ハサルヘカラス而モ法カ控訴及審判ノ併合ヲ強要セサル事ハ補充判決ノ凡テノ場合ニ第四〇〇條第三項ノ規定ヲ適用セサルヲ見ルモ明ナラン從テ此說ニモ與スル能ハサルナリ故ニ吾人ハ第四〇〇條第三項最初ノ判決ニ對スル控訴期間ハ補充判決ニ對スル控訴期間滿了ノ時迄之ヲ伸長セラルコトヲ定メタルモノト解セントス

五四　從參加人ハ其附隨スル時ニ於ケル訴訟ノ程度ヲ妨ケサル限リハ其主タル原告若クハ被告ノ爲メニ攻擊及ヒ防禦ノ方法ヲ施用シ且總テノ訴訟行爲ヲ有效ニ行ヒ殊ニ主タル原告若クハ被告ノ爲ニ存スル期間內ニ故障ヲ挾ミ又ハ上訴ヲ爲ス權利ヲ有ス

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

衆議院議員選擧法八一　選擧ノ規定ニ違背スル判決ハ其全部若クハ一部ノ無效ヲ判決スヘシ

所ハ其選擧ノ全部若ハ一部ノ無效ヲ判決スヘシ

當選訴訟ニ於テモ其選擧前項ノ場合ニ該當スルトキハ裁判所ハ其全部若クハ一部ノ無效ヲ判決スヘシ

(一)民事訴訟法第五四條第二項但書ニ於テ「民法ニ於テ異ル定アル場合トハ」從參加人カ單ニ訴訟ノ判決ノ確定ニ因リ其補助スル當事者トノ關係ニ於テ其判決ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得サルニ止マラス其補助スル當事者ノ相手方トノ間ノ關係ニ於テモ訴訟ノ確定判決ノ效力ニ羈束セラルヘキ場合ヲ指シタルモノト解スヘキモノトス」

(二)所謂共同訴訟的從參加ノ場合トハ訴訟ノ確定判決ノ效力カ從參加人ニモ及フ場合ヲ云フモノナルカ故ニ法律ノ特別規定ニ依リ訴訟ノ判決カ從參加人ニ及フ場合ノミナラス(例人訴法第一八條二項第二六條第三九條ノ場合訴訟法一般ノ原則ニ從ヒ判決ノ效力カ一般第三者從テ從參加人ニ及フヘキ場合(形成判決ヲモ包含スルモノト解スヘキモノトス」

選擧訴訟ニ於テ選擧ノ全部若クハ一部ノ無效ヲ宣言スル判決ノ確定ニ因リ實體法上直ニ從參加人ノ當選ノ無效ヲ來スヘキ場合ニ於テハ從參加人ハ所謂共同訴訟的從參加人ノ地位ヲ有スルヲ以テ從參加人ノ上告申立ハ縱令主タル當事者ノ意思ニ反スル場合ト雖モ不適法ニ非ス」

選擧訴訟ノ場合ノ如キ從參加人ノ權利上ニ直接利害ノ關係ヲ及ホスヘキ場合ニ於テモ主タル當事者ノ意思ニ反シテ爲シタル從參加人ノ上告申立ハ不適法ナリトス(大審院大正七年二月七民二部判決本書第七卷民訴二九頁所載)

判旨ハ從參加人ハ選擧訴訟ニ在リテハ主タル當事者ヲ補助スル目的ヲ以テ訴訟行爲ヲ爲スモノナルカ故ニ常ニ主タル當事者ニ附隨スルモノト解スルモノノ如シト雖モ若シ我現行法ニ所謂共同訴訟的從參加人(Derselbstandige (streitgenossische) Nibenintervenient ナルモノヲ認ムルヲ得スト爲スモノナランカ之レ我民事訴訟法第五四條第二項但書ノ規定ヲ空文タラシメ其適用ヲ避ケントスルモノニシテ其不當ナルヤ言ヲ俟タス又若シ選擧訴訟ニ於ケル從參加ヲ以テ所謂共同訴訟的從參加ニ非ストナスモノナランカ之レ同條但書規定ノ解釋ヲ誤リタルモノト謂フヘク孰ニシテモ不當ナリ左ニ其理由ヲ明カニセン

(一)　我民事訴訟法カ第五四條第二項「但書ニ於テ「但民法ニ於テ此ニ異ナル規定アルトキハ此限リニアラス」ト規定スルハ獨逸法第六九條ニ於ケルト等シク從參加人ノ陳述

及行爲ハ其補助スル主タル當事者ノ陳述及行爲ト相牴觸セサル場合ニ限リ有效ナリトナス原則(同條二項本文獨逸法第六七條)ニ對シ例外ヲ認メントスルモノニシテ其所謂「民法ニ於テ異ナル定メアル場合」トハ從參加人カ單ニ訴訟ノ判決ノ確定ニヨリ其補助スル當事者トノ關係ニ於テ其判決ヲ不當ナリト主張スル事ヲ得サルニ止マラス(第五五條第一項)(卽チ所謂判決ノ參加的效力 Interventionswirkung ニ羈束セラルルニ止マラス)其補助スル當事者ノ相手方トノ間ノ關係ニ於テモ訴訟ノ確定判決ノ效力ニ羈束セラルヘキ場合ヲ指スモノト解スヘキナリ蓋其所謂「民法ニ於テ」ト云フハ當時ノ思想カ猶未タ民事訴訟私法的解釋ノ誤謬ヲ脫セス判決ノ效力ヲ以テ實體法上ノ效力從テ實體法タル民法ニ於テ規定セラルヘキモノト解シ又從テ判決ノ既判力カ從參加人ニ及フヘキ場合卽チ通常ノ從參加人 gewöhnliche Intervention ト異ル場合ノ如キハ民法ニ依リ規定セラルルモノト解シテ疑ハサリシニ基因スルモノニシテ今日ノ理論ヲ以テ言ヘハ訴訟法的規定又ハ訴訟法一般ノ原則ニ從ヒ從參加人カ訴訟ノ判決ノ效力ニ羈束セラルルヘキ場合ヲ指スモノト解セサルヘカラサレハナリ果シテ然ラハ大審院カ民事訴訟法第五四條第二項但書ヲ看做シ共同訴訟的從參加ヲ認ムル能ハストナスモノニシテ不當ナリトハ謂サルヘカラス

(二) 次ニ其所謂共同訴訟的從參加ノ場合トハ所謂民法ノ規定(實ハ訴訟法的規定又ハ訴訟法一般ノ原則)ニ從ヒ訴訟ノ確定判決ノ效力カ從參加人ニモ及フ場合ヲ云フモノナルカ故ニ法律ノ特別規定ニ依リ訴訟ノ判決カ一般第三者從テ從參加人ニモ及フヘキ場合ヲモ包含スルモノト解セサルヘカラス卽(一)(イ)法律ノ特別規定ニ依リ判決ノ效力カ從參加人ニ及フ場合 人事訴訟手續法第一八條第二項(及同條ヲ準用スル同法第二六條第三九條)ノ場合例ヘハテハ原告ノ訴ヲ棄却スル訴訟ノ判決(卽チ確認判決)ハ訴訟ニ參加シタル當事者ノ前配偶者及準用ノ場合ニ於ケル(訴訟ノ利害關係人)タル從參加人ニ對シテ其既判力ヲ有ス

トナスモノニシテ其所謂共同訴訟的從參加ナルヤ固ヨリ論ナシ又(ロ)法律ノ特別規定ニ依リ訴訟ノ判決カ當事者以外ノ第三者ニ對シ效力ヲ及ホスヘキ場合例ヘハ人事訴訟法手續法第一八條第一項(及同條ヲ準用スル同法第二六條第三九條)ノ場合ニ於ケル形成判決特許法第八七條ニ所謂特許ノ效力又ハ特許權ノ範圍ニ關スル判決及商法第九九條ノ四第一項及之ヲ準用スル同法第一六三條第三項ノ場合ニ於ケル形成判決ハ法律ノ規定ニ依リ第三者ニ對シ其效力ヲ有スルモノナルカ故ニ玆ニ所謂共同訴訟的從參加ノ場合ニ於テモ其效力ヲ有スト爲スヲ通說トス即チ特ニ法律ノ規定存セスト雖モ訴訟法一般原則ニ從ヒ第三者ニ對シ其效力ヲ及ホスヘキ場合ニシテ之レ亦所謂共同訴訟的從參加ノ場合ト云フヘキナリ尤モ形成判決ノ一般第三者ニ對スル效力ハ判決ノ從タル效力ニシテ判決其モノノ效力ニ非スト雖モ從參加ノ場合ニハ該當スト解スルモノナキニアラスト雖モ一方トノ關係ニ於テ從參加人ニ對シ其效力ヲ及ホスヘキ場合ヲ云フモノナルカ故ニ其第三者ニ對スル效力カ果シテ所謂判決ノ效力ニ該當スルヤ否ヤヲ問フノ必要ナキノミナラス寧ロ之ヲ區別スヘカラサルナリ本件選擧訴訟ノ場合ニ於ケル從參加人ノ地位如何ハ原審判決ノ效力カ從參加人ニ及フヤ否ヤニ依リ決セラルヘキモノト謂ハサルヘカラス判決文ノ記載ニ依リテハ原審判決ハ上告人タル從參加人ノ補助スル原審被告ニ對シ敗訴ヲ言渡シタルモノナルコトヲ窺ヒ得ルノミニシテ果レテ如何ナル內容效力ヲ有スル判決ナルヤ知リ能ハスト雖モ案スルニ選擧ノ全部若クハ一部ノ無效ヲ宣言シ(衆選法第八一)從テ上告人ノ答辯ニ言ヘルカ如ク「被告敗訴ノ原判決ノ確定ニ因リ實體法上直ニ從參加人ノ當選ノ無效ヲ來ス可キ場合」ナルカ如ク果シテ然ラハ之レ卽チ訴訟ノ判決カ從參加人ニモ其效力ヲ及ホスヘキ場合ニシテ上告人タル從參加人ハ所謂共同訴訟的從參加人タル地位ヲ有スルモノナリ然ルニ大審院

高木博士
仁井田博士
今村氏
雉本博士

カ從參加人ノ上告ヲ以テ單ニ主タル當事者ノ意思ニ反スルノ理由ニ依リ之ヲ不適法ト爲シタルハ民事訴訟法第五四條第二項但書ノ規定ノ解釋ヲ誤リタルモノト云ハサルヲ得ス（法學士山田正三民法學論叢第一卷第三號一二六頁「主タル當事者ノ意思ニ反スル從參加人ノ上告」要領）

【五四條二項但書ノ解釋ニ關スル參照學說判例】

一　從參加人ノ陳述行爲ト當事者ノ陳述行爲ト相牴觸スル場合ニ於テハ夫ノ即民法財産編第三九條ノ規定ニ依リ債權者カ債務者ノ權利ヲ行使スル爲メ訴訟ニ參加スル時ノ如キ民法ニ於テ例外ノ規定ヲ設ケタル場合ノ外ハ凡テ當事者ノ陳述及ヒ行爲ヲ以テ標準ト爲スヲ當シ其從タルカ故ナルノミ（法學博士高木豐三民事訴訟法論綱一九五頁）

二　當事者ノ陳述又ハ行爲ノミニ限リ效力ヲ有スルモノト解スヘシ然レトモ之ニ異ル私法ノ規定アルトキハ此限ニ在ラス（法學博士仁井田益太郎民事訴訟法要論中卷第二版六〇七頁）

三　第五四條末項但書ノ規定ハ舊民法財產編第三三九條ノ規定アリシカ爲メ加ヘシモノナリ（大審院判事今村信行民事訴訟法註解一三三頁）

關　訴訟法第五四條第二項但書ニ於テ但「民法ニ於テ之ニ異ナル規定アルトキハ此限リニ非ス」ト爲セハ判決ノ既判力即所謂實質的確定力ヲ以テ實體私法上ノ問題ナリトス從テ既判力ノ客觀的若クハ主觀的ノ範圍ノ如キモ民法ニ於テ定ムヘキモノトシタル思想ニ基クモノニシテ謂フ所ノ「民法ニ於テ之ニ異ナル規定アル場合」ト云フ畢竟「民法ノ定ムル所ニ依リ本訴訟ニ對シテ爲サレタル判決ノ既判力カ從參加人ニ及フヘキ場合」ヲ意味スルモノニ外ナラス然レトモ既判力從テ其範圍ノ如キモ亦訴訟法上ノ問題ニシテ民法上ノ問題ニ非サルコトカ明白トナリタル今日ニ於テハ第五四條第二項但書ノ規定ハ「訴訟法上ノ一般ノ原則ニ依ルコトヲ得ス是レ此ノ場合ニ於テハ第三者タル從參加人ニ及フヘキ場合ニ於テハ訴訟法第五四條第二項本文ノ規定ニ依リ第三者タル從參加人ニ及若クハ行爲ヲ以テ標準ト爲シ從テ從參加人ノ爲シタル陳述若クハ行爲ハ其效力ヲ生スルコトヲ得サルモノトナスヘキハ從參加人ハ本訴訟ニ對シテ爲サルヘキ判決ノ內容ヲ主タル當事者ニ有利ナラシムルカ爲メ其陳述又ハ行爲ニ依リテ自由ノ判決ノ基本タル既判力ニハ覊束セラレ主タル當事者ノ相手方ニ對シテハ其判決ノ不當ヲ攻クニ至ルカ故ナリ而シテ此場合ニ於テハ從參加人ノ陳述及ヒ行爲ト牴觸スルモ直ニ主タル當事者ノ陳述及ヒ行爲ヲ以テ標準ト爲スコトヲ得ス本訴訟ニ付キテハ主タル當事者ニ對スル只一ノ裁判アルノミニシテ主タル當事者ニ對スル裁判及ヒ從參加人ニ對スル裁判ノ內容カ一樣（合一）ナルコトヲ要スルニ止マラサルカ故ニ類似必要的共同訴訟ニ於テ各共同原告又ハ各共同被告ニ對スル多數ノ裁判ノ內容カ一樣ナルコトヲ要スルニ止マル場合ニ比シ一層强キ理由アルカ故ニ訴訟法第五〇條ノ規定ノ準用ニ依リテ主タル當事者ノ

伊藤學士
前田學士
長崎控訴院

陳述及ヒ行爲ト牴觸セル從參加人ノ陳述及行爲ノ效力ヲ定ムヘシトスルモノニ外ナラス約言セハ訴訟法第五四條第二項但書ノ規定ハ所謂共同訴訟的從參加ニ關スルモノニシテ獨逸訴訟法第六九條ト其規定ノ目的及ヒ內容ヲ同クスルモノタリ（法學博士雉本朗造氏京都法學會雜誌第一三卷第七號三六頁「從參加ト從參加的效力」要領）

五　從參加人ハ主タル訴訟人ニ非スシテ主タル訴訟人ニ附隨スル所ノ者ナレハ其間ニ於ケル陳述及ヒ行爲ノ牴觸スル場合ニハ主タル訴訟人ノ陳述及ヒ行爲ヲ以テ標準トナシ特ニ民法ニ定メタル例外ノ場合ヲ除クノ外ハ從參加人ノ陳述及行爲ヲ無效ト爲ス（法學士伊藤悌治氏民事訴訟法正解一六〇頁）

六　民事訴訟法第五四條第二項但書ニ所謂民法ニ於テモ效力ヲ及ホス場合及ヒ（二）廣ク第三者ニ及ハサルモ恰カモ從參加人タル特定人ニ效力ヲ及ホス場合ヲ謂フ（法學士前田直之助氏法學新報第二三卷第八號八八頁本書第二卷民訴三八六頁）

七　從參加人カ民法ノ規定ニ從ヒ債權者トシテ主タル當事者ノ權利ヲ行使シ得ヘキ場合即チ民事訴訟法第五四條但書ノ場合ニ若シ從參加人ノ陳述及ヒ行爲ヲ以テ標準トナスヘキハ同但書ノ規定スルトコロナリト雖モ此規定タルヤ從參加人ハ主タル當事者ニ對シ債權ヲ有スル爲メ特ニ其利益ヲ保護シ例外トシテ從參加人ノ陳述及ヒ行爲ヲ以テ標準トナスコトヲ定メタルニ過キサルモノト解スヘク同但書ニ於テ從參加人カ主タル當事者ニ附隨セス自ラ訴訟ノ主タル當事者トシテ訴訟行爲ヲ爲シ得ルコトヲ規定シタルニ非サルヲ以テ同但書ハ從參加人カ例外トシテ主タル當事者ニ附隨セス自ラ訴訟ノ主タル當事者ヲ補助スルモノトシテ訴訟行爲ヲ爲ス可キモノニシテ苟モ主タル當事者ニ代リ訴訟ヲ擔任スルニ非サル限リハ自ラ訴訟ノ主タル當事者トシテ訴訟行爲ヲ爲スヲ得サルモノト謂ハサルヘカラス（長崎控訴明治四二年二月一二日判決法律新聞四五一頁）

八　本條第二項但書ノ規定ハ從參加人ハ主タル當事者ニ對シ債權ヲ有スル爲メ特ニ其利益ヲ保護シ例外トシテ從參加人ノ陳述及ヒ行爲ヲ以テ標準ト爲シタルモノト解スヘク同但書ニ於テ從參加人ノ陳述及ヒ行爲ヲ以テ標準ト爲スカ故ナリト爲スヲ得ス（河上明治四〇年判決法律新聞第四一五號九頁）

【共同訴訟的從參加人ノ性質及效力ニ關スル外國參照學說】

獨逸民事訴訟法參考條文

第六十九條　本訴訟ニ於テ言渡シタル裁判ノ確定カ民法ノ規定ニ從ヒ從參加人ト相手方トノ法律關係ニ效力ヲ及ホス場合ニ限リ從參加人ハ第六十一條ニ從ヒ之ヲ主タル當事者ノ共同訴訟人ト看做ス

第六十一條　共同訴訟人ハ民法又ハ此法律ニ特別ノ規定ナキ限リハ其一人ノ行爲ハ他ノ者ニ對シ利害ヲ及ホスコトナクシテ各別ニ相手方ニ對立ス

一【ダイフェルト】第六十九條ハ民法ノ規定ニ從ヒ主タル訴訟ニ於ケル裁判ノ既判力カ從參加人ト相手方トノ間ノ直接關係ニ效力ヲ及ホス場合ニ於テハ從參加人ニ第六十七條ヨリシテ生スルヨリモヨリ獨立セル地位ヲ試與ス

但シ之レカ如何ナル場合ヲ指スモノナリヤハ明白ナラス此規定ノ沿革上ヨリスレハ第六十六條2Cαβニ掲ケタル場合即判決カ從參加人ノ爲メニモ又ハ之ニ對シテモ效力ヲ有スル場合ノミヲ指シ2CYニ掲ケタル場合即判決カ證據原因トシテ意義ヲ有スル場合ハ之ニ屬セサルモノト言ハサルヘカラス【註】

【註】 2C從參加ニ必要ナル法律上ノ利害關係カ存在シ得ヘキ法律上ノ狀態ノ無盡藏ノ多數中ヨリ次ノ如キモノヲ擧クルヲ得ヘシ

α判決カ從參加人ノ爲ニモ又之ニ對シテモ效力ヲ有スル場合

β判決カ總テノ者ノ爲ニ及總テノ者ニ對シテ效力ヲ有スル場合

γ裁判カ從參加人ノ爲ニ及之ニ對シテ效力ヲ有セサルモ從參加人ト補助セラルル者ノ相手方トノ間ノ關係ニ於テ證明原因トシテ利用セラルル場合此見地ヨリシテ連帶債務者ノ訴訟ニ於ケル一人ノ連帶債務者主タル債務者ノ訴訟ニ於ケル保證人……ノ如キハ從參加ヲ爲スコトヲ得

上ニ述ヘタル要件ヲ備フルトキハ從參加人ハ法文ノ字義ニヨレハ第六十一條ノ意義ニ於テ共同訴訟人ト看做サル然ラハ之ヲ如何ニ解スヘキヤ從參加人ハ此場合實際ニ於テ共同訴訟人即主タル當事者ト爲ルヤ又ハ依然從タル當事者ノ地位ニ止マルモ其訴訟上ノ活動ニ關シ獨立的ノ地位ヲ有シ主タル當事者ト牴觸スルモ妨ケサル效果ヲ有スルノミナルヤ第一ノ見解ヲ正當トセンカ第六十九條ノ場合ニ於ケル從參加ハ訴訟ノ進行中ニ於テ主觀的訴ノ併合ヲ生セン判決ハ當事者トシテ從參加人ノ名ニ對シ爲サレサルヘカラサルニ至ラン又原告ヲ補助スル從參加人ハ相手方カ敗訴シ給付ヲ命セラレタル場合ニ强制執行ヲ爲ス權利ヲ有セサルヘカラサルコトトナルヘク又被告ヲ補助セル從參加人ハ自己モ敗訴ノ判決ヲ受ケ給付ヲ害セラルル事ト爲ラン此結果カ絕對的ニ承認シ得ヘカラサルモノナルコトハ斷言スルヲ得ス然レトモ上述スル所ニ因リ第六十九條ノ場合ニ於ケル從參加カ第六十七條ノ從參加ト全然異ル訴訟上ノ制度ニシテ從參加ナル名稱カ最早適合セサルニ至ルコトハ爭フヲ得ス法文ノ字句ニ重キヲオカスシテ寧ロ第六十九條ノ場合ノ從參加人ハ主タル當事者ト爲ルコトナク訴訟上ノ活動ノ點ニ關シ共同訴訟人ノ如キ獨立ノ地位ヲ有スルモノト解スヘキナリ(同說 Gaup N. II; Petersen N.3)

第六十九條ノ解釋ヨリシテ次ノ結果ヲ生ス

(a) 第六十七條ノN.2aニ述ヘタル所(從參加人ハ其附隨ノ時ニ於ケル程度ニ於テ訴訟ヲ承認スルコトヲ要ス)ハ第六十九條ノ從參加人ニモ適用アリ

(b) 第六十九條ノ從參加人カ補助セラルル當事者ニ對スル相手方ノ請求ヲ否認スルトキハ此否認ハ當事者ノ請求ヲ認ムル場合ニ於テモ效力ヲ有ス從參加人カ相手方ノ事實ノ主張ヲ否認スルトキハ此否認ハ補助セラルル當事者カ主張ノ事實ヲ自白セル場合ニ於テモ有效ナリ

(c) 第六十七條說明N.2C(從參加人ハ其陳述及行爲カ主タル原告若クハ被告ノ陳述及行爲ト牴觸セサル場合ニ限リ攻擊及防禦ノ方法ヲ主張スルコトヲ得ルコト)ハ第六十九條ノ從參加人ノ訴訟行爲カ主タル當事者トノ牴觸ニ依リテ無效トナラサル制限ノ下ニ適用アリ

(d) 第六十九條ノ從參加人ハ獨立シテ證據ヲ提示スルヲ得(中略)

(e) 第六十九條ノ說明N.2eハ從參加人カ主タル當事者トノ牴觸ヨリ獨立セルコトノ制限ヲ認ムルヲ前提トシテ適用セラル

(f) 第六十九條ノ從參加人ハ出頭セサル主タル當事者ノ爲ニ行爲ヲ爲スコトヲ得然レトモ主タル當事者ハ出頭セサル從參加人ノ代理人トシテ顯ルルコト能ハス

(g) 第六十九條第六十七條說明N.3g及h(從參加人ノ當事者ニ非サルヲ以テ訴ヲ變更シ制限シ又擴張スルヲ得ス又本案ノ勝訴又ハ敗訴ノ判決ヲ受クルヲ得ス)ハ第六十九條ノ從參加人ニモ適用アリ(Seuffert, Kommentar § 69)

舊民法財產編第三三九條 債權者ハ其債務者ニ屬スル權利ヲ申立テ及ヒ其訴權ヲ行フコトヲ得

債權者ハ此事ノ爲メ或ハ差押ノ方法ニ依リ或ハ債務者ノ原告又ハ被告タル訴ニ參加スルコトニ依リ或ハ民事訴訟法ニ從ヒテ得タル裁判上ノ代位ヲ以テ第三者ニ對スル間接ノ訴ニ依ル

然レトモ債權者ハ債務者ニ屬スル純然タル權能又ハ債務者ノ一身ニ專屬スル權利ヲ行フコトヲ得ス又ハ法律又ハ合意ノ明文ヲ以テ差押ヲ禁シタル財產ヲ差押フルコトヲ得ス

論旨ニ贊同ス民事訴訟法第五四條第二項但書ニ於テ「民法ニ於テ此ニ異ル規定アルトキハ此限ニ在ラス」トアルハ獨逸民事訴訟法第六九條ニ規定セラレタル所謂共同訴訟的從參加ヲ認メタルモノナルヤハ一箇ノ問題ナリ從來ノ學說判例ニ依レハ右但書ノ規定ハ舊民法財產編第三三九條ノ規定ニヨリ債權者カ債務者ノ權利ヲ行使スル爲メ訴訟ニ參加スルトキノ如キ場合ニ關スルモノナリトシ一般的ニ所謂共同訴訟的從參加ヲ認メタルモノニ非スト爲スヲ通說トスルモノノ如シ現ニ本被評判例タル大審院判決モ亦右見解ニ從ヘルコト明ナリ蓋シ右但書ニハ單ニ「民法ニ於テ此ニ異ル規定アルトキハ云々」トアルカ故ニ之ヲ率直ニ解スルトキハ右ノ見解ヲ以テ穩當ト爲スカ如ク吾人亦嘗テ此見地ニ立チ論評ヲ加ヘタル事アルモ(本書第二卷民訴三八六頁)熟々同條ノ規定ノ沿革ト從參加ニ關スル訴訟

法ノ規定ノ全體ノ構成ト訴訟法上ノ理論トヲ考究スルトキハ右但書ハ共同訴訟的從參加ノ場合ヲ規定シタルモノト解スルヲ正鵠ヲ得タルモノト信スルナリ而シテ其ノ理由トスル所ハ山田博士ノ所說並ニ參照學說中ノ雉本博士前田學士ノ所論ニヨリ略ホ盡サレタルヲ以テ更ニ蛇足ヲ加フルノ要ヲ見スト雖モ之ヲ要約スルニ(一)本訴訟ノ判決ノ效力ハ從參加人ト補助シタル當事者ノ相手方トノ間ニハ及ハス唯從參加人ト其補助シタル當事者トノ間ニ所謂參加的效力ヲ生スルニ過キス(民訴五五條)故ニ一般ノ場合ニ於テハ主タル當事者ノ陳述及行爲ニ牴觸スル從參加人ノ陳述及行爲ヲ無效トスルモ之カ爲ニ從參加人ノ權利利益ヲ犧牲ニ供スルコトナキモ判決ノ確定力カ從參加人ノ爲ニ又ハ從參加人ニ對シテ生スル場合(人訴一八條商法一六三條等)ニ於テ主タル當事者ノ陳述及行爲ニ牴觸スル從參加人ノ陳述及ヒ行爲ヲ無效トセンカ從參加人ハ自己カ既判力ニ服セサルヘカラサルニ拘ハラス主タル當事者ノ爲ニ從テ自己ニ有利ナル判決ヲ受クルノ機會ヲ與ヘラレサルニ至リ甚不當ナリ從テ五四條二項但書ノ規定ハ此場合ノ爲メニ同項本文ノ例外ヲ規定シタルモノト解スルハ最合理的ナリ(二)右但書ニ於テ「民法ニ於テ」トアルハ實體法規又ハ訴訟法規定ニ於テ(既判力ノ問題ハ理論上訴訟法ノ範圍ニ屬スルカ故ニ畢竟訴訟法規定ニ於テト解スルヲ正當トス)既判力カ從參加人ニ及フ場合(即權利關係カ合一ニノミ確定スヘキ場合)ニ於テハ右第二項本文ノ

例外ヲ爲シ主タル當事者ノ陳述及ヒ行爲ト牴觸スル從參加人ノ陳述及ヒ行爲ト雖モ有效トスル旨ヲ規定シタルモノト解スルヲ正當トスヘシ論旨(一)點(二)點一項ハ右ノ趣旨ニ出ツルモノニシテ之ヲ前提トスル同(二)點二項亦固ヨリ正當ナリ

尙共同訴訟的從參加ノ場合ニ於テモ判決ハ主タル當事者ニ對シテ爲サレ從參加人ニ對シテ爲サルルニアラス只判決ノ效力ヲ受クルニ過キサレハ從參加人ハ共同訴訟人トシテ主タル當事者ト爲ルニアラスシテ依然從タル當事者タル地位ヲ失ハス唯其訴訟上ノ行動ニ於テノミ主タル當事者ノ行爲ト牴觸スルモ妨ケサルモノト解セサルヘカラス而モ此場合ニ於テ主タル當事者ト從參加人トニ對シテハ訴訟ニ係ハル權利關係カ合一ニノミ確定スヘキ場合ニ屬シ實質上所謂類似ノ必要的共同訴訟タル要件ノ存スル場合ナルヲ以テ兩者ノ牴觸シタル陳述及ヒ行爲ノ效力ハ民事訴訟法第五〇條ノ準用ニ依リ之ヲ定ムルヲ相當トスヘシ

一〇九第四項　裁判所ニ於テ事件ニ付キ十分ナル說明ヲ爲セリト認ムルトキハ裁判長ハ口頭辯論ヲ閉チ及ヒ裁判所ノ判決並ニ決定ヲ言渡ス

一二四　裁判所ハ閉チタル辯論ノ再開ヲ命スルコトヲ得

閉チタル辯論ヲ再開スルト否トハ一ニ裁判所ノ職權ニ屬スルモノナレハ裁判所ハ當事者ノ再開申請ニ付キ之カ當否ヲ裁判スルノ要ナキモノトス」

閉チタル辯論ヲ再開スルト否トハ一ニ裁判所ノ職權ニ屬スルモノナレハ裁判所ハ當事者ノ再開申請ニ付キ必スシモ許否ノ裁

判ヲ爲スコトヲ要スルモノニアラス（大審院大正七年一月二八日民二部判決本書第七巻民訴二六頁記載）

判旨ハ正當ナリ蓋シ閉チタル辯論ヲ再開スルト否トハ一ニ裁判所ノ職權ニ屬シ所謂當事者ノ再開申請ハ單ニ裁判所ニ對シ事件ノ未タ十分ナル說明ヲ爲セリト認ムヘカラサルコトニツキ注意ヲ促カスモタルニ止マレハナリ（法學博士山田正三氏法學叢第一卷第六號一一六頁「辯論再開申請ニ對スル裁判ノ要否」要領）

【同趣旨判例】

一　辯論ヲ再開スルト否トハ當事者ノ申請ヲ俟テ決スヘキモノニ非ス一ニ受訴裁判所ノ職權ヲ以テ自由ニ之ヲ決シ得ルモノトス而シテ其職權ニ關スル事項ニ關シテハ裁判所ハ當事者ノ申請ニ付キ必スシモ許否ノ裁判ヲ爲スヲ要セス（大審院明治三六年一二月三日民一部判決民錄九輯一三五七頁）

二　閉チタル辯論ヲ再開スルト否トハ一ニ裁判所ノ職權ニ屬スルモノトス從テ裁判所ハ當事者カ爲シタル再開ノ申請ニ付キ一一許否ノ決定ヲ爲スノ責ナシ（大審院明治三八年二月二八日民一部判決民錄一一輯二七頁）

論旨ハ正當ニシテ更ニ贊言ヲ要セス

（四九）

山田博士

開九七
五四五　強制執行ハ確定ノ終局判決又ハ假執行ノ宣言ヲ付シタル終局判決ニ因リテ之ヲ爲ス
五五九　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ヘシ
第五　公證人カ其權限內ニ於テ成規ノ方式ニ依リ作リタル書面ハ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ヘキ旨ヲ記載シタルモノニ限ル（公正證書ニ依ル執行ノ場合）
五六二　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

原告ニシテ私法上ノ請求權ヲ有シ而モ履行期ニアレハ當然給付判決ヲ要求スヘキ法律上ノ利益ヲ有スルモノト云フヘク當事者間爭ノ存スルヤ否ヤ又ハ原告カ

該請求權ニ付キ既ニ債務名義ヲ有シ容易ニ強制執行ヲ爲シ得ヘキ狀態ニ在リヤ否ヤ（尤モ原告カ既ニ確定ノ給付判決ヲ有シ又ハ假執行ノ宣言アル判決ヲ有スル場合ニ於テハ確定判決ノ效力ニ依リ又ハ判決ハ未タ確定セス從テ權利拘束ノ效力ニ依リ新訴ヲ妨ケラルルカ故ニ更ニ給付判決ヲ請求スルコトヲ得サルモノトス）ハ其保護ノ必要ニ關スル要件ニ何等ノ影響ナキモノトス」

原告カ公正證書ニ依ル債務名義ヲ有シ又ハ之ニ基キ強制執行ヲ開始シタル場合ニ於テモ更ニ訴ヲ以テ其權利關係ヲ確定シ又ハ更ニ給付判決ヲ求ムルノ權ヲ妨ケラルルコトナキモノトス」

公正證書ニ依ル債務名義ト確定判決ニ依ル債務名義トノ異同ハ一ニ其確定力ノ存否ニアリ從テ請求ニ關スル異議ノ訴ニ於テ第五四五條第二項ニ規定スル制限ノ存スルト否トニ在リトス」

（一）當事者間爭ノ存スル場合ニ於テ訴ヲ提起シ給付判決ヲ請求スルハ原告カ公正證書ニ債務名義ヲ有スル場合ニ於テモ猶ホ法律利益ナキ訴訟ト謂フヲ得ス（二）公正證書ニ依ル債務名義ハ裁判上確定ノ效力ヲ有スルモノニ非ス債務者ハ執行文付與ニ關スル異議ノ申立ニ依リ債務名義其者ノ無效ヲ主張スルコトヲ得ヘク確定判決ニ依ル債務名義ト其效力ニ於テ大ナル差等アリ（大審院大正七年一月二八日民二部判決本書第七卷諸法二二頁所載）

(一)　判旨(一)ハ正當ナリ現行法ハ給付訴訟ニ於ケル原告ノ保護要件(即チ給付判決請求權ノ要件)ニ關シ明ナル規定ヲ設ケスト雖モ原告ニシテ請求權ヲ有シ而モ履行期ニアレハ當然給付判決ヲ要求スヘキ法律上ノ利益ヲ有スルモノト云フヘク當事者間爭ノ存スルヤ否ヤ又ハ原告ハ該請求權ニ付キ既ニ債務名義ヲ有シ容易ニ強制執行ヲ爲シ得ヘキ狀態ニ在リヤ否ヤハ其保護ノ必要ニ關スル要件ニ何等ノ影響ナキモノト謂ハサルヘカラサルヲ以テ給付判決ヲ請求スルハ原告カ公正證書ニ「訴ヲ以テ給付判決ヲ請求スルハ原告カ公正證書ニ

依ル債務名義ヲ有スル場合ニ於テモ猶法律上利益ナキ訴訟ト謂フヲ得ス」トシタルヘ固ヨリ正當ナリ只判旨カ「本件ノ如ク債務ノ幾部ニ付キ爭アル事案ニ於テ給付訴訟ヲ提起スルハ」ト云ヒ當事者間爭ノ存スル場合ナルコトヲ一理由トナスカ如キハ余ノ採ラサル所ナリ尤モ原告カ既ニ確定ノ給付判決ヲ有シ又ハ假執行ノ宣言アル判決ヲ有スル場合ニ於テハ同一請求權ニ付キ更ニ給付判決ヲ要求スルヲ得サルモノト謂ハサルヘカラス然レトモ之レ確定ノ給付判決ノ存スル場合ニ於テハ該判決ノ效力ニ依リ當事者(從テ原告)ハ更ニ判決ニ確定スル所ト異ナル主張ヲ有效ニ爲スヲ得サルノミナラス更ニ同一内容效力ノ判決ヲ要求スヘキ利益ヲ有セサルカ故ナリ又假執行ノ宣言アル判決ノ場合ニ於テハ判決未タ確定セス從テ訴訟ノ權利拘束ノ效力ニ依リ新訴ヘ妨ケラルヘキカ故ニ外ナラス公正證書ニヨル債務名義ノ場合ヲ見ルニ公正證書ハ確定力ヲ有セサルノミナラス執行文ノ付與ヲ受ケ又ハ之ニ基キ強制執行ヲ實施スルモ強制執行手續ニ依リテハ權利拘束ノ效力ヲ生セサルカ故ニ原告カ公正證書ニ依ル債務名義ヲ有シ又ハ之ニ基キ強制執行ヲ開始シタル場合ニ於テモ更ニ訴ヲ以テ其權利關係ヲ確定シ又ハ更ニ給付判決ヲ求ムルノ權ヲ妨ケラルルモノト云フヘカラサルナリ

(二) 判旨(二)ハ大體ニ於テ正當ナリ只判文中「債務者ハ執行文附與ニ關スル異議ノ申立ニ依リ債務名義其モノノ無效ヲ主張スルコトヲ得」ト云ヒ公正證書ニ依ル債務名義ト確定判決ニ依ル債務名義トカ其效力ニ於テ差異アルコトノ說明ヲ爲スニ當リ其例示ヲ誤レルヲ憾ミトス執行文附與ニ對スル異議(異議ノ申立「第五二二條第一項」又ハ異議ノ訴「第五四六條」)ハ債務名義カ其形式要件ヲ缺クコトヲ理由トシ又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證明シタリト認メラレタル事實ノ到來又タハ承繼ヲ爭フ理由ニ基ツキテノミ爲シ得ヘク債務名義カ公正證書ナル場合ニ於テモ其無效ヲ主張シ異議ノ理由トナスヲ得サルハ固ヨリ論ナキ所ナリ(第五六二)判旨(二)此ノ謬ヲナシタルハ蓋判旨ニ云ヘルカ如ク公正證書ニ依ル債務名義ト確定判決ニ依ル債務名義トノ異同カ一ニ其確定力ノ存否ニアリ從テ請求ニ關スル異議ノ訴ニ於テ第五四五條第二項ニ規定スル制限ノ存スルト否トノ點ニアルコト(第五四五條第二項第五六二條第三項)ノ明白ニ過キ偶々誤ラレタルモノト察セラル(法學博士山田正三氏法學論叢第一卷第六號一一七頁「公正證書ニ依ル債務名義ト給付訴訟ノ利益」要領)

【給付訴訟ト權利保護要件ニ關スル參照學說】

一 當事者カ給付ノ訴ニ依リ相手方ニ其請求ノ辨濟ヲ命スル判決ヲ得ヘキ權利ヲ有スルニハ之ニ對シテ辨濟期ニ在ル請求權ヲ有スルニ拘ラス未タ其辨濟ヲ得サルコト即チ當事者カ相手方ニ對シテ現ニ請求ノ辨濟ヲ求ムルヲ得ヘキコトヲ必要トス蓋シ斯ル事情アルトキニ限リ給付判決ヲ以テ相手方ニ對シ當事者ノ權利ヲ保護スルノ必要アリト認ムヘキヲ以テナリ(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論五〇九頁)

二 下 現在ノ給付判決請求權ノ權利保護要件ヲ分說スヘシ(一)作爲ノ給付ヲ求ムル私法上ノ請求權ノ存在スルコトヲ要ス(二)判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時ニ於テ請求權カ履行期ニアルコトヲ要ス(三)原告及ヒ被告カ正當ナル當事者ナルコトヲ要ス(法學博士雉本朗造氏民事訴訟法大正五年度京大講義三〇〇頁)

三 給付訴權ノ發生條件ニ付テハ法律ニ特別ノ規定ナシ然レトモ私權カ他人ノ行爲若クハ不行爲ニ因リ不滿足ノ狀態ニ陷リタルトキハ私權保護ノ利益ノ發生スヘキヲ以テ私權保護ノ設備タル民事訴訟ニ依リ之レカ滿足ヲ求ムルコトヲ得ヘシ故ニ給付ノ訴ニ依ル私權保護ノ條件ハ他人ノ爲メニ私權狀態カ不滿足ヲ受ケタルコト是レナリ(法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論三五九頁)

【債務名義アル場合ト給付訴訟ノ利益ニ關スル同趣旨判例】

一 確定判決ノ執行ヲ遲延シタルトキハ償金ヲ支拂フヘシトノ決定ハ直ニ執行文ヲ得テ執行シ得ヘキモノナルヲ以テ此場合ニ於テハ權利存在ノ確定ヲ目的トスル確認訴訟ヲ提起スルヲ得ス(大審院明治三二年判決)

二 執行名義タルヘキ公正證書ハ判決ト異リ其證書ニ表彰セラレタル請求ノ存否ニ付キ確定力ナキヲ以テ他日ノ紛爭ヲ杜絕スル爲メ其請求ノ存否ニ付キ確定力ヲ生スヘキ給付ノ判決ヲ求ムルハ敢テ不當ニアラス(東京地方大正六年判決最一八卷三〇頁)

三 賃貸借人間ニ賃料ノ支拂ニ付キ賃借人カ其義務ヲ履行セサルトキハ直チニ強制執行ヲ受クヘキ旨公正證書ヲ以テ契約シタリトスルモ之レ只賃貸人カ同約旨ニ基キ強制執行ヲ爲スヘキ權利ヲ有スルニ止マリ之カ爲メニ賃料ノ支拂ニ付裁判上ノ請求ヲ爲スコトヲ得サルモノニアラス(同上明治三八年判決法律新聞第二九三號六頁)

論旨第一點ハ正當ナリ給付訴訟ノ法律上ノ利益ニ付テハ直接ノ明文ヲ存セストモ雖モ私權保護ノ要件タル性質上原告ノ請求權カ履行期アルトキハ當然給付訴訟ノ利益アルモノト爲ス而シテ被告カ原告ノ請求ヲ爭フト否トハ何等權利保護要件ニ關セサルコトハ民事訴訟法第七三條ニ於テ「被告直チニ請求ヲ認諾シ其作爲ニ因リ訴ヲ起スニ至ラシメタルニ非サルトキハ訴訟費用ハ原告ノ勝訴ト爲リタルニ拘ラス其負擔ニ歸ス旨ヲ規定シ斯ル場合ニ於ヲモ原告ハ只費用負擔ノ責アルノミニシテ原告ノ權利保護條件ノ存在セルコトヲ前提トセルヨリ見ルモ明ナレハナリ論旨第二點亦正當ナリ蓋シ公正證書ニ依ル債務名義ハ本來實質的確定力ヲ有スルモノニアラス從テ又請求異議ニ關スル訴ニ於ヲ第五四五條第二項ニ規定スル制限ノ存セサルヲ以テナリ公正證書ニ依ル請求ニ付更ニ確認訴訟又ハ給付訴訟ヲ提起スルモ確定力ニ牴觸スルモノニアラス又權利保護ノ利益ヲ缺クモノニアラサレハナリ同第三點亦固ヨリ正當ナリ

（五〇）

民訴五四五　判決ニ因リテ確定シタル請求ニ關スル債務者ノ異議ハ訴ヲ以テ第一審ノ受訴裁判所ニ之レヲ主張スシ

右ノ異議ハ此法律ノ規定ニ從ヒ遲クトモ異議ヲ主張スルコトヲ得サルトキニ限リ之ヲ許ス

テ之ヲ主張スルコトヲ得サルトキニ限リ之ヲ許ス口頭辯論ノ終結後ニ其原因ヲ生シ且故障ヲ以

債務者カ數個ノ異議ヲ有スルトキハ同時ニ之ヲ主張スルコトヲ要ス

給付判決カ口頭辯論ノ終結前ニ生シタル消滅事由ヲ主張シテ基本タル債權關係ノ不存在確認ヲ求ムルコトノ民事訴訟法上許サレサルコトハ其第五四五條第二項カ口頭辯論終結後ニ異議ノ原因ヲ生シ且故障ヲ以テ之ヲ主張スルコトヲ得サルトキニ限リ債務者ニ異議ノ訴ヲ許スニ依リテモ之ヲ推知シ得ヘキモノトス

然レトモ給付判決カ口頭辯論ノ終結前ニ生シタル消滅事由ヲ主張シテ基本タル債權關係ノ不存在確認ヲ求ムルコトノ民事訴訟法上許サレサルコトハ其第五四五條第二項カ口頭辯論終結後ニ異議ノ原因ヲ生シ且故障ヲ以テ之ヲ主張スルコトヲ得サルトキニ限リ債務者ニ異議ノ訴ヲ許スニ依リテモ之ヲ推知スルコトヲ得ヘシ本件ニ於ケル上告人ノ訴旨ハ最ニ被上告人ヨリ上告人ニ對シ貸金債權ヲ有スト稱シ其請求ノ訴ヲ提起シ上告人カ口頭辯論終結後ノ確定判決ヲ受ケ已ニ確定シタル處右債務ハ其口頭辯論終結前ニ於テ辨濟ヲ了シタルモノナルヲ以テ債權關係不存在ノ確認ヲ求ムト云フニ在リテ給付判決ノ確定シタル上ハ上告人ニ利益ナキ訴訟ナリトシ上告人ノ請求ヲ棄却シタルハ結局相當ニシテ前給付判決ノ確定力又タハ執行力等ニ關スル原判ノ當否ヲ判斷スルノ要ナク本上告ハ之レヲ棄却スヘキモノトス（大審院大正八年（オ）第四二號同年二月一九日民三部横田裁判長大倉松岡鈴木鬼澤各判事判決）

【關係事項】　上告棄却○原審東京地方裁判所○債權不存在確認請求事件○上告人村木孫三郎訴訟代理人辯護士安達元之助被上告人小峰佐之助

【判決前ノ事實ト不存在確認ノ訴ニ關スル參照學說】

判決ノ既判力ハ前訴訟ニ於テ事實ヲ主張スルコトヲ得ヘカリシ口頭辯論ノ終結前ニ生シタル事實ニシテ防禦方法トシテ被告ノ

主張セサリシモノニ基ヲキ被告カ新タナル訴訟ニ於テ判決ノ趣旨ニ反シ其ノ目的物タル請求又ハ法律關係ノ存否ヲ主張スルノ妨ト爲ルモノトス是レ蓋シ被告ハ隨意ニ防禦ノ手段ヲ變更スルコトヲ得ヘキカ故ニ防禦方法トシテ被告ノ主張セサリシ前述ノ事實ニ基ツキ之レヲシテ新タナル訴訟ニ於テ前判決ノ趣旨ニ反スル主張ヲ爲スコトヲ得セシムル必要ナキノミナラス此ノ點ニ於テ被告ノ利益ノ爲メニ判決ノ既判力ヲ制限スル特別ノ規定ナキヲ以テナリ（法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論五六一頁）

【確認ノ利益ト權利保護ノ要件ニ關スル參照學說判例】

本卷民訴七四頁以下

【債務不存在確認ノ訴ト請求異議ノ訴ニ關スル參照判例】

大阪地方裁判所

一　强制執行ヲ許サストノ宣言アル判決ハ其正本ノ提出ニ因リ執行ヲ排斥シ得ルト雖モ單ニ執行ノ原因タル債權不存在ノ確認アル判決ハ斯ノ如キ效力ヲ有スルモノニアラス從テ執行ノ排斥ヲ目的トスル執行ノ訴ニ於テ債權不存在ノ確定ヲ求ムルカ如キハ之ヲ許サス（大阪地方明治四二年）

二　强制執行ヲ許サスト宣言スル判決ハ其正本ノ提出ニ因リ强制執行ヲ排斥シ得ヘキモ單ニ强制執行ノ原因タル債權ノ不存在ノミヲ確定スル判決ハ毫モ斯ノ如キ效力ヲ有セサルモノナレハ强制執行ニ對スル異議ノ訴ニ於テ債權ノ不存在ヲ確定スル判決ヲ求ムルカ如キハ許スヘキ申立ニアラス（同上明治四二年判決法律新聞第五九一號一〇頁）

三　其判決ハ債務名義ノ執行力ヲ消滅セシムルモノニアラサルカ故ニ無效ノ權利關係ニ基キ爲シタル强制執行ヲ停止スルニハ强制執行ノ訴ニ依ルノ外ナキモノトス（同上明治三九年判決法律新聞第四〇六號七頁）

仁井田博士

【第五四五條第二項ノ理由ニ關スル參照學說判例】

岩田學士

一　執行名義タル判決ニ依リテ確定セル請求ニ關スル異議ハ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒテ遲クトモ異議（詳言セハ事實上ノ原因ニ基ク異議）ヲ主張スルコトヲ要スル口頭辯論ノ終結後ニ其原因（詳言セハ其原因タル事實）ヲ生シタルトキニ限リ執行異議ノ訴ヲ以テ之ヲ主張スルコトヲ得ルモノトス（五四五條二）是レ判決カ既判力ヲ有スルニ至ラハ當事者ハ前訴訟ニ於テ事實ヲ主張スルコトヲ得ヘカリシ口頭辯論ノ終結後ニ生シタル事實ノミニ基キテ判決ノ趣旨ニ反スル主張ヲ爲スコトヲ得ルモノナルカ爲メニ存スル制限ナリ（法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論一〇九八頁）

二　判決カ債務名義ナルトキハ其判決ニ接着スル口頭辯論終結後ニ異議ノ原因ノ發生シタルコトヲ要ス但其判決カ闕席判決ナルトキハ辯論終結後ノ原因ト雖モ若シ故障ヲ以テ不服ヲ主張シ得ルモノナルトキハ之ヲ許サス（第五四五條第二項）口頭辯論終結ニ至ル迄ハ各當事者ハ攻撃若クハ防禦ノ方法ヲ提出スルコトヲ得ルハ第二〇九條ニ規定セルヲ以テ其辯論終結前ニ主張シ得ヘカリシ原因ハ若シ辯論ニ於テ主張セサリシトキハ之ヲ拋棄シタルモノト看做スヲ妨ケス是辯論終結後ノ原因ヲ必要トシタル所以ナリ（法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論一一二頁）

三　民事訴訟法第五四五條第二項ハ訴訟當事者カ防禦方法ニ資スルヲ得ヘキ事由ハ其種類ノ如何ヲ問ハス之ヲ主張スルコトヲ得ヘカリシ口頭辯論ニ於テ主張スルコトナク後日ニ留保シ以テ異議トシテ主張スルコトヲ許ササルモノトス（大審院明治四〇年判決民錄八二七頁）

大審院

大審院判決

【口頭辯論調書ヲ無效ナル場合ニ於テ其調書ハ有效ナリトス】

一二九第一項　口頭辯論調書ニ付テハ調書ヲ作ル可シ

（五一）

口頭辯論調書カ無效ナル場合ニ於テモ其調書記載ノ內容ヲ援用シテ續行期日ノ口頭辯論調書ヲ作成スルコトヲ禁シタル法規ナキヲ以テ無效調書ノ內容ヲ援用シテ作成シタル後ノ調書ハ有效ナリトス原判決カ之ト同趣旨ノ說明ヲ爲シテ上告人ノ抗辯ヲ排斥シタルハ相當ナリ（大審院大正八年（オ）第一八〇號同年　月二十六日民三部橫田裁判長大倉礒谷岩田鬼澤各判事判決）

【關係事項】

上告棄却○原審宮城控訴院○土地建物所有權確認及登記請求事件○上告人海鋒亨一郎訴訟代理人辯護士平井恒之助被上告人安部讓一郎外十九人

（五二）

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

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マテ之ヲ中斷ス

軍艦扶桑ノ酒保ヲ相手方トシテ提起セラレタルモノニアラスシテ該酒保委員長ノ地位ヲ有スル者ヲ被告トシテ請求ヲ爲シタルトキハ被告カ其酒保委員長タル資格ヲ喪失スルモ此一事ニ依リ當然訴訟手續ハ中斷セラレタルモノト謂フヲ得ス」

職權ヲ以テ本案訴訟手續受繼ノ申立ノ適否ヲ案スルニ本件訴訟及ヒ第一二審判決ノ記載ニ照セハ本訴軍艦扶桑ノ酒保ヲ相手方トシテ提起セラレタルモノニアラスシテ該酒保委員長ノ地位ヲ有スル三上良忠個人ヲ被告トシテ上告人ヨリ本訴ノ請求ヲ爲シタルモノト認ムル外ナラハ假令三上良忠カ其酒保委員長タル資格ヲ喪失スルモ此一事ニ依リ當然本件訴訟手續ハ中斷セラレタルモノト謂フヲ得サルヲ以テ上告人カ原審ニ於テ矢野馬吉ニ對シ本案訴訟手續ノ受繼ヲ申出テタルハ失當ニシテ許スヘキモノニアラス（大審院大正七年（オ）第三六二號同八年三月一〇日民二部馬場裁判長轉原柳川岩田三宅各判事判決）

【關係事項】 申立却下ノ轉付金請求事件ニ申立人株式會社不動貯金銀行法定代理人牧野元次郎訴訟代理人辯護士久保田堅次○被申立人矢野馬吉訴訟代理人辯護士中村了人

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

民法二四九 各共有者ハ共有物ノ全部ニ付キ其持分ニ應シタル使用ヲ爲スコトヲ得

同二五二 共有物ノ管理ニ關スル事項ハ前條ノ場合ヲ除ク外各共有者ノ持分ノ價格ニ從ヒ其過半數ヲ以テ之ヲ決スル但保存行爲ハ各共有者之ヲ爲スコトヲ得

共有者ノ一人カ共有者以外ノ者ニ對シテ自己ノ共有權ヲ主張シテ其權利ノ確認ヲ求メ且其者ノ爲シタル不法登記ノ抹消ヲ請求スル場合ニハ共有者單獨ニテ其

訴ヲ提起スルコトヲ得ヘク必スシモ他ノ共有者ト共同シテ之ヲ爲スコトヲ要セサルモノトス（即權利關係カ合一ニノミ確定スヘキ訴訟ニ非ス）」

原審ニ於テ上告人カ請求原因トシテ主張シタル所ハ本件不動産ハ元ト上告人ノ實父三浦金藏ノ所有ナリシ所金藏ノ死亡ニヨリ上告人及ヒ三浦與市郎今朝吉傳八大助つるよノ六名其遺産相續人トナリ爾來右六名ノ共有ニ歸シタルモノナリ然ルニ共有者ノ一人傳八ハ不法ニモ該不動産全部ヲ金藏ヨリ自己一名ニ賣却シタル旨ノ賣買證書ヲ僞造シテ所有權移轉ノ登記ヲ受ケ次テ上告人ノ爲メニ地上權設定登記ヲ爲シタルモノニシテ右賣買並ニ地上權設定登記ノ抹消ヲ請求スト云フニ在リ而テ被上告人ノ答辯ハ本訴ノ不動産ハ三浦與市郎ノ所有ニ屬スルモノニシテ上告人ノ所有ニ非サルカ故ニ右請求ニ應シ難シト云フニ在ルコトハ第一第二審判決事實ノ記載ニ徴シテ明ナリ抑モ斯クノ如ク共有者ノ一人ト稱スル上告人カ共有者以外ナル被上告人ニ對シテ自己ノ共有權ヲ主張シテ其權利ノ確認ヲ求メ且被上告人ノ爲シタル不法登記ノ抹消ヲ請求スル場合ニハ上告人單獨ニテ其訴ヲ提起スルコトヲ得ヘク必スシモ他ノ共有者ト共同シテ之ヲ爲スコトヲ要スルモノニ非ス然ルニ原裁判所ハ本件ハ權利關係カ合一ニノミ確定スヘキ必要的共同訴訟ナルヲ以テ上告人單獨ニテ爲シタル本訴請求ハ失當ナリトノ理由ヲ以テ上告人ノ請求ヲ棄却シタルハ必要的共同訴訟ノ性質ヲ誤解シタルモノニシテ原判決ハ破毀ヲ免カレサルモノトス（大審院大正八年（オ）第一八號同年四月二日民三部判決）

【關係事項】 破毀差戻○原審仙臺地方裁判所○共有權確認及登記手續履行請求事件○上告人三浦善藏訴訟代理人辯護士安部利七同飯塚千尋被上告人大沼源太郎訴訟代理人辯護士山崎今朝彌横田裁判長大倉磯谷岩田鬼澤各判事判決）

【共有者ト其共有權ノ確認訴訟ニ關スル參照判例】

一　共有權ハ共有者各自ノ權利ナレハ各自獨立シテ之ヲ主張スルコトヲ得ヘキモノナレハ各共有者ハ他ノ共有者ニ對シ獨立シテ其共有權ノ確認及登記請求ノ訴ヲ提起スルヲ得ル之ヲ主張スルコトヲ得ヘキモノナレハ各共有者ハ他ノ共有者ニ對シ獨立シテ其共有權ノ確認及登記請求ノ訴ヲ提起スルヲ得ル勿論他ノ共有者全員ヲ相手方トスルヲ要セス唯自己ノ共有權ヲ爭フ共有者ノミヲ相手方トスルヲ以テ足ルモノトス（大審院大正六年六月二八日判決本書第六卷民法二二八頁）

二　共有者ノ一部ノ者カ共有物ノ表面上ノ名義者ニ對シ各自ニ有スル一定ノ持分ニ於ケル共有權ノ確認及ヒ登記ヲ求ムルニヨリテ得ヘキ判決ハ其訴ニ關與セサル他ノ共有者ニ對シテハ何等ノ確定ヲ有スヘキモノニ非ス從テ其訴ニ關與セサル他ノ共有者ト訴訟當事者トノ間ニ於テ權利關係カ合一ニノミ確定セラルヘキモノニ非ス（大審院大正三年二月一六日判決第三卷民訴二六頁）

【共有者ト共有物ノ所有權ノ確認訴訟ニ關スル參照判例】

大審院

一　共有物ノ所有權ハ總共有者ニ屬スルヲ以テ其確認ノ訴ヲ提起スルニハ共有者全員ニ於テスルコトヲ要シ各共有者ハ單獨ニ之ヲ爲スコトヲ得ス（各共有者ハ保存行爲トシテ單獨ニテ所有權確認ノ訴ヲ提起スルヲ得ヘシトセハ其結果時トシテハ其所有權ヲ否定シタル敗訴ノ判決ヲ受ケ事實上他ノ共有者ニ不利益ヲ及ホス場合アルカ故ニ右訴ノ提起ヲ以テ保存行爲ト曰フコトヲ得ス（大審　大正五年六月十三日決判本書第五卷民法七八頁）

東京控訴院

二　共有者カ他人ニ對シ共有物ノ所有權確認ノ訴ヲ提起スルニハ總共有者ヨリ之ヲ爲スヲ要シ各共有者單獨ニ之ヲ爲スヲ得サルモノトス（東京控訴院大正八年六月三日判決本書第八卷民訴五一頁）

本訴ハ共有者各自ノ持分ノ確認ヲ求ムルニ非スシテ總共有者ノ共有ニ屬スルコトノ確認ヲ求ムル訴ナレハ共有者全員ヨリ之ヲ提起スルコトヲ要スルモノ……トス（同上）

【必　的共同訴訟ノ意義ニ關スル參照學說判例】

本卷民訴五一頁以下

判旨ハ正當ナリ共有物ニ對スル所有權ノ確認訴訟ハ保存行爲ニ屬セサルカ故ニ各共有者ハ單獨ニ此訴ヲ提起スルヲ得ス（民法二五二條但書）然レトモ共有者カ自己ノ持分ヲ處分スルハ其自由ニ屬スルヲ以テ自己ノ共有權ニ對スル確認訴訟ヲ求ムルハ單獨ニ之ヲ爲シ得ヘク敢テ他ノ共有者ノ共同ヲ必要トセサルモノト謂

ハサルヘカラス次ニ所有權ノ行使ヲ妨クヘキ虛僞ノ抵當權設定登記ヲ抹消スルカ如キハ所有者ノ專權ニ屬セシメタル保存行爲（民法二五二條但書）ニ屬スルモノト解スルヲ正當トスヘキカ故ニ共有者ハ單獨ニ登記ノ抹消ヲ請求スルヲ得ヘク其ノ登記カ共有物ノ全部ニ存スル場合タルト單ニ自己ノ共有權ノ上ニノミ之ヲ存スル場合タルトヲ問ハサルヘシ」

（五四）

民訴六三　原告若クハ被告自ラ訴訟ヲ爲ササルトキハ辯護士ノ在ラサル場合ニ於テハ訴訟能力者タル親族若クハ雇人ヲ以テ辯護士ト爲シ若シ此等ノ者在ラサルトキハ辯護士ノ在ラサル場合ニ於テハ訴訟能力者タル親族若クハ雇人ヲ以テ訴訟代理人ト爲スコトヲ得

六四三　他ノ訴訟能力者ヲ以テ訴訟代理人ト爲スコトヲ得

區裁判所ニ於テハ辯護士ノ在ルトキト雖モ訴訟能力者タル親族若クハ雇人ヲ以テ訴訟代理人ト爲スコトヲ得

民法九九　代理人カ其權限內ニ於テ本人ノ爲メニスルコトヲ示シテ爲シタル意思表示ハ直接ニ本人ニ對シテ其效力ヲ生ス

前項ノ規定ハ第三者カ代理人ニ對シテ爲シタル意思表示ニ之ヲ準用ス

六四三　委任ハ當事者ノ一方カ法律行爲ヲ爲スコトヲ相手方ニ委託シ相手方カ之ヲ承諾スルニ因リテ其效力ヲ生ス

六五六　本節ノ規定ハ法律行爲ニ非サル事務ノ委託ニ之ヲ準用ス

訴訟代理人ヲ選任スルニハ訴訟當事者自身ニ非ス訴訟代理人ヲ選任スルコトヲ得ヘキ代理權ヲ授與セラレタルモノハ辯護士ニアラス又支配人ニアラサル場合ニ於テモ委任者ノ爲メニ訴訟代理人トシテ辯護士ヲ選任スルコトヲ得ヘキモノトス」

先ッ被控訴人ノ訴訟上ノ抗辯ニ付キ案スルニ控訴代理人ニ本件訴訟行爲ヲ委任シタ

ルジョンガズビーカ辯護士ニアラス又控訴人ノ支配人ニアラサルモ控訴人ノ爲メニ辯護士ヲ訴訟代理人ニ選任スルコトヲ得ヘキ代理權ヲ有スルモノナルコトハ當事者間ニ爭ナキトコロニシテ訴訟代理人ヲ選任スルニハ訴訟當事者自身ニ於テ直接ニ之ヲ爲スコトヲ要スルニアラス訴訟代理人ヲ選任スルコトヲ得ヘキ代理權ヲ授與セラレタルモノハ辯護士ニアラス又支配人ニアラサル場合ニ於テモ委任者ノ爲メニ訴訟代理人ヘ有效ニ控訴人ノ訴訟代理人トシテ選任セラレタルモノト謂ハサルヲ得ス被控訴人ノ此ノ點ニ對スル抗辯ハ之ヲ排斥ス仍テ本案ニ付キ審究スルニ甲第二三號證中被控訴人ノ印影ハ其認ムルトコロナルモ其餘ノ部分ハ被控訴人ノ否認スルトコロニシテ原審證人新居茂澄谷清吉吉野やすノ證言本人訊問トシテノ被控訴人ノ原審ニ於ケル供述當審證人柴田基二ノ證言竝ニ右澄谷清吉ノ證言ニ依リ眞正ニ成立シタリト認ムヘキ乙第一號證ノ一ヲ綜合スルトキハ甲第二三號證ニ於ケル被控訴人ノ印影ハ訴外門倉種吉ノ盜用ニ係ルモノナルコトヲ認メ得ヘク從テ甲第一號證ハ被控訴人ノ承諾ヲ得ス擅ニ被控訴人主張ノ如キ本件保證債務ヲ負擔シ手形裏書等ノ行爲ヲ爲シタル事實ヘ執レモ之ヲ認ムヘキ證據ナキニ歸ス原審證人新居茂當審證人柴田基二ノ證言中ニハ甲第一號保證契約書ノ作成ニ當リ電話ヲ以テ被控訴人ノ承諾ヲ求メタルカ如キ供述アリト雖モ右兩證人ノ他ノ部分ノ證言及ヒ原審證人澄谷清吉ノ證言被控訴人ノ本人訊問トシテノ供述ニ依レハ被控訴人ハ右電話ニ依ル談話ノ內容ヲ誤解シ居リタルモノト認ムヘク其他ノ立證ヲ綜合スルモ前記認定ヲ覆スニ足ラサルヲ以テ被控訴人ニ對シ保證債務ノ履行ニ於ケル本訴請求ハ爾餘ノ爭點ニ對スル判斷ヲ爲スヲ竢モナク失當ナルヲ以テ之ヲ排斥シタル原判決ヲ相當ナリトス（東京控訴院大正六年(ネ)第五一六號同八年三月一七日民一部神谷裁判長細野渡邊各判事判決）

控訴棄却○保證債務履行請求事件○控訴人　ジョセフ・ウエストンマーター控訴代理人辯護士堀江專一郎本村篤

【關係事項】

大審院
大阪地方裁判所

【訴訟代理人選定ノ委任ニ關スル同趣旨判例】

太郎被控訴人少川カメ訴訟代理人辯護士佐々木周八

一 訴訟代理人選定ヲ以テ之ヲ明言スヘキ旨ノ法則ナケレハ委任ノ旨趣汎博ニシテ受任者カ訴訟代理人ヲ選任スルノ權限ヲモ包含スルコトヲ認メ得ヘキモノトス（大審院明治三九年判決民錄一二〇八頁）

二 受任者カ自ラ訴訟代理人ト爲ルニ非スシテ本人ノ爲メニ訴訟代理人ノ選定ヲ爲スヘキ場合ノ如キハ本條ノ相關セサル所ナレハ辯護士ニ非サル者ト雖モ本人ノ爲メニ辯護士ヲ訴訟代理人ニ選定スルノ委任ヲ受クルハ違法ニ非ス（同上）

三 甲カ其妻女ヨリ委任セラレ訴訟委任ノ爲メ受訴裁判所所在地ニ來リ同市在住ノ辯護士ニ訴訟委任ヲ爲シタルトキハ乙ハ代理人ヲシテ第三者ト委任契約ヲ爲サシメタルモノトス（大阪地方大正六年判決法律新聞第一二三二號二七頁）

判旨ハ正當ナリ蓋シ訴訟代理人選任ノ委任ハ他人ニ對シ訴訟代理ノ授權行爲的訴訟行爲ヲ爲スコトヲ目的トスルヲ以テ廣義ニ於ケル訴訟代理人ト稱シ得サルニアラサルモ民事訴訟法第六三條ニ所謂原告若クハ被告自ラ訴訟ヲ爲ササルトキ訴訟ヲ爲スヘキ訴訟代理人ニ非サレハナリ

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可カラサルコトヲ命ス可シ

差押命令ハ職權ヲ以テ第三債務者及ヒ債務者ニ之ヲ送達シ又債權者ニハ其送達シタル旨ヲ通知ス可シ

六〇〇　差押ヘタル金錢ノ債權ニ付テハ第三債務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コトヲ申請スルコトヲ得

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

六五一　裁判所ハ競賣手續開始ノ決定ヲ爲ス際職權ヲ以テ競賣ノ申立アリタルコトヲ登記簿ニ記入ス可キ旨ヲ登記

判事ニ囑託ス可シ

登記判事ヘ前項ノ囑託ニ從ヒテ記入ヲ爲ス可シ

七〇七　裁判所ハ強制管理開始ノ決定ニ於テ債務者カ管理人ノ事務ニ干渉スルコト及ヒ不動産ノ收益ニ付キ處分アルコトヲ禁シ又不動産ノ收益ノ給付ヲ爲ス可キ第三者アルトキハ其第三者ニ其後ノ給付ヲ管理人ニ爲ス可キコトヲ命ス可シ

既ニ收穫シ若クハ收穫ス可ク又ハ期限ノ到來シ若クハ到來ス可キ果實ハ收益ニ屬スルニ因リ其效力ヲ生ス此差違ハ職權ヲ以テ之ヲ爲ス

七一七　商船其他ノ海船ニ對スル强制執行不ハ動產ノ强制競賣ニ關スル規定ニ從ヒテ之ヲ爲ス但事物ノ性質ニ因リ別段ノ規定ヲ設ケタルトキハ此限ニ在ラス

端舟其他捲擺ノミヲ以テ運轉シ又ハ主トシテ捲擺ヲ以テ運轉スル舟ニハ本節ノ規定ヲ適用セス

七二二　船長ニ對シ爲シタル判決ニ基キ船舶ノ差押ヲ爲ストキハ其差押ハ所有者ニ對シテモ效力アリ此場合ニ於テハ所有者モ亦利害關係人トス

差押後所有者若クハ船長ノ變更アルモ手續ノ續行ヲ妨ケス

七二六　船舶ノ股分ニ對スル强制執行ハ第六百二十五條ノ規定ニ從ヒテ之ヲ爲ス其執行ニ付テハ定繫港ノ區裁判所之ヲ管轄ス

七三二　引渡ス可キ物カ第三者ノ手中ニ存スルトキハ債務者ノ引渡ノ請求ハ申立ニ因リ金錢債權ノ差押ニ關スル規定ニ從ヒテ之ヲ債權者ニ轉付ス可シ

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

七五三　船舶ニ對スル假差押ノ執行ハ假差押ノ當時碇泊スル港ニ碇泊セシムルコトニ因リテ之ヲ爲ス裁判所ハ債權者ノ申立ニ因リ船舶ノ監守又ヒ保存ノ爲メ必要ナル處分ヲ爲ス

商法五三八　本法ニ於テ船舶トハ商行爲ヲ爲ス目的ヲ以テ航海ノ用ニ供スルモノヲ謂フ

本編ノ規定ハ端舟其他捲擺ノミヲ以テ運轉シ又ハ主トシテ捲擺ヲ以テ運轉スル舟ニハ之ヲ適用セス

五四三　差押及ヒ假差押ハ發航ノ準備ヲ終ハリタル船舶ニ對シテハ之ヲ爲スコトヲ得ス

但其船舶カ發航ヲ爲ス爲メニ生シタル債務ニ付テハ此限ニ在ラス

競賣法三六　登記シタル船舶ノ競賣ハ申立ニ因リ其當時ノ碇船港又ハ船舶ノ現在地ヲ管轄スル區裁判所ヲ爲ス

民法八七　物ノ所有者カ其物ノ常用ニ供スル爲メ自己ノ所有ニ屬スル他ノ物ヲ以テ之ニ附屬セシメタルトキハ其附屬セシメタル物ヲ從物トス

從物ハ主物ノ處分ニ隨フ

(一)民事訴訟法ニ所謂强制執行ノ原因タルヘキ權利ハ私法上ノ請求權ニ限ルヲ以

テ罰金過料科料追徵金公訴裁判費用及租稅等ノ公法上ノ請求權ハ之ニ屬セサルモノトス」

(二)實義ニ於テ民事訴訟法第七一七條第一項ニ所謂商船トハ水ヲ航行スル用ニ供スル構造物ヲ謂フ」

指シ其ノ他ノ海船トハ商法ニ所謂船舶(商法五三八條ヲ船ヲ指スモノト解スヘキモノトス」

浚渫船ハ觀念上船舶ニ非サルモ推進器ヲ有スルモノ又ハ浚渫作用ノ外浚渫シタル泥土砂利等ヲ運搬スル作用ヲ爲スモノニ限リ船舶ト認メ得ヘク從テ斯ル船舶ニ對シテハ强制執行ヲ爲シ得ヘキモノトス」

製造中ノ船舶ハ社會通念上船舶ニ非サルヲ以テ船舶ニ對スル强制執行ノ目的タルコトヲ得サルモノトス」

(三)船舶股分ハ船舶ノ所有權ノ持分ニ過キスシテ之ニ對スル强制執行ハ船舶其モノニ對スル强制執行ニ非サルヲ以テ所謂船舶ニ對スル强制執行ノ範圍ニ屬セサルモノトス」

船舶カ出發港ニ於テ發航ノ準備ヲ終リタル以上ハ差押又ハ假差押ヲ爲ス可カラサル狀態ハ當該運送契約ノ終了スルマテ繼續スルモノトス」

商法第五四三條第一項ハ債權的請求權ニノミ適用アリテ物權的請求權(所有權

又ハ占有權ニ基ク請求權等)ニ適用若クハ準用ナキモノトス」

商法第五四三條第一項ハ發航準備ヲ終リタル船舶ニ對スル假處分ニ準用ナキモノトス」

發航準備ヲ終リタル船舶ニ對シ競賣法ニ依ル競賣ノ申立アリタルトキハ船舶法ニ登記アル船舶タルト否トヲ問ハス商法第五四三條第一項ノ準用アルモノトス」

發航準備ヲ終リタル船舶ノ積荷ニ對シテハ原則トシテ差押又ハ假差押ヲ爲スコトヲ得サルモ荷主カ船舶所有者ニ對シ積荷ノ引渡ヲ請求シ得ヘキ場合(商法八、六〇、六〇一條等)ニ於テノミ之ヲ爲スコトヲ得ルモノトス」

