

得サルハ古今ニ通スル當然ノ條理ナリ (然ルニ拂下ニ因リ直ニ所有權ヲ取得シタ
權ニ關ストテ得ルモノト爲シタルモノニシテ所有
爲ニ關スル法則ヲ不當ニ適用シタルモノナリ)

(一) 民事訴訟法第一八七條ニハ中斷シタル訴訟手續ノ受繼ハ其書面ヲ受訴裁判所ニ
差出スヘキ旨規定セリ而シテ同條ニ所謂受訴裁判所ハ訴訟ノ現ニ繫屬シ若クハ將ニ
繫屬セントスル裁判所ノ義ニシテ既ニ終局判決ノ送達ヲ了ヘ全ク繫屬ノ關係ヲ離レ
タル裁判所ノ謂ニ非ス隨テ終局判決ノ送達後訴訟手續ノ中斷セラレタルトキハ受繼
ニ關スル書面ハ其差出人カ承繼人ナル場合ト相手方ナル場合ト勝訴者ナル場合ト敗
訴者ナル場合トニ論ナク又既ニ上訴ノ提起アル場合ト否トニ拘ハラス之ヲ上訴裁判
所ニ差出スヘキモノナルコト從來本院ノ判例トスル所ナリ(明治三十四年(オ)第三六五
號明治三十五年四月二日言渡明治三十九年(オ)第四五六號同年十二月二十七日言渡明
治四十二年(オ)第三七號同年三月十六日言渡明治四十四年(オ)第三八二號同四十五年五
月二日言渡判例参照)抑モ上告人等ハ被上告人松谷合資會社ノ被上告人武田忠臣ニ對
スル債權ニ基キ強制執行ニ着手セラレタル本訴土地ノ中千五百九十六番千六百一十番
千六百二番千六百三番及ヒ千六百四番ハ上告人等ノ共有ニ屬シ千五百九十七番千五
百九十八番千五百九十九番及ヒ千六百番ハ上告人伊藤桂藏ノ單獨所有ニ屬スル旨ナ
主張シ原告トシテ本訴ヲ提起シタルモノナル處其訴訟ノ尙ホ第一審ニ繫屬セルニ際
シ原告ノ一人ニシテ訴訟代理人ニ依リ訴訟ヲ爲セシ渡邊次郎吉カ死亡シタルモ其訴
訟代理人ニ於テ委任消滅ノ通知ヲ爲サザリシ爲メ手續ヲ續行シ遂ニ明治四十二年二
月二十七日判決ノ送達ヲ受ケ茲ニ訴訟手續ノ中斷セラレタルコト及ヒ原告等ノ共有

(104)

土地ニ關スル請求ニ付テハ權利關係カ合一ニノミ確定スヘキモノナルヲ以テ其中斷
ハ原告等全員ノ爲メニ效ヲ生シタルコト實ニ原院判示ノ如シ然リ而シテ被上告人等
カ前ニ原院ニ控訴(東京控訴院明治四十二年(オ)第一七一號同一七二號事件)ヲ提起シタ
ルニ際シ上告人渡邊次郎吉カ明治四十二年五月十一日先代次郎吉ノ死亡ニ因リ中斷
セラレタル訴訟手續ヲ受繼ノ旨ノ書面ヲ原院ニ差出シ該書面カ同月十四日當時控訴
人タリシ被上告人松谷合資會社ノ訴訟代理人ニ又同月十五日同被上告人武田忠臣ニ
各送達セラレタルコトハ原院モ認ムル所ナルノミナラス記録ニ徵シ明白ニシテ上告
人次郎吉ノ爲シタル右ノ受繼手續カ適法ナルコト前段説明ノ如クナレハ控訴期間ハ
此時ヨリ進行ヲ始メタルモノナルコト多言ヲ要セス故ニ明治四十五年二月ニ至リテ
更ニ提起セラレタル被上告人ノ控訴(原院明治四十五年(オ)第四三九、四六二、號事件)ハ控
訴期間經過後ノ提起ニ係ルモノナルヲ以テ民事訴訟法第四一九條ノ規定ニ從ヒ不適
法トシテ之ヲ棄却スルヲ至當トス然ルニ原院カ判決ノ送達後訴訟手續ノ中斷セラレ
タルトキ勝訴者カ受繼ヲ爲スニハ判決ヲ爲シタル裁判所ニ其書面ヲ差出スヘキモノ
ナリトシ之ヲ理由トシテ上告人次郎吉ノ爲シタル前掲受繼手續ヲ無効トシ從テ被上
告人等ノ更ニ提起シタル前示控訴ヲ適法ナリトシテ本案ノ裁判ヲ爲シタルハ違法ニ
シテ破毀ヲ免カレサルモノトス尤モ被上告人松谷合資會社ハ前ノ控訴ハ中斷中ノ提
起ニ係リ無効ナルモノニシテ當時ノ訴訟代理人ハ此無効ナル控訴事件ニ付テノミ代
理權ヲ有セシニ過キサレハ次郎吉ノ受繼ニ關スル書面ノ送達ヲ受クル權限ヲ有セス
故ニ其權限ヲ有セサル訴訟代理人ニ爲サレタル送達モ亦無効ニシテ受繼ノ效ヲ生セ
サル旨論スレトモ前ノ控訴モ後ノ控訴ト同シク東京地方裁判所明治三十九年(ワ)第七

四五號事件ノ控訴ニシテ被告上告人ハ同事件ニ付控訴審ニ於ケル訴訟行爲ヲ代理人ニ委任シタルモノナレハ其代理人ハ同事件ノ訴訟手續受繼ニ關スル書面ノ送達ヲ受クヘキ權限アルコト勿論ニシテ被告上告人所論ハ探ルニ足ラス又被告上告人武田忠臣ハ明治四十二年五月十一日ニ爲サレタル渡邊次郎吉ノ受繼申立ハ被告上告人等ノ爲シタル控訴ニ對シテ應訴スル爲メ控訴審ニ之ヲ爲シタルモノナレハ被告上告人等ノ控訴力不適法ニシテ無効ナル以上受繼ノ申立モ亦不適法ニシテ無効ナルコト勿論ナル旨論スレトモ受繼ノ申立ハ中斷セラレタル訴訟手續ヲ受繼ク爲メナレハ一個ノ訴訟手續ノ中斷ニ付二個ノ受繼手續アルヘキ理由ナキノミナラス次郎吉ノ爲シタル受繼申立ハ其先代次郎吉ノ死亡ニ因リ第一審判決ノ送達ト同時ニ中斷セラレタル事件ノ訴訟手續ヲ受繼ク爲メノモノナルコト書面上明白ナレハ此被告上告人所論モ亦探ルニ足ラス

(二) 海面ハ行政上ノ處分ニ因リ一定ノ區域ヲ限リ私人ニ之レカ使用又ハ埋立開墾等ノ權利ヲ得セシムルコトアルハ勿論ナリト雖モ海面ノ儘之ヲ私人ノ所有ト爲スコトヲ得サルハ古今ニ通スル當然ノ條理ナリ然リ而シテ被告上告人ハ折橋政嘉外一名カ明治五年中拂下ヲ受ケタル荏原郡羽田村鈴木新田糎谷村地先ニ於ケル百五十町歩ハ寄洲及ヒ海面ナリシコト並ニ其寄洲及ヒ海面ノ拂下ハ埋立開墾ノ爲メナルヲ以テ開墾成功ノ上ニ非サレハ所有權ノ移轉アルヘキニ非サルコトヲ主張シ被告上告人モ政嘉外一名ノ拂下ヲ受ケタル百五十町歩カ寄洲及ヒ海面ナリシコトヲ主張セシコト原判決ノ事實摘示ニ依リ明カナリ故ニ原院ハ該百五十町歩カ寄洲及ヒ海面ナルコトヲ認メナカラ政嘉外一名ニ於テ拂下ニ因リ直ニ所有權ヲ取得シタリト爲シタルモノト謂フヘシ果シテ然ラハ海面ヲ以テ私人ノ所有ト爲スコトヲ得ルモノト判定シタルニ外ナラ

11097

11098

スシテ所有權ニ關スル法則ヲ不當ニ適用シタル不法ノ裁判ナリト謂ハサルヲ得ス尤モ原判決理由ニハ折橋政嘉外一名カ明治五年中ニ拂下ヲ受ケタル百五十町歩ハ荏原郡羽田村鈴木新田糎谷村地先海岸寄洲ナル旨判示アリテ恰カモ該百五十町歩カ悉皆寄洲ナルコトヲ認メタルモノノ如シ若シ原院ノ判旨竝ニ在ランカ當事者ノ主張ニ反シテ事實ヲ確定シタル不法アルモノト爲ササルヲ得サレハ此點ニ於テモ亦原判決ハ破毀ヲ免カレス(大審院大正三年(オ)第七四二號同四年十二月二十八日民二部馬場裁判長田上大倉尾古入江各判事判決)

【關係事項】

一部破毀自判差戻○原審東京控訴院強制執行異議事件○上告人永田仙太郎外十八名訴訟代理人辯護士原嘉道同有馬忠三郎被告上告人松谷合資會社外一名訴訟代理人辯護士末繁彌次郎同鹽谷恒太郎

【一段參照學說】

一 訴訟手續ノ中斷ヲ來シ又ハ其中斷ノ終了ヲ來スヘキ通知並ニ中斷シタル訴訟手續ノ受繼ハ之ヲ要スル書面ヲ受訴裁判所ニ差出シ受訴裁判所ヨリ之ヲ相手方ニ送達スルニ依リテ其效力ヲ生スルモノナリ(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論四四二頁)

二 口頭辯論終結後ニ當事者カ死亡シタルトキハ判決ハ何人ニ送達スヘキヤノ問題ヲ生ス此場合ニハ判決ヲ爲シタル裁判所ニ第一七八條ノ手續ヲ爲シ受繼ノ手續ヲ爲スヘキモノトス判決送達後確定前ニ當事者カ死亡シタルトキ亦同シ法律上代理人訴訟代理人ニ依リ訴訟ヲ爲ス場合ニ於ケル中斷受繼等モ亦判決ヲ爲シタル裁判所ノ關係ニ於テ爲スヘキモノトス第一審受繼等モ亦判決ヲ爲シタル裁判所トノ關係ニ於テ爲スヘキモノトス第二審ノ判決送達後ニ於ケル中斷受繼ノ手續ハ上訴ノ提起ト同時ニ上級裁判所ニ於テ爲スヘキモノナリト說アリト雖モ中斷中ノ上訴ハ無効ナルヲ以テ上訴ノ提起ニ因リ訴訟カ上級裁判所ニ移轉屬スル理由ナク又勝訴者ハ上訴ヲ提起スル要ナキノミナラス且訴訟ハ權利拘束ノ終ニ至ル迄ハ判決ヲ爲シタル裁判所ニ屬スルモノナレハ右說ニ賛成スル能ハス(法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論六三〇頁)

三 余ハ第一審判決送達後(第二審判決ニ付テモ同様ニ論定スヘキヤ勿論ナリ)中斷ノ原因生シタルトキハ控訴ノ提起(或ハ第二審判決送達後ナラハ上告ノ提起)ト共ニ訴訟手續受繼ノ申立ヲ上級裁判所ニ爲スハ違法ニアラスト斷定スルモノニシテ常ニ原審裁判所ニ爲スヘキモノナリトスル說ニ在租スル能ハス：第一審若クハ第二審ノ判決送達後ハ其判決ヲ下シタル裁判所ニ

仁井田博士

岩田學士

板倉博士

於テ訴訟手續受繼ノ申立ヲ爲ス能ハサルヤ否ノ點ナリ：…訴訟カ未ダ第二審或ハ第三審ノ裁判所ニ繫屬スルモノト云ハサルヘカラス何トナレハ權利拘束ハ判決ノ言渡若クハ送達ニ依リ消滅スルコトナキヲ以テナリ然ラハ本問ノ場合ニ於テ中斷ノ原因生スルモ訴訟ハ依然第一審裁判所ニ繫屬スルヲ以テ判決言渡後ニ於テモ又送達後ニ於テモ其裁判所ニ訴訟手續受繼ノ申立ヲ爲スコトヲ得ルモノト云ハサルヘカラス(法學博士板倉松太郎氏法學志林第一三卷第五號二四頁以下要領)

【一】第一段同趣旨判例

一 民事訴訟法第一八七條ニ所謂受訴裁判所トハ訴訟ノ現ニ繫屬シ又ハ將ニ繫屬セントスル裁判所ヲ指示スルモノニシテ一旦繫屬シタルモ既ニ其關係ヲ離レタル裁判所ノ如キハ之ヲ包含セス(大審院四十五年五月二日民二判決)
二 元來訴訟手續受繼ノ申立ナルモノハ訴訟繫屬中ノ場合ニ於テハ其現ニ繫屬スル裁判所ニ之ヲ爲スヘキハ固ヨリ疑ナキモ判決送達後ニ訴訟手續中斷シタル場合ニ於テハ現ニ繫屬スル裁判所ト認ムヘキモノナキヲ以テ上訴ヲ受クヘキ裁判所ニ受繼ノ申立ヲ爲スヘキモノト謂ハサルヘカラス何トナレハ民事訴訟法ニ所謂受訴裁判所トハ訴訟ノ現ニ繫屬スル裁判所又ハ將來繫屬スヘキ裁判所ト解スルヲ相當トス(東京控訴大正元年十二月十日民一判決本書第二卷民訴四二頁)

【一】第一段反對判例

一 勝訴者ハ上訴ヲ爲スノ利益ナク單ニ上訴期間ノ進行ヲ促スニ付キ利益ヲ有スルモノナレハ勝訴者カ判決ノ送達ト同時ニ中斷ト爲リタル訴訟手續ノ受繼ヲ爲サントスルニハ判決ヲ爲シタル原裁判所ニ其申立書ヲ提出スヘキモノトス(東京控訴大正三年六月二十五日民二判決本書第三卷民訴一四一頁)
二 第一審判決送達後未ダ控訴ノ提起アラサル間ニ訴訟手續中斷シタル場合ニ於テ訴訟手續受繼ノ申立ハ訴訟ノ繫屬スル第一審裁判所ニ之ヲ爲スヘキモノトス(同上大正元年八月三十一日民二判決本書第二卷民訴四二頁)

【二】第二段同趣旨判例

訴訟代理人ヲ以テ第一審ノ訴訟ヲ爲シタル場合ニ於テ當事者本人カ其訴訟中死亡シタルニ拘ハラヌ訴訟代理人カ委任消滅ノ通知ヲ爲スコトナクシテ第一審判決ノ送達ヲ受ケタルトキハ訴訟代理人ノ代理權ハ之ニ依リテ消滅スルト同時ニ訴訟手續ノ中斷ヲ生スルモノトス(大審院大正三年六月六日民一判決本書第三卷民訴一一三頁)

【二】第三段同趣旨學說判例

一 共同訴訟人一人ノ中斷ハ各共同訴訟人ニ對シ中斷ト爲ル各種ノ始期ハ各共同訴訟人ニ付各別ニ定ムヘキモ終期ハ各共同訴訟人ニ對スル終期ニ至ル迄存続スルモノトス(法學士岩田一郎氏民事訴訟原論第十版四三九頁)
二 共同訴訟人ニ對シ訴訟ニ係ル權利關係力合一ニノミ確定ス可キ場合ニ於テ共同訴訟人ノ一人ニ對スル訴訟手續中斷ノ原因ハ他ノ共同訴訟人ニ對シテモ其效力ヲ及ボスモノトス(東京控訴大正三年六月二十五日民二判決本書第三卷民訴一四〇頁)

判旨(一)第一段終局判決送達後ニ於ケル訴訟手續ノ中斷ハ何レノ裁判所ニ對シ受繼手續ヲ爲スヘキヤ議論存ス吾人ハ大審院カ如何ナル場合ニ於テモ上訴審ニ爲スヘキモノトスル見解ニ反對ス大審院ハ民事訴訟法第一八七條ニ所謂受訴裁判所トハ訴訟ノ現ニ繫屬シ若クハ將ニ繫屬セントスル裁判所ノ義ナリト解スルニモ拘ハラヌ上訴審ニ限定スルハ終局判決ノ送達ニ依リ訴訟ハ其審級ヲ離脱スルモノト解スルモノノ如シ之レ大ナル誤解ナリ何トナレハ訴訟物ノ權利拘束ハ終局判決ノ確定ニ依リ終了スルモノナレハ判決送達後ト雖モ確定スルマテハ訴訟ハ何レカノ裁判所ニ繫屬セサルヘカラス若シ然ラストスレハ權利拘束ハ訴訟繫屬ノ效果ナルニモ拘ハラヌ其原因タル訴訟ノ繫屬ナキニ效果タル權利拘束存在スルカ如キ不條理ナル結果ヲ生スレハナリ而カモ上訴審ニ訴訟カ繫屬スルハ上

訴提起ニ依ル移審ノ效力ナリ故ニ吾人ハ終局判決送達後ト雖モ終局判決ノ確定
スルマテ又ハ上訴ノ提起アルマテハ訴訟ハ其審級ニ繫屬スヘキモノト信スルカ
故ニ其審級ニ於テモ受継手續ヲ爲スコトヲ得ヘキモノト解ス判旨(一)第二、三、四段
及ヒ判旨(二)ハ至當ナリ

二二八

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

同一證人ノ證言中信用スルニ足ルモノト然ラサルモノトアル場合ニ於テ信用ス
ヘキ部分ノミヲ採用シ他ヲ排斥スルハ裁判所ノ職權ニ屬スルモノトス

【上告論旨】 原判決理由ニ於テ之ニ反シテ原審證人池谷駒平ハ甲第一號證ノ日時ノ時
被控訴人ハ單身控訴會社ヘ來リ金借方申込ミタルヲ以テ自分ハ甲第一號證ヲ受取リ
殘金ハ被控訴人ノ身元ヲ取調ヘタル上貸與スルコトトシ金參拾圓ヲ被控訴人ニ手渡
シタル旨證言スルヲ以テ右證言ト成立ニ爭ナキ甲第一號證トチ對照考覈スル時ハ控
訴人主張ノ如ク當事者間ニ本訴貸借ノ成立シタルコト明白ナリトス」ト判示シ以テ右
池谷駒平ノ證言ヲ採用セラレタルニ拘ハラス其次ニ至リ然ルニ本訴ニ於テ右五年ノ
消滅時効期間内ニ於テ時効ヲ中斷シタリトノ原審證人池谷駒平ノ證言ハ信用シ難キ
ノミナラス云云ト判示セラレタルハ同時ニ牽連セル同一證人ノ證言ヲ或ハ信シ或ハ
信セサルモノニシテ是即チ吾人平常ノ一般觀察ニ反スル判斷ニシテ結局探證ノ法則
ニ違背アルモノト信ス

【判決理由】 同一證人ノ證言中信用スルニ足ルモノト然ラサルモノトアル場合ニ於テ
裁判所カ信用スヘキ部分ノミヲ採用シ他ヲ排斥スルハ其職權ニ屬スル所ナレハ原審
カ證人池谷駒平ノ證言中一部ヲ採用シ他ノ一部ヲ排斥シタレハトテ之ヲ不法ト謂フ
可カラズ(大審院大正四年(オ)第一〇〇〇號同五年二月十四日民二部馬場裁判長田上入
江岩田嘉山各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審静岡地方裁判所○貸金請求事件○上告人大城龍訴訟代理人辯護士岡崎一治被告上告人旭榮株式會社

二二九

- 二二七 左ニ掲クル者ハ證言ヲ拒ムコトヲ得
- 第一 原告若クハ被告又ハ其配偶者ト親族ナルトキ但姻族ニ付テハ婚姻ノ解除シタルトキト雖モ亦同シ
- 二二九 證人ハ第二九七條第一號及ヒ第二九八條第四號ノ場合ニ於テ左ノ事項ニ付キ證言ヲ拒ムコトヲ得ス
- 第二 家族ノ關係ニ因リ生スル財產事件ニ關スル事實
- 三〇三 原告若クハ被告ハ相手方ト相手方ノ證人トノ間ニ第二九七條第一號乃至第三號ノ關係アルトキハ其證人ヲ
忌避スルコトヲ得

家督相續回復ノ效果ハ當然相續財產ノ回復ニ及フモノナレハ家督相續回復事件
ハ民事訴訟法第二九九條第一項第二號ニ該當スルモノトス(同法條ニハ單ニ家族ノ
事件ニ關スル事實ニ付證言ヲ拒ムコトヲ得サラシムル趣旨ニシテ證人ノ家族ノ家族關係
ニ因リ生スル財產事件ニ關スル事實ノ趣旨ニ非ラス)

民事訴訟法第二九九條第一項第二號ニハ單ニ家族ノ關係ニ因リ生スル財產事件ニ關
スル事實トアルヲ以テ保爭財產事件カ家族關係ニ因リ生セシモノナル場合ハ其事件

ニ關スル事實ニ付證言ヲ拒ムコトヲ得サラシムル趣旨ニシテ證人ノ家族ノ財產事件
 詳言スレハ證人ノ家族ノ家族關係ニ因リ生スル財產事件ニ關スル事實ノミニ付證言
 ナ拒ムコトヲ得サラシムル趣旨ニ非サルコト法文上疑ヲ容レヌ又家督相續回復ノ效
 果ハ當然相續財產ノ回復ニ及フモノナレハ家督相續回復事件ハ前掲法條ニ所謂家族
 ノ關係ニ因リ生スル財產事件ニ該當スルコト本院ノ判例(明治四十四年(ク)第一六三號
 同年十二月十九日決定)トスル所ナリ而シテ本案訴訟ハ抗告人モ謂ヘル如ク抗告人カ
 親族會ノ選定ニ因リ亡齋藤ふくノ家督相續人ト爲リタルニ其以前相手方即チ控訴人
 カ親族會ノ決議ニ因リふくノ家督相續人ニ選定セラレタリト稱シ之レカ届出ヲ爲シ
 抗告人ノ相續權ヲ侵害シタルコトナリ理由トシ家督相續ヲ回復セントスル案件ニシテ
 當事者双方共ニ同一齋藤家ノ家督相續人ナルコトヲ事由トセルモノニ外ナラサレハ
 控訴人カ果シテ親族會ノ決議ニ因リ亡ふくノ家督相續人ニ選定セラレタリヤ否ヤノ
 事實ハ民事訴訟法第二九九條第一項第二號ニ該當スルモノナルヲ以テ其實事ヲ證明
 スル爲メノ證人ナル吉田福治齋藤坂ハ控訴人ト親族ノ關係アルニ拘ハラヌ證言ヲ拒
 ムヲ得ス抗告人モ亦此等證人ヲ忌避スルヲ得サルコト更ニ多言ヲ要セス故ニ原院カ
 抗告人ノ忌避申請ヲ容レサリシハ正當ナリ(大審院大正四年(ク)第五九八號同五年二月
 十日民二部馬場裁判長田上楠原入江鈴木各判事決定)

【關係事項】

抗告棄却○原審東京控訴院○證人忌避申請却下ノ決定ニ對スル抗告事件○抗告人齋藤きよ代理人辯護士渡邊武左衛門同水谷
 秀一

【參照學說判例】

(115)

一 家族ノ關係ニ因リ生スル財產事件ニ關スル事實當事者ノ家族上ノ關係ヨリ生シタル財產ニ關スル事實ヲ云フ(法學士岩
 田一郎氏民事訴訟法原論第十版五六頁)
 二 家督相續回復ノ效果ハ當然相續財產ノ回復ニ及フモノナレハ訴訟ノ目的タル家督相續ノ回復ハ民事訴訟法第二九九條第一
 項第二號ニ所謂家族ノ關係ニ因リ生スル財產事件ニ該當スルコト復タ論ヲ俟タヌ(大審院四十四年十二月十九日民一判決)

至當ナル判決ナリ

(110)

- 一四二 訴訟代理人アルトキハ送達ハ其代理人委任ノ旨趣ニ依リ原告若クハ被告ノ代理ヲ爲ス權ヲ有スルトキニ限
 リ其代理人ニ之ヲ爲ス
 然レトモ原告若クハ被告ノ本人ニ爲シタル送達ハ其訴訟代理人アルトキト雖モ效力ヲ有ス
- 一四五 第一項 送達ヲ受ク可キ人ニ住居ニ於テ出會ハサルトキハ其住居ニ於テスル送達ハ成長シタル同居ノ親族又
 ハ雇人ニ之ヲ爲スコトヲ得
- 一四六 住居ノ外ニ事務所ヲ有スル人ニ對スル送達ハ事務所ニ於テ之ニ出會ハサルトキハ其事務所ニ在ル營業使用
 人ニ之ヲ爲スコトヲ得此規定ハ辯護士ニモ亦之ヲ適用ス但此場合ニ於ケル送達ハ筆生ニモ亦之ヲ爲スコトヲ得
- 一七四 天災其他避ク可カラサル事變ノ爲ニ不變期間ヲ遵守スルコトヲ得サル原告若クハ被告ハ申立ニ因リ原狀回
 復ヲ許ス
 原告若クハ被告カ故障期間ヲ懈怠シタルトキハ其過失ニ非スシテ關席判決ノ送達ヲ爲ササリシ場合ニ於テモ亦之ニ
 原狀回復ヲ許ス

訴訟代理人ハ當事者ニ代リ辯護士ノ事務員ハ辯護士ニ代リ送達ヲ受クルノ權限
 ヲ有スルカ故ニ訴訟代理人タル辯護士ノ事務員ノ不注意ハ當事者ノ責ニ歸スヘ
 キモノニシテ自己ノ責ニ歸スヘキ送達ノ不知ハ之ヲ民事訴訟法一七四條ニ所謂
 避ク可ラサル事變ナリト謂フ可ラス

民事訴訟法第一七四條ニ依レハ故障期間以外ノ不變期間ノ懈怠ニ對スル原狀回復ハ
 當事者カ天災其他避ク可カラサル事變ノ爲ニ不變期間ヲ遵守スルコトヲ妨ケラレタ

ル場合ニ許ス可キモノナリ上告人カ東京控訴院ノ判決ニ對スル上告期間ヲ懈怠セシ
ハ其原因上告人主張ノ如クナリトスルモ控訴審ニ於テ上告人ノ訴訟代理人タリシ辯
護士ノ事務員カ控訴判決ノ送達ヲ受ケナカラ其判決ノ送達ナルコトニ氣付カサリシ
ハ其不注意ノ致ス所ナレハ其結果上告人カ其送達アリタルヲ知ラス爲メニ法定期間
内ニ上告ヲ提起スルヲ得サリシハ避ク可ラサル事變ノ爲ニ上告期間ヲ遵守スルコト
ヲ得サリシモノト謂フ可ラス何トナレハ訴訟代理人ハ當事者ニ代リ辯護士ノ事務員
ハ辯護士ニ代リ送達ヲ受クルノ權限ヲ有スルカ故ニ訴訟代理人タル辯護士ノ事務員
ノ不注意ハ當事者ノ責ニ歸スヘキモノニシテ自己ノ責ニ歸スヘキ送達ノ不知ハ之ヲ
避ク可ラサル事變ナリト謂フ可ラサレハナリ然レハ本件原狀回復ノ申立ハ法定ノ原
因ニ基カサルモノナルヲ以テ理由ナキモノトシテ之ヲ却下スヘク其申立ニシテ理由
ナキ以上ハ追完シタル上告ノ許ス可ラサルコトモ論テ俟タス(大審院大正四年(オ)第八
六七號同五年一月二十五日民一部田部裁判長榊原鈴木岩田尾古各判事判決)

【關係事項】

原狀回復申立却下並上告棄却○原審東京控訴院○土地所有權確證請求并原狀回復申立事件○上告人大石村訴訟代理人辯護士
木實同安藤憲七被告人山梨縣

【參照學說】

- 一 天災トハ災害ヲ生スヘキ宇宙ノ出來事ヲ指スモノニ外ナラス而シテ之ト同一視スヘキ避クヘカラサル事變ハ全ク避クルコト能ハサル事情又ハ吾人ニ望ムヘカラサル非常ノ注意ヲ用ユルニ非サレハ避クルコト能ハサル事情ヲ指スモノナリ(法學博士 仁井田益太郎氏民事訴訟法要論上卷四〇四頁)
- 二 天災其他避クヘカラサル事變ノ爲メ不變期間ヲ遵守スルコト能ハサルトキ例ハ地震水災火災等ノ爲メ裁判所ト當事者トノ間ニ交通ノ絶ヘタル場合又ハ戰爭暴動若クハ惡疫流行ノ爲メ交通ヲ禁セラレタル場合ノ如キ之ニ屬ス要スルニ不可抗力ニ

仁井田博士
今村信行氏

至當ナル判決ナリ

因リテ期間内ニ訴訟行爲ヲ爲スコト能ハサリシ場合ニ於テハ原狀回復ヲ許スニアリ(今村信行氏東京法學院大學講義録民事訴訟法第一編三三三頁)

三一

本圖 訴訟委任ハ裁判所ノ記録ニ備フ可キ書面委任ヲ以テ之ヲ證ス可シ
私署證書ハ相手方ノ求ニ因リ之ヲ認證ス可シ其認證ハ公證人之ヲ爲シ又相當官吏之ヲ爲スコトヲ得(後略)

七〇 委任ノ欠缺ハ原告若クハ被告ノ爲メ其代理人ナキモノト看做ス
裁判所ハ職權ヲ以テ委任ノ欠缺ヲ調査シ又ハ適式ノ委任ナク代理人トシテ出頭スル者ノ事情ニ從ヒ費用及ヒ損害ノ保證ヲ立テシメ又ハ之ヲ立テシメシテ假ニ訴訟ヲ爲スコトヲ得
判決ハ欠缺ヲ補正シ又ハ補正スル爲メ裁判所ノ適宜ニ定ムル期間ノ滿了後ニ限り之ヲ爲スコトヲ得但欠缺ノ補正ハ判決ニ接續スル口頭辯論ノ終結マテ之ヲ追完スルコトヲ得

訴訟代理人カ私署證書ニ依リ訴訟委任ヲ受ケタル場合ニ於テ相手方ノ請求アル
ニ拘ハラス(假令當事者カ死亡シタ)委任狀ノ認證ヲ爲スコト能ハサル以上ハ適法
ノ委任アルモノト認ムルヲ得サルヲ以テ其訴訟代理人ノ爲シタル訴訟行爲ヲ有
效ト爲スコトヲ得サルモノトス
第一審ニ於テ適法ノ委任ナキ訴訟代理人ノ爲シタル訴訟行爲ト雖モ第二審ニ於
テ當事者カ之ヲ追認シタルトキハ其訴訟行爲ハ初メヨリ有效ナリシモノト爲ル
モノトス

【上告理由】 原審判決理由中ニ被告上告人前代ノ訴訟委任狀ヲ被告上告人カ否認シタルニ
付キ其委任狀ノ認證ハ被告上告人先代死亡ノ爲メ認證不能トナリタル旨ヲ以テ被告上告
人先代ノ訴訟代理人ノ訴訟委任ヲ全然無効ニ歸スル旨ヲ判示シアレトモ其委任狀カ

大審院判
決

偽造若クハ變造ニアラサル限りハ第一審ニ於テ正當ノ訴訟代理權限アルモノトシテ
其代理人カ行爲ヲ有效ト認メサルヘカラス若シ訴訟代理權限ナキモノカ訴訟行爲ヲ
爲シタリトセハ第一審ニ於ケル記録全部ハ無効ニ歸シタルモノニシテ原審判決モ當
然效力ヲ生スヘキモノニ非ス然ルニ原審カ被告上告人先代ノ相續人カ追認ニヨリ無効
ノ訴訟行爲カ有效ト判示シタルハ民事訴訟法ニ於ケル訴訟委任法文ノ解釋ヲ誤リタ
ル不當ノモノニシテ破毀ヲ免カレズ

【判決理由】 訴訟代理人カ私署證書ニ依リ訴訟委任ヲ受ケタル場合ニ於テ相手方ノ請
求アルニ拘ハラズ假令當事者カ死亡シタル爲メナリトスルモ委任狀ノ認證ヲ爲スコ
ト能ハサル以上ハ裁判所ヘ適法ノ委任アルモノト認ムルコトヲ得サルヲ以テ其訴訟
代理人ノ爲シタル訴訟行爲ヲ有效ト爲スコトヲ得ルモノニアラス又第一審ニ於テ適
法ノ委任ナキ訴訟代理人ノ爲シタル訴訟行爲ト雖モ第二審ニ於テ當事者ハ之ヲ追認
スルコトヲ得ヘク而シテ既ニ追認アリタルトキハ其訴訟行爲ハ初メヨリ有效ナリシ
モノト爲ルモノトス故ニ論旨ハ理由ナシ(大審院大正四年(オ)第八八六號同五年一月二
十日民二部馬場裁判長入江鈴木岩田嘉山各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審長野地方裁判所○貸金請求事件○上告人百瀬宅次郎訴訟代理人辯護士木原金助被告上告人伴野たか

【前段參照學說】

- 一 訴訟委任ノ認證ニキ書面カ私署證書ナルトキハ相手方ハ訴訟カ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハス公證人又ハ相當官吏ナシテ之
ヲ認證セシムルコトヲ要求スルヲ得ヘシ(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論上卷一七三頁)
- 二 訴訟委任ハ裁判所ノ記録ニ備フヘキ書面委任ヲ以テ之ヲ認證スヘキモノニシテ私署證書ヲ以テ訴訟代理人ヲ委任シタルトキ

岩田學士

今村信行

仁井田博

岩田學士

今村信行

大審院

ハ相手方ハ認證ヲ求ムルコトヲ得認證ハ公證人ノ司ル所ナリ但他ノ官吏例ヘハ裁判所書記ニ於テモ之ヲ爲スコトヲ得(法學博
士板倉松太郎氏民事訴訟法要一六五頁)
三 訴訟委任ヲ私署證書ヲ以テ證明スル場合ニハ相手方ノ請求ニ因リ之ヲ認證セシメサルヘカラス其認證ヲ爲スハ公證人若ク
ハ相當官吏之ヲ爲スヘキモノナリ私署證書ノ認證ハ必ス相手方ノ請求ニ因ルコトヲ要シ裁判所ハ之ヲ爲サシムルコトヲ得ス
(第六四條二項)裁判所カ私署證書ニ付キ疑アルトキハ宜シク適當ノ方法ヲ以テ代理權ヲ證明セシムヘキモノトス(法學士岩田
一郎氏民事訴訟法原論增補改訂第一〇版一八四頁)
四 私署證書ヲ以テ訴訟代理ヲ證明シタルトキハ相手方ハ其私署證書ノ署名捺印カ果シテ本人ノ署名捺印ナルヲ確ムル爲メ
認證ヲ求ムルコトヲ得此認證ヲ求ムルニハ其理由ヲ要セス又訴訟ノ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハス相手方ニ於テ疑ヲ容レルトキ
ハ常ニ之ヲ求ムルコトヲ得ヘシ然レトモ裁判所ハ職權ヲ以テ認證ヲ命スヘキモノニアラス此申立アルトキハ其私署證書ヲ提出
シタル者ハ認證ヲ受ケサルヘカラス而シテ其認證ハ公證人又ハ相當官吏カ之ヲ爲スヘキモノトス茲ニ所謂相當官吏カ之ヲ爲ス
トハ裁判所ニ於テ對照スヘキ書類アレハ裁判所書記カ認證ヲ爲シ又市町村役場ニ備付アル印鑑其他書類等ニ對照スヘキモノ
ナルトキハ其市町村長ニ於テ認證スヘキコトヲ意味スルモノトス其認證ヲ爲ス手續ニ付テハ本法中何等ノ規定ヲ設ケサルヲ以
テ其認證ヲ爲スヘキ官吏ノ職務ニ關スル規定ニ從フヘキモノナリ如上ノ認證ヲ求メタルニ拘ハラズ其認證ヲ得サルトキハ適法
ナル代理ノ欠缺アルモノト看做サルルニ至ル(今村信行氏東京法學院民事訴訟法講義錄二二二頁)

【後段參照學說】

- 一 裁判所カ斯ル處置ヲ爲スニ當リテハ欠缺補正ノ爲メ相當ノ期間ヲ定メ且ツ期間カ滿了シ又ハ欠缺カ補正セララルマテ判決
ヲ爲スヘ可ラサルモノトス欠缺ノ補正ハ期間ノ滿了後ト雖モ判決ニ接スル口頭辯論ノ終結マテ之ヲ追完スルコトヲ得ヘシ是
レ蓋シ欠缺補正ノ期間ハ欠缺ノ補正ヲ爲スカ爲メニ訴訟ノ遲滯ヲ來スニ至ラムコトヲ防カシカ爲メ之ヲ設ケルモノナルヲ以テ
ナリ欠缺ノ補正ハ訴訟能力又ハ法律上代理權若クハ特別授權ノ證明アリタル場合又ハ當事者カ訴訟能力ヲ得又法律上代理人カ
代理權若クハ特別授權ヲ得タル後ニ至リテ前ノ訴訟行爲ヲ追認シ若クハ眞正ノ法律上代理人カ其追認ヲ爲ス場合ニ於テ生スル
モノトス(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論第三版一六八頁)
- 二 欠缺ノ補正アリタルトキハ其訴訟行爲カ既往ニ認リテ全然有效ト爲ル若シ欠缺補正ヲ爲ササルトキハ訴訟行爲ハ全然無効
ト爲ル(法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論第六版一六五頁)
- 三 期間内ニ補正シタルトキハ初メヨリ訴訟能力又ハ法定代理等ノ欠缺ナカリシモノト看做サル(今村信行氏民事訴訟
法第一編中央大學講義一六二頁)

【後段參照判例】

- 一 法律上代理人タル資格 欠缺アル者カ提起シタル訴訟ト雖モ絕對ニ無効ノモノニ非スシテ其資格ノ欠缺ハ追完ニ依リテ之

ヲ補正シ有數ノ訴訟ヲラシムルコトヲ得ルハ民事訴訟法第四五條ノ認ムル所ナリトス(大審院大正三年七月二十日民二判決本
書第三卷民訴一三三頁)

二 遺法ノ後見人ニ非サル者カ未成年者ノ代理人トシテ第一審ノ訴訟行爲ヲ擔任シタル場合ト雖モ第二審ニ至リ遺法ノ後見人
其訴訟手續ヲ受繼シタルトキハ前審ノ訴訟行爲ヲ追認セルモノニ外ナラサレハ之ヲ以テ上告ノ理由ト爲スヲ得ス(大審院民事
判決錄明治四十三年八一七頁)

三 法定代理タル資格ナキ者カ爲シタル訴訟行爲ト雖モ本人又ハ正當ノ法定代理人之ヲ追認シタルトキハ代理ノ欠缺ハ補正セ
ラレ其訴訟行爲ハ適法ト爲ルモノトス(同上五九八頁)

四 第二審ニ於テ第一審ニ於ケル訴訟代理人ニ委任ノ欠缺アルコトヲ發見シ之ヲ追認セシメタルトキハ其追完ハ有效ナリトス
(同上三十七年一六九二頁)

五 民事訴訟法第七〇條末項ハ委任欠缺ノ補正ニ關スル規定ニシテ訴訟行爲ノ追認ニ關スル規定ニ非サレハ同規定ニ依リ訴訟
行爲追認ノ時期ヲ論斷スルコトヲ得ス(同上三十六年一六八頁)

六 訴訟代理ノ委任ニ欠缺アルモ後日本入力之ヲ追認スレハ訴訟代理人ノ爲シタル訴訟行爲ハ有效ナリ(同上三十三年第一
卷一六頁)

七 訴訟ヲ爲スニ必要ナル授權ノ欠缺カ原審ニ於テ問題ト爲リタルニモ拘ハラヌ當時者カ其欠缺ヲ補正セシメテ其點ニ付キ判
決ヲ受ケタル場合ニハ上告審ニハ上告審ニ至リ之カ追完ヲ爲ストモ其追完ハ既往ニ遡リテ效力ヲ有スルモノニ非ス(同上同年
第五卷八四頁)

八 我民事訴訟法ハ訴訟無能力者或ハ資格又ハ授權ナキ法律上代理人ノ訴訟行爲ハ能力者トナリタル當事者又ハ權限アル法律
上代理人ニ於テ又委任ニ欠缺アル代理人ノ訴訟行爲ハ委任者ニ於テ各之ヲ追認スルニ因リ有效ノ訴訟行爲トナルコトヲ認メタ
ルモノトス而シテ訴訟法中別ニ右追認ノ時期ニ制限ヲ設ケタル規定ヲ見サルカ故ニ追認ニヨル利益アル以上ハ事件ノ如何ナル
程度ニ於テモ之ヲ爲シ得ルモノトス(長崎控訴大正三年七月七日決定本書第三卷民訴一三〇頁)

九 法定代理人ニアラサル者カ法定代理人トシテ爲シタル訴訟ト雖モ控訴審ニ至リタルトキ本人カ成年者トナリ之ヲ追認シタ
ルトキハ初メヨリ適法ナル行爲トナルモノトス(東京控訴四十五年五月二十三日民一判決本書第一卷民訴一四二頁)

判旨ハ大體ニ於テ至當ナリ只大審院ハ訴訟行爲ノ追認ヲ以テ民訴第七〇條ニ規
定セル欠缺補正ノ一方法タル追完ニ異ルモノトシ其時期ニ付キ何等ノ制限ナキ
モノトスルハ吾人ノ贊セサル所ナリ

(一) 地所ノ所有權確認ノ請求ヲ爲シ且所有名義書換ノ登記手續ヲ請求スル訴ニ於
テ登記名義回復ノ請求ヲ排斥シタルトキト雖モ所有權確認ノ請求ニ付テハ將
來地所ノ耕作收益等ニ關シテ生スルコトアルヘキ紛争防止ノ必要存スルヲ以
テ法律關係ヲ即時ニ確定スルノ利益アルモノトス

(二) 所有權確認ノ請求ニ在リテハ第三者ノ取得時効ノ完成ニ因リテ所有權ノ喪失
ヲ生シ其請求ヲ排斥セラルルコトアルモ十年ノ消滅時効ノ適用ヲ受クヘキモ
ノニアラス

(一) 本訴ニ於テ被告上告人ハ上告人カ田二 一畝五步外二筆ノ被告上告人所有ニ屬スル
コトヲ確認シ且之ヲ被告上告人所有名義ニ書換登記手續ヲ爲スヘキコトヲ請求シ上告
人ハ之ヲ争フモノニシテ地所ノ登記名義ヲ回復スルヲ以テ主タル請求トシ附從トシ
テ所有權確認ノ請求ヲ爲シ第一審カ主タル回復請求ヲ排斥シタル上ハ所有權確認ノ
請求ハ其目的利益ヲ失セタルモノト謂フコト能ハサルノミナラス當事者ハ現ニ地所
所有權ノ歸屬如何ヲ争フ場合ニ於テハ之カ權利關係ヲ確定シ將來地所ノ耕作收益等
ニ關シテ生スルコトアルヘキ紛争ヲ防止スルノ必要存スルヲ以テ被告上告人ハ登記ニ
關スル請求ヲ排斥セラレタルニ拘ハラヌ法律關係ヲ即時ニ確定スルノ利益ヲ有スル

二一 訴訟ノ進行中ニ争ト爲リタル權利關係ノ成立又ハ不成立カ訴訟ノ裁判ノ全部又ハ一分ニ影響ヲ及ボストキ
ハ判決ニ接著スル口頭辯論ノ終結ニ至ルマテ原告ハ訴ノ申立ノ擴張ニ依リ又被告ハ反訴ノ提起ニ依リ判決ヲ以テ其
權利關係ヲ確定センコトヲ申立ツルコトヲ得

民法一六七 債權ハ十年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅ス
債權又ハ所有權ニ非サル財產權ハ二十年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅ス

モノト謂フヘシ然レハ原審カ同一趣旨ヲ判示シ被上告人ノ確認請求ヲ認容シタルハ相當ナリ

(二) 本件確認請求カ登記手續請求ト主從ノ關係ヲ有スルモノニ非サルコトハ前説明ノ如クナリ而シテ所有權確認ノ請求ニ在リテハ給付ノ請求ト異ナリテ取得時効ノ完成ニ因リテ所有權ノ喪失ヲ生シ其請求ヲ排斥セラルルコトアルモ十年ノ消滅時効ノ適用ヲ受クヘキモノニ非ス(大審院大正四年(オ)第七四〇號同年十一月二十四日民三部横田裁判長田上大倉嘉山三宅各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審盛岡地方裁判所○土地所有名義書換登記請求事件○上告人及川善四郎訴訟代理人辯護士壹場精一郎被上告人小野寺五藏

確認ノ訴ト共ニ給付ノ訴ヲ提起シタルトキハ兩者ハ訴訟物ヲ異ニシ前者カ權利關係ヲ物體トシ之カ存否ヲ確認セル確認判決ヲ求ムル訴ナルニ反シ後者ハ給付請求權ヲ物體トシ之カ存在ヲ確認シ且被告ニ給付ヲ命スル給付判決ヲ求ムル訴ナリ從テ兩者ハ私權保護ノ要件ヲ異ニスルカ故ニ本件ノ如ク所有名義書換ノ登記手續ヲ請求スル給付ノ訴ニ於テ私權保護要件ヲ欠缺スルカ爲メニ之カ請求ヲ排斥シタルトキト雖モ所有權確認ヲ求ムル訴ニ於ケル私權保護要件ヲ具備スルコトアルカ故ニ判旨(一)ハ正當ナリ尙ホ所有權確認ノ訴ニ於テ其所有權カ第三者ノ取得時効ノ完成ニ因リテ消滅セルトキト雖私權保護請求權ハ公法上ノ權利ナルカ故ニ民法上ノ私權ニ關スル消滅時効ノ適用ナキヤ勿論ナリ

民事訴訟法第二九條ニ規定セル當事者ノ合意ニ因ル管轄裁判所ハ同法第三一條ヲ除キ他ニ何等ノ制限ヲ設ケサルヲ以テ内國裁判所タルト外國裁判所タルトハ之ヲ問ハサルモノト解シ得ヘキモ外國裁判所ニシテ其國法ニ於テ裁判所ノ管轄ニ付テノ合意ノ制度ヲ認容セサルカ爲メ當然管轄權ヲ有セサル場合ニ於テハ當事者ハ豫期シタル合意ノ目的ヲ貫徹スルコト不能ナルヲ以テ斯ル場合ニ於ケル合意ハ私權ノ救済方法ヲ絕對ニ杜絶スルノ結果ヲ生スル見地ヨリ論スルモ法律上無効トス

三三

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

三〇 左ノ場合ニ於テハ第二九條及ヒ第三〇條ノ規定ヲ適用セム

第一 財産權上ノ請求ニ非サル訴訟ニ係ルトキ

第二 專屬管轄ニ關スル訴ナルトキ

【理由】 本件當事者間ニ控訴代理人主張ニ係ル雇傭契約ノ成立セルコト並ニ該契約ニ因ル一切ノ權利關係ニ付キ後日紛争ヲ生シタル場合ニハ白耳義國權ノ下ニ其ノ裁判權ヲ行使スル同國內「リエー」裁判所ヲ以テ專屬ノ管轄裁判所ト定メ其判斷ニ從ツテ解決ス可キ旨ノ合意ノ成立セルコトハ成立ニ争ナキ甲第一、二號證ニ徴シ明瞭ナリ此點ニ付キ被控訴人ハ被上ノ合意ニ因ル管轄裁判所タル可キモノハ汎ク白耳義國權ノ理的國境內ニ存スル「リエー」裁判所ヲ指稱セルモノニシテ必ラスシモ白耳義國權ノ

下ニ其ノ裁判權ヲ行使スルモノタルコトヲ必要トセサルノ約旨ナリトノ主張ヲ爲ス
ト雖トモ該主張ヲ認ム可キ確證ナキヲ以テ採用セズ然リ而シテ民事訴訟法第二九
條ニ規定セル當事者ノ合意ニ因ル管轄裁判所タル可キモノニ付キテハ同法第三一
條ヲ除キ他ニ何等ノ制限ヲ設ケラレサルヲ以テ内國裁判所タルト外國裁判所タルハ
之レヲ問フノ要ナキ者ト解シ得可キモ若シ夫レ當事者ノ合意ニ因リ管轄裁判所ナリ
ト指定セラレタル外國裁判所ニシテ其國法ニ於テ裁判所ノ管轄ニ付テハ合意ノ制度
ヲ認容セサルカ爲メ當然管轄權ヲ有セサル場合ニ於テハ當事者ハ豫期シタル合意ノ
目的ヲ貫徹スルコト不能ナルヲ以テカカル場合ニ於ケル合意ハ私權ノ救済方法ヲ絶
對ニ杜絶スルノ結果ヲ生スルノ見地ヨリ論スルモ法律上無効ノモノト爲ササルヲ得
ス(後略)(大阪控訴院大正四年(ネ)第四二四號第二民事部判決法律新聞第一一六號二八
頁)

【關係事項】

善辰判決○給料支拂請求事件○控訴人ジエウバントホッフ訴訟代理人佐々木武生被控訴人エーグレゴア

【參照學說】

- 一 外國裁判所ヲ管轄裁判所トスル合意ハ有效ナリヤ否ヤ曰ク此ノ如キ契約ハ有效ナルモ其契約ノ完全ニ效力ヲ生スルハ外國
法ノ規定如何ニ依ルモノトス(法學博士板倉松太郎氏民事訴訟法論(第一冊)二四五頁)
- 二 外國裁判所ヲ管轄裁判所トスル合意モ亦有效ナリ只外國裁判所ニ管轄ヲ生スルヤ否ヤハ外國法ニ依テ決スヘキ問題ナリト
ス(法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論一三一頁)

本判決ハ正當ナリ民訴第二九條ニ規定セル合意管轄ハ内國裁判所ニ限ラヌ外國
裁判所ヲ以テ管轄裁判所ト爲スコトヲ得ルヤ否ヤハ議論ノ餘地アリ吾人ハ之ヲ

板倉博士
岩田學士

東京控訴
院判決

積極ニ解ス然レトモ本件ノ如ク其外國裁判所ニ於ケル國法カ合意管轄ヲ認容セ
サルトキハ其合意ハ無効ナルヘキコト私權救済ノ制度タル民事訴訟上當然ノ結
論ナリ

三四

- 一九〇第一項 訴ノ提起ハ訴訟ヲ裁判所ニ差出シテ之ヲ爲ス
此狀ニハ左ノ諸件ヲ具備スルコトヲ要ス
- 第一 當事者及ヒ裁判所ノ表示
- 第二 起シタル請求ノ一定ノ目的物及ヒ其請求ノ一定ノ原因
- 第三 一定ノ申立
- 第五 判決ニ因リテ確定シタル請求ニ關スル債務者ノ異議ハ訴ヲ以テ第一審ノ受訴裁判所ニ之ヲ主張ス可シ
右ノ異議ハ此法律ノ規定ニ從ヒ遅クトモ異議ヲ主張スルコトヲ要スル口頭辯論ノ終結後ニ其原因ヲ生シ且故障ヲ以
テ主張スルコトヲ得サルトキニ限リ之ヲ許ス
- 債務者カ數箇ノ異議ヲ有スルトキハ同時ニ之ヲ主張スルコトヲ要ス
- 民法四〇五 利息力一年以上延滞シタル場合ニ於テ債權者ヨリ催告ヲ爲スモ債務者カ其利息ヲ拂ハサルトキハ債
權者ハ之ヲ元本ニ組入ルルニ得

債務名義ノ執行力ヲ排除スル判決ヲ求メ其原因トシテ債務ノ消滅ヲ主張スルニ
當リ債務消滅ノ理由トシテ更改ヲ主張シ假定論トシテ免除ヲ主張スルハ二面ノ
攻撃方法ヲ提出スルニ外ナラサルヲ以テ請求ノ原因一定セサルモノト云フヲ得
ス
利息ヲ一ヶ年以上延滞シタル場合ニ於テ之ヲ元本ニ組入ルルモ異議ヲ唱ヘサル
旨ノ特約アルトキハ其趣旨ハ催告ヲ要セスシテ一ヶ年以上ノ利息ヲ元本ニ組入

ルルコトヲ得ルニアリテ民法第四〇五條ノ規定ト異リタル特約ヲナシタルモノト認ムヘク又其利息トハ廣キ意義ニテ使用セラレタレハ期限前ノ利息ノミナラス期限後ノ遅延利息ヲモ包含スルモノト解スルヲ相當トス

被告代理人ハ控訴人ノ請求一定セスト抗辯スレトモ控訴人ハ債務名義ノ執行ヲ排除スル判決ヲ求メ其原因トシテ債務ノ消滅ヲ主張スルモノニシテ債務消滅ノ理由トシテ更改ヲ主張シ假定論トシテ免除ヲ主張スルハ二面ノ攻撃方法ヲ提出スルニ外ナラサルヲ以テ請求ノ原因一定セサルモノト云フヲ得ス被控訴人カ長野地方裁判所屬公證人加藤勝時ノ付與シタル公正證書ノ執行力アル正本ニ基キ大正二年十一月二十日控訴人所有ノ有體動産ニ對シ強制執行ヲ爲シタルコト及ヒ被控訴人カ連帶債務者ノ一人ナル渡邊男三治ヨリ明治四十年十二月十日元利金二百九十九圓ニ對シ不動産ヲ抵當トシテ延期證書ヲ受取リタルコトハ當事者間ニ争ナキ所ナリ控訴人ハ之ニヨリ右公正證書ノ債權カ更改セラレテ消滅シタリト主張スルヲ以テ之ヲ案スルニ甲第二號證甲第八號證甲第九號證甲第十號證甲第十二號證ニ依リテハ更改ノ事實ヲ認ムルコトヲ得ス證人正木健一郎ノ證言ニ依リテモ亦然リ證人渡邊男三治ノ證言及ヒ甲第十三號證ノ記載ハ信用スルニ足ラス鑑定人岡本義邦ノ鑑定ニ依レハ甲第十三號證ノ二ハ全ク全文カ被控訴人ノ自筆ニ係ルコトヲ認ムルコトヲ得レトモ是亦更改ヲ認ムヘキ資料ト爲スニ足ラス却テ明治四十年十二月十日付渡邊男三治ヨリ差入レタル證書ニ延期證ト記載アル争ナキ事實ト乙第三號證トニ依レハ明治四十年十二月十日男三治ヨリ金二百九十九圓ノ證書ヲ差入レタルハ本件公正證書ノ債務ノ辨濟期ヲ

(一四三)

延期シタルニ過キスシテ債務ノ更改ヲ約シタルニアラサルコトヲ認ムルヲ得ヘシ控訴人ハ公正證書ノ債務ノ明治四十年十二月十日ニ於ケル元利金ハ二百九十九圓トナラスト主張スレトモ該公正證書ニ掲ケアル消費貸借カ明治三十七年二月二十七日ニ成立シ利息ハ年一割五分ノ定ナルコト争ナキ所ニシテ甲第二號證ノ第二條第四ニハ利息チ一ヶ年以上延滞シタル場合ニ於テハ之ヲ原本ニ組入ルルモ異議ヲ唱ヘサル旨ノ特約ノ記載アリ其趣旨ハ催告ヲ要セスシテ一ヶ年以上ノ利息ヲ元本ニ組入ルルコトヲ得ルニアリテ民法第四〇五條ノ規定ト異リタル特約ヲナシタルモノト認ムルヲ相當トスヘク又其利息トハ廣キ意義ニテ使用セラレタルハ期限前ノ利息ノミナラス期限後ノ遅延利息ヲモ包含スルト解スルヲ相當トス此特約ノ趣旨ニ依リテ一ヶ年以上延滞ノ利息ヲ元本ニ組入レ且ツ入金アリタルコトニ争ナキ所ニシテ債權者タル被控訴人ノ登記ノ爲メ出頭スルコト普通ナレハ日當トシテ金四十錢余ヲ男三治ニ於テ支拂フヘキコトヲ約シ之ヲ併セテ金二百九十九圓ト爲シタルモノト認ムルヲ相當トス故ニ男三治ト被控訴人間ニハ更改アリタルモノニシテ辨濟期ヲ延期シタルニアラストノ主張ハ理由ナシ(東京控訴大正四年(ネ)第二〇六號同五年五月十一日民三部松岡裁判長成道岩本各判事判決)

【關係事項】

強制執行異議事件○控訴人渡邊安藏訴訟代理人辯護士船坂恒久被控訴人關倉之助訴訟代理人辯護士大橋誠一

【前段參照學說】

一 債權消滅確認ノ訴ニ於テ債權ハ消滅シタリ假リニ然ラストモ時効ニヨリテ消滅シタリ假リニ然ラストモ時効ニヨリテ消滅シタルモノナリト主張スルハ訴ノ原因不定ト云フコトヲ得ス(法學博士板倉太郎氏法學志林第一四卷第五號四頁本書第一卷民訴八二頁)

二 一定トハ請求ノ目的物ニ付キ述ヘタルト同シク一箇ヲ謂フモノニ非ス例ヘハ離婚ノ訴ニ於テ配偶者ヨリ同居ニ堪ヘサル處待テ受ケタルコトハ配偶者カ自己ノ直系尊屬ニ對シテ虐待ヲ爲シタルコトヲ原因トスルカ如キ株主總會決議取消ノ訴ニ於テ總會招集ノ手續カ法令ノ規定ニ違背シ決議ノ方法カ定款ニ反スルコトヲ原因トスルカ如キハ請求ノ原因ハ一定セルモノナリ然レトモ納聖相容レサルハ一定ニ非ス例ハ消費貸借ニ非サレハ寄託契約ナリト言フ如キハ何レチ原因トスル訴ナルヤ不確定ナルヲ以テ一定ノ原因ニ非スト(法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論六四八頁)

【前段參照判例】

一 第一審ニ於テ相手方ノ代理行爲ヲ爲シタル代理人ニ代理權アリト主張シ第二審ニテ總令代理權ナシトスルモ追認ニヨリテ契約成立セリト主張スルモ訴ノ原因一定セルモノト云フコトヲ得ス(大審院大正元年十月十日民一判決本書第一卷民訴一八〇頁)

二 民事訴訟法第一九〇條第二項第二號ノ規定ハ必スシモ一箇ノ請求ニ付キ數箇ノ原因ヲ記載スルコトヲ得サル旨趣ニ非スレテ唯請求ノ原因ヲ確定シ如何ナル特定ノ法律關係ニ基キ請求スルヤチ明確ニスルコトヲ要ストノ法意ニ外ナラス(大審院判決錄四十二年一八頁)

三 民事訴訟法第一九〇條第二項ノ規定ハ原告ノ主張セル請求權ノ由テ生スル特定ノ法律關係ヲ他ノ法律關係ト區別シ得シカ如ク明確ニ記載スルコトヲ要スルノ趣意ニシテ一箇ノ請求ニ付テハ必ス一箇ノ法律關係ノミヲ記載スルコトヲ必要トシ二箇ノ法律關係ヲ記載シ得サルノ趣意ニ非ス(同上三十八年五五八頁)

四 訴ノ原因ハ相互ニ矛盾セサル限リハ二箇以上(時效及ヒ設定行爲ニ因リテ地役權ヲ取得シタリト主張スル)併セテ主張スルモ原因不定ト謂フ可カラス(大阪地方大正三年四月七日民一部判決本書第二卷民訴一五二頁)

五 民事訴訟法第一九〇條第一項第三號ノ請求ノ一定ノ原因トハ請求權ノ因テ生シタル法律關係ノ基本タル事實カ特定スルコトヲ意味スルニ過キスシテ一箇ノ請求ニ付キテハ必ス一箇ノ法律關係ノミニ限定スヘシトノ趣旨ニアラス(東京地方四十四年(レ)第一二五號民一判決本書第一卷民訴八〇頁)

【前段參照學說】

一 新民法ニ於テハ概シテ契約ノ自由ヲ認ムルカ故ニ利息制限法ノ廢止ヲ豫期セルト同時ニ重利ノ如キモ敢テ之ヲ禁過スルモノニ非ズ故ニ當事者ノ自由ヲ契約ニ依レテ月利ニ利ヲ附スルモノナリ(法學博士梅澤次郎氏民法要義卷之三債權編二六頁)

二 當事者ハ任意ニ重利ヲ約スルコトヲ得詳言スレハ利息支拂ノ期日ニ至リ債務者カ其支拂ヲ爲ササルトキハ其以後延滞利息

テ元本ニ組入レ之ニ利息ヲ附スルコトヲ特約スルコトヲ得ヘク當事者カ債權發生ノ當時豫メ之ヲ約スルト利息ノ延滞發始メテ之ヲ約スルコトハ之ヲ問フコトヲ要セス(法學博士橋田秀雄氏債權總論一八七頁)

三 吾民法ニ於テハ滿期ト爲リタル利息ニ付キテ複利ノ約束ヲ爲スコトヲ得ルハ勿論未ダ滿期ト爲ラサル利息ヲ生セシムルコトヲ豫メ約定スルコトヲ妨ケサルモノト考フ何等ノ禁止ノ規定ナキカ故ナリ只利息制限法ニ抵觸スルニ至ルコトナキコトヲ必要トスルノミ(法學博士川名餘四郎氏債權法要論九五頁)

四 約定重利當事者ハ利息カ既ニ期限到來セル場合其延滞セル利息ヲ組入ルルコトヲ約スルヲ得ルノミナラス豫メ重利ヲ約スルコトヲ得(法學博士石坂晋四郎氏日本民法第一卷二六三頁)

至當ナル判決ナリ

(三五)

- 一九五 訴訟物ノ權利拘束ハ訴狀ノ送達ニ因リテ生ス
權利拘束ハ左ノ效力ヲ有ス
- 第二 受訴裁判所ノ管轄ハ訴訟物ノ價額ノ増減住所ノ變更其他管轄ヲ定ムル事情ノ變更ニ因リテ變換スルコト無シ
- 一九六 原告カ訴原因ヲ變更セストシテ左ノ諸件ヲ爲ストキハ被告ハ異議ヲ述フルコトヲ得ス
第二 本案又ハ附帶請求ニ付キ訴ノ申立ヲ擴張シ又ハ減縮スルコト
- 二二二 訴狀其他ノ準備書面ニ於テ主張セサル請求ノ權利拘束ハ口頭論辯ニ於テ其請求ヲ主張シタル時ヲ以テ始マ
- 三二三 區裁判所ノ通常ノ訴訟手續ニ付テハ區裁判所ノ構成又ハ第一編及ヒ本節ノ規定ニ依リ差異ノ生セサル限リハ地方裁判所ノ訴訟手續ニ付テノ規定ヲ適用ス
- 裁判所構成法一四 區裁判所ハ民事訴訟ニ於テ左ノ事項ニ付裁判權ヲ有ス但シ反訴ニ關リテハ民事訴訟法ノ定ムル所ニ依ル
- 第一 五百圓ヲ超過セサル金額又ハ價額五百圓ヲ超過セサル物ニ關ル請求

區裁判所ニ於タル訴ノ申立ノ擴張ハ其管轄五百圓ヲ超過セサル金額又ハ價額五百圓ヲ超過セサル物ニ關スル請求ヲ超過セサル範圍内ニ於テ之ヲ爲スヘク若シ申立ノ擴張ニ因リ其範圍ヲ超過スルトキハ區裁判所ハ其事件ニ付キ管轄權ヲ失

フニ至ルモノトス(訴ノ申立ノ擴張自體ハ民事訴訟法第一九五條第二項第二)

【理由】 本件ハ債權者ノ取消ノ行使ヲ内容トスル訴ニシテ原告ニ於テ初メ五百圓以下ノ物件ニ付キ法律行為ノ取消ヲ求メタルモ後其物件ヲ増加シ千餘圓ニ相當スル物件ニ付キ法律行為ノ取消ヲ求ムヘク許ノ申立ヲ擴張シタル結果訴訟物ノ價格五百圓ヲ超過スルニ至リタルモノトス案スルニ地方裁判所ノ訴訟手續ニ關スル民事訴訟法一九六條ノ規定ニ依レハ原告ハ訴ノ原因ヲ變更セサル限り訴ノ申立ヲ擴張シ得ヘク此規定ハ同法第三七三條ニ依リ區裁判所ノ訴訟手續ニ適用セラルヘキハ論ヲ竣タスト雖モ元來區裁判所ハ五百圓ヲ超過スル金額又ハ價格五百圓ヲ超過スル物ニ關スル訴訟ニ付テハ當然管轄權ヲ有セサル事ハ裁判所構成法ノ規定上疑ヒナク而シテ原告カ初メヨリ五百圓以上ノ請求ヲ爲ス場合ト訴訟中申立ノ擴張ニ因リテ五百圓ヲ超過スルニ至ル場合トナ區別シ裁判管轄ヲ二三ニスヘキ理由ナキヲ以テ區裁判所ニ於ケル申立ノ擴張ハ其管轄ヲ超過セサル範圍内ニ於テ之ヲ爲スヘク若シ其範圍ヲ超越スルトキハ區裁判所ハ其事件ニ付キ管轄權ヲ失フニ至ルモノト謂ハサルヘカラス蓋シ民事訴訟法第一九五條第二項第二號ニ依レハ訴ノ權利拘束發生後ニ於ケル訴訟物ノ價格ノ増減其他管轄ヲ定ムル事情ノ變更ニ因リテ受訴裁判所ノ管轄ハ變換ヲ來タサザル旨規定セルモノニシテ民事訴訟法第二一二條ニ依リ其擴張ノ請求ヲ主張シタルトキヨリ其部分ニ付キ權利拘束ヲ發生シ右第一九五條第二項第二號ノ適用ヲ生スヘキ者ナレハ其申立ノ擴張自體ハ同法條ニ所謂管轄ヲ定ムル事情ノ變更ニ該當セサルモノト解スヘキノミナラス若シ區裁判所ニ於テ訴ノ原因ヲ變更セサル限り無限ニ訴ノ申

