爲シタル登記トハ何等ノ關係アルニアラス從フテ其期間ハ謄本ノ效力ニ影響ヲ及ホスヘキ事由ノ見ルヘキモノナシ且又同期間ヲ以テ謄本引渡ノ期間ト見做スヘキ何等ノ規定ナケレハ原院ノ解釋ハ全ク根據ナキ意見タルニ過キス況ンヤ原院ノ解釋ノ如クセハ明治三十三年十二月三十一日迄ニ引渡サレタル登記簿謄本ハ其效力ヲ既往ニ溯及シテ善意ナル取得者ノ既得權ヲ侵害スルニ於テオヤ要スルニ該勅令ハ其實施期日ナル明治三十二年七月十七日（日英通商航海條約實施ノ期日）迄ニ外國領事廳ノ登記簿謄本ヲ備付クヘキモノトシテ制定セラレタルモノナリ故ニ爾後ノ引渡ニ係ル登記簿ノ謄本ハ既往ニ溯及スルノ效力ヲ有セストスルヲ正當ノ解釋ナリトスヘシ然ルニ原院ハ如上述フルカ如ク何等ノ據ルヘキ事由ナクシテ溯及ノ效力アリト斷定シタルハ前記勅令ヲ不當ニ適用シタル不法アリト信スト云フニ在リ

判旨第二點

依テ審按スルニ原判決中「尤モ右ノ檢證調書ニ依レハ神戸區裁判所ニ於テ其譯文ヲ作リタルハ」トアル神戸區裁判所ノ區ハ地方ノ誤字ナリト見ルコトヲ得可ケレハ本論旨中此點ニ關スル論旨ハ採用スルヲ得ス又明治三十二年勅令第三百二十九號第一條ハ外國領事廳ノ登記簿引渡ニ關スルコトヲ直接ニ規定シタルニアラサレトモ同第一條ノ登記期間ハ同年勅令第四百五十八號ニ依リ明治三十三年十二月三十一日マテ延長セラレタルカ故ニ勅令第三百二十九號第一條ニ依リ其期間内吾登記簿ニ登記シタルト同一ノ效力ヲ付與セラレタル外國領事廳ノ登記簿ハ隨ヒテ右延長セラレタル期間内ニ引渡スヲ以テ足ルモノト見得ラル、カ故ニ原院カ明治三十三年十二月三十一日マテニ引渡サレタル外國領事廳ノ登記簿謄本ハ完全ナル效力ヲ有スルモノト判定シタルハ相當ナリトス而シテ勅令第三百二十九號第五條（同勅令ハ同年勅令第四百五十八號ニ依リ改正セラレタル所アレトモ本條ニハ關係ナシ）ニ第一條ノ不動産ニ關スル外國領事廳ノ登記簿ノ謄本ハ登記簿ト同一ノ效力ヲ有ストアリテ別ニ何等ノ制限ナキカ故ニ其登記簿ニ在ルモノハ同一ノ物件ニ付キ後チニ吾登記簿ニ登記シタルモノニ對抗スルコトヲ得ヘキ意義ト解釋セサルヘカラサレハ原院カ被上告人ノ英國領事廳ニ登記シタル本件ノ登記ヲ以テ上告

人ニ對抗スルコトヲ得ト判示シタルハ相當ニシテ原判決ハ上告人所論ノ如キ違法アルコトナシ
 上告論旨第三點ハ不動産登記法第百十一條ニ依レハ地上權ノ設定又ハ移轉ノ登記ヲ申請スル場合ニ於
 テハ申請書ニ地上權設定ノ目的及ヒ範圍ヲ記載シ若シ登記原因ニ存續期間地代又ハ其支拂時期ノ定ア
 ルトキハ之ヲ記載スルヲ要スルモノトシ同法第三十五條ニハ登記申請ノ場合ニハ申請書ト登記原因ヲ
 證スル書面ノ提出ヲ要スルモノトシ同法第三十六條ニハ右申請書ニハ登記ノ目的其他七箇事項ヲ掲ク
 ルコトヲ要スルモノトシ同法第四十九條ニハ登記官吏ニ申請書カ方式ニ適合セサルトキハ其申請ヲ却
 下スヘキコトヲ命シアリテ本件地上權登記ノ申請ヲ爲スニ付テハ同法第百十一條ノ規定ニ則リ設定ノ
 目的範圍、存續期間、地代及其支拂時期ヲ申請書ニ記載シ登記原因ヲ證スル書面トシテ本案判決正本
 ヲ提出スルヲ必要トスルハ一點ノ疑ヒナキ所トス原院ハ存續期間地料及支拂時期等ハ判決ノ主文ニ明
 示セラレサレトモ判決ニヨリ是認セラレタル權利證書ハ勿論理由ニ於ケル説明モ亦登記原因ヲ證明ス
 ヘキモノナルニ付必スシモ一定ノ申立ニ於テ之レカ表示ヲ爲スコトヲ要セスト爲サレタレトモ是レ亦
 失當ノ解釋ナリト信ス何トナレハ判決ハ當事者ノ意思ヲ強制的ニ表示シ其確定ヲ以テ當事者ノ意思表
 示アリタルモノト爲スニ在ルカ故ニ登記ノ手續ヲ命スル判決ハ必ス登記法ノ規定ニ從ヒ登記ヲ要スル
 事項ヲ表示セサルヘカラス否ラサレハ當事者ノ意思表示アリト云フヘカラサルノミナラス判決ハ主文
 ニ依リテノミ執行セラル、モノナルカ故ニ此等ノ意思表示ヲ要スル事項ハ主文ヲ以テ確定セラル、ニ

非サレハ其效アラサレハナリ特ニ地上權ノ登記ニ關シテハ前記第百十一條ノ命スルカ如ク必ラス申請
 書ニ設定ノ目的ヲ掲クルコトヲ要スルモノトス而シテ當事者間ニ争ヒアル訴訟ノ判決ニヨリテ登記ヲ
 強行スル場合ニ於テハ其原因ヲ證スル書面ハ判決正本ニ限ラル、カ故ニ其主文ニ設定ノ目的ヲ表示ス
 ルヲ要スル筋合ナルニ原院ハ其必要ヲ認メスト爲シ被告ノ請求ヲ以テ適法ナリト爲シタルハ不動
 産登記法及ヒ判決ノ效力ニ關スル法則ヲ不當ニ適用シタル不法アリト信スト云フニ在リ

判旨第三點

依テ審按スルニ登記申請書ノコトヲ規定シタル不動産登記法第三十六條及ヒ地上權ノ登記ノコトヲ規
 定シタル同法第百十一條ニハ當事者カ任意ニ登記ノ申請ヲ爲ス場合ト判決ニ基キテ登記ヲ申請スル場合
 トノ區別ナキカ故ニ判決ニ基キテ登記ヲ爲ス場合モ右法條ノ適用ヲ受クヘキモノナルニ原院カ後ノ場
 合ニハ同法條ニ依ル可キモノニ非スト説示シタルハ同條ノ解釋ヲ誤マリタリト雖モ本件ノ如ク地上權
 登記ノ手續ヲ請求スル事件ニ於テ被告上告人ハ單ニ本件地所ニ對シ永久ノ地上權ヲ有スルヤ否ヤノ點カ
 當事者間ノ主タル争ナリトシ之カ判斷ヲ受クルカ爲メニ本件ノ訴ヲ提起シタルモノナルヲ以テ本件判
 決カ確定シタルトキハ地上權ニ關スル登記ノ申請書ニ記載スヘキ事項中本件ニ於テ争ト爲リ確定セラ
 レタルモノハ此判決ニ基キ其他登記原因、地上權設定ノ目的等争ナキ事項ハ判決ニ依ラスシテ記載シ
 得ヘク若シ其争ナシトセル事項ニ付キ更ニ争ヲ生シタルトキハ訴訟ヲ提起シ之ヲ確定セシムレハ足リ
 争ナシトスル事項マテ詳細ニ一定ノ申立中ニ掲クルコトヲ必要ナリトセス依テ此點ニ關シ上告人ノ抗

辯ヲ排斥シタル原判決ノ理由ハ前ニ説明スルカ如ク不當ナレトモ原判決ハ結局相當ニシテ本論旨ハ採用スルヲ得ス

上告論旨第四點ハ裁判所ハ申立テサル事物ヲ原告若クハ被告ニ歸セシムル權ナシトハ民事訴訟法第二百三十一條ニ規定スル所ナリ原院ハ當事者ニ於テ何等申立テサル係争地上權ノ目的、存續期間、地料額及ヒ其支拂時期ニ付「故マールク、ポイゼー」ハ明治十七年中本件ノ地上ニ建物ヲ所有スル爲メ永久存續スヘキ地上權即チ所謂永代地上權ヲ設定セシメタルモノニシテ其地料ハ一今年七十五圓毎年十一月三日支拂ノ約定ナルコト洵ニ明カナリ」ト判決シタリ是レ原院ニ於テ生シタル登記手續請求ノ適法ナリヤ否ヤノ争點ニ對シテ原院カ「係争地上權ノ目的、存續期間、地料支拂時期ハ甲第一號證並ニ判決理由ノ説明ニ依リ明カナレハ此點ニ關スル控訴人ノ抗辯モ亦採ルニ足ラス」トノ説明ヲ爲スヘク用意ニ出テタルモノニシテ實ニ前示ノ法則ヲ犯シタル不法ノ判決ナリト云ハサルヘカラス抑モ本案訴訟ハ地上權ノ設定アリタルヤ否ヤ若シアリタリトスレハ其權利ヲ上告人ニ對抗シ得ルヤ否ヤト云フニ在リテ其地料額及ヒ支拂時期ノ如キハ當事者ノ争論ニ上リタルコト毫モ之レアルコトナシ蓋シ地上權ノ存立カ確認セラル、トモ地料ノ額モ亦同時ニ當然確認セラルヘキモノニアラス二十年ノ既往ニ在テ定メタル地料ハ今日ニ在リテハ正當ノ額ニアラス民法實施以前ニ在テ定メラレタル地料ハ時勢ノ變遷ト土地ノ盛衰ニ依リ増減シ得ヘキモノ多クアリ地租公課ヲ納ムルニ足ラサル地料額ヲ以テ土地ノ存續スル

限リ永久不變ノモノト爲スカ如キハ上告人ノ夢寐ニタモ想及セサル所ニシテ若シ地上權ノ存立確認ノ上ハ上告人ハ將ニ大ニ斯點ニ付キ争フ所アラントセルモノナルニ原判決ノ如クスレハ上告人ハ一ツノ用意ナク一ツノ辯明ナクシテ未來永久被上告人ノ爲メ係争地ノ收益以上ノ公課ヲ負擔セシメラル、ニ至ルヘク其結果ハ外國人タル被上告人ニ土地所有權ヲ取得セシムルト異ラサルニ歸セシム法ノ濫用モ茲ニ至リテ極マレリ原院ノ此點ニ關スル判決ハ越權ノ不法アリト信スト云フニ在リ

依テ審按スルニ上告人ハ被上告人カ本件地上權ノ設定、其期間、地代及ヒ其支拂時期等ノコトヲ證スル甲第一號證ニ對シ不知ノ陳述ヲ爲シ本件ニ於テ争トナリタルヨリ原院ハ之レカ判斷ヲ爲シタルニ止マリ之ヲ主文中ニ加ヘタルニアラス左レハ原判決ハ上告人所論ノ如キ違法アルコトナシ

上告論旨第五點ハ條約改正以前ニ在リテハ官有ニ屬スル外國人居留地域内ノ地所ニ對シ政府ヨリ永代借地券ヲ發行シ外國人ノ爲メ所有權ニ等シキ特種ノ權利ヲ設定シタルト雖モ雜居地ニ關シテハ政府ヨリ永代借地券ヲ發行シタルコトナク又特種ノ權利ヲ設定シタルコトナキヲ以テ其貸借ハ都テ個人間ノ契約ニ出テタルモノニシテ永代借地權ナルモノ存在セサリシモノナリ而シテ明治三十四年法律第三十九號ハ其第一條以下ノ條項ニ徵スルニ政府ノ永代借地券ヲ發行シタル地所ニ關スル特種ノ規定ナルコトハ其明文上一點ノ疑ヲ存セサルヲ以テ雜居地ニ關スルモノニアラスシテ居留地ノミニ關スル規定ナルコトモ亦自ラ明カナリ又同法律ニ基キ發セラレタル同年勅令第七十八號ハ永代借地權ニ關スル別

段ノ登記手續ヲ規定シタルモノナレハ是亦雜居地ニハ何等ノ關係ナキモノナリ(御院明治三十五年(オ)第三百八十三號藤田德平對陳順候外一名地上權假登記請求事件ノ判例ニ於テ「永代借地權ナルモノハ政府カ永代借地券ヲ以テ外國人又ハ外國法人ノ爲メ設定シタル特種ノ權利ヲ云フモノニシテ個人タル帝國人民カ外國人トノ間ニ於テ民法上普通ニ設定シ得ヘキ權利ニアラス」ト説明シ明治三十四年法律第三十九號ハ個人相互ノ契約ニ基ク貸借地タル雜居地ニ對シ適用スヘキモノニアラサルコトヲ暗示セリ)尙之ヲ立法上ノ沿革ニ徵スルニ明治三十二年勅令第三百二十九號(同年勅令第四百五十八號ニテ改正)ハ其第一條第一項乃至三項ニ於テ居留地ニ關スル規定ヲ設ケ其末項ニ於テ居留地以外ノ地所即チ雜居地ニ關スル規定ヲ設ケ登記ノ手續及效力ニ付テ兩者間ニ劃然區別ヲ爲シタリ然ルニ明治三十四年勅令第七十八號ハ同勅令第三百二十九號ヲ廢止シタルニモ拘ハラズ雜居地ニ關シテハ特別ノ登記手續ヲ規定セサルヲ以テ新勅令ニ包含セサル雜居地ニ關スル特別ノ登記手續ハ消滅シタルニヨリ爾後雜居地ニ付テハ不動産登記法ノ規定ヲ適用スヘキモノトス從テ舊勅令第五條ニ於テ特權ヲ付與シタル外國領事廳ノ登記簿謄本ハ雜居地ニ關シテハ我登記簿ト同一ノ效力ナキモノト謂ハサルヲ得ス本件係争地タル雜居地タルコト又被上告人ノ權利タル個人相互ノ契約ニ成リタルコトハ共ニ争ヒナキ事實ナルヲ以テ前掲明治三十四年ノ法律及勅令ヲ之ニ適用スルコトヲ得サルヤ論ヲ俟タサル所ナリ然ルニ原判決ニ於テ雜居地及居留地ノ區別ヲ混同シ雜居地ニ對シ右法律及勅令ヲ適用シタルハ法則ヲ不當

ニ適用シタル不法アルモノナリ而シテ本訴提起ノ當時舊勅令ハ既ニ廢止セラレ新勅令ノ實施後ナルヲ以テ不動産登記簿上ニ存セサル被上告人ノ權利ハ適法ニ登記セラレタル上告人ノ權利ニ對抗ノ效力ナキコトハ民法第七十七條及不動産登記法第六條ニ依リ明カナリ從テ上告人カ所有權ヲ取得シタル後ニ於テ被上告人カ爲シタル永代地上權ノ假登記モ又上告人ニ對抗スルノ效力ナキモノナリト云フニ在リ

依テ審按スルニ神戸市ニ於ケル外國人雜居地ニ於テ一私人ヨリ外國人ニ土地ヲ貸與スル場合ニ政府ヨリ永代借地券ヲ發行シタルニ非サルコト及ヒ明治三十四年九月法律第三十九號及ヒ同年同月勅令第七十九號ハ政府カ永代借地券ヲ以テ外國人又ハ外國法人ノ爲メニ設定シタル永代借地權ノミニ關スルモノナルコトハ上告人及ヒ被上告人論スル所ノ如ク其法文ニ徵スレハ明白ナルニ以上ノ法令カ雜居地ニ於テ外國人カ一私人ヨリ借地權ヲ取得シタル場合ニモ同シク適用セラル、モノト原院カ說示シタルハ同法令ノ解釋ヲ誤リタルモノトス而シテ神戸市内ノ外國人雜居地ニ於テ外國人カ家屋又ハ土地ヲ借ルコトヲ得ルニ至リタルハ慶應四年三月七日兵庫縣令伊藤俊介ヨリ各國岡士(領事)ニ宛テタル公文ニ因ル其公文ニ從ヘハ土地又ハ家屋ノ貸借ハ雙方國吏ニ届出テ調印ヲ受ケ猶居留地留帳ニ書留ム(登記)可キモノニシテ爾來改正條約ノ實施ニ依リ法權ノ全ク吾國ニ歸スルマテ此ノ如ク行ヒ來レリ而シテ民法施行法第四十五條ニハ外國人又ハ外國法人ノ爲メニ設定シタル地上權ニハ條約又ハ命令ニ別段

ハ、定、ナ、キ、場、合、ニ、限、リ、民、法、ノ、規、定、ヲ、適、用、ス、ト、ア、リ、明、治、三、十、二、年、七、月、勅、令、第、三、百、二、十、九、號、ハ、明、治、三、十、四、年、法、律、第、三、十、九、號、同、年、勅、令、第、百、七、十、九、號、ト、異、ナ、リ、テ、廣、ク、外、國、人、又、ハ、外、國、法、人、カ、不、動、産、ニ、付、キ、登、記、ヲ、以、テ、第、三、者、ニ、對、抗、ス、ル、コ、ト、ヲ、得、ヘ、キ、權、利、ニ、關、ス、ル、コ、ト、ヲ、規、定、シ、政、府、カ、純、然、タル、外、國、人、居、留、地、ニ、於、テ、永、代、借、地、券、ヲ、以、テ、外、國、人、又、ハ、外、國、法、人、ノ、爲、メ、設、定、シ、タル、永、代、借、地、權、ト、一、私、人、カ、雜、居、地、ニ、於、テ、外、國、人、又、ハ、外、國、法、人、ノ、爲、メ、ニ、設、定、シ、タル、地、上、權、及、ヒ、賃、借、權、等、ニ、付、キ、何、等、ノ、區、別、ヲ、爲、サ、ル、カ、故、ニ、明、治、三、十、二、年、勅、令、第、三、百、二、十、九、號、ハ、地、上、權、ニ、付、テ、ハ、民、法、施、行、法、第、四、十、五、條、ニ、所、謂、命、令、ニ、別、段、ノ、定、アル、場、合、ニ、該、當、セ、リ、而、シ、テ、尙、ホ、右、勅、令、第、三、百、二、十、九、號、カ、外、國、人、雜、居、地、ニ、於、テ、一、私、人、カ、外、國、人、又、ハ、外、國、法、人、ノ、爲、メ、ニ、地、上、權、ヲ、設、定、シ、タル、場、合、ニ、モ、適、用、ス、ヘ、キ、コ、ト、ハ、明、治、三、十、二、年、七、月、勅、令、第、三、百、三、十、三、號、第、一、條、及、ヒ、第、二、條、ノ、規、定、ニ、徵、ス、ル、モ、明、瞭、ナ、リ、之、ヲ、詳、言、ス、レ、ハ、右、第、一、條、ハ、外、國、人、又、ハ、外、國、法、人、ノ、爲、メ、永、久、存、續、ノ、意、思、ヲ、以、テ、設、定、シ、タル、地、上、權、又、ハ、賃、借、權、ヲ、帝、國、臣、民、又、ハ、法、人、カ、取、得、シ、タル、場、合、ニ、於、テ、其、土、地、國、有、ニ、屬、ス、ル、ト、キ、ハ、其、所、有、權、ヲ、取、得、ス、ヘ、キ、コ、ト、ヲ、規、定、シ、第、二、條、ハ、前、條、ノ、權、利、ノ、目、的、タル、土、地、カ、國、有、ニ、屬、セ、サル、ト、キ、ハ、地、上、權、者、又、ハ、賃、借、人、云、々、ト、規、定、セ、リ、若、シ、此、勅、令、カ、純、然、タル、外、國、人、居、留、地、ニ、於、テ、政、府、カ、永、代、借、地、券、ヲ、以、テ、設、定、シ、タル、場、合、ノ、ミ、ニ、適、用、ス、ル、モ、ノ、ト、ス、レ、ハ、第、二、條、ヲ、規、定、ス、ヘ、キ、必、要、ア、ラ、サル、ナ、リ、何、ト、ナ、レ、ハ、純、然、タル、外、國、人、居、留、地、ハ、其、土、地、總、テ、官、有、ニ、屬、シ、同、地、域、内、ニ、於、テ、一、私、人、カ、外、國、人、又、ハ、外、國、法、人、ノ、爲、メ、ニ、地、上、權、又、ハ、賃、借、權、(土、地、ノ、)ヲ、設、定、ス、ル、謂、レ、ナ、キ、ヲ、以、テ、之、カ、適、用、ヲ、見、ル、コ、ト、ナ、シ、然、レ、ト、モ、第、二、條、カ、雜、居、地、ニ、於、テ、一、私

人カ外國人又ハ外國法人ノ爲メニ地上權又ハ賃借權ヲ設定シタル場合ニ關スルモノトスルトキハ始メテ其適用ヲ見ルヘケレハナリ而シテ明治三十二年勅令第三百二十九號ハ明治三十四年九月勅令第七十八號ニ依リ又明治三十二年勅令第三百三十三號ハ明治三十四年九月勅令第七十九號ニ依リ孰レモ廢止セラレタリト雖モ之ヲ廢止シタルカ爲メ其有效ナリシ時代ニ同勅令ニ依リテ權利ヲ他ニ對抗スルコトヲ得タル者ノ權利マテ既往ニ遡ホリテ對抗力ナキモノト爲シタルニ非サルヤ論ヲ俟タサルナリ依テ勅令第三百二十九號ノ有效ナリシ間ニ在リテハ被上告人ハ自己ヨリ後チニ他ノ權利ヲ取得シタル第三者ニ之ヲ對抗スルコトヲ得可ク又其廢止以後ニ在リテハ第三者カ權利ヲ取得セル以前ニ假登記ヲ爲セシニ於テハ登記法ノ規定ニ依リ同シク其權利ヲ第三者ニ對抗スルコトヲ得ヘキモノナルカ故ニ原判決ハ明治三十四年法律第三十九號及ヒ同年勅令第七十九號ノ解釋ヲ誤リタルコトハ前ニ説明スル如クナリト雖モ原院カ法令廢止以前ノ事項ニ對シテ其法律ヲ適用シタルハ相當ニシテ原判決ハ結局不當ナラサレハ本論旨ハ採用スルヲ得ス

上告論旨第六點ハ外國領事廳ノ登記簿謄本ニ對シ登記簿ト同一ノ效力ヲ付與シタル明治三十二年勅令第三百二十九號第五條ニ依レハ其二項ニ不動産登記法第六十三條ノ規定ヲ準用スル旨ノ規定アリテ其效力發生ノ時期ニ付テハ何等ノ規定存セサルヲ以テ我登記所ニ於テ領事廳ノ登記簿謄本ヲ備ヘ置キ明治三十二年司法省令第四十一號第七條及第八條ニ依リ其譯文ヲ作り之ヲ我登記簿ニ移記シタルトキ

ニ於テ始メテ我登記簿ト同一ノ效力ヲ生スヘキモノニシテ該謄本引渡ノ時期ニ於テ其效ヲ生スヘキモノニアラサルコトハ公示方法タル登記ノ性質ニ徴シ疑ヲ容レサル所ナリ然ルニ原判決ニ於テハ明治三十四年勅令第七十八號ヲ誤テ本件ニ適用シタル結果其第八條ニ依リ引渡ノ時期ヲ以テ其效力ヲ發生スヘキモノトナシ譯文ナク又移記ノ手續ヲ缺クモ其效力ニ消長ヲ來サ、ルモノト論斷シタルハ右勅令及ヒ省令ヲ誤解シタルモノニシテ法則ヲ不當ニ適用シタル不法アルモノナリ故ニ本件係争地ニ對シ上告人カ所有權取得ノ登記ヲ申請シタル當時ニ在リテモ右謄本ハ未タ登記所ニ備付ケラレス且登記簿ニ移記ナキニヨリ我登記簿ト同一ノ效ヲ生セサリシモノナルヲ以テ上告人ニ對抗スルノ效ナキモノナリト云フニ在リ

判旨第六點

依テ審按スルニ上告人ノ援用スル明治三十二年七月司法省令第四十一號第七條第八條ハ單ニ外國領事廳ノ登記ヲ登記簿ニ移ス場合ニ關スルコトヲ規定シタルニ止リ明治三十二年勅令第三百二十九號第五條ノ效力發生ノ時期ヲ規定シタルニアラス而シテ右第五條ノ效力發生ノ時期ニ付テハ別ニ何等ノ制限ナキカ故ニ外國領事廳ヨリ吾地方裁判所ニ之ヲ引渡シタル時トセサルヘカラス否ラスシテ上告人所論ノ如クスルトキハ此規定アルニ拘ハラズ其登記簿ニ登記シタル權利者ハ暫時ノ間此規定ニ依ル保護ヲ受クルコトヲ得サル不條理、不幸アリ而シテ外國領事廳ヨリ其登記簿ヲ吾裁判所ニ引渡シタルモ其譯文ノ備付ケラレ、マテノ間ニ於テハ此際同一ハ不動産ニ付キ新ニ權利ヲ取得セントスル者ノ爲メニハ

不都合ナシトセサレトモ既ニ吾法律ニ於テ外國領事廳ノ登記簿ハ謄本ハ登記簿ト同一ノ效力ヲ有スル旨ヲ規定シタルモノアル以上ハ新ニ權利ヲ取得セントスルモノハ自己ニ對抗セラル、ヘキ他ノ權利アルコトヲ豫想シ得ラル、ヲ以テ登記簿ノ所在ニ就キ其閱覽ヲ請フカ又ハ其他ノ方法ヲ以テ不動産上ノ状態ヲ取調フレハ自己ノ利益ヲ保護スルコトヲ得ルニ引替ヘ外國領事廳ノ登記簿ニ登記シタル地上權者ハ登記簿ノ引渡ヨリ其譯文ノ備付アルマテノ間自己ノ權利保護ノ爲メ何等ノ方法ヲ盡スコト能ハサルモノニシテ何等ノ過失アルモノニアラサレハ此場合ニ於テハ新ニ權利ヲ取得スルモノカ十分取調ヲ爲サ、ルノ故ヲ以テ此者ヨリハ吾裁判所ニ引渡サレタル外國領事廳ノ登記簿ニ登記シタル權利者ヲ保護スヘキヤ當然ナリ依テ原判決ハ此點ニ付テハ上告人所論ノ如ク法律ヲ不當ニ適用シタルモノニアラサルヲ以テ本論旨ハ採用スルヲ得ス

上告追加論旨第一點ハ永久存續スヘキ地上權即チ永代地上權(又ハ永代借地權トモ云フ)ナル物權ハ舊居留地以外ノ土地ヲ目的トスル場合ニ於テモ其成立ヲ認容セラル、ヤ否ヤ民法第二百六十八條ニ依ルニ設定行爲ヲ以テ地上權ノ存續期間ヲ定メサリシ場合ニ於テ別段ノ慣習ナキトキハ地上權者ハ何時ニテモ其權利ヲ拋棄スルコトヲ得(中略)地上權者カ其權利ヲ拋棄セサルトキハ裁判所ハ當事者ノ請求ニヨリ二十年以上五十年以下ノ範圍ニ於テ(中略)設定當時ノ事情ヲ斟酌シテ其存續期間ヲ定ムトアリテ設定行爲ニ期間定メアレハ之レニ依ルヲ本則トシ之レカ定メナキトキハ二十年以上五十年以下ノ範

