

(参照)三二七 受訴裁判所ハ左ノ場合ニ於テ證人ノ再訊問ヲ命スルコトヲ得
第一、證人訊問カ法律上ノ規定ニ違ヒタルトキ
第四、證人カ其供述ノ補充又ハ更正ヲ申立ツルトキ

証言ノ正誤ト云フヘキカ將タ証言ト云フヘキカ

証言トハ事ハ前後相違スルヲ言フモノニシテ證人カ前同ニ於テ供述シタル証言ナク
回ニ正誤スレハトテ之レヲ以テ直ニ其証言証言トモハト謂フ可カラズ寧ロ真正ハ
意味ニ於テ正誤アル場合ハ証言証言トモハト爲ス相違トス然シ其名義ハ正誤
ト解スルモ前後ノ証言果シテ何レカ真正ナルヤ明カナラズ實質ニ於テハ前後相違ス
ルコトヲ供述スルニ過キサルモノト認メラルヘキトキハ証言証言トモハト認ムヘキヤ否ヤ
トナ得ヘシ故ニ証言ノ正誤アリタル場合ニ於テ証言証言トモハト認ムヘキヤ否ヤ
ハ事實認定ハ問題ニシテ証言ノ証言ハ正誤ノ當然ノ結果ナリト言フコトヲ得ス(東京
控訴院民事第一部判決法律新聞第七八七號一九頁)

至當ノ見解ト信ス參考トナルヘキ判決左ノ如シ

裁判所カ信用セサル證據ヲ排斥スルニ當リテハ唯其信スルニ足ラサル旨ヲ説示スレ
ハ足ルモノニシテ更ニ進テ之カ理由ヲ説明スルコトヲ要セス又當事者ノ擧ケタル證
據ヲ採用セサル場合ニハ其理由ヲ説明スルノ職責ナキモノトス(四十年大審院判決錄
五七頁)
争點ヲ判断スル理由ヲ明示シタル以上ハ之ニ關スル證據方法ヲ排斥スル理由ヲ明示
スルノ必要ナシ(三十三年全上三卷一六六頁)

私署證書ニ押捺ノ印影ノ真正ナルノ一事ノミヲ以テハ常ニ證書ハ真正ニ成立シ

タルモノトハ言フ能ハサルモ特ニ成立ニ付キ疑フ可キ事由ノ存セサル限り之ニ
因リ該證書ハ真正ニ成立シタルモノト認ムルコトヲ得ヘシ

私署證書ニ押捺ノ印影ノ真正ナルノ一事ヲ以テスルモ舉證者ニ於テ其證明ノ責
任ヲ盡シタルモノト爲ス能ハスト雖モ特ニ成立ニ付キ疑フヘキ事由ノ存セサル場合
ニ於テハ印影ノ真正ナル事實ニ依リ該證書ノ真正ニ成立シタルコトヲ認ムルヲ得ヘ
ク原判決ニハ甲第一號證中要部ニ押捺ノ主債務者上告人及保證人古谷重兵衛ノ各印
影ハ何レモ真正ニシテ且ツ同證ノ成立ヲ疑フヘキ證據ナキヲ以テ真正ニ成立シタリ
ト認ムル旨判示シアリ斯カル場合ニハ敢テ舉證者ヨリ檢眞ノ申立等ノコトアルヲ必
要トセス又保證人ノ印影ノ真正ナルコトモ判断ノ資料ニ加ヘ得ヘキヲ以テ之レヲ加
ヘタルカ爲メ根據ナキ誤判ナリト云フヲ得ス(東京控訴院民一判決法律新聞七八四號
二〇頁)

大體ニ於テ異論ナキモ眞實ニ反シテ真正ナル印章ノ押捺セラルル場合ハ多々ア
リ例ヘハ子カ親ノ印ヲ使用シ親カ子ノ印ヲ使用スルカ如キ然リ故ニ此等ノ事實
ニ付争アル場合ニ於テハ裁判所ハ遺憾ナク反對ノ立證方法ヲ許サルヘキコトヲ
希望ス唯タ印影ノ正當ナルコトヲ見テ反對ノ立證方法ヲ輕々シク排斥シ眞實ニ
反スル裁判ヲ下スコト多シ特ニ一言スル所以ナリ

參考判例

私署證書ノ眞否ニ付キ争アルトキハ必スシモ檢眞ノ方法ニ依ルヲ要セス諸般ノ立證方法ヲ以テ其證書ノ確實ナルコトヲ證明スルコトヲ得(二十九年大審院判決録一巻八五頁)

二二九 口頭辯論ニ付テハ調書ヲ作ル可シ

調書ニハ左ノ諸件ヲ掲ク可シ
第四、出頭シタル當事者法律上代理人訴訟代理人及ヒ補佐人ノ氏名若シ原告若クハ被告缺席シタルトキハ其缺席シタルコト

二三〇 辯論ノ進行ニ付テハ其要領ノミヲ調書ニ記載スヘシ

第三、證人及鑑定人ノ供述但シ其供述ハ以前聽カサルモノナルトキ又ハ以前ノ供述ニ異ナルトキニ限ル

囑託ニヨル證據調ヲ爲スニハ公開タルコトヲ要セス

訴訟代理人ノ出頭ノ有無ヲ缺ク調書ト雖モ無効ナリト言フ可カラス

證人北村甚三郎及ヒ北村トミノ訊問ハ原院ノ囑託ニヨリ神戶區裁判所ニ於テ施行セラレタルモノニシテ如斯判決裁判所ニ於テ爲サレタルニ非ラサル證據調ハ之ヲ公開スベキモノニ非ラサレバ右公開ニ關スル上告人ノ所論ハ理由ナシ又前記證人ノ訊問調書ニ被控訴人(上告人)若クハ其訴訟代理人ノ出頭シタルヤ否ヤノ記載ナキコト所論ノ如シト雖モ是レ該調書ニ依リ出頭若クハ缺席ノ事實ヲ證明シ得サルニ止マリ之カ爲メ調書ノ無効ヲ惹起スルモノニ非ラズ又其證據調ヲ不法ナラシムルモノニ非ラザレハ原院力之ヲ採用シタルヲ以テ法則ニ違背スルモノト爲スコトヲ得ス此點ニ關スル論旨モ理由ナシ(大審院四五年(オ)六二號同年四月一日民二判決)

證人公認
訴訟代理
人出頭
ノ效力
調書ノ

全趣旨判例

一、受託判事カ證人訊問ヲ爲ス場合ニ於テハ其調書ハ口頭辯論調書ニ非ルヲ以テ公ニ辯論ヲ爲シ又ハ公開ヲ禁シタルコトヲ掲クヘキモノニアラス(四十一年大審院判決録一四一頁)

參考判例

法定調書カ其作成ニ關スル規定ニ違背セル不法アルモ之カ爲メ特ニ不利益ヲ受ケタリトノ舉證ナキ以上ハ原院裁破毀ノ理由ト爲ルヘキモノニ非ス(三十一年全上三卷七九頁)

假執行
告ノ取消
ト返還
請求

假執行宣告ノ取消トナリタル場合ニ該訴訟ニ於テ其執行ニ因リテ得タル元本並ニ其執行費用ノ返還ヲ請求シ得ヘキハ勿論ナリト雖モ之ニ因リ生シタル損害ハ別訴訟ヲ以テスルニアラサレハ請求スルヲ得ス

控訴人カ假執行宣告付ノ第一審判決ニ基キ被控訴人所有ノ有體動産ニ對シ執行ヲ爲シ金百五十圓ノ競賣々得金ヲ受領シタルコトハ當事者間ニ争ヒナキ事實ニシテ且ツ本判決ハ假執行ノ宣告ヲ付シタル第一審判決ヲ變更シタル場合ナルヲ以テ被控訴人

ハ控訴人ニ對シ右受領シタル金百五十圓(内譯七圓二十七錢差押費用二圓八十八錢)買費用被控訴人入手金百三十九圓八十五錢ヲ返還スヘキ義務アルモノトス依テ控訴人ノ此金額ニ對スル支拂請求ハ正當ナリト雖モ損害金ノ請求ハ不當ナリト認ム蓋シ民事訴訟法第五百十條第二項ニ依ル手續ニ於テハ只支拂ヒタルモノノ返還ノミヲ請求スルコトヲ得ルニ止リ損害金ニ付テハ別個ノ訴訟トシテ請求スルハ格別右ノ手續ニ依リテハ支拂ヒテ求ムルコトヲ得サルモノト解スヘキカ故ナリ(東京控訴院民三判決法律新聞七八四號二二頁)

本問異論アルヲ聞カス岩田氏及板倉氏ハ同趣旨ノ説明ヲ爲ス(岩田氏民事訴訟法原論七四頁、板倉氏法

政大學講義民事訴訟法六編以下二八頁)

判決ノ要件

二二六

判決ニハ左ノ諸件ヲ掲クヘシ
第二、事實及争點ノ摘示但シ其摘示ハ當事者ノ口頭演述ニ基キ殊ニ其提出シタル申立ヲ表示シテ之ヲ爲ス

事實ノ摘示ヲ缺ク判決ハ違法ニシテ破毀ヲ免レス

判決ニハ當事者ノ口頭演述ニ基キ事實ノ摘示ヲ掲ケサルハカ、カ、カ、コトハ民事訴訟法第二百三十六條ノ規定スル所ニシテ若シ其判決ニシテ此規定ニ違背シ全ク事實ノ摘示ヲ爲ササルトキハ判決ヲ爲スニ足ルヘキ事實ノ基本ヲ缺キ判決ハ其根底ヲ有セサル事トナリ從テ又其判決ニ對スル上告裁判所ハ何事ヲモ判斷スルコト能ハサルニ至ラン故ニ全ク事實ノ摘示ヲ缺ク判決ハ法律ニ違背シタルモノトシテ破毀ヲ免カレサルモノトス(大審院四五(オ)四〇五號四五年四月六日民一判決)

參考判決及學說左ノ如シ

判決ニ掲クヘキ事項ハ事實摘示ノ部ニ記載セサルモ判決理由中ニ之ヲ明示スルトキハ民事訴訟法第二百三十六條ノ規定ニ違背シタルモノト云フコトヲ得ス(四十三年大審院判決第一一七頁)
判決中ニ事實ノ摘示ヲ缺クハ不合法ニシテ第四百二十三條ニ因リ差戻判決ノ原因トナルヘキモノナリ(岩田氏民事訴訟法原論四四五頁)

假執行ヲ許ササル判決

五〇五 凡テノ場合ニ於テ裁判所ハ債務者ノ申立ニ因リ債權者カ豫メ保證ヲ立ツルトキハ假執行ヲ爲シ得ヘキ旨ヲ宣告スルコトヲ得(下略)

意思ノ陳述ヲ命スル判決ハ假執行ノ宣告ヲ求メ得ヘキモノニアラス

上告人ニ對スル不動産所有權ノ移轉登記ヲナス可シトノ請求ハ被上告人ノ意思ノ陳述ヲ求ムルモノニシテ辯ノ如キ意思ノ陳述ヲ命スル判決ハ其確定前ニ假執行ノ宣言ヲ付ス可キモノニ非ラサレハ本論旨ハ到底採用スルニ足ラス(大審院四四年(オ)第四〇號四五年四月一二日民二判決)

中止シタル訴訟ノ受繼

一八七 中斷シ又ハ中止シタル訴訟手續ノ受繼及本節ニ定メタル通知ト原告若ハ被告ヨリ其書面ヲ受訴裁判所ニ差出シ裁判所ハ相手方ニ之ヲ送達ス可シ

中止シタル訴訟手續ノ受繼トハ如何ナル場合ヲ指スモノナルヤ

民訴

五四

訴訟手續ヲ中止スル場合ハ五二、一一二、一八四、七七〇條是ナリ此等ノ場合ニ中止ハ裁判所ノ決定ニヨリ爲サルカ故ニ右ノ決定カ後日他ノ決定ニ因リ取消サレサル限リ中止ノ狀態ハ存続スヘク當事者ノ受繼ノ意思表示ニ因リ直ニ中止カ終了スルモノニ非ラス從テ民事訴訟法第一八七條ノ受繼ト云フコトハ前記中止ノ場合ニ適用ヲ見サル結果同條所謂中止ニ該當スル場合ハ吾民事訴訟法ノ下ニハ之ヲ發見スルヲ得ス吾民事訴訟法ハ其第一八三條第一項カ爾第二四六條第一項ト異ルニ係ラス第一八七條ニ於テ獨第二五〇條ヲ其儘踏襲シタル結果右ノ如キ不可解ヲ生スルニ至リシモノナラン前田法學士法學新報二二卷五號七三頁以下要領)

學說ハ右ノ説明ト反對ス吾人ハ反對說ヲ正當ト信ス

訴訟手續ノ中止ハ之ヲ命シタル裁判ヲ取消ス旨ノ裁判ノ言渡又ハ送達ニ依リテ終了スルノミナラス中止ノ原因タル事情ノ止ミタル後ニ至リテ當事者カ訴訟受繼ノ通知ヲ爲スニ當リテ終了スルモノトス(仁井田博士民事訴訟法要論上卷四六〇頁岩田氏民事訴訟法原論六一七頁)

缺席判決言渡シ後當事者和解ヲ爲シタル爲メ其判決ノ送達ヲ申請セス又相手方即チ缺席者ヨリ故障ヲ申立テサルトキハ判決ハ永久確定セス訴訟事件ヲ完結スルコト能ハサルモノナルヤ

判決ハ永久確定セス而カモ斯カルコトハ缺席判決ノ場合ニノミ限ルニ在ラス對席判決ニテモ判決ノ送達ヲ申請セサル以上永久確定ノ途ナシ當事者主義ヲ探レル吾民事訴訟法ニ於テハ斯カル事ヲ以テ左程ノ弊害ト認メサルモノナルヘシ(前田法學士法學

新報二二卷五號七四頁)

事實止ヲ得サルコトナリ訴訟法改正ニ際シ適當ノ規定ヲ設クヘキ必要アリ

(參照)四六七第一項 確定ノ終局判決ヲ以テ終結シタル訴訟ハ取消ノ訴又ハ原狀回復ノ訴ニ因リ之ヲ再審スルコトヲ得

確定判決ノ執行ニヨリ原告カ辨濟ヲ爲シタルモノナル以上ハ假リニ其辨濟ヲ爲シタルハ詐欺又ハ不法行爲ニ基クトスルモ該確定判決アル以上ハ返還ノ請求ヲ爲スコトヲ得サルモノトス

原告カ被告ニ對シ月二歩ノ割分ノ利息ニテ貸借上露貸一千留ノ債務ヲ負擔シ既ニ其履行期ニアタリタルコト及被告カ右債權ノ辨濟ヲ受ケル爲メ長崎地方裁判所ニ訴ヲ提起シ其判決確定ノ上同判決及其訴訟費用確定決定ニ基ク差押命令ノ執行ニ依リ大藏大臣カ原告ノ爲メ保管セル額面金二千一百圓ノ大日本帝國五分利公債證書ヲ同大臣ヨリ受領シタル事ハ双方爭ヒナキ所ナルヲ以テ縱令原告主張ノ如ク被告カ右貸金請求訴訟提起ノ當時實際原告ノ住所不明ノ理由ヲ以テ公示送達申請ヲ爲シタル事實アリトスルモ現ニ其請求ノ債權實在スル以上ハ毫モ被告ニ不正利得ノ意思ナキヤ明カナルニヨリ之ヲ以テ刑法上ノ詐欺罪ヲ構成スヘキ不法行爲ナリト言フヲ得ス加之假ニ詐欺罪ヲ構成スヘキ行爲ナリトスルモ確定判決ハ當事者ヲ羈束スルノ效力ヲ有スルヲ以テ之ヲ以テ前ノ確定判決ノ効力ニ何等ノ影響ヲ及ホスヘキモノニアラス(長崎地方裁判所民事部判決法律新聞第七七八號二四頁)

領得ノ權利アル者ハ假令領得ノ爲メニ欺罔行爲ヲ爲スモ詐欺取財罪ヲ構成セサルコトハ一般ノ通説ニシテ問題トナラス

再審ノ條

四六九 左ノ場合ニ於テハ原狀回復ノ訴ニ因リ再審ヲ求ムルコトヲ得
三 判決ノ證據トナリタル證書カ偽造又ハ變造ナリシトキ
第一號乃至第四號ノ場合ニ於テハ罰セラルヘキ行爲ニ付キ判決力確定トナリタルトキ又證據欠缺外ナル理由ヲ以テ刑事訴訟手續ノ開始若クハ實行ヲ爲シ得サルトキニ限り再審ヲ求ムルコトヲ得

判決ノ證據トナリタル證書ノ偽造又ハ變造ナルトキト云フハ偽造又ハ變造ノ犯罪ヲ構成スル場合ニ限ルヘキモノニシテ唯タ署名者カ虛偽ノ事實ヲ記入シタルニ過キサル場合ノ如キハ之ニ該當セサルモノトス

再審原告主張ノ(一)點ニ付キ案スルニ民事訴訟法第四百六十九條ニ(左ノ場合ニ於テハ原狀回復ノ訴ニ因リ再審ヲ求ムルコトヲ得)其第三號ニ(判決ノ證據トナリタル證書カ偽造又ハ變造ナルトキト云フ)アリ此ノ第三號ニ該當ノ證書ハ偽造又ハ變造ノ犯罪ヲ構成スルモノナルコト疑ナク容レズ然ルニ本件甲第三號證書ナル再審被告長谷川リウ、遠藤市次郎ヨリ森治宛ノ預リ品引渡證人ハ純然タル私證書ナルニ再審原告ハ其署名者以外ノ者カ擅マニ作成シタルト云フニアラス只右兩名カ虛偽ノ事實ヲ記載セリト主張スルニアルナリテ素ヨリ犯罪ヲ構成セサルコト論テ俟タズ既ニ再審原告モ偽造ノ確定判決アルニアラス又證據欠缺ノ理由ヲ以テ刑事訴訟手續ノ開始若クハ實行ヲ爲シ得サルシモノニアラザリシコトハ其認ムル所ナリ尙ホ更ニ前判決タル當院明治

四十一年(本)第四三〇號當事者間ノ損害賠償請求控訴事件ノ判決謄本ヲ閱スルニ再審原告ノ收訴トナリタルハ前示甲第二號證ニ基ツケリトノコトノ看ルヘキモノナク之カ證據ト爲リタルモノト首フ能ハサルヲ以テ前顯規定ニ該當セス(東京控訴院民一部判決法律新聞七八五號二四頁要領)

異論ナシ參照スヘキ判例左ノ如シ

- 一、民事訴訟法第一項第一號乃至第四號ノ場合ニ於ケル原狀回復ノ訴ハ刑法上處罰スヘキ行爲ノ存在スルコトヲ條件トス(三十七年大審院判決錄一四一五頁)
- 二、裁判ノ直接證據ト爲リタル證書ニ非レハ偽造變造等ヲ以テ再審ノ理由ト爲スコトヲ得ス(二十五年同上六卷一二頁)

相手方カ所有權ヲ主張セサル場合ニハ所有權ノ確認ヲ求ム可キモノニ非ス

所有權
認ノ訴

所有權認ノ訴ハ所有權存否ノ争ナルカ故ニ當事者双方カ自己ニ所有權アルコトヲ主張スルコトヲ要シ若シ當事者ノ一方カ明カニ之ヲ争ハサルトキハ之ニ對シテ所有權ヲ確認セシムルノ要ナキモノナルヲ言テ俟タズ本件ニ於テ被告ハ本件ノ地所ハ訴外漆昌巖ノ所有ニ屬スル旨主張シ自ラ其所有權ヲ主張スルモノニアラサルカ故ニ原告ノ被告ニ對スル本訴請求ハ失當ナリトシテ之ヲ排斥スヘキモノトス(東京地方裁判所民四判決法律新聞七八七號二〇頁)

當然ノ見解ナリ左ニ參考判例及學說ヲ舉ク

- 一、確認ノ訴ヲ以テ權義存否ノ確認ヲ求メントスル法律關係ハ原被兩當事者間ノ法律關係

係ナラサルヘカラス(四十一年一月三十一日東京地方裁判所判決法律新聞四八二號)
 一、消極的確認ノ訴ヲ提起スルニハ被告ノ不當主張ニ依リ原告ノ權利ノ範圍ニ壓迫ヲ加
 フヘキ危害ノ存スルコトヲ要件トス(四十一年二月二十一日大坂地方裁判所判決法律
 新聞四八九號)
 一、消極的確認ノ訴ハ被告カ法律關係ノ成立ヲ主張スルカ爲メ原告ノ私權狀態ニ危害ヲ
 及ホサントスル場合ニ於テ其危害ヲ排除スルヲ目的トス故ニ被告カ消極的ニ法律關
 係ノ成立若クハ存在ヲ主張セサルトキハ此ノ訴ヲ爲スノ必要ナキモノナリ(岩田氏民
 事訴訟法原論二三二頁、河西氏確認訴訟論五一頁)

給付訴訟ト確認訴訟トノ區別

給付ノ訴ニ於ケル訴訟物ハ請求權ニシテ確認ノ訴ニ於ケル訴訟物ハ法律關係ナリ給
 付ノ訴ハ執行シ得ヘキ判決ヲ得ルヲ目的トスルモノナレハ請求權ヨリ生スル給付ヲ
 求ムル原告ノ一定ノ申立テハ執行ニ際シ疑ヒ無キヨウ明確ナルコトヲ要シ判決モ亦
 明確ナルコトヲ要ス從テ請求ノ範圍カ數額ニヨリ確定シ得ヘキモノナルトキハ其數
 額(少クモ其計算ノ基礎)ヲ表示セサルヘカラス然ルニ確認ノ訴ハ法律關係ハ確定ナリ
 的トスルモノナレハ原告ノ一定ノ申立テ及ヒ裁判所ノ判決ニハ法律關係カ其同一
 認識スヘキ程度ニ於テ記載スルコトヲ要スルハ勿論ナルモ法律關係ヨリ生スル請求
 權ノ範圍ヲ示スヘキ數額ヲ記載スルコトヲ要スルモノニアラス殊ニ其數額カ後ニ
 發生スヘキ事情ニヨリテ確實トナルヘキ場合ニ於テハ之レヲ記載スルコト不能ナル
 ヲ以テ見ルモ其記載ヲ必要トスルモノニアラサルコト明カナルヘシ(東京控訴院民一
 部判決法律新聞七八七號二〇頁)

前段ノ解釋ハ通説ト一致ス後段ノ見解亦正當ト信ス

訴ノ原因ニ變更アリトノ異議ニ對スル判斷ハ請求自體ニ對スルモノニアラスシ
 テ請求ノ主張方法ニ付テノ非難ニ對スルモノナルヲ以テ中間判決ナルハ當然ナ
 ルモ裁判所カ原因ニ變更アリト認メ更ニ進テ訴訟却下ノ判決ヲ爲シタルハ終局
 判決ナリトス

原判決ハ中間判決ト題スレトモ其主文ニ於テ訴訟却下スル旨ヲ掲ケ尙理由ノ部ニ
 於テ新訴ハ裁判所ニ繫屬ス可ラスト説明セルヲ以テ終局判決ト認メサル可ラス抑
 於テ新訴ノ原因ニ變更アリトノ異議ハ請求自體ニ對スル被告ノ防禦方法ニハアラスシテ
 請求ノ主張方法ニ對スル被告ノ非難ニ過キサレハ之レヲ判斷スルニ當リテ爲ス可キ
 裁判カ中間判決タルコトハ當然ナレトモ裁判所カ原因ノ變更アリト認メ更ニ進テ新
 訴ニ付キ之レカ却下ノ判決ヲ爲スハ結局新訴自體ニ關シ裁判スルモノナレハ其裁判
 ハ當然終局判決ト言ハサルヘカラス故ニ原判決モ之レヲ終局判決ト看做ス可ク從テ
 該判決ニ對シ獨立シテ爲セル控訴モ敢テ不適法ニアラス(東京控訴院民三部判決法律
 新聞七八五號二四頁)

至當ノ見解ト信ス學者ノ説明左ノ如シ

訴ノ要素ヲ變更スルトキハ新訴ヲ成立セシムルモノナレハ之ヲ却下スル判決ハ終局
 判決ナリ(岩田氏民事訴訟法原論二七二頁)

一八〇 原告若クハ被告カ訴訟能力ヲ失ヒ又ハ其法律上代理人カ死亡シ又ハ其代理權カ原告若クハ被告ノ訴訟能力ヲ得ル前ニ消滅シタルトキハ訴訟手續ハ法律上代理人又ハ新法律上代理人カ其任設ヲ相手方ニ通知シ又ハ相手方カ訴訟手續ヲ續行セントスルコトヲ其代理人ニ通知スル迄之ヲ中斷ス

一八三 訴訟代理人ヲ以テ訴訟ヲ爲ス場合ニ於テ原告若クハ被告カ死亡シ又ハ訴訟能力ヲ失ヒ又ハ法律上代理人カ死亡シ又ハ其代理權カ消滅スルトキハ委任消滅ノ通知ニ因リ訴訟手續ヲ中斷ス

訴訟代表者タル取締役カ解任セラルルコトアリトスルモ他ニ取締役アル場合ニ於テハ訴訟手續ノ中斷トナルモノニアラス

株式會社カ當事者タル訴訟ニ於テ同會社ノ取締役カ訴訟中全員解任セララルトキハ即チ從來法定代理人タルシ者カ悉ク代理權ノ消滅ニ由リ會社ノ爲メニ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得サルニ至ルモシテハ其代理權ノ消滅ニ由リ會社ノ爲メニ訴訟行爲ヲ爲スコトハ同條ノ規定ニ依リ訴訟手續ノ中斷セラルルコトハ本條ノ例(明治四十年)第百八十五號同年六月九日言渡ニ示ス所ナリト雖モ株式會社ノ取締役ハ各自代表スルノ權限ナ有スルカ故ニ假令訴訟ノ局ニ當レル取締役カ解任セララルモ他ニ解任セラレサルモアルトキハ其者ニ於テ會社ヲ代表シ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得ヘキヲ以テ斯カル場合ニ於テハ訴訟手續ノ中斷セララルヘキニ非ラス(四五年)二五號同年四月九日大審院判決)

本書民訴三九頁訴訟中斷參照

二〇六

妨訴ノ抗辯ハ本案ニ付テノ被告ノ辯論前同時ニ之ヲ提出スヘシ

左ニ掲ケルモノヲ妨訴ノ抗辯トス

第三 權利拘束ノ抗辯

本案ニ付キ被告ノ口頭辯論始リタル後ハ妨訴ノ抗辯ハ被告ノ有效ニ拋棄スルコトヲ得サルモノナルトキ又ハ被告ノ過失ニアラスシテ本案ノ辯論前ニ其抗辯ヲ主張スル能ハサリシコトヲ證明スルトキニ限リ之ヲ主張スルコトヲ得

權利拘束カ消滅シタルトキハ之ヲ理由トスル妨訴抗辯ハ消滅ニ歸スヘキモノトス

權利拘束ノ抗辯ハ新訴訟ヲ絶對ニ不適當ナリトスル事由ニ基クモノハ非ラズシテ唯タ權利拘束ノ期間中ナルカ故ニ不適當ナリト言フニ過キヤレハ新訴訟提起ノ當時假令前訴訟ノ權利拘束ナリトスルモ新訴訟ニ付キ判決ヲナスニ至ル迄ノ間ニ右權利拘束消滅シタルトキハ其抗辯ハ理由ナキニ歸スヘキモノトス(大坂地方裁判所判決法律新聞七八六號)

右ハ當然ノ解釋ナリ

全趣旨判決

一 訴訟ヲ提起シタル當時ハ權利拘束中ナルモ判決ヲ爲ス時ニ至リ其事由消滅シタル場合ニ於テ妨訴ノ抗辯カ理由ナキニ歸スヘキコトハ第一審ト第二審トニ依リ異同ナシ(三十七年大審院判決錄四二頁)

一 權利拘束ノ抗辯ハ訴訟ヲ絶對ニ不適當ナリトスル事由ニ基クニ非スシテ唯權利拘束ノ期間中ナルカ故ニ不適當ナリト云フニ過キナルヲ以テ訴訟提起ノ當時假令權利拘束中ナリトスル判決ヲ爲ストキニ於テ權利拘束ノ事由消滅シタルトキハ其抗辯ハ理由ナキ

ニ歸スルモノナリ(三十四年同上八卷四頁)

再證棄セル
再申請
ノ

一旦拋棄セル證人訊問ヲ再ヒ申請シ之ヲ許可スルモ違法ナリト云フヘキモノニ
アラス

當事者カ一旦拋棄シタル證據ニ付更ニ申請ヲ爲スコトヲ許ササルノ法規ナキカ故
ニ被上告人ニ於テ一旦拋棄シタル證人馬野三郎ノ取調ヲ更ニ申請シ原院其申請ヲ許
容シテ訊問ヲ爲シタレハトテ不法ト謂フヘカラス(大審院四五年(オ)八七號同年四月一
一日民一判決)

記録ニ因
リテ知リ
タル事實
ノ證言

神社ノ氏子總代カ其勤務中記録ヲ調査シ之ニ因リテ知リタル事項ヲ供述スルハ
證言トシテ毫モ違法ナシ

神社ノ氏子總代カ總代勤務中關係書類ノ調査ニ依リテ知得シタル事ヲ供述スルモ證
言タルヲ以テ原院ニ於テ證人飯塚辨藏カ被上告神社ノ總代勤務中村役場ノ帳簿ヲ調
査シテ知得シタル事ヲ供述ヲ採用シタルハ違法ナルコトナシ(大審院四五年(オ)七四號
同年三月二二日民二判決)

至當ノ見解ト信ス

宣誓ヲ缺
ク手續ノ
違背

三〇七 證人ハ訊問前ニ宣誓ヲ爲ス可キ場合ニ於テハ良心ニ從ヒ眞實ヲ述ヘ何事ヲモ黙秘セス又何事ヲモ附加セザ
ル旨ノ誓ヲ宣フ可シ
又訊問後ニ宣誓ヲ爲スヘキ場合ニ於テハ良心ニ從ヒ眞實ヲ述ヘ何事ヲモ黙秘セス又何事ヲモ附加セザリシ旨ヲ宣フ
可シ

證人宣誓ノ手續ノ違背ニ對シ當事者カ證人訊問ニ接續スル口頭辯論ニ於テ異議
ヲ述ヘサル限り最早其違背ヲ質問スルヲ得サルモノトス

明治四十四年十二月七日附原審口頭辯論調查書ニハ(裁判長大田記一ニ對シ(中略)偽證
ノ罰ヲ諭示シ宣誓セシメタル上訊問セリトアルニ止マリ宣誓書ノ添附ナク其他如何
ナル宣誓ヲ爲サシメタルヤノ記載ナキヲ以テ適式ノ宣誓アリタルモノト認ムルコト
ヲ得サルモ證人ノ宣誓ノ如キハ專ラ當事者ノ利益ニ根據セル非強行的規定ナレハ其
手續ノ違背ニ對シテハ當事者ハ證人訊問ニ接續スル口頭辯論ニ於テ異議ヲ述ヘサル
限りハ最早其違背ヲ質問スルヲ得サルモノ(大審院四五年(オ)三一號同年二月二七日民
一判決)

類似判例アリ(三三年大審院判決錄六卷七一頁(同一)岩田氏ハ之ニ反對シ全然證據力
ヲ有セサルモノニシテ裁判ノ資料ニ供シタルハ違法ナリト説明ス(民事訴訟法原
理論ニ於テハ全氏ノ說ニ賛全ス)

五六二 公證人ノ作リタル證書ノ執行力アル正本ハ其證書ヲ保存スル公證人之チ付典ス
執行文付典ニ關スル異議ニ付テノ裁判及ヒ更ニ執行文付典ニ付テノ裁判ハ公證人職務上ノ住所ナ有スル地ヲ管轄ス
ル區裁判所ニ於テ之ヲ爲ス
請求ニ關スル異議ノ主張ニ付テハ第五百四十五條第三項ニ規定シタル制限ニ從ハス(下略)

債務名義タル公正證書ニ期限ヲ定メタルモ同時ニ特約ヲ爲シ藝妓營業契約違背
ノトキニ限り其期限ニ依ルヘキコトヲ約定シタル場合ニ於テハ該證書ニ依ル強
制執行ニ對シ該特約アルカ爲メ末々期限到來セサルコトヲ理由トシテ異議ヲ主
張スルモノハ其特約履行中ナルコトヲ立證スヘキ責任アリ

本件ハ公證人ノ作リタル證書ノ執行力アル正本ニ因レル強制執行ニ對スル異議ノ訴
ニテ之ニ付キ原院ノ判示シタル事實認定ノ趣旨ハ之ヲ要スルニ本件ノ債務ハ末々辨
濟トハ爲ラサルモ其辨濟期ニ付テハ甲第一號證ノ藝妓營業契約履行中ハ本件公正證
書記載ノ期限ニ依ラス之ニ違背シタルトキニ至リ始メテ其期限ニ依ルヘキコトヲ約
シタルモノニシテ天野ヤサカ大連ニ出稼爲シタルハ上告人ノ承諾上右藝妓營業契約
ノ一部ヲ變更シ其稼キ高ヲ以テ月賦辨濟チナスヘキコトヲ特約シタルモノナルヲ以
テ其特約ノ不履行アルニアラサレハ本件公正證書記載ノ期限到來セスト言フニアリ
果シテ然ラハ則チ其期限到來セスト主張シタル被告上告人ハ右特約ノ履行中ナルコト
ヲ立證スルニ非ラサレハ本件強制執行排除ノ請求ヲ維持スルコト能ハサルモノト謂
ハサル可カラズ(大審院四五年(オ)二二號三日二二日民二判決)

取引所仲買人ト注文主トノ間ニ於ケル取引ニ關スル爭議ハ總テ取引所ノ仲裁委
員ノ仲裁ニ一任スヘシトノ仲裁契約ハ有效ナリヤ

「此委託買賣取引關係ヨリ委託者ト當店トノ間ニ於テ紛争ヲ生シタルトキハ仲裁ハ
必ス當取引所定款ニ規定スル仲裁委員ノ判斷ヲ求ムヘシ其紛争ノ原因及事實ノ如何
ヲ問ハズ總テ裁判所ノ判定ヲ乞ハサルモノト規定シアルヲ以テ之ニ依ルハ原被
告ハ右定期米取引ニ付キ原被告間ニ紛争ヲ生シタルトキハ其紛争ノ原因及事實ノ如
何ヲ問ハズ大阪堂島米穀取引所定款ヲ以テ規定セル仲裁委員ノ判定ヲ求メ裁判所ノ
審理判斷ヲ乞ハサルニ在ルコト明ニシテ且ツ乙第二號證株式會社大阪堂島米穀取引
所定款第百二十條ニ取引所ニ仲裁委員ヲ常置シ同委員ナシテ民事訴訟法ノ規定ニ依
リ仲裁判斷ヲ爲サシムルコト明カナルカ故ニ右條項ハ仲裁契約トシテ有效ナリト認
ムルヲ相當トス原告ハ右契約ハ明治四十四年十月一日若クハ其以前ニ成立シタルニ
本件取引ハ同年十一月中ニシテ其時ハ未タ係争ノ原因タル權利關係カ成立セサルカ
故ニ仲裁契約ハ無効ナリト云フモ乙第一號證ニ依レハ右仲裁契約ハ原告間ノ定期
米取引ヨリ生スル紛争ニ付キ之ヲ約シタルコトハ原告ハ仲裁契約成立ノ當時ニ權利關
係カ既ニ成立スルヲ要スルカ如ク主張スレトモ民事訴訟法第七百八十七條ノ趣旨ハ
仲裁契約ノ目的タル權利關係又ハ其關係ヨリ生スル紛争ハ仲裁契約ニ於テ一定スレハ
足リ必スシモ契約ノ當時ニ成立スルヲ要セサルヲ以テ原告ノ此點ニ關スル主張ハ失
當ナリ(大阪地方裁判所民三判決法律新聞七九〇號二〇頁)

如斯場合ニ仲裁契約ノ有效ナルヘキ事ハ爭ナシ(岩田氏民事訴訟法原論下卷三六五頁、板倉氏法政大學講義錄民事訴訟法六編以下四九八頁)

仲裁契約ノ存スル場合ニ該契約ニ基キ仲裁判斷ヲ求メスシテ直チニ裁判所ニ出訴シタルトキノ效力如何大審院ハ第二六六條第二項第一號ニ所謂無訴權ノ抗辯ナリトス(三十三年十一月大審院判決)然ルニ岩田板倉二氏ハ相手方ハ仲裁契約ノ抗辯ヲ提出シ其請求ノ却下ヲ求ムルコトヲ得ヘキモ此抗辯ハ二〇六條ノ妨訴ノ抗辯ニ非ストナス(岩田氏全上三六六頁、板倉氏全上五〇三頁)

不動産競買ノ公告

六五八 競買期日ノ公告ニハ左ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス
三 賃貸借アル場合ニ於テハ其期限並ニ借賃

不動産競買ノ公告ニ掲クル賃貸借ハ其事實關係ニ合致スルモノヲ掲グヘキモノニシテ必ラスシモ賃貸借登記ニヨル可キモノニアラス

民事訴訟法第六百五十八條ニハ第三、賃貸借アル場合ニ於テハ其期限并ニ借賃ト規定セルカ故ニ事實賃貸借ノ現存スル場合ニ於テハ登記ノ有無ニ拘ハラス之ヲ公告スヘキモノナルト全時ニ假令賃貸借ノ登記アルモ事實賃貸借ノ存セサル場合ニ於テハ之ヲ公告スヘキモノニアラサルコト文理上極メテ明白ナルノミナラス其法意ハ競買人ヲシテ競買不動産ノ現存ノ収益ヲ知ラシメ以テ其價格ヲ推量セシムルニ在ルニ徴スルモ亦疑ヒテ容レサル所ナリトス今原決定ノ說明ヲ見ルニ競買不動産ニ付キ賃貸借

ノ登記アル以上ハ其本登記タルト假令登記タルトニ拘ハラス常ニ必ス公告スヘキモノニシテ其登記原因ヲ有スルヤ否ヤハ同フ所ニアラストシ登記ノ表示スル賃貸借ハ事實果シテ存在スルヤ否ヤノ點ニ付キテハ調査確定セズ單ニ賃貸借ノ假登記ノ存在スルコトニ職由シテ競買手續ニ違法アルモノト斷シ競落不許可ノ決定ヲ爲シタルモノナルカ故ニ原決定ハ法則ヲ不當ニ適用シタル瑕瑾アリ(大阪控訴院民二判決法律新聞七九〇號二二頁)

岩田氏ハ本論ト反對ニシテ競買人ニ對抗シ得ヘキ賃貸借(即登記)ニアラサレハ之ヲ掲クヘキ要ナシトス(同氏民事訴訟法原論下卷二三二頁)吾人ハ對抗シ得ヘキモノナリヤ否ハ競買人カ一件記録ニヨリ調査ノ上競買スヘク競買人トシテハ却ツテ賃貸借アルコトヲ喜フ場合モアリ本論説明ヲ正當ト信ス

再審ノ理由

四六九 左ノ場合ニ於テハ原狀回復ノ訴ニ因リ再審ヲ求ムルコトヲ得
七 相手方若クハ第三者ノ所爲ニヨリ以前ニ提出スルコトヲ得サリシ證書ニシテ原告若クハ被告ノ利益ト爲ルヘキ裁判ヲ爲スニ至ラシム可キモノヲ發見シタルトキ
證書ノ占有者カ誤リテ之ヲ廢紙ト共ニ賣却シタルカ爲メ提出スルコト能ハサリシ如キ場合ハ相手方若クハ第三者カ故意ニ提出ヲ妨ケタルモノト云フコト能ハスシテ再審ノ原因トナラス

民事訴訟法第四百六十九條第一項第七號相手方若クハ第三者ノ所爲ニヨリ云々ノ規定ハ必ラスキ相手方若クハ第三者カ故意ヲ以テ再審原告ノ利益トナルヘキ證書ノ提

出テ妨ケタル場合ニ限リテ適用スヘキコトハ相手方若クハ第三者ノ所爲云々ノ文詞ニ徴シテ明カナルノミナラス從來本院ノ判例トスル所ナリ原判決ニ於テ確定セル事實ニ依レハ甲第五號證ハ新北村役場カ誤リテ廢紙ト共ニ賣却シタルモノニシテ上告人若クハ第三者カ故意ニ被上告人ノ提出ヲ妨ケタルモノニアラサルコト明カナレハ本件ハ民事訴訟法第四百六十九條第一項第七號ノ場合ニ該當セサルモノニシテ原院カ再審ノ理由アリトシタルハ法則ナ不當ニ適用シタル不法アルヲ免レス(大審院四年(オ)第四二一號四五年五月二日民一判決)

明文上止ヲ得サル解釋ナルモ理論上不當ノ結果ヲ生ス同趣旨判例アリ(二十七年決錄二五二頁、二五五年全上六卷一、二頁)

假差押ノ理由消滅

七四七 債務者ハ假差押ノ理由消滅シ其他事情ノ變更シタルトキ又ハ裁判所ノ自由ナル意見ヲ以テ定ム可キ保證ヲ立テテ提供ヲ爲シタルトキハ假差押ノ認可後ト雖モ假差押ノ取消ヲ申立テルコトヲ得此申立ニ付テハ終局判決ヲ以テ之ヲ裁判ス其裁判ハ假差押ヲ命シタル裁判所又ハ本案カ既ニ繫屬シタルトキハ本案ノ裁判所之ヲ爲ス

本案ノ訴訟ニ於テ本訴假差押債權者ノ請求權ノ有無ヲ決スルハ仲裁手續ニヨルヘキモノニシテ訴訟ノ形式ヲ採ルベキモノニアラストノ理由ヲ以テ訴却下ノ判決ヲナシ該判決確定シタルカ如キ場合ハ假差押ノ理由消滅シタルモノト言フ可カラス

假差押ハ金錢ノ債權又ハ金錢ノ債權ニ換ユルコトヲ得ヘキ請求ニ付強制執行保全ノ

爲メ之ヲ爲スモノナルヲ以テ假差押命令ヲ取消スニハ假差押ノ前提要件タル假差押ノ理由若クハ本案請求權カ消滅シ又ハ其請求權カ本案訴訟ノ終局判決ニ於テ否認セラレ之レカ爲メ該命令ヲ存続スルコトカ不當ナル場合ニ於テ始メテ之レヲ爲スコトヲ得ルモノト解ス可キモノトス從テ本案訴訟ニ於テ裁判所カ假差押債權者ノ請求權ノ有無ヲ決スルニハ仲裁手續中ノ形式ヲ採ルヘク訴訟ノ形式ヲ採ルヘキモノニアラストノ理由ノ下ニ訴却下ノ判決ヲ爲シ其判決ノ確定シタル事實ノ如キハ假令假差押ノ目的カ右本案訴訟ノ判決ノ執行ヲ保存スルニアリタル場合ト雖モ未タ以テ假差押命令取消ノ理由ト爲スコトヲ得サルモノト謂ハサルヘカラス(東京控訴院民二部判決法律新聞七九三號二一頁)至當ニ見解異論ナシ

二重ノ競賣開始

六四四 競賣手續ノ開始決定ニハ同時ニ債權者ノ爲メ不動産ヲ差押アルコトヲ宣言ス可シ(下略)

六四五 裁判所ハ競賣手續開始ノ決定ヲ爲シタル不動産ニ付キ強制競賣ノ申立アルモノ更ニ開始決定ヲ爲スコトヲ得ス右申立ハ執行附録ニ添附スルニ由リ配當要求ノ效力ヲ生シ又既ニ開始シタル競賣手續取消ト爲リタルトキハ第六百四十九條第一項ノ規定ヲ害セサル限リハ開始決定ヲ受ケタル效力ヲ生ス(下略)

(參照) 國稅徵收法二八 物件ノ賣却代金差押ヘタル通貨及第二十三條第一項ニ依リ第三債務者ヨリ給付ヲ受ケタル通貨ハ督促手數料延滞金滯納處分費及税金ニ充テ尙ホ殘餘アルトキハ之ヲ滯納者ニ交付ス

賣却シタル物件質權抵當權ノ目的物ナルトキハ其代金ヨリ先ツ督促手數料延滞金滯納處分費及税金ヲ控除シ次ニ其債務額ニ充ツル迄ハ債權者ニ交付シ尙ホ殘餘アルトキハ之ヲ滯納者ニ交付ス但シ第三條ニ掲ケタル質權抵當權ノ目的タル物件ニ關シテハ其代金ヨリ督促手數料延滞金滯納處分費ヲ徴シ次ニ其債權額ニ充ツルマテハ債權者ニ交付シ次ニ税金ヲ控除シ尙殘餘アルトキハ之ヲ滯納者ニ交付ス

納稅怠納處分トシテ國稅徵收法ニヨリ差押ヲ受ケタル不動産ニ對シ裁判所ハ更ニ競賣開始決定ヲ爲シ得ヘキカ

民事訴訟法第六百四十五條第一項ハ民事訴訟法ノ規定ニ基キ競賣開始ノ規定ヲ爲シタル不動産ニ付テハ更ニ開始決定ヲ爲スヲ得スト規定セルノミニシテ他ノ法規ニ依リテ不動産ヲ差押ヘタル場合ニ於テハ更ニ民事訴訟法ノ規定ニ則リ競賣手續開始決定ヲ爲スコトヲ禁止シタルノ趣旨ニアラス然ルニ原裁判所カ國稅意納處分法ニ依リ不動産ヲ差押ヘタル上ハ強制競賣ノ申立ヲ許容ス可カラストノ理由ノ下ニ執行裁判所ノ爲シタル競落許可決定ヲ廢棄シ競落不許可ノ決定ヲ爲シタルハ失當ニシテ抗告ハ其理由アリ(大阪控訴院民二判決法律新聞七九〇號二三頁)

本件ハ大阪地方裁判所ノ決定ニ對スル抗告事件ニシテ全決定及ヒ之ニ對スル評論ニ付テハ民事訴訟二一頁ヲ參照スヘシ即吾人ハ原審決定ヲ可トスルモノナリ

取締役ノ改選ト訴訟中斷

一八〇 原告若クハ被告カ訴訟能力ヲ失ヒ又ハ法律上代理人カ死亡シ又ハ其代理權カ原告若クハ被告ノ訴訟能力ヲ得ル前ニ消滅シタルトキハ訴訟手續ハ法律上代理人又ハ新法律上代理人カ其任職ヲ相手方ニ通知シ又ハ相手方カ訴訟手續ヲ續行セントスルコトヲ其代理人ニ通知スルマテ之ヲ中斷ス

取締役全員ノ改選ノ爲メ生スル訴訟手續中斷

會社ノ取締役全員改選ノ爲メ其從前ノ取締役全員ノ代理權消滅シタル以上ハ民事訴訟法第百八十條ニ依リ訴訟手續ハ新任ノ取締役カ其任職ヲ相手方ニ通知シ又ハ相手方カ訴訟手續ヲ續行セントスルコトヲ其新任ノ取締役ニ通知スル迄之ヲ中斷スルモノニシテ其通知ハ同法第八十七條ノ規定ニ從ヒ書面ヲ以テ上訴ヲ受クヘキ裁判所ニ之ヲ爲シ且遅クトモ上訴狀ノ提出ト共ニ之ヲ爲スコトヲ要スルモノトス(大審院四四

果實ノ差押

全趣旨判例(四十二年大審院)尙ホ(民訴三九頁)判

五四九 第三者カ強制執行ノ目的物ニ付キ所有權ヲ主張シ其他目的物ノ讓渡若クハ引渡ヲ妨クル權利ヲ主張スルトキハ訴訟ヲ以テ債權者ニ對シ其強制執行ニ對スル異議ヲ主張シ又債權者ニ於テ其異議ヲ正當ナリトセサルトキハ債權者及ヒ債務者ニ對シテ之主張ス可シ(下略)

未タ分離セサル果實ニ對スル強制執行ニ對シ第三者ヨリ異議ノ訴ヲ提起シ該強制執行ハ之ヲ許サストノ判決アリタルトキハ其判決前果實ヲ分離シタル事實アリトスルモ右強制執行ヲ許サストノ判決ハ有效ナリトス

果實差押調書ニ示スカ如ク生殖スル稻作ヲ其儘差押ヘタルモノナリト雖モ其後同年十一月十九日ニ至リ保管人タル網川德三郎ノ申請ニヨリテ其全部ヲ刈取リ穀六斗入五十九俵トナシタルコトハ差押物件保存處分調書ニ依リテ明白ナルカ故ニ稻作ニ對スル強制執行ハ其當時ニ於テ消滅ニ歸シ現存ノ強制執行ハ唯五十九俵ニ對スルモノナルヲ以テ原判決ノ如キ主文ヲ以テシテハ到底判決ノ執行ヲ爲スコト能ハサル不合法アリト云フニ在リ案スルニ原判決主文ニ於テ強制執行ヲ許サスト宣言シタル強制執行ハ該主文ニ掲ケタル如ク被控訴人カ訴外網川德吉ニ對スル芳賀郡水橋村大字東水沼字宿南八百五十六番田一反一畝十九步外七筆ニ生殖スル稻作悉皆及宿南八百五十四番田三反二畝十一步内ニ刈取リ乾燥シアリタル稻百二十束ノ強制執行ナルコトヲ表示シテ元來動産ニ對スル強制執行ハ差押ニ初リ保存換價處分ヲ經テ配當ニ終ル

モノナレハ其間ニ於テ當初ノ物件カ時ニ其形態等ナキ場合アリト雖モ前記ノ強制執行ヲ依然繼續スルモノナルカ故ニ時々一定ノ申立テテ變更スヘキモノニアラス(東京控訴院民一部判決法律新報七八九號廿頁)

開席判決
ト公示送達

二五五 開席判決ヲ受ケタル原告若クハ被告ハ其判決ニ對シ故障ヲ申立ツルコトヲ得(中略)
外國ニ於テ送達ヲ爲ス可キトキ又ハ公ノ告示ヲ以テ之ヲ爲ス可キトキハ裁判所ハ開席判決ニ於テ故障期間ヲ定メ又ハ後日決定ヲ以テ定ム此決定ハ口頭辯論ヲ經スシテ爲スコトヲ得

公示送達ヲ以テ缺席判決ヲ送達スル場合ニ於テハ特別ニ其故障申立期間ヲ定メサル可カラス

彼控訴人開席ニ因ル開席判決ハ四月三十日付命令ニヨリ公示送達ニ付セラレタルコトヲ認ム然レニ民事訴訟法第二百五十五條第三項ニ依レハ裁判所ハ斯カル場合ニハ決定ヲ以テ別ニ故障期間ヲ定ム可キモノナルニ抱ハラズ職權調査ノ結果右手續ヲ履踐シタル事ハ之ヲ認ムルヲ得サルヲ以テ前記開席判決ニ對スル故障期間ハ未タ其進行ヲ始メス(東京控訴院民二部判決法律新報七八九號二二頁)

官吏ノ俸給ト轉付命令

六一八 左ニ掲クル債權ハ之ヲ差押アルコトヲ得ス
五 文武ノ官吏神職僧侶及ヒ公立私立ノ教育場教師ノ職務上ノ收入恩給及ヒ其遺族ノ扶助料
第一號第五號第六號ノ場合ニ於テ職務上ノ收入恩給其他ノ收入カ一年間ニ三百圓ヲ超過スルトキハ其超過額ノ半額ヲ差押アルコトヲ得
六〇四 俸給又ハ此ニ類スル繼續收入ノ差押債權額ヲ限リシ差押後ニ收入ス可キ金額ニ及フモノトス

官吏ノ俸給ト雖トモ差押ヲ爲シタル上轉付命令ヲ發シ得サルモノニアラス

文武官吏ノ俸給ノ債權カ強制執行ノ目的タルヲ得ルコトハ民事訴訟法第六百十八條第六百四條ニ依リ疑ノ存セサル所ナリ而シテ官吏ノ俸給ハ繼續收入ノ債權ニシテ其債權ハ官吏ノ在職ト職務トヲ條件トスルコトハ控訴人所論ノ如クニシテ是レ又疑ノ存セサル所ナレトモ斯カル條件ノ存スル債權ハ之ヲ差押アルヲ得レトモ之ヲ轉付スルヲ得ストスル法理ナシ蓋シ債權ノ轉付命令ハ支拂ニ換ヘ債權ヲ移轉スルモノナレハ命令ト同時ニ債務者ハ債務ノ排濟ヲ爲シタルモノト看做サルヘキハ勿論ナレトモ是只其債權ノ存在スル限度ニ於テ然ルノミナルカ故ニ官吏ノ俸給ヲ轉付シタル場合ニ於テ官吏ノ解職又ハ休職ニヨリ受取ルヘキ俸給ナキニ至リタルトキハ轉付命令ノ效力モ亦之ト終始スヘキモノニシテ右ノ如キ事情アルカ爲メ官吏ノ俸給ハ轉付命令ヲ發スルニ適セスト論スルヲ得ス(大阪控訴院民二判決法律新報七九〇號二二頁)

官吏ノ俸給ト雖モ之ヲ差押ヘ轉付命令ヲ發スルコトヲ得ルハ勿論ナリ但シ結局支拂ヲ得サルトキ國ニ對シテ民事訴訟ヲ提起スルコトヲ得サルヘシ(諸法三頁議員歳費ノ支拂請求尚ホ板倉法學博士說(法學志林一四卷)參照)

議員歳費
差押及支拂請求

(參照)六〇〇 差押ヘタル金額ノ債權ニ付テハ差押債權者ノ選擇ニ從ヒ代位ノ手續ヲ要セスシテ之ヲ取立ツル爲メ又ハ支拂ニ換ヘ券面額ニテ差押債權者ニ之ヲ轉付スル爲メ命令アラントトテ申請スコトヲ得
右命令ノ送達ニ付テハ第五百九十八條第二項ノ規定ヲ準用ス
六〇四 俸給又ハ此ニ類スル繼續收入ノ債權ノ差押ハ債權額ヲ限リシ差押後ニ收入スヘキ金額ニ及フモノトス

議員歳費差押及轉付命令ノ效力

歳費差押ト歳費辭退トノ關係

衆議院議員カ歳費ヲ受クル權利ハ議員法第十九條第一項ニ依リ附與セラレタル權利ニシテ一ノ公法上ノ權利ナリ而シテ議員ハ其任期中毎年二回ニ分チテ歳費ノ支拂ヲ受クルモノニシテ此ノ權利ハ繼續收入ノ權利タル性質ヲ具有ス...

