

る公訴の時効に付ては刑事訴訟法第八條第三號の「長期十年未滿の懲役(中略)に該る罪に付ては七年」とあるを適用すべく同條第四號の「長期五年未滿の懲役(中略)に該る罪に付ては三年」とあるを適用すべきものにあらず(四四九一六九四、四四、一〇、一、大審刑一、法七四八、二六)

二 公訴の時効に關する刑事訴訟法の規定は公訴權を實行する條件に關する手續法規にして刑罰權消滅原因を定むる實體法規にあらず故に改正せられたる刑事訴訟法第八條の規定は同法第二十二條によりて同條改正以前の犯罪にして同條施行前に公訴の時効成就せりしものに付ても適用せらるべきを以て該犯罪に對して新舊法の規定を比照し被告に最も利益なる規定を適用すべきものにあらず(四四九三三九、四四、三、二七、大審刑二、法七二二、二七)

三 横領行爲が舊刑法第二百八十九條第一項に該る重罪にして刑法に在ては第二百五十三條に該り一年以上十年以下の懲役に處すべき罪なるときは其公訴の時効は刑事訴訟法第八條第三號に依るべきものにして十年なりとす(四三九一四八〇、四三、九、二〇、大審刑一、法六七二、一五)

四 新舊刑法を比照して處断すべき事件と雖も其公訴時効の成否は改正に係る刑事訴訟法第八條に従ひ之を判定し而して同條各號は刑法の刑に依るべきものとす(四四九二五、四四、五、二五、大審刑二、法七二二、二八)

第一條 處罰條件を必要とする犯罪に付きては處罰條件の具備せざる間は國家の刑罰請求權は發生せざるを以て其行爲は之を處罰することを得ずと雖も一旦該條件の具備する時は其效力は行爲の當時に遡及し刑罰請求權は行爲の當時より發生して存在したると同一の效力を有するものとす

す從て處罰條件を必要とする犯罪と雖も該條件の具備したるときは其犯罪に對する公訴の時効(私訴の時効亦同し)は犯罪行爲終了の日より進行を始め處罰條件具備の日より起算すべきものに非ず刑事訴訟法第十條の法意亦此に外ならず(四三九二〇一八、四三、一一、一五、大審刑一、法六九八、二八)

一六 新舊刑法を比照して處断すべき舊刑法施行中の犯罪が數個の行爲にして舊刑法に據れば各行爲は獨立の犯罪を構成し其行爲中に公訴の時効に罹るべきものあるも刑法に據れば各行爲が相牽聯して一罪を成すべきものなるときは其公訴の時効は全體に對して成就せざるへからず各行爲が分離して各別に公訴時効に罹ることを容さす故に刑法に據れば公訴事實の全般に涉りて審判すべきものとすに於ては舊刑法に據りても亦同一轍に出てざるへからず何となれば公訴時効の成否は起訴の効力に關する問題にして犯罪の成否に關するものに非ざるか故に同一案件に付き新舊刑法の適用上判定を異にする理由存せされはなり(四四九一七、四四、二、二七、大審刑二、法七〇五、二七)

一七 犯罪に關する公訴の時効が舊刑事訴訟法の實施中に完成したる場合に於ては其事案に新刑事訴訟法を適用すること能はざるべきは勿論なるも時効の起算迄は縱し舊刑事訴訟法の實施中にありたりとするも新刑事訴訟法施行の當時に在りて未だ其時効を完成せざる事件に就ては刑事訴訟法第二十二條第一項の明文あるかため之か時効期間は新刑事訴訟法の規定に依りて計算せざるへからざるものとす(四四九一三八三、四四、八、一、大審刑二、法七三八、二六)

一八 公訴の時効を経過したるや否やを決定するには専ら起訴當時に於ける刑事訴訟法の規定に基き其當時既に施行力を有する刑法の刑のみを以て標準と爲すべきものとす(四四九一二七五、

四四、八、一、大審刑二、法七三八、二六)

一九 従犯行爲は正犯行爲に附隨して其刑責を負擔するものなれば従犯行爲に對する公訴時効は従犯行爲に依り幫助せられたる正犯の罪の終了したる日より其期間を起算すべく又其正犯行爲が舊刑法時代より新刑法時代に亘り繼續して行はれたるときは其正犯行爲に對し新舊刑法を比照するとなく單に新刑法のみを適用するか如く之を幫助したる従犯行爲に對しては其従犯行爲が舊刑法時代に終了したる場合に於ても單に新刑法のみを適用すべきものとす(四四九一一二六、四四、六、二三、大審刑一、法七二八、二八)

第五條

二〇 從來停止、逃走、假出獄等の事由に依り一旦刑の執行を止めたる後更に其執行を爲さしむる場合に於ける刑期計算方區々なれど刑期は現實執行を爲したる暦日に依り年月數に換算すべき者なるを以て事實上此理論を適用し得べき限りは其趣意に依り取扱ふべき者とす従て一、既に執行したる日數にして暦に従ひ年又は月に換算して残日數を生せざるときは殘餘の年又は月の數を執行再始の日より暦に従ひ積算して刑の終期を定む二、若し暦に従ひ月に換算するとを得ざる日數なる場合又は暦に従ひ年又は月に換算して尙ほ残日數を生したる場合は其日數又は残日數を假に一月として年又は月の數或は殘餘の年又は月の數中に加算し置き執行再始の日より年又は月の數或は殘餘の年又は月の數を暦に従ひて積算して終期を定め其終期より月に換算し得ざりし日數又は殘餘の日數を暦に従ひ遡て算入し刑の終期を定むべきものとす(四三、一、二、二八、民刑甲八八、司法次官通牒、法六九六、二〇)

二一 停止、逃走、假出獄等の事由に依り一旦刑の執行を止めたる後更に其執行を爲さしむる場合に於ける刑期計算設例表下の如し一、四十三年十二月一日起算懲役一年六月刑の執行中其執

行を停止せられ四十四年四月十五日起算懲役二年刑執行大正二年四月十四日終了同年四月十五日起算停止中の懲役一年六月刑を引續き執行せしむる場合に於ては四十四年四月十四日迄に暦に依る四月と日數十四日の執行を了し居るを以て大正二年四月十五日起算暦に依り殘餘の年月數即ち一年二月目に相當する大正三年六月十四日より溯て十四日を算入したる五月三十一日を終期とす二、四十三年十二月一日起算懲役四月刑の執行中四十四年一月一日刑の執行を停止せられ出監同年五月十五日復監停止中の刑を執行せしむる場合に於ては四十三年十二月三十一日迄に暦に依る一月の執行を了し居るを以て四十四年五月十五日より起算暦に依り殘餘の月數即ち三月目に相當する四十四年八月十四日を終期とす三、假出獄の取消に因り復監したる場合又は逃走後復監したる場合に於ける刑期計算方も亦一及二の場合に同じと雖も更に出獄中に犯したる罪又は逃走罪に因り處斷を受け前刑の執行を停止し後刑を執行すべき時は其體様を異にす、四十三年十二月一日起算懲役八月刑の執行中四十四年四月十七日(假出獄逃走)同年十月十日復監同日より起算(出獄中に犯したる罪逃走罪)に因る懲役一年刑の執行大正元年十月九日終了同年十月十日起算停止中の懲役八月刑を引續き執行せしむる場合に於ては四十四年四月十六日迄に暦に依る四月と日數十六日の執行を了し居り同年四月十七日より同年十月九日迄は刑の執行を爲さしむるを以て大正元年十月十日起算暦に終り殘餘の月數即ち四月目に相當する大正二年二月九日より遡て十六日を算入したる同年一月廿四日を終期とす(四三、一一、二八、民刑甲八八、民刑局長通牒、法六九六、二〇)

二二 控訴取下の場合に於ける刑期起算點に付ては控訴取下書が實際控訴院に到達したりとすれば控訴記録の到着前なりとするも取下書の到達の日より刑期を起算すべき者とす(四三、一一、

第六條

二四、民刑丙三八三二、民刑局長通牒、法六九六、二〇〇）
二三、民事訴訟法第六十七條及び刑事訴訟法第十六條の海陸路八里とは陸路に付ては三十六丁海路に付ては海涅を以て計算すべきものとす（四四、六、一二、民事二〇三、民事、刑事局長回答）

第九條

二四、刑事訴訟法上私訴狀を相手方に送達すべきことを規定したる廉なきを以て第二審裁判所に於て被告に私訴狀を送達せざりしとて違法なりと云ふへからず（四三九三三六、四三、四、一二、大審刑一、法六四二、一六）

第二〇條

二五、官吏の作る可き文書は刑事訴訟法第二十條の規定を遵守すべく若し右規定に違反したる場合に於ては之を無効となすべきものとす（四三九三三四四、四三、一二、六、大審刑一、法七〇一、二八）

二六、刑事訴訟法上裁判所書記か調書の謄本抄本を作成するには同法第二十條第二十一條の規定を遵守するを以て足り謄本若くは抄本に於て原本か規定の形式を遵守して作成せられたる形迹を表示するを要せず故に原本の形式的効力を否認せんとするには原本に就き其違法を指摘せざるへからず若くは抄本に依りて原本の形式的規定を遵守したる形迹なしと主張し其効力を論争するは謂はれなし（四五九六九一、四五、五、九、大審刑二、法七九一、二四）

二七、證人訊問の囑託を受けたる區裁判所判事か相當職印の押捺を爲さざる調書は無効なりとす（四三九三三六九、四三、四、一四、大審刑二、法六四〇、一八）

第二一條

二八、始末書か不動文字を利用して之を作成し「出廷」なる文字と「ス」なる文字の間に存する「セ」なる一字は裁判所書記か一旦成立したる始末書の記載に加筆したるものにあらずして不動文字

の印刷しある用紙に「セ」の一字を記入して始末書を作成したるものに外ならざるときは刑事訴訟法に所謂挿入を以て目することを得ず（四三九一四五四、四三、九、一六、大審刑一、法六七二、一六）

二八、豫審判事か取調の便宜上作成したる計算表は法律の規定に依りて作成したる文書にあらず故に刑事訴訟法第二十一條の規定に依らず貼紙を爲して文字を訂正するも訂正の効なきものにあらず（四四九三八九、四四、四、六、大審刑二、法七二二、二七）

第二編 裁判所

第一章 裁判所の管轄

第二五條

一、地方裁判所の本支部は互に獨立して裁判管轄を有するものに非されは此間刑事訴訟法第二十五條乃至第二十七條の規定を適用すべきものに非ず而して刑事訴訟法上同一地方裁判所内に在ては同一被告人に對する數個の犯罪事件と雖も之を分離して豫審を爲し能はざる規定の存することなし（四四九二四一九、四五、二、一、大審刑二、法七七二、二八）

第二六條

二、眞正不作爲犯の犯罪地は法律上要求されたる作爲を爲すへかりし地なりとす（四四、一二、二、法曹會決議、二二卷三號）

第二七條

三、犯罪の地若くは被告人所在の地の司法警察官は刑事訴訟法第四十七條以下の規定に依り犯罪を捜査するの職權を有するものとす而して司法警察官は毎に犯罪の捜査權を有し公訴提起後と雖も犯罪の捜査處分を爲し得べきものなれば事件か數個の裁判所の管轄なる場合に於て檢事の起訴に依り其中已に豫審若くは公判に著手せる裁判所ありと雖も犯罪の捜査權には何等の變更

を来たすことなく刑事訴訟法第四十七條以下の規定に依り犯罪を捜査する職権ある司法警察官は何れも必要の場合に於ては依然其職権を行ふことを得るものと解せざるべからず何となれば數個の裁判所の管轄なる場合に於て其中にて最初豫審若くは公判に着手したる裁判所を以て其管轄なりとするは同法第二十七條の規定する所なるも右は單に裁判の管轄のみに關する規定にして犯罪の捜査權に何等の制限を加へたるものにあらざるのみならず犯罪の捜査に付ては刑事訴訟法中別に第廿七條の如く管轄を定めたる規定あることなく又公訴提起後司法警察官に於て犯罪の捜査權を失はず依然之を有することを正當なりとする以上は等しく刑事訴訟法第四十七條以下の規定に依り犯罪を捜査する職権ある司法警察官の中に依然捜査權を有する者と之を有せざる者とあることを區別すべき條理更に之なきを以てなり(四四九一三七六、四四七、二八、大審刑一、法七三八、二五)

第二章 裁判所職員の除斥及び忌避、回避

二第四條

- 一 忌避の原因たる事實は之を疏明するを要し即時に爲すを得ざる證據調は疏明方法として之を許さざることは刑事訴訟法第四十二條民事訴訟法第三十五條第二百二十條の明文に照らし疑を容るべき所なし(四四九、四四、一二、二五、大審刑二、法七六八、二五)
- 二 被告辯護人より忌避せられたる判事が意見書を提出したる場合に於て右書面は判事一己の身に關して作成せるものにして刑事訴訟法第二十條の規定に基き被告事件に付作成したるものにあらざれば其書面に判事所屬の官署印を押捺せざるも不法に非ず(四三九一八五七、四三、一〇、二四、大審刑二、法六九〇、二四)
- 三 忌避申請却下の決定に對する抗告の期間内は勿論忌避申請の完結するに至るまでは忌避せられたる判事は被告事件の審理裁判に干與するを得ずと雖も其裁判所に於て被告事件の審理裁判を爲すを得ざるの理由なく其審理裁判を爲すことを禁したる法規なし(四四九四八〇、四四、四、一四、大審刑一、法七二二、二八)

第三編 犯罪の捜査、起訴及び豫審

第一章 捜査

六第四條

- 一 家宅搜索調書は其著手終了の時間を記載することに付ては法律上別段の規定なきを以て其記載なきに依り直ちに其搜索が日出前又は日没後に爲されたものと斷定するを得ず他に反證なき限りは其搜索は適法に施行せられたるものと認むるを相當とす(四四九二一六三、四四、一二、二一、大審刑二、法七六六、二八)
- 二 捜査權は親告罪に於ても告訴以前に發生す(四四、一二、二〇、法曹會決議、一二卷四號)
- 三 検事の訊問調書には其錄取者たる書記の契印あれば足るものにして必ずしも検事の契印を要するものに非ず(四三九一四〇九、四三、八、三〇、大審休暇部)

第一節 告訴及び告發

- 一 告訴を待つて論すべき罪に於ける告訴は訴追條件にして處罰條件にあらざるを以て告訴に關する書類は必ずしも之を被告に讀聞け其意見を聴くの要あることなし(四五九、四五、二、二六、大審刑二、法七七八、二七)

- 二 告訴を待つて論ずべき罪に在りては告訴は訴追條件にして處罰條件にあらざるを以て其罪を斷するに當り告訴ありたるを明示して其證據を説示するの要あるとなし(四五九、四五、二、二六、大審刑二、法七七八、二七)
- 三 告訴は親告罪に關すると否とを問はず被害者に於て犯罪あるを捜査官に申告し處罰を求むる意思を表示するを以て足り必しも犯罪人を指名することを要するものにあらず(四四九、七二九、四四、一〇、一二、大審刑二、法七四九、二八)
- 四 親告罪に於ける訴訟條件たる告訴は刑事訴訟法に定むる手續に準據し告訴權者に於て申告に係る犯罪の犯人を處罰せんことを要求する意思を表示するを以て足れりとし必しも犯人の何人たることを指摘することを要せず從て親告罪に付き叙上の條件を具備する告訴ありたる以上は其告訴狀に指摘せられたる被告人以外の者と雖も苟も親告に係る罪の犯人たる以上は之に對して公訴を提起す可き訴訟條件は具備するものとす(四二九、二二〇、四三、二、二五、大審刑一、法六三一、一九)
- 五 親告罪に於ける告訴は該犯罪に對する訴追の條件たるに止まり檢事は告訴の有無を問はず犯罪捜査の職權を有するを以て假令該犯罪に對する公訴の提起が告訴に基かさりしを故を以て告訴不受理の確定判決を受くるも之れが爲め該事件に付檢事の爲したる捜査處分迄をも無効ならしむるの效力なく右捜査處分に依り作成せられたる各書類は有効にして證據たるの效力あるものとす(四三九、一〇、二四、四三、六、一四、大審刑一、法六五三、一八)
- 六 刑事訴訟法第五十一條には告訴人署名捺印すること能はざるときは其旨を附記すべき旨の規定あれとも調書を讀聞かせたることに付ては之を記載すべき旨の規定なきを以て告訴調書に讀聞の方式を記載せざるも違法にあらず(四三九、一四九五、四三、九、一九、大審刑一、法六七三、一六)
- 二第五條 公吏の作成する告發書は刑事訴訟法第五十二條第二項に則るべきものにして同法第二十條の規定に従ふべきものにあらずは告發書に所屬公署の印を用ひ又作成の場所を記載せざるも該告發書の無効を來すものにあらず(四五九、七三、四五、三、四、大審刑二、法七八〇、二五)
- 三第五條 司法警察官自ら違警罪あることを認知したる場合に於て即決を爲す權限を有するときは直に即決を爲すべきものとす(四四、一一、一一、法曹會決議、二二卷二號)
- 四第五條 強姦事件に付て本夫の爲したる告訴は有效なり(四三、一〇、六、東京控刑四、法六七九、一八)
- 一〇 被害者甲女より告訴を提起したるに非ずして其夫乙男が丙の行爲を以て自己及其一家の名誉を毀損したるものと爲し告訴を提起したる場合に於ては甲女の被告事件のため告訴の效力を生ずるものに非ず故に丙の甲女に對する名譽毀損は告訴なきに依り訴訟條件を缺如し從て一個の行爲が數個の罪名に觸れ法律上唯一罪を組成する場合には其訴訟條件を缺如する點に對し本案の判決を爲す能はざるものとす(四四、六、八、大審刑二、法七二六、二五)

第二節 現行犯罪

- 六第五條 一 刑事訴訟法第五十六條に「現に行ひ終りたる際」とあるは犯罪の終了したる瞬間を謂ふ者に非ず若干の時間を隔て、發覺するも兇行の痕跡尙歷々犯所に現存し近く犯行ありしこと明白なるに於ては其罪は同條に所謂現行犯なりとす(四四、一六九五、四四、一〇、九、大審刑二、法

第七條

七四九、二八)

- 二 刑事訴訟法第五十七條第二號には兇器贓物其他の物件を携帯し云々犯人と思料すべきときとありて同號に所謂其他の物件に何等限定する所なければ犯罪行為より生したる物件其物を携帯するに依り現に犯人たることを確認するに足る以上は既知の犯罪にあらざるも前示法條に規定する准現行犯と解するを相當とす(四四九七一、四四、三、一六、大審刑二、法七一六、二八)
- 三 強姦罪か他人の住宅内に於ける犯罪行為にして其戸主に於て犯罪の當時其犯人が甲なることを覺知し之を逮捕する爲め警察署に其處分を求めたるときは刑事訴訟法第五十七條第三號に依り現行犯に准すべきものなれば司法警察官か同法第四百四十七條第四百四十四條の規定に従ひ檢證の上被告を訊問したるは不法にあらず(四四九八八、四四、五、一三、大審刑一、法七二一、二六)

第二章 起訴

第六條

- 一 起訴の範圍は起訴事實を基礎とし之と因果若くは連續の關係あるかため相合して一罪を成すへき總ての事實に及ぶべきものにして起訴事實が罪とならず若くは罪證十分ならずとするも既に起訴の範圍に屬したる牽連事實に付ては受訴裁判所に於て之か審理判決を爲さざるへからず(四四九二〇二二、四四、一一、一二、大審刑一、法七六四、二七)
- 二 同一事件につき再度豫審を請求したるものとするも之か爲めに前に適法に爲したる豫審請求を無効ならしむるものに非ず唯後に爲したる豫審請求を不適法ならしむるのみ而して豫審判事か豫審終結決定に因り事件を公判に付したる場合に於ては右は前に爲したる適法の起訴に基き

爲したるものにして後の不適法なる起訴に對しては未だ何等の決定あらざりしものと謂ふを相當とす故に豫審終結決定は無効に非ず(四四九二二三、四四、三、九、大審刑二、法七〇七、二八)

- 三 檢事の豫審請求書に起訴事實の記載なき場合と雖も該起訴狀は當然無効に歸すべきものにあらず單に其效力の發生を停め後日右事實を明示したる時に於て始めて前の起訴は其効力を發生するものと解釋すべきを相當とす(四四九二七二四、四五、一一、九、大審刑一、法七七三、二八)
- 四 刑事訴訟法第六十二條第一項第三號に依れば地方裁判所檢事か犯罪捜査の末區裁判所の管轄に屬する罪と思料したる事件に付ては豫審を求むることなく區裁判所檢事に送致すべきものにして且單純なる失火事件か區裁判所の管轄に屬するものなるも前示第六十二條第一項第三號の規定に違背して豫審を求めたればとて其請求を無効と爲すを得ざるのみならず豫審判事は其職責として豫審を求めたる事件に付ては其事物の管轄か地方裁判所に屬すると區裁判所に屬するとを問はず當然豫審處分を爲し之か終結を爲すべく且起訴の範圍内に於て檢事の意見に拘束せらるゝとなく自由の決定を爲さるへからず即ち豫審判事は檢事の起訴自體區裁判所事件なるか爲め之れか請求を受理せず審理を拒絶し得べきものにあらず須く事件の内容を審査し其果して區裁判所事件にして區裁判所に移すべきものなるや將た又地方裁判所の管轄すべき重罪として其裁判所の公判に付すべきものなるや否やを決定せざるへからず(四五九一一〇、四五、三、一二、大審刑一、法七八〇、二五)
- 五 重罪に該る事件は原則として豫審を経由することを必要とするも苟も其重罪事件たる一罪を構成する犯罪事實の一部に付豫審の審理を受けたる以上は其事件全部は豫審を経由したるもの

と謂ふべく而して官印の影蹟を盗用して公債證書を偽造行使したるときは舊刑法に在ては同法第二百六條に依り刑法に在ては同法第六十二條第一項に依り官印盗用の行爲は公債證書偽造の行爲と共に合して一罪を構成す可きものなれば豫審終結決定に於て公債證書を偽造して行使したる重罪に該る事件を認め之れを公判に付したる以上は右偽造行爲と合して一罪を構成す可き官印盗用の事實も共に公判に付せられたるものと謂ふべく從て公判に於ては事件の全部は豫審を経由したるものとして審理裁判す可きものとす(四四九二二七二、四三、二、二二、大審刑一、六二八、一八)

六 檢事は各横領行爲を以て別個の犯罪を構成す可きものとして二回に豫審を請求したるものにして一個の連續犯を構成す可き數個の犯罪行爲を認め之を二回に分割して起訴したるにあらず而して豫審判事も亦同一見解に出て被告の各行爲を以て併合罪となし公判に付したるに拘はらず第一審及第二審の公判は孰れも被告の各行爲を以て獨立の一罪と爲さずして一個の連續犯を構成す可きものと判定したるときは公判裁判所が檢事及び豫審判事と法律上の見解を異にしたる結果に外ならず之か爲めに檢事が被告の各行爲を以て單一犯罪なりとして二回に起訴したるは不適法なりと爲す可きものに非ず(四四九二二三三、四四、一一、二七、大審刑二、法七六一、二八)

七 起訴狀に檢事の氏名重記されありとするも該起訴は違法に非ず(四四、五、六、東京控刑五、法七三五、二二)

八 起訴狀に犯罪事實を掲げずとするも證據書類及起訴狀に記載せられたる罪名に依り如何なる犯罪事實が起訴せられたるものなるかを知り得る以上は起訴として有效なり(四四、五、二〇、

東京控刑五、法七四三、二二)

九 賭博犯罪ありとの起訴事實の一事により直ちに罰金に該るべき輕罪の被告事件なりと云ふを得ず(四四、五、二五、東京控刑五、法七四三、一九)

一〇 豫審請求書に被告人として記載せるは何人を指すやは職權を以て調査す可き事項に屬し豫審判事及び公判裁判所は一件記録の調査に依りて得たる心證に基きて之か判断を爲すの職責ありて豫審を請求したる檢事に於て其記録を援用したると否とは之を問ふの必要なし(四三九二四三〇、四三、一二、一三、大審刑一、法七〇一、二八)

一一 署名を爲す方法は法律上何等規定する所なければ必ずしも普通の方法に従ひ筆墨を用ゐることを要せず苟くも署名者自ら其氏名を紙若くは其他の物體に現出せしむる以上は汎く理化學的方法に依ることを妨げず故に夫の炭酸紙を用ゐて氏名を現出せしむる如きも筆記と同じく署名たるを失はざるものとす(四四九一一一、四四、三、九、大審刑二、法七〇七、二七)

一二 已に檢事に於て他の部分に付き適式に起訴しある以上單に一罪中の一部の事實に關するものは亦右起訴中に包含するものと解す可きものとす(四四九三三八、四四、三、三一、大審刑一、法七一六、二七)

一三 家宅侵入の行爲が強姦罪の手段として行はれたるときは刑法第五十四條第一項に依り一罪として處分す可きものなれば強姦罪に對し公訴の提起ある以上は家宅侵入の點は當然其起訴の範圍に包含せらるゝものなるに依り豫審請求書中假令此點に對し特に起訴する旨の記載なしとするも之を審判するの職責あるものとす(四四九八九八、四四、五、二三、大審刑一、法七二一、二六)

一四 地方裁判所支部に勤務すべき検事は該支部の設置せらるゝ區裁判所の検事を以て當然之に充當すべきものなるか故に區裁判所検事か地方裁判所支部の検事として作成したる起訴狀に區裁判所検事の印章を押捺するも違法に非ず(四三九一三六五、四三、八、一六、大審休暇、法六六六、一七)

一五 家宅侵入の行爲か人を毆打する手段として行はれたるときは刑法第五十四條第一項に依り傷害の行爲と相合し一罪として處分すべきものなれば毆打の事實を訴追したる起訴の中には其手段たる家宅侵入の行爲は當然包含せらるべきものとす(四三九一四〇八、四三、八、三〇、大審休暇、法六六六、一八)

一六 無免許にて醫業を爲したるときは其同一決意の下に數回反覆して行はれたる醫術行爲は相聚合して法律上單一なる行爲を組成し從て一個の聚合罪を構成するに止まるを以て右一罪の一部を指摘して起訴ありたるときは裁判所は其起訴に係る一個の聚合罪を構成する全部の行爲に付て審理判決するの權限を有す但し判決言渡當時未だ發生せざる行爲に付て審理判決することには元より不能に屬するを以て其判決確定の効力は同判決言渡の時迄に行はれたる行爲にして該聚合罪を構成する全部の行爲に限り及ふべきものとす從て同判決に於て假令該行爲中の一部に付き事實の認定を遺脱したりとするも其の遺脱部分に付き更に公訴を提起することを得ざるものとす(四三九二五二八、四三、一一、二二、大審刑一、法六九九、二七)

一七 不起訴處分を爲すは常に必ずしも犯罪を認め得ざる場合に限らざるものとす(四四、九、二二、東京控民三、法七五九、二一)

一八 公訴不受理の判決に對しては被告より上訴を爲し能はざるか故に檢事に於て之を相當と認めたる場合に在て其確定前と雖も上訴を爲さずして更に起訴の手續を爲し得るものとす(四二二、二二三九、四三、二、二八、大審刑二、法六三一、一九)

第三章 豫審

第一節 令狀

第九條

一 令狀に之を發する時を記載するは其送達若くは執行の遲速を知るに便ならしめんか爲に外ならずして令狀の効力に何等の影響を及ぼすものにあらざれば拘留狀に時の記載なきを以て之を無効なりと論ずることを得ず(四四九一〇三三、四四、六、五、大審刑二、法七二五、二六)

二 總て令狀は之を發したる被告事件に限り其効力を有するものなるを以て甲事件と乙事件が併合罪を爲す場合と雖も甲事件に關して發したる拘留狀の効力は之を乙事件に及ぼすことを得ず(四四九二四一九、四五、二、一、大審刑二、法七七二、二八)

第二節 證據

第九條

一 豫審判事が取調の便宜上作成したるに過ぎざる計算表は素と何等證明力なき物なれとも判事か之を被告に示し被告等か之を承認したるときは該表は之に依りて有効の證據となりたるものなり(四四九三八九、四四、四、六、大審刑二、法七二二、二七)

二 豫審調書には所屬裁判所の印を押捺し豫審判事及裁判所書記に於て之に署名捺印することを要するも所屬裁判所の記載なければとて之を無効とすべきものに非ず(四三九八五一、四三、五、二六、大審刑二、法六四九、一八)

三 豫審調書中通常筆記すべき事項と雖とも便宜之を印刷に附し筆記に代用するは法の禁する處にあらざれば豫審調書中或事項を印刷に付し筆記に代用したるは違法にあらず又豫審調書末尾に廳印を用ゆること能はざる事由の附記あるときは即ち刑事訴訟法第廿條の規定により爲したる適式の記載にして裁判所書記及び豫審判事の署名捺印の後に在ればとて無効の附記なりと云ふを得ず(四三九一四〇八、四三、八、三〇、大審休暇、法六六六、一八)

四 證人豫審調書の末葉と同證人の宣誓書との間に調書を作成したる裁判所書記の契印ある場合に於て該宣誓書に同證人の署名を書記代書したる旨附記しある以上は其記載は右宣誓書に於ける證人署名の外に該調書の同證人署名も亦書記の代書に係る旨を併せて附記したるものと認むべく敘上の方法に依る書記代書の附記は違法にあらず(四三九二三九八、四三、一一、一六、大審刑一、法六九六、二八)

五 豫審調書の末尾に被告裁判所書記并に豫審判事の署名捺印後即ち調書完成後に尙「本調書は何町大字何何某宅に於て作るを以て所屬官署の印を用ゆる能はず」との附記ありとするも該附記事項は豫審調書の内容を成すものにあらず單に作成の通常方式不遵守に關する事由の記載なれば之を裁判所書記及豫審判事の署名捺印ある箇處の後行即ち左側に記入するを妨げず(四三九一三〇一、四三、七、七、大審刑二、法六六〇、二〇)

六 豫審調書が出張先に於て作成せられたるものに係るものなりとせば須らく其場所の明記なかる可からず將た然らずして豫審判事所屬の裁判所に於て作成せられたる者とせば宜しく其廳印の押捺なからざる可からざる筋合なるに不拘廳印の押捺もなく又出張場所の記載も缺如しあるときは其調書は刑事訴訟法第二十條第一項の規定に違反し無効たるを免かれざるものとす(四

三九一〇、四三、六、三、大審刑一、法六五一、一五)

七 地方裁判所支部の開かるべき區裁判所の書記は其資格を以て支部の事件に關與し得べきものなれば豫審調書を作成する場合に於て該書記の署名下に區裁判所書記の印章を押捺するは相當なり(四三九三九、四三、六、二、大審刑二、法六五一、一七)

八 拘引狀又は拘留狀の記載に違法の點ありとするも爲に適法に作成せられたる豫審調書を無効に歸せしむるの理あるへからず(四四九一一五八、四四、六、二〇、大審刑一、法七二八、二八)

九 被告の計算に關する供述を筆録するに代へて之を調書に綴込みたるに外ならざるときは右計算書綴込みの部分は結局被告の供述を記載したるものを綴込みたる同一の效力を有するものとす(四四九一六七〇、四四、一〇、一三、大審刑一、法七五一、二八)

一〇 支部に於ける豫審の審理に立會する書記は區裁判所書記なるを以て同書記の作成する豫審調書に區裁判所書記の職印を押捺するも違法に非ず從て之が爲め無効となるべきものにあらず(四三九六三八、四三、五、一二、大審刑一、法六五〇、一六)

一一 拇印を以て實印に代用するの慣行あるも刑事訴訟法上實印なきときは必ず拇印せしむべき規定なければ調書に署名せしめ捺印すること能はざる旨の附記ある以上は拇印せしめざるも之を以て不法の書類なりと云ふを得ず(四二九二二〇一、四三、二、一四、大審刑二、法六二九、一八)

一二 豫審判事は被告人訊問調書に署名捺印することを要するか如く(刑事訴訟法第九十二條)豫審判事代理か被告を訊問したるときは同調書に同豫審判事代理の署名捺印を要するや言を俟た

すと雖も豫審判事代理の署名捺印なることは同調書全體に徴して之を認め得るを以て足れりとし必ずしも其署名に冠するに豫審判事代理なる文字を記載することを要せず(四三九二、四九六、四三、一二、二三、大審刑一、法七〇一、二八)

一三 豫審調書を供述者に讀聞けたる際供述者に於て其供述を變更増減せんことを請求するときには書記は其請求ありたること及び變更増減の條件を調書に記載すへきも訊問中に供述者が供述を變更増減したるときは最後の供述のみを調書に記載するを以て足り其變更増減前の供述は之を記載せざるも違法に非ず(四三九二、八五六、四四、二、二一、大審刑一、法七〇五、二八)

一四 豫審に於ける訊問は證人其他訊問を受くる者の供述を喚起するための手續なれば既に證人の供述記載ある以上は其訊問は必ずしも之を掲ぐるを要せず而して調書上反對事實の顯はれざる限りは其訊問は適法なりしものと認むるを相當とし其訊問の形式の記載なきの故を以て威嚇又は許言を用ひ誘導訊問を試みたる者なりとの嫌疑を挾むことを得ざるものとす(四三九六六、四三、七、五、大審刑一、法六五七、一八)

第四節 被告人の訊問及び對質

第九條

一 法律は豫審判事に對して被告人を訊問する場合には其住所身分年齢等を調査し之を調書に記載することを要求せず右調査の記載を缺きたる調書を無効と爲す規定存せざるを以て調書の記載に徴して被告人某の豫審調書なることを確認し得るに於ては如上の調査を缺きたる調書を以て當然無効と云ふを得ず(四四九一、五二五、四四、九、一四、大審刑二、法七四五、二七)

二 被告人訊問中豫審判事が其取調上共同被告人を訊問するの必要ありと思料したるときは之を

呼入れ訊問することは法の禁せざる所なれば之を訊問するも違法にあらず(四四九四、八八、四四、四、一四、大審刑一、法七一五、二八)

三 豫審判事は所屬地方裁判所豫審判事に對し事務の補助を依頼する權限あるを以て地方裁判所支部の豫審判事に對し被告人の訊問を囑託するも違法にあらず(四四九二、四一九、四五、二、一、大審刑二、法七七二、二八)

四 刑事訴訟法第九三條に豫審判事は先づ被告人を訊問すへし但し檢證を爲し又は證人を訊問するに付急速を要するときは此限に在らずとありて被告人訊問に先ち證人を訊問するは時と場合により全く豫審判事の見込に依るへきものにして其時若くは場合を知悉せざるものは容喙すへきものに非らず換言すれば被告人に先ち證人を訊問するの要は豫審判事の思料に一任せざるへからざるものとす(四四九一、七三九、四三、二、三、大審刑二、法六二七、一八)

五 豫審判事は法定の特殊事由存する場合にあらずと雖も事宜に依り豫審廷以外に於て證人を訊問するを得るものとす而して右と同一の理由に基き豫審判事が豫審廷以外に於て被告人を訊問するを得へきは當然なり(四四九一、〇一七、四三、六、九、大審刑二、法六五二、一六)

六 豫審に於て被告人が其供述に付増減變更の申立を爲したるときは豫審判事が刑事訴訟法第九十六條に依りて更に訊問を爲すへき場合は同法第九十五條に依り裁判所書記が録取したる訊問及供述を被告人に讀聞かせたるときに限るものとす故に豫審判事が再訊問を爲すことなく直に豫審を終結したりとするも之が爲め現に被告が爲したる供述を録取せる調書の無効を來すへきに非ず(四三九八、八七、四三、五、三〇、大審刑二、法六五一、一八)

第九條

第五節 檢證、捜索及び物件差押

條〇第三

一 檢證は總て犯罪を證明すべき物件を實檢し以て犯罪事實を判斷するの資料に供するを以て本質とする證據調の一種なるか故に犯罪の場所に臨檢し實地を視察し以て被告に利益若くは不利益なる狀況の存否を判斷したるときは檢證調書に其判斷を記載するは當然にして此等の判斷を記載することを禁止せる法條なき以上は檢證調書に豫審判事か檢證上得たる判斷を表示したりとするも違法に非ず(四三九一七四三、四三、一〇、一〇、大審判二、法六八二、二七)

二 豫審判事又は受命判事か臨檢を爲す場合に於て檢證の便宜上當該事件に付假豫審又は捜査に従事したる司法警察官たる警部等を立會せしめ且つ此等の者より其檢證又は犯所見分の當時に於ける狀況を聴取り之を檢證の參考に供するは相當の措置にして而かも法の禁する所にあらす(四四九七七、四四、六、一五、大審判二、法七二七、二八)

三 刑事訴訟法上檢證は數日に涉り之れを爲したる時と雖も其調書は一通の書面に作成することを禁止したる規定あることなし而して檢證調書末尾に即時現場に於て之れを作るに依り所屬廳印を用ゆる能はずと記し受命判事及裁判所書記の署名捺印あるときは一通の檢證調書を作成するか爲め第一回檢證にも同一事項の記載及右判事并に書記の署名捺印を表示するの煩雜を避け之を省略して調書末尾に前示事項を表示したること明なれば其事項は第一回檢證にも併用せられたるものとす(四三九六九三、四三、五、一二、大審判二、法六四七、一七)

條〇第四

四 豫審判事か刑事訴訟法第四百條に依り書記立會の上家宅捜索を爲したる場合に其家宅捜索調書に必ずしも立會人の署名捺印を要するものに非ず(四三九八八一、四三、五、三〇、大審判

條〇第六

二、法六五一、一八)

五 刑事訴訟法第六條に依り豫審判事か物件を差押へ目録を作る時は同法第二十條の規定に依據すへしと雖も其他の場合に於て豫審判事か押収目録を調製するは必竟物件の存在を表明し其散逸を防ぎ以て之を保全するに外ならざるか故に其作成は刑事訴訟法の規定に依らざるも之を無効となすべきものにあらす(四三九九五五、四三、六、一三、大審判二、法六五一、一八)

條〇第八

六 刑事訴訟法第八條を見るに被告人は臨檢捜索等の處分に立會ひ又は代人をして立會はしむることを得る旨を規定しあるに止まり豫審判事又は受命判事等に於て右等の處分を爲す場合に被告人又は其代人以外の者の立會を必要と認むるときと雖も猶且之を立會はしむることを禁ずとの制限的意義を示したる規定あることなきを以て判事は如上の場合に於て必要と認むるときは被告人又は其代人以外の者と雖も之を立會はしむることを得るものとす(四三九七三四、四三、五、二〇、大審判一、法六五一、一六)

條〇第九

七 刑事訴訟法第九條第二項に「其訊問及供述は之を調書に記載すへし」とあるは被告人の訊問調書に右の記載を爲す可しとの趣旨にして家宅捜索調書に其記載を爲すへしとの趣旨にあらす(四五九七三二、四五、五、九、大審判二、法七九一、二四)

第六節 證人訊問

條〇第二

一 豫審判事は所屬裁判所の管轄区域内に限り必要若くは便宜なりと認め裁判所外に於て證人を訊問するも違法に非ず(四三九一一八六、四三、七、五、大審判一、法六六〇、一九)

二 豫審判事か證人を訊問するに當り其後に於て共同被告として訴追せられたる者との身分關係

を問查せざりしときは刑事訴訟法第二百一十一條の規定に反し其供述は證據として採用することを得ざるものとす(四三九二〇二四、四三、一一、一一、大審刑一、法六八七、二八)

三 豫審判事が證人を訊問するに當りては證人と被告人との身分關係を問查すべく而して被告人數人あるときは各被告と證人との身分關係をも問查せざるべからず(四三九一四七四、四三、九、二〇、大審刑一、法六七二、一五)

四 追起訴ありたる後豫審に於て再び證人を呼出したる際には單に判決の事實に關する訊問をなしたるに過ぎずして追起訴に係る事實に付き訊問したるものにあらずるときは豫審判事が同證人を訊問するに當り追起訴されたる者と證人との身分關係を問查せざりしとするも不法に非ず(四四九五四八、四四、五、一三、大審刑一、法七二一、二六)

五 證人の訊問に際し金員授受の時日回数等を明確ならしむるの必要ありと思料するときは豫審判事に於て書面を以て供述に代へ其事實を明確ならしむるとは法の禁する所にあらずのみならず事實の真相を發見するを以て目的としたる刑事訴訟の精神に適合するを以て豫審判事が證人を訊問するに當り金員授受の時日回数等を明確ならしむるため明細書を提出せしめ之を其豫審調書の末尾に添付するは不法にあらず(四四九一九六、四四、三、一七、大審刑一、法七一、二、二七)

六 證人に被告人を示すか證人が被告人を熟知するか其他被告人の個性が確定せられたる場合の外本名なると通稱なるとを問はず被告人の氏名のみを舉示して證人との身分關係を問查したる場合に於て後日に至り其氏名か他人の氏名を冒稱したるか若くは虚偽なることを發見したるときは重て同一證人を訊問するに更に被告人の實名を舉示し其者と證人との身分關係を問查せざ

第二條

る可らず何となれば偽名を以てしては證人に於て何等身分關係を有せざりしとするも實名を以てしては被告人との間に身分關係存し得ることあればなり(四五九二七五、四五、三、二八、大審刑二、法七八三、二六)

七 豫審判事が一事件に付宣誓の上訊問したる證人を爾後同一被告人に對して新に訴追せられたる他の事件に付き再び訊問せんとするには假令併合審理に係る場合と雖とも更に宣誓せしめざるべからず而して第二の訴追事件に付きて全然没交渉にして第一の起訴事件に付きてのみ前回の引續き證人として訊問したるものなるときは更に宣誓を要せず從て該調書は無効に非ざるを以て之を斷罪の資料に供するも不法に非ず(四四九一八八、四四、三、一四、大審刑一、法七〇八、二五)

八 證人として豫審判事の訊問を受けたる當時冒認及び詐欺取財事件に付き公判に付せられたる者は法律上證人と爲るの資格なきと勿論なれば豫審判事が之に宣誓を爲さしめ訊問を爲したるときは不法にして其證言は證據たるの效力を有せざるものとす(四四九二九〇〇、四五、二、一三、大審刑一、法七七六、二六)

九 證人の宣誓書は裁判所書記に於て之を證人に讀聞かせ證人をして之れに署名捺印せしむるを以て作成の方式とすることは刑事訴訟法第二百一十二條第二項に特に規定する所にして裁判所書記が同法第二十條の一般規定に従ひ作成することを要するものにあらず(四四九二五六六、四五、二、九、大審刑一、法七七三、二七)

一〇 刑事訴訟法第二百一十二條第一項は證人をして宣誓を爲さしむるには如何なる趣旨の誓約を爲さしむべきやを定めたるものにして宣誓の文詞に至りては之を一定したるものに非されは誓

約の趣旨にして該條に定むる所と異ならざる以上は其文詞は該條に示す文詞其儘を用ひざるも適法の宣誓たるを失はざるなり(四四九、二二九〇、四四、一二、八、大審刑一、法七六六、二七)

一 證人の宣誓書なるものは裁判所書記に於て之を證人に讀聞かせ署名捺印せしむるものにして證人自ら之を作成するものに非ざるを以て宣誓書に於ける文字の挿入削除は證人に於て之を爲すを得ざるものとす(四三九、二六三〇、四四、一、二七、大審刑一、法七〇〇、二八)

二 同一被告人に對して數個の事件起訴せられたる場合に於て其の中の或事件のみに限り證人を訊問する必要あるときは其事件のみの證人として訊問し得べく起訴せられたる事件全體の證人として訊問することを要せず蓋し證人に對して適法に被告人との身分關係を問查したる以上は之をして宣誓せしむるに妨なく事件の甲たると乙たるとに因り宣誓の効力に影響を及ぼすことなればなり而して一定の事件に限りて訊問したる證人の供述を其事件のみの罪證に供するは相當にして又必要ある場合に於ては或事件に關する證人の供述たることを明示して之を他の事件の證據に供するも違法に非ず(四四九、一七一、四四、一〇、一二、大審刑一、法七四九、二八)