園内ニ於テ定メラルヘキモノトセラレタリ而カモ期間ト云ヘハ必ス始期ト終期トヲ具フルモノヲ謂フカ故ニ永久ニ地上權ヲ設定スルカ如キハ則チ期間ヲ定ムルモノト云フコトヲ得サルヲ以テ我民法ハ其成立ヲ認容セサルモノト解釋セサルヘカラス其理由一ニシテ定マラサルヘキモ永久ノ地上權ハ實際ノ效果ニ於テ殆ント所有權ト擇フ所ナキカ故ニ若シ之レカ設定ヲ認容スルトキハ外國人ニ對シテ土地ノ所有ヲ禁シタル國法ハ全然其效力ヲ失フニ至ルヲ慮リタルコト儘カニ其理由タルヲ失ハスト信スルナリ民法施行法第四十五條ニハ外國人又ハ外國法人ノ爲メニ設定シタル地上權ニハ條約又ハ命令ニ別段ノ定メナキ場合ニ限り民法ノ規定ヲ適用ストアリテ恰モ條約又ハ命令ニ別段ノ定メアルカノ如ク解釋セラルレトモ條約ニ別段ノ規定ナキハ勿論他ノ命令ニ於テモ亦別段ノ規定アルコトヲ見ス明治三十二年勅令第三百三十三號第一條及ヒ第二條ノ規定ニヨレハ永久存續ノ意思ヲ以テ設定シタル地上權ノ成立ヲ認容シタルカ如クナルモ其主意タル之カ存續ヲ否定シタルコト明カニシテ而モ同勅令ハ明治三十四年勅令第七十九號ヲ以テ廢止セラレタレハ今日ニアリテ永代地上權ナルモノ、成立ヲ容認シタル法律アルコトナシ假ニ前記勅令第三百三十三號ノ規定ヲ以テ永代地上權ノ成立ヲ認容シタルモノト爲サンカ該勅令ハ此點ニ於テ違法アルニヨリ其效力ヲ認ムルコトヲ得ス何トナレハ法律ヲ以テ定メタル事項ハ法律又ハ法律委任ニ依リ命令ヲ以テスルニアラサレハ之カ改廢ヲナスコトヲ得サルモノナルニ民法上其成立ヲ認容セサル權利ヲ同勅令ニ於テ之ヲ認容スル筋合トナレハナリ要スルニ永代地上權ナル物權ハ我カ法律ノ認容セサル所ナルニ拘ハラヌ原院ハ「故マールクボイゼー」ハ明治十七年中本件ノ地上ニ建物ヲ所有スル爲メ永久存續スヘキ地上權即チ所謂永代地上權ヲ設定セシメタルモノニシテ「云々ト説キ永代地上權ナル物權アリト爲シタルハ地上權ニ關スル法則ヲ不當ニ適用シタル不法ノ判決ナリト信スト云フニ在リ

依テ審按スルニ民法ニ於テ地上權ノ存續期間ニ付テハ永小作權（第二百七十八條）及ヒ賃貸借權（第六百四條）ノ如ク制限ナキカ故ニ當事者カ永久存續ノ地上權ヲ設定スルヲ得ルコトハ當院ノ判例トシテ認ムル所ニシテ殊ニ墓地トシテ又ハ紀念碑建設ノ爲メ他人ノ土地ヲ借ルカ如キ場合ニ於テハ其性質上永久存續ノ地上權ヲ認メサルヘカラス而シテ明治三十二年勅令第三百三十三號ニハ曩キニ説明スルカ如ク外國人雜居地ニ於ケル永久存續ノ地上權又ハ賃借權ニ適用スヘキ規定ヲ設ケアリテ其規定ハ以上説明スル如ク民法ノ規定ト相容レサルモノニアラサレハ上告人所論ノ如ク違法ナルモノニアラス依テ原院カ神戸市ノ外國人雜居地ニ於テ一私人ヨリ外國人ノ爲メ設定シタル永久存續ノ地上權アリト判示シタルハ相當ニシテ本論旨ハ採用スルヲ得ス

上告追加論旨第三點（第二點ハ取消）ハ原判決理由第一ニ曰ク英國法ニ依ル遺言執行者ハ死者ヲ代表シテ本件ノ如キ地上權登記請求ノ訴ヲ提起スル權限ヲ有スルモノナリヤ否ヤヲ按スルニト謂ヒ斷案トシテ遺言執行者ニ此代表權アルモノナリト爲セリ依テ考フルニ凡ソ代理又ハ代表ト謂フ必ス其本體ノ

存在ヲ必要トス代理代表トハ取りモ直サス本人ニ代リテト云フ謂ヒナリ原判決ハ遺言執行者ニ死者ヲ代表スル權利アリト謂フ死者ハ果シテ其本體タル資格アリヤ否ヤ死者ハ無ナリ無ヨリ有ヲ生セストハ萬物ノ法ナリ原判決ニ於テ遺言執行者タル被告人ニ死者ノ代表權アリト論定セルハ無ヨリ有ヲ生セシメタル不法ノ裁判ナリト信スト云フニ在リ

判旨追加第三點

依テ審按スルニ本件記録ニ添附スル鑑定人法學博士岡松參太郎ノ鑑定ニ依レハ英國ノ普通法ノ規定ニテハ遺言執行者ハ死者ノ遺言ニ依リ其遺產中獨リ人産（パーソナル、プロパー）ニ付テハミ死者ヲ代表スル權ヲ有スルニ止マリ其實産（リアル、プロパー）ニ付テハ之カ代表ノ權ナキヲ以テ遺言執行者ハ人産ヲ管理處分スル權限ヲ有スルニ過キサリシト雖モ右普通法ハ西曆一千八百九十七年（明治二十年）ノ土地移轉條例（ラ、ド、ト、ラ、ン、ス、フ、ア、ー、ア、ク、ト）ニ依リ改正セラレ其實施期タル千八百九十八年一月一日以後ニ在リテハ實産モ亦遺言執行者ノ權限ニ屬セシメラレタルモノナレハ被告ハ該法令ニ從ヒ故「マークボイゼ」ノ遺言執行者トシテ本訴ヲ提起スルコトヲ得ルハ當然ニシテ毫モ怪ムニ足ラサレハ本論旨ハ採用スルヲ得ス

上告追加論旨第四點ハ遺言執行者タル被告人ニ於テ本件訴訟主體タル能力アリヤ否ヤハ上告人ノ第一審以來爭フ所ナリ而シテ原判決ハ死者ノ本國法ヲ適用シテ之レ有リトナス抑モ訴訟主體タル能力ニ關スル涉外問題ニ關シテハ果シテ何レノ國法ヲ適用スヘキヤヲ先決スヘキモノトス遺言執行者カ本件

ノ如ク訴訟ノ當事者トシテ訴ヲ提起スルノ權アリヤ否ヤハ權利能力ニ關スル問題ナリ權利能力ニ關シテハ訴訟地法ヲ適用スヘキハ國際私法上動スヘカラサル原則ナリ然ルニ原判決ハ行爲能力、權利能力代表權等ヲ混同シ一言ノ説明モナク漫然死者ノ本國法ヲ適用セルハ果シテ如何ナル法律上ノ根據アリヤ加之訴訟能力ニ關シテハ特ニ理由アリ一般行爲能力ニ關シテハ其本國法ヲ適用スルヲ以テ國際私法上ノ原則ト爲スト雖モ訴訟能力ハ一般行爲能力ノ如ク本國ノ風土、氣候、慣習等ニ鑑ミ之ヲ定ムルノ必要ナキヲ以テ從テ本國法ニ依ラス訴訟地法ニ依ルヘキモノトス民事訴訟法第四十四條ニ依レハ「外國人ハ自國ノ法律ニ從ヒ訴訟能力ヲ有セサルモ本邦ノ法律ニ從ヒ訴訟能力ヲ有スルモノナルトキハ之ヲ有スルモノト看做ス」ト謂ヒ文意明亮ナラスト雖モ獨逸民事訴訟法亦殆ント同意義ノ規定アリ法意ハ蓋シ訴訟能力ニ關シテハ訴訟地法ヲ適用スヘシトノ國際私法上ノ原則ヲ確立シタルモノトス以上上告人ハ被告ノ訴訟能力ニ關シテハ訴訟地法則チ日本法律ヲ適用スヘキ旨ヲ論斷セリ已ニ日本法律ニ依ルヘキモノトスレハ遺言執行者ニ斯ル權限ナキハ民法上疑ヲ容レズ然リ而シテ今試ニ一步ヲ讓リ死者ノ本國法ヲ適用スヘシトナスモ尙原判決ハ其違法タルヲ免レス則チ凡ソ當事者ノ本國法ニ依ルヘキ場合ニ於テ其國ノ法律ニ從ヒ日本ノ法律ニ依ルヘキトキハ日本ノ法律ニ準據スヘキハ法例第二十九條ノ明示スル所ナリ故ニ本邦ノ裁判所ニ於テ外國法ヲ適用セント欲セハ先ツ國際私法上又ハ我法例上外國法ヲ適用スヘキ場合ニシテ然カモ其適用スヘキ外國法ニ於テ日本ノ法律ニ依ルヘカラサル場合ナラサ

ルヘカラス此點ヨリ見ルモ原判決ハ當ヲ得ス要スルニ原判決ハ國際私法上並ニ我法例上到底認容スヘカラサルモノト信スト云フニ在リ

依テ審按スルニ民事訴訟法第四十四條ニ外國人ハ自國ノ法律ニ從ヒ訴訟能力ヲ有セサルモ本邦ノ法律ニ從ヒ訴訟能力ヲ有スルモノナルトキハ之ヲ有スルモノト看做ストアリテ其法意ハ外國人カ自國ノ法律ニ從ヒ訴訟能力ヲ有スルトキハ本邦ニ於テモ之ヲ有スルコト勿論ナルモノト解釋スヘキヲ以テ遺言執行者ハ英國法ニ依リ前説明ノ如ク死者ヲ代表シテ訴訟ヲ提起スルコトヲ得可キカ故ニ本邦ニ於テモ本件訴訟ヲ提起スルコトヲ得可キモノナレハ原院カ被上告人カ故「マークボイゼー」ノ遺產管理人トシテ提起シタル本件訴訟ヲ適法ノモノナリト判示シタルハ相當ニシテ本論旨ハ採用スルヲ得ス

上告追加論旨第五點ハ原判決ハ理由第三ニ於テ一面明治三十四年勅令第七十八號ハ一見居留地ノ永代地上權ノミニ係リ本件ノ如キ雜居地ノ永代地上權ハ此内ニ包含セサルヤノ觀ナキニアラスト雖モト謂ヒナカラ斯クセハ雜居地ノ永代地上權者ノ保護薄キニ過クルトノ理由ニヨリ強テ又之ヲ否定セリ依テ稽フルニ外國人ニ土地所有權ヲ付與セサルハ國法ノ定ムル所ナリ外國人ヲシテ土地ノ所有權ヲ獲得セシムルハ公ノ秩序ニ反ス永代地上權ハ殆ント所有權ニ酷似セル權利ナリ外國人ヲシテ無制限ニ永代地上權ヲ獲得セシムルハ頗ル公ノ秩序ニ關スルコト大ナリ依テ法令ハ永代借地權ニ關シ屢規定スル所アリ上告人ハ唯ニ保護ノ如何ノミナラス雜居地ノ永代地上權ノ存在ヲモ否認スルモノナリ其居留地ト

雜居地ニ於ケル保護ノ輕重ノ如キハ固ヨリ其所ノミ然ルニ原判決ニ於テ強テ立法ノ沿革若クハ保護ノ輕重ナル漠然タル理由ニ依リ明文上疑ヒナキ居留地ノミニ關スル永代地上權ノ規定ナル明治三十四年勅令第七十八號第八條ヲ以テ雜居地ニ於ケル永代借地權上ニ適用スヘシト爲セルハ到底辯疏スヘカラサル不法アリト信スト云フニ在リ

依テ審按スルニ本論旨ハ以上數點ニ説明シタル所ヲ以テ自カラ了得スルコトヲ得ヘキカ故ニ別ニ説明ヲナサ、ルモノトス

以上説明スル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ニ依リ棄却スヘキモノトス

○地上權設定假登記抹消並地所明渡及損害賠償請求ノ件

○判決要旨

明治三十八年十月三十日(オ)第九號
明治三十八年十月三十日第二民事部判決

- 一 明治三十二年勅令第四百五十八號第一條第四項ハ同年勅令第三百二十九號第一條所定ノ登記期間ヲ延長シ改正ヲ加ヘタルモノニシ

明治三十二年勅令第四百五十八號第一條四項ノ法意○明治三十二年司法省令第四十一號ノ趣意
外國法ノ調査

テ雜居地ニ於ケル外國人又ハ外國法人ノ不動産上ノ權利ニ對シ保護ヲ與フルノ法意ナリトス(判旨第二點)

一明治三十二年司法省令第四十一號外國人又ハ外國法人ノ權利ノ目的タル不動産ニ關スル登記取扱手續ハ外國法ニ於ケル登記ノ公示方法ノ爲メナルト其他ノ證明方法ノ爲メナルトヲ分タス單ニ外國領事廳ノ登記簿謄本ヲ以テ一般ノ登記手續ニ代用セシムル趣意ナリトス(判旨第十一點)

一民事訴訟法ニ於テ裁判所カ外國法ヲ調査シ得ヘキ規定ヲ設ケタルハ單ニ裁判所ノ職權ヲ定メタルニ過キスシテ其責務ヲ定メタルモノニ非ス(同上)

第一審 神戸地方裁判所 第二審 大阪控訴院

上告人 井上善吉 訴訟代理人 (草鹿甲子太郎 齋藤二郎)

被上告人 フランシスマ、ワホルシ 外一名 訴訟代理人 平田 謙 衛

右當事者間ノ地上權設定假登記抹消並地所明渡及損害賠償請求事件ニ付大阪控訴院カ明治三十七年十一月五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

上告第一點ノ要旨ハ原判決ハ法則ヲ誤解シタル不當ノ裁判ナリ原判決ニ於テハ明治三十二年勅令第三百二十九號第一條ハ其不動産ノ居留地ニアルト雜居地ニアルト政府ノ設定シタルト一私人ノ設定シタルトヲ區別セサルヲ以テ汎ク雜居地ニモ適用スヘク居留地ニ限リタル規定ト解釋スヘキ餘地ナシト斷定シ同法令ハ雜居地ヲモ包含スルモノト解釋シタルモ是レ誤解ノ甚シキモノナリ上告人ハ第一審以來該法令ハ居留地ノミニ限リ適用スヘク雜居地ヲ包含セサル旨ヲ主張シ殊ニ第二審答辯書ニ詳記シタル如ク同法令改廢ノ沿革ト民法施行法第四十五條ノ解釋並ニ適用上上告人主張ノ如キ立法ノ趣旨斯ク解釋セサルヘカラサルコトヲ縷陳シタルニ拘ハラス原院ハ何等ノ根據ナク獨斷的ニ前示ノ如ク解釋セラレタルモ同法令ハ素ヨリ原院解釋ノ如キモノニ非サルコトハ管ニ上告人一己ノ私見ノミナラス當局者自ラ其適用範圍ヲ以下ノ如ク明示セリ即チ衆議院議員山田喜之助氏提出明治三十二年勅令第四百五十八號ニ關スル質問ニ對スル答辯書ニ曰ク「民法ニ於テハ地上權存續期間ノ最長期ニ付キ何等ノ制限ヲ

設ケサルモ無期永久ノ地上權ヲ認メス明治三十二年勅令第三百二十九號ニ規定セル地上權ハ元外國人
居留地ニ設定シタル永代借地權ノミヲ指スモノナルニ因リ同年勅令第四百五十八號ニ於テハ特ニ外國
人居留地ニ設定シタル地上權(永代借地權)ナル文字ヲ用キテ其趣旨ヲ明ニセリ故ニ勅令ニ規定セル
永代借地權ト民法ニ規定セル永小作權トハ元來別種ノモノニシテ混同ヲ生スヘキ處ナキハ勿論勅令ヲ
以テ二者ノ間ニ差異ヲ設ケタルニアラスト答ヘ明治三十三年二月二十日內務大臣侯爵西郷從道、外
務大臣子爵青木周藏、司法大臣清浦奎吾署名セリ斯ノ如ク三十二年勅令第三百二十九號ノ立法ノ趣旨
ト其適用範圍ハ居留地ノミニ限定セラレタルモノナルコト明カナル上ハ原院カ同法令ハ居留地ノミニ
限ラス雜居地ヲモ包含スト解釋シタルハ法則ヲ誤解シテ適用セル不當ノ裁判ナリト云フニ在リ
按スルニ本論旨ハ明治三十二年勅令第三百二十九號ノ規定ヲ以テ居留地ノ不動產ノミニ適用スヘキモ
ノナルニ原判決ハ其不動產ノ雜居地ニ在ルト政府ノ設定シタルト一私人ノ設定ニ係ルトヲ問ハス汎ク
之ヲ適用スヘキモノト斷定シタルハ違法ナリト云フニ歸着ス依テ之ヲ解決スルヲ以テ足レリトス而シ
テ明治三十二年勅令第三百二十九號ノ規定ハ明治三十四年法律第三十九號及ヒ同年勅令第七十九號
等ノ規定ト相異ナリ汎ク外國人又ハ外國法人カ不動產ニ付キ登記ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ヘ
キ權利ニ關スル事項ヲ定メタルモノニ係リ政府カ永代借地券ヲ以テ設定シタル永代借地權ナルト一私
人カ雜居地ニ於テ設定シタル地上權及ヒ賃借權等ニ付キ何等ノ區別ヲ爲サル規定タリ抑神戸市内ノ

外國人雜居地ニ於テハ外國人カ家屋又ハ土地ヲ有效ニ賃借スルヲ得ヘキニ至リシコトハ年久シクシテ
初メ慶應四年三月七日當時ノ兵庫縣令伊藤俊介ヨリ各國岡士(領事)ニ宛テ交付シタル公文ニ因ルモ
土地又ハ家屋ノ賃借ハ雙方國吏ニ届出テ調印ヲ受ケ猶ホ居留地帳ニ書留(即チ登記)ムヘキモノニシ
テ爾來改正條約ノ實施ニ依リ法權ノ全ク吾國ニ歸スルマテハ斯ク實行シ來リ而シテ民法施行法第四十
五條ノ規定ニ「外國人又ハ外國法人ノ爲メニ設定シタル地上權ニハ條約又ハ命令ニ別段ノ定ナキ場合
ニ限り民法ノ規定ヲ適用ス」ト定メラレ即チ明治三十二年勅令第三百二十九號ノ規定ノ如キハ右施行
法第四十五條ニ所謂命令ニ別段ノ定アル場合ニ該當ス尙ホ且ツ明治三十二年勅令第三百三十三號ニ依
ルモ其第一條ニ「帝國ノ臣民又ハ法人ニシテ外國人又ハ外國法人ノ爲メニ永久存續ノ意思ヲ以テ設定シ
タル地上權又ハ賃借權云々其土地國有ニ屬スルトキハ云々」トアリ其第二條ニ「前條ノ場合ニ於テ其
土地國有ニ屬セサルトキハ地上權者又ハ賃借人ハ所有者ニ相當ノ償金ヲ拂ヒテ其土地ノ所有權ヲ取得
スルコトヲ得」トアリ又同年司法省令第四十一號ノ規定ニ照スモ其第一條ニ明治三十二年勅令第三百
二十九號第一條ノ規定ニ依ル登記ニ關スル事項ヲ定メ其第二條ニハ外國人又ハ外國法人ノ權利ニ關ス
ル土地登記簿及ヒ建物登記簿ニ關スル事項ヲ定メラレタリ此ニ由テ之ヲ推セハ明治三十二年勅令第三
百二十九號ノ規定中ニ雜居地ヲモ包含セシメタル法意ナルコト自ラ明カナリ而シテ前段民法施行法第
四十五條及ヒ明治三十二年勅令第三百二十九號同年勅令第三百三十三號等ハ明治三十四年法律第二十

九號第六條及ヒ同年勅令第七十八號第十四條同年勅令第七十九號第五條等ヲ以テ之ヲ廢止セラレ
タリト雖モ此等ノ法則廢止以前ニ爲シタル行爲ニ對シテハ此等ノ規定ヲ適用スヘキ筋合ナルヲ以テ原
判決ハ上告人所論ノ如キ法則ヲ誤解シテ適用シタル違法ナシ但上告人ハ衆議院ノ議事録ニ於ケル各大
臣ノ答辯ヲ舉ケテ論スル所アレトモ裁判所ハ既成ノ法文ニ依リ之カ正解ヲ下シ適用スヘキモノニシテ
敢テ斯ル議事録ニ羈束セラルヘキモノニ非サルヲ以テ法文ニ副ハサル見解ハ之ヲ採用スルヲ得サルモ
ノトス

上告第二點ノ要旨ハ勅令第三百二十九號第一條ハ第一點ニ論述セル如ク元來居留地ノミニ適用スヘキ
法令ナルコト明カナル以上ハ同法令ヲ改正セラレタル同年勅令第四百五十八號第一條ハ上告人カ原院
ニ提出シタル答辯書ノ如ク第三百二十九號第一條ヲ改正シ其意義ノ明確ヲ計リ且同條規定ノ期日ノ延
長ヲ爲シ尙ホ三十三年法律第七十二號ト其法律關係ノ異ナルコトヲ示シタルコト益々明瞭ナリ原院ハ
勅令第三百二十九號第一條ハ居留地雜居地相共ニ包含スルモノト獨斷的解釋シタル結果此誤謬ナル前
提ヨリ推理シテ其改正法令タル勅令第四百五十八號第一條モ亦居留地雜居地相共ニ包含ストシ本件ニ
同勅令ヲ適用スヘキモノトシタルハ勢ノ然ラシムル所ニシテ誤謬ハ益々其深キニ及ヒタルモノト謂ハ
サルヲ得ス既ニ勅令第三百二十九號ハ居留地ノミニ法令ニシテ雜居地ヲ包含セサルモノタル以上ハ其
改正法令タル勅令第四百五十八號モ亦居留地ノミニ法令ニシテ雜居地ヲ除外シタルコト多言ヲ要セス然

ルニ原院ノ解釋力之ニ反シタルハ全ク法則ノ誤解ニ出テ其適用ヲ誤リタル不法ノ判決ナリト云ヒレ上
告第三點ノ要旨ハ原院ハ三十二年勅令第四百五十八號第一條第一項ハ居留地ノミニノ規定ニシテ其第四
項ハ雜居地ノ地上權ヲ包含スト解釋シタルモ同前誤謬ノ解釋ナリ同條第四項ノ規定ハ上告人カ原院答
辯書第四ニ陳述セル如ク居留地ニ關スル永代借地權以外ノ不動產上ノ權利(有期地上權、賃貸借權、
地役權、不動產質權、抵當權)或ハ永代借地權上ニ設定シタル不動產上ノ權利即チ永代借地權ヲ基本
トシテ之ニ對シ賃借權、不動產質權、抵當權、先取特權等ヲ設定シタル場合ニ關スル事項ニシテ右等
ハ勅令第三百二十九號第一條ニハ何等ノ明示ナキヲ以テ是等ノ權利モ右二勅令保護ノ下ニ置カントノ
趣旨ニ外ナラサルモノニシテ之レヲ外ニセハ改正ノ趣旨ヲ解スル能ハサルニ至ラン加之上告人カ前示
ノ解釋ヲ爲スハ次ノ確固不動ノ理由アリ(一)勅令第三百二十九號ハ第一點論告ノ如ク單ニ居留地ニ限
リタル法令ナルコト明確ニシテ同令第三條ノ規定ハ永代借地權(居留地ニ係ル)ニ關スル登記簿ニハ
甲、乙、丙、丁ノ事項欄ヲ設ケ以テ地上權、先取特權、質權、抵當權、賃借權又ハ其以外ノ權利ヲ登
記スヘキコトヲ示セリ故ニ同條ノ目的ハ永代借地權ヲ基本トシ同權利ノ上ニ設定シタル地上權乃至上
記諸種ノ權利ノ登記ヲ爲ス趣旨ニ外ナラサレハ若シ勅令第三百二十九號第一條ヲ改正シ同第四百五十
八號第一條第一項ニハ單ニ永代借地權ノミニ關スルコトヲ明示シ同權利ノ上ニ設定シタル上記諸種ノ
不動產上ノ權利ニ關シ何等ノ規定ヲ爲サ、ルトキハ第三百二十九號第一ニ於テ汎ク外國人又ハ外國法

人カ居留地ニ關スル總テノ不動産上ノ權利ニ對シテ保護ヲ受ケタルモノハ消滅シ單ニ永代借地權ノミ
ニ限リ保護セラル、ノ結果ヲ生ス故ニ勅令第四百五十八號第一條第一項ニハ永代借地權ノミヲ規定シ
同條第四項ニハ永代借地權ヲ基本トシテ設定シタル諸種ノ不動産上ノ權利ヒモ亦同令第三百二十九號
ト同シク保護ヲ與フヘキコトヲ規定シ而シテ第三百二十九號第三條ヲ存在セシメタルモノナリ(一)三
十二年勅令第四百五十八號第四條末項ノ規定モ亦前示即チ永代借地權ヲ目的トスル權利ノ登記申請ア
リタルトキ未タ永代借地權ノ登記ナキトキハ職權ヲ以テ永代借地權ノ登記ヲ爲スヘキコトヲ要ストシ
永代借地權上ニ設定シタル不動産上ノ權利保護ヲ與ヘ以テ公示方法ニ據リ第三者ニ對抗シ得ヘキコト
ヲ示シタルモノナリ此手續法ノ規定アル所以ハ永代借地權ヲ基本トシテ設定シタル不動産上ノ權利ア
ルヲ認メタルモノニシテ是等ノ權利ハ何レニアリヤヲ推究セハ勅令第四百五十八號第一條第四項ノ外
他ニ觀ルヘキモノナキコト明カナリ如上ノ目的ヲ以テ勅令第三百二十九號第三條ヲ存置シ尙ホ第四百
五十八號第四條末項ヲ制定シタルモノニシテ此兩條ト勅令第三百二十九號第一條及ヒ同第四百五十八
號第一條全文トヲ比較シ考究セハ上告人ノ所論ハ誤リナシ故ニ勅令第四百五十八號第一條第四項ハ原
判決ノ解釋ノ如キ法意ニ非ス即チ同條ハ雜居地ノ地上權ヲ包含スルカ爲メニ改正セルモノニ非サルコ
ト明カナリ是レ原判決ハ法則ヲ誤解シタルモノト謂フ所以ナリト云ヒ上告第四點ノ要旨ハ原院ハ勅
令第四百五十八號第一條ニハ權利ノ對抗方法トシテ一方ニハ地券記載ノ方法ヲ認メ他方ニ於テ登記ノ

方法ヲ認メタルハ居留地ト雜居地トノ地上權ヲ二ツナカラ保護センカ爲メニ外ナラス云々勅令第四百
五十八號第一條ハ同第三百二十九號第一條ノ意義ヲ明確ニシ併セテ權利ノ對抗方法ヲ二種ニ區別シタ
ルニ止マルト判定セラレタルモ勅令第三百二十九號同第四百五十八號ハ前數點ニ於テ論述スル如ク單
ニ居留地ノミニ限ルコト明カナル上ハ前示判定ノ趣旨ハ根據ナキノミナラス上告人主張ノ如ク勅令第
三百二十九號ハ權利對抗方法トシテ登記ノミヲ示シタルモ同第四百五十八號ノ改正ニ及ンテ更ニ地券
面記載ノ一新方法ヲ追加シタル趣旨ナルコト明瞭ナリ若シ夫レ第四百五十八號第一條第四項ノミニ至
リテハ素ヨリ地券面記載ノ方法ヲ採ル能ハサル性質ノ權利タルカ故ニ第三百二十九號規定ノ儘登記方
法ニ據ラサルヲ得サルモノタルナリ然ルニ原院ハ此見易キ理由ヲ解セス其前提ニ於テ二勅令ハ雜居地
ヲモ包含ストノ誤解アルカ爲メ第四百五十八號改正ノ趣旨即チ新ニ地券面記載ノ對抗方法ヲ設ケタル
所以ヲ知了セス同法條ヲ曲解シテ適用シタル違法ノ裁判ヲ爲スニ至リタルモノナリト云フニ在リ
右上告論旨第二點ヨリ第四點ハ總テ明治三十二年勅令第四百五十八號ヲ以テ改正セラレタル條項ヲ引
テ同年勅令第三百二十九號ノ法則ハ外國人ノ居留地ニ限リ適用スヘキモノニシテ其雜居地ニハ之ヲ適
用スヘキ規定ニ非スト縷陳シ其要スル所ハ第一點ノ論旨ヲ敷衍シテ之ヲ貫徹セシメントスルニ在リ依
テ明治三十二年勅令第四百五十八號ヲ按スルニ其第一條ハ同年勅令第三百二十九號第一條ヲ改正シテ
明瞭ナラシメタルモノニシテ其第一項ニハ「外國人居留地ニ設定シタル地上權(永代借地權)ハ移轉