民事訴訟法第五百九十八條ニ依リハ債權ノ差押ニ付テハ裁判所ハ債務者ニ對シテ其債權ノ處分ヲ爲スコトヲ禁スルモノニシテ債務者ハ其命令ニ服從スルコトヲ要シ差押ノ目的トナリタル債權ヲ放棄スルカ如キハ其爲シ能ハザル所ナリ...

總テ至當ノ見解ト信ス(諸法二頁議員議費)尙ホ板倉法學博士說(法學志林一四卷六號三四頁以下)參照

責問權

責問權ヲ論ス

朝鮮總督府判事津川彌三郎氏ハ責問權ニ關シ有益ナル論文ヲ法律新聞紙上ニ載セラ
ル攻法者ノ參考ニ値スルコト大ナルヲ以テ其大意ヲ紹介ス

- (一) 責問權トハ訴訟手續ノ違背殊ニ訴訟行為ノ方式ニ關スル規定ノ違背ヲ口頭辯論ノ期日ニ於テ之ヲ攻撃シ無効ヲ確定セシムル當事者ノ權利ナリ
- (二) 責問權ハ當事者ノ有スル訴訟權ナルヲ以テ從參加人モ亦之ヲ有ス
- (三) 責問權ハ訴訟手續ノ違背ヲ攻撃スルヲ目的トス故ニ裁判判決、決定、命令、其物ヲ攻擊スルハ責問權ノ行使ニアラス訴訟行為ハ裁判所ノ行為タルト區別セス
- (四) 責問權ハ口頭辯論期日ニ於テ之ヲ行使スルコトヲ要ス證據調ノ期日ニ於テ關係人ノ行為ニ對シ攻撃ヲ爲シ又ハ裁判所外ニ於テ執達吏ノ行為ニ對シ異議ヲ述フルカ如キハ責問權ニアラス
- (五) 責問權ノ行使ハ違法ナルハ訴訟手續ニ對ス訴訟手續ニ關スル規定中ニハ單ニ當

事者ノ利益ノ爲ニ設ケラレタルモノモアリテ此等ノ規定ハ遵守ニ付テ常ニ必ラス裁判所ヲシテ細心其違法ナカラシムルコトヲ留意セシムルカ如キハ何等ノ實益ナキノミナラス却テ訴訟ノ進行ヲ阻害スルノ弊ヲ生スルニ過キサルヲ以テ此等ノ規定ノ遵守ニ付テハ一ニ當事者ノ意思ニ一任スルヲ便利トス責問權ハ此ノ理由ニ依テ認メラレタル訴訟手續ニ關スル規定ニ關スル規定中ニハ單ニ當

- (六) 訴訟手續殊ニ訴訟行為ノ方式ニ關スル規定ニハ當事者カ有效ニ其遵守ヲ放棄シ能フモノト(Dispositives Prozessrecht)然ラサルモノ(Absolute Prozessrecht)トアリ
- (七) 如何ナル規定カ其遵守ヲ有效ニ放棄シ得如何ナル規定カ之ニ反スルヤニ付テハ法律ニ之ヲ明定セス之レ恰モ如何ナル規定カ公ノ秩序ニ關シ如何ナル規定カ之ニ關セサルヤノ問題ニ等シ
- (八) 此區別ニ關シ重要ナル前提ヲナスモノハ或ハ規定カ專ラ公益ヲ目的トスルカ當事者ノ利益ヲ目的トスルヤハ決スルニアリ專ラ當事者ノ利益ヲ目的トスル規定ハ其遵守ニ付テハ普通當事者ノ意思ニ一任シタルモノト謂フヘシ
- (九) 當事者カ有效ニ其遵守ヲ放棄シ得ル規定トシテ獨逸學者ノ一般ニ是認スルモノ左ノ如シ
- (A) 共同訴訟ニ於テ請求ノ牽連又ハ同種ナルコトヲ要スル旨ノ規定
- (B) 從參加ノ形式
- (C) 調書ニ記載スヘキ事項
- (D) 調書讀聞又ハ提示
- (E) 送達
- (F) 中斷中止
- (G) 訴訟送達并ニ之ニ記載スヘキ事項
- (H) 判決ノ送達
- (I) 當事者ノ證據調立會
- (J) 證人再訊問ノ場合ニ於テ前ノ宣誓ヲ引用
- (K) 宣誓履
- (L) 證據保全ニ於ケル證據調ノ期日ニ出頭セザリシ當事者ノ權利
- (M) 假差押

ノ執行 (N)其他單純ナル調示の規定
 (十) 次ニ當事者カ有效ニ其遵守ヲ拋棄シ能ハサルモノトシテ一般ニ是認セラルル規定ハ左ノ如シ
 (A)裁判所ノ構成ニ關スル規定 (B)裁判官ノ一般ノ資格 (C)備々ノ場合ニ於ケル裁判官ノ適格ニ關スル規定 (D)上訴ノ許可ニ關スル規定 (E)專屬管轄ニ關スル規定 (F)辯論ノ口頭且直接ナルコトニ關スル規定 (G)辯論ノ公開ニ關スル規定 (H)當事者能力訴訟能力ニ關スル規定 (I)辯護士強制(日民訴法ハ此主義ヲ採ラス) (J)不變期間並ニ原狀回復ノ許可形式期間ニ關スル規定 (K)反訴ノ許可ニ關スル規定 (L)確定ノ訴ノ許可ニ關スル規定 (M)訴ノ併合 (N)故障控訴上告抗告原狀回復ノ訴無効ノ訴 (O)證書訴訟爲替訴訟ニ於テハ此等ノ訴訟手續ヲ許スヘキヤ

(十一) 我民事訴訟法ノ解釋ニ於テモ前示ノ例ニ從テ判定スルモ大過ナキヤ信ス

(十二) 質問權喪失ノ原因ニ二アリ一ハ拋棄ニシテ他ハ懈怠ナリ

(十三) 懈怠ニヨル質問權ノ喪失ニハ左ノ條件ヲ必要トス

(A)當事者カ欠缺アル手續ノ直後ニ接續セル口頭辯論ニ於テ其欠缺ヲ質問セザリシ事 (B)質問ニ權利付ケラレタル當事者カ其辯論期日ニ出廷シタルコトヲ要ス

(C)當事者カ欠缺ヲ知り若クハ之ヲ知ラサル可カラサルニ之ヲ知ラザリシコト換言スレハ知ラザリシコトニ過失アリタルコトヲ要ス

(十四) 拋棄又ハ懈怠ニヨル質問權喪失ノ效果ハ其訴訟手續ノ違背即チ欠缺カ顯ミラレサルニアリ換言スレハ訴訟行爲ノ無効カ證セラルルニアリ故ニ其欠缺アル訴訟行爲ニ基テ判決ト雖モ完全ニ有效ニシテ最早之ヲ攻撃スル能ハサルナリ

爲ニ基テ判決ト雖モ完全ニ有效ニシテ最早之ヲ攻撃スル能ハサルナリ

請求ノ原因一定セザル

斯ノ如キ場合ハ請求ノ原因一定セスト云フヘキニアラス

(十五) 質問權ノ喪失ハ當事者ノ意思ニ依リテ除去スル能ハス此ノ理由ニヨリ時機ニ選レタル質問ハ相手方ノ同意アルトキト雖モ之ヲ許サス又一且喪失シタル質問權ハ棄却ナリニスルモ之ヲ回復スル能ハサルナリ(獨民新法五三〇、五五八、參照)即チ第一審ニ於テ其手續違背ニ對スル質問權ヲ喪失シタル當事者ハ第二審ニ於テ之ヲ質問スルコトヲ得ザルナリ又第二審ニ於テ質問權ヲ喪失シタル當事者ハ其違背ヲ上告論點トスルヲ得ザルナリ(法律新聞第七九一、七九二號)

一九〇 訴ノ提起ハ既狀ヲ裁判所ニ差出シテ之ヲ爲ス

此既狀ニハ左ノ諸件ヲ具備スルコトヲ要ス

第二 起シタル請求ノ一定ノ目的物及ヒ其請求ノ一定ノ原因

請求原因ハ一定セストノ抗辯ニ付キ審按スルニ民事訴訟法第九十條第一項第二號ノ請求ノ一定ノ原因トハ請求權ノ因テ生シタル法律關係ノ基本タル事實力特定スルコトヲ意味スルニ過キスシテ一個ノ請求ニ付キテハ必ラス一個ノ法律關係ノミニ限定スヘシトノ趣旨ニアラス而シテ本件ニ於テ被控訴人ハ本件貸貸借ハ期間ノ定メナク且ツ何時ニテモ明渡ヲ爲スヘキ旨ノ特約付ナルカ故ニ被控訴人ノ爲シタル解約ノ申入レノ結果貸貸借人當然終了セルヲ以テ家屋ノ明渡シヲ求ムト主張シ假リニ該特約ハ當事者ノ真意ニアラスシテ拘束力ヲシトスルモ期間ノ定メナキ貸貸借ニアリテハ當事者ハ何時ニテモ解約ノ申入ヲ爲シ得ルヲ以テ被控訴人ノ爲シタル右解約ノ申入後三ヶ月ノ期間經過ニヨリテ貸貸借ハ終了スヘキコト民法第六百七十一條ノ規定上明白ナリト言フニアリテ結局被控訴人ノ爲シタル解約申入タル意思表示ノ效果ト

民訴

シテ本件貸借ハ終了セルモノナルカ唯其終了ノ時期カ即時ニ發生セストスルモ三ヶ月後ニアリト言フニ歸着スルモノニシテ本訴請求權ノ因リテ生シタル法律關係ノ基ク事實ヲ特定セルヲ以テ請求原因不定ナリトノ控訴人ノ抗辯ハ理由ナシ(東京地方裁判所民一判決法律新聞七九二號二〇頁)

同趣旨判例學說左ノ如シ

四十二年大審院判決錄七三頁、三十八年同上五五八頁、四十年同上五三三頁、三十年同上二卷六三頁
仁井田博士民事訴訟法要論下卷六二四頁、岩田氏民事訴訟法原論六三一頁以下

確認訴訟ノ要件

一株主ヨリ株主總會ノ決議ハ不法ナルヲ以テ其拘束ヲ受クヘキモノアラサルコトヲ確認セヨト求ムレハ確認訴訟トシテ有效ナリ

確認訴訟ノ要件タル直接ノ法律上ノ利益ヲ有セサル旨主張スレトモ株主總會ハ株式會社ノ最高機關ニシテ其決議ハ會社ノ意思ノ發現ナルカ故ニ他ノ機關及ヒ株主ヲ拘束シ之ニ服從セシムル效力ヲ有スルモノトス故ニ株主總會ノ爲シタル計算書承認決議并ニ利益配當決議ハ株主ヲ拘束シ之ニ服從セシムル效力ヲ生スヘキハ言テ俟タズ斯クノ如ク總會ノ決議カ株主ヲ拘束シ之ニ服從セシムル關係ハ即チ一ノ權利干渉ニ外ナラサルニ依リ總會ノ計算決議ニ因リテハ株主ハ何等ノ權利關係ヲモ發生セサル旨ノ被控訴人ノ主張ハ理由ナシ仍チ控訴人カ前示計算書類承認決議並ヒニ利益配當決議ニ基ク服從關係ノ不存在ヲ即時ニ確定スルニ付キ法律上利益アリヤ否ヤヲ案スルニ消極的確認ノ訴ニアリテハ原告ノ權利範圍カ被告ノ舉動ニヨリ危害ヲ受ケ且ツ

訴ノ原因ノ一定

至當ノ見解ナリ詳細ハ評論一號二號東洋汽船會社訴訟事件ヲ論ス參照尙參考ト
ルナルモノ左ノ如シ

青木博士會社法論四八三頁、片山學士會社法原論三八八頁、故梅博士法學大家論文集下卷一〇一〇頁、三タヒ親族會ノ不法決議ニ付テ

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

債權消滅確認ノ訴ニ於テ債權ハ辨濟ニ因リテ消滅シタリ假リニ然ラストスルモ時効ニヨリテ消滅シタルモノナリト主張スルハ訴ノ原因不定ト云フコトヲ得ス

本問ニ付板倉法學士ハ法學志林誌上ニ於テ一ノ請求ニ對シ兩立スルヲ得サルニ對シ
 原因ヲ主張スル場合例ヘハ賣買ト不法行爲トナ主張スルカ如キト異ナリ辨濟ト時效
 トナ之ヲ防禦方法トシテ提出スル場合ニハ各獨立ノ效力ヲ有スルモノナリ故ニ裁判
 所ハ其一ヲ取リテ以テ裁判スルヲ得ルモノニシテ併セテ提出セラレタルカ爲メニ各
 防禦方法ハ其效力ニ影響ヲ受クルコトナシ然ルニ債務者カ攻撃者ノ地位ニ立テテ行
 動スル場合ニハ此ノ二個ノ方法ヲ併セテ行フコトヲ許サストスルハ其當ヲ失セル議
 論ナリト云ヘリ(一四卷五號四四頁)

吾人ハ至當ノ見解ト信ス尙本書請求ノ原因一定セストノ抗辯參照

七五五 保爭物ニ關スル假處分ハ現狀ノ變更ニ因リ當事者一方ノ權利ノ實行ヲ爲スコト能ハス又ハ之ヲ爲スニ著シ
 キ困難ヲ生スル恐アルトキ之ヲ許ス

抵當權ノ登記アル目的物ニ對シ債權者カ處分禁止ノ假處分ヲナシタリ此場合假
 處分ノ效力ハ右抵當權ノ實行ヲ禁ズルモノナリヤ若シ禁セラルルモノトセハ其
 實行ノ結果取得シタル競落人ノ所有權ニ何等ノ影響ナキヤ

反對說

處分禁止ノ假處分命令ハ已往ニ遡及シテ其命令前ニ成立シタル抵當權ノ效力ヲ直接
 又ハ間接ニ害スルコトヲ得ス
 本問ノ場合ニ於テ甲債權者カ其有スル抵當權ノ實行トシテ競賣ヲ求ムニ際シテ債
 權者カ假處分命令ノ效力ヲ競落人ニ對抗スルコトヲ得ヘキモノトセハ抵當權ノ實行
 ハ完全ナルコトヲ得サルヘシ(松岡學士法學志林一四卷五號四九頁)

抵當權ノ
 登記アル物ニ
 對シテ爲ニ
 シタル假處
 分ノ效力ハ
 處分ノ效力
 ニ對シテ爲
 シタル假處
 分ノ效力ハ

第三者ハ假處分物ニ對シテ所有權其他ノ物權ヲ有スルモ其命令カ適法ニ送達セラレ
 タルトキ或ハ假處分命令ノ適法ノ登記ヲ爲シタル場合ニハ自己ノ權利ヲ行使スルコ
 トヲ得ス但シ異議ノ訴ヲ起シ假處分命令ヲ取消サシメタルトキハ此限ニ在ラズ(板倉
 氏法政大學講義錄民事訴訟法六編以下四四九頁)

本論ハ兩説トモ未タ盡ササル所アリト信ス假處分命令カ不動產所有者ニ處分行
 爲ヲ禁止シタルモノナルトキハ松岡氏ノ説ノ正當ナルハ勿論ナリ反之抵當權者
 ニ對シテモ處分禁止ノ命令アリタルトキハ其權利ノ實行ヲ爲ス能ハサルハ是亦
 明白ナリトス

假處分
 所カ定
 判所力
 ムル期
 内ニ起
 へキ起
 私訴ト

七四六 本案ノ未タ繫屬セサルトキハ假差押裁判所ハ債務者ノ申立ニ因リ口頭辯論ヲ經シテ相當ニ定ムル期間内
 ニ訴ヲ起スヘキコトヲ債權者ニ命スヘシ
 此期間ヲ徒過シタル後ハ債權者ノ申立ニヨリ終局判決ヲ以テ假差押ヲ取消スヘシ

假差押裁判所カ定メタル期間内ニ起スヘキ訴ニハ私訴ヲモ包含スヘキヤ

私訴ハ公訴ニ附帶シテ刑事裁判所ニ提起スルモノニシテ通常ノ民事訴訟トハ形式管
 轄等ナ異ニスルモノナレトモ效力ノ點ヨリ見ルモ又本條ノ規定ヲ設ケタル立法理由
 ニ之ヲ徵スルモ私訴ノ提起ヲ以テ本條ノ要件ニ適合スルモノト斷定シテ誤ラサルモ
 ノト思料ストハ板倉法學士カ法學志林誌上ニ於テ論セラル、所ナリ(十四卷五號四六
 頁)

全然吾人ノ所見ト一致ス

差押命令
ト移付命令
ト發付命令
同時ニ發付
ルコトナシ
カトナシ

民 訴

八五

差押命令ト移付命令(轉付命令)ト同時ニ發スルコトヲ得ルカ

六〇〇 差押ヘタル金額ノ債權ニ付テハ差押債權者ノ選擇ニ從ヒ代位ノ手續ヲ要セスシテ之ヲ取立タル爲メ又ハ支拂ニ換ヘ券面額ニシテ差押債權者ニ之ヲ轉付スル爲メ命令アラシキコトヲ得右命令ノ送達ニ付テハ第五百九十八條第二項ノ規定ヲ準用ス

本條ニハ「差押ヘタル金額ノ債權ニ付テハ差押債權者云々取立タル爲メ云々轉付スル爲メ命令アラシキコトヲ得」トアリテ移付命令ハ差押ヘタル後ニ申請スヘキモノナルコト文理上明白ナリ差押ヘ其命令ヲ債權者ニ送達スルニ依リテ效力ヲ生ス此送達以前ニ於テハ差押ナシ

或ハ之ヲ解シテ同時ニ發スルモ有效ナリトスルハ條件付有效ノ意義ナリ即若シ差押命令カ有效トナリタルトキハ同時ニ發セル移付命令モ有效タルヘク然ラサル場合ニハ無効ニ歸スヘシトスルニ在リトナス然レトモ我民訴上條件付裁判ナルモノヲ認メ

同時ニ申請シ同時ニ發スルコトヲ許ササルハ他ノ債權者ニ配當要求ノ機會ヲ與ヘントスルニ在リ

然ルニ學說實際殆ント積極說ニ一致シ岩田原論、今村註解、同正解、高木論綱、松岡講義等皆然ルヲ遺憾トス(實藤辯護士、法律新聞七九〇號三頁以下要領)

本論ヲ正當ト信ス判例亦左ノ如シ

轉付命令ハ差押ヘタル金額ノ債權ニ非レハ之ヲ發スルコトヲ得ス從テ差押手續ニ不法ノ點アルトキハ轉付命令モ亦其效ナキモノトス(四十二年大審院判決錄七八七頁三十八年同上一五九二頁)

信徒氏子
ノト社
トト子
ノト社
トト子
ノト社
トト子

調書ノ無
効

神社カ其所有財産ニ付キ相手方ト爲シタル賣買行爲カ本來無効ナル場合ニ於テハ其神社ノ信徒又ハ氏子ハ自己ノ資格ニ於テ右賣買當事者ニ對シ裁判上之カ賣買無効確認ノ訴ヲ起シ得ヘキヤ

明治十年五月第四十三號布告ニ依レハ社寺ノ財産處分ニ關シテハ氏子檀家ノ承諾ハ其有效條件トセリ檀家氏子ハ右ノ如ク社寺ノ財産處分ニ關シテ許否ノ權利ヲ有スルモノニシテ此權利タルヤ一種ノ私權トシテ法律ノ認ムル所ナルカ故ニ侵害セラレタル場合ニ於テハ其保護ヲ求ムル爲メ訴權ヲ有スルヤ明カナリ(板倉松太郎法學士法學志林一四卷六號六一頁要領)

總代ニヨリ許否ノ權利ヲ行フ以上ハ氏子檀徒各自ニ權利アルコト勿論ナルモ此許否權ノ行使ト云ハンヨリ寧ロ此權利ヲ有スル點ヨリ見テ利害關係アリ從テ訴權アリト云フヲ妥當ト信ス

一三二 調書ニハ裁判長及ヒ裁判所書記署名捺印ス可シ
裁判長差支アルトキハ官等最モ高キ陪席判事之ニ代リ署名捺印ス區裁判所判事差支アルトキハ其裁判所書記ノ署名捺印ヲ以テ足ル

裁判長及ヒ書記ノ署名捺印ヲ缺ク調書ハ無効ナリ
無効ノ調査ニ基ク判決ハ破毀ヲ免レヌ

民 訴

八六

按スルニ口頭辯論調書ニ裁判長及ヒ裁判所書記ノ署名捺印ヲ要スルコトハ民事訴訟法第百三十二條ニ規定シタル所ナレハ之ニ違背シタル調書ハ無効ニシテ證明ノ效力ヲ有セス原院ノ判決言渡調書ヲ閱スルニ裁判長ノ捺印ヲ缺キ法定ノ方式ヲ具ヘサレハ其調書ハ口頭辯論ニ關スル方式ヲ遵守シタルコトヲ證明スルノ效力ナク從テ其方式ヲ遵守シタルコトハ之ヲ知ルニ由ナキヲ以テ原判決ハ此點ニ於テ破毀ヲ免カレシルモノトス(大審院四五年(一)〇三號同年五月五日二八日民一判決)

全趣旨判例

四十二年大審院判決錄四四九頁

尙ホ本件ニ關シ參考トナル判例ヲ掲クレハ

裁判長ノ署名捺印ナキ證人訊問調書ハ民事訴訟法ノ規定ニ適セサル調書ナルコトハ勿論ナレトモ裁判所書記ノ署名捺印アルトキハ當然無効ノモノニ非ス同法第百三十四條ノ場合ヲ除ク外其調書ニ記載シタル事項ハ裁判所ノ心證ヲ以テ採否ヲ決スヘキモノトス(三十四年同上九卷一六五頁)

實問權ノ喪失

訊問許可アリタル證人ノ取調ヲ爲サスシテ結審判決シタルハ違法ナルモ結審前異議ヲ述ヘサリシカ爲メ實問權ヲ喪失シタルモノニシテ之ヲ以テ上告理由トナスニ足ラストス

實買ノ虛偽ナルコトノ立證トシテ證人飯田竹一郎中澤トメ渡邊ツヨ田中智之其他ノ證人ノ證書ヲ採用シタルノミニシテ右ノ證人等ト同時ノ申請ニ係リ其後未タ訊問ナ

事實認定ノ當否

送ケサリシ證人淺井トメニ至リテハ上告人ニ於テハ何等陳述ヲ爲シタル記載アルナク手續違背ノ儘結審ヲ遂ケタルニ對シテ異議ヲ留メサルハ是レ又實問權ヲ喪失シタルモノナリ(大審院四五年(九)八號同年五月一日民二判決)

四三四 上告ハ法律ニ違背シタル裁判ナルコトヲ理由トスルトキニ限り之ヲ爲スコトナリ

事實認定カ適法ナルヤ否ヤノ問題ハ法律問題ニシテ上告ノ理由トナル可キモノトス

或證書ニ依リテ一定ノ事實ヲ確定スルハ所謂事實ノ認定ニ外ナラサレトモ該事實ノ認定カ適法ナリヤ否ヤノ問題ハ法律問題ニシテ上告裁判所ノ判斷ヲ受クヘキ者ナリ或ル證書ニ依リテ適法ニ一定ノ事實ヲ確定スルニハ該證書ノ記載又ハ其記載ヨリ當然推理セラル、結果カ確定セラル可キ事實ト客觀的ニ符合スルコトヲ要スルヲ以テ若シ此符合ヲ缺クニ於テハ其事實ノ認定ハ違法ナリト謂ハサル可カラズ例ヘハ預金關係ノ記載アル預金證書ニ依リ消費貸借契約ノ成立セル事實ヲ認定スルニ於テハ該認定ハ違法ナリト謂ハサルヲ得サルカ如シ(東京控訴院民一部判決法律新聞七九六號二一頁)至當ノ見解更ニ間然スヘキ處ナシ

土地所有權ヲ爭フ場合ニ於テ其全部ノ立證ヲ爲シ得サリシモ一部ノ立證ヲ爲シ得タル場合ニ於テハ其立證シ得タル部分ニ付キ勝訴ノ判決ヲ爲スヘク全部立證ナキヲ理由トシテ請求ヲ棄却スヘキモノニアラストス

一部勝訴ノ可分(權利ノ)

私訴ニ於テ主張スル私法上ノ權利カ可分ナル場合ニ於テハ原告ノ訴權ハ其全部及ヒ其各部分ニ及フ者ナレハ其全部ニ對スル原告ノ立證不十分ナリトスルモ其一部分ニ對スル立證ニシテ充分ナルトキハ裁判所ハ其立證セラレタル權利ノ部分ニ付キ勝訴ノ判決ヲ言渡ヌヘキモノニシテ全部ノ權利ニ付敗訴ヲ言渡ヌ可キモノニアラス抑モ土地ハ性質上可分ナルヲ以テ土地ノ所有權モ又分割シ得ヘキモノトス故ニ原告人カ係争地ノ全部ニ付キ所有權ヲ主張シテ右長方形ノ線カ當事者双方ノ所有地境界ナリト稱スル場合ニ於テ右長方形ノ線カ境界ナリトノ原告人ノ立證換言スレハ線形線ヨリ右長方形ノ線ニ至ル迄ニ原告人ノ所有權ノ立證不十分ナリトスルモ此兩線ノ間ニハ數多ノ線ヲ想像スルコトヲ得ヘク其數ハ數學上所謂無量數ニ至ルヘキヲ以テ線形線ト右長方形トノ間ニ想像スルコトヲ得ヘキ無量數ノ線中何レカノ線ニ至ル迄ノ原告人ノ所有權カ立證セラレタルトキハ裁判所ハ其線ヲ兩地ノ境界線トシテ線形線ヨリ該線ニ至ル迄ノ原告ノ所有權ヲ認メサルヘカラス從テ此部分ニ付キ原告人ニ勝訴ノ判決ヲ言渡ササル可カラサルナリ(東京控訴院民一判決法律新聞七九五號二頁至當ノ說明ト信ス)

公正證書ノ執行文ニヨリ強制執行ヲ爲シ得ヘキ場合ナルニ拘ハラヌ更ニ訴ヲ提起シテ給付ノ判決ヲ求ムルカ如キハ法律上ノ利益ナキ不合法ノ訴ナリトス

判決ヲ快ダスシテ債務名義タルヘキ公正證書ノ正本ヲ請求シ得ルノ途アル以上ハ更ラニ強制執行ノ債務名義タルヘキ給付判決ヲ求ムルノ必要ナク該訴ハ法律上ノ利益ナキ不合法ノ訴ナリ(大阪地方裁判所民事二部判決法律新聞七九五號二四頁)當然ノ説

四五六 抗告ニ付テハ直近ノ上級裁判所其裁判ヲ爲ス
抗告裁判所ノ裁判ニ對シテハ其裁判ニ因リ新ナル獨立ノ抗告理由ヲ生シタルトキニ非サレハ更ラニ抗告ヲ爲スコトヲ得ス

再抗告裁判所ノ爲シタル裁判ニ對シテハ裁判所ノ構成其他重要ナル手續ニ關シ法律ノ規定ニ違背セル廉アルニアラサレハ更ニ抗告ヲ爲スヲ得サルモノトス

再抗告裁判所カ抗告裁判所ノ裁判ヲ廢棄シテ抗告ヲ申立テラレタル裁判ト同一ノ裁判ヲ爲シタルトキハ二個ノ同一ノ裁判存在スルモノナルカ故ニ民事訴訟法第四百五十六條第二項ニ所謂新ナル獨立ノ抗告理由ヲ生スルモノニ非サルコト本院ノ判例明治三十七年(第一七九號)同年五月五日言渡トスル所ナレハ再抗告裁判所ノ裁判ニ對シテハ裁判所ノ構成其他重要ナル手續ニ關シ法律ノ規定ニ違背セル廉アルニ非サレハ更ニ抗告ヲ爲スコトヲ得ス然ルニ本抗告ハ原院カ再抗告裁判所トシテ爲シタル裁判ニ對スルモノナルニ拘ラス右論旨ハ畢竟原院ノ爲シタル裁判又ハ競賣裁判所ノ爲シタル公告ヲ論難スルニ過キサレハ孰レモ適法ノ抗告理由タラス(大審院四五年(六)五六七、六九號)同年五月一日一民一決定

四五六 抗告ニ付テハ直近ノ上級裁判所其裁判ヲ爲ス
抗告裁判所ノ裁判ニ對シテハ其裁判ニ因リ新ナル獨立ノ抗告理由ヲ生シタルトキニ非ラサレハ更ラニ抗告ヲ爲スコトヲ得ス

新 判 例

大審院ニ再々抗告ヲ爲サントスル場合ニ二個ノ下級裁判所ノ裁判力一致セルコトアル以上ハ抗告ヲ爲ス權利ナキモノトス

抗告裁判所ノ裁判ニ對シテハ新タニ獨立ノ抗告理由ヲ生スルニアラサレハ更ニ抗告ヲ爲スコトヲ許ササルモノナルコトハ民事訴訟法第四百五十六條第二項ノ規定スル所ニシテ所謂新タナル獨立ノ抗告理由ハ二個ノ下級裁判所ノ裁判力相一致スルトキハ存セザルモノトス故ニ大審院ニ再々抗告ヲ爲サントスルニ當ツテハ其一致カ控訴院ノ裁判ト地方裁判所ノ裁判トノ間ニ在ルト控訴院ノ裁判ト區別裁判所ノ裁判トノ間ニ在ルト將文地方裁判所ト區別裁判所トノ間ニ在ルトトモ間ハ新タナル獨立ノ抗告理由ハ存セザルモノトス大審院四五年(八五號同年六月一日民一部決定)

再々抗告ニ付テハ參照スヘキ判例學說ナシ參考ノ爲メ再抗告ニ於ケル所謂新タナル理由ヲ示サシ

抗告裁判所ノ裁判ニ因リ生シタル新タナル獨立ノ抗告理由トハ抗告裁判所カ形式上不適法トシテ抗告ヲ棄却スルカ實質上下級裁判所ノ判決ト反對ノ裁判ヲ爲シ對手人ノ爲メ更ニ抗告理由ヲ生スルカ下級裁判所ノ結果ニ於テ同一ノ裁判ヲ爲スモ法律上除斥セラレタル判事カ其裁判ニ干與スルカ若クハ其裁判カ裁判所構成ノ規定又ハ重要ナル訴訟手續ニ違背セル如キ場合ヲ指スモノトス(四十一年大審院判決録五九一頁岩田氏民事訴訟法原論八五頁以下參照)

供託金ノ二重差押

第三者(第三債務者)ニ對スル債務者ノ債權ニシテ金錢ノ支拂又ハ他ノ有體物若クハ有價證券ノ引渡若クハ

給付ヲ目的トスルモノノ強制執行ハ執行裁判所ノ差押命令ヲ以テ之ヲ爲ス

六〇〇 差押ヘタル金錢ノ債權ノ差押債權者ノ選擇ニ從ヒ代位ノ手續ヲ要セスシテ之ヲ取立ツル爲メ又ハ支拂ニ換ヘ券面額ニテ差押債權者ニ之ヲ轉付スル爲メ命令アラント申訴スルコトヲ得

右命令ノ送達ニ付テハ第五百九十八條第二項ノ規定ヲ準用ス

六〇二 取立ノ爲メノ命令ハ其債權ノ全額ニ及フモノトス但シ執行裁判所ハ債務者ノ申立ニ因リ差押債權者ヲ審訊シテ差押額ヲ其債權者ノ要求額マテニ制限シ其超過スル額ノ處分殊ニ取立ヲ爲スヲ許スコトヲ得其制限シタル部分ニ限リ他ノ債權者ハ配當要求ヲ爲スコトヲ得ス

右許可ハ第三債務者及ヒ債權者ニ通知ス可シ

六二三 第三債務者カ取立手續ニ對シテ義務ヲ履行セザルトキハ差押債權者ハ訴ヲ以テ之ヲ履行セシムルコトヲ得執行力アル正本ヲ有スル各債權者ハ共同訴訟人トシテ原告ニ加ハル權利アリ

訴ヲ受ケタル第三債務者ハ原告ニ加ハラサル債權者ヲ共同訴訟人トシテ呼出シアラント口頭辯論ノ第一期日マテニ申立テタルコトヲ得

右ノ場合ニ於ケル裁判ハ呼出ヲ受ケタル債權者ニ利害ヲ及ス效力アリ

中央金庫ヲ第三債務者トシテ其供託金ニ對シ第一着ニ債權差押命令ヲ得尋イテ取立命令ヲ得タル甲債權者ト其後ニ差押命令並ニ轉付命令ヲ得タル乙債權者アリ然ルニ中央金庫ハ乙債權者ニ其供託金全部ヲ拂渡シ甲債權者ニ對シテハ第一ニ乙者カ轉付命令ヲ有シ甲者ハ單ニ取立命令ヲ有スルニ過キサルト第二ニ乙者ハ供託物取扱規程第九條ニ基キ供託金受領證ヲ提出シタルモ甲者ハ之ヲ提出シ能ハサルニ箇ノ理由ヲ以テ其拂渡ヲ拒絕シタルハ正當ナリヤ

有體物差押ノ執行ヲ取消ス爲メ明治四十三年十一月十一日中央金庫ニ金六百四十五圓六十五錢一厘ヲ供託シタルニ訴外長谷川次郎兵衛ハ有供託金ノ債權ニ對シテ

強制執行ヲ爲シ債權ノ差押命令及ヒ轉付命令ヲ得本件中央金庫ニ對シ供託金受領證
 及ヒ轉付命令書ヲ提出シ供託法及ヒ供託物取扱規程ニ定ムル手續ヲ盡シテ有供託金
 ノ下附ヲ請求シ中央金庫ハ其請求ニ應ジテ本件ノ供託金ヲ訴外長谷川次郎兵衛ニ下
 附シタルコトハ當事者間ニ爭ヒナキトシテ債權轉付命令及ヒ供託受領證書ヲ提
 出シ供託金ノ下附ヲ中央金庫ニ請求シタル訴外長谷川次郎兵衛ハ自己ノ爲ニスル意
 思ヲ以テ金庫ヨリ本件供託金ノ返還ヲ受ケヘキ債權ヲ行使シタルモノニ外ナラサル
 ナリ以テ同人ハ各債權ノ準占有者ナリト謂フヘキ從テ本件中央金庫ハ右債權ノ準占有
 者タル訴外長谷川次郎兵衛ニ對シ本訴ノ供託金ヲ下付シタルモノニシテ當事者間ニ
 爭ヒナキトコロニヨレハ供託金ニ對スル債權差押命令及ヒ轉付命令ヲ得タル者カ供
 託受領證及ヒ轉付命令等ニ提出シ供託法及ヒ供託物取扱規程ニ準據シテ供託金ノ下
 附ヲ請求スルトキハ該轉付命令發付前ニ同一債權ノ差押命令及ヒ取立命令ヲ得タル
 者アル場合ト雖モ金庫ニ於テハ從來其轉付命令ヲ得タル者ヲ供託金受領ノ權利アル
 モノト認メ供託金ヲ下附シ來リタルコト明カナルヲ以テ本件ノ中央金庫ハ善意ヲ以
 テ換言スレハ訴外長谷川次郎兵衛ヲ供託金受領ノ權利アルモノト信シ本訴ノ供託金
 ナ同人ニ下付シタルモノト認メザルヘカラ民法第四百七十八條ニ依リハ債權ノ準
 占有者ニ爲シタル辨濟ハ辨濟者ニ於テ善意ナリシトキハ其效力ヲ生シ該請求ハ之レ
 ニ因リテ消滅スヘキモノナルヲ以テ本件中央金庫ハ前示ノ如ク本訴ノ供託金ヲ訴外
 長谷川次郎兵衛ニ下付シタルコトニヨリ有效ニ該供託金ノ債權ノ辨濟ヲ了シ右債權
 ナ消滅セシメタルモノト謂フヘク從テ本件中央金庫ハ更ニ本訴ノ供託金ヲ支拂フノ
 義務ナキモノトス假リニ然ラズトモ被控訴人ノ主張ニ依リハ被控訴人ノ本訴請
 求ノ趣旨ハ供託受領證ヲ提出セシムル其他供託法及ヒ供託物取扱規程ニ依ル手續ヲ盡
 スシテ本訴供託金ノ支拂ヲ求ムルニアルコト明瞭ナルヲ以テ本訴被控訴人ノ請求ハ

供託受領證及ヒ供託原因消滅ノ證明書等ハ引換ニ供託金ノ支拂ヲ求ムルノ旨趣ヲ包
 合セス此ノ點ニ關シ本訴請求ノ當否ヲ案審スルニ本訴ノ供託金ハ前示ノ如ク債權者
 タル訴外並木善之助ニ執行セラレタル假差押ヲ取消ス爲メ民事訴訟法第七百五十四
 條第一項ニヨリ金庫ニ供託シタルモノナレハ並木善之助ハ金庫ヨリ供託金ノ支拂ヒ
 ナ受ケヘキ權利ヲ有シタルコト明カナレトモ供託法及ヒ供託物取扱規程ニヨレハ
 供託金ハ供託者ニ於テ供託受領證及ヒ供託原因消滅ノ證明書ニ足ルヘキ
 證書等ヲ提出シ供託法及ヒ供託物取扱規程ニ從ヒ種々ノ手續ヲ盡シタル後ニアラサ
 レハ之レヲ取戻スコトヲ得ス債權ノ取立命令ナル者ハ單ニ執行債權者ヲシテ執行債
 務者ニ屬スル債權ヲ取立テ自己ノ債權ノ辨濟ニ充當スルコトヲ得セシムルニ止マリ
 換言スレハ自己ノ債權ノ辨濟ヲ取立ツル爲メ執行債務者ニ屬スル權利ヲ行使スルコ
 トヲ得シムルニ過キサルモノナレハ執行債務者カ本訴供託金ノ支拂ヒヲ求ムルニハ
 前示ノ如ク必ス供託法及ヒ供託物取扱規程ノ手續キテ盡スコトヲ要スル本件ノ場合
 ニ於テハ該債權ノ取立命令ヲ得タル被控訴人モ亦供託法及ヒ供託物取扱規程ニ定メ
 ル手續ヲ盡スニアラザレハ金庫ニ對シ本訴供託金ノ支拂ヲ求ムルコトヲ得サルモノ
 ト謂ハサルヲ得ス故ニ此點ノ主張ハ採用シ難シ被控訴人ハ又本件ノ如ク他人カ供託
 受領證等ヲ金庫ニ提出シテ供託金ノ受領ヲ了シ已ニ供託受領證等ヲ有セサル場合ニ
 ハ供託法及ヒ供託物取扱規程ニ依ラスシテ供託金ノ支拂ヲ求ムルヘキ旨趣スレトモ
 供託法及ヒ供託物取扱規程ニヨレハ金庫ハ同法及ヒ同規程ニ準據セサル供託金支拂者
 ニ對シテハ供託金ノ支拂ヲ要セサルコト明カナルヲ以テ此ノ點ノ主張モ又採用スル
 ニ由ナシ(東京控訴院民一判決法律新聞七九五號廿頁)

本件判決ハ違法ナリト信ス蓋シ(一)既ニ前ニ他人ヨリ差押アルコトヲ知リナカラ

其後ニ差押ヲ爲シ轉付命令ヲ得タル者ニ供託金ヲ下附スルカ如キヲ善意ト説明スルハ甚タシキ曲解ナリ(二)供託法及供託物取扱規定ニ定ムル書類ノ提出ヲ要スルハ普通ノ場合ニシテ強制執行ニヨリ其下附ヲ求ムル本件ノ如キ場合ニ其書類ノ提出ヲ要セサルハ勿論ナリ若シ之ヲ絕對ニ要スルモノトスレバ強制執行ヲ爲シ能ハサル場合却テ多キヲ占ムヘシ(三)シ本件判決ノ如クニ裁判セハ左ナキタニ債務者ト通謀スル轉付命令ノ弊害ハ一層擴大セラレ殆ント保證金ノ制度株式米穀等取引所ノ保證金請負人保證金其他ハ根底ヨリ其用ヲ爲サ、ルニ至ルヘシ

主参加訴訟

五〇 然レトモ總テノ共同訴訟人ニ對シ訴訟ニ係ル權利關係カ合一ニノミ確定ス可キトキニ限リ左ノ規定ヲ適用スルハ共同訴訟人中ノ或ル人ノ攻撃及ヒ防禦ノ方法(證據方法ヲ包含ス)ハ他ニ共同訴訟人ノ利益ニ於テ效ヲ生スル共同訴訟人中ノ或ル人ノ力爭ヒ又ハ認諾セサルトキト雖モ總テノ共同訴訟人カ悉ク爭ヒ又ハ認諾セサルモノト看做スモノト看做ス

然レトモ懈怠シタル共同訴訟人ニハ其懈怠セザリシ場合ニ於テ爲スヘキ總テノ差違及ヒ呼出ヲ爲スコトヲ要ス其懈怠シタル共同訴訟人ハ何時タリトモ其後ノ訴訟手續ニ再ヒ加ハルコトヲ得

五一 他人ノ間ニ權利拘束ト爲リタル訴訟ノ目的物ノ全部又ハ一部ヲ自己ノ爲ニ請求スル第三者ハ本訴訟ノ權利拘束ノ終ニ至ルマテ其訴訟カ第一審ニ於テ繫屬シタル裁判所ニ當事者双方ニ對スル訴(主參加)ヲ爲シテ其請求ヲ主張スルコトヲ得第三者カ原告及ヒ被告ノ其謀ニ因リ自己ノ債權ニ損害ヲ生スルコトヲ主張スルトキモ亦同シ

五二 本訴訟ハ第一審ニ繫屬スルトニ至ル迄テ之ヲ中止スルコトハ原告被告若クハ主參加人ノ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ主參加ニ付テノ權利拘束ノ終ニ至ル迄テ之ヲ中止スルコトヲ得

決定ハ口頭辯論ヲ經スシテ之ヲ爲スコトヲ得
中止ヲ命スル決定ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得

主参加ハ必要的共同訴訟ナリヤ否ヤ及ヒ主参加ト本訴訟トノ關係如何

主参加ハ從參加ノ一種ヨリ起リタルモノナリ即チ第三者カ當事者ノ一方ヲ補助シ而シテ判決ニ於テハ當事者間ノ權利ノ有無ヲ判定スルノミナラス右ノ從參加人ノ權利ノ有無迄モ確定スル一種ノ訴訟カ中世紀ニ始マリ此ヨリ漸ク發達シテ終ニ主参加原告ハ嚴然タル獨立ノ當事者トシテ本訴訟ノ當事者双方ヲ相手取ルコトトナリシナリ主参加ノ性質殊ニ主参加ト本訴訟トノ關係ニ付テハ此沿革カ果チ爲スコト頗ル多シ

(一)或ハ主参加ト云フ獨立ノ訴ナシ從參加ノ變態ニ過キスト云ヒ(二)或ハ主参加訴訟ハ三人ノ當事者ヲ有スル一種ノ訴訟ニシテ此訴訟ニ於ケル判決ハ一舉ニシテ此等三人間ノ關係ヲ確定スルコトヲ目的トスト云フハ何レモ右ノ沿革ニ基クテ說ナリ第二說ハ通説ニシテ之ニヨレハ本訴訟ノ判決ヲ爲スニ當リテハ主参加訴訟ノ判決ニ拘束セラ

ルト云フナリ例ヘハ主参加判決ニテ主参加原告ノ權利認メラル時ハ後ニ本訴訟ノ判決ヲ爲スニ際シ被告ハ兼ノ判決ヲ援用シテ原告ノ權利ヲ排斥スルヲ得ヘタ反之主参加原告ノ權利認メラレザリシ場合ニハ被告ハ原告ニ對シマタ主参加原告カ正當ノ權利者ナリト主張スルコトヲ得ヘシトナス訴訟法ノ起草者ハ或ハ斯ル訴訟トナサム目的ナリシヤモ知ルスト雖モ現行法ノ下ニ於テハ說明シ難ナル說ナリ抑三人ノ當事者ヲ有スル訴訟ナルモノハ民事訴訟法ノ知ラサルトコロナリ又主参加訴訟ノ判決カ當然本訴訟ノ當事者ヲ拘束ストノコトモ何等法文ノ根據ナシ又斯ル拘束力アリトセ

ハ主参加原告ヨリ主参加各被告ニ對スル判決ハ同一轍ニ出テサルヘカラス(然ラサレハ本訴訟ニ於テハ何レニ適從シテ可ナルヤチ知ラサルニ至ル)從ヒテ少ナクトモ必要

的共同訴訟ト爲ササルヘカラス而モ果シテ必要的共同訴訟ノ要件ニ該當スルヤ否ヤ頗ル疑ハシ於是或ハ必要的共同訴訟ノ性質ヲ有スルモノナリト稱シ民事訴訟法第五〇條二項以下ノ規定ノ適用アルカ如ク無キカ如ク竟ニ要領ヲ得サルニ歸ス要スルニ沿革ニ因ハレタル説ナリ現行民事訴訟法ノ解釋トシテハ主參加訴訟ト本訴訟トハ當然ニ何等ノ關係モナシ從ヒテ普通ノ共同訴訟ナリ主參加原告ト主參加被告ニ對スル判決ハ互ニ獨立ナリト云フノ外ナシ(前田直之助法學士法學新報二二卷七號九五頁以下)

主參加訴訟カ所謂必要的共同訴訟ナリヤ否ヤニ付テハ民訴二頁主參加訴訟ト共同訴訟トノ關係參照

主參加訴訟ト本訴訟トノ關係ニ付テハ

一、主參加ハ一箇ノ訴ニシテ共同訴訟ニ非サルモ主參加ハ民事訴訟法五〇條ノ規定ヲ適用スルト略同一ナル結果ヲ生スヘシ而シテ主參加訴訟ノ判決ハ特別ノ規定ヲ待タズシテ本訴訟當事者ノ間ニ於テモ既判力ヲ有ス(仁井田博士法學新報一八卷二號四九頁以下)

一、本訴訟カ前ニ確定スルトキハ一般ノ規定ニ從ヒ確定力ヲ生シ其判決ハ執行力ヲ有ス又主參加訴訟ニ付キ前ニ判決アリタルトキハ其判決ハ確定力ヲ發生シ執行力ヲ有スルニ至ル而シテ本訴訟ノ判決前主參加訴訟ノ判決カ確定シタルトキハ本訴訟ノ當事者ハ其判決ヲ本訴訟ニ利用スルコトヲ得ヘシ(岩田氏民事訴訟法原論三一、二頁)

差押ノ
目的カ
金債
債權ニ
副ハ
サレ
ル場
合

金錢債權ノ執行トシテ爲シタル差押ノ目的カ金錢債權ニ副ハサル場合ニ於テハ該差押ハ其效ナキモノトス

抑モ被上告人ノ債權ハ債務者ニ貸シタル本件公債證書ノ引渡シテ目的トスルモノニシテ其公債證書ハ被上告人ニ返還セラレハキ其所有物ナレハ他ノ金錢債權者ハ之ヲ以テ其債權ヲ満足セシムルコトヲ得ス從テ其債權ノ強制執行ノ爲メ該公債證書ノ引渡シ目的トスル債務者ノ債權ヲ差押フルコトヲ得サルノ理ナリ(大審院四五年(五七號同年五月三〇日民一判決))

動産差押
期間
ト
設
置
ノ
期
間

五七五 差押ノ日ト競賣ノ日トノ間ニハ少クトモ七日ノ時間ヲ存スルコトヲ要ス但シ差押物ヲ永ク貯藏スルニ付キ不相應ノ費用若クハ其物ノ價格ノ著シク減少スル危害ヲ避ケン爲メ競賣ヲ早ク爲スコトノ必要ナルトキハ此限ニ在ラス

差押動産物ヲ永ク貯藏スルニ付不相應ノ費用ヲ要スル場合ニハ七日ノ期間ヲ置クヲ要セス此認定權ハ執達吏ニアリトス

差押ノ日ト其差押ノ物件競賣ノ日トノ間ニハ少クトモ七日ノ期間ヲ存セサルヘカラサルコトハ民事訴訟法第五百七十五條ノ規定スル處ナレトモ同條但書ニ依レハ差押物ヲ永ク貯藏スルニ付キ不相應ノ費用ヲ要スル場合ハ此限リニ非ストノ例外ヲ認メ其例外ノ場合ニ該當スルヤ否ヤノ認定ハ一ニ執達吏ノ職權ニ屬スルノミナラス被告執達吏カ本件取毀材料ノ競賣ニ際シ前示法定ノ期間ヲ存セスシテ即時之レカ競賣ヲナシタルハ右材料ノ價格ノ僅少ナルニ拘ハラズ之カ保管ニ不相應ノ費用ヲ要スヘキモノト認メタルニ因ル旨ノ被告ノ主張ニ對シ原告ハ明ニ右ノ主張事實ヲ争ハス又他ノ陳述ヨリ之レヲ争フ意思ノ顯ハレサルヲ以テ原告ハ右取毀材料ノ保管ニ不相應ノ費用ヲ要スヘキコト並ニ被告等カ右ノ事由ニ基キテ右物權ノ差押ト其競賣トノ

間ニ前示ノ法定期間ヲ存セザリシモノナルコトヲ明白シタルモノト認ム而シテ斯ノ如キ事由ノ存スル場合ハ恰モ前示ノ例外規定ニ該當スルヲ以テ被告等カ右取毀材料ヲ差押ヘ即時之ヲ競賣ニ付シタルハ適法ノ措置ナリト云ハサル可カラズ(甲府地方裁判所民事判決法律新聞第七九八號二六頁)

執達吏ハ最後ノ認定權ヲ有スルモノニアラス若シ不當ノ認定ヲ爲シテ競賣ヲ爲サントシ又ハ爲シタルトキ民訴五四四條其他ニヨル救濟方法アルヘシ

前主ノ意

二九九 證人ハ第二百九十七條第一號及七第二百九十八條第四號ノ場合ニ於テ左ノ事故ニ付キ證言ヲ拒ムコトヲ得ス
第四 原告若クハ被告ノ前主又ハ代理人トシテ係争ノ權利關係ニ關シ爲シタル行爲

「前主」トハ訴訟當事者ニ直接讓渡ヲ爲シタル者ノミニ止ラス逐次讓渡アリタル場合ニハ其各讓渡人モ亦「前主」ナリトス

前主トシテ爲シタル行爲ニ關係ヲ有セサルモノハ同條所定ノ事項ニ適合セサルヲ以テ訴ノ事實ニ付キ獨立ノ訊問事項トシテ證言ヲ求メラレタル場合ニ於テハ同條ノ規定ヲ適用スヘキ限リニ在ラス然レトモ其所謂前主トハ權利カ途次數人ノ承繼ヲ經テ原告若クハ被告ニ移轉セラレタル場合ニ於テハ當ニ直接ニ之ヲ原告若クハ被告ニ移轉シタルモノノミナラス其前者タル返次ノ各被承繼人ヲモ包含スルモノト解セサルヲ得ス何トナレハ其各承繼人中ノ或者カ係争ノ權利關係ニ關シ爲シタル行爲ニ付キ其者ニ證言ヲナサシムル必要ハ被承繼人ト爲リタルトキノ前後ニ依リ區別スヘキ謂レナクテハナリ(大審院四五年(一)八六號同年六月十四日民二決定)

訴ノ變更
給付訴訟
變更

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

控訴審ニ於テ給付訴訟ヲ確認訴訟ニ變更スルハ訴ノ變更ニシテ許スヘキモノニアラサルカ

控訴審ニ於テハ絕對ニ訴ノ變更ヲ許ササルコトハ民事訴訟法第四百十三條ノ規定スルトコロナリ訴ノ變更ハ訴ノ原因ノ變更ノミナラス申立ノ變更ヲモ包含スルマ旨ヲ俟タス此申立ノ變更ハ民事訴訟法第九十六條二號三號ニ該當スル場合ノミ爲シ得ヘク之ニ該當セサル場合ニ於テハ許ス可カラサル者トス而シテ給付ノ訴ヲ確認ノ訴ニ變更シ或ハ確認ノ訴ヲ給付ノ訴ニ變更スルモ若シ民事訴訟法第九十六條二號三號ニ該當スル場合ナランニハ訴ヲ變更シタルモノト云フヲ得スト雖トモ同條二號三號ニ該當セサル場合ニハ訴ヲ變更シタルモノト謂ハサル可カラズ本件第一審ニ於テハ訴狀ヲ査閱スルニ一定ノ申立ナル題下ニ被告ハ原告ニ對シ神戸地方裁判所四十四年(三)第二十四號假處分證金一千圓ヲ引渡スヘシトシ判決ヲ乞フト記載シ事實理由ナル題下ニ(前略)前記假處分後ノ利息金及前記(七)第七六號事件ノ訴訟費用全部ハ原告ノ負擔ニ歸スルヲ以テ被告カ同假處分命令ニ基キ(中略)供託セル金員ハ之ヲ原告ニ交付スヘキモノナリト思考スルニ付キ本訴ニ及フト記載シアリ然シテ原告第一四口頭辨論調書中原告代理人(控訴代理人)ハ裁判長ノ問ニ對シ被告カ供託シタル金員ハ金庫ニ屬セス依然被告ノ所有ナリトス因テ供託シタル金員其物ヲ引渡サ受ケントスルニアリト釋明シタル旨記載シアリ是レニ依リ之ヲ見レハ控訴人ハ第一審ニ於テ被控訴

人カ供託金一千圓ノ所有權ヲ有スルコトヲ主張シ該金員ノ引渡ヲ求メタルヲ明瞭也然ルニ當審ニ於テ控訴代理人ハ被控訴人ハ金庫ニ對シ金一千圓ノ償還請求權ヲ有シ控訴人ハ此權利ノ上ニ法定質權ヲ有スルヲ以テ民法第三百六十七條ニ依リ質權ノ目的タル權利ヲ直接ニ取立ツルヲ得ルニ付キ被控訴人ハ神戸地方裁判所四十二年(三)第二十四號假處分保證金一千圓ヲ控訴人カ取立ツル權利アルコトヲ確認スヘシトノ判決ヲ求ムト申立テタリ故テ以テ控訴人カ取立ツル權利アルコトヲ認シテ第一審ニ於ケル法律上ノ申述ヲ補充更正シタル者トスルモ控訴人カ第一審ニ於テ金一千圓ノ給付ヲ求メナカラ當審ニ至リ權利關係ノ確認ヲ求ムルハ訴ノ申立テ擴張シ又ハ減縮シタルニ非ス又最初求メタル物ノ減盡又ハ變更ニ因リ賠償ヲ求メタルニモ非ス二者全ク目的物ヲ異ニスルヲ以テ此ノ如キ申立ノ變更ハ民事訴訟法第九十六條ノ解釋上訴ノ變更ニシテ舊訴ノ外新ニ訴ヲ提起シタルニ外ナラサルカ故ニ控訴審ニ於テハ許スヘカラサルモノトス(大阪控訴院民二判決法律新聞第八〇五號二六頁)

