

其ハ當然無効ナリ上訴審ノ判決ニ於テ全部原告ノ負擔トスル旨ノ判決ヲ爲シアルモ
 ノナリ從テ後ノ手續力當ニ歸スルナリ此點ニ付キ別ニ判決ヲ爲ス必要ナレ
 第二 後ノ手續ニ於ケル判決力先ツ確定シタル場合
 (一) 留保判決ヲ維持シタルモノナルトキ留保判決ニ對スル上訴ハ之カ爲メ何等ノ影
 響ヲ受ケルコト無クシテ進行スルハ云フ迄モ無シ而シテ審理ノ結果(イ)上訴ヲ不適法
 トシテ却下シタルトキハ上訴期間力尙殘存シ居レハ更ニ上訴ヲ爲シ得ヘク反之既ニ
 殘存シ居ラザレハ留保判決ハ確定スルナリ(ロ)上訴理由無シ(即留保判決相當ナリ)ト
 判決アリタルトキハ留保判決ハ無留保判決トナルナリ(ハ)上訴理由アリトシテ留保判
 決ヲ廢棄シ原告ヲ敗訴者タラシムル判決マリタルトキハ留保判決ヲ維持シタル後ノ
 手續ノ判決ハ當然其效力ヲ失フ
 (二) 留保判決ヲ廢棄シ原告ヲ本案ニ於ケル敗訴者タラシメタルモノナルハ此判決
 ノミヲ殘シ置ケル可ナリト云フコトハ一應尤ノ様ニモ聞ユレト開ニレト開ハ專ラ被告ノ立場
 ヲリ觀テノ論ナリ原告ノ側ヨリ云ハハ後ノ手續ニ於ケル本案敗訴ノ判決ノミカ殘ル
 モノトセラレテハ運送ク此判決力先ニ確定シタリト云フ偶然ナル事由ノ爲メ或場合
 ニハ原告ノ爲メニ甚ダシキ苛酷ナル結果ヲ觀ルニ至ル可シ其故如何ト云フニ後ノ手
 續ニ於ケル判決ハ原告ノ敗訴如何トモアリ本案判決ナルニ反シ留保判決ニ對ス
 ル上訴審ノ判決ハ或ハ訴訟判決ナルコトモアリ或ハ本案判決ナルコトモアリ又等
 ク原告敗訴ノ本案判決ニテモ其敗訴ノ理由如何ニ依リテハ其確定力ニ強弱ノ差異有
 リ必スレモ夫ノ通常訴訟ニ於ケル本案敗訴ノ判決ノ確定力ノ如ク同一ノ訴訟ニ付キ
 通常訴訟トシテモ兩ヒ訴ヲ起スノ餘地全然無キニ至ルト云フ程ニ強キモノトハ限ラ
 サルカ故ニ通常訴訟タル後ノ手續ニ於ケル原告敗訴ノ本案判決ノミカ殘ルモノトセ
 ラレテハ原告ハ常ニ此最モ重キ確定力ニ服セサル可カラズ結果全ク再起ノ期望無
 致命傷ヲ蒙ルニ至ル可ケレハナリ從ヒテ此場合ニハ留保判決ニ對スル上訴ハ引續キ

之ヲ進行セシメ其結果ヲ見タル上ニテ孰レノ判決力殘ル可キヤヲ決セサル可カラズ
 ト信スルナリ仍テ上訴審ニ於ケル各判決ノ場合ヲ區別シテ説明セムニ
 (イ) 訴訟判決ナルトキ
 甲(A) 上訴ヲ不適法トシテ却下シタルモノナルトキハ留保判決ハ確定スルカ故ニ後ノ
 手續ニ於ケル判決ノミカ殘ルコトナル(ロ) 上訴期間尙殘存シ居ルトキハ更ニ上訴ヲ
 爲シ得ヘシ故ニ上訴無クシテ其儘留保判決力確定シタルトキハ右ノAニ於テ述ヘタ
 ルトコロト同一ニ歸着ス可ク反之上訴有リタルトキハ其結果ノ如何ヲ見タル上以下
 述フルトコロニ照シ解決スレハ可ナリ
 乙 訴ヲ不適法トシテ却下シタルモノナルトキハ(ア) 通常訴訟ト共通ナル訴訟要件ヲ欠
 缺スル爲メ訴ヲ却下シタルモノナルトキ此判決ハ將來同一ノ欠缺ヲ有スル通常訴訟
 又ハ證書訴訟カ提起セラレタルトキニ其確定力ヲ及ホスニ止マルカ故ニ此欠缺
 ヲハ是正スレハ再ヒ同一ノ訴訟物ニ付キ通常訴訟又ハ證書訴訟ヲ提起スルコトハ何
 等妨ケラズルコトコト無シ而シテ上訴審ニ於テ留保判決ヲ廢棄シ訴ヲ却下スル旨ノ判
 決アリタルトキハ後ノ手續ニ於ケル判決ハ當然消滅ス(ロ) 證書訴訟ニ特有ナル訴訟要
 件ヲ欠缺スル爲メ證書訴訟トシテハ許ス可カラサルモノトシテ訴ヲ却下シタルモノ
 ナルトキ(四八九條二項) 此判決ハ將來同一ノ欠缺ヲ有スル證書訴訟カ提起セラレタル
 トキニ其確定力ヲ及ホスモノナルコト及ヒ此判決ノミカ殘リ後ノ手續ニ於ケル
 判決ハ當然消滅ス
 (ロ) 本案判決ナルトキ
 甲原告敗訴ノ場合(A) 請求自體理由無シトノ理由ニ依リ原告ヲ敗訴セシメタルモノナ
 ルトキ(四八九條一頁前段) 此判決ノ確定力ハ通常訴訟ニ於ケル本案敗訴ノ判決ト何
 等擇フトコロ無シ然ラハ此判決ト後ノ手續ニ於ケル判決ト孰カ殘ルヤト云ヘハ後者
 ハ當然消滅シ前者ノミ殘ルコトナル何者後ノ手續ハ證書訴訟ニ於テ原告勝訴ノ判
 決アルコトヲ條件トスルモノナレハナリ(B) 請求自體ハ理アルモ(1) 請求ノ原因タル事

實モ亦立證セラレタルモ被告ノ抗辯理由アリトシテ原告ヲ敗訴セシメタルモノナルトキ(四八九條一頁後段)此判決ハ是亦通常訴訟ニ於ケル原告ノ本案敗訴ノ場合ト何等異ルトコロ無シ故ニ總テ右ノ(A)ニ於テ述ヘタルトコロト同一ニ歸ス(2)請求原因タル事實カ立證シ得ラレズ若クハ原告ノ兩抗辯ノ事實カ立證シ得ラレザリシ爲メ原告ヲ敗訴セシメタルモノナルトキ(四八九條二頁)此場合ハ執モ原告ヘ證據方法ノ上ニ制限ヲ受ケテ敗訴シタルナリ從ヒテ此判決ノ確定力ハ通常訴訟ニ於ケル本案敗訴ノソレノ如ク絕對ナルヲ得ス即將來同一訴訟物ニ付キ證據訴訟カ提起セラレタル場合ニシテ上訴審ニ於テ留保判決ヲ廢棄シ原告ヲ本案ニ於テ敗訴セシムル判決アリタルトキハ後ノ手續ニ於ケル判決カ當然ニ消滅シ右ノ上訴審ノ判決ノミカ殘ルコトナル其結果原告カ同一訴訟物ニ付キ他日通常訴訟ヲ提起スルノ餘地ハ尙存スルモノトス

乙 原告勝訴ノ場合 後ノ手續ニ於ケル判決即原告ニ本案敗訴ノ判決ノミ殘ルコトハ曾テ埃タス 法學士前田直之助氏法學新報第三一卷第一號九四頁證據訴訟ノ留保判決ニ對スル上訴ト其ノ手續要領)

論旨多岐ニ亘リ一々之カ論評ヲ試ミ難キモ固ト留保判決ニ對スル上訴ト第一審ニ於ケル爾後手續トノ關係ハ民事訴訟法上ノ難問ニ屬シ此點ニ關スル學者ノ所說詳ナラス然ルニ學士カ緻密ニ此間ノ法理ヲ推究セラレタルハ學界ニ裨益スル所大ナルヲ信シテ疑ハス而シテ各審各別ニ訴訟ヲ進行セシムル結果トシテ何レノ判決カ先キニ確定スルヤハ偶然ノ事情ニ繫リ爾カモ此偶然ノ事實カ當事者ノ利害ヲ左右スルカ如キハ不可ナリトノ點ニ着眼シテ研究セラレタルハ特ニ推賞スル所ナリ

(一四六)

二二七 裁判所ハ民法又ハ此法律ノ規定ニ反セザル限りハ辯論ノ全旨趣及ヒ或ル證據ノ結果ヲ斟酌シ事實上ノ主眼ヲ實ナリト認メ可キヤ否ヤ自由ナル心證ヲ以テ斷決ス可シ

證據ノ取捨判斷事實ノ認定ハ原審ノ專權ニ屬シ訴訟當事者カ他ノ訴訟ニ於テ爲セル事實上ノ供述ト雖モ之ヲ他ノ證據ト綜合シテ其當事者ノ利益ニ係乎事實ヲ判斷スルコトヲ妨ケザルモノトス

然レトモ證據ノ取捨判斷事實ノ認定ハ原審ノ專權ニ屬シ訴訟ノ當事者カ他ノ訴訟ニ於テ爲シタル事實上ノ供述ト雖モ之ヲ他ノ證據ト綜合シテ其當事者ノ利益ニ係乎事實ヲ判斷スルコトヲ妨ケザルモノトス

(本件被告原告ト被告渡邊平治(同上)間ノ水利權確證等ノ事件ニ付キ與ヘラレタル證據中ノ原告等ノ事實上ノ供述ヲ他ノ證據ト綜合シテ會平治以外ノ被告原告等ニ利益ナル事實ヲ認定シタルハ相當ニシテ原審ノ專權行使ヲ非難スルニ過キサル論旨ハ理由ナシ(大審院大正十年(オ)第五〇〇號同年十月二十日民二部馬場裁判長六倉東鬼澤岩本各判事判決)

【關係事項】 上告棄却○原審大分地方裁判所○水利權確證請求事件上告人志賀二三外十一人訴訟代理人辯論士堀之内松十郎同未廣良三郎被告上告人畑山今朝太郎外六人訴訟代理人辯論士吉田三市郎同田坂貞雄同阿保漢次郎同長野國助同川口庄藏佐々本重夫

(一四七)

二二二 調書ニハ裁判長及ヒ裁判所書記署名捺印ス可シ

二二三 裁判長差支アルトキハ官等最モ高キ陪席判事之ニ代リ署名捺印ス區裁判所判事差支アルトキハ其裁判所書記ノ署名捺印ヲ以テ足ル

二二四 受命判事若クハ受託判事又ハ區裁判所判事カ法廷外ニ於テ爲ス審問ニモ亦裁判所書記ヲ立會ハシム

前四條ノ規定ハ右ノ審問調書ニ之ヲ準用ス

審問調書ニ書記ノ署名ノミアリテ其捺印ナキモ該調書ニ添綴シ之ト分ツヘカラ
サル証人訊問調書ニ同書記ノ署名捺印ヲ具備スレハ民事訴訟法第一三三條第一
三二條ニ違背セル無効ノ調書ト謂フヲ得サルモノトス

【上告理由】 原裁判所ハ上告人ノ申請ニ對シテ證據決定ニ基キ證人中西マヌ中川ケンノ訊問ヲ丸龜區裁判所ニ囑託シタ
リ仍テ同裁判所ニ於ケル當該調書ヲ閱スルニ右調書(記録三三〇丁)ハ裁判所書記ノ捺印ヲ缺キ即チ民事訴訟法第一二三條ノ
手續ヲナササルモノニシテ素ヨリ無効ノ調書ナリト云ハサルヘカラス果シテ然ラハ原裁判所證據決定ヲ適式ニ施行セサルノ
違法アリ

【判決理由】 因テ論旨指摘ノ丸龜區裁判所ニ於ケル大正十年一月十八日附審問書ヲ閱
スルニ裁判所書記角清一ノ署名ノミアリテ其ノ捺印ナキモ該調書ニ添綴シ之ト分ツ
可カラサル證人中西マヌ中川ケンノ各調書ニハ同書記ノ署名捺印ヲ具備セルヲ以テ
民事訴訟法第一三三條第一三二條ニ違背セル無効ノ調書ニ非ス隨テ原院ノ證據決定
カ適式ニ施行セラレタルコトヲ知り得ヘキヲ以テ本論旨ハ理由ナシ(大法院大正十年(オ)第
七〇四號同年十月二十日民二部馬場裁判長大倉東鬼澤岩本各判事判決)

【關係事項】 上告棄却○原審大阪控訴院○土地買賣無効確認所有權移轉登記抹消請求事件○上告人藤田房之助訴訟代理人辯護
士高木益太郎岡田榮被上告人川瀧コハル

一四八

二三六 判決ニハ左ノ諸件ヲ掲ク可シ
第二 事實及ヒ争點ノ摘示ハ當事者ノ口頭陳述ニ基キ殊ニ其提出シタル申立ヲ表示シテ之ヲ爲ス
第三 裁判ノ理由

一 請求ノ原因タル事實ヲ判決ニ摘示スルニハ必スシモ其事實ノ發生時期ヲ年月
日ヲ精密ニ明示スルコトヲ要スルモノニ非スシテ原因事實ヲ特定スルニ必要ナ
ル限度ニ於テ其發生時期ヲ表示スルヲ以テ足レリトス

然レトモ請求ノ原因タル事實ヲ判決ニ摘示スルニハ必スシモ其事實ノ發生時期ヲ年
月日ヲ以テ精密ニ明示スルコトヲ要スルモノニ非スシテ原因事實ヲ特定スルニ必要
ナル限度ニ於テ其發生時期ヲ表示スルヲ以テ足レリトス從テ判文ニハ原因事實ノ發
生時期ヲ直接ニ明示シタル所ナレトモ其前後ノ文意ニ對照シテ原因事實ヲ特定
スルニ足ル發生時期ヲ認メ得ルトキハ其判決ハ原因事實ヲ摘示スルニ於テ缺クル所
ナレト謂フヘシ原判決ノ引用シタル第一審判決ノ事實摘示ニ依レハ本行ノ請求原因
タル買賣契約ハ若宮小學校ノ建築ニ必要ナル木材ヲ目的トシテ大正八年四月二日以
前ニ當事期間ニ成立シタルコト明カナレハ其買賣契約ヲ特定スルニ足ル成立時期ハ
右判決ノ摘示中ニ存スルモノト謂フヘク原判決モ亦其特定ノ買賣契約ヲ認定シタル
コト明カナルヲ以テ論旨ハ理由ナシ(大法院大正十年(オ)第六一四號同年九月廿九日民二部馬場裁判長八倉
東鬼澤岩本各判事判決)

【關係事項】 上告棄却○原審福岡地方裁判所○上告人廣渡忠次郎訴訟代理人辯護士菅野虎雄同菊江久治被上告人梶原興市

一四九

七六〇 假處分(争アル權利關係ニ付キ假ノ地位ヲ定ムル爲ニモ亦之ヲ爲スコトヲ得但其處分ハ殊ニ繼續スル權利
關係ニ付キ著シキ損害ヲ避ケ若クハ急迫ナル強暴ヲ防ク爲メ又ハ其他ノ理由ニ因リテ之ヲ必要トスルトキニ限ル
七六一 急迫ナル場合ニ於テハ係事物ノ所在地ヲ管轄スル區裁判所ハ假處分ノ當否ニ付テハ口頭辯論ノ爲メ本案ノ
管轄裁判所ニ相手方ヲ呼出ス可キ申立ノ期間ヲ定メ假處分ヲ命スルコトヲ得
此期間ヲ徒過シタル後區裁判所ハ申立ニ因リ其命シタル假處分ヲ取消ス可シ
右裁判ハ口頭辯論ヲ經シテ之ヲ爲スコトヲ得
民法一九八 時効ノ期間満了前六ヶ月内ニ於テ未成年者又ハ禁治産者カ法定代理人ヲ有セザリシトキハ其善カ能力
者ト爲リ又ハ法定代理人カ就職シタル時ヨリ六ヶ月内ヘ之ニ對シテ時効完成ス
同法四一四 債務者カ任意ニ債務ノ履行ヲ爲サ、ルトキハ債權者ハ其強制履行ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但債務
ノ性質カ之ヲ許サ、ルトキハ此限ニ在ラス
債務ノ性質カ強制履行ヲ許サ、ル場合ニ於テ其債務カ作爲目的トスルトキハ債權者ハ債務者ノ費用ヲ以テ第三者
ニ之ヲ爲サシムルコトヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但法律行爲目的トスル債務ニ付テハ裁判ヲ以テ債務者ノ意思

表示ニ代フルコトヲ得
 不作爲目的トスル債務ニ付テハ債務者ノ費用ヲ以テ其爲シタルモノヲ除却シ且將來ノ爲メ適當ノ處分ヲ爲スコト
 ナ請求スルコトヲ得
 前三項ノ規定ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ケス
 同法七〇九 故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責任ス

- (一) 權利者カ自己ノ爲メニ權利ヲ行使スルニ際シ之ヲ妨クルモノアルトキハ其妨害ヲ排除スルコトヲ得ルハ權利ノ性質上固ヨリ當然ニシテ其權利カ物權ナルト價權ナルトニヨリテ其適用ヲ異ニスヘキ理由ナキモノトス
- (二) 民事訴訟第七六〇條ノ規定ニヨル假ノ地位ヲ定ムル爲メニスル假處分ト雖モ亦同法第七六一條ノ規定ノ適用アルコトハ其條文ノ配列上疑ナキトコロナリトス

(一) 然レトモ權利者カ自己ノ爲メニ權利ヲ行使スルニ際シ之ヲ妨クルモノアルトキハ其妨害ヲ排除スルコトヲ得ルハ權利ノ性質上固ヨリ當然ニシテ其權利カ物權ナルト價權ナルトニヨリテ其適用ヲ異ニスヘキ理由ナレトス然レモ其權利カ物權ナルト相手方トシテ福江區裁判所ニ對シ本件假處分ノ申立ヲ爲シ其理由トシテ陳述スル處ニ依レハ被上告人等ハ長崎縣南松浦郡有川村東漁業組合ノ權利ニ屬スル同村調ノ浦郷字耳石ヨリ同村太田郷字ヤビツ迄ノ海面(調ノ浦灣)ノ調專用漁業權ヲ同組合ヨリ賃借シ同漁業ヲ爲シ來リタルニ上告人等ハ何等ノ權利ナキニ拘ラス被上告人等カ漁業ヲ爲スニ際シ之ヲ妨害スルヲ以テ其妨害ヲ禁止スル爲メ假處分ノ申立ヲ爲スト云フニ在リテ同裁判所ハ其申立ニ基キ右妨害禁止ノ假處分決定ヲ爲シタルコト明瞭ナリトス左レハ右決定ハ冒頭説示ノ理由ニヨリ之ヲ正當ナリト認ムヘク原院カ右假處分決定ヲ認可シタル第一審判決ヲ相當ナリトシ上告人等ノ控訴ヲ棄却シタルハ洵ニ

正當ナリ

(二) 然レトモ民事訴訟法第七六〇條ノ規定ニヨル假ノ地位ヲ定ムル爲メニスル假處分ト雖亦同第七六一條ノ規定ノ適用アルコトハ其條文ノ配列上疑ナキヲ以テ原院カ右ノ假處分ヲ求ムル本件ニ付キ同條ノ適用アリトシ依テ以テ上告人敗訴ノ判決ヲ爲シタルハ正當ナリ(大審院大正十年(オ)第六六九號同年十月十五日民三部松岡裁判長谷川瀧浦横村成道各判事判決)

【關係事項】 上告棄却○原審長崎控訴院○假處分當否事件○上告人浦田嘉市外十人訴訟代理人辯護士横山寛平同佐々野富章被上告人坪井元次郎外一人

【急迫ナル假處分ノ管轄ニ關スル參照學說判例】

本卷民訴三五五頁四二〇頁

【判旨ニ左擔ス(本卷民訴四二四頁)

(一五〇)

二一七 裁判所ハ民法又ハ此法律ノ規定ニ反セサル限りハ辯論ノ全旨趣及ヒ或ル證據調ノ結果ヲ斟酌シ事實上ノ主張ヲ眞實ナリト認ムヘキヤ否ヤ自由ナル心證ヲ以テ判斷ス可シ

訴訟提起後ニ於テ尠ル當事者ノ事實上ノ主張ハ相手方ニ對スル攻撃タルト防禦タルトヲ問ハス又裁判上ノ主張タルト裁判外ノ主張タルトニ論ナク苟クモ自己ニ利益ナル事實ニ關スル限り證據タル效力ヲ有セサルモノトス

當事者ノ一方カ裁判外ニ於テ既ニ繫屬セル訴訟ニ付キ第三者ニ對シテ自己ニ利益ナル事實ヲ陳述シ其第三者カ證人ト爲リテ之ヲ法廷ニ供述シタル場合ニ於テモ其供述ノ内容タル當事者ノ事實ノ陳述ハ證人ニ向テ爲サレタル點ニ於テ裁判

外ノ主張ト異ナレトモ事實ノ供述自體ニ至ツテハ全然同一ナルヲ以テ其供述ハ當事者力事實ノ陳述ヲ爲シタルコトノ證據ト爲リ得ルハ勿論ナリト雖モ當事者ノ陳述ノ目的タル事實即チ訴訟上有利ナル事實ニ對シテハ當事者ノ裁判外ノ主張ト同シク證據タル效力ヲ有セサルモノト解スルヲ相當トス

仍チ案スルニ訴訟ハ法律生活ノ重大事件ニシテ其勝敗ハ當事者ノ利害休戚ニ影響スルコト大ナリ而シテ訴訟ノ勝敗ハ主トシテ主張事實ノ眞否ニ係ルモノナレハ事實眞否ノ問題ハ訴訟ノ中樞ヲ成スモノト謂フヘク從テ裁判所カ諸般ノ證據ニ基キ自由ノ心證ニ依リ事實ニ主張事實ノ眞否ヲ判斷スヘキハ當然ノ事理ナリト雖モ不適法ノ證據ハ探テ以テ判斷ノ資料ト爲スコトヲ得サルモノナレハ當事者ノ提出シタル證據ニ付テハ特ニ慎重ノ注意ヲ以テ適法ナルモノト否ラサルモノトハ區別シ後者ハ之ヲ判斷ノ範圍外ニ措クノ必要アリ然リ而シテ訴訟ノ提起後ニ於ケル當事者ノ事實上ノ主張ハ相手方ニ對スル攻撃タル防禦タルトハ問ハス又裁判上ノ主張タルト裁判外ノ主張タルトニ論ナク苟モ自己ニ利益ナル事實ニ關スル限り證據タル效力ヲ有セサルモノナレハ當事者ノ一方カ裁判外ニ於テ相手方ニ對シ既ニ繫屬セル訴訟ニ付己ニ利益ナル事實ヲ主張シタルコトアリトテ其主張自體ハ主張ノ目的タル事實ノ證據ト爲ルモノニ非ス之ト同シク當事者ノ一方カ裁判外ニ於テ既ニ繫屬セル訴訟ニ付キ第三者ニ對シテ自己ニ利益ナル事實ヲ陳述シ其第三者カ證人ト爲リテ之ヲ法廷ニ供述シタル場合ニ於テモ其供述ノ内容タル當事者ノ事實上ノ陳述ハ證人ニ向テ爲サレタル點ニ於テ觀上ノ裁判士ノ主張ト異ナレトモ事實上ノ陳述自體ニ至テハ全然同一ナルヲ以テ其供述ハ當事者力事實ノ陳述ヲ爲シタルコトノ證據ト爲リ得ルハ勿論ナレトモ當事者ノ陳述ノ目的タル事實即チ訴訟上有利ナル事實ニ對シテハ當事者ノ主張ト同シク證據タル效力ヲ有セサルモノト解スルヲ相當トス何トナレハ當事者ノ事實上

【關係事項】

破産管財人○原審官城控訴院○土地所有權移轉登記手續請求事件○上告人谷津正衛外六人訴訟代理人辯護士佐藤長

陳述ニ付キ相手方ニ對シテ之ヲ爲シタル第三者ニ對シテ之ヲ爲シタル其陳述ノ法廷ニ現ルル方法ハ證人ノ供述ナルト否トニ因リ法律上ノ待遇ヲ異ニスヘキ理由存セサルヲ以テナリ更ニ實際的ノ方面ヨリ觀察スルニ若シ斯ノ如キ證人ノ供述ヲ以テ訴訟上利益ナル事實ニ對スル證據トシテ適法ノ證據ナリトセハ當事者ノ故意ニ對シテ自己ニ利益ナル事實ヲ陳述シテ無制限ニ證人ノ申出ヲ爲シ訴訟ヲ混亂セシムル弊害アルノミナラス其陳述ハ概シテ眞實ニ反スル危險性ヲ有スルモノナルニ裁判所ハ其陳述ノ内容トスル證人ノ供述ヲ證據トシテ採用シ得ルコトト爲リ訴訟ノ中樞タル事實眞否ノ判斷ヲ觀ルニ至ル處アルヘク從テ新ノ如キ證人ノ供述ヲ不適法トシテ排斥スレハ裁判ノ目的ニ適合スルモノト謂フヘシ若シ夫レ主張事實ノ眞否ニ付キ他ニ之ヲ決スヘキ方法ナキ場合ニ於テハ裁判所ハ須ラケ法律ノ命スル所ニ從ヒ當事者本人ノ訊問ヲ爲スヘキナリ之ヲ要スルニ訴訟ノ提起後ニ於テ第三者カ當事者ヨリ訴訟上利益ナル事實ノ陳述ヲ聽取シ證人トシテ法廷ニ之ヲ供述ストモ其供述ハ陳述ノ目的タル事實ニ對シテハ證據タル效力ヲ有セサルモノナレハ裁判所カ斯ノ如キ供述ヲ採用シテ當事者ニ利益ナル事實ヲ認定スルハ違法タルナレハ免レテ原判決ヲ查關スルニ原裁判所カ原審證人島貫馬治ノ證言ヲ他ノ證據ト綜合シテ本件ノ地所ニ關スル買取約ノ期間ハ十個年ナリト被上告人ノ主張事實ヲ認定シ之ニ基キテ其請求ヲ是認シタルコトハ判文上明白ナリ然レモ同證人ノ證言ハ論旨摘錄ノ如ク被上告人カ本件ノ訴訟ヲ提起シタル後第三者カ證人ニ對シ本件地所ノ買取約ノ期間カ十個年ナルコトヲ陳述シ證人カ之ヲ法廷ニ供述シタルニ過キサルヲ以テ被上告人主張ノ期間ニ對シテハ證據タル效力ヲ有セサルモノト謂フヘク原裁判所カ其證言ヲ採用シタルハ違法ニシテ本論旨ハ理由アリ原判決ハ此點ニ於テ破毀セラルヘキモノトス(大審院大

正十年(オ)第百二十九號同年十月二十二日民二部馬場裁判長大倉東鬼澤岩本各判事判決)

成同菊江久治被上告人末永源三郎訴訟代理人辯護士菊池檢輔同佐々木幸助

判旨ハ吾人ノ欣快トスル所ナリ我民事訴訟法第二一七條ニ於テ自由心證主義ノ原則ヲ認ムト雖モ實體法及ヒ手續法ニ反セサル範圍ニ於テ事實認定ニ關シ之ヲ認ムルモノナレハ苟クモ手續法全體ノ精神ニ反シテ事實ヲ認定シ得サルモノト謂ハサルヘカラス然而本案ノ如キハ自由心證主義ヲ範圍内トシ裁判所ノ事實判斷ノ專權事項ニ屬スト解セスシテ證據トシテ不適法ナリト解スルヲ以テ證據ニ關スル手續法ノ精神ニ合スト信スレハナリ

(一五二)

一六一 期日ニ付テノ呼出ハ裁判長ノ命ニ從テ裁判所書記正本ノ送達ヲ以テ之ヲ爲ス但在廷シタル者ニ期日ヲ定メ出頭ヲ命シタルトキハ之ヲ送達スルコトヲ要セズ

七六〇 假處分ハ争アル權利關係ニ付テ假ノ地位ヲ定ムル爲ニモ亦之ヲ爲スコトヲ得但其處分ハ殊ニ繼續スル權利關係ニ付テキテ權利ヲ消滅セザルハ急迫ナル強暴ヲ防ク爲メ又ハ其他ノ理由ニ因リ之ヲ必要トスルトキニ限ル

民法八九九 假處分ヲ行フ母ハ財産ノ管理ヲ辭スルコトヲ得

(一) 在廷シタル者ニ期日ヲ定メ出頭ヲ命シタルトキハ在廷セサル一方ノ當事者ニ對シテモ效力ヲ有スルニヨリ之ニ對シテモ亦呼出狀ノ送達ヲ要セサルモノトス

(二) 親權者ニ對スル財産管理權ノ行使ヲ禁スル假處分ハ其管理ヲ辭スルコトヲモ禁スルモノニアラサルヲ以テ斯ノ如キ假處分アリタリトスルモ財産ノ管理ヲ辭スルコトヲ妨クサルモノトス

(一) 然レトモ在廷シタル者ニ期日ヲ定メ出頭ヲ命シタルトキハ之ヲ送達スルコトヲ要セズ

一六一 期日ニ付テノ呼出ハ裁判長ノ命ニ從テ裁判所書記正本ノ送達ヲ以テ之ヲ爲ス但在廷シタル者ニ期日ヲ定メ出頭ヲ命シタルトキハ之ヲ送達スルコトヲ要セズ

七六〇 假處分ハ争アル權利關係ニ付テ假ノ地位ヲ定ムル爲ニモ亦之ヲ爲スコトヲ得但其處分ハ殊ニ繼續スル權利關係ニ付テキテ權利ヲ消滅セザルハ急迫ナル強暴ヲ防ク爲メ又ハ其他ノ理由ニ因リ之ヲ必要トスルトキニ限ル

民法八九九 假處分ヲ行フ母ハ財産ノ管理ヲ辭スルコトヲ得

(一) 在廷シタル者ニ期日ヲ定メ出頭ヲ命シタルトキハ在廷セサル一方ノ當事者ニ對シテモ效力ヲ有スルニヨリ之ニ對シテモ亦呼出狀ノ送達ヲ要セサルモノトス

(二) 親權者ニ對スル財産管理權ノ行使ヲ禁スル假處分ハ其管理ヲ辭スルコトヲモ禁スルモノニアラサルヲ以テ斯ノ如キ假處分アリタリトスルモ財産ノ管理ヲ辭スルコトヲ妨クサルモノトス

【上告理由】 原裁判決前段ニ乙第一號證ノ戸籍簿本ニ載スレハ控訴人ハ未成年者井上滿ノ親權者ニシテ大正九年九月二十九日滿ニ對スル財産管理ヲ辭シ云々トシ尙「左スレハ被控訴人ハ最早右管理權ヲ有セサル控訴人ニ對シ其喪失ヲ請求レハ上告人ヨリナシタル浦和地裁判所大正七年(乙)第一號假處分命令申請ニヨリ同裁判所ハ大正七年四月十二日附テ以テ被申請人(被上告人)ハ申請人(上告人)ヨリ被申請人ニ對スル當處分大正七年(乙)第一號假處分命令申請ニヨリ同裁判所ハ大正七年四月十二日附テ以テ未成年者井上滿ニ對スル財産管理權ヲ行使ス可ラス」トノ決定ヲシタリ故ニ本件ノ争トナレル財産管理權ハ假處分中ニ屬スルモノニシテ本件完結ニ至ル迄ハ少クトモ被上告人カ之ヲ行使スルコトハ勿論消滅的ニ之ヲ辭任又ハ拋棄ヲ爲シ得可カラサルハ法理上明白ナルコトナリト云ハサルヘカラス然レハ被上告人カ前記假處分ニヨリ決定ヲ無視シテ戸籍吏ニ對シ財産管理權ノ辭任ヲ届出タリトスルモ元ヨリ不適法ニシテ之カ爲メ法律上當然被上告人ニ於テ既ニ右管理權ヲ有セストハ云フ可カラス何トシテ前記假處分ノ決定有效ニ存在スレハナリ然ラハ原院カ右假處分ノ存在ヲ無視シテ漫然上告人ノ請求ヲ排斥シタルハ失當ニシテ且ツ違法アルモノト云ハサル可カラズ

【判決理由】 然レトモ財産管理權ノ行使ヲ禁スル假處分アルモ財産ノ管理ヲ辭スルコトヲ妨クサルヲ以テ上告人所論ノ如キ假處分アリタリトスルモ被上告人カ財産ノ管理ヲ辭シタルコトヲ認メタル原判決ハ正當ニシテ論旨理由ナレ(大審院大正十年(乙)第六二九號同年十月二十七日民二部馬場裁判長大倉東鬼澤岩本各判事判決)

【關係事項】

婦

【在廷當事者ニ對スル出頭命令ノ效力】

一 在廷シタル當事者ニ期日ヲ定メテ出頭命令シタルトキハ出頭セサル一方ノ當事者ニ對シテモ亦呼出狀ヲ送達スルコトヲ要セス(大審院明治四十年民事規則第一〇六頁)

一五二

四三八 上告ノ提起ハ上告狀ヲ上告裁判所ニ差出シテ之ヲ爲ス
此上告ニハ左ノ諸件ヲ具備スルコトヲ要ス
第一 上告セラルル判決ノ表示

第二 此判決ニ對シ上告ヲ爲ス旨ノ陳述
此他上告狀ハ準備書面ニ關スル一般ノ規定ニ從ヒ之ヲ作リ特ニ判決ニ對シテ如何ナル程度ニ於テ不服ナルヤ及ヒ判決ニ付キ如何ナル程度ニ於テ破綻ヲ爲ス可キヤノ申立ヲ掲ケ且法則ヲ適用セス若クハ不當ニ適用シタルコトヲ上告ノ理由トスルトキハ其法則ノ表示又ハ訴訟手續ニ付テノ規定ニ違背シタルコトヲ上告ノ理由トスルトキハ其欠缺ヲ明カニスル事實ノ表示又ハ法律ニ違背シテ事實ヲ確定セシ若クハ遺脱シ若クハ提出シタリト看做シタルコトヲ上告ノ理由トスルトキハ其事ヲ掲ケ可シ

上告狀ニ上告セラルル判決ヲ表示セシムルハ上告書ヲシテ如何ナル判決ニ對シテ上告アリタルカヲ識別セシムルカ爲メナルヲ以テ苟クモ上告狀ニ上告ノ目的タル判決ヲ他ノ判決ト混同スル虞ナキ程度ニ記載スレハ縱令判決ノ主文ヲ示サストモ其記載ヲ以テ法定要件ヲ充タシタルモノトス
上告理由ヲ記載スルコトハ上告提起ノ法定要件ニアラス

【判決理由】被上告人ハ本件ノ上告ハ不違法ナリトノ抗辯ヲ提出シ其理由トシテ(一)上告狀ハ民事訴訟法第四三八條第二項第一號ニ依リ上告セラルル判決ノ表示アルコ

【關係事項】

上告人寺島卯吉訴訟代理人辯護士三輪林之助

破毀差戻○原審福島地方裁判所○地所賣渡請求事件○上告人高橋實藏訴訟代理人辯護士山崎今朝彌同徳田球一被

トハ必要トスルモノナレニ本件ノ上告狀ニハ(右當事者間福島地方裁判所大正十年レ)第二二號控訴事件ノ判決全部トノ記載アルノヨニシテ判決言渡ノ年月日及ヒ主文ノ記載ナキヲ以テ結局判決ノ表示ナキニ歸スルノミナラス(二)上告ハ民事訴訟法第四三四條ノ規定ニ依リ法律ニ違背シタル裁判ナルコトヲ理由トスルトキハ限リ之ヲ爲スコトヲ得ルモノナレハ上告狀ニハ上告理由ノ記載アルコトヲ必要トス然ルニ本件ノ上告狀ニハ其理由ノ記載ナシ上告人ハ上告狀ヲ提出後大正十年八月十二日附テ以テ上告理由ヲ提出シタレトモ上告期間ノ經過後ニ屬スルヲ以テ之ニ依リ前記ノ不違法ヲ追究スルコトヲ得スト主張スルヲ以テ其當否ヲ案スルニ民事訴訟法第四三八條第二項第一號ニ依レハ上告狀ニ上告セラルル判決ヲ表示スルコトハ上告狀記載ノ法定要件ナレトモ其判決ヲ表示スルハ上告審ヲシテ如何ナル判決ニ對シテ上告アリタルカヲ識別セシムルカ爲メナルヲ以テ苟クモ上告ノ目的タル判決ヲ他ノ判決ト混同スル虞ナキ程度ニ記載スレハ縱令判決ノ主文ヲ示サストモ其記載ヲ以テ叙上ノ法定要件ヲ充シタルモノト謂フヘシ而シテ本件ノ上告狀ニハ第二審福島地方裁判所十年(レ)第二二號判決言渡十年五月二十三日判決送達五月二十八日(ト)ノ記載アリ第二審ニ於ケル當事者ノ記載アリ之ニ續イテ原判決表示ト題シテ(右當事者間福島地方裁判所大正十年(レ)第二二號事件ノ判決全部ニ對シテ上告ス)トノ記載アリ此者ノ記載ニ依レハ上告人ニ依リ上告セラルル判決ノ何タルカハ明白ニ之ヲ識別スルコトヲ得ヘク毫モ他ノ判決ト混同スル虞ナキヲ以テ本件ノ上告狀ハ叙上ノ法定要件ヲ具備スルモノト謂フヘシ又上告狀ニ上告理由ヲ記載スルコトハ上告提起ノ法定要件ニ非サレハ其記載ヲ缺如シタリトテ本件ノ上告ハ不違法ナリト謂フヲ得ス故ニ被上告人ノ抗辯ハ理由ナシ(大審院大正十年(オ)第五三〇同年十月二十日氏二部馬場裁判長大倉東鬼澤岩本各判事判決)

【判旨第一點上告セララルル判決ノ記載方法ニ關スル參照學說判例】

一 控訴ヲ以テ不服ヲ申立テラルル判決ノ表示
此表示ハ當事者カ如何ナル判決ニ對シテ控訴ヲ提起スルカチ明ニスルニ足ルヘキ程度ニ於テ之ヲ爲スヘキモノトス(法學博士
仁井田益太郎氏民事訴訟法要論中卷八四三頁)
二 控訴セララルル判決ノ表示ノ如何ニスヘキヤハ事實問題ニ屬ス要スルニ如何ナル判決ニ對シテ控訴ヲ爲スヤ
明カニスルヲ以テ足レリトス故ニ當事者判決ヲ爲シタリ裁判所判決言渡ノ期日訴訟物ノ表示等事件並ニ判決ノ特徵ヲ記載スヘ
キモノトス(法學博士岩田一郎氏民事訴訟法原論第一〇版七五頁)
三 第一號ニ上告セララルル判決ノ表示トアルハ第二審ノ終局判決ニシテ即チ上告人カ不服ナリトスル判決ヲ表明スルノ意義ナ
リ例ヘハ何年何月何日何某ニ保ルル何々事件ニ付何年何月何日何裁判所ニ於テ何々トノ判決アリタリト云フノ類(今村信行
氏民事訴訟法註解下卷九六四頁)
四 民事訴訟法第四三八條第二項第一號ニ上告セララルル判決ノ表示トアルハ上告ヲラルル判決ヲ他ノ判決ト誤認シ得ヘキ程度
ニ表示スルコトヲ必要トスルノ法意ニシテ一定ノ方式ヲ必要トスルモノニ非ス(大審院大正五年(オ)第九九二號大正六年三月一
七日民事訴訟法第四〇一條第二項第一號ニ所謂控訴セララルル判決ノ表示トハ控訴セララルル判決ヲ他ノ判決ト誤認シ得ヘキ程度
ニ表示スルコトヲ要シ又之ヲ以テ足レリトスル法意ニシテ一定ノ方式ヲ必要トスルモノニ非シ(大審院大正四年(オ)第三九六號
同年一月四日第一審判決本書五卷民訴一五頁以下)
五 控訴人カ判決ニ對シテ控訴ヲ爲ス旨ノ陳述ヲ記載スルニ付テハ一定ノ形式アルニ非サレハ唯其記載ニ依リ控訴ヲ爲
スノ旨趣ヲ認メ得ルヲ以テ足レリトス(大審院民事判決錄三九年三五九頁)
六 民事訴訟法第四百一條第二號(一定ノ書式ヲ必要トスルモノニ非ス)控訴ヲ爲ス旨ノ意思ヲ明カニ表示シアルヲ以テ足レリ
トス(大審院民事判決錄三九年一月二十八日)
七 民事訴訟法第四百一條第二號(一定ノ書式ヲ必要トスルモノニ非ス)控訴ヲ爲ス旨ノ旨趣ヲ認メ得ヘキ記載アルヲ
以テ足レリトス(大審院民事判決錄三九年八月一日)
八 民事訴訟法第四百一條ニ所謂此判決ニ對シテ控訴ヲ爲ス旨ノ陳述トハ控訴狀ニ控訴ヲ爲ス旨ノ旨趣ヲ認メ得ヘキ記載アルヲ
以テ足レリトス(大審院民事判決錄三九年八月一日)

【判旨第二點上告理由記載ト上告狀記載要件ニ關スル參照學說判例】

一 當事者カ上告ヲ提起スルニハ第二審判決ニ對シテ上告ヲ爲ス旨ノ陳述ヲ上告狀ニ掲クルコトヲ要スルニ第二審判決ニ對シ
如何ナル程度ニ於テ不服ナリヤ及ヒ第二審判決ニ對シ如何ナル程度ニ於テ破毀ヲ申立ツルヤノ陳述ヲ之ニ掲クルコトヲ要セ
ルカ故ニ上告ハ此陳述ヲ牽連シテ存在スルモノニ非スト知ルヘシ(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論中卷第九〇九頁以
下)
二 上告狀ハ準備書面ニ關スル一般ノ規定ニ從ヒ作成スヘキ判決ニ對スル不服ノ程度ヲ明カニシ且原判決ヲ破毀スヘキ程度ヲ
示スヘキ又法則ヲ適用セラルコト或ハ不當ニ適用セラルコトヲ上告ノ理由トスルトキハ其法則ヲ表示スヘキ訴訟手續ニ付テ
ノ規定ニ違背シタルコトヲ上告ノ理由トスルトキハ其欠缺ヲ明カニスル事實ヲ表示スヘキ又法律ニ違背シテ事實ヲ確定シ若ク
ハ提出シタリト看做シタルコトヲ上告ノ理由トスルトキハ其表示ヲ爲スヘキモノトス然レトモ以上ノ事實ハ上告成立ノ必要條
件ニ非サルヲ以テ上告狀ニ之ヲ掲ケサルモ上告ハ不合法ト爲ルモノニ非ス(法學博士板倉松太郎氏民事訴訟法要論四七二頁以
下)
三 上告ノ提起ハ上告狀ヲ管轄上告裁判所ニ差出シテ之ヲ爲ス控訴ト同シク上告審ノ手續ハ一定ノ要件ヲ備ヘタル書面即チ上
告狀ヲ管轄上告裁判所ニ差出シテ之ヲ爲ス上告狀ハ次ノ要件ヲ具備スルコトヲ要ス
一 上告セララルル判決ノ表示
二 此判決ニ對シ上告ヲ爲ス旨ノ陳述
右ノ要件ヲ缺クトキハ上告狀ハ不合法ニシテ隨テ上告ハ提起ノ效力ヲ生セス上告狀ハ右ノ要件ノ外準備書面ニ關スル一般ノ規
定即チ第一〇五條以下ニ規定セル方式ニ依リテ之ヲ作成シ且第二審判決ニ對シ如何ナル程度ニ於テ不服ナリヤ即チ第二審ノ判
決ノ全部若クハ一分ニ對シテ不服ナリヤ否ヲ明示シ且判決ノ如何ナル程度即チ全部若クハ一部ヲ破毀スヘキヤ否ヲ申立
テ掲ケ且實體法ヲ適用セラルカ若クハ法則ヲ不當ニ適用シタルコトヲ上告ノ理由トスルトキハ其法則ヲ表示シ又訴訟手續ニ付
テノ規定ニ違背シタルコトヲ上告ノ理由トスルトキハ其違背ヲ明カニスル必要ナル事實ノ表示又法律ニ違背シテ事實ヲ確定シ若
クハ違脫シ又ハ提出シタリト看做シタルコトヲ上告ノ理由トスルトキハ其事實ヲ表示スヘシ(中略)然レトモ此等ノ事項ハ準備
的事項トシテ記載スルモノナルヲ以テ之ヲ記載セサルモ爲メニ上告提起ノ效力ニ影響ヲ及ボスモノニアラス(法學博士岩田一
郎氏民事訴訟法原論一〇版八四〇頁以下)
四 上告理由ハ必スシモ上告狀ニ記載スヘキ要件ニアラス(大阪控訴院判決明治三十五年法律新聞九七號八頁)

判旨ハ全部正當ナリト信ス

(一五三)

- 一九六 原告カ訴ノ原因ヲ變更モスシテ左ノ諸件ヲ爲ストキハ被告ハ異議ヲ述フルコトヲ得ス
第一 事實上又ハ法律上ノ申述ヲ補充シ又ハ更正スルコト
第二 本案又ハ附帶請求ニ付キ訴ノ申立ヲ擴張シ又ハ減縮スルコト
第三 最初請求メタル物ノ減額又ハ變更ニ因リ賠償ヲ求ムルコト

第一審以來契約カ相手方ノ詐欺ニ因リ締結セラレタルモノトシテ無効ナル旨ヲ
云爲シ之ヲ本訴ノ原因トシテ主張シ來リタルトキハ偶々控訴審ニ於テ其無効ノ

事由トシテ效果意思ヲ缺クコト若クハ要素ニ錯誤アルコト又ハ詐欺ニ因ル意思表示トシテ取消サレタルコトヲ主張スルハ事實上又ハ法律上ノ申述ヲ補充シ又ハ更正スルモノニシテ訴ノ原因ヲ變更スルモノニ非ス

(前略) 次ニ右買賣契約ハ被控訴人宮崎善助ノ詐欺ニ因リテ締結セラレタルモノナリヤ否ヤノ點ヲ審究スルニ被控訴人兩名代理人ハ控訴人ノ本件買賣契約カ詐欺ニ因ル意思表示ナリト主張ハ當審ニ於ケル新タナル主張ナルヲ以テ異議アル旨陳述スレトモ控訴人ハ第三審以來本件買賣契約カ被控訴人宮崎善助ノ詐欺ニ因リ締結セラレタルモノトシテ無効ナル旨ヲ云爲シ之ヲ本訴ノ原因トシテ主張シ來リタルコト記録ニ徴シ明瞭ナルカ故ニ偶々其無効ノ事由トシテ效果意思ヲ缺クコト若クハ要素ニ錯誤アルコト又ハ詐欺ニ因ル意思表示トシテ取消サレタルコトヲ主張スルハ事實上又ハ法律上ノ申述ヲ補充シ又ハ更正スルモノニシテ訴ノ原因ヲ變更スルモノニ非サルヲ以テ被控訴人兩名ハ之ニ對シ異議ヲ述フルコトヲ得サルモノト謂フヘシ(以下略)(東京控訴院大正九年(ネ)第六〇六號同一〇年九月三〇日民三部神谷裁判長吉田島各判事判決)

【關係事項】 一部控訴棄却○土地所有權移轉登記及抵當權設定登記等抹消請求控訴事件○控訴人岸三郎訴訟代理人辯護士佐藤有恭被控訴人宮崎善助外一名訴訟代理人辯護士廣瀬繁太郎

一五四

五四 從參加人ハ其附隨スル時ニ於ケル訴訟ノ程度ヲ妨ケサル限リハ其主タル原告若クハ被告ノ爲メニ攻撃及ヒ防禦ノ方法ヲ施用シ且總テノ訴訟行爲ヲ有效ニ行ヒ殊ニ主タル原告若クハ被告ノ爲メニ存スル期間内ニ故障支拂命令ニ對スル異議又ハ上訴ヲ爲ス權利ヲ有ス
從參加人ノ陳述及ヒ行爲ト主タル原告若クハ被告ノ陳述及ヒ行爲ト相抵觸スル場合ニ於テハ主タル原告若クハ被告ノ陳述及ヒ行爲ヲ以テ標準ト爲ス但民法ニ於テ此異議ナル規定アル時ハ此限ニ在ラス

從參加人ノ控訴前主タル當事者カ豫メ控訴權ヲ拋棄シ或ハ從參加人ノ控訴提起

後主タル當事者ニ於テ控訴取下ヲ爲ストキハ該從參加人ノ控訴ハ主タル當事者ノ行爲ト抵觸スル結果其前者ノ場合ニ於テハ當初ヨリ其後者ノ場合ニ於テハ主タル當事者ノ控訴取下ニヨリ接訴審ニ繫屬セサルコトトナルモノトス

(前略) 仍テ按スルニ控訴人カ原告森田蘭子被告森田一二森田よし中村とく間ノ浦和地方裁判所大正六年(ネ)第五三號養子縁組無効請求事件ニ付被告等ノ爲メニ從參加人トシ右事件ニ付同裁判所カ大正七年一月二四日言渡シタル判決ニ對シ大正八年三月七日控訴人ハ從參加人トシテ獨立ニ控訴申立ヲ爲シ當院大正八年(ネ)第一三〇號養子縁組無効請求控訴事件トシテ受理セラレタルコトハ當院ノ浦和地方裁判所ヨリ取寄ニ係ル同大正六年(ネ)第五三號養子縁組無効請求事件記録ニ徴シ明カナリ然レトモ從參加人ノ控訴前主タル當事者カ豫メ控訴權ヲ拋棄シ或ハ從參加人ノ控訴提起後主タル當事者ニ於テ控訴取下ヲ爲ストキハ該從參加人ノ控訴ハ主タル當事者ノ行爲ト抵觸スル結果右控訴ノ訴訟ノ標準タル行爲ト爲ストコトヲ得サルコトニ歸着スヘク其前者ノ場合ニ於テハ其當初ヨリ其後者ノ場合ニ於テハ主タル當事者ノ控訴取下ニヨリ控訴審ニ繫屬セサルコトト爲ルヘク其執レヨリスルモ控訴審ニ於テ口頭辯論ノタメ其期日指定ヲ爲スコト能ハサルモノト謂ハサルヘカラス今之ヲ本件ニ觀ルニ前記原告及被告ハ前示判決言渡後控訴人ノ控訴提起以前タル大正八年二月一五口控訴權ヲ拋棄シ尙控訴人カ控申立ヲ爲シタル後同年五月三日更ニ該控訴取下ノ意思ヲ表示シタルコト前項記録ニ照シ明瞭ナルカ故ニ控訴人ノ本件控訴ニ付テハ素ヨリ口頭辯論ノ爲メノ期日指定ヲ爲スヘキ筋合ニ非サルコト前示理由ニヨリ明ナルヲ以テ控訴人ノ本件口頭辯論期日申請ヲ理由ナシト認メ主文ノ如ク決定ス(東京控訴院大正一〇年(ネ)第九〇〇號同年一月二〇日民四部青柳裁判長豐水坂崎各判事判決)

【關係事項】 却下○養子縁組無効請求控訴事件○控訴人中村朗訴訟代理人辯護士間原長次郎被控訴人森蘭子

【同趣旨參照學說判例】

一 從參加人ノ陳述又ハ行爲ト其補助スル當事者ノ陳述又ハ行爲トカ互ニ抵觸スルトキハ當事者ノ陳述又ハ行爲ヲ以テ標準ト爲スヘキモノトス故ニ此場合ニ於テハ當事者ノ陳述又ハ行爲ノミニ限リ效力ヲ有スルモノト謂フヘシ(法學博士仁田益太郎氏民事訴訟法要論中卷六〇七頁)

二 從參加人タルヤ當事者ヲ補助スル爲メ訴訟ニ加ハルモノニシテ所謂從タル當事者ナレハ主タル當事者ノ代理人トシテ爲スニ非ス從參加人自ラ補助スル目的ヲ以テ訴訟行爲ヲ爲スモノナレハ若シ主タル當事者ノ陳述及ヒ行爲ト從參加人ノ陳述及ヒ行爲トカ互ニ抵觸スルトキハ主タル當事者ノ陳述及ヒ行爲ヲ以テ標準トスヘキモノトス故ニ此場合ニ於テハ主タル原告若クハ被告ノ陳述及行爲カ有效ニシテ從參加人ノ陳述及ヒ行爲ハ效力ヲ生セザルノ結果ヲ生ス例(ハ主タル當事者ノ原告ナレハ口頭辯論ニ於テ請求ヲ放棄シ或ハ被告ヨリ提出セル證據ヲ認ムルニ拘ハラズ從參加人カ爭ヒ若クハ否認スル場合ハ主タル原告ノ行爲ヲ以テ有效トシ或ハ裁判所ハ從參加人ノ行爲ヲ採用スルコトヲ得ヌ又從參加人カ開庭判決ニ對シテ故障ヲ申立テタルハ原告ノ行爲主タル當事者カ之ヲ取下ケタルトキハ其取下ハ有效ニシテ故障ノ申立ハ無効ニ歸スヘシ上訴ニ付テモ同一ニシテ從參加人カ口頭辯論ニ於ケル訴訟行爲タルト口頭辯論以外ニ於ケル訴訟行爲タルトキハ上訴權喪失ノ結果ヲ生シ其判決ハ確定スヘシ要スルニ士田仁博氏民事訴訟法原論第十版二〇八頁)

三 從參加人カ開庭判決ニ對シテ故障ヲ申立テ其後口頭辯論ニ於テ右申立カ適法ノモノトシテ受理セラレタルトキハ從參加人ノ附隨セル主タル當事者ハ其相手方ノ同意ヲ得テ從參加人ノ爲シタル故障ヲ有效ニ取下ケ得ルモノトス(大審院大正八年三月一七日民二部判決大審院民事判決錄二五輯六三九頁)

四 被告ト從參加人ノ申立相抵觸スルトキハ裁判所ハ被告ノ申立ヲ標準トシテ判斷スヘキモノトス(大審院大正七年(オ)第三五三號同年九月三〇日民二部判決大審院民事判決錄二四輯一七六〇頁)

五 從參加人ハ其補助スル當事者ノ爲メニ存スル期間内ニ上訴ヲ爲スノ權利ヲ有スト雖モ元來從參加人ハ訴訟當事者一方ヲ補助スル目的ヲ以テ訴訟ニ干與スルモノニシテ固ヨリ訴訟當事者ノ地位ニ立ツモノニ非サレハ主タル當事者ノ意思ニ反シテ爲レタル從參加人ノ上告申立ハ不適法ナリトス(大審院大正六年(オ)九七五號七年二月七日民二部判決同上三〇頁)

(一五五)

一九六 原告カ訴ノ原因ヲ變更セシテ左ノ諸件ヲ爲ストキハ被告ハ異議ヲ述ムフコトヲ得ヌ
第一 事實上又ハ法律上ノ申述ヲ補充シ又ハ更正スルコト

第二 本案又ハ附帶請求ニ付キ訴ノ申立ヲ擴張シ又ハ減縮スルコト
第三 最初請求タル物ノ滅盡又ハ變更ニ因リ賠償ヲ求ムルコト
五二八第一項 強制執行ハ之ヲ求ムル者及ヒ之ヲ受クル者ノ氏名ヲ判決又ハ之ニ附記スル執行文ニ表示シ且判決ヲ既ニ送達シ又ハ同時ニ送達シタルトキニ限リ之ヲ始ムルコトヲ得
六〇一 支拂ニ換ヘ券面額ニテ債權ヲ轉付スル命令アル場合ニ於テ其債權ノ存スル限リハ第五百九十八條第二項ノ手續ヲ爲スニ因リ債務者ハ債權ノ辨濟ヲ爲シタルモノト看做ス

(イ) 債權差押命令及轉付命令ノ執行手續ニ關スル瑕疵ヲ原因トシテ右兩命令ノ無効確認ヲ求ムル申立ヲ其後ノ口頭辯論ニ於テ本訴ハ右債權差押命令及轉付命令ニ依リテ形成セラレタル法律關係ノ不成立ノ確認ヲ求ムル旨ヲ主張スルモ訴ノ申立ヲ變更シタルモノニアラスシテ申立ヲ擴張シタルモノトス

(ロ) 執行力アル債務名義及ヒ之ニ債權者ノ承繼ヲ附記スル執行文ヲ債務者ニ送達セシメテ爲サレタル轉付命令ハ實質上當然無効トス

依テ先ツ訴變更ノ抗辯ニ付按スルニ原告ニ於テ最初控訴人ハ名古屋區裁判所大正七年(債)第七八號債權差押命令及轉付命令ノ執行手續ニ關スル瑕疵ヲ原因トシテ其瑕疵アル手續ニ基キ發セラレタル債務者林松太郎第三債務者吉田彦三郎荒井鶴松兩名ニ對スル家賃金百十六圓ノ右兩命令ノ無効確認ヲ求ムル旨申立テタルニ其後ノ口頭辯論ニ於テ本訴ハ右債權差押命令及轉付命令ニ依リテ形成セラレタル法律關係ノ不成立ナル事ノ確者林松太郎吉田彦三郎荒井鶴松間ノ三面關係ニ於ケル法律關係ノ不成立ナル事ノ確認ヲ求ムル旨主張シ被告九人カ之ニ對シテ本案ノ口頭辯論前異議ヲ述ヘタルコトハ本件記載ニ徴シテ明ナリ然リト雖モ之レ訴ノ申立ヲ變更シタルモノニアラスシテ其申立ヲ擴張シタルニ過キス蓋シ債權差押命令及轉付命令ノ送達ニヨル點ヨリ觀察スルトキハ命令ハ原因ニシテ法律關係ハ其結果ナリ命令カ形式上無効ナランカ疑

テソノ命令ノ實質上ノ無効ヲ惹起シ該命令ニヨリ形成セラレタル法律關係ノ無効ヲ
 生シ命令ノ形式上ノ無効トソノ命令ニヨリ形成セラレタル法律關係ノ無効トハ別
 個ノ原因ニ起スルモノニアラス又命令ノ實質上ノ無効ナル用語ハソノ命令ニヨリ
 形成セラレタル法律關係ノ無効ナルコトヲ意味スルヲ以テ控訴人ノ先ニ申立タル右
 命令ノ無効確認ノ請求カ前記ノ用語ニ於ケル形式上ノ無効ヲ主張シタルモノナリヤ
 將又實質上ノ無効ヲ主張シタルモノナリヤ明瞭ナラスト雖モ執レノ意味ニ於テ申立
 テタリトスルモ本訴ノ原因タル事實ハ前後同一ニシテ申立ヲ變更シタル者ニア
 ラスシテ單ニ申立ハ擴張又ハ訂正ニ過キサルヲ以テ被控訴人ハ之ニ對シテ異議ヲ述
 フル事ヲ得サレハナリ故ニ被控訴人ノ右抗辯ハ失當ナリ次ニ被控訴人ノ本訴ノ目的
 物ハ差押命令及ヒ轉付命令ニシテ其關係ハ公法的法律關係ニ屬シ本訴ハ確認訴訟ト
 シテ許容スヘカラス不合法ノモノナリトノ抗辯ニ付キ按スルニ本訴カ右命令ニヨ
 リテ形成セラレタル私法上ノ法律關係ノ無効確認ヲ求ムル者ナルコト前段説明ノ如
 クナルヲ以テ爾後ノ點ニ付テハ説明ヲ俟タスシテ其抗辯ハ失當ナリトス更ニ被控訴
 人ノ本訴ハ無効確認ヲ求ムル法律上ノ利益ヲキ旨ノ抗辯ニ付キ按スルニ假ニ被控訴
 人主張ノ債權讓渡ノ事實アリトスルモ債權讓渡ナルモノハ自己ノ有スル債權ヲ他人
 ニ移轉スル法律行為ナリ從テ若シ轉付命令無効確認ノ結果被控訴人ハ本來債權ヲ取
 得セザリシモノト確定セハ被控訴人ノ爲セル債權讓渡ハ他人ノ債權ヲ讓渡シタル結
 果トナルヘキヲ以テ既ニ債權讓渡後ニシテ現在權利ヲ保有セサルノ故ヲ以テ原告ハ
 本件無効確認ヲ求ムル利益ナシト言フヘカラス從テ右抗辯モ亦理由ナシ仍テ本案ニ
 付テ之ヲ審究スルニ轉付命令ノ前記手續タル執行力アル債務名義及ヒ之ニ債權者ノ承
 繼ヲ附記スル執行文ヲ債務者ニ送達セサルカ如キ差押手續ニ違法ノ點アルトキハ其
 債權ニ付發シタル轉付命令ハ取消サレサル限り命令トシテ形式上存在シ之ヲ以テ結
 付命令ハ他ノ強制執行要件ヲ具備シテ始メテ裁判トシテノ效力ヲ有スルモノニシテ轉

【關

係事項】

大正九年(控)五一號同一〇年七月九日民一第大九裁判長安藤戶村各判事判決法律新聞一九〇七號一九頁)

原判決廢棄○債權差押命令轉付命令無効確認控訴事件○原審名古屋區裁判所○控訴人松村時治公訴代理人辯護士横山桂一被控訴人富田期長右訴訟代理人江崎健三

第七十八條第一項第七十二條第一項第七十五條適用ノ主文ノ如ク判決ス(名古屋地方

大正九年(控)五一號同一〇年七月九日民一第大九裁判長安藤戶村各判事判決法律新聞一九〇七號一九頁)

原判決廢棄○債權差押命令轉付命令無効確認控訴事件○原審名古屋區裁判所○控訴人松村時治公訴代理人辯護士横山桂一被控訴人富田期長右訴訟代理人江崎健三

付命令ノミニ依リ單獨ニ效力ヲ發生スルモノニアラス是レ民事訴訟法第五百二十八
 條ハ債務名義及ヒ之ニ債權者ノ承繼ヲ附記スル執行文ヲ強制執行ヲ始ムル前若クハ
 同時ニ債務者ニ送達シタル時ニ限リ之ヲ始ムル事ヲ得ハキト規定シ同條ハ決シテ之
 ヲ任意規定ト解スヘカラス事ハ文字解釋並ニ嚴ニ形式ヲ重スル強制執行ノ精神解
 釋上明ナルカ故ニ差押手續ニ違法アル命令ハ國家ノ裁判タルノ效力ヲ從テ實質上
 轉付命令ニ依リ債權ヲ取得スルノ効ナキモノト謂ハサルヘカラスハナリ轉付命令本件
 執行手續タル前又ハ同時ニ債務名義ノ謄本及債權者ノ承繼ヲ證スヘキ證書ノ謄本
 送達スルコトヲシテ發セラレタルモノナルコト被控訴人ノ認ムル所ナルヲ以テ
 該差押命令及轉付命令ハ上叙ノ理由ニ依リ實質上無効ニシテ該命令ニ依リ債務者林
 松太郎第三債務者吉田彦三郎荒井鶴松兩名ニ對シテ命令セラレタル家賃金二百十六圓
 ノ債權差押及ヒ轉付ノ法律關係ハ成立セザリシモノト認ム然リ而シテ控訴人カ其主
 張ノ如ク林松太郎ノ右家賃債權ニ對シテ差押命令及轉付命令ヲ得タルコトモ亦被控
 訴人ノ認ムル處ナルヲ以テ控訴人ハ前記法律關係不成立ノ確認ヲ請求スルニ付利益
 ヲ有スルモノト謂ハサルヘカラス左レハ控訴人ノ本訴請求ハ正當ニシテ原告カ差押
 命令及ヒ轉付命令ノ如キ法律ノ規定ニ依ル命令ハ一度發セラレタルヤ法律ノ規定ニ違
 背シタル瑕疵アル場合ト雖モ當然效力ナキモノニアラスシテ適法ノ手續ニ依リ其執
 行ヲ停止シ若クハ之ヲ取消ササル限り效力ヲ失ハサルモノナレハ其取消ヲ求メスレ
 テ徒ラニ之カ無効ヲ主張スルハ失當ナリトシ原告ノ請求ヲ棄却シタルハ法律ノ解釋
 上誤リタル失當アルヲ以テ本件控訴ハ理由アリ仍テ民事訴訟法第二百三十一條第二項
 第七十八條第一項第七十二條第一項第七十五條適用ノ主文ノ如ク判決ス(名古屋地方

【違法手續ニヨリ發セラレタル轉付命令ノ效力及ヒ異議ノ許否ニ關スル參照學說判例】

本卷三三頁

判旨ハ大體ニ於テ吾人賛成セントスル處ナルモ(イ)ヲ申立ノ擴張ナリト解シタルハ妥當ナラス事實上又ハ法律上ノ陳述ノ補充更正ヲ爲シタルモノト解スヘキモノト考フ蓋判示ニ依レハ原告ノ申立ハ債權差押命令及轉付命令ノ執行手續ニ關スル瑕疵ヲ原因トシテ右兩命令ノ無効確認ヲ求メタルモノニシテ其申立タルヤ該命令ハ違法ナルカ故ニ命令タル效力即チ裁判タル效力ナシト主張セルモノト謂フヘク從テ其申立ハ公法上ノ行為ノ無効確認(公法上ノ效力ヲ生セサルコトノ確認)ヲ求ムルモノトシテ不適法ノモノナルニ拘ラス其申立ヲ擴張シテ適法ノ訴訟ト爲シ得ヘキヤ大ナル問題ナレハナリ然リ而テ案件ノ如ク命令ノ無効確認ヲ求ムトハ違法ナル手續ニ基キ發セラレタル該命令ニヨリテハ私法上ノ法律關係生セスト主張シタルモノト解シ其適法性ヲ認ムルトキハ其後ノ口頭辯論ニ於テ該命令ニ因リテ形成セラレタル法律關係ノ不成立ノ確認ヲ求ムルモノナルハ申立ノ擴張ニアラスシテ陳述ノ補充更正ナリト謂フヘキモノナレハナリ

(一五六)

五四九 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若クハ引渡ヲ妨ケル權利ヲ主張スルト

占有權ハ民事訴訟法第五四九條ニ所謂「目的物ノ讓渡若クハ引渡ヲ妨ケル權利」ニ該當スルヤ否ヤニツキ案スルニ民法第七十六條ニ依レハ物權ノ移轉ハ意思表示ノミニヨリ之レヲ爲ス事ヲ得ヘク別ニ占有ノ移轉ヲ必要トセス而シテ代理占有ノ場合ニハ直接占有者ニ對シ間接占有者ヨリ爾後讓受人ノタメニ其物ヲ占有スヘキコトヲ命シ讓受人コレヲ承諾シタル時ニハ讓受人ハ其物ニ對スル占有權ヲ取得スルコトハ民法第八十四條ノ認ムルトコロナリ即チ第三者カ動産ヲ占有スルモ其所有權ハ其動産ノ讓渡引渡ヲ妨ケラハルコトナシ然ラハ即チ本件原告カ占有權ヲ原因トシテ硝子月(硝子ナシ)四枚書類箱五箇ニ對シ第三者異議ノ訴ヲ提出セルハ何等其理由ナキモノトナササルヘカラス依テ此點ニ關スル原告ノ請求ヲ棄却スヘキモノトス