アリタルトキハ其土地ノ所在地ヲ管轄スル地方廳ニ於テ地券ニ其旨ヲ記載スルニ非サレハ之ヲ以テ第
三者ニ對抗スルコトヲ得ス」ト規定シ其第二項三項ハ地方廳カ登記所ニ其旨ヲ通知スルコトヲ要スル
規定ニ係リ即チ第一條第一項ヨリ第三項マテハ居留地ニ限リ適用スヘキ規定タルコト明カナリト雖モ
同條第四項ニ至リテハ「第一項ニ掲ケタル權利ヲ除ク外國人又ハ外國法人カ不動産ニ關シ明治三十
二年勅令第二百五十一號ヲ以テ定メタル期日前ニ適法ニ取得シタル權利ヲ第三者ニ對抗シ得ヘキモノ
ナル場合ニ於テ右ノ期日前ニ其登記アラサリシトキハ明治三十三年十二月三十一日マテニ登記ヲ爲ス
ニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス」ト規定シ此第四項ノ規定コソ同年令第三百二十
九號第一條ノ規定ニ於ケル登記期日ヲ延長セラレ改正ヲ加ヘラレタルモノニ係リ同項冒頭ニ「第一項
ニ掲ケタル權利ヲ除ク外國人又ハ外國法人カ不動産ニ關シ云々」トアル一項ノ規定ハ居留地外即チ
雜居地ニ於ケル不動産上ノ權利ニ對シ保護ヲ與フルノ法意ト解釋スルノ外他ニ解釋ヲ下スノ餘地ナシ
而シテ其第四條ハ同年勅令第三百二十九號第四條ニ追加ヲ爲シタルニ過キサレハ結局上告論旨第二點
乃至第四點ハ共ニ第一點ノ上告論旨ニ對シ説明ヲ與ヘタル所ヲ覆スヘキ理由ナキヲ以テ是等ノ論告ノ
上告ノ理由ナキコトハ尙ホ上告第一點ノ論旨ニ對スル説明ヲ會得スヘシ

上告第五點ノ要旨ハ上告人ハ明治三十四年法律第三十九號勅令第四百五十八號ハ居留地ノミノ規定
ナレハ勅令第三百二十九號同第四百五十八號ニシテ雜居地ヲモ包含スルモノトセハ右第三十九號法律
及ヒ勅令第四百五十八號ノ發布ト同時ニ勅令第三百二十九號第四百五十八號ノ內其雜居地ニ關スル部分
ヲ殘存セサルヘカラサルニ法律第三十九號勅令第四百五十八號ノ發布ト同時ニ右二勅令全部ヲ廢止シタ
ルハ初メヨリ雜居地ヲ包含セサル旨ヲ主張セリ然ルニ原院ハ兩勅令全部ヲ廢止シタル爲メ居留地ノ地
上權ハ依然特別ノ取扱ヲ受クルモ雜居地ノ分ハ當然我民法ヲ適用スルニ至リシ結果ヲ生シタルニ止マ
リ又實ニ此ノ如キ結果ヲ豫想シテ該法令ヲ發布セラレタルモノト認ムルコトヲ得云々ト說示セラレタ
ルモ素ヨリ右二勅令ハ雜居地ヲ包含セサル規定ナルヲ以テ法律第三十九號勅令第四百五十八號ノ發布ト
共ニ右二勅令全部ヲ廢止セサルヲ得サル自然ノ結果ヲ來シタルモノニシテ換言スレハ法律第三十九號
勅令第四百五十八號ハ右二勅令ニ代ルヘキ法令ニ外ナラス其法質即チ實體法ト手續法トヲ明カニ分別シ
タルニ過キササルナリ故ニ原院説明ノ如キ結果ヲ生スルモノニ非スシテ雜居地ニ關シテハ右二勅令存在
ノ當初ヨリ民法（三十三年法律第七十二號民法施行法第四十四條）ノ規定ヲ適用スヘキモノナリシコ
ト論ヲ俟タス原院説明ノ如ク法律第三十九號勅令第四百五十八號ノ發布ニ依リ雜居地ニ關シテ始メテ民
法ノ適用ヲ受クルニ至リシモノニ非ス此點ニ關シテモ原判決ハ法則ヲ誤解シテ當然適用スヘキ民法ヲ
適用セサル不法ノ裁判ナリト云フニ在リ

按之明治三十四年法律第三十九號及ヒ同年勅令第四百五十八號ノ規定ハ共ニ政府カ永代借地券ヲ以テ設
定シタル永代借地權ニ關スル法則ニシテ雜居地ニ關係ナキコトハ勿論ナレトモ是等ノ新法令發布セラ

レタルカ爲メ其以前ノ法則ノ解釋ニ影響ヲ生スヘキ理ナシ而シテ原判決ハ右新法令ノ發布ニ對シ穩當ナラサル解釋アリトスルモ其以前ノ法則即チ明治三十二年勅令第三百二十九號及ヒ同年勅令第四百五十八號ノ規定ニ正當ナル解釋ヲ下シ之ヲ根據トシ以テ本案ノ判決ヲ爲シタルモノナレハ相當ニシテ上告其理由ナシ

上告第六點ノ要旨ハ上告人ハ民法施行法第四十五條ハ外國人ニ對スル地上權ニ關シテハ其個人相互即チ帝國臣民ト外國人間ノ地上權ニ關シテハ民法(三十三年法律第七十二號、民法施行法第四十四條)ヲ適用シ帝國政府ト外國臣民間ニ於ケル地上權(永代借地權)ニ關シテハ條約又ハ別段ノ法令ヲ適用スルモノトシ所謂別段ノ法令トハ勅令第三百二十九號第四百五十八號ナルコトヲ主張シ且民法施行法第四十五條ノ廢止ハ勅令第三百二十九號第四百五十八號ノ法令カ居留地ノミノ規定ニシテ雜居地ヲ包含セサル所以ナルコトヲ論述セリ然ルニ原院ハ同條項ハ一般ニ外國人ニ對スル民法適用ノ原則ト例外トヲ規定シタルニ過キスシテ政府カ設定シタル地上權ニ限リ條約又ハ別段ノ命令ヲ適用スヘキ規定ニ非ストシ同條勅令第三百二十九號第四百五十八號廢止ノ結果ハ雜居地ノ地上權ニ付テハ民法ヲ適用スルニ至リシノミニシテ右兩勅令ハ雜居地ヲ包含セサル理由トスルニ足ラスト判示セラレタルモ是レ全ク誤解ニ出テタルモノニシテ民法施行法第四十五條ノ意義竝ニ同條ヲ廢止シタルハ上告人所論ニ誤リナキコトハ當局者カ公然ノ說明ニ照シテ明瞭ナリ即チ明治三十四年三月衆議院議事録第十八號永代借

地權ニ關スル法律案第一讀會ノ續キニ政府委員外務總務長官内田康哉氏答辯ニ云々結局民法ノ四十五條ニ云フ地上權ト云フ名稱ヲ附スルコトハ穩當テアルマイト云フ所カラ今般單行法律ヲ出シマシテ四十五條ノコトハ削除シテ新ニ永代借地權、一種特別ノ權利ヲ認メルコトニナリ云々トアルニ徴シテ明瞭ナリ故ニ原院カ此點ニ對スル法文ノ解釋ハ誤謬ニシテ從テ兩勅令ハ本件ニ適用スヘカラサル法則ナリト云フニ在リ

然レトモ衆議院ノ議事録ニ掲ケアル政府委員ノ答辯ノ如キハ必スシモ裁判所カ之ヲ標準トセサルヲ得サルノ限ニ在ラサルコトハ上告第一點ノ論旨ニ對スル說明ノ如シ而シテ明治三十二年勅令第三百二十九號及ヒ同年勅令第四百五十八號ノ法令ノ解釋竝ニ之カ適用モ亦原判決ニ違法ノ點ナキコトハ前數點ノ論旨ニ對スル說明ニ依リ之ヲ會得スヘシ

上告第七點ノ要旨ハ上告人ハ帝國臣民ト外國人間ニ於ケル地上權ハ民法施行法及ヒ三十三年法律第七十二號ヲ適用スヘキモノニシテ勅令第三百二十九號第四百五十八號ヲ適用スヘキモノニ非スト論シ原院答辯書第三(イ)ノ項ニ詳述シタリ然ルニ原判決ハ其前提ニ於テ雜居地ニモ右兩勅令ヲ適用スヘキモノトノ誤見ニ依リ前示法律ハ之ヲ外國人ニ對スル地上權ニ適用スヘカラストシ單ニ法令ノ不備ヨリ生スル結果ナリト論斷セリ然レトモ勅令第三百二十九號第四百五十八號及ヒ民法施行法三十三年法律第七十二號立法ノ精神ハ原院解釋ノ如クナラスシテ永代借地權ヲ除キタル内外個人間ノ地上權ハ一ニ民

法施行法及ヒ三十三年法律第七十二號ニ準據セシムル法意ナルコト前數點ニ論スル如ク疑ナキヲ以テ
上告人カ前示答辯書中所論ノ如ク右諸法律就中三十三年法律第七十二號第二條ノ權利對抗方法ノ有效
期間ハ内外人均シク其利益ニ霑フヘキハ論ヲ俟タス決シテ原院説明ノ如ク法ノ不備ナル爲メ内外人間
適用スヘキ法規ヲ異ニシ均一ノ權利ヲ享受スル能ハサル結果ヲ生セスシテ初メヨリ同一ノ法規ノ下ニ
支配ヲ受クヘキモノナルコト疑ナシ故ニ此點ニ關スル原院ノ判定ハ亦法則ヲ誤解シ法則ヲ適用セサル
不法アリト云フニ在リ

按スルニ此點ニ付テモ明治三十四年九月法律第三十九號及ヒ同年同月勅令第七十八號同第七十九
號等ノ發布アリテ民法施行法第四十五條及ヒ明治三十二年勅令第三百二十九號同第三百三十三號同第
四百五十八號等ノ廢止セラレサル以前ニ在テハ本邦人ト外國人トノ間ニ於ケル不動產上ノ權利關係ニ
付テハ此等ノ法則ニ依ラサルヲ得サル筋合ナルヲ以テ原判決理由中ニ「法令ノ不備ヨリ生シタル云々
結果ニ過キス」ト判示シタル點ハ穩當ナラスト雖モ結局右等ノ法則ニ依リタルハ相當ニシテ上告其理
由ナシ

上告第八點ノ要旨ハ上告人ハ民法施行法第四十四條ハ地上權ノ限度ヲ定メタル法條ナリ然ルニ雜居地
ニ關スル地上權ハ勅令第三百二十九號第四百五十八號ヲ適用シ民法並前示法條ヲ適用セサルモノトセ
ンカ内國人ニ對シテハ民法施行前ヨリ存在スル建造物ニ付テハ其朽廢ヲ以テ存續時期ノ終期トシ外國

人ニ對シテハ此規定ヲ適用スル能ハス永遠無窮ニ存續スヘキ結果ヲ生シ同一ノ權利ノ性質ニシテ唯内
外人ヲ異ニスルノミヲ以テ如此非常ニ效力ニ消長ヲ來タス結果ヲ生スル旨ヲ論述シタリ然ルニ原院ハ
前項ト同シク法令ノ不備ヨリ生スル結果ナリト論斷シテ之ヲ願ミス蓋シ此點モ亦同前勅令第三百二十
九號第四百五十八號ノ解釋ヲ誤リタルヨリ推理シテ斯ク論斷シタルモノナルヘシ然レトモ右二勅令ハ
雜居地ニ效力ヲ及ホスヘカラスシテ民法、民法施行法等ノ規定ヲ内外ノ個人間ノ地上權ニ適用スヘキ
コト明カナル以上ハ同一性質ノ權利ニシテ内外人ヲ異ニスル爲メ法令ノ適用ヲ異ニシ其效力ニ非常ノ
差異ヲ來タスノ結果ニ陥ルカ如キハ法令ノ精神ニ非ス決シテ法令ノ不備ヲ理由トシテ右等ノ法律ヲ適
用スヘカラサル結果ヲ生セス内外人均一ニ法律ノ保護ヲ受クヘキモノナリ之ヲ法令ノ不備ナリトシタ
ルハ是亦原院カ法則ヲ誤解シタルニ外ナラスト云フニ在リ

之ヲ按スルニ均シク地上權ニシテ外國人ト内國人ト同一ノ法令ノ下ニ均一ニ之ヲ保護スルヲ得サリシ
所以ハ由來外國人ハ條約改正ニ至ルマテハ我一般ノ法規ヲ以テ之ヲ支配スルヲ得サリシ結果自然ニ法
律勅令等モ亦之ヲ異ニセサルヲ得サリシカ故ナリ是ヲ以テ原判決ニ於テ法令ノ不備云々ト說示シタル
點ハ前點ニ對スル説明ノ如ク稍穩當ナラサル嫌アルモ要スルニ原判決カ本件ニ付キ明治三十二年勅令
第三百二十九號同第四百五十八號ノ規定ヲ適用シタルハ結局相當ニシテ上告人所論ノ如キ違法ナシ
上告第九點ノ要旨ハ本件ノ事實關係ハ當事者間ニ爭ナキカ如ク係爭地所ニ對シ前地主森本元助カ所有

權ヲ所得シタルハ明治三十四年五月三十日ニシテ其當時ハ被上告人ニ於テ未タ地上權假登記(英國領事廳ノ簿冊ニ登記シタルモノヲ云フニアラス我國登記簿ノ假登記ヲ云フ)ヲ爲サ、リシモノニシテ被上告人ハ明治三十四年九月二日附神戸區裁判所ノ假處分命令ニ依リ同年同月十四日初メテ地上權假登記ヲ爲シタルモノナリ(訴狀ノ請求原因第一項第三項事實補充申立書第三第一審第一回口頭辯論調書參照)本訴ノ地所ハ元外國人居留地ニ非ラスシテ所謂雜居地ナルコトモ亦タ爭ナキ所ナレハ既ニ前數點ニ於テ詳論シタル如ク三十二年勅令第三百二十九號同第四百五十八號ハ居留地ニ關スル永代借地權(地上權)ノミニ適用スヘキモノニシテ雜居地ニ適用スヘカラサルコト明カナリ故ニ本件事實關係ニ對シ適用スヘキ法律ハ民法中地上權ニ關スル民法施行法第四十四條明治三十三年法律第七十二號ニ外ナラス是ヲ以テ被上告人カ本訴地上ニ民法施行前ヨリ建造物ヲ所有シ三十三年法律第七十二號第一條ニ依リ地上權者ト推定ヲ受クヘキ者トスルモ第三者ニ對抗センニハ同法第二條ニ規定スル期間内ニ登記ヲ爲スヲ要ス然ルニ被上告人カ假登記ハ三十四年九月十四日ナルヲ以テ右法條ノ有効期間(三十四年四月十六日ヲ以テ期間ノ終期トス)ヲ經過シタル後ノ登記ニ係ルモノナレハ假令地上權者ト推定ヲ受ケ且其假登記相存スルモ之ヲ以テ第三者タル森本元助及其承繼人タル上告人ニ對抗スルヲ得サルハ論ヲ俟タス既ニ被上告人ノ假登記ハ第三者タル上告人ニ對抗スル効力ナキ以上ハ本訴請求原因ハ適法ニシテ疑フヘカラス依テ明治三十三年法律第七十二號第二條ヲ適用シ以テ本訴請求ヲ認容セサルヘカ

ラサルニ原判決茲ニ出テサリシハ則チ法則ヲ誤解シ之ヲ適用セサリシ違法ノ裁判ナリト云フニ在リ然レトモ本件ニ付テハ明治三十二年勅令第三百二十九號及ヒ同第四百五十八號ヲ適用スヘキモノナルコトハ前數點ノ論旨ニ對スル説明ノ如シ而シテ此等ノ勅令ハ明治三十四年九月二十日ニ勅令第七十八號ヲ以テ之ヲ廢止セラレタリト雖モ原判決ノ認メタル事實ニ因レハ右兩勅令ノ廢止以前ニ於テ被上告人ハ此等ノ法令ニ基キ領事廳ノ登記簿ノ謄本ノ引渡ヲ受ケシ手續ヲ盡シタル事實ヲ確定シ此二勅令ヲ適用シタルモノナレハ原判決ハ法則ヲ誤解シタル點ナキハ勿論本件ニハ上告人ノ引用スル法條ヲ適用スヘキ場合ニ非サルヲ以テ本論旨モ上告其理由ナシ

上告第十點ノ要旨ハ原院並ニ被上告人ハ本訴地上權ノ登記ハ英國領事廳ノ登記簿ニ登錄シ且其登錄ハ勅令第四百五十八號第一條ノ有効期間内ナルヲ以テ上告人ニ對抗スルヲ得ヘキコトヲ云々スルモ前數點論述ノ如ク勅令第三百二十九號同第四百五十八號ハ雜居地ニ適用スヘカラサルコト明白ニシテ一ニ居留地ニ關スル規定ナルヲ以テ從テ外國領事廳ノ簿冊ニ登錄ヲ爲スモ本件ハ同法令ノ支配ヲ受クヘカラサルモノナルカ故ニ其登記ハ何等ノ効力ヲ有スルモノニ非ス換言スレハ假令雜居地ノ地上權カ外國領事廳ノ簿冊ニ登記登錄アルモ其登記ハ手續ヲ誤リ登記スヘカラサル簿冊ニ登記ヲ爲シタル結果ヲ生シ當ニ第三者ニ對抗シ得ヘカラサルノミナラス全ク登記登錄ナキト同一ナリ故ニ原院カ外國領事廳ノ簿冊ニ登記アルハ有效ニシテ第三者タル上告人ニ對抗力アリト判定シタルハ法則ヲ誤解シテ不當ニ之

ヲ適用セルモノト云フニ在リ

按スルニ本論旨モ明治三十二年勅令第三百二十九號及ヒ第四百五十八號ハ外國人ノ居留地ニ限り適用スヘキ法令ニシテ其雜居地ニハ之ヲ適用スヘキモノニ非ストノ前提ヲ置キ外國領事廳ノ簿冊ニ縱シヤ本件ノ權利カ登録シアルモノ何等ノ效力ナシト云フニ外ナラス然レトモ既ニ前數點ノ論旨ニ對シ説明ヲ與フル如ク明治三十二年ノ兩勅令ハ雜居地ニモ之ヲ適用スヘキモノタル上ハ右勅令ニ基キタル司法省令等ノ規定ニ反セス外國領事廳ノ簿冊ニ登記アリテ原判決ハ其手續上ノ事實タル法則ノ範圍ヲ脱セサルモノト認メシモノナレハ上告論旨ノ如キ違法ナル點ナシ

上告第十一點ノ要旨ハ抑登記ニシテ尙クモ明瞭ヲ欠キ他人カ知ルニ由ナキモノ、如キハ到底公示方法ノ趣旨ニ副ハサルモノナリ而シテ登記ト同一ノ效力アリトスル領事廳ノ登記簿謄本ハ或ル推測ニ依リ内容ノ物件如何ヲ知り得ヘキモ登記トシテハ實ニ公示ノ方法ニ背ク不完全ナルモノナリ此ニ至テ原院ハ説明シテ曰ク「英國ニ於ケル登記制度ハ公示ノ爲メニアラスシテ書證ヲ確定ナラシムル爲メニ云々被控訴人ノ爭ハサル所ナレハ之ヲ事實ト認ム云々」ト是即チ該説明ハ二箇ノ不法ヲ發見ス第一英國ノ登記制度ハ假リニ公示方法ニアラストスルモ我國ニ於テ公示方法タル登記ニ代ハルヘキ英國領事廳ノ謄本カ一旦我管轄登記所ニ移サレタル上ハ自然我法制ニ基キ公示方法トナルヘキ順序ナリ既ニ公示方法タル上ハ何人モ一見シテ其物件ノ如何ヲ明カニ知ルコトヲ得ヘキモノナルヲ要ス然ルニ原判決ハ最

初英國ニテ公示方法ナラサリシ登記ノ性質カ我國ノ制度ニ例外ノ結果ヲ生セシムヘキ論理ニ歸着スルハ大ニ法律ヲ誤解シタルモノナリ第二外國ノ法律ハ裁判所自ラ調査スルノ權能アルモノニシテ即チ職權調査事項ニ係ル而シテ又外國ノ現行法ハ當事者ノ認否ニ依テ直チニ決スヘキ事實ニ非ス從テ相手方カ外國法ナリトノ主張ニ對シテ之ヲ爭ハサリシトテ民事訴訟法第百十一條ヲ適用スヘキモノニ非ス原判決ハ法律ト事實ヲ混同シタル違法ノ裁判ナリト云フニ在リ

判旨第十一

依テ此點ニ付キ登記ニ關スル手續即チ明治三十二年司法省令第四十一號ヲ以テ定メラレタル外國人又ハ外國法人ノ權利ノ目的タル不動産ニ關スル登記取扱手續ヲ按スルニ其第一條ニハ「明治三十二年勅令第三百二十九號ニ依ル登記ニ付テハ云々」ト規定シ其第三條ニハ「外國領事廳ノ登記簿ノ謄本ハ地方裁判所ニ於テ國別ニ之ヲ編綴シ云々」ト規定セラレ其第四條以下モ總テ外國領事廳ノ登記簿ノ謄本ヲ管轄登記所ニ交付セラレタル場合ヲ規定セルモノニ係リ其外國法ニ於ケル登記ニシテ公示方法ノ爲メナルカ將タ其他ノ證明方法ノ爲メナルカニ區別ナク單ニ外國領事廳ノ登記簿ノ謄本ヲ以テ一般ノ登記手續ニ代用セシムル趣旨ナルコト明カナリ而シテ本件ノ權利關係ニ付テハ英國領事廳ノ登記簿ノ謄本ノ我管轄登記所ニ移サレタルコトニ付キ當事者間ニ爭ナキ事實ヲ認メタル上ハ原院ハ其外國法ヲ尙ホ調査スルト否トハ其職權内ニ屬シ之カ必要ヲ見サル場合ニ於テハ其調査ヲ爲サルコトヲ得ヘシ元來民事訴訟法ニ於テ裁判所ハ外國法ヲモ職權上調査スルコトヲ得ヘキ規定ヲ設ケアルモノハ單ニ裁判

所ノ權アルコトヲ定メタルニ過キスシテ其責務ヲ定メタルモノニ非サレハ原判決ハ上告人所論ノ如キ
違法ナル點ナシ

上告第十二點ノ要旨ハ原判決理由中ニ「唯登記簿ノ謄本カ我登記簿ト同一ノ效力ヲ有スルニ至ル時期
ニ付テハ云々前記第五條ニ基キ日本ノ裁判所ニ於テ謄本ノ引渡ヲ受クルト同時ニ日本ノ登記簿トシテ
其裁判所ニ存在スルモノト看做サレハカラス云々故ニ該謄本ニシテ前記勅令ニ定メタル登記期間内
ニ日本ノ裁判所ニ引渡サレタリトセハ其記載ノ權利ハ第三者ニ對抗スルコトヲ得ヘキナリ」ト判示シ
タルモ明治三十四年勅令第七十八號第八條ニ依ルモ「登記簿ノ謄本ハ登記所ニ引渡シタルモノニ限
リ本令ニ依リテ爲シタル登記ト同一ノ效力ヲ有ス」ト規定シ明カニ其引渡スヘキ官廳ヲ明示セリ故ニ
原院ハ日本ノ裁判所ニ引渡シタリトノ判斷ノミニテ登記所ニ引渡シタルコトヲ判斷セスシテ容易ニ我
登記簿ト同一ノ效力ヲ有スルモノト爲シタルハ法律ヲ不當ニ適用シタルモノナリ又元來登記簿ノ如キ
ハ外國官廳ヨリ日本ノ官廳ニ引渡ノ手續アリタルノミニテ公示方法ト認ムルハ法律ノ許サレ所ナル
ノミナラス外國語ノ登記簿ヲ以テ直チニ第三者ニ公示アリタルモノトナスハ難キヲ吾人ニ責ムルモノ
ニシテ是亦登記簿タルノ性質ニ反ス孰レニシテモ原判決ハ法律ヲ不當ニ適用シタルモノナリト云フニ
在リ

然レトモ明治三十二年勅令第三百二十九號第五條ニ依レハ「第一條ノ不動産ニ關スル外國領事廳ノ登
記簿ノ謄本ハ登記簿ト同一ノ效力ヲ有ス」トノ規定アリテ其效力ノ時期ノ定ナケレハ外國領事廳ノ登
記簿ニ既ニ登記アリテ其謄本ノ引渡アリタル上ハ其登記簿謄本ノ譯本ノ後ル、モ之ヲ以テ曩ニ外國領
事廳ノ登記簿ニ登記スル手續ヲ盡シタル當事者ノ權利ヲ失却セシムヘキ理由ナキヲ以テ縱シヤ上告人
ハ其公示方法ヲ知了セサリシトスルモ是レ法令ノ命スル所ニシテ原判決ヲ違法ナリト云フヲ得ス
以上説明ノ如ク本件上告ハ一トシテ其理由ナキヲ以テ民事訴訟法第四百五十二條ノ規定ニ依リ之ヲ棄
却スルモノナリ

○共有金分割請求ノ件

明治三十八年(光)第百九十九號
明治三十八年十月三十一日第一民事部判決

○判決要旨

一 共有地カ土地收用法ニ依リ收用セラレ共有者中ノ數人ニ於テ其補
償金ヲ受領シタル場合ニハ特別ノ契約存セサレハ他ノ共有者ハ各
其持分ニ應シテ補償金ノ分配ヲ請求スルノ權利ヲ有ス而シテ共有
者カ此權利ヲ行使スルニハ必スシモ其全員共同シテ之ヲ爲スノ要

ナシ

第一審 安濃津地方裁判所 第二審 名古屋控訴院

上告人 伊藤徳三郎 訴訟代理人 秀島虎二郎
外七名

被上告人 安田陸太郎 訴訟代理人 中島松次郎
外十名

右當事者間ノ共有金分割請求事件ニ付名古屋控訴院カ明治二十八年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名古屋控訴院ニ差戻ス

理由

上告論旨第一點ハ原判決ニ（即チ原裁判所カ控訴人ノ請求ヲ理由ナシト認メ之レカ棄却ノ判決ヲ爲シタルハ結局相當ニシテ本件控訴ハ其理由ナシ仍テ主文ノ如ク判決ス）トアリ然ルニ第一審判決ハ上告人ノ請求ヲ棄却シタルモノニシテ形式上訴訟ヲ棄却シタルモノニアラス棄却ハ棄却ナレトモ第一審ト第二審トハ其結果霄壤ノ差アルモノトス何トナレハ訴訟ノ棄却ハ之レヲ改正シテ更ニ訴訟スルヲ得ト雖モ請求ノ棄却ハ絶對的ニシテ再ヒ出訴スルノ途ナケレハナリ原裁判所ハ其明言スル如ク本件ヲ形式上ノ違法トシテ上告人ノ控訴ヲ却ケタルニ過キササルヘシ果シテ然ラハ第一審ノ判決ヲ全部相當トシテ