參考

- 一、第一審ニ於テ地所賃借ノ無效原因ト爲シ登記ノ抹消及ヒ收益賠償ヲ請求シタル後第二審ニ至リ同一原因ニ基キ更ニ無効確認ノ請求ヲ附加スルカ如キハ即チ訴ノ申立テ擴張シタルモノニ外ナラス(三十八年大審院判決錄四一頁)
- 一、契約履行ノ訴ヲ同一義務確認ノ訴ニ變更スルカ如キハ訴ノ原因ニ變更ナシ(三十年全上一〇卷四五頁)
- 一、訴ノ申立ノ變更ハ當然許スヘカラサル訴ノ變更ナリト雖モ一九六條第二號及ヒ第三號ノ場合ニ該當スルトキニ限り之ヲ許ス故ニ給付ノ訴ヲ確定ノ訴ニ變更スル場合ノ如キハ一九六條第二項申立ノ擴張若クハ減縮ト爲ワサル限リハ之ヲ許ササルモノト

ス (岩田氏民事訴訟法原論二六四、二六四頁)

假處分目的物

七五五

係争物ニ關スル假處分ハ現狀ノ變更ニ依リ當事者ノ一方ノ權利實行ヲ爲スコト能ハス又ハ之ヲ爲スニ著シキ困難ヲ生スル恐アルトキハ之ヲ許ス

假處分ノ目的タルコトヲ得ヘキモノハ訴訟ノ目的物ノミニ限ルヘキ者ニシテ貸金請求訴訟事件ニ於テ不動産擔保權ヲ有スル債權者カ該不動産ヲ債務者カ毀滅スルヲ防カンカ爲メ申請シタル假處分ノ如キハ之ヲ許スヘキモノニアラス

本件假處分ノ當否ヲ案スルニ被控訴人申請ノ要旨ハ被控訴人ハ控訴人先代ニ對シ不動産ヲ抵當トシ金員ヲ貸與シタルトコロ期日ニ辨濟セサルノミナラス控訴人先代ハ抵當權ノ目的タル立木ヲ不法ニ伐採スルヲ以テ被控訴人カ他日抵當不動産ヲ毀滅ニ付スルモ其價格ヲ減少シ満足ナル辨濟ヲ受ケルコト能ハサルヘキニ依リ貸金請求ノ本案訴訟ヲ提起シ本件假處分ノ申請ヲ爲シタル次第ナリト云フニアリ然レトモ凡ソ物ニ對スル假處分ハ特殊ノ事情ノ爲メ判決ノ確定ヲ待ツニ於テハ權利ノ實行ヲ爲スコト能ハス又ハ之ヲ爲スニ著シキ困難ヲ生スヘキ恐レアル場合ニ之ヲ許スモノニシテ其實質ハ判決執行ニ對スル保全處分ナルカ故ニ本案訴訟ノ目的物ニ關シテノミ其處分ヲ爲スコトヲ得ヘク其他ノ物ハ訴訟ニ於テ争フ所トナルモ假處分ヲ施行スコトヲ得ス蓋シ訴訟ノ目的以外ノ物ハ之ニ對シテ假處分ヲ爲スモ後ニ至テ判決執行ヲ爲スニ由テク違ニ處分ノ效果ヲ完フスルコトヲ得サレハナリ故ニ民事訴訟法第七百五十五條ニ係争物トアルハ訴訟ニ於テ争ヒアル凡テノ物ノ謂ニアラスシテ單ニ訴訟ノ

目的物ノミナリ得シタルニ外ナラザルモノトス然ルニ本件被控訴人ノ提起シタル訴訟ノ目的ハ控訴人ニ對シ貸金ノ辨濟ヲ求ムルニアリテ立木又ハ伐採シタル木材等ニ付キ其給付又ハ權利ノ確認ヲ求ムルモノニアラサルヲ以テ此レ等物件ハ固ヨリ此案訴訟ノ係争物ナラト云フヲ得ス(東京控訴院民一部判決法律新聞第八〇二號二三頁)

同趣旨ノ説明

假處分ニ於ケル係争物トハ金錢ノ給付ヲ目的トセサル請求ノ目的物ヲ謂ヒ係争物ノ現狀ノ變更ニ因リ權利ノ實行不能ト爲リ又ハ之ヲ實行スルニ付キ著シキ困難ヲ生スル虞アル場合ニ於テ假處分ヲ許スヘキモノトス(岩田氏民事訴訟法原論三一六、三一七頁板倉氏法政大學講義錄四二〇頁)

即チ貸金請求事件ノ假處分トシテハ不適法ナルコト論ヲ俟タス然レドモ擔保物ノ毀滅ヲ差止ムルコトヲ請求ノ目的トスル訴訟ニ於テハ本件ノ如キ假處分ヲ爲シ得ヘキコトハ明白ナリト信ス

證書訴訟
手續ニ於
テハ欠席
判決

四八八 原告ハ口頭辯論ノ終結ニ至ル迄ハ被告ノ承諾ヲ要セスシテ通常ノ手續ニテ訴訟ヲ繫屬セシメテ證書訴訟ヲ止ムルコトヲ得

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

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

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

辯論ヲ延期シタルトキハ出頭セサル原告若クハ被告ヲ新期日ニ呼出スヘキ

契約履行
地ノ裁判
債務者ノ
變更ト裁
判籍

證書訴訟手續ニ於テ辯論期日ニ被告闕席ヲナシタル場合ニ原告ハ之ヲ通常訴訟手續ニ引直シタル上闕席判決ヲ求ムルコトヲ得ルヤ

原告ガ訴訟ヲ通常ノ手續ニテ繫屬セシメテ證書訴訟ヲ止ムルニハ被告ノ承諾ヲ要セサルヲ以テ證書訴訟ヲ止メ缺席判決ヲ求ヘキモ缺席判決ヲナスニハ證書訴訟ヲ止ムル旨ヲ適當ナル時期ニ書面ヲ以テ通知シアリタルコトヲ要スルニヨリ之ヲ缺グトキハ闕席判決ヲ爲スコトヲ得ス(法學士松岡義正氏法學志林一四卷七號七五頁)

四八八條二五二條當然ノ解釋ニシテ異論アルヘキ筈ナシ

一八 契約ノ成立若クハ不成立ノ確定又ハ其履行若クハ銷除廢絶解除又ハ其不履行若クハ不十分ノ履行ニ關スル賠償ノ訴ハ其訴訟ニ係ル義務ヲ履行ス可キ地ノ裁判所ニ之ヲ起スコトヲ得

(參照)民法四八四 債務ヲ爲スヘキ場所ニ付別段ノ意思表示ナキトキハ特定物ノ引渡ハ債權發生ノ當時其物ノ存在セシ場所ニ於テ之ヲ爲シ其地ノ辨濟ハ債權者ノ現時ノ住所ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要ス

四八五 辨濟ノ費用ニ付別段ノ意思表示ナキトキハ其費用ハ債務者之ヲ負擔ス但シ債權者カ住所ノ移轉其他ノ行爲ニヨリテ辨濟ノ費用ヲ増加シタルトキハ其増加額ハ債權者之ヲ負擔ス

契約履行請求ニ於テ債權者ノ住所地ハ其裁判籍ナリ

債權讓渡ニヨリ債權者ニ變更ヲ生シタル場合ニ於テハ新債權者ノ住所地ヲ契約履行地ナリト言フコト能ハサルカ

本件契約履行地ハ東京市ナルコト明カナルヲ以テ本件ハ其履行地ヲ管轄スル東京地

方裁判所へ提起セザルヘカテサレモトス尙ホ被控訴代理人ハ本件ニ付テハ契約履行地ニ關シ何等ノ約ナキナリ以テ債權譲渡ニヨリ讓受人トナリタル新債權者即チ被控訴人ノ住所タル新潟縣西頸城郡下早川村大字西谷内ニ於テ辨濟ヲ受クヘキモノトスルカ故ニ本訴ヲ新潟地方裁判所高田支部ニ提起シタルハ不當ニアラスト云フモ民法第四百八十四條未段ノ規定ノ趣旨ハ辨濟ハ債權者現時ノ住所ニ於テ之ヲ爲ス可シト云フニ過キスシテ現時ノ債權者ノ住所ニ於テ爲スコトヲ要スト云フニアラサルヲ以テ債權者ニ變更アリタル場合ニ於テ直ニ同條ヲ適用シ得ルモノト官フ可カラズ若シ夫レ債權譲渡ノ場合ニ於テモ尙同條ヲ適用シ得ルモノトセハ債權者カ非常ニ遠隔ノ地ニ住居スルモノニ債權ヲ譲渡シ讓受人ハ債務者ニ對シ債務ノ履行ヲ強要スルコトアラントセシカ債權者ハ之レカ爲メ受ケル不利尠少ニアラサルヘシ或ハ民法第四百八十五條但書ノ辨濟費增加負擔ニ關スル規定アルヲ以テ尙モ債務者ニ不利ヲ來スコトナカルヘシト云フモノアラソモ債權者變更ニ關スル住所異動ハ債權者ノ住所移動ト同視スルコト能ハサルカ故ニ右但書ノ規定ヲ適用シ之ニ要シタル費用ヲ當然讓受人タル新債權者ニ負擔セシムルコトヲ得サルヘシ蓋シ讓渡人タル舊債權者ハ債權ヲ譲渡シタル行爲アルニ止マリ讓受人タル新債權者モ其債權ヲ讓受ケタルニ過キスシテ讓受人ニ於テ住所ノ移動其他ノ費用ヲ要シタル行爲ナキニ拘ハラズ辨濟ノ爲メ增加費用ヲ當然負擔セザル可カラスト云フカ如キハ極メテ不當ノ見解タルヲ免レサレハナリ依テ民法第四百八十四條第四十五條但書ノ規定ハ債權譲渡ノ場合ニ於テ讓渡人カ債務者ニ債權譲渡ノ通知ヲ爲シタルニ止マルトキハ債務者ハ讓受人ニ對シ其通知ヲ受ケル迄讓渡人トノ間ニ生シタル對抗事由ハ之ヲ以テ讓受人ニ主張シ得ヘキコトハ民法第四百六十八條第二項ニ規定スル處ニシテ辨濟ノ場所ハ同條項ノ對抗事由ニ該當

スルコト疑テ容レサルヲ以テ債務者利益ノ爲メ一旦定マリタル辨濟ノ場所ハ債務者ニ於テ承諾セザル限りハ債務者ハ讓受人ニ對抗シ得ヘク讓渡人讓受人ノ行爲ニ因リ派リニ之レヲ動かカスコト能ハサルモノトス今本件ニ於ケル被控訴人先代カ近川清澄ノ控訴銀行ニ對シ有セシ報酬金支拂ノ請求權ヲ讓受ケ近川ヨリ債權譲渡ノ旨ヲ控訴銀行ニ通知シ其通知ハ單ニ通知シタルニ止マルコト近川清澄カ東京市芝區櫻川町ニ辯護士事務所ヲ有スル事ハ當事者間ニ争ヒナキ事實ナルヲ以テ債務者タル控訴銀行ハ讓受人タル被控訴人ニ對シ讓渡シノ通知ヲ受ケタル迄ニ讓渡人トノ間ニ生シタル辨濟ノ場所ニ關シ對抗シ得ヘキコト前示説明ノ如クナルヲ以テ本件ハ假令ヒ辨濟ノ場所ニ付キ控訴代理人主張ノ如キ特約ナシトスルモ讓渡人タル前債權者近川清澄ノ事務所所在地タル東京市ニ於テ辨濟セラレヘキモノナルニ付之レ又管轄裁判所タル東京地方裁判所へ出訴セザルヘカテサレモノトス(東京控訴院民三部判決法律日百七十五號最近判例集第十一卷二頁)

第一八條文通リ當然ナリ

第二ニ付テハ學說判例論文共ニ參照スヘキモノナシ

(一) 辨濟ノ場所ハ不特定物ニ付テハ債權者ノ住所地ナルコトハ民法四八四條ノ規定スル所故ニ不特定物ニ關スル契約ノ履行地カ債權者ノ住所地ナルコトハ明白ニシテ從ツテ民訴一八條ニヨリ債權者ノ住所地カ其裁判籍ナルコトハ説明ヲ要セズ

(二) 債權者ニ變更アリタル場合ニ於テハ如何ニ新債權者ノ住所地ヲ以テ裁判籍ト

見ル能ハサルヘキカ本件判決ハ若シ然リトセハ債務者ハ非常ニ迷惑ヲ感スヘシト説明ス然レトモ此場合ハ債權者ノ住所ニ變更ヲ生シタル場合ト更ニ其事例ヲ異ニセス此論點ニ關シテハ判例學說ノ參照スヘキモノナシト雖トモ本件判決ノ説明ニ對シテハ速カニ贊同スルコト能ハスト思惟ス

辯論ノ中止

證書訴訟及ヒ爲替訴訟ニ於ケル辯論ノ中止

證書訴訟及ヒ爲替訴訟ニ在リテモ民事訴訟法第百二十一條所定ノ條件ノ具備スル限リハ辯論ノ中止ヲ爲スコト固ヨリ法律ノ禁止スル所ニアラス然レトモ證書訴訟及ヒ爲替訴訟ハ本來訴訟ヲ迅速ニ進行セシメ原告ノ權利ノ満足ヲ容易ナラシムル爲メニ設ケラレタル特別訴訟手續ナレハ證書訴訟及ヒ爲替訴訟ニ於テ民事訴訟法第百二十一條ニ基ク辯論ノ中止ヲ命スルハ通常同條カ裁判所ノ意思ニ一任シタル中止ノ權能ヲ適當ニ行使シタルモノト謂フヘカラス故ニ原決定ハ不當ニシテ抗告ハ理由アリ(大審院四五年(一〇九號同年七月四日民一決定)

即本件ハ原審カ自由裁量ヲ不法ニ行ヒタルモノト認定シタルニアリ

實問權ノ拋棄

三二〇

- 第一 訊問ノ時未タ滿十六歳ニ達セサル者
- 第二 宣誓ノ何物タルヤナク了解スルニ必要ナル精神上ノ發達ノ缺クル者
- 第三 刑事上ノ判決ニ因リ公權ヲ剝奪又ハ停止セラレタル者
- 第四 第二百九十七條及ヒ第二百九十八條第三號並ニ第四號ノ規定ニ依リ證言ヲ拒絕スル權利アリテ之ヲ行使セサル者但第二百九十八條第三號並ニ第四號ノ場合ニ於テ拒絕ノ權利ニ關スル事實ニ付キ證言ヲ爲スコトヲ申立テラレタルトキニ限ル
- 第五 訴訟ノ成績ニ直接ノ利害關係ヲ有スル者

證人ノ宣誓ニ關スル規定ニ違背シタル手續アルモ當事者カ異議ヲ述ヘス即チ責問權ヲ拋棄シタルトキハ有效ナル手續トナルヘキモノトス

訴訟行爲カ其方式ニ關スル規定ニ違背シタル場合ト雖モ其行爲カ當ニ必ラスシモ無効トナルヘキモノニアラス訴訟行爲ノ方式ニ關スル規定中所謂公益所規定ハ暫ラ措キ其然ラサル規定ニ違背シタル場合ニ於テハ當事者カ其違反ニ對スル責問權ヲ拋棄シ訴訟行爲ヲシテ有效ナラシムルコトヲ得ルモノトス民事訴訟法第三百十條ノ證人ノ宣誓ニ關スル規定ハ訴訟行爲ノ方式ニ關スルモノナルモ公益規定ニ屬スルモノト認ムルコトヲ得サルヲ以テ裁判所カ證人訊問ノ際其規定ニ違背スルコトアルモ當事者ハ有效ニ其責問權ヲ拋棄スルコトヲ得ルモノトス(東京控訴院民一判決法律新聞八〇三號二五頁)

宣誓手續違反ハ責問權ノ拋棄ニヨリ有效ナル手續トナルヘキモノトス尙責問權ノ性質及ヒ責問權喪失ノ效果ニ付テハ民訴四六頁宣誓ヲ缺ク手續ノ違背同七七頁責問權ヲ論ス及ヒ同八七頁責問權ノ表失參照

立會人
(証人)
之
意義

民事

一〇九

二九九 證人ハ第二百九十七條第一號及ヒ第二百九十八條第四號ノ場合ニ於テ左ノ事項ニ付キ證言ヲ拒ムコトヲ得
第三 證人トシテ立會ヒタル場合ニ於ケル權利行為ノ成立又ハ旨趣

權利關係ノ成立及其趣旨ニ付其當時立會人タリシヲ以テ忌避スルコトヲ得サル
證人」

民事訴訟法第二百九十六條第一項第三號ハ公成證書作成ノ場合ニ於ケル立會證人ノ如ク形式的ニ證人名義ヲ以テ立會ヒタル者ノミヲ指スニアラスシテ苟モ後日ノ證據タルヘキ目的ニテ立會ヒタル總テノ場合ヲ包含セシムル法意ナルカ故ニ本訊問事項ハ同條第三號ニ該當スルモノト謂ハサルヘカラス果シテ然ラハ該事項ニ付テハ證人庄司關ハ服部嘉之助ト親族關係アルノ故ヲ以テ其證言ヲ拒ムコトヲ得サルモノニシテ從テ抗告人ハ之ヲ忌避シ得ヘキモノニアラス(東京地方裁判所民三乙判決法律新聞第八〇四號二六頁)至當ノ見解ト信ス判例學說ノ參照スヘキモノナシ

假執行ノ
取消ト之
ニ因リ支
拂ヒタル
物ノ返還

五一〇 本案ノ裁判又ハ假執行ノ宣言ヲ廢棄若クハ破毀又ハ變更スル判決ノ言渡アルトキハ假執行ハ其廢棄若クハ破毀又ハ變更ヲ爲ス限度ニ於テ效力ヲ失フ
假執行ノ宣言アリタル本案ノ判決ヲ廢棄若クハ破毀又ハ變更スルトキハ判決ニ基キ被告ノ支拂又ハ給付シタルモノノ辨濟ヲ被告ノ申立ニ因リ判決ヲ以テ原告ニ言渡ス可シ

假執行ノ宣言アリタル本案判決破毀サレタルトキ該宣言ニヨリ支拂ヒタルモノノ返還ヲ求ムル申立ハ判決ヲ破毀スルトキニ方リ上告裁判所ニ爲スヘキモノニ

シテ差戻後ノ控訴裁判所ニ爲スヘキモノニアラス」

案スルニ民事訴訟法第五百十條ニ假執行ノ宣言アリタル本案ノ判決ヲ破毀スルトキトアルハ破毀シテ差戻ス場合ヲモ包含スルモノト解セサル可ラス故ニ原院カ此場合ヲ包含セスト判示シタルハ失當ナリト雖トモ破毀セラルヘキ判決ニ基キ支拂ヒタルモノノ返還ハ判決ヲ破毀スル上告裁判所ニ申立テサル可ラス其破毀ノ原因トシテ差戻後ノ控訴裁判所ニ返還ノ申立ヲ爲スヲ得サルモノトス故ニ原院カ其申立ヲ容レザリシハ結局正當ナリ(大審院四五年(一)一五九號四年六月一日民一宣告)

訴訟代理
人ノ假住
所ト郵便
送達

一四二 訴訟代理人アルトキハ送達ハ其代理人委任ノ旨趣ニ依リ原告若クハ被告ノ代理ヲ爲ス權ヲ有スルトキニ限リ其代理人ニ之ヲ爲ス
然レトモ原告若クハ被告ノ本人ニ爲シタル送達ハ其訴訟代理人アルトキト雖トモ效力ヲ有ス

一四三 受訴裁判所ノ所在地ニ住居ヲモ事務所ヲモ有セサル原告若クハ被告ハ其所在地ニ假住所ヲ選定シテ之ヲ届出ツヘシ
假住所選定ノ届出ハ遅クトモ最近ノ口頭辯論ニ於テ之ヲ爲シ又其前ニ書面ヲ差出ストキハ其書面ヲ以テ之ヲ爲ス可シ
前項ノ届出ヲ爲ササルトキハ裁判所書記又ハ其委任ヲ受ケタル吏員交付ス可キ書類ヲ原告若クハ被告ノ名宛ニテ郵便ニ付シテ送達ヲナスコトヲ得此送達ハ其書類ノ原告若クハ被告ニ到達スルト否トナ問ハス又何時ニ到達スルトナ問ハス郵便ニ付シタル時ヲ以テ之ヲ爲シタルモノト看做ス

民事訴訟法第四百十三條ニハ原告若クハ被告ハ假住所ヲ設ケ得ヘキ旨規定セル
モ訴訟代理人モ亦假住所ヲ設ケ得ヘキ趣旨ナリトス」

民事

110

郵便送達ノ報告ニハ差出郵便局ヲ示スノ必要ナキモノトス

訴訟代理人アル場合ニ於テハ書類ノ送達ハ本人ニ爲サスシテ訴訟代理人ニ爲スル原
則トスルコト民事訴訟法第四百十二條ノ規定ニ照シ疑ナ容レサル所ニシテ假住所ノ
選定ハ送達ノ便宜ノ爲メニ設ケラレタル制度ナルカ故ニ民事訴訟法第四百十三條第
三項ニ原告若クハ被告トアルハ之ヲ廣義ニ解釋シ原告若クハ被告ノ爲メニ訴訟代理
人アルトキハ右訴訟代理人ノ爲メ送達ニモ同條ヲ適用スルヲ至當トス
民事訴訟法第四百十三條第三項ニ依リ書類ヲ郵便ニ付シテ送達ヲ爲ス場合ニ於テハ
何レノ郵便局ニ投函スルモ差支ナキモノナルヲ以テ其送達ノ報告ニハ之ヲ投函シタ
ル郵便局ヲ示スノ必要ナク又之ヲ命シタル法律ノ規定ナシ故ニ本件記録ニ添付セル
加藤書記ノ報告ニ右ノ記載ナキモノ之ヲ以テ不適法ト爲スコトヲ得ス(大審院四五年
全趣旨前例
假住所ノ届出ヲ爲ササル訴訟代理人ニ對シ判決ヲ送達スルニ當リ其住所若クハ事務
所ニ宛テサルトキハ該送達ハ不適法ナラトス(四十二年大審院判決録二七一頁)

證據申請
却下シタル
證據申請
却下シタル

證據申請ヲ不法ニ却下シタル判決

仍テ按スルニ原院カ上告人ノ申出テタル證人入江紋次郎喚問ヲ許容セザリシ理由ハ

二八八 舉證者ハ裁判所ノ定ムル期間内ニ證據調ノ費用ヲ豫納ス可シ若シ其期間ニ豫納セザルトキハ證據調ヲナサ
ス但シ期間ノ満了後ト雖モ豫納シタルトキハ訴訟手續ノ遲滞ヲ生セサル場合ニ限り證據調ヲ許ス

其決定ニ明示セザリシト雖モ其之ヲ許容スルハ民事訴訟法第二百八十八條ノ法意ニ
悖ルモノト爲シタルニ因ルコトハ原院判決ノ理由ト原院ノ法廷調査トニ徴シテ絲毫ノ
疑ナ容ルヘキニ非ス抑同條ノ規定ハ裁判所カ一旦許容シタル證據調ニ付テ舉證者カ
裁判所ノ定ムル期間内ニ證據調ノ費用ヲ豫納セザルトキハ其證據調ヲ爲ササルニ止
マリ舉證者ヲシテ之レカ爲メニ同一ノ立證趣旨ニ屬スル他ノ證據申立ヲ爲ス權利ヲ
喪失セシムル法意ニアラサルコトハ其但書ノ規定ニ徴シテ之ヲ知ルニ餘リアリ然ラ
ハ即原院判決ハ同條ノ規定ヲ不當ニ適用シタル不法アルモノト謂ハサルヲ得ス裁判所
ハ民事訴訟法第二百七十四條ノ規定ニ依リ當事者ノ申立テタル數多ノ證據ヲ制限シ
若シクハ時機ニ遅レテ申立テタル證據ハ同法第二百四條及ヒ第二百十條ノ規定ニ
依リ相手方ノ申立ニ因リ之ニ却下スルヲ得サルコトハ實ニ被上告人辯明スル所ノ如
シト雖モ原院ハ同法第二百八十八條ノ法意ヲ誤解シテ上告人カ新ニ申立テタル證據
ヲ拒絕シタルコト明カナレハ同法第二百七十四條若クハ第二百四條及ヒ第二百二十
條ニ依リテ裁量シタルモノト謂フヲ得ス(大審院四五年(五)五號同年六月二十七日民一判
決)

確認訴訟ノ要件

確認訴訟ノ審理ニ於テ利益有無ノ釋明ヲ爲サスシテ其要件ヲ缺クモノトナシタ
ル判決ハ違法ナリ

凡ソ權利關係ノ成立若クハ不成立ノミヲ確定セシメントスル訴訟即チ確認訴訟ハ權利
ノ存否ヲ即時ニ確定セシムルニ付法律上ノ利益アルトキハ之ヲ許スヘキモノナレハ
所有權確認ノ訴ノ場合ニ於テモ苟モ其權利關係ヲ即時ニ確定セシムルニ付法律上ノ
民訴

利益アル以上ハ之ヲ許スヘク必シモ當事者双方各自ニ所有權ヲ有スルコトヲ主張スルヲ要スルモハノニアラス蓋シ所有權確認ノ訴ニ限リ當事者双方各自ニ主張スルヲ要スル法則ナキノミナラス例ヘハ被告自己ノ所有權ヲ主張セサルモ原告ノ所有權ヲ否認シ之ヲ前提トシテ自己カ其目的物ニ付キ或ル權利ヲ有スルコトヲ主張シ此權利ヲ行使セントシテ原告ノ所有權ヲ侵害セシムル虞アルトキハ原告ノ權利狀態ハ極メテ不安ノ地位ニアルモノニシテ而カモ此ノ場合ニ於テ被告ハ敢テ原告ノ所有權ヲ侵害セントスル意思アルニアラハ判決ヲ以テ原告ノ所有權ヲ否認セラル、ニ於テハ被告ハ原告ノ所有權ヲ侵害スルカ如キ行為ヲ爲ササルモノナルカ故ニ原告ハ此權利ノ存在ヲ確定スル事ニヨリ其權利ニ對スル侵害ノ危險狀態ヨリ脱却シ得ヘキヲ以テ其權利ノ存在ヲ即時ニ確定スルコトニ付キ法律上ノ利益アルモノト云フナリ得ヘク斯ル場合ニ所有權確認訴訟ヲ許サ、ル者ナケレハナリ今本件ノ訴旨ヲ按ズルニ原告明治四十四年十月十九日附口頭辯論調書ニ依レハ控訴人(原告)ハ訴狀更正ト題スル書面ニ基キ一定申立又原因事實ノ更正ヲ爲シタリトアリテ其訴狀更正書並ニ原判決事實補示ヲ見ルニ其請求ノ原因タル事實トシテ控訴人所有ノ鹿兒島市鼓川町一〇四番市街宅地五百二十四坪九合二勺ノ土地ノダンタドワ坂道路ニ接スル境界ハ一定ノ申立通リナルニ被控訴人ハ右土地ノ境界線内ニ立入りテ土木工事ヲ起シ更ニ其東北方ニアル溝渠ヲモ控訴人ノ所有ニアラスト主張シ其部分ニ於ケル控訴人ノ所有權ヲ侵害セントスルヲ以テ控訴人ハ被控訴人ニ對シ該土地所有權ノ範圍ノ確認ヲ求ムルノ必要ニ際會シタルモノナルヲ以テ本訴ニ及ヒタリト陳述シタル旨ノ記載アルモ該記載事實ノミニ依リテハ原告人ハ本訴地所カ原告人ノ所有權内ニ屬スルコトヲ確定スルニ於テハ被告原告人ハ土木工事ヲ施行セサル旨ナルヲ否ヤ明カナラス若シ本訴ニシテ前段ノ趣旨ナラシカ原告人ハ其所有權ノ存在ヲ確定セラル

ルコトニヨリ其權利ニ對スル危險狀態ヨリ脱却シ得ラルヘキ地位ニアルヲ以テ其權利ノ存在ヲ即時ニ確定スルニ付キ法律上ノ利益アルモノト云フナリ得ヘキモ然ラサレハ原告人ハ本訴所有權ノ確定ヲ求ムルニ付キ何等法律上ノ利益ナキモノト云ハサルヘカラス而シテ確認訴訟ニ於テ原告法律上ノ利益ヲ有スル事實ハ請求ノ原因ノ内容ヲ爲スモノニシテ訴訟條件ニアラサルカ故ニ如斯確認訴訟ノ利益ニ關スル事實ニ付當事者ノ主張不明ナルトキハ裁判所ハ宜シク原告ヲシテ之レカ釋明ヲ爲サシメ進ンテ請求ノ當否ヲ判定セサル可ラス然ルニ原裁判所ハ所有權ノ確認訴訟ニ於テハ被告カ自己ニ所有權アルコトヲ主張シテ原告ノ所有權ヲ爭フ場合ニアラサレハ之ヲ許ササルモノト誤解シタル結果モ原告ヲシテ確認訴訟ノ利益ニ關スル事實ヲ釋明セシムルコトヲ爲サス漫然其訴ヲ不適法ナリト却下シタル第一審判決ヲ是認シタルハ所有權確認訴訟ノ法則ヲ誤解シ當事者ヲシテ事實上ノ主張ヲ釋明セシメサル不法アルモノニシテ原判決ハ破毀ヲ免レス(長崎控訴院民一判決法律新聞八〇一號二六頁)

確認訴訟ハ當事者間ニ於ケル權利關係ノ確定ヲ目的トスルモノナルヲ以テ相手方カ自ラ所有權ヲ主張セサルトキハ所有權確認ノ訴ハ許スヘキモノニ非ス(民訴五八頁)所有權確認ノ訴參照而シテ本件ノ如キ場合ニハ被告ノ主張スル權利ニ付キ消極的確認ノ訴ヲ起シ又ハ占有ノ訴ニヨリテ危害ヲ除去シ又ハ利益ヲ保全スルコトヲ得ヘシ尙ホ確認訴訟ノ要件ニ付テハ民訴八一頁確認訴訟ノ要件同五九頁給付ノ訴ト確認ノ訴同一五頁確認訴訟ノ要件參照

七五五 保争物ニ關スル假處分ハ現狀ノ變更ニ因リ當事者一方ノ權利ノ實行ヲ爲スコト能ハス又ハ之ヲ爲スニ著シキ困難ヲ生スル恐レアルトキ之ヲ許ス

七五六 假處分ノ命令其他ノ手續ニ付テハ假差押ノ命令及ヒ手續ニ關スル規定ヲ準用ス但シ以下數條ニ於テ差異ノ生スルトキハ此限リニ在ラス

七六一 假差押ノ申請ニ付テハ裁判ハ口頭辯論ヲ經スシテ之ヲ爲スコトヲ得

七六〇 假處分ハ争ヒアル權利關係ニ付キ假ノ地位ヲ定ムル爲メニモ亦之ヲ爲スコトヲ得但シ其處分ハ殊ニ繼續スル權利關係ニ付キ著シキ損害ヲ避ケ若クハ急迫ナル強暴ヲ防ケ爲メ又ハ其他ノ理由ニ依リ之ヲ必要トスルトキニ限ル

假處分ヲ許容スヘキ場合

原決定ノ當否ヲ案スルニ申立人ハ本件物件ハ申立人ノ所有ニ係リ曾テ被申立人ニ賣渡シタルコトヲシト主張スレトモ此點ニ關スル證人福山治亮ノ供述ハ信用シ難ク反シ更ニ之ヲ申立人ニ保管セシメタリト被申立人ノ主張事實ハ證明セラレタルモノト認メ得ヘシ而シテ申立人カ該物件ヲ占有シナカラ其引渡ヲ拒ムノミナラス被申立人ノ引渡請求權ヲ妨害セシメ右占有ヲ移轉セントシ種々畫策シツツアル狀況ハ乙第二號證ニヨリ一應破明セラレタルモノト認ム然シテ申立人ハ會社組織ナリト雖モ敢テ解散ヲ爲サストモ其財産ヲ處分シ得ルコト明カナルヲ以テ是等ノ點ニ關スル申立人ノ主張ハ之レヲ排斥ス申立人ハ原決定ハ法則ヲ不當ニ適用シタル不法ノモノナリト主張スレトモ強制執行保全ニ關スル手續ハ本案訴訟ト異ナリ實體的私權ヲ終局

的ニ確定スルモノニ非ラサルカ故ニ假處分手續ニ於テ債權者ノ請求權ノ存在及假處分理由ニ付キ其證明アリタルトキハ勿論其疏則不十分ノ時ト雖トモ裁判所ハ其自由裁量ニ基キ假處分ヲ許容スヘキモノト認メタルトキハ債權者ヲシテ一定ノ保證ヲ立テシメ又ハ之ヲ立テシメス假處分ヲ命スルコトヲ得ルモノトス(東京地方裁判所民四判決法律新聞第八〇六號二六頁)

同趣旨説明 (岩田氏民事訴訟法原論下卷三一七頁、板倉氏法政大學講義錄民事訴訟法六編以下四三一、四三二頁)

數名連署ノ證書ヲ改竄スル場合ニ於テ其署名者ノ一人カ訂正印ヲ押捺スルハ普通通行ハルノ所ナリ

改竄ノ部分ニ同シク作成者ノ一人タル諸橋祐三郎カ捺印シアルニヨリ反證ナキ限リハ同證作成者總員カ其改竄ヲ爲シタルモノト推定スヘキナリ蓋シ數人連名ヲ以テ書面ヲ作成スルニ當リ文字ノ改竄ヲ爲ス場合ニ全員悉ク訂正印ヲ捺捺スルノ煩ヲ避ケ其一人カ代ハリテ訂正ヲ捺捺スルハ普通通行ハルル所ナレハナリ(東京控訴院民三部判決法律新聞第八〇六號二四頁)

此見解ハ事實トシテ數名ハ同時ニ署名シタルコトヲ認メ得ヘキ場合ニ限ルヘシ

五四 從參加人ハ其附隨スル時ニ於ケル訴訟ノ程度ヲ妨ケサル限リハ其主タル原告若クハ被告ノ爲ニ攻撃及ヒ防禦ノ方法ヲ施用シ且總テノ訴訟行為ヲ有效ニ行ヒ殊ニ主タル原告若クハ被告ノ爲ニ存スル期間内ニ故障支拂命令ニ對スル異議又ハ上訴ヲ爲ス權利ヲ有ス

從參加人ノ陳述及ヒ行爲ト主タル原告若クハ被告ノ陳述及ヒ行爲ト相抵觸スル場合ニ於テハ主タル原告若クハ被告ノ陳述及ヒ行爲ヲ以テ標準ト爲ス但民法ニ於テ此ニ異ナル規定アルトキハ此限ニ在ラス

從參加人ハ當事者ニ非スシテ法律ノ規定ニ依リ訴訟ニ關與スルモノナレハ法定代理人ニ同シ然レトモ自己ノ利益ヲ主眼トシ自己ノ名ニ於テ訴訟行爲ヲ爲スモノナレハ普通ノ法定代理人ト性質ヲ異ニス代理ノ基礎ハ自己ニ屬セサル權利ヲ行使スル點ニ存シ自己ノ名ヲ以テスルト否トハ代理觀念ノ基礎トナスヘキニ非ス或ハ從參加人ハ訴訟法上ノ地位ナリトノ説アリ此説ハ主タル當事者ノ意思ニ反シテ控訴ヲ爲スヲ得サル點ヲ説明スル能ハス或ハ從參加人ハ主タル當事者ニ附隨シテ自己ノ權利ヲ行使スルモノニシテ當事者ノ權利ヲ行使スルモノニ非ス法律ハ從參加人ノ行爲ニ付スルニ當事者ノ所爲ニ抵觸セサルコトヲ條件トシテ當事者ノ行爲ト同一ノ效力ヲ與フトノ擬制説アリ此説比較的優レルカ如シ(板倉學士法學志林十二卷第十二號四頁以下要領)

本論ハ民訴上ノ難問ニシテ代理説代位説何レモ缺點アリ吾人ハ擬制説ヲ採リテ從參加人ハ附隨ノ當事者ナリト云フヲ以テ満足セント欲ス參照スヘキ學說如左

當事者ノ地位ニ立ツモノニ非ス主參加ノ如ク獨立シテ訴ヲ爲スモノニ非ス當事者ノ代人ニモ非ス自己ノ訴訟上ノ利害ヨリシテ訴訟ニ參與スルモノナル故ニ從參加人ヲ附隨ノ當事者ト云フ(岩田氏民訴原論一九五頁)

從參加人ハ自己ノ名ヲ以テ其補助スル當事者ノ一方ニ效力ヲ及ボスヘキ訴訟行爲ヲ爲スモノナルヲ以テ代理人ニ非ス(仁井田氏民訴要論中卷六〇〇頁)

經界ノ訴(確認訴訟ナリヤ又ハ形成訴訟ナリヤ)

二三 不動産ニ付テハ其所在地ノ裁判所ハ總テ不動産上ノ訴殊ニ本權並ニ占有ノ訴及分割並ニ經界ノ訴ヲ專フニ管轄ス
地役ニ付テハ承役地所在地ノ裁判所專フニ之ヲ管轄ス
(參照)裁判所構成法一四 區裁判所ハ民事訴訟ニ於テ左ノ事項ニ付裁判權ヲ有ス但シ反訴ニ關シテハ民事訴訟法ノ定ムル所ニ依ル
第二 價格ニ拘ラス左ノ訴訟
(ロ) 不動産ノ經界ノミニ關スル訴訟
民法二三三 土地ノ所有者ハ隣地ノ所有者ト共同ノ費用ヲ以テ經界ヲ標示スヘキモノヲ設ケルコトヲ得

唯本博士ハ我現行法ニ於テモ不動産ノ經界ニ關スル特別ノ訴ヲ認ムルコトハ裁判所構成法及ヒ民事訴訟法ノ規定ヨリシテ間接ニ知ルコトヲ得(裁判所構成法一四條民訴二二條)然レトモ其性質ニツキ疑ヲ生スルコト少ナカラズ
我カ實際家ノ間ニハ經界ノ訴ヲ以テ不動産ノ所有權カ一定ノ經界線ニマテ及ヘルコトノ確認訴訟ナリト解スルモノナキニアラス然レトモ此説ニヨルトキハ(1)所謂經界ノ訴ハ即チ「本權ノ訴」タルニ至リ法ノ明文ニ反シ(民訴二二條)且ツ裁判所構成法一四條ハ經界ノ訴ハ本權ノ訴ニ非ラサルコトヲ示シタルモノナリ加之原告ノ主張スル經界線ハ少ナキニ失ストオス場合ニ於テモ猶原告ノ主張スルヨリモ多クヲ認ムルコトヲ得サルカ故ニ(民訴二三)裁判所ハ其心證ニ反シ原告ノ主張スル所ニ從ヒテ經界線ヲ認ムルノ外ナキニ至リ實情ニ反スト云ヒ

經界ノ訴ト呼稱シタルモノヲ謂フ而シテ我訴訟法カ一八七七年ノ獨乙訴訟法ヲ母法トシタルモノナルコトハ現行法ノ成文及ヒ法典ノ規定ニ徴シテ疑ナク容レサルカ故ニ我訴訟法ニ謂フ所ノ經界ノ訴トハ結局獨逸訴訟法制定ノ當時從テ獨乙普通法並ニ各州法及ヒ各州法ハ共ニ經界ノ訴ナルモノヲ指スモノト解セサルヘカラス然カモ獨乙普通法及ヒ羅馬法、獨乙法、普通法、各州法、佛法及ヒ獨乙法ヲ說明シ結局我訴訟法ノ母法タル獨乙訴訟法制定ノ當時ニ於テ經界ノ訴(actio finium regundrum)ト稱シタルハ(イ)經界ニ付キ争ナキ場合ニ之ヲ表示スヘキ界標ノ設置ヲ要求スル訴及ヒ(ロ)經界線カ不明ナルカ又ハ之ニ付キ争アル場合ニ經界線ヲ定ムルコトヲ目的トスル訴ヲ云フモノナリ從テ我訴訟法及ヒ裁判所構成法ニ於テ經界ノ訴ト稱スルモ亦此二種ノ訴ヲ云フモノナリト解セサルヘカラスト云ヒ

我現行法上界標ノ設置ヲ目的トスル經界訴訟ヲ必要トスルヤ民法第二百二十三條ノ規定ニヨレハ土地ノ所有者ハ隣地ノ所有者ト共同シテ界標ヲ設クヘキコトヲ規定セス單ニ共同ノ費用ヲ以テ界標ヲ設ケ得ルコトヲ規定スルノミナルヲ以テ隣地ノ所有者ヲ被告トシテ界標ノ設置ニ協力シ又ハ之ヲ承認スヘキコトヲ命スル給付訴訟ヲ提起スル必要ナシ又斯カル訴カ提起セラレタル場合ニハ裁判所ハ給付訴訟ノ原因タル請求權ナク且法律上ノ利益ナキ訴トシテ之ヲ棄却スルコトヲ得ルモノト解セサルヘカラスト云ヒ

上來ノ所述ニ依リ我カ現行法ノ下ニ於ケル經界訴訟ハ經界線カ客觀的ニ不明ナルカ又ハ之ニ付キ隣地所有者間ニ争アル場合ニ經界線ヲ定ムルコトヲ目的トスル訴訟ノ

ミナルコトヲ明カニスルヲ得タリ然ラハ此訴ノ性質ハ如何
一 普通法時代ノ學說ニ於テハ(イ)此訴ヲ以テ rei vindicatio ノ一體ナリトシ「所有權ノ訴ナリト雖トモ然カモ經界線ヲ定ムルコトヲ以テ主タル目的トスル訴」ナリトシ(ロ)且 actio duplex ニシテ原告及ヒ被告カ互ニ rei vindicatio ノ訴提起シタルモノノ如クニ見ルヘキモノト解シタリ

然レトモ此說ハ現代訴訟法ノ學說ト相容レズ現代ノ訴訟法ニ於テハ rei vindicatio ハ所有權ノ侵害ニ因リテ生シタル返還請求權ヲ訴訟物トスル訴ナリト視所有權自體ヲ訴訟物トスル訴ナリトハ解セサル理由ナリト説キ
二 一派ノ學者ハ經界訴訟ヲ以テ原告ノ主張ニ係ル經界線確認ノ訴ナリトナスモ此說ハ左ノ理由ニ因リテ首肯スルコト能ハス(イ)一定ノ線カ經界線ナルコトノ確認ヲ求ムル訴ハ法律關係ノ確認ヲ求ムル訴ナリト云フコト能ハス(ロ)經界訴訟ヲ以テ原告ノ主張スル一定ノ線カ經界線ナルコトノ確認ヲ求ムル訴ナリトセハ原告ニ於テ其線カ真正ノ經界線ナルコトヲ證明スル能ハサリシ場合ニハ裁判所ハ原告ノ請求ヲ棄却スル判決ヲ爲スヘキモノニシテ經界線ヲ定ムル判決ヲ爲スコトヲ得スト云ヒ
東京控訴院民事第一部ハ原告カ「自己ノ主張線ヲ當事者間ノ境界ナリト確認セラレタシ」ト云フ訴ニ關スル上告審トシテ「……訴訟ノ目的ハ判決ニヨリテ境界ニ關スル争議ヲ根絶スルニ在リ……原告カ指示スル所ノ境界線ハ判定ヲ受クルニ付キ自己ノ主張ヲ明ニスルニ過キス其不當ナ理由トシ直ニ棄却スヘキモノニ非ス更ニ進テ自ラ正當ト認ムル所ニ從ヒ境界ヲ確定セサルヘカラス云々」ト判決シタリ(三九年)一
九號判決法律日报社最近判例集第一卷二頁所載(音人ハ經界ノ訴ヲ以テ「兩隣地間ノ經界線ヲ定ムヘキ判決ヲ要求スルノ形成ノ訴ナリトスル立場ヨリシテ右判決理由ニ贊スルモノナリ然レトモ原告カ「自己ノ主張スル一定ノ線カ經界線ナルコトノ確認ヲ求

ムル訴ニ對スル判決トシテハ當テ得サルモノト云フヘシ是レ裁判所ニ於テ原告主張ノ線カ眞ノ經界線ニアラサルコトヲ認ムル以上ハ右確證ノ訴ハ之ヲ棄却スヘキモノナルカ故ナリ同部ハ恐ラクハ訴名ノ如何ニ拘ハラズ經界ノ訴ヲ以テ actio duplex ナリト解シタルモノナルヘシ果シテ然ラハ判決ノ理由中ニ於テ此ノコトヲ示スヘキカ如シト非難シ

五

一、吾人ハ經界線カ不明ナルカ又ハ之ニ付争ヒアル場合ニ經界線ヲ定ムルコトヲ求ムル訴即チ狭義ノ經界ノ訴ヲ以テ兩隣地間ノ經界線ヲ創設的ニ定ムル判決ヲ要求スルル訴即チ形成ノ訴ナリト解セントス其理由ハ左ノ如シ

(イ) 經界線カ不明ナル場合ニハ判事ハ衡平ノ命スル所ニ從ヒ争ヒアル土地ノ部分ヲ兩隣地所有者間ニ分配スルカ如キ經界線ヲ定ムヘキモノナルコトハ羅馬以來普通法時代ヲ通シ我カ訴訟法制定ノ當時ニ至ル迄一變ニ行ハレタル慣習法ナリ

(ロ) 理論上ヨリ論スルトキハ經界線ノ裁定ノ如キハ非訴事件ニ屬スヘキモノナリ然レトモ經界線カ不明ナル場合ニハ隣地所有者間ニ争ヒアルヲ常トシ相抵觸スル利害關係アルカ故ニ立法者カ便宜上民事訴訟ノ形式ニ依ルヘキモノトシタル事件ナリ(同說 Hoeniger S. 87)

(ニ) 而シテ如斯場合ニハ形成判決(Gestaltung, Bewirkungs O., Konstitutivesurteil)ヲ以テ裁判スヘキモノトスルノ外ナシ(Gaupp, Stein Kommentar II 3 vor § 253 O. P. O. W. dort zitiert)形成判決ハ直接ニ私法上ノ效果ヲ發生、變更又ハ消滅セシムル判決タルカ故ナリ

二、然ラハ經界ノ訴ノ權利保護ノ要件 (Rechtschutzvoraussetzungen) 如何

形成ノ訴ハ成法上ノ例外的現象ニ屬スルカ故ニ其權利保護要件ハ成法ニ於テ一一之ヲ規定スルヲ常トス(民七八〇、人訴二等)

唯經界ノ訴ハ慣習法上形成ノ訴ト解スヘキモノナルカ故ニ其權利保護ノ要件モ亦依レハ(イ)形成權カ存在シ且ツ形成判決ヲ受クヘキ法律上ノ利益アルコト及ヒ(ロ)原告並ニ被告カ正當ナル當事者ナルコト即チ原告及ヒ被告カ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スルコト之レナリ

(1) 形成權ノ存在及ヒ保護ノ必要 形成ノ訴ハ成法ノ例外的現象ニ屬スルカ故法カ形成權ノ存在ヲ認ムルトキハ同時ニ形成判決ヲ受クルニツキテ法律上ノ利益アルコトヲ認ムルモノト解セサル可カラズ

而シテ兩隣地ノ經界線カ客觀的ニ不明ナル場合ハ勿論隣地者間ニ争ヒアリ從テ主觀的ニ不明ナル場合ニ於テモ經界線ヲ定ムルノ必要アルカ故ニ經界線ヲ明ニスヘキ形成權存在シ從テ形成判決ヲ受クヘキ法律上ノ利益存スルモノト云ハサルヘカラス

(2) 正當ナル當事者兩隣地ノ所有者カ相異ナル場合ニハ其一方ハ經界訴訟ノ正當ナル原告ニシテ他方ハ正當ナル被告ナリ共有者ハ全員共同ニ於テノミ經界訴訟ノ正當ナル原告又ハ正當ナル被告トナルモノト解セサルヘカラス

右ニ掲ケタル要件カ具備スル場合ニハ裁判所ハ兎ニ角經界線ヲ定メサル可カラズ唯其ノ經界線カ原告主張ノ如キ線トナルヤ又ハ他ノ線ナルヤハ各當事者ノ辯論ニ基キ裁判所カ衡平ヲ斟酌シテ判斷スル所如何ニ依リテ異ナル

三、經界ノ訴ノ提起及ヒ其裁判

(イ) 經界ノ訴ノ提起ノ方式如何

(ロ) 甲乙兩地間ノ經界線ヲ定ムル判決アリタシト記載スヘキモノナリト信ス

(ロ) 然ラハ起シタル請求ノ一定ノ目的物及ヒ原因ヲル要素トシテハ如何ナル記載ナル

ヘキヤ經界線ヲ定ム可キ形成權ハ(イ)兩隣地間ノ經界力客觀的又ハ主觀的ニ不明ナルトキニ發生スヘキモノナルヲ以テ兩隣地ノ地番ヲ明確ニ表示シ其間ノ經界線力客觀的ニ不明ナルカ又ハ之ニ付キ争アルコトヲ示シ(發生事實)又(ロ)原告力形成權ノ主體ト異ナル場合ニハ後者ヲ表示スレハ(例)原告ハ破産管財人(請求ノ目的及原因ナル要素)ヲ充タルモト云ハサル可カラス

經界訴訟ニ於テ爲サル本案判決ノ效力ハ他ノ形成訴訟ニ於ケル本案判決ノ效力ト異ナルコトナシ

(1)經界訴訟ニ於テ前述權利保護要件ノ缺ケタルコトヲ理由トシテ爲サル本案判決力確定スルトキハ當事者間ニ形成權ノ不存在ニ付キ既判力ヲ有ス
 (2)反之經界訴訟ニ於テ原告ノ請求ヲ理由アリトシ經界線ヲ定ムル判決ハ(イ)原告力主張シタル形成權存在ヲ確認シ(ロ)之ト同時ニ經界線ヲ定ムルモノナリ而シテ形成權ノ存在ヲ確認スル範圍(即チ(イ)ニ於テハ確定判決ハ單ニ當事者間ニ形成權ノ存在ニ付キ既判力ヲ生スルニ過キス反之經界線ヲ定ムル範圍即チ(ロ)ニ於テハ一般ノ第三者ニ對シテ創設力ヲ生ス)換言スレハ裁判所力確定判決ヲ以テ一定ノ線ヲ兩隣地間ノ經界線ナリトシタルトキハ一般ノ第三者ニ於テ其線力經界線ナルコトヲ争フコトヲ得ス從テ登記官廳ノ如キモ判決ノ定メタル所ニ從ヒ登記簿ノ記載ヲ更正スルコトヲ必要トスルニ至ル如此ク形成判決ノ創設力ニ限り一般ノ第三者ニ及フ所以ハ他ナシ形成判決ノ創設的作用ハ私法上ノ效果ヲ發生變更又ハ消滅セシムルモノニシテ其性質ハ國權ニ依ル處分ナリ而シテ國家力處分ヲ爲シタル場合ニハ其處分ニヨリテ生シタル結果ハ一般ノ第三者ニ於テ認メサルヘカラサカ故ナリト說明サレタリ(雄本法律學博士京師法學會雜誌七卷八號同九號論文要領)

本論文ニ於ケル骨子ノ問題ハ經界訴訟ハ土地所有權確認ノ訴ナリヤ又ハ形成ノ訴ナリヤニ歸着スヘク而シテ博士ハ上來ノ論據ヲ示シテ形成ノ訴ナルコトヲ明カニシ受訴裁判所ハ當事者主張ノ經界線ニ不拘自ラ正當ト認ムル經界線ヲ判斷シ之ニ基キテ判決ヲ爲スヘシト爲シタルニ在リ吾人ノ見ヲ以テスレハ元來經界ノ訴ニハ二種類アリテ(一)博士ノ主張サル經界ノ訴ニシテ區裁判所ニ專屬スヘキモノ(裁判所構成) (二)所有權確認ノ訴ニシテ其價額ニ隨ヒ管轄ヲ定ムヘキモノノ二種類アリト信ス博士ノ主張サル經界ノ訴即チ形成ノ訴ヲ否認セル説アルモ(丹野判事法律新聞)論據ニ乏シク又別ニ一個ノ判例アルモ(四十二年七月東京地方裁判所(四一九號二頁以下)判決法律新聞五九號一頁)此二種類ノモノヲ混同セル感アリテ何レモ其價値ヲ認メス
 博士ハ經界ノ訴ハ確認ノ訴ニアラサルコトノ理由トシテ一定地域ノ確定ヲ求ムルハ事實關係ノ確定ニシテ法律關係ノ確定ニアラスト説明サル然レトモ或一定ノ線ニ至ル迄自己ノ所有權アルコトノ確認ヲ求ムルハ之ヲ法律關係ノ確定ト解スルコトヲ得ヘシト信ス從ツテ此種ノ訴訟ハ亦土地所有權確認ノ訴トシテ有效ナリト信セントス(民訴八八頁參照)

親子關係ノ確認訴訟

事實父ナラサル他人ノ子トシテ届出テラレアルモノカ其實父ノ嫡出子ナルコトノ確
認ヲ求メ眞實ノ親族關係ヲ明白ニスルコトハ其レ自體ニ於テ利益アリ況ンヤ其實父
ハ已ニ月主ノ地位ヲ退隱シタル後ト雖トモ現月主ト相續ノ上ニモ關係アルヘク又實
父トモ遺產相續扶養等ノ關係ヲ生スヘキヲ以テ控訴人カ既ニ月主ノ地位ニアラサル
爲メ本訴ハ利益ナキ訴訟ナリトノ控訴人ノ主張ハ採用ノ價ナシ(東京控訴院民二判決
法律新聞第八一〇號二四頁)

至當ノ説明ト信ス判例左ノ如シ

- 一、自己ト何等ノ親族關係ヲ有セサル者カ不實ノ身分登記ニ基キ親族ノ如ク行動スルニ
於テハ縱令自己ノ財産ニ直接ノ利害チ及ホス虞ナキト雖モ尙ホ親族權ヲ侵害セ
ラルルモノナレハ其者ニ對シ訴ヲ以テ親族關係ノ不存在ヲ確認セシメ併セテ身分登
記ノ取消又ハ變更ヲ強要スルノ權利アリ(四十年大審院判決錄五〇八頁)
- 二、親子關係ノ如キ身分ノ確定ヲ請求スル訴ハ法律關係ノ確定訴訟ニシテ單純ナル事實
ノ確定訴訟ニ非ス故ニ特殊ノ規定ナキモ之ヲ許スヘキモノトス(三十三年同上四卷八
四號)

