

ハ破毀ヲ免レヌ而シテ原判決ノ確定セル事實ニ基キ當院ニ於テ直ニ裁判ヲ爲スニ熟スルモノト認ムヘキ所本
件債務名義ニ基テ強制執行ハ右認定ノ免責額ノ範圍ニ於テ失當ナレハ其ノ債權額中四分ノ一ノ限度ニ於テ本
件強制執行ハ之ヲ許スヘカラス乃チ原告ノ請求ハ右ノ範圍ニ於テ理由アリ他ハ失當トシテ棄却スルヲ相當ト
スルカ故ニ其ノ全部ヲ認容シタル第一審判決ヲ變更スヘキモノトス

○約束手形金請求事件

(昭和九年民上第三四二號
同年九月二十八日民事部判決 破毀差異)

【原告】 控訴人 被上告人 下 志 寧

【被告】 被控訴人 上告人 姜 尙 洪 訴訟代理人 孫 洪 八

【第一審】 釜山地方法院晉州支廳 【第二審】 大邱覆審法院

○判示事項

手形ノ振出ニ關スル取消ノ相手方

○判例要旨

強迫ニ因ル約束手形ノ振出ハ振出人ヨリ所持人ニ對スル意思表示ニ因
リ之ヲ取消シ得ルモノトス

【要旨】 民法第九十六條 詐欺又ハ強迫ニ因ル意思表示ハ之ヲ取消スコトヲ得(以下略)

同法第二百二十二條 取消シ得ヘキ行為ハ第二百十條ニ掲ゲタル者カ之ヲ追認シタルトキハ初ヨリ有效ナリシモノト看做ス但第
三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス

○事 實

原告ノ原審ニ於ケル請求原因ノ要旨ハ原告ハ其ノ請求原因トシテ被告ハ昭和八年二月十五日訴外林鍾應ニ對シ額面金一千圓
支拂期日同月二十日支拂地振出地共晉州郡晉州邑ナル約束手形一通ヲ振出シ右林鍾應ハ同日之カ裏書ヲ爲シ原告ニ讓渡シタ
ルヲ以テ滿期日ニ至リ右手形ヲ呈示シ支拂ヲ求メタルモ之ニ應セス仍テ本訴ニ及ヒタリト謂フニ在リ
被告答辯ノ要旨ハ被告ハ訴外金世瀾ニ對スル金七百二十圓ノ貸金債權ヲ昭和五年三月頃訴外林鍾應ニ讓渡シタルニ同人ハ其
ノ取立ノ爲右金世瀾外數十名ノ共有ニシテ同人所有名義ニアリタル南海郡昌善面鎮洞里所在林野ニ對シ強制執行ヲ爲シタル
トコロ右共有者等ハ右強制執行債權ハ虛構ノモノナリト主張シ強制執行異議ノ訴ヲ提起シ二審ニ於テ勝訴ノ判決ヲ得タルカ
其ノ共有者中訴外朴箕斗外二名ハ被告及訴外林鍾應ニ對シ詐欺罪ノ告訴ヲ晉州警察署ニ提出シ昭和八年二月十日頃林鍾應ハ
留置セラレ被告モ亦召喚セラレ同署司法主任ハ被告及林鍾應ニ前記訴訟ニ於ケル制規ノ訴訟費用以外ノ費用ノ負擔ヲ勸メ被
告ニ於テ之ニ應セサレハ留置スヘキ旨ヲ告ケタリ然ルトコロ被告ハ約三十年前ヨリ脊椎及腰部疾患ノ爲心身衰弱シ身體ノ自
由ヲ失ヒ漸ク醫藥ニ依リテ生命ヲ保持シ同警察署ニモ訴外金道古、姜慎普ノ援助ニ依リテ出頭シタル程ナレハ留置セラレル
ヲ聞キテ畏怖シテ右勸誘ニ應ジ其ノ訴訟費用支拂ノ爲被告ニ於テ本件手形ヲ林鍾應宛振出シ同人裏書ヲ爲シタルモノナルヲ
以テ茲ニ於テ右手形行爲ヲ取消シ原告ノ請求ニ應ジ難シト謂フニ在リ

手形ノ振出ニ關スル取消ノ相手方

第二審裁判所ハ原告ニ於テ右支拂期支拂場所ニ右手形ヲ呈示シテ其ノ支拂ヲ求メタルコトハ被告ノ明カニ争ハサル所ナルヲ以テ自白シタルモノト見做ス左レハ被告ハ原告ニ對シ右手形金一千圓及之ニ對スル支拂期日ノ翌日タル昭和八年二月二十日ヨリ完済ニ至ル迄年六分ノ商法所定ノ利率ニ依ル利息損害金ノ支拂ヲ爲スヘキ義務アルヤ勿論ナリトス凡ソ相手方ノ確定セル法律行爲ノ取消ハ其ノ相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ爲スヘキモノナルコトハ民法第二百二十三條ニ明規セル所ナルヲ以テ本件被告ノ前記手形ノ振出行爲ハ其ノ相手方タル訴外林鍾應ニ對スル意思表示ヲ以テ爲スニ非ラサレハ適法ナル取消ノ效果ヲ生セシムルニ由ナキモノトス然ルニ被告ハ右林鍾應ヨリ右手形ノ裏書讓渡ヲ受ケテ所持人トナリタル原告ニ對シ本訴ニ於テ右手形振出行爲ノ取消ノ意思表示ヲ爲スモノナルコト被告ノ主張自體ニ依リ明カナルヲ以テ其ノ取消ノ效力ナク從テ被告ノ右手形振出行爲ハ依然トシテ其ノ效力ヲ保有セルモノト謂フヘク被告ノ右取消ニ因リテ右手形振出行爲ノ效力消滅シタリト爲ス抗辯ハ認容シ得サルモノトス果シテ然ラハ原告ノ本訴請求ハ理由アリト判示シタリ

○ 上告理由

上告理由ハ原判決ハ其ノ理由ニ於テ凡ソ相手方ノ確定セル法律行爲ノ取消ハ其ノ相手方ニ對スル意思表示ニ依リ爲スヘキモノナルコトハ民法第二百二十三條ニ明規セル所ナルヲ以テ本件被告ノ前記手形ノ振出行爲ハ其ノ相手方タル訴外林鍾應ニ對スル意思ヲ以テ爲スニ非ラレハ適法ナル取消ノ效果ヲ生セシムルニ由ナキモノ

トスト御判示セラレタルモ左ノ如キ違法アリ(1)法律行爲ノ追認又ハ取消ハ其ノ行爲ノ相手方ニ對シテ之レヲ爲スヘキモノナル事ハ議論ノ存セサルトコロナルモ本件ハ原告カ訴外金世瀨ノ代理人トナリ被告及訴外林鍾應ニ對シ詐欺罪ノ告訴ヲ晋州警察署ニ提出シ林鍾應ハ留置セラレ被告モ亦召喚サレ同署司法主任ノ強迫ニヨリ畏怖ノ餘リ同司法主任ノ謂ハレルカ儘ニ本件手形ヲ留置中ノ林鍾應ニ振出し同人亦即時原告ニ裏書讓渡シタル事ハ被告ノ主張スルトコロナリ手形ノ振出行爲ハ振出人カ手形ニヨリ債務ヲ負擔スル意思ヲ以テ他人ニ交付スルニ因リテ成立スルモノナレハ本件ハ被告カ訴外林鍾應ニ對シ債務ヲ負擔スル意思ヲ以テ振出しタルニアラス同訴外人ト共ニ畏怖ノ餘リ一方ハ手形ノ振出人トナリ一方ハ其ノ裏書人トナリ原告ニ交付シタルモノニシテ其ノ行爲ノ相手方ハ原告ナリト謂フヘク從ツテ原告ハ手形上訴外林鍾應ヲ介シタリトハ云ヘ被告ヨリ手形ノ交付ヲ受ケタル最初ノ取得者ナレハ原告ニ對シ爲シタル本件取消ノ意思表示ハ有效ナリト謂ハサルヘカラス(2)手形ノ如キ單獨行爲ニヨリ債務發生シ一旦振出シタル以上ハ爾後轉讓シ何人カ之レヲ所持スルモ振出人ノ債務本質ハ終始渝ラサル同一性トナルヘキカ故ニ手形ノ裏書讓渡アリタルトキハ其ノ手形ノ所持人ニ對シテモ直接追認又ハ取消ヲ爲シ得ヘキコトハ大審院ノ判例トスルトコロナレハ(昭和八年(オ)第三四一號大審院判例御參照)手形ノ最初受取人ニ對スルニアラサレハ取消ヲナス事ヲ得サルモノト謂フヲ得ス果シテ然ラハ本件ニ於テ振出人タル被告ハ手形所持人タル原告ニ對シ強迫ニヨル取消ノ意思表示ヲ爲シ得ヘキモノナルニ拘ラス原審ハ此ノ法理ヲ誤解シ手形ノ所持人ニ對シ爲シタル本件取消ノ意思表示ヲ否定シタル事ハ

違法ナリト謂ハサルヘカラスト謂フニ在リ

○判決理由

案スルニ約束手形ハ所謂流通證券トシテ轉讓シ其所持人ハ手形上ノ權利ヲ取得スルモノナリト雖轉讓流通ノ過程ニ於テ振出人ヨリ先ツ手形ノ交付ヲ受ケ若クハ裏書ニ依リテ之ヲ入手シタルコトアルモ現ニ手形ヲ所持セサル者ノ如キハ手形ニ氏名ノ表示セラレタルト否トニ拘ラス振出人ニ對シテ手形上ノ權利ヲ行使シ得サルモノニシテ約束手形ノ振出ハ畢竟手形ノ所持人トシテ權利ヲ行使シ得ル者ニ對シテ手形上ノ債務ヲ負擔スル行爲ナルカ故ニ振出行爲ノ相手方ハ手形所持人ナリト觀ルヲ正當トス故ニ約束手形ニ付テ強迫ニ因ル振出行爲ハ取消ハ振出人ヨリ所持人ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ有效ニ爲シ得ルモノト謂ハサルヘカラスト原判決ニ依レハ原告ハ被告カ訴外林鍾應ニ宛テ振出シタル約束手形ヲ同人ノ裏書ニ依リテ取得シ其所持人トシテ手形金ノ支拂ヲ被告ニ求ムルモノナレハ振出行爲カ強迫ニ因ルモノナル限リ被告ハ所持人タル原告ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ取消シ得ヘク原判決ノ如ク訴外林鍾應ニ對スル意思表示ヲ以テスルニ非サレハ適法ナル取消ノ效果ヲ生セシムルコト能ハサルモノニ非サルナリ原判決カ被告ノ抗辯ヲ排斥セルハ右ノ取消ニ關スル法則ノ適用ヲ誤レルモノニシテ論旨ハ理由アルヲ以テ其ノ全部ヲ破毀セサルヘカラスト

○土地所有權移轉登記手續請求事件

(昭和九年民上第三〇四號 同九年十月二日民事部判決 棄却)

【原告】 被控訴人 被告上告人 掌令公李慶昌ヲ祖トスル廣州李氏門中 右代表者李在田外一人
【被告】 控訴人 上告人 李 宗 熙 訴訟代理人 金 眞 鎮
【第一審】 平壤地方法院安州支廳 【第二審】 平壤覆審法院

○判示事項

義莊ノ法律關係

○判例要旨

朝鮮ニ於テ宗中一門ノ祖先カ義莊ト定メタル土地ハ宗中財産ヲ構成シ宗中ノ共同所有スル法律關係ハ慣習上所謂合有ナリトス

○事實

【參照】朝鮮民事令第十二條 不動産ニ關スル物權ノ種類及效力ニ付テハ第一條ノ法律ニ定メタル物權ヲ除クノ外慣習ニ依ル原告ノ原審ニ於ケル請求原因ノ要旨ハ原告ハ本件係爭土地ハ原告代表者李在田ノ十代祖被告ノ九代祖ニ當ル掌令公コト李慶昌カ所有シ居リシ處同人ハ長男道源外七人ノ男子ヲ有シ本件土地内ニ居住ヲ爲サシメ今ヨリ百五十六年前丙申四月中同土地ヲ義莊ト定メ同子孫永遠ノ世居地トシテ提供シ爾來傳來シ現ニ同子孫四十三戶居住シ同子孫即チ原告門中ノ合有トナリ居レリ故ニ大正四年九月中土地調査ノ際原告門中ハ協議ノ上其ノ宗孫タル被告ニ所有名義ヲ信託シ所有申告ヲ爲サシメ被告名義

ニ査定確定セシメ置キタリ而テ被告ハ大正十二年原告門中ニ對シ從來祖先ノ遺言ニ依リ同土地ノ地稅等ハ宗孫タル被告ニ於テ負擔シ其ノ代價トシテ居住者ヨリ毎年柴刈等ノ援助ヲ受ケ居リシカ被告一人ニテ地稅ヲ負擔スルハ不合理ナルトコトナリシヨリ同年陰十一月十五日門中協議ノ結果居住者ノ空地ノ面積ヲ斟酌シ一戸金二十五錢乃至一圓宛ヲ地稅トシテ分擔シ被告ニ支拂ヒ被告ニ於テ之ヲ納付シ來レリ又被告ハ大正十四年度本件土地カ被告名義トナリ居リシ結果面積ノ賦課等級ヲ一等ニ査定セラレタルヨリ所轄面長ニ對シ本件土地ハ原告門中ノ所有ニシテ被告ニ於テ何等ノ收益ナキモノナルヨリ其ノ事情ヲ陳シ該等級ヲ減等セラレタルコトアリ以上ノ次第ニテ本件土地ハ原告門中ノ所有ナルニ拘ラス被告ハ自己ノ名義トナリ居ルヲ利用シ今回朝鮮殖産銀行寧邊支店ニ對シ抵當權ヲ設定シタルノミナラス原告門中ノ所有權ヲ否認セントスルヨリ已ムナク昭和七年十二月十二日(陰十一月十五日)該信託契約ヲ解除シ所有權移轉登記手續ヲ求ムル爲メ本訴請求ニ及ヒタリト謂フニ在リ被告ハ抗辯トシテ原告主張事實ニヨレハ本件係爭土地ハ被告ノ九代祖李慶昌ノ所有ナリシ處同人ハ長男道源外七人ノ男子ヲ有シ本件土地内ニ居住セシメ同土地ヲ義莊ト定メ同子孫永遠ノ世居地トシ現ニ其ノ子孫四十三戸之レニ住居シ居ルモノニシテ合有ナリト謂フニアレトモ合有ハ單一ノ所有權カ不可分のニ複數主體ニ歸屬スル處ト共同團體ノ利益ノ爲ニ共同事業ノ經營遂行ヲ可能ナラシムルヲ以テ目的トスルモノニシテ原告主張自體ニ依リ之レニ該當セス合有ニ非ルコト明ナルヲ以テ原告門中カ主體トナリ提起シタル本訴ハ却下スヘキモノナリ又假リニ合有ナリトスルモ李在田、李寅肇カ當然原告門中ノ代表權ヲ有スルモノトシテ提起シタル本訴ハ失當ナリ次ニ本案ニ付其ノ答辯ノ要旨ハ被告ハ李慶昌ノ宗孫ニシテ其ノ子孫タル者ハ約三百戸以上アリ其ノ内四十三戸ノミカ本件地内ニ被告ト共ニ居住シ其ノ他ハ其ノ附近又ハ他ノ各地ニ住居シ居ルモ孰レモ被告ノ單獨所有ト認メ居ルモノナリ故ニ結數連名簿作成當時及土地調査ノ際宗中所有ノ土地ニ對スル所有申告ヲ爲スニ當リテハ宗中協議ノ上全部宗孫タル被告ニ信託シ被告名義ニテ宗中財產タルコトヲ附記シテ申告シ査定確定セシメタリ若シ本件土地カ被告ノ單獨所有ニ非ス宗中財產ナリシトセハ同ク宗中財產タルコトノ附記ヲ爲シ所有申告ヲ爲スヘキ筈ナルニ

其ノ附記ナキ點ヨリ觀ルモ被告單獨ノ所有ナルコト明カナリ又地稅其ノ他ノ附加稅ハ從來被告ニ於テ納付シ來リ其ノ居住者ヨリハ空地ノ面積ニヨリ被告ニ於テ地代ヲ徵收シ來リシノミナラス本件地内ニ於ケル桑田及耕作地ハ被告ニ於テ使用收益ヲ爲シ來レリ尙被告ハ大正十四年度二男基采ヲ分家セシムルニ際リ相當ノ土地ヲ分與シ被告ノ所得カ減少シタルノミナラズ本件ノ土地ノ收益ハ極メテ僅少ナルヲ以テ其ノ事情ヲ具シ面稅賦課等級ノ減等ヲ受ケタルコトアルモ原告主張ノ如ク本件土地カ門中ノ所有ナルヨリ之ヲ理由トシ減等ヲ受ケタルモノニ非ス尙義莊トハ或財產ヲ宗孫ノ單獨所有トスルモ親族中ニ貧困者アルトキハ之カ救済ノ資ニ充ツルモノヲ云フモノニシテ本件ノ土地ハ之ニ該當スルモノナリ以上ノ次第ニシテ本件土地ハ被告ノ單獨所有ナルヲ以テ本訴請求ニ應スル能ハスト謂フニ在リ

第二審裁判所ハ證據ニ依リ本案前ノ被告ノ抗辯ニ對シ本訴ニ付テノ原告門中ノ代表者トシテ李在田、及李寅肇ヲ選任シタルコト及訴訟物カ合有ナルト否トヲ問ハス朝鮮ニ於ケル門中ニシテ代表者又ハ管理人ノ定メアルモノハ訴訟ノ主體トナリ得ルモノナルカ故ニ本訴ニ於テモ原告門中ハ適法ニ訴訟主體トナリ得ルモノナルコトヲ認メ次ニ本案ニ付證據ニ依リ原告門中ハ掌令公コト李慶昌ヲ始祖トナスコトヲ認メ得ヘク本件係爭土地カ右李慶昌カ所謂義莊トシテ其ノ子孫世居ノ地ト定メタルコトハ當事者間ニ爭ナキ處ニシテ原審證人李寅高、李寅根、李季洙ノ供述ヲ綜合スレハ從來本件土地ノ地稅ハ輕微ナリシ爲宗孫タル被告ニ於テ之ヲ納付シ之カ代價トシテ本件土地ノ居住者等ハ被告ニ對シテ勞力ヲ提供シ來リタル處大正十二年中被告ノ申出ニヨリ右ノ例ヲ廢止シ本件土地ノ居住者ニ於テ二十錢乃至八十錢宛ヲ出シ之ヲ取纏メテ土地所有ノ名義者タル被告ニ於テ納付シ來タリタルコト及本件土地ノ所有權ハ單一不可分包括的ニ門中員ニ屬シ門中員ハ各人各個ノ

持分ナルモノヲ有セス又右土地ニ對スル權利ハ之ヲ任意ニ處分スルコトヲ得サル所謂門中ノ合有ニ屬シ門中員ハ門中ノ規約ニ基キ單ニ之ヲ利用シ得ルニ過キサレコトヲ認メ次ニ上來認定ノ本件土地カ原告門中ノ合有タリシ事實ニ原審證人李寅高、李任洙、李季洙原審及當審證人李在甲ノ供述ヲ綜合スレハ原告門中ニ於テハ明治四十二、三年頃土地ノ見取圖作成ノ際及大正四年頃土地調査ノ際右土地ヲ被告ニ信託シテ被告名義ニ所有申告ヲ爲シタル結果被告名義ニ査定セラレタルコトヲ認メ得ヘシトシ然リ而シテ原告門中カ昭和七年十二月十二日被告ニ對スル右信託契約ヲ解除シタルコトハ當審證人李在甲ノ供述ニ依リテ認メ得ヘク被告ノ全立證中右認定ヲ覆スニ足ル信スヘキ證左ナシサレハ被告ハ原告ニ對シ本件係争土地ニ付信託契約解除ニ因ル所有權移轉登記手續ヲ爲スヘキ義務アルコト明ナリト判示シ原告ノ請求ヲ認容シタリ

○ 上告理由

上告理由ハ原判決ハ其ノ理由ノ一節ニ於テ「而シテ上敘ノ事實ニ原審鑑定人金圭、玉東奎ノ鑑定ノ結果及原審證人李寅根、李季洙當審證人李秉燦、李定鎮、李在甲ノ各供述ヲ綜合考覈スレハ本件土地ノ所有權ハ單一不可分包括的ニ門中員ニ屬シ門中員ハ各人各個ノ持分ナルモノヲ有セス又右土地ニ對スル權利ハ之ヲ任意ニ處分スルコトヲ得サル所謂門中ノ合有ニ屬シ門中員ハ門中ノ規的ニ基キ單ニ之ヲ利用シ得ルニ過キサレコトヲ認メ得ヘシ」ト認定シタリ仍テ該鑑定ノ内容ニ付査スルニ第一審ハ本件ニ於テ問題トナリタル所謂義莊ノ土地ハ單獨所有ナリヤ共有又ハ合有ナリヤニ付鑑定ヲ命シ鑑定人等ハ何レモ合有ナル旨鑑定シタリサレト單

獨所有、共有又ハ合有其ノ何レニ屬スルヤハコト法律問題ニ屬シ各般ノ具體的状況ニ依リ裁判官自身ニ於テ判定スヘキ事項ニシテ鑑定人ニ鑑定セシムヘキ事項ニアラサルコト論ヲ俟タス本件ニ於テ義莊ノ由來性質其ノ他所有權歸屬ノ體様ヲ定ムヘキ各種ノ事項ニ付鑑定ヲ命スルハ格別單獨所有共有又ハ合有其ノ何レニ屬スルカノ鑑定ヲ命シ該鑑定ヲ判斷ノ資料ニ供シタル原判決ハ結局探證法則ニ違背シタル違法アルモノトスト謂フニ在リ

○ 判決理由

然レトモ鑑定ハ經驗ノ法則ヲ報告シテ裁判所ノ考覈ヲ補助スルモノナリ故ニ義莊ナルモノカ宗中財產ニ屬スルヤ將又宗孫ノ單獨所有ニ屬スルヤニ付報告ヲ求ムルハ即チ法則ヲ鑑定事項ト爲スモノニシテ所論第一審ニ於ケル鑑定ハ其ノ趣旨ニ出テタルモノナルコト記録ニ徴シ明白ナレハ原判決カ之ヲ以テ判斷ノ一資料ト爲セルハ正當ナリ本件土地ハ原被告一門ノ祖タル掌令公李慶昌ニ於テ義莊ト定メタル土地ナルコトハ當事者間ニ争ナキ所ナリ所謂義莊トハ之ヲ以テ一族後裔ノ居住地トシ或ハ其ノ收入ヲ以テ一族貧困者ノ救濟若ハ冠婚葬祭ノ扶助ノ資ニ充ツル等一族ノ親睦及其ノ共存共榮ヲ目的トシテ設ケラレタルモノニ係リ其ノ所有權ハ一族宗中ノ共同ニ歸シ所謂宗中財產ヲ構成スルモノナルカ故ニ其ノ法律上ノ見地ニ於テハ之ヲ合有ト觀念スルヲ相當トス然即チ原判決カ本件土地ヲ宗中財產ナリトシ之ヲ合有ナリト判斷セルハ正當ヲ得タルモノニシテ論旨ハ理由ナシトス

○貸金請求事件

(昭和九年民上第三四四號 同年十月九日民事部判決 破毀自判)

【原告】 被告訴人 上告人 群山金融組合 代表者組合長 牛尾正一 訴訟代理人 水野正之藏
 【被告】 控訴人 被上告人 弘田修二 訴訟代理人 松本正寛

【第一審】 全州地方法院群山支廳 【第二審】 大邱覆審法院

○判示事項

民法第五百四條ニ所謂擔保ノ滅失減少

○判例要旨

民法第五百四條ニ所謂擔保ノ滅失減少ハ擔保物ヲ毀損シ擔保權ヲ拋棄シ其ノ登記ヲ怠リ若クハ其ノ順位ヲ變更スルカ如ク擔保權ヲ行使スルニ非スシテ其ノ效用ヲ滅却スル場合ヲ指スモノニシテ債權ノ取立ヲ爲ササル爲ニ生シタル擔保物ノ腐朽其ノ價額ノ低下ノ如キハ之ニ該ラサルモノトス

【參照】民法第五百四條 第五百條ノ規定ニ依リテ代位ヲ爲スヘキ者アル場合ニ於テ債權者カ故意又ハ懈怠ニ因リテ其擔保ヲ喪失又ハ減少シタルトキハ代位ヲ爲スヘキ者ハ其喪失又ハ減少ニ依リ價還ヲ受クルコト能ハサルニ至リタル限度ニ於テ其實ヲ免

○事實

原告ノ原審ニ於ケル請求原因ノ要旨ハ原告組合ハ大正十一年九月二十一日訴外松崎二郎ト同人所有ニ係ル群山府榮町六十五番地ノ三地上建設第一號木造瓦葺平家建本家一棟建坪四十三坪外一筆ノ建物ヲ擔保トシテ債權極度額金二千五百圓ト定メ其ノ範圍内ニ於テ訴外松崎二郎ノ借用金證書及拂出裏書又ハ引受ケタル手形ノ割引小切手ノ支拂ニ基キ當座貸越ニ因リ貸借スヘキ債務ヲ負擔スル根抵當權設定契約ヲ爲シ大正十一年九月二十二日全州地方法院群山支廳登記受附第五六七四號ヲ以テ其ノ旨登記ヲ了シタリ然ルニ之レカ債務支拂ニ付テハ被告弘田修二ノ先代弘田政次郎被告梯吉次郎カ連帶保證ヲ爲シタリ然ルニ訴外松崎二郎ハ右根抵當權設定契約ニ基キ大正十四年三月二十六日原告ヨリ金千五百圓ヲ利息月一分五毛返済期大正十四年八月末日金百圓大正十五年二月末日金千四百圓ヲ返済スヘキ約定ノ下ニ貸與シ更ニ昭和二年二月十七日金三百四十圓也ヲ利息百圓ニ付日歩三錢九厘辨濟期昭和三年六月四日トシ若シ右期日ヲ經過シタル場合ハ期日ノ翌日ヨリ百圓ニ付日歩五錢七毛ノ延滞利息ヲ支拂フヘキ約定ヲ爲シタルニ拘ラス訴外松崎二郎ハ右千五百圓ノ分ニ付テハ大正十四年七月三日ヨリ昭和八年八月二十九日ノ間ニ九回ニ互リテ昭和五年三月十九日迄ノ利息ヲ支拂ヒタルノミニテ其ノ餘ノ支拂ヲ爲ササルヲ以テ已ヲ得ス昭和八年十二月二十七日前示抵當不動産ニ付抵當權ノ實行ヲ爲シタル結果金四百五十五圓五十六錢ヲ受領シタルヲ以テ之ヲ前示約定利息ニ充當スル時ハ昭和六年十二月十七日迄ノ利息ニシテ尙前示三百四十圓ノ分ニ付テハ昭和七年十月二十九日迄ノ利息及元金ノ内入トシテ金百八十二圓四錢ヲ支拂タルノミニテ其ノ餘ノ元本百五十七圓九十六錢也ノ支拂ヲ爲サス然ルニ昭和二年三月十一日弘田政次郎死亡シ被告弘田修二其ノ家督ヲ相續シタリ依ツテ右連帶保證ニ基キ被告兩名ニ對シ連帶シテ千五百圓ニ付テハ昭和六年十二月十八日ヨリ前示月一分ノ約定利息及三百四十圓ノ分ニ付テハ殘額百五十七圓九十六錢ニ昭和七年一月三十日ヨリ前示約定ニ基ク延滞利息日歩五錢七毛ノ割合ヲ以テ支拂ヲ求ムル爲メ本訴ニ及フト謂フニ在リ被告答辯ノ要旨ハ被告ノ先代ハ根抵當權設定契約其ノモノノ履行ニ付保證ヲ爲シタルニ止マリ該契約ニ基キテ原告組合カ貸

付タル金銭債務ニ付テ保證ヲ爲シタルモノニアラス右金銭債務ニ付テハ別ニ保證人アリテ被告先代ノ關スルトコロニアラサルナリ假ニ被告先代ノ根抵當權設定契約ニ基キ原告ノ貸付タル金銭債務ニ付テモ連帶保證ヲ爲シタリトスルモ元來根抵當權設定契約ニ基ク貸付ハ繼續シテ行ハルヘキ取引ニシテ斯ル取引ニ付爲サレタル保證契約ハ保證人タルヘキ者ト保證セラルヘキ者トノ相互ノ信用ヲ基礎トシテ成立スルモノニシテ專屬的性質ヲ有スルモノト謂フヘキヲ以テ保證人ノ死亡ニ因リ繼續開始スルモ其ノ相續人ニ於テ契約上ノ義務ヲ承繼スルモノニ非ス從テ本件保證債務ハ保證人タル弘田政次郎ニ專屬シ相續人タル被告ニ於テ義務ヲ承繼セス故ニ被告ニ對シテ該保證債務ノ履行ヲ求ムルハ失當ナリ尙被告弘田修二代理人ハ保證人タル同被告ハ民法第五百條ニ所謂「辨濟ヲ爲スニ付正當ノ利益ヲ有スル者」ナル處原告ハ大正十一年九月二十一日原告ノ主張スル家屋ヲ主債務者松崎二郎ヨリ擔保ニ供セシメ而シテ大正十四年三月二十六日同人ニ對シ貸付ケタル金千五百圓ノ辨濟期ハ大正十五年二月末日到來セルニ拘ハラス七年數ヶ月ヲ經過セル昭和八年十月ニ至リテ始メテ擔保物件ニ對スル競賣手續ヲ爲シ競賣ノ結果僅ニ金四百八十圓ニテ競落セラレタリ而シテ此ノ長年月間被告ニ對シテハ一回ノ請求ヲモ爲サザリシカ故ニ被告ハ被告先代カ保證ヲ爲シ居リタルコトスラ知ラス昭和八年十月初メ頃原告ヨリ請求ヲ受ケテ始メテ之ヲ知リタル次第ナリ而シテ該擔保物件ハ根抵當權設定契約ノ直前タル大正十一年九月十八日原告ハ之ヲ金三千五百圓ニ評價シ居ルモノニシテ若シ原告カ辨濟期到來後遲滞ナク抵當權ヲ實行シタランニハ該擔保物件ニ依リ優ニ元利金ノ辨濟ヲ受ケテ尙ホ餘リアリタル筈ナリ然ルニ原告ハ辨濟期到來後七年數ヶ月ノ長年月間抵當權實行ヲ爲サス却ツテ昭和二二年二月十七日更ニ金三百四十圓ノ貸増シヲ爲シ昭和八年一月ニ到リテ漸ク抵當權ノ實行ヲ爲シタル爲メ此間ニ於ケル經濟界ノ變動ト擔保物件タル建物ノ腐朽トニ因リ僅ニ四百八十圓ニ競落セラレタルハ民法第五百四條ニ所謂債權者ノ懈怠ニ因リ擔保ヲ減少シタル場合ニ該當スルモノニシテ被告ハ同條ニ基キ其ノ減少ニ依リ償還ヲ受クルコト能ハサルニ至リタル限度ニ於テ其ノ責ヲ免ルヘキモノナリ而シテ償還ヲ受クルコト能ハサルニ至リタル限度ハ擔保物件當初ノ評價額カ金三千五百圓ナリシニ徴シ辨濟期タル大正十五年二月末日

ニハ少クトモ三千圓ノ價值アリシモノニシテ之レヨリ競落價格金四百八十圓ヲ差引タル金二千五百二十圓ハ即チ原告ノ懈怠ニ因ル擔保ノ減少額ニシテ原告ノ本訴請求額ハ金一千六百五十七圓九十六錢ニシテ此ノ金額ハ被告カ主債務者ヨリ償還ヲ受ケ得ヘカリシ金額ニシテ而モ之ヲ受クルコト能ハサリシ限度ナレハ被告ハ此ノ限度ニ於テ債務ヲ免ルルモノトス故ニ原告ノ本訴請求ハ何レヨリスルモ理由ナキモノナリ尙被告梯吉次郎ハ原告主張ノ如キ根抵當權設定契約ニ付同被告カ連帶保證ヲ爲シタルコト及右根抵當權設定契約ニ基キ訴外松崎二郎カ原告主張ノ如キ二口ノ金員ノ借用ヲ爲シ原告主張ノ如キ金員ニ付其ノ主張ノ如キ利息支拂ノ義務アルコトハ認ムルモ目下無資力ニシテ到底原告ノ支拂ニ應スルコト能ハスト謂フニ在リ

第二審裁判所ハ證據ニ依リ亡弘田政次郎カ其ノ存命中ナル大正十一年九月二十一日原告組合ニ對シ訴外松崎二郎カ同組合ニ對シ現ニ負擔シ將來負擔スヘキ貸借其ノ他ノ取引ニ依ル債務中金二千五百圓ヲ限度トシテ自身連帶保證人トシテ其ノ履行ノ責ニ任スヘキコトヲ約諾セシコト原告組合カ訴外松崎二郎ニ對シ大正十四年二月二十六日金千五百圓及同年六月四日金三百四十圓ヲ貸付タルコト弘田政次郎カ昭和二二年三月十一日死亡シ被告ニ於テ家督相續ヲ爲シタルコト根抵當權設定當時抵當建物ハ當時金三千五百圓ノ價格アルモノト評價セラレタルコト等ヲ認メ以上ノ事實ニ木造建物ノ利用價值ハ原則トシテ歲月ノ經過ト共ニ頽廢シ其ノ價格漸減スルコトノ顯著ナル事實及原告組合ハ組合員ノ金融ヲ緩和シ其ノ經濟ノ發達ヲ企圖スル社團法人ナルコト及其他近年ニ於ケル經濟界ノ變遷ヲ彼此綜合シ稽フレハ原告組合カ本件貸金ノ辨濟期後ノ相當ナル時期ニ本件根抵當權ヲ實行シタラムニハ其ノ競賣ニ因ル賣得金ヲ以テ本件二口ノ貸金全部ノ辨濟ヲ得尙剩餘アリ得ヘカリシニ之カ實行ヲ懈怠シ是ヨリ六年餘ヲ徒過シ始メテ根抵當權ヲ實行シタルカ當時既ニ抵當建物ハ自然的頽

廢經濟事情ノ變化等ニ依リテ其ノ價格甚タシク下落シタル爲金四百八十圓ノ賣得金アリタルニ過キサリシコトヲ推察スルニ十分ナリ大正十四年十二月末以降昭和五年三月上旬ニ至ル迄ハ毫モ利息ノ入金スラナカリシコトハ原告ノ自認スルトコロニシテ原告組合カ其ノ間松崎二郎ニ對シ増擔保ノ提供ヲ要請シタル事實及亡弘田政次郎及被告カ本件根抵當權實行ノ猶豫ヲ懇請シタル事實等ニ至リテハ前示各證言ハ措信シ難ク他ニ之ヲ確認スヘキ證左ナキヲ以テ原告主張ノ如キ松崎二郎ノ懇望アリタル事實ノミニ據リテハ被告ニ對スル關係ニ於テ原告組合ニ右ノ懈怠ナカリシモノト認定スルヲ得ス他ニ認定ヲ覆スヘキ資料ナシ然レハ被告ハ民法第五百四條ノ定ムルトコロニ則リ本件連帶保證ノ責任ヲ免レタルモノト謂フヘシト判示シ原告ノ請求ヲ排斥シタリ

○ 上告理由

上告理由第一點ハ根抵當權設定契約ハ繼續スル取引ニ付一定ノ限度額ノ範圍内ニ於テ債務ヲ擔保スル抵當權ヲ設定スル契約ナリ故ニ右根抵當權ニ依リ擔保セラルル各個ノ債權カ期限到來スルモ必スシモ根抵當權者ハ根抵當權ノ實行ヲ爲ス義務アルモノニアラス却テ根抵當權設定契約ハ前述ノ如ク將來繼續スル取引ノ爲メニ設定セララルルモノナレハ其ノ與信契約ノ存續スル限り根抵當權者ハ債務者カ縱令期限ヲ經過シ債務ノ辨濟ヲ爲サストスルモ根抵當權ノ實行ヲ爲スヲ得サルモノニシテ其ノ實行ヲ爲サントスルニハ與信契約ニ取引期限アル場合ハ其ノ期限ノ到來スルカ又ハ與信契約ヲ解除シ將來ノ取引ヲ絶止スルト同時ニ債權額ヲ確定不動ノモノト爲シタル上ニアラサレハ根抵當權ヲ實行スルヲ得サルモノトス此ノ點ハ普通抵當權ト根抵當權ト大ニ

異ナル所ニシテ普通抵當ノ場合ニ在リテハ抵當權者ハ期限經過ノ一事ニ依リ直ニ抵當權ノ實行ニ着手シ得ヘキモ根抵當ノ場合ニ在リテハ然ラス繼續シテ數多ノ取引ヲ爲シ適々其ノ債權ノ一、二カ期限ヲ經過シタリトシ此ノ一事ニ依リ直ニ根抵當權ノ實行ヲ爲シ得ルモノトスルトキハ永年取引ヲ繼續スヘキ當事者ノ意思ニ反スルニ至ルヘシ故ニ根抵當權ノ場合ニ在リテハ根抵當權者ハ債務ニ期限到來セルモノアルモ尙他ノ貸出ヲ爲シ取引ヲ繼續シ行ク義務アルモノニシテ直ニ抵當權ヲ實行セサルヘカラサル義務アルモノニアラス而シテ原審ハ證據ニ依リ被告先代亡弘田政次郎カ大正十一年九月二十一日原告組合ニ對シ訴外松崎二郎カ同組合ニ對シ現ニ負擔シ將來負擔スヘキ貸借其ノ他ノ取引ニ依ル債務中金二千五百圓ヲ限度トシテ連帶保證ヲ爲シタルコトヲ認メ尙原告組合カ松崎二郎ニ對シ大正十四年二月二十六日金千五百圓(内百圓ハ同年八月殘千四百圓ハ翌十五年二月末日支拂フヘキ約)ヲ又昭和二年二月十七日金三百四十圓(期限同年六月四日)ヲ貸與シ被告先代弘田政次郎カ其ノ連帶保證ノ義務アルコトヲ確定セラルルト同時ニ原審ハ更ニ他ノ一面ニ弘田政次郎カ本件連帶保證ヲ爲ス際松崎二郎ハ原告組合ニ對シ其ノ現ニ負擔シ將來負擔スヘキ貸借其ノ他ノ取引ニ依ル債務金二千五百圓ノ限度ニ於テ擔保ヲ爲ス根抵當權ヲ其ノ所有ニ係ル本件家屋ニ付根抵當權ヲ設定シタルコトヲ認メレラレ尙前記松崎二郎ニ對スル二口ノ債權モ右根抵當權ニ依リ擔保セラルルモノナルコトヲモ認メラレタルヲ以テ原告組合ハ右根抵當權設定契約換言スレハ與信契約ノ存續スル限り假リニ前記債權カ期限到來セリトスルモ本件根抵當權ヲ實行セサルヘカラサルモノニアラサルナリ却テ右與信契約ノ存續シ取引關係

ノ繼續タル限り原告組合ハ根抵當權ヲ保存シ將來發生スルコトアルヘキ他ノ債權ノ爲ニモ存置セシムルノ要アリテ根抵當權ノ實行ハ之ヲ爲スヲ得サルモノナレハ本件根抵當權ノ實行ニ付原審認定ノ如ク懈怠アリトシ被告ノ抗辯ヲ採用セントスルニハ本件根抵當權設定契約(與信契約)カ如何ナル時期ニ終了セルヤヲ判断シ而シテ其ノ終了シタリトシテ原告ノ根抵當權ノ實行カ時期ヲ失シタリヤ否ヤヲ判断セラルヘキ筋合ナリ然ルニ原審ハ本件根抵當契約ノ存續期間(與信契約ノ終了時期)ニ付何等釋明ヲ求メラレサリシカ本件根抵當權設定契約書タル甲第一號證ニ依レハ其ノ存續期間ニ付テハ何等定メナク同號證第二條ニ甲ハ何時ニテモ本契約ヲ解除スルコトヲ得トノ規定アルヲ以テ見レハ原告組合ハ何時ニテモ同契約ヲ解除スル權利ヲ留保シ居リ原告組合カ之ヲ解除セサル限り本件與信契約ハ存續スルモノト解セサルヘカラサルモノニシテ原告組合カ本件根抵當ノ目的タル家屋ノ競賣ニ着手シ其ノ通知カ松崎二郎ニ到達セルトキ本件與信契約ノ暗黙ノ解除アリタルモノト認メラルルヲ以テ原告組合ノ本件根抵當權ノ實行ニ付テハ原審認定ノ如キ懈怠アルモノニアラサルナリ要之原審ハ普通抵當ト根抵當トヲ同視セラレ根抵當カ繼續スル取引ノ爲メニ設定セラレ其ノ與信契約ノ存續スル限り其ノ實行ヲ爲スヲ得サルモノナルコトヲ看過シ根抵當ノ場合モ恰モ普通抵當ノ如ク債權ノ期限經過後ニ於テハ相當ノ時期ニ其ノ實行ヲ爲ササルヘカラサルモノノ如ク判示セラレ原告敗訴ノ判決ヲ言渡サレタルハ不法ナリト謂フニ在リ

○ 判決理由

案スルニ債權者ハ債務者カ任意ニ債務ノ履行ヲ爲ササルトキハ強制執行ニ因リテ債權ノ満足ヲ受クル權能ヲ有スト雖之ヲ強制セラルルコトナク連帶保證人ニ對スル關係ニ於テモ保證契約ニ特段ノ定メナキ限り債權ノ行使、取立ニ付義務ヲ負擔スルコトナシ民法第五百四條ハ辨濟ニ付正當ノ利益ヲ有スル者ニ對スル關係ニ於テ債權者ニ特殊ノ義務ヲ認メタリト雖故意又ハ懈怠ニ因リテ擔保ヲ滅失減少シタルトキヲ限レリ蓋シ辨濟ヲ爲スニ付正當ナル利益ヲ有スル者ハ辨濟ニ因リテ求償ヲ爲スコトヲ得ヘキ範圍内ニ於テ當然債權者ニ代位スルモノナルカ故ニ辨濟ヲ爲スニ付正當ナル利益ヲ有スル者ハ又當然辨濟ニ因リテ債權者ノ有シタル擔保權ノ行使ヲ期待シ得ル正當ノ地位ニ在ルモノト謂フヘク債權者ハ債權ノ行使取立ニ付テハ何等ノ義務ヲ負擔スルコトナキカ故ニ其ノ取立方法トシテ認メラレタル擔保權ノ實行亦自由ナリト雖擔保ヲ滅失減少スルカ如キハ權利ノ實行ニ非ス之ニ因リテ利益ヲ享クルニ止リ害ヲ被ルコトナキ者ニ對シテハ格別如上代位ノ目的タル擔保ノ存在ヲ正當ニ期待シ得ル者ニ對シテハ玆ニ其ノ正當ナル地位ヲ害スル結果ヲ生スルカ故ニ其ノ專恣ナル債權者ノ故意又ハ懈怠ニ基因セル限り債權者ニ歸責原因アリト觀得ルヲ以テナリ則チ第五百四條ハ擔保權ノ行使ニ關セサル點ニ於テ債權者ノ權能ヲ制限スルモノニ非ス擔保ノ存在ヲ目的トスル第三者ノ正當ナル期待ヲ害スルコトナカラシメムカ爲其ノ保存ニ付注意義務ヲ認メタルモノト謂フヘク從テ其ノ所謂擔保ノ滅失減少ハ擔保物ヲ毀損シ擔保權ヲ拋棄シ其ノ登記ヲ怠リ若クハ其ノ順位ヲ變更スルカ如ク擔保權ヲ行使スルニ非スシテ其ノ效用ヲ滅却スル場合ヲ指スモノニシテ債權ノ取立ヲ爲ササル爲ニ生シタル擔保物ノ腐朽其ノ價額

ハ、低、下、ノ、如、キ、ハ、之、ニ、該、ラ、サ、ル、モ、ト、解、ス、ル、ヲ、相、當、ト、ス、債、權、ノ、取、立、ヲ、爲、ス、ト、否、ト、ハ、債、權、者、ノ、自、由、ニ、シ、テ、年、月、ノ、經、過、ニ、因、ル、擔、保、物、ノ、朽、腐、ノ、經、濟、事、情、ノ、變、遷、ニ、因、ル、價、額、ノ、低、下、ノ、如、キ、ハ、獨、立、シ、テ、法、律、取、引、ノ、對、象、タ、リ、得、サ、ル、モ、ノ、ナ、レ、ハ、ナ、リ、原、判、決、カ、「原、告、組、合、ハ、本、件、貸、金、ノ、辨、濟、期、後、ノ、相、當、ナ、ル、時、期、ニ、本、件、根、抵、當、權、ヲ、實、行、シ、タ、ラ、ム、ニ、ハ、其、ノ、競、賣、ニ、因、ル、賣、得、金、ヲ、以、テ、本、件、二、口、ノ、貸、金、全、部、ノ、辨、濟、ヲ、得、尙、剩、餘、ア、リ、得、ヘ、カ、リ、シ、ニ、之、カ、實、行、ヲ、懈、怠、シ、是、ヨ、リ、六、年、餘、ヲ、經、過、シ、始、メ、テ、根、抵、當、權、ヲ、實、行、シ、タ、ル、カ、當、時、既、ニ、抵、當、建、物、ハ、自、然、的、類、廢、經、濟、事、情、ノ、變、化、等、ニ、依、リ、テ、其、ノ、價、額、甚、タ、シ、ク、下、落、シ、タ、ル、爲、金、四、百、八、十、圓、ノ、賣、得、金、ア、リ、タ、ル、ニ、過、キ、サ、リ、シ、コ、ト、ヲ、推、察、ス、ル、ニ、十、分、ナ、リ、然、レ、ハ、被、告、ハ、民、法、第、五、百、四、條、ノ、定、ム、ル、ト、コ、ロ、ニ、則、リ、本、件、連、帶、保、證、ノ、責、任、ヲ、免、レ、タ、ル、モ、ト、謂、フ、ヘ、ク、ト、判、示、シ、テ、原、告、請、求、ヲ、排、斥、セ、ル、ハ、同、條、ノ、解、釋、ヲ、誤、リ、之、ヲ、本、件、ニ、適、用、セ、ル、モ、ノ、ニ、シ、テ、此、ノ、不、法、ヲ、攻、擊、ス、ル、論、旨、ハ、理、由、ア、リ、原、判、決、ハ、全、部、破、毀、セ、サ、ル、ヘ、カ、ラ、ス

○親族會決議異議請求事件

(昭和九年民上第三一四號
同 年十月九日民事部判決 破毀差戻)

【原告】 控訴人 上告人 朴 喆 采 訴訟代理人 朴應茂外一人
 【被告】 被控訴人 被上告人 朴炳元外二人 訴訟代理人 三井十三二
 【論告】 被控訴人 被上告人 朴 欣 采

【第一審】 新義州地方法院 【第二審】 平壤覆審法院

○判示事項

請求ノ變更ト期間遵守

○判例要旨

法律上ノ期間遵守ノ爲必要ナル裁判上ノ請求ノ效力發生時期ニ關スル民事訴訟法第二百三十五條ハ請求ノ變更ニ因リテ新ナル請求カ始メテ裁判所ニ繫屬セル場合ヲ規定シタルニ過キス從テ變更數回ニ互リ或ル請求カ他ノ請求ヲ變更スルニ因テ反覆セラルルカ如キ場合ハ其ノ法律上ノ期間遵守ノ有無ハ該請求カ變更ノ書面ノ提出ニ因リ始メテ裁判所ニ繫屬セル時ヲ標準トシテ之ヲ定メサルヘカラス

請求ノ變更ト期間遵守

【審判】 民事訴訟法第二百三十五條 時效ノ中断又ハ法律上ノ期間遵守ノ爲必要ナル裁判上ノ請求ハ訴ヲ提起シタル時又ハ第二
百三十二條第二項若ハ前條第二項ノ規定ニ依リ書面ヲ裁判所ニ提出シタル時ニ於テ其ノ效力ヲ生ス

○事 實

原告代理人ノ原審ニ於ケル請求原因ノ要旨ハ請求趣旨表示ノ朴炳宗ハ大正十三年六月二十日死亡シ家督相續人無カリシ爲新
義州地方法院定州支廳ハ訴外朴炳安ノ申請ニヨリ昭和八年七月二十一日右朴炳宗ノ死後養子選定ノ爲メ親族會員トシテ原告
竝被告四人ヲ選定シ且同年七月二十七日午前十時平安北道宣川郡南面三峰洞二二五番地朴炳安方ニ右死後養子選定ノ爲メノ
親族會ヲ招集スル旨決定ヲ爲シタリ仍テ右決定ニ基キ招集ノ日時場所ニ親族會員全部竝ニ他ノ門人多數會合シタルモ亡朴炳
宗ハ宗孫ニシテ多クノ門中財産ノ信託ヲ受ケ居リタル爲メ亡朴炳宗名義ニ存スル門中財産ヲ先ツ整理シテ然ル後ニ死後養子
ヲ選定スヘキモノナリトノ議論有カトナリタル爲メ門中財産ノ整理ノ終ル時迄死後養子ノ選定ヲ控ヘサルヘカラサル事情ト
ナリ何等決議ヲ爲ス事無ク且次期招集日ヲ指定セスシテ解散シタリ然ルニ親族會員中被告朴炳元同朴弼奎ノ兩人(親子)ハ
亡朴炳宗ノ遺産取得ノ目的ヲ以テ竊ニ被告朴炳元ノ實子訴外朴履圭ヲ死後養子ニ選定セムトシタルモ原告及被告朴欣采ハ亡
朴炳宗ノ最近親者ヲ選フヘシトノ意見ナリシヲ以テ容易ニ其ノ選定ニ同意セサルヘシト思惟シ原告及朴欣采竝ニ女戶主朴慶
愛ニハ親族會召集ノ日時場所ヲ通知スルコトナク右兩人ノミニテ昭和八年八月一日右朴履圭ヲ亡朴炳宗ノ死後養子ニ選定ス
ル旨ヲ決議シ同趣旨ノ決議書ヲ作成シ其ノ後被告朴欣采ニハ朴履圭ヲ朴炳宗ノ死後養子ニ選定スルニ於テハ相當ノ利益ヲ提
供スル旨甘言ヲ以テ誘ヒ同人ヲシテ同月十八日前記決議書ニ捺印セシメ所謂多數決ニヨル決議ヲ完成シ同決議書ヲ添付シテ
昭和八年八月十八日死後養子縁組ノ届出ヲ爲シタリ然レトモ前陳ノ如キ事實ヨリシテ右決議ハ親族會招集手續及決議方法ニ
違法ノ點存スルノミナラス且不正行爲ノ介在スルモノニシテ不當ナリ尙ホ訴外朴履圭ハ賭博ノ前科者ニシテ滿洲地方ヲ流浪
シタル不良者ナレハ四百年以來地方ノ名門トシテ門族千餘戸ヲ有スル宣川南面峰洞朴氏ノ宗家ノ養子トシテ不適法ナルモノ

ナリ以上ニヨリ原告ハ前記死後養子選定決議ヲ不當トシ故ニ不服ノ訴ヲ申立ツルモノナリト謂フニ在リ
被告朴炳元、朴弼奎、朴軒采代理人ノ答辯ノ要旨ハ原告ノ訴ノ變更ハ請求ノ基礎ニ變更トナルヲ以テ異議アリ假ニ請求ノ基
礎ニ變更ナシトスルモ原告ハ第一審ニ於テ當審ニ於ケル同一ノ事實ヲ請求ノ原因トシテ同一ノ請求ヲ爲シタル訴ヲ提起シ
タル處其ノ後昭和八年十一月三十日ノ原審ニ於ケル最終ノ口頭辯論期日ニ於テ原判決ノ原告ノ請求及其ノ原因事實摘示通り
請求及其ノ原因事實ヲ變更シ之ニ抵觸スル從前ノ請求及其ノ原因事實ハステ之ヲ撤回シタルモノナリ然ルニ原告ハ再ヒ當
審ニ於テ其ノ主張ノ如ク請求及其ノ原因事實ヲ變更シ原判決摘示及原因事實ヲ撤回シタリ然レトモ既ニ原告ハ右ノ如ク一旦
第一審ニ於テ親族會決議ノ取消ヲ求ムル形成訴訟ヲ其ノ不存在ノ確認ヲ求ムル確認訴訟ニ變更シタルモノナルヲ以テ當審ニ
於テ爲シタル右確認訴訟ヲ更ニ最初ノ形成訴訟ニ變更スルコトハ不當ナリ民事訴訟法ハ最初ノ訴ノ變更ニ限り之ヲ許容シ爾
後ノ變更ハ之ヲ許ササルモノナリサレハ此ノ點ニ於テモ原告ノ訴ノ變更ハ不適法ナリ假リニ訴ノ變更力適法ナリトスルモ原
告ハ第一審ニ於ケル訴變更ノ際舊訴ハ之ヲ取下ケ新訴ヲ提起シタルモノニシテ當審ニ於テハ右第一審ニ於ケル新訴ヲ取下ケ
更ニ新訴ヲ提起シタルモノナリ然リ而シテ原告ノ當審ニ於ケル新訴ノ請求原因トスル處ハ親族會ノ決議カ當然無効ナルコト
ヲ主張スルニ非ラス不適法トシテ不服ノ訴ニ因リテ始メテ取消サルヘキモノナルコトヲ主張シ其ノ趣旨ノ判決ヲ求ムルニ在
ルヲ以テ右訴ハ當然決議ノ日ヨリ一箇月内ニ提起セラルルコトヲ要スル處原告ノ主張ニ依レハ右決議カ成立シタルハ昭和八
年八月十八日ナリト謂フニ在リ一方右新訴ノ當審ニ提起セラレタルハ昭和九年三月十四日ナルヲ以テ既ニ其ノ訴提起期間ヲ
經過シタルコト明ナリ假リニ然ラストスルモ原告主張ノ親族會ニ於テハ昭和八年八月七日適法ノ手續ノ下ニ適法ニ決議ヲ爲
シタルモノニシテ單ニ決議書ヲ昭和八年八月十八日ニ作成シタルニ過キス右決議書作成期日モ亦原告等關係人ニ適法ニ通知
シタルモ原告等ハ出席セザリシモノナリ決議書ノ日附ヲ昭和八年八月一日ト爲シタルハ親族會招集日ニ近カラシメム爲ナリ
ト抗辯シ本案ニ關シ原告主張ノ如キ親族會招集決定ニ基キ昭和七年七月二十七日訴外朴炳安方ニ於テ更ニ同年八月七日被告

請求ノ變更ト期間遵守

朴肝采方ニ於テ親族會開カレ七月二十七日既ニ親族會員多數ノ意見ハ訴外朴履圭ヲ訴外朴炳宗ノ死後養子ニ選定スルコトニ略意見一致シ八月七日決議確定シタリ八月七日ノ親族會ニ付テハ被告朴炳元ニ於テ豫メ原告等親族會員全員及右亡朴炳宗ノ女訴外朴慶愛ノ後見人タル訴外朴宜采ニ開催ノ旨通知シタルモ原告ハ朴履圭ヲ死後養子ニ選定スルコトニ付意見ナシトテ同日ハ出席セス被告朴欣采ハ出席スヘキ旨承諾シ居リタルモ出席セザリシナリ原告主張ノ昭和八年八月一日附ノ決議書ハ右ノ如ク八月七日確定シタル決議ヲ記載シタルモ右日附カ八月一日ト記載セラレ居ルハ如何ナル事由ニ因ルカ知ラス以上ノ如ク親族會ノ決議ハ存在スルヲ以テ原告ノ本訴請求ニ應ジ難シト謂フニ在リ

第二審裁判所ハ原告ハ原告ニ於テ當初當審ニ於ケルト同一ノ原因ニ依リ同一ノ請求ヲ爲シタル訴ヲ提起シタル處昭和八年十一月三十日ノ原審ニ於ケル最終ノ口頭辯論期日ニ於テ原判決事實摘示ノ通りノ請求及其ノ原因ヲ變更シ從前ノ請求及其ノ原因ノ主張ヲ撤回シタルモノナルコト及當審ニ於テ更ニ其ノ主張ノ如ク請求及其ノ原因ヲ變更シ從前ノ請求及其ノ原因ノ主張ヲ撤回シタルモノナルコトヲ認メ而シテ當事者間ニ爭フ請求原因ノ變更ノ適否ニ付按スルニ右變更前後ノ請求及其ノ原因カ一ツハ取消ヲ求ムル形成權ヲ原因トシテ形式判決ヲ求メ一ツハ法律關係ノ不存在ヲ原因トシテ其ノ確認判決ヲ求ムルモノナルヲ以テ右變更カ訴ノ要素ノ變更ニシテ從テ訴ノ變更タルコト明ナリ仍テ右訴ノ變更カ請求ノ基礎ニ變更ヲ及ホスヤ否ニ付按スルニ抑モ請求ノ基礎トハ訴訟物タル權利又ハ法律關係ノ根本タル社會現象タル事實ヲ謂フモノニシテ本件ニ付之ヲ見ルニ原告主張ノ親族會招集決定ニ基キ被告等三名カ適法ノ親族會決議アリトシテ亡朴炳宗ト訴外朴履圭トノ間ノ死後養子縁組ノ届出ヲ爲シタリトノ事實ヲ基礎トシ右決議ノ不存在又ハ不適法ニシテ取消サルヘキモノ