之レヲ認許スヘカラサルヤ又論ヲ要セサルナリ然ルニ原裁判所カ此點ニ付キ其理由ヲ付セス全部第一審ノ判決ヲ認メ控訴ヲ棄却シタルハ民事訴訟法ノ手續ニ反シタル不法ノ判決ト云ハサルヘカラスト云ヒ之ニ對スル被上告人ノ答辯ハ原判決ニハ「本件訴ハ共有者全員ニ對スルモノニアラサルヲ以テ形式上不當タルヲ免レス」ト判示シアリテ一見スレハ其旨趣本件ハ訴ノ形式ニ欠クル所アルヲ以テ之ヲ却下スト云フニ歸スルモノ、如シ然レトモ共有物ノ分割ハ共有者全員ニ對スルニアラサレハ請求シ得ヘカラサルモノナリヤ將タ其幾部ニ對シテモ請求シ得ヘキモノナリヤト云フカ如キ事項ハ訴ノ形式ニ關スル問題ニアラスシテ其請求權ノ基本タル民法上ノ問題ニ屬スルコト勿論ナルカ故ニ原判決カ右問題ヲ解決シタル後「本訴ハ前示ノ理由ニ基キ形式上不當タルヲ免レス」ト判示セシハ其用語ニ於テ稍穩當ナラサル所アレトモ之レヲ其所謂前示ノ理由タル「共有物分割ノ請求ハ云々常ニ必ス共有者全員ノ間ニ於テ之レヲ爲サ、ルヘカラス若シ然ラスシテ一部共有者間ニ於テ分割セン乎故ナク之レニ參加セサル共有者ノ權利ニ異動ヲ來タスノ結果トナリ其分割ハ到底不能ニ歸スヘキナリ云々」ノ文詞ニ照ストキハ原判決ノ旨趣トスル所ハ訴ノ形式ヲ批難セシニアラスシテ上告人カ被上告人ニ對スル請求權ヲ否定シタルニアルコト明白ナルヲ以テ原判決カ上告人ノ請求權ヲ否定セシ第一審判決ヲ認許シタルハ相當ナリ從テ此上告論旨ハ理由ナシ又共有物分割ノ請求ハ原判決カ判斷セシ如ク共有者全員ノ間ニ於テスルニアラサレハ法律上爲シ得サルモノナルコト論ヲ竣タス然ルニ上告人ハ原審ニ於テ本件物件

ハ四十餘名ノ共有ナリト主張シタルニ拘ハラズ本件當事者カ僅ニ二十名ニ過キサレコトハ原判決ニ依リ明白ナル事實ナルカ故ニ上告人ノ請求ハ此點ニ於テ不當ナリ故ニ前顯上告論旨ニシテ假ニ理由アリトスルモ原判決ハ結局右ノ理由ニ依リ正當ナルヲ以テ本件上告ハ棄却セラレヘキモノト思料スト云フニ在リ

因テ按スルニ本件ハ如ク共有地カ土地收用法ニ依リ收用セラレ共有者中ノ數人カ其補償金ヲ受領シタル場合ニ於テハ他ニ特別ノ契約ノ存セサル以上ハ他ノ共有者ハ各々其持分ニ應シ補償金ノ分配ヲ請求スル權利ヲ有スルヤ固ヨリ論ヲ俟タス而シテ共有者カ此權利ヲ行使スルニハ必シモ共有者全員カ共同シテ之ヲ爲スコトヲ要スルモノニ非スシテ各共有者ハ單獨ニ之ヲ行使スルコトヲ得ヘシ何トナレハ金錢ハ性質上何時ニテモ公平ニ分割シ得ヘキモノニシテ各共有者ニ對シ別々ニ分配スルモ他ノ共有者ノ利害ニ何等ノ影響ヲ及ホスヘキモノニ非サレハナリ故ニ本件ハ共有者全員ノ必要的共同訴訟ニアラスト謂フヘシ然ルニ原判決ハ本件ノ請求ヲ以テ共有者全員ノ間ニ於テノミ爲スコトヲ得ヘキモノト爲シ本件當事者以外ニ尙一二ノ共有者ノ存在スル事實ノミニ依リ上告人ノ控訴ヲ棄却シタルハ不法ニシテ原判決ハ結局全部ノ破毀ヲ免カレサルモノトス因テ本院ハ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ニ從ヒ主文ノ如ク判決ス

○書入登記取消請求ノ件

明治三十八年(オ)第二百六十七號
明治三十八年十月十一日民事刑事聯合部判決

○判決要旨

一 登記義務者數人アリテ其一部ハ任意上登記申請ヲ爲スコトヲ承諾シ他ノ一部ノミ之ヲ肯セサル場合ニハ登記權利者ハ後者ノミヲ被告トシ登記申請ノ手續ヲ爲スヘキ旨ノ訴求ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ必スシモ前者ヲ共同被告トスルコトヲ要セス

第一審 秋田地方裁判所

第二審 宮城控訴院

上告人

小杉佐五兵衛

訴訟代理人

川島龜夫

被上告人

佐藤三次

右當事者間ノ書入登記取消請求事件ニ付宮城控訴院カ明治三十八年三月二十九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且ツ被上告人ハ期日出頭セサルニ依リ闕席ノ儘審判アリタキ旨申立タリ

判決

登記手續ノ通則及除外例ノ併用

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宮城控訴院ニ差戻ス

理由

上告理由第一點ハ不動産ノ登記手續ハ登記権利者及登記義務者登記所ニ出頭シテ申請スルヲ必要トスルコトハ登記法第二十六條ノ定ムル所ナレトモ之カ例外トシテ判決ニ因ル登記ハ登記権利者ノミニテ之ヲ申請スルコトヲ得ル旨ヲ(第二十七條)規定セリ同條ノ解釋上判決ニ因ル登記ノ場合ハ登記自體ニ付テハ第三者タル者モ其登記ヲ訴求スル時ハ法律上常ニ登記権利者ナルヘク而シテ此場合ノ登記義務者ハ實ニ左ノ二者ヲ包含セルモノナリ(一)普通ノ場合ニ於テハ登記権利者タルヘキ者及登記義務者タルヘキ者ヲ併セテ登記義務者トス(二)普通ノ場合ニ於テハ常ニ登記義務者タルヘキ者本件ハ實ニ右(一)ノ場合ニ該當ス故ニ上告人ハ登記法第二十七條ノ登記権利者ナルヲ以テ本件ノ判決ヲ求メ被上告人ニ登記抹消ノ意思表示ヲ爲サシメ得ルニ至レハ上告人ハ登記抹消ヲ認諾セル訴外富樫五兵衛ナル登記義務者ト共ニ登記所ニ出頭シテ登記手續ヲ爲シ得ヘキナリ然ルニ原判決ハ登記法第二十七條ノ例外ヲ無視シ如何ナル場合ニテモ同法第二十六條ノ原則ニ依ルヘキモノトシ絶對ニ抵當權者及抵當義務者ノ共同行為ヲ必要トシ共同被告ト爲スニアラサレハ登記ノ手續ヲ爲シ得サルモノトナシタルハ法律ノ適用ヲ誤リタル判決ナリト云フニ在リ○依テ不動産登記法ヲ審按スルニ其第四章第二十五條乃至第五百九條ニ於テ總テ登記手續ニ關スル事ヲ詳細ニ規定シ其第二十六條ニ於テ登記手續ノ一般通則ヲ定

メ凡ソ登記ヲ爲スニハ登記権利者及登記義務者雙方登記所ニ出頭シテ之カ申請ヲ爲スコトヲ要スルモノトシ其第二十七條ニ於テ右通則ノ除外例ヲ設ケ判決(又ハ相續)ニ因ル登記ハ登記権利者ノミニテ之ヲ爲スコトヲ得ルモノトセリ故ニ當事者ニ於テ登記ヲ爲サントスルニハ苟モ右通則又ハ除外例ノ規定ヲ遵守セハ足レリト云ハサルヘカラス然ラハ則チ當事者雙方任意ニ登記所ニ出頭シ登記ノ申請ヲ爲スニ於テハ其手續ハ合法ナルニ依リ登記ヲ爲シ得ヘキハ言ヲ俟タズ當事者ノ一方タル登記義務者ニシテ其義務ヲ履行シ登記申請ヲ爲スコトヲ肯セサルニ於テハ登記権利者ハ任意上ノ登記申請ヲ爲スコト能ハサルヲ以テ先ツ義務者ニ對シ登記申請ノ手續ヲ爲スヘシトノ訴求ヲ爲シ勝訴ノ判決ヲ得之ヲ以テ義務者ノ登記申請ニ換ヘ權利者ノミニテ登記申請ヲ爲シ以テ登記ヲ爲シ得ヘシ前者ハ登記手續ノ一般通則ヲ遵守スルモノニシテ後者ハ其除外例ノ規定ニ從ヒタルモノトス又登記義務者數人アリテ其一部ナル甲ハ任意上登記申請ヲ爲スコトヲ承諾スルモ他ノ一部ナル乙ニ於テ之ヲ爲スコトヲ拒ムコトアリ是レ即チ通則ト除外例トニ該當スル場合併發シタルモノナレハ不動産登記法カ登記手續ノ一般通則ト除外例トヲ設ケタル精神ニ照シ通則ト除外例トヲ併用セサルヘカラス乃チ登記権利者ハ先ツ乙ニ對シ登記申請ノ手續ヲ爲スヘシトノ訴求ヲ爲シ勝訴ノ判決ヲ得之ヲ以テ乙ノ登記申請ニ換ヘ自己及ヒ甲ノ登記申請ヲ提出シ登記手續ヲ完全ニシ以テ登記ヲ爲シ得ヘク若シ登記権利者カ乙ニ對スル勝訴ノ判決ヲ得タル後ニ至リ甲ニ於テモ亦任意ニ登記申請ヲ爲スコトヲ肯セサルニ於テハ甲ニ對シテモ登記申

請ノ手續ヲ爲スヘシトノ訴求ヲ爲シ勝訴ノ判決ヲ得タル後甲及ヒ乙ニ對スル二箇ノ判決ヲ以テ各其登記申請ニ換ヘ自己ノミノ登記申請ヲ提出シ登記手續ヲ完全ニシ以テ登記ヲ爲シ得ヘシ若シ夫レ二人以上ノ登記義務者アリテ共ニ登記申請ヲ爲スコトヲ拒ムニ於テハ登記權利者ハ之ヲ共同被告トシ登記申請ノ手續ヲ爲スヘシトノ訴求ヲ爲シ勝訴ノ判決ヲ得ルニ非ラサレハ其目的ヲ達スルコト能ハサルハ辯ヲ俟タサルモ登記義務者中ノ一部ハ任意上登記申請ヲ爲スコトヲ承諾シ他ノ一部ノミ之ヲ爲スコトヲ肯セサル場合ニ於テハ後者ノミヲ被告トシ登記申請ノ手續ヲ爲スヘシトノ訴求ヲ爲スコトヲ要スルモ其任意上登記申請ヲ爲スコトヲ承諾シ居ル者ヲモ強ヒテ共同被告トシ義務ノ履行ヲ肯セサル登記義務者ニ對スルト同一ノ訴求ヲ爲スヘキ必要ナキノミナラス法律上其必要ナラサル訴訟ヲ強要スル條理アルナシ然ルニ原院ニ於テハ不動産登記法第二十六條ニ依レハ登記ヲ爲スニハ登記權利者及ヒ登記義務者ノ共同行為ヲ必要トスルヲ以テ抵當權利者及ヒ抵當義務者以外ノ者ヨリ抵當登記ノ抹消ヲ訴求センニハ假令抵當義務者ニ於テ抹消登記ノ申請ヲ爲スニ異議ナキモ之ヲ被告トセスシテ獨リ抹消登記ニ異議アル抵當權利者ノミヲ被告トシテ抹消登記ヲ訴求スルハ不合法ノ訴ナリト判定シタルハ即チ同法第二十六條ノ通則ト同第二十七條ノ除外例トヲ併用スルヲ得サルモノトシタルモノニシテ不動産登記法ヲ不法ニ適用シタルモノトス依テ原判決ハ此點ニ於テ破毀ノ原由アル不法ノ判決タルヲ免レス既ニ前顯理由ニ基キ原判決ヲ破毀スル以上ハ他ノ上告理由ノ當否ヲ判斷スル必要アルナシ故ニ之ヲ判斷ヲ爲

サス

前顯不動産登記法ノ判旨ハ本院民事部及ヒ刑事部ニ於テ爲シタル從來ノ判例ト相反スルヲ以テ裁判所構成法第四十號條ノ規定ニ從ヒ民事及ヒ刑事ノ總部ヲ聯合シテ本案ヲ審判シ前判例ヲ翻スヘキモノト評決セリ

以上説明ノ如クナルヲ以テ民事訴訟法第四百四十七條同第四百四十八條ニ從ヒ主文ノ如ク判決スヘキモノトス

○預金請求ノ件

明治三十八年(オ)第二百四十三號
明治三十八年十月十四日第一民事部判決

○判決要旨

- 一 民法第六百六十六條ハ其但書ノ規定ニ牴觸スルモノヲ除ク外凡テ
- 消費貸借ニ關スル規定ヲ消費寄託ニ準用スルノ法意ナリトス從テ
- 消費貸借ニ關スル民法第五百八十八條ノ規定モ亦消費寄託ニ準用
- セラルヘキハ當然ナリ

消費寄託ニ關スル規定ノ法意

(參照) 受寄者カ契約ニ依リ受寄物ヲ消費スルコトヲ得ル場合ニ於テハ消費貸借ニ關スル規定ヲ準用ス但契約ニ返還ノ時期ヲ定メサリシトキハ寄託者ハ何時ニテモ返還ヲ請求スルコトヲ得(民法第六百六十六條)

消費貸借ニ因ラスシテ金錢其他ノ物ヲ給付スル義務ヲ負フ者アル場合ニ於テ當事者カ其物ヲ以テ消費貸借ノ目的ト爲スコトヲ約シタルトキハ消費貸借ハ之ニ因リテ成立シタルモノト看做ス(民法第五百八十八條)

第一審 徳島地方裁判所 第二審 大阪控訴院

上告人 鎌村那太郎 訴訟代理人 中村徳重郎

被上告人 藤見義平 訴訟代理人 村松藤太

右當事者間ノ預金請求事件ニ付大阪控訴院カ明治三十八年三月二十五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民法第五百八十八條ヲ不當ニ適用シタル不法アリ上告人ハ第一審以來「寄

託ハ要物契約ナレハ賣買ノ手附トシテ負擔セル義務ヲ以テ直チニ寄託ノ目的ト爲スハ其成立ノ要素ヲ缺キタル無効ノモノナリ」トノ抗辯ヲ提出シタリ然ルニ原院ハ之ヲ排斥シ其理由トシテ金錢ハ流通ヲ本質トナスモノナルカ故ニ之ヲ寄託ノ目的トナス場合ニ於テハ民法第六百六十六條ニ依リ同法第五百八十八條ヲ適用スヘキモノトス故ニ寄託ハ現實目的物ノ授受ナキモ既存ノ債務ヲ以テ直チニ其目的ト爲スコトヲ約スルニ依リテ成立スルモノナリト説明セラレタリ上告人ハ右説明ヲ以テ同法第五百八十八條ヲ不當ニ適用シタルモノト思料ス抑モ寄託トハ物ノ保管ノ爲メ爲ス契約ナルヲ以テ其物ヲ受取ルニアラサレハ絶對ニ成立スル能ハサルモノナルコト當然ニシテ又民法第六百五十七條ノ規定スル所ナリ既ニ保管ノ爲メノ契約ナルカ故ニ返還ノ場合ニ於テモ亦受寄者カ寄託ヲ受ケタル原物自體ヲ以テスヘキ義務ヲ有シ消費貸借ノ場合ノ如ク種類品等及ヒ數量ノ同シキ他物ヲ以テ返還スルヲ得ヘキモノニアラス然レトモ金錢其他ノ代替物ヲ以テ寄託ノ目的トナシタル場合ニ於テハ原物ノ返還ヲ受クルト同一ナル他物ノ返還ヲ受クルトニ於テ何等ノ區別ナキカ故ニ法律ハ此場合ニ於テ苟クモ當事者間其費消ヲ許シタルニ於テハ消費貸借ノ場合ト何等異ルコトナキモノトナシ消費貸借ニ關スル規定ヲ準用シ以テ種類品等及數量ノ同シキ物ヲ返還スルヲ得ルモノトナシタリ是レ民法第六百六十六條ヲ設ケタル理由ナリトス然ルニ原院ハ同條ニヨリ更ニ同法第五百八十八條ヲ準用シ得ト云フト雖モ物ノ保管ヲ本質トスル寄託契約ト同一ナル他物ノ返還ヲ目的トスル消費貸借トハ其性質大ニ異ルヲ以テ後者ノ場合ニ

於ケル目的物ノ授受ヲ要セストノ規定ヲ前者ニ準用スルハ是レ全ク寄託ノ性質ヲ没却セシムルモノニシテ所謂準用ノ範圍ヲ超越スルモノナリ又既存ノ給付義務ヲ新契約ニ依リテ履行スヘキコトヲ約スル場合ニハ民法ハ第五百八十八條ニ準據シ消費貸借ヲ成立スヘキモノト規定シタルヲ以テ全ク同一ノ場合ニ別ニ寄託契約ノ成立ヲ認ムル立法上ノ必要ナキナリ換言スレハ斯ノ如キ場合ニ於テハ當事者ハ消費貸借ト命名シ寄託ト命名セサルヘク法律モ亦消費貸借ノ成立ノミヲ認メ寄託ノ成立スルヲ認ムルノ必要ナキナリ而シテ此法理ハ御院明治三十四年(オ)第三百三十二號(同年十一月二十一日第一民事部御判決)ニ於テ「本來寄託ハ要物契約ナレハ民法施行ノ前後ヲ問ハス原則トシテ受寄者カ其目的物ヲ受取ルニ非レハ寄託ノ效力ヲ生スルモノニ非ス」ト認メラレタリ(甲第一號證寄託契約ト稱スルハ明治三十二年三月二十九日附ナリ)斯ノ如ク明白ナル場合ナルニ拘ハラス原院ハ目的物ノ授受ナキ無効ノ寄託契約ニ消費貸借ニ關スル民法第五百八十八條ヲ準用シタルハ不當ニ法則ヲ適用シタルノ不法アルモノト思料スト云フニ在リ

按スルニ寄託者カ受寄者ヲシテ寄託物ヲ消費スルコトヲ得セシメタル場合ハ其契約タルハ固ヨリ寄託タルヲ失ハスト雖モ此場合ニ於テハ寄託物ノ所有權ハ受寄者ニ移轉シ受寄者ハ他日同一ノ品質種類及數量ノ物ヲ返還スレハ足ルモノニシテ當事者ノ意思ヲ推測スレハ此點ニ於テハ實質上消費貸借トモモ擇フ所アルヲ見ス是故ニ民法第六百六十六條ニ依リ同條但書ノ規定ニ抵觸スルモノヲ除クハ外消費貸借ニ關スル規定ハ右所謂消費寄託ニ準用セラレ隨テ消費貸借ニ關スル民法第五百八十八條ノ規定モ亦消費寄託ニ準用セラレヘキモノト解釋スルハ相當ニシテ既ニ本院判例ノ認ムル所ナリトス(明治三十二年五月五日判決同年第三百三十八號事件)而テ上告人ノ援用スル明治三十四年(オ)第三百三十二號事件ノ判決ハ唯寄託ハ目的物ノ授受ヲ原則トスル旨判示シタルニ過キササルヲ以テ毫モ右解釋ニ抵觸スルモノニ非ス

上告理由第二點ハ原判決ハ爭點遺脱ノ不法アリ上告人ハ原院ニ於テ「假リニ右賣買取消力効ナシトスルモ甲第一號證ハ表面上寄託ニ假裝セシモノニシテ事實上控訴人ハ違約ノ場合ニアラサレハ被控訴人ニ請求權ナキモノナリ而カモ被控訴人ハ右賣買ニ關シ乙八號證乃至十號證ノ如キ違約ノ廉アルモ控訴人ハ毫モ違約セシコトナク且本訴ハ控訴人ノ違約ヲ原因トセサル單純ナル預金請求ナレハ固ヨリ許ス可ラサルモノナリ」(原判決事實摘示)トノ抗辯ヲ提出シタリ此抗辯ハ甲第一號證ハ「見寄託證書ノ如ク見ユレトモ當事者間ノ意思ハ寄託ニアラスシテ若シ上告人ニ於テ賣買ヲ履行セサルトキハ同證記載ノ金額ヲ支拂フヘキコトヲ契約シタルモノナリトノ事實ヲ主張シタルモノナリ故ニ此抗辯アルニ拘ラヌ上告人ニ敗訴ヲ言渡スニ付テハ先ツ甲第一號證ハ寄託ノ意思ヲ以テ成立シタル契約ナルノ事實ヲ認定セサル可ラス然ルニ原院ハ此爭點ニ對シ何等ノ判斷ヲ與ヘラレヌ寄託契約タルニ付キ恰モ爭ナカリシ場合ノ如ク判決セラレタルハ爭點遺脱ノ不法アルモノト信ス若シ原判決末段ノ判示「控訴人ハ乙第

六號證ニ對シ控訴人ニ於テ違約ヲ爲スニアラサレハ被控訴人ニ手附金請求ノ權利發生セズ被控訴人ニ違約アレトモ控訴人ニ違約ナシ且亦本訴ハ違約ノ原因トセサルモノナレハ結局甲第一號證ニヨリ請求權ナシト抗爭ス然レトモ手附金ノ交付ヲ求ムルハ契約履行ノ請求トシテ當然要求シ得ヘク對手人ノ違約ニヨリテ生スヘキ權利ニアラス云々被控訴人ハ手附金ノ權利ヲ失ハス云々トアルハ右爭點ニ對スル説明ナリトスレハ原院ハ爭點ヲ誤解シタルモノナリ何トナレハ上告人ハ本訴權利ノ手附金タルコトヲ認メ置キ手附金トハ對手人ノ違約ニヨリテ生スヘキ權利ナリトノ法律上ノ主張ヲ爲シタルニアラス唯甲第一號證ハ假裝ノ契約ニシテ當事者ノ眞意ハ上告人ニ違約アル場合ニ於テ始メテ同號證記載ノ金額ヲ支拂フヘキ約旨ナリトノ事實ノ主張ナレハナリ加之手附金請求權存在ノ事實ト甲第一號證預金請求權トハ別箇ノ權利ナルヲ以テ甲第一號證ノ虛偽ナリトノ抗辯アル以上ハ手附金債權存在ノ認定ノ外甲第一號證ノ虛偽ニアラサルコトヲ判斷シタル後ニアラサレハ上告人ニ敗訴ヲ言渡スコトヲ得サルモノトス要之原判決ハ緊要ナル爭點ニ對シ判斷ヲ遺脱シタルノ不法アルモノト思料スト云フニ在リ○然レトモ上告人カ原審ニ於テ主張シタル抗辯ハ原判決ニ摘示シアルカ如ク甲第一號預リ金證書ハ現實上告人カ金圓ヲ預リタルニ非ス被上告人ニ交付スヘキ手附金ヲ預リ證書ト爲シタルモノニシテ上告人カ本件賣買ニ關シ違約シタル場合ニ非サレハ被上告人ニ請求權ナキモノナリト云フニ過キサルカ故ニ原判決ハ「然レトモ手附金ノ交付ヲ求ムルハ契約履行ノ請求トシテ當然要求シ得ヘク對手人ノ違約ニヨ

リテ生スヘキ權利ニ非ス」ト説明シ以テ其抗辯ヲ排斥シタルモノニシテ本論旨ニ於テ主張スルカ如キ甲第一號證ノ趣旨ハ上告人ニ於テ賣買ヲ履行セサルトキニ限り始テ該證記載ノ金圓ヲ交付スヘキ特約ヲ有シタリトノコト又ハ同號證カ虛偽ナリトノコトヲ抗辯トシテ原審ニ提出シタル形迹一モ認ムルコト能ハサルカ故ニ原院カ此等ノ點ニ付キ判斷ヲ與ヘサリシハ固ヨリ相當ニシテ判斷遺脱ノ不法アルコトナシ

上告理由第三點ハ原判決ハ理由不備ノ不法アリ原判決ノ採用シタル第一審判決事實摘示ニ於ケル被上告人ノ事實申立ハ「被告ハ其賣買契約ヲ履行セス又預ケ金ノ返還ヲ爲サルニ付キ本訴ニ及ヒタリ」トアリ之ニ依レハ若シ上告人ニシテ賣買契約ヲ履行シタリトスレハ被上告人ニ本訴ノ請求權ナク唯其履行ヲ爲サル場合ニ於テ始メテ本訴ノ請求ヲ爲シ得ヘキモノニシテ則チ違約ノ場合ニ於テ支拂フヘキモノナリトノ上告人ノ主張ニ一致スルコト明白ナリ故ニ上告人ニ敗訴ノ判決ヲ爲スニ付テハ上告人カ其賣買契約ヲ履行セサルノ事實ヲ認定セサル可ラス然ルニ原判決ハ却リテ上告人ニ未タ履行ノ義務ナキコトヲ認メラレタリ原判決未段ヲ見レハ「(前畧)而シテ賣買ノ如キ雙務契約ノ雙方同時ニ辨濟期ニ在ルモノハ何レカ一方ニ於テ履行ノ提供ヲ爲ス迄ハ他方ニ遲滯ノ責任ヲ發生セサレハ斯ル場合ニ違約ノ問題ヲ惹起スヘキ餘地ナク契約ハ依然トシテ何等ノ變徵ヲ來サス而シテ乙第六號證ノ賣買ハ同時ノ履行(手附金ノミハ格別)ニシテ且ツ當事者共ニ履行ノ提供ヲ證セサルニヨリ何レモ共ニ違約ナク

契約ハ其儘持續セラル云々」トアリテ則チ被告上告人カ上告人ニ對シ履行ノ提供ヲ爲サ、ルヲ以テ上告人ハ賣買履行ノ時期ニ達セス從テ違約ナク又被上告人ニ本訴請求權ノ發生セサルコトヲ明確ニ認メラレタリ果シテ然ラハ本訴ノ請求ハ失當ナリ然ルニ原院カ右不履行ノ事實ヲ認定セスシテ被告上告人ノ請求ヲ認容セラレタルハ理由不備ノ不法アルモノト思料スト云フニ在リ○然レトモ被告上告人本訴ノ趣旨ハ第一、二審判決事實ニ記載スルカ如ク被告上告人ハ上告人ヨリ手附金五百圓ヲ受取ルヘキ筈ナリシモ上告人ノ乞ニ因リ何時ニテモ返還ノ約ニテ預ケ金名義トナシ之ヲ預ケ置キタルニ其後更ニ返還セサルニヨリ本訴ノ請求ヲ爲スト云フニ在リテ決テ上告人ノ賣買不履行ヲ原因トシテ請求シタルモノニ非ス而テ偶第一審判決被告上告人主張事實ノ記載中ニ「被告ハ其賣買ヲ履行セス又預金ノ返還ヲモ爲サ、ルニ付キ」云々トアルハ若シ上告人ニ於テ賣買契約ヲ履行シ代金全部ノ支拂ヲ了シタルモノトセハ最早手附金ノ請求ヲ爲スノ必要ナキヲ以テ唯未タ賣買契約ノ履行セラレサル事實ノ状態ヲ陳述シタルニ過キサルモノト解スルノ外ナキヲ以テ被告上告人ハ上告人カ賣買契約ヲ履行セサル場合ニ於テ始テ本訴手附金ノ請求ヲ爲シ得ヘキモノナリトノ上告人主張ヲ認メタルモノト云フコトヲ得ス依テ本論旨ハ其理由ナシ