【理由】先ツ占有權ハ民事訴訟法第五四九條ニ所謂「目的物ノ讓渡若クハ引渡ヲ妨ケル權利」ニ該當スルヤ否ヤニツキ案スルニ民法第七十六條ニ依レハ物權ノ移轉ハ意思表示ノミニヨリ之レヲ爲ス事ヲ得ヘク別ニ占有ノ移轉ヲ必要トセス而シテ代理占有ノ場合ニハ直接占有者ニ對シ間接占有者ヨリ爾後讓受人ノタメニ其物ヲ占有スヘキコトヲ命シ讓受人コレヲ承諾シタル時ニハ讓受人ハ其物ニ對スル占有權ヲ取得スルコトハ民法第八十四條ノ認ムルトコロナリ即チ第三者カ動産ヲ占有スルモ其所有權ハ其動産ノ讓渡引渡ヲ妨ケラハルコトナシ然ラハ即チ本件原告カ占有權ヲ原因トシテ硝子月(硝子ナシ)四枚書類箱五箇ニ對シ第三者異議ノ訴ヲ提出セルハ何等其理由ナキモノトナササルヘカラス依テ此點ニ關スル原告ノ請求ヲ棄却スヘキモノトス次ニ其餘ノ原告主張各物件ニツキ案スルニ原告主張(イ)(ロ)ノ事實ハ被告ノ爭ハサルコトナルカ被告ニ於テ右各物件カ訴外佐藤太吉ノ特有財産ナリト主張立證ナキ限リ一應戸主タル原告ノ所有物件ナリト認メサルヘカラス而シテ前述ノ如ク原告カ戸主ニシテ大宅ハ家族ナルコトハ被告ノ認ムルトコロニシテ而シテ右各物件カ太吉所有財産ナリト主張立證未ダ十分ナラス然ラハ右物件ニ對スル原告ノ本訴請求ハ理

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レ共同被告ト爲ス
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之ヲ管轄ス
強制執行ノ停止及ヒ既ニ爲シタル執行處分ノ取消ニ付テハ第五百四十七條及ヒ第五百四十八條ノ規定ヲ準用ス但執行處分ノ取消ハ保證ヲ立テシメシテ之ヲ爲スコトヲ得

由アルモノトス仍テ民事訴訟法第七十二條第七十三條第五百四十八條ニ則リ主文ノ如ク判決ス(旭川區裁判所大正九年(ハ)六六七號及七〇三號合併同年七月十五日判決高橋判事)

【關係事項】原告一部勝訴○強制執行異議事件○原告佐藤留兵衛代理人四塚守健被告關山政太郎代理人山崎有備
【異趣旨判例】

本卷民訴一三二頁參照

(一五七)

二三六 判決ハ左ノ諸件ヲ掲ク可シ
第一 當事者及ヒ其法律上代理人ノ氏名身分職業及住所
第二 事實及ヒ争點ノ摘示但其摘示ハ當事者ノ口頭演述ニ基キ殊ニ其提出シタル申立ヲ表示シテ之ヲ爲ス
第三 裁判ノ理由
民法九〇 公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為ハ無効トス

藝者稼業契約ニ於テ當事者ノ一方甲ハ契約成立ノ日ヨリ十々年間相手方乙方ニ於テ藝妓稼業ニ從事スヘク其期間内ニ於ケル甲ノ衣食費及ヒ同人ノ技藝修習ノ費用ハ乙ニ於テ負擔スヘク之ニ對シテ甲ノ藝妓稼業ヨリ生スル收入金全部ヲ乙ノ所得ト爲スヘキコト甲ニ正當ノ理由ナキ退去逃走等ノ不當ノ所行アリタルトキハ甲ハ前借金ヲ法定ノ利息ヲ付シテ支拂フヘク又契約成立ノ日ヨリ所行ノ日ニ至ル迄ノ甲ノ藝妓修習費並ニ食費ノ損害賠償トシテ一日金十二錢ノ割合ニ依ル金圓ヲ支拂ヒ尙ホ其他ノ總テノ損害ヲ賠償スヘキコトヲ約束シタルトキハ右契約ハ主トシテ甲ニ苛重ノ責任ヲ負ハシメ依テ十年間甲ヲシテ藝妓稼業ヲ

行ハシメンコトヲ目的トスルモノニシテ著シク甲ノ自由ヲ拘束スルモノナレハ民法第九十條ニ依リ無効トス

藝者ノ前借金ハ純然タル消費貸借ノ意義ナリヤ將タ名義ハ貸借契約ナレトモ其眞意ハ藝妓稼業契約ノ實質ヲ構成シ當事者ノ一方ヲシテ藝妓稼業ヲ爲サシムル對價トシテ之ヲ授受シ其者ニ不當ノ所行アリタルトキ損害賠償トシテ同額ノ金圓ヲ支拂ハシムル意義ナリヤハ判決理由中ニ判示スヘキモノトス

仍テ原判決ヲ査閱スルニ云々通シテ當事者間ノ契約關係ニ付キ案スルニ契約當事者ニ關スル上叙認定事實ニ甲第一號證ノ契約證ノ文詞及ヒ新甲第一號證ノ戶籍謄本ヲ綜合シテ之ヲ考察スレハ大正元年八月十五日控訴人豊治ハ其子タル控訴人ヨシエ(明治三十四年五月七日生)カ當時十二歳ノ未成年者ナリシヲ以テ其親權者トシテ同人ヲ代表シ且豊治自ラ契約本人ト爲リ被控訴人(被上告人)トノ間ニ於テ(一)大正元年八月十五日ヨリ向フ十箇年ヲ期間ト定メ被控訴人ハヨシエヲ藝妓ニ仕立ツ可ク其修業ノ上ハ控訴人ヨシエハ被控訴人方ニ於テ自ラ藝妓稼業ニ從事シ控訴人豊治ハヨシエヲシテ該稼業ニ從事セシム可ク(二)右期間内ニ於ケルヨシエノ衣食費及ヒ藝道教示ニ要スル費用ハ被控訴人ニ於テ支出負擔シ之ニ對シテ將來ヨシエノ藝妓稼業ニ因ル收益ハ之ヲ被控訴人ノ所得ト爲ス可ク若シ其期間内ヨシエカ正當ノ理由ナクシテ被控訴人家ヲ退去シ又ハ逃走スル等不都合ノ所行アリタルトキハ右控訴人ヨシエ豊治ノ兩名ニ於テ連帶シテ(イ)前借金ニ對シテハ相當利子即チ年五分ノ法定利率ニ依リ利子ヲ付シテ支拂フ可ク(ロ)大正元年八月十五日ヨリ右事由發生ノ時迄ノヨシエニ對スル藝道教示費並ニ食費トシテ一日金十二錢宛ノ損害金ヲ支拂ヒ尙ホ其他ノ總テノ損害ヲ賠償ス可キコトヲ約シタルコト(四)控訴人ヨシエ豊治ハ連帶シテ被控訴人ヨリ金二十四

借用シタルコトヲ認メ得ルノミナラス控訴人大吉ハ上叙ヨシニ豊治ノ右債務ニ付
 キ連帯保證ヲ約シタルコトヲ認メ得ヘシ云々ノ判示アリ此判示ニ依レハ大正元年八
 月十五日上告人村上ヨシエ對上告人間ニ藝妓稼業契約成立シ上告人村上ヨシエハ契
 約成立ノ日ヨリ十箇年間被上告人方ニ於テ藝妓稼業ニ從事スヘク其期間内ニ於ケル
 ヲシエノ衣食費及ヒ同人ノ技藝修習ノ費用ハ被上告人ニ於テ負擔スヘク之ニ對シテ
 高ノ理由ナキ退去逃走等ノ不當ノ所行アリタルトキハヨシエハ前借金二十圓ヲ法定
 ノ利息ヲ付シテ支拂フヘク又契約成立ノ日ヨリ所行ノ日ニ至ル迄ノヨシエノ技藝修
 習費並ニ食費ノ損害賠償トシテ一日金十二圓ノ割合ニ依ル金圓ヲ支拂ヒ向ホ其他ノ
 總テノ損害ヲ賠償スヘキコトヲ約束シタル事實明カニシテ此等ノ約束(前借金ニ關ス
 ル部分ヲ除ク)ハ其中ニ被上告人カヨシエノ衣食費及ヒ技藝修習費ヲ負擔スルコトノ
 約束アレトモ主トシテヨシエニ前示ノ如キ苛重ノ責任ヲ負ヘシメ依テ以テ十年間ヨ
 シエヲシテ藝妓稼業ヲ行ハシメンコトヲ目的トスルモノナレハ著シク同人ノ自由ヲ
 拘束スルモノト謂フヘク從テ此等ノ約束ヲ内容トスル本件ノ藝妓稼業契約ハ民法第
 九十條ニ依リ無効タルヲ免レズ然レハ則テ其契約ノ履行ヲ目的トスル上告人村上ヨシ
 治對上告人間ノ契約及ヒ藝妓稼業契約上ノ債務ニ付キ上告人青柳大吉對被上告人間
 ニ成立シタル連帯保證ノ契約モ亦基本タル契約ノ無効ナル結果トシテ當然無効ナリ
 ト謂ハサルハカラス然レトモ原判決ノ認定セル前借金ニ關スル約束ハ金二十圓ヲ目
 的トスル純然タル消費貸借ノ意義ナリヤ將タ名義ハ貸借契約ナレトモ其眞意ハ藝妓
 稼業契約ノ實質ヲ構成シヨシエヲシテ藝妓稼業ヲ爲サシムル對價トシテ金二十圓ヲ
 授受シヨシエニ不當ノ所行アルトキハ損害賠償トシテ同額ノ金圓ヲ支拂ハシムル意
 義ナリヤ原判決ノ文意上明瞭ナリト謂フヲ得ス若シ其意義前者ナリトセハ被上告人
 ハ藝妓稼業契約ノ效力如何ニ關係ナク消費貸借上ノ權利ヲ主張シテ前借金ノ返還ヲ
 請求スルコトヲ得ヘシト雖モ其意義後者ナリトセハ少クトモ藝妓稼業ノ契約當事者

タルヨシエニ對シテハ無効ナリト謂ハサルヘカラス之ヲ要スルニ原判決ハ其認定シ
 タル藝妓稼業契約(前借金ニ關スル部分ヲ除ク)ヲ以テ有效ナリト判示シタル違法アル
 ノミナラス前借金ニ關スル約束ニ付キヤハ重責不明ニレテ結局理由不備ノ違法アル
 ヲ以テ到底破毀ヲ免レズ(大審院大正十年(オ)第四五五號同年九月二十九日民二部馬場裁判長大倉東見澤若各
 判事判決)

【關係事項】 破毀委員○原審官城控訴院○貸金並ニ損害賠償請求事件○上告人村上ヨシエ外二人訴訟代理人辯護士平山六之助
 被上告人泉修之助訴訟代理人辯護士高橋

【藝者ノ前借金ノ性質ニ關スル參照判例】

一 所謂藝妓營業ニ關スル契約ナリト認ムヘキ契約ノ重要ナル地位ヲ占ムル旨力之ニ依リテ得タル利益ノ幾分ヲ以テ消費貸
 借契約ニ基テ借入金ノ返済ニ充當セントスルニアルコト明カナルト共ニ右約旨ノ不履行アルトキハ右貸借ニ關スル期限ノ利益
 ナ失ヒ又週チ利息ヲ附スヘキ義務ヲ負ヒ且右消費貸借ト雖レテ尙藝妓營業ニ關スル契約ノ右約旨ノ不履行ニ付キ連帯金ヲ支
 拂フヘキ實質負擔セサルヘカラスモノナル場合ニ右藝妓營業ニ關スル契約ハ全ク之ト同時ニ締結セラレタル前記消費貸借ト
 互ニ一體不離ノ關係ニアリテ其運命ヲ共ニスヘキモノト謂ハサルヲ得ス(東京地方大正八年(一)第八三號同年二月十一日民五
 部判決本書八卷民法一五〇(一)頁)

二 當事者ノ一方カ金錢ノ給支ヲ受ケタル反對給付トシテ一定ノ期間藝妓稼業ヲ營マンコトヲ爲シタル場合ニ於ケル金錢ノ給付
 ト藝妓稼業トハ對價ト給付トノ關係ヲ保有シ二者相持テ契約ヲ組成スルモノナルカ故ニ其一方ニ於ケル給付ノ内容ノ不法ハ契
 約全體ヲ根柢ヨリ無効タラシムヘキモノトス(大阪地方判決明治三十九年法律新聞四〇八條)

【藝妓稼業契約ト公序良俗ニ關スル參照判例】

一 苛重ノ責任ヲ規定シテ債務者ヲシテ如何ナル事情アルモ解約等ヲ爲スノ餘地ナカラシメ依テ以テ契約期間内ハ必ス藝妓稼
 業ヲ爲サシメントスル契約ハ債務者ノ自由ヲ束縛スルモノニシテ公序良俗ニ反スル無効ノ契約ナリトス(大正四年一〇月一八
 日大審院判決本書第四卷民法八一九頁)

二 金錢ヲ借受ケタル債務者カ債權者ニ對シ債務返済ノ爲メ一定ノ期間内藝妓稼業ヲ爲シ其所得金ヲ舉ケテ債權者ニ交付スヘ
 ク若シ契約ニ違反シ年期限内廢業ヲ爲ストキハ元利金ヲ返還スルノ外尙ホ違約金過料トシテ一定ノ金額ヲ返済スルキコトヲ約ス
 ルカ如キハ身體ノ拘束ヲ目的トスル契約ニシテ無効ナリトス(大審院民事判決第三七號十輯一六八七頁)

三 契約期間中藝妓稼業ノ廢業ヲ爲ササルハ勿論身分ノ變更ヲ來スヘキ行爲ヲ爲ササルヘク若シ之ニ違約スルトキハ即時違

約金ヲ支拂フヘキ旨ノ契約ハ公序良俗ニ背反スルモノナルヲ以テ無効トス(大正四年六月七日大審院判決本書第四卷五〇四頁)
 四 所謂竊妓營業ニ關スル契約ノ約旨カ乙(一)三ヶ年甲ノ指揮ニ從ヒ甲方ニ於テ竊妓營業ヲ爲ス(二)右期間内(甲)ノ承諾ヲ得サレハ一日以上他出スルヲ得ス(三)自己ノ所有物ト雖モ總テ甲ニ預ケ置キ其承諾ヲクシテ之ヲ甲方ヨリ持出ササルコトノ債務ヲ負擔シ右ノ中其一ニテモ違反スルトキハ乙ハ消費貸借上ノ期限ノ利益ヲ失ヒ借入金ニ年一割五分ノ利息ヲ附シ尙其外ニ金百圓ノ違約金ヲ支拂フコトヲ約シタルモノナル場合ニハ右契約ハ不當ニ乙ノ身體財産ノ自由ヲ束縛シ且右契約期間中同人ニ對シ竊妓營業ヲ強要セントスルカ爲メ過當ノ負擔ヲ科シタルモノニ外ナラスシテ此ノ如キハ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スル不法無効ノ契約ト謂ヘサルヘカラス(東京地方大正八年(レ)第八三號同年二月一日民五部判決本書第八卷民法一五〇〇頁)
 五 或期間屆滿後業ヲ爲スニ當リ一定ノ金額ヲ受ケ其餘金ノ中ヨリ之ヲ辨濟スル約定ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トセルモノナリト云フヲ得ス(大正元年一月一日東京控訴院判決本書第一卷民法六四三頁)
 六 契約期間中廢休業ヲ爲ササルハ勿論身分ノ變動ヲ來スヘキ行為ヲ爲スコトヲ禁シ之ニ違背スルトキハ即時違約金ヲ支拂フヘキコトヲ約束セシムルカ如キハ人身ノ自由ヲ束縛目的トスルモノ即チ公序良俗ニ背反スルヲ以テ無効トス(大正三年三月二日長崎控訴院判決本書民法七四頁)

一五八

一一一 各當事者ハ相手方ノ主張シタル事實ニ對シ陳述ヲ爲ス可シ
 明カニ爭ハサル事實ハ原告若クハ被告ノ他ノ陳述ヨリ之ヲ爭ハントスル意思カ顯レサルトキハ自白シタルモノト看做ス
 不知ノ陳述ハ原告若クハ被告ノ自己ノ行為ニ非ス又自己ノ實驗シタルモノニモ非サル事實ニ限リ之ヲ許ス此場合ニ於テ不知ヲ以テ答ヘタ事實ハ争ヒタルモノト看做ス

當事者一方カ才判上爲シタル自白ノ取消ヲ爲スニハ必スシモ特ニ其自白ノ錯誤ニ出テタルコトヲ主張立證シ且取消ノ意志ヲ明示スルヲ要セス苟モ其自白ニ係ル事實ト相容レサル事實ヲ主張シ且其主張事實カ證明セラルルニ於テハ曩キニ爲シタル自白ハ錯誤ニ出タルモノトシテ之カ取消ヲ爲シタルモノト解スルヲ妨ケナキモノトス

【上告理由】 假リニ被告上告人ノ原審訴訟代理人カ其後前ノ供述ニ反スル即チ自白ノ趣旨ニ反スル供述ヲ爲シタリトス

【關係事項】 上告棄却○原審大阪控訴院○不動産買戻請求事件○上告人吉川政次郎訴訟代理人辯護士梅山惠被上告人向山吉吉
 【訴訟行為ノ取消ニ關スル參照學說判例】
 本卷民訴二四五頁四六九頁

モ此レ彼此矛盾スル申立ヲ爲セルニ過キス之カ爲ニ自白ハ其效力ヲ失フモノニアラス唯先キノ自白カ錯誤ニ出テタルノ故ヲ以テ之カ取消ヲ申立テタル場合ニ於テハ其錯誤ノ有無ハ素ヨリ原審認定權ノ範圍ニ屬スト雖モ先ノ自白ノ錯誤ナルコトノ申立人ハ其取消ノ申立アルコトヲ唯後ニ自白ニ反スル供述アリタルニ過キサル場合ニ於テハ法律上自白ノ效果ニハ何等影響スル處ナシ然ルニ原審(一)川上曩ノ供述ハ之ヲ取消シタルモノト認ムヘク其供述カ訴訟代理人ノ錯誤ニ出テタルモノナルコトハ甲第三號證ノ記載ニ明ナリト被告申立ナキニ拘ラス擅ニ取消シタリト云ヒ錯誤ニ出テタルモノナリト云フハ民事訴訟法第二三條ノ法則ニ違反シ又自白ノ法則ヲ無視セル違法アリ

【判決理由】 然レトモ當事者一方カ裁判上爲シタル自白ノ取消ヲ爲スニハ必スシモ特ニ其自白ノ錯誤ニ出テタルコトヲ主張立證シ且取消ノ意思ヲ明示スルヲ要セス苟モ其自白ニ係ル事實ト相容レサル事實ヲ主張シ且其主張事實カ證明セラルルニ於テハ曩キニ爲シタル自白ハ錯誤ニ出タルモノトシテ之カ取消ヲ爲シタルモノト解スルニ妨ケナキモノトス本件ニ於テ被告上告人ノ訴訟代理人カ前第二審ノ口頭辯論ノ際被告上告人ハ供述前ニ現金ヲ上告人ニ提供シテ之カ受領ヲ求メタルコトヲ陳述シタルモ其後之ト相容レサル事實ヲ主張立證トシテ甲第三號證ヲ提出シタルコト及ヒ同號證ニハ其後ノ主張ト同旨趣ノ記載アルコト記載上明白ナルニヨリ原院カ「控訴人(被上告人)ノ訴訟代理人カ前第二審ノ口頭辯論ニ於テ控訴人カ供述前ニ現金ヲ提供シテ受領ヲ求メタルコトヲ陳述シタルコトハ其調書ノ記載ニヨリ明カナレトモ其後之ニ反スル供述ヲ爲セル以上曩キノ供述ハ之ヲ取消シタルモノト認ムヘク其供述カ訴訟代理人ノ錯誤ニ出タルモノナルコトハ甲第三號證ノ記載ニ明ナリト被告上告人ハ何モ相當ニシテ毫モ所論ノ如キ違法アルモノニアラス依テ本論旨ハ理由ナシ(大審院大正十年(オ)七九二號同年十一月二日民三部松岡裁判長谷川憲淵橫村成道各判例判決)

【裁判上ノ自由ノ意義ニ關スル參照學說判例】

一 自由トハ請求ノ原因タル可キ訴訟相手方ノ事實上ノ陳述ハ眞實トノ原告若クハ被告ノ陳述ヲ云フ即チ保争ノ事實ハ相手方
陳述ノ如ク確定セラレタリトノ意思表示ニ外ナラス(法學博士高木博士三氏民事訴訟法論二九六頁)
二 裁判上ノ自由ハ當事者ノ一方カ自己利益ナル事實ヲ主張シタル後ニ至リ他ノ一方カ裁判所ノ之ヲ認ムルコトヲ承認スル意
思ヲ表示スルニ依リテ成立スルヲ通常トス(法學博士仁井博士田博氏民事訴訟法要論上卷二四二頁)
三 自由トハ當事者ノ一方カ自己ニ不利ナル陳述ヲ爲シ若クハ相手方カ陳述シタル事實ニシテ自己ニ不利ナルモノヲ然リ
トスル陳述ヲ云フ裁判上ノ自由トハ現在ノ訴訟ノ進行中口頭辯論期日又ハ受命判事若クハ受託判事ノ面前ニ於テ當事者ノ一方
カ自己ニ不利ナル眞實ナリトスル陳述ヲ云フ(法學博士高木博士三氏民事訴訟法論下卷八〇三頁)
四 自由ハ訴訟當事者カ自己ノ爲メ不利ナル結果ヲ生スヘキ事項ヲ承認スルヲ謂フ約言セハ相手方ノ事實上ノ陳述ニシテ自
己ノ不利ナルモノヲ眞實ナリト告白スルヲ謂フ(法學博士板倉松太郎氏民事訴訟法論八八頁)
五 自由トハ相手方ノ主張スル事實ニシテ自己ノ權利上ニ不利ナルモノヲ眞實ナリトスルコトヲ承認スル意思表示ナリ(法
學博士岩田一郎氏民事訴訟法原論二七五頁)
六 自由トハ相手方ノ爲シタル事實上ノ主張ヲ眞實ナリトスル意思表示ナリ裁判上ノ自由トハ受託裁判所ノ口頭辯論ニ於テ受
命判事又ハ受託判事ノ面前ニ於テ相手方ノ主張ノ自己ニ不利ナル事實ヲ其訴訟ニ於テ眞實ナリトスル一方ノ意思表示ナリ(法
學博士岩本勇次郎氏民事訴訟法一〇二頁)
七 自由トハ相手方ノ主張シタル事實カ證據ヲ要セスシテ眞實ナリトノ陳述ヲ謂フ(法學博士横田五郎氏民事訴訟法第一八
二頁)
八 裁判上ノ自由ハ訴訟當事者ノ一方カ相手方ニ於テ其利益ノ爲メニ主張シタル事實ニ付キ之ヲ眞實ナリト認ムル意思表示ナ
リトス故ニ相手方ノ主張シタル事實ニ非サル當事者ノ一方ノ事實上ノ主張又ハ當事者自方ノ事實上ノ主張ニシテ相手方カ之ヲ
辯駁スル爲メニ設ケタル假定論ニ照應スルモノノ如キハ自由ヲ以テ目スヘキモノニ非ス(大審院大正七年八月六日民一部判決
本書第七卷民訴四〇二頁)
九 裁判上ノ自由トハ訴訟ニ於テ當事者ノ一方カ相手方ノ主張スル事實ニシテ自己ニ不利ナルモノヲ眞實ナリトシテ承認ス
ル積極的行爲ヲ謂フモノトス(大審院大正四年九月九日判決民事三部民事判決第二一〇一頁)
一〇 自由ハ相手方カ其利益ノ爲メニ主張シタル事實ヲ眞實ナリトスル觀念ノ表示ナレハ自己ノ利益ノ爲メニ主張シタル事實ノ
陳述ヲ以テ自由ナリトスルヲ得ス(大審院(オ)第九二一號同年四月七日判決本書第四卷民訴三四九頁)
一一 裁判上ノ自由トハ相手方カ主張スル事實ヲ眞實ナリトノ裁判所ニ對シテ表示スルモノナルヲ以テ當事者カ裁判所ニ於テ
證據ノ成立ヲ承認スルハ裁判上ノ自由ニ外ナラス(大審院大正元年二月一日民事一部判決民事判決第一八〇三三五頁)
一二 自由ハ事實上ニ非スル相手方ノ陳述ニ一致シテ承認スルモノナリ(東京控訴院大正元年二月二八日判決本書第二卷民事三一頁)
陳述ニ一致シテ承認スルモノナリ(東京控訴院大正元年二月二八日判決本書第二卷民事三一頁)

【自由取消撤回ノ要件ニ干スル參照學說判例】

一 獨逸訴訟法第二六三條ニ據レバ假令其反證ヲ舉ケテ自由ノ不實ヲ證スルモ而カモ其錯誤ニ出テタルコトヲ證スルニ非サレ
ハ其效力ヲ失ハサルモノト爲ス我民法第三六條第二項ニ於テモ事實ノ錯誤アルトキハ之ヲ取消スコトヲ得ルモノト爲ス今日實
際ニ行ハル所亦然リ蓋シ錯誤ノ理論ニ因テ之ヲ取消スルハ原來眞正ノ自由ニ非スト云フ外アラズ而シテ自由ノ之ヲ爲シタル
モ其事實ハ眞實ニ非スト云フモノト同シカラス後ノ場合ニ於テハ假令其不實ヲ證明スルトキト雖モ自由ノ效力ニ影響ナシ蓋シ
當事者ノ處分權ニ基キ一旦事實確定ノ意思ヲ表示スル以上ノ自由ハ眞實ニ非スルモノト雖モ眞實ニ非スルモノト雖モ眞實ニ非スル
非アレトモ義務ヲ認諾スルモノハ申立ニ依リ認諾判決ヲ爲スト一般ニシテ畢竟當事者ノ權利ヲ重んズルモノト謂フ可キナリ
(法學博士高木博士三氏民事訴訟法論五一五頁)
二 裁判上ノ自由ハ之ヲ爲シタル當事者ノ意思ニ依リテ其取消ヲ爲スコトヲ得サレムモノナリ然レ共相手方ノ承諾アル
トキハ此限ニ在ラス蓋シ裁判上ノ自由ニ付キ利益ヲ有スルモノハ相手方ナルヲ以テナリ又裁判上ノ自由カ當事者ノ代理人又ハ
相手方若クハ其代理人ノ犯罪ニ基キトキハ之ヲ取消スコトヲ得ルモノトス然レ共錯誤ニ基キテ之ヲ取消スコトヲ得サルモノト
謂フヘシ(法學博士仁井博士田博氏民事訴訟法要論上卷二四二頁)
三 裁判上ノ自由ハ眞實ニ反シテ錯誤ニ出テタル場合ニ限リテ之ヲ撤回スルコトヲ得タル明文ノ存スル法制ノ下ニ於テハ因
テ其明文ニ依リテキナリト雖モ斯ル明文ナキ現行法ノ下ニ於テハ他ノ事實ノ陳述ニ於ケル等シク自由ノ陳述モ亦之ヲ撤回
シ得ルモノト解スルヲ至當トスヘシ 法學博士維本明造氏判例批評第一卷四六〇頁)
四 推定自由ハ當事者ニ於テ之ヲ追完スルヲ得ヘシト雖モ明示ノ自由ハ錯誤ニ基キコトヲ理由トスルニ非サレハ取消スコトヲ
得サルモノトス(法學博士岩田一郎氏民事訴訟法學論三八八頁)
五 推定自由ニ依リ事實ハ其當事者ニ於テ更ニ之ヲ争フコトヲ得ルトモ民訴二五五條四一二條明示ノ自由ハ錯誤ニ出テタルコ
トヲ理由トスルコトニ限リテ之ヲ取消スコトヲ得ルニ過カス(改正案三一五條獨民訴二九〇條參照)(法學博士岩本勇次郎氏民事訴
訟法第二編一〇四頁)
六 當事者ノ主張ノ原則トシテ法律狀態ノ存否ニ關スル觀念ノ通知ナリ果シテ當事者ノ主張ニヨリ眞實ナリトノ確信ヲ生スル
ヤ又ハ當分信スヘシトナスヤ若クハ全然信スルニ足ラサルモノトナスヤハ各場合ノ事情ニヨリテ定マルト同時ニ當事者カ其主張
ヲ取下又ハ變更シタル場合換言スルニ新ナル表示ニヨリテ前爲サレタル表示ノ眞實ニアラサルコトヲ主張シ又ハ以前爲シ
タル表示ハ其主張ノ眞偽ニ論ナク最早訴訟材料トナササル旨ノ表示ナルトキ問ハス始メ爲サルタル當事者ノ主張ニヨリ既ニ蓋

起シタル裁判所ノ心證カ後ノ表示ニヨリ全部又ハ一部其效果ヲ滅却スルヤ否ヤハ各場合ノ事情ニヨリ定マリ當事者カ以前ノ主張ト反對ナル事實ヲ眞實ナリト主張スル場合ニアリテモ尙ホ先ニ主張シタル事實ニヨリ惹起シタル心證カ訴訟ノ裁判ニ影響ヲ及ホスコトアルハ勿論ナリト云ハサルヘカラス

如上ノ原則ハ主張ノ種類ニヨリ異ナルコトナク又原告ノ主張タルト被告ノ答辯タルトニヨリ差異アルコトナシ而シテ我國法ニ在テハ主張カ自由ナル場合ニ於テモ同様ナリトセサルヘカラス(法學士細野長民氏民訴法第一編大正六年中大講二八〇頁)

七 明示ノ自由ヲ得ルモノト主張スル者ノ一方カ爲シタル自由ノ取消ヲ爲スニハ必スシモ明ニ其自由ノ錯誤ニ出テタルコトヲ主張シ且特ニ之カ立證ヲ爲スコトヲ要セス苟モ其自由ニ係ル事實ノ相容レサル事實ヲ主張シ且其主張事實カ證明セラルルニ於テハ先ニ爲シタル自由ハ自ラ暗黙ニ取消サレタルモノト解スルヲ妨ケサルモノトス(大審院大正九年(オ)第二六四號同年四月二四日民三部判決本書九卷民訴二二頁)

八 裁判上自由ヲ爲シタル場合ニ於テ其自由ニ係ル事實カ眞實ニ適セス且ツ自由カ錯誤ニ出テタルコトヲ證明スルニ於テハ自由者ヘ之ヲ取消シ得ヘキモノトス(大審院大正三年(オ)第九六五號同年九月二五日民三部判決本書第四卷民訴二八五頁)

九 取消ス可ラサル自由ハ當事者ノ爲シタル明示ノ自由ニ限ルモノニシテ民事訴訟法第一一條ニ依ル自由ハ取消スヘカラサルモノニ非ス(同上明治四五年三月九日判決)

一〇 凡ソ裁判上ノ自由ノ撤回ハ自ラセラレタル事實カ眞實ニ吻合セサルヤト及ヒ自由カ誤リテ爲サレタルコトヲ立證セサル限り無効ナルモノトス(東京控訴院大正八年一月三日判決)

一一 當事者ノ一方カ其自由カ錯誤ニ基クコトヲ理由トシテ之ヲ取消スモ他ノ證據ニヨリテ自由カ錯誤ニ出テタル事實ヲ認ムルニ足ラサルトキハ其取消ハ故ナキモノトス(東京地方大正五年九月二〇日判決本書第五卷民訴八六四頁)

一二 第一審ニ於テ爲シタル自由カ錯誤ニ基クモノナルトキハ第二審ニ於テ之ヲ有效ニ取消シ得ヘキモノトス(名古屋地方大正五年一〇月二三日判決本書第五卷民訴四一五頁)

一三 錯誤ニ出テタルモノニ非サル限リハ既ニ爲シタル一定ノ裁判上ノ自由ヲ取消スコトヲ得ス(大阪地方大正二年(ウ)第三九五號民三部判決本書第八卷民法一三三頁)

判示ニ左擔ヌ自由ノ取消(撤回)ハ必スシモ明示ノ取消ニ限ルヘキモノニアラスシテ點示ノ取消ニテモ可ナルコト吾人ノ既ニ論シタル所ナリ評論九卷民訴二二四頁)

八三三 第三者カ原告及ヒ被告ノ共謀ニ因リ第三者ノ債權ヲ詐害スル目的ヲ以テ判決ヲ爲サシメタリト主張シ其判決ニ對シ不服ヲ申立ツルトキハ原狀回復ノ訴ニ因レル再審ノ規定ヲ準用ス

民事訴訟法第四八三條ノ訴ハ其訴ヲ爲サントスル者即チ第三者ノ債務者カ共同擔保タル自己ノ財産ヲ減少シ債務ノ辨濟ヲ薄弱ナラシムル目的ヲ以テ相手方ト共謀シテ財産上ノ所訟ヲ爲シ故ラニ敗訴ノ判決ヲ得タル場合ニ於テ之ヲ起スコトヲ得ヘキモノト解スルヲ相當トス

其訴訟ノ原告又ハ被告ト債權債務ノ關係ナキ者ハ民事訴訟法第四八三條ノ訴ヲ起スコトヲ得サルヲ以テ第三者ノ債務者ニ非サル者カ他人ト共謀シ第三者ノ相續權及ヒ之ニ伴フ財産權ヲ詐害スル目的ヲ以テ敗訴ノ判決ヲ受テタリトスルモ其第三者ハ同條ノ訴ニ依リテ其判決ニ對シ不服ヲ申立ツルコトヲ得サルモノトス

【上告理由】 原判決ハ法則ヲ不當ニ解釋シタルノ違法アリ即チ判決表示ニ依レハ「民事訴訟法第四八三條ニ依リ第三者カ原狀回復ノ訴ニ因レル再審ノ規定ニ準據シテ他人間ニ言渡サレタル判決ニ對シ不服ヲ申立ツルコトヲ得ルハ第三者ノ債務者カ他人ト共謀シ第三者ノ債權ヲ詐害スル目的ヲ以テ敗訴ノ判決ヲ受ケ因テ以テ債權者ノ共同擔保ヲ減少シ債權者ヲシテ其債權ノ満足ヲ受クルコト能ハサルニ至ラシメタル如キ場合ニ限リ即チ同條ノ所謂第三者ノ債權トハ第三者カ詐害者ノ一方ニ對シテ有スル對人ノ請求權ヲ指スモノニシテ控訴人主張ノ如ク況ク第三者ノ財産權ヲ指セルモノニ非サルナリ從テ第三者ノ債務者ニ非サル者カ他人ト共謀シ第三者ノ財産權ヲ詐害スル目的ヲ以テ敗訴ノ判決ヲ受ケタト云フカ如キコトヲ理由トシテ第三者ヨリ該判決ニ對シ不服ヲ申立ラ爲スカ如キハ同條ノ詐ササル所ナリトス」ト謂フニアルモ民事訴訟法第四八三條ノ規定前段ニ「明カニ第三者カ原告及被告ノ共謀ニヨリ第三者ノ債權ヲ詐害スル目的ヲ以テ判決ヲ爲サシメタリト主張云々トアリテ債權其モノニハ敢テ債權債務ノ關係ニアル相對的ノモノニ限定シタルノ規定ナリト解スヘキニアラス單ニ第三者ノ債權ヲ詐害スル云々ノ法文ニヨリ廣ク他人ノ一般債權ヲ詐害スルノ目的ニ出テタル場合ヲモ包括セルモノナリト解スルヲ相當ト信ス蓋シ債權其自身ハ乃チ一種ノ財産權ニシテ財産權ノ侵害ハ即チ債權侵害ノ行爲ナレハナリ然レハ同法條ノ債權詐

害ノ文字 廣ク財産權上ノ侵害ヲ包含スルモノニシテ...

【判決理由】 然レトモ債務者カ債權者ノ債權ヲ...

明治三十八年(オ)第一九四號同年六月三十日當院判決參照...

【關係事項】

本卷民訴二六二頁

判旨ニ左擔ス(本卷民訴二六四頁)

二三六 判決ハ左ノ諸件ヲ掲クヘシ

第一 當事者及其法律上代理人ノ氏名職業及住所
第二 事實及争點ノ摘示但其摘示ハ當事者ノ口頭演述ニ基キ殊ニ其提出シタル申立ヲ表示レテ之ヲ爲ス
第三 裁判ノ理由
第四 判決主文

第五 裁判所ノ名稱裁判ヲ爲シタル判事ノ官氏名

五四九 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若クハ引渡ヲ妨クル權利ヲ主張スルトキハ訴ヲ以テ其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ニ正當ナリトセサル時ハ債權者及債務者ニ對シテ之ヲ主張スヘシ

右ノ訴ヲ債權者及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共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

強制執行ノ停止及ヒ既ニ爲シタル執行處分ノ取消ニ付テハ第五百四十七條及第五百四十八條ノ規定ヲ準用ス但執行處分ノ取消ハ保證ヲ立テシメスシテ之ヲ爲スコトヲ得
民法七〇九 故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責任ス

甲カ執達吏ニ委任シ乙ノ所有トシテ差押ヲ爲シタル木炭四百俵ハ丙ノ所有ナルヲ以テ丙ハ甲ニ對シ強制執行異議ノ訴ヲ提起シタルニ拘ラス甲ハ其過失ニ因リテ丙ノ所有ナルコトヲ争ヒ甲敗訴ノ判決確定後ニ至ルマテ其差押ヲ繼續シタルヲ以テ之カ爲メ被リタル損害ノ賠償ヲ求ムル爲メニハ丙ノ提起シタル強制執行異議訴訟ニ敗訴シタル事實ノミヲ判示スルヲ以テ足レリトセス須ラク甲ニ於テ其差押物件所在ノ場所其他執行當時ノ狀況等ニ徴シ普通人ノ爲スヘキ注意ヲ爲シタルニハ其行爲ノ不當ニシテ從テ丙カ異議ノ訴訟ヲ提起シタルハ當然ノ措置ナルコトヲ覺知シ其差押ヲ解除シ得タルニ拘ラス注意ヲ怠リ遂ニ敗訴ノ判決

確定ニ至ルマテ差押ヲ持續シ爲メニ丙ニ損害ヲ被ラシメタル事實ヲ説示セザルヘカラサルモノトス

因テ記録ヲ査スルニ原審ニ於ケル被上告人ノ主張ハ上告人カ執達吏ニ委任シテ訴外菊池又助ノ所有トシテ差押ヲ爲シタル木炭四百俵ハ被上告人ノ所有ナルヲ以テ被上告人ハ上告人ニ對シ強制執行異議ノ訴ヲ提起シタルニ拘ラス上告人ハ其過失ニ因リテ被上告人ノ所有ナル事ヲ争ヒ上告人敗訴ノ判決確定後ニ至ルマテ其差押ヲ繼續シタルヲ以テ之カ爲メ被リタル損害ノ賠償ヲ求ムト云フニ在リテ斯ノ如キ場合ニ上告人ニ過失アリトシ之ニ不法行爲ノ責任ヲ負擔セシメントスルハ單ニ上告人カ被上告人ノ提起シタル強制執行異議ノ訴訟ニ敗訴シタル事實ノミヲ判示スルヲ以テ足レリトセス須ラク上告人ニ於テ其差押物件所在ノ場所其他執行當時ノ狀況等ニ徴シ普通人ノ爲スヘキ注意ヲ爲シタルニハ其執行ノ不當ニシテ從テ被上告人カ異議ノ訴訟ヲ提起シタルハ當然ノ措置ナルコトヲ覺知シ其差押ヲ解除シ得タルニモ拘ハラズ注意ヲ怠リ遂ニ敗訴ノ判決確定ニ至ルマテ差押ヲ繼續シ爲メニ被上告人ニ損害ヲ被ラシメタル事實ヲ説示セザルハカラス然ルニ原裁判所ハ事故ニ出テス單ニ上告人カ右異議ノ訴訟ニ敗訴シタルノ一事ヲ以テ輕ク過失アリト認定シ之ニ對シテ不利益ノ判決ヲ爲シタルハ結局理由不備ノ不法アルモノ(大審院大正十年(オ)第四九二號同年十月二十二日民三部松岡裁判長谷川瀧村成道各判事判決)

【關係事項】 破毀差戻(原審秋田地方裁判所)損害賠償請求事件○上告人門脇省高訴訟代理人辯護士高野雄雄被上告人森澤善吉訴訟代理人辯護士龜山要

五九八 金錢ノ債權ヲ差押フ可キトキハ裁判所ハ第三債務者ニ對シ債務者ニ支拂ヲ爲スコトヲ禁シ又債務者ニ對シ債權ノ處分殊ニ其取立ヲ爲スコカラサルコトヲ命令ス可シ差押命令ハ職權ヲ以テ第三債務者及ヒ債務者ニ之ヲ送達シ

又債権者ニハ其送達シタル旨ヲ通知ス可シ
 差押ハ第三債務者ニ對シテ送達ヲ以テ之ヲ爲シタルモノト看做ス
 六〇〇 差押ハタル金銭ノ債權ニ付テハ差押債権者ノ選擇ニ從ヒ代位ノ手續ヲ要セスシテ之ヲ取立ツル爲メ又ハ支拂ニ換ヘ券面額ニテ差押債権者ニ之ヲ轉付スル爲メ命令アラントテ申請スルコトヲ得
 右命令ノ送達ニ付テハ第五百九十八條第二項ノ規定ヲ準用ス
 六〇一 支拂ニ換ヘ券面額ニテ債權ヲ轉付スル命令アル場合ニ於テハ其債權ノ存スル限り第五百九十九條第二項ノ手續ヲ爲スニ因リ債務者ハ債權ノ辨濟ヲ爲シタルモノト看做ス
 七五四第一項 假差押命令ニ於テ定メタル金額ヲ供託シタルトキハ執行裁判所ハ執行シタル假差押ヲ取消ス可シ

同一債權ニ對シ數個ノ差押命令發令シタル場合ニ於テ其差押債権者ノ一人乃差押債權ニ對シ優先權ヲ有セザル以上其轉付命令ハ何等ノ效果ナク從テ差押債權轉付ノ效力ヲ生セザルモノトス
 假差押執行取消ノ爲メ債務者ノ供託シタル供託金債權ニ付キ假差押債権者ハ假差押目的物ニ對シ優先權ヲ有セザリシトキハ右執行取消ノ爲メニ假差押物件ニ代リタル供託金債權ニ對シテモ何等ノ優先權ヲ有セザルモノトス

控訴人カ訴外加藤虎松ニ對シテ貸金債權二千二百餘圓ノ執行保全ノ爲メ大正七年一月一日同人所有ノ有體動産ニ對シテ假差押ノ執行ヲ爲シタルトコロ右處於該執行取消ノ爲メ前記假差押債權額ト同額ノ金員ヲ中央金庫ニ供託シタルヲ以テ右假差押ハ其執行ヲ取消シタル事實及其後控訴人ハ右虎松ノ前記供託金債權ニ對シ本件差押及轉付命令ヲ申請シ該命令ハ大正九年一月二〇日執行レモ第三債務者タル中央金庫ニ送達セラレタルトコロ之ヨリ大正八年一月一月中訴外藤井勘三郎ハ右虎松ニ對シテ貸金債權ノ執行トシテ同人ノ前示同一供託金全債權ニ對シテ差押命令及取立命令

ヲ申請シ該命令ハ執行レモ前記第三債務者ニ送達セラレタル事實ハ當事者間ニ爭ナレ然ラハ控訴人ノ本件差押命令ハ前記藤井勘三郎ノ差押命令ト同一供託金債權ニ付キ競合セルモノト謂フヘク如ク同一債權ニ對シ數個ノ差押命令ノ競合アリタル場合ニ於テハ偶控訴人カ右差押債權ニ對シ本件轉付命令ヲ得テ其送達ヲ完了シタルトスルモ苟クモ自己カ該差押債權ニ對シ優先權ヲ有セザル以上ハ其轉付命令ハ何等ノ效果ナク從テ差押債權轉付ノ效力ヲ發生セザルモノト解スルニ妥當トモ然リ而シテ本件差押ニ係ル前記供託金債權ハ前叙ノ如ク控訴人カ爲シタル假差押ノ執行ノ取消ノ爲メ右債務者タル加藤虎松ヨリ供託シタルモノナルモ控訴人ハ各假差押ノ執行ニ依リ當然右供託金債權ニ對シ何等ノ優先權ヲ取得セザルハ勿論ニシテ而モ控訴人カ該假差押執行ノ目的物タル有體動産ニ對シ優先權ヲ有スルコトハ其主張タモセサルトコロナルヲ以テ右執行取消ノ爲メ前記假差押物件ニ代リタル本件供託金債權ニ對シテモ何等ノ優先權ヲ有セザルモノト論斷セザルヲ得ス然ラハ控訴人ノ本件轉付命令ニ何等債權轉付ノ效果ヲ發生セザルヲ以テ假令其後被控訴人等カ控訴代理

人主張ノ如ク各自配當要求ノ申立ヲ爲シ之ニ基キ本件配當表カ作成セラレタリトスルモ右配當要求ハ執行レモ有效ニシテ之ニ基キ本件配當表モ亦正當ナリ從テ控訴人カ右轉付命令ノ有效ナルコトヲ前提トシテ被控訴人等ノ前示配當要求ノ無効ヲ云爲シ本件配當表ノ更正等ヲ訴スル本件異議ハ到底失當タルヲ免レス依テ本件控訴ハ其理由ナシ(東京控訴院大正一〇年(ホ)第三七五號同年一月一七日民二部三審裁判長水口竹内各判事判決)
 【關係事項】 控訴棄却○配當異議控訴事件○控訴人夏月嘉之吉訴訟代理人辯護士真野弘之被控訴人堀内久一外三名訴訟代理人辯護士所屬置
 【同趣旨判例】
 現金ノ供託ヲ受ケタル金庫ハ右供託金ニ對シ供託金受領書及供託物拂渡請求書ヲ提出シタル者アル場合ニ於テ執行裁判所ヨリ其者ニ對シテ差押命令及轉付命令ノ送達アリタル以上此者ニ對シテ拂渡スヘキ義務アルモノトス

假差押取消ノ爲メニシテ供託金ハ假差押ノ目的物ニ代ルモノナルヲ以テ假差押債権者タリシ者ハ該供託金ノ返還請求權ニ對シテ假差押ヲ爲シタルト同一ノ效果ヲ生ズルモノトス
 供託金返還請求權ニ付キ差押適合スル場合ニ發セラレタル轉付命令ハ右返還請求權ニ對スル優先權者カ得タル場合ノ外其效力ナキモノトス(東京地方大正八年(ワ)第六七六號同年九月八日民三部判決本書八卷四七九頁)

判旨ハ正當ナリト考フ蓋シ我民事訴訟法ハ差押質權主義ヲ採ラス差押配當主義ヲ採リ差押ニ優先的效力ヲ認メサルノミナラス差押アリタルトキハ債務者ノ處分權ハ禁止セラレハノミナラス裁判所ト雖モ此差押ト矛盾スル裁判ヲ爲シ得サルモノト謂ハサルヘカラスアルヲ以テ債權差押ノ競合アリタルトキハ優先權ヲ有スル債權者ニアラサル限リ轉付命令ニ依リ債權ノ讓受ヲ爲シ能ハサルモノト謂ハサルヘカラス

又假差押執行取消ノ爲メ債務者ノ供託シタル供託金債權ハ假差押物件ニ代ルモノニシテ擔保タル效力ヲ認メサルヲ相當トスヘク且ツ假差押モ差押ト同シク優先的效力ナキモノナレハ假差押債權者ハ右供託金債權ノ上ニ優先權ヲ有セサルモノト解スルヲ相當ト信ス

(一六二)

一九〇 訴ノ提起ハ裁判所ニ差出シテ之ヲ爲ス
 此訴狀ニハ左ノ諸件ヲ具備スルコトヲ要ス
 第一 當事者及裁判所ノ表示
 第二 起シタル請求ノ一定ノ目的物及其請求ノ一定ノ原因
 第三 一定ノ申立

此訴狀ハ準備書面ニ關スル一般ノ規定ニ從ヒ之ヲ作リ且裁判所ノ管轄カ訴訟物ノ價額ニ依リ定マル場合ニ於テ訴訟物カ一定ノ金額ニ非サルトキハ其價額ヲ掲ク可シ

五二二 執行文ノ付與ニ對シ債務者カ異議ヲ申立タルトキハ其執行文ヲ付與シタル裁判所書記ノ屬スル裁判所之ヲ裁判ス

裁判長ハ其裁判前ニ假處分ヲ爲スコトヲ得殊ニ保證ヲ立テシメ若クハ之ヲ立テシメシテ強制執行ヲ一時停止シ又ハ保證ヲ立テシメ強制執行ヲ續行ス可キヲ命スルコトヲ得

五四四 強制執行ノ方法又ハ執行ニ際シ執達吏ノ遵守ス可キ手續ニ關スル申立及ヒ異議ニ付テハ執行裁判所之ヲ裁判ス又執行裁判所ハ第五百二十二條第二項ニ定メタル命令ヲ發スル權ヲ有ス

執達吏カ執行委任ヲ受クルトキ拒ミ若クハ委任ニ從ヒ施行行爲ヲ實施スルコトヲ拒ミタルトキ又ハ執達吏ノ計算セシ手数料ニ付異議アルトキハ執行裁判所ハ之ヲ裁判ス

五四五 第一項 判決ニ因リテ確定シタル請求ニ關スル債務者ノ異議ハ訴ヲ以テ第一審ノ受訴裁判所ニ之ヲ主張ス可シ

五四六 前條ノ規定ハ第五百十八條第二項及ヒ第五百十九條ノ場合ニ於テ債務者カ執行文付與ノ際證明シタリト認メラレタル事實ノ到來ニシテ此ニ因リ判決ノ執行ヲ爲シ得ヘキモノヲ争ヒ又ハ認メラレタル承認ヲ争フトキハ亦之ヲ準用ス但此場合ニ於テ第五百二十二條ノ規定ニ從ヒ執行文ノ付與ニ對シ異議ヲ申立ツル債務者ノ權ハ此カ爲ニ妨ケラルコト無シ

訴訟物ノ同一ヲ認識スヘキ標準ハ主體内容形成セラルヘキ法律上ノ效果並ニ發生事實ノ三者ヲ比較スルニ依リ之ヲ明ニスルコトヲ得ルモノトス

執行文付與ニ對スル異議ハ常ニ執行文付與ノ要件形式的要件タルト實質的的要件タルトヲ問ハスノ欠缺アルニ拘ラス執行文ノ付與セラレタル場合ニ限リ又請求異議ノ訴ハ常ニ請求權自體ノ存在ニ兩立セサル事情ノ存スルニ拘ラス債務名義ノ存スル場合ニ限リ理由アル者ニシテ兩者ハ互ニ兩立スルコトヲ得サルカ故ニ兩者ノ區別ノ標準ハ前者ハ執行文付與ノ要件ノ欠缺ヲ理由トシ後者ハ請求自體ニ關スル事由ヲ理由トスルモノナル點ニ見ルヲ以テ足ルモノトス

執行異議ニ於テ箇箇具體的執行々爲ノ排除ヲ求ムルカ如キハ訴ニ副ハサル申立ナリトス蓋シ具體的執行々爲ノ排除ヲ求ムルハ債務名義自體ノ執行力又ハ執行文ノ效力ニ關スル所ナク現ニ爲サレタル差押以下ノ執行行爲ヲ許ササル旨ノ宣言ヲ求ムルモノニシテ如斯ハ執行方法ニ關スル異議ニ依リ又ハ第三者ニ依リテノミ求メ得ヘキモノナレハナリ

一 執行文付與ニ對スル異議ハ第五二條ノ場合タルト第五四條ノ場合タルト同ハス債權者ノ執行文付與請求權ノ不當ニ認メラレタルコトニ對スル異議ニシテ請求異議ハ債務名義其モノノ執行力ヲ認ムルコトヲ不當トスル異議ナリ從テ共ニ執行力ノ排除ヲ目的トスト雖モ一ハ執行文付與ノ效力ヲ消滅セシメ從テ又債權者ノ執行實施請求權ヲ消滅セシムルヲ目的トシ他ハ債務名義ノ執行力從テ執行文付與請求權並ニ執行實施請求權ヲ消滅セシムルヲ目的トスル點ニ於テ異ナル故ニ兩者ノ區別ハ其訴訟物ヲ爲ス異議權從テ共同一ヲ認識スヘキ標準タル主體內容(形成セラルヘキ法律上ノ效果)並ニ發生事實ノ三者ヲ比較スルニ依リテ之ヲ明ニスルヲ得ヘシ而シテ此兩種ノ異議權ハ其主體ノ點ニ於テ差異ナク又其內容ニ於テモ債權者ノ強制執行實施請求權ヲ消滅セシムル點ニ於テ共通ナルカ故ニ兩者區別ノ主要ナル標準ハ其發生事實ニ在ルコトヲ知ル可シ今此等ノ異議權ノ發生事實ヲ見ルニ執行文付與ニ對スル異議權ハ執行文付與ニ付テノ形式的條件ノ欠缺ヲ理由トシ又ハ其實質的條件タル第五一八條第二項ノ條件ノ到來セザルコト若クハ第五一九條ノ場合ニ於テ承継ナキコトヲ理由トスル時ニ限リ認メラレタルモノナルカ故ニ(第五二二條)(第五四六條)其發生要件トシテハ(一)執行文ノ付與セラレタル事實及(二)執行文付與ニ付テノ形式的要件ノ欠缺セル各個ノ事實又ハ第五一八條第二項ノ條件ノ到來セザル事實若クハ第五一九條ノ場合ニ於テ承継ナキ事實ノ一ノ存スルコトヲ要シ又之ヲ以テ是ルモノト云ハサル可

テ(從テ債務名義ノ存在ヲ必要トセス)而シテ右事實中其實質的條件タル條件ノ不到來並ニ承継ナキコトノ事實ハ強制執行力正當ナル爲メノ實質的條件ナリト雖法律ハ之ヲ以テ執行文付與ノ條件トナシタルヲ以テ(第五〇二條)茲ニ實質的條件ノ欠缺カ異議權發生ノ一事實タルニ至レルモノニシテ敢テ之ヲ以テ唯一ノ例外ト見ルノ必要ナキナリ從テ執行文付與ニ對スル異議ニ在リテハ裁判所ノ審理範圍ハ執行文付與機關(又從テ時ニ裁判長)執行文付與ニ際シテ假リニ決シタル執行文付與條件ノ存在如何ノ點ニ限ラレ請求自體ノ存否ニ及フテ得ズ訴訟ノ裁判ハ亦債務者ヲレテ更ニ請求異議ヲ爲スノ妨ダラサルノミナラス債權者モ亦其條件ヲ充ストキハ更ニ執行文ノ付與ヲ求ムルコトヲ得ヘシ從テ又債權者ニシテ執行文付與ノ訴(第五二一條)ニ依リテ其付與ヲ受ケ又ハ債務者ニシテ執行文付與ニ對スル異議ノ訴ニ於テ棄却ノ判決ヲ受ケタルトキハ更ニ執行文付與ニ對スル異議ヲ爲スコトヲ得サルモノト謂フヘシ次ニ請求ニ關スル異議權ハ債務名義ノ內容タル請求權自體カ存在セス又ハ存在權タルモ其消滅又ハ制限ヲ來スヘキ事情ノ生シタルコトヲ理由トシテ債務名義自體ノ執行ノ排除ヲ求ムルヲ內容トナスモノナルカ故ニ(第五四六條)(第五六〇條)(第五六二條)異議權ノ發生スル爲メニ(一)債務名義ノ存在シ而モ(二)其內容タル請求權自體ニ付キ其存在ト獨立セザル各個ノ事實例ハハ排濟猶取消ノ存スルコトヲ必要トシ亦之ヲ以テ是ルモノト謂フヘシ(從テ執行文ノ適法ニ付與セラレタルコトハ妨ケトナラス)債務名義カ判決ナル場合ニ於テハ第五四五條第二項ノ制限存シ公正證書ナル場合ニ於テハ其制限無シト雖モ(第五六二條第三項)之レ判決公正證書トカ既判力ヲ生シ得ヘキモノナルト否トノ差アルニ因ルモノニシテ債務名義カ公正證書ナルカ爲メ判決ナル場合ト異議權發生ノ事實ニ性質上ニ差アルコトナレ從テ此訴ニ於テハ受訴裁判所ノ審理ハ執行力ヲ有スル債務名義ノ存スルヤ否ヤノ點ニ限ラレ債務名義タル判決又ハ公正證書カ適法ニ言渡サレ又ハ作成セラレタルヤノ點ニ及ハス要之執行文付與ニ對スル異議ハ常に執行文付與ノ要件(形式的要件タルト實質的條件タルト)問ハスノ欠缺アルニ拘テハ執行

文ノ付與セラレタル場合ニ限リ又請求異議ノ訴ハ常ニ請求權自體ノ存在ニ兩立セザル事情ノ存スルニ拘ラス債務名義ノ存スル場合ニ限リ理由アル者ニシテ兩者ハ互ニ兩立スルヲ得サルカ故ニ兩者ノ區別ノ標準ハ前者ハ執行文付與ノ要件ノ欠缺ヲ理由トシ後者ハ請求自體ニ關スル事由ヲ理由トスルモノナルノ點ニ見ルヲ以テ是レナリ

二 請求ニ關スル異議ハ一定ノ債務名義ニ基ク強制執行ノ許ス可ラサル事ノ宣言ヲ求メ執行文付與ニ對スル異議ハ執行文ノ付與セラレタル正本ニ基ク強制執行ノ許ス可ラサル事ノ宣言ヲ求ムルモノナル點ニ於テ兩者異ナルト共ニ執行ノ排除ヲ目的シ債務者ノ有スル執行實施請求權ヲ消滅セシムルコトニ因リテ其目的ヲ達スルモノナルコトハ第五〇條第一號參照學說ノ認ムル所ニシテ執行異議ニ於テ箇々具體モ執行行為ノ排除ヲ求ムルカ如クハ訴ニ關ハサル申立ナリト謂ハサル可ラス蓋シ具體的執行行為ノ排除ヲ求ムルハ債務名義自體ノ執行力又ハ執行文ノ效力ニ關スル所ナク現ニ爲サレタル差押以下ノ執行行為ヲ許ササル旨ノ宣言ヲ求ムルモノニシテ如斯ハ執行方法ニ關スル異議(第五四條)ニ依リ又ハ第三者ニ依リテノミ(第五四條第五四四條)求メ得ヘキモノナレハナリ(法學博士山田正三氏法學論叢第六卷第六號一七八頁執行文付與ニ對スル異議ト請求ニ關スル異議トノ關係)要領)

請求ノ異議ノ訴ト執行文付與ニ對スル異議ニ關スル參照學說判例)

本卷民訴二一九頁

論旨概ネ妥當ナリト考フ吾人亦屢々論述シタルモノアリ參照ヲ乞フ(本書本卷民訴二二七頁)

(一六三)

二四四 判決ハ其主文ニ包含スルモノニ限リ確定力ヲ有ス

〔本訴ト確定判決ニ判示シタル所ト請求原因ヲ同フスルモ訴訟ノ目的物ヲ異ニス

從テ其請求ヲ異ニスルヲ以テ本訴請求ハ確定判決ニ基ク請求ナリト云フヲ得サルモノトス

判決ハ主文ニ包含スルモノニシテ主文ニ包含スルモノハ訴訟ノ目的タル權利又ハ法律關係ナルヲ以テ確定判決ハ訴訟ノ目的タル權利又ハ法律關係ノ存否ニ限リ既判力ヲ有スルモノトス

〔上告理由〕 第一點原判決ニ於テ「被控訴人ハ右契約ニ基キ云々既ニ處理完了シタル事務ニ對シ報酬米トシテ大正八年度ニ取立タル反米ノ十分ノ一ノ四分ノ一ニ相當スル部分ヲ請求スル爲メ本訴ニ及ヒタリト陳述シ云々」ト判示シタリ依テ原告口頭辯論調書ヲ查スルニ原告第二回口頭辯論調書ニ於テ「被控訴代理人ハ裁判長ノ問ニ對シ云々大正五年一月十一日控訴代理人等ハ右委任契約ヲ任意ニ解除シタルヲ以テ被控訴人ハ既ニ處理完了シタル事務ニ對シ報酬米トシテ毎年取立タル反米ノ十分ノ一ノ四分ノ一カ相當報酬ト認メ兼キニ控訴人并ニ訴外八田彌三郎ニ對シ請求シ既ニ之カ確定判決ニ基キ本訴ニ於テ請求スル次第ナリト釋明シタリ」トアリ果シテ本訴ニ於テ上告人カ毎年取立タル反米ノ十分ノ一ノ四分ノ一ヲ請求スルルハ兼キニ被上告人及訴外八田彌三郎ニ對シ請求シ既ニ之カ確定判決ヲ得タルニヨリ之ニ基キ請求スル所以ニシテ原判決猶示ノ如ク單ニ委任契約ノ解除ニ依リ既ニ處理完了シタル事務ニ對シ報酬米トシテ大正七年年度ニ取立タル反米ノ十分ノ一ニ相當スル部分ヲ請求シタルニアラサルナリ左スレハ原判決ハ上告人ノ主張シタル重要ナル請求原因事實ヲ遺脱シ上告人ニ不利ナル裁判ヲ爲シタル違法アリ同第二點ハ原判決ニ於テ「被控訴人ノ本訴請求ハ被控訴人カ既ニシタル委任事務履行ノ割合ニ應ジテ報酬ノ支拂ヲ求ムルニ在ルカ故ニ其請求ハ叙上ノ理由ニ依リ失當シタルヲ免レス」ト判示シタリ然レトモ本訴ハ前段所論ノ如ク被上告人并ニ訴外八田彌三郎ニ對スル確定判決ニ基キ大正七八年度ノ取立反米ノ十分ノ一ノ四分ノ一ヲ請求スルニアリテ右確定判決ハ當事者ヲ福東シ居ルカ故ニ大正七八年度ノ取立反米カ上告人主張ノ額ナリヤ否ヤヲ認定スレハ足り原判決ノ如ク取立反米ノ十分ノ一ノ四分ノ一ヲ支拂フヘシトノ確定判決ノ内容ニ就キ更ニ其當否ヲ判斷スルノ要ナキナリ果シテ然ラハ原判決ハ既判力ヲ無視シ裁判ヲ爲シタル違法アリ同第三點ハ上告人ハ第一審以來本訴請求原因事實トシテ被上告人并ニ訴外八田彌三郎ニ係ル日田區裁判所大正七年(第四四號報酬米請求事件)ニ於テ甲第一號證ノ判決アリ之ニ基キ大正七八年度ノ取立反米ノ十分ノ一ノ四分ノ一ヲ請求スル旨ヲ陳述シ右判決カ既ニ確定セルコトハ被上告人ノ爭ハサル所ニシテ右確定判決ニヨリ被上告人カ上告人ノ主張スル割合ノ報酬米ヲ給付スヘキ義務アルコトハ明カナルニ拘ハラス上告人ノ主張スル確定判決ノ效力ニツキテハ何等說示スル所ナク上告人ノ請求ヲ失當ナリト判斷シタルハ上告人ノ申立タル事實ニツキ裁判ヲ爲サハ違法アリ

〔判決理由〕 然レトモ原判決及ヒ之ニ引用シタル第一審判決事實摘示并ニ原告口頭辯

論調書ニ掲ケアル上告人ノ辯論ノ全趣旨ニ依レハ上告人ノ原審ニ於テ本訴請求ヲ維持スル爲メ陳述シタル趣旨ハ上告人ハ曩キニ被上告人ニ對スル報酬米請求事件ニ於テ被上告人トノ委任契約ニ依リ同人ノ爲メニ實地ノ調査水路ノ測量ヲ爲シタル報酬トシテ大正四年度乃至大正六年度ニ於テ玄米一石三斗五升六合七勺ノ支拂ヲ受クヘキ確定判決ヲ受ケタルモ尙ホ大正七年度同八年度ノ玄米合計五斗七升五合ノ支拂ヲ受クヘキ權利ヲ有スルヲ以テ本訴ニ於テ其支拂ノ請求ヲ爲スト云フニ在リテ即チ本訴ハ上告人ノ主張ノ確定判決ニ判示シタル所ト請求ノ原因ヲ同フスルモ訴訟ノ目的物ヲ異ニシテ其請求ヲ異ニスルヲ以テ本訴請求ヲ確定判決ニ基ク請求ナリト云フヲ得ス故ニ此點ニ關スル上告人ノ所論ハ當テ得ス而シテ判決ハ其主文ニ包含スルモノニ限リ確定力ヲ有スルモノニシテ(民事訴訟法第二四四條)主文ニ包含スルモノハ訴訟ノ目的タル權利又ハ法律關係ナルヲ以テ確定判決ハ訴訟ノ目的タル權利又ハ法律關係ノ存否ニ限リ既判力ヲ有スルモノト謂フ可シ故ニ上告人ノ所論ノ確定判決ハ本訴ニ既判力ヲ及スモノト謂フコトヲ得ス然ラハ原審判決所カ本訴請求ヲ理由ナキモノトシ右確定判決ニ於テ判斷シタルト異リタル理由ヲ以テ上告人ニ敗訴ノ判決ヲ宣渡シタリトテ既判力ヲ無視シタル不法アルモノニアラス仍テ上告人ノ所論ハ凡テ其理由ナシ(大審院大正十年(オ)第八一〇號同年十一月五日民三部松岡裁判長各川菟淵村成道各判事判決)

【九九九〇】 上告棄却○原審大分地方裁判所○報酬米請求事件○上告人新原九郎訴訟代理人辯護士佐々木文平被上告人宮川豊

【既判力ノ範圍ニ關スル參照學說判例】

本卷民訴一四五頁

一九六 原審判決ノ原因ヲ變更セシメ左ノ條件ヲ爲ストキハ被告ハ異議ヲ述フルコトヲ得ス

(一六四)

第三 最初求メタル物ノ滅盡又ハ變更ニ因リ賠償ヲ求ムルコト

民事訴訟法第一九六條第三號ニ賠償トアルハ履行ニ代ハル損害賠償ノミヲ指稱スルモノニアラスシテ當初ノ請求モ消滅シ之ニ代ハリテ生シタル請求ハ廣ク之ヲ包含スルモノトス

【上告理由】 原判決ハ民事訴訟法第一九六條第三號ヲ適用シ本件損害賠償ヲ認容シタリ然レトモ同條ニ基キ變更シ得キ損害賠償ハ本來ノ給付ニ代ルヘキ填補賠償ニ限ルモノニシテ所謂遲延賠償即チ履行期ヲ遅延シタルニヨリ生シタル損害賠償ハ之ヲ包含セザルモノナリ之同條ノ文理上一點ノ疑ヲ容レザル所ナリトス然ルニ損害賠償ノ豫定中ニハ以上填補賠償遲延賠償ヲ共ニ包含スルモノナルヲ以テ其何レニ屬スルヤ判斷スルコトハ同條ヲ適用スヘキ前提的必要條件ナリ然ルニ此要件ニ付テ判斷セザルヲ以テ原判決ハ此點ニ於テ誤謬又ハ理由不備ノ違法アリ

【判決理由】 然レトモ民事訴訟法第一九六條第三號ニ賠償トアルハ履行ニ代ハル損害賠償ヲノミ指スモノト云フカ如ク狹義ニ之ヲ解ス可カラス當初ノ請求カ消滅シ之ニ代ハリテ生シタル請求ハ廣ク之ヲ包含スルモノト解セザル可カラス例ヘハ法律行為カ取消サレ從ヒテ此法律行為ニヨリ生シタル請求モ亦消滅シタルカ爲メ之ニ代ヘテ現存利益ノ返還ヲ請求スル場合ノ如キモ亦同條ノ適用ヲ受ク可キモノトス左レハ本件ニ於ケル如ク債務ノ本旨ニ從テ履行ハ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ依リ不能ト爲リタルニ際シ雖ホテ不履行ノ場合ニ於ケル損害賠償ノ額ヲ約定シアリシヲ以テ本旨ニ從カフ履行ノ請求ニ代フルニ此賠償ノ請求ヲ以テスルカ如キハ勿論前記法條ニ該當スルモノトス從ヒテ之ト反對ノ見解ノ下ニ原判示ヲ攻撃スル論旨ハ採用スルニ足ラス(大審院大正十年(オ)第五八〇號同年十月二十一日民一部田部裁判長榎原尾古山香前田各判事判決)