前主ニハ前主ノ法定代理人モ包含ス

二九九 證人ハ第二百九十七條第一號及ヒ第二百九十八條第四號ノ場合ニ於テ左ノ事項ニ付キ證言ヲ拒ムコトヲ得
ス(中略)
第四 原告若クハ被告ノ前主又ハ代理人トシテ係争ノ權利關係ニ關シ爲シタル行爲(下略)

民事訴訟法第二百九十九條第一項第四號ニ「原告若クハ被告ノ前主トシテ係争ノ權利
關係ニ關シ爲シタル行爲」トアル其原告若クハ被告ノ前主トハ原告若クハ被告ノ前主
其人ニ限定セルモノニアラスシテ前主未成年者ナルトキハ其法定代理人ヲ指稱スル
モノト解釋スヘキコトハ民事訴訟法中當事者本人ノ訊問等ニ於テ當事者未成年者ナ
ルトキハ其法定代理人ヲ訊問シ若クハ之レニ對シ他ノ手續ヲ施行スルハ即チ當事者
本人ノ訊問其他ノ手續ヲ施行スルト同一ナリ(大審院四五年(ク)九四號同年六月廿四日
民ノ判決)

前主ノ意義ニ付テハ民附九九頁前主ノ意義參照

再審ノ條件

右ノ證言ハ何レモ虛偽ノ陳述ニシテ偽證罪トシテ有罪ノ判決アリ確定シタルモノナ
ルヲ以テ民事訴訟法第四百六十九條第一項第一號第二項ノ場合ニ該當ス前判決中此
證言ヲ證據トシテ適法ニ後見人ノ選定アリトナル判斷ヲ續スノ理由トナスニ足
ルヲ以テ再審ヲ求ムルノ理由アルモノト謂フヘシ再審被告ハ相手方ハ前控訴審ニ於
テ偽證タルコトヲ知リナカク相當ノ攻撃方法ヲ取ラザリシヲ以テ再審ノ訴ニヨリ之
レヲ主張スルコトヲ得スト抗辯スレトモ……再審原告カ前控訴審ニ於テ偽證ナル

コトヲ知り相當ノ攻撃方法ヲ取リタルヤ否ヤハ再審ノ訴ニ關シ何等ノ影響ヲ及ボサザルモノトス(東京控訴院民一判決法律新聞八一〇號二三頁)

本件ハ前審ニ於ケル偽證ヲ原因トシテ再審ヲ求ムルニ付テハ前審ニ於テ其偽證ナルコトヲ知リテ攻撃セザリシトスルモ再審ヲ求ムルノ妨ケトナルヘキモノニアラサルコトヲ説明セルモノニシテ至當ノ見解ト信ス別ニ判例學說ナシ

變訴ノ原因

一九五 訴訟物ノ權利拘束ハ訴訟ノ送達ニ因リテ生ス
權利拘束ハ左ノ效力ヲ生ス(中略)
第三 原告ハ訴ノ原因ヲ變更スル權利ナシ但シ變更シタル訴ニ對シ本案ノ口頭辯論前被告カ異議ヲ述ヘサルトキハ此限ニ在ラス(下略)

訴狀ニ家督相續ニ因リテ權利ヲ取得シタルコトヲ記載シ後ニ遺産相續ニヨリテ取得シタルモノナリト改ムルハ原因ノ變更ニアラス

訴ノ原因ヲ變更シタルヤ否ヤチ案スルニ本件訴狀ニ依レハ原告ハ先代小林福太郎ノ死亡ニ因リ同人ノ家督相續ヲ爲シ本件地所ノ所有權及ヒ地代並ニ賃借料ノ債權ヲ承繼シタルコトヲ訴ノ原因トナシ其後口頭辯論ニ於テ原告ノ陳述シタル訴ノ原因ハ前段摘示ノ如クナルヲ以テ兩者カ同一ナラサルコト明カナレトモ家督相續ト遺産相續トハ單ニ其開始ノ原因ヲ異ニスルニ止マリ法律上相續人カ被相續人ノ有セシ財産上ノ權利義務ヲ承繼スル點ニ於テハ全ク同一ナリ只遺産相續ニ付テハ法律カ共同相續ヲ認メタル結果數人ノ遺産相續人アル場合ニ於テハ數人カ共同シテ其遺産ヲ相續

スルノ差異アリト雖トモ其後遺産ノ分割ヲ爲シタルトキハ其效力ハ相續開始ノ時ニ適及シ分割ニヨリ取得シタル權利ハ最初ヨリ單獨ニテ相續シタルト同一ノ效力ヲ生スルカ故ニ其權利移轉ノ狀態ハ家督相續ノ場合ト毫モ異ナル處ナシ從テ原告カ最初右ノ權利ハ家督相續ニヨリ取得シタルト主張シ其後之ヲ遺産相續ニヨリテ且分割ニ因リ之ヲ取得シタルト主張スルモ之ヲ以テ訴ノ原因ヲ變更シタルモノト謂フヲ得ス(東京地方裁判所民四判決法律新聞第八一二號四頁)

不履行ニヨリ催告ヲ爲シ以テ解除ヲ爲シタリトノ事實ヲ原因トシ其後合意解除ナリト云ヒ又ハ訴狀ノ送達ヲ以テ解除ノ意思表示ヲナシタルモノナリト云フハ訴ノ變更ナリトス

當事者間ノ特約ニ基ク契約ノ解除ハ契約當事者ノ一方カ其債務ヲ履行セサル場合ニ相手方カ民法第五百四十一條ノ履行ノ催告ヲ爲シタル上其履行ナキ場合ニ爲ス契約ノ解除トハ全然別個ノ法律事實ニ屬シ被控訴人カ斯カル事實ヲ主張スルハ訴ノ原因ヲ變更スルモノニシテ上訴審タル當審ニ於テハ到底許サルヘキモノニ非ス尙被控訴人ハ明治四十五年八月二十八日貸借契約解除ノ意思表示ヲ爲セルコトヲ請求原因トシ乍ラ更ラニ當審ニ於テ本件貸借契約ニ付テハ明治四十四年十月十八日契約ノ存續ト相容レサル本件訴狀ノ送達ニヨル契約解除ノ申入アリ右申入後三ヶ月ヲ經過セル同四十五年一月十八日ヲ以テ契約終了セルモノナル旨主張スルモ右契約解除ノ意思表示ニヨル解除ノ訴狀ノ送達後民法第六百十七條ノ法定期間ヲ經過セルニ因リ貸借契約ノ解除トハ之亦全然別個ノ法律事實ニ屬シ被控訴人ハ上段ニ説明セルト同一ノ理由ニ因リ上訴審タル當審ニ於テハ斯カル新原因ヲ主張シテ訴ヲ變更スルコ

トチ許サルヘキモノニ非ス(東京地方裁判所民一判決法律新聞八一二號一九頁)

訴ノ變更ニ付テハ議論アリト雖モ要スルニ事實説及ヒ法律關係説ノ二者ニ歸スヘシ

一、事實説ニ依レハ法律關係ノ基本タル事實ヲ變更スレハ法律關係ノ變更ヲ來スト否トチ問ハス訴ノ變更アリトナス例ハ民法五八七條ニ因ル消費貸借ノ原因トシテ主張シタルニ後ニ至リ五八八條ノ消費貸借ナリト主張シ又ハ賣買ニ基キ所有權ヲ主張シタルニ後日取得時効ニ基キテ之ヲ主張スル場合ノ如キハ法律關係ハ同一ナルモ訴ノ變更トナル(岩田氏民事訴訟法原論六三六頁、仁井田博士民事訴訟法要論中卷六八五)

二、法律關係説ニヨレハ請求ノ基ク法律關係ニシテ同一ナル時ハ請求權ノ因テ基ク事實關係ノ如何ニ關セズ訴ノ變更ニアラス反之一ノ事實ニ基ク場合ト雖トモ主張スル法律關係ヲ異ニスルトキハ訴ノ原因ニ變更アリトナス此説ニ從ヘハ前例ノ場合ニ於テハ凡テ訴ノ變更トナルヘシ

判例ハ殆ント事實説ナリ左ニ二三ノ例ヲ掲ク

一、民事訴訟ニ所謂請求ノ原因トハ法律關係成立ノ基本タル事實ヲ指稱スルモノトス(四十三年大審院判決錄四五頁、四十二年同上七三頁)

一、請求ノ原因トハ所謂訴ノ原因ト同一義ニシテ訴ノ基因トスル所ノ權利關係ヲ表ハス具體的ノ事實ヲ云フ債務不履行ニ因ル損害賠償請求ノ訴ニ於テハ債務不履行ノ外之ニ因テ損害ノ發生セルニ事實アルコトヲ要ス從テ其一ヲ變更スルトキハ訴ノ變更トナル(四十一年十一月七日大阪控訴院判決法律新聞五四七號一三號)

一、所謂訴ノ原因トハ申立ノ原因タル事實關係ヲ謂フモノニシテ實貸借契約ニ基ク義務違反ヲ原因トシテ訴ヘタル訴訟ニ於テ新契約ニ基ク義務違反ナリト主張スルハ訴ノ原因ノ變更ナリ(四十年九月二十五日東京地方裁判所判決法律新聞四二六號七頁)

公正證書
(未必條件付債權ル)

五五九ノ五

公正證書ハ其權限内ニ於テ成規ノ格式ニ依リ作りタル證書但シ一定ノ金額ノ支拂又ハ他ノ代替物若クハ有價證券ノ一定ノ數量ノ給付ヲ以テ目的トスル請求ニ付キ作りタル證書ニシテ直ニ強制執行ヲ受クヘキ旨ヲ記載シタルモノニ限ル

五六〇

前條ニ掲ケタル債務名義ニヨレル強制執行ニハ第五百十六條乃至第五百五十八條ノ規定ヲ準用ス但シ第五百六十一條第五項第六十二條ノ規定ニヨリ差異ノ生ズルトキハ此限リニアラス

五六二

公正證書ノ作りタル證書ノ執行力アル正本ハ其證書ヲ保存スル公正證書人ノ付與スル執行文付與ニ關スル異議ニ付テハ裁判及ヒ更正執行文付與ニ付テノ裁判ハ公正證書人ノ職務上ノ住所チ有スル地ヲ管轄スル區裁判所ニ於テ之ヲ爲ス

五六三

公正證書ノ主張ニ付テハ第五百四十五條第二項ニ規定シタル制限ニ從ハス執行文付與ニ付テノ訴又ハ請求ニ關シ異議ヲ主張スル訴又ハ執行文付與ノ際證明シタリト認メタル事實ノ到來ニ係リ此ニ因リテ證書ノ執行ヲ爲シ得ヘキモノヲ爭フ訴ハ債務者カ本邦ニ於テ普通裁判籍チ有スル地ノ裁判所又ハ此裁判所チキテ第十七條ノ規定ニ從ヒテ債務者ニ對シ訴ヲ起シ得ヘキ裁判所チ管轄ス

五六四

執行文ノ付與ニ對シ債務者カ異議ヲ申立テタルトキハ其執行文ヲ付與シタル裁判所書記ノ屬スル裁判所チ管轄ス

五六五

裁判長ハ其裁判前ニ假處分ヲ爲スコトヲ得殊ニ保證ヲ立テシメ若クハ之ヲ立テシメスシテ強制執行チ一時停止シ又ハ保證ヲ立テシメテ強制執行チ續行ス可キヲ命スルコトヲ得

公正證書ハ未必條件付債權ニ對シテモ執行文ヲ付與スルコトヲ得

公正證書ハ其權限内ニ於テ成規ノ方式ニヨリ作りタル證書ニシテ一定ノ金額ノ支拂又ハ他ノ代替物若クハ有價證券ノ一定ノ數量ノ給付ヲ以テ目的トスル請求ニ付作りタ

ルモノハ縱令其請求權ハ未必條件ニ關ル場合ト雖トモ公證人カ執行力アル正本ヲ付與スルコトヲ妨ケス何トナレハ法令中此ノ如キ制限規定存セサルノミナラス若シ條件ノ成否ニ付公證人ノ判斷ニ失誤アラシカ當事者ハ執行文ノ付與ニ對スル異議ヲ申立テ以テ之ヲ匡正スルヲ得ヘキコト民事訴訟法第五百六十條第五百二十二條第五百六十二條ノ規定ニ觀シテ明カナレハナリ(大審院四五年(乙)一一五號同年六月二十五日民一判決)

未成年者
ノ訴訟能
力

未成年者ハ法定代理人ノ同意ヲ得ルモ訴訟能力ヲ有セサルモノトス

民事訴訟法第四十三條ニハ法律上代理人ニ依ル訴訟無能力者ノ代表ハ民法ノ規定ニ從フトアリテ恰カモ民法ノ法律行為能力ニ關スル規定ヲ取リテ直ニ訴訟行為能力ニ適用スルコトヲ得從テ未成年者ハ其法律上代理人ノ同意ヲ得テ自ラ訴訟行為ヲ爲シ得ヘキカ如シト雖トモ元來訴訟行為ハ私法上ノ效果ヲ生スルコトヲ目的トスル法律行為ト其性質ヲ異ニシ全ク訴訟法上ノ特殊ノ行為ナルヲ以テ其行為能力ノ如キモ訴訟法上ノ各般ノ關係ヲ顧慮シテ之ヲ定ムルコトヲ要シ單純ニ民法ノ規定ニ從テ之レヲ定ムルヲ得ス從テ前記訴訟無能力者ノ代表ニ關スル民事訴訟法第四十三條ノ趣旨ハ唯訴訟法ノ規定ニ抵觸セサル範圍ニ於テ民法ノ規定ニ準據スヘキコトヲ定メタル

同 說

岩田氏(民事訴訟法原論一五九頁)

反 對

一 民事訴訟法ニ於テハ取消シ得ヘキ訴訟行為ヲ認メサルヲ以テ法定代理人ノ同意ヲ得スシテ爲シタル未成年者ノ訴訟行為ハ無効ナリ(四十年七月二日長崎地方裁判所判決法律新聞四四七號)
二 未成年者ノ行為能力ハ法定代理人ノ同意ニ繫ルモノナルカ故ニ未成年者ハ法定代理人ノ同意ヲ得タル場合ニハ訴訟行為ヲ爲スコトヲ得ヘシ(仁井田博士民事訴訟法要論上卷一五四頁)

本判決ノ說明セル如ク民訴一八〇條規定ノ趣旨ヨリ見テ無能力者ニハ訴訟能力ナシト解スルヲ正當ト信ス

債權差押
命令申請
ノ却下

債權差押命令ノ申請アリタルトキハ形式上ノ要件具備セル以上之ヲ發スヘキモ

民 訴

一三一

五九七 差押命令ハ豫メ第三債務者及ヒ債務者ノ審訊ヲ經シテ之ヲ發ス

ノニシテ其債權ノ不存在顯著ナリトシテ申請ヲ却下シタルハ違法ナリトス

民事訴訟法第五百九十七條ニハ差押命令ハ豫メ第三債務者及ヒ債務者ノ審訊ヲ經スシテ之ヲ發ストアリテ債權差押ノ申請ニ付テハ其申請力適法ニシテ凡テノ要件ヲ具備シ其差押フヘキ債權カ性質上差押フルヲ得ヘキ債權ナルトキハ進ミテ其債權ノ存否ヲ調査スルコトナクシテ直チニ債權差押命令ヲ發スヘキモノトス從テ執行裁判所ハ自ら進ミテ差押フヘキ債權ノ存在スルヤ否ヤヲ調査スルヲ得ヘキニアラス觀テ本件ニ付テ案スルニ債務者板東勲五郎ノ衆議院議員トシテ受グヘキ歳費債權カ全部他ノ債權者ニ轉付セラレ毫モ存在セサルノ事實ハ更ラニ顯著ナル事實ニアラス蓋シ右歳費債權ニ付テハ數多ノ債權差押命令ヲ發セラレテ數多ノ轉付命令カ差押命令ノ競合ヲ生シタル後ニ發セラレタルモノナルトキハ轉付命令ハ固ヨリ無効ナルヘキヲ以テ右ノ事實ノミヲ捉ヘテ直ニ歳費債權ハ全部他人ニ轉付セラレ了リ毫モ存在セサルニ至リタルモノナリト斷スルヲ得ス之ヲ斷スルニハ猶ホ多クノ調査ヲ爲スヘキ必要アルヘケレハナリ然ルニ原裁判所ハ債務者板東勲五郎ノ歳費債權ノ存在セサルコトヲ顯著ナル事實ナリト認メテ本件申請ヲ却下シタルハ失當タルヲ免レズ(東京地方裁判所民五判決法律新聞第八一二號八頁)

至當ノ見解ト信ス(岩田氏民訴原論下)卷一八二頁同說)

不動産
強制
取下
申
立
限
制

六五〇

權利ヲ取得スル第三者其取得ノ際差押又ハ競賣ノ申立アリタルコトヲ知りタルトキハ差押ノ效力ニ對シ其善意ナリシコトヲ主張スルコトヲ得ス
若シ不動産差押ノ原因タル債權ノ爲メ義務ヲ負擔スルトキハ差押後所有ノ移轉シタル場合ニ限り新所有者其取得ノ際差押又ハ競賣ノ申立アリタルコトヲ知ラサルトキト雖トモ競賣手續ヲ續行ス

六八六

競賣申立ノ取下ニ因リテ差押ハ消滅ス
競落人ハ競落ヲ許ス決定ニ因リテ不動産ノ所有權ヲ取得スルモノトス

不動産強制競賣ノ申立ハ既ニ競落許可決定アリタル以上ハ假令其確定前ト雖トモ之レカ取下ヲ爲スコトヲ得ス

不動産ノ強制競賣ハ其申立後ニ於テモ債權者カ取下ヲ爲シ得ルコトハ民事訴訟法第六百五十條第三項ノ規定ニヨリ明白ナレトモ其手續カ進行シ既ニ競落許可決定ノアリタルトキハ同法第六百八十六條ノ規定ニヨリ競落人カ目的タル不動産ノ所有權ヲ取得スルヲ以テ其後ハ縱令競落許可決定ノ確定前ト雖トモ競賣申立ノ取下ヲ許スヘキモノニアラス尤モ競落許可決定ノ確定セサル間ハ競落人ノ所有權ハ確定不動ノモノニアラス從テ競落許可決定ノ廢棄等ニ依リ再ヒ取下ケヲ爲シ得ヘキ時期ノ到來スルコトアルヘキヲ豫想シ得サルニアラサレトモ苟クモ該決定カ效力ヲ失ハサル以上ハ其理由ノ如何ヲ問ハス絕對ニ取下ケヲ爲サ得サルモノト云ハサル可カラズ(大阪區裁判所民二判決法律新聞第八一二號五頁)

競落人ハ解除條件附ニテ權利ヲ取得シタルモノト解シ得ヘキヲ以テ本件説明ヲ正當トスヘシ

權利關係
合一ニ
確定

五〇 然レトモ總テノ共同訴訟人ニ對シ訴訟ニ係ル權利關係カ合一ニ確定ス可キトキニ限リ左ノ規定ヲ適用ス
共同訴訟人中ノ或ル人ノ攻撃及ヒ防禦ノ方法(證據方法ヲ包含ス)ハ他ノ共同訴訟人ノ利益ニ於テ效ヲ生ス
共同訴訟人中ノ或ル人カ争ヒ又ハ認諾セサルトキト雖トモ總テノ共同訴訟人カ悉ク争ヒ又ハ認諾セサルモノト看做

共同訴訟人中ノ或ル人ノモカ期日又ハ期間ヲ懈怠シタルトキハ其懈怠シタルモノハ懈怠セサルモノニ代理ヲ任シタルモノト看做ス
然レトモ懈怠シタル共同訴訟人ニハ其懈怠セザリシ場合ニ於テ爲スヘキ總テノ送達及ヒ呼出ヲ爲スコトヲ要ス其懈怠シタル共同訴訟人ハ何時タリトモ其後ノ訴訟手續ニ再ヒ加ハルコトヲ得

權利關係カ合一ニノミ確定スヘキトキノ意義

本問ニ付被倉法學士ハ保爭法律關係カ共同訴訟人全體ト其相手方トノ關係ニ於テ乖離低觸ナクシテ一個ノ論結ニ歸者スルヲ云フ例ハ不可分債務ノ如キ又夫婦兩人ニ對スル婚姻無効ノ訴訟ノ如キ何レモ各被告ニ對シ別異ノ判決ヲ爲シ能ハサル場合ナリト説明セリ(法學志林一四卷八號六三頁)之レ一般ニ說明セル所ニシテ今參考ノ爲メ實例ヲ左ニ示ス
一、建物所有者カ登記簿上其建物所在地ノ表示ニ錯誤アリトシ土地ノ所有者抵當權者賃借人及ヒ建物ノ賃借人ヲ共同被告トシテ其錯誤ヲ確認シ且之ニ關スル更正登記申請ニ必要ナル手續ヲ爲スコトヲ求ムル訴ハ民事訴訟法第五十條ニ該當ス(四十一年大審院判決錄五九三頁)
二、數名ノ被告ニ對シテ公正證書一通ノ返還ヲ請求スル訴訟ハ民事訴訟法第五十條ノ場合ニ該當ス(三十九年同上九四二頁)
三、第三者カ婚姻ノ無効若クハ取消ノ請求ヲ爲スカ如キ場合ニハ其夫妻ヲ共同被告トスルヲ要ス斯ル訴訟ニ付テハ其裁判ノ積極的ニ出ツルト消極的ニ出ツルトニ論ナク權利關係ハ絶體的ニ合一ニノミ確定スヘキモノトス
四、甲者乙者ニ賣却シタル土地ヲ買認シテ更ニ之ヲ丙者ニ販賣シ丙者ハ其所有權ノ登記ヲ爲シタル場合ニ於テ乙者ヨリ甲者及ヒ丙者ヲ共同被告ト爲シ此事實ヲ請求ノ

原因トシテ登記ノ抹消ヲ要スル事件ハ所謂必要的共同訴訟ノ性質ヲ有スルモノトス(三十八年同上四五頁)
五、詐害行爲取消請求ノ訴訟ニ於テ共同訴訟人ノ權利關係カ合一ニノミ確定スヘキモノト認メ民事訴訟法第五十條ノ規定ヲ適用スルトキハ其理由ヲ付セサルヘカラス(三十六年同上四八頁)

六〇四 俸給又ハ此レニ類スル繼續收入ノ債權ノ差押ハ債權額ヲ限トシ差押後ニ收入ス可キ金額ニ及フモノトス
六一八 左ニ掲ケル債權ハ之ヲ差押フルコトヲ得ス
第五文武ノ官吏神職僧侶及ヒ公立私立ノ教育場ノ教師ノ職務上ノ收入恩給及其遺族ノ扶助料
第一號第五號第六號ノ場合ニ於テ職務上ノ收入恩給其他ノ收入カ一年ニ三百圓ヲ超過スルトキハ其超過額ノ半額ヲ差押フルコトヲ得

公吏ノ俸給ト雖トモ差押フルコトヲ得而シテ其差押ニ付テハ官吏ノ俸給差押ノ如キ制限存セサルモノトス

公吏ノ俸給ハ強制執行ノ目的ト爲シ得ルモノナリヤ否ヤヲ案スルニ民事訴訟法第六百四條ニハ俸給ヲ以テ強制執行ノ目的ト爲シ得ヘキコトヲ認メ其差押ヲ許シアルヲ以テ特別規定ノ存セサル限りハ公吏ノ俸給モ亦差押フルコトヲ得ルモノナリト謂ハサルヲ得ス而シテ公吏ノ俸給ニ付キ明カニ差押ヲ禁シタルノ法規ナシ唯民事訴訟法第六百十八條ニ差押フルコトヲ得サル債權トシテ列舉セルモノノ中其第五號ノ文武ノ官吏ノ職務上ノ收入カ其文字ノ示スカ如ク單ニ官吏ノ俸給ノミヲ指稱スルモノナリヤ將タ又公吏ノ俸給ヲ包含セシムル趣旨ナリヤハ聊カ疑問ノ存スルトコロナリ依テ此點ニ付キ審究スルニ公吏ノ俸給ハ公吏ヲシテ其地位ニ相當スル生活ヲ營マ

シムル資料トシテ支給セラレルモノニシテ其性質毫モ官吏ノ俸給ト異ルトコロナシ
故ニ若シ官吏ノ俸給ニ付キ或制限ヲ設ケテ差押ヲ禁スル必要アリトモ官吏ノ俸給
ニ付キテモ亦同一ノ制限ヲ設ケテ差押ヲ禁スル必要アリトモ官吏ノ俸給ト公吏
トハ明カニ其觀念ヲ異ニスルモノナルノミナラス同法第二百九十條第一項第二百九
文字十八條第一號及第三百二十七條第二項ニハ官吏ナル文字ニ對シテ公吏ナル使
用シアリ又同法第三百四十六條第一項ニハ公吏ナル文字ヲ使用シアルヨリ致フレハ
民事訴訟法ハ觀念ヲ異ニスル官吏ナル文字ト公吏ナル文字ト嚴格ニ區別シテ使用シ
タルコト自ラ明カナルヲ以テ……一ケ年間ニ三百圓ヲ超過セサル公吏ノ俸給ハ全
然差押ヲ禁セラレタルモノナリトノ理由ノ下ニ抗告人ノ本件差押ノ申請ヲ却下シタ
ル原決定ハ不當ニシテ本件抗告ハ其理由アルヲ以テ主文ノ如ク決定シタリ(東京地方
裁判所民五判決法律新聞八一二號一一頁)

至當ノ見解ト信ス

四八

- 左ノ場合ニ於テハ共同訴訟人トシテ數人カ共ニ訴ヲ爲シ又ハ訴ヲ受クルコトヲ得
第一 數人カ訴訟物ニ付キ權利共通若クハ義務共通ノ地位ニ立ツトキ
第二 同一ナル事實上及ヒ法律上ノ原因ニ基ク請求又ハ義務カ訴訟ノ目的物タルトキ
第三 性質ニ於テ同種類ナル事實上及ヒ法律上ノ原因ニ基ク同種類ナル請求又ハ義務カ訴訟ノ目的物タルトキ
第一九五 訴訟物ノ權利拘束ハ訴狀ノ送達ニ因リテ生ス
第一 權利拘束ハ左ノ效力ヲ有ス(中略)
第二 受訴裁判所ノ管轄ハ訴訟物ノ價格ノ増減住所ノ變更其他管轄ヲ定ムル事情ノ變更ニ因リテ變換スルコトナシ
(下略)

共同訴訟ノ要件ヲ缺ク場合ト雖モ直チニ訴ノ却下ヲ爲スヘキモノニアラス

本訴ハ果シテ不適法ナルヤ否ヤニ付按スルニ數個ノ訴ノ目的物ノ間ニ何等訴訟ノ違
涉ヲ妨クヘキ障害ナク單ニ民事訴訟法第四十九條ノ要件ヲ具備セサルニ過キサル場
合ニ於テハ訴其モノハ不適法ニアラサルカ故ニ裁判所ハ同法第一百八條ノ規定ニ從
ヒ各個ノ訴ニ付キ各別ニ辯論ヲ命スヘキモノニシテ同法第四十八條各號ノ執レニモ
該當セサルノ故ヲ以テ訴其モノヲ不適法ナリトシテ却下ス可キモノニアラス……
……民事訴訟法第九十五條第二號ハ訴カ適法ニ裁判所ニ繫屬シタル場合ノ規定
ニシテ管轄違ノ訴カ不適法ナル場合ヲ豫想シタルモノニアラサルカ故ニ同號ノ規定
アルノ故ヲ以テ共同訴訟ヲ分離シ又ハ原告カ其一ツヲ取下クルコトヲ得スト云フノ
理由ナシ斯クノ如ク原告ノ訴其モノカ不適法ナラサルノミナラス原告ハ明治四十五
年四月二十七日ノ第一回口頭辯論期日ニ於テ當時被告タリシ清水安吉カ缺席シタリ
シ際同人ニ對スル訴取下ケノ陳述ヲ爲シ其後該取下ノ書面カ同月三十日有效ニ安吉
ニ送達セラレタルコトハ本件記録中ノ送達證書ニ依リ明カナルヲ以テ右取下ト共ニ
安吉ニ對スル權利拘束ノ總テノ效力ハ消滅シ訴ハ只被告ヲ相手方トスルモノノミ繫
屬シタルコトト爲リタルモノト謂ハサル可カラズ隨テ本訴ハ毫モ不適法ニアラサル
カ故ニ本抗辯ハ理由ナシ(大阪地方裁判所民一判決法律新聞八〇八號二六頁)

同趣旨

三十九年三月二十二日判決東京控訴院判決法律新聞三五六號九頁
岩田氏民事訴訟法原論二九一頁仁井田博士民事訴訟法要論上卷六四五頁

追加判決
ノ申立日
止日ニ

民訴

一三八

二四二 主たる請求若クハ附帯ノ請求又ハ費用ノ全部若クハ一部ノ裁判ヲ爲スニ際シ脱漏シタルトキハ申立ニヨリ追加ノ裁判ヲ以テ判決ヲ補充ス可シ
判決ノ言渡後直チニ追加裁判ノ申立テヲ爲ササルトキハ遅クモ判決ノ正本ヲ送達シタル日ヨリ起算シテ七日ノ期間内ニ之ヲ爲スコトヲ要ス
追加裁判ノ申立アルトキハ即時ニ又ハ新期日ヲ定メテ口頭辯論ヲ爲サシム可シ其辯論ハ訴訟ノ完結セサル部分ニ限リ之ヲ爲ス

一八八 當事者ハ訴訟手續ヲ休止ス可キ合意ヲ爲スコトヲ得其合意ハ不變期間ノ進行ニ影響ヲ及ボサス
口頭辯論ノ期日ニ於テ當事者双方出頭セサルトキハ訴訟手續ハ其一方ヨリ更ニ口頭辯論ノ期日ヲ定ム可キコトヲ申立ツル迄之ヲ休止ス
一ヶ年内ニ前項ノ申立ヲ爲ササルトキハ本訴及ヒ反訴ヲ取下ケタルモノト看做ス

留保判決ヲ受ケタル場合ニ追加判決ノ申立ヲ爲シ其期日ニ原被告共出頭セス一年ヲ經過シタルトキハ如何

留保判決ニハ何等ノ影響ナシ休止トナル一年後民訴一八八、三ノ適用上訴ノ取下ト看做サル(法學士前田直之助氏法學新報二二卷八號九六頁要領)

即チ脱漏シタル部分ハ依然裁判所ニ繫屬シ普通ノ訴訟繫屬ト同視スヘキモノニシテ休止後一年ノ經過ニヨリ消滅スヘキハ當然ノ解釋ナリ

破産宣告抗告事件ニ於テ債權其モノノ存否ヲ審理セスシテ支拂ノ猶豫ヲ與ヘタルモノナリト判断シタルハ首尾顛倒ノ裁判ナリトス

破産宣告
抗告事件

抗告人カ支拂ノ請求ヲ爲シタル明治四十四年十二月三十日ニ於テハ翌年一月十日迄支拂猶豫ヲ爲シ其後抗告人ヨリ請求ヲ爲シタル事實又ハ債務者ニ於テ支拂停止ノ意思ヲ表白シタル事實ノ認ムヘキモノナキヲ以テ本件破産宣告ノ申立ハ採用スルコトヲ得スト列示シタリ然レトモ破産宣告ノ申立ハ債權者ニアラサレハ之ヲ爲スコトヲ得ス又支拂ノ猶豫ハ債權存立ヲ前提トスルニ非サレハ認ムルコトヲ得サル筋合ニシテ抗告人ノ債權ノ有無ハ本件ニ於テ第一ニ審理セラレヘキ事項ナリ然ルニ原院ハ此點ノ審理判断ヲ爲サスシテ直ニ支拂ノ猶豫ヲ認メ支拂停止ナシト列示シタルハ首尾顛倒ノ裁判ノ理由ニ矛盾アルモノニシテ破棄ヲ免レス(大審院四五年(一)二八號同年七月二五日民二決定)

將來生ス
ヘキ債權
ノ差押及
轉付

將來生スヘキ債權ト雖トモ之ヲ差押ヘ得ヘキハ勿論之ニ對シテ轉付命令ヲ發スルコトヲ得ヘシ

六〇〇 差押ヘタル金銭ノ債權ニ付テハ差押債權者ノ選擇ニ從ヒ代位ノ手續ヲ要セスシテ之ヲ取り立ツル爲メ又ハ支拂ニ換ヘ券面額ニテ差押債權者ニ之ヲ轉付スル爲メ命令アラント申請スルコトヲ得右命令ノ送達ニ付テハ第五百九十八條第二項ノ規定ヲ準用ス
六〇四 轉給又ハ此ニ類スル繼續收入ノ債權ノ差押ハ債權額ヲ限トシ差押後ニ收入ス可キ金額ニ及フモノトス
民事訴訟法六百四條ニハ俸給又ハ之ニ類スル繼續收入ノ債權ノ差押ハ債權額ヲ限トシ差押後ニ收入スヘキ金額ニ及フモノトスアリテ本件報酬金並ニ家賃金ハ同條ニ所謂繼續收入ノ債權ニ該當スト認ムルヲ相當トスルヲ以テ之ニ對シテハ債權額ヲ限度トシ將來ノ收入ヲモ差押ヘ得ヘキモノト解セサル可カラズ而シテ差押ヘラレタル

民訴

一三九

金錢ノ債務ニ付テハ其支拂ニ機ヘ券面額ニテ差押債權者ニ轉付命令ヲ發シ得ヘキコトハ民事訴訟法第六百條ノ規定カ將來ノ收入ニ關スルト否トテ區別セサルノミナラズ特ニ之レヲ區別スヘキ何等ノ法律上ノ根據ナキカ故ニ本件ノ如キ將來ノ收入ニ關スル債權ニ付キ轉付命令ヲ發スルモ該命令ハ毫無效ニアラス(東京地方裁判所民三乙判決法律新聞八〇九號二五頁)當然ノ解釋異論ナシ

六四五

裁判所ハ競賣手續開始ノ決定ヲナシタル不動産ニ付キ強制競賣ノ申立アルモ更ニ開始決定ヲ爲スコトヲ得ス
右申立ハ執行記録ニ添付スルニ因リ配當要求ノ效力ヲ生シ又既ニ開始シタル競賣手續取消ト爲リタルトキハ第六百四十九條第一項ノ規定ヲ害セサル限リハ開始決定ヲ受ケタル效力ヲ生ス

六七二

假差押ノ命令アリタル不動産ニ付テハ本條ノ規定ヲ適用セス
第一 強制執行ヲ許スコカラサルコト又ハ執行ヲ續行スコカラサルコト(下略)

民訴六七二條ニ強制執行ヲ許スコカラサルコトノ意義

抵當權登記了後金員交付ヲ爲スヘシトナシタル公正證書ニハ執行力ナシトス
同一不動産ニ對シ二重ニ競賣申立アリテ前ノ開始決定力取消サレタルトキハ前ノ開始決定ノ效力ヲ其儘承繼スルモノトス

同號ニ所謂強制執行ヲ許スコカラサルコトハ實體的條件ノ欠缺セル場合ノミナラス其形式的條件ヲ具備セザル場合ヲモ包含セシメタル法意ナリト解ス而シテ公證人カ作成シタル公正證書ニシテ強制執行ノ債務名義タルニハ貸主ハ既ニ借主ニ對シテ現

「強制執
行ヲ許ス
可カラサ
ルコト」
ノ意義
違法ノ公
正證書
不動産ニ
對スル二
重ノ競賣
申立

第一ニ付テ

實金錢ヲ授受シ眞實消費貸借ノ成立シタル場合ナラサル可カラス然ルニ……
公正證書ハ前記ノ要件ヲ缺如シ強制執行ヲ爲スヘキ債務名義ト爲スコトヲ得サルモ
ノニシテ前掲ノ所謂強制執行ヲ許スコカラサルモノニ該當スルニ拘ラス原裁判所カ
此點ヲ看過シテ漫然競落許可決定ヲ爲シタルハ不法ニシテ本抗告ノ理由アリ……
……競賣手續開始決定ヲ爲シタル不動産ニ對シ更ニ強制競賣ノ申立テアリタル場合
ニ於テ前ノ競賣手續取消シトナリタルトキハ後ノ申立ハ開始決定ヲ受ケタルト同一
ノ效力ヲ生スルコトハ民事訴訟法第六百四十五條第二項ノ規定スル所ニシテ茲ニ所
謂效力ヲ生ストハ既ニ取消シト爲リタル前ノ開始決定ノ效力ヲ其儘承繼スルノ謂ニ
外ナラサルヲ以テ更ニ民事訴訟法第六百五十四條第六百五十五條ノ手續ヲ爲スナ要
セス(大阪地方裁判所民一判決法律新聞第八〇七號二六頁)

第二ニ付テ

板倉氏ハ強制執行ヲ許スヘカワサル理由ハ不動産ヲ讓渡スル能ハサル場合ニ限ル(法
政大學講義錄民訴六編以下二六〇頁)トシテ之ヲ狹義ニ解スルモ廣ク執行條件ノ欠缺
セル場合ト見ルヲ正當ト信ス

第三ニ付テ

金錢ノ授受前ニ作成シタル消費貸借公正證書ノ執行力ノ有無ニ付テハ民訴四頁及一
二頁金錢ノ授受前ニ作成シタル公正證書ノ執行力ヲ參照即チ本判決ハ正當ナリ

第三ハ當然ノ見解ナリ

七二第二項
告知同レ

訴訟中ニ訴ヲ取下ケ請求ヲ拋棄シ又ハ相手方ノ請求ヲ認諾スル原告若クハ被告ハ敗訴ノ原告若クハ被

請求ノ認諾アリタル場合ニ被告敗訴ノ判決申立ハ何時マテ爲シ得ルカ

認諾アレハ訴訟ヲ進行スルヲ得スト雖モ訴訟ハ未ダ終了セスシテ尙繫屬セルモノニシテ其終了ハ認諾判決ニ因ル故ニ其申立ヲ爲ス時期ハ無限ナリ然ラハ辯論終結後右申立ヲ爲スハ如何ナル手續ニヨルヘキヤト云フニ何等ノ規定ナキヲ以テ認諾判決ヲ受クル申立ヲ爲シ度キ旨ヲ裁判所ニ告ケ裁判所ハ期日ヲ定メテ當事者双方ヲ喚出シ有效ナル認諾アリタルキヤ否ヤヲ調査シタル上認諾判決ヲ爲スヘシ(前田法學士法學新報二十一卷十號九四頁以下要領)

反對說

認諾アリタル場合ニ於テ當事者力之ニ基キテ判決ヲ爲スコトヲ求ムル申立ヲ爲ササルトキハ口頭辯論期日ノ終ルト共ニ訴訟終了ス七二條ニ依レハ認諾アリタルカ爲メ判決ヲ俟タズシテ終了スルコトアリト謂ハサルヘカラス(仁井田氏民訴要論中卷五七七頁)

認諾アリタルトキ權利拘束消滅スルキヤ否ヤハ關係的ニ決セサルヘカラス原告力認諾ニ基ク判決ヲ求ムル申立ヲ爲ササルトキハ認諾ニ因テ訴訟物ノ權利拘束消滅ス申立アリタルトキハ其判決ノ確定ニ因テ消滅スヘシコハ七二條ニ依リ來ル(岩田氏民訴要論二八〇頁以下要領)同趣旨(今村氏中央大學講義錄)

吾人ハ本論ニ贊同スル能ハス認諾判決ヲ受クヘキ申立ナキトキハ其訴訟ハ口頭辯論期日ノ終了ト共ニ權利拘束消滅ストノ通説ヲ以テ正當ナリト信ス

四五 裁判所ハ訴訟ノ如何ナル程度ニ在ルチ間ハス職權ヲ以テ訴訟能力法律上代理人タル資格及ヒ訴訟ヲ爲スニ必要ナル授權ニ欠缺ナキヤ否ヤヲ調査スヘシ
裁判所ハ遲滞ノ爲メ原告若クハ被告ニ危害アリ且其欠缺ノ補正ヲ爲シ得ルモノト認メタルトキハ原告若クハ被告又ハ其法律上代理人ニ其欠缺ノ補正ヲ爲ス條件ヲ以テ一時訴訟ヲ爲スヲ許スコトヲ得此場合ニ於テ裁判所ハ欠缺補正ノ爲メ相當ノ期間ヲ定メ其期間ノ滿了前ニ判決ヲ爲スコトヲ得ス但其欠缺ノ補正ハ判決ニ接續スル口頭辯論ノ終結ニ至ルマテ之ヲ追完スルコトヲ得

法定代理人ニアラサルモノカ法定代理人トシテ爲シタル訴訟ト雖トモ控訴審ニ至リタルトキ本人カ成年者トナリ之ヲ追認シタルトキハ初メヨリ適法ナル行爲トナルモノトス

訴ノ原因ニ變更ナシトスル中間判決ニ對シテハ獨立シテ上訴ヲ爲スコトヲ得ス
控訴人高橋軍一ハ第一審裁判所ニ本訴ノ提起アリタル當時ハ未成年者ニシテ又高橋鍊藏カ其法定代理人ニアラザリシコト原判決ノ說示スル如クニシテ從テ同訴訟行爲ハ當時ニ於テ不適法ナリシコト明カナリト雖トモ同控訴人ハ本件控訴提起ノ當時ハ已ニ訴訟能力者トナリタルコトハ記録添付ノ戸籍謄本ニヨリ明ニシテ且ツ控訴代理人ハ高橋鍊藏カ法定代理人ナリトシテ第一審ニ於テ爲シタル訴訟行爲人控訴人ニ於テ之ヲ追認スル旨陳述スルヲ以テ之レニ依リ本件訴訟行爲ハ追完セラレテ初ヨリ適法ト爲ルニ至レルモノトス

民事訴訟法上中間判決ニ對シテハ之レヲ終局判決ト見做シ上訴ヲ許シタル場合ニ限リ獨立シテ上訴ヲ爲シ得ヘキモノナルモ本件ノ如ク訴ノ原因ニ變更アリトシテ新訴却下ノ裁判ヲ爲シタル中間判決ニ對シ上訴ヲ許スヘキ規定ナキヲ以テ本件控訴人ハ之ヲ許スヘカラサルモノトス勿論強制執行異議ノ訴ヲ提起シタル後其強制執行ヲ實施

シ終リタルカ爲メ異議執行ノ目的消滅シタル場合ハ民事訴訟法第九十六條第三號ニヨリ其請求ノ目的ヲ變更シテ賠償ノ請求ヲ爲シ得ヘク而カモ訴ノ原因ニハ何等ノ變更ナキモノナルヲ以テ被告ハ之ニ對シ異議ヲ述フルヲ得サルモノトス(東京控訴院民一判決法律新聞第八一三號一九頁)

法律上代理人ノ欠缺追完ニ付テハ大審院判例モ亦本件判決ト稍ヤ同趣旨ノ説明ヲ爲セリ即チ左ノ如シ

- 一 下級審ニ於テハ法律上代理人ノ資格ニ關スル證明書ヲ提出セス上級審ニ至リ初メテ之ヲ提出シタルトキト雖モ法律上代理人カ下級審ニ於テ爲シタル訴訟行爲ヲ無効ト看做スヘキ規定ナケレハ之ヲ有效ト爲ササルヘカラス(三七年大審院判決錄九三〇頁)
- 二 適法ノ後見人ニ非ル者カ未成年者ノ代理人トシテ第一審ノ訴訟行爲ヲ擔任シタル場合ト雖モ第二審ニ至リ適法ノ後見人其訴訟手續ヲ受繼シタルトキハ前審ノ訴訟行爲ヲ追認セルモノニ外ナラサレハ之ヲ以テ上告ノ理由ト爲スヲ得ス(四十三年同上八一七頁三一年六卷一〇二頁同四卷二二頁)

然レトモ吾人ヲ以テ見ルニ法律上代理人欠缺ノ補充トハ法定代理人カ親族會ノ同意ヲ缺ク場合ノ如キニ適用スヘキモノニシテ本件ノ如ク絶對ニ法定代理人ニアラサル者カ法定代理人ト稱シテ爲シタル訴訟行爲ニ對シ追完ノ效力アリヤ否ハ聊カ疑問ナルヘシト信ス蓋シ元來訴訟本人カ無能力者タル場合ニハ法定代理人ニアラサレハ訴訟行爲ヲ爲スコト能ハサルコト明確ナルニ(民訴一三)後日追認ヲ爲スモ其追認ハ非法定代理人ヲ法定代理人タラシムヘキ效力ヲ生スル理由ナ

キヲ以テ後日爲シタル追認ニヨリ有效ナル訴訟行爲アリタルモノト見ルコト能ハサレハナリ

本問第二ハ中間判決ニシテハ獨立シテ上訴ヲ爲スコトヲ得ストスルモノニシテ當然ノ判決ナリ(民訴六)頁參照

三九八 關席判決ニ對シテハ期日ヲ懈怠シタルモノヨリ控訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス但シ故障ヲ許ササル關席判決ニ對シテハ懈怠ナカリシコトヲ理由トスルコトニ限リ控訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得

電車衝突ノ故障ニ因ル出頭遅刻ノ如キハ所謂懈怠ナカリシ理由ニ該當セス

控訴代理人ハ明治四十五年四月四日ノ口頭辯論期日ニ出頭シ能ハサリシハ電車衝突ノ結果ニシテ自己ニ何等ノ懈怠ナシトノ旨陳述スレトモ前掲法條但書ノ懈怠ナカリシコトヲ理由トスルコトキハ裁判所カ關席判決ヲ爲スヘカラサル場合ニ之ヲ爲シタルコトヲ理由トスルヲ指スモノニシテ即チ期日ニ出頭シタルニ拘ハラス出頭セサルモノトシ又ハ適法ノ呼出ナキ者ニ對シ其不出頭ハ期日ヲ怠リタルモノトシ關席判決ヲ言渡シタルカ如キ場合ノ謂ニシテ電車ノ故障ノ爲メ時間ノ遅延ヲ來シ期日ニ出頭シ能ハサルカ如キハ之ヲ包含セサルモノト解スヘキモノトス(東京地方裁判所民一判決法律新聞第八一三號二三頁)

同趣旨判例

一 當事者ノ乗船カ風波ノ爲メ延着シタルヨリ指定ノ期日ニ出頭スルコトヲ得サリシカ

如キ場合ハ之ヲ包含セス(四十三年大審院裁判決録五五七頁)
 二 俄然病氣ニ罹リ出頭若クハ期日變更ノ手續ヲ爲ス能ハサルカ如キ場合ハ之ニ包含セ
 ス(四十一年同上 一二九頁)其他三八年一〇二七頁三五年九卷五七頁三四年五卷一二一
 頁等參照
 同說(岩田氏民事訴訟法原論七三一頁(仁井)
 田博士民事訴訟法要論八四〇頁參照)

第一審ニ
 於ケル認
 諾ト第二
 審ニ於テ
 認諾ト關
 係

第一審ニ於テ認諾判決ヲ受ケタルトキハ第二審ニ如何ナル效力ヲ及ホスヘキカ

三九 口頭辯論ノ際原告カ其訴ヘタル請求ヲ拋棄シ又ハ被告之ヲ認諾スルトキハ裁判所ハ申立ニ因リ其拋棄又ハ
 認諾ニ基キ判決ヲ以テ却下又ハ敗訴ノ言渡ヲ爲スヘシ
 原裁判所カ本件ニ付認諾判決ノ言渡ヲ爲シタルコトハ原判決自體ニヨリ明カナリ然
 ルニ控訴代理人ハ控訴人カ原審ニ於テ被控訴人ノ本件請求ヲ認諾シタルコトナシト
 抗爭シ證人小枝平三郎ノ證言ニ依リ之ヲ立證セントスレトモ該證言自體ニヨルモ各
 抗辯ノ趣旨ヲ認定シ難キノミナラス原判決事實摘示並ニ原審年二回口頭辯論調書ニ
 ハ被告カ原告ノ請求ヲ認諾シタリト明記シアルヲ以テ控訴人カ原審ニ於テ本件請求
 ナ適法ニ認諾シタルモノト認メサルヘカラスサレハ原裁判所カ原告ノ申立ニ依リ右
 認諾ニ基キ認諾判決ヲ爲シタルハ何等間然スル處ナク而モ右認諾ハ一面ニ於テ原審
 ニ於ケル判決ノ基本タル訴訟行爲タルト同時ニ他ノ一面ニ於テ私法上本件請求權ノ
 存在ヲ確認スル意思表示タル效力ヲ有スルカ故ニ右認諾ノ私法上ノ效力カ依然存續
 スル當審ニ於テハ本件請求權ノ存否ニ關スル他ノ爭點ニ論及スルコトナク直チニ右
 認諾ノ私法的效力ニ基キ控訴人ニ對シ敗訴ヲ言渡スヘキモノトス(大阪地方裁判所民

三判決法律新聞八一五號(二二頁)

右判決ハ認諾ノ性質ニ付キ兩面說ヲ採レルモ吾人ハ贊セス蓋シ法律行爲ハ相手
 方ニ對スル意思表示ニシテ認諾ハ裁判所ニ對シテ爲ス意思表示ナリ然ルニ一個
 ノ裁判所ニ對スル意思表示カ二面ノ性質ヲ有ストハ到底解スル能ハサレハナリ
 尙本書民訴二八七頁拋棄認諾論及同二八三頁相殺ノ申立ニ付テノ評論ヲ參照セ
 ラルヘシ

原因ノ變
 更

一九五 訴訟物ノ權利拘束ハ訴狀ノ送達ニ因リテ生ス
 權利拘束ハ左ノ效力ヲ生ス(中略)
 第三 原告ハ訴ノ原因ヲ變更スル權利ナシ但シ變更シタル訴ニ對シ本案ノ口頭辯論被告カ異議ヲ述ヘサルトキハ
 此限ニ在ラス(下略)

最初轉付命令ニヨリテ得タル權利ナリト云ヒ後ニ配當要求ニヨリテ得タル權利
 ナリト云フハ原因ノ變更ナリトス

轉付命令ハ無効ナリトスルモ同人ハ松下岩藏カ被告ニ對シテ有スル請負金ノ債權ニ
 付キ債權差押ノ效果トシテ少クトモ平等配當ヲ受クヘキ權利アリテ原告ハ該權利ヲ
 讓受ケタルヲ以テ之ニ基キ本訴請求ヲ爲ス旨陳述シタリ是レ前者ハ轉付命令ニヨリ
 テ得タル權利ヲ主張シ後者ハ單ニ債權差押ノ效果トシテ配當要求ノ權利ヲ主張ス
 ルモノニシテ兩者其權利ノ性質範圍ヲ異ニスルヲ以テ原告代理人ノ右後者ノ陳述ハ

明ニ本訴ノ原因ヲ變更シタルモノト謂ハサルヘカラス(大阪地方裁判所四五年(ワ)四九五號民三判決法律新聞八一六號二四頁)

訴ノ變更ニ付テハ事實說(基本タル事實ヲ變更スレ)ト法律關係說(事實ヲ變更スルモ有權ヲ主張シタル者カ時効ニ改ムルモ可ナリ)トアリ判例ハ一般ニ事實說ヲ採ルモノナリ(以上詳細ハ民訴一七頁)本件ハ以上兩說何レヨリ見ルモ訴ノ變更ナルコト明白ニシテ判決ハ適當ナリ

釋明權ノ行使

一 二 裁判長ハ職權上調査ス可キ點ニ關シ相手方ヨリ起ササル疑ノ存スルトキハ其疑ニ付キ注意ヲ爲スコトヲ得

裁判長ハ問ヲ發シテ不明瞭ナル申立ヲ釋明シ主張シタル事實ノ不十分ナル證明ヲ補充シ證據方法ヲ申立テ其他事件ノ關係ヲ定ムルニ必要ナル陳述ヲ爲サシム可シ陪席判事ハ裁判長ニ告ケテ問ヲ發スルコトヲ得

當事者ハ相手方ニ對シテ自ラ問ヲ發スルコトヲ得然レトモ其問ヲ發ス可キ旨ヲ裁判長ニ求ムルコトヲ得

若シ其問ニ對シテ答ヘス又ハ判然答ヘサルトキハ相手方ノ利益ト爲ル可キ答ヲ爲シタルモノト看做スコトヲ得

釋明權ハ裁判所ノ權能ニシテ之ヲ行使スヘキヤ否ヲ判定スルハ裁判所ノ認定ニ屬スルモノナリ故ニ上告ノ理由トナラス

裁判所ノ有スル釋明權ハ當事者ノ主張抗辯攻撃防禦ノ方法カ不明確ニシテ統一ヲ缺ク等ノ場合ニ之ヲ明確ナラシムルカ爲メニ行使スル裁判所ノ權能ニシテ其之ヲ行使スルノ必要ナル場合ナルヤ否ヲ判定スルハ全ク裁判所ノ認定ニ屬スルモノトス(東京控訴院民一判決法律新聞第八一三號二〇頁)

必スシモ然ルニアラス左ノ判例ヲ見ルヘシ

一 民事訴訟法第百十二條第二項及ヒ第百十七條ハ主トシテ裁判所ノ職權ヲ定メタルモノナレトモ訴訟事件ノ關係ニ依リ未タ裁判ヲ爲スニ熟セサルトキハ裁判所ハ此等ノ規定ニ從ヒテ檢證鑑定等ヲ命スルノ權ヲ有スルト同時ニ亦其義務ヲ負フモノトス(三九年大審院判決錄一七〇二頁)

二 裁判所ハ當事者ノ申立ニ不明瞭ノ點アルトキハ之ヲ釋明セシメ又其主張事實ニ不十分ノ原アルトキハ之ヲ補充セシメサルヘカラス依テ其不明瞭又ハ不十分ナルコトヲ理由トシテ直チニ敗訴ヲ言渡シカ如キハ不法ナリ(同上九五六頁)

公正證書ノ執行力ト追認

五五九 強制執行ハ左ノ諸件ニ付テモ亦之ヲ爲スコトヲ得

第五 公證人カ其權限内ニ於テ成規ノ方式ニヨリ作リタル證書但シ一定ノ金額ノ支拂又ハ他ノ代替物若クハ有價證券ノ一定ノ數量ノ給付ヲ以テ目的トスル請求ニ付キ作リタル證書ニシテ直ニ強制執行ヲ受ク可キ旨ヲ記載シタルモノニ限ル

檀家總代ノ連署ヲ缺クカ爲メ執行力ナキ公正證書ハ縱令後日檀家總代カ之ヲ追認シタル事實アリトスルモ其執行力ヲ生スヘキモノニアラス

控訴代理人ハ又明治四十三年七月十日檀家總代福島鈴木ハ越溪宗實ノ代理行爲ヲ追認シタルカ故ニ本件執行ハ正當ナリト云フモ公正證書ノ執行力ハ適法ニ成立シタル證書ニ法規上附與セラルルモノニシテ前記認定ノ如キ本件公正證書ハ適法ニ成立セズ執行力ナキモノナル以上ハ後日追認セラレタレハトテ之レニヨリ其成立ヲ適法ナリシモノトシ之レニ執行力ヲ生スヘキ者ト爲スヲ得ス(東京控訴院民二判決法律日七一九號判例集七七頁)