ナルコトノ主張カ本件第一、二審ニ於ケル各新舊兩訴ノ原因ナルヲ以テ右各訴ハ其ノ請求ノ基礎ハ同一ナリト謂ハサルヘカラス次ニ右訴ノ變更カ著シク訴訟手續ヲ遲滯セシムルヤ否ニ付按スルニ原審ニ於ケル變更ノ際ニハ變更アリテ即日結審シ當審ニ於ケル變更ハ後述ノ理由ニヨリ直ニ判決ヲ爲スニ熟スルヲ以テ何等訴訟ヲ遲滯セシムルコトナシ被告ハ訴ノ變更ヲ許スハ最初ノ變更ニ限ルモノニシテ既ニ第一審ニ於テ變更シタル後第二審ニ於テ再ヒ之ヲ第一審ニ於ケル變更前ノ訴ニ變更スルハ違法ナリト抗辯スレトモ訴ノ變更ハ請求ノ基礎ニ變更ナク且訴訟手續ヲ遲滯セシメサル限リハ第一審ニ於ケルト第二審ニ於ケルトヲ問ハス又最初ノ變更ナルト再度ノ變更ナルトヲ問ハス爲シ得ルモノナルヲ以テ右抗辯ハ理由ナシサレハ原告ノ本件訴訟ニ於ケル各訴ノ變更ハ適法有效ナリト謂ハサルヘカラス然リ而シテ訴變更ノ場合ニハ從前ノ請求又ハ其ノ原因ヲ全然廢止シ又ハ新ナル請求及原因ヲ從前ノ訴ニ附加スルコトアリ前者ノ場合ニ於テハ其ノ訴ノ適法ナル限リ通常ノ訴ノ取下トセハ被告ノ同意ヲ要スル場合ニ於テモ被告ノ異議ニ不拘訴ノ變更ヲ許容シタル法意ヨリ當然ニ論結セラルヘキ處ナリ本訴ニ付之ヲ見ルニ原告ハ第一、二審ニ於ケル各訴變更ノ際從前ノ請求及其ノ原因ヲ撤回シタルモノナルヲ以テ從前ノ訴ハ當然取下トナリタルコト明ナリ然リ而シテ原告ノ當審ニ於ケル新訴ハ結局昭和八年八月十八日成立シタル親族會決議ニ對シ其ノ親族會ノ招集手續及其ノ決議ノ方法竝ニ決議ノ實質的ノ不當ヲ原因トシ其ノ取消ヲ求ムルニ在ルヲ以テ民法第九百五十一條ニ所謂親族會決議ノ不服ノ訴ニ該當シ決議ノ日ヨリ一個月内ニ提起セサルヘカラスナル處新訴ノ請求及其ノ原因ノ訂正ノ書面カ當院

ニ提出セラレタルハ昭和九年三月十四日ナルコト記録上明ニシテ法律上ノ期間遵守ノ效力ハ同日ニ於テ生シタルモノナル處同日ハ既ニ右決議ノアリタル日ヨリ一ヶ月ノ期間經過後ナルコト明瞭ナルヲ以テ原告ハ右期間經過ト共ニ右親族會決議ニ對スル不服ヲ訴ヘ取消ヲ求メ得ル形成權ヲ喪失シタルモノト謂ハサルヘカラス原告ハ親族會決議ノ不適法ヲ原因トシテ其ノ取消ヲ求ムル訴モ其ノ決議ノ不存在確認ヲ求ムル訴モ親族會議ニ對スル不服タル點ニ於テハ同一ナルヲ以テ其ノ出訴期間内ナルニ於テハ孰レノ訴ヲ提起シ又ハ孰レノ訴ニ變更スルモ期間遵守ノ效力アリト主張スレトモ本件ノ第一審ニ於ケル當初ノ訴カ決議ノ日ヨリ一ヶ月ノ期間内ニ爲サレタルノ故ヲ以テ期間ニ遵守ノ効アリト爲スヲ得ス適法ノ取下ハ訴ヲ初メヨリ緊屬ナカリシト同一ノ状態ニ置タラ以テナリ又決議不存在確認ノ訴訟ヨ當然無効ニ非ラサル決議取消ヲ求ムル訴訟ニ代ツテ提起シタリトスルモ期間遵守ノ效力ヲ生スヘキモノニ非ラス決議取消ノ原因ノミ存在スル場合ハ其ノ出訴期間ヲ制限シ久シク決議ノ效力ヲ不定ノ状態ニ置クコトヲ防止セムトスルモノコレ民法第九百五十一條ノ出訴期間ノ定メナルヲ以テナリサレハ原告ノ此ノ點ニ關スル主張ハ理由ナシ以上說示ノ如ク原告ハ既ニ取消ヲ求ムル形成權ヲ有セサル以テ之ヲ前提トスル本訴請求ハ爾餘ノ點ニ付審究スル迄モナク失當トシテ原告ノ請求ヲ排斥シタリ

○ 上告理由

上告理由ハ原審ハ原告ハ第一審昭和八年十一月三十日口頭辯論ノ際從前ノ請求及其ノ原因タル親族會招集手

續及其ノ決議方法ノ違法竝ニ決議ノ實質的不當ヲ原因トシテ其ノ取消ヲ求ムル訴ハ之ヲ取下ケ第一審判決摘示ノ如ク親族會決議不存在ノ訴ニ訴ノ變更ヲ爲シ更ニ第二審ニ於テ親族會決議不存在確認ノ訴ヲ第一審變更前ノ訴タル取消ノ訴ニ變更シ而シテ第二審ニ於ケル右變更即チ取消原因ノ主張ハ親族會決議ノ日ヨリ一ヶ月以上ノ期間經過後ニ爲シタルモノナルコトヲ認定シテ民法第九百五十一條不服ノ訴期間經過後ノ訴ナル理由ニテ原告ノ請求ヲ棄却シタリ然レトモ民法第九百五十一條ニ所謂親族會決議ニ對スル不服ノ訴中ニハ決議取消ノ訴又ハ決議無効決議不存在等ノ確認ノ訴ヲ包含スルモノナリ何トナレハ同條ニハ親族會決議ニ對スル不服ノ訴トノミアリテ其ノ訴ノ内容種類ヲ制限セザリシノミナラス當然無効ノ訴ニ付テモ原告トナルヘキ者ノ資格ハ同條ノ規定ニ依リ律スヘキ法意ナルニ徴シテ明瞭ナリ方今判例學說ニ於テ同條ノ不服ノ訴ヲ取消ノ訴ト當然無効ノ訴トニ區別シテ説明スルハ當然無効ノ訴ニ付テハ性質上同條ノ出訴期間ノ制限ヲ受ケシムルヲ不當トシ之ヲ出訴期間ノ制限外ニ置ク必要存スルカ爲メノミナリ尙同條ニヨリ要求サル、所ハ決議後一ヶ月内ニ不服ノ訴カ提起サル、コトニ存シ決議ノ取消ヲ求ムル形成權カ一ヶ月内ニ訴ノ方法ニテ行使サル、コトヲ要求スルモノニ非ラス而シテ原告ノ本訴請求ハ第一、二審ヲ通シテ被告等ノ爲シタル昭和八年八月一日附決議書ニヨリ表示サレタル死後養子選定ノ親族會決議ニ對スル不服ノ訴ナルコトハ辯論ノ全趣旨ニヨリ明瞭ナリ既ニ有效ニ親族會決議ニ對スル不服ノ訴カ提起サレタル以上其ノ出訴期間内ナルヤ否ヤハ訴狀提出日

ヲ以テ標準トスヘク同期間ノ遵守ハ其ノ後ニ於ケル請求趣旨又ハ請求原因ノ訂正變更ニヨリ左右サルヘキ性質ノモノニ非ス殊ニ原審認定ノ如ク前陳二回ニ互ル請求趣旨並請求原因ノ訂正カ何レモ請求ノ基礎ニ變更ナク最初ノ訴ト同一訴訟ト見ルコトヲ得ル本件ニ於テオヤト謂フニ在リ

○判決理由

案スルニ原告ハ請求ノ基礎ニ變更ナク訴訟手續ヲ遲滯セサル限り口頭辯論ノ終結ニ至ル迄請求又ハ請求ノ原因ヲ變更スルコトヲ得ルモノナルカ故ニ右ノ制限内ニ於テハ變更ハ原告ノ任意ニシテ之ヲ反覆スル亦妨ケナク裁判所ハ之ヲ不當ト認めサル限り常ニ變更セラレタル請求ニ付審判ヲ爲スヘク變更前ノ請求ニ付審判ヲ爲スヘキモノニ非ス之民事訴訟法カ原告ニ許スニ請求ノ變更ヲ以テシ不當ナル變更ニ付テハ決定ヲ以テ之ヲ却下スヘク規定セル所以ニシテ原告ノ請求ハ畢竟相手方トノ間ニ存スル紛争解決ノ方法トシテ爲サル、モノニシテ目的の見地ヨリセハ同一基礎ニ立ツ請求ハ凡テ當該紛争ニ對スル解決方法ニシテ變更ニ依リ形態ヲ異ニスト雖全然別個ノ存在ト做サ、ルヘカラサルモノニ非サルカ故ニ同一基礎ノ所産タルコトヲ限度トシテ變更ヲ許シ紛争解決ノ方法ヲ原告ノ最適當トスル所ニ求メシメタルナリ變更ハ實質的ニハ新訴ノ提起ナリトスルモ勞費ノ節減ヲ期スル爲特別ノ手續ニ依ラシメタルニ過キス而シテ民事訴訟法第二百三十五條ハ法律上ノ期間遵守ハ爲必要ナル裁判上ノ請求ハ變更ノ書面ヲ裁判所ニ提出シタル時ニ於テ其ノ效力ヲ生スル旨規定スル

モ之變更ニ因リテ新ナル請求カ始メテ裁判所ニ繫屬セル場合ヲ規定セルニ過キサルヲ以テ變更數回ニ互リ或ル請求カ他ノ請求ヲ變更スルニ因テ反覆セラル、カ如キ場合ハ其ノ法律上ノ期間遵守ノ有無ハ該請求カ訴ハ提起若クハ變更ノ書面ノ提出ニ因リ始メテ裁判所ニ繫屬セル時ヲ標準トシテ之ヲ定メサルヘカラス蓋シ請求ノ變更アルモ裁判所ハ變更ヲ不當ト認ムルトキハ之ヲ却下シ從前ノ請求ニ付審判スヘキモノナルカ故ニ審判ノ對象ハ變更ノ當否ニ付裁判アル迄ハ確定スルコトナク如何ナル請求ト雖原告ノ變更ニ因リ直ニ消滅スルコトナキカ故ニ同一請求カ他ノ變更請求ヲ介在シテ反覆セラレタルトキハ該請求ハ當初ヨリ單一ノ請求トシテ存續セルモノト觀ルノ外ナキカ故ナリ本件ニ於テ原告ハ第一、二審ヲ通シ再度請求ヲ變更シ終ニ訴提起當時ノ請求ヲ反覆スルニ至レリト雖變更ヲ正當トスル限り該請求ハ訴提起ノ當時ヨリ單一ノ請求トシテ裁判所ニ繫屬セルモノト謂フヘク其ノ法律上ノ期間遵守ノ有無ハ素ヨリ訴提起ノ時ヲ標準トシテ之ヲ決セサルヘカラス原判決カ原告請求ヲ棄却セルハ本件ニ付テモ右ノ標準ヲ請求變更ノ書面ヲ提出セル時ニ求メタルニ因ルモノニシテ不法ナリトス論旨ハ理由アリ原判決ハ全部破毀セサルヘカラス

○鑛業權競落許可決定ニ對スル再抗告事件

(昭和九年民抗第九號
同年十月十二日民事部決定 棄却)

〔抗告人〕 南 苗 訴訟代理人 水野正之丞

〔原審所〕 京城覆審法院

○決定事項

鑛業權ノ持分ニ對スル強制執行
競賣開始決定アリタル不動産ノ持分ニ對スル強制執行ノ申立
當初ノ競賣手續ニ對スル停止命令力後ノ強制執行ノ申立ニ及ホス效力
持分ニ對スル後ノ申立ニ基ク執行手續ノ續行ト民事訴訟法第六百四十
九條第一項

○決定要旨

- 一、鑛業權ノ持分ニ對スル強制執行ハ民事訴訟法第六百八十九條ニ依ル
ヘキモノトス
- 二、鑛業權ニ對シテ競賣開始決定アリタル後ニ其ノ持分ニ對シテ強制執
行ノ申立アリタルトキハ更ニ開始決定ヲナスコトヲ得ヌ持分ノ範圍

ニ於テ配當要求ノ效力ヲ生ス從テ又持分ニ對スル競賣開始ノ登録ヲ
必要トセス

- 三、當初ノ強制執行ニ對シテ請求ニ關スル異議ノ訴アリテ執行ノ停止ヲ命
シタルトキト雖後ノ申立ニ依ル強制執行ハ之ニ依ツテ阻止セラルル
コトナシ緊屬セル請求ニ關スル異議ノ訴ニ付テハ賣得金ノ配當ニ關
シ民事訴訟法第六百九十八條第四項ノ異議トシテ其ノ完結ヲ待ツヘ
キモノトス

- 四、抵當權ニ基ク競賣手續力抵當權ノ不存在ヲ理由トスル異議ノ訴ノ爲
メニ停止中持分ニ對シテ強制執行ノ申立アリ之ニ基テ執行手續ヲ續
行スルニ當ツテハ民事訴訟法第六百四十九條第一項ヲ顧慮スルノ要
ナシ

【參 照】 朝鮮鑛業令第十八條 共同鑛業權者ハ組合契約ヲ爲シタルモノト看做ス

共同鑛業權者ノ有スル鑛業權ノ持分ハ他ノ共同鑛業權者ノ同意ヲ得ルニ非サレハ之ヲ讓渡シ又ハ抵當權ノ目的ト爲スコ
トヲ得ス

共同鑛業權者ノ有スル鑛業權ノ持分ニ付滯納處分又ハ強制執行アリタルトキハ二月内ニ他ノ共同鑛業權者ハ一致ヲ以テ
其ノ持分ノ競買人又ハ買受人ニ通知シ之ヲ組合ヨリ除名スルコトヲ得

鑛業權ノ持分ニ對スル強制執行
競賣開始決定アリタル不動産ノ持分ニ對スル強制執行ノ申立
當初ノ競賣手續ニ對スル停止命令力後ノ強制執行ノ申立ニ及ホス效力
持分ニ對スル後ノ申立ニ基ク執行手續ノ續行ト民事訴訟法第六百四十九條第一項

第八條ノ規定ハ共同債權者ニ之ヲ準用ス
民事訴訟法第六四十五條 裁判所ハ競賣手續開始ノ決定ヲ爲シタル不動産ニ付キ強制競賣ノ申立アルモ更ニ開始決定ヲ爲スコトヲ得ス

右申立ハ執行記録ニ添附スルニ因リ配當要求ノ效力ヲ生シ又既ニ開始シタル競賣手續取消ト爲リタルトキハ第六百四十九條第一項ノ規定ヲ害セサル限リハ開始決定ヲ受ケタル效力ヲ生ス
假差押ノ命令アリタル不動産ニ付テハ本條ノ規定ヲ適用セス

同法第六百四十九條 差押債權者ノ債權ニ先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足ル見込アルトキニ非サレハ賣却ヲ爲スコトヲ得ス
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

留置權カ不動産ノ上ニ存スル場合ニ於テハ競落人ハ其留置權ヲ以テ擔保スル債權ヲ辨濟スル責ニ任ス
質權カ不動産ノ上ニ存スル場合ニ於テハ競落人ハ其質權ヲ以テ擔保スル債權及ヒ質權者ニ對シテ優先權ヲ有スル者ノ債權ヲ辨濟スル責ニ任ス

同法第六百八十九條 共有物持分ノ強制競賣ニ付テハ債權者ノ債權ノ爲メ債務者ノ持分ニ付キ強制競賣ノ申立アリタルコトヲ登記簿ニ記入ス但他ノ共有者ニハ其強制競賣ノ申立ヲ通知ス可シ
最低競賣價額ハ共有物全部ノ評價額ニ基キ債務者ノ持分ニ付キ之ヲ定ム可シ

同法第六百九十八條 (第一項略)
出頭シタル各債權者ハ自己ノ利害ニ關シテハ他ノ債權者ニ對シ前項ト同一ノ權利アリ
(以下略)

○ 事 實

右抗告人ハ公州地方法院大田支廳昭和九年民執第五十四號競業權競賣事件ノ競落許可決定ニ付昭和九年七月十二日京城覆審法院ノ爲シタル抗告棄却ノ決定ニ對シ更ニ當院ニ對シ抗告ヲ爲シタリ
(原審決定省略)

○ 抗告理由

抗告理由第一點ハ再抗告理由ハ原審決定理由記載ノ通りニ付之ヲ援用ス即チ權利全體ト持分トハ各全々別物ナルコト恰モ甲ノ土地ト乙ノ土地トカ相異ナルニ等シキモノト信ス原審決定ノ理論ノ如クンハ本件ノ場合ト反對ノ場合即チ第一ニ持分ノ差押アリ次ニ全部ノ差押アル場合モ同シク第二ノ差押ニ於テハ第一ノ差押アリタル持分ヲ除外シタル殘餘ノ持分ノミニ對シ差押ノ上登録手續ヲ爲スコト、ナラン斯ノ如キハ何人モ首肯スヘカラサルモノト信スト謂ヒ

同第二點ハ本件ハ競業權全部ニ對スル差押アリタル後ニ同一權利ニ對スル持分ノ差押アリタル場合ニ屬スルハ記録上明瞭ナリ斯ル場合ニ先ツ全部ノ權利ヲ競賣シ其ノ代金ノ三分ノ一ヲ相當ノ割合ニ應シ夫々配當スルヲ手續上正當ナリト信ス然ルニ先ツ持分ニ對シ競賣ヲ實施シ共有關係ヲシテ一層複雑ナラシメ第一ノ差押債權者及競業權者ヲシテ存外ニ不利ノ立場ニ陥ラシムルハ當ヲ得サルモノト信ス本件ノ如キ第一、第二ノ差押債權者ノ同一人ナル場合ハ餘リ損害ナキカ如シト雖凡ソ或物件カ全部ニ對スル價格ト持分ニ對スル價格トハ其ノ價值ニ於テ大ナル差異アルヲ通常トスルモノニシテ競業權ヲ競賣ニ付スル場合モ尙其ノ理ヲ異ニスルニ

競業權ノ持分ニ對スル強制執行
競賣開始決定アリタル不動産ノ持分ニ對スル強制執行ノ申立
當初ノ競賣手續ニ對スル停止命令カ後ノ強制執行ノ申立ニ及ホス效力
持分ニ對スル後ノ申立ニ基キ執行手續ノ履行ト民事訴訟法第六百四十九條第一項

アラナレハナリ故ニ第一差押ノ權利全部ニ對スル競賣ニ先立テ持分ニ對スル第二ノ差押ヲ實行シ競賣ニ付シタルハ違法ナリト信スト謂ヒ

尙第三點ハ忠清北道永同郡上村面所在登録番號第七九〇二號ノ金銀鉛鐵ノ鑛業權ハ抗告人外二名ノ共有ニ據ルモノナル所債權者陸鍾寬ハ昭和八年四月二十二日同鑛業權全部ニ對シ抵當權ヲ實行シ公州地方法院大田支廳昭和八年民執第七八號ヲ以テ競賣開始決定ヲ受ケ其ノ旨鑛業登録簿ニ登載アリタルカ之ニ對シ抗告人ヨリ異議ノ訴アラナリ其ノ手續停止セラレ該訴訟ハ目下高等法院ニ繫屬中ナル所債權者陸鍾寬ハ他方抗告人ニ對シ金一千五百五十圓ノ債權アリト主張シ公州地方法院ニ對シ先ツ之カ他日ノ執行保全ノ爲假差押ヲ爲シ次デ其ノ本訴訟ヲ提起シ昭和九年五月初旬頃同法院ヨリ同人勝訴ノ確定判決ヲ得タルニヨリ同人ハ之ニ基キ昭和九年五月十四日右鑛業權ニ對スル抗告人ノ持分(三分ノ一)ニ付右支廳昭和九年民執第五四號ヲ以テ強制競賣ノ申立ヲ爲シタリ而シテ斯ル場合ニハ鑛業權全部ニ對スル差押ト其ノ持分ニ對スル差押トハ全ク別異ノ物件ナルカ故ニ鑛業權全部ニ對スル競賣開始決定アリタル後ト雖更ニ持分ニ對スル競賣開始決定ヲ爲シ其ノ旨鑛業登録簿ニ囑託登載スヘキモノナルニ不拘同支廳ハ其ノ舉ニ出テス同一物件ニ付重ネテ競賣ノ申立アリタル場合ニ該當スルモノナリト解シ何等之ニ對シ別個ニ開始決定及囑託登録手續ヲ執ルコトナク昭和九年六月四日ヲ以テ右持分ニ對スル競賣期日ト指定シ同月六日之カ競落許可決定ヲ爲シタルハ違法ナリ即チ權利全體ト持分トハ各全ク別物ナルコト恰モ甲ノ土地ト乙ノ土地トカ相異ナルニ等シキモノト信ス原審決定ノ理論ノ如クン

ハ本件ノ場合ト反對ノ場合即チ第一ニ持分ノ差押アリ次ニ全部ノ差押アル場合モ同シク第二ノ差押ニ於テハ第一ノ差押ニ於テハ第一ノ差押アリタル持分ヲ除外シタル殘餘ノ持分ノミニ對シ差押ノ上登録手續ヲ爲スコトトナラン斯ノキ如ク何人モ首肯スヘカラサルモノト信スト謂フニ在リ

○ 決定理由

案スルニ鑛業權持分ニ對シテ強制執行ヲナスコトヲ得ルハ鑛業令第十八條ニ依ツテ明ニシテ民事訴訟法第六百八十九條ニ依ルヘキモノトス從テ鑛業權ニ對スル強制執行ト同一ノ手續ニ依ルコトヲ得ヘク執行ノ目的物ニ付テハ恰モ一部ト全部トノ關係ニ類似シ別個ノ不動産ニ對スル強制執行ト同様ニ論スヘキモノニ非ス故ニ鑛業權ニ對シテ競賣開始決定アリタル後ニ其ノ持分ニ對シテ強制執行ノ申立アリタルトキハ更ニ開始決定ヲ爲スコトヲ得ス持分ノ範圍ニ於テ配當要求ノ效力ヲ生スルニ止ル從テ又持分ニ對スル競賣開始ノ登録ヲ必要トセサルナリ然レトモ既ニ開始シタル執行手續ヲ取消サレタルトキハ開始決定ヲ受ケタルト同一ノ效力ヲ生シ持分ニ對シテ執行手續ヲ續行スヘキコト後ノ強制執行ノ申立カ同シク鑛業權ニ對スルモノナル場合ト異ル處ナク唯持分ニ對シテ續行スヘキモノナル點ニ於テ差異アルニ過キス當初ノ強制執行力取消サレタルトキニ於テ既ニ然リ故ニ當初ノ強制執行ニ對シ債務者カ請求ニ關スル異議ノ訴ヲ提起シ執行ヲ停止ヲ命セラレタルトキト雖持分ニ對シテノ執行ハ之ニ依ツテ阻止モラルコトナシ蓋シ異議ノ訴アリタルニ由ル執行ノ停止ハ強制執行ノ取消ナルヘキコトナルヲ豫想シ手續ノ進行ヲ止メテ現状ヲ保持センカ爲メノ假ノ處置ニシテ異議

鑛業權ノ持分ニ對スル強制執行
 競賣開始決定アリタル不動産ノ持分ニ對スル強制執行ノ申立及ホス效力
 當初ノ競賣手續ニ對スル停止命令カ後ノ強制執行ノ申立ニ及ボス效力
 持分ニ對スル後ノ申立ニ基テ執行手續ノ續行ト民事訴訟法第六百四十九條第一項

ノ訴ヲ理由アリトシ強制執行力取消サレタルトキハ持分ニ對シテ強制執行ヲ續行スヘキモノナル以上其ノ範圍ニ於テハ執行ヲ停止スルコトハ全然無意義ナリト謂フヘキヲ以テナリ繁屬セル請求ニ關スル異議ノ訴ニ付テハ賣得金ノ配當ニ關シ同法第六百九十八條第四項ノ異議トシテ其ノ完結ヲ待ツヘキモノトス從テ競落許可ノ決定ヲ妨クルコトナシ其ノ結果先ツ持分カ競賣セラレタル後ニ於テ殘餘ノ持分カ當初ノ競賣手續ニ依ツテ競賣セラルルコトアルヘシト雖其ハ持分ニ對シテ先ツ強制執行力開始セラレタル場合ト同様ニシテ何等ノ不當アルコトナク持分ヲ分チテ競賣スルコトハ全部ヲ競賣スルニ比シテ價額ニ於テ不利益ナリトスルモ共有物ニ對スル執行手續ニ於テハ始メヨリ斯ル場合ノ生スヘキヲ豫期セサルヘカラサルナリ本件ニ於テハ當初ノ競賣手續ハ抵當權ノ實行ノ爲メニ競賣法ニ依ツテ開始セラレ其ノ執行ノ停止中持分ニ對スル強制執行ノ申立カ同一債權者ヨリ同一債務者中ノ一人ニ對スル別個ノ債務名義ニ基テ爲サレタルモノナリト雖理論ニ於テ差異アルコトナシサレハ同一趣旨ニ出テタル原決定ハ正當ニシテ論旨ハ何レモ理由ナシ

○ 抗告理由

同第四點ハ本件差押債權者陸鍾寬ハ第三點條下ニ於テ説述シタル如ク抵當權ニ基キ第一回ノ任意競賣ノ申立ヲ爲シ鑛業權全部ニ對スル開始決定ヲ受ケ其ノ旨鑛業登錄簿ニ記載シタルニ依リ再抗告人カ執行停止命令ヲ受ケ執行ヲ停止シタルコトハ一件書類中明瞭ナル事實ナリ然ルニ同一債權者カ他ノ債權アリト稱シ更ニ第二回ノ強制競賣ノ申立ヲ爲シ同一鑛業權ノ持分ノミニ對シ強制競賣ヲ請求シタルモ既ニ鑛業權全部ニ對スル執

行停止中ナル以上其ノ持分ノ競賣ヲモ許スヘカラサルモノト信ス何ントナレハ曩ノ競賣申立カ任意競賣ナル爲メ假リニ第二回ノ持分ニ對スル競賣カ有效ナリトスルモ其ノ競賣代金ヲ以テハ既ニ擔保權アル第一回ノ任意競賣申請ヲ爲シタル債權ニ充當セシムヘク第二回持分ニ對スル強制競賣ノ原因タル債權ニハ何等満足ヲ與フヘキモノニ非サレハ實益ナケレハナリ之ニ對シ判例ハ競賣停止中ト雖第三者カ其ノ競賣ノ目的物ヲ買受クル旨アルカ如シト雖本件カ前後二回ノ債權者カ同一人ニシテ而カモ持分競落者モ亦同一人ナレハ同一ニ論スルヲ得サルモノト信スト謂フニ在リ

○ 決定理由

然レトモ持分ニ對スル強制執行力其ノ不動産ニ對スル強制執行ニ先立ツテ開始セラレヘキ場合ニ於テハ同法第六百四十九條第一項ノ適用ニ付テハ其ノ不動産ノ擔保債權ヲ標準トスヘク持分ノ割合ニ依ルヘキモノニ非スト雖不動産ニ對シ擔保權者カ先ツ競賣ノ申立ヲナシタルモノナルトキハ持分ニ對シテ強制執行ノ申立ヲナシタル債權者トノ間ニハ唯配當ノ問題ヲ生スルニ過キス本件ニ於テ抵當權ニ基ク競賣手續ノ停止セラレタルハ共有者タル抗告人ニ於テ債權ノ消滅ヲ理由トシテ請求ニ關スル異議ノ訴ヲ提起シタルニ依ル故ニ異議ノ訴ヲ理由ナシトスルトキハ共有者ハ本件鑛業權ノ競賣ヲ免ルルコト能ハス之ニ反シ異議ノ訴ヲ理由アリトスルトキハ抵當權ノ存在ヲ否定スルモノナルヲ以テ債權者ノ爲メニ持分ノ競賣ヲ妨クルコトナシ何レニスルモ第六百四十九條第一項ノ適用ナキハ論ナキ處ニシテ本論旨亦理由ナシ

鑛業權ノ持分ニ對スル強制執行
 競賣開始決定アリタル不動産ノ持分ニ對スル強制執行ノ申立ニ及ホス效力
 當初ノ競賣手續ニ對スル停止命令カ後ノ強制執行ノ申立ニ及ホス效力
 持分ニ對スル後ノ申立ニ基ク執行手續ノ履行ト民事訴訟法第六百四十九條第一項

○建物所有權移轉登記手續請求事件

(昭和九年民上第三三三號 棄却)
同年十月十九日民事部判決

【原告】 被控訴人 洪 大 雄

【被告】 控訴人 上告人 崔 垣 太

【參加人】 上告人 金 尙 學 訴訟代理人 崔 白 洵

【第一審】 成興地方法院江陵支廳 【第二審】 京城覆審法院

○判示事項

當事者參加ト其ノ主張スル權利ノ對抗要件

○判例要旨

參加人カ所有權ノ取得ヲ以テ原告ニ對抗シ得サルモノナルトキハ參加ニ適セサルモノトス

【參照】 民事訴訟法第七十一條 訴訟ノ結果ニ因リテ權利ヲ害セラルヘキコトヲ主張スル第三者又ハ訴訟ノ目的ノ全部若ハ一部カ自己ノ權利ナルコトヲ主張スル第三者ハ當事者トシテ訴訟ニ參加スルコトヲ得此ノ場合ニ於テハ第六十二條及第六十五條ノ規定ヲ準用ス

○事實

原告ノ原審ニ於ケル請求原因ノ要旨ハ訴外金昌植ハ昭和八年十月十日被告ニ對シ江原道江陵郡江陵邑旭町二〇七番地ノ八木

造草葺平家建本家一棟其建坪十五坪三合八勺ヲ代金三十五圓トシ同日内金十五圓ヲ支拂ヒ殘金ハ所有權移轉登記手續完了ト同時ニ支拂フ事若シ被告カ之ヲ履行セサル時ハ右内金十五圓ハ違約金トシテ返還シ契約ヲ解除シ得ルモノト定メテ買取シタリ後訴外金昌植ハ右建物ノ所有權移轉登記ヲ爲シタルニ被告ニ於テ其義務ヲ履行セサルニ依リ訴外金昌植ハ昭和九年一月七日被告ニ對シ右賣買契約解除ノ意思表示ヲ爲シタリ原告ハ同月九日訴外金昌植ヨリ右建物ヲ代金七十圓ニテ買受ケタルモノナリ被告ハ訴外金昌植ニ對シ右建物ノ所有權移轉登記抹消登記手續ヲ爲ササルニ依リ原告ハ同人ニ代位シ本訴ニ及ヒタリト謂フニ在リ

被告答辯ノ要旨ハ本件建物ニ付右金昌植ト被告トノ間ニ假裝賣買ニ依ル所有權移轉登記ヲ爲シタル處被告ハ昭和八年十二月十二日金昌植ヨリ賣買ノ委任ヲ受ケ同委任ニ基キ之ヲ訴外金尙學ニ代金四十圓ニテ賣渡シタル次第アルヲ以テ本訴請求ニ應シ難シト謂フニ在リ

參加人代理人ノ主張スル要旨ハ本件建物ハ元來參加人ノ姉タル訴外金淑烈ノ所有ナル處同訴外人ハ昭和八年夏頃訴外金昌植ニ對シ之ヲ賣渡擔保ニ供シ金二十五圓ヲ借受ケタルカ失期辨濟セサルニ依リ右金昌植ハ同年十月中之ヲ被告ニ信託シ被告名義ニ所有權移轉登記ヲ爲シタリ而シテ參加人ハ其ノ姉タル前記金淑烈ヲ救済スル爲昭和八年十二月二十八日被告ヨリ本件建物ヲ代金四十圓ニテ買受ケタリ然ルニ金昌植ハ被告ニ對シ前記信託契約ヲ解除シタル事ナク假リニ之レアリシトスルモ參加人ハ信託契約解除前ニ本件建物ヲ買受ケタルニ依リ金昌植ハ第三者タル參加人ノ權利ヲ害スル事ヲ得サルヘク從テ原告ノ金昌植ニ代位シテ爲ス本訴請求ハ不當ナリ仍テ參加人ハ本件訴訟ノ目的物ニ付所有權ヲ主張シ本件訴訟ニ參加スルモノナリト謂フニ在リ

第二審裁判所ハ成立ヲ認ムヘキ甲第二號ノ記載竝ニ辯論ノ全趣旨ニ徴スレハ訴訟金昌植ハ昭和八年十月十日本件建物ヲ被告ニ賣渡シタル處昭和九年一月七日同契約ヲ解除シ更ニ同月中之ヲ原告ニ賣渡シタル事實ヲ認

當事者參加ト其ノ主張スル權利ノ對抗要件

メ得ヘシ故ニ原告ノ右金昌植ニ代位シテ爲ス本訴請求ハ正當トシテ認容スヘキモノトスト判示シ次ニ參加人ト原被告トノ關係ヲ案スルニ本件建物カ元金昌植ノ所有ナル事實ハ參加人代理人ノ辯論ノ全趣旨ニ徴シ明ナレハ被告カ金昌植ヨリ本件建物ノ信託ヲ受ケタル事ヲ前提トシ被告ヨリ本件建物ヲ買受ケタルコトヲ主張スル參加人ノ主張ハ謂レナシ故ニ參加人ノ申立ハ之ヲ却下スヘキモノトスト説示シタリ

○上告理由

上告理由第一點ハ本件ニ於ケル參加人ノ主張ノ要點ハ參加人ハ本件建物ヲ昭和八年十二月二十八日被告ヨリ買受ケタルカ當時ハ被告カ本件建物ヲ外部ニ對シ賣却スル權原ヲ有スルモノナリ原告ハ參加人カ買受ケタル後ナル昭和九年一月七日訴外金昌植ヨリ買受ケタリト主張スルニ付本件建物ハ被告カ參加人ニ對シテ所有權移轉登記手續ヲ爲スヘキモノニシテ訴外金昌植ニ對シテ爲スヘキモノニアラスト云フニ在リ故ニ本件ノ爭點ハ昭和八年十二月二十八日ニ於テ被告カ參加人ニ對シテ本件建物ヲ賣渡シタルコトアリヤ否ヤ若シ賣渡シタルコトアリトセハ同日ニ於テ賣却スル權原ヲ有シタルヤ否ヤニアルモノト思料ス而シテ參加人ハ本件建物ヲ昭和八年十二月二十八日ニ於テ被告カ本件建物ヲ賣却スル權原ヲ有スル事情トシテ被告ハ昭和八年十月訴外金昌植ヨリ信託ヲ受ケ被告名義ニ所有權移轉登記ヲ爲シタルモノニシテ右金昌植ハ被告ニ對シ右信託契約ヲ解除シタルコトナク假リニ右信託契約ヲ解除シタルコトアリトスルモ其ノ解除前ニ買受ケタル第三者タル參加人ノ權利ヲ害スルコトヲ得サルヘシト陳述シタリ之ハ參加人カ唯事情トシテ參加申出當時知り得タル事

柄ヲ陳述シタルニ過キササルモノニシテ事實上金昌植カ被告ニ信託シタルニアラスシテ原判決認定ノ如ク賣渡シタリトスルモ昭和八年十二月二十八日ニ於テ其ノ賣買契約カ解除セラレタルコトナク所有權カ被告ニアリ且ツ同日被告カ參加人ニ賣渡シタルコトアリトセハ參加人ハ正當ニ該建物ノ所有權ヲ取得シタリト謂ハサルヘカラス要スルニ昭和八年十二月二十八日被告カ本件建物ヲ處分シ得ル權原カ金昌植ヨリ買受ケタルニアルト信託ヲ受ケタルニアルトハ參加人ノ權利ニ何等消長ヲ來スヘキ所ニアラス原判決ハ其ノ理由ノ冒頭ニ於テ原告ト被告トノ關係ニ就キ金昌植ハ昭和八年十月十日日本件建物ヲ被告ニ賣渡シタルトゴロ昭和九年一月七日同契約ヲ解除シタルコトヲ認メタルニ付昭和八年十二月二十八日ニ於テハ右賣買契約カ解除セラレタルコトナク本件建物ノ所有權カ被告ニアルコトハ自明ノ理ナリ故ニ前述ノ通り參加人カ事情トシテ陳述シタル信託關係ナシトスルモ賣買契約解除前ニ參加人カ買受ケタリトセハ被告ハ參加人ニ對シ建物ノ所有權移轉登記ヲ爲スヘキモノナリ參加人カ事情トシテ陳述シタル信託關係ナキノ一事ヲ以テ參加人ノ請求ヲ排斥スヘキモノニアラス然ルニ參加人ト原告間ノ關係ニ就テハ「參加人代理人ハ右金昌植ハ被告ニ對シ本件建物ヲ信託シタルモノナル旨主張スレトモ（中略）之ヲ認ムルニ足ル證據ナシ故ニ被告カ金昌植ヨリ本件建物ノ信託ヲ受ケタルコトヲ前提トシ被告ヨリ本件建物ヲ買受ケタルコトヲ主張スル參加人ノ主張ハ謂ハレナシ」ト判示シ昭和八年十二月二十八日被告及參加人間ニ於ケル賣買事實ノ有無ニ就テハ毫モ判示シタルコトナキ原判決ハ理由不備審理不盡ノ違法アルモノニシテ破毀ヲ免レサルモノナリト云ヒ

同第二點ハ原判決ハ其ノ理由中ニ於テ「原審證人金昌植ノ供述ノ一部同供述ニヨリ成立ヲ認ムヘキ甲第二號證ノ記載竝ニ辯論ノ全趣旨ニ徴スレハ右金昌植ハ昭和八年十月十日日本件建物ヲ被告ニ賣渡シタルトコロ昭和九年一月七日同契約ヲ解除シ更ニ同月中之ヲ原告ニ賣渡シタル事實ヲ認メ得ヘシト判示シ金昌植證言ノ一部ニヨリ金昌植及被告間ノ本件建物ノ賣買契約及同契約解除ノ事實ヲ認定シタリ然レトモ金昌植ノ供述ハ記録上明白ニシテ其ノ供述ノ要領ハ(イ)金昌植ハ本件建物ヲ昭和八年十月十日被告ニ信託シ同月二十五日賣買ノ形式ニヨル被告名義ノ移轉登記ヲ爲シタルコト(ロ)金昌植カ本件建物ヲ被告ニ賣渡シタルコト絶對ナキコト唯信託契約ノ爲賣買ノ形式ニテ被告ニ代金三十五圓ニテ賣渡シ内金十五圓ハ受取り殘金二十圓ハ所有權移轉登記ト共ニ支拂フヘク若シ過限ノ場合ハ何時ニテモ契約解除ヲ爲シ得ル狀態ニ假裝シタリト云フニ在リテ、被告ニ本件建物ヲ賣渡シタルコトニ就テハ供述シタルコトナシ然ルニ原判決カ前記ノ通り金昌植ノ證言ニヨリ金昌植及被告間ノ賣買契約及同契約解除ノ事實ヲ認定シタルハ證言ノ解釋ヲ誤リ證據ニ據ラスシ事實ヲ認定シタル違法アリテ到底破毀ヲ免レサルモノナリト云フニ在リ

○判決理由

案スルニ參加人ハ被告ヨリ本件家屋ヲ買受ケタリト主要スルモノナリ本件家屋カ被告ノ所有ニ屬スルトキハ參加人ハ賣買ニ因ツテ其ノ所有權ヲ取得スヘク被告ト其ノ前主タル金昌植トノ間ノ權利ノ移轉カ信託讓渡ナルト賣買ナルトハ問フ處ニ非ス參加人ハ之ヲ信託讓渡ナリト陳述シタルニ對シ原判決ハ賣買ナリト認定セリ

ト雖其レニ依ツテ直チニ參加人ノ請求ヲ排斥シ得ヘキモノニ非サルコト實ニ所論ノ如シ然リト雖原告ハ被告ト金昌植トノ間ノ本件家屋ノ賣買ハ解除セラレ原告ハ金昌植ヨリ之ヲ買受ケタリト主張シ金昌植ニ代位シテ被告ニ對シ所有權移轉登記ノ抹消請求ノ訴ヲ提起セルニ對シ參加人ハ前記ノ如ク賣買ヲ主張シテ訴訟ニ參加シ被告ニ對シ所有權移轉登記手續ノ履行ヲ求ムルモノニシテ民事訴訟法第七十一條ニ依ル參加ナルコト明ナリ而シテ同條カ第六十二條ヲ準用セルニ徵スルトキハ參加ニ依ツテ判決ハ原告被告及ヒ參加人ノ間ニ合一ニノミ確定スヘク從テ既判力ハ相互ニ抵觸ナキコトヲ必要トスルニ至ル換言スレハ參加人ハ被告ニ勝訴シ原告ニ敗訴スルコトヲ得サルナリ然ルニ原判決ノ認定ニ依レハ金昌植ト被告トノ間ノ本件家屋ノ賣買ハ解除セラレ原告ハ金昌植ヨリ之ヲ買受ケタルモノナルヲ以テ未タ其ノ登記ナシト雖解除ニ因ツテ所有權ハ金昌植ニ復歸シ次テ原告ニ移轉ス故ニ參加人ニ於テ被告ヨリ之ヲ買受ケタリトスルモ登記ナキ限り所有權ノ取得ヲ以テ金昌植及ヒ原告ニ對抗シ得サル關係ニ在リ即チ被告ニ對シテハ勝訴シ得ヘシトスルモ原告ニ對シテハ勝訴スルコトヲ得サルモノニシテ訴訟法上參加ニ適セサルモノト謂ハサルヘカラス蓋シ三者間ノ判決ヲ抵觸ナキ既判力ヲ以テ同時ニ確定セサルヘカラサル關係ニ置クモノハ參加人ノ參加ナリトス參加人ノ權利ニシテ被告ニ對シテノミ相對的ニ主張シ得ルニ止ルモノナルトキハ參加ノ效果ハ得テ望ムヘカラサルヲ以テナリ勿論金昌植及ヒ原告モ未タ登記ナキヲ以テ所有權ノ取得ヲ參加人ニ對抗シ得サル關係ニ在リト雖之ヲ理由トシテ原告ノ請求ト參加人ノ請求トヲ併セ棄却スヘキモノニ非ス被告ニ對シテハ兩者ノ請求ハ共ニ理由アレハナリ參

加人ノ原告ニ對スル關係ニ於テハ參加人ノ地位ハ原告ニ準スヘク原告ノ地位ハ却テ被告ニ該當ス參加人ニシテ對抗要件ヲ具備スルニ非サレハ原告トノ關係ニ於テハ其ノ主張ヲ是認シ得サル故ニ參加人ハ金昌植ト被告トノ間ノ契約ノ解除ヲ否定シテ金昌植及ヒ原告ハ參加人ノ登記ノ欠缺ヲ主張シ得ヘキ第三者ニ該當セサルコトヲ以テ爭フノ外ナク原告ニ於テ其ノ第三者ニ該當スルコトヲ證明シ得タルトキハ訴訟參加ハ被告ニ對スル關係ニ於テモ參加人ノ權利ヲ主張スルニ適法ナル手段ニ非サルナリ上告理由ノ第二點ハ原判決カ金昌植トノ間ノ解除ヲ認定シタルヲ非難スト雖形式ニモセヨ賣買及ヒ所有權ノ移轉登記アリタルコト及ヒ甲第二號證ノ被告間ノ賣買及解除アリタルコトヲ金昌植ノ證言ニ依ツテ認メ其レカ賣買ニ非スシテ假裝ナリトノ供述部分ハ之ヲ排斥シタルモノニシテ所論ノ違法アルコトナシ然ラハ則チ原判決カ參加人ノ申立ヲ却下シタルハ理由ニ於テ誤レリト雖結局正當ニシテ論旨ハ理由ナキニ歸ス

○小作料請求事件

(昭和九年民上第三〇八號
同 年十月二十六日民事部判決 破毀差戻)

【原告】 被控訴人 上告人 崔 東 錫
 【被告】 控訴人 被告上告人 李 承 祚 外 八 人
 財產管理者 崔 善 鎮
 訴訟代理人 鄭 文 謨 外 一 人
 訴訟代理人 柳 福 永

【被告】 控訴人 被告上告人 崔 鳳 鎮

【第一審】 光州地方法院 【第二審】 大邱覆審法院

○判示事項

贈與ヲ約シタル裁判上ノ和解ト民法第八百九十二條第一項一 同條ニ依ル管理者ノ權限

○判例要旨

- 一、 未成年者タル原告ノ贈與ノ履行請求ニ對シ相手方カ贈與ノ意思表示ヲ爲シ同時ニ贈與土地ノ管理ヲ第三者ヲシテ爲サシムル意思表示ヲ爲シタル裁判上ノ和解契約ハ民法第八百九十二條第一項ニ所謂無償ニテ子ニ財産ヲ與フル第三者カ親權ヲ行フ父又ハ母ヲシテ之ヲ管理セシメサル意思ヲ表示シタルトキニ該當スルモノトス
- 二、 同條ニ依リ管理者ニ指定セラレタル者ハ其ノ財産管理ノ目的ヲ達スルニ必要ナル限りハ未成年者ニ代テ裁判上裁判外一切ノ行爲ヲ爲ス權限ヲ有スルモノトス

【參照】 民法第八百九十二條 無償ニテ子ニ財産ヲ與フル第三者カ親權ヲ行フ父又ハ母ヲシテ之ヲ管理セシメサル意思ヲ表示シ

贈與ヲ約シタル裁判上ノ和解ト民法第八百九十二條第一項 同條ニ依ル管理者ノ權限

トキハ其財産ハ父又ハ母ノ管理ニ屬セサルモノトス

(以下略)

民事訴訟法第四十五條 當事者能力、訴訟能力及訴訟無能力者ノ法定代理ハ本法ニ別段ノ定アル場合ヲ除クノ外民法其ノ他ノ法令ニ從テ訴訟行爲ヲ爲スニ必要ナル授權亦同シ

○事 實

原告ノ原審ニ於ケル請求原因ノ要旨ハ被告李承祚ハ訴外崔善鎮ヨリ同人ノ所有ニ係ル光州郡芝田面蓮堤里二六番地田六三一坪被告田永突ハ同所四五二番地畝一七五三坪七斗二升落ノ内四斗九升落被告孫仲安ハ前記四五二番地畝中二斗三升落被告金良鉉ハ同郡大村面泥場里二四九番地畝六七一坪同所二六一番地畝二九一坪被告李判圭ハ同所五五一番地ノ一畝二四四坪同面院出里九六番地畝五八〇坪被告姜長永ハ同面泥場里六二七番地ノ一畝五八七坪被告高光洙ハ同所七四五番地畝一〇六二坪被告高光德ハ同所七四七番地畝一八一五坪被告崔鳳鉉ハ同面院出里七八番地畝七二八坪被告李明七ハ同面大支里三二一番地畝九六八坪何レモ昭和五年五月ヨリ昭和八年二月迄ノ間右崔善鎮ヨリ小作權ヲ得テ小作料ハ毎年地主ニ於テ檢見ノ上調定シタル額ヲ地主指定ノ日時ニ支拂フ爲スヘキ約定ニテ小作シ居ル者ナルカ原告ハ昭和八年三月六日原告ノ伯父タル右崔善鎮ヨリ無償ニテ前記土地外數十筆ノ不動産ノ贈與ヲ受クルト同時ニ贈與者タル崔善鎮ハ原告ノ親權者母鞠樑運ヲシテ右贈與不動産ヲ管理セシメサル意思ヲ表示スルト共ニ自己ヲ贈與不動産ノ管理者ニ指定シ同日頃右土地ノ舍音タル訴外朴化實ハ成東律ヲシテ被告等其ノ他ノ贈與土地小作人全部ニ對シ右贈與土地ヲ管理者ハ崔善鎮ナルニ付被告等ニ於テ右土地ヲ引續キ小作スルト同時ニ該小作料ハ崔善鎮ニ納付スヘク通知シ被告等モ之ヲ承諾シ尙崔善鎮ハ同年十月中旬頃訴外崔敬恩ヲシテ被告等立會ノ下ニ前記各被告等ノ小作地ノ農作物ニ付檢見ヲ爲シタル上被告李承祚ニ一石被告田永突ニ一石五斗被告孫仲安ニ一石二斗被告金良鉉ニ一石六斗被告李判圭ニ一石三斗被告姜長永ニ一石二斗被告高光洙ニ一石四斗被告高光德ニ一石

三石六斗被告崔鳳鉉ニ一石三斗被告李明七ニ一石三斗五斗調定シ何レモ同年十一月三十日迄原告ノ財産管理者タル崔善鎮ニ納付スヘク通知ヲ爲シタルニ拘ラス被告等ハ其ノ支拂ヲ爲ササルニ付一石ノ時價十圓宛ノ換算代金ノ支拂ヲ求ムル爲メ本訴ニ及ヒタリ尙被告ノ答辯ニ對シ原告ノ財産管理者ハ民法第八百九十二條第二項前段ニ依ル財産管理者ナルヲ以テ其ノ管理行爲カ裁判上ノ行爲ナルトキト雖親族會ノ同意ヲ要セスシテ常ニ未成年者ニ代行シ得ルモノナリ右崔善鎮ハ前記財産管理ニ付同人對原告間ノ和解契約ニ違反シタルコトナク假ニ右契約ニ違反シタル事アリトスルモ夫レカ爲メ當然其ノ財産管理權ヲ失フヘキ理由ナシト謂フニ在リ

被告等答辯ノ要旨ハ昭和八年三月中原告カ訴外崔善鎮ヨリ該土地ノ贈與ヲ受ケタル後原告ノ親權者鞠樑運ハ數回人ヲシテ被告等ニ對シ爾後小作料ハ原告ノ親權者ニ納付スヘキ旨通知ヲ爲シ來リタルノミナラス昭和八年八月十四日右土地ニ付原告名義ニ所有權移轉登記アリタル後ニ於テ同鞠樑運ハ人ヲシテ其ノ旨通知アリタルヨリ同年秋頃被告李承祚ハ一石九斗被告田永突孫仲安ハ一石七斗被告金良鉉ハ一石五斗被告李判圭ハ一石八斗被告姜長永ハ一石二斗被告高光洙ハ一石四斗被告高光德ハ一石三斗被告崔鳳鉉ハ一石三斗被告李明七ハ一石三斗五斗何レモ原告ノ親權者タル鞠樑運ニ支拂ヒタリ被告等ハ原告ト崔善鎮間ニ於ケル財産管理權保留ノ關係ハ知ラサル所ニシテ右土地カ原告名義ニ所有權移轉登記アリタル以上當然原告ノ親權者母鞠樑運ニ支拂フヘキモノナリ又假ニ崔善鎮ニ右贈與ノ管理權アリトスルモ同人ハ同人對原告間ノ和解契約違反ノ爲メ本訴土地ノ管理權ヲ喪失シタルモノナリ尙原告ノ主張ニ依レハ崔善鎮ハ管理權ヲ自己ニ保留シテ本件土地外數十筆ヲ原告ニ贈與シタルモノナルモ該管理權保留ノ意思表示ハ法律上ノ規定ヲ缺如セル意思表示ニシテ當然無効ノモノナリ假リニ有效ナリトスルモ右ノ如キ財産管理人ハ未成年者ヲ代表シテ訴訟行爲ヲ爲ス資格ナク又假ニ之アリトスルモ訴訟行爲ヲ爲スニハ未成年者ノ爲メ設ケタル親族會ノ同意ヲ得サルヘカラス仍テ原告ノ請求ニ應スルコト能ハスト謂フニ在リ

第二審裁判所ハ成立ニ爭ナキ乙第一號證(和解調書)ノ記載ニ依レハ原告ト崔善鎮トノ間ニハ豫テ本件小作

贈與ヲ約シタル裁判上ノ和解ト民法第八百九十二條第一項
同條ニ依ル管理者ノ權限

土地ヲ含ム乙第一號證添付目錄記載土地其ノ他ノ土地所有權ニ付爭アリ未成年者（現在十三歲）タル原告親權者母鞠採連カ原告ノ法定代理人トシテ崔善鎮ヲ相手取り係争土地ニ對スル所有權移轉登記手續ノ履行ヲ請求シタル結果昭和七年三月六日光州地方法院ニ於テ右當事者間ノ和解成立シ「原告カ成年ニ達スル迄被告（崔善鎮）ニ於テ管理スヘキコトヲ留保ノ上之（乙第一號證添付目錄記載土地）ヲ原告ニ贈與スヘキコト等ヲ約シ原告ニ於テ其ノ他一切ノ請求ヲ拋棄シタル事實ヲ認メ得ヘク原告代理人謂フトコロノ無償贈與及管理權保留ノ行爲ハ即チ右和解調書タル乙第一號證ニ所謂「贈與」ハ無償原因ニ基クモノニアラスシテ有償ノ讓渡タルコト明カナルヲ以テ原告謂フトコロノ管理權ノ留保ハ民法第八百九十二條ノ場合ニ該當セス崔善鎮ハ同條所定ノ管理者タル資格ヲ得ルコト無カリシモノト謂ハサルヘカラス蓋シ民法第八百九十二條ハ有償契約ニ依ルコトナク無償原因ニ基キ子ニ財產ヲ與フル者ニ對シテノ親權ノ一部タル財產管理權ノ及フトコトヲ排シ別ニ管理者ヲ設クルコトヲ許シタルモノナルヲ以テナリ然ルニ未成年者ハ法定代理人ニ依リテノ訴訟行爲ヲ爲シ得ルモノニシテ民法第八百九十二條所定ノ管理者モ亦同條所定ノ財產ニ關スル限り法定代理權ヲ有スルモノト認ムルモ法定代理人ニ非サル以上假令未成年者ノ財產ニ付所謂管理權ヲ有スル者ト雖訴訟ニ於テ未成年者ヲ代表スル資格ナキモノト謂ハサルヘカラストシ然ルカ故ニ原告代理人主張事實關係ニ依リテハ崔善鎮カ原告ノ代表者トシテ訴訟行爲ヲ爲スヘキ資格ヲ有スルモノト認ムルニ由ナシトシ果シテ然ラハ同人カ所謂財產管理者トシテ原告ヲ代表シテ爲シタル本訴ノ提起ハ不適法ナリト謂フヘキヲ以テ此ノ理由ニ依リ本訴ハ

之ヲ却下スヘキモノトスト判示シタリ

○ 上告理由

原告代理人鄭文謨ノ上告理由第一點ハ原審ハ乙第一號證和解調書ニ據リ原告ト崔善鎮トノ間ニハ豫テ本件小作土地ヲ含ム乙第一號證添付目錄記載土地其ノ他ノ土地所有權ニ付爭アリ未成年者タル原告親權者母鞠採連カ原告ノ法定代理人トシテ崔善鎮ヲ相手取り係争土地ニ對スル所有權移轉登記手續ノ履行ヲ請求シタル結果昭和七年（八年ノ誤記）三月六日光州地方法院ニ於テ右當事者間ニ和解成立シ原告カ成年ニ達スル迄崔善鎮ニ於テ管理スヘキコトヲ留保ノ上乙第一號證添付目錄記載土地ヲ原告ニ贈與スヘキコト等ヲ約シ原告ニ於テ其ノ他一切ノ請求ヲ拋棄シタル事實ヲ認定シ尙原告代理人謂フトコロノ無償贈與及管理權留保ノ行爲ハ即チ右和解ヲ指スモノト斷定シタル上「右和解調書タル乙第一號證ニ所謂「贈與」ハ無償原因ニ基クモノニアラス原告ハ爭アル權利ニ付讓歩ヲ爲シタル結果崔善鎮ヲシテ右土地ノ移轉ヲ約諾セシメタルモノニシテ原告ノ讓歩ハ即チ土地取得ノ對價タル出捐ニ該當シ「贈與」ト謂フト雖實ハ其ノ有償讓渡タルコト明カナルヲ以テ原告謂フトコロノ管理權ノ留保ハ民法第八百九十二條ノ場合ニ該當セス崔善鎮ハ同條所定ノ管理者タル資格ヲ得ルコト無カリシモノト謂ハサルヘカラス」云々ト判定シテ原告代理人ノ本件原告代表者財產管理者崔善鎮ハ昭和八年三月六日本件土地外數十筆ノ土地ヲ無償ニテ原告ニ贈與スルト同時ニ原告親權者母鞠採連ヲシテ同土地ヲ管理セシメサル意思ヲ表示シ且自己ヲ其ノ管理者ニ指定シタル旨ノ主張ヲ排斥シ崔善鎮カ原告ノ

贈與ヲ約シタル裁判上ノ和解ト民法第八百九十二條第一項
同條ニ依ル管理者ノ權限

代表者トシテ本件訴訟行爲ヲ爲スヘキ資格ヲ否定シテ本件訴ヲ却下シタリ原判決ノ理由ハ之ヲ要約スルニ乙第一號證ニ據リ原告對崔善鎮間ニ於テ訴訟上ノ和解ヲ爲シタルコト其ノ和解ノ内容トシテ崔善鎮ハ自己ニ於テ管理スヘキコトヲ留保ノ上土地ヲ未成年者タル原告ニ贈與シタルコト及原告ニ於テ他ノ請求ヲ拋棄シタル事實ヲ認定シタルノミニシテ崔善鎮カ自己ニ於テ管理スヘキコトヲ留保ノ上土地ヲ未成年者タル原告ニ贈與シタル趣旨ニ付何等ノ考慮ヲ拂フコトナク即チ其ノ趣旨カ和解當事者間ニ無償贈與ノ合意アルト同時ニ崔善鎮ニ於テ原告ノ親權者ヲシテ贈與土地ヲ管理セシメサル意思ヲ表示シ且自己ヲ其ノ財產管理者ニ指定シタルモノナリヤ否ヤヲ吟味確定セスシテ原告ニ於テ他ノ請求ヲ拋棄シタル一事ノミヲ捉ヘテ原告カ爭ヲ讓歩シタル結果崔善鎮ヲシテ土地ノ移轉ヲ約諾セシメタルモノト斷定シテ雙方ノ讓歩ハ互ニ對價タル出捐ニ該當スルヲ以テ乙第一號證和解ノ内容タル土地移轉ハ有償讓渡ニシテ無償贈與ニアラスト判定シタルモノナリト謂フヘク從テ原審ハ訴訟上ノ和解ハ當事者雙方ノ讓歩ニ依リ成立スルモノニシテ其ノ雙方ノ讓歩ハ常ニ必ス互ニ對價的出捐ニ該當スル結果和解當事者ノ一方カ他方ニ對シ爲ストコロノ出捐ハ假ニ當事者間ニ無償贈與ノ合意アルモ無償贈與タルノ效力ナキモノトシテ之ヲ有償讓渡ニ解シタルモノナルヘシ民法上ノ和解ニ基ク當事者雙方ノ出捐カ互ニ對價的意義ヲ有スル給付ニシテ有償タルコトハ民法第六百九十五條ニ依リ明カナルヘシト雖訴訟上ノ和解ノ性質ニ付テハ法典ニ何等規定ナキヲ以テ其ノ性質ニ付議論ノ岐ルル所ニシテ大審院判例及學說ノ多數ハ訴訟上ノ和解ハ訴訟行爲タルト同時ニ法律行爲ナリト解シ貴院判例ハ訴訟上ノ和解ヲ以