商法第五四三條第一項ハ發航ノ準備ヲ終リタル船舶ノ從物ニ對スル差押又ハ假差押ニ適用セラルルモノトス」

商法第五四三條第二項ニ所謂發航ノ爲メニ生シタル債務トハ出發港ニ於テ生シタルモノノミヲ指スニ非スシテ爰中港ニ於テ生シタル債務ヲモ包含スルモノトス」

(四)船舶ニ對スル强制管理ハ法律ノ認メサル所トス」

民事訴訟法第七二二條第一項ノ規定ハ船長カ船長タル資格ニ於テ爲シタル訴訟ニ於テノミ之ヲ指スニ非スシテ爰ニ船舶所有者ニ對シテモ亦其效力ヲ生スル

コトヲ認メタルモノト解スヘキモノトス」

引渡スヘキ船舶カ第三者ノ手中ニ存スル場合ニ於テ第三者カ其引渡ヲ拒ムトキハ執行裁判所ハ債權者ノ申立ニ因リ金錢債權ノ差押ニ關スル規定ニ從ヒ之ヲ債權者ニ轉付スヘキモノトス但此場合ニハ差押命令ヲ用ヒサルモノトス」

船舶登記簿ニ登記アル船舶ノ假差押ハ登記ヲ要スルモノトス(船舶ニ對スル假處分ニ付テモ亦同シ)

民事訴訟法第七五一條ニ於ケル假差押ノ登記ハ債權者ノ申立ニヨリ之ヲ爲スヘキモノトス」

競賣法ハ民事訴訟タルノ性質ヲ有スルヲ以テ競賣法ニ依ル競賣ハ別段ノ規定ナキ限リ民事訴訟法强制執行編ノ規定ヲ準用スヘキモノトス」

競賣法ニ所謂船舶ノ競賣ニ關スル規定ハ登記アル船舶ノ競賣ノミニ關スル規定ナリト解スヘキモノトス」

本論ハ主トシテ商法第五四三條ニ關スル疑義ノ攻究ヲ爲シ併セテ民事訴訟法並ニ競賣法ニ於ケル强制執行ニ付キ攻究スル所アラントス

第一　船舶ニ對スル强制執行ノ原因タルヘキ權利

船舶ニ對スル强制執行ノ原因タルヘキ權利ハ債權的請求權タルコトアルヘク又物權的請求權タルコトアルヘシ然レトモ彼ノ關金過料科料追徵金公訴裁判費用等ノ請求權ノ如キハ假令船舶ニ對スル强制執行ノ原因タルモノニシテ且其執行ハ民事訴訟法强制執行編ノ規定ニ從ヒテ之ヲ爲スモノナリト雖モ之等ノ請求權ハ公法上ノ請求權

ナルヲ以テ私權ノ保護ヲ目的トスル民事訴訟法ノ所謂强制執行ノ原因タルコトヲ得サルモノト謂ハサルヘカラス(非訟二〇八刑訴三二〇ノ三)然テ租稅請求權亦然リ

第二　强制執行ノ目的ト爲リ得ヘキ船舶

船舶トハ廣義ニ之ヲ解スレハ水ヲ航行スル用ニ供スル構造物ヲ謂フヲ以テ浮船ハ船舶ナリト謂フヲ得ヘシト雖モ製造中ノ船舶(後述スル所ヲ參照「商五四四」飛行船砂漠船等ハ船舶ニ非スト謂フヘク次ニ船舶ハ航行ノ用ニ供スルモノ即チ其用途ノ如何ヲ問ハス航行ニ依リテ或ル用途ニ充ツルモノナルヲ以テ浮標、舟橋、燈台船、浮船渠、水上料理店水上浴場沈重函蓄魚箱、筏、等ノ如キハ船舶ニ非スト謂フヘク最後ニ船舶ハ構造物ナルヲ以テ觀念上之ヲ單一物聚合物ト區別セサルヘカラスト雖モ其構造ノ大小及ヒ材料ノ如何ハ問フ所ニ非スシテ其形狀ニ於テ凹形ナルモノヲ要スルモノトス廣義ノ船舶ノ意義ハ右ニ述フルカ如シト雖モ各種ノ法令ニシテ直接又ハ間接ニ船舶ノ意義ヲ定ムルモノアルヲ以テ狹義ノ船舶ノ意義ハ各法令ニ依リテ差異ヲ生セサルヲ得ス民事訴訟法ハ第七一七條第一項前段ニ於テ商船其他ノ海船ニ對スル强制執行ハ不動產ノ强制競賣ニ關スル規定ニ從ヒテ之ヲ爲ス旨ノ規定ヲ爲シ同條第二項ニ於テ端舟其他櫓櫂ノミヲ以テ運轉シ又ハ主トシテ櫓櫂ヲ以テ運轉スル舟ニハ第三節ノ規定ヲ適用セサル旨ヲ規定ス而シテ其所謂商船トハ商法ニ所謂船舶(商五三八)ヲ指スモノト解スヘク其他ノ船舶トハ商船及同條第二項ニ揭ケタル舟ヲ除外シタル一切ノ船舶ヲ指スモノト解スヘク民事訴訟法ニ所謂船舶ノ意義ハ商法船舶法等ニ所謂船舶ノ意義ヨリ一其範圍廣シト謂ハサルヘカラス浚渫船ハ觀念上船舶ニアラス只推進器ヲ有スルモノ又ハ浚渫作用ノ外浚渫シタル泥土砂利等ヲ運搬スル作用ヲ爲スモノハ例外トシテ船舶ナリト解セントス蓋シ前者ニアリテハ法律カ之ヲ船舶ト看做スニ依リ(船舶法行細則二)後者ニアリテハ社會通念上航行ノ用ニ供スルモノト認メ得ヘキニ依ル從テ斯ル船舶ハ例外トシテ强制執行ノ目的ト爲ルヲ得ルモノト解セサルヘカラス製造中ノ船舶ニ對シテモ亦同一ノ疑アリ然レトモ余輩ハ絕對ニ消極說ヲ採ラントス蓋シ

(一)消極論者ノ理由トスル所ハ商法ニ於ケル製造中ノ船舶ニ對シ抵當權ノ設定ヲ認メ船舶登記規則ニ之カ登記手續ヲ定メタル精神ニ照シ製造中ノ船舶ハ成法上ノ範圍ニ於テ船舶ナリト爲シ(二)一派ノ積極論者ノ理由トスル所ハ製造中ノ船舶ニ對シ船舶ニ對スル强制執行ノ規定ヲ準用セサレハ不便ナリト爲スニ在リ然レトモ製造中ノ船舶ハ社會通念上船舶ニ非サルコト明カナルノミナラス商法カ製造中ノ船舶ニ對シ抵當權ノ設定ヲ認メタルハ其製造中ニ於ケル金融ノ便ヲ助ケ引イテ航海業ノ發達ヲ計ル爲メニ出テタルモノニシテ他意アルニアラス加之商法カ製造中ノ船舶ニ對シ船舶債權者ニ關スル規定(商六八〇乃至六八八)ヲ準用スヘキ旨ヲ定メタルニ徵スレハ(商六八九)同法ハ製造中ノ船舶ヲ船舶ト看做ササル趣旨ナルコトヲ知リ得ヘキヲ以テ論者カ製造中ノ船舶ハ成法上ニ於テハ船舶ナリト爲ス論據ハ全ク理由ナキモノト謂ハサルヘカラス(二)製造中ノ船舶ニ對シ船舶ニ對スル强制執行ノ規定ヲ準用セサレハ如何ナル不便アリヤ(A)或ハ製造中ノ船舶ニ對シ强判執行ヲ爲スニ當リ動產ニ對スル强制執行ノ規定ニ依ルトキハ差押ノ登記ヲ爲スコトヲ得サルヲ以テ債務者カ差押ヲ受ケタル後其船舶ヲ讓渡シ又タハ之レニ抵當權ヲ設定シタル場合ニ不便アルモノトナサンカ果シテ然リトセハ此ノ如キ場合ニ於テハ民法ハ債權者ニ取消權ヲ與ヘタルヲ以テ債權者ヲ救濟スル道絕無ナリト謂フヲ得サルノミナラス同一ノ問題ハ假令製造中ノ船舶ニ對シ船舶ニ對スル强制執行ノ規定ヲ適用スルモマタ同時ニ起リ得ヘキヲ以テ此ノ點ヲ以テシテハ未タ余輩ノ主張ヲ覆スニ足ラサルモノト謂ハサルヘカラス蓋シ船舶登記規則ハ製造中ノ船舶ノ所有權ノ保存登記ヲ認メサルヲ以テ船舶ニ對スル强制執行ノ規定ヲ適用スルモ差押ノ登記ヲ爲ス事能ハサレハナリ(B)或ハ所謂船舶ニ對スル强制執行ノ規定ニ依ラサルトキハ製造中ノ船舶ニ對スル抵當權者カ抵當權ノ實行ヲ爲スニ際シ差押債權者カ其通知ヲ受クルコトヲ得サル不便アリト爲スモノナランカ果シテ然ラハ製造中ノ船舶ノ抵當權者ハ之ニ對シ所有權ヲ取得シタル者ニ對シテノミ抵當權實行ノ通知ヲ爲セハ足ルモノナルヲ以テ(民三八一、三八七商六八九、六八

六)此ノ如キハ無意義ナル論據ト謂ハサルヘカラス余輩ハ到底一派ノ積極論者ノ主張ニ左袒スルコト能ハサルモノナリ反之製造ヲ終リタルモ未タ通水セサル船舶ハ船舶ニ對スル强制執行ノ規定ヲ適用スルコトヲ得ヘキハ勿論ナリ民事訴訟法ハ船舶ニ對スル强制執行ノ規定ト共ニ船舶股分(船舶共有者ノ持分)ニ對スル强制執行ニ付キテノ三ケ條ノ規定ヲ設ケタリト雖モ(民訴七二六乃至七二八)船舶股分ハ船舶ノ所有權ノ持分ニ過キスシテ之ニ對スル强制執行ハ船舶其モノニ對スル强制執行ノ範圍ニ屬セサルモノト謂ハサルヘカラス

第三　發航準備ヲ終リタル船舶ニ對スル差押及假差押(一)商法第五四三條第一項ノ立法理由既ニ發航準備サ終リタル船舶ニアリテハ之ニ對シ差押又ハ假差押ヲ許ストキハ吾ニ船舶所有者ノ利益ヲ害スルコト尠カラサルノミナラス船長船員傭船者荷送人又ハ乘客並ニ一般公衆ノ利益ヲ害スルコト尠カラサルノミナラス船舶カ發航ノ準備ヲ終ルマテ債權ノ實行ヲ爲サヽリシニ付テ解怠ナシト謂フヲ得サルヲ以テ此ノ如キ規定ヲ爲スニ至リタルモノナリ(イ)發航ノ準備ヲ終リタル船舶ト云フカ爲メニハ吾ニ荷役ヲ終了シタル事實又ハ船舶乘組員カ乘組タル事實アルコトヲ要スルノミナラス更ニ船舶ニ備付クヘキ證書ヲ備付クル形式上必要ナル手續ヲ終了シタル事實ナカルヘカラス(商五六二船舶檢査法六、七、一〇、船員法三)然レトモ之等ノ事實ハ必シモ全部完備シタルコトヲ要スルモノニアラス蓋此如キハ發航ノ瞬間ニ於テノミ發生スヘキ事實ナレハナリ從テ何時發航ノ準備ヲ終了シタルモノト謂フヘキカハ各場合ニ依リテ決スヘキモノナリ(ロ)船舶カ出發港ニ於テ發航ノ準備ヲ終リタル以上ハ差押又ハ假差押ヲ爲スヘカラサル狀態ハ當該運送契約ノ終了スルマテ繼續ス從テ其船舶カ(A)途中港ニ碇泊シタル場合又ハ(B)其港ニ於テ積荷ノ一部ヲ陸揚シ或ハ積荷ヲ爲シタル場合(C)發航後風浪等ノ爲メニ一時出發港ニ歸港シタル場合(D)避難港ニ入港シタル場合(E)其他ニ於テ修繕ヲ爲ス場合等ニ於テモ之ヲ爲スコ

トヲ得ス

(二)　商法第五四三條第一項ノ適用範圍(イ)本條第一項ハ債權的請求權(擔保物權ニ依リ擔保セラレタルモノヲモ含ム)ニノミ適用アリテ物權的請求權例ヘハ所有權ニ基ク請求權又ハ占有權ニ基ク請求權ニハ適用若クハ準用ナシ然レトモ債權ニシテ荷モ船舶所有者ニ對スルモノナル限リハ其債權者ト雖モ亦其船舶ニ對シテ差押又ハ假差押ヲ爲シ得ル以下ノミニ限ラス一般ノ債權者ト雖モ本條第一項ハ發航準備ヲ終リタル船舶ニ對スル假處分ニモノト解スヘキモノトス(ロ)本條第一項ハ前述ノ如ク債權ノ效力ヲ制限スル例外的規定ナルヲ以テ準用ナシ蓋シ本條第一項ノ之ヲ狹義ニ解釋セサルヘカラサルノミナラス假處分ハ金錢ノ支拂ヲ目的トセサル請求ノ爲メニスル强制執行ノ結果ヲ保全スルカ爲メ係爭物ニ對シテ爲ス强制處分又ハ爭アル法律關係ニ付キ假ノ地位ヲ定ムルカ爲メ其法律關係ニ對シテ爲ス强制處分ヲ謂フモノニシテ卽假處分ノ係爭物其ノ物又ハ爭アル法律關係其モノニ付キ相當ノ處分ヲ爲シ又ハ假ノ地位ヲ定ムルノ必要アル場合ニ於テノミ認メラルルモノナルヲ以テナリ(ハ)本條第一項ハ競賣ノ申立ノ場合ニ準用アリヤ余輩ハ發航準備ヲ終リタル船舶ニ對シ競賣法ニ依ル競賣ノ申立アリタルトキハ船舶法ニ登記法ニ登記アル船舶タルト否トヲ問ハス本條第一項ノ準用アリト解ス(ニ)發航準備ヲ終リタル船舶ノ積荷ニ對シ差押又ハ假差押ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ余輩ハ原則トシテ之ヲ許ササルモノト解ス蓋シ積荷ノ占有ハ船積セラレタル時ヨリ船長ニ移ルモノナルヲ以テナリ然レトモ荷主カ船舶所有者ニ對シ積荷ノ引渡ヲ請求シ得ヘキ場合(例ハ商五九八、六〇〇、六〇一)ニ於テハ其債權者ニ對シ其債權ノ强制執行又ハ其ノ保全方法ヲ阻止スヘキ理由ナキヲ以テ荷主ノ債權者ハ船舶債權者ニ對シ其積荷ヲ債權者ニ引渡スヘキ命令ヲ得テ之カ差押ヲ爲スコトヲ得ヘシ(ホ)本條第一項ハ發航ノ準備ヲ終リタル船舶ノ從物ニ對スル差押又ハ假差押ニ適用セラル(民法八七)

(三)　商法第五四三條第二項ノ立法理由　船舶カ發航ヲ爲スカ爲メニ爲シタル債務ニ

在リテハ債權者ハ通常發航準備ヲ終ル以前ニ於テ自己ノ債權ヲ行使スルコトヲ得サル狀態ニアルノミナラス船舶カ發航ノ準備ヲ終ルコトヲ得タルの一ツニ右債務ヲ負ヒタルニ依ルモノナルヲ以テナリ

(四) 商法第五四三條第二項適用ノ範圍　發航ノ爲メニ生シタル債務ハ出發航ニ於テ生シタルモノノミヲ指スニアラスシテ途中港ニ於テ生シタル債務ヲモ含ムモノト解スヘク又苟モ發航スル爲メニ生シタル債務ナル限リハ假令債務ノ發生シタル港ニ於テ差押又ハ假差押ヲ爲ササリシトキト雖モ途中港ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得ルモノトス

第四　船舶ニ對スル强制執行ノ方法

(一) 民事訴訟法ニ依ルモノ　(イ)金錢ニ基ク强制執行ヲ爲ス場合ニハ原則トシテ不動產ノ强制競賣(民訴六四二乃至七〇五)ニ關スル規定ニ從テ之ヲ爲スト雖モ船舶ニ對スル强制執行ハ原則トシテ不動產ニ對スル强制競賣ニ關スル規定ニ從テ之ヲ爲スノ必要アルヲ以テ法律ハ數箇條ノ特則ヲ設ケタリ以下之ニ付キテ簡單ニ解說スル所アラントス(A)管轄　船舶ノ管轄執行裁判所ハ船舶カ差押ノ當時碇泊スル港ヲ管轄スル區裁判所ニシテ(民訴七一八、六四一、獨競一六三)其裁判籍ハ專屬ナリ(民訴五六三)(B)利害關係人　船舶ニ對スル强制執行ニ於テ利害關係人トハ(a)差押債權者(b)執行力アル正本ニ依リ配當ヲ要求スル債權者(c)登記簿ニ記入アル船舶債權者即抵當權者(債權者ハ此範圍ニ屬セス蓋登記セル船舶ニ對シテハ債權ヲ設定スルコトハ商法六八八條ノ結果トシテ其ノ債權ヲ證明シ執行記錄ニ備フヘキ旨スルトコロナレハナリ(d)船舶債權者トシテ船舶ノ占有ヲ有スル者即先取特權者債權者留置權者租稅其ノ他ノ公課ヲ主管スル官廳及ヒ民事訴訟法第六五〇條第二項ニ所謂所有者等(民訴六四九、六九二)(e)債務者(f)船舶所有者(商五五七參照)(g)船長(壹押後新ニ船長ト爲リタル者ヲ含ム)ヲ謂フモノトス(民訴

七一七、六四八、七二二 I II)(C)强制競賣ノ申立　船舶ニ對スル强制競賣ハ不動產ニ對スル强制競賣ニ於ケルト同シク債權者ノ申立ニ依リ執行裁判所カ競賣開始決定ヲ爲スニ因リテ開始ス(民訴六四一II)而シテ强制競賣ノ申立ハ民事訴訟法第六四二條ニ從ヒテ之ヲ爲シ且之ニ執行力アル正本ヲ添附スヘキモノトス(民訴六四三)然レトモ尙ホ(I)(a)債權者カ船舶ノ所有者ナル場合ニ於テハ其所有者トシテ船舶ヲ指揮スルコト(獨競一六四參照)(b)債務者カ船長ナル場合ニ於テハ船長トシテ船舶ヲ所有スルコト(獨競スルニ足ルヘキ證書ヲ申立ニ添附スヘク(2)船舶カ船舶登記簿ニ登記アル場合ニハ(商五四〇船舶法一、五、二)添參照)其船舶ニ對スル有效ナル各登記事項ヲ包含シタル登記簿ノ抄本ヲ添附スヘキモノトス(民訴七二〇I)船舶登記取扱手續一三、一二)但(2)ノ場合ニ於テ船舶登記簿ヲ主管スル官廳カ遠隔ノ地ニアルトキハ債務者ハ其ノ登記簿ノ抄本ヲ送付シ其ノ官廳カ請求スルコトヲ執行裁判所ニ申立ツルコトヲ得ヘシ同法七二〇II)此場合ニ於テハ債權者ハ其ノ抄本ヲ强制執行ノ申立ニ添附スルノ要ナキハ勿論ナリ(D)競賣ノ開始決定　裁判所カ競賣手續ト開始決定ヲ爲シタルトキハ同時ニ債權者ノ爲メニ船舶ヲ差押フルコトヲ宣言スヘク(民訴七一七I六四四I)若シ債權者ノ申立アルトキハ競賣開始決定ヲ爲スト同時ニ又ハ之ヲ爲シタル後ニ於テ船舶ノ監守及ヒ保存ノ爲メ必要ナル處分ヲ命スヘキモノトス(民訴七二一I)但此處分ヲ讀行スル爲メニ必要ナル費用ハ債權者ニ於テ之ヲ豫納スヘク若シ之ヲ怠ルトキハ裁判所ハ右ノ處分ヲ取消スコトヲ得ルモノトス(民訴七二一II獨競一七〇II)執行裁判所ハ競賣開始決定ヲ爲シタルトキハ職權ヲ以テ競賣ノ申立アリタルコトヲ船舶登記簿ニ記入スヘキコトヲ登記判事ニ囑託スヘキモノトス(民訴六五一I、七一七I船舶登記規則四七、登錄稅法三ノ八號)但差押ヘラレタル船舶カ外國ノ船舶ナルトキハ又ハ登記簿ニ登記セサル船舶ナルトキハ此職ニアラス執行裁判所ハ又競賣期日ノ公告ヲ爲スヘキモノナリト雖モ其ノ公告ニハ民事訴訟法第六五八條第一號ニ揭ケタル旨趣ニ換ヘテ船舶ノ表示及ヒ其ノ碇泊ノ場所ヲ揭クヘキモノトス(民訴七二四)而シテ又登記アル船舶

ニ付キテハ其ノ差押カ其ノ船舶ノ定繫港ヲ管轄スル區裁判所ノ管轄外ニ於テ爲サレタルトキハ執行裁判所ハ競賣期日ノ公告ヲ定繫港ノ區裁判所ニ送付シ其ノ裁判所ノ揭示板ニ揭示スヘキコトヲ囑託スヘキモノトス(民訴七二五、七一八、六六一)(b)效力 競賣開始決定ノ效力ハ原則トシテ之ヲ船舶所有者ニ送達スルニ因リテ生スルモノナリト雖モ(民訴六四四Ⅲ)債權者ノ申立ニ依リ民事訴訟法第七二一條第一項ニ定ムル處分ヲ爲シタルトキハ其ノ送達前ト雖モ差押ノ效力ヲ生スルモノトス(民訴七二一Ⅱ獨競一六五而シテ一旦差押ノ效力ヲ生シタル後ハ假令所有者又ハ船長ノ變更アルモ競賣手續ノ續行ヲ妨ケサルノミナラス(民訴七二二Ⅱ)(a)裁判所ハ重復開始決定ヲ爲スヲ得サルヘク(民訴六四五Ⅰ、五八六Ⅰ)(b)債務者ハ差押ニ係ル船舶ヲ自由ニ處分スルコトヲ得サルヘク(民訴六四四Ⅱ)(c)其ノ船舶ハ執行手續中差押ノ港ニ碇泊セシメラルルモノトス(民訴七一九前段)尤モ裁判所カ商業上ノ利益ノ爲メ適當ト認ムルトキハ總テノ稱客關係人ノ申立ニ因リ其ノ船舶ノ就行ヲ許スコトヲ得ルハ勿論トス(民訴七一九後段) 船舶債權者ノ爲メニ爲シタル船舶ノ差押ハ其ノ差押カ船長ニ對スル判決ニ基キテ爲サレタル場合ニアリテモ亦船舶所有者ニ對シテ其ノ效力ヲ生ス(民訴七二二Ⅰ)惟フニ民事訴訟法第七二二條第一項ノ規定ハ船長カ船長タル資格ニ於テ爲シタル訴訟ニ於テ之ニ對シテ爲シタル敗訴ノ判決ハ船舶所有者ニ對シテモ亦其ノ效力ヲ生スル事ヲ前提トスルモノナリト解セサル可カラス何トナレハ若右ノ規定カ單ニ船舶所有者ノ代理人トシテ訴訟行爲ヲ爲シタル場合ニ關スルモノナリトスレハ此ノ如キ場合ニ於テハ船長ニ對シテ爲シタル判決ハ右ノ如キ規定ヲ竢タスシテ當然直接ニ船舶所有者ニ對シ其ノ效力ヲ生スヘキヲ以テ此規定ハ全ク其ノ存在ノ意義ヲ失フニ至ルヘキノミナラス民事訴訟法第七二〇條第一項後段ハ船長カ其ノ資格ニ於テ債務者ト爲リ從テ强制執行ノ被申立人ト爲ルコトアルヘキヲ豫想シ又同法第七二二條ハ獨逸强制競賣及强制管理法第一六六條ノ規定ニ倣ヒタルモノニシテ同法第一六六條ノ規定ハ獨逸商法第六九六條第二項前段第七六一條第二項獨逸內水航海法第九條第二項等ノ規

定倘獨商七五一參照)ヲ繼受シタルモノナルコトニ徵シ更ニ又船長ノ碇泊港外ニ於ケル權限ノ廣大ナルニ徵シ(商五六六條以下參照)我商法カ第六五二條ノ十三ノ外ニ獨逸商法及ヒ獨逸內水航海法ノ如ク船長カ自カラ訴訟ノ當事者ト爲ルコトヲ得且船長ニ對シテ爲シタル判決カ當然ニ船舶所有者ニ對シテモ亦其ノ效力ヲ生スヘキ旨ノ規定ヲ爲ササリシハ全ク立法者ノ過失ニ基クモノニシテ立法ノ精神ハ正ニ余輩ノ解スル如クナリト謂ハサル可カラス吾人ハ如上ノ見解ヲ採レル當然ノ結果トシテ民事訴訟法第七二二條第一項ハ商法海商編ノ適用若クハ準用アル船舶(船舶法三五)ニ對シテモ亦其ノミナラス此ノ如キ船舶以外ノ船舶ノ船長ハ商法海商編ノ適用若クハ準用ナキ爲メ船長タル資格ニ於テ一切ノ裁判上又ハ裁判外ノ訴訟ヲ爲スコトヲ得ルモノニ非サレハナリ(ロ)船舶ノ引渡ヲ目的トスル强制執行 船舶ノ引渡ヲ目的トスル强制執行ニ付キテハ其船舶ニ人カ居住スルヤ否ヤニ依リ其ノ手續ヲ異ニセサル可カラス卽其ノ船舶ニ人カ居住セサルトキハ執達吏之ヲ債務者ヨリ取上ケテ債權者ニ引渡スヘク(民訴七三訴獨民訴八八三)若人カ居住スルトキハ其ノ引渡又ハ明渡ハ債權者又ハ其ノ代理人カ受取ノ爲メ其ノ執行ノ場所ニ出頭シタルトキニ限リ執達吏ニ於テ債務者ノ占有ヲ解キ同時ニ債權者ニ其ノ占有ヲ得セシムルニ依リ之ヲ爲スヘキモノトス(民訴七三一Ⅲ獨民訴八八五)而シテ若シ此場合ニ船舶ニ附屬スル從物アルトキハ又當然同時ニ債務者ノ占有ヲ解キ之ヲ債權者ニ引渡スヘキモノトス(民訴七三一Ⅰ民八七Ⅱ)若シ其ノ船舶內ニ船舶ノ從物ニ非スシテ尙ホ債權者ニ引渡スヘキ有體動產アリタルトキハ執達吏ハ民事訴訟法第七三〇條ニ依リ之ヲ債務者ヨリ取上ケテ債權者ニ引渡スヘキモノトス反之船舶內ニ存スル其ノ餘ノ動產ハ執達吏ニ於テ之ヲ取除キ債務者不在ナルトキハ其ノ代理人又ハ債務者ノ成長シタル家族若クハ雇人ニ之ヲ引渡スヘク(民訴第七三一Ⅲ)之等ノ者皆在ラサルトキハ執達吏ハ債務者ノ費用ニ於テ之ヲ保管スヘク(民訴第七三一條)尙ホ債務者之カ受取ヲ怠ルトキハ執行裁判所ノ許可ヲ得テ差押物ノ競賣ニ關スル規定ニ從ヒ(民訴

五七二以下)之ヲ賣却スヘク其ノ賣得金ハ費用ヲ控除シタル後之ヲ供託スヘキモノトス(民訴七三一V明治三二年法律一五號供託法同年大藏省令第六號供託物取扱規前參照)引波スヘキ船舶カ第三者ノ手中ニ存スル場合即第三者ノ占有又ハ擁有ニ存スル場合ニ於テ第三者カ其ノ引波ヲ拒ムトキハ(民訴五六七參照)執行裁判所ハ債權者ノ申立ニ因リ金錢債權ノ差押ニ關スル規定(民訴五九八、六〇〇)ニ從ヒ之ヲ債權者ニ轉付スヘキモノトス(民訴七三二)但此場合ニハ差押命令ヲ用ヒサルモノトス(ハ)假差押及ヒ假處分(A)假差押　船舶ニ對スル假差押ハ既ニ述ヘタル如ク金錢債權者又ハ金錢ニ換フルコトヲ得ヘキ請求ニ付キ其ノ保全處分ヲ爲サヽ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付キ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ヘキ場合ニ於テ之ヲ爲スモノニシテ(民訴七三七I七三八)其ノ申請管轄裁判所審判手續及ヒ其效力等ニ關シテハ民事訴訟法第七三七條乃至第七四七條及ヒ第七四九條竝ハ第七五四條ノ規定ニ依リ其執行ニ關シテハ第七五三條ノ場合ヲ除キ强制執行ニ關スル規定ヲ準用スヘキモノトス(民訴七四八)船舶ノ假差押ニ付キ問題ト爲ルハ船舶登記簿ニ登記アル船舶ノ假差押ハ登記ヲ要スルヤ否ヤノ點ナリ余輩ハ積極說ヲ採ラントス蓋シ(a)民事訴訟法第七五三條ハ船舶ニ對スル假差押ノ執行方法ヲ規定シタリト雖モ本來船舶ニ對スル假差押ノ方法ハ强制競賣ニ依ルコトヲ要シ(民訴七一七I)然カモ假差押ハ强制執行ノ保全方法ニシテ競賣手續ヲ爲スヘキモノニ非サルヲ以テ此點ニ關シ强制執行ニ付キテノ規定ヲ準用スルヲ得ス(民訴七一八)即民事訴訟法ハ此理由ニ基キ第七五三條ノ特則ヲ設ケタルモノニシテ決シテ同法第六五一條ノ準用ヲ排斥シタルモノニ非ス(b)登錄稅法第三條第九號ニハ船舶ニ對スル假差押及ヒ假處分ノ登記ニ付キテノ登錄稅ヲ規定シ船舶登記規則第二九條ニハ未登記ノ船舶ノ所有權ニ對スル處分ノ制限ノ登記ニ關スル規定ヲ設ケタルニ徵スレハ法律ハ船舶ニ對スル假差押ノ登記ヲ認メタルモノト謂フヘク(同規則四七條)(c)船舶所有權ノ得喪變更ハ登記ヲ爲スニ非サレハ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルニ拘ラス(商五四一)商

業上ノ利益ノ爲メ假差押ヲ受ケタル船舶ノ航行ヲ認ムル此手續ニ於テ尙ホ登記ヲ要セサルモノト爲スハ著シク前者トノ權衡ヲ失スルモノト謂ハサル可カラス假差押ノ登記ハ職權ヲ以テ之ヲ爲スヘキヤ申立ニ依リテ之ヲ爲スヘキヤニ付キ二說アレトモ予輩ハ後說ヲ採ル蓋シ假差押命令ヲ執行スルト否トハ債權者ノ任意ナレハナリ(民訴七四九II參照)船舶ニ對スル假處分ハ民訴七五五條七六〇條ノ場合ニ之ヲ爲スコトヲ得而シテ其ノ命令其ノ他ノ手續ニ付キテハ特則アル場合ヲ除キ(民訴七五七乃至七六三參照)假差押ノ命令及ヒ手續ニ關スル規定ヲ準用スヘキモノトス(民訴七五六)船舶ニ對スル假處分ニ付キテモ其ノ船舶カ登記簿ニ登記セラレタルモノナルトキハ裁判所ハ其ノ處分トシテ船舶ノ讓渡又ハ抵當權設定等ヲ禁シタル場合ニ於テ債權者ノ申立ニ依リ登記判事ヲシテ船舶登記簿登記ヲ爲サシムルコトヲ要ス

(二)　競賣法ニ依ルモノ　(イ)競賣ノ性質　競賣法カ民事訴訟タルノ性質ヲ有スルヤ非訟事件手續タルノ性質ヲ有スルヤニ付キテハ學說ノ分カルル所ナリト雖モ其ノ詳細ノ議論ハ之ヲ民事訴訟法ノ研究ニ讓リ余輩ハ競賣法ハ民事訴訟タルノ性質ヲ有スルモノト解セントス從テ競賣法ニ依ル競賣ハ別段ノ定ナキ限リ民事訴訟法强制執行編ノ規定ヲ準用スヘキモノトス　(ロ)競賣法ニ所謂船舶ノ競賣ニ關スル規定ノ適用範圍競賣法ニ所謂船舶ノ競賣(同法第四章三六條以下)ニ關スル規定ハ登記アル船舶ノ競賣ノミニ關スル規定ナリト解スルヲ可トス從テ登記ナキ船舶ニ對スル競賣ハ動產ニ對スル競賣(競賣法三條乃至二一條)ニ依リテ之ヲ爲スヘキモノトス(ハ)競賣手續　(A)競賣法ニ所謂不動產ノ競賣ニ關スル規定ノ準用ニ依ル競賣手續　競賣法ニ依リ登記シタル船舶ノ競賣ヲ爲スニハ競賣法ノ總則ノ規定ノ適用アルハ勿論(競賣一、二)特別ノ規定ナキ限リ競賣法ニ依ル不動產ノ競賣ニ關スル規定ヲ準用スヘキモノトス　(B)特別ノ規定ニ基ク競賣手續船舶ノ競賣ハ前述ノ外尙ホ特別ノ規定ニ基キ左ノ手續ヲ爲スヘキモノトス(a)競賣ノ申立ハ其ノ當時ノ船舶ノ碇繫港又ハ船舶ノ現在地ヲ管轄スル區裁判所之ヲ爲スヘク(競賣三六)(b)競賣ノ申立書ニハ船舶所有者竝ニ船長ノ氏名住所船

仁井田博士

船ノ表示及ヒ競賣ノ原因ヲ記載シ且船舶登記簿ノ謄本及ヒ官ノ認可ヲ要スル場合ニハ其ノ認可ヲ得タルコトヲ證スル書面ヲ添附スヘク（競賣三七）若シ公簿ヲ主管スル官廳カ遠隔ノ地ニ在ルトキハ競賣申立人ハ其ノ抄本ノ取寄ヲ競賣管轄裁判所ニ申請スルコトヲ得ヘク（競賣三九、民訴七二〇Ⅱ）此場合ニハ右申立書ニ右謄本又ハ認可ノ書面ヲ添附スルコトヲ要セサルハ勿論ナリ（C）競賣期日ノ公告ニハ申立ニ因リ競賣ヲ物區裁判所ノ管轄外ニ於テ競賣ヲ爲スヘキハ裁判所ハ競賣期日ノ公告ヲ其ノ港ヲ管轄スル區裁判所ニ送付シテ其ノ裁判所ス（競賣法三九、民訴七二〇Ⅰ）船舶ハ競賣ル當時ノ碇泊港ニ碇泊セシムヘク商業上ノ利害關係人ノ申立ニ因リ管轄裁判所ハ開始決定ト同時ニ又ハ其後ニ於テ其ノ船舶ノ航行ヲ許スコトヲ得ヘク（競賣三九、民訴七一九、六四四）其ノ碇泊ヲ命スル決定ハ之ヲ競賣開始決定中ニ記載スヘク若シ船舶ノ碇泊ヲ命シタル當時船舶カ其ノ裁判所ノ管轄内ニ在ラサリシコト顯ハレタルトキハ其ノ競賣手續ヲ取消スヘキモノトス（競賣三九、民訴七二三）(e)登記アル船舶ニ對スル增價競賣ノ申立アリタルトキハ（商六八六、民三八三乃至三八六）競賣法第四〇條乃至四九條ノ規定ヲ準用シテ之ヲ爲スヘキモノトス（法學士小町谷操三氏法學新報第二九卷第六號一頁「船舶ニ對スル强制執行ヲ論ス」要領）

【論旨（一）ノ三項民訴七一七條海航ノ意義參照學說】

一　民事訴訟法ニ所謂船舶ハ商法ニ所謂船舶トハ異ルモノトス商法ニ所謂船舶トハ商行爲ヲ爲ス目的ノ如何ニ拘ハラス航海ノ用ニ供スルモノヲ指スモノナリト雖モ民事訴訟法ニ所謂船舶トハ目的ノ如何ニ拘ハラス航海ノ用ニ供スルモノヲ指スモノトス故ニ民事訴訟法ニ所謂船舶トハ商船即チ商行爲ヲ爲ス目的ヲ以テ航海ノ用ニ供スルモノ及ヒ其他ノ海船ヲ指スニ外ナラサルナリ商船ニ非サル海船ハ海上ニ於ケル漁獵船探檢船若クハ遊船等ナリ（七一七商五三八）船舶即チ商船其他ノ海船ハ端舟其他總攬ノミヲ以テ運轉シ又ハ主トシテ總攬ヲ以テ運轉スル船舶ヲ除キ事物ノ性質ニ依リテ差異ノ生スル場合又ハ別段ノ規定アル場合ノ外不動產强制競賣ニ關スル規定ニ從ヒテ之ニ對シ强制執行ヲ爲スヘキモノトス（法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論一三九五頁）

板倉博士

二　執行法上ノ船舶トハ有形ノ船舶ノミヲ稱シ其既分即チ共有權ヲ包含セス（第七二六條）民訴法ノ執行ノ物體タル船舶トハ實質上ノ意義ニ於テハ風力又ハ機關力ニ依リ運轉シ航行水上貿易漁業（漁撈ヲ含マス）等ノ用ニ供スルモノヲ指スモノナリト雖モ民事訴訟法ニ所謂船舶トハ商船即チ商行爲ヲ爲ス目的ヲ以テ航海ノ用ニ供スルモノヲ指スモノトス故ニ民事訴訟法ニ於テハ端舟其他總攬ノミヲ以テ又ハ主トシテ總攬ヲ以テ運轉スル船舶ヲ除キ事物ノ性質ニ依リテ差異ノ生スル場合又ハ別段ノ規定アル場合ノ外不動產强制競賣ニ關スル規定ニ從ヒテ之ニ對シ强制執行ヲ爲スヘキモノトス（法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論一三九五頁）

松波博士

今村氏

板倉博士

【同（二）ノ五項製造中ノ船舶ハ所謂商船ナリヤニ關スル異趣旨學說判例】

一　抵當權カ製造中ノ船舶ニ對シテ强制執行ヲ爲スニ當リ如何ナル方法ニ依ルヘキカ普通動產ノ强制執行方法ニ依ルヘキカ船舶ノ夫レニ依ルヘキカ製造中ノ物ハ未タ船舶ニ非ス商法ハ船舶債權ノ章ノ規定ヲ製造中ノ船舶ニ準用スルニ止リ之ヲ船舶ト看做スニ非ス假ニ商法ノ船舶債權ノ章ノ適用ニ關シテハ之ヲ船舶ト同一視スルモ他ノ章ノ規定ニ關シテハ然ラス況ンヤ商法以外ノ法ノ適用ニ於テオヤ製造中ノ船舶ニシテ果シテ船舶ニ在ラストセハ普通動產トシ其規定ヲ適用スルヨリ外ナシ之ヲ理論トスレトモ此理論ヲ貫キ普通動產ノ規定ヲ適用スルトキハ大ナル不都合ヲ生スルヲ以テ民事訴訟法ノ精神解釋ニ依リ船舶ニ關スル規定ヲ準用ス即チ民事訴訟法ニハ適切ニ製造中ノ船舶ノ强制執行ニ關シテ適用スヘキ規定ナキモ此物ハ普通動產ヨリモ製造後ノ船舶ニ類スル所大ナルヲ以テ後者ノ規定ヲ準用スルナリ（法學博士松波仁一郎氏日本商法一三八七頁）

二　建造中ノ船舶龍骨ノ据付以前ハ縱令建造ノ材料ハ整頓シテ一物ノ不足ナキ場合ト雖モ建造物トシテハ未タ其存在ヲ認ムルニ由ナキヲ以テ其建造ノ材料ノ一團ヲ執行法上船舶トシテ取扱フヲ得サルヤ明カナリ龍骨ノ据付成リタルトキハ外界ニ一ノ建造物ノ出現シタリトハ謂ヘ未タ船舶ノ用ヲ爲スヘキ建造物アリト謂フ能ハサルヲ以テ從テ執行法上ノ船舶アリト爲スヲ得サルヘシ固ヨリ工事ノ全然完了セルコトヲ必要トセス工事八九分ニ達シ船舶ノ形體ヲ存スルモノト認メ得ラルルナラハ執行ノ物體ト爲スヲ得ヘキヤ勿論ニシテ船舶ノ形體ヲ備ヘタルヤ否ヤハ執行機關ノ認定スヘキ事實問題ナリ然レトモ船舶登記規則ハ製造中ノ船舶ニ付キ擔保權ノ設定ヲ認ムルヲ以テ（同則第三二條）龍骨ノ出來セル以後ナラハ强制執行ノ目的物ト爲スヲ得ヘキカ（法學博士板倉松太郎民事訴訟法義海六四六頁）

三　龍骨ノ据附ヲ了シ船底外部ノ工事ハ終ヲ告ケ遙ンテ船側ノ工事ヲ爲シツツアル製造中ノ船舶ニ對スル强制執行ノ方法ニ付テハ本法中特別ノ明文ナシト雖モ其物體ノ最モ類似近接セル本條以下ニ規定アル船舶ニ對スル强制執行ノ手續ニ準據シ執行スヘキモノニシテ有體動產差押ノ方法ニ依ルヘキモノニ非ス（大阪區大正五年判決法律新聞第一二〇六號二二頁）

【同(三)ノ五項商法第五四三條一項ハ船舶ノ積荷ニ適用アルヤ ニ關スル反對學說】

商法第五四三條ニハ船舶ニ付テノミ明文ヲ存スレトモ其登載貨物ハ船舶ノ要素トモ稱スヘキモノナルヲ以テ船舶ニ對スル禁押物ノ規定ハ當然其ノ登載貨物ニハ適用ヲ及ホスヘキモノトス故ニ本條ハ獨乙商法第四四六條ト同趣旨ニ解スヘキモノトス而シテ本條但書ノ適用アル場合ニハ貨物モ亦差押フルコトヲ得(法學博士板倉松太郎氏强制執行法義海三三八頁)

松本博士

趣旨學說】

本條但書ニ所謂發港ヲ爲ス爲メニ生シタル債務トハ最初ノ港ノミナラス各寄港地ニ於テモ生スヘキモノト觀察セサルヘカラス例ヘハ船舶ニ積入レタル石炭又ハ食糧品ノ代金ニ付テハ其發航港ニ於ケルト寄航港ニ於ケルトヲ問ハス船舶ノ差押及ヒ假差押ヲ爲スコトヲ許スモノト云フヘシ(法學博士松本烝治氏海商法三二頁)

仁井田博士

【同(四)ノ一項船舶ト强制管理ニ關スル同趣旨學說】

一 船舶ニ對スル强制執行ニ特別ナル規定ハ船舶ノ性質及ヒ船舶ニ關スル他ノ法規ト關係ヲ有スルモノトス船舶ニ對スル强制執行ノ方法トシテ强制管理ヲ爲スコトヲ許ササルモ又船舶ノ性質ニ基クモノトス(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論一三九六頁)

今村氏

二 此船舶ニ對シテハ强制管理ニ關スル規定ヲ準用セサル理由ハ船舶ニ對スル强制執行ニ付テハ第七二一條ニ規定スル所ノ方法ニ依リ債務者ノ管理及使用權ヲ奪ヒ以テ强制執行ヲ安全ナラシムルモノナレハ强制管理ノ必要ナク且其管理上收益ヲ得ラルヘキモノニ非サルカ故ナリ(今村信行氏民事訴訟法註解一五八四頁)

仁井田博士

【同(四)ノ三項第三者ノ占有ニ在ル船舶ト轉付命令ニ關スル參照學說】

一 債務者ノ引渡(廣義ノ引渡)スヘキ物カ第三者ノ手中ニ存スル場合ニ於テハ其物ノ何タルヲ問ハス執達吏ハ第三者ノ所持ヲ奪フコトヲ得サルカ故ニ(五六七)第三者カ引渡ヲ拒ム限リハ執行裁判所ハ債務者ノ申立ニ依リ金錢ノ債權ノ差押ニ關スル規定ニ從ヒ決義ヲ以テ第三者ニ對スル債務者ノ引渡ノ請求ヲ差押ヘタル後之ヲ債務者ニ轉付スヘキモノトス(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論)四一四頁)

今村氏

二 第七三二條ノ場合ニハ差押命令ヲ要スルヤ否ヤ一派ノ說ニ依レハ差押命令ヲ要スルモノトセリ然レトモ余輩ハ本問ニハ消極的斷定ヲ下スヘキモノト思料ス其理由ハ下ノ如シ(ア)强制執行ヲ爲スノ第一階段トシテ差押命令ヲ要スルハ差押以後ニ於テ換價方法ヲ定ムヘキモノナルヲ以テナリ然ルニ第七三二條ノ場合ニハ於テハ右ノ如キ必要アルコトナシ(イ)債權者ノ目的物トスルモノ債務者ノ目的物トスルモノトハ全然同一ニシテ金錢ノ債權ヲ差押フル場合トハ其事情ヲ異ニスルヲ以テ此點ヨリ觀ルモ先ツ差押命令ヲ發シテ差押ノ目的物ヲ確定スルノ必要アルコトナシ(ウ)是ヲ以テ第七三二條渡ニハ差押命令ヲ發スヘシトノ法文ナシ(法學博士板倉松太郎氏强制執行法義海八六七頁)

法務局長

三 第六二條ノ場合及ヒ債務名義ノ趣旨ニ因リ債權者カ第三者ノ手中ニ存スル特定ノ動產又ハ不動產若クハ船舶ノ引渡ヲ受クヘキ權利ヲ有スル場合ニ於テ第三者カ物ノ引渡ヲ拒マサルトキハ本條ノ規定ニ依ルヲ要セサルハ論ヲ竢タサレトモ然ラサルトキハ債權者ハ執行裁判所ニ其申請ヲ爲ササルヘカラス而シテ此申請アレハ執行裁判所ハ其性質上適用シ得ヘキ限リハ金錢ノ債權差押ニ關スル規定ヲ相當ニ適用シ其目的物ヲ債權者ニ轉付スヘキ命令ノミヲ發スヘキモノトス然レトモ此場合ニ在リテハ何トナレハ本條ノ規定ニ於ケル目的物ニハ固ヨリ勞面額ノアルヘキモノニ非サレハ支拂ニ換ヘ轉付スル能ハサレハナリ故ニ此場合ニ於テ適用スヘキ規定ハ卽チ第五九四條乃至第六〇〇條及ヒ第六〇六條乃至第六一四條等ノ規定是ナリ(今村信行氏民事訴訟法註解一六〇七頁)

松波博士

【同(四)ノ四項登記アル船舶ノ假差押登記ノ要否ニ關スル同趣旨學說】

一 從來船舶ニ對スル假差押又ハ假處分ノ執行ニ付テハ登記ヲ要スルヤ否ヤハ不動產ニ對スル假差押及假處分ノ規定ニ準シ裁判所ノ囑託ニ因リテ其登記ヲ爲スコトヲ得ルモノト省議變セリ(法務局長法曹記事第二六卷第三號一一五頁)

松波博士

二 余ハ從來登記ヲ許ス解釋ヲ採リ立法論トシテ其此點ニ於テハ船舶ヲ不動產ト同視シテ登記セシメンコトヲ重シタリ(法學博士松波仁一郎氏日本海商法一三五頁)

板倉博士

三 不動產船舶ノ假差押ニ付テハ之カ登記ヲ求ムルノ權利ヲ假差押債權者ニ有セシムルノ船舶ノ假差押ハ登記ヲ要スルヤ否ヤハ議論ノ岐ルル所ニシテ余輩ハ積極說ヲ採ル者ナリ第七五三條ニハ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依リテ之ヲ爲ストアルヲ以テ第七五一條トノ對照上登記ヲ要セサルヘカラス而シテ第七五三條ニハ登記ヲ爲スヘカラサル旨ノ規定ヲ毫モ包含セス但第七五一條ハ假差押ノ執行ハ假差押ノ命令ヲ登記簿ニ記入スルニ依リテ之ヲ爲ストアルニ對シテ第七五三條ハ船舶ノ假差押ニ付テハ之カ登記ヲ求ムルノ權利ヲ假差押債權者ニ有セシムルノ趣旨ヲ包含スルモノト解スルヲ以テ第七五一條トノ對照上登記ヲ要セサルヘカラス而シテ第七五三條ハ單ニ假差押ノ執行方法ヲ定メタルニ止マリ此方法ヲ盡ストキハ完全ナル效力アリト爲シタルモノニアラサルヤ明カナリ殊ニ登錄稅法第三條第九號ニハ船舶ニ對スル假差押處分ノ登記ニ付テノ登錄稅ヲ規定シ船舶登記規則第二九條ニ船舶ニ對スル處分ノ制限ニ關スル登記申請ノ手續ヲ定メタルニ徵スレハ法意ハ余輩ノ解スル所ニ存スルコトヲ知ルニ餘リアルヘシ(法學博士板倉松太郎氏强制執行法義海九四四頁)

今村氏

【同上反對學說】

一　動產ノ取扱ヲ爲ス船舶差押記入方ノ件ニ付キ御問合ノ趣了承登記法第九條ニ依リ船舶差押ノ記入ヲ爲スヘキハ裁判所ニ於テ差押ノ記入ヲ命スルコトヲ要スル場合ノミニシテ動產ノ取扱ヲ爲ス船舶ニ對スル强制執行ニ關シテハ民事訴訟法中差押ノ記入ヲ必要トスル規定ナキヲ以テ勿論登記簿ニ差押ノ記入ヲ爲ササル義ト思考ス（司法省民事局民事手續法先例類纂三九九頁）

二　强制執行ニ關スル規定ハ別段ノ定メアルトキハ此規定ニ依ルヘキコト明白ナリト云フヘシ而シテ民事訴訟法第七四八條）故ニ其執行ニ關シ別段ノ定メアルトキハ此規定ニ依ルヘキコト明白ナリト云フヘシ而シテ民事訴訟法第七五三條ハ船舶ニ對スル假差押ノ執行ニ付キ特ニ設ケタル規定ナルヲ以テ登錄稅法又ハ船舶登記規則等ニ登記ヲ爲スヘキ如キ規定アルニ拘ハラス其强制執行ニ關スル規定ノ準用ヲ除外スヘキコトハ明瞭ニシテ疑ヲ容ルコトナシ（法曹會決議法曹記事第一三五號一七頁）

仁井田博士
板倉博士

【同(四)ノ五項假差押登記ハ職權ニヨルヤ申立ニヨルヤニ關スル同趣旨學說】

一　不動產ニ對スル假差押ノ執行ハ不動產登記簿ニ假差押命令ヲ記入スルニ依リテ之ヲ爲スヘキモノナリ（七五一）其記入ハ執行裁判所ニ於テ債權者ノ申立ニ依リ之ヲ登記所ニ囑託スヘキモノトス（法學博士仁井田益太郎民事訴訟要論一五七八頁）

二　不動產ノ假差押ノ執行ハ假差押命令ヲ登記簿ニ記入シテ之ヲ爲ス登記ハ職權ヲ以テ囑託スヘキモノニアラス當事者ノ申請ニ基キ之ヲ爲スヘキモノトス（法學博士板倉松太郎氏强制執行法義海九三九頁）

法曹會

【同上反對學說】

不動產ノ假差押又ハ假處分ニ關スル登ニ記付テハ裁判所ハ職權ヲ以テ之ヲ登記所ニ囑託スヘキモノト解スルヲ相當トス法曹決議法曹記事第一二一號三頁）

船舶ニ對スル强制執行ニ付テハ幾多ノ問題ヲ包藏シ研究ノ餘地アルモノ尠少ニ非ス從テ學士ノ本論ハ吾人ノ歡迎スル所ナリ而シテ論旨頗ル廣汎ナリト雖モ概ネ適正ノ見解ニシテ多ク論評ノ要地ヲ見ス只論旨(一)ノ五項製造中ノ船舶ハ船舶ニ對スル强制執行ノ目的タルヤ同(四)ノ二項民訴七二二條一項卽船長ニ對スル判決ノ效力ニ關スル點ハ學士ノ力說セラレタル所ナルモ未タ遽ニ首肯シ難キモノアリ他日ノ機會ヲ待テ論究セント欲スルコトヲ一言スルニ止メントス

山田博士

（五六）

二七九第一項　他ノ裁判所ニ於テ證據調ヲ爲ス可キトキハ裁判長ハ其囑託書ヲ發送ス可シ

證據調ノ囑託書ニハ必スシモ裁判長自署スルコトヲ要セサル民事訴訟法中同法ニ依リ書類ニ付キ署名ヲ要スル場合ニ於テ特ニ自署ヲ要スヘキ旨ノ規定ナキ限リ署名トシテ認メ得ヘキモノナル以上ハ記名捺印又ハ單ニ記名ヲ以テモ足ルモノトス」

證據調ノ囑託書ニハ必スシモ裁判長自署スルコトヲ要セサルモノトス（大審院大正七年一月二八日民二部判決本書第七卷民訴二六頁所載）

制旨ハ正當ナリ民事訴訟法ハ同法ニ據リ作ルヘキ書類ニシテ自署ヲ要スヘキ場合ニ於テモ果千シ一般的規定ヲ設ケサルカ故ニ特ニ署名ヲ要スル旨ノ規定存スル場合ニ於テモ果シテ自署ヲ要スルノ趣旨ナリヤ將又記名捺印ヲ以テ足ルトナスモノナリヤ疑ノ存スルモノ少ナカラサルノミナラス規定ノ存セサル場合ニ於テハ固ヨリ自署タルコトヲ要セス署名トシテ認メ得ヘキモノナル以上ハ記名捺印又ハ單ニ記名ヲ以テ足ルモノト謂ハサルヘカラス（法學博士山田正三氏法學論叢第一卷第六號一四頁「證據調ノ囑託書ト裁判長ノ自署ノ要否」要領）

【同趣旨判例】

他ノ裁判所ニ證據調ノ囑託ヲ爲スニ當リ裁判長ノ發スル囑託書ニ裁判長自ラ署名スヘキハ固ヨリ當然ナレトモ其自署ヲ缺如セル一事ニ依リ直ニ該囑託書ノ效力ヲ否定スヘキ規定ナク總テ又之ニ基キテ爲シタル訊問調書ヲ無效トスヘキモノニ非ス（大審院大正六年六月十四日判決本書第六卷民訴三一三頁）

論旨ハ正當ナリ蓋シ署名ナル文字ハ實體法訴訟法等ニ用ヒラレ或ハ自筆ノ意義

ヲ有シ或ハ記名ト同義ニ用ヒラレ其用例必スシモ一定セス而シテ民事訴訟法ニ於テハ刑事訴訟法第二〇條ノ如キ一般的規定ナキヲ以テ特ニ規定ナキ限リ署名ハ必スシモ自筆ヲ要セサルモノト解セサルヘカラサレハナリ」

（五七）

大審院決定

五四 従参加人ハ其附随スル時ニ於ケル訴訟ノ程度ヲ妨ケサル限リハ其主タル原告若クハ被告ノ爲メ攻撃防禦ノ方法ヲ施用シ且總テノ訴訟行爲ヲ有效ニ行ヒ殊ニ主タル原告若クハ被告ノ爲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

従参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ヲ以テ標準ト爲ス但民法ニ於テ此ニ異ル規定アルトキハ此限ニ在ラス

従参加人カ関席判決ニ對シ故障ヲ申立テ其後ノ口頭辯論ニ於テ右申立カ適法ノモノトシテ受理セラレタルトキ雖モ従参加人ノ附随セル主タル當事者ハ其相手方ノ同意ヲ得テ従参加人ノ爲シタル故障申立ヲ有效ニ取下ケ得ルモノトス」

【抗告理由】 一、本案事件タル前記親族會決議不服控訴事件ハ名古屋市中區古渡町一丁目十五番地亡加藤いせカ相續人ナクシテ死亡シタルヨリ其相續人選定ノ爲メ親族會員ニ右本案事件ノ被控訴人今谷斧次郎仁附梅吉及亡木村庄七カ選定セラレ大正三年十二月七日午前十時其親族會ヲ開會シ亡加藤いせノ親族加藤等ヲ其相續人ニ選定セル旨ノ決議ヲ爲シタルニ控訴人山本榮太郎ヨリ決議不服ノ訴ヲ提起シタル處第一審ニ於テハ原告タル控訴人ノ請求ヲ理由ナシトシ棄却ノ判決ヲ爲シタルヨリ控訴人ヨリ控訴ヲ爲シ以テ名古屋控訴院ニ繫屬スルニ至リシモノナリ然ルニ被控訴人今谷斧次郎仁附梅吉ハ如何ナル理由ニ基キテカ突然其選任シ居リタル訴訟代理人ヲ解任シタル上大正七年十一月七日ノ口頭辯論期日ヲ懈怠シテ缺席判決ヲ受ケ以テ控訴人ノ請求ヲ認メントシタリ依テ右事件ノ結果ニ付重大ナル利害關係ヲ有スル亡加藤いせノ相續人加藤等ハ大正七年十一月十五日右事件ノ被控訴人ヲ補助スル爲メ從參加ノ申請ヲ爲シ同時ニ曩キニ被控訴人本人カ受ケタル缺席判決ニ對スル故障ノ申立ヲ爲シタリ玆ニ於テ原院ハ故障ノ申立ノ適否ニ付テノ口頭辯論期日ヲ大正八年一月七日ト定メ同期日ニ於テ右故障申立ヲ適法ナリト認メ訴訟ヲ缺席前ノ程度ニ復シタリ然ルニ右期日ニ於テ從參加人加藤等ヨリ被控訴人兩名ニ對シ背任罪トシテ告訴シ其取調中ナルノ理由ヲ以テ本案中止ノ申請ヲ爲シタルニ原院ハ之ヲ却下シタルヨリ加藤等ハ裁判所全部ノ

忌避ノ申請ヲ爲シタルニ原院ハ右忌避ノ裁判確定ニ至ル迄本案訴訟ヲ中止スヘキ旨決定シ閉廷シタリ（原院口頭辯論調書ニハ明白ニ中止スト云ノ字句ナキモ同調書ニ依レハ「忌避ノ裁判確定宣言ト認ムヘキモノト信ス）然ルニ被控訴人本人ハ大正八年二月十五日故障申立ノ取下書ヲ提出シタルモ抗告人ハ此事實ヲ知ラスシテ大正八年二月二十二日本件從參加ノ申請ヲ爲シタルニ原院ハ前記ノ如キ不受理ノ決定ヲ爲シタルモ其決定ニハ何等ノ理由ヲ付セサルヲ以テ原院カ何故ニ本申請ヲ却下シタルヤヲ知ルニ由ナキモ抗告人ノ從參加申請ハ其所ニヨレハ原院ハ被控訴人本人カ大正八年二月十五日爲シタル故障申立取下ヲ適法ナリト解シ從テ抗告人ノ從參加申請ハ其以後ニ提出シタルモノナルヲ以テ權利拘束消滅後ニ爲シタル不適法ノモノナリトノ點ニアラント信ス果シテ然ラハ有效決定ハ左ノ點ニ於テ不法アリト信ス（一）缺席判決ニ對シ適法ナル故障申立ヲ爲シ口頭辯論ニ於テ故障ヲ適法ナリトセラレタルトキハ訴訟ハ缺席前ノ程度ニ復シ期日懈怠ノ結果ヲ除却セラレ立モ亦無ニ歸スルモノト謂ハサル可カラス民事訴訟法第二六一條ニ於テ新辯論ニ基キ爲ス判決ヲ廢棄又ハ維持スル旨ノ裁判手續ヲ規定シタルハ唯形式上訴訟記錄ニ曩キニ爲シタル缺席判決ニ對シ故障申立アリ之ヲ適法トシ訴訟ヲ缺席前ノ程度ニ復シタル以後ニ於テハ唯當事者ノ定メタルニ過キス故ニ缺席判決ヲ受ケテ暗默ニ相手方ノ主張ヲ認ムルカ格別一旦消請求ノ拋棄又ハ認諾ヲ爲シテ相手方ノ主張ヲ認ムルカ又ハ更ニ缺席判決ヲ受ケテ暗默ニ相手方ノ主張ヲ認ムルカ格別一旦消滅ニ歸シタル故障申立ノ取下ニ依リテ相手方ノ主張ヲ認ムルコトハ法律上絶對ニ許ササルモノト云ハサルヘカラス果シテ然ラハ大正八年二月十五日被控訴人本人ノ爲シタル故障申立取下ハ訴訟上何等ノ效力ヲ有セス從テ本案事件ノ權利拘束ハ未タ消滅セサルヲ以テ抗告人ノ從參加申請ハ之ヲ受理スヘキモノト信ス（二）訴訟手續ノ中止中ニ於テ本案ニ付キ當事者カ爲シタル訴訟行爲ハ絶對的ニ無效ナリトス然ルニ本件ニ於ケル本案事件ハ前記ノ如ク大正八年二月六日忌避ノ裁判確定ニ至ル迄中止ヲ決定セラレ居ルヲ以テ右中止期間内ナル大正八年二月十五日被控訴人本人ノ爲シタル故障取下ハ無效ナリ從テ本案事件ノ權利拘束ハ未タ消滅セサルヲ以テ抗告人ノ從參加申請ハ之ヲ受理スヘキモノト信ス（三）假リニ故障申立後ノ口頭辯論ニ於テ故障申立取下ハ訴訟上何等ノ效力ヲ有セス從テ本案事件ノ權利拘束ハ未タ消滅セサルヲ以テ抗告人ノ從參加申請ハ之ヲ受理スヘキモノト信ス（三）假リニ故障申立後ノ口頭辯論ニ於テ故障申立取下ハ訴訟上何等ノ效力ヲ有セス從テ本案事件ノ權利拘束ハ未タ消滅セサルヲ以テ抗告人ノ從參加申請ハ之ヲ受理スヘキモノト信ス（三）假リニ故障申立後ノ口頭辯論ニ於テ故障申立取下ハ訴訟上何等ノ效力ヲ有セス從テ本案事件ノ權利拘束ハ未タ消滅セサルヲ以テ抗告人ノ從參加申請ハ之ヲ受理スヘキモノト信ス（三）假リニ故障申立後ノ口頭辯論ニ於テ故障申立取下ハ訴訟上何等ノ效力ヲ有セス從テ本案事件ノ權利拘束ハ未タ消滅セサルヲ以テ抗告人ノ從參加申請ハ之ヲ受理スヘキモノト信ス（三）假リニ故障申立後ノ口頭辯論ニ於テ故障申立取下ハ訴訟上何等ノ效力ヲ有セス從テ本案事件ノ權利拘束ハ未タ消滅セサルヲ以テ抗告人ノ從參加申請ハ之ヲ受理スヘキモノト信ス（三）假リニ故障申立後ノ口頭辯論ニ於テ故障申立取下ハ訴訟上何等ノ效力ヲ有セス從テ本案事件ノ權利拘束ハ未タ消滅セサルヲ以テ抗告人ノ從參加申請ハ之ヲ受理スヘキモノト信ス（三）假リニ故障申立後ノ口頭辯論ニ於テ故障申立取下ハ訴訟上何等ノ效力ヲ有セス從テ本案事件ノ權利拘束ハ未タ消滅セサルヲ以テ抗告人ノ從參加申請ハ之ヲ受理スヘキモノト信ス（三）假リニ故障申立後ノ口頭辯論ニ於テ故障申立取下ハ訴訟上何等ノ效力ヲ有セス從テ本案事件ノ權利拘束ハ未タ消滅セサルヲ以テ抗告人ノ從參加申請ハ之ヲ受理スヘキモノト信ス（三）假リニ故障申立後ノ口頭辯論ニ於テ故障申立取下ハ訴訟上何等ノ效力ヲ有セス從テ本案事件ノ權利拘束ハ未タ消滅セサルヲ以テ抗告人ノ從參加申請ハ之ヲ受理スヘキモノト信ス（三）假リニ故障申立後ノ口頭辯論ニ於テ故障申立取下ハ訴訟上何等ノ效力ヲ有セス從テ本案事件ノ權利拘束ハ未タ消滅セサルヲ以テ抗告人ノ從參加申請ハ之ヲ受理スヘキモノト信ス（三）假リニ故障申立後ノ口頭辯論ニ於テ故障申立取下ハ訴訟上何等ノ效力ヲ有セス從テ本案事件ノ權利拘束ハ未タ消滅セサルヲ以テ抗告人ノ從參加申請ハ之ヲ受理スヘキモノト信ス（三）假リニ故障申立後ノ口頭辯論ニ於テ故障申立取下ハ訴訟上何等ノ效力ヲ有セス從テ本案事件ノ權利拘束ハ未タ消滅セサルヲ以テ抗告人ノ從參加申請ハ之ヲ受理スヘキモノト信ス（三）假リニ故障申立後ノ口頭辯論ニ於テ故障申立取下ハ訴訟上何等ノ效力ヲ有セス從テ本案事件ノ權利拘束ハ未タ消滅セサルヲ以テ抗告人ノ從參加申請ハ之ヲ受理スヘキモノト信ス

大審院判決

【決定理由】従參加人カ缺席判決ニ對シ故障ヲ申立テ其後ノ口頭辯論ニ於テ右申立カ適法ノモノトシテ受理セラレタルトキト雖モ從參加人ノ附隨セル主タル當事者ハ其相手方ノ同意ヲ得テ從參加人ノ爲シタル故障申立ヲ有效ニ取下ケ得ルモノトス然ラハ本件ニ於テ從參加人加藤等ノ原院缺席判決ニ對スル故障申立ヲ主タル當事者タル被控訴人カ控訴人ノ同意ヲ得テ取下ケタルハ適法ナリト謂ハサルヘカラサルヲ以テ本案事件ハ之ニ因リ當然原院ヲ離脫シタルモノト謂フヘシ果シテ然ラハ其後ニ至リ抗告人ヨリ原院ニ提出シタル從參加ノ申請ハ權利拘束消滅後ノ申立ニ係ルヲ以テ原院ニ於テ之カ不受理ノ裁判ヲ爲シタル(ク)第三四號同年三月十七日民二部馬場裁判長田上柳川岩田成道各判事決定)ハ相當ニシテ本件抗告ハ理由ナシ(大審院大正八年

【關係事項】抗告棄却○原審名古屋控訴院○從參加申請事件○抗告人奥田岩吉代理人辯護士松田運平

(五八)

三九八 判決ニ對シテハ懈怠ナカリシコトヲ理由トスルトキニ限リ控訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得 開席判決ニ對シテハ期日ヲ懈怠シタル者ヨリ控訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得但故障ヲ許ササル開席

民事訴訟法第三九八條但書ニ所謂懈怠ナカリシコトヲ理由トスルトキトハ裁判所カ開席判決ヲ爲スヘカラサリシ場合ニ之ヲ爲シタルコトヲ理由トスルトキヲ謂ナレハ訴訟委任ヲ受ケタル辯護士カ辭任シ而カモ其旨ヲ本人ニ通知セサリシカ爲メ本人ニ於テ其日ヲ懈怠セサルヘキ處置ヲ講スルヲ得ス遂ニ指定ノ期日ニ出頭スルヲ得サリシカ如キ理由ハ右ノ規定ニ包含セサルモノトス」

民事訴訟法第三九八條但書ニ所謂懈怠ナカリシコトヲ理由トスルトキトハ裁判所カ開席判決ヲ爲スヘカラサリシ場合ニ之ヲ爲シタルコトヲ理由トスルトキヲ謂ニシテ原院カ上告人ニ於テ故障申立後ノ新期日ニ出頭セサリシコトヲ理由トシ其故障棄却ノ開席判決ヲ言渡シタルハ相當ニシテ原院カ此場合民事訴訟法第二五四條ヲ適用セサリシヲ理由トシテ原判決ヲ非難スル論旨ハ上告ノ適法ナル理由ト爲ラス(大審院大正八年(オ)第二二二號同年四月十四日民二部馬場裁判長田上磯谷柳川成道各判事判決)

【關係事項】上告棄却○原審名古屋控訴院○前渡金支拂請求事件○上告人衞生防具器製造合資會社被上告人石田治郎藏

仁井田博士
雉本博士
松岡博士

辯護士カ辭任シ而カモ其旨ヲ本人ニ通知セサリシカ爲メ本人ニ於テ期日ヲ懈怠セサルヘキ處置ヲ講スルヲ得ス遂ニ指定ノ期日ニ出頭スルヲ得サリシカ如キ理由ハ前示ノ規定ニ包含セサルヲ以テ本件ニ於テ原院カ上告人ニ於テ故障申立後ノ新期日ニ出頭セサリシコトヲ理由トシ其故障棄却ノ開席判決ヲ言渡シタルハ相當ニシテ原院カ此場合民事訴訟法第二五四條ヲ適用セサリシヲ理由トシテ原判決ヲ非難スル論旨ハ上告ノ適法ナル理由ト爲ラス(大審院大正八年(オ)第二二二號同年四月十四日民二部馬場裁判長田上磯谷柳川成道各判事判決)

【關係事項】上告棄却○原審名古屋控訴院○前渡金支拂請求事件○上告人衞生防具器製造合資會社被上告人石田治郎藏

【民訴三九八條ニ所謂懈怠ナカリシコトノ意義ニ關スル參照學說】

一 開席判決ニ對スル控訴ハ辯論期日ノ懈怠ナキカ爲メ開席判決ヲ爲スヘカラサルカ故ニ實際辯論期日ノ懈怠ナカリシトキニ非サレハ開席判決ニ對スル控訴ヲ理由アリト認ムヘカラサルモノニ外ナラサルカ故ニ實際辯論期日ノ懈怠ナカリシトキニ非サレハ開席判決ヲ爲スヘカラサルナリ(法學博士仁井田益太郎氏民事訟訴法要論八四〇頁)

二 右故障ヲ許ササル開席判決ニ對シ開席者カ懈怠ナカリシコトヲ理由トスルトキニアラサレハ控訴ヲ爲スコトヲ得ス即チ下級審ノ裁判所カ法律上又ハ事實上ノ關係ニ於テ不當ニ期日ノ懈怠アルコトヲ認メタルコトヲ理由トセサルヘカラス換言スレハ不服ヲ申立テラレタル開席判決ハ開席判決ヲ爲スヘキ法律要件ノ欠缺ノ爲メ元來爲スヲ得サリシコトヲ理由トスヘキナリ例ヘハ期日ヲ欠席シタリトセラルル者カ適法ニ呼出サレサリシコト期日カ開カルヘキ場合又ハ時間ニ開カレサリシコト訴訟休止ノ合意ニヨリ休止ヲ約シタル期間内ニ拘ラス期日カ開カレタル場合ノ如シ又期日ニ出席シタル相手方カ開席判決ノ申立ヲナササリシ場合ニハ元來開席判決ヲナスコトヲ得サルモノナルカ故ニ(二四六條)開席判決カ爲サレタル時ハ等シク懈怠ナカリシモノト云フコトヲ得(大正五年度京大民事訴訟法講義謄寫本下卷)

三 懈怠ナカリシコトハ第一審裁判所カ事實上若シクハ法律上不當ニ懈怠アリト認定シクルコトニシテ期日ニ出頭セサリシ當事者カ全然呼出ヲ受ケサリシコト若クハ合式ニ呼出ヲ受ケサリシコト(民訴二五四第一)期日カ適法ノ場所及ヒ適法ノ時期ニ於テ開始セラレサリシコト(民訴一六二)殊ニ事件ノ呼出カ裁判長ノ指定シタル時期前ニアリタルコト(訴一五九一六三)判決カ訴訟手續ノ中斷中止及ヒ休止アリタルニ拘ハラス言渡サレタルコト(民訴八六一八八)懈怠シタリト認メタル當事者カ辯論ヲ不法ニ禁止セラレタルコト(民訴一二八、二五〇)及ヒ缺席判決ノ申立ナカリシコト(民訴二四六)等ハ之レニ屬スル(法學博士松岡義正民明治大學氏事訴訟法講義自第一編第五編三二頁)

大審院

四　懈怠ナカリシコトヲ理由トスルコトハ第一審裁判所カ事實上及ヒ法律上ノ點ニ於テ不法ニ當事者ニ懈怠アリトシ闕席判決ヲ言渡シタルコトヲ理由トスルヲ謂フモノナリ例ヘハ出頭セサル當事者カ適法ニ呼出サレサルトキ（第二五四條第一項第一號）期日カ正當ノ場所ニ於テ開カレサリシトキ（第一六二條）當事者カ辯論ヲ爲シタルトキ若クハ相手方カ闕席判決ノ申立ヲ爲ササリシトキ（第二四六條第二五一條）等ノ場合ニ於テ闕席判決ノ言渡アリタルトキ等ヲ謂フ（法學士岩田一郎民事訴訟法原論七三〇頁）

【同上參照判例】

一　民事訴訟第三九八條但書ニ所謂懈怠ナカリシトハ裁判所カ事實上又ハ法律上ノ點ニ於テ不法ニ懈怠ヲ認メ缺席判決ヲ爲シタル場合ヲ指稱スルモノニシテ呼出狀ノ送達ヲ受ケタル訴訟代理人カ口頭辯論期日前ニ辭任シ當事者本人カ呼出アリタルコトヲ知ラサリシ爲メ期日出頭スル缺席判決ヲ爲シタルカ如キ場合ヲ包含セサルモノトス（大審院大正八年二月七日判決本書第八卷民訴一〇頁）

