テ別ニ辯論ヲ命スルトキハ其抗辯ニ付キ別ニ辯論ヲ爲シ及ヒ判決ヲ以テ裁判ヲ爲ス可シ

妨訴ノ抗辯ヲ棄却スル判決ハ上訴ニ關シテハ終局判決ト看做ス但裁判所ハ申立ニ因リ本案ニ付キ辯論ヲ爲ス可キヲ命スルコトヲ得

（參　照）

第二百二十七條　各箇ノ獨立ナル攻擊若クハ防禦ノ方法又ハ中間ノ爭カ裁判ヲ爲スニ熟スルトキハ中間判決ヲ以テ裁判ヲ爲スコトヲ得

【妨訴抗辯ヲ中間判決ニ依リ却下セシ違法】　控訴人ハ原審ニ於テ訴却下ノ判決ヲ求メ本訴ハ解散ニ因リ清算中ナル控訴會社ニ對シ清算人ヲ其法律上代理人トシテ訴ヘタルモ清算中ノ株式會社ニ對シテモ本來取締役ヲ會社ノ法律上代理人トシテ訴フヘキモノナレハ法律上代理欠缺ノ妨訴抗辯ヲ提出スル旨ヲ陳ヘ本案ノ辯論ヲ拒ミタルモノナリ左レハ原裁判所ハ控訴人ノ所謂右妨訴抗辯ニ基キ假令該抗辯カ其妨抗辯タル要件ヲ缺キ之ヲ妨訴抗辯ニアラスト認メタルトキト雖モ民事訴訟法第二百七條第二項ニ則リ妨訴抗辯棄却ノ判決ヲ爲ササルヘカラサルモノトス然ルニ原審ハ事茲ニ出テスシテ民事訴訟法第二百二十七條ニヨリ控訴人ノ右抗辯ノ內容タル事項ニ付判斷ヲ加ヘタル上控訴人ノ各法律上代理人ニ法律上ノ代理權ヲ欠缺ストノ控訴人ノ抗辯ヲ却下スル旨ノ中間判決ヲ爲シタルハ訴訟手續ニ付キノ規定ニ違背スルモノトス

（一四年(ネ)一二四七號、一五年二月一二東控民三判決、法律新聞二五四一號一四頁）

第二百十條　被告ヨリ時機ニ後レテ提出シタル防禦ノ方法ハ裁判所カ若シ之ヲ許スニ於テハ訴訟ヲ遲延ス可ク且被告ハ訴訟ヲ遲延セシメントスル故意ヲ以テ又ハ甚シキ怠慢ニ因リ早ク之ヲ提出セサリシコトノ心證ヲ得タルトキハ申立ニ因リ之ヲ却下スルコトヲ得

【時期ニ後レタル防禦方法】　前記債務ハ商行爲ニヨリ生シタルモノナルヲ以テ五年ノ時效期間ヲ徒過シタル後ニ於ケル本訴請求ニ應スル義務ナキ旨抗辯スレトモ本件ニ付テハ原審ニ於テ大正九年十二月二十二日ヨリ大正十二年六月十五日迄ノ間既ニ八回ノ口頭辯論ヲ經タルモノナルニ拘ラス右辯論期日ニ右時效ノ抗辯ヲ提出セス大正十二年十二月十三日ノ口頭辯論期日ニ至リ始メテ提出セラレタルコトハ原審ニ於ケル本件口頭辯論調書ニヨリ極メテ明瞭ニシテ斯クノ如キハ民事訴訟法第二百十條ニ所謂時期ニ後レテ提出シタル防禦方法ニシテ之ヲ許スニ於テハ訴訟ヲ遲延スヘク且控訴人等ハ原審ニ於テ甚シキ怠慢ニヨリ早ク提出シ得ヘキニ拘ラス之ヲ提出セサリシモノト認ムヘキニヨリ被控訴代理人ノ申立ニヨリ該抗辯ハ却下ス

（一三年(れ)七三號、一五年四月一二日東地七民判決、法律新聞二五七一號一四頁）

第二百十七條　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旨趣及ヒ或ル證據調ノ結果ヲ斟酌シ事實上ノ主張ヲ眞實ナリト認ム可キヤ否ヤヲ自由ナル心證ヲ以テ判斷ス可シ

【證憑ノ取捨ト原審ノ專權】　事實ノ認識ト云フモ結局ハ其ノ觀ルトコロ如何ト云フコトニ外ナラス「書カレシモノナラン」ト云ヘハトテ强チニ之ヲ以テ一片揣摩臆測ノ空想トシテ排シ去ルヘキニ非ス所論ハ原裁判所ノ專權ニ屬スル適法ナル證憑ノ取捨ト解釋トヲ非難スルモノナリ採用ニ値セス

（一五年(オ)四五九號、一五年六月二三日大民三判決、法律新聞二六〇七　九頁）

【訴訟提起後ノ書證及證言ノ效力認定自由】　第三者作成ノ文書カ書證トシテ提出セラレタル場合ニ其ノ作成ノ時期ニ於テ偶々當該訴訟ノ提起後ニ屬スルノ故ヲ以テ其ノ證明力ヲ否定スヘキ法規若ハ法則存スルコトナク又證人ノ供述シタル事實カ當該訴訟提起後ノ見聞ニ係ルノ故ヲ

以テ之ヲ證言トシテ採ル可ラスト爲ス法規又ハ法則モ亦之アルコトナシ此等ヲ採用シテ判斷ノ資料ニ供スルト否トハ素ヨリ事實審タル原審ノ專權ニ屬ス是我民事訴訟法カ所謂自由心證主義ヲ採ルニ徵シ明ナルトコロナリ左レハ原審カ所論ノ各證據ヲ採用シテ判決ノ資料ト爲シタルコトヲ以テ不法ナリトスル論旨ハ理由ナシ

（一五年(オ)八三四號、一五年一〇月二六日大一民判決、法律新聞二六三三號一四頁）

【證據認定ノ自由】　原審ハ單ニ證人河合小三郎ノ證言ノミニヨリ事實ヲ認定シタルモノニ非スシテ右證言及判文列記ノ各證據ヲ綜合考覈シタルモノニ係リ此等ノ各證據ヲ綜合スレハ原審認定ノ如キ事實ヲ認メ得ラレサルニアラス論旨ハ畢竟原審ノ專權行使ニ屬スル證據ノ判斷及事實ノ認定ヲ批難スルコトニ歸着シ上告ヲ理由トシテ採ルニ足ラス

（一五年(オ)六二二號、一四年一〇月二一日大一民判決、法律新聞二六三五號一三頁）

【書證ト認定自由】　甲第一號證ノ記載カ例文ニシテ當事者ハ之ニ關スル合意ヲ爲シタルニ非ストノ所論ハ原裁判所ノ專權ニ屬スル證據ノ解釋ヲ非難スルモノニシテ上告ノ理由ト爲スニ足ラス又甲第一號證カ明治四十五年ニ作成セラレタルモノナリトテ本件當事者カ上告人所論ノ慣習ニ依ラサル意思ヲ有シタル事實ヲ認定スルノ資料ト爲シ得ラレサルニ非ス其ノ他上告人ノ所論ハ原裁判所ノ事實認定證據ノ取捨ヲ非難スルニ過キサルモノニシテ上告ノ理由ト爲スニ足ラス

（一五年(オ)一〇九號、一五年一〇月二一日大一民判決、法律新聞二六三六號九頁）

第二百二十一條　裁判所ハ事件ノ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハス自ラ又ハ受命判事若クハ受託判事ニ依リ訴訟又ハ或ル爭點ノ和解ヲ試ムル權アリ和解ヲ試ムル爲ニハ當事者ノ自身出頭ヲ命スルコトヲ得

【和解契約ニヨリ判決ノ强制執行ヲ爲ナサル特約ト違反ニヨル異議ノ原因】　甲第二、三號證證人下湯北常次郎、小寺泰平ノ證言及甲第二號證ノ第一項中家屋明渡請求事件トハ和歌山地方裁判所大正十二年(ワ)第三十一號事件ヲ指ス旨ノ被控訴人ノ供述トヲ綜合スレハ當事者ニ大正十三年十一月二十八日和解契約成立シ該判決ニ於テハ當事者間ニ繫屬セシ數個ノ訴訟中和歌山地方裁判所大正十二年(ワ)第三十一號家屋明渡請求事件ヲ除ク外凡テ（奥代善之助ヨリ被控訴人ニ對スル分共）相互ニ之ヲ取下ケ右家屋明渡請求事件ハ口頭辯論期日ニ控訴人等闕席ノ上敗訴ノ闕席判決ヲ受ケ確定セシムヘク被控訴人ハ該事件ニ於テ請求中ノ大正十一年十月十四日ヨリ家屋明渡濟迄ノ月三百圓ノ割合ノ損害金債權ヲ減縮シテ大正十三年十一月分五十圓同年十二月以降毎月百圓宛ノ割合ニ制限シ右事件ニ於テ請求セル右損害金全額ニ付闕席判決確定スルモ控訴人等ニ和解契約ノ不履行ナキ限リ該債權ニ付キ（減縮後ニ請求スル部分ニ付キテモ）右判決ニ基ク强制執行ヲ爲ササルヘク大正十四年五月末日迄ニ控訴人等ノ減縮後ノ割合ニテ支拂フ損害金ヲ費用ノ一部トシテ當事者双方其他ノ者協力シテ右明渡請求中ノ家屋ニ於テ株式會社組織ノ病院ヲ設立スルコトニ盡力スヘク同日迄ニ會社成立ニ到ラサルトキハ控訴人等ハ即日右家屋ヲ明渡スヘキ旨ヲ約定シタルコト、控訴人吉太郎ハ自己ノ爲メ且其內緣ノ妻タル控訴人ヨシ及ヒ其他ノ同事件ノ被告二名ヲモ代理シテ右和解契約ヲ爲シタルコト及ヒ其後右家屋明渡請求事件ハ控訴人等ノ闕席ニ因リ控訴人等ニ對シ家屋明渡並ニ大正十一年十月十四日以降家屋明渡濟迄月三百圓宛ノ損害金ノ支拂ヲ命スル闕席判決確定シタルコトヲ認メ得ヘシ右和解契約證書タル甲第二號證ニハ右判決中ノ損害金債權ノ强制執行ニ付キ明記セサルモ同號證記載ノ全趣旨ニ依レハ右ノ如ク被控訴人ニ於テ控訴人等ニ和解契約ノ不履行ナキ限リ該債權ニ付キ（減縮後

ニ請求スル部分ニ付キテモ）右判決ニ基ク强制執行ヲ爲サザルコトヲ特約シタルモノト解セザルヘカラス被控訴人ハ和解契約ニハ右家屋明渡請求事件ヲ包含セス且控訴人ヨシハ和解契約當事者ニ非サル旨主張スレトモ之レヲ認ムヘキ立證ナシ然ルニ甲第二號證證人中村五郎、下湯北常次郎、小寺泰平ノ證言及此等證言ニ依リ眞正ナリト認ムル甲第四號證ノ一、二、三、五ヲ綜合スレハ右和解契約ニ於テ控訴人等ハ減縮後ノ損害金ヲ毎月末日限リ被控訴人ニ支拂ヒ被控訴人ハ更ニ之ヲ病院設立費用ノ一部トシテ支出スヘキ旨約シタルモ其後當事者合意ノ上控訴人等ヨリ毎月末被控訴人ニ支拂フコトナク控訴人吉太郎ニ於テ直接必要ニ應シ病院設立費用ニ支出シ得ルコトト爲シ同控訴人ハ大正十三年十一月分五十圓ハ同年十二月十四日被控訴人ノ代理人小寺泰平ニ支拂ヒタルモ爾後ハ右合意ニ依リ大正十四年二月一日五十圓同年四月十日二百圓同年三月十八日三百圓ヲ病院設立費用ニ支出シタルモ同年五月末日迄ニ會社設立ニ至ラサリシ爲メ其翌日控訴人等ハ右家屋ヲ被控訴人ニ明渡シタルコト明ニシテ從ツテ控訴人等ニ和解契約ノ不履行アリト認メ難シ乙號各證證人秋田清二郎ノ證言ハ右認定ヲ覆スニ足ラス然レハ被控訴人カ右確定シタル闕席判決ニ基キ大正十一年十二月十八日以降同十四年五月二日迄月三百圓ノ割合ノ損害金計八千四百六十圓ニ付キ控訴人等ニ對シ强制執行ヲ爲シタルハ右和解契約ニ於ケル特約ニ反シ不當ナリト謂ハサルヘカラス凡ソ債務名義タル判決ノ基本タル口頭辯論ノ終結前ニ當事者間ニ和解契約成立シ該契約ニ於テハ後日合意上確定セシムヘキ判決ノ內容ト或範圍ニ於テ相異スル實體上ノ權利關係ヲ約定シ債務者ニ和解契約ノ不履行ナキ限リ債權者ハ右判決ヲ强制執行ノ爲メ使用セサル特約ヲ爲シタル場合ニハ斯カル特約ハ有效ニシテ後日債務者ニ和解契約ノ不履行ナキ限リ判決ニ於テ形式上確定セル請求權ノ實行ヲ妨クルモノナルカ故ニ債務者ハ之ヲ理由トシテ其判決ニ基ク强制執行ニ對シ請求ニ關スル異議ノ訴ヲ爲シ得ヘク此場合ニハ異議ノ原因ハ債權者カ特約ニ反シ判決ヲ使用スルニ因リテ生スルモノナレハ右口頭辯論終結後ニ生シタルモノトシテ許スヘキモノトス」本訴ニ於テ被控訴人ハ前記特約ニ反シ債務名義タル判決確定後之ニ基ク强制執行ヲ爲シタルモノナレハ本訴異議ノ原因ハ此時ニ生シタルモノニシテ判決ノ基本タル口頭辯論終結前和解契約ノ時ニ生シタルモノニ非ス從ツテ被控訴人ノ此點ノ抗辯ハ理由ナシ仍テ控訴人等ノ異議ハ正當トス

（一四年(ネ)六六六號、一五年七月二〇日大控民三判決、法律新聞二六一二號一四頁）

【和解ノ無效ト之ニ基ツク競落ノ無效】　競賣ハ權利實行ノ方法ニ過キサルヲ以テ其ノ基本タル抵當權ニシテ本來無效ナル以上其ノ競賣ハ實質上無效ニシテ之ニ依リ實體上所有權移轉ノ效果ヲ發生スルモノニ非ス從テ其ノ眞正ノ所有者ハ競賣手續完結後ニ於テモ其ノ無效ナルコトヲ主張シテ所有權移轉ノ效力ヲ爭フコトヲ得ルハ當院判例ノ認ムル所ニシテ（大正十年(オ)第七六五號同十一年九月二十三日民事聯合部判決參照）本件ノ如ク裁判上ノ和解カ實體上無效ナル場合ニ在リテモ其ノ和解調書ハ實質上債務名義タル效力ナキモノナルヲ以テ之ニ基キテ爲シタル競賣ニ依リ上告人カ競落人ト爲リタリトスルモ亦同シク實體上所有權取得ノ效果ヲ發生セス

（一五年(オ)二六六號、一五年五月二八日大二民判決、法律新聞二五六八號一二頁）

第二節　判決

【支那ニ於ケル民事訴訟ト領事裁判權ノ範圍】　日清通商航海條約第二十一條ニハ「清國官吏

又ハ臣民カ演國ニ在ル日本國臣民ニ對シ又ハ其ノ財產ニ關シ民事訴訟ヲ起ストキハ日本國官吏ニ於テ之ヲ審理判決スヘシ清國臣民ニ對シ又ハ其ノ財產ニ關シ清國ニ在ル日本國官吏或ハ臣民ヨリ起ス所ノ民事訴訟ハ總テ清國官吏ニ於テ之ヲ審理判決スヘシ」ト規定シアルヲ以テ支那國ニ於ケル日本ノ領事裁判權ハ日支兩國民間ニ交涉スル民事訴訟ニ付テハ只支那國官吏又ハ臣民ヲ被告トシテ提起スル訴訟ニ付テノミ其裁判權ヲ行使シ得ルモノト謂フヘク同條ニ所謂「民事訴訟」トハ刑事訴訟ニ對スル語ニシテ嚴格ナル意義ニ於ケル民事ノ訴訟ノミヲ指稱シシタルモノニ非スシテ民事上ニ關スル一切ノ訴訟ヲ總稱シタルモノナルコト同條約第二十二條ニ日支兩國民間ニ交涉スル刑事ニ關スル裁判管轄權ノ規定存在スルニ對照シテ明カナル所ナリトス、而シテ本件ノ如キ執行ノ目的物ニ對スル第三者異議ノ訴ハ所謂訴訟法上ノ訴ニシテ嚴格ナル意ニ於ケル民事訴訟ニ非サルヘシト雖モ尙廣義ノ民事訴訟トシテ右條約第二十一條ニ所謂民事訴訟中ニ包含セラルヘキモノト解スルヲ相當トスヘク本件ハ日本ノ法人タル控訴會社カ支那人タル被控訴人ヲ被告トシテ提起シタルモノナルヲ以テ同上ノ正文ニ照シ日本領事館ニハ之カ管轄權ナキモノト謂ハサルヘカラサルノミナラス假ニ本件カ控訴代理人主張ノ如ク同條ニ所謂民事訴訟中ニ包含セラルヘキモノニ非ストスルモ凡ソ他國ノ領土內ニ於テ自國ノ裁判權ヲ行フコトハ其ノ他國トノ條約上ノ明文ヲ俟チテ始メテ之ヲ爲シ得ヘシモノナルニ拘ラス日本國官吏ニ於テ支那國民ヲ被告トスル本件ノ如キ第三者異議ノ訴ニ付裁判シ得ヘキ旨ノ條約上ノ明文ハ之ヲ發見スルコト能ハキルヲ以テ此ノ點ヨリ觀ルモ本件ハ日本領事館ノ管轄ニ屬スヘキモノニ非スト謂ハサルヲ得ス控訴代理人ハ本件訴訟ハ右條約第二十條ノ規定ニ依リ日本ノ領事館ニ專管セラルヘキ日本人ノ財產ニ關スル訴訟ナルヲ以テ同條ニ依リ日本領事館ノ管轄スヘキモノナル旨主張スレトモ右條約第二十條ニハ「清國ニ在ル日本臣民ノ身體、財產ニ關スル裁判管轄權ハ當該日本國官吏ニ專屬ス日本國臣民或ハ一切ノ他國臣民又ハ人民ヨリ日本國臣民並其ノ財產ニ係ル訴訟ハ總テ清國官吏ノ關與ヲ受クルコトナク右官吏ニ於テ審理判決スヘシ」トアリテ其ノ前段「清國ニ在ル云々當該日本國官吏ニ專屬ス」トノ規定ノミニ徵スレハ支那國ニ在ル日本臣民ノ身體、財產ニ關スル訴訟ハ一切日本領事館ノ管轄ニ屬スルモノナルカ如クナリト雖モ右前段ノ規定ハ其ノ後段ノ規定ニ依リテ自ラ其ノ範圍ヲ制限セラルヘキモノナルコトハ同條ノ漢文並英文ノ各正文ノ解釋上ヨリスルモ疑ナキ所ナリト共ニ前段說明シタル所ニ依リ明カナルカ如ク日支兩國民間ニ交涉スル民事刑事ニ關スル裁判管轄權ニ付テハ別ニ同條約第二十一條第二十二條等ノ規定存在セル事實ニ徵スルトキハ前記第二十條後段ニ所謂「一切ノ他國臣民又ハ人民」トハ條約當事國タル日支兩國ヲ除キタル一切ノ他國臣民又ハ人民ノ意義ニ解スヘキモノニシテ即チ同條ノ規定ハ清國ニ在ル日本臣民ノ身體、財產ニ關シ日本臣民ヨリ日本臣民ニ對シ又日支兩國民ヲ除キタル一切ノ他國臣民又ハ人民ヨリ日本臣民ニ對シ提起スル民事並刑事ニ關スル一切ノ訴訟ハ總テ清國官吏ノ干涉ヲ受クルコトナク日本國官吏ニ於テ之カ裁判權ヲ行フヘキコト換言スレハ支那ニ於ケル日支兩國民間ニ交涉セサル訴訟事件ニ關スル日本ノ裁判管轄權ノ規定ナリト解スルヲ相當トスヘキヲ以テ本件ニ付右第二十條ノ規定ノ適用ナキコト明カニシテ其ノ他本件ニ付日本領事館ニ管轄權アリト認メ得ヘキ條約上ノ規定存在セサルヲ以テ控訴人ノ本訴ハ不適法トシテ之ヲ却下スヘキモノトス、然ラハ原判決カ被控訴人ノ妨訴抗辯ヲ理由アリトシ控訴人ノ本訴ヲ却下シタルハ相當トス

（一五年(ア)七五號、一五年四月九日長控二民判決、法律新聞二五六三號九頁）

第二百三十條　判決ハ辯論ヲ經タル總テノ攻擊及ヒ防禦ノ方法ヲ包括ス

然レトモ數個ノ獨立ナル攻擊又ハ防禦ノ方法中其一箇ヲ適切ナリトスルトキハ裁判所ハ他ノ方法ニ付キ判決スル義務ナシ

【抗辯ニ對スル判斷遺脫】　上告人カ原審ニ於テ本件債權讓渡ノ事實ヲ否認シタルモノナルコトハ原審大正十四年十月二十三日口頭辯論調書及之ニ援用セル第一審判決事實摘示ニ徵シテ明ナル所ナリ然ルニ原判決ハ右ノ點ニ關スル事實ノ摘示及判斷ヲ遺脫シタルハ違法ナリ

（一五年（オ）一三七號、一五年七月六日大二民判決、法律新聞二五九一號一三頁）

【選定相續人ノ順位變更條件契約ノ無效主張ト重要抗辯ニ判斷ヲ與ヘサル違法不存】　上告人ハ原審ニ於テ本件契約ハ選定相續人ノ順位ヲ變更スルヲ條件トシタル旨主張シタルモノニシテ被上告人ノ不選定ヲ條件トシタル旨ノ主張ヲ爲シタルモノニアラサルコト記錄上明白ナリ然ルニ順位ノ變更ヲ條件トシタルモノニアラサルコトハ上告人カ本論旨ニ於テモ自認スル所ナルカ故ニ原載判所カ本件契約カ選定相續人ノ順位變更ヲ內容トスルコトヲ認ムルヲ得スト說示シテ所論ノ抗辯ヲ排斥シタルハ違法ニアラス

（一五年（オ）八三六號、一五年一二月三日大二民判決、法律新聞二六五〇號九頁）

【證人ノ證言ト判斷ノ遺脫】　原審ニ於ケル大正十三年二月二十八日附口頭辯論調書ニ依レハ上告人（控訴人被告）ハ同日ノ口頭辯會ニ於テ在廷證人川島千代ノ訊問ヲ申請シ原裁判所ハ其ノ訊問ヲ爲シタルコト明ナリ然ルニ原判決ハ同證人ノ證言ニ付何等言及スルトコロナキヲ以テ原裁判所ハ原判決ヲ爲スニ付同人ノ證言ニ付判斷ヲ爲ササリシモノト認メサルヘカラス然ラハ原判決ハ不法ナリ

（一四年（オ）二八五號、一四年九月二九日大二民判決、法律新聞二五二一號九頁）

第二百三十一條　裁判所ハ申立テサル事物ヲ原告若クハ被告ニ歸セシムル權ナシ

裁判所ハ終局判決ヲ爲ス場合ニ於テハ訴訟費用ノ負擔ニ限リ申立アラサルモ判決ヲ爲ス可シ然レトモ一分判決ヲ爲ス場合ニ於テハ費用ノ裁判ヲ後ノ判決ニ讓ルコトヲ得

【主張以外ニ判決セシ事體不存】　原判決ノ說示一讀明確ナラス隨テ論旨指摘ノ如キ違法アルカ如シト雖能ク之ヲ繰返シ熟讀スルトキハ原院ハ要スルニ藤本定松カ本件消費貸借及抵當權設定契約ニ付上告人ノ委任狀ヲ所持シ被上告人ニ對シテ之ヲ行使シタル故被上告人ハ本件契約ニ付定松ニ上告人ヲ代理スル權限アリト信スヘキ正當ノ理由ヲ有シタルコトヲ認メタルモノニシテ定松カ最初上告人ノ代理人トシテ被上告人ヨリ金千五圓ノ借入ヲ爲シタルコトヲ以テ定松ニ右ノ權限アリト信スヘキ正當ノ理由ト爲シタルモノニアラサルコトヲ看取スルニ難カラス而シテ原判決ノ事實摘示ニ引用セル第一審判決事實摘示ヲ見レハ上告人ニ於テ藤本定松カ嘗テ上告人ヨリ他件ニ付交付ヲ受ケ既ニ必要ナキニ歸シタル上告人ノ委任狀ヲ冒用シ擅ニ本件行爲ニ及ヒタル旨主張シタルノミナラス被上告人カ之ニ對シ右行爲ハ上告人ノ承諾ニ出テタルモノナリ假ニ定松カ上告人主張ノ如キ不正行爲ヲ爲シタルモノトスルモ當時定松ハ上告人ノ債務ヲ辨濟スルニ付上告人ノ代理權ヲ有シ居タルモノナルハ被上告人ハ本件行爲ニ付定松ニ上告人ノ代理權アリト信スヘキ正當ノ理由ヲ有シタルコトヲ主張シタルコト明ナルカ故ニ定松カ本件行爲ニ付上告人ノ委任狀ヲ行使シタルコトヲモ被上告人カ定松ニ右代理權アリト信スヘキ正當ノ理由ヲ有シタルコトノ事由トシテ主張シタルモノト解スルヲ相當トス故ニ原院ハ上告人所論ノ如ク當事者ノ主張ニ基カスシテ爭點ノ判斷ヲ下シタル違法アルモノト謂フヲ得ス

（一五年（オ）四二二號一五年一〇月一九日大二民判決、法律新聞二六三九號一五頁）

第二百三十二條　判決ハ其基本タル口頭辯論ニ臨席シタル判事ニ限リ之ヲ爲ス

【口頭辯論調書ト裁判ニ關與セサル判事署名ノ不法】　判決ハ其ノ基本タル口頭辯論ニ臨席シタル判事ニ限リ之ヲ爲スヘキモノナルコトハ民事訴訟法第二百三十二條ノ明定スルトコロナリ然ルニ記錄ニ依レハ原審判決ノ基本タル最終ノ口頭辯論ニ臨席シタル判事ハ裁判長判事伊佐早信判事江幡清、判事田中米太郎ナルニ不拘原判決原本ニハ右判事田中米太郎ノ署名ナク却テ判事工藤濱吉ノ署名アル不法アリ此ノ如キハ本院カ職權トシテ之ヲ調査スヘキ事項ニ屬スルカ故ニ更ニ上告理由ノ當否ヲ審按スルマテモナク原判決ハ結局此ノ點ニ於テ破毀ヲ免レス

（一五年（オ）二一號、一五年五月一日大三民判決、法律新聞二六六八號一五頁）

第二百三十七條　判決ノ原本ニハ裁判ヲ爲シタル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最モ高キ陪席判事之ヲ附記ス

判決ノ原本ハ言渡ノ日ヨリ起算シテ七日內ニ裁判所書記ニ之ヲ交付ス可シ

裁判所書記ハ言渡ノ日及ヒ原本領收ノ日ヲ原本ニ附記シ且其附記ニ署名捺印ス可シ

【結審ニ列席シタル判事判決書ニ署名欠缺ト其不法】　原審ニ於ケル大正十四年十二月二十四日ノ最終口頭辯論調書ニハ裁判長判事橋川光子、判事高橋良作、判事六本木縫之助列席シ口頭辯論ヲ開キ且結審ヲ爲シタル旨ノ記載アリ故ニ原判決ハ此等ノ判事ニ於テ之ヲ爲シタルモノト謂ハサルヲ得ス從テ其ノ判決原本ニハ此等ノ判事署名捺印ヲ爲スヘク若署名捺印ヲ爲スニ差支アル者アルトキハ他ノ判事ニ於テ其ノ理由ヲ開示シテ之ヲ附記セサルヘカラサルモノトス然ルニ原判決原本ニハ裁判長判事橋川光子、判事高橋良作ノ署名捺印アルモ判事六木縫之助ノ署名捺印ナク且同判事カ署名捺印ヲ爲スニ差支アル更ノ附記アルコトナシ是民事訴訟法第二百三十七條第一項ノ規定ニ違背シタルモノニシテ判決作成手續ニ於テ不法アリ

（一五年（オ）二七七號、一五年九月九日大一民判決、法律新聞二六三〇號一三頁）

【判決正本中書記名下ノ捺印欠缺ト責問權ノ拋棄】　上告人ニ送達セラレタル第一審判決正本中書記ノ名下ニ捺印ナシトスルモ上告人ハ原審ニ於テ此ノ點ニ付何等主張スルコトナク却テ自ラ判決正本ノ送達ヲ受ケタルコトヲ述ヘ進デ控訴ヲ提起シタルモノナレハ右ノ瑕瑾ニ對スル責問權ヲ拋棄シタルモノト謂フヘク而シテ斯ル拋棄ハ不變期間ヲ始ムル送達ニ付テモ亦其ノ瑕瑾ヲ補正スル效力アルヲ以テ從テ右瑕瑾ヲ理由トシテ上告ヲ爲シ得ヘキモノニ非ス

（一五年（オ）一五六號、一五年四月一四日大三民判決、法律新聞二五五五號一二頁）

第二百四十一條　裁判所ハ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ何時ニテモ判決中ノ違算、書損及ヒ此ニ類スル著シキ誤謬ヲ更正ス

此更正ニ付テハ口頭辯論ヲ經スシテ裁判ヲ爲スコトヲ得

右更正ノ申立ヲ却下スル決定ニ對シテハ上訴ヲ爲スコトヲ得ス更正ヲ宣言スル決定ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得

【判決ト著シキ誤謬】　原判決主文中ニ「別紙目錄記載物件」ト記載シナカラ物件目錄ノ添付ナキコト所論ノ如シ然レトモ第一審判決事實摘示ノ部ニハ被上告人カ本件ニ於テ强制執行ノ不許宣言ヲ求ムル物件ノ如何ナルモノナルヤヲ明示シアルニ由リテ之ヲ觀レハ原判決ノ事實摘示中ニモ本訴物件ノ表示アルモノト爲スヘキハ勿論ニシテ原判決ノ理由ニ於ケル說明ト對照スル

トキハ其ノ主文中「別紙目錄記載物件」トアルハ第一審判決ノ事實摘示ノ部從テ第二審判決ノ事實摘示中ニ掲ケラレタル物件ヲ指スモノナルコトヲ自ラ明白ナリ即原審ハ此等摘示ノ物件ニ付テ判示シタルモ偶々所論物件目錄ノ添付ヲ遺忘シタル爲メ原判決ノ主文中ニ之カ表示ヲ缺クルニ至リタルニ外ナラス上叙ノ如ク判決ノ理由ニ於テ判示シナカラ偶々主文中ニ之カ表示ヲ缺キ二者相符合セサルカ如キ場合ハ民事訴訟法第二百四十一條ニ所謂判決中ノ著シキ誤謬ニ該當ス

（一五年(オ)六五四號、一五年九月一八日大三民判決、法律新聞二六一八號一三頁）

第二百四十二條　主タル請求若クハ附帶ノ請求又ハ費用ノ全部若クハ一分ノ裁判ヲ爲スニ際シ脫漏シタルトキハ申立ニ因リ追加ノ裁判ヲ以テ判決ヲ補充ス可シ

判決ノ言渡後直チニ追加裁判ノ立申ヲ爲ササルトキハ遲クトモ判決ノ正本ヲ送達シタル日ヨリ起算シテ七日ノ期間内ニ之ヲ爲スコトヲ要ス

追加裁判ノ申立アルトキハ即時ニ又ハ新期日ヲ定メテ口頭辯論ヲ爲サシム可シ其辯論ハ訴訟ノ完結セサル部分ニ限リ之ヲ爲ス

【一部裁判ノ遺脫部分ニ對シ控訴ノ不許】　第一審判決ニハ原告（上告人）カ一定ノ申立トシテ被告（被上告人）カ訴外樋口典常ニ對シ大正十四年十二月十六日原告住所ニ於テ福岡地方裁判所大正二年(ワ)第百三十三號ノ執行アル判決正本ニ基キ別紙記載ノ物件ニ付爲シタル强制執行ハ之ヲ許サス訴訟費用ハ被告ノ負擔トストノ判決ヲ求メタル旨ノ記載アルニ拘ラス之ニ對スル判決主文ハ右列記ノ物件ニ付全ク裁判ヲ遺脫シタルモノナルコト洵ニ明瞭ナリ凡ソ裁判所カ一部ノ裁判ヲ遺脫スルハ全部ノ裁判ヲ爲サントスル欲シツツ不注意ノ爲其ノ一部ヲ遺脫スルモノナルカ故ニ此ノ場合ニ其ノ判決ニ一分判決ナルコトヲ示スヘキ文字ヲ用ヰス訴訟費用ニ付全部ノ裁判ヲ爲シ理由ニ於テモ全部ノ請求ニ亘リ若干ノ說明ヲ爲スハ寧ロ當然ナルモ之カ爲全部ノ請求ニ付裁判アリタルモノト云フヲ得サルヤ論ヲ俟タサルカ故ニ其ノ遺脫セル部分ニ付上訴ノ目的タルヘキ適格アルモノト云フヲ得ス而シテ第一審裁判所カ終局判決ヲ爲スニ當リ一部ノ裁判遺脫シタル場合ニハ其ノ遺脫シタル部分ニ付テハ終局判決ナキモノナルカ故ニ此ノ部分ニ付控訴ノ提起ヲ爲スモ其ノ控訴ハ不適法ニシテ移審ノ效力ヲ生スヘキモノニアラス

（一五年(オ)一〇三二號、一五年一二月一四日大二民判決、法律新聞二六五二號一五頁）

第二百四十四條　判決ハ其主文ニ包含スルモノニ限リ確定力ヲ有ス

【確定判決ノ既判力】　一定ノ所有權カ自己ニ歸屬スルコトノ積極的確定ノ訴ニ於テ其ノ請求ヲ理由ナシトシテ棄却スル判決ハ一定ノ所有權カ原告ニ歸セサルコトヲ確定スルモノニシテ判決ノ確定ニ依リ以上ノ點ニ付實質上ノ既判力ヲ生シ裁判所ハ右ノ確定ニ羈束セフレ同一當事者間ニ於ケル他ノ訴訟ニ於テ之ト異ナル確定ヲ爲シ得サルモノナレハ訴訟當事者ハ其ノ確定ノ趣旨ニ異ナル主張ヲ有效ニ爲シ得サルニ至ルモノナリ而シテ以上述ヘタル既判力ハ其ノ確定判決カ再審ノ訴ニ依リ取消サレサル限リ其ノ效力ヲ有シ確定判決カ不法ノ目的ヲ遂クルカ爲ニ訴訟當事者一方ノ虛僞ノ主張ニ基クモノナリトノ事由ニ依リ直ニ其ノ既判力ヲ否定シ得ヘキモノニ非ス然レハ原審カ所論摘錄ノ如ク判示シテ本件當事者間ニ於ケル確定判決ノ既判力ヲ認メ本訴係爭ノ所有權カ上告人ニ歸屬セサリシ事實ヲ確定シ以テ上告人カ之カ所有權ヲ有シタルコトヲ前提トスル本訴請求ヲ排斥シタルハ相當ナリ