第二條

一 共犯として訴追を受けたるものは其共同正犯たると教唆又は從犯たるを問はず從て刑事訴訟法第二百二十三條二號以下の被告人に包含せられたるものなれば一の被告事件に付き證人を訊問せんとするには其事件に付き共犯として訴追せられたる總ての被告人との身分關係を問查するを要す否らされは其證人としての訊問調査は無効なり(四四九、二五九四、四五、一、二三、大審刑一、法七七二、二八)

二 受命判事が證人に對し刑事訴訟法第百廿三條第一號第四號同第百廿四條第一號乃至第六號

に該當するや否やを問查したるに止まり同法第二百二十三條第二號第三號に該當するや否やを問查せずして直に之に宣誓せしめ以て證人として訊問したるときは其調査は違法にして證據たるの効力なきものとす(四四九、二七一八、四五、二、九、大審刑一、法七七三、二七)

三 三等郵便局長は明治四十三年三月勅令第九十號通信署官制に依り通信官署に置く判任官吏なり而して三等郵便局の通信事務員は明治四十三年三月遞信省公達第三五二號を以て改正せられたる遞信省管理局及通信官署雇員規程に従ひ三等郵便局長に於て採用すべき同局の雇員にして局長の職に在る同人の雇員にあらざるのみならず刑事訴訟法第百廿三條は雇員が雇主の爲め證言する場合に證人たる資格なきことを規定したるものにして雇主が雇員の爲め證言する場合を規定したるものにあらず(四四九、一六〇九、四四、九、二五、大審刑二、法七四八、二六)

四 破産財團に對し債權者として債權の届出を爲したるものにして犯罪を原因とし擱きに交付したる物件を贖物として之れか還給を請求したるにあらず又犯罪を原因とし損害の賠償を請求したるものにあざるときは刑事訴訟法上所謂民事原告人に非ず(四四九、一一六九、四四、六、二二、大審刑二、法七二九、二四)

五 豫審判事が證人を取調ふるに當りては證人と被告との間に於ける刑事訴訟法第二百二十三條の身分關係に付問查を爲すべき者なるに之を爲さずして訊問したるときは豫審調査は全然無効なりとす(四四九、一三〇九、四四、七、一〇、大審刑一、法七三八、二五)

六 國と個人との間に於ては刑事訴訟法第二百二十三條第二號乃至第四號の身分上の關係を生ずることあるへからざるを以て問查の必要なし(四四九、二九四〇、四五、二、二七、大審刑一、法七七八、二七)

- 一九 民事原告人の實子を私訴の証人と爲し宣誓の上證言を爲さしめたるときは違法にして豫審調書は全部無効たるべきものとす(四三九七七一、四三、五、一九、大審刑二、法六四六、一八)
- 二〇 証人と被告との三代許り以前の系統如何によりては其間に親族關係存することは絶對的不能の事實に非ざるを以て豫審判事か其關係の存在せざることを確認したる上証人として訊問を爲す可きものなるに事茲に出てすして輒すく宣誓を爲さしめ証人として供述を爲さしめたるときは違法にして其證言を採りて斷罪の資料に供したる判決も亦從つて違法なりとす(四三九五、四六、四三、五、三、大審刑一、法六四六、一八)
- 二一 刑事訴訟法第二百三條に証人となることを許さざる者を列舉し其第二に被告人の親族を掲げ姻族に付ては婚姻の解除したるときと雖も同じき旨を規定し姻族すら尙ほ且つ婚姻解除後に於て証人たることを許さざる所以の法意に徴すれば該規定は無論被告人の配偶者に對し婚姻の解除後と雖証人たることを許さざるものと解せざる可らず(四三九一八九三、四三、一一、一七、大審刑二、法六九四、二八)
- 二二 刑事訴訟法第二百三條に所謂民事原告人とは公訴に附帶して刑事裁判所に私訴を提起する者は勿論獨立して民事裁判所に犯罪事實を原因として物の返還又は損害賠償の訴を提起する者をも指稱すと雖も告知參加人は主たる訴訟當事者の一方を補助する爲め訴訟に参加し之に附隨するに過ぎざるものなるを以て原告の爲めに訴訟に参加するも之を民事原告人と云ふを得ず而して刑事訴訟法第二百三條及び第二百四條は刑事被告事件に付き証人として訊問することを得ざる者を列記したる制限的規定に外ならざれば漫りに廣義に解することを得ず從て告知參加人の証人としての供述を採て斷罪の資料に供したればとて不法に非ず(四二九二〇〇一、

四三、三、七、大審刑二、法六三三、一六)

- 二三 刑事訴訟上証人と爲ることを許されざる者は刑事訴訟法第二百三條及第二百四條に明示しあるを以て是等法條の各號に該當せざる者は總て証人と爲るの資格を有するものと云はざるべからず而して共犯者たれとも訴追せられたるものにあらざるのみならず前記法條所掲の各號に該當せざる者なるときは証人と爲るの資格を有するものとす(四三九四四、四三、三、一、大審刑一、法六三三、一八)

- 二四 同一犯罪事實に付き共犯者として訴追を受けたるものにして判決確定若くは其他正當の事由により公訴事件より脱退せざる以上は假令同一裁判所に被告として繫屬せるも總て刑事訴訟法第二百三條第二號以下に所謂被告人に該當す(四三九一一三二、四三、六、二四、大審刑一、法六五五、一七)

- 二五 別事件に於て共同被告人たる者に對し他の新に起訴されたる事件に付き豫審判事か之を參考人として訊問するも違法に非ず(四二九一七三九、四三、二、三、大審刑二、法六二七、一八)
- 二六 藝妓と藝妓屋との關係は各獨立したる營業者にして其間に金圓貸借に因る債權關係存在するも法律上雇傭關係存在することなければ藝妓は藝妓屋の雇人に非ず從て藝妓は藝妓屋主人の被告事件に付き証人たる資格あるものとす(四四九一三〇七、四四、七、一、大審刑二、法七三二、二八)

- 二七 株式會社の取締役は株式會社の雇人に非されば株式會社が民事原告人たるとき其取締役は証人と爲ることを得るものとす(四四九一七六二、四四、二、一九、大審刑一、法七六四、二八)

第二條四

二八 証人が現に供述すべき事件に付會て訴追せられ其證憑充分ならざるか爲め免訴の言渡を受けたる者なるときは宣誓を用ゐて之を訊問することを許さざるは刑事訴訟法第二百二十四條第六號の明定する處にして此規定に違背して訊問したる結果は右同事件の斷罪の資料に供するを得ざるは勿論其實に付証人と共犯關係ある被告人に對し起れる他事件の證據としても證據資料と爲すを得ず(四五九四三四、四五、四、一二、大審刑一、法七八八、二六)

二九 被告事件に付き會て訴を受け其證憑十分ならざるに因り免訴の言渡を受けたるものにして刑事訴訟法第二百二十四條に依り証人の資格なきに拘はらず宣誓の上供述せしめたるときは違法にして該證言は效力を有すべきものに非ず(四四九一六九一、四四、一〇、九、大審刑二、法七四九、二七)

三〇 重禁錮の刑に該るべき輕罪事件に付公判に附せられたる者は刑事訴訟法第二百二十四條第五號に依り宣誓の上証人として陳述するの資格なき者なるに拘らず之れを宣誓せしめたる上証人として訊問したるときは違法にして其者の豫審調書は無効なりとす(四四九五八、四四、三、一四、大審刑一、法七一五、二八)

三一 刑の確定したる相被告を訊問するに該りては刑法施行法第三十六條の適用上刑事訴訟法第二百二十四條第四號に該當するものとして宣誓せしむることなく事實參考人として之れを取調を爲す可く其者をして宣誓せしめ証人として訊問を爲したるときは不法にして該豫審調書は証人調書たる效力なきものとす(四三九六四八、四三、五、一三、大審刑一、法六五〇、一六)

第二條七

三二 公判の審理手續にも適用ある刑事訴訟法第二百七條は其規定に違背したる場合に於ては其訴訟手續を無効と爲すの趣旨を包含するものに非ず(四三九六一八、四三、五、一〇、大審

第二條九

刑一、法六五〇、一六)

三三 通事を経て証人を訊問したる場合に於ては刑事訴訟法第二百九條第一條に依り通事に調書を讀聞かせ之をして署名捺印せしむるを以て足り刑法第三百一一條に依り証人をして署名捺印せしむることを要せず蓋し同條証人に關する規定は直接に証人を訊問し之に調書を讀聞けたる場合に屬すればなり(四四九一一、四四、三、九、大審刑二、法七〇七、二七)

第三條一

三四 豫審調書の末尾に於て用紙の野外に証人をして署名せしめたりとするも之を欄外の記入と謂ふへからざるのみならず縦令欄外の記入なりと云ふも証人の署名に調書の作成者たる裁判所書記をして捺印せしむるを要せず(四四九一九二三、四四、一〇、三〇、大審刑二、法七五四、二八)

三五 刑事訴訟法中証人の訊問調書に被告事件を表示すべき旨を示したる規定あることなきを以て豫審に於ける証人の對質訊問調書に被告事件の表示なしとするも違法とせず(四四九二八七二、四五、二、二三、大審刑一、法七七八、二七)

第三條二

三六 証人訊問囑託書と訊問事項書とは其性質上相俟て效用をなすものなること勿論なるも本と同一文書を成すべきものに非ずして別個の書類たること明白なりとす故に右二個の書類の間に契印を要せざるや論を俟たず而して訊問事項書なるものは訊問すべき事項を列記したるものに過ぎず作成者の表示を要する文書に非ざるを以て刑事訴訟法第二十條に従ひ作成せざるも違法に非ず(四三九一一〇九、四三、六、二〇、大審刑二、法六五五、一七)

三七 豫審判事の囑託に基き區裁判所判事が証人を訊問するは豫審審理の一部にして元より秘密に行ふべきを相當とするも之を公行したればとて該訊問を以て無効なりと云ふことを得ず(四

三九二八五六、四四、二、二二、大審刑一、法七〇五、二八)

三八 豫審判事か他の裁判所の豫審判事又は區裁判所判事に證人訊問を囑託する場合と雖も其證人訊問は豫審判事の職權に屬する證據蒐集の一方法に外ならされは之を豫審處分と謂ふに妨げなし然らば右囑託に依る證人訊問調書も亦豫審判事か自ら訊問したる證人訊問調書と同じく呼ぶに豫審調書を以てするに付き異論を挿むべきに非ず(四四九一六六三、四四、一一、二〇、大審刑二、法七六〇、二八)

三九 證人の訊問調書に甲裁判所豫審判事か乙裁判所豫審判事の囑託に基き證人に對してなしたる訊問を録取したるものなることの明記なく且記録中之に關する囑託書は存せざりしとするも記録中に存する同調書作成の日時が乙地方裁判所豫審に繫屬中の日時に相當すること及起訴を受けざる裁判所は囑託によらずして他の裁判所に繫屬せる刑事被告事件のため妄りに證人を訊問すべき者にあらざる等の事由を綜合し之を認めたりとするも不法に非ず(四四九七六四、四四、五、九、大審刑一、法七八一、二八)

四〇 豫審處分の轉囑は敏速に囑託の目的を達するを得るの利益ある方法なるを以て苟も刑事訴訟法上之を禁したる明文なき限りは有效に之を爲し得るものと解するを相當とす(四五九一八四、四五、三、一九、大審刑一、法七八二、二六)

四一 豫審判事か證人所在地の區裁判所判事に對して其訊問を囑託する場合に於ては其囑託書は受託區裁判所判事に送致せらるゝを以て一件記録中に存在せず又囑託書の草案を記録に添付すへしとの規定なければ該草案の記録に添付せられざること往々にして然り故に證人訊問の囑託ありたるや否や將た該囑託は適法に行はれたるや否や之を確知すること能はざるの憾なきに非

條三第

一 すと雖も既に受託區裁判所判事に於て囑託に應じて證人を訊問し其調書を豫審判事に送致するに於ては右は豫審判事の囑託に依りたるものにして其囑託手續は適法なりしものと觀るを相當とす(四三九二〇八五、四三、一一、一七、大審刑二、法六九一、二八)

四二 受託判事の訊問調書に所屬官署の印を押捺せざりし瑕瑾ありて法律上證據たるの效力なき場合と雖とも之か爲め受託判事か囑託に依て證人を訊問したる事實までも否認す可きものにあらず而して囑託の證人を訊問したる事蹟の存在する以上は證人訊問の證據決定を適法に履踐せざるものと云ふ能はず(四三九一八三九、四三、一〇、二四、大審刑二、法六九〇、二四)

四三 囑託書の前半か甲地方裁判所豫審判事の囑託書にして其後半か之に對する乙地方裁判所豫審判事の回答書なる場合に於ては之れを各別に觀察するときは何れも刑事訴訟法第二十一條の要件を具備したる有効の書類なりとす而して回答書か囑託書末尾の空白を利用して之を作成したるものなるときは刑事訴訟法上此種の書類は各別に之を作成することを命し同一紙面を利用して之を作成することを禁止する規定なければ此事實は書類の效力に何等の影響を及ぼすことなし(四三九二一五〇、四三、一一、一五、大審刑一、法六九六、二八)

第七節 鑑定

條三第

一 鑑定は學術職業其他の事由に因り得たる特別の知識を應用し現在の事實を實驗し之を基礎として特定の事實を判斷するものに外ならされは其判斷すべき事實か過去に屬すると將た現在又は未來に屬するとは問ふ所に非ず夫の證言か過去に於ける事實の實驗に因り得たる知識を基礎として過去の事實を供述するものと自ら其趣を異にす(四三九一三八四、四三、八、一六、大

審休暇、法六六六、一八)
二 診断は即ち疾病若くは創傷の鑑定なるか故に診断も亦鑑定の範囲内に属し其間判然たる區別あることなく醫師が相當官吏の命令に依りて作成したるものは之を鑑定書と稱し其他の者の依頼を受けて作成したるものは之を診断書と名づくるを以て普通とするも診断書必ずしも鑑定書にあらず鑑定書常に診断書にあらずと云ふことを得ず(四三九二七三、四三、四、大審刑二、法六三五、一八)

三 傷害事件に付き醫師が被害者の創傷に付鑑定を命せられたる場合に自ら被害者又は主治醫に受傷當時に於ける創傷の模様及び其後の経過を聞き取り之を鑑定の資料に供することは鑑定人として自己の責任に於て爲すことを得る鑑定の方法に過ぎざるを以て法律の禁する所にあらず(四三九二一八、四三、六、二二、大審刑一、法六五四、一七)

條三第六
四 豫審判事が鑑定人を訊問するに當り刑事訴訟法第三百二十六條第二十一條に依り鑑定人と民事原告人との關係を調査すべきは其當時被告事件に牽聯せる民事訴訟の提起ありたる場合に限りものにして右民事訴訟の繫屬せざること明確なる場合に在ては民事原告人の存在すべき理由なければ其者との關係を調査するの要なきや勿論なり(四四九二五一、四四、三、二〇、大審刑二、法七二二、二八)

五 刑事訴訟法第三百三十六條第二項は第百條第一條の通事に關する法則を直に鑑定人に適用する旨を規定したるものにあらずして鑑定人が國語に通せざるか如き場合には同法第百條に依り通事を命すべく而して其通事に對しては第百一條を適用する旨を規定したるに過ぎず故に第百一條第二項に通事をして調書に捺印せしむへしと規定したるか故に鑑定人も亦調書に署名捺印

條四第一

すべきものなりと論斷するを得ず其他法律に鑑定人をして訴訟調書に署名捺印せしむべき旨を規定したる正條なければ鑑定人の調書に其署名捺印なきも該調書の無効たるべき謂れなし(四三九一八二七、四三、一一、一七、大審刑二、法六九六、二八)

六 刑事訴訟法第四百十條第三項には鑑定人意見を異にするときは各鑑定書を作り又は各自の意見を一箇の鑑定書に記載す可しとあるか故に二人以上に鑑定を命したる時と雖も其意見の同一なる場合に於ては之を一箇の鑑定書に記載し得るものとす(四三九一九六三、四三、一一、一〇、大審刑二、法六九三、二八)

七 豫審に於ける鑑定は書面を以て爲さしむることを要するものなれば豫審判事が鑑定人をして鑑定書を作らしめずして鑑定人を訊問して其口頭の供述に依り鑑定を爲さしめたる時は違法なり(四三九二一七八、四三、一一、二二、大審刑一、法六八七、二八)

八 疾病か中毒に基因するや否やを鑑定するに當りては患者の病狀吐瀉物の性質其他鑑定をなすに必要な一切の材料は鑑定人に於て之を參考に供し得べきやは勿論にして又法の禁する所にあらず(四三九一八二七、四三、一一、一七、大審刑二、法六九六、二八)

九 豫審に於ける鑑定人の訊問に付ては別に調書を作成すべきことを命したる法規なし從て其調書を作成したりとするも刑事訴訟法第二十條の規定に従ふことを要せず(四三九八〇九、四三、六、一三、大審刑二、法六五一、一八)

第八節 現行犯の豫審

一 現行犯の場合に在りては事件の急速を要するや否やを識別するは當該檢事の職權に屬するを

條四第一

以て検事が或る事件を急速を要する者とし、檢證處分を爲したる以上は其處分は固より有效なり（四三九、二八五、四三、一二、一九、大審刑二、法七〇二、二八）

二 検事が現行犯の場合に宣誓を用ひざる鑑定を命ずるは刑事訴訟法第四十四條第二項の規定に準據するものにして、又同條項の規定は宣誓を用ひざる點に重きを措きたるに止まり、敢て書面に依り意見を表せしむるを禁したるものに非ず、故に検事が鑑定人をして鑑定書を提出せしむるは適法にして、該鑑定書を證據として採用するも亦適法なり（四三九、一〇一七、四三、六、九、大審刑二、法六五二、一六）

三 検事が豫審判事に先ち現行犯罪あることを知りたるときは必ずしも自ら豫審判事に屬する處分を爲すことを要するものにあらず、又必ずしも直ちに豫審を請求することを要するものにあらず、機宜により先づ捜査上の處分を爲し、而して豫審を請求し、若しくは一旦豫審處分に著手し、後之を中止して捜査處分を爲すことを妨げず、而して捜査處分と豫審處分とは全然其形式手續に異同あるのみならず、其處分に強制力を伴ふや否やをも亦二者を甄別するの一標準と爲すことを得へし、故に同一検事の處分と雖も捜査に係るものと豫審判事に屬するものを區別すること敢て難しと爲さず（四三九、一六〇七、四三、九、二九、大審刑二、法六七二、一六）

四 検事の訊問調書に其錄取者たる書記の契印ある以上は、検事の契印なしとて無効の文書と云ふへからず（四三九、一四〇九、四三、八、三〇、大審休暇、法六六六、一七）

五 地方裁判所検事の聽取書が區裁判所検事局雇の筆記に係れりとするも、右は、検事が證人の供述を聽取する際、其供述を雇員に口授して之を筆記せしめたるものにして、雇員の署名は筆記者として爲したるに過ぎず、而して其書類の作成者は、検事にして、現に其署名捺印を存し、作成の正確を認

條四第
五

證しある以上は該聽取書は違法に非ず、又區裁判所検事局の雇員は上官の命に依り、地方裁判所検事局雇員の事務を執り得べきを以て、區裁判所検事局の雇員が地方裁判所検事の命に依り、筆記の役を執るも違法とせず（四四九、二一三七、四四、一二、四、大審刑二、法七六六、二八）

條四第
七

六 検事の意見書にして適法に事件の豫審を請求する趣旨を表示する以上は公訴は當然に豫審に繫屬すべきか、故に其以前に於ける検事の爲したる處分に違法ありとするも、右處分に依りて作成したる書類を無効ならしむるに過ぎず、之れが爲めに適法に提起せられたる公訴を違法ならしむべきにあらず、蓋し刑事訴訟法第四十五條に依る現行犯の豫審請求は、検事の爲したる豫審處分の效力如何に依りて影響する處なればなり（四三九、一六〇七、四三、九、二九、大審刑二、法六七二、一六）

條四第
七

七 北海道廳技手にして北海道廳官制により、林務官の職に在る者は、刑事訴訟法第四十七條第一項の規定に依り、現行若しくは準現行犯ある場合に於ては、検事と等しく、犯所に臨み、之れが檢證調書を作成するの權能を有するものなるも、技手か作成したる檢證調書が非現行犯の場合に於て擅に作成したるものは、法律上無効の文書なると同時に、之れが附屬圖面亦檢證繪圖面としては、其効なきものなるを以て、斷罪の資料に供することを得ず（四四九、一三〇四、四四、七、一一、大審刑一、法七三三、二七）

第九節 保釋

條五第
一

一 控訴期間中は第一審裁判所に於て保釋許否の決定を爲すことを得（四三、七、九、法曹會決議、二〇卷一二號）

第五節

- 二 法律上保釋取消決定に對し抗告を爲し得べき規定なきを以て之を棄却すべきものとす（四五、四五、一、一五、大審刑一、法七七二、二七）

第十節 豫審終結

第七節

- 一 被告人は豫審終結の決定に對して抗告を爲すことを得ざるを以て縱令該決定書が適法に被告人に送達せられずとするも其決定は被告人に對して絕對的確定の效力を有すべく被告人に決定書の送達なきを以て事件の公判に付する效力を喪失するものに非らず（四四九一一、四四、三、九、大審刑二、法七〇七、二七）

第四編 公判

第一章 通則

- 一 數多の共同被告人ある場合に於て便宜上各被告人の審理を分離すると否とは元來裁判所の職權に屬するものとす（四五九八二二、四五、五、二一、大審刑一、法七九三、二四）
- 二 裁判所が同一人に對し同時に繫屬したる數個の被告事件を各別に審理すると將た之を併合して審理するとは審理の便宜上裁判所の職權に屬すべきものとす（四五九三〇二、四五、三、二九、大審刑一、法七八六、二六）
- 三 裁判所が公廷に於て決定を言渡し又は其他の方法を以て當事者に之を告知したるときは其決定は裁判所を羈束し裁判所が相當の形式を以て之を取消す迄は依然として存在するは論を俟たずと雖も裁判所が其内部に於て裁判事務の處理に付きて執る處の處分は裁判所を羈束するの效力なし従て裁判所は必ずしも之を遂行するの責務なく又特に之を取消すの手續を爲すの必要なし（四三九一六七八、四三、一〇、七、大審刑一、法六八〇、一八）
- 四 再起訴許可に關する裁判所の決定は其の決定を爲すと同時に確定し假令該決定書の作成形式に違法の廉あり爲めに其書類は無効となるも之れか爲め叙上決定の確定力に對して何等の影響を及ぼすべきものにあらず（四三九一〇八二、四三、六、一七、大審刑一、法六五五、一八）
- 五 公判に於て被告辯護人が被告利益の爲め書類取寄せの申請を爲したるに拘らず裁判所が其許否に關し何等の決定をも與へずして公判審理を終結したるときは公判審理の手續に違背したるものとす（四三九一七〇六、四三、一〇、一一、大審刑一、法六八二、二八）
- 六 假住所主は本人に代り公判期日指定に關する呼出狀を受くるの權能を有するものなれば従て公判期日指定の通知も亦之れを受くる權能あるものと云はざるを得ず（四三九七九〇、四三、五、二四、大審刑一、法六五一、一七）
- 七 恐喝取財罪と證書騙取罪とか同一なる犯意の發動に基因したるときは實質上一罪を構成するを以て既に恐喝取財罪に付起訴ある以上は證書騙取罪に付きて亦必然の結果として起訴ありたるものにして檢事か特に騙取罪を指摘せされはとて爲めに犯罪の全部に涉りて審理を爲すべき裁判所の職權に何等の影響を及ぼすべきものにあらず而して恐喝取財と證書騙取とか一罪を構成する以上は恐喝取財の點に付訊問を爲したる裁判所は刑事訴訟法の規定に従ひ被告人の訊問をなしたるものにして其一部たる證書騙取の點に付特に訊問を爲さざるも之を以て訴訟手續の違背ありと云ふことを得ず（四三九七九六、四三、五、二七、大審刑一、法六五一、一七）
- 八 公判延期の申請に對する許否の決定は之れを正式に言渡すべき旨の規定なきを以て裁判所か

延期を許さざる旨の決定を言渡さざりしとするも不法にあらず又公判延期の申請を許可すると否とは裁判所の職権に屬するを以て果して申請の如く公判が延期せらるゝや否やは辯護人に於て固より豫期するを得ざる所なり（四三九二六六三、四四、一、二六、大審刑二、法七〇三、二八）

九 口達を受けたる公判期日に於ける公判開始の時刻に付き特別の指定なきときは同公判は右指定日に於ける裁判所の執務時間内に随時開廷せらる可きものと解すべく故に斯る通達を受諾したる辯護人は前記執務時間内を通して其裁判所に出頭の上公判開廷の時を待つ義務あるものとす従て辯護人に於て公判期日の通知を受けなから公判期日に出廷せざりしときは辯護人の懈怠に歸すべく辯護人欠席の儘公判を開始したる訴訟手続は違法に非らず（四三九一一八六、四三、七、五、大審刑一、法六六〇、一九）

一〇 民事裁判所の確定判決は當事者を羈束する效力あること勿論なりと雖も不當の民事訴訟を提起し裁判所を欺罔して勝訴の確定判決を得因て財物を騙取したる場合に於ては詐欺の罪を構成すべきものにして此場合に於ては右民事訴訟に關する民事裁判所の確定判決は右公訴事件に關して刑事裁判所を羈束するの效力なきものとす（四三九一四八六、四三、九、二〇、大審刑一、法六七二、一六）

一一 累犯加重の原因と爲らざる前科を以て被告に科すべき刑を量定する資料に供することは事實裁判所の職権に屬する科刑量定權の範圍に屬するものとす（四四九七六四、四四、五、九、大審刑一、法七一八、二八）

第一

一二 刑事訴訟法第七十九條第二項前段の規定に依り辯護人たるには辯護士たることを其要件

條七九

とし同項後段の規定に依り辯護人たるには裁判所の允許を其要件とし二者各其原因を異にするを以て前段の規定に依り辯護人たりし者は其要件たる辯護士資格の喪失に依り辯護人たるの權利も亦當然喪失すべきものにして同項後段の規定に依り其權利を保有し得べきものに非ず（四三九一三四、四三、三、二五、大審刑一、法六三五、一八）

一三 刑事の訴訟に於ける送達に關しては民事訴訟法の規定に依るべきことは刑事訴訟法第十九條に規定する所なれば執達吏代理の作成したる送達證書は其効なく従て公判の呼出狀が辯護人に送達せられたることを證明するに足らざるものとす左すれば同公判は被告の辯護人に對し適法の呼出を爲さずして同辯護人の缺席の儘開始せられたるものにして被告に對する審問は違法となると同時に違法の審問に基きて被告の爲したる供述は證據力を有せざるものなり然れども裁判所に於ける事實の審問か後に至り更新せられたるときは裁判所が被告の供述として採用したるは更新せられたる公判に於ける供述にして其以前の公判に於ける供述に非す何となれば判決に所謂「當公判に於ける被告の供述」とは判決の基本となるべき公判に於ける供述を謂ふものにして其以前の公判に於ける供述は此性質を有せざるを以てなり（四三九一三四〇、四三、七、二六、大審刑一、法六六八、一八）

一四 公判開廷日に付き辯護人か適法の呼出狀を受けたるときは該期日に出頭するの責任あり隨て之を懈怠したるときは自己の責任を以て其日施行せられたる公判手續を知悉せざるへからず故に其日に於ける辯論期日の指定は辯護人に對し有効にして更に呼出狀を發するの要なきものとす（四四九二五六六、四五、二、九、大審刑一、法七七三、二七）

一五 辯護人は犯罪事實の審問に立會し被告の利益を保護すべきは當然なりと雖も犯罪事實に非

さる訊問即ち被告の人違なきや否やを確かむる爲めの訊問に立會せざるも被告の利害に消長する所なきを以て辯護人の立會なきも訴訟手續に違法ありと云ふを得ず(四二九二二八三、四三三、一〇、大審刑二、法六三三、一七)

一六 辯護人が甲市に住し裁判所所在地たる乙地に住居せず且つ乙地に假住所を定め之か届出をも爲さざりし場合に裁判所に於て第二回公判期日を變更し同公判期日を辯護人に通達せざりしとするも辯護人は此に對して異議を申立つるを得ず(四四九八七四、四四、五、一九、大審刑一、法七二〇、二八)

條八第 三

一七 第一回の公判に於て併合審理を爲したる以上は第二回公判に於て審理を更新するも事件は依然併合の儘存続すべきものなれば特に其旨の言渡を爲すべきものにあらず(四三九一九三三、四三三、一〇、三一、大審刑二、法六九一、二八)

一八 刑事訴訟法第八十三條第二項に掲けたる辯論停止後に於ける辯論更新の規定は被告人の疾病に依り五日間辯論を停止したる場合に限り之を適用すべきものとす(四四九一三三三、四四、七、一八、大審刑二、法七三三、二八)

一九 裁判長が辯論再開の告知と證人訊問の宣告とを爲したるに止り辯論を再開し事件の審理に著手したるものにあらずる日に於て辯護人の出廷せざりしは適法の呼出なかりしに因るものなりとするも被告の辯護權を制限したる違法ありと云ふを得ず(四四九一〇七八、四四、六、一三、大審刑一、法七二八、二八)

二〇 辯論再開の決定書に裁判所書記の署名捺印なきも違法に非ず(四三九七八三、四三、五、一九、大審刑二、法六四九、一七)

條八第 五

二二 辯論再開の申請に對しては許否の決定を要せず直に辯論を再開し又は判決言渡を爲すを得べきものとす(四三九二六一、四三、四、大審刑二、法六三七、一八)

條八第 六

二三 附帶の犯罪に付ては檢事の起訴なくとも裁判所は之か審理を爲し得るに止まり必ず之か裁判を爲すへき職責あるものにあらず(四二九一八五三、四三、二、一〇、大審刑二、法六二九、一八)

條八第 九

二三 公訴不受理の確定判決は該事件に付き爲されたる裁判所の處分を無効たらしむるに止まり其無効處分に依り押收せられたる物件自體の證據力に對して何等の影響を及ぼさざるものとす(四三九一〇二四、四三、六、一四、大審刑一、法六五三、一八)

條八第 九

二四 呼出狀に休暇部の名稱を用ゐらざりしとするも受訴裁判所の名義を表示しある以上は其部の名稱如何は呼出狀の效力に何等の影響を及ぼさざるものに非ず故に休暇中に於て休暇部の名稱を用ゐるすして刑事第何部の名稱を用ゐるたる呼出狀は無効に非ず(四三九二〇五三、四三、一一、一七、大審刑二、法六九一、二八)

二五 受訴裁判所は被告事件に付き鑑定を命する權限を有するを以て鑑定に關する證據決定の有効無効を問はず苟も人をして宣誓の上鑑定を爲さしめたる以上は其鑑定手續は有効にして之に基き作成せられたる鑑定書は證據力を有するものとす(四三九一三〇一、四三、七、七、大審刑二、法六六〇、二〇)

二六 或日の開廷を判決の言渡に限定しなから其日辯護人の出廷せざるに拘らず辯論を再開して鑑定人を訊問し且鑑定を命したるときは違法にして其訊問及其命令の無効なると同時に其命令に因て爲したる鑑定も亦無効なり(四四九二八〇九、四五、二、一五、大審刑二、法七七四、

(二七)

第一九條

- 二七 鑑定書中特に圖面を引用して説明せる部分を除き圖面に藉らず文字のみにて完全に説明せる部分を選び其記載を罪證に供したることは判文及該鑑定書の對照上自ら明白なるときは裁判所が證據調を爲すに當り右鑑定書を讀聞けたる以上は別に之が展示を爲さざるも該記載部分を罪證に供するの妨げと爲らず(四四九二一七、四四、三、一六、大審刑二、法七〇九、二六)
- 二八 證人か見聞せし事實上の供述を爲すに方り之に牽聯して證人か過去に於て實驗により得たる所の意見を述べたるに過ぎざるときは證言たるを妨げず(四三九一〇三〇、四三、六、一四、大審刑一、法六五五、一八)
- 二九 被告事件に付き共犯關係を有するものと雖も被告人として訴追せられざる以上は證人たる資格あるを以て被告人として訴追せられざる前其者を證人として訊問したるものなるときは其訊問調書は證人の訊問調書たる效力を失ふものにあらず(四四九七七三、四四、五、八、大審刑二、法七一九、二二)
- 三〇 一旦辯論を終結したる後證人喚問の必要を認めたる場合に於ては裁判所は職權を以て之に關する決定を爲し辯論再開の決定と共に之を宣告するを得べく其決定を爲すに付ては必ずしも辯論を経るを要するものに非ず(四四九三八二、四四、四、大審刑一、法七一六、二七)
- 三一 知覺精神の不十分なる者か爲したる證言は絶対に其効力を認むべきものにあらざるを以て訊問の當時心神耗弱者にあらずと認めて宣誓せしめ證人として訊問したる場合と雖も其認識の誤謬なること判明したる以上は該證言は絶対に無効なりとす(四三九二七八九、四四、二、一三、大審刑二、法七〇四、二八)

- 三二 第一回公判に於て檢事の爲したる證人喚問の申請に對し決定を留保したりとするも第三回公判に至り審理を更新し第四回公判の際裁判長より證據調終了の旨を告げ檢事が異議なく事實竝に法律適用に付辯論を爲したるときは檢事に於て審理更新前爲したる證人喚問の申請を抛棄したること毫も疑なし故に裁判所か其申請に對し何等の決定を爲さず判決を言渡すも不法に非ず(四三九二六二二、四四、一、二七、大審刑一、法七〇二、二八)
- 三三 第三回公判に於て被告の辯護人より申請したる證人の訊問を許容し其訊問を證人の所在地なる區裁判所に囑託し其區裁判所より公判裁判所へ該調書の送付ありしに拘はらず第四回以上の公判に於て右調書を顯出せしめ被告をして之れか辯解を爲さしめたる事跡の見るべきものなきに於ては公判裁判所は其決定を執行せざる不法ありとす(四三九一〇〇〇、四三、六、一〇、大審刑一、法六五一、一五)
- 三四 裁判所か辯護人の申請ありし爲め證人に對して書證の持參を命したるに證人出廷の上該書證は既に他の裁判所に差出しある爲め之を提出すること能はざる旨陳述したる場合には書類の證據調は茲に終りを告げたるものとす從て當事者に於て更に其の他の裁判所より其書類の取寄を申請し裁判所に於て之か許可決定を與へたる場合にあらざれば裁判所に於て進んで之か取寄をなす可き職責あることなし(四三九一三四〇、四三、七、二六、大審刑一、法六六八、一八)
- 三五 證據の形式より論ずれば公判始末書は書證たるには異辭なしと雖も翻て證據の實質より論ずれば公判始末書に掲げたる證人の供述か人證にして書證にあらず(四三九一八四七、四三、一一、一七、大審刑二、法六九二、二八)
- 三六 事實裁判所は證人喚問の申請を許否するの職權あるを以て一旦喚問の決定を爲したる場合

と雖も審理の進行中其必要なことを認めたるときは之を取消し得ること勿論なり故に其取消の決定に對して不服を唱ふるも上告の理由とならず(四三九、四三九、四三、四、七、大審刑一、法六三七、一八)

三七 裁判所に於て證人訊問事項の範圍を限定して之か喚問を決定したる場合と雖も其後裁判所に於て其訊問事項の範圍を擴張する必要を認めたる時は更に決定を要せずして前の決定事項と共に訊問することを得べきものとす(四四九、四四、四四、五、一二、大審刑一、法七一八、二八)

三八 刑事訴訟法第九十條は同第四百十條の如く鑑定書の作成を要求する法意に非ざるを以て公判に於ける鑑定は鑑定人をして口頭の供述に依り之を爲さしめ其供述を公判始末書に記載すれば是る必しも常に豫審に於ける如く鑑定書の作成を要せざるなり(四四九、三六六、四四、四、四、大審刑一、法七一、二七)

三九 刑事訴訟法に於て事實裁判所が公判開廷後に訊問する爲め其開廷前に於て職權を以て證人呼出の決定を爲すは公判の準備行爲に過ぎざるを以て公廷に於て之を爲さざるも公判の口頭審理の趣旨に背反する者に非ず從て裁判所に於て訴訟關係人より請求したる證人を呼出すの必要を認めたる時は其呼出の決定をなし得へし而して右請求の右効なるや否やは其決定の效力に影響を及ぼすものにあらす又證人喚問の決定が開廷前被告に送達の有無は證人に對する證據調手續の適法なることを左右する者に非ず(四四九、九五七、四四、六、一九、大審刑一、法七三〇、二八)

四〇 證人供述中にエム(M)も出来る等の語辭ありとするも右エム(M)とあるは金錢の意義として軌近普通に使用せらるゝ英語(Money)の頭字にして一種の符號を以て視るべきものなれば之を調書中に使用するも敢て外國語を用ゐたる違法ありと論ずるを得ず(四四九、一〇二七、四四、六、五、大審刑二、法七二四、二八)

四一 鑑定人の一名か鑑定事項中の一部に付き意見を表示し能はざる旨を申立たる場合と雖も其事項に對して全然鑑定なかりしものと謂ふへからず蓋し鑑定人は鑑定物の物體に付き自己の知識を以てしては判断を下す能はずと謂ふも之亦一個の意見を表明したるものに外ならざればなり故に其意見に満足する能はざる時は更に中立により又は職權に依りて別人を選任して鑑定をなさしむるは格別なりと雖も之か爲めに前に命じたる鑑定は全然施行せられざりしものにして證據調の決定實行なかりしものと論ずるを得ず何となれば一旦鑑定を命じたる以上は鑑定の結果を得たりと否とによりて決定の實行ありしや否やを判断するを得ざればなり(四三九、二〇三九、四三、一一、一四、大審刑二、法六九五、二八)

四二 證人の豫審調書に添付せる郵便葉書は證人が豫審に於て訊問せられたる事項の一にして證人が歸宅取調の上之を記載して豫審判事に差出したる文書にして即ち一種の供述書に外ならざるときは右は證據書類に屬するものにして證據物件に屬するものに非ず左れば裁判所公判に於て被告に之を示さざりしものとするも之を被告に讀聞け辯解せしめたる以上は之に對する證據調の手續は完全に履行せられたるものとす(四四九、五八、四四、五、二三、大審刑一、法七二一、二六)

條九第

四三 證人の訊問に關する囑託は刑事訴訟法に認むる手續なれば囑託の爲めに書類を作成する場合には刑事訴訟法に規定する書類作成の形式を履踐することを要し之を遺脱するに於ては同法

第二十條の規定に従ひ其囑託手續は無効に歸すると同時に無効の囑託に従ひ爲したる受託判事の訊問も亦た無効となるの結果を生ずるものとす(四三九八二、四三、六、一〇、大審刑一、法六五四、一八)

四四 刑事訴訟手續に於て受命判事をして取調を爲さしむべき規定ある事項に付き裁判長自ら受命判事の事務を行ふも亦適法たるを失はず(四四九二九五九、四五、三、一一、大審刑二、法七七九、二八)

四五 區裁判所判事か公判裁判所の囑託に依り證人を訊問するは必ずしも公開せざる法廷に於てするを要せざるものなれば證人訊問調書に其訊問を公開したる旨の記載あるも其訊問は無効にあらす(四三九八二七、四三、五、一三、大審刑二、法六四九、一八)

四六 已に供述を爲したる證人が公廷に留るは刑事訴訟法第九十三條の命する所にして該證人は一般傍聽人と同視すべきものにあらす故に公開禁止の言渡を爲したるに拘はらず已に供述を爲したる證人等を法廷に留め置ても違法にあらす(四四九八九八、四四、五、二三、大審刑一、法七二一、二六)

四七 裁判所か一旦爲したる證據決定は審理更新後に至るも其效力あるものなれば裁判所か審理更新後の公廷に於て第一回の公判に於て爲したる證據決定に基き證人參考人等の訊問を爲すは違法にあらす又第一回公判の際證人の訊問に付ては決定を留保する旨宣言するも審理更新後の公廷に於て裁判長より被告に利益の證據を提出し得べき旨の告知を爲したるに被告及び辯護人に於て證人の訊問に付き何等の陳述をなさざりしときは其證據申請は之を拋棄したるものと認めらるへし(四三九一九二六、四三、一一、一、大審刑一、法六八九、二四)

條九第
三

條九第
四

四八 公判開始前書面を以て證人訊問の請求を爲すと雖も裁判所は其請求に對し許否の決定を與ふるの職責あることなし(四四九二三三三、四四、一二、七、大審刑二、法七六八、二五)

四九 眞實發見の爲め必要と認むる事項は辯論に因り發見したるものなると否とを問はずか取調を爲す爲め證據決定を爲すは事實裁判所の職權に屬す而して第一審第九回公判に於て裁判長か第三回公判に於ける證據決定の趣旨に基き證人を訊問したることか其第五回公判始末書中其訊問及び供述を録取せる部分を通讀して明瞭なるときは第一審裁判所は自ら爲したる決定を適法に履踐せざりしものと謂ふを得ず(四四九一七六二、四四、一二、一九、大審刑一、法七六四、二八)

五〇 裁判所に於て臨檢鑑定等の決定を履行する場合に於ては裁判所は自ら又は部員の或る者をして檢證を爲さしむべきや將た如何なる方法に依り鑑定を爲さしむべきやと云ふか如き事柄は其内部の評決により適宜に處分し得べき職權行爲に屬するものにして他より之を羈束し得べきものにあらす(四四九二七二四、四五、二、九、大審刑一、法七七三、二八)

五一 裁判所は公判開始前と雖も職權を以て證人訊問の決定を爲し得べきを以て訴訟關係人か公判開始前に證人訊問を請求したる場合に於て其必要を認めたる時は其請求に基き證人訊問の決定を爲すも違法に非す蓋し訴訟關係人の爲したる證人訊問の請求は裁判所の決定を促かす行爲たるに過ぎざれば其の效力の如何は決定の效力に付き影響を及ぼすものに非されはなり故に裁判所か公判の準備手續として公判開始前に於て訴訟關係人の爲したる證人訊問の請求に付其必要を認めたるときは之か決定を爲し得へし而して證據調の請求に對して決定を爲す場合に於て訴訟關係人の意見を徴すべき旨の規定存するとなければ訴訟關係人の意見を聽かすして證人訊

條九第五

問の決定を爲すも違法に非ず(四四九七七、四四、六、一五、大審刑二、法七七七、二八)
五二 證人呼出決定の有効なると否とを問はす苟も證人訊問に關する訴訟法上の手續に違背することなく人をして宣誓の上供述を爲さしむるに於ては其證人の證言は法律上證據力を有すべきは當然にして從て證人呼出決定の有無は其證言の效力を左右するものに非ず(四四九一一三三、四四、六、一九、大審刑二、法七二九、二四)

五三 刑事訴訟法第九十五條は證人若くは鑑定人の供述當時其供述が不實にして且つ其故意に出でたるものと思料せらるる場合に於ける特種の處分手續を規定したるものにして偽證罪は總て同條の手續に依るべき旨を定めたるものにあらずれば受訴裁判所が同條の手續を爲さざりし場合に於ては檢事は普通の手續に依り起訴するの職權を有するものとす(四三九一三四、四三、三、二五、大審刑一、法六三五、一八)