二　民事訴訟法第三九八條但書ニ所謂懈怠ナカリシコトヲ理由トスルトハ裁判所カ闕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ノ謂ナルヲ以テ當事者カ期日ニ出頭シタルニ拘ラス出頭セサルモノトシテ闕席判決ヲ爲シタル如キ場合ヲ包含スレトモ當事者ノ一方ノ代理人カ適法ナル呼出ヲ受ケタル後俄然死亡シ且該當事者本人ニ於テ之ヲ知ラス又辨濟期日ヲ知ラサリシカ爲メ期日ニ出頭セサリシニ因リ闕席判決アリタルカ如キ場合ハ右懈怠ナカリシ場合ニ包含セス（大審院大正五年（オ）第三七五號同年七月七日民一部判決本書第五卷民訴三〇一頁）

三　民事訴訟法第三九八條但書ニ謂フ懈怠ナカリシコトヲ理由トスルトキトハ裁判所カ闕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謂ニシテ例ヘハ闕席判決ノ申立ナキニ闕席判決ヲ爲シタルカ若クハ呼出ヲ爲サス又ハ呼出ヲ爲シタルモ適式ナラサリシ場合ニ闕席判決ヲ爲シタルカ如キ事由ヲ以テ控訴ノ理由トスル場合ヲ指稱スルモノニシテ風波ノ爲メ乘船カ延着シタルニ付キ故障ヲ申立テタル被告ニ對シ口頭辯論期日ニ呼出ヲ爲ササリシ場合ハ右法條ニ包含セサルモノトス（大審院四十三年九月二十一日民二判決）

四　故障ヲ申立テタル被告ニ對シ口頭辯論期日ニ呼出ヲ爲ササルハ不法ニシテ斯ル判決ニ對シテハ被告ハ控訴ヲ爲スコトヲ得ルモノトス（東京控訴院大正七年一月二一日判決本書第七卷民訴二二頁）

五　民事訴訟法第三九八條但書ノ懈怠ナカリシコトヲ理由トスルトキハ裁判所カ闕席判決ヲ爲スヘカラサル場合ニ之ヲ爲シタル事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闕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遲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シ（東京地方裁判所四十五年七月二十六日民一判決）

判旨ハ正當ナリ

民事訴訟法二二第一項　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ヒ分劃並ニ境界ノ訴ヲ專ラニ管轄ス

同二三一第一項　裁判所ハ申立テサル事物ヲ原告若クハ被告ニ歸セシムル權ナシ

境界確定ノ訴ニハ單ニ兩隣地間ニ境界ノ不明ナルカ若クハ其境界ノミニ付テ爭アル場合ト所有權ニ爭アルト同時ニ境界ニ爭アル場合トアルモノトス」

境界確定ノ訴ハ右孰レノ場合ニ於テモ裁判所ハ當事者ノ主張シタル境界線ニ羈束セラルルコトナク自ラ其眞實ト認ムル所ニ從ヒ境界線ヲ定ムヘキモノニシテ原告ノ指示セル境界線ハ單ニ判決ノ資料タル事實上ノ陳述ニ過キサルヲ以テ原告ノ主張シタル境界線ヲ正當ト認メサル場合ト雖モ其請求ヲ棄却スヘキニアラス」

然レトモ境界確定ノ訴ニハ單ニ兩隣地間ニ境界ノ不明ナルカ若クハ其境界ノミニ付キ爭アル場合ト所有權ニ爭アルト同時ニ境界ニ爭アル場合トアルモ孰レノ場合ニ於テモ裁判所ハ當事者ノ主張シタル境界線ニ羈束セラルルコトナク自ラ其眞實ト認ムル所ニ從ヒ境界線ヲ定ムヘキモノニシテ原告ノ指示セル境界線ハ單ニ判決ノ資料タル事實上ノ陳述ニ過キサルヲ以テ原告ノ主張シタル境界線ヲ正當ト認メサル場合トキモノナルコトハ當院ノ判例トスル所ナリ（大正三年（オ）第二九五號大正四年五月一日言渡判決參照）而シテ本訴ハ範圍ニ爭アルナルコト訴狀並ニ原判決事實摘示ニ依リテ明カナルヲ以テ原裁判所カ上告人（原告）ノ主張スル境界線ヲ正當ト認メサリシモ其請求ヲ棄却スルコトナク其眞實ト認ムル所

ニ從ヒ兩隣地ノ境界線ヲ確定シタルハ相當ニシテ上告論旨ハ理由ナシ（大審院大正八年（オ）第二八四號同年五月十二日民二部馬場裁判長田上磯谷柳川成道各判事判決）

【關係事項】 上告棄却○原審秋田地方裁判所○境界確認請求事件○上告人押切永吉訴訟代理人辯護士鈴木安孝同小林龜郎被上告人役内部落

【境界確定ノ意義ニ關スル參照學說判例】

本卷民訴一四二頁以下

【境界確定ノ訴ト一定ノ申立ニ關スル同趣旨判例】

一 此訴ニ於ケル一定ノ申立ハ兩隣地間ノ經界線ヲ定ムル判決ヲ求ムルニ在レハ原告ノ指示セル境界線ハ單ニ判決ノ資料タル事實上ノ陳述ニ過キサルヲ以テ之カ變更ハ訴ノ變更ヲ來サヽルハ勿論所有權ノ範圍ニ爭アル場合ニ於テ其範圍ヲ脫セサル以上裁判所カ當事者ノ指示セサル經界線ヲ確定スルモ申立テサル事物ヲ當事者ニ歸シタルモノト謂フヲ得ス（大審院大正四年五月一五日民三部判決民錄七〇五頁）

二 土地境界確認請求ニ於テ裁判所カ原告ノ主張スル場所ヲ過大ナリト認定シタルトキハ直ニ請求ヲ棄却セスシテ其正當ト信スル所ヲ境界線ト宣言スルヲ相當ナリトス（東京控訴院）

三 不動產ノ境界ノミニ干スル訴訟ハ一種ノ創設的訴ニ屬シ通常ノ確認訴訟ト其性質ヲ異ニス故ニ其一定ノ申立ハ只不明ナル境界ノ確認ヲ求ムルニ存シ在來何レカ境界線ナリヤノ當事者ノ主張ハ之レ事實上ノ申述ノ一部ニ過キス故ニ其主張カ前後相違スルモ之ヲ以テ訴ノ變更ト爲スヘキモノニ非ス（東京地方大正二年七月二九日民一部判決法律新聞第九〇七號二二頁）

四 境界ノミニ干スル訴訟ナルモノハ不動產ノ經界カ主觀的若クハ客觀的ニ不明ナル場合ニ於テ新タニ其經界ヲ確定センコトヲ求ムル一種ノ創設的訴ナリトスルトキハ偶々本來ノ境界ニ干スル原告ノ主張カ眞實ヲ得サル場合アリトスルモ是レカ爲メニ直ニ請求ノ棄却ヲ言渡スヘキモノニアラス何トナレハ此場合ニ於テハ本來ノ經界ニ干スル原告ノ主張ハ畢竟事實上ノ申述ノ一部ニ過キスシテ一定ノ申立ニ屬スルモノニアラサレハナリ從テ此種ノ訴ニ對シテハ裁判所ハ宜シク當事者ノ提出セル事實證據其他訴訟上裁判所カ知リ得タル諸般ノ事情ヲ斟酌シテ自ラ適當ト認ムル所ニ從ヒテ係爭地間ノ境界ヲ定メサルヘカラス（同上）

（六〇）

五四九第一項　第三者カ强制執行ノ目的物ニ付キ所有權ヲ主張……スルトキハ訴ヲ以テ債權者ニ對シ其强制執行ニ對スル異議主張……ヲナスヘシ

戸主ノ住家ト地番ヲ異ニシテ建在セル倉庫ト雖モ戸主ノ所有ニ屬シ住居用ニ使用スルモノナルトキハ其內ニ存スル物體ハ反證ナキ限リ倉庫ノ所有者タル戸主ノ所有ニ屬スト推定スヘキハ當然ナリトス」

戸主ノ住家ト地番ヲ異ニシテ建在セル倉庫ト雖モ戸主ノ所有ニ屬シ住居用ニ使用スルモノナルトキハ其內ニ存スル物件ハ反證ナキ限リ倉庫ノ所有者タル戸主ノ所有ニ屬スト推定スヘキハ當然ナリ而シテ上告人ハ原審ニ於テ甲第一號證ノ一、二ヲ以テ被上告人カ係爭物件ヲ差押ヘタルコト及水島道敎ハ差押物件ノアリタル倉庫ノ鍵ヲ所持セサリシコトヨリシテ其倉庫ハ上告人與四松ノ所有ニシテ在中ノ差押物件モ與四松ノ所有ナルコトヲ證シタルニ止マリ甲第一號證ノ二ヲ以テ特ニ差押物件中婦女子ノ衣類ノ如キハ物件自體ニ於テ家族タル上告人めす等ノ特有財產ナルコトヲ證シタルニアラサルコトハ原審大正七年二月十五日付口頭辯論調書ニ依リテ明白ナリ然レハ原審カ家屋ハ現ニ戸主タル道敎ノ住所地ト認メタルモ右倉庫モ道敎ノ所有ニ屬シ上告人與四松ノ所有ニアラサルコトヲ判示シ係爭差押物件ヲ道敎ノ所有ナリト判定シタル上ハ甲第一號證ノ二ヲ排斥シタルモノナルコト明カナルト共ニ理由不備ノ不法アルモノニ非ス（大審院大正七年（オ）第六二六號同八年四月十二日民三部横田裁判長大倉磯谷松岡鬼澤各判事判決）

【關係事項】 上告棄却○原審富山地方裁判所○强制執行異議事件○上告人根建與四松外三人訴訟代理人辯護士清水治三郎被上告人阿部合資會社訴訟代理人辯護士中村了詮同水內寓作

（六一）

一七八第一項　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

民法九八六　家督相續人ハ相續開始ノ時ヨリ前戸主ノ有セシ權利義務ヲ承繼ス但前戸主ノ一身ニ專屬セルモノハ此限ニ在ラス

同九八九第一項　隱居又ハ入夫婚姻ニ因ル家督相續ノ場合ニ於テハ前戸主ノ債權者ハ其前戸主ニ對シテ辨濟ノ請求ヲ爲スコトヲ得
第三項前二項ノ規定ハ家督相續人ニ對スル請求ヲ妨ケス

訴訟代理人ニヨリ代理セラレサル訴訟當事者カ隱居シ家督相續開始シタルトキハ訴訟物ヲ形成スル權利關係カ承繼ヲ許スモノニシテ且隱居者ノ留保財産ニ屬セサル限リ其隱居ト同時ニ隱居者ハ訴訟關係ヨリ脫退シ其家督相續人ハ之ニ代リ新ニ訴訟當事者ト爲リ此者カ訴訟手續ヲ受繼クマテ訴訟手續ハ中斷スルモノトス」

訴訟代理人ニヨリ代理セラレサル訴訟當事者カ隱居シ家督相續開始シタルトキハ訴訟物ヲ形成スル權利關係カ承繼ヲ許スモノニシテ且隱居者ノ留保財産ニ屬セサル限リ其隱居ト同時ニ隱居者ハ訴訟關係ヨリ脫退シ其家督相續人ハ之ニ代リ新ニ訴訟當事者ト爲リ此者カ訴訟手續ヲ受繼クモノトス而シテ本件ニ付キ之ヲ見ルニ原審ニ於ケル被告久保豐次郎ハ本訴提起後タル大正六年七月十日隱居シ控訴人ニ於テ其家督相續ヲ爲シタルコトハ當事者間ニ爭ナキ所ニシテ本訴請求ニ關スル異議ノ訴ニ於ケル訴訟上ノ地位ヲモ承繼シタルモノト認ムルヲ妥當トス果シテ然ラハ右久保豐次郎ノ隱居ニ因リ同人ハ本訴ノ訴訟關係ヨリ脫退シ其家督相續人タル被控訴人ハ之ニ代リテ當事者ト爲リタルモノト云フヘク訴訟手續中斷ノ止ミタル後裁判所ハ新當事者タル控訴人ノ辯論ニ基キ同人ニ對シ裁判ヲ爲ス可キモノナリ若シ隱居者ニ於テ自己カ尙依然訴訟當事者ナリト主張シ其脫退ヲ爭ヒタルトキハ判決ヲ以テ隱居者カ訴訟關係ヨリ脫退シタルコトヲ宣言ス可キモノトス然ルニ原裁判所ハ本訴ニ付キ何等訴訟ノ承繼ナキモノト認メ隱居ニヨリ本訴訟訴關係ヨリ脫退シタル隱居豐次郎ヲ尙ホ依然訴訟當事者ナリト誤認シ此見地ニ基キ訴訟ヲ審理シ同人ニ對シ判決ヲ爲シタルハ明ニ訴訟手續ノ規定ニ違背シテ爲シタル失當アルヲ免レス（東京控訴大正七年(ネ)第三四四號同八年五月三日民二部須賀裁判長前田細野各判事判決）

【關係事項】　原判決廢棄差戻○强制執行異議請求控訴事件○控訴人久保美都子訴訟代理人辯護士入山砧次郎被控訴人北川安左衞門訴訟代理人辯護士谷ケ崎治助

【隱居ト訴訟手續ノ中斷ニ關スル同趣旨學說判例】

一　原告又ハ被告カ隱居又ハ入夫婚姻ヲ爲シ法律ノ規定ニ依リ訴訟物タル法律關係ニ付キ訴訟ヲ爲ス權能ヲ失フ場合ニハ訴訟ノ中斷ヲ生スルモノトス（法學博士雉本朗造氏本書第二卷民訴一五四頁）

二　當事者カ死亡以外ノ原因ニ依リテ戸主權ヲ喪失シタル場合ト同ク之ニ代リテ當事者ト爲ルモノト謂フヘシ故ニ當事者カ死亡以外ノ原因ニ依リテ戸主權ヲ喪失シタル場合ニ於ケル訴訟手續ノ中斷ニ關スル規定ヲ準用スヘキモノトス然レトモ當事者カ隱居若クハ入夫婚姻ヲ爲シ又ハ國籍ヲ喪失スルモ訴訟カ相續人ノ承繼セル權利義務ニ關セサルトキハ其相續人ハ之ニ代リテ當事者ト爲ルモノニ非ラス故ニ此場合ニ於テハ斯ル規定ヲ準用スヘカラサルモノト謂フヘシ（法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論上卷四五一九頁）

三　隱居ハ財産上ノ訴訟ニ付テハ必シモ中斷ノ原因ト爲ラス卽チ被告カ隱居シタルトキハ債權關係ノ訴訟ナルトキハ中斷ノ原因ト爲ラサルモ其他ノ財産上ノ訴訟ニ於テ原告若クハ被告カ隱居シタルトキハ訴訟ノ目的タル財産ヲ留保シタルヤ否ヤニ依リ中斷ト爲ルヤ否ヤカ定マルモノトス（法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論全六二八頁）●

四　隱居ニ因ル家督相續人ハ被相續人ノ死亡セシ場合ト同シク隱居者ノ訴訟手續ヲ受繼セサルヘカラス（大審院明治三四年六月十二日判決田山氏實例民事訴訟手續總攬一〇八頁）

五　先代ノ債務ヲ訴求セラレタル者カ訴訟進行中退隱スルトキハ該退隱ハ先代ノ債務ニ關シ之ヲ死亡ト同視スルモノナレハ之ニ因リ訴訟手續ハ中斷ス（大審院明治三〇年一〇月二一日判決同上同頁）

六　隱居ニ因ル家督相續人ハ被相續人ノ死亡セシ場合ト同シク隱居者ノ訴訟手續ヲ受繼セサルヘカラス（東京控訴院大正六年

二〇月一九日判決同上同頁）

【同上參照學說】

本邦ニ於テハ死亡ノ外隱居ニ因リ又ハ入夫婚姻ニ因リ相續ヲ開始シ財産ヲ承繼スルコトアリ故ニ此場合ニ於テモ中斷及ヒ承繼アルヲ相當トスレトモ本邦ニ於テハ此等ノ場合ニ於ケル手續ヲ欠クカ故ニ斯ル相續開始ノトキハ訴訟中ノ事情ノ變更ノ爲メ請求ヲ棄却スヘキモノナルヤ承繼スヘキモノナルヤハ一ノ疑問ニ屬ス（今村信行氏民事訴訟法東京法學院講義錄三四二頁）

【同上反對學說判例】

一　隱居及入夫婚姻ノ場合ニ訴訟手續ノ中斷ヲ生スルヤ否ヤハ一ノ問題ナレトモ法文ノ解釋トシテハ死亡ノ文字ニハ隱居及入夫婚姻ヲ包含セサルモノト謂ハサルヘカラス然レトモ相續人及ヒ入夫ハ相手方ノ承諾アラハ訴訟手續ヲ受理スルヲ得ヘシ（法學博士板倉松太郎氏民事訴訟法綱要三三一頁）

板倉博士

一　隱居ハ訴訟能力ノ喪失ヲ來スモノニ非サルヲ以テ訴訟手續受繼ノ申立ハ不法ナリトス（大審院明治四四年一二月一九日判決）

大審院

二　隱居ニ因ル家督相續ノ場合ニ於テハ訴訟手續中斷ノ規定ナキノミナラス民法上債權者ハ尙前戶主ニ對シ請求ヲ爲シ得ヘキ權利アルコトヲ通常トス從テ中斷ニ關スル規定ハ此場合ニ適用ナシ（大審院明治三八年二月十三日判決）

大審院

三　訴訟手續受繼ノ爲メニ承繼人ノ呼出ヲ求ムル申立ハ訴訟ニ付權利拘束ノ繼續中ニ其手續中斷ノ原因ヲ生シタル場合ニ於テ之ヲ爲スモノナリ而シテ我民事訴訟法ニ於テハ隱居ニヨリ訴訟手續ノ中斷ヲ生セサルモノトス（名古屋控訴院明治四四年八月一〇日判決）

名古屋控訴院

四　原告若クハ被告ノ隱居ハ訴訟手續中斷ノ原因ヲ生セサルカ故ニ訴訟物タル債務ハ隱居ニ因リ現戶主ニ移轉シタルニ拘ラス尙隱居者ニ訴ハ進行セサルヘカラス（長崎地方裁判所明治四一年五月六日判決）

長崎地方裁判所

七　民事訴訟法中當事者ノ隱居ニ因リ訴訟手續ノ中斷スル規定ナキノミナラス隱居ハ相續開始ノ原因タルコトニ於テハ死亡ニ類似スト雖隱居ニ因リ相續開始シタル場合ニ於テハ前戶主ハ相續人ニ移轉スヘキモノニアラサルコトハ隱居又ハ入夫婚姻ニ因ル戶主權ノ喪失ハ前戶主又ハ家督相續人ヨリ前戶主ノ債權者及債務者ニ其通知ヲ爲スニアラサレハ之ヲ以テ其債權者及債務者ニ對抗スルヲ得サル旨ノ民法第七六一條ノ規定隱居者又ハ入夫婚姻ヲ爲ス女戶主ハ確定日附アル證書ニ依リ其財產ヲ留保スルコトヲ得ル旨ノ同法第九八八條ノ規定及隱居又ハ入夫婚姻ニ因ル家督相續ノ場合ニ於テハ前戶主ノ債權者ハ其前戶主ニ對シテ辨濟ノ請求ヲ爲スコトヲ得ル旨ノ同法第九八九條ニ依リ明ナルカ故ニ當事者隱居スルモ訴訟手續絕對ニ進行シ能ハサルモノニアラス此點ニ於テ當事者死亡シタル場合ト大ニ其趣ヲ異ニスルヲ以テ相續開始ノ原因タル點ニ於テ相類似スルノ故ヲ以テ死亡ニ因リ訴訟手續中斷スヘキ民事訴訟法ノ規定ヲ類推シテ隱居アリタル場合ニ於テモ亦訴訟手續中斷スルモノト爲スヲ得ス既ニ訴訟手續ノ中斷ヲ生セサルカ故ニ訴訟物タル債務ハ隱居ニ因リ現戶主ニ移轉シタルニ拘ラス尙隱居者ニ訴ハ進行セサルヘカラス（長崎地方裁判所明治四一年五月六日判決）

長崎控訴院

二　隱居ハ訴訟能力ノ喪失ヲ來スモノニ非サルヲ以テ訴訟手續受繼ノ申立ハ不法ナリトス（大審院明治四四年一二月一九日判決）

大審院

三　隱居ニ因ル家督相續ノ場合ニ於テハ訴訟手續中斷ノ規定ナキノミナラス民法上債權者ハ尙前戶主ニ對シ請求ヲ爲シ得ヘキ權利アルコトヲ通常トス從テ中斷ニ關スル規定ハ此場合ニ適用ナシ（大審院明治三八年二月十三日判決）

大審院

四　訴訟手續受繼ノ爲メニ承繼人ノ呼出ヲ求ムルコトヲ得ス（長崎控訴院明治三九年九月二九日判決）

長崎控訴院

五　訴訟當事者カ隱居シタル場合ニ於テハ訴訟手續ノ中斷ヲ生セサルカ故ニ訴訟物タル債務ハ隱居ニ因リ現戶主ニ移轉シタルニ拘ラス尙隱居者ニ訴ハ進行セサルヘカラス（長崎地方裁判所明治四一年五月六日判決）

長崎地方裁判所

六　原告若クハ被告ノ隱居ハ訴訟手續中斷ノ原因ヲ生セサルカ故ニ訴訟物タル債務ハ隱居ニ因リ現戶主ニ移轉シタルニ拘ラス尙隱居者ニ訴ハ進行セサルヘカラス（長崎地方裁判所明治四一年五月六日判決）

長崎地方裁判所

七　民事訴訟法中當事者ノ隱居ニ因リ訴訟手續ノ中斷スル規定ナキノミナラス隱居ハ相續開始ノ原因タルコトニ於テハ死亡ニ類似スト雖隱居ニ因リ相續開始シタル場合ニ於テハ前戶主ハ相續人ニ移轉スヘキモノニアラサルコトハ隱居又ハ入夫婚姻ニ因ル戶主權ノ喪失ハ前戶主又ハ家督相續人ヨリ前戶主ノ債權者及債務者ニ其通知ヲ爲スニアラサレハ之ヲ以テ其債權者及債務者ニ對抗スルヲ得サル旨ノ民法第七六一條ノ規定隱居者又ハ入夫婚姻ヲ爲ス女戶主ハ確定日附アル證書ニ依リ其財產ヲ留保スルコトヲ得ル旨ノ同法第九八八條ノ規定及隱居又ハ入夫婚姻ニ因ル家督相續ノ場合ニ於テハ前戶主ノ債權者ハ其前戶主ニ對シテ辨濟ノ請求ヲ爲スコトヲ得ル旨ノ同法第九八九條ニ依リ明ナルカ故ニ當事者隱居スルモ訴訟手續絕對ニ進行シ能ハサルモノニアラス此點ニ於テ當事者死亡シタル場合ト大ニ其趣ヲ異ニスルヲ以テ相續開始ノ原因タル點ニ於テ相類似スルノ故ヲ以テ死亡ニ因リ訴訟手續中斷スヘキ民事訴訟法ノ規定ヲ類推シテ隱居アリタル場合ニ於テモ亦訴訟手續中斷スルモノト爲スヲ得ス既ニ訴訟手續ノ中斷ヲ生セサルカ故ニ訴訟物タル債務ハ隱居ニ因リ現戶主ニ移轉シタルニ拘ラス尙隱居者ニ訴ハ進行セサルヘカラス（長崎地方裁判所明治四一年五月六日判決）

長崎地方裁判所

モノト爲スヲ得ス既ニ訴訟手續ヲ受繼ヰ得可ラサルコト亦明カナリ（長崎地方裁判所明治三九年一一月一六日判決法律新聞三九八號二三六頁）

判旨ニ贊同セス隱居又ハ入夫婚姻ニ因ル家督相續ノ場合ニ於テ訴訟手續ノ中斷ヲ生スルヤハ一箇ノ問題ナルモ吾人ハ消極說ヲ採ルコト屢論述シタル所ナル（本書第五卷民訴二六三頁第二卷民法五七一頁同卷民訴三六八頁評論參照）カ故ニ再論セス

（六二）

二四一第一項　裁判所ハ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ判決中ノ違算書損及ヒ此ニ類スル著シキ誤謬ヲ更正ス

裁判所カ裁判中ノ違算書損及ヒ之ニ類スル著シキ誤謬ヲ更正シ得ル場合ハ必シモ裁判所カ客觀的事實ヲ誤解シテ之ニ基キ誤謬ヲ來シタルトキノミナラス當事者ノ著シキ事實上ノ誤解ニ基ク申立ニ因リ誤謬ヲ來シタルトキヲモ包含スルモノトス」

本件抗告ノ要旨ハ東京地方裁判所ハ同ニ付キ債權者竹內龍二ノ申請ニ基キ其よね右兩名法律上代理人後見人柴崎清次郎同柴崎鎭之助柴崎債務者ノ表示ニ誤謬アリトノ債權者竹內熊二ノ申請ニ因リ前記假差押決定ノ債務者定ヲ爲シタリ然レトモ本件假差押ノ決リニ爲サレタルモノニシテ裁判所ノ意思ト裁判トノ間ニ何等牴觸ノ箇所ナシ如此場合ハ其裁判カ假ニ客觀的事實ニ符合セサルトコロアルモ之カ更正ヲ許スヘキニアラ

ス然ルニ原裁判所ハ事益ニ因テス債權者竹内龍二ノ更正申立ヲ許容シ本件更正決定ヲ爲シタルハ失當ナルカ故ニ本件抗告ニ及ヒタリト云フニ在リ然レトモ裁判所カ裁判中ノ速算書損及ヒ之ニ關スル著シキ誤謬ヲ更正シ得ル場合ハ必シモ裁判所カ客觀的事實ヲ誤解シテ之ニ基キ誤謬ヲ來シタルトキノミニ限ラレス之テ當事者ノ事實上ノ誤解ニ基ク申立ニ因リ誤謬ヲ來シタルトキモ亦同シク裁判所カ希望シタル裁判ト相違サセル著シキ誤謬アル場合ト謂フニ妨ケナキヲ以テ原裁判所カ申請人タル債權者竹内龍二ノ申立ヲ許容シ本件更正決定ヲ爲シタルハ正當ナリ（東京控訴大正八年(ラ)第一八號同年四月二九日民二部須賀裁判長前田細野各判事決定）

【關係事項】 抗告棄却○原審東京地方○差押命令更正決定ニ對スル抗告事件○抗告人柴崎よね代理人松本弘毅

【同趣旨學說判例】

本卷民訴九一頁以下

至當ノ判決ナリ

（六三）

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

一九一 同一ノ被告ニ對スル原告ノ請求數個アル場合ニ於テ其ノ請求ヲ一箇ノ訴ニ併合スルコトヲ得但民法ノ規定ニ反スルトキハ此限ニ在ラス

民法一八二 占有權ノ讓渡ハ占有物ノ引渡ニ依リテ之ヲ爲ス讓受人又ハ代理人カ現ニ占有物ヲ所持スル場合ニ於テハ占有權ノ讓渡ハ當事者ノ意思表示ニ依リテ之ヲ爲スコトヲ得

同一八四 代理人ニ依リテ占有ヲ爲ス場合ニ於テ本人カ代理人ニ對シ爾後第三者ノ爲メニ其物ヲ占有スヘキ旨ヲ命シ第三者之ヲ承諾シタルトキハ其第三者ハ占有權ヲ取得ス

同四八四 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

同五七四 賣買ノ目的物ノ引渡ト同時ニ代金ヲ拂フヘキトキハ其引渡ノ場所ニ於テ之ヲ拂フコトヲ要ス

民事訴訟法第四八條ニ依リ數人ノ被告ニ對スル訴ヲ併合シ共同訴訟トシテ同一ノ裁判所ニ提起スルニハ必スシモ各被告カ其普通裁判籍ヲ同フスルコトヲ要スルモノニ非スシテ各被告カ普通裁判籍ヲ異ニスルモ其中一人ノ裁判籍アル裁判所ニ起訴スルコトヲ得ルモノト解スルヲ妥當トス」

航海中ノ船舶ノ引渡ハ所謂簡易ノ引渡ノ方法ニ依ルヘキモノニシテ其方法ハ該船舶ノ權利證船舶國籍證書賣渡證所有權移轉登記申請ノ委任狀等該船舶ノ所有權移轉並必要ナル一切ノ書類ヲ賣主ヨリ買主ニ交付シ航海中ノ當該船長ニ對シテハ賣主ヨリ爾後買主ノ爲メ船舶ヲ占有スヘキコトヲ命スルコトニ依リテ行ハルヘキコト一 ノ慣習ナリトス」

船舶引渡ノ簡易方法タル必要書類ヲ買主ニ交付スヘキ義務ノ履行地ハ書類ノ引渡ト同時ニ代金ヲ支拂フヘキ場合ニ於テハ其代金ノ支拂ト書類ノ引渡トヲ同一ノ場所ニ於テ履行スルコトカ當事者ノ意思ニ合スルナミナラス民法第五七四條ノ支拂ヲ爲スヘキ場合ニハ物ノ引渡ノ場所カ賣買ノ目的物ノ引渡ト同時ニ代金ノ支拂ヲ爲スヘキ旨ヲ定メタル法意ニモ適スルモノトス」

大阪市神戸市ニ於テハ船舶賣買契約履行ノ場所ハ其契約カ買主ヨリ代金全額ノ

支拂アルト同時ニ船舶ノ引渡ヲ爲スヘキ約旨ナル場合ニハ買主ヨリ賣主ノ現時ノ營業所又ハ住所ヘ代金ヲ持參シテ支拂ヲ爲スト同時ニ同所ニ於テ賣主ヨリ買主ニ對シ賣主ノ義務ニ屬スル船舶引渡ノ簡易ノ方法タル必要書類ノ交付ヲ爲スヘキモノトスルコト即チ賣主ノ現時ノ營業所又ハ住所ヲ以テ賣主買主双方ノ義務履行ノ場所トナスコトノ商慣習存在スルモノトス」

控訴人本訴ニ付キ管轄違ノ抗辯ヲ提出シ本案ノ辨論ヲ爲ムヲ以テ該抗辯ノ當否ヲ接スルニ民事訴訟法第四十八條ハ共同訴訟ノ要件ヲ定メタルノミニシテ其裁判管轄ニ付テハ同條其他ニ於テ特ニ明規シタルモノナシト雖モ法律カ共同訴訟ヲ許シタル立法ノ本旨ヨリ考察スレハ同條ニ依リ數人ノ被告ニ對スル訴ヲ併合シ共同訴訟トシテ同一ノ裁判所ニ提起スルニハ必スシモ各被告カ其普通裁判所ヲ同フスルコトヲ要スルモノニ非スシテ各被告カ普通裁判所ヲ異ニスルモ其中一人ノ裁判籍アル裁判所ニ起訴スルコトヲ得ルモノト解スルヲ妥當トス本件ハ固ト控訴人ニ對スル訴ヲ併合シ訴訟トシテ提起セラレタルモノニシテ控訴人ハ神戸市ニ普通裁判籍ヲ有スルコト爭ナキモ村尾安藏ハ神戸市ニ普通裁判籍ヲ有セサルモ同訴訟カ前同法第四十八條ノ要件ニ適合シ共同訴訟トシテ訴フルコトヲ以テ若シ右兩訴訟カ適法ナリトスレハ共同訴訟人中ノ一人村尾安藏ノ普通裁判籍ヲ有スル神戸地方裁判所ハ其他ニ普通裁判籍ヲ有セサル控訴人ニ對スル訴ニ付テモ管轄權ヲ有スルモノト謂ハサルヘカラサルヲ以テ先ツ共同訴訟ノ要件ヲ具備スルヤ否ヤヲ解決スルノ要アリ依テ調査スルニ本件第一審訴狀ハ其ノ事實ノ記載簡單ニシテ盡ササル所アリト雖モ要スルニ控訴人ニ對スル訴ハ控訴人トノ賣買契約ニ依リ汽船第二英丸ハ被控訴人ノ所有ニ歸シタレトモ其後被控訴人ハ心神喪失ノ狀況ニアリシ爲メ適法ナル引渡ヲ受クヘキ旨ヲ請求シ村尾安藏ニ對スル訴ハ同人ハ被控訴人ヨリ前記汽船ヲ買受ケタリト主張シ居レトモ當時被控訴人ハ心神喪失ノ狀況ニ在リテ眞正ニ賣買シタルモノニ非ルヲ以テ右賣買喫約ハ無效ニシテ該船所有權ハ依然被控訴人ニ存スルヲ以テ村尾安藏ニ對シ賣買契約ノ無效ヲ確認スヘキコトヲ要求セサルモノナルコトハ訴狀記載ノ同趣旨ニ徵シ認メ得ル所ニシテ即チ前者ハ所有權ニ基キ其引渡ヲ求ムルモノニ非スシテ賣買契約ノ履行トシテ其引渡ヲ訴求シ後者ハ相手方カ所有權ニ危害ヲ加フルモノトシテ其賣買契約ノ無效確認ヲ訴求スルモノナルヲ以テ假令兩訴ニ於ケル被控訴人カ當時心神喪失ノ狀況ニアリタリトノ一事アリトスルモ右兩訴訟ニ於テ民事訴訟法第四十八條ニ所謂數人カ訴訟物ニ付キ義務共通ノ地位ニ立ツトキニ非ルハ勿論同一ナル事實上及法律上ノ原因ニ基ク義務カ訴訟ノ目的物タルトキト云フニモアラス又タ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義務カ訴訟ノ目的物タルトキト云フニモ非サルヲ以テ要スルニ兩訴訟ハ共同訴訟トシテ訴フルコトヲ得サルモノトス既ニ然リトスレハ村尾安藏ニ對スル訴訟ノ管轄ノ適法ナリト否トニ論ナク控訴人ノ背通裁判籍ノ存セサル神戸地方裁判所ハ本訴ヲ提起シタルハ失當ニシテ控訴人ノ本件管轄ノ抗辯ハ其理由アルモノトス(二)被控訴人ハマタ神戸地方裁判所ハ本訴訟ニ於ケル義務ノ履行地トシテ特別裁判籍ノアル所ナリト主張スルヲ以テ之ヲ按スルニ本訴ハ汽船第二英丸ヲ控訴人ヨリ買受ケタル被控訴人カ賣買契約ノ履行トシテ殘代金全部ノ支拂ト同時ニ同船ノ引渡ヲ求ムルモノニシテ同船ハ契約當時モマタ其契約上ノ引渡期日タル大正四年十二月三一日ニ於テモ遠洋航海中ノモノナリシコトハ爭ナキ所ニシテ此ノ如キ航海中ノ船舶ノ引渡ハ所謂簡易ノ引渡ノ方法ニ依ルヘキモノニシテ其方法ハ該船舶ノ權利證、船舶國籍證書、賣渡證、所有權移轉登記申請ノ委任狀等該船舶ノ所有權移轉並ニ必要ナル一切ノ書類ヲ賣主ヨリ買主ニ交付シ航海中ノ當該船長ニ對シテハ賣主ヨリ爾後買主ノ爲メ船舶ヲ占有スヘキコトヲ命スルコトニ依リテ行ハ

ルヘキコト一般ノ慣習ナルコトハ證人磯畑安藏鑑定人岸本兼太郎石川茂一ノ供述ニ依リ明カニシテ本件ニ於テ此慣習ニ依ラサル意思表示アリタルコトノ認ムヘキ證據ナキヲ以テ當事者ハ此慣習ニ依ルノ意思ヲ有シタルモノト認ム而シテ右簡易ノ引渡ノ方法タル必要書類ヲ買主ニ交付スヘキ賣主ノ義務ノ履行地ニ付テノ控訴代理人ハ契約及ヒ慣習ニ依リ買主タル控訴人ノ住所及營業所ノ所在地タル大阪市ナリト謂ヒ被控訴代理人ハ右義務ノ履行地ハ行爲ノ性質又ハ當事者ノ意思表示ニ因リテ定マラス又タ之ニ關スル何等ノ商慣習モ存セサルヲ以テ商法第二百七十八條ノ適用上債權者タル被控訴人ノ營業所々在地タル神戸市ナリト主張シ其主張一致セスト雖モ本件ノ如ク船舶引渡ノ簡易方法タル前示重要書類ノ引渡ト同時ニ代金ヲ支拂フヘキ場合ニ於テハ(此事雙方ニ爭ナシ)其代金支拂ト書類ノ引渡トヲ同一ノ場所ニ於テ履行スル事カ當事者ノ意思ニ合スルノミナラス民法第五百七十四條カ賣買ノ目的物ノ引渡ト同時ニ代金ノ支拂ヲナスヘキ場合ニハ物ノ引渡ノ場所ニ於テ代金ノ支拂ヲナスヘキ旨ヲ定メタル法意ニモ適スルモノト謂ハサルヘカラス而シテ當院カ適切ナル鑑定ナリト認ムル鑑定人岸本兼太郎石川茂一ノ鑑定ノ結果ニ依レハ大阪市神戸市ニ於テハ船舶賣買契約履行ノ場所ハ其ノ契約カ買主ヨリ代金全額ノ支拂アルト同時ニ船舶ノ引渡ヲナスヘキ約旨ナル場合ニハ買主ヨリ賣主ノ現時ノ營業所又ハ住所ヘ代金ヲ持參シテ支拂ヲ爲スト同時ニ同所ニ於テ賣主ヨリ買主ニ對シ賣主ノ義務ニ屬スル船舶引渡ノ簡易ノ方法タル前示重要書類ノ交付ヲ爲スヘキモノトスルコト即チ賣主ノ現時ノ營業所又ハ住所ヲ以テ賣主買主雙方ノ義務履行ノ場所トナスコトノ商慣習カ事實トシテ存スルコト明白ニシテ本件當事者ハ右慣習ニ依ラサル意思ヲ表示シタリト認ムヘキ證據ナキヲ以テ右慣習ニ依ルノ意思ヲ以テ本件賣買契約ヲ爲シタルモノト認ムヘキモノトス故ニ本件賣買契約ノ履行トシテ重要書類ノ引渡ヲ求ムル被控訴人ハ右慣習ニ從ヒ賣主タル控訴人ノ現時ノ營業所ヘ代金ヲ持參シテ控訴人ニ支拂フト同時ニ同所ニ於テ控訴人ヨリ書類ノ交付ヲ受ケサルヘカラス換言スレハ本訴訟ニ係

ル書類ノ引渡義務ノ履行ノ場所ハ控訴人ノ現時ノ營業所ナリトス商法第二七八條ハ行爲ノ性質又ハ當事者ノ意思表示ニ依リテ履行ノ場所ノ定マラサル場合ノ規定ナルカ故ニ前記ノ如ク慣習ニ依リ履行ノ場所ノ定マレル本件ノ場合ニ之カ適用ノ餘地ナキヤ勿論トス而シテ本件ニ於テ賣主タル控訴人カ商人ニシテ其現時ノ營業所カ大阪ニ在ルコト爭ナキ所ナルヲ以テ本件義務履行地ノ裁判所ハ大阪地方裁判所ナリト謂ハサル可ラサルヲ以テ被控訴代理人ノ神戸地方裁判所ハ本訴ニ係ル義務ノ履行地ノ裁判所トシテ特別裁判籍ノアル所ナリトノ主張モ亦タ採用スルニ足ラス敍上說示ノ如ク神戸地方裁判所ハ控訴人ニ對スル本訴訟ニ付テハ何レノ點ヨリ論スルモ管轄權ヲ有セサルヲ以テ控訴人ノ本件妨訴抗辯ハ正當ニシテ被控訴人ノ本訴ハ管轄違トシテ却下スヘキモノホス(大阪控訴院大正八年不第七三號同年五月一二日民三部多喜澤裁判長中込天野各判事判決)

【關係事項】原判決廢棄○船舶賣買契約履行請求事件○控訴人田中省三訴訟代理人辯護士武田貞之助武田藏之助市村富久山田浩藏○被控訴人川崎義次訴訟代理人辯護士德本寬三林龍太郎

【前審判決】

共同訴訟ニ於ケル訴訟條件ハ總テ各個ノ共同訴訟人ニ付キ各別ニ定ムヘキモノトス即管轄ニ付テモ事物ノ管轄ハ民事訴訟法第四條ニ依リ定マリ土地管轄ハ爲替訴訟ニ於ケル同法第四九五條ノ特別規定ニ從フヘキ例外的場合ヲ除ク外ハ何レモ各共同訴訟人ニ付キ各別ニ其有無ヲ定ムヘキモノトス

航海中ノ船舶ノ引渡ハ所謂簡易引渡ノ方法ニ依ルヘキコトハ一般ノ慣習ナリトス

航行中ノ船舶ノ簡易引渡ノ履行ハ船長ニ對スル移轉命令及ヒ移轉登記ニ必要ナル書類ノ授受ノ外移轉登記ノ委任狀ヲ受付スルニ依リ完了スルモノト解スヘク必スシモ船籍港ニ於テ現實ニ登記手續ノ結了シタルコトヲ要セサルモノトス

右航行中ノ船舶引渡ノ簡易履行タル船長ニ對スル移轉命令ハ賣主タル船主カ自己ノ雇人ニシテ船舶ノ代理占有者タル船長ニ對シテ事後買主ノ爲メニ船舶ヲ占有スヘキ

コトヲ命スル指圖ニシテ之ニ依テ占有權ノ移動ヲ生スルモノナレハ船舶引渡ノ主要ナル部分ナリト謂フヘク移轉登記ニ必要ナル書類及ヒ委任狀ノ交付ノ如キハ引渡ノ效果ヲ完全ナラシムルノ手續ニシテ寧ロ從タル關係ニ立ツニ過キサルモノト解スヘキモノトス

而シテ右兩者ヲ請求スル訴ノ管轄ハ我民事訴訟法ノ解釋トシテ各別ニ定ムヘキモノニシテ從タル請求ノ管轄ハ主タル請求ノ管轄ニ依リテ定マルモノト爲スヲ得サルモノトス

船舶賣買ノ履行場所ニ付キ當事者ノ意思不明ナルトキハ民商法ニ共通ナル一般原則ニ從ヒ債權者卽買主ノ住所又ハ營業所ニ於テ移轉登記ニ必要ナル書類並ニ委任狀ヽ交付ヲ爲スヘキモノトス(神戸地方大正七年二月五日民二部判決本卷民訴一六六頁)

【判旨第一點共同訴訟ト管轄ニ關スル同趣旨反對學說判例】

本卷民訴一七一頁

(六四)

四五五　抗告ハ訴訟手續ニ關スル申請ヲ口頭辯論ヲ經スシテ却下シタル裁判ニ對シ其他此法律ニ於テ特ニ揭ケタル場合ニ限リ之ヲ爲スコトヲ得

舊商法施行條例二五　前條ニ揭ケタルモノノ外抗告ニ關スル手續ニ付テハ民事訴訟法第四五五條、第四六〇條第一項第二項、第四六五條及ヒ第四六六條第一項第二項第四項ヲ除ク外總テ同法第三編第三章ノ規定ヲ準用ス

舊商法一〇五九　商人カ商行爲ニ因リテ生シタル債務ニ付キ自己ノ過失ナクシテ支拂ヲ中止セサルコトヲ得サルニ至リタル場合ニ於テ其債權者ノ過半數以上ノ承諾ヲ得タルトキハ營業所ノ所在地又ハ住所地ヲ管轄スル裁判所ハ一年ヲ超ニサル範圍內ニ於テ支拂猶豫ヲ與フルコトヲ得

同一〇六〇　支拂猶豫ノ申立ニハ左ノ諸件ヲ添附スルコトヲ要ス

第一　支拂中止ノ事由ノ完全ナル明示

第二　貸借對照表財產目錄及ヒ住所ト債權額トヲ明示シタル債權者名簿

第三　債權者ニ主タルモノ及ヒ從タルモノノ完全ナル辨償ヲ爲シ得ル方法、期間及ヒ此カ爲メ供スルコトヲ得ル擔

保ノ證明

右申立及ヒ添附書類ハ公衆ノ展閱ニ供スル爲メ之ヲ裁判所ニ備置キ且債權者ノ集會期日ヲ定メテ之ト共ニ其備置キタル旨ヲ公告スルコトヲ要ス債權者ハ集會ノ爲メ各別ニ招集ヲ受ク

支拂猶豫ハ裁判所ヨリ假ニ之ヲ許可スルコトヲ得

大阪控訴院決定

破產ニ關スル決定ニ對スル抗告ニ付テハ舊商法施行條例第二五條民事訴訟法第四五五條ニ則リ法律ニ於テ抗告ヲ爲シ得ヘキコトヲ特ニ揭ケタル場合ニ限リ之ヲ爲スコトヲ得ヘキモノナリ然ルニ支拂猶豫ニ關スル假許可ノ決定ニ對シテハ抗告ヲ許スノ規定存セサルヲ以テ假許可ノ決定ニ對スル抗告ハ不適法ナルモノナルニ依リ之ヲ棄却スヘキモノトス」

案スルニ破產ニ關スル決定ニ對スル抗告ニ付テハ舊商法施行條例第二十五條民事訴訟法第四百五十五條ニ則リ法律ニ於テ抗告ヲ爲シ得ヘキコトヲ特ニ揭ケタル場合ニ限リ之レヲ爲スコトヲ得ヘキモノナリ然ルニ支拂猶豫ニ關スル假許可ノ決定ニ對シテハ抗告ヲ許スノ規定存セサルヲ以テ本件假許可ノ決定ニ對スル抗告ハ不適法ノモノナルニ依リ之レヲ棄却スヘキモノトス(大阪控訴院大正八年(ラ)第二九號同年五月九日民三部多喜澤裁判長齋藤天野各判事決定法律新聞第一五五五號二六頁)

【關係事項】

抗告棄却○原審大阪地方○支拂猶豫事件○抗告人大村德次郎代理人辯護士上村豐

至當ノ決定ナリ

(六五)

一九五第二項　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……

一九六　原告カ訴ノ原因ヲ變更セスシテ左ノ諸件ヲ爲ストキハ被告ハ異議ヲ述フルコトヲ得ス

甲府地方裁判所判決

第二　本案又ハ附帯請求ニ付キ訴ノ申立ヲ擴張シ又ハ減縮スルコト

法例七　法律行爲ノ成立及ヒ效力ニ付テハ當事者ノ意思ニ從ヒ其何レノ國ノ法律ニ依ルヘキカヲ定ム

當事者ノ意思カ分明ナラサルトキハ行爲地法ニ依ル

民法四〇三　外國ノ通貨ヲ以テ債權額ヲ指定シタルトキハ債務者ハ履行地ニ於ケル爲替相場ニ依リ日本ノ通貨ヲ以テ辨濟ヲ爲スコトヲ得

原告ニ於テ始メ米貨五百弗ヲ日本貨幣ニ換算シテ請求シ後ニ至リ右五百弗若クハ日本貨幣一千圓ト選擇的ニ請求スルモ單ニ申立ノ擴張ヲ爲シタルノミニシテ毫モ請求原因タル事實ヲ變更シタルモノニ非ス」

北米合衆國ニ居住セル內國人間ニ成立シタル契約ハ所謂外國的要素ヲ有スル法律關係ニシテ其成立及ヒ效力ヲ定ムヘキ實質法ハ一ニ法例ノ規定ニヨリテ之ヲ定ムヘク卽法例第七條ニ依リ法律行爲ノ成立及效力ニ付テハ當事者ノ意思ニ從ヒ其何レノ國ノ法律ニ依ルヘキカヲ定ムヘキモノトス」

民法第四〇三條ハ債權者ニ選擇權ヲ認メタル規定ニアラスシテ債務者ノ補充權ヲ有スル任意債權ヲ規定シタルモノトス」

【理由】依テ先ツ原因變更ノ抗辯ニ付案スルニ原告ノ本訴請求原因ト爲ス所ハ原告ハ被告ニ對シ米貨五百弗ヲ其主張ノ日時ニ貸與シタリトノ事實ナレハ原告ニ於テ初メ之ヲ日本貨幣ニ換算シテ請求シ後ニ至リ右五百弗若クハ日本貨幣一千圓ト選擇的ニ請求シタリトスルモ右ハ單ニ申立ノ擴張ヲ爲シタルノミニシテ毫モ請求原因タル事實ノ變更ニアラサルヲ以テ被告ノ抗辯理由ナシ次ニ甲第一、二號證檢眞申立ニ付キ案スルニ證定人志賀四郎ノ鑑定ニ依レハ甲第一二號證ノ被告署名ト同號證ノ寫ニ手記セシメタル被告ノ署名トハ全ク同一ナルコトヲ認ムルニ足ルヲ以テ當裁判所ハ甲第

一二號證ハ眞正ニ成立シタルモノト判定ス進ンテ審案スルニ原告主張ノ事實ニ依レハ本件ハ北米合衆國ニ居住セル內國人間ニ成立シタル契約ニシテ卽法律行爲成立ノ場所ハ外國ナルヲ以テ本件モ亦所謂外國的要素ヲ有スル法律關係ニシテ其成立及效力ヲ定ムヘキ實質法ハ一ニ法例ノ規定ニヨリテ之ヲ定メサルヘカラス而シテ法例第七條ニ依レハ法律行爲ノ成立及效力ニ付テハ當事者ノ意思ニ從ヒ其何レノ國ノ法律ニ依ルヘキカヲ定ムト規定セルヲ以テ本件モ亦當事者ノ意思ニ從ヒテ準據法ヲ定メサルヘカラス原告ハ本件ハ內國法ニ從フヘキ當事者ノ意思ナリト主張シ被告ハ之ヲ爭ヘトモ眞正ニ成立シタリト認ムヘキ前示甲第一號證(借用證書)ニ依レハ貸借成立ノ日時並ニ返濟期日共ニ內國ノ年號ヲ用ヒ又被告住所ヲ表示スルニ山梨縣東山梨郡後屋敷村ト其本國ニ於ケル住所ヲ以テシタルノミヲ綜合考覈スレハ被告ノ意思亦本國法タル我國法ニ準據スルノ趣旨ナリシコトヲ推認スルニ足ルヲ以テ結局本件ハ我國法ニ依リテ其成立及效力ヲ定ムヘキモノトス依テ本案請求ノ當否ヲ案スルニ前示甲第一二號證ニ依レハ被告ハ原告主張ノ如キ約旨ニテ米貨五百弗ノ主張ノ日時ニ於テ其主張ノ如キ約旨ニテ米貨五百弗ノ債務ヲ負擔シタルコト明ナルヲ以テ被告ハ右約旨ニ從ヒ米貨五百弗ノ支拂ヲ爲スヘキ義務アルヤ多言ヲ要セス然レ共本件ハ甲第一號證ニヨリテ明カナルカ如ク外國ノ通貨ヲ以テ債權額ヲ指定シタル場合ナルヲ以テ債務者タル被告ハ民法第四百三條ノ規定ニ依リ履行地ニ於ケル支拂時ノ爲替相場ニ依リ日本ノ通貨ヲ以テ辨濟ヲ爲スコトヲ得ヘキ所謂補充權ヲ有スルヲ以テ被告代理人ノ日本貨幣ヲ以テ請求スルハ不當ナリトノ抗辯ハ理由アリトシテ被告ニ右補充權ヲ留保ス原告代理人ハ前示國法第四百三條ノ債權者ハ選擇權ヲ有シ其選擇ニ依リ請求ヲ爲シ得ヘキカ如ク主張スレ共同條ハ債權者ニ選擇權ヲ認メタル規定ニアラスシテ債務者ノ補充權ヲ有スル任意債權ヲ規定シタルモノナルヲ以テ本件ニ於テ原告ハ其選擇ニ依リ請求シ得ヘキ權利ヲ有セサルモノトス依テ前示認容外ノ請求ハ不當ナリトシテ之ヲ排斥シ訴訟費用ニ付キ民事訴訟法第七十二條第一項第七十三條ヲ適用シ主文ノ如ク

判決シタリ（甲府地方大正六年(ワ)第五一號同八年三月三日民部高濱裁判長大澤及川各判事判決法律新聞第一五五七號二〇頁）

【關係事項】 請求一部棄却○貸金請求事件○原告山下利作訴訟代理人辯護士千葉只彦○被告矢島正治訴訟代理人辯護士弦間照太郎

【判決第一點請求原因ノ意義ニ關スル參照學說判例】

本書第七卷民訴一頁以下

川名博士

【同第三點民法四三條ノ規定ノ意義ニ關スル同趣旨學說】

一 民法ノ定ムル處ニ依レハ債務者ハ日本ノ通貨ヲ以テ辨濟ヲ爲スコトヲ得ルハ勿論ナリト雖モ債權者ハ日本ノ通貨ヲ給付スルコトヲ得ルモノナリ故ニ債務者ハ其利益ノ爲メニ存スル任意債務ヲ負擔スルモノトス故ニ債務者ハ日本ノ通貨ヲ以テ辨濟セサルヘカラサルニアラサルナリ（法學博士川名壽四郎氏債權要論八一頁）

石坂博士

二 外國ノ通貨ヲ以テ單ニ債權額ヲ表示シタル場合ハ債務者ノ任意債權ニシテ債務者ハ外國ノ通貨ヲ以テ支拂フコトヲ得ヘク或ハ之ニ代ヘテ內國ノ通貨ヲ以テ支拂フコトヲ得ルモノトス（法學博士石坂音四郎氏民法債權上二二二四）

鳩山博士

三 外國ノ通貨ヲ以テ債權額ヲ指定シタル場合ニモ債務者ハ各種ノ內國通貨ヲ以テ辨濟ヲ爲スコトヲ得ルナリ此場合ニ債權者ハ外國貨幣ヲ以テモ辨濟ヲ爲スコトヲ得ルカ法文ニ日本ノ通貨ヲ以テ辨濟ヲ爲スコトヲ得ト云フテ以テ支拂フヲ妨ケサルモノト解スルヲ以テ一種ノ任意債權ヲ成立セシムルモノナリ（法學博士鳩山秀夫氏日本債權法三二頁）

判旨各點ハ正當ナリ民法第四〇三條カ債權者ニ選擇權ヲ認メタルハ非サルコトハ其文詞自體ニ徵シテ明白ニシテ毫モ疑ノ餘地ナシ同條ハ判旨ノ言フカ如ク債務者ニ一種ノ任意債權ヲ認メタルモノト解スルノ外ナシ

（六六）

【九〇】

第一 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

當事者及ヒ裁判所ノ表示

第二 起シタル請求ノ一定ノ目的物及其請求ノ一定ノ原因

第三 一定ノ申立

起訴ノ方式ノ適法ナルカ爲メニハ少クトモ適式ノ訴狀ヲ裁判所ニ提出スルコトヲ要スルヲ以テ裁判所類燒ノ際全部燒失シ如何ナル訴狀カ提出セラレ又起訴ノ方式ヲ適法ニ遵守シタリト認ムヘキモノナキトキハ訴ヲ不適法トシテ却下スヘキモノトス」

案スルニ起訴ノ方式ノ適法ナルカ爲メニハ少クトモ適式ノ訴狀ヲ裁判所ニ提出スルコトヲ要ス仍テ本件ニ付此點ヲ査スルニ原告ハ曩ニ相當印紙貼用ノ上記錄編綴ノ訴狀寫ナルモノト同一ノ訴狀ヲ該訴狀ノ寫カ適法ニ被告ニ送達セラレ起訴ノ方式ノ遵守ニ付キ問然スル所無カリシ旨主張スレトモ該事實ハ被告ニ於テ全然認メサル處ニシテ只訴狀カ曩ニ當裁判所ニ提出セラレシ事實ハ原告提出ニ係ル記錄編綴ノ期日呼出狀ニ依リ之ヲ推認シ得ヘキモ當裁判所書記ノ報告書記載ノ如ク該記錄ハ大正七年三月二十五日當廳類燒ノ際全部燒失シ居リ如何ナル訴狀カ提出セラレ又起訴ノ方式ヲ適法ニ遵守シタリト認ムヘキモノ一モ之ナキヲ以テ本訴ハ之ヲ不適法トシ却下スヘキモノトシ訴訟費用ニ付キ民事訴訟法第七十二條ニ則リ主文ノ通リ判決シタリ（水戸區大正六年(ハ)第九六九號同八年四月二五日增田判事判決法律新聞第一五五五號一七頁）

水戸區裁判所

【關係事項】 原告敗訴○慰藉料請求事件○原告早乙女つぎ訴訟代理人早乙女勇八○被告脇坂孝三訴訟代理人中川敬太郎

【記錄ノ燒失ト起訴ノ效力ニ關スル參照判例】

一 訴訟記錄ヲ燒失シタル場合ニ訴又ハ控訴提起ノ方式ノ適否ヲ調査スルニハ當事者ニ於テ訴狀又ハ控訴狀ト同一記載アリ且相當印紙ノ貼用アリタルコトニ付キ爭ナキ書面ニ依リテモ之ヲ判定スルコトヲ得ルモノトス（大審院大正七年九月二一日判決本書第七卷民訴四三三頁）

二 適法ナル訴狀カ裁判所ニ提出セラレタルコト明ナルトキハ其訴狀ノ原本カ提出後滅失シタルカ爲メ訴狀ノ謄本ニ依リ訴提起

大審院

ノ事實ヲ調査スルコト能ハサル場合ナリトモ尙其訴ハ適當ナルモノトス（東京控訴院大正七年一〇月四日民一部判決本書第七民訴三〇六頁）

三 訴カ適法ニ提起セラレタルコト及ヒ原裁判所カ原判決ヲ爲シタルコトハ證據ニヨリテ之ヲ認メ得ヘシト雖モ訴訟記錄カ燒失シテ現存セサルトキハ原判決及原審ニ於ケル訴訟手續ハ全部適法ナラサルモノトシテ之ヲ廢棄セサルヘカラス（東京控訴院大正七年五月二四日判決本書第七卷民訴一四三頁）

四 訴提起ノ方式カ適法ナルコトハ訴訟手續開始ノ絕對要件ナレハ假令訴狀ノ寫ト同一ノ適法ナル訴狀カ提起セラレ訴ノ繫屬シタルコト爭ナキト雖モ一件記錄カ全部燒失シ現存セサル以上ハ起訴ノ方式ノ適否ヲ調査スルニ由ナケレハ訴ノ繫屬ヲ認ムルヲ得ス（水戸地方大正七年六月一日判決）

至當ノ判決ナリ蓋シ適法ニ提出セラレタル訴狀カ其後現有スルト否トハ訴提起ノ效力ヲ左右スルモノニ非スト雖モ訴狀ノ提出アリタルコト及ヒ其訴狀ノ適式ナルコトカ裁判所ニ明白ナラサルトキハ訴ノ提起アリト爲スヲ得サルハ勿論ナレハナリ

（六七）

二四五第二項　第二三三條第二三四條ノ規定ハ裁判所ノ決定ニ之ヲ準用シ又第二三五條第二三條及ヒ第二四〇條ノ規定ハ裁判所ノ決定及ヒ裁判長並ニ受命判事又ハ受託判事ノ命令ニ之ヲ準用ス

第三項　言渡ヲ爲ササル裁判所ノ決定及ヒ言渡ヲ爲ササル裁判長並ニ受命判事又ハ受託判事ノ命令ハ職權ヲ以テ之ヲ當事者ニ送達ス可シ

二六七　準備手續ヲ命スル決定ヲ言渡スニ際シ裁判長ハ受命判事ヲ指定シ決定施行ノ期日ヲ定ム可シ若シ裁判長此期日ヲ定メサルトキハ受命判事之ヲ定ム又受命判事其委任ヲ施行スルニ差支アルトキハ裁判長更ニ他ノ判事ヲ任ス

四三五　法令ヲ適用セス又ハ不當ニ適用シタルトキハ法律ニ違背シタルモノトス

四三八第三項　此他上告狀ハ準備書面ニ關スル一般ノ規定ニ從ヒテ之ヲ作リ……訴訟手續ニ付テノ規定ニ違背シタルコトヲ理由トスルトキハ其欠缺ヲ明ニスル事實ノ表示……ヲ揭ク可シ

準備手續ニ於テ受命判事ヲ指定スル裁判長ノ命令ノ言渡ナク且當事者ニ送達セラレサルトキハ該受命判事ニ依リ爲サレタル準備手續ハ違法ナルヲ以テ該手續ノ違法ト原審判決ノ內容トノ間ニ因果關係ノ存スル場合ニハ當事者ハ訴訟手續ニ關スル規定ノ違背ヲ理由トシテ上告ヲ爲スコトヲ得ルモノトス」（當事者カ命令ノ送達ナキ點ニ付キ異議ヲ述ヘサルヲ以テ責問權ヲ拋棄シタルモノト解スヘキニ非ス）

上告人ハ第一審ニ於テ受命判事ヲ指定スル裁判長ノ命令ノ送達ナキ點ニ付キ異議ヲ述ヘタル形跡ナキ以上ハ其責問權ヲ拋棄シタルモノト解スヘク之ヲ以テ上告理由ト爲スコトヲ得サルモノトス（大審院大正七年一月三十一日民二部判決本書第七卷民法四八頁所載）

判旨ハ不當ナリ計算事件ニ於ケル準備手續ニ於テ受命判事ヲ指定スル裁判長ノ命令（第二六七條）ハ言渡ヲ爲ササル場合ニ於テハ職權ヲ以テ之ヲ當事者ニ送達ス可キナリ（第二四五條筆二項第三項）上告論旨ニ依リ案件ノ事實ヲ案スルニ第一審裁判所ノ裁判長ハ受命判事ノ差支ニ依リ數度更ニ他ノ判事ヲ以テ受命判事ニ指定シ而モ其指定ノ命令ハ執レモ言渡ナク且當事者ニ送達セラレサリシカ如シ果シテ然ラハ該受命判事ニ依リ爲サレタル準備手續ノ違法ナルヤ論ナキカ故ニ該手續ノ違法ト原審判決ノ內容トノ間ニ因果關係ノ存スル場合ニハ當事者ハ訴訟手續ニ關スル規定ノ違背ヲ理由トシテ上告ヲ爲スコトヲ得ルモノト謂ハサルヘカラス（第四三八條第三項第四四六條）（法學博士山田正三民法學論叢第二卷第一號一四五頁判例評「受命判事檢定命令送達ノ欠缺ト責問權ノ拋棄」要領）

【責問權ノ喪夫ヲ認メサル同說】

一 思フニ獨逸民事訴訟法ニ在リテハ第二九五條第五三〇條第五五八條等ノ明文ノ存スルモノアレハ當事者カ其遵守ヲ有效ニ拋棄シ得ル手續ニ關スル規定ノ違背ハ最近ノ口頭辯論ニ於テ責問スルニ非サレハ爾後其審級ニ於テモ控訴審若クハ上告審ニ於テモ亦タ之ヲ責問スルヲ得サルコトヲ認メサルヘカラス然カルニ我訴訟法ニハ同趣旨ノ明文アルコトナク單ニ訴訟行爲ノ懈怠ニ關スル第一七三條ノ規定アルノミ然カルニ訴訟行爲ノ懈怠ハ訴訟行爲ヲ爲サスシテ之ヲ爲スコトヲ得ル時期カ經過シタルトキニ確定シ之ニ因リテ初メテ該訴訟行爲ヲ爲ス權ヲ失フニ至ルモノナリ故ニ若シ訴訟手續ニ關スル規定ノ違背ハ控訴審ノ判決

ニ接着スル口頭辯論終結ノ時ニ至ルマテニ之ヲ責問スルコトヲ要ス從テ此時期ノ經過ニ依リ責問行爲ノ懈怠アルコトカ確定センカ上告審ニ於テ其責問ヲ爲スヲ得サルコトハ固ヨリ論ナシ然レトモ我現行訴訟法ハ斯カル趣旨ヲ認メタル規定ナキノミナラス却リテ訴訟ノ手續ニ關スル規定ノ違背ヲ理由トシテ上告ヲ爲シ得ルコトヲ認メタリ（訴第四三八條三項第二段及ヒ第四四六條參照）サレハ訴訟手續ニ關スル規定ノ違背ニシテ控訴判決ノ內容ニ影響ヲ及ホシ當事者ニ不利益ヲ及ホス場合ニハ之ヲ理由トシテ上告ヲ爲スコトヲ得ルハ寸毫ノ疑ヲヲ容レス故ニ控訴審ニ於ケル責問權ノ喪失ヲ認メ之ヲ理由トシテ上告審ニ於ケル責問ヲ認サルカ如キハ我訴訟法ノ解釋トシテ其不當ナルヤ多言ヲ要セス（法學博士雉本朗造氏京都法學會雜誌第一二卷第四號一二〇頁本書第六卷民訴一八〇頁）

二 裁判所ヲ構成セサル判事ヲ受命判事ニ指定シ檢證及ヒ證人訊問ヲ爲サシメタルトキハ規定ニ從ヒ判決裁判所ヲ構成セサルモノナレハ其違背ト判決ノ內容トノ間ニ因果關係ヲ有スルト否トヲ問ハス「常ニ法律ノ違背アルモノ」ト看做サレ上告理由タルモノトス（同上）

三 鑑定人トシテ訊問スヘキ者ニ對シ證人ニ付テノ規定ヲ適用シテ訊問シテ控訴審カ之ヲ以テ判決ノ基本ト爲シタルトキハ其證據調ニ付キ當事者カ假令異議ヲ述ヘサリシトキト雖モ訴訟手續ニ關スル規定ニ違背シタルモノトシテ上告ヲ爲スコトヲ得ルモノトス（同上第一一卷第七號一〇六頁本書弘五卷民訴三六六頁）

岩田學士

【責問權ノ喪失ヲ認ムル反對學說】

一 獨逸民事訴訟ニ於テハ訴訟手續殊ニ訴訟行爲ノ方式ニ關スル規定ノ違背ハ當事者カ之ヲ知ルニ拘ハラス責問セサルトキハ其不法ヲ責問スル權利ヲ喪失スルモノトス但其方式ノ遵守ヲ當事者カ有效ニ拋棄シ能ハサルモノハ此限ニ非ストシ訴訟行爲ノ公益ニ關係ナキモノハ之ニ違背スルモ相手方タル當事者カ責問セサルトキハ有效ナリトシ且當事者ハ一定ノ時期ニ於テ其不法ヲ主張スルコトヲ得サルモノトセリ例ヘハ當事者能力カ訴訟能力法律上代理裁判所ノ構成辯論公開ノ規定等ノ違背ハ責問權ニ關スル問題ト爲ラサルモ訴訟書類ノ送達期日ノ呼出證人又ハ鑑定人ノ宣誓訴訟手續休止ノ效力訴訟手續中斷ノ受繼等ハ責問權ノ範圍ニ屬スルモノトセリ我訴訟法ニ於テハ獨法ノ如キ規定ナシト雖モ規定ノ性質上單ニ當事者ノ保護ノミヲ目的トスルモノアリ又訴訟上ノ公益ニ關スルモノアルヲ以テ前者ニ付テハ獨法ノ如ク責問權喪失ヲ認ムルモ法律ノ精神ニ反スルモノニ非スト信ス（法學士岩田一郎氏增補改版第一〇版民事訴訟法原論二八八頁）

細野學士

二 公益ノ爲メ設ケレクル民事訴訟ニ關スル規定（例ヘハ裁判所ノ構成ニ關スル規定裁判所職員ノ除斥ニ關スル規定當事者能力訴訟能力法定代理人訴訟代理人ノ資格辯論ノ公開口頭辯論主義不變期間並ニ不變期間進行ノ起點ヲ定ムル送達證據調施行ノ方法中眞實發見ニ關スル規定反訴共同訴訟從參如原狀回復故障除斥上告抗告ノ適否ニ關スル規定等）ニ違背タルトキハ訴訟行爲ハ常ニ無效ニシテ當事者カ其ノ規定ノ遵守ヲ求ムルト否トニ依リ何等ノ影響ヲ受クルモノニアラス反之主トシテ當事者ノ利益ノ爲ニ存スルモノ（例ヘハ當事者ノ呼出不變期間ニ關係ナキ送達訴訟ノ中斷中止休止ノ効力ニ關スル規定不變期間以外ノ期間訴訟提起ノ方式ニ關スル規定等）ニ在リテハ單ニ裁判ノ基本ヲ求ムル手段ニ關スルモノナルカ故ニ當事者ハ其規定ノ遵守ヲ

求ムルコトヲ有效ニ拋棄（所謂責問權ノ拋棄）シ得ルモノトス（法學士細野長良氏法學新報第二八卷第九號七九頁本書第七卷民訴三一七頁）

證人訊問ニ於ケル宣誓ニ關スル規定ハ公益規定ナルカ故ニ宣誓手續ニ違背アリタルトキ當事者カ責問權ヲ拋棄スルモ之ニヨリ證據調ハ有效ト爲ルコトナキモノトス（同上同頁）

三 訴訟手續殊ニ訴訟行爲ノ方式ニ關スル規定ニハ當事者カ有效ニ其遵守ヲ拋棄シ能フモノト（Dispositives Prozessrecht）然ラサルモノ（absolutes Prozessrecht）トアリ如何ナル規定カ其遵守ヲ有效ニ拋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ヲ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（判事油川彌三郎氏法律新聞第七九一號……第七九二號本書第一卷民訴七八頁）

津川判事

大審院

【同上ニ關スル判例】

一 權利關係カ合一ニノミ確定スヘキ訴訟ニ於テ共同訴訟人中ノ一人ノ死亡ニ因リ訴訟手續カ中斷シタルトキハ其中斷中ニ爲シタル訴訟手續ハ無效ナリト雖モ相手方カ其中斷中ニ爲シタル訴訟手續ニ付キ何等ノ異議ヲ主張セスシテ其儘訴訟行爲ヲ踐行シタルトキハ相手方ハ之ニ依リ責問權ヲ拋棄シタルモノナレハ其中斷中ノ訴訟行爲ヲ無效ナリト主張スル權利ヲ喪失シタルモノトス（大審院七年五月二五日民三部判決本書第七卷民訴二〇一頁）

二 新法津上代理人タル者カ原審ニ於テ被上告人ノ代表者トシテ現ニ訴訟行爲ヲ爲シタルニ拘ラス上告人ハ何等ノ異議ヲ留メスシテ辯論ヲ爲シ判決ヲ受ケタル以上ハ上告人ハ其責問權ヲ拋棄シタルモノニシテ訴訟手續ノ受繼ハ其效力ヲ生シタルモノトス（同上大正六年一月三〇日民一部判決本書第六卷民訴四一頁）

三 民事訴訟法第一三一條第一項ニ關係人トアルハ其前條第一號乃至第四號ノ事項ニ付テハ當事者其代理人及從參加人ヲ指シ特ニ第三號ノ事項ニ付テハ此等各人ノ外證人若クハ鑑定人ヲモ指スモノナルカ故ニ證人ノ訊問調書ヲ該證人ニ對シテノミ讀聞ケタルトキハ手續上ノ違背タリト雖モ此違背ハ當事者カ之ニ對スル責問權ヲ拋棄スルコトニ依リテ補正セラルルモノトス（同上大正五年六月二九日民二部判決本書第五卷民訴二七六頁）

四 證人ノ訊問カ民事訴訟法第三一〇條第四號ニ違背セルカ爲メ當事者ニ於テ其不法ヲ詰責シ得ルハ遲クトモ之ニ接續セル口頭辯論ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要シ然ラサレハ責問權ヲ喪失スヘキモノトス（同上大正五年四月五日民三部判決本書第五卷民訴一六二頁）

五 裁判所カ民事訴訟法第三一〇條第五號ニ違背シテ訴訟ノ成績ニ直接ノ利害關係ヲ有スルモノニ宣誓ヲ爲サシメテ訊問シタル場合ト雖トモ當事者カ其ノ訊問ノ際若クハ遲クトモ之レニ接續スル口頭辯論ニ於テ異議ヲ述ヘサル限リハ責問權ヲ拋棄シタルモノニシテ後日ニ至リ之レヲ以テ上告ノ理由ト爲スコトヲ得ス（大審院大正四年四月十七日民三部判決本書第四卷民法一三

八頁）

六 受託判事カ嘱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（同上大正元年一一月二六日民一部判決本書第一卷民訴二二四頁）

七 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リ最早其違背ヲ責問スルヲ得サルモノトス（同上明治四五年二月二七日民一部判決本書第一卷民訴六四頁）

八 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（東京控訴大正元年（ナ）第一〇一號判決法律新聞第八三八號二四頁）

九 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（同上民一部判決法律新聞第八〇三號二五頁本書第一卷民訴一〇八頁）