テ純然タル訴訟行爲ナリト解シタル(貴院昭和五年民上第一四二號判決)モノノ如シ右何レノ說ニ依ルモ訴訟上ノ和解ハ當事者カ互ニ讓歩シテ訴訟ヲ終了セシムルコトヲ目的トスル行爲タルコトニ付テハ異論ナキヲ以テ訴訟上ノ和解モ民法上ノ和解ト同シク當事者カ互ニ讓歩スル點ヲ採リテ直ニ訴訟上ノ和解亦民法上ノ和解ト同シク當事者雙方ニ於テ互ニ對價的意義ヲ有スル債務ヲ負ヒ又ハ出捐ヲ爲スモノト斷スヘカラス何者ナレハ訴訟上ノ和解ハ當事者カ互ニ讓歩スト謂フモ當事者間ニ於テ私權ノ存否若クハ其ノ範圍態樣ニ關シ當事者互ニ其ノ主張ヲ異ニシ争ノ存シタルコトヲ要スルモノニアラス私權ノ存否等ニ付當事者間ニ於テ現ニ争ナク且確實ナリトスルモ當事者雙方カ其ノ緊屬セル訴訟ニ於テ判決ニ依リ決セサルコトヲ互ニ讓歩スルニヨリテ能ク訴訟上ノ和解ヲ成立セシメ得ルモノニシテ換言スレハ訴訟上ノ和解ハ民法上ノ和解ト異ナリ和解當時ニ於テ當事者雙方カ私權關係ニ付争アリ且之ニ對スル相互ノ讓歩ヲ以テ其ノ成立ノ要件トスルモノニアラス當事者間ニ於テ所謂示談ノ調ヒタル場合ハ勿論實質上請求ノ拋棄(原告ハ請求權ナキコトヲ認メテ其ノ請求權ノ不存在ニ付既判力ヲ附セシムル爲ニ請求セル請求ヲ拋棄スル旨和解)又ハ認諾(被告ハ原告ノ請求權ヲ認メテ其ノ請求權ノ存在ニ付既判力ヲ附セシムル爲又ハ被告ハ原告ノ請求ヲ認ムルト同時ニ之ヲ履行シテ其ノ請求權ノ消滅ニ付既判力ヲ附セシムル爲爲請求セル請求ヲ認諾スル旨和解)シタル場合ニ於テモ訴訟上ノ和解ハ成立スルモノナルヲ以テナリ是故ニ訴訟上ノ和解ハ之ニ依リテ當事者一方ノミカ片務的ニ債務ヲ負擔シ又ハ無償的ニ出捐ヲ爲シ得ヘキモノト謂フヘク從テ訴訟上ノ和解ノ意義ヲ民法上ノ和解ト同一ニ解シ訴訟上ノ

贈與ヲ約シタル裁判上ノ和解ト民法第八百九十二條第一項
同條ニ依ル管理ノ權限

和解ノ性質ニ關シ法律行爲説ヲ採ルノ不當ナル理ハ敢テ多言ヲ俟タスシテ明カナルヘシ果シテ然ラハ本件ニ付テ原審ニ於ケル原告代理人ハ崔善鎮カ未成年者タル原告ニ本件土地外數十筆ノ土地ヲ無償ニテ贈與スルト同時ニ原告親權者ヲシテ贈與土地ヲ管理セシメサル意思ヲ表示シ且自己ヲ其ノ管理者ニ指定シテ訴訟上ノ和解ヲ爲シタル旨ヲ主張シタルコト原審判決ノ摘示事實ニ依ルモ極メテ明瞭ナルヲ以テ原告代理人ノ右主張事實ニシテ之ヲ肯定スルニ於テハ訴訟上ノ和解ニ基ク出捐ハ常ニ必ス有償ニシテ無償ニアラサル所以ヲ以テ崔善鎮ノ原告ニ對スル右出捐ヲ目シテ無償贈與ニアラスシテ有償讓渡ナリト斷スルノ不法ナルコトハ前敘訴訟上ノ和解ノ意義ヨリ推シテ自ラ明カナルヘク若シ假ニ崔善鎮ト原告親權者トノ間ニ乙第一號登記載ノ訴訟事件ニ付裁判外ニ於テ原告親權者ハ原告ニ請求權ナキコトヲ是認シ又ハ之ヲ是認スルト共ニ其ノ請求ノ拋棄(親族會ノ同意ヲ得タル適法ナル拋棄)ヲ爲シ崔善鎮ハ原告ニ土地ヲ無償ニテ贈與スルト同時ニ原告ノ親權者ヲシテ右土地ヲ管理セシメサル意思ヲ表示シテ所謂示談ヲ爲シ原告親權者ハ訴ノ取下(親族會及崔善鎮ノ同意ヲ得ルハ勿論ナリ)ヲ爲シタリシトセハ右示談ニ依ル崔善鎮ノ出捐ヲ無償贈與ト認ムヘキヤ疑フノ餘地ナカルヘシ然ルニ裁判外ノ示談ハ所謂既判力ナキヲ以テ右示談ニ既判力ヲ得セシムル爲裁判所ニ於テ前示同旨ノ示談ヲ爲シテ訴訟上ノ和解ヲ爲シ訴訟ヲ終了セシメタル場合ニ於テモ亦裁判外ノ示談ト同シク崔善鎮ノ出捐ヲ無償贈與ト認ムルヲ以テ當事者ノ眞意ニ最モ合致スルモノト謂ハサルヘカラス蓋シ右訴訟上ノ和解ヲ爲シタル當事者ハ何レモ崔善鎮ノ原告ニ對スル無償贈與ノ法律關係ニ付單ニ既判力ヲ得ル爲ニ訴訟上ノ和解ヲ

爲シタルニ過キササルモノニシテ他意アルニアラス即チ無償贈與ヲ有償讓渡ニ變更スルノ意思ナク却テ無償贈與トシテノ法律關係ニ付既判力ヲ得セシムルコトヲ以テ其ノ目的ト爲スモノナレハナリ然ルニ原審カ崔善鎮ハ未成年者タル原告ニ本件土地外數十筆ノ土地ヲ無償ニテ贈與スルト同時ニ原告親權者ヲシテ贈與土地ヲ管理セシメサル意思ヲ表示シ且自己ヲ其ノ管理者ニ指定シテ訴訟上ノ和解ヲ爲シタル旨原告代理人ノ主張事實ニ付其ノ存否ヲ確定スルコトナクシテ崔善鎮ノ原告ニ對スル出捐カ訴訟上ノ和解ニ基ク所以ヲ採リ當事者カ贈與トシテ授受シタル出捐ヲ目シテ漫然有償讓渡ナリト認定シタル原判決ハ訴訟上ノ和解ニ關スル法則ヲ誤解シ且判決ニ影響ヲ及ホスヘキ重要ナル事項ニ付判斷ヲ遺脱シタルモノニアラサレハ證據ニ據ラヌシテ事實ヲ判斷シタル違法アルモノト思料ス或ハ原審ハ乙第一號證ニ據リ「原告ニ於テ其ノ他一切ノ請求ヲ拋棄シタル事實」ヲ認定シタルヲ以テ此ノ事實ノ認定ハ即チ崔善鎮ノ出捐ニ對スル對價的有償出捐トシテ原告ハ他ノ請求ヲ拋棄シタル事實ノ確定ヲモ包含セラレアルモノニシテ原判決ノ理由中ニ云々「原告ハ爭アル權利ニ付讓歩ヲ爲シタル結果崔善鎮ヲシテ右土地ノ移轉ヲ約諾セシメタルモノニシテ」云々ノ判定ヲ以テ訴訟上ノ和解亦民法上ノ和解ト同一意義ニ解シ私權關係ニ付爭アルコトヲ其ノ成立要件ト爲シタルモノニアラスシテ其ノ判決理由ノ前段ニ於テ有償讓渡ナリト確定シタル事實ヲ再說シタルニ過キササルモノナリト論スル者アルヘシ然レトモ前敘ノ如ク原審ハ訴訟上ノ和解ハ當事者間ニ爭アル權利ニ付互ニ讓歩ヲ爲スコトヲ以テ其ノ成立ノ要件ナリト誤解シ崔善鎮對原告親權者間ニ於テ原告ノ出捐ヲ無償贈與ト爲スノ合意アリヤ又ハ其ノ合意カ

贈與ヲ約シタル裁判上ノ和解ト民法第八百九十二條第一項
同條ニ依ル管理者ノ權限

有效ナリヤ否ヤヲ探究スル迄モナク既ニ當事者間ニ訴訟上ノ和解テフ事實ニ付争ナキ以上ハ其ノ和解ニ依ル
 出捐ハ常ニ有償ナリト解シタルコトハ原審カ其ノ判決ノ理由ニ於テ云々「原告代理人謂フトコロノ無償贈與
 及管理權留保ノ行爲ハ即チ右和解ヲ指スモノニ外ナラサルトコロ」ト云々シ又「原告代理人ハ本件管理權ノ留
 保ハ當事者ノ合意ニ依リ特ニ民法第八百九十二條ニ依ルヘキコトヲ明カニシテ爲シタルモノナル如キ主張ヲ
 モ爲セトモ」ト云々シタル判示ヲ綜合翫味スルニ依リテ能ク之ヲ看取スルニ餘リアリト謂フヘシ假ニ百歩ヲ
 譲リ論者ノ説ニ從ハムカ原審ハ乙第一號證ノ和解條項第五項ニ據リ原告ニ於テ其ノ他一切ノ請求ヲ拋棄シタ
 ル事實ヲ認定シタルモノノ如キモ乙第一號證ノ和解條項第五項ニハ「本件和解以外ニ付原被告ハ一切ノ主張
 ヲナササルコト」ト記載シアリテ之ヲ以テ原告ニ於テ請求ヲ拋棄シタル事實ヲ證明シ得ルモノト假定スルモ
 此ノ記載趣旨ノミニ據リテハ原告ニ於テ原告ノ崔善鎮ニ對スル訴訟物ニ關シ請求權ナキコトヲ認メテ其ノ請
 求ヲ拋棄シタルヤ將又其ノ請求權アリト争ヒ崔善鎮ノ出捐ノ對價トシテ之ヲ拋棄シタルヤヲ知り得ヘカラサ
 ルノミナラス乙第一號證ノ和解調書ヲ通讀スルニ崔善鎮カ原告ニ對シ土地ヲ贈與シ金錢其ノ他ノ物品ノ給付
 ヲ約シタルニ對シ原告ハ訴訟物ニ關スル請求ヲ拋棄シタル跡ナキヲ以テ原告ニ於テ訴訟物タル請求權ノ不存
 在ヲ認メテ示談ノ結果崔善鎮カ原告ニ對シ土地ヲ贈與シ金錢其ノ他ノ物品ノ給付ヲ約シタルコトヲ推知スル
 ニ難カラス加之右和解調書ニ據レハ原告ハ崔善鎮ノ贈與ニ對シ何等ノ債務ヲ負擔スルコトナキヲ以テ乙第一
 號證ノ和解條項第二項ニ所謂「贈與」ハ無償贈與ヲ意味シ且同條項ハ民法第八百九十二條ノ適用ヲ受クヘキ贈

與タルコト洵ニ明カナリ唯右和解條項ノ末項ニ「本件和解條項以外ニ付原被告ハ一切ノ主張ヲ爲ササルコト」
 ヲ約シタル旨ノ記載アリテ茲ニ所謂「本件和解條項以外ノ主張」ノ何タルヤ明カナラサルモ崔善鎮ト原告先代
 乃至原告トノ間ニ於ケル總テノ法律取引ニ依ル權利關係ヲ指稱スルモノト解スヘキコトハ「本件和解條項以
 外」ト云ヒ「原被告」ト稱シタル點ヨリ之ヲ窺知シ得ヘク要之乙第一號證ノ和解條項ノ末項ハ原告ノ請求シタ
 ル訴訟物ニ付示談ヲ爲スト同時ニ原告及崔善鎮ハ互ニ相手方ニ對シ右示談ニ依ル權利關係ノ外ニ法律取引ニ
 依ル何等ノ權利關係ナキコトヲ認メテ此ノ事實ヲ確定シタルモノト謂フヘシ果シテ然ラハ論者ノ説ニ從ヒ原
 審カ乙第一號證ニ據リ崔善鎮ノ出捐ノ對價トシテ原告ニ於テ請求ヲ拋棄シタルコトヲ認定シタルモノト爲ス
 ニ於テハ原判決ハ乙第一號證ノ證據判斷ヲ誤リタル理由不備ノ違法アルモノト謂ハサルヘカラスト謂ヒ
 原告代理人水野正之丞上告理由ハ和解契約ハ當事者カ互ニ讓歩ヲ爲シテ其ノ間ニ存スル争ヲ止ムルコトヲ約
 スルモノトス而シテ其ノ讓歩ヲ爲シ争ヲ止ムル爲メニハ時ニ或ハ當事者ハ和解契約ノ内容ニ於テ代金ヲ定メ
 テ係争權利ノ賣買契約ヲ爲スコトアリ又權利ノ贈與ヲ爲シ又ハ交換契約等ヲ爲スコトアリ本來ハ和解契約ナ
 ルモ當事者ハ權利移轉ノ便宜上各種ノ法律行爲(有名契約)ヲ爲シ其ノ有效ナルコトハ今日争ナキ處ニシテ
 此等和解ノ内容ヲ爲セル法律行爲カ賣買又ハ贈與交換等ノ契約タル場合ニ和解ニ關スル規定ノ外ニ賣買贈與
 交換等ニ關スル各規定モ亦適用アルヘキハ當然ナリ故ニ當事者カ争ニ係ル權利關係ニ付和解ヲ爲サントスル
 ニ當リ當事者ノ一方甲カ特ニ係争權利ヲ無償ニテ乙ニ單純贈與ヲ爲シ乙ニ對シ何等負擔ヲ爲サシムヘキ意思

贈與ヲ約シタル裁判上ノ和解ト民法第八百九十二條第一項
 同條ニ依ル管理權ノ權限

ナキトキハ和解ノ内容ヲ爲セル贈與ハ無償ニテ贈與セルモノト謂フヲ妨ケサルモノト然レトモ和解ハ前述ノ如ク當事者タル甲一方ノ讓歩ニ依リ成立セス乙モ亦讓歩ヲ爲ササルヘカラサルモノナリト雖モ苟モ裁判上ノ和解調書ニ依リ一旦甲カ無償ノ贈與ヲ爲シタルモノトシ不動産ニ付管理權ヲ有シ該不動産ノ管理者(法定代理人)タルコト確定セラレタル以上該和解カ再審其ノ他ノ理由ニ依リ取消サレサル限り甲ハ該和解ニヨリ法定代理人ト定メ(創設)ラレタルモノトス本件乙第一號證原告崔東錫、被告崔善鎮間和解調書ニ依レハ其ノ和解條項第二條ニハ別紙目錄土地ハ原告(崔東錫)カ成年ニ達スル迄被告(崔善鎮)ニ於テ管理スヘキコトヲ留保ノ上之ヲ原告ニ贈與シ被告ハ直ニ右土地ヲ原告名義ニ所有權移轉登記ヲ爲スコト但シ被告カ右管理權ノ行使ニ付失當アル場合ハ管理權留保ノ權ヲ喪フトノ條項記載アリ而シテ右條項記載ニ依レハ右和解ノ一方崔善鎮ハ民法第八百九十二條ノ規定ニ從ヒ本件土地ヲ特ニ無償ニテ他ノ一方崔東錫ニ贈與シ其ノ親權者タリシ鞠探連ニ管理セシムルヲ欲セス自ラ其ノ管理ヲ爲スヘキ意思表示ヲ爲シ他ノ一方崔東錫モ全然之レヲ承諾シ裁判上ノ和解ニ依リ崔善鎮ハ本件不動産ニ關スル限りニ於テ財產管理權ヲ有スルコト確定セラレタルモノナレハ假リニ原審說示ノ如ク該和解調書カ民法上ノ和解トシテ崔東錫ノ讓歩カ崔善鎮ノ本件土地ノ贈與ト對價關係ヲ爲シ純然タル無償ノ贈與ニアラストスルモ裁判上ノ和解調書カ取消サレサル限り如何トモ爲スニ由ナキモノナリ即之ヲ判決ノ場合ト對照スルニ判決ニ於テ崔善鎮カ本件財產ニ付管理權アリト認メラレタル以上其ノ判決ノ理由ニ於テ崔善鎮カ無償ニテ贈與セルモノニアラサルコト説明シアリ判決理由ノ不當ナルコト

ト明ナル場合ト雖モ苟モ該判決確定セルトキハ之ヲ如何トモスルニ由ナキト同一理ナリ原審ハ本件乙第一號證カ裁判上ノ和解調書ニシテ判決ト同一ノ效力アルモノナルコトヲ失念セラレ恰カモ裁判外ニ於ケル普通民法上ノ和解ト同一視セラレ判斷セラレタルハ失當ナリ或ハ和解調書ハ當事者ヲ羈束スル效力アルモ第三者ヲ羈束スル效力ナシト然レトモ崔東錫、崔善鎮間ノ和解ニ於テ崔善鎮カ財產ヲ無償ニテ贈與シ其ノ財產ヲ崔東錫ノ親權者ノ管理ニ屬セシメス崔善鎮ニ其ノ管理權ヲ留保スヘキ合意アリ裁判所カ之ヲ正當トシ和解調書ヲ作成セル以上裁判上ノ和解ニ依リ崔善鎮ノ管理權ハ創設セラレタルモノト見ルヘキモノナルニ依リ崔善鎮ハ何人ニ對シテモ管理權者タルコトヲ主張シ得ルモノト爲ササルヘカラサルナリト謂フニ在リ

○判決理由

按スルニ裁判上ノ和解ト雖互ニ讓歩シテ爭ヲ止ムル點ニ於テ私法上ノ和解ト異ルコトナシ然レトモ其ノ讓歩ハ必スシモ和解ノ目的タル私法上ノ權利關係ニ付爲サルコトヲ要セス極端ナル引例ニ於テハ私法上ノ權利關係ニ對スル爭ノ解決ヲ他日ニ讓リ唯目前ノ訴訟ヲ止ムルト云フコトモ和解タルヲ失ハス蓋雙方カ互ニ抽象的判決請求權ヲ拋棄セルモノニシテ之亦讓歩ト解シ得ヘケレハナリ只此場合ニ於テハ私法上ノ權利關係ニ關スル所ナキカ故ニ既判力ヲ生スルコトナク又債務名義タリ得サルノミ從テ又私法上ノ權利關係ヲ内容トスル場合ト雖之ニ付何等ノ讓歩ナク例ヘハ訴訟費用ノ點ニ付讓歩ノ存スルトキ和解トシテ其ノ效力ヲ生スヘキハ疑ナク此ノ場合ニ於テ和解ノ趣旨無償ノ給付ナルトキハ名ハ和解ナリト雖私法上ノ權利關係ヨリセハ有償契

贈與ヲ約シタル裁判上ノ和解ト民法第八百九十二條第一項
同條ニ依ル管理權ノ權限

約ニ非サルハ言フ俟タス要スルニ裁判上ノ和解ニ在リテハ須ク和解ノ趣旨ニ從テ和解ニ基ク給付カ有價的ナリヤ無價的ナリヤヲ決スルヲ要シ裁判上ノ和解亦和解ナルカ故ニ私法上ノ關係ニ於テモ常ニ有價的ナリトスルヲ得サルモノト云フヘキナリ本件ニ於テ和解調書タル乙第一號證及當事者辯論ノ全趣旨ニ依レハ原告ハ曩ニ其ノ法定代理人タル母ニ依リテ崔善鎮ニ對シ原告ノ父崔植鎮カ大正十三年五月十五日乙第一號證記載土地ニ付崔善鎮ヨリ贈與ヲ受ケルタルモノナル旨主張シ所有權移轉登記ヲ求メタル所昭和八年三月六日光州地方法院ニ於テ裁判上ノ和解調ヒ崔善鎮ハ原告ニ對シ其ノ請求ニ係ル土地全部ヲ贈與シ即時移轉登記手續ヲ爲スヘク同時ニ崔善鎮ハ原告ノ親權者母鞠塚蓮ヲシテ右贈與セル不動産ヲ管理セシメス自己ヲ管理者ト指定シタルモノナルコトヲ認メ得ヘク原判決ノ認定セル所之ニ異ラス尤モ右乙第一號證記載ノ和解條項タル第五項ニ依レハ「本件和解以外ニ付原被告ハ一切ノ主張ヲナササルコト」トアリ原判示ニ所謂原告ニ於テ其ノ他一切ノ請求ヲ拋棄シタル事實ト謂ヘルハ右條項ニ基ク認定タルカ如シト雖其ノ所謂一切ノ請求トハ何ヲ指スカ分明ナラス乃チ崔善鎮ノ給付ニ對シテ原告ノ反對出捐ノ如何ナルモノナルヤヲ知ルヲ得サル限り直チニ以テ崔善鎮ノ給付カ有價的ナリト論斷スルヲ得ス此ノ點ニ於テ原判決ハ審理不盡ノ憾ミナシトセス唯單ニ裁判上ノ和解ナルカ故ニ有價的ナリトスルニ於テハ冒頭說示ノ理論ニ反スルモノアリ加之右和解ハ原告カ係争土地ニ付贈與ヲ受ケタル旨主張セルニ對シ崔善鎮ハ之カ贈與ヲ爲シ同時ニ土地ノ管理ヲ第三者ヲシテ爲サシムル意思表示ヲ爲シタル場合ニシテ斯ノ如キハ民法第八百九十二條第一項ニ所謂無償ニテ子ニ財産ヲ與フル第三者カ

親權ヲ行フ父又ハ母ヲシテ之ヲ管理セシメサル意思ヲ表示シタルトキニ該當スルモノト做スヲ相當トス蓋贈與ノ履行請求ニ對シ贈與ノ意思表示ヲ爲スハ原因行爲ノ認諾ニシテ管理權ノ留保ニ對スル承認ハ對價的關係ニ於テノ讓歩ニ非サルヲ以テ無償ノ給付ト見ルヲ相當トスヘク其ノ原因行爲ノ主張ハ原告ノ被相續人タル先代カ受贈セリト謂フニ在リト雖贈與ノ認諾ニ當テ親權者ヲシテ管理セシメサルノ意思表示ヲ爲スハ未成年者ニ對シ贈與ノ意思表示ヲ爲スト同時ニ親權者ヲシテ管理セシメサルノ意思表示ヲ爲シタルト同一ニ論シ得ヘク右法條ノ律意ニ反スルコトナカルヘケレハナリ既ニ右法條ノ適用ヲ受クヘキ場合トセハ管理者ニ指定セラレタル崔善鎮ハ財産管理ノ目的ヲ達スルニ必要ナル限りハ未成年者ニ代テ裁判上裁判外一切ノ行爲ヲ爲ス權限ヲ有スヘク本件ノ如キ小作料請求訴訟ニ付原告ノ法律上代理人トシテ訴訟行爲ヲ爲スノ權アルハ當然ナリ然ルニ原判決カ崔善鎮ニ付法律上代理權ナキモノトシ本件訴ヲ却下セルハ失當ニシテ論旨理由アリ原判決ハ破毀ヲ免レス

○強制執行異議事件

(昭和九年民上第三七〇號 棄却)
 同年十月三十日民事部判決

【原告】 被控訴人 上告人 金達伊外十五名訴訟代理人 李 恩 益
 【被告】 控訴人 被上告人 鄭 德 珠

債務名義ナクシテ第三債務者ニ對シテ爲シタル強制執行ト不服方法

○判示事項

債務名義ナクシテ第三債務者ニ對シテ爲シタル強制執行ト不服方法

○判例要旨

有體動産給付請求權ノ差押命令アルモ第三債務者ニ對スル債務名義ニ基クコトナクシテ其ノ占有ニ在ル動産ニ付強制執行ヲ爲スハ不法ニシテ之ニ對シテハ民事訴訟法第五百四十四條ノ異議申立ヲ爲シ得ヘシト雖該強制執行ハ直接第三債務者ニ對シテ爲サレタルモノナルカ故ニ第三債務者ハ第三者トシテ同法第五百四十九條所定異議ノ訴ニ依リテ其ノ排除ヲ求ムルヲ得ス

【要旨】 民事訴訟法第五百四十四條 強制執行ノ方法又ハ執行ニ際シ執達吏ノ遵守ス可キ手續ニ關スル申立及ヒ異議ニ付テハ執行裁判所之ヲ裁判ス又ハ執行裁判所ハ第五百二十二條第二項ニ定メタル命令ヲ發スル權ヲ有ス

執達吏カ執行委任ヲ受ケルヲ拒ミ若クハ委任ニ從ヒ執行行爲ヲ實施スルコトヲ拒ミタルトキ又ハ執達吏ノ計算セシ手續

料ニ付キ異議アルトキハ執行裁判所之ヲ裁判スル權ヲ有ス

同法第五百四十九條 第三者カ強制執行ノ目的物ニ付キ所有權ヲ主張シ其他目的物ノ讓渡若クハ引渡ヲ妨ケル權利ヲ主張スルトキハ訴ヲ以テ債權者ニ對シ其強制執行ニ對スル異議ヲ主張シ又債務者ニ於テ其異議ヲ正當ナリトセサルトキハ債

權者及ヒ債務者ニ對シテ之ヲ主張ス可シ
(以下略)

○事實

原告等ノ原審ニ於ケル請求原因ノ要旨ハ被告ハ訴外李相麟ニ對スル當院昭和七年民第一、二七四號貸金請求事件ノ執行力アル認諾調書正本ニ依ル當院昭和八年民執第六四〇號原告等ヲ第三債務者トセル有體動産給付請求權差押命令正本ニ基キ昭和八年十二月十四日原告等ノ住所ニ於テ原告等ヨリ訴外李相麟ニ給付スヘキ小作料ナリトシテ別紙目録記載ノ租ニ付キ之方引渡ノ強制執行ヲ爲シタルモ右目録記載ノ第一ノ租五斗ハ原告金述伊同第二ノ租一石八斗ハ原告金尙辰同第三ノ租二石二斗ハ原告張泳用同第四ノ租一石四斗ハ原告鄭鎮箕同第五ノ租二石四斗ハ原告李植厚同第六ノ租一石ハ原告尹炳殷同第七ノ租六石ハ原告金仁德同第八ノ租二石四斗ハ原告金小石同第九ノ租五石ハ原告金星辰同第十ノ租二石四斗ハ原告金尙權同第十一ノ租三石一斗ハ原告李圭文同第十二ノ租一石五斗ハ原告崔在益同第十三ノ租一石四斗ハ原告韓根洙同第十四ノ租四石五斗ハ原告金敬先同第十五ノ租八斗ハ原告李太岩同第十六ノ租七石八斗ハ原告崔在潤ノ所有ニシテ訴外李相麟ニ給付スヘキ小作料ニアラズ即チ右租ハ原告等カ訴外李相麟ノ所有土地ヲ小作シテ收穫シタルモノニハ相違ナキモ同訴外人ハ其ノ所有ニ係ル右小作土地ヲ昭和八年五月一日訴外金翰殷ニ對シ同ク五年間賃貸シ原告等ハ右金翰殷ヨリ小作權ヲ得テ昭和八年度ノ小作ヲ爲シタルモノナリ左レハ原告等ハ同年度ニ於テハ訴外李相麟ニ對シテハ何等小作料ヲ納ムヘキ義務ナキノミナラス既ニ同年度ノ小作料ヲ右金翰殷ニ納付シ其ノ殘租(原告等ノ所得タルヘキ租)ヲ前記目録記載ノ如ク所有シ居リタルモノナレハ之ニ對シ訴外李相麟ニ對スル前敘差押命令ノミニ依リ被告ノ爲シタル前敘強制執行ハ不法ノモノナルコト明カナルヲ以テ之カ排除ヲ求ムル爲メ本訴請求ニ及ヒタリト謂フニ在リ

被告答辯ノ要旨ハ本件争ニ係ル租ハ執レモ訴外李相麟カ其ノ所有土地ヲ昭和八年度ニ於テ原告等ヲシテ小作セシメ原告等ヨ

債務名義ナクシテ第三債務者ニ對シテ爲シタル強制執行ト不服方法

リ小作料トシテ右李相隣ニ納付スヘキモノニシテ原告等ノ各所有ニ歸スヘキモノニアラサルノミナラス假ニ賃料ノ定メアリタリトスルモ右賃貸借契約ハ訴外李相隣カ被告ニ對スル債務ヲ辨濟セザランカ爲メ訴外金翰股ト通シテ爲シタル虚偽ノ意思表示ナルヲ以テ無効ノモノナリト謂フニ在リ

第二審裁判所ハ原告等ハ訴外李相隣ハ原告等ニ對シ小作料請求權ヲ有セサルコト即チ本件差押ノ目的物タル權利ノ不存在ヲ主張シテ被告ノ爲シタル前記強制執行ニ對スル異議ノ理由ト爲スヲ以テ按スルニ凡ソ有體動産ノ請求ノ差押ノ場合ニ於テ差押ノ目的物タル權利カ實在セザルトキハ第三債務者ハ執達吏ニ對シ有體動産ノ引渡ヲ拒ミ得ヘク執達吏ハ第三債務者ノ意思ニ反シテ其占有ヲ奪フコトヲ得サルモノニシテ第三債務者カ其引渡ヲ拒ミタル場合ニ於テハ差押債權者ハ第三債務者ヲ相手取り當該有體物ヲ執達吏ニ引渡スヘシトノ訴ヲ提起シ其判決ニ因ル債務名義ヲ得タル上引渡ヲ強制シ得ルニ過キヌ又若シ執達吏カ第三債務者ノ意思ニ反シテ占有ヲ奪ヒタル場合ニ於テハ第三債務者ハ民事訴訟法第五百四十四條ニ依リ異議ヲ主張シ執達吏ノ違法處分ノ是正ヲ求メ得ヘシ即チ有體動産ノ請求ノ差押ノ場合ニ於テ差押ノ目的物タル權利ノ存在セザルトキハ第三債務者ハ其差押ニ依リ何等私權ノ侵害ヲ受クルコトナキモノニシテ民事訴訟法第五百四十九條ニ所謂強制執行ノ目的物ニ付讓渡若クハ引渡ヲ妨クル權利ヲ有スル第三者ニ該當セザルモノト謂フヘキモノナルヲ以テ原告等カ差押ノ目的物タル權利ノ存在セザルコトヲ理由トシテ本件強制執行ノ排除ヲ求メントスルハ不當ナリト謂ハサルヘカラスト說示シ次ニ原告等ハ本件紐ニ付キ所有權ヲ主張シ之ヲ以テ異議ノ理由ト爲セトモ

本件強制執行ハ小作料ノ給付請求權ニ對シ爲サレタルモノニシテ有體動産タル紐自體ヲ以テ其目的物ト爲スモノニアラサルカ故ニ紐ノ所有權ヲ主張シテ本件強制執行ニ對スル異議ノ理由ト爲スハ當ラサルモノトストシ原告ノ本訴異議ハ理由ナキコト明カナルヲ以テ之ヲ排斥スヘキモノトスト判示シタリ

○ 上告理由

上告理由第一點ハ原判決ハ其ノ理由ニ於テ云々先ツ原告等ハ訴外李相隣ハ原告等ニ對シ小作料請求權ヲ有セサルコト即チ本件差押ノ目的物タル權利ノ不存在ヲ主張シテ被告ノ爲シタル前記強制執行ニ對スル異議ノ理由ト爲スヲ以テ按スルニ云々第三債務者ハ執達吏ニ對シ有體動産ノ引渡ヲ拒ミ得ヘク云々若シ執達吏カ第三者ノ意思ニ反シテ占有ヲ奪ヒタル場合ニ於テハ第三債務者ハ民事訴訟法第五百四十四條ニ依リ異議ヲ主張シ執達吏ノ執行處分ノ是正ヲ求メ得ヘシ即チ有體動産ノ請求ノ差押ノ場合ニ於テ差押ノ目的物タル權利ノ存在セザルトキハ第三債務者ハ其ノ差押アルニ拘ラス何等權利ノ侵害ヲ受クルコトナキモノニシテ民事訴訟法第五百四十九條ニ所謂強制執行目的物ニ讓渡若クハ引渡ヲ妨クル權利ヲ有スル第三者ニ該當セザルモノト謂フヘキモノナルヲ以テ原告等カ差押ノ目的物タル權利ノ存在セザルコトヲ理由トシテ本件強制執行ノ排除ヲ求メントスルハ不當ナリト說示セラレタリ然レトモ強制執行ノ異議ニ關スル前提要件カ民事訴訟法第五百四十四條ノ規定ニ依ル方法タルト同時ニ他ノ權利保護ノ方法ノ前提要件タルヘキ場合ニ於テハ其ノ權利ヲ害セラレタル利害關係人ハ自由ニ其ノ何レカヲ選擇シテ異議ノ原因ト爲シ得ルモノニシテ本件原告等ノ主張ハ債務

債務名義ナクシテ第三債務者ニ對シテ爲シタル強制執行ト不服方法

者タル訴外李相隣ハ原告等ニ對シ本件租ノ給付請求權ヲ有セサルモノニシテ該租ハ全ク原告ノ所有ニ屬セル
 モノナリト云フニ在リ且右事實ハ被告ノ是認セル所ナリ果シテ然ラハ本件有體動産給付請求權ノ差押命令ハ
 右租カ李相隣ノ權利ニ屬セサル點ニ於テ不法ノ執行處分タルヲ免レサルモノナルヲ以テ利害關係人タル原告
 ハ之ヲ理由トシテ民事訴訟法第五百四十四條ニ依ル異議ノ申立ヲ爲シ得ヘク又原告等ハ本件租ノ所有者ニシ
 テ執行ノ目的物ノ讓渡ヲ妨クルノ權利ヲ有スルモノナルヲ以テ此ノ點ニ付テハ原告等ハ所有權ノ侵害ヲ理由
 トシ第三者ノ資格ニ於テ民事訴訟法第五百四十九條ニ依ル執行ノ異議ヲ訴フルコトヲ得ルモノト云ハサルヲ
 得ス然ルニ原判決ハ本件租カ原告等ノ所有ニシテ訴外李相隣ノ權利ニ屬セサル以上本件差押命令ニ依リ何等
 權利ノ侵害ヲ受クヘキモノニアラストノ前提ノ下ニ本件原告ノ請求ヲ排斥セラレタルハ前項民事訴訟法第五
 百四十九條ノ解釋ヲ誤リタル不法アリト信スト謂ヒ

同第二點ハ原判決ハ其ノ理由ニ於テ「次ニ原告等ハ本件租ニ付所有權ヲ主張シ之ヲ以テ異議ノ理由ト爲セト
 モ本件強制執行ハ小作租ノ給付請求權ニ對シ爲サレタルモノニシテ有體動産タル租ノ自體ヲ以テ其目的物ト
 爲スモノニアラサルカ故ニ租ノ所有權ヲ主張シテ本件強制執行ニ對スル異議ノ理由ト爲スハ當ラサルモノト
 ス」ト説示セラレタリ然レトモ民事訴訟法第五百四十九條ニ所謂強制執行ノ目的物ナルモノハ必スシモ有體
 物ノミヲ指シタルモノニ非スシテ本件ノ如キ財產權ヲモ之ニ包含セシメタル法意ナルコトハ同條カ民事訴訟
 法ノ總則中ニ規定セラレタル點及同條中「讓渡若クハ引渡」ナル文字ヲ用ヒラレタル點ヨリ見テ一點ノ疑ナ

キ所ニシテ若シ原判決説示ノ如ク狹義ニ解釋スヘキモノトセハ彼ノ金錢債權ノ讓渡ヲ受ケタル第三者ハ該債
 權ニ付他ノ債權者ノ爲シタル債權差押ニ對シ第三者トシテノ執行異議ヲ主張スルヲ得サルニ至ルヘキナリ而
 シテ本件ニ於テ原告カ異議ノ原因ト爲セル所有權ナルモノハ本件租ノ讓渡ヲ妨クヘキ權利ナリトシテ主張セ
 ルモノニシテ本件差押ノ目的タル租ノ給付請求權ハ租其ノモノヲ離レテ存在ヲ許スヘキモノニアラサルヲ以
 テ租ノ所有權ヲ主張スレハコソ本件租ノ給付請求權ニ對スル執行排斥ノ目的ヲ達スヘキナリ然ルニ原判決ハ
 前記ノ如キ説示ノ下ニ原告ノ請求ヲ不當ナリト判斷セラレタルハ不法ニシテ破毀ヲ免レサルモノトスト謂フ
 ニ在リ

○判決理由

然レトモ本件有體動産給付請求權ノ差押命令ハ原告等ヲ第三債務者トスル債務者李相隣ノ權利ニ付テ爲サレ
 タルモノナルカ故ニ李相隣カ該請求權ヲ有セサルトキハ原告等ハ其ノ動産ノ引渡ヲ拒ミ得ヘク引渡ノ強制執
 行ハ別ニ原告等ニ對スル債務名義ニ依ラサルヘカラス故ニ差押命令ノ有無ニ拘ラス原告等ニ對スル債務名義
 ニ依ラスシテ執達吏カ直接原告等ノ占有ニ在ル動産ニ付強制執行ヲ爲スハ不法ニシテ其ノ不法ナル強制執行
 ハ排除ハ專ラ民事訴訟法第五百四十四條ノ異議申立ノ方法ニ依ルヘク同法第五百四十九條ノ訴ニ依ルヲ得サ
 ルナリ其ノ不法ハ強制執行カ債務名義ニ基カサルニ存シ其ノ原告等ニ對スル執行ナル點ニ於テ原告等ハ第三
 者ニ非サルカ故ナリ所論原判示ハ結局之ト同一見解ニ出テタルモノニシテ正當ナリ論旨ハ凡テ採用スルヲ得ス

○詐害行為取消及土地所有權移轉登記請求事件 (昭和九年民上第三九九號 棄却)

【原告】 被控訴人 被上告人 韓 殷 植
 【被告】 控訴人 上告人 韓 東 濟 法定代理人親權者父 韓 泰 卿
 【被告】 控訴人 上告人 韓 泰 卿 被告兩名訴訟代理人 韓 相 範
 【第一審】 平壤地方法院安州支廳 【第二審】 平壤覆審法院

○判示事項

代物辨濟ヲ約シタル土地ノ處分ト詐害行為

○判例要旨

債務者カ代物辨濟ヲ爲スヘク約シタル土地ニ付債權者ニ移轉登記ヲ爲ス以前之ヲ第三者ニ移轉シ登記ヲ了シタルトキハ債權者ハ其ノ本來ノ金錢債權ヲ詐害セラレタルモノトシテ右第三者(受益者)ニ對シ移轉行為ノ取消ヲ主張シ得ルモノトス

【參照】 民法第四百二十四條 債權者ハ債務者カ其債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル法律行為ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但其行為ニ因リテ利益ヲ受ケタル者又ハ轉得者カ其行為又ハ轉得ノ當時債權者ヲ害スヘキ事實ヲ知ラザリシトキハ此限ニ在ラス
 前項ノ規定ハ財產權ヲ目的トセサル法律行為ニハ之ヲ適用セス
 同法第四百八十二條 債務者カ債權者ノ承諾ヲ以テ其負擔シタル給付ニ代ヘテ他ノ給付ヲ爲シタルトキハ其給付ハ辨濟ト同一ノ效力ヲ有ス

○事 實

原告ノ原審ニ於ケル請求原因ノ要旨ハ原告ハ昭和六年十二月頃被告韓泰卿ノ代理人金南斗金元弘ノ兩名ヨリ被告韓泰卿ノ所有ニ係ル安州郡新安州面立石面大尼面所在ノ土地二十餘萬坪ヲ賣却スルニ付其ノ紹介方依頼ヲ受ケ之レヲ訴外安炳謙ニ紹介シ代金三萬一千百圓ニテ賣渡契約ヲ爲シタル處被告ハ安炳謙ニ對シ所有權移轉登記手續ヲ履行セサルヨリ安炳謙ハ之レカ請求訴訟ヲ提起シタル結果被告ニ於テ敗訴シ其ノ後更ニ控訴審ニ繫屬中昭和七年四月頃原告等ノ斡旋ニ依リ被告ハ金一千圓ノ増金ヲ受取り和解ノ上昭和七年七月中所有權移轉登記ヲ完了セリ依テ原告ハ被告韓泰卿ニ對シ當地方一般ノ慣例ニ依ル賣買代金ノ百分ノ一タル紹介料金三百一十一圓ノ支拂ヲ請求シタル處同被告ハ調金不能ノ爲メ昭和七年七月十八日其ノ所有ニ係ル本件土地ニ筆ヲ以テ代物辨濟ヲ爲スヘク懇請スルニヨリ原告ハ之ヲ承諾シ同土地ノ引渡ヲ受ケルト同時ニ被告ヨリ所有權移轉登記申請ニ必要ナル書類(甲號各證)ノ交付ヲ受ケ居リシ處原告ハ都合ニ依リ其ノ登記申請ヲ遲延シ居リシ爲メ同被告ハ未タ自己ノ所有名義ニ存スルヲ奇貨トシ原告ノ右債權ヲ詐害スル目的ヲ以テ昭和八年六月三十日同被告ノ五男當五歲ノ幼者タル相被告韓東濟ニ賣渡シタルモノノ如ク假裝シ賣買名義ニ因リ所有權移轉登記ヲ爲シタルニ付被告韓東濟及被告韓泰卿間ノ賣買行為ノ取消及移轉登記ノ抹消登記及被告韓泰卿ニ對シテハ原告ニ對シ右代物辨濟契約ニ因ル所有權移轉登記手續ヲ求ムル爲メ本訴請求ニ及ヒタリト謂フニ在リ
 被告等ノ答辯ノ要旨ハ被告ノ代理人金南斗等ハ訴外安炳謙ニ右土地ヲ賣渡ス際原告ニ其ノ紹介ヲ依頼シタルコトナキヲ以テ紹介料支拂ノ義務ナク從テ原告主張ノ本件土地ヲ以テ代物辨濟契約ヲ爲シタルコトナシ若假リニ紹介料支拂ノ義務アリトスルモ安州地方ニ於ケル賣買價格百分ノ一ニ相當スル金員ヲ支拂フ慣習ナシ唯被告ハ原告カ昭和七年五月中訴外安炳謙ヨリ紹介料ノ支拂ヲ受ケヘキ債權ヲ有スル處同人ハ所持金ナキ爲メ被告ヨリ買受ケタル土地中紹介料ニ相當スル本件土地ヲ以テ代物辨濟ヲ爲スヘク契約シタルニ付中間登記ヲ省略シ被告ヨリ直接原告ニ所有權移轉登記ヲ爲サレタキ旨要求スルヲ以テ被告

代物辨濟ヲ約シタル土地ノ處分ト詐害行為

ハ地番等ノ取調モ爲サス原告ヲ信シ本件土地ハ全ク安炳謙ニ賣渡シタル土地ノ一部ナリト思料シ原告ノ提供スル書類(甲號各證)ニ捺印シ原告ニ交付シタル處其ノ後本件土地ハ安炳謙ニ賣渡シタル土地ニアラサルコト判明シタル次第ニテ右ハ全ク法律行爲ノ要素ニ錯誤アリシモノニテ無効ノモノナリ故ニ本件土地ヲ被告韓東濟ニ贈與シ賣買名義ニ因リ所有權移轉登記ヲ爲セシモ原告ニ何等關係ナク原告ノ詐害行爲ニ因ル法律行爲ノ取消ノ請求ハ失當ナリ被告韓東濟ハ父タル相被告韓泰卿ヨリ贈法ニ贈與ヲ受ケ賣買名義ニ因リ所有權移轉登記ヲ受ケタルモノニシテ原告主張ノ如キ詐害行爲ノ事實ハ不知ナルノミナラズ原告ハ相被告ニ對シ何等ノ債權ナキヲ以テ詐害行爲トナルヘキニアラス依テ執レモ其ノ請求ニ應スル義務ナシ若假リニ被告韓泰卿代理人カ原告ニ仲介ヲ依頼シタリトスルモ原告ハ許可ヲ受ケタル紹介業者ニ非サルヲ以テ紹介料ノ請求權ナシ又假ニ原告ニ對スル仲介料支拂ノ契約アリシトスルモ其ノ仲介料ハ金五百圓ト定メ且本件賣買代金カ低廉ナル價格ナリシ爲右仲介料ハ買主側ニ於テ負擔スルコトヲ約シタリ而シテ本件土地ノ買主ハ安炳謙及金羅ノ兩名ニシテ右五百圓ハ金羅ニ於テ支拂濟ナルヲ以テ更ニ被告韓泰卿ニ於テ支拂ノ義務ナシ假ニ原告主張ノ如キ事實ナリトスルモ特定物ノ給付ヲ目的トスル債權ヲ有スルニ過キサル原告ハ詐害行爲取消權ヲ有スルモノニアラスト謂フニ在リ

第二審裁判所ニ證據ニ依リ被告韓泰卿ハ訴外金南斗及金元弘ヲ代理人トシテ昭和六年十二月中原告ノ仲介ニ依リ訴外安炳謙ニ對シ平安南道新安州面外二三面所在ノ土地ヲ代金三萬一千餘圓ヲ以テ賣渡シタルカ其ノ後同被告ハ安炳謙ヲ相手取り右賣買無効ノ訴ヲ提起シ其ノ訴訟繫屬中和解ヲ爲シ右安炳謙ハ同被告ニ對シ右代金ノ外ニ金一千圓ヲ渡シ昭和七年七月中右土地ノ所有權移轉登記ヲ經由シタルコト右賣買ノ土地ニ於テ賣買ノ仲介料ハ特約ナキ限り賣主及買主共賣買代金ノ百分ノ一ヲ支拂フ慣習アルコト及原告ト被告韓泰卿間ニ仲介料ニ付何等特約ヲ爲シタルコトナキコトヲ認ムトシ從テ原告ハ被告韓泰卿ニ對シ右賣買代金ノ百分ノ一ニ

相當スル仲介料債權ヲ有スルトコロ成立ニ爭ナキ甲第一號證ニ依レハ被告韓泰卿ハ右原告ノ仲介料債權ニ付原告主張ノ土地ヲ以テ代物辨濟ヲ爲スヘキ契約ヲ爲シタルコトヲ認メ被告等ノ抗辯ヲ排斥シ然リ而シテ被告韓泰卿カ本件法律行爲以降本件土地以外ニ財產ナキコトハ被告ノ爭ハサルトコロニシテ之ニ當事者間爭ナキ本件登記上ノ買主タル被告韓泰卿ノ五男ニシテ當五歲ナルコト及敍上認定ノ事實ヲ綜合スレハ本件登記原因タル法律行爲ハ虛偽ノ意思表示ニシテ少クトモ原告ノ前記仲介料債權ヲ詐害スル目的ニ出テタルコトヲ認メ得ヘシト説示シ果シテ然ラハ本件詐害行爲ノ取消及之ニ基ク本件登記ノ抹消竝被告韓泰卿ニ對スル本件代物辨濟ノ約束ニ因ル所有權移轉登記手續ノ履行ヲ求ムル原告ノ請求ハ理由アリト判示シ原告ノ請求ヲ認容シタリ

○ 上告理由

上告理由第一點ハ原判決ハ原告主張ノ代物辨濟ノ事實ニ付單ニ代物辨濟ノ豫約アリシニ過キササルモノト解シタルモノナルヤ將又代物辨濟成立セシモノト解シタルモノナルヤ不明ナリ本件訴狀ニ於テ「被告韓泰卿ハ現金ニテ支拂フコトハ困難ナルト云ヒ乍ラ自己ノ所有タル別紙目錄記載ノ土地二筆ヲ以テ代物辨濟ヲ爲スヘキ旨懇願スルニ付原告ハ之レヲ承諾シ被告韓泰卿ヨリ代物辨濟ノ意思表示タル證書及ヒ之ニ關スル土地所有權移轉登記書類ノ差入ヲ受クルト同時ニ同土地ノ引渡ヲ受ケ爾來原告ニ於テ管理シ來リタルニヨリ昭和七年度ノ收穫物ヲモ原告ニ於テ取得シタル云々、」被告韓泰卿ハ本件目的ノ土地カ原告ノ所有ナルニ拘ラス自己

ノ名義ニアルコトヲ奇貨云々、」ノ記載ニ徴シテ原告ノ主張カ代物辨濟ノ成立セシコトヲ主張セルモノナルヤ洵ニ明瞭ナリ然ルニモ拘ラス原裁判所カ若シ之レヲ代物辨濟ノ豫約ナリシト解シタルモノトセハ開ハ原告ノ主張ヲ誤解シタルノ甚シキモノト云ハサルヲ得サルヘク若又原審ニ於テ原告主張ノ代物辨濟ノ成立ハ之レヲ認メ得ヘキモ原告ノ所謂仲介料請求ノ債權カ消滅セサリシモノ故原告ニ猶本件詐害行為取消ノ請求權アルモノトノ見解ナリトセハ開ハ明ニ法理ヲ誤解セルモノト謂ハサルヲ得サルヘシ何ントナレハ原則トシテ代物辨濟成立セハ同時ニ本來ノ債務ハ當然消滅セルモノト謂フヘク若シ債務ノ消滅ヲ一時欲セサラントスルニハ寧ロスル特約ノ存スルヲ要スルモノト爲スヲ理ノ當然ト爲スヘキニ非サルカ然ルニ原審ハ代物辨濟ノ契約ハ認メ乍ラモ却テ仲介料債務ノ消滅ノ特約無キヲ以テ原告ニ依然トシテ仲介料請求ノ債權存續セルモノト趣旨ノ説示ナルニ於テ其ノ齟齬ノ甚タシキモノト謂フヘシ要之原判決ハ理由不備ノモノニテ破棄ヲ免レサルモノト信スト謂ヒ

同第三點ハ前敍ノ如ク本件原告主張ノ仲介料債權ハ原告主張ノ代物辨濟ニ因リ當然消滅セルモノニシテ從テ原告ハ被告韓泰卿ニ對シ何等ノ債權ヲ有セス單ニ本件土地ノ引渡請求權ヲ有スルモノタルニ過キス而シテ斯ル特定物ノ引渡請求權者ハ當該特定物タル不動産ノ取得ニ因リ所有權移轉登記ヲ受ケタル者ニ對シ詐害行為取消請求權ヲ有セサルモノナルコトハ學說判例上異論無キ處ナリ原審ニ於ケル被告ノ此ノ趣旨ノ抗辯ヲ排斥シタル原判決ハ前敍ノ如キ誤解誤認ニ基ケルモノニシテ其ノ違法タルヤ明ナリト謂フニ在リ

○ 判決理由

代物辨濟ハ本來ノ給付ニ非サル他ノ給付ヲ爲シ仍テ債權ヲ消滅セシムル契約ナルカ故ニ他ノ給付カ不動産所有權ノ移轉ナルトキハタダニ當事者カ其ノ意思表示ヲ爲スヲ以テ足レリトセス登記其ノ他引渡行為ヲ了シ第三者ニ對スル關係ニ於テモ全ク完了スルニ非サレハ成立スヘキモノニ非ス之レ當院ノ夙ニ判例トスル所ナリ（大正十年民上第七五、七六號同年五月三日言渡判決）從テ其ノ成立以前ニ於テハ特約ノ存スルモノナキ限り債權ハ依然存續シ所有權移轉ノ意思表示ニ依リ當然消滅スルコトナシ唯當事者間ニ於テハ他ノ給付ヲ爲シ得ル狀態ノ下ニ在ル限り先ツ以テ之カ履行ヲ求ムルヲ相當トスヘシト雖之レ當事者カ本來ノ債務ノ辨濟方法トシテ他ノ給付ヲ爲スヘク約シタルカ故ニシテ債權ノ消滅セルカ故ニ非サルナリ（昭和七年民上第一號同年四月十五日言渡本院判決參照）故ニ債務者カ其ノ名義ニ在ル不動産ヲ第三者ニ移轉シ登記ヲ了シタルトキハ該不動産カ債權者トハ間ニ代物辨濟ヲ爲スヘク約シタルモノナリトスルモ債權者ハ其ノ本來ノ金錢債權ヲ詐害セラレタルモノトシ受益者ニ對シテ其ノ移轉行為ノ取消ヲ求メ得サルヘカラス但詐害行為取消ノ結果不動産カ債務者ニ復歸シタルトキハ債權者ハ之カ所有權ノ移轉ヲ請求シ得ヘク從テ本來ノ金錢債權ニ基テ請求スルコトヲ得スト雖尙ホ詐害行為ノ取消ニ因ツテ保全セラルヘキモノハ本來ノ金錢債權ナリト云フヲ妨ケス原判決ハ代物辨濟ノ成立ヲ是認セルニ非ス之ハ判文自體明白ニシテ疑ヲ容レヌ又登記完了前ニ在リテモ債權ヲ

消滅セシムヘキ特約ハ敢テ禁スル所ニ非スト雖原判決ハ斯ル特約ノ存在ヲ否定セル趣旨ニシテ反對ノ特約ナ
キ限リ當然消滅スト爲スハ論旨ノ獨斷ノミ尤モ原告ハ訴狀ニ於テ本件土地ノ所有權ヲ侵害セラレタル如ク主
張セルコトハ所論ノ如シト雖債權ノ存在ハ終始一貫主張セル所ナレハ右訴狀ノ主張ハ法律上ノ解釋ノ誤解ニ
坐セルカ如ク特定物ノ給付ヲ目的トスル請求權ヲ害セラレタリト謂フニ非サルヲ以テ原判示ヲ以テ原告ノ主
張ニ副ハサルモノト謂フヲ得ス論旨ハ何レモ理由ナシ

○ 上告理由

同第二點ハ原判決ハ被告韓泰卿カ其ノ五男タル被告韓東濟ニ本件土地ヲ贈與シ所有權移轉登記ヲ爲シタルハ
虛偽ノ意思表示ニシテ仲介料債權ヲ詐害スル目的ニ出テタルコトヲ認メ得ヘシ云々ト判定シタルトモ此ハ全
ク證據ニ依ラサルモノ(此點ニ付證據ノ見ルヘキモノナシ)ニシテ其ノ不法タルヤ論ヲ俟タスト謂フニ在リ

○ 判決理由

然レトモ原判示ニ從ヘハ韓泰卿ハ他ニ原告ノ債權ヲ辨濟スルニ足ル資力ナクシテ本件土地ヲ處分セリト謂フ
ニ在ルヲ以テ同人カ詐害ノ目的ヲ以テ爲シタルノモト謂フヘク韓東濟カ善意ナリシコトノ立證ナキ限リ其ノ移
轉行爲カ虛偽ナルト否ニ拘ラス詐害行爲ヲ構成スヘク所論ノ當否ニ關セスシテ原判決ハ正鵠ヲ得タルモノト
ス本論旨亦理由ナシ

○ 不當利得金請求事件

(昭和九年民上第三八〇號 破毀差戻)
同 年十一月六日民事部判決

【原告】 被控訴人 被上告人 李 熙 明 訴訟代理人 李 珍 夏
【被告】 控訴人 上告人 吳 圭 三 法定代理人後見人吳圭錫 訴訟代理人 小松淺五郎

【第一審】 京城地方法院 【第二審】 京城覆審法院

○ 判示事項

民事訴訟法第一百五十九條ニ所謂責ニ歸スヘカラサル事由
公示送達ト轉居ニ因ル不變期間ノ不遵守

○ 判例要旨

一、民事訴訟法第一百五十九條ニ所謂其ノ責ニ歸スヘカラストハ不變期間
ノ進行ノ事實ヲ知ラス且之ヲ知ラサルコトニ付過失ナキ場合ヲモ包
含ス

二、訴訟書類カ被告ノ前住所ニ送達セラレタルニ因リ送達不能ト爲リタ
ル爲住所ノ知レサルモノトシテ公示送達セラレタル場合ニ被告力訴
提起前他ニ轉居セルコトカ原告トノ争ヲ回遷シ其ノ訴求ヲ免レ若ハ

民事訴訟法第一百五十九條ニ所謂責ニ歸スヘカラサル事由
公示送達ト轉居ニ因ル不變期間ノ不遵守

困難ナラシメントノ意圖ニ出テタルカ如キ事情ノ存セサル限寧口過失ナクシテ判決ノ送達ヲ知ラサリシモノト爲スヲ相當トス

【事】 民事訴訟法第五十九條 當事者カ其ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リ不變期間ヲ遵守スルコト能ハサリシ場合ニ於テハ其ノ事由ノ止ミタル後一週間内ニ限り懈怠シタル訴訟行爲ノ追完ヲ爲スコトヲ得此ノ期間ニ付テハ前條ノ規定ヲ適用セ