條九第六

五四 刑事訴訟に於て被告人が國語に通せざるとき通事を命ずるは之に依て審理の目的を達するを趣旨とするに外ならず而して第一審裁判所が被告に對し通事を介し訊問したるに第二審裁判所か通事を介せず直接に訊問を爲したりとするも其訊問に關する手續は同じく適法なり蓋し審理の目的が完全に達せらるゝ以上は其通事を命ずると否とは被告辯護權の行使に何等の消長する所なければなり(四四九二三九一、四四、一二、一四、大審刑二、法七六七、二八)

條九第八

五五 告訴を俟て論ずべき罪の告訴に關する書類は必ずしも之を被告に讀聞け其意見を聴くのあることなし(四五九、四五、二、二六、大審刑二、法七七八、二七)

五六 證人が利益の證據を提出し得る旨の告知に基き辯護人より申請したるものなるときは其陳述に付被告の意見を聞くを以て足り重ねて之に對し反證提出の告知を爲すの要なきものとす

(四三九一三七、四三、三、一七、大審刑二、法六三五、一八)

五七 刑事訴訟法九十八條は訓示的の規定に過ぎざるを以て既に朗讀したる證憑書類の數個に付き一時に被告の意見を求め反證の有無を問ふも違法に非ず(四四、五、二七、東京控刑五、法七三八、二〇)

五八 刑事訴訟法第九十八條に「各證憑の取調終りたる毎に」とあるは訓示的規定に過ぎざるを以て證人參考人鑑定人等を取調へたるとき取調終る毎に被告人の意見を聴くを必要とする法意に非ず從て此等の者の總てを取調へたる後に被告人の意見を聴くも敢て違法に非ず又同條に規定する反證提出の告知は被告人辯護權を全からしむる趣旨に出づるを以て反證提出の告知に先たち被告人若くは辯護人より反證を提出したるときは告知を待たずして自ら進んで辯護權を行使したるものにして法律の要求する所は既に履行せられたるものに外ならずれば更に告知する要なきを以て斯る場合に告知せざりしとて違法なりと云ふを得ず(四四九一八八〇、四四、一〇、三一、大審刑一、法七五四、二八)

五九 刑事訴訟法第九十八條第二百十九條は犯罪事實の有無を確定すべき憑據に關する規定なれば其憑據たる書類は之を朗讀し物件は之を被告に示して其辯解を徴するの要あるも刑の執行を猶豫すべき情狀の有無は罪となるべき事にあらずれば之を判定するの資料に供すべき憑據に付ては右證據調の手續を履踐するの要なきものとす(四四九二三四、四四、一二、八、大審刑一、法七七四、二八)

六〇 書證に付き公判廷に於て之を被告人に讀聞け辯解せしめたる事跡の見るべきものなきにも不拘之を斷罪の資料としたる判決あるときは證據調を爲さざる證據を採用したる不法の裁判な

りとす(四三九二八七、四三、四、大審刑二、法六三七、一八)

六一 刑事訴訟法に所謂書類とは刑事の被告事件又は之れと牽連する他の被告事件に付き特に作成せられ人の供述を録取して之を供述に代ゆるの用に供せらるゝ聴取書訊問調書臨検調書各種の始末書の類を指し其他の書類は其作成の時期方法の如何に拘はらず刑事訴訟法の意義に於ては證據物件にして證據書類に屬せざるものとす而して犯罪證明の具として作成せられたる認證謄本は特種の證明方法に屬し供述に代へて之を録取し其效用を爲さしむるものにあらざるを以て證據物件として之を被告に示すの手續に従ふべく朗讀を經へきものにあらず(四三九一一六八、四三、六、二八、大審刑一、法六五八、一七)

六二 私訴は公訴に附帶して審理するものなるを以て私訴審理の際特に關係人に讀聞け又は示さざる證據と雖も公訴審理の際適法に之れを取調を爲したるものなる以上は直に之れを私訴判決の證據として採用するも不法にあらず(四三九二八、四三、三、一一、大審刑一、法六三三、一八)

六三 適法に組織せられたる裁判所に於て辯護人の申請に依り取寄せたる書類を被告及辯護人に示し其意見の有無を問ひたる以上は茲に證據決定は適法に執行せられたるものなるを以て其後裁判所の構成に異動ありて審理を更新することあるも其書類を罪證に供する場合に非れば再び之を示して辯解を求むるの要なきものとす(四三九一九六三、四三、一一、一〇、大審刑二、法六九三、二八)

六四 土地の境界形状を示せる役場備付の圖面は土地所有權の争に付き一應の證據たるに止まり苟くも反證ある以上は裁判所に於て之れと異なりたる境界を確定することを妨げざるものとす

尤も役場備付の圖面を訂正するに付ては行政法規に定むる所に従ひ一定の手續を履踐するを要するも是れか爲め其圖面は苟くは訂正の手續を經るまでは裁判所を羈束するものと謂ふべからず(四三九一七〇八、四三、一〇、一一、大審刑一、法六八〇、一八)

六五 辯護人が甲者の所を以て假住所と定めたる事蹟なく甲者が辯護人に對する書類の送達を受くべき資格あるものとも認むるに由なき場合に期日通知書の送達ありたるときは其送達は同辯護人に對しては其効なきものとす故に裁判所か辯護人の出廷なきに拘はらず公判を開き被告人の審問其他の審理を爲したるときは不法にして同公廷に於て爲したる被告人の供述は之を證據に採用するを得ざるものとす(四四九七七六、四四、五、九、大審刑一、法七一七、二三)

六六 見取圖は展示の方法に依らざれば其内容を認識せしめ得ざるに拘はらず公判始末書には之を被告に示し其意見を聴きたる旨の記載なきときは適法に證據調を經ざる檢證調書見取圖を證據に援用したる違法あるものとす(四四九三二八、四四、四、四、大審刑一、法七一六、二五)

六七 證據書類を讀み聞けたるのみにして被告の意見辯解を求めず而かも其證據書類を採りて斷罪の資料に供したる場合は訴訟手續上重大なる違法あるものとす(四四、四、一、東京控刑五、法七二二、二二)

六八 被告利益の爲め取寄せたる書類の如きは之れを公判に顯出するを以て足り特に被告の答辯辯解を徴するの要なきものなれば是を以て證據決定を適法に履踐せざる者と云ふを得ず(四四九一三八八、四四、一〇、二二、大審刑一、法七五九、二八)

六九 被告人が法廷にて筆記したる書面を筆跡對照の資料と爲したるものに係り其書面は現に法廷にて被告人の自ら筆記したるものなるときは特に此の點に付辯解をなさしむるため該書面を

被告人に開示し又は讀聞かする必要なきものとす(四三九一四三三、四三、九、六、大審休暇、法六七、一八)

七〇 圖面を證據とするは即ち其圖面の記載全部を證據とする趣旨なること自ら明かにして荷も之に關する適法の證據調を爲したる以上更に之を判決に寫出するの必要なきものとす(四五、一五八、四五、三、一五、大審刑一、法七八二、二六)

七一 刑事訴訟法第九十九條に明定する手續は反對の記載なき以上第一審に於て之れを履行したるものと認むるを相當とす而して右の手續を履行したることは必ずしも之れを公判始末書に記載することを要するものに非ず(四三九二二四、四三、四、八、大審刑一、法六四〇、一八)

第九條 第二〇條

七二 控訴審の判決は上告審の破毀移送に依て消滅するものなるも之か爲め適法に行はれたる證據の無効に歸すべき謂はれなければ其證據調に關して生したる訴訟費用と雖も被告人に於て結局有罪の判決を受けたる以上之を負擔するの義務あるものとす(四四九一四三七、四四、八、二二、大審刑二、法七四二、二七)

七三 被告人有罪となりたるときは裁判所の職權を以て控訴に關する訴訟費用の全部又は一部を負擔すべき言渡しを爲すべきとは刑事訴訟法第二百一一條第一項の命する處にして共犯の訴訟費用は共犯人の連帶負擔たることは刑法施行法第六十七條に於て之を規定せり而して叙上の各規定は有罪となりたる各被告人に對し一樣に適用さるべきものにして共犯者中の或者が確定判決に依り連帶負擔を命せられたる公訴裁判費用の全部又は一部を納附したる爲め判決未確定の共犯者に對して之か適用を制限せらるべきものにあらず(四三九一六五四、四三、一〇、七、大審刑一、法六七六、一八)

七四 刑事訴訟法第二百一一條第一項に依り裁判所が有罪と爲りたる被告に對し公訴裁判費用の負擔を命するに當り同費用額の全部を負擔せしむると又は其一部を負擔せしむるとは専ら有罪の裁判を爲す裁判所の職權に屬し控訴審が第一審判決を取消す場合に控訴審に於て生したる公訴裁判費用の外に第一審判決前に生したる公訴裁判費用の全部又は一部をも有罪と爲りたる被告に負擔せしむるは違法にあらず(四三九一六七四、四三、一〇、七、大審刑一、法六八四、一八)

七五 裁判所が必要と認めて施行したる證據調の結果か後日に追ひ或は不必要と認められ若くは被告の利に歸したりとするも其證據調に因り生したる費用は被告事件の審理上必要に出でたるものに外ならされは被告人に於て有罪の判決を受けたる以上は其全部の負擔を命せらるゝも違法と謂ふへからず(四四九二二四九、四四、一一、一六、大審刑二、法七五九、二八)

七六 被告が裁判所に於て有罪の言渡を受けたる事件に付證人が訊問せられたるに非ざるときは其旅費日常は之を被告に負擔せしむべきものに非ず(四四九九四八、四四、五、二六、大審刑一、法七三八、二五)

七七 公訴裁判費用の數額は民事に於けるか如く訴訟費用額確定決定を待ち始めて之を定むべきものに非ずして訴訟記録に依り自ら明確なれば判決に之を明示するの必要なきを以て公訴裁判費用は被告の負擔とすとのみ言渡し其額を明示することを省略するも不法にあらず(四三九二九二〇、四四、二、二八、大審刑一、法七〇六、二八)

七八 公訴裁判費用の連帶負擔は各連帶負擔者に對して連帶負擔額の全部を負擔せしむるものなれば共同被告の或る者に對し同一類なる公訴裁判費用を他の共同被告と連帶負擔せしむるも將た單獨に負擔せしむるも之か爲め其負擔責任に輕重の差を生すべきものにあらず(四三九一八

條〇第二

條〇第二

七二、四三、一〇、二五、大審刑一、法六八三、二八)
 七九 二審裁判所に於て一審に於ける公訴裁判費用を被告に負擔せしめたるものに非ずして二審に於て生じたる公訴裁判費用の負擔を被告に命じたるものなるときは之を以て一審判決を被告の不利に變じたるものと云ふを得ざるものとす(四三九七五、四三、三、一〇、大審刑二、法六三三、一八)

八〇 苟も被告事件に付有罪の言渡を爲す以上は刑事訴訟法第二百一條第一項の適用を爲さざるを得ず(四五、三、三〇、法曹會決議、二二卷五號)

八一 或る書面か被告人の筆跡なるや否やを検證するに當り被告人をして一定の語辭を筆記せしむるは檢證の進行上適當の處分にして固より法の禁せざる所なれば裁判所か被告人に筆記を命じ其筆跡を斷罪の資料に供するも違法にあらず(四三九一四三三、四三、九、六、大審刑一、法六七一、一八)

八二 沒收に係らざる押收物件は本人よりの還付の請求を爲すを得るものなるを以て本案の判決と同時に還付を言渡さるも違法にあらず(四三九一四七一、四三、九、二五、大審刑二、法六七一、一八)

八三 刑事訴訟法第二百一條に所謂所有者とは所有權者のみならず占有者をも包含するものとす(四三九一九五三、四三、一一、一七、大審刑二、法六九一、二八)

八四 親告罪の告訴なくも檢事は犯罪捜査の職權を有するを以て告訴なきの故を以て告訴不受理の確定判決を受くるも檢事の捜査處分に依り作成されたる書類は有効にして證據たるの效力あるものとす(四三九一〇二四、四三、六、一四、大審刑一、法六五三、一八)

八五 告訴を待つて論すべき罪を斷するに當り告訴のありたることを明示して其證據を説示するの要あることなし(四五九、四五、二二、二六、大審刑二、法七七八、二七)

八六 被告か襲に前科ありしとの事實を採て犯罪事實を認むる資料に供したるときは不法なり(四三九四五、四三、三、七、大審刑二、法六三三、一七)

八七 裁判所に於て甲か乙に暴行を爲すも妨げなきにより取出す様命し置き云々との事實を認めなから該事實に對する證據を舉示せざるときは所謂證據に依らずして犯罪事實を認めたる違法あるものとす(四四九四八、四四、五、二六、大審刑一、法七三八、二六)

八八 事實裁判所は犯罪事實を認定するに當り常に必ずしも直接に犯罪事實を證すべき證據のみによりて之を認定することを要せず從て證據に依りて先づ或事實を認定し此事實より推理して間接に犯罪事實を認定することを得と雖も其推理の前提となりたる事實か公知のものに非ず又は證據に依り之れを認めたるに非らざるときは此事實より推理して認定せられたる犯罪事實は證據に依らずして架空に認定せられたるものにして探證の法則に違背したる不法あるものとす(四三九七八、四三、五、二〇、大審刑一、法六五一、一五)

八九 數個の犯罪事實を認めたる判決の證據理由は必ずしも各犯罪事實に對し各別に之を示すことを要せず即ち證據理由の如何なる點か判示犯罪事實の如何なる點に對する證據理由となるやを知り得る底に説明を爲す以上は各犯罪事實全般に對し一括して證據理由を示すも敢て妨げなきものとす(四四九二〇六、四四、一一、一、大審刑一、法七六五、二七)

九〇 一の犯罪事實を認定するに付援用すべき證據は惟り直接に該犯罪事實を證明するものに限らず被告人の性行若くは告訴人の人物等被告の辯解を排斥し若しくは告訴人の主張を明確にし

以て間接に犯罪事實の存在を證すべき事項に關するものは之を採用するを妨げざるものとす
(四三九、四三三、四三二、八、九、大審休暇、法六六六、一八)

九一 司法警察官が起訴の前後を問はず關係人の任意供述する所を聽き聽取書を作成するは適法にして右聽取書は事實承審官が心證判斷の資料に供し得べき證據力あるものなり又斷罪の資料に供したる私訴狀の記載が被害頭末等を敘述したるものなりとするも此の如き私訴狀の記載を證據に援用することを禁止せる法規なきを以て之を證據に援用するも違法に非ず(四三九五七、四三三、五、二、大審刑二、法六四三、一六)

九二 不法に押收せられたる物件なりとするも苟も該物件が公庭に於て適法の證據調を経たる以上は裁判所は之を證據として採用するも違法に非ず蓋し物件の證據力は其物件自體に存するか故に其押收手續の適法なると否とは固より之を左右するものにあらずはなり而して該物件が共同被告人の所有に屬し且犯罪の用に供したるものなることを認定し得るに於ては之を沒收するは相當の措置なりとす(四二九二、二七、四三、二、二二、大審刑二、法六二九、一八)

九三 犯罪を構成すべき具體的事實に關しては公判に於て被告に訊問することを要すと雖とも犯罪の動機被告の素行風評の如き犯罪を構成す可き事實に屬せざるものに付ては假令公判に於て特に被告に對し訊問せざるも公判に顯はれたる證憑に依り之を認むる以上は違法にあらず(四三九一、三九三、四三、八、一九、大審休暇、法六六六、一七)

九四 公判に於て合同審理を爲したるときは證人の豫審調書は共通の證據と爲し得へし(四三九六、四三、五、一〇、大審刑一、法六五〇、一六)

九五 他事件に付取調を受けたる證人被告人其他の關係者の供述と雖も之を別個の事件に對する

證據として採用し得る效力あること勿論にして其供述後に起訴せられたる別個の事件に對して敘上效力を制限すべき理由なし(四三九三、七六、四三、四、一五、大審刑一、法六四二、一五)

九六 刑の執行を猶豫すべき情狀の有無は罪となるべき事實にあらざれば其判定に付ては刑事訴訟法第二百三條規定の如く逐一證據書類の内容等を舉示して證據説明を爲すの要なし(四四九二、三、四、四、一、二、八、大審刑一、法七七四、二八)

九七 裁判所が犯意繼續して毎年春秋二季に開催せられたる各競馬の舉行に際し賭博場を開張し以て或年春季競馬舉行の際も賭博場を開張したるものと事實を認定し而かも其證據理由に毫も其事實認定に對する證據を明示せざるときは刑事訴訟法第二百三條第一項の規定に違背せる不法あるものにして破毀を免れず(四四九四、四四、五、三〇、大審刑一、法七二五、二六)

九八 甲新聞紙が裁判を以て發行を禁止せられたる乙新聞と同一新聞なるや否やは事實裁判所が其職權を以て定むべき事實問題の範圍に屬するものとす(四四九二、九四、四四、七、一一、大審刑一、法七三三、二八)

九九 判決書の事實理由の部に於いて犯罪事實を判示しなから證據理由の部に於て之れか事實に對する證據を明示せざるときは不法の判決なり(四三九五九、四三、五、六、大審刑一、法六四九、一七)

一〇〇 判決事實認定の部の末段に被害者某甲の氏名に冠するに錦鷄間祇候貴族院議員なる身分を附記したりとするも其の判示被害者の身分は公著の事實なるときは證據により之れを認めたる理由を説明するの要なきものとす(四二九二、二〇四、四三、二、二五、大審刑一、法六三二、一九)

- 一〇一 法律に定めたる撰擇刑の中何れを撰擇當行するを相當とするやを決定するは裁判所の職權に屬するものにして其撰擇に關する理由の如きは刑事訴訟法第二百三條に所謂法律を適用し其理由を付すへしとの規定の範圍に屬せざるを以て斯る理由は之を説明することを必要とせず(四二九、二三八、四三、三、四、大審刑一、法六三三、一八)
- 一〇二 判決の言渡には辯護人の立會を要せざるを以て辯護人に言渡期日の通知を爲さざるも違法に非ざるを以て第二審裁判所に於て第一審裁判所か辯護人に期日の通知を爲さず其缺席の儘にて判決を言渡したるは違法にして其判決は取消すべきものなりと判定するは違法たるを免れず然れとも第二審判決は被告の控訴を理由ありとして第一審判決を取消したるものなるときは其取消の理由に違法の廉ありとするも被告人に於て其違法を以て上告の理由と爲すへきに非ず(四三九、八六三、四三、五、一六、大審刑二、法六四九、一八)
- 一〇三 第一審と第二審と賍額の認定に付き異同ありとするも之れが爲め犯罪事實の認定に變更ありと云ふを得ず(四三九、九三九、四三、六、二、大審刑二、法六五一、一七)
- 一〇四 判決に犯罪の場所を掲ぐるの要は受訴裁判所か其犯罪に付管轄權を有することを明示するに在て犯罪の場所の何れなるやは犯罪の構成上何等影響を及ぼすものに非ず故に詐欺取財の手段として偽造證書を行使したる場合に在ては刑法第五十四條に依り一罪として處斷すべきものなれば詐欺取財の場所を判示するを以て足り特に偽造證書行使の場所を判示するの要なきものとす(四三九、一〇七九、四三、六、一六、大審刑二、法六五三、一七)
- 一〇五 起訴の事實と判決事實と同一にして唯單に裁判所に於て法律の觀察を異にしたる結果檢事の付したる詐欺なる罪名を變更し之を横領罪と爲したるに過ぎざるときは起訴なき事實に對

- して裁判したりと云ふことを得ず從て殊更に詐欺罪に關して無罪の判決を爲すへきものに非ず然れとも若し誤て其判決を爲したりとするも破毀の理由たらす(四三九、一八四、四三、三、二五、大審刑一、法六三五、一八)
- 一〇六 被告人より差出したる公訴受理すへからざる旨の申立は一の判決を求むるものなるか故に之に對し審理判決を爲さるへからず(四二九、二〇四三、四三、二、七、大審刑二、法六三二、一八)
- 一〇七 清酒の査定免稅石數の算定に付き誤謬ある裁判は證據に依らずして事實を認めたるの不法あるものとす(四三九、九、四三、三、三、大審刑二、法六三三、一六)
- 一〇八 證人調書と被告人調書とは訊問手續の形式を異にするのみならず其信憑力に相違する所あるを以て豫審に於て被告人として訊問せられたる者の豫審調書を證人調書と爲し其記載事項を罪證に供したるときは探證に不法ある裁判なりとす(四四九、一〇九五、四四、六、一五、大審刑二、法七二七、二八)
- 一〇九 犯罪の場所は罪となるへき事實にあらざるか故に裁判の管轄其他場所に關する法律の適用等に付き之れを判定すべき必要がある場合の外は必らずしも之れを判文に掲ぐる事を要せず(四四九、二八八四、四五、二、三三、大審刑一、法七七六、二六)
- 一一〇 犯罪の場所は犯罪の構成要件に非ざるか故に犯罪の場所に關する證據の摘示にして失當の點あるも之かため犯罪の構成要件たる判示事實の認定に何等の影響なきを以て原判決を破毀すへき理由と爲すに足らず(四五九、三八六、四五、四、五、大審刑一、法七八六、二六)
- 一一一 押收物件が被告等の所有に係るものなりとの認定は罪と爲るへき事實の認定にあらざれば

- は是等認定に付ては元來證據理由を明示するの要なきものなり(四四九一八一四、四四、二〇、二七、大審刑一、法七五四、二八)
- 一一二 犯罪の日は犯罪構成要件たる事實に屬せざるか故に犯罪か何年何月中に行はれたることを認め其日時を判文上明かにせざりしとするも之を以て不適法と云ふを得ず(四四、五、二五、東京控刑五、法七四三、一九)
- 一一三 竊取したる財物の名稱種類數量等は一々明白に之を判決理由中に擧ぐるの要なきものとす(四四、五、二〇、東京控刑五、法七四三、二二)
- 一一四 事實裁判所は其心證の因て生したる證據を明示するのみを以て足り何れの證據を何れの部分より如何なる方法を以て推理して犯罪事實を斷するに至りたるやの心理判斷の作用は必ずしも之を判文に掲ぐることを要せず(四三九二四六四、四三、一二、二〇、大審刑一、法七〇〇、二八)
- 一一五 沒收に係らざる差押物を差出人に還附する言渡を爲すに當り其差押物が沒收に係らざる理由は特に判文に於て説明するの要なきものとす(四三九二六九〇、四四、二、三、大審刑一、法七〇三、二八)
- 一一六 市町村制の實施前に在りては法制上法人格を有する町村を認めざりしを以て當時に於ける名主後見は村の代表者に非ずして藩制の下に於ける一の行政官たりしこと勿論なりとす而して斯る法制上公著の事實に對しては特に説明するの必要なきものとす(四四九二三二、二三四、四四、三、二一、大審刑一、法七〇八、二五)
- 一一七 所謂舊曆は大陰曆にして現行法令の上に於て公認せる曆に非ざるも往古より明治五年ま

て慣用し來りたるものなれば因襲の久しき其廢止後と雖も民間尙ほ之を遵守する者の跡を絶つに至らず證人若くは被告人の豫審調書等に於て往々大陰曆に依る月日の記載を存するは止むを得ざるなり故に此等豫審調書中の供述記載を證據として判文に援用するに當りて其記載に違ひ大陰曆の月日を掲記するは失當に非ざるべしと雖も右の證據に依りて一定の事實を判斷する場合に於て大陰曆に依る月日を擧示するは頗る妥當を缺くの憾なきに非ず然れども判文上犯罪の時期に付き大陰曆に依る月日の説示しある以上は右月日は大陽曆の某月某日に該當すると兩曆の對照上容易に之を推算し得べきを以て犯罪の時期を確定せざる違法ありと謂ふ可らず(四四九八八五、四四、五、二二、大審刑二、法七二〇、二八)

一一八 判決に於て其事實理由の部に「同夜九時頃殺意を決し庖丁を携へ被害者の内に忍入り家人の動靜を窺ひ進んで雨戸を外つし屋内に侵入せんとしたるに云々」と判示しあるときは犯人が殺人罪を犯す目的を以て其豫備の行爲を爲したる事實は明に之を認定するを得べきものとす(四四九八〇〇、四四、五、二二、大審刑一、法七二〇、二八)

一一九 犯罪の時は犯罪構成の要件にあらざるを以て一定の日時に於て犯罪ありとして檢事の起訴ありたる場合に公判裁判所が審理の結果其犯罪か他の日時に於て犯されたるものなることを發見したるときは其認めたる事實に従ひ被告に刑を言渡すは公判裁判所の職權に屬し不告不理の原則に反するものにあらず(四三九二三四〇、四三、七、二六、大審休暇、法六六八、一八)

一二〇 墮胎を教唆したる場所は判文上特に明示なきも墮胎したる場所を明示しある以上は墮胎教唆罪の場所は自ら説示しあるものと謂はざる可らず何となれば犯罪の教唆は其教唆の意思實行あるのみを以て直に成立するものに非ず其教唆したる正犯の犯罪行爲實行せられて始て教唆

罪完成するものなれば正犯の場所を以て教唆の場所と看做すべきものなればなり(四三九一五八三、四三、九、二六、大審刑二、法六七二、一八)

一一一 参考人の調書を證人調書と誤解し之を罪證に供したるときは不法なり(四三九一八三八、四三、一〇、二一、大審刑一、法六八二、二八)

一一二 證據理由と事實理由を對照し判決の認定か其證據と符合せざるときは不法の裁判なり(四三九一六四八、四三、一〇、四、大審刑一、法六八二、二八)

一一三 裁判所に於て甲か自己所有の土藏一棟を乙に賣渡し乙は之を丙に轉賣したるも依然甲に於て之を占有する中甲は丙を欺き因て右土藏一棟を横領したる事實を認めながら右横領罪の構成に必要な事實即ち甲か土藏一棟を横領する當時之を占有し居たる事實の認定に付て判決に援用したる諸般の證據中一も右事實を證明するものなく又判決に援用したる諸般の證據を綜合するも右事實を證明することを得ざるときは其判決は横領罪の成立に必要な認定事項に付て證據により之を認めたる理由を説明せざるものにして理由不備の違法あるものとす(四三九二〇二二、四三、一一、四、大審刑一、法六八五、一七)

一一四 有権者の何人なるやを明示せざる判文と雖も被告が衆議院議員選舉法第八十七條第一項第一號に規定する選舉に關して利益を選舉人に供與したる犯罪事實を具體的に判示したるものとして缺くる所なきものとす(四三九二八〇、四三、四、五、大審刑一、法六四〇、一八)

一一五 刑事訴訟手續に關する規定は之に準據するを以て足り必すしも之に準據したることを判文に明示するを要せず(四三九二一七六、四三、二、二五、大審刑一、法六三一、一九)

一一六 常習賭博犯者たる事實を判定するに當り判文に其偶然の輸贏に關し財物を以て博戲又は

第二條

賭事を爲したる事實の内容を具體的に説明せる以上は其他に於て唯た被告人が常習者たるの判斷を説示すれば足り必すしも其判斷の基礎たる各事實及び各行爲を詳示するの要なきものとす(四三九一五八五、四三、九、二六、大審刑二)

一一七 裁判所が先きに宣言したる言渡期日に言渡を爲さずして辯論再開の決定を爲したるときは先きに定めたる判決言渡期日は既に適當の時期に於て變更せられたるものと認むべく其裁判所か先に定めたる判決言渡期日を變更することなくして直に辯論再開の決定を爲したるは不法あるものと云ふことを得ざるものとす(四三九二八四、四三、二、二五、大審刑一、法六三一、一九)

一一八 確定判決の効力は同一行爲に付き同一被告に對して再び公訴を提起することを得ざらしむるに止まり確定判決を受けたる公訴に係る行爲と獨立して法律上別個の行爲に屬し從て別罪を以て處罰すべき行爲に對し更に公訴提起するの妨げとなることなし而して刑事訴訟法に所謂附帶犯たる行爲は公訴に係る行爲とは獨立し從て別個の罪を以て處罰すべきものとす(四三九二五二八、四三、一一、二三、大審刑一、法六九九、二七)

一一九 間接國稅犯則者處分法第十四條前段に依り犯則者に罰金相當額を納付すべき旨の通告を爲すべき場合と雖も一旦成規の通告及告發を経て適法に公訴の提起ありたる以上は裁判所は犯則に係る物件又は數量に付通告書告發書又は起訴狀の記載に依りて羈束せらるることなく自由之れを認定し得べきものとす故に裁判所か此等の文書に記載なき物件又は其の記載より多くの數量を判定するも別箇獨立の犯罪事實に涉らざる限りは其の裁判は正當にして違法にあらず(四四九四七、四四、五、二九、大審刑二、法七二三、二六)

條〇第五

一三〇 判決原本に署名捺印すべき裁判所書記は必しも其言渡に立會したる裁判所書記たることを要せず其言渡に立會せざるも當該事件に干與したる裁判所書記なるに於ては其判決原本に署名捺印するも毫も不法にあらず(四三九二七四八、四四、二、一七、大審刑一、法七〇七、二八)

一三一 刑事訴訟法第二百五條は判決原本には事件に關與したる裁判所書記の署名捺印あることを要するに止り必ずしも判決の言渡に立會したる裁判所書記に於て署名捺印することを要せざるなり(四二九二〇八二、四三、二、一五、大審刑一、法六三一、二〇)

一三二 公判始末書に裁判長は被告人出廷せざる旨を告げ検事は被告人缺席の儘控訴棄却の判決を求め竝に缺席者に對し其判決の送達を求めたり「裁判長は合議の上判決主文の朗讀により缺席判決の言渡を爲したり」と記載しあるに拘らず判決には第一審判決を取消し更に刑の言渡を爲しありて對席判決なるときは其判決は適法に言渡されたものなるや否や不明に歸し破毀を免れざるものとす(四四九二〇七七、四四、一一、九、大審刑二、法七五七、二六)

條〇第七

一三三 公訴不受理の申立に對する本案前の對席判決に付ては其言渡に際し刑事訴訟法第二百七條の告知を爲さざるも違法に非ず(四二九一九〇八、四三、一、二一、大審刑一)

條〇第八

一三四 刑事訴訟法第二百八條第六號に所謂被告人の最終の供述中には同法第二十條第二項但書に依り辯護人が被告人の爲めに爲したる最終の供述を包含するの趣旨に外ならず(四四九二二二五、四四、一二、七、大審刑二、法七六八、二五)

一三五 被告が辯護人をして自己に代り最終に供述せしめたる者なるときは結局自ら最終に供述したると同一の結果に歸するものとす(四三九一六六八、四三、一〇、七、大審刑一、法六七

六、一七)

一三六 公判始末書は刑事訴訟法第二百八條に遵據して其記載を爲すものなるか故に辯論中に於ける附帶控訴の申立に付ては只公判始末書の記載を以て其申立ありたることを明確にすれば足るものとす(四三九一八四七、四三、一一、一七、大審刑二、法六九二、二八)

一三七 辯護人が公廷に於て提出せる證據物件は裁判官及原告官に於て之を實見すべきものなるも其之を實見したる事實は公判始末書に掲載するを要せざるものなれば其掲載なきを以て其手續に違法ありと云ふことを得ず(四二九一七三九、四三、二、三、大審刑二、法六二七、二八)

一三八 押收物件の如きは目錄を作り之れを記録に綴り置くを以て足り必ずしも公判始末書に記載する事を要するものに非ず而して刑事訴訟法第二百八條第四號規定の趣旨は公判廷に顯出し被告に辯解せしめたる證據は之れを公判始末書に記載すへしと云ふに在るものとす(四三九三二〇、四三、四、八、大審刑一、法六四一、一八)

一三九 公判始末書には刑事訴訟法第二百八條及第二百九條に明示しある事項以外に於て一切の訴訟手續を記載するを要すること勿論なりと雖も其記載の方法は法律上特に規定する所なきか故に公判始末書に依りて審理頭末の梗概を了知し以て訴訟手續が適法に行はれたるや否やを判断し得る程度に於て記載しあるを以て足るものとす(四三九八三一、四三、五、二三、大審刑二、法六四九、一八)

一四〇 公判始末書に帳簿に關する取寄許可の決定が正當に執行せられたる事跡なきときは不當なる證據調の手續として裁判も亦不法となり破毀さるべきものとす(四三九一〇八三、四三、六、二三、大審刑二、法六五五、一七)

- 一四一 公判始末書の末尾に於ける裁判長及裁判所書記署名捺印の後に「裁判長は前回辯護人の提出せし書類は陪審判事及び検事と順次検閲の上還付せり」(宮城控訴院書記)との附記は裁判所書記権限外の記入にして其効なしと雖も公判始末書に依り裁判所に於て辯護人より提出せる證據書類を検閲したること自ら明かなる場合には始末書中書類に關する處分の記載なしとするも公判手續上何等違法の點なきものとす(四三九二一九、四三、六、二七、大審刑二、法六五八、一七)
- 一四二 公判始末書に辯論を公開したる旨の記載なきときは其公判は公開せざる違法の公判にして該公判に於ける證人の供述記載は證據の效力なきものとす(四三九一三一、四三、七、七、大審刑二、法六五八、一八)
- 一四三 被告人が身體の拘束を受けずして出廷したる旨は公判始末書に掲げて明確にすることを要するを以て始末書に此の記載を缺くに於ては刑事訴訟法に要求する條件は充たされたる者と認むることを得ず(四三九一一九八、四三、七、八、大審刑一、法六六〇、一九)
- 一四四 公判始末書に被告代理人に對し氏名年齢身分等の訊問を爲したる旨の記載を缺きたりとするも之を記載するは公判始末書作成上の要件にあらざるのみならず之を問查することも亦公判手續上の要件に非ず(四三九二八五一、四四、一、一六、大審刑二、法七〇四、二八)
- 一四五 第一回公判始末書か明治四十三年十一月三十日に第二回公判始末書か同年十一月廿八日に作成せられ且作成者を異にするものなるときは第二回公判始末書は其作成當時未だ成立せず即ち其後の作成に係る第一回公判始末書の記載事項を援用するは到底不可能のことなるにも拘はらず第二回公判始末書に之を援用したるときは違法にして其効なきものとす(四四九一九九、

條〇第九

- 四四、三、一六、大審刑二、法七〇九、二六)
- 一四六 丁數間の契印を誤りて之を訂正したる場合に於て契印の抹消に付き文字の削除と同一に認印を爲すへき旨の規定存せざるを以て其印を抹消する場合に於ては唯其證左として便宜抹するを以て足り之に認印せざるも違法に非ず(四四九二二三七、四四、一二、四、大審刑二、法七六五、二八)
- 一四七 同一期日内に於て裁判所の構成員か一時退廷し再び出廷して審理に著手したる場合に在りては前の公判手續を繼續したるに過ぎず新なる公判を開始したるに非されは反對の事實なき限りは公判始末書に於て更に法廷の要件に關する記載を爲すことを要せず(四四九二二三七、四四、一二、四、大審刑二、法七六六、二八)

第二章 區裁判所公判

條一第二

- 一 違警罪の即決言渡は行政處分なるを以て其の言渡に對する正式裁判の請求は上訴に非ず從て即決言渡に對し正式裁判の請求あれば之に因りて即決言渡は當然消滅す從て即決言渡に對する正式裁判の請求は取下げ得へきものに非ず(四四、六、一七、東京控刑五、法七二六、二一)
- 二 假令被告人に對する呼出狀の送達と公判出頭との間に刑事訴訟法第二百五條規定の猶豫を存せざるも被告人に於て其公判審理の開始に當り異議を申立てず審理を受けたる以上は右猶豫期間に關する被告の利益は自から之を拋棄したるものと認むべく從て其審理の中途に於て始めて右猶豫期間の利益を主張し公判の延期を求むる權限なきものとす(四四九六〇、四四、五、三〇、大審刑一、法七二三、二六)

條一第五

條一第
八二

- 三 辯護人に對して呼出狀の送達と出頭との間に二日の猶豫を與ふるは辯護人に辯論の準備を爲さしむるか爲めなれば法定の猶豫を與へざるも辯護人に於て異議なく出頭して辯論を爲したる時は其公判手續は不法に非ず(四三九一八〇二、四三、一一、八、大審刑一、法六九四二二八)
- 四 刑事訴訟法第二百十八條第二項に規定する第一審に於ける刑事の被告事件の陳述は口頭辯論主義に於て最も重要な事項に屬し之に依りて始めて第二百十九條以下所定の必要な手續を爲すことを得るに至るべく右檢事の陳述なきときは果して如何なる事件に付被告人を訊問すべきや又證據調を爲すべきやを判斷すること能はざるへし隨て該供述を俟たずして爲したる被告人の訊問及び證據調等は全然無効に歸すべきものと論斷せざるへからず(四四九二一六四、四四、一一、二八、大審刑一、法七七三、二八)
- 五 豫審判事か被告人に對し被告事件以外に於て如何なる事項を訊問することを要するやは刑事訴訟法上規定する所なきを以て被告人の何人なるや又其人違なきや否やを確かむる爲め其氏名年齢、身分、職業、住所、出生の地を問ふ(刑事訴訟法第二百十八條)ことは必然の手續なるべく又一定の目的を以て或事項を問查するは相當なるへしと雖も是等の事項は法定の要件に非ざるを以て其訊問を缺きたりとするも之か爲めに被告人に對する訊問の全體を違法ならしめ從て訊問調書を無効ならしむべきに非ず(四四九二五一、四四、三、二〇、大審刑二、法七一二、二八)
- 六 刑事訴訟法第二百十八條第二項の規定は第一審の公判に於ては常に之を嚴守せざるへからざるも第二審の公判に於ては被告人より控訴の提起ありたる場合には其控訴に基き審理を開始し檢事より被告事件の陳述を爲すの要なきものとす(四三九一三八〇、四三、八、一二、大審刑一、法六六八、一八)

條二第
〇二

- 七 刑事訴訟法第二百二十條第二項但書には辯論の最終には被告人又は辯護人をして供述せしむ可しとあるか故に辯護人に於て最終の辯論を爲したる以上は更に被告人をして最終の辯論を爲さしむるの要なきこと論を俟たず而して同法第二百十八條第六號に「被告人をして最終に供述せしめたること」とあれとも之を前示第二百二十條第二項の規定に照合するに於ては同法文中には辯護人が最終の辯論を爲したる場合をも包含するものと解釋するを相當とす蓋し辯護人の辯論は畢竟するに被告人に代りて爲すものなればなり(四三九一九三五、四三、一〇、三一、大審刑二、法六九一、二八)
- 八 刑事訴訟法第二百二十條第二項末段には「但辯論の最終には被告人又は辯護人をして供述せしむへし」と規定しありて該條項は同法第二百三十六條及第二百五十八條に依り控訴審に準用せらるべきものなれば第二審裁判所か辯護人をして最終に辯論を爲さしめたる以上は被告人をして最終に供述を爲さしめざるも不法にあらず(四四九二三二五、四四、一一、七、大審刑二、法七六八、二五)
- 九 刑事訴訟法第二百二十一條に依れば公訴の辯論終りたる後にあらざれば裁判所は私訴に付民事原告人の被害事實及其請求を訊問するを得ざるも刑事訴訟法中公訴に對する被告人の控訴の有無を確かむると同時に私訴に對する民事原告人の控訴の有無を確むるとを禁止したる規定存せされは公訴の審理に際し公訴に對する被告人の控訴の有無と共に私訴に對する民事原告人の控訴の有無を確むるも違法の廉なきものとす(四四九二二八一、四四、一二、四、大審刑二、法七六六、二七)
- 一〇 強姦未遂被告事件に付き裁判確定前被害者たる告訴人より告訴取下書を呈出したるときは

條二第
四二

刑事訴訟法第六條第二號に依り公訴権消滅したるを以て同法第二百二十四條後段に依り免訴の言渡を爲すへきものとす(四四九八四、四四、五、三〇、大審刑一、法七二五、二六)

一 親告罪に付き上告審に繫屬中被告人の訴の取下ありたるときは有罪の原判決を破毀して被告人を免訴すへきものとす(四三九六五、四三、五、九、大審刑二、法六四七、一七)

第二條

二 刑事訴訟法第二百二十六條は被告事件に付欠席判決を爲すには事實の陳述及法律の適用等に付検事の請求する所を聞くへしとの趣旨に外ならずして被告人出頭せざる場合に證據調を爲すことを禁したる規定に非ず被告人の公判期日に出頭したる場合は無論出頭せざる場合と雖も裁判所は既に決定したる證人の訊問を礙けらるへき謂れなきを以て裁判所が被告人の出頭せざる場合に證據調を爲すも違法に非らず(四五九六七一、四五、五、一三、大審刑二、法七九六、二八)

三 刑事訴訟法第二百二十六條に「検事の請求する所を聽き欠席判決を爲す可し」とあるは檢事の請求を以て欠席審理手續の要件と爲し其請求あるに非されは欠席審理を開始するを得すと

の趣旨に非ず裁判所は其職權を以て欠席審理を開始し得へしと雖も欠席判決を爲すには被告事件の陳述其の他科刑等に付き檢事の請求する所を聽くことを要すとの法意なりと解すを相當とす(四五九六一、四五、五、九、大審刑二、法七九一、二四)

第三條

一 刑事訴訟法に於て欠席判決に對する故障を受理したる場合は刑事訴訟法第二百三十三條第一項に依り更に通常の規定に従ひ裁判を爲すへきものなるを以て欠席判決前に於ける訴訟手續は總てこれを更新するを要し其公判手續たるを公判準備手續たるを問ふことなし(四四九一五〇五、四四、九、一一、大審刑二、法七四五、二七)

第三章 地方裁判所公判

第二條

一 刑法第二百五十三條を適用して一年以上十年以下の懲役に處す可く從て刑法施行法第三十九條に依り舊刑法の重罪と看做すへき罪を包含するときは刑事訴訟法第二百三十七條に則り公判開始前に於て被告人の訊問を爲すへき者とす(四四九二五三一、四五、一、一五、大審刑二、法七七四、二七)

二 刑事訴訟法第二百三十七條所定の下調手續を爲さるる被告に對する公判手續を無効ならしむへきは勿論なりと雖も苟も之に關係せざる他の被告人に對する公判手續を無効ならしむへきものに非ず(四三九二〇三一、四三、一一、一七、大審刑二、法六九一、二八)

三 刑事訴訟法第二百三十七條に命する下調の手續に付きては法律に何等の制限條件を設けざるを以て數名の共同被告に對し包括的に之れを爲すと各別に之を爲すとは受訴裁判所機宜の處分に屬し之を以て不可分的のものとし常に必ず共同被告に對し包括的に之れを爲さざるへからざるの必要なし從て共同被告中の一人に對して下調を爲さるるも既に下調を爲したる他の共同被告人の利害に影響を及ぼすことなく是等共同被告人に對しては適法に下調の手續ありたるものとして審理手續を進行するの妨げとなるへきものにあらず(四三九二〇一四、四三、一一、一八、大審刑一、法六九二、二七)

四 公判に於て裁判長か兩名の被告に對し一名の辯護人を選定したる際被告等より何等の異議を申立てず辯論を終了したるときは縱し公判下調の際受命判事より共通の辯護人一名を以て異議なきや否やを被告等に訊問せざりしとするも其判決を破毀すへき瑕疵と爲すに足らざるものと