上告理由第四點ハ民法第六百六十六條ハ受寄者カ契約ニ依リ受寄物ヲ消費スルコトヲ得ル場合ニ關スル規定ナルヲ以テ同條ヲ適用スルニハ當事者間消費スルコトヲ得ル契約アルヲ要スルコト論ヲ俟タス而シテ其契約ノ存在ノ事實ハ同條ヲ援用セントスル者ニ於テ主張セサル可ラス然ルニ被告上告人ハ此契約ノ存在セシ事實ヲ主張セシコトナシ既ニ其主張ナシトスレハ原院ニ於テ其事實ヲ認定スル能ハサルヤ勿論ナリ然ラハ原院カ被告上告人ノ主張ナキニ之ヲ認定シタルハ不法ナリ則チ原判決ヲ閱スルニ原院ハ右契約ノ存在ヲ認定スルニ付キ「元來金錢ハ流通ヲ本質トナスヲ以テ其寄託ニ於テモ特ニ明示シテ禁止セサル限リハ之ヲ消費シ得ルモノトナスハ世間普通ノ情態ニ屬シ甲第一號證ニハ禁止ノ明文アルコトナケレハ當事者間ノ意思モ亦普通取引ノ状態ニ從フコトニ合致シタルモノト看做サル可キモノタリ」ト説明セラレタリ右説明ハ第一、金錢寄託ノ場合ニハ消費ヲ許ス普通ノ慣習ナリト前提シ第二、當事者ハ此慣習ニ從ヒタルモノナリト云フニアルモノナリ然レトモ此二箇ノ事實ハ被告上告人ノ主張セサル所トス然ルニ原院カ當事者ノ主張ナキニ其事實ヲ捉ヒ來リテ判斷ノ資料ニ供セラレタルハ當事者ノ申立テサル事實ニ基キ不當ニ事實ヲ確定シタルノ不法アルモノト思料スト云フニ在リ○然レトモ金錢其他代替物ヲ給付スル義務ヲ負フ者アル場合ニ於テ當事者カ合意上其代替物ヲ以テ寄託ノ目的ト爲シタリト主張スル以上ハ受寄者ヲシテ其目的物ヲ消費セシムルコトヲ許シタル事實ハ他ニ特別ノ事情ナキ限リハ其主張自體ニ自ラ包含セラレタルモノト見ルヘキハ相當ナルカ故ニ原院カ本件事實ニ關シ民法第六百六十六條ヲ適用シタルハ決テ當事者ノ申立テサル事實ニ基キ不當ニ事實ヲ確定シタルモノト云フコトヲ得ス

以上ノ理由ナルヲ以テ民事訴訟法第四百五十二條ニ依リ本件上告ハ之ヲ棄却ス可キモノトス

○貸貸借契約登記抹消請求ノ件

明治三十八年(九)第二百三十號
明治三十八年十月二十五日第二民事部判決

○判決要旨

一民事訴訟法第六百四十四條ハ不動産ノ差押以後競落許可決定ニ至ル迄債務者カ其不動産ヲ利用シ又ハ必要ナル管理ヲ爲シ得ヘキコトヲ規定シタルニ過キスシテ差押ノ後ニ至リ競落許可決定以後迄存続スヘキ貸貸借ヲ爲スコトヲ許シタルモノニ非ス(判旨第一點)

(參照) 競賣手續ノ開始決定ニハ同時ニ債權者ノ爲メ不動産ヲ差押フルコトヲ宣告ス可シ差押ハ債務者カ不動産ノ利用及ヒ管理ヲ爲スコトヲ妨ケス差押ハ其決定ス債務者ニ送達スルニ因リ其效力ヲ生ス此送達ハ職權ヲ以テ之ヲ爲ス(民事訴訟法第六百四十四條)

一民法第三百九十五條ハ専ラ抵當權者ト賃借人トノ關係ヲ規定シタルモノトス故ニ抵當權者カ其權利ヲ實行シテ競賣不動産ノ競落人

ト爲リタル場合ニハ同條ヲ適用スヘキモノニ非ス(同上)

(參照) 第六百二條ニ定メタル期間ヲ超エサル貸貸借ハ抵當權ノ登記後ニ登記シタルモノト雖モ之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得但其貸貸借カ抵當權者ニ損害ヲ及ホストキハ裁判所ハ抵當權者ノ請求ニ因リ其解除ヲ命スルコトヲ得(民法第三百九十五條)

一不動産ノ競落人ニ對シ效力ヲ生セサル貸貸借カ登記簿ニ登記セラレタル場合ニ於テハ其競落人ハ該登記ヲ抹消セシメ以テ貸貸借ノ存立セサルコトヲ明カニスヘキ權利アルモノトス(判旨第四點)

一民事訴訟法第六百四十條第二項ハ債權者ノ選擇ニ從ヒ強制競賣及ヒ強制管理ノ中一箇ノ方法ニ依リ又ハ二箇ノ方法ヲ併セテ執行セシメ得ヘキコトヲ規定シタルニ過キスシテ債權者ヨリ強制競賣ノミヲ申立テタル場合ニハ債務者ニ於テ競落許可決定以後迄存続スル貸貸借ノ如キ管理行爲ト雖モ尙ホ之ヲ實行シ得ルノ法意ニ非ス(判旨第八點)

第一審 東京地方裁判所 第二審 東京控訴院

上告人 山中家齋
外一名

民事訴訟法第六百四十四條ノ法意○民法第三百九十五條ノ適用○不動産競落人ノ登記抹消請求權
民事訴訟法第六百四十條二項ノ法意

被上告人 津田今朝藏 訴訟代理人 羽田彦四郎

右當事者間ノ貸借契約登記抹消請求事件ニ付東京控訴院カ明治三十八年三月十八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被上告人ハ上告棄却ノ申立ヲ爲シ且上告人井内義彦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

上告理由第一點ハ原判決ハ法則ヲ適用セサル違法アリ原判決ノ理由ヲ閱スルニ「被控訴人等ノ係争貸借ハ競落人タル控訴人ニ對シ其效力ナキモノトス」ト説明スルニ由リ退テ民法ヲ按スルニ其第三百九十五條ニ「第六百二條ニ定メタル期間ヲ超エサル貸借ハ抵當權ノ登記後ニ登記シタルモノト雖モ之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得」ト規定シ其貸借ノ登記ノ時期ニ付テハ法律ニ何等制限ナシ由是觀之同條ニ所謂「抵當權ノ登記後」トハ抵當權ノ消滅セサル間即チ抵當權ノ登記ヨリ競落許可決定ニ因リ抵當權ノ消滅スル迄ト解スルヲ相當トス本件ノ貸借即チ管理行爲ハ被上告人カ抵當權者タル資格ヲ有スル間即チ抵當權ノ消滅セサル間ニ於テ登記シタルカ故ニ之ヲ以テ抵當權者タル資格ニ於ケ

ル被上告人ニ對抗スルコトヲ得ヘキニ因リ競落人タル資格ニ於ケル被上告人ニモ亦對抗スルコトヲ得ヘシ何トナレハ不動産強制競賣ノ申立ノ如キハ抵當權者カ裁判所ニ對シ法律ノ規定ニ依リ其債權ノ辨濟ヲ受クル爲メ抵當權實行ノ意思表示ヲ爲スモノニ外ナラサレハ被上告人ノ強制競賣ノ申立ニ因リ裁判所カ競賣手續ヲ開始スルヤ不動産ヲ差押ヘ又競賣ノ申立アリタルコトヲ登記シタレハトテ被上告人ハ爲メニ抵當權者タル資格ヲ脱スル者ニ非サルカ故ニ被上告人ハ抵當權者タル資格ニ伴フ權利ヲ行使スルコトヲ得ルト同時ニ又抵當權者タル資格ニ伴フ義務ヲ負擔セサルヲ得サルヤ明カナリ故ニ被上告人ハ抵當權者タル資格ニ伴フ義務トシテ本件ノ貸借ノ對抗ヲ受ケサル可ラス故ニ被上告人ノ本訴請求ハ宜シク此點ヲ以テ棄却スヘキモノナリ又法律ハ第六百二條ニ定メタル期間ヲ超エス且ツ抵當權者ニ損害ヲ及ホサル條件ノ下ニ登記シタル貸借ヲ認メタルモノナレハ抵當權者カ之ヲ知りテ其不動産ヲ競買シタルトキハ其貸借ヲ認容シタリト謂フ可シ本件ノ貸借ニ付テハ上告人ハ登記シタルニ付法律上被上告人ニ之ヲ通知スルノ必要ナキモ事實上被上告人ノ之ヲ知ラサルコトヲ恐レ登記シタルコトヲ承知セラレタル上競買代金ヲ支拂ハルヘキ旨ヲ明治三十七年二月十五日上告人山中家齋ヨリ被上告人ニ通知シタルニ因リ被上告人ハ民法第三百九十五條末段ノ規定ニ依リ抵當權者タル資格ニ於テ其損害ヲ證明シ本件ノ貸借ノ解除ヲ請求シ得ヘカリシニ却テ之ヲ認容シ金二萬四千圓ノ擔保タル本件ノ不動産ヲ金二萬六千四百二十一圓ニテ競買シ其競買代金ヲ支拂ヒタル者ニシテ本件ノ貸借

借ノ爲メ何等損害ヲ受ケタルコトナキヲ以テ最早本件ノ賃貸借ノ登記ノ抹消ヲ求ムル權利ナキ者ナリ故ニ被上告人ノ本訴請求ハ宜ク此點ヲ以テスルモ亦棄却スヘキモノナルニ原判決此ニ出テサルハ民法第三百九十五條ヲ適用セサル違法アリ」第二點ハ原判決ハ法則ヲ不當ニ適用シタル違法アリ民事訴訟法ヲ按スルニ其第六百五十條ニ「權利ヲ取得スル第三者其取得ノ際差押又ハ競賣ノ申立アリタルコトヲ知リタルトキハ差押ノ效力ニ對シ其善意ナリシコトヲ主張スルコトヲ得ス」ト規定シタルモ同法第六百四十四條ニ於テ「差押ハ債務者カ不動産ノ利用及ヒ管理ヲ爲スコトヲ妨ケス」ト規定シタルニ由リ債務者カ管理行爲トシテ不動産ヲ賃貸スルハ例外ト謂フ可シ蓋シ抵當權實行ニ基ク不動産ノ差押後其不動産ニ付「物權」ヲ取得シタル場合ニハ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得サルモ本件ノ賃貸借ノ如キ其不動産ニ付民法第六百二條ニ定メタル期間ヲ超エサル限度ニ於テ「賃借權」即チ「債權」ヲ取得シ之ヲ登記シタル場合ハ債務者カ不動産ノ利用及ヒ管理ヲ爲シタル結果ニ外ナラサレハ此點ニ於テモ本件ノ賃貸借ハ以テ抵當權者タル被上告人ニ對抗スルコトヲ得ヘキニ因リ競落人タル被上告人ニモ亦對抗スルコトヲ得ヘシトスルヲ相當トス殊ニ「差押ハ債務者カ不動産ノ利用及ヒ管理ヲ爲スコトヲ妨ケス」トノ法文中ニハ債務者カ由來不動産ノ利用及ヒ管理ヲ爲シツ、アリシ意ヲ暗ニ包含スルニ由リ差押後之ヲ爲スモ法律上已ニ妨ナキ限リハ債務者カ差押以前ニ於テ民法第六百二條ニ定メタル期間ヲ超エサル賃貸借ヲ登記シタル場合ト差押以後ニ於テ之ヲ爲シタル場合トハ同シク不動産ノ利用及ヒ管理タル

コトヲ失ハサレハ二者ノ間其效力ニ何等擇フ所ナキナリ然ルヲ原院ノ本案判決ヲ爲スニ當リ同條ニ所謂利用及ヒ管理トハ競落人ノ所有權ニ「制限」ヲ加フヘキ不動産ニ關スル權利ノ設定ヲ許シタル法意ニ非サルヲ以テ被控訴人等ノ係争賃貸借ハ競落人タル控訴人ニ對シ其效力ナキモノト爲シタルハ則チ法則ヲ不當ニ適用シタル違法ノ一ナリ又法律ハ不動産ノ差押ハ債務者カ「其」不動産ノ利用及ヒ管理ヲ爲スコトヲ妨ケスト規定セスシテ單ニ「不動産ノ差押ハ債務者カ不動産ノ利用及ヒ管理ヲ爲スコトヲ妨ケス」ト規定シ終始債務者ノ所有ニ屬スル不動産ナルコト及債務者カ其處分能力ヲ有スルコトヲ要件トセサルカ故ニ債務者カ不動産ヲ所有シ之カ差押ニ因リテ其處分能力ヲ有セサルノ時ニ當リテ管理行爲トシテ民法第六百二條ニ定メタル期間ヲ超エサル限度ニ於テ其不動産ヲ賃貸シ其賃貸借カ登記セラレタル以上其不動産ノ所有權ノ移轉ハ以テ債務者ノ爲シタル管理行爲ノ效力ニ何等影響ヲ及ボサストスルヲ相當トス是レ民法第六百二條ニ於テモ賃貸借ニ付テハ處分ノ能力又ハ權限ヲ有セサル者ト雖一定ノ制限内ニ於テ之ヲ爲シ得ヘキ規定アル所以ナリ然ルヲ原院ハ債務者ノ爲シタル利用及ヒ管理ハ不動産ノ所有權カ競落人ニ移轉セサル場合ニ於テノミ其效力ヲ有スヘク一朝競落許可決定ニ因リテ不動産ノ所有權カ競落人ニ移轉シタル場合ニ於テハ債務者ノ爲シタル利用及ヒ管理ハ競落人ノ所有權ニ「制限」ヲ加フヘキモノト爲シタリ然レトモ賃貸借ニ關スル權利ハ「債權」ニ屬スルヲ以テ所有權ノ如キ「物權」ニ制限ヲ加フヘキ權利ニ非ス然ルヲ債權カ物權ニ制限ヲ加フヘキモノト爲シタルハ則チ法則

ヲ不當ニ適用シタル違法ノニナリ「尙ホ民事訴訟法第六百五十條第一項ト同法第六百四十四條第二項トノ關係ニ付一言シ遂ニ不動産ノ差押ト其貸借借トノ効力ニ及ヒ以テ原判決ノ違法ヲ鳴ラサ、ル可ラサル者アリ何ソヤ曰ク民事訴訟法第六百五十條第一項ニハ「權利ヲ取得スル第三者其取得ノ際差押又ハ競賣ノ申立アリタルコトヲ知リタルトキハ差押ノ効力ニ對シ其善意ナリシコトヲ主張スルコトヲ得ス」トアルニ止マリ其差押ノ効力ノ範圍ニ付テハ同條ニ何等規定ナキヲ以テ之ヲ知ルヲ得サルモ同法第六百四十四條第二項ニ「差押ハ債務者カ不動産ノ利用及ヒ管理ヲ爲スコトヲ妨ケス」トアル法文ノ裏面解釋ニ因リ容易ニ之ヲ知ルヲ得ヘシ即チ同條ハ「差押ノ効力ハ債務者カ不動産ノ利用及ヒ管理ヲ爲スノ外總テノ法律行爲ヲ妨ク」トノ謂ニ外ナラサルヲ以テ一旦差押ヲ受ケタル以上ハ不動産ノ利用及ヒ管理行爲ニ非サル債務者ノ爲セル法律行爲ニ因リ不動産上ノ權利ヲ取得シタル者ハ如何ナル權利ト雖モ之ヲ以テ差押債權者ニ對抗スルコトヲ得サルカ如シ何トナレハ不動産ノ利用及ヒ管理行爲ニ非サル法律行爲殊ニ處分行爲ノ如キハ差押以後ニ在リテハ債務者ニ於テ最早之ヲ爲スノ能力ヲ有セサレハナリ故ニ民事訴訟法第六百五十條ニ所謂權利ナル字義ハ債務者ニ於テ其能力ナキ爲メ有效ニ設定若クハ移轉スルコトヲ得サル不動産上ノ權利（物權）ノ謂ニシテ不動産ノ利用及ヒ管理ノ範圍ニ屬スル貸借ニ關スル權利（債權）ノ如キハ之ヲ包含セサルヤ明カナリ然ラスンハ管理行爲ノ爲メ債務者カ不動産ヲ貸借スルハ法律ノ妨ケサル所ナルニ之ヲ貸借スルハ法律ノ妨ケル所ト爲リ結局貸借ナル一ノ法律行爲カ當事者ノ一方ニ於テハ有效トシ他ノ一方ニ於テハ無効トセサルヘカラサルニ至ラン法律ノ精神豈ニ此ノ如クナランヤ是レ上告人カ民事訴訟法第六百五十條ニ所謂權利ナル字義ハ貸借借ニ關スル權利ノ如キハ之ヲ包含セストスル所以ナリ」以上論述スルカ如ク上告人井内義彦ハ差押ニ因リテ本件ノ不動産ノ處分能力ハ之ヲ失ヒタルモ其利用及ヒ管理ニ付テハ法律上尙ホ其能力ヲ有シタルヲ以テ未タ其能力ヲ失ハサルノ時ニ當リ民法第六百二條ニ規定セル「處分ノ能力又ハ權限ヲ有セサル者カ貸借借ヲ爲ス場合ニ於テハ其貸借借ハ左ノ期間ヲ超ユルコトヲ得ス」トノ明文ニ依リ土地ニ付テハ五ヶ年建物ニ付テハ三ヶ年ノ貸借借ヲ爲シ之ヲ登記シタル者ニシテ同條ニ所謂「處分ノ能力ヲ有セサル者」トハ獨リ一般ノ不能力者タル「幼者」「禁治產者」又ハ「妻」ノ如キ者ヲ斥シタル而已ニ非スシテ特別ノ不能力者即チ上告人井内義彦ノ如キ差押ニ因リテ不動産ノ處分能力ヲ失ヒタル者ヲモ包含スヘキニ因リ本件ノ貸借借ハ即チ民法第三百九十五條ニ規定セル「第六百二條ニ定メタル期間ヲ超エサル貸借借ハ抵當權ノ登記後ニ登記シタルモノト雖之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得」トノ明文ト同法第六百五條ニ規定セル「不動産ノ貸借借ハ之ヲ登記シタルトキハ爾後其不動産ニ付キ物權ヲ取得シタル者ニ對シテモ其效力ヲ生ス」トノ明文トニ該當シテ遺憾アルコトナシ故ニ本件ノ貸借借カ抵當權者ノ請求又ハ其他ノ原因ニ由リ適法ニ解除セラレサル以上ハ上告人ノ既得權ニ依リ競落人ニ對抗スルコトヲ得ヘキヤ論ヲ待タス若シ然ラストセハ民法第六百五條ノ規定ハ何等適用ナキ法條タルニ終ラン而ル

ヲ原院ハ其判決理由ニ於テ民事訴訟法第六百四十四條第二項ニ不動産ノ差押ハ債務者カ不動産ノ利用及ヒ管理ヲ爲スコトヲ妨ケストアリト雖モ同條ニ所謂利用及ヒ管理トハ競落人ノ所有權ニ制限ヲ加フヘキ不動産ニ關スル權利ノ設定ヲ許シタル法意ニ非サルヲ以テ被控訴人等ノ係争貸借ハ競落人タル控訴人ニ對シ其效力ナキモノトス」ト說示シ上告人ニ對シ本件ノ貸借登記抹消ノ手續ヲ爲スヘク判決シタルハ法律ヲ不當ニ解釋シ之ヲ不法ニ適用シタル違法アリト云フニ在リ」第三點ハ原判決ハ裁判ニ理由ヲ付セサル違法アリ原判決ノ理由ヲ閱スルニ「係争貸借ノ登記ハ即チ競落人タル控訴人ノ所有權ヲ侵害スルモノトス」ト説明スルニ由リ先ツ係争貸借ノ登記ハ何カ故ニ競落人タル控訴人ノ所有權ヲ侵害スルヤニ付其理由ヲ叩クニ「不動産ノ競落人ニ對シ效力ヲ及ホサル貸借カ登記簿ニ登記アルトキハ競落人ノ不動産ノ利用ヲ妨クルノ結果ヲ來タスコトアルヘキヲ以テ」ト云フニ止マリ競落人ニ對シ效力ヲ及ホサル貸借カ登記簿ニ登記セラレタルトキハ何カ故ニ競落人ノ不動産ノ利用ヲ妨クルノ結果ヲ來タスコトアルヤニ付原判決ハ其事實ト理由トヲ開示セサルカ故ニ本件ノ貸借ノ登記カ果シテ競落人ノ不動産ノ利用ヲ妨クルノ結果ヲ來スコトアリヤ否ヤヲ知ルニ由ナク原判決ハ結局裁判ニ理由ヲ欠キタル違法アリト云フニ在リ

依テ原判決ヲ査閱スルニ上告人カ本件係争不動産ニ對シ貸借ヲ登記シタルハ被上告人カ同不動産ニ付抵當權實行ノ爲メ競賣ノ申立ヲ爲シ其申立ノ登記ヲ經タル後ニ在ルコトハ當事者間ニ争ナキ事實ナ

判旨第一點

リ然レハ上告人山中家齋ハ係争ノ賃借權ヲ以テ競落人タル被上告人ニ對抗スルヲ得ス上告人ハ民事訴訟法第六百四十四條ヲ援テ論争スレトモ抑不動産競賣ノ手續タルヤ執行裁判所ハ民事訴訟法第六百五十一條ニ依リ競賣申立ノ登記ヲ爲シタル後同法第六百五十五條ニ依リ最低競賣價格ヲ確定セサルヘカラス然ルニ若シ競賣開始ノ決定ヲ爲シ競賣ノ申立ヲ登記シタル後競落許可ノ決定アル迄多クノ場合ニ於テ競賣價格ノ高低ニ影響アルヘキ賃借權ノ設定ヲ許スヘキモノトセハ到底最低價格ヲ一定スヘカラス又民事訴訟法第六百五十八條ニ依リ競賣期日ノ公告ニハ賃借アル場合ニ於ケル其期限等及ヒ最低競賣價格ヲ示サルヘカラサルニ競落許可ノ決定アル迄賃借權ノ設定ヲ許スヘシトセハ右公告ノ要件タル賃借ノ有無及ヒ最低競賣價格ハ之ヲ明確ニスルニ由ナク從テ競買人ハ公告ニ明示ナキ賃借權ノ對抗ヲ受ケサルヘカラサルニ至ラン斯ノ如キハ斷シテ右等ノ規定ヲ設ケタル趣旨ニアラサルコト明瞭ナリ民事訴訟法第六百四十四條ハ不動産ノ差押以後競落許可決定ニ至ル迄債務者カ差押ヲ受ケタル不動産ヲ利用シ又ハ必要ナル管理ヲ爲シ得ヘキコトヲ規定シタルニ過キスシテ差押以後ニ至リ競落許可決定ノ後迄存續スヘキ賃借ヲ爲スコトヲ許シタル法意ニアラサルコトハ前掲第六百五十五條第六百五十八條等ノ規定上自ラ明カナリ乃チ第六百四十四條ニ於テ差押ノ後特ニ債務者ニ許シタル管理行爲ハ競落許可決定ニ依リ所有者ノ定マル迄競賣スル不動産ヲ保全スルコトヲ目的トスル法意ナルカ故ニ民事訴訟法第六百四十四條第二項ニ謂フ不動産ノ利用及ヒ管理云々トアル管理行爲中競賣開始決定以

前ヨリ繼續スルモノハ民法ノ規定ニ依ル管理ト異ナラサルモ競賣期日ノ公告以後ノ貸借ニ付テハ民法ニ於テ管理人又ハ後見人カ其權限内ニ於テ爲シタル管理行爲トハ自ラ差異ノ存スルコト當然ナリトス又上告人ハ民法第三百九十五條ヲ援テ論争スレトモ同法條ハ專ラ抵當權者ト賃借者トノ關係ヲ規定シタルモノナリ本件被上告人ハ既ニ抵當權者ノ地位ヲ脱シテ競落人トナリタル事實ナレハ此民法ノ規定ハ本件ノ場合ニ適用スヘキモノニアラス何トナレハ一旦競落人トシテ競賣不動產ノ所有權ヲ取得シタル以上ハ當初抵當權者ナリシト否トニ依テ競落人タル資格ニ異同アルヘキ道理ナケレハナリ又競落許可決定以前ニ於テ上告人カ民法第三百九十五條但書ノ權利ヲ行使セザリシハ抵當權者トシテノ權利ヲ實行セザリシニ過キサレハ之レカ爲メ競落人ノ行使スヘキ權利ヲ喪失スヘキモノニアラス故ニ原裁判所カ被上告人ノ請求ヲ是認シタルハ結局相當ニシテ上告論旨ハ理由ナシ

第四點ハ原判決ハ法律ニ違背シテ事實ヲ確定シタル違法アリ原判決ノ理由ヲ閱スルニ「不動產ノ競落人ニ對シ效力ヲ及ホサル貸借カ登記簿ニ登記アルトキハ競落人ノ不動產ノ利用ヲ妨クルノ結果ヲ來タスコトアルヘキヲ以テ係争貸借ノ登記ハ即チ競落人タル控訴人ノ所有權ヲ侵害スルモノトス」ト云フキヲ以テト云フノ文意ハ即チ「競落人タル控訴人ノ所有權ヲ侵害スルコトアルヘキヲ以テ」ト云フノ文意ニ歸納スルニ由リ論理學上此意ヲ以テ其文ヲ行ルトキハ原判決ノ一理由ハ即チ「不動產ノ競落人ニ對シ效力ヲ及ホサル貸借カ登記簿ニ登記アルトキハ競落人タル控訴人ノ所有權ヲ侵害スルコトアルヘキヲ以テ係争貸借ノ登記ハ即チ競落人タル控訴人ノ所有權ヲ侵害スルモノトス」トノ一章ヲ成ス斯ル命題ハ判決ノ理由トシテ果シテ論理ノ徹底セルモノナル乎請フ之ヲ論セシ所謂「競落人ノ不動產ノ利用ヲ妨クルノ結果ヲ來タスコトアルヘキ」即チ「控訴人ノ所有權ヲ侵害スルコトアルヘキ」トハ事未來ニ屬シ侵害ノ有無未タ確定セサル場合ヲ斥スモノナリ而シテ競落人タル控訴人ノ所有權ヲ侵害スルモノトス」トハ侵害ノ事實確定シタル場合ヲ斥スモノナリ如此本件ノ貸借登記カ被上告人ノ所有權ヲ果シテ侵害スルヤ否ヤニ付テハ原院自カラ未タ確定セサル事實ト認メタルニ其未タ確定セサル事實カ恰モ確定シタル事實ノ如ク被上告人ノ所有權ヲ侵害スルモノトスト謂フニ至リテハ其理由自體ニ於テ互ニ相抵觸シ其何レカ正當ナルヤヲ知ルニ由ナク適サニ以テ論理ノ徹底セサルヲ見ルヘシ理由ハ判決ノ由テ生スル所ナリ故ニ不備如此ハ法律ノ許サ、ル所ナルヲ以テ原判決ハ結局裁判ニ理由ヲ欠クノミナラス又法律ニ違背シテ事實ヲ確定シタル違法アリト云フニ在リ」第六點ハ本訴ハ被上告人カ本件ノ貸借ノ登記ハ被上告人ノ強制競賣申立登記以後ノ登記ニシテ競落人タル被上告人ニ對抗シ得サル登記ナルヲ以テ其登記ノ抹消請求ノ爲メ本訴ニ及フト云フニ在ルヲ以テ其原因ハ則チ登記ノ對抗力ナキコト是ナリ而シテ其目的ハ則チ其對抗力ナシトセル登記ノ抹消是ナリ如是被上告人ノ本訴請求カ已テニ登記ノ對抗力ナキコトヲ原因トセル以上ハ其原因自體ニ於テ已テニ何等侵害ヲ受ケ

サルコトヲ示スモノナレハ被上告人カ其對抗力ナキコトヲ自認セル登記ノ抹消ヲ目的トスルカ如キハ無益ノ訴訟ト謂フヘシ蓋シ訴訟ノ目的ハ權利ノ侵害ヲ除去スルニ在ルカ故ニ被上告人自ラ登記ノ對抗力ナキコトヲ認メタル以上其登記ノ抹消ヲ請求スル權利ナキ者ナリ所謂利益ナケレハ訴權ナキ者ナリ是レヲ以テ原院タル者ハ宜シク此點ヲ以テスルモ被上告人ノ控訴ヲ棄却スヘキ者ナルニ以上掲ケタル上告ノ理由ヲ遺シテ第一審ノ判決ヲ廢棄シ上告人等ハ登記抹消ノ手續ヲ爲スヘク判決シタリ是即チ違法ノ判決ニシテ破毀ヲ免カレサルモノナリ而シテ原判決ニ對スル不服ノ程度及ヒ原判決ニ付キ破毀ヲ爲ス可キ程度ノ如何ハ以上申立ツル所ノ如シト云フニ在リ

判旨第四點

然レトモ不動産ノ競落人ニ對シ效力ヲ生セサル貸借カ登記簿ニ登記シアルトキハ其競落人タル所有者ハ現實義務ナキニ拘ハラズ登記簿上貸借ノ義務アルコトヲ公示セラレ居ル筋合ナルヲ以テ競落人ハ其登記ヲ抹消セシメテ貸借ノ存立セサルコトヲ明カニスヘキ權利アルコト勿論ナルニ依リ本論點ニ指摘スル原判決ノ理由ハ上告論旨ノ如キ違法アルコトナシ