○事 實

原告代理人ノ原審ニ於ケル請求原因ノ要旨ハ被告ハ訴外吳世峻ノ先代吳禎煥カ其ノ生存中大正十三年頃被告所有ニ係ル不動產ニ付何等所有權取得ノ原因ナクシテ右吳禎煥名義ニ其ノ所有權移轉登記手續ヲ爲シタルコトヲ理由トシテ大正十五年中右吳禎煥ヲ相手取り京城地方法院ニ右土地所有權移轉登記抹消手續履行請求訴訟ヲ提起シタル處右吳禎煥敗訴ノ判決言渡アリタルヲ以テ右吳禎煥ハ之ヲ不服トシテ控訴シ該事件カ京城覆審法院ニ昭和二年民控第四九九號事件トシテ繫屬中昭和六年七月三十一日被告ノ後見人金寬植トノ間ニ(1)吳禎煥ハ被告ニ對シ金一萬一千圓ヲ支拂フコト(2)被告ハ係争ノ土地所有權ヲ拋棄スルコトノ二條件ヲ以テ法廷外ノ和解ヲ爲シタル上右吳禎煥ハ被告ニ對シ即日金四千圓ヲ更ニ數日ヲ經テ金七千圓ノ各支拂ヲ爲シタル爲金寬植ハ前記控訴事件ノ取下ヲ爲シタリ然ル處被告ハ金寬植カ前記ノ如ク和解契約竝控訴取下ヲ爲シタルハ同人ニ於テ親族會ノ同意ヲ得スシテ後見人ニ選任セラレタル所謂適法ナル法定代理人タルノ資格ヲ有セスシテ爲シタルモノナレハ前記和解契約及控訴取下ハ何レモ無効ナリト主張シ其ノ後更ニ後見人選任ノ上右取下控訴事件ニ付期日指定ノ申請ヲ爲シタル處同覆審法院ニ於テ該申請ニ付之ヲ理由アルモノト認メ右吳禎煥敗訴ノ判決言渡アリシヨリ右吳禎煥ハ右控訴判決ヲ不服トシ上告ヲ爲シタル處昭和六年九月十五日上告棄却ノ判決言渡アリテ吳禎煥敗訴判決確定シタルヲ以テ右吳禎煥ハ昭和七年秋頃迄數回ニ互リ本件係争土地ニ付爲シタル所有權移轉登記ノ抹消ヲ爲シ被告ハ本件土地ニ付其ノ所有權ヲ取得シタル

爲メ被告ハ前掲和解契約ニ基キ取得シタル金一萬一千圓ハ之ヲ不當ニ利得スルニ至リタルモノナル處右吳禎煥ハ昭和七年五月二十三日死亡シ訴外吳世峻ニ於テ其ノ家督相続ヲ爲シ同人ハ昭和八年七月十七日被告ニ對スル本件不當利得返還請求債權(金一萬一千圓)ヲ訴外權赫采ニ讓渡シテ同日其ノ旨被告ニ通知シ更ニ訴外權赫采ハ同年九月十二日右債權中其ノ一部タル金五千圓ノ債權ヲ原告ニ讓渡シ同月十四日其ノ旨被告ニ通知シタルモノナルヲ以テ原告ハ被告ニ對シ右讓受債權ニ基キ金五千圓及之ニ對スル本件訴狀送達ノ翌日タル昭和九年二月九日以降完済迄年五分ノ割合ノ損害金ノ支拂ヲ求ムル爲本訴請求ニ及ヒタリト謂フニ在リ

被告答辯ノ要旨ハ本件控訴ノ申立ニ付被告吳圭三竝被告後見人吳圭錫ハ京城府武橋町四十七番地ノ一ニ本籍ヲ有シ多年同府御成町三十八番地ニ住所ヲ有シタルモ昭和八年八月十九日同府和泉町三十番地ニ轉住シタルトコロ原告ハ奉元寺ノ僧侶ニシテ被告未成年者吳圭三ノ親族會員タリシ亡吳禎煥ノ遺妻張瀟榮ヲ其ノ妾ニ迎ヘテ同棲シ同女ハ被告後見人吳圭錫方ニ常時出入シ居ル關係上被告竝被告後見人カ前記ノ如ク昭和八年八月十九日京城府和泉町三十番地ニ轉住シタルコトヲ熟知シ居リタルニ不拘昭和八年十二月六日故ラニ被告ノ住所ヲ京城府武橋町四十七番地ノ一ト記載シタル本件訴狀ヲ京城地方法院ニ提出シ其ノ送達不能トナリ訴狀ノ補正命令ヲ受クルヤ更ニ京城府御成町三十八番地ヲ被告ノ住所トシテ其ノ變更屆ヲ爲シ再ヒ同所宛ノ口頭辯論期日ノ呼出狀送達不能トナルヤ原告ノ申立ニ因リ公示送達ニヨル呼出アリタル結果被告竝被告後見人ニ於テ本訴訟繫屬ヲ全ク知ラス從テ原告ノ請求竝主張事實ニ對スル何等ノ防禦方法ヲ講スルコト能ハサル裡被告不出頭ノ儘昭和九年二月十三日午前十時ノ口頭辯論ヲ經テ同年同月二十日被告敗訴ノ判決言渡アリ同判決ハ前記御成町三十八番地宛送達不能ノ爲同年同月二十八日公示送達アリ該判決ハ法定控訴期間ヲ經過シ同年三月十五日一旦確定シタルモ被告竝被告法定代理人ハ全ク之ヲ知ラス被告ノ實母李仁淑カ昭和九年四月八日頃辯護士藤田爲與方事務員鄭泰榮ヨリ右訴訟アリタルコトヲ聞知シ同月九日之ヲ被告ノ法定代理人タル後見人吳圭錫ニ之ヲ告ケタルヨリ同代理人ハ始メテ之ヲ知り同日其ノ知人金正圭ヲ介シ

民事訴訟法第五十九條ニ所謂責ニ歸スヘカラサル事由
公示送達ト轉居ニ因ル不變期間ノ不遵守

辯護士小松淺五郎ニ控訴提起方委任シタルヨリ同月十日日本件控訴狀ヲ提出シタルモノニシテ右ハ全ク被告ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リ十四日ノ控訴期間ヲ遵守スルコト能ハサリシ場合ニ該當スルヲ以テ茲ニ懈怠シタル訴訟行爲ノ追完並控訴ノ申立ヲ爲シタル次第ナリト謂フニ在リ

第二審裁判所ハ原告カ昭和八年十二月六日被告ノ住所ヲ京城府武橋町四七番地ノ一トシテ本件訴訟ヲ提起シ訴狀竝第一回口頭辯論期日呼出狀ノ送達不能ト爲リ補正命令ニ因リ被告ノ住所ヲ京城府御成町三十八番地ニ變更シ更ニ其ノ送達不能トナルヤ原告ノ申立ニ因リ訴狀期日呼出狀ノ公示送達ニヨリ被告不出頭ノ儘昭和九年二月十三日午前十時口頭辯論ヲ經テ昭和九年二月二十日午前十時被告敗訴ノ判決言渡アリ同判決正本再ヒ送達不能トナリ同年同月二十八日公示送達アリ法定ノ控訴期間ノ經過ニヨリ昭和九年三月十五日該判決カ確定シタルコト竝本件控訴狀カ昭和九年四月十日提出サレタルコトハ本件ノ記録ニ徵シ明白ナリトシ而シテ被告法定代理人後見人吳圭錫カ原告ノ本件訴訟提起當時既ニ前住所京城府御成町三十八番地ヨリ京城府和泉町三十番地ニ轉住シ居リタルコトハ官公署ノ證明アルニヨリ成立ヲ認メ得ヘキ疏乙第一號證ニヨリ之ヲ認メ得ヘキモ原告カ前項掲記ノ如キ事情ノ下ニ右轉住ノ事實ヲ知り乍ラ故ラニ舊住所地ヲ以テ被告ノ住所ト爲シタル旨其ノ他被告ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リ控訴期間ヲ遵守スルコト能ハサリシ旨認ムヘキ資料ナシトシ果シテ然ラハ本件控訴ノ申立ハ法定ノ控訴期間經過後ニ爲サレタル不適法ノモノナルヲ以テ本案ノ審理ヲ爲ス迄モナク之ヲ排斥スヘキモノトスト判示シタリ

○ 上告理由

上告理由第一點ハ本件第一審ノ訴訟期日ニ於テ被告カ訴訟行爲ヲ懈怠シタルハ被告ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ基クモノナリ(1)本件訴訟記録ニ徵シ明白ナルカ如ク本件訴訟第一審ニ於テ被告カ訴訟行爲ヲ懈怠シタルコトハ原告ニ於テモ亦明認スル處ナリ而シテ本件原審ニ於ケル「懈怠シタル訴訟行爲ノ追完申立」ニ關スル審理中(昭和九年五月十八日ノ辯論期日ニ於テ(記録八四枚目)被告代理人ハ「被告カ訴訟記載ノ住所ニ居住セサルコトハ是迄陳述シタル通りニシテ其ノ養祖母全圭淑養妹吳錫浩モ昭和八年四月中旬頃本籍地タル訴狀記載ノ被告肩書ヨリ市内臥龍洞一九番地ノ三ニ移轉シ爾來引續イテ同所ニ居住シ居ル關係上本件訴訟ハ全ク知ラサリシ」ト述ヘ原告代理人ハ「相手方主張ノ事實ハ之ヲ取調ヘサレハ不明ナリ」ト述ヘタリ而シテ被告申請證人金正圭ハ(記録八十九枚)「被告ハ未成年者ニシテ亡吳世貞ノ養子ナルカ豫テ其ノ本籍地タル市内武橋町ニ於テ養祖母全圭淑養母張敬鎮及養妹ト同居シ居リシカ昭和三年頃所々ヨリ引越シ市内敦義洞苑洞ヲ經テ今ハ臥龍洞ニ居住ス尤モ被告丈ハ昭和八年陰七月中其ノ生家タル和泉町吳圭錫方ニ滯留シ其ノ養祖母方ニハ時々出入スル位ナリ」(記録九十一枚)「訴外吳禎煥ハ被告ノ養父ト五寸ノ親族ナリ、吳禎煥ノ妻張翰榮ハ(中略)其ノ實子タル吳世峻方ニハ常ニ往來シ吳世峻ハ又被告方ニ出入シ居ル關係上同女ハ被告及吳圭錫ノ現住所ハ善ク知り居ル狀態ナリ」トノ證言ニ徵スルトキハ本件訴訟第一審ニ於ケル訴狀カ被告ノ本籍タル府内武橋町四十七番地ニ送達シ能ハサリシコトハ明白ナリトス(昭和九年六月六日ノ口頭辯論期日ニ於テ原告申請

民事訴訟法第百五十九條ニ所謂實ニ歸スヘカラサル事由
公示送達ト轉居ニ因ル不變期間ノ不遵守

證人張瀚榮ハ(記録百十二枚)「被告ハ證人ノ夫側ノ遠族ニ當ルモノニシテ本籍ハ武橋町四十七番地ナルヤハ判ラサルモ市内御成町ニ居リシカ最近竹添町ニ轉住シタル旨聞キタリ」「被告ノ實兄ニ吳圭錫ノ居ルコトハ聞キタルカ證人ハ同人トハ面識ナク同人ハ和泉町ニ居ル旨聞キタルカ被告ト同居シ居ルヤ否ヤハ判ラス吳圭錫カ何時頃カラ和泉町ニ居ル様ニナリタルヤ判ラス」ト證言セリ右原告申請證人張瀚榮ハ本件「不當利得金返還請求債權」ヲ訴外權赫采ニ讓渡シタリト稱スル訴外未成年者吳世峻ノ親權者母ニシテ(疏乙第二號證ノ三)「新ニ提出」ヲ以テ立證ス訴狀添附債權讓渡證書ト同一ナリ)同女ハ未成年者被告吳圭三カ被告後見人タル實兄吳圭錫ト共ニ御成町ニ居住シ居リタルコト被告後見人吳圭錫カ和泉町ニ轉居シタルコトハ之ヲ知り居ルコト明カナリ從テ原告カ昭和九年五月八日ノ口頭辯論期日ニ於テ(記録七十四枚)(前略)府内武橋町四七番地ノ一ハ被告法定代理人ノ住所ニシテ現ニ被告ノ養祖母全圭淑ハ同所ニ居住シ居ル次第ナレハ執達吏カ同所ニ送達ニ赴キタル爲被告ノ後見人ハ養祖母ノ注意ニヨリ右訴訟アリシコトハ當然之レヲ知り得ヘカリシニ拘テス(下略)ト陳述シ居リナカラ昭和九年五月十八日ノ辯論期日ニ於テハ「相手方主張ノ事實ハ之ヲ取調ヘサレハ不明ナリ」ト陳述シ以テ前摘示ノ主張ニ對シ明瞭ヲ缺ケル主張ヲ敢テシ原審判決ニ至ル迄被告及被告後見人吳圭錫竝被告養家ノ家族等カ被告本籍地タル武橋町四十七番地ノ一ニ本件訴訟提起當時居住シタリトノ主張ヲ立證スル處ナカリシモノナリ果シテ然ラハ原告主張ニ係ル被告本籍地タル武橋町四十七番地ノ一ニ對スル訴狀送達不能ハ被告ノ責ニ歸スヘカラサルモノタルヤ一點ノ疑ナカルヘシ(二)被告ハ被告後見人吳圭錫ト

同棲シ府内御成町ニ居住シ後和泉町ニ轉居シタルコトハ原審ニ於ケル原告申請證人張瀚榮全錫祐ノ證言ニ徴シテ明白ナルノミナラス第一審訴狀添附「債權讓渡通知書」ナル書證ニ徴スレハ原告モ亦被告後見人吳圭錫カ御成町三十八番地ニ居住シタルコトヲ知り居リタルモノナルコト明白ナリ而シテ被告後見人吳圭錫ハ昭和八年八月十九日其ノ本籍地タル府内御成町三十八番地ヨリ府内和泉町三十番地ニ移居シタルコトハ疏乙第一號證ニ徴シ明白ナリ而シテ右疏乙第一號證ノ成立ヲ更ニ明確ナラシムル爲新ニ疏乙第三號證ヲ提出ス右證ハ被告後見人カ現住所タル岱及家屋ヲ買入レタル證據文書ナリトス而シテ原告ハ原審ニ於テ疏甲第一號證郵便物配達證明書ヲ提出シタリ右書證ヲ以テ原告ハ昭和九年一月二十二日猶ホ被告後見人カ京城府御成町三十八番地ニ居住セシコトヲ主張シタレトモ右ハ書留通常郵便物引受番號四三八號引受月日九月十四日ニシテ疏乙第二號ノ二訴外權赫采ヨリ被告後見人ニ對スル「債權讓渡通知書」ト題スル内容證明郵便ナルコト引受番號及引受月日ニ徴シ明白ナリ從ツテ疏甲第一號證中京城郵便局日附印ハ郵便物配達證明書再發行ノ日附印タルコト其ノ摘要欄「郵便物差出後ノ請求ニ依リ發行」ノ記載及「前記郵便物ハ昭和八年九月十五日配達ヲ了シ候」トノ記載ニ徴シ明白ナリ即チ疏第二號證ノ二ハ其ノ郵便物ノ受信人住所カ京城郵便局ナル關係上同局ヨリ一先御成町ニ配達シ受信人不在ノ爲附箋ノ上轉居先管轄局タル西大門郵便局ヨリ配達ヲ受ケタルモ信書受信人住所地管轄郵便局カ配達責任官署タル關係上京城郵便局カ配達證明書ヲ發行シタルニ過キス同號證ヲ以テ昭和九年一月二十二日猶ホ被告後見人吳圭錫カ御成町ニ居住シタリトノ立證ハ採用セラレサルヘキ筋合ノモ

民事訴訟法第五百十九條ニ所謂責ニ歸スヘカラサル事由
公示送達ト轉居ニ因ル不變期間ノ不遵守

ノナリ即チ本件第一審ニ於ケル訴狀送達ニ當リ執行機關タル執達吏カ郵便配達夫カ拂ヒタルト同一ノ注意ヲ拂ヒタラムニハ右訴狀ハ被告後見人ニ送達セラルヘカリシモノナルヤ疑ナキ處ナリ然ルニ原審判決ハ其ノ理由中ニ於テ「被告ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リ控訴期間ヲ遵守スルコト能ハサリシ旨被告代理人辯疏事實ニ付キテハ當審證人金正圭ノ供述ハ措信セス疏乙第二號各證ヲ以テハ之ヲ認ムルニ足ラス」ト判示セラレタリ然レトモ疏第二號證ノ二ハ郵便ニ依ル送達ナリシヲ以テ被告後見人ニ送達セラレ得タルモ本件第一審訴狀ハ執達吏送達ノ爲被告後見人ニ送達セラレ能ハサリシコトヲ立證スルモノニ係リ疏乙第一號證居住證明書ノ證據力ヲ認メツ、疏第二號證ノ二ノ證據力ヲ否認セラレタルハ甚シク證據採用上ノ失當アリト謂ハサルヘカラス即チ之ヲ判例ニ觀ルモ（東京地大正二年法八九一號二三頁、大審三九年民一二〇頁）本件訴訟行爲ノ追完ハ當然許サルヘキモノナリ又疏第三號證被告後見人吳圭錫ノ戶籍謄本ニ徵スルモ同人ハ明治四十四年三月六日生ニシテ法律行爲能力者ニ最近達シタル弱年者ニ過キス其ノ生母ニシテ被告ト同棲中ノ生母李仁淑（李姓女）又又無學文盲ニシテ自ら自己ノ生計及法律行爲ヲ處理スル事能ハサル者ナリ斯ル人々ニ對シ本件原狀回復ヲ許ササルハ立法ノ精神ニモ亦甚シク反スルモノナリト思料セラレト謂フニ在リ

○判決理由

按スルニ民事訴訟法第五十九條ニ依テ懈怠セル訴訟行爲ノ追完ヲ爲スニハ不變期間ノ不遵守ニ付テ其ノ當事者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ナカルヘカラス其ノ責ニ歸スヘカラスト謂フハ不變期間進行ノ事實ヲ知ラス

且之ヲ知ラサルコトニ付過失ナキ場合ヲモ包含スルモノト謂フヘク其ノ事由ノ存スル限ハ不變期間進行ノ基礎タル判決ノ送達カ公示送達ヲ以テ爲サレタルト否トヲ問ハサルナリ而シテ公示送達ノ場合ニ於テ相手方カ其ノ住所ヲ知レルニ拘ラス故意ニ他ノ場所ヲ指定シ其ノ場所ニ對スル送達ノ不能ヲ以テ送達ヲ爲スヘキ場所ハ知レサル場合ナリトシ公示送達ヲ爲シタルカ如キ場合ニ在リテハ其ノ不知ニ付過失ナシト謂フヲ得ヘキハ言フ俟タスト雖（昭和五年民抗第二三號同年十二月五日本院決定參照）其ノ然ラサル場合ニ在リテモ場合ト情況トニ從ヒ相當ノ注意ヲ爲スモ其ノ之ヲ知ラサルニ於テハ過失ナカリシモノト謂フヲ得ヘク公示送達ナルカ故ヲ以テ過失アリト謂フヘカラサルハ論ヲ須ヒス本件ニ於テ本訴提起當時被告ノ法定代理人タル吳圭錫カ前住所ニシテ原告カ曩ニ訴狀及期日呼出狀カ送達不能ト爲リタル爲補正命令ニ應シテ指定セル京城府御成町三十八番地ヨリ現住所タル同府和泉町三十番地ニ轉居シタルコトハ原判決ノ認定セル所ニシテ本件ハ訴狀及期日呼出狀竝第一審判決正本共右御成町三十八番地ニ住所ナク送達ヲ受クヘキ場所知レサルモノトシ公示送達セラレタルモノナル所原判決ハ原告ニ於テ被告ノ轉居ヲ知リナカラ故意ニ舊住所地ヲ以テ被告ノ住所ト爲シタル旨其ノ他被告ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ依リ控訴期間ヲ遵守スルコト能ハサルコトヲ認メ難シトセルモ原告ニ責ムヘキコトノ之ナキヲ以テ直ニ被告側ニ過失アリト謂フヲ得サルハ右ニ説明セルカ如ク被告ノ法定代理人カ原告トノ間ノ爭ヲ回避シ其ノ訴求ヲ免レ若クハ困難ナラシメントシテ其ノ住所ヲ轉轍セルカ如キ事情ノ存セサル限專口過失ナクシテ判決ノ送達ヲ知ラサリシモノト爲スヲ相當トスヘキカ故ニ原判決カ敘上

民事訴訟法第五十九條ニ所謂責ニ歸スヘカラサル事由
公示送達ト轉居ニ因ル不變期間ノ不遵守

不知夕漫然過失ナキ旨ノ主張ヲ排斥セルハ審理不盡ニ非スムハ理由不備ノ不法アルモノト謂ハサルヘカラス
 原判決ノ採用セル乙第一號證ニ依レハ右吳圭錫ノ現住所ヘノ轉居ハ昭和八年八月十九日ナル旨記載アリ乙第
 二號證ニ依レハ吳圭錫ニ對シ原告ノ前主ヨリ本訴債權ヲ原告ニ讓渡セル旨前住所ニ宛テテ通知セルハ其ノ後
 ノ九月十二日ナルヲ以テ吳圭錫カ原告ヨリ訴求セラルヘキヲ知リテ轉居セルモノトモ謂フヘカラス果シテ然
 ラハ被告主張ノ如ク判決ノ送達ヲ知リタル日カ前記第一百五十九條所定ノ期間内ナルニ於テハ本件追完ヲ以テ
 スル控訴提起ハ適法ナルヘカリシニ拘ラス前敍ノ如ク判示シ輒ク期間經過後ノ控訴提起ト斷シタル原判決ハ
 竟ニ失當タルヲ免レス論旨結局理由アリ其ノ全部ヲ破毀スヘキモノトス

○不當利得金返還請求事件

(昭和九年民上第四一四號 同年十一月十三日民事部判決 破毀控訴棄却)

原告 控訴人 被告 吳 泰 訴訟代理人 丸山敬次郎
 被告 被控訴人 原告人 朴 光 債 訴訟代理人 崔 秉 錫
 【第一審】 京城地方法院 【第二審】 京城覆審法院

○判示事項

限定承認ヲ爲シタル債務者ニ對スル強制執行ト其ノ債務名義

○判例要旨

債務者カ相續ノ限定承認ヲ爲シタルコトヲ訴訟上ノ抗辯ト爲シタルト
 キト雖其ノ主文ニ於テ特ニ相續財産ノ限度ニ於テ給付スヘキコトヲ命
 スルコトナク單ニ債務者ニ給付ヲ命シタル判決アリ確定セルトキハ之
 ニ基ク強制執行ハ債務者ノ固有財産ニ付之ヲ爲シ得ルモノトス

【第一審】 民事訴訟法第九十九條 確定判決ハ主文ニ包含スルモノニ限り既判力ヲ有ス
 (以下略)

同法第四百九十七條 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

民法第一千二十五條 相續人ハ相續ニ因リテ得タル財産ノ限度ニ於テノミ被相續人ノ債務及ヒ遺贈ヲ辨濟スヘキコトヲ留保

シテ承認ヲ爲スコトヲ得

○事實

原告代理人ノ原審ニ於ケル請求原因ノ要旨ハ被告ハ原告ノ亡父鄭始昌ニ對シ貸金アリタルトコロ右鄭始昌カ昭和八年八月一
 日死亡シタルニ因リ昭和八年八月十四日其ノ家督相續人タル被告ニ對シ之カ支拂請求ノ訴訟ヲ咸興地方法院元山支廳昭和八
 年民第四二六號ヲ以テ提起シ之ト同時ニ被告ハ同支廳昭和八年申第五二八號假差押決定正本ニ基キ昭和八年八月十九日原告
 方ニ於テ原告固有ノ現金三百四十二圓二十五錢ノ假差押ヲ爲シタルトコロ原告ハ昭和八年九月五日被相續人鄭始昌ニ對スル

限定承認ヲ爲シタル債務者ニ對スル強制執行ト其ノ債務名義

相續限定承認手續ヲ爲シタルニ不拘前記訴訟ニ於テ相續ノ限定承認ハ相續人カ相續財産以外ノ財産ニ對シ相續債務ノ爲ニ爲ス強制執行ヲ拒否シ得ルニ止マリ相續財産ノ有無如何ニ拘ラス一旦相續ニ因リ承繼シタル債務ヲ消滅セシメ又ハ之カ履行請求ヲ拒否シ得ヘキ效果ヲ發生セシムルモノニアラストノ理由ヲ以テ昭和八年三月八日ヨリ完済迄年二割五分ノ金額ヲ支拂フヘキ旨ノ原告敗訴ノ判決ノ言渡ヲ受ケ次テ該判決カ確定シタルヲ以テ被告ハ昭和八年十二月十九日右確定判決ヲ債務名義トシテ前叙假差押ヲ爲シタル金錢金三百四十二圓二十五錢ヲ本執行ニ移シテ以テ該金錢ヲ受領シ更ニ同月二十一日被告ハ同一債務名義ヲ以テ原告方ニ於テ原告固有ノ現金八十一圓五十錢ヲ差押取得シタリ然レトモ原告ハ被告ノ爲シタル強制執行前ニ於テ既ニ亡鄭始昌ノ相續ニ付限定承認ヲ爲シテ以テ右鄭始昌ノ相續財産競賣代金五圓二十四錢ヲ昭和八年十二月九日附ニテ被告ニ送金シタル次第ニシテ爲ニ原告ハ右相續財産以上ニ原告ノ財産ニ付亡鄭始昌ノ相續債務ノ爲被告ヨリ強制執行ヲ受クヘキ理由ナキモノナリ然ラハ則チ被告カ原告固有ノ現金合計金四百二十三圓七十五錢ニ付爲シタル前記強制執行ハ其ノ理由ナキニ因リ之ニ依リテ得タル右金四百二十三圓七十五錢及之ニ對スル本件訴訟遂達ノ翌日ヨリ完済迄年五分ノ遅延損害金ノ支拂ヲ求ムル爲本訴ニ及ヒタリト謂フニ在リ

被告答辯ノ要旨ハ被告カ強制執行ヲ爲シタル前記現金ハ亡鄭始昌ノ遺産ニシテ原告ノ固有財産ニアラス假ニ右現金ハ原告固有ノ財産ナリトスルモ右貸金請求事件ノ判決主文ニ於テ相續財産ノ範圍内ニ於テ辨濟スヘキ旨ノ留保ヲ爲サスシテ單純ニ金員ノ支拂ヲ命シタルモノナレハ原告ハ被告ニ對シ判決主文記載通ノ金員ヲ辨濟スヘキモノナルコト勿論ニシテ爲ニ右判決主文ニ基キ強制執行ヲ爲シテ得タル本件合計金四百二十三圓七十五錢ハ法律上ノ原因ナクシテ得タルモノニ非ス假ニ右強制執行カ不當ナリトスルモ該強制執行ヲ爲スニ付被告ニ於テ重大ナル過失ナキヲ以テ之ニ依リテ得タル右金員ハ原告ニ於テ之カ返還ヲ請求シ得サルモノナリ假ニ一步ヲ讓リ原告ノ本訴請求理由アリトスルモ被告カ本件強制執行ニヨリ辨濟ヲ受ケタル金額中金八十一圓ハ前記貸金請求訴訟ノ訴訟費用トシテ辨濟ヲ受ケタルモノナレハ右金額ハ原告本訴請求金額中ヨリ控除ス

ヘキモノナリ仍テ本訴請求ハ失當ナリト謂フニ在リ

第二審裁判所ハ證據ニ依リ被告カ原告ニ對シ爲シタル執行物件タル現金ハ原告ノ承繼セル相續財産ニアラスシテ其ノ固有財産ナルコトヲ認メ適式ナル限定相續アリタル以上被告上現金ハ相續債權ノ爲ニ執行セラルヘキモノニアラサル事更ニ言ヲ俟タストシ然ラハ被告ノ爲セル被告上現金ノ取得ハ法律上ノ原因ヲ缺クモノト謂フヘク原告主張ノ所謂不當利得ヲ構成スルハ固ヨリ其ノ所トス尤モ甲第七號證ノ判決主文ニハ鄭錫泰ハ朴光鎮ニ對シ金三百四十圓及之ニ對スル昭和八年三月八日ヨリ完済日迄年二割五分ノ金員ノ支拂ヲ命シアルモ同債務ハ原告ノ先代鄭始昌ヨリ原告ノ承繼セル所謂相續債務ニ該リ從テ其ノ履行責任ハ限定相續ニ依リ制限的ナルモ其ノ負擔セル債務ハ全般的ナリトノ趣旨ノ下ニ爾ク判決アリタル事其ノ主文ヲ支持スル理由ニ徴シ明瞭ナルカ故ニ同判決ハ毫モ被告上認定ノ妨ヲ爲スモノニアラス而シテ被告カ第二回ニ執行受領シタリト爲ス金八十一圓五十錢亦被告上相當債權ニ關シテ生セルモノナルカ故ニ依然相續財産ヨリ取立ツヘキモノニシテ原告ノ固有財産ヨリ取立ツヘキ筋合ノモノニアラス此ノ點ニ關スル被告ノ措置亦不當ナルト共ニ不當利得ノ構成ニハ過失ノ有無ヲ問ハサルカ故ニ結局被告ハ原告ノ本訴請求ニ服セサルヘカラスト判示シ原告ノ請求ヲ認容シタリ

○ 上告理由

上告理由ハ判決ハ當然主文ノ表示スル範圍ノ請求ニ付無制限ノ執行力ヲ有シ其ノ主文ヲ支持スル理由ノ如キ

限定承認ヲ爲シタル債務者ニ對スル強制執行ト其ノ債務名義

ハ竊東力ヲ有セサルカ故ニ相續ニ關スル給付訴訟ニ於テ相續ノ限定承認アリタル場合ニ於テモ債務者カ限定承認ノ抗辯ヲ提出セス又ハ提出シタルニ拘ラス裁判所ハ之ヲ無視シ其ノ判決主文ニ相續財産ノ存セル限度ニ於テ之ヲ執行シ得ヘキ留保ヲ附セスシテ無制限ナル給付判決ヲ言渡シ債權者カ其ノ確定判決ニ基キ相續人ノ固有財産ニ對シテ強制執行ヲ爲シ辨濟ヲ受ケタトスルモ確定判決ノ效力ニ外ナラサルヲ以テ民法第七〇三條ニ所謂法律上ノ原因ナクシテ利得シタルモノニ該當セサルモノトス（喜頭判事論說相續ノ限定承認ト給付判決司法協會雜誌第一三卷第一號二三頁、大正五、四、一高等法院判決、大正一五、二、八法曹會決議、昭和七、六、二大審院判決）而シテ本件ニ於テ上告人ハ昭和八年八月中被上告人ヲ相手取り鄭始昌ノ相續人トシテ貸金請求訴訟ヲ威興地方法院元山支廳ニ提起シ上告人ノ勝訴トナリタルカ被上告人カ限定承認ノ抗辯ヲ提出シタリシモ其ノ判決主文ニハ（甲第七號證）相續人ノ責任限定ノ留保ヲ爲サスシテ被上告人ハ上告人ニ對シ金三百四十圓及之ニ對スル昭和八年三月八日ヨリ完済ニ至ル迄年二割五分ノ金員ノ支拂ヲ命スル無制限ノ判決ヲ言渡サレ被上告人ハ其ノ判決ニ不服セスシテ其ノ儘確定シ上告人ハ其ノ確定判決ノ執行ノ結果被上告人ヨリ本件金員ノ辨濟ヲ受ケタルヲ以テ假リニ被上告人主張ノ如ク上告人ノ辨濟ヲ受ケタル金員カ被上告人ノ固有財産ニ屬スト雖モ其ハ確定判決ノ效力ニ基因スルモノニシテ法律上ノ原因ナクシテ支拂ヲ受ケタルモノニ非サレハ不當利得ヲ原因トシテ之カ返還ヲ請求スルコトヲ得サルモノナルニ拘ラス原判決ハ其ノ理由ニ於テ「然ラハ被告ノ爲セル敍上現金ノ取得ハ法律上ノ原因ヲ缺クモノト謂フヘク原告主張ノ所謂不當利得

ヲ構成スルハ固ヨリ其ノ所トス」云々ト判示シ上告人ノ抗辯ヲ排斥シタルハ法律ノ解釋ヲ誤リタル違法アルモノニシテ破毀ヲ免レサルモノト謂フニ在リ

○判決理由

案スルニ原判決ハ被告カ甲第七號證ノ債務名義ニ基キテ爲シタル強制執行ニ付該執行ハ原告ノ亡父鄭始昌ニ對スル債權ヲ基本トシ相續人原告カ適式ナル限定承認ヲ爲セタル後其ノ固有財産ニ付テ爲サレタルモノナルカ故ニ不法ナル旨判示シ之ニ因リテ原告請求ヲ認容セリ然レトモ甲第七號證ノ判決ハ其ノ主文ニ於テ原告ヨリ被告ニ金員ヲ給付スヘキ旨命シタルニ止リ相續財産ノ限度ニ於テ給付スヘキ旨命シタルモノニ非ス其ノ執行力ハ主文表示ノ限度ニ及ヒ判決理由ノ如何ニ依リ掣肘ヲ受クルコトナキモノナルカ故ニ之ニ因リテ原告ノ固有財産ニ付強制執行ヲ爲スハ違法ニ非ス債權者ハ債務者ノ相續人カ限定承認ヲ爲シタル限り被相續人ノ負擔セル債務ニ付其ノ固有財産ニ付強制執行ヲ爲シ得サルモノナルカ故ニ相續人ハ之ヲ以テ債權者ノ過當ナル請求ヲ拒否シ得ヘキハ論ナシト雖判決主文ニ於テ單ニ相續人ヨリ債權者ニ對シ給付ヲ爲スヘキコトヲ命シタルニ止リ特ニ相續財産ノ限度ニ於テ給付スヘキコトヲ命セサル限り縱令其ノ訴訟ニ於テ相續人カ限定承認ノ事由ヲ以テ抗辯セルトキト雖判決ノ理由ヲ以テ主文ヲ制限シ得ヘキモノニ非サルヤ論ナキナリ則チ原判決ハ不法ニシテ全部破毀スヘク論旨ハ理由アルモノトス

○貸金請求事件

(昭和九年民上第四二九號
同年十一月十三日民事部判決 棄却)

【原告】 控訴人 上告人 全 重 植 訴訟代理人 木尾虎之助

【被告】 被控訴人 被上告人 鄭 先 景

【第一審】 京城地方法院 【第二審】 京城覆審法院

○判示事項

第二審ニ於ケル第一審證言ノ不採用ト其ノ立證趣旨ヲ同シウスル新ナル證據方法ノ申出

○判例要旨

既ニ存スル證言ヲ證據資料ヨリ除外スルコトハ當事者ノ合意アルトキト雖之ヲ許ス可キニ非サル力故ニ當事者力第二審ニ於テ第一審證言ヲ採用セサル旨陳述シ其ノ立證趣旨ヲ同シウスル新ナル證據方法ノ申出ヲ爲スモ之ヲ以テ唯一ノ證據ナリト謂フヲ得サルモノトス。

【參照】 民事訴訟法第二百五十九條 當事者ノ申出タル證據ニシテ裁判所ニ於テ不必要ト認ムルモノハ之ヲ取調フルコトヲ要セス

○事實

原告ノ原審ニ於ケル請求原因ノ要旨ハ原告ハ昭和三年二月一日被告ニ對シ元金百五圓ヲ利息八月三分トシ辨濟期ハ昭和三年六月二十五日ト定メテ貸與シタルトコロ被告ハ辨濟期ヲ徒過シ元利金ノ支拂ヲ爲ササリシヲ以テ原告ハ被告ニ對シ約旨ニ則リ右貸付元金百五圓及之ニ對スル貸付日ノ翌日タル昭和三年二月二日ヨリ完済ニ至ル迄利息制限令範圍ニ於ケル年二割五分ノ割合ニ依ル利息金ノ支拂ヲ求ムル爲本訴請求ニ及ヒタリト謂フニ在リ

被告答辯ノ要旨ハ被告ハ大正八年中原告先代訴外全善禹ヨリ金五十圓利息八月三分トシ辨濟期ヲ滿一年ト定メテ借用シタルモノナルトコロ昭和三年二月一日同訴外人ハ被告ニ對シ右貸金元利合計金百七十圓ヲ請求シタルヲ以テ被告ハ其ノ所有ニ係ル牛一頭及牛車一臺ヲ金百四十圓ニ評價シ右元利金債務ノ利息金全部及元金中ノ一部ノ辨濟ニ充當シタルトコロ殘額元金三十圓アリタルヲ以テ同訴外人ニ對シ之カ免除方ヲ求メタルニ拒絕セラレタルヲ以テ即日同訴外代理人ト原告トノ間ニ被告ハ同訴外人ニ對シ右殘金三十圓ヲ昭和三年二月末日月三分ノ利息ヲ附シテ支拂フヘキ旨約定シタルヲ以テ之ノ契約ニ基キ同訴外人ニ對シ元本金三十圓及約定利息並遲延利息債務ヲ負擔スルコトアルモ原告ニ對シ何等ノ債務ナキヲ以テ本訴請求ハ失當ナリト謂フニ在リ

第二審裁判所ハ原告ハ被告ニ對シ昭和三年二月一日日本件金員ヲ貸與シタル旨主張スレトモ甲第一號證ハ被告代理人ニ於テ其ノ成立ヲ否認スルトコロナルニ不拘其ノ成立ヲ確ムヘキ證據ナキヲ以テ同證ハ原告有利ノ資料ト爲シ難ク他ニ右原告代理人ノ主張事實ヲ認ムルニ足ル證據ナキヲ以テ原告ノ被告ニ對スル本件請求ハ失當ナリト判示シ原告ノ請求ヲ排斥シタリ

○ 上告理由

上告理由ハ甲第一號證ハ原告ニ於テ本件債權ノ存在ヲ立證スル唯一ノ證據ナリ然ルニ被告ハ其ノ自身ニ押捺セル甲第一號證被告名下ノ拇印ヲ否認セリ依テ原告代理人ハ甲第一號證被告名下ノ拇印ト被告ノ拇印トノ對照鑑定ヲ申請シ進シテ其ノ拇印ノ被告拇印ナルコト被告ニ於テ本件債權ノ確實ニ存在スルコトヲ立證スル爲メ證人トシテ全光植ヲ原審ニ於テ申請シタルニ何レモ却下サレタリ然レトモ訴訟ノ是非曲直ハ雙方ノ證據ヲ調査ノ上ニ非サレハ決定サルヘキモノニ非ス然ルニ原審カ原告ニ最モ必要ナル立證方法ヲ許サスシテ原告ニ敗訴ノ判決ヲ與ヘラレタルハ帝國憲法司法權ノ本旨ニ反シ民事訴訟法上ノ原理原則ニ違反シタル失當違法ノ判決ナリト謂フニ在リ

○ 判決理由

然レトモ第一審ニ於テハ甲第一號證ノ成立其ノ他原告主張ヲ確カムル爲原告申出ノ證人李仁奉ハ訊問ヲ爲シタルコト記録ニ依リ明カナリ而シテ該證據調ノ結果カ原告不利益ニ歸シ原審ニ於テ原告ハ該證人ノ供述ヲ援用セサル旨陳述セリト雖既ニ存スル證言ヲ證據資料ヨリ除外スルコトハ當事者ノ合意アルトキト雖許スヘキニ非ス之ヲ援用セスシテ其ノ立證趣旨ヲ同シウスル新ナル證據方法ノ申出ヲナシ之ヲ以テ唯一ノ證據ナリト謂ハントスルハ當ヲ得サルナリ論旨理由ナシ

○ 漁業權競落許可決定ニ對スル再抗告事件

(昭和九年民沈一八號
同年十一月十六日民事部決定 廢棄取消差戻)

【原告人】 佐藤 楠藏 訴訟代理人 小沼繁次外一名

【原裁判所】 大邱覆審法院

○ 決定事項

競賣期日ノ通知ト異議理由

○ 決定要旨

競賣法ニ因ル不動産競賣事件ニ於テ同法第二十七條所定競賣期日ノ通知ナキ限リ爾後ノ手續ヲ續行スルヲ得サルモノトス

【參 照】 競賣法第二十七條 裁判所カ開始決定ヲ爲シタルトキハ競賣期日及ヒ競落期日ヲ定メテ之ヲ公告スルコトヲ要ス

競賣ノ期日ハ競賣手續ノ利害關係人ニ之ヲ通知スルコトヲ要ス

左ニ記載シタル者ヲ利害關係人トス

一 申立人

二 債務者及ヒ所有者

三 登記簿ニ登記シタル不動産上ノ權利者

競賣期日ノ通知ト異議理由

- 四 不動産上ノ權利者トシテ其權利ヲ證明シタル者
 - 五 知レタル抵當證券ノ所持人及裏書人
- 民事訴訟法第六百七十二條 競落ノ許可ニ付テノ異議ハ左ノ理由ニ基クコトヲ要ス
- 第一 強制執行ヲ許ス可カラサルコト又ハ執行ヲ續行ス可カラサルコト
 - 第四 競賣期日ノ公告ニ第六百五十八條ニ掲ケタル要件ノ記載ナキコト

○ 事實

抗告人ハ大邱覆審法院カ昭和九年八月三十日同法院昭和九年民抗第三四號漁業權競落許可決定ニ對スル抗告事件ニ付爲シタル決定ニ對シ更ニ抗告ヲ申立テタリ

(原審決定省略)

○ 抗告理由

抗告理由ハ原決定ハ其ノ理由ニ、
 一、抗告人ニ對スル本件競賣期日ノ呼出狀ヲ右櫻田通りニ宛テ所謂付郵便送達ヲ爲シタルハ固ヨリ當然ニシテ斯ル場合ニハ發送ノ時ニ於テ送達アリタルモノト看做サレ云々、
 二、ト認定シテ抗告人ノ請求ヲ棄却シタリ然レトモ抗告人ノ住所カ釜山府富平町三丁目六十五番地ナルコト本件競賣記録ニ編綴シアル(昭和九年六月二十五日付送達證書集配人石橋平市作成)ニ因リ明カニシテ前記元住所タル昌原郡鎮海邑櫻田通りニ住所ナキモ之又明瞭ナリ然ルニ本件競賣期日呼出狀(昭和九年七月十七日)ノ右櫻田通り宛郵便ニ付送達シタルハ不法タルヲ免レス然ルヲ原決定ハ強イテ曲解シ以テ抗告人ノ主張事實ヲ排斥シテ請求ヲ棄却シタルハ違法タルヲ免レスト謂フニ在リ

○ 決定理由

案スルニ原決定ハ本件ノ漁業權競賣申立事件ニ付釜山地方法院馬山支廳カ根抵當權設定者タル抗告人ニ對シ競賣期日ノ呼出狀ヲ郵便ニ付シ送達セル當時抗告人ハ昌原郡鎮海邑櫻田通りニ尙本件訴訟書類ノ送達ヲ受クヘキ場所ヲ有シタルモノト認定シ同所宛ノ右送達ヲ適法ナルモノトシ抗告ヲ棄却セリ然レトモ右ノ事實ハ其ノ依據セル疏明方法ニ依リテハ之ヲ認メ難ク却テ疏第二號郵便送達報告書ハ抗告人カ右送達ノ當時同所ニ送達ヲ受クヘキ場所ヲ有セサリシコトヲ認メ得ル資料タラスンハ非ス則チ馬山支廳ノ爲シタル送達ハ不法ナルカ故ニ他ニ競賣法第二十七條所定競賣期日ノ通知ナキ限リ爾後ノ手續ヲ續行スルヲ得サルモノニシテ同支廳ノ爲シタル競落許可決定及之ニ對スル抗告ヲ棄却セル原決定ハ孰レモ違法ナルモノト謂フヘク取消、廢棄ヲ免レサルモノトス

○ 養子確認請求事件

(昭和九年民上第三八九號 棄却)
同年十一月二十日民事部判決

原告 被控訴人 被告 李元植 訴訟代理人 角本佐一

○判示事項

民事訴訟法第二百三十七條第二項ノ適用範圍

○判例要旨

民事訴訟法第二百三十七條第二項ハ請求ノ拋棄ノ許サルル範圍ニ於テ
ノミ其ノ適用アルモノト解スルヲ妥當トシ養子確認ノ訴ニ付テハ其ノ
適用ナキモノトス

【審判】 民事訴訟法第二百三十七條（第一項略）

本案ニ付終局判決アリタル後訴ヲ取下ケタル者ハ同一ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス

○事實

原告ノ原審ニ於ケル請求原因ノ要旨ハ被告ノ亡夫訴外李濟黨ハ京畿道廣州郡中部面壽進里百三十番地戸主李龍鎬ノ長男ナリ
シカ大正十二年四月七日嗣子無クシテ死亡シタルニ依リ戸主李龍鎬ハ被告ト協議ノ上大正十二年六月十三日京城府臥龍洞全
州李氏大同宗約所ニ於テ原告ノ實母俣永實竝原告ノ實兄ニシテ原告實家ノ戸主タル李承洙ノ同意ヲ得テ訴外李駿鎬、李演善
等立會ノ下ニ李濟黨ノ九寸ノ侄ニ該當スル原告ヲ李濟黨ノ死後養子ニ選定シタリシカ原告ハ當時十三歳ニシテ未タ普通學校
ニ在學中ナリシヲ以テ其ノ卒業後ニ養家ニ引取ラルルコトトシ引續キ實家ニ於テ養育セラレ被告ハ大正十四年秋頃事實上他
ニ改嫁シタル爲右養子縁組ノ届出ハ遲延セラレ居リシカ大正十五年九月中李龍鎬ハ老衰ノ爲病臥スルニ至リ遽ニ原告ヲ養家

ニ引取リタル上同年十月三十日李龍鎬名義ヲ以テ前示養子縁組ノ届書ヲ作成シ所轄面事務所ニ提出シタル處被告カ當時尙戸
籍簿上李濟黨ノ妻トシテ登載セラレ在リタルヲ以テ右届出ハ被告名義ヲ以テスヘキモノナリトテ該届書ハ返戻セラレ李龍鎬
ハ更ニ被告名義ヲ以テ之カ届出ヲ爲スヘク準備中同年十一月四日途ニ死亡シタル爲右届出手續ハ今日ニ至ル迄放置セラレ在
ルモ原告ハ爾來引續キ現在ニ至ル迄養家ニ於テ李龍鎬ノ妻タル参加人及其ノ家族ト同居シ來リタルモノナリ而シテ被告ハ前
叙ノ如ク事實上他家ニ在ルニ不拘戸籍簿上尙李濟黨ノ妻トシテ記載セラレ在ル次第ナルニ依リ被告ニ對シ原告カ李濟黨ノ死
後養子タルコトノ確認ヲ求ムル爲本訴ニ及ヒタリト謂フニ在リ

被告答辯ノ要旨ハ訴外李龍鎬ハ大正十五年九月上旬頃被告ノ同意ヲ得ス擅ニ原告ヲ李濟黨ノ死後養子ニ選定シ其ノ頃原告ヲ
引取リテ同居シ前叙ノ如ク李龍鎬名義ヲ以テ其ノ旨届書ヲ提出シタルモ該届書ハ直チニ李龍鎬ニ差戻サレタルニ依リ原告ハ
未タ李濟黨ノ死後養子タル身分ヲ取得シタルニ非ス假ニ然ラスシテ李龍鎬カ大正十二年六月十三日原告ヲ李濟黨ノ死後養子
ニ選定シタリトスルモ李濟黨ノ死後養子選定權者ハ被告ニシテ李龍鎬ニ非サルモノナル處被告ハ未タ曾テ原告ヲ李濟黨ノ死
後養子ニ選定シタルコトナク又李龍鎬ノ前叙養子選定ニ同意シタルコトナキヲ以テ右選定行爲ハ無効ニシテ原告ハ李濟黨ノ
死後養子タル身分ヲ取得シタルモノト謂フヲ得サルモノナリ仍テ原告ノ本訴請求ニ應スル能ハスト謂フニ在リ

第二審裁判所ハ證據ニ依リ戸主李龍鎬ハ大正十二年六月十三日京城府臥龍洞全州李氏大同宗約所ニ於テ原告
ノ實兄ニシテ原告實家ノ戸主タル訴外李承洙竝被告ノ同意ヲ得テ訴外李駿鎬、李演善等立會ノ下ニ李濟黨ノ九
寸ノ侄ニ該當スル原告ヲ李濟黨ノ死後養子ニ選定シタル事實ヲ認メ且戸主ノ長男カ結婚シ嗣子ナクシテ死亡
シタル場合ニ於テハ亡長男ノ爲ニ養子ヲ選定スル權限ハ第一次ニ父タル戸主ニ屬シ而モ遺妻ノ同意ヲ要セサ
ルモノニシテ戸主死亡セルトキハ順次母、祖母ニ屬シ此等ノ者皆在ラサルトキ又ハ其ノ權利ヲ行使スルコト

能ハサルトキハ亡長男ノ遺妻ニ屬スヘキコト朝鮮ノ慣習ニ照シ明ナリトシ被告ノ右抗辯ヲ排斥シ而シテ右死後養子選定ハ朝鮮民事令第十一條ノ施行期タル大正十二年七月一日以前ニ成立シタルモノナレハ之カ届出ノ有無ニ不拘原告ト亡李濟黨トノ間ニハ當時已ニ有效ニ養親子關係ヲ生シタルモノト謂フヘキヲ以テ李濟黨ノ遺妻タル被告ニ對シ之カ確認ヲ求ムル本訴原告ノ請求ハ爾餘ノ争點ニ付判断ヲ待ツ迄モ無ク之ヲ相當トシテ認容セサルヘカラスト判示シ原告ノ請求ヲ認容シタリ

○ 上告理由

上告理由ハ原判決ハ其ノ摘示事實中當事者雙方ノ事實上ノ供述ハ第一審判決摘示事實ト同一ナルニ付茲ニ之ヲ引用ストアリ而シテ第一審判決ノ摘示事實ニ依レハ原告ハ京城地方法院昭和八年民第二、二八四號ヲ以テ參加人(梁惠子即チ原告ノ養祖母ニ當ル)ヲ相手取り養子確認並相續回復請求ノ訴ヲ提起シタル結果原告勝訴ノ判決ヲ得タリシカ第二審ニ於テ養子確認請求ノ訴ヲ取下ケ相續回復請求ノ訴ニ付テハ原告勝訴ノ判決ヲ受ケ該判決ハ上告審ニ於テ確定シタリト附演シタルコト明カナリ然リ而シテ原告ノ梁惠子ニ對スル前陳民第二、二八四號養子確認請求ノ訴ト原告ノ被告ニ對スル本訴ハ何レモ「原告ハ京畿道廣州郡中部面壽進里百三十番地訴外亡李濟黨ノ死後養子タルコトヲ確認ス」トノ判決ヲ求ムル訴ナルヲ以テ(甲第十一號證ナル判決ノ主文及第一審判決ノ主文參照)其ノ前後ノ訴ハ正ニ同一ナル訴ニシテ而モ原告ハ前陳民第二、二八四號養子確認請求ノ訴ニ付勝訴判決即チ本案ノ終局判決ヲ受ケタル後第二審ニ至リ之ヲ取下ケタルモノナレハ原告

ハ民事訴訟法第二百三十七條第二項ノ規定ニ依リ更ニ本訴ヲ提起スルコトヲ得サルヘク原審ハ須ラク本訴ヲ却下スヘキニ拘ラス却ツテ之ヲ認容シタルハ右民事訴訟法ニ違背シタル違法アリ或ハ曰ン前陳民第二、二八四號養子確認ノ訴ハ梁惠子ヲ相手トシ本訴ハ被告ヲ相手トシタルモノナレハ縱令其ノ請求趣旨及原因カ同一ナリトテ之ヲ同一ノ訴ナリト云フヲ得スト、之レハ人事訴訟手續法ノ精神ヲ没却セル議論ナリト斷セサルヘカラス人事訴訟手續法第十八條ニハ婚姻ノ無效若クハ取消又ハ離婚ノ訴ニ付言渡シタル判決ハ第三者ニ對シテモ其ノ效力ヲ有スト規定シ右規定カ養子縁組事件ニ準用セラルルコトハ人事訴訟手續法第二十六條ニ依リ明カナルノミナラス朝鮮ニ於テ養子縁組ノ成立又ハ不成立ヲ確定シタル判決ハ人事訴訟手續法第二十六條第一項ノ規定ニ準據シ第三者ニ對シテモ其ノ既判力ヲ及ホスコトハ御院ノ夙ニ判例ト爲シタル所ナリ然ラハ原告ニ於テ前陳民第二、二八四號養子確認ノ訴ヲ取下ケタルコトナク其ノ勝訴判決確定シタル場合ニハ其ノ既判力ノ效果トシテ更ニ被告ヲ相手取り本訴ヲ提起スル必要ナク亦之ヲ提起スルコトヲ得サルヘク其ノ勝訴判決ノ既判力ハ縱令其ノ請求原因タル法律關係ニ付事實ノ認定ヲ誤リタル違法アリ又ハ當事者ノ適格ヲ誤リタル違法アルニセヨ何等ノ消長ヲ來スモノニアラス反之原告カ前陳民第二、二八四號養子確認ノ訴ニ付敗訴ノ判決ヲ受ケ乍ラ之ヲ取下ケタル場合ニハ人事訴訟手續法第九條ノ規定ニ依リ訴ヲ變更シテ(當事者ノ變更ヲモ包含ス)主張スルコトヲ得ヘカリシ事實ニ基キ獨立ノ訴ヲ提起スルコトヲ得サルヘキヲ以テ更ニ被告ヲ相手取り本訴ヲ提起スルコトヲ得サルモノトス要スルニ人事殊ニ養子縁組ノ成立又ハ不成立ニ關スル訴ニ對スル

判決ハ第三者ニ對シテモ其ノ效力ヲ有スルヲ以テ一旦其ノ請求ニ付終局判決アリタルトキハ當事者ヲ異ニスルモ其ノ既判力ノ效果トシテ更ニ新訴ヲ提起スルコトヲ得サルヘク右理論ハ終局判決後其ノ訴ノ取下ヲ爲シタル以上縦令形式上當事者ヲ異ニスルモ實質上既判力ノ效果ヲ受クル方面ニ於テハ前訴ノ當事者ト全ク同一ナル地位ニ在ル第三者ヲ相手取り前訴同様ノ訴ヲ提起スルコトヲ得サルモノト云ハサル可ラス而已ナラス民事訴訟法第二百一條第一項ニハ確定判決ハ當事者口頭辯論終結後ノ承繼人又ハ其ノ者ノ爲メ請求ノ目的物ヲ所持スル者ニ對シテ其ノ效力ヲ有スト規定シ同條第二項ニハ他人ノ爲メ原告又ハ被告ト爲リタル者ニ對スル確定判決ハ其ノ他人ニ對シテモ效力ヲ有スト規定シタリ然リ而シテ本案ノ終局判決ヲ受ケタル原告カ一旦其ノ訴ヲ取下ケタルトキハ民事訴訟法第二百三十七條第二項ノ規定ニ依リ前訴ノ當事者ト同一ナル當事者ヲ相手取り同一ノ訴ヲ提起スルコトヲ得サルコトハ多言ヲ要セス又一步進ンテ本案ノ終局判決ヲ受ケタル原告カ一旦取下ヲ爲シタルトキハ其ノ前訴ノ口頭辯論終結後ノ一般承繼人ニ對シ前訴ト同一ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルカト云フニ何人モ消極說ヲ取ルニ躊躇スル者ナカルヘシ然ラハ右ト同一ナル理論ニ基キ本案ノ終局判決ヲ受ケタル後訴ノ取下ヲ爲シタル原告ハ民事訴訟法第二百一條第一項ニ規定セル當事者口頭辯論終結後ノ承繼人ノ外尙既判力ノ效果ヲ受クル目的物ノ所持人又ハ同條第二項ニ規定セル他人ニ對シテモ更ニ前訴ト同一ノ訴ヲ提起スルコトヲ得サルモノト斷セサル可ラス果シテ然ラハ人事訴訟ニ付終局判決ヲ受ケタル後取下ヲ爲シタル原告ハ同シク既判力ヲ受クル第三者ニ對シテモ前訴ト同一ノ訴ヲ新ニ提起スルコトヲ得サルコト明

カナリ然ルニ原審ニ於テ之ヲ看過シテ本訴ヲ認容シタルハ民事訴訟法規ヲ誤解シタル違法アリト謂フニ在リ

○判決理由

然レトモ民事訴訟法第二百三十七條第二項ニ依レハ本案ニ付終局判決アリタル後訴ヲ取下ケタルモノハ再ヒ同一ノ訴ヲ提起スルコトヲ得サルカ故ニ原告カ該終局判決ニ於テ勝訴シタルトキト雖敗訴シタルト結果ニ於テ殆ント異なる處ナク而モ訴ノ取下ナル當事者ノ行爲ニ基ク點ニ於テ請求ノ拋棄ニ比較スヘキモノニシテ請求ノ拋棄ノ許サル範圍ニ於テハ前記第二百三十七條第二項ハ其ノ適用アルモノト解スルヲ妥當トス而シテ養子確認ノ訴ニ在リテハ其ノ請求ノ拋棄ヲ許ササルコトハ論ナキヲ以テ終局判決後ニ訴ヲ取下タルトキト雖同一ノ訴ヲ提起スルコトヲ妨ケサルモノト謂ハサル可カラス原告李元植ト梁惠子間ノ所論養子確認ノ訴ハ第一審ニ於テ原告勝訴シタル後控訴審ニ繫屬中訴ヲ取下ケタルモノナリト雖原告ハ再ヒ同一ノ訴ヲ提起シ得ルコト敍上ノ如シ況ヤ本件被告ニ對スルニ於テヤ論旨ハ養子確認ノ訴ニ付テモ前記第二百三十七條第二項ノ適用アルコトヲ前提トセルモノニシテ不當ナリ