- す(四三九一八〇二、四三、一一、八、大審刑一、法六九四、二八)
- 五 刑事訴訟法に規定せる故障申立は當該被告事件に付き新たに審理を開始せしむるの効果を生ずるものにして訴訟を闕席前の程度に復せしむるの効果を生ずるものに非ず故に闕席判決前爲したる訴訟手續は其公判に依るものなると將た公判の準備に過ぎざるものなるとを問はず闕席判決の基本手續として既に其效用を終へ故障申立に基きて爲すべき判決には何等の關係を有せざるものと云ふへければ若し夫れ故障の申立を受理したる場合に於ては其公判準備の手續を始めとし公判開始後の手續に至るまで總て通常の規定に従ひて新たに之を履行せざるべからず(四三九五六、四三、六、一〇、大審刑一、法六五四、一八)
- 六 重罪事件の下調は公判裁判所に於ける一種の準備手續にして豫審の如く密行するものにあらずのみならず數人共犯に係る重罪事件の下調は各被告人に對し各別に之をなすべき旨を命じたる規定あることなければ各被告人を同時に訊問し且つ同一の調書に其問答を記載するも敢て妨げなし(四三九一一六〇、四三、七、一、大審刑一、法六六〇、二〇)
- 七 重罪事件として審理すべきものなるに拘らず一審の公判に於て事件を開廷するに當り下調の手續を履踐せざりしときは其公判手續は無効に歸し從て之に基き爲したる被告の陳述も亦手續上違法のものたるを免れされは之を適法の證據として採用し能はざるものとす(四二九二一九、四三、二、二四、大審刑二、法六三一、二〇)
- 八 被告人に對する公判前の訊問調書は其文書の性質上訊問の即時に作成することを要せざるを以て訊問の日と調書作成の日と相異なるも違法に非らず而して被告人に對する公判前の訊問の欠缺は其被告人に對する公判手續を無効ならしむるに止まり延て他の被告人に對する公判手續の

第三八條

- 瑕瑾を來すへきものに非ず(四四九一四七四、四四、九、一、大審刑一、法七四二、二八)
- 九 公判裁判所の當該裁判官全部犯所に臨み檢證處分を爲すは受命判事之を行ふ場合と同じく公判に於ける證據調の準備手續たるに過ぎざれば其檢證調書は之を公判に於て朗讀すべき性質の者なるを以て檢證の際證人を訊問し其供述を檢證調書中に記載したるときは豫審に於ける證人訊問調書の如く文書の真正に對する擔保として之を證人に讀聞せ署名捺印せしめざるべからず否らされは則ち其供述記載の部分は證據力を有せざるものとす(四三九一三一〇、四三、七、八、大審刑一、法六五八、一七)
- 一〇 公判裁判所の當該裁判官全員が證人參考人等の所在地に臨み之れか取調を爲すは受命判事か之を爲す場合と同じく公判に於ける證據調の準備手續に外ならず而して其取調には檢事及裁判所書記の立會ありとするも之れか爲め右の取調を以て公判に於ける證據調の準備手續にあらずと論ずるを得ず而して斯る場合には出張の場所に於て之れか決定を爲したりとて不法なりと云ふべからず(四四九一七四八、四四、一〇、二四、大審刑一、法七五四、二八)
- 一一 檢證とは裁判官が事實發見の爲め之れを必要とする場合に於て自から檢證物に親接し五官の官能に因り係争事實に關する考覈を確むるの方法なれば其目的たる檢證物の實檢により自ら得たる感想を表明するは即ち檢證當然の結果を表明するものにして寧ろ檢證の趣旨に適するものと云はざるべからず(四二九二二三六、四三、三、四、大審刑一、法六三三、一八)
- 一二 受命判事が鑑定人を訊問したる調書の如きは單に判事が鑑定人に鑑定を命じたる手續を明かにしたるものに過ぎざれば是等調書は公判に於て之を讀聞けざりしとて證據決定を完全に施行せざるものと云ふを得ず(四四九一五二、四四、三、一四、大審刑一、法七〇八、二五)

- 一三 裁判所か受命判事をして臨検の場所に於て被告人の訊問を爲さしむることを特に決定したる廉なしとするも右訊問の如きは當然臨検處分の決定中に包含するものなれば受命判事か右臨検の場所に於て被告人に對し訊問を爲すも違法にあらず(四四九、二二七六、四四、一二、五、大審刑一、法七六四、二七)
- 一四 受訴裁判所か受命判事をして犯所に臨検せしむるの決定を爲す場合に受命判事に於て必要と認むる證人を訊問すべき旨を併せて決定するも違法に非ず(四四九、二二七六、四四、一二、五、大審刑一、法七六四、二七)
- 一五 臨検の場所に於て鑑定を命するか如きは臨検處分上必要の事項なるか故に斯る事項は當然臨検處分の決定中に包含せらるゝものとす(四三九、四〇六、四三、四、一九、大審刑一、法六四二、一五)
- 一六 檢證調書の附屬圖面は朗讀の方法を以て證據調の手續を爲す能はさるか故に之を被告に示して辯解せしむるにあらざれば斷罪の資料に供する能はさるものとす(四四九、一九三、四四、三、一六、大審刑二、法七一六、二七)
- 一七 刑事訴訟法第二百四十一條第二項に依り受命判事か事件の取調を爲すには豫審判事に屬する處分を爲すことを得るか故に事件の真相を分明ならしむるに必要なりとする限り犯罪構成事實の範圍外に涉りて事實の訊問を爲すことを得べく又犯人の個性を審明する爲め犯罪構成事實の範圍外に於ける事實の訊問を爲すを妨げざるのみならず一の犯罪事實に對し擬律を爲すに必要なる範圍内に於て事實關係を訊問するか如きは受命判事の當然の職務に屬す故に公判裁判所に於て交互に刑法第四十七條に該當する併合罪の關係を有する數個の犯罪に付き公訴を受理し

條四第二

- 辯論中其幾個の犯罪を重罪なりとし刑事訴訟法第二百四十一條第二項に依り受命判事をして事件の取調を爲さしむる場合に受命判事か擬律の基本たる事實を分明ならしめんか爲め其重罪たる犯行に對する罰法條以外に尙刑法第四十七條の適用を受くべき所以を明白ならしむる方法として之に關する事實關係を訊問するを得べきは固より疑を容れず(四五九、三三七、四五、五、二三、大審刑二、法七九三、二四)
- 一八 刑事訴訟法第二百四十一條の規定に依れば裁判所に於て輕罪として受理したる事件を重罪としたるとき其事件豫審を経たる時は公判を止め受命判事をして事件の取調を爲し報告を爲さしむる決定を爲すべきものなれとも特に法廷に於て受命判事をして事件の取調を爲し報告を爲さしむる決定の言渡を爲すを要せず又同一事件に付き命する受命判事の員數は一名に限らざるへからざる理由なきを以て必要に應じ二名の判事を以て受命判事と爲すも無効にあらず(四四九、二九五九、四五、三、一一、大審刑二、法七九三、二八)
 - 一九 刑事訴訟法第二百四十一條第二項に公判を止めとあるは所定の手續を爲すため一時公判を停止するの謂にして其以前の公判手續を無効に歸せしむるの理なく又斯く解すべき法文存せざるを以て其以後に於て公判手續を續行するは當然にして之を更新するの必要あることなし(四四九、二九四〇、四五、二、二七、大審刑一、法七七八、二七)
 - 二〇 受命判事の取調は公判の一部にあらずして公判の準備手續に外ならざれば受命判事か鑑定人に鑑定を命する場合には豫審に關する手續に準據すべきものとす而して豫審に於ては鑑定人の調書は之れを作成することを必要とすべき規定存せざるを以て從て縱し其の調書を作成することありとするも別に遵守すべき方式あることなきか故に其の調書には鑑定人の署名捺印なき

も違法のものとなすを得ず蓋し證人の調書には證人の供述を記載するものなれば其の調書には證人をして捺印せしめ以て其の供述の相違なきことを確保せしむるの必要ありと雖とも豫審に於ける鑑定に付ては鑑定人をして其の意見を書面に記載せしむべきものにして之れを調書に記載すべきものにあらざれば其の調書に鑑定人をして署名捺印せしむるの要なく即ち刑事訴訟法に於て證人の訊問に付ては其の調書を作成し且つ證人をして之れに署名捺印せしむべきことを定めたるに拘はらず鑑定人の鑑定に付ては右等の點に關し何等の規定を設けざるは畢竟前示の理由に基きたるに外ならざるものとす(四四九一七八六、四四、一〇、二四、大審刑一、法七五二二二八)

- 二 刑法第八八條に該當する放火事件として豫審を請求したるものと雖も豫審終結決定に依り同法第十六條第一項第八條に該當する失火事件として公判に付せられ而して第一審公判に於て檢事より重罪事件として訴追する旨の申立ありたるときは裁判所が刑事訴訟法第二百四十一條に依り公判を中止し重罪事件として裁判する旨を決定し受命判事をして事件の取調を爲さしむるは相當にして違法あるものに非ず(四四九二四八七、四四、一二、二五、大審刑二、法七六八、二五)
- 三 地方裁判所に於て輕罪として受理したる事件を重罪と認め其事件を豫審判事に送付する決定を爲したるときは事件は公判を離れて豫審に繫屬す從て豫審判事は自己の意見に従ひ獨立して豫審終結決定を爲すことを得るものとす(四三、七、九、法曹會決議、二〇卷一〇號)

第五編 上訴

第一章 通則

條四第

一 檢事の上訴は其申立書に別段の記載なきときは一應被告の不利益に爲したるものと解すへきは刑事訴訟法第二百四十二條及び其他檢事に關する規定の趣旨に依て當然なりとす(四四九一一五八、四四、六、二〇、大審刑一、法七二八、二八)

條四第

二 刑事訴訟法は其第二百四十三條及び第二百四十四條を以て特に規定したる者の外代人に依りて上訴を爲すことを認許せず上訴が公訴に關すると私訴に關するに依り擇ふ所なし而して民事被告人が或者に委任し之を訴訟代理人として控訴の申立を爲さしめたる行爲は控訴審に對し訴訟法上控訴の效力を發生する能はざるものとす(四三九一八三三、四三、一〇、二四、大審刑二、法六九〇、二四)

三 刑事訴訟法を見るに其第二百四十三條及び第二百四十四條に於て特に規定しあるもの、外代人より上訴を爲すことを認許したる法條あることなし從て被告人の委任代理人の如き前記各法條に於て特に規定したる以外の者は上訴を爲すことを許されざるものとす(四二九二二七六、四三、二、二五、大審刑一、法六三二、一九)

四 私訴は元來民事訴訟の一種にして刑事裁判所をして其審判を爲さしめたる場合と雖も民事訴訟たる其性質に變更を來すべきものに非ず左れば民事訴訟に於ては代理人に依り上訴を爲すことを得るにも拘はらず公訴附帶の私訴に限り代理人を以て爲し得ざるの理由なく且刑事訴訟法上私訴は代理人に依り上訴をなすことを得ざる旨の規定あるとなければ公訴に付ては代理人に依り上告を爲し得ざるも民事訴訟にして代理人に依る上訴を認許する以上は私訴も亦代理人に依

- り上訴を爲したる場合は適法にして二者の間差別あるべき謂はれなし(四三九二七六九、四四、三、六、大審刑聯合、法七〇五、二八)
- 五 刑を併科すべき数罪に對する判決は各自獨立して確定し得るを以て各罪に對する判決に付き各別の上訴を爲し得へしと雖も併合罪を以て論すべき數行爲又は一罪を以て論すべき數個の罪名に觸るゝ一行爲若くは手段結果の關係に因り牽聯する數行爲に付き判決ありたる場合に於ては孰れも科すべき刑は一個にして其言渡したる判決は一個なれば判決の全部に對してのみ有効に上訴を爲し得へく縱令上訴の申立を其一部に制限し又は其一部に對する上訴を取下くるも其效なく當然事件の全部は上級審に繫屬すべきものとす(四四九二六三五、四五、一、二九、大審刑二、法七七二、二七)

第二章 控訴

- 一 檢事は被告事件を陳述すへしとの刑事訴訟法第二百十八條第二項の規定は控訴審の公判審理に於て必ずしも之に準據することを要せざるものとす(四三九一八三〇、四三、一〇、二一、大審刑一、法六八二、二七)
- 二 控訴審に於て控訴を棄却する場合と雖も審理經過の狀況を斟酌して第一審判決後に於ける未決拘留日數を本刑に算入すと言渡すも違法に非す何となれば右未決拘留の日數を算入するの言渡に因り第一審判決の刑の内容に何等の影響を及ぼさざるなり(四四九二一八五、四四、一一、二〇、大審刑二、法七六四、二七)
- 三 數罪中無罪と認められたる部分と雖も其旨言渡されざる限りは他の部分と離れて確定すること能はざるを以て控訴の申立と共に公訴に係る犯罪事實全部が控訴審に繫屬すべきものとす(四四、四、五、東京控刑四、法七三三、二二)

條五第

- 四 賭博及び窃盜事件に付第一審裁判所に於て賭博に付て有罪の言渡を爲し窃盜に付て無罪の言渡を爲したる場合に於ては此二個の言渡は互に分離することを得べきを以て檢事より無罪の部分に付て控訴の申立を爲したるときは其控訴に依り窃盜被告事件のみ控訴審に繼續すべく有罪の言渡を受けたる賭博被告事件に付ては控訴なきが故に控訴審に繼續することなく此點に關する第一審判決は既に確定するものとす(四三九二四八、四三、四、一、大審刑一、法六三七、一八)

條五第

- 五 刑の執行猶豫の言渡は本案事實認定の結果に基き刑の言渡と同時に爲すべき判決事項に屬するを以て其本案判決の一部たるや明かなれば之に對し控訴を爲し得べきや辯を俟たざるのみならず右判決は刑の言渡を爲したる判決の一部に屬し獨立したる判決にあらざるを以て之に對して控訴を爲したるときは一部の控訴にあらすして判決全部に對する控訴と云はざるを得ず(四三九三二〇、四三、四、八、大審刑一、法六四一、一八)
- 六 判決原本と公判始末書と判決言渡の日時を異にし而かも諸般の記録により判決原本の日時を以て正確なりと認め得べきときは其日より控訴期間を計算すべきものとす(四三九一九四四、四三、一〇、二八、大審刑一、法六八五、二八)

條五第

- 七 控訴申立は其書面を宿直に於て受付けたるに因り效力を生ずべきものとす(四四九二一七四、四四、六、二三、大審刑一、法七三〇、二八)
- 八 控訴申立書には單に控訴する旨申立つるを以て足り控訴の趣旨即ち不服の程度如何は之を表

示するの要なきものとす又検事が被告人の利益の爲め控訴したること明なるときは第一審判決を其不利益に變更するを得すと雖とも控訴申立書に何等の制限なく單に控訴する旨申立てたるときは被告人に不利益なる控訴と解するは當然にして此場合に於ては第一審判決を被告人の不利益に變更するも何等妨げなきものとす(四三九二〇三四、四三、一一、八、大審刑一、法六九二、二八)

九 検事は上下を通し公益上一體の機關として設けられたるものなれば縦し一審検事に於て其控訴申立書に控訴の趣旨を明示せざる場合と雖も内部に於て其意思を傳達するの便宜を有する者なるか故に記録上之に反する事實の存せざる以上第二審検事陳述の趣旨は第一審検事の爲したる控訴の趣旨を説明したるものと認むるを相當とす(四四九一三一八、四四、七、一一、大審刑一、法七三三、二七)

一〇 検事の獨立控訴は第一審検事の控訴申立に依りて成立し其効力は控訴審に於ける立會検事の意見陳述に依て影響を受くべきものにあらす(四四九五七六、四四、四、二二、大審刑一、法七一五、二六)

第五條

一 控訴期間經過後第二審公廷に於て被告か控訴の趣旨を釋明して第一審裁判所の有罪の判決全部に對して爲したるものなる旨の供述を爲したりとするも之に由りて控訴申立書の明記を無視して控訴の範圍を擴張し移審の効力を生ぜしむるを許さす(四四九三〇五、四四、三三〇、大審刑二、法七一、二八)

第七條

二 刑事訴訟法第二百五十七條第二項に於ける訴訟關係人に對する呼出狀の送達と其出頭との間に二日間の猶豫を要する旨の規定は訴訟關係人をして辯論の準備を爲さしむる爲めに外なら

第八條

されは同條の規定は第一回公判を開く場合にのみ適用ありて其以後の公判を開く場合には適用なきものとす(四四九一四八二、四四、九、八、大審刑一、法七四五、二七)

三 第一審判決に對し被告の外検事も控訴の申立を爲したるときは第二審公判に於て検事も亦控訴の趣旨を陳述せざるべからず然るに第一回公判に於て検事が控訴の趣旨を陳述したりとするも其第二回公判に於て審理を更新したるに拘らず検事が控訴の趣旨を陳述したる事跡なきときは其陳述を聽かすして審理を遂行したるものなれば其の審理手續は重要な點に於て違法たる事を免れず(四四九一〇〇八、四四、六、一六、大審刑一、法七二六、二五)

四 公判始末書に於て控訴裁判所か其審理の起頭に於て被告より控訴の趣旨を聽きたる旨の明記なしとするも裁判長の訊問に對し被告が爲したる供述の記載に依り被告控訴の趣旨自ら明かなるときは右明記なきの一事を以て控訴審理の原則に違背したるものなりと云ふを得ず(四三九四三七、四三、四、二二、大審刑二、法六四一、一八)

第九條

五 第二審裁判所か辯護人をして最終に辯論を爲さしめたる以上は被告人をして最終に供述を爲さしめざるも不法に非ず(四四九二二二五、四四、一一、七、大審刑二、法七六八、二五)

六 検事の附帶控訴は被告辯護人の一人に對し呼出狀を發せず其出廷なきに拘はらず開きたる公判に於て申立てたるものなるも形式上完全に裁判所を構成したる公廷に於て爲されたものならば其申立の効あるや固より論なく又破毀の効力は該判決のみに止まり之か爲め其公判始末書の無効となるべき理由なく從て検事が爲したる附帶控訴の無効たるべき謂れなきものとす(四二九一八五三、四三、二、一〇、大審刑二、法六二九、二八)

第二

一七 第一審に於て毆打傷創の所爲のみを論し住宅侵入の所爲に付擬律を爲さざりし失當ある場

條六一

合に於て第二審か之を理由として同判決を取消したるときは相當なりとす既に此點を以て第一審判決を取消すべきものと判定する以上は他に刑の量定等に付失當ありとするも必ずしも一々之を指摘することを要せされは叙上の理由のみに因りて第一審判決を取消したりとするも違法にあらず(四三九、二三三、四三、三、三一、大審刑二、法六三七、一八)

一八 検事の控訴狀に掲けたる各項の犯罪事實が各個互に獨立せるものにして其間何等關聯する所なきときは縦し是等事實を一個の控訴狀に掲げて無罪としたる第一審判決に對し控訴の申立を爲したりとするも控訴裁判所に於て右等事實中有罪と認むる部分に付ては控訴を理由ありとして此部分に關する第一審判決を取消し其無罪と認むる部分に付ては控訴を理由なしとして此部分に關する控訴を棄却すべきは當然の事に屬す(四四九、一九九六、四四、一一、一四、大審刑一、法七六一、二八)

一九 第一審判決が併合罪の規定に依るべき數個の獨立せる公訴事實を審理し其中或る事實に對しては有罪其他の事實に付ては無罪の言渡を爲したるときは有罪又は無罪となりたる二個の公訴事實は箇々獨立し牽聯する所なきに至りたる者なるか故に右判決中被告人は有罪部分又檢察は該判決の全部に對して控訴を爲したる場合に於て第二審裁判所か前掲有罪の部分に失當の廉あるも無罪の部分には其之なきものと認めたる以上は其失當の廉なき部分は第一審判決と同じく無罪にして其事實は他の有罪の部分に係る事實と併合罪の規定を適用せらるべきものに非ざれば第二審判決が單に第一審判決の不法なる有罪の部分のみを取消し無罪の部分に關する控訴に付ては其理由なき旨を説示し之を棄却することを妨げず(四四九、二〇九、四四、一一、二七、大審刑二、法七六一、二八)

二〇 併合罪に付き裁判する場合に於て兩審級か重き一罪に對して科したる刑が同一に歸したるときと雖も其他の罪に付爲したる刑の撰擇にして相異るときは縱令被告の受くべき刑に直接影響を及ぼすことなきも法律の適用を同くしたりと謂ふべからざるを以て第二審に於て第一審判決を取消さざるべからず(四四九、二四四、四四、一一、二二、大審刑二、法七六七、二八)

二一 同一被告に對する檢察の控訴と雖も事件が數個なるときは控訴判決は必ずしも同一主文に出づるものに非ず控訴審に於ける判定が併合罪の規定を適用すべきものと爲す場合を除き一の事件に付ては第一審判決と同じく無罪を言渡すべく他の事件に付ては第一審と異なり有罪を言渡すべきものと爲す場合に於ては一方に於て控訴を棄却し他の一方に於て第一審判決を取消し更に有罪を言渡すべきものとす(四四九、二三七、四四、一一、四、大審刑二、法七六六、二八)

二二 共同毆打に因り被害者の受けたる傷害の程度を判示するに付第一審判決は疾病休業數日間を要すべき創傷を負はせ延て精神状態に異狀を生せしめ病症を發作するに至らしめと叙し右傷害の内容たる疾病の治癒したる日時を明記せざりしに第二審判決に於ては其治癒の日時を明記したりとするも共に同一の被害者に對する同一傷害行爲を判示したるものなれば假令判示治癒の日時か第一審判決言渡後に在りとするも之れか爲め傷害行爲に對する處罰法條の適用を異にするの結果を生せざるを以て第二審に於ては第一審判決の事實認定を變更したるものとして同判決を取消すべき者に非ず(四三九、二〇二、四三、一一、四、大審刑一、法六八六、二八)

二三 第一審判決に於て犯罪の第三事實中の共謀して偽造證書行使の行爲を認めざる所なるに第二審に於て該共犯の事實を認め第一審と全く其の認定事實を異にしたるときは當然第一審判決を取消さざる可らざる筋合なり而して既に共犯の點に依り第一審判決を取消すべきものなる以

上は共に取消されたる他の事實に錯誤ありしとするも其瑕瑾は結局被告人に何等利害を及ぼさざるものとす(四三九一六五七、四三、一〇、三、大審刑二、法六七七、一八)

二四 検事及被告人の雙方より控訴申立ありたる場合に控訴審に於て第一審判決を取消す以上は雙方の控訴共之を理由ありとなすへきものとす(四三九一五一〇、四三、九、二三、大審刑一、法六七二、一五)

二五 反覆横領行爲の回数に付き第二審判決と第一審判決との間に其認定を異にする處ありとするも之か爲め第一審判決を取消す理由とならず(四四九八七四、四四、五、一九、大審刑一、法七二〇二八)

二六 第一審に於て數個の連続せる事實を認め連続犯として刑法第五十五條に依り處断したる場合に於て第二審は之を一個の行爲として單一の犯罪なりとするときは事實の認定并に法律の適用共に第一審と異なるものなるを以て第一審判決を取消し第二審に於て更に判決を爲さざるべからず(四四九一二九、四四、四、一三、大審刑二、法七一五、二八)

二七 同一犯罪事實に付き第一審及び第二審判決に於て單に犯罪決意の機動に關する事實認定を異にするも之か爲め刑の量定に變更を生ぜざりし以上は第一審判決を取消す理由とならず(四三九二四三八、四三、一一、二〇、大審刑一、法六九五、二八)

二八 第一審判決に於ける判示第一及び第二の事實中には第二審に於ける判決の判示第一及び第二の事實以外の事實を包含せりとするも第一及び第二の判示事實は孰れも意思繼續の一罪を構成すへきものと判定しあるときは該犯罪事實の内容に關して認定を異にする所あるも之か爲めに主文の判定に影響を及ぼさざる限りは取消の原因と爲るへきものに非ず而して賄賂收受罪に

在りては認定の異同は直ちに收受したる賄賂の數額に關係を及ぼし延て主文に於て言渡すへき賄賂の没收若くは其價額の追徴に付き數額上の判定に影響を來すへきを以て第二審判決に於て第一審判決を取消すへきものとす然れとも第一審判決に於て認め第二審判決に於て認めざりし行爲は孰れも意思繼續の一罪を構成すへき事實の一部に過ぎざるときは特に其點に付き無罪の言渡を爲すことを要せず(四三九九五三、四三、六、六、大審刑二、法六五二、一六)

二九 第二審裁判所が刑の執行猶豫を附すへきものと認めたる場合には第一審判決を取消したる上にすべく控訴を棄却して之を附すへきものに非ず(四三、二、二六、長崎控刑一、法六三二、一六)

條六第三

三〇 區裁判所の判決に對し検事より其事實を重罪として主たる控訴又は附帶控訴を爲したる場合に於ては地方裁判所は其事件區裁判所の管轄に屬するものと認むるときと雖も之を豫審判事に送附するの判定を爲すへきものとす又刑事訴訟法第二百六十三條但書に依り地方裁判所が事件を豫審判事に送付する決定を爲す場合に於ては之れと同時に判決を以て原判決を取消すことを要せず(四三、七、九、法曹會決議、二〇卷一〇號)

條六第二

三一 同時に同一の裁判所に繫屬したる重罪輕罪の被告事件に付き裁判所が被告人に對し重罪事件に付き無罪を言渡し被告より控訴の申立を爲したるときは控訴裁判所に於ける審理の目的は單に輕罪事件のみに止まり重罪事件は其審理の範圍外に渉るを以て控訴審に於て更に控訴の目的たる被告事件を重罪なりと認め又は検事より重罪として之か訴追を爲すにあらざれば重罪事件として之か取調を爲すの必要なしとす(四三九一七二八、四三、一〇、一一、大審刑一、法六七七、一八)

三二 第一審裁判所が舊刑法に於ける輕罪として判決したる事件を同法の重罪なりとして檢事より附帶控訴ありたる場合に於ては裁判所は其公判を止め直ちに受命判事をして重罪の取調を爲さしむることを得るものなるに第二審に於て更に重罪事件として裁判すべき旨の決定を言渡したるときは決定の要なき場合に決定を爲したるに過ぎずして是れか爲め第二審の履踐すべき訴訟手續に何等の變更を來したることなく從て二審判決の效力に何等の影響を及ぼさざるものとす(四三九三、四三、三、一四、大審刑二、法六三三、一六)

三三 控訴院に於て地方裁判所が輕罪の審理手續を履行し判決したる事件を重罪と認めたるときは刑事訴訟法第二百六十四條の手續を履踐すべきものなるも地方裁判所が重罪の審理手續に依りて審判したる事件に付ては該條の手續を爲すべきものに非ず(四四九二二九、四四、二二、一一、大審刑二、法七六四、二八)

三四 刑事訴訟法上控訴裁判所に於て重罪事件として下調を爲すべきものは舊刑法に於ける罪質の重罪なる被告事件及び刑法施行法第二十九條に依り舊刑法の重罪と看做す被告事件の場合なりとす(四二九二〇六二、四三、二、一五、大審刑一、法六三二、一八)

三五 豫審終結決定を以て強盜傷人罪として公判に付せられ舊刑法の重罪と看做し取扱ふべき事件として裁判所に繫屬したるものか第一審に於て審理の末被告を懲役八月即ち舊刑法の輕罪の刑に相當する刑に處したりとするも其事件は依然舊刑法の重罪と看做し取扱ふべき事件として存在する者なれば其事件に付控訴を受けたる第二審は第一審と同じく舊刑法の重罪と看做し其取扱を爲さざる可らざるものとす(四三九七三、四三、六、六、大審刑二、法六五一、一七)

第二

三六 刑事訴訟法第二百六十五條に「原判決を變更して被告人の不利と爲すことを許さす」と

條六五

あるは原判決主文に於ける科刑、押收品の處分及び訴訟費用の負擔に關する言渡を被告人の不利に變更することを得ずとの謂なれば主文に因て生ずる理由たる犯罪の性質個數若くは犯數其他犯情等刑の量定に響影を及ぼすべき事項に付被告人の不利に歸すべき認定を爲したりとするも之か爲めに原判決主文を變更して被告人の不利と爲さざる限りは毫も違法に非ず故に第一審判決に於て證據十分ならずと判示し而して其主文を以て無罪を言渡さざりし窃盜の所爲は第一審に於て直に無罪として確定すべきものに非ず他の犯罪行爲と共に被告の控訴に因りて第二審に繫屬し其判断を受くるに適當なるものなり(四三九一三〇五、四三、七、七、大審刑二、法六五七、一八)

三七 刑事訴訟法第二百六十五條は畢竟原判決主文の刑を重くする事を禁したる趣旨の規定に外ならず而して未決拘留日數を本刑に算入する場合に於ては本刑の長短に關係なく本刑より其算入日數を控除したるものを標準とし刑の輕重を比照すべきものとす(四三九一六五四、四三、一〇、七、大審刑一、法六七六、一八)

三八 被告人に對する併合罪を一審に於て日時を異にして審判せし結果各別に被告人に對して刑を科したる二個の事件を第二審裁判所が併合審理したるに因り併合罪の規定に従ひ一の刑を言渡すも其刑にして一審判決が科したる二個の刑を合算せし刑の範圍に於て指定の制限を超過せざる以上は假令一審が被告に科したる各個の刑より重き刑を言渡すも被告人の不利に一審判決の刑を變更したるものと云ふを得ず(四三九一二九一、四三、七、四、大審刑二、法六五八、一八)

三九 第一審判決に於て共同被告の或者を共犯者なりと認めたるに反し第二審判決に於て之を共

犯者と認めざるも例へは刑法第九十七條第九十八條の如く共犯者の數か刑法上犯人の責任に影響を及ぼし從て之に適用すべき處罰法條を異にする場合にあらざる限りは之か爲め他の被告に係る犯罪事實に付第二審判決は第一審判決を變更したりと云ふを得ず(四三九一八七二、四三、一〇、二五、大審刑一、法六八三、二八)

四〇 刑事訴訟法第二百六十五條規定の趣旨は右條文掲記の場合に於ては控訴審は第一審判決の主文を被告人の不利に變更することを許さずと云ふに在れば第一審の判決が顯著なる誤算に出でたる場合に在つても原判決を被告の不利に變更することを得ざる者とす左れば縦し第一審か本刑に算入したる未決勾留日數中二十四日は事實被告に於て勾留せられたるとなきものとするも第一審か現に算入して宣告したる一百日中より右日數を控除し單に七十六日のみを算入したる控訴判決は第一審判決を被告の不利に變更したるものとす(四四九四二二、四四、四、七、大審刑一、法七一五、二七)

第三章 上告

- 一 上告審に對し執行猶豫を求むるものにして原判決を攻撃するものにあらざるものは適法なる上告の理由と爲らす(四四九一〇三三、四四、六、五、大審刑二、法七二五、二六)
- 二 上告審は第二審判決を破毀し自ら刑を言渡す場合の外は刑の執行を猶豫すべき權限なきものとす(四四九一一八四、四四、六、二三、大審刑一、法七二八、二八)
- 三 控訴の目的は第一審判決を取消し之か更正を求むるに在るを以て被告の控訴に因り第一審判決の取消されたる以上は取消の理由の當否如何に關せず被告は控訴の一段の目的を達したるものとす從て他の點に於て原判決の不法を攻撃するは格別單に第二審か第一審判決を取消したる理由の當否を論争するを以て上告適法の理由と爲すに足らす(四四九二五一四、四四、一一、二二、大審刑一、法七六七、二八)
- 四 第二審判決か被告に對し第一審判決と犯罪事實の認定法律の適用及主文の言渡を同くするに拘はらず被告の控訴を理由ありとし第一審判決を取消したるときは失當なりとす然れ共其失當は新刑法に依り處罰せられたる被告の利害に何等の影響を與へざるときは被告よりの上告論旨としては右の失當は第二審判決破毀の理由とならざるものとす(四三九一八七二、四三、一〇、二五、大審刑一、法六八三、二八)
- 五 豫審判事は差押物件を被告に示して之れか辯解を爲さしめざりし事實ありとするも豫審手續の違法は以て上告の理由と爲すに足らず又家宅搜索調書の記載にして縦し事實に反せる廉ありとするも或は該調書は現場に於て作成せられざりしものとするも之れか爲めに搜索處分を不法なりと云ふを得ざるは勿論該調書は無効に歸せず(四四九一七六一、四四、一一、一九、大審刑一、法七六四、二八)
- 六 公判裁判所か辯護人の申請に因り證據書類の取寄を許可する決定を爲し該書類を取寄せたるに拘らず之を公廷に顯出して取調を爲さざるは不法なり(四三九一〇八三、四三、六、二三、大審刑二)
- 七 第二審判決に於て第一審裁判所か辯護人に期日の通知を爲さず其缺席の儘にて判決を言渡したるを違法とし之を取消したるは不法なれとも被告は之を以て上告の理由と爲すを得ざるものとす(四三九八六三、四三、五、二六、大審刑二)

第二條六

上告

第二七〇條

八 裁判所に於て各被告に對し追徴を命じたる金額は判決に於て被告等が收受したりとして認定したる賄賂の價額に比し各其負擔額僅少なるときは其判決は追徴の金額に關し擬律錯誤の違法あるを免かれずと雖も此點に關する上告は結局被告等の不利益に歸す可きものなるを以て上告適法の理由とならず（四三九、四三〇、四三、七、七、大審刑一、法六五八、一七）

九 上告の趣意が原判決に於て連續の一罪として處斷したるは不當にして數個獨立の犯罪として處斷すべきものなりと云ふに在るときは被告に不利益なる上告趣意として棄却すべきものとす（四一九、二九二、四三、二、二五、大審刑一、法六二九、一八）

一〇 第二審裁判所に於て幾部にても被告利益の認定を爲したるものなるときは被告より之を不當として其判決を攻撃するを得ざるものとす（四四九、一三八八、四四、一〇、三一、大審刑一、法七五九、二八）

一一 併合罪に非ざる者の判決に對し併合罪なりとの上告論旨は被告の不利益に歸する論旨なるを以て上告適法の理由とならず（四四九、一七二〇、四四、一〇、三一、大審刑一、法七五四、二七）

第二七二條

一二 刑事訴訟法第二百七十一條に依れば上告申立は判決の言渡ありたる日より三日の期間内に提起すべきものにして同法中右規定の外に上告申立の期間を定むるものあることなければ再度の缺席判決に對する上告申立の期間も亦同條に依り判決言渡ありたる日より起算し三日の期間内に提起せざる可からざるものにして刑事訴訟法第十六條の規定は前示上告申立の場合に適用す可きものにあらず（四二二、一六、四三、二、一五、大審刑一、法六三一、二〇）

第二七三條

一三 上告趣意書の如きは期間内辯護人に於て提出し被告の爲め上訴權喪失の結果を來たさざら

第二七八條

しむることを得たる可き筋合なるを以て假令被告が避く可らざる事變の爲め期間内自身上告趣旨書を提出するを得ざりしとするも之を以て原狀回復の事由と爲すを得ず（四五九、二、四五、三、二二、大審刑一、法七八四、二六）

一四 上告趣意書が相被告辯護人の上告趣意書提出前若くは之と同時に現出したるものなるときは相被告の上告趣意書の論旨を援用するも其效なきものとす（四四九、二九〇〇、四五、二、二二、大審刑一、法七七六、二六）

一五 共同被告事件に付相被告又は其辯護人の上告論旨を利益に引用することは既存の上告論旨と重複する論旨を記述するの煩を避けしむる便宜の方法として之を許容するものにして元來上告論旨は各自獨立して之を呈出すべきものなれば將來提出せらるべき上告論旨の如きは之が引用を許容すべき限りにあらず（四四九、三〇、四三、二、二八、大審刑一、法七〇七、二七）

第二八六條

一六 贓物の還給は民法上の請求權を基礎とする原狀回復の一方法に過ぎざるを以て直に其還給を命ずべきや否やは民法上の關係如何に因りて定まるものとす而して借用證書及び契約書は甲等か乙を恐喝したる結果之を交付するに至らしめたるものにして乙が全然意思の自由を奪はれたるに非ざるときは法律行爲の要素に錯誤あらざると明白なり然れば即ち乙の意思表示は民法第九十六條に所謂強迫に因る意思表示として之を取消すを得べきに止り當然無効に非ざるか故に第二審判決に於て乙の取消の意思表示を俟たずして直に右證書を乙に還付すべきものと爲し其旨を言渡したる第一審判決を是認したるときは法律の適用を誤りたる者なり然れども右法律適用の是正は證書の差出人たる被告中の甲に之を還付すべき結果を生ずるに止まり毫も他の被告人に關係なきを以て甲に關してのみ刑事訴訟法第二百八十六條前段第二百八十七條に依り

條八第
九二

判決を爲すべきものとす(四五五、五七八、四五、四、二六、大審刑一、法七九〇、二五)

一七 姦通事件の爲め一人が上告審に至りて告訴取下の爲め免訴されるときは既に一審の判決に服したる共同被告人も免訴さるべきものとす(四三三、七六九、四三、五、一九、大審刑二、法六四九、一七)

第六編 再審

條〇第
一三

- 一 或一定の同時間に於て場合を異にせる二個の犯罪事件の爲め何れも有罪の判決を受け確定したる場合には再審を爲し得べきものとす(四三三、一〇、四三、四、二九、大審刑一、法六四七、一八)
- 二 領收書を巡査の資格を詐りて作成行使したる以上は舊刑法第二百三條第一項に規定する官文書偽造行使罪を構成すべく身分誤信なる錯誤は判決の認定したる事實及適用したる法律に何等の異動を生ずることなし従て刑事訴訟法第三百一條第五號に所謂訴訟記録に錯誤ありと云ふことを得ず(四三三、四、四三、四、五、大審刑一、法六四〇、一八)
- 三 刑事訴訟法第三百一條第五號に所謂訴訟記録に錯誤あるときは過失に因り眞實に反する記載あるを云ひ記載せられたる事項其ものか眞實に反するを云ふの義に非ず例へば證人の豫審訊問調書にして證人が右と供述したるを誤て左と供述したりと記載し又は豫審判事が證人の資格の有無に付調査の結果無資格者と認めたるを之れを有資格者と認めたるものと誤記したるか如きは即ち訴訟記録の錯誤なりと雖も證人の供述其のものが不實なること又は豫審判事の證人の資格に付きての認定其のものが誤認なることは訴訟記録の錯誤に非らず(四四二、一〇、四四、

六、一六、大審刑一、法七二七、二八)

四 再審の訴の趣旨とする所か甲は累犯者なりとの理由に依り區裁判所に於て刑期加重の決定を受け抗告の末地方裁判所に於て前決定を取消し更に同一の理由に依り加重の決定を受け其決定確定したるも累犯の原因と爲れる前科は甲の犯したるものに非ずして其犯人たる乙か甲の氏名を冒稱したるものなることを發見したるを以て右刑期の加重は失當なりと云ふに在りとするも再審申立人が失當なりとして變更を求めんとするものは區裁判所か甲に對し本案に付有罪を言渡したる確定判決を指すか將た又抗告裁判所の爲したる刑期加重に付ての裁判に對し再審の訴を爲さんとするに在るか申立の趣旨此點に於て頗る明瞭を缺くも然れども申立人の趣旨二者孰れに在りとするも結局形式上不適法として却下せざるべからず何となれば訴旨區裁判所の確定判決に對し再審を申立つるに在りとせんか後に爲されたる刑期加重の裁判は右確定判決を補充するものに外ならざれば此裁判を包含せる確定判決に對する再審の訴として許さるべきものと謂ふを得んも右區裁判所の判決にしては大審院は上告裁判所の地位に在るものに非ざるを以て中立人が訴を大審院に提起したるは其管轄を誤れるものにして訴は此點に於て却下するの外なかるべく之に反して訴旨區裁判所の爲したる刑期加重決定の破毀を求むるに在りとせんか刑事訴訟法は確定判決以外の裁判に對し再審の訴を許容せざるを以て再審の訴は此點に於ても形式上違法のものとして却下すべきものとす(四五二、一、四五、三、一五、大審刑一、法七八〇、二五)

第八編 裁判執行、復権及び特赦

第一章 裁判執行

第三條一

一 假出獄中に於ける數個の刑期進行の順序並に其假出獄の取消處分に依る殘刑執行の順序は檢事の執行指揮書に順序を定めるときは刑事訴訟法第三百十七條第二項に依るべく之を定めたるときは其定めたる所に依るべきものとす從て數個の中最初に進行すべき殘刑期が假出獄處分の取消前満了したるときは其取消後之を執行する能はざるものとす(四五、三、二五、刑事甲四一、刑事局決議、法七九二、二七)

第三條九

二 自由刑に處せられたる罪と死刑に處せられたる罪と併合罪の關係ある場合なるときは自由刑の執行を停止するとは勿論にして自由刑の判決確定後に後刑の罪を犯したるものなる時と雖も右に準依す可きものとす(四三、一〇、八、民刑甲九六、民刑局長回答、法六七九、一〇)

三 重き懲役刑の執行のもの更に罰金刑の判決を受け確定せしも無資力にして完納する能はざる爲め勞役場留置の執行を指揮せし場合に於ては留置處分の時効期間の進行を停止せざるも事實上如此場合に於て適法に罰金刑の時効を中斷すること不能なるものは極めて稀有たるべく要は當該執行官の權宜の處置に待つべく必ずしも金刑執行の目的を達する能はざるか如きことなかるへし(四四、四、一三、民刑甲二五、民刑局長回答、法七一五、一八)

四 刑事訴訟法第三百十九條第二項第一號第二號の事由に依る刑執行停止の場合に於ける指揮方の件につき引受人の出頭遅延し實際引渡を爲す能はざる場合に於ても監獄法第六十五條の時間を超ゆることを得ざるを以て檢事と典獄との間に於て豫め打合の上同條所定の時間内に之を釋放すべき様取扱ふべく若し又打合上該時間を經過するの止むを得ざる場合に於ては同法第六十

第三條二

九條に依り仍ほ在監せしむることを得べく若し本人強て出監を希望するに於ては行路病者の取扱に依り出監せしむることを得へし(四四、一一、二二、刑事甲二三三、刑事局長回答、法七五八、二九)

第三條三

五 刑事訴訟法第三百二十二條には刑の言渡を受けたる者は其言渡に付き疑義の申立を爲すことを得る旨の記載あるもその他に於て疑義の申立を許したる規定なし而して訴訟費用の言渡は刑の言渡に非ざること勿論なるを以て單に訴訟費用のみに關する疑義の申立は不適法なりとす(四四、一〇、四五、一、一六、大審刑一、法七六八、二五)

第三條三

六 刑事訴訟法中公訴附帶の私訴判決に假執行の宣言を爲すことを許容したる規定なく又假執行の宣言に關する民事訴訟法の規定を準用すべきことを命したる規定なし同法第三百二十三條は已に確定せる判決の執行に關し民事訴訟法の規定に従ふべきことを規定したるに過ぎず(四三、三九九、四三、四、一八、大審刑二、法六四一、一八)

七 公訴附帶の私訴判決には假執行の宣言を許すべきものに非ず(四三、六、一七、廣島控刑二、法六五二、一四)

民法

第一編 總則

第一章 人

第二節 能力

第四條

一 未成年者が法定代理人の同意を得ずして單に權利を得義務を免るゝ以外の法律行爲を爲したる場合に於ては縱令未成年者に對し其法律行爲の履行を命ずるの判決確定したる後と雖も苟くも該判決に於て其履行を命じたる理由が時效若くは其法律行爲の追認又は未成年者が成年者たることを信せしむる爲め相手方に對し詐術を用ひたる等の事實に基き取消權の消滅若くは不在を認めたるものに非ざる以上は該判決は毫も取消權の行使に影響を及ぼすべきものに非ず（名古屋控民、法六四四、一六）

第一條

一 準禁治產の宣告は未成年者に關する場合の外本人に送達するにあらざれば其效力を生ずべきものにあらず（名古屋地岡崎支部、法七一、二、二三）

三 準禁治產者は成年に達するも親權に服従するものなるを以て從來保佐人たりし母は依然保佐人たるべく縱令準禁治產者の妻が成年に達するも其者が當然夫の保佐人となるべきものに非ず（長崎控民二、法七二八、二四）