仁井田博士
岩田學士
今村信行氏

【關係事項】

立ヲ擴張シ得ヘク而カモ裁判管轄ニ移動ヲ來タササルモノトセハ原告カ地方裁判所ノ管轄ニ屬スル金額五百圓以上ノ事件ニ付キ訴狀ニ五百圓以下ノ請求額ヲ掲ケテ區裁判所ニ訴訟ヲ提起シ訴狀ノ送達ニ因リ權利拘束ノ發生シタル後第一回口頭辯論ニ於テ其請求額ヲ五百圓以上ニ擴張スルモ被告ハ之ニ對シ管轄違ノ申立ヲ爲スナ得ザルコトトナリ當事者一方ノ意思ノミヲ以テ裁判管轄ヲ左右スルノ結果ト爲リ民事訴訟法上合意管轄ヲ認メタル精神ニ反スルヲ以テナリ以上ノ理由ニシテ本件ニ付テハ訴ノ申立ノ擴張ニ因リ當區裁判所ノ管轄權消滅ニ歸シ地方裁判所ノ管轄ニ屬スルニ至リタルモノト認ム(名古屋區大正四年通第三〇一七號第三〇一八號石田判事判決法律新聞第一一二〇號二五頁)

【參照學說】

詐害行為取消物件返還請求事件○原告株式會社藤本ビルブローカー銀行法定代理人支配人樋口松太郎訴訟代理人辯護士伊藤正親被告坂喜代藏訴訟代理人辯護士藤田鉞太郎被告山盛龜吉訴訟代理人辯護士野澤金一

一 故ニ訴訟物ノ權利拘束ノ發生シタル後ニ至リテ管轄ノ基礎タル事情カ消滅スルモ受訴裁判所ハ之カ爲メニ管轄權ヲ失フモノニ非サルナリ然レトモ訴ノ申立ノ擴張又ハ訴ノ變更ハ後ニ説明スルカ如ク受訴裁判所ノ管轄ニ影響ヲ及ホスコトアルモノトス(法學博士仁井田益太郎民事訴訟要論五二一頁)

二 故ニ權利拘束ノ發生後訴訟物ノ價額ノ増減請求ノ一部ノ拋棄其他被告ノ裁判籍ノ變更等ノ原因ニ因リ受訴裁判所ノ管轄權ニ變更ヲ及ホスコトアルモノニ非ス(法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論三九五頁)

三 事物ノ管轄ニ付キ權利拘束發生ノ當時訴訟物ノ價格ニ因リ受訴裁判所ノ管轄ニ屬シタル事件ナル以上ハ其訴訟中ニ訴訟物ノ相場ノ高下又ハ請求ノ一部ノ拋棄認諾若クハ却下取アルモ管轄ニ影響ヲ及ホスコトナシ(今村信行氏東京法學院大學講義錄民事訴訟法第二編一八頁)

【同趣旨學說】

區裁判所ノ事物ノ管轄カ訴訟物ノ價額ニ依リ定マルヘキ場合ニ於テ原告カ訴ノ申立ヲ擴張シタルカ爲メ訴訟物ノ價額カ二百圓ヲ超過スルニ至リタルトキハ受訴裁判所タル區裁判所ハ事物ノ管轄權ヲ失フニ至ルモノトス蓋シ訴ノ申立ノ擴張ニ依リテ新ニ訴訟物ト爲リタルモノノ權利拘束ハ訴ノ申立ノ擴張ノ時ニ於テ發生スルモノナルカ故ニ訴ノ申立カ擴張セラレタル場合ニ於テ第一九五條第二項第二號ノ規定ヲ生スルニ其申立ノ擴張後ナラサルヘカラサルヲ以テナリ(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論中卷八〇七頁)

正當ナル判決ナリ申立ノ擴張ニ因リ訴訟物ノ増加ヲ來シ爲メニ増加セル訴訟物ニ付キ其裁判所カ事物ノ管轄ヲ有セサルニ至リタルトキハ其事件ニ付キ管轄權ヲ喪失スヘキコト判示ノ如シ民訴第一九五條第二項第二號ニ於テ權利拘束ノ效力トシテ管轄權ニ變動ヲ生セサル旨ヲ規定セルハ權利拘束ノ生シタル範圍内ニ於ケル訴訟物ニ關スルモノニシテ申立ノ擴張ハ其部分ニ付キ準備書面又ハ口頭辯論ニ於テ請求ヲ主張セル時ヨリ權利拘束ヲ生シ其時ヨリ同條ノ適用ヲ生スルモノナレハナリ

(三六)

- 六五八 競賣期日ノ公告ニハ左ノ諸件ヲ具備スルコトヲ要ス
 - 第一 不動産ノ表示
 - 六七二 競落ノ許可ニ付テノ異議ハ左ノ理由ニ基クコトヲ要ス
 - 第四 競賣期日ノ公告ニ第六五八條ニ掲ケタル要件ノ記載ナキコト
 - 六八一 競落ノ許可ササル決定ニ對スル抗告ハ此法律ニ掲ケタル總テノ不許ノ原因ナキコトヲ理由トスルトキニ限り之ヲ爲スコトヲ得
- 競落ノ許可シタル決定ニ對スル抗告ハ此法律ニ掲ケタル競落ノ許可ニ對スル異議ノ原因ノ一ヲ理由トスルトキ又ハ競落決定カ競落期日ノ圖書ノ旨趣ニ抵觸シタルコトヲ理由トスルトキニ限り之ヲ爲スコトヲ得
- 取消ノ訴若クハ原狀回復ノ許可要件ヲ理由トスル抗告ハ前二項ノ規定ニ依リ妨ケララルコト無シ

(一四三)

競賣期日ノ公告ニハ競賣スヘキ不動産ヲ表示スルニトヲ要スルモノニシテ之ニ表示セラレタル不動産カ競賣スヘキ不動産ト全然相違スル場合ニ於テハ競賣期日ノ公告ニ競賣スヘキ不動産ノ表示ナキニ歸シ民事訴訟法第六八一條第二項第六七二條第四號ニ依ル抗告ノ理由トナルモノトス

【抗告論旨】 原決定ハ法則ヲ不當ニ適用シタルモノトス原決定中本件競落不許可ノ主要ナル理由ハ不動産競賣期日ノ公告ニ表示セラレタル不動産ト競賣セラレタル不動産ト構造坪數ノ相違ニ付キ結局競賣期日ノ公告ニ不動産ノ表示ナキモノニ該當スト決論セラル然レトモ民事訴訟法第六五八條第一號ハ不動産ノ表示ハ競賣ニ付セラレヘキ不動産ノ標準ヲ表示スルニ止マリ競賣ノ實行ハ特定セラレタル實物即チ現存ノ不動産ヲ基本トシテ賣却セラレヘキモノナレハ右期日ノ公告表示ノ不動産ト競賣不動産ト多少坪數構造ノ相違アリトスルモ抗告人ノ競落ヲ不可能ナラシムルモノニ非ス本件ノ如ク期日ノ公告表示ノ物ト競賣物ト僅少ノ相違ヲ理由トシテ期日ノ公告ニ不動産ノ表示ナキモノト推論セラルルハ民事訴訟法第六八一條第六七二條第四號第六五八條第一號ヲ不當ニ適用セラレタルモノトス

【決定理由】 競賣期日ノ公告ニハ競賣スヘキ不動産ヲ表示スルコトヲ要スルモノニシテ之ニ表示セラレタル不動産カ競賣スヘキ不動産ト全然相違スル場合ニ於テハ競賣期日ノ公告ニ競賣スヘキ不動産ノ表示ナキニ歸シ民事訴訟法第六八一條第二項第六七二條第四號ニ依ル抗告ノ理由トナルハ當然ナリ而シテ原審檢證圖書及ヒ附屬圖面ト競賣公告案トヲ對照スルトキハ本件競賣期日ノ公告ニ表示セラレタル不動産ト競

行民法ニ於テハ此ノ如キ形成的判決ヲ認メサルヲ以テ適用ナシトス(法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論一一三頁)
二 契約ヲ解除シタル結果原狀ニ回復スルコトヲ請求スル訴訟ハ民事訴訟法第一八條ニ依リ解除セラレタル契約上ノ義務ヲ履

三九八

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

二十四日ノ口頭辯論期日ニ出頭スヘキ旨ノ呼出狀ヲ受取リタル者カ二十三日ノ
口頭辯論期日ニ出頭セザリシハ懈怠ナカリシモノト謂ハサルヲ得ス

案スルニ原告ニ於テ控訴代理人カ大正四年十一月二十二日午前九時ノ口頭辯論期日
ニ出頭セザリシコトハ原告口頭辯論調書ニ依リテ明カナルモ新乙第一號證ニ依レハ
控訴代理人ニ於テ大正四年十一月二十四日午前九時ノ口頭辯論期日ニ出頭スヘキ旨

【關係事項】

抵當權設定請求事件○控訴人小幡長太郎訴訟代理人辯護士鈴木清美被控訴人窪田兼太郎訴訟代理人辯護士猪股清長谷川正光

【參照學說】

一 闕席判決ニ對スル控訴ハ辯論期日ノ懈怠ナキカ爲メ闕席判決ヲ爲スヘカラザリシコトヲ主張シテ之ヲ變更スル判決ヲ求ム
ルモノニ外ナラサルカ故ニ實際辯論期日ノ懈怠ナカリシトキニ非サレハ闕席判決ニ對スル控訴ヲ理由アリト認ムヘカラサルナ
リ(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論八四〇頁)
二 懈怠ナカリシコトハ第一審裁判所カ事實上若シクハ法律上不當ニ懈怠アリト認定シタルコトニシテ期日ニ出頭セザリシ
當事者カ全然呼出ヲ受ケザリシコト若シクハ合式ニ呼出ヲ受ケザリシコト(民訴二五四第一)期日カ適法ノ場所及ヒ適法ノ時期

【參照判例】

一 民事訴訟法第三九八條但書ニ謂フ懈怠ナカリシコトヲ理由トスルキトハ裁判所カ欠席判決ヲ爲ス可ラザリシ場合ニ之レ
ヲ爲シタルコトヲ理由トスルキトキニ謂フ例ハ欠席判決ノ申立ナキニ欠席判決ヲ爲シタルカ欠席判決ヲ受ケタル者カ現ニ
出頭シテ辯論ヲ爲シタルニ拘ハラス之ニ對シテ欠席判決ヲ言渡シタルカ口頭辯論ノ爲メニ指定セサル期日ニ欠席判決ヲ爲シタ
ルカ若クハ呼出ヲ爲サス又ハ呼出ヲ爲シタルモ適式ナラザリシ場合ニ欠席判決ヲ爲シタルカ如キ事由ヲ以テ控訴ノ理由トスル
場合ヲ指稱スルモノニシテ風波ノ爲メ乗船カ延滞シタルヨリ指定ノ期日ニ出頭スルコトヲ得ザリシカ如キ場合ハ右法條ニ包含
セサルモノトス(大審院四十二年九月二十一日民二判決)
二 民事訴訟法第三九八條但書ノ懈怠ナカリシコトヲ理由トスルキトハ裁判所カ闕席判決ヲ爲スヘカラサル場合ニ之ヲ爲シタ

至當ナル判決ナリ

三九

ル事ヲ理由トスルヲ指スモノニシテ即チ期日ニ出頭シタルニ拘ラス出頭セサルモノトシ又ハ適法ノ呼出ナキ者ニ對シ其不出頭ハ期日ヲ怠リタルモノトシ開席判決ヲ言渡シタルカ如キ場合ノ謂ニシテ電車ノ故障ノ爲メ時間ノ遅延ヲ來シ期日ニ出頭シ能ハサルカ如キハ之ヲ包含セサルモノト解スヘシ(東京地方四十五年七月二十六日第一判決)

四五九 不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所又ハ裁判長カ再度ノ考案若クハ新ナル提供ニ基キ抗告ヲ理由アリトスルトキハ不服ノ點ヲ更正シ又理由ナシトスルトキハ裁判所又ハ裁判長ハ意見ヲ付シテ三日ノ期日内ニ抗告ヲ抗告裁判所ニ送付シ又適當トスル場合ニ於テハ訴訟記録ヲモ送付ス可シ

競賣裁判所カ民事訴訟法第四五九條前段ノ規定ヲ準用シ抗告ヲ理由アリトシ再度ノ考案ニ基キ競落許可決定ノ全部ヲ取消ス旨ノ更正ノ決定ヲ爲シタルトキハ右更正ノ決定ニ依リ抗告人ノ不服ノ理由ハ全部消滅シタルモノナレハ隨テ抗告裁判所ニ對シテハ其抗告ハ全然提起ナカリシモノト同一ニ歸スヘキモノトス(斯ル所カ裁判所ノ利益ヲ有スル者ヨリ更正前ノ抗告ハ提起ナカリシモノトシテ裁判所ニ爲スヘキモノトス)

不動産競賣事件ニ於ケル競落許可決定ニ對シ債務者兼物件所有者ヨリ之ヲ不當トシテ抗告ヲ爲シタル場合ニ於テ競賣裁判所カ民事訴訟法第四五九條前段ノ規定ヲ準用シ抗告ヲ理由アリトシ再度ノ考案ニ基キ競落許可決定ノ全部ヲ取消ス旨ノ更正ノ決定ヲ爲シタルトキハ右更正ノ決定ニ依リ抗告人ノ不服ノ理由ハ全部消滅シタルモノナレハ隨テ抗告裁判所ニ對シテハ其抗告ハ全然提起ナカリシモノト同一ニ歸スヘキモノトス故ニ斯ル場合ニ於テ反對ノ利益ヲ有スル者ヨリ更正セラレタル裁判

(一五五)

ニ對シ抗告ヲ爲シ抗告裁判所カ裁判ヲ爲スニ當リテハ更正前ノ抗告ハ提起ナカリシモノトシテ裁判ヲ爲スヘキモノトシテ裁判ヲ爲スヘキモノトシテ非スト謂ハサルヘカラス然ルニ原告カ本件ニ付テ水戸區裁判所カ先キノ競落許可決定ニ付キ爲シタル更正決定ニ對スル原告人株式會社實業銀行法律上代理人富永源次郎ノ提起ニ係ル抗告ニ付キ裁判ヲ爲スニ當リ其決定主文ニ於テ右更正決定前ノ抗告人栗原俊太郎ノ抗告ヲ棄却スル旨言渡シタルハ右更正前ノ抗告ヲ以テ原告ニ提起アリタルモノトシテ裁判ヲ爲シタルモノニシテ之ヲ不法ト爲ササルヘカラス故ニ抗告ハ理由アリ(大審院大正四年(ク)第六四九號同年十二月十六日民二部馬場裁判長田七太倉入江岩田各判事決定)

(一五五)

【關係事項】

廢棄委任○原審水戸地方裁判所○不動産競賣抗告事件○抗告人栗原俊太郎

賛同ヲ表ス

四〇

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

六〇〇 第一項 差押ヘタル金錢ノ債權ニ付テハ差押債權者ノ選擇ニ從ヒ代位ノ手續ヲ要セスシテ之ヲ取立ツル爲メ又ハ支拂ニ換ヘ券面額ニテ差押債權者ニ之ヲ轉付スル爲メ命令アラント申請スルコトヲ得

六〇一 支拂ニ換ヘ券面額ニテ債權ヲ轉付スル命令アル場合ニ於テハ其債權ノ存スル限りハ第五九八條第二項ノ手續ヲ爲スニ因リ債權ノ排濟ヲ爲シタルモノト看做ス

金鶏勳章年金令一 金鶏勳章ヲ賜フ者ニハ功績ニ應ジ終身年金ヲ加賜ス

金鶏勳章年金ノ支給ヲ受クル權利ハ金鶏勳章ヲ賜フ者ノ一身ニ專屬スル權利ト

シテ絶體ニ他人ニ之ヲ讓渡シ得サルモノト解スヘク從テ其性質上賣買讓與實入書入又ハ差押ノ目的タリ得サルモノトス」

金鷄勳章年金ニ對スル差押命令及ヒ轉付命令ハ差押ノ目的タリ得サルモノニ對シ爲サレタルモノナルカ故ニ何レモ實質上ノ效力ヲ生セス從テ債權ハ申請人ニ移轉セサルモノトス」

本件ニ於テ被控訴人カ功五級金鷄勳章年金百圓ヲ加賜セララルモノナルコト并ニ大正二年六月分ヨリ向フ十ヶ年分總計金三千圓ノ年金ニ對シ訴外坪内鈴太郎カ金錢消費貸借公正證書ノ債務名義ニヨリ強制執行ヲ爲シ該年金債權差押命令及同轉付命令カ第三債務者タル控訴人ニ送達セラレタルコトニ付テハ當事者間ニ爭ナキ處トス依テ金鷄勳章年金令ニ依ル年金ハ之ヲ差押ヘ得ヘキモノナルヤ否ヤノ爭點ニ付キ按スルニ元來金鷄勳章年金令ニ依ル年金ナルモノハ金鷄勳章ヲ賜フ者ニ功級ニ應シ終身加賜セララルヘキモノニシテ(金鷄勳章年金令第一條)全ク武功拔群ナル者ヲ優遇スル爲メ之ニ叙賜セララルル金鷄勳章ニ附帶スルモノナル性質ヲ有ス從テ金鷄勳章年金ノ支給ヲ受クル權利ハ金鷄勳章ヲ賜フ者ノ一身ニ專屬スル權利トシテ絕對ニ他人ニ之ヲ讓渡シ得サルモノト解スヘク其當然ノ結果トシテ持ニ之カ賣買讓與實入書入又ハ差押ヲ禁スル旨ノ規定ナシト雖モ其性質上當然賣買讓與實入書入又ハ差押ノ目的タリ得サルモノト謂ハサルヘカラス尤モ金鷄勳章年金令第三條ニハ本令ノ年金受領者死亡シタルトキハ仍一年間遺族ニ其年金ヲ賜フト規定スルモ是唯年金受領者死亡シタルトキハ其後一年間ヲ限り年金受領者ニ支給スヘキ年金ヲ特ニ其遺族ニ支給スヘキ

(一五六)

【關係事項】

債權轉付無効確認事件○控訴人國代表者通信大臣箕浦勝人指定代表者野村敬明被控訴人佐藤周太郎訴訟代理人辯護士牧野健男

旨ヲ定メタル特別ノ恩惠的ノ規定ニシテ其一年分ノ年金受領ノ權利ヲ遺族ニ於テ承繼シ得ヘキ旨ヲ定メタル規定ニアラス尙ホ勳章年金支給細則第三條第二項ニハ年金受領者死亡ノ年ニ於テハ其六月三十日以前ニ在ルモノハ半額ヲ給シ七月一日以後ニ在ルモノハ全額ヲ給スト規定スルモ是亦年金ハ半額ヲ毎年六月十二月ノ兩回ニ支給スヘキモノナルカ故ニ其支給時期到來セサル間ニ死亡シタルモノニモ尙其半年度分ノ額ヲ支給スヘキ旨ヲ定メタル迄ニ過キスシテ其死亡時期以後ノ分ニ付テハ遺族之ヲ相續シテ之カ支給ヲ受ケ得ル旨ヲ定メタルモノニアラス從テ是等ノ規定ヲ根據トシ金鷄勳章年金ヲ受クルノ權利ハ年金受領者ノ遺族之ヲ承繼スルコトヲ得ヘキカ故ニ年金受領者ノ一身ニ專屬スル權利ナリト稱スルヲ得ストノ控訴人代表者ノ主張ハ當然失當タルヲ免カレス然レハ訴外坪内鈴太郎ノ申請ニ基キ爲サレタル本件金鷄勳章年金ニ對スル差押命令及ヒ轉付命令ハ差押ノ目的タリ得サルモノニ對シ爲サレタルモノトシテ何レモ實質上ノ效力ヲ生セサルヘキ當然ノ結果大正二年六月分ヨリ向不_レフ十ヶ年分總額金三千圓ノ年金支給ヲ受クルノ權利ハ依然金鷄勳章ヲ賜ハリタル被控訴人ニ屬シ差押命令及ヒ轉付命令申請人タル坪内鈴太郎ニ移轉セサルモノト認マサルヘカラス從テ右命令ノ送達ヲ受ケタル第三債務者タル控訴人ニ於テモ亦被控訴人ノ請求ニ應シ右命令ニ因リ本件金鷄勳章年金ノ支給ヲ受クル權利カ被控訴人ヨリ訴外坪内鈴太郎ニ移轉セサルモノナルコトヲ承諾スヘキ義務アルヤ勿論ナリ(東控大正五年(ネ)第三六號同年三月十四日民二部須賀裁判長渡邊三橋各判事判決)

(一五七)

外一名

【參照學說判例】

本書民訴三頁以下參照

(四一)

四六二 抗告裁判所ハ口頭辯論ヲ經スシテ裁判ヲ爲スヲ通例トス

抗告裁判所ト抗告人ト反對ノ利害關係ヲ有スル者ニ抗告ヲ通知シテ書面上ノ陳述ヲ爲サシムルコトヲ得
陳述ハ口頭ヲ以テ抗告ヲ爲シ得ヘキ場合ニ於テハ亦口頭ヲ以テ之ヲ得スコトヲ得
抗告裁判所ハ口頭辯論ノ爲メ當事者ヲ呼出スコトヲ得

不動産競賣事件ノ競落許可決定ニ對スル抗告ヲ口頭辯論ノ末棄却ヲ言渡シタル
裁判ニ對スル抗告ハ言渡ノ日ヨリ七日ノ期間内ニ申立ヲ爲ササル可カラス

抗告人ハ大阪區裁判所大正四年(マ)第三四七號不動産競賣事件ノ競落許可決定ニ對シ
大阪地方裁判所ヘ抗告ヲ爲シ同裁判所ハ口頭辯論ノ末其抗告棄却ノ裁判ヲ言渡シタ
ルモノナレハ此裁判ニ對スル抗告ハ言渡ノ日ヨリ七日ノ期間内ニ申立ヲ爲ササル可
カラス然ルニ原裁判ノ言渡サレタルハ大正四年十月十一日ナルニ拘ハラズ抗告人ハ
同年十一月一日ニ至リ抗告狀ヲ原裁判所ニ提出シタルモノナルコト抗告狀ニ捺捺シ
アル原裁判所ノ受領印ニ依リ明白ナレハ本抗告ハ期間經過後ノ申立ニ係ルヲ以テ不
適法ナルモノトス(大審院大正四年(ク)第五八〇號同年十一月二十九日民二部馬場裁判
長田上大倉尾古入江各判事決定)

【關係事項】

抗告棄却○原審大阪地方裁判所○不動産競賣事件ノ競落許可決定ニ對スル抗告事件○抗告人大島秀吉

(一五八)

(四二)

(一四九)

一九五 訴訟物ノ權利拘束ハ訴狀ノ送達ニ因リテ生ス權利拘束ハ左ノ效力ヲ有ス

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

四一三 訴ノ變更ハ相手方ノ承諾アルトキト雖モ之ヲ許サス

商法四五七 裏書ハ爲替手形其原本又ハ補箋ニ被裏書人ノ氏名又ハ商號及ヒ裏書ノ年月日ヲ記載シ裏書人署名スル
ニ依リテ之ヲ爲ス

裏書ハ裏書人ノ署名ノミナ以テ之ヲ爲ス事ヲ得此場合ニ於テハ爾後爲替手形ハ引渡ノヨニ依リテ之ヲ讓渡ス事ヲ得
同五二九 第四四六條第四四九條乃至第四五一條第四五三條乃至第四六四條第四七一條第四八〇條乃至第四九九條
第五〇八條乃至第五一七條及ヒ第五二二條ノ規定ハ約束手形ニ之ヲ準用ス

約束手形ノ被裏書人タル權利關係ノ成否ニ影響スヘキ事實ヲ變更スルハ訴ノ原
因ヲ變更スルモノニシテ控訴審ニ於テ斯ル變更ヲ爲スコトハ法律ノ絕對ニ許サ
サル所ナリトス(商法第五二九條第四五七條ニ依レハ被裏書人ノ氏名ヲ記載セル裏書(記
テノ效力ヲ有セサルモノナルカ故ニ日ノ記載アルト否トノ事實
ハ被裏書人タル權利關係ノ成否ニ影響スル重要ナル事項ニ屬ス)

裏書ニ因リ約束手形ヲ取得シタル被裏書人カ第一審ニ於テ年月ノ記載ノミアリ
テ全ク日ノ記載ナキ裏書ナルコトヲ主張シ判決言渡後ニ於テ日附ノ記載ヲ爲シ
控訴審ニ於テ年月日ノ記載アル裏書ナルコトヲ主張スルハ訴ノ原因ヲ變更スル
モノナリ

被裏書人ノ氏名ヲ記載セル裏書(記名式裏書)ニ裏書ノ年月ノ記載ノミアリテ日ノ
記載ヲ欠缺セルトキハ其裏書ハ無効ナリ

按スルニ本控訴請求ノ原因トシテ控訴人ノ陳述スル所ニ依レハ控訴人ハ被控訴人カ
 訴外中山國壽ニ對シテ振出シタル約束手形ヲ控訴人宛ノ裏書ニ因リ同人ヨリ取得シ
 タルヲ以テ被控訴人ニ對シ該手形上ノ債務ノ辨濟ヲ求ムルモノナリト云フニ在ルカ
 故ニ右被告裏書人タル權利關係ノ成否ニ影響スヘキ事實ヲ變更スルハ即チ訴ノ原因
 ナリトス依リテ本件手形ノ裏書ニ關スル變更ヲ爲スコトハ法律ノ總體ニ許ササル所
 ナリトス於テ該裏書ノ年月日ヲ大正三年八月十九日ト主張スルモ原告口頭辯論調書ニ依レハ
 原告ニ於テハ之ヲ大正三年八月廿日ト陳述シタルコト明カナルヲ以テ右ハ訴ノ原因ヲ
 變更シタルモノト謂フヘキヤ否ヤニ付キ按スルニ右ノ如ク控訴人カ原告ニ於テ本件
 手形裏書ノ年月日ヲ大正三年八月廿日ト陳述セルハ單ニ其日ニ關スル事實上ノ申
 述ヲ遺脱シタルニ過キササルモノトセハ當審ニ於ケル陳述ハ其遺脱ヲ補充シタルマテ
 ノモノニシテ訴ノ原因ヲ變更シタルモノト見ルヘキ限リニ在ラスト雖モ右原告ニ於
 ケル陳述ニシテ若シ年月ノ記載ノミアリテ日ノ記載ナキ裏書ナルコトト主張シタル
 ニ在リトセハ當審ニ於ケル陳述ハ訴ノ原因ヲ變更セルモノト謂ハサルヲ得ス何トナ
 レハ商法第五二九條第四五七條ニ依レハ本件裏書ノ如ク被裏書人ノ氏名ヲ記載セル
 裏書ニハ年月日ノ記載ヲ爲スコトヲ要シ其ノ一チ缺クモ裏書トシテノ效力ヲ有セザ
 ルモノナルカ故ニ日ノ記載アルト否トノ事實ハ被裏書人タル權利關係ノ成否ニ影響
 スル重要ナル事項ニ屬スレハナリ然ルニ原告口頭辯論調書ニ依レハ控訴人ハ被控訴
 人カ本件手形ノ裏書ニハ年月日ノ記載アルモノ日ノ記載ナキヲ以テ形式ニ欠缺アル無効
 ノ裏書ナル旨ノ抗辯ヲ提出セルニ拘ラス此點ニ關シ何等事實上ノ陳述ヲ爲シタル形

(150)

【關係事項】

跡ナク而モ原告裁判言渡調書ノ記載ト當審ニ於ケル證人中山國壽ノ供述トチ對照ス
 レハ本件手形裏書ノ日附ヲ記載シタルハ原告判決言渡後ノコトナルコト明カナルヲ以
 テ之ヲ見レハ前記ノ如ク控訴人カ原告ニ於テ本件手形裏書ノ年月日ヲ大正三年八月
 中ト陳述セルハ其日ニ關スル事實上ノ申述ヲ遺脱シタルモノニハアラスシテ全ク日
 ノ記載ナキ裏書ナルコトト主張セルニアルコト蓋シ一點ノ疑ヲ容レサル所ナリ果シ
 テ然ラハ控訴人カ當審ニ於テ本件手形裏書ノ年月日ヲ大正三年八月十九日ト陳述セ
 ルハ訴ノ原因ヲ變更セルモノニシテ法律ノ許ササル所ナレハ前ニ說示シタル所ニ依
 リテ明カナルヘシ依ツテ右新原因ニ基ク訴ハ不合法トシテ之ヲ却下スヘキモノトシ
 舊原因ニ基ク訴ニ付キ控訴人請求ノ當否ヲ按スルニ控訴人ノ主張ニ依レハ訴外中山
 國壽ノ爲シタル本件手形ノ裏書ニハ被裏書人トシテ控訴人ノ氏名ヲ記載シアルニ拘
 ラス其年月日ノ點ニ付キテハ單ニ大正三年八月トノミ記載シアリテ日ノ記載ヲ欠缺
 セルモノナレハ其裏書ハ要件ヲ缺ク無効ノモノニシテ從ツテ控訴人カ之ニ因リ何等手
 形上ノ債權ヲ取得シ得サルモノナルコトハ亦前ニ說示シタル所ニ依リ明カナルヘキ
 ナリテ舊原因ニ基ク控訴人ノ請求ハ其理由ナキモノトシテ之レヲ排斥スヘキモノト
 ス(東京地方大正四年レ)第一四六號同五年五月十三日民五部淺野裁判長下田鹽澤各判
 事判決)

(151)

【第一二點參照學說判例】

約束手形金請求事件○控訴人荒川重吉訴訟代理人辯護士宇都宮政市被控訴人日本信託株式會社法律上代理人取締役巴利三郎
 訟代理人辯護士村上藤八外一名

本卷民訴三六頁參照

【第三點參照學說】

岡野博士
青木博士
松波博士
松本博士
柳川學士
須賀學士
水口ドク
大審院
東京控訴院

【第三點參照判例】

- 一 我商法八年月日ノ記載ヲ要件トスルヲ以テ年月日ニ關スル一般ノ原則ニ從ハサルヘカラサルナリ(法學博士岡野敬次郎氏日本手形法一九七頁)
- 二 裏書ノ年月日ヲ記載セシムル趣意ハ振出ノ年月日ニ於ケルト同一ナリ又其年月日力眞實裏書交付ヲ爲シタル年月日ト符合セサルモ之カ爲メ其裏書ハ效力ヲ失フコトナキ事モ亦振出ノ年月日ニ於ケルト同一ナリ(法學博士青木徹二氏改正手形法論三八一頁)
- 三 裏書ノ年月日ヲ記載セシムルハ之ニ依リテ裏書人ノ署名當時ニ於ケル能力又ハ財産ノ狀況等ヲ知ラシムル爲ナリ又之ニ依リテ其署名ハ手形ノ變造前ナリシヤ拒絶證書作成期間ノ經過前ナリシヤ裏書ノ連續ヲ缺クヤ等ヲ調査スルニ便ナリ(法學博士松波仁一郎氏改正日本手形法六八三頁)
- 四 記名式ノ裏書ニアリテハ被裏書人ノ氏名又ハ商號裏書ノ年月日及ヒ裏書人ノ署名ヲ記載スルコトヲ必要トスルモノナリ(法學博士松本滋治氏早大講義錄手形法一三二頁)
- 五 裏書トシテ必要ナル記載ハ被裏書人ノ氏名又ハ商號及ヒ裏書ノ年月日(手形金額移轉文句等ハ之ヲ必要トセス)之ナリ(法學博士柳川勝二氏改正商法論七五〇頁)
- 六 此裏書ノ要件トシテハ其手形其原本又ハ補筆ニ被裏書人ノ氏名又ハ商號及ヒ裏書ノ年月日ヲ記載スルコト裏書人ノ署名スルコトノ二條件ヲ具備スルコトヲ要ス(法學士須賀喜三郎氏中大正四年講義錄手形法一〇四頁)
- 七 裏書ノ年月日ハ手形ノ裏書讓渡アリタル日附ナリ裏書ニ年月日ノ記載ヲ要スルハ振出ノ日附ト均シク裏書人ノ能力如何其他支拂停止ノ時期ニ至リタルヤ或ハ拒絶證書作成期間後ナリシヤ否ヤ手形行爲ノ有效無効ニ影響ヲ來スヘキ事實ヲ確定スルカ爲メニ必要アルヲ以テナリ(ドクトルユリス水口吉藏氏手形法論四一九頁)

(一五三)

(一五三)

判決ニ反對ス訴ノ原因トハ訴權行使ノ基礎タル事實ヲ謂ヒ是等ノ事實ヲ變更スルトキハ訴ノ變更ト爲ルコト既ニ論セル所ナリ判決ハ權利關係ノ成否ニ影響スヘキ事實ヲ變更スルハ訴ノ原因ヲ變更スルモノナリトシ年月日ノ記載ハ記名式裏書ノ要件ナルカ故ニ日ノ記載アルト否トハ被裏書人タル權利關係ノ成否ニ影響スル重要ナル事項ニ屬ス從テ全ク日ノ記載ナキ裏書ナルコトヲ主張セル者カ後ニ日ヲ記載シ年月日ノ記載アル裏書ナルコトヲ主張スルハ訴ノ原因ヲ變更スルモノナリト謂フ論旨巧妙ナルモ權利關係ノ成否ニ影響スヘキ事實ヲ以テ訴ノ原因トスルカ如キ曖昧ナル前提ノ下ニ之ヲ肯定セルハ不當ト謂ハサルヘカラス本來裏書ノ有效無効ハ實體法ノ問題ナレハ裁判所カ法律ヲ適用シテ決定スヘキモノニシテ記名式裏書ニ於ケル年月日ノ記載カ裏書ノ要件ヲ爲シ之ナキトキハ無効ニシテ之アルトキハ有效ナルコト勿論ナリ而シテ日ノ記載ナキ裏書ヲ被裏書人カ後ニ日ヲ記載スルモ毎ニ無効トスヘキモノニ非スシテ被裏書人カ補充權ヲ有スルヤ否ヤニ依リ決セラルヘク是亦實體上ノ問題ナリ吾人ハ本件ノ如ク被裏書人カ振出人ニ對シ裏書ニ因リ手形債權ヲ取得セルコトヲ理由トシ手形金額ノ支拂ヲ請求スル訴ノ原因ハ裏書手形行爲ナル法律事實ニシテ要件ノ存否ハ訴ノ原因ニ屬セス從テ之ヲ變更スルモ訴ノ變更ヲ生スルモノニ非スト解ス

(四三)

三三六 相手方ハ左ノ場合ニ於テ證書ヲ提出スル義務アリ
 第一 舉證者カ民法ノ規定ニ從ヒ訴訟外ニ於テモ證書ノ引渡又ハ其提出ヲ求ムルコトヲ得ルトキ
 第二 證書カ其旨趣ニ因リ舉證者及ヒ相手方ニ共通ナルトキ
 三四三 第三者ハ舉證者ノ相手方ニ於ケルト同一ナル理由ニ因リ證書ヲ提出スル義務アリ然レトモ強テ證書ヲ提出セシムルコトハ訴ナシテノミ之ヲ爲スコトヲ得
 裁判所構成法一四 區裁判所ハ民事訴訟ニ於テ左ノ事項ニ付裁判權ヲ有ス但シ反訴ニ關シテハ民事訴訟法ノ定ムル所ニ依ル

- 第一 五百圓ヲ超過セサル金額又ハ價額五百圓ヲ超過セサル物ニ關スル請求
- 第二 價額ニ拘ラス左ノ訴訟
 - (イ) 住家其ノ他ノ建物又ハ其或ル部分ノ受取明渡使用占據若クハ修繕ニ關リ又ハ賃借人ノ家具若クハ所持品ヲ賃借人ノ差押ヘタルコトニ關リ賃借人ト貸借人トノ間ニ起リタル訴訟
 - (ロ) 不動産ノ境界ノミニ關ル訴訟
 - (ハ) 占有ノミニ關ル訴訟
 - (ニ) 雇主ト雇人トノ間ニ雇期間一年以下ノ契約ニ關リ起リタル訴訟
 - (ホ) 左ニ掲ケタル事項ニ付旅人ト旅店若クハ飲食店ノ主人トノ間ニ又ハ旅人ト水陸運送人トノ間ニ起リタル訴訟

同二六 第一審トシテ
 區裁判所ノ權限又ハ第三八條ニ定メタル控訴院ノ權限ニ屬スルモノヲ除キ其ノ他ノ請求

民事訴訟法第三四三條所定ノ第三者ノ證書提出ノ義務ハ同條及同法第三三六條ニ規定スルカ如ク第三者カ實體法上舉證者ニ對シ證書ヲ引渡シ若クハ提出スルノ義務アル場合ニ於テ特ニ訴訟法ノ規定ニヨリ負擔スル義務ニシテ證人若クハ鑑定人タルノ義務ト同シク純然タル訴訟法上ノ義務ニ外ナラス
 一定ノ證書ヲ主タル訴訟ノ繫屬スル受訴裁判所ニ提出スヘシトノ訴訟法上ノ義務履行ヲ求ムル訴ニ在リテハ所謂訴訟物ナルモノハ身分上ノ義務ニ係ル訴ト同シク之ヲ財産的ニ評價シ得サルモノト解ス可ク區裁判所ノ管轄ヲ定メタル裁判所構成法第一四條ノ何レノ條項ニモ該當セス故ニ地方裁判所ノ管轄ヲ定ムル同法第二六條第一號ニ規定セル所謂其他ノ請求ニ該當シ地方裁判所ノ管轄ニ屬スルモノトス

民事訴訟法第三百四十三條所定ノ第三者ノ證書提出ノ義務ハ同條及同法第三百三十六條ニ規定スルカ如ク第三者カ實體法上舉證者ニ對シ證書ヲ引渡シ若クハ提出スルノ義務アル場合ニ於テ特ニ訴訟法ノ規定ニヨリテ負擔スル義務ニシテ證人若クハ鑑定人タルノ義務ト同シク純然タル訴訟法上ノ義務ニ外ナラス而シテ斯クノ如ク或一定ノ證書ヲ主タル訴訟ノ繫屬スル受訴裁判所ニ提出スヘシトノ訴訟法上ノ義務履行ヲ求ムル訴ノ場合ニ在リテハ所謂訴訟物ナルモノハ身分上ノ義務ニ係ル訴ノ場合ニ於ケルト同シク之ヲ財産的ニ評價シ得サルモノト解ス可シ果シテ然ラハカカル訴訟物ノ價格ニ從ヒテ區裁判所ノ管轄ヲ定メタル裁判所構成法第十四條第一號ニ所謂五百圓ヲ超過セサル金額又ハ價額五百圓ヲ超過セサル物ニ關ル請求ト首フニ該當セサルモノニシテ其他同法條ノ何レニモ該當セス而シテ地方裁判所ノ管轄ヲ定メタル同法第二六條ヲ見ルニ其第一號ニ第一審トシテ區裁判所ノ權限又ハ第三十八條ニ定メタル控訴院ノ權限ニ屬スルモノヲ除キ其他ノ請求ト規定シアルカ故ニ本訴ノ如ク原告カ被告ニ對シ一定ノ證書ヲ受訴裁判所ニ提出スヘシトノ判決ヲ求ムルハ右法條ニ所謂其他ノ請求ニ該當シ地方裁判所ノ管轄ニ屬スルモノト解ス(東京區大正四年(八)

仁井田博士

板倉博士

岩田學士

第六七七三號和田判事判決法律新聞第一一二六號二五頁)

【關係事項】

【前段證書提出義務ノ性質ニ關スル同趣旨學說】

證書提出事件○原告内海第一訴訟代理人辯護士三苦眞九郎被告畑中傳兵衛訴訟代理人辯護士松谷與二郎

一 證書提出ノ義務ハ舉證者ニ對スル訴訟法上ノ義務ナリ證書ノ所持者カ私法ノ規定ニ從ヒ舉證者ニ對シテ證書ノ引渡又ハ提出ヲ爲スヘキ義務ヲ負擔スルカ爲メ訴訟ニ於テ之ヲ提出スヘキ義務ヲ之ニ對シテ負擔スルトキト雖モ亦然リ此場合ニ於テハ法律ハ訴訟法上ノ義務タル證書提出ノ義務ノ原因ヲ證書ノ引渡又ハ提出ヲ爲スヘキ私法上ノ義務ノ存在ニ求メタルモノニ外ナラサルナリ(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟要論上卷三五二頁)

二 證書ノ所持者ハ法律ニ特定セル場合ニ於テ之ヲ提出スルノ義務アリ此義務ハ公法上ノモノニ非ス私法上ノモノタリ而シテ此義務ヲ負フ者ハ相手方タルコトアリ第三者タルコトアリテ民法第三三六條及ヒ第三四三條ニ規定スル所ナリ(法學博士板倉松太郎氏民事訴訟法綱要二四一頁)

三 證書提出ノ義務ハ受訴裁判所ノ口頭辯論ニ於テ又ハ受命判事若クハ受託判事ノ面前ニ證書ヲ提出スル義務ヲ謂フモノニシテテ此義務ハ證人義務ト同シク國家力裁判ノ公正ヲ得セシムルカ爲メニ證書ヲ所持スル者ニ對シテ命スル公法上ノ義務ナリ(法學博士岩田一郎氏民事訴訟法原論五九六頁)

至當ナル判決ナリ

(四四)

五三二 執達吏ハ債權者ノ委任ニ因リテ爲ス行爲及ヒ職務上ノ義務ノ違背ヨリシテ債權者其他ノ關係人ニ對シ損害ヲ生セシメタルトキハ第一ニ其責任ニ任ス

七五〇 動産ニ對スル假差押ノ執行ハ各差押ト同一ノ原則ニ從ヒテ之ヲ爲ス

債權ノ假差押ニ付テハ其命令ヲ發シタル裁判所ヲ以テ管轄執行裁判所トス

假差押ノ金銭ハ之ヲ供託ス可シ其他假差押物ノ競賣及ヒ假差押有價證券ノ換價ハ一時之ヲ爲サス然レトモ假差押物ニ著シキ價額ノ減少ヲ生スル恐アルトキ又ハ其貯藏ニ付キ不相應ナル費用ヲ生ス可キトキハ執行裁判所ハ申立ニ因リ其物ヲ競賣シ賣得金ヲ供託ス可キ旨ヲ執達吏ニ命スルコトヲ得

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

(一五六)

仙臺地方
裁判所
判決

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

(一五七)

從來官吏ニ於テ國有林ノ伐採木ヲ保護スル場合又ハ木材商人カ伐採木ヲ保管スル場合等ニ在リテモ一年乃至二年ノ期間内ハ何レモ保管ニ付キ特殊ノ設備ヲ爲サス又他ノ場所ニ海送スルカ如キコトナカリシコトヲ認メ得ヘシ從テ被告執達吏ハ本件物件ノ保管ニ付キ普通行ハルヘキ適當ノ方法ヲ採リタルモノト認定ス

假處分ヲ爲シタル物件ニ付キ著シキ價額ノ減少ヲ生スル恐アルカ又ハ其貯藏ニ付キ不相應ナル費用ヲ生スヘキ場合ニ在リテハ利害關係人ヨリ換價手續ヲ申立ツルコトヲ得ヘシト雖モ執達吏ニ斯カル申立ヲ爲スノ權利ナク只當事者ヨリ該申立ノ委任ヲ受テタル場合ニ限り之ヲ爲シ得ヘキモノナリ從テ執達吏カ換價手續ヲ裁判所ニ申立テサリシ事ヲ以テ物件ノ保管ニ關シ過失アリト爲スコトヲ得ス

被告カ執達吏ニシテ明治四十三年十二月二十八日佐藤伊箇志ノ委任ヲ更ケ原告主張ノ假處分事件ニ付キ宮城縣鹿郡鮎川村金華山ニ於テ本件物體ニ對シ假處分ヲ執行シ其結果保管ノ爲メ之ヲ占有シタルコトハ當事者間ニ爭ナキ所ナリ依テ先ツ被告カ右物件占有中關係人ニ損害ヲ生セシムヘキ職務上義務違背ノ行爲アリタルヤ否ヤノ爭點ニ付キ按スルニ此點ニ關シ原告ハ被告カ該物件占有中第一現場ニ於テ雨雪ヲ防禦スルノ設備ヲ爲サス第二現場ノ設備困難ナリトセハ之ヲ他ノ場所ニ海送シテ保管シ得ヘカリシニ拘ハラヌ此ノ如キ方法ヲモ探ラヌ第三換價手續ニ依リ價格ノ減少ヲ

防禦スルノ途ニ出テス其爲メ物件ハ腐朽シテ其價額ノ減少ヲ來シタルモノナリト主張スルモノナルヲ以テ遂次之ヲ審究スルニ乙第一號證ノ一乃至三ニ依レハ本件物件ハ其負數多大ニシテ所々ニ散在シタル爲メ被告カ明治四十三年十二月三十日以後翌年一月十五日ニ至ル迄前後五回現場ニ出張シテ本件ノ假處分ヲ執行シタルコトヲ認メ得ヘキ處措信スヘキ證人相馬隆一、岩井利助、佐藤益治ノ供述及ヒ乙第五號證ノ五ノ供述記載ヲ綜合スルニ本件物件ハ明治四十四年一月中現場ニ於テ數ヶ所ニ積ミ重ネラレ其腐朽ヲ防クカ爲メ下部ニ不良材ヲ敷キテ土蓋トナシ且多クハ各木材間ニ少許ノ距離ヲ置キタルモノニシテ其後同年中物件ノ推積場所ヲ移轉シタル際モ同様ノ取扱ヲ爲シタルコトヲ認メ得ヘク又現場ハ交通不便ノ場所ニシテ且烈風甚シキヲ以テ多數ノ木材ニ雨覆若クハ日覆ヲ爲スカ如キハ莫大ノ費用ヲ要シ其費用動モスレハ木材ノ價額ヲ超過スルニ至ルヘク又海上ノ風浪惡シキニ付キ之ヲ他ノ場所ニ海送シテ保管スルカ如キハ容易ノ事ニ非サルヲ以テ從來官吏ニ於テ國有林ノ伐採木ヲ保護スル場合又ハ木材商人カ伐採木ヲ保管スル場合等ニ在リテモ一年乃至二年ノ期間内ハ何レモ保管ニ付キ特殊ノ設備ヲ爲サス他ノ場所ニ海送スルカ如キコトナカリシコトヲ認メ得ヘシ從テ被告ハ本件物件ノ保管ニ付テハ普通通行ハルヘキ適當ノ方法ヲ採リタルモノト認定ス證人遠藤鐵三郎ノ供述ハ信用シ難ク甲第九乃至第十一號證、甲第十六號證ノ一乃至三、甲第十七、十八號證ニテハ右認定ヲ左右スルニ足ラス若シ夫レ物件ニ付キ著シキ價額ノ減少ヲ生スル恐アリタルカ又ハ其貯藏ニ付キ不相應ナル費用ヲ生スヘキ場合ニ在リテハ利害關係人ヨリ換價手續ヲ申立ツルコトヲ得ヘシト雖モ執達吏タル被告ニ斯カル申立ヲ爲スノ權利ナク執達吏ハ只當事者ヨリ該申立ノ委任ヲ

受ケタル場合ニ限り之ヲ爲シ得ヘキモノナル處本件假處分當事者カ換價手續ノ申立ヲ被告ニ委任シタルコトハ甲第七號證ノ一甲第八號證ニテハ之ヲ認メ難キヲ以テ被告カ換價手續ヲ裁判所ニ申立テサリシ一事ヲ以テ本件物件ノ保管ニ付キ過失アリト爲スコトヲ得サルモノトス然レハ被告カ本件物件ノ占有保管中執達吏トシテノ職務上義務違背ノ行爲アリタルモノニ非サルヲ以テ縱令原告カ本件物件ノ腐朽ニ因ル損害ヲ受ケタリトスルモ被告ニ於テ之カ賠償ノ責ニ任スヘキモノニ非ス(仙臺地方大正四年ワ)第九一號同五年五月八日民事部境澤裁判長柳瀬橋川各判事判決)

【關係事項】

損害賠償請求事件○原告岡田源太郎訴訟代理人辯護士青山幾之助被告執達吏廣瀬一郎訴訟代理人辯護士佐々木幸助

【參照學說判例】

一 執達吏ノ債權者ノ委任ニ基キテ爲ス行爲又ハ職務上ノ義務ノ違背ニ依リテ債權者其他ノ關係人ニ損害ヲ生セシメタルトキハ第一ニ其責任スヘキモノトス故ニ此場合ニ於テハ他ニ損害賠償ノ責任スヘキ者アルトキト雖モ先ツ執達吏ハ損害賠償ヲ爲スコトヲ要スルモノニシテ其責任スヘキ他ノ者ハ執達吏カ損害賠償ヲ爲スコト能ハサルトキニ限り實際之ヲ爲スコトヲ要スルモノト謂フヘシ(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要領下卷九八七頁)

二 執達吏カ職務上ノ義務違背ニ因リ債權者其他ノ利害關係人ニ對シ私法上ノ責任ヲ負フヘキ場合ハ執達吏カ權限外ノ行爲ヲ爲シ若クハ權限内ノ行爲ヲ爲シ若クハ權限内ノ行爲ヲ爲スコトヲ拒ミ(權限外ノ不行爲)或ハ權限内ノ行爲ヲ爲スニ際シ過失アリタルニ因リ此等ノ者ニ損害ヲ生セシメタル場合ニ存スルモノニシテ約言スレハ執達吏カ其職務ヲ執行ニ付キ故意又ハ過失ニ因リテ債權者其他ノ利害關係人ニ損害ヲ生セシメタル場合ニ存スルモノトス(法學博士松岡義正氏東京法學院講義錄民事訴訟法第六編以下四三頁)

三 其他執達吏ノ職務上ノ義務ノ違背ヨリシテ債權者其他強制執行ノ關係人ニ損害ヲ與ヘ又債權者ノ委任ニ對テ爲スヘキ執行行爲ヲ實行セス或ハ完全ニ實行セサルニ因テ債權者其他ノ執行關係人ニ損害ヲ生セシメタルトキハ執達吏ハ私法上ノ損害賠償ノ責任ニ任ス(法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論一〇一〇頁)

四 差押物保管ノ爲メ特別ノ處分ヲ必要トスル場合ニ在テハ執達吏ハ適當ノ方法ヲ以テ之カ處分ヲ爲スヘキ職責ヲ有ス從テ其

仁井田博士 板倉博士 松岡博士 岩田學士 今村信氏 民刑局長

【後段同趣旨學說】

保存方法宜キテ得サルカ故ニ損害ヲ生シタルトキハ執達吏第一ニ其實ニ任スヘキモノトス(大審院判決錄四十二年六月四頁)

五 執達吏カ其差押ヘタル物件ニ對シ適當ノ處分ヲ爲ササルカ爲メニ損害ヲ生スルニ至リタルトキハ第一ニ其實ニ任セサルヘカラサルハ當然ナリ(同上三十二年第六卷四三頁)

一 假差押物ノ競買及ヒ假差押ニ係ル有價證券ノ換價ハ之ヲ爲スコトヲ得ス然レトモ假差押物カ著ク價格ノ減少ヲ來ス恐アルトキ又ハ其貯藏ニ付キ不相應ノ費用ヲ要スルトキハ執行裁判所ハ債權者又ハ債務者ノ申立ニ依リ假差押物ヲ競買シテ賣得金ヲ供託スヘキ旨ヲ執達吏ニ命スルコトヲ得(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論下卷一五七六頁)

二 金錢ニ付假差押ヲ爲シタルトキハ直チニ之ヲ供託スルモ有價證券其他假差押物換價ハ未ダ之ヲ爲サス然レトモ貯藏ノ爲メ不相應ノ費用ヲ要スルトキ或ハ著シキ價額減少ヲ來タス虞アルトキハ執行裁判所ハ之ヲ申立テ其命ニ因リ之ヲ換價シ代金ハ之ヲ供託ス換價ノ申立ハ利害關係人ノ爲スモノナレトモ執達吏ハ其委任ニ因リ之ヲ申立ツルコトヲ得(法學博士板倉松太郎氏強制執行法義海九三二頁)

三 假差押物ニ著シキ價格ノ減少ヲ生スルノ恐アルトキ又ハ其貯藏ニ付不相應ナル費用ヲ生スヘキハ執行裁判所カ(民事訴訟法第七五〇條第二項ニ所謂假差押裁判所ハ茲ニ所謂執行裁判所ニアラサルコトヲ注意スヘシ)債權者又ハ債務者ノ申立ニ因リ其自由ナル意見ニ從テ執達吏ニ假差押物ヲ競買シ該賣得金ヲ供託スヘキ旨ヲ命スルヲ得(法學博士松岡義正氏東京法學院大學民事訴訟法第六編以下六八三頁)

四 然レトモ假差押ノ目的物ノ保存ニ付キ或ハ價額ノ減少ヲ來シ或ハ之ヲ貯藏スルニ付キ不相應ノ費用ヲ要スルトキハ執行裁判所ハ債權者ノ申立ニ因リ其物ヲ競買シ其賣得金ヲ供託スヘキ旨ヲ執達吏ニ命スルコトヲ得(法學博士岩田一郎氏民事訴訟法原論一八九五頁)

五 假差押ノ目的物カ著シク其價格ノ減少ヲ來ス虞アルトキ例ヘハ季節物タル桑葉種若クハ飲食物ヲ取押ヘタルトキ又ハ其保存ニ付キ不相應ノ費用ヲ要スルトキハ例ヘハ家畜ノ類ヲ差押ヘタルトキハ差押債權者又ハ債務者ハ執行裁判所ニ向テ之レカ賣得金ヲ供託スヘキ旨ヲ命スルコトヲ得而シテ此申請アリタルトキハ執行裁判所ハ假差押物ヲ競買シ其賣得金ヲ供託スヘキ旨ヲ命スルコトヲ得(今村信氏明大講義錄民事訴訟法第六編第八編三七七頁)

六 換價ノ申立ハ利害關係人ノ爲スモノナレトモ執達吏ハ其委任ニ因リ之ヲ申立ツルコトヲ得(三十三年七月二十六日民刑局長回答)

五五九

強制執行ハ左ノ諸件ニ付テモ亦之ヲ爲スコトヲ得 第五 公證人カ其權限内ニ於テ成規ノ方式ニ依リ作りタル證書但一定ノ金額ノ支拂又ハ他ノ代替物若クハ有價證券

(四五)

(116)

公證人ハ代替物請求即取引上數量ヲ以テ量定シ得ヘキ有價證券ノ一定ノ數量ノ給付請求權ニ付テハ執行文ヲ付與シ得ヘキモ特定ノ有價證券ノ給付請求權ニ付テハ執行文ヲ付與スヘキ權限ナキモノトス

違法ノ執行文ヲ付シタル公正證書ノ正本ニ基キ發シタル差押並ニ轉付命令ハ亦違法ニシテ其效力ナキモノトス

第一ニ本訴有價證券ハ原告ヨリ訴外渡邊市兵衛ニ貸與シタルモノナリヤ否ヤニ付キ按スルニ成立ニ爭ナシ原告及訴外市兵衛間ニ成立シタル有價證券貸借公正證書並ニ證人渡邊市兵衛ノ證書ニ徴スレハ訴外渡邊市兵衛ハ從前ヨリ被告會社ニ身元保證金代用證券ヲ差入レ株式仲買業ヲ營ミ居タル處大正四年八月中金員ノ必要ニ迫リ據メ原告ニ對シ右賣却ス可キ證券ノ代リトシテ被告會社ニ差入ル可キ代用證券ノ貸與方ヲ申出テタル處原告ハ之ヲ承諾シ四月十四日該證券ノ所有權ハ原告ヨリ市兵衛ニ移轉セシ且原告ノ請求ニヨリ何時ニテモ返還ス可ク又證券使用ノ目的ハ同人ノ大

(117)

阪株式取引品仲買人タル身元保證金代用トシテ被告會社ニ差入ルルコトニノミ限ル
 特約ノ下ニ大阪市東區道修町二丁目九番屋敷公證人田中誠夫役場ニ於テ其旨ノ貸借
 公正證書ヲ作成シタル上原告ヨリ訴外市兵衛ニ對シ原告主張ノ大阪市築港公債證書
 額面一千圓券九枚外全一千圓券一枚ヲ貸與シタル事實ヲ認メ得ヘシ而シテ訴外市兵
 衛カ原告主張ノ如ク右有價證券ヲ被告會社ニ對シ株式仲買人タル身元保證金代用ト
 シテ差入シタル事實並ニ大正四年九月中原告カ訴外市兵衛ニ對シテ有スル前記貸與
 ノ大阪市築港公債額面金一千圓券記號番號四九九一第一枚自四九九三番至四九
 九七番五枚自六二二八至六二三〇番三枚外自千圓券一枚ノ返金請求權ニ付キ前記公
 債ニ對シテ於テ該證券貸借契約公正證書ニ執行文ノ付與ヲ受ケ之ニ基キ大阪區裁判所
 訴外市兵衛カ被告會社ニ身元保證金代用トシテ差入レアル右同一ノ大阪市築港公
 債ノ返金請求權ノ差押並ニ轉付命令ヲ申請シ同區裁判所カ同月十四日右申請ニ基キ
 被告會社ニ關スル前記證券ノ返金請求ノ差押ヲ爲スト同時ニ其差押物ノ引渡請求權
 ナ債權者タル原告ニ轉付スル旨ノ命令ヲ發シ該命令カ同月十六日被告會社ニ送達セ
 ラレタル事實ハ當事者間ニ爭ナキ所ナリ依テ第二法律上ノ爭點タル公證人ハ特定ノ
 有價證券ノ給付請求權ニ對シテ執行文ヲ付與スル權限アリヤ否ヤニ付キ按スルニ公
 證人法律第一條ニ依シハ公證人當事者其他ノ關係人ノ囑託ニ因リ法律行爲其他ノ私
 權ニ關スル事實ニ付キ公正證書ヲ作成スル權限ヲ有スルモノナルヲ以テ不特定物ノ
 給付ヲ目的トスル場合ハ勿論特定ノ有價證券ノ給付ヲ目的トスル場合ニ於テモ公正
 證書ヲ作成スル權限ヲ有スルコト論テ俟タサル所ナレトモ公證人カ公正證書ニ強制
 執行ノ基本トナルヘキ執行文ノ付與ヲ爲スハ民事訴訟法第五百五十九條第五號ノ規

【關係事項】

定ニ依リ一定ノ金錢ノ支拂又ハ他ノ代替物若クハ有價證券ノ一定ノ數量ノ給付ヲ目
 的トスル請求ノ場合ニ限定セララルルヲ以テ代替的請求即取引上數量ヲ以テ量定シ得
 ヘキ有價證券ノ一定ノ數量ノ給付請求權ニ付テハ執行文ヲ付與シ得ヘキモ特定ノ有
 價證券ノ給付請求權ニ付テハ公證人ハ執行文ヲ付與スヘキ權限ナキモノトス然ラハ
 本件原告ノ訴外市兵衛ニ對スル前記特定ノ大阪市築港公債ノ返金請求權ニ對スル公
 證人カ執行文ヲ付與シタル違法ナルコト論テ俟タサル所ニシテ斯カル違法ノ執行文
 ナ付シタル公正證書ノ正本ニ基キ大阪區裁判所カ發シタル本件前記身元保證金代用
 證券ノ返還請求權ニ關スル差押前ノ轉付命令モ亦違法ニシテ其效力ナキコト明ナリ
 果シテ然ラハ原告ハ未タ訴外市兵衛カ被告會社ニ對シテ有スル本訴特定ノ有價證券
 ノ返還請求權ニ付キ適法ナル轉付ヲ受ケタルモノニ非ラサルヲ以テ轉付命令ヲ前提
 トシテ爲ス本訴請求ハ其理由ナキモノト謂ハサル可カラス(大阪地方大正四年(ワ)第七
 二號同五年四月十八日民一部裁田裁判所大橋三雲各判事判決)

【前段參照學說】

有價證券引渡請求事件○原告川尻勇夫訴訟代理人辯護士伊藤秀雄西田四郎被告株式會社大阪株式取引所代表者理事長藤野龜之
 助訴訟代理人辯護士砂川雄峻告知參加人溝畑正吉訴訟代理人辯護士村上政藏告知參加人生田國藏訴訟代理人辯護士土岐文好
 (法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論下卷一〇五三頁)
 一 公證人カ其權限内ニ於テ成規ノ方式ニ依リ作リタル證書但シ一定ノ金額ノ支拂又ハ其他ノ代替物若クハ有價證券ノ一定ノ
 數量ノ給付ヲ目的トスル請求ニ關シテ作リタル證書ニシテ債務者カ直ニ強制執行ヲ受ケヘキ旨ノ記載アルモノニ限ルモノトス
 (法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論下卷一〇五三頁)
 二 公正證書ハ代替物ノ一定ノ數量ノ給付ヲ目的トスルモノ(金錢ノ支拂モ其性質ハ代替物ノ一定ノ數量ノ給付ニ外ナラス)ニ
 限リ執行名義タルモノナリ(法學博士板倉松太郎氏強制執行法義海二〇〇頁)

同上

岩田學士

今村信行

【後段參照學說判例】

本卷民訴三頁以下參照

判旨前段ハ至當ナリト信ス本判決ニモ判示セルカ如ク公證人ハ廣ク私權ニ關ス

(二六五)

ル事實ニ付キ公正證書ヲ作成スル權能ヲ有スト雖モ民訴第六六二條第一項ノ規定ニ因リ付與スルコトヲ得ヘキ執行正本ハ強制執行ノ要件タル執行名義債務名義ト爲リ得ヘキ公正證書ニ限ルヘキヤ勿論ナリ而シテ公正證書カ執行名義ト爲ルニハ一定ノ金額ノ支拂又ハ他ノ代替物若クハ有價證券ノ一定ノ數量ノ給付等民訴第三八二條第四八四條參照代替的給付ヲ目的トスル請求ニ關シ作成セラレタルコトヲ要件トセルカ故ニ事案ノ如キ特定セル有價證券ノ給付ニ關スル公正證書ハ執行名義ト爲ルコトヲ得ス(松岡博士同說從テ斯ル公正證書ニ對シテハ公證人ハ執行文付與ノ權能ヲ有セサルモノト謂ハサルヘカラス判旨後段ニ付テハ本書前掲ヲ參照セラレタシ

(四六)

- 二二〇 此法律ノ規定ニ依リ事實上ノ主張ヲ證明ス可キトキハ裁判官チシテ其主張ヲ眞實ナリト認メシム可キ證據方法ヲ申立ツルヲ以テ是ル但即時ニ爲スコトヲ得サル證據調ハ證明ノ方法トシテハ之ヲ許サス
- 七四〇 假差押ノ申請ニハ左ノ諸件ヲ掲ク可シ
 - 第一 請求ノ表示若シ其請求カ一定ノ金額ニ係ラサルトキハ其價額
 - 第二 假差押ノ理由タル事實ヲ表示
 - 第三 請求及ヒ假差押ノ理由ハ之ヲ疏明ス可シ
 - 第四 申請ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得
 - 第七四四 債務者ハ假差押決定ニ對シ異議ヲ申立ツルコトヲ得
 - 第七四五 異議ニ付テハ假差押ノ取消又ハ變更ヲ申立ツル理由ヲ開示ス可シ
 - 第七五五 係争物ニ關スル假處分ハ現狀ノ變更ニ因リ當事者一方ノ權利ノ實行ヲ爲スコト能ハス又ハ之ヲ爲スニ著シキ困難ヲ生スル恐アルトキハ之ヲ許ス