○家賃及地料請求事件

(昭和九年民上第四一七號
同年十一月二十日民事部判決 棄却)

【原告】 被控訴人 被上告人 金正 商
【被告】 控訴人 上告人 崔 鶴 寅

【第一審】 平壤地方法院 【第二審】 平壤覆審法院

○判示事項

鑑定事項ノ指示ト檢證ノ要否

○判例要旨

裁判所力鑑定事項ヲ指示スル方法ニ付テハ特ニ定ムルモノナキカ故ニ鑑定人ヲシテ鑑定事項ヲ認識セシメ得ルモノナル限リ文書圖畫ヲ介シ若クハ單ニ口頭ノ說示ニ依ルヲ得ヘク不動産ノ賃貸料ノ鑑定ヲ命スルニ付テモ裁判所先ツ檢證シテ其ノ不動産ヲ知り之ヲ鑑定人ニ指示スル要ナシ

【參照】

民事訴訟法第三百一十一條 鑑定ニハ別段ノ定アル場合ヲ除クノ外前款ノ規定ヲ準用ス

同法第三百八條 裁判長ハ鑑定人ヲシテ書面又ハ口頭ヲ以テ共同ニテ又ハ各別ニ意見ヲ述ヘシムルコトヲ得

同法第二百六十五條 裁判所ハ相當ト認ムルトキハ裁判所外ニ於テ證據調ヲ爲スコトヲ得此ノ場合ニ於テハ部員ニ命シ又

ハ區裁判所ニ囑託シテ證據調ヲ爲サシムルコトヲ得

(第二項略)

○事實

原告ノ原審ニ於ケル請求原因ノ要旨ハ原告ハ昭和五年十月二十日被告ヨリ其ノ所有ニ係ル平壤府巡營里十九番地坐百二十二坪及同地上建設ノ木造瓦葺平家朝鮮建本家一棟建坪二十四坪四合三勺五才附屬建物木造瓦葺平家朝鮮建住家一棟建坪七坪三合六勺木造瓦葺平家朝鮮建物置一棟建坪十三坪五合四勺四才ニ付代金ヲ五千三百圓、家屋及空地ノ引渡期日ヲ同年十一月十日ノ定メニテ買受ケ其代金全部ヲ支拂ヒ同年十月二十八日ニ右空地及家屋ニ付所有權移轉登記ヲ受ケタルモ被告ハ右賣買ノ目的トナリタル家屋及空地中別紙圖面(イ)ノ部分ノ建物七坪及同建物ノ敷地六坪八合(同建物七坪中内二合ハ同里十八番地坐上ニ跨リ居ル爲メ此ノ部分ヲ除ク)及同圖面(ロ)ノ部分ノ空地二十六坪ニ付テハ賣買ヲ否認シ現在(昭和九年三月二十二日)ニ至ル迄引渡ヲ爲サス不當ニ占據スル爲メ原告ハ之カ使用收益ヲ妨ケラレ所有者トシテ利用スル場合ニ於ケル一ヶ月ニ付金二十三圓四十錢(建物ハ一ヶ月ニ付金七圓空地ハ一ヶ月ニ付金十六圓四十錢)ノ賃貸料ニ相當スル額金九百三十六圓(引渡日ノ翌日ナル昭和五年十一月十一日ヨリ昭和九年三月十日迄ノ四十個月間)ノ損害ヲ蒙リタルニ付被告ニ對シ之カ賠償ヲ求ムル爲メ本訴請求ニ及ヒタリト謂フニ在リ

被告答辯ノ要旨ハ原告主張ノ建物(同圖面(イ))及其ノ敷地空地(同圖面(ロ))ヲ原告ニ賣却シタル事ナシ尤モ本件賣買ノ目的物件ニ付原被告間ニ訴訟アリシ處該訴訟ニ於テ右(イ)建物七坪及其ノ敷地ト(ロ)空地トヲ含ミタル空地三十二坪八合モ賣買ノ目的物ナルコトニ判決確定シタルコトハ爭ハス然レトモ元來本件不動産ノ賣買ハ昭和五年十月中被告ノ父崔觀瀨カ被告ニ代リ原告ト賣買シタルモノナルカ其ノ際目的物件ヲ舊東亞旅館ノ建物及其ノ敷地ト抽象的ニ表示シテ賣買シタルモノナル處該賣買契約書作成ニ際シ舊東亞旅館ノ建物及敷地ナル旨表示セスシテ漫然巡營里一九番地ノ空地及其ノ地上ノ建物三棟ナル旨記

鑑定事項ノ指示ト檢證ノ要否

載シ之ニ基キ所有權移轉登記ヲ經由シタル爲メ(但右圖面(イ)建物ニ付テハ登記セラレタルコト不明ナリ)原告ハ一九番地坐落都及同地上建物全部ヲ買受ケタルモノナリト虚偽ノ主張ヲ爲シ前記圖面(イ)建物及其ノ敷地並(ロ)空地ヲモ買受ケ不動産ノ一部ナリト謂ヒ之ヲ使用シ居ル被告ノ行爲ヲ不法占據ナリトシ之カ地料ト家賃トヲ請求スルモ前述ノ如ク右ノ部分ハ被告ニ於テ賣却セシモノニアラサレハ被告ハ右使用ニ因リ不法ニ利得シタルモノト謂フヲ得ス假ニ右ノ部分ヲモ原告ニ於テ買受ケタルモノナリトスルモ被告ハ原告ニ對シ地料並家賃ヲ支拂フ旨特約シタルコトナキヲ以テ原告ハ被告ニ對シ損害賠償ヲ求ムルノ外ナカルヘシ而シテ本件係争ノ部分タル家賃及空地ノ一ヶ月ノ使用料ハ家屋ハ三圓空地ハ九十八錢合計三圓九十八錢ヲ相當トス敝上ノ理由ニヨリ原告請求ニ應シ難シト謂フニ在リ

第二審裁判所ハ本件係争ノ目的タル(イ)建物カ七坪其ノ敷地ト(ロ)空地トヲ合シタル空地カ三十二坪八合ニシテ被告カ右引渡期日以後現在ニ至ル迄右部分ヲ占有シ居ルコトハ被告ノ辯論全旨ニ徴シ明瞭ナル處トストシ右ニ反スル被告ノ抗辯ヲ排斥シ被告ノ占有ニ付正當權原ニ基クモノナルコトノ認ムヘキモノナキ本件ニ於テハ不法ノ占有ト認ムルノ外ナク從テ被告ハ原告ニ對シ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スヘキ義務アルコト勿論ナリトスト説示シ仍テ損害額ニ付按スルニ當審鑑定人廣瀬惣次郎ノ鑑定ノ結果ニ依レハ本件係争ノ(イ)建物七坪其ノ敷地ト(ロ)空地トヲ合シタル空地三十二坪八合ヲ一括シタル昭和五年十月ヨリ同九年五月迄ニ於ケル平均一ヶ月ノ賃料ハ十圓ナルコトヲ認メ得ヘキヲ以テ該金額ヲ以テ相當トスヘク之ニ基キ計算スルトキハ前記賣買ノ目的物件引渡ノ日タル昭和五年十一月十日ノ翌日ヨリ本件損害金ノ請求ニ係ル同九年三月十日迄合計四十個月間ノ賃料ハ金四百圓ニシテ是レ全ク原告カ被告ノ不法ノ占據ニ因リ蒙リタル得ヘカリシ利益ノ喪失ニシテ損害タルコト言フ俟タス然レハ原告ノ本訴請求ハ右認定ノ限度ニ於テ正當トシテ認容シ其ノ他ハ失當トシテ排斥スヘキモノトスト判示シタリ

○ 上告理由

上告理由第一點ハ原判決ハ損害額ニ按スルニ當審鑑定人廣瀬惣次郎ノ鑑定ノ結果ニ依レハ云々平均一ヶ月ノ賃料十圓ナルコトヲ認メ得ヘキヲ以テ該金額ヲ以テ相當トスヘク之ニ基キ計算スルトキハ云々ト説示シ主文ノ如ク判決セラレシカ左ノ不法アリ(一)鑑定人訊問調査鑑定書ハ勿論記録上原審裁判所ハ鑑定スヘキ不動産所在地ニ檢證セラレタル事實ノ認ムヘキモノナシ自然檢證現場ニ於テ鑑定スヘキ目的物ヲ鑑定人ニ指示セラレタルニアラサルコト明カナリ而シテ廣瀬鑑定人カ鑑定目的不動産トシテ鑑定セシ不動産カ果シテ原審裁判所カ同鑑定人ニ鑑定方命令セラレタルモノニ符合スルヤ否ヤ鑑定書夫レ自體ノミニテハ何等之ヲ認ムヘキモノナク原判決亦タ他ノ證據ニヨリ該事實ヲ確實セラルル處ナシサスレハ該鑑定書ニノミ依據シテ原告請求ヲ肯認セラレタルハ不法ナリ(二)鑑定人訊問調査書ニヨルニ其ノ末項ニ於テ第一審判決書添付圖面(イ)(ロ)ヲ併せて賃料セハ昭和六年度七年度平均毎年ノ賃料及昭和九年一月ヨリ五月迄ノ平均毎月ノ賃料如何トアリテ昭和六、七八年度ノ各年ノ平均賃料ト同九年一月ヨリ五月迄ノ平均賃料ノ鑑定ヲ命セラレタルニ拘ラス鑑定書ニヨルニ鑑定目的地ノ地域ハ相當繁華ヲ極ムル所ナル旨ヲ説述シ表道路ニ面スル部分ハ現時(鑑定命令ノ日トスレハ六月四日、鑑定書ノ日付トスレハ六月二十三日)一坪ノ價格二百五十圓ヲ下ル事ナシ然ルニ本件ノ空地

ハ裏通りニ屬シ昭和五年十月頃ハ一坪三十四、五圓位ノモノナリシモ昭和九年五月ニ於ケル價格七十圓位ニシテ其ノ變動甚シキモ其ノ變動ノ平均ヲ採ル時ハ一坪ノ價格五十圓位トスヘク依テ之カ一ヶ月ノ賃料ヲ鑑定セントスルニ云々二十錢ヲ相當トスト説示シ空地一坪ノ賃料一ヶ月二十錢ニ鑑定セリ故ニ該鑑定ハ(イ)前記ノ如ク昭和五年以後毎年ノ平均價格ヲ鑑定セシメラレタル鑑定命令ニ反シ單ニ昭和五年ト九年ト丈ケ鑑定ヲ爲シタル不法アリ(ロ)右鑑定ハ昭和五年十月ニ於ケル價格ト昭和九年五月現在ニ於ケル價格トヲ鑑定シ此ノ二ヶ月ニ於ケル價格ノ平均價格ヲ以テ本件係争土地ノ標準價格トシテ右一坪ノ賃料ヲ鑑定シタリ併シ都市ニ於ケル土地ノ價格ハ同都市ノ進展ニヨリ殆ント例外ナク價格ヲ上騰セシムルノ外隨時突發スル財界ノ變動ニヨリ臨時甚シク價格ニ上下變動ヲ來タシ特ニ昭和九年ニ入りテハ政府ノインフレ政策ニヨリ換物氣分徹底シ來リタル爲朝鮮一般ニ土地熱旺盛ヲ極メ同年五、六月頃ハ其ノ頂點ニ達セシヤニ看取セラレタル事情アリ是等事實ハ御法院ニ顯著ナル所ナリト信ス是レ鑑定事項トシテ昭和六、七、八年ノ三ケ年ニ於ケル各年毎ニ於ケル平均價格ノ鑑定ト同時ニ昭和九年度ニ於ケル五月迄ノ毎月ノ賃料鑑定ヲ命セラレタル次第ナリ然ルニ前記ノ如ク鑑定事項ヲ無視シ單ニ昭和五年十月ニ於ケル價格ト昭和九年五月ニ於ケル臨時突發事情ニ基ケルインフレ價格トヲ對照シ其ノ平均價格ヲ以テ昭和六、七、八年度(少クトモ)ニ於ケル平均賃料ナリト鑑定セシハ全ク其ノ基礎事實ニ大ナル錯誤存在シ不法不當ノ鑑定ナルヘキ事ハ之ヲ明認シ得ヘシ(ハ)本件原告ノ主張スル所ハ第一審判決書添付係争不動産略圖(イ)(ロ)ヲ被告カ不法占據セル賠償ヲ求ムト云フニアルニヨリ自然(イ)(ロ)ヲ併

セ占據スルニヨリ生スル損害ノ鑑定ヲ必要トスルニヨリ原審亦タ鑑定事項トシテ鑑定人ニ指示サレタル所前記ノ如ク其ノ末項ニ於テ右二個ノ物ヲ合セ賃貸セハ云々ト事實ヲ限定セラレタリ加之朝鮮ニ於ケル借家契約ヲ按スルニ建物ノ賃料何程其ノ周圍ノ空地何程ト分別シテ賃料ヲ定ムルモノナク空地ト建物トヲ併セ一體トシテ契約シ空地ハ該建物ニ附屬スルモノトシテ賃料ヲ協定セラルルハ公知事實ニシテ例外ナキ事實ナリトス故ニ本件鑑定ニ際シテモ此ノ事實ニ依據スヘキモノナルニ拘ラス殊更外部ヨリ建物ニ往復スル通路ト便所ニ通スル通路トニ相當スヘキ空地ノ部分ヲ抽出シ之ヲ建物ニ附屬スルモノトシテ賃料ヲ十五錢ニ定メ其ノ餘ノ空地ハ空地トシテ獨立シテ賃貸スルモノノ如ク看做シテ一坪二十錢ナリト鑑定セシハ是レ亦鑑定事項ニ反シ且鑑定スヘキ基礎事實ニ認識不足モ甚シキ不法不當ノ鑑定ナリ斯ノ如ク本件廣瀬鑑定ハ不法不當ノ鑑定ナルヲ以テ被告ハ更ニ適當ノ鑑定ヲ命セラルヘキ旨夫々其ノ事由ヲ述ヘ申請セシモ原審裁判所ハ之ヲ採用セラレズ右廣瀬鑑定ノミニ據リ原告請求ヲ肯認サレタルハ不法ナリト謂フニ在リ

○ 判決理由

然レトモ鑑定人廣瀬惣次郎ニ對スル訊問調書ノ記載ニ依レハ原審ハ同鑑定人ニ對シ口頭及圖面ヲ以テ平壤府巡營里十九番地ニ存スル係争不動産ノ賃貸料ニ付鑑定ヲ命シ其ノ鑑定書ノ記載ニ依レハ同鑑定人ハ右同不動産ニ付賃貸料ノ鑑定ヲ爲シタルコト明カナリ故ニ之等ノ記載ヲ真正ニ成立セルモノト爲ス限リ鑑定ヲ命シタル事項ト鑑定人ノ鑑定セル事項ハ同一ナルモノト認ムヘク反證ナキニ拘ラス之ヲ否定シ得サルモノトス又鑑

定事項ノ指示方法ハ一定セルモノナキカ故ニ鑑定人ヲシテ鑑定事項ヲ認識セシムルニ足ルモノナル限リ文書
 圖畫ヲ介シ若クハ單ニ口頭ノ説示ニ依ルヲ得ヘク不動産ノ貸貸料ノ鑑定ヲ命スルニ付テモ裁判所先ツ檢證シ
 テ其ノ不動産ヲ知り之ヲ鑑定人ニ指示スルヲ要ストハ法則ナシ鑑定人廣瀬惣次郎カ原審ノ鑑定ヲ命シタル事
 項ヲ了解セルコトハ其ノ鑑定書ノ記載ニ依リテモ明カニシテ原審ノ措置ヲ違法ト爲スヲ得ス而シテ同鑑定人
 カ本件係争不動産ヲ一括シテ賃貸スル場合ニ付昭和五年十月ヨリ昭和九年五月ニ至ル平均一ヶ月ノ賃貸料ヲ
 鑑定セルハ其ノ趣旨ニ於テ原審ノ命シタル所ニ依レルモノニシテ之鑑定人訊問調書ノ記載ニ當事者間ノ係争
 關係ヲ綜合シテ容易ニ看取シ得ヘキニヨリ之ヲ以テ命令ヲ受ケサル事項ニ付鑑定セルモノト謂フヲ得ス更ニ
 同鑑定人カ昭和五年十月及昭和九年五月ニ於ケル價額ヲ基準トシ建物ノ周圍ニ存スル空地ノ賃料ヲ加算シテ
 此ノ間ニ於ケル係争不動産ノ平均賃貸料ヲ鑑定セルハ上告人獨自ノ見解ニ依リテ鑑定ノ方法ヲ不
 當ト爲スモノニシテ首肯シ難ク原審カ其ノ鑑定ノ結果ヲ採用セルハ違法ニ非ス論旨ハ凡テ理由ナキモノトス

○ 上告理由

同第二點ハ係争物件ノ價格鑑定ナルモノハ事實承審官ノ參考資料ニ外ナラス故ニ該鑑定ヲ外ニシテ先ツ該承
 審官自カラ係争不動産ヲ檢證シ其ノ附近ノ地勢ト盛衰ノ狀況ヲ現認シ之ニ對スル事實上ノ知識ヲ獲得シ尙一
 般ト該地方ノ經濟事情トヲ考慮シ以テ承審官自身該不動産ノ利用價值ニ對シ或程度ノ心證ヲ作爲シ然ル後鑑
 定價格ヲ參考シテ一定ノ賃料ヲ判定スヘキ筋合ナリトス然ルニ原審裁判所ハ何等自身係争不動産ニ對スル知
 識モ觀念モ有スル所ナク鑑定人ノ鑑定ハ以テ直チニ本件不動産ノ利用價值ヲ判定スル能力アルモノトシ廣瀬
 鑑定ニノミ依據シ原告請求ヲ認容セラレタルハ鑑定其ノモノノ證據能力ヲ誤解セラレタル不法アリト謂フニ
 在リ

○ 判決理由

然レトモ事實ノ認定ハ鑑定ノ結果ノミニ依リテモ之ヲ爲シ得ヘク鑑定ノ結果ハ獨立シテ證據力ナキモノニ非
 サルカ故ニ本論旨亦理由ナシ

○ 請求ニ關スル異議事件

(昭和九年民上第四一九號 棄却)
 同年十一月二十七日民事部判決

【原告】 控訴人 被上告人 朴 斗 仁 親權者母 襄 仁 崇
 【被告】 被控訴人 上告人 宋 尙 學 訴訟代理人 李 浩 品

【第一審】 釜山地方法院 【第二審】 大邱覆審法院

○ 判示事項

主債務ノ消滅時効完成ト連帶保證人ノ時効利益ノ拋棄

主債務ノ消滅時効完成ト連帯保證人ノ時効利益ノ拋棄

○判例要旨

主タル債務力時効ノ完成ニ因リテ消滅シタル以上ハ假令連帯保證人ニ於テ自己ノ債務ノ消滅時効ノ利益ヲ拋棄シタル事實アリトスルモ尙主タル債務ノ時効完成ヲ援用シテ請求ヲ拒否スルコトヲ得ルモノトス

【參照】 民法第四百五十八條 主タル債務者カ保證人ト連帯シテ債務ヲ負擔スル場合ニ於テハ第四百三十四條乃至第四百四十條ノ規定ヲ適用ス

同法第四百三十九條 連帯債務者ノ一人ノ爲メニ時効力完成シタルトキハ其債務者ノ負擔部分ニ付テハ他ノ債務者モ亦其義務ヲ免ル

同法第四百五十七條 主タル債務者ニ對スル履行ノ請求其他時効ノ中断ハ保證人ニ對シテモ其效力ヲ生ス
保證人ハ主タル債務者ノ債權ニ依リ相殺ヲ以テ債權者ニ對抗スルコトヲ得

○事實

原告ノ原審ニ於ケル請求原因ノ要旨ハ原告訴訟代理人ハ訴外徐燦圭ハ明治四十年頃ヨリ昭和三年頃迄東萊郡龜浦面ニ於テ穀物商ヲ營ミ居タルモノナル處大正七八年中訴外亡許撥ハ徐燦圭ノ營ム作米及之カ販賣ノ事業ヨリ生スル損害及利益ヲ折半スル約ニテ之ニ出資シタルカ該契約ハ大正八年中當事者合意ノ上解消スルコトトシ清算ノ結果徐燦圭ヨリ許撥ニ支拂フヘキ金額ヲ二千圓ト定メ徐燦圭ハ大正十一年四月二十五日迄ニ之カ利息全部及元金中四百七十圓ヲ許撥ニ支拂ヒ其ノ殘額一千五百三十圓ニ付テハ同日附ヲ以テ右兩者間ニ準消費貸借契約ヲナシ原告先代朴盛秀ハ友人タル關係上好意的ニ訴外徐燦圭ト共ニ

之カ保證人トナリタリ而シテ訴外曹永煥ハ大正十三年中許撥ヨリ右債權ノ讓渡ヲ受ケ徐燦圭及原告先代等ヲ相手取り釜山地方法院ニ同院大正十三年民第一三〇一號ヲ以テ之カ請求訴訟ヲ提起シタルカ同年十月二十四日徐燦圭原告先代等ハ連帯シテ曹永煥ニ對シ金千五百三十圓及之ニ對スル大正十一年四月二十五日以降完済迄年二割ノ利息ヲ支拂フヘキ旨ノ法定和解成立シタルヨリ同年十二月二十二日其ノ利息全部及元金四百三十四圓ヲ辨濟シ次テ昭和三年十一月十五日右曹永煥ハ右執行力アル和解調書正本ニ基キ主債務者タル徐燦圭ノ有體動産ニ對シ強制執行ヲ爲シタル結果二十八圓五十錢ノ辨濟ヲ受ケタルカ被告ハ右曹永煥ヨリ右債權ノ殘額ニ付昭和八年十二月二十二日之カ讓渡ヲ受ケ原告先代朴盛秀ハ昭和六年六月二十五日死亡シタルヨリ其ノ相続人タル原告ニ對シ被告ハ之カ執行ノタメ右債權名義ニ原告ニ對スル承繼ニヨル執行文ヲ得タル上昭和九年二月十二日原告所有ニ係ル自轉車蓄音器等有體動産計十點ニ付強制執行ヲナシタル然レトモ被告ノ有スル債權名義ノ基本債權タルヤ紋上ノ如ク商人タル主債務者徐燦圭カ許撥トノ間ノ共同營業解消ニヨル商事債權タル清算金ニ付之ヲ準消費貸借ニ更メタルモノナレハ該契約ニヨリ右債權タル性質ニ變更ナク假ニ然ラスシテ右債權カ單ナル貸借ニ基クモノナリトスルモ右ハ徐燦圭ノ營業ノタメニナシタル貸借ニ外ナラサレハ同シク商事債權ニ屬シ商法第三百八十五條ニヨリ五年ノ短期時効ノ適用ヲ受クヘキモノナル處前示曹永煥カ徐燦圭ニ對シ強制執行ヲナシタル昭和三年十一月十五日以降右債權ニ付時効ヲ中断セシル事實ナキヲ以テ同日ヨリ起算スレハ被告ノ本件執行ノ時右債權ハ既ニ五年ヲ經過シ時効完成セルノミナラス主債務者タル徐燦圭ハ被告ニ對シ昭和九年二月二十日右時効援用ノ通知ヲナシ右債權ハ消滅ニ歸シ從テ之ニ從タル原告ノ保證債務亦消滅ニ歸シタルヲ以テ被告ノ本件債務名義ニ付之カ執行力ノ排除ヲ求ムルタメ本訴ニ及ヒタリト謂フニ在リ
被告各辯ノ要旨ハ本件債權ハモト原告主張ノ如キ訴外許撥、徐燦圭間ノ共同營業ニ基ク清算金ニ非スシテ許撥カ徐燦圭ニ單ニ現金ヲ貸與シ原告先代カ之ヲ保證シタルモノナレハ商行爲ニヨリ生シタル債權ニ非ス假ニ然ラストスルモ右債權ノ讓受人タル被告ノ前主訴外曹永煥ハ右兩人等ニ對シ原告主張ノ如キ讓受金請求ノ訴ヲ提起シタル處原告先代等強硬ニ右債權ノ存在

主債務ノ消滅時効完成ト連帯保證人ノ時効利益ノ拋棄

ヲ否認シタルモ遂ニ雙方互讓ノ上從來ノ債權ニ基カス舊債務ハ之ヲ消滅セシメ創設的ニ新債務ヲ負擔スル趣旨ノ下ニ原告主張ノ如キ法定和解成立シタルモノナレハ右和解ニヨリ原告先代ノ債務モ保證ノ性質ヲ喪ヒ連帶債務ト爲リタル全ク新ナル民事債務ニシテ被告ハ右新債權ヲ讓受ケタルヲ以テ以上執レニスルモ被告ノ所有ハ商事債權トシテ商事時効ノ適用ヲ受クハ時モノニ非ス假ニ商事債權ナリトスルモ本件債權ニ付テハ被告ノ前主曹永煥カ主債務者徐燦圭ニ對シ昭和三年十一月十五日強制執行ヲナシ一部辨濟ヲ得タルノミナラス主債務者タル徐燦圭ハ昭和四年七月中訴外曹永煥カ訴外徐燦圭ニ對シ本訴金員ノ辨濟ヲ求メタルトコロ徐燦圭ハ曹永煥方ニ來リ同人ニ對シ其ノ債務ノ存在ヲ認メテ減額及辨濟ノ猶豫ヲ求メタリ尙曹永煥ハ昭和八年八月下旬原告ノ法定代理人ニ對シ本訴債務ヲ支拂ヲ求メタルニ同人亦前同様其ノ債務ノ存在ヲ承認シ減額ヲ要求セリ原告ノ訴外姜元錫ニ對スル土地代金一部ヲ曹永煥カ差押ヘ且轉付命令ヲ受ケタルトコロ原告ノ法定代理人ハ昭和八年十月十五日頃訴外許撥ノ妻ヲ介シテ曹永煥ニ對シ又其ノ債務ノ存在ヲ承認シ減額ヲ懇請セリ同年十一月中原告所有動産ニ對シ差押ヲ爲シタルトコロ原告ハ何等異議ヲ申出テサリシモノナリ這ハ完成シタル時効ヲ暗黙ノ裡ニ拋棄シタルモノト看做スヘキモノナレハ原告ノ本訴請求ニ應スルコト能ハスト謂フニ在リ

第二審裁判所ハ證人徐燦圭ノ證言成立ニ爭ナキ乙第一號證ノ一同甲第一號證ノ各記載ニ右乙第一號證ノ一表示金千五百三十圓ノ借主ハ徐燦圭ノミナル旨ノ被告ノ陳述ヲ綜合スレハ徐燦圭ハ昭和三年頃ニ至ルマテ數十年間東萊郡龜浦面龜浦里ニ於テ米穀商ヲ營ミタルカ其ノ間訴外許撥ヨリ商業資金ノ融通ヲ受ケ之カ借用金債務ヲ負擔シタルノ外大正四年大正八年中ノ二回ニ互リ兩名共同シ利益ヲ得ル目的ヲ以テ穀物ノ賣買ヲモ爲シ之ニ因リ徐燦圭ハ許撥ニ對シ清算金支拂義務ヲモ負擔シタルトコロ其ノ後右總債務中ニ一部ノ辨濟ヲ爲シ殘餘ノ金千五百三十圓ニ付大正十一年四月二十五日元本ヲ前同金額、利息ヲ日歩金七錢、辨濟期日ヲ同年五月二

十五日トセル貸借ニ改メ朴盛秀及訴外許鎮冷ハ其ノ連帶保證人ト爲リタリ然ルニ其ノ後同人等ハ右貸金元利ノ辨濟ヲ爲サス許撥ハ該債權ヲ曹永煥ニ讓渡シタルヲ以テ曹永煥ハ之カ支拂ヲ得ヘク同人等ヲ相手取り釜山地方法院ニ民事訴訟ヲ提起シ審理中大正十三年十月二十四日當事者互ニ讓歩シテ辨濟期ヲ同年十二月二十四日ニ延期シ利率ヲ利息制限令所定範圍内ノ年二割ニ引下ケ以上ノ元利ニ其ノ間生シタル費用中訴訟印紙代金二十五圓ヲ支拂フヘキ旨ノ所謂認定的ノ和解ヲ爲シタルコトヲ確認セリ被告ノ證據ニ據リテハ此ノ認定ヲ左右スルニ足ラス然レハ前示和解調書表示ノ債務ハ從前同様徐燦圭ハ主債務者トシテ朴盛秀及許鎮冷ハ其ノ連帶保證人トシテ之カ履行ヲ爲スヘキ責任アリ尙同債務ハ主債務者タル徐燦圭ノ商行為ニ因リテ生シタルモノト謂ハサルヘカラスト説示シ仍テ徐燦圭ノ消滅時効援用ニ因リ其ノ債務消滅シ隨テ朴盛秀ノ承繼人タル原告ノ保證債務亦消滅セリトノ原告主張ニ付按スルニ徐燦圭カ昭和四年七月中曹永煥ニ對シ其ノ債務ノ存在ヲ承認シ原告及其ノ法定代理人カ昭和八年八月下旬、同年十月十五、六日頃曹永煥ニ對シ前同様ノ承認ヲ爲シタリトノ被告主張ノ事實ハ信用シ難ク證人姜元錫、曹永煥ノ證言以外ニ之カ存在ヲ認ムヘキ證左ナク昭和八年十月十二日訴外姜元錫ニ對シ有スル原告ノ土地賣買代金債權ヲ曹永煥カ本件係争債權ノ強制執行トシテ差押ヘ且其ノ轉付ヲ受ケタルコトハ當事者間ニ爭ナシト雖右強制執行ハ徐燦圭ニ對スルモノニ非サルノミナラス同人ニ此ノ事實ヲ通知シタルコトヲ肯認スヘキ何等ノ資料ナク尙右差押及轉付ハ未成年者タル原告自身ヲ相手方ト爲シ且裁判ノ送達ヲ爲シタルコトハ被告ノ自認スルトコロニシテ其ノ裁判送達ヲ原告ノ法定代理人ニ

主債務ノ消滅時効完成ト連帶保證人ノ時効利益ノ拋棄

於テ知リタルコトヲ確ムヘキ證據ナシトシ故ニ徐燦圭カ昭和九年二月二十四日成立ニ争ナキ甲第三號證ヲ以テ被告ニ對シ主張セルカ如ク同人ノ本訴債務ハ昭和三年十一月十六日(同人ニ對シ強制執行ヲ爲シ競賣代金ヲ以テ辨濟ニ充當シタル翌日)ヨリ起算シ既ニ五年ノ商事時効完成ニ因リテ消滅シ隨テ原告モ其ノ連帶保證人トシテノ責任ヲ免レタルコト明瞭ナリトス昭和八年十一月中曹永煥カ原告所有動産ニ對シ差押ヲ爲シタル際原告ニ於テ何等異議ヲ認メナリシ事實ハ原告ノ争ハサルトコロナリト雖是ノミニ據リテハ被告主張ノ如ク原告カ時効ノ利益ヲ拋棄シタルモノト即斷シ難ク他ニ右論結ヲ非トスヘキ何等ノ資料存セス果シテ然リトセハ前示和解調書ノ執行力アル正本ニ基テ強制執行ハ之ヲ許ス能ハサルモノト謂フヘキニヨリ原告ノ本訴異議ハ許容スヘキモノトスト判示シタリ

○上告理由

上告理由第一點ハ原審判決ハ乙第一號證ノ一ノ内容タル債權關係ニ付徐燦圭ヲ主債務者朴盛秀(原告ノ先代)及徐鎮冷ヲ其ノ連帶保證人ト認定シ主債務者タル徐燦圭ニ對シ商事消滅時効完成シタルカ故ニ其ノ連帶保證人タル朴盛秀ノ承繼人タル原告モ責任ヲ免レタル旨判示セラレタリ然レトモ同債權關係ニ付原告ノ先代朴盛秀カ連帶保證人ナルコトハ被告モ之ヲ認メ且ツ乙第一號證ノ一ノ記載ニ徴シ明瞭ナルモ徐鎮冷カ連帶保證ヲ爲シタルコトハ被告之ヲ認メ且ツ之ヲ認ムヘキ何等ノ證據ナキノミナラス却テ乙第一號證ノ一ノ記載及和解調書タル甲第一號證ノ記載ニ依レハ徐鎮冷ハ徐燦圭ト共ニ主債務者ト爲リ原告ノ先代朴盛秀ハ其ノ主債務

者兩人ノ爲メニ連帶保證ヲ爲シタルコト明瞭ナレハ假令徐燦圭ノ債務カ商事時効ノ援用ニ依リ消滅シタリト雖モ徐鎮冷ノ債務ハ商事時効ノ適用ヲ受クヘキモノナリヤ否ヤ又時効ニ罹リ居ルヤ否ヤ不明ナル故未タ之カ存續スルモノト認ムル外ナク從テ原告カ徐鎮冷ノ爲メニ爲シタル連帶保證債務ニ付獨立ニ消滅時効ニ罹リ居ルコトヲ認メサル限り原告ハ未タ本件乙第一號證ノ一ノ内容タル債權關係ニ付責任ヲ有スルヤ勿論ナルニ拘ラス原審カ右判示ノ認定ヲ爲シタルハ證據ニ依ラスシテ事實ヲ認定シタル結果法ノ適用ヲ誤リタル違法アルモノトスト謂フニ在リ

○判決理由

然レトモ原判決依據ノ證據ニ依レハ原審認定ノ如ク乙第一號證ノ一ノ内容タル債權關係ニ付徐燦圭ハ主債務者、原告先代朴盛秀、徐鎮冷ハ其ノ連帶保證人ナルコトヲ認メ得サルニ非ス所論ハ右債權關係ニ於ケル主債務者ハ徐燦圭徐鎮冷ニシテ原告先代朴盛秀ハ右主債務者兩名ノ爲ニ連帶保證ヲ爲シタルモノトノ獨斷ニ出ツルモノニシテ採用ニ價セス

○上告理由

同第二點ハ原審判決ハ昭和八年十月十二日訴外姜元錫ニ對シ有スル原告ノ土地賣買代金債權ヲ曹永煥カ本件係争債權ノ強制執行トシテ差押ヘ且ツ其ノ轉付ヲ受ケタルモ右強制執行ハ徐燦圭ニ對スルモノニアラサルノミナラス同人ニ此ノ事實ヲ通知シタルコトヲ肯認スヘキ何等ノ資料ナク尙右差押及轉付ハ未成年者タル原告

自身ヲ相手方ト爲シ且ツ裁判ノ送達ヲ爲シタルコトハ被告ノ自認スルトコロニシテ其ノ裁判送達ヲ原告ノ法定代理人ニ於テ知リタルコトヲ認ムヘキ證據ナシトシテ被告ノ時効中斷ノ抗辯ヲ排斥セラレタリ然レトモ未成年者自身ヲ相手方ト爲シテ債權差押及轉付命令ヲ爲シタル場合ニ於テモ該差押力取消サレサル限り其ノ法定代理人カ其ノ裁判送達ヲ知リタルト否トニ拘ラス時効中斷ノ效力ヲ生スルコトハ民法第一百五十四條ノ反面解釋上明ナリ又民法第一百五十五條ニ通知義務ヲ負ハシメタルハ時効ノ利益ヲ受ケサル債務者以外ノ第三者例ヘハ擔保提供者ノ如キモノニ對シ差押ヲ爲シタル場合ニ限ルモノニシテ債務者ニ對シ差押ヲ爲ス場合ニハ數人ノ債務者中一人ニ對シ之ヲ爲スモ債權關係ニシテ同一ノモノナル以上他ノ債務者ニ對シ之ヲ通知セストモ全債務者ニ對シ時効中斷ノ效力ヲ生スヘキモノト解スヘキモノナレハ右差押ハ連帶保證人タル原告ニ對シ之ヲ爲シタルカ故ニ主債務者タル徐燦圭ニ對シ之ヲ通知スル必要ナキモノナリ然ルニ右判示ノ如ク解釋シテ被告ノ時効中斷ノ抗辯ヲ排斥シタルハ法ノ解釋ヲ誤リタル違法アリトスト謂フニ在リ

○ 判決理由

然レトモ所論差押及轉付命令ハ連帶保證人タル原告先代ノ承繼人タル原告ニ對シ爲サレタルモノニシテ主債務者タル徐燦圭ニ對シテハ其ノ效果ヲ及ホス可キモノニ非サルカ故ニ同人ノ債務ニ付テハ時効中斷ノ原因トハナラス論旨ハ右ト異ナル見解ニ立脚スルモノナレハ到底之ヲ採用スルヲ得ス

○ 上告理由

同第三點ハ昭和八年十一月中青永煥カ原告所有動産ニ對シ差押ヲ爲シタル際原告ニ於テ何等異議ヲ申出テザ

リシ事實ニ依リ時効ノ利益ヲ拋棄シタルモノト認メサルハ實驗法則ヲ無視シタル違法アリトスルト謂フニ在リ

○ 判決理由

然レトモ連帶保證債務ハ主タル債務ニ附從シ其ノ消滅シタル後ニ於テハ獨立シテ存在スルコトヲ得サルモノナルヲ以テ主タル債務カ時効ノ完成ニ因リテ消滅シタル上ハ假令連帶保證人ニ於テ自己ノ債務ノ消滅時効ノ利益ヲ拋棄シタル事實アリトスルモ尙主タル債務ノ時効完成ヲ援用シテ請求ヲ拒否スルコトヲ得ルモノトス本件ニ於テ所論差押アリタルハ主債務者徐燦圭ニ對スル時効完成後ニ係リ其ノ連帶保證人ノ承繼人タル原告ニ於テ右完成セル時効ヲ援用シタルコト原判決ノ認定スル所ナレハ原告ノ連帶保證債務ハ主債務ノ時効完成ニ因ル消滅ト共ニ消滅シタルモノト謂フ可キカ故ニ論旨ハ結局採用スルニ由ナシ

○ 競賣開始決定ニ對スル再抗告事件

(昭和九年民抗第一三三號 原決定取消自判)

【原告人】 大下 惣吉 訴訟代理人 孫 致 股

【相手方】 大浦 親善 法定代理人親權者母 大浦 鶴代

【原裁判所】 大邱覆審法院

○ 決定事項

競落代金ノ不交付ト抵當權ノ消滅

競落代金ノ不交付ト抵當權ノ消滅

○決定要旨

競賣法ニ因ル競賣ニ於テ其ノ目的土地ニ存スル抵當權ハ競賣ニ因テ當然消滅スヘク競落代金ノ交付ヲ得タルト否トニ拘ルコトナシ

【參照】

競賣法第二條 競買人ハ競落ニ因リテ競賣ノ目的タル權利ヲ取得ス

競賣ノ目的ノ上ニ存スル先取特權及ヒ抵當權ハ競落ニ因リテ消滅ス

競買人ハ留置權者、競賣人ニ對シテ優先權ヲ有スル質權者及ヒ其質權者ニ對シテ優先權ヲ有スル債權者ニ辨濟スルニ非サレハ競賣ノ目的物ヲ受取ルコトヲ得ス

同法第三十三條（第一項略）

裁判所ハ前項ノ代價ノ中ヨリ競賣ノ費用ヲ控除シ其殘金ハ遲滞ナク之ヲ受取ルヘキ者ニ交付スルコトヲ要ス

○事實

本件抗告ノ要旨ハ大邱地方法院ハ同院カ抗告人ノ不動産ハ競賣申立ニ依リ同院昭和八年民執第六七三號債權者抗告人債務者李元燁李根重第三取得者相手方間不動産任意競賣事件ニ於テ漆谷郡石積面牙谷洞山八十番地ノ一林野二十六町九反一畝歩ニ付昭和八年十一月十五日爲シタル不動産競賣開始決定ニ對シ相手方ノ爲シタル異議申立ヲ理由アリト爲シ同年十二月二十七日同院民申第二九六〇號ヲ以テ右競賣開始決定ニ依リ右林野ニ付開始シタル競賣ハ之ヲ許ササル旨ノ決定ヲ爲シタリ然レトモ抗告人先代亡大浦門二ハ昭和二年一月八日本件林野ヲ抵當ニ取り前示債務者等ニ對シ金員ヲ貸與シ同月十日之ニ付第一順位ノ抵當權設定登記ヲ經由シ爾來其ノ相續人ナル抗告人（昭和七年十二月二十三日先代死亡ニ因リ家督相續）ニ至ル迄債權ト共ニ右抵當權ヲ保有シ今日ニ及フモノナル處相手方ハ昭和四年七月二十七日同一林野上ニ第三順位ノ抵當權ヲ取得シ該抵當權ニ基キ大邱地方法院昭和五年民執第七〇三號ヲ以テ競賣ヲ申立テ抗告人ノ抵當權設定登記ノ廢寫ナキ不完全ナル登記簿廢

本ヲ提出シ自己カ第一順位ノ抵當權者ナルカ如ク申立テ抗告人不知ノ間ニ該競賣手續ヲ進行シ右林野ヲ競落シタルモノニシテ抗告人ノ抵當權ハ登記簿上ノ記載ト共ニ廢トシテ存在シ右競賣ニ因リ消滅スヘキモノニ非サルコト民法第三百七十二條民事訴訟法第六百四十九條ノ精神ニ照シ疑ナキ所ナリ又第三順位ノ抵當權者ナル相手方ノ申立ニ依リテ爲サレタル右競賣ヲ爲スニ當リテハ競賣法第二十七條第二項ニ則リ競賣期日ヲ第一順位抵當權者タル抗告人ノ先代ニ通知スヘキモノナルニ拘ラス右ノ通知ナカリシヲ以テ該競賣ハ無効ナルヘク從テ相手方ノ競落所有權ハ當然抗告人ノ抵當權ヲ負擔スヘキモノナリ左レハ抗告人ノ本件第一順位抵當權ニ基ク申立ニ依リ爲サレタル本件競賣ハ適法ナルモノナルヲ以テ原決定ヲ取消シ更ニ相當ノ裁判相成度本件抗告ニ及ヒタリト謂フニアリ

原裁判所ハ凡ソ後順位ノ抵當權ニ基キ申立テラレタル競賣ニ依リ先順位ノ抵當權カ消滅スルハ該抵當債權者カ優先辨濟ヲ受クルコトヲ前提トシテ然ルモノニシテ有效ニ存スル先順位ノ抵當權カ無視セラレ競賣不動産ニ付何等ノ負擔ナキモノトシテ競賣セラレタル場合ニハ同抵當權ハ消滅スルモノニ非サルモノトス（大正七年三月五日言渡高等法院判例參照）今本件ニ付稽フルニ第三順位ノ抵當權者タル相手方ノ申立ニ依リ爲サレタル競賣ハ先順位ノ抵當權者タル抗告人先代ニ其ノ債權者優先辨濟ヲ受ケシムルコトナク其ノ抵當權ヲ無視シテ爲サレタルモノニ外ナラサルヲ以テ抗告人ノ抵當權ハ右競賣ニ拘ラス今尙有效ニ存在スルモノト解スヘク從テ相手方ハ右抵當權カ附着セル儘本件林野ヲ競落セルモノト謂ハサルヘカラス左レハ抗告人カ其ノ抵當權ニ基キ本件林野ニ付申立テタル本件競賣ハ適法ニシテ之ニ對シ爲シタル相手方ノ異議申立ハ何等理由ナキモノナルヲ以テ之ヲ排斥スヘキモノトスト判示シタリ

競落代金ノ不交付ト抵當權ノ消滅

○ 抗告理由

抗告理由ハ原決定ハ其ノ理由ニ於テ「按スルニ抗告人主張ノ如ク本件林野ニ付抗告人ノ先代カ第一順位ノ抵當權者相手方カ第三順位ノ抵當權者ニシテ相手方カ其ノ抵當權ニ基キ大邱地方法院昭和五年民執第七〇三號ヲ以テ本件林野ニ對シ競賣申立ヲ爲シ之ヲ競落シ第一順位ノ抵當權者タル抗告人先代ニ其ノ債權ノ優先辨濟ヲ得セシムルコトナク右第三順位ノ抵當債權ノミノ満足ヲ得セシメテ競賣ヲ終結セシメタルコト及抗告人カ其ノ第一順位ノ抵當權ニ基キ大邱地方法院昭和八年民執第六七三號ヲ以テ本件林野ニ付競賣申立ヲ爲シ昭和八年十一月十五日競賣開始決定カ爲サレタルコトハ原審ノ口頭辯論ニ於ケル當事者ノ辯論全趣旨竝ニ當院カ職權ヲ以テ取寄セタル大邱地方法院昭和八年民執第六七三號不動産競賣事件記録中ノ登記簿謄本及同院昭和五年民執第七〇三號不動産競賣事件記録ニ徴シ之ヲ認メ得ヘシ凡ソ後順位ノ抵當權ニ基キ申立テラレタル競賣ニ依リ先順位ノ抵當權カ消滅スルハ該抵當權者カ優先辨濟ヲ受クルコトヲ前提トシテ然ルモノニシテ有效ニ存スル先順位ノ抵當權カ無視セラレ競賣不動産ニ付何等ノ負擔ナキモノトシテ競賣セラレタル場合ニハ同抵當權ハ消滅スルモノニアラサルモノトス(大正七年三月五日言渡高等法院判例參照)トセリ然レトモ原決定ハ法律ノ見解ヲ誤リタル違法アリトス即チ第三取得者モ本件林野ニ對スル一抵當權者ナルコト及第三取得者ノ抵當權實行ノ申立ニ依リ本件林野ニ付競賣手續開始サレ何等手續上ノ違法ナク競賣手續ノ終結サレタルコトハ原決定ニ依ツテ明カナル處ナリ只茲ニ問題トナルハ第三取得者タル抵當權者カ前記競賣申立ヲ爲スニ當

リ本件林野ニ對スル登記簿謄本トシテ添付シタル該登記簿謄本ニ抗告人先代ノ有シタル第一順位ノ抵當權設定アルコトヲ漏落シタル結果配當金ヲ第三順位ノ抵當權者ニ配當シタルモノニシテ要ハ前掲競賣手續ヲ全部無効ト爲スヘキカ或ハ配當手續ノミヲ無効ナラシメテ抗告人ヲシテ第一順位ノ抵當權者トシテ第三順位ノ抵當權者ニ配當金ニ付優先辨濟ヲ受ケシムヘキカニアルモノトス然而斯ル場合ニハ須ラク配當手續ノミヲ無効ナラシメ抗告人ヲシテ第三順位抵當權者ニ配當シタル金額ニ付優先辨濟ヲ受ケシメ競賣手續其ノモノヲ有效ナラシムルコト最モ妥當ナリト信ス原決定ノ採用ニ係ル高等法院ノ判例ハ必スシモ本件同様ノ事件ニ付下シタル判例ニ非ス假リニ本件ノ如キ場合ニモ援用シ得ル判例ナリトセハ須ラク御變更アツテ然ルヘキモノト信ス加之原決定ノ如キ杞憂ハ抗告人ヲシテ優先辨濟ヲ受ケシムルニ因ツテ十二分ニ補足サルヘキモノナリトス尙前掲競賣手續ノ無効ヲ主張シツツ尙第三取得者ヲ相手取り申立テタル本件抗告人ノ申立ニ係ル競賣手續ハ此ノ點ニ於テ許スヘキモノニアラスト謂フニ在リ

○ 決定理由

本件ハ李元燁外一名ノ所有ナル本件土地ニ付相手方ハ昭和二年一月十日第一番抵當權ヲ又抗告人ハ昭和四年七月二十七日第三番抵當權ヲ夫々取得シ何レモ其ノ登記ヲ了シタルモノナル處昭和五年中抗告人ハ右抵當權ノ實行ヲ申出テ自ら競落人ト爲リタルカ競賣記録ニ顯レタル登記簿謄本ニ相手方ノ右抵當權登記ノ記載脱落シ在リタル爲同人ニ對シテ競賣代金ノ配當ナク從テ其ノ抵當權登記抹消ノ手續ヲ爲ササリシ爲登記簿上ニ於

テハ依然残存セルヨリ相手方ハ抗告人ヲ第三取得者トシテ本件競賣ノ申出ヲ爲シ執行裁判所之カ開始決定ヲ爲シタルモノナル所抗告人ニ於テ相手方ノ抵當權ハ曩ノ競賣實施ニ因リ消滅セルモノトシテ異議ヲ申立テ執行裁判所ハ其ノ異議ヲ理由アリトセルニ對シ相手方ニ於テ原審ニ對シ抗告ヲ申立テタルニ原審裁判所ハ論旨摘録ノ如ク判示シテ抗告ヲ容レ抗告人ノ異議申立ヲ却下セルモノトス仍テ按スルニ競賣法第二條ハ競賣ノ目的ハ上ニ存スル抵當權ハ競落ニ因テ消滅スヘキ旨規定セリ之抵當不動産ヲ競賣シタルトキハ其ノ代價ノ内ヨリ競賣ノ費用及第三取得者カ償還ヲ受クヘキ費用ヲ控除シ（競賣法第三十三條第二項民法第三百九十一條參照）其ノ殘額ハ順位ニ從テ抵當權者ニ配當セラルヘク開ハ競賣法カ二重ニ賣却處分スルノ不利不便ヲ避クルニ在リテ不動産ノ價格ヲ増加シ先順位抵當權者ヲ益シコソスレ害スルコトナシトセルカ爲ナルコトハ一面ノ理由ナリト雖他面ニ於テ競賣手續ハ競落人ヲシテ擔保物權ノ滌除ヲ爲スコトナクシテ其ノ競落ノ目的タル不動産ヲ保存スル地位ニ在ラシムルカ爲ニシテ抵當債權カ満足スルト否ヲ問ハサルカ故ニ此ノ點ヨリセハ抵當權ハ消滅ハ競賣ノ效果ナリト謂フヘキナリ假令先順位抵當權カ無視セラレ競落代金ヲ他ニ交付セラレタル場合ニ於テモ抵當權ノ負擔ナキ土地トシテ競落人ノ所有ニ歸セシムルニ非サレハ競落人ヲ害スルノ結果ト爲リ右競賣法第二條ノ法意ニ反スルニ至ルヘキヲ以テナリ任意賣買ニ於テ抵當權ノ負擔アルトキハ買主ハ滌除ノ手續ヲ終ル迄代金ノ支拂ヲ拒絕シ得テ目的土地ノ權利ヲ確保スヘキ手段ヲ講シ得ヘキニ拘ラス（民法第五百

七十七條參照）競賣手續ニ在リテハ滌除權ヲ有セサルコト前述ノ如ク代金ノ交付ハ裁判所之ヲ爲シ敢テ競落人ノ容喙ヲ許サス任意賣買ニ比シヨリ以上ノ不利益ヲ競賣ナルカ故ニ甘受スヘシト爲スノ根據ナシ唯斯ノ如ク解スルトキハ抵當權者ハ自己ノ行爲ニ因ラスシテ抵當權ヲ喪失スルノ結果ト爲リ不當ニ擔保權ヲ害セラルルニ至ルト雖其ハ代金ノ交付手續ニ失當アルモノニシテ之カ救濟方法ハ自ラ他ニ在ツテ存スヘク競落代金ノ交付ヲ受ケサルノ不利益從テ抵當權ノ消滅ハ之ヲ忍受セサルヲ得サルナリ原審カ抵當債權ニ付配當ナキ限リ抵當權ハ消滅スルコトナシトセルハ法則ニ違背セルモノニシテ不當ナリト謂フヘク其ノ援用セル本院判決ハ本件事案ニ適切ナラス本件抗告人ハ偶々次順位抵當權者ニシテ相手方ノ先順位抵當權ヲ無視シテ交付ヲ受ケタルカ如シト雖競落人タル地位ニ於テハ抵當權者タリシト否トヲ問ハス仍テ相手方ノ抵當權ハ曩ノ競賣ニ依リテ既ニ消滅セルモノト謂フヘキカ故ニ之ニ基ク本件競賣申立ハ失當ト謂フノ他ナク執行裁判所ノ異議申立ニ對スル判斷ハ正鵠ヲ得タルモノト謂フヘク相手方ノ原審ニ對スル抗告ハ失當トシテ棄却ヲ免レサルモノトス

○強制執行異議事件

(昭和九年民上第三五一號 破毀棄却)
年十二月十一日民事部判決

【原告】 被控訴人 上告人 朴震榮外一人
訴訟代理人 崔 承 斗 烈 煥
【被告】 控訴人 被上告人 崔 衡 鎭
復訴訟代理人 崔 承 斗 烈 煥

【第一審】 釜山地方法院晉州支廳 【第二審】 大邱覆審法院

○判示事項

組合員ノ持分ニ對スル強制執行ト其ノ執行方法

○判例要旨

- 一、組合財産ヲ構成スル個々ノ權利ニ對スル組合員ノ持分ハ強制執行ノ目的タルコトヲ得ルモノトス
- 二、動産ノ持分ニ對シテハ民事訴訟法第六百二十五條ニ依リ其ノ差押ハ執行裁判所ノ差押命令ニ依ルヘキモノトス

【要旨】 民法第六百七十六條 組合員カ組合財産ニ付キ其持分ヲ處分シタルトキハ其處分ハ之ヲ以テ組合及ヒ組合ト取引ヲ爲シタル三者ニ對抗スルコトヲ得ス

組合員ハ清算前ニ組合財産ノ分割ヲ求ムルコトヲ得ス

民事訴訟法第六百二十五條 不動産ヲ目的トセス又前數條ニ掲ケタル以外ノ財産權ニ對スル強制執行ニ付テハ本款ノ規定

ヲ準用ス

若シ第三債務者ナキトキハ差押ハ債務者ニ權利ノ處分ヲ禁スル命令ヲ送達シタル日時ヲ以テ之ヲ爲シタルモノト看做ス

右ノ場合ニ於テハ裁判所ハ特別ノ處分殊ニ其權利ノ管理若クハ讓渡ヲ命スルコトヲ得

同法第五百六十六條 債權者ノ占有中ニ在ル有體動産ノ差押ハ執達吏其物ヲ占有シテ之ヲ爲ス (以下略)

○事實

原告等ノ原審ニ於ケル請求原因ノ要旨ハ被告ハ昭和九年二月十二日別紙(略)記載ノ債務名義ニ基キ貴廳所屬執達吏職務取扱代理玉德祚ヲ帶同シ原告等ノ經營スル店頭ニ於テ同物件ニ對シテ強制執行ノタメ差押ヘヲ爲シタリ然レトモ同物件中慶南第一三三九號貸切自動車一臺ハ原告朴震榮ニ於テ昭和八年七月十五日訴外奧田國吉ヨリ代金七百圓ニテ買受ケ同第一三三三號貸切自動車一臺ハ原告金南珍ニ於テ同年七月二十日御廳ニ於テ外二臺ト共ニ代金二百圓ニテ競落シタルモノニシテ何レモ原告等ノ各所有物件ナリ而シテ原告等ハ貸貸自動車營業許可ヲ受クルニ當リ同人等ヨリ許可ヲ得ルニ付有利ナル地位ニ在リタル訴外文台東ト原告兩名トカ共同營業形式ヲ採リ同訴外人ヲ代表者トシテ該營業許可願ヲ提出シテ其ノ許可ヲ受ケタルニ依リ原告等ハ同人ニ對シテ報酬金五百圓ヲ給與シ現在ニ於テハ同人ハ本件自動車營業ニ何等ノ關係ヲ有セサルモ只營業名義人タルノ表面資格ヲ有シ居ル關係上原告等ニ於テ同人名義ヲ以テ營業稅及車輪稅ヲ納付シ來リタルモノニシテ原告等兩名ノ共同營業ヲ爲スモノナレハ訴外文台東ニ對スル債權ノ執行ノタメ差押ヲ受クヘキ理由ナキカ故ニ之カ解除ヲ求ムルタメ本件異議ニ及ヒタリ假ニ原告兩名カ被告主張ノ如ク訴外文台東ト共同シテ自動車營業ヲ經營シ其ノ間法律關係カ民法上組合ニシテ本件自動車ニ對シ同人カ持分ヲ有スルモ組合員ノ持分ハ民法第六百七十六條ニ依リ強制執行ヲ爲スコトヲ得スト謂フニ在

組合員ノ持分ニ對スル強制執行ト其ノ執行方法

被告答辯ノ要旨ハ本件自動車營業名義人文台東ノ自動車貸貸營業ニ對シ原告兩名ハ出資ヲ爲シ其ノ營業ヨリ生スル利益ヲ分配スヘキコトヲ約シタルモノナレハ開ハ商法第二百九十八條ノ規定ニ基ク匿名組合契約シタルノ效力ヲ生スルコト疑ヲ容レサルトコロナリ然ラハ商法第二百九十八條ノ規定ニヨリ匿名組合員ノ出資ハ營業者ノ財産ニ歸スルヲ以テ被告カ本件自動車ニ付右文台東ニ對スル債務名義ヲ以テ強制執行ヲ爲シタルハ正當ナリ假ニ然ラストスルモ訴外文台東ハ原告兩名ト共同シテ平等ノ出資ヲナシテ貸貸自動車營業ヲ經營スルモノニシテ本件自動車ハ原告等ニ於テ各々出資シタルモノナレハ組合ノ財産ニシテ文台東ハ其ノ三分ノ一ノ持分ヲ有スルカ故ニ本件差押ハ此ノ限度ニ於テ正當ナリト謂フニ在リ

第二審裁判所ハ當事者間ニ爭ナキ事實ヲ綜合スレハ原告等及訴外文台東三名ハ昭和八年六月中貸貸自動車營業ノ許可ヲ受ケ爾後原告等ニ於テ本件自動車ヲ購入シ以テ晋州邑内ニ於テ右三名共同シテ之カ營業ヲ爲シ來リタル事實ヲ肯認シ得ヘシトシ然ラハ本件自動車ハ原告及右文台東三名ノ共有ニ屬シ居ルコト勿論ニシテ右共有者ノ持分ハ反證ナキ限り平等ナリト謂フヘク而シテ共有權ハ所有權ノ競合ニ因リテ成ルモノナルヲ以テ共有者ノ持分權ハ所有權ト異ナルコトナキカ故ニ動産タル本件自動車ニ對スル執行ハ有體動産ニ對スル執行方法ニ據ルヘキモノニシテ債權其ノ他ノ財産權ニ對スル執行方法ニ依ルヘキモノニ非サルヲ以テ本件強制執行ハ右文台東ノ持分ニ相當スル三分一ノ範圍内ニ於テノミ正當ナルヲ以テ許容スヘキモノニシテ爾餘ノ部分即チ原告等ノ持分ニ對スル差押ハ失當ナリト謂ハサル可カラス又假ニ本件自動車營業ノ經營カ原告等及右文台東三名ノ組合組織ニ係リタルモノナリトスルモ元來組合財産ニ付テノ各組合員ノ持分ハ組合員ニ於テモ之