【關係事項】 上告棄却○原審大阪控訴院○賣買契約履行請求事件○上告人酒井玄三郎訴訟代理人辯護士竹内實久治岡松本靜史 被上告人長尾守三郎

【物ノ滅盡變更ニ因リ賠償ノ意義ニ關スル參照學說判例】

一 右法文(一九六條第三號)ニ依レハ單ニ賠償請求ムル場合ニ限ルカ如シト雖モ或ル場合ニ於テハ最初ノ目的物ノ滅盡又ハ變更シタルカ爲メ他ノ目的物ヲ請求スルコトヲモ爲シ得ヘシ例ヘハ二者擇一ノ義務ニ於テ先キニ請求シタル目的物ノ滅盡シタルカ爲メ他ノ一物ヲ請求スルカ如キハ之ヲ訴ノ原因タル權利關係ヲ變更スルモノト云フヘカラサレハナリ(法學博士高木博士氏民事訴訟法論綱訂正十一版二五九頁)

二 賠償請求ムルトハ損害賠償ノ意義ナリ滅盡若クハ變更ハ被告ノ責ニ歸スヘキ事實ニ因リ目的物ヲ消滅スルカ若クハ其體態ヲ變更シタル場合ヲ謂フ(法學博士岩田一氏民事訴訟法原論四二頁)

三 民事訴訟法一九六條三號ニ所謂賠償トハ損害賠償ノミナラス最初請求メタル物ノ代價ヲ請求スル場合ヲモ包含シ從テ其物ニ因リ相手方ノ受ケタル不當利得ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ルモノトス(大審院大正六年一月三十一日判決(卷六頁五五頁))

四 原告カ最初ノ口頭辯論ニ於テ其所有權ニ基キ建物明渡ヲ命スル判決ヲ求メタルモ其後ニ至リ該建物倒壊ノ爲メ動産ニ變更シタリトノ理由ニ基キ後ノ口頭辯論ニ於テ申立ヲ改メ其動産引渡ヲ命スル判決ヲ求メタルコトハ民事訴訟法第一九六條第三號ノ法意ヲ推究シ一層強キ理由ニヨリ之ヲ適法ナラシムモノトス

建物カ倒壊シタル爲メ動産ニ變更シタル場合ニ於テハ其原物(建物)ノ所有者ニ於テ變更後ニ於ケル物ノ所有權ヲ制限スヘキハ當然ナリトス(東京地方大正六年(ワ)第四三〇號同七年六月六日民四部三宅裁判長下山樋口各判事判決本書七卷民訴二四六頁)

判旨ハ同條制定ノ趣旨ニ鑑ミ妥當ナル解釋ナリト信ス

(一六五)

一九〇ノ二 訴ノ提起ハ訴狀ヲ裁判所ニ差出シテ之ヲ爲ス此訴狀ニハ左ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス
第二 起シタル請求ノ一定ノ目的物及ヒ其請求ノ一定ノ原因

民事訴訟法第一九〇條第二項ニ所謂請求ノ一定ノ原因トハ請求ノ基ク法律關係ヲ特定スルコトヲ要スル意義ニシテ一個ノ請求ニ付テ必スシモ數個ノ法律關係ヲ主張シ得サル旨趣ニ非ス故ニ苟モ互ニ抵觸セサル以上ハ數個各獨立セル法律關係ヲ主張シテ訴ノ原因ト爲スコトヲ妨クルモノニ非サルモノトス

第一審ニ於テハ商法第二八七條ニ依リ賣買契約カ當然解除セラレタリト主張シ第二審ニ於テハ賣買ノ目的物タル特定物カ賣主ノ責ニ歸スヘキ事由ニ依リ履行

不能トナリタルコトヲ理由トシテ賣買契約ヲ解除スル旨主張スルモ等シク契約解除ノ原因トシテ訴ノ請求ヲ爲スモノナルヲ以テ之ヲ以テ原因ヲ變更シタルモノト云フヲ得サルモノトス

〔上告理由〕 原判決ハ被控訴(上告人)代理人ヨリ提出シタル原因不定ノ抗辯ニ對シ「(上略)是等ハ單ニ所謂事實上ノ申述ヲ補充スル場合ニ過キス(下略)ト判示シテ排斥シタリ然レトモ原審ニ於テ控訴(被上告人)代理人ヨリ主張シタル契約解除ノ原因事實ヲ關ルニ先ツ(一)本件清酒賣買契約ニ於ケル清酒引渡義務ノ履行ハ定期行爲ナルヲ以テ上告人ヨリ不履行ヲ因リ契約ノ目的ヲ達セラレズ從テ商法第二八七條ニ依リ解除ノ擬制ヲ受クルモノナリト云ヒ又(二)買買ノ目的物即チ清酒カ存在セザルニ到リタルヲ以テ地方ノ商慣習ニ從ヒ契約カ當然解除セラレタルモノナリト云ヒ更ニ(三)假ニ然ラストモ本件訴ノ提起ニ依リ之ヲ解除スト云フニ在リテ各々契約解除ノ法律效果ノ因テ生スル原因事實ヲ異ニシ從テ各々獨立シタル原因事實ノ主張ハ訴ノ原因トシテ原因不定ノ存スルヤ論ヲ俟タザルナリ蓋シ訴ノ原因トハ法律關係即チ法律效果ノ因テ生スル事實ヲ指稱スルモノナレハ均ク或法律關係ノ發生例ハ本件ノ如ク契約解除ノ主張セラルル場合ニ於テモ其法律關係ノ發生原因タル事實ハ各獨立シテ數個ノ存在ヲ生スルハ疑ヒナキ處ナリ例ヘハ(一)契約ニ因リテ發生シタル當事者一方ノ解除權行使(二)民法第五四一條ニ依リ解除權ノ行使(三)民法第五四三條ニ依リ解除權ノ行使(四)定期行爲不履行ノ場合ニ於ケル商法第二八七條ノ擬制等執レモ契約解除ノ法律效果發生ノ原因事實トシテ各別獨立ニ存在ス從テ之等ノ原因事實ヲ確定シテ主張セラルルニ非レハ其訴訟ニ於ケル事實認定ノ目的タル原因事實ノ一定ヲ缺クニ到ルヤ自明ノ理ナリ原裁判所ハ之ヲ目シテ冒頭摘示ノ如ク判定シタリト雖モ商人間ノ定期行爲並ニ上告人ノ不履行ノ事實ト上告人ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ履行不能並ニ被上告人ノ解除權行使ノ事實トハ全然其事關係ヲ異ニスルモノナラシキ事實ヲ原因トスル法律效果發生ノ時期即チ契約解除ノ時期ヲ異ニスルモノナレハ之ヲ以テ前者ハ後者ノ事實上ノ申述ヲ補充シタルモノト云フヘカラス果シテ然ラハ冒頭摘示ノ原判決判定ハ訴ノ一定ノ原因ニ付キ擬制ヲ錯リタルノ違法アルモノト云ハサルヘカラス

〔判決理由〕 然レトモ民事訴訟法第一九〇條第二項ニ所謂請求ノ一定ノ原因トハ請求ニ基ク法律關係ヲ特定スルコトヲ要スル意義ニシテ一個ノ請求ニ付テ必シモ數個ノ法律關係ヲ主張シ得サル旨趣ニ非ス故ニ苟モ互ニ抵觸セサル以上ハ數個各獨立セル法律關係ヲ主張シテ訴ノ原因ト爲スコトヲ妨クルモノニ非サルハ夙ニ當院判例ノ存スル所ナリ從テ被上告人カ契約ノ解除ヲ原因トスル本訴請求ニ於テ論旨摘錄ノ如ク契約解除ノ效力ヲ生スヘキ三個ノ獨立シタル法律關係ヲ主張シタリトスルモ第二第三主張事實ハ順次豫備的ニ陳述シタルモノニシテ互ニ抵觸スルモノニアラサルカ

ニ原判決ハ所論ノ如キ違法アルコトヲ本論旨ハ其理由ナシ
 (三)上告理由 第一審ニ於ケル原告(被告)ノ訴ヲ見ルニ其請求ノ原因トスル處ハ「本件買入目的タル清酒」其履行期マテニ引渡ヲ受ケルニ非サレハ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサルニヨリ本訴ノ契約ハ商人間ノ取引トシテ商法第二八七條ノ適用ニヨリ其履行期日ニ於テ當然解除セラレタリ」ト云フニ在リ(訴狀第一審判決參照)然ルニ第一審裁判所ハ右清酒ノ引渡ヲ爲シテ定期履行ヲ認ムル能ハストシテ原告敗訴ノ旨ヲ爲シタルニ因リ原告ヨリ控訴ヲ提起シ控訴審ニ於テ全然別個ノ事實即チ「本件買入目的物ハ特定物ニシテ債務者タル被告(原告)ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ履行不能トナリタルモノナレハ本訴ノ提起ニヨリ之ヲ解除ス」トノ事實主張ヲ爲シタルニ因リ然レトモ之ハ明瞭ニ控訴審ニ至リテ訴ノ原因ナ變更シタルモノニシテ民事訴訟法第四一三條ニ違背スルモノナレハ原告裁判所ヘ之ヲ新訴トシテ却下シ第一審ニ於テ主張セラレタル事實ヲ一定ノ請求原因トスル訴ニ就キ控訴審トシテノ處理ヲ爲スヘカリシモノトス然ルニ原告ハ事出テ出テスシテ「其原因タル事實ハ終始一貫シテ被告(原告)ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ履行不能トナレルヲ以テ契約ヲ解除スト云フニ在リ」ト判示シタルハ第一審及第二審ニ於ケル原告ノ主張事實ノ觀察ヲ誤リ所謂「終始一貫」ト誤認シタルカ又ハ控訴審ニ於ケル變更ノ法則ヲ認リタルモノニシテ破綻セラルヘキ違法ノ裁判タルヲ免カレズ

【判決理由】 然レトモ被告(原告)ハ本訴ノ買入契約ヲ第一審ニ於テハ定期履行ノ買入トナシ上告人ノ不履行ニ因リ契約ノ目的ヲ達セザレハ商法第二八七條ニ依リ當然解除セラレタリト主張シ第二審ニ於テハ本訴買入ノ目的物ハ特定物ニシテ上告人ノ責ニ歸スヘキ事由ニ依リ履行不能トナリタルハ本訴提起ニ依リ之ヲ解除スル旨主張スルモ等シク契約解除ノ原因トシテ本訴請求ヲナスモノナレハ之ヲ以テ原因ヲ變更シタルモノト云フヲ得ス本論旨モ亦其理由ナシ(大審院大正十年(オ)第七九一號同年十一月十日民二部馬場裁判長大倉東兎澤岩本各判例判決)

【關係事項】 上告棄却○原告大阪控訴院○前渡金返還並ニ損害賠償請求事件○上告人川島直太郎訴訟代理人辯護士吉田三市郎
 同田坂貞雄同阿保淺次郎同佐々木藤市郎同長野國助同川口正藏同佐々木重夫被告上告人馬場信雄
 本參民訴七四頁

【判旨第一點及第二點請求原因ノ意義ニ關スル參照學說判例】
 不備ノ上告理由ニ對シテ本論旨モ亦其理由ナシト云フヲ得ス(一六六)

二一七 裁判所ハ民法又ハ此法律ノ規定ニ反セザル限りハ辯論ノ全旨趣及ヒ或ル證據ノ結果ヲ斟酌シ事實ノ本質ヲ實情ナリト認ム可キヤ否ヤ自由ナル心證ヲ以テ判斷ス可シ
 二一八 裁判所ニ於テ顯著ナル事實ハ之ヲ證スルコトヲ要セス
 裁判所カ實驗則ニ關スル智識ヲ得ルニ付テハ其方法ト材料ニ何等ノ制限有ルコトナキモノトス

裁判所カ或具體的事實ニ關スル智識ヲ得ルニ付テハ原則トシテ當事者ノ提出シタル訴訟資料ニ據ル可ク又其證據方法ハ法律ニ規定セラレタル種類ヲ出スルヲ得サルハ勿論ナルモノモ而モ證據方法ノ一タル書證ナルモノハ專ラ或具體的事實ニ關スル或人ノ報告ヲノミ其内容トス可ク意見又ハ感覺ノ發表ヲ内容トスルヲ得スト云フカ如キ制限ハ現行法上存在セザルモノトス

【上告理由】 原判決ハ證據採用ノ法則ヲ誤リタル違法ノ判決ナリ原判決ハ前論點ニ指示シタル實用新案權範圍ノ解釋ヲ爲スニ際シ乙第七號證ナルモノヲ引用セリ乙第七號證ハ私人タル訴外小谷鐵次郎(特許辯護士)カ訴訟外ニ於テ作成シタル意見書ニシテ控訴人ニ於テ不知テ以テ答ヘタルモノナリ如斯訴訟外ニ於テ私人ノ作成セシ意見ヲ以テ裁判所上ノ鑑定ノ如ク判事ノ智識ヲ補足スルノ用ニ供スルコトハ我國ノ訴訟法ニ於テ認マサル所ナリ此點ニ於テモ原判決ハ破綻セラルヘキモノナリト信ス

【判決理由】 然レトモ裁判所カ實驗則ニ關スル智識ヲ得ルニ付テハ其方法ト材料ニ何等ノ制限有ルコト無シ反之或具體的事實ニ關スル智識ヲ得ルニ付テハ原則トシテ當事者ノ提出シタル訴訟資料ニ據ル可ク又其證據方法ハ法律ニ規定セラレタル種類ヲ出スルヲ得サルコト勿論ナリト雖而モ證據方法ノ一タル書證ナルモノハ專ラ或具體的事實ニ關スル或人ノ報告ヲノミ其内容トス可ク意見又ハ感覺ノ發表ヲ内容トスルヲ得スト云フカ如キ制限ハ現行法上存在セザルモノトナリ論旨ニ所謂「判事ノ智識云々」ハ之ヲ上文ノ執レノ意義ニ解スルモ總テ其論旨ノ探ルニ足ラザルコトハ以上ノ說示

ニ照シ明白ナリ(大審院大正十年(オ)五〇八號同年十月二十八日民一部田部裁判長磯原尾古山香前田各判事判事)

橋本太郎代理人辯護士遠藤太郎同松本静

【關係事項】 上告棄部〇原審大阪控訴院〇契約金請求事件〇上告人前川健吉訴訟代理人辯護士高野技雄同清瀬一郎被上告人高
判旨第一點及第二點トモ吾人ノ贊同ヲ吝マサル所ナリトス蓋シ裁判所カ或ハ實
驗則ニ關スル智識ヲ求メ或ハ某具體的事實ニ關スル智識ヲ知得スルコトニ於テ
訴訟法上不動ノ原則タル自由心證主義ヲ根蒂ト爲スヘキハ既ニ論ナキ所ナレハ
ナリ尙ホ判旨第二點ニモ論述スルカ如ク書證ナルモノハ專ラ或具體的事實ニ關
スル或人ノ報告ノミヲ其内容トス可ク意見又ハ感覺ノ發表ヲ内容トスルヲ得ス
ト言フカ如キ制限アリトセハ例ヘハ所謂處分證書ノ如キハ之ヲ訴訟材料ト爲ス
コトヲ得サルコトトナリ不當ノ結果ヲ生スヘキヤ明白ナリ

(一六七)

五〇四 強制執行ノ方法又ハ執行ニ際シ執達吏ノ遵守ス可キ手續ニ關スル申立及ヒ異議ニ付テハ執行裁判所之ヲ裁
判ス又執行裁判所ハ第五二條第二項ニ定メタル命令ヲ發スル權ヲ有ス
執達吏カ執行委任ヲ受クルヲ拒ミ若クハ委任ニ從ヒ執行ヲ實施スルコトヲ拒ミタルトキ又ハ執達吏ノ計算セシ
手数料ニ付テ異議アルトキハ執行裁判所ハ之ヲ裁判スル權ヲ有ス
五〇五 強制執行ノ手續ニ於テ口頭辯論ヲ經シシテ爲スコトヲ得ル裁判ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得
民事訴訟法第五八條ノ規定ニ依リ即時抗告ヲ爲シ得ル裁判ハ或ル事實ノ法律
效果ノ宣告即チ法律上ノ效果ヲ發生スヘキ法律要件ノ存在又ハ不存在ノ宣言ヲ
目的トスル裁判ノ意ナリト解スヘク債權差押並ニ轉付命令ノ如ク國家ノ強制力
ノ實行タル裁判即チ執行行為タル裁判ニ對シテハ同法第五四四條ニ依リ執行裁

判所ニ異議ノ申立ヲ爲シ該異議ノ裁判ニ對シテ同法第五五八條ニ依リ即時抗告
ヲ爲シ得ルニ過キサルモノト解スルヲ相當トス

本件抗告理由ノ要旨ハ松林照吉ハ抗告人ニ對スル強制執行トシテ東京區裁判所大正
一〇年(ロ)第七四三條ノ執行力アル執行命令ノ正本ニ基キ抗告人カ第三者ニ對シテ有
スル債權ノ差押並ニ轉付命令ヲ東京區裁判所ニ申立テ同裁判所ハ抗告人カ第三債務
者中央金庫出納役井上準之助ニ對シテ有スル供託金五百圓ノ返還請求權ニ付差押並
ニ轉付命令ヲ發シ該命令ハ執レモ抗告人並ニ第三債務者ニ送達セラレタリ然レトモ
抗告人ハ本件強制執行ノ基本タル前示執行命令ニ付テハ大正一〇年五月二日東京區
裁判所ニ故障ノ申立ヲ爲シ同日右執行命令ノ正本ニ基キ強制執行ニ付停止決定ヲ受
ケタルモノナリ故ニ其後ノ申請ニ基キ爲サレタル債權差押並ニ轉付命令ハ失當ナルヲ
以テ該命令ノ取消ヲ求ムル爲メ本件抗告ニ及ヒタリト云フニ在リ
按スルニ民事訴訟法第五五八條ノ規定ニ依リ即時抗告ヲ爲シ得ル裁判ハ或ル事實ノ
法律效果ノ宣言即チ法律上ノ效果ヲ發生スヘキ法律要件ノ存在又ハ不存在ノ宣言ヲ
目的トスル裁判ノ意ナリト解スヘク債權差押並ニ轉付命令ノ如ク國家ノ強制力ノ實行
タル裁判即チ執行行為タル裁判ニ對シテハ同法第五四四條ニ依リ執行裁判所ニ異議
ノ申立ヲ爲シ該異議ノ裁判ニ對シテ同法第五八八條ニ依リ即時抗告ヲ爲シ得ルニ過
キサルモノト解スルヲ相當トス然ラハ債權差押並ニ轉付命令ニ對シテ直ニ爲サレタル
本件抗告ハ失當ナルカ故ニ之ヲ却下スヘキモノト認メ主文ノ如ク決定シタリ(東京地方
裁判所大正一〇年(ソ)第一六八號同年二月一五〇民六部佐藤裁判長尾高野田各判事決定)

【關係事項】 却下〇債權差押及轉付命令ニ對スル抗告〇抗告人早崎次郎代理人辯護士松高元治

【強制執行ノ方法ニ對スル不服申立方法ニ關スル同趣旨判例】

一 債務ニ對スル強制執行ハ執行裁判所ノ差押命令ヲ以テ爲スモノナレハ裁判所差押命令及轉付命令ヲ發スルハ債權ニ對スル

東京地方

強制執行ノ方法ニ外ナラス從テ利害關係人カ之ニ對シテ異議アルトキハ先ツ民事訴訟法第五四條第一項ニ從ヒ異議ノ申立ヲ
 ナシカ裁判ヲ受ケタル後同法第五五條ニヨリ始メテ抗告ヲ爲スヘキモノトス(大審院大正八年八月一八日判決本書第八卷
 民訴四六頁)

二 差押命令又ハ轉付命令其ノモノハ申請ニ對スル一ノ裁判ナリト雖モ債權ニ對スル強制執行ハ執行裁判所ノ差押命令ヲ以テ
 之ヲ爲スモノニシテ其結果裁判所ハ取立命令ヲ發シ又ハ轉付命令ヲ發ス其ノ差押命令及ヒ轉付命令ヲ發スルハ債權ニ對スル強
 制執行ノ方法ナレハ利害關係人カ之ニ對シテ異議アラハ民事訴訟法第五四條第一項ニ依リ異議ヲ申立テテ裁判ヲ受ケ其裁判ニ
 對シテ不服アラハ初メテ同法第五五條ニ依リ抗告ヲ爲スコトヲ得ヘキモノトス(大審院大正七年(ク)第三八四號同年一〇月一
 日民三部判決本書第五卷民訴三三頁)

三 競賣法ニ依リ不動產競賣事件ニ付キ同法ニ規定ナキ場合ニ於テハ民事訴訟法ノ強制競賣ニ關スル規定ヲ準用スヘキモノト
 ルカ故ニ不動產競賣開始決定ニ對シテ不服ノ點アルトキハ民事訴訟法第五四條ノ規定ニ依リ先ツ異議ノ申立ヲ爲シ其申立ニ關ス
 ル裁判アリタル後之ニ對シテ同法第五八條ニ從ヒ抗告ヲ爲スヘキモノニシテ直チニ抗告ヲ爲シ得ヘキモノニアラス(大審院大
 正三年(ク)第六五八號同年十二月二十一日決定本書第三卷諸法二六〇頁)

四 競賣法ニ依リ競賣開始決定ニ對シテハ民事訴訟法第五四條ニ依リ先ツ異議ノ申立ヲ爲シ其申立ニ關スル裁判ニ對シテ同法
 第五五八條ニ從ヒ抗告スヘキモノトス(大審院大正二年(ク)第二二二號同年八月十四日判決本書第二卷諸法七頁)

五 不動產強制管理手續ノ開始決定ハ強制執行ノ方法ナレハ之ニ對シテ不服ノ點アルハ民事訴訟法第五四條ノ規定ニ依リ其決
 定ヲ爲シタル執行裁判所ニ異議ノ申立ヲ爲シ其裁判ニ對シテ抗告ヲ爲スコト直チニ之ニ對シテ抗告ヲ爲スコト得サルモノトス(大審院大正
 二年(ク)第一六一號同年六月二十一日決定本書第二卷民訴一五〇頁)

六 債權差押命令及ヒ債權轉付命令ハ債權者ノ申請ニ基キ執行裁判所カ豫メ第三債務者及ヒ債務者ヲ審訊セシメテ發スルモノ
 ニ係リ其性質ノ裁判所ノ前ニ提出セラレタル事實ニ對シテ其法律上ノ效果ヲ宣言スルモノニ非スレバ債權者ノ申請ニヨリ國
 家ノ強制力ヲ發動セシムルモノニ外ナラサルカ故ニ民事訴訟法第五五八條ニ所謂強制執行ノ手續ニ於テ口頭辯論ヲ經シテ發
 スコト得ル裁判ト謂フニ該ラス之ニ對シテハ其執行終了前執行裁判所ノ異議ノ申立ヲ爲スヘキ直チニ抗告ヲ申立ツルコトヲ得
 ルモノトス(大審院大正三年(ク)第七三號同年四月四日決定本書第一卷民訴五八頁)

七 債權差押命令及ヒ轉付命令ニ對シテハ抗告ヲ許サルモノトス(東京地方八正七年一月一七日民五部判決本書第七卷民訴
 五七頁)

八 競賣開始決定ニ對シテ不服アル場合ニハ先ツ民事訴訟法第五四條規定ノ異議ヲ申立ツヘキモノニシテ直チニ抗告ニ依ルヘキ
 筋合ニ非サルモノトス(東京地方大正五年一月一日民五部判決本書七卷民訴九七頁)

九 競賣開始決定ニ對シテ利害關係人カ不服ノ申立ヲナスニハ先ツ原裁判所ニ異議ノ申立ヲ爲スヘキモノニシテ直チニ上級裁判
 所ニ抗告ヲ爲スコトヲ得サルモノトス(東京地方裁判所大正三年(ク)第二九號同年二月十七日決定本書第二卷民訴二頁)

一〇 民事訴訟法第六二五條ニ所謂差押命令ノ強制執行ノ方法ナルヲ以テ強制執行之ニ對シテ形式上ノ異議ヲ爲スニハ同法條

東京地方

千葉地方

岩田博士

士仁井田博

馬本
589 (民訴)

五四四條ニヨリ執行裁判所ハ執行方法ニ關スル異議ノ申立ヲ爲スコトヲ得ヘキモノニシテ直チニ抗告ヲ爲スコト得ス(東京地方
 大正二年(ク)第一八三號同年十月二十五日判決書第二卷民訴二八五頁)

一 執行裁判所カ差押命令及轉付命令ヲ發スルハ債權ニ對スル強制執行ノ方法ニ外ナラサレハ利害關係人カ之ニ不服ナルト
 キハ先ツ民事訴訟法第五四條第一項ニ從ヒ異議ノ申立ヲ爲シ之カ裁判ヲ受ケタル後同法第五五八條ニ則リ始メテ抗告ヲ爲ス
 コトヲ得ヘキモノトス(東京地方大正九年九月二二號同年一〇月一十二日民六部近藤裁判長大鶴益時各裁判決)

二 執行方法タル裁判ニ對スル攻撃方法トシテ異議及抗告ノ二途ヲ存シ而モ其間親疎ノ差アルトキハ其例レニヨルモノナル
 旨ノ規定アル場合ヲ除キ原則トシテハ先以テ近接シタル攻撃方法ニ依リ救済ヲ求メ尙不服アル場合ノ外ハ攻撃方法ニ依リ可キ
 モノトス

民事訴訟法第五四條所定ノ異議ハ執行方法ニ關スル近接シタル攻撃方法ナルヲ以テ先異議ヲ以テ攻撃シタルモノニシテ直チ
 抗告方法ニ出ツヘキモノニ非ス(千葉地方大正七年九月二一日判決本書第七卷民訴三六九頁)

【同上參照學說】

第五百五十八條ハ一般的規定ナリ裁判ノ内容如何ヲ問ハス即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ヘキコトヲ規定シタルモ
 ノナリ然ルニ第五百四條ハ強制執行ノ方法ヲ規定セルヲ以テ制限的ノ規定ト解スヘキモノナレハナリ右ノ如クナルヲ以テ執行
 裁判所ノ裁判ト雖モ強制執行ノ方法ニ關スルモノニ付テハ異議ニ因リテ不服ヲ申立ツルコトヲ得ヘキ異議ニ付キ爲レ
 タル裁判ニ不服アル者ハ第五五八條ニ依リ即時抗告ヲ申立ツルヲ得ヘキモノトス(法學博士岩田一郎氏民事訴訟法原論第十
 一版一一〇九頁)

【執行方法ニ屬スル裁判ニ對シテハ審訊ヲ經サルモノニ限り先ツ異議ヲ申立ツヘ
 シトノ學說】

一 執行裁判所カ執行處分タル裁判ヲ爲ス前ニ債務者又ハ第三者ヲ審訊セサルトキハ債務者又ハ第三者ハ其裁判ニ對シテ直チ
 ニ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ス唯執行裁判所ニ異議ヲ提出シ執行裁判所カ之ニ關スル裁判ヲ爲シタル後ニ至リ區裁判所ニ對シテ即
 時抗告ヲ爲スコトヲ得ルノミ之ニ反シテ執行裁判所カ執行處分タル裁判ヲ爲ス前ニ債務者又ハ第三者ヲ審訊セタル場合ニ於テ
 ハ異議ヲ提出スルコトヲ得サルモ第五五八條ノ規定ニ從ヒ直チニ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ヘシ(法學博士仁井田博氏民事
 訴訟法要論下卷一一三頁)

二 強制管理開始決定ハ執行行為トモ之ヲ以テ直チニ強制執行ノ方法ナリト謂フコトヲ得ス

執行ノ方法ニ對スル不服ノ申立ヲ爲スニハ執行裁判所カ執行行為ヲ爲スニ先テ債務者ヲ審訊シタルキ否ヤニ依リテ區別シ前者
 ニアリテハ民事訴訟法第五四條ノ規定ニ依ルヘク後者ニアリテハ同法第五五八條ノ規定ニ依ルヘキモノトス(法學博士馬本朝

遺氏本書第四卷民訴四一頁)

三 執行裁判所ノ爲シタル強制執行ノ方法ニ關シテ爲ス異議ハ審訊ヲ經シテ差押命令取立命令並ニ其轉付命令ニ對シテ爲ス異議ヲ指ス(債務者ヲ審訊シタル後ニ發シタル執行ニ關スル決定：：其他口頭辯論ヲ經テ爲シタル決定ニ對シテハ債務者ヲシテ民訴法第五四條第二項ニ規定セル異議ヲ主張スルコトヲ得セシムルノ必要ナシ)(法學博士松岡義正氏民事訴訟法第六編以下中央大學講義二八〇頁)

四 裁判所ノ執行方法ニ對スル不服ハ其ノ不服ヲ申立テテントスル者ノ審訊ヲ經タルトキ(口頭辯論ヲ經タル場合ハ勿論)即時抗告ヲ以テ執行處分タル裁判ヲ攻擊スヘキ審訊ヲ經タル場合ニ於テノミ執行裁判所ニ異議ヲ提出スヘキモノトス異議申立人ニ陳述ヲ爲ス機會ヲ與ヘスシテ執行處分ヲ爲シタルトキハ執行裁判所ヲシテ再考セシムル爲メ異議ヲ申立シムヘキモノナルモ既ニ審訊ヲ經タルトキハ斯ル必要ナキヲ以テ即時抗告ノ途ニ出テシムヘキモノトス故ニ債權差押ノ決定ニ對シテハ異議ヲ申立ツヘク第七七條第六一三條ノ換價方法ヲ命スル決定ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スヘキモノトス(法學博士板倉松太郎氏強制執行法義解一〇五八頁)

【差押轉付命令ヲ發スルニ附キ審訊ヲ經ルコトアリヤニ關スル學說】

- 一 差押命令ハ債務者及ヒ第三債務者ヲ審訊セシメテ之ヲ爲スモノナルカ故ニ債務者及ヒ第三債務者ハ毎ニ之ニ對シテ異議ヲ爲スルコトヲ得ルセ之ニ對シテ即時抗告ヲ爲スコトヲ得サルモノ也(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟要論一二二頁) 差押命令ノ申請ニ關スル裁判ヲ爲ス前ニハ債務者及ヒ第三債務者ヲ審訊スヘカラスモノトス是レ迅速ニ差押命令ヲ爲スコトヲ得且債務者及ヒ第三債務者力差押ノ目的ヲ妨クヘキ行爲ヲ爲スコトヲ妨クカ爲メニ必要ナル所ナリ(同上二二二頁)
- 二 差押命令ノ申請ニ對スル裁判ノ口頭辯論ヲ經シテ之ヲ爲スコトヲ得又差押命令ヲ發スル以前ニ於テハ豫メ第三債務者及ヒ債務者ヲ審訊セザルモノトス蓋シ之等ノ者ノ審訊スルコトハ債權差押ノ執行ニ關シテハ無効ナラシムルノ機會ヲ發生セシムルヲ以テナリ從テ斯カル機會ヲ發生セシムルノ恐ナキトキ即チ差押命令ヲ發シタル後ニ於テハ債務者ヲ審訊シテ(執行裁判所カ適當ナリト認メタル以上)ハ民訴法第六〇〇條ニ規定シタル處分ヲ爲スコトヲ得(法學博士松岡義正氏民事訴訟法六編以下中央大學講義四一頁)
- 三 差押命令ヲ發スルニ當リテ豫メ債務者及ヒ第三債務者ヲ審訊セシメテ之ヲ爲スコトヲ得否ナ之ヲ審訊セシメテ迅速ニ之ヲ發セサルヘカラスヲ發スルニ當リテハ差押命令ヲ發スルコト同様債務者及ヒ第三債務者ヲ審訊スヘキモノニアラス(同一四九八頁)
- 四 執行裁判所ハ此差押命令ヲ發スルニ當リテ債務者及ヒ第三債務者ヲ審訊セザルモノトス(法學博士岩田一郎氏民事訴訟法原論第十版一六五頁)
- 五 差押命令ヲ發スルニ付テハ債務者等ヲ審訊セシメテ之ヲ爲スコトヲ得否ナ之ヲ審訊セシメテ迅速ニ之ヲ發セサルヘカラス(今村信行氏民事訴訟法註解下卷一三五〇頁)

執行裁判所ハ差押フヘキ債權ノ存否ニ付審査スルノ義務ナク形式的ニ適法ナル差押命令並ニ轉付命令ノ申請アルトキハ該命令ヲ發スヘキモノトス

本件抗告事由ノ要旨ハ相手方兩名ハ濶澤達ニ對スル強制執行トシテ大正一〇年九月二九日東京區裁判所ニ對シ濶澤達カ申立外株式會社東京株式取引所ニ對シ身元保證金並ニ株券ノ返還請求權ノ差押並ニ轉付命令ノ申請ヲ爲シ相手方春日井覺三ハ右保證金返還請求權ニ付債權ノ差押並ニ轉付命令ヲ得該命令ハ同年三月三日第三債務者ニ送達セラレ又相手方高島覺三ハ株券ノ返還請求權ニ付差押命令ヲ得該命令ハ同年一月一日第三債務者ニ送達セラレタリ然レトモ右返還請求權ハ本件差押命令轉付命令ノ發セラルル以前即チ大正一〇年九月二六日抗告人ニ於テ前示濶澤達ヨリ讓受ケ同月二九日右濶澤達ハ右取引所ニ對シテ讓渡ノ通知ヲ爲シ抗告ノ有ニ歸シタルモノナリ從テ前示濶澤達ニ對スル強制執行トシテ差押命令並轉付命令ヲ發シタルハ不法ナ

五四五 判決ニ因リテ確定シタル請求ニ關スル債務者ノ異議ハ訴テ以テ第一審ノ受訴裁判所ニ之ヲ主張ス可シ右ノ異議ハ此ノ法律ノ規定ニ從ヒ違トモ異議ヲ主張スルコトヲ要スル口頭辯論ノ終結後ニ其原因ヲ生シ且故障ヲ以テ之ヲ主張スルコトヲ得サルトキニ限リ之ヲ許ス

債務者カ數箇ノ異議ヲ有スルトキハ同時ニ之ヲ主張スルコトヲ要ス

五四九 第三者カ強制執行ノ目的物ニ付テ所有權ヲ主張シ其他目的物ノ讓渡若クハ引渡ヲ妨グル權利ヲ主張スルトキハ訴テ以テ債權者ニ對シテ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ザルトキハ債權者及債務者ニ對シテ之ヲ主張ス可シ

右訴ハ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ルトキハ執行裁判所ノ管轄ニ屬スル地方裁判所ニ之ヲ管轄ス

強制執行ノ停止及ヒ既ニ爲シタル執行處分ノ取消ニ付テハ第五百四十七條及ヒ第五百四十八條ノ規定ヲ準用ス但シ執行處分ノ取消ハ保證ヲ立テシメシテ之ヲ爲スコトヲ得

ルカ故ニ右ノ理由ニ基キ原裁判所ニ對シ異議ノ申立ヲ爲シタルトモ理由ナレトシテ却下セラレタルヲ以テ本件抗告ニ及ヒタリトニ在リ然レトモ執行裁判所ハ差押アヘキ債權ノ存否ニ付審査スルノ義務ナク形式的ニ適法ナル差押命令並ニ轉付命令ノ申請アルトキハ該命令ヲ發スヘキモノナルカ故ニ抗告人主張ノ如キ理由ハ之ヲ以テ差押命令並ニ轉付命令ニ對スル異議ノ理由ト爲スヲ得ス故ニ抗告人ノ異議ヲ理由トシテ却下セラルル原決定ハ相當ニシテ本件抗告ハ其理由ナシ(東京地方裁判所大正一〇年(ワ)第一九九號同年一月二十四日民五部佐藤裁判長尾高田各判事決定)

【關係事項】 抗告棄却○強制執行ノ方法ニ關スル異議却下ニ對スル抗告○抗告人小川健一代理人辯護士石塚綱正相手方春日井英二外一名

判旨元ヨリ異論ナキ所ニシテ吾人ノ贊同スルモノナリ

(一七)

二四一 裁判所ハ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ何時ニテモ判決中ノ總算書損及ヒ此ニ類スル著シキ誤謬ヲ更正スル此更正ニ付テハ口頭辯論ヲ經シテ裁判ヲ爲スコトヲ得右更正ノ申立ヲ却下スル決定ニ對シテハ上訴ヲ爲スコトヲ得又更正ヲ宣言スル決定ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得

四〇〇 控訴期間ハ一ヶ月トス此期間ハ不變期間ニシテ判決ノ送達ヲ以テ始マル

判決ノ送達前ニ提起シタル控訴ハ無効トス

第二百四十二條ノ規定ニ從ヒ控訴期間内ニ追加裁判ヲ以テ判決ヲ補充シタルトキハ控訴期間ノ進行ハ最初ノ判決ニ對スル控訴ニ付テモ追加裁判ノ送達ヲ以テ始マル

判決ノ更正決定ハ判決中ノ著シキ誤謬ヲ判決當時ニ遡リテ更正スルノ效力アルニ止マルヲ以テ假令判決ニ著シキ誤謬アルモ其送達アリタル以上民事訴訟法第四〇〇條ニ所謂判決ノ送達ト謂フヲ妨ケサルモノトス

第一本件控訴カ判決送達前ノ提起ニ係ルモノナリヤ否ヤノ點ニ付被訴人ニ原裁判所

カ大正一〇年六月四日同庭同年(カ)第六二二條爲替手替形金請求爲替訴訟事件ニ付言渡シタル判決原本中事件番號ノ表示カ大正十年(カ)第六三二號ト記載シテアリテ右記載カ書換ナルコト及原裁判所カ同年一月一日決定ヲ以テ右誤謬ヲ更正シタルコトハ一件記録ニ據リ明瞭ナリ然レトモ一件記録ニヨレハ該判決ハ同年六月一五日控訴人ノ原審ニ於ケル訴訟代理人ニ適法ニ送達セラレ控訴人ハ同年七月四日ニ至リ右判決ニ對シ本件控訴ヲ提起シタルコト明カナルヲ以テ本件控訴ハ判決送達前ニ提起セラレタルモノト謂フヲ得蓋更正決定ハ判決中ノ著シキ誤謬ヲ判決當時ニ遡リテ更正スルノ效力アルニ止マルヲ以テ假令判決ニ著シキ誤謬アルモ其送達アリタル以上民事訴訟法第四〇〇條ニ所謂判決ノ送達ト謂フヲ妨ケサルヲ以テナリ(中略)以テ原判決ハ相當ニシテ本件控訴ハ其理由ナキモノトス(東京控訴院大正一〇年(ホ)第五一八號同年一月二十七日民四部青柳裁判長豊水坂崎各判事決定)

【關係事項】 控訴棄却○爲替手替形金請求爲替訴訟事件○控訴人土屋與助訴訟代理人辯護士押垂民司外三名被訴人立川芳勝訴訟代理人辯護士波野平四郎外三名

【更正決定ト判決ノ送達ニ關スル參照判例】

更正決定アリタル場合ニ付テハ民事訴訟法第四〇〇條第三項ノ如キ規定ナキノミナラス更正決定ハ判決中ノ總算書損等ノ誤謬アル部分ノ判決當時ニ遡リテ更正スルモノニシテ追加裁判ト其性質ヲ異ニスルヲ以テ控訴期間ノ滿了ヲ更正決定ニ對スル即時抗告期間ノ滿了ニ一致セシムルノ要ナキモノトス(大審院大正六年(ク)第二六四八同年十月二十四日判決本書第六卷民訴六八頁以下)

(一七一)

七五九 特別ノ事情アルトキニ限り保護ヲ立シメテ假處分ノ取消ヲ許スコトヲ得

七六〇 假處分ハ争アル權利關係ニ付キ假ノ地位ヲ定ムル爲ニモ亦之ヲ爲スコトヲ得但其部分ハ殊ニ繼續スル權利關係ニ付キ著シキ損害ヲ避ケ若ク急迫ナル強暴ヲ防ク爲メ又ハ其他ノ理由ニ因リ之ヲ必要トスルトキニ限リ

砂鐵法四 砂鐵採取者ハ砂鐵區内ニ於ケル各種ノ砂鐵ヲ採取スル權利ヲ有ス但シ第六條ノ砂金ニ付テハ此ノ限ニ有ラズ

二三 鑛業法...第一五條...ノ規定ハ砂鑛業ニ關シテ之ヲ準用ス
鑛業法一五 鑛業權ハ物權トシテ不動産ニ關スル規定ヲ準用ス但民法第一七九條第一項ノ規定ハ此ノ限ニ在ラス
假堰カ既ニ流失シテ現存セザルトキハ其撤去ヲ求ムル假處分ハ其目的ナキヲ以テ許シ能ハサルモノトス

砂鑛權者ハ砂鑛法所定ノ方法ニ依リ砂鑛ヲ採取スル權利ノミヲ有シ既ニ他人ノ除去セル土砂ニ對シテ砂鑛權ハ之ニ追隨セザルヘキヲ以テ之カ引渡ヲ請求スル主張ハ理由ナキモノトス

砂鑛權ハ物權トシテ明定セラルルヲ以テ何人モ之カ砂鑛採取ヲ妨害スヘカラザル義務ヲ負フヘク從テ砂鑛ヲ含有スル土砂ヲ採取シ其砂鑛採取ヲ不能ナラシムル行為又ハ水流水深變更ノ工事ヲ爲シテ其砂鑛採取ヲ困難ナラシムル行為ノ禁止ヲ求メ得ルモノトス

砂鑛權ト水力電氣工事ニ關スル權利トノ優劣ハ本案訴訟ニ於テ裁決セラルヘキモノニシテ假處分ニ於テ之カ判定ヲ爲スヘカラサルモノトス

請求權カ性質上金錢補償ニ依リ終局ノ目的ヲ達シ得ヘキトキト雖モ假處分ノ申請ヲ爲シ得ヘキモノトス

假處分カ本案ノ權利ヲ實現スルモノナリトスルモ保全ノ目的ヲ超越スルニアラザレハ之ヲ爲シ得ヘキモノトス

本件申請ノ要旨ハ申請人ハ本件鬼怒川筋ニ於ケル支流遊川ト本流トノ分流點ヨリ宇

ハマゴ中ノ島下流三百間ニ至ル間ノ區域ニ對シ大正七年一月二十九日ノ設定登録ニ係ル砂鑛權ヲ有シ砂金砂鐵ノ採取ニ從事シ居タルトコロ被申請人ハ其水力電氣工事ノ爲メ大正一〇年四月頃ヨリ同所ノ砂金砂鐵ノ鑛床タル土砂ヲ採取シ採鑛場内ニ假堰工事ヲ爲シ水路ヲ變更シテ選鑛場ヲ水底ニ没セシメ其他砂鑛採取ノ妨害トナルヘキ水流ノ變更又ハ水深ノ増大ヲ來スヘキ工事ヲ進行シツツアルヲ以テ申請人ハ其砂鑛權ニ基キ同區域内ノ土砂ヲ採取禁止及水流水深ノ變更工事禁止既ニ採取セラレタル土砂ノ引渡假堰工事ノ撤去並ニ採鑛場及選鑛場ノ原狀回復ヲ求ムル爲メ其妨害排除並ニ原狀回復請求ノ訴ヲ提起シタルモ其本案訴訟ノ終局ヲ俟ツトキハ申請人ハ現狀ノ變更ニ依リ其權利ノ實行ヲ爲ス能ハス且回復スヘカラサル損害ヲ蒙ルニ至ルヘキヲ以テ右土砂ノ採取及水流水深ノ變更工事禁止既採取土砂ノ撤出處分ノ禁止並ニ假堰ト撤去ヲ求ムル假處分ヲ申請スト云フニ在リ而シテ申請人カ其主張區域ニ對シ砂鑛權ヲ有スルコトハ被申請人ニ於テ是認スルトコロナリ
先ツ假堰撤去ノ假處分申請ノ當否ヲ案スルニ本件假堰カ既ニ流失シテ現存セザルコト當事者間ニ爭ナキトコロナルヲ以テ其撤去ヲ求ムル假處分申請ハ其目的物ナキニ至リタルヲ以テ此點ニ於テ理由ナキモノトス
次ニ被申請人ノ採取シタル土砂ニ關スル假處分申請ノ當否ヲ按スルニ申請人ハ該土砂ニ對シテハ本件區域ノ土地カ官有ナルモ其砂鑛權者トシテ自己ニ對シ之レカ引渡ヲ求ムル權利アルヲ以テ右請求權保全ノ爲メ其土砂ノ撤出處分禁止ノ假處分ヲ求ムル旨主張スト雖モ砂鑛權者ハ砂鑛法所定ノ方法ニ依リ砂鑛ヲ採取スル權利ノミヲ有シ既ニ他人ノ除去セル土砂ニ對シテハ砂鑛權ハ之ニ追隨セザルヘキヲ以テ縱令其土砂中ニ砂鑛存在スルモ砂鑛權者ヨリ直接自己ニ其土砂ノ引渡ヲ求メ得ヘカラザルコト明カナルカ故ニ該土砂引渡ノ本案請求ニ其主張自體ニ於テ理由ナク之ヲ前提トスル各假處分申請ハ到底認容スヘカラス
次ニ本件砂鑛區域ニ於ケル被申請人ノ土砂採取及水流水深變更工事禁止ノ假處分申

謂ニ付キ審檢スルニ申請人カ本件砂鑛權ヲ有スルコトハ當事者間ニ爭ナク而シテ砂鑛權者ハ未ダ採取セサル砂鑛ニ對シテハ其所有權ナキモ之レカ採取ヲ爲スヘキ權利ヲ有シ該權利ハ物權トシテ砂鑛法ニ明定セラレタルトコロナルヲ以テ何人モ之レカ砂鑛採取ヲ妨害スヘカラサル義務ヲ負フヘク從テ砂鑛ヲ含有スル土砂ヲ採取シ其砂鑛採取ヲ不能ナラシムル行爲又ハ水流水深變更ノ工事ヲ爲シテ其砂鑛採取ヲ困難ナラシムル行爲ノ各禁止ヲ求ムル本案請求權ニ付テハ一應ノ說明アリタルモノト謂ハサルヘカラス若シ夫レ申請人ノ各砂鑛權ト被申請人主張ノ水力電氣工事ニ關スル權利トノ優劣其他ノ爭點ニ至リテハ本案訴訟ニ於テ其請求權ノ終局ノ當否ヲ審判セラルル際裁決セラルヘキモノニシテ本案假處分ニ於テ之レカ判定ヲ爲スヘカラサルモノトス而シテ被申請人カ本件區域内ニ於テ砂鑛砂鑛含有スル土砂ヲ採取シテ其砂鑛採取ヲ不能ナラシムル行爲又水流水深變更水深增大ノ工事ヲ爲シテ砂鑛採取ヲ困難ナラシムル行爲ヲ爲スヘキコト乙第三號乃至...ニ依リ一應之ヲ認メ得ヘキヲ以テ該行爲禁止ノ假處分ヲ必要トスル理由モ亦說明ナキモノト謂フヘカラス

尙被申請人ノ本案假處分申請ハ其請求權カ性質上金錢補償ニ依リ終局ノ目的ヲ達シ得ヘク又其基本權利ノ本質ヲ實現スルモノニ外ナラサルヲ以テ假處分トシテ許スヘカラサルモノナル旨抗辯スト雖本件假處分申請ハ其請求權カ直接金錢給付ヲ目的トスルモノニアラス又本案ノ權利ヲ實現スルモノナリトスルモ保全ノ目的ヲ超越スルモノニアラスヲ以テ該抗辯ハ採取スヘカラス

仍テ申請人ノ本案申請中主文掲記ノ假處分ノミ之ヲ認容シ其他ヲ排斥シ其許容シタル本案假處分ハ本件當事者主張ノ全趣旨及双方ノ疏明書類ニ依リテ其保全セラルル權利カ金錢補償ヲ得ルニヨリ其終局ノ目的ヲ達シ得ヘキ事情存シ且被申請人ノ右假處分ノ執行ニ因リ蒙ルヘキ損害之レカ執行ナキ爲メ申請人ノ受テヘキ損失ニ比シテ頗ル多大ナルヘキ特別ノ事情アルヲ以テ民事訴訟法第七五六條ニ題ヒテ同法第七四三條ヲ準用シ被申請人オシテ金三千圓ノ供託ニ因リ其執行ヲ免レシムヘキ條件ヲ附

スルコトヲ相當ト認メ本件申請ニ關スル訴訟費用ニ付テハ同法第七二條第一項第七三條第二項ニ則リ主文ノ如ク判決ス(宇都宮地方裁判所大正一〇年(一)第三九號同年一月六日民事部答裁判長益谷津村各判判決)

【關係事項】申請一部却下○妨害排除並ニ原狀回復假處分申請事件○申請人徳田市那野訴訟代理人辯護士神武品太郎外二名被申請人鬼怒川水力電氣株式會社法律上代理人利光鶴松訴訟代理人辯護士原嘉道外一名

【未掘探鑛物ノ所有權ニ關スル參照學說判例】

本卷諸法一〇〇頁

第七五九條ニ所謂特別ノ事情ノ意義ニ關スル參照學說判例】

本卷民訴二六九頁

【假ノ地位ヲ定ムル假處分ノ要件ニ關スル參照學說判例】

本卷民訴五三一頁

判旨ニ左擔ス假處分ノ目的存在セサルトキハ假處分ヲ許ササルハ論ナク未掘鑛物ノ所有權及鑛業法ニ依ラスシテ掘探セラレタル鑛物ノ所有權ノ歸屬ニ關シテハ吾人既ニ本卷諸法第一二二頁ニ論述シタリ又鑛業權ノ妨害排除請求權ニ付テモ九卷諸法第五三五頁ニ論述シタルヲ以テ再論セズ假處分ノ申請許否ノ裁判ニ於テモ本案ノ請求カ理由アリヤ否ヤヲ審理セサルヘカラサルモ其審理スヘキ範圍ハ假處分申請ノ許否ヲ定ムルニ必要ナル限度ヲ以テ足ルコトハ假處分ノ裁判ハ本案請求ニ付キ確定力ヲ有スル判決ヲ爲スモノニアラサルニ依リ明白ナリ判旨ノ事案ニ對スル見解モ亦妥當ナリト考フ

金錢補償ニヨリ究極ノ目的ヲ達シ得ヘキ場合ト雖モ假處分ヲ爲シ得ヘキコトハ第七五九條ノ解釋上異論ナキ所ナリ
本案ノ權利ヲ實現スルコトヲ目的トスル假處分ヲ許スヤ否ヤニ付キテハ疑問ナシトモ然レトモ假令本案ノ權利ノ實現ヲ目的トスル假處分ト雖モ保全ノ目的ヲ超過セザル場合ニハ之ヲ許シ得ルモノト解スルヲ相當トスルヲ以テ判旨ニ左擔ス

(一七一)

二三五 判決ノ言渡ハ當事者又ハ其一方ノ在廷スルト否トニ拘ハラス其效力ヲ有ス

二四五 口頭辯論ニ基キ爲ス裁判所ノ決定ハ之ヲ言渡スコトヲ要ス

第二百三十三條：ノ規定ハ裁判所ノ決定ニ之ヲ準用シ又第二百三十五條：ノ規定ハ裁判所ノ決定：ニ之ヲ準用ス

言渡ヲ爲ササル裁判所ノ決定：ハ職權ヲ以テ之ヲ當事者ニ送達スヘシ

四二三 第一審ニ於テ訴訟手續ニ付テノ規定ニ違背シタルトキハ控訴裁判所ハ其判決及ヒ違背シタル訴訟手續ノ部分ヲ廢棄シ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スコトヲ得

大審院判

民事訴訟法第二四五條ニヨリ準用セラルル同法第二三五條ノ規定ニ依レハ決定ノ言渡ハ當事者在廷スルト否トニ拘ラス其效力ヲ有スルモノナリトス

第一審判決ノ理由ノ當否ヲ問ハス第一審判決ノ正當ナル以上ハ民事訴訟法第四二三條ヲ適用スル場合ノ外ハ第二審裁判所ハ第一審判決ヲ取消スモノニアラス

(一) [上告理由] 原判決ハ訴訟手續ニ違背セル不法アリ原審ハ大正十年五月十三日辯論ヲ終結シ判決言渡期日ヲ同年五月二十日午前九時ト定メテ同日午前九時言渡ヲ爲サヌ又同日ノ變更決定ヲ爲サヌ從テ其送達ヲ爲サヌ原審不在ノ同年五月二十七日言渡ヲ爲シタル不法ナリ

月二十七日言渡ヲ爲シタル不法ナリ

【判決理由】 然レトモ民事訴訟法第二四五條ニヨリ準用セラルル同法第二三五條ノ規定ニ依リ決定ノ言渡ハ當事者在廷スルト否トニ拘ラス其效力ヲ有スルモノナリ而シテ本件記録ニヨレハ原院大正十年五月十三日午前九時ノ口頭辯論期日ニ當事者雙方訴訟代理人判決シテ口頭辯論ヲ爲シ裁判長ハ右ノ期日ニ口頭辯論ヲ閉テタル判決言渡期日ヲ同年同月二十日午前九時ト指定シ當事者雙方訴訟代理人ニ同期日ニ出頭スベキコトヲ命シタルニ當事者雙方及ヒ其訴訟代理人出頭セズ其期日ニ於テ原院ハ判決言渡期日ヲ同年同月二十七日午前九時ト變更スル旨ノ決定ヲ爲シテ之ヲ言渡シタルコト明ナリ然ラハ其決定ハ當事者在廷セサルニ拘ラス又其送達ヲ要セスレテ當事者ニ對シ效力ヲ生シタルモノナルヲ以テ原院カ同年同月二十七日午前九時ノ期日ニ原判決ノ言渡ヲ爲シタルハ適法ニシテ論旨理由ナシ

(二) [上告理由] 原判決ハ不法ノ理由トシ第一審判決ヲ取消ササル不法アリ本件異議ノ申立ハ民事訴訟法第七四四條ニ依リ申立即チ假差押命令ノ成立ニ關スル不當ノ原因ヲ主張スルモノニシテ同法第七四七條ニ依リ假差押命令後ニ於ケル事情ノ變更ヲ原因トスル申立ニアラサルナリ(九年十一月六日附第一審辯論圖書原控訴判決事實ノ適示中被控訴人代理人カ(中略)之ヲ主張セス参照)シテ兩申立ノ種類ノ異ニ付テハ板倉博士強制執行法義海第三版第九六七乃至九六九頁法會出版獨民施行條例註釋第六冊第八〇七條註釋及御院第二民部三十九年(オ)第四三五號同年十二月十四日判決第一民事部四十一年(オ)第四一九號同年十月二十九日判決参照)然ルニ原判決ハ假差押決定後ニ於ケル事情ノ變更原因ヲ取消ノ理由(尙債權者ハ(中略)其利益ニ攪用レタリ)トスル第一審判決ヲ其儘認容シ控訴ヲ棄却シタルハ不法ナリ(原控訴審十年三月十八日附準備書面ニ原判決不服ノ點(ロ)及第一審九年八月二十八日附答辯書理由ニ參照)

【判決理由】 然レトモ第一審判決ノ理由ノ當否ヲ問ハス第一審判決ノ正當ナル以上ハ民事訴訟法第四二三條ヲ適用スル場合ノ外ハ第二審裁判所ハ第一審判決ヲ取消スベキモノニアラサルヲ以テ原院カ第一審判決ヲ認容シ控訴棄ノ判決ヲ爲シタルハ正當ニシテ論旨ハ理由ナシ(大審院大正十年(オ)第六〇五號同年十一月十日民二部馬場裁判長大倉東泉澤岩本各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審東京控訴院○假差押取消申請事件○上告人根岸常太郎訴訟代理人辯護士杉田金之助被上告人加

勸諭之助

【判旨第二點差戻判決ニ關スル參照學說判例】

本書本卷民訴四頁以下

判旨第一點固ヨリ妥當ト信ス決定カ裁判所外ニ對シテ其效力ヲ發生スルカ爲メニ要スル條件ハ(一)口頭辯論ニ基キテ爲ス裁判所ノ決定ハ言渡スコトニアリ亦(二)言渡ヲ爲ササル決定ハ職權送達スルコトアルハ民事訴訟法第二四五條ノ明カニ定ムル所ナリ而テ法律ハ(一)ノ決定ノ言渡ニ付キ判決ノ言渡ニ關スル同第二三五條ノ規定ヲ準用スルヲ以テ決定ノ言渡ニハ必ラスシモ當事者ノ在廷ヲ要セサルモノト言ハサルヘカラス言渡サレバ決定カ裁判所ノ確定シタル意思ノ宣言タル點ニ於テハ判決ノ言渡ト何等異ナル所ナシ而テ意思ノ宣言ハ意思ノ表示トモナリ必スシモ相手方タル訴訟當事者ニ到達スルコトヲ要セサルモノトモハ斯如決定ノ言渡(即チ宣言)ヲ爲スニ於テモ判決ノ言渡ノ場合ト均シク毫モ當事者ノ在廷ヲ要スルモノニ非スト謂ハサルヘカラス若シ之ヲ反對ニ解スルトキハ各種ノ訴訟手續ニ於テ當事者ノ懈怠ニヨリ其進行ヲ遲延セシムルノ弊ニ耐ヘサルモノアルヘシ

同第二點亦正當ナリ

明ニ當事者間ニ争ナキ事實ヲ無視シテ之ヲ裁判ノ基礎ト爲ササルモノハ不法ノ裁判ナリトス

【判決理由】按スルニ原審ニ於テ上告人等ノ訴訟代理人カ各上告人ノ借地權ヲ取得シタル由來ニ付キ本審ニ舉ケタルカ如キ沿革ヲ叙述シ被上告人カ之ヲ争ハサザシコトハ原裁判所ノ確定シタル所ナレハ上告人等借地ノ中或モノハ明治四十年二月一日以前ヨリ賃貸シ來ルモノ或モノハ其以前ニ前借地人ノ賃借シタルヲ承繼シタルモノ或モノハ其後ニ賃借シタルモノナルコトハ被上告人ノ争ハサル事實ニ屬ス然レハ甲第一號證ニ上告人伊藤ハツノ前主タル前賃借人岩城民次郎及其他ノ上告人等カ明治四十年二月一日ヲ始期トシテ十年間各其賃借地ヲ賃借シタル旨ノ記載アルハ上告人ノ原審ニ於テ抗辯シタルカ如ク事實ニ符合セザルモノト謂ハサル可カラズ此事タル既ニ當院カ本件ノ前上告判決ニ於テモ言明シタル所ナリ然ルニ原裁判所ハ甲第一號證ノ記載ヲ事實ニ反セザルモノト認シテ上告人ノ抗辯ヲ排斥シ上告人等ノ借地權ヲ以テ本件土地ノ前所有者トノ間ニ明治四十年二月一日ヲ賃借期間ノ始期トシテ締結シタル賃借契約ニ基クモノト認定シタリ是レ明ニ當事者間ニ争ナキ事實ヲ無視シテ之ヲ裁判ノ基礎ト爲ササルノ項法アルモノニシテ右認定ノ結果被上告人ノ請求ヲ認容シタル原判決ハ此點ニ於テ不法タルヲ免レス仍テ上告ヲ理由アルモノトシ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依リ主文ノ如ク判決ス(大正一〇年(オ)第三三三號同年九月二十七日民一部裁判長田部芳樹原尾古山香成道各判事判決法律新聞第一九二二號一八頁)

【關係事項】 破産差戻○土地明渡並附帶損害賠償請求事件○上告人黒澤文雄右法律上代理人親權者黒澤なみ外二名訴訟代理人辯護士安東俊明外一名○被告人齊藤キヲ訴訟代理人辯護士高橋義之助

判旨ニ賛同ス

一七三

五九四 第三者(第三債務者)ニ對スル債務者ノ債權ニシテ金錢ノ支拂又ハ其ノ他ノ有體物若クハ有價証券ノ引渡若クハ給付ヲ目的トスルモノノ強制執行ハ執行裁判所ノ差押命令ヲ以テ之ヲ爲ス

五九八 金錢ノ債權ニシテ差押可キトキハ裁判所ノ第三債務者ニ對シ債務者ニ支拂ヲ爲スコトヲ禁シ又債務者ニ對シ債權ノ處分殊ニ其取立ヲ爲ス可カラサルコトヲ命ス可シ差押命令ハ職權ヲ以テ第三債務者及ヒ債務者ニ之ヲ送達シ又債權者ニハ其送達シタル旨ヲ通知ス可シ

差押ハ第三債務者ニ對スル送達ヲ以テ之ヲ爲シタルモノト看做ス

六〇〇 差押ヘタル金錢ノ債權ニ付テハ差押債權者ノ選擇ニ從ヒ代位ノ手續ヲ要セスシテ之ヲ取立タル爲メ又ハ支拂ニ換ヘタル金額ニテ差押債權者ニ之ヲ轉付スル爲メ命令アラントナリ申請スルコトヲ得

六〇一 支拂ニ換ヘタル金額ニテ差押債權者ノ債權ヲ轉付スル命令アル場合ニ於テハ其債權ノ存スル限りハ第五九八條第二項ノ手續ヲ爲スニ因リ債務者ハ債權ノ消滅ヲ爲シタルモノト看做ス

七五〇第三項 假差押ノ金額ヘ之ヲ供託ス可シ其他假差押物ノ賣買及ヒ假差押有價証券ノ換價一時之ヲ爲サス然レトモ假差押物ニ著シキ債權ノ減少ヲ生スル悉アルトキ又ハ其貯蓄ニ付キ不相應ナル費用ヲ生ス可キトキハ執行裁判所ハ申立ニ因リ其物ヲ賣買シ賣得金ヲ供託ス可キ旨ヲ執達スル命令コトヲ得

民法四一九 金錢ヲ目的トスル債務ノ不履行ニ付テハ其損害賠償ノ額ハ法定利率ニ依リテ之ヲ定ム但約定利率カ法定利率ニ超ニルトキハ約定利率ニ依ル

前項ノ損害賠償ニ付テハ債權者ハ損害ノ證明ヲ爲スコトヲ要セス又債務者ハ不可抗力ヲ以テ抗辯ヲ爲スコトヲ得ス

債權假差押命令ニ依リ取得シタル假差押債權者ノ權利ハ爾後同一債權ニ對スル他ノ債權者ノ債權差押命令及轉付命令ニ依リ差押債權者ノ債權ニシテ優先權ヲ有スルモノニ非サル限り其効力ヲ阻却セラルヘキモノニ非サルヲ以テ假差押命令

令カ第三債務者ニ送達セラレ其効力ヲ發生シタルトキハ第三債務者ハ爾後同一債權ニ付キ轉付命令ヲ得タル他ノ債權者ニ對シ支拂ヒヲ爲スノ義務ナキモノト謂ハサルヘカラス

轉付命令ハ第三債務者ニ送達スルコトニ依リテ差押債權力債權者ニ轉付スルノ效果ヲ發生スルモノナルヲ以テ第三債務者ハ該命令送達ト共ニ遲滞ニ付セラルルモノト解スヘク從テ第三債務者ハ轉付命令送達後法定利息ヲ支拂フ義務アルモノトス

案スルニ訴外河合三郎カ被告ニ對シ保險契約ニ基キ金二千四百五十一圓ノ債權ヲ有スルコト原告主張ノ如キ右債權差押並ニ轉付命令カ原告主張ノ日時ニ被告ニ送達セラレタルコト及訴外細井慎輔ノ申請ニ依リ既ニ大正一〇年三月一二日東京區裁判所大正一〇年(コ)第一八〇號債權假差押命令ヲ以テ前記債權中金二千圓ニ付キ支拂ヲ禁止セラレタル事實ニ付テハ何レモ當事者間争ナキ所ナリ依テ按スルニ債權假差押命令ニ依リ取得シタル假差押債權者ノ權利ハ爾後同一債權ニ對スル他ノ債權差押命令及轉付命令ニ依リ差押債權者ノ債權ニシテ優先權ヲ有スルモノニアラサル限リハ其効力ヲ阻却セラルヘキモノニ非ルヲ以テ假差押命令ノ第三債務者ニ送達セラレ其効力ヲ發生シタルトキハ第三債務者ハ爾後同一債權ニ付キ轉付命令ヲ得タル他ノ債權者ニ對シ支拂ヲ爲スノ義務ナキモノト謂ハサルヘカラス蓋シ轉付命令ハ第三債務者ニ送達スルコトニ依リテ債務者ノ第三債務者ニ對スル債權ヲ差押債權ノ限度ニ於テ差押債權者ニ移轉シ債務者ヲ免責セシムルモノナルヲ以テ叙上ノ場合尙且轉付命令ハ其効力ヲ生シ得ルモノナリトセハ差押債權者ハ單リ他ノ債權者ヲ排除シ排濟ヲ受タルニ依リ實質上優先權ヲ取得スルノ結果ヲ生スルモノニシテ到底差押配當主義ヲ

採用セル現行法ニ於テハ認メ難キトコロナレハナリ然レハ前記債權中金二千圓ニ對シニ假差押命令アリテ該命令ノ第三債務者ニ送達セラレ其効力ヲ發生シタル事ニ付爭ナキ本件ニ在リテハ此限度ニ於テ轉付命令ハ其効ナキモノト謂ハサルヘカラサレモ其餘ノ金四百五十一圓ノ債權ニ對スル轉付命令ハ之ヨリ有效ナルコト明白ナルヲ以テ被告ハ原告ニ對シテ右四百五十一圓ノ支拂フヘキ義務アルモノトス次ニ損害ニ付按スルニ轉付命令ハ第三債務者ニ送達スルコトニ依リテ差押債權カ債權者ニ轉付スルノ效果ヲ發生スルコト前示説明ノ如クナルヲ以テ第三債務者ハ該命令ノ送達ト共ニ送達ニ付セラシムルモノト解スヘク而シテ本訴差押債權カ被告及訴外河合三郎間ノ保險契約ニ基キ發生シタルモノナルコト當事者間爭ナキヲ以テ被告ハ前示金額ニ對シテ轉付命令送達後タル大正一〇年四月一七日ヨリ年六分ノ割合ニ依リテ損害金ヲ支拂フ義務アリト謂ハサルヘカラス依テ右範圍内ニ於ケル本訴請求ハ之ヲ許容スヘキモ其餘ハ失當トシテ棄却スヘキモノトス(東京地方裁判所大正一〇年(ロ)第三五一號同年一月五日民一〇部及川裁判長芝崎間各判事判決)

【關係事項】

一部棄却○轉付債權請求事件○原告株式會社四谷銀行訴訟代理人辯護士石川吉衛外一名橫濱火災海上保險株式會社訴訟代理人辯護士木村篤太郎外一名

判旨第一點假差押命令送達ノ効力ニ關スル參照學說判例

本書第九卷民訴二九九四一頁

【同債權ノ二重差押ノ場合ニ於ケル轉付命令ノ効力ニ關スル參照學說】

士仁井田博

一 或債權者ノ爲メニ債權ヲ差押ヘタル後更ニ他ノ債權者ノ爲メニ之ヲ差押ヘタル場合ニ於テハ各差押債權者ノ爲メニ取立命令及ヒ轉付命令ハ差押債權カ實際債務者ノ爲メニ存在スルヤ否ヤ及ヒ債務者カ現ニ其辨濟ヲ求ムルコトヲ得ルヤ否ヤヲ問ハスルヲ以テ發スヘキモノナリ以テナリ各債權者ノ爲メニ取立命令ヲ發シタル場合ニ於テハ各債權者ハ自ラ取立手續ヲ爲スコトヲ得ルノミナラス他ノ債權者カ先ラ取立ヲ爲シタル後獨リ辨濟ヲ受クルコトヲ防カ爲メ配當要求ヲ爲スコトヲ得ヘシ又或差押債權者ノ爲メニ轉付命令ヲ發シタル後他ノ差押債權者ノ爲メニ之ヲ發見シタルトキハ差押債權ハ既ニ其差押債權者ニ轉付スルコトヲ能ハサルニ至ルヘキヲ以テナリ(同上二二六頁)

梅岡博士

長島學士

岩田博士

民刑局

爲メ實際債權ノ差押債權者ニ轉付スルコトヲ得サルモノトス(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論下卷二二六頁)