證書作成後金銭ノ授受アリタル消費貸借公正證書ニ執行力アリヤ否ト同一法理ナリ同問題ニ付テハ民訴四頁ヲ參照スヘシ

債權差押ノ取下

六二一 債權者ハ命令ニ因リ取立ノタメ取得シタル權利ヲ拋棄スルコトヲ得但シ此レカ爲メ其請求ヲ審セラルルコトナシ
此拋棄ハ裁判所ニ届書ヲ差出シテ之ヲ爲ス但シ其原本ハ第三債務者及ヒ債務者ニ之ヲ送達ス可シ
債權差押ハ取下書ノ提出ニヨリ其效力ヲ消滅スヘキヤ又ハ取消決定アリタルトキ若クハ其送達アリタルトキ消滅スヘキモノナリヤ

債權者カ債權差押ノ效力ヲ消滅セシムルニハ裁判所ニ對シ差押申請ヲ取下タル旨ノ意思ヲ表示スレハ足ルモノニシテ裁判所ノ差押取消ノ決定ヲ要スルモノニアラサルコトハ民事訴訟法第六百十二條ノ債權者カ債權取立命令ニ依リ取得シタル權利ヲ拋棄スルニハ裁判所ニ届書ヲ差出シテ之ヲ爲スノ規定ヨリ之ヲ推論スルコトヲ得ヘシ然ラハ本件ニ於テ乙第一號證ニ依レハ奥寺源治郎ハ明治四十年十二月三日執行裁判所ニ對シ債權差押ノ申請ヲ取下ケタルコト明カナルヨリ其差押ハ其時ヲ以テ其效力ヲ失却シタルモノト謂ヘシ故ニ被控訴人カ同日米田八郎ニ對シ爲シタル支拂ハ假令差押取消決定ノ送達前ニ係ルト雖トモ辨濟トシテ有效ナルモノト謂ハサルヲ得ス(官城控訴院民判決法律新聞第八一四號二三頁)

民訴中本問ニ關シ直接ノ規定ナシ而シテ若シ差押取下ノ申請ヲ爲シタリトスルモ差押命令ハ其儘ニ付スヘキモノナリトスレハ或ハ本件判決ノ説明ノ如ク解ス

ルコトヲ得ヘカランモ取下ノ申請アレハ差押取消決定ヲ爲シ且ツ之ヲ送達スヘキモノナル以上ハ其取消決定アルマテハ差押命令ハ依然其效力ヲ存シ從ツテ差押ハ解消セラレサルモノト見サル可カラス而シテ取消決定ハ之ヲ送達スルニヨリテ外部ニ發表セラルルモノナルヲ以テ差押ノ取消ハ其送達アリタル時ニ效力ヲ發スヘキモノニシテ民訴六一二條ノ如キ特別規定存セサルニ不拘本件判決ノ如ク之ヲ解スルハ失當ナルヘシト信ス

止辯論ノ中

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

先決的訴訟ニ基ク中止ハ當事者ヲ異ニスル場合ニ於テモ其適用アルモノト解スヘシ即チ甲カ家屋ノ所有者ナリト主張シ果シテ其所有者ナリヤ否ヤカ訴訟トシテ別途繫屬セル場合ニ於テ該事件ノ被告乙ヨリ之ヲ賃借シタル丙ハ該訴訟ノ未決中ニ甲ヨリ不法占有ヲ原因トセル明渡し訴訟ニ遭ヒタル場合ニ於テ右甲乙間ノ所有權訴訟確定ニ至ル迄該明渡し訴訟ノ中止ヲ申立ツルコトヲ得

抗告ノ要旨ハ東京地方裁判所明治四十四年(ワ)第一七九九號家屋明渡事件ニ於ケル原告小關忠太郎ノ主張ハ保爭家屋ハ自己ノ所有ナルニ拘ハラヌ被告三澤彌一郎(抗告人)ニ於テ河原權原ナリ之ヲ占有セルヲ以テ其明渡しヲ求ムト云フニアリテ被告ハ之ニ

對シ保爭家屋ハ原告ヨリ松崎龜松ニ同人ヨリ小關世男雄ニ順次賣渡サレ而シテ被告ハ右小關世男雄ヨリ之ヲ借用占存セルヲ以テ原告ノ請求ハ不當ナリト抗爭セリ然カルニ一方當廳明治十四年(第六八四號)建物賣買登記抹消請求控訴事件ニ於テハ原告小關忠太郎(被控訴人)ハ前記松崎龜松及右小關世男雄ヲ被告(控訴人)トシ前記賣買ハ虛偽ナルヲ以テ其旨ノ移轉登記ヲ抹消スヘキ旨ヲ訴求シ之ニ對シ各被告ハ右賣買ハ眞正ナルヲ以テ其登記ハ抹消スヘキモノニアラスト抗爭セリ……案スルニ家屋明渡事件ニ於テハ……舉實買ノ眞否カ問題ナリ從ヒテ控訴事件ハ恰カモ第一審事件ニ對シ先決的訴訟ノ關係ニアルコト明白ナリ二ツノ訴ニ於テ當事者ノ異ナルカ如キハ關係ナシ何者先決的訴訟ニ基ク中止ハ可成手數ノ反覆ヲ避ケ兼ネテ裁判ノ矛盾ヲ防クコトヲ目的トスル規定ナルヲ以テ一ツノ訴カ他ノ訴ニ對シ確定力ヲ及ス場合ハ廣ク其適用アルモノナレハナリ當裁判所ハ以上ノ見解ニ從ヒ尙自由裁量ノ範圍ニ於テ第一審事件ハ控訴事件ノ完結迄之ヲ中止スルヲ相當ト認ム(東京控訴院民二判決法律新聞八一四號二〇頁)

先決的訴訟ニ因ル中止ハ當事者ヲ異ニスル場合ニ於テモ適用アリトナスモノニシテ至當ノ見解ト信ス參考トナルヘキ判例左ノ如シ

- 一 裁判所カ民事訴訟法第二百一十一條ニ依リ他ノ訴訟ノ完結ニ至ルマテ本訴訟ノ辯論ヲ中止スヘキ場合ハ他ノ訴訟ニ於テ定マルヘキ權利關係ノ成立又ハ不成立ノ裁判力必スシモ本訴訟ノ當事者ニ對シテ羈束アルコトヲ要セス唯本訴訟ノ裁判ニ對シ先決的影響ヲ及ボスヲ以テ足レリトス(三九年大審院判決第一〇六三頁三七年同上七二二頁)
- 二 債權ノ讓受人カ債務者ニ對シ辨濟請求ノ訴訟ヲ提起シタル場合ニ於テ他ニ其債務者

ヨリ讓渡人ニ對シテ債權不成立確認ノ訴訟ヲ提起シタルトキハ裁判所ハ其確認訴訟ノ完結ニ至ルマテ辨濟請求ノ訴訟ノ辯論ヲ中止ス可キモノトス(三八年同上八一七頁)

一九五 訴訟物ノ權利拘束ハ訴訟ノ選達ニ因リテ生ス

權利拘束ハ左ノ效力ヲ有ス
第三 原告ハ訴ノ原因ヲ變更スル權利ナシ但シ變更シタル訴ニ對シ本案ノ口頭辯論前被告カ異議ヲ述ヘサルトキハ此限リニ在ラス

四一六 新ナル請求ハ第九十六條第二號及ヒ第三號ノ場合又ハ相殺スルコトヲ得ヘキモノニシテ且原告若クハ被告カ其過失ニ非スシテ第一審ニ於テ提出シ能ハサリシコトヲ證明スルトキニ限リ之ヲ起スコトヲ得

訴ノ變更ニアラスシテ單ニ法律上ノ意見ヲ述ヘタルモノト認ムヘキ場合
控訴審ニ於ケル相殺ノ抗辯ハ所謂新タナル請求ナリトス

控訴代理人ハ甲第一號證ハ代金支拂ヒノ債務ヲ自認シタルモノナリ假リニ然ラストスルモ承認ニ依リテ新タニ債務發生シタルモノナリト陳述シ被控訴代理人ハ控訴代理人ノ該後段ノ陳述ニ對シ訴變更ノ抗辯ヲ提出スルモ前ニ說明シタル所ニヨレハ甲第一號證ハ被控訴人カ既存ノ取引ヲ承認シ從ツテ代金支拂ヒノ債務ヲ發生セシメタルモノニアラサルコト明カナルノミナラス控訴人ハ第一審以來賣買契約ニ因リテ發生シタル代金支拂債務ノ履行ヲ請求スルモノナレハ控訴代理人カ斯カル陳述ヲ爲シタルハ全ク其法律上ノ意見ヲ述ヘタルニ過キスシテ新タニ訴ヲ假定的ニ提起シタルモノニアラサルヲ以テ訴變更ノ抗辯ハ其理由ナシ
民事訴訟法第四百十六條ニ依レハ新タナル請求ハ原告若シクハ被告カ其過失ニアラ

スシテ第一審ニ於テ提出シ能ハサリシコトヲ確明スルトキニ限り之レヲ起スコトヲ得ル者トス。茲ニ新ナル請求ト云フハ裁判上ニ於テナシタル相殺ノ意思表示ヲ以テ抗辯トナシ請求ヲ主張スル場合ナモ包含スルモノトス。蓋シ民事訴訟法ハ裁判上ノ相殺ノ意思ヲ以テ抗辯トナスコトヲ是認セルヲ以テ相殺ノ意思表示ノ基本タル債權ノ存否ニ付キ裁判上ノ判決ヲ受クル場合ニ於テハ同法第四百十六條ニ所謂請求ヲ爲シタルモノト云フヲ相當トスレハナリ(東京控訴院四一(ホ)四五二號民一判決法新聞第八一七號二頁)

第一ニ付テハ

民訴八〇頁請求ノ原因一定セストノ抗辯同八二頁訴ノ原因ノ一定参照

第二ノ相殺ノ抗辯ニ付テハ議論アリ

同趣旨

- 一、相殺抗辯ハ民事訴訟法第四百十六條ノ所謂請求ニ適當スルモノトス(四十二年大審院判決九三三頁)
- 二、民事訴訟法第四百十六條ニ當事者カ其過失ニアラスシテ第一審ニ提出シ能ハサリシコトヲ確明スルヲ要スル旨ヲ規定セルハ相殺スルコトヲ得ヘキ新ナル請求ニ關スルモノニシテ同法第九十六條第二號及ヒ第三號ノ場合ニ關スルモノニ非ス(三十六年同上二〇頁)
- 一、相殺ハ法律行為ニシテ訴訟行為ニ非ルコトハ勿論ナリト雖モ訴訟行為カ一面ニ於テ同時ニ法律行為タルコトヲ得サルニアラス例令ハ訴ノ提起ハ時效中斷ノ原因ノ一種トシテ民法上ノ法律行為ト見ルコトヲ得ヘキカ如ク所謂相殺抗辯ハ訴訟行為トシテ當然效力ヲ生セストスルモノ一面ニ於テ民法上ノ效力ヲ生スルモノトス(法學士鈴木英

反對說

太郎氏法曹記事一七卷六號一頁以下仁井田博士法典質疑問答九編一七一頁以下)

裁判所ニ於ケル當事者ノ陳述ハ當事者間ノ意思表示ニアラサルヲ以テ私法上ノ效果ヲ生セサルヲ原則トス。請求ノ拋棄認諾ハ特ニ二二九條ノ規定アルカ爲メニ私法上ノ效果ヲ生スルモ相殺ニ付テハ何等規定スル所ナキヲ以テ相殺ノ抗辯ハ許スヘキモノニアラス。民訴四一六條ノ「又ハ」以下ハ現行法ニ於テ適用ナキモノトス(岩田氏民事訴訟原論六六二、七七頁)

假執行ノ
決言ト判

五〇一 左ノ判決ニ付テハ職權ヲ以テ假執行ノ宣告ヲ爲ス可シ

- 第一 認諾ニ基キ敗訴ヲ言渡ス判決
- 第二 證書訴訟又ハ爲替訴訟ニ於テ言渡ス判決
- 第三 同一審ニ於テ同一ノ原告若クハ被告ニ對シ本案ニ付キ言渡シタル第二又ハ其後ノ關席判決
- 第四 假差押又ハ假處分ヲ取消ス判決
- 第五 養料ヲ支拂フ義務ヲ言渡ス判決但シ訴ノ提起後ノ時間及ヒ其提起前最後ノ三ヶ月間ノ爲メニ支拂フ可キモノナルトキニ限ル
- 五〇二 左ノ場合ニ於テハ申立ニヨリ假執行ノ宣言ヲ爲ス可シ
 - 第一 總テノ住家其他ノ建物又ハ其或ル部分ノ受取、明渡使用占據若クハ修繕ニ關シ又ハ賃借人ノ家具若クハ所持品ヲ賃借人ノ差押ヘタルコトニ關シ賃借人ト賃借人トノ間ニ起リタル訴訟
 - 第二 占有ノミニ係ル訴訟
 - 第三 雇主ト雇人トノ間ニ雇期限一ヶ月以下ノ契約ニ關リ起リタル訴訟
 - 第四 左ニ掲ケタル事項ニ付旅人ト旅店若クハ飲食店ノ主人トノ間ニ又ハ旅人ト水陸運送人トノ間ニ起リタル訴訟
 - イ 賄料又ハ宿料又ハ旅人ノ運送料又ハ之ニ伴フ手荷物ノ運送料
 - ロ 旅店若クハ飲食店ノ主人又ハ運送人ニ旅人ヨリ保護ノ爲メ預ケタル手荷物金銭又ハ有價物

民訴

第五 此他財産權上ノ請求ニ關シ金額又ハ價格ニ於テ貳拾圓ヲ超過セサル訴訟但シ其物ノ價格ニ付テハ第三條乃至第六條ノ規定ヲ適用ス

五〇三 前二條ニ掲ケタル外左ノ場合ニ於テハ財産權上ノ請求ニ關スル判決ニ限り債權者ノ申立ニ因リ假執行ノ宣言ヲ爲スヘシ

第一 債權者カ執行ノ前ニ保證ヲ立テシテ申出ルトキ

第二 債權者カ判決ノ確定ト爲ルマテ執行ヲ中止セハ債ヒ難キ損害又ハ計リ難キ損害ヲ受クヘキコトヲ疏明スルトキ

五〇六 假執行ニ關スル申立ハ判決ニ接テ口頭辯論ノ終結前ニ之ヲ爲ス可シ

五〇七 假執行ニ付テハ裁判ハ判決主文ニ之ヲ掲ク可シ

五〇八 職權ヲ以テ判決ノ假執行ヲ宣言スヘキ場合ニ於テ假執行ニ付テハ裁判ヲ爲ササルトキ又ハ判決ノ假執行ヲ宣言ス可キ債權者ノ申立ヲ看過シタルトキハ第二百四十二條及ヒ第二百四十三條ノ規定ニ從ヒ判決ノ補充ヲ爲スコトヲ得

五〇九 第一審又ハ第二審ヲ判決ニシテ假執行ノ宣言ナカリシモノ又ハ條件附キノ假執行ノ宣言アリタルモノハ上訴ヲ以テ不服ヲ申立テサレ部分ニ限リ口頭辯論ノ進行中ニ爲シタル原告若クハ被告ノ申立ニ因リ上級審ニ於テ其判決ニ假執行ノ宣言ヲ付ス可シ

五一〇 本案ノ裁判又ハ假執行ノ宣言ヲ廢棄若クハ破毀又ハ變更スル判決ノ言渡アルトキハ假執行ハ其廢棄若クハ破毀又ハ變更ヲ爲ス限度ニ於テ效力ヲ失フ

假執行ノ宣言アリタル本案ノ判決ヲ廢棄若クハ破毀又ハ變更スルトキハ判決ニ基キ被告ノ支拂又ハ給付シタルモノノ辯濟ヲ被告ノ申立ニヨリ判決ヲ以テ原告ニ言渡ス可シ

五五〇 強制執行ハ左ノ書類ヲ提出シタル場合ニ於テ之ヲ停止シ又ハ之ヲ制限ス可シ

第一 執行スヘキ判決若クハ其假執行ヲ取消ス旨又ハ強制執行ヲ許サストシテ宣言シ若クハ其停止ヲ命シタル旨ヲ記載シタル執行力アル裁判ノ正本

第二 執行處分ノ一時ノ停止ヲ命シタル旨ヲ記載シタル裁判ノ正本

第三 執行ヲ免ルル力爲メ保證ヲ立テ又ハ供託ヲ爲シタル旨ヲ記載シタル公正ノ證明書

第四 執行ス可キ判決ノ後ニ債權者カ辨濟ヲ受ケ義務履行ノ猶豫ヲ承諾シタル旨ヲ記載シタル證書

假執行ノ宣言ト判決

一 假執行ノ宣言ト判決

假執行ノ宣言トハ未タ執行力ヲ有セサル判決ノ強制執行ヲ許ス裁判上ノ宣言ニシテ原則トシテ判決其モノノ一部ヲナスモノナリ (E. Ruydt, Die Vorläufige Vollstreckbarkeit 1004, S. 40, 100) 左ニ之ヲ分説セン

一 假執行ノ宣言ハ裁判上ノ宣言ニシテ判決其モノノ一部ヲ爲スナ原則(註一)トス其申立ハ書面ニ基キ(民訴二二二條)又開席判決ノ場合ニハ其申立カ既ニ相手方ニ通知セラレタルヲ要ス(註二)然レトモ此點ハ學說岐ルル處ニシテ我判例モ又反對ナリ(註三)

(註一) 上級審裁判カ下級審判決ノ假執行ヲ許ス裁判ヲ爲スハ例外ナリ(民訴五〇九條)其裁判ハ決定ナリトスルヲ正解トス

(註二) 仁井田博士(京都法政大學講義錄第六五九頁)岩田學士(民事訴訟法原論下卷第三版第七〇頁)加藤博士(東京法科大學講義筆記松岡學士(中央大學講義錄第一四七頁)中込學士(同大學四一年講義錄第五二頁) Weismann (Lehrb. Rd., II s. 24) Seuffert (Korn 9 aufl. zu § 714) Gaupp-Stein (Korn, 8 u. 9 aufl. zu § 714) Schmidt (Lehrb. s. 890)

(註三) 我カ大審院ハ此問題ニ付キ三十八年其判例ヲ變更シテ消滅説ヲ採リ(三十八年四四一頁四二九一頁)「第五〇七條カ特ニ假執行ニ付テハ裁判ヲ判決主文中ニ掲ケヘキヲ規定セルニヨリ明ナリ」ト説明セリ大審院ハ民訴第五〇七條ヲ以テ假執行ノ宣言ハ判決ヲ受クヘキ事項ニ非ラサルコトヲ前提トスルモノト解スルニ似タリ然レトモ同條ハ明ニ假執行ノ宣言ヲ判決主文中ニ掲ケヘキモノトスルヲ以テ少ナクトモ其ノ申立ハ判決ヲ受ク可キ事項ノ申立タルヤ疑ナシ大審院ノ右説明ハ盡セリト謂フ可カラス

二 假執行ノ宣言ハ未タ執行力ヲ有セサル判決ノ強制執行ヲ許ス宣言ナリ左ノ要件ヲ必要トス

(1) 執行力ヲ有セサル判決タルコト 言渡ニヨリ直ニ確定スル判決及法律カ特ニ執行力ヲ認ムルモノ例ヘハ假差押又ハ假處分ヲ命スル判決假執行ノ補充判決(同第五〇八條)民訴第五一〇條第一項ノ判決ノ如キニハ之ヲ附スヘカラス

(2) 判決タルコト

(3) 判決ノ内容ハ強制執行ヲ爲シ得ヘキモノナルコト 假執行ノ宣言ニ於ケル執行ハ原則トシテ狭義ニ解ス可キコトハ學說判例ノ殆ント一致スル所ニシテ又法律ノ精神ノ右ニ在ルコト民訴第五一〇條第二項ニ於テ之ヲ見得ル所ナリ第五〇一條第四號(假差押又ハ假處分ヲ取消ス判決)第五四八條第二項(同條第一項ノ判決)ニ於ケルカ如キ場合ハ例外トシテ特ニ法律規定ヲ設ケタルモノト解ス可ク即チ原則トシテハ強制執行ヲ爲シ得ヘキ債務名義ニ限ルヘキモノニシテ形成判決又ハ確認判決ニ擴張解釋スヘキニ非ス即チ其判決ハ

(a) 給付判決ナラサル可カラス形成判決及確認判決ニ假執行ノ宣言ヲ付スルヲ得サルト同時ニ請求棄却ノ判決上訴又ハ故障ヲ不違法トシテ却下若クハ棄却スル判決モ同様ナリ執行判決ハ其實體カ債務名義タル場合ニハ之ヲ附スルコトヲ得ヘシ

(b) 給付判決ナルモ強制執行ニ適スルモノナルコトヲ要ス夫婦ノ同居ヲ命スル判決ノ如キハ執行方法ナリ意思表示ヲ命スル判決ノ如キハ特ニ其ノ確定ヲ待ツヲ要シ共ニ假執行ノ要件ヲ缺ク

二 訴訟費用ノ負擔ト假執行ノ宣言

前項述フルカ如ク假執行ノ宣言ハ給付判決ニ限り之ヲ附スルコトヲ得トスルモ訴訟費用負擔ヲ命スル判決ハ給付ニ關スルカ故ニ確認判決若クハ形成判決ニ於テモ猶ホ訴訟費用ノ負擔ノミノ爲メ假執行ノ宣言ヲ付シ得ヘキヤノ疑問アリ

A 形式説(積極説) 訴訟費用ノ負擔ニ付キ廣ク假執行ノ宣言ヲ許ストナス説詳言ス

レハ原告敗訴ノ場合若クハ原告勝訴ニ拘ハラス訴訟費用ヲ負擔スヘキ場合ニ於テモ被告ノ爲メ假執行ノ宣言ヲ爲ス可ク又本案カ給付ニ關セサルモ訴訟費用ニツキ假執行ノ宣言ヲ附スヘシトナス此説ノ根據ハ左ノ如シ

(1) 民訴第五〇二條ニハ單ニ申立ニ依リト規定シ同第五〇三條ニハ債權者ノ申立ニヨリト規定スルカ故ニ第五〇二條ノ場合ニハ原告敗訴ノ場合ニモ被告ノ申立ニヨリ假執行ノ宣言ヲ附シ得ヘシトナス

(2) 民訴第五〇二條ニハ單ニ申立アルハ之ヲ債權者ノ申立ト解ス可キモ原告敗訴ノ場合ニ於テハ被告ハ訴訟費用ニツキ強制執行ノ債權者ナルカ故ニ被告ハ債權者トシテ假執行ノ宣言ヲ求ムコトヲ得サルヘカラストナス

(3) 法律ハ明ニ證書訴訟又ハ爲替訴訟ニ於テ言渡シタル判決ト云フカ故ニ(民訴第五〇一條第二號第三號)有クモ此種ノ判決ニ於テハ原告勝訴ノ場合タルト敗訴ノ場合タルト將又訴ヲ不適法トシテ却下スル 合タルトナ問ハス訴訟費用ノ負擔ノミニツキ假執行ノ宣言ヲ爲ササルヘカラストナス

(4) 尙形式論ニヨレハ當事者ヲ同等ニ取扱フコトトナリ當事者對等ノ原則ニ適ス

(Weismann, Jahrb. Rd. II S 20-21) トナス

B 實質説(消極説) 訴訟費用ノミノ爲メニハ假執行ノ宣言ヲ附スルコトヲ得ス詳言スレハ原告勝訴ノ場合ニシテ本案ニ付キ假執行ノ宣言ヲ爲スヘキトキニ限り訴訟費用ニ付キテモ之ヲ擴張スヘシトナス此説ノ根據ハ

(1) 立法ノ精神ニ照リ假執行ハ實體上ノ權利實行ヲ許スヲ目的トスル場合ニ限ル可キモノ原告勝訴ノ場合ニ於ケル訴訟費用ノ負擔ハ其主タル請求ニ對シ從タルモノナルヲ以テ運命ヲ共ニス可キモノナリ

(2) 民訴第五〇一條第二號ノ場合即チ證書訴訟又ハ爲替訴訟ニ於テ原告敗訴ノ場合

ニ假執行ノ宣言ヲ附スヘキモノトセハ原告ハ證書訴訟又ハ爲替訴訟ニヨリ却テ不利
 益ヲ受クルコトナリ通常訴訟ニヨルト其權衡ヲ得サルニ徴スルモ法律ハ原告敗訴
 ノ場合ニハ之ヲ附セサルヲ前提トスルモノト謂ハサル可カラズ

(3) 民訴第五一〇條第二項ニ於テ被告ノ支拂又ハ給付シヨルモノノ辯濟ヲ被告ノ申
 立ニヨリ判決ヲ以テ原告ニ言渡ス可シト規定シ原告ノ申立ニヨル可キ場合ノ規定ヲ
 設ケサルニヨリ之レヲ見レハ原告敗訴ノ場合ニ被告ノ爲メ假執行ノ宣言ヲ爲ス場合
 ハ法律ノ見サレモノト謂ハラル可カラストナス (Sonder Kom. zu § 708 Nr. 7 Grnallin s. 95 b.)

訴訟費用ノ負擔ヲ命スル判決主文ニ假執行ノ宣言ヲ附スルノ根據ハ實ニ訴訟費用
 ノ本案ニ對スル附隨的關係ニ之ヲ求ムルノ外途ナカルヘク大體ニ於テ實質論者ニ左
 祖セサルヲ得ス故ニ左ノ結論ヲ爲サント欲ス

(1) 本案カ假執行宣言ノ要件ヲ缺クトキハ其訴訟費用ノ負擔ニ付キテモ假執行ヲ許
 サス

(a) 意思表示ヲ命スル判決確認判決形成判決ニ於テハ費用ニ關シテモ亦假執行ヲ宣
 言スルコトヲ得ス

(b) 原告敗訴ノ判決上訴又ハ故障ヲ不適法トシテ却下又ハ棄却スル判決モ亦同様ナ
 リ

(c) 原告勝訴ニ拘ハラズ訴訟費用ヲ負擔スヘキトキハ訴訟費用ニ付假執行ヲ附スル
 コトヲ得ス

(2) 本案ニ付キ假執行ノ宣言ヲ爲ストキハ訴訟費用ニモ亦之ヲ附ス

(3) 本案判決ノ一部カ假執行ノ宣言ヲ附ス可カラサル場合ニ於テ訴訟費用ニ付キ之
 ナ附スヘキヤ否ヤハ場合ニヨリテ異ナル

(a) 原告一部勝訴一部敗訴ノトキ

本論ハ假執行ノ宣言ニ關スル理論ヲ組織的ニ詳論シタルモノニシテ頗ル有益ナ
 ル論文ナリ吾人ハ大體ニ於テ異論ナキモ夫婦同居義務ヲ命シタル判決ノ如キハ
 執行ノ方法ナシトセルハ贊同スルコト能ハス (民法三五二頁「夫婦同居義務」
 務ト其強制執行ノ說明参照)

- (イ) 原告一部敗訴ナルモ勝訴ノ部分ニ付假執行ノ宣言ヲ附スヘキ場合ニ於テ被告ニ
- 部ノ訴訟費用ヲ負擔スヘキトキハ假執行ノ宣言ヲ附ス
- (ロ) 原告一部敗訴ノ爲メ訴訟費用ヲ割合ヲ以テ分擔スヘキ場合ニハ勝訴ノ部分ニ付
- キ假執行ノ宣言ヲ附スヘキトキト雖トモ訴訟費用ニハ之ヲ附セス (民訴第八六條參照)
- (b) 本案ノ一部ニ付キ假執行ノ宣言ヲ附スヘキモ他ノ一部ハ確認又ハ形成判決等ニ
- シテ假執行ノ宣言ニ適セサル場合ニ於テハ本家中假執行ノ宣言ヲ附スヘキ請求ニ關
- シ生シタル費用ノ部分カ被告ノ負擔スヘキモノナルトキ其部分ニ付キ假執行ノ宣言
- ヲ付ス
- (c) 共同訴訟ノ場合亦同シ
- (註七) 岩田學士ハ費用額確定決定ヲ以テ債務名義ナリト解シ訴訟費用ニツキ絕對
- ニ假執行ヲ認メス亦一說ナリ(前掲原論下卷第三三五頁以下)(法學士山田正二氏京都法
- 學會雜誌七卷一〇號二八頁以下要領)

一九五 訴訟物ノ權利拘束ハ訴狀ノ送達ニ因リテ生ス
 權利拘束ハ左ノ效力ヲ有ス
 第三 原告ハ訴ノ原因ヲ變更スル權利ナシ但シ變更シタル訴ニ對シ本案ノ口頭辯論前被告カ異議ヲ述ヘサルトキハ
 此限リニアラス(下略)

一定ノ申立ニ不動産ノ競賣開始決定ヲ取消シ且ツ其登記ヲ抹消スヘシトアリタルヲ競賣申立ノ取下ケ手續ヲ爲シ且ツ申立ノ權利ナキコトヲ確認スヘシトナシタルハ訴ノ變更ニアラス

先ツ訴變更ノ抗辯ノ當否ヲ按スルニ本訴狀一定ノ申立テニハ被告主張ノ如ク不動産競賣開始決定ヲ取消シ且ツ其競賣申立登記ヲ抹消スヘシトノ文詞アリ然レト被告ハ自ラ此等ノ決定ノ取消又ハ登記ノ抹消ヲ爲シ能ハサル所ナルモ原告ハ斯カル不能ノ訴求ヲ爲シタリトハ想像スルコトヲ得サルニ付其眞意ハ此決定ノ取消及登記抹消トナルヘキ給付ノ訴求ヲ爲シタルモノニシテ文詞ノ使用方法周知ナラサルニ過キサルモノト解セサル可カラサルノミナラス訴狀全體ニ徴スルニ原告ハ被告ニ對スル月賦辨濟ノ不履行ノ事實ナキニ拘ハラヌ被告ヨリ其履行アリト稱シ抵當權實行トシテ本件不動産ニ對シ競賣ノ申立ヲ爲シタルタメ競賣開始決定ヲ與ヘラレ且競賣申立ノ登記アリタルヲ以テ其競賣ヲ防止セントシ其決定ノ取消及其競賣申立ノ登記ノ抹消ト爲ルヘキ給付ノ訴求ヲ爲シタルモノナル事洵ニ明白ナリトス而シテ斯ル競賣開始決定ヲ取消シ且ツ競賣申立登記ノ抹消トナルヘキ給付ノ訴ノ原因中ニハ之ト同一ノ效果ヲ生スヘキ競賣申立ノ取下ケ手續ヲ履行ノ事實ナキタメ被告ニ於テ現時競賣申立權利ナキコトノ確認ノ訴求ヲ包含スルコトハ勿論ナルヲ以テ原告カ口頭辯論ノ起頭ニ於テ被告ニ對シ本件不動産ニ對スル抵當權ノ實行ヲ爲ス權利ナキコトノ確認並ニ被告ノ爲シタル競賣申立ノ取下ケ手續ヲ訴求スト訂正シタルハ請求ノ原因タル基礎ヲ異ニセスシテ單ニ訴ノ申立ヲ擴張シ又減縮シタルニ過キス(大阪地方裁判所四五(ワ)二五一號民二判決法律新聞八一七號二二頁以下)

簡明ニ法理ヲ説明シタル好判決ナリ尙ホ民訴一二六頁訴ノ原因ノ變更參照

自己
ノ利益
ヲ爲ス
ノ控訴

三九六 控訴ハ區裁判所又ハ地方裁判所ノ第一審ニ於テ爲シタル終局判決ニ對シテ之ヲ爲ス
四〇一 控訴ノ提起ハ控訴狀ヲ控訴裁判所ニ差出シテ之ヲ爲ス
此ノ控訴狀ニハ左ノ諸件ヲ具備スルコトヲ要ス
第一控訴セラルル判決ノ表示
第二此判決ニ對シ控訴ヲ爲ス旨ノ陳述
此他控訴狀ハ準備書面ニ關スル一般ノ規定ニ從ヒテ之ヲ作り且ツ判決ニ對シ如何ナル程度ニ於テ不服ナルヤ及ヒ判決ニ付キ如何ナル變更ヲ爲スヘキヤノ申立ヲ掲ケ若シ新タニ主張セントスル事實及ヒ據證方法アルトキハ其新タナル事實及ヒ據證方法ヲモ掲ケ可シ

當事者ハ自己ノ請求カ全部認メラレタルカ如キ場合ニ於テモ尙ホ其判決ニ對シ控訴ヲ爲スヘキ權利アリヤ

本問ハ學說ニ派ニ分レ積極論者ハ請求ヲ全然是認シタル判決ヲ受ケタル原告ト雖トモ尙控訴審ニ於テ申立ノ擴張ヲ爲スコトヲ得ルノ利益ヲ有ス從テ控訴ヲ爲スコトヲ得ト主張ス之ニ反シテ消極論者ハ元來控訴ハ第一審判決ニ對シテ爲ス不服申立ノ方法ナルヲ以テ第一審判決力控訴人ニ不利益ナリシコトヲ前提要件ナリトス故ニ原告ハ斯カル判決ニ對シ控訴ヲ爲スコトヲ得ス又控訴審ニ於テ申立ヲ擴張スルコトヲ得ルニハ適法ナル控訴アルコトヲ前提要件トストナス余輩ハ後説ヲ妥當ト認ム(法學士松岡義正氏法學志林一四卷九號六〇頁要領)

積極論即チ控訴權アリトノ說ハ岩田氏(民訴原論七三)判例ハ東京控訴院民部判決(民訴三四頁判)ナリ純理ヨリ論スレハ消極說ヲ可トスヘキカ如キモ實際上ノ便宜及說明參照

ヨリ見レハ積極説ヲ可トスヘシ而シテ兩説アル場合ニ於テ明確ニ其優劣ヲ認ムルコト能ハサルトキハ寧ロ實際上ノ便宜ニ適スル説ヲ採ルヲ可トス

反訴ノ條

二〇〇 訴力管轄裁判所ニ於テ權利拘束ト爲リタルトキハ被告ハ原告ニ對シ其裁判所ニ反訴ヲ起スコトヲ得然レトモ財產權上ノ請求ニ非ラサル請求ニ係ル反訴又ハ目的物ニ付キ專屬管轄ノ規定アル反訴ハ若シ其反訴力本訴ナルトキ其裁判所ニ於テ管轄權ヲ有ス可キ場合ニ限り之ヲ爲スコトヲ許ス

二〇一 一ノ訴ヲ以テ起シタル數個ノ請求中ノ一個又ハ一箇ノ請求中ノ一分又ハ反訴ヲ起シタル場合ニ於テハ本訴若クハ反訴ノ裁判ヲ爲スニ熱スルトキハ裁判所ハ終局判決(一分判決)ヲ以テ裁判ヲ爲ス然レトモ裁判所ハ事件ノ事情ニ從ヒテ一分判決ヲ相當トセサルトキハ之ヲ爲ササルコトヲ得

反訴ノ適法ナルカ爲メニハ本訴ノ管轄其他ノ訴訟條件ヲ具備スルヲ必要トスヘキカ

通説ハ積極説ナリ其理由ハ或ハ立法ノ趣旨ヨリ見テ本訴ノ請求ト反訴ノ請求トハ互ニ牽連セサルヘカラス從テ其審理裁判モ亦互ニ牽連シテ之ヲ爲スコトヲ主旨トス故ニ本訴力却下サルレハ反訴モ當然消滅ストナス然レトモ民訴第二百二十六條ニ依レハ本訴ト反訴ト異時ニ判決ヲ爲シ得ルコトヲ認メアルカ故ニ畢竟審理裁判ノ牽連ハ成ル可ク爾スルコトヲ希望スト云フニ過キス固ヨリ絕對ノ規則ニハ非スト信ス又法文ノ解釋ヨリ論スル説ニ曰ク訴訟要件欠缺ノ爲メ訴却下ノ判決アルトキハ權利拘束ハ及的ニ消滅ス而モ反訴ノ提起ハ本訴ノ權利拘束存在セルコトヲ要ス故ニ反訴ハ當然消滅スト然レトモ右ノ及的消滅ノ説ハ「ローマ」法ノ沿革ニ拘泥シタル説ニシテ

專屬管轄ノ上ノ不動産ノ意義

今日ノ民訴ニ於テハ探ルヲ得ス消極説ノ理由ハ簡單ナリ(一)民訴第二百條ニ依レハ反訴ハ本訴ノ權利拘束中ニ提起スレハ十分ニシテ而カモ一旦適法ニ提起セラレタル以上ハ本訴ノ爲メ何等ノ影響ヲ受ケサルコトハ民訴第二百二十六條ニ依リ明白ナリ(二)本訴ノ權利拘束ハ其訴狀送達ニ依リ發生シ假令訴ノ却下アルモ之カ爲メ及的ニ消滅スルカ如キコトナシ(三)故ニ本訴繫屬中ニ起シタル反訴ハ適法ニシテ本訴訴訟要件ノ有無ニ果サルコトナシ(法學士前田直之助氏法學新報二二卷九號一〇〇頁以下要領)

二三 不動産ニ付テハ其所在地ノ裁判所ハ總テ不動産上ノ訴殊ニ本權並ニ占有ノ訴及分割並ニ境界ノ訴ヲ專ラニ管轄ス地役ニ付テハ承役地所在地ノ裁判所專ラニ之ヲ管轄ス

我邦ノ學者ハ寧ロ消極説ヲ通説トス(仁井田博士民事訴訟法要論六六六頁岩田氏民事訴訟法原論三三一頁齋藤博士法律新聞一三六號頁)吾人モ亦消極説ヲ正當ト信ス

鑛業試掘權ノ賣買契約ニ基ク移轉ノ請求及ヒ之ニ伴フ登録手續請求ノ如ク債權ノ訴ニシテ物權自體ノ效力ニ因ル訴ニアラサル場合ニハ「不動産上ノ訴」トシテノ專屬管轄ニアラス

第十五條第十九條ノ規定スル處ナルモ本訴ハ物權タル試掘權自體ニ基クモノニ非ラ

スレテ試掘權ノ賣買ノ契約ニ基ク其移轉ノ請求權並ニ此請求權ニ伴ヒテ生スヘキ登錄手續請求權ヲ行使セントスルモノナレハ民事訴訟法第二十二條ニ所謂不動產上ノ訴ニ該當セス(東京地方裁判所四年(ワ)一一七三號法二判決法律新聞八一六號一九頁)至當ノ見解ト信ス同趣旨判例左ノ如シ

當事者本人ノ供述

三六〇 當事者ノ提出シタル許ス可キ證據ヲ調ヘタル結果ニヨリ證ス可キ事實ノ眞否ニ付キ裁判所力心證ヲ得ルニ

足ラサルトキハ申立テニヨリ又ハ職權ヲ以テ原告若クハ被告ノ本人ヲ訊問スルコトヲ得

差押ノ命令ト轉付

六〇一 支拂ニ換ヘ券面額ニテ債權ヲ轉付スル命令アル場合ニ於テハ其債權ノ存スル限リハ第五百九十八條第二項ノ手續ヲ爲スニ因リ債務者ハ債權ノ辨償ヲ爲シタルモノト看做ス

五九八

金錢債權ヲ差押フ可キ裁判所ハ第三債務者ニ對シ債務者ニ支拂ヲ爲スコトヲ禁シ又債務者ニ對シ債權ノ處分殊ニ其取立ヲ爲スコカラサルコトヲ命スヘシ

數人ヨリ差押アリタル後或債務者ノ爲メニ發シタル轉付命令ハ無効ナリ

債權ノ差押カ該合スル場合ニ發セラレタル轉付命令ハ優先權ヲ有スル債權者カ之ヲ得タル場合ノ外其效力ヲ生セサルモノト解スルヲ相當トス(大阪地方裁判所四五年(ワ)四九五號民三判決法律新聞八一六號二四頁)

同趣旨

一 債權ノ差押ハ優先權ヲ生スルモノニアラサルヲ以テ數個ノ差押カ該合シタル場合ニ於テモ單ニ配當要求ヲ爲シタルト同一ノ效力ヲ有スルニ過キス從テ斯ル場合ニ發シタル轉付命令ハ優先權ヲ有スル者カ得タル場合ノ外其效力ヲ生セス(四四年大審院判決錄三二五頁)大審院ハ從來反對ノ見解ヲ取リ債權ノ差押ニハ民事訴訟法五八七條若クハ六四五ノ二ノ如キ規定ナキヲ以テ配當要求ノ效力ヲ生セストシ其一人ノ爲メニ發シタル轉付命令ハ基本タル差押ノ前後ニ關セス有效ナリトモリ(三九年一五六頁)

一 列事齋藤次氏法律新聞三九八號二頁以下

同趣旨ノ見解
板倉氏ハ債權ノ二重差押ヲ認メス第二以後ノ差押ヲ無効ト說明セリ(法學志林一一卷七號六〇頁)

要スルニ正當ノ見解ト信ス(反對判例アルモ失當ト信ス)民訴九一頁說明參照)

假差押取
消ノ爲メ
託金ニ對
命ニ對スル
命令

七四三 假差押ノ命令ニハ假差押ノ執行ヲ停止スルコトヲ得ルメ又ハ執行シタル假差押ヲ取消スルコトヲ得ル爲ニ
債務者ヨリ供託ス可キ金額ヲ記載ス可シ
七四七 債務者ハ假差押ノ理由消滅シ其事情ノ變更シタルトキ又ハ裁判所ノ自由ナル意見ヲ以テ定ム可キ保證ヲ立
テントノ提供ヲ爲シタルトキハ假差押ノ認可後ト雖トモ假差押ノ取消ヲ申立ツルコトヲ得此申立ニ付テハ終局判決
ヲ以テ之ヲ裁判ス其裁判ハ假差押ヲ命シタル裁判所又ハ本案カ既ニ繫屬シタルトキハ本案ノ裁判所之ヲ爲ス

假差押取消ノ爲メニ債務者カ提供セル供託金ハ假差押權利者ノ爲メニ優先權ノ
效力ヲ生ス從テ之ニ對シ他人カ差押ヲ爲シ其轉付命令ヲ得ラルヘキニアラス
案スルニ假差押命令ノ執行ヲ取消ス爲メニ供託金ハ將來相手方ニ生スルコトア
ルヘキ未發ノ損害賠償ヲ擔保シ以テ相手方ナシテ他ノ債權者ニ優先シテ其辨濟ヲ受
クルコトヲ得セシメンカ爲メニ提供スル保證ニシテ供託金ト異ナリ債務者カ民事訴
訟法第七百四十三條ノ規定ニ基キ假差押命令ニ定メラレタル金額ヲ供託シテ單ニ
假差押命令ノ執行ノミノ取消ヲ求メントスル場合ニ提供スル單純ナル供託金ニシテ
是ニ由リ假差押債權者カ其執行ヲ取消サルモ將來假差押命令ニ表示セラレタル請
求權確定スルトキハ該供託金ニ對シ是ニ執行シタル物件ニ於ケルト同一ノ權利ヲ實
行シテ債務者ノ辨濟ヲ確實ナラシムルコトヲ得ルモノナリ故ニ該供託金ハ執行ノ目
的物ニ代位シテ假差押中ニアルモノト謂ハサルヲ得ス而シテ假差押ハ一面ニ於テ將
來ノ強制執行ヲ保全スル效力アルノ外尙他面ニ於テ配當要求ノ效果ヲ發生スルモノ
ナルコト民事訴訟法第六百三十條第三項ノ法意ニ徴シ疑ハナキ所又同一ノ債權ニ對
シ假差押ト強制執行若クハ二箇以上ノ強制執行カ互ニ競合スルトキハ優先辨濟ヲ受
クルコトヲ得ル債權者ニアラサル限リハ一方ヨリ轉付命令ノ申請ヲ爲スヲ得サル
コト憲ニ明瞭ナリ(奈良地方裁判所大正元年(ワ)四號民判決法律新聞八一七號二四頁)

繼續收入
ニ對スル
轉付命令

將來ノ繼續收入ニ對シテ轉付命令ヲ發スルコトヲ得ルヤ

六〇〇 差押ヘタル金錢ノ債權ニ付テハ差押債權者ノ選擇ニ從ヒ代位ノ手續ヲ要セスシテ之ヲ取立ツル爲メ又ハ支
拂ニ換ヘ券面額ニテ差押債權者ニ之ヲ轉付スル爲メ命令アラントテ申請スルコトヲ得
右命令ノ送達ニ付テハ第五百九十八條第二項ノ規定ヲ準用ス
六〇四 債權又ハ此ニ類スル繼續收入ノ債權ハ假差押ノ限トシ差押後ニ收入スヘキ金額ニ及フモノトス
明治四十五年(ワ)第四八一號事件ニ付キ東京地方裁判所ハ將來收入スヘキ家賃額ニ對
シ券面額ニテ發シタル轉付命令ハ有效ナリト判示シタリ(民訴一三九頁參照)然レトモ
民訴六〇四條ハ債權差押ノ效力ヲ規定シタルモノニシテ之ニ對シ轉付命令ヲ爲シ得
ルヤ否ヤハ自ラ別問題ニ屬ス
轉付命令ハ其性質ニ於テ債權ノ讓渡ト異ルト雖モ效力ニ於テハ二者大差アルコトナ
シ何人ト雖モ自己ノ有セサル權利ヲ讓渡スコト能ハサル均シク債權者ノ有セサル
債權ハ裁判所ノ命令ヲ以テスルモ之ヲ債務者ニ移付シ得サルコトハ明ナリ債務者ト
第三債務者トノ間ニ存スル貸借契約カ有期ナルトキハ毎月支拂フヘキ賃料ハ只タ
分割支拂ノ方法タルニ止マリ全期間ニ對スル總賃借料ヲ以テスル賃借契約アリト
謂フヲ得ヘク此場合ニ於テハ轉付命令ノ目的タル債權ノ存在スルコト疑ハシ反シ之無
期ノ賃借借ニ在テハ何時解除又ハ終了スルヤ計ルヘカラス債務者タル賃借人ノ權利
ハ賃借借ノ存續期間中賃料ノ支拂ヲ受クヘキニ止マリ一定ノ賃料ノ債權ナルモノ存
在スルコトナシ從テ之ニ對スル轉付命令ハ無テ有ニ移付スルモノニシテ無効ナリト
謂ハサルヘカラス加之轉付命令ノ目的タル債權ハ券面額ヲ有スルコトヲ要ス前記有
期ノ賃借借ニ在テハ全期間ノ總賃料金ヲ以テ券面額ヲ算定シ得ヘシト雖モ無期ノ場
合ニ在テハ然ラス該貸主ノ債權ニハ元本ノ券面額アリト謂フコトヲ得サルニヨリ之
ニ對シ券面額ヲ要件トスル轉付命令ヲ爲スヘカラスアルコト多言ヲ要セサルヘシ(判事

天野宗太郎氏所説要領法律新聞八一九號四頁以下)

自己ノ有セサル權利ヲ即時ニ讓渡スル契約ハ無効ナルモ將來生スヘキ權利ノ讓渡ヲ約スルハ契約ノ效力ヲ停止條件ニ繋ラシムルモノニシテ固ヨリ有效ナリ轉付命令ニ付テモ亦同様ニシテ將來收入スヘキ債權ナルカ故ヲ以テ無効トス可キ謂レナシ又券面額ナルモノナシトスルモ之レ既存ノ債權ヲ前提トスル結果ニシテ此點ニ付キ貸借ノ有期ナルト無期ナルトヲ區別スヘキ必要ナシ若シ券面額ニ達セサル間ニ貸借契約ノ解除セラレタルトキハ條件ノ一部不成就トシテ爾餘ノ債權ニ對スル轉付命令カ無効ニ歸スルノミ此點ニ付テモ亦有期ト無期トヲ區別スヘキ根據ナシト信ス

假差押決定ニ對スル異議

七四四 債務者ハ假差押決定ニ對シ異議ヲ申立ツルコトヲ得此ノ異議ニ付テハ假差押ノ取消又ハ變更ヲ申立ツル理由ヲ開示ス可シ異議ノ申立ハ假差押ノ執行ヲ停止セス

實體權ノ不在ヲ理由トシテ假差押決定ニ異議ヲ主張シ得ヘキヤ

民事訴訟法第七百四十四條第一項ニハ假差押ノ決定ニ對スル異議ニハ假差押ノ取消又ハ變更ヲ申立ル理由ヲ開示スヘシト規定セラレ其理由ニ何等ノ制限ナキヲ以テ其理由トシテ實體權ノ不在ヲ主張スルヲ妨ケサルハ本訴訟異議申立ノ如キハ適法

トシテ之ヲ受理シ尙進ンテ異議ノ内容ニ付キ審査ノ上蓋ニ爲シタル假差押決定ノ當否ヲ審判シ以テ假差押ノ認可變更又ハ取消シノ裁判ヲ爲スヘキ筋合ナルニ拘ハラス原裁判所ハ事故ニ出テ直ニ實體權ノ不在ヲ異議理由トスル申立人ノ訴ヲ却下シタルハ法則ニ違背シタル不當ノ判決ナリト謂ハサル可カラス(大阪地方裁判所大正元年(レ)一八三號民三部判決法律新聞第八二一號二六頁)

裁判所ハ往々ニシテ實體權不在ヲ理由トスル異議(買金事件ノ假差押ナレハ借用金ノ類)ヲ却下スヘキ傾向アリ之レ多クハ實體權ノ有無ハ本案ノ訴ニ於テ決定スヘキ問題ニシテ之レカ爲メ債務者ニ起訴命令ヲ申請スヘキ權利ヲ與フ(民訴七)ト云フニアルモノノ如シ然レトモ本件判決説明ノ如ク異議ノ理由ハ何等制限スル所ナキヲ以テ實體權ノ不在ヲ異議ノ理由トナシ得ヘキモノト解スルヲ正當ナル解釋ト信ス

請求全部ヲ認容セシメテ決定スル附帶控訴

一九六 原告ハ訴ノ原因ヲ變更セシメ左ノ諸件ヲ爲ストキハ被告ハ異議ヲ述フルコトヲ得ス
第一 事實上又ハ法律上ノ申述ヲ補充シ又ハ更正スルコト
第二 本案又ハ附帶請求ニ付キ訴ノ申立ヲ擴張シ又ハ減縮スルコト
第三 最初求メタル物ノ滅盡又ハ變更ニヨリ賠償ヲ求ムルコト
四〇五 被控訴人ハ自己ノ控訴ヲ拋棄シタルトキ又ハ控訴期間ノ經過シタルトキト雖トモ附帶控訴ヲ爲スコトヲ得
附帶判決ニ對シ附帶控訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトニ付テハ第三百九十八條ノ規定ニ從フ

請求全部ヲ認容セラレタル原告ハ上訴權ナキモノニシテ第二審ニ於テ申立ヲ訂正セントスルニハ相手方ヨリ上訴アリタルトキ其申立ノ訂正又ハ釋明ニヨリ之ヲ爲スヘキモノトス從テ附帶訴訟ノ手續ニヨリ之ヲ爲シタルハ違法ナリ

控訴又ハ附帶控訴ハ原告若クハ被告カ第一審ニ於テ其申立ノ如クナラサル判決即チ自己ノ爲メ不利益ナル判決ヲ受ケタル場合ニ其判決ニ對シ不服ヲ申立ツル方法ナルコト多言ヲ俟タス故ニ第一審ニ於テ請求ノ全部ヲ是認セラレ自己ノ申立テノ如キ判決ヲ受ケタル原告カ第二審ニ於テ申立テ訂正セシムルニハ相手方ノ控訴ニヨリ單ニ訂正ノ申立テ爲スヘクシテ自ラ控訴又ハ附帶控訴ノ方法ヲ採ルヘキニアラサルコト本院ノ判例(明治三十八年(オ)第一三五號同年五月二十九日言渡)トスル所ナリ蓋シ申立ノ訂正ハ自己ノ誤謬ニ基因スルモノニシテ判決ニ對スル不服ノ理由タルヘキニ非ラサルヲ以テナリ……附帶控訴ノ一定ノ申立テ見ルニ其目的トセル地所ハ第一審ニ於ケルモノト同一ニシテ唯畝歩ニ於テ一審判決ト異ナル所アルト地所ノ所在及ヒ範圍ヲ指示スル爲メニ他ノ方法ヲ以テシタルト所有權ノ妨害排除ヲ具體的ニ言明シタルニ過キスシテ畢竟第一審判決ノ主文ハ其意味明瞭ナラズトシテ之ヲ明瞭ナラシムル爲メニ變更ヲ求メタルニ外ナラサルコト原判決ノ事實摘示ニ徴シテ明白ナリ然ルニ第一審判決ノ主文ハ全ク被告上告人ノ同審ニ於ケル申立ニ基キタルモノナレハ右附帶控訴トシテ申立テタル所ハ地所ノ畝歩ニ付テハ申立テノ訂正ナルト同時ニ地所ノ所在及ヒ範圍並ニ所有權ノ妨害排除ニ付テハ申立テノ釋明ナリト謂フヘシ然レハ控訴又ハ附帶控訴ノ方法ニ依ルヘキモノニ非ラサルモノナルコト更ニ言ヲ俟タス(大審院明治四五年(オ)一一三號大正元年一〇月三日民一判決)

東京控訴院判決及岩田氏ハ反對說ニシテ(民訴三)松岡氏ハ同說ナリ(民訴一)吾人ハ曾テ理論上ハ本件判決ノ如ク上訴權ナシト解スルヲ正當トスヘキモ實際上ハ反對說ヲ可トスヘク而シテ訴訟手續法ノ如キハ實際上ノ便宜ニ從フヲ宜シトスト述ヘタリ

差押命令
供託命令
併

五九八 金錢ノ債權ヲ差押フ可キトキハ裁判所ハ第三債務者ニ對シ債務者ニ支拂ヲ爲スコトヲ禁シ又債務者ニ對シ債權ノ處分殊ニ其取立ヲ爲スコカラサルコトヲ命ス可シ
差押命令ハ職權ヲ以テ第三債務者及ヒ債務者ニ之ヲ送達シ又債權者ニハ其送達シタル旨ヲ通知ス可シ
差押ハ第三債務者ニ對スル送達ヲ以テ之ヲ爲シタルモノト看做ス
(參照)民法四九四 債權者カ辨濟ノ受領ヲ拒ミ又ハ之ヲ受領スルコト能ハサルトキハ債權者ノ爲メニ辨濟ノ目的物ヲ供託シテ其債務ヲ免ルルコトヲ得辨濟者ノ過失ナクシテ債權者ヲ確知スルコト能ハサルトキ亦同シ