ヲ處分シ得ヘキモノナルモ其ノ處分ヲ以テ組合及組合ト取引ヲ爲シタル第三者ニ對スルコトヲ得サルニ過キタルモノナルカ故ニ組合財産ニ付テノ組合員ノ持分ハ法律上別段ノ定ナシト雖モ之ヲ差押フルコトヲ得ルモノト解スルヲ相當トス然レハ此ノ點ニ關スル原告等ノ右主張亦到底之ヲ認容スルニ餘地ナケレハ原告等ノ本訴請求ハ如上認定ノ範圍内ニ於テノミ正當ニシテ認容スヘク其ノ餘ノ請求ハ理由ナシト判示シタリ

○ 上告理由

上告理由ハ原審判決ハ「本件自動車ハ原告及右文台東三名ノ共有ニ屬シ居ルコト勿論ニシテ右共有者ノ持分ハ反證ナキ限り平等ナリト云フヘク而シテ共有權ハ所有權ノ競合ニ因リテ成ルモノナルヲ以テ共有者ノ持分權ハ所有權ト異ナルコトナキカ故ニ動産タル本件自動車ニ對スル執行ハ有體動産ニ對スル執行方法ニ據ルヘキモノニシテ債權其ノ他ノ財産權ニ對スル執行方法ニ依ルヘキモノニ非サルヲ以テ本件強制執行ハ右文台東ノ持分ニ相當スル三分一ノ範圍内ニ於テノミ正當ナルヲ以テ許容スヘキモノニシテ爾餘ノ部分即チ原告等ノ持分ニ對スル差押ハ失當ナリト謂ハサルヘカラス」トナシ本件自動車ヲ原告等及文台東三人ノ共有ナルコトヲ認メ乍ラ共有者ノ一人タル文台東ノ債務ノ爲メ三人共有ノ自動車ニ對シ有體動産ニ對スル執行方法ニ據リ執行ヲ爲シ得ヘキ旨說示シタリ共有權ハ所有權ノ競合ニ因リテ成ルモノニシテ共有者ノ持分權ハ所有權ト異ナルコトナシト雖各共有權ハ一定ノ割合ニ應シテ互ニ相節制シ相共同スルノ結果其ノ内容ノ總和カ獨立一個ノ所有權ノ内容ニ相均シキモノニシテ各共有者ハ共有物ノ全部ニ付其ノ持分ニ應シ使用及收益ヲ爲シ得ル

組合員ノ持分ニ對スル強制執行ト其ノ執行方法

モノナリ各共有者ノ權利ハ各々別箇ナルモ目的物カ同一ナル爲メ目的物ソレ自身ニ關スル處分ハ當然ニ共有物全部ノ權利ニ影響ヲ及ホスカ故ニ各共有者ハ他ノ共有者ノ同意アルニアラサレハ共有物全部ニ關スル法律的處分ヲ爲シ得サルモノナルコトハ共有ノ性質ヨリ見テ明ナリ然ルニ動産ニ對スル強制執行ハ執行ノ目的物ヲ差押ヘテ爲スモノニシテ差押ハ債權者ヲ執行上ノ満足ヲ得セシムル爲メニ執行ノ目的物ニ關スル權利ノ自由處分權ヲ剝奪シ之ヲ執行機關ニ移轉スル國家ノ行爲ニシテ執達吏カ差押物ノ換價處分ヲ爲シ其ノ賣得金ヲ以テ債權者ヲ満足セシムルモノナルヲ以テ若シ共有者タル一人ノ債務ノ爲メ共有動産ニ對シ有體動産ニ對スル執行方法ニ依リ強制執行ヲ爲スニ於テハ他ノ共有者ハ之カ爲メ持分ニ依ル所有權ヲ侵害セラルルハ勿論共有者ノ一人ハ他ノ共有者ノ承諾アルニアラサレハ共有物ヲ處分スルコトヲ得サルカ故ニ共有者ノ一人タル債務者ノ持分ヲ差押ヘタル債權者モ亦單獨ニテ共有物全體ノ處分ヲ爲スヲ得サルヲ以テ動産ノ共有者ノ一人ノ債務ノ爲メ共有動産ニ付有體動産ニ對スル執行方法ニヨリ強制執行ヲ爲スヘキモノニアラスシテ民事訴訟法第六百二十五條ノ規定ニ從ヒテ差押ヘテ爲スヘキモノナリ然ルニ原審判決ハ本件自動車カ原告等及文台東三入ノ共有タルコトヲ認定シ乍ラ共有者タル文台東一人ノ債務ノ爲メ共有自動車ニ付有體動産ニ對スル執行方法ニ據リ文台東ノ持分ニ相當スル三分ノ一ノ範圍内ニ於テノミ強制執行ヲ爲シ得ヘキ旨判示シタルモ動産ノ差押ハ執行ノ目的物ヲ執行機關ニ移付スルモノナルヲ以テ一個ノ自動車ニ付文台東持分ニ相當スル三分ノ一ノ範圍内ニ於テノミ有體動産ニ對スル執行方法ニ據リ強制執行ヲ爲スコトハ到底不可能ノコトニ屬スヘク民事訴訟法第六百二十五條ノ規定ニ依リテノミ文台東ノ持分ニ相當スル三分ノ一ノ範圍内ニ於テ強制執行ヲ爲シ得ヘキモノナルヲ以テ原審判決ハ法律ノ解釋ヲ誤リタルモノナリト思料スト謂フニ在リ

○判決理由

民事訴訟法第六百二十五條ノ規定ニ依リテノミ文台東ノ持分ニ相當スル三分ノ一ノ範圍内ニ於テ強制執行ヲ爲シ得ヘキモノナルヲ以テ原審判決ハ法律ノ解釋ヲ誤リタルモノナリト思料スト謂フニ在リ

案スルニ組合財産ヲ構成スル個々ノ權利ハ組合財産自體ト異リ組合ノ目的ト結合シテ存スルモノニ非ス之ニ對スル組合員ノ一人ノ持分カ組合員以外ノ競落人ニ移轉スルモ組合ハ之ト共有者ノ地位ニ立ツヲ得ヘク組合員以外ノ者カ持分ヲ取得スルコトハ組合ノ本質ト相容レサルモノニ非サルヲ以テ組合員全員ヲ債務者トスルコトナク又他ノ組合員ノ同意ナキ場合ト雖組合財産ヲ構成スル個々ノ權利ニ對スル組合員ノ持分ハ強制執行ノ目的タルコトヲ得ルモノト謂フヘク民法第六百七十六條ハ強制執行ニ付テハ其ノ適用ナキモノトス然レトモ其ノ持分ニ對スル強制執行ハ共有物ノ持分ニ對スル執行方法ニ依ルコトヲ要シ動産ノ持分ニ對スル執行方法ニ付テハ民事訴訟法第七百二十六條ハ如キ規定ナシト雖同法第六百二十五條ニ依リ其ノ差押ハ執行裁判所ハ差押命令ヲ以テスヘク執達吏其ノ物ヲ占有シテ爲スヘキモノニ非ス換價亦單ニ其ノ持分ヲ目的トシ動産自體ヲ競賣スヘキモノニ非サルナリ蓋シ然ラサレハ債務者以外ノ共有者ノ權利ヲ侵害スヘケレハナリ故ニ動産ノ持分ニ對スル強制執行ヲ以テ有體動産ニ對スル執行方法ニ依ルヘキモノトシ執達吏ヲシテ其ノ動産ヲ差押ヘシメタルトキハ執行方法ニ關シ異議ノ申立ヲナスコトヲ得ヘシト雖共有者ハ亦第三者異議ノ訴ニ依ツテ執行處分ノ取消ヲ求ムルコトヲ得ルモノトス原判決ハ本件自動車經營ヲ以テ原告兩名及債務者文台東ノ組合ニ

組合員ノ持分ニ對スル強制執行ト其ノ執行方法

シテ本件強制執行ノ物體タル自動車ハ其ノ組合財産ニ屬スルモノト認定シタルニ拘ラス文台東ノ持分ニ對スル強制執行ハ有體動産ニ對スル執行方法ニ依ルモノナルヲ以テ文台東ノ單獨所有ナリトシテ差押ヲナシタル本件強制執行ハ同人ノ持分ノ範圍ニ於テハ正當ナリト判示シ原告等ノ請求ヲ一部認容シタルニ止メ執行處分ノ取消ヲ命スルコトナカリシハ前記法ノ解釋ヲ誤リタルモノニシテ破毀ヲ免レス

○損害賠償請求事件

(昭和九年民上第四九九號 棄却)
同 年十二月十八日民事部判決

【原告】 控訴人 被上告人 權 洪 永

【被告】 被控訴人 上告人 魯孝極外二人 訴訟代理人 李 圭 甫

【第一廳】 全州地方法院 【第二廳】 大邱覆審法院

○判示事項

債務者ノ遲滯ト其ノ過失

○判例要旨

確定期限ノ定メアル債務ノ成立ハ履行期ニ於テ債務者ノ任意履行ノ可能ナルコトヲ前提トス從テ履行期ニ辨濟ナキトキハ反對ノ主張立證ナキ限り之ヲ債務者ノ過失ニ因ルモノト推定セサルヘカラス

【參照】 民法第四百十五條 債務者カ其債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲ササルトキハ債權者ハ其損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得

債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ履行ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルトキ亦同シ

同法第四百十二條 債務ノ履行ニ付確定期限アルトキハ債務者ハ其期限ノ到來シタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任ス

○事實

原告ノ原審ニ於ケル請求原因ノ要旨ハ原告ハ資本金三千圓ヲ以テ肥料米穀食鹽商ヲ經營スル目的ヲ以テ其ノ店舗ニ使用スル爲昭和九年一月十九日被告魯孝極ヨリ其ノ所有ニ係ル別紙目錄記載ノ釜及家屋ヲ代金四百六十圓ト定メテ買受ケ即日金六百十圓ヲ同月二十二日殘代金全部ヲ支拂ヒタリ而シテ特ニ家屋明渡時期ニ付重點ヲ置キ一ヶ月内ニ明渡スコト及家屋ノ附屬物等ハ總テ現狀ノ儘之ヲ引渡スコトヲ約シ若シ違約スルトキハ之カ損害賠償トシテ金四百圓ヲ支拂フコトヲ約セリ然ルニ同被告ハ該家屋ヲ明渡サスシテ訴外沈相彬ハ本件家屋ヲ昭和九年陰二月末頃更ニ訴外沈相詰ナル者ニ轉貸シ同人ヨリ同年陰五月末始メテ原告ニ同家屋ノ明渡ヲ爲シタルモノナルノミナラス扉二枚板壁一間ヲ取除キ持去リタリ而シテ被告邢氣涉同鄭光福ハ原告及被告魯孝極間ノ前示契約ニ同被告ト連帶シテ其ノ責ニ任スヘキ旨ノ契約ヲ爲シタルトコロ被告魯孝極ハ右ノ如ク契約ニ違背シタルニヨリ原告ハ被告等ニ對シテ連帶シテ前示契約ニ基ク損害賠償ノ豫定額金四百圓及之ニ對スル本件訴訟送達ノ翌日ヨリ年五分ノ割合ニヨル遲延損害金ノ支拂ヲ求ムル爲本訴請求ニ及ヒタリト謂フニ在リ

被告答辯ノ要旨ハ原告主張ノ賣買當時本件家屋ニハ訴外沈相彬カ居住シ居リタルヲ以テ以テ被告魯孝極ハ長男魯炳錕ヲ代理

債務者ノ遲滯ト其ノ過失

人トシテ原告ト共ニ右沈相彬ニ對シ一ヶ月内ニ明渡スヘキコトヲ要求シタルトコロ同人ハ原告ニ懇請シタル結果原告トノ間ニ昭和九年陰正月末日迄ニ明渡スコトノ合意成立シタルニヨリ爾後右家屋明渡ニ付テハ原告ト同訴外人トノ間ニ直接定ムルコトトナシタリ從テ被告ハコノ時ニ於テ前示契約ニヨル家屋明渡ノ責任ヲ免レタリ故ニコノ點ニ關スル契約不履行ナシ次ニ被告ハ本件家屋ヨリ原告主張ノ如キ扉及板壁ヲ持チ去リタル事實ナシ從テコノ點ニ關スル不履行モナシ以上ノ理由ニヨリ原告ノ本訴請求ニ應スル義務ナシト謂フニ在リ

第二審裁判所ハ本件買賣契約ノ成立違約損害金ノ支拂及被告刑氣涉、鄭光福ノ兩名カ本契約ニ付連帶保證ヲ爲シタルコトハ當事者爭ナキトコロニシテ本件買賣契約締結以前既ニ被告魯孝極ヨリ本件家屋ヲ賃借占據シタル訴外沈相彬ニ於テ右買賣契約所定ノ明渡期限後ニ於テモ依然本件家屋ヲ占據シタルコトハ當事者辯論ノ全旨ニ徴シ明カナルヲ以テ他ニ別段ノ事由ナキ限リ該契約所定期限内ニ本件家屋ノ明渡ヲ爲サシムヘキ義務ヲ負擔シタル被告等ハ本件買賣契約ノ約旨ニ違反シタルコト明瞭ナルヲ以テ如上特約ニ係ル違約損害金ノ支拂ヲ爲スヘキ義務アルコト論ナキトコロナリトス云々ト説示シ被告ノ家屋明渡期限ニ關スル延期ノ抗辯ヲ排斥シ然ラハ被告等ハ原告ニ對シ前示特約ニ基ク違約損害金四百圓及之ニ對スル記録上明カナル本件訴狀送達ノ翌日タル昭和九年六月八日ヨリ完済迄年五分ノ損害利息ヲ支拂フヘキ義務アルコト論ヲ俟タサルトコロナリト判示シ原告ノ請求ヲ認容シタリ

○ 上告理由

上告理由ハ原判決理由中「本件買賣契約締結以前既ニ被告魯孝極ヨリ本件家屋ヲ賃借占據シタル訴外沈相彬ニ於テ右買賣契約所定期限後ニ於テモ依然本件家屋ヲ占據シタルコトハ當事者辯論ノ全旨ニ徴シ明カナルヲ以テ他ニ別段ノ事由ナキ限リ該契約所定期限内ニ本件家屋ノ明渡ヲ爲サシムヘキ義務ヲ負擔シタル被告等ハ本件買賣契約ノ約旨ニ違反シタルコト明瞭ナルヲ以テ如上特約ニ係ル違約損害金ノ支拂ヲ爲スヘキ義務アリ」ト云々右判示認定ニハ明渡期限ヲ經過セシメタル事實ハ明示シタルモ其ノ期限ヲ經過セシメタルニ付テ債務者タル被告等ニ過失アリヤ否ヤノ事實認定ハ遺脱セリ凡ソ債務者遲滯ニハ期限ノ經過ト其ノ過失トノ二要素ヲ以テ法律要件トナスカ如シ（債務者ハ債務ノ履行期ニ履行セサルノ一事ヲ以テ履行遲滯ノ責ニ任スヘキモノニアラスシテ其ノ不履行ニ付過失アル場合ニ於テ其ノ責ニ任スヘキモノトス（大正十年十一月二十二日大判）然ルニ原審ハ被告ノ過失ノ有無ヲ認定セス期限經過ノ一事ヲ以テ漫然不履行アリトシ其ノ責ヲ課シタルハ審理不盡理由不備ノ違法アリト信スト謂フニ在リ

○ 判決理由

然レトモ確定期限ノ定メアル債務ノ成立ハ履行期ニ於テ債務者ノ任意履行ノ可能ナルコトヲ前提スト從テ履行期ニ辨濟ナキトキハ反對ノ主張立證ナキ限リ之ヲ債務者ノ過失ニ因ルモノト推定セサルヘカラス所論原判示ハ同一見解ニ依リテ被告ノ過失ヲ認メタルモノト解シ得ヘシ論旨ハ理由ナシ

刑事判決

○通貨偽造被告事件

(昭和八年刑上第一六三號 棄却)
昭和九年一月二十九日刑事部判決

【被告人】 被告人 禹 三 岩 辯護人 齊藤 儀一

【第一審】 釜山地方法院 【第二審】 大邱覆審法院

○判示事項

通貨偽造ノ謀議ト其ノ實行正犯

○判例要旨

數人カ行使ノ目的ヲ以テ通貨ヲ偽造センコトヲ謀議シ之ニ基キ其ノ内ノ或者カ通貨ヲ偽造シタル以上他ノ共謀者モ亦通貨偽造罪ノ實行正犯タル罪責ヲ免レサルモノトス

【參照】 刑法第四百八條第一項 行使ノ目的ヲ以テ通用ノ貨幣、紙幣又ハ銀行券ヲ偽造又ハ變造シタル者ハ無期又ハ三年以上ノ懲役ニ處ス

○事實

被告人兩名ハ今春慶尙北道永川郡知谷面三昌洞河雲建方ニ於テ理髮營業ヲ共同經營シタルカ營業不振ノ爲負債ヲ生シタルヲ以テ右營業ヲ廢止シタルカ右負債ノ償却ニ窮シタル結果朝鮮銀行額面拾圓券ヲ偽造シ之ヲ行使セムコトヲ共謀シ昭和八年九月

通貨偽造ノ謀議ト其ノ實行正犯

月三日ヨリ同月十一日迄ノ間被告人禹三岩方ニ於テ同被告人ノ提供セルゴム及木類等及被告人朴仁徳カ豫テ用意シ置キタル定木(證第四號)小刀(證第八號)等ノ道具類ヲ使用シ被告人禹三岩カ其父ヨリ借用シ來リタル現在通用ノ朝鮮銀行券一枚ヲ對照シ證第二號第三號ノ護謄印木印ヲ彫刻シ被告人朴仁徳カ其附近ヨリ買入レタル圖畫用紙並ニ朝鮮紙ニ右護謄印木印及證第五號ノ油證第六號十號ノ繪具並ニ證第十二號十三號ノ鉛筆毛筆ヲ使用シテ朝鮮銀行券十圓札十五枚(證第一號)ヲ偽造シタルモノナリ

○ 上告理由

辯護人齋藤儀一上告趣意第二點ハ原判決ニ於テハ「(前略)法律ニ照スニ被告人等ノ判示行爲ハ刑法第四百零八條第一項ニ各該當スルヲ以テ其ノ所定刑中有期懲役刑ヲ選定シ尙ホ被告人等ハ單ニ毛筆等ヲ使用シテ僅カニ二十五枚ヲ偽造シタルノミナラス之カ使用モ躊躇シ居タル點ヨリ情狀酌量スヘキモノト認メ同法第六十六條第七十一條第六十八條第三號ヲ適用シ酌量減輕ヲ爲シタル範圍内ニ於テ被告人等ヲ懲役各二年ニ處スヘク(以下略ス)」ト判示セラレタルモ被告人禹三岩及相被告人タリシ朴仁徳ノ原審及第一審ニ於ケル供述ニ依レハ被告人禹三岩ハ朴仁徳カ朝鮮銀行券額面十圓券ヲ偽造スルニ付テハ其ノ情ヲ知ラス單ニ護謄及油ヲ住所氏名ヲ彫刻スルモノト信シ買ヒ與ヘタルモノノ如ク出來上リタル模造十圓券ハ第一審判決ニ於テ未遂犯トシテ減輕セラレタル程拙劣ニシテ一見直ニ眞ノ銀行券ニアラサルコトハ何人カ見ルモ判別セラレル程ノモノナレハ被告人禹三岩ハ朴仁徳カ住所氏名ヲ彫刻スルニアラスシテ銀行券ヲ彫刻シ居ルヲ知リ居タリトスルモ朴仁徳カ寂シキ餘リ戯レニ模寫シ居ルモノト思ヒ多ク意ニ介セサリシカ事實ナルヘク判示ノ如ク債務ノ支拂ニ窮シ

テ銀行券ノ偽造ヲ企テタルニアラサルコトハ債務ト稱スル理髮營業ヲ爲ス際ノ資金タルヤ被告人禹三岩カ父ヨリ貰ヒシモノニシテ營業ニ失敗シ資金ヲ失ヒタリトスルモ銀行券ヲ偽造シテ迄支拂フヘキ性質ノ負債ニアラサルヨリ見ルモ明ニシテ假リニ朴仁徳ハ行使ノ目的ヲ以テ該銀行券ヲ偽造シタリトスルモ被告人禹三岩ハ單ニ護謄及油等ヲ供與シタルニ過キス共犯トスルモ幫助ニ過キス從ツテ前記適用法條ノ外被告人禹三岩ニ對シテハ刑法第六十三條ヲ適用シ更ニ半減シタル刑期ヲ以テ處斷スルヲ相當ナリト思料セラルルヲ以テ同條ヲ適用セサル原判決ハ刑ノ量定甚シク不當ナリト思料スヘキ顯著ナル事由アリト信スト謂フニ在リ

○ 判決理由

然レトモ數人カ行使ノ目的ヲ以テ通貨ヲ偽造センコトヲ謀議シ之ニ基キ其ノ内ノ或者カ通貨ヲ偽造シタル以上他ノ共謀者モ亦通貨偽造罪ノ實行正犯タル罪責ヲ免レサルモノナルカ故ニ判示銀行券偽造ノ衝ニ當リタル者ハ原審相被告人朴仁徳ニシテ被告人ハ單ニ其レニ要セシ判示材料ヲ供シタルニ過キスト雖モ原判示ノ各證據ヲ綜合スレハ被告人及同原審相被告人ハ判示債務ノ償却ニ窮シタル結果行使ノ目的ヲ以テ判示銀行券ヲ偽造センコトヲ謀議シ同相被告人ハ該謀議ニ基キ前示舉措ニ出テタルモノナルコトヲ認ムルニ足ルカ故ニ被告人カ自ラ偽造ヲ擔當實行セサルモ原判決カ判示ノ如ク認定シ被告人ヲ單ニ通貨偽造罪ノ實行正犯トシテ處斷シタルニ止リ從犯ノ規定ヲ適用シテ更ニ減刑處分ヲ爲ササリシハ洵ニ正當ナルノミナラス本件記錄ヲ精査シ諸般ノ情狀ヲ斟酌スルモ原審カ本件罪ニ付被告人ヲ懲役二年ニ處シタルハ相當ニシテ該量刑甚シク不當ナリ

ト思料セシムヘキ顯著ナル事由毫モ存在セス論旨ハ理ナシ

○名譽毀損被告事件

(昭和八年刑上第一六八號 棄却)
昭和九年二月五日刑事部判決

【上告人】 被告人 齋藤 五吉 辯護人 佐久間 貢

【第一審】 京城地方法院 【第二審】 京城覆審法院

○判示事項

名譽毀損罪ノ目的タル名譽ノ意義

○判例要旨

名譽毀損罪ノ目的タル名譽ハ人ノ社會上ノ地位又ハ價值ニシテ人ハ其ノ具體的ナル社會的地位ノ如何ニ拘ラス又此ノ地位力當然ナリヤ否ヤヲ問ハス公然自己ノ不利益ナル評價ヲ受ケサルノ權利アルモノトス

【參照】 刑法第二百三十條 公然事實ヲ揭示シ人ノ名譽ヲ毀損シタル者ハ其事ノ有無ヲ問ハス一年以下ノ懲役若クハ禁錮又ハ五

百圓以下ノ罰金ニ處ス

死者ノ名譽ヲ毀損シタル者ハ既同ニ出ツルニ非サレハ之ヲ罰セス

○事實

被告人ハ大正十一年ヨリ京城府大平通二丁目日刊新聞朝鮮新聞社(大正十四年十月十七日組織ヲ株式會社ニ變更ス)ニ同社副社長權藤四郎介ノ斡旋ニ依リ入社シ大正十二年七月迄同社經濟部長トシテ勤務シ其ノ後京城府黃金町二丁目百九十九番地朝鮮商工新聞社ヲ創立シ之カ經營ニ從事シ居タルニ其ノ後昭和六年ニ至リ當時諸般ノ事情ヨリ經營難ニ陥リ居タル京城府黃金町二丁目日刊新聞朝鮮日日新聞社ヲ引受ケ同年十二月二十四日ヨリ同新聞社長トシテ其ノ編輯發行其ノ他同社ノ經營ヲ總括シ之ニ從事シ居タルトコロ豫テ聞知セル右株式會社朝鮮新聞社ノ經營ニ對スル同新聞社長東京市澁谷區糴田一丁目九番地牧山耕藏ノ方針及自己ニ映セル同社長牧山耕藏ノ品性ニ對シ嫌厭タルモノアリタル折柄會昭和八年三月被告人ニ於テ其ノ人格ニ心醉シ親交ヲ得居タル永年同社副社長ニ勤務セル京城府永樂町二丁目七十二番地權藤四郎介ハ同社經營ニ對スル自己主張ノ方針ニ禍セラレタルカ突如其ノ職ヲ罷免セラレ同時ニ嘗テ朝鮮日日新聞ニ對スル惡評ヲ其ノ社發行ニ係ル雜誌朝鮮公論紙上ニ掲載セルコトアル朝鮮公論社長京城府大和町三丁目六番地石森久彌カ其ノ後任ニ就職セルヲ聞知スルヤ被告人ハ豫テ朝鮮新聞社内ノ事情上權藤四郎介ノ罷免ハ到底免レス早晚當然實現スヘキ筋合ノモノトハ豫知シ居タルモ右ヲ聞知スルヤ之ニ憤激シ斯ノ機ニ際シ自社紙ヲ利用シ株式會社朝鮮新聞社及前示牧山耕藏、石森久彌ヲ攻撃セント決意シ昭和八年四月十九日頃京城府櫻井町一丁目九十八番地被告人宅ニ於テ自社編輯局長京城府南米倉町二百十四番地渡邊四郎ヲシテ自己ノ口授スルトコロ筆記シ淨書セシメ之ヲ訂正補筆シ茲ニ右朝鮮新聞社及牧山、石森兩名ノ名譽ヲ毀損スヘキ事實ヲ揭示セル新聞原稿ヲ作成シタル上該記事カ自社紙ナル日刊新聞朝鮮日日新聞紙上ニ掲載セラレ多數購讀者ニ頒布セラルルニ於テハ株式會社朝鮮新聞社及牧山耕藏、石森久彌ノ名譽ヲ毀損スヘキモノナルコトヲ認識スルニ拘ラス社長トシテ右渡邊四郎ニ命シテ該原

名譽毀損罪ノ目的タル名譽ノ意義

稿ノ記事ヲ自社紙上ニ掲載セシメ昭和八年四月二十六日ヨリ同月二十九日ニ至ル四日間四回ニ互リ朝鮮日日新聞紙上ニ即チ昭和八年四月二十六日發行第四千五百四號第二面社會欄ニ「朝鮮新聞ニ低氣壓去勢民論紙何處へ行ク」ト題シ「自ラ朝鮮一ノ民論紙トスル朝鮮モ行詰リノ苦境カラ下リ坂ヘ差懸リ牧山社長ノ焦慮ヲ物語ルモノテアルトサヘ云フモノモアル暗雲低迷ノ朝鮮新聞ヨ何處へ行ク？」ト話ハ廻ルカ社長牧山耕藏氏ハ民政黨代議士トシテ古參格テアリナカラ兎角黨内外ニ人望少ナク金ノカカラヌ御世辭丈テハ一人ノ乾分モ出來サル爲メニ黨ニ重キヲ爲サス其ノ選舉區ニハ強敵現ハレコノ儘ニセハ次ノ總選舉危シノ形勢ニアリトシテ苦慮シタ牧山氏ハ之カ對策ヲ講スヘク考ヘタ一策カ例ノ長崎日日新聞乘取事件テアルコレハ氏一流ノ常套方法ヲ用ヒテ首尾ヨク第一手段ハ圖ニ當リ氏ハ昨年暮長崎日日新聞社長ニナツタシ其ノ裏面ニハ種々牧山氏一流ノ策カアツタモノトシテ新聞内報等ハ盛ニ發表シテ居ルカ途ニ反對派トノ正面衝突トナリ裁判沙汰トモナリ今尙ホ紛擾ノ係争中テアルラシイ」「牧山氏ノ長崎日日乘取リハアマリニ不徳義テアリ世間正義ノ輿論カ許サヌト言葉ヲ極メテ諫止シタ權藤氏ハ牧山氏ノ横車ニ恐怖ヲ抱キ今更ナカラ牧山氏ニ嫌氣ヲ増シタモノラシイ」「牧山サンハ非常ニ猜疑眼ノ鋭イ人デアル副社長權藤氏ノ行動ニハ東京カラ目ヲ光ラシ又腹心ノ目附役ニ監視サセソノ趣旨ニ注目シテ居タ」「ソレカラ直ク東上シタノカ誰アラウ牧山氏譜代ノ重臣朝鮮公論社長石森久彌タツタ」「ソレハ朝鮮新聞社室新築計畫テアル新築經費十萬餘圓ハ悉ク半島官民ノ贖出ニ俟ツテコレニ充ツト云フ牧山氏ノ頗ル蟲ノイイ案テアル」「十三年間社ノ内外ニ活動努力シ下リ坂ノ運命ヲ辿ル朝鮮新聞ヲ辛クモ喰ヒ止メテ來タ副社長權藤四郎介氏ハ牧山社長カラ何ノ感謝ノ辭モナク無言ニ冷ヤカナ握手ヲ別レタノタ」「善人ノ策ヲ弄スル度胸ノナイ權藤氏ト當代有數ノ策士トシテ知ラレル牧山サントノ勝負ハ氣ノ毒ニモ權藤氏ヲ慘敗ニ落シタモノテマコトニ權藤氏ハ態々東京マテ牧山ノ煮湯ヲ吞マサレニ東上シタ形トナツタソレマテモ牧山サンハ平氣ナモノテアル抓マンタ女中ニ嫌氣カサシテ暇ヲ出シタ位ニシカ思ハナイ冷淡ナモノテアル意氣地ノナイ權藤サント策謀ノ大將牧山サントノ取組ハアツケナク勝負アツタ」等ノ記事ヲ掲載シ昭和八年四月二十七日發行第五千四百五號第二面社會欄

ニ「朝鮮新聞格下ケ逃腰重役御手並拜見、御家騒キノ勃發ハ何日？」ト題シ「一方朗カナラサルハ支配人貴田サンテアル取締役ニナツタコトハ牧山社長夫人令弟トシテ當然タトサレ石森氏カ副社長トシテ右ニ座ツタコトハ從來支配人トシテ社内ノ全權ヲ握ツテ居タコトト甚ク憂鬱テアル而モ石森サンカ専務理事トシテ机ヲ並ヘテ居タ時代隨分苦ヒ汗ヲナメサセラレタ貴田サンテアル」「副社長ノ上席ナルカ故テハ容易ニ屈服スル貴田サンテモアルマイカラ新副社長ノ鬼門ハ先ツコノ邊リニアル」「朝鮮御家騒動ノ風雲ハ石森對貴田重役ノ間ニアリ只時機ノ問題テアル」「石森サンハ少壯有爲ノ新人而カモ目カラ鼻ヘ抜ケタ器量人テ曩ニ朝鮮公論社長トシテ朝鮮社カラ分離獨立シタ當時ハ盛ニ牧山氏ヲコキ下シテ居タカ最近テハ「牧山ノ大臣時代來ル」ナント吹イテ居ル程ノ器量人デアリ石原ニ荀ノ觀ハアルカ拓務大臣牧山耕藏閣下出現ノ曉ニハ秘書官タルコトハ約東濟ノ人デアルカラ朝鮮副社長トシテハ大ニ腕ヲ見セルテアラウカ前副社長權藤サンニ比ヘタラ二枚モ三枚モ格ノ下ツテ見ヘルコトハ止ムヲ得マイ從テ巷間朝鮮新聞ノ格下ト云フモ無理ナカラウ」「朝鮮新聞ニハ社員ノ退社慰勞金ノ給與規定カアルコレヲ適用シテ規定通り貰ツタ者ハマタナイラシイ何レカ缺點ヲ付ケテヒネリ紙ノ涙金テ濟シテ居ラシイ」「貧乏テ赤字ニ追ハレナカラモ資本金三十萬圓ノ株式會社テアル」「アノ牧山サンノコトタ心カラ石森氏ヲ信シテ居ルコトハ？テ石森氏モ亦牧山サンノ爲メナラ火ノ中、水ノ中ヘテモト云フ眞實股肱腹心ニナル程オ人ヨシテモナササウタ石森氏カ副社長就任ニ際シ公論社長ノ肩書ヲ離サナイ所ヲ以テモ石森氏ノ底意カ知レル牧山ハ油斷ノナラヌ男タカラ眞逆ノ時ニハ逃ケ途ヲ作ツテ置カネハト云フノカ石森氏ノ心事テハアルマイカ前後兩方ニ櫓ヲ付ケタ朝新丸ニ船長タル石森副社長ハ斯ウシテ逃ケ腰テ航海ヲ始メタノテアル倒レルマテ進ムカ途中テ廻レ右スルカソレトモ航海中ニ牧山サント衝突シテ引揚ケルカモ案シラレル」等ノ記事ヲ掲載シ昭和八年四月二十八日發行第四千五百六號第二面社會欄ニハ「格下ケ朝鮮新聞抵當流レノ残り敷地ヘ果シテ何ナ社屋カ建ツ？」ト題シ「現在朝鮮社ノ建物ノ内太平洋通側母屋ノ約二百九十坪ハ土地建物共ニ某銀行ニ抵當トサレテ居タカ既ニ債權銀行ヘ引渡濟トナリ現在ハ借地借家ノ形式トナツテ居ルト云ハレテ居ルカラコレ等ヲ除イタ殘敷地

へ新築スルモノトスレハソレ程模範的ノ大建物カ建チソウニモ思ヘヌカ其處ハ天下ノ代議士牧山サンノ威光ト定評アル婁腕ヲ朝鮮ノ名物タル南大門ト並ンテ立派ナモノカ實現スルヲウ」
 「サテ注目サレルノハ十餘萬圓ノ新築費ノ出所タ何ンテモコノ金ハ朝鮮ノ官民カラ援助ト云ツタ形式テ出サセヤウト云フ算用タト噂カアル先ツ其ノ準備トシテ牧山サンハ先般京城ニ全鮮知事會議ノ開會中東京カラ來鮮シテ各道知事ヲ一席ニ招待シテ政局談ヲ一クサリノ後朝鮮新屋新築費トシテ各道三千圓宛ノ割當ヲ申付ケヤウト云フ準備中ノ處政局不安テ旅行中止トナツタト云ツテ居ル各道三千圓ハ全鮮テ三萬九千圓コレニ石森副社長ノ責任額タト云フ總督府カラノ二萬圓ニ加ヘテ五萬九千圓其ノ他全鮮ノ民間ニハ三萬圓合計八萬九千圓ト云フソロバンタト云フ噂テアル、
 、斯ウナルト新築費用ハ一切合切他人ノ懷中カラ絞り出シ社ハ一厘モ出サヌ勘定ニナルカ朝鮮社ハ苟モ三十萬圓ノ資本金ヲ公示スル朝鮮ノ大新聞社テアル他人ノ懷中ヲ的ニセンテモ新築ハ出來ル筈、
 、何ヲ苦シンテ他人ノ懷中ヲ狙フ必要カアルカ、
 、」等ノ記事ヲ掲載シ昭和八年四月二十九日發行第四千五百七號第二面社會欄ニハ「朝鮮何處ヘ行ク? 智能犯式廣告募集術新事務サンノ初訓示カ問題」ト題シ「昨今紙上テ發表シテ居ル新社屋ノ設計圖ナルモノハトウヤラ見タコトノアルヨウナ圖タ曾テ十年前ニモ牧山サンハ社屋新築ヲ發表シタソノ當時モコレニヨク似タヤウナ寫眞ヲ發表シテ新社屋ノ設計圖テコサルト云ツタコトカアル十年前ノ新築計畫今頃着手シヨウト云フ處カラ大向テハマタカト牧山氏ノ風呂敷タラウト云フノモ滿更理由ノナイ惡口テモナカラウ」
 「朝鮮關係ノ大銀行會社ハ牧山氏カラ度度援助金ヲ申込マレ相當巨額ノ金ヲ贈呈シテ居ル」
 「ソレモソノ管牧山サンカ握ツタソノ金ハ社ノ帳面ニハ上ラス牧山サン個人ノ財産ヘネシ込ンテ居タト云フノタカラ文句モ云ヘヌモ道理ツマリ社長ノ財布カ重クナルト反對ニ社ハ赤字タラケテ益々貧乏スルトイフノカ朝鮮新聞ノ實情テ甚タ奇態テアル」
 「權藤氏ニ齒ノ立ナカツタ牧山社長モ石森新副社長ニハ大威張テアル石森ハ副社長專務ト云フ空名ヲ握ラセテ置ケハ事實ハ秘書格テ絶對服從タト牧山氏ハナメテ居ル石森サン自身モソレノ如ク見セテハ居ルカ赤イ舌ヲベロリ出シ兼ヌ人テアラウ石森副社長專務ハ就任劈頭營業部員一同ニ訓示シテ曰ク現今ハ智能時代テアル廣告

募集モ須ク智能テアルヘク智能犯的ニ頭ヲ働カセネハ廣告ヤ援助金ハ纏ラナイ云々トツマリ相手ノ弱點ヲ掴ンテ高飛車ニ出ルヘシト訓示シタノニ對シ江藤、石田ノ兩部長ハ斯クノ如キ方法ハ時代ニ逆行スルモノトト反對意見ヲ述ヘタリト傳ヘラレテ居ル」
 「サテイヨイ新社屋カ實現シタ曉ニハ毎月二千圓カラノ經費カ膨脹スルノテ其ノ金ハ社員ノ月給ヲ減額シテ穴埋ニスルト云フヨリ外ニ方法カナク牧山サンカ考ヘサウナ案テアルカ社員ハ納マルテアラウカ」
 「朝鮮新聞ハ自ラ朝鮮唯一ノ民論新聞ト云ツテ居ルカコレ位奇怪ナコトハナイ即チ昨今ノ新聞ヲ擴ゲテ見ルト一々判然スルカ小役人ノ前ニ齒ノ浮クヤウナ御世辭ヲ並ヘタリ低能重役ヲ持チ上ケタリ悉ク御機嫌取り迎合的記事ハカリ堂々タル批判是々非々主義ノ論旨カ何處ニアルカ社屋新築ノ大宣傳ヤ重役ノ姓名ヤ金塊引揚ノ御提燈ヤ牧山氏ノ自己宣傳記事許リ仰々シク大活字テ掲載シテ民論紙テコサルトハ笑止千萬テハナイカ社説ノナイ新聞ハ首無タト他人ヲ笑ヒ石森君ノ閑題目ノ評判ハ御存シアルマイ牧山氏ノ策謀ノ恐ルヘキハ世上既ニ定評アルカ本紙即チ朝鮮日日新聞ニ更生スルニ際シテモ氏一流ノ策ヲ以テ盛ニ妨害ヲ圖ツタモノタ」
 「牧山サンノ動ク所必ス利權アリト云ハレル程牧山サンハ利權ニ縁ノ深イ人テアル近ク牧山サンカ朝鮮ニ來ルソウナト聞ケハ氣ノ利イタ金持ハ何處カヘ旅行シテ避ケルト云フ程牧山サンノ引金術ハ堂々入ツタモノテアルサウナ朝鮮新聞ヲ一名利權新聞或ハ牧山新聞乃至社告新聞又ハ去勢新聞ト色々ナ名稱ヲ頂戴シテ居ル何レニシテモ朝鮮新新聞等ト云ハレテハ朝鮮ノ民衆ハ涙ヲコホステアラウ殊ニ權藤氏去リタルコノ頃ノ紙面ノ霸氣ニ乏シイコト記事批判ノ微温的ナコトマサニ風呂ノ底ノ尻ノ如キ觀カアル即チ牧山サンカ權藤氏ヲ追ツテ石森ヲ迎ケト金塊ヲ鉛塊ニ代ヘタヤウナモノテ世間評シテ「朝鮮新聞ノ格下ト云フノモ故アルカナテアラウ格下ノ朝新ヨ果シテ何處ヘ行ク?」等ノ記事ヲ掲載シテ何レモ其ノ當時京城府内約三千其ノ他朝鮮全道内地滿洲ヲ併セテ約一萬ノ購讀者ニ頒布シ以テ株式會社朝鮮新聞ハ今ヤ財政上ノ危期ニ遭遇シ新副社長石森久彌ノ威令行ハレス社幹部ニハ勢力争ヨリ不日社内ノ騒動ハ免レ難キ運命ニ逢着シ新副社長ハ社ト運命ヲ共ニシ以テ社運ノ隆盛ヲ謀ルカ如キ誠意ナク前副社長ヨリ格ノ下ルコト數段ノ人物ナル上今ヤ同社ニハ民論紙タルノ社是ノ認ムヘキナク徒

名譽毀辱ノ目的タル名譽ノ靈議

ラニ身ヲ屈シテ官權、金權ニ阿諛シ唯々自社及牧山耕藏ノ宣傳ニノミ没頭シ單ニ社長牧山耕藏ノ私腹ヲ肥ヤスノ具トシテ存スルニ過キサルモノノ如ク從テ新聞紙トシテハ何等ノ價值無ク漸次没落ノ道程ヲ辿リツツアルモノノ如ク牧山耕藏ハ性頗ル狡黠ニシテ奸智ニ長シ金錢ニ掛ケテハ血ナク涙ナク部下ヲ遇スル甚タ薄ク而カモ自己ヲ奉スルコト甚タ厚ク朝鮮關係銀行會社等ヨリ出捐原因不明ノ巨額ノ金品ヲ交付セシメテ私腹ヲ肥シ所謂利權ヲ漁ルニハ汲々トシ策謀ヲ運スヲ之レ事トシ或ハ不正手段ヲ弄シテ長崎日日新聞社ヲ乘取リ又朝鮮新聞社ノ如キ專ラ自己ノ私利私慾満足ノ具トシテ之ヲ經營スルニ過キサルモノノ如ク石森久彌ハ前副社長ニ比シ數等劣ル人物ニシテ其ノ威令ハ部下ニ行ハレス部下ハ同人ニ對シ不滿ヲ懷キ其ノ就任ノ初ニ當リ廣告募集方法ニ關シ部下ニ對シ陋劣極マル言ヲ弄シテ恬トシテ恥チサル如キ同人ハ同社ノ爲ニ努力スヘキ誠意ナク所謂二股ヲ掛ケテ就任シ牧山ニ對シテハ面従スルモ腹背スル底ノ人物ニシテ前副社長權藤四郎介ニ比セハ恰モ金ト鉛トヲ代ヘタルニ等シキカ如ク惡評シ以上ニ依リ公然事實ヲ摘示シ株式會社朝鮮新聞社、牧山耕藏、石森久彌ノ名譽ヲ毀損シタルモノナリ

○ 上告理由

被告人辯護人上告趣意ハ原審判決ハ左ノ違法アリ破毀ヲ免レサルモノト思料ス刑法第二百三十條第一項ニ所謂名譽トハ人ノ社會ニ於ケル客觀的價值ヲ謂フモノニシテ此ノ價值ハ人ガ社會共同生活ニ於テ其ノ特性、能力ニ從ヒ負擔シテ居ル道德上及法律上ノ義務ノ種類、範圍並其ノ義務ヲ履行シタル程度及履行スヘキ態度ヲ基礎トシテ社會一般ヨリ判斷セラルル價值ニ外ナラス而シテ社會一般ノ判斷ハ常ニ眞實ヲ基礎トシテ爲サルヘキモノナリト信ス犯罪其ノ他背德、破廉恥ノ行爲アル者ハコレナキ者ト比シテ既ニソレ丈社會ニ於ケル客

觀的價值減少シ名譽カ低下シタルモノナリト謂フヘシ若シ社會カ其レ等ノ犯罪、背德等ノ行爲ノアリタルコトヲ知ラスシテ附シタル價值即チ虛偽ナル事實眞實ナリト誤信シテ附シタル價值ナルトキハソレハ社會ノ誤レル評價ニ依ル人ノ社會的價值ニシテ名譽テハナク所謂虛名テアツテ法律ノ保護スル名譽ニハアラサルナリ若シ之ヲシモ名譽保護ノ目的テアルトセムカ人ハ社會ニ於テ大半眞實ニ反シテ價值アルモノトセラレ空名ヲ馳セテ大道ヲ濶歩スル者カ多ク果テハ各人ノ特性、能力ノ發揮ニ影響シ其ノ業績揚ラス社會ノ進步發達ハ得テ望ムコト能ハザルヘシ法律ノ保護スヘキ利益トシテノ名譽ハ眞實ナル事實ヲ基礎トシテ社會一般ヨリ評價セラレタル人ノ社會的價值ナルカ故ニ公然事實ヲ摘示スルコトニ因リ名譽ヲ毀損スルト謂フノハ人ノ社會的價值ニ關スル評價判斷ノ基礎タル事實ヲ社會一般ノ人ニ提供スルコトニ依リ社會一般ノ評價判斷ヲ誤ラシムル危險カ生スル點ニ存スル從ツテ其ノ摘示スル事實ハ虛偽ノモノナラサルヘカラス若シソレカ眞實ノ事實ナリトセハ決シテ社會一般ノ評價判斷ヲ誤ラシムル危險アルコトナシ人カ眞實ナル事實ニ基キノレ相當ナル社會的價值アルモノト社會一般ヨリ評價判斷ヲ受ケツツアル場合ニ其ノ社會的價值ヲ低下セシムヘキ虛偽ノ事實ヲ公然摘示スルトキハ其ノ人ハ之レカ爲メニ自己ノ社會的價值ヲ社會一般ヨリ誤リテ低キモノト評價セラレヘキ危險存スルモ若シ其ノ社會的價值ヲ低下減少セシムヘキ眞實ナル事實ヲ公然摘示シタルトキハ社會一般カ此ノ事實ヲ基礎トシテ其ノ人ノ社會的價值ヲ從前ヨリ低價ニ評價スヘキコトハ當然ノコトニシテ其ノ人ハ最早其ノ事實存セザリシ以前ト同様ノ評價ヲ受クヘキ權利ヲ有セサルモノナレハ此ノ事實ニ關スル程度範

國ニ於テハ何等法律ノ保護ヲ受クヘキ名譽ヲ有セサルモノナレハ名譽毀損罪ヲ構成スルコトナシト信ス刑法第二百三十條第一項ハ「事實ノ有無ヲ問ハス」ト明言シアルモ此ノ文書カアルカラトテ必スシモ摘示事實ノ虛偽ナルコトカ犯罪構成要件ニ屬セスト解セサルヘカラサルモノニハアラスト思料ス然ルニ原審判決ハ本件被告カ其ノ經營スル朝鮮日日新聞紙上ニ株式會社朝鮮新聞社及牧山耕藏、石森久彌ノ名譽ヲ毀損スヘキコトヲ認識シタルニ拘ラス「朝鮮新聞ニ低氣壓去勢民論紙何所ヘ行ク」(以下摘示事實省略)等ノ記事ヲ掲載頒布シタル事實ヲ認定シ公然事實ヲ摘示シ前掲三者ノ名譽ヲ毀損シタルモノナル旨ノ理由ヲ示サレタルモ其ノ該新聞紙上ニ掲載セラレタル摘示事實カ眞實ナル事實ナルヤ虛偽ノ事實ナルヤニ關シテハ何等ノ判斷ヲ與ヘスシテ單ニ公然事實ヲ摘示シ云々ト判示シ名譽毀損罪ニ擬律シタルハ法ノ解釋ヲ誤リタルモノニシテ結局審理不盡理由不備ノ違法アルモノト信スト謂フニ在リ

○判決理由

然レトモ名譽毀損罪ノ目的タル名譽ハ人ノ社會上ノ地位又ハ價值ニシテ人ハ其ノ具體的ナル社會的地位ノ如何ニ拘ラス又此ノ地位カ當然ナリヤ否ヲ問ハス公然自己ノ利益ナル評價ヲ受ケサルハ權利アルモノトス從テ不利益ナル評價ヲ受ケシムヘキ材料トシテ摘示シタルトコロカ事實ニ合致スルト否トヲ問フコトナシ之即テ刑法第二百三十條第一項ニ事實ノ有無ヲ問ハスト明規シタル所以ニシテ同條第二項ニ特ニ死者ノ名譽ヲ毀損シタル者ニ付誣罔ニ出テタルコトヲ犯罪ノ成立要件トナシタルニ對比シテ更ニ明瞭ナルトコロトス而シ

テ原判決ノ摘示シタル新聞記事ハ前敍ノ意味ニ於テ株式會社朝鮮新聞社、牧山耕藏及石森久彌ノ名譽ヲ損傷スルコト明ナルカ故ニ之等ノ記事ノ内容タル事實ノ存否ヲ判斷スルコトナク刑法第二百三十條第一項ノ罪ニ間擬處斷シタルハ洵ニ正當ニシテ所論ノ如キ違法アルコトナシ論旨ハ理由ナシ

○朝鮮地方選舉取締規則違反被告事件

(昭和八年刑上第一四六號 同九年二月十日刑事部判決 破毀自判)

【上告人】 大邱覆審法院檢察長 辯護人 柳 坤 照 外二人

【第一審】 大邱地方法院 【第二審】 大邱覆審法院

○判示事項

面長ノ道會議員立候補者ノ依頼ニヨル投票依頼狀ノ交付ト朝鮮地方選舉取締規則違反

○判例要旨

選舉管理者タル面長力道會議員立候補者ノ依頼ニ應シ同候補者ヨリ郵

面長ノ道會議員立候補者ノ依頼ニヨル投票依頼狀ノ交付ト朝鮮地方選舉取締規則違反

送アリタル投票依頼状ヲ其ノ管内ノ選舉人ニ交付シタルトキハ朝鮮地方選舉取締規則第十四條ノ犯罪ヲ構成スルモノトス

【參照】朝鮮地方選舉取締規則第五條 選舉事務ニ關係アル官吏及吏員ハ其ノ關係區域内ニ於ケル選舉運動ヲ爲スコトヲ得ス
同法第十四條 第五條ノ規定ニ違反シタル者ハ百圓以下ノ罰金ニ處ス

○主 文

原判決ハ之ヲ破毀ス

被告人徐炳和ヲ罰金五十圓被告人表正洪 同李起春 同許東萬 同李載正 同金鶴坤ヲ各罰金二十圓ニ處ス
右罰金ヲ完納スルコト能ハサルトキハ被告人徐炳和ヲ五十日間被告人表正洪 同李起春 同許東萬 同李載正 同金鶴坤ヲ各二十日間勞務役場ニ留置ス
訴訟費用ハ被告人徐炳和ノ負擔トス

○判決理由

第一被告人徐炳和ハ昭和八年五月十日施行ノ慶尙北道道會議員選舉ニ際シ同道達城郡ヲ地盤トシテ立候補シタルカ同郡選出ノ道會議員ノ定員一名ニ對シ三名ノ立候補アリ競争激甚ヲ極メシ爲選舉管理者タル面長ハ其ノ關係區域内ニ於テハ選舉運動ヲ爲シ得サルコトヲ知リナカラ同道達城郡内ノ各面長ヲ利用シテ選舉人ニ投票依頼状ヲ交付セシメ以テ投票ノ増加ヲ圖ランコトヲ企劃シ昭和八年五月四日被告人肩書住宅ニ於テ各選舉

人ニ宛拜啓、云々、本日ハ投票ノ當日ナレハ更ニ書中ヲ以テ御依頼申ス次第ニ付何卒貴下ノ清キ正シキ一票ヲ惜マセラレス不肖ヲシテ愚鈍ナル手腕ヲ試用セシメラレ度ク伏シテ祈ル旨ノ投票依頼状及各面長ニ宛陳者、云々、同封ノ書類ヲ貴面而協議員諸氏ニ五月十日ノ道評議員選舉投票開始間際ニ夫々傳達下サレタク伏シテ望ム旨ノ前示投票依頼状配付方ノ投票依頼状ヲ起草シ之ヲ朴南祚ニ命シ同人ヲシテ印刷若ハ淨書セシメタル上面長宛ノ投票依頼状ニ其ノ面内選舉人宛ノ投票依頼状ヲ同封シ同月六日而長トシテ選舉管理者ノ地位ニアリタル被告人表正洪 同李起春 同許東萬 同李載正 同金鶴坤等ニ宛郵送セシメテ右投票依頼状ノ配付方ノ斡旋ヲ懇請シ以テ同被告人等ニ對シ其ノ管轄面内ニ於テ選舉運動ヲ爲スコトヲ教唆シタルモノナリ

第二被告人表正洪 同李起春 同許東萬 同李載正 同金鶴坤ハ前顯道會議員選舉ニ際シ執レモ肩書面ノ面長トシテ選舉管理者ノ地位ニアリ爲ニ關係區域内ニ於テハ選舉運動ヲ爲シ得サリシニモ拘ラス被告人徐炳和ノ得票ヲ有利ナラシメンカ爲同被告人ノ教唆ニ基キ

(一) 被告人表正洪ハ昭和八年五月八日花園面事務所ニ於テ被告人徐炳和ヨリ前示投票依頼状十通ノ郵送ヲ受クルヤ同面ノ農村振興會ノ總會ニ參列スル爲同事務所ニ出頭シタル同面内ノ選舉人石鍾鳴外七名ニ對シ同人等宛ノ該投票依頼状ヲ交付シ以テ選舉運動ヲ爲シ

(二) 被告人李起春ハ昭和八年五月八日月背面事務所ニ於テ被告人徐炳和ヨリ前掲投票依頼状十通ノ送付ヲ受

面長ノ道會議員立候補者ノ依頼ニヨル投票依頼状ノ交付ト朝鮮地方選舉取締規則違反

クルト同時ニ同面事務所小使李鍾和ニ命シ同人ヲシテ同面内ノ選舉人禹東三外七名ニ對シ同人等宛ノ該投票依頼狀ヲ交付セシメ以テ選舉運動ヲ爲シ

(三) 被告人許東萬ハ昭和八年五月八日嘉昌面事務所ニ於テ被告人徐炳和ヨリ前記投票依頼狀十通ヲ受取ルト同時ニ同事務所ニ於テ開催中ノ同面ノ農村振興會ノ總會ニ參列セル同面ノ各區長ヲ介シ同面内ノ選舉人金顯權外八名ニ對シ同人等宛ノ該投票依頼狀ヲ交付セシメ以テ選舉運動ヲ爲シ

(四) 被告人李載正ハ昭和八年五月八日河濱面事務所ニ於テ前記投票依頼狀十通ヲ受領スルト共ニ同日及翌九日ノ兩日ニ互リ同事務所ニ於テ同面内ノ選舉人李春會外一名ニ對シ同人等宛ノ該投票依頼狀ヲ交付シ以テ選舉運動ヲ爲シ

(五) 被告人金鶴坤ハ昭和八年五月八日城西面事務所ニ於テ被告人徐炳和ヨリ前掲投票依頼狀十通ノ交付ヲ受クルト同時ニ同面事務所小使白南錫ニ命シ同人ヲシテ同面内ノ選舉人趙俊奎ニ對シ同人宛ノ該投票依頼狀ヲ交付セシメ以テ選舉運動ヲ爲シタルモノナリ

右證據ヲ按スルニ判示第一事實中被告人徐炳和カ判示道會議員ノ選舉ニ際シ慶尙北道達城郡ヲ地盤トシテ立候補セシカ判示事由ニ依リ競争激甚ヲ極メシコト及被告人徐炳和カ面長ハ選舉管理者ナル爲其ノ關係區域内ニ於テハ選舉運動ヲ爲シ得サルモノト知り居タルコトハ被告人徐炳和ノ當公廷ニ於ケル其ノ旨ノ自供ニ徴シ寔ニ明瞭ニシテ被告人徐炳和ハ達城郡内ノ各面長ヲ利用シテ選舉人ニ投票依頼狀ヲ配付セシメ以テ投票ノ増

加ヲ圖ラント企テ昭和八年五月四日判示場所ニ於テ判示選舉人宛ノ投票依頼狀及判示面長宛ノ依頼狀ヲ起案シ朴南祚ヲシテ印刷若クハ淨書セシメタル上之ヲ判示ノ如クシテ判示被告人等ニ郵送セシメ以テ同被告人等ニ對シ選舉運動ノ教唆ヲ爲シタルコトハ司法警察官事務取扱道巡查ノ徐炳和ニ對スル聽取書中之ト同趣旨ノ供述記載

司法警察官事務取扱道巡查ノ朴南祚ニ對スル聽取書中私ハ徐炳和ノ言附テ判示選舉人宛ノ投票依頼狀ヲ昭和八年五月四日午前十一時頃大邱府東城町三丁目西田印刷所ニ頼ンテ印刷シテ貰ヒ判示面長宛ノ依頼狀ハ私カ徐炳和カラ受取ツタ原稿ヲ見テ炭酸紙ヲ複寫シ同月六日午後一時頃以上ノ依頼狀ヲ判示ノ如クシテ面長ニ宛テ大邱府徳山町郵便所ヨリ發送シタル旨ノ供述記載