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

七五七 假處分ハ本案ノ管轄裁所之ヲ管轄ス

右裁判ハ急迫ナル場合ニ於テハ口頭辯論ヲ經スシテ之ヲ爲スコトヲ得

七五九 特別ノ事情アルトキニ限り保證ヲ立テシメテ假處分ノ取消ヲ許スコトヲ得

(一) 民事訴訟法第七五六條第七四四條ニ依リ債務者カ假處分決定ニ對シ申立ツル
異議ハ假處分ノ申請ニ付キ口頭辯論ヲ經ス決定ヲ以テ裁判ヲ爲シタル場合ニ
口頭辯論ヲ爲シ終局判決ヲ以テ裁判ヲ爲スコトヲ求ムル申立ニシテ假處分ノ
申請ニ付テノ裁判ヲ爲スニ付キ債務者ヲシテ防禦方法ヲ提出セシムルノ途ヲ
開キタルモノトス

民事訴訟法第七五六條第七四四條第二項ニ依リ債務者カ異議申立書ニ關スル
理由ハ防禦方法ニ關スル準備書面タルノ性質ヲ有スルニ止マルモノニシテ異
議ノ申立ニ依リ假處分申請ニ關スル當事者ノ地位ハ何等變更ヲ受クルコトナ
ク依然債權者ハ申請人タル地位ニ債務者ハ被申請人タル地位ニ在ルモノナル
ヲ以テ債權者ハ同法第七五六條第七四〇條第二項ニ依リ請求及ヒ假處分ノ理
由ヲ疏明セサルヘカラス

民事訴訟法第七四〇條第二項ノ請求ノ理由ヲ疏明スルトハ同法第二二〇條ニ
從ヒ裁判官ヲシテ請求權存在ニ關スル自己ノ主張事實ヲ眞實ナリト認メシム
ルヲ請フモノニシテ裁判官ハ疏明ノ有無ニ依リ請求權ノ存在ニ關スル事實認

(一六六)

(一六七)

否ヲ爲スコトヲ得ヘク請求權ノ存在ニ關スル假處分申請人ノ主張事實ハ明
ク俟タスシテ之アルモノト假定シ獨リ其主張事實ニ從ヒ法律上請求權アリヤ
否ヤヲ判斷スルモノニ非ス

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

保證ヲ立ツルコト以外ノ理由ニ因リ假差押ノ取消ニ關スル民事訴訟法第七四
五條第二項第七四七條第一項等ノ規定ハ假處分ニ付キ同法第七五六條ニ依ル
準用アルヲ以テ假處分ノ取消ニ付テハ常ニ保證ヲ立ツルコトヲ要スルモノニ
非ス

(一) 民事訴訟法第七五六條第七四四條ニ依リ債務者カ假處分決定ニ對シ申立ツル異

議ハ假處分ノ申請ニ付キ口頭辯論ヲ經ス決定ヲ以テ裁判ヲ爲シタル場合ニ口頭辯論ヲ爲シ終局判決ヲ以テ裁判ヲ爲スコトヲ求ムル申立ニシテ假處分ノ申請ニ付テノ裁判ヲ爲スニ付キ債務者ニシテ防禦方法ヲ提出セシムルノ途ヲ開キタルモノナリ蓋シ民事訴訟法第七七七條第二項ニ依レハ假處分ノ申請ニ付テハ口頭辯論ヲ輕テ裁判ヲ爲スナ通常トスト雖モ急迫ナル場合ニ於テハ口頭辯論ヲ輕テ裁判ヲ爲スコトヲ得ヘク此場合ニ債務者カ防禦方法ヲ有スルナラハ口頭辯論ヲ爲サシメ攻撃防禦ノ方法ヲ盡サシメタル上更ニ裁判ヲ爲スヲ以テ適當トスレハナリ左レハ民事訴訟法第七五六條第七四四條第二項ニ依リ債務者カ異議申立書ニ開示スル理由ハ防禦方法ニ關スル準備書面タルノ性質ヲ有スルニ止マルモノニシテ異議ノ申立ニ依リ假處分申請ニ關スル當事者ノ地位ハ何等變更ヲ受クルコトナク依然トシテ債權者ノ申請人タル地位ニ債務者ハ被申請人タル地位ニ在ルモノナルヲ以テ債權者ハ民事訴訟法第七五六條第七四〇條第二項ニ依リ請求及ヒ假處分ノ理由ヲ説明セサルヘカラス請求ノ理由ヲ説明スルトハ民事訴訟法第二二〇條ニ從ヒ裁判官ヲシテ請求權存在ニ關スル自己ノ主張事實ヲ眞實ナリト認メシムルヲ謂フモノニシテ裁判官ハ説明ノ有無ニ依リ請求權ノ存在ニ關スル事實ノ認否ヲ爲スコトヲ得ヘク上告人主張ノ如ク請求權ノ存在ニ關スル假處分申請人ノ主張事實ハ説明ヲ俟タスシテ之アルモノト假定シ獨リ其主張事實ニ從ヒ法律上請求權アリヤ否ヤヲ判斷スヘキモノニ非サルナリ假處分ハ請求權ノ事實上ノ存否ヲ確定スルモノニ非サルヲ以テ假處分ノ裁判ニ於ケル其存否ノ判定ハ後ニ本案ノ裁判ニ於テ其存否ヲ確定スルノ何等妨ケトナルモノニアラス果シテ然レハ上告論旨ハ理由ナシ

【關係事項】

上告棄却○原審大阪控訴院○假處分異議申立事件○上告人中島笑太郎訴訟代理人辯護士米田實向大塚守穂被告上告人株式會社 廣銀行

【一點參照學說】

(一) 假處分ノ裁判ハ假差押ノ裁判ノ如ク判決ヲ以テスル場合トアリ判決ヲ以テスル場合ハ異議ヲ主張スルヲ得ス通常ノ上訴方法ヲ以テ之ヲ攻撃セサルヘカラス故ニ異議ノ物體ト爲ルモノハ假處分決定ニ限ル(法學博士板倉松太郎氏強制執行法義海一一九頁)
假處分ノ決定ニ對シ異議ハ假處分決定ニ對スル異議ニ同シク上訴ニ非ス亦訴ニモ非サルヲ以テ異議ノ理由ヲ提出スルニ付テハ何等ノ制限アルコトナシ之レ異議ト第七四七條ノ準用ニ依レル若クハ第七五九條ニ依ル假處分ノ取消ヲ求ムル申立ト區別スヘキ要點ナリ(同上二〇〇頁)
二 假處分ノ申請ニ付テハ口頭辯論ヲ輕テ其許容ヲ裁判スルヲ原則トス只急迫ナル場合ニハ口頭辯論ヲ輕テ爲スコトヲ得ヘシ口頭辯論ヲ輕テハ口頭判決ヲ以テ其裁判ヲ爲シ其判決ニ對シテ不服アルトキハ故障若クハ上訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ口

(二) 特定ノ給付ニ關スル權利ノ實行ハ金錢債權又ハ金錢債權ニ代フルコトヲ得ヘキ請求ト異ナリ保證ヲ立ツルコトヲ以テ之ヲ擔保スルコトヲ得ヘキニ非サルカ故ニ民事訴訟法第七五九條ハ保證ヲ立テシメテ假處分ノ取消ヲ許スニハ特別ノ事情アルコトヲ要スルモノトシ假差押ニ關スル同法第七四五條第二項第七四七條第一項ノ如ク裁判所ノ自由ナル意見ヲ以テ定ムル保證ヲ立ツルコトノミヲ以テハ取消ヲ許ササルモノト爲シ此點ニ於テ假差押ノ規定ニ差異ヲ設ケタルモノニシテ保證ヲ立ツルコト以外ノ理由ニ因ル假差押ノ取消ニ關スル民事訴訟法第七四五條第二項第七四七條第一項等ノ規定ハ假處分ニ付キ第七五六條ニ依ル準用ナキモノニ非サルヲ以テ假處分ノ取消ニ付テハ常ニ保證ヲ立ツルコトヲ要ストスル論旨ハ理由ナシ(大正四年(オ)第九五七號同五年一月二十六日民三第橫田裁判長大倉楠原嘉山三宅各判事判決)

板倉博士

同上

板倉博士

板倉博士

岩田博士

頭辯論ヲ經シテ爲ス裁判ハ決定ナク假處分ヲ許ス決定ニ對シ債務者カ不服ナルトキハ異議ノ申立ヲ爲スヲ得ヘク異議ノ裁判ハ假差押ト同ク判決ヲ以テ爲スヘキモノナレハ其判決ニ對シテハ故障若クハ上訴ニ因テ不服ヲ許サルモノトス(法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論一三〇六頁)

【二】二點參照學說

一 異議申立書ニハ假差押ノ取消又ハ變更ヲ求ムル前示實體上若クハ形式上ノ理由ヲ開示スヘキモノナリ(法學博士板倉松太郎氏強制執行法義海一一八九頁)

二 異議ノ申立アリタルトキハ假處分申請者タル債權者ハ訴ニ於ケル原告ノ地位ニ在リテ行動スヘキモノトス債務者ハ被告ノ地位ニ在リテ行動スヘキモノトス之レ假處分若クハ假差押ノ執行ニ對スル異議ト手續トノ狀態ヲ異ニスル要點ナリ同上二〇三頁)

【三】三點參照學說

請求及ヒ假差押ノ理由ノ疏明即チ請求ノ存在ヲ明スルノミナラス假差押ノ理由タル事實ノ存在ヲモ疏明セサルヘカラス疏明トハ或ル事實ノ存在不在ヲ立證スルヲ謂フニ非ス裁判官ナシテ或ル事實ノ存在不在ニ付キ一應ノ信用ヲ起サシムル證據作用ヲ謂フ裁判官ハ證據ヲ爲スヲ要セス證據屬ノ申立ノミニ依リ疏明アリタルモノト爲スヲ得(法學博士板倉松太郎氏強制執行法義海九〇三頁)

被告ハ請求權ヲ爭ヒ又ハ假差押ノ理由ヲ爭フノ防禦方法ヲ提出スルヲ得ルコト勿論ナルモ其主張ヲ支持スルニハ原告ト同シク疏明ニ依ラサルヘカラス故ニ直ニ證據調ヲ爲ス能ハサル證據方法ヲ提出スルヲ得ス而シテ被告カ疏明ヲ爲スヘキ必要ヲ生スルニハ原告ノ請求及ヒ假差押ノ理由ノ疏明セラレタル場合ナルヘキヲ以テ被告ノ證據方法ハ原告ノ爲シタル疎明ノ打破目的トスルモノニ外ナラス(同上九二〇頁)

【四】四點參照學說

審理ノ範圍ハ實體權ノ有無存否ニ及ハス實體權ニ付キテノ審理ハ本案訴訟ニ於テ爲スヘキモノナレハナリ從テ實體トノ法律關係ノ存否ニ付キ確定力アル裁判ヲ爲ス能ハス(法學博士板倉松太郎氏強制執行法義海九一九頁)

【二】前段參照學說

假處分命令ハ假差押命令ノ如ク金錢ノ給付請求ノ執行保全ニ非サルヲ以テ假差押命令ノ如ク債務者ノ保證ヲ定メシメテ命令ノ

取消ヲ許サルヘキニ非ス即チ命錢以外ノ給付請求權ニ付キ又ハ繼續セル法律關係ヨリ生スル損害ヲ金錢ヲ以テ賠償セシムルヲ得サル場合アレハナリ故ニ假差押命令ニ於ケル第七四三條ノ規定ハ假處分命令ニ適用ナク隨テ第七五四條ノ規定モ假處分命令ニ適用ナシ然レトモ債權者カ假處分命令ノ取消ニ因リ被ルコトアルヘキ損害ヲ金錢ヲ以テ賠償シ得ヘキモノナルトキハ保證ヲ立テシメテ假處分命令ノ取消ヲ許スモ實害ナキヲ以テ特別ノ狀況アルトキニ限り債務者ノ申請ニ因リ保證ヲ命シテ取消ヲ許スモノトセリ特別ノ狀況ノ如何ハ裁判所ノ判斷ニ因ル(法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論一三〇七頁)

四七

一四五 送達ヲ受ク可キ人ニ住居ニ於テ出會ハサルトキハ其住居ニ於テスル送達ハ成長シタル同居ノ親族又ハ雇人ニ之ヲ爲スコトヲ得

四〇〇 控訴期間ハ一个月トス其期間ハ不變期間ニシテ判決ノ送達ヲ以テ始マル

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

再審ノ訴ハ確定判決ニ對スル不服申立ノ方法ナルヲ以テ判決ノ未タ確定セス從テ之ニ對シ他ニ故障若クハ上訴ノ方法ニ依リ不服ノ申立ヲ爲シ得ル間ハ其必要ナキカ故ニ法律上再審ノ訴ヲ許スヘキモノニ非ス

判決カ當事者ノ所ニ非サル他人ノ住居ニ發送セラレ當事者ト親族若クハ雇人ノ關係ナキ者ノ受領スル所トナリタルトキハ判決ハ未タ適法ニ送達セラレサルヲ以テ控訴期間モ未タ開始セス從テ該判決ハ未タ形式上確定ノ效力ヲ發生セス

仍テ先ツ本訴ハ法律上許サル可キモノナリヤ否ヤノ事實ニ付キ案スルニ凡ソ再審ノ訴ナル制度ハ確定判決ニ對シ特ニ法律上認許セラレタル不服申立ノ方法ニ外ナラサルコトハ民事訴訟法第四百六十七條ノ規定ニ徴シ明瞭ナルヲ以テ判決ノ未タ確定セス從ツテ之ニ對シ他ニ故障若クハ上訴ノ方法ニ依リ不服ノ申立ヲ爲シ得ル途存スル間ハ其必要ナキカ故ニ法律上再審ノ訴ヲ許サル可キモノニ非スト解スルヲ相當トス

仁井田博士
板倉博士
岩田學士

【關係事項】

法定推定家督繼承廢除取消事件○控訴人水江林吉訴訟代理人辯護士德本寬三被控訴人水江つる訴訟代理人辯護士小野寺勝
然り而シテ控訴代理人ノ本訴ニ關スル叙上主張事實ニ依レハ本訴ノ本案事件タル被
控訴人先代亡水江勝次郎對控訴人間ニ於ケル法定推定家督相續人廢除事件ニ付キ言
渡サレタル判決ハ控訴人ノ所ニ非サル右勝次郎方ニ發送セラレ同處ニ於テ控訴人ト
親族若クハ雇人ノ關係ナキ訴外加野ふみの受領スル所トナリ控訴人ニ對シテハ未ダ
適法ニ發送セラレスト謂フニ在ルヲ以テ該主張事實ノ如クセハ叙上ノ判決ハ適法ニ
未ダ控訴人ニ達セラレサルヲ以テ民事訴訟法第四百條ニ規定セル上訴期間モ未ダ開
始セラレサル程度ニ在リト謂フヲ得可ク從ツテ該判決ハ未ダ形式上確定ノ効力ヲ發
生スルニ至ラサルコト勿論ナルカ故ニカカル判決ニ對スル不服申立ノ方法トシテ再
審ノ訴ハ法律上許サル可キモノニ非ヌ(大阪控訴院大正四年)第三三號同五年四月四
日第二民事部鬼澤裁判長大中古川各判事判決法律新聞第一一二六號二四頁)

【前段再審ノ訴ニ關スル同趣旨學說】

一 再審ノ訴ハ確定セル終局判決ニ對シテ之ヲ許スモノトス然レトモ上訴ニ關シテ終局判決ト看做サルル中間判決ハ亦再審ノ
訴ニ關シテ終局判決ト看做サルルモノト謂ハサルヘカラス蓋シ再審ノ訴ハ上訴ト同シク不服ノ申立ナルヲ以テナリ(法學博士
仁井田松太郎氏民事訴訟法要論中卷九三六頁)
二 再審ノ訴ノ標的ト爲ル者ハ確定ノ終局判決ナリ上訴ニ關シテハ終局判決ト看做スヘキ中間判決ナレトモ再審ニ於テハ確定
ノ終局判決ト看做スヘキモノナシ強制執行ニ於テハ假執行ノ宣言ヲ附シタル判決ハ確定判決ト同一ノ效力アレトモ再審ニ於テ
ハ右ノ如キ場合ニ生スルコトナシ故ニ假執行ノ宣言ヲ附シタル判決ハ上訴ヲ以テ攻撃スヘク再審ノ訴ヲ以テ攻撃スヘキモノニ
非サルナリ而シテ確定判決ナル以上ハ對席判決タルト闕席判決タルト全部判決タルト一部判決タルト通常訴訟ノ判決タルト特
別訴訟ノ判決タルト差戻判決タルト移送判決タルト同トナシ然レトモ中間判決ハ總合上訴ニ關シテハ終局判決ト看做ス
モノト雖モ再審ノ訴ノ目的物ト爲ラス決定命令亦然リ(法學博士板倉松太郎氏民事訴訟法綱要五〇八頁)
三 再審ノ訴ハ確定シタル終局判決ニ對シテノミ之ヲ提起スルコトヲ得故ニ確定ノ終局判決ナルトキハ全部判決タルト一部判

岩田學士
長崎控訴
院判決

【後段上訴期間ノ開始ニ關スル同趣旨學說判例】

決タルト問ハス又對席判決タルト闕席判決タルト問ハス又控訴裁判所ノ差戻判決タルト上告裁判所ノ差戻若クハ移送判決タ
ルト問ハス再審ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ而シテ妨訴抗辯ヲ棄却スル中間判決、請求ノ原因ヲ正當ナリトスル中間判決留保
判決ハ再審ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス(法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論八九〇頁)
一 從令判決正本ノ發送アリタル場合ト雖モ其發送力不適法ナリシトキハ控訴期間ハ開始セラレサルヲ以テ控訴ノ提起ハ許サ
レサルモノト謂ハサルヘカラス(法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論七五五頁)
二 控訴期間ノ開始ニハ一審判決ノ適法ナル發送ナルヘカラス而シテ發送ノ不適法ハ當事者ニ於テ異議ヲ述ヘサル爲メ補正
セラルヘキモノニ非ヌ(長崎控訴院二部判決法律新聞第七七六號二四頁)

四八

至當ナル判決ナリ

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

民事訴訟法第七三二條ハ債權者ノ請求ノ目的物ト債務者ノ第三者ニ對スル請求
ノ目的物ト同一ナル場合ニ於テ其目的物力或特定ノ動産又ハ不動産ノ引渡ニ關
スルトキニアラサレハ其適用ナキモノトス

【理由】 被告本人訊問ノ結果記録添付ノ被告名義ノ委任狀ハ意思ニ出テタル有效ノ
ノナルコト明ナルヲ以テ被告代理人ハ適法ナル應訴ノ代理權限ヲ有スルモノト認ム
仍テ本案ニ付按スルニ民事訴訟法第七百三十二條ハ債權者ノ請求ノ目的物ト債務者
ノ第三者ニ對スル請求ノ目的物ト同一ナル場合ニ於テ其目的物力或特定ノ動産又ハ
不動産ノ引渡ニ關スルトキニアラサレハ其適用ナシ然ルニ原告ノ請求原因ハ訴外中
島政太郎ニ對スル手形債權ノ爲メ政太郎ヨリ被告ニ對スル小作米引渡請求權ニ付轉

仁井田博士

板倉博士

岩田學士

付ヲ受ケタルニ依リ前記法條ニ基キ之カ引渡ヲ求ムト云フニ在ルヲ以テ原告ノ中島政太郎ニ對スル請求ノ目的物ハ同一ニアラズ、且小作米ナルモノノ引渡ハ通常特定物ノ引渡ナリト稱スルコトヲ得サルカ故ニ本訴ハ原告ノ主張自體ニ依リテ失當ナルモノト認ム(堺區大正五年)第九四號同年四月二十日岩村判事判決法律新聞第一一二九號二八頁)

【關係事項】

小作米請求事件○原告株式會社河東銀行法定代理人辰橋彼西野眞太郎訟代理人辯護士清瀬一郎被告松川萬吉訟代理人辯護士松本靜史

【同趣旨學說】

一 債務者ノ引渡(廣義ノ引渡)スヘキ物カ第三者ノ手中ニ存スル場合ニ於テハ其物ノ何タルヲ向ハス執達吏ハ第三者ノ所持ヲ奪フコトヲ得サルカ故ニ第三者カ引渡ヲ拒ム限リハ執行裁判所ハ債權者ノ申立ニ依リ金錢ノ債權ノ差押ニ關スル規定ニ從ヒ決定ヲ以テ第三者ニ對スル債權者ノ引渡ノ請求ヲ差押ヘタル後之ヲ債權者ニ轉付スヘキモノトス(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論下卷一四一四頁)
二 甲カ乙ニ對シテ代替物ノ給付ヲ目的トスル請求權ヲ有スル場合ニ於テ同種類ノ請求權ヲ有スル甲ノ債權者ハ之ニ基キ第七三二條ニ依リ右請求權ヲ差押スルコトヲ得ルヤ曰ク否第七三二條ハ債權者ノ請求ノ目的物ト債務者ノ第三債務者ニ對スル請求ノ目的物ト同一ナル場合ノ規定ナレハ代替物ノ請求ハ其目的物同種類ナルニ止マリ同一ナリト謂フヲ得サルヲ以テ本問ノ場合ニハ同條ヲ適用スルヲ得ザレハナリ故ニ本問ノ場合ニハ甲ノ債權者ハ損害賠償ノ請求權ニ基キ乙ニ對スル甲ノ代替物ノ請求權ヲ差押フルヲ得ル(法學博士板倉松太郎氏強制執行法義海八七〇頁)
三 動産ナルト不動産ナルトト問ハス強制執行目的物カ第三者ノ手中ニ存スルトキハ債務者ヨリ第三者ニ對シ爲スヘキ引渡ノ請求權ヲ債權者ノ申立ニ因リ金錢債權ノ差押ニ關スル規定ニ從ヒ之ヲ債權者ニ轉任スヘキモノトス而シテ此手續ヲ適用スヘキ場合ハ特定ノ動産若クハ不動産ニ對スル場合ニ限リ代替物ニ對スル場合ニハ其適用ナキモノトス如何トナレハ代替物引渡ノ強制執行ハ代替物ノ性質上債務者ノ所持スル場合ニ限ラレハナリ(法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論一二七〇頁)

(一七四)

四九

- 一九〇 訴ノ提起ハ訴狀ヲ裁判所ニ差出シテ之ヲ爲ス此訴狀ニハ左ノ諸件ヲ具備スルコトヲ要ス
- 第二 起シタル請求ノ一定ノ目的物及其請求ノ原因
- 一九五 訴訟物ノ權利拘束ハ訴狀ノ送達ニ因リテ生ズ權利拘束ハ左ノ效力ヲ有ス
- 第三 原告ハ訴ノ原因ヲ變更スル權利ナシ但變更シタル訴ニ對シ本案ノ口頭辯論前被告カ異議ヲ述ヘサルトキハ此限ニ在ラス
- 一九六 原告カ訴ノ原因ヲ變更セシテ左ノ諸件ヲ爲ストキハ被告ハ異議ヲ述フルコトヲ得ス
- 第一 事實上又ハ法律上ノ申述ヲ補充シ又ハ更正スルコト
- 五九四 第三者(第三債務者)ニ對スル債權者ノ債權ニシテ金錢ノ支拂又ハ他ノ有體物若クハ有價證券ノ引渡若クハ給付ノ目的トスルモノノ強制執行ハ執行裁判所ノ差押命令ヲ以テ之ヲ爲ス
- 六〇〇 差押ヘタル金錢ノ債權ニ付テハ差押債權者ノ選擇ニ從ヒ代位ノ手續ヲ要セシテ之ヲ取立ツル爲メ又ハ支拂ニ換ヘ券面額ニテ差押債權者ニ之ヲ轉付スル爲メ命令アラントキハ申請スルコトヲ得
- 六一〇 債權者カ命令ノ旨趣ニ基キ第三債務者ニ對シ訴ヲ起スニ至リタルトキハ一般ノ規定ニ從ヒテ管轄ヲ有スル裁判所ニ其訴ヲ起シ且債務者内國ニ在リテハ住所ノ知レタルトキハ其訴訟ヲ之ニ告知ス可シ
- 六一五 有體動産ノ請求ノ差押ニ付テハ其動産ヲ債權者ノ委任シタル執達吏ニ引渡ス可キコトヲ命ス可シ
- 會計規則六九第三項 工事又ハ物品賣買ノ競争ニ加ハラントシ若クハ其契約ヲ結ハントスル者ハ現金又ハ公債證書ヲ以テ保證金ヲ納ムヘシ
- 保管金規則一 法律勅令又ハ從來ノ規則ニ依リ政府ニ於テ保管スル公有金私金ハ左ノ計算法ニ從ヒ滿五年ヲ過キテ拂戻ノ請求ナキトキハ政府ノ所得トス但別ニ法律ヲ以テ失權ノ期限ヲ定メタルモノハ各其定ムル所ニ依ル
- 三 保管金ノ證書ハ賣買讓與又ハ書入質入スルコトヲ得ス
- 第七〇號各官廳ニ於テ管理スル政府所有ノ有價證券及政府ニ於テ保管ノ義務ヲ有スル有價證券(寄託ノ件)ニ依ル金錢有價證券ノ保管受渡ハ此規程ニ依リ命庫ニ於テ取扱フモノトス
- 同二 現金又ハ有價證券ハ權利者ヨリ寄託スルモノト官廳ヨリ寄託スルモノトノ二種ニ分チ之ヲ取扱フヘシ
- 民法八六第三項 無記名債權ハ之ヲ動産ト看做ス
- 同三四 質權ノ設定ハ債權者ニ其目的物ノ引渡ヲ爲スニ因リテ其效力ヲ生ズ
- 同三六三 債權ヲ以テ質權ノ目的ト爲ス場合ニ於テ其債權ノ證書アルトキハ質權ノ設定ハ其證書ノ交付ヲ爲スニ因リテ其效力ヲ生ズ

同四六六第一項 債權ハ之ヲ讓渡スコトヲ得但其性質カ之ヲ許ササルトキハ此限ニ在ラス
同六三二 請負ハ當事者ノ一方カ或仕事ヲ完成スルコトヲ約シ相手方カ其仕事ノ結果ニ對シ之ニ報酬ヲ與フルコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ス

(一) 訴ノ原因トハ當該訴訟ニ於テ請求スル權利換言スレハ當該法律關係ノ發生變更消滅等ノ因ヲ生スル事實關係ヲ指稱スルヲ以テ該事實關係ヲ變更シ又ハ其同一性ヲ失却セサル限りハ假令他ノ事實ヲ補充詳述スルモ訴ノ原因ノ變更ニ非サルハ勿論請求原因ノ一定ヲ缺クモノト謂フヲ得ス

差押命令ニ基キ引渡命令ヲ得タリト主張シ後ニ取立命令ヲ得タリト主張スルハ單ニ請求ノ原因タル事實上ノ申述ヲ補充シタルニ過キスシテ訴ノ原因ヲ變更シタルモノニ非サルハ勿論差押命令ニ基キ引渡命令ヲ主張シタルハ單ニ取立命令ヲ申請スル迄ノ經路ヲ詳述シタルニ止マリ兩命令ノ主張ハ毫モ差押命令ニ基ク取立命令ノ同一性ノ認識ヲ妨ケサルカ故ニ請求原因ノ一定ヲ缺ク不適法ノ訴ト謂フヲ得ス

(二) 國家カ其機關タル當該官廳ニ依リ請負契約ノ如キ私法上ノ契約ヲ締結スルニ當リ請負人タル一私人ヲシテ其義務ノ履行ヲ確保スル爲メ擔保ヲ提供セシムルニ際シ其擔保物件ヲ注文者タル當該官廳ヲシテ保管セシムルナク他ノ機關タル中央金庫ニ於テ保管セシメ同金庫發行ニ係ル保管證書ヲ當該官廳ヲシテ保管セシメタル場合ニ於テハ請負人タル一私人ト注文者タル國家機關タル當

1113

該官廳トノ間ニ於ケル請負契約ニ基ク法律關係ト請負人ト受寄者タル國家機關タル中央金庫トノ間ニ於ケル寄託契約ニ基ク法律關係トハ全然別個ニシテ恰モ注文者タル國家機關ハ請負人カ中央金庫ニ對シテ有スル擔保ノ目的タル寄託物返還請求權ノ上ニ權利質ヲ有スルノ觀ナキニ非ラス然レトモ元來國家ハ其機關ニ依リ公私諸般ノ活動ヲ爲スモノナルヲ以テ一面一ノ機關ニ依リ請負契約ヲ締結シ他面他ノ機關ニ依リ右契約ニ基ク擔保物件ノ保管ヲ爲スモ歸著スル所ハ國家ナル同一人格者カ請負契約ヲ締結シ同時ニ自ラ擔保物件ヲ保管スルニ過キスシテ其間二個ノ別異ノ法律關係ヲ形成スルモノニアラス從ツテ國家カ法律ヲ以テ其保管ニ係ル保管物ニ付キ讓渡ヲ禁止シタルトキハ請負人タル一私人カ請負契約ニ基ク義務履行ヲ完了シタル場合ニ於ケル右擔保物件ノ返還請求權モ亦之カ讓渡ヲ禁止スルモノト謂ハサルヲ得ス

(三) 二十三年法律第一號保管金規則第一條ニ規定セル法律勅令又ハ從來ノ規則ニ依リ政府ニ於テ保管スル公有金私有金中ニハ有價證券殊ニ公債證書ヲ包含スルモノトス又同規則第三條ニ依リ保管證書ノ讓渡ヲ禁セル以上ハ同證書記載ノ債權ノ讓渡ヲ禁止シタルモノト解スヘキカ故ニ保管證書記載ノ公債證書返還請求權ハ右保管金規則ナル法律ニ依リ其讓渡ヲ絕對ニ禁止セラレタルモノトス

1113

(四) 債權が法律上ニ於テ絶對ニ其讓渡ヲ禁止スル以上ハ讓渡禁止ノ特約アル場合ト異リ其讓渡ヲ禁シタル保管金規則ナル法律ノ改廢ナキ限りハ讓渡ノ承認ノ如キ毫モ讓渡禁止ニ消長ヲ及ホスコトナキカ故ニ財産權ノ通有性タル讓渡可能性ヲ回復スルモノニアラス」

(五) 差押ノ目的タル債權ハ融通性即チ讓渡可能ヲ前提トスルモノナルヲ以テ法律上讓渡禁止又ハ性質上讓渡不可能ノ債權ノ如キハ全然差押ヲ爲スコトヲ得ス從テ之ニ對スル差押命令ハ無効ニシテ之ニ基ク取立命令モ亦無効ナルモノトス」

(一) 本案ニ入ルニ先チ本訴ハ訴ノ原因ノ變更又ハ消滅原因ノ一定ヲ缺ク不適法ノ訴ナリヤ否ヤチ案スルニ本訴原告代理人ハ曩ニ訴外小林四郎作ハ第一師團經理部ニ對シテ有スル請負契約ノ義務完全ニ履行シタル際其返還ヲ受ク可キ本件公債證書ノ引渡請求權ヲ差押命令ニ依リ之ヲ差押ヘ該命令ノ趣旨ニ基キ引渡命令ヲ得テ之カ引渡ヲ請求シタルモ中央金庫ニ於テ之ニ應セザリシヲ以テ本訴ニ及ヒタリト主張シ後ニ前記差押命令ニ基キ取立命令ヲ申請シ之カ送達ヲ完了シタリト附陳セルコトハ本件訴狀及辯論ノ全主旨ニ徴シ明白ニシテ從參加代理人ハ曩ニ引渡命令ヲ主張シ後ニ取立命令ヲ主張スルハ之訴ノ原因ノ變更ナリトシ假リニ訴ノ原因ノ變更ニアラスシテ兩命令ヲ主張スルモノトセハ之請求原因ノ一定ヲ缺ク不適法ノ訴ナリト抗爭スルモ抑訴ノ原因トハ當該訴訟ニ於テ請求スル權利換言スレハ當該法律關係ノ發生變更消滅

滅等ノ因テ生スル事實關係ヲ指稱スルヲ以テ該事實關係ヲ變更シ又ハ其同一性ヲ失却セサル限りハ假令他ノ事實ヲ補充詳述スルモ訴ノ原因ノ變更ニ非サルハ勿論請求原因ノ一定ヲ缺クモノト謂フヲ得ス然リ而シテ今本件ニ於テ本訴原告代理人ハ前記ノ如ク後ニ取立命令ヲ主張シタルモ之單ニ請求ノ原因タル事實上ノ申述ヲ補充シタルニ過キスシテ敢テ訴ノ原因ヲ變更シタルモノニ非サルハ勿論差押命令ニ基ク引渡命令ヲ主張シタルハ單ニ取立命令ヲ申請スル迄ノ經路ヲ詳述シタルニ止マリ兩命令ノ主張ハ毫モ差押命令ニ基ク本訴取立命令ノ同一性ノ認識ヲ妨ケサルカ故ニ請求原因ノ一定ヲ缺ク不適法ノ訴ト謂フヲ得ス

(二) 進ンテ本案ニ入ルニ訴外小林四郎作カ被告國ノ代表機關タル第一師團經理部ト東京陸軍兵器支廠板橋兵器庫新築工事ノ請負契約ヲ締結シ右契約ニ基ク義務履行ヲ確保スルノ目的ヲ以テ之カ擔保トシテ本件公債證書額面一萬六千圓ヲ中央金庫ニ供託シ同金庫發行ニ係ル本件保管證書ヲ前記第一師團經理部ニ納入シタルコト及ヒ右小林カ前記請負契約ノ義務ヲ完全ニ履行シ保證ノ原因消滅シタルトキハ本件公債證書ノ返還請求權ヲ有スルコトハ當事者間ニ爭ヒナキヲ以テ本件主要ノ争點タル前記公債證書返還請求權ノ讓渡可能性ノ有無ヲ判斷スルニ先チ先ツ右權利ノ本質及内容ヲ審究スルニ當リ請負人タル一私人ヲシテ其義務ノ履行ヲ確保スル爲メ擔保ヲ提供セシムルニ際シ其擔保物件ヲ注文者タル當該官廳ヲシテ之ヲ保管セシムルコトナク他ノ機關タル中央金庫ニ於テ保管セシメ同金庫發行ニ係ル保管證書ヲ當該官廳ヲシテ保管セシメタル場合ニ於テハ一見請負人タル一私人ト注文者タル國家機關タル當該

官廳トノ間ニ於ケル請負契約ニ基ク法律關係ト前記請負人ト受寄者タル國家機關タル中央金庫トノ間ニ於ケル寄託契約ニ基ク法律關係トハ全然別個ノ觀ヲ呈シ恰モ注文者タル國家機關ハ請負人カ中央金庫ニ對シテ有スル擔保ノ目的タル寄託物返還請求權ノ上ニ權利質ヲ有スルノ觀ナキニ非ラスト雖モ之レ皮相ノ見解ニシテ元來國家ハ其機關ニ依リ公私諸般ノ活動ヲ爲スモノトナルヲ以テ一面一ノ機關ニ依リ請負契約ヲ締結シ他面他ノ機關ニ依リ右契約ニ基ク擔保物件ノ保管ヲ爲スモ歸著スルトコロハ國家ナル同一人格者カ請負契約ヲ締結シ同時ニ自ラ擔保物件ヲ保管スルニ過キスシテ敢テ其間二個ノ別異ノ法律關係ヲ形成スルモノニアラス從テ國家カ若シ法律ヲ以テ其保管ニ係ル保管物ニ付キ讓渡ヲ禁止シタルトキハ請負人タル一私人カ請負契約ニ基ク義務履行ヲ完了シタル場合ニ於ケル右擔保物件ノ返還請求權モ亦之ヲ讓渡ヲ禁止スルモノト謂ハサルヲ得ス蓋シ兩者ハ前段叙説ノ如ク相包容セル不離ノ一法律關係ノ一ヲ爲スニ過キスシテ全然別個ノモノニ非ラサルノミナラス若シ前者ノ讓渡禁止ハ後者ノ讓渡ニ何等ノ交渉ナシトセハ當初ノ擔保ノ目的ヲ没却スルニ至ル可ケレハナリ主參加原告代理人ハ保管物ニ付テハ假令法令ニ依リ之カ讓渡ヲ禁止アリトスルモ擔保物件ノ提供者タル請負人カ其義務ヲ履行シ保證ノ原因消滅シタルトキニ於ケル其擔保物件タル保管物ノ返還請求權トハ何等交渉スルトコロナシト主張スルモ之前段敘説ノ法理ヲ誤解シタルニ基クモノナリ

(三) 依ツテ更ニ進ント前示當面ノ爭點タル本件保管證書ハ法律上其讓渡ヲ禁止セラレタリヤ否ヤヲ考究審案スルニ本件保管證書カ明治二十六年大藏省令第二十號保管物取扱規程第五條ニ基ク同規程附屬第二號書式ノ保管證書タルコトハ當事者間ニ爭

C1183

ナク而シテ明治二十三年法律第一號保管金規則第一條ハ法律勅令又ハ從來ノ規則ニ依リ政府ニ於テ保管スル公有金私有金ノ押戻請求權ニ付キ規定シ同規則第三條ニハ保管證書ハ賣買讓與又ハ質入書入スルコトヲ得スト規定セルヲ以テ同規則ハ單ニ現金ヲ保管スル場合ニノミ適用アルノ觀アルニ似タリト雖續テ我國舊時ノ取引觀念ニ於テハ現金ト有價證券殊ニ公債證書トハ殆ント同一視セラレ從テ當時其法律上ノ用語及觀念ニ於テモ近時ノ如ク嚴正精密ヲ缺クノミナラス若シ同規則ニシテ單ニ現金ノミニ適用アリ有價證券殊ニ公債證書ヲ除外スヘシトセハ有價證券ニ付テハ拂戻請求權ニ付キ何等時効ノ規定ナキニ至ルヘク又同シク保證トシテ供託シタル場合ニ於テ其讓渡禁止ナキニ歸著シ其現金タルト有價證券タルトニ依リ其取扱上同一視セラルルニ拘ラス斯クノ如キ差等ヲ設クヘキ理由寸毫モ存セサルヲ以テ本訴原告代理人主張ノ如ク同規則ハ文字上公有金私有金トアルモ有價證券殊ニ公債證書ヲ包含スルモノト解スルヲ妥當トス今同規則發布以前ノ明治二十二年五月勅令第六十號會計規則第六九條等ニ依レハ當時既ニ請負工事等ニ付キ保證金トシテ公債證書ヲ納入セシムル場合アルヲ豫想セシコトヲ推斷スルニ難カラス然ルニ斯クノ如キ場合ニ其保證トシテ納入シタル有價證券殊ニ公債證書ヲ前記保管金規則ヨリ除外シテ解スヘキ理由寸毫モ存在セサルノミナラス明治二十三年勅令第二號及同二十六年勅令第七十號ハ前記保管金規則ヨリ出テタル事明白ニシテ前示二勅令ヲ承ケタル前記保管物取扱規程ハ執レモ有價證券保管ノ場合ニ於ケル其方法手續ヲ規定セルニ徵スレハ保管金規則中ニ既ニ有價證券殊ニ公債證書ヲ包含スルモノト論斷セサルヲ得ス從テ同規則第三條ニ依リ保管證書ノ讓渡ヲ禁止セル以上ハ同證書記載ノ債權ノ讓渡ヲ禁止シタ

C1184

ルモノト解スヘキハ勿論ナルヲ以テ本件保管證書記載ノ公債證書返還請求權ハ前記
 保管金規則ナル法律ニ依リ其讓渡ヲ絶體ニ禁止セラレタルモノト謂ハサルヲ得ス被
 告國代表者ハ前記二勅令ハ保管金規則ト其規定セル事項ヲ異ニシ一ハ主トシテ保管
 ノ實質的規定ノ方法ヲ定メ他ハ之ト全然離レタル保管ノ方法ヲ定メタルニ過キス換
 言スレハ後者ハ前者ニ基クモノニ非サルカ故ニ保管規則ハ保管ニ係ル現金ニ付テノ
 ミ適用スヘキモノト主張スルモ前段認定ノ如ク前記二勅令ハ保管ノ方法手續ヲ規定
 シ保管金規則ハ保管ニ關スル法令ニシテ全然別個ノ關係ニ立ツモノト解スルヲ得
 却テ保管ニ關シテハ兩者ヲ相俟テ其立法ノ精神ヲ探究推斷スルヲ相當トシ單ニ兩
 者ノ規定事項ノ相異セル一事ハ毫モ前段ノ認定ヲ左右スルニ足ラス若シ夫レ保管金
 規則ニ有價證券ヲ包含セサルモノトセハ前記勅令第七〇號ハ有價證券ヲ保管スルコ
 トナキニ拘ラス保管方法ヲ規定シタルノ奇觀ヲ呈スルニ至ラム更ニ同代表者ハ若シ
 保管金規則ヲ有價證券ノ保管ニ付キ適用アリトセハ前記勅令第七〇號ニ次テ保管金
 規則ノ改正手續ヲ採ラサルヘカラス然ルニ斯ノ如キ改正ノ手續ヲ採ラス且何等特別
 ノ規定ヲ設ケザリシハ有價證券ニ付テハ全然適用ナキノ律意ナリシコトヲ推斷スル
 ニ難ラスト主張スルモ既ニ前叙ノ如ク前記勅令第七〇號ハ有價證券保管ノ方法ヲ規
 定セルヲ以テ保管ノ實質ヲ規定セル保管金規則中ニ有價證券ヲ包含スルコトヲ前提
 トセルモノト謂フヘク從テ前記勅令發布後之カ改正又ハ特別ノ規定ヲ設ケザリシハ
 當然ノ事理ニシテ其主張ヲ是認スルノ根據ト爲スニ足ラス却テ改正ノ手續又ハ特別
 ノ規定ヲ設ケザリシハ益前段ノ認定ヲ確保スルノ資料タラスンハアラス次ニ主參加
 原告代理人ハ有價證券保管ノ場合ニ於ケル保管證書ノ讓渡ハ絶對ニ禁止ス可シトセ

(一七)

(一七)

ハ保證ノ提供者カ保管證書ニ依ラス直接有價證券ヲ官廳ニ提供シタル時ハ其返還請
 求權ニ付テハ保管物取扱規程ニ何等讓渡禁止ノ規定ナキモ等シク之レ契約履行ノ保
 證ナルニ鑑ミ彼是權衡ヲ失スト主張スレトモ保證ノ提供者カ保管證書ニ依ラス直接
 有價證券ヲ當該官廳ニ納入シタル場合ニ於テモ之等シク保管物取扱規程ニ依リ納入
 シタルモノナルヲ以テ前記保管金規則第三條ノ適用ヲ受ケ其讓渡ヲ禁止セラレタル
 モノト謂ハサルヲ得ス從テ毫モ彼是權衡ヲ失スルコトナシ
 (四) 更ニ同代理人ハ假リニ本件債權ハ法律上讓渡ヲ禁止セラレタリトスルモ注文者
 タル第一師團經理部ニ於テ其讓渡ヲ承認セル以上ハ讓渡禁止ハ解除セラレ財産權ノ
 通有性タル讓渡可能性ヲ回復スト主張スレモ既ニ本件債權カ前段認定ノ如ク法律
 上ニ於テ絶體ニ其讓渡ヲ禁止スル以上ハ讓渡禁止ノ特約アル場合ト異リ前記保管金
 規則ナル法律ノ改廢ナキ限リハ讓渡ノ承認ノ如キハ寸毫モ讓渡禁止ニ消長ヲ及スコ
 トナシ
 (五) 上來説示ノ如ク本件公債證書返還請求權カ法律上絶體ニ其讓渡ヲ禁止セラレ
 ル以上ハ本訴原告等ノ本件差押命令ハ其效ナシ蓋シ差押ノ目的タル債權ハ融通性即
 チ讓渡可能ヲ前提トスルコトハ敢テ喋々ヲ要セサルヲ以テ法律上讓渡禁止又ハ性質
 上讓渡不可能ノ債權ノ如キハ全然差押ヲ爲スヲ得サルコト勿論ナルカ故ニ右無効ノ
 差押命令ニ基ク本件取立命令モ亦無効ニシテ之ニ基ク本訴ハ其主張自體ニ徴シ既ニ
 此點ニ於テ失當ナルト同時ニ主參加原告ノ右債權讓渡ニ基ク主參加請求モ其主張自
 體ニ徴シ既ニ此點ニ於テ失當ナリ(東京地方大正四年(ワ)第三〇四號同五年六月七日民
 四部田山裁判長竹田波野平各判事判決)

【關係事項】

公債證券引渡請求事件及主參加訴訟事件○原告及主參加被告佐藤鶴次郎外二名訴訟代理人辯護士香羽耕逸外二名被告及主參加被告國代表者大藏大臣武富時敏指定代表者荒井誠一郎主參加原告及從參加人柳瀨萬吉訴訟代理人辯護士打田傳吉外一名

【一】 參照學說判例

本卷民訴三五頁同八七頁一〇五頁參照

【四】 參照學說

法律上讓渡ヲ禁シタル債權法律ハ特別ノ理由ニ基キ債權ノ讓渡ヲ禁止スル場合アリ讓渡禁止ノ規定ハ強行規定ナルカ故ニ此規定ニ反シ債權讓渡ヲ約スルモ無効ニシテ縱令債務者ノ同意ヲ得ルモ有效タルヲ得ス(法學博士石坂晋四郎氏同本民法債權第四卷一二〇五頁)

【五】 參照學說判例

本卷民訴三〇頁同一〇二頁參照

判旨(一)ハ至當トス(本卷民訴三八頁參照判旨(二)事案ノ場合ニ於ケル法律の構成ハ公私兩法ニ關涉シ頗ル興味アル問題ナリ判決ハ大體ニ於テ至當ナル見解ト信スルモ吾人ハ更ニ研究ノ上之ヲ詳論セントス判旨(三)ハ贊同ス判旨(五)ハ本卷民訴三一頁ヲ參照セラレタシ

(五〇)

一九五 訴訟物ノ權利拘束ハ訴狀ノ送達ニ因リテ生ス

權利拘束ハ左ノ效力ヲ有ス

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

四〇八 右ノ外其訴ノ訴訟手續ニハ地方裁判所ノ第一審ノ訴訟手續ノ規定ヲ準用ス但本章ノ規定ニ因リ差異ノ生ス

(一一八)

(一) 契約不履行ニ因リ損害ヲ生シタル事實ヲ以テ請求ノ原因ト爲シ來リタルヲ控訴審ニ於テ契約解除ニ因ル原狀回復ノ請求權アル事實ヲ以テ請求ノ原因ト爲ストキハ訴ノ原因ヲ變更シタルモノトス
控訴審ニ於テハ訴ノ原因ノ變更ハ相手方ノ承諾アルトキト雖モ之ヲ許ササルヲ以テ變更シタル原因ニ基ク新ナル訴ハ不合法トシテ之ヲ却下スヘキモノトス

(二) 民法カ契約解除ニ因リ原狀回復ノ請求權ヲ發生スルコトヲ認メ且別ニ解除前ニ於ケル契約違反ニ因リテ生シタル損害賠償請求權ノ行使ヲモ妨ケサル旨規定セルニ徴スレハ右二個ノ請求權ハ互ニ其内容範圍ヲ異ニシ決シテ相重復スルモノニアラス即チ前者ハ契約ノ存在中其約旨ニ基キ當事者ノ爲シタル結果ヲシテ再ヒ之ヲ爲ササル舊態ニ復セシムルニ在リテ後者ハ契約解除前ニ於ケル契約違反ニ因リテ生シタル損害ヲ填補セシムルニ在リトス

(一) 被控訴人カ原告ニ於テ本訴ノ請求原因ハ控訴人カ本件契約上ノ債務ノ本旨ニ從

(一一九)

ルモノハ此限ニ在ラス

四一三 訴ノ變更ハ相手方ノ承諾アルトキト雖モ之ヲ許サス

民法五四五 當事者ノ一方カ其解除權ヲ行使シタルトキハ各當事者ハ其相手方ノ原狀ニ復セシムル義務ヲ負フ但第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス

前項ノ場合ニ於テ返還スヘキ金額ニハ其受領ノ時ヨリ利息ヲ附スルコトヲ要ス
解除權ノ行使ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ケス

ヒタル履行ヲ爲ササル爲メニ生シタル損害ヲ求ムルモノナリト釋明シタルコトハ大正四年一月十八日ノ當審口頭辯論調書及原判決事實摘示ノ各記載ニ徴シ明白ナル所ナリ然ルニ被控訴人ハ大正五年二月七日ノ當審口頭辯論ニ於テ本件ニ於テ請求スル金百五十圓ハ被控訴人債務不履行ニ因リテ被控訴人ノ被リタル損害金ニアラスシテ本件契約ニ關シ被控訴人ヨリ控訴人ニ交付シタル金百五十圓ヲ損害トシテ返還ヲ求ムルニ在ル旨主張セリ而シテ損害トシテ返還ヲ求ムト云フハ其意本件契約解除ノ結果ニ被控訴人ニ交付シタル金百五十圓中百五十圓ニ付テハ最早交付ノ理由ナク從ヒテ被控訴人ヨリ返還セラレサルニ於テハ被控訴人ノ損失ニ歸スルヲ以テ之カ返還ヲ求ムト云フニ在リテ畢竟契約解除ニ因ル原狀回復ノ請求權アル事實ヲ以テ本訴請求ノ原因ト爲スノ趣旨ト解スヘシ果シテ然ラハ原審以來被控訴人ハ控訴人ノ本件契約不履行ニ因リ被控訴人ニ損害ヲ生シタル事實ヲ以テ本訴請求ノ原因ト爲シ來リタレテ當審ニ於テハ本件契約解除ノ結果被控訴人ニ原狀回復ノ請求權アル事實ヲ以テ請求ノ原因ト爲スモノニシテ即チ訴ノ原因ト變更シタルモノニ外ナラス然リ而シテ斯ル訴ノ原因ト變更ハ被控訴人ノ承諾ノ有無ニ拘ラス控訴審タル當審ニ於テハ許スヘカラサルモノナルヲ以テ右變更シタル原因ニ基ク被控訴人ノ新ナル訴ハ不合法トシテ之ヲ却下シ變更前ノ原因ニ基ク從來ノ訴ニ付審理スヘキモノトス

(二) (前略)加之假リニ被控訴人ニ契約違反ノ事實アリ且通知ヲ受ケタリトノ點ニ付當事者間爭ナキ大正三年十二月六日ニ於ケル被控訴人ノ本件契約解除ノ通知カ適法ニシテ之ニ依リ本件契約カ有效ニ解除セラレタリトスルモ元來本件ニ於テ被控訴人ノ請求スル所ハ被控訴人カ大正三年八月三日日本件契約ノ條項ニ依リ同年八月一日ヨリ十

1110

【關係事項】

損害金請求事件○控訴人神宮高壽訴訟代理人辯護士牧田彌太郎外二名被控訴人橋本善市訴訟代理人辯護士齋藤二郎外二名

【一】前段訴ノ變更ニ關スル參照學說判例

二月末日迄ノ五ヶ月分ノ御嶽教本廳ノ諸費トシテ豫メ控訴人ニ交付シタル金七百五十圓ノ内同年十二月分ニ相當スル金百五十圓ノ支拂ヲ求ムルニ在ルコトハ被控訴人ノ主張自體ニ依ツテ明白ナル所ナルヲ以テ其請求ノ原因ト契約解除ニ因ル原狀回復ノ請求權ニ置クハ格別控訴人ノ契約違反ニ因ル損害ナリトシテ請求スルハ其理由ナキモノト謂ハサルヘカラス何トナレハ民法カ契約解除ニ因リ原狀回復ノ請求權ヲ發生スルコトヲ認メ且別ニ解除前ニ於ケル契約違反ニ因リテ生シタル損害賠償請求權ノ行使ヲ妨ケケサル旨規定セルニ徴スレハ右二個ノ請求態ハ互ニ其内容範圍ヲ異ニシ決シテ相重複スルモノニアラサルモノト認ムヘク即チ前者ハ契約ノ存在中其約旨ニ基キ當事者ノ爲シタル結果ヲシテ再ヒ之ヲ爲ササル舊態ニ復セシムルニ在リテ後者ハ契約解除前ニ於ケル契約違反ニ因リテ生シタル損害ヲ填補セシムルニ在リテ明カナルヲ以テ從テ本件契約ノ存在中其約旨ニ依リ被控訴人ヨリ控訴人ニ給付シタル前記百五十圓ノ如キハ被控訴人ノ原狀回復請求權ノ内容ヲ成スコトアルヘキハ格別控訴人ノ契約違反ニ因ル損害ナリト認ムヘキ筋合ノモノニアラサルヲ以テナリ果シテ然ラハ被控訴人ハ本訴請求ハ復此點ニ於テモ理由ナキモノト論斷セサルヲ得ス(東京地方大正四年(レ)第一二九號同五年三月二十九日民三部神谷裁判長阿部山田各判事判決)

1111

(一) 後段控訴審ニ於ケル訴變更ノ裁判ノ方式ニ關スル參照學說

本卷民訴三五頁一〇五頁一三二頁參照
控訴審ニ於テ原告カ控訴人ニシテ訴ノ原因ヲ變更シタルトキハ變更シタル原因ニ基キ第一審判決ニ對スル不服ヲ申立ツルヲ得サルモノトシテ控訴ノ理由ナシトシテ棄却スル判決ヲ爲スヘク之レニ反シテ原告カ被控訴人ニ對シテ付キ訴訟ヲ進行スヘキナリ(法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論七八九頁)

(二) 解除ノ效果タル原狀回復義務ノ性質ニ關スル參照學說

一 民法第五四五條第一項ニ規定スル原狀回復ノ義務ハ他人ノ損害ニ於テ利得ヲ爲シタル惡意ノ受益者カ其人ニ對シテ負擔スル不當利得返還ノ義務ニ類似スルモ此二者ハ其性質ニ於テ異ナルノミナラス其效果ニ至リテモ亦重要ノ差異アリ即チ前者ニ於テハ法律行為ノ當事者カ其行為ノ成立ヲ前提トシテ相互ニ出捐ヲ爲シ給付ヲ爲シタルニ其行為ノ效力消滅シタル結果各當事者ノ財產上ノ狀態ヲ各自カ出捐ヲ爲サス給付ヲ爲ササル場合ニ於テ實現スヘカリシ狀態ニ復スルヲ以テ目的トスルモノナレバ契約當事者ハ若シ其法律行為カ成立セザリセハ各自ノ享有シ得ヘカリシ財產上ノ地位ヲ復活セシムヘキコトヲ相手方ニ請求スルノ權利ナリ有シ相手方カ其出捐又ハ給付ニ因リテ利得シタルヲ否ヤハ之ヲ問フコトヲ要セス之ニ反シテ不當利得返還ノ請求權ハ相手方ノ受ケタル利益又ハ其現ニ受ケタル利益ヲ返還セシムルコトヲ目的トスルヲ以テ不當利得者ハ其受ケタル利益ヲ返還スルノミナリ以テ足リ返還權利者ノ財產上ノ地位カ原狀ニ復スルト否トハ之ヲ問ハサルモノトス(法學博士橫田秀雄氏債權各論一九三頁)

二 解除セラレタル契約ニ基キ既ニ給付ヲ爲シタルトキハ其給付ハ解除ニ依リ其原因ヲ失フカ故ニ不當利得ノ原則ニ從ヒ其給付ノ返還ヲ請求スルコトヲ得故ニ單ニ返還ヲ爲スヘキ債權ノ關係ヲ生スルニ止マル例ハハ所有權ヲ移轉シ債權ヲ讓渡セル場合ニハ其所有權權ハ當然ニ回復スル事ナク相手方ハ之ヲ回復スヘキ義務ヲ負フ然レトモ返還義務ノ範圍ハ一般不當利得ノ規定ニ依ラス特別ノ規定ニ從フ故ニ現存ノ利益ノ償還ヲ目的トスル原狀回復ノ目的トスル原狀回復力ヲ有スルカ故ニシテ解除ニ依リ契約ナカリシト同一ノ狀態ニ復セシムルモノトス(法學博士石坂博士債權各論第一冊三四頁京都市法學會雜誌第九卷六號二頁本書第三卷民法二七〇頁)

三 契約解除ハ其效果トシテ既約ヲ除却シ其契約ニ依リ發生シタル債權關係ヲ消滅セシム故ニ未タ履行セラレサル債務ハ消滅シ又解除セラレタル契約ニ基キ給付アリタル場合ニハ給付行為ハ解除ニ因テ其原因ヲ失フニ至ルヲ以テ不當利得ノ返還請求權ヲ生ス(法學士西川一男氏法學新報第一二卷第一〇五頁以下要領本書第一卷民法四一九頁)

四 我民法第五四五條第一項ハ當事者ノ一方カ其解除權ヲ行使シタルトキハ各當事者ハ其相手方ヲ原狀ニ復セシムル義務ヲ負フト規定スルニ止マリ解除權ノ行使カ契約上ノ法律關係ニ如何ナル效果ヲ及ボスモノナリヤ否ヤヲ決定セスト雖モ第一說ニ從フトキハ抗辯權ヲ拋棄シテ契約上ノ給付ヲ爲シ得ルコトヲ爲リ隨テ解除ニ因リ原狀回復ノ法律關係ヲ生セシムトスル民法

(二) 解除ノ場合ニ於ケル損害賠償ノ性質ニ關スル參照學說判例

ノ趣旨ヲ貫徹スル能ハサルト同時ニ解除ノ意思表示ハ之ヲ取消スコトヲ得ストノ規定ト相容レサルノ結果ヲ生スヘキヲ以テ第一說ハ民法ノ解釋トシテ採用スルコトヲ得又若シ第二說ニ依ラシキ原狀回復ノ法律關係ハ不當利得ノ一種タルニ歸シ隨テ別段ノ規定ヲ設クルヲ要セスシテ民法第七〇三條以下不當利得ノ規定ニ依ルコトヲ得ヘキニ拘ハラズ特ニ民法第五四五條ニ於テ原狀回復ノ法律關係規定シタルニ依リテ之ヲ觀レバ此法律關係ハ不當利得ノ法律關係ト別異ノモノタルコトヲ知り得ヘキニシテ原狀回復ニ於テモ契約不履行ヨリ生スル損害賠償ノ法律關係存スルコトハ明文上疑ナキヲ以テ解除ニ因リテ契約上ノ法律關係ハ當然消滅ニ歸スルモノト解スルヲ得サルヘシ(法學士飯島喬平氏明大講義錄契約法總論一五六頁)

五 第五四五條ハ元來不當利得ノ法理ニヨルモノナレトモ單ニ不當利得ノ規定ニ從テノミ返還セシムルハ正當ナラサルカ故ニ法律カ特ニ嚴格ナル返還義務ニ服スヘキモノト爲シタルモノナリ(法學士竹田省氏京都法學協會雜誌第三卷第二號九四頁以下本書第一卷民法四一九頁)

六 解除ハ債務關係發生ノ原因タル契約夫レ自身ヲ除去シテ始メヨリ存在セザリシト同一ノ結果ヲ生セシムルモノトス從ツテ一旦解除權ノ行使アルトキハ契約ニ因リテ生シタル債權債務ハ適及的ニ全然消滅スヘシ反之其債權債務ニ基キテ爲サレタル履行爲ハ根本タル債權行為自身ノ當然ノ效果ニアラサルヲ以テ解除ノ爲メ當然ニ其效力ヲ害セラルモノニアラス唯其履行ニ依リテ給付セラレタルモノハ解除ノ結果債權債務消滅スルニ因リテ法律上正當ノ原因ナクシテ給付セラレタルコトナルカ故ニ不當利得返還ノ原理ニ基キ債權者ニ返還セサルヘカラサルモノトス(法學士末弘嚴太郎氏中央大學大正四年度債權各論一三二頁)

一 當事者ノ一方カ其不履行ニ因リテ相手方ニ損害ヲ生セシムタルトキハ必ス之ヲ賠償スヘキコト第四一五條ノ規定スル所ナリ而シテ是レ契約ノ解除ニ因リテ變更ヲ受クヘキ所ニ非サルナリ故ニ當事者ノ一方ノ不履行ニ因リテ相手方カ解除權ヲ行使シタル場合ニ於テハ其解除カ一段ノ效力ノ外相手方ニ其不履行ヨリ生スル一切ノ損害ヲ賠償セシムルコトヲ得ヘシ(契約上ノ解除權ヲ行使スル場合其他不履行ニ因ラサル解除ノ場合ニ在リテモ若シ同時ニ契約ノ全部又ハ一部ノ不履行ノ事實アルトキハ同シク賠償ノ責ヲ生スルモノトス)(法學博士梅松次郎氏民法要旨債權論四五頁)

二 元來第五四五條ハ不當利得ノ規定ニ基ク規定ニシテ其理由ハ尙不當利得ニ在リ然レトモ法律ハ特ニ此規定ヲ設ケ且其內容ニ多少不當利得ニ比シ擴張セルモノナルカ故ニ(返還スヘキ利益ヲ現存ノ程度ニ限ラサル點ニ於テ)規定ノ理由ハ兎ニ角之ヲ以テ不當利得トハ別ナル規定ト認メサルヲ得ス(法學博士岡松參太郎氏法學新報第一九卷三號八二頁)

三 契約ノ解除ハ契約ノ效力ヲ消滅セシメ契約ナカリシト同一ノ狀態ニ復セシムルモノナレバ契約ノ成立チ前提要件トスル所ノ債務ノ不履行ヨリ生スル損害賠償ナルモノノ存スヘキ理由ナケレハナリ：我民法ハ債權者ヲ保護スル一種ノ政策トシテ契約解除ノ場合ニ於テモ尙債權者ヲシテ其契約ニ因リテ享有シ得ヘカリシ一切ノ利益ヲ取得セシムルヲ必要ナリトシ第五四五條第三項ニ於テ契約ノ解除ハ損害ノ賠償ヲ妨グテ規定シ以テ第一項ニ對スル例外ヲ設ケタリ故ニ我民法ノ規定ニ依レバ損害

賠償ニ關シテハ契約ハ解除權者ノ利益ニ於テ尙存在スルモノト謂フヘシ(法學博士飯島氏債權各論二〇四頁)

四 契約解除ト共ニ債務不履行ニ因ル損害賠償ヲ請求スルヲ得ヘキヤ理論ヨリ云ヘハ契約ノ解除ト損害賠償ノ請求ハ互ニ相排斥ス蓋損害賠償ノ請求權ハ債權カ唯其内容ヲ變更セルノミニシテ本來ノ債權カ存續セルモノナリ然ルニ契約ノ解除アリタルキハ債權ハ消滅スルカ故ニ解除ヲ爲スニ於テハ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヘキ根據ナキニ至ル故ニ契約ノ解除ト損害賠償ノ請求權トハ相容レズ債權者ハ兩者ノ中其一ヲ選擇スヘキモノトス是レ獨法ノ認ムル所ナリ然レトモ契約解除ノ結果ト損害賠償ノ結果トハ同一ニアラズ契約ノ解除ニ依リテ生スル原狀回復ハ契約カ締結セラレザリシト同一ノ狀態ニ置クニ在リ不履行ニ基ク損害賠償ハ契約カ履行セラレタルト同一ノ狀態ニ回復スルニ在リ契約ノ解除ヲ爲スモ債權者ハ之ニ依リ債務ノ不履行ニ依リ受ケタル凡テノ賠償ヲ補償セシムルヲ得ズ殊ニ債權者ハ契約ノ解除ニ依リ契約ノ履行ヲ信賴シタルカ爲メニ生セル損害ノ補償ヲ受ケタルヲ得ス故ニ公平ノ觀念ヨリ云ヘハ債權者ナシテ契約ノ解除ヲ爲スモ債權者ハ之ニ依リ債務ノ不履行ニ要スレ我カ法典カ佛法ノ規定ニ從ヒ契約解除ト共ニ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得ストナシタル所以ナリ(法學博士石坂四郎法律大辭書第一冊三四頁京都法學會雜誌第九卷六號一四頁本書第三卷民法二七〇頁)

五 解除權ノ行使ト損害賠償トノ關係如何民法ハ解除權ノ行使ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ケスト明定ス左レハ契約ノ當事者ハ契約ヲ解除シ而シテ不履行ニ因ル損害賠償ノ請求ヲ爲シ得ルコト明カナリ是債務不履行ノ場合ニハ契約ヲ解除スルモ又ハ損害賠償ヲ請求スルカ二者其一ヲ選擇スヘキモノト爲ス獨民法ノ主義ト異ナル處ナリ而シテ合意解除ノ場合ニ於テモ苟クモ當事者ノ意思カ不履行ノ結果ヲ免除スヘキ旨ノ意思存セサルニ於テハ解除ハ賠償請求ノ妨ト爲ラサルモノト論セサルヘカラス換言スレハ賠償原因存スルトキハ合意解除ノ場合ニ於テモ尙賠償請求權存スルモノト解スヘキナリ(法學士飯島喬平氏明治大學講義錄契約法總論一七〇頁)