第二條

四 民法第十二條第一項第三號に所謂重要なる動産に關する權利の得喪を目的とする行爲中には

民法 總則 人能力

獨り重要な動産上の権利のみならず無能力者の財産に影響を及すべき債権の譲渡行爲をも包含する者なるを以て未成年者の法定代理人か未成年者に代て其財産権の一部たる債権の譲渡を爲すに當り親族會の同意を得ずして爲したる場合に於ては未成年者本人若くは其法定代理人に於て之を取消すことを得るに止まるを以て之か取消の意思表示なき以上其譲渡行爲は有効に成立し讓受人は債務者に對し完全に其債権を行使し得べきものとす（東京控民三、法六九〇、一七）

五 準禁治産宣告決定は之か送達を受けたる日より効力を生ずるものとす而も檢事又は申立人は準禁治産者の代理人たるべき性質を有する者に非ざるか故に之に準禁治産宣告の決定を送達するも其送達ありし日より該宣告の効力を生ずるものとするを得ず準禁治産者は心神耗弱者又は浪費者等にして其智識辨識力に於て常人に劣る所あるも素より辨識力を有せざるものにあらず故に準禁治産者か民法第十二條に掲けたる行爲を爲すには保佐人の同意を要するも其同意あるに於ては自ら右行爲を爲し得るは勿論其他の法律行爲に付ては何等の干渉を受くることなく普通成年者と均しく自由之を爲すことを得る者にして心神喪失の常況に在る禁治産者の如く後見人に代表せられ後見人に依り法律行爲を爲す者と大に異なる所あるを以て禁治産を宣告したる決定は之を準禁治産者其人に送達し其送達の日より効力を生ずるものとす（四三〇五四、四三、四、六、大審民二、法六四五、一七）

六 凡そ借財なる語は世俗慣用の意義に従へば或は廣く負目と稱して一切の債務を總稱することあり或は狭く借金若くは借錢と稱して單に金錢若くは之に準すべき物の消費借のみを意味することあり各場合により其意義の廣狹を決するの外なしとす而して民法第十二條第一項第二號前

段に所謂借財なる語は寧ろ之を狹義に解し金錢其他之に準すべき物の消費借を意味するものと解するを穩當とすべく法律か準禁治産者に對して有効に借財を爲すには其保佐人の同意を要することを定めたる以上は之と價值を同ふする行爲若くは其以上の行爲を爲すに付ても亦均しく其同意を要するの趣旨なりと解すべきものとす而して立替金債務負擔行爲は民法第十二條第一項第二號所定の借財なりと解するを得ずと雖も消費貸借を爲すの行爲と全く其價值を同ふするを以て其保佐人の同意を要するものとし準禁治産者は此點に於て無能力なりと解せざる可らず又民法第十二條は其行爲の生存上必要なるや否や若くは其行爲に因りて利益を得たるや否やの如き敢て之を問はざるの趣旨なりとす（四三、四、一一、東京控民一、法六五三、一一）

七 未成年者か能力者たる事を信せしむるか爲め詐術を用ひたる事に因り其行爲取消權を奪はるか爲めには未成年者か單に虚偽の陳述を爲すか如きことを以て足れりとせず或術策を用る相手方をして錯誤に陥らしめたることを要するものとす（大阪地民三、法七二一、二三）

第四節 失踪

第三條

一 戸主の失踪宣告の結果相続人か家督相続を爲したる後失踪者の生存に因り失踪宣告の取消されたるときは戸主權を回復すべきものとす（四四、一一、二八、民事五七三、民事局長回答、法七七〇、一七）

二 失踪宣告を受けたる戸主の家督相続を爲したる長男か適法に其家を廢し其母と共に他家に入りたる後失踪宣告の取消ありたりとせんか失踪者たりし戸主は前戸主權を回復する能はずして一家を創立すべく其妻との婚姻は解消せざりしものとなるか故に身分登記變更手續に依り他家

に在る妻を自己の家に入籍せしむべきものとす(四五、三、一六、法曹會決議、二二卷三號)

第二章 法人

第一節 法人の設立

- 第三四條 一 町村内の一區劃は私法上の法人にして其區に屬する堤防か洪水の爲め流失したりとするも法人の資格を失ふものに非ず從て堤防決潰復舊の目的を以てする寄附金を受くべき能力あるものとす(四三、六、二七、東京控民三、法六六九、一四)
- 第三四條 二 基督教の傳道を目的とする法人は之を設定することを得(四三、五、一四、法曹會決議、二〇卷七號)
- 第三四條 三 會社の理事者に使用人の選任及び事業監督上の過失ある以上は其使用人の加害行爲に付き會社か賠償の責に任すべきものとす(東京控民三、法六六一、一三)
- 第三四條 四 法人の目的に特に金錢の貸借其他金錢の融通を目的とする行爲を掲げざるも其營業の爲め必要なる限りは斯る行爲をも有効に爲し得るものとす是れ蓋し營業の目的を達するに缺くべからざることにして會社の目的の範圍内に包含するものなればなり(大阪地民三、法六三二、二二)

第三節 法人の解散

- 第三條 一 營利を目的とせざる法人の清算終了に付ては登記を要せざるものとす(四三、四、一六、民刑一四〇三、民刑局長回答、法六四〇、九)

第三章 物

- 第六條 一 家屋形に組立てたる木材にして未だ完全に家屋と稱し得ざるものと雖も其木材か家屋建築の爲に永久的に土地に附着せるものなるときは不動産たる性質を失はざるものとす(四五、一、一九、大阪地民二、法七七三、二三)

第四章 法律行爲

第一節 總則

- 一 凡そ神社は一種の法人にして法律行爲を爲すに當りては必ずや其法定代理人に依らざるべからざるものとす而して村社無格社等は神社の社格を示すに過ぎざるものなるを以て神社の表示に其社格の記載なきの故を以て其社格を有する神社を表示せるものにあらずと云ふを得す(東京地民四、法七一九、二二)
- 二 道路か市の設置に係る一の營造物なるときは市も亦一私人と同じく民法上法律行爲を爲し得べき者なれば市か其設置に係る營造物の上に電氣軌道を敷設せんとする者ある時は之と報償契約を締結し得べきは當然のことにして電氣軌道敷設に關する法律命令等の設けある爲め市に其契約を爲すの權利なく又市か其契約を爲すを以て國の事務に干渉するものなりと云ふを得す何となれば市か其設置に係る道路に電氣軌道を敷設せんとする者と報償契約を爲すは純然たる民法上の行爲にして國の行政事務なる電氣軌道敷設の特許とは全く其性質を異にするのみならず電氣軌道敷設の特許を得たるものか市に對して報償を爲すは特許に依り市の設置に係る營造物

を使用するの對價として支拂ふべき一の使用料に過ぎされは市か之に關し契約を爲すは決して違法の處分に非ざるを以てなり(四四九、一三八八、四四、一〇、三二、大審刑一、法七五九、二八)

○第九條

三 第三者か債務者をして其の債權者に對する債務の不履行を約束せしむるは善良の風俗を害するものにして法律上無効と看做さるへからず從てその約束を履行せざる場合に違約金を支拂ふへしとの約束も亦許すへからざるものにして法律上無効なり(四四、三、一六、東京控民三、法七二一、一九)

四 離縁離婚告訴取等か金圓贈與の緣由たる以上は假令其緣由たる離縁離婚告訴取等か公の秩序に反するものなりとするも苟くも其緣由たる事項か法律行爲の要素と認むへからざる以上は行爲の効力に何等の關係なきものとす(函館地民、法七七〇、二五)

五 賭博に資するの情を知りて金圓を貸與したる行爲は其内容か公の秩序に反するを以て法律上無効なり(四四、一、一九、仙台地民)

第二節 意思表示

三第九條

一 民法第九十三條は心裡に留保せられたる意思か其效力を生ずる旨の規定に非ずして相手方に對し或意思表示を爲したるも表意者か其意思表示を爲すの眞意なかりし場合に於て相手方か其の意なかりしことを知り又知ることを得へかりしときの外は意思表示の本來の效力を妨げざる旨の規定なりとす(四三、六、二五、東京控民一、法六七二、一一)

四第九條

二 虚偽の意思表示は其意思表示を爲したる當事者よりは第三者に對し其無効を主張することを

得すと雖も第三者間に於ては之か無効を主張することを得るものとす(四三、一〇、一、東京控民一、法六八九、一七)

三 虚偽の意思表示は其意思表示を爲したる當事者よりは第三者に對し其無効を主張し得ざるも第三者に於て之か無効を主張し得べきものとす而して虚偽の意思表示に基く債權讓渡あるも何等債權其ものに影響を及ぼさざるを以て民法第四百六十八條第二項に所謂讓受人に對抗し得べき事由と爲すに足らず(四三、六、二三、東京控民一、法六七三、一一)

四 虚偽の意思表示なるものは相手方と通謀して其眞意に非ざる意思を表示するものにして眞實其意思表示の内容を希望せずして而かも他人をして其意思表示の眞實なることを信せしめんとするに在るを云ふものとす(四四、二、九、東京控民一、法七〇四、二三)

五 民法第九十四條第二項に所謂善意の第三者とは虚偽の意思表示を有效なりと信して法律行爲其他の行爲を爲したる善意の第三者のみを意味するものとす(東京控民一、法六六四、一三)

六 債務者か其債務を擔保する目的を以て其の目的よりも著大なる効果を有する或權利の讓渡を爲す所謂信託行爲なるものに在りては外部の關係に於ては權利移轉の效力を生し内部關係に於ては讓受人たる債權者は第三者に對し權利者として完全なる權利移轉の效力を生せず讓渡人たる債權者は依然權利者たるべきものとす(四四、九、二六、東京控民一、法七五四、二一)

七 債務の擔保たる特約を附して動産又は不動産の賣買を爲したる信託行爲の場合に於て債權者に對する關係に於て所有權移轉の効果を生ずるは勿論委託者と受託者間に於ても亦同様の効果を生し唯物上擔保權設定の效力を生せしむる特約の制限を受け債務者たる委託者に於て債務を履行したるときは債權者たる受託者に於て擔保物の所有權を委託者に移轉すべき債務を負擔

するに過ぎざるものとす(四四、二、二七、函館地民、法七〇六、二五)
八 債務者又は第三者が債権の擔保として或物件の所有權を債權者に讓渡する形式を以て爲せる行爲か當事者及び第三者との關係に於て如何なる性質の權利關係を發生するやの問題に付ては先づ當事者の意思を探究して之を決せざるべからず(四四、五、二七、東京控民一、法七四三、一七)

九 債権の擔保に供する目的を以て債務者か其物件の所有權を債權者に移轉したる場合に在りては債權者は後日其債務の辨濟ありたるとき更に該擔保物の所有名義を債務者に移轉するの義務を有するに止まり第三者に對しては完全に其所有權を行使し得べきものとす(名古屋地民一、法七二五、二三)

一〇 縁組の無効等公益に關する規定は何人と雖も絶対に之か適用を受くべきものなるを以て民法第九十四條第二項の如きは此場合に適用せらるべきものに非ず(四三、一一、一二、宮城控民)

一一 當事者間に養子縁組を爲す意思なき場合に於ては其縁組が虚偽の意思表示なるときと雖も民法第八百五十一條に従ひて之を無効と爲すべく同第九十四條に依り其無効を以て善意の第三者に對抗することを得ざるものとなすを得ず(四四、六、六、大審民一)

一二 假令地所の來歴なりとするも其事實に付誤信なかりせば契約を締結するに至らざりしなるべしと認むることを得べくんば其錯誤は即ち契約の要素に錯誤ありと云ふことを得べきものとす(四三、一一、一七、大審民一、法六九三、二七)

一三 家屋を買受けたる事實あるに於ては其實買の有效に成立したるものと一應推定すべきは當然の事なるを以て其實買の要素に錯誤ありし爲め無効に歸したりとの事實は其實實を主張する

第九條

者に於て舉證の責に任せざる可からず而して斯の如き法律行爲の要素の錯誤に基く登記存する場合に於ては其登記は登記法の規定に従ひ適式に行はれたるものと推定すべきものなるを以て反證なき限りは當事者か其法律行爲の要素に錯誤ありとし形式上適法の申請を爲したるに因るものと見るを當然とすれども實質上果して其法律行爲の要素に錯誤ありしや否やの問題に至りては常に必ずしも其登記のみに依りて一應の推定を爲すべきものと謂ふを得ず(四四、九六、四四、五、二二、大審民二、法七二四、二七)

一四 法律行爲の要素とは其内容を組成する主要なる成分を謂ひ其主要なる成分とは抽象的に係争事項の性質より論斷すべきものに非ずして具體的に當事者の地位及び特別な周圍の事情をも觀察して判斷すべきものとす(名古屋控民、法七六八、二二)

一五 所有者に非ざる者を所有者と信して其者より土地を買受くるか如きは法律行爲の要素に錯誤あるものにして無効の行爲なり而して法律行爲の相手方を誤るか如きは過失なきものと云ふを得ざるのみならず法律は占有に付き無過失を推定せざるか故に無過失を立證せざる以上は時効に因り土地の所有權を取得したりと爲すことを得ず(四四、一〇、三一、甲府地民、法七五四、二五)

一六 當座預金貸越契約及び手形の割引契約は孰れも信用を基礎として成立せしめ得べきものなれば擔保物の有無は通常其法律行爲の要素たるべきものに非ず唯當事者に於て特に其擔保物の存在を以て法律行爲の要素と爲したる場合に於て之に關する錯誤を要素に錯誤ある者と觀るとを得べし(廣島控民、法七六六、二〇)

一七 土地の所有權を有せざる者に對して爲したる地上權の拋棄は其眞の所有者に對し何等の效

第九條

力を生ぜざるものなるを以て縱令其意思表示に過失ありとするも民法第九十五條但書の適用を受くべきものに非ず(四四〇二八、四四、四、二六、大審民二)

第六條

一八 詐欺取財の被害者たる民事原告人か其訴訟代理人に對して地所賣買契約を取消す旨の意思を明示して其取消の委任を爲さるも民法は法律行爲の取消に要する意思表示の形式を限定せされは其意思表示は明示たると默示たるとを問はざるものとす(四三九一八七三、四三、二一、二一、大審刑二、法六九二、二八)

第七條

一九 到達を要する意思表示は取引の關係上受信者か之を受領し得べき場所に到來するを以て其效力を發生し直接受信者に送付せらるるに非されは其の效力を生ぜざるものに非ず(四四、六、一四、東京控民二、法七四四、二五)

第二節 代理

- 一 本人の名を以て或人と取引を爲すに當り第三者をして之を助成せしむる方法は之をして意思傳達の使者たらしむるか或は代理權限を與ふるかの二途に出てざるを以て前者に非すとせば反證なき限り後者と認めらるへし(四四、六、二八、東京控民三、法七四五、二一)
- 二 假令本人に讓渡の意思なかりしとするも正當の代理人の爲したる讓渡契約を假裝無効の行爲と爲すことを得ず(四三、一一、一七、東京控民二、法七一九、二四)
- 三 他人の代理人として法律行爲を爲したるものは其本人に人格なき場合に於ては相手方の撰擇に從ひ履行又は損害賠償の責に任すべきものにして相手方が履行を催告したるときは代理人は其法律關係の當事者となるものなり(四三、一〇、一一、東京地民四、法六九五、二三)

第九條

四 權限ある代理人か其權限内に於て本人の爲めを示して爲したる行爲なる以上は縱令代理人か之に因り自己の利益を得んとする意思を有したりとするも其意思如何は其行爲の效力に毫も影響を及ぼすものに非ず(東京地民一、法六八三、二五)

第二條

五 何人と雖も自己の法律行爲に付き自己の復代理人と爲ることを得ず(四四、五、二〇、法曹會決議、二一巻八號)

第八條

六 民法第八條の規定は公益規定にして之に違背するときは本人間に何等の效力を生ぜずして委任に因ると法定たるとを問ふべきにあらず(四三〇一三、四三、二、一〇、大審民一、法六二九、一七)

第九條

七 民法第九條に依るときは第三者に對して他人に代理權を與へたる旨を表示したる者は其代理權の範圍内に於て其他人と第三者との間に爲したる行爲に付き其責に任することを要す(四四〇三七八、四五、二、一二、大審民二、法七七五、二五)

八 民法第九條には第三者に對して他人に代理權を與へたる旨を表示したるものは其の代理權の範圍内に於て其他人と第三者との間に爲したる行爲に付き其の責に任すと規定しありて同條を適用するには本人か第三者に對して他人に代理權を與へたる旨を表示せざるへからず(四三、七、七、東京控民二、法六六一、一一)

九 表意者が相手方に對し或者に代理權を與へたる旨通知し而かも其或者に對しては代理權を與へざりし場合に於て其或者と相手方との間に爲したる行爲か表意者の表示したる代理權の範圍内なるときは其行爲か犯罪を構成すると否とに拘らず表意者は相手方に對し之か履行の責に任すべきものとす(四四、九、一二、函館地民、法七四七、二六)

條一第
五

一〇 委任狀に何々山林賣却方を委任する旨記載ありて賣却に關する委任の汎博なるときは之に關する證據金を受領し又は違約に於ける證據金倍返し等を特約するか如き契約附隨の事項も委任に因る代理權限内に包含するものとす(四三、一二、二七、東京控民一)

一一 同一相手方に對する無權代理に因る法律行為が數個ある場合に於て互に相牽連して密接なる因果關係を有し而も其一を除外するときは無權代理人の爲したる之に牽連する他の法律行為に因りて直に本人又は第三者に對し財産上の損益を與ふるか如き場合に於ては本人は苟も追認の意思ある以上相手方の承諾無き限りは其一部に對してのみ撰擇的に追認權を行使し得ざるものにして必ず毎に包括的に之を爲すの義務あるものとす(四四、一一、一五、横濱地民一、法七六七、一九)

第四節 無効及び取消

條一第
九

一 法律行為の無効は一の事實なるを以て裁判所に無効の請求を爲すは常に認可の判決を受くる場合なるを以て對手方に無効の確認を求むるに歸著すへきも其無効を主張する方法に付き法律上之を限定すへき必要あるを認めされは其無効の宣言を受くる目的を以て其旨の請求を爲すも直に請求自體を不合法として排斥すへきものに非ず(大分地豆田支部、法七六七、二三)

二 不法の行為を爲さる對價として金錢を授受する行為は取消を俟たずして法律上無効なるか故に之に依り其所有權移轉を來さるは勿論なりとす(四四九二八九三、四五、三、一四、大審刑二、法七八二、二六)

第一

三 民法第二百一十一條の規定に依れば取消したる法律行為は初めより無効なりしものと看做すを

條二

以て第一に取消しありたる法律行為の効力は當然未だ會て發生せざりしと同一の状態即ち原狀に復するものとす故に該行為に因りて利益を取得したるものは悉く之を相手方に返還せざるべからず從て法律行為に因りて給付を爲したる者は行為取消の後其効力として相手方に對し斯る給付に因りて取得したる利益の返還を請求することを得べく第二に當事者の一方か他方に對し財産の給付を爲すの原因たる法律行為が取消されるときは財産上の給付を受けたる者は法律上の原因なくして他人の財産に因り利益を受け之か爲めに他人に損失を及ぼしたる者と爲る從て斯る行為に因りて財産上の給付を爲したる者は之を受けたる相手方に對し不當利得の原則に基き利益の返還を請求することを得へし而して法律行為に因りて財産上の給付を爲したる者は法律上別段の制限なきを以て其行為取消の後自己の選擇に従ひ取消の効力として利益の返還を請求し又は不當利得の原則に基きて利益の返還を請求するを得ること言を待たざる所とす(四四〇三三三、四五、二、三、大審民一、法七七四、二五)

四 民法第百廿一條但書の趣旨は一方に於て無能力者が不當に利益を得るに拘らず他方に於て取消行為の相手方が謂れなく損害を被るに至るか如き不公平なる結果の發生を防止せんとするものなれば假令無能力者に於て現に利益を受けたる事實ありとするも相手方に於て何等の損害を被りたることなき以上は無能力者に償還の義務なきものとす從て無能力者の受けたる利益額が相手方の被りたる損害額に超過するときは無能力者は相手方の被りたる損害額のみを償還すれば足り又相手方の被りたる損害額が無能力者の受けたる利益額に超過するときは無能力者は其受けたる利益額のみを償還すれば足るべきものとす(名古屋地民二、法七八〇、二二)

第一

五 未成年と云ひ準禁治産と云ふも均しく無能力の原因にして斯る場合に於ける法律行為取消の

條二四

原因となるものは無能力其ものに外ならずして民法第百廿四條第一項に所謂取消の原因たる情況とは無能力其ものの原因を言ふに外ならず又數個の無能力の原因の競合せる場合に於て其一が消滅するも他の無能力の原因の存する間は取消の原因たる情況の未だ止まざるものとして追認を爲し得ざる者とす而して準禁治産の宣告は恰も未成年者中に爲したる法律行爲の取消權消滅時効の進行を停止するの結果を生ずるものとす(四三、四、一二、東京控民一、法六五三、一一)

條二六

六 未成年者の法定代理人が取消し得べき行爲を爲したるときは之に關する取消權の時効は未成年者か成年に達したるときより起算し五ヶ年を経過するによりて時効完成し取消權は消滅すべきものとす(四五、一、一六、東京控民三、法七八一、二五)

七 法律行爲の取消權は追認を爲すことを得るときより五年間之を行使せざるときは時効に因り消滅すべきものとす(名古屋地民一、法七三二、二二)

第五節 條件及び期限

一 條件の場合に於ける事實は常に客觀的不確定の事實にして期限の場合に於ける事實は通常到來することの確定せる事實なり然かも客觀的不確定の事實と雖も當事者の意思にして其事實到來せざるも尙ほ債務を履行するにあらは期限の場合に於ける事實と爲すことを得べきものとす(四四、一、一四、東京控民一、法七〇五、二二)

二 原則として條件の場合に於ける事實は未來且つ不確定のものにして期限の場合に於ける事實は未來且つ確定のものなりと言ふことを得へし從て當事者か未來且つ不確定の事實到來のときに

債務を支拂ひ又は其消滅すべきことを約したるときは其行爲には通常の條件を包含するものと言ふことを得へし然れども此原則たるや決して絕對的のものにあらず法律行爲の當事者か假令其の未來且つ不確定の事實到來せざるときも尙ほ債務の支拂をなし又は其消滅すべきことを希望したるときは其行爲は單純たる期限付の法律行爲と見るべく斯くの如き場合に於て條件は存在せざるものとす即ち單に事實の未來且つ不確定なりとの一事のみを以て條件存すと云ふことを得ず當事者の意思如何をも解釋して之を決することを要するものとす(東京控民一、法六六四、一七)

三 條件は未來且つ不確定なる事實の成否に繋り期限は未來且つ確定的事實に繋ることは原則とすれども敢て絕對的のものに非ずして當事者の意思を參酌して定めざるべからず(東京控民一、法七七八、二三)

四 到來するや否や不確定の事實と雖も之を以て債務履行の期限と爲すとす從て消費貸借契約に於て其辨濟期を債務者の立身なる不確定の事實に繋らしめたるものは有效なり(四三〇三三四、四三、一〇、三一、大審民二、法六八〇、一七)

條二七

五 停止條件附法律行爲に因りて甲か或不動産を乙に讓渡すべき契約を爲し之と同時に假登記を爲し又其條件成就前甲か同一不動産を更に丙に讓渡し其所有權移轉の登記を爲したる場合に於て停止條件が成就したるときは其條件附法律行爲の効力が條件成就の時より効力を生ずべき場合なるや又は當事者の意思表示に因り條件成就前に遡及して効力を生ずべき場合なるやを區別し前者の場合に於ては丙を以て所有者とし後者の場合に於ては乙を以て所有者と爲すべきものとす(四四、一一、一一、法曹會決議、二二卷三號)

第五章 期間

條三第 九一

一 天保壬寅元曆以前に在りても一晝夜を十二時に十二時を百刻に分ち一時は八刻三分一に當り眞夜中を九ツ時と稱し八ツ七ツ六ツ五ツ四ツ時と眞晝迄を六分し眞晝を又九ツ時と稱し同じく眞夜中迄を六分し又十二時を十二支に配當し眞夜中の九ツ時を子の刻とし順次に之を配當し明六ツ時を卯の刻暮六ツ時を酉の刻とし一時を更に三分して上中下刻とし卯の上刻は寅の下刻に又酉の上刻は申の下刻に接觸するものなり然れとも其春分秋分に於て晝夜を等分して日出より日入迄晝五十刻夜五十刻六より六迄晝五十五刻夜四十五刻と定め又其夏至に於て日出より日入迄晝六十刻夜四十刻六より六迄晝六十五刻夜三十五刻冬至に於て日出より日入迄晝四十刻夜六十刻六より六迄晝四十五刻夜五十五刻と定めたるを以て觀れば日出日没は常に明六ツ時暮六ツ時と一致することなく明六ツ時は日出前にして暮六ツ時は日没後に係り又春夏秋冬晝夜の伸縮あるに隨ひ時刻に長短の差を生したることを知るに足れり(四三〇四六、四三、五、一一、大審民二、法六四六、一七)

第六章 時効

第一節 總則

條四第 五一

一 當事者が時効を援用するに當り其十年の時効なるや將二十年の時効なるや特に之を明示する要なしと雖も時効援用の基本とすべき事實に付ては必ずや當事者の主張あるを要す(四五〇一三五、四三、五、一一、大審民一、法七九五、二五)

二 債權は消滅時効期間の經過に依りて當然客觀的に消滅し債務者の抗辯に依りて消滅するものに非ず只裁判所は時効の援用あるに非されば時効に基き裁判するの職權を有せざるに過ぎず(四四、九、一六、東京控民二、法七五二、二二)

三 民法は其第四百四十五條に於て時効は當事者か之を援用するに非されば裁判するを得すと規定す而して其所謂當事者とは時効に因り直接に利益を受くべき者即取得時効に因り權利を取得し又は消滅時効に因りて權利の制限若くは義務を免るべき者を指稱す故に時効に因り間接に利益を受くる者は所謂當事者に非ず若し此の如き者も獨立して時効を援用するを得るとせんか直接に利益を受くる者例へば債務者は時効の利益を受くるを欲せずして時効を援用せず若くは之を拋棄したるか爲め債務の辨濟を命せられたるに拘らず間接に利益を受くる者例へば抵當權を設定したる第三者は時効を援用して抵當權の行使を免るべきを得べく債權者は主たる債權を有しなから従たる抵當權を失ふか如き不合理なる結果を見るに至るへし是豈に法律の望む所ならんや若し夫れ當事者の承繼人は當事者の時効援用權を承繼するか故に當事者と同視せらるべきものにして時効を援用し得べきは當然なり(四二〇三七九、四三、一、二五、大審民一、法六二七、一七)

條四第 六一

四 時効の完成したる債務の一部を辨濟したるときは時効の利益を拋棄したるものとす而して債務承認に因りて完成したる時効の利益を拋棄するには債務承認の事實以外に債務か時効に因り消滅したる事實を認知し居りたる事實を必要とせず(四三、五、一九、東京控民二、法六六三、一三)

條四第 七一

五 裁判上の請求は訴の提起に依りて時効中斷の效力を生し訴狀送達の有無は其效力に影響なき

條五第一

ものとする（四四、三、九、函館控民、法七〇五、二五）
 六 民法第五百十三條に依れば催告は六箇月内に裁判上の請求和解の爲めにする呼出若くは任意出頭破産手續参加差押假差押又は假處分を爲すに非ざれば時効中斷の効力を生ぜざるものなるを以て催告か時効中斷の効力を生ずるには右に掲げたる事實存在せざるへからず（四五、四、二七、東京控民一、法七九三、一九）

第二節 取得時効

條六第二

一 民法施行以前に在りては取得時効に關する規定あらざりしを以て民法施行以前より不動産の占有を始めたる者の取得時効は民法施行の日より起算して民法の規定を適用すべきものとする（四四、一一、二二、東京控民三、法七七四、一九）
 二 民法施行前に在りては不動産取得時効に關する規定あらざりしを以て民法施行前より其占有を始めたるもの、取得時効は民法施行の日より起算して民法の規定を適用すべきものとする（四五、三、七、東京控民三、法七八三、二〇）
 三 時効に因り不動産を取得する場合に於て占有者の意思の善悪及び過失の有無は其占有を爲す當時に在りて之か如何を審究すべきものなることは民法第六十二條第二項に規定する所にして此規定は占有者の承継人か其前主の占有を併せて主張する場合に於ても異なることなし（四三、三、九二、四四、四、七、大審民二、法七一五、二五）
 四 民法施行前より不動産を占有したる者の取得時効は民法施行の日より起算し法定の時間を経過するに依りて完成するものとする（名古屋地民二、法七二二、二四）

條六第一

五 不動産の占有に付て自己も前主も共に瑕疵なく且つ其始めに於て善意無過失なりし場合に於ては民法施行の日より十年を経過せる日に於て民法第六十二條第二項の規定に依り時効に因りて所有権を取得すべきものとする（廣島控民、法六八二、二五）
 六 單に相續登記ありとの一事は侵害事實を知りたるものと云ふを得ず而して物の占有者が平穩公然且善意に占有せることは民法上之を推定すべきも占有の始め過失なかりしことは推定せず依て此點は取得時効の援用者に於て立證せざるへからず（東京控民三、法六九二、二二）
 七 相續回復請求に關しては民法第九百六十六條及び同第九百九十三條に特別時効の定めあり從て相續回復請求者と其相手方たる相續財産占有者との間に在りては民法第六十二條の適用なきものとする（四四、五六、四四、七、一〇、大審民二）
 八 所有権の取得時効は占有者が任意に其占有を中止し又は他人の爲めに占有を奪はるゝに非ざれば中斷せざるものとする（長崎地民一、法六三四、一五）

第二節 消滅時効

條六第一

一 所有権移轉登記手續なる特定行爲を請求する権利は所有権自體の効力に非ずして賣買契約に原因する債權なるに依り其性質に於て消滅時効の適用あるものとする（四五、四、八、長崎地民、法七八八、二二）
 二 當座預金の如き債權に付ては別段の契約なき限は其債權者は何時と雖も拂戻を請求することを得る地位に在るを以て其債權に對する時効は民法第六十六條に依り預金關係の生したる時より起算すべきものとする（四三、三、七二、四三、一一、一三、大審民一、法六九七、二七）

第六節
第七條

- 三 債権者の請求に因り何時にても辨濟すべき旨を定めたる債権の消滅時効は債権發生の日より進行す(四三、六、一八、法曹會決議、二〇卷一號)
- 四 民法施行前に成立したる債権に付ては出訴期限規則に依り五ヶ年の出訴期限に従ふべきものなるも民法施行前に其期限経過せざるものありては民法の時効に關する法規に依るべきものにして十箇年中断原因の存せざるときに於て初めて消滅時効完成すべきものとす(四五、一、二六、東京控民二、法七七七、二二)
- 五 債権者の入用次第何時にても返還すべき約束にて成立したる金員消費貸借の債権は停止條件附法律行為にあらす債権は既に成立し只た其辨濟に付一種の期限を約したるに過ぎすと雖も債権が民法施行前の成立に係るときは舊法に依る可く舊法に依るときは明治六年十一月第三百六十二號布告出訴期限規則第四條の出訴の日を期限と看做し何時出訴致し候ても苦しからざる事とあるに該當し而して民法施行前の如く出訴期限なきものは民法施行法第三十二條同第三十一條但書に依り民法實施の時(明治三十一年七月十六日)より民法に定めたる時効の規定を適用すべきものなり(四四オ三三六、四四、一一、六、大審民二、法七五五、二八)
- 六 出訴期限なき権利は民法施行後に於ては民法施行の日より民法に定めたる時効の規定を適用すべく而して民法の規定に依れば債権は十年間之を行はざるに依りて消滅すべきものとす(四四、七、一一、東京控民一、法七四五、二五)
- 七 遅延利息即ち債務不履行に基づく損害賠償の請求權は其の支拂に付き年又は之より短き時期を定めたるものにあらざるか故に民法第六十九條の五年の短期時効に罹るべきものにあらずして同法第六十七條第一項の十年の時効に罹るものとす(大阪地民二、法七二二、二二)

第六節
第九條

- 八 民法施行以前の成立に係る消費貸借にして辨濟期限なきものは明治六年第二百六十二號布告出訴期限規則第四條に依り出訴期限なきものなれば民法施行の日より時効の進行を始め十年を以て消滅時効に罹るべきものとす(四三、七、五、東京控民一、法六六五、一四)
- 九 民法施行前に成立したる債権にして而かも期限の定めなかりしときは出訴期限規則第四條に依り出訴の日を期限と看做すべきものとす而して右の如き債権は十年の時効に因り消滅すべきものとす(大阪地民一、法六七九、一七)
- 一〇 期限の定めなき預金は舊法たる出訴期限規則の下にありては其第四條により何時にても出訴し得べく即ち出訴期限なきものなれば民法施行法第卅二條第三十一條但書に依り民法施行の日より民法第六十七條所定の十年を経過するにより時効に罹るものとす(四三、五、二五、大阪控民二、法六五五、一三)
- 一一 辨濟期の定めなき債権は出訴期限なき權利なるを以て民法施行の日より起算し民法に定めたる十年の時効完成に因りて消滅すべきものとす(四二、一一、二七、東京控民三、法六三四、一一)
- 一二 我民法上賣買の豫約の場合に於て豫約者の相手方が賣買を完結する意思表示を爲し以て賣買を成立せしむるを得るの權利は消滅時効に罹らざるものと謂ふことを得ず然れとも右の權利は債権にもあらず又所有權にもあらざる財産權なるを以て二十年の時効に因り消滅すべきものとす(四五、二、一、東京控民一、法七七四、二三)
- 一三 辨濟期の定めなき債権は勿論假令其定めありとするも定期金に非ざる債權及び定期金の債權なりとするも一年以上の時期を以て定めたるものに在りては民法第六十九條の適用なし從

て元金と同時に支拂ふべき利息及び遅延利息の如きは該條の適用なきものとす（東京控民一、法七七八、一九）

一四 年を以て定めたる利金の給付を目的とする債権は其利金が遅延利息なると否とに拘はらず民法第六十九條に規定せる年を以て定めたる金銭の給付を目的とする債権に該當するを以て同條の適用に依り五年の短期時効に因りて消滅すべきものとす（四五、三、二七、東京控民二、法七八八、一九）

一五 延滞借家賃は五年の時効に因りて消滅すべきものとす（四四、七、一四、東京控民二、法七四〇、二七）

一六 民法第六十九條は金銭其他の物の給付を目的とする債権にして年又は之より短き時期を以て定めたる場合にあらざれば適用すべきものにあらず（四三〇三四〇、四四、二、一三、大審民二、法七〇三、二七）

一七 民法第六十九條は一切の利息を網羅せるに非ず利息中年又は之より短き定期毎に之を支拂ふべく定めたるものに付てのみ其適用あるに過ぎずして損害金の如きは同條規定の範圍外に屬するものとす（四四、二、二三、東京控民一、法七〇六、二二）

一八 民法第六十九條は利息又は給料の如き一定の法律關係より遞次に發生する債権に關して適用すべきものなり而して月賦辨濟の債権は其各辨濟期到來部分に付各別に時効の進行あるものにして最終辨濟期の到來に依り始めて進行を見るべき者にあらず（四三、五、一四、大阪地民三、法六六一、一八）

一九 返濟期限後に生したる利子は其性質契約の不履行に基く損害金に外ならざるか故に五年の

時効により消滅するものにあらず（宮城控民、法六六五、一四）

二〇 民法第六十九條の消滅時効に罹るべき債権は一定の法律關係より遞次に發生する債権に限るものにして年より短き時期を以て分割辨濟の期限を定めたる債権の如きは之を包含せざるものとす（長崎區、法六二九、一五）

條七第 三
二一 民法第七十三條第一號は「生産者卸賣商人及び小賣商人が賣却したる産物及び商品の代價」とありて賣却の主體を生産者卸賣商人及び小賣商人に限るか故に此等以外の者が賣却したる物品の代價に付ては假令其取引が卸賣若くは小賣なるにせよ同條の適用せらるべきに非ず（四四〇八九、四四、五、二五、大審民一、法七二七、二六）

第二編 物 權

第一章 總 則

條七第 六 一
一 特定物に關する物權の移轉債務が發生したる以上は何等の形式を要せず直に其移轉の効力を生ずるものとす（四三、二二、六、東京控民一、法六九七、二三）

二 土地に生育する蜜柑樹の果實は強制執行法上動産と看做す場合と否とを問はず蜜柑樹と分離せざる以前は性質上不動産の一部なり然れども其一部分を獨立して處分の目的と爲す事は國法上有効なり而して如此果實の權利の移轉は第三者をして之を明認せしむるに足るべき行為なきに於ては第三者に對抗する事を得ず若し夫れ蜜柑畑に番小屋を設け各畑に蜜柑番舎と記したる小札を掲ぐるのみにては第三者に對抗する事を得ざるものとす（大阪地民二、法七七九、二一）

三 立木の所有權取得の公示方法は所有權取得の事實を他人に明認せしむるに足るべき方法を用

るるを以て足るべく立木其物に付き一々引渡済なる公示方法を採るに及はず又立木假差押取消請求の控訴に於て其差押を取消すへしとの判決に對し假執行の宣言を求むるは法律の許容せる所なり(四三、四、一八、宮城控民、法六四八、一一)

第七條

四 民法第七十七條は廣く不動産に關する物權の得喪變更を以て第三者に對抗するには登記を爲すことを要する旨規定し物權を取得したる者に於て其登記を爲さるに付き過失ありや否やに依りて區別を爲さるるか故に苟くも登記を爲さる者は其過失に出でたるを否とを問はず總て其物權の取得を以て第三者に對抗することを得ざるものとす(四四〇三九四、四四、一一、二、大審民二、法七七六、二五)

五 民法第七十七條の規定は不動産に關する物件の得喪變更に關する規定にして將來保有する所有權に適用すべきものに非ず(四五、一、二二、東京控民二、法七八一、二二)

六 民法第七十七條の規定には「不動産に關する物權の得喪及變更は登記法の定むる所に従ひ其登記を爲すに非されは之を以て第三者に對抗することを得ず」とあるに依り土地の賣買に付ては土地登記簿に所有權取得の登記を爲さざる限り其契約の効力は單に當事者間に止まりて他に對抗すること能はざるものと解釋せざるべからず(四三、二四八、四三、一一、二、行政一、法七二五、二八)

七 遅延利息に付き抵當權を行ふことを認許したる民法の規定と抵當權設定の登記に關する不動産登記法の規定の趣旨とを參照すれば遅延利息に付き別段の約定ある場合に於ても其登記を爲すことを得るものと解するを當然とするを以て登記を爲すに非されは之を以て第三者に對抗することを得ざるものとす(四三〇一八六、四三、一一、二五、大審民二、法六八九、二三)

八 不正登記の名義人より其不動産を買受けたる者の如きは登記の欠缺を主張するに正當の利益を有するものに非ずして民法第七十七條に所謂第三者に該當せず(四四〇一七九、四四、九、二六、大審民一、法七四八、二五)

九 時効に因りて物權を取得したる者も之を以て第三者に對抗せんとするには其登記を爲さる可らざるものとす(長野地民、法七〇四、二五)

一〇 入夫婚姻に因る不動産の所有權取得と雖も之か登記を爲さるに於ては其後妻より讓受けて之か登記を爲したる第三者に對抗することを得ず(大阪地民一、法六六三、一七)

一一 不動産に關する物權の得喪及變更は登記法の定むる所に従ひ其登記を爲すにあらされは之を以て第三者に對抗することを得ずとの民法第七十七條の規定は第三者に對し不動産の物權の得喪を生せしめたる法律行為か犯罪に原因したると否と又第三者の善意なると惡意なるとを區別せされは苟も第三者に對して爲したる法律行為にして當然無効ならざる以上は該規定の適用を妨ぐるることなし(四三九一九六六、四三、一一、一、大審刑一、法六八五、二七)

一二 民法第七十七條に所謂第三者とは當事者若くは其包括承繼人に非ずして同一不動産に關する物權の得喪變更の登記欠缺を主張する正當の利益を有する者を謂ふ(四三、一〇、一、東京控民一、法六八九、一七)

一三 民法第七十七條に所謂第三者とは當事者若くは其包括承繼人に非ずして不動産に關する物權の得喪及び變更の登記欠缺を主張する正當の利益を有する者を指稱す(四三〇二〇七、四三、一一、一九、大審民一、法六九一、二七)

一四 登記は一の公示方法にして物權の得喪變更を第三者に對抗するの要件たり即登記其ものを

以て第三者に對抗するにあらずして得喪變更の原因を以て第三者に對抗するには登記を要すと云ふに在ること民法第七十七條の解釋上明白なり(四三〇七五、四三、四、九、大審民一、法六四一、一七)

一五 不動産に關する物權得喪の登記は其得喪を以て第三者に對抗する爲めの要件にして實體上當事者間に物權の得喪あるも其登記を爲すと否とは當事者の自由なれば既に其登記を爲したる場合に於ても當事者か其登記の利益を拋棄して之を抹消すべき合意を爲し其合意に基き抹消の手續を爲すとは法律に別段の定めあるに非ざる限りは之を妨ぐべき理由なし而して抵當權設定の登記ある場合に於ては其登記に關する法律の規定中如上の合意に基き登記の抹消を禁する趣旨の徴すべき者なきを以て抵當權者か未だ債權の辨濟を受けざる前に其登記を抹消すべきことを債務者と合意して之に基き抹消の手續を爲すとを妨げざる者にして其合意は即ち登記抹消の原因たるを得るの法意なりと解するを相當とす故に斯の如き合意に基き登記の抹消ありたる場合に於て其合意の無効を來たすべき原因存せざる限りは登記の抹消は其效力を有するものと謂はざるを得ず(四三〇六六、四三、五、一三、大審民二、法六四六、一七)

一六 物權の對抗條件は對抗を受くべき第三者に於て自由に之を拋棄し得べきものなるを以て若し第三者か抵當權者に對し登記なきも自己に對し其抵當權を對抗し行へきことを承認したる場合に於ては固より抵當權者は其抵當權を右第三者に對抗し得べきものとす(名古屋控民、法六四六、一四)

一七 不動産登記は不動産に關する物權の得喪變更の公示方法なるを以て其物權の得喪變更なきに拘はらず獨形式上に於て登記の存するは不適法なること勿論なれば之れか爲めに權利を侵害

せらるべき恐ある物權者は其抹消を請求することを得へし(四三〇七七、四三、五、一四、大審民一、法六五〇、一五)

一八 未登記の建物を買得したる者は其移轉に關する登記を爲すに非されは之を以て第三者に對抗することを得ず又不動産に關する物權の得喪は其登記を爲すに非されは該不動産に付き未だ登記を爲さざる第三者に對しても之を主張することを得ざるものとす(四二〇三八八、四三、一、二四、大審民二)

一九 不動産登記簿の登記事項欄に爲したる錯誤の登記は之を以て第三者に對抗することを得ざるものとす(四三、一一、二六、法曹會決議、二二卷一號)

二〇 不動産所有權移轉の假登記を爲したる者は其所有物上に會て存在せし抵當權登記の抹消を抵當權者に對し請求することを得ず(四三、四、九、法曹會決議、二〇卷五號)

第七條

二一 民法第七十八條に所謂第三者とは當事者若しくは其包括承繼人にあらずして動産の引渡の欠缺を主張し其動産に對する所有權の得喪を否認するに於て法律上正當の利益を有する者換言せば右動産に對する所有權の得喪なかりしものとせば自から該動産に對し法律上正當の權利を有せる事を主張し得べき者を謂ふ(四五、三、一二、東京控民一、法七八六、一九)