第五點ハ原判決ハ法律ニ違背シテ事實ヲ提出シタリト看做シタル違法アリ原判決ノ事實ヲ閱スルニ「控訴代理人ハ主文第一項乃至第三項ノ通り判決ヲ求ム且保證ヲ立ツルニ付假執行宣言ヲ求ムト申立テ其事實上ノ陳述ハ原判決ノ摘示ト同一ナルヲ以テ之ヲ引用ス」トアリ抑モ第一審ニ於ケル被上告人ノ事實上ノ陳述ハ要スルニ本件ノ貸借ノ登記ハ原告ノ強制競賣申立登記以後ノ登記ニシテ競落許可

決定ノ確定ニ因リ所有權ヲ取得シタル原告ニ對抗シ得サル登記ナルヲ以テ之レカ登記抹消請求ノ爲メ本訴ニ及フト云フニ在ルコトハ第一審判決ニ於ケル事實ノ摘示之ヲ證シテ餘リアリ一言以テ之ヲ蔽ヘハ「本件ノ貸借ノ登記ハ被上告人ニ對抗シ得サル登記ナリ」ト云フニ止マリ被上告人ハ未タ曾テ其所有權ヲ侵害セラル、事實ヲ提出シタルコトナシ凡ソ裁判所タル者ハ當事者ノ提出シタル事實ニ付テノミ其判斷ヲ下タスノ權限アルモ當事者ノ提出セサル事實ニ付判斷ヲ下タスカ如キ權限ナキ者ナルヲ以テ原院タル者ハ宜シク被上告人ノ提出シタル事實ノ範圍ニ於テ本件ノ貸借ノ登記ハ被上告人ニ對抗シ得サル登記ナルヤ否ヤノ點ニ付其判斷ヲ下タスニ止マルヘキ筈ナルニ原院ハ被上告人カ其所有權ヲ侵害セラル、事實ヲ提出シタリト看做シ「係争貸借ノ登記ハ即チ競落人タル控訴人ノ所有權ヲ侵害スルモノトス」ト云フカ如キ架空ノ理由ヲ付シ其理由ヲ根據ト爲シ以テ本案ノ判決ヲ爲シタルカ故ニ判決其當ヲ失スルハ固ヨリ其所ナリ如是ハ法律ノ許サ、ル所ナルヲ以テ原判決ハ結局法律ニ違背シテ事實ヲ提出シタリト看做シタル違法アリト云フニ在リ

然レトモ競落人ニ對抗シ得サル貸借ノ登記ハ其理由ニ基キ競落人ヨリ之レカ抹消ヲ請求シ得ヘキコト前第四點ノ上告理由ニ對シテ説明セシ如クナリ而シテ原判決ハ本件上告人ノ貸借ノ登記ハ被上告人ニ對抗シ得ヘカラサル理由ヲ説明シアレハ判決主文ヲ維持スヘキ理由ハ之ヲ以テ足り被上告人ノ所有權ヲ侵害スルモノナリト説明シタルハ附加ノ理由ニ歸スルヲ以テ假令被上告人ヨリ其主張ヲ提出セ

サリシトズルモ原判決ハ上告論旨ノ如キ違法ナシトス
第七點ハ原裁判ハ法律ニ違背シテ事實ヲ確定シタル而已ナラス亦訴訟手續ニ付テノ規定ニ違背シタリ
本件ニ付キ被上告人カ第一審ニ提出シタル訴狀ヲ見ルニ其請求ノ原因ノ第一點ハ「原告（被上告人）
ハ被告（上告人）井内義彦所有ノ前記土地建物ニ對シ強制執行ヲ爲シ明治三十六年十一月七日競賣申
立ノ登記アリタル後同年十二月十七日東京區裁判所ノ競落許可決定ノ言渡ヲ受ケ明治三十七年十月七
日該決定ノ登記ヲ了シタリ」ト記載シ第一審ノ口頭辯論ニモ其代理人カ訴狀記載ノ通り請求原因ヲ演
述シタルコト原告（被上告人）ハ競落許可決定確定ニヨリ所有權ヲ取得シタルコト又被告（上告人）
ノ爲シタル假登記バ地所ニ付テハ明治三十六年十二月十日建物ニ付テハ同月十五日東京區裁判所ノ受
付ケタルモノナリト附加シタルコトハ本件ノ第一審裁判所タル東京地方裁判所第四民事部ニ於ケル明
治三十八年一月十九日午前九時ノ口頭辯論調書ニ依リ明確ナリ而シテ本件ノ第二審裁判所タル東京控
訴院民事第二部ニ於ケル明治三十八年三月十六日午前九時ノ口頭辯論調書ニハ控訴代理人（被上告代
理人）ハ「事實關係ニ付原判決書（第一審判決書）ノ事實摘示通り演述シタリ」ト記載シ第二審ノ判
決中ニモ「其事實上ノ陳述ハ原判決（第一審ノ判決）ノ摘示ト同一ナルヲ以テ之ヲ引用ス」ト掲ケタ
ルニ因リ反テ更ニ其所謂原判決タル第一審ノ判決ニ就キ其事實摘示ヲ閱スルニ「其事實トシテ原告
（被上告人）ハ被告（上告人）井内義彦ノ所有ニ係ル前記ノ土地及ヒ建物ニ對シ抵當權ノ實行ヲ爲シ

明治三十六年十一月七日強制競賣申立ノ登記アリタル後同年十二月七日原告ハ東京區裁判所ヨリ該物
件ノ競落許可決定ノ言渡ヲ受ケ右決定ノ確定ニ因リ所有權ヲ取得シ「ト摘示シ以テ被上告人ノ提出シ
タル事實トセリ然レトモ「明治三十六年十二月七日東京區裁判所ヨリ本件ノ不動産ノ競落許可決定ノ
言渡ヲ受ケ右決定ノ確定ニ因リ所有權ヲ取得シ」タル旨ノ事實ハ被上告人カ第一審ニ陳述セサル所ナ
レハ被上告人ノ提出トシテ第一審ノ判決ニ之ヲ摘示シタル事實ノ誤謬アルヲ見ル可シ是ヲ以テ原判決
中ニハ必スヤ民事訴訟法第二百三十六條第二號ノ規定ニ依リ被上告人ノ提出シタル事實ヲ新タニ摘示
セサル可カラサルニ其之ヲ摘示セスシテ却テ第一審ノ判決ノ事實ノ誤謬ヲ襲蹈シ之ヲ原判決中ニ其儘
引用シ以テ事實ヲ確定シタルハ民事訴訟法第二百三十六條第二號ノ規定ニ違背シタリト謂フ可シ」本
件ニ付キ被上告人ハ第一審ニ於テハ本件ノ不動産ノ競落許可決定ノ言渡ハ明治三十六年十二月十七日
（訴狀及ヒ第一審ノ口頭辯論調書ニ依リ明確ナリ）ト陳述シタルヲ第二審ニ至リ之ヲ改メ明治三十六
年十二月七日ト陳述シタルモノ、如シ願フニ競落許可決定ノ言渡期日ハ本訴請求ノ一大原因ニシテ頗
ル重要ナル事項ニ屬スルヲ以テ其期日ヲ變更スルカ如キ一定ノ原因ヲ改ムル被上告人ノ陳述ニ對シテ
ハ原院タル者ハ民事訴訟法第二百二十三條ノ規定ニ則リ調書若クハ書面ニ依リ其變更ヲ明確ニシタル
上相當ノ判斷ヲ爲サ、ル可カラサルニ其之ヲ爲サ、ルハ訴訟手續ニ付テノ規定ニ違背シタルモノナリ
何カ故ニ競落許可決定ノ言渡期日ヲ重要ナル事項ト謂フ曰ク競落許可ノ決定カ明治三十六年十二月十

七日ニ言渡サレタリトスレハ本件ノ賃貸借ノ登記ハ競落許可決定言渡前ノ登記即チ土地ニ付テハ明治三十六年十二月十日其假登記ヲ爲シ建物ニ付テハ明治三十六年十二月十五日其假登記ヲ爲シ共ニ明治三十七年十月七日其本登記ヲ爲シタル事實ナルヲ以テ「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」トノ不動産登記法第七條第二項ノ適用ニ因リ本件ノ賃貸借ノ登記ハ結局上告人井内義彦カ本件ノ不動産ヲ所有スル時ニ當リ（競落許可決定言渡前）登記シタルノ效ヲ生シ毫モ違法ノ廉ナシト雖若シ競落許可決定カ假ニ明治三十六年十二月七日ニ言渡サレタリトスレハ本件ノ賃貸借ノ登記ハ競落許可決定ノ言渡後ニ至リ始メテ假登記ヲ爲シ又其後ニ至リ本登記ヲ爲シタルカ如キ看アリテ上告人井内義彦ハ權利ナクシテ他人ノ所有スル不動産ニ對シ賃貸借ヲ登記シタル不法行爲ナリト謂ハサル可カラス如此競落許可決定ノ言渡期日ノ變更ハ本件ノ賃貸借ヲシテ或ハ適法ノ行爲ト爲リ或ハ不法ノ行爲ト爲ラシム其結果前者ハ即チ有效ト爲リ後者ハ則チ無効ト爲リ其影響延ヒテ判決ニ及ヒ本案訴訟ノ成敗繫焉レリ是レ上告人カ競落許可決定ノ言渡期日ハ本訴請求ノ一大原因ニシテ頗ル重要ナル事項ニ屬スト謂フ所以ナリ被上告人カ斯ク重要ナル事項ニ付キ第二審ニ於テ第一審ノ陳述ト差異ノ存スル陳述ヲ爲サンニハ所謂一定ノ原因ヲ改ムルモノナリ「一定ノ原因ヲ改ムルカ如キ陳述ハ重要ナル事項ニ屬スルヲ以テ民事訴訟法第二百二十三條ノ規定ニ則リ調書若クハ書面ニ依リ之レヲ明確ニシタル上相當ノ判斷ヲ爲サトルヘカラサルコト」ハ大審院ノ認ムル所ノ判例（大審院明治三十四年

（オ）第三二六號土地所有權確認並ニ明渡請求ノ件）ナリ故ニ一定ノ原因ヲ改ムル被上告人ノ事實上ノ陳述ニ對シテハ原裁判亦宜シク右判例ノ趣旨ト其手續ヲ同シクスヘキモノナルニ事此ニ出テサルハ其手續ニ付キ既ニ民事訴訟法第二百二十三條ノ規定ニ違背シタリト謂フ可シ殊ニ控訴審ニ在リテハ「訴ノ變更ハ相手方ノ承諾アルトキト雖モ之ヲ許サ、ル」コトハ民事訴訟法第四百十三條ノ規定スル所ニシテ競落許可決定ノ言渡期日ノ變更ハ一定ノ原因ヲ改ムルモノナレハ被上告人カ上告人ニ對シ主張スル權利ノ由テ生スル法律關係ノ變更即チ訴ノ變更タルカ故ニ原院タル者ハ民事訴訟法第四百十三條ノ規定ニ依リ訴ノ變更ハ之ヲ許サ、ルノ意ヲ明カニシ宜シク中間判決ヲ以テ被上告人ノ新訴ヲ却下スヘキモノナルニ却テ裁判所ノ審級ヲ超越シテ被上告人ノ新訴ヲ受理シ之ニ對シ終局判決ヲ爲シタルハ又民事訴訟法第四百十三條ノ規定ニ違背シタリト謂フ可シ原裁判ノ違法其レ如此破毀ヲ求ムル所以ナリト云フニ在リ

依テ訴訟記録ヲ閱スルニ第一審判決原本ノ末尾ニ前記判決中事實摘示ノ部ニ同年十二月七日云々トアル七日ハ著シキ誤謬ニ付之ヲ十七日ト更正スル旨ノ裁判ヲ追加シアリ即被上告人ノ此點ニ關スル申立ハ第一審第二審共同ニシテ第二審ニ至リ申立ノ趣旨ヲ變更シタル事跡アラサルニ依リ上告論旨ハ理由ナシ

第八點ハ原裁判ハ法律ノ解釋ヲ誤リ之ヲ不當ニ適用シタル違法アリ原判決ノ理由ヲ閱スルニ「民事訴

訟法第六百四十四條第二項ニ不動産ノ差押ハ債務者カ不動産ノ利用及ヒ管理ヲ爲スコトヲ妨ケストア
リト雖モ同條ニ所謂利用及ヒ管理トハ競落人ノ所有權ニ制限ヲ加フヘキ不動産ニ關スル權利ノ設定ヲ
許シタル法意ニ非サルヲ以テ云々ト説示セルニ由リ更ニ民事訴訟法ト民法トノ規定ヲ推究シ其明文
ト精神トヲ考覈スルニ原裁判ハ法律ノ解釋ヲ誤リ之ヲ不當ニ適用シタル違法アルヲ見ル可シ何ヲ以テ
之ヲ言フ曰ク民事訴訟法第六百四十四條第一項ニ「不動産ニ對スル強制執行ハ左ノ方法ヲ以テ之ヲ爲ス
第一強制競賣第二強制管理」ト規定セリ蓋シ強制競賣ノ目的ハ不動産ヲ賣却シ其代金ヲ以テ債權ノ辨
濟ニ充ツルニ在リテ不動産ヲ管理シ其收益ヲ以テ之ニ充ツルカ如キハ其目的ニ非サルカ故ニ債權者カ
強制競賣ヲ執行セシメタルモ強制管理ヲ併セテ執行セシメサルトキハ債務者ハ不動産ノ利用及ヒ管理
ヲ爲スコトヲ得ヘシ強制管理ノ目的ハ不動産ヲ管理シ其收益ヲ以テ債權ノ辨濟ニ充ツルニ在リテ不動
產ヲ賣却シ其代金ヲ以テ之ニ充ツルカ如キハ其目的ニ非サルカ故ニ債權者カ強制管理ヲ執行セシメタ
ルトキハ債務者ハ最早不動産ノ利用及ヒ管理ヲ爲スコトヲ得ス何トナレハ強制管理ハ債務者カ自ら不
動產ノ利用及ヒ管理ヲ爲スノ權利ヲ奪ヒ以テ其目的ヲ達スルニ在レハナリ而シテ「債權者ハ自己ノ選
擇ニ依リ一箇ノ方法ヲ以テ又ハ二箇ノ方法ヲ併セテ執行セシムルコトヲ得」ヘキハ同條第二項ニ規定
セル所ナルニ依リ債權者カ強制競賣ヲ執行セシムルニ當リ強制管理ヲ併セテ執行セシメ以テ債務者カ
自ら不動産ノ利用及ヒ管理ヲ爲スノ權利ヲ奪ハサルトキハ其權利ハ依然トシテ債務者ノ手裏ニ存スルヤ

明カナリ故ニ債務者ハ其手裏ニ存スル權利ノ行使ニ因リ不動産ヲ貸貸スルハ固ヨリ有效ニシテ其貸貸
借カ民法第六百二條ニ定メタル期間ヲ超エス且之ヲ登記シタランニハ民法第三百九十五條ノ規定ニ依
リ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得ヘク又民法第六百五條ノ規定ニ依リ爾後其不動産ニ付キ物權ヲ取得シ
タル者ニ對シテモ其效力ヲ生スト解セサル可カラサルニ原判決ノ理由此ニ存セサルハ願フニ法律カ二
箇ノ方法ヲ併セテ執行セシムルコトヲ得セシメタル所以ヲ誤解シタルニ職由セスンハアラス蓋シ債務
者ノ有セサル權利ハ債權者カ強制執行ノ方法ニ依ルモ之ヲ行使シ得ヘカラスアルヲ以テ原則トスルカ故
ニ債務者カ自ら不動産ノ利用及ヒ管理ヲ爲スノ權利ヲ有セサル場合ニ於テ債權者カ強制管理ヲ執行セ
ントスルモ能ハサルヤ明カナリ故ニ若シ被告人ノ言フカ如ク強制競賣申立登記入後ノ貸貸借ハ無
效ナリトセハ其結果二箇ノ方法ヲ併セテ執行セシムルコトヲ得トノ法律ノ規定ハ殆ント其適用ナカル
可シ何トナレハ夫ノ競賣手續ノ開始決定後ニ於ケル貸貸借ヲシテ無効ナラシメハ二箇ノ方法ヲ併セテ
執行セシムル場合ニ於ケル強制管理ハ其目的ヲ達シ難ケレハナリ故ニ法律カ二箇ノ方法ヲ併セテ執行
セシムルコトヲ得ト規定シタル以上競賣手續ノ開始決定後ニ於ケル貸貸借ヲ認メタルモノト謂ハサル
可カラス殊ニ民事訴訟法第七百六條ニ於テ強制管理ニ付テハ同法第六百四十三條ノ規定ヲ全然準用ス
ルヲ以テ強制競賣ノ爲メ既ニ不動産ヲ差押ヘタル場合ニ於テ強制管理ノ申立ヲ爲スコトヲ得ヘシ又同
法第六百四十四條第一項第三項ノ規定ヲ準用シ其第二項ノ規定ハ特ニ之ヲ沒スルニ觀ルモ債權者カ強

制管理ヲ執行セシメサルトキハ強制競賣ノ爲メ不動産ヲ差押ヘタルノミニテハ固ヨリ債務者カ不動産ノ利用及ヒ管理ヲ爲スコトヲ妨ケサルヤ知ル可シ是レ獨リ民事訴訟法第六百四十四條第二項ノ規定ニ待テ後チ知ル可キニアラス法律カ故ラニ強制管理ノ規定ヲ設ケ強制競賣ト併セテ執行セシムルコトヲ得セシメタルハ強制競賣ノ爲メ既ニ不動産ヲ差押ヘタル場合ニ於テモ法律上債務者カ不動産ノ利用及ヒ管理ヲ爲スコトヲ妨ケサルハアラス夫ノ船舶ノ強制競賣手續ノ如キ民事訴訟法第七百十九條前段同法第七百二十一條第一項ニ於テ債務者カ船舶ノ利用及ヒ管理ヲ爲スコトヲ妨ク可キ方法ノ規定アルカ爲メニ船舶ノ強制執行ニ付テハ強制管理ノ規定ナキニ推及セハ思ヒ半ハニ過キン唯タ法律ハ人ノ之ヲ誤解スル或ランコトヲ恐ル故ニ民事訴訟法ノ強制管理ノ規定中ニ於テセスシテ故ラニ強制競賣ノ規定中其第六百四十四條ニ於テ特ニ第二項ヲ設ケ一筆之ヲ斷シ「差押ハ債務者カ不動産ノ利用及ヒ管理ヲ爲スコトヲ妨ケス」ト定メタル所以ナリ「本件ノ不動産ニ對スル強制執行ニ付テハ抵當權者タル被告人カ單ニ強制競賣ノ申立ヲ爲シタルニ止マリ強制管理ノ申立ハ其爲サ、ル所ナルヲ以テ裁判所ハ其中立ニ基キ單ニ強制競賣手續ノ開始決定ノミヲ爲シ以テ不動産ヲ差押ヘタリ然レトモ其差押ハ債務者カ不動産ノ利用及ヒ管理ヲ爲スコトヲ妨ケサルヲ以テ債務者タル被告人并内義彦ハ自己ノ權利ヲ行使シ上告人山中家齋ニ本件ノ不動産ヲ貸貸シ其貸貸借ヲ登記シタリ而カモ其貸貸借ハ民法第六百二條ニ定メタル期間ヲ超エサルモノナルカ故ニ民法第三百九十五條ノ規定ニ依リ上告人ハ當時

已ニ之ヲ以テ抵當權者タル被告上告人ニ對抗スルコトヲ得ヘキ既得ノ權利アリ而シテ本件ニ付テハ當時ノ抵當權者タル被告上告人カ競落人ト爲リタル場合ナレハ上告人ハ右既得ノ權利ニ依リ以テ被告上告人ニ對抗スルニ足レリ加フルニ民法第六百五條ノ規定ヲ以テセルカ故ニ競落人タル被告上告人ノ本訴請求ハ其理由ナキモノナリ是ヲ以テ被告上告人ノ控訴ハ之ヲ棄却スト判決ス可キモノアルニ原裁判此ニ出テサルハ要スルニ強制競賣ト強制管理トノ效力ノ範圍民事訴訟法ト民法トノ條文ノ關係ヲ審カニセスシテ法律ノ解釋ヲ誤リ之ヲ不當ニ適用シタルニ在レハ其裁判ヤ違法ニシテ終ニ破毀ヲ免カレサルモノナリト云フニ在リ

然レトモ強制競賣申立ノ登記アリタル後ニ設定セシ貸貸借ハ假令之ヲ登記スルモ競落人ニ對抗スヘキ效力ナキハ民事訴訟法ノ法意ナルコト前第一乃至第三點ノ上告理由ニ對シテ説明セシ所ノ如シ同法第六百四十四條第二項ハ債務者ノ選擇ニ依リ強制競賣ト強制管理トノ中一箇ノ方法ニ依リ又ハ二箇ノ方法ヲ併セテ執行セシメ得ルコトヲ規定シタルノミニテ債務者ノ選擇ニ依リ強制競賣ノミヲ申立タル場合ニハ債務者ニ於テ競落許可決定以後迄存續スル貸貸借ノ如キ管理行為モ之ヲ爲シ得ヘシトノ明文アルコトナシ而シテ實際ノ事例ニ照スモ債權者ハ競賣スヘキ不動産ニ付其事件ノ情態ニ依リ競落許可決定アル迄債務者ニ其物件ヲ管理セシムルヲ便宜ト爲ス場合アルヘク又強制管理ヲ必要ト認ムル場合ナキニアラサルヘシ是則二箇ノ執行方法ヲ債權者ノ選擇ニ一任シタル所以ナリ債權者カ強制競賣ノミヲ申立

判旨第八點

強、制、管、理、ノ、方、法、ヲ、擇、ハ、ナ、リ、シ、ト、テ、其、債、權、者、ハ、自、己、ニ、不、利、益、ナ、ル、ヲ、顧、ミ、ス、管、理、ヲ、債、務、者、ニ、委、ヌ、ル、モ、ノ、ト、見、做、ス、ノ、法、意、ナ、リ、ト、ハ、解、釋、ス、ヘ、カ、ラ、ス、故、ニ、本、論、旨、モ、理、由、ナ、シ

第九點ハ殊ニ控訴ノ一件記録中ニ存在スル控訴代理人ト稱スル羽田彦四郎ヨリ差出シタル明治三十八年二月十日附津田今朝藏ノ代理委任狀ナルモノヲ見ルニ羽田彦四郎ヲ以テ控訴ニ關スル一切ノ法律行為ヲ委任シタルモノニシテ訴訟行為ヲ委任シタルモノニ非ス何トナレハ同委任狀ニハ判然法律行為ト示シ其他訴訟行為ヲ委任シタリト認ムヘキ點ナケレハナリ而シテ法律行為ノ委任ハ私法即チ民法上ノ事項ニ屬シ訴訟行為ノ委任ハ公法即チ民事訴訟法上ノ事項ニ屬シ兩者劃然其法律關係ヲ異ニスレハ同委任狀ヲ以テ直チニ民事訴訟行為ヲ委任シタルモノト謂フヲ得ス而シテ委任ノ欠缺ノ如キハ裁判所ノ職權調査ニ屬スヘキ事項ナルヲ以テ原院カ之ヲ看過シ何等委任ナキ者ノ訴訟ニ對シ判決ヲ爲シタルハ固ヨリ不法ニシテ其判決ハ實體上無効ナルカ如キモ形式上判決トシテ存在スルニ因リ之カ破毀ヲ求メサルヲ得スト云フニ在リ

然レトモ上告人モ陳述スル如ク第二審ニ於ケル被上告人ノ委任狀ニハ控訴ニ關スル一切ノ法律行為ヲ委任スル旨明記シアリ而シテ此委任狀ニ法律行為ナル文詞ヲ用ヒタルハ即チ訴訟行為ヲ包含スルモノト解釋スヘキハ當然ナルヲ以テ原裁判所カ如此解釋シタルハ事實ニ適スルノミナラス要スルニ本論旨ハ原裁判所ノ職權ニ屬スル委任狀ノ解釋ヲ批難スルニ外ナラサルヲ以テ上告ノ理由ト爲ヌヲ得ス

闕席シタル上告人井内義彦ニ對シテハ民事訴訟法第五十條第四項ニ依リ懈怠セサル上告人山中家齋ニ代理ヲ任シタルモノト看做ス

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可キモノトス

○強制執行異議請求ノ件

明治三十八年(支)第三百五十七號
明治三十八年十一月一日第二民事部判決

○判決要旨

- 一 登記事項ニ錯誤又ハ遺漏アリテ登記カ實物ト符合セサルトキハ當事者ハ登記ノ更正ヲ申請スルコトヲ得而シテ當事者カ更正ヲ爲ササル以前ノ登記ト雖モ其效力ヲ失フヘキ旨ノ規定ナケレハ爾後同一物件ニ付キ權利ヲ取得セル第三者ハ登記セラレタル物權ノ得喪變更ヲ否認シ得サルモノトス(判旨第一點)
- 一 民事訴訟法第五百四十九條ニ依ル異議ノ訴ハ強制執行ノ未了中ニ在ラサレハ之ヲ提起スルコトヲ得ス(判旨第三點)

(參照) 第三者カ強制執行ノ目的物ニ付キ所有權ヲ主張シ其他目的物ノ讓渡者クハ引渡ヲ妨クル權利ヲ主張スルトキハ訴ヲ以テ債權者ニ對シ其強制執行ニ對スル異議ヲ主張シ又債務者ニ於テ其異議ヲ正當ナリトセサルトキハ債權者及ヒ債務者ニ對シテ之ヲ主張ス可シ右訴ヲ債權者及ヒ債務者ニ對シテ起ストキハ之ヲ共同被告ト爲ス右訴ハ執行裁判所ノ管轄ニ屬ス然レトモ訴訟物カ區裁判所ノ管轄ニ屬セサルトキハ執行裁判所ノ所在地ヲ管轄スル地方裁判所之ヲ管轄ス(民事訴訟法第五百四十九條第一項乃至第三項)

實物ト符合セサル登記ノ效力○執行參加訴訟ノ要件○強制競賣ニ於ケル執行ノ終了時期

一 不動産ノ強制競賣ニ於テハ競落ヲ許スノ決定アリタル後競落人カ
代金支拂期日ニ其義務ヲ完全ニ履行シ不動産ノ引渡ヲ請求シ得ル
時ヲ以テ強制執行ノ終了時期トス(同上)

第一審 大阪地方裁判所 第二審 大阪控訴院

上告人 杉本喜平 訴訟代理人 (西尾哲夫 久代五太郎)
被上告人 岩崎惣助 訴訟代理人 (吉岡完勵)

右當事者間ノ強制執行異議請求事件ニ付大阪控訴院カ明治三十八年五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被上告人ノ所有權ヲ證明スル甲第四號證ノ登記簿ニ符合セサル本訴係争物件ヲ以テ被上告人ノ所有ナリト認メ且此レヲ以テ第三者タル上告人ニ其所有權ヲ主張シテ對抗スルコトヲ得可キモノトセリ然レトモ不動産ニ關スル物權ノ得喪變更ハ登記法ノ定ムル所ニ從ヒ其登記ヲナ