解除權行使ノ效果カ過及的ニ契約上ノ凡テノ關係ヲ消滅セシムルモノト説ク主義ニ依ルトキハ問題ノ解決ハ至テ簡單ナリ蓋シ履行不履行ト云フコトハ必ス契約ノ存在ヲ前提條件トスルモノナレハ解除權ノ行使ニ因リ契約上ノ關係ヲ過及的ニ消滅セシムルモノト説ク以上ノ解除後ニ於テハ履行又ハ不履行ノ觀念アリ得ヘキ管ナク隨テ履行ノ請求及ヒ損害賠償ノ請求モ亦之ヲ認ムルコトヲ得ザレハナリ之ヲ要約スレハ債權者ハ解除權ノ行使ト履行ノ請求及損害賠償ノ請求ヲ併セ行使スルコトヲ得スト云フニ歸著ス(同上二七二頁)

六 原狀回復ハ往々事實上全然不可能ナルコトアリ又到底完全ニ之ヲ爲ス能ハサルコトアリ斯ノ如キ場合ニ於テハ原狀回復ニ代ヘ又ハ之ト共ニ損害賠償ヲ請求スルノ外ナキモノナリ仍テ解除權ト損害賠償ノ請求權トハ相併立シ權利者ハ其ノ一方又ハ雙方ヲ行使スルコトヲ得即チ解除權ノ行使ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ケザルモノトス(法學士村上恭一氏債權各論三三三頁)

七 解除ハ契約上ノ債務ヲ過及的ニ消滅セシムルモノナレハ解除ト同時ニ當事者何レモ本來ノ債務ノ不履行ノ原因トシテ履行ニ代ルヘキ損害賠償(積極的契約利益)ヲ請求シ得ヘキ管ナシ而シテ契約ニ基キテ給付セラレタル物ノ滅失又ハ毀損ハ或ハ解除權ノ消滅ヲサシメ或ハ又返還義務ノ内容トシテ其損害ヲ返還セララルコトトナルカ故ニ此點ニ付キテモ亦賠償請求權ヲ生ス

(118)

(119)

至當ナル判決ナリ

(五)

ルノ餘地ナシ然レトモ物ノ滅失又ハ毀損セル場合ニ於ケル價格返還ハ其物ノ給付セラレタル時ヲ標準トシテ之ヲ計算スルカ故ニ例ハ其物カ若シ假ニ滅失又ハ毀損セザリシトセハ返還ノ時ニ於テハ先ニ其給付セラレタル時ニ比シテ其價格大ナリシナルヘキ場合ニ於テハ返還權利者ハ之ニ依リテ實際得ヘカリシ利益ヲ得ルコト能ハサルコトトナルモノナレハ民法ハ特ニ其物ノ滅失又ハ毀損ニ付キ過失アル者ニ對シ損害賠償ヲ請求スルコトヲ許シタリ尙ホ解除アリタルトキハ當事者何レモ相手方ノ債務不履行ノ理由トシテ積極的契約利益ノ賠償ヲ請求シ得サルコトト上流ノ如シト雖モ履行アルヘキコトト信賴シタルノ結果蒙リタル損害(消極的契約利益)ノ賠償ハ解除ヲ爲シタル場合ト雖モ尙ホ之ヲ請求スルコトヲ妨ケザルヘシ(法學士末弘嚴太郎氏中央大學大正四年度債權各論一三〇頁)

八 買賣ノ契約ノ解除ハ買賣ノ效力ヲ消滅セシムルモノナリナレバ以テ合買主ニ於テ一旦遲滞ノ責ニ任スヘキ事實アリタルニセヨ其後買賣ノ契約解除アリタルトキハ遲滞ノ責ニ因ル損害賠償ヲ爲スノ義務ナキモノトス(大審院四十四年(オ)第四〇六號四十五年二月判決本書第一卷八三頁)

九 商品ノ買賣契約カ買主ノ義務不履行ニ因リ解除セラレタルトキハ賣主ハ買賣契約代金ト下落セル市價トノ差額ニ相當スル損害ヲ受ケルモノナレハ買主ハ右ノ損害ヲ賠償セザルヘカラス(大阪控訴大正三年十一月九日民三部判決本書第三卷民法七七一頁)

一〇 民法第五四五條第三項ニ解除權ノ行使ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ケスト規定シ解除權者ナシテ其契約ニヨリテ享有シ得ヘカリシ一切ノ利益ヲ取得セシムル趣旨ナリト解スヘキモノトス(東京控訴大正二年四月十九日民西部判決)

一一 凡ソ契約ノ解除ハ契約關係カ初メヨリ存在セザリシモノト同一ニ看做ス效力ヲ生スルモノニシテ民法ニ規定スル所ハ解除權ノ行使ニ關シ合意ヲ以テスル契約ノ解除ハ民法ニ規定セザルトコロナレトモ之ヲ認ムルニ妨ケアルモノニアラス而シテ契約ノ解除カ契約關係カ初メヨリ存在セザリシモノト同一ナラシムルノ效果ヲ生スル以上ハ契約不履行ノ問題ヲ生スルノ餘地ナキヤ明カナリ(東京地方民三部判決本書第一卷民法八七頁)

一一一 訴訟ノ進行中ニ爭ト爲リタル權利關係ノ成立又ハ不成立カ訴訟ノ裁判ノ全部又ハ一分ニ影響ヲ及ホストキハ判決ニ接著スル口頭辯論ノ終結ニ至ルマテ原告ハ訴ノ申立ノ擴張ニ依リ又被告ハ反訴ノ提起ニ依リ判決ヲ以テ其權利關係ヲ確定センコトヲ申立ツルコトヲ得

一二九 溝渠其他ノ水流地ノ所有者ハ對岸ノ土地カ他人ノ所有ニ屬スルトキハ其水路又ハ幅員ヲ變スルコトヲ得ス

兩岸ノ土地カ水流地ノ所有者ニ屬スルトキハ其所有者ハ水路及ヒ幅員ヲ變スルコトヲ得但下口ニ於テ自然ノ水路ニ

復スルコトヲ要ス
 前二項ノ規定ニ異ナリタル慣習アルトキハ其慣習ニ從フ
 同二八五 用水地役權ノ承役地ニ於テ水力要役地及ヒ承役地ノ需用ノ爲メニ不足ナルトキハ其各地ノ需要ニ應ジ先
 ツ之ヲ家用ニ供シ其殘餘ヲ他ノ用ニ供スルモノトス但役定行爲ニ別段ノ定アルトキハ此限ニ在ラス
 同一ノ承役地ノ上ニ數個ノ用水地役權ヲ設定シタルトキハ後ノ地役權者ハ前ノ地役權者ノ水ノ使用ヲ妨クルコトヲ
 得ス

- (一) 確認ノ訴ハ起訴者カ即時ニ權利關係ヲ確定スルニ付キ利益ヲ有スルコトヲ必
 要トスルト同時ニ又此利益ヲ有スルヲ以テ充分トス』
 水田灌溉ノ用水ハ其性質トシテ四時絶ヘス之ヲ引用スルモノニ非ス單ニ夏期
 一定ノ期間ノミ之ヲ引用スルノ必要ヲ見ルモノナルヲ以テ被告ノ流水ノ獨占
 ナルモノモ四時繼續的ノモノニ非サルカ故ニ原告ハ其主張ノ如キ用水權ヲ有
 スルコトヲ確定セシムルニ付キ常ニ法律上ノ利益ヲ有ス從テ確認訴訟ノ要件
 ヲ缺クモノニアラス』
- (二) 公流ノ用水權ハ沿岸田地所有者カ各自所有ノ田地ニ灌溉スルカ爲メ其流水ヲ
 利用スル權利ニ外ナラス』
- (三) 公流ノ水ヲ引用シ水田ニ灌溉スルコトハ我國古來至ル所ニ存スル事實ナリト
 雖モ此流水利用權ノ性質ニ付テハ我國現時ノ法制ニ於テハ未タ確定セス民法
 カ規定スル用水地役權ナルモノハ斯ル流水利用權ニ關スルモノニ非スシテ要
 役地所有者カ其承役地ノ水ヲ使用スルニ過キサル承役地ノ負擔ニ關スル規定

1111

- トス』
- (四) 灌溉ノ爲メニスル在來ノ公水利用權ハ沿岸地水田所有者カ古來ノ慣行上國家
 ノ默許ニ因リ收得シタル水ノ支配權ト認ムヘク而シテ公ノ流水ノ灌溉利用ハ
 水流ノ當然高地ヨリ低地ニ就クノ性質上其公流沿岸ノ田地所有者ニ及フヘキ
 モノナレハ上流ノ田地所有者ハ下流ノ田地所有者ニ先子公ノ流水ヲ其田地ニ
 灌溉利用シ得ヘキモノト認メサル可ラス從テ國家カ特別ニ流水利用權ヲ制限
 シ若クハ他ニ特權ヲ附與セル事實ナキ限り上流ヨリ順次下流ニ及フ沿岸田地
 所有者ノ先占的支配權ト認ムヘキモノトス』
- (五) 用水權ハ水田灌溉ノ爲メノ水ノ支配權ナルヲ以テ水田ノ所有權ニ附從シ之ト
 分離シテ獨立存在スルコト能ハサルハ勿論ナリト雖モ各隨時ノ所有者ハ所有
 權ヲ取得スルト同時ニ之ヲ原始的ニ取得スルモノトス從テ前主ノ締結シタル
 用水權ノ制限ヲ目的トスル契約ニ拘束サルヘキモノニアラス』
- (六) 用水權ハ民法上之ヲ物權ト認ムルコト能ハサルカ故ニ田地所有者ニ於テ其行
 使ニ付キ他人ニ制限ヲ約スルモノ之ヲ物權的ニ土地ノ負擔ヲ約シタルモノト認
 ムヘキニアラスシテ所有者タル資格ニ於テ價權的ニ不作爲ノ義務ヲ負擔セル
 モノト認ムヘキモノトス』
- (七) 用水權ノ性質タル公流沿岸田地所有者ノ有スル先占的權利ナルカ故ニ用水路

1112

ニ流入スル水量カ其用水路關係ノ田地ニ灌溉スルニ不足ナル場合ニハ其ノ用水路ノ上流ニ於テ灌溉シ順次下流ニ及ホストキ灌溉用水ハ下流ニ於テ不足ヲ生スルハ當然ニシテ下流ニ位スル田地所有者ハ其不利益ヲ甘受セザルヘカラス

(一) 先ツ被控訴代理人ノ争フ所ニ係ル本訴ハ確認ノ訴トシテ不適法ナリトノ點ニ付キ審按スルニ確認ノ訴ハ起訴者カ即時ニ權利關係ヲ確定スルニ付キ利益ヲ有スルモノナルコトヲ必要トスルト同時ニ又此利益ヲ有スルヲ以テ充分トス而シテ本訴ニ於テハ控訴人ハ當事者各自カ各其所有スル田地ニ大代川ノ流水ヲ引用スルニ付キ控訴人ニ於テ三分ノ一被控訴人ニ於テ三分ノ二即チ控訴人カ一日被控訴人カ二日ノ割合ノ用水權ヲ有スルモノナルニ被控訴人ハ明治四十五年度ニ於テ右控訴人ノ有スル用水權ヲ無視シテ大代川ノ流水ヲ獨占シ爲メニ控訴人所有ノ田地ニ灌溉スルコト能ハサリシヲ以テ被控訴人ニ對シ控訴人カ有スル右用水權ノ存在ノ確認ヲ求メントスルニ在ルコト其主張事實ニヨリ明カナリ而シテ水田灌溉ノ用水ナルモノハ其性質トシテ四時絶ヘス之ヲ引用スルモノニアラスシテ單ニ夏季一定ノ期間ノミ之ヲ引用スルノ必要ヲ見ルノミナルヲ以テ被控訴人ノ流水ノ獨占ナルモノモ四時繼續的ノモノニアラサルカ故ニ控訴人カ其主張ノ如キ用水權ヲ有スルコトヲ確定セシムルニ付キ常ニ法律上ノ利益ヲ有スルモノト謂フ可シ從テ本訴ハ確認ノ訴トシテ毫モ其要件ニ缺クル所ナキモノトス

(二) 仍テ進ンテ本案ニ付キ控訴人ノ請求ノ當否ヲ案スルニ控訴代理人ハ控訴人ハ其

(119)

ノ主張スル權利ヲ甲第一號證ノ契約及同契約ノ趣旨ニ從ヒタル數十年來ノ慣行ニ基キ取得シタルモノト主張スルモ控訴代理人ノ主張事實及當審檢證圖書ニ依リ當事者各自ノ所有地ハ字白銀及字影島ノ兩字ハ別ニ之レニ灌溉スル用水ハ各自大代川ノ井堰ヲ設ケ白銀部落ハ上流ニ於テ影島部落(控訴人等)ハ其下流ニ於テ流水ヲ堰止メ用水路ヨリ入レ來タルモノニシテ兩部落各專用ノ用水路ヲ有スルコトヲ認ムルヲ得ルカ故ニ控訴人ノ所謂二ト一ノ割合ノ用水權トハ大代川ノ流水ヲ白銀用水路ニ二影島用水路ニ一ノ割合ヲ以テ引用スルノ權利ト認ムヘキモノトス然ルニ其大代川ナルモノハ公流ニシテ本件當事者又ハ其上流ニ於ケル同川沿岸田地所有者ノ所有ニ屬スル用水路ニアラサルコトハ當事者間ニ争ナキヲ以テ所謂用水權ナルモノハ各自所有ノ田地ニ灌溉スルカ爲メニ大代川ノ流水ヲ利用スルノ權利ニ外ナラサルモノトス

(120)

(三) 然リ而シテ公流ノ水ヲ引用シ水田ニ灌溉スルコトハ我國古來至ル所ニ存スル事實ナリト雖モ此流水利用權ノ性質ニ付テハ我國現時ノ法制ニ於テハ未タ確定セザル所ニ係ル彼ノ民法カ規定スル用地役權ナルモノハ斯ル河ノ流水ノ利用權ニ關スルモノニアラスシテ要役地所有者カ其承役地ノ水ヲ使用スルニ過キサル承役地ノ負擔ニ關スル規定トス故ニ地役權ニ關スル規定ヲ之ニ適用スヘキモノニアラサルコト明カナリ

(121)

(四) 左レハ灌溉ノ爲メニスル在來ノ公水利用權ハ沿岸地水田所有者カ古來ノ慣行上國家ノ默許ニ因リ取得シタル水ノ支配權ト認ムルノ外ナシ而シテ公ノ流水ノ灌溉利用ハ水流ノ當然高地ヨリ低地ニ就クノ性質上其公流沿岸ノ田地所有者ニ及フヘキモノナレハ上流ノ田地所有者ハ下流ノ田地所有者ニ先チ公ノ流水ヲ其田地ニ灌溉利用

シ得ヘキモノト認メサル可ラス從テ特別ナル國家ノ流水利用權ハ制限シ若クハ他ニ
特權ヲ附與セル事實ナクハ上流ヨリ順次下流ニ及フ沿岸田地所有者ノ先占的支配
權ト認ムヘキモノトス故ニ當事者間爭テキ被控訴人ノ所有ノ田地カ白銀ノ地籍ニ在
リテ被控訴人ノ所有ノ田地ヨリハ大代川ノ上流ニ位スル以上之ニ灌溉スル爲メニ控
訴人設備ノ井堰ノ上流ニ設ケタル井堰ヨリ引水スルコトハ全ク被控訴人等ノ用水權
ノ效果トス而シテ其ノ灌溉セントスル田地ヤ新ダニ開墾セラレタル場合ニ於テモ亦
同シ

(五) 甲第一號證ハ被控訴代理人ニ於テ其成立ヲ爭フ所ナルモ當審證人青山源一ノ證
言ニ依リ眞正ニ成立シタル者ト認定ス然レトモ用水權ハ水田灌溉ノ爲メノ水ノ支配
權ナルヲ以テ水田ノ所有權ニ附從シ其存在ヲ有スルモノト認ムルコト其目的ニ適合
スルカ故ニ所有權ト分離シテ獨立存在スルコト能ハサルハ勿論ナリト雖モ各隨時ノ
所有者ハ所有權ヲ取得スルト同時ニ之ヲ原始的ニ取得スルモノトス

(六) 左レハ甲第一號證記載ノ如ク嘉永元年ニ於テ當時ノ田地所有者ニ於テ契約シタ
リトスルモ當時ノ所有者ト異ル被控訴人等ニ於テ各其所有田地ニ灌溉スルニ當リ上
流者トシテ有スル用水權ノ制限ヲ目的トスル右契約ニ拘束ザルヘキモノニアラス蓋
シ用水權其モノハ我民法ノ規定上之ヲ物權ト認ムル能ハサルコト一點ノ疑ナキカ故
ニ田地所有者ニ於テ其行使ニ付キ他人ニ制限ヲ約スルモ之ヲ物權的ニ土地ノ負擔ヲ
約シタルモノト認ムヘキニアラスシテ所有者タル資格ニ於テ債權的ニ不作爲ノ義務
ヲ負擔シタルモノト認ムヘキモノトス左レハ本件被控訴人等ノ先代ニシテ甲第一號
證ノ契約當事者タリシ者アリトスルモ各隨時田地ノ所有者ニ變更ヲ生シタル場合ニ

(111)

(111)

特ニ前所有者ノ債務ヲ承繼スルコトナクハ相續人ト雖モ之ニ羈束サルコトナキ
モノトス而シテ被控訴人ハ此承繼アリシモノト立證ナキヲ以テ現時ノ白銀地籍ノ田
地所有者タル被控訴人ニ於テ甲第一號證ノ契約ニ羈束サルヘキモノニアラス

(七) 控訴人ハ尙ホ甲第一號證ノ契約ニ嘉永元年以來引續キ實行シ來リ數十年ニ及ヘ
ルモノニシテ慣行ニ因リテ控訴人主張ノ如キ權利ヲ有シ從テ被控訴人ハ其義務ヲ負
擔スルモノナリト主張スルト雖モ既ニ用水權ノ性質タル公流沿岸田地所有者ノ有ス
ル先占的權利ニ於テ上流ニ於ケル田地所有者ハ其田地ニ灌溉スル爲メ水流ニ堰井ヲ
設ケ引水シ得ルモノナレハ單ニ一定ノ限度ニ於テ自由ニ他人ノ妨害ヲ受クルコトナ
ク流水ヲ引用シタル事實アリトスルモ之カ爲メニ其上流ニ於テ堰井ヲ設備セル田地
所有者ヲシテ其堰井ヨリ水ヲ流下セシムル私法上ノ義務ヲ負擔セシムルコトナク上
流ニ於ケル所有者亦自由ニ其堰井ヲ利用シテ灌溉シ得ヘキモノトス加之被控訴人ハ
甲第一號證契約ノ趣旨カ當事者間ニ數十年來實行サレタル事實ヲ否認スルコトコ
ロナ
ルニ何等カ實行アリタルモノト認ムヘキ控訴人ノ立證ナキノミナラス檢證調書ニ
示ス如ク保爭兩部落ニ於テ各自設備セル井堰ヨリ上流ニ位スル他部落カ大代川ニ設
備セル井堰モ被控訴人等ノ設備スル白銀井堰ト同一方法ニ於テ大代川流水ヲ堰止メ
タリト雖モ水ハ其ノ堰止メタル石ノ間隙ヨリ漏水シ下流ニ流下スルヲ認ムルヲ以テ
所謂早魃ノ時季ニアラサル以上ハ白銀部落ノ用水口ト其ノ流下シ來ル水量トノ關係
上白銀堰ヨリモ亦水ハ下流ニ流下スヘキハ當然ニシテ現ニ檢證當時其流下スルアリ
テ影島部落用水堰ニ連セルヲ認メタルカ故ニ甲第一號證成立當時以來數十年間二ト
一トノ割合ヲ以テ互ニ大代川流水ヲ其用水路ニ引水シ灌溉シ來リタルモノトハ認ム

ルヲ得ス若シ夫レ控訴人及ヒ被控訴人等カ共ニ同一用水路ノ利害關係人ナリトセハ或ハ控訴人主張ノ如キ用水路利用方法ノ存在ヲ認メ得サルニアラスト雖モ而カモ此場合ニ於テモ其用水路ニ流入スル水量カ其用水路關係ノ右田地ニ灌溉スルニ不足ナル場合ニハ其用水路ノ上流ニ於テ灌溉シ順次下流ニ及ホストキ灌溉用水ハ下流ニ於テ不足ヲ生スヘキハ當然ニシテ下流ニ位スル田地ノ所有者ハ其不利益ヲ甘受セサルヘカラサルモノナレハ況ンヤ本件ノ如キ同一用水路ノ關係人ニアラスシテ各自別箇ノ用水路ヲ有シ單ニ其用水ニ流入スル水カ共ニ大代川ノ流水ナル場合ニアリテハ控訴人等下流部落ノ田地所有者ハ其上流ナル被控訴人等ヨリ不利益ナル地位ニ在ルヲ免カレサルモノナレハ控訴人主張ノ如ク慣行シ來リタルモノトハ認ムルヲ得ス從テ慣行ニ因リ控訴人主張ノ如キ用水路權ヲ控訴人ニ於テ取得シ之ヲ有スルモノト認メ難シ

(東京控訴大正二年(キ)第四四六號同四年十一月十九日民一部遠藤裁判長前田水口各判事判決法律新聞第一一二六號二三頁)

【關係事項】

用水權確認請求控訴事件○控訴人渡邊林七外十六名訴訟代理人辯護士高柳覺太郎引削元健被控訴人渡邊清左衛門外十二名訴訟代理人辯護士太田資時

【一 確認ノ訴ノ權利保護要件ニ關スル同趣旨學說判例】

一 確定ノ訴ノ原告ハ法律關係ノ存否ヲ即時ニ確定スルニ付キ法律上ノ利益ヲ有スルコトヲ要ス法律上ノ利益トハ私權保護ノ利益ナリ私權保護ノ利益ハ被告ノ行為若クハ不行爲ニ因リ原告ノ權利ノ安全ヲ害セラレ原告ハ之カ安全ヲ保タンカ爲メニ裁判上ノ保護ヲ求ムルノ必要アル場合ニ限リ存スルモノナリ換言スレバ原告カ法律關係ノ判決ヲ以テ確定セサルトキハ其權利ノ存在又ハ其實行ニ付テ妨害ヲ生スルノ危険アリ且其危険ハ判決ノ確定ニ依リテ除去スルコトヲ得ヘキ場合ニ於テ原告ハ其法律關係ヲ即時ニ確定スルニ付キ法律上ノ利益ヲ有スルモノトス(法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論三六六頁)

岩田學士

(1111)

二 起訴者ハ其權利關係ヲ即時ニ確定スルニ付キ法律上ノ利益アルコトヲ要ス訴訟ニ付キ起訴者ニ利益アルコトヲ要スルハ利益ナレハ訴權ナシトノ法則ヨリ來ルヘキ當然ノ結果ナレトモ確認訴訟ニ在リテハ起訴者ハ其權利關係ヲ即時ニ確定スルノ必要且ツ利益アルコトヲ要スルモノナリ凡ソ權利關係ヲ確定スル必要アル場合ト雖モ其權利關係ヲ即時ニ確定スルノ必要ナキ場合換言スレバ之ヲ即時ニ確定スルモ夫レカ爲メ特ニ法律上ノ利益ナキ場合ニ於テハ確認ノ訴訟トシテ許スヘカラサルナリ(辯護士河西善太郎氏確認訴訟論四六頁)

三 本卷民訴六五頁

四 本卷民訴八三頁

【公流ニ於ケル流水使用權ノ性質ニ關スル參照學說判例】

一 民法第二百十九條ハ水流地所有者ノ權利ニ付キ規定セルモノナルヲ以テ關係ノ規定ハ沿岸ノ所有者カ其水流地ヲ合併セテ所有スル場合ニ限リテ適用セラルヘキモノトス故ニ舟筏ノ通スル國有ノ河川市町村有ノ渠溝水流ハ同條ノ規定外ニ屬ス何トナレハ此種ノ水流地ハ國家市町村ニ屬シ私人ノ所有ニ屬セサルヲ以テ私人ニ於テ之ヲ左右スルヲ得サレハナリ同條ノ規定ハ又水流カ他ノ一人ノ專用ニ屬スル場合ニテ適用スルコトヲ得ス例之或土地所有者カ他人ノ所有地ヲ通シ又ハ之ニ沿フテ其專用ノ水道ヲ設ケタル場合ニ於テハ其水流ヲ使用スル權利ハ用水權者ニ專屬スヘキヲ以テ沿岸ノ所有者ハ其水流ヲ使用スルノ權利ナク從テ其水路又ハ幅員ヲ變更スルノ自由ヲ有セサルヲ明カナリ(法學博士橫田秀雄氏物權法三二二頁)

二 此規定ニ依リテ水流ニ關スル重要ナル推論ヲ爲スコトヲ得ヘシ水流地ノ所有者ハ其效力ヲ其水ニ及ホシ之ヲ利用スルコトヲ許ス反之水流地ノ所有者ニアラサルモノハ其水流ヲ利用スルニ何等ノ根據ヲ有セサルモノトス故ニ對岸丈ノ土地所有者ハ水流ヲ利用スルコトヲ得サルモ水流地ノ一部ヲ所有スル者ハ水流地ノ所有者トシテ水流ヲ利用スルニ妨ケサルモノトス此點ヨリ之ヲ考フルモ民法ニ所謂水流地ハ河川法ノ支配ヲ受クヘキ河川(及ヒ公有ノ河川)ニ其適用ナキモノト云フヘシ河川法第三條ニ河川並ニ其敷地若クハ流水ハ私權ノ目的トナルコトヲ得ストアリ(法學博士川島雄四郎氏物權法要論七七頁)

三 水流ハ確定ノ水路ニ依リテ流ルル水ニシテ空氣ト同シク公共物ナリ(水流ハ理論上水源地ノ所有者ニ屬シ他人ノ所有地ヲ通過スル一事ニ因リテ其所有ニ歸セス然レトモ此理論ヲ貫徹セント欲セハ一個ノ水流カ他ノ水流ト合シ更ラニ一個ノ水流ヲ成シ遂ニ無數ニシテ辨別シ且實行スルコト能ハサル所有權ヲ見ル又水流ハ水源地ヲ脱スル瞬間ニ於テ之ヲ無主物ト爲サハ先占ノ結果トシテ常ニ上流地ノ所有者カ流水ヲ專用シ下流地ノ所有者ヲシテ水流ヲ使用スルコト能ハサラシム是羅馬法以來水流ヲ以テ公共物ト爲ス所以ナリトス)之ニ反シテ水流地ハ或ハ一人ノ所有トナリ或ハ其所有ト爲ラス日本ノ法律ニ依レハ河川法ノ支配ヲ受ケサル河川ノ水流地ハ一人ノ所有ト爲ラス湖水池沼ハ或ハ一人ノ所有ト爲ルコトヲ得レトモ河川法ノ支配ヲ受ケル河川ノ水流地(河川法三)海港灣等ハ一人ノ所有地ト爲ラス湖水池沼ハ或ハ一人ノ所有ト爲ルコトヲ得ルコトヲ得ル(法學博士松岡義正氏民法論物權上冊三三〇頁)

四 以上説明シタル處ハ水流地ノ所有者カ流水ニ付キ有スル權利ニ關スルモノナリトス故ニ水流地流水カ國及ヒ其行政區畫ニ

河西辯護士

橫田博士

川名博士

松岡博士

飯島學士

中島博士

同上

大審院

同上

同上

關スル場合ニ於テハ流水ニ付テハ何等私法上ノ關係ヲ生シ得サルカ故ニ土地所有者ハ流水區域ニ付テ何等ノ變更ヲ加フルコトヲ得ス又我邦ニ於テハ河川法ノ規定アリテ公共ノ利益ニ重大ノ關係アルヘキ河川ハ主務大臣之ヲ認ム其河川ニ對シテハ河川法ノ規定ヲ適用シ一切ノ事務ヲ處理スルモノトセリ故ニ河川法ノ適用ヲ受クヘキ河川ニ付テハ民法第二一九條ノ適用ヲ爲スヘキ限リニ非サルナリ乍併流水使用權ニ付キ一言スヘキハ廣ク流水ニ付テハ如何ナル私法上ノ權利關係ヲ認ムルコトヲ得ルヤ此點ハ研究スヘキ興味アル問題ニシテ河川法其他各府縣ニ於テ發布セラレタル流水使用規則ヲ參酌シテ之ヲ決スルノ外ナキモノトス(法學士飯島喬平氏物權法明大講義錄二〇七頁)

五 公共河川ハ右ノ如ク我國ニ於テハ無主物トシテ國家主權ノ直接支配ニ屬シ公衆ノ用ニ供セラレタル公共物ナリ法律命令ニ反セサル範圍内ニ於テ又他人ノ同等ノ支配ヲ害セサル限リハ何人モ之ヲ使用スルコトヲ得而シテ其使用權ノ性質ハ私權ニ非スシテ公權ナリ蓋シ公法ニヨリ各人ノ爲メニ生スルモノナレハナリ其内容ハ平等ナルヲ原則トス然レトモ法規ニ基ク官廳ノ行爲ニヨリ特定人ニ特種ヲ與フルコトヲ得(河川法第一七條)此ノ場合ニ於テモ其特權ノ源ハ行政行爲ニ在ルカ故ニ其性質ハ公權ナリトス而シテ一般使用權ハ人格ニ伴フ權利ナルカ故ニ拋棄又ハ相續スルヲ得サルモノナレトモ前條ノ特權ニ至リテハ特定ノ取得原因ニヨリ生シタルモノナルカ故ニ財產權タルノ性質ヲ有シ相續又ハ讓渡スルコトヲ得即チ公法上ノ財產權ナリ(法學博士中島玉吉氏民法釋義總則編三七六頁)

六 河川ハ之ヲ分チ公共河川ト私川ト二種トナス而シテ公共河川ハ河川法ノ支配ヲ屬シ之ヲ無主物ト爲ス本條ノ適用ヲ受クルモノハ所謂私川ニシテ河川法ノ適用ナキ河川ナリ而シテ其流水ハ其性質上完全支配ヲ許ササルカ故ニ所有權ノ目的タルヲ得サルルモ使用權ノ目的トナルヲ得之反其河床ハ全ク他ノ土地ト同シク所有權ノ目的トナルモノナリ(同上物權編(上)三四一頁)

七 多年河川ノ流水ヲ田地ニ灌溉シ水車ニ利用スル等ノ慣行アルトキハ其使用者ニ流水使用ノ權利ヲ生スルコトハ古來我邦ノ慣習上認メ來リタル所ナリトス(大審院刑事判決錄四十五年五六七頁)

八 溪谷ノ流水使用權ニ付テハ殊ニ井手ヲ設ケテ田用水若クハ飲用水等ニ用ヒタル場合ハ勿論公共物タル溪流其モノト雖モ一且或者ニ於テ該流水ヲ專用スル慣習發生シタルトキハ其者ニ權利ヲ生シ他人ノ之ヲ侵スコトヲ容ササルハ古來我國一般ニ認メラレタル原則ナリ(同民事判決錄四十二年六頁)

九 河川ノ沿岸所有者ハ他人ノ權利ヲ害セサル範圍内ニ於テ田地ニ灌溉シ水車ニ利用スル等各自其水流ヲ使用スル一種ノ權利ヲ有スルコトハ慣習上之ヲ認メ來リタル所ニシテ此權利ヲ侵害セラレタル者ハ加害者ニ對シ損害ノ賠償又ハ妨害ノ排除ニ因リテ其救済ヲ求メ得ルモノトス(同上三三八年一三二六頁)

公流ニ於ケル流水使用權ノ性質及其效力ニ關シテハ學者ノ所說詳カナラス判例亦的確ナルモノナシ此時ニ於テ本判決ノ見解ハ頗ル傾聽ニ値ス判旨大體ニ於テ至當ナリト信スルモ吾人ハ更ニ他日ノ研究ニ讓ラントス

(五二)

東京地方
裁判所
判決

二三第一項 不動産ニ付テハ其所在地ノ裁判所ハ總テ不動産上ノ訴殊ニ本權並ニ占有ノ訴及ヒ分割並ニ經界ノ訴ヲ專ラニ管轄ス

一九〇 訴ノ提起ハ訴狀ヲ裁判所ニ差出シテ之ヲ爲ス此訴狀ニハ左ノ諸件ヲ具備スルコトヲ要ス

第一 當事者及ヒ裁判所ノ表示

第二 起シタル請求ノ目的物及ヒ其請求ノ原因

第三 一定ノ申立

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

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

(一) 經界確定ノ訴ハ相隣地者間ニ於テ真正ナル經界カ主觀的又ハ客觀的ニ不明ナル場合ニ真正ナル既存ノ經界線ヲ明白ニシ之ヲ宣言スル判決ヲ求ムル訴ニシテ相隣者間ニ全然新ナル經界線ノ創設形成ヲ目的トスル訴ニアラス

經界確定ノ訴ヲ以テ相隣地者間ニ新ナル經界線ノ創設ヲ目的トスル訴ナリト論スルモノアルモ獨逸民法第九二〇條ノ如キ特別ナル法條アル場合ハ格別何等ノ如キ成法ヲ有セサル我國法ノ下ニ於テハ採用スルコトヲ得ス

經界確定ノ訴ノ權利保護ノ要件ハ相隣者カ該土地ノ所有權ヲ有スルコト及相隣者間ニ其經界ノ不明若クハ經界紛爭ノ事實アルヲ要ス(若シ相隣地ノ所有者以定テ訴求シ得可シトスレハ却テ相隣地者間ニ紛爭ヲ惹起シ本訴ヲ認ムル律意ニ背反ス)

(二) 官公署備付ノ公簿圖面ノ如キハ土地所有權ノ確認又ハ經界確定ノ訴ニ於テ之カ判斷ノ一資料タルニ過キス

(一) 東京市麴町區土手三番町十四番地及十五番地ノ三カ被告井上源三郎ノ所有ニ係リ同所十五番地ノ一カ被告柳井貴之ノ所有ニ屬スルコト及ヒ右兩地ハ互ニ其經界ヲ隣接セルコトハ本件當事者間ニ爭ナキ事實ナルヲ以テ原告ハ本訴經界確定ノ原告タル適格ヲ有スルヤ否ヤヲ案スルニ抑モ經界確定ノ訴ハ相隣地者間ニ於テ真正ナル經界力主觀的又ハ客觀的ニ不明ナル場合ニ之ニ基因スル紛争ヲ絶止シ以テ相隣地者間ノ權利狀態ヲ平靜且安固ナラシムル目的ヲ以テ真正ナル既存ノ經界線ヲ明白ニシテ之ヲ宣言スル判決ヲ求ムル訴ニシテ敢テ相隣者間ニ全然新ナル經界線ノ創設形成ヲ目的トスル訴ナリト論スルモハ經界確定ノ訴ヲ以テ相隣者間ニ新ナル經界線ノ創設ヲ目的トスル訴ナリト論スルモノナキニ非ラスト雖モ獨逸民法第九二〇條ノ如キ特別ナル法條アル場合ハ格別何等斯ノ如キ成法ヲ有セサル我國法ノ下ニ於テハ到底採用シ得ヘキ限リニアラス

(二) 從テ該訴ノ權利保護ノ要件トシテ相隣者カ該土地ノ所有權ヲ有スルコト及相隣者間ニ其經界ノ不明若クハ經界紛争ノ事實アルヲ要スルヤ蓋シ疑ヒテ容レス若シ相隣地ノ所有者以外ノ者ヲシテ本訴ヲ提起シ以テ經界ノ確定ヲ訴求シ得可シトセムカ却テ相隣地者間ニ紛争ヲ惹起シ遂ニ前記經界ノ訴ヲ認ムル律意ニ背反スルニ至ラム然リ而シテ今本件ニ於テハ前示ノ如ク原告ハ本件相隣地ノ所有者ニアラサルコトハ當事者間ニ爭ナキヲ以テ前段叙説ノ理由ニ依リ本訴經界確定ノ訴ハ既ニ此點ニ於テ

(111)

大審院

岩田學士

板倉博士

【關係事項】

經界確認及契約金請求事件○原告和田連治郎訴訟代理人辯護士川島任司同別服增吉被告柳井貴三外一名訴訟代理人辯護士伊藤和三郎同打田傳吉

【經界確定ノ訴ノ性質ニ關スル同趣旨學說判例】

一 不動産ノ經界ヲ定ムル訴ハ相隣者間ニ於テ兩隣地間ノ經界ノ不明ナルカ又ハ經界ニ付争アル場合ニ經界線ヲ定ムル宣言的判決ヲ求ムル訴其他隣接地所有者ノ經界設置及ヒ其費用負擔ニ關スル訴地上權ニ基ク經界ノ訴等之ニ屬ス(法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論一六一頁)

二 經界ノ訴ハ經界ノ點ノミニ付キ判決ノ確定力ヲ生スヘキ訴ヲ謂フ經界ノ訴ニ對スル判決ノ性質ハ多ク場合ニ於テ確定訴訟ノ判決ニ屬ス義務ノ履行ヲ命スル判決ニモ非ス亦法律關係ヲ創設スル判決ニモ非サレハナリ但稀ニハ創設判決ノ性質ヲ有スルコトアルヘシ例ハ一筆ノ地ヲ經界ヲ定メスシテ數名ノ共同ナラサル小作人ニ交付シタル場合ノ如シ右ノ場合ニハ小作地ノ經界ハ判決ヲ以テ定ムヘキモノニシテ既定ノ經界ヲ確認スルモノト云フヲ得サレハナリ(法學博士板倉松太郎氏法學志林第一三卷四號一〇四頁)

三 經界確定ノ訴トハ相隣者間ニ於テ兩隣地間ノ經界ノ不明ナルカ若クハ經界ニ付争アル場合ニ經界線ヲ定ムル宣言的判決ヲ要求スル訴ヲ謂フモノトス

經界確定ノ訴ニ於テハ單ニ經界ノミニ不明若クハ争アル場合ト争アルト同時ニ所有權ノ範圍ニ争アル場合トアリテ裁判所構成法第一四條第二號(ロ)ニ所謂不動産ノ經界ノミニ關スル訴訟トアルハ即チ前者ヲ指稱シ此訴訟ニ於テ言渡ス經界確定ノ判決ハ兩隣地ノ經界線ノミヲ確定スルニ止マルヲ以テ相隣者ハ他日更ニ所有權ノ範圍確定ノ訴訟ヲ提起スルコトヲ得ヘシ之ニ反シ後

(112)

者ニアリテハ範圍ニ争アル所有權ヲ基本トシテ經界ノ確定ヲ請求スルニ在ルヲ以テ事物ノ管轄ハ其訴訟物ノ價格ニ依リ定マリ
該訴訟ニ於テ言渡シ判決ハ兩隣地間ノ經界線ヲ確定スルト同時ニ相隣者ノ所有權ノ範圍ヲ確定シ他日更ニ所有權ノ範圍確定ノ
訴ヲ提起スルコトヲ得ス(大審院大正四年五月十五日民三部判決本書第四卷民訴第一五八頁)

【同上反對學說判例】

一 經界線カ不明ナルカ又ハ之ニ付争ヒアル場合ニ經界線ヲ定ムコトヲ求ムル訴即チ狹義ノ經界ノ訴ハ兩隣地間ノ經界線ヲ
創設的ニ定ムル判決ヲ要求スル訴即チ形成ノ訴ナリト解セントス(法學博士雄本朗造氏京都法學會雜誌第七卷第八號同九號本
書第一卷民訴一七頁)

二 所謂不動產ノ經界ノミニ關スル訴訟ナルモノハ通常謂フ所ノ確定ノ訴ト異ナリ不動產ノ經界カ主觀的若クハ客觀的ニ不明
ナル場合ニ於テ新ニ其經界ヲ確定センコトヲ求ムル一種ノ訴ニシテ其性質ヨリ言フトキハ寧ロ創設ノ訴ニ屬ス可キモノトス從
テ斯種ノ訴ニ於ケル一定ノ申立ハ唯不明ナル經界ヲ確定センコトヲ求ムルニ存シ何レノ線カ本來ノ經界ナルヤノ當事者ノ主張
ハ唯事實上ノ申述ノ一部ニ過キサルモノト謂ハサル可カラス(東京控訴大正二年十一月二十八日民一部判決法律新聞第九二九
號五一四頁)

三 所謂經界ノ訴トハ不動產ノ境界カ主觀的ニモ客觀的ニモ不明ナル場合ニ於テ創設的ニ其境界ノ確定ヲ求ムル訴ヲ指スモノ
トス(東京地方大正三年六月十五日民四部判決本書第三卷民訴一三二頁)

四 不動產ノ經界ノミニ關スル訴訟ハ創設ノ訴ニシテ確認ノ訴ニ非ス(同上大正二年七月二十九日民一部判決本書第二卷民訴
三九一頁)

【同上參照判例】

經界確定ノ訴ニ付テハ二個ノ場合ヲ區別セサルヘカラス一ハ當事者カ正確ナル經界線ヲ主張シテ之カ證明ヲ爲シタル場合ニシ
テ他ハ當事者カ正確ナル經界線ニ付キ證明ヲ爲ササル場合之ナリ而シテ前者ノ場合ニ於テ裁判所カ爲スヘキ判決ハ宣言的ニシ
テ後者ノ場合ニ於テ爲スヘキ判決ハ創設的ナリトス(東京地方大正四年六月三十日判決本書第四卷民訴二四四頁)

【經界確定ノ訴ノ當事者ニ關スル參照學說】

經界ノミノ訴ハ所有權ヲ以テ訴ノ原因トスルコト通例ナリト雖モ同一所有者ニ屬スル土地ニ付キ數名ノ貸借人若クハ小作人ア
ル場合ニ此貸借人又ハ小作人間ニ賃借地又ハ小作地ノ經界ノ争ヲ生シタルトキハ經界ノ訴ヲ起スコトヲ得ルモノナリ(法學博
士板倉松太郎氏法學志林第一三卷四號一〇四頁)

判旨ニ賛同ス經界確定ノ訴ニハ(一)單ニ主觀的又ハ客觀的ニ不明ナル經界ノ確定
ヲ目的トスルモノト(二)範圍ニ争アル所有權ヲ基本トシ經界ノ確定ヲ請求スルモ
ノトアリ裁判所構成法第一四條ニ所謂不動產ノ經界ノミニ關スル訴訟トハ前者
ヲ指稱シ何レモ確認ノ訴ニシテ創設ノ訴ニアラサルコトハ吾人ノ夙ニ主張セル
所ニシテ(本書第一卷民訴一二三頁大審院モ曩キニ同一趣旨ノ判決ヲ爲セリ)前掲
參照(本判決ハ前掲(一)ニ屬スルモノニシテ素ヨリ至當ナリ

五三

五〇〇 原狀回復又ハ再審ヲ求ムル申立アルトキハ裁判所ハ申立ニ因リ保證ヲ立テシメ又ハ保證ヲ立テシメシテ
強制執行ヲ一時停止ス可キコトヲ命シ又ハ保證ヲ立テシメテ強制執行ヲ爲ス可キコトヲ命シ及ヒ保證ヲ立テシメテ
其爲シタル強制處分ヲ取消ス可キヲ命シ又ハ保證ヲ立テシメシテ爲ス強制執行ノ停止ハ其執行ニ因リ價フ
コト能ハサル損害ヲ生ス可キコトヲ証明スルトキニ限リ之ヲ許ス
右判決ハ口頭辯論ヲ經シテ之ヲ爲スコトヲ得其裁判ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス

五二二 假執行ノ宣言ヲ付シタル判決ニ對シテ故障ヲ申立又ハ上訴ヲ起シタルトキハ第五〇〇條ノ規定ヲ準用ス

強制執行停止ノ申立ニ付テノ裁判ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得サルハ民
事訴訟法第五一二條及第五〇〇條ノ規定スル所ナリ

本件抗告ハ相手方綾部宇策外一名カ大分地方裁判所ノ與ヘタル判決ニ附シタル假執
行ニ付キ抗告人ヨリ右判決ニ對シ控訴ヲ提起スルト同時ニ右強制執行ノ停止ヲ原審
ニ申請シタルニ原審ニ於テ右申請ヲ理由ナシトシテ却下シタル裁判ニ對シ當院ニ不
服ヲ申立タルモノニ係ルモノトス然ルニ叙上ノ如キ強制執行停止ノ申立ニ付テノ裁
判ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得サレハ民事訴訟法第五一二條及第五〇〇條ノ

東京控訴院

規定スル所ナルヲ以テ本件抗告ハ之ヲ許スヘカラサルモノトス(大審院大正五年(ク)第一一三號同年四月六日民二部馬場裁判長田上入江鈴木岩田各判事決定)

【關係事項】

抗告棄却○原審長崎控訴院○假執行命令申請却下決定ニ對スル抗告事件○抗告人樋藤子代理人辯護士小川寅六同中原俊太郎同岩崎勳同並木信政

【同趣旨判例】

民事訴訟第五一二條第五〇〇條ニ基キ發シタル強制執行停止命令ノ取消ハ之ヲ求メ得サルモノトス(東京控訴院民二部判決法新開第六六七號一五頁)

(五四)

三三〇 左ノ者ハ宣誓ヲ爲サシメシテ參考ノ爲メ之ヲ訊問スルコトヲ得
第四 第二九七條及ヒ第二九八條第三號並ニ第四號ノ規定ニ依リ證言ヲ拒絕スル權利アリテ之ヲ行使セサル者但第二九八條第三號並ニ第四號ノ場合ニ於テハ拒絕ノ權利ニ關スル事實ニ付キ證言ヲ爲スコトヲ申立テラレタルトキニ限ル

證人ノ訊問カ民事訴訟法第三一〇條第四號ニ違背セルカ爲メ當事者ニ於テ其不法ヲ詰責シ得ルハ遲クトモ之ニ接續セル口頭辯論ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要シ然ラサレハ責問權ヲ喪失スヘキモノトス

證人ノ訊問カ民事訴訟法第三一〇條第四號ニ違背セルカ爲メ當事者ニ於テ其不法ヲ詰責シ得ルハ遲クトモ之ニ接續セル口頭辯論ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要シ然ラサレハ責問權ヲ喪失スヘキモノトス
證人宇野盛五郎宇野峰四郎ニ對シ上告人カ原審ニ至リ其同條ニ違背セル事實ヲ主張

(一一五)

大審院判

(一一五)

シ之ヲ立證セントシタルハ既ニ責問權ヲ喪失シタル後ニ係リ時機ヲ失シタルモノナレハ原審カ上告人ノ證據申請ヲ却下シナカラ右證人兩名ノ證言ヲ採用シテ保爭事實ヲ判斷シタルハ相當ナリ(大審院大正五年(ホ)第一〇二號同年四月五日民三部横田裁判長大倉岩田嘉山三宅各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審大阪地方裁判所○賣掛代金請求事件○上告人伊東太助訴訟代理人辯護士澤田安被上告人宇野定次郎

【責問權ノ拋棄ニ關スル參照學說判例】

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

二 裁判所カ民事訴訟法第三一〇條第五號ニ違背シ訴訟ノ成績ニ直接ノ利害關係ヲ有スル者ニ宣誓ヲ爲サシメテ訊問シタル場合ト雖モ當事者力其訊問ノ際若クハ遅クトモ之ニ接續セル口頭辯論ニ於テ異議ヲ述ヘサル限りハ責問權ヲ拋棄シタルモノニシテ後日ニ至リ之ヲ以テ上告ノ理由ト爲スコトヲ得ス(大審院大正四年四月十七日民三部判決本書第四卷民法一三八頁)

三 證人宣誓ハ直接ニ公益規定ニ非サルヲ以テ裁判所カ此規定ニ違背シテ宣誓セシムルモ當事者ハ有效ニ其責問權ヲ拋棄スルコトヲ得(東京控訴院大正元年(ナ)第一〇一號判決本書第一卷民訴二四五頁)

四 證人ノ宣誓ニ關スル規定ニ違背シタル手續アルモ當事者力異議ヲ述ヘス即チ責問權ヲ拋棄シタルトキハ有效ナル手續トナルヘキモノトス(同上四十五年(ハ)第四六號判決同上二〇八頁)

判旨ハ責問權ノ拋棄ヲ認ムルモノニシテ至當ナリ吾人ハ嘗テ東京控訴院ノ判決ニ對シ批評ヲ試ミタルコトアリ(本書第一卷民訴二四七頁參照)

岩田學士

大審院

東京控訴院

- 二〇六 妨訴ノ抗辯ハ本案ニ付テノ被告ノ辯論前同時ニ之ヲ提出ス可シ
- 左ニ掲クルモノヲ妨訴ノ抗辯トス
- 第一無訴權ノ抗辯
- 第二裁判所管轄違ノ抗辯
- 第三權利拘束ノ抗辯
- 第四訴訟能力ノ欠缺又ハ法理上代理ノ欠缺ノ抗辯
- 第五訴訟費用保證ノ欠缺ノ抗辯
- 第六再訴ニ付キ前訴訟費用未済ノ抗辯
- 第七延期ノ抗辯

本案ニ付キ被告ノ口頭辯論ノ始マリタル後ハ妨訴ノ抗辯ハ被告ノ有效ニ拋棄スルコトヲ得サルモノナルトキ又ハ被告ノ過失ニ非スシテ本案ノ辯論前ニ其抗辯ヲ主張シ能ハサリシコトヲ疏明スルトキニ限り之ヲ主張スルコトヲ得

司法裁判所ノ管轄ニ屬セサルコトヲ理由トスル無訴權又ハ專屬管轄ニ屬スヘキコトヲ理由トスル管轄違若クハ當事者カ訴訟能力ヲ有セス又ハ法律上代理人カ代理權ヲ有セサルコトヲ理由トスル訴訟能力又ハ法理上代理ノ欠缺ノ抗辯ノ如キ其事項カ裁判所ノ職權上審理判斷ヲ爲スヘキモノナルトキハ假令被告カ抗辯ヲ拋棄スルモ爲メニ其審理判斷ヲ缺クヘカラス從テ被告ノ拋棄ハ訴訟上何等效力アルモノニ非ス民事訴訟法第二〇六條第三項ニ被告ノ有效ニ拋棄スルコトヲ得サルモノトアルハ如上ノ妨訴抗辯ヲ指スモノトス

當事者間ノ定期米賣買取引ニ關スル紛議ニ付キ大阪堂島米穀取引所ノ仲裁判斷ニ任スヘキ契約アルコトヲ理由トシテ無訴權ノ妨訴抗辯ヲ爲ストキハ其抗辯事

〇一一七

〇一一七

項ハ契約ノ存否ニシテ裁判所ノ職權上審理判斷ヲ爲スヘキモノニ非ス從テ該妨訴抗辯ハ有效ニ拋棄スルコトヲ得ルモノトス

司法裁判所ノ管轄ニ屬セサルコトヲ理由トスル無訴權ノ抗辯又ハ專屬管轄ニ屬スヘキコトヲ理由トスル管轄違ノ抗辯若クハ當事者カ訴訟能力ヲ有セス又ハ法律上代理人カ代理權ヲ有セサルコトヲ理由トスル訴訟能力又ハ法律上代理ノ欠缺ノ抗辯ノ如キ其事項カ裁判所ノ職權上審理判斷ヲ爲スヘキモノナルトキハ假令被告カ抗辯ヲ拋棄スルモ爲メニ其審理判斷ヲ缺クヘカラス從テ被告ノ拋棄ハ訴訟上何等效力アルモノニ非ス民事訴訟法第二〇六條第三項ニ被告ノ有效ニ拋棄スルコトヲ得サルモノトアルハ如上ノ妨訴抗辯ヲ指スモノナルコト更ニ多言ヲ要セス然ルニ上告人ハ當事者ノ定期米賣買取引ニ關スル紛議ニ付テハ大阪堂島米穀取引所ノ仲裁判斷ニ任スヘキ契約アルコトヲ理由トシテ無訴權ノ妨訴抗辯ヲ爲スモノナルハ其抗辯事項ハ即チ契約ノ存否ニシテ裁判所ノ職權上審理判斷ヲ爲スヘキモノニ非ス然レハ上告人ノ該妨訴抗辯ハ有效ニ拋棄スルコトヲ得ルモノナルヤ洵ニ明白ニシテ假令上告人カ仲裁判斷ヲ受ケサルカ爲メ仲買人組合ノ規約ニ依リ制裁ヲ受クルカ如キコトアリトスルモ之ヲ理由トシテ有效ニ拋棄スルコトヲ得サルモノト謂ヒ得ヘキニ非ス(大審院大正五年(オ)第一一號同年三月十三日民二部馬場裁判長田上大倉入江鈴木各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審廣島控訴院○證據金返還請求事件○上告人橋本養治訴訟代理人辯護士石黒行平被告上告人片山儀太郎

【前段妨訴抗辯ニ關スル參照學說判例】

ノ關係ニ過キサルヲ以テ之ヲ無訴權ト爲スハ稍不慮當ノ嫌アリ既ニ獨逸新民事訴訟法ニ於テハ無訴權ノ抗辯ノ次ニ一號ヲ加ヘ
 仲裁判斷ニ依ル妨訴ノ抗辯ニ設ケラレタリ然ルニ我改正案ニ於テハ妨訴ノ抗辯ヲ絕對ニ省カレタルヲ以テ同法ノ實施ニ至テハ
 右等ノ疑點ハ論スルノ要ナキナリ(今村信行氏東京法學院大學講義録民事訴訟法第二編八五頁)
 四 仲裁判約ヲ締結シタル當事者ノ一方カ該契約ニ拘ラス民事裁判所ニ訴ヲ起シタル場合ニハ右契約ト一ノ債務ニ違背シタル
 モノナルカ故ニ相手方ハ民法ノ規定ニ從ヒ或ハ其債務ノ強制執行ヲ請求シ或ハ債務ノ不履行ニ因ル損害賠償ヲ請求スルコトヲ
 得ト雖モ仲裁判約ノ締結ヲ以テ妨訴抗辯トナシ本案ノ辯論ヲ拒絶スルコトヲ得ス
 一定ノ事項カ民事裁判所タルヤ行政事項タルヤ若クハ又刑事事項タルヤハ強行法規ヲ以テ定メラル當事者ノ意思ヲ以テ之
 ナルコトヲ主張スルモノニアラス(法學博士本則造氏京都法學會雜誌第八卷八號一六七頁本書第二卷民訴一九一頁)
 五 無訴權ノ抗辯ハ原告ノ提起シタル事件カ同法裁判所ノ權限ニ屬セスシテ他ノ官廳ニ屬スヘキ場合ニ於テ初メニ之ヲ主張シ
 得ヘク無訴權ナルヤ否ヤハ專ラ事件ノ性質ニ依ルモノニシテ仲裁判約ハ係争事件ヲ國家機關ニ非サル仲裁人ノ判斷ニ一任スル
 ノ契約ニシテ之ニ依リ民事事件ノ性質ヲ變シテ之ヲ他ノ事件ト爲スモノニアラス故ニ被告ハ其仲裁判約ノ存在ヲ利用シテ本案
 ノ抗辯トシテ原告ノ請求權自體ノ排斥ヲ求ムルヲ得ルニ格別此場合ヲ以テ無訴權ナリトシ妨訴抗辯ヲ提出スルコトヲ得ス(大
 阪地方大正元年ワ第七三七號民三部判決本書第一卷民訴二一七頁)
 訴訟要件タル事項ニハ其欠缺カ當然ニ本案訴訟ノ開始ヲ妨クル絕對的の要件ト其
 欠缺ヲ當事者カ主張スルニ因リ本案訴訟ヲ開始スルヲ得サル關係的の要件トアリ
 前者ハ裁判所カ職權上其存否ヲ審理スヘキ事項ナルモ後者ハ當事者ノ主張ニ因
 リ其存否ヲ判斷スヘキ事項ナリ從テ絕對的の要件ニ屬スル妨訴抗辯ハ當事者ニ於
 テ有效ニ拋棄スルコトヲ得サルモ關係的の要件ニ屬スル妨訴抗辯ハ當事者有效ニ
 拋棄スルコトヲ得ヘシ民訴二〇六號第三項ニ被告ノ有效ニ拋棄スルコトヲ得サ
 ルモノトハ前者ヲ指稱セルモノニテ判旨前段此趣旨ヲ是認セルモノナリ然ルニ
 判旨後段ニ於テ仲裁判約ノ存在ヲ主張スルヲ以テ無訴權ヲ理由トスル妨訴抗辯
 ト爲シ當事者ハ有效ニ拋棄スルコトヲ得ヘキモノト判示セルハ贊同スルコトヲ

(1105)

(1112)

得ス本來無訴權ノ抗辯ハ其訴訟ノ開始ヲ妨クルモノナルニ仲裁契約ノ存在ハ敢
 テ其性質ヲ變更シ無訴權タラシムルニアラス判旨ノ不當ナルコト洵ニ明カナリ
 即チ仲裁契約ノ存在ハ訴訟要件ノ欠缺ヲ來サス裁判所カ當事者ノ主張ニ因リ其
 存在ヲ認ムルトキハ原告ノ請求ヲ理由ナキモノトシテ棄却スヘク訴ヲ不適法ト
 シテ却下スヘキニアラス(本卷民法五〇八頁參照)若シ仲裁契約存在セルニモ拘ハ
 ラス當事者之ヲ主張セサルニ於テハ請求ノ當否ニ付キ判斷スヘキナリ要之仲裁
 契約ノ存否ハ訴ノ適否ニ關スル問題ニアラスシテ訴ノ當否ニ關スル問題ナリ判
 決カ此賭易キ法理ニ背反セルハ之ヲ解スルコトヲ得ス

(五六)

二〇六

妨訴ノ抗辯ハ本案ニ付テノ被告ノ辯論前同時ニ之ヲ提出ス可シ

左ニ掲クルモノヲ妨訴ノ抗辯トス

第一 無訴權ノ抗辯

民法七〇三

法律上ノ原因ナクシテ他人ノ財產又ハ勞務ニ因リ利益ヲ受ケ之カ爲メニ他人ニ損失ヲ及ホシタル者ハ
 其利益ノ存スル限度ニ於テ之ヲ返還スル義務ヲ負フ

司法裁判所カ裁判權ヲ有スルヤ否ヤハ專ラ原告ノ主張事實ヲ基礎ト爲シ其事實
 自體ニ依據シテ之ヲ改定セサルヘカラス

北海道廳長官カ其權限ニ基キ爲シタル橋梁無償官有編入ノ行政處分ヲ不當トシ
 之カ取消又ハ變更ヲ求ムル訴ハ公法關係ヲ原因トスルモノナルカ故ニ司法裁判
 所ノ管轄ニ屬セサルモノトス

不審利得トハ法律上ノ原因ナクシテ他人ノ財産又ハ勞務ニ依リ利益ヲ受テ之カ
爲メニ他人ニ損失ヲ及ボシタル場合ニ生スル法律關係ナルヲ以テ損失者ノ利得
返還請求權ハ獨リ利得者ニ法律上原因ノ存セサル場合ニ限リ發生スヘク無償編
入ノ行政處分カ適法ニ存在セル限リ利得者ニ利得スヘキ法律上ノ原因存スルモ
ノナレハ該處分ノ取消又ハ變更セラルルニアラサレハ不當利得返還請求權ノ成
立ヲ認ムルコトヲ得ス

司法裁判所カ裁判權ヲ有スルヤ否ヤハ專ラ原告ノ主張事實ヲ基礎ト爲シ其事實自體
ニ依據シテ之ヲ決定セサルヘカラサルコトハ當院判例ノ示ス所ナリ本件ニ於テ被上
告人ノ主張事實ハ上告人國ノ代表者タル北海道廳長官ハ被上告人ノ架設セル橋梁ヲ
其設置許可期間ノ滿了後不當ニ命令ヲ以テ無償ニテ官有ニ編入シタルカ爲メニ上告
人ハ該橋梁ノ價格ニ相當スル金額ヲ不當ニ利得シ因テ被上告人ニ損害ヲ及ボシタル
ヲ以テ之カ返還ヲ求ムト云フニ在ルコトハ原審判決ノ說示スル所ナレハ其訴旨タル
北海道廳長官カ其權限ニ基キ爲シタル橋梁無償官有編入ノ行政處分ヲ不當トシ之カ
取消又ハ變更ヲ求ムルモノニシテ司法裁判所ノ管轄ニ屬セサルモノナルヤ自明ナリ
蓋シ不當利得トハ法律上原因ナクシテ他人ノ財産又ハ勞務ニ依リ利益ヲ受ケ之カ爲メ
ニ他人ニ損失ヲ及ボシタル場合ニ生スル法律關係ナルヲ以テ損失者ノ利得返還請求
權ハ獨リ利得者ニ法律上原因ノ存セサル場合ニ限リ發生スヘク從テ前示無償編入ノ
行政處分カ適法ニ存在セル限リ上告人ニ利得スヘキ法律上ノ原因存スルモノナルヲ
以テ該處分ノ取消又ハ變更セラルルニアラサレハ被上告人ノ請求權ヲ支持スヘキ法

(1111)

(1111)

律上ノ根據ナキヤ論ヲ俟タサレハ本件ハ名ハ不當利得返還請求ナリト雖モ訴旨ハ公
法關係ヲ原因トシ行政處分ノ取消又ハ變更ヲ求ムルモノニ外ナラサルヲ以テナリ然
ルニ原審ハ原告ノ主張スル所ハ私法的關係ヲ以テ請求原因ト爲シ私權的救済ヲ目的
トスルニ在リト速斷シテ容易ク上告人ノ妨訴抗辯ヲ排斥シタルハ法規ノ解釋ヲ誤ル
失當アリ(大審院大正四年(オ)第八〇九號同五年三月十五日民三部横田裁判所大倉岩田
嘉山三宅各判事判決)

【關係事項】

破毀自判○原審函館控訴院○不當利得金請求事件○上告人國代表者北海道廳長官俵孫一被上告人栗山常次郎訴訟代理人辯護士
伊藤秀壽

【前段司法裁判所ノ權限ニ關スル參照學說判例】

一 當事者ハ民事訴訟ノ目的物タルニ適セサルモノヲ以テ民事訴訟ノ目的物ト爲スコトアリ例ヘハ當事者カ行政官廳ノ違法處
分ノ取消ヲ求ムル訴ヲ民事裁判所ニ提起スル場合ノ如ク今民事訴訟ヲ開始セル當事者カ私權保護ノ要求ニ依リ法律上民事訴訟
ノ目的物タルニ適セサル或法律關係ニ關シ民事訴訟ニ於テ裁判又ハ處分ヲ求メタルトキハ其法律關係カ法律上民事訴訟法ノ目
的物タルニ適セサルコトヲ理由トシテ私權保護ノ要求ヲ却下スヘキモノトス(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論上卷二
〇頁)

二 司法裁判所ハ裁判所構成法第二條ニ規定スルカ如ク原則トシテ民事訴訟ノ裁判權ヲ有シ特別法ニ依リ他ノ性質ナル訴訟ヲ
管理スルモノナレハ特別ノ明文ナキ行政事件ハ司法裁判所ニ於テ受理スル能ハス(法學博士板倉松太郎氏民事訴訟法綱要一九
頁)

三 通常裁判所ニ於テハ法律於ニテ特別裁判所ノ權限ニ屬セシメサル民事訴訟ニキ付裁判權ヲ有ス裁判所構成法ニ民事ト稱ス
ルハ汎ク私法關係ヲ意味スルモノニシテ私法關係ヲ目的トスル事項ナルトキハ特別裁判所ノ權限ニ屬セサルモノハ凡テ通常裁
判所ノ權限ニ屬スルモノトス(法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論三七五頁)

四 公法上ノ爭議ハ法律上特別ノ規定アル場合ヲ除ク外司法裁判所ノ管轄ニ屬セサルモ私法上ノ爭議ハ當然司法裁判所ノ管轄
ニ屬スルヲ原則トス(東京地方大正四年二月十二日判決本書第四卷民訴九頁)

五 本書民訴三〇頁

【後段不當利得ノ要件ニ關スル參照學說判例】

一 不當利得アリトスルニハ他人ノ財産勞務ニ因リテ利益ヲ受ケ之カ爲メ他人ニ損害ヲ被ラシメタルノ事實アルノミチ以テ足レリトセス法律上ノ原因ナクシテ此結果ヲ生シタルコトヲ必要トス蓋シ法律上ノ原因ニ基キ他人ノ財産勞務ニ因リテ利益ヲ受ケルハ固ヨリ正當ニシテ其利益ハ法律上享有シ得ヘキ性質ノモノナレハ之ヲ其財産勞務ヲ供シタル者ニ返還スヘキ理由ナケレハナリ故ニ買賣贈與交換雇傭請負其他ノ契約ニ基キ他人ノ財産勞務ニ因リテ利益ヲ受ケタル場合ニ於テハ所謂不當利得ナク法律ノ規定ニ因リ此種ノ利益ヲ享有スル場合亦同シ(法學博士飯島學士論八〇四頁)