アルニ依リ之ヲ認ムルニ餘リアリ判示第二事實中被告人表正洪同李起春同許東萬同李載正同金鶴坤ハ判示選舉ノ際ハ夫々判示面長トシテ選舉管理者ノ地位ニアリシ爲關係區域内ニ於テハ選舉運動ヲ爲シ得サリシコト及被告人徐炳和ヨリ右選舉ニ際シ判示年月日ニ各判示依頼狀ヲ同被告人等ニ送付シ來リシコトハ被告人表正洪同李起春同許東萬同李載正同金鶴坤等ノ各當公廷ニ於ケル其ノ旨ノ供述ニ照シ極メテ明白ニシテ同被告人等カ被告人徐炳和ノ得票ヲ有利ナラシメンカ爲同被告人ノ教唆ニ基キ夫々判示(一)乃至(五)ノ如キ選舉運動ヲ爲シタルコトハ司法警察官事務取扱道巡查ノ表正洪ニ對スル聽取書中從來ヨリ面識ノアリシ立候補者徐炳和カ投票依頼狀ヲ私宛ニ配付方依頼シテ來タノテ都合カ惡ルイトハ知りナカラ折角送ツテ來タモノ故判示當日ハ

丁度本面ノ農村振興會ノ總會ヲ花園普通學校テ開催スルコトニナツテアリ此ノ總會ニ出席スル會員ハ殆ント
面協議會員テ有權者テアツタ爲好都合ト思ヒ其ノ日ノ午前九時三十分頃カラ同日午後四時頃迄ノ間ニ於テ來
面セル有權者石鍾鳴外七名ノ有權者ニ投票依頼狀ヲ配付シタル旨ノ供述記載、司法警察官事務取扱道巡查
ノ李起春ニ對スル第二回聽取書中立候補者徐炳和ヨリ投票依頼狀ヲ各有權者ニ配付方依頼シテ來タノハ同人
カ自己ノ得票ヲ多クセンカ爲テ同人トハ從來ヨリ面識モアリ此ノ情誼關係カラ斷リ兼ネ面小使李鍾和ヲシテ
面内ノ判示有權者ニ右投票依頼狀ヲ交付セシメタル旨ノ供述記載、司法警察官事務取扱道巡查ノ許東萬ニ對
スル聽取書中私カ徐炳和ヨリノ郵便物ヲ接受シタ際面長ノ職責上漫然配付スルコトハ何ウカト思ヒ達城郡嘉
昌面巴洞ノ有權者楊振漢宛ノ分ヲ披見シタ所其ノ中ニ徐炳和自身ニ投票ヲ依頼スル旨ノ文句カアツテ選舉運
動ニ關スルモノナルコトハ明カテアツタカ判示當日ハ丁度面事務所ノ會議室テ面ノ農村振興會ノ總會カ開催
セラレ居リ好都合テアツタ故同日午後三時頃區長等ノ手ヲ經テ其ノ各洞ノ有權者ニ交付シタル旨ノ供述記
載、司法警察官事務取扱道巡查ノ許東萬ニ對スル第二回聽取書中徐炳和カ切角私ニ投票依頼狀ノ配布方ヲ依
頼シテ來タノテ同人トノ情誼上斷ル譯ニイカス選舉管理者ハ斯様ナ行爲ヲシテハナラヌトハ知リツツ面内各
有權者ニ配付シタル旨ノ供述記載、司法警察官事務取扱道巡查ノ李載正ニ對スル聽取書中徐炳和カラ送ツテ
來タ投票依頼狀ニハ封カシテナカツタ故封筒ヨリ一枚引出シ讀ミタルカ有權者ノ清キ一票ヲ徐炳和自身ニ投
票シテ吳レト書イテアツタヨウニ思フ私ハ面長トシテ選舉管理者ノ地位ニアツテ選舉事務ニ關シテハ達城郡

守ヨリ屢屢訓達ヲ受ケテ居ツタニ拘ラス徐炳和ト私トハ約五年前ニ知合トナリ爾來親シク交際ヲ續ケテ來タ
其ノ情實ニ驅ラレ同日午後三時頃農村振興組合長ノ打合會ノ終了後モ面事務所ニ殘ツテ居タ面協議會員李春
會ヲ面長室ニ呼寄セ道會議員立候補者徐炳和ヨリ私宛ニ投票依頼狀ノ配付方ヲ依頼シテ來タト云フテ同人宛
ノモノハ同人ニ渡シタカ其ノ翌九日午前九時半頃面協議員黃致祚カ何カノ用テ面事務所ニ來タカラ同人ニ對
シテモ先ニ李春會ニ話シタト同一ノコトヲ云フテ同人宛ノ投票依頼狀ヲ交付シタル旨ノ供述記載、司法警察
官事務取扱道巡查ノ金鶴坤ニ對スル聽取書中私カ判示當日午前八時三十分頃面事務所ニ出勤スルト私ノ机ノ
上ニ道會議員立候補者徐炳和ヨリ私ニ宛テタ手紙カ一通アツタカラ讀ンテ見タ所私宛ニ投票依頼狀ヲ同封シ
テ送ルカラ有權者面協議會員ニ選舉開始前配付シテ吳レト認メテアツタ故庶務係書記李在勳ヲ面長室ニ呼ヒ
此ノ手紙ノ外ニ書狀ノ來否ヲ聞キタルニ李在勳ハ徐炳和ヨリ各面協議會員ニ宛テタル投票依頼狀ヲ持參シタ
ノテ讀ンタ後面小使白南錫ヲ面長室ニ呼付ケ此ノ投票依頼狀ハ忘レヌニ各面協議會員ニ配付セヨト命シタ所
同人ハ其レニ從ヒ趙俊奎ニ交付シタル由ナリ面長ノ地位ニアル者カ立候補者ノ投票依頼狀ヲ有權者ニ配付ス
レハ普通ノ人民カ配付スルヨリ效果ハアルト思ヒタル旨ノ供述記載、被告人白南錫ニ對スル第一審第三回公
判調書中判示日ノ朝面長ニ呼ハレテ面長室ニ參ルト机上ニアツタ各面協議會員宛ノ投票依頼狀ヲ指示シ之ヲ
各面協議會員ニ配付セヨト言付カツタノテ其ノ後一枚ハ有權者趙俊奎ニ渡シタル旨ノ供述記載及判示選舉人
宛ノ投票依頼狀判示面長宛ノ同投票依頼狀ノ配付方ノ依頼狀ニ該當スル證第二號乃至第一九號ノ現存事實

ヲ綜合シテ之ヲ認ム依テ以上ノ判示事實ハ犯罪ノ證明十分ナリトス
 法律ニ照スニ被告人徐炳和ノ各所爲ハ朝鮮地方選舉取締規則第五條第十四條刑法第六十一條第一項ニ該當ス
 ル所同法第四十五條ノ併合罪ニ係ルヲ以テ同法第四十八條第二項ニ從ヒ其ノ所定罰金額ヲ合算シタル範圍内
 ニ於テ同被告人ヲ罰金五十圓ニ處スヘク被告人表正洪、同李起春、同許東萬、同李載正、同金鶴坤等ノ各所
 爲ハ朝鮮地方選舉取締規則第五條第十四條ニ該當スルヲ以テ其ノ所定罰金額ノ範圍内ニ於テ同被告人等ヲ各
 罰金二十圓ニ處スヘク罰金ヲ完納シ能ハサルトキハ刑法第十八條ニ依リ被告人徐炳和ヲ五十日間被告人表正
 洪、同李起春、同許東萬、同李載正、同金鶴坤ヲ各三十日間勞務役場ニ留置シ訴訟費用ハ刑事訴訟法第二百三
 十七條ニ從ヒ被告人徐炳和ニ負擔セシムヘキモノトス

○刑事補償請求事件

(昭和八年刑補第五號 棄却)
 (昭和九年二月十六日刑事部決定)

【申立人】 盧在島外一人 代理人 孫 致 股

○判示事項

刑事補償法第四條第一項第二號ニ所謂公ノ秩序ニ反シ云々ノ意義

○判例要旨

公訴事實其ノモノハ犯罪證明十分ナラザリシ爲犯罪ノ成立ヲ觀ルニ至
 ラスト雖苟クモ證明シ得ル範圍内ノ事實ニ付著シク公ノ秩序ニ反スル
 モノアル時ハ刑事補償法第四條第一項第二號ニ所謂起訴セラレタル行
 爲カ公ノ秩序ニ反シ著シク非難スヘキモノナルトキニ該當スルモノト
 ス

【參照】 刑事補償法第四條第一項第二號

無罪又ハ免訴ノ言渡ヲ受ケタル者ニ付左ノ事由アルトキハ補償ヲ爲サス

二 起訴セラレタル行爲カ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反シ著シク非難スヘキモノナルトキ

○主 文

本件補償請求ハ孰レモ之ヲ棄却ス

○理 由

本件請求理由ハ請求人等ハ賄賂收受罪ノ嫌疑トシテ何レモ昭和七年十一月十日金海警察署ニ留置セラレタル
 儘請求人盧宗漢ハ釜山府草梁町四百十四番地池昌奎カ其ノ子池沅泓名義ヲ以テ國ヨリ讓渡ヲ受ケ開墾シタル

刑事補償法第四條第一項第二號ニ所謂公ノ秩序ニ反シ云々ノ意義

慶尙南道金海郡駕洛面濟島里四十一番地ノ十二外百三筆ノ土地ニ對シ相當年間開墾前ノ雜種地トシテ課稅セラレムコトヲ希ヒ昭和五年十一月中金海郡廳ニ提出シタル地價据置許可申請ニ付成ルヘク有利ナル條件ヲ以テ早速ニ許可ヲ得ル爲右池昌奎及釜山府佐川町六十八番地吳鍾煥ト共謀ノ上昭和六年六月頃金海郡金海邑内ニ於テ當時郡廳雇員ニシテ地價据置事務ニ從事中ノ請求人盧在鵬ニ對シ前後二回ニ現金合計三百二十圓ヲ交付シ請求人盧在鵬ハ同郡廳雇員トシテ地稅係ノ前示事務ニ從事中前記ノ如ク其ノ職務ニ關シ現金合計金三百二十圓ヲ收受シタリトノ公訴事實ニ付起訴セラレ釜山地方法院ノ豫審ニ附セラレ結局有罪ト決定セラレ釜山地方法院ノ公判ニ廻附セラレ審理ノ結果矢張有罪ト認定セラレ請求人盧在鵬ハ懲役十月請求人盧宗漢ハ懲役六月ノ實刑ノ言渡ヲ受ケ之ニ對シ大邱覆審法院ニ控訴ノ申立ヲナシ審理ヲ仰キタルモ是亦有罪ト認定セラレ第一審判決ヲ言渡サレタル爲ニ之ニ對シ御院ニ上訴ノ申立ヲナシ審理ヲ仰キタル結果全然犯罪ト認ムヘキモノニアラスト認定セラレ昭和八年十一月六日御院ニ於テ無罪ノ言渡ヲ受ケ同日西大門刑務所ヨリ出所サレタリ從ツテ請求人等ハ不當ナ勾束ニヨリ昭和七年十一月十日ヨリ昭和八年十一月六日迄ノ間ニ於ケル三百六十二日間ノ長キニ互リ呻吟シタルモノニシテ其ノ間ニ於ケル精神上ノ損失ハ勿論請求人盧在鵬ノ如キハ之カ爲ニ郡廳雇員タル職ヲ奪ハレ月五六十圓ノ收入アリシモノヲ喪失シ請求人盧宗漢ノ如キハ之カ爲ニ永キ間商賣ヲナスコト能ハサルニ至リ物質的損害測リ知ラサルモノアリ依テ法規ノ定ムル範圍内ニ於テ出來得ル限りノ補償ヲ仰キ度ノ本件請求ヲナス次第ナリト謂フニ在リ

按スルニ請求人等ハ各其ノ主張ノ犯罪事實ニ付釜山地方法院檢事ヨリ豫審ヲ請求セラレ續イテ同法院豫審判事ノ豫審處分ニ因リ同法院ノ公判ニ付セラレ其ノ後事件ハ請求人等ノ各上訴ニ依リ大邱覆審法院ヲ經テ當法院ニ繫屬シ審理ノ結果昭和八年十一月六日當法院ニ於テ犯罪ノ證明十分ナラストシテ無罪ノ判決言渡ヲ受ケ該判決確定シ其ノ間請求人等ハ各其ノ主張期間未決勾留ヲ受ケタルコトハ當該被告事件記録及判決謄本ニ徴シ洵ニ明瞭ナレトモ當法院カ犯罪ノ證明ナシトシテ無罪ヲ言渡シタル理由ハ請求人盧在鵬ハ慶尙南道金海郡廳雇員トシテ地價据置許可申請ニ關スル事務ニ付テハ單ナル機械的事實行爲ヲ以テ主務者ヲ補助スル職務權限ヲ有スルニ止リ公訴事實ニ說示セルカ如キ職務權限ヲ有セシ證明ナク從テ地價据置許可申請書類ヲ起案シ又ハ該申請ニ付其ノ事務管掌者ニ對シ有利ナル條件ヲ以テ成ルヘク速ニ許可ヲ受ケ得ル様取計ハレ度キ旨請託スルモ請求人盧在鵬ノ職務權限其ノモノニ屬セサルコト言フ俟タサルノミナラス之等ノ事項ハ同請求人ノ前示單ナル機械的事實行爲ヲ爲ス職務權限ニ對シ何等ノ關涉ヲモ有セサルカ故ニ請求人盧在鵬カ縱令是等事項ノ請託ヲ受ケ其ノ謝禮トシテ金圓ヲ收受シ請求人盧敬福カ其ノ仲介斡旋シタレハトテ請求人盧在鵬ハ其ノ職務ニ關シ賄賂ヲ收受シ請求人盧宗漢コト盧敬福ハ之カ幫助ヲ爲シタルモノト謂フ得サリシ爲ニシテ請求人盧在鵬カ金海郡廳雇員ニ在職中池昌奎ヨリ前顯請託ノ下ニ前後二回ニ互リ合計金三百二十圓ヲ受領シ請求人盧敬福ハ之カ仲介斡旋シタル事實迄否定シタルモノニ非サルコト判決謄本自體ニ照シ疑ノ餘地ナキノミナラヌ同請求人等ノ間ニ右行爲ノアリタルコトハ當該被告事件記録上頗ル明白ニシテ斯ル行爲ハ著シク公ノ秩序

ニ反スルモノタルコト言フ俟タス而シテ公訴事實其ノモノハ犯罪ノ證明十分ナラザリシ爲犯罪ノ成立ヲ觀ル
ニ至ラスト雖苟クモ證明シ得ル範圍内ノ事實ニ付著シク公ノ秩序ニ反スルモノアルトキハ刑事補償法第四條
第一項第二號ニ所謂起訴セラレタル行爲カ公ノ秩序ニ反シ著シク非難スヘキモノナルトキニ該當スルモノナ
ルカ故ニ本件補償請求ハ何レモ前示第二號ノ場合ニ該當シ理由ナキヲ以テ棄却スヘキモノトス

○有價證券虛偽記入同行使詐欺背任被告事件

(昭和九年刑上第一二號
同年三月十五日刑事部判決 棄却)

【被告人】 金 基 源 辯護人 韓昌達外一人

【第一審】 成興地方法院 【第二審】 京城覆審法院

○判示事項

- 一、所謂空券ト有價證券虛偽記入罪
- 二、虛偽記入有價證券ノ行使ト詐欺罪ノ成立

○判例要旨

- 一、行使ノ目的ヲ以テ物品ノ寄託ナキニ拘ラス之カ寄託ヲ受ケタル旨
虚偽ノ記載ヲ爲シテ倉荷證券ヲ作成スルトキハ刑法第六十二條第
二項ノ罪ヲ構成スルモノトス
- 二、虚偽ノ記入ヲ爲シタル有價證券ヲ行使シテ他人ヲ欺罔シ因テ金錢
ヲ交付セシメタルトキハ詐欺罪成立シ被害者力該有價證券ノ無効ナ
ルニ因リ其ノ發行者ニ對シテ損害ノ賠償ヲ請求スルノ權利ヲ取得ス
ルト否トハ罪ノ成立ニ影響ナキモノトス

所謂空券ト有價證券虛偽記入罪
虚偽記入有價證券ノ行使ト詐欺罪ノ成立

【罰則】 刑法第六十二條 行使ノ目的ヲ以テ公債證書、官府ノ證券、會社ノ株券其他ノ有價證券ヲ偽造又ハ變造シタル者ハ三月以上十年以下ノ懲役ニ處ス

行使ノ目的ヲ以テ有價證券ニ虚偽ノ記入ヲ爲シタル者亦同シ

刑法第二百四十六條 人ヲ欺罔シテ財物ヲ騙取シタル者ハ十年以下ノ懲役ニ處ス

前項ノ方法ヲ以テ財産上不法ノ利益ヲ得又ハ他人ヲシテ之ヲ得セシメタル者亦同シ

○ 事 實

被告人ハ昭和五年八月頃ヨリ精米業ヲ主タル營業トスル咸興府新興里所在咸南商工株式會社ノ取締役社長ト爲リ同會社ニ於ケル一切ノ事務ヲ處理シ居リタルモノナルカ近時同會社ノ運轉資金ニ窮乏ヲ告ケタルヨリ倉庫業者タル同府所在北鮮倉庫株式會社ノ専務取締役ニシテ被告人ト豫テ親交アリシ原審相被告人盧炳瑞ニ對シ其ノ情ヲ打明ケ架空ノ倉荷證券ノ發行交付ヲ懇請シタル處同人ハ右ノ如ク被告人ト昵懇ノ間柄ニテ其ノ要求ヲ拒ムコトヲ得ス被告人ヲシテ之ヲ擔保ニ供シ他ヨリ金員ヲ騙取セシムル目的ヲ以テ倉荷證券ヲ發行交付スヘキコトヲ承諾シ茲ニ被告人ハ右盧炳瑞ト共謀ノ上孰レモ犯意繼續シテ

(一) 昭和七年一月二十六日盧炳瑞ハ北鮮倉庫株式會社事務室ニ於テ被告人ヨリ何等現品ノ引渡ヲ受ケ居ラサルニ拘ラス咸南商工株式會社ヨリ玄米八百呎ノ寄託ヲ受ケタル旨虚偽ノ記載ヲ爲シタル倉荷證券一通(證第七十一號)ヲ發行シテ之ヲ被告人ニ交付シ因テ被告人ハ即日該證券ヲ同府大和町ナル株式會社北鮮商業銀行(昭和八年六月中朝鮮銀行ニ合併)ニ於テ同行

貸付係ニ提出行使シ恰モ真正ノ證券ナルカ如ク裝ヒテ同證券ヲ擔保トスル金員貸與方ヲ申入レ同行係員ヲシテ其ノ旨誤信セシメタル結果約束手形割引ノ方法ニ依ル貸付金名義ノ下ニ同銀行ヨリ金七千二百圓ヲ受取り騙取シ

(二) 同月二十八日盧炳瑞ハ前記事務室ニ於テ前同様咸南商工株式會社ヨリ玄米八百呎ノ寄託ヲ受ケタル旨虚偽ノ記載ヲ爲シタル倉荷證券一通(證第七十五號)ヲ發行シテ之ヲ被告人ニ交付シ因テ被告人ハ即日該證券ヲ前記銀行貸付係ニ提出行使シ前同様係員ヲ欺罔シテ前同様ノ方法ニ依リ同銀行ヨリ金七千二百圓ヲ受取り騙取シ

(三) 同年二月一日盧炳瑞ハ前記事務室ニ於テ前同様咸南商工株式會社ヨリ玄米六百呎ノ寄託ヲ受ケタル旨虚偽ノ記載ヲ爲シタル倉荷證券一通(證第七十三號)ヲ發行シテ之ヲ被告人ニ交付シ因テ被告人ハ即日該證券ヲ前記銀行貸付係ニ提出行使シ前同様係員ヲ欺罔シテ前同様ノ方法ニ依リ同銀行ヨリ金五千圓ヲ受取り騙取シ

(四) 同月十日盧炳瑞ハ前記事務室ニ於テ前同様咸南商工株式會社ヨリ玄米五百呎ノ寄託ヲ受ケタル旨虚偽ノ記載ヲ爲シタル倉荷證券一通(證第七十四號)ヲ發行シテ之ヲ被告人ニ交付シ因テ被告人ハ即日該證券ヲ前記銀行貸付係ニ提出行使シ前同様係員ヲ欺罔シテ前同様ノ方法ニ依リ同銀行ヨリ金四千二百五十圓ヲ受取り騙取シ

(五) 同月二十七日盧炳瑞ハ前記事務室ニ於テ前同様咸南商工株式會社ヨリ玄米五百呎ノ寄託ヲ受ケタル旨虚偽ノ記載ヲ爲シタル倉荷證券一通(證第七十號)ヲ發行シテ之ヲ被告人ニ交付シ因テ被告人ハ即日該證券ヲ前記銀行貸付係ニ提出行使シ前同様係員ヲ欺罔シテ前同様ノ方法ニ依リ同銀行ヨリ金四千圓ヲ受取り騙取シ

所謂空券ト有價證券虚偽記入罪
虚偽記入有價證券ノ行使ト詐欺罪ノ成立

(六) 同年四月八日盧炳瑞ト前記事務室ニ於テ前同様咸南商工株式會社ヨリ親千以ノ寄託ヲ受ケタル旨虚偽ノ記載ヲ爲シタル倉荷證券一通(證第七十二號)ヲ發行シテ之ヲ被告人ニ交付シ因テ被告人ハ即日該證券ヲ前記銀行貸付係ニ提出行使シ前同様同係員ヲ欺罔シテ前同様ノ方法ニ依リ同銀行ヨリ金三千六百圓ヲ受取り騙取シタルモノナリ

○ 上告理由

被告人辯護人韓昌達上告趣意同第二點ハ原審ハ虚構ノ證券ヲ行使シテ朝鮮商業銀行(當時ノ北鮮商業銀行)リ擔保借リシタルヲ騙取シタリトシテ詐欺罪ヲ構成ストスルハ不當ナリ詐欺罪ノ構成ニハ人ヲ欺罔シ依テ以テ財物又ハ財産上ノ利益騙取ヲ要件トス然ルニ本件ニ就キ見ルニ銀行カ空券ヲ擔保ニ貸付ケタルハ事實上發行者タル北鮮倉庫株式會社ヲ信用シタルモノニシテ咸南商工ヲ信シタルニアラサルハ明瞭ナリ空券ナリトシテ北鮮倉庫ハ證券ノ所持人タル銀行ニ對シ責任ヲ回避スル能ハス故ニ銀行ハ騙取サレタル點ナキナリ北鮮倉庫カ資本金三十萬圓ノ有力會社ナルハ記録上明カナレハ銀行ハ擔保確實ナル貸付ヲ爲シ毫モ騙取サレ損ヲ受ケタル實蹟ナシ恰モ融通ノ爲メ手形ノ振出又ハ引受ヲ爲サシメ夫レヲ擔保ニ銀行ヨリ割引ヲ得タル場合ニ比シ遜色ナキモノナレハ證券ニ虚構シタル刑事犯ハ犯シタリトスルモ詐欺罪ヲ併セテ構成ストノ論定ハ事實ノ認定及法律ノ解釋ヲ誤リタル違法アルモノトスト謂ヒ

被告人上告趣意ハ一、被告人ノ亡父金昇煥ハ其ノ生前北鮮財界ノ重鎮ニシテ北鮮商業銀行ノ創立者ナリ當時被告人ハ豊裕ナル家庭ノ第五男ニ生レテ何等ノ艱難ヲ知ラス二十歳迄學校ノ教育ヲ受ケタル外何等ノ經驗ナキヲ以テ世事ニ暗ク總テノ物事ニ單純ナル思想ト柔順ノ態度ヲ以テ接シタルヨリ毫末モ他人ニ惡感情ヲ抱カシムルコトハ無カリキニ、昭和二年一月中父ノ死亡ニヨリ其ノ生存中經營シタリシ事業ハ銀行關係ノ分ヲ除キテハ殆ト廢止セラレ唯咸南商工株式會社ハ被告人ノ仲兄金基坤ニ於テ經營スルコトトナリ被告人ハ其ノ取締役ニ選任セラレシカ昭和四年八月頃金基坤カ北鮮商業銀行ノ專務取締役ニ就任スルニ際シ被告人ハ其ノ後ヲ繼キ咸南商工株式會社ノ取締役兼社長ニ就任セラレ社務一切ヲ統理スルニ至リタルモ實務ニ慣レサル結果名實相副ハサル點多カリキ殊ニ數年來未曾有ノ不景氣ニ遭遇シ非常ノ苦痛ヲ嘗メタル末案出シタル窮餘ノ一策カ即本件犯行ノ骨子ナリシナリ三、昭和七年十月二十九日突然檢擧セラレ自由ヲ束縛セラレタル結果總テノ事業ハ收拾スヘカラサル状態ニ陥リタル今日當時ノ苦境ヲ回想セハ實ニ慄然タラサルヲ得サルナリ在監中先代ノ創設ニ係ル北鮮商業銀行ハ朝鮮商業銀行ニ併合セラレ全ク絶體絶命ノ悲運ニ逢着セリ此ノ邊ノ事情ヲ特ニ垂察アラムコトヲ伏シテ望ム四、被告人ノ所爲ヲ省ルニ敢テ科刑ノ輕重ヲ論議スヘクモアラス然レトモ關係者全部カ執行猶豫ノ特典ニ與リタルニ拘ラス獨リ被告人ノミ此ノ恩典ニ浴スルヲ得サルハ殘念ニ堪ヘサ

所謂空券ト有價證券虚偽記入罪
虚偽記入有價證券ノ行使ト詐欺罪ノ成立

ルトコロナリ家庭ノ狀況ヲ陳ヘンニ被告人ノ在監中幼兒ハ病死シ妻女ノ悲哀ノ情景ハ見ルニ忍ヒサルノミナ
 ラス本件判決ノ結果カ一度世ニ傳ハルヤ現在普通學校五年在學中ノ愚息ハ同校生徒等ニ「囚人ノ子」ナリト嘲
 笑セラルル由ニシテ天真爛漫タル彼ニサヘ精神上ノ打撃ヲ與フルヲ思ヘハ悔恨ノ情喻フルニ物ナシ愚妻ハ元
 來病身ナリシカ本件發生以來懊惱焦慮ノ爲病勢昂マリ又幼兒ノ死亡等重々ノ災禍ニ腐心煩悶ノ結果今日ハ全
 然臥床呻吟中ニシテ其ノ慘狀ハ筆舌ノ盡ス所ニ非サルナリ伏シテ願クハ右ノ如キ逆境ニ悲泣スル家族ヲ憫察
 セラレ一道ノ光明ヲ垂レ給ハムコトヲ五、被告人ノ保釋後本件責任ノ萬一ヲ報償スヘク私有財産全部ヲ被害
 銀行ニ提供シテ其ノ辨償ニ充當シ別紙銀行領收證ノ如ク一切ノ問題ヲ完全ニ解決シタルニ付此ノ點ヲ諒察セ
 ラレテ特ニ寛大ナル處分ヲ下サレムコトヲ伏シテ望ムト謂フニ在リ

○判決理由

然レトモ苟モ他人ヲ欺罔シ之ニ因リテ財物ヲ交付セシメタルトキハ直ニ詐欺罪成立スルモノナルカ故ニ本件
 ニ於ケルカ如ク被告人カ倉庫業者ト共謀シ行使ノ目的ヲ以テ同倉庫業者ヲシテ被告人ヨリ現實物品ノ寄託ナ
 キニ拘ラス之カ寄託ヲ受ケタル旨倉荷證券ニ虚偽ノ記載ヲ爲シテ發行セシメタル上該寄託物件ヲ擔保トスル

モノノ如ク装ヒテ右倉荷證券ヲ情ヲ知ラサル銀行ニ差入レ因テ銀行ヲシテ其ノ旨誤信セシメ貸借名義ノ下ニ
 金錢ヲ交付セシメタルトキハ有價證券ノ虚偽記入罪及其ノ行使罪ハ勿論銀行ニ對スル詐欺罪成立スヘク銀行
 カ倉荷證券ノ發行者ニ對シ該證券記載ノ物品ニ付擔保權ヲ行使シ得サルニ因リ生スル損害ノ賠償ヲ請求スル
 ハ權利ヲ取得スルト否トハ詐欺罪ノ成立ニ影響ナキモノトス原判決ノ依據シタル證人李明雨ニ對スル昭和八
 年四月二十日附豫審訊問調書ニ於ケル證人ハ北鮮商業銀行支配人ナルカ當銀行ハ咸南商工株式會社ニ對スル
 北鮮倉庫會社事務取締役盧炳瑞ノ發行ニ係ル證券ヲ擔保トシ手形割引ノ方法ニ依リ金員ヲ貸付ケタリ證人ノ
 方ニ於テハ證券ノ記載事項ハ孰レモ眞實ニ合致スルモノニシテ有效ナル證券ナリト信シテ貸付ケタルモノナ
 ルカ若シ虚偽ノ記入ヲ爲セル證券ナルコトヲ知リタリトセハ決シテ貸付ケタル旨ノ供述記載ニ徴シ
 北鮮商業銀行ハ被告人ヨリ差入レタル虚偽ノ記入ヲ爲シタル證券ヲ眞正ノモノナリト信シタル爲金錢ヲ貸與
 シタルコト明白ナルヲ以テ原判決カ被告人ノ本件所爲ニ付詐欺罪ノ成立ヲモ認メタルハ洵ニ正當ニシテ此ノ
 點ニ關シ辯護人韓昌達上告趣意所論ノ如キ事實ノ誤認及法律ノ誤解アルコトナシ又記録及證據物ヲ精査シ且
 諸般ノ事情ヲ參酌スルニ原判決カ被告人ニ對シ有價證券虚偽記入其ノ行使及詐欺ノ牽連罪ヲ認メテ被告人ヲ
 懲役八月ニ處シタル儘其ノ刑ノ執行ヲ猶豫セサリシハ正當ニシテ量刑ニ甚シキ不當アリト認ムヘキ顯著ナル

所謂空券ト有價證券虚偽記入罪
 虚偽記入有價證券ノ行使ト詐欺罪ノ成立

事由存セス論旨ハ孰レモ理由ナシ

○業務横領被告事件

(昭和九年刑上第九號
同年三月十六日刑事部判決 棄却)

【上告人】 被告人 武上安一 辯護人 松本正寛外一人

【第一審】 京城地方法院 【第二審】 京城覆審法院

○判示事項

町總代ト業務上横領罪

○判例要旨

町總代カ慣行上町民ノ出捐ニ係ル神社費、撤水費等町民ノ爲ニノミ使用スヘキ金錢ヲ管理占有中擅ニ自己ノ用途ニ費消シタルトキハ刑法第二百五十三條ノ罪ヲ構成ス

【參照】 刑法第二百五十三條 業務上自己ノ占有スル他人ノ物ヲ横領シタル者ハ十年以下ノ懲役ニ處ス

○事實

被告人ハ大正七年ヨリ京城府日之出町ノ町總代竝氏子總代ニ選ハレ猶昭和四年二月ヨリ同府倭城臺町壽町ノ町總代竝氏子總代ニ選任セラレ爾來昭和八年七月迄引續キ該三町總代竝氏子總代ヲ勤メ其ノ間慣行上右總代事務ノ一部タル町費神社費道路撤水費等ノ徵收保管支出等ノ會計事務ヲモ擔任シ來リタル處昭和六年頃當時營ミ居リタル土木請負事業ニ失敗シ爾後困窮ノ餘リ

第一昭和七年十月十三日頃京城府倭城臺官舎宇垣朝鮮總督及右三町内有志者百七十七名ヨリ町費神社費等トシテ總計金五百十五圓九十錢ノ寄附金ノ交付ヲ受ケ其ノ後昭和八年六月迄ニ町費並神社費等合計金四百四十八圓七十八錢ヲ支出シタル殘金六十七圓十二錢ヲ職務上占有保管中其ノ頃京城府内ニ於テ擅ニ數回ニ互リテ之ヲ自己ノ生活費等ニ費消横領シ

第二昭和八年五月十六日頃京城府倭城臺官舎宇垣朝鮮總督及右三町内有志三十五名ヨリ該三町内道路撒水費トシテ募リタル寄附金百八十六圓五十錢其ノ頃京城府廳ヨリ受取リタル道路撒水補助金七十二圓七十八錢及撒水器具設備費四十六圓六十六錢合計金三百五十四圓九十四錢ノ内同年七月迄ニ撒水人夫賃及器具修繕費トシテ計金八十一圓七十錢ヲ支出シタル殘金二百二十四圓二十四錢ヲ前同様職務上占有保管中其ノ頃京城府内ニ於テ擅ニ數回ニ互リテ之ヲ自己ノ生活費並債務ノ辨濟等ニ費消横領シ

第三前掲三町カ毎月京城府廳ニ納付スヘキ昭和六年十月ヨリ昭和八年七月迄ノ前後二十二ヶ月分ノ町内倉庫借地料合計金四十四圓八十八錢ニ付テハ既ニ町費ノ一部トシテ右三町民ヨリ之ヲ徵收シ前同様職務上預リ保管シ居リタルニ拘ラス全然之ガ納付ヲ爲サス右期間中ニ京城府内ニ於テ擅ニ數回ニ互リテ之ヲ自己ノ生活費等ニ費消横領シタルモノナリ
尙以上ノ犯行ハ意思繼續ノ下ニ實行シタルモノトス

○ 上告理由

被告人辯護人置鮎敏宏上告趣意第一點ハ代替物特ニ金錢カ委託サルルニ付テ委託者カ之ヲ特定物トシテ例ヘ

ハ封金ノ儘委託シ又ハ其ノ金錢ノ使用ヲ絶對ニ禁止シタル如キ場合ニハ受託者カ之ヲ横領スルコトニ依リテ横領罪ノ成立スルハ固ヨリ論ナシト雖然ラサル場合ニハ受託ト同時ニ金錢ノ所有權ハ其ノ性質上當然受託者ニ歸スルヲ以テ受託者ハ委託者ニ對シ委託ノ趣旨ニ從ヒ其ノ金額ノ範圍ニ於テ他人ニ對スル辨濟又ハ其ノ同額ノ金圓ノ返還等ヲ爲スヘキ義務ヲ有スルニ過キス從テ受託者カ其ノ金錢ヲ費消スルモ右ハ自己ノ所有物ヲ處分スルコトニ歸スルヲ以テ之ニ對シテハ横領罪ヲ構成スヘキモノニアラス之ヲ本件ニ付論スルニ判示第一、二、三ノ金錢ノ委託ハ封金ニ非サルハ勿論又委託ニ付テ其ノ使用ヲ絶對ニ禁止シタル趣旨ノ見ルヘキモノナキノミナラス却テ一件記録ニ依リテ明カナル如ク被告人ハ大正七年ヨリ引續キ本件發生ニ至ル昭和八年迄約十五年間町民ノ信賴ニ依リ町總代ノ職ニアリタルモノニシテ動産不動産合セテ約一萬圓餘ノ財産及恩給ヲ有シ且相當ノ信用ヲ有シ居リタルモノナルヲ以テ町民ハ其ノ信用、資力、人格等ヲ信シテ其ノ金錢ヲ委託シタル如キ次第ノモノナレハ其ノ金錢ノ所有權ハ受託者タル被告人ニ歸シタルハ勿論假リニ然ラストスルモ其ノ使用ハ許容セラレタルモノト謂フヘク此ノ點原審カ被告人ノ爲メ不利益ニ認定ンタル證人益原鐵介ノ證言ヲ以テスルモ容易ニ首肯セラレ得ル所ニシテ即チ同人ノ證言中（結局公費ノ補填カ出來サヘスレハソレテ充分ト解釋シテ居マス）トカ或ハ（私ハ別ニ武上カ惡意アツテ消費シ居ツタモノトハ考ヘラレマセヌ又唯單

ニ一時ノ融通ニ過キナカツタノテハナイカト解釋シマスノテ私等トシテハ別ニ問題トシテ居リマセヌト供述シ居レハ被告人カ假令其ノ金員ヲ一時自己ノ用途ニ融通シタレハトテ之ニ對シ他ノ犯罪ノ成立スルハ格別横領罪ノ成立ナキハ勿論ナリ然ルニ原審判決ハ之ヲ以テ横領罪ニ問擬シタルハ擬律ノ錯誤アルモノト信スト謂ヒ

同第二點ハ或ハ横領罪ノ根底ヲ委託關係ニ對スル他人ノ信任ニ置キ之ヲ無視スルヤ否ヤニ依リ犯罪ノ成否ヲ論スルトキハ即チ受託者カ其ノ委託ノ趣旨ヲ全フスルコト能ハサルヲ豫見シテ又ハ其ノ趣旨ヲ全フセサル意思ヲ以テ其ノ金錢ヲ費消セハ其處ニ横領罪ハ成立スルモノトシ然ラサル場合ハ假令其ノ金錢ヲ費消スルモ横領罪ノ成立ナキモノト解スヘキナリ今之ヲ本件ニ付テ論スルトキハ被告人ハ前項記載ノ如ク相當ノ財産ヲ有シ信用厚ク且町民多數ノ信頼ニ依リ永年間町總代ノ職ニ勤績中判示第一、二、三ノ金員ヲ偶々一時私用ニ流用シタルニ過キササルモノナレハ無資力者カ返還時期迄ニ補填シ又ハ請出ス意思ヲ以テ寄託金ヲ融通シタルカ如キ場合ハ假令其ノ前ニ入金カ豫期シ得ラレタリトスルモ尙多少ノ財産上損害發生ノ危險アレハ之ニ對シテ横領罪ヲ以テ臨ムハ格別、資力、信用アル被告人ニ對シテハ大ニ其ノ趣旨異ニスルモノニシテ財産上損害ナキハ勿論其ノ危險スラ之ナキモノニシテ例之本件ノ發生シタルハ昭和八年七月二十一日午後二時(山口巡查

部長外一名作成被疑者同行報告書參照)ニシテ其ノ流用清濟ノ爲メ金五百圓也ヲ調金シタルハ右ト殆ト時ヲ經サル同日午後二時頃(武上シゲ證人訊問調書御參照)ナリ此ヲ以テ見ルモ被告人ニ相當ノ資力、信用アルハ容易ニ首肯サレ得ル所ニシテ加フルニ被告人ハ名譽アル過去永年ノ經歷ヨリシテモ僅少ノコトニ町民多數ノ信任ヲ裏切り委託ノ趣旨ヲ全フスルコト能ハサルヲ豫見シ又ハ其ノ趣旨ヲ全フセサル意思ヲ以テ其ノ金錢ヲ費消セルモノトハ到底認メ難シ故ニ若シ之ニ對シ横領罪ノ成立ヲ認メントセハ此ノ間ノ理由ヲ明示セサルヘカラス然ルニ原審判決ハ漫然判示第一、二、三ノ金錢ヲ(擅ニ數回ニ互リテ之ヲ自己ノ生活費等ニ費消横領シ)ト判示シテ被告人ニ有罪ノ言渡ヲ爲シタルハ理由不備ノ違法アルモノトスト謂ヒ

被告人辯護人松本正寬上告趣意第一點ハ本件主要ノ争點ハ被告カ町總代トシテ占有保管中ノ金錢ヲ自己ノ爲メ流用シタルハ横領罪ヲ構成スルヤ又其ノ犯意アリシヤ否ヤニ在リ凡ソ金錢保管ヲ託セラレタル場合特ニ金錢其ノ物ヲ保管シ之レカ費消ヲ許ササル場合例ヘハ官公署ノ保管金、集金員ノ集金ノ如キ業務又ハ金錢ノ性質上現金保管ヲ要スル場合ヲ除クノ外寄託ノ金錢ハ受寄者ノ囊底ニ混シ受寄者ハ必要ノ場合寄託ノ趣旨目的ニ從ヒ之レヲ返還若クハ交付スレハ可ナルヘク夫レ迄之レヲ私用ニ供スルトモ横領罪ヲ爲スモノニアラス蓋横領罪ハ自己ノ占有内ニ存スル他人ノ物ヲ不法ニ領得スルコトニ因テ成立スルモノナレハ占有者ハ所有者ノ意思ニ反シ自ラ所有者ノ如ク他人ノ物ヲ支配スルコトヲ要ス然ラハ金錢ノ受寄者カ返還其ノ他交付ノ必要アル迄一時其ノ金錢ヲ使用スル如キハ金錢所有者ノ有スル自由處分ト異ナリ一方ニ之ヲ使用スルノ意思アルト

同時ニ他方之ヲ返還スル意思確實ナルヲ以テ不法領得ナリト云フヘカラス故ニ受寄者カ右ノ如キ意思ヲ以テ受託ノ金錢ヲ一時私用ニ供スルコトアルトモ之レカ返還ニ支障ヲ來タササル限り之ヲ不法領得ナリトスヘキニアラス又普通ノ金錢寄託ニ在リテハ寄託者ニ在リテモ受寄者カ其ノ金錢ヲ一時私用ニ供スルトモ必要ノ場合直ニ填補スレハ可ナリト思惟スヘキモノナレハ受寄者ノ一時使用ハ寄託者ノ意思寄託ノ目的ニ反スルモノニアラス從テ受託金ノ一時融通ハ決シテ其ノ任務ニ反スルモノニアラサレハ之ヲ稱シテ背任行爲ナリトモ云フヘカラス要之普通ノ金錢寄託即チ寄託ノ性質又ハ寄託者ノ意思ニ依リ特ニ其ノ寄託金ノ使用ヲ禁止若クハ制限セラレタル場合ノ外悉ク之ヲ消費寄託ナリト解スヘキモノナレハ寄託ノ目的ニ從ヒ返還使用若クハ交付スレハ可ナルヘク常ニ現金ヲ保有セサルヘカラサルモノニアラス又寄託者ニ在リテモ受託者カ常ニ現金ヲ保有スルコトヲ期待スルモノニアラス寧ロ金錢寄託ノ場合ニ在リテハ寄託者モ亦受寄者ハ返還其ノ他ノ必要アル迄其ノ寄託金ヲ使用スルモノト豫想スルヲ通例トスヘケレハ寄託金ノ一時使用ハ普通横領罪ヲ構成スルモノニアラサルヘシ本件被告ハ原判決認定ノ如ク大正七年以來十數年間町總代トシテ町内住民ヨリ寄附金ヲ蒐集シ撤水祭禮其ノ他慣例ニ依ル各種ノ費用ヲ支辨シ來リシモノニシテ其ノ出納支出ニ付テハ被告カ一切之ヲ擔當シ且其ノ現金ノ保管及支出ニ付テハ何等特別ノ制限ナカリシヲ以テ町總代タル被告ニ於テ便宜之ヲ保管シ必要ニ應シ隨時之ヲ支出シ來リシモノナリ加之從前資金不足ノ場合アルトキハ便宜被告ニ於テ立替支辨シタルコトモアリテ其ノ收支計算ハ帳簿上之ヲ明瞭ナラシムルニ止マリ現金ハ總代更迭引繼アル迄ハ之ヲ精算

セサリシモノナレハ其ノ間被告ハ寄附金ト自金トヲ區別スルコトナク混合使用シ來リシカ本町警察署ハ何ノ爲メカ突然被告ノ家宅ヲ搜索シ現金ナキヲ見ルヤ之ヲ横領ナリトシ被告ヲ同署ニ引致スルニ至リシモノナリ然レトモ被告ニ在リテハ町内寄附金出納中其ノ殘金ヲ一時自用ニ供セシニ相違ナキモ何等不正領得ノ意思ナキヲ以テ即日費消金額以上ノ金額ヲ調達シ本町署ニ提出シ以テ横領ノ意思ナキコトヲ明白ニシタルモ同署ハ犯罪既遂後ノ辨償ナリトシテ之ヲ顧ミス途ニ被告ヲ刑事處分ニ附スルニ至リシヲ以テ被告ハ直チニ現金三百五十圓ヲ銀行預金トシテ其ノ事ヲ明瞭ナラシメタルモノナリ(原判決ニハ第一第二第三ノ三行爲アリシモノノ如ク區別シアレトモ元來被告ハ大正七年以來繼續シテ町總代ノ事務ヲ擔當セルモノニシテ當初町内徴力ノ場合ハ不足金ハ被告カ立替支辨シ過剩金ハ自用セルモノナレハ年度末殘金ハ翌年ニ繰越シ一切ヲ合算シ其ノ内ヨリ撤水祭禮其ノ他ノ町内諸費一切ヲ支出シ來レルモノニシテ實際ノ事實ハ昭和八年七月二十一日迄ニ收納シタル寄附金若干中ヨリ同日迄二年々支出シタル金額ヲ差引キ其ノ殘額金額三百餘圓トナルヘキヲ自己ノ費用ニ流用シ居リタルヲ以テ即日概算金三百十圓ヲ預金シ補填シタルモノナリ)(原判決ニ依レハ殘金三百三十六圓二十四錢横領トセラレタルモ此ノ金額中ニハ正當ニ支拂ハレタルモノヲ横領額中ニ算入セル不法アリ)加之被告ハ十數年間無報酬ニテ町總代ヲ勤メ其ノ間町費不足ノ場合其ノ立替支辨ヲ爲シタルコトモ屢々之レアリシ又町總代ニ付テハ大正五年ノ京城府告示町洞總代設置規則ノ外何等ノ準則モナク且被告ノ屬スル町内ハ極メテ徴力ニシテ出納金額モ僅少ナレハ規約等モナク又會計係モ設ケス町總代ヲシテ收支ノ金額項目

出納方法等自由ニ處理シ來レルモノニシテ十數年間何等疑義ナカリシノミナラス本件ノ爲メ退職スルヤ町内ヨリ感謝狀ヲ以テ其ノ功勞ヲ表彰セラレ且金盃一個ヲ贈與セラレタリ然ルニ本町署ハ突然家宅搜索ヲ爲シ現金ナキハ横領ノ結果ナリトセララルニ至リ併カモ斯ル意思ナキコトヲ表明スル爲メ即日現金ヲ提出セルニ不拘之ヲ斥テ刑事處分ニ付スルニ至リシハ他ニ隱レタル目的ノ存スルニアラサルナキカラ疑ハサルヲ得ス若シ本町署カ眞ニ公平無私市民ノ安寧ト個人ノ幸福ヲ圖ラントセハ被告ニ横領ノ意思ナクシテ一時手許所在ノ寄託金ヲ私用ニ供シタルニ過キストシ即日之カ補填ヲ爲シタル際一應之ヲ諒トシ今後公私混淆ヲ避クル爲嚴ニ之ヲ區別スヘク寄附金ハ直ニ預金手續ヲ取ルヘシト注意スレハ足ルヘク被告ニアリテモ唯々諾々何等之ヲ拒否スヘキ理由ナキニ不拘本町署ハ茲ニ出テス被告ノ流用金補填ヲ斥ケ飽迄本件ヲ刑事處分ニ附セルハ果シテ警察本來ノ使命ニ適合セルモノナリヤ到底諒解スル能ハサル處ナリ若シ夫レ被告ノ經歷功績ヲ略記スレハ被告ハ軍人トシテ日清日露ノ兩戰役ニ從軍シ憲兵トシテ臺灣土匪討伐ニ從事シ文官トシテハ臺灣總督府及朝鮮總督府ノ土地調査樺太ノ地質調査ニ從事セルコト前後通シテ數十年、後朝鮮總督府道技師ニ迄榮進シ大正十二年退官迄前後三十年間奉公ノ誠ヲ盡シ位記勳章及恩給(年額六百五十圓)等ノ下賜ヲ受ケ退官後モ京城府協議會員ニ當選スルコト三回町總代ヲ勤續スルコト前後十七年間本件ノ爲メ退職ニ當リテハ町内ヨリ多年ノ功績ニ對シ感謝狀及金盃ヲ贈ラレタル等(原院提出ノ履歷書及辭令書參照)六十歳ノ今日迄功績尠ナカラサルト共ニ何等ノ責罰ヲ受ケタルコトナシ又近親中ニハ現役軍人(女婿)アリ警察署長(甥)アリ郡庶務主任アリ(甥)

其ノ外現ニ京城大學豫科入學準備中ノ長男アリ其ノ外尙子女ヲ有スルヲ以テ尙老軀ヲ挺シテ滿洲ニ入り就職セントスル途端本件發生シ目下謹慎中ナリ又資産状態ハ甚タ不振ナリト雖時價約一萬圓ノ動産不動産ト恩給金年額六百五十圓ヲ有セルヲ以テ僅三百圓内外ノ調金ニ支障ヲ來タサヌ又町費ノ大部分ハ夏期ノ撒水費秋期ノ神社費ニ支出スヘキモノナレハ被告カ流用セル金三百餘圓ハ大部分三四ヶ月内ニ之ヲ支出返還セサルヘカラサル關係ニアリ以上被告ノ經歷、功績、地位、身分、資産、近親、家族、使用金額、利用期間及在來ノ出納慣例其ノ他總テノ關係ヲ綜合スレハ被告ノ所謂町内ヨリ其ノ金ヲ總代自己ノ爲メニ使用スルコトヲ許サレタト云フコトハアリマセヌ然シ町總代及氏子總代ハ町費ノ收入支出カ確然ト一定時期ニ行ハレヌ爲メ之カ處理ニ非常ニ難澁ヲシテ居リマス其レテ町費ヨリ支拂ヲセネハナラヌ場合モ集ツタ町費カ無カッタリ又不足シタリスルトキニハ總代自身ノ金ヲ一時立替支拂ヲ濟マセタコトモ多々アリマス其レ故ニ若シ町費ニシテ一時自身ノ使途ニ使用シ若シ町費トシテ支出スヘキ場合カ生シタトキハ何時ニテモ支拂ノ出來ル様ニ致シ來リマシタ私トシテハ永年ノ間自身ノ用途ニ使用シテ置イテモ町費トシテ支拂ヲスルニ支障ナキニ於テハ別ニ差支ナキモノト思ツテ其ノ様ニシテ取扱ツテ來タノテアリマストノ原審被告供述ハ眞正ノ事實ヲ供述セルモノト認ムルニ十分ナリ然ルニ原院ハ單ニ費消ノ事實ノミニ重キヲ置キ金錢寄託ノ本質ヲ顧ミス且填補ノ事實及犯意ノ有無ニ付審究ヲ盡サス直ニ被告ノ行爲ヲ横領ナリトシ處斷シタルハ違法ナルノミナラス重大ナル事實ニ付誤認アルモノト思料スト謂フニ在リ

○判決理由

然レトモ原判決擧示ノ證據ニ徴スルトキハ本件ニ於テ被告人カ町總代竝氏子總代タリシ京城府日之出町、倭城臺町及壽町三町ニ於テ所謂町費又ハ撤水費若ハ神社費等ノ名目ヲ以テ爲ス町民ノ出捐ハ町民ノ祭禮、衛生其ノ他諸般ノ共同事業ヲ營ムコトヲ約シテ爲ス出資ニ該當シ從テ該財產ハ之等出資ヲ爲シタル町民團體ノ所有ニ歸屬シ町總代ハ該團體ノ爲ニ慣行上自己ノ業務トシテ此ノ財產ヲ管理占有シ必要ニ應ジテ之ヲ右團體ノ爲ニハミ使用スヘキモノナルコトヲ認メ得ヘク所論ノ如ク此ノ場合ヲ目シテ或ハ町總代ニ該金錢ノ所 權カ歸屬シタルモノト爲シ又ハ之カ使用ヲ禁止セラレサルモノト爲シテ一種ノ消費寄託ナリト謂フハ當ラス所論證人益原鐵介ノ「結局公費ノ補填カ出來サヘスレハソレテ充分ト解釋シテ居マス云々」及「私ハ別ニ武上カ惡意アリテ消費シ居ツタモノトハ考ヘラレマセヌ又唯單ニ一時ノ融通ニ過キナカツタノテハナイカト解釋シマスノテ私等トシテハ別ニ問題トシテ居リマセヌ云々」ナル供述又ハ町ノ資金不足ノ場合被告人ニ於テ從來立替ヘ支拂ヒタルノ一事ハ被告人カ本件金員ヲ當初ヨリ自由ニ自己ノ爲ニ消費スルコトヲ許サレタルコトノ證左トハ爲シ難シ然ラハ則チ被告人カ右ノ金員ヲ擅ニ自己ノ用途ニ費消シタル所爲ハ正ニ横領ノ罪ニ該リ若又被告人ニ於テ右金員ヲ不正ニ領得スルノ意思ナクシテ自己ノ囊底ニ混シ其ノ分別スルコト能ハサルニ至リタルトキハ同一金額ヲ保有シ置クヘキモノニシテ之ヲ爲スコトナクシテ擅ニ自用ニ使用シタルトキ亦同斷ナ

リトス右ノ各論旨ハ上叙ノ説示ニ反スル事由ヲ前提トスルモノニシテ孰レモ理由ナシ

○詐欺、瀆職被告事件

(昭和九年刑上第一三號 事實審理)
同年四月二十一日刑事部決定

【上告人】 檢

事 辯護人 永島雄藏外五名

【第一審】

成興地方法院

【第二審】

京城覆審法院

○判示事項

併合罪ト事實審理ノ決定

○判例要旨

併合罪ニ付一ノ加重刑ヲ言渡シタル判決ニ對シ上告ノ申立アリタル場

併合罪ト事實審理ノ決定

合ニ於テ該併合罪中ノ一罪ニ付事實ノ審理ヲ爲スヘキトキハ他ノ罪ニ付テモ亦事實ノ審理ヲ爲スヘキモノトス

【審 判】 刑法第四十五條 確定判決ヲ經サル數罪ヲ併合罪トス若シ或罪ニ付確定裁判アリタルトキハ止タ其罪ト其裁判確定前ニ犯シタル罪トヲ併合罪トス

刑事訴訟法第四百四十三條 上告裁判所第四百十二條乃至第四百十四條ニ規定スル事由アリト認ムルトキハ檢事ノ意見ヲ聽キ決定ヲ以テ事實ノ審理ヲ爲スヘキ旨ヲ言渡スヘシ

○ 事 實

第二審ハ左記ノ通り事實ノ認定及法律ノ適用ヲ爲シタリ

第一 昭和七年五月中成鏡南道咸州郡州西面ニ於テ同面事務所新築工事ヲ指名競争入札ノ方法ニ依リ請負ニ付スルニ當リ被告人西松實同佐川正雄大橋小太郎及原審相被告人古寺直三同近森丑太郎外三名ヲ入札者ト指名シ豫テ被告人等ニ示シ置キタル工事請負人入札書ノ趣旨ニ從ヒ豫定價格ノ制限内ニ於テ入札金額ノ最低ナル者ヲ落札者ト爲スヘク定メ且同月二十七日ヲ以テ入札期日ト指定スルヤ右被告人三名ハ前記ノ者ト共ニ同月二十六日咸興府東陽里百七十番地ナル古寺直三方ニ會合シ前同様共謀ノ上詐欺ヲ爲サンコトヲ企テ豫定落札金額ヲ金三千九百四十圓ト豫定シ最多額ノ談合金三百八十圓ヲ提供スヘク申出テタル被告人佐川正雄ヲ以テ落札者ト定メ尙同被告人ヲシテ右金三千九百四十圓ニテ入札セシメ他ノ者ハ之ヨリ高額ニテ入札スヘク申合セ「書取」ノ方法ニ依ル談合ヲ爲シタル上翌二十七日ノ入札期日ニ入札場所タル咸鏡南道廳ニ出頭シ前同様眞

正ノ入札ヲ爲スモノノ如ク裝ヒテ右談合協定ノ如キ入札ヲ爲シ當該係員ヲ欺罔シテ豫定ノ如ク被告人佐川正雄ヲ以テ落札者ト決定セシメタル結果同被告人ハ其ノ頃州西面事務所ニ於テ同面長ト金三千五百四十圓ニテ同工事ノ請負契約ヲ締結シ以テ不法ニ同契約ニ因ル財産上ノ利益ヲ取得シ尙同被告人ハ約定ノ談合金三百八十圓ヲ他ノ入札者ニ提供分與シタルモノナリ右ノ外佐川正雄ハ一回大橋小太郎ハ四回同旨ノ詐欺ヲ爲シタリ(事實摘示省略)

第二、被告人大橋小太郎ハ久保榮松カ工事施行ノ監督及工事竣成後ノ検査等ノ職務ヲ擔任スル公務員ナルコトヲ知りナカラ其ノ要求ヲ受クルヤ請負人ノ札ノ指名推薦請負工事施行上ノ監督及工事竣成後ノ検査等ニ關シ將來便宜ナル取扱ヲ受ケタキ趣旨ヲ以テ昭和七年五月中金百圓ヲ次テ同年十二月末頃金百圓ヲ執レモ同人ノ前記居宅ニ於テ同人ニ交付シ以テ各贈賄シタルモノナリ

而シテ以上ノ内被告人佐川正雄同大橋小太郎ノ各詐欺ノ行爲竝ニ大橋小太郎ノ各贈賄ノ所爲ハ夫々犯意繼續ノ下ニ行ハレタルモノトス

法律ニ照スニ被告人佐川正雄同大橋小太郎ノ各詐欺ノ點ハ刑法第二百四十六條第二項ニ同未遂ノ點ハ同法第二百五十條第二百四十六條第二項ニ該當シ右ハ連續ニ係ルヲ以テ各同法第五十五條ヲ適用シテ詐欺既遂ノ一罪トシテ處斷スヘク被告人大橋小太郎ノ贈賄ノ點ハ同法第九十八條第一項ニ該當シ而シテ被告人大橋小太郎ノ該所爲ハ連續犯ナルヲ以テ同法第五十五條ヲ適用處斷スヘキ處被告人大橋小太郎ノ右詐欺ト贈賄トハ同法第四十五條ノ併合罪ナルヲ以テ贈賄罪ニ付テハ懲役刑ヲ選擇シ同法第四十七條第十條ニ從ヒテ兩者ノ刑期ヲ合算加重シ前記被告人ニ對シ各其ノ所定期刑範圍内ニ於テ夫々主文ノ刑ヲ量定シ被告人ニ對シテハ刑ノ執行猶豫ヲ附スヘキ情狀アリト認ムルカ故ニ同法第二十五條ニ依リ執レモ二年間各其ノ刑ノ執行ヲ猶豫スヘキモノトシ主文ノ如ク定メタリ