（一五年(オ)一一八七號、二年一月二一日大二民判決、法律新聞二六六二號一四頁）

【既判力ノ效果】　民事訴訟法第二百四十四條ニ依レハ判決ハ其ノ主文ニ包含スルモノニ限リ確定力ヲ有スルモノナレハ確定判ニヨル既判力ノ抗辯ハ前訴訟ニ於テ確定判決ヲ經タルモノニシテ其ノ主文ニ於テ認容若ハ拒否セラレタルモノト同一ノ請求カ後ノ訴訟ニ於テ再ヒ訴訟ノ目的ト爲リタル場合ニ之ヲ提出スルコトヲ得ルモノニシテ其ノ請求カ同一ナリト稱スルニハ當事者請求ノ原因並其ノ目的カ同一ナルコトヲ云フモノナルカ故ニ假令其ノ請求權ノ發生シタル前提事實ニ關スル主張カ同一ナリトスルモ既ニ請求ノ原因並目的物ヲ異ニスル以上其ノ前掲事實タル權利關係ニ付民事訴訟法第二百十一條ノ規定ニ基キ訴ノ申立ノ擴張ニ依リ確定判決ヲ受ケタルモノニ非サル限リハ之ニ對シ既判力ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得サルモノトス（當院大正九年(オ)第五百二十八號同十年三月五日判決參照）本件ニ付之ヲ觀ルニ原審ノ確定シタル事實ニ依レハ被上告人ハ曩ニ上告人ニ對シ係爭不動產並其ノ中子號建物ノ附屬物件ハ被上告人カ訴外大野忠右衛門ヨリ買受ケ所有權ヲ取得シタルモノナルトコロ上告人ハ何等ノ權利無クシテ該不動產並附屬物件ヲ占有シツツ在リトノ事實ニ基キ之カ明渡ヲ求ムル訴訟ヲ提起シ上告人ハ之ニ對シ被上告人主張ノ賣買ハ假裝賣買ニシテ係爭不動產並附屬物件ハ被上告人ノ所有ニ非スト抗辯シタルニ裁判所ハ係爭物ハ被上告人ノ所有ニ屬スルカ故ニ何等ノ權原ナキ上告人ハ之ヲ明渡スヘキ義務アリトノ理由ヲ以テ上告人ニ對シ明渡ヲ命スル旨ノ判決ヲ爲シ該判決確定シタルモノナルヲ以テ右訴訟ニ於ケル係爭物カ被上告人ノ所有ニ屬スルコトハ明渡請求權發生ノ前提事實トシテ主張シタルニ過キスシテ其ノ原因ハ上告人ニ何等ノ權利ナキニ不拘之ヲ有スルモノト爲ス不法占有ノ事實關係ニ基クモノニシテ其ノ請求ノ目的ハ明渡ニシテ所有權ノ確認ニ非サルヲ以テ該判決ニ於テ係爭物カ被上告人ノ所有ニ屬スルノ故ヲ以テ被上告人ノ請求ヲ認容シ上告人ニ對シ明渡ヲ命スル判決ヲ爲シタリトスルモ被上告人ハ該訴訟ニ於テ係爭物ノ所有權ノ歸屬ニ付判定ヲ求メタルモノニ非サルニ因リ該判決ノ確定力ハ主文ニ於テ認容シタル明渡ノ請求ニ止マリ上告人ノ所有權ヲ否定スル效力ヲ有スヘキモノニ非ス、然ラハ上告人ハ本訴ニ於テ係爭物ハ上告人ノ所有ニ屬スルモノナルニ被上告人ハ之ヲ否認シテ上告人ニ對シ明渡ヲ求ムルニ因リ其ノ所有權ノ確認ト登記ノ抹消ヲ求ムルモノナルコト本件訴狀並原判決事實摘示ニ依リ明ナレハ本訴ト前訴トハ其ノ請求ノ原因並目的ヲ異ニスルモノト謂ハサルヘカラス從テ本訴ニ於テ既判力ノ抗辯ヲ爲シ得ヘキ場合ニ非サルニ原審カ論旨摘錄ノ如ク判示シテ上告人ノ請求ヲ棄却シタルハ不法ナリ

（一四年(オ)七七〇號、一五年二月一日大一民判決、大審院判例拾遺一卷三七頁）

第五節　證據調總則

【證據ニ依ラサル事實認定】　原審カ事實認定ノ資料ト爲シタル第三號證ニハ單ニ賣買取引ニ於テ普通行ハルル代金ノ支拂ハ目的物ノ引渡ト引換ニ之ヲ爲スヘキ趣旨ニ於テ上告人カ代金ヲ支拂ヒ生糸ヲ引取ル約ナリシコトノ記載アルニ止リ特ニ代金ハ前拂トスル約旨ナリトノ記載ナキニ拘ラス原審カ同證ニ依リテ本件賣買ニ在リテハ代金前拂ノ約アリシモノト認定シ以テ上告人ノ同時履行ノ抗辯ヲ排斥シタルハ所論ノ如ク證據ニ基カスシテ事實ヲ認定シタル不法アリ

（一五年(オ)三〇一號、一五年六月二四日大一民判決、法律新聞二五八二號一五頁）

【株券所有權取得ト證據ニ依ラサル認定ノ不法】　或事實ノ存在ヲ知ラサル場合ニ於テハ之ヲ

以テ善意ナリト看做シ得ヘシトスルモ之カ爲ニ當然其ノ事實ヲ知ラサルコトニ付過失ナカリシモノト看做サルヘキモノニ非ス而シテ又善意且過失ナクシテ白紙委任狀添附ノ株券ヲ取得シタル者カ該株券ニ付完全ニ權利ヲ取得シ得ヘキコトノ商慣習法ノ存在スルコトアリト雖斯ル株券ノ取得ニ付過失ナキコトヲ推定スヘキ法則存スルコトナシ然ルニ原審ハ「第三者カ善意無過失ニテ此ノ白紙委任狀添附ノ株券ヲ取得シタルトキハ云々第三者ハ株式ニ付權利ヲ取得シ得ヘキモノトスル慣習一般商取引ニ於テ頻繁ニ行ハレ居ルコトハ當院ニ顯著ナル事實ナレハ控訴人（被控訴人）カ右取得當時被控訴人（上告人）ノ未成年者ナルコトヲ知リタル事實ヲ認メ得サル以上亦此ノ慣習ニ基キ善意無過失ニテ叙上白紙委任狀添附ノ本件株券ヲ取得シタルモノナルコトヲ看取シ得ヘク」ト判示シテ前記商慣習ノ存在ト惡意ナラサルコトノ事實ニ因リテ何等ノ證據ニ依ラスシテ被上告人ノ本件株券ノ取得ニ付過失ナキモノト認定シ以テ上告人ノ本訴請求ヲ排斥シタルハ不法アリ

（一五年（オ）五八〇號、一五年一〇月四日大一民判決、法律新聞二六三〇號一四頁）

【證據ニ依ラサル事實ノ確定】　上告人ハ原審ニ於テ再抗辯トシテ被上告人カ相殺ノ反對債權トシテ主張シタル土代金百六十八圓ハ既ニ計算濟ニシテ該事實ハ被上告人カ別件タル柳河區裁判所大正十年（ハ）第三百七十六號事件ニ於テ本件記錄ニ添付セル大正十三年九月四日附控訴（上告人）代理人ノ陳述書記載ノ如キ書證ノ乙第二號證トシテ提出シ右土代金百六十八圓ヲ包含スル金四百八十四圓六十三錢六厘ノ計算濟ナル事實ヲ主張シタルニ徵スルモ明白ナリト陳述シタルコト原審口頭辯論調書ニ依リ明ナリトス而シテ原審ハ原審證人中園清吉及第一審證人境三代吉、宮原瀧藏、市川藤太郎ノ各證言ヲ綜合スレハ右土代金ニ付テハ何等計算ナカリシコトヲ窺知スルニ足ルヲ以テ反證ナキ限リ該土代金債權ハ依然存在スルモノト謂ハサルヘカラサル旨判示シ以テ前記上告人ノ再抗辯ヲ排斥シタルモ右原審引用ノ各證人調書ヲ査閲スルニ係爭ノ土代金ニ關スル計算ノ有無ヲ知ルニ足ルヘキ何等ノ供述ナキノミナラス前掲上告人陳述ノ如ク被上告人カ別件ニ於テ土代金カ既ニ計算濟ナルコトヲ主張シタル事實アリトスレハ即裁判外ノ自白ニシテ原審認定ヲ妨クヘキ反證タルヘキヲ以テ原判示ノ如ク認定スルニハ須ラク之ヲ排斥スヘキ理由ヲ說明セサルヘカラサルニ原審カ事茲ニ出テス何等ノ說明ヲ與フルコトナク漫然反證ナシトシ叙上ノ如ク判示シタルハ證據ニ依ラスシテ不當ニ事實ヲ確定シ且理由ヲ具備セサルノ違法アリ

（一四年（オ）六五三號、一四年一二月二六日大一民判決、法律新聞二六一三號一五頁）

【證據ニ依ラサル事實認定及理由不備】　原審ハ上告人ノ本件主タル債務者大成生糸販賣組合ニハ三十四名ノ理事アリシヲ以テ其ノ過半數ノ決議ヲ經ルニ非サレハ本件借入金ヲ爲シ能ハサルモノナルニ本件借入金ニ付テハ理事過半數ノ決議ヲ經ス僅ニ理事和泉增雄、野上國雄二人ノミニテ之ヲ專行シタルモノナレハ組合ノ業務トシテ法律上效力ナキ旨ノ抗辯ニ對シ本件借入金ヲ爲スニ當リテハ同組合ハ役員會ヲ開キ其ノ決議ヲ經且總會ノ滿場一致ヲ以テ可決シタルモノナルコトハ前示認定ノ如クナルヲ以テ同組合理事和泉增雄、野上國雄ノ兩名カ同組合ヲ代表シテ契約ヲ締結シタル以上ハ適切ナル權限ニ基キ該消費貸借契約ヲ締結シタルモノト解スルヲ相當トスヘク」ト判示シテ之ヲ排斥シタリト雖右判文中ノ「前示認定ノ如ク」トハ原判決ノ孰レニモ之ニ該當スル說示ノ見ルヘキモノナキカ故ニ原判決ハ理由不備ノ不法アルト共ニ證據ニ依ラス事實ヲ確定シタル不法アリ

（一五年(オ)二〇八號、一五年七月一五日大一民判決、法律新聞二五九七號一三頁）

【證據認定ノ不法】　原審ハ被上告人ノ主張ニ係ル本件檜土臺材ハ上告人カ請負ヲ爲シタル松江郵便局廳舍新築工事ニ付敷路地方ヨリ購入シ而シテ檢査不合格トナリタル同材ト交換シタルモノニ係リ其ノ寸增百九寸二分ニ對シ同計四十三圓六十八錢ヲ追錢トシテ支拂ヲ爲シタルモノニシテ神庭傳太郎ヨリ買入レタルモノニアラストノ上告人ノ抗辯ニ付之カ立證ノ爲ニ提出シタル乙第一、二號證ニ對シ同號證ニハ金四十三圓六十八錢檜土臺材取替寸增云云ノ記載アルモ證人倉藤敬一ノ證言ニヨレハ右ハ上告人抗辯ノ趣旨ノ如キモノニアラストシテ右證據ヲ排斥シタリ然レトモ前示乙第一、二號證ニ於ケル記載ハ上告人カ他ヨリ購入シ而シテ檢査不合格トナリタル檜土臺材ト被上告人ノ前主タル神庭傳太郎ヨリ上告人ニ供給シタル同材トヲ交換シ其ノ差額代金ヲ上告人ヨリ支拂ヲ爲シタルコトヲ看取スルニ難カラサルノミナラス原審ノ援用シタル倉藤敬一ノ證言ニヨルモ該記載ハ右ノ如キ趣旨ノ下ニ記入セラレタルモノニアラサルコトヲ認ムルニ足ラサルヲ以テ上告人ノ抗辯ハ乙第一、二號證ニヨリ一應立證セラレタルモノト謂ハサルヘカラス然ルニ原審カ前示ノ如キ理由ノ下ニ同號證ヲ排斥シ上告人ニ敗訴ノ判決ヲ爲シタルハ不法ナリ

（一四年(オ)八〇〇號、一四年一二月二四日大一民判決、法律新聞二六一三號一三頁）

【自白ト取消ノ不許】　被控訴人ハ該宅地上ニ存在スル木造ブリキ葺平家建家屋一棟建坪六坪ハ（現在ニ於テハ瓦葺トナレルコトハ當事者間ニ爭ナシ）控訴人ノ所有ナリト主張シ大正十三年九月二十五日ノ口頭辯論調書ニ依レハ控訴人ハ原審ニ於テ第一審判決事實摘示ト同一ナル事實上ノ供述ヲ爲シタルコト明白ニシテ其判決事實摘示ニハ控訴人カ該家屋ヲ所有スルコトヲ認メタル旨ノ記載アルカ故ニ控訴人カ之ヲ自白シタルコト明カナリ然ルニ控訴人ハ右自白ハ錯誤ニ出テタルモノニシテ該家屋ハ其所有ニ非ラスシテ妻チヨノ所有ナリト主張スレトモ其チヨノ所有ナルコトハ之ヲ認ムヘキ信用スルニ足ル證據ナキノミナラス假ニチヨノ所有ナリトスルモ自白カ錯誤ニ出テタルモノナルコトハ之ヲ認ムヘキ證據ナキヲ以テ右自白ハ之ヲ取消シ得サルモノトス

（一三年(オ)四八八號、一五年五月一一日東控民四判決、決律新聞二五八七號一〇頁）

第二百七十四條　當事者ノ申立テタル數多ノ證據中其調フ可キ限度ハ裁判所之ヲ定ム

【唯一ノ證據方法却下ノ違法】　上告人ハ原審ニ於テ其ノ抗辯事實ヲ立證スル爲上告人ノ本人訊問ヲ申請シタルコト及上告人ハ原審ニ於テ他ニ何等ノ證據ヲ提出セス右申請ハ唯一ノ證據方法ナルコト原審口頭辯論調書ニ依リ明ナリ然ラハ原審ハ申請ノ不適法ナラサル限リ須ク之カ取調ヲ爲シ其ノ措信シ得ルニ於テハ之ヲ判斷ノ一資料ト爲ササルヘカラサルニ事茲ニ出テス右申請ヲ却下シナカラ上告人主張ノ抗辯事實ヲ肯定スヘキ證左ナシト說示シ以テ上告人ノ抗辯ヲ排斥シタルハ違法ナリ

（一五年(オ)六三一號、一五年一二月六日大一民判決、法律新聞二六五五號一一頁）

第六節　人證

【證人ノ證言ト判斷ノ遺脫】　原審ニ於ケル大正十三年二月二十八日附口頭辯論調書ニ依レハ上告人（控訴人被告）ハ同日ノ口頭辯論ニ於テ在廷證人川島千代ノ訊問ヲ申請シ原裁判所ハ其

ノ訊問ヲ爲シタルコト明ナリ然ルニ原判決ハ同證人ノ證言ニ付何等言及スルトコロナキヲ以テ原裁判所ハ原判決ヲ爲スニ付判斷ヲ爲ササリシモノト認メサルヘカラス然ラハ原判決ハ不法ナリ

（一四年(オ)二八五號、一四年九月二九日大二民判決、法律新聞二五二一號九頁）

【人證ノ存在ト採證ノ違法】　證人大曲菊次ノ訊問調書中ニハ「證人ハ被告ニ對シ有スル自轉車及附屬品ノ賣掛代金五十三圓二十五錢ノ債權ヲ原告神澤繁ニ讓渡シタルコトカアリマス」トノ供述記載アルヲ以テ之ニ依リ同證人ハ被上告人ニ對シ本件債權ヲ有セシコトヲ證言セルモノナルコト明ナルニ拂ラス原院ハ「原審證人(中略)大曲菊次(中略)ノ證言ハ孰レモ本訴債權ノ存否ニ直接觸ルル所ナキヲ以テ控訴人（上告人）ノ主張ヲ是認スヘキノ證據ト爲スニ足ラス」ト判示シ以テ上告人ノ請求ヲ排斥シタルハ證據ヲ誤認シテ事實ヲ確定シタル違法アリ

（一四年(オ)八三〇號、一五年一月二一日大一民判決、大審院判例拾遺一卷二六頁）

第二百九十四條　合式ニ呼出サレタル證人ニシテ正當ノ理由ナク出頭セサル者ニ對シテハ申立ナシト雖モ決定ヲ以テ其不參ニ因リ生シタル費用ノ賠償及ヒ二十圓以下ノ罰金ヲ言渡ス可シ

證人カ再度出頭セサル場合ニ於テハ更ニ費用ノ賠償及ヒ罰金ヲ言渡ス可シ又其拘引ヲ命スルコトヲ得

證人ハ右ノ決定ニ對シテ抗告ヲ爲スコトヲ得此抗告ハ執行ヲ停止スル效力ヲ有ス

豫備、後備ノ軍籍ニ在ラサル軍人、軍屬ニ對スル罰金ノ言渡及ヒ執行ハ軍事裁判所又ハ所屬ノ長官又ハ隊長ニ囑託シテ之ヲ爲ス其拘引ニ付テモ亦同シ

【不參理由疏明ノ不採用】　抗告人カ大正十四年十一月二十日午前九時東京區裁判所ニ出頭スヘキ旨ノ證人期日呼出狀ノ送達ヲ受ケタルハ抗告人主張ノ如ク同年十一月十九日ニアラスシテ同年十一月十八日ナルコトハ本件記錄添付ノ送達證書ニヨリテ明カナリ又抗告人ハ當時病氣ノ爲メ出頭シ得サリシ旨主張シ其疏明トシテ小牧醫院名義ノ證明書及濤川彦一郎名義ノ證明書提出スルモ右證明書ナルモノハ何レモ大正十五年四月四日ノ作成ニ係リ又何等ノ公信力ヲ有セサル私文書ナルニヨリ當裁判所ノ措信セサル所ナリ仍テ抗告人ノ辯解ハ首肯シ難ク抗告ハ理由ナシ

（一五年(ソ)二四六號、一五年五月二二日東地一三民決定、法律新聞二五八三號一五頁）

第二百九十七條　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

第二　原告若クハ製告ノ後見ヲ受クル者

第三　原告若クハ被告ト同居スル者又ハ雇人トシテ之ニ仕フル者

裁判長ハ訊問前ニ前項ノ者ニ證言ヲ拒ム權利アル旨ヲ告クヘシ

【證人カ從參加人ト爲リタル場合ト證言ノ效力】　證人訊問ノ當時訴訟當事者ニ非サル者カ證人トシテ爲シタル供述ハ證言タル效力ヲ有スヘキハ當然ナルヲ以テ其ノ訊問後ニ於テ當該證人カ當事者ノ一方ヲ補助スル從參加人ト爲リタリトスルモ之カ爲ニ其ノ證人トシテ爲シタル供述カ證言タル效力ヲ失フヘキモノニ非サルニ因リ原審カ所論淺野德五郎ノ證言ヲ事實認定ノ資料ト爲シタリトテ違法ヲ來スヘキモノニ非ス

（一五年(オ)一一四四號、二年一月二四日大一民判決、法律新聞二六五五號九頁）

第二百九十九條　證人ハ第二百九十七條第一號及ヒ第二百九十八條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

第一　家族ノ出產、婚姻又ハ死亡

第二　家族ノ關係ニ因リ生スル財產事件ニ關スル事實

第三　證人トシテ立會ヒタル場合ニ於ケル權利行爲ノ成立及ヒ趣旨

第四　原告若クハ被告ノ前主又ハ代理人トシテ係爭ノ權利關係ニ關シ爲シタル行爲

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

【訴訟ノ受繼後ト前訴訟代理人ノ繼續有效】　然レトモ訴訟ノ進行中當事者ノ死亡ニ因リ中斷シタル訴訟手續ヲ受繼キタル場合ニ於テハ其ノ受繼ニ因リテ當事者ト爲リタル者ハ死亡者ノ原告若ハ被告タリシ訴訟上ノ地位ヲ承繼スルモノナルカ故ニ其ノ訴訟提起當時ノ當事者タリシ者ノ代理人ハ受繼後ニ於テモ民事訴訟法第二百九十九條第四號ニ所謂原告ハ被告ノ代理人ニ該當スルモノト解スルヲ相當トス

（一五年(ク)六二一號、一五年七月一五日大一民決定、法律新聞二五八二號一四頁）

【前主ノ代理範圍外】　抗告人（本訴ノ被控訴人）ノ相手方タル控訴人田中タケカ田中清太郎ヲ證人トシテ之カ訊問ヲ申請シタル趣旨タル證人カ控訴人ノ先代亡田中吉藏ノ爲ニ其ノ後見人タリシ田中福松ノ代理人トシテ係爭ノ銀行預金ニ關シ爲シタル行爲ニ付證言ヲ求ムト云フニ在リテ即控訴人ハ證人田中清太郎ニ對シ田中福松ノ復代理人トシテ本人タル控訴人田中タケノ先代吉藏ヲ代表シテ係爭ノ權利關係ニ關シ爲シタル行爲ニ付證言ヲ求ムルモノナリト謂ハサルヘカラス然リ而シテ民事訴訟法第二百九十九條第一項第四號ニ所謂原告若クハ被告ノ前主トハ前主其ノ人又ハ其ノ法定代理人ヲ指稱スルニ止リ前主ノ代理人ヲ包含セサルヲ以テ右證人田中清太郎ニ對スル訊問事項ハ同條ニ該當セス從テ同證人ト抗告人ノ相手方タル控訴人トカ親族關係ヲ有スルコト明ナル本件ノ場合ニ於テハ抗告人ハ右證人ヲ忌避スルコトヲ得ルモノト謂ハサルヘカラス故ニ原審カ證人田中清太郎ニ對スル訊問事項タル右民事訴訟法ノ法條ニ該當スルカ如ク說示シタルハ失當タルヲ免レス然レトモ抗告人ニ於テ右證人ニ對シ忌避ノ申請ヲ爲シタルハ同日證人訊問前ニ於テ忌避ノ原因ヲ主張スルコトヲ得サリシ事實疏明ノ觀ルヘキモノナキヲ以テ該申請ハ全ク時期ヲ失シタルモノナルニヨリ之ヲ却下スヘキモノトス然ラハ忌避ノ原因ナシト爲シタル原決定ハ結局相當ナリ

（一四年(ク)八九二號、一五年一月七日大一民決定、法律新聞二五三五號一二頁）

【代理人タル證人ノ範圍內】　民事訴訟法第二百九十九條一項第四號ニ所謂代理人トハ法定代理人タルト委任代理人タルト將タ又無權代理人タルトヲ問ハサルハ勿論苟モ原告若クハ被告ニ代ハリテ或行爲ヲ爲シタル者ナランニハ其ノ行爲ノ法律行爲タルト其他ノ行爲タルトヲ問ハス均シク代理人タル證人ニ該當スルモノニシテ相手方ハ之ニ對シ忌避ヲ爲シ得サルモノトス而シテ前示訴訟事件ニ於テ被告代理人ハ證人松澤サヨ、ノ喚問ヲ求メ甲第一號證中被告名下ノ印ハ被告ノ妻タル同證人カ原告ノ代理人ヨリ被告ノ印ヲ押捺スルモ被告ニ迷惑ヲ掛ケサルヘシト欺罔セラレテ被告ニ無斷ニシテ押捺シタルモノナルニ付被告ハ支拂ノ責任ナキ事實ヲ立證セントスルニ在ルコト本訴記錄ニ徵シ明瞭ニシテ右證人ノ行爲ハ前段說示ノ理由ニヨリ民事訴訟法第二百九十九條ニ所謂被告ノ代理人トシテ係爭ノ權利關係ニ關シ爲シタル行爲ニ該當スルモノト認メサルヲ得サルヲ以テ相手タル抗告人ハ同證人ニ對シ忌避ヲ爲スヲ得サルモノトス

（一五年（ソ）四號、一五年二月九日長野地決定、法律新聞二五三四號一三頁）

第七節　證書

【契約解釋法】　契約ヲ解釋スルニ當リ之ヲ一ノ意義ニ解スレハ或效果ヲ生セシメ得ルモ他ノ意義ニ解スレハ何等ノ效果ヲモ生セシムルコトヲ得サルトキハ他ニ特別ノ事由ナキ限リ或效果ヲ生セシムヘキ意義ニ解スルヲ相當トスルコトハ當院判例ノ示ス所ナリ（大正二年（オ）第四三四號同三年一月二十日判決參照）本件ニ於テ原審ノ確定シタル事實ニ依レハ上告會社ト訴外佐鄕谷厚太郎トノ間ニ讓渡ノ目的ト爲リタル本件山林伐採權ハ元訴外峯村電氣製材合名會社カ大正七年九月二十五日ノ契約ニ因リテ靑森大林區署ヨリ取得シテ上告會社ニ讓渡シタルモノニ係リ且靑森大林區署ト右峰村合名會社トノ間ニハ大正八年十二月十五日其ノ效力ヲ生シタル追加契約ヲ以テ右伐採權ハ之ヲ他ニ讓渡シ得サルコトノ特約アリシニ其ノ後ニ於テ上告會社及訴外佐鄕谷ハ右特約ノ存在ヲ知リナカラ大正十年四月二十五日右伐採權讓渡ノ契約ヲ爲シタルモノトス果シテ然ラハ讓渡禁止ノ特約存在ヲ知リツシ當事者間ニ伐採權ノ讓渡契約ヲ爲シタル點ヨリ觀ルニ當事者ハ該讓渡契約カ其ノ效力ヲ生セサルコトヲ欲シテ契約ヲ爲セルモノト看做スヘキモノニアラサルノミナラス原審カ讓　禁止ノ特約ヲ認定スル資料ト爲シタル甲第七號證ノ一ノ第十九條ニハ靑森大林區署ノ承諾アルトキハ該伐採權ハ之ヲ讓渡シ得ヘキモノナルコトノ記載アルヲ以テ當事者ハ右讓渡禁止ノ特約アリト雖靑森大林區署ハ讓渡ニ付承諾ヲ與フヘキモノナルコトヲ期待シテ上告會社ハ訴外佐鄕谷厚太郎ニ對シ靑森大林區署ヲシテ右讓渡ニ付承諾ヲ爲サシムルコトニ協力スル義務ヲ負擔シテ讓渡契約ヲ爲スニ至リタルモノト解スルヲ相當トス而シテ右ノ如キ趣旨ノ契約ノ有效ナルコト勿論ナルヲ以テ本件ニ於テ上告會社ノ讓渡代金ノ請求權ヲ排斥セントスルニハ上告會社カ右ノ義務履行ヲ怠リ之ヲ事由トシテ訴外佐鄕谷厚太郎ニ於テ右讓渡ヲ解除シタルヤ否ノ事實ヲ確定スルコトヲ要スルモノナルニ原審ハ當事者ハ本件伐採權ニハ讓渡禁止ノ特約アリシコトヲ知リテ讓渡契約ヲ爲シタルモノナレハ該奬約ハ當初ヨリ不能ノ事項ヲ目的トスル無效ノモノナリト判示シテ上告會社ノ讓渡代金請求權ヲ否定シタルハ理由不備若ハ審理不盡ノ不法アリ

（一五年（オ）四二四號、一五年一一月一日大一民判決、法律新聞二六五二號九頁）

【辯護士ノ報酬契約ト取下ノ意義】　原判決ハ甲第一號證ニ依リ本件訴訟委任契約ニ於テハ上告人カ被上告人ニ交渉ヲ遂ケスシテ訴ノ取下ヲ爲シタルトキハ其ノ取下ノ原由如何ヲ問ハス事件成功ノ場合ト同額ノ謝金ヲ支拂フ可キ特約アリタルモノトノ事實ヲ確定シ之ニ基キ本件請求ヲ認容シタリ然レトモ甲第一號證ハ本來辯護士タル被上告人ト事件依頼人タル上告人間ノ訴訟委任並其ノ報酬ニ關スル契約證ニシテ同號證ニハ右特約ニ關シテハ僅ニ其ノ第四項ニ該契約後上告人ニ於テ訴ヲ取下ケタルトキハ訴訟行爲着手ノ前後及其ノ進行ノ程後ニ拘ラス前項同樣ノ謝金ヲ支拂フ可キ旨ノ記載アリ其ノ前項ハ事件成功ノ際ニ於テ上告人ハ被上告人ニ對シ謝金トシテ金二千圓ヲ支拂フ可キ旨ノ約款ナレハ同號證ハ其ノ第四項ニ所謂取下ナルモノノ事由如何ニ付テハ何等之ヲ明示スルトコロナキノミナラス之ヲ辯護士ノ地位職責ニ鑑ミ並右契約カ辯護士ト訴訟委任者トノ成功謝金ニ關スル特約ナル點ヨリ考察スルトキハ契約當事者ハ右第四項ニ依リ同項所定ノ取下ナルモノハ事件ノ成功其ノ他ノ解決又ハ之ニ準スヘキ諸般ノ事由ニ因ル場

合ヲ所期スルモノタルヲ看取シ得可ク之ヲ以テ上告人ノ爲シタル取下ハ其ノ理由如何ヲ問ハス直ニ同項ノ場合ニ該ルト謂フカ如キ苛酷ナル特約アリタルモノト解釋シ得サルモノナリ然リ而シテ原判決ヲ閲スルニ此ノ點ニ關シ上告人ハ訴訟再起ノ都合上自ラ訴ヲ取下ケタルモノニシテ此ノ如キ取下ハ右第四項ノ場合ニ屬セストノ抗辯ヲ提出シクルモノニシテ叙上取下ハ其ノ前後ノ事情ニ依リテハ必スシモ右第四項ノ取下ニ該ラサルコト上來說示セルトコロニ依リ了解シ得可キカ故ニ原判決ニシテ若上告人ノ抗辯ヲ排斥セントセハ須ラク先該取下カ果シテ右ノ如キ事由ニ基クヤ否並其ノ前後ノ狀況如何ヲ確定シ然ル後ニ上告人カ之ニ付負フ可キ責任ヲ明ニスヘキモノニシテ原判決カ漫然トシテ判示セル如ク訴ノ取下ヲ爲シタル上告人ハ其ノ原因如何ヲ問ハス本件請求ニ應スヘキ義務アリト爲ス可キニアラサルナリ原判決ハ此ノ點ニ於テ審理不盡理由不備ノ違法アリ

（一四年(オ)七〇三號、一五年一月二〇日大三民判決、大審院判例拾遺一卷二四頁）

【手形以外ノ證據ニ依ル認定ノ不法】　按スルニ手形ニ一定ノ事項記載アリヤ又其ノ記載ニ依リテ如何ナル事項ノ記載ヲ認メ得ヘキヤハ一ニ手形其ノモノニ就テ之ヲ判定スヘキモノニシテ手形以外ニ存スル事實又ハ證據ニ依ルコトヲ得サルモノトス然ルニ原審ハ本件被上告會社ノ手形保證カ上告人ノ爲ニシタルモノト判定スルニ當リ證人增田俊太郎、錦森彥一、有竹直次郎、井澤武彥ノ各證言ニ依リ被上告會社ハ上告人カ本件手形ヲ株式會社淡路銀行ニ裏書讓渡シタル以後ニ保證シタル事實ヲ手形以外ノ證據ニ依リテ認定シ該事實ヲ右認定ノ一資料ト爲シタルコト原判文上明ナルヲ以テ原判決ハ右手形ノ記載ニ關スル解釋ノ原則ニ反スル違法アリ

（一五年(オ)七九六號、一五年一二月一六日大一民判決、法律新聞二六四一號五頁）

【訴訟提起後私人ノ作成シタル證明書ト證據力】　訴訟提起後ニ訴訟ニ關スル事項證明ノ爲ニ私人ノ作成シタル證明書ニシテ相手方カ其ノ成立ヲ爭ヒタル場合ニハ該證明書ハ訴訟上證據力ヲ有セサルモノナルコトハ當院從來ノ判例トスル所ナルニ因リ原審カ乙第七號證ニ付右ト同一ノ說示ヲ爲シタルハ正當ナリ

（一五年(オ)九二八號、一五年一一月一五日大一民判決、法律新聞二六四二號一四頁）

【訴訟提起後ノ書證及證言ノ效力認定自由】　第三者作成ノ文書カ書證トシテ提出セラレタル場合ニ其ノ作成ノ時期ニ於テ偶々當該訴訟ノ提起後ニ屬スルノ故ヲ以テ其ノ證明力ヲ否定スヘキ法規若ハ法則存スルコトナク又證人ノ供述シタル事實カ當該訴訟提起後ノ見聞ニ係ルノ故ヲ以テ之ヲ證言トシテ採ル可ラスト爲ス法規又ハ法則モ亦之アルコトナシ此等ヲ採用シテ判斷ノ資料ニ供スルト否トハ素ヨリ事實審タル原審ノ專權ニ屬ス是我民事訴訟法カ所謂自由心證主義ヲ採ルニ徵シ明ナルトコロナリ左レハ原審カ所論ノ各證據ヲ採用シテ判決ノ資料ト爲シタルコトヲ以テ不法ナリトスル論旨ハ理由ナシ

（一五年(オ)八三四號、一五年一〇月二六日大一民判決、法律新聞二六三三號一四頁）

【證書中一部ノ爭議ノ看過】　原判決理由中ニ「控訴人カ被提訴人主張ノ爲替手形（甲第一號證ニ引受ヲ爲シ右手形ノ受取人タル上田乾二カ其ノ所持人トナリ手形滿期日ノ翌々日大正九年十一月八日支拂場所ニ於テ右手形ヲ呈示シ支拂ヲ求メタルモ其ノ支拂ヲ拒絕セラレタル事實並其ノ後被控訴人カ右上田乾二ノ白地裏書ヲ經テ該手形ヲ取得シ現ニ之カ所持人タル事實ハ成立ニ爭ナキ甲第一號證（被控訴人名義ノ符箋ヲ除ク）ノ各記載及被控訴人カ右手形ヲ所持セル事實ニ徵シ洵ニ明白ナリトスト判示セリ然レトモ原判決事實摘示中ニハ「控訴代理人ハ（一）本