スニアラサレハ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトス(民法第七十七條)而シテ本訴物件ハ大阪府西成郡豊崎村大字本庄字猿樂千十二番ノ二郡村宅地一反三畝五步地上ニアル建物二棟ナルコトハ當事者間ニ争ナキ所ナリ然ルニ被上告人ノ競落ニ依リ取得シタル家屋ハ大阪府西成郡豊崎村大字本庄千十五番ノ一畑一反三畝十步(被上告人ノ變更登記前即上告人ノ抵當權設定當時ノ登記)トアリテ其地名(字ノ記入ナシ)番地地目及敷地ノ坪數ノ四點ニ於テ相同シカラサルモノナルコトハ甲第四號證ノ如シ去スレハ被上告人ハ登記簿ニ參照シ存在セサル物件ヲ取得シタルモノナルコト明瞭ナレハ事實甲第四號證ト乙第四號證ト同一物件ナリトスルモ如此登記簿ノ兩立セル場合ニ於テハ其登記簿ニ符合セサル物件ハ法律上其存在ヲ認ムル能ハス加カモ第三者ニ其實物ニ符合セサル登記ヲ以テ所有權アリトシ對抗スルコトヲ得ス蓋シ右符合セサル事項ハ其登記上最モ必要ナル事項ニ屬スルヲ以テ其事項カ登記ノ實物ト符合セサル場合ニ於テハ其適法ノ登記アリト云フヲ得ス故ニ本件ノ場合ニ於テハ乙第四號證ニ依リ上告人ノ權利ハ完全ナリト雖モ被上告人ハ甲第四號證ヲ以テ本訴物件ノ所有權ヲ主張シ且第三者タル上告人ニ對抗スルコトヲ得サルハ論ヲ待タス然ルニ原判決ハ不動産登記法第六十三條第六十四條ハ登記ノ更正ヲ許容セルヲ以テ如此實物ニ符合セサル登記モ尙完全ノ效力アリト説明セラレタリト雖モ前掲第六十四條及ヒ第五十六條ノ法規ニ徴シ却テ本件ノ如キ場合ハ其然ラサルヲ認ムルニ足リ加カモ更正登記ハ其登記シタル以後ニノミ效力ヲ有スルモノタルハ明瞭ナルヲ以テ其更正前ニ取得シ

タル上告人ノ權利ヲ害スルヲ得サルハ又自ラ明カナリトス結局原判決ハ法律ニ違背シタル不法アルモノトスト云フニ在リ

因テ原判決ヲ査閱スルニ本訴係争ノ建物所在地ハ元西成郡豊崎村大字本庄字猿樂千十二番ノ二畑地ナリシヲ後ニ地番地目ノ變更ニ依リ同所千十二番ノ二郡村宅地ト爲シタルコトハ當事者間ニ争ヒナク而シテ右千十二番ノ二郡村宅地一反三畝五歩ノ地上ニ存在セル建物ハ被上告人カ強制競賣ノ末競落ニ因リ取得シタル當時大阪府西成郡豊崎村大字本庄千十五番ノ一畑一反三畝十歩ノ地上ニ存在セルモノトシテ登記シアルタル建物二棟ニ該當スルコトハ原判決ノ認ムル所ニシテ實物ト登記ト地名(登記ニハ小字ノ記入ナシ)地番地目及ヒ敷地ノ坪數ニ於テ相同シカラサルコトハ上告論旨ノ如シト雖モ不動産登記法第六十三條第六十四條等ニ依レハ登記事項ニ錯誤又ハ遺漏アリテ登記カ實物ト符合セサルトキハ當事者ハ登記ノ更正ヲ申請スルコトヲ得ヘク而モ當事者カ更正ヲ爲サル以前ノ登記ト雖モ登記トシテノ效力ヲ失フヘキ規定ナキニ依リ其後同一物ニ付權利ヲ取得シタル第三者ハ登記セラレタル物權ハ得喪變更ヲ否認スルコトヲ得ス若シ夫レ登記カ實物ト符合セサルカ爲メ之ニ因リテ損害ヲ受クル者アリトセハ其行爲者ヲシテ過失ノ責任ヲ負ハシムルハ格別登記ノ不完全ナルカ爲メ其權利ヲ失却セシムル理由トナラサルナリ去レハ原判決カ本件甲第四號證ニ於ケル登記ヲ以テ有效ノモノトシ上告人ニ對抗スルコトヲ得ヘク判示シタルハ相當ニシテ本論旨ハ理由ナシ

判旨第一點

同第二點ハ原判決ハ本件ハ民事訴訟法第五百四十九條ニ依ル強制執行異議ノ訴ナルヲ以テ本訴目的物ノ所有權カ何人ニアルヤヲ審究スレハ足ルモノナレハ上告人ノ抵當權及ヒ質權ノ效力ハ本件ニ何等ノ關係ナク同一ノ目的物ニ對シ二重ニ保存登記アリタル場合ニ於テハ何レノ登記ヲ以テ有效トス可キヤヲ決ス可キモノニシテ兩登記簿面上ニ於ケル權利ノ優劣ヲ定ム可キモノニ非スト説明セラレタレトモ同條ノ趣旨ハ單ニ所有權ノ存否ニノミ依リテ判定ス可シト規定セラレタルニアラサレハ其所有權カ主張者ニ存在スルコト明瞭ナルモ其所有權ハ差押債權者タル第三者ニ對抗シ得可キヤ又所有權ハ第三者ニ對抗シ得可キモ他ノ理由ニ於テ其訴旨ヲ貫徹セシムルニ足ルヤ換言セハ他人ノ爲シタル強制執行ハ不當ニシテ其訴求者ノ爲ニ此レヲ取消ス可キモノナルヤ否ヤノ點ニ付凡テノ審査ヲナス可キ全權ヲ受訴裁判所ニ存スルハ論ヲ俟タヌ何トナレハ強制執行異議ノ目的ハ強制執行ノ取消ニアリテ所有權ノ確認ニアラス故ニ所有權アリトスルモ尙進ンテ其執行カ取消ス可キモノナルヤ否ヤノ理由ヲ審査ス可キハ其訴訟ノ性質上當然ノコトナリトス然ラハ原院前段説明ノ如ク被上告人ニ所有權アリトスルモ尙進ンテ上告人ノ設定シタル登記セル物權ハ被上告人ニ對抗スルヲ得サルヤ即チ強制執行ハ取消ス可キヤ否ヤヲ審究セサル可カラズ去レハ上告人ノ抵當權及質權ノ效力ハ本件ニ重大ノ關係ヲ有スルヤ論ヲ待タス然ルニ此點ヲ不問ニ付シテ判決ヲ與ヘタルハ失當ナリトス而シテ原判決ハ平尾タヲカ甲第四號證ニ對シ更正ノ登記ヲナス可キニ乙第四號證ノ如ク所有權保存ノ登記ヲ爲シタルハ無効ナリト云フモ平

尾タヲノ行爲ノ當否ハ上告人ノ干與スル所ニアラス上告人ハ登記シタル建物ニ對シ抵當權並質權ヲ設定シテ更ニ此レカ登記ヲナシ加カモ其登記セル建物ハ實物ニ符合シ毫モ其登記ニ欠點ナキハ相手方ノ爭ハサル所ナレハ平尾タヲノ行爲ヲ以テ上告人ノ抵當權並質權ノ效力ニ影響ヲ及ホス可キモノニアラス要スルニ原院判定ノ如ク被告上告人ニ所有權アリトスルモ爲ニ上告人ノ設定シタル物權ノ效力ヲ奪フコトヲ得ス從テ強制執行ハ正當ナルコト明瞭ナルニ原判決ハ強制執行異議ノ訴ニ對シテハ此點ノ審査ヲナス能ハサルモノトシ以テ上告人ノ主張ヲ排斥シタルハ法律ニ違背シタル不法アルモノトスト云フニ在リ

因テ按スルニ民事訴訟法第五百四十九條ハ強制執行異議ノ訴ニ於テハ單ニ所有權ノ存否ノミヲ判定スヘシトノ規定ニアラサルコト勿論ナルモ本訴ノ如キ上告人ハ平尾タヲノ所有ナル係爭建物ノ上ニ抵當權及ヒ質權ヲ取得シタルモノトシテ強制執行ヲ申請シタルニ對シテ被告上告人ハ平尾タヲハ他ヨリ之ヲ讓受ケタルモノニシテ同人カ讓受クル以前ニ在リテ既ニ抵當權ヲ取得シ強制競賣ノ結果取得シタル所有權ヲ主張シテ異議ノ訴ヲ起シタル場合ニ於テハ係爭物ノ所有權カ果シテ何人ニ在ルヤヲ判斷スレハ足ルモノニシテ原判決ハ甲第四號證ニ依リ明治三十四年十一月九日被上告人外一名ノ爲メニ強制競賣開始決定ノ記入アリ次テ同三十五年一月二十二日平尾タヲノ爲メニ賣買ニ因ル所有權取得ノ登記アリ續テ同三十六年八月十八日被上告人ノ爲メニ競賣ニ因ル所有權取得ノ登記アルコトヲ認メ上告人ノ爲

メ抵當權及ヒ質權ヲ設定シタル平尾タヲハ被告上告人ノ所有權取得ノ原因トナリタル強制競賣開始決定ノ記入後ニ於テ所有權取得ノ登記ヲ爲シタルモノナルカ故ニ之ヲ以テ被告上告人ニ對抗スルコトヲ得ス即チ係爭物ノ所有權ハ被告上告人ニ在ルコトヲ確定シタルモノナレハ原判決ハ失當ニアラサルノミナラス平尾タヲハ前示ノ如ク上告人ノ爲メニ抵當權並ニ質權ヲ設定シタル前主ナレハ同人カ爲シタル所有權保存ノ登記ニシテ無効ナル以上ハ上告人カ之ニ基キ爲シタル抵當權並ニ質權ノ設定登記(乙第四號證)ハ實物ニ符合セル完全ノ登記ナリトスルモ真正ノ所有者タル被告上告人ニ對抗シテ其權利ヲ奪フコトヲ得サル判旨ハ原判決ノ後段ニ於テ説明セル所ニ依リテ明瞭ニシテ是レ亦適當ナルヲ以テ本論旨ハ孰レモ理由ナシ

同第三點ハ強制執行ノ異議ハ強制執行ノ目的物カ他人ノ所有ニ歸セサル以前ニアラサレハ此レヲ爲スコトヲ得サルハ訴訟ノ性質上自明ノ理ナリトス蓋シ第三者ノ提起スル執行ノ異議ハ其執行ヲ取消シテ權利ノ侵害ヲ防クニアリ然ルニ競落許可ノ決定アリテ所有權競落人ニ移轉シタル場合ハ(民事訴訟法第六百八十六條)已ニ其權利ヲ侵害セラレ競賣申請人ハ隨意ニ其申請ヲ取消シ得可カラサル場合トナリタルモノナレハ強制執行ノ異議ヲ主張スルヲ得ス而シテ本件ハ原院判決第一審判決表示ノ如ク明治三十七年六月二十四日競落許可決定アリタル後本訴ヲ提起セラレタルモノナレハ所有權ハ已ニ他人ニ移轉シ實體上競賣取消ノ手續ハ上告人ニ於テナシ得可カラサルモノナレハ強制執行異議トシテ本

判旨第三點

訴ハ不適法トシテ却下ス可キモノトス故ニ原判決ハ失當ナリト云フニ在リ
因テ按スルニ民事訴訟法第五百四十九條ニ依ル異議ノ訴ハ強制執行終了後ニ於テ之ヲ爲スコトヲ許サ
サルハ當院判例ノ存スル所ナリ而シテ不動産ノ強制競賣ニ於テ競落人カ競落ヲ許ス決定ニ因リテ其所
有權ヲ取得スルコトハ同第六百八十六條ノ規定スル所ナレトモ同第六百八十七條第六百八十八條ニ依
レハ競落人ハ代金ノ全額ヲ支拂フニ非サレハ不動産ノ引渡ヲ求ムルコトヲ得サルノミナラス代金支拂
期日ニ其義務ヲ完全ニ履行セサルトキハ裁判所ノ職權ヲ以テ再競賣ヲ命セラルコトアルカ故ニ競落
ヲ許ス決定アリタルノミヲ以テ強制執行ノ終了スルモノト爲スコトヲ得ス競落人ニ於テ代金支拂期日
ニ其義務ヲ完全ニ履行シ不動産ノ引渡ヲ求メ得ル時ヲ以テ之カ終了時期ト定ムルヲ相當トス本件ニ於
テ被告人ハ競落許可決定アリタル後明治三十七年六月三十日日本訴ヲ提起シタルモ同時ニ強制執行ノ
停止命令ヲ得テ爾後ノ手續ヲ停止セルコトハ原告人ニ於テモ異議ナキ所ナレハ強制執行ノ未了中提起
シタル本訴ハ不適法ニアラス故ニ本論旨ハ理由ナシ

同第四點擴張理由ハ原判決ハ甲第四號證ノ登記更正ヲ有效ナリトシ以テ本件ノ爭點ヲ解決セラレタル
ハ不法ノ裁判ナリ抑不動産登記法上登記シタル事項ハ其表現セラレタル狀況ニ於テ登記完了スルト同
時ニ公正ノ效力ヲ生シ自由ニ訂正變更スルコトヲ許サス而シテ物件所在ノ地番地名地目坪數等ハ其公
正ノ效力ヲ有スル重要ノ事項ニ屬スルモノナリ是故ニ登記官吏カ錯誤ノ登記ヲ爲シタル場合ナルト登

記申請人カ錯誤ノ申請ヲ爲シタル場合ナルトヲ問ハス其誤謬登記ノ更正ヲ爲サントスルニハ申請當事
者即チ登記權利者及ヒ登記義務者ノ申請ニ依ラサル可ラス是則不動産登記法第二十六條及ヒ第六十四
條第五十六條ノ規定ニ依リ之ヲ觀ルモ瞭然タリ然ルニ被告原告人ノ當初抵當權ノ目的トシタル所ノ物件
ハ千十五番ノ一地上ノ建物ニシテ其敷地ノ坪數等ニ於テモ本件係争物トハ相異レリ而シテ其抵當權實
行ノ結果競落シタル所ノ目的物モ亦同一表現ノ狀況ニ於ケル登記簿上ノ物件ニ在リ若シ果シテ被告
人ニシテ其登記ハ錯誤ナリシコトヲ發見シタリトセハ登記義務者即チ抵當權設定者ト共ニ申請シ尙ホ
登記上利害ノ關係ヲ有スル第三者アルトキハ其申請書ニ其承諾書又ハ之ニ對抗スルコトヲ得ヘキ裁判
ノ謄本ヲ添附シテ更正ノ手續ヲ爲サル可ラサルニ甲第五號證ノ二ニ依レハ單ニ被告原告人ノミニ依テ
之カ申請ヲ爲シ以テ甲第四號證ノ如ク更正ヲ爲シタルハ違法ニシテ假令競落決定後ニ爲シタルモノト
雖モ何等效力ヲ生セス何ントナレハ競落ハ其登記簿上ニ表現セル物件取得者タルノ效果ヲ生スルモノ
ニシテ係争物ニ對スル競落者タルノ公正ノ效力ヲ有セス隨テ自由ニ之カ更正ヲ許サルナリ原判決ノ
如ク是等違法ノモノヲ有效ナリトシテ之ニ遡及力ヲ與ヘ以テ實物ト相符合セル甲第三號證登記ノ原告
人ノ權利ヲ奪フカ如キニ至テハ第三者ヲ保護スル登記法ノ趣旨ニ反スルノミナラス反テ第三者ヲ害ス
ル動機トナルニ至ル可シ要スルニ原判決ハ法律ヲ無視シタル不法ノ裁判ナリトスト云フニ在リ
然レトモ原判決ハ被告原告人カ登記ノ更正ヲ爲シタルカ故ニ有效ノ登記ナリト爲シタルニ非スシテ登記

實物ト符合セサル登記ノ效力○執行參加訴訟ノ要件○強制競賣ニ於ケル執行ノ終了時期

ニ錯誤アルカ爲メ全然無効ト爲ルモノニアラスト判示シタルモノナリ而シテ其判旨ノ適當ナルコトハ前第一點ニ對スル説明ノ如クナレハ登記ノ更正手續ヲ非難スル本論旨ハ原判旨ニ副ハサルモノニシテ固ヨリ上告ノ理由ト爲ラス

同第五點ハ原判決ハ甲第三號證ノ登記ハ同一物ニ對スル二重ノ保存登記ニシテ無効ナリ之ニ依リ控訴人ノ所有權ヲ奪フコトヲ得サルモノトセリ然レトモ甲第四號證ノ登記ハ元ト千十五番ノ一地上ノ建物ニシテ本件係争物ヲ表示スル登記ニアラサルヲ以テ甲第三號證ノ平尾タヲノ保存登記ハ當時未登記ノ建物ニ付テ登記シタルモノト云ハサル可ラス而シテ所有權保存登記ハ不動産登記法第六條ニ依リ登記官吏カ申請人ノ所有物タルコトヲ認メ得ヘキ證明書ニ基キ登記ス可キモノニシテ其登記カ實物ト相符合シ且ツ他ニ此登記表現ノ物件ト相衝突スル登記ナキトキハ其登記タルヤ完全有效ナリト云ハサル可ラス特ニ登記ハ第三者ニ對抗スルニハ登記表示ノ事項ニ限ラルヘキ嚴正ノモノナルニ於テオヤ然ルニ被上告人ハ第四ノ理由中ニ述ヘタル如ク後日隨意ニ更正ノ手續ヲ爲シ以テ甲第三號證登記ト相衝突セシメタルモノナルニ拘ラス原院ハ第三號證ノ登記ハ無効ナリト判斷セラレタルハ不法ノ裁判ナリト云フニ在リ

然レトモ甲第四號證ノ登記ハ千十五番ノ一地上ノ建物ニ對スルモノ、如クナルモ本件係争物ヲ表示スル登記ニ外ナラサルコトハ原判決ノ認ムル所ニシテ平尾タヲハ既ニ所有權取得ノ登記ヲ爲シタルコトモ亦原判決ノ認ムル所ナレハ同一物ニ付更ニ保存登記ヲ爲スヘキモノニアラサルハ勿論ナルヲ以テ原判決カ甲第三號證(乙第四號證)ノ登記ヲ以テ無効ノ登記ナリト判定シタルハ不法ニアラス

同第六點ハ原判決ノ基本タル判旨ハ甲第四號證ノ登記ハ本件係争物ニ對スル登記ナリト認定シ其現實ノ係争物ニ著大ナル相違アル登記ト雖モ本訴係争物ニ對スル登記トシ第三者タル上告人ニ對シテモ尙效力ヲ有スルモノト認メラレ其理由トシテハ不動産登記法第六十三條第六十四條ニ於テ登記ノ更正手續ヲ規定シアレハ其法律ノ趣旨ニ徴シ本件ノ如キ誤謬アル登記モ尙ホ被上告人ノ提出スル甲第四號證ヲ有效トシ何人ニモ對抗シ得ク從テ上告人ノ提出スル乙第四號證ノ登記ノ效力ト其權利ヲ喪失セシムルニ足ルモノトセリ然レトモ右ハ登記法ノ全趣旨ヲ洞看セサル理論ナリト認メサル可ラス請フ先ツ登記誤謬ニ關スル事實ヲ左ニ詳述セン被上告人ノ提供スル甲第四號證ノ登記簿ニ依レハ左ノ如クナレリ一、明治三十四年二月二十七日登記西成郡豐崎村大字本庄千十五番ノ一畑一反三畝十步ニ之在ル本家一棟一、明治三十四年三月三十日受付西成郡豐崎村大字本庄千十五番ノ一畑一反三畝十步ニ之在ル附屬離家一棟一、明治三十六年九月八日受付西成郡豐崎村大字本庄字猿樂千十二番ノ二郡村宅地一反三畝五步右更正ヲ登記ス而シテ甲第二號證ノ右建物ノ存在スル地所ノ登記ナリトシテ被上告人ノ提出スル登記簿ヲ見ルニ左ノ如シ一、明治二十一年四月二十六日登記西成郡豐崎村大字本庄千十二番字猿樂畑一反三畝五步一、明治二十四年九月三十日受付西成郡豐崎村大字本庄千十二番ノ乙字猿樂畑一反

三畝五步右變更ヲ登記ス一、明治三十六年十月三日受付西成郡豐崎村大字本庄字猿樂千十二番ノ二右變更ヲ登記ス一、西成郡豐崎村大字本庄字猿樂千十二番ノ二郡村宅地一反三畝五步右二箇ノ登記ヲ對照スレハ建物ノ存在スル敷地ノ地名(字ノ記入ナシ)番地地目坪數ノ四點相違シ而シテ其内地名番地坪數ハ上告人主張ノ如ク甲第四號證ノ建物ハ甲第二號證ノ地上ニアリトセハ甲第四號證ハ初メヨリ登記ニ錯誤アリタルモノナレハ是レヲ更正スルニハ登記法第六十三條第六十四條第五十六條第二十五條規定ノ趣旨ニ從テ之レヲ爲サ、ル可ラス然ルニ其更正ハ遲滯ナク爲サレタルニアラスシテ甲第五號證ノ二ノ如ク明治三十六年九月八日即チ最初ノ登記ヨリ二個年半ノ後ニ於テ之ヲ爲シ且當事者即チ登記權利者義務者ノ申請ヲ要スルモノナルニ被上告人一名ニ於テ之ヲ爲シ且上告人ノ登記ハ乙第四號證ノ如ク明治三十五年六月二十日ニ平尾タヲカ所有權ノ登記ヲ爲シタルモノニシテ其登記ト被上告人ノ更正登記ト同一ナルヲ以テ其物件ニ對シテハ被上告人ノ更正前ニ登記上利害ノ關係ヲ有スル第三者即チ明治三十六年六月三十日ニ登記シタル抵當權並質權者タル上告人アル者ナルニ更正ノ申請書ニハ其承諾書又ハ之ニ對抗スルコトヲ得ヘキ裁判ノ謄本ヲモ添附セザリシモノナリ又地目ニ付テハ後日地目變更ナリタルモノナレハ同法第九十一條第二項ニ依レハ遲滯ナク其變更ノ登記ヲ爲ス可キモノナルニ甲第一號證ノ如ク明治三十五年ニ變更ナリタルニ同三十六年九月八日ニ其登記ヲ爲シ且其變更スル登記ト同一物件ノ登記簿ニハ上告人ニ於テ所有權以外ノ權利ニ關スル登記ヲ爲セルモノナレハ同法第九十

三條第八十一條ノ規定ニ從ヒ之レカ承諾書若クハ裁判ノ謄本ヲ添附ス可キニ被上告人ハ之ヲ爲サ、リシモノナリ加カモ甲第二號證ノ地所ノ登記ト甲第四號證ノ建物ノ登記ト對照シテ一見其同一地上ノモノニアラサルコトヲ認メ得ヘキノミナラス證人杉本卯三郎ノ證言中原院カ引用シタル部分ニ依ルモ甲第四號證ノ千十五番ノ地所ハ今尙畑地ニシテ建物存在セストアレハ同證ノ登記ハ虛無ノモノニ對シテ爲シタル無効ノモノナルコト明瞭ナレハ法律ハ如斯重要ナル點ニ於テノ相違ヲ容易ニ更正スルコトヲ認メ無効ノ登記ヲ有效ニ轉化セシムルコトヲ是認シタルモノト認ムルヲ得ス若シ夫レ之カ更正ヲ許容ス可キモノトセハ惡意ヲ以テ濫リニ更正ノ登記ヲ爲シ第三者ヲ害セントスルモノアルモ法律ハ常ニ其效果ヲ認メサル可ラス登記ノ第三者ヲ保護スル精神ハ茲ニ於テカ滅却スルモノト謂フ可シ殊ニ其更正ノ爲メ第三者ニ危害ヲ與ヘンコトヲ悞レ法律ハ登記上ノ關係アル第三者ノ承諾ヲ必要ト認メタルモノナリ而シテ右更正ノ承諾ヲ被上告人カ上告人ヨリ得タル事實更ラニ存在セス故ニ本件ニ於テハ甲第四號證ノ登記ヲ以テ第三者タル上告人ニ對抗シ得ルノ效力アリトシ却テ乙第四號證ヲ無効ノモノトシタルハ全然失當タルヲ免レス去レハ原院カ登記ノ更正ヲ許容スル法律ノ存在ヲ理由トシ本件ノ如キ事案ニ對シ直チニ之ヲ應用シタルハ法則違背ノ不法アルモノト謂ハサル可ラスト云フニ在リ

然レトモ登記ノ錯誤更正ニ關スル論旨ノ理由ナキコトハ前第四點ニ對スル説明ノ如ク而シテ地目ノ變更ノ如キモ其後建物ノ所有權ヲ取得シタル被上告人ニ在リテハ等シク登記ニ錯誤アルモノニ外ナラス

附帶控訴ノ要件○不法ノ差押ニ因ル賠償責任○不足印紙ノ追完

一五二四

又甲第二號證ノ地所ノ登記ハ數回ノ變更登記ニ因リ結局西成郡豐崎村大字本庄字猿樂千十二番ノ二郡村宅地一反三畝五歩ト爲リ其地上ニ存在セル係争建物カ甲第四號證ノ建物ニ該當スルコトハ前第一點ニ對スル説明ノ如ク原判決ノ認ムル所ニシテ其登記ハ錯誤ヲ更正セサルモ有效ナルヲ以テ原判決カ被上告人ニ係争物ノ所有權アリトシ乙第四號證ノ登記ヲ無効ト爲シタレハトテ毫モ法則違背ノ不法アルモノニアラス故ニ本論旨モ亦理由ナシ

以上説明ノ如ク上告理由ナキニ付民事訴訟法第四百五十二條ニ依リ之ヲ棄却スヘキモノトス

○強制執行異議竝損害賠償ノ件

明治三十八年(オ)第三百八十二號
明治三十八年十一月一日第二民事部判決

○判決要旨

一 附帶控訴ハ相手方ヨリ控訴ヲ提起シタル場合ニ其控訴ニ隨伴シテ提起スルコトヲ許シタル特別ノ上訴方法ナリトス故ニ附帶控訴ハ必スヤ相手方カ控訴ヲ以テ不服ヲ申立テタル判決ニ對スルモノナラサルヘカラス(判旨第一點)

一 債權者カ誤テ第三者ノ所有ニ係ル石炭ノ差押ヲ爲シ探炭ノ貯蓄ヲ妨ケ之ニ損害ヲ加ヘタルトキハ其損害ハ不法ノ差押ヨリ直接ニ發生シタルモノナレハ縱令執達吏カ故ラニ注意ヲ爲シ適當ノ場所ニ石炭ヲ移積セサルモ之ヲ以テ其賠償責任ヲ免ル、ノ理由ト爲スコトヲ得ス(判旨第五點)

一 下級裁判所ニ於テ訴訟印紙ノ貼用不足ナルトキハ上級審ニ至リ之ヲ補充追完スルモ違法ニ非ス(判旨第六點)

第一審 福岡地方裁判所 第二審 長崎控訴院

上告人 株式会社若松貯蓄銀行

右法定代理人 小野孫一 訴訟代理人 (天)野弘一 (竹)内彦太

被上告人 野田友藏 訴訟代理人 (中)村六郎 (池)田壽

右當事者間ノ強制執行異議竝ニ損害賠償事件ニ付長崎控訴院カ明治三十八年五月十二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

附帶控訴ノ要件○不法ノ差押ニ因ル賠償責任○不足印紙ノ追完

一五二五

上告ニ係ル訴訟費用ハ上告人之ヲ負擔ス可シ

理由

上告理由第一點ハ本件第一審裁判所ニ於テ言渡サレタル係争ノ石炭二百五十萬斤ハ原告（即チ被上告人）ノ所有ナリトスル旨ノ中間判決ニ對シ上告人ハ附帶控訴ヲ爲シタル處原審ニ於テ「該中間判決ハ被告ヨリ提出シタル數箇ノ獨立セル抗辯中ノ一タル差押物件カ原告ノ所有ニアラストノ抗辯ノ當否ニ辯論裁判ヲ制限シ言渡シタル純然タル中間判決ニ止リ上訴ニ關シ終局判決ト看做サルヘキモノニアラス隨テ單ニ其中間判決ノミニ對スル控訴ハ獨立シテ提起セラレタルト相手方ノ提起シタル終局判決ニ對スル控訴ニ附帶シ提起セラレタルトヲ問ハス一切許ス可ラサルモノ」ナル旨ノ理由ヲ以テ却下セラレタリ抑モ中間判決ト雖モ適法ノ形式ヲ具ヘ判決主文存立スル以上ハ同審ノ終局判決ノ爲メ當然消滅スヘキモノニ非ス既ニ當然消滅ス可キモノニ非サル以上ハ其判決ニ付利害關係ヲ有スル不服ナル訴訟當事者ニ於テ本案終局判決ニ對スル控訴ニ附帶シテ控訴ヲ提起スルハ相當ノ訴訟手續ナリトス然ルニ之ヲ許ス可カラサル不適法ノ控訴ナリトシテ却下セラレタルハ不當ニ法律ヲ適用シタル違法ノ裁判ナリト云フニ在リ