二 凡ソ何人ト雖モ他人ノ損害ニ於テ自己ヲ利スルコトヲ得ヘキモノニ非ス詳シク云ヘハ何人ト雖モ法律上正當ノ名義ナクシテ他人ノ損害ニ於テ自己ヲ利スルコトヲ得ルモノニ非ス蓋シ法律上他人ノ財産又ハ勞務ニ因リテ利益ヲ受ケルカ爲メニハ必スヤ當事者ノ意思表示ニ因ルカ法律ノ規定ニ因ルカ要スルニ適法ナリ法律上ノ名義ナカルヘカラス故ニ何等ノ名義ナクシテ利益ヲ受ケタルモノナルニ於テハ其利得ハ無原因ニシテ法律上不當ニ利益ヲ得タルモノト云ハサルヘカラス但不當利得ノ要件トシテ法律上ノ原因ナキコトヲ要スル所以ナリ(飯島喬平氏民法要論八〇八頁)

三 受益者カ相手方ノ財産又ハ勞務ニ因リテ利益ヲ受ケ之カ爲メ其ノ相手方ニ損害ヲ及ホスモ其利益及損失ニ付適法ノ原因アルトキハ不當利得ヲ構成スルコトナシ(法學士村上恭一氏債權各論八五六頁)

四 不當利得ノ第三要件ハ利得カ法律上ノ原因欠缺ケルコト是ナリ然レトモ玆ニ所謂其原因ト意義如何ハ頗ル不明瞭ニシテ古來學者ノ大ニ爭フ處タリ羅馬法ニ於テハ法律上ノ原因欠缺ヲ來スヘキ各種ノ場合ニ付テハ異別ノ不當利得返還ノ原則ヲ設ケ而シテ是等各個ノ原則ノ背後ニ補充的助力ヲ有スル一般的不當利得請求權ヲ認メタルニ反シ吾民法ハ第七百三條ニ於テ各種ノ場合ニ通スル一般的原則ヲ設ケルニ止マリ而シテ所謂辨濟及不法原因給付ノ場合ニ付キ二三特別ノ規定ヲ設ケタルニ過キス然レトモ吾民法ノ下ニ於テモ法律上ノ原因欠缺ハ其發生原因種々多様ニシテ何等ノ歸一存在スルコトナク定義ヲ示シテ一律ニ法律上ノ原因ノ何タルカヲ説クハ到底不可能ナリト云ハサルヘカラスナリ學者或ハ此點ニ關シテ一律的ノ定義ヲ與ヘントスルモノナキニアラスト雖モ斯ノ如キハ徒ラニ劃一的ノ原則ヲ求ムルカ爲メ結局各箇ノ場合ノ何レカヲ逸セサルヘカラスノ結果ヲ惹起スルモノニシテ寧ろ吾人ヨリ對價ヲ受ケタル場合ト雖モ讓渡契約カ法律上無効ナルニ於テハ即チ法律上ノ原因ナクシテ之ヲ受ケタルモノニ外ナラス(大審院大正三年十一月十七日判決本審書第四卷民法五〇頁)

六 民法第一九二條所定ノ要件ヲ具備スルニ依リ其金錢ノ上ニ行使スル權利ヲ受得セルトキハ法律上ノ原因アリテ金錢ノ所有權ヲ取得セルモノナルカ故ニ不當利得ノ原因トシテ之カ返還ヲ請求スルコトヲ得ス(東京控訴大正四年四月二十二日判決同上四九二頁)

正當ナル判決ナリ

(五七)

假差押ノ基本タル債權カ裁判上確定セラレ其判決カ確定力ヲ有スルニ至レハ假差押差押ヲ以テ直チニ強制執行上ノ差押ト爲シ執行ヲ續行スルヲ得ヘキモノトス」

訴訟中其目的物ニ變更ヲ來シタルトキハ起訴當時ニ於ケル狀態ニ依ラス判決當時ノ狀態ニ依リ裁決ヲ受クヘキモノトス」

時ノ狀態ニ依リ裁決ヲ受クヘキモノニシテ假差押ニ對スル異議ノ訴ヲ提起シタル場合ニ於テ其訴訟中假差押ノ基本タル請求ニ關スル判決カ確定シテ現ニ執行セラルルニ至リタルトキハ原告ハ假差押異議ノ訴ヲ強制執行異議ノ訴ニ改ムルヲ得ヘキモノトス」

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

第一 事實上又ハ法律上ノ申述ヲ補充シ又ハ更正スルコト

第二 本案又ハ附帶請求ニ付キ訴ノ申立ヲ擴張シ又ハ減縮スルコト

第三 最初求メタル物ノ減盡又ハ變更ニ因リ賠償ヲ求ムルコト

四九七 強制執行ハ確定ノ終局判決又ハ假執行ノ宣言ヲ附シタル終局判決ニ因リテ之ヲ爲ス

假差押ノ基本タル債權カ裁判上確定セラレ其判決カ確定力ヲ有スルニ至レハ假差押ヲ以テ直チニ強制執行上ノ差押ト爲シ執行ヲ續行スルヲ得ヘク又訴訟中其目的物ニ變更ヲ來シタル場合ニ於テハ起訴ノ當時ニ於ケル狀態ニ依ラス判決當時ノ狀態ニ依リ裁決ヲ受クヘキモノニシテ假差押ニ對スル異議ノ訴ヲ提起シタル場合ニ於テ其訴訟中假差押ノ基本タル請求ニ關スル判決カ確定シテ現ニ執行セラルルニ至リタルトキハ原告ハ假差押異議ノ訴ヲ強制執行異議ノ訴ニ改ムルヲ得ヘキモノトス而シテ被告上告人ハ上告人ノ爲シタル假差押ニ對シ異議ヲ主張スル爲メニ本訴ヲ提起シタルモ

ノナルニ其後該假差押ノ基本タル請求ニ對スル判決確定シタルヲ以テ上告人ヨリ假差押ニ係ル物件ニ付キ現ニ強制執行ヲ受ケツツアルコト確定ノ事實ナレハ前ノ假差押ハ當然強制執行上ノ差押ト爲リ訴訟中目的物ノ狀態ニ變更ヲ來シタルモノニ外ナラスシテ目的物カ前後同一ナルコトニ於テ毫モ妨クル所ナシ而シテ被上告人ハ原審ニ於テ本件ニ付キ附帶控訴ヲ爲ス旨ノ申立ヲ爲シタリト雖モ右ハ單ニ本件假差押カ強制執行上ノ差押ニ移リタルカ爲メニ本訴ノ申立ヲ訂正シテ強制執行ノ不許ヲ求メタルモノト解スヘキカ故ニ原審カ之ヲ附帶控訴トシテ適法ナルカ如ク判示シタルハ不法ナリトスルモ被上告人ノ右訂正ノ申立ヲ認容シタル原判決ハ結局正當ナリト謂ハサルヘカラス隨テ又叙上ノ理由ニ依リ本訴ニ於ケル權利拘束モ假差押不許ノ訴ノ當初ヨリ繼續スルモノナルカ故ニ原審ニ於テ上告人ノ本件權利拘束ノ抗辯ヲ排斥シタルハ正當ナリ(大審院大正四年(オ)第九五九號同五年二月十四日民二部馬場裁判長田上入江鈴木岩田各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審水戸地方裁判所○假差押異議事件○上告人坂本虎次郎訴訟代理人辯護士宮古啓三郎同澤田宏同被上告人山口百

【前段假執行ト本執行ノ續行ニ關スル同趣旨學說】

一 有體動産ニ對スル假差押ノ執行ヲ爲シタル後強制執行ヲ爲スコトヲ得ルニ至リタルトキ即チ強制執行ノ條件カ悉ク存在スルニ至リタルトキハ假差押ノ執行ノ爲ニ爲シタル差押ヲ基礎トシテ強制執行ノ爲メニ必要ナル手續ヲ續行スヘキモノトス(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論下卷一五七八頁)
二 假差押ヲ爲シタル債權者ノ請求權確定シテ強制執行名義ヲ有スルニ至リタルトキハ假差押ノ目的物ニ付キ直ニ強制換價ニ着手スルコトヲ得更メテ差押手續ヲ爲スヘキモノニ非ス然レトモ第五二八條第五二九條第五一八條第五一九條等ニ規定スル執行要件タル手續ハ之ヲ省略スルヲ得ス(法學博士板倉松太郎氏強制執行法義海九四八頁)

松岡博士

岩田學士
今村信行

板倉博士

大審院

院長
院控訴

【後段訴訟中目的物ノ變更ニ關スル同趣旨學說判例】

一 假差押ノ執行ニ對スル異議ノ申立若クハ異議ノ訴ハ當然其執行ヲ停止スルノ効力ナキモ之ヲ提起シタル者ハ執行停止其他ノ假處分ヲ求ムルコトヲ得執行停止ノ假處分ヲ申請セザリシ爲メ手續カ假差押ヨリ強制執行ニ變シタルトキハ假差押執行ノ排除ヲ強制執行排除ノ請求ニ變スル事ヲ得之レ申立ノ擴張ニ外ナラサレハナリ(法學博士板倉松太郎氏強制執行義海一九三頁)
二 假差押ノ基本タル債權カ裁判上確定セラレ其判決カ執行力ヲ有スルニ至リタル場合ニ於テハ其假差押ハ直チニ強制執行上ノ差押トシテ執行ヲ續行スルヲ得ヘク又訴訟中其目的物ニ變更ヲ來シタル場合ニ於テハ判決當時ノ狀態ニ依リ裁判ヲ受クヘキモノナルカ故ニ右假差押解除ノ請求ヲナシタル者ハ如上ノ場合ニ強制執行排除ノ請求ニ改ムルコトヲ得(大審院大正二年十二月八日民二部判決本書第二卷民訴三三四頁)
三 債權者カ債務者ノ財産ト共ニ第三者ノ財産ニ對シテ假差押ヲ爲シタル爲メ債務者ヨリ解除ノ訴訟ヲ提起シ其第一審判決言渡後差押ノ基本タル債權カ確定シタルヨリ假差押ハ解除セラレシテ直チニ強制執行ニ移リ本差押ニ變更セラレタル場合ニ於テハ第一審ニ於ケル假差押解除ノ訴訟ハ當然強制執行異議ノ訴訟ニ推移スルヲ以テ更ニ強制執行異議ノ訴ヲ提起スルノ必要ナキモノトス(長崎控訴民二部判決法律新聞第六九七二五頁)

判旨至當トス

五八

二二八 請求ノ原因及ヒ數額ニ付キ争アルトキハ裁判所ハ先ツ其原因ニ付キ裁判ヲ爲スコトヲ得

レトモ裁判所ハ申立ニ因リ其數額ニ付キ辯論ヲ爲スコキヲ命スルコトヲ得

二四四 判決ハ其主文ニ包含スルモノニ限り確定力ヲ有ス

二四七 時効ハ左ノ事由ニ因リテ中斷ス

一 請求

二 差押假差押又ハ假處分

三 承認

二四九 裁判上ノ請求ハ訴ノ却下又ハ取下ノ場合ニ於テハ時効中斷ノ效力ヲ生セス

二五三 催告ハ六ヶ月内ニ裁判上ノ請求和解ノ爲メニスル呼出若クハ任意出頭破産手續參加差押假差押又ハ假處分

ナ爲スニ非サレハ時効中斷ノ效力ヲ生セス

海上衝突豫防法一八 二艘ノ汽船正シク眞向又ハ幾ント眞向ニ行進フテ衝突ノ虞アルトキハ兩船トモ鐵路ヲ右舷ニ

轉シ互ニ他船ノ左舷ヲ行過スヘシ

本條ハ兩船正シク眞向又ハ幾ント眞向ニ行進フテ衝突ノ虞アルトキニ限り適用スヘシ兩船各々其鐵路ヲ保テテ互ニ

替リ行クトキニハ適用スヘカラス

(一) 判決力確定力ヲ有スルハ單ニ主文ノミニ止マラス其理由モ主文ヲ直接維持スヘキ範圍ニ於テ之ト合體シ確定スヘキモノナレハ請求ノ原因及ヒ數額ニ付キ争ヲ生シ第一審裁判所カ先ツ其原因アリトノ中間判決ヲ爲シタル場合ニ於テモ其理由中原告ノ請求ヲ認容スヘキ部分ト之ヲ排斥スヘキ部分トアリ被告カ之ニ對シテ控訴ヲ爲シタルトキハ其原告ノ請求カ排斥セラルヘキ部分ニ付テハ原告ヨリ附帶控訴ヲ爲スニ非サレハ排斥セラレタル儘原告ノ不利益ニ確定

111111

スヘキモノトス

(二) 催告ハ民法第一五三條ニ依リ六ヶ月内ニ裁判上ノ請求ヲ爲スニ於テハ時効中斷ノ效力ヲ生スルモノナリ而シテ同第一四九條ハ裁判上ノ請求カ訴却下ノ場合ニ於テハ時効中斷ノ效力ヲ生セサル旨ヲ規定セルニ止マルヲ以テ更ニ裁判上ノ請求ヲ爲スコトヲ妨ケサルハ勿論催告ノ後裁判上ノ請求ヲ爲シタル場合ニ於テ其訴カ却下セラルルモ爲メニ曩キニ爲シタル催告ノ效力ヲモ全然滅却セシムルモノニ非ス法定ノ期間内ニ更ニ裁判上ノ請求ヲ爲スニ於テハ時効中斷ノ效力ヲ生スルモノトス

(三) 海上衝突豫防法第一八條ハ二艘ノ汽船近距離ニ於テ正シク眞向又ハ幾ント眞向ニ行進フテ衝突ノ虞アルトキニ適用スヘキモノナルコト勿論ナルモ兩船各其鐵路ヲ保テハ互ニ替リ行クトキニハ鐵路ヲ右舷ニ轉スヘキモノニ非サルコトモ亦同條第二項ニ依リ明カナリトス

(一) 上告理由 判決ハ其主文ニ包含スルモノニ限り確定力ヲ有スルモノニシテ本件第一審裁判所ハ本件ニ付キ其判決主文ニ「原告ノ請求ハ正當ノ原因アリ」ト判決セラレタリ最モ其理由中ニ本件衝突ニ因リテ生シタル損害ニ付キテハ其三分ノ二ヲ原告ニ於テ残り三分ノ一ヲ被告ニ於テ之ヲ負擔スヘキモノナリト説明シアレトモ該理由ハ確定力ヲ有スルモノニアラサルヲ以テ其説明ナ不當ナリトシテ控訴ヲ爲スハ無用ニシテ從テ不適法ナリト云ハサルヘカラス然ルニ被上告人ハ附帶控訴ヲ以テ控訴ヲ爲シ

原院ハ之ヲ適法ナリトシテ採用セラレタルハ違法ノ判決ナリ

【判決理由】判決カ確定力ヲ有スルハ單ニ主文ノミニ止マラスシテ其理由モ主文ヲ直接維持スヘキ範圍ニ於テ之ト合體シテ確定スヘキモノナレハ本件ノ如ク請求ノ原因及ヒ數額ニ付キ爭ヲ生シ第一審裁判所カ先ツ其原因アリトノ中間判決ヲ爲シタル場合ニ於テモ其理由中原告ノ請求ヲ認容スヘキ部分ト之ヲ排斥スヘキ部分トアリテ被告カ之ニ對シテ控訴ヲ爲シタルトキハ其原告ノ請求カ排斥セラレヘキ部分ニ付テハ原告ヨリ附帶控訴ヲ爲スニ非サレハ排斥セラレタル儘原告ノ不利益ニ確定スヘキモノトス(明治三十九年(オ)第四一號同年十月十五日判決參照)然レハ被告上告人カ第一審ノ中間判決ニ對シテ附帶控訴ヲ爲シ原院カ之ヲ適法ナリト爲シタルハ相當ニシテ論旨ハ理由ナシ

(二) 催告ハ民法第一五三條ニ依リ六ヶ月内ニ裁判上ノ請求ヲ爲スニ於テハ時効中斷ノ效力ヲ生スルモノナリ而シテ同第一四九條ハ裁判上ノ請求カ訴却下ノ場合ニ於テハ時効中斷ノ效力ヲ生セサル旨ヲ規定セルニ止マルヲ以テ更ニ裁判上ノ請求ヲ爲スコトヲ妨ケサルハ勿論催告ノ後裁判上ノ請求ヲ爲シタル場合ニ於テ其訴カ却下セラレルモ爲メニ曩ニ爲シタル催告ノ效力ヲモ全然滅却セシムルモノニ非ス法定ノ期間内ニ更ニ裁判上ノ請求ヲ爲スニ於テハ時効中斷ノ效力ヲ生スルモノトス然レハ原院カ本件ノ衝突ハ明治四十一年七月十二日ニシテ被告上告人ハ同四十二年五月四日上告人ニ對シ本件ノ損害賠償ヲ催告シ同年十一月一日日本訴ノ提起シタル事實ヲ認メテ時効ノ中斷セラレタルモノトシ被告上告人カ同年七月十日(原判決ニ明治四十一年七月十日トアルハ誤記ト認ム)ニ在リテ盛岡地方裁判所へ本件ト同一ノ訴訟ヲ提起シ管轄違

(115)

ノ故ヲ以テ訴ヲ却下セラレタル事實ハ時効ノ中斷ニ影響ナキ旨ヲ判示シタルハ如上ノ理由ニ依リ相當ナリ

(三) 海上衝突豫防法第一八條ハ二艘ノ汽船近距離ニ於テ正シク眞向又ハ幾ント眞向ニ行進フテ衝突ノ虞アルトキニ適用スヘキモノナルコト勿論ナルモ兩船各其航路ヲ保テハ互ニ替リ行クトキニハ航路ヲ右舷ニ轉スヘキモノニ非サルコトモ亦同條第二項ニ依リテ明カナリ原院ハ論旨摘録ノ判示ニ先チ乙第一號證新甲第二號證其他數多鑑定人ノ意見ヲ參酌シテ日進丸及ヒ住江丸ノ兩汽船カ午後十時四十九分始メテ相見タルトキノ位置ハ右舷ト右舷ト相對シ兩船ノ船員ハ各他舷ノ白燈ヲ自船ノ右舷船首ニ見タルモノニシテ其距離約九鍵ナリシモ兩船各其航路ヲ保テハ右舷ト右舷ト互ニ替リ行クヘカリシ場合ナルコトヲ認メタルモノニシテ其約九鍵ノ距離ハ一哩ハ十六町九七五ニシテ九鍵ハ十五町二七七五ナルヲ以テ日進丸カ約九哩住江丸カ約九哩半ノ速力ヲ有スルニ對シテ極メテ接近シタル距離ニ在ルモノナレハ航方ノ如何ニ依リテハ即チ航路ヲ右舷ニ轉スルニ於テハ兩船衝突ノ虞アル場合ナルコト自明ニシテ特ニ此點ニ關スル鑑定意見ヲ徵スルコトヲ要スルモノニアラス原院カ日進丸ノ右轉ヲ以テ前示法條ニ違背セル不當ノ航方ナルコトヲ判示シタルハ相當ナリ(大審院大正四年(オ)第四八八號同五年二月十二日民三部横田裁判長田上大倉嘉山三宅各判事判決)

(116)

【關係事項】

上告棄却○原審大阪控訴院○損害賠償請求事件○上告人岡崎藤吉訴訟代理人辯護士岸清一郎堀江專一郎同瀨下清通被告上告人日本郵船株式會社訴訟代理人辯護士岩田宙造

【(一) 判決ノ確定力ニ關スル同趣旨判例】

仁井田博士

岩田學士

【一】判決ノ確定力ニ關スル參照學說

一 請求ノ原因ト數額トニ付キ爭ヲ生シ先ツ其請求ノ原因アルヤ否ヤノ點ノミニ付キ中間判決ヲ與ヘ其理由中ニ於テ原告ノ主張事實中或一部ハ之ヲ是認シ他ノ一部ヲ非認セラレタル判旨ナルコト其判文中ニ明カナルトキハ其證明ハ所謂其主文ニ包含シタル事項ニ係ルヲ以テ該主文確定ト同時ニ確定スヘキモノナリ故ニ其中間判決ニ對シ原告ノ點アルハ右判決主文ニ包含シタル事項確定スレハ不利ヲ生スヘキコトヲ主張シ民訴第二二八條ノ規定ニ依リ上訴ヲ爲スノ途アルニ其上訴期間ヲ徒過シ既ニ該中間判決確定シタルモノナレハ後ノ數額ニ付テノ終局判決ヲ爲スニ當リ之ニ關東セラルヘキモノトス(大審院三十九年十月十五日民二部判決同民事判決錄三十九年一二五八頁)

二 請求ニ付テノ判決ノ理由ハ依リ維持セラレル主文ヨリ成ルモノナレハ理由ハ主文ヲ直接ニ維持スヘキ範圍ニ於テ且是ト合體シテノミ確定スヘキモノトス(大審院民事判決錄大正元年一〇九二頁)

【一】判決ノ確定力ニ關スル參照學說

一 現行法ノ規定ニ依リハ判決ノ既判力ハ判決主文ニ包含スルモノニ關シテノミ存在スルモノトス第二四四條ニ判決ハ其主文ニ包含スルモノニ限リ確定力ヲ有ストアルハ此意ニ外ナラサルナリ所謂判決主文トハ判決ノ内容タル裁判ヲ謂フ此裁判ハ毎ニ之ヲ判決書ニ掲クヘキモノトス是レ之ヲ名ケテ判決主文ト稱スル所以ナリ此ノ如ク判決ノ既判力ハ判決主文ニ包含スルモノニ關シテノミ存在スルモノナラカ故ニ之ヲ包含スルモノニ關シテハ存在スルモノナリト雖モ之ニ包含セサルモノニ關シテハ決シテ存在セサルモノト謂フヘシ果シテ然ラハ第二四四條ノ規定ハ既判力ノ客觀的範圍ヲ定メタルモノト謂ハサルヘカラサルナリ(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論中卷五五頁)

二 實質的確定力ヲ生スル範圍ニ付テハ第二四四條ノ規定ニ曰ク判決ハ其主文ニ包含スルモノニ限リ確定力ヲ有スト其意義甚タ漠然タリト雖モ判決ノ實質的確定力ノ範圍ヲ定メタル規定ナルコト疑ヲ容レズ所謂「主文ニ包含スルモノ云々」トハ判決ノ主文ニ因リテ判斷セラレタル訴訟物タル權利若クハ法律關係ニ付キ確定力ヲ生スルコトヲ謂フ原告カ被告ニ對シテ或債務ノ履行ヲ請求スル給付ノ訴ナルトキハ請求ニ付テ確定力ヲ生シ又確定ノ訴ニ付テハ其判決アリタル法律關係ニ付テ確定力ヲ生スルモノナリ同條ニ「主文ニ包含スルモノニ限リ」トアルヲ見テ主文自體カ確定力ヲ生スルモノト誤解スヘカラス判決ノ主文ハ法律關係ノ如何ヲ言表ハスモノニ非スシテ唯判決ハ被告ニ對シテ或行爲又ハ不行爲ヲ命シ或ハ權利ノ存否又ハ權利ノ形成ヲ表示スルニ止マルヲ通常トス故ニ判決主文自體カ確定力ヲ生スルモノト解スヘカラス判決主文ニテ裁判アリタル權利又ハ法律關係ニ付キ確定力ヲ生スルモノナリ而シテ判決主文カ權利又ハ法律關係ノ全部又ハ一部ニ付テ裁判セルモノナラトキハ確定力モ亦其範圍ニ於テ發生ス：故ニ訴訟物タル權利若クハ法律關係ノ成立スルニ至リタル法律的事實ニ付キ確定力ハ關連シテ存在スルモノナリト雖モ判決理由ニ確定力ヲ生スルモノト爲スヲ得ヌ被告ノ抗辯ニ付テモ亦確定力ヲ生スルモノニ非ストス(法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論三四頁以下要領)

【二】判決ノ確定力ニ關スル反對判例

一 判決ハ其主文ニ包含スルモノニ限リ確定力ヲ有スルモノナラナリ以テ第一審判決主文ニ何等ノ宣明ナキ請求ニ付テハ縱令理由中ニ之ヲ棄却スヘキ旨ノ說明アルモ未ダ判決ナキモノト爲ササルヘカラス從テ之ニ對シテ爲シタル控訴ハ許スヘカラスモノトス(大審院大正二年七月一日判決本書第二卷民訴二二〇頁)

二 第一審ノ判決主文ニ於テ原告請求ノ一部ニ付キ被告ニ辨濟ヲ命シタル場合ニハ關係ノ部分ハ該主文ニ包含セラレサルヲ以テ縱令理由中ニ說明スル所アリト雖モ未タ何等ノ終局判決ナキモノトス從テ其部分ニ對シテ控訴ハ不法ナリ(同上四十二年九八九頁)

至當ナル判決ナリ

(五九)

大審院判

【一】民事訴訟法第二二二條ハ判決ヲ請求スル者ニ於テ爲ス申立ニ適用スヘキモノニシテ被請求者ノ申立ニ適用スヘキモノニ非ス故ニ被告カ更正陳述ヲ爲スハ同第二二三條ノ重要ナル陳述ヲ變更シタルニ過キサレハ調書若クハ其附録タル書面ニ依リ之ヲ明確ニスルヲ以テ足り書面ヲ差出シ又ハ之ニ基キ爲スニ非サレハ更正陳述ナキモノト看做スヘキニアラス

【二】判決ハ其主文ヲ維持スヘキ事實上及ヒ法律上ノ理由ヲ具備スヘキハ勿論ナル

二二三 判決ヲ受ク可キ事項ノ申立ハ書面ニ基キ之ヲ爲スコトヲ要ス
書面ニ掲ケサル申立アルトキハ調書ニ附録トシテ添付ス可キ書面ヲ差出シテ之ヲ爲スコトヲ要ス
重要ノ點ニ於テ以前申立テタルモノト異ナル申立ニ付テモ亦同シ
本條ノ規定ヲ遵守セサルトキハ申立ナキモノト看做ス
二二三 前條ノ申立ヲ除ク外書面ニ掲ケサル重要ナル陳述又ハ其書面ノ旨趣ト重要ノ點ニ於テ差異ノ存スル事項ハ其差異カ附加制除外ノ變更ニ係ルヲ問ハズ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ調書若クハ其附録トシテ添付ス可キ爲メ差出シタル書面ニ依リテ之ヲ明確ニス可シ
二二六 判決ニハ左ノ諸件ヲ掲ク可シ
第三 裁判ノ理由

モ其法律上ノ理由ヲ付スルニ當リ適用スヘキ法條ノ如キハ必スシモ之ヲ判文ニ明示スルコトヲ要セス

(一) 民事訴訟法第二二條ハ判決ヲ請求スル者ニ於テ爲ス申立ニ適用スヘキモノニシテ被請求者ノ申立ニ適用スヘキモノニ非サルコトハ當院判例ノ存スル所タルノミナラス原告タル上告人ノ主張ニ係ル上告人前主ヨリ被上告人ニ對スル壘表及ヒ其壘販賣ノ賣掛代金ヲ消費貸借ニ改メタル旨ヲ被告タル被上告人ニ於テ自認シタルヲ其賣掛代金ニ付キ上告人前主ニ證書ヲ差入レタルハ一時代金支拂ノ猶豫ヲ求ムル趣旨ニシテ消費貸借ニ更改シタルモノニ非スト更正陳述ヲ爲スハ同第二三條ノ重要ナル陳述ヲ變更シタルニ過キサレハ調書若クハ其附錄タル書面ニ依リテ之ヲ明確ニスルヲ以テ足リ書面ヲ差出シ又ハ之ニ基キ爲スニ非サレハ更正陳述ナキモノト看做スヘキモノニアラス而シテ上告人ハ原告ニ於テ第一審ニ於ケル被上告人ノ自認ヲ援用シタルニ非サルヲ以テ原告カ被上告人ノ更正陳述ヲ採用シタルハ適當ナリ

(二) 判決ハ其主文ヲ維持スヘキ事實上及ヒ法律上ノ理由ヲ具備スヘキハ勿論ナルモ其法律上ノ理由ヲ付スルニ當リ適用スヘキ法條ノ如キハ必スシモ之ヲ判文ニ明示スルコトヲ要スルモノニアラス本件ニ於テ原告カ上告人ノ前主タル訴外藤本又藏カ商人ニシテ被上告人モ壘製造業者ナルコトヲ認メ其間ニ行ハレタル壘表及ヒ莫塵類ノ賣買ハ當然商行爲タル性質ヲ有スルモノト推定スヘク又被上告人カ明治四十一年十二月二十八日內拂ヲ爲シタル以來滿五ヶ年間時効ノ中斷セラレタルコトナキ事實ヲ認メ本訴債權ハ商行爲ニ因リ生シタル債權トシテ商法規定ノ適用ヲ受ケ五年ノ時効ニ罹リ消滅シタルコトヲ判示シタル上ハ其賣買ノ商行爲タルコトニ付テハ商法第二

(111)

(112)

六三條第一號ヲ適用シ及ヒ其債權ノ時効ニ付テハ同第二八五條ヲ適用シタルコトヲ知ルヘク原判文上特ニ各法條ヲ掲ケサルモ上告人ノ請求ヲ棄却スヘキ理由ヲ具備セラルモノナリ(大審院大正四年(オ)第一〇七三號同五年三月一日民三部橫田裁判長大倉嘉山三宅各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原告長崎地方裁判所○貸金請求事件○上告人荒木保太郎訴訟代理人辯護士根本大助被上告人穗東稜

【一】判決ヲ受クヘキ事項ノ申立ノ意義ニ關スル同趣旨學說判例

一 所謂判決ヲ受クヘキ事項ノ申立トハ如何ナル内容ノ判決ヲ求ムルヤノ申立ヲ謂フ彼ノ闕席判決ノ申立ハ闕席ノ效果ニ基キテ判決ヲ爲スコトヲ求ムルノミニシテ其内容ヲ表示スルモノニ非ス訴訟物ノ拋棄又ハ認諾ニ基キテ判決ヲ爲スコトヲ求ムル申立モ亦其内容ヲ表示スルモノニ非サルカ故ニ此等ノ申立ハ判決ヲ求ムルモノタルニ拘ハラズ判決ヲ受クヘキ事項ノ申立ニ非スシテ訴訟手續ニ關スル申立ニ外ナラズ知ルヘシ(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論六九六頁)

仁井田博士
板倉博士
岩田學士

二 判決ヲ受クヘキ事項ノ申立トハ訴ヲ起シタル者カ請求ヲ明示シテ相手方ヲシテ之ニ應セシムルノ判決ヲ下サンコトヲ求ムル意思表示ヲ謂フ純粹ナル訴訟法上ノ申立ハ判決ヲ受クヘキ事項ノ申立ニ屬セス(法學博士板倉松太郎氏民事訴訟法綱要二一三頁)

三 茲ニ所謂申立トハ原告反訴ノ原告控訴人附帶控訴人上告人又ハ附帶上告人カ如何ナル判決ヲ求ムルヤノ申立並ニ先決的確定ノ訴ヲ提起シタル者カ如何ナル判決ヲ求ムルヤノ申立並ニ假執行ノ宣言ヲ求ムル申立口頭辯論ニ基キテ爲ス假差押若クハ假處分ノ申立並ニ口頭辯論ニ基ク假差押又ハ假處分ニ對スル異議若クハ取消ノ申立其他申立ノ擴張又ハ減縮ヲ爲ス申立ヲ指スモノナリ闕席判決ヲ求ムル申立辯論進行ノ申立等其ノ訴訟手續ニ關スル申立ハ判決ヲ受クヘキ事項ノ申立ニアラス又訴反訴控訴附帶控訴附帶上告ニ付テ相手方ノ爲ス棄却ヲ求ムル申立ハ判決ヲ受クヘキ事項ノ申立ニアラス隨テ被告ノ爲ス答辯ハ書面ニ陳述スルコトヲ必要トセサルモノナリ(法學博士岩田一郎氏民事訴訟法原論四八三頁)

【二】判決ニ表示スヘキ理由ニ關スル參照學說判例

四 請求却下又ハ控訴棄却ノ申立ハ所謂判決ヲ受クヘキ事項ノ申立ニ非サレハ必スシモ書面ニ基クテ要セス從テ特ニ其申立ナキモ結局請求却下若クハ控訴棄却ニ歸スヘキ旨趣ノ申請アルヲ以テ足レリトス(大審院民事判決錄三十七年九八三頁)

大審院
183 (民訴)

五 民事訴訟法第二二條ノ規定ハ事物請求者ノ申立ニ適用スヘキモノニシテ被請求者ノ申立ニ適用スヘキモノニ非ス(同上二十八年第四卷四頁)

一 茲ニ所謂裁判ノ理由トハ判決主文タル裁判ヲ爲スノ理由ヲ指スモノトス故ニ判決ヲ爲スニ適切ナル攻撃若クハ防禦ノ方法證據方法又ハ證據抗辯ニ關スル判斷及ヒ法律上ノ判斷並ニ判決ヲ爲スカ爲メニ或争點ニ關シテ爲スノ必要アル裁判及ヒ其理由等ハ茲ニ所謂裁判ノ理由ニ屬スルモノナリ然リトモ終局判決ニ影響ヲ及ホスヘキ或争點ニ付キ中間判決ヲ以テ裁判ヲ爲シタルトキハ終局判決ノ理由ニ於テハ之ヲ引用スルコトヲ要スルモ其裁判ノ理由ヲ示スコトヲ要セサルモノトス蓋シ其裁判ノ理由ハ中間判決ニ依リテ之ヲ明ニスルヲ得ヘキヲ以テナリ(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論中卷七四四頁)

二 判決ノ理由トハ當事者ノ申立ヲ認容シ若クハ排斥スルニ至リタル論據ヲ謂フ第二三〇條ノ規定ニ則リ表示スヘキモノナリ其論據ノ表示カ矛盾スルコトアルカ若クハ不明ナルトキハ理由ヲ付セサル判決ナリトス(法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論三二八頁)

三 法律上判斷ノ因リテ生スル所以ヲ説明スレハ敢テ法律ノ正條ヲ掲ケサルモ法律上ノ理由ハ具備セルモノトス(大審院民事判決錄三十三年第十卷一二九頁)

至當ナリ判旨ナリ

(六〇)

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

家資分散法一 民事訴訟法ノ強制執行處分ニ因リ義務ヲ辨濟スル責力ナキ債務者ニ對シテハ管轄裁判所ハ職權ニ因リ又ハ申立ニ因リ決定ヲ以テ家資分散者タルノ宣告ヲ爲スコトヲ得

右ノ決定ハ口頭辯論ヲ要セスシテ之ヲ爲スコトヲ得

此決定ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得

民事訴訟法第一二一條ハ訓示の規定ニシテ訴訟ノ裁判ニ對シ他ノ訴訟ニ於テ定マルヘキ權利關係ノ成立又ハ不成立カ先決的影響ヲ及ホスヘキトキト雖モ辯論ヲ中止ス可シ

マシルヘキ權利關係ノ成立又ハ不成立カ先決的影響ヲ及ホスヘキトキト雖モ辯論ヲ中止スルト否トハ裁判所ノ自由ナル意見ヲ以テ定ムヘキモノトス

他ノ公正證書無効確認ノ訴訟ニ於テ定マルヘキ權利關係ノ成立又ハ不成立カ家資分散ノ宣告ニ對シテ如何ナル影響ヲ及ホスヤヲ審究スルハ辯論中止ノ要否ヲ決

(1110)

(1111)

スルニ付キ重要ナル裁判手續ニ屬スルカ故ニ之ヲ爲ササルハ違法トス

家資分散宣告事件ニ於テハ其申立ノ基本タル債權ノ存在ハ之ヲ疏明スルヲ以テ足ルカ故ニ債權ノ存在カ疏明セラルトキハ家資分散者ト宣告スヘキヲ當然トスルモ他ノ公正證書無効確認ノ訴訟ニ於テ右債權ノ無効ナルコト確定スルトキハ家資分散ノ宣告ニ對シ債務者救済ノ途ナキニ至ルヲ以テ前者ノ辯論ハ後者ノ完結スルマテ中止スルヲ相當トス

民事訴訟法第一二一條ハ訓示の規定ニシテ訴訟ノ裁判ニ對シ他ノ訴訟ニ於テ定マルヘキ權利關係ノ成立又ハ不成立カ先決的影響ヲ及ホスヘキトキト雖モ辯論ヲ中止ス可シ

ルト否トハ裁判所ノ自由ナル意見ヲ以テ定ムルコトヲ得ルハ當院判例ノ存スル所ナルモ本件ニ於テ原審ハ他ノ公正證書無効確認請求ノ訴訟ニ於テ定マルヘキ權利關係ノ成立又ハ不成立カ家資分散ノ宣告ニ對シ結果シテ如何ナル影響ヲ及ホスヘキヤヲ審究シテ自ラ辯論中止ノ要否ヲ決セサル可カラサルモノナルニ事茲ニ出テサルハ重要ナル裁判手續ニ違背シタルモノトス而シテ家資分散宣告事件ニ於テハ其申立ノ基本タル債權ノ存在ハ之ヲ疏明スルヲ以テ足レリトスルカ故ニ債權ノ存在ニシテ疏明セラルルニ於テハ債務者タル抗告人ヲ家資分散者ト宣告スヘキヲ當然トスルニ拘ハラ

ス他ノ公正證書無効確認請求ノ訴訟ニ於テ右債權ノ無効ナルコト確定スルコトハ家資分散ノ宣告ニ對シ債務者救済ノ途ナキニ至ルヲ以テ本件ノ辯論ハ他ノ訴訟事件ノ完結スルニ至ルマテ中止スルヲ相當トス然ルニ東京區裁判所カ抗告人ノ中止申請ヲ却下シタルハ失當ニシテ抗告ハ理由アリ(大審院大正五年(ク)第一二〇號同年四月一日

民三部横田裁判長大倉辯原嘉山三宅各判事決定)

【關係事項】

廢棄自判○原審東京地方裁判所○家資分散宣告事件辯論中止申請却下決定ニ對スル抗告事件○抗告人井上隣太郎訴訟代理人辯護士富澤効同湯村安次郎

【辯論ノ中止ニ關スル同趣旨判例】

民事訴訟法第一二一條ハ裁判所ノ訴訟指揮權ニ關スル訓示の規定ニシテ訴訟ノ裁判ニ對シ他ノ訴訟ニ於テ定マルヘキ權利關係ノ成立又ハ不成立カ先決的影響ヲ及ボスヘキトモ雖モ辯論ヲ中止スルトハ裁判所ノ自由ナル意見ヲ以テ定マルコトヲ得ルモノトス(大審院大正二年十一月十五日民一部決定本書第二卷民訴三三三頁)

【辯論ノ中止ニ關スル參照學說】

一 右ニ述ヘタル所ニ依レハ訴訟ノ全部又ハ一部ノ裁判ヲ爲スカ爲メニ他ノ繫屬スル訴訟ノ目的タル法律關係ノ存否ニ付キ裁判ヲ爲スノ必要アル場合即チ豫決問題タル場合ニ於テハ裁判所ハ他ノ訴訟ノ完結ニ至ルマテ辯論ヲ中止スヘキモノト謂フヘシ然レトモ他ノ訴訟ノ裁判力中止セル訴訟ニ於テ既判力ヲ有セザルトキハ裁判所ハ其裁判ニ羈束セラルコトナカレ故ニ他ノ訴訟ノ目的物タル法律關係ノ存否ニ關シ自己ノ意見ニ從ヒテ裁判ヲ爲スコトヲ得ルモノト謂フヘシ(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論上卷二八〇頁)
二 甲ノ訴訟ノ裁判力乙ノ訴訟ニ於ケル法律關係ノ成立又ハ不成立或ハ刑事訴訟ノ結果ニ繫ルトキハ乙訴訟ノ完結マテ甲訴訟ノ辯論ヲ中止スヘキモノトス例ヘハ甲ノ訴ハ借主本人ニ對シ貸金辨濟ヲ求ムルモノニシテ乙ノ訴ハ其保證人ニ對シ辨償ヲ求メ保證人ハ主タル債務ノ不成立ノ理由トシテ抗辯スルカ如シ右ノ場合ニハ甲ノ訴ノ完結マテ乙ノ訴ヲ中止スヘキモノナリ(法學博士板倉松太郎氏民事訴訟法綱要二一九頁)
三 訴訟ノ全部又ハ一部ノ裁判力ニ繫屬シタル訴訟ニ於テ定マルヘキ法律關係ノ成立又ハ不成立ニ關係ナラズルコトキ此場合ニ於テハ其訴訟ノ完結ニ至ル迄訴訟手續ヲ中止スヘキモノナリ他ノ訴訟カ行政訴訟其他特別裁判所ノ訴訟ナルトキモ亦適用アルモノトス而シテ他ノ訴訟ノ裁判力羈束力ヲ有スルニ非サルモ參考ト爲ルヘキヲ以テナリ(法學士岩田一郎氏增補改訂第一〇版民事訴訟法第四九七頁)
四 訴訟ノ全部又ハ一分カ他ニ繫屬スル訴訟ニ於テ定マルヘキ法律關係ノ成立若クハ不成立ニ係ルトキハ他ノ訴訟ノ完結ニ至ルマテ辯論ヲ中止シテ命スルコトヲ得(今村信行氏東京法學院大學民事訴訟法第二編一〇三頁)

判旨ハ至當ナリ

(1111)

大審院

仁井田博士

板倉博士

岩田學士

今村信行氏

大審院判

(六一)

四二四

控訴ノ理由ナシトスルトキハ判決ヲ以テ控訴ノ棄却ヲ言渡ス可シ

四九七

強制執行ノ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

控訴棄却ノ判決ハ第一審判決ヲ是認セルモノナルカ故ニ此判決ト共ニ爲シタル假執行ノ宣言ハ第一判決ヲ執行セシムル趣旨ナルコト論ヲ俟タス

【上告論旨】 原判決ハ其主文ニ於テ本件控訴ハ之ヲ棄却ス被控訴人ニ於テ金五百圓ヲ

供託スルトキハ此判決ハ假リニ執行スルコトヲ得ト記載ス然レトモ執行シ得ヘキ判決ハ敗訴者ニ對シテ行爲不行爲ヲ求メ得ヘキ權利ノ存在ヲ認メ其義務ノ履行ヲ命令スヘキ判決タルヲ要ス即チ本件ニ於テハ第一審判決コソ假リニ執行シ得ヘキモノナリト雖モ原審判決ハ單ニ上告人ノ控訴ヲ棄却スルノミニテ權限的ニ何等義務履行ヲ命シタルモノニアラス從テ本件確定シタル時ハ執行シ得ヘキモノハ第二審判決ニ非サルナリ然ルニ原判決ノ主文ニ於テ第二審判決ノ假執行ヲ許シタルハ違法ノ裁判ナリト思料ス

【判決理由】 控訴棄却ノ判決ハ第一審判決ヲ是認セルモノニ外ナラサルカ故ニ此判決

ト共ニ爲シタル假執行ノ宣言ハ第一審判決ヲ執行スルコトヲ得セシムル趣旨ナルコト多言ヲ俟タサレハ論旨ハ理由ナシ(大審院大正五年(才)第九二號同年四月六日民二部馬場裁判長田上入江鈴木嘉山各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審大阪控訴院○信託金返還請求事件○上告人蓬萊林太郎訴訟代理人辯護士平澤均治被上告人八木徳太郎

【債務名義タル判決ニ關スル參照學說】

至當ナル判決ナリ

一 裁判所書記が判決ニ執行文ヲ付與スル場合ニ於テ(一)開席判決カ後ノ判決ニ於テ廢棄セラレタルトキハ後ノ判決ニ執行力ヲ付與スヘク後ノ判決カ開席判決ヲ維持スル場合モ亦同シ如何ナレハ後ノ判決ハ開席判決ヲ維持スルト廢棄スルトナ間ハス後ノ判決ハ前開席判決ニ代ルモノナレハナリ(但執行宣言アル開席判決ニ基キ執行ヲ爲サントスルトキハ開席判決ニ執行文ヲ付スヘキハ論ヲ俟タス)(二)第一審ノ判決力第二審ニ於テ變更セラレタルトキハ第二審判決力債務名義ナルヲ以テ之ニ執行文ヲ付スヘキヤ論ナシ第二審判決力控訴ヲ棄却シタルモノナルトキハ第一審判決ニ執行文ヲ付スヘキモノナリ如何トナレハ第二審判決ハ第一審判決ニ對スル控訴ヲ棄却スル内容ヲ有スルニ過キサレハナリ上告審ノ判決ニ於ケル關係モ亦同一トス(法學士岩田一郎氏增補改訂第一〇版民事訴訟法原論一〇八一頁)

二 如何ナル判決ニ對シ執行文ヲ附與スヘキヤト謂フニ執行シ得ヘキ性質ヲ有スル判決即債權者ヲシテ執行ヲ爲シ得ル地位ニ立タシムル判決ニ之ヲ附スヘキハ勿論ナリ而シテカカル判決ハ確定判決又ハ假執行判決ナリ故ニ此性質ヲ有スル以上ハ其文面自體ニ請求權ノ内容カ表明セラレ居ルト否トハ問フ處ニアラス從テ上訴ヲ爲シテ確定シタル場合又ハ前開席判決維持ノ判決カ確定シタル場合ニハ常ニ上級審ノ判決又ハ開席判決維持ノ判決ニ付テノ執行文ヲ附與ス但下級審ノ判決又ハ前開席判決ヲ添付スルカ又少クトモ其主文ヲ書キ加ヘ置クヘキモノトス(法學士前田直之助氏明治大學講義錄民事訴訟法第六編七八頁)

三 控訴裁判所ニ於テ控訴ヲ棄却シタルトキハ第一審判決ヲ正當ナリトシ控訴ノ理由ナシトセシ場合ニ外ナラス故ニ其事件ニ於テ執行ヲ爲スヘキ内容ハ第一審判決ニ依リ確定スヘキモノナレハ之ヲ以テ執行スヘキモノタルヤ勿論ナリ然ラハ第一二審ノ判決ヲ以テ強制執行ヲ爲スヘキモノナリトノ說ハ正當ナラサルモノト思考ス(法學士伊藤治氏法學新報第一八卷第一〇號七四頁)

(六二)

四六九 左ノ場合ニ於テハ原狀回復ノ訴ニ因リ再審ヲ求ムルコトヲ得
第七 相手方若クハ第三者ノ所爲ニ依リ以前ニ提出スルコトヲ得サリシ證書ニシテ原告若クハ被告ノ利益ト爲ル可キ裁判ヲ爲スニ至ラシムヘキ裁判ヲ爲スニ至ラシムルヘキモノヲ發見シタルトキ

民事訴訟法第四六九條第一項第七號ニ依リ原狀回復ノ訴ヲ以テ確定判決ニ對スル再審ヲ求ムルニハ原告若クハ被告ノ利益ト爲ルヘキ裁判ヲ爲スニ至ラシムヘキ證書ヲ發見シタル場合ニシテ其證書ハ相手方又ハ第三者ノ所爲ニ依リ前訴訟ニ於テ提出スルコトヲ得サリシモノナルコトヲ要ス即チ單ニ利益ト爲ルヘキ證書ヲ發見シタルコトヲ以テハ未ダ再審ヲ求ムルニ不十分ニシテ其發見シタル證書ハ相手方又ハ第三者ノ所爲ニ依リ前訴訟ニ於テ提出スルコトヲ要シ若シ此要件ニ合致セサルモノナルトキハ同號ニ依ル原狀回復ノ訴ハ之ヲ許ス可カラサルモノトス然ルニ本件ニ付キ之ヲ觀ルニ再審原告カ自己ノ利益ト爲ルヘキ裁判ヲ爲スニ至ラシムヘキ證書トシテ發見シタルト稱スル新甲第二號證ハ相手方タル被告ノ占有ニ係ルモノニアラスシテ第三者タル大藏省保管ノ文書ニシテ且ツ再審原告カ前訴訟ニ於テ之ヲ提出スルヲ得サリシハ當時再審原告カ證據蒐集ヲ依頼シタル訴外堀内良作カ怠慢ノ結果大藏省ニ就キ其調査ヲ爲サリシカ爲メナルコトハ再審原告カ本訴提起ノ理由トシテ演述シタルトコロニ依リ明カナルヲ以テ其提出シ得サリシハ再審原告自己ノ責任ニ歸スル適當ナル時期ニ於ケル證據蒐集ヲ爲サリシカ爲メニシテ相手方又ハ第三者ノ所爲ニ依リタルモノニアラサルモノト謂フヘシ從テ再審ノ要件合致セサルモノニシテ本件訴ハ之ヲ許スヘカラサルモノトス(東京控訴大正五年(ム)第一號同年五月三十一日民一部遠藤裁判長前田水口各判事判決)

(1115)

【關係事項】

土地所有權確認請求事件(再審原告大石村代表者同村村長堀内龜太郎訴訟代理人辯護士菊地檢輔外一名再審被告山梨縣代表者同縣知事坂本三郎訴訟代理人辯護士石氏兵作)

(1115)

【再審要件ノ一場合タル證書發見ニ關スル參照學說】

一 相手方若クハ第三者ノ行爲ニ依リ以前ニ提出スルヲ得サリシ證書ニシテ再審ヲ爲ス者ノ利益ト爲ルヘキ裁判ヲ爲スニ至ラシムヘキモノヲ發見シタルコト公正證書タルト私證書タルトハ問フ所ニ非ス又相手方ニ於テ其成立ニ争アルト否トハ問フ所ニ非サルナリ然レトモ再審ノ原因タルヘキ發見證書ハ自身ニテ又ハ前訴訟ニ提出シタル證據ト相俟テ原狀回復ヲ求ムル者ノ利益ナル裁判ヲ下サシムヘキ性質ヲ有スルコトヲ要ス發見證書ト新ニ提出セントスル證書ト連結シテ右ノ裁判ヲ下サシムヘキ性質ノモノナルトキハ再審ノ原因ト爲ラサルモノナリ然レトモ證書ニ依リテ證明セントスル事實ハ前訴訟ニ於テ提出セラレタルコトヲ必要トセス(法學博士板倉太田氏民事訴訟法綱要五三〇頁)

二 相手方又ハ第三者ノ所爲ニ係リ前ニ提出スルコト能ハサリシ證書ニシテ當事者ノ利益ト爲ル裁判ヲ爲スニ至ラシムヘキモノヲ發見シタルトキ當事者力相手方又ハ第三者ノ所爲ニ係リ判決ノ確定前適當ノ時期ニ或證書ヲ提出スルコト能ハサリシ場合ニ於テ後日其證書ヲ發見シ且ツ之ニ依リテ其利益ト爲ル裁判ヲ受クルニ至ルヘキトキハ原狀回復ノ訴ニ依リテ再審ヲ求ムルコトヲ得ルモノナリ而シテ新ニ發見シタル證書力前ニ主張セラレタル事實ヲ證明スヘキモノタルト新ナル事實ヲ證明スヘキモノタルトハ敢テ之ヲ問ハサルモノトス(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要領中卷九四六頁)

三 相手方若クハ第三者ノ所爲ニ因リテ前訴訟ニ於テ提出スルコトヲ得サリシ證書ニシテ原告若クハ被告ノ利益ト爲ルヘキ裁判ヲ爲スニ至ラシムヘキモノヲ發見シタルトキ公正證書ナルト私署證書ナルトニ區別ナク相手方若クハ第三者力故意ヲ以テ再審原告ノ利益ト爲ルヘキ證書ヲ提出シタル場合ニシテ其證書ニ因リテ再審原告ノ利益ト爲ルヘキ裁判ヲ爲スニ至ラシムヘキモノヲ發見シタルトキハ原狀回復ノ理由ト爲ルナリ然レトモ其證書ハ再審ヲ求ムル確定判決ノ理由ニ據リ利益ト爲ルヘキ場合ヲ云フモノニシテ新事實ヲ證明シ之ニ因リテ利益ト爲ル裁判ヲ受クルコトアルニ至ルモ再審ノ原因ト爲ルモノニアラス又證書モ他ノ證據ヲ補充シテ利益ナル裁判ヲ爲スニ至ルヘキトキハ再審原因ト爲ルモノニ非ス(法學士岩田一郎氏增補改訂民事訴訟法第一〇版八九九頁)

判旨ニ賛同ス

(六三)

五五九

強制執行ハ左ノ諸件ニ村テモ亦之ヲ爲スコトヲ得
 第五 公證人カ其權限内ニ於テ成規ノ方式ニ依リ作りタル證書但一定ノ金額ノ支拂又ハ他ノ代替物若クハ有價證券ノ一定ノ數量ノ給付ヲ目的トスル請求ニ付キ作りタル證書ニシテ直チニ強制執行ヲ受ク可キ旨ヲ記載シタルモノニ限ル

五六二

公證人ノ作りタル證書ノ執行力アル正本ハ其證書ヲ保存スル公證人之ヲ付與ス

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

(一) 未タ發生セサル賣買代金返還ノ債務ニ付キ豫メ強制執行ヲ受クルコトヲ承諾シタル旨ヲ記載シタル公正證書ハ強制執行ノ債務名義タル要件ヲ缺如スルカ故ニ執行文ヲ附與ス可ラス

債務名義ト爲シ得ヘカラサル公正證書ニ基キ強制執行ヲ爲スコトヲ非難スルハ競賣手續ノ開始ニ瑕疵アルコトヲ主張スルニ外ナラス

競賣手續ハ權利實行ノ方法ニ過キサレハ其瑕疵カ手續ノ開始ニ存スルモ手續進行中異議若クハ抗告ノ方法ニ依リ之ヲ攻撃スルコトヲ得ルノ外手續ノ完結後ニ至リ斯カル瑕疵ヲ理由トシ實體上有效ナル權利ノ存在ヲ否認スルコトヲ得ス

(二) 公證人規則第四五條第二項ノ義務者ニ於テ公正證書ノ正本ニ署名捺印スヘキ規定ハ明治二十四年四月一日ノ實施ニ係ル民事訴訟法ニ依リ廢止ニ歸シ爾後公正證書ノ執行力アル正本ノ作成ニ付テハ同法第五六〇號第五六二條第一項第五一七條ニ從ヒ判決正本ニ對スル執行文付與ニ準シ正本ヲ付與スル公證人カ署名捺印スルヲ以テ足り義務者ニ於テ署名捺印スルコトヲ要セス

(一) 未タ發生セサル賣買代金返還ノ債務ニ付キ豫メ強制執行ヲ受クルコトヲ承諾シタル者ヲ記載シタル公正證書ハ強制執行ノ債務名義タル要件ヲ缺如スルモノニシテ

斯ノ如キ公正證書ニ對シ執行文ヲ付與ス可カラサルハ勿論ナルモ債務名義ト爲シ得ヘカラサル公正證書ニ基キ強制執行ヲ爲スコトナ非難スルハ競賣手續ノ開始ニ瑕疵アルコトヲ主張スルニ外ナラス競賣手續ハ權利實行ノ方法ニ過キサレハ其瑕疵ハ手續ノ開始ニ存スルトキト雖モ手續進行中異議若クハ抗告ノ方法ニ依リ之ヲ攻撃スルコトヲ得ルノ外手續ノ完結後ニ至リ斯カル瑕疵アルコトヲ理由トシ實體上有效ナル權利ノ存在ヲ否認スルコトヲ得サルモノトス本件ニ於テ原院ハ上告寺ヲ以テ賣買ノ當事者ト認メ被上告人大島甚三ヨリ賣渡代金全部ヲ受取リナカラ約ノ如ク相當ノ期間内ニ同人ニ對シ所有權移轉登記ヲ爲シ能ハサリシヨリ賣買契約ノ解除セラレタルコトヲ認メ同人ハ上告寺ニ對シ賣渡代金返還等ノ請求權ヲ有スルコトヲ判示シ同人ハ此權利ニ基キ債務名義ヲ得テ本件物件ニ對シ競賣申立ヲ爲シ之ヲ競落スルニ至リタルモノナルヲ以テ假令瑕疵アル競賣手續ナリトモ之ニ因リテ實體上本件物件ノ所有權ヲ取得シタルモノト爲シタルハ相當ナリ

二) 公證人規則第四五條第二項ノ義務者ニ於テ公正證書ノ正本ニ署名捺印スヘキ規定ハ同規則施行後ナル明治二十四年四月一日ノ實施ニ係ル民事訴訟法ニ依リ自カラ廢止ニ歸シ爾後公正證書ノ執行力アル正本ノ作成ニ付テハ同法第五六〇條第五六二條第一項第五一七條ニ從ヒ判決正本ニ對スル執行文付與ニ準シ正本ヲ付與スル公證人カ署名捺印スルヲ以テ足ルモノニシテ義務者ニ於テ署名捺印スルコトヲ要セザルモノナリ(大審院大正五年(オ)第三六號同年三月二十二日民三部橫田裁判長田上大倉鈴木嘉山各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審大阪控訴院○山林所有權登記抹消請求事件○上告人燈明寺訴訟代理人辯護士鈴木八郎被上告人大島甚三外一名

(六四)

四五六第二項 抗告裁判所ノ裁判ニ對シテハ其裁判ニ因リ新ナル獨立ノ抗告理由ヲ生シタルトキニ非サレハ更ニ抗告ヲ爲スコトヲ得ス

六四八 左ニ掲クル者ヲ競賣手續ニ於テノ利害關係人ト爲ス

第一 差押債權者及ヒ執行力アル正本ニ因リ配當ヲ要求スル債權者

第二 債務者

第三 登記簿ニ記入スル不動産上權利者

第四 不動産上權利者トシテ其債權ヲ證明シ執行記録ニ備フ可キ届出ヲ爲シタル者

六七一 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

六八〇 利害關係人ハ競落ノ許否ニ付テノ決定ニ因リ損失ヲ被ムルヘキ場合ニ於テハ其決定ニ對シ即時抗告ヲ爲スコトヲ得

競賣法三三第二項 競落ノ手續競落ヲ許ササル場合ノ新競賣期日競賣ノ履行及ヒ競落人ノ義務不履行ノ場合ニ於ケル再競賣ニ關スル民事訴訟法第六七一條乃至第六七四條第六七六條乃至第六八三條第六八七條及ヒ第六八八條ノ規定ハ本章ノ競賣ニ之ヲ準用ス

民法三七八 抵當不動産ニ付キ所有權地上權又ハ永小作權ヲ取得シタル第三者ハ第三八二條乃至第三八四條ノ規定ニ從ヒ抵當權者ニ提供シテ其承諾ヲ得タル金額ヲ拂渡シ又ハ之ヲ供託シテ抵當權ヲ濫除スルコトヲ得

不動産ノ所有者ハ競賣手續ニ於ケル利害關係人ニシテ競落許可ノ決定アルトキハ其所有權ヲ喪失スヘキ地位ニアルヲ以テ競賣法第三二條第二項民事訴訟法第六八〇條第一項ニ所謂競落ノ許否ニ付テノ決定ニ因リ損失ヲ被ルヘキ場合ニ該當スルモノトス

抵當權者ハ假登記權利者ノ濫除ノ通知ヲ受クルモ増價競賣ヲ請求スルコトヲ得サルヲ以テ競賣ハ許スヘキモノニアラスト主張スルハ競賣法第三二條第二項民

事訴訟法第六七二條第一號ノ事由ニ該當スルモノトス」
 原裁判所カ許スヘキ抗告ヲ許スヘカラサルモノトシ不適法トシテ之ヲ棄却シタルトキハ再抗告ハ獨立ノ理由アルモノトス」
 假登記ハ後日本登記ヲシタル場合ニ於テ假登記ノ日ニ遡リテ其順位ヲ保全スルノ效力ヲ生スルニ過キサルヲ以テ本登記ヲ爲ササル間ハ未タ登記ノ效力ヲ生セサルモノトス故ニ民法第三七八條ニ所謂第三取得者ニハ假登記權利者ヲ包含セサルモノトス」

〔抗告理由〕 増價競賣申立ハ第三取得者ノ所有權者タルヘキ場合ニ行ハルル申立ニシテ所有權ニ對スル假登記權利者ハ御院度々ノ判例ニ依リ認メラレタル如ク本登記ノ順位ヲ保存スルニ止マリ何等ノ權利ヲ取得スルモノニアラサルヲ以テ假登記權利者ヲ完全ナル所有權トシテ行ハレタル本件競賣申立ハ不適法ナリトノ理由ニ依リ京都府地方裁判所ニ抗告ノ申立ヲ爲シタル處京都府地方裁判所ハ此等抗告不服理由ニ付キ何等理由ヲ明示セス且ツ此等ノ點ニ付裁判ヲ爲サスシテ漫然抗告人ハ競落許可ニ因リ損失ヲ蒙リタルモノナル事ヲ證明セサルヲ以テ抗告ハ許ス可ラサルモノナリトシテ民事訴訟法第四六三條ニヨリ許ス可ラサル抗告トシテ却下決定セラレタリ然レトモ抗告人ハ本件競賣申立目的ノ不動産ニ對スル所有權者ナルヲ以テ民事訴訟法第五四九條ニヨリ異議訴訟ヲ提起シ得ヘク且不動産競落ハ該不動産ノ所有權ノ喪失ヲ來タスヲ以テ損失ヲ蒙ルヘキモノナルコトハ自明ノ理ナルノミナラス許ス可ラサル抗告ト

(190)

ハ民事訴訟法第四五五條ニ所謂特ニ法律ニ掲ケタル場合ニアラサル場合ニ抗告ヲ爲シタル時等ニ關シ本件ノ如キハ民事訴訟法第四六三條ニ所謂許スヘカラサル抗告ニ該當セサルヲ以テ許スヘカラサル抗告トシテ不服ノ點ニ付何等ノ裁判ヲ爲サス抗告ヲ却下セラレタルハ重要ナル訴訟手續ニ違背シタルモノト思料ス

(191)

〔決定理由〕 抗告人ハ本件競賣ノ目的タル不動産ノ所有者ナルコト本件記録ニ依リ明カナルヲ以テ競賣手續ニ於ケル利害關係人ナリト云フヘク而シテ競落許可ノ決定アリタル場合ニ於テハ其所有權ヲ喪失スヘキ地位ニアルヲ以テ競賣法第三二條第二項民事訴訟法第六八〇條第一項ニ所謂競落ノ許否ニ付テノ決定ニ因リ損失ヲ被ルヘキ場合ニ該當スルモノトス又抗告人ノ競落許可決定ニ對スル抗告理由トシテ主張スル所ハ抵當權者ハ假登記權利者ノ排除ノ通知ヲ受クルモ増價競賣ヲ請求スルコトヲ得サルヲ以テ本件競賣ハ許スヘカラサルモノナリト云フニ在リテ競賣法第三二條第二項民事訴訟法第六七二條第一號ノ事由ニ該當スルモノトス故ニ抗告人ノ原裁判所ニ爲シタル抗告ハ許スヘキモノトス然ルニ原裁判所カ許スヘカラサルモノトシ不適法トシテ之ヲ棄却シタルハ失當ニシテ再抗告ハ獨立ノ理由アルモノトス本案ニ付キ案スルニ假登記ハ後日本登記ヲ爲シタル場合ニ於テ假登記ノ日ニ遡リテ其順位ヲ保全スルノ效力ヲ生スルニ過キサルヲ以テ本登記ヲ爲ササル間ハ未タ登記ノ效力ヲ生セサルモノトス故ニ民法第三七八條ニ所謂第三取得者ニハ假登記權利者ヲ包含セサルモノト解スルヲ相當トス從テ本件ニ於テ若シ栗津源次郎ニシテ所有權取得ノ假登記ヲ爲シタル者ナリトセハ抵當權ノ排除ヲ爲スコトヲ得サルモノナレハ其排除ノ通知ハ何等ノ效力ヲ生セサルヲ以テ之ヲ前提トシタル本件増價競賣ハ許スヘカラサルモ

七井田博士

板倉博士

松岡博士

【關係事項】

廢棄委任○原審京都地方裁判所○不動産増價賣渡許可決定ニ對スル抗告事件○抗告人安良藤吉代理人辯護士石川直吉

【三點再抗告ト新ナル獨立ノ抗告理由ニ關スル參照學說判例】

一 是ヲ以テ抗告裁判所ノ裁判ハ本來抗告ヲ以テ不服申立ツルコトヲ得ヘク且ツ之ニ依リテ新ナル獨立ノ抗告理由ノ生シタルトキニ非サレハ之ニ對シテ更ニ提起スルコトヲ得サルモノトス果シテ然ラハ抗告裁判所ノ裁判ニ對スル抗告ハ他ノ抗告ト異リテ一ノ制限ヲ受クルモノト謂フヘシ所謂抗告理由トハ或裁判ニ依リ當事者ノ被リタル不利益ニシテ其裁判ニ對シテ抗告ヲ以テ不服申立ツルノ理由ト爲ルヘキモノナリト謂フ今抗告裁判所ノ裁判ニ依リテ生シタル抗告理由カ原裁判ニ依リテ生シタル抗告理由ト全ク異ルトキハ是レ即チ抗告裁判所ノ裁判ニ依リテ新ナル獨立ノ抗告理由ノ生シタルモノト謂フヘシ(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論四三五頁)