件手形ノ記載ニ依レハ訴外上田乾二カ本件手形ノ受取人ニシテ之カ裏書讓渡ヲ爲シタルカ如ク觀ユルモ同人ハ未タ曾テ本件手形ヲ取得シタルコトナク其ノ實訴外人日本琺瑯株式會社（後ニ幸西工業株式會社ト改稱）カ右上田乾二ノ名義ヲ假用シ本件手形ヲ取得シ爾來何人ニモ之カ裏書讓渡ヲ爲シタルコトナク被控訴人ハ現ニ右幸西工業株式會社ノ取締役トシテ同會社ノ爲ニ右手形ヲ所持セルニ過キサル故ニ個人タル被控訴人ハ之カ正當ナル所持人ニアラス」トノ記載モアリテ之ニ依レハ上告人（控訴人被告）ハ原審ニ於テ甲第一號證中上告人名義ノ符箋以外ノ部分ノ成立ヲ認メタルモノト認メ難キヲ以テ原院カ甲第一號證中右ノ部分ヲ成立ニ爭ナキモノトヲ爲シタルハ違法ナリ

（一四年(オ)九四五號、一五年一月二九日大二民判決・大審院判例拾遺一卷三一頁）

【保證ノ認定ト手形獨特ノ形式的效力ニ關スル誤解】　手形ニ一定ノ事項記載アリヤ又其ノ記載ニ依リテ如何ナル事項ノ記載ヲ認メ得ヘキヤハ一ニ手形其ノモノニ就テ之ヲ判定スヘキモノニシテ手形以外ニ存スル事實又ハ證據ニ依ルコトヲ得サルモノトス然ルニ原審ハ本件被上告會社ノ手形保證カ上告人ノ爲ニシタルモノト判定スルニ當リ證人增田俊太郎、錦森彥一、有竹直次郎、井澤武彥ノ各證言ニ依リ被上告會社ハ上告人カ本件手形ヲ株式會社淡路銀行ニ裏書讓渡シタル以後ニ保證シタル事實ヲ手形以外ノ證據ニ依リテ認定シ該事實ヲ右認定ノ一資料ト爲シタルコト原判文上明ナルヲ以テ原判決ハ右手形ノ記載ニ關スル解釋ノ原則ニ反スル違法アリ

（一五年(オ)七九六號、一五年一二月一六日大一民判決、法律新聞二六四一號五頁）

【重要證據ノ遺脫】　原審大正十三年三月八日ノ口頭辯論調書ニハ上告人カ甲第一、二號證第四號證乃至第十號證ヲ提出シタル旨ノ記載アルノミニシテ甲第三號證ノ提出アリタルコトニ付テハ其ノ記載ナク而シテ又同年九月六日ノ口頭辯論調書ニ於テモ甲第三號證ヲ提出シタル旨ノ記載ナク却テ「控訴人（上告人）ニ於テ大正十三年三月八日甲第一號證トシテ提出シタル改印屆ハ寫ヲ提出シタルモノニシテ及甲第二號證トシテ提出シタルハ印鑑ノ寫ヲ提出シタルモノニ付取寄書類ヲ以テ本證ヲ提出ス」トノ記載アルヲ以テ恰モ甲第三號證ハ原審ニ提出セラレサルモノノ如クナルモ前示大正十三年三月八日ノ口頭辯論調書ニ依レハ上告人ハ書類取寄ノ申請ヲ爲シタルコト明ニシテ且其ノ書類カ右九月六日ノ調書ニ所謂改印屆ト印鑑ナルコトハ記錄上明ナルト甲第一、二號證ニ付テハ既ニ三月八日ノ口頭辯論ニ於テ被上告人カ其ノ成立ヲ認メ居レル事實トニ依リ該印鑑及改印屆ハ上告人ニ於テ第一審ニ於テ提出シタル甲第三號證ノ一、二ニ該當スル所該書類ハ上告人ノ手裡ニ存セス第三者タル公署ノ手ニ在ルモノナルヨリ玆ニ三月八日ノ口頭辯論ニ於テ其ノ取寄ヲ申請シ九月六日ノ口頭辯論ニ之ヲ提出シタルモノニ外ナラス然ラハ上告人ハ原審ニ於テ甲第三號證ノ一、二ヲ提出シタルモノト謂ハサルヘカラス上告人カ第一審ニ於テ甲第一、二號證ト爲シタルモノヲ一度提出シ後之ヲ撤回シ甲第三號證ノ一、二ヲ以テ之ニ代ヘタルモノコトナル原審記錄上之ヲ認ムヘキモノナリ却テ大正十三年九月六日ノ前示記載ハ甲第三號證ノ一、二ト記載スヘキヲ甲第一號證第二號證ト誤謬ノ記載ヲ爲シタルモノト認ムルヲ相當トス然ルニ原審ハ此ノ記載ノ誤謬ナルコトヲ看過シテ甲第三號證ノ一、二ノ提出アリシニ拘ハラス之ヲ原判決ニ摘示セスシテ其ノ他ノ證據ノミニ據リテ判斷ヲ爲シ甲第三號證ノ一、二ヲ判判斷ノ資料ト爲スコト無カリシハ重大ナル證據ヲ遺脫シタル不法アリ

（一四年(オ)一〇一四號、一五年三月一五日大一民判決、大審院判例拾遺一卷四七頁）

第十節　當事者本人ノ訊問

第三百六十條　當事者ノ提出シタル許ス可キ證據ヲ調ヘタル結果ニ因リ證ス可キ事實ノ眞否ニ付キ裁判所カ心證ヲ得ルニ足ラサルトキハ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ原告若クハ被告ノ本人ヲ訊問スルコトヲ得

【本人訊問ト援用效力】　證據方法ノ一タル本人訊問ニ於ケル供述ニ付調書ヲ作成スルコトハ民事訴訟法第百三十條第二項第三號ノ證人及鑑定人ノ供述ニ關スル規定ヲ準用スヘキモノナリ而シテ原院ハ第一審ニ於ケル本人訊問ノ結果ヲ其ノ調書ニ依リ援用シ得ヘク本人カ自白シ又原院カ直接ニ聽取シタル供述ニ非サレハ證據トシテ判斷ノ資料ニ供シ得サルモノニ非サルヲ以テ原判決ハ相當ナリ

（一五年（オ）二九六號、一五年五月七日大二民判決、法律新聞二五六六號一一頁）

第三編　上訴

第一章　控訴

第三百九十六條　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

【一部ノ裁判遺脫ト上訴目的ノ不適格】　裁判所カ一部ノ裁判ヲ遺脫スルハ全部ノ裁判ヲ爲サント欲シツツ不注意ノ爲其ノ一部ヲ遺脫スルモノナルカ故ニ此ノ場合ニ其ノ判決ニ一分判決ナルコトヲ示スヘキ文字ヲ用ヰス訴訟費用ニ付全部ノ裁判ヲ爲シ理由ニ於テモ全部ノ請求ニ亘リ若干ノ說明ヲ爲スハ寧ロ當然ナルモ之カ爲全部ノ請求ニ付裁判アリタルモノト云フヲ得サルヤ論ヲ俟タサルカ故ニ其ノ遺脫セル部分ニ付所論ノ如ク上訴ノ目的タルヘキ適格アルモノト云フヲ得ス而シテ第一審裁判所カ終局判決ヲ爲スニ當リ一部ノ裁判ヲ違脫シタル場合ニハ其ノ遺脫シタル部分ニ付テハ終局判決ナキモノナルカ故ニ此ノ部分ニ付控訴ノ提起ヲ爲スモ其ノ控訴ハ不適法ニシテ移審ノ效力ヲ生スヘキモノニアラス

（一五年（オ）一〇三二號、一五年一二月一四日大二民判決、法律新聞二六五二號一五頁）

第三百九十八條　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トキニ限リ控訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得

【不服申立ト懈怠ノ意義】　控訴代理人ハ東京區裁判所カ大正十四年四月十五日本件ニ付言渡シタル新缺席判決ニ對シテ當裁判所ニ控訴ヲ提起シ原判決ヲ廢棄シ被控訴人ノ請求ヲ棄却ス、訴訟費用ハ第一、二審共被控訴人ノ負擔トストノ判決ヲ求ムル旨申立テ其理由トシテ陳述シタル事實ノ要旨ハ控訴代理人ハ原審ニ於テ大正十四年四月十五日午前十時ノ故障申立後ノ本件新辯論期日ニ出頭セサリシモ右ハ同人カ同月十七日函館區裁判所ニ於ケル證據調ニ立會フ爲メ同地ニ出發スルニ付差支ヲ生シタルニ因ルモノニシテ同月初旬既ニ函館區裁判所ヨリノ期日ノ呼出狀ヲ添付シタル期日變更申請書ヲ原審裁判所ニ提出シ置キタリ然ルニ原審裁判所ハ右變更申請ニ對シテハ何等決定ヲ與ヘスシテ新缺席判決ヲ言渡シタル次第ニシテ控訴人ニ懈怠アリト云フヲ得サルヲ以テ玆ニ控訴ニ及ヒタリト謂フニ在リ被控訴人ハ控訴棄却ノ判決ヲ求メ控訴人カ

原審ニ於テ大正十四年四月十五日午前十時ノ本件新辯論期日ニ出頭セス新缺席判決ノ言渡ヲ受ケタル事實ヲ認メ其餘ノ控訴人主張ノ事實ハ不知ヲ以テ答ヘタリ、仍テ案スルニ民事訴訟法第三百九十八條但書ニ所謂懈怠ナカリシヿヲ理由トスルトキトハ裁判所カ出頭セサル當事者ニ對シ適法ナル呼出ヲ爲サス又ハ事件ノ呼上ヲ爲サスシテ辯論ヲ開始シ或ハ出頭セル當事者ヲ缺席シタルモノト誤認シテ新缺席判決ヲ言渡シタル等要スルニ缺席判決ヲ爲スヘカラサル場合ニ之ヲ言渡シタルコトヲ理由トスル場合ヲ指稱スルモノニシテ訴訟代理人カ他ノ裁判所ノ證據調ノ爲メ出發スルニ付出頭シ得サリシカ如キ場合ヲ包含スルモノニアラス尙控訴代理人ハ原審裁判所カ控訴代理人ノ期日變更申請ニ對シ何等ノ決定ヲ與ヘサリシコトヲ以テ懈怠ナカリシコトノ理由ト爲スカ如シト雖モ右期日變更申請書カ原審裁判所ニヨリ接受セラレタルハ大正十四年四月十五日ナルコト本件記錄ニ附綴シアル同申請書ニ押捺シアル接受印ニ依リ明カナレハ必スシモ同日ノ本件口頭辯論期日以前ニ接受セラレタルモノト認メ得ラレサルノミナラス假ニ然リトスルモ原審裁判所カ右變更申請ヲ許スコトヲ明示セスシテ辯論ヲ開キタルコト記錄上明カナレハ右申請ヲ却下シタルモノト認ムルヲ正當トスヘク從テ控訴人ノ右主張ハ之亦採用スルヲ得ス如上ノ理由ニヨリ本件控訴ハ許スヘカラサルモノトス

（一四年(レ)一三一一號、一四年八月五日東地一二民判決、法律新聞二二二二號一三頁）

【新闕席判決ニ對スル控訴ト懈怠理由ノ不構成】　民事訴訟法第三百九十八條但書ハ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トキニ限リ控訴ヲ以テ不服ノ申立ヲ得ヘキ旨規定シ本件記錄ニ徵スレハ控訴人ヨリ控訴ヲ申立テル原判決ハ新闕席判決ナルコト明カニシテ新闕席判決ニ對シテハ故障ヲ許ササルカ故ニ控訴ヲ以テノミ不服ヲ申立テ得ルモノトス仍テ原審カ右新闕席判決ヲ言渡シタル大正十四年十一月三十日午前九時ノ口頭辯論期日ニ控訴人ノ出頭セサリシニ付控訴人ニ懈怠ナカリシヤ否ヤヲ按スルニ控訴人ハ右期日ニ出頭セサリシハ控訴人ニ於テ當ニ重病ニ罷リ居タルノミナラス住所カ受訴裁判所ヨリ遠隔ノ地ナル靑森縣下ニ在リテ辯護士ニ訴訟委任ヲ爲スコトモ不可能ナリシニ因ルモノナリト主張シ當時控訴人カ病氣ナリシ事實並ニ其住所カ靑森縣下ニ在ルコトハ被控訴人ノ爭ハサル所ナリト雖モ前揭法條ニ所謂懈怠ナカリシコトヲ理由トストハ裁判所カ闕席判決ヲ爲スヘカラサル場合ニ之ヲ爲シタルコトヲ理由トスルノ意ニシテ適法ノ呼出ナキニ拘ラス期日ヲ怠リタルモノトシタル如キ場合ヲ指稱スルカ故ニ當事者ノ一方カ辯論期日ニ偶々病氣ニ罹リ且其住所カ受訴裁判所ヨリ遠隔ノ地ニ在リテ辯護士ニ訴訟委任ヲ爲ス能ハサリシ爲メ期日ニ出頭セス其結果闕席判決アリタル場合ノ如キハ之ヲ包含セサルモノト謂フヘシサレハ控訴人ニ於テ右主張スルカ如キ事由ノ下ニ前揭口頭辯論期日ニ出頭セサリシハ之レ即チ控訴人ニ該不出頭ニ付懈怠アリタルモノト認メサルヘカラス從テ原裁判所カ右期日ニ於ケル控訴人ノ不出頭ニ對シ闕席判決ヲ言渡シタルハ正當ニシテ控訴人ノ本件控訴ハ其理由ナシ

（一四年(ネ)一三五五號、一五年四月二〇日東控民四判決、法律新聞二五六三號一六頁）

第四百一條　控訴ノ提起ハ控訴狀ヲ控訴裁判所ニ差出シテ之ヲ爲ス

此控訴狀ニハ左ノ諸件ヲ具備スルコトヲ要ス

第一　控訴セラルル判決ノ表示

第二　此判決ニ對シ控訴ヲ爲ス旨ノ陳述

此他控訴狀ハ準備書面ニ關スル一般ノ規定ニ從ヒテ之ヲ作リ且判決ニ對シ如何ナル程度ニ於テ不服

ナルヤ及ヒ判決ニ付キ如何ナル變更ヲ爲スヲ可キヤノ申立ヲ掲ケ若シ新ニ主張セントスル事實及ヒ證據方法アルトキハ其新ナル事實及ヒ證據方法ヲモ掲ク可シ

【不服ノ程度變更ノ如何ト控訴狀ノ記載要件】　第一審判決ニ對シ如何ナル程度ニ於テ不服ナリヤ及如何ナル變更ヲ求ムルヤノ申立ハ控訴提起ノ適法ナルカ爲ニ具備スヘキ控訴狀ノ記載要件ニ非スシテ唯口頭辯論ノ準備事項トシテ之ニ掲クルニ過キサルコトハ民事訴訟法第四百一條ノ解釋上毫モ疑ナキトコロニ屬ス（明治三十四年（オ）第二百八十三號明治三十四年十月三十一日言渡判決參照）而シテ本論旨ハ本件控訴狀ニ右ノ申立ヲ缺如スルノ故ヲ以テ不適法ノ控訴ナリト爲スモノナレハ其ノ理由ナキヤ云フ迄モナシ

（一五年（オ）八七〇號、一五年一〇月二〇日大三民判決、法律新聞二六四二號一〇頁）

【代理權ナキ者ノ控訴提起ト追認ニ依ル有效】　控訴人カ大正十四年十一月十四日成年ニ達シ財産管理權ノ法定代理權カ消滅ニ歸シタル後同人ヨリ本件控訴ノ提起アリタルモノナルコトハ當事者間ニ爭ナキトコロナレトモ控訴人ハ右雪男ノ爲セル行爲ニ付追認ノ意思表示ヲ爲セルヲ以テ該追認ニ依リ當初ノ控訴提起ニ瑕疵ハ除却サレ本件控訴ハ適法ナリト解ス可キモノタリ

（一四年（ネ）六五一號、一五年四月二一日長控民一判決、法律新聞二五六五號一六頁）

【訴訟印紙不足額ノ追貼ト抗告理由正當】　原院裁判長ハ大正十五年六月八日前記訴訟印紙不足額ニ付大正十五年六月八日ヲ以テ同月十七日迄ニ其ノ追貼ヲ爲スヘキ旨控訴人タル抗告人ニ命令シ同命令ハ同日郵便ニ付シ送達ヲ了リタルニ該期間ヲ過クルモ追貼ナカリシニ依リ之ニ基キ同月二十四日ヲ以テ控訴ヲ判然不適法トシテ棄却シタルコトヲ認メ得ヘク又抗告人ハ同年七月十二日ヲ以テ本件抗告ヲ申立テ同時ニ右不足分ノ訴訟印紙代トシテ別途郵便爲替ヲ以テ金七圓五十錢ヲ送付シ右抗告狀並郵便爲替ハ翌十三日原院ニ到達シタルコトヲ認ムルコトヲ得仍テ案スルニ抗告人カ原院裁判長ノ命令期間內ニ訴訟印紙ヲ追貼セス又期間後ニ於テ郵便爲替ヲ以テ該金額ヲ納付シタルニ止マリ印紙貼用ノ手續ヲ履行セサルハ適法ニ手續ヲ履踐シタリト云フヘカラスト雖本件ノ如キ控訴人タル抗告人カ原院ノ所在地ニ住居セサル場合ニ於テ郵便爲替ヲ以テ印紙不足分ノ金額ヲ納付セルハ追貼ノ爲原院ニ出頭シ難キ事情アリ又其ノ居住地ニ於テ所要額ノ印紙ヲ購入シ難キニ因ルモノト認メ得サルニ非ス而シテ既ニ抗告人カ追貼ノ爲所要金額ヲ送付シタル以上同人ハ原院裁判長ニ於テ印紙ノ追貼ヲ命シタル趣旨ニ遵ヒ手續ノ遂行ニ力メツツアルモノト認メ得サルニ非サルカ故ニ此ノ如キ場合ニ於テハ原院裁判長ハ宜シク再度ノ考案ニ基キ前命令ヲ廢棄シ該金員ヲ以テ追貼ノ手續ヲ了リ訴訟手續ヲ進行スヘカリシニ事茲ニ出テスシテ前揭ノ如ク控訴ヲ却下シタルニ止メタルハ當事者ヲ責ムルニ急ニシテ訴訟法ノ本旨ニ合セサルモノト認ムヘク措置其ノ當ヲ得タリト云フヲ得ス抗告ハ其ノ理由アリ

（一五年（ク）七一二號、一五年一〇月一二日大二民判決、法律新聞二六三一號一〇頁）

【上訴申立擴張ノ無制限】　上訴者ハ上訴審ニ於テ何時ニテモ上訴ノ申立ヲ擴張スルヲ得可ク而モ這ハ裁判ノ內容カ可分ナル場合ト爾ラサル場合トアルトヲ問ハサルカ故ニ敗訴者カ其ノ裁判ノ一部ニ對シテノミ上訴ヲ申立テタルトキト雖裁判ハ全部ニ於テ其ノ確定ヲ遮斷セラレサルモノトス然ラハ則原審ニ於テ申立ノ擴張アリタル部分ニ對シ原裁判所カ其ノ已ニ確定セリトノ理由ヲ以テ抗告ヲ不適法ト爲シタルハ重要ナル手續上ノ違背アリト云ハサルヲ得ス若夫債務ノ現存スル限リ債務者ハ何時ニテモ其ノ辨濟ヲ爲スヲ得可ク而モ當院從來ノ判例ニ依レハ一旦斯ル

辨濟アリタルトキハ競落ハ當然其ノ效力ヲ生セサルモノナルカ故ニ原判文ノ如キ供託ノ事實ヲ原審ニ於テ認メタル以上競落不許ノ決定ヲ爲シタルハ固ヨリ其ノ處ナリ原判決ノ內此ノ部分ハ相當ナルト共ニ抗告ヲ棄却シタルハ失當ナリ

（一四年(ク)七一七號、一四年一二月二六日大三民決定、法律新聞二六一三號一四頁）

第百四十六條　新ナル請求ハ第百九十六條第二號及ヒ第三號ノ場合又ハ相殺スルコトヲ得ヘキモノニシテ且原告若クハ被告カ其過失ニ非スシテ第一審ニ於テ提出シ能ハサリシコトヲ疏明スルトキニ限リ之ヲ起スコトヲ得

【一審ニ提出スル能ハサリシ相殺ノ抗辯ト疏明不能】　裁判上相殺ノ抗辯ハ民事訴訟法第四百十六條ニ所謂新ナル請求ノ主張ニ他ナラサレハ控訴審ニ於テ相殺ノ抗辯ヲ提出シタル者ハ同條ノ規定ニ則リ其ノ過失ニ非スシテ第一審ニ於テ提出スル能ハサリシコトヲ疏明スルヲ要ス（明治四十三年(オ)第二百七十一號、同年十二月十三日及大正十年(オ)第三百四十八號、同年六月十一日ノ當院各判例參照）然ルニ上告人ハ原審ニ於テ相殺ノ抗辯ヲ提出シタルモ其ノ過失ニ非スシテ第一審ニ於テ提出スルコト能ハサリシ事ヲ疏明セサルヲ以テ原院ハ該抗辯ハ不適法トシテ排斥シタルモノナルコト判文上明白ナレハ原判決ニハ違法ナシ

（一五年(オ)七六四號、一五年一〇月一五日大二民判決、法律新聞二六三一號一六頁）

【控訴審ニ於ケル新ナル請求ト不適法】　控訴人カ當審ニ於テ訴ヲ變更シタルモノナリヤ否ヤニ付按スルニ控訴人ハ第一審ニ於テハ被告ハ訴外東京電燈株式會社カ原告ニ對シ一定ノ申立記載ノ土地ニ付借地權ヲ有セサルコトヲ確認ストノ判決ヲ求ムル旨申立テナカラ當審ニ於テハ被控訴人ハ控訴人ニ對シ訴外東京電燈株式會社カ右一定ノ申立記載ノ土地ノ上ニ存スル同會社所有ノ木造亞鉛葺平家一棟建坪五十七坪二合五勺ヲ取毀チテ土地明渡ヲ爲ス一切ノ行爲ヲ妨害スル行爲ヲ爲スヘカラストノ判決ヲ求ムルモノナルコトハ原審及當審ニ於ケル本件口頭辯論調書ニ依リテ明白ナリ然ラハ右控訴人ノ當審ニ於ケル請求ハ民事訴訟法ニ所謂申立ノ擴張若クハ其減縮ニ該當セサルモノト謂フヘク畢竟同法第百九十六條第二號及ヒ第三號ノ何レノ場合ニモ該當セサルモノト謂ハサルヘカラス然ルニ同法第四百十六條ニ依レハ控訴審ニ於テハ新ナル請求ハ第百九十六條第二號及ヒ第三號ノ場合又ハ相殺スルコトヲ得ヘキモノニシテ且原告若クハ被告カ過失ニ非スシテ第一審ニ於テ提出シ能ハサリシコトヲ疏明スルトキニ限リ之ヲ起スコトヲ得ルモノニシテ控訴人ノ右請求カ之ニ該當セサルコト右認定ノ如クナルヲ以テ本件控訴ハ不適法ナリトシテ之ヲ棄却スヘキモノトス

（一五年(ネ)七〇四號、一五年一〇月二六日東控民一判決、法律新聞二六三四號一一頁）

（參照）

第百八十八條　當事者ハ訴訟手續ヲ休止ス可キ合意ヲ爲スコトヲ得其合意ハ不變期間ノ進行ニ影響ヲ及ホサス

口頭辯論ノ期日ニ於テ當事者双方出頭セサルトキハ訴訟手續ハ其一方ヨリ更ニ口頭辯論ノ期日ヲ定ム可キコトヲ申立ツルマテ之ヲ休止ス

一个年內ニ前項ノ申立ヲ爲ササルトキハ本訴及ヒ反訴ヲ取下ケタルモノト看做ス

【二審ニ於ケル訴ノ取下ト一審ノ手續應用】　民事訴訟法第百九十八條第一項ニハ訴ノ全部又ハ一分ハ本案ニ付被告ノ第一口頭辯論ノ始マルマテハ被告ノ承諾ナクシテ之ヲ取下ケ又其ノ後口頭辯論ノ終結ニ至ルマテハ被告ノ承諾ヲ得テ之ヲ取下クルコトヲ得ト規定シアリテ其ノ趣旨

ハ第一審ノ口頭辯論終結後ニ於テハ原告ノ承諾アルモ訴ノ取下ヲ爲スコトヲ得サルコトヲ示シタルモノト解セサルヘカラス之ヲ上告人所論ノ如ク取下ノ方法又ハ條件ヲ規定シタルモノニ過キスト解スルハ同條中「口頭辯論ノ終結ニ至ル迄」トアル明文ヲ無視スルモノト謂ハサルヘカラス又同條ヲ以テ口頭辯論中ニ於ケル訴ノ取下ノミニ關スル規定ナリト解スルハ同條ノ規定ニ不當ノ制限ヲ付スルモノニシテ當ヲ得タルモノニ非ス而シテ同法第三百九十九條ニハ控訴ノ取下ニ關スル規定アリ同法第四百五十四條第二號ニ於テハ之ヲ上告ニ準用スルノ規定ヲ爲シアルニ拘ラス上訴審ニ於テ訴ノ取下ヲ許ス旨ノ規定ノ存セサルニ依リテ之ヲ觀レハ上訴審ニ於テハ訴ノ取下ヲ許ササル法意ナリト謂ハサルヲ得ス果シテ然ラハ民事訴訟法第百八十八條第三項ニ於テ休止後一ケ年内ニ當事者ヨリ口頭辯論期日指定ノ申立ヲ爲ササルトキハ本訴又ハ反訴ヲ取下ケタルモノト看做スト規定シタル趣旨モ亦之ヲ控訴審ニ適用スル場合ニ於テハ控訴又ハ附帯控訴ヲ取下ケタルモノト看做サルルモノト解釋セサルヘカラス何トナレハ控訴審ニ於ケル控訴又ハ附帯控訴ハ第二審ニ於ケル本訴又ハ反訴ニ相當スルモノナレハナリ故ニ當院從來ノ判例ハ相當ニシテ之ヲ變更スルノ必要アルヲ見ス然ラハ原院カ本件證書訴訟ノ第一審判決ニ對スル控訴ノ繫屬シタル原審ニ於テ大正十一年三月九日ノ口頭辯論期日ニ當事者雙方カ出頭セスシテ休止トナリ其ノ後一ケ年内ニ當事者ノ何レヨリモ期日指定ノ申立ヲ爲ササリシ事實ヲ認メ民事訴訟法第百八十八條第三項ニ依リ右控訴ノ取下アリタルモノト看做サルヘキ旨ノ判斷ヲ爲シタルハ相當トス

（一四年（オ）三八三號、一五年二月一日大民聯合判決、法律新聞二五二〇號五頁）

第四百二十二條　控訴裁判所ハ左ノ場合ニ於テ事件ニ付キ尙ホ辯論ヲ必要トストキハ其事件ヲ第一審裁判所ニ差戻ス可シ

第一　不服ヲ申立テラレタル判決カ闕席判決ナルトキ

第二　不服ヲ申立テラレタル判決カ闕席判決ニ對スル故障ヲ不適法トシテ棄却シタルモノナルトキ

第三　不服ヲ申立テラレタル判決カ妨訴ノ抗辯ノミニ付キ裁判ヲ爲シタルモノナルトキ

第四　請求カ其原因及ヒ數額ニ付キ爭アル場合ニ於テ不服ヲ申立テラレタル判決カ先ツ其原因ニ付キ裁判ヲ爲シタルモノナルトキ

第五　不服ヲ申立テラレタル判決カ證書訴訟及ヒ爲替訴訟ニ於テ敗訴ノ被告ニ別訴訟ヲ以テ追行ヲ爲ス權ヲ留保シタルモノナルトキ

（參照）

第四百九十二條　被告ニ權利ヲ留保シタルトキハ訴訟ハ通常ノ訴訟手續ニ於テ繫屬ス

此手續ニ於テ證書訴訟ヲ以テ主張シタル請求ノ理由ナカリシコトノ顯ハルルトキハ前判決ヲ廢棄シ原告ノ請求ヲ却下シ且其生セシメタル費用ノ全部又ハ一分ノ辨濟ヲ原告ニ言渡シ又前判決ニ基キ被告ロリ支拂ヒ又ハ給付シタルモノノ辨濟ヲ申立ニ因リ原告ニ言渡ス可シ

右手續ニ於テ原告若クハ被告カ出頭セサルトキハ闕席判決ニ關スル規定ヲ準用ス

【權利留保判決ニ對スル控訴棄却判決ト差戻宣言ノ不要】　證書訴訟ニ於テ第一審裁判所カ被告ニ權利ノ行使ヲ留保スル判決ヲ爲シタルトキハ訴訟ハ通常ノ訴訟手續ニ於テ同裁判所ニ繫屬スルコト民事訴訟法第四百九十二條第一項ノ解釋上疑ナキ所ニシテ被告カ右判決ニ對シ控訴ストキハ證書訴訟トシテ移審ノ效力ヲ生スルコト勿論ナリト雖通常訴訟トシテハ依然第一審裁判所ニ繫屬スルカ故ニ控訴審裁判所カ右訴訟ヲ棄却スル場合ニハ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻ス

旨宣言スルノ必要ナシト雖民事訴訟法第四百二十二條第五號ニハ斯ル場合ニモ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スヘキ旨ノ規定アルカ故ニ其ノ差戻ノ宣言ヲ爲スヲ普通トスルノミ左レハ所論ノ如ク本件ニ付第一審判決ハ上告人等（被告等）ニ對シ通常訴訟手續ニ於ケル權利ノ行使ヲ留保シ上告人等ニ對シテ控訴ノ判決タル原判決ニ於テ其ノ控訴ヲ棄却シタル以上事件ヲ第一審裁判所ニ差戻ス判決ヲ爲ササルモ事件ハ原審ニ殘留スルコトナク第一審判決ノ言渡以來通常訴訟トシテ第一審裁判所ニ繫屬シ居ルモノナルカ故ニ上告人等ハ留保ノ權利ヲ行使スルコトヲ得ヘク原裁判所カ差戻ヲ爲ササリシハ違法ニアラス

（一五年（オ）八三六號、一五年一一月一五日大三民判決、法律新聞二六五〇號九頁）

第四百二十四條　控訴ヲ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

【控訴理由不存在】　約束手形ノ所持人カ滿期日又ハ其ノ後二日內ニ振出人ニ對シテ支拂ヲ求ムル爲手形ヲ呈示シタルニ拘ラス之カ支拂ヲ拒絕セラレタルトキハ振出人ニ對シテ手形金額及滿期日以後ノ法定利息ノ支拂ヲ請求シ得ヘキコトハ商法第五百二十九條第四百七十一第四百九十一條ノ規定ニヨリ明瞭ナルヲ以テ原院カ本件甲第二號證ノ約束手形ニ付所持人カ其ノ滿期日ノ翌々日即滿期日以後二日內ニ該手形ヲ支拂場所ニ於テ振出人タル上告人ニ呈示シ支拂ヲ求メタルモ支拂ヲ得サリシコトヲ認メ從テ上告人ニ對シ之カ手形金額及之ニ對スル滿期日ノ翌日ヨリ法定利息ノ支拂ヲ命シタル第一審判決ヲ認可シ上告人ノ爲シタル控訴ヲ棄却シタルハ相當ナリ

（一五年（オ）四一八號、一五年七月二二日大一民判決、法律新聞二六一一號一三頁）

第四百二十五條　判決ヲ控訴人ノ不利益ニ變更スルコトハ相手方カ控訴又ハ附帶控訴ノ方法ヲ以テ判決ニ付キ不服ヲ申立テタル部分ニ限リ之ヲ爲スコトヲ得

（參照）

第四百十一條　控訴裁判所ニ於ケル控訴ハ不服ノ申立ニ因リ定マリタル範圍內ニ於テ更ニ之ヲ辯論ス

【控訴審ニ於ケル相手方ノ申立訂正ト一審判決不利益變更ノ不當】　上告人カ原審ニ控訴ヲ以テ不服ヲ申立タル第一審判決ノ主文ハ被告（控訴人、上告人）ハ原告（被控訴人、被上告人）ニ對シテ行方郡小高村大字島並字毛蟲百九十番畑一畝十三歩同所字同百九十番ノ一畑一畝六歩ノ地所ヲ引渡スヘシト云フニ在リテ同判決理由ニ依レハ右土地ハ同審檢證調書附圖ノ丙丁兩地ニ該當スルコトヲ認メ得ヘク而シテ原審ハ大正十四年一月十五日言渡シタル闕席判決ヲ維持スル旨ノ判決ヲ下シ右闕席判決ノ主文ハ控訴ヲ棄却シ原判決中字毛蟲百九十番畑一畝十三歩同所字同百九十番ノ一畑一畝六歩ノ下ヘ當審ニ於ケル檢證調書附屬圖中甲地及乙地ヲ加フト云フニ在レトモ右甲乙兩地ハ第一審檢證調書附圖ノ丙丁兩地ニ該當セサルコト右兩檢證調書並附屬圖面ノ對照上明白ナリトス被上告人ハ原審ニ於テ原闕席判決主文ニ於ケルカ如ク本訴係爭物件ニ付原審檢證調書附屬圖面中甲地及乙地ト記載セル場所ヲ引渡スヘキ旨一定ノ申立ヲ訂正シタルコトハ一件記錄中同申立訂正書ニ依リ之ヲ認メ得ヘシト雖凡控訴裁判所ニ於ケル訴訟ハ不服申立ニ因リ定マリタル範圍內ニ於テ辯論スヘキモノナルコトハ民事訴訟法第四百十一條ノ規定スル所又控訴審ニ於テ判決ヲ控訴人ノ不利益ニ變更スルコトハ相手方カ控訴又ハ附帶控訴ノ方法ヲ以テ第一審判決ニ對シ不服ヲ申立タル部分ニ限リ之ヲ爲スコトヲ得ルモノナルコトハ同第四百

二十五條ノ規定スル所ナルカ故ニ本件ニ付上告人ハ原審ニ於テ丙丁兩地ヲ引渡スヘシトノ第一審判決ニ對シ控訴ヲ申立タルニ止マリ甲地乙地ニ關シテハ審理判決ヲ求メタルコトナキニ拘ラス被上告人ニ於テ前揭ノ如ク原審ニ於テ一定ノ申立ヲ訂正シタレハトテ同人カ控訴又ハ附帶控訴ノ方法ヲ以テ第一審判決ニ對シ不服ヲ申立テサル場合ニ於テ原審カ前揭ノ如ク漫ニ第一審判決ヲ變更シタルハ法律ニ違背シタル不法アリ