二二 動産賣買の場合に於て其物の引渡を以て第三者に對抗するには必ずしも現實の引渡あることを要せずして民法第八十三條の占有の改定ありたる場合に於ても引渡あるものとす(長崎區、法六三六、一六)

二三 民法第七十八條に所謂引渡は必ずしも物の現實の授受ある場合にのみ限るものにあらずして占有の改定に因り物の現實の授受と同視すべき場合をも包含するものとす(四三〇三四、

第七條

四三、二、二五、大審民二、法六三二、一七）
二四 物權の追及權は物自體に付きて存在するも其目的物を換價したる代金に付き追及權を有するものと云ふことを得ず（四五、三、二二、大阪控民二、法七八四、二三）

第二章 占有権

第一節 占有権の取得

第八條

一 他人所有の山林又は家屋内と雖も他人の監視の隙を窺ひ又は自己に其の山林若くは家屋を使用するの權利ありと信し自己の爲めにするの意思を以て物件を其の實力範圍内に置くは必ずしも不能の事に非らざるを以て其の物件を山林又は家屋外に搬出せざるも占有の事實あるものとす（東京控民一、法六六一、一七）

二 差押物件の假下渡を受けたる者は一時單に其物件を保管するに止まり自己占有を爲すものに非ず（四四、六、二三、東京控民二、法七四三、一八）

第八條

三 甲より乙に土地賣買の當時は勿論其以前より買主たる乙が小作人として土地を占有し居るときは民法第八十二條第二項に訴り賣買契約を履行するに付き現實に土地の引渡を爲すことを要せず當事者間の意思表示のみに因りて土地の引渡ありたりと認むべき場合なりとす（四四〇二〇七、四三、一二、一六、大審民一、法七七二、二五）

第八條

四 銀行の爲め代理占有を爲すものか更に其銀行の適法なる代表者に對し自己の爲に所有するの意思を表示するか又は新權原に因り所有の意思を以て占有を始むるに非ざるよりは其占有をして代理占有たる性質を變せしむること能はざるは民法第八十五條の規定上疑を容る可からず

して單に自己の債務の爲め右占有物を他の銀行に入質したる事實は未だ其の占有の性質を變せしむるに必要な條件を具備するものに非ざるか故に依然銀行の爲め代理占有を持續するものと謂ふべく隨て銀行に依り間接占有を保持するものと謂はざる可からず（四三〇六九、四三、五、七、大審民一、法六四六、一七）

第八條

五 占有権は正當の權原に基き之を有する場合と否らざる場合とあり正當なる權原に基かさる場合に於ては之を以て占有物の所有者に對抗するを得ざるを論を俟たされは斯る占有者は單に占有者たるの故を以て其占有する動産若くは不動産の所有權を取得したる者に對し引渡若くは登記の欠缺を主張する正當の利益を有するものと謂ふを得ず隨て民法第七十七條第七十八條に所謂第三者に該當せざるものとす（四三〇四一、四三、二、二四、大審民一、法六三一、一八）
六 占有承繼人は自己の意思に従ひ前主の占有をも併せて主張し得可く其間の占有は繼續して所有の意思を以て善意平穩且公然に占有を爲したりと推定すべきものとす（横濱區、法六五七、一四）

第二節 占有権の効力

第九條

一 民法第九十二條は準占有の場合に其准用なきものとす（東京地刑四、法六九五、二一）
二 占有者か占有物を返還する場合に於ては其物の保存の爲めに費したる金額其他の必要費を回復者より償還せしむることを得べく而して此權利は占有者の善意惡意を問はず占有権の効力として占有者に屬するものとす（四四、五、六、東京控民一、法七三八、一九）
三 占有妨害の場合に於て金錢賠償に代へ若くは金錢賠償と共に妨害復舊行爲を求むることを許

第九條

占有権の効力

したる規定なきを以て占有妨害に對する損害賠償として破壊部分の復舊行爲を求むることを得ざるものとす(廣島控民、法六八一、一五)

第二〇條 四 米穀か換價處分に因り金員と爲りたる場合に在ても占有回收の訴に基き右金員を不法占有に因る悪意の特定承繼人より正權者を有する者に歸屬せしむるには恰も米穀として存在せし場合の如く其引渡を命すへきは當然なり(四三〇三六七、四三、一一、二〇、大審民一、法六九四、二七)

五 米穀に對して占有回收の權利を有する者は其代表物たる換價金に對しても亦同一の權利を有するは當然にして其換價金か保管の爲め供託せられたるの故を以て其權利を失ふべきものに非ず(東京控民二、法六八〇、一一)

六 證據物件として占有物を差押へられたる者は依然占有權を保有するものなるを以て占有回收の訴を提起し得ざるものとす(四四、六、二三、東京控民二、法七四三、一八)

第三章 所有權

第一節 所有權の限界

一 不動産の所有者は自己の設定したる抵當權の爲めに所有權の制限を受け抵當權を害するか如き處分を爲すことを得ざるは勿論なりと雖とも假令抵當權を害するか如き處分を爲すも其處分は絕對無効のものに非ずして單に其抵當權者に對抗し得ざるに過ぎず(東京控民一、法六五二、一一)

二 土地の所有者は地上權者の意思如何に拘らず其土地を自由に讓渡し得べく地上權者は其登記

あるに於ては土地の新所有者に對抗し得べきものとす(四三、一一、二二、東京控民二、法七〇六、二二)

三 土地の所有者か其權利の範圍内に於て土地を處分するは其權内に屬する行爲なるか故に不法行爲を構成することなしと雖も其土地にして他物上權の目的となり居る場合に於ては所有權は之に因りて使用處分等に關する制限を受くべきこと當然なれば斯る場合に土地所有者か未登記に係る該他物上權を侵害するの目的を以て之を處分し他物上權者をして第三者たる新所有者に對抗する事を得ざるに至らしめたる時は土地所有權者の處分行爲は其權利の範圍を超越して他人の權利を侵害し因て損害を被らしめたるものに外ならざるか故に不法行爲を構成すべきものとす(廣島控民、法七八八、二二)

四 契約を以て永久に所有物の處分を禁ずるは所有者及び其子孫をして絕對に所有者たるの實を失はしむるのみならず物の改良融通を阻遏するに至り社會經濟上の利益を害するを以て公益に反する契約として無効なるものとす(四五〇一一九、四五、五、九、大審民一、法七九三、二三)

五 立稻は民法上所謂天然果實の一種に屬するを以て未だ土地より引取らざる以前にありては全く土地と一體を爲し獨立して所有權の目的と爲り得ざるものとす(四三、一〇、三一、福島地民、法六九八、二四)

六 所有權確認の訴は所有權存否の争ひなるか故に當事者雙方か自己に所有權あることを主張するを要し若し當事者の一方か明かに之を争はざるときは之に對して所有權を確認せしむるの要なきものとす(東京地民四、法七八七、一九)

七 法律行為に因りて土地の所有権を取得したる者は相手方に對し所有権移轉登記手續を請求する權利を有することは論を俟たざる所にして其權利は土地所有権の移轉に隨伴して發生したるものなるか故に所有権にして消滅せざる限りは之と分離して單獨に消滅することなきを以て之を行使せざるも消滅時効に罹ることなきものとす（長崎地民、法六七四、一六）

八 地券は土地所有者に交付すべきものなるを以て地券書上げの爲め取極めを要する事項は土地所有権か何人に屬するかを定むるに在るものとす而して民法施行前にありては多數の者共同して山野に於て收益を爲すときは其地盤及び毛上が共同收益者の共有に屬する場合たると地盤が共同收益者の一二の者若くは第三者に屬する場合たるとを問はず其收益者を入會權利者と云ひ其權利を入會權と稱したるものとす又地券なるものは所有権に付き有力なる證據なりと雖も絶對に所有権の存在を證明する效力を有するものに非ず（東京控民一、法六六七、一一）

九 抵當權を有せざる者が競賣申立を爲し其手續を進行せしむるは所有権の妨害を爲すものなるを以て所有者に於ては其妨害排除の方法として其取下手續を請求し得べきものとす（大阪地民一、法七二〇、二四）

一〇 地券は土地所有権に隨伴すべき證券なるも土地所有権か之に隨伴する所謂設權證券にあらす從て地券に土地の所有權者として記入せられ其地券の下附を受くるも之れを以て直に土地の所有權を取得したるものなりと云ふを得ず（東京地民四、法七一九、二二）

一一 或一定の條件の下に賣買讓渡することを得ざる物と雖も私法上の財産權たるに妨げなし（東京控民一、法七〇七、二二）

一二 土地の所有權に基く占有の移轉を求むるを主眼とする請求の當否を判斷するに當りては土

地を現實不法に占有する者は何人なりやの問題を決することを要するものにして土地の上に建設しある建物の所有權は何人によりや其所有權の移轉は第三者に對抗するを得るや否やに依りて決せらるべきものに非ず（東京控民一、法七五二、二三）

一三 土地の所有權に基く占有の移轉を請求したる者ある場合に於て其請求の當否を判斷するには其土地を現實不法に占有することを要すべきものにして土地の上に建設しある建物の所有權か何人に在るやに因りて決すべきものに非ず（四四、七、六、東京控民一、法七四八、二二）

一四 私有地所有權は公用徵收等法律の規定に依るに非されは濫りに其權利を奪はるべきものに非ざるを以て假令官廳が私有地を官有地なりと誤認し開墾を許可し開墾成功地として他人に下戻したりとするも是等官廳の行為に依り眞の所有者の權利に消長を來すべき者に非ず又免租地を有租地と爲すに付き行政官廳の許可なかりしとするも其土地臺帳登録を無効と爲すべきものに非ず（東京控民二、法七二九、一九）

一五 土地の所有者は其權利の安全を確保するに必要な限りは土地所有權の效力として隣地の所有者に對し適當なる共助を請求するを得るを當然の法則なりとす（四四〇三三九、四四、一二、二三、大審民一、法七六七、二五）

一六 或土地か他の土地に圍繞せられて公路に通せざる場合に於ては其所有者は當然法律に定むる條件に従ひ圍繞地を通行し尙ほ必要ある場合に於ては通路を開設するの權利を有するものなれば毫も圍繞地の所有者に對し通路開設承認の意思表示を求むる必要なく又之を求むるの權利なきものにして唯其通行の場所方法等に關し當事者の協議調はざる場合に於て裁判所に訴へ其確定を求むれば足るものなるを以て通路開設承認の請求訴訟は理由なきものとして棄却さるへ

第三條 第四

- きものとす（東京地民一、法七五三、二五）
- 一七 長崎市にては相隣者か其境界を超えて隣地に家屋の破風及び附屬下家の軒を突出せしめたるときは相隣地所有者か自己の家屋を築造する場合には相隣者相互に明示又は黙示にて其取除を許諾し來りたる慣行あるに過ぎずして被侵害地の所有者か相隣者の許諾を得ず之に對する權利として擅に其取除を爲し得る慣習法あるとなし（長崎控民一、法七六一、二五）
- 一八 長崎市には民法第二百三十四條の規定に依らず相隣者互に境界線に接して建物を築造する慣習あるものとす（長崎控民一、法七六〇、二六）

第二節 共有

第二條 第五 第二條 第五 第二條 第六 第二條 第六

- 一 民法第二百五十一條は抵當權に付き共有關係の存する場合には準用すべきものにあらず（四四、九、七、大阪地民二、法七四四、二五）
- 二 共有者の一人の拋棄又は其相續人欠缺の爲め無主格と爲りたる持分は他の共有者の持分に應し之に歸屬すべきものとす（四四、六、一七、法曹會決議、二二卷九號）
- 三 民法第二百五十六條第一項但書の期間を超ゆる共有物分割の契約に關する登記の申請は之を却下することを要す（四五、五、一一、法曹會決議、二二卷五號）
- 四 共有物分割登記の目的は他の共有者の有せし所有權の一部移轉なり（四三、四、九、法曹會決議、二〇卷六號）
- 五 地上權者は其土地を賃貸することを得（四三、四、二二、法曹會決議、二〇卷六號）
- 六 一定の區域内に住居し且つ獨立して部落の費用を支出する者に限り共同して或山林を支配し

其地盤を共有すると共に土地及び毛上の使用收益を爲すべき權利を有し一旦其村を去り住居の事實消滅するか又は右費用を負擔せざるに至るときは當然該山林に對する權利を喪失し其後は再び右の要件を具備するに非されは何等の權利をも取得するを得ざる特殊の慣習存在する場合に於ける右權利は共有の性質を有する入會權なりとす（四五、二、一〇、安濃津地民、法七七、二二）

- 七 地盤の共有者か毛上に付き收益する場合は純然たる共有權の效力にして之を入會權なりと云ふを得ず而して共有の性質を有する入會權とは地盤か第三者若くは入會權者中の或者に屬し其の毛上のみ入會權者共同にて收益する場合を云ふ者なるを以て苟くも入會權ある以上は地盤に共有權なくも共有の性質を有する入會權ありと云はざるを得ず（四三、五、二、東京控民三、法六六一、一四）

第四章 地上權

- 一 建物を所有する爲め土地を占有使用せる事實ありとするも此の一事を以て直ちに地上權を有する證左とならず而して大阪市には借地權者にして建物を所有する者か其の建物の所有權を他に移轉したる場合に其借地權を建物の所有權と共に新所有者に移轉したるものと認むる慣習存在す（大阪地民一、法六六〇、一六）
- 二 借地人に於て家屋の増築改築又は修繕等を爲す節は必ず地主に届け出つへしとの約旨は借地人に於て此等の事實ある場合には地主に通知すへしとの意味にして地主の同意を要すとの意味に非ず（東京控民二、法六八二、二二）

- 三 明治卅三年法律第七十二號第一條は他人の土地を使用せる法律關係か地上權關係なるや否や疑しき場合に於て之を地上權關係なりと推定するに過ぎずして苟も同法律施行前に於て工作物又は竹木を所有する爲め他人の土地を使用せる以上は縦しや賃貸借契約により之を使用せる事實明瞭なる場合と雖も土地の使用者を以て地上權者なりと推定するの意に非ず（大阪控民二、法七六一、二三）
- 四 民法施行前より建物を所有する爲め他人の土地を使用する者は地上權者と推定され若し期限の定めなかりしときは其建物朽廢に至る迄地上權存続するものとす（四四、一一、一八、東京控民二、法七七五、二〇）
- 五 明治三十三年法律第七十二號に依り推定地上權を有するものか其登記を爲さざりし場合と雖も同法施行前惡意を以て該地の所有權を取得したる者に對しては其地上權を以て對抗し得べきものとす（函館控民、法七八七、二三）
- 六 明治三十三年法律第七十二號は借地關係か特に地上權以外の法律關係なることの意味表示ある場合には適用せらるべきものに非ず（四四オ一四八、四四、六、七、大審民二、法七二七、二五）
- 七 明治三十三年法律第七十二號第二條は同法に依り地上權者と推定せらるべき者は同法施行後一年内に登記を爲すに非されは其後に使用する土地に付き權利を取得したる第三者には登記なくしては地上權者として對抗するを得ざることを規定したるものにして其反面に於て同法施行前及び其施行後一年内に權利を取得したる第三者には同法施行後一年を過ぎたる後と雖とも尙ほ登記なくして對抗し得ることを表明したるものなり（四三オ二一八、四三、一一、二三、大審民二、法六九八、二七）

審民二、法六九八、二七）

- 八 明治三十三年法律第七十二號施行前より事實上他人の土地に工作物を所有するも直ちに地上權者の推定を受くるものに非ず何となれば右法律は當事者間の契約上の意思を知るを得ざる場合の規定にして當事者間に全然借地契約の存在せざる場合には同法の適用なきを以てなり（東京地民一、法六四六、一一）
- 九 建物の爲めに存する地上權は特別の事情なき限りは建物の所有權移轉と共に讓受人に移轉すべきものとす（大阪地民一、法六四六、一三）
- 一〇 抵當權設定登記後同一不動産に付地上權設定登記を爲すも之を以て抵當權に對して何等の侵害をも加へたるものと云ふを得ず（四三、一一、九、東京控民三、法七二〇、二二）
- 一一 地上權を設定したる土地の所有者は地上權の存續中其所有權に基き地上權者に對しては勿論地上權者以外に對しても亦該土地の支配權を有せざるものなるを以て該土地の上に建設したる建物の所有者か地上權者たるを否とを問はず之に對し建物取拂の請求を爲すを得ざるものとす（長崎控民一、法六三〇、一六）
- 一二 或地所の上に建設したる建物を有し地上權行使の意思を以て其地所を占有する場合に於ては民法第百八十八條に依り其地所に付き適法に地上權を有するものと推定すべきものとす從て其建物所有者に於て地上權を有することを主張するには地上權行使の意思を以て該地所を占有したることを立證せざるべからず（四三、四、二一、東京控民一、法六五四、一三）
- 一三 地上權者は單に土地に工作物又は竹木を所有する爲め其土地を使用する上に於てのみ權利を有するに過ぎざるものなれば土地所有者の承諾なくして擅に其土地の上に道路を新設する如

第六條
第五

第六條

きは地上権の性質と相容れざるものとす（大阪地民一、法七七五、二四）

一四 土地の繁盛公租公課等増額したる場合に於て地主が相當範圍内に於て地料値上の請求を爲したるときは借地人は之を承認せざるべからざる旨の慣習が東京市内に存在することは東京地方裁判所に於て顯著なる事實とす（東京地民三、法六四四、一一）

一五 地主が判決に認められたる金額より多くの増加地代の承認を要求したる場合に於て借地人が其要求を承諾せざりしに拘らず其後地主の請求が全部排斥せられざりし爲め判決確定後直ちに借地人が認容せられたる金額の支拂を爲さざるを以て二年以上引續き支拂を怠りたるものと云ふことを得ず（東京地民四、法七七七、一九）

一六 地代は假令土地隆盛に赴き比隣地代騰貴等の事情ありとするも地主の一片の通知により直ちに増額せらるべきものに非ずして借地人が増額を承諾し又は之に代るべき判決ありたることを要するものとす又地代の不拂は直ちに支拂ひを怠りたるものと云ふことを得ず（四四、一二、二七、東京控民二、法七七四、二二）

一七 地代の増減に關して當事者の承諾を要すべき旨特約したる場合に於ても公租公課の増徴其他物價騰貴等の爲め一般に地代増加し比隣の地代に比し著しく地代低廉なる場合に於ては地主は地上権者に對し相當地代増額の承諾を強要し得べきものとす（宮城控民、法七八二、二三）

一八 地主が地上権者に對し地代の増額を請求し得る場合に於て其相當増額は固より裁判所の裁判に因り定まるべきものなるも其増額すべき時期に至りては地主が地上権者に對し意思表示を爲したる時より起算するを以て相當とし判決確定の時より起算すべきものに非ず何となれば若し然らずとせば一般慣習法の認むる公租公課の増徴地價の騰貴に等因り地代増額の事由既に發

生し地主に於て増額の意思表示を爲すに拘はらず地上権者に異議ありて上訴を爲し其他裁判手續の遅延の爲め地代増額の後る、不條理に陥いる可ければなり（四四〇四三〇、四五、五、一三、大審民二、法七九五、二五）

一九 土地所有者が地料協定後地價の騰貴若くは公課の増加等の事情に基き地上権者に對し地料の増額を請求するは格別單に先きに協定したる地料が協定當時廉なりしを理由とし其増額を求め得べき者に非ず（名古屋地民一、法七二七、二二）

二〇 時運の進歩と經濟狀態の變遷に伴ひ地料値上げの原因存在するときは地主は借地人に對し地料の値上を強要し得べきものとす（四四、二、二七、東京控民二、法七一六、二二）

二一 前地主と借地人間に於て隨意に地代を増加せざる旨の特約あり且つ借地人に於て土地を改良したる等の事情ある場合に於ては地代の増額をなすに付き裁判上斯る事情を參酌さるべきものとす（四三、六、三〇、東京控民三、法六六三、一三）

二三 土地の繁榮公課の増加比隣の地代増加等の場合に地主より地代値上の請求を爲すときは借地人は之を承諾すべきことを特約したる場合に於て借地人が借地期限經過後も引續き地所を使用し地主に於ても異議を述べざりしときは反證なき限り當事者は最初の特約と同一條件を以て借地契約を爲したるものと推定さるべし從て地主より地代値上の請求ありたるときは借地人に於て其請求に應ずるの義務あるものとす（四三、一二、一五、東京控民二、法六九六、二二）

二三 東京等に於ける土地の價格は財産として最も安固なるものなるを以て之が収益は他の財産と同一又は其以上の収益を得る能はざることとは顯著なる事實にして而して他の財産即ち金錢に付ては法律は普通年五分の収益を得べきものとし其他國庫債券等の有價證券も年五六分の利益

を付せらるゝに過ぎざることとは是亦顯著なる事實なりとす（東京地民四、法六九一、二二一）

二四 公租公課の増加又は土地繁榮となりたる場合に地主より地代増額を請求したるときは借地人は之れに應ずる義務あることの慣習か東京市に存在することは裁判上顯著なる事實なり（東京地民三、法六四〇、一一一）

二五 地上権設定者と地上権者との間に地代協定後地價の騰貴を理由として地代の増額を請求し得るは前に協定したる地代が後日騰貴したる地價を標準とせる地代に比し低廉なる場合に限らるべきものとす（名古屋地民一、法七二八、二二一）

二六 無期限にて宅地を借受けたる後租税の増徴又は地價の騰貴等正當の原因を生したる場合に於ては地主は地代の増加を請求し得べきことは一般の慣習なりと雖も其増加額に至りては一般の經濟状態に鑑み相當とする比率を量定すると同時に其比率量定の相當なることを認めたる理由を明示して増加額請求の當否を判定すべきは當然なりとす而して地代か金錢なるときは地價と増加額とを示すに於て計算上其比率を知ることを得へしと雖も同しく經濟状態に因り價格騰貴することあるべき物品を以て地代を定めたる場合即ち立米等を以て地代を定めたる時に在ては立米の價格如何を判示するにあらざれば未だ以て其比率の當否を知ること能はざる筋合なり（四二〇、四二五、四三三、一五、大審民一、法六三三、一五）

二七 地上権設定當時の建物を取毀ちたりとするも期間の定めある地上権は當該地上権設定契約當事者間に於ては特約あるに非ざれば建物の滅失せると否とに拘はらず其期間内は當然存続すべきものとす（東京地民四、法七四九、二二二）

二八 地主と借地人との間に地上権設定當時將來地代を値上する場合には双方協議上地代を相當額に増加すべき旨約定したりとするも右は不當の値上を防止することを目的としたるに止まり之を以て合議の上に非ざれば地主は地代の値上を爲すことを得ずとの約旨と解すべきに非ず（四四、五、八、東京控民二、法七四〇、一九）

二九 從來の借地料を標準として地租公課の増加地價の騰貴等を原因として之を増加する場合に於ては其借地料か地上権に基くものなると賃貸借に基くものなるとに因り區別を設くるものに非ざることとは東京市内に行はるゝ慣習なり（東京控民二、法七三九、二〇）

三〇 東京市の土地か明治四十年頃以降地代増加し居ることは裁判上顯著なる事實なれば比隣地代の増加ありたる場合に地主より相當地代の増額を請求するときは借地人に於て之を承認すべき慣習か東京市内に存在するものとす而して地代を値上げする義務の發生時期は地主より値上を請求したる日以後に發生するものにして假令地主が請求の日以前に溯りて値上の請求を爲し而かも其請求以前より比隣地代増加し居りしとするも其請求の日以前の地代値上に應ずる義務なきものとす（東京地民三、法七三九、一九）

三一 地主に於て登記なき地上権の設定ある地所を賣買したる爲め地上権者が新地主より建物取拂地所明渡の訴を提起され其土地を明渡したる場合に於ては地上権者は舊地主に對し損害の賠償を請求し得べきものとす（四三、六、一四、高知地民、法六五三、一五）

三二 地上権の存続期間を定めたる時は地上権者は其存続期間中は妄りに其權利を拋棄し得ざるものと解すべきを相當とす然れとも地上権を拋棄するも土地の所有者に何等の損耗を生せざるときは此の限りにあらず（四三、一一、一八、大阪控民二、法六八六、二三）

三三 家屋か朽廢する迄借地關係存続する場合に於ける朽廢なる語辭の意味は最早や家屋として

第六條 第八

用ひ得へからざるに至りたる構造上の朽廢を意味するものにして箇々材料の物質上の腐朽其ものを意味せず故に土臺柱又は梁等に腐朽せるものある場合と雖も其腐朽が構造上の意義を失せざる限りは家屋として腐朽せりと云ふことを得ず（東京控民二、法六八二、二二）

三四 地所に付き所有權を有せざる者に對して爲したる地上權の拋棄は其眞の所有者との間に於ては何等の效力を生ぜざるものにして此の如き場合は縱令ひ拋棄の意思を表示したるものに過失ありとも民法第九十五條但書の適用を受く可きものに非ず何んとなれば同條は當事者間に於ける法律行爲の效力に關する規定にして第三者に對する法律行爲を規定したるものにあらずはなり（四四〇二八、四四、四、二六、大審民二、法七二一、二五）

三五 地上權の拋棄は其土地に付き所有權を有するものに對して爲すにあらざれば其效力なきものとす（四三、一一、一八、大阪控民二、法六八六、二三）

三六 建物を所有する爲め期限の定めある地上權を有する者は縱令該建物か火災其他の事由に因り滅失したりとするも該地上權の消滅を來すへきものに非ず（東京地民四、法七三六、一九）

三七 地上權の設定登記を経たる後土地所有者か地上權者名義の書類を偽造し擅に其登記抹消の手續を爲したるときは縦しや爾後其土地の所有權を他人に移轉するも尙ほ不法に登記を抹消したる當時の所有者として登記回復の手續を爲すへき責務を負ふものとす（四二〇四三一、四三、四、三〇、大審民一）

第五章 永小作權

一 小作なる用語は永小作權なると賃貸借なるとを問はず汎く耕作を目的とする借地關係を指稱

するものなるを以て證書に小作なる文字あるも諸般の事實關係に依り其借地關係の性質を定むへきものとす（四四、一〇、七、東京控民三、法七五八、二四）

第七章 留置權

一 記名株式は物に非ざるを以て留置權の目的と爲らず（東京地刑四、法六九五、二二）

第八章 先取特權

第一節 總則

條〇第三五
一 民法第三百五條は先取特權の不可分なる性質を規定するか爲めに留置權に關する同法第二百九十六條の規定を準用したるに止り先取特權者に留置權あるを規定したるものに非ず（四四、五、六、東京控民一、法七三八、一九）

第二節 先取特權の種類

第一款 一般の先取特權

條〇第三六
一 海員を雇入たる場合に海員名簿に其事由を記載し管海官廳に提出して之か公認を受くへきことは行政上の取締に關するものにして雇入契約其もの、實體上の效力に關係なきを以て苟くも船舶乗組員として雇入の契約船主と船員間に成立せんか其被傭者たる船員は契約所定の給料に付抵當權に優先すへき先取特權を有するものなり（大阪地民二、法六三九、一四）

二 民法上所謂保存費とは或物件を其儘放置するときはその物件か或は滅失し或は損壞する等の場

條〇第三七
留置權 先取特權 總則 先取特權の種類 一般の先取特權 三一九

合に於て之を防ぐか爲め或行爲を爲したるに因り要したる費用を云ふ者とす(四三、五、一一、大阪控民二、法六四八、一一)

第三款 不動産の先取特権

第三
第五

- 一 民法第三百二十五條以下に規定したる不動産保存の先取特権は不動産の保存に要したる費用の爲めに存する特権なれば未だ不動産を構成せざる物件に關して支出したる費用は不動産の保存費と謂ふを得ざることを固より論を待たず抑建物はその未だ完成せざる間は不動産に非ざるを以て建物の建造に要したる費用は不動産の工事費なることは勿論なれども不動産の保存費と云ふことを得ず(四三オ二四三、四三、一〇、一八、大審民一、法六七八、一七)
- 二 建物の材料を供給したる賣掛代金請求權に付ては不動産上の先取特権を生せず(大阪地民二、法七五一、二四)

第九章 質権

第一節 總則

第三
第四

- 一 質權者は質權當然の效力として登記なき賃借人に對し其賃借料の請求を爲すべき權利を有せず(大阪地民二、法六三四、一五)
- 二 流質期限に關する三ヶ月の期間を計算する方法に付て特別法に規定なきを以て民法の通則に依るを相當とす(四四九二二三三、四四、一一、二七、大審刑二、法七六一、二八)

第二節 動産質

第二
第五

- 一 動産質權者は繼續して質權を占有するに非されは其質權を以て第三者に對抗することを得ず而して質權者が貨物の占有を奪はれたるときは占有回收の訴によりてのみ其質物を回復し得るものとす而して質權者が質物の占有を失ふも債務者又は質權設定者に對しては其權利を喪失するものに非ず(四三、七、三〇、東京控休限二、法六七九、一一)

第三節 不動産質

第三
第五

- 一 不動産の質權者が質權の目的たる不動産の用方に從ひ使用及収益を爲すことを得可きは民法第三百五十六條の規定する所なりと雖も這は不動産の質權者が其質權に依り占有したる不動産に就て自ら之を使用し若くは他に賃貸して収益を爲し得る權利あることを明示したる法意にして質權設定の以前に其不動産の所有者より之を賃借したる者か其賃借借契約上の義務に基き賃貸人たる不動産の所有者に支拂ふ可き賃料の如きものをも質權の効果として質權者に歸屬せしめんとしたる法意にあらす(四三、一〇、一五、大阪控民一、法六八九、一九)
- 二 不動産の典當賣買には其當事者間に意思の合致と新なる文記と共に舊文記の授受を爲し若し是れなくは之に代るべき立旨を得て其授受を爲すに因りて其行爲完成するを一般の慣習とす而して之を以て第三者に對抗せんとするには該契約證書に認證證明を得ざる可らず(四三、三、一三、釜山地民、法六四八、一五)
- 三 同一の不動産に付き二重に質權を設定することを得而して假りに第二の質權設定が無効なり

とするも登記官吏は之を理由として登記の申請を却下することを得ず(四三、四、九、法曹會決議、二〇卷五號)

條六第〇三

四 明治六年第十八號布告地所質入書入規則第四條には質地の年限は三ヶ年を限りとするか如き規定ありと雖も右は畢竟訓示の規定たるに止まり該期間を経過したる以上は不動産質權として其存在を許さすとの趣旨に非ず(四三、一一、一二、東京控民二、法七〇三、二二)

第四節 權利質

條六第

一 民法第三百六十四條第二項の規定は記名株式に對する質權者と株式會社との間に何等の法律關係を生ぜざることを規定したるに非ずして記名株式を質權の目的と爲したるとき質權設定を會社に通知し又は會社か之を承諾することを要せずして會社其他の第三者に質權の設定を對抗し得べきことを定めたるものなり從て記名株式を質權の目的としたるときは民法の權利質に關する規定の適用あるものとす(四三、三、一〇、東京控民二、法六三八、一一)

條六第

二 記名株券は株式と離れて獨立に讓渡し得ざるか故に記名株券のみを質權の目的と爲すことを得ず(四三、一一、三〇、東京控刑一、法六九四、二二)

條六第

三 債權を擔保する爲め抵當權の設定ある場合に於て其債權に付き質權を設定したるときは反對の意思表示なき限りは抵當權も亦當然質權の目的たるものとす此場合に於ては抵當權か斯々の債權の爲め質權の目的たる趣旨の附記の登記を爲すべきものとす(四四、一〇、二二、法曹會決議、二二卷一二號)

第十章 抵當權

第一節 總則

一 債務者が辨濟期に債務を辨濟せざるときは直ちに抵當不動産の所有權を債權者に移すべしとの約束の下に表面上其不動産を債權者に讓渡したる契約は有效にして債務者は其約束に拘束されるものとす(四四、六、六、東京控民一、法七四六、二二)

二 抵當物件の所有者が第三者との關係に於て抵當物件の收去其他の處分を爲すべき義務を負ふ場合に於ては抵當權者は抵當權設定の時期如何に拘らず第三者か抵當物件の收去其他の處分を所有者に對し求むることを拒むの權利あるものに非ず(四四、一二、二三、甲府地民、法七七二、二五)

三 甲か乙に對し不動産を擔保とし抵當權を設定したる後甲は抵當不動産を丙に賣渡したる場合に於て假令以前甲乙間に抵當不動産の賃貸料を以て債務の利子を支拂ふの約ありとするも甲丙間の賣買を以て乙を詐害し其擔保財産を減少したるものと論ずることを得ず(四四、六、二七、大阪控民二、法七三〇、二四)

四 抵當權設定行爲にして無効なる上は法律上何等の保護せらるべき利益を有せざるを以て此の無効なる抵當權に基き競賣を開始し競落の結果所有權取得の登記を爲すも有效に所有權を取得することを得ざるものとす(四三、七、二、名古屋控刑一、法六六〇、一八)

五 金錢の貸借を爲す場合に於て債權を擔保するの趣意を以て後日元利に相當する金額を支拂ひて買戻を爲すことを約し貸借金額を代金と見做して債務者の財産を債權者に賣却する契約は信

託的法律行為として有効なれども地所の賣買か信託的行為に非ず全く虚偽の意思表示にして其真意即ち契約の本旨は債務の辨濟を確保する爲め該地所の上に抵當權を設定し債務者等に於て元金返濟の期限若くは利息拂入の期限を怠りたるときは抵當地の所有地を當然債權者に移轉して債務關係を消滅せしむるに在りし者なるときは當事者間の契約は抵當直流と爲すの合意なり而して民法施行前に於ては斯の如き契約を條理上許す可からざるものとし無効の契約なりとす(四三オ三二一、四四、四、一五、大審民一、法七一八、二七)

六 所謂賣渡抵當なるものは虚偽の賣買契約の中に抵當權設定の契約を隠蔽するものにあらずして抵當權設定の目的を以て所有權を移轉する一個の有効なる法律行為に外ならず(東京控民一、法七一八、二五)

七 將來當事者に於て反覆續行すべき消費貸借の債務擔保の爲めに設定せられたる所謂根抵當なるものを設定したる以上は當事者に於て當初に授受せられたる金員が既に返濟せらるゝも其後に於て更に當事者間に於て金錢の授受ありて消費貸借が成立したる以上は該抵當權は當然其貸借より生ずる債權を擔保するものにして當初の貸金辨濟の爲めに其效力を失ふものにあらず而して此種の抵當權は有效なりとす(四四オ三五〇、四四、一〇、二三、大審民二、法七五五、二八)

八 抵當權設定當時一定金額の債權存在し尙ほ其抵當權の效力を將來發生すべき債權にも及ぼす旨の契約は一種の抵當權設定行為として有効なり(四四、一一、四、東京控民一、法七六〇、二二)

九 抵當權は消費貸借成立以前に於ても之を設定し得べきものなれば將來發生すべき債務を擔保

する意思を以て之を設定するときは其後に發生したる債務を有効に擔保するものとす(四四、八、一〇、東京地民五、法七三九、二二)

一〇 抵當權設定登記後同一不動産に付き地上權設定登記を爲すも之を以て抵當權に對して何等の侵害をも加へたるものと云ふを得ず(四三、一一、九、東京控民三、法七二〇、二二)

條六第九三
一一 已に金圓の授受ありたる旨の消費貸借に依る抵當權設定公正證書を作成したる上其抵當權の登記を終へ該金の授受を了するも右抵當權は有效なりとす(四三、一〇、三、神戸地民一、法六七四、一六)

一二 金錢の授受なき消費貸借公正證書は縱令無効なりとするも抵當權設定前金錢の授受ありたるときは該公正證書記載の契約趣旨に従ひて抵當權を設定するも爲めに抵當權設定は無効に非ず(大阪地民一、法六八一、二三)

條七第三〇三
一三 土地に生立せる立木は土地と定著して一體を爲すものなるを以て抵當權設定の際特に立木を除外したる事實なき以上は立木も當然抵當權の目的となるものとす(四四、一〇、一四、東京控民三、法七五八、二三)

一四 精米工場に備付けたる精米機械は其工場たる建物の從物たること疑なしと雖も抵當權の効力が精米機械に及ぶや否やを決するには精米機械が其建物と一體を爲すものなるや否やを決せざるへからざるものとす(長崎控民二、法七八〇、二四)

一五 庭木庭石か抵當地に定著しある場合に於ては即ち土地と一體を爲すものなるを以て抵當權の之に及ぶや明かなり又抵當建物内にある戸障子疊襖等造作有形の儘抵當權の目的と爲したるときは抵當權の効力は該物件に及ぶべきものとす然かも競賣申立書及び競賣開始決定並に競落

許可決定の目的物件中に不動産のみの記載あるに止まり戸障子壁襖類の記載なきときは右物件は強制競賣の目的物件中に包含せざるものとす(四三、一二、二八、東京控民三、法七一六、一一)

一六 工場に属する土地又は建物に備付けたる機械器具其他工場の供用物に對して抵當權の效力を及ぼすには先づ工場財團目録を提出して登記簿に所有權保存の登記を爲し工場財團の設定を爲したる上法定期間内に抵當權設定の登記を受くるに非されは其効なきものとす(四三、三、八、山口地民、法六三八、一三)

第二節 抵當權の效力

條七第三

- 一 第一番抵當權者か其權利の實行として抵當權の目的たる不動産を競賣せんとするに當り當時の相場低廉にして第二番抵當權者か其賣得金より全く辨濟を受くることを得ざるか若くは債權の一部の辨濟を受くるに過ぎざる如き場合に於ては第二番抵當權者は適當の時期に競賣を爲すため第一番抵當權者に辨濟し以て其權利の實行を妨ぐるとを得べきものにして即ち第二番抵當權者は第一番抵當權者に辨濟を爲すに付き法律上正當の利益を有するものとす(東京控民一、法六六四、一三)
- 二 土地及び建物に對し第一番抵當權を設定し更に土地のみに對し第二番抵當權を設定したる場合に第一番抵當權者の申立により競賣手續進行の末競落許可決定を爲すも何等支障なし(四四、七、一一、大阪地民二、法七三七、二五)
- 三 家屋の第一番抵當權者か其債權に對する代物辨濟として家屋を受取りたるときはそれと同時に

條七第四

抵當權消滅し二番抵當權者は其の家屋に對し第一順位に於て抵當權を實行し得るものとす而して右の場合に於て一番抵當權者か家屋受取後之を取毀ちたるときは二番抵當權者の權利を侵害したる不法行為の責に任すべきものとす(名古屋控民、法六八三、二五)

四 民法第三百七十四條は抵當權を以て擔保する債權に利息其他の定期金及び遅延利息等ある場合に於て他の債權を保護せんか爲め抵當權の效力に制限を付したるものにして債權者間に於ける抵當權の效力を規定したるに止り第三取得者の如き第三者に對する抵當權の效力を定めたるものに非す(四二、一二、一一、東京控民一、法六三〇、一二)

條七第八

五 民法第三百七十八條は抵當權者の承諾を得たるものと法律上看做されたる金額を拂渡し又若し抵當權者に對して其受領を拒み若くは之を受領する能はざる時は之を供託して抵當權を滌除することを得と解釋すべきものなり又右同條は拂渡を受くることを得る順位にある債權者に付き規定したるものとす(大阪地民一、法七三九、二二)

條八第三

- 六 假登記は民法第一百七七條に所謂登記に外ならされは抵當權者に於て其の抵當權を實行せんとするには假登記ある第三取得者に對し其旨を通知し第三取得者に於て一ヶ月内に抵當權滌除の申出を爲さざりし場合に於て初めて競賣の申立を爲し得べきものにして此の手續を履踐せざる競賣申立は不合法なり(四三、八、九、高知地休暇部、法六六三、一八)
- 七 民法第三百八十一條に依る抵當權實行の通知は抵當權者か其の抵當權の實行として爲す抵當不動産の競賣請求の前提條件を爲すも同法第三百八十四條に依る増價競賣請求の前提條件を爲すものにあらず蓋し増價競賣の請求も亦抵當權實行の一方法たるに相違なきも民法第三百八十七條には抵當權者か第三百八十二條に定めたる期間内に第三取得者より債務の辨濟又は滌除の

通知を受けざる時は抵當不動産の競賣を請求することを得と規定するのみにて増價競賣の請求を爲し得る場合の條件を定めたるものにあらざること明らかなるのみならず競賣法第四十條には抵當不動産の増價競賣を請求する債権者は第三取得者に競賣の請求を送達したる日より三日内に抵當不動産所在地の區裁判所に競賣の申立を爲し且擔保の認許を求むることを要すと規定するを以て文理解釋上抵當権者は抵當權の滌除を爲さんとしたる第三取得者に對し民法第三百八十四條に依り増價競賣の請求を爲す外他に何等の條件を履踐するを要せず直に其競賣手續に著手し得へし畢竟民法第三百八十一條に依る抵當權實行の通知は第三取得者をして抵當權の滌除を爲すや否やを確定せしむべき必要上認めたる制度なるを以て第三取得者か抵當權の滌除を爲さんとしたる場合に於て始めて之を請求し得べき増價競賣に此制度の適用を見ざるは當然のことなりと謂ふべきを以てなり尤も抵當權の滌除を爲さんとしたる抵當不動産の第三取得者の外に右不動産に對し地上權を取得したる第三者ある場合は此地上權の第三取得者に對し抵當權の滌除を爲すや否やを確定せしむる爲め民法第三百八十一條に依る通知を必要とするもの如くなるも抵當權の滌除を爲さんとする者の抵當不動産に付き取得したる權利の價額か抵當不動産の全價額に對當するにあらざるよりは到底抵當權の滌除を爲し得られざること滌除の性質上當然なるを以て民法第三百七十八條に依り抵當權の滌除を爲し得べき第三取得者數人競合したりとするも事實上滌除を爲すべき者は其中最も有力なる權利を取得したる者一人のみに止まる而して右場合に於ては抵當不動産に付き所有權を取得したる者か抵當權の滌除を爲さんとしたるか故に此者を以て抵當不動産に付き最も有力なる權利を取得したるものと認むべく(蓋し自己か取得したる權利より有力なる權利の取得者ある場合に抵當權の滌除を爲す者あらざるべく

又必ず其滌除を爲し得られざること當然に推測し得べきを以てなり)既に此者か爲したる抵當權の滌除を抵當権者か諾せず増價競賣の請求を爲したる以上此者か取得したる權利以下の權利を取得したりと認むべき抵當不動産に付き地上權を取得したる第三取得者か抵當權の滌除を爲し得ざるや勿論なりと謂ふべく從て此者に對し其滌除を爲すや否やを確定せしむべき抵當權實行の通知を爲すことを要せざるものとす(四三、六、一八、法曹會決議、二〇卷九號)

八 抵當權を實行せんと欲するときは豫め第三取得者に其旨通知せざるべからず其通知は絕對要件にして第三取得者の所在不明にて送達不能なるときは不在者の財産管理の規定に従ひ選任したる管理人に對し之を爲すべきものとす(四四、七、一三、東京地民二、法七三六、二二)

九 假處分命令に因り其實行其他の處分を禁止せられたる抵當權に對し第三取得者か滌除權を行使し提供金額を供託したりとするも抵當権者と假處分申請人との關係に於ては右抵當權は當然存續するものと看做すべきものとす(大阪地民二、法七三四、二二)

一〇 抵當權に依り擔保せらるる債權に付きては民法第三百八十四條の外何等制限する規定なきを以て違約金と雖も當事者間の特約ある場合に在りては抵當權に依り有効に擔保せらるべきものとす(四三、三、二九、大阪地民三、法六四六、一三)