二 再抗告ヲ爲スニ付キテハ原裁判ニ因リ新ナル獨立ノ抗告理由ヲ生シタルコトヲ要ス此要件ハ抗告事件ノ審理ハ二級審ニ止マルノ原則ヨリ生スルモノナリ所謂抗告ノ二級審トハ事實ナルト法律ナルトト問ハス同一ノ論點ニ付キ審理手續ニ違法ナクシテ上級裁判所カ下級裁判所ト同一ノ判定ヲ與ヘタルトキハ其論點ニ付キ第三級審ノ審判ヲ受クル能ハサルヲ謂フモノナリ之ヲ詳説センニ例ヘハ區裁判所ノ費用額決定ニ對シテ抗告ヲ爲シタルニ對シテ地方裁判所カ原裁判ヲ是認シテ該抗告ヲ却下スルノ決定ヲ爲シタルトキハ更ニ之ニ對シテ大審院ニ抗告スル能ハサルカ如ク抗告審ノ裁判カ其基礎タル手續ニ違法ナクシテ原審ノ決定ヲ認可シタルトキハ此抗告審ノ決定ニ對シテ更ニ抗告スル能ハサルモノニシテ又以上ノ場合ニ於テハ同論點ニ關スル二箇ノ裁判ノ理由ノ同一ナルコトヲ要セサルナリ(法學博士板倉松太郎氏民事訴訟法要論四九四頁)

三 再抗告ハ抗告裁判所ノ裁判ニ因リテ新ナル獨立ノ抗告理由ヲ生シタルトキニ限リ之レヲ許ス者ナリ抗告裁判所ノ裁判ニヨリテ生シタル新ナル抗告理由トハ前審裁判ノ内容ニ於テ包含セラレザル抗告理由ナリ故ニ抗告裁判所ノ裁判カ下級裁判所ノ裁判ト其内容ヲ同フルトキハ再抗告ヲ爲スコトヲ得ス例ヘハ抗告ノ理由ナシトシテ棄却シタル裁判ニ對シテハ再抗告ヲ爲スコトヲ得サルカ如ク又抗告裁判所ノ裁判ニ因リテ生シタル獨立ノ抗告理由トハ抗告裁判所ノ裁判カ其内容ニ從ヒ當然抗告ヲ以テ不服申立ツルコトヲ得ヘキコト宛カモ第一審ノ裁判トシテ抗告ヲ以テ不服申立ツルコトヲ得ルカ如クナラサルヘカラサルヲ云フ故ニ第一審ノ裁判ニ對シテ抗告ヲ以テ不服申立ツルコトヲ得ヘキ事情ハ再抗告ヲ爲スニ足ラサルモノナリ例ヘハ訴訟上ノ救助拒ミタル第一審ノ裁判ヲ廢棄シ之レヲ附與シタル抗告裁判所ノ裁判ニ對シテハ檢事ニ非ラサル者カ再抗告ヲ爲スコトヲ得

(1111)

(1111)

岩田學士

大審院

學三藩士

【四點假登記ノ性質及效力ニ關スル參照學說判例】

一 本卷民法四八七頁
二 同上諸法三〇頁乃至三二頁同一四三頁

【四點抵當權ノ滌除ト假登記權利者ニ關スル同趣旨學說判例】

一 滌除權ヲ行フコトヲ得ヘキ者ハ抵當不動産ニ付キ(一)所有權(二)地上權又ハ(三)水小作權ヲ取得シタル第三者タルコトヲ

サルカ如クシテ如ク再抗告ノ提起ニ付キ特別ノ要件ヲ要スルハ蓋獨民法理由書ニ表示セルカ如ク二箇ノ内容ヲ同フル裁判アリタル場合ニ於テ再抗告ヲ許ササルノ法意ニ出テタルモノナリ故ニ民訴四五六第二項ニ所謂抗告裁判所ノ裁判ニ因リ新ナル獨立ノ抗告理由ヲ生シタルトキハ「獨逸多數ノ學者ノ主張スルカ如ク二箇ノ下級裁判所ノ裁判カ其内容即チ效力及ヒ範圍ヲ同フセザルトキ」ト同義ナリト云フコトヲ得ヘシ是ヲ以テ第一ニ抗告ヲ不適法トシテ棄却シタル抗告裁判所ノ裁判ニ對シテハ再抗告ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ何トナレハ斯カル裁判ハ前審ノ裁判ヲ認可シタルモノニ非ラズシテ反テ訴訟上ノ欠缺ノ爲メニ實體上ノ調査ヲ拒ミタルモノナリ隨テ内容ヲ同シスル二箇ノ下級審ノ裁判アリト云フコト能ハレハナリ換言スレバ抗告裁判所ノ裁判ニ於テ當然新タニシテ且ツ民訴四五四(一)ニ申請却下(二)ニ隨ヒ獨立ナル抗告理由ヲ存スレハナリ(法學博士松岡義正氏大審院民事訴訟法三一八頁)

四 再抗告トハ抗告裁判所ノ裁判ニ對シテ爲ス抗告ヲ謂フ抗告裁判所ノ裁判ニ對シテハ新ナル獨立ノ抗告理由ノ存スルトキニ限リ抗告ヲ提起スルコトヲ得再抗告ハ新ナル獨立ノ理由ニ基クコトヲ必要條件トス故ニ抗告裁判所ノ裁判ニシテ其理由中不當ノ點アルモ其裁判ニ依リ新ナル獨立ノ理由ヲ生スルニ非サレハ再抗告ヲ許ササルモノトス新ナル獨立ノ理由トハ抗告裁判所カ形式上抗告ヲ不適法トシテ棄却スルカ實體上ニ於テ下級裁判所ノ裁判ト反對ノ裁判ヲ爲スカ抗告裁判所ノ構成ニ違法アルカ又ハ抗告裁判所ノ裁判カ重要ナル訴訟手續ノ規定ニ違背シタル場合ヲ謂フモノトス(法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論八六九頁)

五 民事訴訟法四五六條ニ所謂新ナル獨立ノ抗告ノ理由トハ抗告裁判所カ不適法トシテ抗告ヲ棄却シタルカ下級裁判所ノ裁判ト反對ヲ爲シタルカ又ハ裁判所構成ノ規定若クハ重要ナル訴訟手續ニ違背シテ裁判ヲ爲シタル場合ヲ謂フ(大審院大正四年一月十四日決定本書第三卷民訴二八八頁)

六 第一審裁判所ノ裁判ト抗告裁判所ノ裁判ト其内容二個共ニ同一ニ歸着シタル場合ニ於テハ抗告裁判所ノ裁判カ裁判所ノ構成又ハ重要ナル訴訟手續ニ關スル規定ニ違背スルニアラザレハ新ナル獨立ノ抗告理由ヲ生スルモノニアラス(大審院大正二年六月二十六日決定本書第三卷民訴一四四頁)

七 二箇ノ下級裁判所ノ裁判カ相一致スル場合ニハ裁判所ノ構成其他重要ナル訴訟手續ニ違背ナキ限りハ新ナル獨立ノ抗告理由ヲ存セサルモノトス(大審院大正二年七月廿四日決定本書第二卷諸法七六頁)

富井博士

梅博士

横田博士

川名博士

要ス而シテ是等ノ第三取得者ハ各其權利ノ取得ニ付テ登記ヲ爲シタルコトヲ要ス然ラサレハ是等ノ權利ヲ以テ第三者タル抵當
權者ニ對抗スルコト能ハサルヘケレハナリ但必スシモ本登記アルコトヲ要セサルモノニシテ假登記ヲ爲シタルコトヲ以テ足ル
(法學士三浦信三氏擔保物權法四六三頁)
二 不動産所有權取得ノ假登記ヲナシタル者ハ第三者タル抵當權者ニ對シテハ民法第三七八條ニ所謂第三取得者ナルモノニ該
當スルモノトス(大阪控訴院四十二年五月十九日判決法律新聞五〇五號八頁)

【四點抵當權ノ滌除ト假登記權利者ニ關スル參照學說】

一 滌除ハ抵當不動産ニ付キ所有權地上權又ハ永小作權ヲ取得シタル者ニ限り之ヲ爲スコトヲ得蓋所有權ハ物權中ノ最モ完全
ナルモノナルカ故ニ其取得者ヲ保護スルノ必要ナルコト言テ俟タス又地上權及永小作權ハ所有權ニ次キ最モ強力ナル利益物權
ナルカ故ニ所有權ト同一様ニ其取得者ヲ保護スルノ必要アリ之ニ反シテ地役權其他ノ物權ニ至リテハ其内容價格共ニ滌除ヲ許
スニ足ラサルモノト認メルナリ尙所有權地上權及永小作權ニ付テハ其取得ノ原因如何ヲ問フコトナシ例ヘハ贈與又ハ遺贈ニ
因リテ之ヲ取得シタル者ノ如キモ滌除權ヲ有スルコトハ毫モ疑ナキ所トス(法學博士富井政章氏民法原論第二卷五六六頁)
二 本條ノ權利ヲ有スル者ハ所有權地上權又ハ永小作權ヲ取得シタル第三者ニ際レリ故ニ占有權地役權留置權等ヲ取得シタル
者ハ此權利ヲ有セス蓋シ是等ノ權利ハ其效力甚薄弱ナルカ故ニ之ヲ取得シタル者ニ滌除ノ如キ強力ナル權利ヲ付與スルノ理
アラサレハナリ之ニ反シテ所有權ヲ取得シタル者ハ勿論地上權又ハ永小作權ヲ取得シタル者ハ殆ト所有權ニ均シキ權利ヲ有ス
ル者ナルカ故ニ相當ノ代價ヲ提供シ以テ抵當權ヲ消滅セシメント欲スルハ實ニ正當ノ希望ト謂ハサルコトヲ得サルナリ(法學
博士梅謙太郎氏民法要義卷三二五四五頁)
三 抵當權ヲ滌除シ得ヘキ者ハ抵當權設定後抵當不動産ニ付キ所有權地上權又ハ永小作權ヲ取得シタル第三者トシ其他ノ權利
ヲ取得シタル第三者ハ滌除權ヲ行フコトヲ得ス(法學博士横田秀雄氏物權法八二三頁)
四 此第三者ハ如何ナル原因ニ因リテ所有權地上權又ハ永小作權ヲ取得シタルモノナリ之ヲ買受ケタルト貫ヒ受ケタルト又ハ
法律ノ規定ニ因リテ之ヲ取得シタルト問ハサルモノトス然レ第三三者カ此等ノ權利ヲ取得シタルコトヲ要ス故ニ停止條件附第
三取得者ハ條件ノ成否未定ノ間ニ於テ滌除ヲ爲スコトヲ得ス解除條件付第三取得者ハ滌除ヲ爲スコトヲ妨ケス(法學博士川名
兼四郎氏物權法要論二九〇頁)

判旨四點假登記ノ效力ニ關シテハ議論ナキニアラサルモ判決ノ如ク順位保全ノ
效力ヲ有スルニ過キサカ故ニ本卷諸法三二頁參照本登記ヲ爲ササル以前ニ於
テハ假登記權利者トシテ抵當權ノ滌除ヲ爲スコトヲ得サルヤ勿論ナリ故ニ判旨

(一三三)

(一三三)

各點共ニ至當トス

(六五)

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

商法八四 會社ハ解散ノ後ト雖モ清算ノ目的ノ範圍内ニ於テハ尙ホ存續スルモノト看做ス

同二二六 會社カ解散シタルトキハ合併及ヒ破産ノ場合ヲ除ク外取締役其清算人ト爲ル但定款ニ別段ノ定アルトキ
又ハ株式會社株主總會ニ於テ他人ヲ選任スルトキハ此限ニ在ラス

前項ノ規定ニ依リテ清算人タル者ナキトキハ裁判所ハ利害關係人ノ請求ニ因リ清算人ヲ選任ス

同三三四 第八四條中略ハ株式會社ノ清算ノ場合ニ之ヲ準用ス

商法第二三四條第八四條ニ依レハ株式會社ハ解散ノ後ト雖モ清算ノ目的ノ範圍
内ニ於テ尙存續スルモノト看做サルモノナルヲ以テ會社ハ解散ニ依リ其營業
能力ヲ喪失スト雖モ清算ノ目的ノ範圍内ニ於テ其終了ニ至ル迄法人格ヲ持續シ
其間人格ニ何等ノ消長ヲ來タサス

商法第二二六條ニ依レハ株式會社カ解散シタルトキハ合併及破産ノ場合ヲ除キ
定款ニ別段ノ定メナキカ又ハ株主總會ニ於テ他人ヲ選任セサルトキハ取締役其
清算人ト爲ルヘキモノナレハ取締役ハ解散ト共ニ營業團體タル會社ノ取締役タ
ル資格ヲ喪失スト雖モ之ト同時ニ當然同一人格ヲ持續スル清算團體タル會社ノ
清算人タル資格ヲ取得シ會社ノ法定代理人タル資格ニ何等變動ヲ生スルモノニ
アラズ從テ訴訟上取締役ヲ以テ其代表者ト爲セル株式會社カ訴訟ノ提起後解散

シタルトキト雖モ其取締役法定清算人トシテ就職シタル場合ニハ訴訟手續ハ中斷セサルモノトス

商法第二三四條第八四條ニ依レハ株式会社ハ解散ノ後ト雖モ清算ノ目的ノ範圍内ニ於テ尙存續スルモノト看做サルモノナルヲ以テ會社ハ解散ニ依リ其營業能力ヲ喪失スト雖モ清算ノ目的ノ範圍内ニ於テ其終了ニ至ル迄法人格ヲ持續シ其間人格ニ何等ノ消長ヲ來タサス而シテ同法第二二六條ニ依レハ株式会社カ解散シタルトキハ合併及破産ノ場合ヲ除キ定款ニ別段ノ定メナキハ又ハ株主總會ニ於テ他人ヲ選任セサルトキハ取締役其清算人ト爲ルヘキモノナレハ此場合ニ於テ取締役ハ解散ト共ニ營業團體タル會社ノ取締役タル資格ヲ喪失スト雖モ之ト同時ニ當然同一人格ヲ持續スル清算團體タル會社ノ清算人タル資格ヲ取得シ會社ノ法定代理人タル資格ニ何等變動ヲ生スルモノニアラス是レ商法ニ法定清算人就職ノ場合ニハ特ニ其登記ヲ必要トセサル所以ナリ從テ訴訟上取締役ヲ以テ其代表者ト爲セル株式会社カ訴訟ノ提起後解散シタルトキト雖モ其取締役法定清算人トシテ就職シタル場合ニハ訴訟手續ハ中斷セサルモノナリト解スルナリ至當トス本件ニ於テ早井古研カ被上告株式会社ノ取締役トシテ同會社ヲ代表シ第一審ニ於テ訴訟ノ進行中同會社ハ解散シタルモ同人カ解散後法定清算人トシテ就職シ爾來其清算人タルコトハ訴訟記録ニ徴シ明カナレハ訴訟手續ハ中斷シタルモノニアラスヲ以テ原審判決ハ訴訟手續ニ違背シタル不法アルコトナシ(大審院大正四年(オ)第九九八號同五年三月四日民三部横田裁判長大倉輔原尾古三宅各判事判決)

(136)

【關係事項】

上告棄却○原審東京控訴院○株金榜込請求事件○上告人宮田彦七訴訟代理人辯護士佐藤三郎被上告人雄勝スレート株式会社

【前段會社解散ノ性質及效力ニ關スル參照學說】

一 法人ノ解散ハ元來法人ノ人格ノ消滅ヲ來スヘキ原因タルヘキモノナレトモ其消滅ハ解散ニ因リテ直ニ生スルモノニアラス法人ハ解散後ニ於テ仍ホ存續スルヲ以テ解散ハ單ニ法人ノ存立目的ヲ遂行スルコト能ハサラシムルニ過キサルモノト云フヘシ會社ニ付テ之ヲ言ヘハ會社ナシテ其目的タル營業ヲ遂行セシムルコト能ハサラシムルモノト解スヘシ清算中ノ會社ハ清算ノ目的ノ範圍内ニ於テノミ存續ス其營業能力ハ消滅シタルモノナリ故ニ解散ニ因リ會社代表社員又ハ取締役ハ其代表權ヲ失ヒ清算人ニ代リテ會社ヲ代表ス會社ノ支配人モ亦其代理權ヲ失フモノナリ又會社ノ業務執行社員又ハ取締役ハ内部ニ對シテモ其業務執行權ヲ失ヒ清算人ニ代ルヘキモノトス從テ社員又ハ取締役ニ對スル競争業禁止ノ規定ハ其効力ヲ失フ(法學博士松本滋治氏中大講義會社法五五頁)

二 會社ノ消滅トハ其法人格ノ消滅ヲ意味ス換言セハ會社ノ主觀的及ヒ客觀的營業力共ニ其存在ヲ失フニ至リシ事實ヲ云フ會社ノ解散ハ單ニ之ニヨリテ營業能力ヲ失フハ勿論ナリト雖モ其營業ニ因リテ第三者ニ對シ生シタル權利義務ノ關係ハ解散ニ因リテ當然消滅スルモノニアラス此他會社ノ客觀的營業ニ關スル法律關係ヲ結了シテ始メテ其人格ハ消滅スルナリ商法第八四條ニ會社ハ清算ノ目的ノ範圍内ニ於テ尙存續スルモノト看做スト規定セルハ即チ此意ナリ(法學士柳川勝二氏商法論綱三〇八頁)

三 解散ニ因リテ會社ハ其ノ營業的實體ヲ失ヒ唯清算ノ目的ノ範圍内ニ於テノミ存續スルニ至ル是ノ故ニ各社員ノ財産上ノ關係ハ内部ニ於テモ外部ニ對シテモ解散ニ因リテ客觀的ニ確定セルモノニシテ唯清算ヲ終ラシムルハ具體的ニ明確ト爲ラサルノミ夫レ此ノ如ク營業的實體ナシ故ニ會社ハ依然トシテ合名會社ナレ共會社ハ營業的實體ナ有スルコトヲ前提トセル法律並ニ定款ノ規定ハ總テ適用ナ見サルニ至ルハ當然ノ論理ナリ(法學士片山義勝氏會社法原論一四九頁)

【後段株式會社ノ解散ト訴訟手續ノ中斷ニ關スル參照學說】

一 當事者死亡スレハ承繼人ノ受繼スル迄訴訟手續ヲ中斷ス法人カ消滅シテ他人カ其權利義務ヲ承繼スル場合ニハ自本人ノ死亡ト同一ニ取扱フヘキ必要アリ然レトモ現行法第一七八條第一項ニ對スル一般ノ解釋ハ法人ヲ包含セサルモノトセリ是ヲ以テ改正案第二〇一條ニハ訴訟當事者タル法人カ消滅シテ他ノ法人カ其法人ノ權利義務ヲ包括シテ承繼スル場合ニ第二〇〇條ノ規定即チ當事者死亡ノ場合ニ付テノ規定ヲ準用ストノ明文ヲ置ケリ(法學博士板倉松太郎氏民事訴訟法綱要三三一頁)

二 法人ノ解散ハ會社ノ合併以外ノ原因ナルトキハ之ニ包含セス如何トナレハ法人ハ解散スルモ清算ノ目的ノ範圍内ニ於テハ存續スルモノナレハナリ但法人カ解散スルトキハ法律上代理人ハ清算人ニ變更スルモノナレハ第一八〇條第一八一條第一八三

(137)

松本博士

柳川學士

片山學士

板倉博士

岩田學士

條ニ因リ中斷ヲ生スルコトアルモノトス
法人カ合併破産以外ノ原因ニ因リ解散スルトキハ本條ノ適用ヲ見ルモノトス然レトモ會社ノ取締役ノ如キ數人ノ代理人アルト
キ一人ノ法律上代理人カ訴訟ヲ爲シ他ノモノハ訴訟ヲ爲ササル場合ニ於テ訴訟ヲ爲ス法律上代理人カ死亡シ若クハ代理權ヲ喪
失スルモ中斷スルモノニ非ス他ノ法律上代理人ニ於テ訴訟ヲ續行スルヲ得ヘシ(法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論六二四頁)
三 茲ニ所謂當事者ト稱スル者ノ中ニハ彼ノ法人ヲ包含セシメ法人ハ縱令解散セラレモ清算ノ爲メニハ尙ホ法人タル
コトヲ認ムヘキモノニシテ從來法定代理人ノ代理權ハ消滅ヲ來スコトアリト雖モ清算人カ代リテ法定代理人トナルモノナレハ
次ニ説明スヘキ第三號ノ適用ヲ受クヘキノミナリ(今村信行氏東京法學院大學講義民事訴訟法第一編三四〇頁)
判決ハ至當トス蓋シ解散ハ其原因ノ異ナルニ依リ其效力ヲ異ニスルモ本件ノ如
ク合併及ヒ破産ヲ原因トセサルトキハ會社ヲシテ營業能力ヲ喪失セシムルモ法
人格ニ何等ノ消長ヲ來ササルカ故ニ取締役カ法定清算人タルトキハ其法定代理
人タル地位ニ何等ノ變動ヲ生スルモノニアラス從テ訴訟手續ノ中斷ヲ生スルモ
ノニアラサルヤ民事訴訟法第一八〇條ノ規定ニ徴シ明カナリ

(六六)

五〇 然レトモ總テノ共同訴訟人ニ對シ訴訟ニ係ル權利關係カ合一ニノミ確定スヘキトキニ限リ左ノ規定ヲ適用
ス(後略)

土地所有者ヨリ共同地上權者ニ對シ地代増加ヲ請求スルハ必要共同訴訟ニ屬
スルモ地代増加ノ請求ニ異議ナキ者ニ對シテハ裁判上ノ請求ヲ爲スノ必要ナキ
カ故ニ異議アル者ニ對シテノミ提起シタル訴ハ適法ニシテ共同地上權者全員ヲ
被告ト爲スコトヲ要セス

【上告論旨】本訴ハ土地所有者ヨリ共同地上權ニ對シ地代増額ヲ請求スル訴ニシテ其

性質上訴訟ニ係ル法律關係カ各共有地上權者ニ對シ合一ニノミ確定スヘキ場合ニ屬
スルカ故ニ本訴ヲ提起スルニハ其地上權者全員ヲ被告ト爲ササルヘカラサルモノナ
ルニ單ニ上告人等七名ヲ被告ト爲シタルニ止マリ其他ノ地上權者タル後藤甚藏後藤
はなへ水野はなナ共同被告ト爲サザリシハ不適法ナリ然ルニ原判決ハ之ニ對シ共同
賃借人若クハ共同地上權者ニ對シ地料増額ヲ請求スル本訴ノ如キハ權利關係ノ合一
ニ確定スヘキモノナリト雖モ共同賃借人若クハ地上權者全員ヲ被告トシ出訴スルヲ
要セス先ツ其一部ノ者ニ對シ出訴シ判決確定後更ニ他ノ者ニ對シ出訴スルヲ妨ケサ
ルヲ以テ控訴人ノ本訴ハ不適法ナリトノ抗辯ハ其理由ナシト判示シ以テ上告人ノ抗
辯ヲ排斥セラレタリ然レトモ民事訴訟法第五〇條ニ於テ必要共同訴訟ヲ認メタル
立法上ノ理由ハ私法上ノ法律關係カ多數當事者ニ對シテ同一狀態ヲ保タシムル必要
アル場合(本件ノ如キ)ニ於テ訴訟上各當事者ニ對シ法律關係ヲ當ニ一途ニ歸セシメン
カ爲メニ外ナラス然ルニ原判決ノ說示スル如ク之ヲ分離シテ出訴スルモ差支ナシト
センカ前訴ノ判決ハ後訴ノ裁判所ヲ羈束スルノ效力ナキヲ以テ前後兩者ノ判決ニ於
テ其牴觸ヲ來スコトアリ得ヘキヤ言フ俟タズ若シ夫レ斯ノ如キ解釋ヲ是認センカ前
示立法ノ趣旨ハ全然没却セラルルヲ以テ其解釋ノ當ヲ得サルヤ洵ニ明白ナリ果シテ
然ラハ原判決ハ法律ノ解釋ヲ誤リ不當ニ上告人ノ抗辯ヲ排斥シタルノ違反法アルモ
ノトス(御院民事判決錄明治四十一年九三二頁同年(オ)第二五四號事件判例參照)
【判決理由】被上告人主張ニ據レハ本件共同地上權者ノ一部ニ對シ本訴ヲ提起シタル
ハ他ノ共同地上權者カ本訴請求ニ異議ナキニ依ルモノニシテ(原判決事實摘示參照)縱
令權利關係カ共同權利者ニ對シテ合一ニ確定スヘキ場合ト雖モ如上請求ニ異議ナキ

モノニ對シテハ強テ裁判上ノ請求ヲ爲スノ必要ナキヲ以テ先ツ本訴請求ヲ肯セサル
上告人等ニ對シ勝訴ノ判決ヲ得テ然ル後任意ニ請求ニ應スル他ノ共同地上權者ニ對
シ本件請求ヲ爲ストキハ上告人ハ目的ヲ達スルコトヲ得ヘキカ故ニ原審カ本件ニ於
テ共同地上權者全員ヲ被告ト爲ササルヘカラサル旨ノ上告人ノ抗辯ヲ排斥シタルハ
正當ナリ(明治四十一年(オ)第八六號同年六月八日言渡判例參照)上告人授用ノ判例ハ本
件ニ適切ナラス故ニ論旨ハ理由ナシ(大審院大正四年(オ)第四五七號同五年四月二十日
民二部馬場裁判長田上入江尾古鈴木各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審名古屋控訴院○地代増額並地上權存續期間取定請求事件○上告人水谷銀次郎外六名訴訟代理人辯護士高木益太
郎同菊江久治被告上告人後藤甚助訴訟代理人辯護士佐藤義彦

【共同地上權者ニ對スル地代増加請求ト當事者適格ニ關スル參照判例】

- 一 土地ノ共有者數人アリテ其一部ハ任意ニ分割ノ手續ヲ爲スコトヲ承諾シ他ノ一部ノミテ肯セサル場合ニハ分割ノ請求者
ハ先ツ後者ノミテ被告トシ勝訴ノ判決ヲ受ケ然ル後前者ヲシテ後者ト共ニ分割ノ手續ヲ爲サシムルコトヲ得(大審院四十一年
六月八日民二部判決同判決錄第一四輯六九一頁)
- 二 共有物ノ分割ヲ爲ス場合ニ於テハ各共有者ハ其當事者トシテ孰レモ直接利害ノ關係ヲ有スルモノナレハ共有者中ノ或者ヲ
除外シテ分割手續ヲ遂行スルカ如キハ協議上ノ分割ニ於ケル裁判上ノ分割ニ於ケルト問ハス之ヲ許スヘキモノニ非ス(大
審院四十一年九月二十五日民二部判決同判決錄一四輯九三二頁)
- 三 地上權存續期間ノ確定及ヒ地料増加承認ハ土地共有者ノ全員ニ對シ法律關係カ合一ノミ確定スル
モノナリト雖モ斯ル場合ニ法律ハ被告タルモノヲ合スルコトヲ強制スルモノニアラス(名古屋地方大正二年通第二〇四號判決
第三卷民法七七七頁)

【必要の共同訴訟ノ性質ニ關スル參照學說】

一 必要の共同訴訟ニ種アリ實體法上ノ必要の共同訴訟及ヒ形式上ノ必要の共同訴訟之ナリ實體上ノ必要の共同訴訟トハ原
告ノ意思ニ依リテ必要の共同訴訟ヲ成立セシムルコトヲ得ルモノニシテ法律力之ヲ成立セシムルコトヲ強制セサルモノヲ謂ヒ

(一四〇)

大審院

名古屋地
方裁判所

板倉博士

(一四一)

形式法上ノ必要の共同訴訟トハ原告タルモノカ共同シテ訴ヲ爲シ又ハ被告タルモノヲ合シテ訴ヘサレハ訴ノ不適法ナルモノヲ
謂フ

(甲) 實體法上ノ必要の共同訴訟ノ成立ニハ(一)同一ノ訴訟手續ニ依ルコト(二)受訴裁判所カ事務管轄權ヲ有スルコト(三)起訴ノ當
時ヨリシテ共同訴訟トスルコト(四)訴訟ニ係ル法律關係ノ合一ニ確定スヘキコトヲ要件トス而シテ此訴訟ヲ例示スレハ共有者
ニ對スル地役權ノ確定又ハ不可分債務ノ履行ヲ目的トスル訴訟ノ如シ

(乙) 形式上ノ必要の共同訴訟ノ成立スルハ前項ノ要件ヲ具備セサルヘカラサルノ點ニ於テ實體法上ノ必要の共同訴訟トモ
異ルコトナシ此ノ訴訟ノ前項ノ訴訟ト異ルハ共同訴訟人タルヘキ者ヲ合併スルニ非サレハ訴ノ適法ナラサルコト之ナリ此訴
訟ニ屬スルモノハ第五一條ノ主參加ノ訴第四八三條ノ準再審ノ訴ノ如シ(法學博士板倉松太郎氏民事訴訟法綱要一四六頁)

二 民事訴訟法ハ第五十條ニ於ケル共同訴訟ニ付キ適用スヘキ規定ヲ設ク即チ訴訟ニ係ル法律關係ハ各共同訴訟人ニ對シ
合一ノミ確定スヘキ場合ノ共同訴訟ニナリ合一ニ確定スルコトハ訴訟物タル法律關係カ法律上同一ニ歸スルコトヲ謂フ學
者之ヲ必要の共同訴訟若クハ不可分の共同訴訟ト稱ススカル共同訴訟ヲ認メタル立法上ノ理由ハ私法上ノ法律關係カ多數ノ當
事者ニ對シテ常ニ同一狀態ヲ保タシムル必要アル場合アリ例ヘハ共有者ノ各人ニ對シ共有權ノ存否ヲ定ムル訴ノ如キ或ハ多數
ノ當事者ニ對シテ不可分債務ノ履行ヲ求ムル訴ノ如キ是ナリ斯ル私法關係ニ付キ訴訟上各當事者ニ對シ別箇ノ關係ヲ來タスヘ
キ判決ヲ爲スコトキハ私法ニ於テ法律關係ノ一途ニ歸スルコトヲ認メタル立法ノ趣旨ニ反スルヲ以テ常ニ各當事者ニ對シ同一趣
旨ノ判決ヲ爲スコトヲ得セシメサルヘカラス故ニ訴訟法ハ斯カル訴訟ニ付テハ各當事者ヲ共同原告若クハ共同被告トシテ
コトヲ必要トシ訴訟ニ付キ同時ニ辯論裁判ヲ爲スコトヲ強制シ訴訟ノ結果ヲ同一ニ歸セシムル必要アリトス(法學士岩田一郎
氏民事訴訟法原論四二九頁)

三 共同訴訟ノ成立ニ必要のノモノト便宜のノモノトノ別アリ換言スレハ強制的共同訴訟ト任意の共同訴訟トノ二アリ
一 法律ハ特別ノ必要アル場合ニ於テ數人ヲ同時ニ被告ト爲スヘキコトヲ命スル場合アリ又ハ其訴訟ニ於テ請求セントスル所
ノ法律關係ノ性質ニ依リ必ス數人ヲ被告ト爲ササルヲ得サル場合ニ於テハ原告ノ意思如何ニ拘ハラズ其訴ヲ起サンニハ常ニ共
同被告ト爲ササルヘカラス之ヲ稱シテ必要の共同被告ト云フ

二 便宜上原告ノ意思ニ依リ數人共同シテ訴ヲ提起シ若クハ數人ヲ同時ニ被告トシテ訴フルコトヲ許スモノアリ之ヲ便宜の共
同訴訟ト云フ此共同訴訟ヲ許シタル法意ハ手續ト費用トヲ節減シ同一ノ争點ニ付キ同時ニ判決ヲ受クル便宜ヲ得セシメ且同一
ナル裁判ヲ受クルコトヲ得セシムルカ爲メナリ換言スレハ概觸スル裁判ヲ受クルコトヲ避ケンカ爲メニ特ニ之ヲ許シタルナ
リ
右ノ如キ便宜の共同訴訟ヲ許ス場合ニ於テハ原告ノ意思ニ依リ之ヲ共同訴訟ト爲サシテ數個ノ訴ヲ提起シタルトキト雖モ同
一ノ裁判所ニ繫屬スルコトキハ裁判所ハ其數個ノ訴ヲ併合シテ辯論ヲ爲スヘキコトヲ命スルコトヲ得ルナリ(今村信行氏東京法
學院大學講義民事訴訟法一六六頁)

判旨至當トス

今村信行

岩田學士

二九九 證人ハ第二九七條第一號及第二九八條第四號ノ場合ニ於テ左ノ事項ニ付キ證言ヲ拒ムコトヲ得ス
第二 家族ノ關係ニ因リ生スル財產事件ニ關スル事實
民事訴訟法第二九九條第一項第二號ニハ「家族ノ關係ニ因リ生スル財產事件ナランニハ證人ハ同
スル事實」トアルカ故ニ家族ノ關係ニ因リ生スル財產事件ナルトキハ證人ト訴訟
當事者トノ間ニ家族關係アルコトヲ必要トセス」

民事訴訟法第二九七條第一項第二號ニハ「家族ノ關係ニ因リ生スル財產事件ニ關スル
事實」トアルノミナレハ事苟モ家族ノ關係ニ因リ生スル財產事件ナランニハ證人ハ同
法第二九七條第一號ノ場合ニ於テ其證言ヲ拒ムコトヲ得サルモノニシテ證人ト訴訟
當事者トノ間ニ家族關係アルコトヲ必要トスルコトナキヲ以テ抗告ハ理由ナシ(大審
院大正五年(ク)第八七號同年三月十一日民三部横田裁判長大倉尾古岩田各判事決定)

【關係事項】

抗告棄却○原審名古屋控訴院○證人忌避申請事件○抗告人伊藤長五郎代理人辯護士加藤正衛同字佐美一夫

【家族關係ノ意義ニ關スル參照學說判例】

本卷民訴七五頁乃至七七頁

- 二二一 訴訟ノ進行中ニ爭ト爲リタル權利關係ノ成立又ハ不成立カ訴訟ノ裁判ノ全部又ハ一分ニ影響ヲ及ボストキ
ハ判決ニ接著スル口頭辯論ノ終結ニ至ルマテ原告ハ訴ノ申立ノ擴張ニ依リ又ハ被告ハ反訴ノ提起ニ依リ判決ヲ以テ
其權利關係ヲ確定センコトヲ申立ツルコトヲ得
- 二二三 各當事者ハ事實上ノ主張ヲ證明シ又ハ之ヲ辯駁セン爲ニ用キントスル證據方法ヲ開示シ且相手方ヨリ開示

シタル證據方法ニ付キ陳述ス可シ
各箇ノ證據方法ニ付テハ證據申出及ヒ之ニ關スル陳述ハ第六節乃至第一〇節ノ規定ニ從フ
或契約カ成立セザリシトノ事實ニ基キ消極的確定ノ判決ヲ求ムル場合ニ該契約
ノ成立ヲ主張スル被告ニ於テ其成立ヲ立證スヘキ責任アルコト契約ノ成立ヲ基
本トスル給付ノ訴ニ於テ原告カ其契約ノ成立ヲ立證スヘキ責任アルト擇フトコ
ロナク彼ト是ト其被告タリ原告タル地位ヲ異ニスルニ依リ差異ヲ來スモノニア
ラス」

條件カ成就シタリトノ事實ハ之ニ依リテ權利ヲ取得スト爲ス者ニ於テ其立證責
任ヲ負擔スルカ故ニ該事實ノ有無ニ關シ何等ノ心證ヲモ得サル限り右ノ立證責
任アルモノノ不利益ニ解シ條件ハ不成就ニ了リタルモノト看做スヘキモノトス」

【上告理由】 原判決理由由ニ「本件契約ニハ羽根田くらノ承諾モ條件ナリシコト爭ナシト
雖モ同人ノ不承諾ニ付テハ被控訴人ノ主張セサル所ナルヲ以テ判斷セス」トアレトモ
第一審判決事實摘示ニ「被告ト貸借契約ヲ爲シタルモ該土地ハ原告ヨリ訴外羽根田
伊助同くらニ貸借期限中ナルヲ以テ被告ニ於テ羽根田伊助等ノ承諾ヲ得ルコトヲ條
件トシ原告被告間ノ貸借契約ヲ實行スヘキコトヲ特約シタルニ羽根田伊助ハ右原被
告間ノ契約ヲ承諾セサルノミナラス」云々トアリ又其判決理由由ニ「乙第三號證ハ單ニ羽
根田伊助ノミノ承諾書ニシテ同くらカ乙第二號證ノ契約ニ承認ヲ與ヘタリトノ事實
ニ就テハ毫モ立證スル所ナキヲ以テ被告ニ於テ本件貸借契約ノ條件タル甲第一號
證ノ特約ヲ履行シタリト認ムルヲ得ス」トアリ則チ羽根田くらノ承諾ノ有無カ本件爭

點ノ一タリシコト明白ナリ假リニ上告人ノ此點ニ關スル申立不充分ナリトスルモ既ニ第一審判決ニ重要ナル爭點事實トナリシモノナレハ裁判所ハ民事訴訟法第一二條ニ依テ當事者ヲシテ釋明セシメサルヘカラサルモノナリトス然ルニ之カ釋明ヲ爲サスシテ擅ニ被控訴人ノ主張ナキモノト判斷シタルハ違法ナリ(御院判決例明治三十九年第九五六丁)及(同年第一七〇二丁)參照

【判決理由】或契約カ成立セザリシトノ事實ニ基キ消極的確認ノ判決ヲ求ムル場合ニアリテハ該契約ノ成立ヲ主張スル者即チ被告ニ於テ其成立ヲ立證スヘキ責任アルコト猶夫ノ契約ノ成立シタルコトヲ基本トスル給付ノ訴ニ於テハ原告カ其契約ノ成立ヲ立證スヘキ責任アルト擇フトコロナシ彼ト其被告タリ原告タル地位ヲ異ニスルニ依リテ此點ニ何等ノ差別ヲ來スモノニアラス本件カ消極的確認ヲ基本トスル訴ナルコトハ論ナク而シテ原判決ノ確定シタルトコロニ據レハ本件貨貸借ノ成立ハ訴外羽根田伊助及羽根田くらノ承諾ヲ條件トスルモノナルカ故ニ該貨貸借ノ成立セムカ爲メニハ前記各人ノ承諾ヲ必要トスルト共ニ孰レカ一方ノミ承諾セサル場合ニ於テモマダ貨貸借ハ成立スルニ由ナキコト多言ヲ要セス左レハ本件貨貸借ノ不成立ヲ主張スル上告人ニ於テ第一審以來前記伊助ノ不承諾ノミヲ唱導セルハ固ヨリ相當ニシテくらノ諾否如何ハ上告人トシテ何等主張ノ必要ナキトコロナリ然ルニ伊助ノ不承諾ト云フ事實カ否定セラレタレハトテ是ヲ以テ直チニくらノ承諾ト云フ事實ヲ肯定スルヲ得サルハ論ナキヲ以テ本件貨貸借ノ成立ヲ主張セル被告上告人トシテハ伊助ノ承諾ノミナラスくらノ承諾ヲモ主張セサルヘカラサルニ拘ハラヌ第一審以來一言此點ニ及ハサルハ被告上告人ノ主張トシテハ不充分ナルヲ免レス原審裁判長ハ斯カ

(一四四)

(一四五)

【關係事項】

破毀差戻○原審長野地方裁判所○土地貨貸借契約不成立確認並賃借權假登記抹消請求事件○上告人熊谷梅彌訴訟代理人辯護士今村力三郎被告上告人鈴木直右衛門訴訟代理人辯護士松本貞一

【消極的確認訴訟ト立證責任ニ關スル同趣旨學說】

消極的確認ノ訴ニ於テ原告カ被告トノ間ノ法律關係ノ成立ヲ妨ケ又ハ消滅ヲ來スヘキ事實ヲ主張スル場合ニハ自ラ之ヲ立證スヘク反之被告ヨリ訴訟前ニ主張セラレタル法律關係ノ成立原因タル事實ヲ單純ニ否認スル場合ニ於テハ被告ニ於テ其成立ヲ認ムルニ足ルヘキ事實ヲ證明セサルヘカラス然レトモ被告主張ノ事實ヲ認メ法律上ノ見解ヨリシテ其法律關係ヲ爭フ場合ニ於テハ被告ニ舉證ノ責任ナキモノトス(法學士菅原春二氏法學新報第二四卷第六號九八頁○下本書第三卷一一頁)

【立證責任ニ關スル參照學說判例】

本書民法六二三頁

消極的確認訴訟ニ於ケル舉證責任ハ原告カ訴訟物タル法律關係ノ成立ヲ妨ケ又ハ消滅ヲ來スヘキ事實ヲ主張スルト被告カ訴訟前ニ於テ主張スル法律關係ノ成立原因タル事實ヲ單純ニ否認スルトニ依リ前者ハ原告ニ存シ後者ハ被告ニ存スヘキモノトス本件ハ其後者ニ屬スルカ故ニ被告ニ於テ立證責任ヲ負擔スヘキモノトセル判旨ハ至當ナルモ理由ニ於テ贊同セス

(六九)

二三七第三項

裁判所書記ハ言渡ノ日及ヒ原本領收ノ日ナ原本ニ附記シ且其附記ニ署名捺印ス可シ

民事訴訟法第二三七條第三項ノ規定ハ裁判所書記ニ對スル訓示規定ニ過キサレハ書記カ此規定ニ違背シテ附記又ハ署名捺印ヲ爲ササルモ判決ニ不法アルモノト謂フ可ラス

【上告論旨】原判決ハ民事訴訟法第二三七條ニ違背セル違法アルモノトス民事訴訟法第二三七條第一項ノ規定ニ依レハ「判決ノ原本ニハ裁判ヲ爲シタル判事署名捺印ス若シ陪席判事署名捺印スルニ差支アルトキハ其理由ヲ開示シテ裁判長其旨ヲ附記シ裁判長差支アルトキハ官等尤モ高キ陪席判事之ヲ附記ストアリ又其第二項ニハ判決ノ原本ハ言渡ノ日ヨリ起算シテ七日内ニ裁判所書記ニ之ヲ交付スヘシ裁判所書記ハ言渡ノ日及ヒ原本領收ノ日ナ原本ニ附記シ且ツ附記ニ署名捺印スヘシ」トアリ此ニ依リテ之ヲ觀レハ判決原本ニハ前記附記ニ對シテ書記ノ署名捺印ヲ要スルヤ一見明瞭ニシテ若シモ該規定ヲ遵守セザランカ適法ナル判決原本アリト云フヲ得サルヤ自明ノ

(一四七)

(一四七)

理ナリ今本件ニ關スル原審裁判所判決書ヲ査閱スルニ同係判事ノ官氏名捺印等ニ付テハ缺如セル所ナキカ如キモ該判決原本ヲ受領セリト云フ係書記德富高藏氏ノ前記判決原本受領ニ關スル附記ノ部分ニ對シテ同書記ノ捺印ヲ缺如セルニヨリ原審判決ハ此點ニ於テ上記民事訴訟法第二三七條第二項ニ違背セル違法違式ノ缺點アルヲ免カレス

【判決理由】民事訴訟法第二三七條第三項ノ規定ハ裁判所書記ニ對スル訓示規定ニ過キサレハ書記カ此規定ニ違背シテ附記又ハ署名捺印ヲ爲ササルモ判決ニ不法アルモノト謂フ可カラズ(大審院大正四年(オ)第一〇一八號同五年三月二十日民二部馬場裁判長田上入江鈴木岩田各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審山口地方裁判所○小作米換算金請求事件○上告人金澤梅之進訴訟代理人辯護士加藤悌次被上告人山根藏吉

【判決原本ノ方式ニ關スル同趣旨判例】

一 判決ノ原本ニ言渡ノ日及ヒ原本領收ノ日ノ附記並ニ裁判所ノ署名アルノミニテ其捺印ナキトキハ之カ隱寫ヲ省略シタルニ過キサルヲ以テ斯ノ如キ判決ハ民事訴訟法第二三七條第三項ノ規定ニ違背セリト云フヲ得ス(大審院四十四年五月三十一日民二部判決法律新聞第七二四號二七頁)
二 判決原本ニ書記ノ署名捺印ヲ缺クモ判決ノ當否ニ影響ナキヲ以テ上告ノ理由ト爲スヲ得ス(同上三十五年四月十四日民二部判決同判決錄四三七頁)

(七〇)

一三〇

辯論ノ進行ニ付テハ其要領ノミナ調書ニ記載ス可シ

調書ニ記載シテ明確ニス可キ諸件ハ左ノ如シ
第三 證人及ヒ鑑定人ノ供述但其供述ハ以前聽カサルモノナルトキ又ハ以前ノ供述ニ異ナルトキニ限ル

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

一三四 口頭辯論ノ爲メ規定シタル方式ノ遵守ハ調書ヲ以テノミ之ヲ證スルコトヲ得
 口頭辯論調書ニ裁判所書記ノ捺印ナキトキハ調書ノ形式ヲ具備セサルモノナル
 ヲ以テ其調書ハ方式ノ遵守ニ關シ完全ナル證明ノ効力ヲ有セサルモノトス從テ
 之ニ依リ口頭辯論ノ爲メ規定シタル方式ヲ遵守シ證人ヲ訊問シタルモノナル
 コトヲ認ムルニ由ナキヲ以テ該證人ノ證言ヲ採用シ敗訴ヲ言渡シタルハ不法ト
 ス

口頭辯論調書ニ裁判所書記ノ捺印ナキトキハ調書ノ形式ヲ具備セサルモノナルヲ以
 テ其調書ハ方式ノ遵守ニ關シ完全ナル證明ノ効力ヲ有セサルモノナルコトハ本院從
 來ノ判例ノ示ス所ナリ然ルニ第一審ニ於ケル明治四十五年六月二十日ノ口頭辯論調
 書ヲ覽ルニ裁判所書記ノ署名アレトモ其捺印ナシ從テ之ニ依リ口頭辯論ノ爲メ規定
 シタル方式ヲ遵守シ右口頭辯論ニ於テ證人新井高四郎ヲ訊問シタルモノナルコトヲ
 認ムルニ由ナキニ拘ハラズ原院カ該證人ノ證言ヲ採用シ上告人ニ敗訴ヲ言渡シタル
 ハ不法ト謂ハサルヲ得ス(大審院大正四年(オ)第九三〇號同五年五月二十九日民二部馬
 場裁判長田上大倉入江鈴木各判事判決)

【關係事項】

破毀差戻○原審東京控訴院○凍水所有權確認請求事件○上告人相澤綱吉訴訟代理人辯護士龜山要被上告人篠崎作太郎訴訟代理
 人辯護士伊勢勝藏

(一四八)

【口頭辯論調書ノ不適法ト證明力ニ關スル同趣旨學說】

一 口頭辯論調書ハ口頭辯論ノ爲メニ定メタル方法ノ遵守ニ關シテハ唯一ノ證據方法ト爲ルモノトス故ニ他ノ證據方法ヲ以テ
 之ヲ證スルコトヲ得サルモノト知ル(シ)(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論上卷二九二頁)
 二 以上ノ要件ヲ具備セル調書ハ完全ナル證據力ヲ有スル公正證書ナリ口頭辯論ニ於ケル方法ノ遵守ハ此調書ノミニ依リ證明
 スルヲ得ルモノニシテ如何ニ有力ナルモ他ノ證據方法ハ絕對ニ許ササルモノナリ(法學博士板倉松太郎氏民事訴訟法綱要二二
 四頁)
 三 以上ノ方法ニ依リ作成セラレタル調書ハ公正證書トシテ完全ナル證據力ヲ有シ特ニ口頭辯論ニ於ケル方法ノ遵守ハ唯此
 調書ノミニ因リテ證明スルコトヲ得ヘク他ノ證明方法ハ絕對ニ之ヲ許サス(法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論五〇二頁)

(一四九)

【口頭辯論調書ノ不適法ト證明力ニ關スル同趣旨判例】

一 裁判長及ヒ裁判所書記ノ署名捺印ヲ缺ク口頭辯論調書ハ無効ニシテ證明ノ効力ヲ有セス(大審院民事判決錄四十五年五二
 七頁)
 二 當事者ノ訴訟代理人カ辯論ニ立會ヒタルコトノ有無ハ民事訴訟法第一三四條ノ所謂方式ニ屬スルモノナレハ單ニ調書ヲ以
 テノミ之ヲ證明シ得ルモノトス(同上四十年二二二頁)
 三 裁判所書記ノ署名捺印ノミニテ裁判長ノ署名捺印ナキ口頭辯論調書ハ民事訴訟法第一三四條ニ規定シタル證明ノ効力ヲ有
 セサルモノトス從テ該調書ニ記載シタル鑑定人ノ鑑定ヲ判斷ノ資料ニ供シタル判決ハ不法トス(同上三十三年二二頁)

(七一)

二二一 訴訟ノ進行中ニ爭ト爲リタル權利關係ノ成立又ハ不成立カ訴訟ノ全部又ハ一分ニ影響ヲ及ホストキハ判決
 ニ接者スル口頭辯論ノ終結ニ至ルマテ原告ハ訴ノ申立ノ擴張ニ依リ又被告ハ反訴ノ提起ニ依リ判決ヲ以テ其權利關
 係ヲ確定センコトヲ申立ツルコトヲ得

確認訴訟ニ於ケル利益ノ有無ハ私權保護ノ請求ノ當否ニ關スル事項ニシテ訴ノ
 適否ニ關スル事項ニ非サルカ故ニ假リニ本訴ニ於テ原告ニ權利關係ヲ即時ニ確
 認スルニ付テノ法律上ノ利益ナシトスルモ不適法ナル訴ニアラス

【理由】先ツ本訴ハ不法ナリトノ抗辯ニツキ按スルニ確認訴訟ニ於ケル利益ノ有無ハ私權保護ノ請求ノ當否ニ關スル事項ニシテ訴ノ適否ニ關スル事項ニ非サルカ故ニ假リニ本訴ニ於テ原告ニ權利關係ヲ即時ニ確認スルニ付テノ法律上ノ利益ナシトスルモ本訴カ不法ナル可キ謂レアル事ナシ仍テ右抗辯ハ理由ナシ次ニ本案ニ付キ按スルニ原告代理人主張ノ事實中被告カ本訴ノ定期預金債權ヲ訴外後藤萬壽長ノ債權ナリトシテ之ヲ差押ヘ且ツ之カ轉付命令ヲ得タルコトハ當事者間ニ争無キ處ナリ而シテ右預金債權カ何レモ原告ノ名義ナルコトハ被告代理人ノ争ハサル處ナルト證人講端眞治、青木茂ノ證言トチ綜合參酌スルトキハ本訴債權ハ何レモ原告ノ債權ニシテ訴外萬壽長ノ債權ニアラサルコト寔ニ明白ニシテ被告代理人採用ノ各證據ニ依ルモ右認定ハ到底之ヲ覆スニ由ナシトス然リ而シテ訴外加島銀行カ本件轉付命令ノ送達ヲ受ケタル結果原告ニ對シ前記預金ノ支拂ヲ拒メル事實ハ當事者間ニ争ナキ處ニシテ如斯事實ノ下ニ於テハ原告ニ取リ本訴ノ權利關係ヲ即時ニ確定スルニ付法律上ノ利益アルモノナルコト勿論ナルヲ以テ原告ノ本訴ハ理由アリ(大阪地方大正四年(ワ)第七〇五號同五年四月二十八日民二部宮本裁判長田中高田各判事判決判例第一卷第七號「民事判例三〇二頁」)

【關係事項】

權利不存在確認事件○原告後藤武夫訴訟代理人辯護士中村傳藏被告大阪府豐能郡池田村法定代理人村長吉田辨吉訴訟代理人内藤正知

訴訟物タル法律關係ノ存否ヲ即時ニ確定スルニ付キ法律上ノ利益ヲ有スルコトハ確認訴訟ノ權利保護要件ニ屬スルコト判旨ノ如シ

(1150)

(1151)

七二

六五 訴訟委任ハ反訴主參加故障假差押若クハ假處分又ハ強制執行ニ因リ生スル訴訟行為ヲ併セ訴訟ニ關スル總テノ訴訟行為ヲ爲シ及ヒ相手方ヨリ辨濟スル費用ノ領收ヲ爲ス權ヲ授與ス
訴訟代理人ハ特別ノ委任ヲ受ケルニ非サレハ控訴若クハ上告ヲ爲シ再審ヲ求メ代人ヲ任シ和解ヲ爲シ訴訟物ヲ拋棄シ又ハ相手方ヨリ主張シタル請求ヲ認諾スル權ヲ有セス
一八三 訴訟代理人ヲ以テ訴訟ヲ爲ス場合ニ於テ原告若クハ被告カ死亡シ又ハ訴訟能力ヲ失ヒ又ハ法律上代理人カ死亡シ又ハ其代理權カ消滅スルトキハ委任消滅ノ通知ニ因リ訴訟手續ヲ中斷ス

訴訟代理人ヲ以テ訴訟ヲ爲ス場合ニ於テ原告若クハ被告ノ法律上代理人ノ代理權カ第一審ノ訴訟手續ノ進行中消滅スルモ訴訟手續カ訴訟代理人ニ於テ判決ノ送達ヲ受テ送達ヲ受ケタルトキ中斷セラレ委任消滅ノ通知ヲ要セザルハ訴訟代理人カ第一審ノ訴訟行為ノミヲ委任セラレ其委任事務ノ終了ト同時ニ代理權カ消滅スルニ由ルモノニシテ訴訟行為ヲ爲ス特別委任ヲ受ケタルトキハ其代理權ハ第一審判決ノ送達ニ因リテ消滅セザルヲ以テ此場合ニ於テハ中斷ノ事由カ原告若クハ被告ニ生シタルトヨ問ハス訴訟代理人ノ委任消滅ノ通知アルマテハ訴訟手續ハ中斷セス

訴訟代理人ヲ以テ訴訟ヲ爲ス場合ニ於テ原告若クハ被告ノ法律上代理人ノ代理權カ第一審ノ訴訟手續ノ進行中消滅スルモ訴訟手續カ訴訟代理人ニ於テ判決ノ送達ヲ受ケタル時中斷セラレ委任消滅ノ通知ヲ要セザルハ訴訟代理人カ第一審ノ訴訟行為ノミヲ委任セラレ其委任事務ノ終了ト同時ニ代理權カ消滅スルニ由ルモノニシテ訴訟代理人カ第一審ニ於ケル訴訟行為ノ外控訴審ニ於ケル訴訟行為ヲ爲ス特別ノ委任ヲ

受ケタルトキハ其代理權ハ第一審判決ノ送達ニ因リテ消滅セサルヲ以テ此場合ニ於テハ中斷ノ事由カ原告若クハ被告ニ生シタルトナリハス訴訟代理人ノ委任消滅ノ通知アルマテハ訴訟手續ハ中斷セラレルモノニアラス本件ニ於テ被告人京濱電氣鐵道株式會社ノ法律上代理人タリシ取締役三浦泰輔ハ第一審ニ於テ辯護士村田任太郎ヲ訴訟代理人トシ控訴審ニ於ケル訴訟行為ヲ爲ス特別委任ヲモ爲シタルコトハ其委任狀ニ依リテ明ニシテ上告人等カ同會社ヲ被控訴人トシテ原院大正三年(ネ)第四一五號事件ノ控訴ヲ提起スルマテハ取締役ノ全部改選ニ因ル委任消滅ノ通知ナク訴訟手續ハ中斷セラレサルヲ以テ上告人等カ控訴ノ提起ト同時ニ受繼ニ關スル手續ヲ爲ササルモ前ニ提起シタル控訴ハ適法ニシテ訴訟手續ノ中斷アリトシテ更ニ提起シタル控訴コソ不適法ノモノナリトス隨テ當事者カ訴訟手續中斷中ニ提起セラレタル控訴ニ付キ受繼ニ關スル責問權ヲ拋棄シ得ルヤ否ヤヲ判斷スルノ要ナク上告ハ理由ナキモノトス(大審院大正四年(オ)第九四七號同年五月二十二日民三部橫田裁判長大倉岩田嘉山三宅各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審東京控訴院○不動産所有權確認請求事件○上告人鈴木兵右衛門外三名訴訟代理人辯護士岡崎正也被告上告人武田忠臣外二名

【訴訟手續ノ中斷ト特別訴訟委任ニ關スル同趣旨判例】

一 第一審判決ノ送達ヲ受ケタル當事者カ其判決ニ對シ控訴ヲ爲サンカ爲メ訴訟代理人ヲ任設シ代理人カ委任ニ基キ控訴ヲ提起シタル以上當事者本人カ控訴提起前ニ死亡スルモ委任消滅ノ通知ヲ爲スマテハ訴訟手續ノ中斷ヲ生セサルヲ以テ右訴訟代理人ノ控訴提起ハ之中斷中ノ控訴トシテ不適法ト爲スナ得サルモノトス(大審院大正三年六月六日判決本書第三卷民訴一三頁)

(一四四)

大審院

仁井田博士

岩田學士

板倉博士

今村信行氏

二 本卷民訴六七頁乃至七三頁

【訴訟手續ノ中斷ト特別訴訟委任ニ關スル參照學說】

- 一 然レトモ控訴若クハ上告ヲ爲シ再審ヲ求メ代理人ヲ選任シ訴訟物ニ關スル認諾若クハ拋棄ヲ爲シ又ハ和解ヲ爲ス制限ヲ包含セサルモノトス此等ノ行為ヲ爲ス權限ハ特別ノ委任アル場合ニ於テ存在スルモノナリ(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論一七四頁)
- 二 特別委任訴訟代理人ハ委任ヲ受ケタルニ非サレハ控訴若クハ上告ヲ爲シ再審ヲ求メ代人ヲ任シ和解ヲ爲シ訴訟物ヲ拋棄シ又ハ相手方ヨリ主張スル訴訟物ヲ認諾スルノ權ヲ有セス(第六五條二項)控訴若クハ上告ヲ爲ストハ控訴上告ノ提起及控訴審上告審ニ於ケル總テノ訴訟行為ヲ包含ス故ニ第一審ノ訴訟代理人カ控訴審若クハ上告審ノ代理人ト爲ルニモ特別ノ委任ヲ要スルモノトス(法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論一八七頁)
- 三 特別委任トハ普通委任ニ對スルモノニシテ特ニ意思表示ヲ要スルモノヲ謂フ特別委任ニ屬スヘキ事項左ノ如シ
 - (一) 控訴ニ關スル行為
 - (二) 上告ニ關スル行為
 - (三) 再審ニ關スル行為
 - (四) 代理人ノ委任(之レ復代理人ヲ選任スルヲ云フ)
 - (五) 和解
 - (六) 訴訟物ノ拋棄
 - (七) 相手方ノ主張スル請求ノ認諾
 - (八) 訴ノ取下
 - (九) 上訴ノ取下
 - (十) 破産手續ニ關與スルコト(法學博士板倉松太郎氏民事訴訟法綱要二〇五頁)
- 四 特別代理ノ範圍 前ニ説明シタルカ如ク法律上代理ノ範圍中ニハ以下説明スル行為ハ之ヲ包含セサルモノトス若シ斯ル行為ヲ代理セシメント欲セハ恐ラク特別ノ代理制ヲ授與セサルヘカラス
 - 甲 控訴、上告、再審
 - 乙 復代理人ノ選任
 - 丙 請求ノ拋棄、認諾、和解、訴ノ取下ニシテ拋棄ノ意ニ出ツルモノハ之ニ屬ス改正案ニ於テハ強制執行ヨリ生スル訴訟行為ヲ之ニ加ヘラレタリ(今村信行氏東京法學院大學講義民事訴訟法二一六頁)

判旨至當トス蓋シ判旨前段第一審判決ノ送達カ訴訟手續ノ中斷ヲ生スルハ第一審ノ訴訟委任カ終了スルニ由ルコトヲ肯定スルニ於テハ控訴審ニ於ケル訴訟行為ヲ爲ス特別委任存在スルトキハ委任消滅ノ通知アルマテ訴訟手續ノ中斷ヲ生セストスル後段判旨モ亦相當トス

(一四五)

八四 辨済ス可キ費用額ノ確定ハ申請ニ因リ訴訟ノ第一審ニ繫屬シタル裁判所ノ決定ヲ以テ之ヲ爲ス
 申請ハ第七二條第二項又ハ上訴取下ノ場合ヲ除ク外執行シ得ヘキ裁判ニ依ルトキニ限り之ヲ爲スコトヲ得
 五五〇 強制執行ハ左ノ書類ヲ提出シタル場合ニ於テハ之ヲ停止シ又ハ之ヲ制限ス可シ
 第一 執行ス可キ判決若クハ其假執行ヲ取消ス旨又ハ強制執行ヲ許サストシテ宣言シ若クハ其停止ヲ命シタル旨ヲ
 記載シタル執行力アル裁判ノ正本
 五四四 強制執行ノ方法又ハ執行ニ際シ執達吏ノ遵守ス可キ手續ニ關スル申立及ヒ異議ニ付テハ執行裁判所之ヲ裁
 判ス又執行裁判所ハ第五二二條第二項ニ定メタル命ヲ發スル權ヲ有ス

(一) 民事訴訟法第八四條第二項ニ執行シ得ヘキ裁判ト稱スルハ執行力アル正本ヲ
 謂フモノニアラス

民事訴訟法第五〇條第一號ニ執行力アル裁判ノ正本トアルハ執行シ得ヘキ
 裁判ノ正本ノ意義ニシテ執行力アル正本ヲ指スモノニアラス

執行文ハ執行ヲ爲スコトヲ得ル裁判ニ之ヲ付與スヘキモノニシテ強制執行ヲ
 許ササル旨ヲ宣言シタル判決ニ對シテハ之ヲ付與スルコトヲ要セス

(二) 訴訟費用額確定決定申請費用ハ之ヲ執行費用ト謂フコトヲ得ス

(三) 不必要ナル執行費用ニ付キ強制執行ヲ爲シ又ハ執行費用ニアラサルモノヲ執
 行費用トシテ強制執行ヲ爲ス場合ニ於テハ民事訴訟法第五四四條ニ依リ債務
 者カ異議ノ申立ヲ爲スモ不法ニアラス

(一) 民事訴訟法第八四條第二項ニ執行シ得ヘキ裁判ト稱スルハ執行力アル正本ヲ謂フ
 モノニアラス又同法第五五〇條第一號ニ執行力アル裁判ノ正本トアルハ是亦執行シ

得ヘキ裁判ノ正本ノ意義ニシテ執行力アル正本ヲ指スモノニアラス元來執行文ハ執
 行ヲ爲スコトヲ得ル裁判ニ之ヲ付與スヘキモノニシテ本件ノ如キ強制執行ヲ許ササ
 ル旨ヲ宣言シタル判決ニ對シテハ之ヲ付與スルコトヲ要セサルモノト解スルヲ相當
 トス(二) 訴訟費用額確定決定申請費用ハ之ヲ執行費用ト謂フコトヲ得ス(三) 不必要ナル
 執行費用ニ付キ強制執行ヲ爲シ又ハ執行費用ニアラサルモノヲ執行費用トシテ強制
 執行ヲ爲ス場合ニ於テハ民事訴訟法第五四四條ニ依リ債務者カ異議ノ申立ヲ爲スモ
 不法ニアラス(大審院大正五年(一)第一九七號同年六月五日民二部馬場裁判長田上入江
 鈴木前田各判事決定)

【關係事項】

抗告棄却○原審長野地方裁判所○強制執行異議抗告事件○抗告人中澤牛之助代理人辯護士森啓治郎被告入宮川貞治

(一) 一點執行シ得ヘキ裁判ノ意義ニ關スル參照學說

一 訴訟費用額ノ確定ハ申請ニ依リ之ヲ爲スモノナリ訴訟費用額確定ノ申請ハ執行スルコトヲ得ヘキ裁判ニ基キテ之ヲ爲スヘ
 キモノトス然レトモ若クハ上訴ノ取下アリタル場合又ハ訴訟物ニ關スル拋棄若クハ認諾ニ依リテ直ニ訴訟ノ終了ヲ來シタル
 場合ニ於テハ此限ニ在ラス當事者カ訴訟上ノ和解ヲ爲スニ當リ訴訟費用ノ負擔ニ關スル別段ノ定ヲ爲スモ敢テ其額ヲ確定セザ
 リシ場合ニ於テモ亦之ニ同シ蓋シ此等ノ場合ニ於テハ執行スルコトヲ得ヘキ裁判ノ存セサルモノナルヲ以テナリ(法學博士仁
 井田益太郎氏民事訴訟法要論上卷四八四頁)