執行裁判所ノ金銀ノ債權ヲ差押ヘタル後若シテ差押債權者ノ申請ニ依リ取立命令又ハ轉付命令ヲ發スヘキモノナリト雖モ保證ヲ立テ又ハ保證ヲ爲シテ強制執行ノ免ルルコトヲ債務者ニ許シタルトキハ取立命令ノ發スヘキモノニシテ轉付命令ヲ發スルコトヲ得サルモノトス(六〇七)配當要求ヲ爲ス債權者アル場合ニ於テモ亦然リ蓋シ此場合ニ於テ差押債權者ノ爲メニ轉付命令ヲ發スルコトハ差押債權者ノ辨濟ヲ爲ス手續ノ完了シ強制執行ヲ來スモノナルカ故ニ配當要求ヲ爲シタル債權者ハ配當ヲ受クルコトヲ能ハサルニ至ルヘキヲ以テナリ(同上二二六頁)

二 債權カ數名ノ債權者ノ爲メニ漸次ニ差押ヘラレタル場合ニ於テハ第一ノ差押債權者ハ第二ノ差押アルニモ拘ハラズ自己ニ差押ヲ轉付セシムルコトヲ得然レトモ第二ノ差押債權者カ第一ノ差押アルニ拘ラス自己ニ差押債權ヲ轉付セシムルコトキハ該轉付ノ第一ノ差押債權者ニ對シテ實體上効力ナシトナレ(這ニ差押債權者ノ權利ヲ侵害スルニ至ルヲ以テナリ)故ニ第一ノ差押債權者ハ民事訴訟法第五四條及ヒ第五九條ニ從テ異議ヲ申立ツルコトヲ得ヘシ(改正案七三四、七四〇)債權カ數名ノ債權者ノ爲メニ同時ニ差押ヘラレタル場合ニ於テハ各債權者ハ唯第三債務者ニ對シテ債權額ノ供託ヲ求ムルカ爲メニアラズシテ差押債權ノ取立命令ヲ申請スルコトヲ得ルノミナラス自己ノ權利ノ滿足ヲ求ムルカ爲メニ取立命令又ハ轉付命令ヲ付與ヘルノ差押債權者ヲ差押スルコトヲ以テナリ(民事訴訟法六九一改正案七四〇第一項)(法學博士松岡義正氏民事訴訟法第六編以下東京法學院大學講義錄四七九頁)

三 新ノ如ク我民事訴訟法中債權ニ對スル強制執行ノ場合ニ於テ漸次ノ差押ヲ許ス以上ハ取立命令及轉付命令ハ之ヲ重複ニ發シ得ヘキヤ否ヤモ亦論ハ論究セサルヘカラス而シテ取立命令ノ場合ニ於テハ債權ハ依然債務者ノ所有ニ屬スルヲ以テ此命令ハ各債權者ニ之ヲ許スコト妨グズト雖モ夫ノ轉付命令ニ至リテハ之ヲ得ルコト同時ニ債權ヲ移轉スルヲ以テ一度此命令ヲ得タル以上ハ其後ニ下リタル轉付命令ハ無効ナリト論セサルヲ得(從テ差押ノ重複スル場合ニ於テハ差押債權ハ其差押ノ前後ニ論ナリ)轉付命令ニ對シテモ同ノトス(法學士長島憲太郎氏民事訴訟法強執行法各論一〇七頁)

四 同一ノ債權ニ對シテ二箇以上ノ差押命令ハ共ニ効力ヲ生スヘシト雖モ差押ノ前後アルトキハ第二ノ差押債權者ハ第一ノ差押カ取消ト爲ルニ非サレハ取立命令若クハ轉付命令ヲ求ムルヲ得ス如何トナレ(是レ第一ノ差押債權者ノ權利ヲ侵害スルモノナレナリ)法律ノ規定ニハ差押ノ前後ニ依リ優先權ヲ認メタル規定存セスト雖モ後ノ差押債權者ニ轉付命令若クハ取立命令ヲ許スルコトハ前差押債權者ノ差押ノ何等ノ効力ヲキニ歸スヘキ法律カ差押ヲ許シタル立法ノ精神ニ反スレハナリ(法學博士岩田一郎氏民事訴訟法原論增補改訂第一一八六頁)

五 債權差押命令發シタル場合ト雖モ差押債權者ノ内取立命令ヲ得タル者アルトキハ第三債務者ハ該債權者ニ支拂フ爲メニ差押ヲ取消ス爲メ債務者ヨリ供託セタル保證金ニ對シ第三者ヲ轉付命令ヲ得タルトキハ供託ノ原因消滅シタル場合ニ於テ債務者カ行使シ得ヘキ權利ヲ取得スルニ過キサルヲ以テ其供託金ニ付テ假差押債權者カ轉付命令ヲ得タル以上ハ第三者ハ右權利ヲ行使スルコトヲ得サルモノトス(明治三七年一月二四日同上)

【同上ニ關スル參照判例】

一 土地ノ收用ニ因リテ債務者カ受クヘキ補償金ニ對シ優先權者自ラ差押ヲ爲シタル場合ハ勿論然ラズシテ劣等順位ノ物上擔保權ヲ有スル債權者又ハ物上擔保權ナキ債權者カ差押ヲ爲シタル場合ト雖モ苟モ差押アルニ於テハ補償金ハ優先權ノ目的トシテ保存セラルヘク差押ヲ爲シタル劣等順位ノ物上擔保權ヲ有スル債權者又ハ擔保權ナキ債權者モ亦補償義務者ト同シク優先權ノ效力ヲ受ケザルヘカラサルヲ以テ此等差押ヲ爲シタル債權者ハ優先權者ニ先ダテ差押ヲ爲シタルノ故ヲ以テ補償金ニ付テ取立ヲ爲シ又ハ轉付ヲ受ケテ優先權者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス從テ劣等順位ノ物上擔保權ヲ有スル債權者又ハ物上擔保權ナキ債權者カ優先權者ニ先ダテ補償金ノ差押ヲ爲シタル場合ニ轉付命令ヲ受クルコトアルモ其轉付命令ハ優先權者ヲ害スル範圍ニ於テハ效力ヲ有セサルカ故ニ其轉付命令ハ優先權者カ補償金ニ對シテ優先權ヲ行使スルノ妨トナラサルモノトス(大審院大正三年(オ)第八五三號同四年六月三〇日民三部判決本書第四卷民法六〇六頁)

二 前掲(同上大正三年(オ)第六四號同十二月二五日民二部判決本書第三卷民訴三〇六頁)

三 債權ノ差押命令ノ場合ニ於テ發シタル轉付命令ハ優先權者カ得タル場合ノ外其效力ヲ生セス(同上大正二年(オ)第四五號同七月五日民一部判決本書第二卷民訴二一五頁)

四 債權ノ差押命令ニ對シテ發シタル轉付命令ハ若シ之ヲ得タルモノノ爲メニ當ニ其效力ヲ有スヘキモノトスルコトキハ全ク右立法ノ趣旨ニ反スルニ至ルヲ以テ優先權者カ得タル場合ノ外其效力ヲ生セサルモノト解スルコト相當トス(同上四年五月二四日民二部判決第一七輯三二九頁)

五 債權差押ノ場合ニ發シタル轉付命令ハ優先權者カ得タル場合ノ外其效力ヲ生セサルモノナルヲ以テ差押ヲ受ケタル第三債務者カ右轉付命令ニ基キ拂渡ヲ爲シタルトキハ他ノ差押債權者ハ民法第四八一條第一項ニ依リ其損害ヲ受ケタル限度ニ於テ更ニ第三債務者ニ對シ拂渡ヲ請求シ得ルモノトス(同上四年五月四日民事聯合部判決第一五五頁)

六 金錢ノ債權ニ對シ二箇以上ノ差押アル場合ニ於テ差押債權者中一人ノ爲メニ轉付命令ヲ發シタルトキハ其差押ハ他ノ差押ノ前ナルト後ナルトニ拘ヘラズ轉付命令ハ適法ナリトス(同上三年二月十日民一部判決同上二輯一五七頁)

七 債權轉付ノ命令ハ支拂ニ換ヘ券面額ニテ債權者カ差押債權者ニ轉付スルノ效力ヲ生スルモノナレハ他ノ債權者ヨリ配當要求アリタル後ハ此命令ヲ爲スヘキモノトス(同上三年十一月二四日判決同上六輯十卷一二五頁)

八 同一債權ニ付後日他ノ債權者カ債權差押及ヒ轉付命令ヲ得タルトスルモノニ因リテ該債權轉付ノ效力ヲ生セサルヘキハ當然ナリトス(東京控訴大正五年(ネ)第四四九號同十一月十六日民二部判決本書第五卷民訴四一〇頁)

九 中央金庫第三債務者トシテ其供託金ニ對シ第一著手債權差押命令ヲ得尋イテ取立命令ヲ得タル甲債權者ト其後ニ差押命令並ニ轉付命令ヲ得タル乙債權者アル場合ニ於テ中央金庫乙債權者ハ其供託金全部ヲ拂渡シ以テ甲債權者ノ拂渡請求ヲ拒絕レ得ヘキモノトス(東京控訴四年(ネ)第七二五號同四年四月十三日判決本書第一卷民訴九二頁)

一〇 二箇ノ差押(假差押モ同義)カ適合シタルトキハ差押債權中特ニ優先權ヲ有スル債權者ノ爲メニスル場合ヲ除外一人

判旨第一點吾人ノ贊同ヲ吝ヤサル所ナリ

ノ債權者ノ爲セル轉付命令ハ無効トス(大阪控訴大正元年(ネ)第四四五號判決本書第一卷民訴二六五頁)

一 金錢ノ債權ニ對シ二箇以上ノ差押アル場合ニ於テ差押債權者中一人ヨリ轉付命令ヲ申請シタルトキト雖モ裁判所ハ轉付命令ヲ發シ得ルモノトス(同上四年四月十八日民一部判決法律新聞四三九號二六四頁)

二 同一債權ノ同時各別二人ノ差押債權者ニ轉付命令ヲ發シタルヲ以テ該命令發シタル部分ト雖モ其轉付命令ハ其ニ效力ヲ生セサルモノトス(廣島控訴院四年七月七日民事部判決法律新聞六五三號三一八頁)

三 民事訴訟法ハ有體物ニ對シ強制執行ヲ付テハ第五百八十六條ニ於テ多數ノ債權者ノ爲メニ各別ニ強制執行ヲナスコトヲ禁スル旨ノ規定ヲシタルモ債權者ニ對シ強制執行ニ付テハ如斯規定ヲ設ケザルカ故ニ各債權者ハ各別ニ差押ヲナシ以テ其強制執行ヲ進行スルコトヲ得ルモノト謂ヘサルヘカラス而シテ各別ニ強制執行ヲ進行スル結果トシテ其内一人カ取立命令ヲ得テ取立タルカ又ハ轉付命令ニ依テ一人ニ債權カ轉移シタル場合ニ於テハ債權者ハ最早其債權ヲ有セサルカ故ニ他ノ債權者ハ其強制執行ヲ進行スルヲ得サルニ立至ルヘキハ當然ナルモノト本件ノ如ク從參加人ハ單ニ取立命令ヲ得タルノミニシテ未ダ取立タルセザルモノナレハ被控訴人カ之ニ對シテ轉付命令ヲ得タルハ正當ノ手續ニシテ決シテ無効ノモノニ非ラス從テ被控訴人カ其轉付命令ニ依リテ取得シタル債權ニ基キ抵當權ノ實行ヲナセルハ固ヨリ正當ニシテ被控訴人ハ之カ取消ヲ求ムル權ナシ(大阪控訴三年六月二七日民二部判決法律新聞三八〇號二九六頁)

四 數人ヨリ差押アリタル後或債權者ノ爲メニ發シタル轉付命令ハ無効ナリ(大阪地方四年(ワ)第四九五號判決本書第一卷民訴一六六頁)

五 債權取立命令ハ債務者ニ屬スル債權ノ取立ヲ爲スノ權限ヲ差押債權者ニ付與スルノ效力アルノミナルニ反シ轉付命令ハ債務者ノ第三債務者ニ對シ金錢ノ債權券面額ニテ差押債權者ニ轉移スルノ效果ヲ有スルモノニシテ前者ハ債權ノ實質ニ關シ後者ハ債權自體ノ得喪ニ關スルヲ以テ取立命令ヲ發シタルモ未ダ實行ヲ爲ササルニ於テハ轉付命令ヲ發スルコトヲ得ヘキモノトス(高松地方四年三月二二日民事部判決法律新聞七〇九號二二二頁)

六 差押ヘタル金錢ノ債權ニ付テ差押債權者ヨリ支拂ニ換ヘ券面額ニテ之ヲ轉付スル爲メ命令アラントキ申請シタルトキハ執行裁判所ハ之カ命令ヲ發スルヘキモノナルコトハ民事訴訟法第六百條第一項ノ規定ニ依リテ明白ナル所ナリ而シテ同一金錢ノ債權者ヨリ更ニ該同一債權ニ付テ支拂ニ換ヘ券面額ニテ之ヲ轉付スル爲メ命令アラントキ申請シタルトキハ其申請ノ適法ナルニ於テハ執行裁判所ハ之カ命令ヲ發セザルヘカラスモノト解釋スルハ相當トス何トナレハ執行裁判所ハ職權ヲ以テ差押債權ニ付テ既ニ轉付命令アリタルヤ又ハ其差押債權ハ果シテ現實ニ存在スルヤ否ヤヲ調査スル義務ナキノミナラス同一差押債權ニ付テ既ニ轉付命令アリタル場合ニ其命令ノ效力如何ハ自ラ別箇ノ問題ニ屬スルハ勿論ナリト雖モ前掲ノ如ク一旦轉付命令アリタル後ハ同一差押債權ニ付テ更ニ轉付命令ヲ發シタル後ハ同一差押債權ニ付テ更ニ轉付命令ヲ發スルコトヲ得サル旨ノ規定ナレハナリ(東京地方三八年二月二〇日民五部判決法律新聞二六四號四六七頁)

同第二點ニ關シテハ場合ヲ分チテ論スルヲ要ス即チ轉付命令ノ目的タル債權カ既ニ辨濟期間經過後ノモノナルトキハ判旨ハ常ニ正當ナリト言ヒ得ヘシト雖モ該債權カ辨濟期間經過後ノモノニアラザル場合ハ之ヲ分チテ(イ)確定期限ノ付シアル債權ノ場ハ假令ヘ轉付命令ノ送達アルモ決シテ遲滞ニ付セラルヘキモノニアラス(ロ)不確定期限ノ付シタル債權ノ場合ニ於テハ轉付命令ノ送達ニヨリテ債務者カ期限ノ到達シタルコトヲ知リタルモノト云フヘキヤ否ヤハ各個ノ場合ニ付キテ決スヘキモノト信ス更ニ(ハ)無期限ノ債務ニ付キテ轉付命令ノ送達アルモ該命令ハ固ヨリ債權ヲ法律上移轉セシムルノ效力ノミ有スルモノニシテ更ニ履行ノ請求タル效力ヲ有スルモノニアラス故ニ上述ノ理由ヲ以テスレハ債權ニシテ未タ辨濟期ノ到來セザル限リ轉付命令ノ送達アルモ決シテ債務者ヲシテ遲滞ニ付スル效力ナキモノト謂ハサル可カラニ

一七四

- 二九 第一審裁判所ハ當然管轄權ヲ有セザルモ當該被告ノ合意ニ因リ管轄權ヲ有ス但書面ヲ以テ合意ヲ爲シ且其合意カ一定ノ權利關係及ヒ其權利關係ヨリ生スル訴訟ニ係ルトキニ限ル
- 三〇 被告カ管轄權ノ申立ヲ爲サシテ本案ノ口頭辯論ヲ爲ストキハ本前條ト同一ノ效力ヲ生ス
- 三〇六 妨訴ノ抗辯ハ本案ニ付テ被告ノ辯論同時ニ之ヲ提出ス可シ
- 左ニ掲タルモノヲ妨訴ノ抗辯トス
- 本案ニ付テ被告ノ口頭辯論ノ始マラザル後ハ妨訴ノ抗辯ハ被告ノ有效ニ拋棄スルコトヲ得ザルモノナルトキ又ハ被告ノ過失ニ非スシテ本案ノ辯論前ニ其抗辯ヲ主張スル能ハサルコトヲ証明スルトキニ限リ之ヲ主張スルコトヲ得
- 二六〇 故障ヲ遺法トスルトキハ訴訟ハ關所前ノ程度ニ復ス

合意上ノ管轄權タルヤ法定ノ專屬管轄權ト異ナリ當事者カ任意ニ拋棄スルコトヲ得ヘキモノトス」

管轄ノ合意ニ付テハ裁判所ハ職權ニ因リテ之ヲ調査スル必要ナキハ勿論若シ他ノ裁判所ニ訴ノ提起アリタル場合ニ於テ被告カ管轄權ノ抗辯ヲ提出セスシテ本案ノ口頭辯論ヲ爲シタルトキハ民事訴訟法第三〇條ノ適用アルモノトス」

民事訴訟法第三〇條ノ場合ニハ同第二〇六條第三項ノ適用ナキモノトス」

民事訴訟法第三〇條ハ一定ノ事實要件ノ存在スルトキハ法律ノ力ニ因リテ管轄權ヲ授與シ其管轄ノ效力ハ同第二九條ニ依ル合意管轄ノ效力ト同一ナラシムルモノトス」

被告カ一旦出頭シテ無條件ニ本案ノ辯論ヲ爲ストキハ第三〇條ノ管轄ハ成立シ從令爾後ノ關席判決ニ對スル故障ノ申立ニ因リテ訴訟カ欠席前ノ程度ニ復スルモノ一旦成立セル民事訴訟法第三〇條ノ管轄ハ消滅スヘキモノニ非ス」

【批評判例】大審院大正一〇年(オ)第二四〇號同年五月一八日民三部判決本書不卷民訴二五六頁以下掲載

予輩ハ本件判旨ニ賛成スル者ナリ蓋シ第二〇六條第一項第二號ニ所謂管轄トハ法定ノ管轄ニ異リタル場合ノミナラス當事者ノ書面ニ因ル合意管轄ニ異リタル場合モ亦之ヲ包含スルヲ以テナリ然リト雖モ合意上ノ管轄權タルヤ法定ノ專屬管轄權ト異ナリ當事者カ任意ニ拋棄スルコトヲ得ヘキモノナルコトハ本件判旨ノ說示スル所ノ如シ斯ノ如ク拋棄シ得ヘキ管轄ノ合意ニ付テハ裁判所ハ職權ニ因リテ之ヲ調査スル必要ナキハ勿論若シ他ノ裁判所ニ訴ノ提起アリタル場合ニ於テ被告カ管轄權ノ抗辯ヲ

提出セシテ本案ノ口頭辯論ヲ爲シタルトキハ是レ又第三〇條ノ適用アルモノト謂ハサルヘカラス第三〇條ト第二〇六第三項トノ關係ニ付キ若第三〇條ノ場合ニモ尙ホ第二〇六條第三項ノ適用アリトスレハ被告ハ本案ノ辯論前ニ管轄違ノ抗辯ヲ主張スルコト能ハザリシ旨ヲ疏明シ以テ第三〇條ノ規定ニ因ル管轄ノ成立ヲ妨クルコトヲ得ヘキナリ然レトモ予輩ハ第三〇條ノ場合ニハ第二〇六條第三項ノ適用ナシト信スル者ナリ蓋シ第三〇條ノ管轄原因ハ一定ノ事實要件 (Tubebando) ノ存在スルトキハ法律ノ力ニ因リテ (Kauf Gerichte) 管轄權ヲ授與シ其管轄權ノ效力ハ第二九條ニ依ル合意管轄ノ效力ト同一ナラシムルモノトス故ニ予輩ハ第二九條ノ管轄ヲ稱シテ合意管轄ト稱スルトキハ第三〇條ノ管轄ヲ稱シテ法定合意管轄ト稱スルヲ適當ナリト信ス蓋シ此場合ニハ當事者カ全然管轄ヲ合意スルノ意思ナク又被告カ管轄ヲキコトナシ然ラズ又ハ錯誤ニ依リテ管轄權アリト誤信セルト否トハ問ハス又原告カ缺席シ相互ニ意思ヲ交換スル機會ナキ場合ニ於テモ常ニ法律ノ力ニ因リテ當然管轄權ヲ生ゼシメ又法律ノ力ニ因リテ合意管轄ト同一ノ效力アラシムルモノナレハナリ右ノ如クナルカ故ニ一旦管轄權發生セル後ニ於テ第二〇六條第三項ニ基キ被告カ其過失ニ非スレテ本案ノ辯論前ニ管轄違ノ抗辯ヲ提出シ意サリシ旨ヲ疏明シテ其管轄權ヲ消滅セシムルコトヲ得ス何トナレハ管轄權ハ管轄ノ規定ニ依リテ定マリ管轄違ノ抗辯ハ管轄ノ規定ニ因リテ定マリ管轄ノ規定ニ對シテ異リタル裁判所ニ提起アリタル場合ニ於テ始メテ其管轄違ナルコトヲ主張シ得ルニ過サレハナリ然レシテ第三〇條ニ因ル法定合意管轄ノ場合モ亦被告ノ無條件ノ本案辯論ニ依リ管轄權既ニ成立セルモノトス次ニ一考スヘキハ第三〇條ト第二〇六條トノ關係是レナリ被告カ口頭辯論期日ニ出頭シ本案ノ辯論ヲ爲スニ因リ第三〇條ノ管轄ノ成立シ被告カ直ニ本案ノ辯論ニ基キ原告ノ請求棄却ノ開席判決ヲ求メ原告ヨリ故障ノ申立ヲ爲シ故障適法ナルトキハ辯論ハ開席前ノ程度ニ復ス而シテ故障ニ因リ辯論力開席前ノ程度ニ復レタルトキハ一説ニハ被告ヨリ更ニ管轄違ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得テ第三〇條ノ管轄ヲ覆スコ

【論旨第一點合意ニヨル管轄ト法定專屬管轄トノ差異ニ關スル參照學說】

トナ得ト爲ス其理由ハ故障ニ因リ訴訟ノ狀態ナシテ開席判決申立前ノ狀態ニ恢復セシムルカ故ナリト爲スナリ然レ共是レ非ナリ被告一旦出頭シテ無條件ニ本案ノ辯論ヲ爲ストキハ第三〇條ノ管轄ノ成立シ從令爾後ノ開席判決ニ對スル故障ヲ申立ニ因リテ訴訟力開席前ノ程度ニ復スルモノ一旦成立セル第三〇條ノ管轄ハ消滅スヘキモノニ非スト解スルヲ正當ト信ス(法學博士加藤正治氏法學協會雜誌第四〇卷第一篇七二頁)「管轄ノ合意アル場合ニ於ケル第三〇條ノ適用」要領)

一 裁判管轄ノ合意ハ亦當事者ノ合意ヲ以テ之ヲ解除スルコトヲ得ヘシ裁判所ハ當事者ノ合意アルモ其裁判權ニ就キ何等ノ權利ヲ取得スルモノニアラザレハ合意ノ解除ニ就テモ亦之ヲ拒ムコトヲ得ス然レトモ當事者ノ自由ニ處分シ得ヘキハ唯訴訟上ノ範圍ニ止マルヘシ(法學博士江木衷氏民事訴訟原論一九四頁)

二 合意ヲ以テ定メタル裁判權ハ特別裁判權ニ類似ス

管轄裁判所ヲ定ムルノ合意ハ原告ヲシテ合意ヲ以テ定メタル裁判所ニシテ訴フルコトヲ得サラシムルモノニシテ法定ノ管轄裁判所ニ起訴スルコトヲ得サラシムルモノナルヲ將タ又原告ハ合意ヲ以テ定メタル裁判所ニ起訴シ得ルノミラス當然ノ管轄裁判所ニ起訴スルコトヲ得ルモノナルヲ付テハ聊カ疑ナキニ非スト雖モ專屬裁判權ナルモノハ主トシテ公益上ノ理由ニ基キ法律カ明カニ定メタル場合ニ限ルモノナレハ當事者カ合意ヲ以テ定メタル裁判權ニハ專屬ノ性質アル可キモノニ非ス故ニ單純ナル合意ニ在リテハ一ノ特別裁判權ヲ増設シタルモノト看做ス可キモノニシテ原告ハ本法第二十五條ノ適用シ其數個ノ裁判所中ニ付キ選擇ヲ爲スコトヲ得ルモノト爲ササル可ラス然レトモ尙ホ言ヲ換ヘテ之ヲ言ヘハ若シ原告ニシテ特約ニ背キ法定ノ管轄裁判所ニ起訴シタル場合ニ於テハ被告ハ右ノ特約アルコトヲ證明シテ管轄違ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得ヘキカ合意ハ當事者間ニ法律均シキ效力アルモノナリトノ主義ヲ貫徹セハ其裁判所ニ起訴セサル可シトノ合意ヲ爲シタルカ如キ場合ニハ當直ニ專屬裁判權ノ性質アルモノト速斷ス可ラス何トナレハ若シ此場合ヲ以テ專屬裁判權ノ性質アルモノトスルモノニシテ被告ニ於テ之カ抗辯ヲ爲ササルモ若シ其裁判所ニシテ特約アルコトヲ知ルトキハ職權ヲ以テ直ニ管轄違ノ言渡ヲ爲サル可ク法律ニ均シキ效力アリトハ合意ヲ爲シタル者ハ其合意ヨリ生スル責任ヲ免カルコト能ハサルハ恰モ法律ニ因テ責任ヲ負ヒタルト一般ナリト云フニ過キス故ニ斯ノ如キ合意アルモノ之ヲ破リタルトハ或ハ損害賠償ノ責任ヲ生ス可キモ對手人ハ之ヲ以テ管轄違ノ抗辯ノ理由ト爲スコト能ハサルヘシ(法學士伊藤治氏民事訴訟法正解九三頁)

三 法律上管轄權有セザル裁判所ナシテ管轄權有セザルコトヲ目的トスル合意ハ亦合意ヲ以テ之ヲ取消スコトヲ得ヘシ然レトモ當事者ハ訴訟物ノ權利拘束ナシタル後ニ至リテ其合意ヲ取消シ裁判所ナシテ管轄權ヲ失ハシムルコトヲ得ス(法學博士仁井田太郎氏民事訴訟法要論上二二四頁)

四 管轄ノ合意ハ後日當事者カ合意ヲ以テ取消スコトヲ得ヘシ然レトモ訴訟ニ付權利拘束カ發生シタル後ハ裁判所ノ管轄ハ確定スルヲ以テ之ヲ取消スコトヲ得ス管轄合意ノ效力ハ權利ノ特定承繼人ニ其效力ヲ及ボスヤ例ヘハ債權者債務者間ニ於テ管轄ノ合意ヲ爲シタル後債權者カ其債權ヲ讓渡シタル場合ニ債權讓受人ニ對シテ其效力ヲ及ボスヤ否ヤニ付テハ暗黙ノ合意ヲ推定シ得ル場合ニ非サレハ管轄合意ノ效力ヲ及ボササルモノト論結セザルヘカラス如何トナレハ管轄ノ合意ハ訴訟法上ノ行爲ニシテ私法上ノ行爲ノ效果ニ非サレハナリ(法學博士岩田一郎氏民事訴訟法原論一三六頁)

五 當事者ハ專屬的管轄ノ合意ヲ爲スコトニ依リ專屬的ニ定メタル裁判所ノ管轄ヲ直接ニ生ゼシメ且ツ他ノ管轄裁判所ノ管轄ヲ直接ニ除外スルコトヲ得ヘシト雖モ此合意ニ依リ其裁判所ノ專屬管轄有スルニ至ルモノト解スヘカラス蓋シ管轄ノ專屬ハ法律ニ依リ特ニ規定セラルル場合ニ限リ生シ公益上ノ必要ニ基クモノナルニ反シ當事者ノ合意ニ依ル專屬的管轄ハ法律カ單ニ當事者ノ合意ニ其合意ノ内容ニ適スル效力ヲ認メ管轄裁判所ノ管轄ヲ生ゼシムルニ過キスレバ公益上ノ理由ニ基クモノニアラサレハナリ從テ當事者ハ更ニ合意ヲ以テ變更スルコトヲ得ヘク又合意ノ擬制ニ依ル管轄ヲ生ズルニ妨ケナシ(法學博士山田正三氏民事訴訟法第一卷二二九頁)

【論旨第三點民事訴訟法第三〇條ト同第二〇六條トノ關係ニ關スル參照學說判例】

本書本卷民訴八六頁

【同第四點民事訴訟法第三〇條ノ管轄原因ニ關スル同趣旨學說】

一 此場合ノ管轄ハ法律カ合意ヲ推定シタルモノニ非ス被告ノ本案口頭辯論ヲ爲ス行爲共セノ效力ヲシテ管轄ノ合意ト同一效力ヲ發生セシメタルモノ外ナラス換言スレバ推定ニ非シテ法律ノ反射效力ナリ推定說ヲ主張スルモノ曰ク第三〇條ハ被告カ管轄ノ合意ヲ爲シタルトノ意思ヲ推定シタルモノナリ故ニ管轄權ハ被告カ裁判所管轄權ノ抗辯ヲ提出セザル不行爲ニ因リテ發生スルモノナレハ被告ハ本案ノ辯論後ト雖モ第二〇六條第二項ノ條件ヲ充タシ管轄權ノ妨訴抗辯ヲ提出スルヲ得ヘシ云々ト然レトモ我第三〇條ニ「同一ノ效力ヲ生ズ」アルヲ以テ反射效力ト認ムルモノトスルニ妥當トス(法學博士岩田一郎氏民事訴訟法原論一三七頁以下)

二 此場合ハ法律ノ擬制ニシテ合意ノ推定ニ非ス(法學博士板倉松太郎氏民事訴訟法網要二二四頁)

三 此管轄ヲ生ズルハ合意ノ擬制ニ基クモノニシテ被告カ抗辯權ヲ失フノ結果ヲ生ズルモノニアラス(法學博士山田正三氏民事訴訟法二四五頁)

四 擬制的合意管轄 擬制的ノ合意管轄トハ被告カ管轄權ノ申立ヲ爲サスレバ本案ノ口頭辯論ヲ爲シタル場合ニ於テ其裁判所

【同上ニ關スル異趣旨學說】

一 法律ハ管轄ニ關スル當事者ノ合意ト被告カ本案ノ辯論ヲ爲スニ先テテ管轄權ノ抗辯ヲ提出セザリシ事實トテ以テ他ノ事情ト同シク第一審裁判所ノ管轄ヲ定ムルノ基礎トシタルモノト謂フヘシ(法學博士仁井田太郎氏民事訴訟法要論一二八頁)

二 假リニ一步ヲ讀リ本法カ結果レテ暗黙ノ合意ヲ禁シタルモノナリトスルトキハ被告カ管轄權ノ抗辯ヲ爲サスレバ直チニ本案ノ辯論ヲ爲シタルトキハ之ヲ以テ自己ノ權利ヲ放棄シタルモノト爲シ此結果トシテ被告ハ更ニ管轄權ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得ス從テ裁判管轄ニ付テ合意ヲ爲シタルト同一ノ結果ヲ生ズルモノトナリト云フ可カ如シ然レトモ今一步ヲ進メテ考フルトキハ被告カ爲シ得可カリシ管轄權ノ抗辯ヲ爲サザリシヲ以テ自己ノ權利ヲ放棄シタルモノトナリト推定シ恰モ一審裁判所ノ管轄權ニ非管轄裁判所ノ管轄權ヲ推定スル理由ハ更ニ之ヲナナリ況ヤ本法第三十條ハ裁判管轄ニ付テ合意ノ節ニ於テ規定セラルル條文ナルニ於テオチ其推測ノ不測ナルコト甚ダ明ナリ然ラハ此場合ニハ如何ナル理由ヲ以テ説明スヘキヤト云フニ余ハ寧ロ權利執行ノ推定ヲ以テ説明ス可シ(法學博士伊藤梓治氏民事訴訟法正解九八頁)

【論旨第五點民事訴訟法第三〇條ト同二六〇條トノ關係ニ關スル同趣旨學說】

缺席手續以前ニ對席辯論アリタルトキハ缺席手續ニ於テ何等之ニ付テテ酌量セラレザルニ拘ラス(民訴二四九條)故テ申立ニヨリ再ヒ裁判ニ參酌セラルルニ至ルト云フニ外ナラス然ルカ故ニ缺席判決ノ申立ヲ爲シタルモノノ爲シタル訴訟行爲特ニ請求一部ノ取捨又ハ自白質問權ノ拋棄憑証管轄變更ノ承認等ハ常ニ其ノ效力ヲ持續スルモノトス(法學士細野長良氏民事訴訟法要義三六六頁)

論旨第一點正當ナリ當事者訴訟主義ヲ採ル吾民事訴訟法ニ於テハ管轄ニ關スル當事者ノ合意ヲ尊重シ第二九條及第三〇條ノ規定ヲ設ケタルモノナリト雖モ當事者カ他ノ一切ノ裁判所ヲ排除シテ特定ノ一裁判所ノ管轄ニ付キ合意ヲ爲シタル場合ハ恰モ法定專屬管轄ト同一ナル效力ヲ生ズヘキカ如シト雖モ後日當事者ハ該合意ヲ解約シテ任意ニ之ヲ拋棄スルコトヲ得ヘキハ民事訴訟法第三一條ノ規定ニ徵スモ明カナリト謂ハサルヘカラス

既ニ當事者ノ合意管轄カ法定ノ專屬管轄ト其效力ニ於テ相異ナルモノトスルヲ以テ妥當ナリトセハ同第二點マタ正當ナリト謂ハサルヘカラス
同第三點ニ付キテハ積極及消極ノ二説アリ而モ吾人カ消極説ヲ採ルモノナルコトハ既ニ論述シタル所ニシテ(本書本卷民訴八八頁評論參照)從テ博士ノ所論ニ贊同スルモノナリ

同第四點民事訴訟法第三〇條ノ管轄原因ニ關シテハ學者或ハ推定説ヲ採ルモノアリ擬制説ヲ採ルモノアリト雖モ博士ハ之ヲ解シテ或一定ノ事實要件ニ對シテ法律上ノ力ニヨリテ一定ノ效力ヲ賦與シタルモノナリト解セラレタリ蓋シ(イ)民事訴訟法第三〇條ハ前條ト同一ノ效力ヲ生ス(ト言フヲ以テ同第二九條ト同一ノ效力)管轄合意ノ效力ヲ認メタルモノト解スヘク(ロ)法律ハ當事者ノ反證ヲ許ササルヲ以テ之ヲ法律ノ一應ノ推定ト言ヒ得サルヘク(ハ)亦之ヲ法律ノ擬制ニ出ツトスルモ擬制ハ推定ト異ナリ法律上ノ力ニヨリテ反證ヲ許ササル程ニ認メラレタルモノニシテ擬制説モ其根源ヲ求ムレハ法律上ノ力ニアリト云ヒ得ヘク博士ノ所論別ニ異議ナキ所タリ

同第五點ニ付キ吾人亦贊同スル所ナリ蓋シ被告カ一旦管轄違ノ申立ヲ爲サスシテ本案ノ口頭辯論ヲ爲シタルトキハ民事訴訟法第三〇條ニヨリ博士ノ所謂法定合意管轄ヲ發生シ該裁判所ニ於テ權利拘束ヲ發生スルモノナリ故ニ爾後被告ノ

闕席ニ因リ闕席判決アヽ一ニ對シテ故障ノ申立アルトキハ訴訟ハ闕席前ノ程度ニ恢復スルモノナリト雖モ故障ニ因テ發生スル效果ハ一旦發生シタル裁判所ノ權利拘束マテモ消滅スルコトナキハ勿論ナレハナリ(民事訴訟法一九五條第二項參照)

(一七五)

二二四 裁判所ハ閉テタル辯論ノ再開ヲ命スルコトヲ得
二二四 證據方法及ヒ證據抗辯ノ時機ニ後レタル提出ニ付テハ第二一〇條ノ規定ヲ準用ス
當事者カ辯論閉鎖後判決言渡マテノ間又ハ判決言渡期日ニ於テ最近ニ生シタル新ナル事實ヲ抗辯トシテ更ニ提出センカ爲メ辯論再開ノ申立ヲ爲スモ裁判所ハ之ヲ命スル義務ナキモノトス

裁判所カ其職權ニ基キテ辯論再開ヲ命スル場合ニ於テモ其根據ハ既ニ提出セラレタル舊訴訟材料ニ付辯論又ハ釋明ヲ爲サシムル必要ニ基カサルヘカラサルモ一旦辯論再開ノ決定ヲ爲シタル以上ハ辯論ハ其全部ニ付キ再開セラレ各當事者ハ新ナル攻撃防禦ノ方法ヲ提出スルコトヲ得ヘキナリ

【批評判例】大審院大正九年(オ)第九七〇號同五一〇年二月四日民一部判決(本書本卷民訴二〇頁以下參照)
予置ハ本判例ノ趣旨ニ賛成スル者ナリ當事者カ辯論閉鎖後判決言渡マテノ間又ハ判決言渡シ期日ニ於テ辯論再開ノ申立ヲ爲スモ裁判所ハ之ニ對シ辯論再開ヲ命スル義務アルコトナレ殊ニ本件ノ如ク最近ニ生シタル新ナル事實ヲ抗辯トシテ更ニ之ヲ提

出センカ爲メニ再開ノ申立ヲ爲シタル場合ヲ然リトス其理由ハ(一)若シ之ヲ許ストキハ訴訟ノ遅延及ヒ續行ハ際限ナキニ至ルヘシ(二)又舊抗辯ノ提出時機ニ遅レタル當事者ハ此申立ヲ爲シテ常ニ其ノ懈怠ノ效果ヲ除去スルコトヲ得ヘシ(三)殊ニ判決ノ基本タル事實ノ標準ハ口頭辯論終結當時ノ事實ニ依ルモノトス然ルニ辯論再開ノ申立ヲ當事者ニ許ストキハ當事者ハ徒ラニ口實ヲ設ケテ再開ノ申立ヲ爲シ得ルニ判決ノ基本タル事實ヲ定ムル標準ノ時ニ動搖ヲ來シムルノ弊ニ陥ルヘキナリ又裁判所自身カ職權ニ基キテ辯論再開ヲ命スル場合ニ於テモ其根據ハ既ニ提出セラレタル舊訴訟材料ニ付辯論又ハ釋明ヲ爲サシムル必要ニ基カサルヘカラス然リト雖一旦辯論再開ノ決定ヲ爲シタル以上ハ辯論ハ其全部ニ付再開セラレ各當事者ハ新ナル攻撃防禦ノ方法ヲ提出スルコトヲ得ヘキナリ(法學博士加藤正治氏法學協會雜誌第四〇卷第一號八二頁)辯論再開ノ申立ニ對スル許否ノ決定ニ要領)

【判旨第一點辯論再開カ裁判所ノ專屬ニ屬ストノ點ニ關スル參照學說判例】

本書本卷民訴一頁以下同八卷同一八八頁

論旨第一點及第二點トモ吾人ノ全然贊同スル所ナリ

(一七六)

- 一 裁判所ノ事物ノ管轄ハ裁判所構成法ノ規定ニ從フ
- 二 裁判所構成法ニ 通常裁判所ニ於テハ民事刑事ヲ裁判スルモノトス但シ法律ヲ以テ特別裁判所ノ管轄ニ屬セシメルモノハ此ノ限ニ在ラス
- 三 郵便法三三 成規ニ依リ差出シタル郵便物ノ取扱ニ關シ郵便官署ハ左ノ場合ニ限り其損害ヲ賠償ス
- 一 書留通常郵便物ヲ亡失シタルトキ
- 二 書留小包郵便物若クハ價格表記郵便物ヲ亡失又ハ毀損シタルトキ
- 三 郵便ニ依ル取立金ノ證券ヲ亡失シ又ハ其ノ效力ヲ失ハシメタルトキ
- 四 代金引換郵便物ノ取立金ノ取立ヲ爲サシテ之ヲ交付シタルトキ

郵便局長力不注意ニ因リ其保管ニ係ル書留郵便ヲ紛失シタル場合ニ於テ差出人ハ郵便局長個人ニ對シ損害賠償ノ訴ヲ司法裁判所ニ提出シ得ヘキモノトス

賠償金額ハ命令ノ定ムル所ニ依ル
 同法三七 第三十三條ニ依ル損害賠償ハ差出人又ハ其ノ承諾ヲ得タル受取人之ヲ請求スルコトヲ得
 同法三九 郵便官署ノ損害賠償又ハ報酬ニ關スル決定ニ對シ不服アル者ハ其通知ヲ受ケタル日ヨリ三ヶ月以内ニ民事訴訟ヲ提起スルコトヲ得

郵便局長力不注意ニ因リ其保管ニ係ル書留郵便ヲ紛失シタル場合ニ於テ差出人ハ郵便局長個人ニ對シ損害賠償ノ訴ヲ司法裁判所ニ提出シ得ルヤ之ヲ積極ニ解ス裁判所構成法第二條ハ通常裁判所ニ於テハ民事刑事ヲ裁判スル旨ヲ規定スルモ民事ノ何タルヤハ學說ニ依リテ之ヲ定ムルノ外ナシ而シテ民事ハ一方ニ於テハ刑事ニ對立シ他方ニ於テ行政事項ニ對立ス民事事件ト行政事件トノ區別ニ付キ通説ハ民事事件トハ私法上ノ法律關係ニ關スル訴訟ヲ謂フモノナリト爲シ而シテ法律關係カ私法上ノモノナリヤ否ヤハ原告(若クハ反訴原告)ノ請求ノ因リテ生スル法律關係即チ訴訟的性質ニ依リテ定マルモノトシ又特定ノ訴訟カ民事訴訟ナリヤ否ヤハ被告ノ防禦方法ノ如何ニ依リ影響ヲ受クル事ナシ然ラハ法律關係カ私法上ノモノナリヤ否ヤハ如何ナル標準ニ依リテ之ヲ決スヘキヤ此問題ハ法律關係ノ主體ノ資格如何ニ依リテ之ヲ決スヘキモノトス換言スレハ吾人相互カ對等者トシテ權利義務ノ主體タルトキハ該法律關係ハ私法上ノモノニシテ之ニ反シ吾人カ國家其他ノ公法上ノ團體ノ組成員タル資格ニ於テ之等ノ團體ニ對シテ有スル權利義務又ハ之等ノ團體カ團體タル資格ニ於テ即チ團體全部ノ利益ヲ目的トシテ有スル權利義務換言スレハ統治權ノ流出トシテ有スル權利ハ公法上ノモノニシテ從テ之ニ對應スル義務亦公法上ノモノナリトス本件ノ訴訟物タル法律關係ノ主體ハ對等者トシテ之ノ個人ニシテ從テ該訴訟物ハ私法上ノモノト謂ハサルヘカラス故ニ縱令本訴ニ於テハ先決問題トシテ公法上ノ問題ヲ解

決スヘキ必要アルニセヨ本訴ハ司法裁判所ノ權限ニ屬スルモノト謂ハサルヘカラス
即チ郵便法第三三條第三七條第三九條等ノ規定アルモ之等ノ規定ハ差出人カ其手續
ニ出テ直チニ郵便局長個人ニ對シ不法行為ノ損害賠償ノ請求ヲ司法裁判所ニ提起
スルコトヲ禁止スルモノト速斷スルヲ得ス其他之ヲ禁止スル旨ノ規定モ存セサル
カ故ニ差出人ハ郵便局長個人ヲ被告トスル訴ヲ司法裁判所ニ提起シ得ルモノト謂ハ
サルヘカラス(法學士吉田常次郎氏法學新法第三二卷第一號九一頁「書留郵便物ヲ紛失シタル局長個人ニ對シ直ニ損害
賠償ヲ求ムルノ可否」要領)

【論旨ニ關スル同趣旨判例】

本書本卷諸法二〇三頁以下

論旨ニ贊同セントス現行法制上ト官吏ノ不法行為ニ對シテ何人カ損害賠償ノ責
ニ任スヘキヤ行政法上ニ於ケル大問題ナリト雖此問題ハ個人タル資格ニ於ケル
郵便局長ニ對シテ其不注意ニ依リ生シタル損害ノ賠償ヲ求ムル訴カ果シテ民事
裁判所ノ管轄ニ屬スルヤ將タ行政裁判所ニ屬スヘキヤヲ決スル點ニ何等ノ影響
ヲモ及ホササルモノト謂フヘク而テ本問ノ場合即チ個人タル資格ニ於ケル郵便
局長ヲ被告トシ不法行為ヲ理由トシテ起スヘキ訴ハ正ニ民事裁判所ニ於テ權限
ヲ有スヘキ事案ニシテ之ヲ是認シタル本論ノ趣旨マダ正當ナリト斷セサルヘカ
ラス即チ郵便局長カ官吏ナルハ勿論ナルモ之カ爲メ私法上ノ不法行為ニ因ル責
任ヲ免脱シ得サルハ明ナリト言フヘク此點ヨリスレハ郵便局長ハ二重ノ人格ヲ
有スルモノニシテ本論ノ如キ場合ハ個人タル人格者ニ對シテ之ヲ提起シタルモ

ノナレハ適法ナルヤ論亡シ

民事訴訟法第一九七條ニ所謂訴ノ原因ニ變更ナシトスル裁判中ニハ訴ノ變更ナ
シトノ裁判ヲ包含スルモノト解スヘキモノトス」
債務者ニ對シ債務名義ヲ送達スル以前ニ於テ開始シタル強制執行ハ執行ノ前提
要件ヲ欠缺セル不法ノモノナルカ故ニ執行手續進行中ニ在テハ利害關係人ハ民

- 一九七 訴ノ原因ニ變更ナシトスル裁判ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス
- 一九八 強制執行ヘ之ヲ求ムル者及ヒ之ヲ受クル者ノ氏名ヲ判決又ハ之ニ附記スル執行文ニ表示シ且判決ヲ既ニ送達シ又ハ同時ニ送達シタルトキニ限リ之ヲ始ムルコトヲ得
- 一九九 判決ノ執行力其旨趣ニ從ヒ債權者ノ證明ス可キ事實ノ到來ニ繫ルトキ又ハ判決ノ執行力判決ニ表示シタル債權者ノ承繼人ノ爲ニ爲シ又ハ判決ニ表示シタル債務者ノ承繼人ニ對シ爲ス可キトキハ執行ス可キ判決ノ外尙ホ之ニ附記スル執行文ヲ強制執行ヲ始ムル前ニ送達スルコトヲ要ス
- 二〇〇 強制執行ノ方法又ハ執行ニ際シ執行力ノ遵守ス可キ手續ニ關スル申立及ヒ異議ニ付テハ執行裁判所之ヲ裁列ス又執行裁判所ハ第五二條第二項ニ定メタル命令ヲ發スル權ヲ有ス
- 二〇一 執行力執行委任ヲ受クル者拒ミ若クハ委任ニ從ヒ執行力ヲ實施スルコトヲ拒ミタルトキ又ハ執行力ノ計算セシ手數料ニ付キ異議アルトキハ執行裁判所ハ之ヲ裁列スル權ヲ有ス
- 二〇二 金錢ノ債權ヲ差押フ可キトキハ裁判所ハ第三債務者ニ對シ債務者ニ支拂ヲ爲スコトヲ禁シ又債務者ニ對シ債權ノ處分殊ニ其取立ヲ爲ス可カラサルコトヲ命ス可シ
- 二〇三 差押命令ハ職權ヲ以テ第三債務者及ヒ債務者ニ之ヲ送達シ又債權者ニハ其送達シタル旨ヲ通知ス可シ
- 二〇四 差押ハ第三債務者ニ對スル送達ヲ以テ之ヲ爲シタルモノト看做ス
- 二〇五 差押ヘタル金錢ノ債權ニ付テハ差押債權者ノ選擇ニ從ヒ代位ノ手續ヲ要セスシテ之ヲ取立ツル爲メ又ハ支拂ニ換ヘ券面額ニテ差押債權者ニ之ヲ轉付スル爲メ命令アラントコトヲ申請スルコトヲ得
- 二〇六 右命令ノ送達ニ付テハ第五九八條第二項ノ規定ヲ準用ス
- 二〇七 支拂ニ換ヘ券面額ニテ債權者ヲ轉付スル命令アル場合ニ於テハ其債權ノ存スル限リハ第五九八條第二項ノ手續ヲ爲スニ因リ債務者ハ債權ノ辨濟ヲ爲シタルモノト看做ス

專訴訟法第五四四條ニ依リ異議ノ申立ヲ爲スコトヲ得ルモ執行手續終了後ニ在テハ右異議ノ方法ニ依ルコトヲ得スシテ訴其他ノ方法ニ依リ執行ノ無効ヲ主張スルコトヲ得ヘキモノトス

價權ニ對スル強制執行ハ假令債務名義ノ送達前ニ差押命令ヲ發シタル場合ト雖モ該命令及轉付命令カ適法ニ第三債務者ニ送達セラレタル以上當該執行手續ハ既ニ終了シタルモノナリトス

(一) 然レトモ民事訴訟法第一九七條ニハ原因ニ變更ナレトスル裁判ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ストアリテ所謂訴ノ原因ニ變更ナレトスル裁判中ニハ訴ノ變更ナレトノ裁判ヲ包含スルモノト解スヘキヲ以テ明治三十四年(才)第五五八號明治三十五年十月八日民事聯合部判決參照(原裁判所カ本件ニ付キ爲シタル訴ノ變更ナレトノ裁判ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得サル筋合ナレハ本論旨ハ理由ナシ)

【上告理由】 原判決ハ右命令ハ其強制執行ヲ始ムル前又ハ同時ニ債務名義ノ贈本及ヒ債權者ノ承認ヲ證スヘキ證書ノ原本ヲ送達スルコトヲ發シタルモノナルコトハ當事者間ニ爭ナキカ故ニ該命令ニ基キテ生シタル差押及ヒ轉付ノ法律關係ハ成立セザリレモト認ムト判定セリ然レトモ本訴確證ノ目的物ハ前陳ノ如ク該命令其モノト訴訟法上ノ效力如何否ヤノ問題ニ存シ被告ノ該命令形式上ノ存在ヲ保ツ間ハ之ヲ訴訟法上一定ノ效力アルモノトシテ取扱フヘキモノナリヤ上ノ效力有無ニ關スルモノニ外ナラサルコトハ疑ナク被告ノ申立ニ應旨モ亦畢竟其主張自體ニ徴シテ該命令ノ形式ハ之ノ點ニ於テ實質上無効ナリト云フハ明ニ本訴ノ目的ヲ逸脱シ被告ノ主張セザル事ヲ付キ裁判ニ取扱アルトキハ該命令ス然リ而シテ該命令ノ形式上ノ效力如何ニ付テ觀察スルニ凡ソ差押命令及ヒ轉付命令ノ如キ法律ノ規定ニ依リ命令ノ效力ハ其規定ニヨリ決定マルモノナレハ該命令カ法律ニ適合スル外形ヲ備フル以上ハ其前提タル手續ニ違法ノ點アルモ後日適法ノ手續ニヨリ之ヲ取消ササル限リ其效力ヲ失フモノニアラスシテ當然無効ナリト云フヲ得ス而シテ之ノ見解ハ民事訴訟法ニ異議ノ制度ヲ特設シタル立法ノ精神ニ合致スルモノナレハナリ(明治四十一年一月五日大審院判決同院民事判決第十四輯第四百四十一頁大正六年十月二十日同院判決同院判決第二十三輯三十卷一八三四頁大正四年五月二十七日東京控訴院判決大正六年一月一號松堂出版民事訴訟法判決實例一〇〇二頁板倉松太郎氏強制執行法講義第五四九頁以下參照) 論者或ハ第三債務者ハ

異議又ハ被告ノ方法ニ依リ此種命令ノ變更取消ノ請求スル途ナキニモ不拘該命令カ取消サレタル限リ如何ナル不法ノ存在スルトキト雖モ之ニ服從セザルヘカラサル理由ナシト理由ノ下ニ命令ノ當然無効ヲ主張セントスルモ非ナリ假リニ第三債務者ハ積極的ニ異議又ハ被告ノ權利有セストモ不法ノ轉付命令ニ對シテハ訴ヲ受ケタル場合ニ被告トシテ之ヲ攻撃スルノ方法アリ且第三債務者ニ於テ實體上支拂ノ義務アルヤ否ヤハ轉付命令其モノニヨリ決定マルニ非スレバ該命令ノ原因タル債權ノ性質ニ依リ決定マルヘキモノナルカ故ニ假リニ右攻撃ノ途ヲ缺クモ何等實害ヲ蒙ルコトナケレハナリ而シテ該命令ノ當然無効ヲ根據テ第三債務者カ攻撃方法ヲ缺クノ一點ニ據ル以上ハ債務者保護ニ因スル法規ノ不備ノ存スル場合ニハ常ニ債務者ニ不利ナル命令ハ當然無効ニ歸ストノ論理上ノ歸結ヲ生セザル限リ所謂當然無効ハ不徹底タルカ免カレス若シ夫レ其他ノ第三者ニ對シテハ後發轉付命令ニ基キ又ハ基カスシテ當該違法轉付債權ノ取立乃至保全ニ付キ一般請求ノ途アリ何チ苦シク正條ヲ曲解シテ不當ニ保護スルノ要アラザラズ云フニ在リ

(二) 然レトモ被告上告人ノ本訴請求ハ本件差押命令及ヒ轉付命令其モノノ形式上無効ナルコトノ確證ヲ求ムルモノニアラスレバ該兩命令ニ依リ形成セラルル債權者上告人債務者林松太郎第三債務者吉田彦三郎荒井鶴松間ノ本件差押債權轉付ノ法律關係ノ不成立ノ確證ヲ求ムルモノナルコト前陳ノ如クナルカ故ニ原裁判所カ右法律關係ノ不成立ヲ認メタルハ所論ノ如ク被告上告人ノ主張セザル事ヲ付キ裁判シタル違法アルモノニアラス又債務者ニ對シ債務名義ヲ送達スル以前ニ於テ開始シタル強制執行ハ執行ノ前提要件ヲ欠缺セル不法ノモノナルカ故ニ執行手續ノ進行中ニ在テハ利害關係人ハ民事訴訟法第五四四條ニ依リ異議ノ申立ヲ爲スコトヲ得ルモ執行手續終了後ニ在テハ右異議ノ方法ニ依リ命令及ヒ轉付命令其モノト訴訟法上一定ノ效力アルモノトシテ取扱フヘキモノナリヤニ差押命令ヲ發シタル場合ト雖モ該命令及ヒ轉付命令カ適法ニ第三債務者ニ送達セラレタル以上當該執行手續ハ既ニ終了シタルモノナルコト何レモ當該裁判例(大正二年(才)第二七七號同年九月二十七日第一民事部決定參照)ノ認ムル所ニシテ本件差押命令ハ債務名義ヲ債務者ニ送達スル以前ニ於テ發セラレ同命令及ヒ之ニ基キ轉付命令ハ適法ニ第三債務者ニ送達セラレタルコト原判文上之ヲ看取スルニ難カラサルヲ以テ第二次ノ差押債權者トシテ本件差押命令及ヒ轉付命令ノ效力ニ付キ利害關係ヲ有スル被

仁井田博士

岩田博士

上告人ハ差押債權者タル上告人ニ對シ訴ノ方法ニ依リ該兩命令ノ無効ヲ主張シテ本件差押債權轉付ノ法律關係ノ不成立ノ確證ヲ求メ得ルコト勿論ナルカ故ニ原裁判所カ被上告人ノ本訴請求ヲ認容シタルハ違法ニアラス所論當院判例ハ本件ニ適法ナラス故ニ本論旨ハ理由ナシ(大審院大正十年(オ)八四三號同年十一月二十六日民三部松岡裁判長谷川菫淵橫村成道各判事判決)

【關係事項】 上告棄却○原審名古屋地方裁判所○債權差押轉付命令無効確證請求事件○上告人富田朝長訴訟代理人辯護士江崎健三被上告人松村時治

【判旨第一點民事訴訟法第一九七條ニ所謂訴ノ原因ノ變更ハ訴ノ變更ヲ含ムヤ否ニ關スル同趣旨學說判例】

一 新者ニ當事者訴訟物訴ノ原因又ハ其申立ヲ追加スルハ訴ノ變更ニ非サルヲ知ルヘシ今若シ原告カ斯ル行爲ヲ爲ストキハ是レ即チ新ナル當事者訴訟物訴ノ原因又ハ其申立ヲ有スル訴ヲ提起シテ從來ノ訴ニ併合セルモノニ外ナラサルナリ同一ノ理由ニ依リ原告カ訴ノ申立ヲ擴張シ又ハ之ヲ減縮スルハ訴ノ變更ニ非サルヲ知ルヘシ
訴ノ變更ニ關スル現行法ノ規定ハ主トシテ訴ノ原因ノ變更ニ關スルモノトス(一九五乃至一九七、四一三)然レトモ訴ノ變更ハ學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論中卷六八六頁
訴ノ變更ヲ許スヘキ場合ニ於テ其許否ニ付キ争アルトキハ訴ノ變更ヲ許スヘキ旨ノ裁判ヲ爲ササルヘカラス此裁判ハ變更セラレタル訴ニ關スル終局判決ノ理由ニ於テ之ヲ爲スヘキモノトス然レトモ先ツ中間判決ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ蓋シ訴ノ變更ノ許否ニ關スル争ハ中間ノ争ニ外ナラサルヲ以テナリ(二七、同上六九二頁)
訴ノ變更アルヤ否ヤニ付キ争アル場合ニ於テハ裁判所ハ其變更ノ有無ヲ宣告スル裁判ヲ爲ササルヘカラス此裁判ハ從來ノ訴ニ關スル終局判決ノ理由ニ於テ之ヲ爲スヘキモノトス然レトモ先ツ中間判決ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ蓋シ訴ノ變更ノ有無ニ關スル争ハ中間ノ争ニ外ナラサルヲ以テナリ(同上六九二頁)
二 訴ノ申立ノ變更ハ原告カ判決ヲ求ムル事項ノ申立ヲ變更スルコトヲ謂フ申立ノ變更ハ初ニ爲レタル申立ヲ廢止シテ變更ノ新ナル申立ヲ爲スカ若クハ最初爲シタル申立ニ或申立ヲ附加スルカ又ハ初ニ爲シタル申立ノ範圍ヲ縮小スルカニ因テ生スルモノナリ(法學博士岩田一郎氏民事訴訟法原論二六四頁)
訴ノ申立ノ變更ハ民事訴訟法第一九六條第二號第三號ニ規定セル以外ノ者ハ之ヲ許サス若シ申立ノ變更ニ付テ當事者間ノ争ノ生シタルトキハ亦中間ノ争ナルヲ以テ中間判決ヲ以テ之ヲ裁判スヘキモノトス申立ノ變更ハ民事訴訟法第一九六條以外ノ場合ハ

大審院 大阪控訴 東京控訴

被告ノ承諾アルモ之ヲ許スヘキモノニアラス若シ原告カ法律ノ規定ニ違背シテ申立ヲ變更セントスルトキハ其申立ハ之ヲ許ササルモノトシテ原告ノ訴ヲ却下スル終局判決ヲ爲スヘキモノトス(同上二七二頁)
三 口頭辯論ニ於テ被告カ原告ノ申立ニ對シ訴ノ變更ナリト主張シ又ハ訴ノ變更力不適法ナリト主張シタル爲メ訴ノ變更ノ有無又ハ其適否ニ付キ争シタル場合ニ於テ裁判所カ其中間ノ争ニ付キ先ツ裁判ヲ爲スニ便宜ト認ムルトキハ本案ニ入ラヌシテ此點ニ付キ裁判ヲ爲ササルヘカラス而シテ裁判所カ原告ノ申立ヲ以テ訴ノ變更ニ非ト認メ又ハ適法ナル訴ノ變更ナリト認ムルトキハ中間判決ヲ以テ其旨ヲ宣言スヘキ若シ裁判所カ原告ノ申立ヲ以テ訴ノ變更ナリト認メ又ハ適法ナル訴ノ變更ナリト認ムル適法ト認ムルトキハ新訴却下ノ判決ヲ言渡スヘキナリ但此判決カ終局ナルヤ中間判決ナルヤニ付テハ解説一致セザルモ多ク前項ニ於テ述ヘタリ訴變更ノ有無ハ其適否ニ付キ中間ノ争ヲ生シタルトキトモ雖モ裁判所カ訴ノ變更ナリト認メ又ハ訴ノ變更適法ナリト認ムルトキ即チ被告ノ異議ヲ理由ナシト認ムルトキハ中間判決ヲ爲サスシテ本案ニ進ミ本案ノ終局判決ノ理由中ニ於テ其旨ヲ宣言スルヲ以テ足ルナリ而シテ其裁判ニ對シテハ中間判決ヲ爲シタル場合ナルト終局判決ノ理由中ニ於テ之ヲ宣言シタル場合ナリト問ハス被告ハ不服ノ申立ニ爲スコトヲ得サルモノトス(民訴一九七條)(東京地方裁判所判事田山卓爾氏民事訴訟手續總編一八五頁)
四 訴ノ原因ノ變更トアル中ニハ廣ク訴ノ變更ヲ包含スルモノトス(大審院明治三十五年一〇月八日聯合判決)
五 訴ノ變更ナシトノ裁判ニ對シテハ我民事訴訟法上訴ノ原因ニ變更ナシトノ裁判ニ對スルト等シク不服ヲ申立ツルコトヲ得サルモノトス(大阪控訴院民二部大正七年(オ)二五二號同年八月一日判決本書第七卷民法七四五頁)
六 訴ノ變更適法ナリトスル裁判ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス(東京控訴院大正四年(オ)第一三號同年四月一七日判決本書第四卷民訴一九九頁)

【判旨第二點及第三點ニ關スル參照學說判例】

本書本卷民訴三三三頁三三三頁以下

判旨第一點固ヨリ吾人ノ贊同スル所ナリ吾民事訴訟法カ廣ク訴ノ變更ヲ表示スルニ當リ單ニ訴ノ原因ノ變更ト謂フトキハ之ト同時ニ他ノ訴ノ要素ノ變更(例之當事者又ハ一定ノ申立ノ變更)タル訴ノ變更ヲ暗示スルモノタルノ解釋論ハ民事訴訟法第一九七條ノ解釋ニ當リテモ眞理ヲ異ニスヘキノ所以ナシ民事訴訟法カ其第一九七條ヲ以テ訴ノ原因ニ變更ナシトスル裁判ニ對シテハ絕對ニ不服ノ申

立ラ許サストシテ民事訴訟法上ノ三審原則ニ對スル著シキ例外ヲ定メタルハ往々ニシテ被告タルモノカ故意ニ訴訟手續ノ進展ヲ遅延セシメ其間ニ蒙味ノ劣策ヲ廻ラサンカ爲メ訴ノ原因ニ變更ナキニ拘ラス之アリト云フカ如キ不服ノ申立ヲ防止ス可キ本旨ニ出テタルハ吾人ノ信シテ疑ハサル所ナリトス然ラハ斯ノ如キ法ノ本旨ハ以テ本條ノ適用ヲ單ニ訴ノ原因ニ變更ナシトスル裁判ノミニ限ルヘキ理據ヲ有セス他ノ一切ノ訴ノ要素ニ變更即チ訴ノ變更ナシトスル裁判ニ於テモ亦同一ニ取扱フヘキモノト解スルニ理アリ若シ之ヲ字句ノ細末ニ拘泥シテ單ニ訴ノ原因ニ變更ナシトスル裁判ノミニ限ルモノトセハ遂ニハ法律ノ本旨ヲ喪フコトトナルヘキハ逆睹尙ホ難シトセス因テ吾人ハ欣ンテ本判旨ヲ贊スルモノナリ

判旨第二點及ヒ第三點ニ付テハ既ニ吾人ノ論評シタル所ニ屬スルヲ以テ今茲ニ之ヲ評セス(本書本卷民訴三三五頁評論參照)

一七八

三八七 權利拘束ノ效力ハ支拂命令ヲ債務者ニ送達スルヲ以テ始マル
支拂命令ノ送達ハ之ヲ債權者ニ通知ス可シ
三九三 支拂命令ハ其命令中ニ掲ケタル期間ノ經過後債權者ノ申請ニ因リ之ヲ假ニ執行シ得ヘキコトヲ宣言ス但假執行ノ宣言前債務者異議ヲ申立テサレバ時ニ限ル
右假執行ノ宣言ハ支拂命令ニ付スヘキ執行命令ヲ以テ之ヲ爲ス其執行命令ニハ債權者ニ於テ計算スル手續ノ費用ヲ掲ク可シ

執行命令ニ付テハ民事訴訟法ニ於テ特ニ其申請ノ期間ヲ定メサルヲ以テ異議申立ノ期間經過後債權者カ速ニ執行命令ノ申請ヲ爲ササル場合ト雖モ之カ爲メ支拂命令ハ權利拘束ノ效力ヲ失フコトナク從ツテ時効中斷ノ效力ハ依然トシテ存續シ未タ終了ニ至ラサルモノトス

【上告理由】 原判決ハ其理由ニ於テ「大正二年八月六日(約八年前ナリ)主債務者ニ對スル支拂命令ノ申請ニヨリ時効ノ中斷アリタルモノニシテ(中略)我民事訴訟法上債權者カ支拂命令ニ對スル假執行ノ宣言ヲ申請ス可キ期間ヲ定メタル規定ナク債權者ハ債務者ノ異議申立ナキ限リ何時ニテモ假執行ノ宣言ヲ求メ得ルト同時ニ債務者モ亦債權者ノ假執行ノ宣言申請ニ依リ何時ニテモ異議申立ヲ爲シ得ル點ヨリ推考セハ却テ斯ル制限ヲ爲ササル法意ナリト解ス可シト判示セラレ一度支拂命令ノ申請アル以上ハ當事者双方ニ於テ互ニ放任シ置クモ永久ニ時効中斷ノ效力アルモノト判示セラレ然レトモ(一)民事訴訟法第百八十八條第三項ノ法意ヲ類推スルトキハ少クトモ支拂命令申請後一ヶ月内ニ執行命令ヲ申請ス可ク然ラサルトキハ一ヶ月ノ満了ニヨリテ其權利拘束ハ消滅スルモノト解セサル可カラス(二)獨逸民事訴訟法第七〇一條ハ支拂命令ニ對シ異議ノ申立ナキトキハ債權者ハ六ヶ月内ニ執行命令ヲ申請スルヲ要ス可ク若シ此期間ヲ經過スルトキハ支拂命令ノ權利拘束ハ消滅スルモノト規定セリ我民事訴訟法ハ明ニ規定スル所ナシト雖モ法意ハ獨逸民事訴訟法ト何等異ル所ナキモノナリトス(三)支拂命令ニ對シ異議ノ申立ナク又執行命令ノ申請モナキ場合ニ於テ其支拂命令ノ權利拘束力永久無限ニ存スルモノトセハ其權利ノ永久ニ時効ノ再進行ノ期ナキニ至リ甚ダ不當ノ結果ヲ生スルモノナリ蓋シ民法第百五十七條第二項ニヨリハ裁判上ノ請求ニヨリテ中斷シタル時効ハ裁判ノ確定シタル時ヨリ更ニ進行ヲ始ムルモノナリ然レニ原判決時効中斷ノ效力永久ニ存スルモノトセハ結局裁判確定ノ時ハ到來スルコトナキニ至リ權利ハ永久ニ存續スルコトナリ時効制度ヲ認メタル法ノ旨趣ハ全然没却セラレ者ナリ(四)殊ニ本訴訟ノ場合ニ於テハ一ヶ月間ノ休止ニヨリテ訴下ノ效力ヲ來シ支拂命令申請ノ場合ハ數十年放任シ置クモ權利拘束ノ效力アリト解スルハ甚ダシク權衡ヲ失スルコト明ナリトス之ヲ要スルニ原判決カ支拂命令ノ申請ニ對シ異議申立モナク執行命令ノ申請モナク永久ニ放任シ置クモ權利拘束ノ效力アリ從テ時効中斷ノ效力存續スル旨判示シタルハ法則ヲ不當ニ適用シ又ハ不當ニ適用セサルノ違法アルモノニシテ破毀ヲ免レヌト信スト云フニ在リ