第三債務者(仕拂命)ハ支拂債務ニ付テ假差押若クハ差押命令ノ送達ヲ受ケタル場合ニ於テ民法第四百九十四條ノ規定ニヨリ供託シテ其債務ヲ免ルルコトヲ得ヘキヤ

本問ニ對シテハ積極的斷定ヲ下スヘキモノトス民事訴訟法ハ債權者ヲ保護スル爲メ強制執行ノ規定ヲ設ケタリト雖ヘトモ債權者ヲ保護スルカ爲メニ此債權者ニ對シテ何等義務ナキ第三者ノ權利利益ヲ害スヘキ手續キチ施行スルコトナシ而シテ第三債務者ハ自己ノ債權者タル強制執行ヲ受ケル債務者ニ對シ自己ノ負ヘル債務ヲ履行スルノ義務アルニ止リ其以外ニ於テ自己ノ權利利益ニ害アルヘキ他人ノ行爲ノ忍受自

己ノ行爲ノ抑止ヲ強制セラルヘキ法理アルコトナシ唯民事訴訟法ハ強制執行手續ヲ開始シタル後其結果ヲ有効ナラシムカ爲メ債權差押ノ場合ニ於テハ第三債務者ニ對シ債務者ニ支拂ヲ爲スノ禁止ヲ以テセリ(民事訴訟法第五九八條)此禁止ハ差押債權者ニ對シテハ何等ノ義務ヲ負ハサル第三債務者ノ自由ヲ束縛スルモノナレトモ之レ強制執行手續ノ進行上已テ得サルニ出テタル行爲ナレハ此規定タルヤ嚴格ニ解釋スヘキノミナラス法文ハ最モ明瞭ニシテ擴張解釋ヲ許ササルモノナリ法文ニハ債務者ニ支拂ヲ爲スコトヲ禁シタルアルノミ故ニ知ル可シ法律力差押債權者ノ利益ノ爲メ將タ又強制執行遂行ノ必要上第三債務者ノ自由ヲ制限シタルハ債務者即チ自己ノ債權者ニ支拂ヲ爲スコトノミナルヲ右ノ外ニハ第三債務者ハ債務者トシテノ利益ヲ保護スルノ點ニ於テ何等ノ束縛ヲ受クルコトナキモノナリ(法學士板倉松太郎氏法學志林一四卷一〇號八五頁以下要領)

然レトモ如斯ク解スルトキハ債務者ハ第三債務者ト通謀シ差押ノ實效ヲ收ムルコト能ハサル場合多ク實際上ノ不都合ヲ生スルノミナラス之ヲ理論上ヨリ解スルモ供託ハ即チ辨濟ノ方法ニシテ而シテ差押ハ辨濟ヲ禁止セルモノナルヲ以テ之ヲ許ササルモノト解釋スルヲ正當ト信ス

證人訊問

二九八

左ノ場合ニ於テハ證言ヲ拒ムコトヲ得
 第一 官吏公吏又ハ官吏公吏タリシ者カ其職務上默認スヘキ義務アル事情ニ關スルトキ
 第二 醫藥商標發賣權士公證人神職及ヒ僧侶カ其身分又ハ職業ノ爲メ委託ヲ受ケタルニ因リテ知リタル事實ニシ

テ默認ス可キモノニ關スルトキ
 第三 問ニ付テノ答辯カ證人又ハ前條ニ掲ケタルモノノ恥辱ニ露スルカ又ハ其刑事上ノ訴追ヲ招ク恐レアルトキ
 第四 問ニ付テノ答辯カ證人又ハ前條ニ掲ケタル者ノ爲メ直接ニ財產權上ノ損害ヲ生セシムヘキトキ
 第五 證人カ其技術又ハ職業ノ秘密ヲ公ニスルニ非ラサレハ答辯スルコト能ハサルトキ

問ニ付テノ答辯カ證人ニ利害關係アリトノ意義

民事訴訟法第二百九十八條第四號ハ問ニ付テノ答辯ノ結果ニヨリ證人カ自己ノ債務アリト爲ササルヘカラサルニ至リ又ハ自己ノ債務ニ付キ執行ヲ容易ナラシムルニ至ルカ如ク直接ニ財產權上ノ損害ヲ蒙ル可キ場合ノ規定ニシテ問ニ付テノ答辯カ唯間接ニ財產權上ニ損害ノ影響ヲ生スル虞アルカ如キ場合ハ之ヲ含マス被上告會社カ瓦新コークスノ製造販賣ヲ獨占シ證人三好良人カ其市内特約販賣店ナルノ一事ハ或ハ問ニ付テノ答辯カ問接ニ證人ノ財產ニ影響ヲ及ホスコトアルヘキモノ之ヲ民事訴訟法第二百九十八條第四號ニ該當スルモノトナスヘカラサルハ明カナルヲ以テ原院カ宜誓ヲ爲サシメタル上同證人ヲ訊問シ其供述ヲ採用シタルハ毫モ違法ノ點ナシ(大審院大正元年(一)第七號同年一〇月一五日民一判決)

同趣旨

一 民事訴訟法第二百九十八條第四號ノ規定ハ本訴訟ノ當事者間ノ權利關係ニ付キ其當事者ノ一方ト權利共通若クハ義務共通ノ地位ニ在ル場合又ハ其一方ノ保證人ト爲ミタル場合ノ如ク本訴訟ノ裁判ニ依リ直チニ損害ヲ生スヘキ場合ニ適用スヘキ法意ニシテ間接ニ利害ノ關係ヲ生スル場合ノ如キハ之レニ屬セス(三六年大審院判決錄四一〇頁)

一 民事訴訟法第二百九十八條第四號ノ規定ハ問ニ付テノ證人ノ答辯カ未ダ確定セサル

債務タルコトヲ認諾スヘキトキノ如ク直接ニ財産權上ノ損害ヲ生セシムヘキ場合ニ於テ其適用ヲ受クヘキモノトス(三五年同上)一〇卷二〇九頁)

一岩田氏民事訴訟法原論五四二頁

確認ノ訴
ノ利益

如斯確認ノ訴ハ法律上ノ利益ヲ有スルモノト云フコト能ハス

原告訴訟代理人ノ主張スル所ヲ觀レハ原告ハ被告ゼ、ニユーヨーク、ライフ、インシュラン
ス、コンパニーニ對シテ保險契約ノ解除ニヨル精算金七百七十四圓十八錢ノ支拂請求權ヲ
有セス然ルニ原告ニ對スル債權者タル被告秋元幸一ハ此債權アリトシテ差押及ヒ轉
付ヲ爲シタリト云フニ過キスシテ原告ト被告ゼ、ニユーヨーク、ライフ、インシュラ
コンパニートノ間ニ於テモ亦原告ト被告秋元幸一トノ間ニ於テモ此債權ノ存在セザ
ルコトノ確認ヲ求ムルニ付キ原告ハ法律上ノ利益ヲ有スルモノト言フ能ハス何トナ
レハ原告ニ於テ其確認ヲ求メストモ原告ノ權利ノ上ニ何等ノ危害ヲ被ルノ虞モナケ
レハナリ(東京地方裁判所四五年(ワ)七四號民三部判決法律新聞第八二二號二三頁)當然
ノ事理敢テ説明ヲ要セサルヘシ

假處分目
的物ニ對

七五五 係争物ニ關スル假處分ハ現狀ノ變更ニヨリ當事者一方ノ權利ノ實行ヲ爲スコト能ハス又ハ之ヲ爲スニ著シ
キ困難ヲ生スル恐レアルトキ之ヲ許ス

執行
スル強制

金錢債權ノ爲メニスル強制執行ハ假處分ノ目的ニ對シテモ之ヲ爲シ得ヘキヤ

法曹會ハ本問題ニ付キ強制執行ハ假處分ノ目的ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得ストノ明
文ナキニヨリ之ヲ爲スコトヲ得ルモノト解セサル可カラス然レトモ假處分ノ效力存
スル間ハ之ヲ差押フルコトヲ得ヘキモ換價スルコト能ハサルヘシト説明セリ(法曹記
事二二卷一〇號五三頁以下)蓋シ至當ノ見解ト信ス

原因ノ變

一九五 訴訟物ノ權利拘束ハ訴狀ノ送達ニ因リテ生ス
權利拘束ハ左ノ效力ヲ有ス
第三 原告ハ訴ノ原因ヲ變更スル權利ナシ但シ變更シタル訴ニ對シ本案ノ口頭辯論前被告カ異議ヲ述ヘサルトキハ
此限リニアラス

給付判決ヲ求メ後確認ノ判決ヲ求ムルコトニ變更シタルハ申立ノ減縮ニシテ原
因變更ニアラス

凡ソ給付ヲ命スル判決ヲ求ムル訴ノ判決ハ其内容ニ於テ常ニ私權存在ノ確定並ニ
債務者ニ對スル履行ノ命令ヲ包含スルモノナリ故ニ履行ノ命令ヲ包含セル確認ノ判
決ハ給付ヲ命スル判決ノ一部ニ該當スルモノト云フヘク前ニ給付ノ判決ヲ求メナカ
ラ後履行ノ命令ヲ除外シタル確認ノ判決ヲ求ムルハ申立ノ減縮ニシテ請求原因ニハ
變更ヲ生セス(東京地方裁判所四五年(ワ)七七四號民三部乙判決法律新聞第八二一號二
三頁)

至當ノ見解ト信ス同趣旨ノ判例學說左ノ如シ

- 一 契約履行ノ訴ヲ同一義務確認ノ訴ニ變更スルカ如キハ訴ノ原因ニ變更ナシ(三十年大審院判決第一〇卷四五頁)
- 一 訴ノ申立ノ變更ハ當然許スヘカラサル訴ノ變更ナリト雖モ一九六條第二號及三號ノ場合ニ該當スルトキニ限り之ヲ許ス故ニ給付ノ訴ヲ確定ノ訴ニ變更スル場合ノ如キハ一九六條第二項申立ノ擴張若クハ減縮トナル場合ニ於テハ訴ノ變更ニアラス(岩田氏民事訴訟法原論二六四、二六五頁)

債權者ノ變更ト裁

一八 契約ノ成立若クハ不成立ノ確定又ハ其履行若クハ銷除廢罷解除又ハ其不履行若クハ不十分ノ履行ニ關スル賠償ノ訴ハ其訴訟ニ係ル義務ヲ履行スヘキ地ノ裁判所ニ之ヲ起スコトヲ得
 (參照)民法四八四 辨濟ヲ爲スヘキ場所ニ付キ別段ノ意思表示ナキトキハ特定物ノ引渡ハ債權發生ノ當時其物ノ存在セシ場所ニ於テ之ヲ爲シ其他ノ辨濟ハ債權者ノ現時ノ住所ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要ス
 四八五 辨濟ノ費用ニ付別段ノ意思表示ナキトキハ其費用ハ債務者之ヲ負擔ス但シ債權者カ住所移轉其他ノ行爲ニヨリテ辨濟ノ費用ヲ増加シタルトキハ其増加額ハ債權者之ヲ負擔ス

債權讓渡ニヨリ債權者ノ變更ヲ生シタル場合ニ於テハ新債權者ノ住所地ヲ契約履行地ト云フコト能ハサルカ

- 東京控訴院ノ判例中辨濟ノ場所ニ付キ特約ナキ債權ニ於テ債權者ノ變更アリタルトキハ辨濟ノ場所ハ讓受人即新債權者ノ住所ニヨリ定ルコトヲ讓渡人即舊債權者ノ住所ニ依リ定マルトナシタル判決アリ(本書民訴一〇四頁)
- 一 此判決ニ民法第四百八十四條末段ニ所謂「債權者ノ現時ノ住所」ハ現時ノ如何ナ時

期ニ解シタルモノカ判文ノ意明瞭ナラスト雖トモ若シ現時ヲ以テ「債權發生ノ時」ノ意ニ解シタルモノトセハ之レ明カナル誤解ナリ吾人ノ見解ニ依レハ現時トハ「現ニ辨濟ヲ爲ス時」ノ意ナリ之レ第四百八十四條ノ趣旨並ニ同條末段ノ字句ニ稽ヘ最モ正當ナリト信ス

二 辨濟ノ場所ニ付キ特約ナキ債權中特定物ノ引渡ヲ目的トセサルモノニアリテハ履行ノ時マテ辨濟ノ場所確定セシ其場所ハ債權者ノ住所ノ移轉ニヨリ屢々變更サルルコトアルヘキカ故ニ債務者ハ辨濟ノ場所ノ豫メ確定セル債權ニ於ケル如ク辨濟ノ場所ニ關シ債權者ノ任意ノ行爲ニ因リ之ヲ變更セラレサルノ利益ヲ有セス故ニ民法第四百六十八條第二項ニ所謂讓渡人ニ對シテ生シタル事由ヲ有スルモノニ非ラス或ハ之ニ反對シテ讓渡ノ通知前ニハ債務者ハ讓渡人タル舊債權者ノ住所地ニ於テ辨濟ヲ爲スヘカリシカ故ニ此ノ事ハ通知後讓受人ニ對抗シ得ヘキモノナリト謂フモノアラソモ假リニ其說正シトセンカ債務者ハ履行ノ時ニ至リ既ニ債權者ニアラサル者ノ住所ニ於テ辨濟ヲ爲ス結果トナリ第四百八十四條末段ニ債權者ノ現時ノ住所ト謂ヘルニ抵觸スヘシ

三 又同判決ハ債權者カ非常ニ遠隔ノ地ニアルモノニ債權ヲ讓渡シ而シテ讓受人カ自己ノ住所ニ於テ辨濟ヲ受クヘキコトヲ債務者ニ強要スルコトヲ得トセンカ之カ爲メ債務者ノ受クル不利不尠ルヘシト爲シ債權讓渡ノ場合ニ第四百八十四條ノ適用ヘキ一理由トナスモ此說ノ如クハ債權者カ非常ニ遠隔ノ地ニ住所ヲ移轉シタルトキハ第四百八十四條ノ適用アルモ其遠隔ノ地ニアル者ニ債權ヲ讓渡シタルトキハ同條ノ適用ナキ結果トナリ權衡ヲ失ス(無名氏法律新聞第八二二號三頁以下要領)

吾人ハ會テ本論ト同趣旨ノ意見ヲ述ヘタリ(民訴一〇四頁「債權者」變更ト裁判籍參照)

一九一 同一ノ被告ニ對スル原告ノ請求數箇アル場合ニ於テ其各請求ニ付キ受訴裁判所ノ管轄權ヲ有シ且ツ法律ニ於テ同一種類ノ訴訟手續ヲ許ストキハ原告ハ其請求ヲ一箇ノ訴ニ併合スルコトヲ得但シ民法ノ規定ニ反スルトキハ此限ニ在ラス

一ノ訴ヲ以テ數箇ノ請求ヲ爲ストキハ前條第二項ニ掲クルモノヲ除ク外其額ヲ合算ス
本訴ト反訴トノ訴訟物ノ價額ハ之ヲ合算セス

區裁判所專屬ノ家屋明渡ノ訴ト消費貸借ニ基ク請求トハ其價格ヲ合算セス從テ之ヲ併合シタル本件ノ如キ訴ハ區裁判所ノ管轄ニ屬スヘキモノトス
家屋明渡シノ請求ト消費貸借ニ基ク債權ノ履行ヲ求ムル訴トハ民事訴訟法第三條ニ所謂附帶請求ノ關係ヲ有セサルハ海ニ同代理人抗辯ノ如シ然レトモ本訴ハ同法第九十一條ニ規定スル所謂客觀的訴ノ併合(訴訟物ノ併合)ニシテ其適否ハ主トシテ同條ニ依リテ之ヲ決セサル可カラズ然リ而シテ客觀的訴ノ併合ノ場合ニ在リテハ其ノ各請求力訴訟物ノ價額ニ因リテ裁判所ノ管轄ヲ定ムル場合ニハ同法第四條ノ原則ニ依リテ之ヲ合算シ以テ其管轄ノ有無ヲ定ム可キハ無論ナリト雖トモ各個ノ請求中ノ一個ノ價額ニ因リテ其管轄ヲ定ム他ノ一個ハ價額ニヨラス專ラ訴訟物ノ性質ノミニヨリテ之ヲ定ムル場合ニハ價額合算ノ原則ハ其適用ナキモノニシテ受訴裁判所力其各個ノ請求ニ付キ管轄權ヲ有スルヲ以シ足レリト解スルヲ至當ト認ム(大阪區裁判所四五(ハ)三六二〇號判決法律新聞第八二一號二四頁)至當ノ見解ト信ス

同 說

裁判所構成法第十四條ニヨリ價格ニ拘ラス管轄ノ定マル場合ニ於テハ訴ヲ併合スルモ四條ノ規定ニ從フヘキモノニアナス(岩田氏民事訴訟法原論九二頁)

第一審ニ於テ相手方ノ代理行為ヲ爲シタル代理人ニ代理權アリト主張シ第二審ニ於テ縱令代理權ナシトスルモ追認ニヨリテ契約成立セリト主張スルニモ訴ノ原因一定セサルモノト云フコトヲ得ス

本訴ノ原因ハ當事者間ニ金二千圓ノ消費貸借成立シタリトノ事實關係ニ在リ上告人ノ代理人トシテ貸借ヲ爲シタル松次郎兼太郎カ代理人タル權限ヲ有シタリヤ將タ其權限ナク上告人ノ追認ニ因リ貸借ノ效力ヲ生シタリヤハ右原因タル貸借事實ナシテ別異ノ貸借事實タラシムルモノニアラサルヲ以テ上告人カ第一審ニ於テハ松次郎兼太郎ニ代理權限アリト主張シナカラ原審ニ至リ新タニ之ヲ附加シテ假令松次郎兼太郎代理權限ナシトスルモ上告人ノ追認ニヨリ貸借ハ效力ヲ生シタル旨主張シタレハトテ原因ノ一定ヲ缺キ若クハ新原因ヲ附加シタルモノト爲スヲ得ス(大審院明治四五年(オ)二五一號大正元年〇一月一〇日民一判決)

土地通行權ノ主張ヲ契約ニヨリ其權利ヲ有スト言ヒ且同時ニ法律ノ規定ニヨリテモ其權利ヲ有スト云フハ互ニ矛盾セサル主張ニシテ請求ノ原因不定ナリト云フヘキニアラス

原因不定ノ抗辯ニ付キ案スルニ民事訴訟法第九十條ニ所謂一定ノ原因トハ單ニ一

個ノ特定シタル事實關係ノミノ意義ニアラスシテ二個以上ノ場合ト雖トモ互ニ相承
 盾スルコトナク其請求カ判然スル限リハ之ヲ併セ主張スルモ一定タルコトノ妨トナ
 ルヘキモノニアラス而シテ本件ニ於ケル原告ノ主張事實ヲ觀ルニ一方ニ於テハ當事
 者間ノ契約ニ基キ被告ニ對シテ本訴請求ヲ爲スト主張シ他方ニ於テハ民法ノ規定ニ
 從ヒ本件通行權ノ確認ヲ請求スト主張シ二個ノ事實ヲ以テ本訴ノ請求ノ原因トナシ
 タルコト明カナルモ此等ノ事實關係ハ互ニ矛盾シテ相容レサルモノニアラスナルミ
 ナラス其請求判然セザルコトナキカ故ニ原因不定ナリト云フヲ得サルヤ前證明ニ徴
 シテ洵ニ明瞭ナリ(大阪地方裁判所四五(ワ)一六號民一判決法律新聞八二八號二六頁)

何レモ至當ノ見解ナリ同趣旨ノ判例及ヒ學說ヲ左ニ掲ク

四二年大審院判決錄七三頁、三八年同上五五八頁、四〇年同上五三頁、三〇年同上卷六
 三頁

仁井田博士民事訴訟法要論下卷六二四頁、岩田氏民事訴訟法原論六三一頁以下、板倉氏
 法學志林一四卷五號四四頁、
 尙ホ民訴八〇頁請求ノ原因一定セストノ抗辯(同八二頁)訴ノ原因ノ一定(參照)

三五二

私署證書ノ眞否ニ付キ争アルトキハ裁判所ハ舉證者ノ申立ニ因リ檢眞ヲ爲スコトヲ得

舉證者ニ檢眞ノ申立アリタル以上ハ許否ノ裁判ヲ爲サスシテ檢眞ヲ爲スモ不法
 ニアラス

檢眞ハ舉證者ノ申立ニ依リテ爲ス裁判ナレカ故其申立ニ基キ檢眞スヘキ場合ニアリ

許否ノ爲メ
 檢眞ヲ爲サ
 シタル爲メ
 眞シタル爲メ

金錢給付
 ノ假處分

同趣旨判例

四二年大審院判決錄六三三頁

七五五 係争物ニ關スル假處分ハ現狀ノ變更ニ因リ當事者一方ノ權利ノ實行ヲ爲スコト能ハス又ハ之ヲ爲スニ著シ
 キ困難ヲ生スル恐アルトキ之ヲ許ス

金錢ノ給付ヲ目的トスル債權ノ執行保全トシテ假處分ヲ許スヘキモノニアラス

案スルニ民事訴訟法第七百五十五條ノ假處分ハ假差押ト同シク或請求權ノ執行ヲ保
 全スルノ方法ニシテ其相異ル所ハ保全スヘキ請求權ノ目的カ假差押ニ在テハ金錢給
 付ナルニ反シ假處分ニアリテ他ノ特定ノ給付ナラサルヘカラス從テ保全ノ方法モ
 一律ナラサルニ在リ故ニ本案請求ニ保レ請求權ニシテ金錢給付ヲ目的トスルモノナ
 ルニ於テハ之ヲ保全スルハ假差押ヲ以テス可クシテ假處分ヲ以テスルコトハ法ノ許
 ササル所ナリ本件假處分ノ本案訴訟カ貸金請求事件ナル事ハ原判決ノ確定スル所ニ
 シテ保存スヘキ請求權ハ金錢給付ヲ目的トスルモノナレハ其保全方法トシテ爲シタ
 ル本件假處分ハ假處分ノ要件ヲ具ヘサル不法ノモノナリト謂ハサル可カラズ(大審院
 明治四五年(オ)二五三號大正元年一〇月一日民一判決)

一八 契約ノ成立者クハ不成立ノ確定又ハ其履行若クハ銷除廢絶解除又ハ其不履行若クハ不十分ノ履行ニ關スル賠償ノ訴ハ其訴訟ニ係ル義務ヲ履行ス可キ他ノ裁判所ニ之ヲ起スコトヲ得
 (參照)民法四八四 債務ヲ爲ス可キ場所ニ付キ別段ノ意思表示ナキトキハ特定物ノ引渡ハ債權發生ノ當時其物ノ存在セシ場所ニ於テ之ヲ爲シ其他ノ債務ハ債權者ノ現時ノ住所ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要ス

債權者ノ住所カ履行地ナル場合ニ於テハ假令債權者カ被産宣告ヲ受ケ他所ニ被産管財人アリトスルモ其履行地ハ依然債權者ノ現住所地ナリ從テ之ニ依リテ其裁判籍ヲ定ム可ク被産管財人ノ所在地ニ於テ訴ヲ提起スヘキモノニアラストス

民事訴訟法第十八條ニ所謂訴訟ニ係ル義務ヲ履行スヘキ地ノ何レナルヤハ民法ノ規定ニ依リテ之ヲ定ム可キモノトス民法第四百八十四條ニ依レハ特定物ノ引渡以外ノ債務ノ履行ハ債權者ノ現時ノ住所ニ於テ之ヲ爲スヘキモノニシテ被産宣告ノ有無ニ依リテ其適用ヲ異ニスヘキモノニ非ラサルヲ以テ假令其債權者カ被産者トナリタルトキト雖トモ債務ノ履行地ニ變更ヲ來タヌヘキノ理由ナク即チ其履行地ハ依然トシテ其現時ノ住所ノ所在地ナリトス從ツテ本件大塚製糖株式會社カ其住所ヲ東京府豊多摩郡淀橋町大字角管ニ移轉シタリトセハ債務者タル被上告人ニ於テ債務ヲ履行スヘキ地ハ淀橋町ナリト云ハサルヲ得ヌ尤モ被産者ハ被産宣告ニ依リ被産手續中自己ノ財産ノ管理處分權ヲ失ヒ被産者ニシタル支拂ハ無効ナリト雖トモ被産管財人ニ對シ債務ヲ爲ストキハ有效ニシテ被産管財人カ長野縣下伊那郡飯田町ニ居住スルトキハ同所ニ於テ金錢ヲ交付シテ債務ヲ爲スコトヲ得ヘシ此場合ニ於テモ債務履行地ハ飯田ニ變更シタルモノニアラス何トナレハ債務履行地ハ必ラスモ給付ノ目的物ノ引渡場所ト一致スルモノニアラス又被産管財人ハ被産者ニ屬スル財産ノ管理權ヲ

行フコトヲ得ルモ自ラ被産者ノ有スル債權ヲ取得スルモノニアラサレハナリ故ニ本件被産管財人ハ債務履行地ナル淀橋町ヲ管轄スル東京區裁判所ニ訴ヲ提起スヘキモノニシテ飯田區裁判所ニ訴ヲ提起スヘキモノニアラス(東京控訴院四五年(十)六九號民一部判決法律日八一八三號判例集一五一頁)

被産管財人ハ債務者ノ承繼人ニアラス從テ被産管財人ノ住所ハ民法四八四條ニ債權者ノ現時ノ住所ト云フコトヲ得サルヤ明ナリ

五〇一 左ノ判決ニ付テハ職權ヲ以テ假執行ノ宣言ヲ爲ス可シ
 第二 證書訴訟又ハ爲替訴訟ニ於テ言渡ス判決(下略)
 五〇三 前二條ニ掲ケタル外左ノ場合ニ於テハ財産權上ノ請求ニ關スル判決ニ限リ債權者ノ申立ニ因リ假執行ノ宣言ヲ爲ス可シ
 五〇四 本案ノ裁判又ハ假執行ノ宣言ヲ廢棄若クハ破毀又ハ變更スル判決ノ言渡アルトキハ假執行ハ其廢棄若クハ破毀又ハ變更ヲ爲ス限度ニ於テ效力ヲ失フ
 假執行ノ宣言アリタル本案ノ判決ヲ廢棄若クハ破毀若クハ變更スルトキハ判決ニ基キ被告ノ支拂又ハ給付シタルモノノ辨濟ヲ被告ノ申立ニ因リ判決ヲ以テ原告ニ言渡ス可シ

訴訟費用ノ負擔ノミノ裁判ニ對シ假執行ノ宣言ヲ附スルコトヲ得ルヤ

民事訴訟法ハ第五百一條第一號及第五百三條等ニ規定スル場合ニ限リ例外トシテ假執行ノ宣言ヲ爲スニ付キ被告ニ敗訴ヲ言渡シタル判決ヲ前提トシタルニ止マルヲ以テ其他ノ場合ニ於テハ敗訴又ハ勝訴ノ原告ニ訴訟費用ノ負擔ヲ言渡シタルトキト雖トモ假執行ノ宣言ヲ爲ササル可カラズ然ラサレハ當事者双方ヲ同等視スル民事訴訟法ノ法意ニ反スルニ至ル故ニ假執行ノ宣言ハ訴訟費用ノ負擔ヲ命シタル裁判ノ爲メ

ノミニ付キテモ之ヲ爲スコトヲ得ヘシトスルヲ妥當トス(松岡學士法學志林一四卷一
一號頁以下要領)

反對說

假執行ヲ許シタル立法ノ趣旨ハ判決確定前ニ債權者ノ實體上ノ權利實行ヲ許スチ目
的トス若シ原告敗訴ノ場合ニ假執行ヲ許ストセハ其結果被告ノ訴訟費用請求權ニ付
キ假執行ヲ爲スニ過キス然レトモ如斯ハ立法上ノ趣旨ニ反スルノミナラス第五百十
條第二項ニ原告ノ申立ニ因リ原告ノ給付シタルモノノ辨濟ヲ言渡スヘキ事ノ規定ナ
キヲ以テ甚シキ不都合ヲ生スヘシ(岩田氏民事訴訟法原論下卷六二頁)

吾人ハ結論ニ於テハ反對說ニ同意ス民訴一五四頁假執行ノ宣告ト判決ニ詳論ア

一九五 訴訟物ノ權利拘束ハ訴狀ノ送達ニ因リテ生ス
權利拘束ハ左ノ效力ヲ生ス

第三 原告ハ訴ノ原因ヲ變更スル權利ナシ(下略)

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

二人ニ對スル共同訴訟トシテ不適法ナルモ辯論開始前ニ其一人ニ對スル訴ヲ取
下ケタルトキハ有效ナル訴トシテ存續スヘキモノトス
訴ノ原因ノ變更ト認ム可キ場合

不適法
共同訴訟
原因
變更

被告訴訟代理人ハ原告ハ岩崎勳及被告ヲ共同被告トシテ提起シタルトモ右兩名
ニ對スル訴ニ付テハ民事訴訟法第四十八條ヲ適用スヘキ者ニアラサルヲ以テ本訴ハ
不適法ナル旨抗辯スルニヨリ先ス此點ニ付キ案スルニ原告ハ初メ岩崎勳及被告ヲ
共同被告トシテ提起シ右兩名ノ當選取消シヲ求メタルモ後右訴訟事件ノ口頭辯
論ノ開始ニ先タチ有效ニ岩崎ニ對スル訴ヲ取下ケタルコト記録ニヨリ明白ニシテ訴
カ有效ニ取下ケラレタルトキハ全ク提起ナカリシト同一ノ效果ヲ生スル者ナルカ故
ニ訴ハ只被告ヲ相手方トスルモノノミカ初メヨリ提起セラレタルコトニ歸着シタル
モノト謂フヘシ從テ縱シ岩崎勳ヲ共同被告トシテ訴ヘタル爲メ被告ニ對スル訴力不
適法ナリシトスルモ其不法ハ勳ニ對スル訴ノ取下ニ因リテ自ラ補正セラレテ適法ニ
歸シタルモノナリヨリ被告訴訟代理人ノ控辯ハ其理由ナキモノトス次ニ本訴請求ノ
原因ニ變更アリヤ否ヤヲ審案スルニ原告カ本件第一回口頭辯論ニ於テ本訴ノ請求原
因トシテ主張シタル處被告ノ得票中ニハ「小泉作太郎」又ハ「小泉サク太郎」若クハ「コイヅ
ミサク」タロウト記セルモノ百餘票アリテ静岡縣下ニ於テアル被選舉人ニハ小泉作太郎
ナルモノアルカ故ニ「小泉作太郎」ナル投票カ被告ノ得票ニアラサルハ勿論ニシテ「小泉
サク太郎」若クハ「コイヅミサク」タロウナル投票ハ被告ノ得票ナルカ將タ小泉作太郎ノ
得票ナルカ之ヲ知ルニ由ナキ無効ノ投票ナリト云フニアリテ要スルニ被告ノ投票中
ニハ小泉作太郎ナルモノノ得票ノ存在スル事實ト小泉作太郎ナルモノノ得票ナルカ
被告ノ得票ナルカヲ確認シ難キ「小泉サク太郎」又ハ「コイヅミサク」タロウト記セル投票
ノ存在スル事實トヲ請求原因ト爲シタルモノナルヲ以テ後第二回口頭辯論ニ於テ更
ニ被告ノ得票中ニハ「コイヅミサク」太郎又ハ「いづみさく」太郎ト或ハ投票用紙ノ裏面
ニ被選舉人ノ氏名ヲ記シタル無効投票アルヲ以テ之レ等ノ投票モ被告ノ得票中ヨリ
控除スヘキモノナリトノ前ニ主張シタルトコロト何等關係ナキ新事實ヲ附加スルハ

當初主張シタル請求原因ニ換フルニ當初請求原因ト爲シタル事實ト後ニ附加セラル
タル事實トヲ合セタルモノヲ以テ請求原因ト爲スモノニシテ明カニ訴ノ原因ヲ變更
シタルモノト謂ハサル可カラズ(東京控訴院四五年(ワ)七號民二部判決法律新聞第八二
八號二〇頁)

至當ノ見解ト信ス訴ノ原因變更ニ付テノ理論ハ民訴一四六頁説明參照

既判力
及ホスヘ
キ範圍

既判力ヲ及ホスヘキ範圍

二四四 判決ハ其主文ニ包含スルモノニ限り確定力ヲ有ス

案スルニ本件ニ於テ被告上告人ハ係争債權ノ外貸金四百十六圓ノ元利金ノ請求ヲ爲シ
タルニ宮城控訴院ハ其明治四十一年(ホ)第三號事件ノ判決ニ於テ係争債權ノ成立ヲ是
認シ四百十六圓元利金ノ債權ノ成立ヲ是認シタルモ右ニ付テハ主債務者ヨリ七百六
圓餘ノ入金アリタルヲ以テ其債權ハ既ニ消滅シタルモノト判示シ被告上告
人ノ請求ノ全部ヲ棄却シタルコト及ヒ右判決中四百十六圓ノ元利金ニ關スル部分ニ
付テハ被告上告人ヨリ上告ノ申立テヲ爲サシテ確定シタルコト記録ニ徴シ明瞭ナリ
此ノ如ク債權ノ成立ヲ是認シタルモ消滅シタルトノ理由ニ基キ請求ヲ棄
却シタル判決ノ確定力ハ消滅ノ事實ニ及フモノナリヤ換言スレハ當事者ハ判決ニ於
テ認メラレタル消滅ノ點ニ付キ後ノ訴訟ニ於テ反對ノ主張ヲ爲スコトヲ得サルヤ案
スルニ判決ハ主文ニ包含スルモノニ限り確定力ヲ有スルコト民事訴訟法第二百四十
四條ノ規定スル所ナリ然ラハ判決ノ主文ニ包含セラルルモノノ範圍如何ハ本問ヲ決
スヘキ要點ナリ抑モ判決ハ訴ニ依リ主張セラレタル請求ニ付キ爲サルル裁判ニシテ

主文ハ其請求ヲ是認シ若クハ否認シタル裁判ノ結果ヲ表示スルモノナルカ故ニ判決
ノ主文ノミヲ見テハ如何ナル請求ニ付キ裁判ヲ爲シタルモノナリヤ知ルコト能ハ
スシテ必ス判決中他ノ記載ニ依リ其裁判ノ目的トナリタル請求ヲ其原因タル事實及
ヒ申立ニヨリ特定スルカ故ニ判決ノ主文ニ包含セラルルモノハ畢竟判決ニ記載セラ
レタル原因事實及ヒ申立ニ依リ特定セラレタル原因事實及ヒ申立ニ依リ特定セラレ
タル請求ヲ是認シ若クハ否認シタル理由特ニ抗辯ノ如キハ當事者間各自ノ主張ヲ維持ス
ルカ爲メ供用シタル手段ニシテ判決ノ目的タル事項ニ非サレハ之ヲ以テ主文ノ内容
ヲ成スモノト云フヘカラス辨濟ノ如キ相殺ノ如キ皆然リ是レ法律カ主文ニ包含スル
モノニ限り云々ト規定シ特ニ限定ノ文字ヲ用ヒタル所以ナリ然ルニ原告ハ此點ニ
關シ本件第二次ノ控訴判決ニ於テ確定力ヲ有スル部分ハ被告上告人カ金四百十六圓ノ
元利金ニ付キ其請求權ヲ有セサル點アリテ其請求權ヲ否認スル理由トナリタル辨
濟ノ事項ハ既判力ヲ有セサルコト勿論ナリト雖トモ其請求權ノ否定セラレタルハ辨
濟アリタルカ爲メニ外ナラサルヲ以テ請求權ノ存在ニ付キ既判力ヲ生シタルハ上
ハ當事者ハ後日其辨濟ナカシコトヲ主張スルコトヲ得スト判示シタルレトモ既
判力ヲ生セサル事項ハ當事者ヲ騙東セサルカ故ニ後日之レニ反スル主張ヲ爲スコト
ヲ得サル理ナキニ拘ハラズ原告ハ後日辨濟ナカシコトヲ主張スルコトヲ得スト判示
ナカラ他ノ一面ニ於テ當事者ハ後日辨濟ナカシコトヲ主張スルコトヲ得スト判示
シタルハ前後ノ理由矛盾シ判決ノ理由ヲ爲ササルト同時ニ確定力ヲ不當ニ擴張シタ
ル不法アルモノトス故ニ上告論旨ハ此點ニ於テ正當ナリ然レトモ第二次ノ控訴判決
ニ棄却セラレタル四百十六圓ノ元利金ニ付テハ本訴ニ於テ再ヒ何等ノ主張ヲ爲ス
コトヲ得サルカ如ク論スルハ誤レリ何トナレハ確定判決ノ效力ハ當事者ヲシテ主文

ニ包含スルモノニ度對スル主張ヲ爲スコトヲ得サラシムルニ止マリ其判決ノ理由ト爲リタル事實ヲ主張スルハ毫モ妨ケナキ所ナレハナリ前示第二次ノ控訴判決ハ四百十六圓ノ元利金ノ請求ヲ棄却シタルモノナルカ故ニ被上告人ハ爾後尙右ノ請求權アリト主張スルコトヲ得サルハ勿論ナリト雖モ右債權ハ一旦成立シタルモ辨濟ニ因リ消滅シタリト主張スルハ確定判決ト既購スル主張ニ非ス從テ被上告人カ辨濟金七百六圓餘ノ充當ニ付キ四百十六圓ノ元利金ヲ計算ニ加ヘタルハ固ヨリ正當ナリ之ヲ要スルニ第二次控訴判決ノ確定力ニ關スル原院ノ判示ハ法律ニ違背スルモノナリト雖トモ其判示ハ七百六圓餘ノ辨濟充當ニ關スルモノニシテ其充當方法ヲ變更スルトキハ却テ上告人ニ不利益ナル結果ヲ生シ判決ノ主文ニハ何等ノ影響ヲ及ボササルヲ以テ原判決ヲ破毀スル理由トナラス(大審院明治四五年(ホ)一七二號大正元年一〇月一八日民二判決)

同趣旨

判決ノ既判力ハ判決ノ目的物タル請求又ハ法律關係ニ影響ヲ及ボスヘキ他ノ係争ノ請求又ハ法律關係ニ關スル裁判所ノ判斷ニ及ハサルモノトス故ニ例ハ原告カ貸金辨濟ノ訴ヲ起シタル場合ニ於テ裁判所カ被告ノ相殺ヲ否認シ被告ニ敗訴ノ判決ヲ爲スモ此判決ハ被告ノ主張シタル相殺ノ存否ニ付キ既判力ヲ及ボササルモノトス(仁井田氏民事訴訟法要論中卷五六六、五六七頁參照)

其他參考トナルヘキ判例ヲ左ニ掲ク

一、裏書ニ因リ手形ヲ所持スル事實ヲ以テ請求ノ原因トシタル訴訟ニ於テ裏書ノ無効ナル事由ニ依リ請求ヲ棄却シタル確定判決ハ其主文中ニ裏書無効ノ事項ヲ包含スルヲ

以テ該事項ハ確定力ヲ有スルモノトス(三五年大審院判決錄一一卷八九頁)
 一、當事者カ判決ノ理由ヲ確定判決ノ效力トシテ採用シタル場合ニ於テ其理由カ直接ニ主文ヲ生シタルモノナルトキハ裁判所ヲ羈束スルモ單ニ一ノ證據トシテ採用シタルトキハ之ヲ羈束セス(三三年同上)〇卷九九頁)
 一、判決ハ主文ニ包含スルモノニ限り確定力ヲ有スルモ其意味ヲ解釋スルニハ主文ニ密着ノ關係ヲ有スル理由ヲ採用スルハ當然ナリ(三二年一一卷四〇頁)

抗告裁判所ノ裁判ノ意義

四五六 抗告ニ付テハ直近ノ上級裁判所其裁判ヲ爲ス
 抗告裁判所ノ裁判ニ對シテハ其裁判ニ依リ新ナル獨立ノ抗告理由ヲ生シタルトキニ非サレハ更ニ抗告ヲ爲スコトヲ得ス

民訴四五六第二項ニ抗告裁判所ノ裁判トハ事件ノ本體ニ付キ爲シタル裁判ヲ指稱スルモノトス

民事訴訟法第四百五十六條第二項ニ所謂抗告裁判所ノ裁判トハ事件ノ本體ニ付テ爲シタル裁判ヲ指稱シ本體ニ付テノ裁判ヲ前審ニ委任スル裁判ヲ包含セサルコトハ當院ノ屢々判示セル所ナリ而シテ事件ノ本體ニ付テノ裁判トハ強制競賣申立事件ニ付テ云ヘハ申立ヲ許否スル裁判ノ義ナルコトモ判例ノ趣旨ニ徴シテ明カナル抗告人カ原審ニ抗告シタル東京地方裁判所ノ決定ハ強制競賣申立ヲ却下シタル東京區裁判所ノ決定ヲ廢棄シテ更ニ裁判スヘキコトヲ同區裁判所ニ委任シタルモノナレハ原院カ其決定ヲ以テ民事訴訟法第四百五十六條ニ所謂抗告裁判所ノ裁判ニ該當セサルモノトシ從テ之ニ對シテハ抗告ヲ爲スヲ得サルモノトシテ其抗告ヲ棄却シタルハ正當ニ

同趣旨判例ヲ左ニ紹介ス

シテ本抗告ハ理由ナシ(大審院大正元年(ク)二七號同年一〇月二六日民一決定)
四二年大審院判決九七九頁、三五年同上八卷一七頁、同一卷八七頁、三七年同上五四二頁参照

證據認定ノ範圍

當事者ノ提出シタル證據ヲ相手方ノ利益ニ認定スルモ違法ニアラス

證據ハ當事者双方ニ共通ノモノナレハ裁判所ハ爭點事實ニ付キ證據ヲ提出者ノ主張ニ反對スル事實認定ノ用ニ供スルコトヲ得ルモノトス從テ上告人カ養子縁組ノ眞正ナラザルコトヲ證スル爲メ提出シタル甲第三號證ヲ原院ニ於テ養子縁組ノ眞正コトノ認定材料トシタルハ法律ニ違背スル點ナシ(大審院大正元年(オ)三九號同年一月二日民一判決)

同趣旨

四三年大審院判決五六一〇頁、四二年同上八一頁、四一年同上四五三頁参照

反訴

二〇一

反訴ハ答辯書若クハ特別ノ書面ヲ以テ又ハ口頭辯論中相手方ノ面前ニ於テ口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得然レトモ答辯書差出ノ期間内ニ差出シタル書面ヲ以テ起ササル反訴ハ被告ノ請求ノ全部又ハ一部ト相殺ヲ爲スコトヲ得コトヲ許ス
場合ニ於テ同時ニ被告カ自己ノ過失ニ因ラスシテ其以前反訴ヲ起スヲ得サリシコトヲ疎明スルトキニ限り之ヲ爲スコトヲ許ス

三七三 區裁判所ノ通常ノ訴訟手續ニ付テハ區裁判所ノ構成又ハ第一編及ヒ本節ノ規定ニ依リ差異ノ生セザル限リハ地方裁判所ノ訴訟手續ニ付テノ規定ヲ適用ス

區裁判所ニ於ケル反訴ハ其提出ノ時期ニ何等ノ制限ナキヤ

凡ソ區裁判所ニ於ケル反訴ハ地方裁判所ニ於ケルカ如ク其提起ノ時期ニ關シ特ニ之ヲ制限シタル規定ナキノミナラス又之ヲ制限セザルモ爲メニ訴訟進行ノ遲滯等ヲ生スルノ虞渺ナキカ故ニ判決ニ接着手口頭辯論ノ終結ニ至ル迄何時ニテモ之ヲ提起シ得ヘキモノト解スルヲ至當ト認ム(大阪區裁判所四五(ハ)二〇九三號判決法律新聞八二六號二六頁)

反對

一、區裁判所ニ於ケル反訴提起ノ起算點ハ最初本案ノ口頭辯論ヲ開ク旨ヲ被告ニ通知シタル時ヨリ起算スヘキモノトス(宮崎判事所說法律新聞三〇三號四頁)
二、區裁判所ニ於テモ又法定ノ制限ノ下ニ答辯書差出ノ期間内ニ反訴ヲ提訴スルコトヲ得(岩田氏民事訴訟法原論三二六頁)

同趣旨

區裁判所ニ於テハ反訴ハ本訴ニ付テノ判決ニ接着手口頭辯論ノ終結ニ至ルマテ之ヲ提起スルコトヲ得(判事職ノ家谷人所說法律新聞三三五號一頁)

條文上ノ根據ヨリ見テ反對說ヲ正當ト信ス

七四七 債務者ハ假差押ノ理由消滅シ其他事情ノ變更シタルトキ又ハ裁判所ノ自由ナル意見ヲ以テ定ム可キ保證ヲ立テテ提供ヲ爲レタルトキハ假差押ノ認可後ト雖トモ假差押ノ取消ヲ申立ツルコトヲ得
此申立ニ付テハ終局判決ヲ以テ之ヲ裁判ス其裁判ハ假差押ヲ命シタル裁判所又本案カ既ニ繫屬シタルトキハ本案ノ裁判所之ヲ爲ス

假差押ヲ爲シタル後本案請求ノ訴訟ニ於テ訴訟手續ヲ以テ支拂ヲ求ム可キモノニアラスシテ仲裁手續ニ依ルヘキモノナリトノ理由ヲ以テ債權者カ敗訴ノ判決ヲ受ケタリトスルモ假差押ヲ爲シタル事情ノ變更アリタルモノト云フヘキニアラス

假差押ハ債權ノ強制執行ヲ保全スルコトヲ目的トシ之ヲ爲ササルトキハ強制執行ヲ爲スコト能ハサラシメ若クハ著シク其執行ヲ困難ナラシム可キ危險アル場合ニ於テ爲スモノニシテ債權ノ存否ヲ決スル手續ノ如何即チ訴訟ニ因ル可キト仲裁ニ依ルヘキトハ假差押ノ事由タルモノニアラス故ニ被告上告人カ本件假差押ノ申請ヲ爲スニ當リ偶物品代金請求ノ訴訟ヲ提起シ其判決ノ執行ヲ保全セントシタルニセヨ這ハ假差押ヲ爲シタル事情ト謂フ可キモノニ非ス隨テ被告上告人カ該訴訟事件ニ於テ請求權ノ有無ヲ決スルニハ仲裁手續ノ形式ヲ採ルヘク訴訟ノ形式ヲ採ルヘキニ非ストノ理由ノ下ニ訴却下ノ判決ヲ受ケタレハトテ事情ノ變更シタルモノト謂フ可カラズ民事訴訟法第七百四十七條ニ所謂事情ノ變更ハ假差押ノ續行ヲ不當トスヘキ事情ニ至ルヲ謂フ即チ假差押ノ理由ノ消滅之ヲ換言スレハ強制執行ヲ爲スコト能ハサラシメ若クハ著シク其執行ヲ困難ナラシム可キ危險ノ消滅シ又ハ債權ノ消滅シ若クハ裁判ニ於テ否定セラレタルカ如キヲ謂フモノナレハ原院上告人ノ事情ノ變更ト稱スル所ハ民

民事訴訟法第七百四十七條ニ所謂事情ノ變更ニ非ストシ假差押命令取消ノ理由タラストシタルハ正當ニシテ論旨ニ謂フ如キ不法アルモノニアラス(大審院明治四五年(オ)第一八七號大正元年九月二六日民一判決)
或ル理由ニ依リ敗訴ノ判決ヲ受ケルモ請求權ノ消滅セサル場合ハ事情變更アリト爲スコトヲ得ス例ヘハ債務ノ期限未タ到來セザリシ場合ノ如シ(板倉氏法政大學講義錄民事訴訟法六編以下四六五頁以下)

七二 敗訴ノ原告若シクハ被告ハ訴訟ノ費用ヲ負擔シ殊ニ訴訟ニ因リ生シタル費用ヲ相手方ニ辨濟スヘシ但其費用ハ裁判所ノ意見ニ於テ相當ナル權利伸張又ハ權利防禦ニ必要ナリト認ムルモノニ限ル
訴訟中ニ訴ヲ取下ケ請求ヲ放棄シ又ハ相手方ノ請求ヲ認諾スル原告若クハ被告ハ敗訴ノ原告若クハ被告ニ同シ
一旦勝訴ノ判決ヲ受ケルモ差戻後ノ判決ニ於テ敗訴シタルトキハ結局敗訴者タルヲ免レス

審按スルニ上訴ニ於テ一旦勝訴ノ判決ヲ受ケタルモ差戻後ノ判決ニ於テ敗訴シタルトキハ其判決ヲ受ケタル者ハ結局敗訴者タルヲ免カレサルカ故ニ民事訴訟法第七二條ニ依リ之ニ訴訟ノ總費用ヲ負擔セシムルハ違法ナラサルモノトス(大審院明治四五年(オ)二一四號大正元年一〇月二一日民二判決)

五五九 強制執行ハ佐ノ諸件ニ付テモ亦之ヲ爲スコトヲ得
第五 公證人カ其權限内ニ於テ成規ノ方式ニヨリ作リタル證書但一定ノ金額ノ支拂又ハ他ノ代替物若ハ有價證券

ノ一定ノ數量ノ給付ヲ以テ目的トスル請求ニ付キ作リタル證書ニシテ直ニ強制執行ヲ受ク可キ旨ヲ記載シタルモノニ限ル
 (參照)明治一〇年布告第四三號 神社並寺院ニ於テ其社寺ノ爲メ金穀ヲ借入ルルトキ若ハ金穀ヲ借入ルル爲メ社寺
 附地所(除稅地ヲ除ク外)建物什器(實物古文書類ヲ除クノ外)等ヲ抵當ト爲ストキハ必ス氏子檀家ト協議シ總代二名
 以上ノ連署ヲ要ス可シ若シ此連署ナキトキハ總テ該社寺神官僧侶ノ私債ト看做シ縱令右ノ抵當アルモ其效ナキ者ト
 爲スヘシ此旨布告候事

適法ニ成立セサル公正證書ハ執行力ヲ有セサルモノナルカ故ニ假令其後追認アリタリトスルモ執行力ヲ生スヘキモノニアラス

控訴人カ公證人牧野逸馬作成第四千六百三十四號金錢消費貸借公正證書ニ基キ本件強制執行ヲ爲シタルコトハ當事者間爭ヒナキ所ナリ而シテ右公正證書ハ被控訴寺ノ住職タリシ越溪宗實カ檀家總代ニ協議セシ據ニ檀家總代福島信三郎鈴木勝太郎ノ委任狀ヲ偽造シ該委任狀ニヨリ恰カモ檀家總代二名ニ於テ承諾連署セルモノノ如ク裝ヒ作成シタルモノナルコトヲ認メ得ヘシ而レハ右貸借公正證書ハ檀家總代二名以上ノ連署ヲ缺クテ以テ明治十年布告第四三號ニ依リ被控訴人ニ對シ其效ナキモノナレハ該公正證書ニ基ツク本件強制執行ハ許スヘカラサルモノトシテ何トナレハ公正證書ノ執行力ハ適法ニ成立シタル證書ニ法規上附與セラレモノニシテ前認定ノ如キ本件公正證書ハ適法ニ成立セス執行力ナキモノナル以上ハ後日追認セラレハトテ之レニヨリ其成立ヲ適法ナリシモノトシ之レニ執行力ヲ生スヘキモノトナスヲ得ス(東京控訴院四四(ホ)五四三號民二判決法律新聞八二五號二三頁)

同趣旨(民訴一四八頁說明參照)

適法ニ成立セサル公正證書ノ執行力

仲裁判斷ノ補正

仲裁判斷ハ民訴七九九條ニ定メタル手續ヲ完フシタル後ハ補正判斷ヲ爲スコトヲ得サルモノトス

民事訴訟法ニ於テ補充判決ニ關シテ其申立ノ期間並ニ手續等特ニ規定スル所アルニ拘ラス仲裁判斷ニ關スル規定中之ニ匹敵スヘキ規定アラサル所ニ由リテ之ヲ觀レハ民事訴訟法第七九九條ニ定メタル手續ヲ完了シタル後ハ補正判斷ヲ爲スコトヲ得サルモノト爲スヲ以テ法意ニ適合スルモノト謂ハサルヲ得ス(大審院明治四五年(オ)一三三號大正元年一〇月一九日民一判決)

競賣手續ヲ取消スヘシトアルヲ競賣申立ノ取下ヲ爲スヘシトノ意義ニ解スルモ不當ニアラス

本件被上告人請求ノ要旨ハ本件不動産ニ對スル競賣ノ申立ヲ取下ケ因テ以テ競賣手續ノ取消ヲ爲スヘキコトヲ上告人ニ請求シ原院ハ其請求ニ基キ被上告人ハ明治四二年(註)第五八號右不動産ニ關スル競賣手續ヲ取消スヘシト判示シタルモノナルコトノ原院口頭辯論調書原判文事實摘示並ニ其理由ノ說明ニ依リテ明カナリ而シテ判決主文ニ所謂「競賣手續ヲ取消スヘシト」ハ其取消ニ必要ナル行為即チ「競賣申立ノ取下ヲ爲スヘシト」ノ意義ト解シ得ヘク判決ヲ以テ競賣手續ヲ取消スノ意ニアラサルコトハ右

民訴

判決主文ノ解釋

主文ノ語辭ト判文理理由トノ比較對照ニ依リ充分ニ之ヲ認ムルコトヲ得ヘキニ依リ原
判決ニハ所論ノ如キ理由由顯顯ノ違法アルコトナシ(大審院明治四五年(一)二四六號大正
元年一〇月一日民二判決)

同趣旨

- 一、判決ハ主文ニ包含スルモノニ限り確定力ヲ有スルモノニアラス其意味ヲ解釋スルモ
ハ主文ニ密着ノ關係ヲ有スル理由ヲ援用スルハ當然ナリ(三二年大審院判決錄二卷四
〇頁)
- 一、判決主文ニ包含スヘキ事項ハ其判決理由ニ依リ會得スヘキモノトス(二八年同上三卷
一四七頁)
- 一、判決主文ハ通常簡單ナルカ故ニ其趣旨ハ判決理由ニヨリテ明ニスルコトヲ得ルモノ
トス(仁井田博士民事訴訟法要論中卷五六七、五六八頁、岩田氏民事訴訟法原論四五三頁)

辯論中止
ノ再度
申請

同一趣旨ニ基ク再度ノ辯論中止ノ申請ハ許スヘキモノニアラス

一八五 訴訟手續中止ノ申請ハ受訴裁判所ニ之ヲ提出ス其申請ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得
此裁判ハ口頭辯論ヲ經シテ之ヲ爲スコトヲ得