（一五年（オ）五八一號、一五年一一月二日大二民判決、法律新聞二六一三號一六頁）

第二章　上告

第四百三十五條　法則ヲ適用セス又ハ不當ニ適用シタルトキハ法律ニ違背シタルモノトス

【會社設立無效ヲ認ムヘキ時期ノ標準ト審理不盡】　株式會社ノ設立カ株式ノ拂込欠缺ノ爲ニ無效トナルヤ否ハ創立總會終了ノ時期ニ於ケル拂込額ヲ標準トシテ判定スヘク此ノ時期ニ於ケル拂込額カ全部ノ拂込欠缺ニ準スヘキ程度ニ於テ僅少ノモノナリシトキハ縱令其ノ後ノ株式ニ付拂込アリトスルモ會社ノ設立ハ依然トシテ無效ノモノナルコトハ夙ニ當院判例（大正七年三月二十日言渡大正七年（オ）第三十三號判決參照）ノ示ストコロナリ故ニ創立當時ニ於ケル株式カ全部拂込濟トナリ會社カ有效ニ設立セラレタルコトヲ判斷セントセハ須ラク創立總會終了ノ時期ニ於テ右拂込カ完了シタルコトヲ肯定セサルヘカラサルモノトス然ルニ原判決ハ本件ニ於ケル會社設立無效原因ノ有無ヲ決スルニ當リ被上告會社設立當時ノ株式總數一千六百株カ既ニ拂込濟ナルコトハ當事者間ニ爭ナキ事實ナリト說明スルノミニシテ其ノ拂込カ如何ナル時期ニ如何ナル程度ニ於テ爲サレタルモノナリヤヲ示サス却テ會社成立當時ニ在リテハ拂込未濟ノ株式アリテ設立無效ノ原因ヲ爲シタルコトアリト假定スルモ其ノ後全部拂込濟ト爲リタルトキハ設立無效ノ原因ハ自ラ消滅スヘキモノナリト論シ以テ會社設立ノ無效ヲ原因トスル上告人ノ請求ヲ排斥シタルハ審理不盡理由不備ノ不法アリ

（一四年（オ）一九九號、一四年九月二六日大三民判決、法律新聞二四八一號一二頁）

【動產ノ讓渡後ノ占有ト審理不盡】　物ノ所有者カ其ノ所有物ヲ他ニ讓渡シタル後賃貸借其ノ他特別ノ權原ニ基キ依然使用占有スルコト少カラサルカ故ニ單ニ所有權ヲ讓渡シタルノ一事ヲ以テ爾後ニ於ケル讓渡人ノ占有ヲ不法ノ占有ト目スヘキニ非ス正當ノ權原ニ基キ占有スルモノナルヤ否ヤハ各場合ニ付判斷セサルヘカラス然ルニ原判決ハ本件馬匹ノ所有權カ上告人ヨリ檜山金七郎ニ讓渡サレ次テ檜山金七郎ヨリ被上告人ニ讓渡サレタル事實ヲ認メタルノミニテ直ニ上告人ノ右馬匹ニ對スル占有カ正當ニ權原ニ基カスシテ爲サレタルモノト斷定シ以テ被上告人ノ引渡請求ヲ認容シタルハ審理不盡ニシテ理由不備ト云ハサルヘカラス

（一四年（オ）一〇〇六號、一五年二月一〇日大三民判決、法律新聞二五三九號一五頁）

【社員出資義務範圍ト審理不盡】　合名會社若ハ合資會社ノ清算人カ商法第九十二條ノ規定ニ依リ社員ニ對シ出資ヲ請求スルニハ其ノ所要ノ金額ヲ各社員ノ出資額ニ按分シ其ノ割合ニ依ルヘキモノナルコトハ當院ノ判例トスル所ナリ（當院大正六年（オ）第二四六條同年八月三十日言渡判決參照）而シテ本件被上告人ノ請求ノ趣旨ハ被上告人ハ訴外竹內式鐵筋コンクリート合資會社ニ對シ手形債權ヲ有スル所同會社ハ解散シテ清算中ニ屬スルモ同會社ニハ社員ニ對スル出資金請求ノ債權以外ニ他ニ財產ヲ有セサルニ拘ラス清算人ハ社員ニ對シ出資ノ請求ヲ爲ササル

ニ因リ民法第四百二十三條ノ規定ニ依リ社員タル上告人ニ對シ出資ノ拂込請求ヲ爲スニ在ルコト原判決ノ事實摘示ニ依リ明ナルヲ以テ本件上告人ノ出資ニ付テモ亦右ノ如ク各社員ノ出資額ニ按分シタル割合ニ依ルヘキモノトス然ルニ原審ハ上告人カ竹内式鐵筋コンクリート合資會社ノ社員ニシテ九萬五千圓ノ出資義務アルコト並被上告人カ同會社ニ對シ手形債權一萬二千七百七十六圓五十錢及之ニ對スル年六分ノ割合ノ損害金ノ債權ヲ有シ同會社ノ財産ヲ以テ之ヲ完濟スルニ足ラサルコトヲ確定シタルノミニテ上告人以外ノ他ノ社員ノ出資額ニ付何等之ヲ確定スル所ナク「清算人カ商法第九十二條ニ從ヒ社員ニ對シ出資拂込ヲ請求シタル場合ニ於テハ其ノ請求額カ會社所要ノ金額ヲ各社員ノ出資義務額ニ按分シ其ノ割合以上ナルトキ社員ニ於テ其ノ超過部分ノ支拂ヲ拒絶シ得ルニ過キス」ト判示シテ被上告人ノ主張スル債權額ト同一ナル出資ヲ上告人ニ命シタルハ結局清算中ノ會社所要ノ金員ヲ各社員ノ出資額ニ按分セス上告人ヲシテ單獨ニ全部ヲ出資セシムルニ歸スルモノニシテ前示法則ノ適用ヲ誤リタルト共ニ審理不盡理由不備ノ不法アリ

（一五年（オ）一七二號、一五年六月一七日大一民判決、法律新聞二五七七號一四頁）

【立替金ノ主張ト審理不盡】　原判決事實摘示ニ依レハ上告人カ被上告人ニ對シ有スル所ナリト主張スル請負契約ノ報酬金二百六十圓以外ノ二百三十九圓ハ上告人カ請負工事完成ノ爲ニ被上告人ニ代リ立替支拂ヲ爲シタリト云フニ在ルヤ又ハ建築工事用ノ材料ハ被上告人ニ於テ供給スル約ナリシヲ以テ後ニ至リ材料ハ上告人カ購求シテ工事ヲ完成スルコトト爲リタルニ因リ上告人ニ代リ右金額ニ相當スル工事材料其ノモノヲ立替ヘタリト云フニ在ルヤ明確ナラサルモノアリ若前者ノ趣旨トセハ上告人ヲ現實立替支拂ヲ爲シタルモノニ限リ求償ヲ爲シ得ヘキモ其ノ立替支拂ヲ爲ササルモノハ縱令上告人カ買受ケ賣主ニ對シ債務ヲ負擔スルモ之カ求償ヲ爲シ得ヘキニアラサルモ若後者ノ趣旨ナリトセハ第三者ニ材料代金等ノ立替支拂ヲ爲シタルト否トヲ問ハス其ノ材料相當ノ代金ノ支拂ヲ求メ得ヘキモノナルニ因リ本件請求ノ當否ヲ判定スルニハ上告人ヲシテ其ノ請求ノ趣旨ノ右ノ孰レニ在ルヤヲ釋明セシムルヲ要ス然ルニ原審ハ此ノ點ニ付上告人ヲシテ何等釋明セシムルコトナク上告人カ本件請負工事完成ノ爲百三十七圓六十二錢ニ相當スル材料ヲ他ヨリ買入レ工事ニ使用シタル事實ヲ確定シナカラ右材料代金ノ內五十圓ヲ上告人ニ於テ支拂ヒタルニ止リ其ノ餘ニ付テハ立替支拂ヲ爲ササルコトヲ理由トシテ此ノ部分ノ請求ヲ排斥シタルハ審理不盡ノ不法アリ

（一五年（オ）五六八號、一五年一二月六日大一民判決、法律新聞二六四四號一四頁）

【電力供給ノ契約ニ於ケル「定」「不定」ト釋明不行使ニヨル審理不盡】　原判決ノ認定スルトコロニ依レハ本來電力供給契約ニハ電力供給者カ契約所定ノ最高限度迄ノ電力量ヲ需要者ノ要求ニ從ヒ供給スヘキ義務ヲ負フモノ即所謂定ノ契約ト右定ノ契約ニ於ケル契約電力量ト定契約需要者カ事實上使用スヘキ電力トノ間ニ生スヘキ電力量ノ差ノ利用ヲ目的トシテ此ノ如キ餘力ノ供給ヲ約スルモノ即所謂不定ノ契約ノ二種アリテ本件契約ハ此ノ第二種ニ該リ被上告會社カ定ノ契約者ニ供給ヲ約シタル最高電力量ノ總和ヨリ當該定契約者ノ現實ニ需要スル電力量ノ總和ヲ控除シテ「尙ホ餘剩電力アルトキ」ハ被上告會社ハ滿七ケ年間每晝夜ヲ通シテ各一時間最高一千キロワットノ電力ヲ上告會社ニ供給スヘキ義務ヲ負擔シタルモノナリト謂フニ在リ然レトモ原判決ノ摘示スルトコロニ依レハ本件當事者間ニ此ノ如キ契約アリタルコトハ必シモ上告會社ノ明確ニ主張シタルトコロト稱シ難ク、被上告會社ノ主張ニ依レハ本件電力供給契約ハ前

記不定ノ契約ニ屬シ「被告（被上告會社）ハ右（電力）ノ餘剩ナキニ於テハ需要者タル原告（上告會社）ニ其ノ受電方中止或ハ其ノ制限方ヲ要求スレハ原告ハ之ニ應スヘキ義務アルモノナリト謂フニ在リテ被上告會社ノ主張スルトコロハ原判決認定ノ如ク單ニ被上告會社ニ餘剩ノ電力アリタル場合ニ於テ之ヲ上告會社ニ供給スヘキ契約ナリトスル意ニアラサルカ如ク寧ロ被上告會社ハ上告會社ノ要求スル電力ヲ毎時一千キロワットヲ限度トシテ供給スヘキ義務ヲ認メ其ノ充分ノ供給ヲ爲シ難キ特種ノ場合ニ於テノミ被上告會社ヲシテ其ノ義務不履行ノ責ヲ免レシムル特約ヲ主張スル主旨ナリト解スヘキニ遡ク其ノ眞意ノ在ルトコロハ必シモ之ヲ原判決認定ノ如ク解スヘキモノト爲スヲ得ス、而シテ之ヲ上告會社ハ被上告會社供給ニ係ル電力ノミヲ動力トシテカーバイトノ製造ヲ爲シ之カ爲ニハ最高毎時一千キロワットニ上ル電力ヲ繼續的ニ要スルコトヨリ其ノ使用量最モ少キトキト雖モ被上告會社ニ對シ一ケ月四千六百餘圓ノ最低電力料金ヲ支拂フヘキ契約ヲ爲シタリトノ當事者間ニ爭ナキ事實ニ徵スルモ上告會社ノ機械工場職工職員原料製品等ニ關スル施設ハ相當厖大ニシテ原判決カ以テ本件契約約旨ニ關スル被上告會社ノ主張ナリトシ之ヲ是認シタルカ如ク被上告會社ノ電力ハ之ヲ上告會社ニ供給スヘキ餘裕ヲ生スヘキヤ否全ク不明ニシテ其ノ餘裕ヲ生シタル場合ニ於テ初メテ電力ヲ供給スヘシト謂フカ如キ全然不確實ナル電力ノ供給ヲ豫期シ如上大工業ノ經營ヲ維持シ難キハ容易ニ之ヲ窺知シ得ルヲ以テ見ルニ被上告會社ノ主張事實ハ直ニ之ヲ以テ原判決認定ノ如ク解シ得ヘキヤ甚タ疑ハシキモノアリト謂ハサルヲ得ス然ラハ原審ニシテ本件當事者ノ主張ノ當否ヲ判定セントセハ須ク此ノ點ニ關スル被上告會社ノ陳述ノ本旨ヲ釋明シ進ンテ其ノ是非ヲ甄ツヘカリシモノニシテ原判決ハ此ノ點ニ付審理不盡ノ不法アリ

（一五年(オ)二〇一號、一五年七月一七日大三民判決、法律新聞二六〇六號一四頁）

【相續開始ノ不知主張ト其不審理】　民法第千十七條ニ所謂相續人カ自己ノ爲ニ相續ノ開始アリタルコトヲ知リタル時トハ相續開始ノ原因タル事實ノ發生ヲ知リタル時ノ謂ニ非スシテ其ノ原因事實ノ發生ヲ知リ且之カ爲ニ自己カ相續人ト爲リタルコトヲ覺知シタル時ヲ指稱スルモノナルコトハ同條カ三ケ月ノ期間ヲ設ケ相續人ヲシテ相續ノ承認又ハ拋棄ヲ爲スニ付調査考慮ノ猶豫ヲ與ヘタル立法ノ趣旨ニ烈シテ疑ナキ所ナリ固ヨリ相續人タルヘキ法定順位ニ在ル者カ相續開始ノ原因タル事實ノ發生ヲ知リタルトキハ一應之カ爲ニ自己カ相續人ト爲リタルコトヲ覺知シタルモノト認定スルヲ相當トスヘシト雖モ法律ノ不知又ハ事實ノ誤認等ノ爲自己カ相續人ト爲リタルコトヲ覺知セサリシ事實上ノ主張アル場合ニ於テハ之カ事實ノ有無ヲ審究判斷セサルヘカラサルモノトス然ラハ原決定カ論旨摘錄ノ如ク判示シテ抗告人ノ抗告ヲ棄却シ抗告人主張ノ法規ノ不知又ハ事實ノ誤認ノ爲自己カ相續人ト爲リタルコトヲ覺知セサリシ事實ニ付審究スル所ナカリシハ違法トス

（一五年(ク)七二一號、一五年八月三日大二民決定、法律新聞二五八二號一六頁）

【拒絕證書作成免除ト相對關係】　約束手形所持人ノ裏書人ニ對スル償還請求權ヲ保全スルニハ適法ノ期間內ニ支拂拒絕證書ノ作成ヲ爲スコトヲ要シ唯其ノ作成ヲ免除シタルモノアルトキハ其ノモノトノ關係ニ於テノミ之カ作成ヲ爲ササルモ償還請求ヲ爲シ得ルニ過キス然ルニ原判決ハ叙上ノ如ク上告人モ支拂拒證書作成義務ヲ免除シタルモノナリヤニ付テハ何等判示スルコトナク其ノ後者タル訴外田村豐カ支拂拒絕證書作成ノ義務ヲ免除シタルノ故ヲ以テ漫然上告人ニ對スル本件償還請求ヲ認容シ其ノ支拂ヲ命シタルハ審理不盡ノ不法アルカ若ハ法律ノ適用ヲ

誤リタルモノトス

（一五年(オ)七六二號、一五年一二月二一日大三民判決、法律新聞二六四七號一三頁）

【釋明權不行使】　修繕ノ事實ヲ肯定スル以上必要費若ハ少クトモ若干ノ有益費ヲ支出シタルノ事實モ亦特別ノ事情ナキ限リ之ヲ肯定セサルヲ得サルハ自然ノ數ナリ原判示ニ所謂「之ヲ以テ直ニ控訴人主張ノ如キ必要費有益費ヲ本件家屋ニ付支出シタルモノトハ未タ以テ之ヲ認ムルニ足ラス」トアルハ如何ナル意味ナリヤ修繕ヲ爲シタルニ拘ラス何等ノ必要費若ハ有益費ヲ支出シタルモノト認ムルヲ得スト云フニアラハ其ノ如何ナル特別ノ事情ノ存スルアリテ爾ルヤヲ說明セサルヘカラス此ノ說明ヲ缺ケル原判決ハ理由ヲ備ヘサル違法アリ若又其ノ數額カ上告人主張ノソレニ達スルコトハ之ヲ認ムルニ由ナシト云フニアラハ裁判所トシテハ更ニ進ンテ其ノ實數ノ幾許ナルヤヲ判斷セサルヘカラス之カ爲ニハ當事者ヲシテ必要ナル證據方法ヲ申出シムルノ注意ヲ怠ルヘカラス其ノ何等ノ證據方法ナキニ至リ始メテ數額不明ノ故ヲ以テ費用支出ニ付テノ主張ヲ排斥スルヲ得ヘキナリ原裁判所カ斯ル注意ヲ拂ヒタル形跡ノ觀ルヘキナキハ釋明ノ義務ヲ盡ササル違法アリ

（一五年(オ)五六七號、一五年一一月二四日大三民判決、大審院判例拾遺一卷一〇五頁）

【訴旨不明ト釋明權不行使】　被上告人カ原審ニ於テ請求原因トシテ主張シタル事實ハ被上告人ハ訴外横山重五郎ニ對シ（一）三千圓（二）五百圓（三）千百圓以上三口合計四千六百圓ヲ利息年一割ノ約ニテ貸與シ同人所有ノ建物ニ付第一番乃至第三番抵當權ヲ取得シ之カ登記ヲ爲シタリ然ルニ同人ハ辨濟期ヲ經過スルモ右元金四千六百圓並之ニ對スル大正十年十二月以後ノ利息及損害金ヲ支拂ハサルヲ以テ之カ辨濟ヲ受クル爲右第一番抵當權ノ實行トシテ目的建物ノ競賣ヲ申立テ競賣開始決定ヲ與ヘラレ該競賣ニ於テ上告人ハ金五千五百一圓ノ競賣申出ヲ爲シ上告人ニ對シ競落許可決定アリタルニ拘ラス上告人ハ競落代金ヲ支拂ハサルニ依リ競賣裁判所ハ再競賣ヲ命シタル處該手續進行中大正十二年九月一日大震火災ノ爲目的建物ハ燒失シタリ從テ上告人ハ最初ノ競落代金五千五百一圓及手續費用ハ全部負擔シ支拂ヲ爲スヘキ筋合ナルヲ以テ被上告人ハ其ノ內競落代價ニ相當スル金五千五百一圓ノ不足額及之ニ對スル建物燒失ノ翌日ヨリ年五分ノ割合ノ損害金ノ支拂ヲ請求スト云フニ在リテ其ノ訴旨トスル所競賣法第三十二條第二項民事訴訟法第六百八十八條第五項ニ依リ不足額ノ請求ヲ爲スモノナルヤ又ハ目的物ノ滅失毀損ノ危險ハ買受人タル上告人ニ於テ負擔スヘキモノト爲シ從テ建物ノ燒失シタルニ拘ラス代金支拂ノ義務アリトシテ之カ支拂ヲ請求スルモノナルヤ將又上告人ノ義務不履行ニ因ル損害賠償ヲ請求スルモノナルヤ明瞭ナラサルモノトス然ルニ原審ハ此ノ點ヲ明ニスルコトナク漫然「本件ノ如ク競落物件タル建物カ全滅ニ歸シ再競賣ヲ實施スルコト能ハサリシ場合ノ全損モ亦競落人タル被控訴人（上告人）ニ於テ負擔シ競落代金不足額トシテ之ヲ賠償スヘキ義務アルコト勿論ナルカ故ニ云々」ト判示シ因テ以テ上告人ニ對シ敗訴ヲ言渡シタルハ適法ニ釋明權ヲ行使セサルノ違法アリ

（一五年(オ)二二三號、一五年七月二二日大一民判決、大審院判例拾遺一卷一〇一頁）

【矛盾ノ主張ト欠缺ト釋明】　被上告人ハ原審ニ於テ本件家屋等ハ上告人ヨリ金三千二百五十圓ヲ月一分ノ利息付ニテ借用セルニ際シ賣渡擔保ニ供シタルニ過キスシテ其ノ所有權ハ元ヨリ被上告人ニ存シ從テ眞實家屋ノ賃貸借契約ノ成立シタルモノニアラストナシ右三千二百五十圓ニ對スル月一分ノ利息三十二圓五十錢ハ家賃名義ノ下ニ支拂フコトヲ約シ其ノ內譯トシテ本件

土地二十八番地上ノ建物ニ對スル賃料ヲ金六圓三十錢トシ二十七番地上被上告人居住ノ建物ノ賃料ハ殘額二十六圓二十錢ナルトコロ當時右家賃ニ相當ナル金七圓七十錢ヲ形式上ノ家賃トシ殘金十八圓五十錢ニ付テハ通又ハ控ト題スル通帳ヲ作成授受ヲ爲シタルモノトス而シテ大正十年一月中右元金ノ內ヘ四百圓ヲ辨濟シタリト主張シ原判決ハ大正十年一月中被上告人ヨリ支拂ヒタル金四百圓ノ右借用金三千二百五十圓ニ對スル一部入金ナルコトヲ判示セリ然ルニ原判決ハ其ノ前後ニ於テ乙第三號證其ノ他ノ證據ヲ綜合シ被上告人カ上告人ヨリ三千二百五十圓ヲ借受ケ其ノ利息ヲ月一分ト定メ家賃名義ヲ以テ上告人ニ支拂フヘキ約束ノ成立セルコトヲ認定セルカ故ニ右ノ如ク大正十年一月中支拂ハレタル金四百圓カ右ノ三千二百五十圓ニ對スル一部入金ナリトセハ其ノ辨濟後ニ於ケル利息即所謂名義上ノ家賃モ減縮セラルヘキハ當然ナリト云ハルヘカラス然ルニ原判決カ右證據トシテ援ケル乙第三號證ニヨレハ毫モ其ノ變更アルコト見ヘス即大正十年二月以後ニ於テモ其ノ以前ニ於ケルト同額ノ利息ノ支拂ハレタルコト明ニシテ減縮セラレタルコト見ヘス斯ノ如クンハ被上告人ハ一面ニ於テ大正十年一月中三千二百五十圓ノ元本中ニ四百圓ヲ辨濟シタリト主張シナカラ他ノ一面ニ於テ本件家賃ハ實質上三千二百五十圓ノ利息ニシテ乙第三號證ノ如ク支拂ヒタリトシテ之ヲ提出セルハ畢竟元本ノ內金ヲ辨濟シタルモ其ノ後尙辨濟前ト同額ノ利息ヲ支拂ヒタリト云コトニ歸シ被上告人ノ主張ハ相矛盾セルカ故ニ之ヲ釋明明確ナラシメ其ノ當否ヲ判斷セサルヘカラサルニ原判決カ漫然被上告人ノ主張ヲ容認シ以テ上告人ノ請求ヲ排斥シタルハ違法ナリ

（一四年（オ）九四九號、一五年四月一七日大三民判決、大審院判例拾遺一卷六三頁）

【釋明權不行使】　被上告人カ原審ニ於テ請求原因トシテ主張シタル事實ハ被上告人ハ訴外横山重五郎ニ對シ（一）三千圓（二）五百圓（三）千百圓以上三口合計四千六百圓ヲ利息年一割ノ約ニテ貸與シ同人所有ノ建物ニ付第一番乃至第三番抵當權ヲ取得シ之カ登記ヲ爲シタリ然ルニ同人ハ辨濟期ヲ經過スルモ右元年四千六百圓並之ニ對スル大正十二年十二月以後ノ利息及損害金ヲ支拂ハサルヲ以テ之カ辨濟ヲ受クル爲右第一番抵當權ノ實行トシテ目的建物ノ競賣ヲ申立テ競賣開始決定ヲ與ヘラレ該競賣ニ於テ上告人ハ五千五百一圓ノ競賣申出ヲ爲シ上告人ニ對シ競落許可決定アリタルニ拘ラス上告人ハ競落代金ヲ支拂ハサルニ依リ競賣裁判所ハ再競賣ヲ命シタル處該手續進行中大正十二年九月一日大震火災ノ爲目的建物ハ燒失シタリ從テ上告人ハ最初ノ競賣代金五千四百一圓及手續費用ハ全部負擔シ支拂ヲ爲スヘキ筋合ナルヲ以テ被上告人ハ其ノ內競落代價ニ相當スル金五千五百一圓ノ不足額及之ニ對スル建物燒失ノ翌日ヨリ年五分ノ割合ノ損害金ノ支拂ヲ請求スト云フニ在リテ其ノ訴旨トスル所競賣法第三十二條第二項民事訴訟法第六百八十八條第五項ニ依リ不足額ノ請求ヲ爲スモノナルヤ又ハ目的物ノ滅失毀損ノ危險ハ買受人タル上告人ニ於テ負擔スヘキモノト爲シ從テ建物ノ燒失シタルニ拘ラス代金支拂ノ義務アリトシテ之カ支拂ヲ請求スルモノナルヤ將又上告人ノ義務不履行ニ因ル損害賠償ヲ請求スルモノナルヤ明瞭ナラサルモノトス然ルニ原審ハ此ノ點ヲ明ニスルコトナク漫然「本件ノ如ク競落物件タル建物カ全滅ニ歸シ再競賣ヲ實施スルコト能ハサリシ場合ノ全損モ亦競落人タル被控訴人（上告人）ニ於テ負擔シ競落代金不足額トシテ之ヲ賠償スヘキ義務アルコト勿論ナルカ故ニ云々」ト判示シ因テ以テ上告人ニ對シ敗訴ヲ言渡シタルハ適法ニ釋明權ヲ行使セサルノ違法アリ

（一五年（オ）二二三號、一五年六月一日大一民判決、法律新聞二五九五號三頁）

【建物ノ意義解釋誤認】　上告人（控訴人）カ本訴請求ノ原因トシテ第一審以來主張シタル所ハ上告人ハ本件建物ヲ建築シ原始的ニ其ノ所有權ヲ取得シタル處上告人不知ノ間ニ訴外平手銀太郎カ該建物ヲ訴外宮坂橋松ノ所有ナリトシテ之ニ付抵當權實行ノ爲競賣ノ申立ヲ爲シ被上告人カ之ヲ競賣シタルハ上告人ノ所有權ヲ侵害シタルモノナリト云フニ在ルコト訴狀及口頭辯論調書ニ依リテ明ナリ而シテ上告人カ本件建物ヲ建築シ原始的ニ其ノ所有權ヲ取得シタリト云フハ當初ヨリ上告人自ラ建築業者ヲシテ建物ヲ建築セシメタリトノ趣旨ナルカ或ハ他人カ之ニ建物ノ建築ヲ請負ハシメタルモ未タ完成セサル間ニ上告人カ組立ラレタル建築材料ヲ買取リ新ナル材料ヲ附加シテ建物ヲ完成セシメタリトノ趣旨ナルヤ判明ナラスト雖若後ノ趣旨ナリトセン乎上告人ハ原審ニ於テ其ノ主張事實ヲ證スル爲ノ證據ヲ提出シタルモノト謂ハサルヲ得ス何トナレハ證人吉田光太郎ハ「宮坂橋松ハ大正十一年中ニ木造瓦葺二階建居宅及總圍ヲ造リ掛ケタルモ未完成中ニ角田（上告人）ニ賣却シタリ其ノ時ハ建物ハ屋根丈ケハ葺ケテ居リ壁ハ塗テアリマセンテシタ其ノ後角田ハ模樣替ヲシテ建物ヲ完成シ完成後之ヲ他人ニ貸シタト云ヒ居タル旨」證言シ上告人ハ其ノ證言ヲ引用シタルコト原審記錄ニ依リ明ニシテ木材ヲ組立地上ニ定着セシメ屋根ヲ葺キ上ケタルノミニテハ未タ法律上建物トナリタリト云フコトヲ得サルヲ以テ其ノ證言ハ建物ノ原始的取得ニ關スル上告人ノ主張ニ符合スルモノナレハナリ然ルニ原院カ上告人ノ主張ヲ釋明セシメス漫然木材ヲ組立土地ニ定着セシメ屋根ヲ葺キ上ケタルノミニテモ建物ト云フヲ妨ケサルモノナレハ右ノ證言ニテハ上告人カ建物ヲ買受ケタル事實ヲ證シ得ルニ止マリ建物ヲ建築シ原始的ニ所有權ヲ取得シタル事實ヲ證スルニ足ラスト判斷シタルハ釋明權ノ行使ヲ怠リ且建物ニ關スル解釋ヲ誤リ以テ證據ヲ誤認シタルハ不法アリ

（一四年（オ）六五九號、一五年二月二二日大一民判決、法律新聞二五四七號一五頁）

【引取契約ト辨濟擔保ノ意義不判示】　原判決ノ確定スルトコロニ依レハ被上告人ハ上告人ニ對シ電話加入權ヲ賣渡シ其ノ代金中二千圓ヲ目的トシテ準消費貸借ヲ締結シタリ是即本件債權ナリト云フニアリ之ニ對シ上告人ノ主張スルトコロハ假ニ右ノ如キ貸借成立シタリトスルモ前叙加入權ハ更ニ上告人ヨリ被上告人ニ對シ金二千圓ヲ以テ賣戻サレタルヲ以テ本訴債權ハ此ノ債權ト之ヲ相殺ス假ニ此ノ相殺理由無シトスルモ上告人ニシテ前記代金ヲ支拂ハサルトキハ右ノ加入權ヲ二千圓ト見積リ代金ノ支拂ニ代ヘ被上告人ニ於テ引取ルヘキ旨ノ契約アリ此ノ約旨ハ實行セラレタルカ故ニ本訴債權ハ已ニ消滅シタリト云フニアリ此ノ主張ヲ一見スルトキハ恰モ賣戻ト引取契約ト二個ノ取引アルモノノ如シト雖實ハ爾ラス事實トシテハ唯乙第二號證記載ノ一個ノ契約アルニ過キス上告人ハ先ツ之ヲ解シテ賣戻ナリト爲シ以テ相殺ヲ主張シ姑ク此ノ解釋ヲ當ラストセハ這ハ一定ノ評價ヲ以テ加入權ヲ引取リ以テ債務ノ辨濟ニ充ツル約旨ニ外ナラサルモノト解シ此ノ約旨ノ實行ニ因ル債權ノ消滅ヲ主張スルモノナリ即之ヲ要スルニ上告人ノ二個ノ假定抗辯ナルモノハ畢竟前記契約ノ趣旨如何ト云フ一ノ事實上ノ推測ニ訴ヘテ其ノ當否ヲ決スヘキ問題ニ外ナラス約旨ハ固ヨリ一アリテ二アルヘカラス今原裁判所ハ如何ニ之ヲ確定シタリヤ「前記乙第二號證ハ本件電話加入權ヲ以テ前示準消費貸借ニ基ク被控訴人ノ債務ノ擔保ト爲スヘク作成セラレタリト認ムルヲ妥當トナス」ト云ヘルニ非スヤ夫擔保ト云フ語ノ意義ハ廣シ一般ノ用例トシテハ所謂物上擔保對人擔保ハ勿論夫ノ賣渡擔保ナルモノモ信託的讓渡ナルモノモ將タ買戻約款附賣買モ或ハ手形ノ授受モ總テ之ヲ擔保ト稱シテ怪マス要スルニ人的擔保ノ外ハ或財產權ノ價額ヲ以テ或債務ノ辨濟ニ充ツル權能ヲ債權者ニ付與スル場合ヲ汎稱ス

ルモノニ外ナラス上告人ノ第二ノ假定抗辯タル引取契約ノ如キ必シモ所謂擔保ノ範類ニ屬セスト云フヘカラス而モ原裁判所ハ乙第二號證ヲ解シテ擔保契約ナリト爲シナカラ前記引取契約ニ至リテハ之ヲ認ムヘキ何等ノ確證無シト云ヘリ這ハ抑如何ナル意味ニ擔保ト云フ語ヲ用ヒテ則チ爾リシヤ片言双辭ノ此ノ說明ニ及ヘルモノアルヲ見ス此ノ點ニ於テ原判決ハ瑕瑾アリ

（一五年(オ)四一七號、一五年八月二八日大三民判決、法律新聞二六二一號一六頁）

【取立ノ爲債權讓渡ト其後ノ債務トノ相殺權ニ關スル誤認】　債權讓渡ノ當事者ノ目的カ債權ノ取立ヲ爲スニ存スル以上單ニ讓受人ニ同人ノ名ヲ以テ債權ヲ行使スル權能ヲ授與スルノ方法ニ依リテ其ノ目的ヲ達シ得ルカ故ニ當事者ノ意思ハ寧ロ此ノ如キ權能ヲ與フルニ在リト解スヘク從テ讓受人カ讓受ニ係ル債權ヲ行使スルニ當リテモ讓渡人ハ尙其ノ債權ニ付處分權ヲ失ハサルモノナレハ債務者カ讓渡ノ通知ヲ受ケタル後ト雖讓渡人ニ對シ相殺ヲ對抗シ得ヘキ事由ヲ生シタルトキハ讓受人ニ對シテモ之ニ依リ相殺ヲ主張シ得ヘキモノト解スヘシ然ラハ原審カ本訴債權カ取立ノ目的ヲ以テ訴外小林壽市ヨリ被上告人（被控訴人原告）ニ讓渡セラレタルモノナルコトヲ認定シタルニ拘ラス讓受人ト債務者トノ關係ニ於テハ單純ナル讓渡ト其ノ救果ヲ同フスルモノト認メ債務者カ讓渡ノ通知ヲ受ケタル後讓渡人ニ對シ生シタル事由ヲ以テ讓受人ニ對抗スルコトヲ得サルモノトシテ相殺ノ抗辯ヲ排斥シ上告人（控訴人、被告）ニ敗訴ヲ言渡シタルハ本件債權讓渡ノ性質ヲ誤解シタル違法アリ

（一五年(オ)一一九號、一五年七月二〇日大二民判決、法律新聞二五九四號一三頁）

【書面ニ依ル贈與ト前審判決ノ誤斷】　贈與ノ有效ナルカ爲ニハ書面ヲ要スルコト勿論ナリト雖其ノ書面ナルモノニハ必スシモ贈與ト云フ辭句ノ明記アルコトヲ要セサルハ云フヲ俟タサルノミナラス其ノ無償ナルコトカ書面自體ニ表現セルコトスラ之ヲ必要トセス唯自己ノ財產ヲ相手方ニ取得セシムル意思タニ書面自體ノ上ニ表示セラレアルトキハ縱令ソレト共ニ書面上ニハ其ノ對價アルコトノ記載ヲ存スルモ此ノ點ハ他ノ證據資料ニ基キ當事者ノ意思ハ實ハ無償トスルニアリシコトノ認メ得ラルル以上是亦民法第五百五十條ニ所謂書面ノ贈與ニ外ナラス這ハ當院判例（大正三年(オ)一六號同年十二月二十五日言渡）ノ趣旨ニ照シテ知リ得ラルルトコロナリ然ラハ則チ之ト反對ノ見解ノ下ニ本件贈與ヲ以テ書面ニ依ラサルモノト爲シ以テ被上告人ノ抗辯ニ係ル取消ヲ有效ナリト判定シタルハ違法トス