【責問權喪失ノ場合ニ關スル外國學說】

一 【ヘルキツヒ氏】 責問權（Rügerecht）ノ喪失ハ次ノ場合ニ生ス

イ 責問權ヲ拋棄セル場合即一方的ニシテ即時ニ有效ナル裁判所ニ對スル意思表示ノ形式ニ於テスル訴訟上ノ法律行爲ニヨル場合コレナリ

ロ 責問權ノ除權（Präklosion）ノ場合即チ責問權者カ瑕疵アル手續ニ基キテ開カレ又ハ實問權ヲ援用スヘキ最近ノ口頭辯論ニ於テ出頭シ且其違背ヲ知リ又ハ知リ得ヘカリシニ拘ラス辯論ノ終結スルマテ責問權ヲ實行セサリシ時ハ除權ニヨリ之ヲ喪失スル場合アリ

（Hellwig, „System des Zivilprozessrechts" I, Teil. S. 553）

二 【スタイン氏】 訴訟手續欠缺ノ補完（責問權ノ喪失）ハ次ノ二ツノ事實ト關係アリ

一 當事者カ規定ノ遵守ヲ拋棄スルコト

二 當事者カ適法ノ時期ニ手續ノ瑕疵ヲ責問セサリシコト（ロ）責問權アル當事者カ出頭セル場合ニハ（イ）瑕疵アル手續ニ基イテ爲サレ且之ヲ援用スヘキ第一ノ口頭辯論ニ於テ責問セサリシコト（ロ）責問權アル當事者カ出頭セル場合ニハ（イ）瑕疵アル手續ノ瑕疵ヲ責問セサリシコトヲ必要トス（Friedrich stein. „Zivilprozessordnung" I. Anf. S. 735）

三 【ゾイフエルト氏】 責問權ノ喪失ハ拋棄ハ訴訟手續違背ノ認識ヲ前提トス拋棄ハ形式ヲ要セス默示ニテモ可ナリ拋棄ハ裁判所ニ對スル意思表示ヲ以テ之ヲ爲スヘキモノニシテ相手方ノ不在ノ場合ニテモ其意思表示ヲ爲スヲ得

イ 拋棄ニヨル責問權ノ喪失

ロ 懈怠（Versäumnis）ニヨル責問權ノ喪失此場合ニハ（α）當事者カ瑕疵アル手續ニ基イテ開カレタル最近ノ口頭辯論ニ於テ瑕疵ヲ責問セサリシコト（b）責問權アル當事者カ口頭辯論ニ出頭セシコト（c）當事者カ瑕疵ヲ知リ又ハ過失ニヨリテ之ヲ知ラサリシコトヲ要ス（Seuffert, „Kommentar zu Zivilprozessordnung", IBd Aufl. S. 478ff）

其他左ノ諸氏大同小異ノ說明アリ（Solmiät, „Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts" 2 Anfl. 699. 694 S. Stauch-mann u. Koch „Die Zivilprozessordnung für das Deutsche Reice" S. 313ff. Petersen „Zivilprozessordnung IBd. S. 59.）

【參照外國條文】

獨民訴法三九五 訴訟ノ手續及殊ニ訴訟行爲ノ方式ニ關スル規定ノ違背ハ當事者カ規定ノ遵守ヲ拋棄シ又ハ當該手續ニ基キテ開カレ又ハ其手續ヲ援用スヘキ最近ノ口頭辯論ニ於テ當事者カ出頭シ且其瑕疵ヲ知リ又ハ知リ得ヘカリシニ拘ラス之ヲ責問セサリシトキハ爾後之ヲ責問スルコトヲ得ス

前項ノ規定ハ當事者カ規定ノ遵守ヲ有效ニ拋棄スルヲ得サル規定ノ違背ニ之ヲ適用セス

同法五三〇 第一審ノ訴訟手續ニ關スル規定ノ違背ハ第二九五條ノ規定ニ從ヒ當事者カ已ニ控訴審ニ於テ之ヲ責問セサリシトキハ控訴審ニ於テ之ヲ責問スルコトヲ得ス

同法五五八 控訴審ノ訴訟手續ニ關スル規定ノ違背ハ第二九條ノ規定ニ從ヒ當事者カ已ニ控訴審ニ於テ責問權ヲ喪失シタル場合ニハ上告ニ於テ之ヲ責問スルコトヲ得ス

論旨ニ贊同セス我民事訴訟法上當事者カ責問權ヲ喪失スル揚合ヲ認ムヘキヤ之ヲ認ムヘキ範圍如何ニ付テハ解釋家ノ見解ノ蚊ルル所ナリ而シテ吾人ハ訴訟手續ニ關スル規定カ主トシテ當事者ヲ保護スルニ在ルトキハ當事者ハ責問權ヲ拋棄スルヲ得ヘク又責問權行使ノ懈怠ニ因リ之ヲ喪失スルモノト解スルモノナリ（本書第七卷民訴三二三頁第五卷民訴三六九頁評論）反對說ハ獨逸訴訟法ニ於テハ責問權喪失ニ關シテ規定ヲ存スルニ拘ハラス（獨民訴二九五條五三〇條五五八條等）我訴訟法ニ於テ何等斯ル規定ノ存スルコトナキヲ以テ之ヲ斷シテ之ヲ認ムヘキニアラスト論スレトモ當事者保護ノ爲メニ設ケラレタル規定ハ當事者カ進ンテ其遵守ヲ求メサル限リ之カ違背アルモ强テ之ヲ無效トセサルモ敢テ其利益ヲ害スルコトナキノミナラス此等ノ規定ノ遵守ニ付テ常ニ必ス裁判所ヲシテ細心其違

法ナカランコトヲ留意セシムルカ如キハ何等實益ナキヲ以テ此理由ニ依リ責問權ノ喪失ヲ認ムルハ簡便迅速ヲ尊フ訴訟法ノ精神ニ適スルモノト謂ツヘキナリ而シテ言渡ヲ爲ササル決定及命令ハ職權ヲ以テ之ヲ當事者ニ送達スルコトヲ要スルモ（民訴二四五條三項）之レ單ニ當事者ノ保護ヲ目的トスルモノニシテ何等公益ノ爲メニ設ケラレタルモノニ非サルヲ以テ其ノ規定ノ遵守ヲ求ムルト否トハ當事者ノ任意タルヘク從テ當事者カ進ンテ責問權ヲ拋棄スルコトヲ得ヘク又當事者カ相當ノ時機ニ異議ヲ述ヘテ其規定ノ遵守ヲ求メサルトキハ訴訟手續ノ欠缺ハ玆ニ補完セラレ當事者ハ最早ヤ責問權ヲ喪失スルモノト解スヘキナリ故ニ吾人ハ大審院判決ニ左袒シ博士ノ高說ニ與セス

（六八）

民三二第一項　執行文ノ附與ニ對シ債務者カ異議ヲ申立テタルトキハ其執行文ヲ附與シタル裁判所書記ノ屬スル裁判所之ヲ裁判ス

五四五第一項　判決ニ因リ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口頭辯論ヲ經スシテ爲スコトヲ得ル裁判ニ對シテハ卽時抗告ヲ爲スコトヲ得

五五八　強制執行ノ手續ニ於テ口頭辯論ヲ經スシテ爲スコトヲ得ル裁判ニ對シテハ卽時抗告ヲ爲スコトヲ得

五五九　強制執行ハ左ノ諸件ニ付テモ尙ホ之ヲ爲スコトヲ得

第五　公證人カ其權限內ニ於テ成規ノ方式ニ依リ作リタル證書但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可キ旨ヲ記載シタルモノニ限ル

五六〇　前條ニ揭ケタル債務名義ニ因レル強制執行ニハ第五一六條乃至第五五八條ノ規定ヲ準用ス但第五六一條第五六二條ニ依リ差異ノ生スルトキハ此限ニ在ラス

五六二　執行文附與ニ關スル異議ニ付テノ裁判……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

公證人法二六　公證人ハ法令ニ違反シタル事項無效ノ法律行爲及無能力ニ因リテ取消スコトヲ得ヘキ法律行爲ニ付證書ヲ作成スルコトヲ得ス

同二八　公證人證書ヲ作成スルニハ囑託人ノ氏名ヲ知リ且之ト面識アルコトヲ要ス

公證人囑託人ノ氏名ヲ知ラス又ハ之ト面識ナキトキハ其ノ本籍地若ハ寄留地ノ市區町村長ノ作成シタル印鑑證明書ヲ提出セシメ又ハ氏名ヲ知リ且面識アル證人二人ニ依リ其ノ人違ナキコトヲ證明セシムルコトヲ要ス但シ囑託人外國人ナルトキハ駐箚官吏又ハ帝國ニ駐在スル本國領事ノ證明書ヲ以テ印鑑證明書ニ代フルコトヲ得

急迫ナル場合ニ於テ公證人法律行爲ニ非サル事實ニ付證書ヲ作成スルトキハ前項ノ手續ハ證書ヲ作成シタル後三日內ニ證書ノ作成ニ關スル規定ニ依リ之ヲ爲スコトヲ得

前項ノ手續ヲ爲シタルトキハ證書ハ急迫ナル場合ニ非サルカ爲其ノ效力ヲ妨ケラルルコトナシ

第三十四條第三項ノ規定ハ第二項ノ證人ニ之ヲ準用ス

同三二　代理人ニ依リ囑託セラレタル場合ニ於テ公證人證書ヲ作成スルニハ其代理人ノ權限ヲ證スヘキ證書ヲ提出セシメ其ノ權限ヲ證明セシムルコトヲ要ス

前項ノ證書カ認證ヲ受ケサル私署證書ナルトキハ其證書ノ外其署名者ノ本籍地又ハ寄留地ノ市區町村長ノ作成シタル印鑑證明書ヲ提出セシメ證書ノ眞正ナルコトヲ證明セシムルコトヲ要ス但シ其ノ署名者外國人ナルトキハ第二十八條第二項但書ノ規定ヲ準用ス

證書ノ作成ニ關スル規定ニ依リ代理又ハ其ノ方式ノ欠缺ヲ追完シタルトキハ證書ハ其ノ欠缺アリタルカ爲效力ヲ妨ケラルルコトナシ

民事訴訟法第五六〇條ニ依リ公正證書ニ因レル強制執行ニ準用スヘキ第五一二條ノ執行文附與ニ對スル異議ノ裁判ハ第五五八條ニ所謂強制執行ノ手續ニ於テ口頭辯論ヲ經スシテ爲スコトヲ得ル裁判ノ一ニ該當シ之ニ對シテハ同條ニ依リ卽時抗告ヲ爲スコトヲ得ルモノトス」

債務名義ノ有效ニ存在スルコトヲ前提トシテ實質上執行ヲ受クヘカラサルコトヲ主張シテ執行力ノ慶棄ヲ求ムルニハ請求ニ關スル異議ノ訴ヲ以テ之ヲ爲スヘキモノトス」

債務名義ノ無效ヲ理由トシテ債務名義其者ニ關スル形式上ノ異議ヲ主張シ執行文ノ取消ヲ求ムルニハ執行文附與ニ關スル異議ノ申立ニ依リテ之ヲ爲スヘク請求ニ關スル異議ノ訴ニ依ルヘキモノニ非ス」

債務名義タル公正證書ニ於テ消費貸借契約ニ付キ自己ヲ主タル債務者ノ連帶保證人トシテ記載アルモ右ハ他人カ僞造委任狀ニ基キ自己ノ代理人トシテ債權者ニ對シ契約ヲ爲シ公正證書ヲ作成シタルモノニシテ毫モ其關知スル所ニ非ス從テ公正證書無效ナルコトヲ主張シ執行文附與ノ取消ヲ求ムルトキハ執行文附與ニ對スル異議ニ依ルヘキモノトス」

民事訴訟法第五六〇條ニ依リ公正證書ニ因レル强制執行ニ準用スヘキ第五二二條ノ執行文附與ニ對スル異議ノ裁判ハ第五五八條ニ所謂强制執行ノ手續ニ於テ口頭辯論ヲ經スシテ爲スコトヲ得ル裁判ノ一ニ該當シ之ニ對シテハ同條ニ依リ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ルハ當院最近判例ノ存スル所ナリ(大正七年七月十一日第二民事部決定)而シテ債務名義ノ有效ニ存在スルコトヲ前提トシ實質上執行力ノ廢棄ヲ求ムルニハ請求ニ關スル異議ノ訴ヲ以テ之ヲ爲スヘキモノナリト雖モ債務名義ノ無效ヲ理由トシテ債務名義其者ニ關スル形式上ノ異議ヲ主張シ執行文ノ取消ヲ求ムルニハ執行文附與ニ關スル異議ノ申立ニ依リテ之ヲ爲スヘキモノナルコトハ當院從來ノ判例トスル所ナリ(大正六年六月二十八日第二民事部判決參照)本件ニ於テ抗告人ハ公正證書ニ榮崎時之助紹部文一間ノ準消費貸借契約ニ付キ玉川清助カ抗告人ノ代理人ト爲リ抗告人カ同人ト共ニ主債務者時之助ノ爲メ連帶保證人トナレル如ク記載シアルモ抗告人ハ之ニ付キ清助又ハ時之助ヨリ何等ノ交渉ヲ

受ケタルコトナク右公正證書作成ノ爲メ時之助ニ交付シタルモノニシテ清助ニ於テ擅ニ委任事項ヲ記載シタルニ過キサルコトヲ主張シ該公正證書ニ付キ作成セラレタル無效ノ公正證書ナルコトヲ主張シ執行文ノ取消ヲ求ムルモノニシテ其保證債務ノ存在ヲ否認スルハ執行文附與ニ對スル異議トシテハ不必要ノ主張ヲ附加シタルニ止マリ之アルカ爲メ請求ニ關スル異議ヲ主張スルモノニ非サレハ果シテ抗告人ニ於テ保證債務ノ不存在ヲ理由トスルモノトシ請求ニ關スル異議ノ訴ヲ提起スルハ格別執行文附與ニ對スル異議申立トシテ不當ナル旨ヲ判示シ抗告ヲ棄却シタルハ重要ナル裁判手續ニ違背シタルモノニシテ本抗告ハ其理由アルモノトス(大審院大正八年(ワ)第四四號同年四月十六日民三部橫田裁判長大倉磯谷松岡鬼澤各判事決定)

【關係事項】　廢棄委任○原審東京地方裁判所○執行文附與ニ對スル異議申立却下ノ決定ニ對スル抗告事件○抗告人榮崎三藏代理人辯護士內藤庄吉

(一)執行文附與ニ對スル異議ノ手續ハ訴ノ手續ニ非サルヲ以テ其裁判ハ口頭辯論ヲ經スシテ之ヲ爲スコトヲ得ヘク從テ此異議ニ付テノ裁判ハ民事訴訟法第五五八條ニ所謂强制執行ノ手續ニ於テ口頭辯論ヲ經スシテ爲スコトヲ得ル裁判ノ一ニ該當シ此裁判ニ對シ卽時抗告ヲ爲スコトヲ得ルモノトス」

(二)成規ノ方式ニ依ラスシテ作成セラレタル公正證書ニ執行文ヲ附與セラレタル場合ニハ執行文附與ニ對スル異議ヲ申立テ得ヘキモノトス」

債務名義タル公正證書ニハ甲カ債務者乙ノ代理人トシテ債權者丙ニ對シ保證

ヲ爲シタル旨記載シアレ共債務者乙ハ甲ニ對シ斯クノ如キ代理權ヲ附與シタルコトナキ旨主張スルハ結局公正證書カ正規ノ方式ニ依リ作成セラレサリシコトヲ主張スルモノナルヲ以テ執行文附與ニ對スル異議ノ理由タルモノトス」

(一)案スルニ執行文付與ニ對スル異議ハ決定ヲ以テ裁判ヲ爲スヘキモノニシテ此異議ノ手續キハ訴ノ手續ニ非ス而シテ訴ノ手續ニ於テ裁判所カ裁判ヲ爲スヘキ場合ニ於テハ判決ハ勿論決定ト雖モ特別ノ明文ナキ限リ口頭辯論ヲ經ルコトヲ必要トスルモノナリト雖モ訴ノ手續ニ非ル場合ニ於テハ其裁判ヲ爲スニ付キ口頭辯論ヲ經ルト否トハ之ヲ裁判所ノ自由裁量ニ一任スルヲ原則トス而シテ民事訴訟法第五百二十二條ニハ裁判所ハ口頭辯論ヲ經スシテ之ヲ爲スコトヲ得ル旨明文ナシト雖モ本條ニ限リ前記原則ニ關スル例外ヲ設ケタルモノト解スヘキ理由ナキカ故ニ執行文付與ニ對スル異議ニ付テノ裁判ハ口頭辯論ヲ經スシテ爲スコトヲ得ルモノト言フヘク從テ同條ニハ其旨ノ明文ナシト雖モ此異議ニ付テノ裁判ハ同法第五百五十八條ニ所謂強制執行ノ手續ニ於テ口頭辯論ヲ經スシテ爲スコトヲ得ル裁判ノ一ニ該當スルモノト爲スヲ正當トス故ニ此裁判ニ對シテハ同條ニ依リ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ本訴再抗告ハ理由アリ不服ノ點ヲ更正スル爲メ當裁判所ノ曩ニ爲シタル決定ハ取消スヘキモノトス

(二)依テ更ニ抗告ノ理由ニ付案スルニ本件抗告ノ要旨ハ公證人櫻田正彥ハ債權者阪下與三郎ノ爲メ抗告人ニ對シ同役場第一萬七千六百七十七號金錢貸借契約ニ執行文ヲ付與シ債權者ハ其執行力アル正本ニ基キ大正八年二月十四日抗告人所有動產ノ差押ヲ爲シタリ而シテ右公正證書ニハ三井伊三郎カ自ラ借主トシテ債權者ヨリ金錢ヲ借受ケ且抗告人ノ代理人トシテ原裁判所ニ執行文ノ付與ニ對スル異議ヲ申立テタルニ原裁判所ハ此異議ノ理由ハ請求ニ關スル異議タルノ原因タルヘキモ執行文付與ニ對

スル異議ノ理由ト爲スヲ得ストシテ右異議ノ申立テヲ却下シタリ然レトモ公正證書記載ノ保證債務カ存在セサル以上此公正證書ニ執行文ヲ付與スルハ違法ナルカ故ニ之ヲ以テ執行文付與ニ對スル異議ノ理由ト爲シ得ヘキモノナレハ原決定ハ不法ナリト謂フニアリ

【決定理由】案スルニ公證人ノ作リタル公正證書カ債務名義タルニハ成規ノ方式ニ依リテ作リタルコトヲ必要トシ其作成カ成規ノ方式ニ依ラス從テ債務名義タルニ適セサル公正證書ニ執行文ヲ付與シ得サル事ハ民事訴訟法第五百五十九條第五號第五百六十條第五百十八條ニ依リテ明ナリ然レハ公正證書カ成規ノ方式ニ依リ作成セラレサリシ事ハ之ヲ以テ執行文付與ニ對スル異議ノ理由ト爲シ得ヘキモノト云ハサルヘカラス本件ニ於テ抗告人ハ異議ノ原因トシテ本件公正證書ニハ三井伊三郎カ抗告人ノ代理人トシテ債權者ニ對シ保證ヲ爲シタル旨記載シアレ共抗告人ハ同人ニ對シ斯クノ如キ代理權ヲ附與シタルコトナク毫モ右公正證書作成ヲ聞知セサリシコトヲ主張スルモノニシテ結局本件公正證書カ正規ノ方式ニ依リ作成セラレサリシコトヲ主張スル趣旨ナリト解セサルヘカラス然レハ右抗告人ノ主張ヲ以テ公正證書記載ノ債權ノ不存在ノミヲ主張スルモノト解シ之ヲ以テ執行文ノ付與ニ對スル異議ノ理由ト爲スコトヲ得サルモノトシテ抗告人ノ異議ヲ却下シタル原決定ハ失當ニシテ抗告ハ理由アリ仍テ民事訴訟法第四百六十四條第一項ニ據リ主文ノ如ク決定ス

（大阪地方大正八年(ナ)第三六號同年六月九日民二部古川裁判長宇佐美上田各判事決定法律新聞第一五七一號一五頁）

【關係事項】　廢棄差戻○執行文付與ニ對スル異議申立事件○抗告人三井辰之助

【判旨第一點執行文異議ノ裁判ト抗告ニ關スル同趣旨學說判例】

一　執行文付與ニ對スル異議ニ關スル裁判ハ口頭辯論ヲ經スシテ爲スコトヲ得ルモノナレハ其裁判ニ對シテハ民事訴訟法第五五八條ノ規定ニ依リ即時抗告ヲ爲スコトヲ得假ニ右裁判ハ必要的口頭辯論ヲ經テ爲スヘキモノトスルモ異議ノ申立ハ畢竟書記又ハ公證人ノ處分ノ變更ヲ求ムルモノニ外ナラサレハ異議ノ申立ニ對スル裁判ニ對シテハ抗告ヲ爲スコトヲ得ルモノトス（法

學博士雉本朗造氏京都法學協會雜誌第一二卷第四號一二五頁本書第六卷民訴二〇三頁）

二 執行文附與ニ對スル異議ノ裁判ハ民事訴訟法第五五八條ニ所謂強制執行ノ手續ニ於テ口頭辯論ヲ經スシテ爲スコトヲ得ル裁判ノ一ニ該當シ從テ其裁判ニ對シテハ同條ニ據リ卽時抗告ヲ爲スコトヲ得ルモノトス（大審院大正七年七月一一日民二部決定）

【同上反對判例】

一 公證人ノ執行文附與ニ關スル異議ノ申立ニ付テノ裁判ニ對シテハ抗告ヲ爲スコトヲ得ス（大審院大正四年一二月二八日民二部判決本書第四卷民訴三一頁）

二 公正證書ノ執行文附與ニ關スル異議ニ付テノ裁判モ亦第五六〇條ニ從ヒ口頭辯論ヲ經テ之ヲ爲サルヘカラサルモ裁判所カ口頭辯論ヲ經スシテ之ヲ爲シタル場合ト雖モ其裁判ニ對シテハ抗告ヲ許ササルモノトス（同上大正三年一二月二五日民二部判決本書第三卷民訴二九二頁）

三 執行文附與ニ對スル債務者ノ異議ニ付テハ口頭辯論ヲ經テ裁判ヲ爲スヘキモノニシテ本法上此裁判ニ對シ抗告ヲ許スノ明文ナシ（同上）

【參照獨民訴法】

七三二第一項 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之ヲ裁判ス裁判ハ口頭辯論ヲ經スシテ爲スコトヲ得

【參照外國學說】

一 【ワイスマン】執行文ノ付與ハ明ニ狹義ノ（執行ヲ實行スル宣言ニ於テノ）強制執行ニ屬セスシテ強制執行ノ準備ヲ爲スニ止ル然レトモ之ニ關スル手續ハ廣義ニ於ケル執行手續ニ屬スルモノニシテコレ總テノ手續ニ付テ其前提條件ノ審査モ亦強制執行手續ニ屬スルヲ以テナリ包含セラルルモノナルト同シク執行機關ニ屬スル執行ノ前提條件ノ審査モ亦強制執行手續ニ屬スルヲ以テナリ上述ノ所ヨリシテ口頭辯論ヲ經スシテ爲サルル執行文付與ニ關スル總テノ裁判ニ對シ原則トシテ第七九三條ニ從ヒ卽時抗告ヲ爲シ得ルモノト謂ハサルヘカラス裁判所書記ノ拒絕的ノ處分ニ對スル不服ノ申立ニ付テハ其ノ結果第五七七條四項ノ適用アリ（五七六條參照）取對說ニ依ルニ執行文ノ付與ハ強制執行手續ニ屬セス從ツテ第七九三條ノ適用ヲ見ストス帝國裁判所ノ判決ハ動搖セリ

執行文ノ付與ニ對シテハ抗告ヲ爲シ得スシテ特種ノ救濟方法ヲ認ム卽債務者ハ執行文ノ付與ニ對シテ異議ヲ申立ツルコトヲ得異議ニ付テノ裁判ハ口頭辯論ヲ經スコレヲ爲スコトヲ要セス是レヲ以テ卽時抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ルモノトス

ス氏 雉本博士

ペ氏 岡村學士

【判旨第二點請求異議ノ訴ノ性質ニ關スル參照學說】

（本卷民訴一二五頁）

【同上參照學說】

一 請求ニ對スル異議ノ訴ハ有效ナル債務名義ノ存在ヲ前提トシ其カ形式的ニ有スル執行力ノ廢棄ヲ目的トスルモノナルカ故ニ債務名義其自體ニ關スル形式上ノ欠缺ヲ理由トシテ請求異議ノ訴ヲ起スコトヲ得サルモノトス僞造ノ委任狀ニ基キテ公正證書ヲ作成シタルコト及ヒ公證人ノ囑託人ト面識ナキニ拘ハラス公證人法第二八條ノ手續ヲ踐マスシテ公正證書ヲ作成シタルコト換言スレハ民事訴訟法第五五九條第五號ニ謂フ所ノ公證人カ成規ノ方式ニ從ヒテ作成シタル公正證書ニ非サルコトヲ理由トスル場合ニハ畢竟債務名義タルニ過スル公正證書ナキコトヲ理由トスルモノニ外ナラサルカ故ニ右趣旨ニ出ツル異議ハ強制執行ノ方法ニ對スル異議ヲ以テ主張スヘキモノニシテ請求ニ對スル異議ノ訴ヲ以テ主張シ得ヘキ限ニ在ラス（法學博士雉本朗造氏法學論叢第一卷第一號本書第七卷民訴四一五頁）

二 民事訴訟法第五四五條ニ規定スル異議ノ訴ハ債務名義ノ執行力ノ排除ヲ求ムル訴ニ非スシテ債務名義ノ無效ナル債務名義ニ基ク現實ノ強制執行ヲ求ムル訴ヲ包含スルモノトス

三 無效ナル債務名義ニ執行文ノ付與アリタル場合ニ於テハ債務者ハ債務名義ノ無效ナルコトヲ理由トシテ其執行文付與ニ對スル異議ノ申立ヲ爲スヘキニ非スシテ債務名義無效ノ確定ヲ理由トスル請求ニ關スル異議ノ訴ヲ爲スヘキモノトス（法學士岡松玄治氏法學志林第二〇卷第六號一六頁本書第七卷民訴五一五頁）

【判旨第三點請求異議ト執行文附與ニ對スル訴トノ關係ニ關スル參照判例】

一 民事訴訟法第五六二條第三項ニ「請求ニ關スル異義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」トアルヲ以テ公正證書ニ基ク強制執行ノ場合ニ於ケル請求ニ關スル異議ニ於テハ實體法上執行ヲ受クヘカラサル事由ハ本來存スルモノナルト雖モ其事由ハ執行文ノ付與ニ關スル異議ニ於テノミ之ヲ主張スルコトヲ得ルモノナリ而シテ被上告人ハ上告人ヨリ金錢ヲ借受ケタル事

實ナク從テ公正證書ニ表示セラルル如キ債權關係ナキコトヲ理由トシテ本訴ヲ提起セルモノナルコト原判決及ヒ第一審判決ノ各事實摘示ニ徴シ明白ナレハ原審カ之レヲ請求ニ關スル異議トシテ適法ナリト判定シタルハ正當ニシテ何等不法アルコトナシ

（大審院大正六年同七年五月三十日民二部判決本書第七卷民訴二〇三頁）

二　請求異議ノ訴ニ於テ主張スル請求原因カ「第一公正證書ノ約款ハ民法第三四九條ニ違犯スル無反ノ契約ナルヲ以テ執行力ナク生セス第二公正證書ニハ現實金圓ヲ授受シタル旨ノ記載アルモ當時金錢ノ授受ナク右記載ハ全タ事實ニ吻合セサルモノニシテ該公正證書ハ債務名義トシテ無效ナリ」ト云フニ在ルトキハ債務名義其者ニ關スル形式上ノ異議ヲ主張スルモノナレハ民事訴訟法第五六二條第二項ニ依リ公證人職務上ノ住所ヲ有スル地ヲ管轄スル區裁判所ニ其申立ヲ爲スヘキモノニ非ス（大審院大正六年六月二八日民二部判決本書第六卷民訴二五四頁）

三　請求ニ關スル異議ノ訴ナルモノハ債務名義ノ有效ニ存在スルコトヲ前提トシ其形式的ニ有スル執行力ノ廢棄ヲ目的トスル訴ナルヲ以テ其訴ノ性質上債務名義其物ニ關スル形式上ノ異議ヲ理由トスルコトヲ得サルモノトス（同上大正四年一〇月四日民二部判決本書第六卷民訴二五四頁）

四　甲カ病院建築及該敷地地平工事ヲ乙ニ請負ハシメ請負代金ノ支拂ヲ怠リタルトキハ强制執行ヲ爲シ得ル特約ヲ爲シタル場合ニ於テ右公正證書ニ基ク强制執行ニ對シ甲カ乙ニ於テ地平工事ヲ爲サルコトヲ主張スルハ實體上ノ執行條件ノ欠缺ヲ主張シ以テ公正證書中ノ當該記載條項ノ執行力ノ排除ヲ求ムルモノナレハ執行文付與ニ對スル異議ノ訴ニ於テ之ヲ主張スルハ格別請求ニ關スル異議ノ訴ノ原因トシテハ理由ナキモノトス（横濱地方大正六年六月一二日民一部判決本書第六卷民訴二五一〇）

五　强制執行認諾ノ記載ナキ公正證書ニ執行文ヲ付與シタルコトヲ理由トスル形式上ノ欠缺ヲ主張スルモノニシテ實體上ニ關スル主張ニアラス（東京區大正四年判決法律新聞第一〇五六號二九頁）

大審院及ヒ大阪地方決定各第一點ハ共ニ之ニ贊同ス蓋シ民事訴訟法第五二二條ニハ執行文附與ノ異議ノ申立ニ對スル裁判ノ方式即口頭辯論ヲ經スシテ爲スコトヲ得ルヤ否ヤニ付キ明文ヲ缺キ從テ同法第五五八條ニ依リ異議ノ裁判ニ對シ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ルヤハ疑ノ餘地ナキニ非サルモ執行文附與ニ對スル異議ノ裁判ハ執行機關ノ執行手續ニ關スル裁判ニ外ナラサルヲ以テ口頭辯論ヲ經スシテ爲スコトヲ得ルモノト解スルヲ法意ニ適合スルモノト謂フヘク從テ右第

五五八條ノ適用ヲ生スレハナリ

大審院決定第二點請求異議ノ性質ニ關スル見解ハ正當ナリ（本書第七卷民訴四一八頁同卷五一七頁評論參照）

大審院決定第三點ハ大阪地方決定ト共ニ債務名義自體ノ無效ヲ主張シテ執行文ノ取消ヲ求ムル場合ハ執行文附與ニ對スル異議ヲ申立ヘキモノト爲スモノニシテ共ニ正當ナリ然レトモ各事案ノ場合ニ於ケルカ如ク公正證書カ債務名義タル場合ニ債務者若クハ保證人トシテ記載セラレタル者即執行債務者債權者ニ對シテ債務ヲ負擔シタルノ事實ナク他人カ債務者ノ名ニヨリ僞造ノ委任狀ヲ提出シテ公正證書ヲ作成シタルカ如キ場合ニ於テ債務者ハ如何ナル異議ノ方法ニヨリ救濟ヲ求ムヘキカ即實體上ノ無效ヲ理由トシテ請求異議ノ訴ヲ爲スヘキカ果タ債務名義タル公正證書ノ無效ヲ主張シテ執行文附與ニ對スル異議ヲ申立ヘキカ而カモ兩者ハ管轄ヲ異ニスルヲ以テ（民訴五六二條二項四項）實際上往々ニシテ就去ニ苦マシムルモノアリ況ンヤ屢次ノ大審院判例ハ（大正四年一〇月四日民二部判決大正六年六月二八日同部判決大正七年五月三〇日同部判決）同樣ノ事案ニ對シ或ハ前者ニ依ルヘシト或ハ後者ニ出ツヘシトシ一見適從ニ迷フノ感アルオヤ仍テ吾人ハ此點ニ付聊カ卑見ヲ述ヘントス執行文ヲ附シタル公正證書ノ瑕疵ア ル場合ハ以下ノ三ニ分テ觀察スルヲ要ス卽（一）公正證書カ事實ニ吻合スルモ（實體

上ノ權利關係カ公正證書ノ記載ト一致スル場合(一)正規ノ方式ニヨリ作成セラレサル場合例ヘハ當事者間貸貸借契約ハ有效ニ成立シタルモ公證人カ囑託人タル當事者ニ面識ナク且公證人法第二八條ノ方式ニ依ラスシテ公正證書ヲ作成シタル場合ノ如シ(二)公正證書ハ成規ノ方式ニ依リテ作成セラレタルモ事實ニ吻合セサル場合例ヘハ當事者カ賣買契約ノ公正證書ノ作成ヲ委任シ公證人ハ公證人法ニ依リ成規ノ方式ニ從ヒテ之ヲ作成シタルモ當事者間ノ賣買ハ虛僞ノ意思表示ニシテ無效ナルモ(民法九四條一項)公證人ニ於テ之ヲ覺知スル能ハサル場合ノ如シ(三)公正證書カ事實ニ吻合セス且成規ノ方式ニ依リ作成セラレサル場合例ヘハ甲カ乙ノ代理人ト稱シ僞造ノ委任狀ヲ提出シテ乙ヲ債務者トシテ甲ト乙トノ間ニ消費貸借公正證書ヲ作成セシムルニ際リ公證人ハ囑託人ト面識ナキニ拘ハラス公證人法第二八條ノ手續ヲ踏マスシテ公正證書ヲ作成シタル場合ノ如シ而シテ以上(一)ノ場合ニ於テハ債務者ハ公正證書カ正規ノ方式ニ依リ作成セラレサル無效ノモノナルコトヲ主張シ執行文附與ニ對スル異議ニ依リテノミ救濟ヲ求メ得ヘキハ言ヲ俟タス次ニ(二)ノ場合ニ於テハ實體上ノ無效ヲ理由トシテ請求ニ關スル異議ノ訴ニノミ依ルヲ得ヘク執行文附與ニ對スル異議ノ申立ヲ爲シ得ヘキ限ニ在ラスト信ス蓋シ公正證書ハ成規ノ方式ニヨリ作成セラレ形式上何等缺ク所ナケレハナリ或ハ公證人法第二六條ニ於テ公證人ハ法令ニ違反シタル事項無效ノ

法律行爲及無能力ニ因リテ取消スコトヲ得ヘキ法律行爲ニ付證書ヲ作成スルコトヲ得ストアルヲ根據トシ此場合ノ如ク無效ノ法律行爲ニ付作成シタル公正證書ハ無效ナルカ故ニ此場合ニ於テモ公正證書ノ無效ヲ理由トシテ執行文附與ニ對スル異議ヲ申立ヲ得ヘシト論スル者アルモ(大審院ハ此點ニ付テノ見解必スシモ明ナラサルモ假ニ此說ニ出ツルトセハ吾人ト所見ヲ異ニス)同條ハ斯クノ如ク廣義ニ解スヘキニアラス公證人カ證書作成手續ヲ踏踐シテ不法又ハ無效ノ事項ナルコトヲ發見シタル場合ニ之ヲ作成スルコトヲ得サル旨ヲ規定シ(若シ之ヲ覺知シテ作成シタル場合ニ於テハ成規ノ方式ニヨリ作成セサル違法アルモ)タルモノニシテ全然覺知スル事能ハサル場合ニ法律カ其作成ヲ禁止スルモ何等效アルヘカラス故ニ吾人ハ同條ヲ根據トシテ眞實ニ符合セサル公正證書ハ常ニ無效ナリトノ論者ノ說ニ贊スルヲ得サルナリ次ニ(三)ノ場合ニ於テハ債務者ハ實體上ノ無效ヲ理由トシテ請求異議ノ訴ヲ提起スルヲ得ヘク又公正證書カ成規ノ方式ニ依リ作成セラレサル無效ノモノナルコトヲ主張シテ執行文ノ取消ヲ求ムル爲メ執行文附與ニ對スル異議ノ申立ヲ爲スコトヲ得ヘク一ニ債務者ノ選擇ニ任スヘシ唯裁判所ハ債務者ノ主張カ實體上ノ無效ヲ理由トスルヤ將タ債務名義自體ノ無效ヲ主張スルヤヲ聽キ異議ノ性質ヲ定メ管轄ノ適否ヲ斷スルニ過キサルヘキナリ飜テ大審院決定第四點及大阪地方決定第三點ノ各事案ノ場合ハ右ニ述ヘタ

ル(三)ノ場合ニ該當シ右ト同趣旨ニ出テタルヘク果シテ然ラハ至當ノ裁判ナリト謂フヘシ

（六九）

山田博士

二七第一項　裁判所ハ檢證及鑑定ヲ命スルコトヲ爲

裁判所ハ民事訴訟法第一一七條ノ規定ニヨリ當事者ノ立證不十分ニシテ更ニ十分ナル調査ヲ必要トスル場合ニ於テモ裁判所之ヲ必要トスルトキハ職權ヲ以テ之カ鑑定ヲ命スルコトヲ得ヘク又當事者ノ意思ニ反シテモ之ヲ命スルコトヲ得ルモノトス」

所カ職權ニ依リ鑑定ヲ命シ得ヘキカ爲メ輕減セラルルモノニアラス民事訴訟法第一一七條ニ依リ裁判所職權ヲ以テ鑑定ヲ命セサルコトハ法律違背ニ依ル上告理由トナラサルモノトス」

裁判所ハ訴訟物ノ價格ヲ算定スル等心要ナル場合ニハ民事訴訟法第一一七條ニ依リ職權上鑑定ヲ命スルコトヲ得ヘシト雖モ當事者ニ於テ立證ヲ爲ス責任ヲ有スル事合ニ於テハ必スシモ過ミテ職權上鑑定ヲ爲サシメサルヘカラサル職責ヲ有スルモノニ非ス(大審院大正七年一月三一日民二部判決本書第七卷民訴五三頁)判旨正當ナリ裁判所職權ヲ以テ鑑定ヲ命シ得ヘシトスル第一一七條ノ規定ハ民事訴訟法ニ於ケル辯論主義ノ例外ナリ裁判所ハ當事者ノ立證不十分ニシテ更ニ十分ナル調査ヲ必要トスル場合ノミナラス當事者間爭ナキ場合ニ於テモ裁判所之ヲ必要トスルトキハ職權

ヲ以テ之カ鑑定ヲ命スルコトヲ得ヘク又當事者ノ意思ニ反シテモ之ヲ命スルコトヲ得ル所ナリ故ニ同條ノ規定ト當事者ノ擧證責任及擧證責任トハ全ク獨立シ互ニ關係ナキモノト謂フヘク當事者カ擧證責任ヲ有スル場合ニ於テモ猶ホ裁判所ハ職權ヲ以テ鑑定ヲ命シ得ヘキカ爲メ當事者ノ擧證責任ハ輕減セラルルモノニハアラス案件ノ場合ニ於テハ七告人ハ物ノ價格ニ付キ擧證責任ヲ有スルカ故ニ(判旨一)ニ於テ物ノ價格一萬圓以上ナルコトヲ主張シ自己ニ有利ナル推論ヲ得ントセハ自ラ進ミテ其價格ヲ立證スヘク裁判所職權ヲ以テ鑑定ヲ命セサリシコトヲ以テ上告理由ト爲スヲ得サルハ固ヨリ當然ナリ要之判旨ハ物ノ價格ニ付キ當事者カ立證スヘキ責任ヲ有スル場合ニ於テ其擧證責任ハ裁判所カ職權ニ依リ鑑定ヲ命シ得ヘキカ爲メ輕減セラルルモノニアラス民事訴訟法第一一七條ニ依リ裁判所職權ヲ以テ鑑定ヲ命セサルコトハ法律違背ニ依ル上告理由トナラストナスモノニシテ正當ナリ(法學博士山田正三氏法學論叢第二卷一號第一一六頁判例批評「擧證責任ト第一一七條トノ關係」要領)

【參照判例】

一　本條及第一一二條第二項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（大審院明治三元年民一七〇二頁）

二　裁判所ハ本條ニ依リ職權ヲ以テ鑑定ヲ命スルコトヲ得ヘキカ故ニ當事者ノ申立ニ因リテ鑑定ヲ命スル場合ニ於テモ其申立以外ノ事項ニ付キ職權ヲ以テ鑑定ヲ命スルコトヲ得（同上明治三五年民四卷四九頁）

論旨第一點ハ大體ニ於テ正當ナリ民事訴訟法第一一七條ニ於ケル裁判所ノ檢證並ニ鑑定ヲ命スル權ハ事件ノ關係ヲ明瞭ナラシムル爲メニスル所謂實質的訴訟指揮權ニ屬スルカ故ニ當事者ノ立證不十分ナル場合ハ勿論當事者間爭ナキ場合ニ於テモ之ヲ命スルコトヲ得ルモノト謂ハサルヘカラス然レトモ全然當事者ノ

大審院判決

意思ニ反スル場合ニ於テモ尚之ヲ命スルコトヲ得ルヤハ稍疑ノ存スル所ナリ同第二點亦正當ナリ蓋シ假ニ同條ヲ以テ裁判所ニ檢證鑑定ヲ命スルノ權利ヲ與ヘタルト同時ニ其義務ヲ負擔セシメタルモノトスルモ爲メニ當事者ノ擧證責任ヲ輕減セラルルモノニアラス故ニ當事者カ擧證責任ヲ有スル場合ニ裁判所カ檢證鑑定ヲ命セサルモ法律違背ニ依ル上告理由トナルモノニアラサルナリ

(七〇)

民事訴訟法第四〇〇條第三項ノ法意ハ唯最初ノ判決ニ對スル控訴期間經過セサル間ニ追加ノ補充判決アリタルトキハ最初ノ判決ニ對スル控訴期間モ追加裁判ノ送達アリタルトキヨリ新ニ開始スヘキモノトシ因テ當事者カ本判決及ヒ補充判決ニ對シ控訴ヲ申立テタル場合ニ於テ控訴判決ノ牴觸ヲ避ケンコトヲ期シタルニ止マリ敢テ之カ爲メ最初ノ判決ニ對シ進行シタル控訴期間ヲ既往ニ遡リテ廢滅ニ歸セシムル趣旨ニ非サルヲ以テ補充判決ノ送達マテニ進行セル控訴期間內ニ提起シタル本判決ニ對スル控訴ハ夫レ自身適法有效ノモノタルヤ勿論ナリ

民事訴訟法第四〇〇條第三項ノ法意ハ唯最初ノ判決ニ對スル控訴期間經過セサル間ニ追加ノ補充判決アリタルトキハ最初ノ判決ニ對スル控訴期間モ追加裁判ノ送達ヲ以テ始ル

ヲタルトキヨリ新ニ開始スヘキモノトシ因テ當事者カ本判決及ヒ補充判決ニ對シ控訴ヲ申立テタル場合ニ於テ控訴判決ノ牴觸ヲ避ケンコトヲ期シタルニ止マリ敢テ之レカ爲メ最初ノ判決ニ對シ進行シタル控訴期間ヲ既往ニ遡リテ廢滅ニ歸セシムル趣旨ニ非サルヲ以テ補充判決ノ送達マテニ進行セル控訴期間內ニ提起シタル本判決ニ對スル控訴ハ夫レ自身適法有效ノモノタルヲ失ハサルヤ勿論ナリ

民二部馬場裁判長田上柳川鈴木成道谷判事判決)

【關係事項】 上告棄却○原審長野地方裁判所○賣掛代金請求事件○上告人內田のぶ訴訟代理人辯護士少木曾庄吉同須田義之助○被上告人澁澤伊六

本條民訴一七五頁以下

【追加裁判アリタル場合ト控訴期間ニ關スル參照學說判例】

判決ハ正當ナリ追加裁判アリタル場合ニ最初ノ判決ニ對スル控訴期間ニ付テハ(民訴四〇〇條三項學者ノ所說一致セサル所ナリト雖モ民訴法第四〇〇條三項ハ最初ノ判決ニ對スル控訴期間ハ補充判決ニ對スル控訴期間終了ノ時迄之ヲ伸張セラルルコトヲ定メタルモノト解セサルヘカラサルコト吾人カ曩ニ東京控訴院ノ判決ヲ批評スルニ際リ評論シタル所ナリ(本卷民訴一七七頁)而シテ本判決ヲ見ルニ或ハ「最初ノ判決ニ對シ進行シタル控訴期間ヲ既往ニ遡リテ廢滅ニ歸セシム

ル趣旨ニ非サル云々」ト云ヒ或ハ「補充判決ノ送達マテニ進行セル控訴期間内ニ提起シタル本判決ニ對スル控訴ハ適法有效ノモノ云々」ト云ヒ則補充判決アリタル場合最初ノ判決ニ對シ既ニ進行シタル控訴期間ヲ遡及シテ無效ニ歸セシムルモノニアラス又補充判決ノ言渡アリタル時ヨリ追加裁判ノ送達アルマテ最初ノ判決ニ對スル控訴期間ヲ中斷スルモノニアラサル旨ヲ斷シ之ヲ要約スレハ最初ノ判決ノ送達卽其控訴期間ノ進行民訴四〇〇條一項マテ繼續シ其時ヨリ更ニ追加判決ニ對スル控訴期間ノ終了マテ存續スルモノト謂ヘルト解スヘク結局吾人カ最初ノ判決ニ對スル控訴期間ノ終了スルマテ伸長セラルト謂ヘルト同一ニ歸着スルナリ

（七一）

民六第一項　訴訟無能力者又ハ相續人未定ノ遺產又ハ不分明ナル相續人ニ對シ訴ヲ起スヘキ場合ニ於テ法律上代理人アラサルトキハ其事件ノ繫屬ス可キ裁判所ノ裁判長ハ申立ニ因リ遲滯ノ爲メ危害ノ恐アル場合ニ限リ特別代理人ヲ任ス可シ

第四項　裁判長ヨリ任セラレタル特別代理人ハ法律上代理人ノ權利及義務ヲ有ス

民法一七六　物權ノ設定及移轉ハ當事者ノ意思表示ノミニ因リテ其效力ヲ生ス

民法施行法一　民法施行前ニ生シタル事項ニ付テハ本法ニ別項ノ定アル場合ヲ除ク外民法ノ規定ヲ適用セス

同三八　民法施行前ヨリ占有又ハ準占有ヲ爲ス者ニハ其施行ノ日ヨリ民法ノ規定ヲ適用ス

甲所有ノ不動產カ乙ノ所有名義ニ登記アルトキハ甲ノ所有權ニ對シ現ニ妨害狀態ノ存スル場合ナルヲ以テ甲ハ確認ノ訴ヲ提起シテ其法律關係ヲ卽時ニ確定ス

ルニ於テ法律上ノ利益ヲ有スルモノトス」

民事訴訟法第四六條ニ基キ裁判長ヨリ選任セラレタル特別代理人ハ認諾ヲ爲スノ權限ナキモノトス」

明治一三年一一月三〇日太政官布告第五二號土地賣買讓渡規則第一條第四條ニ依レハ明治一八年頃ニ於テ土地所有權ノ移轉ヲ爲スニハ戶長役場ノ奧書及ヒ割印ヲ要シ之ヲ以テ權利移轉ノ方式ト爲シ此方式ヲ履踐スルニ非サレハ所有權移轉行爲ハ其效力無カリシモノトス」

民法施行法第三八條ニ依レハ民法施行前ヨリ占有又ハ準占有ヲ爲ス者ニハ其施行ノ日ヨリ民法ヲ適用スヘキモノニシテ其以前ニハ占有關係ヲ基本トスル同法取得時效ノ規定ハ其適用ヲ見サルモノトス」

控訴代理人ハ本案前ノ抗辯トシテ被控訴人ハ原審ニ於テハ時效ニ因ル所有權ノ取得卽チ原始的取得ノ事實ノミヲ請求原因トナシ居タルニ當審ニ至リ更ニ傳來的取得ノ事實卽チ債權ノ代物辨濟ニ因ル所有權取得ヲ原因トシテ附加シタルハ新訴ニシテ許スヘカラサルモノナル旨主張スレトモ本件訴狀大正七年十二月十六日附原審口頭辯論調書竝原判決書ノ各記載ニ依レハ被控訴代理人ハ原審ニ於テモ控訴人一代永田文作カ保爭不動產ヲ被控訴人先代矢田和三郎ニ入質シ金借シタルモ其期限（明治十八年）ニ辨濟ヲ爲スコト能ハサリシヨリ該不動產ノ所有權ヲ矢田和三郎ニ移轉シタルコト卽チ代物辨濟ノ事實ヲ主張シ居タルコトハ毫モ疑ナク斯ノ如キハ被控訴代理人ニ於テ單ニ本訴請求原因ニ關スル沿革的事實ヲ叙述シ居ルニ過キサルモノニハ非スシテ同代理人カ本訴請求原因トナシタルコトニ爭ナキ取得時效ノ事實ト共ニ原審以來之ヲ

請求原因トナシ居タルモノト認ムルヲ妥當トスルカ故ニ控訴代理人ノ此點ノ抗辯ハ理由ナシ故ニ進ンテ本案ニ入リ之ヲ案スルニ(一)控訴代理人ハ本件確認ノ訴ハ之ヲ提起スルニ付キ法律上ノ利益ナキヲ以テ不適法ナル旨主張スレトモ控訴人カ本件不動産ニ付キ被控訴人ノ所有權ヲ否認シ自己ニ其所有權アルコトヲ主張シ居ルコト及該不動産ノ登記簿上ニ於ケル所有名義者カ控訴人ナルコトハ當事者間ニ爭ナキ事實ニシテ該不動産ヲ以テ被控訴人ノ所有ナリトセハ其所有權ニ對シ現ニ妨害狀態ノ存在スル場合ナルカ故ニ被控訴人ハ本件確認ノ訴ヲ提起シ以テ此係爭ノ權利關係ヲ即時ニ確定スルニ於テ法律上ノ利益ヲ有スルモノト云ハサルヘカラス從テ控訴代理人ノ此點ノ抗辯モ亦採用スルヲ得ス(二)又被控訴代理人ハ第一審被告ニ於テ被告特別代理人ノ爲シタル本訴請求ニ對スル認諾ヲ援用スレトモ第一審被告特別代理人ハ民事訴訟法第四十六條ニ基キ選任セラレタルモノナルコトハ記錄上明白ナルト同時ニ斯ル特別代理人ニハ認諾ヲ爲スノ權限ナク隨テ其代理人ノ爲シタル認諾ノ效力ナキモノナルコトハ民事訴訟法第四十六條第四項民法第千五十三條第二十八條第百三條ノ規定上疑ヲ容レサル所ナレハ第一審被告代理人カ本訴請求ヲ認諾シタルコトハ原審答辯書及大正七年十二月十六日附原審口頭辯論調書ノ記載ニ徵シ明ナレトモ其認諾ハ法律上效力ナキモノト云フヘク從テ斯ル認諾ニ基キ本訴請求ヲ正當ナリト論定スルコト能ハサルモノトス(三)又ハ被控訴代理人ハ控訴人先代永田文作ハ隱テ係爭不動產ヲ被控訴人先代矢田和三郎ニ入買シ金借シ居タルモ其期限(明治十八年)ニ辨濟ヲ爲スコト能ハサリシヨリ明治十八年中該不動產ヲ以テ代物辨濟ヲ爲シ其所有權ヲ移轉シタル旨主張スレトモ明治十三年十一月三十日太政官布告第五十二號土地賣買讓渡規則第一條竝第四條ニ依レハ右代物辨濟當時即チ明治十八年頃ニ於テ土地所有權ノ移轉ヲ爲スニハ戶長役場ノ奥書及割印ヲ要シ之ヲ以テ權利移轉ノ方式トナシ此方式ヲ履踐スルニ非サレハ所有權移轉行爲ハ其效力ナカリシモノナルカ故ニ該代物辨濟ニ因ル所有權移轉ニ關シ戶長役場ノ奥書及割印ヲ受ケタル事實ナ

キコトニ爭ナキ本件ニ在リテハ縱令被控訴代理人主張ノ如ク代物辨濟ニ關スル當事者雙方ノ意思表示アリタレハトテ之ニ因リテ係爭不動產ノ所有權カ被控訴人ノ先代ニ移轉スルノ效果ヲ生セサルコト論ナク從テ代物辨濟ニ因リテ所有權ヲ取得シタリトスル被控訴代理人ノ主張ハ之ヲ是認シ難シ(四)加之同代理人ハ被控訴人ハ其先代ヲ通シ明治十八年以來今ハニ至ル迄十年以上善意平穩公然且無過失ニ係爭不動產ノ占有ヲ繼續シ居ルモノナレハ取得時效ニ因リ其所有權ヲ取得シタル旨主張スレトモ民法施行法第三十八條ニ依レハ民法施行前ヨリ占有又ハ準占有ヲ爲ス者ニハ其施行ノ日ヨリ民法ヲ適用スヘキモノニシテ其以前ニハ占有關係ヲ基本トスル同法取得時效ノ規定ハ其適用ヲ見サル結果被控訴代理人主張ニ係ル取得時效ハ明治十八年以來進行ヲ開始スヘキモノナリシニ控訴人先代永田文作ハ明治三十一年七月十六日以後進行ヲ開始セルモノニ非スシテ民法施行ノ日タル明治三十一年七月十六日以後進行ヲ開始スヘキモノナリシニ控訴人先代永田文作ハ明治二十九年八月四日死亡シ控訴人ハ大正七年十二月十二日文作ノ家督相續人ニ選任セラレ其間相續人ハ確定セス相續財產管理人ノ選任モナカリシ場合ナルカ故ニ相續人ノ確定シ若クハ財產管理人ノ選任セラレタル時ヨリ六箇月內ハ時效完成セサルモノナルコトハ民法第百六十條ノ規定スル所ナルヲ以テ本件ニ於テ取得時效ハ縱令被控訴人ニ平穩公然善意且無過失ノ條件具備シ居タリトスルモ其ノ進行ヲ開始スヘカリシ民法施行ノ日ヨリ業已ニ停止ノ狀態ニ在リテ被控訴人カ相續人ニ選定セラレタル大正七年十二月十二日ヨリ六箇月間ノ後進行ヲ開始スヘキモノト云フヘク從テ其時效ハ今日未タ完成セサルモノトス果シテ然ラハ被控訴代理人ノ主張モ亦排斥ヲ免レサルモノトナキコト勿論ナルヲ以テ爾餘ノ爭點ニ關スル判斷ヲ爲スニ及ハスシテ本訴請求ハ之ヲ棄却スヘク原審カ其請求ヲ認容シタルハ結局失當ナルニ付キ控訴ヲ理由アリト認メ訴訟費用ニ付テハ民事訴訟法第七十八條ニ則リ主文ノ如ク判決ス（長崎控訴院大正八年ア第一九號同年五月一六日民部谷岡裁判長中根駒田各判事判決法律新聞第一五六一號二四頁）

【關係事項】 原判決廢棄○土地所有權確認請求事件○控訴人永田軍八訟訴代理人辯護士入江時雄○被控訴人矢田龜彦訴訟代理人辯護士楠田義任

【判旨第一點不正登記ノ抹消ト確認利益ニ關スル同趣旨判例】

實際上權利ナキ者カ他人ノ所有地上ニ共有權ヲ有スル者トシテ登記シアルトキハ眞正ノ所有者ハ其權利ノ行使ニ付キ妨害ヲ受クルノミナラス時ニ或ハ侵害セラルルノ危險ナシトセス故ニ其權利保護ノ爲メ之カ妨害ヲ排除スルノ必要ナルコト勿論ナルヲ以テ該不正登記ノ抹消ヲ求ムルニ付キ法律上ノ利益アルモノトス(宮城控訴院大正六年法律新聞第一二三〇六號二二頁)

【同上確認訴訟ト確認ノ利益ニ關スル參照學說判例】

本卷民訴七九頁以下

【判旨第二點特別代理人ノ權限ニ關スル參照學說】

本條ノ規定ニ依リ選任セラレタル特別代理人ハ和解ヲ爲スノ權限ヲ有セス隨テ其代理人ノ爲シタル和解ハ本人カ追認ヲ爲スニ非サレハ其效力ヲ生セス(明治三二年民刑第一六六〇號民刑局長回答判決總覽二二頁)

判旨第一點ハ正當ナリ同第二點ハ特別代理人ハ認諾ノ權限ナシトスルモノニシテ事案ノ場合ニ於テハ結局正當ニ歸スルモ一般ニ特別代理人ハ斯ル權限ナシト謂フニアラス誤解ナリ夫レ民事訴訟法第四六條ニヨリ選任セラレタル特別代理人ノ權限ニ付テハ同條第四項ノ定ムル所ニシテ同項ニ依レハ特別代理人ハ法律上代理人又ハ相續人ノ出頭スルマテ訴訟行爲ニ付キ法律上代理人ノ權利義務ヲ有ストアリ卽此規定ハ特別代理人ト同一ナルコトヲ定メタルモノト解セサルヘカラサルカ故ニ特別代理人カ實體法上ノ效果ヲ生スヘキ認諾若クハ和解等ヲ爲スノ權利アリヤ否ヤハ法律上代理人カ實體法上斯ル權利

ヲ有スルヤ否ヤニ依リテ之ヲ定メサルヘカラス而シテ相續人不分明ノ場合ニ於ケル相續財產管理人ハ民法一〇五三條二八條一〇三條ニ依レハ財產ヲ處分スル權利ヲ有セサルコト明ナレハ管理人卽法律上ノ代理人從テ特別代理人ハ處分的效果ヲ生スル認諾若クハ和解等ノ權限ヲ有セサルモノト謂ハサルヘカラス而シテ相續人未定ノ場合ニ於ケル法律上代理人ノ權限モ亦相續人不明ノ場合ニ於ケル管理人ノ權限ト同一ニ論スルヲ妥當トスルカ故ニ相續人未定ノ場合ニ於ケル特別代理人ハ認諾和解ノ權限ナキモノト解スルヲ正當トス從テ此點ニ於テ判旨ハ正當ナリト謂フヘシ然レトモ無能力者ノ法律上代理人ハ無能力者ニ代テ法律行爲ヲ爲スノ權限ヲ有スルヲ以テ(民法八八四條八八六條九二三條從テ訴訟無能力者ニ對スル訴ニ於ケル特別代理人ニ認諾和解ノ權限ナキモノト謂フヘカラス果シテ然ラハ判決カ一般的ニ第四六條ニ基キ裁判長ヨリ選任セラレタル特別代理人ハ認諾ヲ爲スノ權限ナシト判示シタルハ誤解ナリト謂フヘク然ラスンハ判示粗漏ノ譏ヲ免レサルナリ爾餘ノ諸點ハ正當ナリ

一九五第二項　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……

一九六　原告カ訴ノ原因ヲ變更セスシテ左ノ諸件ヲ爲ストキハ被告ハ異議ヲ述フルコトヲ得ス

第二　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

大阪地方裁判所判決

商法一六三　總會招集ノ手續又ハ其決議ノ方法カ法令又ハ定款ニ反スルトキハ株主取締役又ハ監査役ハ訴ヲ以テノミ其決議ノ無效ヲ主張スルコトヲ得

株主ハ總會ニ於テ決議ニ對シ異議ヲ述ヘタルトキ又ハ正當ノ理由ナクシテ總會ニ出席スルコトヲ拒マレタルトキニ限リ又株主カ總會ニ出席セサル場合ニ於テハ自己ニ對スル總會招集ノ手續カ法令又ハ定款ニ反スルコトヲ理由トスルトキニ限リ前項ノ訴ヲ提起スルコトヲ得

第九九條ノ三及第九九條ノ四ノ規定ハ前二項ノ場合ニ之ヲ準用ス

二三二　會社カ事業ニ着手シタル後株主取締役又ハ監査役カ其設立ノ無效ナルコトヲ發見シタルトキハ訴ヲ以テノミ無效ヲ主張スルコトヲ得

第九九條ノ三乃至第九九條六及ヒ第一六三條ノ二第二項ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス

會社設立無效ノ訴ハ商法第二三二條第一項等ニ基ク訴ニシテ總會決議無效ノ訴ハ商法第一六三條ニ基ク訴ニ係リ各別個獨立ノ事實ヲ原因トス從テ前者ニ關スル訴ノ提起ニ於テ更ニ其訴ヲ擴張シテ後者ヲモ訴求スルハ訴ノ原因ヲ異ニスル事實ヲ追加訴求スルニ歸シ民事訴訟法第一九六條第二號ニ所謂訴ノ原因ヲ變更セスシテ訴ノ申立ヲ擴張スルモノニ該當セスシテ權利拘束後ニ於テ全然別個獨立ノ新訴ヲ提起スルモノニシテ不適法ナルモノトス」

商法第一六三條ノ二ハ總會ノ決議方法カ法令又ハ定款ニ違反シタルモ尙決議ノ形式ハ存在セル場合ニ適用セラルル規定ニシテ全然決議ナカリシ場合ハ同條ノ支配ヲ受クヘキモノニ非ス」

先ク原告ノ訴ノ擴張ニ付審究スルニ一件記錄ニ徴シテ明瞭ナルカ如ク原告ハ本訴ニ於テ被告會社ノ設立ヲ無效トスルトノ判決ヲ求メ本件口頭辯論續行期日ニ於テ右申立ヲ擴張シテ更ニ被告會社ノ大正元年十月十二日ニ爲シタル創立總會ノ決議無效ノ確定ヲ請求シタリ然レトモ會社設立無效ノ訴ハ商法第二百三十二條第一項等ニ基ク訴

ニシテ總會決議無效ノ訴ハ商法第百六十三條ニ基ク訴ニ係リ各別個獨立ノ事實ヲ原因トス從テ本件ノ如ク前者ニ關スル訴ノ提起ニ於テ更ニ其訴ヲ擴張シ後者ヲモ訴求スルハ訴ノ原因ヲ異ニスル事實ヲ追加訴求スルニ歸シ民事訴訟法第百九十六條第二號ニ所謂訴ノ原因ヲ變更セスシテ訴ノ申立ヲ擴張スルモノニ該當セスシテ權利拘束後ニ於テ提起スルモノニシテ不適法ナルコト疑ヲ容レス從テ原告ノ右新訴ハ之ヲ却下スヘキモノトス依テ進ミテ原告ノ(六)ノ主張ニ付キ審究スルニ一乃至二十四ヲ綜合スルトキハ訴外守山又三郎井仁吉松尾平次郎等數名カ大正元年十月中被告會社ノ創立事務所タル細川仁吉方ニ會合シテ假裝株主等ノ委任狀ヲ僞造シ取締役監査役檢査役ノ選任株式ノ引受拂込ノ有無ノ調査報告其他創立總會ノ議事ヲ完全ニ遂行セラレタル旨ノ創立總會議事錄ヲ僞造シ右事務所ニ備付ケ以テ眞實創立總會カ開會セラレサルニ拘ハラス之ヲ開會シタル旨ノ如ク假裝シ之ニ基キ營業認可ヲ大藏大臣ニ申請シタル事實ヲ認定シ得ルコトヲ得果シテ然ラハ被告會社ノ設立總會ヲ缺如スル者ニシテ無效ナルコト疑ヲ容レス之ニ對シ被告ハ(一)原告カ決議無效ノ訴ヲ一箇月內ニ提起セスシテ確定シタル以上ハ會社ハ完全ニ成立シ何人モ其無效ヲ主張シ得サル旨抗辯スレトモ商法第百六十三條ノ二ハ總會ノ決議カ總會招集ノ手續又ハ其決議ノ方法カ法令又ハ定款ニ違反シタルモ尙決議ノ形式ハ存在セル場合ニ適用セラルル規定ニシテ本件認定ノ如キ全然決議ナカリシ場合ハ固ヨリ同條ノ支配ヲ受クヘキモノニ非サルヲ以テ其抗爭ハ理由ナク又(二)被告ハ原告カ一兩ニ於テ創立總會カ開會セラレサリシコトヲ主張シ乍ラ他面ニ於テ創立總會カ商法第百二十一條ノ法定條件ヲ缺如スル無效ノモノナリト主張シ訴ノ原因不定ナリト抗爭スレトモ原告ハ本件口頭辯論ニ於テハ右後者ヲ主張セサリシモノナルコト本件記錄ニ徴シ明ナルヲ以テ訴ノ原因不定ナリト謂フヲ得ス

(大阪地方大正四年(ワ)第五四三號同八年三月一九日民三部阿邊裁判長片山宇佐美各判事判決法律新聞第一五七〇號一六頁)

【關係事項】 一部棄却○株式會社船場銀行設立無效事件○原告小川三與秋月廣助訴訟代理人辯護士原田豫太郎吉崎龜之助津田勳被告株式會社船場銀行法定代理人門馬誠常訴訟代理人辯護士甘糠勇雄高木藏吉平田職博

【請求原因ノ意義ニ關スル參照學說判例】

本書第七卷民訴一頁以下

(七三)

一〇六第二項　左ニ揭クルモノヲ妨訴抗辯トス

第一　無訴權ノ抗辯　通常裁判所ニ於テハ民事刑事ヲ裁判スルモノトス但シ法律ヲ以テ特別裁判籍ノ管轄ニ屬セシメタルモノハ此限ニ在ラス

市制六第一項　勅令ヲ以テ指定スル市ノ區ハ之ヲ法人トス其ノ財產及營造物ニ關スル事務其ノ他法令ニ依リ區ニ屬スル事務ヲ處理ス

同八七第二號　市長ハ市ヲ統轄シ市ヲ代表ス

市長ノ擔任スル事務ノ概目左ノ如シ

二　財產及營造物ヲ管理スル事但シ特ニ之カ管理者ヲ置キタルトキハ其ノ事務ヲ監督スル事

同九四第二項　第六條市ノ吉長ハ前項ノ例ニ依リ其事務ノ一部ヲ區長ニ分セ掌シムルコトヲ得

同一四四第一項　市ノ一部ニシテ財產ヲ有シ又ハ營造物ヲ設ケタルモノアルトキハ其ノ財產又ハ營造物ノ管理及處分ニ付テハ本法中市ノ財產又ハ營造物ニ關スル規定ニ依ル但シ法律命令中別段ノ規定アル場合ハ此ノ限ニ在ラス

原告ノ主張カ原告ハ三ツ樋水路ヲ交通シ使用スル人格權ヲ有スルモノナルニ三ツ樋水路敷地ノ所有者タル被告ハ聯合區會ノ決議ニ基キ該水路敷ニ木柵ヲ施シ其所有權ヲ不法ニ行使シ以テ原告カ該水路ヲ交通シ使用スル自由ヲ妨ケ原告ノ右權利ヲ侵害シタルニ依リ原告ハ被告ニ對シ交通妨害ノ排除ヲ求ムルモノニシテ其排除ヲ求ムルモノニ非ス又該區會決議ヲ不當トシテ其排除ヲ求ムルモノニ非ス

ヲ求ムルモノニ非サルトキハ其請求ハ司法裁判所ノ管轄ニ屬スルカ故ニ被告ノ無訴權ノ抗辯ハ理由ナキモノトス」

市ノ一部ニシテ財產ヲ有スル獨立區ニ付テハ市長之ヲ代表シ其事務ヲ統轄スルモノニシテ市長カ市制第九四條第二項ノ規定ニ依リ獨立區ノ事務ヲ市制第六條所定ノ區長ニ分掌セシメタル場合ニ於テハ該區長ハ分掌ヲ命セラレタル範圍ニ於テ獨立區ノ事務ヲ處理シ之ヲ代表シ得ヘシト雖モ之レアル爲メ市長カ一般的ニ有スル獨立區ノ事務ヲ統轄シ之ヲ代表スル權限ヲ喪失セシムル謂レナキモノトス」

【理由】 被告ノ妨訴抗辯中無訴權ノ抗辯ニ付キ按スルニ被告ハ原告主張ノ三ツ樋水路交通使用權ハ公法上ノ權利ニシテ原告合區會カ爲シタル三ツ樋水路交通使用禁止ノ決議及其執行トシテ九條區長ノ爲シタル行爲ヲ以テ右公法上ノ權利ヲ侵害スル不法行政處分ナリトシ其廢罷ヲ求ムルモノニシテ其訴旨自體行政行爲ヲ非難スルモノナルカ故ニ本件ハ司法裁判所ニ於テ裁判スル權限ナク從テ原告ニ訴權ナシト抗辯スレトモ原告ノ主張ニ徵スレハ原告ハ三ツ樋水路敷地ノ所有者タル被告ハ其聯合區會ノ決議ニ基キ該水路敷ニ木柵ヲ施シ其所有權ヲ不法ニ行使シ以テ原告カ該水路ヲ交通シ得ル自由ヲ妨ケ原告ノ右權利ヲ侵害シタルニ依リ原告ハ被告ニ對シ其木柵ヲ撤去シ交通妨害ノ排除ヲ求ムルモノニシテ公法上ノ通交權ヲ有スルコトヲ理由トスルモノニ非ラス又該區會ノ決議ヲ不當トシテ其排除ヲ求ムルモノニ非サルコト明瞭ナリ然ラハ本訴ハ私權不法行使ニ因リ私權ヲ不法ニ侵害セラレサルコ

トヲ原因トシ私權保護ノ請求ヲ爲スニ在リテ不法ノ行政處分ニ因リ公法上ノ通行權ヲ侵害セラレタルコトヲ理由トシ之カ取消竝ニ侵害行爲ノ排除ヲ求ムルモノニ非サルカ故ニ固ヨリ司法裁判所ノ管轄ニ屬スルコト明白ニシテ被告ノ本抗辯ハ理由ナシ次ニ被告ハ大阪市ノ一部ニシテ財産ヲ有スル所謂財産區ナル處大阪市ニ於テハ明治四十四年十一月二十二日大阪市告示第六十八號ヲ以テ市制第九十四條第二項ニ基キ區有財産ニ關スルコトハ區長ニ分掌セシメタルニ依リ被告ノ有スル財産ノ管理事務モ西區長ノ分掌スル處ニ依リ從テ被告ノ代表者ハ西區長ニシテ大阪市長ニ非ラス然ルニ本訴ハ大阪市長池上四郎ヲ被告ノ法律上代理人トシテ提起シ西區長ヲ其法律上代理人ト爲ササルカ故ニ法律上代理ノ欠缺セル不適法ナル訴ナリト抗辯スレトモ凡ソ市ノ一部ニシテ財産ヲ有スル獨立區ニ付キテハ市長之ヲ代表シ其事務ヲ統轄スルコト市制第百四十四條第八十七條ノ規定ニ徵シ明白ニシテ市長カ市制第九四條第二項ノ規定ニ依リ獨立區ノ事務ヲ市制第六條所定ノ區長ニ分掌セシメタル場合ニ於テハ該區長ハ分掌ヲ命セラレタル範圍ニ於テ獨立區ノ事務ヲ處理シ之ヲ代表シ得ヘシト雖モ之レアル爲メ市長カ一般的ニ有セル獨立區ノ事務ヲ統轄シ之ヲ代表スル權限ヲ喪失セシムル謂レ無キモノトス而シテ本件ニ於テ大阪市西區長カ明治四十四年十一月二十二日大阪市告示第六十八號ニ依リ被告大阪市西區ノ財産管理事務ヲ分掌スルニ至リタリトスルモ大阪市長ハ市制第八十七條第二項第二號但書ニ依リ西區長ノ分掌事務ノ執行ヲ監督スルノミナラス一般的ニ被告獨立區ノ事務ヲ統轄シ之ヲ代表スルモノナルヲ以テ西區長ニ其事務ノ分掌ヲ爲サシメタルト否トニ拘ハラス大阪市長ハ被告九條區ノ代表者ナリト謂ハサル可カラス然ラハ原告カ大阪市長池上四郎ヲ被告ノ法律上代理人トシテ提起シタル本訴ハ正當ニシテ被告ノ所論ノ如キ不適法ノ訴ニ非ラサルカ故ニ被告ノ本抗辯モ失當ナリ以上說明スル所ニ依リ被告ノ妨訴抗辯ハ孰レモ其理由ナキモノト認メ民事訴訟法第二百七條ニ依リ主文ノ如ク中間判決ヲ爲ス（大阪地方大正七年（ワ）第二〇二號同八年二月二二日民一部榊原裁判長中西地木各判事判決法律新聞第一五五五號二三

頁）

（七四）

【關係事項】被告敗訴〇水路交通妨害排斥事件〇原告敗杉村正太郎訴訟代理人辯護士菅沼豐次郎中村三郎〇被告大阪市西區役所代表者池上四郎訴訟代理人辯護士岡村司清瀨一郎

一九五第一項　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……
一九六　原告カ訴ノ原因ヲ變更セスシテ左ノ諸件ヲ爲ストキハ被告ハ異議ヲ述フルコトヲ得ス
第一　事實上又ハ法律上ノ申述ヲ補充シ又ハ更正スルコト
第二　本案又ハ附帶請求ニ付キ訴ノ申立ヲ擴張シ又ハ補充スルコト
民法一九七　占有者ハ後五條ノ規定ニ從ヒ占有ノ訴ヲ提起スルコトヲ得他人ノ爲メニ占有ヲ爲スモノ亦同シ