【判決理由】 然レトモ執行命令ニ付テハ民事訴訟法ニ於テ特ニ其申請ノ期間ヲ定メサルヲ以テ異議申立ノ期間經過後債權者カ速ニ執行命令ノ申請ヲ爲ササル場合ト雖モ

中島博士

松岡博士

鳩山博士

之カ爲メ支拂命令ハ權利拘束ノ效力ヲ失フコトナク從ツテ時効中斷ノ效力ハ依然トシテ存續シ未ダ終了ニ至ラサルモノナルコトハ當院ノ判例(當院大正六年(オ)第五百五十六號事件同年十二月六日官渡)トスルトコロニシテ此判例ハ之ヲ變更スルノ理由ヲ發見セサルヲ以テ論旨ハ之ヲ採用スルニ由ラシ(大審院大正一〇年(オ)第七一二號同年一〇月二日民一部田部裁判長神原尾古山香前田各判事判決法律新聞第一九三二號一〇頁)

【關係事項】 上告棄却○貸金請求事件○上告人野井金十郎同訴訟代理人辯護士小野久同和泉浦夫被告上告人築地清壽

【判旨執行命令ノ申請ナキ支拂命令ノ權利拘束ト時効中斷ノ效力存續ニ關スル參照學說判例】

- 一 支拂命令ニヨル場合ニハ債務者カ之ニ應スルカ又ハ異議ヲ申立ツルカニヨリ中斷期間ヲ異ニス後ノ場合ニハ畢竟訴訟ト爲ル可キモノナレハ(民訴三九〇條)本訴確定スル迄中斷セラレ若シ訴ヲ起サザレハ第一五〇條ニヨリ前ノ場合ニ於テハ假執行ニヨル可キモノナレハ民訴三九三條假執行ノ手續ヲ終了スル迄ハ中斷ノ期間タル可シ(法學博士中島玉吉氏法律釋義則編八三九頁)
- 二 即チ支拂命令ノ發達ニ因リ時効ノ中斷ノ事由ハ如何ナル時ニ終了スルヤハ學者ノ爭フ所ナリ然レトモ支拂命令ニ對シテ異議ノ申立ナキ場合ニ在リテハ異議ノ申立期間終了ニ至ルマテ存續シ此期間ノ終了ノ時ヨリ更ニ時効ノ進行ヲ始ムルモノトスルヲ正當トス何トナレハ此期間内ニ在リテハ債務者ハ事件ニ付何事ヲモ爲スコトヲ得サルヲ以テ其何事ヲモ爲サザリシコトニ付キ不利益ヲ被ルコトアルヘキノ理ナケレハナリ(法學博士松岡義正氏特別民事訴訟法論前編二九頁)
- 三 支拂命令ノ發達ニ基キ中斷ノ事由ハ裁判所カ執行命令(民訴三九三條)ヲ發スルニ因リテ終了ス(法學博士松岡義正氏民法論則六一四頁)
- 四 支拂命令ノ發達ニ因リテ生ジタリ時効ノ中斷ハ該支拂命令ニ依ル權利拘束ノ效力ヲ失フニアラザレハ其效力ヲ失ハス(民法一五〇條參照)支拂命令ニ依ル權利拘束カ其效力ヲ喪失スル場合ハ民訴三九一條ニ規定スル所トス而シテ本問ノ如キ場合ハ支拂命令ニ依ル權利拘束カ其效力ヲ喪失スル場合ニ屬セス故ニ時効中斷中ナリト論結セサルヲ得ス(法學博士松岡義正氏法學志林第一四卷四號五三頁要領)
- 五 支拂命令ニ因リ中斷事由終了ノ時ニ付ヘ支拂命令ニ對シテ債務者カ異議ヲ申立テサルコトニ付申立テタルトキトナリ區別セサルヘカラス前ノ場合ニ於テハ其異議申立期間満了ノ時ヲ以テ中斷事由終了ノ時トナスヘシ此時ニ於テ支拂命令ノ效力ノ確定スヘキコト第一五七條第二項ニ規定セル裁判確定ノ場合ト同様ナレハナリ又後ノ場合ニ於テハ債權者カ法定ノ期間内ニ通常ノ訴訟ヲ提起セザルトキハ中斷ノ效力全減スルヲ以テ問題トナラス其理法ニ訴ヲ提起シ又ハ訴訟物ノ區裁判所事件ナルカ爲

藤道博士
嘉山學士
大審院

マニ時ニ訴ヲ提起スルコトナクシテ(民訴三九〇條)起訴ノ效力ヲ生スル場合ニ於テハ權利拘束ノ效力ハ持續セラルルヲ以テ其通常訴訟ノ終了ノ時ヲ待テ始メテ支拂命令ニ始マリ通常訴訟ニ因リテ連續セラレタル時効ノ中斷ハ終了スルモノトス(法學博士鳩山秀夫氏法律行爲乃至時効六三〇頁)

六 (○)中斷後ニ新ニ時効期間カ進行ヲ始ムル時點ハ裁判所カ執行命令ヲ發シタル時ナリ(法學博士藤道文藝氏日本民法要論第一卷五五五頁)

七 支拂命令ニ因リ時効中斷ハ異議ノ申立ナキトキハ執行命令(民訴三九三條)ヲ發スルニ因リ又異議ノ申立アルトキハ訴ヲ提起ニ因リ終了ス(法學博士嘉山幹一氏民法總論後編三七六頁)

八 支拂命令ニ掲ケタル異議申立期間ノ經過シタル後ニ於テハ債務者カ異議ヲ申立テサル限り債權者ノ申請ニ因リ之ニ假執行ノ宣言ヲ付スルコトヲ得ルニ止マリ又假執行ノ宣言ヲ爲ス執行命令ニ對シテハ故障ヲ申立ツルコトヲ得ルモノナレハ支拂命令ニ掲ケタル異議申立期間ノ經過ニ因リ其裁判ノ效力確定スルモノト謂フヲ得ス

支拂命令ニ掲ケタル異議申立期間満了ノ時ヲ以テ民法第一五七條第二項ニ所謂裁判ノ確定シタル時ト看做スコトヲ得サルヲ以テ支拂命令ニ因リ中斷シタル時効ハ右期間満了ノ時ヨリ更ニ進行ヲ始ムルモノニ非ス從テ斯ノ如キ場合ニ於テハ時効中斷ノ事由ハ尙ホ依然トシテ存續シ未ダ終了セサルモノトス(大審院大正六年(オ)第六四一號同年一月五日判決)

吾人ハ本判旨ニ對シテ疑ヲ抱クモノナリ蓋シ一旦成文立法ヲ爲シタル以上其文理ハ之ヲ緩セニスヘカラサルハ勿論ナリト雖モ餘リニ文字ノ解釋ニ忠實ニシテ遂ニ之ニ拘泥スルコトアラシカ往々ニシテ編重固牢ニナリ易キハ吾人ノ熟知スル所ナリ今本判例ヲ玩味スルニ當リ其文理ト論理ノ岐路ニ立チテ逡巡踟躕シタルノ跡歴然タルモノハ多トセサルヲ得スト雖モ遂ニ文理ノ解釋ニ向ツテ共歩ヲ向ケラレタルハ吾人ノ痛惜シテ措ク能ハサル所ナリ判旨ハ其判例トシテ大正六年(オ)第五五六號事件判決ヲ舉ケ該判例ハ未ダ之ヲ變更スルノ理由ヲ發見セサル旨ヲ表示シタリ然レ共吾人ハ何カ故ニ大審院カ此判例ヲ守ルニ餘リニ從順ナリシカラ疑フモノニシテ近ク之カ變更ノ機アラシコトヲ希フテ熄マサル所ナリ何

トナレハ(一)吾民事訴訟法ハ支拂命令ノ送達ニ依リテ發生スル權利拘束ハ債務者ノ異議申立ニ因リテ消滅スルコトナク單タ或ハ請求ニ付キ起ス可キ訴カ區裁判所ノ管轄ニ屬ス可キモノニシテ爾後本然ノ手續終了ニ依リテ判決確定スルカ或ハ請求ニ付キ起ス可キ訴カ地方裁判所ノ管轄ニ屬ス可キモノタルニ債權者カ通知書ノ送達アリタル日ヨリ起算シ一ヶ月ノ期間内ニ管轄裁判所ニ訴ヲ起サザリシニ因リ消滅スヘキコト及ヒ異議ノ申立ナキ場合ハ債權者ヨリ執行命令ノ申請アリタルニ因リ之ヲ消滅スル旨ヲ定メタルノミナリ故ニ嚴格ナル法文解釋上ヨリスレハ民事訴訟法ハ執行命令ノ申請ニ付キテ其期間ヲ定メサルヲ以テ一旦送達シタル支拂命令ノ權利拘束ハ債權者ヨリ執行命令ノ申請ナキ時ハ永久ニ存在スルモノニシテ從テ永久ニ時効ノ中斷スルモノト解シ得ルカ如シト雖モ吾人ハ第三八九條第一項カ支拂命令ハ效力ヲ失フ然レトモ權利拘束ノ效力ヲ存續スルト定メタルハ後日ノ本訴ヲ豫期シ以テ無益ノ時間ト手數ヲ省キ事件ニ對スル處置ノ敏捷ヲ期セントスル目的ニ出テタルコト疑ナク從ツテ斯ノ如キ立法ノ趣旨ヨリスレハ假令債務者ヨリ異議申立ナク債權者ヨリ執行命令ノ申請ナキモ支拂命令ノ權利拘束カ永久無限ニ存續スルモノナリトスルカ如キハ事件ヲシテ不確定ノ儘永久ニ留保スルコト、ナリ上述ノ如キ律意ニ背反スルヤ言フ俟タス之ヲ外國ノ立法例ニ就テ觀ルモ獨逸民事訴訟法第七〇一條ノ如キハ明ニ六ヶ月内ニ執

行命令ノ申請ナキトキハ支拂命令ノ權利拘束ハ初メヨリ生セサルニ到ルモノト規定セルニ徴シ許容シ得サル結論ナリト謂ハサルヘカラス(二)更ニ民事訴訟法カ一定ノ請求ニ付キ區裁判所ニ於ケル督促手續ナル簡易手續ヲ許シタルト之等ノ請求ニ關スル辨濟手續ヲ可成的ニ速ニ解決セシメントスルノ法意ニ出テタルハ各條ノ規定ノ趣旨ヨリ歸納推理スルモ之ヲ知ルニ難カラサル所ナリ然ラハ支拂命令ニ付キテ執行命令ノ申請ナキ場合ニ於テ永久ニ權利拘束アリ決シテ訴訟ハ確定スルモノニ非ラストナスカ如キハ果シテ斯ノ如キ法律ノ趣旨ニ適合スルモノナルカ(三)法律カ時効(殊ニ消滅時効)ノ制度中斷事由ヲ認メタル點ニ於テモ同シヲ認メタル根據ニ到リテハ諸說紛糾スト雖モ之ヲ要約スレハ社會狀態ノ平靜ヲ維持スルヲ主トシ他方權利ノ上ニ眠レルモノニ比シ權利上ニ眼醒ムルモノヲ保護セントスルニ在リ果シテ然ラハ一旦支拂命令ヲ申請シタルモ何等債務者ノ異議申立ナキニ拘ラス之ニ對シテ執行命令ノ申請ヲ爲スコトナク依然事前ノ狀態ヲ維持シ爾後永久ニ之ヲ繼續スル場合ニ於テ尙ホ之ヲ時効中斷ノ效力アリトシテ時効ニ罹ルコトナシトノ結論ニ到ルカ如キハ永久平靜ノ狀態カ脅カサレツ存スルコト、ナリ時効制度ノ根本趣旨ニ反ス(四)尙ホ權利拘束カ永久ニ存續スルモノナリト論斷スル時ハ(イ)後日當事者間ニ任意辨濟其他ノ債權消滅事由アリ又ハ裁判外ノ和解等アリタル爲メ當事者ニ實質的訴權亡失セルニ拘ラス權利拘束

ノ形骸ノミ裁判所ニ残留スル事トナリ不都合ノ結果ヲ惹起スルコトヲ豫想スルニ難カラサルヘク(ロ)債権者カ爾後本然ノ手續ニ由リ訴ヲ提起セントスルモ被告ノ權利拘束ノ抗辯ニ會ヒ之ヲ爲スコトヲ得サルコト、ナルヘク殊ニ證書訴訟又ハ爲替訴訟ヲ爲スヲ得サルコト、ナリ其弊ノ及フ所狹少ナラサルヲ覺ユ(五)然ラハ支拂命令ニ掲ケタル期間内ニ債務者カ異議ノ申立ヲ爲サス債権者モ又執行命令ノ申請ヲ爲ササルトキハ何ノ時ヲ以テ時効中斷ノ效力消滅スヘキカ將又何時ニ時効中斷ノ效力ヲ生セサルニ到ルヤ此點ニ關シ或ハ民法第一五七條第二項ヨリ推シテ支拂命令ニ掲ケタル期間經過ト同時ニ時効中斷ノ效力消滅シ新タニ時効ノ進行ヲ見ルヘシト論スル者アリト雖モ支拂命令ニ對シテハ之ヲ記載セル期間經過後ト雖モ債務者ハ異議ノ申立ヲ爲シ得ヘキモノナレハ裁判確定ノ時ヲ以テ時効中斷ノ效力ヲ失フトセル右民法第一五七條第二項ヲ類推スルコトハ當ラサルコト遠シト謂ハサルヘカラス茲ニ於テカ吾人ハ訴訟手續ノ休止ニ關スル民事訴訟法第一八八條第二項第三項ノ規定ヲ類推シ支拂命令ニ掲ケタル期間經過後一ケ年ノ終了ニ因リテ時効ノ中斷ヲ生セサルニ到ルモノトスルニ理由アルヲ信セシムルハアラズ蓋シ民事訴訟法カ當事者訴訟主義ヲ採レルハ今更喋々ヲ要セサル所ニシテ其第一八八條第三項カ訴訟手續休止ノ場合一ケ年内ニ當事者ヨリ期日指定ノ申請ナキ場合ニ訴ヲ取下ケタルモノト看做スヘキ旨ヲ定メタルカ如

キ正ニ此趣旨ニ出テタルモノトス然ラハ之ト均シキ状態ニ存スル支拂命令ノ場合ニ於テ該命令記載ノ期間後債権者カ執行命令ノ申請ヲ爲サス又債務者モ異議ノ申立ヲ爲スコトナキ場合ニ於テモ亦此ノ規定ニ據リテ律スルコト當ニ全條ノ律意ニ叶フノミナラス民事訴訟法ノ大綱ニ適合スルモノト謂ハサルヘカラスレハナリ之ヲ一ケ年ノ滿了ニ依リテ時効中斷ノ效力カ初メヨリ生セサルニ到ルトノ結果ヨリ觀ルモ毫モ妥當ヲ缺クコトナカルヘキヲ確信ス何トナレハ裁判上ノ請求ニ依ル時効中斷ノ場合ニ於テモ右休止ノ規定ニ依リテ訴ヲ取下ケタルモノト看做サルトキハ初メヨリ中斷ヲ生セサルコト、ナルノミナラス支拂命令ノ目的物カ地方裁判所ノ管轄ニ屬スル場合異議ノ申立アリタルコトノ通知ヲ受ケタル債権者カ一ケ年内ニ訴ヲ起ササルトキハ權利拘束消滅シ初メヨリ時効中斷ノ效力生セサルニ到ルコト民事訴訟法第三九一條及ヒ民法第一五〇條ニ依リ明瞭ナルヲ以テ彼此權衡ヲ失スルカ如キコト毫モ之ナケレハナリ

一七九

二二一 裁判所ハ申立テタル事物ヲ原告若クハ被告ニ歸セシムルノ權ナシ
裁判所ハ終局判決ヲ爲ス場合ニ於テハ訴訟費用ノ負擔ニ限リ申立アラサルモ判決ヲ爲スコシ然レトモ一分判決ヲ爲
ス場合ニ於テハ費用ノ裁判ヲ後ノ判決ニ隨ルコトヲ得

原告甲カ被告乙ニ對シ殘代金一一七二圓ト引換ニ賣買ニ因ル土地所有權移轉登記手續ヲ爲スヘキコトヲ命スヘキ裁判ヲ求メタル場合ニ於テハ該訴ハ原告甲ニ

於テ被告乙ニ對シ當事者間ノ賣買契約ニ基キ自己ノ履行スヘキ殘代金ト引換ニ
土地ノ所有權移轉登記手續ノ履行ヲ請求スルモノニ係リ畢竟登記手續ノ履行ヲ
請求スルコトヲ以テ主眼トスルモノナレハ審理ノ結果其殘代金ノ數額ニ變更ヲ
來タスコトアルモ依然其請求ヲ維持スルノ意思ナリト認ムルヲ相當トスヘキニ
ヨリ裁判所カ殘代金ハ一七二圓ニアラスシテ一七〇〇圓ナルヲ以テ之ト引換
ニ土地ノ所有權移轉登記手續ヲ爲スヘキコトヲ命シタレハトテ之ヲ以テ原告甲
ノ申立ヲ超越シテ裁判ヲ爲シタル不法アリト云フヲ得サルモノトス

【上告理由】

裁判所ハ申立ナル事ヲ原告若クハ被告ニ歸セシムルノ權ナキハ民事訴訟法第二三一條ノ規定スル所ナリ
上告人(控訴人)ノ申立ハ原判決主文掲記ノ山林ニ付金二千七百七十二圓引換ニ賣買ニ因ル所有權移轉登記ノ手續ヲ求ムルニ在
リテ金二千七百圓ト引換シテハ所有權移轉登記手續ヲ求ムルノ訴旨ニ非サルハ原判決事實說明自體ニ微シ海ニ明白一點ノ疑
ナキ所ナリ然レニ原判決ハ本件賣買代金殘額ハ金千七百七十二圓ニ非スシテ金千七百圓ナリト認定シ而シテ金千七百圓ト引換
ニ所有權移轉登記手續ヲナス可キ旨ノ裁判ヲナセリ金千七百圓ト引換ナラハ何時ニテモ被控訴人ハ控訴人ノ請求ニ應ジ登記
手續ヲ履行スルハ當初ヨリ爭ナキ事實ニシテ敢テ控訴人ヨリ本訴提起ノ要ナキ所ナリ前陳ノ如ク上告人ノ申立ハ金千七百
二圓ト引換ニ登記手續ヲ求ムルニアルヲ以テ即チ原判決ハ申立ノ範圍ヲ超越シタル裁判ニシテ結局申立ナル事ヲ當事者
ニ歸セシメタル不法アルヲ免レシ然ラハ即チ原判決ハコト點ニ於テ破綻セラル可キモノト思料ス

【判決理由】

仍テ按スルニ本件ハ上告人ニ於テ當事者間ノ賣買契約ニ基キ自己ノ履行
スヘキ殘代金ト引換ニ被告上告人ニ對シ土地ノ所有權移轉登記手續ノ履行ヲ請求スル
モノニ係リ畢竟登記手續ノ履行ヲ請求スルコトヲ以テ主眼トスルモノナレハ審理ノ
結果其殘代金ノ數額ニ變更ヲ來タスコトアルモ依然其請求ヲ維持スルノ意思ナリト認
ムルヲ相當トスヘキニヨリ原院カ被告上告人ノ抗辯ニヨリ殘代金ハ上告人主張ノ如ク
千七百七十二圓ニアラスシテ千七百圓ナルコトヲ認メ依テ以テ上告人ノ請求ノ一部ヲ
排斥レ被告上告人ニ對シ上告人カ金千七百圓ヲ支拂フト同時ニ之ト引換ニ本件土地ノ

所有權移轉ノ登記手續ヲ爲スヘキコトヲ命シタレハトテ之ヲ以テ上告人ノ申立ヲ超
越シテ裁判ヲ爲シタル不法アリト謂フヘカラス依テ本論旨ハ理由ナシ(大法院大正十年)オ
八六四號同年十二月三日民三部松岡裁判長谷川菫淵橫村成道各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審控訴院○土地所有權移轉登記手續請求事件○上告人關口源太郎訴訟代理人辯護士飯村五郎被告上告
人半田源重外一人

【同時履行ノ抗辯ヲ提出シタル場合ノ裁判ニ關スル參照學說判例】

本書本卷民訴一八頁以下

【原告ノ申立ヨリモ對價ハ多額ナリト認ムル場合ノ裁判ニ關スル參照學說】

本書本卷民訴一六頁

吾人ハ本判旨ノ如キ場合ニ於ケル抽象的理論ニ付キテハ嘗テ卑見ヲ披瀝シタル
コトアリタリ(本書本卷民訴二一頁以下)評論參照今茲ニ具體的事例ニ接スルニ當
リ依然同一ノ意見ヲ抱持シテ論ラサルモノナリ即チ大審院カ先ツ被告ノ單ナル
抗辯ヲ容レテ判決スルニ當リ判決執行ノ場合ニ於ケル條件トシテ(民事訴訟法第
五一八條第二項參照)反對給付タル殘代金額ノ數額マテモ之ヲ主文ニ掲記シタル
原審判決ヲ是認シタルモ判決ノ既判力トノ關係上斯ノ如キハ却ツテ徒事ニ屬ス
ヘキコトナル點ニ就テハ吾人ノ切ニ論シタル所ナリ蓋シ主文ニ掲ケラレタル反
對給付タル殘代金額ノ掲記ヲ以テ吾人ノ如ク單ニ判決執行ノ條件ニシテ從ツテ
既判力ノ之ニ及フヘキモノニ非スト解スルトキハ敢テ支障ナシト雖モ之ニ反ス
ル說ヲ採ル者必ラスシモ之ヲ嚴格ニ解シ第二四四條カ判決ハ其主文ニ包含スル

モノニ限り確定力ヲ有スト規定スルヲ以テ判決主文中ニ掲記セラレタル殘代金額モ亦確定シタルモノニシテ既判力ノ當然之ニ及フモノナリトノ文理解釋ヲ爲スモノ少ナカラサルヘク斯ノ如キ見解ト雖モ決シテ之ヲ一響ニ付シ得ルモノニ非ナルヲ如何セン要スルニ吾人ハ主文ニ於テ單ニ反對給付(殘代金)ト引換ニ給付スヘキ旨ヲ宣言スルニ止マラスシテ進シテ該反對給付ノ數額(殘代金額)マテモ之ヲ主文中ニ包含セシムルハ徒勞ニ非スンハ即チ釀弊ノ措置ナリト謂ハサル可カラサルヲ惜ムモノナリ

(一八〇)

二九九 證人ハ第二百九十七條第一號及第二百九十八條第四號ノ場合ニ於テ左ノ事項ニ付テ證言ヲ拒ムコトヲ得ス
第二 家族ノ關係ニ因リ生スル財產事件ニ關スル事實
第四 原告若クハ被告ノ前主又ハ代理人トシテ保身ノ權利關係ニ關シ爲シタル行爲
妻カ夫ニ對シテ訴ヲ提起シテ扶養料ノ支拂ヲ請求シ自活能力ナキ事實(分娩後病氣ノ事實)證スル爲メ申請シタル證人ノ訊問事項ハ民事訴訟法第二百九十九條第一項第二號ニ所謂家族ノ關係ニ因リテ生スル財產事件ニ關スル事實ニ該當スルモノナリ

ノト謂フヘキモノトス

民事訴訟法第二百九十九條第一項第四號ニ所謂原告若クハ被告ノ代理人トシテ保身ノ權利關係ニ關シ爲シタル行爲ニハ法律行爲ノ代理ノミナラス原告若クハ被告ニ代リテ爲シタル事實上ノ行爲ヲモ包含スルモノト認ムヘキモノトス

本件被告ノ要旨ハ被告ノ相手方タル被告ハ原裁判所大正一〇年(第)第三號離婚請求事件ニ付テ相馬勝之助ノ訊問ヲ申請シ該申請ヲ許容セラレタル處右證人ハ被告ノ親族ナルコト大正一〇年一月二八日ノ證據開期日ニ於ケル證人ノ供述ニ依リ判明シタルヨリ被告ハ右證人ニ對シ忌避ノ申請ヲ爲シタルニ原裁判所ハ忌避ノ原因ナシトノ決定ヲ言渡シタルリ然レトモ右證人ニ對スル訊問事項第一ハ「被告玉澤みきカ大正八年一月二分産ノ爲メ原告玉澤金作トモ協働ノ上其實家タル相馬文造方ニ對リ分娩後病氣ニ罹リ治療ヲ爲シタルリシモ未ダ完全ノ身體ニ回復セズ從テ仕事等モ出來ス全ク自活不能ノ状態ニアル事實」ト謂フニ在リテ民事訴訟法第二百九十九條第一項第二號ニ該當セサルコト明カニシテ又訊問事項第二ハ「原告玉澤金作ヨリ被告玉澤みきに對シ離婚ノ申入ヲ爲シタルコト及ヒ玉澤みきカ之ニ應セサル旨ヲ答ヘタルコト」ニ付テ證人ニ其間ニ立テ其通知ヲ取次キタル事實ノ詳細ト謂フニ在リテ單ニ證人カ原告及被告間ニ於テ事物ノ取次ヲ爲シタルニ過キサル事項ニ關スルヲ以テ民事訴訟法第二百九十九條第一項第四號ニ該當セズトシテ原告人ノ爲シタル忌避申請ハ理由アルニ不拘當ノ裁判ヲ求ムル爲メ本件被告ニ及ヒタルト謂フニ在リ
仍テ記録ヲ調査スルニ被告ノ相手方タル被告ハ原裁判所ニ反訴ヲ提起シ夫タル原告ニ對シテ扶養料ノ支拂ヲ請求シ自活能力ナキ事實ヲ證スル爲メ前記訊問事項第一ニ付テ證人相馬勝之助ノ訊問ヲ申請シタルコト明カナルカ故ニ右訊問事項ハ民事訴訟

民法第二九九條第一項第二號ニ所謂家族ノ關係ニ因リ生スル財產事件ニ關スル事實ニ該當スルモノト謂フヘク又前記訊問事項第二ハ畢竟證人相馬勝之助カ原告及被告ニ代リテ通知ヲ爲シタルコトアリヤ否ヤニ關スル事項ニシテ民事訴訟法第二九九條第一項第四號ニ所謂原告若クハ被告ノ代理人トシテ係争ノ權利關係ニ關シ爲シタル行爲ニハ法律行爲ノ代理ノミナラス原告若クハ被告ニ代リテ爲シタル事實上ノ行爲ヲモ包含スルモノト認ムヘキカ故ニ右訊問事項モ亦右法條ニ該當スルモノト謂フヘシ從テ證人相馬勝之助ハ前記訊問事項第一及第二ニ付キテハ證言ヲ拒ムコトヲ得ス抗告人ハ忌避ノ申請ヲ爲シ得サルコト明カナルヲ以テ抗告人ノ忌避申請ヲ却下シタル原決定ハ相當ニシテ本件抗告ハ理由ナシ(東京控訴院大正一〇年(一)第一三三號同年二月二日民一部矢部裁判長野澤島各判事決定)

【關係事項】

棄却○證人忌避申請却下ニ對スル抗告○抗告人玉澤金作代理人辯護士長戸路政司

【判旨第一點民事訴訟法第二九九條第一項第二號ノ意義ニ關スル參照學說判例】

本書本卷民訴一九六頁

【同第二點民事訴訟法第二九九條第一項第四號代理人ノ意義ニ關スル參照學說判例】

高木博士
細野學士

- 一 代理人トハ法律上代理人總代理人、部代理人其他商事ニ關スル一切ノ代理人等ヲ包含スルモノトス(法學博士高木豐三氏民事訴訟法論網五八一頁)
- 二 代理人ハ法定代理人タルト任意代理人タルト將テ無權代理人タルトヲ問ハテ法典ハ此等ノ者ノ證言ヲ以テスルニアラサレハ證スルコトヲ得サル場合アルカ爲メ例外ヲ規定シタルモノナレハ其趣旨ニヨリ代理ハ必スシモ法律行爲ノ代理タルコトヲ要セス事實行爲ノ代理タルト又補助者タルトヲ問ハス此場合ニ包含セシム可キモノトス(法學士細野長良氏民事訴訟法要義四六〇頁)
- 三 本條第一項第四號所謂代理人ハ原告若クハ被告ニ代リテ或行爲ヲ爲シタル人ノ謂ニシテ法律行爲ヲ代理シタル人ノミニ限ラサルモノトス(大審院大正三年民事判決錄七三三頁)

大審院

大審院判

四 本條第四號原告又ハ被告ノ代理人トシテ係争ノ權利關係ニ關シ爲シタル行爲トアルハ必スシモ代理人トシテ係争ノ權利關係ヲ成立セシメタルヤ否ヤノミニ限定セルモノニ非シテ事後ニ於テ係争ノ權利關係ニ關シ爲シタル行爲ヲモ包含スルモノトス(大審院大正三年民事判決錄八五七頁)

五 本條第四號所謂原告若クハ被告トシテ係争ノ權利關係ニ關シ爲シタル行爲ニハ證人カ當事者ノ一方ノ代理人ト爲リ其相手方ニ對シテ係争ノ權利關係ニ關シ爲シタル行爲ヲモ包含スルモノトス(大審院明治四一年民事判決錄二二七頁)

六 禁治産者ノ管財人カ其資格ニテ爲シタル行爲ハ本條第四號ノ代理人トシテ係争ノ權利關係ニ關シ爲シタル行爲トアルニ該當スルヲ以テ管財人ハ縱令直接ノ利害關係アリトスルモ其行爲ニ關シ證言ヲ拒ムコトヲ得ス(大審院明治三年民四卷四六頁)

判旨ハ吾人ノ贊同スル所ナリ

二二七 裁判所ハ民法又ハ此法律ノ規定ニ反セサル限りハ辯論ノ全旨趣及ヒ或證據調ノ結果ヲ斟酌シ事實上ノ主張ヲ眞實ナリト認ム可キカ否ヤ自由ナル心證ヲ以テ判斷ス可シ

二二八 原告若クハ被告カ本案ノ辯論ヲ爲シタルトキハ各箇ノ事實證書又ハ發問ニ付キ陳述ヲ爲サス又ハ任意ニ退廷スルモノ本節ノ規定ヲ適用セス

二二九 左ノ場合ニ於テハ開席判決ノ申立ヲ却下ス然レトモ出頭シタル原告若クハ被告ハ口頭辯論ノ延期ヲ申立ツルコトヲ得

第一 出頭シタル原告若クハ被告カ裁判所ノ職權上調査ス可キ事情ニ付キ必要ナル證明ヲ爲ス能ハサルトキ

第二 出頭セザル原告若クハ被告ニ口頭上事實ノ供述又ハ申立ヲ適當ナル時期ニ書面ヲ以テ通知セザルトキ

辯論ヲ延期シタルトキハ出頭セザル原告若クハ被告ヲ新期日ニ呼出ス可シ

公證人カ其權限ニ於テ作成シタルモノニ非サル文書ハ公正證書トシテ其內容事項ニ付キ完全ナル證據力ヲ有スルモノト謂フヘカラサルカ故ニ其證據價值如何ハ事實裁判所ノ自由ナル心證ニ依リ判斷シ得ヘキ所ナルヲ以テ其內容ニ反スルノ事實ヲ認定スルモ不法ニ非サルモノトス

【判決理由】然レトモ公證人ハ法律行爲其他私權ニ關スル事實ニ付キ公正證書ヲ作成

レ及私署證書ニ認證ヲ與フル權限ヲ有スルモノナルハ公證人法第一條ノ明定スル所ナリ今甲第一號證ヲ檢スルニ公證人カ上告人加藤德治郎所有ノ家屋ニ付キ其形狀場所的關係破損ノ有無等ヲ錄取シタルモノナレハ法律行為ニ付キ作成シタルモノ又ハ私署證書ニ認證ヲ與ヘタルモノニ非サルハ勿論私權ニ關スル事實ヲ内容トスルモノトモ謂フ可ラス何トナレハ私權ニ關スル事實トハ法律上私權ノ得喪變更ヲ生スヘキ事實ヲ指スモノナルハ法文ニ法律行為爲其他トアルニ徴シ明ナル所ニシテ家屋ノ形狀場所的關係破損ノ有無ノ如キハ其自體私權ノ得喪變更ヲ生スヘキモノニ非サレハナリ然レハ甲第一號證ハ公證人カ其權限ニ於テ作成シタル文書ニ非サレハ公正證書トシテ其内容事項ニ付キ完全ナル證據力ヲ有スルモノト謂フ可ラス隨テ其證據價值如何ハ事實裁判所ノ自由ナル心證ニ依リ判斷シ得ヘキ所ナルヲ以テ原院カ之ヲ採用セスレテ其内容ニ反スルノ事實ヲ認定シタルハ所論ノ如キ不法アルモノト謂フ可カラス(大審院大正一〇年(オ)第七九〇號同年一月四日裁判長田部芳禰原尾古長谷川山香各判事判決法律新聞第一九一七號二〇頁)

【關係事項】 棄却○不法行為損害賠償事件○上告人加藤德治郎外一名右訴訟代理人辯護士日能備太郎○被上告人合名會社保善社右法律上代理人代表社員安田善次郎

【公正證書ノ證據力ニ關スル參照判例】

本書本卷民訴三九七頁

判旨異論ナシ

(一八二)

三〇六 各證人ニハ其携帶ス可キ呼出狀其他ノ適當ノ方法ヲ以テ人違ナラサルコトヲ判然ナラシメタル後訊問前各別ニ宣誓ヲ爲サシム可シ然レトモ宣誓ハ特別ノ原因アルトキ殊ニ之ヲ爲サシム可キヤ否ヤニ付キ疑ノ存スルトキハ訊問ノ終ルマテ之ヲ疑フ

宣誓ヲ爲サシム可キ證人ニ之ヲ爲サシメスシテ訊問シタル場合ニ於テモ其證言ハ當然無効ニ非サルモノトス

【上告理由】 上告論旨第二點ハ原判決ハ其理由中ニ「原審證人板谷獅子太郎ノ證言トモヨリ被控訴人ハ板谷ヨリ本件土地ヲ買受ケタル眞實ノ所有者ニシテ大正八年二月二十四日其取得登記ヲ經由シタルモノナルコトヲ認ムルニ足ル云々」ト判示シ原審證人板谷獅子太郎ノ證言ヲ採用シタルハ然レトモ證人板谷獅子太郎ハ原審(第一審)證據調ノ際本件訴訟ニ關シ直接ノ利害關係アリト陳述シ裁判所ハ板谷獅子太郎ニ對シ宣誓ヲ爲サシメシテ事實參考人トシ訊問ヲ爲レタリ然レハ證人板谷獅子太郎ハ本件訴訟ニ付キ何等直接利害ノ關係非サルコトハ一件記録ニ徴シ明瞭ナルニ拘ラス本件ニ付キ直接利害關係アルモノトシテ宣誓ヲ爲サシメタルハ違法ニ證據調ヲ爲シタルモノト謂ハサル可ラス斯ノ如キ違法ノ證據調ニ基キ爲シタル證人トシテ原判決ハ之カ證據トシテ採用シタルハ探證上ニ違法アルモノトシテ破毀ヲ免レサルモノト思料スト云フニ在リ

【判決理由】 然レトモ宣誓ヲ爲サシム可キ證人ニ之ヲ爲サシメスシテ訊問シタル場合ニ於テモ其證言ハ當然無効ニ非ス(明治四十一年十二月一日言渡明治四十一年(オ)第二八九號事件ノ判決參照)加之第一審證人板谷獅子太郎ニ宣誓ヲ爲サシメスシテ訊問シタル點ニ付キテ上告人(控訴人被告)カ誓テ異議ヲ述ヘタル形迹ナキノミナラス上告人モ亦原審ニ於テ同證人ノ證言ヲ採用シタルコト原判決ノ事實摘示及ヒ原審大正十年二月十七日付口頭辯論調書ノ記載ニ依リテ明ナルヲ以テ上告人ハ其違法ニ對スル實問權ヲ拋棄シタルモノト認ムルニ足ルヲ以テ原裁判所カ同證人ノ證言ヲ事實認定ノ

ルコトヲ得

三〇七 左ノ者ハ宣誓ヲ爲サシメスシテ事實參考ノ爲メ之ヲ訊問スルコトヲ得

第一 訊問ノ時未ダ滿十六歲ニ達セザル者

第二 宣誓ノ何物タルヤヲ了解スルニ必要ナル精神上ノ發達ノ缺クル者

第三 刑事上ノ判決ニ因リ公權ヲ剝奪又ハ停止セラレタル者

第四 第二百九十七條及ヒ第二百九十八條第三號並ニ第四號ノ規定ニ依リ證言ヲ拒絕スル權利アリテ之ヲ行使セザル者但第二百九十八條第三號並ニ第四號ノ場合ニ於テハ拒絕ノ權利ニ關スル事實ニ付キ證言ヲ爲ス可キコトヲ申立テラレタルトキニ限ル

第五 訴訟ノ成績ニ直接ノ利害關係ヲ有スル者

資料トシタルハ正當ニシテ論旨ハ理由ナシ(大審院大正一〇年(オ)第六六五號同年一月一〇日民二部
馬場裁判長大倉東東澤岩本各判事判決)

【關係事項】 上告棄却○土地明渡並ニ損害賠償請求事件○上告人佐藤寅治同上訴訟代理人辯護士田中八治氏被上告人朝妻精
司同上法律上代理人親權者朝妻信治

【判旨】 宣誓ヲ要スル證人ヲ宣誓ヲ爲サシメスシテ爲シタル訊問ノ效力ニ關スル參
照學說判例)

一 證人訊問ニ於ケル宣誓ニ關スル規定ハ公益規定ナルカ故ニ宣誓手續ニ違背アリタルトキ當事者カ質問權ヲ拋棄スルモ之ニ
ヨリ證據調ハ有效ト爲ルコトナキモノトス(法學士細野長良氏法學新報第二八卷第九號七九頁以下本書七卷民訴三八一頁以
下)

二 本書本卷民訴三〇四頁參照
本判旨ノ如キ場合ハ當事者ノ有スル責問權トノ關係上最モ議論多キ所ナリ而シ
テ吾人ハ證人宣誓ハ民事訴訟法上公益規定ニ非ストシテ宣誓セシムヘキ證人ヲ
宣誓セシメスシテ訊問シタル場合ノ證言ノ效力ニ關シテ當事者カ之ヲ責問シタ
ル場合ハ格別當事者カ責問權ヲ拋棄シタリシ場合ハ證言ハ必スシモ全然無効ノ
モノニ非ストスル本判旨ニ贊同セムトスルモノナリ

(一八三)

五五八 強制執行ノ手續ニ於テ口頭辯論ヲ經スレテ爲スコトヲ得ル裁判ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得
六八〇 利害關係人ハ競落ノ許可ニ付テノ決定ニ因リ損失ヲ被ル可キ場合ニ於テハ其決定ニ對シ即時抗告ヲ爲スコ
トヲ得
競落ヲ許ス可キ理由ナキコト又ハ決定ニ稱ケタル以外ノ條件ヲ以テ許ス可キコトヲ主張スル競落人又ハ競落ヲ求
メテ許ス可キコトヲ主張スル競落人モ亦即時抗告ヲ爲スコトヲ得

不動產競賣事件ノ競落許可決定ニ對スル抗告ニ付キ口頭辯論ヲ經テ言渡シタル
決定ニ對シテハ其言渡ノ日ヨリ七日ノ期間内ニ抗告ヲ申立ツヘキモノトス

右抗告ハ執行停止ノ效力ヲ有ス
第二項ノ場合ニ於テ競落ヲ求メタル競落人ハ其申出タル價額ニ付キ拘束ヲ受クルモノトス
按スニ不動產競賣事件ハ競落許可決定ニ對スル抗告ニ付キ口頭辯論ヲ經テ言渡シタル
決定ニ對シテハ其言渡ノ日ヨリ七日ノ期間内ニ抗告ヲ申立ツヘキモノナルコトハ
當院ノ判例トスル所ナリ(大正四年十一月二十九日第二民事部決定參照)本件ハ旭川區
裁判所カ大正九年(マ)第一二八號不動產競賣事件ニ付キ大正十年一月十五日言渡シタル
競落許可決定ニ對シテ抗告ヲ爲シ旭川地方裁判所カ口頭辯論ノ末大正十年十月十九
日其抗告棄却ノ決定ヲ言渡シタルモノナレハ之ニ對スル抗告ハ右言渡ノ日ヨリ翌日ヨ
リ起算シ七日ノ期間内ナル同月二十六日迄ニ其申立ヲ爲ササルヘカラス然ルニ抗告
人カ再抗告狀ヲ原裁判所ニ提出シタルハ同月二十七日ナルコトハ該抗告狀ニ押捺セ
ル同應ノ受理印ニ徴シテ明白ナレハ本抗告ハ期間經過後ニ係ル不適法ノモノナリ(大
審院大正十年(ク)第二六三號同年十二月八日民二部馬場裁判長大倉東東澤岩本各判事決定)

【關係事項】 抗告棄却○原春旭川地方裁判所○不動產競賣事件ノ競落許可決定ニ對スル抗告事件○抗告人阿部元三郎代理人
辯護士阿部清造

(一八四)

四五六 抗告ニ付テハ直近ノ上級裁判所其裁判ヲ爲ス
抗告裁判所ノ裁判ニ對シテハ其裁判ニ因リ新ナル獨立ノ抗告理由ヲ生シタルトキニ非サレハ更ニ抗告ヲ爲スコトヲ
得ス
裁判所構成法一四〇 司法事務取扱ノ方法ニ對スル抗告殊ニ或事務ノ取扱方ニ對シ又ハ取扱ノ延滞若クハ拒絕ニ對
スル抗告ハ此ノ編ニ掲ケタル司法行政ノ職務及監督權ニ依リ之ヲ處分ス

民事訴訟法第四五六條第二項ニ所謂新ナル獨立ノ抗告理由トハ抗告裁判所カ不
適法トシテ抗告ヲ棄却シタルカ下級裁判所ノ裁判ト反對ノ裁判ヲ爲シタルカ又
ハ裁判所構成法ノ規定若クハ重要ナル手續ニ違背シテ裁判ヲ爲シタル場合ヲ謂
フモノトス

案スルニ民事訴訟法ニ依リ爲シタル抗告裁判所ニ對シテハ同法第四五六條第二項ノ
規定ニ從ヒ新ナル獨立ノ抗告理由トシタルトキニ非サレハ更ニ抗告ヲ爲スコト
得サルモノトス而シテ其所謂新ナル獨立ノ抗告理由トハ抗告裁判所カ不適法トシテ
抗告ヲ棄却シタルカ下級裁判所ノ裁判ト反對ノ裁判ヲ爲シタルカ又ハ裁判所構成
規定若クハ重要ナル手續ニ違背シテ裁判ヲ爲シタル場合ヲ謂フ依テ本件抗告ハ新
區裁判所所屬執達吏川野易男ニ對シテ抗告人ヨリ田中藤次郎押條林藏押條キタニ對ス
ル大阪地方裁判所大正十年(ヨ)第四六七號大阪府南區難波櫻川町三丁目千三百六十一
番地ノ第一號木造瓦葺二階建家屋建坪三十一坪外二階坪十四坪五合外四棟ニ對ス
ル右三名ノ占有ヲ解キ抗告人ノ委任スル大阪區裁判所所屬執達吏ヲシテ之ヲ保管セ
シムル旨ノ假處分命令正本ニ基テ執行ノ委任ヲ爲シタルヨリ右執達吏ハ大正十年七
月六日右建物所在地ニ際シテ假處分ノ執行ニ着手シタルトコロ前記三名ハ目下移轉
スヘキ家屋ヲキ爲メ明渡スコトヲ得ストテ頭トシテ明渡ノ要求ニ應セザリ爲メ右
執達吏ハ此上ハ右三名ノ身體ニ威力ヲ加フルニ非サレハ到底執行ノ目的ヲ達スルコ
ト能ハサルヲ以テ右執行ハ不能ト爲シタリト爲シ抗告人ノ委任ニ從ヒ執行ヲ爲スル
施スルコトヲ拒ミタルヨリ抗告人ハ之ヲ不當トシ民事訴訟法第五四四條第二項ニ從
ヒ執行裁判所タル大阪區裁判所ニ對シテ右執達吏ニ對シテ執行行為ノ實施ヲ命令スヘ
キコトヲ求メタルニ同裁判所ハ執達吏カ執行ニ際シ裁判ノ實效ヲ期スル爲メ便宜ノ

手段ヲ盡シ以テ當事者ノ委任ノ趣旨ニ副ハシムヘキコトハ正ニ執達吏ノ當然爲サ
ルヘカラサル職責ナリト雖モ本件ニ於ケルカ如ク正ニ盡スヘキ場合ハ結局執行不能トナ
シテ止ムヲ得サルノ場合ニ屬シ其處置ニ何等不當ナシト理由ヲ以テ抗告人ノ申
立ヲ却下スル決定ヲ爲シタルヲ以テ抗告人ハ之ニ對シ原裁判所ニ抗告ヲ爲シタルニ
原裁判所ハ假處分命令ノ執行ハ命令ヲ言渡シ又ハ申立人ニ命令ヲ送達シタルヨリ
十四日ノ期間ヲ徒過スルトキハ之ヲ爲スコトヲ許ササルモノニシテ本件ニ於ケルカ
如ク執達吏カ一旦假處分命令ノ執行ニ着手シタルモ執行不能ニ終リタルモノトシテ
執行ヲ中止セタル場合ハ後ニ爲サルヘキ執行ハ全ク新ナル執行行為ニシテ爲シ
タル執行ヲ繼續スルモノニ非サルヲ以テ執行期間内ニ一旦執行ニ着手シタルト否ト
問ハス右十四日ノ期間ノ滿了ニ因リ其執行ヲ爲スコトヲ得サルモノトス而シテ執
達吏川野易男カ本件假處分命令ノ執行ニ着手シタルハ大正十年七月六日ナリテ執
達人ハ週ヲトモ同日ニハ右假處分命令ノ送達ヲ受ケタルモノト謂フヘキニヨリ其
後十四日ノ期間ヲ經過シタル今日ニ於テハ抗告人カ右假處分命令正本ニ基テ執行
爲スコトハ之ヲ許スヘカラサルヲ以テ裁判所ハ右執達吏ニ對シテ右執行行為ヲ實施ス
ヘキ旨ヲ命シ得ヘキモノニ非サルコトヲ言ハタス然ラハ右執達吏カ抗告人ノ委任ニ
從ヒ執行行為ヲ實施スルコトヲ拒ミタルハ不當ナリトスルモ本件假處分命令ノ執行
ハ最早之ヲ實施スルコトヲ得サルニ至リタルモノナレハ本件異議ノ申立ハ此點ニ於
テ其理由ナキニ歸スルモノト謂ハサルヘカラストノ理由ヲ以テ抗告ヲ棄却スル決定
ヲ爲シタルニ對シ更ニ當院ニ抗告ヲ爲シタルモノニ係ル凡ソ家屋明渡ノ執行ノ委任
ヲ受ケタル執達吏ハ執行ヲ受クル債務者カ頭トシテ其明渡ノ要求ニ應セザレハトテ
直ニ執行ヲ不能ナリト爲スヘキニアラス必要ナル程度ニ於テ威力ヲ用キテモ之カ執
行ヲ遂クヘキモノトス又右ノ如ク執達吏カ執行不能ナリトシテ執行ヲ中止シタルハ
トテ其執行中止ノ不當ニシテ本件ノ如ク抗告人カ執行ノ續行ヲ命スヘキ申立ヲ爲セ

ル場合ニ於テハ其申立ヲ容レタル結果之ニ基キ執達吏ノ爲ス執行ハ新ナル執行ニア
 ラスレテ曩ニ爲レタル執行ノ續行ニ屬スルヲ以テ原裁判所ノ認ムルカ如ク抗告人ノ
 委任ニヨル本件ノ執行カ民事訴訟法所定ノ十四日ノ期間内ニ着手セラレタル以上ハ
 假令原裁判所カ抗告ニ付決定ヲ爲ス時既ニ右十四日ノ期間ヲ經過シ從テ其後執行ノ
 續行セラレル時カ右十四日ノ期間經過後ト爲ルモノトスルモ其執行ヲ以テ法定期間
 經過後ノ執行タルニ歸着スト爲スヘキモノニアラサルヲ以テ原裁判所ハ須ク抗告人
 ノ爲シタル抗告ヲ理由アリトシ其申立ヲ容ルヘキモノナリシニ拘ハラズ之ヲ理由ナ
 レトシテ棄却シタルハ甚ダ失當ナリト爲ササルヘカラス然レトモ原決定ハ其理由ナ
 異ニスルニ拘ハラズ其前審裁判ト其内容ヲ同シクスルモノニシテ裁判所構成ノ規定
 又ハ重要ナル手續ニ違背スルモノト爲スニ由テキキテ本件抗告ハ之ヲ不適法トシ
 テ棄却スルノ外ナキニ依リ主文ノ如ク決定ヲ爲シタリ(大審院大正十年(タ)第二一二號同年十二月
 二十六日民二部馬場裁判長大倉見澤岩本各判事決定)

【關係事項】

抗告棄却○原審大阪地方裁判所○強制執行方法ニ關スル異議申立事件ノ異議申立却下決定ニ對スル抗告事件○
 抗告人稻田横之助代理人辯護士清瀬一郎

【再抗告ニ於ケル新ナル獨立ノ抗告理由ノ意義及ヒ其場合ニ關スル學說】

一 抗告裁判所カ抗告ヲ不適法トシテ却下スル裁判ヲ爲シタルトキハ該裁判ニ對シテ再抗告ヲ爲スコトヲ得ルモノトス(法學
 博士知本朗造氏京都法學會雜誌第一二卷第六號九二頁本書六卷民訴二九九頁)
 二 抗告裁判所カ抗告ヲ理由ナシトシテ棄却スル裁判ヲ爲シタルトキハ原則トシテ再抗告ヲ爲スコトヲ得サルモノナレトモ其
 裁判カ訴訟手續ニ關スル規定ニ違背ニ基キテ爲サレタル場合ニハ假令兩裁判ノ内容カ全然一致スル場合ニ於テモ尙ホ再抗告ヲ
 爲スコトヲ得ルモノトス(同上)
 三 抗告裁判所カ抗告ノ一部ヲ理由アリトシ一部ヲ棄却シタル場合ニハ抗告人ハ其抗告ノ一部ヲ理由アリトスル裁判ニ依リ仍
 ホ不利益ヲ受ケル場合ニ限リ再抗告ヲ爲スコトヲ得ルニ止マルモ抗告人ノ相手方ハ抗告裁判所ノ裁判カ原裁判ヲ變更シタル範
 圍ニ於テ之ニ對シ再抗告ヲ爲スコトヲ得ルモノトス(同上)

【同上判例】

一 民事訴訟法第五五六條ニ所謂新ナル獨立ノ抗告理由トハ抗告裁判所カ不適法トシテ抗告ヲ棄却シタルカ下級裁判所ノ裁判
 ト反對ノ裁判ヲ爲シタルカ又ハ裁判所構成ノ規定若クハ重要ナル訴訟手續ニ違背シテ裁判ヲ爲シタル場合ヲ謂フ(大審院大正
 四年一月一日民二部判決本書第三卷民訴二八八頁)
 二 第一審裁判所ノ裁判ト抗告裁判所ノ裁判ト其内容ニ同共ニ同一ニ歸着シタル場合ニ於テハ抗告裁判所ノ裁判カ裁判所ノ構
 成又ハ重要ナル訴訟手續ニ關スル規定ニ違背スルニアラザレハ新ナル獨立ノ抗告理由ト生ズルモノニアラス(同上大正三年六
 月二六日民二部判決本書第三卷民訴一四四頁)
 三 抗告裁判所カ抗告人ノ提出シタル事實ヲ遺脱シ又其提出セザル事實ヲ提出シタルモノト看做シ 抗告ヲ棄却シタルトキハ
 其決定ハ重要ナル手續ニ違背セシモノト謂ハサルヲ得ス(同年一〇月一九日判決民事判決二〇〇八頁)
 四 二個ノ下級裁判所ノ裁判カ相一致スル場合ニハ裁判所ノ構成其他重要ナル訴訟手續ニ違背ナキ限リハ新ナル獨立ノ抗告理
 由存セザルモノトス(同上大正二年七月一日民一決定本書第二卷民訴九〇頁)
 五 再抗告裁判所ノ爲シタル裁判ニ對シテハ裁判所ノ構成其他重要ナル手續ニ關シ法律ノ規定ニ違背セル廉アルニアラザレハ
 更ニ抗告ヲ得サルモノトス(同上明治五年五月一日民一決定本書第一卷民訴九〇頁)
 六 原院ハ抗告人ノ抗告ハ所謂新ナル獨立ノ抗告理由ナク即チ不適法ナルモノト爲シタルニハ抗告人ノ本案ニ對シ新ニ申出テ
 タル事實ニ付キ斷然説明ヲ爲サザリシモノナレハ之ヲ訴訟手續ノ違背ト謂フヘカラス(同上二年九月二九日民一部判決民事
 判決一五五頁五二頁)
 七 抑證據ノ限度ハ裁判所ノ裁判スルコトヲ得ル所ナレトモ唯一ノ證據方法ナルヲ願ミスシテ其取調ヲ爲ササルカ如キハ其
 處置タルヤ重要ナル訴訟手續ニ違背シタル不法アルコトヲ免レス由是之ヲ觀レハ原院カ前掲抗告人ノ人證申出ヲ排斥シテ裁判ヲ
 爲シタルハ民事訴訟法第四五六條第二項ニ該當スル抗告理由ト生ズルモノニシテ其裁判ハ廢棄スルヲ相當ナリトス(同上四
 一年六月一日民事判決一四四七三頁)
 八 抗告裁判所ノ裁判ニ因リ生シタル新ナル獨立ノ抗告理由トハ抗告理由トハ抗告裁判所カ形式上不適法トシテ抗告ヲ棄却スルカ實質上
 級裁判所ノ裁判ト反對ノ裁判ヲ爲シ相手方ノ爲メニ更ニ抗告理由ト生ズルカ下級裁判所ト結果ニ於テ同一ノ裁判ヲ爲スモ法律
 上除外セラレタル判事カ其裁判ニ干渉スルカ若クハ其裁判カ裁判所構成ノ規定又ハ重要ナル訴訟手續ニ違背セル如キ場合ヲ指
 スモノトス(同上同年五月一日民二部判決民事判決一四四九一頁)
 九 抵當裁判所ノ裁判ニ因リ生シタル獨立ノ抗告理由トハ抗告裁判所カ裁判所構成ノ規定又ハ重要ナル訴訟手續ニ違背シタルカ
 若クハ抗告裁判所ノ裁判ト前審ノ裁判ト相異ナリタル場合ニ在ラザレハ存セザルモノトス(同上四〇年一月二六日民一部判
 決民事判決一三輯一二九三頁)
 一〇 支拂猶豫ノ許可ヲ不當トシ抗告ヲ爲シタル者カ其抗告棄却決定ニ對シテ再抗告ヲ爲シ得ルニハ抗告裁判所ノ裁判カ原裁
 判ト主文上ニ差異・生シ又ハ裁判所ノ構成其他重要ナル訴訟手續ニ違背アタル事實アルコトヲ要ス(同上三九年一月一七日
 民一部判決民事判決一三輯一七七頁)

- 一 抗告裁判所カ強制執行取下ノ申請ヲ却下シタル執行裁判所ニ對シテハ抗告ヲ許ササルモノト爲ス其抗告ニ基因スル再抗告ヲ不適法トシテ棄却シタルトキハ新ナル獨立ノ抗告理由ヲ生スルモノトス(同上同年四月二三日民二部判決民訴決録二二輯六一二頁)
- 二 抗告裁判所カ不動産競賣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認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(同上三八年一〇月三日民二部判決民訴決録一一輯一四〇五頁)
- 三 抗告裁判所ニ於テ前審裁判所ヨリ抗告ノ送付ヲ受ケタル後抗告人カ理由由追加申立書ヲ提出シタルモ前審裁判所ニ提出スヘキモノトシテ之ヲ差戻シ直ニ抗告棄却ノ裁判ヲ爲シタルトキハ新ナル獨立ノ抗告理由ヲ生スルモノトス(同上同年一月二日民二部判決民訴決録一一輯三〇三頁)
- 四 抗告裁判所カ抗告人ノ提出セル理由中數點ノ判斷ヲ遺脱シテ抗告ヲ不適法トシテ棄却シタルトキハ新ナル獨立ノ抗告理由ヲ生スルモノトス(同上同年一月七日民一部判決民訴決録一一輯一五五頁)
- 五 抗告人ノ提出セル新事實證據トシテ無視シテ爲シタル抗告裁判所ノ裁判ハ重要ナル訴訟手續ニ違背セルモノニシテ民事訴訟法第四五六條ニ所謂抗告裁判所ノ裁判ニ因リテ生シタル新ナル獨立ノ抗告理由ヲ有スルモノトス(同上三七年一月十五日民一部判決民訴決録一一輯一四七七頁)
- 六 二箇ノ決定同一ニ屬者スルトキハ其理由ノ如何ニ拘ハラズ第二ノ決定ヲ爲シタル裁判所カ構成ノ法規若クハ無効ニ歸スルカ如ク重要ナル訴訟手續ニ違背スルニ非サレハ新ナル獨立ノ抗告理由ヲ生セサルモノトス(同上同年一〇月四日民二部判決民訴決録一〇輯一二九頁)
- 七 抗告人カ主張スル理由ニ付キ二箇ノ同一ノ裁判存在スルトキハ民事訴訟法第四五六條第二項ニ所謂新ナル獨立ノ抗告理由ヲ生セサルモノトス(同上同年七月五日民一部判決民訴決録一一輯一〇〇八頁)
- 八 抗告裁判所カ原決定中支拂停止ノ日時ヲ指定セル部分ヲ變更シテ之ヲ其レヨリ以前ノ日時ト爲シタルトキハ民事訴訟法第四五六條ニ所謂新ナル獨立ノ抗告理由ヲ生スルモノトス(同上二六年九月十五日民一部判決民訴決録九輯九六〇頁)
- 九 民事訴訟法第四五六條第二項ニ所謂新ナル獨立ノ抗告理由ナルモノハ攻撃セラルヘキ裁判ニ因リ直接ニ生シタル抗告理由ニシテ其裁判ニ付シタル理由ノ新ナルモノニ對シ其當否ヲ攻擊スル場合ニ於テハ右ノ規定ニ所謂新ナル獨立ノ理由アリト云フヘカラス(同上三五年四月二日民一部判決民訴決録八輯四卷一〇五頁)
- 一〇 公示送達ノ無効ナル事實ヲ立證セント欲シテ抗告人ノ申立タル唯一ノ證據ニ屬スル人證ヲ排斥シテ之ヲ喚問セサルハ重要ナル訴訟手續ニ違背シテ再抗告ノ理由ト爲ルモノトス(同上三三年一〇月一〇日判決民訴決録六輯九卷三八〇頁)
- 一一 抗告裁判所ノ裁判ニ對シテ命令理由中ニ不當ノ原アルモ其裁判ニ由リ新ナル獨立理由ヲ生シタルトキハ非サレハ更ニ抗告スルヲ得ス(同上三二年六月二日民二部判決民訴決録六輯五卷一四四頁)
- 一二 下級裁判所ノ裁判ニ依リ生シタル抗告理由ヲ以テテ抗告裁判所ノ裁判ニ因リ生シタル新ナル抗告理由ト云フヲ得ス又下級

裁判所ト抗告裁判所ノ裁判カ同一ノ理由ニ基クトキハ亦之ニ因リ生シタル抗告理由ト云フヲ得ス(同上同年三月三十一日民二部判決民訴決録五輯三卷六四頁)

二二 抗告裁判所ノ決定カ原裁判所ノ命令ト實體上同一ニ歸著シタル場合ニ於テハ新ナル獨立ノ抗告理由ヲ生セス(同上二九年三月四日民二部判決民訴決録二輯三卷一一頁)

二四 民事訴訟法第四五六條第二項ニ所謂新ナル獨立ノ抗告理由トハ攻撃セラルヘキ裁判ニ因リ直接ニ生シタル抗告理由ナリトス故ニ抗告裁判所ノ裁判カ下級裁判所ノ裁判ト實質上同一ニ歸著シタル場合ニ於テ其理由ノ不當ナルコトヲ攻擊スルニ過キサルトキハ新ナル抗告理由ヲ生シタルモノニ非ス(東京控訴三六年一月九日一部判決法律新聞一二五號四六六頁)

判旨ニ賛同セントス

原告カ訴ヲ變更シタル場合ニ於テ裁判所カ中間判決ヲ以テ其變更シタル訴ヲ却下シタルトキハ其判決ハ民事訴訟法第四三三條ニ所謂終局判決前ニ爲シタル裁判トシテ上訴裁判所ノ判斷ヲ受クヘキモノニシテ獨立シテ上訴スルコトヲ許ササルモノトス

【上審理由】 原判決ハ訴ノ原因ヲ變更シタリトシテ新訴却下ノ判決ヲ以テ獨立上訴シ得ヘキモノニシテ舊訴ト同時ニ控訴審ノ判斷ヲ受クヘキ中間判決ニアラスト判決シタルハ不法ナリトス原判決ノ確定シタル事實ハ原告(原告ニシテ控訴人)ハ第一審ニ於テ原判決摘示ノ如ク一定ノ申立トシテ原告(合名會社奥村實花園ノ十分ノ五五ノ持分ヲ有スル社員トナルコトヲ承諾スヘシト申立テ(原判決ハ此點ヲ看過シ)原因トシテ定款三〇條(甲第一號)ニ基礎トシテ原告人カ先代ノ權利ヲ承繼シテ社員トナルトスモ他員承諾セサルニ付キ承諾ノ意思表示ヲ要ムルニ在リト云ヒタルニ拘ハラズ(前代理人)爾後ノ辯論ニ於テハ原告人ハ社員タルノ表意ヲ爲スト同時ニ當然社員タルモ他員ハ原告人ノ社員タルヲ認メサルニ付キ確認ノ請求

二二七 各箇ノ獨立ナル攻撃若クハ防禦ノ方法又ハ中間ノ争カ裁判ヲ爲スニ熟スルトキハ中間判決ヲ以テ裁判ヲ爲スコトヲ得

四三三 終局判決前ニ爲シタル裁判ハ亦上告裁判ノ判斷ヲ受ク但法律ニ於テ不服ヲ申立ツルコトヲ得スト明記シタルトキ又ハ抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ルトキハ此限ニ在ラス

ナ爲シタルハ訴ノ原因ヲ變更シタルモノトシテ新訴ヲ却下シタルモノナリトス右判決ハ(第一審新訴却下ノ中間判決大正八年六月十二日)表題中間判決トアルモ新訴ヲ却下シタル判決ナルカ故ニ終局判決トリ隨テ上告人ハ此判決ニ對シ獨立ノ控訴ヲ爲サスシテ舊判決ト同時ニ控訴ヲ爲シタルモ既ニ不變期間經過ノ控訴ニシテ判決確立シタルモノナリ云々右ノ如ク原判決ノ不法ナルハ御院明治四十二年十月四日ノ判例ニ依リテ明白ナリトス

【判決理由】仍テ案スルニ原告カ訴ヲ變更シタル場合ニ於テ裁判所カ中間判決ヲ以テ其變更シタル訴ヲ却下シタルトキハ其判決ハ民事訴訟法第四三三條ニ所謂終局判決前ニ爲シタル裁判トシテ上訴裁判所ノ拘斷ヲ受クヘキモノニシテ獨立シテ上訴スルコトヲ許ササルモノトス(明治四十二年十月四日言渡當院判決參照)然ルニ原判決ハ右變更シタル訴ヲ却下シタル判決ヲ以テ終局判決ナリトシ控訴期間經過ニ因リテ既ニ確定シタルモノト判示シタルハ法則ヲ不當ニ通用シタル違法アルモノニシテ破毀ヲ免レス本論旨ハ其理由アリ(大審院大正十年(オ)第七五五號同年十二月十五日民二部馬場裁判長大倉東菴淵鬼澤各判事判決)

【關係事項】

破毀差戻(原審名古屋地方裁判所)入社承諾請求事件(上告人奥村伊三郎訴訟代理人辯護士菊江久治同前)一郎被上告人奥村弘治訴訟代理人辯護士淺野三秋

【判旨訴ノ變更ヲ却下シタル中間判決ト獨立上訴ノ不許ニ關スル同趣旨學說判例】

- 一 訴ノ變更アルヤ否ヤニ付キ争アル場合ニ於テハ裁判所ハ其變更ノ有無ヲ宣言スル裁判ヲ爲ササル可ラス此裁判ハ從來ノ訴ニ關スル終局判決ノ理由ニ於テ之ヲ爲スヘキモノトス然レトモ先ツ中間判決ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ蓋シ訴ノ變更ノ有無ニ關スル争ハ一ノ中間ノ争ニ外ナラサルヲ以テナリ(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論中卷六九三頁)
- 二 第一審裁判所ニ於テ訴ノ原因ヲ變更シタルトシテ新訴ヲ却下シタルハ裁判ハ民事訴訟法第二二七條ニ所謂中間ノ争ニ對スル裁判ニ外ナラサレハ此裁判ニ對シ當事者ハ獨立シテ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス從テ此裁判ハ同法第三九七條ニ依リ終局判決ト共ニ控訴裁判所ノ判斷ヲ受クヘキモノトス(東京控訴大正五年(ホ)第六二三號同六年五月三十一日民二部判決本書第六卷民訴三六一頁)
- 三 訴ノ原因ニ變更ナレトノ裁判ハ民事訴訟法第二二七條ニ所謂中間ノ争ニ付キ爲シタル裁判ニシテ裁判所ハ其ノ言渡シタル訴ノ變更ナレトノ判決ニ屬スラレレニ違背スルコトヲ得サルモノトス(東京控訴大正二年三月六日判決法律新聞八六八號一七六頁)

仁井田博士
東京控訴
東京控訴
院

岩田博士

【同上ニ關スル反對學說】

四 控訴ハ第一審裁判所ノ爲シタル終局判決若クハ上訴ニ關シテ終局判決ト見做サルル中間判決ニ對シテノ提起スルコトヲ許サルモノナルコトハ民事訴訟法第三九六條ノ規定ニ徴シ明カナリ本件控訴ノ原判決ハ其正文ニ「新訴ハ之ヲ却下ス」トアレトモ判決理由ニ依リテ控訴人ハ訴ノ原因ヲ變更シタルト旨趣ヲ宣言セル中間判決ナルコトハ疑ナシ新訴中間判決ハ上訴ニ關シテ終局判決ト看做サルル規定ナキヲ以テ控訴人ハ之ヲ許ササルモノトナササルヲ得ス(東京控訴明治四四年(ホ)第六二號法律新聞七七六號所載)

五 本書第二卷一三三頁及本書第一卷六頁六〇頁一四二頁

新訴却下ノ判決ハ中間判決ナリト説アリ然レトモ訴ノ要素ヲ變更スルトキハ新訴ヲ成立セシムルモノナレハ之ヲ却下スル判決ナリトスルサレ當ト信ス(法學博士岩田一郎氏民事訴訟法原論四〇八頁)

吾人ハ判旨カ變更シタル新訴ヲ却下シタル判決ヲ以テ中間判決ナリト論決シタルニ對シテ疑ヲ抱クモノナリ由來變更サレタル新訴却下ノ判決カ民事訴訟法第二二七條ニ所謂中間ノ争ニ屬スル事項ヲ判決シタル中間判決ナリヤ否ヤニ關シテハ學說ノ分ルル所ナルカ吾人之ヲ考察スルニ訴ノ變更トハ訴訟ノ進行中原告カ既ニ起サレタル訴ニ代ヘ又ハ訴ニ附加シテ爲ス新シキ訴ノ提起其ノモノヲ指稱スルモノナルコトハ疑ナシ此點ハ訴ノ變更カ其原因ノ變更ニヨル場合タルト將タ申立ノ變更ニヨル場合タルトニヨリ決シテ其論理ヲ異ニスヘキモノニ非サルナリ然ルニ本問ノ如ク訴ノ變更ニヨリ新訴ノ提起アリタル場合ニ於テ訴ノ變更ヲ許サストシテ之ヲ却下スル判決ハ實ニ原告ノ新ニ爲シタル訴ヲ却下スルノ趣旨ニ出テタル判決ニシテ單ニ中間ノ争ニ關スル中間判決ナリト謂フカ如ク單純ニ論決シ去ルコトノ不當ナルハ吾人ノ信シテ疑ハサル所ナリ況ンヤ訴ノ