（一四年(オ)六〇一號、一五年四月七日大三民判決、法律新聞二五六〇號九頁）

【子ノ財產管理ト租稅ノ相殺不當】　善意ノ占有者トシテ果實取得ノ權利ヲ有スル者ノ如キハ租稅ノ如キ占有物ノ運常ノ必要費ヲ負擔スヘキハ民法第百九十六條第一項但書ノ規定ニ依テ明ナル所ニシテ又民法第八百九十條ニ依レハ親權者カ子ノ財產管理ノ計算ヲ爲ス場合ニ於テ其ノ子ノ養育及財產ノ管理費用ハ管理財產ノ收益ト相殺シタルモノト看做ス旨ヲ規定スルヲ以テ租稅ノ如キハ財產ノ管理費用トシテ當然其ノ子ノ財產ノ收益ト相殺セラレタルモノト看做サルヘシト雖原判決ハ附帶被上告人ノ先々代友吉カ大正元年以降十ケ年間本件土地ヲ使用收益シタルハ何等法律上ノ權限ナク又其ノ權限ナキコトヲ知リテ之ヲ爲シタルモノナル事實ヲ認定シタルモノニシテ友吉カ善意ノ占有者トシテ又ハ親權者トシテ本件土地ヲ使用收益シタル事實ヲ確定シタルモノニ非ス然ラハ友吉ハ本件土地ヨリ生シタル收益全部即原判決ノ認定シタル玄米五十六石七斗六升四合ヲ返還スル義務ヲ負擔スルモノニシテ假令友吉ニ於テ本件土地ノ租稅其ノ他ノ公課ヲ支出シタル事實アリトスルモ別ニ其ノ費用ノ償還ヲ請求スル權利ヲ有スル筋合

ニシテ右收益ノ返還ヲ請求スル場合ニ收益ヨリ納稅額ヲ當然控除スヘキニアラサルナリ、然ラハ原判決カ論旨摘錄ノ如ク判示シ本件不當利得ノ請求ニ付其ノ數額ヲ計算スルニ方リ納稅金額ヲ一石金三十圓ノ割合ヲ以テ換算シタル玄米五石五斗八升ノ控除ヲ命シタルハ失當ナリ

（一五年(オ)三八號、一五年五月二四日大一民判決、法律新聞二五七五號一五頁）

【土地冒認ト所有者ノ賠償請求權ノ範圍】　登記セラレタル土地所有權ニ付所有者名義ノ文書ヲ僞造シテ自己ノ所有名義ニ所有權移轉登記手續ヲ爲シ更ニ之ヲ他人ニ賣買シテ其ノ登記ヲ爲シタル者アリトスルモ土地所有者ハ之カ爲其ノ所有權ヲ喪失スルモノニアラス自カラ物上請求權ヲ行使シテ其ノ登記名義ヲ自己ニ回復シ得ヘキモノナレハ右違法行爲者ニ對シ登記名義ノ變動ニ因リ所有權ニ生シタル損害ニ付テハ之カ賠償ヲ請求シ得ルモ土地所有權ヲ喪失シタリトシテ所有權ノ價格ニ相當スル損害ノ賠償ヲ請求シ得ルモノニアラス、然ルニ原審ハ上告人カ本件土地ノ所有者タル被上告人名義ノ文書ヲ僞造シテ本件土地ノ所有名義ヲ登記簿上自己ニ移轉セシメ更ニ訴外人ニ之ヲ賣買シテ其ノ登記手續ヲ爲シタル事實ヲ認定シ上告人ハ最早被上告人ヲシテ登記簿上ノ所有名義ヲ回復セシメ得サルモノナリトノ理由ニ依リ直ニ土地所有權ヲ喪失セシメタル場合ト同樣ニ被上告人ハ本件土地ノ全價格ニ相當スル損害ヲ蒙リタルモノト判定シ被上告人ノ本訴請求ヲ許容シタルハ不法トス

（一四年(オ)八九一號、一五年一〇月一二日大二民判決、法律新聞二六三一號一四頁）

【有價證券移轉無效ト前判決不當】　記名有價證券ノ權利者カ任意ニ其ノ證券ノ名義書換ニ必要ナル處分承諾書及白紙委任狀ヲ作成シ之ヲ證券ニ添付シテ他人ニ交付シタル片ハ證券ノ權利者ハ爾後其ノ證券及添附書類ヲ善意無過失ニテ取得シタル第三者ニ對シテハ當初證券及添附書類ヲ交付シタル理由ノ如何ニ拘ラス其ノ證券ニ付承諾書若ハ委任狀ニ記載補充セラレタル處分行爲ヲ爲シタルモノト看做サルル商慣習アル場合ニ於テハ記名有價證券ノ善意取得者ハ右ノ商慣習ニ依リ保護ヲ受クルコトアリト雖添付セラレタル委任狀及處分承諾書カ眞正ニ成立セサルカ又ハ其ノ證券及附屬書類ノ受授カ正當權利者ノ任意ニ出テサルカ如キ場合ニ在リテハ叙上ノ商慣習ニ依ル保護ヲモ受クルコトヲ得ス、原判決カ本件國庫證券ハ上告人名義ノ記名證券ニシテ上告人ハ當初之ヲ訴外石崎彥五郎ニ同人ハ之ヲ訴外片山儀長ニ儀長ハ更ニ之ヲ訴外三村貞吉ニ順次貸與シタル所貞吉ハ訴外船引信示ニ對シテ債務ノ擔保ノ爲權利質ヲ設定シ其ノ質權ノ目的トシテ上告人名義ノ白紙委任狀及同處分承諾書ヲ僞造シ本件國庫證券ト共ニ之ヲ同訴外人ニ交付シタル事實及同訴外人カ質權者トシテ右質權實行ノ爲之カ競賣ヲ執達吏ニ委任シ被上告人ニ於テ該證券ヲ競落取得シタル事實ヲ確定シタルニ拘ラス訴外船引信示ハ商法第二百八十二條及第四百四十一條ニ則リ適法ナル質權ヲ取得シタルモノト爲シ又被上告人ハ右規定ニ依リ原始的ニ本件國庫證券ノ所有權ヲ取得シタルモノト爲シタルハ失當トス

（一四年(オ)一〇七一號、一五年三月五日大二民判決、法律新聞二五四九號九頁）

【不法行爲ト侵害ノ對象】　不法行爲トハ法規ノ命スルトコロ若ハ禁スルトコロニ違反スル行爲ヲ云フ斯ル行爲ニ因リテ生シタル惡結果ハ能フ限リ之ヲ除去セサルヘカラス私法ノ範圍ニ在リテハ其ノ或場合ハ債務ノ不履行トシテ救濟カ與ヘラルルコトアリ又其ノ或場合ハ絕對權ニ基ク請求權ニ依リテ救濟ヲ與ヘラルルコトアリ此等ノ場合ヲ外ニシテ別ニ損害賠償請求權ヲ認メ以テ救濟カ與ヘラルルコトアリ民法ニ所謂不法行爲トハ即此ノ場合ヲ指ス即不法行爲トハ右二

個ノ場合ニ屬セス而モ法規違反ノ行爲ヨリ生シタル惡結果ヲ除去スル爲被害者ニ損害賠償請求權ヲ與フルコトカ吾人ノ法律觀念ニ照シテ必要ナリト思惟セラルル場合ヲ云フモノニ外ナラス夫適法行爲ハ千態萬樣數フルニ勝フヘカラスト雖不法行爲ニ至リテハ寧ロ之ヨリ甚シキモノアリ蓋彼ハ共同生活ノ規矩ニ違ヒテノ行爲ナルニ反シ此ハ其ノ準繩ノ外ニ逸スルノ行爲ナレハナリ從ヒテ何ヲ不法行爲ト云フヤニ就キテ古ヨリ其ノ法制ノ體裁必シモ一ナラス或ハ其ノ一般的定義ハ之ヲ下サス唯仔細ニ個々ノ場合ヲ列擧スルニ止ムルモノアリ或ハ之ニ反シ廣汎ナル抽象的規定ヲ掲ケ其ノ細節ニ渉ラサルモノアリ又或ハ其ノ衷ヲ執リ數大綱ヲ設ケテ其ノ餘ヲ律セムトスルモノアリ吾民法ノ如キハ其ノ第二段ニ屬スルモノナリ故ニ同法第七百九條ハ故意又ハ過失ニ因リテ法規違反ノ行爲ニ出テ以テ他人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ト云フカ如キ廣汎ナル意味ニ外ナラス、其ノ侵害ノ對象ハ或ハ夫ノ所有權地上權債權無體財産權名譽權等所謂一ノ具體的權利ナルコトアルヘク或ハ此ト同一程度ノ嚴密ナル意味ニ於テハ未タ目スルニ權利ヲ以テスヘカラサルモ而モ法律上保護セラルル一ノ利益ナルコトアルヘク否詳ク云ハハ吾人ノ法律觀念上其ノ侵害ニ對シ不法行爲ニ基ク救濟ヲ與フルコトヲ必要トスト思惟スル一ノ利益ナルコトアルヘシ夫權利ト云フカ如キ名辭ハ其ノ用法ノ精疏廣狹固ヨリ一ナラス各規定ノ本旨ニ鑑テ以テ之ヲ解スルニ非サルヨリハ爭テカ其ノ眞意ニ中ツルヲ得ムヤ當該法條ニ「他人ノ權利」トアルノ故ヲ以テ必スヤ之ヲ其ノ具體的權利ノ場合ト同樣ノ意味ニ於ケル權利ノ義ナリト解シ凡テノ不法行爲アリト云フトキハ先ツ其ノ侵害セラレタルハ何權ナリヤトノ穿鑿ニ腐心シ吾人ノ法律觀念ニ照シテ大局ノ上ヨリ考察スルノ用意ヲ忘レ求メテ自ラ不法行爲ノ救濟ヲ局限スルカ如キハ思ハサルモ亦甚シト云フヘキナリ本件ヲ案スルニ上告人先代カ大學湯ノ老舗ヲ有セシコトハ原判決ノ確定スルトコロナリ老舗カ賣買贈與其ノ他ノ取引ノ對象ト爲ルハ言ヲ俟タサルトコロナルカ故ニ若被上告人等ニシテ法規違反ノ行爲ヲ爲シ以テ上告人先代カ之ヲ他ニ賣却スルコトヲ不能ナラシメ其ノ得ヘカリシ利益ヲ喪失セシメタルノ事實アラムカ是猶或人カ其ノ所有物ヲ賣却セムトスルニ當リ第三者ノ詐術ニ因リ賣却ハ不能ニ歸シ爲ニ所有者ハ其ノ得ヘカリシ利益ヲ喪失シタル場合ト何ノ擇フトコロカアル此等ノ場合侵害ノ對象ハ賣買ノ目的物タル所有物若ハ老舗ソノモノニ非ス得ヘカリシ利益即是ナリ斯ル利益ハ吾人ノ法律觀念上不法行爲ニ基ク損害賠償請求權ヲ認ムルコトニ依リテ之ヲ保護スル必要アルモノナリ原判決ハ老舗ナルモノハ權利ニ非サルヲ以テ其ノ性質上不法行爲ニ因ル侵害ノ對象タルヲ得サルモノナリト爲セシ點ニ於テ誤レリ更ニ上告人主張ニ係ル本件不法行爲ニ因リ侵害セラレタルモノハ老舗ソノモノナリト爲セシ點ニ於テ誤レリ本件上告ハ其ノ理由アリ

（一四年(オ)六二五號、一四年一一月二八日大三民判決、法律新聞二五二九號一一頁）

【親權行爲ト非不當利得】　被上告人ハ其ノ實母チエノ死亡當時僅ニ九歲其ノ後大正元年ニ至ルモ尙未成年者ニシテ其ノ家ニ在ル父友吉ノ親權ニ服スルモノタルコト明ナリ然ラハ友吉ハ親權者トシテ未成年ノ子タル被上告人ノ財産タル本件土地ヲ管理スル權利ヲ有スルヲ以テ友吉カ本件土地ノ使用收益ヲ爲スニ付當初ヨリ被上告人ニ其交渉ヲ爲スヘキ筋合ナキニ拘ラス原判決ハ論旨摘錄ノ如ク判示シ友吉カ本件土地ノ使用收益ヲ爲スニ付亡チエ遺産相續人ノ一人タル彼上告人ニ對シ當初ヨリ何等ノ交渉ヲ爲シタル事跡ナキコトノ一事ニ依據シテ友吉ニ本訴不當利得ノ責任アルコトヲ斷定シタルハ失當トス

（一四年(オ)八九一號一五年一〇月一二日大二民判決、法律新聞二六三一號一五頁）

【組合員ノ利息配當額算定基準】　各組合員ハ其ノ持分ノ割合ニ依リ利益ノ配當ヲ受クヘキハ當然ナレトモ利益ノ配當額ヲ算出スルニ方リテハ各組合員ノ組合加入ノ時期モ亦之カ計算ノ基準ト爲ササルヘカラサルハ論ヲ俟タサル所ナリ然ルニ原院ノ確定シタル各組合員ノ組合加入ノ時期ノ同一ニ非サルコト所論ノ如クニシテ各組合員ニ配當スヘキ總利益金三千四百二圓七十錢ハ大正四年七月二日ヨリ大正八年六月二十八日ニ至ル間ノ收益ナリト云フニ拘ラス原院ハ之カ配當額ヲ算出スルニ當リ組合加入ノ時期ト特別ノ割合ヲ基礎トスルコトナク單ニ持分ノ割合ノミニ依リ配當額ヲ算出シタルモノナルコト洵ニ所論ノ如クナルヲ以テ原判決ハ配當額算出ノ基準ヲ誤レル違法アリ

（一五年(オ)二三〇號一五年七月二七日大二民判決、法律新聞二六〇七號一六頁）

【敷金ノ性質】　敷金ハ賃借人カ債務ヲ擔保スル目的ヲ以テ金錢ノ所有權ヲ賃貸人ニ移轉シ不履行ナキトキ賃貸人ハ其ノ金額ヲ返還スヘク若不履行アルトキハ其ノ金額中ヨリ當然辨濟ニ充當セラルヘキコトヲ約シ授受スル金錢ナリト解スルヲ相當トス」故ニ「民法第三百六十三條以下ニ規定シタル債權質ト等ク擔保ナリト雖其ノ性質ヲ異ニシ賃借人ニ於テ先ツ延滯賃金ノ支拂ヲ爲シタル上敷金ノ返還ヲ請求スヘキモノニ非スシテ賃貸借終了ノ場合ニ賃金ノ延滯アルトキハ其ノ賃金ハ辨濟期ノ至リタル順序ニ從ヒ當然敷金中ヨリ辨濟ニ充當セラレ賃借人ハ不履行ナキコトヲ條件トシテ敷金ノ返還請求權ヲ有スルモノトス」故ニ賃借人ノ延滯賃金支拂ノ債務ハ辨濟期ノ順序ニ依リ敷金額ノ範圍內ニ於テ當然消滅スルモノニシテ賃借人ハ賃貸人ヨリ延滯賃金ノ請求ヲ受クルモ敷金返還ノ請求權ヲ以テ相殺ヲ對抗スルヲ要セス又之ヲ爲スコトヲ得サルモノトス」然ラハ本件ニ於テ被上告人（被控訴人原告）カ上告人ニ對シ大正十一年五月一日ヨリ同年七月三十一日ニ至ル延滯家賃金ノ請求ヲ爲シ上告人カ敷金返還ノ債權ヲ以テ相殺ノ抗辯ヲ爲シタルニ對シ原裁判所カ「賃借人ハ賃貸借契約終了後該契約ニ基キ負擔セル總テノ債務ヲ履行シタル後ニアラサレハ敷金ノ返還ヲ請求シ得ヘキ時期到來セサルモノナルコト敷金ノ性質上明ナルヲ以テ控訴人（上告人）操カ大正十一年五月一日以降ノ賃料不拂ナルコト前示ノ如ク當事者間ニ爭ナキ本訴ニ在リテハ賃借人タル控訴人操ノ敷金返還請求權ハ未だ其ノ辨濟期到來セス從テ右相殺ノ意思表示ハ孰レモ其ノ效力ヲ發生セサルモノナルヲ以テ右相殺ノ抗辯ハ理由ナシトシテ之ヲ排斥スルノ外ナシ」ト判示シ被上告人ノ本訴家賃金請求ヲ認容シタルハ相殺ノ抗辯ヲ排斥シタル點ニ於テ結局相當ニ歸スレトモ被上告人ノ請求ヲ認容シタル點ニ於テ敷金ノ性質ヲ誤解シタルモノトス

（一五年(オ)四九號、一五年七月二二日大一民判決、法律新聞二五八一號七頁）

【水利組合ノ灌漑排水ノ設備ト所有占有權ニ對スル非公法行爲ト無訴權判決ノ不當】　水利組合カ其ノ基本事務タル灌漑排水ニ關スル事業トシテ爲ス行爲ハ公權作用タル行政行爲ニ屬スルコト論ヲ俟タスト雖之ト同時ニ灌漑排水ノ設備ニ對スル所有權又ハ占有權ハ水利組合ニ於テ公法上ノ權力關係ニ立チテ之ヲ有スルモノニ非ス純然タル私法關係ニ於テ之ヲ有シ私人カ土地ノ工作物ヲ所有シ又ハ占有スルト同樣ノ地位ニ立ツモノナリ（大正七年(オ)第百三十五號同年六月二十九日第三民事部判決參照）而シテ本件ニ於ケル上告人ノ訴旨ハ被上告水利組合ハ水利組合法ニ準據シ設立セラレタル普通水利組合ニシテ杭瀨川ノ流水ヲ其ノ用水路ニ引入レ組合各村ノ灌漑田水ニ供シ居リ上告人ハ右用水路ニ當ル地內ニ樋ヲ設ケ右流水ヲ引用シ水車業ヲ營ミ居ルモノニシテ天明年間ヨリ現今ニ至ル迄該流水ヲ使用シ來リ毎年灌漑時期ニ相當スル六月二十

二日ヨリ九月二十日ニ至ル迄ノ間ニ旱魃等ノ爲必要ナル場合ニ限リ關係村ノ要求ニ從ヒ引水ヲ休止スルノ外自由ニ之ヲ引用シ得ル水利權ヲ有スルニ拘ラス被上告組合ハ杭瀨川引水口ニ樋ヲ設ケ大正二年三月十日以來右灌漑時期以外ハ樋管ヲ閉鎖シテ杭瀨川流水ノ流入ヲ杜絶シ上告人ヲシテ右流水ノ使用ヲ不能ナラシメ以テ損害ヲ蒙ラシメタルハ一ニ被上告組合所有ノ樋管ヲ閉鎖作用ニヨリ上告人ノ水利權ヲ侵害ヲ生セシメタルモノニシテ之カ賠償ヲ求ムルト云フニ在ルコト原判決事實摘示之ニ引用スル第一審判決事實摘示ニ徵シ明瞭ナル所ナレハ果シテ上告人主張ノ如ク上告人ニ水利權アリテ而シテ被上告組合カ上告人ノ水利權ニ對スル侵害ヲ防止スルニ足ルヘキ設計ニ適合セサル樋管設備ヲ爲シ之カ爲上告人ニ損害ヲ加ヘタルモノトセハ民法ノ不法行爲ノ適用アリ、然ルニ原審ハ普通水利組合カ設置シタル樋管ノ作用ニヨリ他人ノ私權ヲ侵害シ損害ヲ加フルモ其ノ樋管閉鎖作用ハ公權作用タル行政行爲ニ該當シ私法上ノ權利關係ヲ發生セシムルモノニ非スト爲シ且上告ノ主張カ私法上ノ請求權ノ存在ヲ主張シ之カ救濟ヲ訴求スルモノナルニ拘ラス之ヲ以テ公法上ノ請求權ヲ訴訟物ト爲スモノノ如ク解釋シ本訴ヲ不適法トシテ却下シタルハ上告人ノ主張ヲ誤解シ且法則ヲ適用セサル違法ナリ

一（一四年（オ）六三六號、一五年一二月一一日大三民判決、法律新聞二五一七號一四頁）

【有限責任社員ニ清算人ノ權利ヲ認メタルノ違法】　商法ハ合名會社解散ノ場合ニ付第八十七條第一項ニ於テ清算ハ總社員又ハ其ノ選任シタル者ニ於テ之ヲ爲スト規定ス惟フニ合名會社ニ在リテハ各社員何レモ會社ノ業務ヲ執行シ且會社ヲ代表スヘキ權利義務ヲ有スルヲ原則トシ隨テ會社解散ノ場合ニハ總社員又ハ其ノ選任シタル者ニ於テ清算ヲ爲スヲ相當トスルカ故ニ商法ハ右ノ如ク規定シタルモノナリ然ルニ合資會社ニ在リテハ無限責任社員ハ會社ノ業務執行及代表ニ付合名會社ノ社員ト同樣ノ權利權務ヲ有スルニ反シ有限責任社員ハ會社ノ業務ヲ執行シ又ハ會社ヲ代表スルコトヲ得サルモノナレハ會社解散ノ場合ニ斯ル有限責任社員カ突如トシテ清算ノ範圍內ニ於テ業務ノ執行及會社ノ代表ヲ爲スヘキ權利義務ヲ有スル清算人トナルヘキ何等相當ノ理由アルコトナシ故ニ同法第百五條ニ依リ第八十七條ノ規定ヲ合資會社ノ清算ニ準用スル場合ニ於テハ同條ニ所謂社員ハ無限責任社員ノミヲ意味シテ有限責任社員ヲ含マス乃チ合資會社解散ノ場合ニ於テハ清算ハ無限責任社員又ハ其ノ選任シタル者ニ於テノミ爲スヘキモノト解スルヲ正當トス今本件ノ場合ヲ觀ルニ上告人カ合資會社タル被上告會社ノ唯一ノ無限責任社員ニシテ有限責任社員ノ總數三十四名ナル處大正十三年七月十一日其ノ內二十二名ノ有限責任社員カ會社解散ノ合意ヲ爲シ時ニ入江米次郎、添田富吉兩名ヲ清算人ニ選任シタルコトハ原判決ノ確定シタル所ナリ然ルニ合資會社解散ノ場合ニハ無限責任社員又ハ其ノ選任シタル者ニ於テノミ清算スヘキモノナルコトハ前段說示ノ如クナルカ故ニ右ノ如ク有限責任社員カ入江米次郎、添田富吉ノ兩名ヲ清算人ニ選任スルモ其ノ選任ハ無效ナリト云フヘク隨テ右兩名ハ被上告會社ノ清算人トシテ會社ヲ代表スルコトヲ得サルモノトス去レハ右兩名ハ被上告會社ヲ代表シテ本訴ヲ提起シ之ヲ遂行スルコトヲ得サルモノナルニ拘ラス之ヲ爲シ來リタル本訴ニ於テ第一二審裁判所カ何レモ其ノ代表權ヲ認メ本案ノ裁判ヲ爲シタルハ失當ナリ

（一五年（オ）六四四號、一五年一〇月二九日大二民判決、法律新聞二六一五號五頁）

【抗辯ニ對スル判斷遺脫】　上告人カ原審ニ於テ本件債權讓渡ノ事實ヲ否認シタルモノナルコトハ原審大正十四年十月二十三日口頭辯論調書及之ニ援用セル第一審判決事實摘示ニ徵シテ明ナル所ナリ然ルニ原判決ハ右ノ點ニ關スル事實ノ摘示及判斷ヲ遺脫シタルハ違法ナリ

（一五年(オ)一三七號、一五年七月六日大二民判決、法律新聞二五九一號一三頁）

【爭アル證據ノ供用】　乙第三號證ノ三ハ上告人名義ノ委任狀ニシテ上告人ハ原審ニ於テ其ノ成立ヲ爭ヒタルカ故ニ原審ハ之ヲ事實認定ノ資料ニ供スルニハ須ラク他ノ證據ニ依リ其ノ眞正ニ成立シタルコトヲ說明セサルヘカラス然ルニ事玆ニ出テス何等他ノ證據ニ依ラス漫然其ノ成立ヲ眞正ナルモノト認メ之ヲ事實認定ノ資料ニ供シタルハ違法トス

（一四年(オ)一一〇九號、一五年五月三一日大一民判決、大審院判例拾遺一卷七八頁）

【樣ノ伐痕ト距離並ニ基點ノ不明】　原判決ハ甲第二號證（村圖面）ニ依レハ右原野（六千百四十九番イ號ヲ指ス）ハ字前田六千百四十九番ロ號及ハ號ノ畑ノ西方ニ隣接シ南北ニ長ク東西ニ短キ矩形ヲ爲シ其ノ西側線ハ前示二筆ノ畑ノ東側ノ一邊ニシテ同時ニ字八幡トノ字界線ヲ形成スル一直線ト殆ト平行ヲ爲スモノニシテ右二線間ノ距離ハ廣キトコロニ於テモ十間三尺ニ過キサルコトヲ認メ得ルモノニシテ之ヨリ推測スルトキハ控訴人ノ右原野ハ前示字界線ヨリ西方十間三尺ヲ出テサル範圍內ニ於テ存在スルモノナルコトヲ知ルヘク」ト判示シ次テ「檢證ノ結果ニ徵スレハ係爭樣ノ伐根ハ前示字界線ヨリ西方十一間ノ垂直距離ニ在ルコトヲ認メ得ルヲ以テ云々係爭樣ハ控訴人ノ所有ニアラスト推認ス」ト斷シ之ヲ前提トシテ上告人ノ請求ヲ排斥シ去リタリ然レトモ原審判示ニ所謂字八幡トノ字界ハ當該檢調書面上何レノ地點ニ存在スルヤ其ノ記載ニ依リテ到底之ヲ明ニスルヲ得ス原判決ハ當該檢證調ニ於ケル（ノ）點ト伐根（ヌ）トノ距離十一間ナリトノ記載ニ據リ前示ノ如ク係爭樣ノ伐根ハ字界線ヨリ十一間ノ地點ニ在ルモノト認定シタルカ如タナルモ右距離測定ノ基點タルノ（ノ）地點カ字界線上ニ存ストノコトハ原審ノ口頭辯論ニ現ハレタル形迹アルコトナク又素ヨリ當該檢證調査ニ依リテモ之ヲ確知シ難キモノニ屬ス斯ノ如ク前示伐根トノ距離測定ノ基點タル（ノ）ノ地點カ字八幡トノ字界線上ニ存在スルコトノ不明ナル以上ハ（ノ）ノ地點ト伐根トノ距離ハ縱令十一間ナリトスルモ之ヲ以テ直ニ字界ト伐根トノ距離ナリト速斷スルハ早計ナリ原審ハ須ク先ツ（ノ）ノ地點カ右字界線上ニ存在スルコトヲ確定シタル上伐根トノ距離如何ニ及フヘキモノタリシニ事玆ニ出テス右存否不明ノ儘漫然前示ノ如ク認定シタルハ到底審理不盡理由不備ノ不法アリ

（一五年(オ)九〇號、一五年五月一九日大三民判決、大審院判例拾遺一卷七五頁）

【客觀的相當地代ト特別ナル事情ニヨル相當地代】　土地ノ賃貸借ニ付當事者カ目的地ノ繁榮又ハ地價騰貴等ノ事由ノ發生ニ伴ヒ相當額迄地代ヲ增額シ得ヘキコトヲ特約シ該事由ノ發生シタル場合ニ於テ當事者間ニ相當地代ヲ定ムルニ付テハ特別ノ事情ナキ限リ從來ノ地代當事者相互ノ關係ノ他諸般ノ事情ヲ斟酌スヘク從テ其ノ數額ハ該地ヲ新ニ賃借スルニ付定ムヘキ客觀的相當額ニ比シ多少低廉ナルコトアルハ實驗則上明ナル所ナリ左レハ右ノ如キ場合ニ賃貸人カ其ノ義務ニ違背シ賃借人ヲシテ目的地ヲ使用セシメサルニ於テハ賃借人ハ其ノ使用ヲ爲ン得サル賃借期間中少クトモ該地ノ客觀的相當地代ト當事者間ニ定メ得ヘキ相當地代トノ差額ニ相當スル損害ヲ被ルモノト謂ハサルヘカラス而シテ本件ニ付原審ハ當事者間ノ土地賃貸借ニ於テ叙上ノ如キ地代增額ニ關スル特約アル事實並賃貸人タル被上告人カ其ノ義務ニ違背シ賃借人タル上告人等ヲシテ目的地ヲ使用スルコトヲ得サラシメタル事實ヲ認メ且賃貸地ノ地代ヲ增額スヘキ事由ノ發生シタル事實ヲ假定セルニ拘ラス原審ハ前示實驗則ヲ顧慮セス前叙ノ如キ地代增額ニ關スル特約アルニ於テハ賃貸人ハ常ニ客觀的相當額迄增額シ得ヘキモノナリトノ見解ノ下ニ上告人等カ使用スルコトヲ得サル賃借期間內ニ於ケル賃借地ノ相當地代カ（客觀的）當事者間約

定ノ地代ヨリ多額ナリトスルモ當事者間ニハ叙上ノ特約アリテ被上告人ハ隨時右相當額迄地代ヲ增額スルコトヲ得ヘキヲ以テ該金額ノ地代ヲ支拂フコトハ上告人等ノ避タヘカラサル義務ニ屬スル旨說示シ何等特別ノ事情ヲ說明スルコトナク單ニ右ノ理由ニ依リ上告人等ハ當然容觀的相當地代ヲ支拂フノ義務ヲ負擔シ從テ被上告人ノ義務違背ニ因リ目的地ヲ使用スルコトヲ得サルモ前示差額ニ相當スル損害ヲ被ルコトナシトシ以テ上告人等ノ請求ヲ棄却シタルハ違法ニシテ論旨ハ結局其ノ理由アリ

（一五年(オ)六七號、一五年五月一〇日大一民判決、大審院判例拾遺一卷七一頁）

【主張事實ト遺脫】　原判決事實摘示及原審口頭辯論調書ニ依レハ上告人ハ原審ニ於テ本件賣買契約成立前ナル大正五年七月二日訴外沖見初炭鑛株式會社ト被上告人ノ前主三隅奈一トノ間ニ右會社カ採炭事業ヲ終了スル迄該事業ノ爲本件土地ヲ使用セシムヘキ旨ノ契約締結セラレアリテ土地ノ所有者交替スルモ鑛業法ノ規定ニ依リ新所有者ハ前者ノ契約上ノ義務ヲ負擔スルコトトナリ本件土地ハ曩レタル瑕疵ヲ有シ到底上告人ハ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサル所ナルニ右事實ヲ了知セスシテ本件賣買契約ヲ締結シタルカ故ニ之ヲ理由トシテ契約ヲ解除シ既ニ被上告人ニ支拂ヒタル賣買代金ノ返還ヲ求ムト主張シタルコト明瞭ナル所ナリ而シテ訴外沖見初炭鑛株式會社ト被上告人ノ前主三隅清一トノ間ニ鑛業法ノ規定ニ依リ本件土地ノ承繼者ヲ禰東スルカ如キ本件土地使用ニ關スル契約アリトセハ上告人カ本件契約締結當時該事實ヲ了知シ居リタルヤ否ヤノ點ニ付之カ審査ヲ爲スヘキ筋合ナルニ拘ラス此ノ點ニ付何等ノ判斷ヲ爲スコトナクシテ本件解除ヲ失當ナリト斷シ上告人ノ本訴請求ヲ排斥シタルハ明ニ上告人ノ主張ヲ遺脫シテ事實ヲ認定シタル不法アリ

（一四年(オ)九五九號、一五年四月二日大二民判決、大審院判例拾遺一卷五五頁）

【立木ノ賣買ト過失責任ノ不考察】　立木ハ其ノ定着スル土地ト離レテ各別ニ讓渡ノ目的ト爲スコトヲ得ヘキヲ以テ立木カ何人ノ所有ニ屬スルヤハ立木ソノモノニ就キ考察スヘキモノトス故ニ立木ヲ買受ケ伐採シタルニ偶々該立木カ第三者ノ所有ニ屬シタル事實アリタレハトテ買受人ニ於テ賣主ノ所有ニ屬スルコトヲ信シタル事情アル以上ハ其ノ立木ノ生立セル土地ノ登記簿ヲ閱覽シ該土地カ何人ノ所有ニ係ルヤ調査セサリシ一事ヲ以テ直ニ過失アリト謂フヲ得サルハ勿論ナリトス然ルニ原審ニ於テ上告人カ訴外小笠原正六ヨリ買受ケ伐採シタル係爭杉立木ノ生立セル土地ハ被上人先代ノ所有ニシテ之カ登記ヲ爲セルニヨリ該立木モ亦同人ノ所有ニ屬スルモノト認メ而ツテ上告人カ右土地ノ登記簿ヲ閱覽スレハ係爭立木ノ所有者判明スルニ拘ラス之カ手續ヲ採ラサリシハ過失ナリトシ因テ以テ上告人ニ不法行爲ノ責任ヲ負擔セシメタルハ失當ナリト謂ハサルヘカラス尤モ原審ハ證人菊池千助、伊藤床吉ノ證言ヲ援用シ上告人カ係爭立木ヲ伐採セントスルニ當リ事情ノ存スルモノアルヲ以テ伐採セサルコトヲ注意シタルニ拘ラス上告人ニ於テ强テ伐採シタル事迹アルコトヲ判示シタリト雖所謂事情トハ如何ナルコトヲ指示スルヤ具體的ニ其ノ事實ヲ說示セサルニヨリ上告人カ證人等ノ注意ニ應セサリシハ果シテ過失ニ出テタルヤ否ヲ知ルニ由ナシ要スルニ原判決ハ不法ニ上告ノ責任ヲ認メタルカ若ハ理由ヲ具ヘサル違法アリ

（一二年(オ)一〇〇六號、一五年四月八日大一民判決、大審判例拾遺一卷五六頁）

【矛盾ノ主張ト釋明ノ欠缺】　被上告人ハ原審ニ於テ本件家屋等ハ上告人ヨリ金三千二百五十圓ヲ月一分ノ利息付ニテ借用セルニ際シ賣渡擔保ニ供シタルニ過キスシテ其ノ所有權ハ元ヨリ