按スルニ抗告人ハ既ニ本件ト同一ノ理由ヲ以テ辯論ノ中止ヲ申請シタルニ原院ニ於
テ却下セラレ當院ニ即時抗告ヲ爲シタルモ是レ亦棄却セラレ有申請却下ノ決定ハ確
定シタルコト記録ニ微シ明白ナリ而シテ原院ハ右決定ノ確定力ニ認東セラルルヲ以
テ同一理由ニ因ル本件再度ノ中止申請ヲ却下シタルハ固ヨリ相當ニシテ本抗告ハ理
由ナク棄却セラルヘキモノナリ(大審院大正元年(一)二四號同年一〇月一六日民二決定)

認諾又ハ
自白ノ取
消

二三九 口頭辯論ノ際原告其請求ヲ拋棄シ又ハ被告之ヲ認諾スルトキハ裁判所ハ申立ニヨリ其拋棄又ハ認諾ニ基キ
判決ヲ以テ却下又ハ敗訴ノ言渡ヲ爲スヘシ

第一審ニ於ケル認諾又ハ自白ヲ第二審ニ於テ錯誤ニヨリテ爲シタルモノナルコ
トヲ立證シタル場合ニ於テハ裁判所カ之ヲ錯誤ニ出テタルモノト認定スルモ違
法ニアラストス

第一審ニ於ケル陳述ト同一ノ趣旨ニシテ即チ第一審ニテナシタル認諾及ヒ自白ノ錯
誤ナルコトヲ主張シ立證シタルモノト認ムルニ難カラス故ニ原裁判所カ右ノ趣旨ニ
ヨリ被上告人副島平次郎ノ第一審ニ於ケル認諾及ヒ自白ノ錯誤ニ出テタル事實ヲ認
定シタルハ當事者ノ主張セサル事實ニ基キ判斷ナシタルモノト謂フヘカラス(東京
控訴院四五年(一六一)號民一部判決法律日一八三號判例集一五三頁)

船舶差押
ノ要件

七二〇

強制執行ニ付テノ申立ニハ左ノ證書ヲ添付ス可シ

第一 債務者カ所有者ナル場合ニ於テハ其所有者トシテ船舶ヲ占有スルコト又船長ナル場合ニ於テハ船長トシテ
船舶ヲ指揮スルコトヲ證明スルニ足ル可キ證書

第二 船舶カ船舶登記簿ニ登記アル場合ニ於テハ其船舶ニ關スル有效ナル各登記事項ヲ包含シタル登記簿ノ抄本
債權者ハ公簿ヲ主管スル官廳カ遠隔ノ地ニ在ルトキハ第二號ノ抄本ノ求アラントナシテ執行裁判所ニ申立ツルコトヲ
得

船舶ノ差押ハ債務者カ所有者ナル場合ニ於テハ其所有者トシテ船舶ヲ占有スル
場合ニアラサレハ之ヲ許スヘキモノニアラサルヤ

被告カ公證人三谷軌秀役場第一萬三千八百八十四號公正證書ノ執行力アル正本ニ基
キ貸金三千圓ノ債權ノ爲メニ訴外田中松之助ニ對スル強制執行トシテ明治四十二年
三月十八日大阪築港ニ於テ同人所有ノ汽船音羽丸ヲ差押ヘタルコトハ當事者間ニ爭
ヒナキ所ニシテ其差押當時原告カ音羽丸ヲ田中松之助ヨリ賃借シテ之ヲ占有シ運送
業ヲ營ミ居ルコトハ甲第三號證ニ依リ又其差押當時原告カ此事實ヲ熟知シ居リタル
コトハ證人小形駒次郎田中松之助ノ證言ニ依リ何レモ之ヲ認メ得ヘシ然ルニ債務者
カ船舶ノ所有者ナル場合ニハ其船舶ニ對シテハ債務者カ所有者トシテ之ヲ占有セル
場合ニ限リ強制執行ノ申立ヲ爲シ得ヘキコトハ民事訴訟法第七百二十條第一項第一
號ノ規定ニ依リ明白ナレハ債務者以外ノ第三者ノ占有セル船舶ニ對シテハ一般債權
者ハ直チニ之ヲ差押フルコトヲ得サルモノト謂ハサル可カラス之レ蓋船舶ハ性質上
ノ動産ナル結果其差押以後ハ之ヲ第三者ノ自由ナル占有ニ委ヌルコトヲ得ス執行裁
判所自ラ之ヲ差押ノ港ニ碇泊セシムルカ又ハ其他ノ監守保存ノ方法ヲ定ムル必要ア
リ從テ法律ハ不動産ニ對スル強制執行ニ於ケルカ如ク第三者ノ占有中ト雖トモ強制
執行ヲ爲シ得ヘキモノト爲サスシテ却テ他ノ動産ニ對スル強制執行ト等シク債務者
タル所有者ノ占有中ニ限リ之カ差押ヲ許シタルモノナレハナリ(大阪地方裁判所四三
一四二號民二判決法律新聞八二七號二三頁)

船舶ノ差押ハ不動産ニ對スル強制執行ノ規定ニ從ヒ開始決定ヲ以テ之ヲ爲スヘ
キモノナルヲ以テ(民一七條)事實上ノ差押ハ裁判所ニ於テ特ニ必要ト認ムル場合ノ
特別命令ニヨルヘキモノナラン(民一七條)之レ七二三條ノ規定ニヨリテモ明カナリ
ト思ハル若シ本件判決ノ如キ見解ヲ採ラハ他人ニ貸貸中ハ永遠ニ強制執行ヲ爲

基本債權ニ關スル
利息ニ關スル
訴訟スル

スコトヲ得サルニ終ルヘシ故ニ民訴七二〇條一項一號ノ規定ハ必要的條件ニア
ラスシテ所有者カ占有中ナレハト云フ意味ニアラスヤト信セラル

二四四 判決ハ其主文ニ包含スルモノニ限り確定力ヲ有ス
基本債權ニ關スル訴訟ト其利息ニ關スル訴訟ハ同一ノ目的ヲ有スル同一ノ訴訟
ナリト謂フコトヲ得ス

基本債權ニ關スル訴訟ト其利息ニ關スル訴訟ハ假令其間ニ牽連アリトスルモ之ヲ以
テ同一ノ目的ヲ有スル同一ノ訴訟ナリト謂フコトヲ得ス却テ別個ノ目的ヲ有スル別
異ノ訴訟ニシテ實體上相牽連スルコトモ其訴訟ノ互ニ相獨立スルコトヲ妨ケルモ
ノアラス蓋シ訴訟ノ目的ノ同一ナルコトハ訴訟ノ同一ナルカ爲メノ必要條件ニシテ
利息ノ請求ヲ目的トスル訴訟カ其元本ノ請求ヲ包含セサルコトニ想到セハ前ニ提起
シタル利息ノ請求ニ關スル訴訟ト主タル債權ノ存否ヲ確定セントスル當度ノ訴訟ト
ハ同一ノ目的ヲ有セサル別異ノ訴訟ナルコトハ自ラ明白ナリ故ニ本論旨ハ理由ナシ
(大審院明治四五年(オ)二四六號大正元年一〇月一日民二判決)

三九九 控訴ハ口頭辯論ノ前ニ於テハ被控訴人ノ承諾ナクシテ之ヲ取下クルコトヲ得
控訴ノ取下ハ上訴權ヲ喪失スル結果ヲ生ス

控訴權ノ拋棄ハ之ヲ認ムヘキモノナルヤ

控訴權ハ第二審裁判所ニ關スル訴訟上ノ權利ニシテ第一審判決アルニ因リテ生ス故

控訴權ノ
拋棄

ニ第一審判決アリタル場合ニ初メテ控訴權拋棄ノ問題ヲ生ス我民訴法ニ於テ控訴權ノ拋棄ヲ認ムルコトハ三九九條ニ徴シテ明カナリ同條ニ所謂取下トハ已ニ行使シタル控訴權ノ拋棄ニ外ナラス控訴提起後ニ於ケル控訴權ノ拋棄ハ有效ナリト雖モ控訴提起前ニ於テハ控訴裁判所ニハ未ダ訴訟ノ繫屬セサルカ故ニ之ニ對シテ控訴權拋棄ノ意思表示ヲ爲スモ控訴裁判所ハ之ヲ受理スルコトヲ得ス又原審ニ於テハ控訴權拋棄ノ效力ヲ生セサルモノト云ハサルヘカラス然レトモ雙方又ハ一方カ控訴ヲ爲ササルヘシトノ意思表示ヲ爲シタルトキハ判決ノ如何ニ從ヒ或ハ和解タリ或ハ請求ノ全部トモ實體法上ノ效力ヲ生スルカ故ニ控訴ヲ理由ナシトシテ棄却スヘキモノナリトス
 (板倉學士法學志林十二卷第十二號四二頁以下要領)

參照スベキ學說

第一審ノ終局判決ノ言渡前ニ控訴權ヲ拋棄スルノ條件的ノ拋棄ニシテ訴訟當事者ノ爲シ得ヘカラサル所ニ非ス直接ニ訴訟法上ノ問題ニ非スト雖モ實體法ニ於テ判斷スヘキモノナリ第一審判決言渡後ノ拋棄ニ付キ特別ノ規定ナキヲ以テ訴訟法上ノ效力ナキカ如シト雖モ控訴權ハ控訴人ノ有スル權利ナルヲ以テ理論上其拋棄ヲ許スヘキモノト解ス(岩田氏民事訴訟法原論七四五頁以下)

控訴提起前ノ拋棄ヲ認ムルハ理論上正當ナルモノ之ニ關スル手續規定ナキヲ以テ我民訴法上ニ於テハ消滅ノ穩當ノ見解ト信ス但實體上ノ問題トシテ有效ナルバ勿論ナリトス

差押ヘタル
 手形ノ
 呈示

六〇〇 差押ヘタル金銀ノ債權ニ付テハ差押債權者ノ選擇ニ從ヒ代位ノ手續ヲ要セスシテ之ヲ取立ツル爲メ又ハ支拂ニ換ヘ券面額ニテ差押債權者ニ之ヲ轉付スル爲メ命令アラシムコトヲ申請スルコトヲ得
 六〇三 手形其他ノ裏書ヲ以テ移轉スルコトヲ得ル證券ニ因レル債權ノ差押ハ執達吏其證券ヲ占有シテ之ヲ爲ス
 六二三 差押ヘタル債權カ條件附キ若クハ有期ナルトキ又ハ反對給付ニ繫リ若クハ他ノ理由アリテ其取立ノ困難ナルトキハ裁判所ハ申立ニ因リ取立ニ換ヘ他ノ換價方法ヲ命スルコトヲ得
 債務者内國ニ在リテ住所ノ知レタルトキハ其申立ヲ許ス決定前ニ之ヲ審訊ス可シ

執達吏ハ其差押ヲ爲シ占有シタル手形ニ付キ期間内ニ引受ケ又ハ支拂ヲ求ムル爲メノ呈示ノ手續ヲ爲スヘキモノナリヤ

差押以後ノ手續ニハ執達吏ノ干與スルモノニ非スシテ執行裁判所之ヲ行フモノナリ故ニ差押債權者ハ其選ム所ニ從ヒ或ハ取立命令ヲ或ハ轉付命令ヲ或ハ第六百十三條ノ條件具備スルナラハ手形ノ賣却ヲ執行裁判所ニ申請スヘキモノナリ取立又ハ轉付命令アリタル後ハ債權者ハ其名ヲ以テ手形ヲ流通セシムルコトヲ得ヘク又手形トシテ其效力ヲ存續セシムルニハ引受又ハ支拂ヲ求ムルカ爲メ呈示ノ手續ヲ爲スヘキハ自然ノ順序ナレトモ既ニ取立命令ヲ發シタル場合ニ於テハ執行法上支拂人ニ對シテハ債務履行ノ催告換言スレハ支拂ヲ求ムル爲メノ呈示ニ代ハルヘキ手續ノ行ハレタルモノナレハ右ノ手續ヲ爲スノ要ナシ手形ノ呈示ハ手形ノ支拂ヲ求ムルノ要件ナルモ商法ハ強制執行ニ依ラスシテ支拂ヲ求ムル場合ノ手續ヲ規定セルモノナルカ故ニ手形債權ニ基キ強制執行ヲ爲ス場合ハ民事訴訟法ニ依ルヘキモノナリ然レトモ引受ノ爲メニハ呈示ヲ要スヘク又償還請求權ヲ失ハサランカ爲メニハ呈示ヲ爲シ拒絶證書ヲ作ラシムルコトヲ要スルモノナリ取立命令ハ第三者ニ對シテ效力ナク又商法上ノ引受ニ代ハルヘキ效力ヲ有セサレハナリ(板倉學士法學志林十四卷十二號七八頁以下要領)

民訴

右ノ論ハ實際上ヨリ甚タ便宜ナルモノナリ何トナレハ差押ヘタル手形ノ呈示ハ強制執行ニ於テハ取立命令ヲ以テ之ニ代フルモノト云フニ在レハナリ取立命令ハ支拂要求ノ呈示ト同一ナリトハ便宜上ヨリスレハ敢テ之ニ過クルモノナカラシモ理論上正當ナルモノト信セス板倉法學士モ亦タ引受要求ノ呈示又ハ償還請求權ヲ保全スルニハ拒絶證書ノ作成ヲ要ストナシ便宜ヲ以テ一貫セサリシニ徴シテ窺知シ得ヘシ若シ便宜ト效果ト及民事訴訟法ノ特別ナル執行手續トヲ以テ一貫スレハ裁判所ノ記録ハ公正證書ニシテ公證人ノ作成セシモノニ優ルモ劣ルカ如キコトナシ故ニ之ニヨリ支拂拒絶ノ證明セララル以上ハ拒絶證書ノ作成ナキモ可ナル筈ナリ性質ニ於テ取立命令カ呈示ニ代ルモノナラハ第三者ニ對スル關係ニ於テモ同一ナラサル可カラス是等不調和ナル所以則チ吾人ノ左袒セサル所ナリ然レトモ實際上ノ便宜ヲ多トシ之ニ關スル判例學說ヲ紹介ス可シ

- 一 本書商法ノ部四六頁同上七二頁
 - 二 全趣旨大審院判例三一年八月二三日
 - 三 同說松波博士日本手形法五九三頁
- 但シ右ハ何レモ支拂命令ノ送達ヲ以テ手形ノ呈示ト同一ノ效力ヲ認ムルモノナリ

親權者財
產管理權
訟ト共同訴

一人カ自己ノ有スル數個ノ權利關係ニ基キ數個ノ請求ヲ一人ニ對シテ爲スハ民
訴法上共同訴訟ニアラス

本訴ハ被控訴人トメカ自己ノ所有物ノ回收ト親權者トシテ良明ノ財產回收ヲ求ムル
訴訟ニシテ二個ノ主格アルカ爲メ共同訴訟ノ規定ニ依遵セサル可カラサルニ民事訴
訟法第四十八條ニ適合セサルヲ以テ不適法ノ訴ナルヤ否ヤヲ案スルニ民事訴訟法ノ
共同訴訟ナルモノハ數人カ共ニ訴ヲ爲シ又ハ訴ヲ受ケル場合ニ相當スルモノニシテ
一人カ自己ノ有スル數個ノ權利關係ニ就キ數個ノ請求ヲ一人ニ對シテ爲スカ如キ場
合ハ原因又ハ目的ノ多數ナルニ止マリ原告若クハ被告タル者ノ主格多數ナルニアラ
サルヲ以テ共同訴訟ノ規定ニ依ルヘキモノニアラス控訴人トメ代理人ノ引例スル會
社ノ代表者カ會社ノ債權ト自己固有ノ債權トヲ合併シテ請求スルカ如キ場合ニモシ
其會社ノ債權ノ請求ハ會社ヲ代表シテ提起シタルモノナランニハ其請求ノ主格ハ會
社ト其代表者其人即個人トノ二個ノ主格存スルヲ以テ共同訴訟ノ規定ニ依ラサル可
カラサルモ之ニ反シテ會社ヲ代表スルモノトナク單ニ自己固有ノ權利ニ基キ自己ニ請
求シ得ルモノトシテ合併請求スルモノナランニハ其請求ノ當否ハ別個ノ問題トシテ
數個ノ主格存スルモノニ非サレハ共同訴訟ノ場合ニ相當セス本訴ニ於テ被控訴人ト
メハ控訴人ニカニ對シ自己ノ所有物ト又良明ノ親權者タル自己ノ權利ニ於テ自己ノ
監督ニ置クヘキ良明ノ身體及自己ニ占有スヘキ良明ノ所有物トヲ自己ニ引渡センコ

トテ請求スルモノニ係リ良明ノ所有物ニ付良明ヲ代表シテ請求スルモノニ非サルコトハ原告ノ訴訟記録並ニ當審ニ於ケル其供述上明白ニシテ本訴ニ於テ被控訴人トメハ數個ノ訴訟資格ヲ兼有スルモノニ非ス從テ本訴ハ共同訴訟ノ規定ニ依ルヘキ場合ニ非サルヲ以テ前示法條ニ適合セサルカ爲メ不適法ノ訴訟ト謂フヲ得ス(長崎控訴院大正元年ネ二〇(二)號民二判決法律新聞八三一號二五頁要領)

親權者カ監護教育ヲナス爲メ自己固有ノ權利トシテ子ノ身體ノ引渡ヲ求メ得ルコトハ學說判例ノ認ムル所ナルモ財産ノ管理ニ關シ判示事實ノ如キ場合ニ於ケル資格ニ付テハ疑ヒナキヲ得ス
 今コレヲ民事訴訟法上ヨリ共同訴訟トシテ審理スヘキ否ヤノ問題ニ至リテハ右判決ハ正當ナリ何トナレハ被控訴人ハ子ノ代表者トシテ財産ノ引渡ヲ請求セスシテ自己固有ノ權利トシテ主張スルモノナレハ實體法上ノ當否ハ別問題トシテ形式上ニ於テ主格二個ナク從テ當事者ノ複數ヲ條件トスル共同訴訟アルコトナケレハナリ
 然レトモコレヲ實體法上ヨリ論スルトキハ一個ノ問題ナリ換言スレハ判示事實ノ如キ場合ニ於テ親權者ハ子ノ代表者トシテ財産ノ引渡ヲ求ムヘキモノナルヤ又ハ親權者固有ノ權利トシテ自己ノ管理權ヲ主張シテ引渡ヲ求ムヘキモノナルヤ此問題ニ付判決ハ

是等物件ハ被控訴人トメカ良明ニ對スル親權者トシテ其財産管理上自己ノ占有ニ置クヘキハ當然ニシテ控訴人ニカニ對スル其引渡ノ請求ハ相當ナリ

ト説明セリ而シテ前段良明ヲ代表シテ請求スルモノニ非サルノ說明ニ徴シ親權者カ固有ノ權利トシテノ財産管理權ヲ侵害シタルモノトシコノ權利ヲ認メタルカ如シコレ果シテ正當ナルカ吾人ハ不幸ニシテ此說明ニ服スル能ハス子ノ財産ニ關スル事項ニ付テハ常ニ子ヲ代表シテ爲スヘキモノナリト信ス參照スヘキ學說判例左ノ如シ

親權ヲ行フ父又ハ母ハ未成年ノ子ノ財産ニ關スル行爲ニ付テハ汎ク其子ヲ代表スト雖モ財産ニ關セサル行爲ニ付テハ法律ニ於テ特ニ規定シタル場合ニ限り其子ヲ代表ス(三四年大審院判決錄八卷四五頁)
 財産ヲ管理ストハ未成年ノ子ノ有スル財産ニ付キ保存利用又ハ改良ヲ目的トスル一切ノ行爲ヲ爲スコトヲ云フ予カ此權利ヲ指シテ財産ヲ管理スル權利トイヒテ管理權トイハサルハ管理權ハ財産ニ關スル親權者ノ一切ノ權利ノ總稱ニシテ財産ヲ管理スル權利ハ其一部ニ過キサレハナリ(島田氏明治大學講義錄三二九頁)

執行取消
ノ決定ト
ノ取消手續

五國強行ノ方法又ハ執行ニ際シ執達吏ノ遵守ス可キ手續ニ關スル申立及ヒ異議ニ付テハ執行裁判所之ヲ裁判ス
 又執行裁判所ハ第五百二十二條第二項ニ定メタル命ヲ發スル權ヲ有ス
 執達吏カ執行委任ヲ受クルヲ拒ミ若クハ委任ニ從ヒ執行行爲ヲ實施スルコトヲ拒ミタルトキ又ハ執達吏ノ計算セシ
 手数料ニ付キ異議アルトキハ執行裁判所ハ之ヲ裁判スル權利ヲ有ス
 六八六 毀落人ハ毀落ヲ許ス決定ニヨリテ不動産ノ所有權ヲ取得スルモノトス

六八七 競落人ハ代金ノ全額ヲ支拂ヒタル後ニアラサレハ不動産ノ引渡シヲ求ムルコトヲ得ス(下略)
 六八八 競落人カ代金支拂期日ニ其義務ヲ完全ニ履行セザルトキハ裁判所ハ職權ヲ以テ不動産ノ再競賣ヲ命スヘシ
 (下略)

不動産ニ對スル強制競賣ハ競落許可ノ決定確定スルモ未タ競賣代金配當手續ノ完了セザル間ハ完結セザルモノトス」
 從テ競落許可決定後代金配當實施前ニ執行文ノ取消決定カ確定シタルトキハ強制競賣手續ノ取消ヲ請求スルコトヲ得」

案スルニ本件強制競賣ノ債務名義タル公證人蘆谷久敬役場第一萬九千四十號公正證書ノ正本ニ付與セラレタル執行文カ大正元年八月九日大阪區裁判所ノ決定ニ依リ取消サレ其決定確定シタルコトハ異議申立書ニ添付セル該決定ノ原本竝ニ原裁判所ノ送付シタル執行文付與ニ對スル異議事件ノ記録ニ依リ又該強制競賣手續ニ於テ同月一日競落許可決定確定シタルモ其後未タ競落人ニ於テ代金ヲ支拂ハス從テ執行裁判所モ亦配當表ヲ作成シテ之ヲ實施スルニ至ラザリシコトハ原裁判所ノ送付シタル執行記録ニ依リ何レモ明白ナリ然ルニ競落許可決定ニ依リ競落人ハ不動産ノ所有權ヲ取得スヘキモ代金支拂期日ニ其義務完全ニ履行セザルトキハ裁判所ハ職權ヲ以テ再競賣ヲ命スヘク從テ債權者モ亦之ニ依リテ直ニ支拂ヲ受クルモノニ非レハ競落許可決定ノ確定ノミニ依リテ本件強制競賣ハ完結シタルモノニ非ルコト疑ナシ而シテ強制競賣完結前ニ債務名義ノ正本ニ付與セラレタル執行文ヲ取消ス決定カ確定シタル以上ハ其決定ノ當否如何ヲ問ハス抗告人ハ之ヲ理由トシテ執行方法ニ關スル異議ヲ主張シ己ニ爲シタル強制競賣手續ノ取消シヲ求メ得ルヤ明ニシテ斯ノ如キ異議ハ強

制競賣ノ完結前ニ於テハ其目的ヲ達シ得ルコト勿論ナレハ其完結前ニ申立テタル抗告人ノ異議ハ正當ニシテ抗告ノ理由アリ(大阪地方裁判所大正元年(リ)二一九號民二判決法律新聞第八三〇號二三頁要領)

同趣旨

不動産ノ強制競賣ニ於テハ競落ヲ許スノ決定アリタル後競落人カ代金支拂期日ニ其義務ヲ完全ニ履行シ不動産ノ引渡ヲ請求シ得ルトキハ以テ強制執行ノ終了時期トス(大審院三八年判決録一五〇一頁)
 此異議ノ申立ヲ爲ス時期ニ付テハ法律上何等ノ規定ナシト雖モ此異議ノ目的ハ不適式ナル執行ヲ除却セントスルニアルカ故ニ執行開始後其完結ニ至ルマテノ間ハ何時ニテモ之ヲ爲スコトヲ得ルモノト謂ハサルヘカラス(今村氏中央大學講義録)
 蓋シ至當ノ判決ト信ス

仲買人カ客ヨリ委託セラレタル趣旨ニ從ヒ取引所市場ニ於テ取引ヲ爲シタリヤ否ヤヲ爭フ場合ニ於テハ客ニ於テ不履行ノ事實ヲ立證スルノ責任ナク仲買人ニ於テ不履行ナカリシコトヲ立證スルヲ要ス」

仲買人カ客ヨリ委託セラレタル趣旨ニ從ヒ取引所市場ニ於テ取引ヲ爲シタリヤ否ヤヲ爭フ場合ニ於テハ客ニ於テ不履行ノ事實ヲ立證スルノ責任ナク仲買人ニ於テ不履行ナカリシコトヲ立證スルヲ要ス」
 取引所ノ書類焼失シ證明ノ方法絶無ニ歸スルモ之カ爲メ立證責任相手方ニ歸スヘキノ理由ナシ」

取引所仲買人カ客ヨリ取引所ニ於テ定期賣買ヲ爲ス可ク委託セラレテ之ヲ承諾シタ

ルトキハ仲買人ハ其委託ノ趣旨ニ從ヒ取引所ニ於テ其委託ノ賣買ヲ爲ス可キ義務ヲ負フモノニシテ而モ仲買人ハ客ヨリ委託セラレタル賣買ハ常ニ必ス取引所ノ市場ニ於テ賣買シタリトノ推定ヲ受ク可キ者ニ非サレハ本件ノ如ク委託者タル原告ヨリ被告ノ不履行ヲ主張スル場合ニ於テハ原告ハ被告ノ不履行ノ事實ヲ證明スルノ要ナク其不履行ヨリ生スル責任ヲ免レントスル被告ニ於テ自己ノ義務ハ完全ニ履行シタリ即チ委託通リ取引所ノ市場ニ於テ賣買シタリトノ事實ヲ證明スルヲ要スルモノト解スヘキモノトス換言スレハ此場合ノ立證責任ハ被告之ヲ負フモノト論セサル可カラズ此點ニ付キテハ被告ハ大阪堂島米穀取引所並ニ被告商店ハ明治四十二年七月三十一日大阪市北區大火災ノ際全部帳簿書類ト共ニ併セテ焼失シタルヲ以テ取引所ニ於テモ證明ヲ爲ス途ナク被告モ亦其證明ノ端緒ヲ得ル能ハス從テ同日以前ノ取引ニ付テハ證明ヲ爲スコト事實上不可能ナルヲ以テ斯クノ如ク證明不可能ノ場合ニハ被告ニ於テ立證ノ責任ナシト陳辯スレトモ取引所ノ賣買證明書以外被告商店ノ帳簿書類以外ニ於テ證明ノ方法絕對ニ無之モノト謂フ可カラサルノミナラス假リニ他ニ證明ノ方法ナシトスルモ之カ爲メニ被告ハ立證ノ責任ヲ免レ原告ニ證明責任ノ移ル可キ理由ナキヲ以テ斯ル場合ニ於テモ依然被告ニ證明ノ責任アルモノトス(大阪地方裁判所四五年(ロ)二九八號民二判決法律新聞第八三三號二一頁以下要領)

右ノ判決ハ二分シテ觀察スルヲ便宜トス

- 一 取引所ノ仲買人カ受託セシ定期賣買ヲナスヘキ債務ノ不履行ヲ委託者タル客ヨリ主張スル訴ニ於テ不履行ナル事實ハ何人ヨリ立證スヘキヤ
- 二 取引所ノ書類カ全體ニ歸シ證明方法之ナキニ至リタルトキハ立證責任ハ相手方ニ移轉スルヤ

舉證責任論

(一) 取引所ノ仲買人カ定期賣買ヲナスヘキコトヲ承諾シタルコト則チ委託契約ノ成立シタル事實ヲ原告タル客ニ於テ立證シタルトキハ被告タル仲買人ニ於テ其債務カ消滅シタル事實ヲ立證スルコトヲ要ス何トナレハ一旦有效ニ成立シタル權利ハ特別ナル事由ナクシテ消滅セサルモノナルヲ以テ原告カ其成立ヲ證明セハ足ル之カ不存在チ主張セント欲セハ被告ニ於テ其原因ヲ立證セサル可カラズ

(二) 被告ニ於テ本件ノ不履行ナカリシ事實ヲ立證スルニ當リ取引所カ燒失シタルトキ一切ノ書類ヲ尙有ニ歸スルモ既ニ舉證責任ニシテ被告ニアル以上ハ之カタメ原告タル客ニ立證責任カ移轉スルノ理由アル可ラス何トナレハ民法選擇債務關係ニ於ケル選擇權ノ如ク或場合ニ相手方ニ移轉スル旨ノ明文アルトキハ格別然ラサル場合ニ於テハ立證困難ナルノ一事ヲ以テ之ヲ肯定ス可カラサルハ論ヲ俟タサル所ナレハ尙ホ次ノ菅原法學士ノ舉證責任論ヲ參照セラルヘシ

二二一 裁判所ハ申立テタル事物ヲ原告若クハ被告ニ歸セシムル權ナシ(下略)

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

民事訴訟ニ於テ裁判所ハ當事者ノ主張セタル事實ヲ以テ判決ノ基本ト爲スコトヲ得ス從テ權利ノ存否ヲ主張スル當事者ハ其權利ノ存否ヲ明カニス可キ事實ヲ主張スルノ必要アリ之ヲ主張責任ト云フ而シテ裁判所カ當事者ノ主張セタル事實ヲ基本トシテ權利ノ存否ヲ判斷セントセハ必スキ其事實ノ存否ニ付キ訴訟法ノ規定セル證據方

法ニ依リ心證ヲ得サル可カラズ然ルニ民事訴訟ニ於テハ當事者主義ノ行ハルル結果裁判所カ其心證ヲ得ルニ付テハ自ラ證據ヲ探究セス當事者カ自己ニ有利ナル判決ヲ受ケンカ爲メニハ必スヤ其權利ノ存在ヲ明ニス可キ事實ヲ證明セサル可カラサルノ實際ノ必要ヲ生ス舉證責任トハ其必要ヲ指稱スルニ外ナラス今之レヲ訴訟ノ實際ニ付テ謂ヘハ賣掛代金請求ノ訴ニ於テ原告ハ賣買ノ事實ヲ證明スルノ必要アリ而シテ原告ニ於テ此證明ヲ終ヘタル場合ニ於テ被告カ原告ノ請求ニ對シ時効ヲ援用セシトスルトキハ時効ノ事實ハ被告之レヲ證明ス可ク又被告カ此證明ヲ遂ケタル場合ニ於テ原告カ時効ノ中斷ヲ主張セントスルトキハ時効中斷ノ事實ハ原告之レヲ證明セサル可カラズ從來ノ學者ハ一般ニ右ノ如キ説明ヲ以テ舉證責任ノ問題ハ既ニ解決セラレタリトナシ舉證責任ノ固有ノ問題ハ之レヲ論述スル者ナカリキ然レトモ吾人ノ研究ノ目的タル舉證責任ノ問題ハ此ノ點ニ存セスシテ原告ハ原因事實トシテ如何ナル事實ヲ證明シ又被告ハ抗辯事實トシテ如何ナル事實ハ證明ヲ要セストノ見解ハ最モ古クヨリ行ハレシ所ナルモ現今ノ通説ハ之レト反對ナリ又事實ハ積極的ノモノトシテ他ノ一ヲ消極事實證明ニ必要トナス何レモ右ノ諸説ハ正論ヲ得タルモノト謂フ可カラズ凡ソ事實ハ積極ニアレ消極ニアレ法律カ之レヲ以テ法律の效力發生ノ要件トセル以上ハ其法效ヲ主張スル當事者ニ於テ之レカ證明ヲ爲ササル可カラズ

(一) 事實ハ積極的ノモノニ限リ證明ヲ要シ消極的ノ事實ハ證明ヲ要セストノ見解ハ最モ古クヨリ行ハレシ所ナルモ現今ノ通説ハ之レト反對ナリ又事實ハ積極的ノモノトシテ他ノ一ヲ消極事實證明ニ必要トナス何レモ右ノ諸説ハ正論ヲ得タルモノト謂フ可カラズ凡ソ事實ハ積極ニアレ消極ニアレ法律カ之レヲ以テ法律の效力發生ノ要件トセル以上ハ其法效ヲ主張スル當事者ニ於テ之レカ證明ヲ爲ササル可カラズ

(二) 學一級ニ法律事實ヲ分テ設權事實 (Rechtserzeugende Thatsache) 妨權事實 (Rechtshindernde Thatsache) 及ニ減權事實 (Rechtsmindernde Thatsache) ニ區別シ第一ノ事實ハ原告ニ又第二第三ノ事實ハ被告ニ於テ證明スルコトヲ要スト説明スルニ至レリ然レトモ舉證ノ責任ハ何カ故ニ此方法ニ依リテ分配セラレサル可カラザルカノ理由並ニ事實ヲ區別スルノ

標準如何ニ付テハ學者各々其見解ヲ異ニス一派ノ學者ハ權利ノ成立要件タル事實ヲ外部の要件タル事實ト内部の要件タル事實トニ區別シ前者ハ原告ニ舉證ノ責アリ後者ハ其存在ヲ否認スル被告ニ證明ノ責任アルモノトセリ今此説ノ理由トスル所ハ權利者クハ法律關係成否ノ問題ニ付テ吾人ハ日常權利ノ外部の要素ニ信テ措クモノナリ而シテ此コトタル吾人ノ私法的生活ニ於テ當然認メラルル所ナルヲ以テ裁判所モ亦之レヲ認メサル可カラズ從テ裁判所ハ權利又ハ法律關係ノ外部の要素カ證明セラレタル以上當然其成立ヲ是認セサルヲ得ス而シテ技ニ所謂權利又ハ法律關係ノ外部の成立要素トハ特定ノ權利又ハ法律關係ノ特質ヲ其レニ依リテ認識シ得ル事實ヲ云フ然レトモ訴訟ニ於テハ裁判官ハ常ニ外部の成立要素ニ依リテノミ權利ノ成立不成立ヲ決セサル可カラズト謂フカ如キハ到底失當ノ見解タルヲ免カレス他ノ一派ノ學者ハ權利ヲ主張セントスル原告ハ通常ノ場合ニ於テ其權利ノ成立ヲ來ス可キ事實 (Regelmäßig rechtserzeugende Thatsache) ナ證明ス可ク被告ハ例外トシテ權利ノ成立ヲ妨ク可キ事實ヲ證明ス可シトナシ如何ナル事實カ原則トシテ權利ノ成立ヲ來シ例外トシテ權利ノ成立ヲ妨クタルヤニ付原則トシテ權利ノ成立ヲ來スヘキ事實トハ特定ノ法律關係ニ於テ權利ノ成立ニ必要ナル直接固有ノ主要ナル條件ナリト説明シタリ然レトモ此標準ニ從ヒ舉證責任ノ問題ヲ決定ストセンカ往々ニシテ國法ノ規定ト相反スルノ結果ヲ見ルニ至ル可シ例ヲ舉テ之ヲ説明センニ受益者又ハ轉得者カ惡意ナルコトハ廢罷訴權ノ成立ニ必要ナル直接固有ノ主要ナル條件ナルコトハ毫末ノ疑ナカレハ從テ右ノ説ニ從ヘテ受益者又ハ轉得者カ惡意ナル事實ハ原告ニ於テ證明スルヲ要スルコトトナル然ルニ法文ノ明記スル所ハ之ニ反ス故ニ到底理論タルヲ免カレス然ルニ右ノ學說ハ現今ニ於ケル通説ナリ又一派ノ學者ハ法規ヲ原則法ト例外法ニ區別シ原告ハ原則法ニ規定セル事實ヲ又被告ハ例外法ニ規定セル事實ヲ證明スヘキモノ

トナス之レ余輩カ後ニ說明セントスル所ト立論ノ方法ハ之ヲ異ニスルモ其論旨ヲ同クスルモノナリ減權事實ニ付キ被告ニ證明ノ責任アリヤ否ヤノ問題ニ關シテモ亦學說岐ル從來ノ學者ハ一般ニ成權事實カ證明セラルトキハ其權利ノ存在ヲ推定セラレ此推定ハ權利ノ存在ヲ爭フモノニ於テ減權事實ヲ證明シテ之ヲ破壞ス可シト論シタリ然レトモ新カハ推定ハ法律上實際上ニ於テ理由ナキ所タリ次ニ減權事實ニ關スル立證ノ責任カ被告ニ在リトノ理由トシテ一旦成立シタル權利ニ付キ凡テノ減權事實カ存在セサルコトヲ原告ニ於テ證明スルハ到底不可能ニ屬スト說明シタリ更ニ又第二ノ理由トシテ一旦適法ニ成立シタル權利ハ其成立ノ權能カ爭ハレ其成立カ破滅セラレハ迄ハ成立ノ權能ヲ有ス故ニ原告ハ減權ノ存在セサルコトニ付キ證明ヲ爲スノ必要ナシト論シタリ然レトモ權利ノ成立ノ權能ナルモノヲ認ムルハ獨斷定數ニシテ誤レルナリ

(三) 私見ニヨレハ法規ハ之レヲ形式的ノ見地ヨリ分類スル時ハ主タル規定(Hauptnorm)ト補充規定(Ergänzungsnorm)トニ區別スルコトヲ得而シテ主タル規定ハ私法上ノ權利ヲ定メ補充規定ハ主タル規定ノ解釋ニ役立つモノニシテ主タル規定ノ一部分ヲ構成スルモノナリト解ス法規ハ又之レヲ效力ニ依リテ分類スルトキハ目的規定(Angabennorm)ト反對規定(Gegenorm)トハ目的規定ノ定メタル私法上ノ效力ヲ定メタル規定ヲ云ヒ若クハ一時的ニ阻却スルコトヲ定メタル規定ヲ云フ例ハ買賣以下十三種ノ契約及ヒ事務管理不當利得不法行為ニ關スル民法ノ規定中債權ノ發生原因ヲ規定シタル法規ハ目的規定ニ屬シ能力、錯誤、詐欺、強迫、時效、辨濟、相殺、更改、免除、混同、等權利ノ消滅又ハ權利ノ限縮ヲ規定セル法規ハ反對規定ニ屬ス

目的規定及ヒ反對規定ノ觀念ハ相對的ニシテ絕對的ニアラス故ニ例ハ貸主カ貸入

請求ノ訴ヲ提起セル場合ニ於テハ消費貸借契約ニ因リ借主ハ返還ノ義務ヲ負フトノ民法ノ規定ハ目的規定ニ屬シ要素ニ錯誤アル法律行為ハ無効トストシ同法ノ規定ハ右ノ理由ヲ以テ消費貸借ニヨリ義務不存在確認ノ訴ヲ提起セル場合ニ於テハ要素ノ錯誤ニ關スル規定ハ目的規定ニ屬ス又前ノ場合ニ於テ要素ノ錯誤ニ關スル規定ハ消費貸借ニ關スル前示規定ニ對スル關係ニ於テハ反對規定ニ屬スト雖トモ要素ニ錯誤アルモ表意者ニ重大ナル過失アルトキハ表意者自ラ其無効ヲ主張スルコトヲ得ストノ規定ニ對スル關係ニ於テハ目的規定ニ屬ス今此ノ關係ヲ表解スレハ

而シテ舉證責任ノ問題ハ之レヲ裁判所ノ立脚地點ヨリ觀察スレハ判決ヲ準備シ且之

民訴

二二四

レテ可能ナラシムルヲ目的トス故ニ余輩ハ先ツ判決ノ論理的基礎ニ付研究ス可シ
 抑モ判決ハ推理ニ基ク一ノ斷案ナリ即チ法律上ノ效果ヲ規定セル法規ヲ以テ大名辭
 (Obersatz)トナシ訴訟上ニ於テ確定セラレタル事實ヲ以テ小名辭(Untersatz)トナシ其推
 理ニヨリ得ラレタル斷案(Schlussatz)ナリ此方式ニ據リ判決推理ヲ行フコトハ頗ル難事
 ニ屬ス何トナレハ裁判官ハ目的規定ノ適用ヲ受クヘキ事實ノ存否ニ付キ心證ヲ得ル
 ノ外尙私法典ニ於ケル限リナキ幾多ノ各反對規定ノ適用ヲ受クヘキ事實ノ存否ニ
 付キ心證ヲ得ルノ外尙私法典ニ於ケル限リナキ幾多ノ各反對規定ノ適用ヲ受ク
 ヘキ事實ノ存否ニ付キ確信ヲ得タル後ニアラサレハ判決ヲ行フコト能ハス然カモ却
 斯ハ能力ニ限リアル裁判官ニ到底得テ望ム可カラサレハナリ果シテ然ラハ裁判官
 ハ如何ニシテ此困難ナル判決推理ヲ實行スヘキカ余輩ハ信ス此問題ハ民事訴訟ニ於
 テル辯論主義ニヨリ解決スヘキモノナルコトヲ民事訴訟ニ於テハ原則トシテ辯論主
 義(又ハ處分權主義)(Verhandlungs od. Dispositionsprinzip)ヲ採用シタリ故ニ當事者ハ自己ニ利益
 ナル判決ヲ受ケンカ爲メニハ其申立ヲ理由アリト認メシム可キ事實ヲ陳述スルコト
 ヲ要シ若シ其事實ニシテ争アル場合ニ於テハ之レヲ證明セサル可カラス而シテ裁判
 所方判決ヲナスニ當テハ原則トシテ當事者ノ陳述シタル事實ノミヲ斟酌シ又當事者
 方申立テタル證據方法ノミニ依リテ心證ヲ得ヘク裁判所ハ當事者カ訴訟法ノ規定ニ
 從ヒ主張セサル事實ヲ職權上調査ス可カラス斯カル事實ハ存在セサルモノトシテ取
 扱ハサルヘカラス然ラハ即チ余輩カ前ニ述ヘタル判決推理實行ノ困難ハ辯論主義ノ
 效果ニヨリ全然排除セラレタルモノト謂フ可シ

辯論主義ノ行ハルル民事訴訟ニ於テハ裁判所ノ當事者ヨリ主張セラレタル限リハ反
 對規定ノ適用ヲ受ク可キ事實ハ存在セサルモノトシテ取扱フヘキカ故ニ自己ニ有利
 ナル判決ヲ求メントスル原告ハ請求ノ原因タル事實トシテ單ニ自己ノ主張スル法效

ヲ規定セル目的規定ノ適用ヲ受クヘキ事業ヲ證明スレハ足リ其法效ノ全部又ハ一部
 ヲ永久的若クハ一時的ニ阻却スルコトヲ規定セル反對規定ノ適用ヲ受クヘキ事實ノ
 存在セサルコトニ付テハ原告ニ證明ノ要ナク却テ被告ニ於テ其事實ノ存在ヲ證明セ
 サル可カラス故ニ吾人ノ研究ノ目的タル舉證責任ノ問題ニ對スル解答ハ已ニ得ラレ
 タリ然カモ其解答ハ極メテ簡且明ナリ曰ク當事者ノ一方ハ目的規定ニ適合(Decken)ス
 ル事實ヲ證明ス可ク相手方ハ反對規定ニ適合スル事實ヲ立證ス可シ(法學士菅原春二
 氏法曹記事二卷第一一號一一二七頁以下第一二號一二四一頁以下要領)

右ニ掲クル菅原法學士ノ舉證責任論ハ大體ニ於テ至當ノ見解ナリ然リ舉證責任
 ハ實體上ノ問題ニアラスシテ訴訟法上ノ問題ナルコト、事實ハ積極ナルト消極
 ナルトヲ問ハス均シク舉證ノ責任アルコト、原則トシテハ原告ニ於テ權利ノ成
 立ヲ來スヘキ事實ヲ證明シ被告ハ例外トシテ其成立ヲ妨クル事實ヲ立證スヘシ
 トノ説ノ是ナラサルコト、舉證責任カ民事訴訟法ノ採レル辯論主義ノ結果輕減
 セラルルコト等ハ論スル所ノ如シ、然レトモ辯論主義ノ結果ハ單ニ舉證責任ヲ
 輕減シタルニ過キス敢テ免除シタルニハアラス而シテ此ノ兩者ノ關係ハ第一審
 ト上訴審トハ大ニ其結果ヲ異ニス是等ノ點ニ就キ具體的ニ論述セラレサリシハ
 聊カ遺憾トスル所ナリ

二〇六 妨訴ノ抗辯ハ本案ニ付テノ被告ノ辯論前同時ニ之ヲ提出ス可シ
左ニ掲クルモノヲ妨訴ノ抗辯トス
第一 無訴權ノ抗辯(下略)

係争事件ニ付キ仲裁契約ノ存在ヲ理由トシテ無訴權ノ妨訴抗辯ヲ提出スルコトヲ得ヘキヤ

按スルニ本訴ハ定期米賣買ノ委託者タル原告ヨリ其仲買人タル被告ニ對シ其賣買利益金ノ支拂並ニ證據金ノ返還ヲ求ムト云フニ在リテ即チ私法上ノ利益ノ保護ヲ以テ其目的トスルモノナレハ其事件ノ民事事件ニシテ性質上司法裁判所ノ審判スヘキ權限ニ屬スヘキモノナルコト明カナリ而シテ無訴權ノ抗辯ハ原告ノ提起シタル事件カ司法裁判所ノ權限ニ屬セスシテ他ノ官廳ノ權限ニ屬スヘキ場合ニ於テ始メテ之ヲ主張シ得ヘク無訴權ナルヤ否ヤハ專ラ事件ノ性質ニ依ルモノニシテ仲裁契約ハ係争事件ヲ國家機關ニ非サル仲裁人ノ判斷ニ一任スルノ契約ニシテ之ニ依リ民事事件ノ性質ヲ變シテ之ヲ他ノ事件ト爲スモノニアラサルコト勿論ナルヲ以テ右ノ如ク本件ニシテ其性質民事事件タル以上ハ假ニ被告ノ謂フカ如ク當事者間ニ於テ仲裁契約存在シタリトスルモ之カ爲メニ本件ノ民事事件タル性質ヲ變更スルモノニ非サルカ故ニ被告ハ其仲裁契約ノ存在ヲ利用シテ本案ノ抗辯トシテ原告ノ請求權自體ノ排斥ヲ求ムルヲ得ルハ格別此場合ヲ以テ無訴權ナリトシ妨訴ノ抗辯ヲ提出スルコトハ之ヲ許ス可カラズ(大阪地方裁判所元年(ワ)七三七號民三判決法律新聞第八三〇號二三頁以下要領)

同趣旨

仲裁契約ニ基キ被告カ本案ニ付テノ答辯ヲ拒ムハ無訴權ノ抗辯ト稱スルコトヲ得ス

反對

斯ノ如キ抗辯ハ形式上ノ抗辯即チ訴訟ノ成立要件ニ關スル抗辯ニ非スシテ實體上ノ抗辯ニ屬スルモノナリ(岩田氏民事訴訟法原論五版六四九頁)
元來仲裁契約ヲ以テスルコトヲ得ヘキ事項ハ私權上ノ關係ニ過キサルヲ以テ之ヲ無訴權ト爲スハ稍不穩當ノ嫌アリ(今村氏中央大學講義錄)

囑託者ノ陳述ニ基キ作成セラレタル公正證書ハ囑託者ノ陳述シタル事實自體ニ付テハ公正ノ效力アルモ其陳述カ真正ノ事實ナリヤ否ヤニ付テハ公正ノ效力ヲ有セサルモノトス

甲第四號證ノ二ハ被上告人ノ更ニ干與セサルモノナルノミナラス其冒頭ニ明記アル如ク公正證人カ囑託者ノ陳述ニ基キ作成シタルモノナレハ囑託者カ公正證人ノ面前ニ於テ記載ノ如キ事項ヲ陳述シタルコトニ付テハ公正ノ效力アルヘシト雖トモ其陳述セラル所カ果シテ真正ノ事實ナルヤ否ヤハ他ノ事情ニ參照シテ之ヲ判斷スルモ決シテ不法ニアラサズ故ニ原院カ上告人ノ岡部長ト共ニ長ノ債務免脱ヲ計畫セル事情ニ參照シテ甲第四號證ノ二ノ記載事項ヲ眞實ナリト認メ難シト判示シタルハトテ之ヲ不法ト謂フ可カラズ(大審院四五年(オ)二五七號大正元年一月一四日民一判決)

民訴

五九九

抵當アル債權ノ差押ノ場合ニ於テハ債權者ハ債務者ノ承諾ヲ要セスシテ其債權ノ差押ヲ登記簿ニ記入スル
權利アリ此記入ノ申請ハ裁判所ニ之ヲ爲ス可シ其申請ハ差押命令ノ申請ト之ヲ併合スルコトヲ得
裁判所ハ義務ヲ負フタル不動産ノ所有者(第三債務者)ニ差押命令ヲ送達シタル後記入ノ手續ヲ爲ス可シ

二一九

民訴五九九條ニ依リ債權ノ差押ヲ登記簿ニ記入シタルトキト雖トモ差押前既ニ
有效ニ債權ノ讓渡シアリタル場合ニ於テハ抵當權ノミニ付キ獨立シテ差押ノ効
力ヲ生スルモノニアラス

案スルニ抵當權ハ債權ヲ擔保スル從タル物權ナレハ其債權ノ差押アリタル場合ニハ
差押ハ抵當權ニ對シテモ亦當然効力ヲ及ホスヘキノ理ナリ然レトモ差押命令ヲ第三
債務者ニ送達スルノミニ因リ差押カ抵當權ニ對シテモ其効力ヲ及ホスモノトスルト
キハ抵當物ニ付キ正當ノ利害關係ヲ有スル第三者ハ差押アリタルコトヲ知ラサル結
果不測ノ損害ヲ招クノ虞アリ此虞ヲ避クルノ方法トシテ民事訴訟法第五百九十九條
ハ抵當アル債權ノ差押ノ場合ニハ其債權ノ差押ヲ登記簿ニ記入スルノ手續ヲ定メタ
ルモノナリ同條ハ債權ノ差押ト併行シテ抵當權ノ差押ヲ爲シ得ヘク二者獨立ノ効力
ヲ生スル旨ヲ定メタルモノニアラスコトハ債權ノ差押ヲ登記簿ニ記入セシメ抵當
權ノ差押ヲ登記簿ニ記入セシメサルニ依ルモ之ヲ知ルニ難カラス故ニ抵當アル債權
ヲ差押ヘタル場合ニ其債權ニシテ差押前既ニ有效ニ第三者ニ對抗シ得ヘキノ方法ニ於
テ讓渡セラレ差押債務者ニ屬セサルモノナランニハ債權ノ差押ハ其効力ヲ生セサル
ヲ以テ假令其債權ノ差押ヲ登記簿ニ記入スルモ之ヲ以テ第三者ニ對シ抵當權ニ付キ
差押ノ効力ヲ主張スルヲ得サルモノトス(大審院大正元年(一八八五)號同年一月二六日
民一判決)

參照スヘキ學說判例ナキモ抵當權カ債權ノ擔保タル性質ヨリ論シテ至當ノ判決
ナリト信ス

六八七

競落人ハ代金ノ金額ヲ支拂ヒタル後ニアラサレハ不動産ノ引渡ヲ求ムルコトヲ得ス
競落人若クハ債權者競落ヲ許ス決定アリタル後引渡アルマテ管理人ナシテ不動産ヲ管理セシメ
トキハ裁判所ハ之ヲ命ス可シ
債權者カ引渡シヲ拒ミタルトキハ競落人若クハ債權者ノ申立ニヨリ裁判所ハ執達吏ヲシテ債權者ノ占有ヲ解キ其不
動產ヲ管理人ニ引渡サシム可シ

不動産競賣ノ競落人ハ競落代金支拂後ト雖トモ債務者カ引渡ヲ拒ミタル場合ニ
於テ引渡命令ノ申請ヲ爲スコトヲ得ヘキノナリヤ

本報告ノ要領ハ抗告人カ本件不動産ヲ競落シ既ニ代金支拂済ナルニ債務者堀川庄松
ニ於テ該不動産ヲ引渡ササルニ依リ競賣法第三十二條民事訴訟法第六百八十七條ニ
基キ執達吏ヲシテ債務者ノ占有ヲ解キ且競落人ニ引渡スヘキ命令ヲ發セラレシコト
ヲ奈良區裁判所ニ申立タル所同裁判所カ右民事訴訟ノ規定ハ競落許可決定後代金
支拂前ノ場合ニ限り適用スヘキノニシテ本件ノ場合ニ該當セサルモノノ如ク誤解
シタル結果抗告人ノ右申立ヲ却下セラレタルハ不當ナルニ付キ主文ト問題旨ノ裁判
ヲ求ムル爲メ抗告ニ及ヒタル次第ナリト云フニアリ
依テ案スルニ民事訴訟法第六百八十七條第三項ニハ管理人云々ノ文辭アルニ依リ文
理解釋上同項ハ單ニ同條第二項ノミナ承ケタルモノニシテ第一項ノ競落代金ヲ支拂
ヒタル場合ヲ包含セサルカ如キ觀アリト雖トモ同條立法ノ沿革ヲ稽フルニ我民事訴

民訴

三三〇

訟法中不動產強制執行法規ノ母法タル普魯西國不動產強制執行法第九十八條第一項ニハ右我民事訴訟法第六百八十七條第一項ト同一ノ規定及第二項ニハ前同條第二項ト同一ノ規定アルノ外之ニ強制管理ニ關スル同法第四百四條即我民事訴訟法第七百一十一條ニ該當スルモノヲ準スル旨規定シ其末次ニ至リテ申立ニ依リ不動產ハ其所在地ニ於テ裁判所ノ吏員又ハ執達吏ニヨリ引渡サレル旨ヲ規定シ以テ第一項ノ代金支拂ノ場合ニモ不動產ノ引渡ヲ強要シ得ヘキ旨ヲ明確ニセリ而シテ我民事訴訟法第一草案ヲ見ルニ其第七百九十條第二項ニハ義務者不動產ノ引渡ヲ拒ムトキハ罷落言渡ノ執行命令書ニ基キ罷落人ヲシテ之ヲ保有セシムトアリ又同第二章第六百九十九條第一項ニハ代金完納後不動產ノ引渡ヲ強要シ得ヘキコト同第二章第六百九十九條第二項ニハ管理處分ノコト第三項ニハ第一項第二項ノ結果ヲ承ケテ債務者カ引渡ヲ拒ミタルトキハ債權者若クハ罷落人ノ申立ニ因リ債務者ノ占有ヲ解キテ引渡サシムヘキ旨ヲ規定シ能ク前項母法ノ律意ヲ繼承シ來リタルニ之ヲ修正シテ現行法第六百八十七條ニ確定スル際其第三項ニ管理人ナル文字ヲ挿入シタル爲メ同項ハ第一項ヲ受ケサルカ如キ結果ヲ來スニ至リタルモ毫モ其間ニ於テ母法及第一、二ノ草案ノ律意ヲ變更シタル形迹ト其理由トヲ發見スルコトヲ得サル而已ナラス寧ロ代金支拂後ノ罷落人カ引渡ヲ強要シ得ヘキコトハ同條ノ律意上明白ニシテ別ニ明文ヲ要セスト思料シタル結果タルコトヲ窺知シ得ヘキカ故ニ論理解釋上同條ハ代金支拂ヒタル罷落人モ亦第二項ノ場合ト同様ニ引渡ヲ拒ミタル債務者ニ對シ執達吏ヲシテ之ヲ強要セシム可キ命令ヲ發セラレンコトヲ申立テ得ルモノト觀察セサルヘカラス若シ然ラザレバ代金支拂前ノ罷落人ハ債務者ニ對シ其不動產ヲ管理人ニ引渡スヘキコトヲ強要シ得ヘキ途アルニ拘ハラス代金完納後ニ於テハ格段ノ訴訟ヲ提起スルニアラザレハ之レカ引渡ヲ強要スルコトヲ得サル結果遂ニ一個ノ強制執行處分ヨリ更ニ他ノ確定