民法上占有權ノ效力トシテ物ノ占有者ニ占有訴權ヲ附與シタルハ其占有保護ノ必要ヨリ出テタルモノニ外ナラス其ノ占有保持占有保全占有回收等各種ノ訴權ヲ認メタルハ之單ニ占有侵害ノ態樣程度等ノ異ルニ從ヒ之ニ對スル訴權ニモ種類ヲ設クルニ止マリ占有者ノ占有權ヲ基礎トシテ其保護ヲ目的トスル點ニ於テハ何等差等ナキモノトス」故ニ原告カ占有保全ノ申立ヲ變シテ占有回收ト爲スモ單ニ主張事實ノ訂正若クハ訴ノ擴張ヲ爲シタルモノト見ルヘキモノニシテ訴ノ原因ヲ變更シタルモノト云フヲ得サルモノトス」

被告代理人ハ原告カ本訴ノ當初ニ於テ被告等カ本件船舶ニ付キ原告ノ占有ヲ侵害スル虞アリトシテ占有ノ保全ヲ求メタルニ拘ハス其後ニ至リ申立ヲ變更シテ被告等カ原告ノ占有スル船舶ヲ侵奪シタルモノトシテ占有ノ回收ヲ請求スルハ訴ノ原因ヲ變

更シタルモノナレハ新訴ハ却下サルヘキモノナル旨抗辯スルヲ以テ先ツ各抗辯ニ付キ審按スルニ原告カ本訴ニ於テ初メ被告等カ本件船舶ノ占有ヲ侵害スル虞アルモノトシテ其占有妨害ノ排除ヲ求メタルモ其後申立ヲ變更シテ被告等カ右船舶ニ對スル原告ノ占有ヲ侵害シタルモノトシテ之カ返還ヲ求メタルコトハ訴狀及大正八年三月十一日ノ口頭辯論調書ト申立訂正書及同年四月二十二日ノ口頭辯論調書ニ徵シ明瞭ナリトス而シテ吾民法上占有權ノ效力トシテ物ノ占有者ニ占有訴權ヲ附與シタルハ其占有保護ノ必要ヨリ出テタルモノニ外ナラス其占有保持占有保全占有回收此等各種ノ訴權ヲ認メタルハ之レ單ニ占有侵害ノ態樣程度等ノ異ルニ從ヒ之ニ對スル訴權ニモ種類ヲ設ケルニ止マリ占有者ノ占有權ヲ基礎トシテ其保護ヲ目的トスル點ニ於テハ何等差等ナキモノト謂フヘシ然レハ原告カ本訴ノ當初ニ於テ被告等カ原告ノ本件船舶ニ對スル占有ヲ妨害スル虞アルモノト認メテ占有保全ヲ求メタルニ拘ラス其後事情ノ變更ニ從ヒ被告等ノ爲メ該船舶ノ占有ヲ侵害サレタルモノトシテ右船舶ノ返還ヲ求メタリトスルモ此ハ單ニ主張ノ形式ヲ異ニスルニ止マリ原告カ該船舶ノ占有權カ自己ニ存スルコトヲ基礎トシテ之カ保護ヲ求ムル點ハ前後聊カモ變更スルモノニ非サルヲ以テ原告カ占有保全ノ申立ヲ變シテ占有回收トナセルハ單ニ主張事實ノ訂正若シクハ訴ノ擴張ヲ爲シタルモノト見ルヘキモノニシテ訴ノ原因ヲ變更シタルモノト云フヲ得サルモノトス因テ被告代理人ノ原因變更ノ抗辯ハ理由ナシ(大阪區大正八年ハ第一〇四一號同年四月二六日石森判事判況法律新聞第一五五九號二一頁)

【關係事項】被告敗訴○占有保全請求事件○原告株式會社福松商會法定代理人松永安左衞門訴訟代理人辯護士淸瀨一郎○被告麹谷庄三郎外二人訴訟代理人辯護士本田登

【請求原因ノ意義ニ關スル參照學說判例】

本書第七卷民訴一頁以下

大審院判決

七五五　係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

七六〇　假處分ハ爭アル權利關係ニ付キ假ノ地位ヲ定ムル爲ニモ亦之ヲ爲スコトヲ得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强暴ヲ防ク爲メ又ハ其他ノ理由ニ因リ之ヲ必要トスルトキニ限ル

民事訴訟法上ニ於ケル假處分命令ハ將來ニ於ケル强制執行保全ノ方法ニシテ該命令ニ依リ或ハ係爭物ノ現狀ヲ保持シ又ハ係爭ノ權利關係ニ付キ假ノ地位ヲ定メ因テ他日判決其他裁判上ノ手續ニ依リ確定シタル權利ノ執行ヲシテ容易ニ其目的ヲ達セシメントスルニ在レハ係爭權利ノ確定前ニ於テ全然其權利ノ本質ヲ實現スルカ如キ保全ノ目的ヲ超越シタル假處分ハ之ヲ許スヘカラサルモノトス」

民事訴訟法第七六〇條ニ所謂著シキ損害ヲ避クル爲メノ假處分ハ目的物ノ價格ノ下落支拂代金ノ金利ノ損失ノ如キ場合ヲ包含セサルモノト解スルヲ相當トス」

案スルニ民事訴訟法上ニ於ケル假處分命令ハ將來ニ於ケル强制執行保全ノ方法ニシテ該命令ニ依リ或ハ係爭物ノ現狀ヲ保持シ又ハ係爭ノ權利關係ニ付キ假リノ地位ヲ定メ因テ他日判決其他裁判上ノ手續ニ依リ確定シタル權利ノ執行ヲシテ容易ニ其目的ヲ達セシメントスルニ在レハ係爭權利ノ確定前ニ於テ全然其權利ノ本質ヲ實現スルカ如キ保全ノ目的ヲ超越シタル假處分ハ之ヲ許スヘカラサルコト論ヲ俟タス蓋シ假處分ハ將來權利ノ確定後ニ於テ其執行ノ目的タルヘキ物又ハ權利關係ノ繼續ヲ前提トスルコト其强制執行ノ保全方法タルニ鑑ミ自明ナレハ此前提ヲ滅却スル如キ權利實現ノ假處分ハ其本質ニ反スルヲ以テナリ本件ニ於テ被上告人ハ大正七年二月十九日本件山林ヲ代金壹萬八千九百八拾圓ヲ以テ農商務省ヨリ拂下ケ其引渡ヲ受ケ被上告神社社司小島穗積カ拂下代金調達ノ爲メ訴外三浦萬次郎トノ間ニ拂下代金ニテ

立木賣渡ノ契約ヲ爲シ訴外留目和三郎ハ三浦萬次郎ヨリ右買受ノ權利ヲ承繼シ拂下許可ノ日ニ右約旨ニ從ヒ本件立木ヲ右代金ニテ留目和三郎ニ賣渡シ上告人ハ同日同人ヨリ代金四萬五千圓ニテ之ヲ買受ケ其引渡ヲ受ケ以テ其所有權取得ヲ原因トシ大正七年十月二十七日被上告人ニ對シ立木所有權確認並ニ妨害排除ノ本案訴訟ヲ提起シタル然ルニ本材ノ價格ハ歐洲戰亂ノ休戰後暴落シツツアレハ立木ヲ伐採處分スルニアラサレハ其損害多大ナルノミナラス買受代金ノ金利ノ損害モ亦少カラサルヲ以テ上告人ニ對シ假リニ所有者タル地位ヲ付與セラレ立木ノ伐採及ヒ製材運搬等ノ處分行爲ヲ爲スコトヲ許可ストノ假處分ヲ求ムト云フニ在リテ上告人ノ假處分申請ハ權利ノ裁判上確定シ之カ執行ヲ爲シ得ヘキ債務名義ノ取得前ニ於テ假處分命令ニ依リ直チニ本件立木ノ伐採製材運搬等ノ處分ヲ爲シ得ヘキ所有者タル權利ノ實現ヲ求メントスルニ在レハ本申請ハ叙上說示スル所ニ從ヒ假處分命令ヲ以テ許容スヘカラサル事項ニ屬シ到底採用セラルヘキモノニアラサルノミナラス民事訴訟法第七六〇條ニ所謂著ルシキ損害ヲ避クル爲メノ假處分ハ目的物ノ價格ノ下落支拂代金ノ金利ノ損失ノ如キ場合ヲ包含セサルモノナリト解スルヲ妥當トスルヲ以テ本申請ハ此點ニ於テモ亦採用セラルヘキモノニアラス然ラハ上告人ノ假處分申請ハ其自體ニ於テ失當トシテ本件上告ハ理由ナシ(大審院大正八年(オ)第三四號同年五月二十日民一部田部裁判長榊原尾古鈴木三宅各判事判決)

【關係事項】上告棄却○原審宮城控訴院○立木伐採製材運搬等假處分申請事件○上告人秋田木材株式會社訴訟代理人辯護士青山幾之助被上告人八幡宮訴訟代理人辯護士吉田三市郎同田坂貞雄同阿保淺次郎同佐々木藤市郎同長野國助同白川龍一

(七六)

一九五第二項　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……

一九六　原告カ訴ノ原因ヲ變更セスシテ左ノ諸件ヲ爲ストキハ被告ハ異議ヲ述フルコトヲ得ス

東京地方裁判所判決

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

原告カ初メ預金債權取立契約ノ不履行ヲ主張シ被告カ右債權ヲ他ニ讓渡シタル爲メ損害ヲ蒙リタリト主張シ後ニ至リ右債權ニ付キ之ヲ他ニ讓渡セサルヘキ特約ノ存在シタルコト及該特約ノ不履行ヲ主張スルモ右ハ當事者間ニ於ケル委任契約ニ付キ具體的ニ事實上ノ說明ヲ補充シタルニ止リ訴ノ原因ニ變更ヲ生シタルモノニ非ス」

先ツ原告主張ノ訴ノ原因ニ變更アリヤ否ヤニ付キ之ヲ按スルニ原告訴訟代理人ハ先キニ訴狀ニ基キ本訴ハ被告カ本件罰金債權ヲ他ニ讓渡シ讓受人ニ於テ該債權ニ對スル配當金ヲ受領セシメ原告先代ヲシテ右債權取立ノ委任事務ヲ遂行セシムルコト能ハサラシメタル爲メ原告先代カ右委任事務ノ遂行ニ依リ得ヘカリシ報酬金ヲ喪失スルニ至リタルニヨリ之カ賠償ヲ請求スト陳述シ後ニ至リ更ニ被告ハ前示債權ヲ濫リニ他ニ讓渡セサルヘキ特約アリタルニ拘ラス右約旨ニ背キ之ヲ他ニ讓渡シタルヲ以テ原告先代ヲシテ右債權ヲ取立ツルコト能ハサラシメ以テ右ノ損害ヲ蒙ラシメタル旨陳述セルコトハ洵ニ被告訴訟代理人主張ノ如クナリ

然レトモ原告訴訟代理人カ先ニ預金債權取立契約ノ不履行ヲ主張シ被告カ右債權ヲ他ニ讓渡シタル爲メ損害ヲ蒙リタリト主張シ後ニ至リ右債權ニ付キ之ヲ他ニ讓渡セサルヘキ特約ノ存在シタルコト及該特約ノ不履行ヲ主張スルモ右ハ本件當事者ニ於ケル委任契約ニ付キ具體的ニ事實上ノ說明ヲ補充シタルニ止リ訴ノ原因ニ變更ヲ生シタルモノニ非ス仍テ被告訴訟代理人ノ原因變更ノ抗辯ハ之ヲ排斥スヘキモノトス

(東京地方裁判所大正七年(ワコ)一五二五同八年六月二〇日民三部三橋裁判長推津大原各判事判決)

【關係事項】棄却○損害賠償請求事件○原告峰尾善太郎訴訟代理人辯護士池田清秋被告出岸ヤク訴訟代理人吉田敬直同谷村唯一

【訴ノ原因ノ意義ニ關スル參照學說】

本書第七卷民訴八一頁以下

（七七）

山田博士

我民法上限定能力者タル妻ハ例外ノ場合（民第一七條第一五條人訴第三條第二）**ノ外訴訟能力ヲ有セサルモノナレハ夫ノ許可ヲ受ケスシテ提起シタル上訴ハ不適法ナリトス」**

然レトモ原審裁判所カ當事者ノ訴訟能力ヲ看過シ本案判決ヲ爲シタルトキ又ハ訴訟無能力ナルノ理由ヲ以テ訴ヲ不適法トシテ却下シタルトキハ當事者ハ訴訟能力ニ拘ラス猶ホ上訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ヘク此場合ニ於テハ訴訟

（民訴）285

無能力者ノ提起ニ係ル上訴ト雖モ直チニ不適法トシテ棄却スヘキモノニ非ス」

妻ハ民法第一七條ニ規定スル場合ノ外訴訟行爲ヲ爲スニ付キ夫ノ許可ヲ受クルコトヲ要スルモノナレハ其許可ナクシテ爲シタル上告ハ訴訟能力ヲ有セサル者ノ提起ニ係ルヲ以テ不適法ナリトス（大審院大正七年一月三〇日民三部判決本書第七卷民訴六〇頁所載）

妻ヲ以テ訴訟無能力者ナリトシ訴訟無能力者タル妻ノ提起ニ係ル上告ヲ不適法ナリトスル判旨ハ其自體トシテ正當ナリト雖モ案件ノ裁判トシテハ顚ル不當ナリ民事訴訟法第四三條カ訴訟能力ノ問題ヲ以テ民法ノ規定ニ從フヘキモノトナシタルハ實體法上法律行爲能力ヲ有シ私法上行爲能力ヲ有スルモノハ亦訴訟上訴訟行爲能力ヲ有セサル者ハ亦訴訟法上訴訟能力ヲ有スル能ハストナスモノニ外ナラス從テ民法上限定能力者タル妻ノ例外ノ場合（民第一七條第一五條人訴第三條第二六條第三九條猶ホ第四一條第五九條等）ノ外訴訟能力ヲ有セサルモノト謂フヘク夫ノ許可ヲ受ケスシテ提起シタル上訴ノ不適法ナルヤ亦固ヨリ論ナキモノト謂フヘシ然レトモ訴訟無能力者ノ提起ニ係ル上訴ト雖モ直チニ以テ不適法トシテ棄却スヘキモノト考フヘカラス元來上訴ノ提起ニ付キ訴訟能力カ問題トナルハ原審ニ於テ訴訟能力者タリシ者カ判決ニ接着スルカ口頭辯論ノ終結後ニ於テ訴訟無能力者トナリタル場合ニ限ル原審裁判所カ當事者ノ訴訟無能力ヲ看過シ本案判決ヲ爲シタルトキ又ハ訴訟無能力者ナルノ理由ヲ以テ訴ヲ不適法トシテ却下シタルトキハ當事者ハ訴訟無能力ニ拘ラス猶ホ上訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ルモノナリ蓋シ此場合ニ於テハ當事者訴訟能力ノ有無ハ當該上訴審ニ於ケル審理ノ内容ニシテ其存在ヲ以テ上訴審ヲ開始スヘキ上訴權（形式的上訴權）ノ前提要件トナス能ハサレハナリ觀テ案件ノ事實ヲ察スルニ上告人ハ前審ニ於テモ既ニ訴外某ノ妻ナリシコトヲ推知シ得ルナリ然ラハ大審院カ直チニ上告ヲ不適法トシテ却下シタルハ不當ナリト謂ハサルヘカラス（法學博士山田正三氏法學論叢

第二卷第二號一三五頁「妻ノ訴訟能力ト上告ノ提起」要領)

論旨第一點ハ固ヨリ正當ナルモ同第二點ニ付テハ贊同スルヲ得ス蓋妻ハ例外ノ場合ノ外ハ訴訟行爲無能力者ナルヲ以テ夫ノ許可ヲ得ルニ非スンハ適法ニ訴訟行爲ヲ爲ス能ハサルヤ勿論ナリ然ラハ妻カ夫ノ許可ヲ受ケスシテ爲シタル上訴卽訴訟行爲ハ不適法ナルカ故ニ上訴裁判所ハ上訴ノ提起自體ヲ不適法トシテ之ヲ却下スルコトヲ得ルモノト謂ハサルヘカラス博士ハ事案ノ場合ニ於テハ當事者訴訟能力ノ有無ハ當該上訴審ニ於ケル審理ノ內容ニシテ其存在ヲ以テ上訴審ヲ開始スヘキ上訴權ノ前提要件ト爲ス能ハスト言ハルルモ夫ノ許可ナキ訴訟行爲卽上訴ノ提起カ何故ニ此場合ニ限リテ有效ナルカノ根據ヲ知ルニ苦シマスンハアラス

庄野辯護士

(七八)

五四五　判決ニ因リテ確定シタル請求ニ關スル債務者ノ異議ハ訴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遲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故障ヲ以テ之ヲ主張スルコトヲ得サルトキニ限リ之ヲ許ス

債務者カ數個ノ異議ヲ有スルトキハ同時ニ之ヲ主張ス可シ

債務者カ口頭辯論終結後ニ於テ辨濟其他ノ事由ニ因リ債務名義ノ基本タル債務關係ヲ消滅セシメタル場合ニ於テ債務者ハ請求異議ノ訴ニ依ラスシテ債權不存在確認ノ訴ヲ起スコトヲ得ルモノトス」

民事訴訟法第五四五條ノ請求異議ノ訴ハ確定シタル債務名義ノ執行力ヲ剝奪スルコトヲ目的トスル權利變更ノ訴ニシテ判決ニヨリ確定シタル實體上ノ請求權ノ不存在ヲ確定スル訴ニアラス」

債務者カ口頭辯論終結前ニ生シタル消滅事由ヲ主張シテ基本タル債權關係不存在確認ノ訴ヲ起シタル場合コノ訴カ許サルルヤ否ヤハ民事訴訟法第五四五條ノ規定ニ依リ判斷スルモノニ非スシテ前給付判決ノ既判力ニ牴觸スルヤ否ヤニ依リ決スヘキモノトス」

大正八年二月十九日大審院第三民事部判決(本卷民訴一九二頁所載)

給付判決カ缺席判決ナルト否トヲ問ハス確定シタル後ニ於テ債務者カ其口頭辯論終結前ニ生シタル消滅事由ヲ主張シテ基本タル債務關係ノ不存在確認ヲ求ムルコトノ民事訴訟法上許サレ、サルコトハ其第五四五條第二項カ口頭辯論終結後ニ異議ノ原因ヲ生シ且故障ヲ以テ之ヲ主張スルコトヲ得サルトキニ限リ債務者ニ異議ノ訴ヲ許スニ依リテモ之ヲ推知スルコトヲ得ヘシ

或ハ判決ノ理由カラ推シテ考ヘテ見ルト債務者カ口頭辯論終結後ニ辨濟ヲシタト云フ樣ナ場合債權者ニ對シ債權不存在確認ノ訴ヲ起シタトスレハコノ場合債務者ハ第五四五條ノ規定カアルカラ同條ニヨリ請求異議ノ訴ヲ起スヘキテアツテ債權不存在確認ノ訴ハ起スコトヲ得スト云フ議論ニモナル樣ニ考ヘラレル然シコノ場合債務者ハ請求異議ノ訴ヲ起サスシテ債權不存在確認ノ訴ヲ起スコトヲ得ルハ明カテアル但コノ訴ニハ第五四七條第五五〇條第一項ノ適用カナイ第五四五條ノ請求異議ノ訴ハ確定シタル債務名義ノ執行力ヲ剝奪スルコトヲ目的トスル權利變更ノ訴テアツテ判決ニヨリ確定シタル實體上ノ請求權ノ不存在ヲ確認スル訴テハナイ第五四五條ハコ

ノ權利變更ノ訴ノ要件皆轄ヲ定メタルモノテアッテ基本債權不存在確認ノ訴トハ夜交渉テアル故ニ債務者カ口頭辯論終結前ニ生シタル消滅事由ヲ主張シテ基本タル債權關係ノ不存在確認ノ訴ヲ起シタ場合コノ訴カ許サルルヤ否ヤハ第五四五條ノ規定ニ依ッテ判斷スルノテ無クシテ前給付判決ノ既判力ノ問題ニ依テ解決スヘキモノテアルト考ヘル（辯護士庄野理一氏日本辯護士協會錄事第二十三卷第七號五五頁「給付判決確定後基本タル債權不存在確認訴訟ノ許否」要領）

【給付判決後ニ於ケル債權不存在確認ノ訴ニ關スル參照學說判例】

本卷民訴一九三頁以下

【請求異議ノ性質ニ關スル參照學說】

本卷民訴一二五頁以下

先ッ論旨第一ニ點ニ對シ卑見ヲ述フヘシ給付訴訟カ當然確認訴訟ヲ包含スルカ如ク請求異議ニ關スル訴ニ於テモ當然實體上ノ請求權ノ不存在ヲ確認スル效力アリヤ否ヤ吾人ハ請求異議ノ訴ノ性質ニ付テハ氏ト同シク債務名義ノ執行力ノ廢棄ヲ目的トスル形成訴訟ナリトスル說ヲ採ルモ未タ其ノ斷定ヲ敢テセサル所ナリ假ニ不存在ヲ確認スルノ效力ナシトスルモ給付判決後ニ於ケル債權ノ消滅事由ヲ主張シテ常ニ債權不存在確認ノ訴ヲ提起スルヲ得トノ結論ニ到達セサルヘシ蓋シ此場合ニ於テ請求異議ノ訴ニ依ラスシテ（吾人ハ請求異議ノ訴ハ債務名義ノ成立スルトキハ執行文ノ附與若クハ强制執行ノ開始ヲ俟タス之ヲ提起シ得ヘキモノト解ス）債權不存在確認ノ訴ヲ提起スルノ利益アリヤノ問題ヲ生スレハ

ナリ而シテ吾人ハ斯ル利益アル場合ヲ想像スルニ苦シム次ニ論旨第三點ハ大體ニ於テ吾人ノ所見ニ合スルモノナリ口頭辯論終結前ニ生シタル消滅事由ヲ主張スル債權不存在確認ノ訴カ許サルルヤ否ヤハ既判力ノ問題ト確認ノ利益アルヤ否トニ決スヘキモノト思惟ス

（七九）

民法二五二　共有物ノ管理ニ關スル事項（前條ノ場合ヲ除ク外各共有者之ヲ爲スコトヲ得ス但保存行爲ハ各共有者之ヲ爲スコトヲ得

共有者カ他人ニ對シ共有物ノ全體ニ付キ提起スル共有權確認ノ訴ハ民法第二五二條ニ所謂保存行爲ニ屬セサルモノトス」

各共有者ハ隨意ニ其持分ヲ處分スルコトヲ得ルヲ以テ各自其持分ニ付キ裁判上ノ主張ヲ爲シ因テ以テ自己ノ持分ニ關スル時效中斷ヲ爲スコトヲ得ルモノトス」

【評釋】

共有者カ他人ニ對シ共有物ノ全體ニ付キ提起スル共有權確認ノ訴ハ民法第二五二條ニ所謂保存行爲ニ屬セサルコト當院ノ判例トスル所ナリ（大正四年(オ)第一〇八三號大正五年六月十三日第一民事部判決）而シテ各共有者ハ隨意ニ其持分ヲ處分スルコトヲ得ルヲ以テ各自其持分ニ付キ裁判上ノ主張ヲ爲シ因テ以テ自己ノ持分ニ關スル時效ノ中斷ヲ爲スコトヲ得ヘシ故ニ所論ノ如ク「共有物カ數十百人ノ所有者ニ屬シ第三者ノ取得時效ノ完成ニ因リ將ニ共有權ノ消滅セントスルニ際シ共有者一二名ノ反對ノ爲メ若クハ訴訟委任ヲ爲スコト能ハサル（旅行等ニテ）場合（ニ其時效ヲ中斷スルハ占有者ノ承認以外ニ於テ適法ナル中斷方法ナシ」ト云フコトヲ得サルモノトス是ヲ以テ原裁判所カ「本件控訴人（上告人）ノ請求ハ控訴人等各自ノ共有持分ノ確認ヲ求ムルニ非ス

シテ控訴人及ヒ本件當事者ト爲ラサル者ヲ合セ二百三十一名ノ共有ニ屬スルコトノ確認ヲ求ムルコト其事實上ノ主張ニ因リ明カナルヲ以テ本件確認ノ訴ハ共有者全員ヨリ之ヲ提起スヘキモノナルニ拘ハラス僅カニ其一部ナル控訴人等二十二名ヨリ提起セラレタルモノナレハ本訴請求ハ理由ナキモノト謂フヘシ」ト判示シ上告人敗訴ノ判決ヲ言渡シタルハ洵ニ正當ナリ（大審院大正八年(オ)第三四五號同年五月三十一日民三部横田裁判長大倉磯谷松岡鬼澤各判事裁決）

【關係事項】 上告棄却○原審東京控訴院○共有權確認請求事件○上告人小川元外十七人訴訟代理人辯護士西村勘之助被上告人立川村

【共有者ト共有物ノ確認訴訟ニ關スル參照判例】

本卷民訴五一頁一九六頁以下

判旨第一二點共正當ナリ（本卷民訴一九八頁評論參照）

（八〇）

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可カラサルコトヲ命ス可シ

差押命令ハ職權ヲ以テ第三債務者及ヒ債務者ニ之ヲ送達シ又債權者ニハ其送達シタル旨ヲ通知ス可シ

差押ハ第三債務者ニ對スル送達ヲ以テ之ヲ爲シタルモノト看做ス

六〇〇 差押ヘタル金錢ノ債權ニ付テハ差押債權者ノ選擇ニ從ヒ代位ノ手續ヲ要セスシテ之ヲ取立ツル爲メ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コトヲ申請スルコトヲ得

右命令ノ送達ニ付テハ第五百九十八條第二項ノ規定ヲ準用ス

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

適法ナル執行力アル債務名義ニ基ク債權ニ對スル强制執行ニ於テ法律ノ規定ニ從ヒ差押命令並ニ轉付命令カ發セラレ該命令カ第三債務者ニ送達セラレタル以上ハ債務者ニシテ第三債務者ニ對シ債權ヲ有スル限リ債權轉付ノ效力ヲ有スルモノトス從テ執行債權ノ存在ヲ爭フ債務者ハ之ヲ理由トシテ債權者ニ對シ不當利得ノ請求ヲ爲スハ格別右債權轉付ノ效力ヲ否定シ得サルカ故ニ轉付命令ニ因リ債權轉付ノ效力ヲ生セサルコトノ確定ヲ求メ得ヘキニ非ス」

控訴人カ本訴ノ原因トスル所ハ本件公正證書ニ依ル被控訴人先代石川常太郎ノ控訴人ニ對スル債權ハ既ニ辨濟ニ因リ消滅シタルモノナルノミナラス假ニ然ラストスルモ時效ヲ完成シ消滅ニ歸シタル所ナルニ拘ラス右石川榮太郎ハ右公正證書ヲ債務名義トシテ控訴人カ新潟縣ニ對シ有スル金六千百七十六圓七十五錢八厘ノ工事請負代金債權ヲ差押ヘ且ツ之カ轉付命令ヲ受ケタルモノナルカ故ニ該轉付命令ハ債權轉付ノ效力ヲ生スヘキ筋合ニアラサルヲ以テ其確認ヲ求ムルト云フニアリテ即チ執行債權ノ存在ヲ爭ヒ債權ニ對スル强制執行ノ結果タル債權轉付ノ效力ヲ否定スルモノニ外ナラス然レトモ尙適法ナル執行力アル債務名義ニ基ク債權ニ對スル强制執行ニ於テ法律ノ規定ニ從ヒ差押命令並ニ轉付命令カ發セラレ該命令カ第三債務者ニ送達セラレタル以上ハ債務者ニシテ第三債務者ニ對シ債權ヲ有スル限リ債權轉付ノ效力ヲ生スヘク執行債權ノ存在ヲ爭フ債務者カ之ヲ理由トシテ債權者ニ對シ不當利得ノ請求ヲ爲スハ格別右債權轉付ノ效力ヲ否定シ得サルコト論ヲ俟タサルカ故ニ本件轉付命令ニ因リ債權轉付ノ效力ヲ生セサルコトノ確定ヲ求ムル本訴請求ハ其主張自體ニ於テ失當ニ立テ排斥ヲ免レサルモノトス次ニ控訴人カ當審ニ於テ爲シタル所謂申立擴張ノ請求ニ付キ案スルニ該申立ノ原因ハ控訴人ハ本件轉付命令ニ因リ債權ノ辨濟ヲ爲シタルモノト看做サルル結果被控訴人先代石川榮太郎カ控訴人ニ對シ何等債權ヲ有セサルニ拘ラス本件轉付債權額金六千百七十六圓七十五錢八厘ノ辨濟ヲ受ケタ

ルコトナク法律上ノ原因ナクシテ不當ニ利得シタルモノト云フヘキカ故ニ該金額ノ返還ヲ求ムト云フニ在リテ本件轉付命令ニ因リ債權轉付ノ效力ヲ生シタルコトヲ前提トシ不當利得ノ請求ヲ爲スニ外ナラサレハ本件轉付命令ハ執行債權不存存ノ結果債權轉付ノ效力ヲ生セサルコトヲ主張シ其確定ヲ求ムル本訴ニ對シ民事訴訟法第百九十六條第二號ニ所謂申立ノ擴張ニ該當セサルコト論ヲ俟タサルカ故ニ前記申立ハ民事訴訟法第四百十六條所定以外ノ新訴ト認メサルヘカラス如斯新訴ハ控訴審ニ於テ許容ス可キ限ニ在ラサルヲ以テ該申立ハ不適法ノモノナリトス(東京控訴大正七年(ネ)第五七九號同八年五月一七日民二部須賀裁判長前田細川各判事判決)

大審院

東京控訴院

東京地方裁判所

【關係事項】控訴棄却○債權差押及轉付命令無效確認請求控訴事件○控訴人布施幸藏訴訟代理人辯護士丸山嵯峨一郎外一人被控訴人石川彌太郎訴訟代理人辯護士秋山讓外一人

【參照判例】

一 請求ノ趣旨カ電話加入權ノ轉付命令ノ形式上ノ效力ヲ爭フモノニ非スシテ專ラ其實質上ノ效力ナキコトヲ主張スル場合ニ於テ裁判所カ其轉付命令ノ實質上ノ效力如何ヲ判斷セスシテ請求ヲ排斥スルハ不法ナリトス(大審院大正六年六月七日判決本書第六卷民訴二一八頁)

二 强制執行ノ基本タル債務名義ノ無效タル一事ニ因リ適法ノ手續ニヨリ發セラレタル差押命令及ヒ讓渡命令カ其效力ヲ失フヘキモノニアラス(東京控訴院大正七年二月二一日判決本書第七卷民訴六一頁)

三 强制執行ノ債務名義タル公正證書ニハ事實ニ場合セサル記載アリテ債務名義タルニ適セサル公正證書ナリトスルモ一旦執行裁判所カ其債務名義ニ基 債權差押命令及債權轉付命令ヲ發シタル以上其命令ノ取消ヲレサル限リ債權轉付ノ效力ヲ生スルニ妨ケナキモノトス(東京控訴院大正五年十一月十六日判決本書第五卷民訴四〇九頁)

四 債權轉付命令ハ强制執行ノ方法トシテ債務者カ第三債務者ニ對シ有スル債權ヲ强制的ニ差押債權者ニ移轉セシムルノ效力ヲ有スルモノニシテ其差押債權者ノ權利カ存在スルト否トニ依リ該命令ノ效力ヲ左右スルモノニ非ス唯差押債權者ノ債權カ存在セサル場合ニ於テハ之ニ對イル辨濟ハ原因ナキモノナルヲ以テ債務者ハ之ヲ理由トシテ差押權者ヨリ不當利得ノ取戻ヲ請求スルコトヲ得ヘシ(東京控訴院明治四一年判決法律新聞第五二三號一四頁)

五 裁判ハ一度爲サルルヤ瑕疵アルモ當然ト無效ナルモノニ非ス其取消ヲ俟テ初メテ無效ト爲ルモノトス故ニ差押及轉付命令ハ管轄直人裁判所ノ發シタルモノニシテ且事實ニ場合セサル公正證書ニ基クモノナルモ其裁判ノ取消ヲ求メスシテ無效ヲ主張スルコトヲ得ス(東京地方裁判所大正五年四月二九日判決本書第五卷民訴二七三頁)

札幌地方裁判所

六 轉付命令ハ之ヲ第三債務者ニ送達スルニ因リテ辨濟ヲ爲シタルノ效力ヲ生シ縱令轉付命令カ無效ナリトスルモ形式上ニ於テハ之ニヨリ强制執行ヲ已ニ終了シタリト謂ハサルヘカラサルヲ以テ民事訴訟法ニ依ル强制執行ニ關スル異議ヲ以テ救濟ヲ求ムル餘地ナキカ故ニ獨立ノ訴ニ依リ現ニ存スル該差押及ヒ轉付命令ノ無效確認ヲ求メテ右執行ノ效果ノ發生ヲ妨ケントスル訴訟ハ適法ナリトス(札幌地方裁判所大正五年八月十三日判決本書第五卷民訴四二八頁)

判決ニ贊同ス蓋シ債務名義ハ實體法上執行債權ノ存在スルコトヲ前提トスト雖モ其債權ノ不存在ハ當然債務名義ノ執行力ヲ失ハシムルモノニアラス換言スレハ請求異議ノ訴(民訴五四五條)ニ基キ債務名義ノ執行力ヲ廢棄スルノ裁判ヲ受ケサル限リハ依然トシテ執行力ヲ保有スルモノトス而シテ轉付命令ハ强制執行ノ方法トシテ爲サルルモノナレハ債務名義ニシテ執行力ヲ存スル以上之ニ基キ發セラレタル轉付命令モ亦執行法上適法ニシテ有效ナリト謂ハサルヘカラサルヲ以テナリ既ニ轉付命令ニシテ有效ナル以上轉付命令ノ目的タル債權ハ有效ニ差押債權者ニ移轉スヘク之ニ對シテ債權轉付ノ效力ヲ否定スルニ由ナキモノトス固ヨリ差押債權者ニ對シ不當利得ニ基キ返還請求ヲ爲シ得ヘキハ論ヲ俟タス

一九五第二項 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

一四四 判決ハ其主文ニ包含スルモノニ限リ確定力ヲ有ス

四一三 訴ノ變更ハ相手方ノ承諾アルトキト雖モ之ヲ許サス

五四三 履行ノ全部又ハ一部カ債務者ヘ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ不能ト爲リタルトキハ債權者ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得

控訴人カ第二審ニ於テ契約ハ被控訴人ノ詐欺ニ因ル控訴人ノ買受ノ意思表示ナリトシテ之ヲ取消シ代金ノ返還ヲ求ムル旨新ニ附加主張スルハ舊來ノ主張タル契約ハ被控訴人ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ履行不能ニ歸シタリトシテ該契約ヲ解除シテ爲ス代金返還ノ請求トハ別個ノ原因ニ基ク訴ナルニヨリ第二審ニ於ケル新訴ハ不適法トシテ却下スヘキモノトス」

賣買契約ニ要素ノ錯誤アリトシテ契約ノ無效ヲ主張シテ爲ス代金返還請求ノ訴ト履行不能ヲ原因トシテ賣買契約ヲ解除シテ爲ス代金返還請求ノ訴トハ請求ノ原因ヲ異ニスル別個ノ訴ナルヲ以テ前ノ訴ニ於テ原告敗訴ノ確定判決ノアリタルコトハ後ノ訴ヲ提起スルコトノ妨ト爲ルヘキモノニ非ス」

甲名義ノ乙銀行株式ヲ白紙委任狀付ニテ丙カ丁ニ賣渡シタルニ乙銀行カ株式名義ノ書換ヲ拒絶シ履行不能ニ歸シタル場合ニ於テ乙銀行カ書換ヲ拒絶シタルハ同銀行ノ承諾ヲ受クルニ非サレハ株式ノ讓渡ヲ爲スコトヲ得サル旨ノ同行ノ定款規定アルニ基キタルモノニテ而モ丙カ名義書換ノ妨害行爲ヲ爲シタルモノニ非サル限リ丁ハ其書換ヲ得サリシトスルモ丙ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ履行不能ト爲リタルモノト謂フヲ得ス」

控訴人ハ當審ニ於テ本件契約ハ被控訴人ノ詐欺ニ因ル控訴人ノ買受ノ意思表示ナリトシテ之レヲ取消シ代金ノ返還ヲ求ムル旨新ニ附加主張スト雖モ舊來ノ主張タル本件契約ハ被控訴人ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ履行不能ニ歸シタリトシテ該契約ヲ解

除シテ爲ス代金返還ノ請求トハ別個ノ原因ニ基ク訴ナルニヨリ右當審ニ於ケル新訴ハ不適法トシテ之ヲ却下スヘキモノトス次ニ被控訴人ノ第二ノ抗辯ニ付按スルニ(一)賣買契約ニ要素ノ錯誤アリトシテ契約ノ無效ヲ主張シテ爲ス代金返還請求ノ訴ト(二)履行不能ヲ原因トシテ賣買契約ヲ解除シテ爲ス代金返還請求ノ訴トハ請求ノ原因ヲ異ニスル別個ノ訴ナルヲ以テ當事者間ノ右(一)ノ訴ニ於ケル甲第二號證ノ控訴人敗訴ノ確定判決アリタルコトハ雙方爭ナシト雖モ其後ニ右(二)ノ訴ナル本件ノ訴ヲ提起スルノ妨トナルヘキモノニアラサレハ右抗辯ハ失當ナリ依テ本案請求ノ當否ニ付案スルニ賣主被控訴人買主控訴人間ニ大正三年一月九日及同月十三日ノ兩度ニ訴外安田太七等數名名義ノ株式會社京都貿易銀行株式二百七株ヲ白紙委任狀附ニテ賣買契約成立シ代金三千三百八十三圓ノ授受ヲ了シタルコト及其賣渡株式ニ付同銀行カ株式名義ノ書換ヲ拒絶シ遂ニ被控訴人ヨリノ履行カ不能ニ歸シタルコト竝ニ右同銀行カ書換ヲ拒絶シタルハ同銀行ノ承諾ヲ得ルニアラサレハ株式ノ讓渡ヲ爲スコトヲ得サル旨ノ同銀行ノ定款規定ヲ理由トシテ之レヲ拒ミタルモノナルコトハ當事者間ニ爭ナシ而シテ被控訴人ハ同銀行ニ右ノ如キ定款ノ規定アルコトハ當事者共契約當時之レヲ知了シ居タルモノナリト主張スルト雖控訴人カ其ノ事ヲ知リ居タリトノコトハ之レヲ認ムヘキ證左ナシ然レトモ被控訴人ヨリ賣渡株式ヲ株券ニ添付シテ控訴人ニ交付シタル名義書換ノ委任狀ニハ何等ノ缺點ナク同銀行ニ於テ異議ナキニ於テハ控訴人カ單獨ニ右委任狀テ同銀行ニ提出シテ株式名義書換ノ出來タリシモノナルコトハ控訴人ノ自陳ニヨリ明カナレハ被控訴人ハ右委任狀ノ交付ニヨリ控訴人ヲシテ控訴人カ單獨ニテ任意ニ同銀行ニ對シ名義書換ノ手續ヲ爲シ得ル地位ニ置キタルモノト謂フヘク本件ノ委任狀附ニテ爲シタル株式ノ賣買ニ於テハ被控訴人ハ其義務履行トシテハ名義書換ニ付完全ナル委任狀ヲ控訴人ニ交付スルヲ以テ足ルヘキモノナルカ故ニ被控訴人ニ於テ同銀行ニ對シ控訴人ヘノ株式名義書換ノ妨害行爲ヲ爲シタル等ノ事由ノ何等見ルヘキナキ限リ叟ノ如ク本件賣買契約ニ對シテハ第三者タル同銀行

ニ於テ定ムルノ規定ニ基キ控訴人ニ對スル株式名義ノ書換ヲ拒否シ控訴人カ其書換ヲ得サリシトスルモ被控訴人ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ履行不能ニナリタルモノト云フコトヲ得ス然ルニ被控訴人カ右等ノ妨害ヲ爲タリトノ事等ハ本件カ右履行不能カ被控訴人ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因ルモノナリトノコトハ本件一切ノ證據ニ依ルモ到底之レヲ認定スルニ足ラス却テ成立ニ爭ナキ甲第三號證ノ三ニ依レハ同銀行カ右書換ヲ拒ミタルハ控訴人カ同銀行ノ大株主トナリ同行ノ經營ヲ自己ノ掌中ニ納メントシタル野心アルコトヲ看破シタルニ因ルコトヲ認ムヘキヲ以テ控訴人カ被控訴人ノ責ニ歸スヘキ事由ニ由リ履行不能ニナリタリトシテ本件ノ賣買契約ヲ解除シテ爲ス代金返還ノ請求ハ失當ナリ（大阪控訴院大正八年(ネ)第七八號同年四月三〇日民二部多喜澤裁判長天野中込各判事判決法律新聞第一五五〇號三〇頁）

【關係事項】控訴棄却○賣買代金返還請求事件○控訴人中西雅二訴訟代理人辯護士伊藤三郎○被控訴人瀧野德右衞門訴訟代理人辯護士豐田義一郎

【判旨第一點請求原因ノ意義ニ關スル參照學說判例】

本書第七卷民訴八頁以下

【同第二點既判力ノ範圍ニ關スル參照學說判例】

本卷民訴一五頁以下同一三〇頁

一一一第二項　男カニ爭ハサル事實ハ原告若クハ被告ノ他ノ陳述ヨリ之ヲ爭ハントスル意思カ顯レサルトキハ自白シタルモノト看做ス

第三項　不知ノ陳述ハ原告若クハ被告ノ自己ノ行爲ニ非ス又自己ノ實驗シタルモノニモ非サル事實ニ限リ之ヲ許ス此場合ニ於テ不知ヲ以テ答ヘタル事實ハ爭ヒタルモノト看做ス

民法一二七　停止條件附法律行爲ハ條件成就ノ時ヨリ其效力ヲ生ス

解除條件附法律行爲ハ條件成就ノ時ヨリ其效力ヲ失フ

當事者カ條件成就ノ效果ヲ其成就以前ニ遡ラシムル意思ヲ表示シタルトキハ此意思ニ從フ

同九八五　前條ノ規定ニ依リテ家督相續人タル者ナキトキハ親族會ハ被相續人ノ親族、家族、分家ノ戶主又ハ本家若クハ分家ノ家族中ヨリ家督相續人タル者ヲ選定ス

前項ニ掲ケタル者ノ中ニ家督相續人タル者ナキトキハ親族會ハ他人ノ中ヨリ之ヲ選定ス

親族會ハ正當ノ事由アル場合ニ限リ前二項ノ規定ニ拘ハラス裁判所ノ許可ヲ得テ他人ヲ選定スルコトヲ得

裁判上ノ自白ハ當事者カ相手方ノ事實上ノ主張ヲ眞實ナリトスル意思表示ナレハ事實ノ供述ハ之ヲ裁判上ノ自白ト謂フヲ得サルモノニ非事實上ノ供述ヲ變更シタルモ固ヨリ裁判上ノ自白ノ取消ト同視スヘキモノニ非サルカ故ニ其執レカ眞相ニ適スルヤハ裁判所自由ニ之ヲ判斷シ得ヘキモノトス』家督相續人選定決議ノ承諾ニ係ラシメタル所謂停止條件付ノ決議ハ無效トス』

控訴人カ元山田いちノ兩從姉義ニ該ル親族ニシテ控訴人等カ亡山田いちノ家督相續人選定ノ爲メ親族會員ニ選定セラレ三浦きせヲ亡山田いちノ家督相續人ニ選定シタルコトハ當事者間ニ爭ナシ控訴代理人ハ右相續人選定決議ノ前大正七年六月二十八日被控訴人等ハ被控訴人熊りゑヲ右山田いちノ家督相續人選定ノ決議ヲ爲シタル旨ヲ主張シ大正七年十一月七日付原審口頭辯論調書中被控訴人等供述ノ「同年六月二十八日ノ親族會ニ於テ被控訴人りゑヲ山田いちノ家督相續人ニ選任シタル所亞二十八日ニ至リりゑヨリ辭退シタルニ付キ被控訴人六次郎ノ長女ヲ選定シタル旨ノ記載ヲ其自白トシテ援用スレトモ凡ソ裁判上ノ自白ハ當事者カ相手方ノ事實上ノ主張ヲ眞實ナリトスル意思表示ヲ謂フモノナリ然ルニ該口頭辯論調書ニヨリ明白ナル如ク控訴人ハ當時毫モ右ノ如キ事實上ノ主張ヲ爲シ居リタルモノニアラサルカ故ニ假リニ

之ヲ控訴代理人見解ノ如キ事實ノ供述ト解スヘキモノトスルモ之ヲ裁判上ノ自由ト謂フヲ得ス然ラハ被控訴人ハ自由ニ右供述ヲ變更シ得ルモノニシテ大正八年一月十八日付原審口頭辯論調書及原判決被告抗辯摘示ニヨリ明白ナルカ如ク控訴人カ未タ斯ル事實上ノ主張ヲ爲ササル前被控訴代理人ハ此點ニ關シ大正七年八月二十八日親族會員タル被控訴人等カ被控訴人六次郎方ニ集リ協議ヲ爲シ熊リ五ヲ相續人ニ選定シ若シ之ニ從ハサルトキハ被控訴人六次郎ノ長女きせヲ相續人ト爲スコトヲ申向ケタル所リ五ハ熟考ノ末辭退シタルニ付キ翌二十九日せきヲ相續人ト爲シタル旨ヲ以テ前事實上ノ供述ヲ變更シ假リニ之ヲ以テ裁判上ノ自由ノ取消ト同視スヘキ者ニアラサルカ故ニ其執レカ眞相ニ適スルヤハ自由ニ之ヲ判斷シ得ヘキモノトスル而シテ之ヲ對照スルニ其用語ニ精粗異ナル所ナク被控訴人代理人カ後ノ申立ヲ以テ被控訴人代理人ノ從前ノ供述ヲ補足釋明シタルモノト解スルヲ妥當トスルニヨリ右大正八年一月十八日付原審口頭辯論調書及原判決摘示ニ記載ノ被控訴代理人ノ供述ヲ以テ事實ト認ムルヲ相當トス被控訴代理人ハ更ニ當審ニ至リ右熊リ五ニ關スル部分ハ未タ選定ノ決議ト謂フヘキモノニアラス被控訴人等親族會員カ若シ熊リ五カ承諾スルニ於テハ同人ヲ亡山田いちノ家督相續人ニ選定シ若シ承諾セサルトキハ六次郎ノ長女きせヲ同相續人ニ選定スルコトヲ申合セタルニ過キスト釋明シタルカ故ニ之ヲ案スルニ大正八年一月十六日付原審口頭辯論調書及原判決摘示ニハ熊リ五ヲ相續人ニ選定シトアルモ直ニ之ニ附加シテ若シ熊リ五カ之ヲ承諾セサルトキハ同人ヲ亡山田いちノ家督相續人ニ選定スルコトヲ爲シタル旨記載シアリテ右供述ハ單純ニ熊リ五ヲ家督相續人ニ選定シタリトノ趣旨ニアラサルコト一見明瞭ナルト同時ニ被選定者熊リ五ノ意思ヲ尊重シ之ヲ標準トシテ爲ス趣旨ヲ明記シ得ルカ故ニ之ヲ相續人選定ノ決議ト謂ハンヨリハ寧ロ被控訴代理人カ當審ニ於テ釋明スルカ如ク親族會員ニ於テ熊リ五ヲ相續人ニ選定スヘキヤ否ヤヲ決スヘキコトヲ申合セタル程度ノモノ

ト認ルヲ以テ當時ニ於タル被控訴人等親族會員ノ意思ニ最モ適合スルモノト認メラルル假リニ之ヲ以テ決議ト謂ヒ得ヘキモノトスルモ右供述ニ次テ若シ熊リ五ニ於テ承諾出來サル時ハ被控訴人六次郎ノ長女きせヲ相續人トスルコトヲ爲シ之レヲ熊リ五ニ申向ケタル所リ五ハ之ヲ辭退シタルニヨリ翌日きせヲ相續人ニ選定シタルニ照應スルトキハ其選定ノ決議ハ效力ノ發生ヲ被選定者リ五ノ承諾ニ係ラシメタル所謂停止條件付ノ決議ト謂ハサルヘカラス斯ル決議ハ家督相續人選定ノ決議ノ性質ニ缺ケ無效ナルコト論ヲ俟タサルノミナラス右ノ如ク被選定者熊リ五ニ於テ之ヲ辭退シタル以上ハ到底其效力ヲ發生スヘキモノニアラス既ニ然ラハ右執レノ見解ニ從フモ其翌二十八日ノ親族會議行會議ニ於テ被控訴人等親族會員カ直ニ三浦せきヲ亡山田いちノ家督相續人ニ選定決議ヲ爲シタルハ毫モ違法ニアラサルカ故ニ之ヲ無效ナリトスル控訴人ノ主張ハ之ヲ採用シ難シ故ニ原審ニ於テ控訴人ノ請求ヲ排斥シタルハ至當ニシテ本控訴ハ其理由ナキニヨリ民事訴訟法第七十七條ヲ適用シ主文ノ如ク判決ス（長崎控訴院大正八年(ネ)第一一二號同年六月一三日民部判決法律新聞第一五七四號二〇頁）

【關係事項】控訴棄却○原審長崎地方○親族會決議取消請求事件○控訴人熊榮吉訴訟代理人辯護士藤川悦太郎○被控訴人三浦六次郎外二人訴訟代理人辯護士小山五郎

【判旨第一點裁判上ノ自白ノ意義ニ關スル參照學說判例】

一 自白トハ請求ノ基因タル可キ訴訟相手方ノ事實上ノ陳述ハ眞實トノ原告若クハ被告ノ陳述ヲ云フ即チ係爭ノ事實ハ相手方ノ陳述ノ如ク確定セラレタシトノ意思表示ニ外ナラス（法學博士高木豊三民事訴訟法論綱二九六頁）

二 裁判上ノ自白ハ當事者ノ一方カ自己ニ利益ナル事實ヲ主張シタル後ニ至リ他ノ一方カ裁判所ノ之ヲ認ムルコトヲ承認スル意思ヲ表示スルニ依リテ成立スルヲ通常トス（法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論上卷二四二頁）

三 自白トハ當事者ノ一方カ自己ニ不利益ナル陳述ヲ爲シ若クハ相手方カ陳述シタル事實ニシテ自己ニ不利益ナルモノヲ然リトスル陳述ヲ云フ裁判上ノ自白トハ現在ノ訴訟ノ進行中口頭辯論期日又ハ受命判事若クハ受託判事ノ面前ニ於テ當事者ノ一方ノ自己ニ不利ナル事實ヲ眞實ナリトスル陳述ヲ云フ（法學博士松本博士仁井田博士小山博士高木博士）

板倉博士　自白ハ訴訟當事者カ自己ノ爲メ不利益ナル效果ヲ生スヘキ事項ヲ承認スルヲ謂フ約言セハ相手方ノ事實上ノ陳述ニシテ自己ノ不利益ナルモノヲ眞實ナリト告白スルヲ謂フ（法學博士板倉松太郎氏民事訴訟法論八八頁）

岩田學士　自白トハ相手方ノ主張スル事實ニシテ自己ノ權利上ニ不利益ナルモノヲ眞實ナリトスルコトヲ承認スル意思表示ナリ（法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論二七五頁）

岩本學士　自白トハ相手方ノ爲シタル事實上ノ主張眞實ナリトスル意思表示ナリ裁判上ノ自白ハ受更訴裁判所ノ口頭辯論ニ於テ受命判事又ハ受託判事ノ面前ニ於テ相手方主張ノ自己ニ不利益ナル事實ヲ其訴訟ニ於テ眞實ナリトスル一方的意思表示ナリ（法學士岩本勇次郎氏民事訴訟法一〇二頁）

横田學士　自白トハ相手方ノ主張シタル事實カ證據ヲ要セスシテ眞實ナリトノ陳述ヲ謂フ（法學士横田五郎氏民事訴訟法第一編一八二頁）

大審院　八　裁判上ノ自白ハ訴訟當事者ノ一方カ相手方ニ於テ其利益ノ爲メニ主張シタル事實ニ付キ之ヲ眞實ナリト認ムル意思表示ナリトス故ニ相手方ノ主張シタル事實ニ非サル當事者ノ一方ノ事實上ノ主張又ハ當事者一方ノ事實上ノ主張ニシテ相手方カ之ヲ辯駁スル爲メニ設ケタル假定論ニ照應スルモノノ如キハ自白ヲ以テ目スヘキモノニ非ス（大審院大正七年八月六日民一部判決本書第七卷民訴四二〇頁）

九　裁判上ノ自白トハ訴訟ニ於テ當事者ノ一方カ相手方ノ主張ノ事實ヲ眞實ナリトシテ肯認スル積極的行爲ヲ謂フモノトス（大審院大正四年九月二九日判決民事三部民事判決錄第二一輯一五二一頁）

一〇　自白ハ相手方カ其利益ノ爲メニ主張シタル事實ヲ眞實ナリトスル事實ヲ眞實ナリトスル觀念ノ表示ナレハ自己ノ利益ノ爲メ主張シタル事實ノ陳述ヲ以テ自白ナリトスルヲ得ス（大審院明治四四年四月七日判決本書第四卷民訴三四九頁）

一一　裁判上ノ自白トハ相手方カ主張ノ事實カ眞實ナリトノ裁判所ニ對スル表示ヲ指スモノナルヲ以テ當事者カ裁判所ニ於テ證書ノ成立ヲ承認スルハ裁判上ノ自白ニ外ナラス（大審院大正元年一二月一四日民事一部判決民事判決錄第一八輯一〇三五頁）

一二　自白ハ事實ニ關スル相手方ノ陳述ニ一致シ之ヲ承認スルモノナリ（東京控訴院大正元年一二月二八日判決本書第二卷民訴三一頁）

一三　裁判上ノ自白ハ訴訟當事者ノ一方カ權利ノ否存ニ關スル相手方ノ明ニスル訴訟上ノ意思表示ナリ（大阪控訴院明治四一年一月一四日民事一部判決法律新聞第四九一號六五一頁）

東京控訴院

大阪控訴院

【判旨第三點親族法相續法上ノ行爲ト條件ノ許可ニ關スル同趣旨學說】

富井博士　一　近世ニ在リテハ條件及ヒ期限ハ諸種ノ法律行爲ニ之ヲ附スルコトヲ得ルヲ原則トス然リト雖モ亦其例外ナキニ非ス即チ法律行爲ノ性質上之ヲ附スルコトヲ得サルモノアリ例ヘハ催告婚姻養子緣組私生子ノ認知相續ノ承認又ハ拋棄等是ナリ又法律ノ規定ヲ以テ特ニ之ヲ附スルコトヲ禁シタルモノアリ（法學博士富井政章氏民法原論總則四八二頁）

平沼博士　二　親族相續ニ關スル法律行爲ハ大率其性質上條件ヲ附スルコトヲ許サス婚姻養子緣組私生子ノ認知離婚緣相續ノ承認拋棄

川名博士　ノ如シ（法學博士平沼騏一郎氏民法總論六二一頁）

中島博士　三　親族法ニ特有ナル法律行爲（養子緣組婚姻離緣離婚私生兒ノ認知等）ハ條件ニ親マサルモノトス之ニ條件ヲ附シ其法律上ノ效果ヲ不明ナラシムル事カ善良ノ風俗ニ反スルカ故ナリ（法學博士川名榮四郎氏民法總論二五四頁）

四　條件ノ附加カ法律行爲ヲシテ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スル性質ヲ帶サシムル場合例之婚姻離緣組離緣隱居私生子ノ認知婚出子ノ否認離緣復緣拒絕等ノ親族上ノ行爲ニ於テハ其性質上其關係ハ絕對的ニ確定シ且ツ永久ニ確定スルヲ以テ法律ノ希望トナス故ニ停止條件又ハ解除條件ヲ附スルヲ得サルモノトス（法學博士中島玉吉氏民法釋義總則七一七頁）

松岡博士　五　或法律行爲ニハ其性質ニ依リ條件ヲ附スルコトヲ得ス例之婚姻緣組私生子認知ノ如キ親族上ノ法律行爲又ハ相續上ノ法律行爲ノ如シ（法學博士松岡義正氏民法總則五一七頁）

鳩山博士　六　條件ヲ附スルコトカ直接ニ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル場合例之婚姻離緣養子緣組離緣ノ如ク夫婦關係親子關係ノ成立又ハ解消ヲ目的トスルモノハ國民道德ト直接關係ヲ有シ其關係ノ存否ノ明瞭ナルヘキコトハ公益ノ要求スル所ナリ故ニ我民法第九十條ノ適用上條件ヲ附スルヲ得ス例ヘハ婚姻緣組離緣ノ如ク特別ノ明文無シト雖モ民法第九十條ノ適用上條件ヲ附シタル以上ノ行爲ハ無效ナリト謂ハサルヘカラス（法學博士鳩山秀夫氏日本民法註釋二卷四六八頁）

松岡博士　七　法律行爲ニ條件ヲ附スルコトカ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル性質ヲ帶サシムル場合例之婚姻離緣養子緣組離緣離居私生子認知相續ノ承認拋棄等ニハ條件ヲ附スルヲ得ス（法學士嘉山幹一氏民法總論大正三年中大講義三一二頁）

嘉山博士　八　法律ハ公益ヲ犧牲トシテ個人ノ意思ノ效力ヲ認メ得サルカ故ニ條件期限ヲ附加スルコトカ公秩良俗ニ反スル場合ニハ之ヲ禁セサルヘカラス法律ニ特別ノ明文ナシト雖モ民法第九〇條ノ適用上然ラサルヘカラサルナリ（法學士鳩山一郎氏民法總則日大講義三九三頁）

鳩山學士

判旨第一點ハ裁判上ノ自白ハ相手方ノ事實上ノ主張ヲ眞實ナリトスル陳述ナレハ相手方ノ主張事實ニ對應セサルモノハ自白ニ非サル事實ノ供述ナリト爲スモノニシテ固ヨリ正當ナリ唯自白カ意思表示即處分行爲ナリヤ認識ノ表示ナリヤハ我民事訴訟法ノ解釋上議論ノ存スル所ニシテ吾人ハ後ノ見解ヲ以テ正當トス（本書第六卷民訴八頁同第四卷民訴三四九頁評論）從テ判旨カ裁判上ノ自白ハ云々意思表示ナリト云ヘルハ前ノ意義ニ解シタルモノナリトセハ吾人之ヲ採ラス同

第二點亦正當ナリ同第三點亦正當ナリ蓋シ親族會ノ爲シタル家督相續人選定ノ決議ハ被選定者ノ承諾ヲ俟タスシテ效力ヲ生スルコト勿論ニシテ若シ其承諾ヲ以テ效力發生ノ條件ト爲スカ如キハ戸主タル地位ヲ不確定ノ狀態ニ懸ラシメ一家ノ安全ヲ害シ公ノ秩序ヲ紊ルヲ以テ斯ル條件付行爲ハ法ノ許ササル無效ノモノナリト謂ハサルヘカラサレハナリ

東京控訴院判決

二九七　左ニ揭クル者ハ證言ヲ拒ムコトヲ得

第一　原告若クハ被告又ハ其配偶者ト親族ナルトキ但姻族ニ付テハ婚姻ノ解除シタルトキト雖モ亦同シ

第三　原告若クハ被告ト同居スル者又ハ雇人トシテ之ニ仕フル者

民事訴訟法第二九七條第三號ニ所謂同居スル者トハ親族ニ非サル同居者ヲ指稱スルモノニシテ同居ノ親族ハ之ヲ包含セサルモノト解スヘキヲ以テ同居者ト雖モ親族ナル以上ハ立會證人トシテ關係シタル事項ニ付テハ證言ヲ拒絕スルコトヲ得サルモノトス」

抗告理由ノ要旨ハ本件ノ忌避申立ニ係ル證人濱新一郎ハ本案訴訟ノ原告タル濱とみよノ夫ニシテ林かんハ原被告ノ實母ナルモ新一郎ハ原告とみよト同居シかんハ原告林助四郎ト同居スルモノナルカ故ニ其訊問事項カ假令立會行爲ニ關スル場合ト雖民事訴訟法第二百九十七條第三號ニ依リ證言ヲ拒絕スルコトヲ得ルモノナレハ相手方タル本案被告即チ抗告人ハ同法第三百三條ニ依リ右證人兩名ニ對シ忌避ノ申立ヲ爲シタルニ松本支部カ理由ナシトシテ申立ヲ却下シタルハ不當ナリト謂フニ在リ然レトモ民事訴訟法第二百九十七條第三號ニ所謂同居スル者トハ親族ニアラサル同

今村氏

伊藤學士

大審院

名古屋控訴院

居者ヲ指稱スルモノニシテ同居ノ親族ハ之ヲ包含セサルモノト解スヘキヲ以テ同居者ト雖モ親族ナル以上ハ立會證人トシテ關係シタル事項ニ付テハ證言ヲ拒絕スルコトヲ得サルモノトス而シテ右證人兩名ニ對スル訊問事項カ何レモ立會行爲ニ關スル事項ナルコトハ本案記錄添付ノ證據申請書ニ徵シ明ナルヲ以テ松本支部カ忌避ノ申請ヲ理由ナシトシ却下ノ決定ヲ與ヘタルハ正當ナリ（東京控訴大正八年(ラ)第二五號同年六月六日民三部岩本裁判長宇野水口各判事判決）

【關係事項】　棄却○忌避申請決定抗告事件○抗告人林兵一宮島鎌三郎

【民訴法第二九七條ノ同居人ノ意義ニ關スル參照學說判例】

一　第三號ニ所謂原告若クハ被告ト同居スル者トハ親族若クハ故舊其他關係ノ如何ヲ問ハス總テノ同居人ヲ指ス此同居人ハ事實上其家人ニ對シ證言スルニ困難ナル場合アル可キカ故ニ證言ヲ拒絕スルノ權利ヲ與フルモノナリ（今村信行氏民事訴訟法註解上卷六六三頁）

二　原告若クハ被告ノ同居人又ハ被雇人ニシテ其同居人又ハ雇主タル原告若クハ被告ニ不利ノ證言ヲ爲スカ如キハ人情ノ忍フ能ハサル所ナルヲ以テ殊ニ此例外ヲ設ケタルナリ而シテ玆ニ所謂同居人タル以上ハ親族ナルト故舊ナルト否トハ之レヲ問ハス（法學士伊藤悌治氏民事訴訟法正解合本下一八二頁）

三　民事訴訟法第二九七條第一項第三號ニ所謂原告若クハ被告ト同居スル者トハ原告若クハ被告ノ親族ニアラスシテ一家內ニ同棲スル者ヲ指スモノニシテ親族ニシテ同居スル者ヲモ包含セシムル趣旨ニアラサルモノトス（大審院大正七年六月一三日民二部判決本書第七卷民訴二二三頁）

四　民事訴訟法第二九七條第三號ニ原告若クハ被告ト同居スル者トアルハ原告若クハ被告ノ同居人ヲ指稱スルモノニシテ而シテ右同居人トハ戸主其他世帶主タル原告若クハ被告方ニ同居スル者ヲ謂フ（大正七年三月二八日大審院判決本卷民訴一一七頁）

五　民事訴訟法第二九七條第一項第三號ニ所謂原告若クハ被告ト同居スル者トハ原告若クハ被告ノ親族ニ非スシテ一家ニ同居スル者ヲ指稱シ親族ニシテ同居スル者ヲ包含セサルモノトス（四四年五月二〇日判決大審院民事判決錄一七輯三〇五頁）

六　民事訴訟法第二九七條ハ單純ニ第一原告若クハ被告ノ親族第二原告若クハ被告ノ後見ヲ受クル者第三原告若クハ被告ト同居スル者又ハ雇人トシテ之ニ仕フル者ハ總テ證言ヲ拒ムコトヲ得ル旨ヲ規定シタルニ止マリ何等制限的ノ規定ヲ爲ササルヲ以テ第一號ニ該當スル者即チ原告若クハ被告ト親族關係ヲ有スル者ハ之ヲ第二號及ヒ第三號ニ揭クル者ノ中ヨリ除外シ第二號ハ親族關係ヲ有セサル原告若クハ被告ノ被後見人ノミヲ指稱シ第三號モ亦親族關係ヲ有セサル同居者又ハ雇人ノミヲ指稱スルモノト解釋セサルヲ得ス故ニ同條第一項第一號乃至第三號ニ揭クル身分關係ハ各獨立シテ證言拒絕ノ原因ヲ爲スモノト謂フヘク

從ツテ同法第二九九條ニ掲クル事項ニ付キ證言ヲ爲スヘキ場合ニ於テ證人カ原告若クハ被告ト親族關係ヲ有スルト同時ニ之ト同居スル者ナルトキハ親族關係ヲ以テ證言ヲ拒ムノトヲ得サルハ明カナリト雖モ同居者トシテハ證言ヲ拒ムコトヲ得ルモノト謂ハサル可ラス（明治四三年一二月一〇日判決法律新聞六四七頁）

七　原告カ證人松平信親方ニ同居セルモノナリトノコトハ乙第一號證ニ依リテハ未タ之ヲ認ムルヲ得サルノミナラス民事訴訟法第二九七條第一項第三號ニ所謂原告若クハ被告ト同居スル者トハ證人カ當事者ノ家ニ同居セル場合ヲ指スモノニ非ラサルヲ以テ本件忌避ノ申請ハ原因ナキモノト云ハサルヘカラス（明治三九年一二月二一日判決法律新聞四〇五號四六四頁）

至當ノ判決ナリ（本書第七卷民訴二二四頁評論參照）

（八四）

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ントノ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ツルコトヲ得

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以下數條ニ於テ差異ノ生スルトキハ此限ニ在ラス

七五九　特別ノ事精アルトキニ限リ保證ヲ立テシメ假處分ノ取消ヲ許スコトヲ得

假處分命令アリタル後債權者カ本案ノ訴訟ニ於テ第一二審共請求棄却ノ判決言渡ヲ受ケタルコトハ即チ假處分ニ準用アル民事訴訟法第七四七條ニ所謂事情ノ變更アリタル場合ニ該當ス」

假處分ノ命令アリタル後被申請人（債權者）カ本案ノ訴訟ニ於テ第一、二審共請求棄却ノ判決言渡ヲ受ケタルコトハ當事者間爭ナキ所ニシテ右ハ即チ假處分ニ準用アル民事訴訟法第七四七條ニ所謂事情ノ變更アリタル場合ニ該當スルヲ以テ申請人ノ申立ヲ正當トシ同法第五〇一條第四號ヲ適用シテ主文ノ如ク判決ス（東京地方大正八年（サ）四六五號同同年八月一六日民四部田村裁判長山崎細川判各事判決）

東京地方裁判所判決

【關係事項】假處分命令取消○假處分取消申請事件○申請人太田泰助訴訟代理人辯護士松尾菊太郎被申請人西廣捨吉訴訟代理人辯護士秋山朗

【假處分取消ノ理由タル事情變更ニ關スル參照判例】

一　假處分ニ付テモ其理由消滅シ其他事情ノ變更シタルトキハ民事訴訟法第七五六條第七四七條ニ依リ之カ取消ヲ許スヘキモノトス

民事訴訟法第七五九條ハ同法第七四七條第一項後段ノミニ對スル特別規定ニシテ保證ヲ立テシメテ假處分ノ取消ヲ許スハ特別ノ事情アルトキニ限ルモノトス

家督相續回復請求ノ訴訟ニ付キ原告カ第一審第二審トモ實體上ノ理由ニ依リ敗訴ノ判決ヲ受ケ其假處分申請ニ當リ疏明シタル事實ト反對ナル事實ノ存在ヲ觀得ルニ至リタルトキハ該判決ハ未確定ナルモ事情ノ變更アリタルモノニシテ假處分ノ取消ヲ許スヘキモノトス（大審院大正六年二月二一日判決本書第六卷民訴七六頁）

二　特定ノ給付ニ關スル權利ノ實行ハ金錢債權又ハ金錢債權ニ代フルコトヲ得ヘキ請求トハ異ナリ保證ヲ立ツルコトヲ以テ之ヲ擔保スルコトヲ得ヘキニ非サルカ故ニ民事訴訟法第七五九條ハ保證ヲ立テシメテ假處分ノ取消ヲ許スニハ特別ノ事情アルコトヲ要スルモノトシ差押ニ關スル同法第七四五條第二項第七四七條第一項ノ如ク裁判所ノ自由ナル意見ヲ以テ定ムル保證ヲ立ツルコトノミヲ以テハ取消ヲ許ササルモノトス

保證ヲ立ツルコト以外ノ理由ニ因ル假差押ノ取消ニ關スル民事訴訟法第七四五條第二項第七四七條第一項等ノ規定ハ假處分ニ付テ同法第七五六條ニ依ル準用アルヲ以テ假處分ノ取消ニ付テハ常ニ保證ヲ立ツルコトヲ要スルモノニ非ス（大審院大正四年（オ）第九五七號同五年一月二十六日判決本書第五卷民訴一二三頁）

三　債務者カ假差押又ハ假處分ノ取消ヲ申立ツル場合ハ假差押又ハ假處分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ヘキ保證ヲ立テントノ提供ヲ爲シタルコトハ民事訴訟法第七四七條第七五六條ニ照シ明ナル所ナレハ債務者カ理由ノ消滅若クハ事情ノ變更ニ基キ假差押又ハ假處分ノ取消ヲ申立テタルトキハ裁判所ハ理由ノ消滅シタルヤ否ヤ若クハ事情ノ變更シタルヤ否ヤヲ判斷セサル可カラサルコト勿論ナリ（同上四一年十月二九日民一部判決民事判決錄一四輯一〇六五頁）

四　假差押物又ハ假處分ニ付キ其本家ノ請求原因消滅シタル場合ハ民事訴訟法第七四七條ノ所謂事情ノ變更シタルモノニ該當ス（同上一〇六二頁）

五　假處分ノ取消ハ縱令保證ヲ立ツル申立アルモ特別ノ情況アルニ非サレハ之ヲ許スヘキモノニ非ス（同上三三年四月二八日民一部判決民事判決錄五輯四卷八八頁）

六　裁判所カ終局判決ヲ以テ起訴者ノ請求ヲ排斥スルトキハ假處分ニ關スル事情ノ變更ト看做シ申立ニ依リ其處分ヲ取消スコトヲ得ヘキハ法律上當然ナリ（同上三一年五月三十日民二判決民事判決錄四輯五卷一〇三頁）

【民訴法第七五九條ト同法七四七條トノ關係ニ關スル參照學說】

一　第七五九條ノ規定ハ假處分命令ヲ取消スノ規定ナルヤ或ハ執行シタル假處分ヲ取消スノ規定ナキヤハ本條ノ解釋トシテ第

岩田學士

今村信行氏

一ニ生スル問題ナリ第七五四條ニ對照スレハ本條ハ執行シタル假處分ヲ取消スノ規定ナリト解釋スヘキモノノ如シト雖モ本條ハ同趣旨ニ解セサルヘカラス而シテ終局判決ヲ以テ裁判スルモノナレハ此點ヨリ觀ルモ第七五九條ニ規定セル假處分トハ假處分決定ヲ謂フモノナルヤ明ナリ次ニ生スル問題ハ本條ハ假差押ノ場合ニ於ケル異議ニ關スル規定ニ代ハルノ規定ナルヤ或ハ異議トハ關係ナキ別種ノ假處分取消ノ原因ヲ規定セルモノナルヤ是ナリ此問題ニ付キテハ前段ノ斷定ニ示セルカ如キ判例アレトモ余輩ハ本條ハ異議ニ非サル別種ノ假處分取消ノ原因ヲ規定セルモノ換言セハ第七四七條ト同性質ノ規定ナリト解釋ス何者異議ハ法律上假處分ヲ爲ス能ハサル場合ニ之ヲ爲シタルヲ攻撃スルノ方法ナレトモ第七四七條及ヒ第七五九條ハ適法ニ成立セル假差押及ヒ假處分命令ヲ攻撃スルノ方法ナルコトハ「假差押ノ理由消滅シ其他事情ヲ變更シタルトキ」トアル第七四七條ノ明文ニ徴スルモ明ナルノミナラス右兩條ヲ以テ異議ノ規定ナリトセハ之ヲ第七四四條ニ包含セシムルヲ得ルモノニシテ特ニ別箇ノ條文ト爲スノ要ナク又條文ニ異議ノ文字ヲ用ヒサルニ徴シテ之ヲ知ルヘキナリ然レトモ第七四七條又ハ第七五九條ノ裁判ヲ求ムル申立ヲ以テ廣義ノ異議即チ第七四四條第七五六條ノ異議ト別種ノモノト稱スルモ不都合ヲ生スルコトナシ本條ニ依レル假處分取消ノ申立ハ假處分ヲ爲シタル裁判所ニ本案訴訟ノ繫屬スルニ至ラハ本案裁判所ニ於テ之ヲ管轄シ又之ニ對スル裁判ハ判決裁判所ノ手續ヲ以テ之ヲ爲スヘキモノナルコトハ第七四七條第二項ノ準用上疑ナキ所ナリ（法學博士板倉松太郎氏强制執行法義海一〇一六頁―一〇一七頁）