被上告人ニ存シ從テ眞實家屋ノ賃貸借契約ノ成立シタルモノニアラストナシ右三千二百五十圓ニ對スル月一分ノ利息三十二圓五十錢ハ家賃名義ノ下ニ支拂フコトヲ約シ其ノ內譯トシテ本件土地二十八番地上ノ建物ニ對スル賃料ヲ金六圓三十錢トシテ二十七番地上被上告人居住ノ建物ノ賃料ハ殘額二十六圓二十錢ナルトコロ當時右家賃ニ相當ナル金七圓七十錢ヲ形式上ノ家賃トシ殘金十八圓五十錢ニ付テハ通又ハ控ト題スル通帳ヲ作成授受ヲ爲シタルモノトス而シテ大正十年一月中右元金ノ內ヘ四百圓ヲ辨濟シタリト主張シ原判決ハ大正十年一月中被上告人ヨリ支拂ヒタル金四百圓ノ右借用金三千二百五十圓ニ對スル一部入金ナルコトヲ判示セリ然ルニ原判決ハ其ノ前後ニ於テ乙第三號證其ノ他ノ證據ヲ綜合シ被上告人カ上告人ヨリ三千二百五十圓ヲ借受ケ其ノ利息ヲ月一分ト定メ家賃名義ヲ以テ上告人ニ支拂フヘキ約束ノ成立セルコトヲ認定セルカ故ニ右ノ如ク大正十年一月中支拂ハレタル金四百圓カ右ノ三千二百五十圓ニ對スル一部入金ナリトセハ其ノ辨濟後ニ於ケル利息即所謂名義上ノ家賃モ減縮セラルヘキハ當然ナリト云ハサルヘカラス然ルニ原判決カ右證據トシテ授ケル乙第三號證ニヨレハ毫モ其ノ變更アルコト見ヘス即大正十年二月以後ニ於テモ其ノ以前ニ於ケルト同額ノ利息ノ支拂ハレタルコト明ニシテ減縮セラレタルコト見ヘス斯ノ如クンハ被上告人ハ一面ニ於テ大正十年一月中三千二百五十圓ノ元本中ニ四百圓ヲ辨濟シタリト主張シナカラ他ノ一面ニ於テ本件家賃ハ實質上三千二百五十圓ノ利息ニシテ乙第三號證ノ如ク支拂ヒタリトシテ之ヲ提出セルハ畢竟元本ノ內金ヲ辨濟シタルモ其ノ後尙辨濟前ト同額ノ利息ヲ支拂ヒタリト云フニ歸シ被上告人ノ主張ハ相矛盾セルカ故ニ之ヲ釋明明確ナラシメ其ノ當否ヲ判斷セサルヘカラサルニ原判決カ漫然被上告人ノ主張ヲ容認シ以テ上告人ノ請求ヲ排斥シタルハ違法トス

（一四年(オ)九四九號、一五年四月一七日大三民判決、大審院判例拾遺一卷六一頁）

【家屋賃貸借保證ノ範圍】　保證人ハ主タル債務ノ履行ヲ擔保スルモノナルカ故ニ特約ヲ以テ制限セサル限リハ主タル債務ノ不履行ニ因リ生シタル損害賠償義務ニ付テモ保證人トシテ其ノ責ニ任スヘキモノナルコト民法第四百四十八條ノ規定ニ徵シ疑ナキ所ナリ而シテ家屋ノ賃貸借ニ付賃貸借人ノ義務ヲ保證シタル者ハ特約ヲ以テ除外セサル限リ賃料支拂ノ義務ノミナラス賃貸借終了後賃貸借ノ目的物返還ノ義務ヲモ保證スルモノナレハ該目的物返還義務ノ不履行ニヨリ主タル債務者カ負擔スル損害賠償義務ニ付保證人トシテ其ノ責ニ任スヘキモノト云ハサルヘカラス然レハ主タル債務者カ本件家屋返還義務ノ不履行ニ因リ上告人ニ對シ損害ヲ蒙ラシメタルモノアリトセハ被上告人ヲシテ其ノ責ニ任セシムヘキモノナルニ拘ラス原審ハ家屋賃貸借契約ニ付保證ヲナシタル者ハ特約ナキ限リ該契約存續中ニ於ケル延滯賃料ニ付其ノ責ニ任スヘク契約終了後ニ於ケル損害金ニ付テハ保證ノ義務ナシト說明シ上告人ノ立證ニ依テハ特約ヲ以テ契約終了後ニ於ケル損害金ヲ保證シタル事實ヲ認定スルニ足ラストナシ本件賃貸借終了後ニ於ケル主タル債務者ノ賃貸借ノ目的物返還義務不履行ニ因ル損害賠償義務ニ付保證人タル被上告人ニ對シ其ノ支拂ヲ求メタル上告人ノ請求ヲ排斥シタルハ不法ナリ

（一四年(オ)一一五二號、一五年四月二七日大二民判決、大審院判例拾遺一卷六六頁）

【證據ニ基カサル事實認定】　原院ハ上告人先代ノ盡力ニ依リ被上告人カ支那山東鐵道沿線ニ於テ支那人劉晋甫及安厚村名義ヲ以テ同國政府ヨリ石炭採掘權ヲ獲得シタルコト及右鑛業經營ニ因リ利益アリタルトキハ上告人先代ニ相當ノ分與ヲ爲スヘキコトヲ約シ其ノ後被上告人ハ前示劉晋甫及營象坤等ト共ニ鑛業經營ニ關スル日支合辨契約ヲ締結スルニ至リタル所大正七年八

月中右合辨契約上ノ權利其ノ他ノ關係ヲ犬塚信太郎、岡崎忠雄ノ兩人ニ讓シ之カ對價トシテ金十萬圓ヲ所得シタルコトヲ認メ而モ被上告人ハ右讓渡以前ニ於テ前示鑛業ニ關スル費用トシテ劉晋甫及管象坤等ニ金七萬六千萬餘圓ヲ交付シ尙其ノ他ノ費用ニ多額ノ出捐ヲ爲シ其ノ額十萬圓餘ニ上リシ爲右事業ニ付テハ結局被上告人ハ何等利益スル所ナク却テ損害ニ歸シタル事實ナリト判斷シ因テ以テ上告人先代ノ請求ヲ排斥シタリ然レトモ原院カ右判斷ノ資料ニ供シタル證人本多徹、井上源太郎ノ各證言及乙第三號乃至同第十一號證ノ各一ヲ綜合考覈スルモ遂ニ被上告人カ十萬圓餘ノ出費ヲ爲シタル事實ヲ認ムルコトヲ得ス然ラハ原院ハ證據ニ基カスシテ架空ニ事實ヲ認定シタル不法アリ

（一四年(オ)六三二號、一四年三月二二日大一民判決、大審院判例拾遺一卷五〇頁）

【事實認定ノ違法】　原院ニ於テ上告人ハ訴外箕浦義男カ被上告人ニ對シ本件石炭ヲ賣渡シ其ノ代金債權ヲ有セシ處上告人ハ之ヲ讓受ケ其ノ支拂ヲ請求スル旨ヲ主張シ又被上告人ハ義男カ訴外松井重信ト商議ノ末共同シテ榎木山石炭ヲ販賣スルコトトナリタル旨ヲ主張シタルニ止マリ義男カ被上告人及重信ト共同シテ石炭ノ販賣業ニ從事スヘキコトハ當事者双方ノ主張セサル所ナルハ原判決ニ引用セル第一審判決ノ事實摘示ニ依リ明ニシテ被上告人ノ援用セル大正十四年四月二十一日附上告人辯論補充申立書ノ記載ハ義男カ石炭販賣ノ共同經營ヲ爲スモノトセハ重信ト爲サンヨリハ被上告人ト共同シテ爲シタルヘキ事情ヲ述ヘタルニ過キサルモノトス然ルニ原院カ「箕浦ハ被控訴人（被上告人）及松井重信等ト共同シテ山松商會ノ名ノ下ニ石炭ノ販賣業ニ從事スヘク本件石炭ヲ大阪ニ向ケ送付シ自ラ同地ニ赴キ松井等ト共ニ該石炭ノ販賣ニ從事シタルモノニシテ即本件石炭ハ箕浦義男カ被控訴人ニ之ヲ賣却シタル關係ニアラサルコトノ事實ノ眞相ヲ認メ得ル旨ヲ判示シ上告人ノ請求ヲ棄却シタルハ當事者ノ主張ニ副ハス事實ヲ確定シタル不法アリ

（一四年(オ)一〇一四號、一五年三月一二日大二民判決、大審院判例拾遺一卷四七頁）

【遊興費ト證據ニ依ラサル事實認定】　原院カ判斷ノ資料ニ供シタル證人桂ハル及甲第二號證タル通帳並甲第六、七號證タル各大福帳ノ記載ヲ綜合スルニ上告人カ被上告人方ニ於テ遊興シタル其ノ費用ノ殘債務ハ金四百八十二圓餘ニ止マリ原院認定ノ如ク金五百十圓三十三錢ナルコトヲ認ムルヲ得ス然ラハ原院ハ證據ニ依ラスシテ事實ヲ確定シタル不法アリ

（一四年(オ)九三二號、一五年三月二九日大一民判決、大審院判例拾遺一卷五一頁）

【履行催告不存ト解除不成立】　原判決ノ理由トスル所ハ被上告人カ大正十一年七月十日上告人ヨリ本件築堤工事ヲ大正十二年十月三日迄ニ竣工スヘキ條件ニテ請負ヒ（大正十三年六月末日迄ニ延期セラル）被上告人カ其ノ工事ニ着手シ幾分ノ工事ヲ遂行シタルコトハ當事者間爭ヒナキ事實ナリトシ且當事者間ニ於テ上告人ハ被上告人ニ對シ工事ノ進行ニ伴ヒ出來形ヲ檢定シ出來形ニ相當スル請負金ノ十分ノ八ヲ交付スヘキ義務アルコトヲ約定モリト解スルヲ妥當ナリト認メ進ンテ契約解除ノ點ニ付被上告人カ實施セル既成工事ハ其ノ額少クトモ金二萬二千七百餘圓ニ相當スルコトヲ認メ得ヘキカ故ニ被上告人ハ之ニ對スル十分ノ八即金一萬八千百餘圓ノ內渡金トシテ既ニ支拂ヲ得タルコト爭ナキ金一萬五千五百圓ヲ控除シタル殘金金二千六百餘圓ハ尙被上告人ニ於テ支拂ヲ求メ得ヘキ內渡金額ナリトシテ而シテ前記既成工事カ大正十四年三月二日被上告人カ上告人ニ對シテ爲シタル爭ナキ催告（即內渡金二千圓ヲ同月七日迄ニ支拂フヘシトノ催告）ヲ爲シタル以前ニ於テモ既ニ出來居リシコトハ原審證人天滿松之助ノ證言ノ趣旨

ニ據リ之ヲ認定シ得ヘキカ故ニ被上告人ハ右催告當時業ニ既ニ其ノ支拂ヲ求ムル二千圓ノ請求權ヲ有シ上告人ハ之ニ應スヘキ義務アリシモノナルカ故ニ右催告ニ因リ上告人ハ直ニ內渡金支拂義務ニ付遲滯ニ付セラレタルモノト謂フヘク從ツテ履行ノ終期ヲ三月七日ト指定セル前示催告ハ契約解除ノ前提トスル催告期間トシテ不相當ナリト謂フヲ得サルカ故ニ右期間ノ滿了後本件訴狀ノ送達ニ依リ上告人ニ對シテ爲シタルコト爭ナキ本件請負契約解除ノ意思表示ハ有效ナルカ故ニ解除ノ結果上告人ハ相手方タル被上告人ニ對シ債務不履行ニ因リ生シタル損害ヲ賠償スヘキ義務ヲ負擔シ被上告人カ本件築堤工事ノ一部ヲ遂行セル部分ノ請負金ヲ標準トシテ之ヲ算定セハ被上告人カ上告人ヨリ受ケタル工事請負金內渡額ヨリ多額ナルヲ以テ被上告人ノ請求ハ其ノ原因ニ於テ理由アルモノトストノ說明ヲ爲セリ然レトモ右判示ニ依レハ原判決カ本件請負契約ノ解除權發生原因トシテ有效ナリト認メタル催告ハ大正十四年三月二日ノ催告ニシテ終期ヲ同年三月七日トセルモノナルコト判文上明ニシテ而カモ原判決カ被上告人ハ右催告ヲ前提トシ該催告期間ノ滿了後本件訴狀ノ送達ニ依リ本件請負契約解除ノ意思表示ヲ爲シタルモノト認メタルコトモ判示理由並事實摘示中ノ同趣旨ノ記載ニ徵シ亦明ナル所ニシテ而シテ本件訴狀カ大正十三年六月十九日ヲ以テ上告人ニ送達セラレタルモノナルコト一件記錄中ノ訴狀送達證書ノ記載ニ據リ明ナルカ故ニ原判決ハ未タ契約解除ノ前提タル履行催告ナキニ先チ既ニ解除ノ意思表示アリタルモノト認メタル違法アリ

（一四年（オ）八二五號、一五年四月一六日大二民判決、大審院判例拾遺一卷六〇頁）

【債權讓渡ト判斷遺脫】　原審口頭辯論調書ニハ被控訴人（上告人）代理人ハ大正十三年十月二十二日附第一審提出ノ準備書面ニ基キ陳述ヲ爲シタリト記載ブリ同準備書面中第三項末段ニハ「以上ノ次第ニシテ原告（被上告人控訴人）カ大正十三年三月二十一日訴外木次ヨリ讓受ケ云々ノ事實ハ全ク存セス」ト記載アリテ其ノ意義ハ被上告人主張ノ本件債權ヲ被上告人カ訴外木次庄作ヨリ讓受ケタリトノ事實ヲ否認スルニ在ルコト當事者ノ原審ニ於ケル辯論ノ全趣旨ニ參照シテ明ナルヲ以テ上告人ハ原審ニ於テ被上告人主張ノ債權讓受ノ事實ヲ否認シタルモノト謂ハサルヲ得ス故ニ原審ニ於テハ被上告人カ本件債權ヲ讓受ケタルヤ否ノ爭點ヲ判斷スルニ非サレハ本訴請求ノ當否ヲ裁判スルコトヲ得サルモノトス然ルニ原裁判所カ債權讓渡ノ事實ニ付當事者間ニ爭ナキモノト誤認シ「右木次庄作カ控訴人（被上告人）ニ本件債權ヲ讓渡シタルハ被告（上告人）ノ明ニ爭ハス又爭ハントスルノ意思纔ハレサルヲ以テ自白シタルモノト看做スト說明シ被上告人ニ勝訴ヲ言渡シタルハ重要ナル爭點ニ對スル判斷ヲ遺脫シタル不法アリ

（一五年（オ）六一號、一五年四月二六日大一民判決、大審院判例拾遺一卷六五頁）

【請求原因ノ混同】　原院ノ採用セル乙第一號證（第一審判決）同第二號證（訴狀）新甲第一號證（控訴判決）同第二號證（上告判決）ニ依レハ上告人ハ曩ニ上告人被上告人間ノ德島地方裁判所大正十一年（ワ）第三一號代金返還及損害賠償請求事件ニ於テ彼上告人ニ對シ大正九年一月十四日被上告人ヨリ上告人主張ノ山林ニ生立セル松樹ヲ代金一萬五千圓ニテ買受ノ契約ヲ爲シ數回ニ金六千圓ヲ支拂ヒタルモ被上告人ハ賣買契約ニ違背シテ松樹ノ引渡ヲ爲ササルノミナラス同年一月二十二日右山林ヲ訴外大久保甚吉ニ賣渡シ其ノ所有權移轉登記ヲ經タリ而シテ甚吉ハ松樹ヲ津森彌太郎ニ賣却シ該松樹ハ同人ヨリ伐採セラレ本件賣買ハ被上告人ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ履行不能ト爲リタルヲ以テ大正十一年三月二十五日上告人ハ被上告人ニ對シ右賣買契約解除ノ意思表示ヲ爲シ契約ヲ解除シタルコトヲ原因トシテ代金返還ヲ訴求シタルニ第

一、二、三審共被上告人ノ責ニ歸スヘキ事由ニ依リ履行不能ト爲リタルモノニ非ストシテ上告人敗訴ノ判決アリタル事實ヲ看取シ得ヘク其ノ被上告人ノ責ニ歸スヘキ事由ニ依リ履行不能ト爲リタルトハ前示ノ如ク上告人カ被上告人ヨリ買受ケタル松樹ヲ被上告人ヨリ甚告ニ同人ヨリ彌太郎ニ賣却シ同人ニ於テ之ヲ伐採シタルコトヲ謂ヒ此ノ請求原因ニ對シ如上ノ判決アリタルモノナレハ原判示ノ本訴ノ請求原因トハ同一ナラサルモノト謂フ可ク被上告人カ右松樹ヲ甚吉ヨリ買受ケ居タルモノニシテ同人ヨリ其ノ賣買契約ヲ解除セラレタル爲被上告人ハ履行不能ト爲リタリ因テ上告人ハ其ノ後ニ於テ上告人被上告人間ノ賣買契約ヲ解除シタルノ事實ノ如キハ假令前訴ノ口頭辯論ニ於テ上告人カ之カ主張シタリトモ之ヲ以テ前訴ノ請求原因ト爲シタルモノト解スヘキニ非ス然ルニ原院カ乙及新甲各號證ノ外右ノ主張事實ヲモ參酌考量シテ前訴ノ請求原因ヲ判示シ前訴ト本訴トノ請求原因全ク同一ナリト爲シ上告人ノ請求ヲ棄却シタルハ不當ニ事實ヲ確定シタル不法アリ

（一五年(オ)三六八號、一五年七月六日大二民判決、法律新聞二五九四號九頁）

【判斷遺脫ノ不法】　大正十四年十一月四日ノ原審口頭辯論調書中ニハ控訴人（上告人）代理人ノ陳述トシテ「被控訴人（被上告人）ハ本件差押債權ト同樣ノ不動貯金契約ヲ控訴銀行ト締結シ大正十二年六月二日ヨリ同年十月十九日迄掛金ヲ繼續セルヲ以テ本件貯金契約ニ讓渡禁止ノ持約アルコトヲ知リ居ルモノナリトノ記載アリト雖上告人ノ原審ニ於ケル辯論ノ全趣旨及其ノ證據トシテ提出シタル乙第一號證ノ一乃至六ニ徵スレハ上告人ハ原審ニ於テ被上告人ハ大正十一年六月二日ヨリ同十二年十月十九日迄上告銀行ノ不動貯金契約者ニシテ不動貯金ニハ讓渡禁止ノ特約アルコトヲ了知セルモノナルカ故ニ大正十二年五月中本件不動貯金債權ニ付轉付命令ノ發セラレタル際ニ於テハ被上告人ハ該債權カ讓渡禁止ノ特約アル事實ヲ知悉シ居リ從テ有效ニ該債權ヲ取得スヘキニアラスト抗辯シタルモノニシテ前記大正十四年十一月四日ノ口頭辯論ニ於ケル控訴（上告人）代理人ノ陳述中大正十二年六月二日ヨリ同年十月十九日迄トアルハ大正十一年六月二日ヨリ同十二年十月十九日迄ヲ誤テ陳述シタルモノニ外ナラサルコト明瞭ナリ然ラハ原審ハ須ク右上告人ノ抗辯ニ付判斷ヲ與ヘサルヘカラサルルニ事茲ニ出ス單ニ上告人カ右誤テ陳述シタル事實ノミヲ主張セルモノトナシ該事實ニ依ルモ未タ被上告人カ本件貯金契約ニ讓渡禁止ノ特約アリタル事實ヲ知リ居リタルコトヲ首背スルニ足ラスト判示シタルニ止リ被上告人カ大正十一年六月二日ヨリ不動貯金契約者ニシテ本件轉付命令ノ發セラルル際ニ於テ本件貯金契約ニ讓渡禁止ノ特約アリタルコトヲ知リ居リタルヤ否ヲ判斷スルコトナクシテ上告人ノ抗辯ヲ排斥シタルハ重要ナル爭點ニ付判斷ヲ遺脫シタルノ違法アリ

（一五年(オ)六七九號、一五年一〇月二八日大一民判決、大審院判例拾遺一卷九一頁）

【所有權移轉ト證據ニ依ラサル認定】　原審ハ上告人ハ訴外名井智カ被上告人ノ承諾ナキニ被上告人名義ノ書類ヲ僞造シ被上告人所有ノ不動產ヲ賣渡スモノナルノ情ヲ知リナカラ之ヲ買受ケ代金トシテ二萬六千五百十二圓五十錢ヲ名井智ニ交付シ一旦該不動產ノ所有權移轉登記ヲ受ケタルモ被上告人ヨリ所有權確認及右登記抹消講求ノ訴訟ヲ提起セラレ敗訴ノ判決ヲ受ケ上告人ハ該不動產ノ所有者ニアラサルコト確定シタル事實並該不動產ハ豫テ大阪農工銀行ニ對シ名井智及被上告人カ連帶シテ負擔シタル七千五百圓ノ債務ノ抵當ニ供シ其ノ登記ヲ爲シアリタル處名井智カ右上告人ヨリ交付セラレタル金圓ヲ以テ該債務ヲ辨濟シタル事實ヲ認定シタル後右代金ノ交付ハ上告人ニ於テ其ノ所有權ヲ名井智ニ歸屬セシムル意思ヲ以テ爲シタルモノナルカ

故ニ該金圓ハ名井智ノ財産タルヘク從テ同人カ右ノ如ク該金圓ヲ以テ大阪農工銀行ニ對スル債務ヲ辨濟シ其ノ結果被上告人ニ於テ該債務及其ノ所有不動産ニ對スル前記抵當權ノ負擔ヲ免レタリトスルモ被上告人ハ名井智ノ財産ニ依リ利得セルモノニシテ上告人ノ財産ニ依リ利得セルモノト謂フヘカラスト說示シ依テ以テ上告人ニ對シ敗訴ヲ言渡シタリ然レトモ右ノ如ク抵當權ノ目的タル不動産ヲ賣買スル場合ニ買主タル上告人カ其ノ代金全額ヲ支拂フニ付テハ先ツ抵當權登記ノ抹消セラルルヤ否ヲ顧慮スヘキハ當然ノ事理ニシテ殊ニ原審認定ノ如ク上告人ハ名井智カ不正ニ賣買スルモノナルコトヲ知リタリトスレハ一層右ノ點ニ注意スヘキヲ當然トス左レハ斯ル事情ノ下ニ於テ抵當權抹消ノ點ニ付何等ノ方策ヲ講スルコトナク漫然代金全額ヲ犯罪者タル名井智ニ所有權ヲ得セシムル意思ヲ以テ交付スルカ如キコトハ取引ノ通念ニ照ラシ首肯シ得ヘカラサル所ナレハ原審カ斯ル事實ヲ認定スルニハ須ラク證據ニ依リ之ヲ首肯スルニ足ルヘキ理由ヲ說明セサルヘカラス然ルニ原判決ニ引用シタル乙第三號證第五號證第六號證ニ依リテハ單ニ上告人カ代金ヲ名井智ニ交付シタル事實ヲ認メ得ルニ過キスシテ其ノ交付セル金圓ノ所有權ヲ同人ニ歸屬セシムル意思ナリシヤ否ヲ覗フニ足ルヘキ何等ノ記載アルコトナク其ノ他原審カ此ノ點ニ付與ヘタル說明ハ未タ上告人カ名井智ニ代金全額ノ所有權ヲ得セシムル意思ナリシコトヲ肯首セシムルニ足ラサルカ故ニ原判決ハ證據ニ依ラスシテ右ノ事實ヲ認定シタルカ又ハ不理不備ノ違法アリ

（一五年(オ)一六三號、一五年六月三日大一民判決、大審院判例拾遺一卷八一頁）

【判斷ノ缺如又ハ誤解ノ判斷】　上告人ハ原審ニ於テ要素ノ錯誤ヲ理由トシテ本件手形振出ノ無效ナルコトヲ抗辯セル外更ニ振出カ有效ナナリトスルモ四百五十圓ヲ被上告人ヨリ受取リ得ル債權アルカ故ニ之ト本件手形金債權ト相殺スル旨ノ抗辯ヲ提出シタルコトハ原判決ノ事實摘示ヲ徵シ明白ナリ然ルニ原判決ハ第一ノ抗辯ニ就テハ判斷ヲ與ヘタリト雖第二ノ抗辯ニ付テハ判斷ヲ缺如セリ或ハ原審ノ意判決理由中ニ上告人ノ訴外遠藤三代介ニ對スル事由ヲ以テシテハ被上告人ニ對抗スルヲ得ストノ趣旨ヲ說示セルカ故ニ右第二ノ抗辯ニ就テモ自ラ判斷ヲ加ヘタリト思惟スルモノナランカ若然ランニハ大ナル誤謬ト云ハサルヘカラス蓋上告人相殺ノ抗辯タルヤ訴外遠藤三代介ニ對スル事由ヲ被上告人ニ對抗スルニ非スシテ被上告人ニ對シ直接四百五十圓ヲ請求シ得ヘキ債權アルカ故ニ相殺スト主張スルモノニシテ始メヨリ被上告人ニ對シ直接對抗シ得ヘキ事由ヲ主張セルモノトス從テ原審ノ意カ第二ノ抗辯ニ對シテモ判斷ヲ加ヘタルモノトセハ抗辯ノ趣旨ヲ誤解シテ判斷ヲ與ヘタルモノト云フヘクシテ畢竟上告人ノ相殺抗辯ニ對シ適切ナル判斷ヲ與ヘサルコトニ歸ス

（一五年(オ)二四號、一五年一一月一六日大一民判決、大審院判例拾遺民事一卷九五頁）

【證言ト判斷遺脫】　上告人（控訴人）ノ原審ニ於ケル訴訟代理人ハ原審大正十四年七月一日ノ最終口頭辯論期日ニ於テ在廷證人松本壽ノ訊問ヲ申請シ原院ハ之ニ依リ同證人ヲ訊問シタル事實ヲ認ムルコトヲ得而シテ原審ニ於ケル右訴訟代理人カ特ニ同證人ノ供述ヲ援用セサル旨ノ申立ヲ爲シタルコトハ原審口頭辯論調書並原判決ニ依ルモ之ヲ認ムヘキモノナキカ故ニ上告人カ原審ニ於テ特ニ該證言ヲ援用スル旨ヲ供述セサル場合ニ於テモ原審ハ民事訴訟法第二百十六條ノ趣旨ニ則リ右供述ヲ裁判ノ資料ニ供スヘキモノナルコト勿論ナルニ（明治四十二年(オ)第一三三號同年五月八日當院第一民事部判決參照）原判決中之ヲ判斷ノ資料ニ供シタル事迹ヲ認ムヘキモノナキカ故ニ原判決ハ重要ナル爭點ニ關スル證人ノ證言ノ判斷ヲ遺脫シタル違法アリ

（一四年(オ)九五六號一五年七月二日大二民判決、法律新聞二五八一號八頁）

【信用組合ノ目的範圍ト審理不盡】　原判決ハ本件第一請求ニ關スル肥料ノ賣買ハ被上告組合ノ目的範圍ニ在ラサルハ勿論其ノ目的ノ遂行ニ必要ナル範圍內ニモ在ラサルヲ以テ法人タル被上告組合ハ右行爲ヲ爲スノ權利能力ナキカ故ニ無效ナリト判定シタリ然レトモ被上告組合ハ右賣買ノ當時栃木縣芳賀郡清原村ニ於テ大正七年三月二十五日以來組合員ニ產業又ハ經濟ノ發達ニ必要ナル資金ヲ貸付クルノ目的ヲ有シタル信用組合ナリシコトハ當事者間ニ爭ナキ事實ニシテ本件組合所在地ノ如キ地方ニ在リテハ其ノ組合員ハ概ネ農業ニ從事スルモノナル可ク組合ノ目的亦農業ノ發達ヲ助成スヘキ資金ノ融通ニ關スル場合多カル可シ而シテ農民ハ其ノ田畑ニ施肥スルニ當リ肥料ヲ購入スル必要アリテ肥料ノ購買ハ農民ニ採リテハ每歲繰リ返ヘサル可キ重要ナル出資ニシテ肥料購入ニ利便ヲ與フルハ本件ノ如キ地方信用組合ノ主要ナル目的ナリト云ハサル可カラス此ノ場合ニ於テ之カ爲メ組合員ニ對シ金員ヲ貸付ケ組合員各自ニ於テ肥料ヲ買受クルハ素ヨリ之ヲ妨ケスト雖本來肥料ノ如キハ農民カ每歲消費スヘキ必需品ニシテ農作物ノ種類ニ依リ諸種ノ肥料ヲ得ルニ當リ其ノ少量ヲ購入スルカ如キハ價格其ノ他ノ關係ニ於テ之カ大量購入ノ利益ニ比スヘクモアラサルヲ以テ組合ニ於テ每年之ヲ總括的ニ買受ケ組合員ニ分配シテ其ノ種類分量ニ從ヒ代金ヲ組合員ニ貸付クルノ方法ヲ採ルカ如キ亦經濟上肥料購入資金ノ融通ト離ル可カラサル必要手段タルコトナキニアラス果シテ然ラハ此ノ如キ目的ヲ達スルカ爲メニ組合ニ於テ肥料ヲ買入ルカ如キハ縱令組合ノ直接ノ目的ニアラストスルモ尠クモ其ノ目的ノ遂行ニ必要ナル範圍內ノ行爲ニ屬スルモノタルヲ失ハスト云フ可シ然ルニ原判決ハ此ノ點ニ付キ何等ノ考慮ヲ拂ハスシテ漫然肥料ノ購入ハ本件組合ノ目的ニアラサルコトハ勿論其ノ目的ノ遂行ニ必要ナル範圍內ノ行爲ニモアラストシ被上告人ノ請求ヲ排斥シタルハ審理不盡理由不備ノ違法アリ

（一四年(オ)六八五號、一四年一二月三日大三民判決、大審院判例拾遺民事一卷民四頁）

【抵當權ノ登記不能認定ノ不當】　原判決ハ其ノ理由ニ於テ殘代金ハ抵當權移轉登記ヲ爲スヘキトキニ其ノ支拂ヲ爲スヘク上告人（控訴人、被告）カ其ノ支拂ヲ怠リタルトキ若ハ前示ノ期日迄ニ右移轉登記ヲ爲スコト能ハサルトキハ本件契約ハ當然解除セラルヘキ旨ノ特約アリタルコトヲ認メ次テ論旨摘載ノ如ク判示シテ本件契約カ大正十二年五月二十八日當然解除セラレタリト判定シタリ然レトモ登記ノ申請カ却下セラレタルモノナル以上ハ假令上告人ニ於テ殘代金ノ支拂ヲ爲サストモ上告人ハ殘代金ノ支拂ヲ怠リタルモノト謂フコトヲ得ス又債權及抵當權ノ移轉アリタル以上ハ抵當權ノ移轉登記ヲ爲スコトヲ得ヘキモノナルヲ以テ假令何等カノ理由ニ因リ一旦抵當權移轉登記ノ申請カ却下セラレタリトスルモ之ヲ以テ其ノ登記ヲ不能ナリト爲スコト能ハサルノミナラス大正二年五月二十八日迄ニ移轉登記ヲ爲スコト能ハサルトキハ本件契約ハ當然解除トナル特約アルコトヲ原審ニ於テ當事者ノ主張シタル形迹ナキヲ以テ原判決カ本件契約ハ當然解除ト爲リタリト認メテ上告人ノ請求ノ一部ヲ排斥シタルハ不法ナリ

（一四年(オ)九〇九號、一四年一二月一八日大二民判決、大審院判例拾遺民事一卷一三頁）

【立木ノ占有ト取得時效ノ要件】　上告人ハ原審ニ於テ本件ノ立木ニ付賣買ノ事實認メラレストスルモ上告人ノ前々主東肥製紙株式會社ノ明治三十二年十二月二十九日係爭立木ラ訴外合志林藏ヨリ買受クルヤ其ノ所有權公示ノ方法トシテ立木ニ極印ヲ打記シタル外該立木カ同會社ノ

所有ニ屬スルコトヲ明記シタル標札百數十本ヲ各所ニ建テ以テ同立木ヲ九州製紙株式會社ニ賣渡スマテ占有ヲ繼續シ同會社ハ同占有ヲ承繼シテ大正十年六月十日迄繼續シ來リ上告人ハ同日之ヲ承繼シテ尙占有ヲ持續スルモノナレハ本訴ノ提起迄既ニ二十年以上ヲ經過シ上告人ノ爲ニ取得時效完成シタリトノ抗辯ヲ提出シタルコトハ原判決事實摘示並之ニ引用スル第一審判決事實摘示ニ徵シ明ナリ然ルニ原判決ハ前揭東肥製紙株式會社カ明治三十二年頃本件山林ノ每木調査ヲ行ヒ上告人ノ所有タルコトニ爭ナキ栂樅等十一種類ノ立木ノ外係爭ノ立木ニ對シテ番號ヲ記入シタル事實ハ證據ニ依リテ明ナルモ斯ル事實ノミニ依リテハ占有ノ體素タル所持アリタルコトヲ認メ難シト爲シ以テ上告人ノ前示時效ノ抗辯ヲ排斥シ去リタリ惟フニ物ノ取得時效ノ要件トシテノ占有ハ其ノ物ニ付事實上ノ支配ヲ爲スノ義ニ外ナラスシテ而シテ何如ナル關係成立セハ事實上ノ支配アリト見ルニ足ルカハ素ヨリ各場合ニ依リ一樣ナラスト雖山林ノ立木ノ如キモノニ在リテハ適當ノ箇所ニ標木ヲ建テ又ハ樹體ニ極印ヲ施ス等他人ヲシテ立木カ何人カノ支配ニ屬スルモノナルコトヲ推測セシムルニ足ル施設ヲ爲スニ於テハ之ニ依リテ他人ノ干涉ヲ排スルノ意思明確ニ表示セラレ一般取引ノ觀念上事實上ノ支配關係ヲ設定シ得タルモノト爲シ得サルニ非ラス而シテ本件ニ在リテハ係爭山林ニ於テ上告人ノ所有ニ屬スル栂樅外十一種ニ屬スル樹木ノ外係爭ノ立木ニモ夫々番號ヲ記入シタリトノコトハ原判決ノ確定スルトコロナレハ他ニ特別ノ事由ナクンハ一應之ニ依リテ事實上ノ支配關係ヲ設定シ得タルモノト認メ得サルニ非ラス然ルニ原判決ハ何等首肯スルニ足ルヘキ理由ヲモ示スコトナク漫然右ノ如キ事實ノミニヨリテハ所持アリタルコトヲ認メ難シト爲シ以テ上告人ノ取得時效ノ抗辯ヲ排斥シタルハ理由不備ノ不法アリ