而シテ本件公訴事實中被告人梶田喜代八カ前判示第一ノ(一)(二)所載ノ事實ニ付被告人中川亮次カ同(一)(二)所載ノ事實ニ付該各判

示ノ者等ト共謀ノ上談合ノ所爲ニ出テ各詐欺ヲ敢行シタリトノ點ニ付テハ孰レモ其ノ犯罪ノ證明ナク次ニ本件公訴事實中被告
 人梶田喜代八、佛崎定一、中川亮次、森政市、佐川正雄、中村嘉伸ハ原審相被告人近森丑太郎ト共ニ咸興府ニ於テ被告人
 梅田市治郎、大橋小太郎ハ元山府ニ於テ年來土木請負業ニ從事シ來レル者ナル處豫テ咸興府ヲ中心トシ咸鏡南道主要ノ同業
 者ヲ網羅シ工友會ナルモノヲ組織シ被告人梶田喜代八ヲ會長トシ相互扶助ヲ名トシテ會員相互ノ連絡ヲ圖リ請負工事ノ入札
 ニ際リテハ屢々請負金額ノ協定(談合)ヲ爲シ居リシカ近時鮮内各地ニ於テ談合入札ノ爲當事者ノ檢舉訴追セラルル者續出ス
 ルニ及ヒ茲ニ檢舉ヲ免レ而モ談合ト同一ノ目的ヲ達スヘキ方策ニ付寄々協議ヲ重ネツツアリシカ昭和六年春頃咸興府内工友
 俱樂部ニ於テ集合謀議ノ結果指名競争入札ニ當リ被指名者間相互ニ入札額ノ協定ハ之ヲ爲ササルモ落札者ニ於テ請負金額一
 萬圓未滿ハ千分ノ五十、一萬圓以上五萬圓未滿ハ千分ノ四十、五萬圓以上八千分ノ三十ニ相當スル金額ヲ提出提供スルコト
 トシ該贖金ノ内其ノ五分ノ二ハ即金トシテ工友會ノ諸經費ニ充當シ殘餘ノ五分ノ三ハ之ヲ後納金トシテ年末ニ至リ各工事別
 ニ清算シ同一工事ノ入札ニ參加シタル落札者以外ノ被指名者ニ等分配當スヘキコトヲ申合セ以テ談合ノ防止同業者間ノ相互
 扶助ノ名ニ隠レテ企業者ノ負擔ニ歸スヘキ金員ヲ落札者ヨリ他ノ入札者ニ分與スルノ方圖ヲ樹テ昭和七年中ニ左記ノ各工事
 ニ付入札ノ指名ヲ受クルヤ夫々右申合ニ基ク贖出金ヲ工事見積實費ニ加算シテ請負金額ニ見込ミ從テ真正ノ競争入札ヲ爲ス
 モノニ非サルニ拘ラス此ノ事情ヲ秘シ各自自由意思ニ基キ何等ノ拘束ヲ受クルコトナク正當ノ工金見積ニヨリ入札ヲ爲ス
 モノノ如ク裝ヒ入札ヲ爲シ入札係員ヲシテ真正ノ競争入札ナリト誤信セシメ其ノ都度最低額ノ入札者ヲリシ左記ノ者ヲ落札
 者ト決定スルニ至ラシメ當該落札者ハ當該工事ノ請負契約ヲ其ノ契約擔任者ト左記金額ニテ締結シ以テ不法ニ同契約上ノ權
 利ヲ取得シタルモノニシテ右申合ニ從ヒ各落札者ノ贖出シタル各金額ハ左記ノ如クナルカ (中略)

(一) 被告人梶田喜代八ハ入札回数十一回落札回数三回後納金トシテ提供シタル談合金總計二千七百六十八圓四十四錢分與ヲ

受ケタル談合金額總計九百二圓十五錢

- (二) 被告人佛崎定一ハ入札十五回落札三回後納金トシテ提供シタル談合金六百二十五圓三十五錢分與ヲ受ケタル談合金四百七十一圓七十五錢
- (三) 被告人中川亮次ハ入札八回落札一回後納トシテ提供シタル談合金六百四十三圓二十錢分與ヲ受ケタル談合金千七百七十五圓五錢
- (四) 被告人森政市ハ入札十四回落札二回後納金トシテ提供シタル談合金千四百三十二圓八十錢分與ヲ受ケタル談合金千三百七圓四十五錢
- (五) 被告人佐川正雄ハ入札六回落札一回後納金トシテ提供シタル談合金九百十圓八十錢分與ヲ受ケタル談合金七百七十七圓六十錢(但工事中損害アリシニヨリ其ノ差額金百三十三圓三十錢ハ免除)
- (六) 被告人中村嘉伸ハ入札八回落札一回後納金トシテ提供シタル談合金千四百七十七圓分與ヲ受ケタル談合金千九十七圓九十五錢
- (七) 被告人梅田市治郎ハ入札九回落札シタルコトナク分配ヲ受ケタル談合金七百七十六圓四十錢
- (八) 被告人大橋小太郎ハ入札八回落札三回後納金トシテ提供シタル談合金四百十五圓四十錢分與ヲ受ケタル談合金二百二圓十錢
- (九) 原審相被告人近森丑太郎ハ入札十三回落札一回後納金トシテ提供シタル談合金五十六圓八十五錢分與ヲ受ケタル談合金三百二十五圓

ニシテ各其ノ差額(梅田ハ全額)ヲ現實ニ授受シタルモノナリ

トノ點ニ付按スルニ咸鏡南道ニ於テハ大正十年頃咸興府ヲ中心トシテ土木請負業者間ニ會員相互ノ親睦技術ノ向上ヲ圖ル
 的ヲ以テ工友會ナル組合ノ創立組織セラレ被告人中村嘉伸ヲ除ク爾餘ノ被告人ハ相次ニ之ニ參加シ被告人梶田喜代八ハ昭和

二、三年以降引續キ其ノ會長ノ任ニアリタルモノナルカ同會ニ要スヘキ經費ニ付テハ會員一般ノ寄附ニ俟ツノ外昭和三年頃以來ハ當時ノ道土木課長諒解ノ下ニ指名競争入札ニ當リ被指名會員ニ於テ落札者ト爲ル都度其ノ請負金額ノ百分ノ一ニ相當スル金額ヲ讓出シテ之ニ充當シ來リシ處其ノ後寄々協議ヲ重ネタル結果會員以外ノ土木請負業者ヲモ糾合ノ上昭和六年春頃右會員讓出ニ關スル趣旨ヲ擴張シ指名競争入札ニ當リ土木請負工事ノ落札者ト爲リタル者ハ請負金額一萬圓未滿ノ場合ハ千分ノ五十、一萬圓以上五萬圓未滿ノ場合ハ千分ノ四十、五萬圓以上ノ場合ハ千分ノ三十ニ相當スル金額ヲ工友會ニ讓出スヘク該讓出金ハ工事請負契約後五日以内ニ會長ニ納付スヘキモノナルモ會ノ經費ニ剩餘アリテ全額ノ拂込ヲ必要トセザルトキハ其ノ五分ノ二ヲ即納シ殘餘ノ五分ノ三ニ付テハ預リ證ヲ作成シテ會長ニ差入レ若シ經費支出ノ必要アリテ會長ノ命スルトキハ直ニ之ヲ納付スヘク當該年度末ニ至リ決算ノ結果讓出金ニシテ會ノ經費ヲ支辨シテ剩餘アリタルトキハ工事別ニ清算シ同一工事ノ入札ニ參加シタル落札者以外ノ被指名者ニ等分配當スヘキ趣旨ノ申合ヲ爲シ被告人中村嘉伸モ其ノ後該申合ニ賛同加入シ因テ被告人等カ昭和七年中前表各工事ノ該當部分ニ付天々指名入札者ト爲ルヤ右申合ノ趣旨ニ從ヒ落札者ニ於テ工友會ニ讓出シタル金額及其ノ即金、後納金ノ割合カ前表各掲記ノ如クニシテ其ノ結果被告人等及原審相被告人近森丑太郎ノ入札落札ノ各回数、後納金トシテ讓出シタル金額並ニ分與ヲ受ケタル金額カ前記(一)乃至(四)掲記ノ如クナルコトハ被告人等ノ當公廷ニ於ケル供述ニ證第十五號申合書第一條第二條第三條第六條ノ記載ヲ參酌シテ之ヲ認ムルヲ得ヘシ從テ右申合ニシテ請負工事ノ競争入札ニ當リ註文者ノ期待セル同競争ニ因ル請負金額ノ低下ヲ防止シ之ヲ高ムル目的ニ出テ其ノ入札ニ當リテハ入札者各自秘密ニ獨立シテ決定シタル金額ニ前記割合ニ依ル金額ヲ加算シ之ヲ請負金額トシテ入札ヲ爲スカ如キ方法ニ依リ其ノ目的ヲ達セント企圖スルニアリテ而モ右金額ノ讓出力落札者ヨリ他ノ入札者ニ對シテ分與スヘキ所謂談合金ノ約束ヲ包含スルニ於テハ讓出額ノ多寡ニ拘ラス該申合ハ公序良俗ニ反スル不法ノモノニシテ其ノ結果各工事入札ニ當リ申合協定ニ因ル入札ヲ爲シ注文者ヲ欺罔シテ落札者ヲ決定セシメ其ノ者ヲシテ不法ニ請負契約締結ニ因ル權利ヲ取得セシメタルトキハ被告人等ノ行爲ハ夫々詐欺罪ヲ構成スヘキコト明瞭ナリ然ルニ被告人等ノ當公廷ニ於ケル供述及前申合書中第一條ノ本會員

ニシテ咸鏡南道内一般請負工事ニ參加シ請負契約ヲ締結シタル者ハ相互扶助金並ニ工友會費ヲ第二條ニ依ル歩合ニ準據シ負擔スル義務ヲ有スル旨、同第五條ノ會員カ天災ニ依リ請負工事ニ被害ヲ受ケ讓出金ヲ納付シ得ザルトキ其ノ場合ニハ會長ノ決裁ニ依リ讓出金ノ減額免除等ノ處分ヲ爲シ得ヘキ旨ノ記載ニ依レハ被告人等ハ土木工事請負業者カ從來工事施行中ニ於ケル災害其ノ他見込違ヒ等ノ事由ニヨリ工事施行上ニ頓挫ヲ來シテ企業者ニ對シテ不慮ノ損害ヲ與ヘ一面勞働者ニ對スル賃銀不拂又ハ材料供給者ニ對スル代金不拂ヲ招來シタル事例乏シカラサリシニ鑑ミ右災害等ノ發生シタル場合ニハ其ノ損害ヲ補填シ又ハ之ニ資金ヲ融通スル等ノ方法ニ依リ事ヲ圓滑ニ進行セシムル爲相互扶助ノ精神ヲ以テ相互救済機關ヲ設置スルト同時ニ前示工友會ヲ存続セシメ之ヲ擴張シテ前記申合ヲ爲シタルカ前示讓出金ハ先ツ工友會ノ經費及右救済費ニ支辨シ又之カ支出ヲ主タル目的トシテ讓出金ノ約定ヲ爲シタルモノニシテ當該年度末ニ於テ剩餘讓出金ヲ配當處分スヘキ約定アリト雖被告人等ハ當初ヨリ左迄之ニ重キヲ置キタルモノニ非サルコトヲ看取シ得ラレサルニ非サルノミナラス又之ヲ被告人等申合ニ基キ爲シタル實績ニ付考察スルニ昭和六年度末ニ於テハ金千二百六十五圓七十三錢ノ剩餘金アリタルモ之ヲ分配處分セシメテ全部昭和七年度ニ繰越シタル事實、昭和七年中ニ於ケル各申合參加員ノ工事請負金額ノ總額ハ約金五十萬圓ニシテ申合ニ從ヒ讓出シタル金額ハ計金一萬九千三百二十圓九十錢(内譯即納金六千八百三十八圓八十六錢、後納金一萬二千六百七十七圓四錢、特別會員讓出金二千二百十五圓)ナリシ處之ニ其ノ他ノ收入金ヲ加算シタル總計金二萬二千二百九十九圓三十三錢ノ收入金中ヨリ金七千六百九十九圓三十七錢ハ同年度ニ於ケル工友會ノ一般經費ニ充テ金二千四百圓ハ被告人佐川正雄ニ於テ負債ノ爲工事施行上支障ヲ生シタルヲ以テ之ヲ救済スル目的ヲ以テ同人ノ工器具類ヲ高價ニ見積リ買取リタル資金ニ充テ金百三十三圓二十錢ハ同被告人ニ對シ前申合書第五條ニ該當スルモノト認メテ同人ノ讓出金一部ノ免除ニ充テ金七百六十八圓二十錢ハ合掛喜三太ノ工事施行上蒙リタル缺損補填ニ充テ殘餘ノ金額中金一萬千二百二十九圓二十錢ヲ前記趣旨ニ從ヒ配當處分ヲ爲シタリシカ昭和七年度ニ於テハ申合參加員ノ工事施行ニ付災害ヲ蒙リ見込違ヒノ生スルコト極メテ尠シニシテ成績良好ナリシ爲救済ヲ必要トスル事故尠ク意外ニ多額ノ剩餘金ヲ生シタル事實、被告人梅田市治郎其ノ他ノ者ハ昭和七年九月以

後工事請負ヲ隨意契約ニ依リ獲得シタルニ拘ラス工友會ニ對シ其ノ請負金額ノ一部ヲ寄附シタル事實ハ證第十七號ノ記載ニ
 被告人等ノ當公廷ニ於ケル供述ヲ參酌シテ之ヲ認ムルヲ得ヘク而シテ之等ノ事實ニ依レハ前記申合ハ組合組織ニ依リテ相互
 ノ親睦ヲ圖ル社交團體タルト共ニ工事施行上生スルコトアルヘキ不慮ノ災害ニ際シ之ヲ相互ニ救済スヘキ機關ヲ設置スルヲ
 以テ主眼トシタルモノニシテ落札者ヨリ他ノ入札者ニ對シ右釐出金ノ一部ヲ分與スルノ方法ニ依リ競争入札ニ因ル請負金額
 ノ低下ヲ防止シ之ヲ高メント企圖シタルモノトハ認メ難ク唯右ノ如キ申合ヲ助長シ又ハ之ニ馴レテ申合ノ趣旨ヲ恪守セサル
 ニ於テハ動モスレハ釐出金ノ分配ヲ主眼トシ弊害ナキニ非サレトモ被告人等ノ前叙行爲ニ因リテハ未タ前顯公訴事實所載ノ
 如キ詐欺ノ所爲ヲ爲シタルモノトハ認メ難ク其ノ他ニ之ヲ認ムヘキ證據ナキヲ以テ該公訴事實モ結局其ノ犯罪ノ證明ナキニ
 歸スルカ故ニ刑事訴訟法第三百六十二條ニ依リ右被告人等中被告人佐川正雄同大橋小太郎ヲ除キ爾餘ノ者ニ對シテハ無罪ノ
 言渡ヲ爲スヘキモ被告人佐川正雄同大橋小太郎ニ對シテハ前判示詐欺ノ事實ト連續一罪ノ關係ニ於テ起訴ニ係ルモノト認ム
 ルヲ以テ主文ニ於テ別ニ無罪ノ言渡ヲ爲サス仍テ同法第四百一條第一項ニ從ヒ主文ノ如ク判決ス

○ 上告理由

京城覆審法院檢察長岡本至德上告趣意第一點ハ當院カ無罪ト爲シタル公訴事實ハ豫審終結決定書第一事實即
 チ被告人梶田喜代八、佛崎定一、中川亮次、森政市、佐川正雄、中村嘉伸、近森丑太郎ハ咸興府ニ於テ被告
 人梅田市治郎、大橋小太郎ハ元山府ニ於テ年來土木請負業ニ從事シ來レルモノナル處豫テ咸興府ヲ中心トシ
 咸鏡南道内主要ノ同業者ヲ網羅シ工友會ナルモノヲ組織シ被告人梶田喜代八ヲ會長トシ相互扶助ヲ名トシテ
 會員相互ノ連絡ヲ圖リ請負工事ノ入札ニ際リテハ屢々請負金額ノ協定（談合）ヲ爲シ居リシカ近時鮮内各地
 ニ於テ談合入札ノ爲當業者ノ檢舉訴追セララルモノ續出スルニ及ヒ茲ニ檢舉ヲ免レ而モ談合ト同一ノ目的ヲ

達スヘキ方策ニ付寄々協議ヲ重ネツツアリタルカ昭和六年春頃咸興府内工友俱樂部ニ集合謀議ノ結果指名
 競争入札ニ當リ被指名者間相互ニ入札額ノ協定ハ之ヲ爲ササルモ落札者ニ於テ請負金額一萬圓未滿ハ千分ノ
 五十、一萬圓以上五萬圓未滿ハ千分ノ四十、五萬圓以上ハ千分ノ三十ニ相當スル金額ヲ釐出提供スルコトトシ
 該釐出金ノ内其ノ五分ノ二ハ即金トシテ工友會ノ諸經費ニ充當シ殘餘五分ノ三ハ之ヲ後納金トシテ年末ニ至
 リ各工事別ニ清算シ同一工事ノ入札ニ參加シタル落札者以外ノ被指名者ニ等分配當スヘキコトヲ申合セ以テ
 談合ノ防止同業者間ノ相互扶助ノ名ニ隱レテ企業者ノ負擔ニ歸スヘキ金員ヲ落札者ヨリ他ノ入札者ニ分與ス
 ルノ方圖ヲ樹テ後記ノ各工事ニ付入札ノ指名ヲ受クルヤ夫夫右申合ニ基ク釐出金ヲ工事見積實費ニ加算シテ
 請負金額ニ見込ミ從テ真正ノ競争入札ヲ爲スモノニアラサルニ拘ラス此ノ事情ヲ秘シ各自自由意思ニ基キ何
 等ノ拘束ヲ受クルコトナク正當ノ工事金見積ニヨリ入札ヲ爲スモノノ如ク裝ヒ入札ヲ爲シ入札係員ヲシテ眞
 正ノ競争入札ナリト誤信セシメ其ノ都度最低額ノ入札者ヲ落札者ト決定スルニ至ラシメ當該落札者ハ當該工
 事ノ請負契約ヲ其ノ契約擔任者ト締結シ以テ不法ニ同契約上ノ權利ヲ取得シタルモノニシテ昭和七年中咸鏡
 南道内ノ主要土木工事ニシテ斯ノ如キ入札ノ目的トナリタルモノ一月二十二日入札龍興江左岸馬山場附近護
 岸工事等二十八件アリテ一、被告人梶田喜代八ハ入札回數十一回落札回數三回後納金トシテ提出シタル談合
 金總計二千七百六十八圓四十四錢分與ヲ受ケタル談合金總計九百二圓十五錢二、被告人佛崎定一ハ入札十五
 回落札三回後納金トシテ提供シタル談合金六百二十五圓三十五錢分與ヲ受ケタル談合金四百七十一圓七十五

錢三、被告人中川亮次ハ入札八回落札金一回後納金トシテ提供シタル談合金六百四十三圓二十錢分與ヲ受ケタル談合金千七百七十五圓五錢四、被告人森政市ハ入札十四回落札二回後納金トシテ提供シタル談合金千四百三十二圓八十錢分與ヲ受ケタル談合金千三百七圓四十五錢五、被告人佐川正雄ハ入札六回落札一回後納金トシテ提供シタル談合金九百十圓八十錢分與ヲ受ケタル談合金七百七十七圓六十錢（但工事中損害アリシニヨリ右ノ差額百三十三圓二十錢ハ免除）六、被告人中村嘉伸ハ入札八回落札一回後納金トシテ提供シタル談合金千四百四十七圓分與ヲ受ケタル談合金千九十七圓九十五錢七、被告人梅田市治郎ハ入札九回落札シタルコトナク分配ヲ受ケタル談合金七百七十六圓四十錢八、被告人大橋小太郎ハ入札八回落札三回後納金トシテ提供シタル談合金四百十五圓四十錢分與ヲ受ケタル談合金二百二圓十錢九、被告人近森丑太郎ハ入札十三回落札一回後納金トシテ提供シタル談合金五十六圓八十五錢分與ヲ受ケタル談合金三百二十五圓ニシテ各ノ差額（梅田ハ全額）ヲ現實ニ授受シタルモノナリト謂フニ在リ然ルニ當院判決ハ被告人等ノ當公廷ニ於ケル供述ニ證據第五號中申合書第一條第二條第三條第六條ノ記載ヲ參酌シ詐欺ノ犯意ニ關スル點ヲ除キ右豫審終結決定書第一事實タル公訴事實即チ大正十年以降咸興ニ於ケル土木請負業者ノ團體タル本件工友會成立ノ經緯昭和六年春右工友會ノ指名競争入札ニ於ケル入札方法及ヒ落札金分配ニ關スル申合並ニ右申合ノ趣旨ニ從ヒ落札者ニ於テ工友會ニ釀出シタル金額及其ノ即金後納金ノ割合被告人等及ヒ原審相被告人近森丑太郎ノ入札落札ノ各回數後納金トシテ釀出シタル金額並ニ分與ヲ受ケタル金額等總ヘテ之ヲ認メ乍ラ被告人等ノ當公廷ニ於ケル供

述及前示申合書第一條ノ本會員ニシテ咸鏡南道内一般請負工事ニ參加シ請負契約ヲ締結シタル者ハ相互扶助金並ニ工友會費ヲ第二條ニ依ル歩合ニ準據シ負擔スル義務ヲ有スル旨、同第五條ノ會員カ天災ニ依リ請負工事ニ被害ヲ受ケ所定ノ釀出金ヲ納付シ得サルトキ其ノ他ノ場合ニハ會長ノ決裁ニ依リ釀出金ノ減額免除等ノ處分ヲ爲シ得ヘキ旨ノ記載ニ基キ被告人等ノ本件工友會申合ヲ爲スニ至リタルハ相互ノ親睦ヲ圖ルト共ニ從來工事施行中ニ於ケル災害發生ノ事例ニ鑑ミ其ノ際ニ於ケル損害ヲ補填シ又ハ之ニ資金ヲ融通スル等ノ方法ニ依リ事業ヲ圓滑ニ進行セシムル爲相互扶助ノ精神ヲ以テ相互救濟機關ヲ設置スルト同時ニ從前ノ工友會ヲ存續セシメ之ヲ擴張シテ前記申合ヲ爲シタルト爲シ從而前示釀出金ハ先ツ工友會ノ經費及右救濟費ニ支辨シ又之カ支出ヲ主タル目的トシテ釀出金ノ約定ヲ爲シタルト斷定シタリ惟フニ救濟費ノ支出ヲ目的トスル談合入札ト爲スモ亦詐欺罪ヲ構成スヘキモノナルコトハ貴院判例ノ明示スル處ニ依リ言ヲ俟タサル處ナルカ原判決ハ右事實ノ認定ニ付テモ重大ナル錯誤ニ陥リ居レリ即チ本件工友會ノ申合ハ相互救濟ノ爲ニ非ス又右釀出金ハ工友會ノ經費及右救濟費支出ヲ目的トスルモノニモ非ス主トシテ談合金ノ分配ヲ目的トスルモノタルコト以下分説スル處ニ依リ洵ニ明瞭ナリ（一）原判決ハ前示釀出金全部ニ付漫然工友會ノ經費及救濟費ニ支出シタリト認定シタルモ證據第十五號タル工友會申合書第三條ノ記載ニ依レハ其ノ五分ノ二ヲ即納シ殘額ハ預リ證書ヲ作成シ差入レル旨ノ文句アリ之ニ當公廷ニ於ケル被告人梶田喜代八ノ即金ハ概ネ工友會ノ維持費ヤ前述ノ如キ寄附金等ニ充當セラレテ居リマシタノテ現實ニ分配シ居リタルハ後納金丈テアツタト見テ誤リハアリマ

セントノ供述(二五〇二丁)同被告人ニ對スル豫審判事ノ訊問調書中要スルニ其ノ申合ノ趣旨ハ指名競争入札ノ際落札者カ該申合書第二條ノ割合ニ依リ醜金ヲ爲シ内五分ノ二ハ即納トシ會ノ費用ニ充當シ残り五分ノ三ハ年末差引勘定ヲ爲シ被指名者ノ内落札セザリシ者ニ平等分配ヲ爲スコトノ申合ナリシ由如何トノ問ニ對シ左様テアリマス尤モ其ノ年末配當ノ部分ニ付テモ途中テ不慮ノ災害等カアツタ場合ニハ其ノ分ノ幾分カヲ災害救濟費ニ充當シ餘リヲ配當スル旨ノ供述記載(五四九丁)ヲ參酌シテ考フルニ尠クトモ本件醜出金中其ノ五分ノ三ニ付テハ分配ヲ主眼ト爲シタルモノナリト認メ得ルノミナラス司法警察官ノ右梶田喜代八ニ對スル訊問調書中「山本組ノ割戻六百六十圓ト前田組ノ割戻九百四十四圓五十錢ハ六月頃ト七月ノ二回ニ全部渡シタルカ旅カラ來タ人ニハ請負人ノ德義トシテ相當ノ禮儀ヲ盡スコトニナツテ居ルノテ旅費トシテ渡ス慣例ニ從ヒ總會前ニ渡シタル旨(七一七丁)同上被疑者木村米一ニ對スル訊問調書中「會長梶田サンカラ咸興同業者ニハ規約カアリ落札シタルモノハ割合ニ應シテ醜金スル事ニナリ居ル故落札シタルトキハ醜金シ吳レトノ話ヲ聞キ山本組ノ組長ニ電話ヲ以テ指揮ヲ仰キタル處左様ナ規約アラハ致方ナキ故其ノ通ヤレト云ハレ承諾ヲ與ヘタルカ六百圓位入札ノ當日カ翌日實ヒタリ年末ニ受取ルトコロヲ早期ニ實ヒタル爲メ何程カ減額サレタリ他地方ヨリ來レル者ハ其ノ後更ニ指名サルルカ否ヤ判ラヌ爲メナル旨(八六〇丁)ノ各供述記載ヲ附加吟味スルニ所謂年末配分ナルヘキ本件醜出金五分ノ三タル後納金ハ當初ヨリ所謂談合金トシテ落札者ヨリ他ノ入札者ニ分配スヘク約定シタルモノナルコトヲ窺知スルニ難カラヌ從而原判決所論ノ如ク工友會經費乃至救濟費

ノ支出ヲ目的トスルモノニ非ス專口談合金ノ分配ニ重キヲ置キタルコト言ヲ俟タヌ畢竟前示申合書中ニ掲クル相互扶助ナル文字ハ表面恰モ救濟費ヲ支出スルモノノ如クシテ談合金分配ノ内容ヲ瞞着セントスルモノニ外ナラス特ニ申合書第六條ノ二ニ依ルモ其ノ分配ハ工事毎ニ落札者ヲ除キ其ノ入札者間ニ於テノミ行ハルル定メナリシニ依リ見ルモ該工友會費ノ醜出及之カ本旨ノ那邊ニ在ルヤヲ窺知スルニ難カラサルヘシ被告人ニ於テ救濟費ニ餘利ヲ生シタルニ依リ止ムナク分配シタルニ過キサザル旨ノ陳述ノ如キハ素ヨリ措信スルニ足ラサルモノトス(一)原判決ハ斯ノ如ク工友會ノ經費及救濟費支出ヲ目的トシタリト爲スモ前示申合ニ從ヒ金員ノ分配ヲ受ケタル者ハ前顯證據ニ依リ明白ナル如ク組合員外ノ者ニシテ參加入札シタル山本組及前田組アルニ止マラス尙ホ本件被告人中村嘉伸ハ工友會員タラサルコト當法廷ニ於ケル其ノ旨ノ供述ニ徴シ明瞭ナリ而モ右者等ノ後納金ノ分配ニ與カルノ事實ハ前示工友會員相互扶助ノ目的ト相符合セサルモノナルコト言ヲ俟タス尤モ證第十五號タル前顯申合書第一條但書第二號前段ニ依レハ工友會會長ニ於テ本道外又ハ會員外ノ參加アリタル場合規約ヲ準用スルコトヲ得ル旨ノ定メアリ當法廷ニ於テ被告人梶田喜代八ハ「會員外ノ加入申込アレハ會長ヨリ會員ニ諮リ意見ヲ交換シ之カ諾否ヲ決定スル」旨ノ供述ヲ爲スニヨリ按スルニ本件土木請負入札ニ於ケル工友會申合ノ適用ハ既ニ會員外ノ者ヲ參加セシムルコト右ノ如クナレハ右申合ハ工友會員ヲ救濟スル意義ヲ沒却シ全ク工友會ヨリ遊離シ一般土木請負業者カ何等團體ノ背景ヲ有セス箇々ノ土木工事ニ付所謂談合入札ヲ爲ス場合ト何等相選フトコロナク唯此ノ場合ニ於テ異ルトコロハ偶々工友會ニ於テ作成シタ

ル談合規準ヲ借リテ以テ利用シタルニ過キス換言セハ本件申合ハ決シテ工友會員ノ救済ヲ目的トシタルモノニアラサルコト明瞭ニシテ專口工友會ナル假面ヲ被リ會員外ノ者ヲ引入ルルコトニ依リ談合金分配ノ非違ヲ敢行セントスルモノニ外ナラス今若シ本件申合ヲ團體員相互ノ救済ヲ爲スモノト認メ而モ團體員以外廣ク之ニ參加スルコトヲ容認スルニ於テハ談合入札ハ到底之ヲ禁止スルニ由ナク其ノ弊遂ニ底止スルトコロナカルヘシ(三)原判決ハ年度末ニ於テ餘剩釀出金ヲ配當處分スヘキ約定アリト雖被告等ハ當初ヨリ左迄之ニ重キヲ置キタルモノニ非サルコトヲ看取シ得ラレサルニ非サルノミナラス之ヲ被告人等申合ニ基キ爲シタル實績ヲ考察シ明瞭ナリト爲シ證據第十七號ノ記載及ヒ此ノ點ニ關スル被告人ノ供述ヲ舉クルト雖俄カニ之カ全部ヲ措信スル能ハス却而被告人佐川正雄及倉掛喜三太ニ對スル救済費支出ハ何レモ本件釀出金五分ノ二タル所謂即金ノ中ヨリ支出シタルモノナルコト原判決認定自體ヲ以テ明カナリ即チ原判決ハ昭和七年中ニ於ケル各申合參加員ノ即納金ヲ金六千八百三十八圓八十六錢ト認メ金二千四百圓佐川ノ分金七百六十八圓二十八錢倉掛ノ分支出ト認メタリ爾餘ノ計算關係ニ於テ被告人等ハ之ヲ後納金ヨリ支出シタルカ如キ供述ヲ爲スモ何等之ヲ信スヘキ根據ヲ有セス原判決ハ尙ホ被告人佐川正雄ニ對シ金百三十三圓二十錢ノ後納金免除ノ事實アリトシ右ノ事實ハ前示申合書第五條ニ所謂會員カ天災ニ依リ請負工事ニ被害ヲ受ケ所定ノ釀出金ヲ納付シ得サルトキ其ノ他ノ場合ニハ會長ノ決裁ニ依リ釀出金ノ減額免除等ノ處分ヲ爲シ得ヘキ場合ニ該當スルモノナリトノ見解ヲ持シ旁々本件申合カ相互救済ヲ目的トスルノ事例ト爲スカ如シト雖這ハ結局談合金不支拂ノ場合ニ

於ケル後始末ヲ定メタルモノニ過キス偶々一落札者ノ談合金一部不支拂ノ結果ヲ指シ遡リテ入札當初ニ於ケル犯意ヲ阻却シ得ルノ理由ナシ換言セハ談合入札以後ニ於ケル不可抗力ニヨル分配金ノ減額免除ノ約定ハ假令契約締結ノ事前ニ於テ之ヲ爲スト雖談合入札其ノモノノ法律的效果ニ影響ナキモノト謂ハサルヘラス專口前示申合書第五條ハ苟クモ天災ニヨルカ如キ被害ノナキ限り本件釀出金ノ支拂ヲ確保スルコトヲ示唆シ同書第一條第二條第三條ニ羅列スル文句ヲ彼是熟讀翫味スルニ於テハ被告人等ハ談合金分配ニ付諸種ノ伏線ヲ設ケ有罪談合ノ訴追ヲ免レント劃策シタルコトヲ認メサルヲ得ス蓋シ本件工友會申合書作成ノ時ハ昭和六年ノ春ナルコト前記認定ノ如シ當時彼ノ大邱ニ於ケル談合事件ハ大邱覆審法院ニ於テ有罪ノ言渡ヲ受ケ昭和五年十一月二十四日以降貴院ニ繫屬シ居リ萬一從前ノ判例ヲ維持スルニ於テハ土木請負業者ノ請負入札ハ當然談合ヲ許ササルノ情勢ニ在リ被告人等ハ逸早く脫法ノ方法ヲ講シ依リテ以テ不當ノ利得ヲ恣ニセンコトヲ企テ前示申合ヲ案出シタルモノト認メサルヲ得ス若シ夫レ所謂見込入札ニ屬スル本件談合ニ付其ノ羊頭狗肉ノ真相ヲ看破スルコトナク之ヲ無罪トシ放任スルトセンカ利ニ敏キ土木請負業者ハ此ノ例ニ倣フニ至リ延テ競争入札ノ制度ト效果ハ他ニ委シ注文者ハ常ニ欺罔セラレ遂ニ救ハレサルノ状態ヲ馴致スルモノト謂ハサルヘカラスト謂フニ在リ

○ 決定理由

記録ヲ精査スルニ原審ハ被告人等ニ對スル所論詐欺ノ公訴事實ヲ犯罪ノ證明ナシトシテ被告人佐川正雄同大

橋小太郎ニ對シテハ其ノ認定シタル他ノ詐欺ノ事實ト連續ノ關係アリトシテ起訴アリタルモノト認メテ所論事實ニ付特ニ無罪ノ言渡ヲ爲サス爾餘ノ被告人六名ニ對シテハ總テ無罪ノ言渡ヲ爲シタルモ孰レモ重大ナル事實ノ誤認アルコトヲ疑フニ足ルヘキ顯著ナル事由アルヲ以テ當院ハ右被告人八名ニ對スル各詐欺被告事件ニ付事實ノ審理ヲ爲スヘキモノタリ就中被告人大橋小太郎ニ付テハ原審ハ其ノ認定シタル詐欺及瀆職ノ事實ヲ併合罪ノ關係アリトシテ之ニ一ノ加重刑ヲ言渡シタルモノナルカ故ニ其ノ詐欺被告事件ニ付事實ノ審理ヲ爲スヘキモノナル以上瀆職被告事件ニ付テモ亦事實ノ審理ヲ爲スヘキモノトス

仍テ刑事訴訟法第四百四十三條第四百十四條ニ則リ主文ノ如ク決定ス

○外國爲替管理法違反被告事件

(昭和九年刑上第三〇號 棄却)
同年四月二十六日刑事部判決

【上告人】

被告人 金利 九 辯護人 朴 泰 成

【第一審】

平壤地方法院

【第二審】

平壤覆審法院

○判示事項

從犯ノ成立ト幫助行爲ノ態様

○判例要旨

從犯ハ苟モ他人ノ犯罪ヲ幫助スルニ因リテ成立シ其ノ方法ノ如何ハ之ヲ問ハサルカ故ニ犯罪アルコトヲ知リテ其ノ遂行ヲ容易ナラシムルニ於テハ幫助行爲カ正犯ニ對シテ直接ニ爲サルト其ノ間他人ノ有責又ハ無責ノ行爲ノ介在スルトニ論ナク總テ從犯タルモノトス

【參照】 刑法第六十二條 正犯ヲ幫助シタル者ハ從犯トス

從犯ヲ教唆シタル者ハ從犯ニ準ス

○事實

被告人金利九ハ原審相被告人車淳溫、崔秉勳等カ朝鮮總督ノ許可ヲ受ケスシテ金地金ヲ滿洲國安東縣ニ輸出セントシ車淳庸ヲシテ該地金ノ購入ヲ爲サシムル消息ヲ熟知シテ昭和八年七月二十八日金地金三百五十匁同年八月九日同三百匁同年九月十九日同三百匁ヲ右車淳庸ニ賣却シ同人ノ手ヲ經テ之ヲ車淳溫、崔秉勳等ニ供與シ其ノ頃同人等ヲシテ之ヲ滿洲國安東縣ニ密輸出出セシメテ其ノ犯行ヲ幫助シ又原審被告人林潤瑾カ同年六月四日ヨリ同年八月二十四日迄ニ金地金合計二貫四百四十匁ヲ朝鮮總督ノ許可ヲ受ケスシテ滿洲國安東縣ニ輸出スルニ際シ同人カ該金地金ヲ被告人金亨玉ニ其ノ情ヲ告ケ同人ヨリ之ヲ購入スル消息ヲ知リ同年五月上旬頃ヨリ同年八月下旬頃迄ニ該金地金ヲ金亨玉ニ賣却シ金亨玉ヲシテ更ニ之ヲ右林潤瑾ニ賣却セシメ以テ林潤瑾ノ右ノ犯行ヲ幫助シタルモノナリ

○上告理由

被告人辯護人朴泰成上告趣意第一點ハ第二審判決ハ被告人金利九ノ犯罪事實トシテ被告人金利九ハ中略昭和八年七月二十八日金地金三百五十匁、同年八月九日三百匁、同月十九日同三百匁ヲ車淳庸ニ賣却シ同人ノ手ヲ經テ之ヲ車淳溫、崔秉勳等ニ供與シ其ノ頃同人等ヲシテ之ヲ滿洲國安東縣ニ密輸出セシメ其ノ犯行ヲ幫助シ中略同年五月上旬頃ヨリ同年八月下旬頃迄ニ金地金ヲ金亨玉ニ賣却シ金亨玉ヲシテ更ニ之ヲ右林潤瑾ニ賣却セシメ以テ林潤瑾ノ右犯行ヲ幫助シタルモノナリト認定シタルモ右車淳庸ハ車淳溫及崔秉勳ノ正犯ヲ幫助シ右金亨玉ハ林潤瑾ノ正犯ヲ幫助シタルヲ以テ右車淳庸及金亨玉ノ行爲ハ從犯ニシテ被告人金利九カ其ノ者等ノ犯行ヲ爲スヘキコトヲ知リタリト假定スルモ被告人金利九ハ右從犯ヲ幫助シタルヲ以テ同人ノ行爲ハ

從犯ノ成立ト幫助行爲ノ態様

之ヲ處罰スルコトヲ得サルニ拘ラス第二審ノ事實ノ認定ニハ重大ナル事實ノ誤認アルコトヲ疑フニ足ルヘキ顯著ナル事由アリテ法律ノ解釋ヲ誤リタルモノナリト謂フニ在リ

○判決理由

然レトモ刑法ハ正犯ヲ幫助シタル者ハ從犯トスト規定シ其ノ幫助ノ方法ヲ限定セサルカ故ニ苟モ犯罪アルコトヲ知りテ其ノ遂行ヲ容易ナラシムルニ於テハ幫助行為カ正犯ニ對シテ直接ニ爲サルルト其ノ間他人ハ有責又ハ無責ノ行為ノ介在スルトニ論ナク總テ從犯タルモノト解セサルヘカラス蓋シ從犯ヲ處罰スル所以ノモノハ正犯ノ實行ヲ容易ナラシムル點ニ於テ存スルヲ以テ右ノ間ニ區別ヲ設ケテ責任ヲ二ニスヘキ理由存スルコトナケレハナリ刑法第六十二條第二項ニ從犯ヲ教唆シタル者ハ從犯ニ準スト規定シタルハ寧ろ他人ノ有責行為ノ介在ヲ以テ從犯ノ成立ヲ妨ケスト爲ス上敍理論ニ一ノ法文上ノ根據ヲ與フルモノト謂フヲ得ヘク之アルカ爲却テ爾餘ノ間接ナル援助行為ヲ處罰セサルノ論據ト爲スヘカラス是ヲ本件ニ付テ觀ルニ原判決ノ依據シタル證據ニ依レハ其ノ判示シタルトコロノ如ク被告人ハ車淳溫、崔秉勳等カ金地金ヲ密輸出スル爲車淳庸ヲシテ之カ購入ヲ爲サシムルノ情ヲ知りナカラ車淳庸ニ金地金ヲ賣渡シ同人ノ手ヲ經テ之ヲ車淳溫、崔秉勳ニ供與シ同人等ヲシテ之ヲ滿洲國安東縣ニ密輸出セシメ其ノ犯行ヲ幫助シ又林潤瑾カ金地金ヲ密輸出スルニ付金亨玉ニ情ヲ告ケテ購入スルモノナルノ情ヲ知りテ之ヲ金亨玉ニ賣渡シ同人ヲシテ更ニ右林潤瑾ニ賣却セシ

メ以テ林潤瑾ノ犯行ヲ幫助シタルコト明瞭ニシテ記録上右カ重大ナル誤認ナルコトヲ疑フニ足ルヘキ顯著ナル事由ナキヲ以テ被告人ノ所爲ハ正ニ前敍密輸出ノ正犯ヲ間接ニ幫助シタルモノニ該當シ之ヲ密輸出ノ從犯ナリトセルハ寔ニ正當ニシテ右車淳庸、金亨玉ハ從犯ナルト否トハ被告人ノ從犯タルコトニ毫モ消長ヲ來スヘキモノニ非ス所論ハ理由ナシ

○業務上過失傷害被告事件

(昭和九年刑上第二七號 棄却)
同年四月二十六日刑事部判決

【上告人】 被告人 韓 慶 洙 辯護人 寺 田 榮

【第一審】 京城地方法院 【第二審】 京城覆審法院

○判示事項

電車運轉手ト業務上ノ注意義務

○判例要旨

通行人繁キ十字路ニ近接シテ停留場存シ之カ標識トシテハ僅ニ大衆ノ

電車運轉手ト業務上ノ注意義務

送意ヲ惹カサル停車標準目ノ存スルノミニシテ他ニ適當ノ設備ナク却テ之ヨリ稍離レテ西方ニ一見停留場ノ標識ト紛フヘキ文字ノ電柱上ニ大書セルアリテ東行ノ電車ハ該電柱ノ附近ニ停車スルモノト誤認セラ
ルヘキ事情ノ存スル箇所ヲ時恰モ防空演習ニ於ケル燈火管制ノ直前ニシテ民衆ノ街路ヲ低徊往來スル者多キニ際シテ電車ヲ運轉スル者ハ進路ヲ注視シテ大衆ノ舉動ニ留意シ何時ニテモ停車シ得ヘキ程度ノ徐行ヲ爲ス等通行人ニ危害ヲ加フルナキ爲最善ノ注意ヲ拂フヘキ義務アリ

【參照】 刑法第二百一十一條 業務上必要ナル注意ヲ怠リ因テ人ヲ死傷ニ致シタル者ハ三年以下ノ禁錮又ハ千圓以下ノ罰金ニ處ス

○事 實

被告人ハ京城電氣株式會社電車運轉手ニ雇ハレ京城府内ノ電車運轉ノ業務ニ從事シ居リタル者ニシテ昭和八年六月三日午後七時頃一方ノ「モーター」故障ノ小型電車第四百一十一號ヲ運轉シテ京城府「セブランス」病院前電車停留場ヲ發シ南大門通ヲ進行シテ黄金町入口電車停留場ヲ通過シ時速九哩ノ速度ニテ黄金町通ヲ一路東大門電車庫ニ向ヒ進行中該電車カ同所櫻井町電車停留場手前ニ差寬リタルカ同所ニハ向ツテ右側即チ南側(黄金町通)ニハ櫻井町通アリ其ノ反對ナル向ツテ左側即チ北側(黄金町通)ニハ林町ニ通スル街路アリ爲メニ同所ノ街路ハ十字形ヲ爲シ平素電車ノ乗降客ハ勿論一般通行人モ多ク加フルニ當時防空演習ノ燈火管制ヲ實施セラレントスル直前ニシテ午後八時ヨリハ警報ト同時ニ消燈スルコトニ定メラレアリ

シ爲メ多衆ノ者ハ同所附近ヲ右往左往シ居リ而シテ右櫻井町電車停留場ニハ圓形ノ鐵板ヲ伏セタル如キ形狀ナル鐵製ノ所謂停車標準目(電車ノ前方尖端カ停車標準目ノ設置個所ニ停車スルヤウ)カ軌條間ニ其ノ面ヲ顯出シテ埋メ在リテ之ヲ以テ漸ク其ノ個所カ停留場タルコトヲ表示シ在ルニ過キスシテ該標準目ノ手前即チ西方約六十三尺二寸ノ若草町電車停留場寄ノ地點タル左側人道上ニ建立セラレ在ル電柱ニ一見停留場ノ表示ト見紛フヘキ赤地ニ白色ニテ櫻井町ナル大文字ノ記載シアリテ斯カル設備ノ狀況ニ於テハ電車運轉ノ業務ニ從事シ又ハ之ニ關係アル業務者若クハ何等カノ機會ニ因リ右標準目カ電車前方尖端ノ停車個所タルコトヲ知得セル者ハ格別其ノ否ザル一般大衆ハ一見ニシテ明瞭ナル右電柱建立ノ個所ノ手前即チ其ノ電柱建立地點ニ直接セル西方地點ヲ目シテ櫻井町電車停留場ナリト思惟スヘキハ當然ニシテ又被告人ノ運轉セル前示故障車ハ其ノ車體前上方部ニ白地ニ黒ニテ故障ト染抜キタル字幕ヲ顯出シテ運轉シ居リシモノナルヲ以テ其ノ字幕ノ文字ヲ解スルカ若ハ非常ナル注意周到ナル者ハ格別其ノ否ラサル一般大衆ハ之ヲ普通電車ト思惟シ該電車ハ必スヤ一般電車ト同シク一旦右電柱建立場所ノ直接手前即チ西方ノ地點ニ停車ノ上發車スルモノト思惟シ該電柱建立場所ヨリ向ツテ前方即東方軌道ニ立入り又ハ之ヲ横斷スルコトアルハ容易ニ之ヲ豫測シ得ヘキコトニ屬スルヲ以テ斯ノ如キ狀況下ニ於ケル設備個所殊ニ其ノ當該個所カ前示ノ如ク十字形ノ街路ニシテ平素電車ノ乗降客及一般通行人モ甚タ多數ナル地點ニシテ加フルニ當時防空演習直前ノ雜踏時ニ於テ而カモ停留場ニ停車セスシテ故障車ヲ運轉スルカ如キ場合ニアリテハ其ノ運轉ノ業務ニ從事スル者ハ右ノ如キ突發事ノ發生ニ最善ノ注意ヲ爲シ電車進行ノ前方ヲ注視シ雜踏セル大衆ノ舉動ニ其ノ意ヲ用ヒ電車進行ノ速度ニ於テモ何時ニテモ之ヲ停車シ得ヘキ程度ノ徐行ヲ爲シ以テ萬一ノ場合ニ於ケル事故ノ發生ヲ未然ニ防止スヘキ業務上ノ注意義務アルニ拘ラス被告人ハ斯カル注意ヲ怠リ前示ノ如ク故障車ヲ運轉シテ櫻井町ト大書シ在ル電柱建立個所ノ前方即チ東方地點(即チ前示標準目設置個所ノ手前即チ西方ノ地點)ニ差寬リタル際其ノ前方三十六尺三寸ヲ距リタル地點ノ左斜人道上ヲ京城府花園町五十二番地竹中トメノ(當五十二年)カ電車軌道寄ヲ電車ト同一方面ニ向ヒ歩行セルヲ認メタルヲ以テ同女カ右ノ如キ設

電車運轉手ト業務上ノ注意義務

備狀況ノ下ニ於テハ或ハ前方軌道上ニ立入り又ハ之ヲ横斷スルコトアルヘキヲ豫測セサルヘカラスアルニ拘ラス斯カル事實ノ存在ナカルヘシト輕信シ僅カニ故障字幕ヲ掲ケ警鈴ヲ鳴ラシテ進行スルヲ以テ足レリト爲シ電車運轉速度ノ如キモ之カ徐行ノ措置ヲ採ラスシテ依然時速九哩ノ速度ヲ持續シテ進行セシメタル爲メ該電車カ右竹中トメノ後方十二尺四寸ノ地點ニ進ミタル際同女カ軌道上ヲ左側(北方)ヨリ右側(南方)ニ横斷シタル爲メ被告人ハ大イニ驚キ急停車ノ措置ニ出テタルモ時既ニ過ク該地點ノ軌道上ニ於テ電車ノ前部ヲ同女ノ右肩部ニ衝突セシメテ同女ヲ其ノ場ニ押倒シ更ニ該電車ノ惰力ニ依リ軌道上ヲ該地點ヨリ更ニ二十七尺四寸ヲ引摺リテ同女ノ身體ヲ地上又ハ電車體ニ衝突セシメ爲メ同女ノ頭蓋左顛頂部位ヨリ後頭部ニ互リ長サ八厘幅三厘深サ骨膜ニ達スル骨折ヲ伴ヘル打撲裂傷其ノ他十數箇所ニ治療四十日ヲ要スル打撲傷ヲ負ハシメタルモノナリ

○上告理由

被告人辯護人寺田榮上告趣意第一點ハ原判決ハ果シテ其ノ認定正鵠ヲ得タリヤ疑ナキ能ハス大衆ノ交通機關タル電車ノ如キニ對シテハ通行人ハ努メテ其ノ運行ニ障礙ヲ加フルナキヲ心掛ケ充分ニ其ノ機能ヲ發揮セシメ交通機關タルノ目的ヲ圓滑ニ達成セシムヘク注意ヲナスヘキハ今日相當訓練サレタル一般民衆ノ交通道德タリ電車ノ操縦ハ人ノ歩行ノ如ク爾ク容易ナラサルハ遍ク人ノ知ルトコロ兩者近接シテ危險迫ラハ人先ツ之ヲ避クルハ當然ニシテ運轉手モ亦斯ク信スルハ至當ナリ況ンヤ軌道外ニ在ル者カ目前ニ電車ノ進行ヲ認メナカラ其ノ電車目掛ケテ軌道内ニ入ルカ如キハ幼者乃至盲目ヲ除キテ想像タニ爲シ得ス危險ハ人自ラ之ヲ避クルナリ被害者ハ一見思慮アル完全ナル成年ノ女性ナリ當時被告人ハ被害者カ電車線路ニ併行シ同一方面タル

東方ニ歩行シツツアリタルヲ認メタレハ警鈴ヲ鳴ラシ徐行シツツアリシナリ(原審ハ徐行セザリシ事實ヲ判示ス此點誤認タルノ理由ハ後ニ之ヲ陳述ス)警鈴ヲ鳴ラシ漸次被害者ニ接近シ判示ノ電柱ヲ過キ被害者ノ後方十二尺四寸ノ地點ニ至リタルトキ突如トシテ被害者軌道内ニ入りタルコト判示ノ如シトスレハ其ノ際運轉手ハ最早被害者カ軌道内ニ立入ルナキヲ信スル程度ニ電車ハ被害者ニ接近シ居リ且前示電柱ヲ過クルコト既ニ二十九尺八寸ナリシナレハ被告人カ斯ク信スルハ當然ナリシニアラサルナキカ若シ孰レノ地位ニ於テモ軌道側ノ人道ヲ電車ト併行シテ進ム者アルヲ認メタルトキ必ス直チニ停車シ得ヘキ程度ノ徐行ヲ爲スヘキモノトスレハ黃金町通り東行電車其ノ他人道ニ接スル軌道ヲ進ム電車ハ殆ント人ノ歩ミト同程度ノ徐行ヲ續ケサルヘカラス交通頻繁ナル箇所程通行人多ク併行者ハ絶エサルヘキニヨリ電車ノ運行ハ困難ニシテ交通機關タルノ使命ハ完ウシ得サルヘシ判示ノ狀況下ニ於テ判示電柱ヲ既ニ過キ電車ト成年ノ通行人トノ間隔カ既ニ十二尺四寸ニ逼リ居ルカ如キ場合ニ在リテハ運轉手ハ故障字幕ヲ掲ケ警鈴ヲ鳴ラシ通行人ノ注意ヲ喚起スヘキ方法ヲ採ルニ於テハ一般思慮ヲ具ヘタル都會人ト認メ得ヘキ相當年輩ノ女性ノ如キ斷シテ軌道内ニ立入ルカ如キコトナキヲ信スルハ實ニ當然トセサルヘカラス其ノ位置カ停留場ノ前後タルト又電車カ故障車ナルト否トヲ問ハス進行シツツアル電車ニ近接シテ其ノ前方ニ立入ル者ハ絶對ニナシト謂フモ過言ニアラス通常生アル者皆危險ハ自ラ避クルナリ停留場前方ト雖電車ノ進行ヲ見ツツ横斷スルカ如キハ幼者ヲ措イテ無シ電車ノ停車スルヲ見定メタルトキニ於テモ其ノ前方ヲ横斷スルニハ尙急キ通過ス是一般人ノ通性ナリ原審ハ當時防

空演習ノ燈火管制直前ニシテ該地點ニハ多衆ノ者右往左往シ居リシ旨判示セリト雖其ノ程度タルヤ然ク混雜セルニハアラサリシナリ却テ平素ニ比シ交通整理セラレ居リシナリ判示ノ時刻ニ在リテハ一般市街殊ニ電車通ノ十字街ノ如キハ多數ノ警察官青年團員等ニ依リ交通整理セラレ居リシコト實ニ顯著ナル事實ニシテ電車ノ運行ニハ聊モ支障ヲ來ササリシモノナリ(當時青年團員カ交通取締ノ任ニアリシコト司法警察官ノ被告人訊問調書中青年團員ト共ニ被害者ヲ池上病院ニ運ヒタル旨ノ供述アルニ觀テモ明瞭ナリ)斯カル狀況ノ下ニ判示ノ電柱ヲ過クルコト二十九尺八寸電車ハ既ニ被告人ニ近接シ僅々十二尺四寸ノ間隔ニ於テ而モ通行人ハ都會人タル完全ナル成年ノ女性ナリ思慮アル者誰カ斯カル危険ヲ犯ス者ヤアル被告人カ故障車タル字幕ヲ掲ケ警鈴ヲ鳴ラスノミニテ被害者ノ軌道内ニ立入ルナキヲ信シ運轉ヲ繼續セシハ斯カル業務ニ從事スル者トシテノ注意ヲ充分ニ盡シタルモノト謂ヒ得ヘキナリ然ラストセハ人道寄ニ設ケラレタル電車路線ニ在リテハ到底圓滑ニ運轉爲シ得ス蓋イテ後續電車ノ障礙ヲ來シ一般電車ハ遅々タル運行ヲ餘儀ナクサレ社會ノ需用ニ應スルコト能ハス公器タルノ使命ハ遂ニ没却サレ了ルヘシ電車取締規則第二十四條ニ於テモ乗降客ナキ場合ハ故障車ニ非ストモ停車セサルヲ得ルコトヲ許容サレ其ノ場合ハ警報器ヲ鳴ラシ徐行スルヲ以テ足ルモノトサレタリ被告人ハ法令ノ許容スル範圍ニ於テ充分ノ注意ヲ施シタルモノナリ原判決ハ電車運轉手ニ對シ苛酷ナル注意義務ヲ負ハシメムトスルモノニシテ法理ニ反スル違法アルモノト信スト謂フニ在リ

○判決理由

然レトモ一般通行人ハ電車ノ如キ大衆ノ交通機關ニ對シテハ力メテ之カ運行ニ障礙ヲ加フルナキヲ心掛ケ能ク其ノ機能ヲ發揮セシムルヲ以テ所謂交通道德ト爲スコト所論ノ如クナルヘシト雖然モ通行人ニシテ電車進行先ノ軌道内ニ立入ル者往々ニシテ之有リ獨リ幼者及盲目ニハ限ラス實ニ電車カ相當距離ニ迫リタル場合ニ於テ尙且之無キヲ保セサルナリ之ヲ民衆ノ所謂交通道德ニ委ネ通行人自ラノ警戒ニ俟テテ危害ヲ顧ミス電車ヲ運行スルコトヲ許スヘキニ非ス殊ニ本件ニ於ケルカ如ク通行人繁キ十字路ニ近接シテ停留場存シ之カ標識トシテハ僅ニ大衆ノ注意ヲ惹カサル停車場標目ノ存スルハミニシテ他ニ適當ノ設備ナク却テ之ヨリ稍離レテ西方ニ一見停留場ノ標識ト紛フヘキ文字ノ電柱上ニ大書セルアリテ東行ノ電車ハ該電柱ノ附近ニ停車スルモノト誤認セラレヘキ事情ノ存スル箇所ヲ時恰モ防空演習ニ於ケル燈火管制ノ直前ニシテ民衆ノ街路ヲ低徊往來スル者多キニ際シテ電車ヲ運轉スル者ハ進路ヲ注視シテ大衆ノ舉動ニ留意シ何時ニテモ停車シ得ヘキ程度ノ徐行ヲ爲ス等通行人ニ危害ヲ加フルナキ爲最善ノ注意ヲ拂フヘキ義務アリ單ニ所論ノ如ク警鈴ヲ鳴ラシテ進行スルヲ以テ足ルト爲スヘカラス又原判決ハ必スシモ所論ノ如ク被害者カ後方十二尺四寸ノ箇所ニ電車ノ迫レル際突如トシテ軌道内ニ立入りタリト認定シタルモノト解スヘカラスシテ右距離ニ達シタル際被害者カ軌道ヲ横斷セリトシタルニ過キス而シテ人道ヲ步行シツツアル者カ軌道ヲ横斷スルニハ逸クモ人道上ニ於テ方向ヲ轉換シタル上線路ニ向ツテ步行シ車道ニ立入りタル後初メテ線路ニ差蒐ルモノニシテ軌道ヲ横斷スル前既ニ之ヲ豫測シ得ヘキ舉動ト時間的餘裕存スヘク從テ原判示ヲ以テ被告人ハ十二尺四寸ノ距離ニ於テ