一一 民法第三百八十八條は抵當權設定者と競落人との間に地上權の設定せらるるものと看做すことを規定せるものにして其地上權の效力に關しては別段の規定なきか故に之を第三者に對抗せんとせば同法第七十七條の通則に従ひ不動産登記法の定むる所により登記を経ざるべからず(四四、九、七、東京控民三、法七四二、二五)

一二 民法第三百八十八條但書の規定は當事者か其協議を以て地代を定むることを禁するの趣旨

條八第
八三

條八第
四三

條八第
二三

に出でたるものにあらずして其協議を以て之を定めたるときは其協定に依るべく其協議調はさるときは裁判所に請求して之を定むるの法意なりとす又同條に依り發生したる地上權の存續期間を定むるに付ても亦異なることなし即ち其地上權は存續期間の定めなきものなるを以て民法第二百六十八條第二項の規定に従ひ裁判所は當事者の請求に因り其存續期間を定むべきものなれども此規定も亦當事者か其協議を以て之を定むることを禁ずるの法意に非ず從て其協議を以て之を定めたるときは其協定に依るべきものとす(四二〇四一六、四三三、三三、一三三、大審民二、法六三五、一七)

一三 民法第三百八十八條は其文字に拘泥するときは同一の所有者に屬する土地及び其上に存する建物の中其土地又は建物のみを抵當と爲したる場合に付て規定し其土地及び建物を併せて抵當と爲したる場合は之を豫想せざるものゝ如しと雖も主として國家經濟上の理由に基き建物の廢滅に歸せざらんことを希望したる同條立法の趣旨に鑑みるときは其土地及び建物を併せて抵當と爲したる場合に於ても競賣の際單に其土地又は建物のみ競賣せられたる時は尙ほ同條を適用すべきものと解するを相當とす(四二〇四一六、四三三、三三、二二三、大審民二、法六三五、一七)

一四 民法第三百八十八條は土地又は建物のみを抵當としたるとき抵當權の實行として抵當物件の競賣ありたる場合にのみ適すべきものにして土地又は建物に付き任意競賣ありたる場合に適用すべきものにあらず(大阪地民三、法六五五、一六)

一五 民法第三百八十八條の規定に依り地上權を得たる建物の所有者は地上權の登記なくして其權利を土地の所有者即ち地上權を設定したる土地の所有者に對しては勿論競賣に因り土地の所有權を取得したる者に對して對抗し得へしと雖も地上權を設定したる土地の所有者又は競落に

第三條

因り土地の所有權を取得したる者以外の第三者に對しては其地上權を對抗し得ざるものと解するを相當とす(四三三、一〇、一四、大阪控民二、法六八六、二四)

一六 代位權は民法第三百九十二條の要件を具備したる場合に於て次順位者に附與されたる法定代位權なれば其要件の一として先順位者か或一部の不動産に對し抵當權の行使を爲したることを前提とす而して次順位抵當權者か自己の抵當目的物件に非ざる他人の抵當物に信賴して利益を得んとする希望に對しては法文の意義を擴張して迄之を保護する必要なきものとす(大分地豆田支部、法七一、二四)

一七 第一番抵當權者は抵當權を拋棄することを得又第二番抵當權者は第一番抵當權者に對し損害の賠償を請求することを得す(四四、三、一一、法曹會決議、二二卷六號)

一八 一債權を擔保する爲め數個の不動産上に抵當權を設定せる場合に於て其抵當權の實行を爲すに際しては之を一括して競賣に付することを得べく各不動産を各別に競賣に付することを要せざるものとす(四四、七、一一、大阪地民二、法七三七、二五)

一九 一個の債權を擔保する爲に數個の不動産を抵當權の目的と爲したる場合と雖も其各不動産は擔保せられたる債權全額を負擔するものとす(四三、一〇、一一、東京控民一、法六八七、二二)

第三條

二〇 債權者は其債權を擔保する抵當權を有するか爲め債務者の其他の財産に對する權利の行使を制限せらるるものに非ざるを以て先づ抵當權を實行し抵當不動産の代價を以て完全なる辨濟を受けざる場合に於て更に他の財産に對する強制執行を爲すと先づ他の財産に付き強制執行を爲し完全なる辨濟を受けざる場合に於て更に抵當不動産に對し抵當權を實行すると又抵當不動

産と其他の財産とに付き同時に其権利を行使し之に依り其辨濟を受くるとは一に債権者の自由に屬するものとす(四四、七、五、東京地民五、法七四四、二六)

條九第
五三

二 民法第三百九十五條但書は絶対的規定にして苟も其本文に規定せる賃貸借にして抵當權者に損害を及ぼすべき場合に於て抵當權者の請求あらんか裁判所は必ずや其賃貸借の解除を命ぜざるへからざるものにして其損害の程度如何に因り解除を命ずると否との自由裁量の餘地なきものとす(大阪地民二、法六四一、一三)

三 民法第三百九十五條に依れば同法第六百二條に定めたる期間を超過せざる場合に限り抵當權登記後に登記したる賃貸借は抵當權者に對し其效力を生ずるか故に抵當權者か其權利を實行するに當りて賃貸借の存する者として目的たる不動産を競賣するを得べく從て競落人も又賃貸借の存在する不動産の所有權を取得するものとす(四四、七、三〇、東京控民一、法七五二、二四)

三 抵當權の設定しある土地に付き賃貸借契約を締結し其登記を爲したるときは民法第六百二條の期間を超えざるものなる限り之を以て抵當權者に對抗し得べきものなるを以て縱令之か爲め抵當權者に損害を生じたりとするも之か賠償を請求し得べきものに非ず(四四、一〇、三〇、東京控民二、法七六〇、二三)

第三編 債 權

第一章 總 則

第一節 債權の目的

條四第
四四

- 一 債權を擔保する目的にて擔保物の所有權を債權者に移轉する所謂信託的法律行為を有效なりとする判決は第九十四條中に収録したり(編者)
- 二 金銭貸借證書に利子を付すべき旨の記載ありて利率の定めなき場合に於ては法定率即ち年五分の割合に依るべきものとす(四三、三、二九、名古屋控民)

第二節 債權の效力

條一第
四二

- 一 契約證書に故意に債務の履行を怠りたる時とある場合に於ける右の故意とは損害を加ふるの意思を以てするを要せず單に行爲の結果を豫見し又は少くとも認許したる意思あれば足るものとす(東京地民一、法七七八、二〇)
- 二 民法第四百十二條第三項に債務者は履行の請求を受けたる時より遲滞の責に任すとあるは履行の請求を受けたる其の時日より直ちに遲滞の責ありとの意味に非ずして其翌日より其責に任すへしとの意味なりとす(四二、一一、二五、東京控民一、法六三一、一一)
- 三 民法第四百十二條第三項は債務者に遲滞の責任を生ずる時期の規定にして時効起算の時期を定めたるものにあらず(四四、四、一八、東京控民一、法七一八、二六)
- 四 債務者か自己の債務を履行すべき日に其履行を怠りたる時は之か爲めに債權者は其日より損害を被むるものなれば債務者か其日よりの損害を賠償すべきは當然なり(四三才二三二、四三、一一、一九、大審民二、法六九五、二七)

條一第
四四

五 何人も適當の時期に到達すへしと確信し又確信するに正當の理由を有したる郵便物か短時間の差異を以て月拂債務履行の時期を経過したりとするも之を以て債務不履行と爲すを得ず（京都地民、法六八一、一四）

六 會社の債権者にして其債権が既に辨濟期の到達したるに拘らず其辨濟を得ざる時は債権侵害を受けたるものなれば債権者は債権申出催告期間内と雖も給付の訴に依り其債権を主張し得べきものとす（四四、二、九、東京控民三、法七〇七、二四）

七 契約を以て債務者は債権者に對し債務の月賦辨濟として何年何月以降何年何月まで毎月何日限り金何圓宛を支拂ふべく若し債務者に於て該期日に支拂を怠りたる時は其月賦辨濟契約は特に解除の意思表示を爲すの要なく當然消滅に歸し債権者は債務者に對し一時に債権殘額全部の請求を爲し得るの特約を爲したる場合に於て債務者か月賦辨濟を怠りたる時は當然其月賦辨濟契約の消滅を來し一時に債務殘額の全部を支拂ふの義務あるものとす（名古屋地民一、法七二五、二一）

條一第
五四

八 契約の履行上代金を支拂ふに付て賣主に遲滞の責あるも其不履行に因て生したる損害金を賠償すへき債務に至りては之か履行に付き更に復た債務者を遲滞に付するに非されは債権者たる賣主に於て其不履行に因りて生ずる損害の賠償を請求することを得ざるは民法第四百十五條第四百十二條に依りて明なり而して同第四百十九條は金錢を目的とする債務の不履行に付き損害の賠償を請求すへきときは其額は法定利率に依りて之を定め商法第二百七十六條は商行爲に因りて生したる債務に關しては法定利率は年六分とすることを規定したるに外ならずして代金請求權に付き遲滞に付したるときは其從として年六分の法定果實を生ずる如き法意に非ざるを以

て代金の請求權に付き既に一度債務者を遲滞に付したればとて其不履行に因る損害賠償の請求權に付き債務者を遲滞に付することなく當然法定利率に相當する損害賠償を請求し得べきものに非ず（四三〇一、一〇、四三、五、六、大審民二、法六四三、一五）

九 債務者の債務不履行に因りて損害を生したるときは如何なる場合を問はず債権者は之に對して其不履行に代はるべき損害の賠償を請求し得べきものとす（東京控民二、法七〇一、二三）

一〇 債務者か其債務を履行せざるに因り債権者か損害を被りたる場合に付きては民法第四百十五條以下に規定あり債権者は是等の規定に従ひ債務者に對して損害の賠償を請求することを要するは我民法の規定に徴して明確なり但債務者か其債務の履行を爲さざるは債権者の權利を侵害するに該り廣き意義に於ては一の不法行爲なりと雖とも民法第七百九條以下に規定する不法行爲中には此種の不法行爲を包含せず民法第七百九條以下の意義に於て不法行爲ありとするには常に必らず債務の不履行以外に於て或私權の侵害ありたることを要し單純なる債務の不履行は一の不法行爲なりとして債権者より之か救濟を求むることを得ざるものとす尤も債務者か債務の不履行に際し債権者の享有する他の權利を侵害したる場合に於ては債権者は其撰擇に従ひ或は債務の不履行に因る損害の賠償を請求し或は不法行爲に因る損害の賠償を請求するの權利を有するものとす（四四〇一、四〇、四四、九、二九、大審民二、法七五一、二七）

一一 原狀回復の權利者か之に對する義務の履行を求むると其義務の本旨に副へる履行を得ざるものとし損害賠償の請求を爲すと將た亦履行の請求を爲すと同時に損害賠償の請求を爲し其に就き義務者をして撰擇を爲さしむるとは固より其の權内に屬し義務者に不履行の行爲あるに因り必ずしも常に損害賠償の方法に依ることを要せざるものとす（東京控民一、法七一七、二

〇

- 一一 契約不履行の責任発生後の延期即ち新履行期間の承認ある場合に於ては特別の意思表示なき限り其行為に因り間接に不履行に因る債務を免除する意思を表白したるものとす(四四、九、二八、東京控民一、法七五二、二二)
- 一二 契約の不履行を原因として損害賠償を求むるには現實に発生したる損害か不履行の直接又は間接の結果なることを前提とせざるべからず故に偶々不履行と損害との二個の事實が併發したりとするも若し其間に因果の連絡なきに於ては不履行を原因としての損害賠償の請求は許容すべきものに非ず(宇都宮地民、法六九三、二五)
- 一三 債務不履行の場合に於て債務者に損害賠償の責任を発生するには債務の不履行若しくは履行不能が債務者の責に歸すべき事由に原因すること換言せば債務者の故意又は過失に基くことを要し且つ之に因りて債権者に損害を生じたることを要するものとす(東京地民三、法六三九、一一)
- 一四 起訴當時に於ける目的物の價額が債務履行遅滞の責を生じたる當時の價格より下落したる場合には遅滞の責を生じたる當時の價格に換算したる金額を賠償すべきものと解するを相當とす(大阪地民三、法七八六、二三)
- 一五 債務者が債権者に對し特定の權利を移轉する義務ある場合に於て其義務に違反し之を他に移轉したりとするも該權利が全然消滅に歸したる場合又は之を債権者に移轉し能はざる事情ある場合の外債務者は之を回収し得るを以て債権者の權利を害せられたりと云ふを得ず而して第三者が故意に債務者をして右權利を債権者に移轉せしめず之を他に移轉せしめたる場合に於て

第一四一條

も亦た債務履行の不能と云ふ能はざるを以て債権者は其第三者に對して損害賠償の請求權を有するものに非ず(廣島控民、法七三二、二三)

一七 不履行に基く損害賠償の請求は之に依りて通常生ずべき損害を賠償せしむべきを本則とし特別の事情に依りて生ずる損害なるときは當事者が其の事情を豫見し若くは豫見するを得可かりしときに限り其の賠償の請求を爲し得べきものとす(四三、一〇、二二、東京控民二、法六八六、一九)

第一四二條

一八 民法第四百十九條は債務の不履行に關し何等當事者間に特約なき場合に於てのみ其適用あるに過ぎずして當事者が豫め違約金を特約せる場合に於ては其適用なきものとす(長崎控民一、法七九〇、二三)

第一四三條

- 一九 民法第四百十九條の規定は債権の效力即ち債権者が債務者に對して有する權利の範圍を定めたるに過ぎざるを以て金錢が債務者の手に在る間に生じたる利益の存否多少を定むべき場合に當然適用すべき規定に非ず(四三、一〇、二二、大審民一、法六八〇、一七)
- 二〇 契約の違反者は相手方に對して豫定の損害金を賠償すべき義務ある旨特約したるときは苟くも契約違反の事實あるときは悉く之を包含すべきを以て裁判上の手段に依り賣買代金の支拂を遅延したる場合に於ても契約違反として豫定損害を賠償せざるべからず而して損害賠償の權利發生し尋て遅滞に付せられたるときは其時より債権者は其の金錢の利用を缺くものなれば債務者は之が損害を賠償する義務あるものとす(東京控民三、法七五六、二四)
- 二一 金錢債務の不履行に付き豫定したる損害は賠償額が利息制限法の利率を超過するも無効にあらず(四三、六、一八、法曹會決議、二〇卷一〇號)

三二 損害賠償の豫定は通常債務の不履行に付き相手方に生ずべき損害額の計算の煩を避くる趣旨より定むるものなれば債務者に債務不履行の事實なき場合即ち債権者の發意に基く解約に由り債務者が其債務の履行を爲すこと能はざる結果に至りたる場合に於ては損害賠償の豫定約款の責に任すべき者に非ず(東京地民一、法六三七、一一)

三三 豫定損害金の特約ある場合には債権者は債務不履行の事實を證明すれば足り進んで損害發生の證明を爲すを要せざるものとす(東京地民一、法七七八、二〇)

第四條

三四 債権者が民法第四百二十三條の規定に依り自己の債権を保全する爲め其債務者に屬する權利を行使する場合には其訴の原因とする所は債務者の有する請求權を行使すること、其請求權の因て生じたる事實關係とに在るか故に其請求權の主體即ち或特定人の有する權利を行使すとの主張も亦請求原因の範圍内に屬するものとす(廣島控民、法六四九、一二)

三五 民法第四百廿三條には單に債権者は自己の債権を保全する爲め云々とあるのみにして其債権に付き別に制限を設けざるを以て同條の適用を受くべき債権は債務者の權利行使に依りて保全せらるべき性質を有すれば是るものにして債務者の資力の有無に關係を有すると否とは必ずしも之を問ふを要せず又債権者が行使し得べき債務者の權利に付ては同條但書を以て債務者の一身に專屬する權利を除外したるに止まり其他に制限を設けざるを以て同條に所謂債務者の權利は一般債権者の共同擔保ならざるべからすと云ふか如き制限あるものと謂ふを得ず又保全せんとする債権の目的か債務者の資力の有無に關係を有する場合に於ては債務者の無資力なるときに非されは同條の適用を必要とせざるべしと雖も債務者の資力の有無に關係を有せざる債権を保全せんとする場合に於ても苟も債務者の權利行使か債権の保全に適切にして且必要なる限

りは同條の適用を妨げざるものと解するを相當とするを以て債務者の無資力なることは必ずしも同條適用の要件にあらず(四三〇一五二、四三、七、六、大審民二、法六六八、一七)

二六 債権者が登記簿に記載しある債務者所有の土地の字、地目、反別等の變更又は更正登記を爲すに非されは權利を保全すること能はざる場合に於ては債務者に代り其登記を申請することを得(四三、四、九、法曹會決議、二〇卷五號)

二七 甲はこの債権者として其債権保全の爲め乙か丙に對して有する買戻權を行使したる場合は即ち民法第四百廿三條に依り乙に代りて其權利を行使したるものに過ぎず故に丙は乙に對して有する一切の抗辯を以て甲に對抗することを得るものなれば甲は民法第七十七條に所謂第三者に非ず從て乙か丙に對して買戻權を主張すること能はさるときは甲も亦其買戻權を行使することを得ざるものとす既に其買戻權行使の効なき以上は乙に不動産引渡の請求權發生せざるものなるを以て其請求權の差押に基く請求の不當なるや明かなりとす(四三〇一九六、四三、七、六、大審民二、法六五六、七)

二八 民法第四百二十三條に依れば債権者は其債権の期限到來せざる場合に限り債務者の權利を行使に付裁判上代位の許可を得るを要するに過ぎずして其期限到來したる場合には裁判上代位の許可なくも之を行ひ得べく且つ其何れの場合たるを問はず裁判上債務者の權利を行使することを禁したるものに非ず(大阪地民二、法七一三、二四)

第四條

二九 民法第四百二十四條に規定する詐害行爲廢罷訴權は債権者を害することを知りて爲したる債務者の法律行爲を取消し債務者の財産上の地位を其法律行爲を爲したる以前の原狀に復し以て債権者をして其債権の正當なる辨濟を受くることを得せしめて其擔保權を確保するを目的と

するは此訴權の性質上明確一點の疑を容れざる所なり然れども債權者か詐害廢罷權を行使するに當り何人を對手人として訴訟を提起すべきやの點に付ては我民法竝に民事訴訟法中何等の規定を存せざるを以て解釋上疑を生ずるを免かれず而して債務者の財産か詐害行爲の結果其行爲の對手人たる受益者の有に歸し更に轉して第三者の有に歸したる場合に於て廢罷の目的となるべき行爲は第四百廿四條の明文に従ひ債務者の行爲にして受益者は其行爲の相手方として直接之に干與したる者なれば其廢罷を請求する訴訟に於て債務者及受益者を對手人と爲すを要するは勿論轉得者は其法律行爲の當事者にあらずるも廢罷の結果一旦其有に歸したる債務者の財産を回復せらるゝの地位に立ち直接の利害關係を有する者なれば轉得者も亦其訴訟に於て對手人たることを要し結局詐害行爲廢罷の訴は此三者の間に於て一の必要共同訴訟を成すものなるか如しと雖とも詐害行爲の廢罷は民法か「法律行爲の取消」なる語を用ひたるに拘らず一般法律行爲の取消と其性質を異にし其效力は相對的にして何人にも對抗すべき絕對のものにあらず詳言すれば裁判所か債權者の請求に基づき債務者の法律行爲を取消したるときは其法律行爲は訴訟の相手方に對しては全然無効に歸すべしと雖其訴訟に干與せざる債務者受益者又は轉得者に對しては依然として存立すると妨げざると同時に債權者か特定の對手人との關係に於て法律行爲の效力を消滅せしめ因て以て直接又は間接に債務者の財産上の地位を原狀に復することを得るに於ては其他の關係人との關係に於て其法律行爲を成立せしむるも其利害に何等の影響を及ぼすことなし是を以て債權者か債務者の財産を讓受けたる受益者又は轉得者に對しては訴を提起し之に對する關係に於て法律行爲を取消したる以上は其財産の回復又は之に代るべき賠償を得ることによりて其擔保權を確保するに足るを以て特に債務者に對して訴を提起し其法律

行爲の取消を求むるの必要なし故に債務者は其訴訟の對手人たるべき適格を有せざるを以て必要的共同被告として之を相手取るべきものに非ず次に債務者の財産か受益者の手を經て轉得者の有に歸したる場合に之れを共同被告として廢罷權を行使することを要するや否やの問題に付ては轉得者か善意にして之れに對する關係に於て法律行爲の廢罷か不可能となりたる場合には勿論轉得者の意志不明なる場合竝に轉得者か惡意にして之れに對する法律行爲の取扱及び債務者財産の直接回復か可能なる場合に於ても債權者は尙ほ受益者のみを相手取りて法律行爲の取消を請求することを妨げず是れ他なし詐害行爲廢罷の訴權は詐害行爲に干與したる者に對して其詐害の因て生ずる債務者の法律行爲を取消し相手方か尙債務者の財産を所有するときは直接に之を回復し相手方か之を所有せざるときは其財産を回復するに代へて之か賠償を爲さしめ以て其擔保權を確保することを目的とするものにして其財産回復の義務たるや受益者又は轉得者か其財産を所有するか爲に負擔する依物義務の一種にあらずして其行爲に因りて債務者の財産を脱漏せしめたるか爲めに生したる責任に胚胎するものなれば其財産を他人に讓渡したるに因りて之を免脱することを得ず却て其財産の回復に代へて之を賠償することを要するは詐害行爲の性質上明白なるを以てなり故に債務者の財産か轉得者の有に歸したる場合に債權者か受益者に對して廢罷訴權を行使し法律行爲を取消して賠償を求むると轉得者に對して同一訴權を行使し直接に其財産を回復するとは全く其自由の權内に在り要は債權者か其本來享有せる擔保權を正當に實行することを得るの點に存するものなり又詐害行爲廢罷の訴權は詐害行爲の廢罷と共に其行爲に因りて債務者の資産を脱したる財産の回復又は之に代るべき賠償を求むることを目的とすべきや從て單に法律行爲の取消のみを請求し財産の回復又は其賠償の請求の伴はざる

訴は利益なしとして之を却下すへきや蓋し詐害行爲廢罷の訴は債務者及び第三者の詐害行爲に因りて債務者の資産より脱出したる財産を直接に回復し又は其代償を得るを目的とするものなれば其前提として單に詐害行爲の取消のみを請求するは無益の訴として許す可からざるに似たり然れども民法は法律行爲の取消を請求すると同時に原狀回復を請求することを以て詐害行爲廢罷訴權行使の必要條件と爲さざるのみならず却て訴權の目的として單に法律行爲の取消のみを規定し取消の結果直ちに原狀回復の請求を爲すと否とを原告債権者適宜の處置に委ねたるを以て此二者は相共に訴權の成立要素を形成するものに非す加之原告債権者の請求に基づき法律行爲の取消を命ずる裁判は單に權利の成立不成立を確定する裁判にあらずして法律行爲の效力を消滅せしむるを以つて目的とし被告たる受益者轉得者は其裁判に因り法律行爲の消滅を認めざるへからざるの羈絆を受くるものなれば其訴訟は單純なる確認訴訟にあらず從て後に提起する原狀回復の訴訟の前提たるに拘らず原告の爲めに利益ある訴訟たるを妨げざるを以て不適法なりとして之を却下することを得ず(四三〇一四八、四四、三、二四、大審民聯合、法七一三、二七)

三〇 民法第四百二十四條に於ける訴權は總債権者の共同的な一般擔保權の侵害に關する救済を債権者に得せしむるを唯一の目的とするものなれば此訴權の行使に依り保全せられ得へき債権は金錢的給付を目的とするか又は金錢給付を内容とするに至りたるものなることを要す(四三、六、一、大阪控民二、法六五〇、一一)

三一 詐害行爲の當事者たる債務者か其行爲を爲すに當り該行爲か債権者を害することを知りたる以上は其相手方たる受益者に於ても又其事實を知りたるものと法律上推定すへきものにして民法第四百廿四條所定の債権者の取消權は債務者の爲したる法律行爲にして其行爲の效果と認むへき登記法上の行爲の如きは同條に所謂法律行爲に包含せざる者とす而して債権者か詐害行爲として之か取消を爲し得へき行爲は債権の擔保と爲り得へき債務者の財産を減少すへき法律行爲ならざる可らず故に單に債務者か他より金錢を借入るる行爲の如きは詐害行爲として取消を爲し得へきものに非ず(金澤地民二、法六六八、一四)

三二 賣主及び買主が共に債権者の共同擔保を減少し因て債権を侵害すへき意思を有せるか若くは詐害の情を知り居りたるときは各債権者は其行爲の取消及び登記抹消の請求を爲し得へきものとす(四三、七、八、東京控民三、法六七四、一一)

三三 民法第四百二十四條には債権者は債務者か其債権者を害することを知りて爲したる法律行爲の取消を裁判所に請求することを得とありて其債権に付き制限する所なしと雖も不動産の賃借人か其賃借權の登記を爲さざるか爲めに同一の不動産を買受け登記を爲したる者に對抗することを得るか加き場合には其賣買に因り賃借權を害せらるゝに至るも同條を適用すへき限りに在らす何となれば不動産を買受け登記を爲したる者は賣買の當時其不動産に付き第三者の賃借權存することを知らずと否とを問はず所有權を取得し之を以て其第三者に對抗するを得ることは民法第七十七條に依り明なり而して又不動産の賃借權は債権なるも物權の如く之を登記して以て第三者に對抗するを得ることは同法第六百五條の規定する所なれば賃借人は其賃借權の登記を爲し以て同一不動産の第三者に賣渡さるゝか加き場合に受くることあるべき損害を豫防すること極めて容易なり然るに其登記を怠りたる賃借人か民法第四百二十四條に依り賣買の取消を請求することを得へしとせんか賃借權は登記を爲さるゝも尙之を以て第三者たる買主に對

抗することを得ると同一の結果を生ずるに至り従て買主は同法第七十七條の規定に従ひ登記を爲すも尙ほ其取得したる所有權を奪はるるに至り民法に於て此等の權利に關する登記の規定を設けたる立法の趣旨は遂に之を貫徹すること能はざるに至るべきを以てなり(四三〇二三六、四三二、一二二、二、大審民二、法六九四、二七)

三四 詐害行爲の目的たる不動産の上に他の債権者の爲め抵當權設定せられ取消訴權の原告たる債権者に優先すべき場合に於ては其不動産の價額より抵當債權額を控除したる殘餘に付てのみ詐害行爲の取消訴權は成立する者と謂はざる可らず何となれば原告たる債権者は抵當債權額に付き當然優先せらるべきものにして之を控除したる殘餘の外擔保權を侵害せられされはなり隨て法律行爲の取消は其部分に限り許すべく其以外に及ぶべきものにあらず而して抵當權は目的たる不動産の全部に及び不可分なるを以て假令其不動産が數筆の地所にして容易に分割し得べきものなりとも彼此採擇して債権者の擔保權を侵害する部分に對してのみ所有權移轉登記の抹消請求を許すべきものにあらず但し如上詐害の限度に於て法律行爲の取消と不動産の回復に代へ價額の賠償とを許すことを妨げざるものとす(四四〇二五〇、四四、一一、二〇、大審民二、法七五八、二七)

三五 詐害行爲廢罷の訴は債務者を相手方と爲す必要なきものとす(長崎控民二、法七六一、二六)
三六 詐害行爲廢罷の效力は相對的なるを以て債権者は債務者より目的物を讓受けたる者に對し詐害行爲取消の訴を提起し讓受人に對する關係に於て法律行爲を取消せば其目的物の回復又は之に代るべき賠償を得ることにより擔保權を確保するに足るか故に讓渡人に對しては取消の訴を起すことを得ざるものとす(大阪控民二、法七五四、二四)

三七 詐害行爲取消の訴に於ては債務者は訴訟の相手方となるべき適格を有せざるを以て債務者を相手取るべきものに非ず(四五、五、一六、東京控民三、法七九四、二一)

三八 詐害行爲取消の目的とする法律行爲中に包含せられたる賣買地所が數筆に涉り容易に分割し得べき場合なりとするも苟も法律行爲にして一箇なる以上は債権者は其全部に對し之か取消を請求し得べきは取消訴權の性質上固より當然なり(名古屋控民、法七二五、二四)

三九 詐害行爲廢罷訴權に基き債務者と第三者間の行爲の取消を求むる債権者は先づ債務者又は第三者に對し法律行爲の取消を裁判所に請求したる後更に原狀回復の請求を爲すと又は同時に取消及び原狀回復の請求を爲すとは其債権者の任意にして債務者は原狀回復の訴を爲すことを得ざるものとす(四四、八、八、東京控民一、法七四七、二一)

四〇 債務者が其有する或不動産の外に債務を辨濟すべき資力を有せざる場合に其不動産を賣却して消費し易き金錢に代ふるは債權擔保の效力を消滅するものなり故に其代價の相當なると否とを問はず其賣買は債権者を害するの行爲なりと謂はざる可らず若し夫れ他の債権者に對する辨濟其他有用の資を辨する爲め相當の代價にて之を賣却し以て其資に充つるか如きは固より債務者の正當なる處分權行使として他より容喙するを許さざる所なれば苟も債務者が其賣却代金を有用の資に充てたるの事實存するに於ては其代價の不相當ならざる限りは其賣買を債権者を害するの行爲なりとして之か取消を請求するを得ずと雖も債務者が代金を有用の資に充てたるの事實は取消の請求を受けたる相手方に於て之を主張し立證せざる可らず(四四〇一五三、四四、一〇、三、大審民一、法七五一、二七)

四一 債権者が民法第四百二十四條に依り請求し得べき詐害行爲の取消は其絕對的取消に非ずし

て悪意の受益者又は悪意の轉得者に對する關係に於てのみ相對的に取消し相對的に無効ならしむるに在り是を以て其取消請求權は悪意の受益者又は悪意の轉得者のみに對して存し債務者に對しては之を行ふことを得ざるものとす(四四〇二七三、四四、一〇、一九、大審民一、法七五二、二七)

四二 詐害行爲は國稅徵收法に依る場合と否とを論せず其取消に因り始めて無効となるものにして其取消前は有効の法律行爲たるを失はず故に詐害行爲を基本として受益者に對し損害賠償を求め若くは其利得金の返還を求めんには其行爲か己に取消されたることを必要とし其取消以前に於て將來の取消を豫想し其時に及んで損害を賠償し若くは利得金を返還すへしと云ふか如き條件付請求は取消請求の訴に附隨する場合は格別獨立して之を維持し得べきものに非ず(長崎控民二、法七〇三、二六)

第二節 多數當事者の債務

第一款 總則

第四二七條

一 多數債務者の債務にして特に連帶特約あるか其性質上全部の債務を負担すべきものに非ざる限りは其債務は平等に分擔せざるべからざるものとす(四五、一、一九、東京控民二、法七七五、二二)

第二款 不可分債務

第四

一 不可分債務が可分債務に變したるときは各債務者は其負擔部分に付てのみ履行の責に任ずる

第三

ことは民法第四百三十一條に規定する所なり蓋し不可分債務に在ても數名の債務者は民法第四百二十七條の規定に従ひ別段の意思表示なき限りは平等の割合を以て義務を負ふものなりと雖とも其債務の目的か不可分にして各自の負擔部分に應ずる分割履行を許さざるを以て各債務者は他の債務者に拘はらず全部の履行を爲さざるを得ざるものなりと雖も不可分債務か變して可分債務となりたるときは各債務者か其負擔部分に付履行を爲すに付き何等の障礙なきに至るを以て不可分債務は此時を以て連合債務に變し債務者は各自其負擔部分のみに付履行の責に任し自餘の部分に付き全然其責任を免かるものなり(四三〇三三八、四四、二、二四、大審民二、法七〇四、二七)

第三款 連帶債務

一 連帶債務は數人の債務者か同一の債權者に對し債務を負担する場合に於ける一種の債務關係なるを以て數人の債務者か各別個の債權者に對して債務を負担するか如きは連帶債務の性質に反するものと謂はざるを得ず故に數人か連帶債務を負担する場合に於て債權者か其債務者の一人に對する債權にして其者の負擔部分のみならず債權全部を舉げて他人に讓渡すると同時に他の債務者に對する債權全部を自己に留保するときは讓渡の行はれたる債務者は他の債務者と異なりたる債權者を有するに至り連帶債務本來の性質に悖るを以て斯る讓渡は其效力を生ずるとなし(名古屋控民、法七一二、二四)

二 連帶債務者間の内部關係たる相互の負擔部分は一に債務者間の合意又は各債務者か其債務に付き現に利益を受けたる範圍如何に依り之を定むべきものとす(四五、三、八、長崎地民、法

第三條 第四條

三 手形上の債務者相互間には連帶の關係を生ずるものに非ず(四三、一二、三、法曹會決議、二二卷二號)

四 連帶債務者に對する請求は他の債務者に對しても其效力あるべきを以つて其請求は他の債務者に對しても時効中斷の效力を生ずべきは勿論なりと雖も請求に因らざる時効中斷の原因は他の連帶債務者に對し其效力を及ぼさざるものとす(東京地民五、法七四〇、二七)

五 連帶債務者の一人に對する差押は直ちに他の債務者に對しても出訴規限若くは時効の中斷原因と爲すを得ず(四五、一、二六、東京控民二、法七七七、二二)

第三條 第五條

六 連帶債務者の期限に於ける新債務の創設は他の連帶債務者の特別の意思表示なき以上は債權者の意思のみにより之に干與せざる他の連帶債務者に對し何等の效果をも生ぜざるものとす(四三、一〇、二八、東京控民三、法六九四、二四)

第四條

七 連帶債務者の一人が自己の債務を承認し之れが延期契約を爲すも他の共同債務者に對し其效果を及ぼすべきものに非ず(四五、一、二六、東京控民二、法七七七、二二)

八 民法第四百四十四條には連帶債務者中に償還を爲す資力なき者あるときは其償還すること能はざる部分は求償者及び他の資力ある者の間に其各自の負擔部分に應じて之を分割すとありて連帶債務者中に償還を爲す資力なき者を生ずるときは其償還すべき部分は他の資力ある者の間に各自の負擔部分に應じて之を分割し負擔部分多き者をして多く分擔し負擔部分少き者をして少く分擔せしめ又負擔部分相等しき者若くは共に負擔部分なき者の間に於ては平等に分擔せしむるの法意なることは之を右法文の文意に徴して明瞭なりとす(四二オ四二二、四三、二二二五、

大審民二、法六二八、一七)

第四款 保證債務

第四條 第六條

一 保證債務の範圍は民法第四百四十六條第四百四十七條に規定する如く主たる債務及び主たる債務に關する從たる債務に限らるゝものにして賣買契約履行に關する債務と賣買契約解除により生ずる損害賠償の債務とは其發生原因を異にし全く別箇の債務なれば賣買の保證を爲したるものは右損害賠償の債務に付ても亦當然之を保證したるものと爲すべきにあらず(四三、二二、七、東京控民三、法七〇四、二二)

二 保證人が主たる債務者より擔保品を受領したる事實ありとするも保證債務たる一般性質を失ふものに非ず換言せば特約なき限りは主たる債務者に先ち保證人に於て保證債務を履行すべき責任なし(四三、二、二四、名古屋控民)

第四條 第七條

三 債權者が主たる債務者の物品引取を怠りたるより生じたる損害を保證人に要求するに付き先づ保證人に對して右物品の引取を求めたることを要件とするものにあらず(四三、四、六、神戸地民一、法六四一、一四)

四 主たる債務の不履行に因り相手方に生せしめたる損害に付ては主債務者は其不履行に基き契約の既に解除せられたると否とに論なく一切の損害を賠償するの責に任すべきものなるか故に主たる債務を擔保せる保證債務の範圍も特別の事情なき限りは亦從て一切の損害賠償を包含するものと謂はざるべからず且訴訟費用の如きは主たる債務に從たるものなるを以て債權者は當然債務者に對し請求し得べきものなれば保證人は別に之を支拂ふの約束を爲さずとも主たる債

務を保證すると同時に之を擔保したるものと看做さるべきものとす(四三〇五〇、四三、四、一五、大審民二、法六四一、一七)

條五第 二

五 民法施行以前の保證債務も債権者が債務者の無資力なることを證明するに於ては直ちに保證人に對し債務の履行を請求し得べき者とす(宮城控民、法六六五、一四)

六 民法施行以前に在りては明治八年布告第百二號金穀貸借請人辨償規則第一條に依りて主債務者及び保證人が身代限處分を受け尙ほ債務の完済に至らざるときは主債務者及び保證人は勿論其相續人に於て身代持直し次第完済すべきものなるを以て舊法の身代限處分は民法の時効中斷と異なりて之に依りて債権は出訴期限なき債権と爲り其處分を受けたる者は身代を持直し債権者より請求を受けざる間は時効の利益を享受すること能はざるものなり然れども主債務者が身代限處分を受け尙ほ債務の完済に至らざるときは其不足分は保證人に對して辨済を命じて身代限處分に及ぶべきものなるを以て主債務者が身代限處分を受け債権が出訴期限なきものと爲るも保證人に於て同様の處分を受けざる間は同人に對しては主たる債務者に對すると同一の效力を生ぜずして出訴期限規則の適用を受くるものとす(四二〇四二四、四三、一、三三、大審民二、法六二七、一七)

七 民法施行前に於ける保證人の義務は主たる債務者が無資力なる場合に限り之か代償をなすにありて主たる債務者を差措き直に保證人に其代償を求むるを得ざることとは明治八年第百二號布告の明定する處なり(四三、二、一四、大阪控民二、法六二七、一五)

條五第 四

八 保證債務は主たる債務の履行を確保する爲めの從たる債務たること勿論にして保證人が主たる債務者と連帶して債務を負擔するも尙ほ其從たる債務者たる點に於て更に變る所なし故に主

たる債務の取消されたるときは從たる債務者の連帶保證人も其責を免かるゝは當然なり(四三二〇三二五、四三、一一、二六、大審民一、法六九一、二七)

條五第 五

九 民法第四百五十五條は普通の保證人に適用すべき規定にして保證人が主債務者と連帶して其債務を負擔する場合に適用すべき者に非ず債権者が主債務者に對する差押を解放すると否とは其自由にして特別の事情なき限り該解除の事實を以て常に保證債務を免除するものと云ふを得ず(大分地民、法七三七、二六)

條五第 八

一〇 保證人が主たる債務者と連帶して債権者に對し履行の責めに任ずべきときは民法第四百五十二條第四百五十三條の抗辯を提出するを得ざるのみならず保證債務を平等に負擔する權利を主張するを得ざる結果債権者の請求に依り各自全部の履行を爲すべき義務を有するものとす(四三、一一、二六、東京控民二、法七〇四、二二)

一一 債務者と保證人と連帶して債務を負擔する場合と雖も主たる債務者と保證人との間に於ては主たる債務者に全部負擔の責任ありて保證人に負擔部分なきものとす(四四、二、一六、東京控民三、法七〇八、二四)

一二 保證人が主たる債務者と連帶して債務を負擔するも主たる債務にして取消されたる以上は從たる債務者たる保證人も亦當然其の責を免るゝことを得べきものとす(四三、七、七、東京控民二、法六六一、一一)

條六第 五

一三 或る債務に付き保證人と自己の財産を以て他人の債務の擔保に供したる者とか併存する場合に於て保證人が主たる債務者に代りて債務を辨済したるか爲め共同保證人に對し債権者に代位して權利を行はんとするには其の頭數に應ずることを要するも若し債権者に代位せず保證人

録録

- 一 固有の求償權を行ふに當りては單に共同保證人との關係に基き求償の範圍を定むべきものにして物上擔保共與者の存否に關するものにあらず(四三、二、二二、宮城控民、法六三七、一六)
- 一四 保證契約の當時は主たる債務發生せざるも將來主たる債務發生したる場合に保證契約の効力を生ぜしむべき契約は有効なり(四四、六、八、東京控民一、法七四五、二三)
- 一五 他人の債務を保證するに當り主たる債務の何たるやを了知せずして其保證を爲すか如きは通常有り得へからざるの理なりとす從て了知せざりしを理由として保證債務を免るゝことを得ず(四三、一、二〇、東京控民二、法六三二、一一)

第四節 債權の讓渡

第六條

- 一 債權の讓渡は之れに依りて債務の對價を得るものなるを以て計算上債權の執行によりて満足を得ると同一に歸するものなるか故に債權の讓渡は銀行營業の目的の範圍外なりと云ふを得ず(東京控民二、法七二二、一九)
- 二 假差押中の債權と雖も之を讓渡し得ざるものにあらず只其讓渡を假差押債權者に對抗する事を得ざるに止まるものとす(大阪地民三、法七三二、二三)
- 三 債務を擔保する爲め所謂信託的讓渡を爲す場合に於ては第三者に對する關係に於ては所有權讓渡の効力を生ずるも當事者間に於ては其効力を生ぜずして讓渡人は依然權利者たるを通常とす(四五、三、一四、東京控民一、法七八五、二二)
- 四 尙ほ信託的讓渡に付ては民法第九十四條の部に詳細掲出せり(編者)
- 四 差押債權者に於て轉付の目的たる債權か當事者間に於ける讓渡禁止契約の存在を知りたるも

第七條

- のなるときは所謂惡意の第三者なるを以て債務者より讓渡禁止を以て對抗せらるゝときは到底之を否定することを得ざるものとす(青森地弘前支部、法六四九、一五)
- 五 將來發生すべき會社に對する利益配當請求權を讓渡する契約は有效なり(四三、一一、一七、東京控民二)
- 六 債權讓渡の第三者に對する効力に付きては民法第四百六十七條に特別規定あり讓渡人より債務者に對して債權讓渡の通知を爲し又は讓渡に付き債務者の承諾あるにあらざれば之を以て債務者其他の第三者に對抗することを得ざることは法文の規定に徴して明確なり而して前記の規定は債務者其他の第三者が債權の讓渡を知らざる場合に限り債務者に對する通知又は其承諾を以て之に對する條件と爲したるにあらず却て民法は取引の安全を保つ必要上第三者の意思の善惡を問はざりしことは法文に何等此點に關する區別を爲さざりしに依りて之を確認することを得へし(四四、四二八、四五、二、九、大審民二、法七七四、二六)
- 七 主たる債權の讓渡を保證人のみに通知するも其讓渡を以て保證人に對抗することを得ず(四三、一一、三、法曹會決議、二二卷二號)
- 八 債權讓渡人が債務者に對して讓渡の通知を怠りたるか爲め讓受人に於て債權の實行を爲すことを得ずして終に債權の消滅時効期間を経過するに至りたるときは讓渡人に於て讓受人の債權消滅に因り被りたる損害を賠償せざるへからざるものとす(四四、九、二六、東京控民一、法七五二、二二)
- 九 民法第四百六十七條第一項第二項に所謂第三者とは多數債務者を有する連帶債務若しくは不可分債務たるを將た其他の債務たるを問はず凡て債務者は之に包含するものとす(名古屋地民

一、法七三四、二三三

一〇 指名債權の讓渡に付讓渡人か之を債務者に通知し若くは債務者か之を承諾したる以上債務者其他の第三者に於て讓受人を以て真正の債權者と認むべきこと勿論なれば假令讓渡契約が解除せらるゝも其事實を債務者に通知するに非されは之を以て債務者其他の第三者に對抗することを得ざるものたること多言を俟たず然り而して其通知は讓渡人に於て之を爲すを以て足れりとせば或は讓渡人が擅に解除の事實を主張して債務者を欺くことなきを保せざるのみならず果して解除せられたるや否やを判別し難きか爲めに債務者其他の第三者に不測の損害を被らしむるに至るとあるべきを以て一旦債權者の地位に在りし讓受人に於て之を爲さざる可からざるものとするを至當とす然れば債權讓渡契約が解除せられたるときは當事者間に於ては債權は解除の意思表示のみに因り讓渡人に復歸すと雖も讓渡人をして讓渡以前の如く債務者其他の第三者に對し其債權を主張するを得せしめんに讓受人に於て解除の事實を債務者に通知せざる可からず而して其通知を爲さざる可からざるは讓受人が民法第五百四十五條第一項に依りて負ふ所の義務なるか故に讓受人か其義務を履行せざる時は讓渡人は之を強要するを得ること勿論なれとも未だ之を履行せざる限りは讓渡人は解除の事實を以て債務者其他の第三者に對抗することを得ざるものとす(四四〇三三七、四五、一、二五、大審民一、法七七三、二五)