二 當事者ヨリ費用額確定ノ申請ヲ爲スヘキモノトス其申請ハ書面若クハ口頭ヲ以テ第一審ノ受訴裁判所ニ之ヲ爲スヘキモノ
 ナリト雖モ原則トシテ執行シ得ヘキ裁判ニ依ルトキニ限り之ヲ爲スコトヲ得ルモノトス執行シ得ヘキ裁判トハ確定判決ヲ謂フ
 確定判決ハ必スシモ債務名義タル條件ヲ具フルコトヲ要セス法律關係ノ成立若クハ不成立ヲ確定スル判決權利變更ノ判決モ亦
 茲ニ所謂執行シ得ヘキ判決ナリトス假執行ノ宣言ヲ付シタル判決ハ執行シ得ヘキ裁判ニ屬セス(法學士岩田一郎氏増補改訂第
 一〇版民事訴訟法原論一三一九頁)

三 申請ハ執行シ得ヘキ裁判ニ依ルトキニ限り之ヲ爲スコトヲ得其執行シ得ヘキ裁判トハ確定判決又ハ假執行ノ宣言ヲ爲シタ
 ル判決ノ類ヲ謂フ然レトモ此等ノ裁判ニ付キ其執行力アル正本ノ提出ヲ爲スヲ要セス唯執行シ得ヘキ裁判ニ基キ之ヲ爲セハ足

仁井田博士

板倉博士

松岡博士

【二】 二點執行力アル裁判ノ正本ノ意義ニ關スル參照學說

一 本號ニ所謂執行力アル裁判ノ正本トハ執行スルコトヲ得ヘキ裁判ノ正本ヲ指スモノナルカ故ニ所謂執行力アル正本ト之ヲ區別セサルヘカラス執行スヘキ判決ヲ取消ス判決ハ其ノ確定シタルトキ又ハ其假執行ノ宣言アルトキニ限り之ヲ執行スルコトヲ得ルモノトス故ニ之ヲ執行スヘキ判決ヲ取消ス旨ヲ宣言スル判決ノ確定後ニ其正本ヲ提出シテ強制執行ノ停止又ハ制限ヲ求ムルニハ同時ニ此判決確定ノ證明書ヲ提出セサルヘカラスナリ然レトモ假執行ノ宣言アル執行スヘキ判決ヲ取消ス判決及ヒ執行スヘキ判決ノ假執行ノ宣言ヲ取消ス判決ハ假執行ヲ爲スコトヲ得サラシムル點ニ付キ其言渡ト共ニ執行力ヲ生スルモノニシテ直ニ執行セラルルコトヲ得ヘシ蓋シ假執行ノ宣言ヲ取消ス判決ノ言渡ニ依リテ其效力ヲ失フモノナルヲ以テナリ(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論下卷一三九頁)

二 執行スヘキ判決其他ノ執行名義ヲ取消ス執行力アル裁判之レ執行名義タル判決ニ對スル上級審ノ判決執行名義タル閣席判決若クハ執行命令ヲ廢棄セル判決或ハ和解仲裁判斷之ニ付シタル執行判決ヲ取消ス判決執行名義タル決定ヲ取消ス裁判等ヲ總稱ス再審ノ訴若クハ再審ノ抗告ヲ理由アリトシ確定裁判ヲ取消ス裁判ハ此執行停止ノ原因タル裁判ノ顯著ナル例トスヘシ執行ノ停止ノ原因タル裁判ハ必ズシモ確定セルコトヲ要セス假執行ノ宣言アルトキ以テ是ル故ニ假差押假處分ヲ取消ス判決ハ亦執行ノ停止原因ノ著例タルモノナリ第五九條第一號ニ執行力アル裁判ノ正本トアルハ判決ノヨナラス決定ヲモ意味スルモノ又確定セサルモ假執行力ヲ有スル裁判ヲ意味スルモノナリ而シテ第五〇條第一號前段ニ該當スル執行スヘキ判決トハ確定判決假執行ノ宣言ヲ付シタル判決確定前假執行力ヲ有スル裁判ヲ謂フ(法學博士板倉松太郎氏強制執行法義海一三三二頁)

三 執行力アル裁判ノ正本トハ執行スルコトヲ得ヘキ裁判ノ正本ノ意義ニシテ執行力アル裁判ノ正本ト同視スヘカラス故ニ裁判力判決ナルトキハ執行シ得ヘキコト即チ確定シタルコト若クハ假執行ノ宣言アルコトヲ要ス但民事訴訟法第五一〇條第一項ノ場合ニ於ケル判決ハ法律上當然強制執行ヲ取消スノ效力アルヲ以テ特ニ確定シタルコト又ハ假執行ノ宣言アルコトヲ要セサルナリ斯ノ如ク執行スルコトヲ得ヘキ裁判タルコトヲ要スルハ蓋シ斯ル判決ニアラサレハ其效力ヲ生セサルヲ以テナリ判決力上告審ノ對席判決ニ於ケルカ如クニ言渡ニ依リ確定セサル場合ニ於テハ執行機關ハ判決ノ確定ヲ自覺スルコト能ハサルヲ以テ強制執行ノ停止又ハ制限ノ爲メニ提出スヘキ裁判ノ正本ニ添付スルコトヲ要ス判決ニ假執行ノ宣言アル場合ニ於テハ執行機關ハ判決文ニ依リテ之ヲ知ルヲ以テ特ニ之カ證明書ヲ添付スル必要ナシ然レトモ裁判ノ正本ニハ執行文ノ附記アルコトヲ要セス何トナレハ強制執行ヲ爲スニアラフシテ却テ強制執行ヲ取消スニアレハナリ(民事訴訟法第五〇條第一項ニハ「執行力アル裁判ノ正本」ト云ヒ「執行力アル正本」ト云ハサルハ之カ爲メナリ)(法學博士松岡義正氏東京法學院大學講義錄民事訴訟法第六編以下三一九頁)

(一四八)

岩田學士

仁井田博士

板倉博士

松岡博士

岩田學士

【二】 執行費用ニ關スル參照學說

一 強制執行ノ費用ニ屬スルモノハ獨リ強制執行ノ實施ニ要スル費用ノミニ限ラス強制執行ノ準備ニ要スル(例ヘハ執行文付與ノ手續ノ費用執行文送達ノ費用又ハ債權者カ保證ヲ立ツルニ當リテ要スル費用)モ亦強制執行ノ費用ニ屬スルモノトス(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論下卷一六二頁)

二 執行費用ト訴訟費用トノ區別ハ執行文付與ノ申請ヲ分界線トシテ之ヲ定ムヘシ詳言スレハ此申請以後ニ生シタル費用ヲ執行費用ト謂ヒ其以前ニ於ケル費用ハ或ル意味ニ於テハ強制執行ノ準備ト稱スルヲ得ル手續ニ關シテ生シタルモノナルモ訴訟費用ニ屬セシメサルヘカラス例ヘハ判決確定ノ證明書ニ關スル手續ノ費用ノ如シ判決確定ノ證明ヲ求ムルハ執行文付與ノ申請ヲ爲スノ目的ニ出ツル場合ト雖モ法律上之ヲ強制執行ノ準備手續ト爲サス何者判決確定ノ證明ハ強制執行ヲ以テ唯一ノ目的トスルモノニ非サレハナリ(法學博士板倉松太郎氏強制執行法義海一二六二頁)

三 執行費用トハ執行行為ノ準備及其實施ノ爲メニ債權者ニ生シタル裁判上及裁判外ノ一切ノ費用ナリ(法學博士松岡義正氏法曹會記事二卷三號二五頁以下本書第一卷民訴四二頁)

四 執行費用ト訴訟費用ノ分界ハ學說岐ルル處ナレトモ前者ハ執行文付與ニ因リテ始マリ其後ノモノヲ執行費用トスルヲ正當トス判決ノ送達、訴訟費用額確定判決ノ申請費用等ハ訴訟費用ナリトス(法學博士岩田一郎氏民事訴訟法原論一三二九頁)

判旨至當トス

(七四)

四六 訴訟無能力者又ハ相續人ノ未定ノ遺產又ハ不分明ナル相續人ニ對シ訴ヲ起ス可キ場合ニ於テ法律上代理人アラサルトキハ其事件ノ繫屬ス可キ裁判所ノ裁判長ハ申立ニ因リ遲滯ノ爲ニ危害ノ恐レアル場合ニ限り特別代理人ヲ任ス可シ

右申請ハ書面又ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得此裁判ハ口頭辯論ヲ經スシテ之ヲ爲シ其裁判ハ申請人ニ之ヲ送達シ又申請ヲ認許シタルトキハ其任セラレタル特別代理人ニモ亦之ヲ送達ス可シ

申請ヲ却下スル裁判ニ對シテハ抗告ヲ爲スコトヲ得

裁判長ヨリ任セラレタル特別代理人ハ法律上代理人又ハ相續人ノ出頭スルマテ訴訟行為ニ付キ法律上代理人ノ權利及ヒ義務ヲ有ス

民事訴訟法第四六條第一項ニ依リ受訴裁判所ノ裁判長カ選任シタル特別代理人ハ訴訟行為ニ付法律上代理人ノ權利及ヒ義務ヲ有スルモノナルコト同條第四項ノ規定スル所ナルカ故ニ當該事件ノ判決ノ送達ヲ受クルモ之ト同時ニ其代理權ノ消滅ヲ來タスモノニ非ス從テ特別代理人ハ一般ノ規定ニ從ヒ右判決ニ對シ上訴ノ申立ヲ爲ス權限ヲ有スルモノトス

民事訴訟法第四六條第一項ニ依リ受訴裁判所ノ裁判長カ選任シタル特別代理人ハ訴訟行為ニ付法律上代理人ノ權利及ヒ義務ヲ有スルモノナルコト同條第四項ノ規定ニ照シ明白ナルカ故ニ當該事件ノ判決ノ送達ヲ受クルモ之レト同時ニ其代理權ノ消滅ヲ來タスモノニ非ス從テ特別代理人ハ一般ノ規定ニ從ヒ右判決ニ對シ上訴ノ申立ヲ爲ス權限ヲ有スルモノト謂ハサル可ラス然ラハ本訴訟中止ノ事由ト爲リタル別事件ニ於テ特別代理人ニ選任セラレタル辯護士村野美雄カ控訴判決ノ送達ヲ受ケ而カモ法定期間内ニ上告ノ申立ヲ爲サザリシコト所論ノ如クナリトセハ該事件ハ本件中止ノ申立ノ當時既ニ判決確定セルモノト謂ハサルヘカラス然ラハ抗告人カ原審ニ爲シタル再度辯論中止ノ申請ハ其理由ヲ缺クコトト爲ルヲ以テ原裁判所カ之ヲ却下シタルハ相當ナリ(大法院大正五年(ク)第二一三號同年六月十四日民三部横田裁判長大倉柳川成道三宅各判事決定)

【關係事項】

抗告棄却○原審大阪地方裁判所○辯論中止申請決定ニ對スル抗告事件○抗告人岡本種次郎

【特別代理人ノ權限ニ關スル參照學說】

(一五〇)

一 特別代理人ニ選任セラレタル者ハ法律上代理人又ハ相續人カ口頭辯論期日ニ出頭スルマテ訴訟行為ニ付キ法律上代理人ノ權利義務ヲ有スルモノトシテ特別代理人ハ法律ノ規定ニ基テ選任ニ依リテ其資格ヲ有スルモノナルカ故ニ一種ノ法律上代理人ニ外ナラズト謂フヘシ(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論一六五頁)
二 裁判長ヨリ任命セラレタル特別代理人ハ無能力者ノ法定代理人若クハ相續人ノ出頭スル迄訴訟行為ニ付キ法律上代理人ノ權利及ヒ義務ヲ有ス故ニ特別代理人ノ爲シタル訴訟行為ハ法律上代理人若クハ相續人ノ爲シタルモノト同一ノ效力ヲ有シ後日訴訟ニ加ハリタル法律上代理人若クハ相續人ハ特別代理人ノ爲シタル訴訟行為ヲ否認スルコトヲ得サルモノトス特別代理人ハ後ニ無能力者ノ爲メ法定代理人カ任命セラレ或ハ第四十七條ノ場合ニ於テ法定代理人カ無能力者ノ寓在地ニ居住シタルカ爲メ特別代理人ノ任務終了スルモノニ非ス法定代理人若クハ相續人カ裁判所ニ出頭シテ自ら訴訟行為ニ加ハリタルトキハ當然特別代理人ノ任務終了スヘキモノナリ(法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論一七七頁)

判旨至當トス

(七五)

六五 訴訟委任ハ反訴主參加故假差押若クハ假處分又ハ強制執行ニ因リテ生スル訴訟行為ヲ併セ訴訟ニ關スル總テノ訴訟行為ヲ爲シ及ヒ相手方ヨリ辨濟スル費用ノ領收ヲ爲ス權ヲ授與ス
六八 訴訟代理人カ委任ノ範圍内ニ於テ爲シタル訴訟上ノ行為及ヒ不行爲ハ原告若クハ被告ニ對シテハ其本人ノ行為又ハ不行爲ト同一ナリトス
一六七 法律上ノ期間ハ裁判所ノ所在地ニ住居セサル原告若クハ被告ノ爲メ其住居地ト裁判所所在地トノ距離ノ割合ニ應シ海陸路八里毎ニ一日ヲ伸長ス八里以外ノ端數三里ヲ超ユルトキモ亦同シ

訴訟代理人ノ委任ノ範圍内ニ屬スル期日又ハ期間ノ懈怠ハ其本人ノ懈怠ト同一ナルコトハ民事訴訟法第六八條第一項ニ依リ明白ナレハ訴訟代理人ヲ以テ訴訟ヲ爲ス場合ニ於ケル期日又ハ期間ノ遵守ノ有無ハ訴訟委任ノ範圍内ニ在ルモノハ其訴訟代理人ニ付キ之ヲ定ムルヲ相當トス
關席判決ノ送達ヲ受ケタル訴訟代理人カ其判決ニ對シ故障ヲ申立ツルコトハ當然訴訟委任ノ範圍ニ屬スルヲ以テ其訴訟代理人カ裁判所ノ所在地ニ住居スル場

合ニ於テハ本人力裁判所所在地ニ住居セサルトキト雖モ其訴訟代理人力故障ノ申立ヲ爲スニ付キ特ニ其期間ヲ伸長スヘキ理由存セサルカ故ニ期間伸長ニ關スル民事訴訟法第一六七條ノ規定ハ此場合ニ適用ナキモノトス

訴訟代理人ノ委任ノ範圍内ニ屬スル期日又ハ期間ノ懈怠ハ其本人ノ懈怠ト同一ナルコトハ民事訴訟法第六八條第一項ニ依リ明白ナレハ訴訟代理人ヲ以テ訴訟ヲ爲ス場合ニ於ケル期日又ハ期間ノ遵守ノ有無ハ訴訟委任ノ範圍内ニ在ルモノハ其訴訟代理人ニ付キ之ヲ定ムルヲ當然トス而シテ關席判決ノ送達ヲ受ケタル訴訟代理人カ其判決ニ對シ故障ヲ申立ツルコトハ當然訴訟委任ノ範圍ニ屬スルヲ以テ其訴訟代理人カ裁判所ノ所在地ニ住居スル場合ニ於テハ本人力裁判所所在地ニ住居セサルトキト雖モ其訴訟代理人力故障ノ申立ヲ爲スニ付キ特ニ其期間ヲ伸長スヘキ理由存セサルレハ期間伸長ニ關スル同法第一六七條ノ規定ハ此場合ニ適用スヘキ限リニ在ラス原審記録ヲ調査スルニ原審ニ於ケル被告上告人ノ訴訟代理人岡崎伊勢藏ヨリ適法ニ復代理ノ委任ヲ受ケタル訴訟代理人増田侃ハ原院ノ所在地ナル東京市内ニ住居シ大正三年十二月七日言渡ノ關席判決ノ送達ヲ同月十四日ニ受アタルコト及ヒ其判決ニ對シ故障ノ申立アリタルハ大正四年一月四日ナルコト明白ナレハ其故障ハ十四日ノ不變期間經過後ノ申立ニシテ不適法トシテ棄却スヘキモノトス然ルニ原院力之ヲ適法ナリトシ新辯論ニ基キ更ニ判決ヲ爲シタルハ違法ナリ(大森院大正四年(オ)第七五六號同五年三月七日民一部田部裁判長田上彌原尾古岩田各判事判決)

【關係事項】

破綻自判○原審東京控訴院○株式返還並損害賠償請求事件○上告人土井彌源治訴訟代理人辯護士佐藤章次被告上告人株式会社小笠原銀行訴訟代理人辯護士岡崎一治

【前段訴訟代理ノ效力ニ關スル參照學說】

一 當事者ノ訴訟代理人カ代理權ノ範圍内ニ於テ爲シタル行爲及ヒ懈怠ハ當事者ニ其效力ヲ及ホスモノナリ然レトモ訴訟代理人ノ事實上ノ陳述ハ訴訟代理人ト共ニ裁判所ニ出頭シタル當事者カ即時ニ之ヲ取消シ又ハ更正スル限リハ之ニ其效力ヲ及ホササルモノトス(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論一七六頁)
二 委任ノ範圍内ニ於テ訴訟代理人ノ爲シタル訴訟上ノ行爲不行為ハ本人ノ行爲不行為ト同一ナリ但訴訟代理人ノ爲シタル事實ノ陳述ハ代理人ト共ニ法廷ニ出頭シタル當事者本人カ之ヲ取消シ若クハ更正シタルトキハ本人ニ對シテ相手方ノ利益ト爲リ又ハ相手方ニ對シテ本人ノ利益ト爲ル效力ヲ生セス(法學博士板倉松太郎氏民事訴訟法綱要一六六頁)
三 訴訟代理人カ委任ノ範圍内ニ於テ爲シタル訴訟上ノ行爲若クハ不行為ハ當事者ニ對シテ其本人ノ爲シタル行爲若クハ不法行爲ト同一ナリトス故ニ代理人カ口頭辯論期日ニ出頭セザレハ當事者本人ノ出頭セザルト同一ニシテ本人ノ懈怠ト看做スモノトス其結果トシテ判決ハ必ス當事者ニ對シテノ判決確定ノ效力ヲ生ス(法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論一九二頁)
四 訴訟代理人ハ自ら訴訟ノ當事者トシテ訴訟行爲ヲ爲スモノニアラス唯當事者ノ名ヲ以テ之ニ代リ訴訟行爲ヲ爲スニアリ而シテ代理ノ結果ハ直接ニ本人ニ效力ヲ及ホスヘキモノニシテ訴訟代理人ノ行爲不行為ハ縱令過失ニ出ツル場合ト雖モ本人ノ行爲不行為ト看做スヘキモノナリ從テ其裁判モ亦本人ノ名ヲ以テ爲スヘキモノニシテ代理人自ら裁判ヲ受クルモノニアラス(今村信行氏東京法學院大學講義民事訴訟法二一八頁)

判旨至當トス

(七六)

仁井田博士
板倉博士
岩田學士
今村信行氏

- 八二 費用ノ點ニ限リタル裁判ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス然レトモ本案ノ裁判ニ對シ許ス可キ上訴ヲ提出シ且追行スルトキニ限リ費用ノ點ニ付キ不服ヲ申立ツルコトヲ得
- 二五五 第一項 關席判決ヲ受ケタル原告若クハ被告ハ其判決ニ對シ故障ヲ申立ツルコトヲ得
- 三九六 控訴ハ區裁判所又ハ地方裁判所ノ第一審ニ於テ爲シタル終局判決ニ對シテ之ヲ爲ス
- 五〇七 假執行ニ付テノ裁判ハ判決主文ニ之ヲ掲クヘシ
- 五一一 第三項 第二審ニ於テ假執行ニ付キ爲シタル裁判ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス

假執行ニ關スル裁判ニ對シテノミ控訴又ハ故障ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得
ヘシ

假執行ノ宣言ハ判決ノ一部ヲ爲スモノナリ(五〇七)而シテ判決ニ對スル不服ノ申立ハ
特ニ明文無キ限リ(八二)又ハ性質上爾ラサル限リ(二五五、三)其一部ニ付テモ之ヲ爲ス
妨ケサルカ故ニ(一)對席手續ニ於ケル判決ヲ以テ假執行ノ點ニ關スル裁判ヲ爲シタル
場合ニハ此部分ニ對シテノミ控訴ヲ爲スヲ得ヘシ而シテ此控訴ニ付キ爲シタル裁判
ニ對シテハ上告ヲ爲スヲ得ス(二)關席手續ニ於テ職權ヲ以テ又ハ出席者ノ申立ニ據リ
假執行ノ宣言ヲ爲シタル場合ニハ出席者ハ此點ニ付キテノミ故障ヲ以テ不服ヲ申立
ツルヲ得ヘシ但出席者カ假執行ノ申立ヲ爲シタルニ拘ラス之ヲ却下シタルトキハ此
部分ハ關席判決ニアラサルカ故ニ出席者ヨリ上訴ヲ以テ不服ヲ申立ツヘキモノトス
(法學士前田直之助氏法學新報第二六卷四號一一二頁以下要領)

論旨至當ナリト信ス

(七七)

立證ノ必要アリト思惟スルモノハ別ニ裁判長ヨリ促サル迄モ無ク直チニ證據
ノ申出ヲ爲シ得ルト同シク證據ノ申立アレハ相手方ハ裁判長ヨリ意見ヲ徵セラ

(一五五)

二二三 各當事者ハ事實上ノ主張ヲ證明シ又ハ之ヲ辯駁セン爲ニ用キントスル證據方法ヲ開示シ且相手方ヨリ開示
シタル證據方法ニ付キ陳述ス可シ
各箇ノ證據方法ニ付テノ證據申出及ヒ之ニ關スル陳述ハ第六節乃至第十節ノ規定ニ從フ
二二四 證據方法及ヒ證據抗辯ハ判決ニ接著スル口頭辯論ノ終結ニ至ルマテ之ヲ主張スルコトヲ得
證據方法及ヒ證據抗辯ノ時機ニ後レタル提出ニ付テハ第二一〇條ノ規定ヲ準用ス

ルルヲ俟タス直チニ其陳述ヲ爲スヘキコトハ民事訴訟法第二一三條第一項ノ法
意ニシテ其陳述ヲ爲ササル場合ハ或ハ同法第二一四條第二項ノ適用ヲ受クルコ
トアルニ過キス證據調ノ手續トシテハ何等ノ瑕疵ヲ留ムルコトナキモノトス

立證ノ必要アリト思惟スルモノハ別ニ裁判長ヨリ促サル迄モ無ク直チニ證據ノ申
出ヲ爲シ得ルト同シク證據ノ申出アレハ相手方ハ裁判長ヨリ意見ヲ徵セラシ
タス直チニ其陳述ヲ爲スヘキハ民事訴訟法第二一三條第一項ノ法意ニシテ其陳述ヲ
爲ササル場合ハ或ハ同法第二一四條第二項ノ適用ヲ受クルコトアルニ過キス證據調
ノ手續トシテ何等ノ瑕疵ヲ留ムルコト無シ本件記録ニ據レハ上告人ハ被上告人ノ爲
シタル當該人證ノ申出ニ對シ意見ヲ陳述セザリシコトヲ認メ得ルモコレカ爲メ右證
言ヲ採用スル上ニ法律上些ノ支障ヲ來ササルコトハ以上ノ說示ニ照シ明白ナリ(大審
院大正五年(オ)第三四九號同年六月十二日民二部馬場裁判長田上入江鈴木前田各判事
判決)

【關係事項】

上告棄却○原審山口地方裁判所○物品引渡請求事件○上告人花田福藏訴訟代理人辯護士山崎今朝彌被上告人八木源次郎

判旨至當トス

(七八)

一六六第二項 期間ノ終カ日曜日又ハ一般ノ祝祭日ニ當ルトキハ其日ヲ期間ニ算入セス

民事訴訟法第一六六條第二項ニ依レハ期間ノ終カ一般ノ祝祭日ニ當ルトキハ其

日ヲ期間ニ算入セサルモノトス大正四年十一月十日ハ即位禮當日ニシテ一般ノ祝日ナルコトハ大正四年勅令第一六一號ニ依リテ明白ナルヲ以テ同日カ不變期間ノ最終日ニ相當スルトキハ之ヲ不變期間ニ算入スヘカラスモノトス

民事訴訟法第一六六條第二項ニ依レハ期間ノ終カ一般ノ祝祭日ニ當ルトキハ其日ヲ期間ニ算入セサルモノトス大正四年十一月十日ハ即位禮當日ヨシテ一般ノ祝日ナルコトハ大正四年勅令第一六一號ニ依リテ明白ナルヲ以テ同日カ不變期間ノ最終日ニ相當スルトキハ之ヲ不變期間ニ算入スヘカラスモノトス然ルニ原裁判所カ本件控訴期間ハ大正四年十一月十日ヲ以テ滿了スルモノト爲シ同日迄ニ提起セザリシ控訴ハ期間經過後ニ係ル不合法ナルモノトシテ上告人ノ控訴ヲ棄却シタルハ最終日ニ當ル一般ノ祝日ヲ以テ不變期間ニ算入シタル不法アルモノニシテ原判決ハ破毀ヲ免カレス(大審院大正五年(オ)第一一二號同年六月六日民一部田部裁判長榊原松岡柳川成道各判事判決)

【關係事項】

破毀差戻○原審高松地方裁判所○貸金請求事件○上告人久保彦太郎外一名訴訟代理人辯護士三木武吉被上告人大野深造

判旨至當トス

(七九)

五五八

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

民事訴訟法第五五八條ノ規定ニ從ヒ強制執行ノ手續ニ於テ口頭辯論ヲ經スシテ爲スコトヲ得ル裁判ニ對シ即時抗告ヲ爲シ得ル者ハ該裁判ニ付キ利害關係ヲ有スル者即債權者債務者並ニ該裁判ニヨリ不利益ヲ受ケタル第三者ナリトス故ニ強制執行ニ從事シタル執達吏カ第三者トシテ即時抗告ヲ爲スニハ自ラ該裁判ニ付キ財産上利害關係ヲ有セサルヘカラス

(一五六)

(一五七)

スル者即債權者債務者並ニ該裁判ニヨリ不利益ヲ受ケタル第三者ナリトス故ニ強制執行ニ從事シタル執達吏カ第三者トシテ即時抗告ヲ爲スニハ自ラ該裁判ニ付キ財産上利害關係ヲ有セサルヘカラス

民事訴訟法第五五八條ノ規定ニ從ヒ強制執行ノ手續ニ於テ口頭辯論ヲ經スシテ爲スコトヲ得ル裁判ニ對シ即時抗告ヲ爲シ得ル者ハ該裁判ニ付キ利害關係ヲ有スル者即債權者債務者並ニ該裁判ニヨリ不利益ヲ受ケタル第三者ナリトス故ニ強制執行ニ從事シタル執達吏カ第三者トシテ即時抗告ヲ爲スニハ自ラ該裁判ニ付キ財産上利害關係ヲ有セサルヘカラス然ルニ本件抗告ノ趣旨ニ依レハ差押手續カ裁判所ノ停止命令ニ依リ停止セラレタル場合ニ於テ其差押カ取消ト爲ラサル限リ照査債權者ノ申出ニ依リ差押手續ヲ續行スヘキモノニ非ラサルニ原裁判所カ該手續ノ續行ヲ命シタルハ將來ノ執務上困難少カラスト云フニ在リテ徒ニ原決定ノ違法ヲ非難シ將來ノ執務ニ影響ヲ及ホスコトヲ訴フルニ過キスシテ原決定カ抗告人ノ財産上ニ利害關係ヲ及ホシタル事實ハ毫モ之ヲ認ムルヲ得ス從テ抗告人ハ原決定ニ對シ即時抗告ヲ爲ス權利ナキモノト謂ハサル可ラス(名古屋地方大正五年民抗第二七號同七月四日民二部松本裁判長梶山經國各判事決定)

【關係事項】

執行行爲拒絶ニ對スル異議申立事件○抗告人名古屋區裁判所執達吏長谷川米吉相手方杉村時治

【強制執行手續ニ於ケル裁判ト即時抗告ニ關スル參照學說】

一 強制執行手續ニ於ケル裁判ニ對シテ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ル者ハ債權者及ヒ債務者ニ限ラス其裁判ニ依リテ利害ヲ害セラルル第三者モ亦之ニ對シテ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ヘシ例ハ執行裁判所ノ執行處分タル裁判ニ對シテ執行裁判所ニ異議ヲ提出シタル第三者ハ其異議ニ關スル裁判ニ對シテ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ヘキカ如シ(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論(下卷)一三三頁)

二 第五四三條第三項ニ依レハ執行裁判所ノ裁判ハ口頭辯論ヲ經スシテ之ヲ爲スコトヲ得ルモノナレハ執行裁判所ノ裁判ニシテ執行方法ニ屬セサルモノハ即時抗告ノ目的物タルコトハ第五八條ニ依リ明ナリトス而シテ執行裁判所ノ裁判ニシテ執行方法タルモノハ之ニ對シテ異議ヲ申立ツヘキモノナルヲ以テ異議ノ外ニ抗告ヲ許スノ必要ナシ何者異議ノ裁判ニ對シ抗告ヲ爲スコトヲ得レハナリ(法學博士板倉松太郎氏強制執行法義海一一一六頁)

判旨至當ナリト信ス

(八〇)

一九五 訴訟物ノ權利拘束ハ訴狀ノ送達ニ因リテ生ス

權利拘束ハ左ノ效力ヲ有ス

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

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

第一 事實上又ハ法律上ノ申述ヲ補充シ又ハ更正スルコト

訴ノ原因トハ請求權ノ發生スル法律關係ノ成立事實ヲ云フモノナレハ原告ニ於テ法律關係ノ成立事實ニ屬セサル主張事實ヲ變更スルモノ訴ノ原因ヲ變更スルモノニアラス

贈與契約ニ基キ不動産ノ登記及ヒ其引渡ヲ請求スル訴訟ニ於テ曩キニ單純ナル贈與契約ヲ訴ノ原因トシテ主張シ後ニ之ヲ條件付又ハ負擔付贈與契約ナリト主張スルカ如キハ法律關係ノ基本タル成立事實ヲ變更スルモノニテ訴ノ原因ヲ變

(一五八)

更スルモノトス

訴ノ原因ニ於テ贈與契約カ直接ニ當事者間ニ成立シタリト主張スルモ又原告ノ先代ト被告トノ間ニ成立シ原告ハ相續ニ因リ先代ノ權利ヲ承繼シタリト主張スルモ贈與契約ノ成立事實ニ何等ノ變更ナキモノナレハ斯ル主張事實ノ變更ハ民事訴訟法第一九六條第一號ニ所謂事實上ノ申述ヲ補充更正シタルモノニシテ訴ノ原因ヲ變更スルモノニアラス

(一五九)

訴ノ原因トハ請求權ノ發生スル法律關係ノ成立事實ヲ云フモノナレハ原告ニ於テ法律關係ノ成立事實ニ屬セサル主張事實ヲ變更スルモノ之ヲ以テ訴ノ原因ヲ變更シタルモノト云フヲ得ス故ニ贈與契約ニ基キ不動産ノ登記及ヒ其引渡ヲ請求スル訴訟ニ於テ曩キニ單純ナル贈與契約ヲ訴ノ原因トシテ主張シ後ニ之ヲ條件付贈與契約ナリト主張シ又ハ負擔付贈與契約ナリト主張スルカ如キハ法律關係ノ基本タル成立事實ヲ變更スルモノニシテ訴ノ原因ヲ變更スルモノナリト雖モ前後等シク單純ナル贈與契約ヲ主張セル場合ニ於テ其契約カ直接ニ當事者間ニ成立シタリト主張スルモ將又贈與契約ハ原告ノ先代ト被告トノ間ニ成立シ原告ハ相續ニ因リ先代ノ權利ヲ承繼シタリト主張スルモ贈與契約ノ成立事實ニ何等ノ變更ナキモノナレハ斯ル主張事實ノ變更ハ民事訴訟法第一九六條第一號ニ所謂事實上ノ申述ヲ補充更正シタルモノト云フヘク之ヲ以テ訴ノ原因ニ變更アリト云フコトヲ得ス本件記録ニ依レハ上告人ハ第一審ニ於テ係争不動産ノ共有權ニ付當事者間ニ直接ニ贈與契約ノ成立シタルモノナルコトヲ主張シ其移轉登記及ヒ引渡ヲ求メタルモノニシテ原審ニ至リ贈與契約ハ上告人

先代ト被上告人トノ間ニ成立シタルモ上告人ハ相續ニ依リ先代ノ權利ヲ承繼シタリト主張セルコト明カナルモ右主張事實ノ變更ハ前段ニ説示スルカ如ク事實上ノ申述ヲ補充更正シタルモノニシテ訴ノ原因ヲ變更シタルモノト云フヲ得サルヲ以テ原告カ上告人ハ訴ノ原因ヲ變更シタルモノトセルハ不當ニシテ原判決ハ破毀ヲ免カレヌ(大審院大正四年(オ)第七一七號同五年三月二十四日民一部田部裁判長構原尾古鈴木岩田判事判決)

【關係事項】

破毀差戻○原審長崎控訴院○共有權贈與移轉登記申請並土地引渡請求事件○上告人惠良義臣訴訟代理人辯護士添田増男被上告人池田潜訴訟代理人辯護士松田源治同佐々木文平

【訴ノ變更ニ關スル參照學說判例】

- 一 本卷民訴三五頁以下
- 二 同一〇五頁
- 三 同一三二頁
- 四 同一四一頁

判旨ニ賛同ス

訴ノ原因ノ變更ニ關シテハ本書ニ於テ屢論述セリ(本卷民訴三八頁同一〇九頁參照)

五〇 然レトモ總テノ共同訴訟人ニ對シテ訴訟ニ係ル權利關係カ合一ニノミ確定ス可キトキニ限リ左ノ規定ヲ適用ス

五一 他人ノ間ニ權利拘束ト爲リタル訴訟ノ目的物ノ全部又ハ一分ヲ自己ノ爲ニ請求スル第三者ハ本訴訟ノ權利拘束ノ終ニ至ルマテ其訴訟力第一審ニ於テ繫屬シタル裁判所ニ當事者雙方ニ對スル訴(主參加)ヲ爲シテ其請求ヲ主張スルコトヲ得

主參加訴訟ハ本訴原告及ヒ本訴被告ヲ共同被告トスル共同訴訟ニシテ主參加原告本訴原告及ヒ本訴被告ヲ當事者トスル三面訴訟ニアラス

固有の必要的共同訴訟ハ當事者タル適格ヲ定ムル法規ニ從ヒ二人以上ノ者カ共同スルニ非サレハ原告タル適格又ハ被告タル適格ヲ具備セス從テ原告タルヘキ者ノ全員カ共同シ又ハ被告タルヘキ者ノ全員ヲ共同被告トシテ訴訟ヲ爲スニ非サレハ請求棄却ヲ免レサルモノトス

類似必要的共同訴訟ハ訴訟物タル法律關係カ法律上合一ニ確定セラルヘキコトヲ必要トシ又其共同原告ノ一人カ被告ニ對シ又ハ原告若クハ共同被告ノ一人カ共同被告ノ一人ニ對シ同一ノ訴訟物ニ關シ訴訟ヲ爲シタルモノト假定シタル場合ニ於テ其訴訟ニ於テ爲サル判決ノ既判力カ他ノ共同原告又ハ共同被告ニ及フヤ否ヤニ依リ決セラルヘキモノトス

主參加訴訟ハ常に必要的固有又ハ類似共同訴訟ニアラス必要的共同訴訟ナリヤ通常ノ共同訴訟ナリヤハ一般ノ原則ニ依リ決スヘキモノトス

大正三年六月二十四日大審院民二部判決參照(本書第三卷民訴一一七頁所載)
主參加訴訟ハ常ニ必スシモ主參加被告ニ對シ權利關係カ合一ニノミ確定スヘキモノ
ト云フヲ得ス權利關係カ合一ニノミ確定スヘキヤ否ヤハ主參加事件ニ於テモ一般ノ
場合ト同シク其訴訟事件ノ具體的内容ニ依リ之ヲ定ムヘキモノトス即チ判旨ハ主參
加ニ依リテ生スル共同訴訟ハ直チニ必要的共同訴訟ナリト云フヲ得ス必要的共同訴
訟ナルヤ否ヤハ一般ノ場合ニ於ケルト等シク其訴訟事件ノ具體的内容(一)ニ依リテ決
スヘシト云フナリ

右判旨ハ正當ナリト雖モ其理由ハ備ハラス吾人モ亦タ主參加ニ因リテ生スル訴訟ハ
本訴原告ト本訴被告トナ共同被告トスル共同訴訟ナルコトヲ認ムルモノナリト雖モ
學說ニハ主參加ニ依リテ生スル訴訟ハ三面訴訟ニシテ共同訴訟ニアラストスル見解
ナキニ非ス仁井田博士ノ贊同セラルル三面訴訟ノ立場ヨリスレハ主參加訴訟ニ對
シテ爲サルル判決ハ主參加原告本訴原告及本訴被告ナル三面ノ當事者ニ對シテ一
ナルモノタルカ故ニ本件大審院判決ノ如ク本訴被告ニ對シテハ請求ノ認諾ニ基キテ
主參加人ノ請求ヲ認メ本訴原告ニ對シテハ主參加人ノ請求ヲ棄却スル裁判ヲ是認セ
ル判旨ハ不當ナルコトハ疑ナ容レズ然レトモ(イ)主參加訴訟ヲ以テ三面訴訟ナリトス
ルハ現代ノ訴訟法カ當事者タル地位ヲ原告及ヒ被告ノ兩造ニ限定スルト相容レズ且
(ロ)此ノ說ハ主參加訴訟ニ對スル判決ハ本訴原告本訴被告及ヒ主參加原告ニ對シテ一
様ナラサルヘカラスト云フ思想ヲ前提シ之ヨリ演繹シテ主參加請求ハ單一ノ請求ナ
リ又單一ノ請求ヲ主張スル訴訟ナルカ故ニ三面訴訟ニシテ共同訴訟ニ非ストナスモ
ノナリト雖モ其前提カ誤マレルノミナラス其推論ニモ誤謬アルカ故ニ到底認ムルコ

(150)

(151)

トチ得ス從テ主參加訴訟ハ本訴原告及ヒ本訴被告ト共同被告トスル共同訴訟ナリト
解セサルヘカラス於是カ右共同訴訟ハ通常ノ共同訴訟ナルカ又ハ必要的共同訴訟ナ
ルヤノ問題ヲ生ス學說ニハ第五一條ニ本訴訟ノ當事者雙方ニ對スル訴ヲ以テ其請求
ヲ主張スルコトヲ得ト規定スルヨリシテ直チニ固有ノ意義ニ於ケル必要的共同訴訟
ナルコトヲ論斷セントスルモノアリ然レトモ第三者カ其權利ヲ主張スルカ故ニハ
必シモ常ニ本訴原告及ヒ本訴被告ト共同被告トシテ主參加ノ訴ヲ起スコトヲ要スル
ニハアラス通常ノ訴ニ依リ本訴原告ニ對スル請求ト本訴被告ニ對スル請求トヲ別々
ニ主張スルコトヲ妨ケス條文ニモ「當事者雙方ニ對スル訴(主參加)ヲ以テ其請求ヲ主張
スルコトヲ得」トシ「主張スルコトヲ要ス」トハ規定セス故ニ主參加訴訟タルノ故ヲ以テ
直チニ固有ノ必要的共同訴訟ナリト解スルノ誤マレルコトハ疑ナ容レズサレハ主參加
ニ依リテ生シタル共同訴訟カ通常ノ共同訴訟ナルカ又ハ必要的共同訴訟ナルヤハ一
般ノ原則ニ依リテ決セサルヘカラス而シテ(1)固有ノ必要的共同訴訟トハ當事者タル
適格ヲ定ムル法規ニ從ヒ二人以上ノ者カ共同スルニ非サレハ原告タル適格又ハ被告
タル適格ヲ具備セス從テ原告タルヘキ者ノ全員カ共同シ又ハ被告タルヘキ者ノ全員
ヲ共同被告トシテ訴訟ヲ爲スニ非サレハ請求棄却ヲ免レス此意義ニ於テ共同訴訟カ
絕對ニ必要ナル場合ヲ云ヒ又(2)類似必要的共同訴訟トハ前掲ノ意義ニ於テ共同訴訟
カ必要ナルニハ非ス然レトモ共同訴訟ニ依リタル場合ニハ訴訟物タル法律關係カ共
同訴訟人ノ全員ニ對シテ合一ニノミ確定スルコトヲ必要トスル場合ヲ云フモノナリ
而シテ訴訟物タル法律關係カ合一ノミニ確定スルコトヲ要スト云フハ(イ)論理上觀念
上合一ニ確定セラルヘシト云フニテハ足ラス(ロ)法律上合一ニ確定セラルヘキコトヲ

必要トシ又其ハ共同原告ノ一人カ被告ニ對シ又ハ原告若クハ共同被告ノ一人カ共同被告ノ一人ニ對シテ同一ノ訴訟物ニ關シ訴訟ヲ爲シタルモノト假定シタル場合ニ於テ其訴訟ニ於テ爲サル判決ノ既判力カ他ノ共同原告又ハ共同被告(假定訴訟ヨリ觀察スレハ第三者)ニ及フヤ否ヤニ依リテ決スヘキモノナルコトハ吾人カ從來反覆唱導シタル處ナリ(本判例批評九、本誌九卷一六九頁以下、同批評五九、本誌一一卷一二四頁以下等參照)又タ(3)通常ノ共同訴訟トハ必要ノ共同訴訟ニ非ル共同訴訟即チ固有ノ必要ノ共同訴訟ニモ亦タ類似必要ノ共同訴訟ニモ非ル共同訴訟ヲ云フモノニ外ナラス而シテ主參加原告ハ本訴原告及ヒ本訴被告ニ對シ或ハ訴訟物トシテ或ハ又攻撃方法トシテ同一ナル法律關係ヲ主張スルモノナリト雖モ(1)當事者タル適格ヲ定ムル法規ニ從ヒ本訴原告タル者及ヒ本訴被告タル者トノ共同ニ對スルニ非サレハ第三者(主參加人)カ該法律關係ノ存在ヲ主張スルコトヲ得スト云フカ如キ場合ハ絶無ニハアラストスルモ稀有ナルコトハ疑ナク容レテ主參加訴訟ニ依リ固有ノ必要ノ共同訴訟ヲ生スルカ如キハ稀有ナリト云フナ妨ケス故ニ(2)主參加原告カ本訴原告(又ハ本訴被告)ノミテ相手方トシテ通常ノ訴訟ヲ以テ同一ノ法律關係ニ關スル訴訟ヲ起シタルモノト假定ス(イ)其訴訟ニ於テ爲サレタル確定判決ノ既判力カ本訴被告(又ハ本訴原告)ニ及フヤ否ヤヲ視既判力カ及フヘキ場合ニハ主參加訴訟ハ類似必要ノ共同訴訟ニシテ共同訴訟人ノ地位ニ付キテハ民訴第五〇條ヲ適用スヘキナリト雖モ(ロ)右判決ノ既判力カ及ハサル場合ニハ主參加訴訟ハ通常ノ共同訴訟ニシテ其共同訴訟人ノ地位ニ付キテハ民訴第四九條ヲ適用スヘキモノト解セサルヘカラス要之本件大審院判決力(イ)主參加ニ因リテ共同訴訟ヲ生シ且(ロ)其共同訴訟ハ必シモ常ニ必要ノ共同訴訟ニハ非ス果シテ通常

(1111)

一五三

ノ共同訴訟ナルヤ必要ノ共同訴訟ナルヤハ一般ノ原則ニ依リテ決スヘシトナシタルハ正當ナリ(法學博士雄本朗造氏京都法學會雜誌第一一卷第九號八五頁以下要領民事訴訟法判例批評)

【主參加訴訟カ共同訴訟ナルヤ否ヤニ關スル反對學說】

仁井田博士

主參加ハ本訴訟ノ當事者雙方ヲ被告トスル一箇ノ訴訟ニシテ其原告ニ對スル訴ト其被告ニ對スル訴トヲ併合セルモノニ非ス即チ主參加人ハ本訴訟ノ當事者雙方ニ對スル一箇ノ判決ヲ求ムルモノニシテ其原告ニ對スル判決ト其被告ニ對スル判決トヲ求ムルニ非サルナリ然ラハ主參加訴訟ハ一箇ノ訴訟ニシテ共同訴訟ノ一種ニ非サルヲ知ルヘシ然ルニ主參加ハ本訴訟ノ原告ニ對スル訴ト被告ニ對スル訴トヲ併合セルモノニシテ主參加訴訟ハ共同訴訟ニ外ナラスト主張スル學者極メテ多シ(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論中卷五八八頁)

既ニ述ヘタル如ク主參加訴訟ハ共同訴訟ニ非サルカ故ニ第五〇條ノ規定ハ主參加訴訟ニ關シテ其適用ヲ生セサルナリ唯主參加訴訟ニ於テハ後ニ説明スルカ如ク同條ノ規定ヲ適用スルト略同一ナル結果ヲ生スルモノト然レトモ主參加訴訟ノ併合ノ一種ト認メ主參加訴訟ヲ以テ共同訴訟ニ外ナラスト爲ス者ハ主參加訴訟ニ關シテモ此規定ヲ適用スヘキ旨ヲ主張セリ(同上五八九頁)

【主參加訴訟カ必要ノ共同訴訟ナルヤ否ヤニ關スル同趣旨學說】

板倉博士

今村信行氏

岩田學士

一 主參加ハ共同訴訟ノ一種ナリ何者主參加ノ被告ト爲ル者ハ既ニ繫屬セル訴訟ノ原告並ニ被告ナレハ主參加ノ訴ニハ常ニ複數被告ノ存スルモノナレハナリ主參加ハ形式上ノ必要ノ共同訴訟ナリ(法學博士板倉松太郎氏民事訴訟法綱要一四九頁)

二 本訴訟ノ原告ト共同被告トシテ訴フルコトヲ要ス是レ即チ主參加ヲ本訴訟ト牽連セシムル所以ニシテ此共同訴訟ハ所謂必要ノ共同訴訟ニ屬ス然レトモ其法律關係カ合一ニノミ確定スヘキモノナリヤ否ヤハ主參加ノ訴ニ於ケル請求ノ實體ニ付キ之ヲ決セサルヘカラス(今村信行氏東京法學院講義民事訴訟法第一編一八三頁)

三 然レトモ多數ノ學說ハ主參加ノ訴カ第五〇條ヲ適用スヘキ必要ノ共同訴訟ナリヤ否ヤハ其訴ノ目的物ノ如何ニ依リテ定マラルモノトセリ主參加原告ハ主參加ノ訴ニ於テ必シモ判決ヲ求ムル一個ノ一定ノ申立ヲ爲スヘキモノニ非ス本訴ノ當事者雙方ニ對シテ法律關係ノ成立若クハ不成立ノ確定ヲ求ムル申立ヲ爲シ又ハ雙方ニ對シテ給付判決ヲ求ムル申立ヲ爲スコトヲ得ヘク又ハ本訴訟ノ原告ニ對シテ法律關係ノ成立若クハ不成立ノ確定ヲ求メ被告ニ對シテ給付判決ヲ求ムル申立ヲ爲スカ如ク各別ノ申立ヲ爲スコトヲ得ヘク而シテ主參加ノ訴ノ目的物タル權利又ハ法律關係ニシテ本訴訟ノ當事者雙方ニ對シ合一ノ確定ノ性質ヲ有スルモノナルトキハ第五〇條ノ適用アルヘク然ラサレハ第四九條ヲ適用スヘキ普通ノ共同訴訟ナリトス余ハ本書前版

主參加訴訟ハ本訴ノ原告ヲ共同被告トスル共同訴訟ナルコト然レトモ主參加
訴訟ハ常ニ必要的共同訴訟ニアラス其必要的共同訴訟ナルヤ否ヤハ其訴訟物ノ
具體的内容ニ求メ一般ノ原則ニ依リ決スヘキコト吾人ノ既ニ論セル所ナリ

(八二)

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

請求異議ノ訴ハ執行スヘキ請求權ノ消滅尙ホ執行シ得ヘキ公正證書ニ在リテハ
請求權ノ不成立債權者若クハ債務者ノ資格ノ喪失又ハ履行期ノ猶豫アリタルニ
拘ラス債務名義カ其文言ニ依リ形式的ニ有スル執行力ヲ排除センコトヲ目的ト
スル訴ニシテ執行力付與セラレ又ハ執行行為カ開始セラレタルト否トヲ問ハ
ス提起スルコトヲ得ルモノトス
執行力トハ(イ)該債務名義ニ基キ執行文附與ノ機關ニ執行文ノ附與ヲ申請スルコ
トヲ得又(ロ)執行機關ニ差押以下ノ執行行為ヲ爲サンコトヲ申請又ハ委任スルヲ

得ル効力ヲ云フ
請求異議ノ訴ハ訴訟法上ノ異議權ヲ以テ訴訟物トナスモノニシテ其異議權ハ債
務名義ノ執行力ヲ消滅セシムルヲ内容ト爲スカ故ニ形成權ニ屬ス

大正三年五月十四日大審院民一部判決參照(本書第三卷民訴九六頁所載)

判旨ハ請求異議ノ訴ハ開始サレタル強制執行ノ排除ヲ目的トスルモノ即チ現實ノ執
行處分ヲ許ササル旨ノ宣言ヲ求ムルモノトナスモノニシテ不當ナリ請求異議ノ訴ハ
執行スヘキ請求權ノ消滅尙ホ執行シ得ヘキ公正證書ニ在リテハ請求權ノ不成立債權
者若クハ債務者ノ資格ノ喪失又ハ履行期ノ猶豫アリタルニ拘ラス債務名義カ其文
言ニ依リ形式的ニ有スル執行力(執行力トハ(イ)該債務名義ニ基キ執行文付與ノ機關ニ
執行文ノ付與ヲ申請スルコトヲ得又(ロ)執行機關ニ差押以下ノ執行行為ヲ爲サンコトヲ申
請若クハ委任スルヲ得ル効力ヲ云フ)ヲ排除センコトヲ目的トスル訴ニシテ執行文カ
付與セラレ又ハ執行行為カ開始セラレタルト否トヲ問ハス提起スルコトヲ得ルモノ
ナルコトハ學說ノ認ムル所ニシテ又吾人カ當テ詳論シタル所ナリ故ニ請求異議ノ訴
ノ申立ニ於テハ當該ノ債務名義カ有スル執行力ヲ排除スル判決換言セハ當該ノ債務
名義ニ基テ強制執行ヲ訴サスル判決アランコトヲ要求セサルヘカラス判旨謂フ
所ノ「強制執行ノ排除」ハ或ハ執行力ノ排除ヲ意義スルモノナルヤチ知ルヘカラスト雖
モ「開始サレタル強制執行」ト云ヒ又「現實ノ強制執行處分」ト云フニ徴スルトキハ差押以
下ノ執行行為ノ排除ヲ意味スルモノト解スヘク從テ其不當ナルコトハ論チ俟タズ請
求異議ノ訴ハ訴訟法上ノ異議權ヲ以テ訴訟物トナスモノニシテ右異議權ハ債務名義

仁井田博士

板倉博士

松岡博士

前田學士

東京控訴院

ノ執行力ヲ消滅セシムルヲ其内容ト爲ス故ニ其形成權ナルコトハ論ヲ俟タス然ルニ形成權ハ(イ)主體(ロ)形成セラルヘキ法律上ノ效果並ニ(ハ)發生要件ナル三標準ニ依リテ共同ニ認議セラルルカ故ニ請求異議ノ訴ノ訴狀ニ於テハ「起シタル請求ノ目的及ヒ原因」トシテ右ノ同一認議標準ニ依リ形成權タル異議權ヲ明確ニ表示セサルヘカラス(法學博士雄本朗造氏京都法學會雜誌第一一卷第九號一〇二頁以下要領民事訴訟法判例批評)

【請求異議ノ訴ヲ提起シ得ヘキ時期ニ關スル同趣旨學說判例】

一 債務者ハ強制執行ノ開始セサルトキト雖モ執行異議ノ訴ヲ提起シ以テ強制執行ヲ許ササル旨ヲ宣言スル判決ヲ求ムルコトヲ得ヘシ蓋シ債務者ハ此場合ニ於テモ斯ル判決ヲ得ルニ付キ利益ヲ有スルヲ以テナリ然レトモ強制執行ノ終了シタルトキハ債務者ハ斯ル判決ヲ得ルニ付キ利益ヲ有セサルニ至ルモノナルカ故ニ執行異議ノ訴ヲ提起シ以テ斯ル判決ヲ求ムルコトヲ得サルモノトス從テ此場合ニ於テハ債務者ノ執行異議ノ訴ハ之ヲ理由ナシト認メサルヘカラサルナリ(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論下卷一〇頁)
二 原則トシテ強制執行ノ開始セラレタルコトヲ要ス即チ強制執行ノ著手ハ有體動産ニ付キテハ差押財產權ニ付キテハ差押決定ノ成立不動産ニ付キテハ強制競賣開始決定又ハ強制管理開始決定ノ成立船舶ニ付キテハ強制競賣開始決定ノ成立セル時ニ在リ執行開始前ノ訴ハ之ヲ提起スルニ付キ法律上ノ利益ノ存スルコトヲ要ス執行名義ノ效力ヲ有スルコトハ此訴ノ要件ニ非ス(法學博士板倉松太郎氏民事訴訟法要論七二四頁)
三 斯ル異議ノ主張ハ唯強制執行終結前タルコトヲ要スルノミ必スシモ強制執行ノ開始後タルコトヲ要セス何トナレハ確定シタル請求ニ關スル異議ノ訴ハ抽象的ニ強制執行ヲ許ササル旨ノ宣言ヲ受クルコトヲ目的トシ具體的ニ或執行處分ヲ許ササル旨ノ宣言ヲ受クルコトヲ目的トセサルノミナラス債務者ノ爲メニ急迫ナル危害ヲ避クルコトヲ得セシムルノ利益アルヲ以テナリ強制執行ノ終結後ハ確定シタル請求ニ關スル異議ノ主張スルコトヲ得ス蓋シ斯ル異議ノ主張ハ強制執行ノ終結後ニアリテハ其目的ヲ缺クニ至ルヲ以テナリ(法學博士松岡義正氏東京法學院講義民事訴訟法二九七頁)
四 本訴ハ執行名義ニ基ク執行力ヲ排除セントスルモノナルカ故ニ執行名義ノ存スルコト則チ本訴ヲ起シ得ヘク現ニ執行行為カ開始セラレタルト否トヲ問ハス故ニ本訴ハ執行文附與前ニテモ之ヲ起スヲ得(法學士前田直之助氏明治大學講義民事訴訟法第六編以下一四七頁)
五 請求ニ關スル異議ノ訴ハ債務名義ノ執行力排除ヲ目的トスルモノナルヲ以テ其執行文ノ己ニ送達セラレ執行力存スル以上

(一五六)

岩田學士

【同上ニ關スル反對學說】

ハ未ダ執行ニ著手セサルモ之ヲ提起シ得ヘキモノトス(東京控訴四十四年十二月二十日民二部判決本書第一卷民訴一頁)
異議ノ訴ハ強制執行ノ開始後ニ提起スルコトヲ得ヘキハ學說ノ一致スル處ナリ唯債務名義ノ成立後強制執行手續ノ開始前ニ提起スルコトヲ得ルヤ否ニ付テハ學說岐ルト雖異議ノ訴ハ強制執行ノ排除ヲ目的トスルモノニシテ即チ開始セラレタル執行ノ結果ヲ除却スルコトヲ目的トスルモノナレハ開始以前ニ於テハ此訴ハ許スヘキニアラス執行開始後ニ限リ債務者ハ執行ヲ許サストノ宣言ヲ求メテ其判決ニ因リ將來ノ執行行為ヲ停止シ且己ニ爲シタル執行處分ノ取消ヲ求ムルコトヲ得ヘシ(法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論一一七頁)
執行開始前ニ在テハ執行ニ基因スル私權ノ侵害ナキヲ以テ前第一ニ述ヘタル條件ニ具備スルコトヲ要スル異議ノ訴ヲ許ス必要ナシ債務者ハ普通ノ消極的認議ノ訴ヲ以テ債權者ノ權利ノ不存在ヲ確定シ得ヘキナリ(同上一一八頁)
請求異議ノ訴ハ執行開始前ニ提起スルコトヲ得ルヤ否ヤ本訴ノ性質ニ依リ決セラルヘシ吾人ハ從來之ヲ強制執行ノ排除ヲ目的トスル消極的確定ノ訴ナリトシ之ヲ消極ニ解シタルモ債務名義ハ其自體執行力ヲ有スルモノニシテ私法的請求權ノ消滅ハ以テ債務名義ノ形式的存在即チ執行力ニ消長ヲ來スヘキニアラストスル訴訟理論ニ考覈スルトキハ寧ロ執行力ノ排除ヲ求ムル創設ノ訴形成ノ訴ナリト解スルヲ妥當トセスヤ從テ執行開始前ニ於テモ本訴ヲ提起シ得ト謂フ論旨ニ賛同ス

(一五七)

(八三)

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

二人以上ニ對スル貸借契約解除ニ關スル請求ハ民事訴訟法第五〇條第一項ノ所謂權利關係カ合一ニノミ確定スヘキ案件ナリトス」
 期日ヲ懈怠セザリシ被告ノ訴訟代理人カ爲シタル認諾ノ效果ハ期日ヲ懈怠シタル被告ニ之ヲ及ホスコトヲ得サルモ前者ノ爲シタル自白ハ當然之ヲ後者ニ及ホスヘキモノトス」

被告田中熊太郎同三本友七間ノ本件貸借契約解除ニ關スル原告ノ請求ハ民事訴訟法第五十條第一項ノ所謂權利關係カ合一ニノミ確定スヘキ案件ナルヲ以テ同條第四項ニ則リ期日ヲ懈怠シタル被告三本友七ハ期日ヲ懈怠セザリシ被告田中熊太郎ニ代理ヲ任シタルモノト看做スヘキモノトス然リ而シテ右ノ如キ場合ニ於テ期日ヲ懈怠セザリシ被告田中熊太郎訴訟代理人カ爲シタル認諾ノ效果ハ期日ヲ懈怠シタル被告三本友七ニ之ヲ及ホスコトヲ得サルモ前者ノ爲シタル自白ハ當然之ヲ後者ニ及ホスヘキモノト解スルヲ相當トス蓋シ前記法條ハ共同訴訟人ノ受クヘキ判決ノ範圍ヲ避ケ其判決ノ基本タル辯論ノ一致ヲ保持センカ爲メ其一方方法トシテ期日懈怠ノ場合ニ其懈怠ノ效果ヲ排斥スルノ目的ヲ以テ法律上一種ノ代理ヲ認メタルモノナルヲ以テ

(一五八)

(一五九)

其代理權ノ範圍ハ認諾ノ如キ訴訟ノ全然終局ヲ來スヘキ訴訟行爲ハ之ヲ包含セサルモ自白ノ如キ訴訟行爲ハ之ヲ包含スルモノト謂ハサルヘカラス何トナレハ自白ノ如キハ必スシモ常ニ訴訟ヲ終局セシムルモノニ非ザレハナリ然ラハ本件ニ於テ被告田中ノ訴訟代理人ノ認諾ハ被告三本ニ對シテ其效果ヲ及ホサス從テ被告三本ハ認諾セサル結果同法第五〇條第三項ニ依リ被告田中モ認諾セサルモノト看做ササルヲ得サルカ故ニ原告訴訟代理人ノ右兩名間ニ於ケル前記貸借契約解除請求ニ對スル認諾判決ノ申立ハ失當ナリ然レトモ前段叙説ノ如ク被告田中訴訟代理人ノ自白ノ效果ハ被告三本ニ之ヲ及ホスヘキカ故ニ該自白ニ基キ本件ヲ案スルニ原告主張事實ノ全部ハ前記ノ理由ニ依リ右被告兩名ノ自白スル所ニシテ該事實ニ基ク原告ノ請求ハ至當ナリト認ム次ニ被告三本友七ニ對スル本件貸借登記抹消被告三本友七同中島彦太郎間ノ本件轉貸借契約解除及ヒ被告中島彦太郎ニ對スル右轉貸借登記抹消ニ關スル原告ノ各請求ニ付テハ前記ノ如キ代理關係ヲ生セサルカ故ニ民事訴訟法第二四六條第二四九條第二四八條ニ依リ原告訴訟代理人カ事實上ノ供述ハ右被告等ノ自白シタルモノト看做シ該事實ニ基ク原告ノ請求ハ之ヲ至當ナリトス(東京地方大正四年(ワ)第六一〇號同五年三月十日民四部田山裁判長竹田波野平各判事判決)

【關係事項】

【前段參照學說】

貸借解除並ニ登記抹消請求事件○原告杉田なを訴訟代理人辯護士大橋誠一被告田中熊太郎訴訟代理人辯護士村上喜政
 一 凡ソ訴訟ノ目的物タル法律關係ニ關シテ或共同訴訟人ノ得タル判決カ他ノ共同訴訟人ニ其效力ヲ及ホストキハ其法律關係ハ判決ニ依リ總テ共同訴訟人ニ對シテ合一ニ確定セラレルモノトス果シテ然ラハ訴訟ニ係ル法律關係カ總テ共同訴訟人ニ

岩田學士

今村氏

仁井田博士

岩田學士

【後段參照學說】

對シテ合一ニノミ確定スヘキ場合ハ或共同訴訟人ノ得ヘキ判決カ他ノ共同訴訟人ニ其效力ヲ及ホス場合ニ外ナラズト謂フヘシ
 (法學博士仁井田太郎氏民事訴訟法要論六四八頁)

二 必要的共同訴訟トハ訴訟ニ關スル法律關係カ凡テノ共同訴訟人ニ對シテ合一ニノミ確定スヘキモノヲ謂フ合一ニノミ確定
 ストハ法律上同一ニ歸着スルコトヲ意味ス必要的共同訴訟ニ二種アリ實體法上ノ必要的共同訴訟及ヒ形式法上ノ必要的共同訴訟
 之ナリ實體法上ノ必要的共同訴訟トハ原告ノ意思ニ依リテ必要的共同訴訟ヲ成立セシムルコトヲ得ルモノニシテ法律力之ヲ
 成立セシムルコトヲ強制セザルモノヲ謂フ(法學博士板倉太郎氏民事訴訟法綱要一四頁五)

三 民事訴訟法第五〇條ニ於テ斯ル共同訴訟ニ付キ適用スヘキ規定ヲ設ク即チ訴訟ニ係ル法律關係ハ各共同訴訟人ニ對シ合
 一ニノミ確定スヘキ場合ノ共同訴訟是ナリ合一ニノミ確定スルハ訴訟物タル法律關係カ法律上同一ニ歸スルコトヲ謂フ學者
 之ヲ必要的共同訴訟若クハ不可分の共同訴訟ト稱ス(法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論四二九頁)

四 共同訴訟ニハ其共同訴訟人相互ノ法律關係カ合一ニ確定スヘキモノト否ラサルモノアリ即チ箇々ノ請求ニ付キ各別ニ確定
 スルモノアリ蓋シ必要的共同訴訟ハ實際合一ニノミ確定スヘキモノ多ク然レ故ニ必要的共同訴訟ハ合一ニノミ確定スヘキ共同
 訴訟ナリト云フコトヲ得ヘキカ如シト雖モ法律關係カ合一ニノミ確定スヘキモノナルヤ否ヤハ固ヨリ實體法ニ依リテ決スヘキ
 モノナルカ故ニ其法律關係即チ權利關係ノ性質上必ス共同訴訟ト爲ササルヲ得サル必要的共同訴訟ハ權利關係カ合一ニノミ確
 定スヘキモノト決ズルコトヲ得ス單ニ法律ノ命シタルカ爲メ必要的共同訴訟タルヘキモノニハ必スシモ合一ニノミ確定スヘキ
 モノニ限ラサルモノアルナリ(今村信行氏東京法學院大學講義錄民事訴訟法第一編一六七頁)

(1K0)

(1K1)

今村氏

菅原學士

東京控訴
院

大阪地方
裁判所

【後段參照判例】

三 (乙) 共同訴訟人中ノ或者カ事實ヲ爭ヒ又ハ請求ヲ認諾セザルトキハ縱令他ノ數人カ其事實ヲ明白シ又ハ請求ヲ認諾スルモ
 共同訴訟人カ悉ク爭ヒ又ハ認諾セザルモノト看做サル故ニ一人ノ自白及ヒ認諾ハ他ノ共同訴訟人ニ對シ其效力ナキニナラス其
 者自身ニ付テモ自若ク認諾タルノ效ナシ去レハ斯ル共同訴訟ニ於テハ全員カ自白シ又ハ全員カ認諾セザルニ於テハ何等其
 效ナキモノト云フヘシ(丙) 共同訴訟人中ノ或者カ期日又ハ期間ヲ辯論シタルトキハ其懈怠者ハ懈怠セザル者ニ代理セラレ受ク
 モノト看做ス故ニ縱令期日ニ闕席スルモノト出頭辯論ニ出頭シ辯論ヲ爲シタルモノト看做サルナリ從テ闕席判決ハ之ヲ受ク
 ヘキモノニアラス凡テ出頭者ノ行爲ヲ以テ闕席者モ同一ニ其行爲ヲ爲シタルモノト看做スヘキモノト然レトモ此場合ニ於テ
 モ和解地棄認諾及ヒ取テ下ノ如キ實體上ノ處分權アル者ニアラサレハ其出頭者ト雖モ之ヲ爲スコト能ハサル行爲ハ闕席者ニ代リ
 其行爲ヲ爲セルモノト看做スコトヲ得ス(今村信行氏東京法學院大學講義錄民事訴訟法第一編一七七頁)