判決ノ強制執行ヲ俟ツニアラサレハ之ヲ完結スルコト能ハサルノ奇觀ヲ呈スルニ至ルヘケレハナリ(奈良地方裁判所四三年(マ)二〇號民事部判決法律新聞第八三一號二六頁)

同趣旨

不動産引渡命令ハ競賣代金全部ヲ支拂ヒタル後ト雖モ之レヲ爲スコトヲ得(新潟地方裁判所三五年七月八日判決)
民事訴訟法第六百八十七條第二項ハ管理人ナル文字ヲ用フルモ立法ノ精神及沿革ニ徴スルトキハ競賣代金ヲ支拂ヒタル罷落人ハ勿論罷落人若クハ債權者モ共ニ債務者カ不動產ノ引渡ヲ拒ミタルトキハ執達吏ヲシテ之カ引渡ヲ強要セシムヘキ法意ナリト解釋セサルヲ得ス(大阪地方裁判所三八年十一月判決)

反對

不動産罷落人カ代金ノ全部ヲ支拂フタル上ハ民事訴訟法第六百八十七條第二項第三項ヲ適用スヘキニ非ス(東京地方裁判所三五年七月二十八日判決)
立法上斯ル執行ヲ許スナ至當トスト雖現行法ニハ特別ノ規定ナキヲ以テ更ニ訴ヲ以テ引渡ヲ求ムルノ外ナカレシ(岩田氏民事訴訟法原論五版下卷二五二頁以下)
引渡命令ノ申請ハ代金支拂以前ナルコトヲ要ス蓋シ代金金額ヲ支拂ヒタル後ニ在テハ罷落人ハ其不動產ノ引渡ヲ債務者ニ對シテ求ムルコトヲ得ルモノナレハ特ニ管理人ヲ定メテ其管理人ニ引渡サシムヘキ必要ナケレハナリ(佐藤重三氏強制執行法不動產強制競賣論四一頁以下要領)

實際上ノ便宜ニ反スルモ解釋上ハ反對說ヲ可トスベシ

民訴

二二四

七三七 假差押ハ金錢ノ債權又ハ金錢ノ債權ニ換ユルコトヲ得ヘキ請求ニ付動産又ハ不動産ニ對スル強制執行ヲ保
全スル爲メ之ヲ爲スコトヲ得
七三八 假差押ハ未タ期限ニ至ラサル請求ニ付テモ之ヲ爲スコトヲ得
七三九 假差押ハ之ヲ爲サレハ判決ノ執行ヲ爲スコト能ハス又ハ判決ノ執行ヲ爲スニ著シキ困難ヲ生スル恐アル
トキ殊ニ外國ニ於テ判決ノ執行ヲ爲スニ至ル可キトキハ之ヲ爲スコトヲ得
七四〇 本案ノ未タ繫屬セザルトキハ假差押裁判所ハ債務者ノ申立ニ因リ口頭辯論ヲ經スシテ相當ニ定ムル期間内
ニ訴ヲ起スヘキコトヲ債權者ニ命スヘシ
此期間ヲ徒過シタル後ハ債務者ノ申立ニヨリ終局判決ヲ以テ假差押ヲ取消スヘシ
(參照)民法一三七 左ノ場合ニ於テハ債務者ハ期限ノ利益ヲ主張スルコトヲ得ス
一 債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキ
二 債務者カ擔保ヲ毀滅シ又ハ減少シタルトキ
三 債務者カ擔保ヲ供スル義務ヲ負フ場合ニ於テ之ヲ供セザルトキ

辨濟期ノ未タ到來セサル債權ニ付キ假差押アリシ場合ニ起訴命令ヲ受ケタルト
キハ其起スヘキ訴ハ確認訴訟ナリ

原告カ被告ニ對シテ本訴ノ債權ヲ有スルコト並ニ原告ハ被告ニ對シ該債權ノ強制執
行ヲ保全スル爲メ假差押ヲ爲シタル處被告ノ申請ニ依リ起訴命令アリタルコトハ當
事者間ニ爭ヒナキ所ナリ仍テ審案スルニ債權者カ辨濟期ノ未タ到來セサル債權ニ付
強制執行ヲ保全スル爲メ假差押ヲ爲シタル場合ニ於テ起訴命令ヲ受ケタルトキ其起
訴ハ其訴カ確認訴訟ナルコトハ勿論ナリ(新見區裁判所大正元年(ハ七七號判決法律新
聞八三三號二五頁以下要領)

同趣旨

新ナル場合ニ如何ナル訴ヲ提起スヘキヤハ一問題ナリ蓋シ請求ニ付キ確認訴訟ヲ起

シ得ヘキハ勿論債務者カ擔保ヲ減少シタルノ故ヲ以テ期限ノ利益ヲ失フ場合(民一三
七)ニテ直チニ訴訟ヲ起スコトヲ得ヘキモノナラシ(今村氏中央大學講義錄)
假差押ニ依リ保全セント欲スル請求カ期限附ナルトキハ假差押原告ハ唯確認訴訟ヲ
提起スレハ足ル(松岡氏日本大學講義錄)

至當ノ見解ト信ス但民法第三百三十七條ニヨリ債務者カ期限ノ利益ヲ失ヒタルト
キニ於テハ債權者カ給付判決ヲ求メ得ルコト勿論ナリ

受託判事カ囑託事項以外ノ事項ヲ證人ニ訊問スルハ違法ナルモ之ニ對シテ異議
ヲ申立テサリシトキハ後日ニ至リ證人供述ノ無效ヲ主張スルコトヲ得ス

受託判事カ囑託セラレタル訊問事項ニ牽聯セサル事項ヲ證人ニ訊問スルハ違法ナル
ヲ免レスト雖モ之ニ對シ異議ヲ申立ツルコトナク默過シタルニ於テハ責問權ノ喪失
ヲ來タスヘキヲ以テ後日ニ至リ其不法ヲ理由トシテ證人ノ供述ヲ無効ナリト論争ス
ルヲ得ス原判決ニ採用シタル證人宇都繁ノ供述ハ受託判事ノ證據決定ニ基キ囑託セ
ラレタル訊問事項以外ノ事項ヲ訊問シタルニ對シ答ヘタルモノニ係ルコト所論ノ如
シト雖トモ上告人カ其訊問ヲ違法ナリトシテ異議ヲ申立テシ事蹟ノ記録上徴知ス可
キモノナケレハ之ヲ理由トシテ原院カ其供述ヲ採用シタルヲ不法ナリトスルヲ得ス
(大審院大正元年(ハ四九號同年一月二十六日民一判決)

責問權ノ性質及責問權ノ喪失ノ效果ニ付テハ民訴七七頁以下「責問權ヲ論ス」及同
八七頁「責問權ノ喪失」參照

民訴

二二四

一六七 法律上ノ期間ハ裁判所ノ所在地ニ住居セザル原告若クハ被告ノ爲メ其住居地ト裁判所所在地トノ距離ノ割
合ニ應シ海陸路八里毎ニ一日ヲ伸長ス八里以外ノ端數三里ヲ超ユルトキモ亦同シ
裁判所ハ外國又ハ島嶼ニ於テ住所ヲ有スル原告若クハ被告ノ爲メ特ニ附加期間ヲ定ムルコトヲ得

上訴裁判所ノ所在地ト上訴當事者ノ住所トノ距離ニ依リ上訴ノ期間ヲ算定スル
場合ニ於テハ原裁判所ノ判決送達當時ニ於ケル當事者ノ住所ヲ標準トナスヘキ
モノトス

當事者ノ一方カ上訴ヲ爲スニ當リ上訴裁判所ノ所在地ト上訴ヲ爲ス當事者ノ住所ト
ノ距離如何ヲ審査シ因テ以テ上訴ノ期間ヲ定ムルニ付キテハ原裁判所ノ判決送達當
時ニ於ケル當事者ノ現住所ヲ標準トシテ之ヲ決定スルコトヲ要シ其訴訟力權利拘
束トナリタル當時ニ於ケル當事者ノ住所ヲ基本ト爲スヘキモノニアラス蓋シ訴訟當
事者カ權利拘束後ニ至リ其住所ヲ變更スルハ固ヨリ其自由ノ權内ニ屬スルモノナラ
ズ斯カル事實ノ生スルコトアルヘキハ立法者ノ豫想スル所ナルヲ以テ若シ立法ノ趣
旨ニシテ一旦訴訟力權利拘束トナリタル以上ハ常ニ其當時ニ於ケル當事者ノ住所ヲ
基礎トシテ上訴期間ヲ定ムルニアリトモ是即チ一ノ擬制ヲ設クルモノニ外ナラ
サルニ依リ法文ヲ以テ特ニ之ヲ明示セザルヘカラサル筋合ナリトス(大審院四五年(オ)
一五六號大正元年一月一日民二判決)

被控訴人ハ自己ノ控訴ヲ放棄シタルトキ又ハ控訴期間ノ經過シタルトキト雖モ附帶控訴ヲ爲スコトヲ得

二個ノ請求ニ對シ同一判決ヲ以テ裁判セラレタル場合ニ其一個ノ請求ニ關スル
裁判ニ對シテノミ控訴アリタルトキト雖トモ相手方ハ不服ノ申立ナキ他ノ請求
部分ニ對シテ附帶控訴ヲ爲スコトヲ得ヘシ

控訴人ハ本訴地料辨償請求事件ノ判決ハ控訴期間ノ經過ニ因リ已ニ確定シ居ルカ故
ニ之ニ對スル被控訴人ノ附帶控訴ハ不合法ナル旨抗爭スルモ二個ノ請求ニ對シ同一
ノ判決ヲ以テ之カ裁判ヲ爲シタル場合ニ於テ其一個ノ請求ニ關スル部分ノ裁判ニ對
シテノミ當事者ノ一方ヨリ控訴ヲ提起シタルトキハ他ノ一方ハ不服ノ申立ナキ他ノ
請求部分ノ裁判ニ對シテモ附帶控訴ヲ爲シ得ヘキコトハ民事訴訟法第四百五條第一
項ノ法意ニ照シ明カナルヲ以テ本件ニ於テ控訴人カ已ニ建物收去請求ノ部分ニ關ス
ル裁判ニ對シ控訴ヲ提起シタル以上ハ之ト同一ノ判決ヲ以テ裁判セラレタル地料辨
償請求ニ關スル裁判ニ對シテ被控訴人ハ控訴期間ノ經過後ト雖トモ猶ホ附帶控訴ヲ
爲シ得ヘキハ當然ニシテ毫モ不法ノ點ナケレハ控訴人ノ此抗辯ハ亦理由ナシ(長崎控
訴院九十九號民一判決法律新聞第八三二號二八頁)

正當ノ解釋ナリ同趣旨ノ判例學說ヲ左ニ紹介ス

- 一 四〇年大審院判決錄一二七九頁、三六年前同上、一六〇頁、三七年同上五八九頁
- 一 岩田氏民事訴訟法原論七五四、七五六頁、

二二 不動産ニ付テハ其所在地ノ裁判所ハ總テ不動産上ノ訴殊ニ本權並ニ占有ノ訴及分割並ニ境界ノ訴ヲ專ラニ管
轄ス

地役ニ付テノ訴ハ承役地所在地ノ裁判所專ラニ之ヲ管轄ス
(參照)民法三九五 第六百二條ニ定メタル期間ヲ超エサル貸借ハ抵當權ノ登記後ニ登記シタルモノト雖トモ之ヲ
以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得但其實貸借力抵當權者ニ損害ヲ及ホストキハ裁判所ハ抵當權者ノ請求ニ因リ其解
除ヲ命スルコトヲ得

抵當權者カ民法三九五條ノ規定ニ從ヒ貸借ノ解除及ヒ登記抹消ノ請求ヲ爲ス
ハ物權ノ效力ニ依ルモノナルカ故ニ其裁判管轄ハ民訴二二條專屬管轄ニ依ルヘ
キモノトス

當裁判所ハ職權ヲ以テ本訴ノ管轄ニ付キ審案スルニ不動産上ノ專屬管轄ノ規定タル
民事訴訟法第二十二條ニ所謂不動産上ノ訴トハ不動産ニ關スル物權自體ノ效果タル
請求權即チ物上請求權ノ行使ニ因ル訴ノ義ニシテ本件ノ如ク民法三百九十五條ノ規
定ニ依リ被告間ノ貸借力抵當權者タル原告ニ損害ヲ及ホストキハ理由トシテ其貸借
解除ノ宣言ヲ求メ且ツ之ト同時ニ該貸借ノ解除ノ前提トシテ貸借權登記ノ抹消手
續ヲ請求スルハ何レモ抵當權ノ効力ヲ主張スルモノニシテ畢竟抵當權ノ効力タル物
上請求權ノ行使ニ外ナラザレハ本訴ハ抵當權ノ目的物タル不動産ノ所有地タル神戸
市ヲ管轄スル裁判所ノ管轄ニ專屬スルモノナリ(大阪地方裁判所四五(ワ)五一三號民二
判決法律新聞第八二九號二四頁)

至當ノ見解ト信ス

第一審又ハ第二審ノ判決ニシテ假執行ノ宣言ナカリシモノ又ハ條件附ノ假執行ノ宣言アリタルモノハ上訴

上級審ニ於テ不服申立中ニ包含セラレサル部分ニ付キ假執行ノ宣言ヲ附シタル
場合ニ於テ後ニ至リ該不服申立ヲ擴張シタリトスルモ該假執行ノ宣言ハ何等ノ
影響ヲ受クルコトナシトス

ヲ以テ不服申立テサル部分ニ限リ口頭辯論進行中ニ爲シタル原告若クハ被告ノ申立ニ因リ上級審ニ於テ其判決
假執行ノ宣言ヲ付ス可シ

第五百九條ニ依レハ不服申立ナキ部分ニ付キ口頭辯論ノ進行中假執行ノ申立ヲ爲ス
トキハ直ニ決定ヲ以テ假執行ヲ宣言ス他ノ場合ニ於ケル如ク愈々口頭辯論ヲ終結シ
判決ヲ爲ス際之ト共ニ假執行ヲ宣言スヘキモノニ非ス(五〇七)故ニ右ノ申立ヲ爲ス
時迄ニ未ダ上訴又ハ附帶上訴無シトコトアレハ十分ニシテ將來或ハ上訴ノ擴張若
クハ附帶上訴等アルヘキト否トハ問フ所ニ非ス從ヒテ本問ノ如ク後日不服ノ申立
アリタル場合ニテモ之カ爲メ曩ノ假執行宣言ハ決シテ當然無効トナルモノニ非ス(法學
士前田直之助氏法學新報二二卷一一號一〇三頁以下要領)

當然ノ解釋異論アルヘキ筈ナシ

村長ノ山林ノ反別其共有者ノ割合等ニ付キ爲シタル證明書ハ公正證書ト謂フコ
トヲ得ス

市長カ山林ノ反別其共有者及ヒ其持分ニ付キ爲シタル甲第八號證ノ如キ證明書ハ公正證書ヲ以テ論スヘキモノニ非ス何トナレハ市長ハ斯ル證明書ヲ作ルコトハ法律ノ規定セサル所ナレハナリ然レハ第八號證ハ其證明事項ニ付キ公正證書ノ如キ完全ナル證據力ヲ有スルモノニ非ス隨テ其取捨ハ裁判所ノ專權ニ屬スルカ故ニ原院力之ヲ採用セス又之ヲ採用セザリシ理由ヲ說示セサルヲ不法ナリトスル本論旨モ理由ナシ

(大審院(オ)四九同號年一月二六日民一判決)

市町村長カ山林ノ反別其共有持分ノ割合等ニ付キ作成シタル證明書ハ公正證書ニ非スト云フヲ正當トス何トナレハ公正證書ハ官公吏カ其權限内ニ於テ法定ノ形式ニ從ヒ作成シタル文書ヲ云フモノナレハ本件ノ證明書ノ如キハ町村長ニ其權限ヲ認メタル法令ナキヲ以テナリ此理由ニ基ク本件判決ハ正當ナリ

差戻判決

第一審ニ於テ訴訟手續ニ違背アリトスルモ之ヲ原審ニ差戻スト否トハ控訴裁判所ノ自由ナリ

第一審最終ノ口頭辯論調書ニハ當事者代理人ハ云々證據調ノ結果ニ付訴訟關係ヲ表明シテ互ニ辯論ヲ爲シタリトアリテ當事者カ最終ノ辯論期日ニ於テ訴訟關係ノ全體ニ付テ辯論ヲ爲シタルコト明カナリ而シテ第一審判決ヲ爲シタル判事ハ即チ此辯論

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

ニ臨席シタル判事ナレハ其判決ハ民事訴訟法第二百三十二條ニ違背シタルノ不法ナシ假リニ此クノ如キ不法アリトスルモ民事訴訟法第四百二十三條ニ依リ第一審判決ヲ廢棄シテ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スカ又ハ自ラ事件ノ裁判ヲ爲スカハ原院ノ自由ニ撰擇シ得ル所ナルヲ以テ原院カ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻サザリシハ不法ナリトスル本論旨ハ到底探ルニ足ラサルモノトス(大審院大正元年(オ)一〇三號同年一月二二日 事判決)

占有ノ推定

(參照)民一八八 占有者カ占有物ノ上ニ行使スル權利ハ之ヲ適法ニ有スルモノト推定ス

占有者カ占有物上ニ行使スル權利ヲ爭フ者ハ之カ立證ノ責任アリ

案スルニ被告カ明治三十四年十月十四日以來本件公債證書ヲ占有シ明治四十一年一月之ヲ競賣ニ付シタル事實ハ原告モ爭ハサル所ナレハ原告ハ民法第八十八條ノ推定ヲ受ク可キモノトス即チ占有者タル被告カ占有物タル本件公債證書ノ上ニ行使スル權利ハ適法ニ之ヲ有スルモノトノ推定ヲ受クヘキモノニシテ原告ニ於テ被告カ適法ニ權利ヲ有スルモノニアラスト主張スルニハ須ラク推定ヲ覆ス可キ反對ノ證據ヲ提出セサル可カラス然ルニ原告ハ此點ニ付キ右推定ヲ覆スニ足ル反證ヲ提出セサルヲ以テ被告ハ適法ニ本件公債證書ニ付キ權利ヲ有スルモノト認ム(大阪地方裁判所四年(ワ)一六四號民三判決法律新聞第八三五號二五頁)

法律上ノ推定ニ對スル反對事實ヲ主張スル者ハ凡テ立證ノ責任アルコトハ舉證責任ノ原則ナリ

民事訴訟法第二九八條第四號ハ間接ニ財産上ノ損害ヲ惹起スヘキ虞アルカ如キ場合ヲ包含セス

民事訴訟法第二九八條第四號ハ問ニ付テノ答辯ノ結果ニ因リ債人カ自己ノ債務アリト爲ササルヘカラサルニ至リ又ハ自己ノ債務ニ付キ執行ヲ容易ナラシムルニ至ルカ如ク直接ニ財産上ノ損害ヲ被ルヘキ場合ノ規定ニシテ間ニ付テノ答辯カ唯間接ニ財産上ノ損害ノ影響ヲ生スル虞アルカ如キ場合ハ之ヲ含マス被上告會社カ瓦新「コークス」ノ製造販賣ヲ獨占シ証人三好良人カ其市內特約販賣店ナルノ一事ハ或ハ問ニ付テノ答辯カ間接ニ証人ノ財産ニ影響ヲ及ボスヘキコトアルモ之ヲ民事訴訟法第二九八條第四號ニ該當スルモノト爲スヘカラサルハ明カナルヲ以テ原院カ宜シ(大審院大正元年(オ)第七號大正元年十月十五日民一判決)

内容ノ變更セラレタル公正證書ト債務名義

公正證書記載ノ内容ヲ爲ス債務ノ條項カ其後ニ至リ變更セラレタルトキハ其變更ハ從タル債務ニ屬スヘキ利息ニ付債務ヲ無利息債務ト爲シタルノ外單ニ支拂期ヲ異ニシタルトキ過キスシテ原告主張ノ如ク更改シタルモノトハ解シ難キ場合ト雖トモ公證人作成ノ公正證書カ債務名義タルニハ債務者カ其内容ヲ爲ス債務ニ付キ強制執行ヲ受

タヘキ旨ヲ承諾シタルコトヲ要件ト爲スニ徴スレハ若シ其内容ヲ爲ス支拂ノ時期又ハ條件等ニ關シ當初ノ約款ヲ變更シタル條項カ債務者ノ不利益ニ歸スル場合ハ勿論債務者ノ利益ニ歸スル場合ニ於テモ債務者カ其變更條項ニ對シ拘束ヲ受ケルハ從來ノ債務名義ハ消滅シタルモノト云フヘク從テ債權者ハ斯カル場合ニ債務者ノ變更條項ノ違背ヲ事由トシテ直ニ舊條項ヲ内容トスル公正證書ニ基キ執行權ヲ有セサルモノト論斷セサルヘカラス大阪地方裁判所(ワ)八九三號民二判決法律新聞八三五號(二六頁要領)

右ノ判決ハ至當ナル見解ナリ則チ債權者カ執行ヲ實施スルニハ債務名義ニ執行文ヲ附セサル可カラス而シテ其後ニ於テ其債務名義カ内容ノ全部又ハ一部ヲ變更スルニ至リタルトキハ執行力ヲ有セシ正本ト雖モ之ニ基キ執行ヲ開始シ若クハ續行スルコト能ハサルハ本法第五四五條第五六一條ニ徴シテ疑ナシ右判文ニ表示セラルル債務辨濟期及其方法ニ就キ變更アルヲ以テ其變更前ニ於テ作成セラレタル執行正本ニ基キ執行ヲナス能ハサルハ當然ニシテ若シ尙ホ之ニ依リ執行ヲナシタルトキハ債務者ノ請求ニ關スル異議ニ依リ其執行ヲ排斥シ得ヘシ

同説
一...又一時請求スルコトヲ得サラシムル事實ヲ云フ...例ヘハ請求權カ延期契約ノ成立ニヨリ一時主張スルコトヲ得サルトキノ如シ(松岡法學士民訴法六編以下講義二八七、二八八頁)
二異議ノ事由ハ實體上ノ理由ニ基カサル可カラス例ヘハ...若クハ請求權ノ實行ニ就

キテ延期ナシタル如キ...要ス(岩田法學士民訴法原論下卷一三〇、一三一頁)

條件付請

五二八 執行力アル正本ハ判決ノ確定シタルトキ又ハ假執行ノ宣言アリタルトキニ限り之ヲ付與ス
判決ノ執行力其趣旨ニ從ヒ保證ヲ立ツル事ニ繫ル場合ノ外他ノ條件ニ繫ル場合ニ於テハ債權者カ證明書ヲ以テ其條
件ヲ履行シタル事ヲ證スルトキニ限り執行力アル正本ヲ付與スルコトヲ得

買取ノ意思表示ニ代ル可キ判決ヲ求メ更ニ其判決ノ確定ニ依テ發生スヘキ代金
ノ請求ヲ爲スモ不適法ニアラス
本件訴狀ニ依レハ其請求原因トシテ原告ハ被告等ヨリ大修繕ノ決議ヲ爲シタル旨通
知ヲ受ケタルニ依リ法定期間内ニ異議ヲ主張シ且相當代價ヲ以テ原告ノ持分權ヲ買
取ルヘク通知シタリ仍テ原告ハ被告ニ對シ相當代價ヲ以テ原告ノ持分權ヲ買取ル
可ク且右船舶ノ相當代價ハ金一萬四千六百圓ナルコトノ承認ヲ求メ其百分ノ二十五
ニ相當スル金三千六百五十四ノ支拂ヲ求ムル旨記載シアリテ第一回口頭辯論ニ於テ
原告ハ右訴狀ニ基キ原因事實ヲ陳述シタルコトハ同調書ノ記載ニヨリ明瞭ナリ被告
ハ買取ノ意思表示ニ代ハル判決ノ確定ニヨリテ生スヘキ債務ニ屬スル代金ヲ意思表
示ニ代ハル判決ト同時ニ請求スルハ失當ナリト抗爭スレトモ條理上斯ノ如キ請求ヲ
禁スヘキ理由ナキノミナラス民事訴訟法第五百十八條第二項ノ規定ヲ既味セハ訴訟
法上條件付請求ヲ認許シタルコトヲ知ルニ足ルヘク然シテ本件ノ如ク買取ノ意思表
示ニ代ハルヘキ判決ヲ求メ更ニ進ミテ其判決ノ確定ニ依リテ發生スル代金ノ請求ヲ
爲スハ即チ買取ノ意思表示ニ代ハル可キ判決ノ確定ヲ條件トシテ同時ニ其代金ノ支
拂ヲ求ムルモノト認ムヘキカ故ニ其請求ハ適法ニシテ被告ノ右抗辯ハ亦其理由ナシ

(長崎地方裁判所)一四〇號民事判決法律新聞第八三、二號二六頁)
右ノ判決ハ不當ノ見解ナリト信ス蓋シ

本件ノ如キ船舶共有者カ大修繕ヲナスノ決議ニ對シテ異議アル者カ法定期間内ニ自
己ノ持分ヲ買取ルヘキ意思表示ヲ他ノ共有者ニナシテ受ケタル者カ買取ノ意思表
示ヲナササルタメ之ニ代ハル裁判ヲ民法第四一四條ニ則チ請求ナシタル場合ニ
於テハ其訴ニヨリ意思表示ニ代ハル裁判アリテ其裁判確定シタル時始メテ決議ナ
シタル共有者ハ相當ノ一定金額ヲ異議アル共有者ニ給付スヘキモ其以前ニ於テハ履
行ス可キ義務並ニ實行シ得可キ權利ナルモノナク其權利義務ハ將來ニ於テナサル可
キモノナリ何トケレハ訴訟當時ニ於テハ未タ現實ニナシ可キ權利義務ニアラサシテ
將來則チ期限ノ到來ニヨリテ始メテナスヘキモノニ屬スレハナリ而シテ將來ノ給付
ヲ請求スル訴ハ民法第十九九條第九六二條等特別ノ明文アルトキハ格別然ラサル場
合ニ於テハ之ヲ許ササルモノト解スルヲ至當トス理由ハ私權ノ保護ハ特別ノ明文ア
ル場合ノ外現實其侵害アルトキノミ之ヲ認ムルモノト解スルカ右ノ明文ニ徴シテ比
較上妥當ナレハナリ本件判決ハ民事訴訟法第五一八條第二項ヲ根據トスルモ全然誤
解ナリ同條ノ條件トハ未發生ノ權利又ハ未到來ノ期限ニ關スル意ニアラサシテ既ニ
存在スルノミナラス現實行使シ得可キ權利カ或條件ニ繫ルノ義ナリ故ニ本件判決ハ
不當ナルモノト信ス吾人ト見解ヲ同シフスル學說ヲ紹介ス可シ(尙ホ民法三八六頁說
明參照)

給付ノ訴ハ本案ノ終局判決ニ接シテ口頭辯論ノ終結ニ際シテ原告カ被告ニ對シテ
 其請求ノ辯濟ヲ求ムルコトヲ得キトキニ限リ理由アルモノト云フ可シ(全上五〇
 一頁)
 二我現行法ニ於テハ將來ノ給付ヲ求ムル訴權ハ之ヲ認メス云々(岩田法學士民事訴訟
 法原論上卷二二五頁)

不法ノ
據排斥

争ヒナキ事實ノ判定

按スルニ上告人カ保身株券ヲ被上告人先代惣吉ヨリ賣得タルヤ否ヤハ本件ニ於テ
 其主張ノ争點ニシテ上告人ハ被上告人名義ノ株券名義書換ニ關スル委任狀即チ第
 二號證ヲ以テ被上告人ニ於テ其先代ト代官人間ニ成立シタル右賣買ヲ承認シタルコ
 トノ立證ニ供シタリ而シテ上告人ハ保身株券賣買ノ事實ヲ詳細セル被上告人ニ對シ
 株券名義書換ヲ請求シタルニ被上告人ニ於テ之ヲ承認シテ之ニ要スル委任狀ヲ作成
 シタル旨陳述シ被上告人ハ上告人主張ノ如ク委任狀ヲ上告人ニ交付シタルコトハ認
 ムルモ上告人ニ對シ保身株券ヲ擔保トシテ銀行ニ差入ルルコトヲ承諾シ其必要上交
 付シタル旨陳述シタルコトハ原判決ニ引用シタル第一審判決ニ掲ケタル所ニシテ委
 任狀使用ノ目的ニ付テハ當事者ノ主張スル所彼此一致セサルモ被上告人カ該委任狀即チ第
 二號證ヲ以テ上告人ハ惣吉死亡後被上告人ノ財産ヲ管理シ被上告人ノ實印ヲモ保管セシ
 カ故ニ其管理中株券書換ノ必要上作成シタルモノナルヤモ知ルヘカラスト爲シ給カ
 モ上告人自ラ被上告人ノ實印ヲ濫用シテ作成シタルモノノ如ク推斷シ以テ同證ヲ排

同趣旨判例

斥スルノ理由ト爲シタルハ當事者間ニ争ヒナキ事實ニ反スル事實ニ基キテ證據ヲ排
 斥シタルノ不法アルヲ免レサルモノトス(大審院四五年(オ)二〇九號大正元年一月五
 日民一判決)
 當事者間ニ於テ會テ争ハサル事實ヲ理由トシ基本トシテ爲シタル裁判ハ越權不法ナ
 ヲ(二五年大審院判決録四卷五八頁)
 裁判上ニ顯ハレサル虛無ノ事實ヲ提ヘ來リテ保身事件ノ判斷ノ資料ト爲シタル裁判
 ハ違法タルヲ免レサルモノトス(四一年七月二日大審院判決)

督促手
續中斷

支拂命令送達後異議申立前ニ於テ債權者又ハ債務者カ死亡シタルトキハ其後ノ
手續ハ如何ニスヘキヤ

一七八 原告若クハ被告ノ死亡シタル場合ニ於テハ承繼人カ訴訟手續ヲ受繼クマテ之ヲ中斷ス
 受繼ヲ遲滞シタルトキハ裁判所ハ申立ニ因リ受繼及ヒ本案辯論ノ爲メ其承繼人ヲ呼出ス(三項書)
 訴訟手續中斷ノ規定ニ從ヒ手續ヲ爲スヘシ異議ノ申立アルマテハ訴ナキカ故ニ中斷
 ノ規定ノ適用ナシトノ説アルモカクテハ債務者ノ死亡ノ場合異議ノ期間ハ手續ノ受
 繼ナキニ拘ラス進行シ債務者ノ利益ヲ害スヘク債權者ノ死亡シタル場合ニハ相續人
 ハ執行命令ヲ受クルヲ得サルヘシ故ニ一七八條ノ原告被告中ニハ督促手續ノ債權者

債務者ヲ包含スト解スヘシ異議ノ申立ハ辯論ニ於テ爲スヘキモノニ非サルカ故ニ受
繼テ遲滞シタル場合ニハ一七八條二項ノ適用ナキカ如キモ受繼ノミノ辯論ヲ爲スハ
一七八條ノ精神ニ反セス訴訟法カ受繼ノ手續ヲ判決ヲ以テ裁判スヘキ事項ト爲シタ
ル以上本案ニ付判決ヲ爲スト否トヲ分タサルモノト解ス(山内學士法學新報十八卷一
號六八頁以下要領)

同說

中斷ノ規定ハ第一編總則ニアルカ故ニ其適用ノ除外ニハ特別ノ明文ヲ要ス(前田法學
士法學新報十九卷第十號一〇八頁以下要領)

獨逸法ニハ債權者ノ相續人ハ執行命令ヲ求ムルヲ得スト雖モ我現行法ニ於テハ相續
人ヨリ受繼ノ申立ヲ爲シ且執行命令ヲ求ムルコトヲ得ヘク債務者死亡シタルトキハ
其相續人ヨリ亦受繼ノ申立ヲ爲シ且異議申立ヲ爲スヲ得ヘキモノトス(若田氏民事訴
訟法原論九〇〇頁)

此規定ハ他ノ訴訟手續ニ關シテ別段ノ定ナキ限リハ其訴訟手續ニ準用スヘキモノト
ス(仁井田博士民事訴訟法要論上卷四四一頁)

反對說

中斷中止ノ規定ハ訴訟繫屬後ノ規定ニシテ督促手續ノ如キ特別ノ場合ニ適用スヘキ
モノニ非ス(高木博士民事訴訟法論綱六六七頁)

中斷ノ規定ハ第一編總則ニアルカ故ニ特別ノ理由ナキ限リハ督促手續ニモ適用
アリトナスハ至當ナリ

法人ノ當
事者能力
調査ノ權

裁判所ハ常ニ法人ノ當事者能力ヲ職權ニヨリ調査スヘキ義務アリヤ

法人ハ其成立ノ目的ノ範圍内ニ於テ法人タル能力ヲ有スルモノナルコトハ勿論ナリ
ト雖トモ之ニ依リ直ニ裁判所ハ常ニ法人ノ目的ニ付キ職權ヲ以テ審査セザル可ラス
ト斷スルヲ得ス蓋シ法人ハ自然人カ生レナカラニシテ人格ヲ有スルト異ナリ一ニ法
律ノ規定ニ依リ人格ヲ取得スルモノナルヲ以テ人事ニ關スル法律關係ハ當然法人ノ
法律關係ノ目的ト爲ルモノニアラス從テ法人カ訴訟ノ當事者ト爲レル場合ニ其訴訟
ノ目的トナレル法律關係カ斯カル當然法人ノ目的以外ニ存スルコト何等疑テ容ル
ノ餘地ナキ場合ハ裁判所ハ敢テ當事者ノ主張ヲ待ツコトナク之ヲ審査シ得ヘシト雖
トモ若シ其訴訟ノ性質上係争ノ法律關係カ法人ノ目的以外ニ在ルコト明白ナラハ當事
者亦タ此點ニ付テ何等争フ處ナキトキハ裁判所ハ之ニ依リ當事者間ニ此點ニ付キ争
ヒナキモノト認ムルノ外ナシ從テ職權ヲ以テ之ヲ審査スルノ義務ナシ本件ニ付テハ
原告及ビ第一審ノ辯論ニ際シ原告人ハ單ニ被告上告人ト係争ノ請負契約ヲ爲シタルコ
トナシト争ヒタルニ止マリ一毫モ係争請負契約カ原告人ノ會社タル法人ノ資格ノ目
的外ニ在リテハ請負契約ヲ爲ス能力ナシト争ヒタル事實ノ認ムヘキモノナシ左レハ
原告カ其争點ト爲レル請負契約成立ノ有無ノ點ニ付テハ原告人ノ認ムヘキモノナシ左レハ
約ノ成立ノ事實ヲ認定シ敢テ係争關係カ原告會社ノ目的範圍外ニ在ルヤ否ヤノ點ニ
付キ審査ヲ爲ササルモ原告會社ハ商法ノ規定ニ基ク合資會社トシテ商人タル資格ニ
基キ他人ト請負契約ヲ爲スコトヲ得ヘキ筋合ナレハ……其審理ニ何事ノ違法ナレ
(東京控訴院元年(一)〇〇號民一判決法律日一八五號判例集一七九頁以下要領)

右ノ判例ハ不當ナリト信ス蓋シ訴訟當事者能力ハ訴訟ノ絕對的成立要件ナレハ
裁判所ハ當事者間ニ争アルト否トヲ問ハス當事者能力ノ存否ハ職權ヲ以テ之ヲ
調査スヘキモノナレハナリ
吾人ノ見解ト同説(岩田氏民訴原論二三七頁二三九)

不動產ノ
假差押
ノ
抵當權
ノ
認定

七三七 假差押ハ金錢ノ債權又ハ金錢ノ債權ニ換フルコトヲ得ヘキ請求ニ付キ動產又ハ不動產ニ對スル強制執行ヲ
保存スル爲メ之ヲ爲スコトヲ得
七五一 不動產ニ對スル假差押ノ執行ハ假差押ノ命令ヲ登記簿ニ記入スルニ因リテ之ヲ爲ス
不動產ノ假差押アリタル後其物ニ對シテ抵當權ノ設定アリタル場合ニ於ケル抵
當權ノ效力

假差押ニ因リテ債權者ノ享クヘキ利益ヲ害セサル限度ニ於テ其物上擔保權ノ設定其
他ノ行爲ヲ爲スコトヲ得故ニ此場合ニ於テハ抵當權ヲ取得シタル債權者ハ他ノ債權
者ニ對シ優先權ヲ主要スルヲ得ヘシ(法學士松岡義正氏法學志林一五卷第一號一〇〇
頁要領)

然リ假差押ハ金錢又ハ之ニ代フルコトヲ得ル請求ニ付キ其權利ノ實行ヲ保全ス

ルニ過キナルモノニシテ敢テ債務者ノ處分行爲ヲ絕對ニ禁スルモノニ非ス故ニ
假差押債權者ノ利益ヲ害セサル限りハ其有效ナルコト右所論ノ如シ本論ニ關ス
ル學說ノ參考トナルモノ左ノ如シ

假差押アリタル物件ヲ債務者カ處分シタルトキハ其處分ハ有效ナリヤ否ヤニ付キ假
差押ハ債務者ノ處分ヲ禁止スルモノナレハ無効ナリト此說誤レリ處分ノ禁止ハ債權
者ノ保護ニアリ絕對ニ禁止スルモノニ非ス故ニ債務者ノ處分ハ債權者ニ對シテノミ
無効ナルニ止マル云々(岩田法學士民事訴訟法原論下卷三〇五頁上卷一六五頁)

故障適否
ノ
口頭辯
論

故障ノ適否ニ付キ口頭辯論ヲ開ク必要アリヤ

二五八 前條ノ場合ヲ除ク外裁判所ハ故障申立ノ書面ヲ相手方ニ送達シ且故障ニ付キ口頭辯論ノ新期日ヲ定メ當事者
ノ双方ヲ呼出ス可シ
二五九 裁判所ハ職權ヲ以テ故障ヲ審ス可キヤ否ヤ又法律上ノ方式ニ從ヒ若クハ其期間ニ於テ故障ヲ申立テタルヤ
否ヤヲ調査ス可シ
若シ此要件ノ一ヲ缺クトキハ判決ヲ以テ故障ヲ不適法トシテ棄却ス
上告論旨第三點ハ原審ニ於ケル口頭辯論調査ヲ查閱スルニ故障ニ關シ之レカ審理ヲ
爲サレタル旨ノ記載ナシ民訴法第二五八條ノ規定ニ依レハ前條ノ場合ヲ除ク外裁
判所ハ故障申立ノ書面ヲ相手方ニ送附シ且故障ニ付キ口頭辯論ノ新期日ヲ定メ當
事者ノ双方ヲ呼出ス可シトアリ同條ノ規定タルヤ即チ故障ニ關スル辯論期日トス故
ニ裁判所ニ於テハ該期日ニ失フ故障力適法ナルヤ否ヤヲ審理シタル上其適法ナル場
合ニ於テ始メテ本案ノ辯論ヲ進ム可キモノナリト然ルニ原判決ニ於テ此訴訟手續

無視シ口頭辯論期日ニ於テ故障ニ關スル辯論並ニ裁判ヲ爲サス直チニ本案事件ノ
 審理ヲ爲シタルハ重要ナル訴訟手續ニ違背シタル違法アリト云フニアリ然レトモ原
 判決ハ故障ハ適法ナリト判示シアルノミナラス新辯論ニ基ク裁判ヲ爲シアルヲ以テ
 已ニ辯論期日ニ又故障ニ關シ審理シタルモノト認メ得ヘキノミナラス假リニ辯論ナ
 カリシトスルモ故障ニ關シ辯論ヲ爲シタルノ目的ハ故障ノ適否ヲ調査スルニアリ
 ナ不適法若クハ期間經過後ノ故障ナルトキハ其故障ヲ棄却シ新辯論ヲ開クコトナク之
 ニ反シ故障カ適法ナルトキハ新辯論ヲ爲スヘク故障申立人ノ相手方ニ對シテハ一ノ
 防禦ノ機會ヲ與ヘタルモノトス故ニ故障カ適法ニシテ相手方又異議ヲ申立ヌ新辯論
 ニ入りタルトキハ之ニ依リ故障申立人ノ故障ノ目的ハ達セラレタルモノト云フヘレ
 故ニ故障ノ適否ニ付テハ特ニ口頭辯論ヲ開ク必要ナク單ニ其調査ヲ爲スヲ以テ足リ
 其適法ナル場合ニ特ニ之ニ付キ特別ナル裁判ヲ爲スノ要ナキモノトス(東京控訴院元
 年(十)八九號民一部判決法律日々第一八五號判例集一八〇頁)

裁判長カ故障ヲ適當ト認メタルトキハ裁判所ハ其申立書ヲ相手方ニ送達セシメ
 且故障ニ付口頭辯論ノ新期日ヲ定ム(民訴法二五八條)茲ニ新期日トハ本案ノ辯論期日タ
 ルト同時ニ故障ノ適否ヲ審記スヘキ辯論期日ナリ何トナレハ若シ期日ヲ本案辯
 論期日ノミナリト解センカ故障ノ不適法ナル場合ニ於テモ裁判所ハ棄却ノ判決
 ヲ宣言シ得サルニ至ル蓋判決ハ必要ノ口頭辯論ニ基キテナスコトヲ要スレハナ
 吾人ハ右判例ニ賛スル能ハス(岩田氏民訴原論)七〇二頁參照)

民訴法四三 原告若クハ被告カ自カラ訴訟ヲナシ又ハ訴訟代理人ヲシテ之ヲナシメル能力ト法律上代理人ニ依レ
 ル訴訟無能力者ノ代表ト法律上代理人カ訴訟ヲナシ又ハ一ノ訴訟行爲ヲナスニ因テノ特別授權ノ必要トハ民法ノ規
 定ニ從フ

(參照)民法八八四 親權ヲ行フ父又ハ母ハ未成年ノ子ノ財産ヲ管理シ又其財産ニ關スル法律行爲ニ付キ其子ヲ代表
 ス但シ其子ノ行爲ノ目的トスル債務ヲ生スヘキ場合ニ於テハ本人ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス

同八八八 親權ヲ行フ父又ハ母ト其未成年ノ子ト利益相反スル行爲ニ付テハ父又ハ母ハ其子ノ爲メニ特別代理人ヲ
 選任スルコトヲ親族會ニ請求スルコトヲ要ス

父又ハ母カ數人ノ子ニ對シテ親權ヲ行フ場合ニ於テ其一人ト他ノ子トノ利益相反スル行爲ニ付テハ其一方ノ爲メ前
 項ノ規定ヲ準用ス

同八九五 親權ヲ行フ父又ハ母ハ其未成年ノ子ニ代ハリテ戸主權及ヒ親權ヲ行フ

未成年者ニ關スル訴訟ハ財産ニ關スルト否トヲ問ハス後見人ハ之カ代表資格ヲ
 有スルモノナリ

我民事訴訟法ニヨレハ特別ニ明文ナシト雖トモ未成年者カ訴訟ノ當事者ナル場合ニ
 ハ特別代理人ヲ選任スヘキ場合ノ外ニ法定代理人ニヨリテ代表セシムル趣旨タルコ
 ト明カナリ然ルニ後見人ヲ指テ他ニ未成年者ノ法定代理人タル者存在セサルヲ以テ
 未成年者ニ關スル訴訟ニ付テハ財産ニ關スルト否トヲ問ハス後見人カ代表資格ヲ有
 スルモノナリト解セサルヘカラス(東京控訴院四五(一)一九三號民三判決法律日々第一
 八六號判例集第一九九頁要領)

右ノ判旨ハ至當ナリ參考トナル可キ判例學說左ノ如シ

- 一 本書一卷民事訴訟法ノ部二〇四、二〇五頁參照
- 二 親權ヲ行フ父又ハ母ハ未成年ノ子ノ財産ニ關スル行爲ニ付テハ汎ク其子ヲ代表

スト雖モ財産ニ關セサル行爲ニ付テハ法律ニ於テ特ニ規定シタル場合ニ限リ其子ヲ代表ス(三四年大審院民事判決録四五頁)

三 奥田博士著親族法論三五七、四三六頁牧野法學士著日本親族法論三九一、四四六頁島田法學士明治大學親族法講義三二八、三六四頁參照同說

獨立の附帶控訴

四〇六

左ノ場合ニ於テハ附帶控訴ハ其效力ヲ失フ

第一 控訴ヲ不適法トシテ判決ヲ以テ棄却シタルトキ

第二 控訴ヲ取下ケタルトキ

然レトモ控訴人方控訴期間内ニ附帶控訴ヲシタルトキハ之ヲ獨立ノ控訴ト看做ス

四〇七 答辯書ニ新ナル事實若クハ證據方法ヲ掲ケ又ハ附帶控訴ヲ爲ス旨ノ陳述ヲ掲ケタルトキハ之ヲ控訴人ニ送達ス可シ

四一九 控訴裁判所ハ控訴ヲ許ス可キヤ否ヤ又控訴ヲ法律上ノ方式ニ從ヒ若クハ其期間ニ於テ起シタルヤ否ヤヲ職權ヲ以テ調査ス可シ若シ此要件ノ一ヲ缺クトキハ判決ヲ以テ控訴ヲ不適法トシテ棄却ス可シ

獨立の附帶控訴

(1) 要件 獨立の附帶控訴ハ法文ニ曰ヘル如ク被控訴人ノ控訴期間内ニ附帶控訴ヲ爲シタルコト是ナリ而シテ普通附帶控訴ヲ爲ストキハ主タル控訴ノ口頭辯論期日ニ於テ被控訴人カ口頭ヲ以テ附帶控訴ノ申立ヲ爲スコトヲ云フ其申立ニヨリテ附帶控訴ハ成立ス然レトモ本條ニ所謂控訴期間内ニ附帶控訴ヲ爲ストハ斯カル狹キ意義ニ解スヘキモノナリ蓋シ若シ斯クノ如ク狹ク解スヘキモノトセハ本條ノ適用ハ實際ニ上殆ント之ナキニ至ルヘシ故ニ茲ニ控訴期間内ニ附帶控訴ヲ爲シタルトキハ之ヲ廣義ニ解シ主タル控訴ノ口頭辯論期日ニ於テ被控訴人カ附帶控訴ノ申立ヲ爲シタル場合ハ勿論被控訴人カ控訴期間内ニ答辯回其他ノ準備書面ヲ以テ相手方ニ對シ附帶控

獨立の附帶控訴

訴ヲ爲ス可キ旨ノ送達ヲ爲シタル場合モ亦之ヲ包含スルモノト解ス可キナリ是レ獨逸ニ於テモ多數學者ノ見解一致スル所ナリ(Gunip § 522; Senffert § 522) 然レトモ後ノ場合ニ於テモ其書面ハ唯準備書面タルニ止マリ口頭辯論期日ニ於テ附帶控訴ノ申立ヲ爲シ其時ヨリ始メテ附帶控訴提起ノ效力ヲ生スルモノナリ

(2) 適用範圍 第四〇六號第二項ハ第一項ノ例外規定ニシテ主タル控訴力不適法トシテ棄却セラレ又ハ取下ケラレタル場合ニ於テノミ適用スヘキモ控訴期間内ニ爲シタル附帶控訴ハ獨立ノ控訴トシテ尙其效力ヲ持續シ得ル特別ノ利益アル旨ヲ定メタルモノナリ

(3) 效力 獨立ノ控訴ト看做サル結果ハ獨立ノ控訴トシテノ要件ヲ具備セサル可カラス例ヘハ被控訴人カ管テ自ラ控訴ヲ棄却セザリシコトヲ要ス若シ斯カル事實アリトスレハ獨立ノ控訴トシテハ其效力ヲ持續スルコト能ハス又獨立ノ控訴ト看做サレタル場合ハ訴訟費用ノミニ付テ不服ヲ申立テ裁判ヲ受クルコトヲ得ス然ルニ茲ニ所謂獨立トハ唯主タル控訴力不適法トシテ棄却セラレ又ハ取下ケララルルモ其效力ヲ妨ケラレザルノ點ニ於テ獨立ナリト解セリ(Gunip § 522) 然レトモ予輩ハ前說ヲ至當ト信ス隨テ獨立ノ控訴トナリタル以上ハ之ニ對シテ相手方ヨリ附帶控訴ヲ提起スルコトヲ妨ケス(法學博士加藤正治氏法學新報二三卷四一頁以下要領)

右ノ所論ハ大體ニ於テ異論ナシ唯タ被控訴人ノ控訴期間内ニ附帶控訴ヲ爲ス旨ノ書面ヲ相手方ニ送達シタルトキモ亦包含スト爲シ而カモ訴狀又ハ控訴狀ト異リ夫レ自體申立トシテ效力ヲ生セス相手方ノ口頭辯論期日ニ於テ附帶控訴ヲナス旨ノ陳述ヲナシタルトキハ邇及的ニ其申立ノ效力ヲ認ムルモノトスルハ理論

トシテ許ス可カラス何トナレハ如此ハ特別ノ明文ヲ俟テ提唱ス可ク之ナキ現行法ニ於テハ解釋ノ範圍ヲ脱スルニ至レハナリ然レトモ實際ノ便宜ヲ多トシ且ツ多數ノ學說同說仁井田博士民事訴訟法要論中卷八五四頁岩田法學士民訴法原論上卷七五八頁松岡學士明治大學講義第二〇(一頁)ナルヲ以テ右所論ニ賛同セン

公簿ト其證據力

市町村役場備付ノ圖面ハ公簿ナルヲ以テ他ニ確乎タル反證ナキ限ハ一應證據力ヲ有ス

役場備付ノ圖面ナルモノハ地租徵收等行政ノ目的ヲ以テ調製セラレ其圖面記載事項ノ如キハ所有權ノ存在ヲ確定スル效ナカルヘシト雖トモ苟モ公簿タル以上ハ漠然作成セラレタルモノト云フヘカラサルヲ以テ確乎タル反證ナキ限リハ一應證據力アルモノトスルモ敢テ不當ニアラサルヲ以テ本件判斷ノ資料ニ供シ被控訴代理人ノ村役場備付ノ圖面ヲ信スルヲ得ストノ抗辯ハ之ヲ排斥ス(東京控訴院四三(ネ)五九五號民三判決法律新聞第八三九條二五頁以下要領)

公務所ニ備付タル圖面ハ則チ公簿ニシテ單ニ相手方カ否認スルノミニテ其證據力ヲ失フ可キニアラス之ヲ排斥セント欲セハ抗爭者ニ於テ證明スルヲ要ス此理由ニ基ク右判決ハ正當ナリ

宣誓ノ違背ト實問棄權ノ請求ト異議トハト

三一〇 左ノ者ハ宣誓ヲ爲サシメシテ參考ノ爲メ之ヲ訊問スルコトヲ得

第一 訊問ノ時未タ滿十六歳ニ達セザル者

第二 宣誓ノ何物タルヤヲ了解スルニ必要ナル精神上ノ發達ノ缺クル者

第三 刑事上ノ判決ニ因リ公權ヲ剝奪又ハ停止セラレタル者

第四 第二九七條及ヒ第二九八條第三號並ニ第四號ノ規定ニ依リ證言ヲ拒絶スル權利アリテ之ヲ行使セザル者但第二九八條第三號並ニ第四號ノ場合ニ於テハ拒絶ノ權利ニ關スル事實ニ付キ證言ヲ爲スコトヲ申立テラレタルトキニ限ル

第五 訴訟ノ成績ニ直接ノ利害關係ヲ有スル者

第五四 判決ニ因リテ確定シタル請求ニ關スル債務者ノ異議ハ訴ヲ以テ第一審ノ受訴裁判所ニ之ヲ主張ス可シ右ノ異議ハ此法律ノ規定ニ從ヒ遅クトモ異議ヲ主張スルコトヲ要スル口頭辯論ノ終結後ニ其原因ヲ生シ且ツ故障ヲ以テ之ヲ主張スルコトヲ得サルトキニ限リ之ヲ許ス

第五五 前條ノ規定ハ第五一八條第二項及第五一九條ノ場合ニ於テ債務者カ執行文付與ノ際證明シタリト認メラレタル事ノ到來ニシテ此ニ因リ判決ノ執行ヲ爲シ得ヘキモノヲ争ヒ又ハ認メラレタル承認ヲ争フトキハ亦之ヲ準用ス但シ此場合ニ於テ第五二二條ノ規定ニ從ヒ執行文ノ付與ニ對シ異議ヲ申立ツル債務者ノ權ハ此力爲メニ妨ケララルコト無シ

第五六 公證人ノ作リタル證書ノ執行力アル正本ハ其證書ヲ保存スル公證人之ヲ付與ス執行文付與ニ關スル異議ニ付テノ裁判及ヒ更ニ執行文付與ニ付テノ裁判ハ公證人職務上ノ住所ヲ有スル地ヲ管轄スル區裁判所ニ於テ之ヲ爲ス

請求ニ關スル異議ノ主張ニ付テハ第五四五條第二項ニ規定シタル制限ニ從ハス執行文付與ニ付テノ訴又ハ請求ニ關シ異議ヲ主張スル訴又ハ執行文付與ノ際證明シタリト認メタル事實ノ到來ニ係リ此ニ因リテ證書ノ執行ヲ爲シ得ヘキモノヲ争フ訴ハ債務者カ本邦ニ於テ普通裁判籍ヲ有スル地ノ裁判所又ハ此裁判所ナキトキハ第一七條ノ規定ニ從ヒテ債務者ニ對シ訴ヲ起シ得ヘキ裁判所之ヲ管轄ス

證人宣誓ハ直接ニ公益規定ニ非サルヲ以テ裁判所カ此規定ニ違背シテ宣誓セシムルモ當事者ハ有效ニ其責問權ヲ拋棄スルヲ得