判旨第一點

然レトモ附帶控訴ハ相手方ヨリ控訴ヲ提起シタル場合ニ於テ其控訴ニ隨伴シテ提起スルコトヲ許シタル特別ノ上訴方法ナルヲ以テ附帶控訴ハ必ス相手方カ控訴ヲ以テ不服ヲ申立テタル判決ニ對スルモノハナラサルヘカラサルコトハ民事訴訟法第四百五條ハ法文上自ラ明カナリ然ルニ上告人カ附帶控訴トシテ不服ヲ申立タルハ第一審ニ於テ上告人カ提出シタル防禦方法即差押物件ハ被上告人ノ所有ニアラストノ抗辯ヲ排斥シタル中間判決ニシテ相手方タル被上告人カ控訴シタルハ被上告人ノ請求原因ヲ正當ナラスト認メテ其請求ヲ棄却シタル終局判決ナレハ則上告人カ附帶控訴トシテ不服ヲ申立タル判決ハ被上告人カ控訴シタル判決ト全ク別箇ノ裁判ナルヲ以テ其附帶控訴ノ不適法ナルコト勿論ナルニ依リ原判決ハ相當ニシテ上告論旨ハ理由ナシ

第二點ハ本件關係ハ上告人ニ於テ訴外人仰木豐太郎ニ對スル債權執行ノ爲メ差押ヘタル石炭カ被上告人ノ所有ニシテ右執行ノ爲メ被上告人ニ於テ受ケタル損害賠償ヲ求ムルト云フニ在リ此關係ニ付テ原審ニ於テ上告人ニ右損害賠償ノ責任アリト断定シ其理由トシテ右差押石炭ノ所有權被上告人野田友藏ニ在ルコト（此断定ニ付テハ甚タ不服ナルモ事實問題ニ付云爲セス）及ヒ證人進磯夫カ差押當日ハ仰木モ居ラス他ニ關係モアルカラ差押ヲ受ル譯ニ行カストノ申出アリシモ債權者代人有田ヨリ其時強テ差押ヘ吳レト云フコトヲ頼マレタル旨ノ證言證人龜岡傳カ差押ノ際之ヲ拒ミタリ野田友藏カ金ヲ出シ居ルカラト云ヒ拒ミシト思フ旨ノ證言ヲ採用シ炭坑事務員ヨリ其石炭カ控訴人關係ノ物件ナルコトヲ告テ差押ヲ拒絕シタルニ拘ラス被控訴會社代表者ノ代理人ハ其物件ヲ指定シ強テ右執達吏代理者ヲシテ差押ヲ爲サシメタル事實明瞭ナル旨說示セラレタリ又翻テ差押石炭カ差押當時被差押債務者仰木

附帶控訴ノ要件○不法ノ差押ニ因ル賠償責任○不足印紙ノ追完

豊太郎ヲ所有者ナリト信ス可キ狀況ニ付按スルニ右石炭ハ仰木豊太郎ノ占有内ニ在リシ事仰木豊太郎ニ於テ坑主坂田武一郎ノ鑛業代理人トシテ其筋ニ届出ヲ爲シ居ル事坑業事務擔當者タル事職員ノ雇傭ヲ爲シ居タル事探炭切符(乙第一號證)ニ豊太郎一人ノ印章ヲ用ヒ居ル事ハ原審ニ於テ認メラレタル所ナリ以上ノ事實ニ於テ果シテ上告人ニ民法第七百九條ノ過失ノ責任アリヤ否ヤハ法律問題ニ屬ス原審裁判ノ說示ニ從フモ差押當時ニ於テ差押石炭カ仰木豊太郎ノ外ニ何等カノ關係者アルコトヲ看取スルノ外決シテ被告野田友藏一人ノ所有ニ係リ少シモ仰木豊太郎ニ權利ナシトノコトヲ看取スル能ハス此ノ如キ場合ニ於テ執達吏タルモノ一々被差押債務者方ノ口頭申出ニ依リ執行ヲ躊躇セン乎今日ノ炭坑社會ニ於テハ殆ント差押ヲ行フ能ハサルニ至ラン蓋シ執達吏ハ債權者代人ノ請求注意ナキモ差押ヲ斷行スヘキ狀態タリ若シ些少ノ疑點アラン乎執達吏ハ債權者ノ請求注意ニ拘ラス自己ノ職權ヲ以テ取捨決定ス可キモノナリ然レハ則本案差押ハ上告人ノ過失ニ出タルモノト謂フ可カラサルモノナルニ原審ニ於テ上告人ニ過失ノ責任アリト判定セラレタルハ法律ヲ不當ニ適用シタルノ違法アリトスト云フニ在リ

然レトモ係争ノ石炭カ仰木豊太郎ノ占有内ニ在リタルコト同人カ坑主坂田武一郎ノ鑛業代理人トシテ其筋ニ鑛業ニ關スル届出ヲ爲シタルコト坑業事務擔當者ナリシコト職員ノ雇傭ヲ爲シ居ル事實アルコト探炭切符ニ豊太郎一人ノ印章ヲ用ヒ居ルコト以上ノ事實ハ上告論旨ノ如ク原判決ノ認メタル所ナリト雖モ此等ノ事實ハ一モ事理上當然係争石炭ヲ仰木豊太郎ノ所有ト認メサルヘカラサル理由ト爲スヘキモノニ非ス而シテ原判決ハ右ノ立證ニ對シ逐一上告人ノ抗辯ノ是認スヘカラサル所以ヲ説明セリ要スルニ本論旨ハ原裁判所ノ職權ニ屬スル證據ノ取捨事實ノ認定ヲ批難スルモノタルヲ免レス又差押ハ執達吏ノ管掌ニ屬スル行爲ナリト雖モ原判決ニ認メタル如ク果シテ上告人ノ代理人カ執達吏代理者ヲシテ強テ本件ノ差押ヲ遂行セシメタル事實アリテ其行爲ノ不當ナル上ハ上告人ニ於テ其過失ノ責ヲ分ツヘキコト勿論ナルニ依リ執達吏ノ差押行爲ニ關シ上告人ニ過失ノ責アリト爲シタル原判決ハ不法ナリトノ上告論旨モ理由ナシ

第三點ハ原審ニ於テ本件差押ノ翌日龜岡傳白水常彦等ハ被控訴會社ニ赴キ其行員ニ對シ差押石炭ハ野田友藏ノ所有ナルヲ以テ之ヲ解放スヘキコトヲ談判シタルモ同會社ハ之レニ應セザリシ事蹟アリテ斯ル警告ヲ受ケタルニ拘ラス尙其差押ヲ維持シ且競賣ヲ遂行セシメタルハ不注意ノ過失アル旨說示セラレタリ此警告ノ如キハ通常差押後雙方所信ノ爭論ニ止リ決シテ警告ヲ受ケタル者ノ過失ヲ來スヘキモノニ非サルノミナラス假リニ過失ヲ來タスヘキモノトスルモ元來被告上告人ハ第一審ニ於テ差押物件カ自己ノ所有物ナリトノ理由ヲ以テ本件ノ請求ヲ爲スモノナル事第一審ニ於ケル一切ノ記録ニ據リ明瞭ニシテ差押後ノ警告ヲ以テ訴訟ノ原因ト爲シタルコトナシ抑モ損害賠償請求ノ訴訟原因ハ斯ク々々ノ不法行爲ノ事項アリトノ事及ヒ斯ク々々ノ事實ニ依リ幾干ノ損害ヲ生シタリトノ事ヲ要ス差押後ノ警

告ノ如キハ警告後ノ不法行為ノ事實ト爲ルヘキモノニシテ本件第一審ニ於テ被告上告人ノ主張シタル訴因ト別箇ノ事實ニ屬スレハ則第二審ニ於テ之ヲ基礎トシテ裁判ヲ爲ス可ラサル民事訴訟法第四百十三條ノ規定スル所ニシテ總說ヲ要セス然ルニ原審ニ於テ之ヲ採リテ裁判ノ基礎トシタルハ法則ヲ適用セサルノ違法アリトスト云フニ在リ」第四點ハ原審ニ於テ本件賠償請求ハ第一審以來被告控訴人ノ不法行為ヲ原因トスルモノナレハ控訴人カ第一審ニ於テ善意ノ差押トシナカラ第二審ニ至リ惡意ノ差押ト變更スルモ被告控訴人ノ不法行為ニ關スル體様ノ變更ニ止リ訴ノ原因ノ變更ニ非ス又控訴人カ第一審ニ於テ賃金ナリトシタル事項ヲ第二審ニ至リ食費給與ナリトシタルハ第一審ニ提出シタル損害計算書ハ損害事項ト爲スニアラス損害額ノ見積標準ニ過キサルヲ以テ訴ノ原因ノ變更ト云フニ足ラサル旨說示セラレタリ抑モ損害賠償請求ノ訴訟ノ原因ハ不法行為ノ事實ト損害ノ生スル事實トヲ具ヘサル可ラス而シテ其事實ハ第二審ニ於テハ第一審裁判ノ憑據ト爲リタル事實ノ範圍ニ限局セサル可ラス本件第一審ニ於テハ上告人カ訴外人仰木豊太郎ニ對スル石炭ノ差押ハ善意ノ差押ナリトノ被告上告人ノ事實陳述ニ據リ裁判ヲ與ヘラレタルモノナルニ被告上告人ニ於テ第二審ニ至リ右バ惡意ノ差押ナリト變更シタルハ明カニ本件訴訟原因中不法行為事實ノ緊要部分ヲ變更シタルモノナリ又被上告人カ第一審ニ訴狀附屬トシテ提出シタル損害計算書ノ賃金ニ屬スル分ヲ第二審ニ至リ食費ト變更シタルハ明カニ本件訴訟原因中損害ノ生スル事實ヲ變更シタルモノナリ然ルヲ原審ニ於テ右損害計算書ハ損害額見積標準ニ過

キストノ被告上告人ノ強辯ヲ採用シ訴ノ原因ニ變更ナシトセラレタルモ損害額見積標準ナルモノハ妄リニ定ムヘキモノニ非ス必ス損害ノ生スル事實ニ據リ定ムヘキモノナレハ其標準ヲ變更スルハ即チ其訴訟原因ヲ變更スルモノナリ若シ右損害計算書ハ損害ノ生スル事實ヲ記載シタルモノニ非ストスレハ被告上告人ハ本件第一審以來損害ノ生スル事實ヲ明示シタルモノナシ即チ訴狀ノ要件タル一定ノ請求ノ原因ヲ缺キタルモノナリ然ルニ原審ニ於テ前示ノ判定ヲ與ヘラレタルハ民事訴訟法第四百十三條或ハ同第九十二條ノ法則ヲ適用セサル違法ナリト云フニ在リ

然レトモ原判決ハ本件ノ差押處分結了以後ニ生シタル事實ヲ援テ其差押ノ不法ナルコトヲ認定シタルニアラス原判決ノ理由中警告云々ノ事實ハ被告上告人カ執達吏代理ヲシテ差押物ノ競賣ヲ遂行セシメサル以前ノ行為ヲ認メタルモノナレハ此點ニ關スル上告論旨ハ理由ナシ又上告人ハ被告上告人カ原裁判所ニ於テ訴ノ原因ヲ變更シタルニ拘ハラヌ之ヲ審判シタリトシテ縷々論争スレトモ原判決ハ被告上告人ノ主張ヲ審理シ訴ノ原因ニ變更ナシト判斷シテ其理由ヲ明示セリ而シテ訴ノ原因ニ變更ナシトスル裁判ニ對シテハ民事訴訟法第九十七條第四百八條第四百三十三條ニ依リ不服ヲ申立ツルコトヲ得サルモノナルヲ以テ上告論旨ハ理由ナシ

第五點ハ被告上告人カ本件請求スル損害賠償ノ内石炭代價金以外ノ損害ハ差押石炭滯積ノ爲メニ採掘事業ヲ中止スルニ至リタルヨリ生シタルモノト云フニ在リ然レハ差押石炭ノ保管場所其宜シキヲ得サリ

シト云フニ歸ス抑モ差押物件ノ占有ハ執達吏ニ屬シ隨テ其保管方法場所モ亦執達吏ノ職權處分ニ屬ス本件石炭差押ノ際石炭ノ保管方法及ヒ場所ニ付債權者代人ハ何等云爲シタルコトナシ被告上告人モ第一審以來此點ニ付何等申立ル所ナシ又原審裁判所ニ於テモ此點ニ付何等說示スル所ナシ然ルニ原審裁判所ニ於テ漫然上告人ニ本件損害賠償ノ責任アリト判定セラレタルハ保管場所ノ宜シキヲ得サル爲メニ生シタル損害賠償ヲ保管ノ職責ナキ者ニ命スルモノニテ即チ理由不備ノ裁判或ハ民法第七百九條ヲ不當ニ適用シタル裁判ナリト謂ハサル可カラスト云フニ在リ

判旨第五點

然レトモ本件石炭ノ差押ニ依リ爾後採掘スル石炭ノ貯蓄所ヲ妨ケタルヨリ生シタル損害ハ原判決ニ認定シタル事實上上告人ノ過失ニ由ル不法差押ノ結果ニシテ即其不法差押中ノ行爲ヨリ直接ニ生シタル損害ナルカ故ニ執達吏カ殊更ニ注意ヲ爲シテ適當ノ場所ニ石炭ヲ移積セザリシトテ上告人ハ自己ノ過失ニ依リ被告上告人ニ被ラシメタル損害賠償ノ責任ヲ免ルハ能ハサルモノトス何トナレハ右ノ損害ハ上告人ノ過失ニ基因スルコト前段説明ノ如クニシテ執達吏カ故ラニ被告上告人ニ被ラシメタル損害タルコトハ原判決ノ認メサル所ナレハナリ然レハ此點ニ關スル原判決ノ理由ハ上告論旨ノ如キ違法アルコトナシ

第六點ハ被告上告人ハ本件訴訟價格ヲ二千三百五十三圓五十一錢ナリトシ第一審訴訟狀ニ二十圓ノ印紙ヲ貼用シ第二審控訴狀ニ三十圓ノ印紙ヲ貼用セリ而シテ第一審第二審トモ一定ノ申立ニ於テ石炭ノ代價

金三千四百三十八圓四十一錢五厘及ヒ外損害金ヲ請求セリ抑モ訴訟價格ハ請求目的ノ實價即チ一定ノ申立中ニ包含スル價格ニ據ラサル可ラサルコト明瞭ノ事項ナレハ本件第一審第二審ノ訴訟狀ハ其自體ニ於テ民事訴訟用印紙法第十一條ニ違背シ訴訟狀其效ナキモノナリ右印紙法第十一條但書ニ裁判所ハ不足印紙ヲ貼用セシメテ書類ヲ有效ナラシムルコトヲ得ル旨ノ規定アルモ抑モ無効ノ書類ニ據リテ裁判ヲ爲ス可ラサルコトハ多言ヲ要セサル所ナレハ則右印紙法第十一條但書ノ無貼用又ハ不足印紙ヲ補足追完セシムルハ其審級ニ於テ裁判前ニ爲スヘキモノト解釋スルヲ至當トシ上級審ニ至リ前審ノ書類印紙ヲ補足追完スルヲ得ルノ精神ニ非ス然レハ本件第一審第二審訴訟狀却下スヘキモノナルニ原審ニ於テ之ヲ看過シ前表示ノ判決ヲ爲シタルハ右印紙法ノ法則ヲ適用セサルノ違法アリトスト云フニ在リ然レトモ下級裁判所ニ於ケル訴訟印紙ノ不足ヲ上級審ニ至リ補足追完スルコトノ違法ナラサルハ既ニ本院判決例ノ示ス如クナリ而シテ被告上告人ハ本審ニ至リ第一審第二審ノ不足印紙ヲ補足追貼シタルニ依リ本論旨ハ上告ノ理由ト爲スヲ得サルモノトス

判旨第六點

上告理由擴張第一點ハ原審ニ於テハ上告人カ第一審中間判決ニ對シテ爲シタル附帶控訴ヲ不法トシテ却下セラレタリ夫レ然リ該附帶控訴ハ不法ナリト假定スルモ民事訴訟法第三百九十七條規定ノ旨趣ヲ貫徹センカ爲メニハ苟クモ控訴裁判所ニシテ右不法ノ附帶控訴ニ依リテ當事者ノ一方カ中間判決ニ對シ不服ヲ申立ツル趣意ナルコトヲ知リタル以上ハ一方ニ於テ該附帶控訴ハ不法トシテ之ヲ却

下スルモ少クトモ該中間判決ニ付キテハ必スヤ終局判決ニ對スルト共ニ特ニ其判斷ヲ爲サ、ル可ラス然ルニ原審判決ニ於テハ單ニ被控訴人ノ第一審中間判決ニ對スル附帶控訴ハ之ヲ却下スル旨ノ主文ノミヲ掲ケ特ニ不服ヲ申立テラレタル中間判決ニ付キ爲シタル判斷ヲ判決主文ニ掲ケタルモノナシ是レ明カニ民事訴訟法第三百九十七條ニ違背シタル不法ノ裁判ナリト云フニ在リ然レトモ原判決ニハ上告人カ不服ヲ申立タル第一審中間判決ニ對スル附帶控訴ノ不適法ナル理由ヲ明示シ判決主文ニ其附帶控訴ヲ却下スル旨ノ判決ヲ掲ケタレハ其他ニ附帶控訴ニ對シ判斷ヲ與フヘキモノアラサルヲ以テ原判決ハ相當ニシテ上告論旨ハ理由ナシ

第二點ハ原審ニ於テハ甲第一號證即明治三十五年十二月二十一日ノ作成ニ係ル仰木豊太郎及野田友藏間ノ權利確認公正證書ノ正式謄本第二條及第六條記載ノ旨趣及其他ノ證據ヲ綜合シテ本件差押物件タリシ石炭二百五十萬斤カ被上告人ノ所有ナリト判定セラレタルモ前記證書第二條及第六條所用ノ文詞ニ徴シ竝ニ同第五條第二號ニ於テ分配法ハ損益共ニ平等ニ之ヲ分ツモノナル旨ノ規定アルニ依リテ考フルモ該契約ハ一種ノ組合契約ナルカノ如ク解セラル果シテ然ラハ組合財産ハ組合員ノ共有ニ屬スルモノナルヲ以テ假令同第二條ニ於テハ「上畧現ニ礦所ノ内外ニ存在スル總テノ石炭及動不動産並ニ債權等ハ野田友藏ノ所有タルヘキコトヲ仰木豊太郎ハ認諾シタリ」トノ記載アルモ右ハ單ニ仰木豊太郎カ被上告人ニ對シ或期間組合員タルノ權利ヲ行使スルコトヲ制限シタルノ條項ニ過キスシテ其實前記

ノ石炭ハ當事者ノ共有タルノ性質ヲ失フモノニアラスト解セサル可ラス換言セハ兩者ハ互ニ平等ノ出資ヲ爲セル組合員タルモ唯タ一面ニ於テ一方カ他ノ一方ヨリ自己ノ出資額ニ相當スル財産ヲ借用シツツアルカ爲メニ組合財産ニ對スル處分權ハ債權者タル他ノ一方ノ爲メニ擔保トナリテ其行使ヲ制限セラル、ニ過キサルノミ果シテ然ラハ本件差押物件タリシ石炭ハ該組合ノ財産ニシテ組合員タル被上告人ト仰木豊太郎ノ共有ニ屬スルモノナリト論斷セサル可ラス依テ上告人ハ前記ノ石炭ヲ以テ假令仰木豊太郎單獨ノ所有ニ非ストスルモ少クトモ被上告人トノ共有ニ係ルモノナリト主張セルニモ拘ハラス原審ニ於テハ本件事實認定ノ基本的證據トナリシ甲第一號證ニ於ケル契約ノ性質ヲ論究セス漫然本件石炭カ被上告人ノ所有ニ屬スル旨ヲ判示セラレタルハ理由不備ノ裁判ナリトスト云フニ在リ

然レトモ本論旨ハ甲第一號證ニ付原院ノ職權ニ屬スル書證ノ解釋ヲ批難スルニ過キス甲第一號證ノ約旨カ係争石炭ヲ當事者雙方ノ共有ト爲スニ在ル歟將タ一方ノ專有ト爲スニ在ル歟ヲ解釋スルハ法律問題ニアラスシテ純然タル事實問題ナルコト勿論ナルニ依リ本論旨ハ上告ノ理由ト爲スヲ得ス

第三點ハ原審判決ニ於テハ本件賠償請求ハ第一審以來被控訴人ノ不法行為ヲ原因トスルモノナレハ控訴人カ第一審ニ於テ善意ノ差押トナシナカラ第二審ニ至リ惡意ノ差押ト變更スルモ被控訴人ノ不法行為ニ關スル體様ノ變更ニ止マリ訴ノ原因ノ變更ニアラサル旨ヲ判示セラレタリ夫レ然リ以上ノ事實ハ未タ以テ訴ノ原因ノ變更ニ至ラストスルモ被上告人即被控訴人カ控訴審ニ至リ惡意ノ差押ナリト主張

附帶控訴ノ要件○不法ノ差押ニ因ル賠償責任○不足印紙ノ追完

スルモノヲ裁判所カ職權ヲ以テ過失ニ因ル差押ナリト判決シ「上畧乃チ差押當時ニ於テ被控訴人側ニ於テ所有主ヲ誤認シ差押ヲ爲サシメタルノ過失アルノミナラス云々差押後ニ於テモ斯ル警告ヲ受ケタルニ拘ラス被控訴人ハ尙ホ競賣ヲ遂行セシメタル不注意ノ過失アルコトモ亦明白ナリトス既ニ委任者タル被控訴人ニ是等過失ノ存スル以上ハ其執達吏カ委任事項ヲ執行シタル結果トシテ控訴人ノ被リタル前示ノ損害ハ即チ委任者タル被控訴人ノ不法行爲ニ因ル損害ニ外ナラサルヲ以テ被控訴人ニ於テ之カ賠償ノ義務アルコト論ヲ俟タス」ト論斷シタルハ當事者ノ主張セサル事實ヲ當事者ニ歸セシメタルノ不法アルモノナリト云フニ在リ

然レトモ被上告人ハ原院ニ於テ上告人ニ對シ不法行爲ヲ原因トシテ損害賠償ヲ請求シ原判決ハ被上告人ノ提出シタル主張及ヒ之ニ對スル立證ニ基キ上告人ニ過失ノ責アルコトヲ認定シタルモノナルコトハ事實ノ摘示ト判斷ノ理由トヲ對照シテ明瞭ニ認メ得ヘク當事者ノ主張セサル事實ヲ認定シタルカ如キ違法アルコトナシ

第四點ハ凡ソ證人ハ宣誓ヲ爲サシメタル上之ヲ訊問スルヲ原則トシ唯タ民事訴訟法第三百十條ニ於テ之カ例外規定ヲ設クルノ外證人ノ宣誓ヲ決シテ裁判所ノ意見ニ放任スルコトナシ然ルニ本件ノ證人仰木豐太郎ハ同條何レノ場合ニモ該當セサルニモ拘ラス第一審裁判所ハ之ニ宣誓ヲ爲サシメス而シテ第二審判決ニ於テハ「上畧信用スヘキ原審ノ宣誓セサル證人仰木豐太郎ハ云々ノ旨ヲ證言シ云々」ト謂

ヒ以テ宣誓セシムヘカリシニ宣誓セシメスシテ訊問シタル證人ノ供述ヲ證據判斷ノ資料ト爲セリ況ンヤ同審ニ於テハ同人ヲ宣誓セシメテ其證言ヲ採用シ同時ニ第一審ニ於テ宣誓セシメスシテ爲シタル同一人ノ證言ヲ混用シタルハ是レ明ニ民事訴訟法第三百六條ノ規定ニ違背シタル不法ノ裁判ナリト云フニ在リ

然レトモ被上告人カ證人仰木豐太郎ノ證言ヲ證據ト爲シタルニ對シ上告人ハ原院ニ於テ異議ヲ申立タル事跡ナキヲ以テ假令上告論旨ノ如キ事實アリトスルモ上告人ハ質問權ヲ拋棄シタルモノタルヲ免レサルニ依リ此探證ノ當否ヲ批難シテ上告ノ理由ト爲ヌヲ得ス

以上説明ノ如ク本件上告ハ一モ適法ノ上告理由ナキヲ以テ民事訴訟法第四百五十二條ノ規定ニ從ヒ主文ノ如ク判決ス

○登記抹消請求ノ件

明治三十八年(カ)第四百四十四號
明治三十八年十一月一日第二民事部判決

○判決要旨

一明治八年布告第四百四十八號中建物書入質規則ニ依リテ爲シタル公

建物質質讓渡規則ニ依ル公證ノ效力

證ハ不動産登記法第六十二條ノ規定ニ依リ登記ヲ申請セサルカ
爲メニ其效力ヲ喪失スルモ建物賣買讓渡規則ニ依ル公證ニ付テハ
別段ノ規定ナケレハ依然トシテ公證ノ效力ヲ有スルモノトス

(參照) 明治六年第十八號布告地所質入書入規則又ハ同八年第四百十八號布告建物書

入質規則ニ從ヒテ公證ヲ經タル證書面ノ權利ニ付テハ本法施行ノ日ヨリ一年內ニ債

權者ヨリ其登記ヲ申請セサルトキハ其權利ハ公證ノ效力ヲ失フ(不動産登記法第百)

第一審 千葉地方裁判所 第二審 東京控訴院

上告人 菅澤庫藏 訴訟代理人 荻井卓藏

被上告人 小川伊十郎 外一名

右當事者間ノ登記抹消請求事件ニ付キ東京控訴院カ明治三十八年七月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

上告論旨ハ不動産登記法第六十二條ニハ明治八年第四百十八號布告建物書入質規則ニ從ヒテ公證ヲ
經タル權利ニ付テハ登記法施行ノ日ヨリ一年內ニ登記ヲ申請セサルトキハ其權利ハ公證ノ效力ヲ失フ

旨ヲ規定セリ而シテ右第四百十八號布告ハ建物書入質並ニ賣買讓渡ニ關スル公證ノ方法ヲ定メタルモ
ノナルカ故ニ右布告ニ因リ公證ヲ經タル權利ニ付テハ其書入ナルト賣買ナルトヲ問ハス前掲不動産登
記法ノ規定ニ基キ更ニ登記ノ申請ヲ爲スニアラサレハ第三者ニ對スル效力ヲ失スルモノナルコト誠ニ
論ヲ俟タス右布告實施ノ當時ニ於テハ戶長役場ニハ建物書入質記載帳ノ備アリシノミニシテ賣買讓與
ニ關スル別段ノ記載帳ナク建物賣渡ニ關スル公證モ亦書入質記載帳ニ記入シタルノ事實(布告百四十
八號第三條)ニ因ルモ書入質ト賣買トハ同一ノ手續ヲ以テ取扱ハレタルヲ知ル可シ要之不動産登記法
ニ所謂建物書入質規則ナル文字中ニハ賣買讓渡ニ關スル公證ノ方法ヲモ包含スルモノトス然ルニ原判
決ハ不動産登記法第六十二條ハ右布告中賣買讓渡ニ關スル事項ニ付テハ其適用ナキモノ、如ク誤認
シ上告人ノ原裁判所ニ於ケル此點ノ抗辯ヲ排斥シタルハ法則ニ違背シタル不法アリト信スト云フニ在
リ
然レトモ公證ノ效力ヲ失フカ如キハ非常ノ事ナルヲ以テ特ニ法令ニ於テ其旨ヲ明言スルニ非サレハ之
ヲ認ム可カラサルヤ論ヲ俟タス不動産登記法第六十二條ニハ明治八年第四百十八號布告建物書入質
規則ニ從ヒテ公證ヲ經タル證書面ノ權利ニ付テハ云々ト明言シアルモ同布告中ノ建物賣買讓渡規則ニ
付テハ毫モ言フ所ナシ而シテ右兩規則ハ同一布告中ニアルモ各別ニ規定シアリテ各獨立ノ規則ヲ成ス
モノナルコトハ同布告ニ徴シ明白ナレハ上告人所論ノ如ク建物書入質規則ハ建物賣買讓渡規則ヲ包含