二　假處分命令ニ對シテハ債務者ハ異議ヲ以テ不服ヲ申立ツルヲ得ヘク此場合ニハ第七四七條ノ適用アリ假處分執行ニ關スル異議及ヒ停止制限ハ第五四六條第五四九條第五五〇條等ノ適用アリ又假處分命分ノ取消ニ付テハ第七四七條假處分執行ノ取消ニ付テハ第七五三條ノ準用アルモノトス（法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論增補改版第十版一三〇八頁）

三　本條（七五九條）ハ假差押ノ規定ト最モ差異アル規定ニシテ假差押命令ハ債務者ニ保證ヲ立テシメ其命令ヲ取消スコトアリ（第七四一條第二項參照）又假差押命令ニハ常ニ其命令ノ執行ヲ取消ス爲メ債務者ノ供託スヘキ金額ヲ記載シ其金額ヲ供託スルニ於テハ假差押ノ執行ヲ取消スコトヲ得ヘキモノトセリ（第七四三條第七五四條第一項參照）然レトモ假處分ハ金錢ノ債權ニ關スルモノニアラサレハ保證ヲ以テ完全ニ其危險ヲ擔保スルニ足ラス故ニ單ニ保證ヲ立テタルノミヲ以テ假處分命令ヲ取消シ又ハ其命令ノ執行ヲ取消スコトヲ得セシメス是ヲ以テ假處分命令ニハ第七四三條ノ規定ニ依リ其執行ヲ取消ス爲メニ債務者ノ供託スヘキ金錢ヲ記載スルコトナク從テ第七五四條第一項ノ規定ニ依リ保證ヲ立テテ假處分命ノ執行ヲ取消スヘキ場合ナシ唯第七四七條第一項末段ノ規定ヲ適用スヘキ場合ニ於テ特別ナル事情ノ存スルトキニ限リ保證ヲ立テシメ假處分命令ヲ取消スコトヲ得ヘキモノト爲スニ過キス要スルニ本條ノ規定ハ第七四七條第一項末段ノ規定ニ一ノ制限ヲ加ヘタルモノナレハ本條ノ規定ニ依リ假處分命令ノ取消ヲ求メンニハ特別ナル事情ヲ疏明シ同條第二項ノ規定ニ依リ假處分ヲ爲シタル本案ノ裁判所ニ之カ申立ヲ爲サヽルヘカラス玆ニ注意スヘキコトハ本條ノ規定ハ如何ナル場合ト雖モ假處分命令ノ取消ハ特別ノ事情アリテ且保證ヲ立テタルニアラサレハ之ヲ爲スヲ得スト云フニ非ス假處分命令ヲ不當ナリトシテ控訴若クハ異議ノ申立ヲ爲シ又ハ假處分ノ理由消滅シタルカ爲メ其命令ノ取消ヲ求ムルトキハ假差押ノ場合ト同シク之カ取消ヲ爲スコトヲ得唯本條ノ制限ハ保證ヲ立テシメ假處分命令ヲ取消サンニハ特別ノ事情アルトキニ限ルト云フノ法意ニ外ナラス（今村氏民訴註釋下卷增訂再版一六七八頁）

加藤博士

（八五）

舊商法九八二第一項　破産者ノ財産ヲ以テ破産手續ノ費用ヲ償フニ足ラサルトキハ前條ノ手續ヲ除ク外其後ノ手續ヲ停止ス其手續ノ停止ハ之ヲ公告スルコトヲ要ス

第二項　破産手續ノ停止ハ其繼續スル間ハ第一〇四九條ニ揭ケタル效力ヲ有ス

同九八五　破産宣告ニ依リ破産者ハ破産手續ノ繼續中自己ノ財産ヲ占有シ管理シ及ヒ處分スル權利ヲ失フ

破産宣告ノ日ヨリ以後ハ破産者ノ爲シタル支拂其他總テノ權利行爲及ヒ破産者ニ爲シタル支拂ハ當然無效トス

破産者ノ動産不動産ニ關スル訴及ヒ執行ハ特ニ管理人ヨリ又ハ管財人ニ對シテ之ヲ起シ又ハ繼續スルコトヲ得

同一〇四九　破産手續終結ノ後ハ辨償ヲ受ケサル債權者ハ破産手續ニ於テ確定シタルニ因リテ得タル權利名義ニ基キ其債權ヲ債務者ニ對シテ行フコトヲ得

（一）舊商法第九八二條第三項第一〇四九條ニ依レハ各個債權者ハ破産手續停止中ニ在リテ破産者ノ財産ニ對シ個々ノ强制執行ヲ爲シ得ルコトヲ認メ其强制執行ヲ爲スカ爲メニハ確定判決其他ノ債務名義ヲ必要トスルヲ以テ債務名義取得ノ手段トシテ破産者ニ對シ訴ヲ提起スルコトモ亦法律ノ許容スル所ナリト解スヘキモノトス」

（二）破産者ハ破産宣告後ト雖モ行爲能力ヲ失フモノニ非ス破産財團ニ關スル行爲ト雖モ破産債權者ヲ害セサル範圍ニ於テハ有效ナリトス」

大正六年五月二十五日大阪地方裁判所第三民事部判決（法律新聞一三三六號二五頁）　破産ノ宣告ハ其手續停止中ト雖モ其效力ヲ存スルモノナルコトハ論ヲ俟タサル所ナリト雖モ舊商法破産篇第九百八十二條第千四十九條ニ依レハ破産手續停止中ニ於テハ各債權者ハ破産者ニ對シ各自其債權ニ付キ箇々ノ强制執行ヲ爲シ得ヘキコト明ニシテ其之レカ强制執行ヲ爲サンニハ其基礎ト爲ルヘキ確定判決等ノ債務名義ヲ必要トスルカ故ニ其停止中ニ於テハ破産者ヲ相手方トシテ訴ヲ提起スルコトモ亦法ノ許容シタルモノト認ムルヲ相當トスルヲ以テ本訴ハ適法ナリ二、被告ハ本件手形ハ破産宣告後ノ振出ニ係ルヲ以テ無效ナル旨抗爭スレトモ破産者ハ破産宣告後ト雖モ行爲能力ヲ喪失スヘキモノニ非サルカ故ニ其破産財團ニ關シテモ亦有效ニ法律行爲ヲ爲スコトヲ得ヘク唯其行爲ヲ以テ破産債權者ニ對抗シ得サルノ制限ヲ受クルニ過キス從ツテ破産宣告後ハ破産者ノ

松岡博士

行爲ト雖モ相手方トノ關係ニ於テハ有效ニ成立スルモノニシテ破產債權者ニ於テ其行爲ノ無效ヲ主張スルハ格別破產者自ラ破產宣告後ノ行爲ナリトシテ其無效ヲ主張シ其行爲ノ責任ヲ拒否スルヲ得サルヤ論ヲ俟タス

(一) 予輩ハ右判旨ニ贊成スル者ナリ先ツ判旨第一點ニ就テ之ヲ述ヘンニ破產手續停止ノ效力ニ關シテハ法律ハ詳細ナル規定ヲ設クル所ナシト雖モ舊商第九百八十二條ニ依レハ破產者ノ財產ヲ以テ破產手續ノ費用ヲ償フニ足ラサルトキハ前條ノ手續ヲ除ク外其後ノ手續トハ破產ノ宣告及其公告ニ外ナラス即チ破產財團カ破產手續ノ費用タモ償フニ足ラサルトキハ單ニ破產ノ宣告及ヒ其ノ公告ヲ爲スノミニ止メ總テ爾後ノ手續ヲ停止スルモノナリ故ニ破產手續停止中ニ在リテハ破產者ノ財產ニ對シ箇々ノ强制執行ヲ爲スカ爲メニハ本判例理由ノ示ス如ク確定判決其他ノ債務名義ヲ必要トス故ニ債權者ニ對シ訴ヲ提起スルコトモ亦法律ノ許容スル所ナリト謂ハサルヲ得サルナリ

(二) 次ニ判旨第二點モ亦予輩ノ贊成スル所ナリ蓋シ破產者ハ破產宣告後ト雖モ行爲能力ヲ失フモノニ非ス破產財團ニ關スル行爲ト雖モ破產債權者ヲ害セサル範圍ニ於テハ固ヨリ有效ナリ(法學博士加藤正治氏法學志林第二十一卷第六號三二頁、破產手續停止中破產者ニ容スル訴ノ適否及ヒ破產者ノ行爲能力」要領)

【論旨第一點 破產者ニ對スル訴ノ適否ニ關スル同趣旨學說】

一 破產手續ノ停止ハ破產其モノヲ終局セシムルニアラスシテ單ニ破產手續ヲ續行セサル止マル故ニ破產者ニ對スル破產宣告ノ效力ハ有效ニ存在シ破產者ニ爲シタル支拂其他ノ權利關係ハ當然無效ニシテ管財人カ有效ニ支拂ヲ受ケ或ハ破產債權者全體ノ損害ニ於テ爲サルヘキ破產者ノ行爲異議ノ申立ヲ爲スコトヲ得(商法第九八五條第一〇〇六條第九九〇條第九九一條)破產債權者ニ對スル破產宣告ノ效力モ亦然リ只例外トシテ破產手續停止中ハ破產債權者ニ各別的行爲ヲ爲スヲ得セシメタリ(商法第

大倉學士

遠藤學士

長濱學士

鈴木學士

九八二條第三項佛國商法第五二七條第二項)是レ蓋シ破產債權者ハ通常其數多ク且利害關係多キヲ以テ管財人ヨリ破產者ニ對スル注意ノ程度一層深キカ故ニ特ニ各別的行爲ヲ許シ可成的其權利ヲ全フスルヲ得セシムル目的ニ基クモノナラン而シテ破產債權者カ各別的訴訟行爲ヲ爲スノ必要ヲ生シタルトキハ(財產ノ假差押若クハ判決ヲ受ケ强制執行ヲ爲サントスル場合ニ起ルヘシ但シ此場合ニ於テ管財人カ破產ノ財產タルニ疑ヒナキトキハ訴訟ニ至ラシテ手續ノ再施ヲ爲スヘケレハナリ)商法第一〇四九條ニ規定セル效力トシテ破產者其者ヲ相手方ト爲スヘキモノニアラス何トナレハ若シ然ラスンハ各破產債權者ニ各別的行爲ヲ爲シ得ルノ權能ヲ認メタル法意ニ反スルヲ以テナリ(法學博士松岡義正氏破產法四八二頁)

二 破產手續ヲ停止シタル場合ニ於テモ破產者カ財產ヲ管理シ及ヒ處分スル權利ヲ失フコトハ其停止ナキ場合ト異ルコトナク又管財人ハ依然財團ヲ代表スルモノナリ然ラハ債權者ニ關シテハ同シク各個獨立ノ訴求ヲ停止セラルヘキカ如シト雖モ法律ハ特ニ規定ヲ設ケ恰モ配當ニ因リテ破產ノ終結ヲ告ケタル場合ト同シク各債權者カ破產者ニ對シ獨立訴求ヲ爲スコトヲ許セリ是レ蓋シ破產手續ノ中止ヨリ生スル管財人ノ事實上ノ職務休止ヲ補充セシメン趣旨ニ出テタルモノナリ(第九八二條第一項第三項改正案第三四〇條)法學士大倉鉁藏氏破產法一一七頁)

【同第二點 破產者ノ行爲能力ニ關スル同趣旨學說】

一 破產者ハ破產宣告ニ因リ行爲能力ヲ失フモノニアラサルヲ以テ破產宣告後ト雖モ法律行爲ヲ爲スコトヲ得然レトモ破產者ハ破產財團ニ關シ管理處分權ヲ失フヲ以テ其破產財團ニ關スルモノハ法律上一定ノ制限ヲ受クヘキハ理ノ當然ナリ現行法第九八五條第二項ニシテ其目的カ破產財團ニ屬スヘキ破產ニ關スルモノハ破產宣告ノ日ヨリ以後ハ破產者ノ爲シタル支拂其他總テノ權利行爲及破產者ニ爲シタル支拂ハ當然無效トスルノ規定アルヲ以テ破產宣告者ノ法律行爲ハ獨リ破產債權者ニ對シテ無效ナルノミナラス又行爲者ニ對シテモ絕對ニ無效ト解スヘキナリ瑪乙破產法ハ破產者ノ爲シタル法律行爲ハ破產債權者ニ對シテ無效トス(瑪破五)我草案モ亦破產者ノ法律行爲ハ破產債權者ニ對抗スルコトヲ得スト規定シ(草案五四)其無效ハ相對的ノミ無效ナリ故ニ破產者カ財團ニ關シタル法律行爲ハ破產債權者ニ益ヲ害スル範圍ニ於テ其效力ヲ主張スルコトヲ得サルモノニシテ若シ破產債權者カ之カ爲メニ利益ヲ受クルカ如キ場合ニハ寧ロ破產債權者ハ其法律行爲ノ效力ヲ援用スルコトヲ得サルモノニシテ若シ破產債權者カ之ヲ援用スルコトヲ得ヘシ(法學士遠藤武治氏破產法七三—七四頁)

二 破產財團ハ破產債權者團體ノ擔保的權利ノ目的物タルヲ以テ破產者ハ破產宣告ト共ニ此擔保的權利ヲ侵害スルノ行爲ヲ爲スコトヲ得サルナリ從テ破產者ハ破產宣告後破產財團ニ關シテ爲シタル法律行爲ハ之ヲ以テ破產債權者團體ニ對抗スルコトヲ得サルナリ(法學士長濱欽司氏法政大學破產法講義一〇一頁)

三 破產者ハ破產宣告後自己ノ財產ヲ管理及ヒ處分スルノ權利ヲ行使スルコトヲ一時停止セラルル者ナルカ故ニ破產宣告後破產者ノ爲シタル支拂其他總テノ法律行爲ハ破產財團ニ對シテハ無效ナリトス(法學士鈴木市太郎氏明治大學破產法講義三六頁)

論旨第一點ハ舊商法第九八二條及ヒ千四十九條ノ解釋上正當ナリト信ス

或ハ破産手續停止中ニアリテモ破産者ノ財產ニ對スル訴ハ管財人ニ對シテ之ヲ爲スヘシトノ說ナヤニ非スト雖モ第千四十九條ニ依ルハ債務者ニ對シテ執行ヲ爲スコトヲ得ルコトヲ認メタルヲ以テ其基本タル債務名義ヲ得ルノ手段タル訴モ亦債務者タル破產者ニ對シテ爲スコトヲ得ヘキモノト解セサルヘカラサルヲ以テナリ論旨第二點亦正當ナリ破產宣告後ト雖モ破產者カ行爲能力ヲ喪失スルモノニ非サルコトハ何等特別ノ明文ナキ限リ當然ノ理ナリト謂フヘク而シテ債務者ノ行爲カ債權者ノ債權ヲ害セサル範圍ニ於テ有效ナルコトハ民事訴訟法及ヒ破產法ヲ通シテ殆ント學說ノ一致スル所ナリ

（八六）

一二二第一項　裁判長ハ職權上調査スヘキ點ニ關シ相手方ヨリ起ヤサル疑ノ存スルトキハ其疑ニ付注意ヲ爲スコトヲ得

第二項　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說明ヲ補充シ證據方法ヲ申出テ其他事件ノ關係ヲ定ムルニ必要ナル陳述ヲ爲サシムルコトヲ得

一一三　事件ノ指揮ニ關スル裁判長ノ命又ハ裁判長若クハ陪席判事ノ發シタル問ニ對シ辯論ニ異カル者ヨリ不適法ナリーレヲ異議ヲ述ヘタルトキハ裁判所ハ其異議ニ付キ直チニ裁判ス

一一九　同一ノ請求ニ關シ數個ノ獨立ナル攻擊及ヒ防禦ノ方法ヲ提出シタルトキハ裁判所ハ先ツ辯論ヲ其一二ニ制限スルコトヲ得

一二四　裁判所ハ閉チタル辯論ノ再開ヲ命スルコトヲ得

二二七　各個ノ獨立ナル攻擊若クハ防禦ノ方法又ハ中間ノ爭カ裁判ヲ爲スニ熟スルトキハ中間判決ヲ以テ裁判ヲ爲スコトヲ得

辯論再開ニ關スル民事訴訟法第一二四條ノ規定ハ裁判所カ事件ニ付十分ニ說明

セラレサリシニ拘ハラス口頭辯論ヲ閉チタル場合ニ適用セラルヘキモノナレハ裁判所カ被告ノ提出シタル獨立ナル防禦方法ニ辯論ヲ制限シ最早や中間判決ヲ爲スニ熟シタル爲メ結審シタル場合ニ言渡期日ニ於テ曩ニ爲シタル辯論ノ制限ヲ解キ一旦閉チタル辯論ノ再開ヲ命スルカ如キハ同條ノ規定ヲ濫用シタル不適法ノモノナレハ當事者ハ同法第一一三條ニ基キ異議ヲ述フルコトヲ得ルモノトス」

裁判所ハ民訴第百二十四條「裁判所ハ閉チタル辯論ノ再開ヲ命スルコトヲ得」ト規定アルニヨリテ如何ナル場合ニモ閉チタル辯論ノ再開ヲ命スルコトヲ得ルカ玆ニ疑問ノ一例カアル訴訟ニ於テ被告カ或法律上ノ抗辯ヲ提出シタ若シ此抗辯カ理由アルトキハ原告ノ請求ハ却下セラルヘキテアッタ裁判所ハ玆ニ於テ辯論ヲ此抗辯ノ當否ニ制限シタ(民訴第百十九條)當事者ハ制限ノ範圍內ニ於テ辯論ヲナシ證據調カ終ッテ裁判所ハ結審ヲナシタ而ルニ裁判所ハ判決ノ言渡ヲ爲サスシテ辯論ノ再開ヲ命シタ再開セラレタル口頭辯論期日ニ於テ裁判所ハ「曩ニ爲シタル辯論ノ制限ハ之レヲ解ク」ト命シ本案全部ノ審理ニ入ッタ余ハカクノ如ク辯論ノ制限ヲ解ク爲メニ一旦閉チタル辯論ノ再開ヲ命スルコトカ適法テアルヤ否ヤヲ疑ッタ裁判所カ事件カ十分ニ說明セラレサリシニ不拘口頭辯論ヲ閉チタル場合即裁判所ノ結審カ早スキタル玆ニ於テ民事訴訟法ハ裁判所ヲシテ閉チタル辯論ノ再開ヲ命スルコトヲ許シテ訴訟ヲ結審前ノ程度ニ復セシメ裁判所ニ釋明權ヲ行使セシメ以テ事件ノ十分ナル說明ヲ爲サシムル方法ヲ認メタノテアル故ニコノ辯論再開ノ權能ハ唯判決裁判所ニノミ屬シ訴訟當事者ハ新事實又ハ新證據方法ノ提出ノ爲メニ裁判所ヲシテ閉チタル辯論ヲ再開セシムルコトカ出來ナイ辯論再開ノ規

定カ右ノ理由ニ基イタモノトスレハ前例ノ如キ場合即中間判決ヲナスニ十分熟シタルニ不拘判決ナササランカ爲メ又ハ當事者ニ和解ヲ勸告スルカ爲メ閉チタル辯論ノ再開ヲ命スルカ如キハ許ス可ラサルモノト考ヘル若シ裁判所カカカル違法ノ辯論再開ヲ命シタル場合當事者ハ之レニ對シ異議ヲ述フルコトヲ得ルカ余ハ第百十三條之レニ基キ裁判所ノ爲シタル辯論再開ノ命カ不適法ナリトシテ異議ヲ述フルコトカ出來ルト考ヘルノテアル(辯護士庄野理一氏日本辯護士協會錄事第二十三卷第五號十五頁「辯論ノ再開ニ就テ」要領)

【參照判例】

訴訟カ裁判ヲ爲スニ熟スルヤ否ヤノ鑑定ハ其裁判所ノ見込ニ任スヘキモノナルニ付キ一旦閉チタル辯論ヲ再開スルカ如キハ全ク裁判長ノ職權ニシテ訴訟當事者ノ權利ニ屬セス(大審院明治三五年民事判決錄四卷四四頁)

辯論再開ニ關スル第一二四條ノ趣旨ハ正ニ氏ノ解明セラルル所ニ相違ナカルヘシ然レトモ中間判決ヲ爲スト否トハ裁判所ノ便宜認定ノ問題ニ屬スヘク制限セラレタル辯論カ裁判ニ熟スル場合ニ裁判所カ中間判決ヲ爲サス從テ辯論ノ制限ヲ解ク結果辯論ヲ再開スルニ至ルモ不適法ト爲スヲ得サルヘシ但氏ノ指摘セラルルカ如キ場合ヲ見ルニ裁判所ノ處置稍妥當ナラサル感アリ然レトモ不妥當即不適法ト謂フヲ得サルナリ

【一九五第二項　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……
民法五五六　賣買ノ一方ノ豫約ハ相手方カ賣買ヲ完結スル意思ヲ表示シタル時ヨリ賣買ノ效力ヲ生ス】

民法第五五六條ニ所謂賣買ノ豫約ナルモノハ相手方ノ賣買完結ノ意思表示ヲ停止條

止條件トスル賣買契約ニハアラス純然タル賣買ハ相手方ノ賣買完結ノ意思表示ニ因リ始メテ成立スルモノト解スルヲ相當トス」

前訴ト本訴トハ均シク大正二年四月一九日ニ締結セラレタル賣買ノ豫約ニ基クモノナルモ前訴ハ大正三年一一月二四日賣買完結ノ意思表示ヲ爲シタルコトヲ原因トスルニ反シ本訴ハ大正六年一二月二七日賣買完結ノ意思表示ヲ爲シタルコトヲ原因トスルモノナレハ彼是請求原因ヲ異ニスルモノトス」

民法第五五六條ニ所謂賣買ノ豫約ナルモノハ相手方ノ賣買完結ノ意思表示ヲ停止條件トスル賣買契約ニハアラス純然タル一個ノ豫約ニシテ之ニ對スル本契約タル賣買ハ相手方ノ賣買完結ノ意思表示ニ因リ始メテ成立スルモノト解スルヲ相當トス而レテ本件ニ付キ原裁判所ノ確定スル所ニ依レハ前訴ト本訴トハ均シク大正二年四月十九日ニ締結セラレタル賣買ノ豫約ニ基クモノナルモ前訴ハ大正三年十一月二十四日賣買完結ノ意思表示ヲ爲シタルコトヲ原因トスルニ反シ本訴ハ大正六年十二月二十七日賣買完結ノ意思表示ヲ爲シタルコトヲ原因トスルモノナレハ彼此請求ノ原因ヲ異ニスルモノト謂ハサルヲ得ス然レハ原裁判所カ前訴ト本訴トハ同一ノ請求原因ニ基クモノニシテ二者全然同一訴訟ナリト爲シ被上告人ノ提出ニ係ル一事不再理ノ抗辯ヲ認容シタルハ所論ノ如ク不法ト謂ハサルヲ得ス故ニ原判決ハ此點ニ於テ全部破毀ヲ免カレサルモノトス　大審院大正八年(オ)第二一一號同年六月十日民一部田部裁判長榊原尾古鈴木三宅各判事判決)

【關係事項】破毀差戻○原審仙臺地方裁判所○契約履行請求事件○上告人兼原審被上告人菅原喜一郎訴訟代理人辯護士宮澤清作同末廣良三郎同中島寬二　被上告人兼原審上告人菅原慶之助訴訟代理人辯護士菊池儉輔同佐々木孝助同末廣良三郎同中島寬二

【賣買ノ一方的豫約ノ性質ニ關スル參照學說判例】

一 片務豫約トハ甲カ若シ相手方乙カ或ル土地ヲ一萬圓ニテ買ハント云ヘハ賣ルヘキコトヲ約ス乙ハ同樣ノ義務ヲ負フコトナシ或ハ乙ノミカ負フテ甲カ負ハサルモ可ナリ此ノ場合ニ付イテハ民法ニ規定セリ即チ相手方カ賣買ヲ締結スル意見ヲ表示シタルトキヨリ賣買ノ効力ヲ生ストセリ更ニ契約ヲ締結スルノ必要ナシ當事者ノ意思解釋ニヨリテ豫約上ノ債權者ヨリ賣買契約ヲナス意思ヲ表示スレハ賣買契約ハ成立スルナリ併シ其ノ意思表示ヲ爲スニ付キテハ其ノ期間ノ定メナキトキハ負約者ハ永久其豫約ニ拘束セラルヘキコトトナリ如斯ハ不當ナルカ故ニ催告ノ方法ニヨリ相手方ニ確答ヲ求ムル途ヲ開キ居レリ（法學博士富井政章氏明治四十五年東大講義謄寫本債權各論二三八頁）

二 理論上ヨリ豫約ノ性質ヲ尋ヌレハ賣主又買主ノミ或條件ヲ以テ賣買契約ヲ締結スル義務ヲ負ヒ相手方ハ單ニ其賣主又ハ買主カ自己ニ對シテ右ノ義務ヲ負フコトヲ承諾ヲ與ヘタルニ過キス故ニ此豫約ヲ實行センニハ更ニ賣買契約ヲ締結スルコトヲ要スヘシ然リト雖モ是無益ノ煩勞ニ過キサルヲ以テ本條第一項ニ於テハ特ニ豫約ノ相手方カ賣買ヲ完結スルノ意思ヲ表示シタルトキハ賣買ハ直ニ成立スルモノトセリ（法學博士梅謙次郎氏民法要義債權四七九頁）

三 一方ノ豫約ノ性質豫約ハ（一）之ヲ契約ノ申込ナリトスルモノト（二）之ヲ片務約束ニシテ豫約者ヲ拘束スルモノナリトスルモノアリ……一方ノ豫約ノ效力豫約ハ片務約束トシテ豫約者ヲ拘束スル效力ヲ有ス故ニ相手方カ賣買完結ノ意思ヲ表示スヘキ期間即チ豫約ノ有效期間ヲ定メサルトキト雖トモ豫約者ハ其ノ豫約ヲ取消スコトヲ得ス而シテ豫約ニ從ヒ相手方カ賣買完結ノ意思ヲ表示スルトキハ之ニ因リテ賣買成立ス之ニ反シ豫約ハ相手方ニ對シテハ毫モ拘束力ヲ有セサルヲ以テ相手方ハ必ス賣買ヲ成立セシムルノ義務ナキモノトス（法學博士岡松參太郎民法理由下卷次一九頁以下要領）

四 當事者一方ノ豫約トハ賣主又ハ買主カ相手方ニ對シ相手方ノ意思表示ニ因リテ賣買契約ヲ成立セシムルコトヲ約スル片務契約ヲ云フ此ノ豫約ノ性質ニ關シテハ大要四個ノ主義ニ類別スルコトヲ得ヘシ第一申込說第二賣買說第三條件附賣買說第四片務約束說之ナリ……片務約束說ニ依ルトキハ賣買ノ一方ノ豫約ハ確的ニ豫約者ヲ羈束シ之ヲシテ賣買契約ヲ締結スルノ債務ヲ負擔セシムルモノナリ而シテ契約ノ成立ニハ普通ノ手續ヲ省略シ相手方カ賣買完結ノ意思表示ヲ爲スト同時ニ賣買契約ヲ成立セシムルモノナリ我民法ハ即チ此主義ヲ採用シタルモノニシテ民法第五五六條第一項ニ賣買ノ一方ノ豫約ハ相手方カ賣買ヲ完結スル意思ヲ表示シタル時ヨリ賣買ノ効力ヲ生ストアルハ此意ニ外ナラス（法學博士横田秀雄氏債權各論二七三頁以下）

五 豫約トハ後日取結フ可キ契約ノ趣旨ヲ定メ以テ將來其ノ契約ノ取結ヲ爲スコトヲ約スルヲ謂ナリ故ニ豫約ニ依リテ將來或契約ヲ取結フ可キ義務ヲ負擔スル當事者ハ相手方ノ請求ニ依リテ契約ノ取結ニ必要ナル意表思示ヲ爲サヽルヘカラサルモノナリ然ルニ民法五五六條ノ規定ニ依レハ賣渡又ハ買受ノ一方ノ豫約ハ相手方カ賣買ヲ完結スル意思表示ヲ爲ストキハ直ニ賣買ノ效力ヲ生スルモノナルカ故ニ賣渡又ハ買受ノ豫約ニ依リテ義務ヲ負擔スル者ハ更ニ賣買取結ニ必要ナル意思表示ヲ爲スコトヲ要セサルモノト謂フヘシ而シテ賣買ハ一ノ契約ナルカ故ニ賣渡又ハ買受ノ豫約ニ依リテ義務ヲ負擔スル者カ更ニ何等ノ意思表示ヲ爲スコトナクシテ賣買ノ効力ヲ來スモノト爲ス以上ハ賣渡又ハ買受ノ豫約ニ依リテ義務ヲ負擔スル者畢竟契約申込ヲ爲シ之カ取消ヲ爲サヽル義務ヲ負擔スルコトヲ約シタルモノニ外ナラスト謂ヘル見解ヲ抱ク者アリテ質疑者ヨリモ本問ヲ提出シタルナラン然レトモ第五五六條ニ於テハ賣買ノ一方ノ豫約ハ相手方カ賣買ヲ完結スル意思ヲ表示シタル時ヨリ賣買ノ效力ヲ生ストアルカ故ニ民法ノ賣渡又ハ買受ノ豫約ハ相手方カ賣買ヲ完結セントスル意思ヲ表示スルニヨリ賣買ノ效力ヲ生セントスル意思表示ナリト爲シタルモノト解スルヲ以テ穩當ナリト謂フヘシ（法學博士仁井田益太郎氏法典質疑問答民法債權一七六頁）

六 第五五六條第一項ハ賣買ノ一方ノ豫約ハ相手方カ賣買ヲ完結スル意思ヲ表示シタル時ヨリ賣買ノ效力ヲ生スル旨ヲ定ムルニ依リテ見レハ名ハ豫約ト稱スルモ其實ハ條件附賣買ヲ定メタルモノト解セサルヘカラス蓋若シ賣買ノ豫約ナリトセハ相手方ハ單ニ賣買ヲ締結スヘキ請求權ヲ取得スルニ過キサルカ故ニ單ニ賣買ヲ完結スル意思ヲ表示スルニ依リ賣買ノ效力ヲ生セシムルコトヲ得ス當事者双方カ更ニ賣買ヲ締結スルコトヲ要スルカ故ナリ（法學博士石坂音四郎氏日本民法債權總論下卷合本一九七九頁）

七 豫約義務者ハ若シ相手方カ欲スルナラハ何時ニテモ本契約ヲ締結セントスル意思ヲ有スルモノナリ故ニ將來ノ本契約ニ對スル意思モ同時ニ豫約ニヨリテ表示セラルルモノナリ其ノ論理上ノ結果トシテ本契約ノ成立ニハ唯豫約債權者ノ意思ヲ要スルノミニシテ豫約債權者ノ意思表示ヲ必要トセサルナリ尚之レヲ要約スレハ諾成契約ノ豫約ニ於テモ豫約ト本契約トハ別個ノ契約ナリ然レトモ豫約義務者ノ意思表示ハ何時ニテモ契約セントスルニ在ル豫故ニ此ノ二個ノ契約ノ締結ニ共通ナリ故ニ相手方カ無條件ニ承諾スル時ハ本契約直ニ成立シ確答ヲ留保シテ承諾スルトキハ豫約トナリ豫約後ニ確答スルトキハ之レニヨリ本契約當然成立スルモノナリ（法學博士中島玉吉氏民法論文集三九頁）

八 豫約トハ之ヲ約言スレハ將來一定ノ契約ヲ爲スヘキ債務ノ發生ヲ目的トスル契約ヲ云フ……契約ニハ一方豫約ト双方豫約トアリ一方豫約ハ當事者ノ一方ノミカ契約締結ノ債務ヲ負擔スルモノヲ云フ例ヘハ賣買契約ハ豫約ニ於テ單ニ當事者ノ一方ノミカ將來物ノ賣渡又ハ買受ノ契約ヲ爲スヘキ債務ヲ負擔スルカ如シ……第一ニ豫約ノ内容ハ楓ノ所有權移轉ト言ヘル事項ヲ惹起スヘキ債務ヲ生スル契約（本契約）ヲ爲スノ債務ヲ發生セシメントスルノ欲望ナリ第二ニ其豫約カ法律上ノ效果ヲ生ス其效果ト云フハ右ノ欲望ノ實現ニシテ即チ債務ノ發生ナリ而シテ其債務ノ内容ハ楓ノ所有權移轉ト云ヘル事項ヲ惹起スヘキ債務ヲ生スル契約（本契約）ヲ作成スルコトナリ故ニ豫約ノ内容ト其法律上ノ效果トシテ生シタル債務ノ内容トノ間ニハ大ナル相違アリ即チ前者ハ一定ノ對象ヲ有スル欲望ヲ包含スレトモ後者ハ何等欲望ヲ包含スルコトナキカ故ナリ第三ニ右ノ債務カ履行セラレテ其ノ内容ヲ實現スルトキハ茲ニ本契約成立ス而テ其本契約ノ内容（楓ノ所有權移轉ト言ヘル事項ヲ發生セシメントスル欲望ナリ（法學博士神戸寅次郎氏註釋民法全書第八卷契約總則一一四頁）

九 賣買ノ豫約ニ二種アリ一ニ曰ク雙務豫約二ニ曰ク片務豫約是ナリ雙務豫約ハ當事者雙方カ賣買ヲ爲スヘキ債務ヲ負擔スルモノニシテ當事者ハ各相手方ニ對シテ賣買契約ヲ締結セシムルノ權利ヲ有ス此契約ハ當事者雙方ヲ羈束スルカ故ニ當事者ノ何レヲ問ハス其一方ヨリ賣買契約ヲ締結ス可キコトヲ請求シタルトキハ他ノ一方ハ之ニ應スルノ債務アリ雙務契約ノ效力ハ何等規定スル所ナシ蓋シ賣買ノ雙務豫約ハ頗ル迂遠ニシテ斯ノ如キ契約ヲ締結スル者極メテ少數ナルヘキヲ豫想シ特ニ之ニ關スル法文ヲ設クルノ必要ナシト認メタルニ因ルナラン然ラハ雙務ノ豫約ヲ締結シタルトキハ效力ハ如何ナル法則ニ依リテ之ヲ決定スヘキヤ余輩ハ專ラ當事者ノ意思ニ從ヒテ之ヲ決シ尚ホ疑ノ存スル場合ニ於テハ豫約一般ノ法則ニ基キテ之ヲ決定ス可キモノ

岸道博士
鈴木學士
加古學士
吾孫子學士

ナリト信ス（法學士場場愿治氏中央大學契約各論講義一五、一三一頁各要領）

一〇　民法第五五六條第一項ノ豫約ハ當事者ノ一方ノ意思表示ヲ條件トスル通常ノ停止條件附賣買ニシテ所謂豫約權利者ノ意思ヲ爲ス權利ハ條件附賣買契約ヨリ發生スル一種ノ形成權ナリト解スルヲ至當トス（法學博士岸道文藏氏京都法學會雜誌第一二卷第九號五八頁）

一一　豫約ハ條件附法律行爲ニアラスシテ寧ロ本契約ノ締結ヲ目的トスル一箇ノ條件附法律行爲ナリ故ニ豫約ノ場合ニ於テハ條件附法律行爲ノ場合ト異ナリ其目的タル效力ハ直チニ發生ス即チ豫約ノ一方ノ當事者ニ相手方ニ對シ本契約ヲ締結スルノ義務ヲ負擔シ相手方ハ其義務ヲ履行セシムル權利ヲ有スルナリ賣買ノ豫約ハ賣買契約ヲ締結スルコトヲ目的トスル契約ナリ故ニ豫約ノ當事者ノ一方ハ相手方ニ對シ物ヲ賣渡シ又ハ買受タル義務ヲ負擔シ相手方ハ其義務ヲ履行即チ其目的タル賣買ヲ締結スルノ手續ハ純理ヨリ言ヘハ當事者ノ一方カ新ニ賣買ノ申込ヲ爲シ相手方之ヲ承諾スルニ在ルヘシ然レトモ我民法ノ規定ハ全然此純理ヨリ一致スト雖フコトヲ得ス民法五五六ニ依レハ賣買ノ一方ノ豫約ハ當事者ノ一方カ新ニ賣買ノ申込ヲ爲スコトヲ要セス相手方カ賣買カ完結スル意思ヲ表示スルニ因リテ賣買ハ成立ス即チ法約ニ附スルニ賣買ノ申込ニ類スル效力ヲ以テス是レ恐クハ實務者ヲシテ賣買ノ豫約ハ條件附賣買ニ非サルヤヲ疑ハシメタル原因ナルヘシ（法學士鈴木英太郎氏法典質疑錄民法債權一七三頁）

一二　三種ノ賣買ノ豫約中第一種ハ賣買ノ雙務豫約ニシテ第二種ノ片務豫約及第三種ノ片務豫約ハ共ニ片務契約ナリ即チ賣渡ノ片務豫約ニ於テハ賣主ノ一方ノミ賣買契約ヲ締結スルノ義務ヲ負ヒ買主ハ何等ノ義務ヲ負フコトナク又買受ノ片務契約ニ於テハ買主ノ一方ノミ賣買契約ヲ締結スルノ義務ヲ負ヒ賣主ハ何等ノ義務ヲ負フコトシ而シテ民法五五六ニ於テハ賣渡ノ片務豫約及買受ノ片務豫約ヲ共ニ一括シテ規定シ同條第一項ヲ以テ無益ノ煩勞ヲ避ケ實際ノ便宜ヲ計リ此等ノ場合ニハ相手方カ賣買完結ヒル意思ヲ表示シタルトキハ賣買ハ直チニ成立スルモノトセリ然レトモ尙ホ賣買ノ一方ノミ豫約ノ片務契約タルコトヲ失ハサルナリ（法學士加古貞太郎氏法典質疑錄民法債權一七一頁）

一三　豫約トハ當事者ノ一方カ其相手方ニ對シテ（又ハ當事者ノ一方又ハ双方カ將來特定ノ內容ノ法律行爲（契約又ハ單獨行爲）ヲ爲スヘキ義務ヲ負フ契約ヲ云フ……廣義ニ於テ豫約トハ當事者ノ一方又ハ一定ノ義務者ニ對シテ約定ノ本契約ノ取結ヲ要求スルフトヲ得ル權利者ヲ有スル而シテ其權利者ハ義務者カ本契約ヲ完成スル意思表示ヲ爲スニ依リテ契約ヲ履行セヨトノ請求ヲ爲スノ權利ヲ有スル而シテ其權利ノ履行アルトキハ豫約ヲ消滅シ之レニ代ハリテ第二ノ契約（卽チ本契約）ヲ生ス然レトモ義務者カ履行セサルトキハ（中略）權利者ハ強制執行ヲ求メ（民法第四一四條第四項）其強制執行ハ民事訴訟法第七三六條ニ從フ（乙）然レトモ又タ權利者ハ不履行ニ基キ豫約ヲ解除シテ原狀回復ヲ求メ且ツ損害ヲ賠償セシムル手段ニ出ツルコトヲ妨ケサルヤ勿論ナリ……然レトモ我民法ニ於テハ權利者ニ於テ豫約ノ目的タル本契約成立ノ效力ヲ生スルモノトセラルルカ故ニ例ヘハ賣買ノ一方ノ豫約ハ權利者賣買ヲ完結スル意思ヲ表示シタルトキヨリ直ニ本契約ノ效力ヲ生シ賣買ハ其時ニ成立スト云フヘシ（法學士吾孫子勝氏法學

清瀨博士
末弘學士
村上學士
土浦區裁判所

志林一四卷三號本書一卷民法四八頁以下）

一四　賣買ノ一方ノ豫約ハ契約ナルモ賣買ニ非ス一種ノ無名契約ナリ卽チ豫約者ハ將來賣渡又ハ買受ヲ爲スヘキコトヲ約シ相手方カ之ヲ承認スルニ因リテ成立スル特種ノ契約ナリ之ニ因リテ豫約ノ債務ヲ生スルコトナク故ニ此ノ契約ハ其ノ性質無償ニシテ且片務ナリト云フ惟フニ第三說公當ニシテ我民法モ亦明ニ此ノ見解ヲ採リタルモノナリ（法學士村上巻一民債權各論三七二頁）

一五　然ラハ（一）此種ノ豫約ハ之ヲ以テ賣買カ成立シタルト同一ノ法律的效果ヲ發生セシムル形成權ノ發生ヲ目的トスル特殊ノ契約ナリト解スヘキカ（二）又ハ豫約權利者ノ賣買完結意思表示ヲ決定條件トスル條件附賣買ニシテ同時ニ豫約權利者ニ右ノ完結意思表示ヲ爲シタルコトヲ云フモノナリト解スヘキカ右ノ中第一說ニ依レハ形權權ノ行使ニ依リテ賣買締結セラレタルト同一ノ效力ヲ生スルニ過キスシテ事實上契約ノ成立ヲ來スモノニアラス蓋シ當事者雙方共賣買其ノモノヲ構成スヘキ何等ノ契約的意思表示ヲ爲ササルニ拘ハラス賣買ノ效力發生スルコトヲ認ムルモノナレハナリ然レトモ期クノ如キハ法文カ特ニ「賣買ヲ完結スル云々」ナル文字ヲ使用シ實際上實質的賣買ノ存在ヲ豫想セルコトト相容レサルノミナラス「豫約ハ（中略）賣買ノ效力ヲ生ス」ト云ヘル法文ノ文字ニモ適合セサルモノナリ見レハ變方豫約ノ存在ヲ否定スル第三說ヲ採用セサルモノナルカノ觀アリト雖モ斯クノ如ク解スルトキハ賣買ノ雙方ノ豫約ハ單純ナル申込ヲ爲シタルニ過キス果シテ然ラハ其之ニ關スル法規ハ單ニ申込ニ關スル一般的規定（五二一以下）存スルヲ以テ足ルヘク何ソ特ニ第五五六條ノ規定ヲ設クルコトヲ要センヤ故ニ豫約ハ獨リ如上ノ缺點ヲ有セサルノミナラス又最モ法文ノ文字ニ適合セリト謂ヒ得ヘキハ玆ニ條件成就シテ賣買ノ效力ヲ生スルニ至ルモノトス（法學士末弘嚴太郎氏債權各論第一分冊四〇頁）

一六　賣買ノ一方ノ豫約ヲ爲ス當事者ノ意思ヲ探究スルニ豫約者ハ相手方カ豫約ノ條ニ付テ後日賣買ヲ爲サント欲スルトキハ之ニ應シテ後日賣買ヲ爲スヘキコトヲ同意スルモノニシテ（現ニ賣買ノ完結ノ場合ニハ改メテ賣渡證書ヲ作成スルモノナリ）其意思狀態ハ一般豫約ノ場合ニ於ケル豫約當事者ノ意思狀態ト毫モ異ルトナシ唯賣買ノ一方ノ豫約ノ場合ニハ賣受ノ豫約者ハ（賣受ノ豫約ノ場合ニハ賣受ノ豫約者ハ（既ニ其賣渡ノ條件代金等ニ付キ其意思ヲ表示シ居ルモノナレハ相手方ヨリ請求ニ依リ改メテ同一內容ノ賣渡ノ意思表示ヲ爲スコトハ重複且無益ナリト考ヘ民法五五五條第一項ノ規定ヲ生シタルモノナリ故ニ豫約者カ債權ヲ負擔シ其履行トシテ賣買契約ヲ締結スルノ過程ハ甚タ短縮セラレタリト雖モ觀念上ニ於テハ豫約者ハ一旦賣買締結ノ義務ヲ負擔スルモノト見ルニ差支ナシ故ニ此賣買一方ノ豫約モ亦豫約ナリト云フヲ可ナリト信ス（法學士清瀨一郎氏遞版債權各論前編八二頁）

一七　賣買ノ一方ノ豫約ハ當事者ノ一方豫約者カ相手方ニ對シ相手方ノ要求ニ應シ賣買契約ヲ締結スヘキ債務ヲ負擔スルコトヲ內容トスル債務的契約ナリ（土浦區大正五年四月一日判決本書第五卷民法四七〇頁）

大審院判決

一六七第一項　法律上ノ期間ハ裁判所ノ所在地ニ住居セサル原告若クハ被告ノ爲メ其住居地ト裁判所々在地トノ距離ノ割合ニ應シ海陸路八里毎ニ一日ヲ伸張ス八里以外ノ端數三里ヲ超エルトキ亦同シ

民事訴訟法第一六七條ニ依ル伸長期間計算ノ標準タルヘキ原告若クハ被告ノ住所地ト裁判所々在地トノ間ノ距離ヲ測定スルニハ兩地ヲ連絡スル通路タル公道里程ニ依ルヘク通路二線以上アルトキハ其最モ短キ線ニ從ヒ計算スヘキモノトス」

民事訴訟法第一六七條ニ依ル伸張期間計算ノ標準タルヘキ原告若クハ被告ノ住所地ト裁判所所在地トノ間ノ距離ヲ測定スルニハ兩地ヲ連絡スル通路タル公道里程ニ依ルヘク通路二線以上アルトキハ其最モ短カキ線ニ從ヒ計算スヘキモノナルコトハ既ニ當院判例(大正二年(ワ)第二九號同年二月二十二日民事第一部決定)ノ示ス所ニシテ斯ノ如キハ一面裁判所所在地ニ住居セサル訴訟當事者ノ爲メ其法律上ノ期間ヲ遵守スルヲ得サルノ不公平ヲ避クルト共ニ一面訴訟ノ遲延ヲ避クルノ目的ニ出テタル同條立法ノ趣旨ニ徴シ疑ヲ容レサル所トス然ラハ原裁判所カ本件上告人ノ提起セル控訴カ期間ヲ遵守セル適法ノモノナルヤ否ヤヲ判斷スルニ當リ上告人ノ住居地タル北海道擔振國虻田郡虻田村ト原裁判所所在地タル北海道札幌區トノ間人馬ノ通行スヘキ公道二線アルコトヲ認メ其線路中札幌區ヨリ定山溪及ヒ眞狩ヲ經テ虻田ニ至ル線路里程ヲ最モ短キモノトシ之ニ據リテ前示法條ノ伸長期間ヲ計算シタルハ正當ニシテ上告論旨ハ理由ナシ(大審院大正八年(オ)第三七七號同年六月十二日民二部馬場裁判長田上柳川菰淵成道各判事判決)

【關係事項】 上告棄却○原審札幌地方裁判所○境界確認及家屋取拂請求事件○上告人三浦コト訴訟代理人辯護士木下三四彥同

飯村五郎被上告人柴崎新太郎

【里程猶豫期間ノ算定標準ニ關スル參照判例】

一　民事訴訟法第一六七條ニ依ル法律上ノ期間ノ伸長ハ原告又ハ被告ノ住居スル市町村ト裁判所所在ノ市町村トノ間ノ里程標ニ據ル距離ニ應シテ定ムヘキモノトス(大審院大正五年一一月二八日民一部判決本書第六卷民訴二五頁)

二　民事訴訟法第一六七條ノ土地又ハ原告若クハ被告ノ住居地市各市町村ヲ指稱スルモノナレハ兩者距離ヲ算定スルニハ裁判所所在地ノ市町村ト原告若クハ被告住居ノ市町村ニ於ケル里程元標若クハ其里程元標ヨリ算定セル里程標ヲ以テ各起點ト爲スヘキモノトス(大審院大正三年三月一四日民二判決民事判決錄九輯一四〇四頁)

三　第一六七條ニ謂フ伸長期間ハ所謂郵便線路ニ依リテ計算スルヲ以テ從來ノ慣例トス(同上三六年一月二六日民一判決同上一三〇九頁)

四　控訴提起期間伸長ノ爲メノ距離ノ算定ニハ裁判所ノ所在地ト控訴提起者ノ住居者トノ兩市町村ノ里程元標ヲ以テ其基點ト爲スヘク又其間ノ里程ハ所謂郵便線路ニ依リ計算スヘキモノトス(東京控訴院大正三年五月二八日民三判決法律新聞九五五號一八一頁)

【通路二線アル場合ト里程猶豫期間ノ計算ニ關スル同趣旨判例】

遠近二線以上ノ通路アル場合ニ於ケル上訴期間ノ計算方法ハ最短線ニ依ルヘキモノトス(大審院大正二年二月二二日判決本書第二卷民訴五四頁)

至當ノ判決ナリ

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

第二　家族ノ關係ニ因リ生スル財產事件ニ關スル事實

前條第一號、第二號ニ掲ケタル者其默祕ス可キ義務ヲ免除セラレタルトキハ證言ヲ拒ムコトヲ得ス

民事訴訟法第二九九條第二號ニ所謂家族ノ關係ニ因リ生スル財產事件ニ關スル事實トハ訊問事項カ家族ノ關係ヲ條件トシテ其關係ニ原因シテ生スヘキ財產事

件ニ關スル事實ナルコトヲ要スル趣旨ナリトス」

案スルニ民事訴訟法第二百九十九條第二號ニ所謂家族ノ關係ニ因リ生スル財産事件ニ關スル事實トハ當事者カ家族ノ關係ニ因リ生スル財産事件ノ申請ニ係ル證人奥田ウノニ對スル訊問事項ハ抗告論旨ニ摘示スル處ト同一ニシテ家族關係ニ因リ生スヘキ財産事件ニ關スル事實ナリト謂ヒ難ク而シテ同證人ハ相手方ノ姉タル事明白ナルカ故ニ抗告人ノ爲シタル忌避ノ申請ハ其原因アルモノトス(大阪控訴院大正八年(ラ)第一九號同年五月一日民一部中尾裁判長佐藤繼田各判事判決法律新聞第一五七五號一九頁)

【關係事項】原決定廢棄○原審奈良地方○損害賠償請求事件○抗告人奥田タケ訴訟代理人辯護士寺田倚○被抗告人奥田甚三訴訟代理人中村敏雄坂本彌一郎

岩田學士
大審院

【民訴第二九九條第二號ノ意義ニ關スル學說判例】

一 家族ノ關係ニ因リテ生スル財産事件ニ關スル事實トハ當事者ノ家族上ノ關係ニヨリ生シタル財産ニ關スル事實ヲ云フ(法學士岩田一郎民民事訴訟法原論第十版五六頁)

二 民事訴訟法第二九九條第二號ニ所謂家族ノ關係ニ因リ生シタル財産關係ナルコトヲ稱スルモノニシテ訴訟當事者間ノ訴訟事件カ家族關係ヨリ生スル財産關係ノ謂ニ非ス(大審院大正六年一〇月一八日民二部判決本書第六卷民訴四三八頁)

三 本條第一項第二號ニハ「家族ノ關係ニ因リテ生スル財産事件ニ付テハ證人ハ其證言ヲ拒ムコトヲ得サルモノニシテ證人ト訴訟當事者トノ間ニ家族關係アルコトヲ要セサルモノトス(同上大正五年三月一一日民三部判決)

四 本條第一項第二號ノ規定ハ係爭財産事件カ家族關係ニ因リ生セシモノナル場合ハ其事件ニ關スル事實ニ付キ證言ヲ拒ムコトヲ得サラシムルモノニシテ證人ノ家族ノ財産事件ニ關スル事實ノミニ付キ證言ヲ拒ムコトヲ得サラシムル趣旨ニ非ス(同上大正五年二月一〇日民二部判決)

五 甲者カ親族會ノ選定ニ因リ亡乙者ノ家督相續人ト爲リタルニ拘ハラス其以前丙者カ乙者ノ家督相續人ニ選定セラレタリト稱シテ屬因ヲ爲シ甲者ノ相續權ヲ侵害シタルコトヲ理由トシ家督相續ノ回復ヲ請求スル事件ニ於テ丙者ハ親族會ノ決議ニ因リ相續人ニ選定セラレタルヤ否ヤノ事實ハ本條第一項第二號ニ該當スルモノトス(同上)

大阪控訴院

六 家督相續回復ノ效果ハ當然相續財産ノ回復ニ及フヘキモノナレハ家督相續ノ回復ハ本條第一項第二號ニ所謂家族關係ニ因リ生スル財産事件ニ該當スルモノトス(同上明治四四年一二月一九日民一部判決)

七 民事訴訟法第二九九條第一項第二號ニ所謂「家族ノ關係ニ因リ生スル財産事件ニ關スル事實」トハ家族ノ關係ヲ基礎トシ其關係ニ原因シテ必然ニ生スヘキ財産事件ニ關スル事實ヲ謂フモノトス(大阪控訴院大正六年一月一九日判決本書第六卷民法一九九頁)

【獨逸民事訴訟法參照條文】

三八三 右ニ揭クルモノハ證言ヲ拒ム權利ヲ有ス

一 當事者ノ婚姻豫約者

二 當事者ノ配偶者但既ニ婚姻ノ解消シタルトキ又ハ

三 當事者ト直系血族直系姻族若クハ養子緣組ノ關係ヲ生シタル婚姻ノ解消シタルトキ雖モ亦同シ

三八四 證言ハ左ノ場合ニ於テハ之ヲ拒ムコトヲ得

問ニ付テノ答辯カ證人又ハ之ト第三百八十三條第一乃至第三ニ揭ケタル關係ヲ有スル者ニ對シ財産上直接損害ヲ生セシムヘキトキ

三八五 第三百八十三條第一乃至第三及第三百八十四條第一ノ場合ニ於テ證人ハ左ノ事項ニ付キ證言ヲ拒ムコトヲ得

三 親族ノ關係ニ因リ生スル財産事件ニ關スル事實

【同上外國學說】

一【スタイン】第三八五條第三號(釋註日民訴二九九條二號ニ該當ス)ハ證言セラルヘキ事實カ財産事件ニ關スルモノナルコト及其財産事件カ證人ノ家族關係ヲ條件トスルモノナルコト又ハ其事件ノ存在ノ時ニ於テ之ヲ條件トシタルモノナルコトヲ要スル上ノ請求ノ承認又ハ拋棄夫婦財産法又ハ之ニ關スル協定等ナリ(Stein Kommentar, zu § 385)

二【ゾイフエルト】此種ノ事實ニ屬スルモノハ例ヘハ夫婦財産關係親權者ノ管理及用益婚姻又ハ婚姻上ノ親族關係ニ基ク扶養ノ義務線養又ハ支渡金……等ナリ此例外ヲ認ムル理由ハ此等ノ事件ニ關シテハ家族關係ニ依リテ結合セラレタル人々以外ニ他ノ證人ヲ求ムルコト能ハサル點ニアリ證人カ證言スル觀察又ハ行爲カ親族ノ一員トシテノ資格ニ於テ爲サレタルモノナルコトヲ必要トセス(大審院判例丑六、一一七(Seuffert, Kommentar § 385, nr. 4)

三 ペーテルゼン、ヴイルモウスキー‖レウイー 同記 (Pthtersen, Kommentar zu § 385, Wilmowski=Levy Kommentar zu Art. § 350)

至當ノ判決ナリ

(九〇)

五〇　然レトモ總テ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

民法一二四　追認ハ取消ノ原因タル情況ノ止ミタル後之ヲ爲スニ非サレハ其效ナシ

禁治產者カ能力ヲ回復シタル後其行爲ヲ了知シタルトキハ其了知シタル後ニ非サレハ追認ヲ爲スコトヲ得ス

前二項ノ規定ハ夫又ハ法定代理人カ追認ヲ爲ス場合ニハ之ヲ適用セス

同一二六　取消權ハ追認ヲ爲スコトヲ得ル時ヨリ五年間之ヲ行ハサルトキハ時效ニ因リテ消滅ス行爲ノ時ヨリ二十年ヲ經過シタル時亦同シ

同五五〇　書面ニ依ラサル贈與ハ各當事者之ヲ取消スコトヲ得但履行ノ終ハリタル部分ニ付テハ此限ニ在ラス

大審院判決

(一)民事訴訟法第五〇條ニ所謂總テノ共同訴訟人ニ對シ訴訟ニ係ル權利關係カ同一ニノミ確定スヘキ場合トハ必スシモ共同訴訟人ノ一人ニ生シタル判決ノ效力カ法律上他ノ共同訴訟人ニ對シ當然其效力ヲ及ホスヘキ場合ニノミ限ルヘキモノニアラス然ラサル場合ト雖モ係爭權利關係カ其性質上各共同訴訟人ニ對シ同一趣旨ノ判決ヲ爲スニアラサレハ訴訟ノ目的ヲ達スルコトヲ得サル場合ヲモ包含スルモノトス」

贈與ノ取消ヲ原因トシテ受贈者及ヒ轉得者ニ對シ贈與契約ノ無效及贈與者ノ所有權ノ確認ヲ求ムル場合ハ受贈者及轉得者ニ對シ同一趣旨ノ判決ヲ爲スニ非サレハ訴訟ノ目的ヲ達スルコトヲ得サルモノナルヲ以テ所謂權利關係カ合一ニノミ確定スヘキ場合ニ該當スルモノトス」

(二)民法第一二四條及第一二六條ハ其規定ノ內容ヨリ觀ルモ專ラ無能力者又ハ瑕

疵アル意思表示ヲ爲シタル者ノ爲シタル取消シ得ヘキ法律行爲ニ適用スヘキモノニシテ同法第五五〇條ノ書面ニ依ラサル贈與ノ取消ニ適用スヘキ規定ニアラサルモノト解スルヲ相當トス」

(一)民事訴訟法第五〇條ニ所謂總テノ共同訴訟人ニ對シ訴訟ニ係ル權利關係カ同一ニノミ確定スヘキ場合トハ上告人主張ノ如ク必スシモ共同訴訟人ノ一人ニ生シタル判決ノ效力カ法律上他ノ共同訴訟人ニ對シ當然其效力ヲ及ホスヘキ場合ニノミ限ルヘキセノモアラス然ラサル場合ト雖モ係爭權利關係カ其性質上各共同訴訟人ニ對シ同一趣旨ノ判決ヲ爲スニアラサレハ訴訟ノ目的ヲ達スルコトヲ得サル場合ヲモ包含スルモノナルコトハ本院從來ノ判例ノ示ス所ナリ然ルニ原院ノ確定スル所ニ依レハ本訴ノ目的ハ「贈與ノ取消ヲ原因トシテ受贈者及ヒ轉得者タル被上告人ニ對シ贈與契約ノ無效及ヒ上告人ノ所有權ノ確認ヲ求ムルニ在リテ被上告人兩名ニ對シ同一趣旨ノ判決ヲ爲スニアラサレハ訴訟ノ目的ヲ達スルコトヲ得サルモノナルヲ以テ本件ハ所謂權利關係カ合一ニノミ確定スヘキ場合ニ該當スルモノト謂ハサルヲ得ス故ニ上告論旨ハ理由ナシ

(二)案スルニ民法第一二四條及ヒ第一二六條ハ其規定ノ內容ヨリ觀ルモ專ラ無能力者又ハ瑕疵アル意思表示ヲ爲シタル者ノ爲シタル取消シ得ヘキ法律行爲ニ適用スヘキモノニシテ同法第五五〇條ノ書面ニ依ラサル贈與ノ取消ニ適用スヘキ規定ニアラサルモノト解スルヲ相當トス然ルニ原院ハ本件贈與契約ヲ書面ニ依ラサルモノト認メ該契約ノ取消ニ付キ民法第一二六條ノ規定ヲ適用シ本件贈與行爲アリタル明治四十三年六月八日ヨリ五年ヲ經過シタル大正四年六月八日ニ於テ右取消權カ時效ニ因リ消滅シタルモノト判示シタルハ上告所論ノ如ク不法ニシテ原判決ハ破毀ヲ免カレサルモノトス(大審院大正七年(オ)第一〇五〇號同八年六月三日民一部田部裁判長尾古榊原鈴木三宅各判事判決)

大審院判決

【關係事項】 破毀差戻○原審東京控訴院○立木贈與無效及所有權確認並代探禁止請求事件○上告人高村英貞訴訟代理人辯護士富田富次郎被上告人西村角藏訴訟代理人辯護士部喜太郎同井本常作

【判旨(一)必要的共同訴訟ノ意義ニ關スル參照學說判例】

本卷民訴五一頁

二三八 判決ニハ左ノ諸件ヲ掲ク可シ

第三 裁判ノ理由

四三六 裁判ハ左ノ場合ニ於テハ常ニ法律ニ違背シタルモノトス

第七 裁判ニ理由ヲ付セサルトキ

民法一六二第二項 十年間所有ノ意思ヲ以テ平穏且公然ニ他人ノ不動産ヲ占有シタル者カ其占有ノ始善意ニシテ且過失ナカリシトキハ其不動産ノ所有權ヲ取得ス

取得時效ノ適用上係爭土地カ上告人被上告人ノ何レニ屬シタルヤヲ認定スルニ當リ原審ハ被上告人カ遺産相續ニ因リ該土地ノ所有權ヲ取得シタル旨ノ登記並ニ所轄郡長ノ該土地カ被上告人所有タルコトノ確證アリタル事實及ヒ被上告人カ該土地ニ在ル泉水ヲ他所ニ引用シタルノ事實ヲ以テ被上告人ニ所有ノ意思ヲ以テ占有ヲ爲シタルコトヲ認メタルモ本件ノ場合ニ於テハ是等ノ事實ヲ以テシテハ未タ被上告人カ係爭地ヲ占有セルノ事實ヲ認ムルノ理由ト爲スニ足ラサルヲ以テ原判決ハ理由不備ノ不法アルモノトス」

仍テ案スルニ上告人ハ其先代古間木兵次郎カ明治十四年七月一日下田村字古間木山六十八番秣場七反二畝廿九歩ヲ被上告人先代古間木岩ヨリ讓受ケテ之ヲ占有シ兵次郎死亡後ハ其家督ヲ相續シタル上告人ニ於テ同地所ヲ占有使用シテ今日ニ至レル旨主張シ被上告人ハ讓渡ノ事實ヲ否認シ假ニ讓渡ノ事實アリタリトスルモ明治廿一年五月以降滿十年以上右九畝廿九歩ノ地所ヲ占有セルカ故ニ時效ニ因リ所有權ヲ取得シタル旨抗辯セルモノナルコト原判決ニ引用セル第一審判決ニモ明ニ摘示スル所ナレハ上告人ニ於テ係爭地ヲ占有セルヤ將タ被上告人ニ於テ之ヲ占有セシヤハ右假定抗辯ノ當否ノ決定ニ重要ナル爭點タリシコト更ニ多言ヲ俟タス而シテ原審ハ被上告人ノ前掲抗辯ニ付先ッ乙第一號乃至第三號證第一審檢查證調書及ヒ明治四十年中被上告人カ係爭地ヲ包含スル六十八番秣場七反二畝歩全部ヲ分筆シテ他ニ賣却シタル事實等ヲ綜合シテ被上告人カ明治二十一年五月廿五日遺産相續ニ因リ本件地所ノ所有權ヲ取得シタル旨ノ登記並ニ青森縣上北郡長ノ本件地所カ被上告人所有タルコトノ確證アリタル事實及ヒ被上告人カ係爭地ニ在ル泉水ヲ他所ニ引用シテ湯屋ヲ營業シ來レル事實ヲ認メ是等ノ事實アルニ依リ被上告人カ明治廿一年五月廿五日所有ノ意思ヲ以テ善意無過失ニ占有ヲ始メ爾來今日ニ至ルマテ約三十年間平穏且公然ニ占有シ來リタル事實ヲ認定シタルコト判文上明白ナリ然レトモ原審ノ認定ニ係ル登記竝ニ所轄郡長ノ確證ハ所有權ニ關スルモノヲ以テ本件ノ如ク被上告人先代岩カ明治十四年中係爭地ヲ上告人先代兵次郎ニ讓渡シタルコトヲ認定シタル場合ニ於テハ被上告人カ當時係爭地ヲ所有スルノ意思アリシコトヲ認メ得ヘキニ過キスシテ被上告人カ爾來係爭地ヲ占有セル事實ヲ證シ得ヘキニ非ス又該地所ヲ占有スル事ト同地所ニアル泉水ヲ引用スルトハ別個ノ事實ナレハ被上告人カ係爭地ニ在ル泉水ヲ他所ニ引用セル事實アレハトテ直ニ同人カ係爭地ヲ占有セルモノト爲スヲ得サル筋合ナルカ故ニ原審カ被上告人ニ於テ明治二十一年五月廿五日以降係爭地ヲ占有セル事實ヲ認メタル理由ヲ知ルニ由ナキヲ以テ原判決ハ理由不備ノ不法アリテ破毀ヲ免カレサルモノト爲ササルヲ得ス(大審院大正七年(オ)第九七三號同八年五月五日民二部判決法律新聞第一五八三號一五頁)

大審院判決

【關係事項】破毀差戻○原審青森地方○損害賠償請求事件○上告人古間木卯之助訴訟代理人辯護士飯島差爾同吉田三市郎同田坂貞雄同阿保淺次郎同佐々木藤市郎○被上告人古間木榮次郎訴訟代理人辯護士澤田嘉藏同小林龜郎

（九二）

民法七三七第一項　戸主ノ親族ニシテ他家ニ在ル者ハ戸主ノ同意ヲ得テ其家族トナルコトヲ得……

甲カ乙方ヘ爲シタル入籍ノ無效ナルコトノ確認ヲ求ムル丙ハ單ニ乙ノ本家ニシテ親族ナリトノ一事アルニ過キサレハ未タ本訴ノ目的タル右權利關係ヲ即時ニ確定スルニ付キ法律上ノ利益ヲ有スルモノト認定スルヲ得ス」

案スルニ本訴ハ被上告人カ訴外末廣政子方ヘ爲シタル入籍ノ無效ナルコトノ確認ヲ求ムルモノナレハ起訴者タル上告人ニ於テ其入籍ノ無效ヲ即時ニ確定スルニ付法律上ノ利益ヲ有スルヤ論ヲ俟タス然ルニ民法中上告人ノ列擧シタル第七三一條第七四三條第七四四條第七五三條第七六二條第七六三條第九四四條第九四八條第九八五條等ノ規定ニ依ルモ又其他ノ法條ニ徵スルモ單ニ上告人カ末廣政子ノ本家ニシテ親族ナリトノ一事ノミヲ以テシテハ本訴ノ目的タル前記權利關係ヲ即時ニ確定スルニ付キ上告人カ法律上ノ利益ヲ有スルコトヲ認定スルヲ得ス故ニ上告ノ理由ナキモノトス（大審院大正八年（オ）第二八三號同年七月二十五日民一部田部裁判長磯谷尾古鈴木三宅各判事判決）

（九三）

【關係事項】上告棄却○原審廣島控訴院○入籍無效確認請求事件○上告人末廣富吉訴訟代理人辯護士弘中武一莊吉訴訟代理人辯護士河合慶○被上告人末廣

【確認ノ利益ニ關スル參照學說】

本卷民訴七九頁以下

「一八七　中斷シ又ハ中止シタル訴訟手續ノ受繼及ヒ本節ニ定メタル通知ハ原告若クハ被告ヨリ其書面ヲ受訴裁判所ニ差出シ裁判所ハ相手方ニ之ヲ送達スヘシ

被申立人先代ハ申立人トノ間ノ强制執行異議事件ノ控訴審ニ繫屬中死亡シ該訴訟手續ハ中斷シタレトモ控訴判決ハ被申立人先代ニ適法ニ送達セラレス訴訟尚控訴審ニ繫屬スルヲ以テ被申立人ニ對スル訴訟手續受繼ノ申立ハ之ヲ控訴審ニ爲スヘキモノニ非ス」

被申立人先代高橋庄吉ハ申立人トノ間ノ强制執行異議事件ノ控訴審ニ繫屬中死亡シ該訴訟ノ手續ハ中斷シタレトモ控訴判決ハ被申立人先代ニ適法ニ送達セラレス訴訟尚控訴審ニ繫屬スルヲ以テ被申立人ニ對スル訴訟手續受繼ノ申立ハ須ラク之ヲ控訴審ニ爲スヘキヲ以テ申立人カ當院ニ其申立ヲ爲シタルハ不適法ナリ（大審院大正八年（ニ）第一四號同年六月六日民一部田部裁判長尾古鈴木三宅各判事判決）

【關係事項】申立却下○訴訟手續受繼申立事件○申立人相川德太○被申立人高橋庄八代理人辯護士安達幸雄

至當ノ判決ナリ蓋シ民事訴訟法第一八七條ニ受繼ノ申立ヲ爲スヘキ受訴裁判所トハ訴訟ノ繫屬スル裁判所ノ謂ニシテ事案ノ場合ニ於テ事件カ控訴審ニ繫屬スルコト勿論ナレハナリ

（九四）

二一三　各當事者ハ事實上ノ主張ヲ證明シ又ハ之ヲ辯駁セン爲ニ用ヰントスル證據方法ヲ開示シ且相手方ヨリ開示シタル證據方法ニ付キ陳述スル可シ

民法四八八　債務者カ同一ノ債權者ニ對シテ同種ノ目的ヲ有スル數個ノ債務ヲ負擔スル場合ニ於テ辨濟トシテ提供シタル給付カ總債務ヲ消滅セシムルニ足ラサルトキハ辨濟者ハ給付ノ時ニ於テ其辨濟ヲ充當スヘキ債務ヲ指定スルコトヲ得

辨濟者カ前項ノ指定ヲ爲ササルトキハ辨濟受領者ハ其受領ノ時ニ於テ其辨濟ノ充當ヲ爲スコトヲ得但辨濟者カ其充當ニ對シテ直チニ異議ヲ述ヘタルトキハ此限ニ在ラス

前二項ノ場合ニ於テ辨濟ノ充當ハ相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ爲ス

被上告人ハ上告人ニ對シ本訴五百圓ノ債務以外ニ尚ホ五百圓一口參百圓一口ノ金錢債務ヲ負擔シタル所被上告人ハ金百五拾圓ヲ債務ノ履行トシテ上告人ニ給付シタルニ被上告人ハ右百五拾圓ヲ本訴債務ノ履行ニ充テタリト主張シ上告人ハ別口參百圓ノ債務ノ支拂トシテ受領シタリト抗爭スルヲ以テ原審ハ須ク被上告人ヲシテ其主張ノ充當ニ關スル立證ヲ爲サシメサルヘカラス然ルニ原審ハ百五拾圓ノ支拂カ參百圓ノ口ノ辨濟ニ充當セラレタル證據存在セストノ理由ニ依リ輙ク上告人ノ主張ヲ排斥シ被上告人ノ主張ヲ採用シタルハ充當ニ關スル立證責任ヲ顚倒シテ之ヲ上告人ニ課シタル失當アリトス」

仍テ案スルニ本件當事者間ニ於テ本訴五百圓ノ貸借關係以外ニ尚ホ五百圓一口參百圓一口ノ貸借關係ノ存在シタルコト及ヒ被上告人ハ金五百圓ノ債務ノ履行トシテ上告人ニ給付シタルコトハ原審ノ確定スル所ニシテ被上告人ハ右百五百圓ヲ以テ本訴債務ノ履行ニ充テタリト主張シ上告人ハ別口參百圓ノ債務ノ支拂トシテ受領シタリト抗爭シタルコトハ原判決ニ引用スル第一審判決事實摘示ニ徵シ明ナルヲ以テ原審ハ須ク被上告人ヲシテ其主張ノ充當ニ關スル立證ヲ爲サシメサルヘカラス然ルニ原審ハ百五十圓ノ支拂カ參百圓ノ口ノ辨濟ニ充當セラレタル證據存在セストノ理由ニ依リ輙ク上告人ノ抗辨ヲ排斥シ被上告人ノ主張ヲ採用シタルハ充當ニ關スル立證責任ヲ顚倒シテ之ヲ上告人ニ課シタル失當アル原判決ハ此點ニ於テ破毀ヲ免レス本件上告ハ理由アリトス（大審院大正八年（オ）第一六三號同年六月三日民一部田部裁判長尾古松岡三宅榊原各判事判決

法律新聞第一五八三號一六頁）

【關係事項】破毀差戻○原審福島地方○貸金請求事件○上告人柳沼啓十郎訴訟代理人辯護士白川龍一同吉田三市郎同田坂貞雄同阿保淺次郎同佐々木藤市郎○被上告人橋本留治訴訟代理人辯護士山崎今朝彌同星與市

（九五）

六四九第一項　差押債權者ノ債權ニ先タツ債權ニ關スル不動産ノ負擔ヲ競落人ニ引受ケシムルカ又ハ賣却代金ヲ以テ其負擔ヲ辨濟スルニ見込アルトキニ非サレハ賣却ヲ爲スコトヲ得ス