變更ニヨリ新訴カ從來ノ訴(即チ舊訴)ニ代リテ提起セラレタル場合ニ於ケル舊訴ノ運命如何ニ付キ之ヲ取下ケラレタルモノトスル說若シクハ舊訴ハ新訴提起ト同時ニ消滅スルモノナリトスル說ヲ採ル者アルニ於テオヤ故ニ吾人ハ判旨ノ如キ場合ハ中間ノ争アルモノトシテ中間判決ヲ爲スヘキモノニ非スシテ終局判決ヲ以テ新訴ヲ不適法(即チ訴ノ變更アリ)トシテ却下スルヲ以テ當ヲ得タルモノナリト信スルモノナリ或ハ民事訴訟法第一九七條カ訴ノ原因ニ變更ナシトスル裁判ニ對シテハ絕對ニ不服ヲ申立ツルコトヲ得サルモノトスルヲ以テ其反面タル訴ノ變更(訴ノ原因ノ變更)アリトスル判決モ當然中間判決ナリトセサルヘカラサルカ如シト雖モ本條ハ一ニ被告タルモノカ訴ノ變更ナキニ拘ハラズ之アリトシテ故意ニ訴訟ヲ遅延セシムルコトアルヘキヲ防止スヘキ趣旨ニ出タル規定ニシテ訴ノ變更アリトスル却下判決ノ場合ト共ニ其立法理由ヲ全然異ニスルモノナルヲ以テ之ヲ同一ニ論スルカ如キハ到底吾人ノ贊同シ得サル所ナリ

一八六

二四〇 裁判所ハ其言渡シタル終局判決及ヒ中間判決中ニ包含シタル裁判ニ編束セラル

二四四 判決ハ其正文ニ包含スルモノニ限リ確定力ヲ有ス

不動産登記法三 豫告登記ハ登記原因ノ無効又ハ取消ニ因リ登記ノ抹消又ハ回復ノ訴ヲ提起アリタル場合ニ於テ之ヲ爲ス但登記原因ノ取消ニ因リ訴ニ付テハ其取消ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ル場合ニ限ル

凡ソ人カ他人ニ對シ或權利關係ノ不存在ヲ主張シテ訴ヲ提起シ其請求カ裁判所

ニ認メラレス敗訴シテ判決確定シタリトスルモ違ハ訴訟法上判決ノ既判力トシテ爾後其當事者カ裁判ニヨリテ確定シタル權利關係ノ趣旨ニ反スル主張ヲ爲シ得サルニ止マリ之カ爲メ實體法上其請求ノ目的タル權利ノ發生變更若クハ消滅ヲ來スモノニハ非ス

競賣ノ申立ヲ爲シ得ヘカラサルモノカ競賣ノ申立ヲ爲シ其競落手續ニ於テ競落セルコトハ無効ナルヲ以テ競落ニ基キ爲シタル所有權取得ノ登記並ニ抵當登記ノ抹消登記モ登記原因ナクシテ爲サレタルコトトナリ無効トナルモノトス

被控訴人カ大正二年一月二日訴外鈴木ミヨ所有ノ本件地所ニ付キ抵當權設定ノ登記ヲ爲シタルコト大正四年八月一七日抵當權實行ノ爲メ競賣ノ申立ニ爲シ其競賣手續ニ於テ被控訴人カ本件地所ヲ競落シ之ニ基キ大正五年九月七日所有權取得ノ登記ヲ爲スト同時ニ併セテ抵當登記ノ抹消登記ヲ爲シタル事實並ニ鈴木ミヨト鈴木欽哉ノ刑事被告事件ニ附帶シテ被控訴人ニ對シ私訴ヲ提起シ本件抵當權設定ノ無効ヲルコトヲ主張セシモ遂ニ敗訴シ該判決カ大正四年五月四日確定シタルコトハ當事者間ニ争ナシ被控訴人ハ右私訴判決ノ確定セル事實ヲ授テ鈴木ミヨト被控訴人トノ間ニ本件抵當權ノ設定カ有效ナルコトノ權利關係確定セル以上其後ニ至リ被控訴人カ本件地所ヲ右鈴木ミヨヨリ讓受ケタリトスルモ被控訴人ハ抵當權ノ附屬セル所有權ヲ取得シタルニ止マリテ被控訴人ニ對シ抵當權ノ存在ヲ否認シ得ヘキモノニ非スト抗辯スルヲ以テ先ツ此點ニ付キ按スルニ凡ソ人カ他人ニ對シ或權利關係ノ不存在ヲ主張シテ訴ヲ提起シ其請求カ裁判所ニ認メラレス敗訴シテ判決確定シタル權利關係ノ趣旨ニ反スル主張ヲ爲シ得サルニ止マリ之カ爲メ實體法上其請求ノ目的タル權利ノ發

生變更若クハ消滅ヲ來スモノニハ非ス故ニ鈴木ミヨリ被控訴人ニ對スル私訴判決
 確定ノ結果鈴木ミヨリ被控訴人ニ對シ本件抵當權設定ノ無効ヲ主張スルコト能ハサ
 ル事實ハ未タ以テ控訴人ニ於テ本件抵當權存在セストノ主張ヲ爲スニ付キ妨トナ
 ルヘキモノニ非ス實證法規ニ照ラシテ抵當權ノ存在セサル以上控訴人ハ之カ主張ヲ
 爲スコトヲ得ヘキナリ故ニ鈴木ミヨリ被控訴人トノ間ニ於ケル私訴判決ノ確定セル
 事實ヲ提ヘテ理由トスル被控訴人ノ抗告ハ之ヲ認容スルニ由ラシ仍テ本件抵當權ノ
 存否ニ付キ按スルニ本件抵當權ノ設定ニ付テハ鈴木ミヨリ直接意思表示ヲ爲シタル
 ニ非スシテ鈴木欽哉ニ本件抵當權ノ代理人トシテ意思表示ヲ爲シタルコトハ當事者
 間爭ナキヲ以テ欽哉ニ抵當權設定ノ代理權アリタルヤ若シ斯ル代理權ナシトスルモ
 尙民法第一一〇條ニヨリ鈴木ミヨリ實ニ任セサルヘカラサルヤヲ觀ルニ證人鈴木欽
 哉ニ依レハ欽哉ミヨリ本件抵當權設定ニ付キ代理權ヲ與ヘラレタルコトナク却
 テ擅ニミヨリ印章ヲ捺シテ委任狀ヲ偽造シ之ヲ用ヒテ抵當權設定契約ニ關スル公
 正證書ヲ作成シ並ニ登記手續ヲ爲シタル事實ヲ認ムルニ足リ被控訴人提出證據
 ニヨリテハ右認定ヲ覆スニ足ラス又民法第一一〇條ノ認定ハ代理權ヲ有スル者カ其
 權限ヲ踰越シテ本人ノ爲メニ意思表示ヲ爲シタル場合ニ適用セラレルモノナルニ鈴木
 木欽哉カ本件抵當權設定ノ意思表示ヲ爲シタル當時基本代理權アリタルコトノ認
 ムヘキ證據ナシ然ラハ鈴木欽哉カミヨリ代理人トシテ爲シタル抵當權設定ノ意思
 表示ハ效力ヲ生セス即チ被控訴人ノ本件抵當權ハ其實存在セサルモノト云ハサルヘ
 カラス既ニ被控訴人ニ抵當權ノ存在セサル以上抵當權實行ノ爲メ鈴木ミヨリ申立ヲ爲シ
 タルコトノ失當ナルハ云フ迄モナシ尙被控訴人ハ競賣開始決定ノ效力ヲ云爲シテ或
 ハ控訴人カ所有權ヲ取得シタルトスルモ被控訴人ニ對抗シ得ヘカラスト抗辯シ或ハ
 一旦所有權ヲ取得シタルトスルモ競賣許可決定アルヤ愛ニ消滅スヘシト抗辯スルト
 モ是等ハ何レモ競賣ヲ爲ス權利ノ眞ニ存セル者ヨリ爲サレタルコトヲ前提トセル職
 論ニシテ前記認定ノ如ク元來被控訴人ニ抵當權存セス從テ競賣ノ申立ヲ爲ス權利ナ

キ場合ニハ到底是認スルヲ得ス然ラハ被控訴人ノ爲シタル抵當權設定ノ登記ハ登記
 原因ナクシテ無効ニ歸シ又競賣ノ申立ヲ爲シ得ヘカラスト之ヲ爲レ其競賣手續ニ
 於テ競落セルコトハ無効ナルヲ以テ競落ニ基キ爲シタル所有權取得ノ登記並ニ抵當
 登記ノ抹消登記モ登記原因ナクシテ爲サレタル事ナリ是亦無効ト云ハサルヘカラス
 仍テ控訴人カ本件地所ニ付キ所有權ヲ取得シタルモノナルヤ否ヤニ付按スルニ證人
 鈴木ミヨリ……ニヨリ大正二年四月二日鈴木ミヨリ吉見力藏トノ間ニ控訴人ノ爲メニ
 スル本件地所ノ贈與契約カ締結サレ大正四年九月一日控訴人ニ於テ利益享受ノ意
 思表示ヲ爲シテ夫テ所有權ノ控訴人ニ移シタルコトヲ認ムルニ足レリ被控訴人提出據
 用ノ證據ニヨリテハ右認定ヲ覆ヘスニ足ラス依テ控訴人ノ請求ハ正當ニシテ控訴ハ
 理由アルモノトス(東京控訴院大正八年(九)第一六〇號同一〇年二月十七日民二部三橋裁判長吉田水口各判事判
 決)

【關係事項】

控訴人藤原○登記抹消請求控訴事件○控訴人川村靜訴訟代理人辯護士輪澤總明外二名被控訴人中山希賢訴訟代
 理人辯護士中島松次郎外二名

【判旨第一點判決ノ既判力ノ範圍ニ關スル參照學說判例】

本書本卷民訴三四八頁一四七頁以下

【判旨第二點登記原因ニ關スル參照學說判例】

一 不動産所有權ノ移轉カ賣買ノ原因トスル時ハ其賣買ハ不動産登記法ノ所謂登記原因ナリトス(法學博士藤道文壽氏京都法
 學會雜誌第一二卷第二號一頁以下)所有權移轉行為ニ關スル有因主義及ヒ無因主義ヲ論ス(要領本書第六卷民法五一頁以下)
 二 登記原因トハ登記ヲ爲スヘキ原因ニシテ或ハ物權ノ設定保存ニ關ヘルモノアリ或ハ變更取得ニ係ルモノアリ或ハ處分ノ制
 限若クハ消滅ニ關スルモノアリナリ例ヘハ賣買贈與ハ所有權取得ノ登記原因ニシテ質權ノ讓受ハ質權取得ノ登記原因ナルカ如
 シ(法學士板垣不二男氏不動産登記法正義四〇頁)
 三 登記原因トハ登記事項タル權利ノ設定保存移轉變更處分ノ制限又ハ消滅等ノ原因タル其實ヲ指稱スルモノトス(法學士三
 宅德榮氏不動産登記法正解八二頁)

登記ハ不動産上ノ權利ノ得喪變更ニ關スル法律事實ヲ公示スル方法ナルヲ以テ其實力一定ノ法律行為ナルトキハ其法律行為ヲ表示スヘク不動産登記法ニ所謂登記原因トハ此場合ニ於テハ其表示セラルヘキ法律行為ヲ指稱スルモノニシテ贈與ト買

判旨第一點ニ贊同ス蓋シ裁判所カ當事者ノ申立テタル請求ヲ理由ナシトテ却下シタル判決ハ當事者ノ申立テタル訴カ給付ノ訴タルト確認ノ訴タルト將タ形式ノ訴タルトヲ問ハス常ニ確認ノ判決ニシテ斯ノ如キ判決ノ既判力ノ範圍如何ヲ觀察スルニ當リテハ之ヲ當事者間ニ存スル效力ト當事者外ニ存スル效力トヲ區別シテ論スルヲ得ヘシト雖モ假令當事者間ノ效力ト雖モ其既判力ハ形成判決(形成ノ訴ヲ理由アリトスル判決)ノ形成力ト其趣ヲ異ニシ單ニ裁判上ニ於テ不可争的ノ效力ヲ生スルニ過キスシテ決シテ實體法上ニ於テ特定ノ法律關係ノ發生消滅又ハ變更ヲ生スルモノニ非サルハ疑フノ餘地ナケレハナリ

(一八七)

一九五ノ第三 原告ハ訴ノ原因ヲ變更スル權利ナシ但變更シタル訴ニ對シ本案ノ口頭辯論前被告カ異議ヲ述ヘザルシトキハ此限ニ在ラス
一九六ノ第一 事實上又ハ法律上ノ申述ヲ補充シ又ハ更正スルコト
第一審ニ於テハ甲ハ不動産ニ關シ買戻アリタルコト並ニ買戻權行使ノ結果不動

産カ自己ニ復歸シタルコトヲ理由トシテ買戻代金ト引換ニ土地所有權移轉登記ノ手續ヲ爲スヘキコトヲ乙ニ對シテ求メタルモ第二審ニ於テハ甲カ該土地ヲ賣却シテ債務辨濟ニ充ツル便宜上擔保物件タル不動産ヲ一時乙ノ所有ニ歸シ置キ後日其一部賣得金ニヨリテ債務完済トナリタル曉ニハ殘存擔保物件ハ甲ニ復歸スヘキ旨ノ約束ヲ爲シタルコト並ニ擔保物件ノ一部賣却サレ其賣得金ニテ債務完済トナリタルコトヲ理由トシテ殘存擔保物所有權移轉登記ノ手續ヲ求ムルカ如キハ訴ノ原因ヲ變更セルモノニシテ訴ノ變更ヲ生スルモノトス

仍テ按スルニ控訴人ハ第一審ニ於テハ本件不動産ニ關シ買戻ノ特約アリタルコト並ニ買戻權行使ノ結果本件不動産カ控訴人ニ復歸シタルコトヲ理由トシ買戻代金引換ニ土地所有權移轉登記ノ手續ヲ爲スコトヲ被控訴人ニ對シテ求メタルコトハ訴狀及ヒ第一審ニ於ケル口頭辯論調書ノ記載ニ徴シ明カナリ然ルニ控訴人カ今當審ニ於テ述フル所ハ事實摘示ノ部ニ記載セル如ク擔保物件ヲ賣却シテ債務辨濟ニ充ツル便宜上擔保物件タル本件不動産ヲ一時被控訴銀行ノ所有ニ移シ置キ後日擔保物件ノ一部賣得金ニヨリテ債務完済トナリタル曉ニハ殘存擔保物件ハ控訴人ニ復歸スヘキ旨ノ約束ヲ爲シタルコト並ニ擔保物件ノ一部賣却サレ其賣得金ニテ債務完済トナリタルコトヲ理由トシテ殘存擔保物即チ本件土地ノ所有權移轉登記ノ手續ヲ求ムト云フニ在リテ斯ノ如キハ訴ノ原因ヲ變更スルモノト云ハサルヘカラス而シテ訴ノ原因ノ變更カ訴ノ變更ヲ生スルハ勿論ニシテ訴ノ變更ハ第二審ニ在リテハ許スヘカワサルカ故ニ新訴ハ不違法トシテ却下スヘク依テ主文ノ如ク判決ス(東京控訴院大正八年(未)第六八九號
同一〇年二月五日民二部三審裁判長水口吉田各判事判決)

【關係事項】 新訴却下○土地買戻履行等請求事件○控訴人五十嵐會太郎訴訟代理人辯護士横山勝太郎被控訴人株式會社岩東銀行訴訟代理人辯護士小淵寅次郎

判旨ニ賛同セムトス蓋シ本件原告ノ終極ノ目的トスル所ハ土地所有權移轉登記手續ヲ履行スヘキコトノ要求ニアリト雖モ而カモ之レカ事實關係乃至法律關係ニ到リテハ第一審ニ於ケル申立ト第二審ニ於ケル申立トハ其請求ノ原因ニ於テ決シテ同一ノ認識ヲ有スルモノト觀ル可カラサルヤ明カナルヲ以テ請求ノ原因ニ變更アリ因テ以テ訴ノ變更アルモノト謂ハサル可カラサレハナリ或ハ曰ハン斯クノ如キ場合ニ於テモ原告カ事實上又ハ法律上ノ申述ヲ補充シ又ハ更正シタルニ過キスシテ決シテ訴ノ變更ヲ來スヘキモノニ非スト夫レ請求原因ノ同一認識ニ關シテハ今尙說ノ一致ヲ缺ク所ナリト雖モ其何レノ說ヨリ觀ルモ初メ買戻權行使ニヨル土地所有權ノ復歸ヲ主張シテ移轉登記ヲ求メ次テ賣渡抵當ノ特約ヲ主張シ擔保物件ノ一部賣却ニ因ル債務完済ヲ理由トシテ殘存擔保物(即チ土地ノ所有權復歸ヲ要望スルカ如キハ明カニ請求ノ原因ヲ變更シタルモノトナルヘク決シテ單ニ事實上亦ハ法律上ノ申述ノ補充又ハ更正ニ止マルモノトスルヲ得タルコト疑ナキ所ナリトス

一八八

七三 敗訴ノ原告若クハ被告ハ訴訟ノ費用ヲ負擔シ殊ニ訴訟ニ因リ生シタル費用ヲ相手方ニ辦済ス可レ但其費用ハ

裁判所ノ意見ニ於テ相當ナル權利伸張又ハ權利防禦ニ必要ナリト認ムルモノニ限ル
訴訟中ニ訴ヲ取下ケ請求ヲ放棄シ又ハ相手方ノ請求ヲ認諾スル原告若クハ被告ハ敗訴ノ原告若クハ被告ニ同シ
民事訴訟費用法一 民事訴訟法ノ規定ニ於ケル訴訟費用ハ以下數條ノ規定ニ從ヒ之ヲ算定ス
同法一三 當事者證人鑑定人及ヒ通事ノ旅費ハ鐵道又ハ汽船ヲ通スル水路ニ在リテハ二等以下ノ汽車賃又ハ船賃ニシテ裁判所ノ相當ト認ムルモノニ依リ汽船ヲ通セサル水路ニ在リテハ一海里毎ニ五錢其他ニ在リテハ一海里毎ニ三十錢トス但一海里未滿又ハ一里未滿ノ端數ヘ之ヲ切捨テ
外國ニ在ル當事者ノ旅費ハ裁判所ノ意見ヲ以テ定ムル所ニ依ル

訴訟當事者カ辯論ノ爲メ受訴裁判所ニ出頭スルニ付テノ旅費ハ權利伸張又ハ權利防禦ニ必要ナル費用トシテ之ヲ訴訟費用中ニ計算スヘキモノトス
訴訟當事者本人ニ代テ訴訟代理人カ出頭シタル場合ニ於テモ其出頭ニ付テ實際旅費ヲ要シタルニ於テハ通常其費用カ本人ノ出頭旅費ヲ超過セサル範圍ニ於テ之ヲ訴訟費用中ニ計算スルヲ至當トスルカ故ニ辯護士ヲ訴訟代理人ニ選任シタル場合ニ於テ其代理人カ受訴裁判所々在地ニ事務所ヲ有スルトキハ一應其事務所ヨリ受訴裁判所ニ出頭シタルモノト推定スルコトヲ得ヘシト雖モ若シ其事務所カ所謂出張事務所ニシテ住所ニ非サル爲メ實際其住所ヨリ受訴裁判所ニ出頭シタル事實アルニ於テハ其往復ニ付テノ旅費ハ即其訴訟ニ付テ要シタルモノナルカ故ニ之ヲ訴訟費用中ニ算入スルモ毫モ不當ニ非サルモノトス

本件被告ノ要旨ハ主文表示ノ訴訟事件ニ付テ大正一〇年一月一日四月水戸地方裁判所土浦支部ハ相手方ノ負擔スヘキ訴訟費用額トシテ金六十圓五十五錢ト確定スル旨ノ決定ヲ爲シ原告人等申請ノ費用額中被告入住所ヨリ右支部マテノ旅費金合計四十二

訟法要論上巻三四七二頁

二 敗訴ノ原告若クハ被告ハ自己ノ訴訟費用ヲ負擔シ相手方ニ生シタル必要ナル費用ヲ相手方ニ辨濟セサルヘカラス必要ナル費用トハ權利ノ伸張若クハ權利ノ防禦ノ爲メニ必要ナリシモノナク其ノ必要ナリヤ否ヤハ裁以所ノ意見ヲ以テ定ムヘキモノナリ(法學博士板倉松太郎氏民法綱要一七三頁)

三 訴訟費用ハ敗訴者ニ於テ負擔スヘキモノトス敗訴者ハ民事訴訟ノ必要ヲ生セス若クハ無益ノ訴訟ヲ爲シタルモノナレハナリ但費用ハ裁判所ノ意見ニ於テ相當ナル權利伸張又ハ權利防禦ニ必要ナリト認ムルモノニ限ル其ノ以外ノ費用ハ訴訟上必要ナル費用ト爲スヘキモノアラサレハ相手方ニ負擔セシムヘキモノニアタサレハナリ(法學博士岩田一郎氏民事訴訟法原論十版一三二二頁)

四 此ノ訴訟費用ノ負擔ハ元來無原因ノ訴訟又ハ抗辯ニ對スル制裁トシ又ハ相手方ニ對ヘル損害賠償ノ趣旨ヲ以テスルノ法制ナキニアラサレトモ本法ノ趣旨トスル所ハ完全ナル權利伸張若クハ防禦ノ爲メ民事訴訟法ナル公法上ノ負擔ヲ命スルモノナリ右等ノ費用ト雖モ權利伸張及ヒ防禦ノ爲メ必要ナルモノニ限ルモノトス然レトモ其ノ費用負擔ノ裁判ニ於テハ之レカ原因ヲ裁判スルノミニシテ其必要不必要ノ各自ニ付テハ裁判ヲ爲サス此等ノ判斷ハ訴訟費用額確定ノ決定ヲ爲スニ當リ裁判所ノ意見ヲ以テ定ムヘキモノトス而シテ其必要不必要ヲ決スルハ其當事者一身ノ事情ニ依リ決スヘキニアラサシテ其訴訟上必要ナリシヤ否ヤヲ調査シテ之ヲ決スヘキモノナリ又我國ニ於テハ辯護士訴訟主義ヲ採用セサルカ故ニ辯護士ノ報酬ノ如キハ其ノ必要ナルモノト認ムルコトヲ得ス唯法律ノ規定ニ依リテ之レヲ用ヒタルトキハ訴訟費用中ニ加フルコトヲ得ヘシ(今村信行氏中央大學民事訴訟法第一編講義二二七頁)

五 訴訟當事者カ訴訟代理人ヲ選任シテ訴訟行爲ヲ爲サシタル場合ニ代理人ノ居住地カ其委任者ノ居住地ヨリ近接セル限リ委任者カ其代理人ニ支拂フヘキ旅費ハ權利ノ伸張防禦ニ必要ナル費用トシテ當然相手方カ辨濟スヘキ費用中ニ計上スヘキモノトス(東京控訴大正七年(一)第〇二號同八年九月三日(日民二部判決本書第八卷民訴四六六頁))

六 本案裁判所所在地ニ辯護士ノ常住者ナク而モ本案事體カ法律上ノ智識ト經驗ヲ有スルニ非サレハ遺憾ナキ時期ニ雖モ訴訟行爲ニ付キ本案裁判所近接ノ辯護士兩名ニ委任訴訟代理ヲ爲サシタル場合ノ如キハ該兩辯護士カ口頭辯論又ハ證據開示期日ニ其住所ヨリ出張シタル旅費ハ訴訟費用トシテ計上スルヲ相當トス(仙臺地方大正三年判決第一四卷二六六頁)

吾人判旨ニ對シテ贊同ヲ吝マズ

(一八九)

- 一一九 口頭辯論ニ付テハ調書ヲ作ル可シ
- 一二〇 調書ニハ左ノ諸件ヲ掲ク可シ
- 第一 辯論ノ場所年月日

判決書渡ノ方式カ民事訴訟法第一三四條ニ所謂口頭辯論ノ爲メ規定シタル方式ノ一二屬スルコトハ同法第一二九條第一三〇條第二項第六號ノ規定ニ徴シ明ナル所ナルカ故ニ判決ノ言渡力適法ナリヤ否ヤニ付争アルトキハ第一三四條ノ規定ニヨリ調書ノミヲ以テ證スルコトヲ得ヘキモノトス

地方裁判所ニ於ケル判決言渡ハ三人ノ判事ヲ以テ組織セラレタル部ニ於テ言渡スヘキモノナルコトハ裁判所構成法第一一九條第三二條ノ明規スル所ナルヲ以テ判決言渡調書ニ於テ其昌頭ニ裁判長判事甲某判事乙某判事丙某ノ三名及裁判書記丁某列席セル旨ノ記載アルモ同調書ノ末尾ニハ裁判長判事戊某ノ署名捺印

- 第二 判事裁判所書記及ヒ立會ヒタル檢事若クハ通事ノ氏名
- 第三 訴訟物及ヒ當事者ノ氏名
- 第四 出頭シタル當事者法律上代理人訴訟代理人及ヒ補佐人ノ氏名若シ原告若クハ被告開席シタルトキハ其開席シタルコト
- 第五 公ニ辯論ヲ爲シ又ハ公開ヲ禁シタルコト
- 一三〇 辯論ノ進行ニ付テハ其要領ノミヲ調書ニ記載ス可シ
- 調書ニ記載シテ明確ニス可キ諸件ハ左ノ如シ
- 第六 裁判ノ言渡
- 一三二 調書ニハ裁判長及ヒ裁判所書記署名捺印ス可シ
- 裁判長差支アルトキハ官等最高ニ陪席判事之ニ代リ署名捺印ス區裁判所判事差支アルトキハ其裁判所書記ノ署名捺印ヲ以テ足ル
- 裁判所構成法三二 地方裁判所ニ於テ訴訟法ニ依リ法廷ニ於テ審問裁判スヘキ事件ハ三人ノ判事ヲ以テ組立テタル部ニ於テ之ヲ審問裁判ス其三人ノ判事ハ一人ヲ裁判長トス且豫備判事ハ如何ナル事情アルモ二人以上其ノ部ニ列席スルコトヲ得ス其ノ他ノ事件ハ訴訟法又ハ特別法ノ定ムル所ニ從ヒ判事之ヲ取扱フ
- 同法一九 會議裁判所ノ裁判ハ此ノ法律ニ從ヒ定數ノ判事之ヲ評議シ及之ヲ言渡ス

アルトキハ該調書記載ニ依レハ該判決言渡ニ際シテハ恰モ前記判事甲某外二名ノ外判事戊カ裁判長トシテ關與シタルカ如ク解セラレ而シテ如斯解スルニ於テハ裁判所ハ判決言渡ニ際シ適法ニ構成セザリシ不法アルモノト謂ハサルヘカラサルモノトス

裁判長ヲシテ辯論調書ニ署名捺印セシムルハ該調書ノ記事力事實ニ違ハサルコトヲ認證セシムル趣旨ニ基クモノナルコト明瞭ナルヲ以テ調書ニ署名捺印ヲ爲スヘキ裁判長ハ當然辯論ニ立合ヒタル判事タルコトヲ要スルコト論ヲ俟タサルカ故ニ當該辯論ニ立會ハサル判事ノ署名捺印アルモ之ヲ以テ該調書ニ裁判長ノ署名捺印アリト爲スヲ得ス從テ該調書ハ調書トシテ證明ノ效力ナキモノトス」
裁判所書記ニ於テ裁判長トシテ立會ヒタル判事ヲ誤記シタルトキハ該調書ハ眞實ニ適合セザル不法ノ調書ナリト認メサルヘカラサルヲ以テ之ニヨリ該判決言渡力適法ニ構成セラレタル裁判所ニ於テ言渡サレタリトノ事實ヲ證明スルニ足ラサルモノト謂ハサルヲ得ス

按スルニ判決言渡ノ方式カ民事訴訟法第一三四條ニ所謂口頭辯論ノ爲メ規定シタル方式ノ一ニ屬スルコトハ同法第一二九條第一三〇條第二項第六號ノ規定ニ徴シ明ナル所ナリ故ニ判決ノ言渡カ適式ナリヤ否ヤニ付争アルトキハ前條第一三四條ノ規定ニヨリ調書ノ以テ認スルコトヲ得ヘキモノト解スヘク又地方裁判所ニ於ケル判決言渡ハ三人ノ判事ヲ以テ組織セラレタル部ニ於テ言渡スヘキモノナルコトハ裁判所構成法第一一九條第三二條ノ明規スル所ナリ仍テ職權ヲ以テ原審判決言渡調ヲ查

閱スルニ其冒頭ニ裁判所長判事古川鈔一郎判事河村有所判事垂水克己ノ三名及裁判所書記龍前茂三郎列席セル旨ノ記載アリ裁判所ノ構成一應適法ナルカ如シト雖トモ同調書ノ末尾ニハ裁判長判事三橋久美ノ署名捺印アル事實ヲ認ムルニ足レテ該調書記載ニ依レハ該判決言渡ニ際シテ恰モ前記判事古川鈔一郎外二名ノ外ハ原裁判長久美カ裁判長トシテ干與シタルカ如ク解セラレ而シテ如斯解スルニ於テハ原裁判所ハ本件判決言渡ニ際シ適法ニ構成セザリシ不法アルモノト謂ハサルヘカラス又同調書記載ニ依リ適法ニ構成セラレタルモノナル處調書作成後該言渡ニ立會ハザリシ判事三橋久美カ錯誤ニヨリ該調書ニ署名捺印シタルモノトモ解釋セラレサルニ非ス然レトモ裁判長トシテ辯論調書ニ署名捺印セシムルハ該調書ノ記事力事實ニ違ハサルコトヲ認證セシムル趣旨ニ基クモノナルコト明瞭ナルヲ以テ調書ニ署名捺印ヲ爲スヘキ裁判長ハ當然辯論ニ立合ヒタル判事タルコトヲ要スルコト論ヲ俟タサルカ故ニ當該辯論ニ立合ヒタル裁判長判事古川鈔一郎ノ署名捺印ナキ以上辯論ニ立合ハサル判事三橋久美ノ署名捺印アルモ之ヲ以テ該調書ニ裁判長ノ署名捺印アリト爲スヲ得ス從テ該調書ハ調書トシテ證明ノ效力ナキモノト謂ハサルヘカラス又或ハ本件判決言渡ニ當リ裁判長トシテ立會ヒタル判事三橋久美ニシテ判事古川鈔一郎ニ非ザリシニ不拘裁判所書記ニ於テ之ヲ誤記シタルモノト認メ雖キニ非スト雖モ如斯解スルトキハ該調書ハ眞實ニ適合セザル不法ノ調書ナリト認メサルヘカラサルヲ以テ之ニヨリ該判決言渡力適法ニ構成セラレタル裁判所ニ於テ言渡サレタリトノ事實ヲ證明スルニ足ラサルモノト謂ハサルヘカラス叙上ノ理由ニヨリ其何レノ方向ヨリ觀察スルモ原裁判所カ本件ニ付大正一〇年三月一〇日爲シタル判決言渡ノ手續カ適法ニ爲サレタリトノ事實ハ該調書ニヨリ之ヲ確認スルニ由テナク結局原判決言渡ハ訴訟手續ニ付テノ規定ニ違背シタルモノト認メサルヲ得ス而シテ此場合ニ於テハ民事訴訟法第四二三條ノ規定ニ則リ原審口頭辯論終結以後ノ訴訟手續ヲ廢棄シ更ニ辯論裁判

ナ爲サレムル爲メ之ヲ原補判所ニ差戻スヘキモノトス仍テ主文ノ如ク判決ス（東京控
訴院大正一〇年第三三四號同一一年一月三日民部青柳政判長堀田坂崎合判事判決）
【關係事項】廢棄差戻〇約束手形金請求控訴事件〇控訴人合名會社池谷兩替店訴訟代理人辯護士大橋與四郎外二名被控訴人神
木多美藏訴訟代理人辯護士後藤進二

一九〇

一九〇 訴ノ提起ハ訴訟ヲ裁判所ニ差出シテ之ヲ爲ス
此訴訟ニハ左ノ諸件ヲ具備スルコトヲ要ス
第一 當事者及ヒ裁判所ノ表示
第二 起シタル請求ノ一定ノ目的物及ヒ其請求ノ一定ノ原因
第三 一定ノ申立
此他訴訟ハ準備書面ニ關スル一般ノ規定ニ從ヒ之ヲ作り且裁判所ノ管轄カ訴訟物ノ價額ニ依リ定マル場合ニ於テ訴
訟物カ一定ノ金額ニ非サルトキハ其價額ヲ掲ク可シ
四一六 新ナル請求ハ第九十六條第二號及第三號ノ場合又ハ相殺スルコトヲ得ヘキモノニシテ且原告若クハ被告
カ其過失ニ非シテ第一審ニ於テ提出シ能ハサリシコトヲ證明スルコトキ限リ之ヲ起スコトヲ得
民法四二三 債權者ハ自己ノ債權ヲ保全スル爲メ其債務者ニ屬スル權利ヲ行フコトヲ得但債務者ノ一身ニ專屬スル權利
ハ此限ニ在ラス
債權者ハ其債權ノ期限カ到來セサル間ハ裁判上ノ代位ニ非サレハ前項ノ權利ヲ行フコトヲ得但保存行爲ハ
此限ニ在ラス
同 五〇六 相殺ハ當事者ノ一方ヨリ其相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ爲ス但其意思表示ニハ條件又ハ期限ヲ附
スルコトヲ得ス
前項ノ意思表示ハ双方ノ債務カ互ニ相殺ヲ爲スニ適シタル始ニ起リテ其效力ヲ生ス

字都宮地
方判決

代位債ハ債權者カ債務者ノ權利ヲ行使スル權能ナルヲ以テ確認訴訟ニ於テ爾確
認利益ノ有無ハ確認ノ目的タル權利ノ主體ニ付テ之ヲ論シ始めテ其意義ヲ爲ス

可ク其主體ニアラサル代位債者ニ付テ之ヲ論スヘキモノニ非ス」
相殺ノ意思表示ニ於テ爾相對立セル債權ノ表示ハ他ノ債權ト區別ヲ明カニスヘ
キ程度ニ於テ特定ノ債權ヲ認識シ得レハ足り表示セラレタル債權ノ數額カ實際
ト多少相違セル事實ノ如キハ毫モ意思表示ノ效力ノ消長ヲ來スヘキモノニ非サ
ルモノトス」

被告銀行カ訴外岡田丑松ニ對シ金三萬五千圓ノ貸借債權ヲ有シ同人所有ノ不動産ニ
第一順位ノ抵當權設定ノ登記手續ヲ受ケ原告モ亦丑松ニ對シ金二萬五千圓ノ貸借債
權ヲ有シ同一不動産ニ第二順位ノ抵當權設定ノ登記手續ヲ受ケタルコト並ニ丑松カ
被告銀行ニ對シ本件預金債權ヲ有シ該債權ヲ以テ右三萬五千圓ノ貸借債務ト相殺ノ
意思被示ヲ爲シタルコトハ何レモ當事者間ニ爭ノ存セサル所ナリ仍テ按スルニ本件
ハ原告カ丑松ニ代位シテ同人カ被告銀行ニ對シ負擔シタル貸借債權ノ確認ヲ請求ス
ルニ在ルコト原告ノ主張自體ニ徴シ明白ナルカ故ニ本訴ノ目的ハ權利關係ノ確認ニ
在リテ給付訴訟ニ於ケルカ如ク自己若クハ第三者ニ對シ給付ヲ請求スルモノニアラ
ス從テ代位債者タル原告ニ對シ確認スヘキコトヲ求ムル本件原告ノ請求ハ失當ナリ
トノ抗辯ハ採用シ難キノモナラス代位債ハ債權者カ債務者ノ權利ヲ行使スル權能ナ
ルヲ以テ確認訴訟ニ於ケル確認利益ノ有無ハ確認ノ目的タル權利ノ主體ニ付テ之レ
ヲ論シ始めテ其意義ヲ爲スヘキ主體ニアラサル代位債者タル原告ニ確認利益ヲ付テ之レ
ノニアラサルカ故ニ本件確認訴訟ハ代位債者タル原告タル利益アルコトヲ要スルモノナリト
採用スルニ足ラス假リニ代位債者タル原告タル利益アルコトヲ要スルモノナリト
スルモ抵當不動産ノ價額カ二個ノ債權ヲ擔保スルニ足ラサルトキハ第一順位ノ抵當
權者タル被告ノ貸借債權カ相殺ニ依リテ一部消滅シタルヤ否ヤ即時ニ確定セザル

トキハ第二順位ノ抵當權者タル原告ハ自己ノ債權ノ辨濟ヲ危クセラルルニ至ルモノト謂フヘク從テ代位權者タル原告ニモ其利益アルモノト云フヘキモノトス仍テ被告ノ相殺ノ抗辯ニ付キ按スルニ本件預金債權ハ大正九年八月六日當時ハ該金員並ニ之ニ對スル同月七日ヨリ年利七分五厘ノ割合ニ依ル利息ト爲リタルト云フヘク又丑松カ同月一日日本件預金債權ト同人カ被告銀行ニ對シ負擔シタル金三萬五千圓ノ貸借債權ト其對當額ニ於テ相殺ノ意思表示ヲ爲シタルコトハ爭ナキ所ニシテ相殺ノ意思表示ニ於ケル相對立セル債權ノ表示ハ他ノ債權ト區別ヲ明カニスヘキ程度ニ於テ特定ノ債權ヲ認識シ得レハ足り表示セラレタル債權ノ數額カ實際ト多少相違セル事實ノ如キハ毫モ意思表示ノ效力ニ消長ヲ來スヘキニアラサルカ故ニ丑松ハ右二千三百三十四圓四錢並ニ之ニ對スル同月七日ヨリ同月一日マテノ年七分五厘ノ割合ニ依ル利息二圓二十一錢九厘合計二千三百三十二圓七十六錢九厘ノ債權ヲ以テ相殺ヲ爲シタルモノト認ムヘク此場合モ亦元金ノ外利息ヲ支拂フヘキモノトス而シテ右三萬五千圓ニ對スル大正八年八月一日ヨリ大正九年八月一日マテノ約定利息ハ三千二百一十一圓三十五錢ト爲ルカ故ニ右預金殘債權ハ該利息ニモ足ラサルモノニシテ到底元金ニ充當スルノ餘有ナキモノトス左レト原告ノ本件債權ノ一部不存在確認請求ハ全部理由ナキニ歸スヘキモノナルカ故ニ之ヲ棄却ス(宇都宮地方裁判所大正一〇年(ワ)第七號同年九月一四日民事部岡崎裁判長柏谷滋谷各判事判決)

【關係事項】 棄却○債權不存在確認請求事件○原告株式會社喜連川銀行訴訟代理人辯護士佐久間渡被告會社氏商家銀行訴訟代理人辯護士新江寅

【判旨第一點確認判決ニ關スル參照判例】

一 別除權ハ破産財團ニ屬スル所ノ財産ニ付キ破産債權者ニ優先シテ辨濟ヲ受クル權利ナルヲ以テ其權利ヲ主張スルコトヲ得ル旨ノ消滅的確認ノ訴ニ付テノ法律上ノ利益ハ破産債權者ノ爲メ破産財團ヲ管理處分スル權限ヲ有スル破産管財人ノ有スル

ナリトス(大正七年才三三號同年七月十日判決・第七卷民訴四一三頁)

二 確認訴訟ハ起訴者カ現在ノ權利關係ヲ確定スルニ於テ直ニ法律上ノ利益ヲ存スヘキ場合ニ限リ之ヲ提起シ得ルモノニシテ給付ノ訴ヲ爲シ得ヘキ場合ニ於テハ確認ノ請求ノミヲ爲シ得サルモノトス(大正六年才七七號同年一月一十九日判決・第七卷民訴一六四頁)

三 起訴者カ給付ノ請求ヲ爲シ得ヘキ場合ニ確認ノ訴ノミヲ爲スコトヲ許スヘキニ非サレトモ其訴ノ基礎タル權利關係カ單ニ給付請求權ノミナリ其内容トスルモノニ非サルトキハ起訴者ハ給付請求ヲ爲ス以外ニ尙ホ現在ノ權利關係ヲ確定スルニ付キ直ニ法律上ノ利益ヲ有スルモノナルヘク確認ノ訴ヲ提起シ得ヘキモノトス(大正六年才第三四六號同年六月二十五日判決・第六卷民訴二六三頁)

四 物權其他繼續スヘキ權利關係ニ付キ當事者間ニ爭ノ生シタル場合ニ於テ基本的ニ其權利關係ヲ確定シ將來ニ繼續スヘキ爭ヲ阻止スル必要アル場合ニ即時ニ其基本タル權利關係ヲ確定シ法律上ノ利益ヲ存スルモノトス(大正五年才第六六八號同年十月十一日判決・第五卷民訴四三三頁)

五 確認訴訟ハ爭アル權利關係ヲ確定スルノミヲ以テ完全ニ目的ヲ達シ得ヘキ場合ハ勿論法律關係ヲ確定シ求ムルノミヲ以テ其目的ヲ達シ得ヘカラサルモ即時ニ給付ノ請求ヲ爲シ得サルカ爲メ遲延ニ因リ權利上危害ノ被ルル場合ノ如キ確認ノ訴ヲ訴ス利益ト必要アルモノトス(大正四年才第四〇四號同年七月五日判決・第五卷民訴三〇九頁)

六 繼續シタル權利關係ニ於テ現在ノ侵害ト共ニ將來ニ於ケル侵害ヲ豫期シ得ヘキ場合ニ判決ニヨリ當事者間權利關係ノ存否ヲ確定セシメ置クノ利益アルカ故ニ現在ノ侵害ニ對シ之カ排除ヲ目的トスル給付訴訟ト同時ニ確認ノ訴ヲ起シ若クハ單獨ニ確認ノ訴ヲ起スモ其訴ハ適法トス(大正四年才第四〇四號同年七月五日判決・第五卷民訴一〇九頁)

七 確認訴訟ハ權利關係ノ存否ニ付爭アル場合ニ起訴者ニ於テ權利關係ヲ確定スルコトニ付テ直ニ法律上ノ利益ヲ有スルコトキハ之ヲ提起スヘキモノニシテ其確認ハ實ニ權利關係ノ繼續的確認ノミナラス消滅的ノ場合ニ於テモ之ヲ求メ得ヘキモノトス從テ甲カ乙ニ對シ債權ヲ有スルコトヲ主張シ強執執行ヲ爲サントスルニ依リ之ニ於テ債務ノ不存在ヲ主張シ其權利關係ノ消滅的確認ヲ求メテ右強制執行ヲ免レントスルコトキハ其權利關係ヲ確定スルコトニ於テ乙ハ直ニ法律上ノ利益ヲ有スルモノトス(大正二年才第三七五號同年四月四日判決・第五卷民訴三八一頁)

八 確認ノ訴ハ起訴者カ即時ニ權利關係ヲ確定スルニ付テ利益ヲ有スルコト必要トスルト同時ニ又此利益ヲ有スルヲ以テ充分トスルシテ水田灌溉ノ用水ハ其性質トシテ四時絶ヘス之ヲ引用スルモノニ非ス單ニ夏期一定ノ期間ノミ之ヲ引用スルノ必要ヲ見ルモノナルヲ以テ被告ノ流水ノ獨占ナルモノモ四時繼續的ノモノニ非サルカ故ニ原告ハ其主張ノ如キ用水權ヲ有スルコトヲ確定セシムルニ付キ常ニ法律上ノ利益ヲ有ス從テ確認訴訟ノ要件ヲ缺クモノニアラス(大正二年才第四四六號同年十一月十九日判決・第五卷民訴一四八頁)

九 株主ハ自己カ法律上ノ拘束ヲ受ケサルコトヲ確定スルニ付キ利害ノ關係ヲ有スルコトキハ假令自己ニ金錢上ノ損害ヲ生スルト否ト問ハス常ニ確認訴訟ヲ提起スルノ利益アルモノト云ハサルヘカラス(大正五年才三四五號同年二月三日判決・第七卷

商法一〇二頁)
一〇 實體上權利ナキ者カ他人ノ所有地上ニ共有權ヲ有スルモノトシテ登記シアルトキハ真正ノ所有者ハ其權利ノ行使ニ付キ
常ニ妨害ヲ受クルノミナラス時ニ或ハ其權利ヲ侵害セララルノ危險アリトセサルヲ以テ其權利保全ノ爲メ之カ妨害ヲ排除スル
ノ必要ナルコトハ勿論ナレハ該不正登記ノ抹消ヲ求ムルニ法律上利益アルモノトス(大正五年本第一三三號同六年二月十日判
決・第六卷民訴七六頁)

【同確認判決ヲ來ムル代位權者ノ確認判決ニ關スル參照學說判例】

第三者間ノ權利關係ニ干渉得ル場合ハ民法第四百二十三條ノ代位權行使同四百二十四條ノ詐害行爲取消又ハ民事訴訟法第六
百十條ノ取立命令ニ因ル請求權等ノ如キ法律カ特ニ之ヲ干渉スルコトヲ許容シタル場合ニ限ラルヘキモノトス(大阪控訴院大
正四年第一六卷一〇八頁)

判旨第一點ニ對シテ吾人ハ反對ノ見解ヲ有ス實體法上債權者ノ代位權間接訴權
ニ關シテハ古來學說ノ分レタル所ナリト雖モ吾人ハ該權利ヲ以テ獨立ノ權利ナ
リトセス債權ナル對人的權利ヲ根源トシテ之ヨリ湧出スル一ノ權能タル形成權
ナリトスル說ニ對シテ贊意ヲ有スルモノナリ代位權ノ本質ニシテ既ニ然リトセ
ハ代位權ハ債權ヲ有スルモノニ非サレハ之ヲ有スルコトヲ得サルモノナリト謂
ハサル可カサルモノニシテコノ點ニ於テ代位權即チ間接訴權ハ債權者ノ固有ノ
權利ニシテ決シテ代理權ニアラス又一ノ權利關係ヲ其當事者タラサル純然タル
第三者ニヨルト見ルトキハ該關係ハ一ノ事實關係ニ過キスシテ其處ニ何等ノ法
的連鎖アルト謂フ事ヲ得ス然リ而シテ訴訟法上單純ナル事實關係カ確認訴訟ノ
目的物タル確認利益タルコトヲ得サルハ何人モ異論ナキ所トスレハ斯ノ如キ事
實關係マダ確認利益タルノ資格ナシト謂ハサル可カラス故ニ債權者カ其代位權

ヲ行使シテ其ノ債權者ノ側ニ於ケル權利關係ノ不存在ヲ判決ヲ以テ確定セシム
ル場合ニ於ケル確認利益タルモノハ決シテ債權者ノ側ニ就キ決スヘキモノニ非
スシテ却テ代位權者ニ就テ決スヘキモノト謂ハサル可カラス故ニ債權者カ確認
訴訟ヲ提起シテ債務者ノ側ニ於ケル或權利關係ノ確認ヲ求メントスルニ當リ該
債權者ニ代位權ナキトキハ當然ニ確認利益ヲ缺クモノニシテ該訴ハ理由ナキモ
ノト謂ハサル可ラサルヤ明カナリ然ルニ本判旨カ前段ニ於テ代位權ノ本質ニ關
シテハ代位權者カ債務者ノ權利ヲ行使スル權能ナリトシテ固有權說ヲ採ルカ如
キ口吻ヲ漏シナカラ其後段ニ以テ確認訴訟ニ於ケル確認利益ノ有無ハ確認ノ目
的タル權利ノ主體ニ付テ之ヲ論スヘキモノナリトナシタルハ吾人ノ解シ得サル
所ナリ固ヨリ債務者ノ側ニ於テ確認サレ得ヘキ法律關係ヲ有スルニ非サレハ代
位權ヲ行使スル債權者ニ於テ一回ヨリ確認利益ヲ有セサルコトハ寔ニ判旨ノ如
シト雖モ是上述セシカ如ク債權者ノ代位權カ其債務者ノ側ニ於テ存スヘキ或權
利關係ヲ其目的トシ客體トスルノ當然ノ結果タルノミ若シ夫レ債務者ニ就テノ
ミ決センカ代位權ヲ行使セントスル者ニ於テ正當ニ代位權ヲ有セサル場合ニ於
テモ尙ホ確認ノ利益ヲ有スルモノト謂ハサルヲ得サル場合ヲ生スルコト之アル
ヘキヲ以テ吾人ハ本判旨ノ論結ヲ妥當ナリト信スル能ハサルモノナリ
判旨第二點ニ付テハ吾人異見ナシ

一〇 人ノ普通裁判權ハ其住所ニ依リテ定マル
 普通裁判權アル地ノ裁判所ハ其人ニ對スル總テノ訴ニ付キ管轄ヲ有ス但訴ニ付キ專屬裁判權ヲ定メサル場合ニ限ル
 九五 訴訟物ノ權利拘束ハ訴狀ノ送達ニ因リテ生ス
 權利拘束ハ左ノ效力ヲ有ス
 第二 受訴裁判所ノ管轄ハ訴訟物ノ價格ノ増減住所ノ變更其他管轄ヲ定ムル事情ノ變更ニ因リテ變換スルコトナシ
 第三 支拂命令ハ區裁判所ノ之ヲ發ス
 此命令ハ區裁判所ノ第一審ノ事物ノ管轄ノ制限ナキモノト看做シ通常ノ訴訟手續ニ於ケル訴ノ提起ニ付キ普通裁判
 權又ハ不動産上裁判權ノ屬ス可キ區裁判所ノ管轄ニ專屬ス
 四五 爲替ノ訴ハ支拂地ノ裁判所又ハ被告カ其普通裁判權ヲ有スル地ノ裁判所ニ之ヲ起スコトヲ得
 致人ノ爲替義務者カ共同ニテ訴ヲ受ク可キキハ支拂地ノ裁判所又ハ被告ノ各人カ其普通裁判權ヲ有スル地ノ裁判
 所各之ヲ管轄ス

民事訴訟法第四九四條ノ規定ニ依ルトキハ同第四九五條ハ手形上ノ請求ヲ爲替
 訴訟トシテ提起シタル場合ニ限り適用スヘキ規定ナルカ如シト雖モ同條第二項
 ノ法意ハ同手形ヨリ生シタル手形債務ヲ負擔シタル者二人以上アル場合ニ於テ
 ハ縱令其各人ノ手形債務カ獨立セル各手形行爲ヨリ生シタルモノトスルモ其各
 手形債務ノ成立ニハ必ス同一手形ノ存在ヲ必要トシシテ各手形債務ハ此點
 ニ於テ一種ノ牽連關係ヲ有スルカ故ニ手形債權者カ其各手形債務者ヲ共同ノ相
 手方トシテ爲替訴訟手續ノ如ク證據方法ニ一定ノ制限ヲ加ヘ比較的迅速ニ其請
 求ヲ全フセシムル事ヲ期スル訴訟手續ニ於テ請求スル場合ハ其數人ノ手形債務
 者中ノ一人ノ普通裁判權ヲ有スル地ノ裁判所ヲシテ其請求ニ付キ管轄權ヲ有セ

シムルコトハ實際上便宜且ツ相當ナリト認メタルカ爲メニ外ナラザルヘク從テ
 特ニ其適用ヲ禁止スル旨ノ規定ナキ限り手形債權者カ爲替訴訟手續ニ比シ更ニ
 簡易迅速ヲ本旨トスル督促手續ニ於テ同一手形上ノ數人ノ債務者ヲ共同相手方
 トシテ支拂命令ヲ發セラレンコトヲ申請スル場合ニ於テハ第四九五條第二項ノ
 規定ヲ適用シ其債務者中ノ一人カ普通裁判權ヲ有スル地ノ區裁判所ニ之ヲ爲ス
 コトヲ得ルモノトス

裁判所ノ管轄ハ權利拘束ノ發生シタルトキニ確定スルモノトス

【理由】 依テ被告ノ本件管轄權ノ抗辯ニ付キ按スルニ被告ノ住所カ奈良市ニ存在ス
 ルコトハ本件記録ニ徴シテ明白ナル所ナレハ被告ノ普通裁判權カ當裁判所ニ屬セザ
 ルコトハ被告ノ訴狀ノ如ク從テ一見民事訴訟法第三百八十三條第二項ノ規定ニ徴
 シ當裁判所ハ本件支拂命令ヲ發スヘキ管轄權ナキモノトシテ抗辯スヘキカ如シト雖モ
 本件支拂命令ニ依リテ請求ハ手形上ノ請求ニシテ且被告及ヒ前記寺内俊一外一名ヲ本
 件約束手形ノ債務者トシテ之ヲ共同相手方トシテ原告カ當裁判所ニ本件支拂命令ノ
 申請ヲ爲シタルコト並ニ右寺内俊一ノ住所カ大阪府東成郡古市村大字千林ニ在リテ
 其普通裁判權カ當裁判所ニ屬スルコトハ何レモ本件記録ニ徴シテ明瞭ナル所ナリテ以
 テ當裁判所ハ民事訴訟法第四百九十五條第二項ノ規定ニ徴シ本件支拂命令ヲ發スル
 コトニ付キ管轄權ヲ有スルモノト謂フヲ得ヘシ蓋シ同法第四百九十四條ノ規定ニ依
 ルトキハ右第四百九十五條ハ手形上ノ請求ヲ爲替訴訟トシテ提起シタル場合ニ限リ
 適用スヘキ規定ナルカ如シト雖モ同條第二項ノ法意ハ同手形ヨリ生シタル手形ノ債
 務ヲ負擔シタル者二人以上アル場合ニ於テハ縱令其各人ノ手形債務カ獨立セル各手
 形行爲ヨリ生シタルモノトスルモ其各手形債務ノ成立ニハ必ス同一手形ノ存在ヲ必

要トシ勸クトモ各手形債務ハ此點ニ於テ一種ノ牽連關係ヲ有スルカ故ニ手形債權者
 二其各手形債務者ヲ共同ノ相手方トシテ爲替訴訟手續ノ如ク證據方法ニ一定ノ制限
 ナ加ヘ比較的迅速ニ其請求ヲ全フセシムル事ナ期スル訴訟手續ニ於テ請求スル場合
 ハ其數人ノ手形債務者中ノ一人ノ普通裁判籍ヲ有スル地ノ裁判所ヲシテ其請求ニ付
 ナ管轄權ヲ有セシムルコトハ實際上便宜且相當ナリト認メタルカ爲メニ外ナラサル
 ヘク從テ特ニ其適用ヲ禁止スル旨ノ規定ナキ限り手形債權者カ爲替訴訟手續ニ比シ
 更ニ簡易迅速ヲ本旨トスル旨督促手續ニ於テ同一手形上ノ數人ノ債務者ヲ共同相手方
 トレテ支拂命令ヲ發セラレシコトヲ申請スル場合ニ於テハ右第四百九十五條第二項
 ノ規定ヲ適用シ其債務者中ノ一人カ普通裁判籍ヲ有スル地ノ區裁判所ニ之ヲ爲スコ
 トヲ得ルモノト解スルヲ相當トス果シテ然ラハ當裁判所カ如上ノ理由ニ依リ本件支
 拂命令ニ付ナ管轄權ヲ有スルコト明瞭ニシテ且本件支拂命令カ被告ニ送達セラレタ
 ルコトハ本件記録ニ徴シ明瞭ナルカ故ニ其送達ニ依リ適法ニ本件權利拘束ノ效力ヲ
 發生シタルコト言テ俟タズ而シテ裁判所ノ管轄ハ權利拘束ノ發生シタルトキニ確定
 スルモノナレハ奈良市ニ其住所ヲ有スル被告ノミヨリ本件支拂命令ニ對シ適法ナル
 異議申立ヲ爲シタルコトハ當裁判所ニ顯著ナル所ナリト雖モ之カ爲メ當裁判所カ右
 權利拘束ノ發生當時有セシ本訴ノ土地管轄權ヲ喪失スルニ至ルヘキ筋合ニ非サルコ
 ト言テ俟タサルトコロニシテ且本件記録ニ依リ本件訴訟物ノ價額カ金五百圓ニシ
 ナ從テ當裁判所カ本件請求ニ付キ事務管轄ヲ有スルコトヲ認メ得ルヲ以テ結局當裁
 判所ハ民事訴訟法第三百九十九條ノ規定ニ依リ本訴ニ付キテモ管轄權ヲ有スルモノト
 謂ハサルヘカラス依テ被告ノ前示管轄違ノ抗辯ハ理由ナキモノト認メ主文ノ如ク判
 決ス(大阪區裁大正一〇年(四四)一號同年一〇月四日吉田判例)

【關係事項】 約束手形金請求事件○原告東本藤治郎被告山脇賢治同上訴訟代理人辯護士中島信夫氏
 【判旨第一點共同手形債務者ノ支拂命令ノ裁判籍ニ關スル同趣旨判例】

約束手形ノ振出人ト裏書人トカ數人アリ各裁判管轄ヲ異ニスル場合ハ債務者一人ノ住所地ヲ管轄スル區裁判所ハ債務者全部ニ
 對シ支拂命令ヲ發スルコトヲ得ルモノトス(大審院三六年民三九七頁)

判旨第一點ハ吾人ノ贊同ヲ吝マサル所ナリ督促手續ニ依リ一定ノ金額ノ支拂其
 他ノ代替物若クハ有價証券ノ一定ノ數量ノ給付ヲ目的トスル請求ニ付キ債權者
 ノ請求ヲ俟テ豫メ債務者ヲ審訊スル事ナクシテ區裁判所ヨリ發セラルル支拂
 命令カ訴訟法上ニ於テ可成的ニ債務決済ヲ迅速且ツ簡易ナラシメントスル事ヲ
 本旨トスル點ニ於テ同シク一定ノ金額ノ給付ヲ請求スル債權者ノ提起ニ依リ開
 始發展スヘキ爲替訴訟ノ夫ト毫モ之ヲ區別スヘキモノニ非サルハ吾人ノ信シ疑
 ハサル所ナリ而シテ吾民事訴訟法ニ於テ督促手續ニ關スル規定ニ就テ之ヲ按ス
 ルニ法文情ムラクハ粗本ニシテ之カ解釋ニ當リテ多クノ類推ヲ要スルコトハ常
 ニ吾人ノ痛感スル所ナリトス從ツテ本判旨ノ如キ場合ニ於テモ同一手形面上ノ
 數人ノ債務者ニ對シテ支拂命令ヲ發セントスルトキハ手形債權カ元來一定ノ金
 額ノ支拂ヲ求ムル債權タル以上督促手續規定ニ於テ之カ裁判所管轄ニ關シ何等
 便宜規定ヲ發見スル事ヲ得サル吾人ハ同シク特別訴訟手續ニ屬スル爲替訴訟手
 續規定タル第四九五條第二項ヲ此場合ニ類推適用シテ裁判所ノ管轄ヲ定ムルモ
 何等不當ノ結果ヲ生スルモノニ非ストスル點ニ於テ本判旨ニ贊同スルモノナリ
 判旨第二點正當ナルヤ論無し

四五九 不服申立テラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所又ハ裁判長カ再度ノ考案若クハ新ナル提供ニ基キ抗告理由ナリトスルトキハ不服ノ點ヲ更正シ又ハ理由ヲシトスルトキハ裁判所又ハ裁判長ハ意見ヲ附シテ三日ノ期間内ニ抗告ヲ裁判所ニ送付シ又適當トスル場合ニ於テハ訴訟記録ヲモ送付ス可シ

四六四 抗告ヲ適法ニシテ且理由アリトスルトキハ抗告裁判所ハ不服申立テラレタル裁判ヲ廢棄シテ自ラ更正裁判ヲ爲シ又ハ不服申立テラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所ハ裁判長ニ委任シテ裁判ヲ爲サシムルコトヲ得

抗告裁判所ノ裁判ハ不服申立テラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所又ハ裁判長ニ之ヲ通知ス可シ

競賣法ニヨル不動産競賣事件ニ於テ競賣許可決定ニ對シ債務者ヨリ之ヲ不當トシテ抗告ヲ爲シタル場合ニ於テ競賣裁判所カ民事訴訟法第四五九條前段ノ規定ヲ準用シ抗告ヲ理由アリトシ再度ノ考案ニ基キ競賣許可決定ヲ取消ス旨ノ更正決定ヲ爲シタルニ之ニ對シ更正債權者ヨリ抗告ヲ爲シ抗告裁判所ニ於テ抗告ヲ理由アリトシ右更正決定ヲ廢棄シタルトキハ其效力トシテ競賣事件ハ更正決定ナカリシ状態ニ復歸シ競賣裁判所ノ爲シタル競賣許可決定並ニ之ニ對シテ債務者ノ爲シタル抗告ハ執レモ存續スヘキモノトス

仍テ案スルニ競賣法ニヨル不動産競賣事件ニ於ケル競賣許可決定ニ對シ債務者ヨリ之ヲ不當トシテ抗告ヲ爲シタル場合ニ於テ競賣裁判所カ民事訴訟法第四五九條前段ノ規定ヲ準用シ抗告ヲ理由アリトシ再度ノ考案ニ基キ競賣許可決定ヲ取消ス旨ノ更正決定ヲ爲シタルニ之ニ對シ更正債權者ヨリ抗告ヲ爲シ抗告裁判所ニ於テ抗告ヲ理由アリトシ右更正決定ヲ廢棄シタルトキハ其效力トシテ競賣事件ハ更正決定ナカリシ状態ニ復歸シ競賣裁判所ノ爲シタル競賣許可決定並ニ之ニ對シテ債務者ノ爲シタル抗告ハ執レモ存續スヘキモノトス

本件ニ在リテハ金澤區裁判所カ競賣法ニヨリ爲シタル不動産競賣許可決定ニ對シ債務者ヨリ抗告ヲ爲シ抗告人ヨリ抗告ヲ爲シ同裁判所ハ再度

ノ考案ニ基キ右決定ヲ取消シ競賣許可決定ヲ爲シタルニ更正債權者清水伍一ヨリ右競賣許可決定ニ對シ抗告ヲ爲シ金澤地方裁判所ハ抗告ヲ理由アリトシ前示更正決定ヲ廢棄シ更正相當ノ裁判ヲ爲スコトヲ委任シタルコト記録ニヨリ明白ナリ然ラハ右廢棄アリタル爲メ金澤區裁判所カ兼ニ爲シタル競賣許可決定並ニ抗告人ノ爲シタル抗告ハ執レモ存續スルモノトスヘキコト前段説明ノ如クナルヲ以テ所論委任ノ裁判ハ其當ヲ得ストスルモ金澤區裁判所ハ前示存續セル抗告ニ付キ意見ヲ附シ原裁判所ニ送付シ同裁判所ハ右抗告ニ付キ決定ヲ爲シタルハ相當ニシテ本論旨ハ理由ナシ(大審院大正十年(ク)第二六四號同年十二月二十八日民三部松岡裁判長長谷川滋濤橫村成道各判事判決)

【關係事項】 抗告棄却○原案金澤地方裁判所○不動産競賣事件ノ競賣許可決定ニ對スル抗告事件○抗告人坂下榮太郎

【判旨原決定廢棄ノ効力ニ關スル參照判例】

一 原決定廢棄ノ決定ハ其性質上既往ニ溯リテ其效力ヲ生スヘキモノニ非サルカ故ニ其廢棄前ニ於ケル原決定ニ基キ生シタル權利關係ハ之カ爲メ何等消長ヲ來ササルモノトス(東京控訴院大正五年(ホ)第二九二號大正七年四月六日民二部判決本書第七卷民訴一七(頁))

二 親族會員選定並ニ親族會招集決定ヲ廢棄スル決定ハ其性質上既往ニ溯リテ其效力ヲ生スルモノニアラザレバ右親族會ニ於テ選任シタル後見人ハ其廢棄ニ至ルマテハ適法ノ後見人トシテ其職務ヲ行フコトヲ得ルモノトス(同大正四年(ホ)第一三號同年四月一七日民三部判決本書第四卷民訴一〇(頁))

決定ノ越旨ニ賛同セムトス

二九 第一審裁判所ハ當然管轄權ヲ有セサルモ當事者ノ合意ニ依リ管轄權ヲ有ス但書面ヲ以テ合意ヲ爲シ且其合意カ一定ノ權利關係及ヒ其權利關係ヨリ生スル訴訟ニ係ルトキニ限ル

四三九 上告裁判所ハ上告人ヲ呼出シ其陳述ヲ聽キ上告ヲ許シ可カラサルモノナルトキ又ハ法律上ノ方式及ヒ期間ニ於テ起ササルトキ又ハ第四百三十四條ノ規定ニ依ラササルトキハ判決ヲ以テ之ヲ棄却ス可シ

上告人ノ呼出ノ期日ニ出頭セサルトキハ上告ヲ取下ケタルモノト看做ス但出頭セザリシコトヲ期日ヨリ七日ノ期間内ニ十分ナル理由ヲ以テ辯解シタルトキハ更正期日ヲ定ム

ナ以テ妥ニ之ヲ引用ス立證トシテ控訴代理人ト甲種第一乃至三號證ヲ提出シ尙本件訴狀被告ニ對スル同訴狀送達證書控訴會社登記簿謄本大正十年十月八日附控訴人提出ノ準備書面並ニ被控訴人ニ對スル同書面ノ送達報告等ヲ授用シタリ

【判決理由】按スルニ甲第一乃至三號證ニ徵スレハ該手形ニハ執レモ其表面ニ但書トシテ本券ニ關スル裁判管轄ハ總テ本券債權者ノ住所地ヲ管轄スル裁判所タルコトヲ合意スヘキコト、アリテ其裏面ニ於ケル被控訴人ノ裏書ニハ表書但書ノ特約ヲ承認シトノ文句附記シアル事實ヲ認ムヘク而シテ右文句ハ手形ノ編輯ニ伴ヒ手形上ノ債權者トナルヘキ不足ノ人々ニ對シ其住所地ノ管轄裁判ヲ該手形ノ請求ニ關スル管轄裁判所ト爲スヘキ意思表示即申込ヲ包含スルモノト解スルナラズ一定ノ權利關係及ヒ其權利關係ヨリ生スル訴訟ニ關シ當事者トナルヘキ不定ノ人々ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得ヘク又管轄裁判所モ一定シ得ヘキヲ以テ足リ申込ノ當時既ニ具體的ニ一定スルコトヲ必要トセサルモノト解スヘキモノトス又手形ノ所持人ハ該申込ヲ爲シタル者ノ直接後者タルト否トハ問ハス該申込ニ對シ書面ヲ以テ承諾ノ意思ヲ表示スルニ於テハ該管轄者間ニ直接ニ裁判管轄ニ關スル書面上ノ合意成立シ同時ニ合意上ノ管轄裁判所モ自ラ一定スルニ至ルヲ以テ斯ノ如キ合意ハ之ヲ有效ナリト認ムヘク又該書面上ノ承諾ハ必レモ之ヲ一個ノ書面ニ表示セタル、コトヲ要セサルト共ニ申込ト承諾トカ各別個ノ書面ヲ以テ爲サル、コトヲ妨ケサルモノト解スヘキモノトス而シテ甲第一號證第三號證本件訴狀並ニ其被控訴人(被告)ニ對スル送達證書記載ニ依レハ本件各手形ノ支拂地ハ執レモ大阪市ニシテ被控訴人ノ住所地モ其裏書又ハ本訴提起當時大阪市ナルコト明瞭トナルヲ以テ當事者間ニ特約ナキ限リ横濱地方裁判所カ本件ニ付手形支拂地トシテノ裁判管轄權又ハ債權義務履行地トシテノ裁判管轄權若シクハ被控訴人ノ普通裁判管轄アル裁判所トシテノ管轄權ヲ有セタルヲ勿論ナリ然ルニ本件第一乃至第三號證手形ニ付テハ其裏書ニ前示ノ如キ附記アリ且本件訴狀ニ控訴人ハ本件手形ニ付テハ手形債權者ノ住所地ヲ管轄スル裁判所ヲ以テ管轄裁判所ト爲スヘキ合意アリ