（一四年(オ)一六號、一四年一二月一二日大三民判、大審院判例拾遺一卷民事一一頁）

【損害金請求ト審理不盡】　本件ニ於テ上告人ハ大正六年三月二十三日係爭山林ノ所有權ヲ取得シタルコト並被上告人ハ上告カ右所有權ヲ取得スル以前ヨリ上告人ノ前主タル訴外澤臨次郎ヨリ係爭山林ヲ賃借使用セルコトハ原審ノ確定シタル事實ニシテ上告人ハ原審ニ於テ右所有權取得ノ當時被上告人ニ對シ係爭山林ニ付上告人トノ間ニ賃貸借契約ヲ結締スヘキ旨ヲ申込ミタルモ被上告人ハ之ニ應セス大正九年五月二十二日迄係爭山林ヲ使用シテ上告人ノ權利ヲ侵害シタルニ因リ之カ爲ニ生シタル損害賠償ヲ求ムル旨ノ事實上ノ主張ヲ爲シタルコト原判決事實摘示ニ依リ明ナルヲ以テ本件請求ノ當否ヲ判定スルニハ須ク上告人ノ主張スル上告人カ係爭山林ノ所有權取得ノ當時被上告人ニ對シ賃貸借契約締結ノ申込ヲ爲シタルニ被上告人之ニ應セサリシ事實ノ存否ヲ審究スルヲ要ス蓋右事實ニシテ存在セハ被上告人ハ係爭山林カ上告人ノ所有ニ歸シクルコトヲ知リナカラ契約ニ基カス係爭山林ヲ使用シタルモノナルヲ以テ何等ノ權限ナク故意若ハ過失ニ因リテ上告人ノ權利ヲ侵害シタルコトト爲ルヘケレハナリ然ルニ原審口頭辯論ノ全趣旨ニ徵スルニ被上告人ハ右上告人ノ主張事實ヲ爭フモノナルヤ將タ又爭ハサルモノナルヤ不明ナルヲ以テ原審ハ宜シク此ノ點ヲ釋明セシメテ其ノ孰レニ在ルヤテ明確ナラシムルヲ要スルモノナルニ之ヲ爲サスシテ漫然被上告人ニ於テ係爭山林カ上告人ノ所有ニ歸シタル以後故意若ハ過失ニ因リ上告人ノ權利ヲ侵害シタル事實ヲ認メ難キ旨判示シ上告人ノ請求ヲ排斥シタルハ審理不盡ノ不法アリ

（一四年(オ)六二六號、一四年一二月二一日大一民判決、大審院判例拾遺民事一卷一五頁）

【賃貸借ノ終了ニ依ル引渡效力認定不當】　本訴ハ被上告人等ニ於テ係爭田地ニ付有スル占有

權ノ行使ヲ上告人カ妨害シタリト主張シ占有權ヲ基礎トナシ之カ妨害排除ヲ請求スルモノナルコトハ原審ノ認ムル所ニシテ原審ハ上告人ハ被上告人等ノ前主タル諸戸殖產合名會社ヨリ大正十一年四月一日ヨリ同十二年三月末日迄ヲ期間トナシ係爭田地ヲ賃借シ居リ而シテ被上告人等ハ右期間滿了前該田地ノ所有權ヲ取得スルト同時ニ前示會社ノ賃貸人タル地位ヲ承繼シタルモノニ係リ而モ本件賃貸借ハ叙上ノ如ク一ケ年限リノモノナルヲ以テ期間滿了後ニ於テモ尙上告人カ係爭田地ヲ賃借セントスルニハ少クトモ被上告人等ニ對シ賃貸借ノ繼續ヲ爲シ度キ旨ヲ申出ルハ當然ナルニ上告人ニ於テ之カ申出ヲ爲シタル事實ノ認ムヘキ證據ナキニヨリ上告人ハ右賃貸借期間滿了當日被上告人等ニ係爭田地ヲ返還シ其ノ占有ヲ移轉シタル旨ノ暗默ノ意思表示ヲ爲シ之ニ因リテ引渡ヲ完了シタルモノト認メ因テ以テ上告人ハ係爭田地ノ占有權ヲ喪失シタルモノトシ敗訴ノ判決ヲ爲シタリ然レトモ賃借人カ賃借期間滿了後賃貸人ニ對シ之カ目的物ノ現實ノ引渡ヲ爲ササルモ以後賃借ヲ爲ササル意思ヲ以テ賃貸人ニ對シ賃借物ノ受領ヲ求メタリト認メ得ヘキ事情ノ存スル場合ハ格別然ラスシテ單ニ期間滿了後更ニ賃貸借契約ヲ締結センコトヲ申出サリシ一事ニヨリ直ニ賃借人ハ賃貸人ニ對シ之カ目的物ヲ返還シ自己カ賃借人トシテ有セシ占有權ヲ移轉シタル旨ノ暗默ノ意思表示ヲ爲シ之ニ因リテ引渡ヲ完了シタルモノト謂フヘカラス然ルニ原審ハ前示ノ如ク判示シ被上告人等ハ係爭田地ノ占有權ヲ取得シ上告人ハ自己ノ占有權ヲ喪失シタルモノトシ從テ其ノ後上告人カ係爭田地ニ立入リタルハ被上告人等ノ占有權ヲ妨害シタルモノト認メ上告人ニ敗訴ノ判決ヲ言渡シタルハ失當ナリ

（一四年(オ)七八八號、一五年二月一五日大一民判決、大審院判例拾遺民事一卷二二頁）

【證據ニ基カサル認定】　原審ハ證據ニヨリ所論摘錄ノ如キ各事實ヲ認定シ之ト被上告人原田四郎吉ノ本人訊問ノ結果ト綜合シテ本件甲第一號證ニ於テル被上告人等ノ各印影ハ訴外原田忠二ノ盜捺ニ係ルモノナルコトヲ認定シタリ而シテ前記ノ各事實及證據ヲ綜合スレハ甲第一號證ニ於ケル被上告人原田四郎吉名下ノ印影ハ右忠二ノ盜捺ニ係ルコトハ之ヲ認メ得サルニアラサレトモ被上告人原田廣吉名下ノ印影カ右忠二ノ盜捺ニ係ルモノナリトノ事實ニ至リテハ原審ノ援用シタル右事實及證據中之ヲ認ムヘキ何等ノ資料存在セサルコト所論ノ如クナルカ故ニ此ノ部分ニ對スル原審ノ認定ハ適當ナル事實又ハ證據ニ基カスシテ事實ヲ認定シタル違法アリ

（一四年(オ)七六八號、一五年一月二六日大二民判決、大審院判例拾遺民事一卷二七頁）

【事實判斷ノ遺脫】　原審ハ上告人ノ主張ヲ以テ上告人ノ前主春日商會事一番ケ瀬權三郎ト被上告會社トノ間ニ直接賣買契約締結セラレタルコトヲ前提ト爲スモノナリト解シ上告人ノ擧示セル證據ニ依リテハ斯ル直接賣買ノ事實ヲ背定スルニ足ラサルモノトシテ上告人ノ請求ヲ排斥シタリ然レトモ訴狀ノ記載ニ上告人提出ノ準備書面（大正十三年六月二十日附原審提出ノ分）ヲ參照スルトキハ上告人ハ本件賣買ハ一旦訴外宮城屋商會ト被上告會社トノ間ニ成立シタルモノナリトノ主張ヲモ爲シタルコトヲ看取スルニ難カラス叙上ノ事實ニシテ單ニ一片ノ事情トシテ當事者ノ合意ニヨリ宮城屋商店ノ賣主タル地位ハ上告人ノ前主春日商會ニ讓渡セラレタルモノ附隨的ニ陳述セラレタルモノナラニハ之ニ論及セサル素ヨリ違法トナスニ足ラサルヘキモ若上告人ニシテ其ノ請求ヲ推持スル爲ニ主張シタルモノナルニ於テハ其ノ眞否ヲ判斷スヘカリシハ當然ノコトニ屬ス然ルニ原判決ハ何等此ノ點ニ付說示スルコトナク漫然上告人ノ前主春日商會事一番ケ瀨權三郎ト被上告人トノ間ニ直接賣買契約締結セラレサリシモノトノミ判示シ此ノ點ニ於テ上告人ノ請求ヲ排斥シタルハ到底其ノ爲スヘキ釋明ヲ怠リテ上告人ノ主張事實ヲ明確ニ

セサルノ不法アルカ若ハ理由不備ノ違法アリ

（一四年(オ)六五二號、一五年三月六日大三民判決、大審院判例拾遺民事一卷四五頁）

【支拂拒絶記載ノ有效】　小切手ニ當該記載ヲ爲スハ法律行爲ニ非ス單ニ事實ノ證明ヲ爲スニ止マルモノナルヲ以テ其ノ記載ニ依リ支拂拒絶ノ有リタルコト及其ノ記載ハ支拂人ニ依リテ爲サレシコトカ認メ得ラルル限リ法規ノ要求ハ充タサレタルモノト云ハサル可ラス（大正十四年(オ)第八百六十五號同年十一月二十一日當院第三民事部判決參照）然レハ原審カ商法第五百三十四條第一項ニ基キ支拂拒絶證書ニ代ヘ支拂人カ記載スル支拂拒絶文言ニハ支拂人ニ於テ署名スルカ又ハ記名捺印スルニアラサレハ其ノ效力ナキモノナリト解シ本件小切手ニ於ケル支拂人ノ支拂拒絶文書ニ付支拂人ノ署名又ハ記名捺印ノ缺如セル理由ニ依リ直ニ支拂拒絶ノ記載ハ支拂拒絶證書ニ代ル效力ナシト認定シ上告人ノ本件請求ヲ排斥シタルハ法律ノ解釋ヲ誤リタル不法アリ

（一四年(オ)一一八八號、一五年六月一〇日大二民判決、大審院判例拾遺民事一卷八三頁）

【取引ノ結果後日生スヘキ損害支拂ノ方法トシテ手形ノ振出ト手形金請求額範圍】　原判文中「本件手形ハ當事者間ニ於ケル取引ノ結果控訴人（上告人）ニ生シタル損失金支拂ノ爲振出サレタルモノナルコトヲ認メ得ヘシ」トノ判旨ハ多少明瞭ヲ缺クノ嫌アリト雖此ノ點ニ關スル上告人ノ抗辯及原判決全體ノ趣旨ニ徵スレハ本件手形ハ當事者間ニ於ケル取引ノ結果後日上告人ニ生スルコトアルヘキ損害金支拂ノ方法トシテ振出サレタルモノナルコトヲ認定シタルモノト解スルニ難カラス果シテ然ラハ原院カ上告人ニ對シ本訴手形金全額ノ支拂ヲ命セントスルニハ須ク當事者間ニ於ケル株式ノ定期取引現株其ノ他ノ取引ノ結果上告人ニ手形金額ト同一ナル損害カ現實發生シタルコトヲ判示セサルヘカラス蓋叙上ノ如キ關係ノ下ニ手形ヲ振出シ之ヲ受取リタル當事者ニ於テハ取引ノ結果上告人ニ損害ヲ生セサルトキハ素ヨリ之ヲ支拂フコトナク若又損害ヲ生シタリトセハ其ノ生シタル限度ニ於テノミ支拂ヲ爲スノ趣旨ニ外ナラサレハナリ然ルニ原院ハ事玆ニ出テス上告人ニ於テ損害ヲ生セサリシコトヲ立證セサリシヲ理由トシテ輙ク上告人ニ對シテ手形金全額ノ支拂ヲ命シタルハ審理不盡且理由不備ノ違法アリ

（一五年(オ)六五八號、一五年一一月一一日大一民判決、大審院判例拾遺民事一卷九三頁）

第四百三十六條　裁判所ハ左ノ場合ニ於テハ當ニ法律ニ違背シタルモノトス

第一　規定ニ從ヒ判決裁判所ヲ構成セサリシトキ

第二　法律ニ依リ職務ノ執行ヨリ除斥セラレタル判事カ裁判ニ參與シタルトキ但忌避ノ申請又ハ上訴ヲ以テ除斥ノ理由ヲ主張シタルモ其效ナカリシトキハ此限ニ在ラス

第三　判事カ忌避セラレ且忌避ノ申請ヲ理由アリト認メタルニ拘ハラス裁判ニ參與シタルトキ

第四　裁判所カ其管轄又ハ管轄違ヲ不當ニ認メタルトキ

第五　訴訟手續ニ於テ原告カ法律ノ規定ニ從ヒ代理セラレサリシトキ

第六　訴訟手續ノ公行ニ付テノ規定ニ違背シタル口頭辯論ニ基キ裁判ヲ爲シタルトキ

第七　裁判ニ理由ヲ付セサルトキ

【水利組合灌漑排水ノ設備ノ非公法行爲ト無訴權判決ノ不當】　水利組合カ其ノ基本事務タル灌漑排水ニ關スル事業トシテ爲ス行爲ハ公權作用タル行政行爲ニ屬スルコト論ヲ俟タスト雖之ト同時ニ灌漑排水ノ設備ニ對スル所有權又ハ占有權ハ水利組合ニ於テ公法上ノ權力關係ニ立チテ之ヲ有スルモノニ非ス純然タル私法關係ニ於テ之ヲ有シ私人カ土地ノ工作物ヲ所有シ又ハ占

有スルト同樣ノ地位ニ立ツモノナリ（大正七年(オ)第百三十五號同年六月二十九日第三民事部判決參照）而シテ本件ニ於ケル上告人ノ訴旨ハ被上告水利組合ハ水利組合法ニ準據シ設立セラレタル普通水利組合ニシテ杭瀨川ノ流水ヲ其ノ用水路ニ引入レ組合各村ノ灌漑用水ニ供シ居リ上告人ハ右用水路ニ當ル地內ニ樋ヲ設ケ右流水ヲ引用シ水車業ヲ營ミ居ルモノニシテ天明年間ヨリ現今ニ至ル迄該流水ヲ使用シ來リ毎年灌漑時期ニ相當スル六月二十二日ヨリ九月二十日ニ至ル迄ノ間ニ旱魃等ノ爲必要ナル場合ニ限リ關係村ノ要求ニ從ヒ引水ヲ休止スル〻外自由ニ之ヲ引用シ得ル水利權ヲ有スルニ拘ラス被上告組合ハ杭瀨川引水口ニ樋ヲ設ケ大正二年三月十日以來右灌漑時期以外ハ樋管ヲ閉鎖シテ杭瀨川流水ノ流入ヲ杜絕シ上告人ヲシテ右流水ノ使用ヲ不能ナラシメ以テ損害ヲ蒙ラシメタルハ一ニ被上告組合所有ノ樋管ヲ閉鎖作用ニヨリ上告人ノ水利權ヲ侵害シ損害ヲ生セシメタルモノニシテ之カ賠償ヲ求ムルト云フニ在ルコト原判決事實摘示之ニ引用スル第一審判決事實摘示ニ徵シ明瞭ナル所ナレハ果シテ上告人主張ノ如ク上告人ニ水利權アリテ而シテ被上告組合カ上告人ノ水利權ニ對スル侵害ヲ防止スルニ足ルヘキ設計ニ適合セサル樋管設備ヲ爲シ之カ爲上告人ニ損害ヲ加ヘタルモノトセハ民法ノ不法行爲ノ適用アリ、然ルニ原審ハ普通水利組合カ設置シタル樋管ノ作用ニヨリ他人ノ私權ヲ侵害シ損害ヲ加フルモ其ノ樋管閉鎖作用ハ公權作用タル行政行爲ニ該當シ私法上ノ權利關係ヲ發生セシムルモノニ非スト爲シ且上告ノ主張カ私法上ノ請求權ノ存在ヲ主張シ之カ救濟ヲ訴求スルモノナルニ拘ラス之ヲ以テ公法上ノ請求權ヲ訴訟物ト爲スモノノ如ク解釋シ本訴ヲ不適法トシテ却下シタルハ上告人ノ主張ヲ誤解シ且法則ヲ適用セサル違法アリ

（一四年(オ)六三六號、一五年一二月一一日大三民判決、法律新聞二五一七號一四頁）

（參照）構成法

第五十條　大審院ハ左ノ事項ニ付裁判權ヲ有ス

第一　終審トシテ

(ロ)　地方裁判所ノ第二審トシテ爲シタル決定及命令並ニ控訴院ノ決定命令ニ對スル法律ニ定メタル抗告

第二　第一審ニシテ終審トシテ

刑法第七十三條、第七十五條及第七十七條乃至第七十九條ノ罪並ニ皇族ノ犯シタル罪ニシテ禁錮以上ノ刑ニ處スヘキモノノ覆審及裁判

【地方裁判所ノ爲セル忌避申請棄却決定抗告ノ管轄裁判所】　本件ハ横須賀區裁判所判事齋藤竹松ニ對スル忌避ノ申請ニ付横濱地方裁判所カ爲シタル申請棄却ノ決定ニ對シ抗告人ヨリ東京控訴院ニ即時抗告ヲ爲シ東京控訴院ハ右抗告事件ノ內容ニ入リテ判斷ヲ與ヘ以テ該抗告ヲ棄却シ抗告人ハ更ニ本院ニ對シテ再抗告ヲ爲シタル案件ナリ然レトモ區裁判所ノ判事ニ對スル忌避ノ申請ニ付地方裁判所カ裁判スルハ第二審トシテ爲スモノニ外ナラサルカ故ニ該裁判所ノ爲セル忌避申請棄却ノ決定ニ對シテ爲ス即時抗告ハ裁判所構成法第五十條ニ依リ大審院ノ管轄ニ屬シ控訴院ノ管轄ニ屬セサルモノトス然レハ原院ハ須ラク該即時抗告ヲ不適法トシテ却下セサルヘカラサルニ事茲ニ出テスヲテ漫然之ヲ適法ナリトシ其ノ內容ニ付判斷ヲ與ヘ原決定ヲ爲シタハ裁判權ナキ事件ニ付裁判ヲ爲シタル不法アリ

（一五年(ク)二〇九號、一年四月一四日大三民決定、法律新聞二五六〇一〇頁）

【國ニ對スル損害賠償請求ト口頭辯論ノ定則違背】　民事訴訟法ハ判決裁判所ニ於ケル訴訟ニ

付テハ當事者ノ辯論ニ付口頭辯論主義ヲ採用セルカ故ニ裁判所カ判決ヲ爲スニ當リテハ先ツ原告ヲシテ一定ノ申立ヲ爲サシメ且請求ノ原因及ヒ其申立ノ因テ生スル所ノ事實ニ付陳述ヲ聽クコトヲ要スルモノニシテ民事訴訟法第百三十條ノ規定ニ據レハ一定ノ申立請求ノ原因及其申立ニ因テ生スル所ノ事實ニ付テハ之ヲ口頭辯論調書ニ記載スルヲ要スルコト明カナリ翻テ本件ニ付之ヲ觀ルニ原審第二回口頭辯論調書ノ記載ニ徵スレハ原裁判所ハ原告ヲシテ訴狀ノ通リ一定ノ申立ヲ爲サシメ次テ原告ニ於テ被告ハ闕ナリト陳述スルヤ辯論ヲ終結シ判決言渡期日ヲ指定シタル事實明瞭ニシテ即チ原裁判所ハ原告ヲシテ請求ノ原因及ヒ其申立ノ因テ生シタル所ノ事實ニ付陳述セシムルコトナク辯論ヲ終結シ判決ヲ爲スニ至リタルモノニシテ被告ハ闕ナリト述ヘタル迄ノ手續ハ正當ニ行ハレタルモ其後ノ手續ハ前段說示ニ係ル訴訟手續ニ付テノ方式ニ違背セルモノト謂ハサルヘカラス尤モ被控訴代理人ハ控訴人ハ原審ニ於ケル口頭辯論ニ於テ請求ノ原因ニ付原判決事實ニ摘示シアルト同樣ノ陳述ヲ爲シタルモノナリト主張シ原判決ノ事實摘示ニ據レハ原告ハ其請求ノ原因及ヒ申立ノ因テ生シタル所ノ事實ニ付テモ亦陳述シタルカ如キ事實ヲ認メ得ヘシト雖モ民事訴訟法第百三十四條ハ口頭辯論ニ於ケル方式ノ遵守ハ唯リ調書ヲ以テノミ之ヲ證スヘキ旨規定セルニ拘ラス原審ニ於ケル口頭辯論調書ニ之カ記載ナキコト前段認定ノ如クナルヲ以テ被控訴人ノ右主張ハ之ヲ採用セスサレハ原判決ハ原裁判所カ原告タル控訴人ノ請求ノ原因及申立ノ因テ生シタル所ノ事實ニ付テノ陳述ヲ聽カスシテ爲サレタルモノニシテ辯論終結以後ニ於ケル其手續ハ訴訟手續ニ付テノ方式ニ違背セルヲ以テ之ヲ廢棄スヘキモノトス

（一四年(ネ)一一八七號、一五年六月一二東控民判決、法律新聞二六一七號一三頁）

【債務更改ノ判示ト理由不備ノ不存在】　債務者ノ交替ニ因ル更改ハ債權者ト新債務者トノ間ニ新ニ債務ヲ發生セシムルニ因ル舊債務者ノ債務ヲ消滅セシムル契約ナルヲ以テ舊債務ノ存在スルコトハ更改契約ノ有效ナルコトノ前提ヲ爲スコト論ヲ俟タサルトコロナルモ新債務者カ更改ニ因リ債務ヲ負擔スルニ至レル理由ノ如何ナルモノナルヤ特ニ舊債務者トノ間ニ如何ナル法律關係ノ存スルニ由ルヤハ特約ノ存スル場合ノ外ハ敢テ更改契約ノ上ニ影響ヲ及ホスコトナシト解スルヲ正當トス蓋新債務者カ舊債務者ノ爲ニ新債務ヲ負擔シテ舊債務ヲ消滅セシムル所以ハ或ハ舊債務者ニ對スル賣買代金支拂ノ爲ナルコトアルヘク或ハ贈與ノ目的ニ出ツルコトアルヘク其ノ他種々ノ事由存スルカ爲ナルヘキモ是皆均シク新舊兩債務者間ニ存スル內部關係ニ過キスシテ斯ル事由ノ存否如何ハ之ニ何等關與スルナキ債權者ト新債務者トノ間ニ成立セル更改契約其ノモノヲ左右スヘキ理由ナキヲ以テナリ上告人ニ於テ本件更改ハ上告人ヨリ訴外鈴木恒唯ニ對スル繭代金支拂ノ方法トシテ締結セルモノナルトコロ繭賣買無效ナルカ故ニ更改契約モ亦無效ナルモノノ如ク論スレトモ其ノ當ヲ得サルコト上來ノ說明ニ徵シ自ラ明ナルノミナラス彼ノ賣買代金支拂ノ義務ヲ負フ者カ賣主ノ指圖ニ因リ同人ヘ支拂フ代リニ其ノ借先ニ支拂ヲ爲シタル後賣買ノ無效ナルコトヲ發見スルモ賣主ニ對シ償還ヲ求ムルハ格別支拂ヲ受ケタル第三者ニ對シテハ直接支拂金額ノ返還ヲ求ム得サルコトニ想到セハ思ヒ半ニ過キス尤モ上告人ハ原審ニ於テ「繭ノ賣買カ有效ニ成立シタルトキ初メテ其ノ更改契約モ有效トスル特約ノ存スル」コトヲ主張シタルコト明ナルモ同事實ハ原審カ之ヲ肯定スルニ足ル證左ナキモノトシテ排斥シ去リタルヲ以テ所論繭ノ賣買カ要素ニ錯誤アリテ無效ナリシヤ從テ代金支拂ノ義務ノ存在セシヤ否ヤノ點ハ結局原審ニ於テ何等判斷ヲ下スノ要ナカリシモノト云ハサルヘカラス之カ判示ナ

キノ故ヲ以テ爭點ノ遺脫若ハ理由不備ノ不法アリト爲スヲ得ス

（一五年(オ)五二二號、一五年一一月一五日大三民判決、法律新聞二六五〇號一四頁）

【理事ト手形行爲ノ無效】　產業組合ノ理事カ組合ヲ代表シ自己ヲ支拂人トセル爲替手形ヲ振出シ自ラ其ノ支拂ノ引受ヲ爲シタル場合ノ如キハ理事ハ個人トシテ手形上ノ主債務者トナリ其ノ從タル義務者ナル組合トノ間ニ手形上ノ權利義務ヲ發生セシムルヿトナリ之カ爲組合ニ對シテ甚タ危險ナル結果ヲ惹起スヘキ虞ナシトセサルカ故ニ此ノ如キ振出行爲又ハ引受行爲ハ共ニ有效ト認メサルトコロニシテ這般ノ行爲カ產業組合法第三十五條ニ所謂契約ニ當ルコトハ疑ヲ容ルルノ餘地ナシサレハ如上ノ場合ニ於テ是等行爲カ有效ナルカ爲ニハ右法條所定ニ從ヒ該手形カ組合ノ監事ヲ代表者トシテ振出サレ居ルコトヲ前提トスルモノニシテ反之產業組合ノ理事タル上告人カ組合ヲ代表シテ上告人ヲ支拂人トシ振出シタル爲替手形ノ如キハ己ニ其ノ振出行爲ノ無效ナルト共ニ上告人カ自ラ組合ヲ代表シテ振出シタル手形ニ支拂人トシテ引受ヲ爲シタル行爲モ亦同條ニ依リ無效ナルヘキ契約ニ外ナラサルモノトス故ニ原裁判所カ本件手形ノ振出ヲ無效ナリト認メタルハ誠ニ相當ナリト雖該手形ノ引受モ亦其ノ效力ナキコト前叙ノ如ク而モ無效ノ引受行爲ニ依リテハ引受人ハ其ノ手形ノ所持人又ハ被裏書人ニ對シ是等ノ者カ善意ナルト惡意ナルトヲ問ハス手形上ノ義務ヲ負擔スヘキ理由ナキモノナレハ上告人ハ本件手形ノ被裏書人タル被上告人ノ請求ニ應スヘキ義務ナキモノトス然ルニ原判決ハ本件手形ノ引受行爲ノ效力ヲ判定スルコトナク上告人ハ手形ノ署名者トシテ手形ノ正當ノ所持人タル被上告人ニ對シ手形ノ文言ニ從ヒ其ノ責ヲ負フヘキモノナリトシ被上告人ノ請求ヲ認容シタルハ理由不備ノ不法アリ

（一四年(オ)八一一號、一五年三月三日大三民判決、法律新聞二五五七號一三頁）

（參照）民法第百七十八條　動產ニ關スル物權ノ讓渡ハ其動產ノ引渡アルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

【順次繼續セル動產ノ讓渡ト第三者】　同一動產ニ付數人カ相次テ賣買契約ヲ締結シ其ノ所有權カ數人ノ間ニ順次移轉シタル場合ニ於テハ其ノ最後ノ所有權取得者ニ對シテハ其ノ前主以外ノ先權利者ト雖モ該物件ニ付法律上保護スヘキ特別ナル利益ヲ有セサル限該動產ノ引渡ノ欠缺ヲ主張スルニ付正當ノ利益ヲ有スル第三者ナリト云フヲ得サルカ故民法第百七十八條ニ所謂第三者ニ該當セサルモノナリ又單ニ物ノ寄託ヲ受ケ寄託者ノ爲之カ保管ヲ爲ス者ノ如キモ亦民法第百七十八條ニ所謂第三者ニ該當セサルコトハ當院判例ノ示ス所ナリ（明治三十五年(オ)第六百二號同三十六年三月五日第一民事部判決）然ルニ原審ハ被上告人十倉彌吉ハ本件枕木ヲ訴外松木代松ニ賣渡シ同人ハ更ニ之ヲ上告人ニ賣渡シタル所ナルモ被上告人西海榮吉ハ被上告人十倉彌吉ノ依託ニヨリ該枕木ヲ保管シ占有シ居リテ上告人ハ未タ其ノ引渡ヲ受ケサルモノナリト認定シ漫然上告人カ本件枕木ノ引渡ヲ受ケサル以上ハ第三者タル被上告人等ニ對シ其ノ所有權取得ヲ對抗シ得サルモノト說明シ上告人ノ本訴請求ヲ排斥シタルハ即民法第百七十八條ニ所謂第三者ノ意義ヲ誤解シテ之ヲ適用シタル不法アルカ又ハ被上告人等カ如何ナル理由ニ依リ同條ニ所謂第三者ニ該當スヘキモノナルヤニ付其ノ說明ヲ遺脫シタル理由不備ノ不法アリ

（一四年(オ)九三六號、一四年一二月二五日大三民判決、法律新聞二五三九號九頁）

【請求原因ノ誤認ト判斷遺脫】　上告人ハ本訴被上告人ノ請求ニ對シ係爭不動產ハ被上告人ノ

先代林爲藏ヨリ贈與ヲ受ケタルモノニシテ之カ所有權移轉ノ登記ノミ賣買名義ヲ以テ爲シタルニ過キサル旨ヲ抗辯シタルトハ原判決ニ引用シタル第一審判決ノ事實摘示及原院ニ於ケル上告人ノ辯論ノ全趣旨ニ徵シテ洵ニ明ナリトス因是觀之係爭不動產ヲ上告人名義ニ登記シタル原因ノ賣買カ虛僞ノ意思表示ナルコトハ當事者間ニ爭ナカリシニ拘ラス原院ハ此ノ點ニ付爭アルモノノ如ク誤認シ「甲第一號證ニ徵スレハ當事者間ニ於テハ眞正ニ賣買契約成立シタルニ非スシテ乙第六號證ニ依ル賣買ハ虛僞ノ意思表示ニヨル無效ノ契約ナル事實ヲ認定スルニ足ル」ト判示シタルノミニテ上告人カ被上告人先代ヨリ係爭不動產ノ贈與ヲ受ケタルコトアルヤ否ニ付テハ何等ノ判斷ヲ與ヘス輕ク上告人ニ敗訴ノ判決ヲ言渡シタルハ全ク爭點ヲ誤解シ且之カ判斷ヲ遺脫シタル不法アリト謂ハサルヘカラス尤モ原院ハ其ノ判決理由ノ一部ニ於テ他ニ所有權移動原因ノ認ムヘキモノナキ以上右土地所有權ハ依然訴外林爲藏ニ於テ保有セルモノナルコト明ナル旨ヲ判示スル處アリト雖漠然ニ失シ其ノ判文ノ全趣旨ニ徵スルモ右判示ヲ以テ上告人ノ抗辯ニ係ル贈與ノ事實ヲ否定シタルモノト解スルヲ得ス

（一五年(れ)五九二號、一五年六月二一日大一民判決、法律新聞二六〇二號一三頁）

（參　照）　取引所法

第三十二等ノ五　取引所ニ依ラスシテ取引所ノ相場ニヨリ差金ノ授受ヲ目的トスル行爲ヲ爲シタルモノハ一年以下ノ懲役又ハ二千圓以下ノ罰金ニ處ス但シ刑法第百八十六條ノ適用ヲ妨ス

【差金授受ノ賭博ト犯意】　取引所法第三十二條ノ五ニハ取引所ニ依ラスシテ取引所ノ相場ニ依リ差金ノ授受ヲ目的トスル行爲ヲ爲シタル者ハ一年以下ノ懲役又ハ二千圓以下ノ罰金ニ處ス但シ刑法百八十六條ノ適用ヲ妨ケスト規定シアリテ同條カ當初ヨリ賣買取引ヲ爲ス意思ナク單ニ取引所ノ相場ノ高低ニ依リ差金授受ヲ目的トスル賭博行爲ヲ處罰スル法意ナルコト疑ナシ蓋同法第二十六條ノ二ニ差金取引ヲ爲ス取引類似施設ヲ爲シ又ハ其ノ施設ニ依リ取引ヲ爲スコトヲ得サル旨ヲ定メ別ニ之カ罰則ヲ設ケアリテ彼此對照スレハ右第二十六條ノ二ハ當事者カ眞實取引ヲ爲スノ意思ヲ有シ取引所ノ清算市場ニ於ケル賣買取引ト同シク差金授受ニヨリ取引ヲ結了スヘキ取引所類似ノ施設ヲ爲シ又ハ該施設ニ依リ差金ノ授受ヲ爲スヲ禁スルニ在レトモ第三十二條ノ五ハ之ト異リ前叙ノ如ク當初ヨリ賣買取引ノ意思ナク單ニ差金ノ授受ヲ目的トスル行爲ヲ規律スト解スルヲ相當トスレハナリ則チ第三十二條ノ五ノ罪ノ成立スルニハ當事者カ當初ヨリ賣買取引ヲ爲ス意思ナクシテ取引所ノ相場ニ依リ差金ノ授受ヲ目的トスル行爲ヲ爲シタルコトヲ要スルカ故ニ取引所ニ依ラスシテ其ノ相場ニ依リ爲シタル差金授受ノ行爲ヲ同罪ニ問擬スルニハ判文中犯人カ當初ヨリ賣買取引ノ意思ヲ有セサリシ事實ヲ認識スルニ足ルヘキ事實理由ノ說明無カルヘカラス然ルニ原判決ヲ査スルニ其ノ冒頭事實ニ於テ論旨所揭ノ如ク被告人ハ株式現物賣買業前川丈太郎ト大阪株式取式所短期清算取引ノ相場ニ依リ株式ノ賣買契約ヲ爲シ置キ其ノ後右相場ニ依リ轉賣買戻ヲ爲シ決濟ヲ遂ケ右兩時期ニ於ケル相場ノ變動ニ依リ取引所ニ依ラスシテ差金ノ授受ヲ爲ス目的ヲ以テ云々ト說示シ後段事實トシテ被告人ハ前川丈太郎ト前記相場ニ依リ約二十七、八回大新東料等ノ株式賣買取引ヲ爲シタリト判示シ取引所法第三十二條ノ五ヲ適用處斷セルモ右判示ニ依リテハ被告人カ差金ノ授受ニ依リ其ノ取引ヲ結了シタリヤ否詳ナラサルノミナラス被告人カ當初ヨリ賣買取引ヲ爲ス意思ヲ有セスシテ單ニ差金ノ授受ヲ目的トシタリト云フニ在リヤ將タ又當初ハ眞實株式ノ賣買取引ヲ爲ス意思ヲ有シタル後日差金ノ授受ニ依リテ賣買取引ヲ結了スル意思ヲ生シタリト云フニ在ルヤ判示明確ヲ缺キ從テ被告