四 民事訴訟法第五〇條第四項ニハ明カニ必要的共同訴訟人中ノ或人ノミカ期日又ハ期間ヲ懈怠シタルトキハ懈怠シタル者ハ懈怠セ
 サリシ者ニ代理ヲ任シタルモノト看做スアリテ其代理タルヤ訴訟代理又ハ法定代理ノ觀念ヲ以テ律スヘキモノニ非サルヲ以
 テ單ニ其效果ニ於テ代理ト同一ナルモノト解釋スルノ外ナシ而シテ法律ハ代理セラルヘキ行爲ニ付テハ何等ノ制限ヲ設ケサ
 ルカ故ニ懈怠者ニ利益ナル行爲ナルト不利ナル行爲ナルトニ論ナク總テ懈怠セザリシモノニ對スルト同様懈怠者ニ對シテモ
 其效力ヲ生スルモノト謂フハサルヲ得ス(菅原法學士法學新報第二三卷第六號七九頁以下要領本書第二卷民訴一〇一頁)

【後段參照判例】

一 民事訴訟法第五〇條第四項ノ規定ハ期日ヲ懈怠シタル者ニ其懈怠ノ結果ヲ被ムルコトナカラシムルカ爲メ懈怠セザル者ニ
 代理ヲ任シタルモノト看做スノ法意ニ他ナラス故ニ同條同項ノ規定ハ訴訟ノ進行ニ關スル訴訟行爲ニ付キ適用アルモ認諾ノ如
 キ訴訟ノ終結ヲ來ス處分行爲ヲ包含スル訴訟行爲ニ付キ適用ナキモノト云ハサルヲ得ス(東京控訴大正二年五月二十二日民三
 判決本書第二卷民訴一〇四頁)

二 訴訟ニ係ル權利關係カ共同訴訟人タル被告二人ニ關シ合一ニノミ確定ス可キ場合ニ於テハ期日ヲ懈怠シタル被告ハ懈怠セ
 ザル被告ニ代理ヲ任シタル者ト看做ス然レトモ期日ニ懈怠セザル被告カ原告ノ請求ヲ認諾シタルモ認諾ハ訴訟委任ニ依リ代理
 權ノ範圍外ナルヲ以テ期日ヲ懈怠シタル被告ニ對シ請求認諾ノ效力ヲ生セス而シテ必要的共同訴訟ニ於テハ共同訴訟人ノ一人
 カ認諾セザルトキハ總テノ共同訴訟人カ認諾セザルモノト看做サルヲ以テ斯カル場合ニ於テハ各被告共ニ原告ノ請求ヲ認諾
 セサルモノト看做ス(大阪地方大正三年(ワ)第三號民一判決法律新聞第九二七號五〇一頁)

前段判旨ハ正當ナリ判旨後段必要的共同訴訟ニ於テ期日ヲ懈怠シタル者ハ懈怠
 セサル者ニ代理ヲ任シタルモノト看做ストノ規定ハ如何ナル範圍ニ於テ適用ア
 ルヤ議論存ス吾人ハ認諾又ハ拋棄ノ如キ訴訟行爲ハ其效果ヲ及ホササルモノト

解スルコト嘗テ本書ニ於テ論述セリ(本書第二卷民訴一〇五頁參照)然レトモ自白ニ付テハ疑アリ

(八四)

六四四 競賣手續ノ開始決定ニハ同時ニ債務者ノ爲メ不動産ヲ差押フルコトヲ宣言ス可シ
差押ハ債務者カ不動産ノ利用及ヒ管理ヲ爲スコトヲ妨ケス
差押ハ其決定ヲ債務者ニ送達スルニ因リテ其效力ヲ生ス此送達ハ職權ヲ以テ之ヲ爲ス

不動産競賣開始決定ニ對スル異議ノ申立ニ付テハ別ニ期間ノ定メナシト雖モ競落許
落許可決定ノ既ニ確定セル以上異議ノ申立ハ結局無益ナルカ故ニ該決定ノ確定
後ハ其申立ヲ爲スヲ得ス

不動産競賣開始決定ニ對スル異議ノ申立ニ付テハ別ニ期間ノ定メナシト雖モ競落許
可決定ノ既ニ確定セル以上異議ノ申立ハ結局無益ナルカ故ニ該決定ノ確定後ハ其申
立ヲ爲スヲ得サルコト明白ナリ抑東京區裁判所大正四年(即)第七五三號建物競賣事件
ハ其記録ニ依レハ競賣手續進行ノ末競落許可ノ決定アリ之ニ對スル抗告人外一名ノ
抗告及ヒ再抗告ハ執レモ棄却セラレテ該決定ハ既ニ確定セルモノナリ而シテ抗告人
ノ開始決定ニ對スル異議ハ其後ニ至リ申立テラレタルモノナレハ許スヘカラサルモ
ノニシテ不適法ナルコト前説明ノ如シ從テ異議ノ裁判ニ對スル抗告並ニ抗告棄却ノ
決定ニ對スル再抗告モ亦不適法ナルヲ以テ本抗告理由ノ當否ニ拘ハラヌ原審カ抗告
ヲ棄却シタルハ結局正當ナリ(大審院大正五年(即)第一二八號同年五月十八日民二部馬
場裁判長田上入江鈴木三宅各判事決定)

【關係事項】

抗告棄却○原審東京地方裁判所○不動産競賣手續開始決定ニ對スル異議申立却下ノ決定ニ對スル抗告事件○抗告人田澤なみ

(八五)

五三三 執達吏ハ債務者ノ委任ニ因リテ爲ス行爲及ヒ職務上ノ義務ノ違背ヨリシテ債權者其他ノ關係人ニ對シ損害
ヲ生セシメタルトキハ第一ニ其責ニ任ス
民法七〇九 故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス

執達吏代理カ債務者ニ於テ執行ヲ拒ミタルニモ拘ハラヌ債務者ノ占有スル他人
ノ物ヲ債務者ノ所有ニ屬スルモノト認メ差押ヘタルトキハ債權者ニ故意又ハ過
失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル事實ナキカ故ニ單ニ執達吏ニ強制執行ヲ委
任シタル一事ヲ以テ不法行爲アリト云フヲ得ス
執行吏ハ公ノ機關トシテ債權者ノ意思ニ適合スルト否トヲ問ハス法令ノ規定ニ
基キ其職務ヲ執行シ債權者ノ使用人ニアラサルハ勿論其受任者又ハ代理人ニア
ラサルノミナラス他人ノ不法行爲ニ付第三者カ其責ニ任スルニハ特ニ明文ヲ要
スルカ故ニ執達吏ノ不法行爲ニ付債權者ハ其責ニ任スヘキニアラス

本訴原告ハ被告カ訴外安田幾治郎ニ對スル強制執行トシテ原告所有ノ玄米白米等ヲ
差押ヘ原告ニ損害ヲ被ラシメタルヲ以テ被告ニ不法行爲ニ基ク損害賠償ノ責任アリ
ト主張スルカ故ニ先ツ被告ニ不法行爲上ノ責任アリヤ否ヤノ點ニ付キ案スルニ右差
押ハ債權者タル被告ノ責任ニアル執達吏代理カ債務者安田幾治郎方ニ臨ミ施行シタ
ルモノナルコトハ甲第三號證ノ五ニ徴シ洵ニ明白ナルカ故ニ縱令執達吏代理カ不法
ニ原告主張ノ物件ヲ差押ヘタリトスルモ特ニ被告ニ故意又ハ過失ニ因リテ原告ノ權

利ヲ侵害シタル事實ナキ以上ハ單ニ執達吏ニ強制執行ヲ委任シタル一事ヲ以テ轉テ被告ニ不法行為アリト云フヲ得ス本件ニ付甲第三號證ノ五乙第二號證及證人安田幾治郎ノ證言ニヨレハ原告主張ノ強制執行ノ際執達吏代理ニ對シ幾治郎カ係争ノ玄米四斗八俵白米五斗半搗米約二石七斗米糠十俵等ハ原告ノ所有ニシテ貨物ノ爲メ預リ居ル委託品ナリト陳述シ其執行ヲ拒ミタル處被告代人力電話ヲ以テ被告ヘ照會シタル上差押ヲ求メタルコトヲ認メ得ヘシト雖モ乙第二號證中安田幾治郎及債權者代人安田丈之助ノ申立ニヨリ案スルニ貨物米ナリト云フ米ニ付テモ口頭ノ申立即時舉證ナキニ付キ占有スル債務者ノ所有ト認メ差押ヲ爲シタル旨ノ記載甲第三號證ノ六中被告ヨリ安田幾治郎ニ對スル債權ノ強制執行トシテ證人執達吏代理笠原又藏ハ大正四年十二月二十日安田幾治郎方ニ於テ玄米白米等ヲ差押ヘタル際幾治郎ヨリ同人ノ所有ニアラス原告ノ所有ナル旨ノ申立アリタルモ之ヲ認ムヘキ何等ノ證據ナク幾治郎カ占有シ居リシモノ故同人ノ所有ト認メ差押ヘタル旨ノ供述記載ニヨレハ原告ノ主張ノ玄米白米等ニ對スル差押ハ債權者等ノ陳述如何ニ拘ハラズ執達吏カ自己ノ意見ニ從ヒ占有ノ事實ニ基キ所有權ノ所在ヲ認定シ以テ右物件ニ付キ差押ヲ爲シタルモノト認ムルヲ相當トシ被告ニ特ニ右差押ニ付故意又ハ過失アリト認ムルニ足ラス然ルニ原告ハ執達吏ト債權者間ニハ委任關係アルカ故ニ代理人ノ行為ニ付本人ハ其責ニ任スヘキモノナリト主張スト雖モ執達吏ハ公ノ機關トシテ債權者ノ意思ニ適合スルト否トヲ問ハス法令ノ規定ニ基キ其職務ヲ執行シ債權者ノ使用人ニアラサルハ勿論其受任者又ハ代理人ニアラサルノミナラス他人ノ不法行為ニ付第三者カ其責ニ任スルニハ特ニ明文ヲ要スルニ拘ラス執達吏ノ不法行為ニ付キ債權者其責ニ任ス

(118)

(119)

ヘキ規定ナキカ故ニ原告ノ右主張ヲ認容スルニ由ナシ(名古屋區大正五年通第一二五六號同五年八月二十二日余郷判事判決)

【關係事項】

招害金請求事件○原告伊藤金太郎、訟代理人辯護士宇佐美一夫被告松村時治

【後段執達吏ノ地位ニ關スル參照學說】

一 執達吏ノ債務者及ヒ第三者ニ對スル關係ハ一面ニ於テハ公機關トシテノ關係ニシテ他ノ一面ニ於テハ債權者ノ代理人トシテノ關係ナリ執達吏ハ債務者及ヒ第三者ニ對シテ公機關トシテ行動スルカ故ニ是等ノ者カ執達吏ノ職務執行ニ對シ妨害ヲ加フレハ公務執行妨害罪ヲ構成ス又其執行行為ハ債權者ノ行為タルノ效力ナラセズ執達吏ハ債權者ノ代理人ナリトシテ債務者ノ之ニ對スル辨濟行為ハ債權者ニ對シテ效力アリトス茲ニ重要ナル問題アリ執達吏ハ債權者ノ代理人ナリトスレハ其執行行為ヲ爲スニ當リ執達吏ノ債務者及ヒ第三者ニ加ヘタル損害ニ付キ債權者ハ如何ナル範圍ニ於テ責任ヲ負フヤ否ヤノ問題之ナリ執達吏ハ一面ニ於テハ公機關タルノ性質ヲ有シ且債權者ハ執達吏ヲ選任スルニ付キ十分ノ自由ヲ有セズ執行ヲ實施スヘキ地ヲ管轄スル地方裁判所ノ管内ニ不幸ニシテ自己ノ信任スル執達吏ナキトキハ自己ノ信用ナキ執達吏ニ委任スルノ已ムヲ得サルモノアルナリテ民法第七一五條第一項但書ノ精神ニ從ヒ結果タル損害ニ直接ノ連絡アルヘキ故意過失アルニ非サレハ損害賠償ノ責任ヲ負ハサルモノトス(法學博士板倉松太郎氏強制執行法義海六〇頁)

二 執達吏ハ書類ノ送達及ヒ執行ノ實施ノ爲メ裁判權ヲ行フ官吏ナリ故ニ執達吏ハ司法官ニシテ司法行政官ニアラス從テ執達吏ノ行為ハ固ヨリ裁判權ノ作用ニ屬シ行政權ノ作用ニアラス民事訴訟ノ手續ニ依リ調査スルコトヲ得ヘキモ行政上ノ手續ニ依リテ之カ更正ヲ爲スコトヲ得サルモノナリ又執達吏ハ法律上一定ノ要件ノ存スル場合ニ於テ獨立シテ其職權ヲ行使スルモノニシテ裁判官ノ下級官吏トシテ其命令ニ基キ職權ヲ行使スルモノニアラス故ニ執達吏ハ獨立ノ司法機關ニシテ裁判所ノ機關ニアラサルナリ尤モ執達吏ハ當事者又ハ裁判所ノ委任ニ因リテ其職權ヲ行フト雖トモ之カ爲メ當事者又ハ裁判所トノ間ニ私法的法律關係(委任關係若クハ雇傭關係)ヲ發生スルコトナシ蓋シ執達吏ハ國家ノ機關トシテ公法的職務ヲ行フモノニシテ公法的職務ノ實行ハ又委任契約ノ目的トナルヘキモノニアラサレハナリ故ニ債權者ノ委任ニ基キ強制執行ヲ爲ス執達吏ハ債權者ノ委任ノ代理人ニアラスシテ職權ノ代理人ナリトス(債權ト執達吏トノ間ニ於テ私法的法律關係發生スト主張スル學者ト雖モ執達吏ト第三者殊ニ債務者トノ關係ニアリテハ執達吏ハ官吏トシテ其職權ヲ行フモノナルコトナシ是認セリ(法學博士松岡義正氏民事訴訟法東京法學院講義一三頁))

三 強制執行ノ實施ハ司法權ノ作用ニシテ執達吏ハ司法機關トシテ職權ヲ行使スルモノナリ債務者ヨリ給付ヲ受領シ受取證書

板倉博士

松岡博士

士岩田 249 (民訴)

前田學士

交付スルカ如キハ恰モ債權者ノ受任者タルノ觀アリト雖モ斯ル行爲ヲ爲スニ限リテ法律カ認メタルモノナリ委任關係ノ不當ナルコトハ代理論者ノ駁論ニ依リテ明カナリ次ニ執達吏ノ行爲ノ效果カ直接ニ債權者ニ歸スル點ヨリ觀レハ執達吏ハ債權者ノ代理人ナルカ如シト雖モ代理論者正當ナリトセハ民法ノ代理ノ規定ヲ執達吏ニ適用シ得ルカ如キ結論ヲ生スヘシ殊ニ執行行爲ハ公法的行爲ニシテ私法的行爲ニ非ス債權者ノ提供シタル給付ノ受領等ノ如キハ民法上之ヲ爲スコトヲ得ヘキ私法的行爲ナリト雖モ是レ執行行爲ヲ實施スル必要上執達吏ニ許容シタルニ過キス執行行爲カ公法的行爲ナル以上ハ債權者ト執達吏トノ關係ヲ民法上ノ代理ナリトスル誤レルコトハ多言ヲ要セサルヘシ余ハ職權說ニ贊ス(法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論一〇〇二頁)

四 要之執達吏ハ官吏トシテ職務ヲ行フモノナルカ故ニ執達吏ノ手数料ハ私法上ノ反對給付ニアラス故ニ執達吏ハ私權保護ノ方法タル訴訟ヲ提起シテ此手数料ヲ請求スルコトヲ得ス又執達吏カ所要ノ執行ヲ爲ササレハ債權者ハ委任事務執行請求ノ訴ヲ起スコトヲ得ス唯第五四四條アルノミ又職務ノ執行ニ依リ債權者ニ損害ヲ加ヘタルトキト雖モ契約上ノ義務違反ニアラス又債權カ債務者及ヒ其他ノ第三者ニ加ヘタル損害ニ對シテ執達吏ハ賠償ノ責ナキナ原則トス何トナレハ公法上ノ行爲ニ因ル損害ハ明文ナキ限り賠償セサルナ原則トスレハ是レ第五三二條ノ規定アル所以ナリ(法學士前田直之助民事訴訟法明治大學講義一〇〇頁)

【後段執達吏ノ不法行爲ト債權者ノ責任ニ關スル參照判例】

一 債權者ニ故意又ハ過失ノ責ムヘキモノアリテ一般不法行爲ノ責任ヲ負ハシムル場合ニ非サル限りハ債權者ハ執達吏ノ職務執行ニ付キ生ゼレタル損害ヲ賠償スヘキ責ヲ負フモノニ非サルモノトス(大審院大正四年才第二九三號同年十月十六日判決本書第四卷民訴三三四頁)

二 債權者ノ指示ニ基キ執達吏カ差押ヲ可カラサル動産ヲ差押ヘタリトスルモ債權者ハ其責ニ任セス(大審院大正二年才第一九號同年六月二十六日判決本書第二卷民法四三八頁)

至當ノ判決ナリ

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

差押ハ第三債務者ニ對スル送達ヲ以テ之ヲ爲シタルモノト看做ス

大審院判

利息付債權ノ差押ノ效力ハ獨リ元本債權ノミナラス其後ニ生スヘキ利息ニ及フヘキモノナルモ差押ノ效力發生以前ニ既ニ生シタル利息債權ハ元本債權ノ一部ヲ構成スルモノニアラスヲ以テ元本債權ノ差押ハ既ニ生シタル利息債權ニ對シ當然其效力ヲ及ボスヘキモノニアラス

原判決及ヒ之ニ引用シタル第一審判決事實摘要ニ依レハ訴外渡邊源吉ノ被上告人ニ對シ有スル年利率一割毎月二十八日拂ノ約款アル金一千圓ノ債權ニ付キ上告人ハ被上告人ヲ第三債務者トシテ其元本債務ヲ差押ヘ該差押命令及ヒ轉付命令ハ執レモ大正二年十月二十九日被上告人ニ送達セラレタルモノニシテ原審ハ證據ニ依リ右債權ハ大正二年十月二十日迄ニ被上告人ノ辨濟ニ依リ全部消滅シタル事實ヲ認定シタルモノナリ仍テ案スルニ利息付債權ノ差押ノ效力ハ獨リ元本債權ノミナラス其後ニ生スヘキ利息ニ及フヘキコトハ勿論ナリト雖モ差押ノ效力發生以前ニ既ニ生シタル利息債權ハ元本債權ノ一部ヲ構成スルモノニアラスヲ以テ元本債權ノ差押ハ既ニ生シタル利息債權ニ對シ當然其效力ヲ及ボスヘキモノニアラス而シテ本件ニ於テ既ニ發生シタル利息債權ヲモ差押ヘタルコトハ上告人ノ第一審以來主張セサル所ナレハ原審カ係争元本債權ニ對スル差押ノ效力發生ノ日以前ニ於テ右債權カ被上告人ノ辨濟ニ依リ全部消滅シタル事實ヲ認定シタル以上利息ノ支拂事實ニ論及セザリシハ元ヨリ當然ニシテ又之カ釋明ヲ求ムヘキ事項ニアラスレハ原判決ニ理由不備若クハ不法アルコトナシ(大審院大正四年才第一〇七六號同五年三月八日民三部橫田裁判長田上大倉鈴木三宅各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審東京控訴院○債權無效確認及抵當付債權差押登記抹消手續請求事件○上告人嵐田榮助訴訟代物人辯護士萩原榮太郎被告上告人飯島龜次郎

【元本債權ノ差押カ利息債權ニ及ホス效果ニ關スル參照學說】

- 一 債權ノ差押アルモ其債權ハ依然債務者ニ屬スルモノトス然レトモ債務者ハ差押ノ效力トシテ差押債權ノ處分殊ニ其取立ヲ爲スコトヲ得サルニ至ルモノナリ故ニ債務者ハ此債權ノ差押ヲ受クルコトヲ得ス且ツ此債權ノ免除若クハ讓渡ヲ爲シ又ハ此債權ニ關シテ差押ノ猶豫ヲ與ヘ又ハ此債權ヲ相殺ノ用ニ供スルコトヲ得サルモノトス加之ナラス債務者ハ差押ノ效果トシテ差押債權ノ從タル權利例ヘハ質權抵當權又ハ保證人ニ對スル權利ヲ處分スルコトヲ得サルモノトス是レ第九九條ノ規定ニ依ルモ自ラ明ナル所ナリ故ニ差押ハ差押債權ノ從タル權利ニ及フモノト謂フヘシ(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論一、二二九頁)
- 二 差押ノ效力ハ差押命令ニ於テ別段ノ定ナキトキハ差押フヘキ債權ノ金額ニ及フモノナリ又差押ノ效力ハ差押フヘキ債權ノ利息之ヲ證スル證書及ヒ之ヲ擔保スル質、抵當、保證ニ及フモノナリ(法學博士松岡義正氏強制執行法東京法學院大學講義四、四一頁)
- 三 差押ノ效力ハ差押ヘタル債權額ヲ限度トス但其債權ノ利息及ヒ其債權ヲ擔保スル物權ニ及フ(法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論一、一七一頁)

【元本債權ト利息債權トノ關係ニ關スル參照學說】

- 一 利息支拂ノ時期カ元本支拂ノ時期ヨリ短キ時ハ債權者ハ債務者カ利息ノ支拂ヲ遲延スルニ於テハ其都度延滞利息ヲ請求シ得ヘキハ勿論ナリトス利息支拂ノ時期カ元本支拂ノ時期ト同一ナルトキ又ハ元本支拂ノ期限到達ノ際ニ延滞利息アリタルトキハ債權者ハ元本ト利息ト併セテ請求スルヲ原則トス然レトモ債權者カ便宜上先ツ元本ヲ請求シ然ル後別ニ利息ヲ請求スルハ毫モ妨ケナシ蓋シ利息ノ債權ハ一面ニ於テハ元本ノ債權ニ附隨シ之ト一體ヲ爲スト雖モ一面ニ於テハ元本ノ債權トノ關係上發生原因ヲ異ニスル別箇ノ債權ナルヲ以テ別箇ノ訴ヲ以テ之カ辨濟ヲ請求スルコトヲ得ヘキモノト爲スサ正當ナリトス(法學博士橫田秀雄氏債權總論一、七九頁)
- 二 利息債權ハ元本債權ニ從タル債權ナリ故ニ元本債權ナクシテ利息債權ノ發生スヘキ理由ナク又利息債權ノ存續スル管ナシ然シナカラ既ニ經過シタル期間ニ對シテ利息ヲ請求スル範圍内ニ於テハ利息債權ハ獨立ノ存在ヲ有シ元本債權ニ從タルノ關係ヲ有スルモノニアラス故ニ利息債權ハ此範圍ニ於テ元本債權ニ從タルモノト見ルヘシ(法學博士川名兼四郎氏債權要論九、六二頁)

仁井田博士

松岡博士

岩田博士

橫田博士

川名博士

石坂博士

須賀博士

鳩山學士

三 元本債權カ將來ニ對シテ消滅スルトキハ利息債權モ亦其時ヨリ將來ニ對シテ發生セス然レトモ延滞セル利息ノ債權ハ元本債權ト離レテ獨立ノ存在ヲ有ス換言スレバ利息債權一旦發生シタル後元本債權カ將來ニ對シテ消滅スルモ利息債權ハ存在ニ關スル所ナシ(法學博士石坂晋四郎氏日本民法債權論第一卷二、六六頁)

四 但シ利息債權存在中即チ元本債權發生ノ時ヨリ其消滅ノ時迄ノ間ニ於テ生シタル利息ハ利息債權ノ效力トシテ發生シタル獨立ノ給付請求權ナルカ故ニ利息債權ノ消滅ニ伴フニ當然消滅スヘキモノニアラス唯利息債權ノ消滅ハ將來ニ於ケル利息ノ發生ヲ妨止スルカ故ニ當事者間ニ於ケル支拂ヲ爲スヘキ利息ノ額ヲ確定スルノ效力アルニ過キサルナリ之ヲ要スルニ既ニ經過セシ元本使用期間ニ應シ其使用ノ對價トシテ債權者カ支拂ヲ請求スル利息ハ利息債權ノ效力トシテ發生スル獨立ノ給付請求權ニシテ利息債權其モノニアラス從テ利息債權ノ消滅ニ伴フテ當然消滅スヘキモノニアラサルナリ(法學博士須賀喜三郎氏債權法總論大講義三、八頁)

五 辨濟期ニ達シタル利息債權ハ元本債權ノ擴張タル性質ト獨立シタル債權タル性質トナ併有ス

(イ) 元本債權ニ付テ存スル法律關係及ヒ法事上ノ變動ハ又利息債權ニ及フ此點ニ於テ期限ニ達シタル利息債權モ亦從タル性質ヲ有ス例ヘハ擔保ノ原則トシテ利息ニ及フ元本債權ノ讓渡セララルトキ特約ナクハ利息債權モ亦讓渡セララル

(ロ) 利息債權ノミニ付テ獨立ニ法事上ノ變動ヲ生スルコトヲ得此點ニ於テ此ノ如キ利息債權ハ獨立ナル性質ヲ有ス例ヘハ單獨ニ辨濟シ讓渡スルヲ得ヘク又獨立シテ時効ニ罹ルヲ得ヘシ(法學士鳩山秀夫氏日本債權法總論三、八頁)

八七

- 七八六 一名又ハ數名ノ仲裁人ヲシテ爭ノ判斷ヲ爲サシムル合意ハ當事者カ係争物ニ付キ和解ヲ爲ス權利アル場合ニ限リ其效力ヲ有ス
- 七八二 當事者ハ判事ヲ忌避スル權利アルト同一ノ理由及ヒ條件ヲ以テ仲裁人ヲ忌避スルコトヲ得
- 此他仲裁契約ヲ以テ選定シタルニ非サル仲裁人カ其職務ヲ不當ニ遲延スルトキハ亦之ヲ忌避スルコトヲ得
- 無能力者聲者啞者及ヒ公權ノ剝奪又ハ停止中ノ者ハ之ヲ忌避スルコトヲ得
- 七八八 數名ノ仲裁人カ仲裁判斷ヲ爲スコトキハ過半數ヲ以テ其判斷ヲ爲スコシ但仲裁契約ニ別段ノ定アルトキハ此限ニ在ラス
- 八〇〇 仲裁判斷ハ當事者間ニ於テ確定シタル裁判所ノ判決ト同一ノ效力ヲ有ス
- 八〇二 仲裁判斷ニ因リ爲ス強制執行ハ執行判決ヲ以テ其許可スコトヲ言渡シタルトキニ限り之ヲ爲スコトヲ得

仲裁人ノ職務ハ仲裁契約ノ目的タル係争事項ニ付キ適當ト認ムル判斷ヲ與ヘ以

テ當事者間ニ於ケル爭議ヲ解決スルニ在リテ仲裁人カ其職務ヲ行フニ付テハ之ヲ選定シタル當事者ノ利益ノ爲メニノミ行動スルコトナク當事者ノ意思如何ニ拘ハラズ自己ノ獨立自由ナル意見ニ從フヘキモノトス」

仲裁人ノ爲シタル判斷ハ當事者ヲ羈束スヘキ確定判決ト同一ノ價值及效力ヲ有シ當事者ハ裁判所ノ執行判決ヲ得テ之ニ執行力ヲ付與スルヲ得ルモノナレハ此意味ニ於テ仲裁人ハ訴訟事件ニ於ケル裁判官ト均シク一種公ナル裁判機關ト謂フコトヲ得ヘク單純ナル當事者ノ代理人トシテ視ルコトヲ得ス」

仲裁人ノ忌避ハ仲裁契約ノ性質上仲裁人ノ選定ニ拘束セラルヘキ當事者ノ負擔ヲ寬和センカ爲メ法律ノ附與シタル特種ノ權利ニシテ仲裁人ヲ其職務ノ執行ヨリ除斥スル一ノ訴訟手續ニ屬シ仲裁人ニ對スル委任契約ノ解除ト觀ルヘキモノニ非サルト同時ニ相手方ニ對シ其同意ヲ求ムル仲裁人解任ノ意思表示トモ觀ルヘキモノニアラス從テ此權利ヲ行使セントスル當事者ノ一方ハ他ノ一方ヲ相手方トシテ第八〇五條ノ規定ニ從ヒ訴ノ形式ニ依リ裁判所ニ忌避ノ權利アルコトノ確定ヲ請求スヘキモノニシテ相手方ニ對シ忌避ノ承認ヲ求ムヘキモノニアラス」

仲裁手續ニ於ケル仲裁人ノ職務ハ仲裁契約ノ目的タル係爭事項ニ付キ適當ト認ムル判斷ヲ與ヘ以テ當事者間ニ於ケル爭議ヲ解決スルニ在リ而シテ仲裁人カ其職務ヲ行

(111)

フニ付テハ之ヲ選定シタル當事者ノ利益ノ爲メニノミ行動スルコトナク當事者ノ意思如何ニ拘ハラズ自己ノ獨立自由ナル意見ニ從ヒ事件ニ付キ適當ナル裁斷ヲ與ヘテ解決ニ努力スヘキナリ而カモ其爲シタル判斷ハ當事者ヲ羈束スヘキ確定判決ト同一ノ價值及ヒ效力ヲ有シ進ンテハ裁判所ノ執行判決ヲ得テ之ニ執行力ヲ付與スルヲ得ルモノナレハ此意味ニ於テ仲裁人ハ訴訟事件ニ於ケル裁判官ト均シク一種公ナル裁判機關ト謂フコトヲ得ヘク單純ナル當事者ノ代理人トシテ視ルコトヲ得ス蓋シ仲裁人ノ選定ハ當事者ノ意思ニ基クモノニシテ仲裁人ハ仲裁契約ヲ爲シタル當事者トノ契約ニ依リ仲裁ヲ引受ケ其引受契約ノ效果トシテ當事者ノ合意セル手續ニ從ヒ如上ノ職務ヲ行フモノナルカ故ニ當事者トノ間一種委任ノ法律關係ヲ發生スヘク仲裁人ハ此關係ニ立チテ當事者ノ爲メ係爭事項ノ判斷ヲ與フルモノト謂フヘシ然ラハ當事者ハ何時ニテモ委任ヲ解除スルヲ得ルカ如ク引受契約ヲ解除シ仲裁人ヲ解任スルヲ得ルヲ以テ當然ノ論結ト爲スヘキニ似タリ民事訴訟法カ仲裁人ニ於テ其取結ヒタル引受契約ヲ解クコトヲ得ルモノトセルカ如キハ如上ノ見解ニ基クモノナルコト疑ナ容レスト雖モ當事者ノ一方ハ相手方ニ通知シタル仲裁人ノ選定ニ羈束セラレ自己一方ノ意思表示ニヨリ自由ニ之ヲ解任スルコトヲ得ルモノニ非サルハ民事訴訟法第七九〇條規定ノ如シ蓋シ仲裁人ノ選任ハ當事者双方ノ仲裁契約ニ基因スルモノニシテ有效ナル仲裁契約ハ當事者双方ヲ拘束スヘキモノナレハナリ加之當事者又ハ裁判所カ誤テ適格ヲ有セサル仲裁人ヲ選定シ又ハ相手方カ仲裁人選定權ヲ濫用シ之レカ爲メ仲裁人カ不公平ナル判斷ヲ爲スヲ疑フニ足ルヘキ事情アルカ其他判事除斥ノ原因ト同一ノ事由カ仲裁人ニ存スル場合ノ如キ適當ナル救濟方法ヲ講スヘキ要アルハ

(111)

論ヲ俟タス之レ民事訴訟法第七九二條ニ於テ當事者ナシテ判事ヲ忌避スル權利アルト同一ノ理由及ヒ條件ヲ以テ自己ノ選定シ又ハ相手方ノ選定ニ係ル仲裁人ヲ忌避スルヲ得セシメタル所以ニシテ仲裁人ノ忌避ハ即チ仲裁契約ノ性質上仲裁人ノ選定ニ拘束セラレヘキ當事者ノ負擔ヲ寬和センカ爲メ法律ノ附與シタル特種ノ權利ニシテ仲裁人ヲ其職務ノ執行ヨリ除外スル一ノ訴訟手續ニ屬シ仲裁人ニ對スル委任契約ノ解除ト觀ルヘキモノニ非サルト同時ニ相手方ニ對シ其同意ヲ求ムル仲裁人解任ノ意思表示トモ觀ルヘキモノニモアラス從テ此權利ヲ行使セントスル當事者ノ一方ハ他ノ一方ヲ相手方トシテ第八〇五條ノ規定ニ從ヒ訴ノ形式ニ依リ裁判所ニ忌避ノ權利アルコトヲ確定センコトヲ請求スヘキモノニシテ相手方ニ對シテ忌避ノ承認ヲ求ムヘキモノニアラス即チ忌避ノ權利ノ存否ハ裁判所ノ宣言ヲ俟テ始メテ確定セラルヘク當事者ノ意思ニ放任セラレヘキモノニ非サルコト訴訟當事者ノ判事忌避權ニ於ケルト毫モ異ナルコトナシ第七九二條ニ仲裁人ノ忌避ハ判事ノ忌避ト同一ノ條件ヲ以テスヘキモノト規定スルニ徴スルモ法意ノ技ニ存スルヲ窺知スルニ足ルヘキナリ然ラハ本件ニ於テ原院カ仲裁人ニ對スル忌避ヲ以テ仲裁契約當事者ノ共同行為ニ因ル委任解除ト論斷シ確認請求ノ形式ニ依レル本訴ヲ適法ナリトシテ上告人ノ此點ニ關スル抗辯ヲ排斥シタルハ正當ニ非スト謂フヘシ然レトモ訴訟記録ニ付キ第一審及ヒ原審ニ於テ被上告人ノ爲シタル本訴請求ノ趣旨ヲ攻フルニ被上告人ハ上告人カ選定シタル仲裁人鈴木敏郎カ仲裁人タル責務ノ履行ヲ不當ニ遲延シタル事實ヲ理由トシテ忌避ノ正當ナル所以ヲ主張シタルモノニシテ民事訴訟法第九七二條第八〇五條ニ從ヒ忌避ノ訴ヲ提起シ裁判

（民訴）

（民訴）

上ノ確定ヲ求メタルモノト認ムルニ難カラス從テ原院カ判文掲記ノ各證據ニヨリ被上告人ノ右主張事實ヲ認メ其請求ヲ正當ナリトシテ上告人ノ控訴ヲ棄却シタルハ結局相當ニシテ破毀ノ要アルヲ見ス（大審院大正四年（オ）第七六一號同五年五月二十七日民三部横田裁判長田上大倉柳川三宅各判事判決）

【關係事項】

上告棄却○原審大阪控訴院○仲裁人忌避事件○上告人日下部合名會社訴訟代理人辯護士秋田信太郎被上告人東京廣運合資會社訴訟代理人辯護士草鹿甲子太郎同水野豐

【二點仲裁人ノ職務ニ關スル參照學說】

一 右ニ述ヘタル外仲裁判斷ノ手續ニ付キテハ法律ニ於テ別ニ規定ナシケルカ故ニ當事者カ此ノ手續ニ付キ何等ノ定メヲ爲サル限リ仲裁人ハ既ニ述ヘタル所ニ依リ自己ノ意見ニ從ヒテ仲裁判斷ヲ爲スニ必要ナル行為ヲ爲スコトヲ得ヘシ唯其行為ハ一私人ノ爲スコトヲ得ヘキモノタルヲ要スルノミ（法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論一六三〇頁）
 二 仲裁人ハ裁判官ニアラサルヲ以テ仲裁ノ手續及ヒ其判斷ニ付キ實體法及ヒ民事訴訟法ノ法規ニ羈束セラレコトナク自己ノ意見ヲ以テ手續ヲ定メ修理ニ從テ判斷ヲ爲スナ原則トス然レトモ（1）當事者ハ仲裁契約又ハ爾後ノ契約ヲ以テ仲裁人ヲシテ實體法及ヒ手續法ノ特定ノ規定ニ依ラシムル旨ヲ定メ仲裁人ノ自由ヲ制限スルヲ得（法學博士松岡義正氏強制執行法東京法學院大學講義七九頁）
 三 仲裁人ハ實體法及ヒ訴訟法ノ規定ニ制限セラレコトナク仲裁人カ其公正ト認ムル所ニ從ヒ自由ナル意見ヲ以テ判斷ヲ爲ス當事者カ一定ノ法律ニ從ヒ判斷ヲ爲スヘシトノ合意ハ仲裁人ノ職務執行ノ指導ト爲ルヘキモノ仲裁人カ拘束スヘキニ非ス仲裁人ハ當事者ノ合意シタル仲裁手續ニ從テ義務アリト雖モ仲裁人カ合意ニ基クテ手續ヲ遵守セザルコトヲ理由トシテ仲裁判斷ノ取消ヲ求ムルコトヲ得ス（法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論一三五頁）

【三點仲裁人ノ忌避ニ關スル參照學說】

一 仲裁人ノ忌避ハ仲裁人ニ對シテ之ヲ申出ツヘキモノトス仲裁人カ忌避ヲ正當ト認メテ其任務ノ履行ヲ中止シタルトキハ他ノ仲裁人ヲ選定スルノ必要ヲ生スルニ至ルモノトス仲裁人カ忌避ヲ不當ト認メタルトキハ仲裁手續ヲ續行シ且ツ仲裁判斷ヲ爲

スコトヲ得ヘシ然レトモ忌避ノ正當ナルコトヲ主張スル當事者ハ第八〇一條第一號ノ規定ニ從ヒテ仲裁判斷ノ取消ヲ求ムルコトヲ得ルモノトス又當事者ノ一方ノ忌避ノ正當ナルコトヲ認メサルトキハ其ノ正當ナルコトヲキズキ相手方ハ之ニ對シテ訴ヲ提起スルコトヲ得ルモノナリ又仲裁人カ忌避ノ不當ナルコトヲ認ムル限リハ裁判所カ忌避ニ關スル訴ニ基キ忌避ノ正當ナルコトヲ認ムル判決ヲ爲シタル後ト雖モ仲裁手續ヲ續行シ且ツ仲裁判斷ヲ爲スコトヲ妨ケサルナリ但シ當事者ハ第八〇一條第一號ノ規定ニ從ヒテ仲裁判斷ノ取消ヲ求ムルコトヲ得ヘシ(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論一六二七頁)

二 忌避ノ手續ハ法律ノ規定セザル所ナリ故ニ當事者特定ノ形式ニ依ラスシテ相手方若クハ仲裁人ニ對シテ忌避スヘキ意思ヲ表示スルコトヲ得但忌避ノ理由ヲ證明スヘキ責任ヲ負フヤ當然ナリ當事者ノ一方カ相手方ニ對シテ忌避ノ意思ヲ表示シタル場合ニ於テ相手方カ之ニ合意シ以テ忌避問題ヲ有效ニ終局シタルトキハ仲裁人ノ引受ハ當事者ノ合意ニ基ク仲裁人ノ解任ヲ妨グルモノニアラス爾後何等ノ忌避手續ノ存スルコトナシト雖モ斯ル終局ヲ告ケタルトキハ民事訴訟法第八〇五條ノ規定ニ從ヒ忌避ヲ主張スル當事者ハ不同意ナル當事者ニ對シテ忌避ノ理由アル旨ノ確證ヲ訴又ハ後者カ前者ニ對シテ忌避ノ理由ナキ旨ノ消極的確證ヲ訴ヲ提起セザルヘカラス(法學博士松岡義正氏強制執行法東京法學院大學講義七七八頁)

三 忌避ノ手續ニ付テハ特別ノ規定ナシ故ニ一定ノ方式ヲ要セス相手方又ハ仲裁人ニ對シテ忌避ノ申立ヲ爲スヲ以テ足ル若シ忌避申出ヲ理由アリトシテ忌避セラレタル仲裁人カ辭職シ若シクハ當事者双方ノ合意ニ因リ他ノ仲裁人ヲ選定シタルトキハ忌避ノ手續ハ終了ス反之仲裁人モ辭職セズ當事者間ニ合意成立セザルトキハ第八〇五條ニ定メタル裁判所ニ對シテ訴ヲ以テ之ヲ爲スヘシ忌避ニ付テハ裁判所カ頭辯論ノ後判決ニ依リテ之ヲ爲ス仲裁判斷ノ手續ハ忌避ノ申請アルニ拘ハラズ之ヲ續行スルコトヲ得(法學士岩田一郎氏民事訴訟法論一三四頁)

(八八)

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

會社規則ニ本會々員ノ權利及義務ハ本會ノ承認ヲ受ケ其手續ヲ完了スルニ非ザレハ之ヲ逐次ニ移轉スルコトヲ得ストアルトキハ會員カ落札又ハ當籤ニ因リ會社ヨリ支拂ヲ受ケヘキ講債權及所定ノ會期間會員ノ掛込ムヘキ積立ノ義務ハ會社ノ承認ヲ受ケタル上ニ非ザレハ之ヲ他人ニ承繼セシムルコトヲ得サルモノト解スヘキモ右權利義務ノ承繼ニ付テノ禁止的規約ハ普通講會ノ繼續中ニ於テノ

ニ適用セラルヘキモノニシテ會社解散ニ因リテ新ニ生シタル積立金拂戻債權ニ其適用ナキモノトス

本件ニ於テ原告カ讓渡ヲ受ケタル債權ハ元來讓渡禁止ノ特約アリシモノナルヤ尙ホ其債權額ハ實掛金ノ範圍ニ限ラルヘキモノナリヤ否ヤノ二點ヲ除ク外原告主張事實ハ總テ被告ノ是認スル所ナルヲ以テ主要ノ争點ハ如上讓渡禁止ノ特約ノ有無及讓渡債權ノ數額如何ノ二點ニ歸ス依テ案スルニ甲第一號證通帳ノ記載即チ被告會社規則第二十四條ニ依レハ「本會々員ノ權利及義務ハ本會ノ承認ヲ受ケ其手續ヲ完了スルニ非ザレハ之ヲ逐次ニ移轉スルコトヲ得ストアリテ其文旨タルヤ會員カ落札又ハ當籤ニ因リ被告會社ヨリ支拂ヲ受ケヘキ講債權及所定ノ會期間會員ノ掛込ムヘキ積立ノ義務ハ會社ノ承認ヲ受ケタル上ニ非ザレハ之ヲ他人ニ承繼セシムルコトヲ得サルモノト解スヘキハ勿論ナルモ右ノ權利義務ノ承繼ニ付テノ禁止的規約ハ普通講會ノ繼續中ニ於テノミ適用セラルヘキモノニシテ會社解散ニ因リ新ニ生シタル積立金拂戻ノ債權等ニ付テハ全然其適用ナキモノト解スルヲ相當トスルカ故ニ本件ノ如ク原告カ讓渡ヲ受ケタル前示解散ニ因リ積立金拂戻ノ債權ニ付テハ元ヨリ如上ノ規約ニ拘束セラルヘキモノニ非スト認メサルヲ得ス從テ本件ノ債權讓渡ハ有效ナルヲ以テ被告ノ此點ニ關スル抗辯ハ失當ナリ次ニ讓渡債權ノ數額ヲ案スルニ甲第一號證ニ依レハ積立金ハ毎回金五圓ナルモ被告會社ヨリ積立會員ニ對シ給與スヘキ割戻金ナルモノナ右金五圓ヨリ控除シ其殘額ニ付現實掛込ムヘキ所謂實掛金ナルモノアルコトハ明カナルモ其實掛又ハ正掛ナルモノハ畢竟掛金ノ一部ニシテ割戻金ト併セ掛金ノ

全部ヲ爲スモノナレハ實掛金ノミチ以テ積立金フ總額ナリト謂フヲ得サルハ勿論割
 戻金ハ會員カ講會ヨリ受クヘキ一ノ債權ニ對シ會ヨリ之ヲ受取リ更ニ積立金ノ一部
 トシテ會員ヨリ講會ニ支拂フヘキモノナルヲ便宜上受授ノ手數ヲ省略シ毎回積立ツ
 ヘキ定額中ヨリ之ヲ差引キ其殘額ヲ現實ニ支拂ヒ以テ積立ヲ完了セシムルモノナレ
 ハ毎回金五圓ノ積立ハ恰モ現ニ其金額ヲ支拂ヒタルト其結果ニ於テ毫モ異ナル所ナ
 キモノト謂ハサルヘカラス然ラハ積立テタル債權ハ實掛金ノ範圍ニ止マラスシテ甲
 第一號證所定ノ毎回金五圓ナルコト疑ナキチ以此點ニ關スル被告ノ抗辯又其理由ナ
 キモノト認ム假リニ積立金ハ實掛金ニ限リ拂戻ヲ受クヘキモノトスルモ本件ニ於ケ
 ル讓渡債權ノ實掛金ハ百八十一圓七十七錢ナルコト當事者間爭ナキ所ニシテ本件強
 制執行ノ基本タル殘債權ハ金百參拾五圓ナレハ實掛債權ノミチ以テスルモ裕ニ執行
 債權ト相殺シ消滅セシメ得ヘキカ故ニ何レノ點ヨリスルモ本件債務名義ハ相殺ニ因
 リ執行以前疾ク已ニ消滅シタルモノト認ムルカ故ニ本件強制執行ハ許スヘカラサル
 モノトス(東京區大正四年(ハ)第八七〇六號同五年六月三十日宮野判事判決)

【關係事項】

強制執行異議事件○原告宮村安太郎若本金藏訴訟代理人辯護士萩原榮太郎被告合資會社牛込勸業商會法定代理人清算人星重賢
 訴訟代理人辯護士奥岡喜藏

本件ニ所謂會社規則ハ會社ト加入者間ニ於ケル講契約ノ内容ヲ爲スモノナリ從
 テ本件ハ講契約即チ法律行爲ノ解釋ニ關スル問題ニシテ判決ハ至當ナル見解ト
 ス

入夫婚姻ノ場合ニ於テハ訴訟手續ノ中斷及ヒ受繼ニ付キ民事訴訟法中依ルヘキ
 規定ナキカ故ニ民事訴訟法ハ訴訟ノ繫屬中入夫婚姻アリタル場合ニ於テハ女戸
 主タリシモノニ特別ノ地位ヲ與ヘ入夫婚姻ニヨル家督相續ナカリシト同様ニ訴
 訟ヲ遂行シ得ヘキコトヲ認メタルモノト解ス

被控訴人大越イシハ入夫婚姻ヲ爲シ大越記之助其家督ヲ相續シタルトモ民事訴訟法
 第一七八條ハ當事者ノ人格消滅シタル場合ノ規定ナルヲ以テ女戸主カ人格ヲ喪失ス
 ルコトナキ入夫婚姻ノ場合ニ於テ同條ノ規定ニ從フコト能ハス同法第一七九條ハ破
 産ノ開始ニヨル中斷ノ規定ニシテ當事者ノ人格ノ消滅スル場合ニアラサルノ點ニ於
 テ入夫婚姻ノ場合ニ類似スレトモ同條ニハ破産法ノ規定ニ從ヒテ手續ヲ受繼キ又ハ
 破産ノ解止スルマテ中斷ストアリテ破産開始ノ場合ノ特別規定ニ屬スルヲ以テ入夫
 婚姻ノ場合ニ於テ同條ノ規定ニ依リ難キヲ以テ入夫婚姻ノ場合ニ於テハ訴訟手續ノ
 中斷及ヒ受繼ニ付キ民事訴訟法中依ルヘキ規定ナキモノト謂ハサルヘカラス「若シ其
 依ルヘキ規定ナキカ故ニ相續人ニ於テ訴訟手續ヲ受繼スル能ハス而モ女戸主ニ於テ
 勝訴ヲ得ル爲メニ訴訟ヲ遂行スルコト能ハサルモノトナスカ如キハ訴訟經濟ニ反シ

一七八 原告若クハ被告ノ死亡シタル場合ニ於テハ承繼人カ訴訟手續ヲ受繼クマテ之ヲ中斷ス
 一七九 原告若クハ被告ノ財産ニ付キ破産ノ開始シタル場合ニ於テ訴訟手續カ破産財團ニ屬スルトキハ破産ニ付テ
 ノ規定ニ從ヒ訴訟手續ヲ受繼キ又ハ破産手續ヲ解止スルマテ之ヲ中斷ス
 民法九八九 隱居又ハ入夫婚姻ニ因ル家督相續ノ場合ニ於テハ前戸主ノ債權者ハ其前戸主ニ對シテ辨濟ノ請求ヲ爲
 スコトヲ得

仁井田博士
雄本博士
板倉博士
岩田學士
今村信行氏

條理ニ適合セザルモノナルヲ以テ民事訴訟法ハ訴訟ノ繫屬中入夫婚姻アリタル場合ニ於テハ女戸主タリシモノニ特別ノ地位ヲ與ヘ入夫婚姻ニヨル家督相續ナカリシト同様ニ訴訟ヲ遂行シ得ヘキコトヲ認メタルモノト解スルヲ至當トス(東京控訴大正二年(ネ)第二八五號同五年一月二十五日民三部松岡裁判長成道岩本各判事判決)

【關係事項】

共有地分割請求事件○控訴人野澤長彌外十五名訴訟代理人辯護士榊原經武同増山泰次郎被控訴人菅井角藏外四十五名訴訟代理人辯護士住谷毅

【入夫婚姻ト訴訟手續ノ中斷及受繼ニ關スル參照學說】

一 當事者カ死亡以外ノ原因ニ依リテ戸主權ヲ喪失シタル場合ニ於テハ其相續人ハ當事者ノ死亡シタル場合ト同ク之ニ代リテ當事者ト爲ルモノト謂フヘシ故ニ當事者カ死亡以外ノ原因ニ依リテ戸主權ヲ喪失シタル時ハ當事者ノ死亡シタル場合ニ於ケル訴訟手續ノ中斷ニ關スル規定ヲ準用スヘキモノトス然レトモ當事者カ隱居若クハ入夫婚姻ヲ爲シ又ハ國籍ヲ喪失スルモ訴訟カ相續人ノ承繼セル權利義務ニ關セザルキハ其相續人ハ之ニ代リテ當事者ト爲ルモノニ非ス故ニ此場合ニ於テハ斯ル規定ヲ準用スヘカラサルモノト謂フヘシ(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論四五頁)
二 原告又ハ被告カ隱居又ハ入夫婚姻ヲ爲シ法律ノ規定ニ依リ、訴訟物タル法律關係ニ付テ訴訟ヲ爲ス權能ヲ失フ場合ニハ訴訟ノ中斷ヲ生スルモノトス(法學博士雄本朗造氏本書第二卷民訴三六五頁)
三 隱居及入夫婚姻ノ場合ニ訴訟手續ノ中斷ヲ生スルヤ否ヤハ一ノ問題ナレトモ法文ノ解釋トシテハ死亡ノ文言ニハ隱居及入夫婚姻ヲ包含セザルモノト謂フヘシカラス然レトモ相續人及入夫相手方ノ承諾アラハ訴訟手續受繼ノ手續ハ第一七八條第二項以下ニ規定スル所ナリ(法學博士板倉松太郎氏民事訴訟法概要三三一頁)
四 隱居ハ財産上ノ訴訟ニ付テハ必スシモ中斷ノ原因ナラズ即チ被告カ隱居シタルトキハ債權關係ノ訴訟ナルトキハ中斷ノ原因ト爲ラサルモ其他ノ財産上ノ訴訟ニ於テ原告若クハ被告カ隱居シタルトキハ訴訟ノ目的タル財産ヲ留保シタルヤ否ヤニ依リテ中斷ト爲ルヤ否ヤカ定マルモノトス(法學士岩田一郎氏民事訴訟法論六二八頁)
五 今一ノ注意スヘキハ本邦ニ於テハ死亡ノ外隱居ニ因リ又ハ入夫婚姻ニ因リ相續ヲ開始シ財産ヲ承繼スルコトアリ故ニ此場合ニ於テモ中斷及承繼アルヲ相當トスレトモ本邦ニ於テハ此等ノ場合ニ於ケル手續欠カ故ニ斯ル相續開始ノトキハ訴訟中ノ事情ノ變更ノ爲メ請求ヲ棄却スヘキモノナルヤ承繼スヘキモノナルヤハ一ノ疑問ニ屬ス(今村信行氏民事訴訟法東京法學院講義錄三四二頁)

院講義錄三四二頁)

【同上ニ關スル參照判例】

一 入夫婚姻ニ因ル家督相續ノ場合ニ於テハ民事訴訟法中訴訟手續ヲ中斷スヘキ規定ナキノミナラス債權者ハ民法上尙ホ引續キ前戸主ニ對シ請求ヲ爲シ得ヘキ權利アルヲ通例トス從テ訴訟手續ノ中斷ニ關スル規定ハ此場合ニ適用スヘキモノニ非ス(大審院判決錄四三年二六〇頁)
二 先代ノ債務ヲ請求セラレタル者カ訴訟進行中退隱スルトキハ該退隱ハ先代ノ債務ニ關シテ死亡ト同視スヘキモノナレハ之ニ因リ訴訟手續ハ中斷セラレタルモノトス(大審院民事判決錄三〇年九卷七八頁)
三 隱居ニ因ル家督相續人ハ被相續人ノ死亡セシ場合ト同シク隱居者ノ訴訟手續ヲ受繼セザルヘカラス(大審院判決錄三四年六卷二六頁)
四 故ニ家督相續人ハ訴訟繫屬中ノ權利ヲモ當然承繼スヘキモノトス唯隱居ハ訴訟手續ヲ中斷スヘキ規定ナキヲ以テ其隱居ニ拘ハラズ繼續シテ訴訟行為ヲ爲スコトヲ得ルニ過キササルノミ(東京控訴大正元年(ネ)第六三八號同年十月二十日判決本書第二卷民法五六九頁)

判旨ハ大體ニ於テ至當ナリ吾人モ隱居又ハ入夫婚姻ノ場合ニ於テハ死亡ノ場合ニ準シ訴訟手續ノ中斷ヲ認ムルヲ得サルコト嘗テ論セシ所ナリ(本書第二卷民法五七一頁評論同民訴三六八頁評論參照)

(九〇)

四三 原告又ハ被告カ自ら訴訟ヲ爲シ又ハ訴訟代理人ヲシテ之ヲ爲サシムル能力ト法律上代理人ニ依レル訴訟無能力者ノ代表ト法律上代理人カ訴訟ヲ爲シ又ハ一ノ訴訟行為ヲ爲スニ付テノ特別授權ノ必要トハ民法ノ規定ニ從フ

寺院ノ住職欠缺シタル場合ニ於テ住職ノ職務ヲ攝理スル權限ヲ有スル者アルトキハ住職ト同シク訴訟上ニ於テ寺院ヲ代表スル資格ヲ有スルモノトス

【上告理由】 寺院ハ法人ニシテ住職ハ其代表權ヲ有スルモノナリトハ從來認メラレタ

大審院
東京控訴院

ル觀念ナレトモ住職ニアラサル者カ寺院ノ代表權ヲ有センニハ法律上其根據ナカルヘカラス本件被上告人ノ代表者タル多田英善ハ淨土宗規住職任免及ヒ寺務規則(明治三十一年五月十四日宗規第六號發布)第二四條ニ基キ上告人カ住職ヲ罷免セラレタルコトヲ理由トシテ本山ヨリ任命セラレタルモノナリ然レトモ宗規ハ法規ニアラス

【判決理由】寺院ノ住職缺欠シタル場合ニ於テ住職ノ職務ヲ攝理スル權限ヲ有スル者アルトキハ住職ト同シク訴訟上ニ於テ寺院ヲ代表スル資格ヲ有スルモノト認ムヘキ事ハ當院カ明治三十四年(オ)第五二〇號事件(明治三十五年四月十一日言渡判決參照)ニ付キ判示スル所ナリ而シテ明治十七年太政官布達第一九號ニ依レハ各宗管長ハ所屬官廳ノ認可ヲ經テ寺院ノ住職任免等ニ關スル規則ヲ制定シ得ヘキモノニシテ本件ニ於テ被上告人ノ代表者タル多田英善カ所論ノ如ク淨土宗規住職任免及寺務規則ニ基キ上告人カ住職ヲ罷免セラレタル結果本山ヨリ任命セラレタルモノナリトセハ前示布達ノ趣旨ニ則リ適法ニ所屬官廳ノ認可ヲ得テ制定セラレタルモノナルコト自ラ明ナルノミナラス本件記録添付ノ京都教區教務所長大僧都漆葉實雲ノ證明書ニ依レハ多田英善ハ被上告人清心院ノ寺務管理者ナルヲ以テ清心院ノ住職缺欠中住職ノ職務ヲ攝理スル權限ヲ有スルモノナルコト疑ナク容レラハ多田英善ハ被上告寺院ヲ代表シ訴訟行爲ヲ爲ス資格ヲ有スルモノナルヲ以テ同人ニ代理權限ナシトスル論旨ハ理由ナシ(大審院大正五年(オ)第三三二號同年六月十日民三都橫田裁判長大倉柳川鈴木三宅各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審京都地方裁判所○建物明渡請求事件○上告人塚豆立禪訴訟代理人辯護士三浦通太被上告人清心院

(1103)

(1111)

七三七 假差押ハ金錢ノ債權又ハ金錢ノ債權ニ換フルコトヲ得ヘキ請求ニ付キ動産又ハ不動産ニ對スル強制執行ヲ保全スル爲メ之ヲ爲スコトヲ得

七四〇 假差押ハ未タ期限ニ至ラサル請求ニ付テモ亦之ヲ爲スコトヲ得

七四一 假差押ノ申請ニハ左ノ諸件ヲ掲ク可シ

第一 請求ノ表示若シ其請求カ一定ノ金額ニ係ラサルトキハ其價額

第二 假差押ノ理由タル事實ノ表示

七四三 假差押ノ命令ニハ假差押ノ執行ヲ停止スルコトヲ得ル爲メ又ハ執行シタル假差押ヲ取消スコトヲ得ル爲メニ債務者ヨリ供託ス可キ金額ヲ記載ス可シ

七四八 假差押ノ執行ニ付テハ強制執行ニ關スル規定ヲ準用ス但以下數條ニ於テ差異ノ生スルトキハ此限ニ在ラス

七四九 假差押ノ命令ニハ其命令ヲ發シタル後債權者又ハ債務者ニ於テ承認アル場合ニ限り執行文ヲ附記スルコトヲ要ス

七五四 假差押命令ニ於テ定メタル金額ヲ供託シタルトキハ執行裁判所ハ執行シタル假差押ヲ取消スコトヲ得

假差押ハ金錢債權又ハ金錢債權ニ換フルコトヲ得ヘキ請求ニ付執行保全ヲ目的トスルモノニシテ假差押命令ハ特ニ執行文ヲ要セス直チニ執行スルコトヲ得ヘキヲ通常トスルモ假差押命令ノ申請ニ關スル手續ト假差押命令ヲ執行スル手續トハ其性質ヲ異ニシ一ハ裁判手續ニシテ一ハ執行手續ニ屬ス

假差押裁判所カ發スル假差押命令ニハ債務者ノ如何ナル財産ニ付假差押ノ執行ヲ許スヘキヤハ之ヲ掲記スヘキニ非スシテ單ニ債務者ノ財産ニ付假差押ヲ許スヘキコトヲ宣言スルヲ以テ足ルモノトス

債權者カ假差押命令ノ執行ヲ爲サントスルトキハ任意ニ債務者ノ財産ヲ選擇シ或ハ有體動産ニ對シ或ハ債權ニ對シ或ハ不動産ニ對シ執行ノ申立ヲ爲シ假差押

申請ノ基本タル請求ノ金額又ハ價額ニ充ツル迄其執行ヲ爲シ得ヘキモノトス」
民事訴訟法第七四三條ノ規定ニ依リ差押命令ノ執行ヲ停止スルコトヲ得ル爲メ
又ハ執行シタル假差押ヲ取消スコトヲ得ル爲メ債務者ノ供託スヘキ金額ヲ定ム
ルニハ債權者カ假差押ノ申請ノ基本トシテ主張スル請求ノ金額又ハ價額ヲ標準
トスヘキモノニシテ假差押命令ノ執行ノ目的ト爲ルヘキ債務者ノ財産ヲ標準ト
スヘキモノニ非ス」

民事訴訟法第七五五條第一項ノ規定ニ依リ債務者カ假差押ノ執行ノ取消ヲ求ム
ルニハ執行アリタル財産ノ價額如何ニ關セズ假差押命令ニ於テ定メラレタル金
額ノ全部ヲ供託スルコトヲ要シ執行アリタル財産ノ全部又ハ一部ノ價額ニ相當
スル金額ヲ供託シテ執行ノ全部又ハ一部ノ取消ヲ許シタルモノト解スルヲ得ス
故ニ假差押命令ノ執行アリタル財産ノ價額カ債權者ノ請求ノ金額又ハ價額ヲ超
過スル場合ニ於テモ其超過部分ノ財産ノ價額ニ相當スル金錢ヲ供託シテ執行ノ
一部ノ取消ヲ求ムルコトヲ得ス」

假差押ハ金錢ノ債權又ハ金錢ノ債權ニ換フルコトヲ得ヘキ請求ニ付執行保全ヲ目的
トスルモノニシテ假差押命令ハ特ニ執行文ヲ要セス直チニ執行スルコトヲ得ヘキナ
通常トスト雖モ假差押命令ノ申請ニ關スル手續ト假差押命令ヲ執行スル手續トハ割
然タル區別ノ存シ彼此混同スヘキニ非サルコトハ一ハ裁判手續ニシテ一ハ執行手續
タル性質上ノ差異アルノミナラス民事訴訟法第七三七條以下ノ規定ニ依ルモノ之ヲ知

(1111)

ルヲ得ヘシ、而シテ假差押申請ノ要件ヲ規定セル同法第七四〇條ニ依レハ債權者ハ假
差押命令ノ執行ヲ爲サントスル債務者ノ財産ヲ特定シテ申請スル必要ナキモノナレ
ハ假差押裁判所カ發スル假差押命令ニハ債務者ノ如何ナル財産ニ付假差押ノ執行ヲ
許スヘキヤハ之ヲ掲記スヘキモノニ非スシテ單ニ債務者ノ財産ニ付假差押ヲ許スヘ
キコトヲ宣言スルヲ以テ足ルモノナリ債權者カ假差押命令ノ執行ヲ爲サントスルト
キハ任意ニ債務者ノ財産ヲ撰擇シ或ハ有體動産ニ對シ或ハ債權ニ對シ或ハ不動産ニ
對シ執行ノ申立ヲ爲シ假差押申請ノ基本タル請求ノ金額又ハ價額ニ充ツル迄其執行
ヲ爲シ得ヘキコトハ民事訴訟法第七四八條ニ於テ假差押ノ執行ニ付強制執行ノ規定
ヲ準用セル法意ニ徴シテ明カナリトス、然ラハ則假差押裁判所カ假差押命令ヲ發スル
當時ニ在テハ債權者カ債務者ノ如何ナル財産ニ對シ假差押命令ノ執行ヲ爲スヘキヤ
之ヲ知ルコト能ハサルモノナレハ民事訴訟法第七四三條ノ規定ニ依リ假差押命令ノ
執行ヲ停止スルコトヲ得ル爲メ又ハ執行シタル假差押ヲ取消スコトヲ得ル爲メ債務
者ノ供託スヘキ金額ヲ定ムルニハ債權者カ假差押ノ申請ノ基本トシテ主張スル請求
ノ金額又ハ價額ヲ標準トスヘキモノニシテ假差押命令ノ執行ノ目的ト爲ルヘキ債務
者ノ財産ヲ標準トスヘキモノニ非ス從テ同法第七五四條第一項ノ規定ニ依リ債務者
カ假差押ノ執行ノ取消ヲ求メントスルニハ執行アリタル財産ノ價額如何ニ關セズ假
差押命令ニ於テ定メラレタル金額ノ全部ヲ供託スルコトヲ要スルモノニシテ執行ア
リタル財産ノ全部又ハ一部ノ價額ニ相當スル金額ヲ供託シテ執行ノ全部又ハ一部ノ
取消ヲ許シタルモノト解スルヲ得サルヲ以テ假差押命令ノ執行アリタル財産ノ價額
カ債權者ノ請求ノ金額又ハ價額ヲ超過スル場合ニ於テモ其超過部分ノ財産ノ價額ニ

(1111)