ルヲ以テ原裁判所ニ本訴ヲ提起スル旨ノ記載ヲ爲シアリテ右訴狀ハ大正九年四月五日被控訴人ニ送達セラレタルコトハ被控訴人ニ對スル訴狀送達證書記載ニ徵シ明白ナルカ故ニ控訴人ハ前記各手形上ニ於ケル被控訴人ノ管轄合意ノ申込ニ對シ書面上ノ承諾ヲ爲シタルモノト認ムヘク從テ此ニ當事者間ニ裁判所ノ管轄ニ付テノ合意成立シタルモノト解スルヲ相當トス而シテ債權者即本件控訴人ノ住所地カ横濱市ナルコトハ控訴人會社ノ登記簿謄本ニ徵シ又本件訴狀ノ價格ハ金三萬三千五百六十圓十錢ナルコトハ本件訴狀ニ依リ之ヲ認ムルニ足ルヲ以テ本件請求訴訟ノ管轄裁判所ハ横濱地方裁判所ナリト謂ハサルヘカラス果シテ然ラハ原判決カ被控訴人ノ管轄違ヒ妨訴抗辯ヲ認容シ控訴人ノ本訴請求ヲ却下シタルハ失當ナルヲ以テ原審ニ於テ被控訴人ニ負擔ヲ命シタル訴訟費用ノ部分ヲ除キ其餘ヲ廢棄シ被控訴人ノ妨訴抗辯ハ之ヲ棄却スヘキモノトシ民事訴訟法第四二二條第三號ノ規定ニ則リ前示主文ノ如ク判決シタリ(東京控訴大正一〇年(ホ)第二三五號同年一月一〇日民四部青柳裁判長豊水坂崎各判事判決)

【關係事項】 破産管財人〇爲替手形金請求爲替訴訟事件〇控訴人茂木合名會社法律上代理人杉野朝太郎訴代理人辯護士秋山藤岡山本仲次郎被控訴人淺岡定平

【判旨第一點手形面上ナシタル管轄合意ノ效力ニ關スル參照學說判例】
本書本卷民訴一八七頁以下

【判旨第二點合意管轄ト裁判所ノ特定ノ要否ニ關スル參照學說判例】
本書本卷民訴一八八頁以下

【同管轄合意ノ申込ト承諾トカ同一書面ニ依ルコトヲ要セストスル點ニ關スル又參照學說判例】

一 我民事訴訟法ニヨレハ明示ノ合意ハ書面ヲ以テスルコトヲ要ス然レトモ之カ爲メ別段ノ方式ヲ要セス故ニ凡ソ意思ノ發表ヲ見ルニ足ル可キ書面ヲ以テスル以上ハ何レノ式ヲ以テスルモ其效力ニ於テ輕重アルコトナシ即チ第二十九條ニ所謂書面ヲ以

トハ必ス別段ノ契約書アルヲ要セス既ニ其準備書面中ニ於テモ雙方合意ノ明旨セラレタルトキハ即チ合意ノ效力アルモ
 ノト云フ可キナリ(法學博士高木豐三氏民事訴訟法論綱一七頁以下)
 二 一定ナル裁判所ヲ管轄トスルコトヲ目的トスル當事者ノ意思ノ表示アルコトヲ要ス而シテ其書式及ヒ時期ノ如何ハ問フ所
 ニアラス口頭審理中若クハ準備手續中ニ之ヲ爲スコトヲ得レトモ法律ハ必ス書面ヲ以テスルコトヲ要セリ(法學博士江木東氏
 民事訴訟原論一八九頁)
 三 書面ヲ以テ合意ヲ爲ストハ合意ノ内容ノミナラズ合意ノ締結セラレタルニトカ書面ニ記載セラルルコトヲ云フモノナリ從
 テ申込並ニ承諾力書面ヲ以テ爲サレタルヲ以テハ足ラサルモノト謂ハサル可ラス但我大審院ハ必スシモ一個ノ書面ニ表示セラ
 ルルコトヲ要セス申込ト承諾トカ各別ノ書面ヲ以テ爲サルコトヲ妨ケザルモノトナス(法學博士山田正三氏民事訴訟法裁二
 三八頁)
 四 裁判所ノ管轄ニ付テノ明示ノ合意ハ書面ヲ以テ爲スコトヲ要ス是レ本法第二九條ノ規定スル所ニシテ爰ニ書面ト稱スルハ
 即チ合意ノ證書ノミナラズ非シテ準備書面ニ記載シタル場合ヲモ意味スルモノトス(法學博士伊藤佛治氏民事訴訟法正解九
 五頁)
 五 右契約ハ書面ヲ以テ爲ス本則トス然レトモ契約證書ノ如キモノヲ要スルノ謂ニ非ス主タル契約ト同時ニ之ヲ約スルトキ
 ハ其契約ハ書面ヲ以テ記載スルモノナリ(判事今井信行代民事訴訟法註解六四頁)
 六 書面ヲ以テスル以上ハ其基本タル契約書中ニ之ヲ記載スルト特別ノ書面ヲ作成スルト又公正證書ニ依ルト私署證書ニ依ル
 トハ之ヲ問ハサルナリ(辯護士田山卓爾氏民事訴訟手續總論三八頁)
 七 當事者カ合意ヲ以テ管轄裁判所ヲ定ムルニハ書面ヲ以テスルコトヲ要スレトモ其合意ハ必スシモ一個ノ書面ニ表示セラ
 ルコトヲ要セス申込ト承諾トカ各別ノ書面ヲ以テ爲サルコトヲ妨ケザルモノトス(大審院大正九年(オ)第八九八號同一〇三
 月一五日民一部判決本書卷民訴一八五頁附載)
 本判決ハ曩ニ横濱地方裁判所カ第一審トシテ爲シタル判決(本書九卷民訴一九二
 頁)ニ對シテ東京控訴院ニ控訴提起アリ同裁判所ニ於テ之ヲ是認シ控訴ヲ棄却シ
 タル判決同四六六頁)アリタルニ更ニ同判決ニ對シテ上告アリタル結果大審院ニ
 於テ上告理由アリトシテ破毀差戻アリ茲ニ再度東京控訴院ニ於テ大審院ノ法律
 上ノ意見ニ從ヒ前判決ノ趣旨ヲ顛シテ爲シタル判決ニシテ本問題ニ關シテハ吾
 人ノ評論一再ニシテ熄マサル所ナリ就ノ參照アラン事ヲ乞フ(本書九卷民訴一九

九頁四六九頁同一〇卷民訴一九一頁評論參照

(一九四)

六八八 競落人カ代金支拂期日ニ其義務ヲ完全ニ履行セザルトキハ裁判所ハ職權ヲ以テ不動産ノ再競賣ヲ命ス可シ
 最初ノ競賣ノ爲ニ定メタル最低競賣價額其他賣却條件ハ再競賣ノ手續ニモ亦之ヲ適用ス
 再競賣期日ハ少クトモ十四日ノ後タル可シ
 競落人カ再競賣期日ノ三日前マテ買入代金及ヒ手續ノ費用ヲ支拂ヒタルトキハ再競賣手續ヲ取消ス可シ
 再競賣ヲ爲ストキハ前ノ競落人ハ競賣ニ加ヘルコトヲ許サズ且再度ノ競落代價カ最初ノ競落代價ヨリ低キトキハ不
 足ノ額及ヒ手續ノ費用ヲ負擔シ其高キトキハ剩餘ノ額ヲ請求スルコトヲ得ス
 一 配當要求申立ノ取下アリタルトキハ其取下ノ事由如何ハ毫モ取下ノ效果ニ影響
 ラ及ボササルハ勿論既ニ配當財團ヨリ脱退スヘキ旨ノ意思表示ヲ爲シタル以上
 ハ原告ハ該競賣手續ニ付テハ最早何等ノ利害關係ナキニ至リ配當要求債權者タ
 ル適格ナキニ歸スヘキカ故ニ被告カ第一回競落代金不拂ノ結果抵當不動産ノ再
 競賣ヲ命セラレ該代金低落シタレハトテ該配當實施ニ關與セザル即チ配當要求
 申立ヲ取下タタル原告ノ債權ニ何等影響スル所ナキヲ以テ原告ハ被告ニ對シ民
 事訴訟法上再競賣ニ因ル不足額補償ノ請求權ナキモノトス

〔理由〕原告カ訴外三枝リよニ對スル抵當債權ノ確定判決ニ基キ該不動産ノ強制競賣
 ノ申立ヲ爲シタル處被告ニ於テ代金七百六十圓ニテ右不動産ヲ競落シタルニ拘ハラ
 ス其支拂期日ニ代金ヲ納入セザルニ因リ再競賣ヲ命セラレタル結果原告ニ於テ代金
 四百六十圓ニテ競落シタルコト訴外三枝リよノ死亡ニ因リ訴外三枝由太郎及三枝豐
 吉ノ兩名ニ於テ其遺産相続人トナリタルコト及ヒ其後右由太郎死亡シタルニ因リ豐

吉ニ於テ由太郎ノ財産管理人トナリタルコトハ當事者間ニ爭ナキ事實ナリ而シテ本
 件主要ノ爭點ハ第一原告ハ訴外三枝豐吉ニ對シ貸金百圓及百三十五圓ノ元利債權ヲ
 有スルヤ否ヤ第二假リニ右二口ノ債權アリトセハ原告ハ被告ニ對シ再發賣ニ因ル不
 足額請求權アリヤ否ヤニ在リ依テ先ツ第一ノ點ニ付キ審按スルニ甲第一號證ノ一連
 帶金圓借用證書ニ依レハ原告ハ訴外三枝豐吉ニ對シ貸金百圓ノ元利債權ヲ有シ大正
 十年九月十二日當廳(又)第三號事件ニ付キ元金百圓ノ内六十九圓四十三錢五厘及利息
 金四圓十六錢合計金七十三圓五十九錢五厘ノ配當ヲ受ケタル旨ノ記載アリテ右貸金
 債權ニ付テハ債務者豐吉ニ於テ異議ナク配當ヲ承認セルモノト推定スルニ足ルヘキ
 カ故ニ從テ甲第一號證ノ一ハ右當事者間ニ於テ眞正ニ成立シタルモノト認定スルチ
 相當トス左スレハ則原告ハ訴外三枝豐吉ニ對シ貸金百圓ノ元利債權ニ基キ本件抵當
 不動産ノ競落代金ニ對シテ配當要求ヲ申立テ爲シ配當金ヲ受領スヘキ權利アルハ論
 ナ俟タヌ又成立ニ爭ナキ甲第一號證ノ二金圓消費貸借證書ニ依レハ原告ハ右ノ外訴
 外三枝豐吉ニ對シ貸金百三十五圓ノ元利債權ヲ有スルコトハ明白ニシテ被告抗辯ノ
 如ク右返済期限ハ大正十一年二月二十日ノ約定ナリト雖モ同號證第六條第四號ニ徵
 スレハ債務者ニ於テ本契約ヲ履行スル能ハサルトキハ期限ノ利益ヲ失フヘキ旨ノ特
 約アリ而シテ同人カ無資産ニシテ履行不能ノ狀態ニ在ルコトハ成立ニ爭ヒナキ甲第
 二、三號證ヲ綜合シテ之ヲ推知スルニ足ルヘキ假リニ履行不能ノ狀態ニ在ラストスル
 モ期限ノ利益ハ債務者ニ於テ拋棄シ得ヘキカ故ニ之カ異議ナキ以上ハ辨濟期ノ到來
 セル場合ニ於テモ該貸金債權ニ基キ配當要求ヲ爲シ辨濟ヲ受クヘキ權利アル者トス
 依テ此點ニ關スル被告抗辯ハ認容スルニ由ラシク第二ノ點ニ付キ審按スルニ前
 說明ノ如ク原告ハ訴外三枝豐吉ニ對シ貸金百圓及利息金四圓十六錢ノ債權ニ基キ
 本件不動産競落代金ニ對シ配當要求ノ申立ヲ爲シ其一部ノ配當金ヲ受領シタルコト
 明白ナルヲ以テ若シ被告ニ於テ當所申出タル第一回競賣代金七百六十圓ヲ支拂ヒタ
 リトセハ右代金ノ内ヨリ競賣費用十九圓四十四錢及執行債權二百八十七圓四十四錢ヲ

【關係事項】一部勝訴○損害賠償請求事件○原告小川亮一同上訴代理人辯護士松澤龜二郎氏被告並木植松同上訴代理人辯
 護士一房之助氏
 判旨正當ナリ

控除シ其殘額ヲ二分シタル即債務者豐吉ノ所得ニ歸スヘキ金額二百二十六圓七十一
 錢ノ内前記貸金百圓ノ元利債權金額ノ配當ヲ受ケ其債權ヲ満足セシメ得可カリレニ
 拘ハラス被告ニ於テ右競落代金不拂ノ結果抵當不動産ノ再發賣ヲ命セラレ競落代金
 低減シタルカ爲メ原告ハ右元利金ノ内七十三圓五十九錢五厘ヲ受クルニ過キサルニ
 至リ差引不足額卅圓五十六錢五厘ハ畢竟被告カ豫期ノ如ク第一回競落代金ヲ支拂ハ
 サルニ因リ配當債權者トシテ原告ノ蒙リタル損害ニ外ナラサルカ故ニ被告ハ原告ニ
 對シ右不足額ヲ補償ス可キ義務アルモノトス然レトモ原告カ訴外三枝豐吉ニ對シ
 前額貸金百三十五圓ノ元利債權ニ付テハ義ニ配當要求ノ申立ヲ爲シタルモ其後大正
 十年九月十二日其取テ爲シタルコトハ當事者間ニ爭ナキ事實ナリ而シテ原告カ其
 取テ爲スニ至リタルハ再度ノ競落代金低減シ其配當ヲ受クルコト能ハサルニ出テ
 タルニ外ナラサル旨主張スレトモ其取下ノ事由如何ハ毫モ取下ノ效果ニ影響ナシ及ホ
 ササルハ勿論既ニ財團ヨリ脱退スヘキ旨ノ意思表示ヲ爲シタル以上ハ原告ハ該競賣
 手續ニ付キ最早何等ノ利害關係ナキニ至リ配當要求債權者タル資格ナキニ歸スヘキ
 カ故ニ被告カ第一回競落代金不拂ノ結果抵當不動産ノ再發賣ヲ命セラレ該代金低減
 シタルハトテ該配當實施ニ關シテ原告ノ債權ニ何等影響スル所ナキヲ以テ原告
 ハ被告ニ對シ民事訴訟法上再發賣ニ因ル不足額補償ノ請求權ナキモノト解スルチ妥
 當トス故ニ此點ニ關スル被告抗辯ハ理由アルニ依リ此ノ部分ニ對シ民事訴訟法第七十三
 條第一項ニ則リ假執行ノ宣言ニ付テハ同法第五百三條第一號ヲ適用シ主文ノ如ク判
 決ス(千葉地裁大正一〇年(ハ)第一四二號同年二月二〇日志賀判事言渡判決)

一三二 裁判所へ訴訟ノ全部又ハ一部ノ裁判カ他ノ繫屬スル訴訟ニ於テ定マル可キ權利關係ノ成立又ハ不成立ニ繫ルトキハ他ノ訴訟ノ完結ニ至ルマテ辯論ヲ中止ス可シ

一三一 訴訟ノ進行中ニ争トナリタル權利關係ノ成立又ハ不成立カ訴訟ノ裁判ノ全部又ハ一部ニ影響ヲ及ホストキハ判決ニ接スル口頭辯論ノ終結ニ至ルマテ原告ハ訴ノ申立ノ擴張ニ依リ又被告ハ反訴ノ提起ニ依リ判決ヲ以テ其權利關係ヲ確定センコトヲ申立ツルコトヲ得

一三四 判決ハ其主文ニ包含スルモノニ限り確定力ヲ有ス

裁判所構成法一 左ノ裁判ヲ通常裁判トス

第一 區裁判所

第二 地方裁判所

第三 控訴院

第四 大審院

同法二 通常裁判所ニ於テハ民事刑事ヲ裁判スルモノトス但シ法律ヲ以テ特別裁判所ノ管轄ニ屬セシメルモノハ此ノ限ニ在ラス

住職ノ任免ノ當否ノ確定ヲ求ムル訴ハ司法裁判所ノ權限ニ屬セサルモノトス」

司法裁判所ハ民事々件ノ裁判ヲ爲スニ當リ其先決問題タル公法上ノ行政處分ノ效力ノ有無ヲ審査スヘキ權能ヲ有スルモノトス」

民事ノ裁判官カ公法問題殊ニ行政處分ニ付キ豫判ヲ與ヘ得ル限界ハ民事訴訟法第二四四條ニ依リ既判力ヲ生セシムル範圍ニ限ルヘキモノトス」

民事訴訟法第二一條ニ所謂附隨的確認ノ判決先決的確認判決トモ稱ストシテ公法問題ニ付キ判決ヲ受クルコトヲ得サルモノトス」

民事訴訟法第一一條ニ所謂他ノ繫屬スル訴訟ノ中ニハ行政訴訟モ之ヲ包含ス

ルモノトス」

民事訴訟法第一一條ニ「辯論ヲ中止スヘシト云フハ必スシモ中止セザル可ラサルノ謂ニ非スシテ中止スルト否トハ受訴裁判所ノ自由ノ認定權ニ在ルモノトス」

民事訴訟法第一一條ノ解釋トシテ他ノ訴訟カ本訴訟ニ對シ豫斷トナルハ必スシモ他ノ訴訟カ既判力ヲ有シ本訴訟ノ争點ヲ決スルニ付キ必然的先決條件タル場合ノミナラス單ニ本訴訟ノ事實認定ノ爲メニ影響ヲ與ヘ得ルニ過キザル場合モ之ヲ包含スヘキモノトス」

〔批評判例〕大審院大正九年(オ)第五五四號同一〇年二月三日判決本書本卷民訴四一頁以下掲載

予輩ハ本件判旨ニ賛成スル者ナリ先ツ判旨第一點ニ付テ現今ハ僧侶ニ關スル事項ハ文部省宗教局ノ管掌ニ屬シ住職ノ任免ハ行政行為タルコト疑ナク其ノ任免ノ當否ノ確定ヲ求ムル訴ハ司法裁判所ノ權限ニ屬セサルモノト謂フヘシ只我憲法第六一條反對推理ヨリシテ法律ニ依リ行政裁判所ニ出訴スヘカラサルモノハ司法裁判所ニ出訴シ得ルノ觀ナキニ非スト雖裁判所構成法第二條ニ於テハ通常裁判所ハ民事刑事ヲ裁判スルモノトスト規定シ學理上ニ所謂民事刑事ノ外特別ノ規定アルニ非ラサレハ司法裁判所ニ於テ受理ス可キ限ニアラス只我國現行行政裁判所ニ於テハ行政訴訟ハ法律勅令ニ特別ノ規程アルモノヲ除ク外地方上級行政廳ニ訴願シ其判決ヲ經タル後ニ非ラサレハ之ヲ提起スルコトヲ得スト曰ヒ訴願法第一條ニ於テハ訴願シ得ヘキ事項ハ列舉シテ之ヲ限定シ其他法律勅令ニ於テ特ニ訴願ヲ許シタル事件ニ限レリ故ニ行政訴訟ヲ提起シ得ヘキ事項ハ限定的ニシテ而カモ司法裁判所ニ提起シ得ヘキ事件ハ民事刑事ニ限ラル、カ故ニ行政司法何レノ裁判所ヘモ提起シ得サル事件アリト雖モ現行法制上己ムコトヲ得サル結果ト謂フヘキナリ

二、判旨第二點モ亦正當ナリ蓋シ司法裁判所カ民事事件ノ裁判ヲ爲スニ當リ其先決問題(Vorfrage)タル公法上ノ行政處分ノ效力ノ有無ヲモ審查スヘキ權能ヲ有スルコトハ疑ナキ所ニシテ今日學者ノ大概皆之ヲ認ムル所ナリ而シテ斯カル公法上ノ行政行為ノ效力ヲ審查スルコトヲ要スル事例ハ比々トシテ其例ニ乏シカラス本件ノ如ク住職任免ノ當否ニ關スル問題ノミナラス官吏ノ權限ニ關スル私法上ノ行為ノ效力ニ關スル民事事件ニ於テハ官吏ノ任免ノ當否又ハ其權限ニ關スル問題ヲ審查スル必要アルニ至ル可ク又國籍問題ノ如キ國際上ノ報復問題ノ如キ公法上ノ問題ヲ民事事件ニ於テ審查スヘキコトハ何レモ法律ノ豫想スル所ナリ民事訴訟ニ於テ其事件ノ請求ニ關スル先決問題タル行政上ノ處分問題ノ當否ヲモ審查シテ之カ豫判ヲ爲シ得ヘキハ疑ナク容レスト雖モ而カモ其豫判タルヤ單ニ其判決理由中ニ於テ之ニ對スル判斷ヲ與ヘ民事事件ノ裁判事項タル判決主文ヲ發生スル理由ヲ示メス爲メノ理由トシテ公法問題ニ付イテモ判斷ヲ與フルニ過キサルモノニシテ民事事件ノ裁判事項トシテ換言スレハ判決主文トシテ公法問題ニ付キ裁判ヲ與フヘキモノニ非サルハ勿論トス然ラハ民事ノ裁判官カ公法問題ニ付キ裁判ヲ與フヘキモノニ非サルハ勿論トス然ラハ四、四條ニ依リ既判力ヲ生セシムル範圍ニ屬スルコトヲ得スト謂ハサルヘカラス從テ第二一條ニ所謂附隨的確認ノ判決先決的確認判決トモ稱ストシテ亦公法問題ニ付キ判決ヲ受タルコトヲ得サルモノト謂ハサル可ラス

三次ニ判旨第三點ニ於テ第一二二條ニ所謂他ノ繫屬スル訴訟ノ中ニハ行政訴訟モ包含スルモノト爲シ且ツ同條ニ於テ辨論ヲ中止ス可レト云フハ必スシモ中止セサル可ラサルノ謂ニ非スシテ中止スルトハ受訴裁判所ノ自由ノ認定權ニ在リト爲ス點モ亦吾人ノ贊成スル所ナリ又第一二二條ノ解釋トシテ他ノ訴訟カ本訴訟ニ對シテ豫斷トナルハ必スシモ他ノ訴訟カ既判力ヲ有シ本訴訟ノ爭點ヲ決スルニ付キ必然的先決條件タル場合ノミナラス單ニ本訴訟ノ事實認定ノ爲メニ影響ヲ與ヘ得ルニ過キサル場合モ亦此ノ中ニ包含セラレ受訴裁判所ハ新カル場合ニモ尙ホ中止ヲ爲シ得ルコト

【論旨第一點住職任免當否確定ト民事裁判所ノ管轄ニ關スル同趣旨判例】

トハ學說及ヒ判例ノ認ムル所ナリ終ニ一考スヘキハ行政裁判所ノ判決ハ民事裁判所ヲ驅逐スルモノナリヤ否ヤノ問題是ナリ單ニ理論上ニ於テ抽象的ニ論スレハ原則トシテ民事裁判所ハ行政裁判ノ結果ニ驅逐セラレシテ獨立ニ判斷ヲ爲スコトヲ得ヘシト云フコトヲ得ヘシ何トナレハ若シ民事裁判カ必ス行政裁判ニ驅逐セラレヘキモノトセハ第一二二條ニ於テモ行政裁判カ既ニ繫屬中ナルトキハ民事裁判ハ必ス中止スヘキコトヲ命スルヲ當然トスレハナリ然ルニ同條ハ中止スルトキハ民事裁判所ノ自由ノ判定ニ放任シタルヨリ之ヲ觀レハ民事裁判所ハ行政裁判ヨリ獨立シテ其裁判ヲ爲シ得ルモノト認メタリト云ハサルヲ得サレハナリ又之ヲ實際上ヨリ考察スルニ行政判決先ニ存在シ民事判決其ノ後ニ來ル場合ニ於テハ例ハ行政判決ニ因リ違法ノ行政處分取消セラレタル如キハ民事當事者間ノ權利關係モ亦自ラ行政判決ノ結果ニ支配セラレ從前ト異リタル關係ニ立ツヘキカ故ニ縱令民事裁判所カ行政判決其者ニ驅逐セラレストスルモ事實其者ノ認定ニ付キ自ラ行政判決ノ結果ニ順應スルニ至ルヘキハ當然ノコトトス又民事判決先ニ在リテ行政判決其後ニ在スル場合ニ在リテモ若シ行政判決ニ因リ從來ノ事實關係ニ變動ヲ來ストキハ民事判決ハ一旦確定シタル後ニ在リテモ異リタル事實關係ニ對シテハ又之ニ順應シテ前判決ヲ異リタル判決ヲ更ニ爲スコトヲ妨ケサルモノトス蓋シ民事判決ハ控訴審ニ於ケル口頭辯論終結當時ノ事實ヲ標準トシテ裁判ヲ爲スニ過キサルモノナレハナリ從テ其以後若シ事實關係ニ變動ヲ來ストキハ更ニ異リタル判決ヲ爲スコトヲ妨ケサルヲ以テナリ只行政判決ニ因リ當事者ノ事實關係ニ變動ヲ生スルコトヲナク而カモ行政裁判所ノ觀ル所ト民事裁判所ノ觀ル所ト其見解ヲ異ニセル場合ノ如キハ二者ノ判決カ其理由ノ内容ニ於テ相抵觸スル結果ヲ生スル事アルモ兩裁判所ハ各獨立ノ職權ニ基キ裁判ヲ爲スモノナルカ故ニ已ムコトヲ得サル結果ト謂フヘキナリ(法學博士加藤正治氏法學協會雜誌第四〇卷第二號一〇〇頁「公法上ノ問題ノ豫判及ヒ第一二二條ノ解釋」要領)

仁井田博士

岩田博士

大審院

本書本卷民訴四一頁以下

【同第二點第一二一條ニ所謂他ノ繼屬スル訴訟ニ關スル學說判例】
本書本卷民訴四三頁

【同六點第一二一條ノ中止ニ關スル同趣旨學說判例】

一 訴訟ノ全部又ハ一部ノ裁判ヲ爲スカ爲メニ他ノ繫屬スル訴訟ノ目的物タル法律關係ノ存在ニ付キ裁判ヲ爲スノ必要アル場合即法律關係ノ存否カ訴ノ原因抗辯訴訟成立條件又ハ反訴ニ關スル裁判ノ豫決問題タル場合ニ於テハ裁判所ハ他ノ訴訟ノ完結ニ至ルマテ辯論ヲ中止スヘキモノト謂フヘシ然レトモ他ノ訴訟ノ裁判力中止セル訴訟ニ於テ既判力ヲ有セザルトキハ裁判所ハ其裁判ニ纏束セラルコトナキカ故ニ他ノ訴訟ノ中目的物タル法律關係ノ存否ニ關シ自己ノ意見ニ從ヒテ裁判ヲ爲スコトヲ得ルモノト謂フヘシ(法學博士仁井田博士民事訴訟法要論上卷二八〇頁)

二 訴訟ノ全部又ハ一部ノ裁判ヲ爲スカ爲メニ他ノ繫屬スル訴訟ニ於テ定マルヘキ權利關係ノ成立又ハ不成立ニ關係ヲ有スルトキハ其訴訟ノ完結ニ至ル迄訴訟手續ヲ中止スヘキモノナリ他ノ訴訟力行政訴訟其他特別裁判所ノ訴訟ナルトキモ亦適用アルモノトス而シテ他ノ訴訟ノ裁判力纏束力ヲ有スルニ非サルモ參考トナルヘキヲ以テナリ(法學博士岩田一郎氏民事訴訟法原論四九七頁)

三 民事訴訟法第一二一條ハ訓示の規定ニシテ訴訟ノ裁判ニ對シテ定マルヘキ權利關係ノ成立又ハ不成立カ先決的影響ヲ及ボスヘキトキト雖モ辯論ヲ中止セルト否トハ裁判所ノ自由ナル意思ヲ以テ定ムヘキモノトス(大審院大正五年(タ第一二〇)號同年四月一日民三部決定本書第五卷民訴一八四頁)

四 民事訴訟法第一二一條ハ裁判所ノ訴訟指揮ニ關スル訓示の規定ニシテ訴訟ノ裁判ニ對シテ定マルヘキ權利關係ノ成立又ハ不成立カ先決的影響ヲ及ボスヘキトキト雖モ辯論ヲ中止セルト否トハ裁判所ノ自由ナル意思ヲ以テ定ムルコトヲ得ルモノトス(大審院大正二年一月一日民一部決定本書第二卷民訴三二三頁)

本論文ハ曩ニ大審院ニ於テ爲サレタル大正九年才第五五四號事件ノ判決ニ對シテ博士カ批判セラレタルモノニ懸リ其論セラルル所大體ニ於テ判旨ニ贊同セラレタルモノニシテ更ニ該問題ノ微ニ入り細ヲ穿タレタルハ吾人ノ見地ヲ廣ムルモノ少ナカラス該問題ニ關シテハ上述判例ニ對シ既ニ吾人ノ評論シタルモノアリ而モ其趣旨ニ於テ亦博士ノ所論ト符合スルモノタルコトヲ信シ就テ參照アラシコトヲ乞フモノナリ(本書本卷民訴四三頁以下評論參照)

刑事訴訟法

仁井田博士

岩田博士

大審院

本書本卷民訴四一頁以下

【同第二點第一二一條ニ所謂他ノ繼屬スル訴訟ニ關スル學說判例】
本書本卷民訴四三頁

【同六點第一二一條ノ中止ニ關スル同趣旨學說判例】

一 訴訟ノ全部又ハ一部ノ裁判ヲ爲スカ爲メニ他ノ繫屬スル訴訟ノ目的物タル法律關係ノ存在ニ付キ裁判ヲ爲スノ必要アル場合即法律關係ノ存否カ訴ノ原因抗辯訴訟成立條件又ハ反訴ニ關スル裁判ノ豫決問題タル場合ニ於テハ裁判所ハ他ノ訴訟ノ完結ニ至ルマテ辯論ヲ中止スヘキモノト謂フヘシ然レトモ他ノ訴訟ノ裁判力中止セル訴訟ニ於テ既判力ヲ有セザルトキハ裁判所ハ其裁判ニ羈束セラルコトナキカ故ニ他ノ訴訟ノ中目的物タル法律關係ノ存否ニ關シ自己ノ意見ニ從ヒテ裁判ヲ爲スコトヲ得ルモノト謂フヘシ(法學博士仁井田博士民事訴訟法學說上卷二八〇頁)

二 訴訟ノ全部又ハ一部ノ裁判ヲ他ニ繫屬シタル訴訟ニ於テ定マルヘキ權利關係ノ成立又ハ不成立ニ關係ヲ有スルトキハ其訴訟ノ完結ニ至ル迄訴訟手續ヲ中止スヘキモノナリ他ノ訴訟力行政訴訟其他特別裁判所ノ訴訟ナルトキモ亦適用アルモノトス而シテ他ノ訴訟ノ裁判力ヲ有スルニ非サルモ參考トナルヘキヲ以テナリ(法學博士岩田一郎氏民事訴訟法原論四九七頁)

三 民事訴訟法第一二一條ハ訓示の規定ニシテ訴訟ノ裁判ニ對シ他ノ訴訟ニ於テ定マルヘキ權利關係ノ成立又ハ不成立カ先決的影響ヲ及ボスヘキト雖モ辯論ヲ中止セルト否トハ裁判所ノ自由ナル意思ヲ以テ定ムヘキモノトス(大審院大正五年(タ第一二〇)號同年四月一日民三部決定本書第五卷民訴一八四頁)

四 民事訴訟法第一二一條ハ裁判所ノ訴訟指揮ニ關スル訓示の規定ニシテ訴訟ノ裁判ニ對シ他ノ訴訟ニ於テ定マルヘキ權利關係ノ成立又ハ不成立カ先決的影響ヲ及ボスヘキト雖モ辯論ヲ中止スルト否トハ裁判所ノ自由ナル意思ヲ以テ定ムルコトヲ得ルモノトス(大審院大正二年一月一日民一部決定本書第二卷民訴三二三頁)

本論文ハ曩ニ大審院ニ於テ爲サレタル大正九年(才)第五五四號事件ノ判決ニ對シテ博士カ批判セラレタルモノニ懸リ其論セラルル所大體ニ於テ判旨ニ賛同セラレタルモノニシテ更ニ該問題ノ微ニ入り細ヲ穿タレタルハ吾人ノ見地ヲ廣ムルモノ少ナカラス該問題ニ關シテハ上述判例ニ對シ既ニ吾人ノ評論シタルモノアリ而モ其趣旨ニ於テ亦博士ノ所論ト符合スルモノタルコトヲ信シ就テ參照アラシコトヲ乞フモノナリ(本書本卷民訴四三頁以下評論參照)

刑事訴訟法

刑 訴

第二編 裁判所

第一章 裁判所の管轄

- 二六〇 飛行機上ニ於ケル犯罪ノ地…………… 刑訴一頁
- 第二章 裁判所職員ノ除斥及ヒ忌避回避
- 四〇〇 判事カ檢事代理トシテ起訴シタル場合ト除斥原因…………… 刑訴五八頁
- 四一〇 證據調申請ノ却下ト忌避ノ原因…………… 刑訴一一一頁

第三編 犯罪ノ捜査起訴及ヒ豫審

第一章 捜査

- 〇 檢事ハ埋葬後ノ死體ノ解剖ヲ命スルコトヲ得ルヤ…………… 刑訴二頁
- 〇 檢事ハ死體ノ解剖鑑定ヲ命スルコトヲ得…………… 刑訴一頁
- 第一節 告訴及ヒ告發
- 五二〇 刑訴五二條ト二〇條トノ關係…………… 刑訴三九頁
- 〇 關稅法犯罪者ニ對スル公訴提起ノ要件……………
- 五四〇 無能力者並ニ法律上代理人ノ告訴權ノ性質並ニ兩者ノ關係…………… 刑訴三九頁
- 〇 控訴申立ニ付キテハ委任ニ因ル代理ヲ認メス…………… 刑訴一頁

第二節 現行犯罪

第二章 起訴

- 六二〇 事件カ豫審ニ繫屬シタル後ト檢事ノ被告人取調ノ權限…………… 刑訴三五頁
- 第三章 變遷
- 第一節 令狀
- 七三〇 拘引狀ニ因リ引致セル被告人ヲ辯護人ナクシテ審理シ得ル範圍…………… 刑訴九六頁
- 〇 刑訴七三條二項及一七八條二項ノ手續ト辯護人届出ノ要否…………… 刑訴九五頁
- 〇 刑訴一七八條二項ニ基ク被告人訊問ト辯護人ノ不出廷…………… 刑訴九五頁
- 八五〇 所謂他人ノ意義…………… 刑訴三五頁
- 〇 第三項ニ所謂他人ト檢事…………… 刑訴九一頁
- 〇 接見禁止中ト檢事ノ接見…………… 刑訴三五頁
- 〇 第三項ニ所謂物件ノ意義ト飲食物…………… 刑訴三二頁
- 〇 飲食物差入ノ禁止…………… 刑訴九一頁
- 〇 豫審中飲食物差入ノ禁止ト訊問調書ノ效力…………… 刑訴三二頁

第二章 密室監禁

第三節 證據

- 九〇〇 聽取書ノ證據力…………… 刑訴八九頁

刑 訴

- 〇 檢事司法警察官告訴人其他關係人ノ作成シタル文書ノ證據力…………… 刑訴七三頁
- 〇 司法警察官カ非現行犯人ニ對シ訊問ノ上作成シタル聽取書ト證據力…………… 刑訴七九頁
- 〇 檢事ノ聽取書ノ證據力…………… 刑訴七三、七四頁
- 〇 風説ノ供述ト證據力…………… 刑訴一〇三頁
- 〇 豫審中飲食物差入ノ禁止ト訊問調書ノ效力…………… 刑訴三二頁

第四節 被告人ノ訊問及ヒ對質

- 一〇〇〇 證據調ノ豫告ト通事ノ通譯…………… 刑訴一二七頁
- 一〇一〇 證據調ノ豫告ト通事ノ通譯…………… 刑訴一二七頁
- 〇 判決宣讀ト通事宣誓ノ要否…………… 刑訴一二六頁

第五節 檢査捜査及ヒ物件差押

- 一〇八〇 控訴申立ニ付キテハ委任ニ因ル代理ヲ認メス…………… 刑訴一一頁

第六節 證人訊問

- 一一二〇 證人カ名ノミヲ自署スルモ署名ナリ…………… 刑訴四頁
- 〇 宣誓書ニハ必スシモ捺印ヲ要セス…………… 刑訴四頁

第七節 鑑定

- 一三五〇 檢事ハ死體ノ解剖鑑定ヲ命スルコトヲ得ルヤ……………

- 〇 檢事ハ埋葬後ノ死體ノ解剖ヲ命スルコトヲ得ルヤ…………… 刑訴一頁
- 〇 檢事ハ死體ノ解剖鑑定ヲ命スルコトヲ得…………… 刑訴一頁

第八節 現行犯ノ豫審

第九節 保釋

第十節 豫審終結

- 一六二〇 事件カ豫審ニ繫屬シタル後ト檢事ノ被告人取調ノ權限…………… 刑訴三五頁
- 一六九〇 法律上ノ理由ヲ欠缺シタル豫審終結決定ノ效力……………
- 一七五〇 一事不再理ノ適用アル免訴ノ決定ハ本案ニ關スル理由ニ基クテ要ス…………… 刑訴二五頁
- 〇 形式的理由ニ基ク免訴ノ決定ト一事不再理ノ原則…………… 刑訴二五頁

第四編 公判

第一章 通則

- 一七八〇 公判裁判長ノ拘引狀發布ノ權限…………… 刑訴九五頁
- 〇 拘引狀ニ因リ引致セル被告人ヲ辯護人ナクシテ審理シ得ル範圍…………… 刑訴九六頁
- 〇 刑訴七三條二項及一七八條二項ノ手續ト辯護人届出ノ要否…………… 刑訴九五頁
- 〇 刑訴一七八條二項ニ基ク被告人ノ訊問ト辯護人ノ不……………

刑 罰

- 出廷……………刑訴九五頁
- 一七九〇辯護人ニ支拂ヒタル報酬ト所謂公訴ニ關スル訴訟費用……………刑訴一〇六頁
- 一八三〇期日外ニ於ケル訴訟行為ノ代理ノ許否……………刑訴八〇頁
- 一八六〇治外法權ヲ有スル者ノ裁判ト公訴ノ受理……………刑訴一三一頁
- 豫審請求書ノ無効ト公訴ノ受理ノ裁判刑訴一二三頁
- 親告罪ト非親告罪ト連續犯ノ關係ニ在リ其親告罪ニ付告訴ナカリシ場合ト公訴ノ受理ノ判決……………刑訴一五五頁
- 二個ノ公訴提起ト公訴ノ受理トノ關係……………刑訴二五五頁
- 裁判管轄決定標準時ト權利拘束中ニ提起セラレタル公訴ノ適否……………刑訴二五五頁
- 一八九〇違法ナル證據調ノ手續ニ關スル實例……………刑訴三〇頁
- 一九八〇取寄書類ノ公判顯出ト被告人ノ意見辯解ノ要否……………刑訴一七頁
- 取寄書類ノ公判顯出ノ方式……………刑訴一七頁
- 違法ナル證據調ノ手續ニ關スル實例……………刑訴三〇頁
- 二〇三〇判決中事實認定ノ部ト法律認定ノ部ト合致セサル場合ノ判決ノ當否……………刑訴一〇四頁
- 原本ヲ作成セスシテ言渡シタル判決ノ效力……………刑訴八五頁
- 贓物還付ノ判示方法ト被害者氏名ノ舉示ノ要否……………刑訴七六頁

- 窃盜罪ト犯罪ノ場所トノ關係……………刑訴八七頁
- 逮捕監禁致死罪ノ判示方……………刑訴五三頁
- 詐欺罪ニヨリ得タル物體ノ種類數量ト判決理由……………刑訴一六頁
- 贓物收受罪ノ判示方……………刑訴一九頁
- 出版法ニ二條適用ノ判示方……………刑訴五七頁
- 二〇四〇原本ヲ作成セスシテ言渡シタル判決ノ效力……………刑訴八五頁

第二章 區裁判所公判

- 二二三〇拘留中ノ被告人ニ對シ公判ニ於テ期日ヲ告知シタル場合期日ノ呼出狀送達ノ要否……………刑訴一八頁
- 二二四〇期日外ニ於ケル訴訟行為ノ代理ノ許否……………刑訴八〇頁
- 控訴申立ニ付キテハ委任ニ因ル代理ヲ認メス……………刑訴一七頁
- 二二〇〇公判期日ト辯護人ノ懈怠……………刑訴一〇〇頁
- 二二五〇私訴ノ時效ト刑訴二二五條ノ法意……………刑訴五一頁
- 二二六〇拘留中ノ被告人ニ對スル公判期日ノ手續……………刑訴五四頁
- 期日外ニ於ケル訴訟行為ノ代理ノ許否……………刑訴八〇頁

第三章 地方裁判所公判

第五編 上訴

第一章 通則

- 二七〇〇上告理由ノ制限……………刑訴六〇頁
- 二九一〇上告理由ノ制限……………刑訴六〇頁

第四章 抗告

- 三〇一〇累犯ノ錯誤ト再審原因……………刑訴二二〇頁

第六編 再審

第七編 大審院ノ特別權限ニ屬スル訴訟手續

第八編 裁判執行復權及ヒ特赦

第一章 裁判執行

- 三三三〇私訴判決ニ基ク執行異議ノ訴ト管轄裁判所……………民訴一二四頁
- 私訴判決ニ基ク請求ニ關スル異議ノ訴ト管轄裁判所……………民訴一二四頁

第二章 復權

第三章 特赦

刑 罰

- 二四二〇被告人ノ控訴ヲ爲シ得ル場合……………刑訴四五頁
- 被告人ノ控訴權並ニ附帶控訴權……………刑訴四五頁
- 被告人及辯護人カ獨立シテ爲シタル上告ト被告人カ上告ヲ取下タル場合ノ效果……………刑訴二一頁
- 二四三〇被告人及辯護人ノ獨立上告ト被告人ノ上告取下ノ效果……………刑訴二一頁
- 二四六〇被告人及辯護人ノ獨立上告ト被告人ノ上告取下ノ效果……………刑訴二一頁
- 上告取下ノ撤回ト判決ノ確定力……………刑訴二二頁

第二章 控訴

- 刑ヲ併科スヘキ罪又ハ併合罪ニ付キ第一審裁判所カ其罪ヲ遺脱シタル場合ト控訴審ノ裁判……………刑訴九二頁
- 二五九〇附帶控訴ノ申立方法……………刑訴一一二頁

第三章 上告

- 二六七〇被告人ニ不利ナル判決ノ意義……………刑訴六〇頁
- 二六八〇上告理由ノ制限……………刑訴六〇頁
- 二六九〇判決中事實認定ノ部ト法律理由ノ部ト合致セサル場合ノ判決ノ當否……………刑訴一〇四頁
- 刑ヲ併科スヘキ罪又ハ併合罪ニ付キ第一審裁判所カ其罪ヲ遺脱シタル場合ト控訴審ノ裁判……………刑訴九二頁
- 山林數筆ノ請求中一筆ノ認定ヲ遺脱シタル判決ト理由不備……………刑訴一八頁

二六〇 同條ノ裁判所ニ於テハ犯罪ノ地又ハ被告人所在ノ地ノ裁判所ヲ以テ豫審及ヒ公判ノ管轄ナリトス

二六一 飛行中ノ飛行機上ニ於ケル犯罪ニ付テハ其犯罪行為ノ當時飛行機ノ通過スル地ヲ以テ犯罪地ト爲スヘキモノトス

二六二 飛行中ノ飛行機上ニ於ケル犯罪ニ付テハ其犯罪行為ノ當時飛行機ノ通過スル地ヲ以テ犯罪地ト爲スヘキモノトス

二六三 飛行中ノ飛行機上ニ於ケル犯罪ニ付テハ其犯罪行為ノ當時飛行機ノ通過スル地ヲ以テ犯罪地ト爲スヘキモノトス

二六四 飛行中ノ飛行機上ニ於ケル犯罪ニ付テハ其犯罪行為ノ當時飛行機ノ通過スル地ヲ以テ犯罪地ト爲スヘキモノトス

二六五 飛行中ノ飛行機上ニ於ケル犯罪ニ付テハ其犯罪行為ノ當時飛行機ノ通過スル地ヲ以テ犯罪地ト爲スヘキモノトス

二六六 飛行中ノ飛行機上ニ於ケル犯罪ニ付テハ其犯罪行為ノ當時飛行機ノ通過スル地ヲ以テ犯罪地ト爲スヘキモノトス

二六七 飛行中ノ飛行機上ニ於ケル犯罪ニ付テハ其犯罪行為ノ當時飛行機ノ通過スル地ヲ以テ犯罪地ト爲スヘキモノトス

二六八 飛行中ノ飛行機上ニ於ケル犯罪ニ付テハ其犯罪行為ノ當時飛行機ノ通過スル地ヲ以テ犯罪地ト爲スヘキモノトス

二六九 飛行中ノ飛行機上ニ於ケル犯罪ニ付テハ其犯罪行為ノ當時飛行機ノ通過スル地ヲ以テ犯罪地ト爲スヘキモノトス

二七〇 飛行中ノ飛行機上ニ於ケル犯罪ニ付テハ其犯罪行為ノ當時飛行機ノ通過スル地ヲ以テ犯罪地ト爲スヘキモノトス

刑事訴訟法

二六 同條ノ裁判所ニ於テハ犯罪ノ地又ハ被告人所在ノ地ノ裁判所ヲ以テ豫審及ヒ公判ノ管轄ナリトス

二六 飛行中ノ飛行機上ニ於ケル犯罪ニ付テハ其犯罪行為ノ當時飛行機ノ通過スル地ヲ以テ犯罪地ト爲スヘキモノトス

飛行中ノ飛行機上ニ於ケル犯罪ニ付テハ其犯罪行為ノ當時飛行機ノ通過スル地ヲ以テ犯罪地ト爲スヘキモノトス

刑訴法第二六條ノ犯罪ノ地(犯罪ノ場所)ト認ムヘキモノトス刑訴法第三〇條ハ同法第二六條ノ一般規定ニ對スル例外規定ナルヲ以テ海船ニ非サル船舶又ハ車輛内ノ犯罪及ヒ飛行機上ノ犯罪ニ之ヲ類推スルヲ許サス(法曹會大正十年一月二十九日決議法曹記事第三一巻第二號五〇頁)

決議ニ賛同ス

四六 検事ハ後ニ記載シタル告訴發見現行犯其他ノ理由ニ因リ犯罪アルコトヲ認知シ又ハ犯罪アリト思料シタルトキハ其證據及ヒ犯人ヲ捜査ス可シ

明治一〇年二月二日大政官布告第二二號 變死ニ係ル屍ヲ警察官吏検査スル時ニ於テ解剖ヲ行ハサレハ其致命ノ原因ヲ確知シ難キ旨醫師申立ル時ハ檢事(檢事派出ナキ地方ハ其地方長官)ノ許可ヲ受ケ其部分ヲ解剖検査セシムルコトヲ得

明治十年太政官布告ニ依ル死體ノ解剖鑑定ハ檢事之ヲ命令スルヲ妨ケサルモノトス

埋葬後ノ死體ヲ解剖スル必要アルトキハ檢事ハ墳墓所有者ノ承諾ヲ得テ發掘ノ上之ヲ解剖セシムルコトヲ得ルモノトス

檢事ハ非現行犯事件ニ付テモ明治十年布告第二二號ニ依リ死體ノ解剖ヲ爲サシムルノ職權ヲ有スルカ故ニ解剖檢査ヲ爲シ得ルモノニ對シ之ヲ囑託シ又ハ命令スルコトヲ得然レトモ解剖檢査ノ命令ニ從ハサルモノアルモ制裁ヲ加フルコトヲ得ス何トナレハ其囑託又ハ命令ニ應セサル者ニ對シ何等カノ強制方法ヲ用フルニ付テハ特別ノ明文ヲ要スルモノナルニ布告第二二號ノ職權ニ對シ何等之ニ關スル明文ヲ置カサレハナリ而シテ墓地ハ所轄警察署ノ取締ヲ受クヘキモノニシテ埋葬改葬等ニ付テモ警察署ノ許可ヲ受クヘキモノナリト雖モ(明治一七年布告第二五號)又墳墓ノ所有ハ民法ニ於テモ之ヲ認ムル所ナルヲ以テ警察上ノ職權ヲ有スル者ト雖モ特ニ法律ノ規定ノ存スルニ非サレハ所有者ノ意ニ反シテ墳墓ヲ發掘スルヲ得ス然レトモ既ニ其承諾アル以上ハ前掲第二二號布告ニ依リ解剖檢査ノ爲メ墳墓發掘ヲ行フカ如キハ正當ノ行爲ナリトス(法曹會大正一〇年一月二九日決議法曹記事第三卷第二號五一頁)

參照判例

- 一 一般搜查處分トシテ墳墓ヲ發掘スルコトヲ得ルヤ否ヤハ議論ノ存スル所ナレトモ權利者ノ承諾アルトキハ之ヲ爲スコトヲ得ルモノト認メサルヘカラス
- 又明治一〇年布告第二二號ハ今日尙カ效力ヲ有スルヲ以テ右ノ場合ハ一般搜查方法トシテ強制處分ヲ有スルヲ以テ右ノ場合ハ一般搜查方法トシテ強制處分ヲ許ス唯一ノ例外ナリト謂フヘシ(法學博士林頼三郎氏刑事訴訟論五五〇頁)
- 二 檢事カ非現行犯タル傷害事件ニ付キ犯罪捜査ノ爲メニ其必要ヲ認メ醫師ヲシテ屍ノ鑑定ヲ爲サシムルハ違法ニ非サルヲ以テ縱令該處分前ノ事項ニ關シテ手續上不法ノ點アルモ醫師ノ爲シタル鑑定ノ無効ニ歸スヘキ謂ナケレハ裁判所カ其鑑定書ヲ斷罪ノ資料ニ供スルハ不法ニ非ス(大審院大正四年(九)第三八六號同五年二月一七日刑二部判決本書第五卷刑訴六二頁)
- 三 非現行犯ノ場合ト雖モ犯罪ノ捜査上必要ナルトキハ檢事ハ持主ノ承諾ヲ得テ墳墓ヲ發掘シ死體ヲ檢査スルノ職權アルモノトス

林博士
大審院

檢事ハ明治一〇年太政官布告第二二號ニ依リ犯罪ノ捜査上醫師ニ死體ノ解剖ヲ命スル職權ヲ有ス故ニ醫師ヲシテ其解剖ノ結果ニ付キ鑑定ヲ爲サシムルハ違法ニ非ス(同上)明治四〇年第一〇九五號同年二月三〇日刑一部判決)

所謂一般搜查ノ範圍方法ニ關シテハ刑事訴訟法ハ何等ノ明文ヲ設ケサルカ故ニ一個ノ問題タルヲ失ハス立法論トシテハ一般の搜查方法トシテモ搜查機關ニ或範圍ノ強制力行使ノ權限ヲ認ムルヲ妥當トスヘシト雖モ解釋論トシテハ何等ノ準則ヲ設ケサルカ故ニ主トシテ國法ノ規定ノ關係ニ於テ其程度範圍ヲ決定スヘク隨テ憲法第二三條第二五條第二六條第二七條ニ反シテ其權限ヲ行使スルコト能ハスト爲ササル可ラス但タ權利者ノ承諾アリタル場合ニ於テ不法性ヲ阻却スルトキハ其範圍ニ於テ搜查ノ目的ヲ達スルニ必要ナル行爲ハ之ヲ爲スコトヲ得ルモノト斷セサルヘカラス然リ而シテ右ノ如ク一般搜查方法トシテハ原則トシテ強制力ヲ行使スルコト能ハサル所ナレトモ死體ノ解剖檢査ニ關シ明治一〇年太政官布告アリ該布告ハ今日尙ホ其效力ヲ有シ右原則觀念ニ對シ唯一ノ例外ヲ爲スモノナルカ故ニ該布告ノ適用ヲ生スヘキ場合ハ強制的處分ヲ許スモノト爲ササル可カラズ從テ論旨第一點ニ對シテハ吾人異論無シ然レトモ右布告ノ規定スル所ハ單ニ變死ニ係ル死體ヲ檢査解剖スル場合ニ關スルモノニシテ埋葬後ノ死體解剖ニ關スル場合ニ在ラサルカ故ニ同上第二點ノ場合ハ最早上記布告ノ適用ヲ生スヘキ場合ニアラス仍テ此場合ハ原則觀念ノ支配ヲ受ケ強制力ヲ行使ス

ルコトヲ得サル所ナリト爲ササル可ラスト考フ此點ニ付テモ吾人賛同ニ躊躇セ

二一ノ二第一項 官吏公吏ニ非サル者ノ署名捺印ス可キ場合ニ於テ捺印スルコト能ハサルトキハ署名ノミヲ爲シ署名スルコト能ハサルトキハ立會人ヲシテ代署セシメ捺印ノミヲ爲シ若シ署名捺印スルコト能ハサルトキハ立會人ヲシテ代署セシム可シ
二二第二項 裁判所書記ハ證人ニ宣誓書ヲ讀開カセ之ニ署名捺印セシム若シ署名捺印スルコト能ハサルトキハ其旨ヲ附記ス可シ

證人カ宣誓書ニ署名スルニハ必スシモ氏及名ヲ自署スルヲ要セス名ノミヲ自署スルコトモ亦署名ニ外ナラサルモノトス

證人カ刑事訴訟法第一二二條ノ第二項ニ依リ宣誓書ニ署名捺印スヘキ場合ト雖モ證人カ署名スルヲ以テ足り必スシモ捺印スルヲ要セサルコトハ刑事訴訟法第一二一條ノ二第一項ノ解釋上當然ノ歸結ナリトス

證人カ宣誓書ニ署名スルニハ必スシモ氏及名ヲ自署スルヲ要セス名ノミヲ自署スル事モ亦署名ニ外ナラズ證人開口トキハ所論陳審問書附屬ノ宣誓書ニ掲タル「證人」ナル語辭ノ下位ニ「とき」ト自署シテ署名ヲ爲シタルモノナルコト記録上明白ナリトス且一人カ刑事訴訟法第一二二條ノ第二項ニ依リ宣誓書ニ署名捺印スヘキ場合ト雖モ證人カ署名スルヲ以テ足り必スシテ捺印スルヲ要セサルコトハ刑事訴訟法第一二一條ノ二第一項ノ解釋上當然ノ歸結ナリトス故ニ論旨ハ理由ナシ(大審院大正九年(九)第二七〇四號同十年二月十六日刑三部編裁判長藤波泉二横村中尾各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審函館控訴院○傷害被告事件○被告人福地誠一辯護人吉田三市郎岡田坂貞雄岡阿保漢次郎同佐々木藤市郎同長方岡助同川口庄藏同芳野源太郎同佐々木重夫

【判旨第一點證人宣誓書ノ署名カ名ノミノ署名ヲ以テ足ルトスル同趣旨判例】

一 本誌上署名ヲ要スル場合ニ於テ署名者ノ名ヲ自署シアル以上ハ其書類ノ真正ニ對スル擔保ハ十分ナリ從テ必スシモ氏ト名ト共ニ自署シタルコトヲ要セス(大審院明治三十四年刑第三卷四七頁)
二 本誌上署名ヲ要スル場合ニ於テ署名者カ其名ノミヲ用キ姓ヲ記セサルモ書面ノ真正ニ對スル擔保ハ十分ナルヲ以テ必スシモ氏ト名ト共ニ自署スルコトヲ要セス(同上明治四二年刑一五五二頁板倉博士大審院)

【同上第二點同趣旨學說判例】

一 署名スルコト能ハサルトキハ捺印ノミヲサシム署名ノミ不能ナルトキ或ハ署名捺印共ニ不能ナルトキハ裁判所書記代署シ後者ノ場合ニ於テハ其旨ヲ附記ス(法學博士板倉松太郎氏刑訴法第一二二條第二項ノ第一第二項)
二 證人ヲシテ宣誓書ニ署名捺印セシムヘキ方式ニ關スル刑事訴訟法第一二二條第二項ノ規定ハ其總則タル同法第二一條カ明治三十二年法律第七三號ヲ以テ改正セラレタル結果トシテ自然改廢ニ歸シタルモノト解スヘキモノナルヲ以テ若シ證人ニ於テ宣誓書ニ捺印スルコト能ハサルトキ又ハ署名スル事能ハサルトキハ書記之ヲ代署シ其代署ノ事由ヲ附記スルヲ以テ足ルヘク捺印スルコト能ハサル事由ヲ附記スル事ヲ要スルモノニ非ラス(大審院人正四年(九)第四九八號同年四月一四日刑三部判決本書第四卷刑訴四一頁)

判旨各點正當ナリ一點宣誓書ニ爲サル證人ノ署名カ姓及名ヲ自署スルコトヲ要スルヤ或ハ名ノミヲ自署スルヲ以テ足ルカニ付キテハ疑ヲ挾ム者アラムモ吾人ハ證人宣誓ノ方式トシテ宣誓書ニ署名捺印ヲ必要トシタルハ畢竟何人カ證人ト爲リシヤヲ明ニセシムル趣旨ナリト解シ所謂名ノミノ署名ヲ認ムルモ證人ノ同一格ヲ案ルモノニアラス從テ法典ノ右ノ趣旨ニ乖離スルモノニアラスト信シ判旨ト同様ニ解セムトス次ニ二點モ多少ノ疑問ヲ容ルル余地アルヘキモ吾人ハ

判旨ト同一卑見ヲ把持スル者ナリ蓋シ刑事訴訟法第一二六條第二項ノ規定ヨリ
スレハ證人ノ宣誓書ニハ證人ノ署名捺印ヲ要スルモ別ニ同法總則編ニ第二一條
ノ二第一項ノ規定アリ此規定ハ明治三二年法律第七三號ニヨリテ改正補充セラ
レタルモノニシテ其結果第一二二條第二項ノ規定ハ自然改廢セラレタルコトト
ナルヲ以テ右第二一條ノ二第二項ノ當然ノ適用上證人宣誓書ニ捺印ヲ要セザレ
ハナリ

四

一三 被告人免訴又ハ無罪ノ言渡ヲ受ケタル場合ニ於テ其訴訟ノ原由告訴人告發人又ハ民事原告人ノ惡意若クハ重
過失ニ出テタルトキハ是等ノ者ニ對シ損害ノ償ヲ要ムルコトヲ得
被告人刑ノ言渡ヲ受ケタルト雖モ告訴人告發人又ハ民事原告人ヨリ惡意若クハ重過失ニ因リ其犯罪ニ付キ過實ノ申
立ヲ爲シタルトキ亦同シ
民事原告人上訴ヲ爲シ敗訴シタルトキハ被告人其上訴ニ因リ生シタル損害ノ償ヲ要ムルコトヲ得
要價ノ訴 本案ノ判決アルマテ何時ニテモ其裁判所ニ之ヲ爲スコトヲ得
民法七〇九 故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責任ス

刑事訴訟法第一三條ハ不法行爲者ノ心的狀態ニ關スル民法第七〇九條ノ規定ノ
例外ヲ定メタルモノニシテ其原則タル民法第七〇九條ニ依レハ行爲者ニ故意又
ハ過失アル場合ニ賠償ノ責任ヲ負擔スルニ反シ刑事訴訟法第一三條ニ在リテハ
惡意又ハ重大ナル過失アル場合ニアラサレハ賠償ノ責任ナキ點ニ於テ例外ヲ明
ニシタルニ止マリ權利侵害ノ原因カ告訴又ハ告發ニ基ク以上ハ其不法行爲ノ成

立スヘキ場合ヲ制限シタルモノニ非ス

刑事訴訟法第一三條第一項ニ所謂被告人カ免訴又ハ無罪ノ言渡ヲ受ケタル場合
トハ獨リ刑事裁判ノミニ限ラス豫審終結決定ニ依リ免訴ノ言渡ヲ受ケタル場合
及檢事ノ不起訴處分アリタル場合ヲモ包含スルモノト解スヘク而シテ後者ノ場
合ニ於テハ其本案ハ刑事裁判所ニ繫屬スヘキモノニアラサルヲ以テ同條第四項
ノ適用ナク要價ノ訴ハ民事裁判所ニ提起スヘキモノトス

刑事訴訟法第一三條ニ所謂重大ナル過失トハ通常人ノ拂フヘキ注意ノ程度ヲ著
シク缺キタル場合換言スレハ輕少ナル注意ヲ拂フコトニ依リ避クルコトヲ得ヘ
キニ之ヲ怠リタル場合ニ生スル過失ヲ指稱スルモノトス

輕少ノ注意ヲ用フルコトニ依リ避ク得ヘキニ拘ハラス之ヲ怠リタルカ爲メニ生
シタル過失ハ即チ重大ナル過失ナルコト勿論ナルヲ以テ過失者カ錯誤其他特別
ナル事情ニ依リ通常人ノ注意ヲ用ユルモ尙避ク得ヘカラサリシ場合ナランニハ
須ラク過失者ニ於テ其事情ヲ主張シテ之カ立證ヲ爲ササル可ラサルモノトス

(一) 然レトモ刑事訴訟法第一三條ハ不法行爲者ノ心的狀態ニ關スル民法第七〇九條
ノ規定ノ例外ヲ定メタルモノニシテ其原則タル民法第七〇九條ニ依レハ行爲者ニ故
意又ハ過失アル場合ニ賠償ノ責任ヲ負擔スルニ反シ刑事訴訟法第一三條ニ在リテハ
惡意又ハ重大ナル過失アル場合ニアラサレハ賠償ノ責任ナキ點ニ於テ其例外ヲ明ニ
シタルニ止マリ權利侵害ノ原因カ告訴又ハ告發ニ基ク以上ハ其不法行爲ノ成立スヘ

キ場合ヲ制限シタルモノニアラス從テ同條第一項ニ所謂被告人カ免訴又ハ無罪ノ旨
 渡テ受ケタル場合及ヒ檢事ノ不起訴處分アリタル場合ヲ包含スルモノト解スルチ
 妥當トスヘク此趣旨ハ疊キニ當院カ判例トシテ示ス所ナリ(大正二年(オ)第一二五號同
 年六月十二日第一民事部言渡判決參照)而シテ後者ノ場合ニ於テハ其本案ハ刑事裁判
 所ニ繫屬スヘキモノニアラサルヲ以テ同條第四項ノ適用ナク要價ノ訴ハ民事裁判所
 ニ提起セラレサルヘカラサルヤ自明ナリ然ラハ原審カ本訴ヲ刑事訴訟法第一三條ニ
 依ル要價ノ訴ナリト解シ同法條ヲ適用シ判斷シタルハ相當ニシテ上告論旨ハ理由ナ
 レ

(二) 然レトモ刑事訴訟法第一三條ニ所謂重大ナル過失トハ通常人ノ拂フヘキ注意ノ
 程度ヲ著シク欠キタル場合換言スレハ輕少ナル注意ヲ拂フコトニ依リ避ケタルコトヲ
 得ヘキニ之ヲ意リタル場合ニ生スル過失ヲ指稱スルモノナルヲ以テ原審カ若シ被控
 訴人(上告人)ニシテ該告訴ヲ爲ス當時多少ノ注意ヲ用フルニ於テハ被控訴人カ當事者
 マシテ直接關與シタル契約ノ内容ニ付キ被控訴人久保田庄作久保田民二郎ニ於テ偽證
 ノ事實ナク又控訴人久保田嘉藤太ニ於テ偽證教唆ノ事實ナキコトヲ知リ得ヘカリス
 ニ拘ハラヌ被控訴人ハ控訴人等ニ該事實アリト虛偽ノ告訴ヲ爲シタルモノナルヲ以
 テ被控訴人カ該告訴ヲ爲スニ付キ假リニ惡意ヲシトスルモ重大ナル過失アリシコト
 明ナリトスヘク云々ト判示スルニ依ルモ上告人ニ重大ナル過失ノ存セシコトノ說明
 ニ何等缺クタル所ナキヲ以テ論旨ハ理由ナシ

(三) 然レトモ輕少ノ注意ヲ用フルコトニ依リ避ケ得ヘキニ拘ハラヌ之ヲ意リタルカ
 爲メニ生シタル過失ハ即チ重大ナル過失ナルコト勿論ナルヲ以テ上告人カ錯誤其地
 特別ナル事情ニ依リ通常人ノ注意ヲ用ユルモ尙避ケ得ヘカリスリ場合ナランニハ
 須ラク上告人ニ於テ其事情ヲ主張シテ之カ立證ヲ爲ササルヘカラス然ルニ原審ニ於
 テ何等其主張ヲ爲シタル形跡存セサルヲ以テ原審カ論旨摘錄ノ如キ當事者間ノ關係
 ニ於テハ輕少ノ注意ニ依リ避ケ得ヘカリス場合ニ該當スルモノト判示シタルハ相當

大審院
 東京控訴院
 9 刑訴)

牧野博士
 富田博士
 板倉博士
 林博士

【關係事項】

上告棄却○原審長野地方裁判所○損害賠償請求事件○上告人久保田樹太郎訴訟代理人辯護士中澤慶根河合康
 一同大内省三郎同原審被告上告人久保田嘉藤太外二人

【判旨第一點刑訴第一三條ト民法不法行為ノ規定トノ關係ニ關スル學說判例】

一 刑事訴訟法第一三條ノ規定ハ不法行為ニ關スル民法ノ規定ノ例外ニシテ即チ要價ノ訴ハ一方ニ於テ公訴ノ繫屬スル裁判所
 ニ提起スルコトヲ得ルノ便宜アル同時ニ(一三條四項)他方ニ於テハ告訴人(即チ不法行為者)ノ惡意又ハ重過失ヲ理
 由トスル場合ニ限リテ之ヲ提起スルコトヲ得ルモノトス(法學博士牧野英一氏刑事訴訟法一五二頁)

二 惡意若クハ重過失ヲ必要トシテ輕過失ノミニテハ不十分ト爲ス此點ハ民法上ノ損害賠償ト異ナル蓋シ民法上ノ損害賠償ハ
 過失ノ輕重ヲ問ハサレハナリ(民法七〇九條)(法學博士富田山壽氏刑事訴訟法要論一三一頁)

三 刑事訴訟法第一三條第一四條ノ兩條ハ損害賠償以外ノ現ニ基ケル法規ニ非サルヤ明カナリ然ラハ民法ノ不法行為ニ因レル
 損害賠償ノ規定ト同一ナルモノヤ明カナリ然ラハ民法ノ不法行為ニ因レル損害賠償ノ原則ノ適用ヲ示セルト同時ニ其適用ヲ制
 限セルモノナリ過失ニ因リテ他人ニ損害ヲ生セシムルハ賠償ノ義務ヲ生スレトモ刑事訴訟法第一三條ノ場合ニ於テハ重過失ニ
 因レルニ非サレハ賠償ノ義務ヲ生セシムルハ賠償ノ義務ヲ生スレトモ刑事訴訟法第一三條ノ場合ニ於テハ重過失ニ
 ル場合ニ非サレハ賠償ノ義務ヲ生セサレハナリ(法學博士板倉松太郎氏刑事訴訟法高義七七頁)

四 刑事訴訟法第一三條ノ規定ハ要價ノ訴ニ實體關係ニ於テ民法不法行為ノ原則ニ對シ實例ヲ定メタル形式關係ニテ私法上ノ
 權利關係ニ付キ刑事裁判所ノ審判ヲ受クルコトヲ得ルモノト爲シタルノ點ニ基ク(法學博士林頼三郎氏刑事訴訟法論七七三頁)