第二項　不動産ノ上ニ存スル一切ノ先取特權及ヒ抵當權ハ賣却ニ因リテ消滅ス（民法施行法第五十一條ヲ以テ改正）

六八六　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

民法五六一　前條ノ場合ニ於テ賣主カ其賣却シタル權利ヲ取得シテ之ヲ買主ニ移轉スルコト能ハサルトキハ買主ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得且契約ノ當時其權利ノ賣主ニ屬セサルコトヲ知リタルトキハ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス

同五六八　强制競賣ノ場合ニ於テハ競落人ハ前七條ノ規定ニ依リ債務者ニ對シテ契約ノ解除ヲ爲シ又ハ代金ノ減額ヲ請求スルコトヲ得

前項ノ場合ニ於テ債務者カ無資力ナルトキハ競落人ハ代金ノ配當ヲ受ケタル債權者ニ對シテ其代金ノ全部又ハ一部ノ返還ヲ請求スルコトヲ得

前二項ノ場合ニ於テ債務者カ物又ハ權利ノ欠缺ヲ知リテ之ヲ申出テス又ハ債權者カ之ヲ知リテ競賣ヲ請求シタルトキハ競落人ハ其過失者ニ對シテ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得

不動登記法七第二項　假登記ヲ爲シタル場合ニ於テハ本登記ノ順位ハ假登記ノ順位ニ依ル

競落人カ競落不動産ヲ眞正ノ所有者ヨリ追奪セラレタルトキハ債務者ハ競落人ニ對シ競落不動産ノ所有權ヲ移轉スルコト能ハサルニ歸スルヲ以テ競落人ハ民法第五六八條及第五六一條ノ規定ニ基キ債務者ニ對シテ强制競賣ノ解除ヲ爲シ得ルモノニシテ債務者ニ於テ無資力ナル以上ハ競落代金ノ配當受領者ニ對シ其代金ノ返還ヲ請求スルノ權利アルモノトス」

或不動産ニ付キ登記簿上權利者ノ爲メ假登記ニ依リテ特定セル權利ノ得喪ヲ登記シタル以上ハ後日裁令第三者ニ於テ之ト相牴觸スル行爲ヲ爲スモ之カ爲メ假登記權利者ハ其本登記ヲ爲スノ權利ヲ喪失スヘキ理由ナキモノトス」

第一、本件不動産カ訴外武井トメノ所有ニ屬シタル當時其擔當債權者タル訴外福岡區裁判所大正四年(ヌ)第六號强制競賣事件トシテ競賣ニ付セラレ被控訴人ニ於テ代金千四百四十二圓ヲ以テ之ヲ競落シ其競落許可決定ノ確定ニ因リ代金全額ノ支拂ヲ爲シテ所有權ヲ取得シ一面控訴人等ハ該不動産上ノ抵當債權者トシテ右競落代金ヨリ被控訴代理人主張ノ如キ各金員ノ配當ヲ受ケタル事實及本件不動産ハ其以前訴外武井平助ヨリ右トメニ賣渡シタル物件ニシテ其後平助ニ於テ該賣買行爲ヲ取消シ右競賣手續ノ開始前ニ先ツ其取消ノ假登記ヲ爲シタル上同競賣手續ノ完結後ニ至リテ本登記ヲ爲シ次テ被控訴人ニ對シ之ヲ原因トシテ被控訴人ノ競落ニ因ル所有權取得登記ノ抹消手續ヲ訴求シ其勝訴判決ニ基キテ之カ抹消登記ヲ得タルヨリ現ニ爭助所有ノ登記存在スル事實ハ共ニ當事者間爭ナキ所ナリトス然ラハ後段第三項乃至第五項ニモ說明スル如ク本件不動産ノ競落人タル被控訴人ハ訴外武井平助ヨリ其競落不動産ヲ追奪セラレタル結果ト爲リ債務者武井トメニ於テハ被控訴人ニ對シ競落不動産ノ所有權ヲ移轉スルコト能ハサリシニ歸スルヲ以テ玆ニ被控訴人ハ民法第五百六十八條及第五百六十一條規定ノ趣旨ニ基キトメニ對シテ右强制競賣ノ解除ヲ爲シ得ルニ至レル關係ナリト謂フヘク而シテ甲第一號證ノ一、二ニ依レハ被控訴人ハトメニ對スル訴狀ニ於テ玆上ノ理由ニ基ケル解除ノ意思表示ヲ爲スト共ニ

其訴狀ハ公示送達ノ方法ニ依リ適法ニ送達セラレシモノタル事明瞭ニシテ甲第一號證ノ三關係判決ノ內容及同第三號證ニ徵スルモ亦右解除ノ意思表示アリタル事ヲ確メ得ヘキカ故ニ是等ノ證據上本競賣ハ大正六年十月二十日ヲ以テ有效ニ解除セラレタルモノト認定セサル可ラス第二、被控訴人カ競賣解除ノ結果債務者トメニ對シテ競落代金返還ノ請求權ヲ有スル事ハ甲第一號證ノ三及同第三號證ニ依リ疑ナク尙債務者トメニ於テ大正六年九月頃ヨリ其所在不明ナル事ハ甲第一號證ノ一乃至三ヲ以テ之ヲ推知シ得ルノミナラス同人カ大正七年一月頃其本籍地タル福岡縣筑紫郡住吉町ニ於テ何等不動產ヲ所有セサリシコトハ甲第一號證ノ四及同第二號證ニ依リ洵ニ明瞭ナルヲ以テ同人ハ現今ニ於テモ亦全然被控訴人ニ對スル代金返還債務ヲ辨濟スルノ資力ヲ有セサルモノト推定スルヲ相當トシ乙第一、二號證ニ依リテハ其無資力者タラサル狀態ヲ徵知スルニ足ラサリシヲ以テ被控訴人ハ競賣代金ノ配當ヲ受領シタル控訴人等ニ對シ其代金ノ返還ヲ請求シ得ルモノト謂ハサルヘカラス第三、本件不動產ニ對スル競賣手續開始前ニ於テ旣ニ訴外武井平助ヨリ同トメニ對スル所有權移轉契約取消ノ假登記アリ尙同競賣手續ニシテ本件不動產ノ所有權ハ法律上當初ヨリトメニ移轉セサリシモノタル狀態ヲ生スルニ依リ平助ハ依然自己ノ所有權ヲ主張シテ之ヲ競落人タル被控訴人ニ對抗シ得ヘキハ當然ナリ從テ被控訴人ハ競落不動產ノ所有權ヲ取得スルコト能ハサルニ因リ其理由ニ基キ債務者トメニ對シテ競賣ノ解除ヲ爲シタル以上ハ競落代金ノ配當受領者タル控訴人等ニ對シ其代金ノ返還ヲ請求スルノ權利ヲ有スルヤ論ヲ俟タス若シ夫レ控訴人等ノ抵當權ニシテ平助ヨリトメニ對スル所有權移轉契約取消ノ以前ニ設定セラレタルモノトセハ其抵當權ハ民法第七百九十二條但書ノ規定ニ依リ之ヲ平助ニ對抗シ得ヘキコトハ控訴代理人所論ノ如シト雖モ是レ畢竟本件不動產カ平助ノ移轉契約取消ニ因リテ假令同人ノ所者ニ復歸スルモ若シ競賣手續完結ノ爲メ一旦消滅シタル控訴人等ノ抵當權

カ其後競賣ノ解除ニ因リテ復活シタル場合ニ在リテハ平助ニ於テ之カ擔當權ノ負擔ニ服スヘキ效果ヲ生スルニ過キスシテ之カ爲メ被控訴人ヨリ控訴人ニ對スル競落代金返還請求ノ權利ヲ否定スヘキ理由ナシトス第四、不動產ニ對スル强制競賣ニ於テ適法ニ其手續ヲ完結シタル場合ニハ競落人ニ於テ其不動產ノ所有權ヲ取得スヘキハ勿論其不動產ノ民事訴訟法第六百八十六條第六百四十八條第二項ノ規定ニ依リ登記ニ記入ヲ要スヘキ一切ノ負擔ヲ免ルルコトハ控訴代理人抗辯ノ如シト雖モ元來或不動產ニ付登記簿上權利者ノ爲メ假登記ニ依リテ特定セル權利ノ得喪ヲ登記シタル以上ハ後日綏令第三者ニ於テ之ト相牴觸スル行爲ヲ爲スノ權利ヲ喪失スヘキ理由存セス若シ然ラスンハ現ニ假登記ヲ爲スモ之カ爲メ假登記權利者ハ其三者ニ對シテハ全然其登記ナキ場合ト同一ナル結果ヲ來シ爲メニ不動產登記法第七條第二項ノ規定ニ背馳シ延テ假登記制度ノ趣旨ヲ沒却スルニ至ル故ニ所有權移轉取消ノ假登記ヲ爲スモ右假登記權利者ハ固ヨリ本登記ヲ爲スノ權利ヲ喪失セサルト同時ニ得登記ヲ爲スモ右假登記ノ順位ニ於テ第三者ニ對シ後日其本登記ヲ了シタル場合ニ在リテハ是ニ由リ假登記ノ順位ニ於テ第三者ノ登記原因タル所有權ノ權利ヲ主張スルコトヲ得ヘキハ疑ナキ所ニシテ其第三者ノ登記原因タル所有權ノ移轉ハ法律行爲ニ因ル場合ニ在リテモ將タ强制競賣ニ基ケル場合ニ於テモ之ヲ區別スヘキ理由ナク又基本登記ヲ爲シタル時期ニ關シテモ競賣手續完結ノ前後如何ニ依リテ其效力ニ消長ヲ來スヘキ理由アルヲ見ス然リ而シテ本件不動產ニ付訴外武井平助カ同トメニ對スル所有權移轉契約取消ノ假登記ヲ爲シタル後被控訴人ニ於テ其不動產ヲ競落シタル關係ナレハ右平助ハ其假登記ニ基キテ本登記ヲ爲シタルモノナルカ故ニ當ニ假登記ノ順位ニ從ヒ被控訴人ニ對シテ其權利ヲ主張シ以テ被控訴人ヨリ本件不動產ヲ追奪スル事ヲ得ヘキ之カ爲メ被控訴人ハ其道義ニ服從スルノ外ナキヨリ本件競賣手續完結セル場合ニ於テ其不動產ハ登記簿ニ記入ヲ要セサルヘカラス第五、不動產競賣手續完結セル場合ニ於テハ平助ニ於テ之カ擔當權ノ負擔

スヘキ一切ノ負擔ヲ免ルルルコトハ前段既ニ之ヲ說明セル如クナルモ著シク該不動產カ其實所有名義者ノ所有ニ屬セサリシ爲メ競落人ニ於テ其不動產ノ所有權ヲ取得スルコト能ハサル理由ニ基キ該競賣ヲ解除シタルトキハ一旦消滅シタル前示負擔ハ當然其消滅ノ效果ヲ失ヒテ競落前ノ狀態ニ還元スルモノト解セサルヘカラス故ニ本件不動產ニ對スル競賣手續ノ完結ニ依リ控訴人等カ同不動產上ニ有シタル抵當權ハ此時ニ於テ一旦消滅ニ歸シタルモ結局其不動產ハ所有名義者タル武井トメノ所有ニ屬セスシテ之ヲ競落人タル被控訴人ノ所有ニ移轉セシムルコト能ハサリシ爲メ被控訴人之ヲ理由トシテ右競賣ヲ解除シタルニ依リ是ニ於テ控訴人等ノ抵當權ハ未タ曾テ消滅セサリシコトト爲リ當然競落前ノ狀態ニ復スルコト明瞭ナリ但其抵當權ニ關スル登記ハ競落ニ因リテ抹消セラレタルモノナルカ故ニ原狀回復ノ方法トシテ之カ回復登記ヲ爲スヘキ要アルハ論ヲ俟タスト雖モ競落人タル被控訴人ニ於テハ斯ル回復登記ノ義務ヲ負擔スヘキ理由存セサルカ故ニ之ヲ回復登記ノ義務者トセル見地ニ於テ本訴請求ヲ排斥セントスルハ誤レリ第六、登記簿上或不動產ニ付特定權利ノ得喪ヲ目的トスル假登記アル以上ハ第三者ニ於テモ其假登記ノ存在ヲ知リ得ヘク從テ後日之ニ對スル本登記ノ發生スヘキ事ヲ豫期假登記アルノ故ヲ以テ不動產ノ强制競賣利ヲ以テ賣買ノ目的トス爲シタル場合ニ於テ賣主若シ其賣却シタル權利ヲ買主ニ移轉スルコト能ハサルトキハ買主ハ其賣買契約ノ解除權ハ目的權利ノ他人ニ屬スル豫期セルモノト觀察スルハ正當ナルモ登記簿上競賣ヲ許ササルノ法則アルコトナク又他人ノ權利ヲ以テ賣買ノ目的ト爲シタル權利ヲ買主ニ移轉スルコトヲ知リタルト否トニ關セサルコトハ民法第五百六十一條ノ規定ニ依リ之ヲ了解シ得ヘキ所ナルニ顧ミレハ縱令被控訴人ニ於テ本件不動產競賣ノ當時其不動產ニ付訴外武井平助ノ爲メニ假登記ノ存在セルコトヲ知リ併セテ後日本登記ヲ了スルニ至レハ所有權ノ追奪ニ遭遇スヘキコトヲ豫期シ得ラレトスルモ競賣完結後右平助ノ本登記ニ因リ現ニ競落不動產ノ所有權ヲ追奪セラレタル以上ハ民法第五百六十八條ノ規定ニ基キ競賣解除權ヲ有スル上ニ於テ何

等妨クル所ナキモノト謂ハサルヘカラス以上說明セル理由ニ依リ本案請求ハ正當ニシテ控訴代理人提出ノ第一乃至第五及第七抗辯ハ孰レモ其失當タルヲ知リ得ヘク尙大正六年十月二十七日控訴人ニ對シ本件訴狀ノ送達セラレタルコトハ記錄上明白ナルカ故ニ原審ニ於テ被控訴人ノ請求ヲ採用シタルハ相當ニシテ本件控訴ハ其理由ナシトス（長崎控訴院大正七年（ア）第一六四號同八年五月十七日民事部谷岡裁判長中根駒田各判事判決法律新聞第一五七一號二二頁）

【關係事項】　控訴棄却○配當金返還請求控訴事件○控訴人鹽川米吉歩二名訴訟代理人辯護士陣内惣三郎星野禮助古賀友義

【判旨第一點他人ノ不動產ノ競落ノ效力ニ關スル參照學說判例】

本卷民訴一一一頁以下

【同競賣ノ性質ニ關スル參照學說判例】

本書第七卷民訴二八三頁以下

【同第二點假登記ノ效力ニ關スル參照學說判例】

本卷民訴九五頁一〇〇頁以下　諸法九〇頁一九一頁以下

【同第三點競賣ト擔保ノ消滅ニ關スル同趣旨判例】

民法第六四九條ニ於テ賣却ニ因リ抵當權ノ消滅スルモノトシタルハ所有權カ競落人ニ移轉シタルコトヲ豫想シタル規定ニシテ假令形式上競賣手續ハ完了シタリトスルモ抵當不動產ノ所有權ヲ競落人ニ移轉スルノ理由ナキ場合ニ於テハ本條ニ依リ抵當權ノ消滅ヲ來スモノニ非ス（大阪控訴院大正四年判決法律新聞第五二〇號一七頁）

九六

五四九　第三者カ强制執行ノ目的物ニ付キ所有權ヲ主張シ其他自的物ノ讓渡若クハ引渡ヲ妨クル權利ヲ主張スルトキハ訴ヲ以テ債權者ニ對シ其强制執行ニ對スル異議ヲ主張シ又債務者ニ於テ其異議ヲ正當ナリトセサルトキハ債權

者及ヒ債務者ニ對シテ之ヲ主張スル可シ

右訴ヲ債權者及ヒ債務者ニ對シテ起ストキハ之ヲ共同被告ト爲ス

右訴ハ執行裁判所ノ管轄ニ屬ス然レトモ訴訟物カ區裁判所ノ管轄ニ屬セサルトキハ執行裁判所ノ所在地ヲ管轄スル地方裁判所之ヲ管轄ス

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

債權者カ自己ノ債權ヲ保全スル爲メニ其債務者ニ對シテ主張セントスル訴ハ民事訴訟法第五四九條ニ規定セル第三者ノ執行異議ノ訴ナルヲ以テ此場合ニ於ケル執行ノ停止ハ同條第四項ノ規定アルニ因リ之ニ依ルヘク假處分ニ依リ之ヲ爲スヘキモノニ非ス」

【決定理由】　然レトモ抗告人ノ主張ニ依レハ抗告人カ自己ノ債權ヲ保全スル爲メニ其債務者松島字三郎ニ代位シテ差押債務者松島音松ニ對シテ主張セントスル訴ハ民事訴訟法第五百四十九條ニ規定セル第三者ノ執行異議ノ訴ナルヲ以テ此場合ニ於ケル執行ノ停止ハ同條第四項ノ規定アルニ因リ之ニ依ルヘク假處分ニ依リ之ヲ爲スヘキモノニアラス又差押債務者松島音松カ差押物件ヲ他ニ賣却其他ノ任意處分ヲ爲シテ本案判決ノ執行ヲ妨クル虞アリトノ點ハ疎明ナキヲ以テ之ヲ認ムルヲ得サルニ因リ同人ニ對スル處分禁止ノ假處分申請モ亦相當ナリト認メス（大阪控訴院大正八年（ラ）二二號同八三五月一〇日民一部申尾裁判長佐藤織田各判事判決法律新聞第一五七五號一九頁）

【關係事項】　抗告棄却○假處分申請却下決定ニ對スル抗告事件○抗告人松林梅太郎訴訟代理人辯護士黒木逸作

九七

一九五　權利拘束ハ左ノ效力ヲ有ス

第三　原告ノ訴ノ原因ヲ變更スル權利ナシ但變更シタル訴ニ對シ本案ノ口頭辯論前被告カ異議ヲ述ヘサルトキハ此

限ニ在ラス

五四五　判決ニ因リテ確定シタル請求ニ關スル債務者ノ異議ハ訴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遲クトモ異議ヲ主張スルコトヲ得サルトキニ限リ之ヲ許ス

テ之ヲ主張スルコトヲ得サルトキニ限リ之ヲ許ス

五七九　執達吏費得金ヲ領收シタルトキハ同時ニ之ヲ主張スルコトヲ要ス

執行ヲ免カルルコトヲ債務者ニ許シタルトキハ此限ニ在ラス

民法**二六九**　年又ハ之ヨリ短キ時期ヲ以テ定メタル金錢其他ノ給付ヲ目的トスル債權ハ五年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅ス

原告カ請求異議ノ訴ニ於テ其請求原因トシテ債務名義タル公正證書ノ債權ハ已ニ辨濟シタル旨陳述シ更ニ引續キ假ニ債務アリトスルモ時效ニ依リテ消滅シタル旨陳述シ更ニ引續キ假ニ債務アリトスルモ時效ニ依リテ消滅シタル旨ノ陳述ヲ爲シタル事實アルモ右ハ二個ノ異議ニシテ共ニ前記債權ノ消滅シタルコトヲ主張スルニ外ナラサレハ之ヲ以テ訴ノ原因ニ變更アリト謂フヲ得ス」

債務者ノ請求異議ニ於テ原告カ第一回口頭辯論ノ起頭ニ於テ一定ノ申立ヲ爲シ其請求原因トシテ辨濟事實ノ主張ニ引續キ時效ノ主張ヲ爲シタルトキハ之ヲ同時ニ主張シタルモノト認ムルヲ妥當トス」

執達吏カ競賣代金ヲ受領シタルトキハ債務者ニ對シ債務ヲ辨濟シタルモノト看做サルルカ故ニ執達吏ノ競賣代金ノ受領ニ依リ强制執行ハ終了スルモ家屋ノ借賃債權ニハ五年ノ消滅時效ノ適用アリトス

先ツ原告代理人カ消滅時效ヲ附加主張シタルハ不適法ナリトノ抗辯ニ付キ按スルニ

原告代理人カ大正八年三月二十日ノ本件口頭辯論ニ於テ訴狀ニ基キ一定ノ申立ヲ爲シ其請求原因トシテ本件債務名義タル公正證書ノ債權ハ已ニ辨濟シタル旨陳述シ更ニ引續キ假リニ債務在リトスルモ時效ニ依リテ消滅シタル旨ノ陳述ヲ爲シタルコトハ明日ノ口頭辯論調書ニ依リテ之ヲ認メ得ヘキモ右ハ二個ノ異議ニシテ共ニ前記債權ノ消滅シタルコトヲ主張セントスル趣旨ニ外ナラサルハ辨濟ノ主張ニ亞ヒテ消滅時效ノ主張ヲ爲シタレハトテ之ヲ以テ請求原因ニ變更アリト謂フヲ得ス次ニ强制執行ニ對スル債務者ノ異議ノ訴ニ於テ債務者カ數個ノ異議ヲ有スルトキハ同時ニ之ヲ主張スヘキモノナル事ハ民事訴訟法第五四五條第三項ノ明定スル所ナルヲ以テ原告代理人ノ右兩個ノ異議ハ或ハ同時ニ主張シタルモノニアラサルヤノ觀アレトモ原告代理人カ第一回口頭辯論ノ起頭ニ於テ一定ノ申立ニ次キ其請求原因トシテ辨濟事實ヲ主張シ之ニ對シ相手方ニ於テ答辯ヲ爲シタル後更ニ時效ノ主張ヲ爲シタルモノトセハ格別本件ノ如ク辯論ノ冒頭ニ於テ訴狀ニ基キ一定ノ申立ヲ爲シ其請求原因トシテ辨濟事實ノ主張ヲ爲シタルハ之ヲ同時ニ主張シタルモノト認ムルヲ妥當トスヘキカ故ニ本抗辯ハ理由ナシ本案ニ付キ按スルニ被告カ明治四十四年五月三日公證人中村健三作成ノ公正證書ニ依リ大正元年八月八日原告所有ノ動產ニ對シ强制執行ヲ爲シ其ノ競賣代金ニ依リ一部辨濟ヲ受ケタルハ後其殘額債權ノ履行ヲ求ムル爲メ同一債務名義ヲ以テ大正八年一月二十五日原告代理人ノ主張スル別紙目錄記載物件ニ對シ差押ヲ爲シタルコト及右債務名義ノ基本タル債權カ家屋ノ賃借料ナルコトハ當事者間ニ爭ナク又大正元年八月八日開始セラレタル右强制執行ニ於テ其差押物件カ同月二十三日競賣セラレタルコトハ甲第一號證ニ依リテ之レヲ認メ得ヘシ而シテ特ニ反證ト認ムヘキモノナキヲ以テ右競賣代金ハ即日執達吏ニ於イテ受領シタレモノト認ムル原告代理人ハ右債務名義ノ基本タル借賃債權ハ已ニ辨濟シタリト主張スレトモ此點ニ付キ何等ノ立證ヲ爲ササルヲ以テ右主張ハ之ヲ認ムルニ由ナシ然レトモ强制執行ハ債權ノ履行ヲ目的トスルモノナレハ債權ノ履行ト認

ムヘキ辨濟其他ノ事實アルニ於テハ强制執行ハ玆ニ終了シタルモノト解スルヲ妥當トス又執達吏カ競賣代金ヲ受領シタルトキハ債務者ハ債權者ニ對シ債務ヲ辨濟シタルモノト見做サルルカ故ニ執達吏ノ競賣代金ノ受領ニ依リ强制執行ハ終了スルモノト爲ササルヲ得ス從テ被告代理人ノ强制執行ハ競賣代金ニ付キ現實ノ配當アリタルトキヲ以テ終了スルモノナリトノ抗辯ハ排斥ス而シテ被告カ大正元年八月八日爲シタル强制執行ニ於テ執達吏カ同月二十三日其競賣代金ヲ受領シタルコトハ前認定ノ如クナレハ同强制執行ハ同月二十三日ヲ於テ終了シタルモノト認ムヘキモノニ付キ前揭殘額債權ニ對スル時效ハ同月二十四日ヨリ進行ヲ始ムヘク從テ同日ヨリ本件强制執行ノ開始セラレタル大正八年一月二十五日迄ニ已ニ五年以上ノ時日ヲ經過セルコトハ算數上明ナリ尙家屋ノ借賃債權ニ五年ノ消滅時效ノ適用アルコトハ解釋上疑ナキヲ以テ本件强制執行ノ債務ノ名義ノ基本タル債權カ已ニ消滅シタルコト明カナリ被告代理人ハ被告ハ右債務名義ノ基本タル債權ノ一部ニ付キ大正元年中之カ請求訴訟ヲ提起シ被告勝訴ノ判決ヲ受ケ該判決ハ大正元年十二月二十八日ヨリ大正四年五月二日ノ間ニ確定シタルトキヨリ本件强制執行當時マテ未タ五年ノ時日ハ經過セサル旨抗辯スレトモ被告ハ右請求シタル債權カ大正元年八月分ノ借賃ナルコトハ乙第二號證ノ一ニ依リテ認メ得ヘク而シテ家屋ノ賃料ハ通常月末拂ナルヲ以テ特ニ反證ナキ本件ニ於テハ原告ノ支拂フヘキ右家賃モ亦月末ヲ以テ其支拂期ト爲シタルモノト認ムヘキカ故ニ大正元年八月八日開始セラレタル强制執行ノ債務名義ノ基本タル債權中同月分ノ家賃ヲ包含セサルコトハ勿論ナレハ之カ包含スルコトヲ前提トスル被告代理人ノ右抗辯ハ理由ナシ果シテ然ラハ本件强制執行ハ已ニ消滅シタル債權ニ基キテ爲サレタルモノニシテ其失當ナルコト明カナレハ原告ノ本訴請求ヲ正當ト認ム(長崎地方大正八年(ナ)第一一號同年五月一日民部支眞裁判長蔭山妹尾各判事判決法律新聞第一五八六號二〇頁)

【關係事項】 被告敗訴○强制執行異議事件○原告渡邊融訴訟代理人辨護士小山吾郎一〇被告宮崎伊三太訴訟代理人辨護士齋

仁井田博士

雉本博士

板倉博士

藤巖

【判旨第二點民訴五四五條三項ノ意義ニ關スル參照學說判例】

一 債務者カ執行異議ノ訴ヲ提起スルニ當リテ數個ノ異議ヲ有スルトキハ此訴ヲ以テ同時ニ之ヲ主張スルコトヲ要スルモノトス故ニ債務者カ執行異議ノ訴ヲ提起スルニ當リテ其有スル或異議ノ訴ヲ他ノ異議ト共ニ主張セサルトキハ後日執行異議ノ訴ヲ以テ其異議ヲ主張スルコトヲ得サルニ至ルモノトス是債務者カ數個ノ異議ヲ有スル場合ニ於テ順次ニ執行異議ノ訴ヲ提起シ以テ强制執行ノ遲延ヲ來スコトアルヲ防クニ必要ナル所ナリ(仁井田博士民事訴訟法要論下卷一一〇四頁)

二 請求異議ノ訴ノ原因ハ(一)執行セラルヘキ私法上ノ請求權カ消滅シタリト云フ事實(二)該請求權カ一時其效力ヲ停止セラレタリト云フ事實(三)執行債權者カ債務者ニ對シテ執行セラルヘキ請求權ヲ行使スルコトヲ得サルニ至リタリト云フ事實ノ何レカヲ云フ私法上ノ請求權カ消滅スルニ至リタル事由例ヘハ消滅時效ノ完成ニ依ルヤ債務ノ免除ニ依ルヤハ異議ノ理由アルコトヲ示スヘキ原因ニシテ異議自體ニハ非ス從テ消滅時效ノ完成ニ因ルトナシタル後改メテ免除ニ因ルトナスハ訴ノ原因ノ變更ニ非ス所謂事實上又ハ法律上ノ申述ノ補充又ハ更正ニ外ナラス學說ニ於テハ執行セラルヘキ請求權ニ對スル私法上ノ抗辯ヲ生スヘキ事實ヲ以テ直チニ請求異議ノ訴ノ原因ナリトスル說アリ然レトモ執行セラルヘキ請求權ノ消滅シタルコトカ此形成權ヲ生スヘキ發生事實ナルコトヲ想起セハ此說ノ誤ナルコトヲ知ルヲ得ヘシ異議ノ訴ノ原因ノ變更カ存スル場合ニハ其變更カ適法ナルヤ否ヤハ一般ノ規定ニ依リテ決セサルヘカラス故ニ第一審ニ於テハ被告カ異議ヲ述ヘサル場合ニ限リ適法ナリ民訴法第五四五條第三項ノ異議ト第二項ニ謂フ異議ノ原因トハ異ナル異議カ二以上存スル場合ニハ同時ニ提出スルコトヲ要スルモ異議ノ原因タル事實ハ二以上存スルモ同時ニ之ヲ提出スルコトヲ要セス、同時ニ提出セサル場合ハ制裁ハ一般理論ニ依リテ決セサルヘカラス卽チ提出行爲ノ懈怠ニ依リテ之ヲ提出スル權利ヲ失フニアリ然レトモ訴提起後ニ生シ又ハ債務者カ其過失ニ因ラスシテ知ルニ至リタル異議ハ異議ノ訴ニ關スル判決ニ接着スル口頭辯論ノ終結ニ至ルマテ主張スルコトヲ得ト雖モ訴ノ原因ノ變更ニ關スル規定ニ從フコトヲ要ス(雉本博士法學新報第二二卷一二號二三卷一號二號請求異議ノ訴要領)

三 數個ノ異議ハ同時ニ之ヲ主張スルコトヲ要ス此要件ハ異議ノ成立要件ナルコトアリ例ヘハ一ノ異議ノ訴ニ於テ主張シ得ヘキ異議ノ理由ヲ其訴ニ於テ主張セス更ニ他ノ訴ヲ起シテ主張スルナラハ此訴ハ第五四五條第三項ニ觸ルルモノナルカ如シ單ニ完備ノ要件ナルコトアリ例ヘハ數個ノ異議ノ理由ノ存スル場合ニ於テ其一ノミニ基キ異議ヲ主張スルモ適法ニシテ他ノ異議ノ理由ヲ併セテ主張セサル爲メ異議ヲ無效ナラシムル事ナキカ如シ唯併セテ主張セサリシ異議ノ理由ハ後ニ至リテ之ヲ提出スルヲ得ス又別訴訟ヲ以テシテモ之ヲ主張スルヲ得サルノミ第五四五條第二項ノ立法上ノ理由ハ異議訴訟ノ遲延ヲ防キ以テ成ルヘク執行ノ完結ヲ速カナラシメントスル趣意ニ在リ然レトモ同條項ノ適用アルハ異議ノ理由カ既ニ起訴ノ當時ニ存在シ且債務者カ之レヲ知レル場合ニ限ルヲ以テ訴ノ提起後ニ生シタル異議ノ事由又ハ起訴後債務者ノ知リタル事由ハ別ノ訴ニ於テ之ヲ主張スルコトヲ得而シテ其既ニ知レル異議ノ理由ヲ訴狀ニ記載セスシテ口頭辯論ニ至リ始メテ之ヲ主張スルナラハ第五四五條第三項ニ依リ抗辯ヲ提出セラルヘシ其抗辯ノ本質ハ訴ノ原因ノ變更ノ抗辯ノ一種ナリ(法學博士板倉松太郎氏强制執行法義解一〇

九一頁）

四　債務者ハ本節ノ異議ノ訴ヲ提起スル際既ニ認證シタル數個ノ異議ヲ同時ニ卽チ脫漏スルコトナク主張スルコトヲ要ス是レ執行ノ延滯ヲ防止スルノ目的ニ外ナラス從テ債務者ハ起訴ノ當時ニ認識シタルモ訴狀ニ記載セス且口頭辯論ニ於テ主張セサリシ異議ヲ主張スルノ權利ヲ失フモノト云フヘシ故ニ裁判所ハ職權ヲ以テ各種ノ異議ノ原因ニ付キ債務者カ之ヲ主張スルノ權利ヲ喪失シタルヤ否ヤヲ調査セサル可カラス而シテ本節ノ異議ヲ提起シタル後ニ成立シ又ハ其後ニ債務者カ認識シタル異議ノ原因ニ關シテハ債務者ハ之ニ基ク異議ヲ主張スルノ權ヲ失ハス是レヲ以テ前ニ提起シタル異議ノ訴ニ附帶シテ或ハ其終結後ニ於テ特ニ新ナル本節ノ異議ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ但シ前者ノ場合ニ於テハ訴ノ變更トナルコトアリ何トナレハ異議カ本節ノ訴ノ原因ナレハナリ（松岡法學士明治大學講義民事訴訟法第六編以下二六三頁）

五　執行ノ基本タル請求ニ付債務者カ數個ノ異議ヲ主張セントスルニハ訴ノ提起ニ際シ同時ニ之ヲ主張セサル可カラス是レ執行ノ遲延ヲ防止スル目的ニ出ツ蓋シ異議ノ原因ヲ漸次ニ主張スルコトヲ許ストキハ債權者ノ爲メニ執行ヲ遲延スル弊害アルヲ以テナリ故ニ債務者カ異議ノ原因數個ヲ有スルトキハ最初一個ノ原因ヲ主張シ敗訴ノ判決ヲ受ケタル後更ニ他ノ原因ニ基キ訴ヲ提起スルコトヲ許サス訴ノ提起後ニ於ケル口頭辯論ニ於テ異議ノ原因ヲ附加スルコトハ訴ノ原因ノ變更ナリ故ニ第二審ニ於テ之ヲ許ササルコトハ明カナリト雖モ第一審ニ於テハ被告ノ承諾アルトキハ之ヲ許ス如何トナレハ異議ノ原因ヲ同時ニ主張スヘキコトヲ要スルハ妨訴抗辯ヲ同時ニ提出スヘシトノ法意ト同シク數個ノ異議ノ原因ヲ一切ニ終局セントノ目的ニ外ナラサレハナリ從テ債務者カ數個ノ異議ノ原因ヲ認識セルニ拘ハラス最初一個ヲ主張シタルトキハ訴ノ原因ノ變更ノ許サレサル限リハ他ノ異議ノ原因ハ之ヲ主張スル權利ヲ喪失スルモノトス裁判所ハ職權ヲ以テ債務者カ異議ノ原因ヲ主張スル權利ヲ喪失セルヤ否ヤヲ調査セサル可カラス換言スレハ債務者カ異議ヲ主張スル權利アリヤ否ヤハ裁判所ノ職權調査ノ事項ニ屬スルモノトス然レトモ異議ノ原因カ異議ノ訴ノ提起後ニ生シ若クハ債務者カ認識シタルモノナルトキハ之レニ基キ債務者ハ異議ノ訴ヲ提起スル權利ヲ喪失スルモノニ非ス前訴ノ繫屬中ト雖モ新原因ニ基キ更ニ訴ヲ提起スルヲ得ヘキナリ（法學士岩田宙造氏民事訴訟法原論一〇九一頁以下）

六　民事訴訟法第五四五條第三項ニ債務者カ數個ノ異議ヲ有スルトキハ同時ニ之ヲ主張スルコトヲ要ストアルカ故ニ訴提起ノ當時ニ於テ既ニ其原因ノ生シタルモノニシテ債務者カ其當時主張スルコトヲ得タリシ場合ニ於テハ總テノ異議ハ同時ニ之ヲ主張スルコトヲ要スルノ義ニ外ナラス若シ同時ニ之ヲ主張セスシテ其訴訟中ニ在テ新タニ異議ノ原因ヲ主張スルカ如キハ訴ノ原因ヲ變更スルモノトシテ之ヲ許スヘキニ非ス然レトモ訴ノ原因ノ變更ハ被告カ異議ヲ述ヘサルトキハ第一審ニ限リ許サルルモノナレハ設令訴提起ノ當時ニ於テ主張セサリシモノト雖モ被告カ何等ノ異議ヲ止メサルニ於テハ更ニ異議ヲ追加スルヲ妨サケルモノトス（大審院判決錄四三年第一七九頁）

七　本條第三項ノ規定ハ數個ノ異議カ同時ニ存スルトキハ各異議ヲ別訴訟ニ於テ主張スルコトヲ得サルハ勿論同一ノ訴訟ニ在リテモ下級審ニ於テ主張シ得タル異議ヲ其審級ニ提出セスシテ上級審ニ至リ新ニ提出スルカ如キハ之ヲ許ササル趣意ナリトス（同上明治四〇年判決民四七頁）

八　訴ノ提起ニ際シ數個ノ異議ヲ主張スルコマナクシテ單ニ一個ノ異議ヲ主張シ訴ノ原因トナシ其後ノ口頭辯論ニ於テ更ラニ他ノ新タナル異議ヲ主張シタルトキハ其新タナル異議ニ付テハ民事訴訟法第一九五條第三號第一九六條ニ從ヒ其許否ヲ決スヘキモノトス（東京控訴院大正元年一二月五日民一部判決法律新聞第八七四號二四頁）

九　請求ニ關スル異議ノ訴ニ於テ異議ノ原因數個アルトキハ假令兩立シ得サル主張ト雖モ訴ノ當時ニ存スル原因タルトキハ同時ニ之ヲ主張シ得ヘキモノトス（同上明治四四年一一月一七日判決法律新聞第七六三號）

一〇　強制執行ニ對シ債務者ヨリ請求ニ關スル異議ノ訴ヲ提起スル場合ニ於テ其異議ノ原因及數個アルトキハ其數個ノ異議カ宜ニ相抵觸スルモノナルト否トニ拘ラス之ヲ同時ニ提出スルコトヲ要スヘキハ民事訴訟法第五四五條第三項ニ依リ明カニシテ又其所謂同時トハ畢竟第一審ニ於ケル口頭辯論ノ終結前ナル意義ヲ有スルモノニシテ必ラスシモ同一訴狀ヲ以テスルヲ要セサルハ同條規定ノ精神ニ徵シテ疑ヲ容レス（大阪地方明治四二年一〇月二九日民二部判決法律新聞第六〇八號一六頁）

一一　債務名義ニ依リ確定シタル請求ニ關シ債務者カ異議ノ訴ヲ爲ス場合ニハ第一九五條ノ拘束ヲ受クルコトナシ本條第三項ニ依リ同一審級ニ於テハ權利拘束後尙數個ノ異議ヲ主張シ得ヘキモノトス第一九〇條ノ所謂一定ノ原因トハ單一原因ノ意義ニアラスシテ苟モ明ニ定マリタルモノナル以上ハ二個以上ノ事實ヲ以テ順次ニ一ノ請求原因ト爲スコトヲ得ヘシ（長崎地方明治四二年判決法律新聞第五七四號九頁）

【判旨第一點賣得金ノ領收ト強制執行ノ終了ニ關スル同趣旨學說判例】

一　執達吏其他ノ執行機關ノ爲ス賣得金ノ領收ハ債務者ノ債權者ニ對スル支拂ト看做ス（第五七九條）現金ヲ取立テタルトキ亦同シ（法學博士板倉松太郎氏強制執行法義海三八三頁）

二　動產競賣ノ場合執達吏カ賣得金ヲ領收シタル後其保管中債務者ニ對スル未納國稅徵收ノ爲メ稅務官吏ヨリ賣得金ノ交付ヲ請求セラルルモ之ニ應スヘキモノニアラス（民刑局長明治四一年第一〇七二號回答）

三　有體動產競賣ノ場合ニ於テ執達吏カ賣得金ヲ領收シタルトキハ債務者ヨリ債務者ニ辨濟ヲ爲シタルモノハ看做サルルヲ以テ爾後執行停止命令アリタル場合ト雖モ執達吏ハ賣得金ヲ債務者ニ交付スヘキモノトス（民刑局長明治三三年第一〇一五號回答）

四　債權者カ其債務者ニ屬スル有價證券ヲ第三者ヨリ取立ツルニ當リ民事訴訟法第五八一條ニ依リ相場アルモノハ賣却日ノ相場ヲ以テ適宜ニ之ヲ賣却シ相場ナキモノハ一般ノ規定ニ從ヒ競賣シタルトキニ於テ強制執行ハ終了スヘキモノトス（大審院民事判決錄三四年三卷三三頁）

五　動產ノ強制執行ニ關スル民事訴訟法第五七九條ニハ執達吏賣得金ヲ領收シタルトキハ債務者ヨリ支拂ヲ爲シタルモノト看做ストアリ從テ執達吏カ動產ノ賣得金ヲ領收スルト同時ニ其金錢ハ債權者ニ交付セラレタルト同一ノ效力ヲ生シ其瞬間ニ於テ該金錢ハ債權者ノ所有ニ歸シタルモノトス（同上明治三六年判決刑錄一三七〇頁）

六　有體動產ニ對スル強制執行ハ執達吏カ其目的物ヲ賣買シ賣得金ヲ領收スルニヨリテ結了スルモノトス（東京區大正三年九

仁井田博士

松岡博士

月七日判決本書第三卷民訴二一六頁)

【同上反對學說判例】

一　强制執行カ全部若クハ一部其目的ヲ達シタルトキ又ハ强制執行ヲ絶對ニ停止シ且ツ既ニ爲シタル執行處分ヲ悉ク取消シタルトキハ强制執行ハ終了スルモノトス然レトモ執行處分ヲ終了スルモ債權者ヲシテ其請求ノ辨濟ヲ得セシムヘキ手續カ終ラサルトキハ强制執行ハ其目的ヲ達シタルモノト謂フヘカラサルカ故ニ未タ强制執行ノ終了ヲ來ササルナリ例ヘハ執達吏カ金錢ノ請求ノ爲メニスル强制執行ノ方法トシテ金錢ヲ差押ヘ又ハ差押物ヲ換價シテ賣得金ヲ領收スルモ債權者カ未タ金錢ノ引渡ヲ受ケサルトキハ强制執行ノ終了ヲ來シタルモノト謂フヘカラス又執行裁判所カ差押債權ノ取立ヲ命シタル場合ニ於テ債權者カ取立ヲ爲シタルコトヲ執行裁判所ニ屆出テス又ハ第三債務者カ債務額ヲ供託シタルトキハ債權者ハ未タ其請求ノ辨濟ヲ得サルモノナルカ故ニ强制執行ノ終了ヲ來シタルモノト謂フヘカラサルカ如シ(六〇七、六二〇、六二一)之ニ反シテ執行裁判所カ差押債權ヲ債權者ニ轉付シタル場合ニ於テハ債權者ニ請求ノ辨濟ヲ爲ス手續ヲ終リタルモノナルカ故ニ轉付命令カ效力ヲ生シタルトキハ强制執行ノ終了ヲ來スニ至ルモノト謂フヘシ(六〇一)强制執行ヲ終了スル時期ハ債務者カ其義務ヲ免ルル時期ト必シモ一致スルモノニ非ス蓋シ第五七四條及ヒ第五七九條ノ規定ニ依レハ執達吏カ金錢ノ請求ノ爲スルメニ强制執行ヲ爲スニ當リテ金錢ヲ差押ヘ又ハ差押等ノ賣却代金ヲ領收シタルトキハ債權者ニ金錢ノ引渡ヲ爲スヲ待タスシテ債務者ヨリ辨濟ヲ爲シタルモノト看做サルルコトヲ本則トスルモ此規定ハ債務者カ債權者ニ對シテ義務ヲ免ルルニ至ルヘキ私法上ノ效果ヲ定メタルニ過キス而シテ金錢ノ請求ヲ有スル債權者カ金錢ノ引渡ヲ受ケ以テ其請求ノ辨濟ヲ得ルニ非サレハ强制執行ハ未タ終了シタルモノト謂フヘカラサルヲ以テナリ(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論下卷一一五六頁以下要領)

二　第一執達吏カ執行機關ナル場合ニ於テ有體動產ニ對スル金錢債權ノ强制執行アリタルトキハ其强制執行ハ執場吏カ差押ニ係ル現金又ハ執行ノ目的物ハ賣得金ヲ債權者若クハ其代理人ニ交付スルニ因リテ終結シ(民訴法五七四乃至五七七、五八一、五八二)現金ノ差押若クハ賣得金ノ領收ニ因リテ終結スルモノニアラス是レ蓋シ執達吏カ債權者ノ純然タル受任者ニアラスシテ却テ法定ノ範圍ニ於テ債權者ノ爲メ之ヲ代表スル官吏タルノ法理ヨリ推理シテ明瞭ナルノミナラス執達吏ノ職權ハ債務者カ民事訴訟法第五七四條第二項第五七九條ノ規定ニ從ヒ免責スルニ拘ハラス尙ホ終了セルヲ以テナリ(民訴法五八三、六二六)民事訴訟法第七三〇條ノ規定ニ從ヒ强制執行アリタルトキハ其執行ノ目的物ヲ債權者ニ引渡スニ因リテ終結シ其目的物ノ取上ニ因リテ終結セス又民事訴訟法第七三一條ノ規定ニ從ヒ强制執行アリタルトキハ其執行ハ執行ノ目的物ヲ債權者ニ占有セシムルニ因リ終結ス第二執行裁判所カ執行機關タル場合ニ於テハ金錢債權ニ對スル强制執行アリタルトキハ其執行ハ取立命令ニ依レル取立及ヒ轉付命令ニ依ル轉付ニ依リテ終結ス但民事訴訟法第六〇七條ノ規定ニ從ヒ第三債務者ノ供託アリタルトキハ强制執行ハ供託アリタル債務額ヲ債權者ニ交付スルコトニ因リテ終結シ民事訴訟法第六一四條ノ規定ニ從ヒ强制執行アリタルトキハ其執行ハ有體動產ニ對スル强制執行又ハ不動產ニ對スル强制執行ト同一ノ方法ニ依リテ終結シ又民事訴訟法第六二五條ノ規定ニ從ヒ强制執行アリタルトキハ其執行ハ賣得金ヲ債權者ニ交付スルコトニ因リテ終結ス又不動產及ヒ船舶ニ對スル强制執行ア

東京地方裁判所

リタルトキハ强制管理ハ收益金ヲ以テ債權者ニ辨濟ヲ爲スニ因リテ終結シ强制競賣ハ賣得金ヲ以テ債權者ニ辨濟ヲ爲スニ因リテ終結ス第三受訴裁判所カ執行機關ナル場合ニ於テ民事訴訟法第七三三條(民施五四)ノ規定ニ從ヒ强制執行アリタルトキハ其執行ハ決定ニ因リ債權者カ滿足ヲ享有スルコトニ因リテ終結シ又民事訴訟法第七三四條(民施五五)ノ規定ニ從ヒ强制執行アリタルトキハ其執行ハ履行ノ完了若クハ損害賠償ノ完了ニ因リテ終結ス而シテ强制執行終結ノ時期ハ主トシテ强制執行ノ方法ニ關スル異議及ヒ債務者若クハ第三者ノ異議ノ訴(民訴法五四四、五四五、五四六、五四九)ノ能否ニ付キ重大ノ關係ヲ有ス(法學博士松岡義正氏中央大學講義强制執行法三四二頁)

三　民事訴訟法第五七九條ニ執達吏賣得金ヲ領收シタルトキハ債務者ヨリ支拂ヲ爲シタルモノト看做ストノ規定ハ執達吏カ賣得金ヲ領收スレハ債權者ハ之ト同時ニ債權ノ辨濟ヲ受ケタルモノト看做ストノ趣旨ニアラス債權者カ金錢債權ノ爲メ債務者所屬ノ金錢以外ノ有體動產ヲ差押ヘ之ヲ競賣ニ附シテ其賣得金ヨリ辨濟ヲ受クヘキ場合ニ於ケル强制執行處分ハ執達吏ノ賣得金領收ニヨリテハ未タ終了セス執達吏カ進ンテ之ヲ債權者ニ引渡シ債權者カ之ヲ辨濟トシテ受領スルニヨリ終了スルモノトス(東京地方大正三年二月一四日判決本書第三卷民訴二一一頁)

(九八)

四九七　强制執行ハ確定ノ終局判決又ハ假執行ノ宣告ヲ付シタル終局判決ニ因リテ之ヲ爲ス

五一六　强制執行ハ執行文ヲ付シタル判決ノ正本ニ基キ之ヲ爲ス

執行力アル正本ハ第一審裁判所ノ書記又訴訟カ上級裁判所ニ繫屬スルトキハ其裁判所ノ書記之ヲ付與ス

執行力アル正本ヲ求ムル申立ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得

五一七　執行文ハ判決ノ正本ノ末尾ニ之ヲ附記ス

其文式左ノ如シ

前記ノ正本ハ被告某若クハ原告某ニ對シ强制執行ノ爲メ原告某若クハ被告某ニ之ヲ付與ス

執行文ニハ裁判所書記署名捺印シ且裁判所ノ印ヲ押ス可シ

五一八　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リ之ヲ付與ス

判決ノ執行カ其趣旨ニ從ヒ保證ヲ立ツルコト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コトヲ證スルトキニ限リ執行力アル正本ヲ付與スルコトヲ得

五二〇　第五百十八條第二項及ヒ第五百十九條ノ場合ニ於テハ執行力アル正本ハ裁判長ノ命令アルトキニ限リ之ヲ附與スルコトヲ得

裁判長ハ其命令前ニ書面又ハ口頭ヲ以テ債務者ヲ審訊スルコトヲ得

右命令ハ執行文ニ之ヲ記載ス可シ

五二九　請求ノ主張カ成ル日時ノ到來ニ繫ルトキハ其日時ノ滿了後ニ限リ强制執行ヲ始ムルコトヲ得
若シ執行カ債權者ヨリ保證ヲ立ツルコトニ繫ルトキハ債權者カ保證ヲ立テタルコトニ付テノ公正ノ證書ヲ提出シ且豫本ヲ既ニ送達シ又ハ同時ニ送達シタルトキニ限リ其執行ヲ始ムルコトヲ得

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

(一)民事訴訟法第五一八條第二項ニ執行カ條件ニ繫ルトハ執行カ或事實ノ到來ノ場合ニ限リ爲サルヘキ關係ニ在ルヲ意味スト雖モ其事實ハ成否不確定ノモノタルコトヲ要セサルハ勿論又其發生時期カ不確定ノモノタルヲ必要トセサルモノトス」

判決カ如何ナル趣旨ヲ有スル場合ニ執行ハ條件ニ繫ルヤハ畢竟其命シタル給付ノ趣旨ニ從ヒ之ヲ決スヘキモノトス」

判決以外ノ債務名義ニ付テモ亦債務名義ノ示ス給付ノ趣旨ニ從ヒ之ヲ定ムヘキモノトス」

强制執行ハ强制的ニ給付請求權ノ內容ヲ實現スル國家機關ノ行爲ニシテ私權保護ノ一タリトス」

從テ强制執行ノ開始ハ其本質上債務者カ卽時ノ給付ヲ爲スヲ要スルニ至リタル場合ニ非サレハ之アルヲ得サルモノナレハ債務者カ卽時ノ給付ヲ爲スヲ要スルニ至ルヘキ事實ノ到來ハ卽給付ノ趣旨ニ從ヒ執行ノ繫ル事實ノ到來ニシ

テ其斯クノ如キモノナルコトカ債務名義上ニ表ハルル場合ニ於テハ執行カ債務名義ノ趣旨ニ從ヒ條件ニ繫ルモノニ外ナラス」

執行ニ依リテ實現セントスル給付カ不特定的ニ債務ノ內容ヲ爲ス場合(例選擇債務擔保的給付)ニ在リテハ其特定ヲ來スノ事實ハ執行ノ繫ルノ事實タリトス」

請求權カ期限付ノモノナルトキハ日時ノ到來(確定期限ノ場合)一定ノ事實ノ發生(不確定期限ノ場合)ハ共ニ執行ノ繫ル事實ノ到來ナリトス解除約款ノ存スルトキ其趣旨ニ從ヒテ期限ノ到來ヲ來ス事實ノ發生亦同シ(商法上ノ指圖債權又ハ無記名債權ノ執行ハ其債權ニ付キ定メタル期限ノ到來ヲ呈示シテ爲サルル請求ノアリタルコトニ繫ルモノト謂フヘシ)」

債務者ヲシテ卽時ノ給付ヲ爲サシムルカ爲メニ或事ノ爲サルルヲ要スル場合(例債權者ノ負ヘル先行給付、引換ノ反對給付又ハ提供等)ニハ其事實ノ實行ハ卽チ執行ノ繫ル條件タリトス」

假ニ將來ノ給付判決ヲ可能ナリトスルモ條件付請求權ニ基ク給付判決ハ何等明文ナキ我國法ニ於テハ之ヲ認ムヘカラス從テ條件付請求權ニ付テ爲サルル判決又之ニ關スル和解公正證書等ニ對シテハ第五一八條第二項ノ適用又ハ準用ナキモノトス」

(二)執行シ得ル判決卽チ債務名義タリ得ル判決ハ給付判決ニ限ルモノトス」

債務名義ノ趣旨ニ從ヒ執行カ繫ル事實ノ到來ハ其全部ニ付債權者擧證責任ヲ

有スルモノニ非ス判決手續ニ於ケルト同シク一般擧證責任ノ原則ニ依リ定マルヘキモノトス」

法律カ執行文附與ノ爲メニ債權者執行ノ繫ル條件ノ履行ヲ證明スヘシトセルハ當該ノ事實ニ付債權者擧證責任ヲ有シ且其存否ハ執達吏之ヲ調査スルニ適セサルコトヲ前提トシタルモノト解スヘキモノトス」

執達吏カ公正ノ證明書ニ依リ執行ノ條件タル事實ノ到來ヲ認定シ得ルハ法律ノ定ムル場合(保證ヲ立ツルコトニ繫ル場合)ノミニ限リ一般ニ執達吏ハ公正ノ證明書ニ基キテ斯ル事實ヲ認定スルヲ得ルモノニ非ス」

執行ノ繫ル日時ノ到來ハ執行文附與ノ要件タラサルモノトス」

執達吏ニ依リテ履行セラレ(例解約約款ニ基ク告知)又ハ經驗セラルル事實(例豫備的給付ニ對スル執行ノ繫ル條件タル本來ノ給付ニ付テ執行ノ不成功ヲ生シタルコト)ハ執行文附與ノ要件タラサルモノトス」

(三) 執行ノ繫ル條件履行ノ證明ハ證明書ヲ以テ之ヲ爲スヲ要スルモ其私證書タルト公證書又ハ公ノ認證アル證書タルトハ問フ所ニ非ス又證明書ハ證明ノ用ニ供スルカ爲メニ作成シタル證書從テ認證ヲ表示セラレタルモノタルヲ要セス單ニ書證タルヲ以テ可ナリトス(證書カ當該裁判所ニ存スルト(キハ之ヲ援用スルヲ得ヘシ)」

債務名義ノ趣旨ニ從ヒ執行カ條件ニ繫ル場合ニ於テハ裁判長ノ命令アルトキ

ニ限リ執行文ヲ附與シ得ト爲スモ付與機關ハ裁判所書記ニシテ裁判長ニ非ス從テ付與ノ申立ハ書記ニ對シテ爲スヘキモノトス」

債務名義ノ趣旨ニ從ヒ執行カ條件ニ繫ル場合ニ裁判長ノ執行文付與ノ命令ハ裁判所書記ニ對シテ爲サレ付與申請者ニ對シテ爲サルルモノニ非サルヲ以テ付與申立ニ對スル裁判ハ書記ニ依リテ爲サルル執行文ノ付與又ハ拒絕トシテ現ハルルニ止マル從テ之ニ對スル債權者又ハ債務者ノ不服ハ書記ノ處分ノ變更ヲ求ムル申立又ハ執行文附與ノ異議タルヲ得ルモ卽時抗告ヲ以テ裁判長ノ命令又ハ其拒絕自體ヲ攻擊スルヲ得サルモノトス」

債務名義ノ趣旨ニ從ヒ執行カ條件ニ繫ル場合裁判長ノ命令ニ依リテ爲ス執行文ノ附與ハ單ニ執行請求權ヲ確認スルニ止マラス更ニ其執行請求ヲ無條件ニ爲シ得ル者タラシムルノ關係ニ於テ債務名義ノ內容ヲ變更スルモノニシテ通常ノ執行文ト其趣ヲ異ニスル所トス」

(一) 債務名義ノ趣旨ニ從ヒ執行カ條件ニ繫レル場合

(一) 民訴第五一八條第二項ニ執行カ條件ニ繫ルトハ執行カ或事實ノ到來ノ場合ニ限リ爲サルヘキ關係ニアルヲ意味ス蓋シ第五一八條第二項ニ所謂執行ノ繫ル「條件ヲ履行シタルコト」ハ之ヲ第五四六條ニ「事實ノ到來」ト云ヘルニ徵スルトキハ右ノ條件ナル語ハ特別ノ意味ヲ有スルニ非スシテ單ニ事實ノ到來ト云フト同シク結局獨民訴ト其法意ヲ別異ニセサルモノト解スヘキカ如シ故ニ其所謂條件タル事實ハ成否不確定ノモノタルヲ要セサルハ勿論又其發生時期カ不確定ノモノタルヲ必要トスル事ナシ就

行カ或ル事實ノ到來シタル場合ニ限リ爲サルヘキ關係ニ在リト云フハ此場合ニ限リ執行カ開始セラルヘキ關係ニ在ルノ謂ニシテ即チ其事實ノ到來ハ執行ノ開始ヲ制限スルモノニ外ナラス此意味ニ於テ執行カ事實ノ到來ニ繫ルハ或ハ(1)法律ノ直接規定ニ基キ(例ヘハ五二八各項及ヒ五二九、二ノ送達五三〇、一ノ通知ノ如シ)或ハ(2)特殊ノ處分ニ基キ(例ヘハ五〇〇、五四七ニ於テ保證ヲ立テシメテ強制執行ヲ爲スヘキコトヲ命スル假ノ處分)又或ハ(3)債務名義ノ趣旨ニ基ク本質ニ於テ問題トスル條件ニ繫レル强制執行ハ右最後ノモノナリ(二)　債務名義ノ趣旨ニ從ヒ執行カ條件ニ繫ルハ判決カ債務名義タル場合ニ於テハ或ハ(1)給付ヲ命スル判決ノ趣旨ニ從ヒテ然リ(2)其判決ニ因リテ執行シ得ヘカラシムル裁判タル假執行宣言ノ趣旨ニ從ヒテ然リ後者ニ於テハ然ラス即チ其裁判自身ニ執行ヲ條件ニ繫ラシムルコトヲ明言スルモ前者ニ於テハ然リ判決カ如何ナル趣旨ヲ有スル場合ニ執行ハ條件ニ繫ルモノナリヤノ問題ヲ生ス然ルニ給付判決ノ內容ハ被告ニ一定ノ給付ヲ命スルカ故ニ「其趣旨ニ從ヒ」ト云フハ結局「其命シタル給付ノ趣旨ニ從ヒ」ト云フニ歸着スヘシ此事ハ判決以外ノ債務名義ニ付キテモ同樣ナリ然ラハ如何ナル給付ハ之ニ對シテ爲サルル執行カ條件ニ繫ルモノナリヤ强制執行ハ强制的ニ給付請求權ノ內容ヲ實現スル國家機關ノ行爲ニシテ私權保護ノ一タリトスルコト今日ノ定說タリ從テ其實現スル所ハ請求權ノ內容ニ從ヒ之ヲ超ユヘカラサルハ當然ナリ乃チ今之ヲ執行ノ本質上其開始ハ債務者カ即時ノ給付ヲ爲スヲ要スル場合ニ非サレハ未タ之有ルヘキニアラス斯クノ如ク强制執行ハ之アルヲ得サルヘキモノトセハ債務者カ即時ノ給付ヲ爲スヲ要スルニ至リタル場合ニアラサレハ債務ノ到來ハ即チ給付ノ趣旨ニ從ヒ執行ノ繫ル事實ノ到來ニシテ其期ノ如キモノナルコトカ債務名義上ニ表ハルル場合ニ於テハ是レ即チ債務名義ノ趣旨ニ從ヒ執行ノ繫ル事實ノ到來ニシテ其債務名義カ判決タル場合ニ於テハ即チ執行カ判決ノ趣旨ニ從ヒ執行ノ繫ヒ條件ニ繫ルモノニ外ナラサルナリ(三)　上來ノ所述ニ由リテ之ヲ觀レハ夫ノ場合ニ

在リテハ執行ノ債務名義ノ趣旨ニ從ヒテ事實ノ到來ニ繫ルモノタリ即チ(イ)執行ニ依リテ實現セントスル給付カ不特定的ニ債務ノ內容ヲ爲ス場合ニ在リテハ其特定ヲ來スノ事實ハ執行ニ繫ル事實タリ選擇債務ニ於テハ數個ノ給付カ共ニ債務ノ內容ヲ爲スモ其然ルハ選擇的ニシテ特定的ニ非サルカ故ニ債務ノ內容カ其數個ノ給付中ノ一ニ特定シタルニ非サレハ之ヲ實現セシムルコト得ヘカラス殘餘的給付ノ執行ハ本來ノ給付ニ付テ其執行カ目的ヲ達セサルノ事實存セサルヘカラス(ロ)請求權カ期限付ノモノナルトキハ其日時ノ到來不確定期限ナルトキハ其定メタル事實ノ發生ハ共ニ執行ノ繫ル事實ノ到來タリ又解除約款存スルトキハ其趣旨ニ從ヒテ期限ノ到來ヲ來ス事實ノ發生ハ即チ執行ノ繫ル條件タリ尤モ商法上ノ指圖債權又ハ無記名債權ノ執行ハ當ニ其債權ニ付キ定メタル期間ノ到來ニ繫ルノミナラス又其證券ヲ呈示シテ爲サルル請求アリタルコトニ繫ルモノト言ハサルヘカラス(ハ)債務者ナシテ即時ノ給付ヲ爲サシムル爲メニ或事ノ爲サルルヲ要スル場合ニハ其事實ノ實行ハ即チ執行ノ繫ル條件タリ債權者ノ負ヘル先行(又ハ豫告)給付カ宛モ然ルヘキハ論ナシ引換給付ニ付テ執行文附與前ニ債權者カ其負ヘル引換ノ反對給付ノ履行又ハ提供ヲ要スルヤ否ヤハ我國學說判例ノ一致セサル所ナルモ其執レニ從フモ執行開始ノ時ニ於テハ既ニ其履行又ハ提供アリタルヲ要スルカ故ニ之カ履行又ハ其提供モ亦執行ノ繫ル條件タルモノトス受取證書ノ交付(民法四八六)債權證書ノ返還(民法四八七)モ亦辨濟ト引換ニセラルヘキモノト解スルトキハ債務者ハ其交付返還アルニ非サレハ履行ヲ拒ミ得ヘク從テ受取證書ノ交付並ニ債權證書ノ返還ハ執行ノ繫ル條件タルヘシ貨物引換證倉庫證券手形船荷證券上ノ債權ノ執行ニ付テ此等證券ノ交付カ其繫ル條件タルヘキハ更ニ强キ理由ヲ以テ之ヲ是認セサル所タルヘシ(四)以上ニ於テ債務名義ノ趣旨ニ從ヒ執行カ條件ニ繫ル場合トシテ擧ケタルモノハ執レモ請求權ハ現存スル場合ニシテ其條件ハ(假執行宣言ニ依ルモノヲ除キテ言ヘハ)即チ債務者ナシテ即時ノ給付ヲ爲サシムルノ關係ニ於テ存スルモノニ外ナラス之ト異リ

テ請求權ノ發生カ繫ル事實ノ到來モ亦所謂執行ノ繫ル條件ナリト云フヘキヤニ付テハ之ヲ肯定スル學者アルモ疑問ナキヲ得ス此問題ヲ肯定セントセハ(1)將來ノ請求權ニ基ク將來ノ給付判決ヲ可能ナリトスルカ(2)確認判決モ亦執行シ得ル判決タリトスルカ或ハ又(3)法文ニ「判決ノ趣旨ニ從ヒ」ト云ヘル其判決ハ執行力アルモノタルヲ要セストスルカ以上三者ノ中執レニカ仕論據ヲ求メサルヘカラス左ニ先ツ條件付キ請求權ニ基ク給付判決ノ能否ヲ檢セント欲ス一般國法上將來ノ給付判決ヲ認メサル見解ノ下ニ於テハ條件付請求權ニ基ク給付判決ヲ可能ナリトスル事ハ當然ニ條件付請求權ニ基ク夫レノ可能ヲ論結スルモノニ非サルカ故ニ國法上將來ノ給付判決ヲ認ムル見解ノ下ニ在リテモ其能否ハ猶ホ問題タラサルヲ得ス元來條件付請求權ハ將來ノ請求權ニシテ現存ノ請求權ニハ非ス條件成就前ニ於ケル現存ノ權利トシテハ條件成就シタル場合ニ請求權ヲ取得スルノ期待權存スルニ止マル此期待權ニ付テハ確認判決ヲ爲スニ止メ條件成就ノ後發生シタル請求權ニ基キ給付判決ヲ爲スノ繁雜ニ比スレハ未發生ノ將來ノ請求權ニ付テモ尙ホ其發生ノ繫ル事實ノ到來ヲ條件トシテ將來ノ給付ヲ命スル判決ヲ爲スハ實際ノ便宜多カルヘク從テ便宜ヲ主トセハ斯ル立法モ相當ノ理由アリト言フヲ得ヘシ然レトモ理論上ノ見地ヨリスルトキハ給付判決ハ未發生ノ請求權ニ基キテ之ヲ爲スアルヲ得ヘカラス故ニ法律カ此理論上ノ歸結ニ拘ハラス特ニ實際ノ便宜ヲ主トスル規定ヲ設ケタル場合ハ格別然ラサル限リ單ニ將來ノ給付判決ノ可能ヲ論據トシテ條件付請求權ニ基ク夫レヲモ可能ナリト論斷スルヲ得ヘカラス次ニ執行シ得ル判決即チ債務名義タリ得ル判決ハ給付判決ニ限ルトスルコトノ論據ヲ採用シ得ヘカラサルハ多ク論スルノ要ナシ是ニ於テ最後ニ前揭(3)ノ論據タル法文ニ「判決ノ執行カ其旨趣ニ從ヒ」ト云ヘル其判決ハ必シモ執行シ得ル判決タルヲ要セサルヤ Schmidt ハ其內容ニ從ヒ執行カ事實ノ到來ニ繫ル確認判決ハ請求カ條件付ノモノトシテ不確定ナル未發生ノ事情ニ繫レルヲ確認セル判

決タルヲ認ムル氏ノ見解ニ從ヘハ右ノ判決ハ確定判決ナルヲ以テ執行シ得ヘカラス從テ執行アルニ先チ其因テ執行シ得ル判決ヲ求ムル第二ノ手續ヲ必要トスヘク獨第七二六條第一項カ特ニ條件成否ノ判決ニ基キ給付判決ヲ爲スノ手續ヲ簡易ニシタルモノト解スヘキカ如シ然レトモ果シテ氏ノ所說ノ如ク條件付請求權ニ付テ爲サレタル確認判決ノ場合ニハ條件成就ノ證明ニ依リ債權者ハ執行力アル正本ノ付與ヲ受ケ得ヘシトセハ無條件ニ請求權ノ存在ヲ確認セル判決ニ在リテハ別段ノ證明ヲ須キスシテ執行文ノ付與ヲ受ケ得ルヲ認メサルヲ得サルヘシ然ルニ斯ノ如キハ結局確認判決ヲ以テ債務名義タルニ適ストスル判決ノ執行シ得ヘカラサルヲ認ムルニ對シ撞着アルヲ見レルモノニシテ氏自身ニ確認判決ヲ以テ執行シ得ルモノトスル要之請求權ノ發生ノ繫ル條件モ亦法文ニ所謂判決ノ旨趣ニ從ヒ執行ノ繫レル條件ニ屬ストスル說ハ未タ之ヲ支持スルニ足ルノ根據ヲ認メ難シ故ニ條件ハ請求權ニ付テ爲サルル判決從テ又之ニ干スル和解公正證書等ニ對シテハ第五一八條第二項ノ適用又ハ準用アルヲ得サルハ當然ノ歸結タリ

(二) 履行證明ノ要否

(イ) 一般ニ債務名義ノ趣旨ニ從ヒ執行カ繫ル事實ノ到來ハ債權者全テ之ヲ證明スルヲ要スルトスル規定ハ存在セサルカ故ニ其全部ニ付キテ債權者舉證責任ヲ有スルヤ否ヤハ第五一八條第二項ノ解釋ニ由リテ決スヘキ問題タリ右ノ規定ニ「判決ノ執行カ其趣旨ニ從ヒ債權者カ保證ヲ立ツルコトニ繫ル場合ノ外他ノ條件ニ繫ル場合ニ於テハ債權者カ其履行ヲ證明シタルトキニ限リ」云々ノ字句ハ或ハ一切ノ條件ニ付テ債權者ニ舉證責任ヲ負ハシムト解シ得ヘキニ似タリ然レトモ未タ之ヲ以テ速斷スヘキニ非ス蓋シ右ノ我法文ノ語法ハ只一切ノ條件ニ付テ債權者ニ舉證責任ヲ負擔セシムト解シ得ルニ似タルニ止マリ特ニ此旨ヲ明言セルニハ非サルカ故ニ又反對ノ論結ヲ容ルル餘地無キニ非サレハナリ元來執行ノ繫レル條件ハ其到來ヲ待チテ訴ヲ提起シタリ而シテ條件ノ履行ヲ認ムル給付判決ヲ得ヘカリシ者ハ無條件ノ給付判決ヲ得ヘカラン

執行文ノ付與ヲ受クルハ債權者ニ取リテハ宛モ即時無條件ノ給付ヲ命スル判決ヲ受クルト同シキヲ以テ條件履行ノ立證責任ハ彼此ノ間ニ特別ノ差別アルヘキ理由ハ存在セス從テ此理論上歸結ヲ容レサルヲ明言セス却ツテ之レヲ容ルル餘地ヲ存スル右第五一八條第二項ノ規定ハ特ニ債權者ノ擧證責任ヲ定メントスルニ非サルコト獨法ノ規定ト趣旨ヲ同シウスト解スルヲ正當ト信ス既ニ斯ノ如ク右ノ規定ハ債權者ニ擧證責任ヲ課スルモノニ非ストセハ箇々ノ條件ニ付テ債權者擧證責任ヲ有スルヤ否セハ判決手續ニ於ケルト同シク擧證責任ノ原則ニ據リテ決セラルヘキ問題タリ故ニ例ヘハ分割拂ノ一回分ノ不拂アルトキハ其金額ニ對シ利息ノ延滯アルトキハ其元本ニ對シ告知ヲ爲シ得ル旨ヲ定メタル解約約款存スル場合ニ在リテハ單ニ告知ヲ爲シタルコトヲ證明スルヲ以テ足リ債務者ノ不履行ノ事實ヲ證明スルノ要ナク又其約款ニ於テ告知ヲ須キス一回分又ハ利息ノ延滯ニ由リテ直ニ全額又ハ元本ニ付テ辨濟期到來スヘキ旨ヲ定メタルトキハ債權者ハ何等ノ證明ヲモ必要トセサルモノタルヘシ

(二) 債權者カ擧證責任ヲ有スルモノハ全テ執行文付與前ニ其到來アルヲ要スルヤハ次テ生スル問題タリ元來執行ノ繫ル條件ハ執行ノ開始ヲ制限スルモノタルヲ以テ特別ノ規定ナキ限リ理論上ハ執行開始ノ時ニ於テ到來シタルモノタルヲ要シ又之ヲ以テ足ルヘキ理ナリ此事タル强制執行ヲ以テ請求權行使ノ一方法ナリト解スルニ於テハ議論ノ餘地ナシ蓋シ執行カ繫レル事實ハ畢竟請求權ノ行使カ繫レルモノニ外ナラサレハナリ强制執行ヲ以テ私權保護ナリトスル見解ノ下ニ於テハ右ノ言ハ其儘之ヲ用ウルヲ得サルモ猶同樣ノ結論ニ到達スルヲ得ヘシ蓋シ執行ニ依ル請求權ノ保護ハ請求權ノ內容ニ從テ其請求シ得ル所ヲ實現スルニ在ルヲ以テ現實給付ヲ請求スルノ條件ハ執行開始ノ時ニ於テ到來シタルヲ以テ足ルヘケレハナリ故ニ法律カ執行請求權ノ存否ト共ニ執行ノ繫レル條件ノ成否調査ハ之ヲ執行機關ノ爲シ得ル所タラシメス且ツ執行開始ニ先ツ他ノ段階ニ於テ其成否ヲ決セシメントスルハ特別ノ必要ニ出テタルモノニシテ理論上當然ノ歸結ヲ認メタル規定ニハ非スト云ハサルヘカラス是