一一 債權讓渡の通知は讓渡人より債權の讓渡ありたることを債務者に知らしむることを目的とする意思の表示にして民法第九十七條の規定に従ひ其意思表示が表意者たる讓渡人より相手方たる債務者に到達するに因りて其效力を生じ相手方たる債務者か其意思表示を認識したるや否やは意思表示の效力に何等の影響を及ぼすことなし是れ意思表示の效力に付き到達主義即ち受信主義と了知主義との間に存する差別の要點にして我民法が受信主義を採用し前掲第九十七條に於て之を規定したるより生ずる當然の結果なりとす又債權讓渡の通知は訴訟行爲にあらざるを以て民事訴訟法の送達手續に従ふべき者にあらざると雖も書面を以て通知を爲す場合に於ては其書面が一般取引上の觀念に従ひ相手方の爲めに其書面を受領するの機關たるべき者の手裡に歸したるときは其通知は相手方に到達したるものにして其發送の方法如何は之を問ふの必要なし(四五〇六六、四五、三、一三、大審民二、法七八二、二五)

一二 債權者又は抵當權者か其權利を讓渡したる場合に債務者又は抵當權設定者に之か通知を爲さざりし爲め讓受人に於て其權利を行使し得ざりし場合に於ては其讓受人は讓渡人に對して其損害賠償を請求し得べきものとす(四四、一一、四、東京控民一、法七六〇、二二)

一三 民法の施行以前に爲したる債權讓渡契約は債務者に於て之か承諾を爲さざる限りは債務者に對し其効力を生ぜざるを以て假令民法施行以後に至り讓渡人より其讓渡の事實を債務者に通知したりとするも其通知のみに依り債務者に對し其讓渡を對抗し得べきものに非ず(長崎控民一、法六五九、一一)

一四 債權讓渡の通知を受けたる債務者は他の債務者か讓渡の通知を受けたりや否や又は他の債務者か之を承諾したりや否やに付ては民法第四百六十七條第一項に所謂第三者に該當するを以て同條項に因り他の債務者に關する債權の讓渡を争ひ得べく讓受人は之に對し讓渡の効力を主張し得ざるものとす(名古屋控民、法七一二、二四)

一五 債權者を指名し且つ所持人にも辨濟すべき旨を定めたる債權は無記名債權と異り其債權證書を所持する一事を以て常に必ずしも其者を正當の權利者なりとする事を得ず(四三、八、二)

第六四條

六、神戸地休暇三、法六七二、一六）
 一六 債權の發生前に於て譲渡契約を締結したる場合と雖も當事者の意思が債權發生し其移轉の可能となることを條件として譲渡の效力を生せしめんとするときは結局當時移轉の不能なる一事を以て其契約を無効とするを得ず（四三〇二一、四三三、二、一〇、大審民一）
 一七 民法に於ける債務者が異議を留めずして債權の譲渡を承諾したるときは譲渡人に對抗することを得へかりし事山あるも之を以て譲受人に對抗することを得ずとの規定は譲渡の目的となりたる債權が譲渡人と債務者間に一旦存在したることを前提とする法意にして未だ會て存在せざる債權は之を包含せざるものとす（長崎地民二、法七〇九、二四）

第六九條

録

一八 假令虚偽の意思表示に因る債權なりとも之を善意の第三者に移轉したる場合には其無効を對抗し得可き限りに非ざるを以て如此事項は民法第四百六十八條第二項規定の所謂譲受人に對抗し得可き事山中に包含せざるものと解釋するを相當とす（青森地弘前支部、法六五五、一五）
 一九 指圖債權は所謂證券的債權にして證券を離れては其權利存在せざるを以て證券の存在は實に指圖債權成立の要件なりとす（廣島控民、法七七七、二三）
 二〇 賣買契約不履行に基く損害賠償請求權を當事者の一方より讓受たりと主張する者は該契約自體に付き直接の利害關係を有する者に非ず換言すれば契約に因り直接に生したる權利を取得したるに非ずして契約不履行の事實を前提とする損害補償の權利を承繼したりと主張するに過ぎず而して右契約が真正に成立したるものに非ざるときは不履行に因る損害の賠償請求權を發生するの理なく隨て讓受人は虚無の權利を讓受けたる者と謂ふべきも民法第九十四條第二項に所謂虚偽の意思表示に對する善意の第三者と稱するを得ざるものとす（四四〇九一、四四、

四、一八、大審民一、法七一五、二五）

第五節 債權の消滅

第一款 辨濟

第四七條

一 信託行爲は債權者か外部に對する關係に於て其權利を處分し辨濟に充當したる限度に於てのみ債權は消滅するものとして當然信託行爲の目的たる權利が債權者に移轉し債權消滅の効力を生ずる者に非ず（四四、九、二六、東京控民一、法七五四、二一）
 二 他人の債務を辨濟するの責に任する法律關係としては保證債務者に代りて辨濟を爲すの契約債務の引受又は債務者の更替に因る債務の更改あり而して當事者以外の第三者か債務者に代りて辨濟を爲すことは債務者に於て反對の意思を表示せざる限り法律の認許する所にして第三者か債務者に對し債務者に代り辨濟を爲すべきことを豫約したる場合に於ても亦同一の精神に基き債務者の反對なき限りは其契約を有効とすることを要し之を爲すに付き特に債務者の承諾を必要とすることなし故に債務者に於て反對の意思を表示せざる第三者辨濟の豫約は債權者と第三者との間に於て有効に成立したる獨立の契約にして第三者は此契約に因り絶對に羈束せられ債權者の請求に對し契約の目的たる辨濟を爲すの義務あるのみならず此義務は辨濟の豫約に因りて當然生ずるものにして賣買の豫約の如く更に當事者の一方より契約を完結する意思の表示を爲すの必要なし何となれば辨濟の豫約に在りては其豫約の當時既に契約の目的たる辨濟に付き當事者双方間に意思の合致あり賣買の豫約の如く當事者一方のみに其の賣買の意思ありて相手方は未だ其意思を決定せざる場合と全然其性質を異にするものなればなり（四四〇二七八、

第四條

三 民法第四百八十一條第一項に「支拂の差止を受けたる第三債務者が自己の債權者に辨濟を爲したるときは差押債權者は其受けたる損害の限度に於て更に辨濟を爲すべき旨を第三債務者に請求するとを得」とありて此規定に依れば支拂の差止に拘はらず其債權者に辨濟を爲したる第三債務者は差押債權者に對しては其債務が消滅したることを主張することを得ざるものと謂はざるを得ず而して辨濟は直接に其債權者に爲したる場合なると債權者の權利を行ふ者に對し之を爲したる場合とに因り差異あることなし何となれば右の規定の趣旨は第三債務者をして其債務に付き差押債權者に損害を生ずべき處分を爲すことを禁せしむるに在るを以てなり支拂の差止方法に付ては民法上何等の定なきも本條の適用は債權者か其債務者に屬する債權に依り辨濟を要求する場合に在るを以て債權者か第三債務者に對し債權の差押又は假差押を爲したるときは所謂差止行爲ありたるものと解すへし(四三〇三八三、四四、五、四、大審民聯合、法七二二、二七)

第四條

四 債權證書は債權者か債權證明の用に供するために債務者をして作成交付せしめたるものに外ならされは其證書の所有權は當然債權者に存し債權者は自由に證書を處分し得べきものとす而して民法第四百八十七條は債務者か債務の全部を辨濟したるときは債權證書は既に效用を了りたるものなれば之を債權者に於て所持するの必要なく又辨濟終了したるに拘らず依然證書を債權者の手中に存せしむれば或は再度之を利用するの虞れなきに非ざるを以て債務者は其證書の返還を請求することを得べく債權者は之に對して證書を返還すべき義務ありと規定したるに過ぎず故に同條に依り直ちに證書は當初より債務者の所有に屬し債務の辨濟あるまで之を債權者の手に保管せしめたるものなりと解するを容さず(四三九一五九五、四三、一〇、一三、大審刑二、法六七七、一八)

第四條

五 二個の債權の中一個の債權の存在に付き當事者間に争ひあり且つ何れの債權に對し辨濟せられたるやとの點に付き争ひとなりし場合に於て裁判所か果して何れの債權に付て辨濟を爲したるやを決するには先づ其争ひある債權の存在を決し然る後辨濟の充當に關する當事者の立證責任を定むべきものとす(四五、一、二五、東京控民一、法七七八、二二)

六 債權の辨濟方法として債務者より債權者に扶助料の受領權限を委任し其委任に基き受領したる金員は貸金の元利に充當する旨の契約は違法に非ず(四四、一〇、一六、東京區、法七四八、二二)

第四條

七 債務者は數個の債務に付き元本の外利息を支拂ふべき場合に於て辨濟者か其辨濟を充當すべき債務を指定することなく其債務の全部を消滅せしむるに足らざる給付を爲し而して辨濟受領者か其辨濟の充當を爲さるときは之を以て先づ利息に充當し然る後法律上の充當の認定を準用すべきものとす(四四、一二、一二、東京控民一、法七七二、二二)

第四條

八 制限外の利息に關する契約は無効なるか故に法律上の充當の場合に於て制限外の利子に付き有効に充當し得るものとなしたる判決は不法なり(四三〇一八三、四三、二二、一〇、大審民一)

九 既濟に屬する利息は利息制限法に従ひ引直すべきものに非すと云ふは合意支拂を了したる場合を云ふものにして法律上充當を爲す場合に於ては其適用なきものとす(四四、一一、二七、東京控民二、法七六一、二二)

第四條

一〇 辨濟の提供は單に債務の不履行に因りて一切の責任を免れしむるに止まり假令提供ありと

第九條 第三四

第九條 第四

- するも之か爲め辨濟の義務を免脱せしむるものに非ず(東京地民四、法七七七、一九)
- 一 辨濟の提供は債務の本旨に従ひて現實に之を爲すことを要するを以て債務の全部を消滅せしむるに足らざる辨濟即ち一部辨濟の提供は苟くも債権者の承諾なき限りは債務の本旨に従ひて爲す辨濟の現實なる提供と爲らす従て債権者か一部辨濟の受領を拒みたる爲め債務者に於て之を供託するも其供託したる部分に相當する債務を免かることを得ざるの筋合なりとす(四〇一七、四四、一一、一六、大審民一、法七六七、二六)
- 二 提供なる文字は法律上一定の用例あれとも一般世人の間に於ては必ずしも一定の用例あるに非されは契約證書に於ける該文字を解釋するに當りては其全體の趣旨に依り其意味を定めざるべからず(四四、一一、一七、東京控民二、法七七二、二二)
- 三 辨濟の提供は債務の本旨に従ひ現實に之を爲すことを要すれとも小額の金錢債務にして而も遠隔且つ不便の當事者間に在りては郵便爲替券及び其端金に付ては郵便切手を送付し依て以て之を金員辨濟の方法に供するか如きは取引一般に行はるる慣例なりとす(大阪地民二、法六二八、一一)
- 四 金錢の多大なる取引に付ては現金を携帶運送するに於て少からざる不便と危険を感じるに より可成現金の移動を爲さす必要の際直ちに之を提出し得べき手續を整ひ而して其受領を相手方に求めたる時は之を以て現金の提供ありと看做すは現時取引の状態に適合せるものとす(四三、一〇、一一、東京控民二、法六八七、二二)
- 五 地代の供託及び通知は辨濟準備の通知として現實の提供と同じく債務不履行の責を免れしむる效力あるものとす(東京控民二、法七四二、二二)

- 一六 供託に因り債務を免れんとするには先づ以て其供託者に於て其盡す可きことを盡したることと即ち債務の本旨に従ひたる提供を爲すことを要し提供を爲したることなき者は縱令供託を爲すも其供託は何等の効果を生ずるものに非ず(四四、一一、一一、大阪控民二、法七五七、二四)
- 一七 債務者の爲めに辨濟の目的物を供託して債務を免れたる辨濟者は債権者をして其の供託物を受領せしむべき状態に置くの義務あるものとす而して供託に依りて債務を免れたる債務者は供託の通知と共に金庫か受領を證明したる供託書を遅滞なく債権者に交付すべき義務ある者とす(四三、五、一一、東京控民一、法六六四、一五)
- 一八 債権の代位辨濟は債權移轉の一種にして特定承繼に外ならされは前主たる債権者の差押又は配當要求の效力は當然代位者に及ぶものにあらず(大阪地民二、法七六六、二〇)
- 一九 自己の財産を以て他人の債務の擔保に供したる者か債務を辨濟したる場合に於ては其債務の保證人に對しては民法第五百條及び第五百一條所定の如く當然頭數に應じて債権者に代位するを得ることは民法施行前に在りても是認せられたる條理にして明治八年第三百三號布告第三條の規定に依り行はれたる法則なりとす(四三〇二七六、四三、一一、一四、大審民二、法六八三、二七)

- 二〇 代位訴訟は債権者か其權利の効力として保有する自己固有の訴權を行使するものにして債務者の行爲を代理するものにあらず又代位訴訟は債権者に於て債務者か第三債務者に對して有する權利を行使するものなれば其求むる所は第三債務者の給付又は表意たるべきは勿論なりとす(四四、一、三一、大阪控民二、法七〇一、二五)

第五條

- 二 民法第五百一一條第一號に依り抵當權の目的たる不動産の第三取得者に對し債權者に代位したる保證人は明治三十九年法律第五十五號に依り第三取得者に代位して登記を申請することを得(四四、六、一七、法曹會決議、二二卷一〇號)
- 三 保證人又は抵當不動産の第三取得者の如き他人の債務を辨濟するに付き正當の利益を有する者が民法第五百四條に依り其免責を得るには債權者が故意又は懈怠に因り他の擔保權の全部又は一部を喪失し因て以上の代位を爲すべき者をして償還を受くる事能はざるに至らしめたる事實あることを要す(大阪地民二、法七〇三、二二三)
- 三三 民法第五百四條の規定は代位を爲すべき者をして喪失又は減少したる擔保に付き償還を受くること能はざる限度即ち其擔保の價格に應じて其責を免れしむる法意なるか故に代位を爲すべき者に於て殘留擔保により償還を受くるに十分なる場合に於ても本條の適用ある者とす(四三、四、二七、宮城控民、法六四八、一三)
- 三四 民法第五百四條は債權者の故意又は懈怠に因りて其擔保を喪失又は減少したるときは代位をなすべきものをして喪失又は減少したる擔保に付き償還を受くること能はざる程度に應じて其責を免れしむる規定なるを以て代位をなすべき者は殘留擔保に依りて償還を受くることを得るや又は連帶債務者に對して償還を求むることを得るや否やを問ふの要なし(四三、四、二七、宮城控民)

第二款 相殺

第五條 民法第五百五條に所謂辨濟期とは債權者が辨濟を請求し得べき時期を指稱するものにして債

第五條

- 務者が遲滞に付せられたる時期を指稱するものにあらず(四三、二、二四、東京控民一、法六五二、一一)
- 二 適法なる相殺は辨濟と等しく債權消滅の一原因なるを以て其債權關係は相殺に因り絶對に消滅すべく當事者か之を取消し相殺以前の狀態に回復せんとするも其合意は法律上許容すべきものに非す(名古屋控民、法六八五、二六)
- 三 相殺は相殺を爲すに適したる始めに遡り效力を生ず可きものとす(東京地民一、法六四四、一一)
- 四 判決に依り確定したる請求に關し債務者が異議を主張すべき口頭辯論の終結前に於て債務者に對して負擔する債權者の債務が相殺に適したりとするも債務者が相殺の意思を表示せざる限りは債權者の債務は消滅するものに非ざるか故に異議の原因未だ發生せざる者とす(四四、六、二四、東京控民三、法七四一、二二)

第三款 更改

第五條

- 一 更改契約の債務の要素とは債務の存立に缺くへからざるものを謂ふを以て要素を變更したるものと認め得ざる契約は縱令當事者に於て其效果を生ずるものなりとの一致の意見を有したりとするも更改の效力を生ずることなし(四四、二、一六、東京控民一、法七〇七、二三)
- 二 手形債務を其満期日前に消費貸借に更改したる契約は手形金額償還の義務確定せざるものを以て消費貸借の目的と爲したるものなれば該契約は效力を生ぜざるものとす(大阪地民一、法七〇五、二四)

- 三 更改は當事者の表意により其の效力を生ずるものなれば手形を未だ振出人に返還し居らざることは更改の效力を妨げざるものとす（大阪控民二、法七四一、二五）
- 四 債務の目的たる物の數量を變更したるときは舊民法と異なり現行民法の解釋としては更改契約成立するものと爲すを相當とす而して新舊債務の履行に因りて受くる經濟上の利益が同一なることは其更改契約の成立を妨ぐるものに非ず（四四、六、三、東京控民一、法七二六、二二）
- 五 三口の債務を二口に改めたるときは假令當事者に變更なしとするも更改契約は成立するものとす（前橋地民、法六九一、二六）
- 六 債務者の交替に因る更改は新債務者と債権者との合意により成立するものとす（四三、一一、五、東京控民二、法六八四、二二）
- 七 債権者の交替に因る更改は新舊債権者及び債務者の三者の合意に依て成立し債權讓渡の場合には新舊債権者のみの合意に依て成立し得べく又債權讓渡の場合には舊債権者の債權其ものを新債権者に讓渡するに在れども更改に在ては舊債權の消滅を條件として全く新なる債權の成立するものなる等彼は全く其性質を異にする別個の法律行爲なりとす（四三〇一三、四三、二、一〇、大審民一、法六二九、一七）

第四款 免除

條一第五
九 代位者は實體上債権者の權利を承継するものにあらざるも民事訴訟法第五百十九條の意義に於ける特定承継人と云ふことを妨げず故に同條に依り承継の證明書あるときは執行文を付與し得るものとす而して承継の證明書は民法第四百九十九條、第四百六十七條に依り債権者の承諾

書並に債権者より債務者に對する代位の通知書又は債務者の代位承諾書を包含すべきものとす（四三、八、五、民刑六四二、民刑局長回答、法六六四、一一）

二 債權の拋棄即ち債務免除の意思表示は債権者より債務者に對して之を爲すに非されは其效力を生ぜざるものとす（四三、一、二九、東京控民一、法六三五、一三）

第五款 混同

條二第五
〇 一 所有權と買戻權とは混同に因りて消滅すべきものに非らず（四四、二、二一、新潟地民、法七一五、二三）

第二章 契約

第一節 總則

第一款 契約の成立

- 一 契約の申込たるには契約の成立に必要な一切の内容事項を包含し相手方か之に應じて承諾するときは直ちに契約を成立せしむべきものたらざる可らざると共に之に對する承諾は申込に符合するものならざる可らず（安濃津地民、法七〇二、二五）
- 二 双務契約當事者の一方か其債務を履行せざるときは該契約の利益を享受すべき第三者の權利發生したる後と雖も契約當事者間に於ては不履行を原因として契約の解除を爲すことを妨げざるものとす（四三、一一、二二、東京控民三、法七〇八、二二）

- 三 所謂立身の上辨濟すとは單に一二の債權者に對して其債權の辨濟を爲し得るのみを以て足れりとせず比較的多くの債務を履行し得る程度まで其の資力を回復したる場合を指稱するものとす(四三、六、三〇、東京控民二、法六六二、一一)
- 四 工業者が業務の進歩製品の改良を圖るか爲めに其同業者間に或規約を設け互に之を遵守すべきことを盟ひ若し其目的を阻害する不信任者と認むる者あらは之と取引を爲さざることを決議し其決議の違背に對し罰款を約したりとて結約者の營業上の自由を絶對に束縛するに非ざる以上は公の秩序に反し善良の風俗を害するものと云ふを得す(四三〇五二、四三、三、四、大審民二、法六三一、一七)
- 五 大阪府令の講會取締規則は行政上の取締の目的を以て制定せられたるものにして之れに違反して所轄警察署の認可を受くることを懈怠せる事實ある頼母子講は單に其違反者に對し同府令に定むる所の制裁を加ふ可き原因たるに止り講契約其者の成立には何等の影響なし(四三、四、二二、大阪地民二、法六四二、一一)
- 六 金銭貸借の擔保として債務者が頼母子講掛込債權を債權者に讓渡したるときは擔保の性質に反せざる限り債權讓渡の效力を認むべく債務者に於て借受元利金を辨濟したるときは擔保たる頼母子講掛込債權の讓渡を得べく而して右掛込債權の讓渡を受けざる以前に於て債務者が破産したるときは破産管財人は右讓渡の效力を無視して讓渡に係る掛込債權を破産財團に編入し直に處分し得べきものに非す(四三、三、八、山口地民、法六三八、一三)
- 七 頼母子講員の交替は當事者全體の合意あれば之を許すべきものとす而して拂込債務は落札金受領の後に於て始めて發生するものに非らずして講契約の締結と同時に發生すべきものなり

(四三、三、九、大阪控民二、法六三四、一四)

- 八 頼母子講の世話人が落札講員に對して其講金受領に因り成立したる消費貸借の辨濟を請求する訴を提起し得るには講員全體の同意あるを要するや否やの争點に對して裁判所か世話人を以て講の規約上講員の同意を要せずして如上の訴を提起するの權あるものと爲し其名に於て提起したる訴の請求を是認したる場合に於ては裁判所は世話人を以て講員の訴訟代理人として訴を提起したるものと視たるに非ざること明白なれば講員より世話人に對する訴訟委任の有無及び其方式に付云爲する上告論旨は判旨に副はざるの攻撃にして上告の理由となるべきものに非す(四四〇八三、四四、六、二七、大審民一、法七三一、二五)
- 九 無盡講の割戻金は講會の際掛金を爲したる者に於て其都度之を取得すべきものたるは無盡に於ける一般の通則なるを以て其取得は無盡の講員たることを前提とす而して掛金意納の爲め爾後の總掛金相當額を一時皆濟すべき義務の生じたるときは當然無盡脱退の結果を惹起するものとす(東京地民三、法七二七、一九)
- 一〇 頼母子講に於ける講員相互間の權利關係の消費貸借の關係なることは其通有の性質たるに止まり必然的に消費貸借の關係たることを要するものにあらざるを以て頼母子講の講員は其規約を以て特に相互の關係を定め之に消費貸借以外の性質を有せしめて當籤者の權利義務を定むるは固より隨意なるを以て各個の場合に於て當籤者の義務は純然たる消費貸借に基づく借入金返還の義務なるか若しくは別種の法律關係より生ずる義務なるやを規約の趣旨に従ひ判斷するは事實裁判所の職權に屬す(四三〇四一二、四四、三、二七、大審民二、法七〇九、二五)
- 一一 頼母子講の所有不動産を信託行爲として其講主名義に登記しある時は内部關係に於ては講

主は何時にても講會の請求により所有名義變更の登記を爲さざる可らざるも第三者に對する外部關係に於ては講主は完全に其所有權を取得する者なるを以て第三者より講主個人に對する債權の爲め該不動産に強制執行を爲すも何等違法にあらず（大阪地民二、法七九四、二四）

一三 頼母子講に於ける講員相互の權利關係は消費貸借の性質を具有するを通例とし規約を以て特に講員相互の權利關係を定め之に消費貸借以外の性質を有せしむることを得故に頼母子講に於ける當籤者及未當籤者の債權債務が果して消費貸借の關係に基くものなりや將た組合類似の關係に基くものなりや又其權利關係は當籤者を債務者とし未當籤者たる他の講員との間に直接に成立するや或は其兩者間に講總代の如き者の介入して權利關係の成立するものなりや否やは事實裁判所か各個の場合に付き當事者間の規約に従ひて判斷すべきものにして法律上一定したるものあることなし（四四、五一、五二、四四、一一、八、大審民二、法七六六、二五）

一四 無盡講の世話人又は金子預入の如き者か業務執行者の地位に在る場合に於ては其權限及び選任方法は一に當該講會の規約に従ひて之を定むべきものにして若し其規約に於て權限の定めあるも選任方法に付き何等の定めなきか如き場合に於ては其地位權限の如何を審究して選任方法

法を制定すべきものとす又無盡講の金子預入の選任に付ては組合の規定に準據して講員過半数の決議に依り之を爲すべく未當籤者のみの決議に依り之を爲すべきものに非ず（宮城控民、法七九一、三二）

一五 凡そ契約の効果は特別の規定なき限りは當事者間に限られ第三者に及ぼさざるを以て委任者と受任者との契約を以て第三者に對抗し得ざるものとす（長崎控民二、法六五三、一四）

一六 第三者か債務者をして其債權者に對する債務の不履行を約束せしむるは善良の風俗を害するものにして法律上無効と看做さるへからず從てこの約束を履行せざる場合に違約金を支拂ふへしとの約束も亦許すへからざるものにして法律上無効なり（四四、三、一六、東京控民三、法七二一、一九）

第二款 契約の效力

第五三條 一 双務契約に於て當事者の一方は相手方か其債務の履行を提供するまで自己の債務の履行を拒むことを得るは民法第五百三十三條の規定する所にして此同時履行の抗辯は當事者の一方か會て一たび履行の提供を爲したることあるも其提供にして繼續せざる以上は相手方に於て主張することを得るものとす蓋し民法第四百十三條及び第四百九十二條に依れば双務契約に於て當事者の一方か履行の提供を爲し相手方か之を受領せざる時は相手方は之に因り遲滞の責に任し提供者は不履行の責を免かるものなりと雖も是れ皆提供者の債務に關し生ずる效果にして相手方の債務は之れか爲め何等の影響を受くるものに非ず相手方か有する同時履行の抗辯は其債務の履行に付き與へられたる一の擔保にして其の履行を求めらるるに當り常に提出することを得

るものなるか故に他の一方の履行の提供が繼續する場合は格別然らざるときは之れに依り其履行を拒むことを得るものと爲さざるへからず然らざれば他の一方か一たび履行の提供を爲したる後無資力の状態に陥ることあるも相手方は必らず其債務の履行を爲さざるへからずして甚しき不公平の結果を觀るに至るへし而して同時履行の抗辯提出せられたるときは起訴者は自己の債務の履行と引換に非されは相手方の債務の履行を求むることを得ざる筋合なるか故に單純に相手方の債務の履行を目的とする其の請求の全部は之を認容することを得ずと雖も自己の債務の履行と引換に相手方をして其の債務の履行を爲さしむることは其の請求中に包含せらるるものと認め得べきを以て裁判所は此の如き場合に於ては起訴者の請求を全部排斥することなく双方債務の履行を引換にて相手方に其履行を命する所の裁判を爲すを至當とす（四四〇三二六、四四、一二、一一、大審民二、法七六四、二五）

二 當事者の一方か他の一方に對し所有權移轉登記手續を爲すべき義務を負ひたる場合に在りては其義務履行の當時目的物に付き所有權を有せざる一事は義務履行の絶對的不能の原因と爲らざるを以て其義務履行の責を免かれず從て法律上爲し能ふ限りは其義務を履行するに必要なる行爲を爲すべきを當然の法則なりとす（四四〇一五一、四四、六、八、大審民一、法七三〇、二七）

三五 電燈業者と電燈需用者との間に締結する電燈供給契約は前者が電光を供給することを約し後者か之れに對する報酬を支拂ふことを約するを以て其主要なる内容と爲すは言を俟たざる所なりと雖とも其供給の設備に要する屋内線若しくは電球の如き必ずしも當然電燈業者か之を備付け且無償にて使用せしむべきものに非されは必ずや之に關しても電燈供給契約に於て約定する所

無かる可らず普通見る所の事例の如く電燈業者より之を賃貸するものならんか其賃貸借に關する約定も亦固より電燈供給契約の内容の一部を成し隨て電燈業者は電燈供給契約より生ずる當然の効果として其賃貸する屋内線等に付き瑕疵擔保の義務を負擔せざる可らず此の如く電燈業者は電燈供給契約の内容如何に依りては特約あるを待たずして當然如上擔保義務を負擔すべきものとす（四二〇四一三、四三、四、二一、大審民一、法六四五、一七）

三五 民法第五百三十七條は契約に因り當事者の一方か第三者に對して或る給付を爲すべきことを約したる場合の規定にして第三者か給付を受く可き債權關係は當事者との間に於て未だ會て存在せざるものなることを必要とし契約當事者の一方か他方の者に對し既に負擔せる債務を他方か引受けたる如き場合は同條に該當せず（大阪地民二、法六八四、二四）

五 民法第五百三十七條は當事者の一方か第三者に對して或給付を爲すべきことを約したる場合に於て第三者か債務者に對して直接に契約の目的たる給付を請求する權利即ち債權を取得するに至るものなれば第三者か給付を受くべき債權關係は當事者との間に未だ嘗て存在せざる所たらざる可らず若し債權關係にして既に存在するに於ては同條を適用すべきものに非ざることとは同條の解釋上一點の疑を容れざる所なり（四四、一二、二三、大阪控民二、法七六八、二二）

六 第三者の利益の爲めにする契約の場合に於て第三者か權利を取得するには受益の意思を表示することを要するも其權利取得の原因は該契約にして受益の意思表示は權利取得の條件たるに止まり其原因の全部若くは一部にあらず（四四、五、二〇、法曹會決議、二一巻八號）

三五 反對給付の存する契約も亦第三者の爲めに締結し得べく利益享受の意思表示ありたるときは債務者は第三者に對し其反對給付を請求し得るものとす（四四、三、一三、東京控民三、法七

二五、一九)

第三款 契約の解除

第五〇條

- 一 當事者の一方が契約に因り解除権を有する場合に其解除を爲すに方りては單に相手方に對し其旨の意思表示を爲せば足り特に之が請求を爲すの要あるものに非ず(東京控民一、法七一七、二〇)
- 二 契約の合意解除を爲したるときは契約不履行に因る損害賠償の請求を爲すことを得ず(四四、一一、一八、東京地民三、法七六九、二一)
- 三 契約解除の意思表示は其原因を明示することを要する旨の規定なきに依り其原因を明示せざるも之を以て其意思表示を無効なりと云ふを得ず(名古屋控民、法七八一、二八)
- 四 契約解除の意思表示は必ずしも單純に之を爲さざる可らざるものに非ず解除権者に於て履行の請求と同時に豫め相手方の不履行を條件として之を爲すも有効なりとす(四四、六、一三、京都地民、法七三〇、二五)
- 五 契約は法律に規定せるか又は契約に定めたる場合の外解除することを得ざるものとす(四四、一〇、一一、東京控民三、法七六四、二〇)
- 六 月賦金の延滞ありたる爲め月賦契約を取消して全額を請求するは債権者の權利に屬するを以て債権者か其の權利を行使せざる限りは月賦契約は依然存続すべきものとす(東京控民二、法六六八、一一)
- 第五七 民法第五百四十一條に規定したる相手方に對する債務履行の爲めにする相當の期間は必ずし

第四一條

- も常に明示を要するものにあらず(四四、一一、一五、横濱地民一、法七六七、一九)
- 八 契約解除の前提として爲すべき債務履行の催告は債務の不履行ある場合に之が履行を促す目的に出づるを以て苟くも債務者に不履行の事實ありて其債務に關する履行の催告なることを認め得べき場合に於ては假令當事者間に債務額に争ひあるか爲め多少實際に副はざる數額に付き支拂を求めたりとするも此の一事を以て直ちに其催告は不合法にして法律上の效力なきものと云ふを得ず(東京控民二、法七五五、二二)
- 九 期間を定めて契約履行の催告を爲すと同時に其期間内に履行なきときは契約を解除する旨の意思表示を爲すは法律の禁止する所に非されは此場合には其期間の經過に因り契約解除權發生すると同時に契約解除せらるゝものとす(四五〇一一、四五、五、四、大審民二、法七九二、二六)
- 一〇 契約當事者の一方が民法第五百四十一條に依り爲す所の契約解除は必ずしも催告を爲すに方り定めたる期間内に相手方が債務を履行せざるを待て始めて爲すことを得るものに非ず其期間内に履行せざることを條件として催告と共に爲したる解除の意思表示も亦有効なりとす何となれば是れ法律の禁する所に非ざるのみならず其意思表示は其條件成就し解除權の發生するに至て始めて其效力を生し其前に遡りて效力を生するに非されは解除權發生後に於て爲したると債務者の利害上何等擇む所なければなり(四三〇二九四、四三、一一、九、大審民二、法六九五、二七)
- 一一 契約履行の催告は契約の趣旨を超過したるか爲め常に無効となるものに非すと雖も相手方に於て其負擔せる債務のみの履行を以てしては催告者か之を受領せざるべきこと明かなる場合

にありては其催告は契約解除の前提要件として效力を有するものに非ず（四三、三、一二、東京控民二、法六四〇、一三）

一三 双務契約に付き義務不履行を原因として契約を解除するには特別の場合を除く外豫め相當の期間を定め其義務の履行を催告すべきものなるを以て若し其催告期間にして不相當なるときは之に應せざりしことを理由として契約解除の通知を爲すも法律上其效力を生ずべきものに非ず而して契約解除の効果は各相手方を原状に回復せしむべき債權債務の關係を生ずるに過ぎずして其契約の結果授受したる物件に付き所有權を復歸せしむ可きものに非ず（鹿兒島地民、法六四八、一四）

一四 或著作物發行に就き著者が甲發行者に其著書を發行せしむべき旨契約し甲發行者に於て該著書發行の廣告を爲したる後乙發行者が該著書發行の廣告を爲したりとするも之を以て甲發行者は乙發行者に對して損害賠償を請求し得べきものに非ず（東京地民三、法七一、二一）

一五 注文者が民法第五百四十一條に依り請負人の債務不履行を理由として解除の意思表示を有したる場合に於て請負人に債務の不履行を責むべき事實なきときは請負債務は依然として其效力を有するものとす又其既に無効に歸したる解除の意思表示を以て同第六百四十一條に依る解除の効を生したるものと爲すを得ざるものとす（四三オ三八六、四四、一、二五、大審民二）

一六 契約が解除され主たる債務が消滅したる場合に於ても其解除の原因が債務者の事由の爲めなるときに於ては已存の損害原因の爲めに生したる損害に付ては債權者が要償權を拋棄したるとの見るべきものなき限り債務者及保證人は其賠償の義務あるものとす（四三、四、六、神戸地民一、法六四一、一四）

第五條四

第五條四

一六 契約解除の効力は相手方を原状に回復せしむる義務あるに止まり買主が製作行爲に因り新に取得したる所有權を當然賣主に移轉せしむる效力あるものに非ず（廣島控民、法七二四、二二）

一七 契約の効力は履行後尙ほ存続するものなるを以て當事者が契約履行後將來に向て契約の效力を消滅せしむる合意を爲すも之を以て不能の事項を目的とするものと云ふを得ず從て其合意は有效なり（四二、一〇、一二、東京控民一、法六四〇、一一）

第五條四

一八 民法第五百四十八條第一項の規定は契約當事者一方の解除權行使に依り相手方を原状に復せしむるに付不確實なる損害賠償の方法に依るの外適當に其目的を達すること能はざるに至りたるか如き場合を豫想したるものなれば契約の目的物數多ある場合に其中重要ならざる僅少の部分に加工して之を他の種類の物に變し又は之を返還すること能はざるに至りたるも尙ほ多大の部分残存し一般取引の觀念に於て原状回復の目的を適當に達することを得べきときの如きは同法條の規定に依り解除權を消滅せしむる法意にあらすと解するを當然とす（四四オ三六四、四五、二、九、大審民二、法七七四、二五）

第二節 贈與

第五條四

一 贈與か不動産上の物權の移轉を目的とする場合に於ては民法第七十六條の規定に依り贈與契約の成立と同時に效力を生じ其間に履行ありたるものと認むべきものなるを以て其後の取消の意思表示は其効なきものなり（大阪地民一、法七八七、二一）

二 甲者より乙者に財産を贈與するに當り乙者の濫費せんことを憂ひ丙丁等の名に於て之を受け

同人等は乙者の爲めに其財産を保管し甲者の委託せる範圍に於て適當の措置を爲し乙者をして該財産の収益より安穩なる生活を得せしめんとする約旨に依る贈與契約に在りては右丙丁等に於て甲者に對し之が交付を求むるは格別乙者は自ら直接に之が交付を甲者に請求することを得ず(四三、四、九、東京控民二)

第五〇五條

- 三 贈與は當事者の一方か自己の財産を無償にて相手方に與ふる意思を表示し相手方が受諾を爲すに因りて成立し目的たる財産を贈與者より受贈者に引渡して其履行を終はるを通例とするものなれば民法第五百五十條の適用上贈與の履行の終はりたるや否を決するには不動産の所有權移轉を目的とする單純贈與に於ては其目的たる不動産を贈與者より受贈者に引渡したるや否に著眼することを要し不動産の引渡ありたるときは贈與の履行は終はりたるものにして其の取消を許さるるものと謂はざる可からず而して所有權移轉の登記の如きは贈與の成立に關係なく第三者に對する關係上贈與者は受贈者の請求に應じて其の手續を爲すべきものにして當事者か其手續を爲すに付て特に約する所あると否とを問はざるを以て偶々當事者に於て贈與と同時に登記手續に付て約する所あるも之が爲め登記か贈與の内容を成し之を爲すに非されは其履行の終はりざるものと謂ふことを得ず(四三、一七四、四三、一〇、一〇、大審民二、法六七四、一七)
- 四 民法施行前に在りては書面に依らざる贈與は各當事者に於て之を取消すことを得べき法規及び慣習なく條理に於ても之を取消すべき理由なきを以て其當時に爲したる贈與は書面に依らざるも之を取消すことを得ざるものと解するを相當とす(東京控民一、法六七二、一一)
- 五 書面に依らざる贈與は履行の終りたる部分の外各當事者間に於て之を取消し得べきことは民法第五百五十條の明に規定する所にして當事者の一般承繼者たる相續人に於ても亦右の取消權を行使し得べきことは相續法の原則に照して疑無き所なりとす(四四、五、一一、東京地民四、法七二四、一一)

を行使し得べきことは相續法の原則に照して疑無き所なりとす(四四、五、一一、東京地民四、法七二四、一一)

第二節 賣 買

第一款 總 則

第五五條

一 人體若くは其一部を組成するものを契約の目的と爲すを得ざることは明かなれとも既に人體より取離されて一個の物品として存在するに至りたる以上は之れを以て賣買の目的と爲すことを得從て縱令人體と雖も人體より取離されたる以上は賣買の目的と爲すことを得るものとす(四三、七、一、熊本地民、法六五五、一三)

第五六條

二 賣買の豫約か民法施行前に係るも之に基き賣買を完結したるは民法施行後に係れる場合に於ては賣買豫約の效力及び賣買完結行爲の效力は其の當時の法律たる民法の規定に從て其效力を判斷すべきものとす(四三、一〇、八、東京控民一、法六八二、二三)

第五七條
餘錄

- 三 手附金ある賣買に付き賣主は先づ手付金のみの請求を爲すは契約の本旨に從ふものにして買主は法律上之を拒斥すべき理由なし(函館地民、法七六四、二四)
- 四 賣買契約は同時に履行せらるべき双務契約なるを以て若し適當の時期に於て當事者の一方か相手方に對し同時履行の抗辯を爲したるときは相手方は先づ自己の債務の履行を提供したる後に非されは他方に對し履行を求むるを得ず(四三、一〇、二二、東京控民二、法六八七、二二)
- 五 賣主か賣買の目的物たる藪を買主に賣却契約を爲したる後更に他人に賣渡し又は其藏置の場所を他に移轉したる等の事實ありとするも其藪の形體を失却したるか若くは他の同種の物と混

和して區分するを得ざるに至らざる限り判決の執行不能となるべき物の滅失なりと云ふを得ず
 (長野地松本支部、法七九九、一二一)

六 賣買契約と質戻契約とを併せて締結したるときは債権の消滅を來さしめざる以上は債務を擔保する目的を以て之れよりも著大なる効果を有する權利移轉を爲し且つ債權辨濟の場合に容易に之を復舊することを得べきものにして能く信託的讓渡に因る擔保の目的を確實ならしむることを得べく又買戻期間内賃借借契約を結び利息に相當する金額を賃料として債務者より支拂ふときは債權行使の方法に於て遺憾なきものとす(四五、三、一四、東京控民一、法七八五、二一) 猶ほ信託的讓渡に付ては民法第九十四條の部を参照すへし(編者)

七 他人に賣渡したる物品が未だ買主に引渡さざるときと雖も賣主に代金請求權の確立せる以上は其の賣買の目的物の價額が騰貴するも將た下落するも通常賣主に損益なきものなるか故に買主が目的物を引取らざるも價格の低落其ものに因りて賣主に損害を生じたるものと認むるを得ず而して買主が目的物を引取らざる爲め賣主に於て倉敷料其の他の保管料を出捐したりとせば其部分に付ては賣主は買主が引取らざる爲め損害を生じたりと謂ひ得べきも目的物を引取らざる爲め賣主は賣買價格と低落したる價格との差額の損害を被りたりとは云ふことを得ず(大阪地民三、法七九〇、二〇)

八 不動産の賣買當事者以外の者が自己の所有權を主張し其賣買に關する所有權取得登記を抹消せんとする場合に於ても抹消の登記義務者たる者は買主として所有名義人となりたる者にして賣主たるものは登記義務者に非ず(東京控民二、法七九七、二二)

九 賣主が不動産の賣買は假裝的のものにして其所有權買主に移轉せざるか故に登記簿上に於ける所有名義を回復せんとする訴に於ては賣主は其賣買無効なるを以て之に基く所有權移轉登記も亦無効にして存在す可らざるものなりとの理由に依りて其抹消の登記手續を爲すべきことを請求すべきを至當とす而して買主は賣主に對して所有權移轉登記を爲すべき旨の契約を爲したりとするも其所有權が本來買主に移轉せずして依然賣主に存するに於ては買主より賣主に所有權を移轉するは不法にして有り得へからざるの事に屬し所有權の移轉なきに其登記を爲すは登記法上許す可らざるを以て其契約は固より無効なりとす(四四〇八五、四四、四、一一、大審民一、法七二三、二八)

一〇 賣買に因る所有權移轉登記の抹消は其抹消の登記に付き登記義務者の地位に在る者のみに對し之を訴求すべきものにして其登記義務者の地位に在る者は抹消の目的たる登記の名義人即ち買受人にして賣渡人に非ず故に賣渡人を共同被告人として訴求すべきものに非ず(函館控民、法七五八、二五)

一一 賣主が買主の承諾を得ず擅に買主の印章を改め所有權移轉の假登記を抹消したる以上買主は賣主に對し之か回復登記を求め得るは勿論右抹消中賣主の設定したる抵當權者に對し之か回復登記の承諾を求むることを得るものとす(大阪地民一、法七四八、二二)

一二 民法施行以前には一筆の土地を分割賣買する際に於ては賣渡證券に戸長の奥書割印を受くるに於ては直に其所有權を買主に移轉すべく分割地圖面及び地券を添付するは唯其手續を示すに止まり之なきが爲め直ちに公證の效力を失ふべきものに非ず(横濱區、法七四〇、二三)

一三 不動産の賣主は買主に對して其要求あるに於ては登記官吏に對し登記を申請せざる可らざるの義務を負ふ是れ所謂登記義務にして其民法上の債務たるや論を俟たず而して賣主の登記義務