五 刑事訴訟法第一三條ニ依リテ被告人カ告訴人又ハ告訴人等ノ不實ノ申告ニ因リ損害ヲ被リタル場合ニ於テモ其惡意若クハ
 重過失ニ出テタルトキ非サレハ之等ノ對シ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得サルモノナルヲ以テ右刑事訴訟法ノ規定ハ民
 法ノ不法行為ニ關スル通則ノ例外ナリト謂フコトヲ得ヘレ(大審院大正二年カ第一二三號同年六月一二日判決本書第二卷民法
 三三六頁)

六 本條ハ告訴發覺等ニ關シ特別ニ損害賠償ノ責任ヲ定メタル法條ニシテ一般ノ賠償責任ヲ定メタル民法第七〇九條ト軋觸ス
 ルモノニ非サルカ故ニ民法實施ノ後ト雖モ依然其效力ヲ有スルコト勿論ナリ(大審院明治三五年民九卷一七頁)

七 告訴人又ハ告訴人ノ賠償責任ニ關シ本法ニ於ケルカ如ク特別ノ規定存スル以上此規定ニ依ルノ外告訴人ニ對シ損害賠償ヲ
 求ムルコトヲ得ス(同上明治三四年民九卷一〇九頁)

八 民法第七二三條所定ノ名譽回復ニ相當ナル處分ハ本條ノ賠償義務ト並ヒ行ハルヘキモノトス(東京控訴院大正四年最近判
 例集第一五卷二三二頁)

【同上第二點後段檢事ノ不起訴處分アリタル場合ニ於テモ要償ノ訴ヲ提地スルコトヲ得トスル同趣旨判例】

一 相當ノ紳士カ詐欺ノ告訴ヲ受ケ當該官廳ノ取調ヲ受クルカ如キハ縱令不記訴ノ處分ヲ受ケタリトスルモ其名譽ヲ害セラレタルモノトスルニ妨ケナキヲ以テ其告訴カ告訴人ノ惡意又ハ重大ナル過失ニ基因スルキハ告訴人ハ之カ實ニ任セサルハカラサルヤ當然ナリ(大審院大正三年(ワ)第一二三四號同四年三月一日判決本書第四卷民法一四五頁)

【同上第三點刑訴第一三條ニ所謂惡意又ハ重大ナル過失ノ意義ニ關スル判例】

本條ニ所謂惡意若クハ重大ナル過失トハ告訴發見ニ依リ犯罪事實ノ不實ヲ自覺シ若クハ之ヲ自覺セサルコトニ付キ重過失アリトノ義ナリ(東京控訴大正四年法律新聞第一〇〇五號二二頁)

【同上同點刑訴訴訟法第一三條ニ所謂惡意若クハ重大ナル過失ノ存否ノ實例ニ關スル判例】

一 組合ノ會計主任トシテ其職務ニ從事セル者ノ捺印アル收入傳票ニ因リ組合收入金五〇圓ノ不足アルコト明ニシテ且從業ノ誠實ヲササル行動ヲ認メ得キトキハ重大ナル過失ニ於テ其者カ横領シタリト認メタルハ相當ニシテ假リニ横領ノ事實ナシトスルモ右横領ノ告訴カ認メ得キ惡意又ハ重大ナル過失ニ出テ其者カ横領シタリト認メタルハ相當ニシテ假リニ横領ノ事實ナシトスル組合員ノ總會ニ於テ其ノ者ニ對シテ横領ノ嫌疑ヲ開始シテ告訴ノ要ヲ諮リタル事實並ニ總會ノ決議ニ基キ當該官廳ニ告訴シタル事實ハ偶々其者ノ名譽又ハ信用毀損ノ結果ヲ齎シタリトスルモ組合ノ理事者ニ對シテ損害ノ要償ヲ爲スコトヲ得ス(東京地方大正四年(ワ)第一四〇六號同五年六月十九日判決第五卷民法四五頁)

(五)

五四 告訴發見ハ代人ニ委任シテ之ヲ爲スコトヲ得但第五十二條ノ場合ハ此限ニ在ラス

一〇八第一項 被告人ハ臨檢搜索物件差押ノ處分ニ立會ヒ又ハ代人ナシテ立會ハシムルコトヲ得

二四第一項 呼出狀ニハ呼出ヲ受ク可キ者ノ氏名職業住所出頭セシムルコトヲ得ヘキ旨ヲ記載ス可シ

二四二第一項 檢事其他訴訟關係人ハ法律ニ許シタル上訴ヲ爲スコトヲ得

刑事訴訟法上ノ訴訟行爲ハ同法第五四條第一項第一〇八條第二一四條ノ如ク特別ノ例外規定アル場合ヲ除ク外本人自ラ之ヲ爲スコトヲ要シ委任ニ因ル代理ヲ許ササルモノト解スルヲ相當トスルカ故ニ控訴申立ニ付キテモ任意代理ヲ許容シタル明文無キ限り本人自ラ之ヲ爲スコトヲ要シ委任ニ因ル代理ヲ許ササルモノトス

本件控訴ノ申立ハ適法ナリヤ否ヤニ付キ審按スルニ刑事訴訟法上ノ訴訟行爲ハ同法第五十四條第一項第八條第二十四條ノ如ク特別ノ例外規定アル場合ヲ除ク外本人自ラ之ヲ爲スコトヲ要シ委任ニ因ル代理ヲ許ササルモノト解スルヲ相當トス蓋代

【同上參照學說判例】

ニ依リ上訴ヲ爲スコトヲ得ルニモ拘ハラズ公訴附帶ノ私訴ニ限リ代理人ヲ以テ之ヲ爲スヲ得サルノ理由ナク且刑事訴訟上私訴ハ代理人ニ依リ上訴ヲ爲スコトヲ得サル旨ノ規定アルコトナケレハ公訴ニ付テハ代理人ニ依リ上訴ヲ爲シ得サルモ民事訴訟ニシテ代理人ニ依リ上訴ヲ認許スル以上ハ私訴モ又代理人ニ依リ上訴ヲ爲シタル場合ハ適法ニシテ二者ノ間差別アルヘキ謂レナシ是レ即チ代理人ニ依リ爲シタル本件私訴ノ上告ヲ受理審判スル所以ナリ是レ私訴當事者ニ取リテ一大福音ト稱スヘキモノナリ而シテ此ノ判例ノ理由ハ余輩ノ說ニ一ノ論據ヲ與ヘタルモノナリ判例理由ニ曰ク刑事私訴ハ代理人ニ依リ上訴ヲ爲スコトヲ得サル旨ノ規定アルコトナシトハントス而シテ今立法上ノ理由ニ於テ反對說ノ論據ヲ索ムルニ適切ナルモノヲ發見スル能ハズ上訴ノ申立ハ純然タル形式上ノ意思表示ニシテ代理人ヲ任シテ此意を表ハスコトハ刑事訴訟法ノ諸主義ニ毫モ反スルモノナク又此行為タル簡單ナルモノナレハ手續上細細認許ヲ來スノ虞ナケレハ之ヲ禁スヘキ立法上ノ理由存スルコトナシ僅カニ沿革上ノ理由トシテハ獨逸刑事訴訟法第三三三條ノ解釋トシテ存スル消極說カ我民法上ノ解釋トシテ消極說ヲ立ツルノ因襲的論據トス而シテ我法律ハ實體的眞實發見主義ヲ適用スヘキ口頭辯論ニ於テハ罰金以下ノ刑ニ當ルヘキ事件ニ付キテハ代人ヲ出頭セシムルコトヲ許セリ此點ヨリ推究スルモ簡單ナル一片ノ意思表示ニ過キサル上訴ノ申立ヲ爲スニ付キ代人ヲ禁スル法意ニ非サルヤ明ナリト謂フヘキナリ(法學博士板倉松太郎氏刑事訴訟法支義二一六二頁)

- 一 上訴ハ代理人ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ルカ特別ノ明文ナキヲ以テ之ヲ消極ニ解スヘシトスルヲ通說トス(法學博士牧野英一氏刑事訴訟法三八七頁)
- 二 被告人ノ上訴權ハ被告人自身之ヲ行使ス可キモノニ非スト解釋スルヲ通說トス(法學士清水孝藏氏刑事訴訟法論綱四〇六頁)
- 三 私訴判決ニ對スル上訴ハ代理人ニ依リ之ヲ申立ツルモ違法ニ非ス(大審院刑事判決明治四四年二六五頁)
- 四 刑事訴訟法第二四三條ノ被告人ニ代リ上訴ヲ爲スコトヲ得ル辯護人ハ原審ニ於テ被告事件ノ辯論ヲ爲シタルモノナルコトヲ要ス(同上明治三九年一二一六頁)

被告人ハ辯護人以外ノ者ニ委任代理セシメテ上訴ノ申立ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤハ多少ノ争有リ吾人ハ會テ之ヲ疑問トシタル所ナレトモ(本書第三卷刑法一〇七頁評論參照通說)ニ本判旨ノ見解ニ從ヒ之ヲ消極ニ解セント欲スル者ナリ積極論者ハ(一)刑事訴訟法カ第二四三條第二四四條ニ辯護人又ハ法律上代理人ノ上

訴權ヲ明定スルモ之カ爲メニ一般委任ノ代理ヲ否定スヘカラス蓋シ此等ノ法條ハ委任代理ニ關スル規定ニアラサレハ之ヲ根據トシテ本問ヲ消極ニ解スルハ理由ヲ爲ササル所ナレハナリ(二)消極論ニ從ヘハ私訴判決ニ對スル上訴ノ委任ヲモ否定セサル可ラサルニ至リ民事訴訟法トノ權衡ヲ失ス(三)本問ヲ積極ニ解スルモ刑事訴訟法ノ根本原則タル實質的眞實發見主義ニ毫モ違反スル結果ヲ生セス等ノ理由ヲ以テス先ツ其第一點ニ付キ考フルニ吾人ハ第二四三條第二四四條ノ規定ヲ直接ノ根據トシテ本問ヲ消極ニ解セントスルニアラス由來本問ニ關シテハ何等ノ規定無キ所ナレトモ刑事訴訟法ノ精神ヲ歸納シ以テ訴訟行為ノ代理ハ現行法ノ解釋上認メ得ヘカラサルコトヨリ推廣シテ論結セントスルモノナリ即チ刑事訴訟法上訴訟行為ノ主體ハ裁判所檢察被告人其ノ他ノ訴訟關係人ノ三種アレトモ前二者ノ行為ニ付キ所謂代理ヲ認メ得ヘカラサルハ勿論被告人其他ノ訴訟關係人ノ訴訟行為ニ關シテ代理ヲ認ムル場合ハ法典ハ各箇ノ行為ニ付キ一々其規定ヲ設ケタリ(一九條五四條第一項一〇八條一三八條一八六條二一四條)果シテ然ラハ其反面ノ趣旨ヨリ特ニ規定無キ場合ハ訴訟行為ノ代理ヲ認メサルモノナリト爲ササル可ラスト信ス又假ニ積極論者ノ云フカ如ク辯護人ノ上訴申立ハ被告人ノ意思ニ基ク代理ニ因ルモノニアラスト假定スルモ辯護人ノ上訴權ハ被告人ノ明言シタル意思ニ反シテ之ヲ行使スルコトヲ得サル所ナルニ一般的ニ被

告人ノ上訴申立ニ付キ委任代理ヲ認ムルトキハ被告人ノ意思ニ反シテ上訴セラ
 ルル場合アルヘキヲ豫想シ得ヘク以テ第二四三條ノ趣旨ニモ反ス可シト考フ次
 ニ積極論ノ第二ノ理由ニ付キテハ私訴ハ其性質所謂民事訴訟ニシテ而モ之ニハ
 代理ニ關スル明文アルカ故ニ私訴ニ對シテ當然ニ上訴ノ代理ヲ認メラルルノミ
 必ラスシモ此權衡ノ問題ヲ以テ本問ヲ律ス可ラサルナリ最後ニ積極論ノ第三ノ
 理由ハ所謂消極根據ヲ組成スル所ナレトモ單ニ刑事訴訟ノ根本原則ニ反セスト
 爲スノミヲ以テシテハ未タ以テ訴訟行爲ノ代理ヲ積極的ニ認メ得ルトノ理由ト
 爲ラサルモノト思惟セサルヲ得サル所ナラスンハ非ラス

之ヲ要スルニ吾人ハ刑事訴訟法ニ所謂訴訟行爲ニ在リテハ私法上ノ法律行爲ノ
 如ク原則トシテ代理ノ觀念ヲ論定シ得ヘカラス從テ規定ナキ本問ノ場合ハ此原
 則觀念ノ適用上否認スヘキモノナリト解セントス

立法論トシテハ本問ヲ積極ニ斷スルモ其訴訟行爲タル本質ニ反スルコトナク又
 刑事訴訟法ノ如何ナル根本主義ニモ背馳スルモノニアラサレハ却テ之ヲ認ムル
 ヲ可トスヘク偶々改正案カ其第三五四條ニ代人ニヨル被告人ノ爲メノ上訴申立
 權ヲ認メタルハ蓋シ此理由ニ基クモノナルヘシト信ス

一九八 裁判長ハ各證據ノ取調終リタル毎ニ被告人ニ意見アリヤ否ヤナ問ヒ且其利益ト爲ル可キ證據ヲ差出サテ得

六

取寄決定アリタル書類ニシテ取寄ノ上公判ニ顯出セシメタル以上ハ右書類ヲ被
 告人ニ示シテ其意見辯解ヲ徵セサルモ該決定ハ完全ニ履行セラレタルモノニシ
 テ手續上毫モ違法ナキモノトス

取寄書類ヲ公判ニ顯出セシメタリトスルニハ公判ニ於テ右書類ヲ展示シ若クハ
 書類ノ到着ヲ告知シ訴訟當事者ヲシテ之ヲ援用セシメ得ヘキ状態ニ置キタル事
 實ナカルヘカラス單々書類ヲ訴訟記録中ニ編綴スルノミヲ以テ足ラサルモノト
 ス

案スルニ取寄決定アリタル書類ニシテ取寄ノ上公判ニ顯出セシメタル以上ハ右書類
 ヲ被告人ニ示シテ其意見辯解ヲ徵セサルモ該決定ハ完全ニ履行セラレタルモノニシ
 テ手續上毫モ違法アリト謂フヘカラス而シテ取寄書類ヲ公判ニ顯出セシメタリトス
 ルニハ公判ニ於テ右書類ヲ展示シ若クハ書類ノ到着ヲ告知シ訴訟當事者ヲシテ之ヲ
 援用セシメ得ヘキ状態ニ置キタル事實ナカルヘカラス單々書類ヲ訴訟記録中ニ編綴
 スルノミヲ以テ足レリトセス今本件記録ヲ閱スルニ第一審第一回公判ニ於テ裁判所
 カ職權ヲ以テ取寄ヲ決定シタル所論戸籍謄本ニ付キ審理ヲ終結シタル第二回公判ニ
 於テ之ヲ展示シ若クハ其取寄アリタル旨ヲ告知シタル事跡ノ徵スヘキモノナク止マ
 記録第一七四丁ニ編綴シタルノミナレハ右戸籍謄本ヲ公判ニ顯出シタルモノト謂フ
 ヘカラス然ラハ第一審裁判所ハ其爲シタル取寄ノ證據決定ヲ履行セスシテ審理ヲ終
 結シタル違法アリト斷定セサルヘカラス然レトモ第一審公判ニ於ケル上叙ノ如キ證
 據調手續ノ違法ハ第二審裁判所ニ於テ第一審判決ヲ取消スノ理由ト爲スニ足ラサル

コトハ本院判例ノ趣旨ニ於テ既ニ認メタル所ナレハ論旨ハ理由ナシ(大審院大正九年(九)第
二七三五號同年二月二日刑一部末弘裁判長遠藤水本平野中西各判事判決)
【關係事項】 上告棄却原審東京控訴院強姦致傷詐欺被告事件被告人土師宜二郎辯護人探崎直義同米村嘉一郎

七

二三 檢事ハ何レノ場合ニ於テモ被告人ニ對シ呼出狀ヲ發ス可キコトヲ裁判所ニ請求ス可シ
裁判所ハ裁判所書記ナシテ被告人ニ對シ呼出狀ヲ發セシム可シ
裁判所ハ勾留中ノ被告人ニ對スル場合ニ於テモ他ノ被告人ニ對スルト同シク公
判ニ於テ期日ヲ告知シタルトキハ更ニ期日ノ呼出狀ヲ送達スルコトヲ要セザル
ハ勿論監獄官署ニ對シ期日ヲ通知スルコトヲ要セザレハ右期日ノ告知ヲ受ケタ
ル者ニシテ當該監獄官署モ其請求ヲ容レ出廷セシムヘキモノトス從テ當日ニ至
リ被告人カ出廷セザルトキハ被告人カ正當ノ理由ヲ具シ延期ヲ請求セザル限り
缺席ノ事由カ被告人ノ懈怠ニ因ルト監獄官署ノ過失ニ因ルトヲ問ハス裁判所ハ
適法ニ期日ヲ開キ得ヘキモノトス

案スルニ裁判所ハ勾留中ノ被告人ニ對スル場合ニ於テモ他ノ被告人ニ對スルト同シ
ク公判ニ於テ期日ヲ告知シタルトキハ更ニ期日ノ呼出狀ヲ送達スルコトヲ要セザル
ハ勿論監獄官署ニ對シ期日ヲ通知スルコトヲ要セザレハ右期日ノ告知ヲ受ケタル
勾留中ノ被告人ハ監獄官署ニ對シ相當ノ手續ヲ爲シ該期日ニ出廷スル責務アル者ニ
シテ當該監獄官署モ其請求ヲ容レ出廷セシムヘキモノトス故ニ當日ニ至リ被告人カ
出廷セザルトキハ被告人カ正當ノ理由ヲ具シ延期ヲ請求セザル限り缺席ノ事由カ被

八
告人ノ懈怠ニ因ルト監獄官署ノ過失ニ因ルトヲ問ハス裁判所ハ適法ニ期日ヲ開キ得
ヘキヤ論ヲ俟タス今原審公判始末書ヲ閱スルニ裁判長ハ第一回公判ニ於テ次回期日
ヲ指定シ該期日ニ於テ判決ヲ言渡スヘキ旨ヲ告知シタル事述テ確認シ得ヘキヲ以テ
右公判ニ出頭セル被告人ハ該告知ヲ受ケタル者ト解セサルヘカラス然ルニ被告人ハ
前示期日ニ於テ正當ノ理由ヲ説明シ延期ヲ請求スルコトヲ出廷セザリシヲ以テ原
審ハ被告人ノ出廷ナキニ拘ハララス對席判決ヲ言渡シタルハ相當ニレテ毫モ違法ニ非
ス(大審院大正十四(九)第一三節同年二月二十五日刑一部末弘裁判長遠藤水本平野中西各判決)
【關係事項】 上告棄却原審廣島控訴院○放火被告事件○被告人品川順介辯護人中村丁詮

八

二三第一項 刑ノ言渡ヲ爲スニハ罪トナルヘキ事實及ヒ證據ニ依リテ之ヲ認メタル理由ヲ明示シ且法律ヲ適用シ
其理由ヲ付ス可シ
刑法二五六第一項 贓物ヲ收受シタル者ハ三年以下ノ懲役ニ處ス
贓物收受罪ヲ判示スル爲メニハ被告人ノ收受シタル物件ハ何人ノ如何ナル犯罪
行爲ニ因リテ領得セラレタルカ故ニ贓物タルカ換言スレハ原犯罪ノ種類ヲ區別
スルコトヲ要スルニ止マラスシテ原犯罪行爲カ其同一性カ區別セラルル程度ニ
明示スヘキモノトス

大審院大正九年(九)第一三號同年三月二日刑一部判決本書第九卷刑訴二二頁
私ハ判旨ト正反對ノ見解ヲ有スル刑法二〇三條第一項ハ刑ノ言渡ヲ爲スニハ罪トナ
ルヘキ事實ヲ明示スルコトヲ要求スルカ故ニ被告人ノ所爲カ贓物收受罪ニ該當スル
モノトシテ刑ヲ言渡スニハ被告人カ贓物タルコトヲ知リナカラ贓物ヲ受取ツタト云
フ法律現象ヲ事實關係ニ還元シテ明示シナケレハナラヌ然ルニ贓物トハ犯罪ニ因リ

テ領得セラレタ物件ノ謂テアルカラ贓物收受罪ヲ構成スルコトヲ示ス爲メニハ「犯罪ニ因リテ領得セラレタ物件」ヲ收受シタコトヲ明示シテ法律現象ヲ事實化シ單ニ贓物ヲ收受シタト云フノミテハ足ラズ然ルニ犯罪ト云フコトモ「刑法ニ規定セラレタル可罰的行爲」ノ謂テアルカラ贓物收受罪ヲ示ス爲メニハ「何人ノ如何ナル犯罪行爲ニ因リテ領得セラレタ物件」ヲ收受シタルカヲ明示シナケレハナラヌ否原犯罪ノ種類カ區別セラレルニ止マラナイ其同一性マテカ區別セラレルノテアル從テ贓物收受罪ヲ認定スル爲メニハ原犯罪行爲ヲ其同一性カ區別セラレル程度ニ明示シナケレハナラヌ

(法學士藥師寺志光氏法學新報第三卷第二號七〇頁)

【贓物故買罪ニ付キ贓物カ如何ナル犯罪ニ因リテ取得シタルモノナルカヲ判示スル要ナシトスル異趣旨判例】

贓物故買罪ノ刑ノ言渡ヲ爲スニ當リ必スシモ其如何ナル犯罪ニ因リテ取得シタル物ナルカヲ判示スルノ要ナキモ同時ニ贓物ヲ被害者ニ還付スル判決ヲ爲ス場合ニ於テハ其贓物ハ如何ナル犯罪ニ關スルモノナルカヲ認定スルヲ要スルト同時ニ被害者ノ何人ナルカヲ認識スルニ足ルヘキ事實ヲ明示セサル可ラス(大審院大正二年第二七三號同三年三月一四判決本書第三卷刑訴一四頁)

案件ノ問題ニ對シテハ吾人曾テ原犯ノ種類ヲ區別シテ明示スルコトヲ要スルモノニアラスト爲セル者ニシテ(本書四九卷刑法一二節評論參照學士ノ高見ト其所見ヲ異ニシタル所ナリト雖モ吾人ハ今尙ホ吾人ノ卑見ヲ捨ツヘキ所以ヲ識ラサル者ナリ蓋シ處刑判決ニ於テ明示スルコトヲ要スル罪トナルヘキ事實トハ科刑權ノ存在及科刑權ノ範圍ニ法律上影響ヲ及ホスヘキ事實ヲ指稱スルモノナリ然ニ贓物關與罪ニ在リテ如何ナル犯罪ニヨリテ取得横領セラレタルカニヨリテ其科刑權ノ範圍ニ影響アラサルノミナラス本罪ハ素ト犯罪ニヨリテ取得横領セラ

レタル物ニ對シテ成テスル罪ニシテ犯人ノ所爲ニ付テ本罪ノ成立アリト爲スニハ犯人ノ主觀カ其贓物カ如何ナル犯罪ニヨリテ取得セラレタルカノ認識ヲ要セタルナリ果シテ然ラハ贓物罪ニ付テ其罪成立シ科刑權存在スト云ハンカ爲メニハ該物件カ犯罪ニヨリテ取得横領セラレタルモノナルコト竝ニ其物件ヲ犯人カ收受故買牙保運搬寄藏セルコトヲ明示スレハ足ルモノト謂ハサル可ラスト考フ換言スレハ如何ナル犯罪ニヨリ贓物カ取得横領セラレタルカニヨリテ其科刑權ノ存在ニ影響ヲ及ホスモノニアラサル限り如何ナル犯罪ナルカノ原犯ヲ明示スル要ナキモノト解セサルヘカラスト信ス又況ンヤ原犯ノ同一性マ判示スルノ要ナキニ於テオヤ論旨ニ賛同ヲ躊躇ス

(九)

二四三 辯護人ハ被告人ニ代リ上訴ヲ爲スコトヲ得但被告人ノ明言シタル意思ニ反スルコトヲ得ス

二四六 檢察官除ク外上訴ヲ爲シタル者ノ其判決アルマテ何時ニテモ之ヲ取下クルコトヲ得

被告人カ有罪ノ判決ヲ受テ該判決不服ノ旨ヲ以テ辯護人ト相前後シテ各獨立ノ上告申立ヲ爲シタルモ被告人ハ其後該判決ヲ相當トシ其裁判ニ服從スル旨ヲ以テ上告取下書ヲ提出シタルトキハ被告人ノ上告申立ハ此時ニ於テ全然消滅ニ歸シタルト同時ニ右辯護人ノ爲シタル上告申立モ亦同時ニ其成立ヲ喪失シタルモノト認ムヘキモノトス

被告人ノ提出シタル上告取下書カ其本意ニアラザリシ旨ヲ以テ該取下書ノ撤回ヲ需ムル趣旨ノ上申書即上告取下書ノ取下書ヲ提出シタルモ上告申立書ハ一旦適法ニ之レカ取下ヲ爲シタル以上之レト同時ニ其成立ヲ喪ヒ當該判決ハ茲ニ直ニ其確定ヲ發生スヘキ筋合ナルヲ以テ右被告人ノ提出ニ係ル取下書ノ取下ニ因リ確定判決ノ效力ヲ左右スルコトヲ得サルハ勿論ナルト同時ニ被告人ノ右上申書ノ提出アリタルカ爲メ一旦其成立ヲ喪ヒタル辯護人ノ上告申立モ復活スヘキ謂ハレナキモノトス

案スルニ刑訴訴訟法第二四三條ニハ辯護人ハ被告人ニ代リ上訴ヲ爲スコトヲ得但シ被告人ノ明言シタル意思ニ反スルコトヲ得ズト規定シアルヲ以テ辯護人ハ獨立シテ被告人ノ爲メ上訴ヲ爲ス權限ヲ有スルコト明瞭ナルモ而カモ被告人ノ明言シタル意思ニ背反スルコトヲ得サルモノナルコト勿論ナリトス因テ今本件ニ付キ所論辯護人ノ爲シタル上訴カ果シテ被告人ノ明言シタル意思ニ背反セサルヤ否ヤノ點ヲ査スルニ記録ノ記載ニ依レハ被告ハ本件ニ付大正九年十二月十五日廣島控訴院ニ於テ有罪ノ判決ヲ受ケ同月十八日該判決不服ノ旨ヲ以テ辯護人ト相前後シテ各獨立ノ上告申立ヲ爲シタルモ越ヘテ同月二十一日被告ハ原判決ヲ相當トシ該裁判ニ服從スル旨ヲ以テ上告取下書ヲ該院ニ提出シタルヲ以テ叙上同月十八日ニ於ケル被告ノ上告申立ハ此時ニ於テ全然消滅ニ歸シタルト同時ニ右辯護人ノ爲シタル上告申立亦同時ニ其成立ヲ喪失シタルモノト認ムルヲ相當トスヘシ何トナレハ被告ハ現ニ原判決ヲ相當トシ其制裁ニ服從スル旨ヲ明言シ該上告ノ取下ヲ爲シタルモノナレハ該判決ヲ不當トシ之レカ破毀ヲ主張スル辯護人ノ上訴申立ハ顯ニ被告人ノ明言シタル意思ニ背反スルモノナルコト毫モ疑義ヲ辨ムノ餘地ヲ存スル所ナケレハナリ但シ其後同月二十

三日ニ到リ被告ハ更ニ同月二十一日提出シタル上告取下書カ其本意ニアラザリシ旨ヲ以テ該取下書ノ撤回ノ需ムル趣旨ノ上申書即上告取下書ノ取下書ヲ提出シタルモ上告申立書ハ一旦適法ニ之レカ取下ヲ爲シタル以上之レト同時ニ其成立ヲ喪ヒ當該判決ハ茲ニ直ニ其確定ヲ發生スヘキ筋合ナルヲ以テ右被告人ノ提出ニ係ル取下書ノ取下ニ因リ確定判決ノ效力ヲ左右スルコトヲ得サルハ勿論ナルト同時ニ被告人ノ右上申書ノ提出アリタルカ爲メ一旦其成立ヲ喪ヒタル辯護人ノ上告申立カ復治スヘキ謂レナキコト是亦論ヲ要セザル處ナルヲ以テ何レヨリスルモ辯護人ノ本件上告ハ法律上適法ニ成立セザルモノトス(大審院大正十年(九)第七〇號同年三月八日刑一部末弘裁判長遠藤水本平野中西各判事判決)

【關係事項】

【判旨第二點同趣旨判例】

一 辯護人ハ被告人ニ代リテ上訴ヲ爲スコトヲ得ルニ過キサレハ被告人及辯護人各別ニ控訴ノ申立ヲ爲シタルトキト雖モ二個獨立ノ控訴成立スルモノニアラス裁判所ハ之ヲ一個ノ控訴トシテ審理判決スヘキモノトス
 被告人ノ控訴申立カ期間經過後ニ係ルモ辯護人ノ同申立ニシテ有效ナル以上控訴ハ被告人ノ爲メ適法ニ成立スルヲ以テ同シク一個ノ控訴トシテ審理判決スヘキモノトス(大審院大正五年(九)第二九〇九號同六年二月九日刑一部判決本書第六卷刑訴一三頁)

二 上訴ノ取下ハ當事者ノ特權ニ屬シ一旦當事者ヨリ其取下ノ旨ヲ公言シタル上ハ當然其時ヨリ取下ノ效力ヲ生シ前ノ上訴申立ハ全ク無効ニ歸スルヲ以テ其後取下ノ引戻願ヲ爲スト雖モ上訴權ハ業ニ既ニ喪失シタル故ニ其引戻願ニ對シ書記課ヲ允許ノ旨ヲ附記シタルモ喪失シタル上訴權ヲ回復スルコトヲ得ズ(同上明治二五年刑部判決錄第二卷五八頁)

三 控訴ノ取下ハ其性質控訴權ノ拋棄ニシテ控訴權ノ拋棄ハ控訴權ノ消滅ヲ來スヘキモノナレハ右意思表示ニシテ裁判所ニ到達シタル以上ハ取下ノ效力ハ完全ニ發生シ最早之ヲ取消スヲ得サルモノトス
 控訴ヲ取下ケタルトキハ絕對ニ控訴權ヲ喪失セルヲ以テ控訴期間内再ヒ控訴申立ヲ爲スモ控訴權ヲ回復スルモノニ非ス(東京控訴大正五年(九)第二四七號同年六月一〇刑二部判決本書第五卷刑訴一〇九頁)

【同上參照學說判例】

一 取下ハ上訴權ヲ喪失スル效力ヲ生ス但不適法ノ上訴申立ニ付テハ此效力ヲ生セス刑事訴訟法ニ於テハ民事訴訟第三九九條

牧野博士

富田博士

板倉博士

林博士

田山判事

大審院

大審院判

ノ如キ明文ナキモ取下ナル處分カ何等ノ效力ヲ發生セサルモノト認ムルヲ得ス故ニ上訴權喪失ノ結果ヲ生シ上訴期間内ト雖モ再ヒ上訴ヲ爲スヲ得ス又上訴期間後ハ原裁判ヲ確定セシム(法學博士豊島直道氏修正刑事訴訟法新論七二二頁)

二 取下アリタルトキハ即時ニ裁判確定ス其ノ取下ヲ爲シタル場合ニ於テ上訴期間尙存スル場合ト雖モ上訴權喪失ノ結果ヲ來タスモノトス(法學博士牧野英一氏刑事訴訟論三六七頁)

三 上訴ノ取下ハ之ヲ上訴ノ權利ニ就テ觀察スレハ上訴申立後ニ於ケル上訴權ノ拋棄ナリ然レトモ上訴ノ取下中ニハ上訴申立前ノ上訴權ノ拋棄ヲ包含セズ故ニ我現行法上上訴申立後ノ上訴權ノ拋棄ヲ認ムルモ上訴申立前ノ上訴權ノ拋棄ヲ認ムルコトヲ得ス(法學博士富田山藤氏最近刑事訴訟法要論下卷一六九頁)

四 上訴取下ノ效力(下)ノ如シ一、相手方ノ獨立ノ上訴ナキ以上ハ事件ヲシテ上訴裁判所ノ繫屬ヲ離レシム從テ上訴裁判所ハ審理ヲ續行スル能ハス二、取下後猶、上訴期間ヲ存スルモ同一當事者ハ再ヒ上訴ヲ爲ス能ハス三、附帶上訴ヲ消滅セシム之レ附帶上訴ハ上訴ノ存在ヲ以テ其成立條件トスルカ故ニ成立條件タル上訴ノ消滅後ニ於テ附帶上訴ノミ其存在ヲ持續スル能ハサレハナリ然レトモ獨立ノ上訴ト同視スヘキ附帶上訴ニハ影響ナシ例(ハ)控訴期間内ニ於テ檢事ノ爲シタル附帶上訴ノ如シ四、相手方ノ上訴ナキニ於テ原判決ヲ確定セシム(法學博士板倉松太郎氏刑事訴訟法要義二一九八頁)

五 上訴ノ取下ヲ爲ストキハ上訴期間尙存スル場合ト雖モ之ニ因リテ其者ノ上訴權ヲ喪失セシムル結果ヲ生スルカ故ニ更ニ上訴ヲ爲スコトヲ得サルモノトス民事訴訟法第三九九條第二項ハ特ニ此事ヲ明言シタリ刑事訴訟法ニハ其明文無シト雖モ同様ニ解釋セラルルモノトス(法學博士林頼三郎氏刑事訴訟法論六五九頁)

六 一旦上訴ノ取下ヲ爲シタル以上ハ之ト同時ニ上訴權ヲ喪失スルノ效力ヲ生スルカ故ニ其後仍ホ上訴期間ノ存スル場合ニ於テ再ヒ上訴ヲ爲スコト能ハサルナリ(判事田山卓爾氏實例刑事訴訟法要義三七〇頁)

七 上訴ヲ爲シタル被告人カ之ヲ取下ケタルトキハ從令其取下ハ上訴期間内ナリト雖モ被告人ハ之ニ依リテ上訴權ヲ喪ヒ原判決ハ確定スヘキモノトス(大審院大正三年二月十六日刑二部判決本書第三卷刑訴二頁)

八 控訴ノ取下ハ控訴權ノ拋棄ニ外ナラサレハ被告人ニ於テ一タヒ控訴ノ取下ヲ爲シタル以上ハ法定ノ控訴期間内ト雖モ之ヲ取消シ更ニ控訴權ヲ行フコトヲ得ス(同民事判決錄三十八年三四九頁)

吾人ハ判旨ノ見解ヲ正當ナリト信ス

(一〇)

一七五第一項 豫審ニ於テ被告人免除ノ言渡ヲ受ケ其決定確定シタルトキハ罪名ノ變更アルモ同一ノ事件ニ付キ再ヒ上訴ヲ受ケタルコトナカル可シ但新ナル證據アルトキハ此限ニ在ラス

一八六第二項 裁判所ニ於テ職權ヲ以テ管轄適又ハ公訴受理ス可カラサル言渡ヲ爲スコトヲ得

同一被告人ニ對シ同一犯罪事實ニ付前後二個ノ公訴提起セラレタル場合ニ於テ

訴ヲ受理スヘキモノニアラスト爲スハ絕對ニ其公訴ヲ以テ不合法ナリトハル後事由ニ基クモノニアラストシテ唯權利拘束中ナルカ爲メ不合法ナリト云フニ過キサルヲ以テ後訴ノ提起當時ハ縱令權利拘束中ナリトスルモ裁判當時ニ於テ其事由既ニ消滅シタル場合ニハ後訴ハ最早之ヲ不合法ト爲スヘキ理由ナキニ歸スルモノトス

裁判管轄ニ付テハ起訴當時ヲ標準トシテ其適否ヲ定ムヘキモノナレトモ是レ起訴ノ當初ニ於テ管轄權ヲ有セサル裁判所カ後日之ヲ有スルニ至ルコトハ法ノ認メサルニ職由スルモノニシテ權利拘束中ニ提起セラレタル公訴ノ適否ヲ定ムヘキ場合トハ其趣ヲ異ニスルモノトス

刑事訴訟法第一七五條第一項ノ規定ハ免訴ノ決定カ本案ニ關スル理由ニ基キタル場合ニ關スルモノニシテ形式的ノ理由ニ依リタル場合ヲ包含セサルモノト解スルヲ正當ト爲スヲ以テ公訴ハ受理スヘキモノニアラストノ形式上ノ理由ノ下ニ免訴ノ決定アリタル場合ニ於テ更ニ同一事實ニ付公訴ヲ提起シタルハ毫毛違法ニアラサルモノトス

然レトモ同一被告人ニ對シ同一犯罪事實ニ付前後二箇ノ公訴提起セラレタル場合ニ於テ後訴ヲ受理スヘキモノニアラスト爲スハ絕對ニ其公訴ヲ以テ不合法ナリトスル事由ニ基クモノニアラストシテ唯權利拘束中ナルカ爲メ不合法ナリト云フニ過キサルヲ以テ後訴ノ提起當時ハ縱令權利拘束中ナリトスルモ裁判當時ニ於テ其事由既ニ

消滅シタル場合ニハ後訴ハ最早之ヲ不適法ト爲スヘキ理由ナキニ歸スルモノト謂ハサルヘカラス當院カ明治四十二年(レ)第二三九號事件ノ判決(明治四十三年二月二十八日宣告)ニ於テ公訴不受理ノ判決ニ對シテハ被告ヨリ上訴ヲ提起スル能ハサルカ故ニ檢事ハ該判決ノ確定前上訴ヲ爲サシテ更ニ起訴ノ手續ヲ爲スモ不法ニアラサル旨判示シタルハ亦叙上ノ理由ニ基クモノナルコトヲ看取スルヲ得ヘク豫審ニ於ケル公訴不可受理ノ理由ニ基ク免訴決定ノ場合ニ於テモ其軌ヲ異ニスヘキ理由アルヲ見ス若夫裁判管轄ニ付テハ起訴當時ノ標準トシ其適否ヲ定ムヘキモノナルコトハ上告所論ノ如ク當院判例ノ認ムル所ナルモ是レ起訴ノ當初ニ於テ管轄權ヲ有セサル裁判所カ之ヲ有スルニ至ルコトハ法ノ認メサルニ職由スルモノニシテ權利拘束中ニ提起セラレタル公訴ノ適否ヲ定ムヘキ場合トハ其趣ヲ異ニスルヲ以テ彼是同律ニ論スルヲ得サルモノトス又刑事訴訟法第一七五條第一項ノ規定ハ免訴ノ決定カ本案ニ關スル理由ニ基キタル場合ニ關スルモノニシテ形式的ノ理由ニ依リタル場合ヲ包含セザルモノト解スルヲ正當ト爲スヲ以テ本件ノ如ク公訴ハ受理スヘキモノニアラストノ形式上ノ理由ノ下ニ免訴ノ決定アリタル場合ニ於テ更ニ同一事實ニ付公訴ヲ提起シタルハ尠モ違法ニアラス從テ原審カ本件殺人ノ點ニ付公訴不受理ノ判決ヲ爲ササリシハ相當ニシテ論旨ハ理由ナシ(大審院大正九年(レ)第一六〇二號同年三月十日刑二部裁罰長爲見堀田相原中尾各判事判決)

【關係事項】 上告棄却(原審東京控訴院○詐欺殺人死體損壞死體遺棄被告事件)被告人山田憲辯護人宮島次郎同竹内金太郎同赤井幸夫同小川契式同中村泰治同岡田庄作同角岡知良同鶴澤總明

【前々審判決】

豫審判事カ被告事件ニ付キ免訴ノ決定ヲ爲シタルトキハ檢事ハ之ニ對シテ抗告ヲ爲スコトヲ得ヘク又此決定ハ其抗告ノ期間内ハ勿論若シ抗告アリタルトキハ抗告審ノ決定アルマテ執行力ヲ生セサルコトハ刑事訴訟法第一七二條及第一七四條ノ規定スルトコロナリト雖モ豫審判事カ公訴提起ノ條件ニ欠缺アルコト理由トシテ免訴ノ決定ヲ爲シタル場合ニ於テハ該決定ハ實體的確定力ヲ生スルモノニ非サルカ故ニ一事不再理ノ原則ハ其適用ナキモノトス(東京地方大正八年一月二日刑二部判決本卷第八

卷刑訴一五頁)

【前審判決】

刑事訴訟法第一七五條ハ之ヲ同法第一六五條ニ對照シ且其第一項中特ニ「新ナル證據アルトキハ此限ニ在ラス」ト規定セルニ據ルニ豫審判事カ犯罪ノ證據十分ナラストノ理由ニ因リ其實體の確定力ヲ生スヘキ免訴決定ヲ爲シタル場合ニノ適用セラルル旨ナリト解スルヲ正當トシ同一事件カ既ニ他裁判所ニ權利拘束ノ效力ヲ生シタルカ故ニ之ヲ免訴決定スヘキモノニ非ス由テ以テ免訴決定ヲ爲シタル場合ハ之ニ該當セス從テ一事不再理ノ原則ハ之ヲ適用スヘキモノニ非ス豫審判事カ被告事件ニ付キ免訴ノ決定ヲ爲シタル場合ニ於テハ其決定ハ抗告ノ期間内執行力ヲ生セサル所ナレハ該免訴決定ノ確定前タル抗告期間内ニ於テ更ニ同一事件ニ付公訴ノ提起アリタルトキハ形式上前後二個ノ訴併立シテ後訴ハ當ニ不適法ナルカ如シト雖モ元來二個ノ訴カ併立スル場合ニ於テ後訴ヲ不適法ト爲ス所以ハ前訴ノ權利拘束ノ效力トシテ後訴ノ繫屬ヲ不法タラシムルカ爲メニ外ナラス而シテ之カ適否ハ裁判ヲ爲ス當時ノ狀態ヲ標準トシテ決スヘキモノナルカ故ニ公訴提起ノ當時ニ在リテハ二個ノ訴併立シタルトスルモ前訴ニシテ不適法ナルカ爲メ公訴受理スヘカラスモノトシテ却テラレ其裁判確定シテ權利拘束消滅シタル以上ハ前訴ハ初ヨリ其存在ヲ失ヒ後訴ヲ不適法ナラシムヘキ障礙却セラレタルカ故ニ後訴ハ其提起當時ニ適リテ適法ニ繫屬シタルモノト斷定スルヲ相當トス(東京控訴院大正九年(レ)第四號同年一月二日刑二部判決本卷第九卷刑訴五四頁)

【判旨第一點第三點參照學說】

一 權利拘束ノ效力ハ原告カ一定ノ被告人ニ對シテ裁判所ニ事件ノ目的物ニ付キ訴フルニ因リテ生スルモノナレハ此ノ三個ノ訴訟主體及目的物ノ間ニ訴訟上ノ結合關係ヲ生セシムルモノナリ故ニ公訴ノ提起ハ此結合關係ヲ成立セシメ其關係ノ内容ヲ限定スルノ行爲ナリトス是ヲ以テ法律ニ直接ノ明文ナキモ權利拘束中ニ同一ノ被告人ニ對シテ同一事件ニ付キ新ニ公訴ヲ提起スルヲ得ス又初メノ公訴カ不適法ナルモノナリトニ權利拘束ノ效力ヲ生スレハ此公訴カ結局ニ處分セラレタル後ニ非サレハ他ノ公訴ヲ同一事件ニ付キ提起スルヲ得ス是故ニ若シ權利拘束中同一事件ニ付キ更ニ公訴ヲ提起シタルトキハ第二ノ訴ハ不成立ニシテ權利拘束ノ效力ヲ生セスト云フ能ハス此適法ナル第二ノ公訴モ亦權利拘束ノ效力ヲ有ス然レトモ權利拘束中同一裁判所ニ同一ノ物ヲ爲セハ第二ノ公訴ハ公訴不受理ノ判決ニ依リ處分セラレ他ノ裁判所ニ同一ノ訴ヲ爲セハ第二七條ニ依リ管轄權ヲ爲ササルヘカラス是レ被告人ハ同一事件ニ付キ同時ニ二個以上ノ公訴ヲ受ケサルノ權利アリ裁判所モ亦同時ニ同一事件ニ付キ二個以上ノ公訴受理スルヲ得サレハナリ(法學博士島直道氏刑事訴訟法新論五四頁)

二 全ク同一ノ事實ニ付キ二回ノ起訴アリタル場合モ連續犯ノ各行爲ニ付キ各別ノ起訴アリタル場合ニ同シテ裁判所ハ之ヲ併合シテ審理スルニ於テハ一個ノ有罪判決ヲ以テ其權利拘束ノ結局ヲ全フスコトヲ妥當トス(法學博士牧野英一氏法學志林第一九卷第一二頁本卷第六卷刑訴一六四頁)

島島博士

博牧士野
27 (刑訴)

三 檢事カ或何等カノ原因ノ爲メ(例之權利拘束ナルコトヲ知ラスシテ)之ヲ敢テシテ第二ノ公訴提起モ反對ノ明文ナキ限リハ第一ノ公訴提起ト同シク完全ナル形式ノ權利拘束ヲ生シ裁判所ハ此第二ノ公訴提起ニ對シテ第一ノ公訴提起ニ對スルト同シク何等カ裁判ヲ下ササル可カラサルニ至ル而シテ第二ノ公訴提起ニ對シテ第一ノ公訴提起ノ判決力一個ノ犯罪ニ對シテ二重ノ公訴權有スルモノニ非サルコト規定ヲ俟タスシテ明瞭ナルヲ以テ此場合ニ於テハ第二ノ公訴ハ裁判所ニ對シテ受理スルコトヲ得ス即チ裁判所ハ第二ノ公訴ニ對シテハ之ヲ受理セサル旨ノ言渡ヲ爲ササル可ラス(法學博士富田山壽氏刑事訴訟法要論九三九頁)

四 公訴不受理ノ判決確定前同一公訴ヲ提起スルハ不合法ナレトモ第一公訴ヲ受理セストノ判決ノ確定ト同時ニ適法ノ起訴ニ變更スルモノナリ(法學博士板倉松太郎氏法學志林第二〇卷第一號本書第七卷刑訴三一頁)

五 權利拘束ノ範圍中同一ノ事件ニ付キ更ニ公訴ヲ提起スルコトヲ得ス蓋一個ノ科刑權ノ確定ヲ目的トシテ二重ノ裁判ヲ得ルノ必要ナルヲ以テナリ故ニ同一ノ裁判所ニ同一事情ヲ再ヒ起訴シタルトキハ公訴不受理ノ判決ヲ爲スヘク別個ノ裁判所ニ更ニ公訴ヲ提起シタルトキハ其裁判所ハ管轄選ノ判決ヲ爲スヘキモノトス(法學博士林顯二郎氏刑事訴訟法論三二二頁)

六 權利拘束發生シ且繼續中ハ權利拘束ノ效力ハ裁判所當事者ノ凡テニ對シテ生ス檢事ハ一旦爲シタル公訴ヲ取下クル事ヲ得ス又同一事件ニ就キ更ニ公訴ヲ提起スルヲ得ス裁判所ハ同一事件ニ就キテハ更ニ本條ノ裁判ヲ爲ササルニシテ檢事ニ對シテ同一事件ニ就キ更ニ同一裁判所ニ公訴ヲ提起シタルトキハ第二ノ公訴ニ就イテハ公訴不受理ノ裁判ヲ爲ササルヘカラス尤モ第一ノ公訴不合法ニシテ第二ノ公訴適法ナル場合ニ於テハ第一ノ公訴ニ就キ公訴不受理ノ言渡ヲ爲シ第二ノ公訴ニ就キ本條ノ審理ヲ爲スヘキモノトス或ハ第二條公訴ノ併合審理ヲ爲スヲ要ストノ說アルモ探ラス(ドクトルニリス岡田庄作氏刑事訴訟法原論三六六頁)

刑法第一九〇條ニ所謂遺骨トハ死者ノ祭祀若クハ紀念ノ爲メニ保存シ又ハ保存スヘキ遺骨ヲ云ヒ死者ノ遺族其他遺骨ヲ處分スルノ權限ヲ有スル者カ風俗習慣ニ從ヒ正當ニ處分ニ從ヒ正當ニ處分シタルモノハ所謂遺骨ニアラザレハ之ヲ領得スルモ前記法條ノ犯罪ヲ構成セサルモノトス

二〇三 刑ノ言渡ヲ爲スニハ罪トナルヘキ事實及ヒ證據ニ依リテ之ヲ認メタル理由ヲ明示シ且法律ヲ適用シ其理由ヲ付ス可シ

刑法一九〇 死體遺骨遺棄又ハ棺内ニ藏置シタルモノヲ損壞遺棄又ハ領得シタル者ハ三年以下ノ懲役ニ處ス

死者ノ遺族其他遺骨ヲ處分スルノ權限ヲ有スル者カ風俗習慣ニ從ヒ正當ニ處分セシモノナルヤ否ヤハ遺骨領得罪ノ成否ニ關スル重要ノ事項ナレハ被告人ニ右犯罪アリトシテ之ヲ處罰スルニハ其點ヲ明確ニ判示スルノ要アルモノトス

案スルニ刑法第一九〇條ニ所謂遺骨トハ死者ノ祭祀若クハ紀念ノ爲メニ保存シ又ハ保存スヘキ遺骨ヲ云ヒ死者ノ遺族其他遺骨ヲ處分スルノ權限ヲ有スル者カ風俗習慣ニ從ヒ正當ニ處分シタルモノハ所謂遺骨ニアラザレハ之ヲ領得スルモ前記法條ノ犯罪ヲ構成セサルコトハ本院カ明治四十三年(九)第一六四六號遺骨領得上告事件ニ付判示セル所ニシテ死者ノ遺族其他遺骨ヲ處分スルノ權限ヲ有スル者カ風俗習慣ニ從ヒ正當ニ處分セシモノナルヤ否ヤハ遺骨領得罪ノ成否ニ關スル重要ノ事項ナレハ被告人ニ右犯罪アリトシテ之ヲ處罰スルニハ其點ヲ明確ニ判示スルノ要アルモノトス然ルニ原判決ニハ「被告ハ右火葬場ニ於テ自己ノ取扱ヒタル火葬人ノ遺骨ニシテ死者ノ遺族又ハ親族等ノ納付セサル殘餘ノモノ若クハ納骨ニ來ラサルモノ及燒ケタル腦漿等數人分ノ幾分ツツチ密カニ火葬場内ノ柵ノ上ニ隠匿シ以テ之ヲ領得シタルモノナリト判示セルノミニシテ被告ノ領得シタルモノカ總テ死者ノ遺族其他遺骨ヲ處分スルノ權限ヲ有スル者ニ於テ最早死者ノ遺骨トシテ之ヲ保存スルノ意ナク火葬場内ニ放置セシモノナルヤ否ヤ即チ風俗習慣ニ從ヒ正當ニ處分セシモノナルヤ否ヤ之ヲ知ルニ由ナク從テ原判決ノ擬律ノ當否ヲ判斷スルニ由ナケレハ原判決ハ事實理由不備ノ不法アルモノニシテ全部破毀ヲ免レス(大審院大正十年(九)第五九號同年三月十四日民二部勸裁判長鶴見堀田相原中尾各判事判決)

【關係事項】 破毀移送○原審札幌地方裁判所○遺骨領得被告事件○被告人近藤留太郎辯護人山田辰之進

【判旨第一點遺骨ノ意義ニ關スル參照學說判例】

一 遺骨トハ墳墓ニ安置セラルヘキ人ノ骸骨片ヲ謂フ故ニ信教上ノ良心ニ照シテ之ヲ墳墓ニ安置スルヲ要セサル人ノ骸骨片

片ノ如キハ本罪ノ客體タルヘキモノニ非ス故ニ例ヘハ數百年ヲ經タル古戰場ニ遺棄シアル骨片ノ如キ又標本トシテ賣買セラルル醫家使用ノ骸骨ノ如キハ本罪ノ客體タルヘキモノニ非ス(法學博士大場茂馬氏刑法各論下卷五二一頁)

二 遺骨等ニ付テモ火葬場ノ灰燼中ニ遺留セルモノヲ領得スルカ如キハ亦罪トナラス(法學博士牧野英一氏日本刑法五一頁)

三 遺骨及遺髮ヲ本罪ノ目的タルコト其未タ宗教的觀念ヲ消失セサルモノタルヲ要ス故ニ例ヘハ博物館ニ陳列シタル遺骨又ハ販賣ノ目的ヲ以テ所持スル遺骨遺髮ノ如キハ本罪ノ客體タルヲ要ス(法學博士山岡萬之助氏刑法原理六三八頁)

四 遺骨又ハ遺髮トハ埋葬シ又ハ埋葬スヘキ骨又ハ毛髮ヲイフ而シテ此二者モ亦吾人ノ宗教的觀念内ニ入り來リタルモノナルヲ要ス故ニ宗教上ノ關係ヲ離レ賣買其他ノ目的ヲ變シタル以上ハ茲ニイフ遺骨又ハ遺髮ニ非ス例ヘハ博物館室ニ備付ケラレタル人骨ノ模型又ハ蠶尾ニ陳列セラルモ髮ノ如シ(トクトル)ニリス岡田庄作氏刑法原論各論四二二頁)

五 刑法第一九〇條ニ所謂遺骨ハ死者ノ祭祀若クハ紀念ノ爲メ之ヲ保存シ又ハ保存スヘキモノタルコトヲ要ス故ニ死者ノ遺族其他遺骨ヲ處分スルノ權限ヲ有スル者カ風俗慣習ニ從ヒ正當ニ處分シタルモノハ縱令之ヲ領得スルモ同條ノ犯罪ヲ構成セス(大審院明治四三年(九)第一六四六號同年一〇月四日刑一部判決)

一一一

一八九第二項 豫審ニ於ケル證人ノ供述書又ハ鑑定人ノ鑑定書ハ更ニ其證人鑑定人ヲ呼出ササルトキ證人鑑定人呼出テ受ケ出頭セサルトキ又ハ豫審及ヒ公判ニ於ケル供述鑑定ヲ比較ス可キトキハ檢察其他訴訟關係人ノ請求ニ因リ又ハ裁判長ノ職權ヲ以テ之ヲ朗讀セシムルコトヲ得

一九八第一項 裁判長ハ各證人ノ取調終リタル毎ニ被告人ニ意見アリヤ否ヤナト問ヒ且其利益ト爲ルヘキ證據ヲ差出スコトヲ告知ス可シ

或證人ニ對スル豫審調書中其證人ノ供述トシテ他ノ證據書類ノ記載ヲ認メ又ハ之ヲ援用スル旨ノ記載アルトキハ豫審調書ノ外他ノ證據書類ヲ朗讀セザレハ被告人ニ於テ其内容ヲ知悉スルニ由ナク從テ之ニ對シテ意見辯解ヲ爲シ且反證ヲ提出スルニ由ナキヲ以テ單ニ豫審調書ヲ朗讀シタルノミニテハ證據調ノ手續ヲ完全ニ履踐シタルモノト云フヘカラス即チ其豫審調書ニ於ケル證人供述ノ内容タル他ノ證據書類ノ記載事項ニ付テハ適法ナル證據調ノ手續ヲ缺クモノナレハ

之ヲ證人供述ノ一部トシテ斷罪ノ資料ニ供スルヲ得サルモノトス

案スルニ刑事公判ニ於ケル訴訟手續上必要ナル調書其他證據書類ヲ朗讀スル主タル目的ハ被告人ヲシテ其内容ヲ知悉シ之ニ對シテ意見辯解ヲ爲シ且反證ヲ提出セシムルニ在リ故ニ或證人ニ對スル豫審調書中其證人ノ供述トシテ他ノ證據書類ノ記載ヲ認メ又ハ之ヲ援用スル旨ノ記載アルトキハ豫審調書ノ外他ノ證據書類ヲ朗讀セザレハ被告人ニ於テ其内容ヲ知悉スルニ由ナク從テ之ニ對シテ意見辯解ヲ爲シ且反證ヲ提出スルニ由ナキヲ以テ單ニ豫審調書ヲ朗讀シタルノミニテハ證據調ノ手續ヲ完全ニ履踐シタルモノト云フヘカラス即チ其豫審調書ニ於ケル證人供述ノ内容タル他ノ證據書類ノ記載事項ニ付テハ適法ナル證據調ノ手續ヲ缺クモノナレハ證人供述ノ一部トシテ斷罪ノ資料ニ供スルヲ得サルモノトス

加藤一雄豫審調書ニハ各論旨ニ援用セル如ク「問其公債ノ種類額面等ハ此通相違ナイカ此時記録第二十五丁乃至第二十七丁ヲ示ス答左様ヲス夫レハ過日當警察署ニ差出ス際帳簿ニ依テ調ヘタノアリマスカラ其通リ相違アリマセ」トノ記載アリテ公債ノ種類額面等ニ付證人加藤一雄ハ具體的供述ヲ爲サス記録第二十五丁乃至第二十七丁ニ於ケル豊橋支金庫ヨリ豊橋警察署ニ宛テタル回答書ノ記載ヲ認メタルニ過キスレテ右證人ノ供述ハ同回答書ノ記載ト相俟テ其用ヲ爲シ之ヲ離レテハ到底公債ノ種類額面等ヲ知悉スルニ山ナキモノナレハ證人加藤一雄豫審調書ニ於ケル前示供述記載ノ部分ニ對シ證據調ヲ爲スニハ該豫審調書ヲ朗讀カシムルヲ以テ定レリトセシ必スヤ記録第二十五乃至第二十七丁ニ於ケル書類ノ記載ヲモ朗讀ケ證據調ノ手續ヲ履踐セルヘカラス然ルニ原審公判始末書ヲ査スルニ證人加藤一雄ノ豫審調書ハ之ヲ被告等ニ朗讀ケ其意見辯解ヲ聽キ且反證提出ノ告知ヲ爲シタル旨録取シアルモ記録第二十五丁乃至第二十七丁ニ於ケル書類ノ記載ヲ被告等ニ朗讀ケ證據調ノ手續ヲ履踐シタルコトヲ認ムヘキ形跡ナク右書類ノ記載事項ハ之ヲ證據ニ援用スルヲ得

サルモノナルニ原判決カ各論旨所掲ノ如ク判示シ之ヲ證人加藤一雄ノ豫審ニ於ケル
供述ノ一部トシテ證據ニ採用シタルハ即チ適法ニ證據調ヲ爲ササル證據ヲ採テ斷罪
ノ資料ニ供シタル違法アルモノニシテ破毀ヲ免カレヌ(大審院大正十年(九)第一八二號同年三月三
十一日刑二部裁判長鶴見彌田相原中尾各判事判決)

【關係事項】 破毀移送○原審名古屋控訴院○詐欺文書偽造行使横領被告事件○被告人宇野專一郎外四人辯護人齋藤最同小林
龜郎同中村了隆同加藤正衛同奥田大治

判旨ニ賛同セントス案件事實ハ證據書類ノ全部ヲ採證ノ用ニ供シタルモノナル
モ其書類ニ記載採用セル一部ノ書類ハ之ヲ朗讀セサレハ其内容ヲ知悉シ得サル
モノナル限リ其書類ノ全部ヲ證據トシテ採用スルカ爲メニハ記載採用セラレタ
ル書類モ亦朗讀セサレハ以テ被告人ニ於テ意見辯解ノ余地無ク果シテ然ラハ公
判廷ニ顯出セラレサル證據ヲ以テ斷罪ノ資料ニ供シタルモノトシテ證據調ノ法
則違背ナリト爲ササル可ラスト信ス

(一三)

八五第三項 豫審判事ハ必要ナリト思料シタルトキハ被告人ノ監房ヲ別異シ他人トノ接見書類物件ノ授受ヲ禁シ又
ハ其書類物件ヲ差押アルコトヲ得

九〇 被告人ノ自白官吏ノ檢證調査證據物件證人及ヒ鑑定人ノ供述其他諸証ノ微憑ハ判事ノ判斷ニ任ス

刑事訴訟法第八五條第三項ニ所謂物件ハ書類(書翰紙類)貨幣等ノ種類ノ物件ヲ指
シ飲食物ハ之ニ包含セサルモノト解スヘキモノトス
豫審判事ノ飲食物差入禁止ハ刑事訴訟法第八五條第三項ニ違反スルノミナラス

人道ニ反スル越權ノ所爲タル以上ハ斯カル不法ナル處分ノ下ニ爲サレタル不任
意ノ供述ハ刑事訴訟法第九〇條ニ所謂被告人ノ自白ト云フ可ラサルヲ以テ全然
自白トシテ效力無キモノニシテ證據タル效力ヲ有セサルモノトス

大審院大正九年(九)第二〇五號同年二月一〇日刑一部判決本書第九卷刑訴一〇〇頁

- 一 余ハ本判決ニ反對ス本判決ヲ讀ミテ先ツ生スル疑問ハ飲食物ヲ刑事訴訟法第八
五條第三項ニ所謂物件ノ中ニ包含スルモノト解セシヤ否ヤノ點ナリ本判決ニハ「書類
物件ハ勿論飲食物ノ如キモノアルニヨリ飲食物ハ物件ノ中ニ包含セサルコトトナル果
シテ然ラハ本判決ハ刑事訴訟法第八五條第三項ニ基キタルモノニ非ルコトトナルモ
同條ノ規定ヲ除キ其以外ニ於テ豫審判事カ飲食物差入ヲ禁止シ得ヘキ法令ノ根據ナ
キヲ以テ本判決ハ矢張り「飲食物」ヲ物件ノ中ニ包含セシメタルモノト解スヘキカ
- 二 飲食物カ刑事訴訟法第八五條第三項ニ所謂物件ノ中ニ包含スルヤ否ヤ單ニ之ヲ
法文ノ字句ヨリ之ヲ論スレハ必スシモ飲食物ハ物件ノ中ニ包含セスト云フヲ得サル
カ如シ然レトモ之ヲ法文ノ沿革ニ徵スルニ刑事訴訟法第八五條第三項ノ物件ハ改正
前ノ刑事訴訟法第八八條書類其他ノ物品ヨリ出テ更ニ書類ハ治罪法第一四四條第
一項ノ書類貨幣其他ノ物品及治罪法草案第一五七條第一項ノ「書類紙類貨幣及其他ノ
物件」ヨリ出テタルモノナリ故ニ舊法及治罪法ノ條文ヨリ觀レハ書類ハ物件ノ中ニ包含
スルハ勿論物件ハ書類書類紙類貨幣等ヲ以テ例示セルニヨリ是等ト同種類物件ノミ
ヲ包含スルモノト解スル正當ト信ス治罪法第一四四條第二項及治罪法草案第一五
七條第二項ニハ別ニ「食物飲料藥餌等」ニ關スル規定ヲ設ケタルヨリ觀レハ益々前記ノ
物件中ニハ飲食物ヲ包含セサルモノト解スヘキモノナリ
- 三 更ラニ別方面ヨリ規案スルニ豫審判事カ證據湮滅ノ虞アル被告人ニ對シ書類又
ハ書類等ノ授受ヲ禁止スルハ或ハ止ムヲ得ストスルモ飲食物ノ差入ヲ禁止スヘキ必

小河博士

要論モ存スルコトナレ
 四 本判決ハ末段ニ於テ右差入ノ禁止カ不必要ニシテ假リニ其處分カ不法ナリトス
 ルモ之カ爲メニ解禁前ニ於ケル被告人ノ訊問ハ違法ニ非サレハ其訊問調書ハ有效ニ
 シテ之ヲ罪證ニ供スルモ違法ニ非スト判示セリ然レトモ右ニ論シタル如ク豫審判事
 ノ飲食物ノ差入禁止ハ刑事訴訟法第八五條第三項ニ違反スルノミナラス人道ニ反ス
 ル越權ノ所爲タル以上ハ斯カル不法ナル處分ノ下ニ爲サレタル不任意ノ供述ハ刑事
 訴訟法第九〇條ニ所謂「被告人ノ自白」ト云フ可ラサルヲ以テ全然自白トシテ效力ナキ
 モノニシテ證據タル效力ヲ有セザルモノナルコト一點ノ疑ナ容ルルノ餘地ナシ(辯護士
 大井靜雄氏日本辯護士協會録事第二五卷第三號八二頁以下豫審中飲食物差入ノ禁止ト調書ノ效力要領)

【二點異趣旨學說】

飲食物ノ「物件」タルハ論テ俟タサル所ニシテ其差入又ハ辨當屋ヨリ供給ニ係ル所ノモノハ刑事訴訟法ニ所謂他人ノ授受スル物
 件ノ一種ト認ムヘキモノナリ但監獄ヨリ直接供給スルコト自辨當屋ハ他人ト授受ノ關係ヲ有セザルカ故ニ刑事訴訟法ノ適
 用ヲ受クヘキ限リニアラス(法學博士小河滋次郎氏監獄法講義四二八頁)
 吾人ハ論者ノ高見ニ對シテ疑ヲ挾マササルヲ得ス一點論者ハ主トシテ沿革上ノ
 理由ヨリ飲食物ノ刑訴第八五條第三項ニ所謂物件中ニ包含セザルコトヲ論定セ
 ラレタリト雖モ文理解釋上飲食物ノ物件中ニ包含サルルヤ論無ク實質上ノ理由
 ヨリスルモ飲食物差入ノ爲メニ證據ヲ湮滅セシムル等ノ虞絶無ナリト爲ス能ハ
 サル限リ廣義ニ解スルヲ妥當トスヘシト信ス而シテ二點論者ハ飲食物差入禁止
 カ違法ナル限リ訊問調書ノ效力ヲ否定セザル可ラスト爲スト雖モ訊問手續カ違
 法ナラサル限リ其調書ノ證據力ヲ否定スヘキ理由ナシト信シ却テ被評大審院ノ
 見ニ同セントス

大井學士

檢事カ一旦起訴シテ事件豫審ニ繫屬シタル後ニ於テハ獨リ豫審判事ノミ被告人
 ノ取調ヲ爲シ得ヘキモノニシテ檢事ト雖モ其取調ヲ爲シ得サルモノトス」
 刑事訴訟法第八五條第三項ニ所謂他人ノ中ニハ檢事ヲ包含スルモノトス」
 豫審判事カ檢事ヲ接見禁止ヨリ除外シタルカ如キ決定ヲ爲シタル場合ハ格別ト
 スルモ一般的ニ接見禁止ノ決定ヲ爲シタル場合ニ於テハ獨リ檢事ニ對シ決定ニ
 違背シテ接見ヲ許可スルコトヲ得サルモノトス」

六二 地方裁判所檢事犯罪ノ搜查ヲ終リタルトキハ左ノ手續ヲ爲スコシ
 第一 重罪ト思料シタル事件ニ付テハ豫審判事ニ豫審ヲ求ム可シ
 八五第三項 豫審判事ハ必要ナリト思料シタルトキハ被告人ノ監獄ヲ別異シ他人トノ接見書類物件ノ授受ヲ禁シ又
 ハ其書類物件ヲ差押フルコトヲ得
 一六二 檢事ハ豫審十分ナラスト思料シタルトキハ其條件ニ付テ更ニ取調ヲ請求スルコトヲ得若シ豫審判事其請求
 ヲ背セザルトキハ檢事ハ訴訟記録ニ意見ヲ付シ二十四時間内ニ之ヲ還付ス可シ

大審院大正九年(九)第二五〇號同平一月二十九日刑二部判決本書第九卷刑訴一〇頁
 本問ハ其前提トシテ先ツ豫審中ノ被告人ニ對シ檢事カ取調ヲ爲シ得ルヤ否ヤノ問題
 ナ決セザルヘカラス檢事カ一旦起訴シテ事件豫審ニ繫屬シタル後ニ於テハ獨リ豫審
 判事ノミ被告人ノ取調ヘテ爲スヘキモノニシテ檢事ト雖モ其取調ヲ爲シ得スト解ス
 ルヲ以テ正論トス之刑事訴訟法第六二條同法第一六二條ニ徴シ明白ナリ即チ檢事ノ
 搜查ハ公訴提起ノ準備手續ナレハ公訴ノ提起ニ依リテ搜查權ノ消滅スヘキコト事理
 當然ナレハナリ然ルニ學者ハ往々之ニ反對ス若シ消極說ヲ以テ正當トセハ本判決ノ
 場合ノ如キ接見禁止中ノ被告人ニ對シテハ檢事其ノ取調ヲ爲シ得サルコト論ナシ然