ニ於テカ其立法上ノ理由ノ何タルヤヲ知ルノ必要アリ之ヲ獨舊民訴理由書カ第六一四條(現行法ニテハ第七二六條一項)ノ立法理由トシテ說明スル所ニ依レハ執行ノ繫レル事實ノ到來ヲ以テ執行文付與ノ要件ト爲シタルハ執行制度上ノ必要ニ出ツルモノニシテ詳言セハ執達吏ノ事實ノ調査又ハ判定ノ適否從テ權限ニ顧ミタルニ外ナラサレハ疑ヲ容レス此事ハ獨民事訴訟法ヲ繼承セル我國法ニ付テモ移シテ同樣ニ言ヒ得ル所タリサレハ法律ハ債務名義ノ趣旨ニ從ヒ執行ノ繫レル條件ノ全テニ就テ然ルニ非サルハ勿論又必シモ擧證責任ノ原則上債權者ノ證明スヘキ事實ノ全テニ付テ其履行證明ヲ執行文付與ノ要件トスルモノニハ非スト言ハサルヘカラス(三) 上來ノ所述ニ依リ法律カ執行文付與ノ爲メニ債權者執行ノ繫ル條件ノ履行ヲ證明スヘシトセルハ當該ノ事實ニ付キ債權者擧證責任ヲ有シ且其存否ハ執達吏之ヲ調査スルニ適セサルコトヲ前提トスルモノナルヲ明カニシタリ而シテ現行法ノ下ニ於テ執達吏ノ判定シ得ル所タリト解セラルル事實ヲ擧クレハ左ノ如シ(イ) 保證ヲ立テタルコト、債權者カ保證ヲ立ツルコトハ執行ノ繫ル條件タルモ其履行ノ證明ハ執行文付與ノ要件タラサルコト法文ノ之ヲ除外シタルニ依リテ明カナリ然レトモ其履行アリタルコトハ公正ノ證明書ニ依リテノミ執達吏之ヲ判定シ得ルモノナルカ故ニ他ノ證據方法ニ據リテ之ヲ認定スルヲ得ス又執達吏カ公正ノ證明書ニ依リテ其示ス所ヲ認定シ得ルハ法律ノ定ムル場合ノミニ限ルト解スヘキヲ以テ一般ニ執達吏ハ公正ノ證明書ニ基キテ事實ヲ認定スルヲ得ルモノト爲スヲ得ス(ロ) 日時ノ到來 執行ノ繫ル日時ノ到來ニ付テハ第五一八條第二項ハ何等明言スル所ナキモ第五二九條第一項ノ規定ハ同時ノ到來カ執行文付與ノ要件タラサルコトヲ前提トスト解セサルヘカラス而シテ同時ノ到來ニ付テハ執行開始ノ爲メニモ別段債權者ノ證明ヲ要求スルノ規定存セサルハ是レ其立證ヲ待タスシテ執行機關カ正確ニ之ヲ判定シ得ルカ爲メナリ故ニ例ヘハ或者ノ成年ニ達スルノ日ヲ以テ期限トシタル場合ノ如キハ執達吏ノ認定シ得ル事項ニ屬セス(ア) 執達吏ニ依リテ履行セラレ又ハ經驗セラルル事實、何人モ自ラ爲シタル

所ノモノノ存在ハ別段ノ證明ヲ須キスシテ之ヲ認識シ得ルコト日時ノ到來ニ於ケルト其趣ヲ一ニス故ニ執行ノ繋レル條件ニシテ執達吏之ヲ履行スルモノナルトキハ其到來ハ執達吏ノ判示シ得ル所ニ屬シ從テ執行文付與ノ要件タラサルコト日時ノ到來ト同シク法律ノ特別ノ明文ヲ待タサル所タリ而シテ執達吏カ之ヲ履行スルハ執達吏タル資格ニ於テ爲スヘキモノタルコトヲ要スルコト當然ナルカ故ニ斯ノ如キ事實ノ如何ナルモノナリヤハ執達吏カ法令上爲シ得ル所ニ據リテ決セサルヘカラス由是觀之告知並ニ催告ハ當事者ノ委任ニ依リ執達吏ノ爲シ得ル所タルヲ以テ解約約款ニ基ク告知ノ如キカ執行文付與ノ要件タラサルハ當然ナリ又執達吏規則第二條ノ告知並ニ催告ハ之ヲ廣ク解スヘキヲ以テ選擇ノ意思表示ハ執達吏ニ依リテ爲シ得ヘク從テ執行セラルヘキ債務カ選擇債務タル場合ニ於テモ執行文ハ直ニ之ヲ付與スヘキモノタリ又有效ナル請求ノ方式タル證券ノ呈示ノ如キモ執達吏ノ爲シ得ル所タルヲ以テ其證券上ノ請求權ノ爲メニスル執行文付與ニ於テモ要セス豫備的給付ニ對スル執行ノ繋ル條件タル本來ノ給付ニ付テ執行ノ不成效ヲ生シタルコトハ執達吏ノ自ラ經驗スル所タルヲ以テ執行文ハ本來ノ給付並ニ豫備的給付ヲ包含シテ之ヲ付與スルコトヲ得ヘシ

(三) 執行文ノ付與

(一) 執行ノ繋ル條件履行ノ證明ノ證明書ヲ以テ之ヲ爲スヲ要ス其證明書ハ私證書タルヲ得ヘク公證書又ハ公ノ認證アル證書タルヲ要セサルハ獨法ノ異ル所ナリ而シテ證明書ト云フハ或ハ證明ノ要ニ供スルカ爲メニ作成シタル證書從テ認識ヲ表示セルモノタルヲ要スルノ觀アルモ必スシモ之ニ限ラス單ニ書證タレハ可ナリト解ス立證ハ證明書ヲ提出シテ之ヲ爲スヲ要シ單ニ其申立ヲ以テ足ラス從テ第三三五條以下ハ此場合ニ適用スルヲ得ス然レトモ證書カ當該ノ裁判所ニ存スルトキハ之ヲ援用スルヲ得ヘシ條件履行ノ調査ニ於テ裁判長ハ債務者ヲ審訊スルヲ得ルモ(五二〇、二)此場合ニ於ケル債務者ノ自白ハ債權者ノ證明ヲ不要ナラシムルヲ得ス又債權者ハ債務者ト

ノ合意ヲ以テ此證明ヲ免ルルヲ得ルモノニ非ス但シ此事ハ債務名義ニ表ハルル當事者間ノ合意ニ依リテ執行ノ繋ル條件ヲ定メ得ルヲ妨クルニ非サレハ論ヲ俟タス條件タル事實ノ到來カ裁判所ニ於テ明白ナル場合ニ於テ第五一八條第二項ハ第五一九條ノ如キ規定ヲ爲ササルモ彼此ノ間ニ斯ノ如ク關係ヲ異ニスヘキ理由存セサルカ故ニ此場合ニ於テハ債權者ノ書證ニ據ル證明ヲ要セスト解ス證明書提出ノ時期ニ付テハ特別ノ明文ナシ然レトモ條件ノ履行ノ事實ハ債權者カ證明者ヲ以テ證明スルニアラサレハ之ヲ認ムルヲ得サルカ故ニ其不提出ハ執行文付與請求權ノ要件ノ欠缺ヲ來スヘキハ明カナリ然ルニ法律ハ此要件ノ存否ヲ決スヘキ時點ヲ定メサルヲ以テ執行文ノ附與拒絕ノ處分アル迄ハ債權者ハ付與申立後ニ於テモ提出シ以テ右ノ欠缺セル要件ヲ追完スルヲ得ヘシ(二) 債務名義ノ趣旨ニ從ヒ執行カ條件ニ繋ル場合ニ於テハ法律ハ裁判長ノ命令アルトキニ限リ執行文ヲ付與シ得ト爲スモ別段ノ付與機關ヲ定メサルカ故ニ此場合ニ在リテモ尙ホ一般ノ規定ニ從ヒ付與機關ハ裁判所書記ニシテ裁判長ニ非ス從テ付與ノ申立ハ之ヲ裁判所書記ニ對シテ爲スヘク裁判長ニ對シテ爲スヘキニ非サルハ自明ノ理ナリ第五二〇條第一項カ裁判長ノ命令アルトキニ限リ執行文ヲ付與シ得トセルハ此場合ノ要件調査ハ裁判長ノ權限ニ屬スル所ニシテ裁判所書記ニ屬スルニ非サルコトヲ前提スト解セサルヘカラス然レトモ書記カ要件調査ノ權限ヲ有セサルハ其全部ニ付テ然ルニ非スシテ單ニ此場合ノ特別要件タル條件履行ノ調査ニ付テ然ルノミ故ニ此場合ニ於テモ執行ノ繋ル條件ノ外他ノ要件ハ全ク裁判所書記單獨ニ之ヲ調査スルヲ妨クルコトナシ既ニ斯ノ如ク此場合ニ於テモ付與機關ハ裁判所書記ナルモ書記自身ハ條件履行調査ノ權限無ク其調査權限ハ裁判長之ヲ有スルモ裁判長自身ハ付與機關ニ非ストセハ裁判長ハ付與要件ノ一タル條件履行ノ有無ヲ調査判定シ得ルモ付與ノ意思ヲ決定シ得ルモノニ非ス又書記ハ自ラ條件履行ノ有無ヲ調査スルヲ得サルモ尙ホ付與ノ意思ハ單獨ニ之ヲ決シ得ヘク此點ニ付テハ裁判長ノ指揮ヲ受クヘキ地位ニ在ルニ非スト言ハサルヘカラス而シテ裁判長ノ調査ハ之

當然ノ歸結トシテ此場合ノ執行文ハ債務名義ノ內容ノ變更スルモノト見サルヘカラス而シテ此執行文カ斯ノ如キ形成的效果ヲ生スルニハ裁判長ノ命令ヲ記載シタルモ要スルハ言ヲ俟タサルヲ以テ或ハ裁判長ノ條件履行ノ認定自體カ此形成力ヲ有スルモノタルノ觀ナキニ非ス然レトモ裁判長ノ認定ハ先ニ述フルカ如ク書記ノ附與權限ヲ制限スルモノタルモ書記ニ對シテ爲サルルニ止マリ獨立ノ裁判タルノ地位ヲ有セス即チ此場合ニ於テモ外部ニ對スル關係ニ於テハ執行文ノ付與ナル一個ノ裁判アルニ過キサルヲ以テ右ノ效果ハ裁判長ノ命令ニ由リテ生スルモノト爲スヲ得ス又假ニ裁判長ノ命令ヲ以テ獨立ノ裁判ナリトスルモ之ヲ債務名義ニ記載スルコトナクシテ其內容ヲ變更スヘキ理ナク而シテ債務名義上ノ記載ニ於テハ執行文ノ一部タルニ止マルカ故ニ右ノ效果ハ之テ執行文ノ付與ニ由リテ生スルモノト解セサルヘカラス（法學士井上直三郎氏法學論叢第二卷第二號六九頁「執行カ條件ニ繫ル場合ノ執行文付與」要領）

本論ハ所謂執行カ條件ニ繫ル場合ニ於ケル執行文附與ニ關シ詳述セラレタルモノニシテ此點ニ關スル觀念ヲ明晰ナラシメラレタル學士ノ功ハ賞揚スヘキナリ而シテ其所論ヲ見ルニ概ネ妥當ノ言ニシテ吾人ノ贊同スル所ノモノ多シ尤モ論旨中吾人カ反對ノ見解ヲ有スルモノ只疑ヒヲ挾ム點無之ニ非サルモ論點多岐ニ亘ルカ故ニ其論評ヲ他日ニ讓ラントス

（九九）

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
第四 假差押又ハ假處分ヲ取消ス判決

五一一第三項 第二審ニ於テ假執行ニ付キ爲シタル裁判ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス

七四五第二項 裁判所ハ終局判決ヲ以テ假差押ノ全部若クハ一部ノ認可、變更又ハ取消ヲ言渡シ又自由ナル意見ヲ

ヲ執行文付與手續外ノ獨立ノモノト解スヘキ趣旨ヲ有スル規定存在セルカ故ニ執行文付與ノ訴ト異リ付與申立ニ依リテ開始セラルル執行文付與手續中ニ包含セラルルモノト解スヘク更ニ又裁判長ノ調査ハ書記ノ調査權限ヲ補充スルモノト解スヘキヲ以テ所謂裁判長ノ命令ノ請求ハ執行文付與機關トシテ書記ノ爲ス所ニシテ付與申請者ノ爲スヘキ所ニ非ス又其命令ハ付與申請者ニ對シテ爲サルルニ非スシテ單ニ書記ニ對シテ爲サルルニ止マルト解スルコト相當ナルヘシ右ノ如ク裁判長ノ命令ハ付與申請者ニ對シテ爲サルルモノニ非サルヲ以テ付與申立ニ對スル裁判ハ書記ニ依リテ爲サルル執行文ノ付與又ハ其拒絶トシテ現ハルルニ止マル從テ之ニ對スル債權者又ハ債務者ノ不服ハ書記ノ處分ノ變更ヲ求ムル申立又ハ執行文付與ニ對スル異議タルヲ得ルモ即時抗告ヲ以テ裁判長ノ命令又ハ其拒絶自體ヲ攻擊スルヲ得ス裁判長ノ命令ハ之ヲ執行文ニ記載スルヲ要スルモ其之ヲ記載セサルコトカ執行文ヲ無效タラシムルヤニ付テハ疑ナキヲ得ス（三）最後ニ此場合ニ付與セラルル執行文ノ性質如何ノ問題ヲ生ス第五二〇條ノ定ムル所ニ從ヒ裁判長ノ命令ヲ記載シタル執行文ノ付與アルトキハ爰ニ執行ハ其範圍ニ於テ即時無條件ニ開始シ得ルニ至ルハ勿論ナリ故ニ此執行文ノ性質カ通常ノ執行文ト同シク執行要件ノ存在ヲ確認又ハ證明スルモノナリトセハ執行ノ繫レル當該ノ條件ノ履行ニ由リテ執行ハ當然ニ即時無條件開始ノ要件ヲ具備シ得ルヲ前提トセサルヘカラス蓋シ然ラサレハ其確認又ハ證明スヘキ執行ノ要件ハ未タ存在シ得サルヘキ理ナルヲ以テナリ然ルニ執行セラルヘキ請求權從テ執行請求權ハ執行法上ハ債務名義ノ趣旨ニ從ヒテノミ存在スルモノナルヲ以テ債務名義上ニ變更ヲ生セサル限リ其實質的變動ハ當然ニ形式的變動ヲ來スヲ得ス從テ條件ノ履行アルモ未タ之ニ依リテ執行ハ無條件ニ開始シ得ルノ要件ヲ具備スルニ至ルコトナク又從テ其存在ヲ確認又ハ公證シ得ヘキ理ナシ故ニ此場合ノ執行文ハ之ヲ通常ノモノト同視シ得サルモノナルヲ否認スヘカラス斯ノ如ク債務名義上ノ變更ヲ生スルニ非サレハ執行スヘキ請求權從テ執行請求權ニ付テ其變動ヲ認ムヘカラストセハ

以テ定ムル保證ヲ立ツ可キコトノ條件ヲ附シテ之ヲ言渡スコトヲ得

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スシテ相當ニ定ムル期間内ニ訴ヲ起ス可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因リ終局判決ヲ以テ假差押ヲ取消ス可シ

七四七第一項 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ントノ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ツルコトヲ得

民事訴訟法第五〇一條第四號ニ所謂假差押ヲ取消ス判決トハ同法第七四五條乃至第七四七條ニヨリ言渡ス判決ヲ指稱スルモノニシテ假差押ノ執行ニ對シ第三者カ異議ノ訴訟ヲ提起シタル場合ニ言渡ス判決ヲ指示スルモノニ非ス』

民事訴訟法第五一一條第三項ニハ第二審ニ於テ假執行ニ付キ爲シタル裁判ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得スト規定シアリテ何等ノ區別ヲモ爲ササルニヨリ假執行ノ宣言ヲ付スヘカラサル場合ニ之ヲ附シタル時ト雖モ亦不服ヲ申立ツルコトヲ得スト解スルヲ相當トス』

案スルニ本訴被上告人ノ假差押取消ニ關スル請求ノ趣旨ハ上告人カ訴外大平たまニ對シ債權執行保全ノ爲メ假差押ヲ爲シタル物件ハ被上告人カたまヨリ買受ケ同人ニ賃貸シ置キタルモノナリト云フニ在リテ即チ民事訴訟法第七四八條第五四九條ノ規定ニヨリ第三者カ假差押ノ目的物ニ付キ所有權ヲ主張シ假差押ノ不許ヲ要求スル異議ノ訴訟ナルコトハ原判決カ引用シタル第一審判決ノ事實摘示ニ徴シテ洵ニ明カナリトス而シテ原審カ右被上告人ノ請求ヲ容シ假差押ハ之ヲ許サスト判決シ此部分ニ限リ假執行ノ宣言ヲ付シタルハ該假差押不許ノ判決ハ同法第五〇一條第四號ニ所謂假差押ヲ取消ス判決ニ該當スルモノト認メ職權ヲ以テシタルモノナルコト判文上是亦明瞭ナル所ナリトス然レトモ「右法條ノ假差押ヲ取消ス判決トハ同法第七四五條乃

至第七四七條ニヨリ言渡ス判決ヲ指稱スルモノニシテ本件ノ如キ假差押ノ執行ニ對シ第三者カ異議ノ訴訟ヲ提起シタル場合ニ言渡ス判決ヲ指示スルモノニアラス」然ラハ原審カ叙上ノ如ク職權ヲ以テ假執行ノ宣言ヲ付シタルハ頗ル其當ヲ得スト雖モ「同法第五一一條第三項ニハ第二審ニ於テ假執行ニ付キ爲シタル裁判ニ對シテハ不服ヲ申立ルコトヲ得スト規定シアリテ何等ノ區別ヲモ爲ササルニヨリ本件ノ如キ假執行ノ宣言ヲ付スヘカラサル場合ニ之ヲ付シタル時ト雖モ亦不服ヲ申立ルコトヲ得サルモノト解スルヲ相當ト爲スヘキヲ以テ結局上告論旨ハ理由ナキニ歸シ採用スルヲ得ス(明治三十五年(オ)第一九六號同年五月二十日判決明治三十八年(タ)第一一號同年三月三日決定參照)(大審號大正八年(オ)第二一二號同年七月十日民二部馬場裁判長田上柳三菰淵成道各判事判決)

【關係事項】 上告棄却○原審仙臺地方裁判所○執行異議事件○上告人松浦利吉訴訟代理人辯護士大原彌一郎同三浦端被上告人加藤駒吉訴訟代理人辯護士高橋勘

【判旨第一點假差押ヲ取消ス判決ノ意義ニ關スル同趣旨判例】

一 本條第四號ニ所謂假差押ヲ取消ス判決トハ第七四五條第二項第七四六條第二項及第七四七條第二項ニ依リ假差押ヲ取消ス判決ヲ指スモノニシテ第三者ノ執行異議ノ訴ニ因リ假差押ヲ取消ス判決ハ本條ニ該當セサルモノナリ(大阪控訴院明治三六年法律新聞第一八四號八頁)

二 假差押ニ對スル第三者ノ異議ノ場合ニ於テハ假差押命令取消ノ場合ト異リ本條ノ適用ヲ受クヘキモノニ非スシテ訴ノ性質上假執行ノ宣言ヲ付スヘキモノニアラス(大阪區大正四年判決法律新聞第九九九號二三頁本書第四卷民訴七一頁)

大阪控訴院

大阪區裁判所

五〇〇 原狀回復又ハ再審ヲ求ムル申立アルトキハ裁判所ハ申立ニ因リ保證ヲ立テシメ又ハ保證ヲ立テシメスシテ強制執行ヲ一時停止ス可キコトヲ命シ又ハ保證ヲ立テシメスシテ強制執行ヲ爲ス可キコトヲ命シ及ヒ保證ヲ立テシメテ其爲シタル強制處分ヲ取消ス可キコトヲ命スルコトヲ得

保證ヲ立テシメスシテ爲ス強制執行ノ停止ハ其執行ニ因リ償フコト能ハサル損害ヲ生ス可キコトヲ疏明スルトキニ限リ之ヲ許ス

—(一〇〇)—

大審院判決

右裁判ハ口頭辯論ヲ經スシテ之ヲ爲スコトヲ得其　判ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス

五一二　假執行ノ宣言ヲ付シタル判決ニ對シ故障ヲ申立又ハ上訴ヲ起シタルトキハ第五百條ノ規定ヲ準用ス

五五八　強制執行ノ手續ニ於テ口頭辯論ヲ經スシテ爲スコトヲ得ル裁判ニ對シテハ卽時抗告ヲ爲スコトヲ得

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可カラサルコトヲ命ス可シ

差押命令ハ聽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ヘシ

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フル爲メ又ハ支拂ニ換ヘ參面額ニテ差押債權者ニ之ヲ轉付スル爲メ命令アランコトヲ申請スルコトヲ得

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

民事訴訟法第五〇〇條第三項後段ノ規定ハ同條ヲ適用スヘキ條件ノ存スル場合ニ於テ爲シタル裁判ニ付キ適用アルニ止マリ其條件ノ存セサル場合ニ爲シタル裁判ニ對シテハ之ヲ理由トシテ同法第五五八條ニ依リ抗告ヲ爲スコトヲ得ヘキモノトス』

強制執行カ未完結ノ狀態ニ在ルコトハ民事訴訟法第五〇〇條ニ依リ強制執行ノ停止又ハ強制處分ノ取消ヲ命スル一條件タリトス同法第五一二條ニ依リ如上命令ヲ發スル場合亦同シ』

差押及轉付命令ニ對スル更正決定ハ第三債務者ニ送達セラルルニ依リ該命令送達ノ時ニ遡リ其效力ヲ生スヘキモノトス』

案スルニ民事訴訟法第五〇〇條第三項後段ニ其裁判ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得スト規定シタレトモ此規定ハ同條ヲ適用スヘキ條件ノ存スル場合ニ於テ爲シタル裁判ニ付キ適用アルニ止マリ其條件ノ存セサル場合ニ爲シタル裁判ニ對シテハ之ヲ理由トシテ同法第五五八條ニ依リ抗告ヲ爲スコトヲ得ヘシ何トナレハ右ノ規定ハ同條ノ裁判カ裁判所ノ自由ナル意見ヲ以テ爲スヘキモノナルヲ以テ其內容自體ノ當否ヲ理由トシテ不服ヲ申立ツルコトハ之ヲ許ササルノ法意ナリト解スルヲ正當トスレハナリ強制執行カ未完結ノ狀態ニ在ルコトハ第五〇〇條ニ依リ強制執行ノ停止又ハ強制處分ノ取消ヲ命スルノ一條件タリ是レ此等ノ命令ハ強制執行ノ完結ニ對シ債務者ヲ保護スルニ在ルヨリ當然知リ得ヘキ所ナリ而シテ右條件ノ存在カ同法第五一二條ノ場合ニ如上命令ヲ發スルニモ必要ナルコトハ言ヲ俟タス本件ニ於テ抗告人ノ債權者高木重三郎カ執行命令ニ基キ抗告人ノ第三債務者板東俘虜收容所ニ對シ有スル債權ニ對シ強制執行ヲ爲シ其差押及ヒ轉付命令ハ大正八年三月二十日第三債務者ニ送達セラレタルニ德島區裁判所ハ執行命令ニ對シ故障ヲ申立テタル抗告人ノ申立ニ依リ同月二十四日強制執行ノ取消ヲ命シタルハ記錄上明ナル所ニシテ強制執行カ轉付命令ノ送達ニ依リ旣ニ完結シ強制處分ノ取消ヲ命スル條件ノ缺如スルニ拘ハラス之カ取消ヲ命シタルモノナレハ債權者高木重三郎カ之ニ對シ抗告ヲ爲シタルハ適法ニシテ原裁判所カ其抗告ヲ理由アリトシテ德島區裁判所ノ取消命令ヲ廢棄シ抗告人ノ申立ヲ却下シタルハ正當ナリ此決定ニ對スル抗告人不服ノ理由ハ債權ノ差押及ヒ轉付命令ニ第三債務者板東俘虜收容所ヲ德島俘虜收容所ト誤記シタルハ債權者ノ該命令申請書ニ於ケル誤記ヲ襲踏シタルモノニシテ裁判所ノ書損ニ非サレハ之カ更正ヲ許ス可カラス隨テ其更正決定ハ違法ナルノミナラス其第三債務者ニ送達モラレタルハ大正八年三月二十五日ニシテ差押及ヒ轉付命令ハ此時ニ於テ效力ヲ生スルヲ以テ德島區裁判所ノ强制執行取消命令ハ强制執行完結後ニ爲サレタルモノト謂フ可カラス且執行命令ニ對スル故障ハ適法ナリト宣言セラレ其結果執行命令ハ效力ヲ失ヒタレハ强制執行取消命令ハ相之ニ基キ發セラレタル差押及ヒ轉付命令モ效力ヲ失ヒ命令ハ相當ナリト云フニ在レトモ更正決定ニ對シテ抗告人ヨリ卽時抗告ヲ爲シタルノ事跡ナク該決定ハ確定スルニ至リタレハ今更其違法ヲ主張シテ差押及ヒ轉付命令ノ効力ヲ

否認スルヲ得サルハ勿論更正決定ハ第三債務者ニ送達セラルルニ依リ差押及轉付命令送達ノ時ニ遡リ效力ヲ生スヘキモノナルカ故ニ更正決定カ强制執行取消命令ノ當時未タ送達セラレサルコトハ取消命令ヲ以テ强制執行完結後ニ發セラレタルモノトスルヲ妨ケス執行命令ニ對スル故障カ適法ナリト宣言セラレタルコトハ未タ執行命令ヲ失ハシメサルノミナラス强制執行取消命令ノ當時强制執行カ完結セシヤ否ヤノ問題トハ沒交渉ニシテ取消命令ヲ正當ナラシムヘキ理由トハ爲ラス仍テ本件抗告ハ理由ナキモノトス（大審院大正八年(ク)第一一八號同年七月二十二日民一部田部裁判長大倉尾古鈴木三宅各判事決定）

【關係事項】抗告棄却○原審德島地方裁判所○强制執行取消申請ノ決定ニ對スル抗告事件○抗告人佐山利八代理人辯護士奥野喜一

判旨各點ハ正當ナリ

（一〇一）

舊商法ノ規定ニヨリ爲ス抗告ニ付テハ民事訴訟法第四五五條第四六〇條第一項第二項第四六五條及ヒ第四六六條第一項第二項第四項ヲ除クノ外總テ同法第三編第二章ノ規定ヲ準用スルモノナルヲ以テ抗告裁判所ノ裁判ニ對シテハ同法第四五六條第二項ニヨリ爲ス抗告ニ付テハ民事訴訟法第四五五條第四六〇條第一項第二項第四項ヲ除クノ外總テ同法第三編第三章ノ規定ヲ準用ス抗告理由ヲ生シタルトキニアラサレハ更ニ

圓五六第二項　抗告裁判所ノ裁判ニ對シテハ其裁判ニ因リ新ナル獨立ノ抗告理由ヲ生シタルトキニ非サレハ更ニ抗告ヲ爲スコトヲ得ス

舊商法施行條例二四　商法及ヒ本條例ニ依リ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ヘキ場合ニ於テハ其期間ハ裁判書ノ送達ヲ受ケタル日ノ翌日ヨリ起算シテ七日トス

同二五　前條ニ揭ケタルモノノ外抗告ニ關スル手續ニ付テハ民事訴訟法第四五五條第四六〇條第一項第二項第四六五條及ヒ第四六六條第一項第二項第四項ヲ除クノ外總テ同法第三編第三章ノ規定ヲ準用ス

抗告ヲ爲スコトヲ得サルモノトス」

案スルニ本件ハ債務者桑原章ヨリ明治二十三年法律第三二號舊商法第一〇五九條ノ規定ニ基キ大阪地方裁判所ニ支拂猶豫ノ申立ヲナシ同裁判所ハ同法第一〇六二條ニ依リ債權者集會ニ於テ承諾シタル右支拂猶豫ヲ認可シタル決定ニ對シ債權者タル抗告人ヨリ原院ニ抗告ヲナシ同院ノ與ヘタル抗告棄却ノ決定ニ對シ更ニ本院ニ抗告ヲ爲シタル案件ナリトス舊商法施行條例第二五條ニ依レハ右舊商法ノ規定ニヨリ爲ス抗告ニ付テハ民事訴訟法第四五五條第四六〇條第一項ハ第二項第四六五條及ヒ第四六六條第一項第二項第四項ヲ除クノ外總テ同法第三編第二章ノ規定ヲ準用スルモノナルヲ以テ抗告裁判所ノ裁判ニ對シテハ同法第四五六條第二項ニヨリ新ナル獨立ノ抗告理由ヲ生シタルトキニアラサレハ更ニ抗告ヲ爲スコトヲ得サルモノトス然ルニ本件抗告ノ理由ハ原決定ノ理由ヲ攻撃スルニ止マリ所謂新ナル獨立抗告理由ニ該當セサルヲ以テ抗告人ノ抗告ハ既ニ此點ニ於テ不適法トシテ棄却スヘキモノトス（大審院大正八年(ク)第九七號同年六月二十三日民二部馬場裁判長田上柳川萩澤成道各判事決定）

【關係事項】抗告棄却○原審大阪控訴院○支拂猶豫認可ノ決定ニ對スル抗告事件○抗告人大村德治郎代理人辯護士上村豐

【參照判例】

大審院

一　破產決定ニ對スル抗告裁判所ノ裁判ニ對シテハ明治二十三年法律第五九號商法施行條例第二五條民事訴訟法第四五六條第一項ノ規定ニ從ヒ其裁判ニ因リテ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サルモノトス（大審院大正四年一月一四日判決本書第三卷民訴二八頁）

大阪控訴院

二　破產ニ關スル決定ニ對スル抗告ニ付テハ舊商法施行條例第二五條民事訴訟法第四五五條ニ則リ法律ニ於テ抗告ヲ爲シ得ヘキコトヲ特ニ揭ケタル場合ニ限リ之ヲ爲スコトヲ得ヘキモノナリ然ルニ支拂猶豫ニ關スル假許可ノ決定ニ對シテハ抗告ヲ許ス規定存セサルヲ以テ假許可ノ決定ニ對スル抗告ハ不適法ナルモノナルニ依リ之ヲ棄却スヘキモノトス（大阪控訴院大正八年五月九日民三部判決本卷民訴二四一頁）

決定ハ正當ナリ

一九六　原告カ訴ノ原因ヲ變更セスシテ左ノ諸件ヲ爲ストキハ被告ハ異議ヲ述フルコトヲ得ス
第二　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
四〇五第一項　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モ附帶控訴ヲ爲スコトヲ得
四一六　新ナル請求ハ第一九六條第二號及七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ルコトヲ疏明スルトキニ限リ之ヲ起スコトヲ得

控訴人ハ被控訴人ハ原審ニ於テ其主張通リノ判決ヲ受ケナカラ附帶控訴ヲ爲スハ不當ナル旨抗辯スレトモ被控訴人ノ主張スル所ハ當審ニ於テ原審ニ於ケル申立ノ誤謬ヲ發見シタルニ因リ申立ノ訂正ヲ爲シ從テ原判決ノ事實ニ符合セサル點ノ訂正ヲ求メ且請求ノ原因ヲ變更セスシテ申立ノ擴張ヲ爲スモノニ外ナラサルヲ以テ該申立ハ當審ニ於テ許容スヘキモノトス」

【理由】按スルニ控訴人ハ被控訴人ハ原審ニ於イテ其ノ主張通リノ判決ヲ受ケナカラ附帶控訴ヲ爲スハ不當ナル旨抗辯スレトモ被控訴人ノ主張スルトコロハ當審ニ於テ原審ニ於ケル申立ノ誤謬ヲ發見シタルニ因リ申立ノ訂正ヲ爲シ從ツテ原判決ノ事實ニ符合セサル點ノ訂正ヲ求メ且ツ請求ノ原因ヲ變更セスシテ申立ノ擴張ヲ爲スモノニ外ナラサルヲ以テ該申立ハ當審ニ於テ許容スヘキモノニシテ此點ニ於ケル控訴人ノ抗辯ハ理由ナシ（大阪控訴院大正七年(ネ)第三五四號同八年六月二七日民三部多喜澤裁判長申込天銀各判事判決法律新聞第一五九二號一九頁）

【關係事項】控訴棄却○建物取除土地明渡並ニ損害賠償請求事件○控訴人山根勝三郎訴訟代理人辯護士佐久間七郎同石山直吉
○被控訴人松浦房造訴訟代理人辯護士柴田清吉

大阪控訴院判決

雄本博士　齋藤博士
岩田學士　仁井田博士
東京控訴院　板倉博士
松岡博士

大審院

【全部勝訴ト附帶控訴ニ關スル同趣旨學說判例】

一　吾人ハ獨立ノ控訴ニ付テモ一審判決ニヨリ控訴提起ノ當時ニ已ニ不利益ヲ受ケタルコトヲ以テ控訴ノ適法要件トナサス（東京控訴院判決法律新聞第一八二號一九頁本書第一卷民訴三五頁）

二　控訴ヲ爲シ得ル者ハ第一審ノ敗訴者ニ限ルヤ否ヤハ學說分ル然レトモ控訴ノ提起ニ敗訴ヲ要件トシタルコトヲ認ムヘキ規定ナキノミナラス控訴審ニ於テ申立ノ擴張ヲ爲シ若クハ申立ヲ變更シタルコトヲ許シタル法意ヨリスレハ敗訴者ナラサルモ控訴ヲ爲シ得ルモノト爲スヲ正當トス（法學博士岩田一郎氏民事訴訟法論七二二頁）

三　控訴ハ第一審ニ於テ訴訟材料ヲ第二審ニ移スノ效力ヲ生スルモノニシテ附帶控訴ハ第二審ノ口頭辯論ノ終結ニ至ルマテハ第一審ニ提出セサル新ナル攻擊防禦ノ方法ヲ主張シ新ナル請求ヲ爲スコトヲ得ルノ法意ニ照シテ之ヲ見レハ第一審ニ於テ自己ノ請求ノ全部ヲ認容セラレタル被控訴人モ又附帶控訴ヲ提起シテ其意味ヲ明瞭ナラシムルコトヲ得ヘキモノト解スルコトヲ相當トス（東京控訴院判決法律新聞第一八二號一九頁本書第一卷民訴三五頁）

【同上反對學說判例】

一　控訴ヲ爲スコトヲ得ルモノハ第一審判決ニ於ケル敗訴者ナラサルヘカラス何トナレハ民事訴訟法第三九六條ニ於テ控訴ハ終局判決ニ對シ之ヲ爲スト規定セルカ故ナリ元來對シナル語ハ反對ノ意ヲ表スルモノニシテ裁判所ノ判決ニ對シ反對ノ意チ表スルモノハ其判決ニ於テ敗訴ヲ言渡サレタルモノナルコト言ヲ俟タス（法學博士齋藤十一郎氏中央大學民事訴訟法第三編乃至第五編講義一六頁）

二　當事者ハ第一審判決ニ依リテ不利益ヲ蒙リタルトキニ限リ控訴權ヲ有スルモノトス蓋シ控訴ハ第一審判決ニ依リ不利益ヲ蒙リタル當事者ヲシテ之ヲ變更スル判決ヲ求ムルコトヲ得セシムル爲メニ存スルモノナルヲ以テナリ（法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論中卷第二版八一六頁）

三　控訴權者ト雖モ自己ニ利益ナル第一審判決ニ對シテハ控訴權ヲ有セサルモノナリ（法學博士板倉松太郎氏民事訴訟法綱要四四七頁）

四　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カ控訴人ニ不利益ナリシコトヲ前提要件ナリトス……余輩ハ後說（卽チ消極說）ヲ正當ト認ム（法學博士松岡義正氏法學志林第一四卷第九號六〇頁本書第一卷民事訴訟法一六二頁）

五　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卽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原告カ第二審ニ於テ申立テヲ訂正センニハ相手方ノ控訴ニヨリ單ニ訂正ノ申立ヲ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トスル所ナリ（大審院大正

元年一〇月三日判決本書第一巻民訴一七一頁）

六　第一審ニ於テ請求全部ヲ認容セラレタル者ハ其判決ニ對シテ控訴ヲ爲スコトヲ得ス從テ訴ノ原因ヲ變更セスシテ申立ノ擴張ヲ爲スカ爲メニスル附帶控訴ト雖モ之ヲ許ササルモノトス（東京控訴院大正三年三月一二日民三部判決本書第三巻民訴四八頁）

判旨ニ贊同ス第一審ニ於テ請求ノ全部ヲ認容セラレタル被控訴人ハ附帶控訴ヲ爲シテ其申立ヲ擴張シ若クハ訂正スルコトヲ得ルヤハ從來學說判例ノ一致セサル所ナリト雖モ積極ノ見解ヲ以テ可トスルコト吾人カ屢々論述シタル所ナリ（第一巻民訴三六頁一七一頁第三巻同五〇頁）抑モ控訴ハ第一審判決ニヨリ不利益ヲ受ケタル場合ニ限リ之ヲ提起シ得ルヤ將タ第一審判決ニヨリ不利益ヲ受ケサルモ控訴ニヨリ更ニ利益ヲ受クルトキニ於テモ亦之ヲ爲シ得ルヤハ控訴ノ性質ヨリ當然ノ歸結ヲ求ムヘキニ非スシテ宜シク成法ノ解釋ニヨリ之ヲ定メサルヘカラス而シテ我訴訟法ニヨレハ純然タル覆審主義ニ依ラスシテ續審主義ヲ併用セルコトハ民訴法第四〇一條三項四一二條四一五條乃至四一七條等ニ徵シ蓋シ疑ヲ容レサル所ニシテ卽當事者ハ新ナル攻擊防禦ノ方法ヲ主張シ新ナル證據方法ヲ提出シ及ヒ訴ノ原因ヲ變更セスシテ新ナル請求ヲ爲スコトヲ得ルモノトス由是觀之我訴訟法ハ控訴ヲ以テ單ニ第一審判決ノ當否ヲ審判スルニ止マラス更ニ新ナル資料ヲ斟酌シテ以テ請求ノ當否ヲ斷スルモノト謂ハサルヘカラス然ラハ當事者カ第一審判決ニ依リ自己ノ主張ノ滿足ヲ得ルモ控訴ニヨリ更ニ利益ヲ受クル場合ニ於テハ控訴ヲ爲シ得ルモノト云フ可シ而シテ附帶控訴モ亦一ノ控訴

ニシテ別段ノ規定ナキ限リ獨立ナル控訴ト同一ニ論スヘキコト勿論ニシテ此理ハ附帶控訴ニ移シ得ヘク從テ事案ノ場合ニ於テ被控訴人ハ附帶控訴ヲ爲シ得ルモノト謂ハサルヘカラス

（一〇三）

六八八　競落人カ代金支拂期日ニ其義務ヲ完全ニ履行セサルトキハ裁判所ハ職權ヲ以テ不動產ノ再競賣ヲ命ス可シ

最初ノ競賣ノ爲ニ定メタル最低競賣價額其他賣却條件ハ再競賣ノ手續ニモ亦之ヲ適用ス

再競賣期日ハ少ナクトモ十四日ノ後タル可シ

競落人カ再競賣期日ノ三日前マテニ買入代金及ヒ手續ノ費用ヲ支拂ヒタルトキハ再競賣手續ヲ取消ス可シ

再競賣ヲ爲スト雖モ前ノ競落人ハ競賣ニ加ハルコトヲ許サス且再度ノ競落代價カ最初ノ競落代價ヨリ低キトキハ不足ノ額及ヒ手續ノ費用ヲ負擔シ其高キトキハ剩餘ノ額ヲ請求スルコトヲ得ス

民事訴訟法第六八八條ノ再競賣ノ場合ニ於ケル競落代金ノ不足額ハ競賣代金ノ一部トシテ前ノ競落人カ該不動產ノ利害關係人ニ對シテ負擔シ抵當權者ハ該競賣代金ヨリ優先シテ辨濟ヲ受クル權利ヲ有スルモノトス』

民事訴訟法第六八八條ノ不足額負擔ノ關係ヲ定ムル再競賣ノ競落トハ前競落ニ直近シタル後ノ競落ヲ指稱スルモノトス』

故ニ最初ノ競賣ニ於テ甲カ千二百圓ニテ競落シナカラ其代金ノ支拂ヲ爲ササリシ爲メ再競賣ノ結果乙ニ於テ千二百圓ニテ競落シタルトキハ乙カ競落代金ヲ支拂ヒタルト否トニ拘ラス甲ノ競落ト乙ノ競落トノ關係ニ於テハ不足額ナキヲ以テ甲ハ右競賣事件ニ付不足額負擔ノ義務ナキモノトス』

右ノ場合ニ於テ乙カ競落代金ノ支拂ヲ爲サスシテ更ニ再競賣ノ結果丙カ七百四十六圓ニテ競落シタルトキハ其不足額ハ直近シタル乙ニ於テ負擔スヘキモノトス」

本件ニ於テ控訴人カ順位第二番抵當權及順位第三番抵當權ヲ有シ居タル京都府相樂郡笠置村大字笠置小字女夫松三十三番山林八反七畝四歩外十八筆ノ一部カ競賣セラレタル際被控訴人カ大正四年三月二十七日之レヲ金二千九百圓六十錢ニテ競落シ其許可決定アリシニ拘ハラス該競落代金ヲ支拂ハサリシニヨリ再競賣ニ附セラレ同年六月十八日第三者ニ金二千三百四十圓五十錢ニ競落サレ其競落許可決定アリテ支拂ハレタル該代金ニヨリ控訴人ノ先順位ナル第一番抵當權者ニ辨濟アリシニ過キサリシコトハ當事者間ニ爭ナシ然ラハ被控訴人ノ競落代價ト再競賣ノ競落代價トノ差額金五百六十圓四十錢ヲ負擔スルノ義務アルコト勿論ニシテ右差額即チ不足金ハ競賣代金ノ一部トシテ被控訴人カ該不動產ノ利害關係人ニ對シテ負擔シ抵當權者タル控訴人ニ對シ其權利ヲ有スルモノナリトス故ニ控訴人ニ於テ同一抵當權ノ目的タル他ノ不動產ノ競賣ニ於テ競落ヲ爲シナカラ其代金ヲ支拂ハスシテ再競賣ノ結果其競落代價ニ對比シ不足額ヲ生シ其支拂義務ヲ負擔セル場合ニ於テハ其義務ノ範圍ニオイテ控訴人カ抵當權者トシテ優先辨濟ヲ受ケヘキ債權ハ混同ニ因リ消滅シ最早控訴人ニ對シ不足額請求ノ權利ナキコトハ被控訴人主張ノ如クナリト雖モ控訴人カ同一抵當權ノ目的物タル不動產ノ他ノ一部ノ競賣事件タル京都區裁判所大正五年(ヌ)一九九號事件ニ於テ大正六年二月九日金千二百圓ニテ競落シナカラ其代金ノ支拂ヲ爲ササリシ爲再競賣ノ結果同年四月二十三日訴外土坂寅吉カ金千二百一圓ニテ競落シタルコトハ雙方爭ナキトコロニシテ控訴人ノ不足額負擔ノ關係ヲ定ムル再競賣ノ競落

トハ控訴人ノ競落ニ直近シタル競落ヲ指稱シ其競落人タル右土坂寅吉カ競落代金ヲ支拂ヒタルト否トニ拘ハラサルモノナレハ右控訴人ノ競落ト土坂寅吉ノ競落トノ關係ニ於テ不足額ナキヲ以テ控訴人ハレハ右寅吉カ競落代金ノ支拂ヲ爲サスシテ更ニ再競賣ノ結果同年九月八日訴外土坂キクエ戸田ナミニ計金七百四十六圓ニテ競落シタルモノト控訴人ノ競落代金トノ關係ニ於テ控訴人ノ不足額ノ負擔義務ヲ定メントスル被控訴人ノ主張ハ失當ニシテ右土坂キクエ戸田ナミノ競落代金トノ關係ニ付テハ右土坂寅吉ニ於テ同人ノ競落ハ虛偽ノトノ差額不足金ヲ負擔スヘキ者ナリトス尙又被控訴人ハ右土坂寅吉ノ競落ハ虛偽ノ競落ニシテ無效ノモノナリト主張スレモ之レヲ認ムヘキ證左ナキノミナラス競賣事件ニ於テハ一旦競落人トシテ競落ノコトヲ定ムル關係ニ於テ該競落ノ內面事情ノ如何ニヨリテ之レヲ差別スヘキニアラサレヘ被控訴人ノ右主張モ採用セス爾リ而シテ被控訴人ノ右金五百六十圓十錢ノ不足額負擔ノ義務ニ對スル控訴人カ其有スル抵當權ニ基キ抵當不動產ノ競賣代金ヨリ自己カ他ニ優先シテ辨濟ヲ受クヘキ範圍ニ止マルヘキヲ以テ控訴人ノ該權利ヲ拔スルニ控訴人ハ第二番抵當權ニ於ケル金千三百圓ノ債權ニ付目的不動產ノ第三取得者タル被控訴人ニ對シ特約ヲ爲シタルハ元金六百圓ト之レニ對スル利息金ノ外ハ請求セサル旨約シタルモノニアラスト主張スト雖モ成立ニ爭ナキ乙第一、二號證及證人山口政吉辻市兵衞ノ各供述ヲ綜合シテ推考スレハ控訴人ハ被控訴人ニ對シ大正六年九月十五日ニ右金千三百圓ノ元利金全部ニ付金六百圓ノ外請求セサル旨約シタルモノト認定スルヲ相當トシ控訴人カ抵當不動產ノ競賣代金中ヨリ該二番抵當權ノ債權ニ對シ金六百圓ノ辨濟ヲ受ケタルコトハ控訴人ノ自陳スルトコロナリ而シテ第三番抵當權ノ關係ニ於テ控訴人カ抵當不動產ノ競賣代金ニ對シ主張シ得ヘカリシ債權金七百圓ノ元利金ノ殘額カ金四百五十圓九十錢ナルコト及控訴人ノ先順位ナル第一番抵當權者ノ債權ハ旣

ニ辨濟濟ナル事ハ雙方ノ爭ナキトコロナルヲ以テ控訴人ハ抵當不動產ノ競賣代金ニ對シ該金四百五十圓九十錢ニ付優先辨濟ヲ受クル權利アリト謂フヘク從テ競賣代金ノ一部ヲ爲ス被控訴人ノ右金五百六十圓十錢ノ不足額負擔義務ノ內右金四百五十圓九十錢ノ請求權ヲ有スルモノナレハ控訴人ノ本件請求中其部分ノ請求ハ相當ナリト雖モ其他ノ部分ハ控訴人ニ權利ナキコト叙上ノ如クナルニヨリ失當ナリトス故ニ控訴人ノ請求ヲ全部排斥シタル原判決ハ失當ニシテ本件控訴ハ右程度ニ於テ理由アリトス(大阪控訴院大正八年(ネ)第二二號同年六月一一日民三部多喜澤裁判長天野織田各判事判決法律新聞第一四八六號二二頁)

【關係事項】原審廢棄○再競賣差額金請求事件○控訴人土坂梅吉訴訟代理人辯護士平田親勵○被控訴人戶田太郎法定代理人戶田多次郎訴訟代理人辯護士池田繁太郎

大審院

【判旨第一點再競賣ニ於ケル不足額ノ性質ニ關スル參照判例】

一 再競賣ノ場合ニ於テ配當スヘキ不動產賣却代金中ニハ前競落人ノ負擔スヘキ競落代金不足額ヲ包含セサルモノトス(大審院大正六年八月十一日民三部判決本書第六卷民訴四四八頁)

二 再競賣ノ場合所謂不足額ハ債務者ノ蒙リタル損害ナリト認ムヘキモノトス(同上大正二年一月二一日判決第二卷民訴四九四頁)

東京控訴院

三 抵當不動產競賣ノ場合ニ於テ前競落人ノ負擔スヘキ不足額ハ裁判所ノ配當スヘキ不動產賣却代金中ニ包含セス(東京控訴院大正六年一二月七日民一部判決本書第六卷民訴四四八頁)

大阪控訴院

四 民事訴訟法第六八八條ニ所謂不踏額ハ賣買代金ノ一部ナリ(大阪控訴院大正二年三月一五日判決本書第二卷民訴七六頁)

大阪地方裁判所

五 再競賣ハ前競落人所有不動產ニ對シテ行フ新ナル競賣ニ非スシテ債務者所有不動產ニ對シテ行フ最初ノ競賣ノ繼續ニ外ナラサルヲ以テ再度ノ競賣代金カ最初ノ競落代金ヨリ低キ場合ニ於テ前競落人ノ負擔スヘキ不足額ハ最後ノ競落代金ト共ニ競賣手續ニ於ケル賣却代金ノ一部ヲ構成スルモノトス(大阪地方大正五年一〇月一一日民二部判決本書第五卷民訴三八五頁)

雄本博士

【判旨第一點再競賣ニ於ケル不足額ノ請求權者ニ關スル同趣旨學說判例】

一 再競賣ハ債務者ノ不動產ヲ賣却スルモノナリトスルモ之カ爲メニ直ニ再競賣ノ場合ニ於ケル不足額ノ請求權ハ債務者ノミニ專屬ストノ結論ヲ生スルモノニ非ス强制執行ノ場合ニハ優先債權者其他ノ擔保權ヲ實行スル場合ニハ優先權者モ其權利ヲ有スヘシ(法學博士雄本朗造氏判例批評錄第一卷二七七頁及二四一頁)

大審院

二 右同趣旨(大正二年十月十日第二民事部判決錄十九輯二二卷七六一頁參照)

三 再競賣ノ場合ニ於ケル不足額請求權ハ第一位ニ不動產ノ賣却代金ニ依リ債權ノ滿足ヲ得サル債權者ニ屬シ債務者ハ不足額カ債權者ノ損失ヲ補償スルニ餘リアル場合ニ於テ請求權ヲ有スルニ過キサルモノトス(大審院大正六年八月一一日民三部判決本書第六卷民訴四四八頁)

四 競賣ハ獨リ債務者ノ爲メニノミ執行スルニアラスシテ利害關係人全般ノ爲メニ執行スルモノナリ故ニ民事訴訟法第六八八條末段ニ規定セル前ノ競落人補足ノ義務ニ對スル請求權ハ債務者ニノミ專屬スルモノニアラスシテ利害關係人ハ皆之ヲ享有行使スルコトヲ得ヘキモノトス(同上三二年一〇卷九五頁)

東京控訴院

五 再競賣ノ場合ニ於ケル不足額請求權ハ第一位ノ不動產ノ賣却代金ニ依リ債權ノ滿足ヲ得サル債權者ニ屬シ債務者ハ不足額カ債權者ノ損失ヲ補償スルニ餘リアル場合ニ於テ請求權ヲ有スルモノトス(東京控訴院大正六年一二月七日民一部判決本書第六卷民訴四五一頁)

大阪地方裁判所

六 再競賣ノ場合ニ前競落人ノ負擔スヘキ不足額ハ裁判所ニ於テ取立ツヘキモノニ非スシテ差押債權其他配當ヲ要求セル各債權者ニ對スル配當ノ順位及ヒ割合ノ確定シタル時ニ於テ此等各債權者間ニ(若シ此等各債權者ニ完濟シテ剩餘アレハ其部分ノ債務者ニ)當然分割セラレ此等債權者又ハ債務者ハ前競落人ニ對シ直接ニ各自右不足額ヨリ辨濟ヲ受クヘキ部分ハ其剩餘ノ部分ヲ請求シ得ルモノトス(大阪地方大正四年(ワ)六八五號本書第五卷民訴三八五頁)

東京控訴院

【同上反對判例】

一 再競賣ナルモノハ以前ノ競賣ノ再開ニシテ債務者ノ所有ニ屬スル不動產ヲ賣却セルモノナルヲ以テ再競賣ノ場合ニ於ケル前競落人ノ負擔スヘキ不足額及ヒ手續ノ費用ノ請求權ハ債務者ニ屬スルモノトス(東京控訴院大正二年一月二十一日判決本書第二卷民訴四九頁)

東京地方裁判所

二 再競賣ナルモノハ債務者所有ノ不動產ニ付競賣手續ヲ再開スルモノナルヲ以テ再競賣ノ場合ニ於ケル不足額及ヒ手續ノ費用ハ結局前競落人ノ代金支拂義務不履行ニ因リ債務者ノ蒙リタル損害ニ外ナラサルヲ以テ債務者ニ於テ右不足額及ヒ手續ノ費用ヲ請求シ得ヘク債權者ニ於テ之カ請求ヲ爲スノ權利ナキモノトス(東京地方大正二年七月八日判決本書第二卷諸法七四頁)

大審院

【判旨第二點再競賣ノ意義ニ關スル參照判例】

一 本條ニ所謂「再競賣」トハ第三回以下ノ競賣ヲモ包含ハト雖モ第三回又ハ第四回ノ競賣ヲ再競賣ト稱スルトキハ第二回又ハ第三回ノ競賣ニ對シテ立言スルモノニシテ常ニ之カ原因ヲ爲セル競落人ノ干與シタル直近ノ前競賣ニ對シテ用ヰタル文詞ナリ(大審院明治三四年一月二二日民一部判決)

二 競賣法ニ依リ競賣ニ準用スヘキ本條一項ニ所謂前ノ競落人トハ競落代金ノ不足額及ヒ手續ノ費用ヲ負擔スヘキ責務ノ上ニ於テハ再競落ニ直近スル前競賣ニ於ケル競落人ヲ指稱スルモノナルモ若シ再競賣ニ於テ最低競賣價額ニ達スル競賣價額ノ申出

山田博士

ナキ爲メ一旦實施セラレタルモ結了スルニ至ラスシテ更ニ新競賣ニ付セラレタル場合ニ於テハ前競賣ニ直近スル再競賣ハ更新セラレ新競賣ニ於ケル競落人ニアラスシテ其新競賣ニ因リテ結了セラレタル再競賣ニ於ケル競落人ナリトス（大阪控訴院明治三七年判決法律新聞第二〇四號七頁）

（一〇四）

二〇九　攻擊及ヒ防禦ノ方法（反訴、抗辯、再抗辯等）ハ第二百一條ニ規定スル制限ヲ以テ判決ニ接著スル口頭辯論ノ終結ニ至ルマテ之ヲ提出スルコトヲ得

二三〇　判決ハ辯論ヲ經タル總テノ攻擊及ヒ防禦ノ方法ヲ包括ス

然レトモ數個ノ獨立ナル攻擊又ハ防禦ノ方法中其一箇ヲ適切ナリトスルトキハ裁判所ハ他ノ方法ニ付キ判斷スル義務ナシ

民法五〇六　相殺ハ當事者ノ一方ヨリ其相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ爲ス但其意思表示ニハ條件又ハ期限ヲ附スルコトヲ得ス

攻擊方法又ハ防禦方法ノ豫備的提出殊ニ豫備的相殺ノ抗辯ハ適法ナリトス從テ裁判所ハ第一ノ攻擊方法又ハ防禦方法ヲ認ムヘカラスト爲ス場合ニハ第二又ハ第三以下ノ豫備的攻擊方法又ハ防禦方法ノ當否ニ付判斷セサルヘカラサルモノトス」

當事者カ相手方ニ對シテ有スル反對債權ニ付キ相殺契約ニ依ルノ外之ト獨立シテ本件債權トヲ對當額ニ於テ相殺スル意思表示ヲ爲シタルトキハ裁判所ハ相殺契約ノ有無ニ拘ハラス此相殺抗辯ノ適否ニ付キ判斷セサルヘカラス（大審院大正七年一月二六日民三部判決本書第七卷民訴五五頁所載）

判旨ハ大體ニ於テ正當ナリ攻擊方法又ハ防禦方法ノ豫備的提出殊ニ豫備的相殺ノ抗辯ヲ適法ナリトスルハ現今通說ノ一般ニ認ムル所ナリ豫備的相殺ノ抗辯ノ提出ヲ適法ナリトシ裁判所ハ第一ノ攻擊方法又ハ防禦方法ヲ認ムヘカラストナス場合ニハ第二又ハ第三以下ノ豫備的攻擊方法ノ當否ニ付キ判斷セサルヘカラストナス判旨ハ抽

象論トシテ固ヨリ正當ト謂フヘシ然レトモ豫備的相殺（條件付相殺）Eventualaufrechnung（Bedingte Aufrechnung）ヲ適切ナリトスル法理的構成ニ至リテハ今日猶ホ未タ定說アルヲ見ス裁判上ノ相殺ヲ以テ私法上ノ法律行爲ト訴訟行爲トノ二個行爲ノ併存スルモノト解シ又ハ訴訟行爲タルト同時ニ私法行爲タル性質ヲ兼有スル一個ノ行爲ナリト解スルトキハ其豫備的ニ爲シ得ルヤ否ヤモ亦民法並ニ訴訟法ニ依リ其行爲ノ各別又ハ兩面ニ付キ考察スルヲ要スヘク之ヲ以テ適法ナリトナス爲メニハ豫備的相殺ニ於ケル相殺意思表示ノ條件ヲ以テ法定條件ナリト解セサルヘカラス（民第五〇六條第一項）從テ此說ニ從ハハ訴訟上豫備的相殺ハ民法相殺ノ例外ヲ爲スモノニハアラス法定條件附相殺トシテ裁判上タルト裁判外タルトヲ問ハス總テ適法ナリト謂ハサルヘカラサルナリ反之裁判上ノ相殺ヲ以テ訴訟行爲ナリト解スルトキハ其豫備的提出ノ適法ナリヤ否ヤモ亦訴訟法規ノミニ依リ決スヘク私法上豫備的相殺ノ適法ナリヤ否ヤヲ顧ルヲ要セサルナリ Hellwig ハ豫備的相殺ヲ以テ訴訟上ノ特例トナシ Hellwig ハ獨民訴第一四五條第三〇二條及獨民第二〇九條第二項三號第二一五條ニ依リ法律カ訴訟上豫備的相殺ノ適法ナルコトヲ前提トスルヲ知リ得ヘシト爲シ之レヲ以テ訴訟上ノ特例ナリトイエトモ我現行法ニハ此等ノ規定ナシ）法定條件附相殺ト解スヘキモノニアラストナスカ故ニ此說ニ從ハハ裁判外ニ於ケル豫備的相殺ハ之ヲ認ムルヲ得サルノ結果トナル（法學博士山田正三氏法學論叢第二卷第二號一三二頁「相殺契約ト豫備的相殺ノ抗辯」要領）

【豫備的（假定的）訴訟行爲ノ效力ニ關スル學說】

一　當事者ハ訴訟ニ於テ相手方ノ主張ニ係ル債權ノ存在ヲ爭フニ當リ裁判所ニ於テ其債權ノ存在ヲ認ムル場合ニ付キ相殺ヲ爲ス旨ノ陳述ヲ爲シ又ハ相手方ノ主張ニ係ル債權ニ對スル抗辯ヲ主張シ若クハ其債權ノ辨濟期ノ到來セサルコトヲ主張スルニ當リ裁判所ニ於テ其抗辯カ存在セサルコトヲ認メ若クハ辨濟期ノ到來シタルコトヲ認ムル場合ニ付キ相殺ヲ爲ス旨ノ陳述ヲ爲スコト假定的相殺ヲ妨ケサルモノトス（法學博士仁井田益太郎氏本書第四卷民訴法一八九頁）

二　法律行爲取消ノ意思表示ニハ條件ヲ付スルコトヲ得スト雖モ契約ノ成立ヲ否認シ且其否認カ眞實ニ合セサル場合ニハ之ヲ取消ス旨ノ意思表示（豫備的ニ爲シタル取消ノ意思表示）ハ條件附意思表示ニ非スシテ法定條件タル法律行爲ノ存在ヲ前提トス

岩田學士　前田學士　細野學士　仁井田博士　雉本博士

ルモノニ過キサルカ故ニ無效タルヘキ理由ナキモノトス（法學博士雉本朗造氏京都法學會雜誌第一一卷第一〇號九七頁本書第六卷民訴二頁）

三　一定ノ申立トハ一箇ヲ意味スルモノニ非ス特定的ニ表示スルコトヲ謂フ故ニ原告ハ第一ノ申立ニ併セ第二以下ノ申立ヲ爲シ即チ條件的ノ申立ヲ爲スモ一定ノ申立タルニ妨ナキモノナリ又選擇的ノ申立ヲ爲スモ同一ナリトス（法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論六五〇頁）

四　訴其モノヲ條件ニ繫ラシムルコトハ法律ノ認許セサル所ナリ即チ一定ノ條件成就セハ訴訟ヲ開始又ハ終了セラレタシト云フカ如キ訴ハ不適法ナリ尤モ斯ル場合ニ於テモ訴狀ノ提出及送達ニ依リテ兎ニ角ニ權利拘束ハ發生スルカ故ニ裁判所ハ訴ヲ却下スヘキモノトス但シ多數ノ申立ニ順序ヲ付スルコトト混同スヘカラス後者ハ有效ナリ例ハ何々ノ物ヲ返還スヘシ若シ其物存在セサレハ損害賠償トシテ金何圓ヲ支拂フヘシトノ判決ヲ求ムト云フカ如シ（法學士前田直之助氏民事訴訟法大正七年度中大講義一三頁）

五　申立ニハ原則トシテ條件ヲ附スルコトヲ得サルモノト爲スヲ正當トス然レトモ玆ニ一ノ例外アリ順位的申立是ナリ此申立ハ第一位ノ申立カ理由ナシトセラルルトキニ限リ第二位ノ申立カ裁判所ニ審査セラルヘシトノ申立ヲ謂フ順位的申立ニ於テモ仔細ニ觀察スルトキハ常ニ裁判所カ第一位ノ申立ヲ理由ナシトシタル場合ナル條件ヲ當事者カ第二ノ申立ニ附シタルモノナルヤ明カニシテ此點ニ於テ第二位以下ノ申立ハ不確實ナルヲ免レサルコト明ナリト雖モ其訴訟ニ於テ第一位ノ審査ヲ爲シタル後少ナクトモ其訴訟手續中ニ於テ解決スヘシトノ申立表示ニ過キサルカ故ニ其不確實ノ程度一般條件ノ場合ト異ナリ權利保護ノ國家行爲カ無益ニ歸スルノ虞ナキ所ナレハ此一點ニ考慮シテ例外トシテ許スヘキモノトスルハ通說判例ノ均シク認ムル所ナリ（法學士細野長良氏民事訴訟法大正六年度中大講義二六八頁）

【訴訟ニ於テ爲サルル法律行爲ト訴訟行爲トノ關係ニ關スル學說】

一　當事者ハ相手方ノ主張ニ係ル法律關係ノ消滅ヲ來スヘキ私法上ノ法律行爲又ハ其效力ヲ妨クヘキ私法上ノ法律行爲ヲ訴訟ニ於テ爲スコトアリ例ヘハ當事者カ口頭辯論ニ際シテ相殺若クハ契約ノ解除ヲ爲ス旨ノ演述ヲ爲シ又ハ雙務契約ハ悉ク相手方ノ債務ノ履行ノ提供アルマテ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ム旨ノ陳述ヲ爲スカ如シ當事者カ訴訟ニ於テ斯ル私法上ノ法律行爲ヲ爲スヘキ私法上ノ法律行爲又ハ此效力ヲ妨クヘキ私法上ノ法律行爲ヲ訴訟ニ於テ爲ストキハ之ヲ以テ裁判ノ基本ト爲スコトヲ裁判所ニ求ムル訴訟行爲ヲ之ト同時ニ爲スノミト謂ハサルヘカラス（法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論上卷二三三頁）

二　口頭辯論ニ於テ法律行爲ヲ取消シ相殺ヲ爲シ契約ヲ解除シ之ヲシテ防禦方法ト爲ス場合ニハ形成權ノ行使タル民法上ノ法律行爲ト該法律行爲ニ因リ一定ノ私法上ノ效果ヲ生シタルコトヲ以テ防禦方法トシテ提出スル訴訟行爲トノ二箇ノ行爲アルモノトス

板倉博士　岩田學士　細野學士　大審院

法律行爲ニシテ訴訟行爲ニ非サル意思表示（法律行爲ノ取消、相殺、解除ノ意思表示）ヲ爲シ又ハ之ヲ受クル代理權ハ訴訟委任ノ法律上ノ範圍（民訴六五・一）ニ屬セルモノトス（法學博士雉本朗造氏本書第六卷民訴二頁）

三　私法的意思表示ノ效力ヲ生スルニ付キ一定ノ形式ヲ具備スルコトヲ要スト爲ササル以上ハ毫モ意思表示カ其表意ノ相手方ニ到達スルナラハ其到達ノ方法ノ如何ヲ問ハス有效ナルモノト謂ハサルヘカラス而シテ一ノ意思表示ニ訴訟法的ノ效力ト私法的ノ效力トヲ兼有セシムルコトハ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反セサル限リハ之ヲ禁スヘキ謂レナシ訴訟上ノ相殺ハ答辯書ヲ以テスルト果タ口頭辯論ニ於テスルトヲ問ハス一面ニ於テハ裁判所ニ對スル意思表示ナルト同時ニ他ノ一面ニ於テハ相手方ニ對スル意思表示ナリトスルヲ得ルヲ以テ此意思表示カ相手方ニ到達シタル以上ハ相殺ノ效力ヲ生スルハ當然ナリ然レトモ相手方ノ訴訟代理人カ此意思表示ヲ爲スト同時ニ相殺ノ效力ヲ生スト論スルハ現行法ノ下ニ於テハ理論上及ヒ條文ノ根據ヲ缺クモノト謂フヘシ何トナレハ訴訟代理人カ辯論ヲ受領スルコト其他私法的意思表示ヲ受クルコトハ訴訟委任ノ範圍ニ屬セサレハナリ（法學博士板倉松太郎氏民事訴　法綱要增訂再版二〇七頁）

四　區裁判所ニ於テ爲ス第三八一條ノ和解ハ訴提起前ノ和解ナレハ訴訟終了ノ效力ヲ生セサルモ當事者カ其和解ニ拘束セラレ和解調書カ債務名義タル點ニ於テハ訴訟提起後ノ和解ト同一ナリ故ニ訴訟行爲タルト同時ニ法律行爲タル性質ヲ有スルモノナリ（法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論二七九頁）

五　元來形成權ナルモノハ法律ノ歷史ニ徵スルトキハ訴訟ニ於テノミ主張セラレ其效果ヲ享有スルモノト爲シタル所ナルモ（民四二四、一四五）近世法典ハ一方ニ於テ是等行爲ニ包含スル私法上ノ分子ヲ益々發展セシメテ漸次裁判所ノ意思表示ニヨリ有效ニ形成權ノ行使ヲ爲シ得ルモノト爲スニ至リタル所ナレハ裁判外ニ於テ爲サルヘキ形成權ノ行使ハ裁判上ニ於テモ之ヲ爲シ得ルモノトナスハ何等害ナキノミナラス形成權行使ノ近世法ノ發展ニ鑑ミ相當ナリト爲スヘシ一派ノ學者カ是等形成權ノ私法上ノ效果ヲ重大視シ訴訟行爲ト私法行爲トヲ全然區別シ形成權ノ主張ハ私法行爲ナリトシテ訴訟代理人ハ其資格ニ於テ取消相殺解除等ノ形成權ニ付キ代理權ナシトスルニ至リテハ近世法ノ發展ヲ誤解セルモノト云ハサルヲ得ス訴訟上ノ形成權ノ主張ハ訴訟行爲ナリ唯此場合ニ在リテハ權利變更ノ意思表示ヲ包含スルヲ以テ其意思表示ニ付テハ左ノ原則ヲ適用ス（イ）形成權例ハ相殺取消解除等ノ行使ノ效果ノ內容ハ一ニ民法ノ規定ニヨリ定マル（ロ）形成權行使ノ方法形式ハ一ニ訴訟法ノ定ムル所ニ從フ（法學士細野長良氏民事訴訟法大正六年度中大講義二七五頁）

六　地料增額請求ノ意思表示ヲ爲スニ付テハ特定ノ方法アルニ非サレハ裁判外ハ勿論裁判上相手方ニ對シ訴狀其他一定ノ申立書又ハ口頭辯論ニ於テ攻擊防禦ノ方法トシテ之ヲ爲スコトヲ妨ケサルモノトス

一定ノ申立書ヲ以テ爲ス增額請求ノ意思表示ハ其書面ヲ相手方又ハ其訴訟代理人ニ送達セラレタルトキヲ以テ訴訟行爲ト同時ニ民法上法律行爲ノ效力ヲ生スルモノトス（大審院大正六年二月一〇日民三部判決本書第六卷民訴九七頁）

七　訴訟上相手方ノ請求債權ニ對スル相殺ノ意思表示ハ反訴ノ形式ヲ以テスルノ外抗辯方法トシテ之ヲ提出スルコトヲ得ルモノトス（同上大正五年九月六日民三部判決本書第五卷民訴四二二頁）

論旨ニ贊同セントス攻擊防禦方法ノ豫備的提出ノ有效ナルハ今日一般學說ノ認

ムル所ニシテ吾人亦之ヲ不可トスル所以ヲ知ラス

訴訟上ノ相殺ヲ認ムルヤ否ヤハ議論ノ存スル所ナルモ訴訟上ニ於テ私法上ノ法律行爲ヲ爲シ得サルノ理ナキヲ以テ理論上之ヲ認ムルヲ正當トス（本書第六卷民訴九頁二卷民訴一九〇頁第一卷民訴二八六頁）然レトモ訴訟上ノ相殺ヲ以テ訴訟行爲ト解スルカ如キハ何等ノ規定ナキ我法ノ解釋トシテ採ルヘカラス或ハ之ヲ以テ私法上ノ行爲ト訴訟行爲トノ兩面性ヲ有スル一個ノ行爲ナリトノ說ナキニ非サルモ理論上其不可ナルハ吾人カ反覆評論シタル所ナリ（本書第六卷民訴九頁四卷民訴一九二頁）要スルニ所謂訴訟上ノ相殺ハ訴訟行爲ニアラス又私法上ノ行爲ト同時ニ訴訟行爲ニアラスシテ被告カ防禦方法トシテ提出スル場合ニハ形成權ノ行使タル民法上ノ法律行爲ト之ニ因リ一定ノ私法上ノ效果ヲ生シタルコトヲ以テ防禦方法トシテ提出スル訴訟行爲トノ二個アルモノト解セサルヘカラス從テ訴訟上ノ相殺ノ要件及ヒ效果ニ付テハ凡テ民法ノ規定ヲ適用スヘキモノトス而シテ訴訟上ノ防禦方法トシテ爲ス豫備的相殺ハ相殺ノ意思表示ヲ第一ノ防禦方法ノ否認ナル一ノ法定條件ニ繫ラシムルモノニシテ民法第五〇六條ニ所謂條件ヲ附スルモノニアラサルヲ以テ何等妨クル所ナク之ヲ有效ナリト謂ハサルヘカラス

一七八第一項　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

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手續ノ受理ニ付テハ第百七十八條第百八十一條ノ規定ニ從フ

一八七　中斷シ又ハ中止シタル訴訟手續ノ受理及ヒ本節ニ定メタル通知ハ原告若クハ被告ヨリ其書面ヲ受訴裁判所ニ差出シ裁判所ハ相手方ニ之ヲ送達スヘシ

民法九八六　家督相續人ハ相續開始ノ時ヨリ前戶主ノ有セシ權利義務ヲ承繼ス但前戶主ノ一身ニ專屬セルモノハ此限ニ在ラス

同九八九第一項　隱居又ハ入夫婚姻ニ因ル家督相續ノ場合ニ於テハ前戶主ノ債權者ハ其前戶主ニ對シテ辨濟ノ請求ヲ爲スコトヲ得

第三項　前二項ノ規定ハ家督相續人ニ對スル請求ヲ妨ケス

戶主ノ隱居ニヨリ家督相續ノ開始シタル場合ニ於テハ前戶主ノ債權者ハ相續人ニ對シテ之カ請求ヲ爲シ得ルト同時ニ隱居者ニ對シテモ之カ權利ヲ主張シ得ルヲ以テ前戶主ニ對スル手形金支拂請求權ハ同人ノ隱居シタルニ拘ラス依然同人ニ對シテ主張シ得ヘク從テ訴訟手續モ亦中斷スルコトナキモノトス」

訴訟當事者カ死亡シタルモ其ノ訴訟代理人ニ於テ委任消滅ノ通知ヲ相手方ニ爲ササリシ爲メ其後言渡シタル判決正本カ右訴訟代理人ニ送達セラレタルトキハ茲ニ始メテ訴訟手續ノ中斷ヲ來シタルモノトス」

訴訟當事者タル隱居者ノ死亡シタル場合ニ於テ中斷シタル訴訟手續ハ家督相續人ニ於テ受繼スヘク單ニ遺產相續ニ付テノミ權利ヲ有スル者ニ於テ之カ受繼ノ義務ナキモノトス」

終局判決ノ送達ヲ終ヘ事件カ其裁判所ノ業屬ヲ離脫シタル後ニ訴訟手續ノ中斷