人ノ行爲カ取引所法第三十二條ノ五ノ犯罪ヲ構成スヘキヤ否之ヲ知ルニ由ナク原判決ハ理由不備ノ違法アリ

（一五年(れ)三五四號、一五年四月二二日大二刑決定、法律新聞二五六二號一四頁）

【所有權競合ト虚僞ノ取引又ハ信託行爲トノ對抗關係】　被上告人先代ノ前主タル落合嘉藏カ假令原院認定ノ如ク係爭山林ノ眞實ノ所有者タリシトスルモ上告人吉兵衛ノ先々代ニ依賴シ其ノ名義ヲ以テ地券ノ下附ヲ受ケ其ノ後土地臺帳規則公布セラレタル際ニモ亦上告人吉兵衛先代名義ヲ以テ登錄ヲ受ケ又被上告人先代龜五郎カ係爭山林ヲ落合嘉藏ヨリ買受ケタル後ニ於テモ公簿上ノ所有名義ヲ變更セス其ノ儘トナシ因テ以テ上告人吉兵衛ニ及ヒタルモノトナシタル法律關係タル右落合嘉藏又ハ被上告人先代等ト上告人吉兵衛先々代又ハ光代等トカ相通シテ爲シタル虚僞ノ意思表示ニ基クモノト爲シタルヤ、將又落合嘉藏又ハ被上告人先代等ハ上告人吉兵衛先々代等ヲ信賴シ係爭山林ノ保管ヲ託スル趣旨即所謂信託行爲ニ因ルモノト認メタルトヲ知ラサリシモノトセハ民法第九十四條第二項ノ規定ニ基キ被上告人ハ虚僞ノ思意表示ヲ以テ上告人陸雄ニ對抗スルコトヲ得サル結果、同人ハ係爭山林ノ所有權ヲ取得スルニ至ルヘキニヨリ被上告人ノ上告人陸雄ニ對スル所有權移轉登記抹消ノ請求ヲ許容セストスルニハ同人カ惡意ノ取得者タルコトヲ判示セサルヘカラス若又後者ノ意義ナリトセンカ信託行爲ニ因リ自己ノ所有物ヲ受託者ノ名義ト爲シタルトキハ特別ノ意思表示ナキ限リ內部及外部關係共之カ所有權ヲ受託者ニ移轉スルモノト爲スヲ以テ普通トナスヘキニヨリ（大正十三年(オ)第百六十一號同年十二月二十四日本院民事聯合部判決參照）上告人陸雄カ眞實上告人ヨリ係爭山林ヲ買受ケタリトセハ之カ所有權ヲ完全ニ取得スルニ至リ而モ同人ハ之カ登記ヲ經由シタルコトハ原院ノ認ムル所ナルヲ以テ被上告人ノ登記欠缺ヲ主張スルニ付正當ナル利益ヲ有スル第三者ニ該當スルモノト謂ハサルヘカラス故ニ被上告人ノ上告人陸雄ニ對スル請求ヲ許容セントスルニハ陸雄ハ眞實ニ係爭山林ノ所有權ヲ取得シタルモノニ非サル事實ヲ認定セサルヘカラス然ルニ原院ノ判旨ハ叙上ノ如ク明瞭ヲ缺キ且右指摘シタル事實ニ付何等判定スル所ナク輒ク上告人陸雄ニ對シテ敗訴ノ判決ヲ爲シタルハ理由不備ノ不法アリ

（一五年(オ)二二號、一五年九月九日大一民判決、法律新聞二六三〇號一一頁）

（參　照）　民法　第七百二條　管理者カ本人ノ爲メニ有益ナル費用ヲ出タシタルトキハ本人ニ對シテ其償還ヲ請求スルコトヲ得

【土臺入換工事ノ要否ト理由不備】　土臺入換ノ工事タル家屋ノ保存維持ニ必要ナルコトハ言ヲ俟タサル所ニシテ又何人ト雖必要ナキニ不拘斯ル工事ヲ爲シ費用ヲ支出スルカ如キハ社會ノ通念ニ照シ思考スルコトヲ得サルニ依リ若シ上告人ニ於テ該工事ヲ爲シタリトセハ特別ノ事情ナキ限リ必要アリシカ爲ニ斯ル措置ニ出テタルモノト謂ハサルヘカラス然ルニ原審ハ其ノ判文ニ於テ單ニ上告人カ大正六年中本件家屋ノ裏庇其ノ他ニ付若干ノ工作ヲ加ヘタル事實ヲ認メ得ヘキコトヲ判示シタルニ止マリ上告人ハ本件家屋ノ裏庇以外ノ如何ナル個所ニ於テ工作ヲ加ヘタルヤ具體的ニ其ノ個所ヲ指示セサルニ依リ上告人カ土臺入換工事ヲ爲シタル事實ヲ認メタルモノナルヤ否分明ナラス從テ原審カ其ノ當時同家屋ノ保存維持ノ爲果シテ該工作ヲ必要ト爲シタルヤ否ヲ判明ナラシムヘキ何等ノ證左ナシトシテ此ノ點ニ關スル上告人ノ請求ヲ排斥シタルハ果シテ其ノ當ヲ得タルヤ否ヲ知ルニ由ナク結局原判決ハ理由不備ノ不法アリ

（一四年(オ)二八四號、一四年一二月三日大一民判決、法律新聞二五二一號九頁）

【不當利得ノ認定ト理由不備】　原審ハ本件立木カ被上告人等三百五十名ノ共有ニ屬シ其ノ持分ハ各平等ナル事實及上告人カ該立木ヲ自己ノ所有物トシテ訴外古田孫十等ニ對シ代金一萬五千八十圓五十錢ヲ以テ賣渡シタル事實ヲ認定シタルノミニテ直ニ上告人ハ右賣買ニ因リ該代金ヲ不當ニ利當シタリト爲シ從テ被上告人等ニ對シ其ノ各自ノ持分ニ應スル金四十八圓六十四錢ヲ支拂フノ義務アリト判決シタリ然レトモ本件立木ニシテ被上告人等ノ共有ニ屬スル物ナリトスレハ買受人古田孫十等ハ所有者ニアラサル上告人ヨリ買受ケタレハトテ該立木ニ付何等ノ權利ヲ取得スヘキ理由ナク從テ被上告人等ノ所有權ハ之カ爲ニ何等ノ影響ヲ被ムルコトナキカ故ニ不當利得ノ關係ヲ生スルコトナキモノトス然ラハ本件ニ付上告人ニ不當利得アリトスルニハ買受人ニ於テ該立木ヲ伐採シ正當ニ之カ所有權ヲ取得シ被上告人等ニ損害ヲ生シタル事實アルコトヲ要スルモノナルニ原審カ此ノ點ニ付何等審究スル所ナク漫然叙上ノ如ク判決シタルハ審理不盡且理由不備ノ違アリ

（一四年(オ)七〇五號、一五年六月二八日大一民判決、法律新聞二六〇七號一五頁）

【所有權ノ確定ト理由不備】　上告人等ハ本訴ニ於テ被上告人所有ノ愛媛縣越智郡櫻井町大字孫兵衛作字塔ケ谷甲四百七十三番地第一上告人ノ所有ノ同所甲四百七十三番地第二上告人利作善一所有ノ同縣同郡同町大字櫻井字塔ケ谷甲百七十二番地第六同所同番地第七トノ經界ハ今治區裁判所大正十二年二月二十四日附ノ檢證調書附屬第三圖ニ於ケル（イ）（ニ）兩點ニ相當スル地點ヲ直線ニテ連結シタル線ナルコト及右經界線ノ西南ハ被上告人ノ所有地ニシテ其ノ東北ハ上告人等ノ所有地ナルコトノ確認ヲ請求スルモノナルコトハ記錄ニ徵シテ明ナリ然リ而シテ原審ハ右ノ請求ニ對シ叙上各地ノ經界ハ前示檢證調書附屬第三圖ニ於ケル（五）（七）（九）（十）ノ各地點ヲ直線ニテ連結セル線ニシテ其ノ西南ハ被上告人ノ所有地其ノ東北ハ上告人等ノ所有地ト認メ右圖面中（五）ノ點ヨリ西方即（四）（三）（二）（一）（イ）點ニ至ル地域ノ經界確定及該地域ニ對スル上告人等ノ所有權確認ノ請求ヲ棄却シタリ然レトモ右ハ如何ナル理由ニ據リタルモノナルヤ原判文上之ヲ知ルニ由ナシ然ラハ原判決ハ理由ヲ具備セサル不法アリ

（一四年(オ)九八〇號、一五年四月一日大一民判決、大審院判例拾遺民事一卷五三頁）

【無盡世話人ノ義務ト理由不備】　無盡講ニ於テ世話人ト稱スル者カ講員ニ對シ如何ナル權利義務ヲ有スルヤニ付テハ一定ノ法則ナキヲ以テ事實裁判所ニ於テ各個ノ場合ニ付キ講契約又ハ當事者間ノ契約ニ從ヒ判斷スヘキモノトス故ニ滿會ノ場合ニ於テ從來掛込ヲ爲シ來リタル講員カ世話人ニ對シ講金ヲ請求スル權利ヲ有スルヤ否換言スレハ世話人ハ右ノ講員ニ對シ講金ヲ支拂フノ義務ヲ負フヤ否モ亦如上ノ契約ニ依リテ定マルヘキモノトス（大正四年(オ)第三六〇號同年十一月五日當院判決參照）而シテ上告人（控訴人）ハ原審ニ於テ世話人タル上告人カ本件請求ニ應スル義務ナキコトヲ抗爭シタルコト原審口頭辯論調書ニ記載アル甲第一號證援用ノ趣旨ニ依リ明ナレハ原裁判所ハ世話人タル上告人カ講契約又ハ當事者間ノ契約ニ從ヒ滿會ノ場合ニ於テ從來講員トシテ掛込ヲ爲シタル被上告人ニ對シ講金ヲ拂渡スヘキ義務アルヤ否ヤ判斷シタル上ニ非サレハ被上告人ノ本訴請求ノ當否ヲ決スルコトヲ得サルモノトス然ルニ原裁判所カ此ノ點ニ關スル判斷ヲ爲サスシテ上告人カ本件無盡講ノ世話人タル一事ニ依リ被上告人ニ對シ講金ノ支拂義務アル旨ヲ判示シタルハ理由不備ノ不法アリ

（一五年(オ)三七號一五年四月二九日大一民判決、大審院判例拾遺民事一卷六七頁）

【水閘確認ト理由不備】　原院ニ於テ上告人ハ本件堰路ニ於テ其ノ堰路止方法ニ付被上告人主張ノ如キ制限アリトセハ上告人部落ノ田面（坊ノ腰川江筋東面一帶忠平江筋ノ東面及西面一帶）ハ平水時ニ在リテモ田用水ヲ得ル能ハサル事實ニ徵シ被上告人主張ノ制限ハ存在スヘキ理由ナシト抗爭スルモノナレハ此ノ點ニ對スル上告人援用ノ第一審鑑定人中川義雄ノ鑑定ノ結果及第一審明治四十五年六月二十二日ノ檢證ノ結果ヲ綜合シテ夏期ニ於テ特別ノ增水ナキ限リ本件堰路ニ二尺六寸ノ堰板ヲ嵌當スルモノトセハ右上告人主張ノ田面ニ流入スル能ハサリシ狀況ニ在ルコトヲ推知シ得ルコト原判示ノ如クナルニ於テハ從來斯ル場合ニ於テ上告人等カ水車其ノ他ノ人工ヲ以テ揚水シ江水ノ存在スル限リ上告人主張ノ田面ヲ漑灌シ來リタル事實及其ノ證據アルニ非サレハ斯ノ如キ方法ヲ以テスレハ上告人等ノ田面ヲ灌漑シ得ル一事ニ依リ輙ク上告人ノ抗辯ヲ排斥シ得ヘキモノニ非ス加之前顯檢證調書ノ記載ニ依レハ現時水量ノ豐富ナル季節殊ニ本檢證當時八ケ用水堰路（同村部落一體ノ用水ノ水源ヲ八ケ用水ニ取ルモノナリ）ニ於テ西川平等ニ配水スルノ狀況（此ノ狀況ニ付テハ當事者双方訴訟代理人ニ於テ爭ハサリシ）ニ在リテ水量決シテ少シト云フヘカラサルニ尙前記ノ如キ狀況ナルヲ以テ云々トアリテ上告人等ノ田面ヲ灌漑スル係爭兩江筋ニハ八ケ用水堰路ニ依リ配水セラルルモノナルニ而モ尙前示ノ如ク用水ニ不足ヲ告クルモノナレハ原判示ノ如ク文政七年頃ヨリ明治二十年頃迄右上告人等ノ田面ニ八ケ用水區域ヨリ掛樋ニテ引水シ來レル事實アレハトテ之ヲ以テハ上告人ノ抗辯ヲ排斥シ得ヘキモノニ非ス然レトモ該水利關係ニシテ檢證調書記載ノ八ケ用水トノ水利關係ト別異ノモノナランニハ原院ハ須ク其ノ旨ヲ判示セサルヘカラス然ルニ原院カ論旨ノ前段後段ニ摘錄ノ如ク判示シタルハ理由不備ノ不法アリ

（一四年(オ)五一〇號、一四年一二月二二日大二民判決、大審院判例拾遺民事一卷一五頁）

【無盡營業ト理由不備】　原院ハ其ノ判決理由ノ中段ニ於テ被上告人源藏カ京都府下舞鶴町中筋村宮津町餘部町等ニ於テ擅ニ上告會社ノ名義ヲ藉リテ之カ出張所又ハ附屬代理店ヲ設置シ自己ノ計算ノ下ニ第三者ト爲シタル無盡取引ヲ結了セシムル爲ニ源藏ノ計算ヲ以テ上告會社ノ名義ノ下ニ無盡營業ヲ繼續セシムルコトト爲シタル事實ヲ認メタリ之ニ依レハ上告會社ハ被上告人源藏カ無盡ニ關シ第三者ト爲シタル取引ノ計算ノ歸屬如何ヲ問ハス該取引ヨリ生スル權利義務ノ主體トナルコトヲ承認シタルモノニシテ而シテ商行爲ヲ業トスルトハ自己カ其ノ法律行爲ノ權利者義務者トナルノ謂ニ係リ其ノ損益ノ結果カ他人ニ歸屬スルヲ妨ケサルモノナレハ原院ハ上告會社ハ無盡營業ヲ爲スコトヲ認メタルモノト謂ハサルヘカラス然ルニ其ノ後段ニ於テ「會社カ其ノ目的トスル商行爲ヲ自ラ營業ト爲サス他人ヲシテ會社名義ヲ以テ之ヲ營マシメ云々會社自ラ營業ヲ爲スヘキニアラサルヲ以テ云々商行爲ヲ爲スヲ業トスル會社ノ本質ニ鑑ミ斯ル行爲ヲ目的トスル契約ハ法律上無效ナリト謂ハサルヘカラス云々ト說示セルニヨリテ之ヲ觀レハ上告會社ハ自ラ無盡營業ヲ爲スモノニ非スト認メタルモノノ如シ果シテ然ラハ其ノ前段ノ認定ト相牴觸シ判旨ノ存スル所ヲ知ルコトヲ得ス從テ原院カ上告會社ニ於テ第三者ニ對シ將來其ノ負擔ニ歸スヘキ損害ニ付被上告人源藏ニ於テ之ヲ賠償スヘキ旨ノ契約モ亦無效ナリトシ因テ以テ上告會社ノ請求ヲ棄却シタルハ果シテ其ノ當ヲ得タルヤ否ヲ知ルニ由ナク原判決ハ理由不備ノ不法アリ

（一四年(オ)九九二號、一五年五月三日大一民判決、大審院判例拾遺民事一卷六八頁）

【斤先掘契約ト理由不備】　因テ按スルニ甲第一號證ノ第一條ニハ甲者（被上告人九州鑛業株

式會社）ハ左記石炭鑛區ニ於ケル採掘ヲ乙者（上告人兩名外一名）ニ委任シ乙者ハ第二條以下ノ約款ニ基キ該採掘請負ヲ爲スコトヲ互ニ合意約諾シタリ云々トアリ而シテ第二條第四條ニハ原判示ノ如キ約款アルモ其ノ第四條但書ハ本件指揮監督ニ要スル費用ノ內每月金百五十圓ヲ乙者ノ負擔ト爲シ第三條ニハ甲者ハ契約期限中抗內實測圖及鑛業簿ノ備付並提出鑛業明細書ノ提出等鑛業權者カ法令ノ規定ニ從ヒ爲スヘキ事項ノ處理ヲ乙者ニ委任ストアリ第九條ニハ坑道延長ニ關スル諸費用採掘ニ要スル諸材料機械器具及鑛區鑛產其ノ他ニ對スル公課公果借地料電力料其ノ他諸經費ハ全部乙者ノ負擔トス云々トアリ第十一條ニハ甲者ハ事請負業ノ費用及報酬トシテ乙者ニ其ノ採掘セル石炭ヲ贈與スルモノトス云々トアリテ此等ノ約款ニ參酌考覈スルトキハ前示ノ契約ハ被上告會社ノ經營ニ係ル伊萬里炭坑ノ採掘其ノモノノミヲ上告人等ニ請負ハシメタルニ非スシテ鑛業權ヲ目的トシテ斤先掘契約ヲ締結シタルニ非サレハ其ノ他鑛業法第十七條ニ違背スル契約ヲ締結シタルモノト解スルヲ相當トス然ルニ原院カ前記第二條第四條ノ外被上告人カ指揮監督ヲ爲シタル事實ヲ審究シタルノミニテ上告人等ノ主張ヲ排斥シタルハ理由不備ノ不法アリ

（一四年(オ)二八二號、一四年一二月四日大二民判決、大審院判例拾遺民事一卷六頁）

【買戻契約ノ解除不認定ト理由不備】　上告人等ハ原院ニ於テ本件係爭ノ宅地及建物ニ付被上告人トノ間ニ爲シタル買戻ノ特約ハ當事者ノ合意ニヨリ解除セラレタリト抗爭シ之カ事實トシテ被上告人カ曩ニ上告人等ニ對シ右宅地建物ヲ無斷ニテ川久保磯太郎外一人ニ賣却シタリト稱シ之カ損害金六千圓ノ請求訴訟ヲ提起シタル際被上告人ハ上告人等ノ爲シタル賣却行爲ヲ承諾シ之カ賣却行爲ヨリ生シタル利益金トシテ上告人等ヨリ三百圓ノ預金證書ノ交付ヲ受ケタル事實アリ之ニ基キ右ノ訴訟ハ被上告人ノ敗訴ニ歸シ其ノ判決確定スルニ至リタルコトヲ陳述シタルコト記錄ニ徵シテ明ナリ故ニ若上告人等抗爭スルカ如ク被上告人ニ於テ右賣却ニヨリ生シタル利益金トシテ上告人等ヨリ三百圓ノ預金證書ノ交付ヲ受ケタル事實アリトセンカ這ハ被上告人ノ有スル買戻權ノ存續ト相容レサル事實ナルニヨリ特別ノ事情ナキ限リ本件買戻ノ特約ハ當事者合意ノ上解除セラレタルモノト謂ハサルヘカラス然リ而シテ乙第三號證ノ一、二ニヨレハ上告人等抗爭スルカ如キ事實ヲ認メ得ラレサルニアラサルニヨリ原院ニ於テ同號證ヲ排斥セントスルニハ須ラク之カ理由ヲ說明セサルヘカラサルモノナルニモ拘ラス漫然乙號各證ニヨリテハ其ノ主張ヲ認ムルニ足ラストノミ說示シ輙スク上告人等ニ敗訴ノ判決ヲ爲シタルハ理由不備ノ違法アリ

（一四年(オ)五七二號、一五年一月一五日大一民判決、大審院判例拾遺民事一卷二七頁）

【賣渡擔保ト理由不備】　不動產ノ賣渡擔保ニ在リテモ一般ノ賣買ト同シク其ノ所有權ハ債務者ヨリ債權者ニ移轉スルモノト推定スヘキモノナレハ被上告人ヨリ上告人ニ金二百二十七圓ノ債務擔保ノ爲ニ賣渡擔保トシテ本訴建物ヲ差入レタル契約アレハトテ直ニ其ノ目的物カ當初ヨリ債務者タル被上告人ノ所有ニ係リ從テ被上告人カ債權者タル上告人ヨリ之ヲ賃借シタル事實ナキモノト謂フカラス且斯ノ如ク上告人カ本訴建物ノ所有權ヲ取得シタルモノトセハ原審ハ證人荒井治三郎ノ證言ヲ措信シ上告人カ之ヲ被上告人ニ賃貸シタル事實ヲ認メ得ラルヘキナリ然ルニ原審ハ此ノ點ヲ閑却シ上告人カ右建物ノ所有權ヲ取得シタル事實アリト認定シタルノミニテ同證人ノ證言ヲ排斥シ賃貸借ノ事實ヲ否定シタルハ理由不備ノ不法アリ

（一四年(オ)八一〇號、一四年一二月四日大二民判決、大審院判例拾遺民事一卷六頁）

【所有權ノ取得ト理由不備】　原判決事實摘示並之ニ引用第一審判決事實摘示ニ依レハ本件ハ被上告人ニ於テ本件土地ニ付贈與ニ因リ所有權ヲ取得シタルコトヲ理由トシテ所有權移轉ノ登記手續ヲ求メ若シ贈與ノ事實不明ニシテ肯定シ得ラレストスルモ取得時效ノ完成ニ因リ所有權ヲ取得シタルヲ以テ之ニ基ク所有權移轉登記手續ヲ求ムト云フニ在ルコト明瞭ナリ然ルニ原判決ハ「贈與契約ハ即履行ヲ終リタルモノト謂フヘキヲ以テ」云々ト判示シアリテ之ニ依レハ贈與ニ因ル所有權ノ移轉ヲ肯定シタルモノノ如クナルニ拘ラス其ノ後段ニ至リ「假令地券引換ノ手續ヲ爲ササリシカ爲メ控訴人カ係爭不動產ノ上ニ完全ナル所有權ヲ取得セサリシトスルモ民法第百六十二條第一項ノ規定ニ依リ其ノ所有權ヲ取得シタルモノト謂ハサルヘカラス」ト判示シ結局被上告人ニ於テ本件土地所有權ヲ取得シタルハ贈與ニ因ルト云フニアリヤ將此ノ兩者ニ因ルト云フニ在ルヤ甚タ明白ヲ缺タモノアリ從テ原判決主文ニ「所有權移轉ノ登記ヲ爲スヘシ」トアルハ如何ナル原因ニ基クモノトシテ當該登記ヲ爲スヘキカ之ヲ知ルニ由ナク理由不備ノ不法アリ

（一五年(オ)一七四號、一五年九月一八日大三民判決、大審院判例拾遺民事一卷一〇四頁）

【保證債務不成立ノ抗辯ト理由不備】　上告人カ大正六年十月三十日訴外大場豐次ヲ主債務者被上告人等及外三名ヲ保證債務者トシテ貸金千五百圓ノ辯濟ヲ訴求シ且保證人等ニ對シ動產ノ假差押ヲ爲シ大正六年十二月七日示談ノ上金千五十圓ノ支拂ヲ受ケタルコトハ當事者間ニ爭ナキ所ナリ而シテ原判決ノ引用スル第一號證ノ三（口頭辯論調書）ニ依レハ被上告人等ハ大正六年十一月二十二日ノ右訴訟ノ口頭辯論ニ於テ主タル債務ノ成立セサルコトヲ理由トシテ保證債務ノ成立ヲ爭ヒタルコト明ナル所ニシテ前記假差押ノ執行カ右口頭辯論期日後ニ屬スルコトハ何等ノ主張及立證アルコトナシ然ルニ原判決ハ右假差押ノ時期ヲ確定スルコトナク漫然被上告人ハ上告人ヨリ訴ヲ受クルヤ主タル債務ノ成立セサルコトヲ理由トシテ保證債務ノ成立ヲ爭ヒタレトモ上告人カ動產ノ假差押ヲ爲スニ及ヒ保證債務ノ成立ヲ爭ハスシテ專ラ債務額ノ一部ヲ辯濟シ一部ノ免除ヲ受ケンコトヲ欲シ進ンテ上告人ニ示談ノ申入ヲ爲シ双方間ニ於テ保證債務ノ成立其ノモノニ付テハ爭フコトナク單ニ支拂フヘキ金額ニ付テノミ折衝ノ結果上告人ハ讓步シテ千五十圓ノ支拂ヲ受ケ訴ヲ取下ケタルモノナルコトヲ認メ得ルカ故ニ其ノ當時民法上ノ和解契約カ成立シ之ニ基キ被上告人等カ右金員ヲ支拂ヒタルモノニ非サルコト明ナリトシテ上告人ノ抗辯ヲ排斥シタルモノニシテ原判決ニハ理由不備ノ違法アリ

（一四年(オ)一一〇七號、一五年三月一六日大二民判決、大審院判例拾遺民事一卷四五頁）

【所有權ノ對抗力ト齟齬】　未登記不動產ノ所有權ヲ取得シタルモ其ノ登記ヲ受ケサルモノハ後日保存登記ヲ受ケタル舊所有者ヨリ所有權ヲ讓受ケ其ノ登記ヲ爲シタル他人ニ對シテ所有權ノ取得ヲ對抗スルコトヲ得サルモノナルコトハ當院判例（大正十三年(オ)第四百八十二號同十四年七月八日民事聯合部判決參照）ノ認ムル所ナルヲ以テ本件建物ノ買受人タル被上告人ハ其ノ登記ヲ受ケサリシ爲舊所有者一戸象孝ニ於テ所有權保存登記ヲ爲シ上告人ハ之ニ抵當權ヲ設定シ其ノ登記ヲ受ケタルモノニシテ從テ被上告人ハ其ノ所有權ノ取得ヲ以テ上告人ニ對抗スルコトヲ得サルモノナルコト明ナリ然ルニ原判決ハ論旨摘錄ノ如ク判示シ被上告人カ其ノ所有權ノ取得ヲ以テ上告人ニ對抗スルコトヲ得サルモノナルヲ判定シタルニ不拘被上告人ハ本件建物ニ付所有權ヲ喪失シタルモノニ非ストシテ其ノ處有權ヲ是認シタルモノニシテ理由齟齬ノ違法アリ

（一四年(オ)六一三號、一五年二月九日大二民判決、大審院判例拾遺民事一卷四一頁）

【判決ト理由齟齬】　原審口頭辯論ノ全趣旨ニ依レハ被上告人ハ第一審檢證調書添付圖面表示ノ（イ）（ロ）（ハ）（ニ）（ホ）（ヘ）ヲ連結シタル線內ノ土地ヲ以テ本件係爭ノ山林一畝二歩ニ該當スルモノニシテ明治三十五年上告人與之吉ヨリ贈與ヲ受ケ所有權ヲ取得シタルニ因リ之カ確認並所有權移轉登記ヲ求ムルニ在リテ上告人岩藏ハ右被上告人ノ主張ヲ爭ヒタルモノトス故ニ本件上告人ノ請求ヲ認容スルカ爲ニハ單ニ被上告人カ抽象的ニ六十一番山林ノ所有權ヲ取得シタル事實ヲ確定スルヲ以テ足レリトセス更ニ具體的ニ被上告人ノ主張スル區域ノ土地カ係爭六十一番山林ニ該當スルモノナルコトヲ確定スルヲ要ス然ルニ原審ハ「控訴人（被上告人）ハ本訴六十一番山林ノ區域ハ原審檢證調書ノ添付圖面ニ記載シアル如ク西方ハ（中略）（イ）點ニ達スル線ヲ南方境界トスル區域ナリト主張スルモ控訴人ノ立證ヲ以テハ右主張事實ヲ確認スルニ由ナシト判示シテ被上告人カ具體的ニ指示シテ其所有ニ屬スル土地ノ區域ナリトスル主張ヲ排斥シナカラ「然レトモ本訴六十一番山林カ控訴人（被上告人）ノ所有ナルコトハ前示認定ノ如クニシテ被控訴人（上告人）岩藏ニ於テ其ノ所有權ヲ爭フ以上假令同山林ノ區域ニ於テ控訴人ノ主張ヲ認容シ得ストスルモ控訴人ニ於テ本訴山林ニ付其ノ所有權ノ確認ヲ求ムル法律上利益ヲ有スルモノナレハ本訴確認ノ請求ハ至當ナリ」ト判示シ以テ被上告人ノ請求ヲ認容シタルハ一面被上告人主張ノ區域ノ土地カ係爭六十一番山林ニ屬スルモノニアラスト爲シ地面係爭六十一番山林ハ被上告人ノ所有ト爲スモノニシテ前後理由ニ齟齬アルカ又審理ヲ盡ササル不法アリ

（一四年(オ)九九八號、一五年五月四日大一民判決、大審院判例拾遺民事一卷五六頁）

【判斷ノ矛盾】　原判決ハ其ノ理由前段ニ於テハ甲第三號證ヲ引用シ本件家屋ハ被上告人ノ所有ニシテ大正十二年五月以後ニ於テモ被上告人ハ自己所有ノ家屋トシテ占有シ來レル事實ヲ認定シタルニ拘ラス其ノ後段ニ於テハ假ニ係爭家屋ノ所有權カ大正十二年五月以後上告人ニ移轉シタリトスルモ甲第三號證ニ依リ當事者間ニ賃貸借契約成立シ被上告人ハ賃貸人トシテ該家屋ヲ占有シ來レル事實ヲ認メ得ヘキ旨判示シタリ若原判決後段判示ノ如ク當事者間ニ賃貸借契約ノ成立シタル事實アリトスレハ該事實ハ前段認定ヲ妨クヘキ事項ナルヲ以テ原審ハ前段說明ニ於テハ甲第三號證ニ依ルモ該事實ヲ認メ得ヘカラスト爲シタルモノト解セサルヘカラス然ルニ後段說明ニ於テハ前示ノ如ク同證ニ依リ該事實ヲ認メ得ヘシト爲シ同一ノ書證ヲ前後相矛盾セル事實ノ判斷ノ資料トシ從テ其ノ判斷ノ當否ヲ知ルヲ得サル不法アリ

（一四年(オ)七四九號、一五年二月二二日大一民判決、大審院判例拾遺民事一卷四二頁）

第四百四十四條　右ノ外上告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依リ差異ノ生スルモノハ此限ニ在ラス

（參照）

第二百四十八條　出頭セサル一方カ被告ナルトキハ裁判所ハ被告カ原告ノ事實上ノ口頭供述ヲ自白シタルモノト看做シ原告ノ請求ヲ正當ト爲ストキハ闕席判決ヲ以テ被告ノ敗訴ヲ言渡シ又其請求ヲ正當ト爲ササルトキハ其訴ノ却下ヲ言渡ス可シ

【主張ノ誤解ト採證ノ違法】　被上告人ハ適式ノ呼出ヲ受ケナカラ口頭辯論期日ニ出頭セサルヲ以テ民事訴訟法第四百四十四條第二百四十八條ニ依リ論旨ノ（一）（二）ニ掲クル上告人ノ主張事實ヲ被上告人ニ於テ自白シタルモノト看做ス然レハ原審カ論旨摘錄ノ如ク判示シタルハ

上告人ノ主張ヲ誤解シ且採證ノ法則ニ違背シタル不法アリ

（一四年(オ)七〇二號、一四年一二月二六日大三民判決、法律新聞二六一三號一三頁）

第四百四十七條　上告ヲ理由アリトスルトキハ不服ヲ申立テラレタル判決ヲ破毀ス可シ

訴訟手續ニ關スル規定ニ違背シタルニ因リ判決ヲ破毀スルトキハ其違背シタル部分ニ限リ訴訟手續ヲモ亦破毀ス可シ

【代表權ノ不當認定ト訴訟費用全部負擔】　被上告人ノ代表權ヲ不當ニ認メタル原判決ハ之ヲ破毀シ第一審判決ハ之ヲ廢棄シ本訴ハ之ヲ却下スヘキモノトス而シテ被上告會社ノ代表權ナキ者ノ爲シタル訴訟行爲ニ因ル訴訟費用ハ之ヲ被上告會社ニ負擔セシムヘキ理由ナキカ故ニ本件訴訟費用ハ各審ヲ通シ代表權ナキニ拘ラス被上告會社ヲ代表シテ訴訟行爲ヲ爲シ來リタル入江米次郎、添田富吉兩名ノ負擔スヘキモノトス即右兩名ハ訴訟費用ノ負擔ニ付テハ訴訟當事者トシテ取扱ハレ其ノ責ニ任スヘキモノトス

（一五年(オ)六四四號、一五年一〇月二九日大二民判決、法律新聞二六一五號五頁）

第三章　抗告

第四百五十五條　抗告ハ訴訟手續ニ關スル申請ヲ口頭辯論ヲ經スシテ却下シタル裁判ニ對シ其他此法律ニ於テ特ニ揭ケタル場合ニ限リ之ヲ爲スコトヲ得

【破産決定ト對申立人ニ非サル者ノ抗告ノ不許】　本件ハ債權者秋山貴カ債務者荒井武治ニ對シ申立タル破産事件ニ付東京區裁判所カ與ヘタル破産決定ニ對スル債務者ノ抗告ニ基キ原審カ第一審決定ヲ廢棄シ破産申立ヲ棄却シタル決定ニ對シ抗告人ハ債務者ニ對シ債權ヲ有スルコトヲ理由トシテ利害關係人ナリト主張シ抗告申立ニ及ヒタルモノトス然レトモ破産申立ヲ棄却シタル決定ニ對シ抗告ヲ申立ツルヲ得ル利害關係人ハ申立人ノミニシテ申立人ニアラサル他ノ債權者ノ如キハ申立棄却ノ決定ニ付利害關係ヲ有セサルモノトス此等債權者ニ於テ債務者ニ對シ破産宣告ヲ求メント欲スレハ須ク新ニ自ラ破産申立ヲ爲スヘク他ノ債權者ノ爲シタル申立ヲ棄却シタル決定ニ對シ抗告ヲ爲シ得ヘキモノニ非ス

（一五年(ク)一二一四號、一五年一二月二三日大一民判決、法律新聞二六五五號一五頁）

（參　照）　商　法

第百五十二條　株金ノ拂込ハ二週間前ニ之ヲ各株主ニ催告スルコトヲ要ス

株主カ期日ニ拂込ヲ爲ササルトキハ會社ハ更ニ一定ノ期間內ニ其拂込ヲ爲スヘキ旨及ヒ其期間內ニ之ヲ爲ササルトキハ株主ノ權利ヲ失フヘキ旨ヲ其株主ニ通知スルコトヲ得但其期間ハ二週間ヲ下ルコトヲ得ス

前號ノ規定ニ依リ會社カ株主ニ對シ其權利ヲ失フヘキ旨ヲ通知スルトキハ會社ハ其通知スヘキ事項ヲ公告スルコトヲ要ス

【失權通知ノ存在ト抗告ノ相當】　株式會社カ其ノ株主ヲシテ株主タル權利ヲ失ハシムル爲ニハ商法第百五十二條ニ規定スル手續ニ從フコトヲ要スルヲ以テ其ノ手續ノ一タル同條第三項ノ公告ヲ爲シタルコト明ナル場合ハ反對ノ特別事情ノ認ムヘキモノアラサル限リ自ラ其ノ前提ト爲ル同條第一項ノ株金拂込ノ催告並同條第二項ノ通知カ適法ニ行ハレタルニ因リ玆ニ右公告ヲ爲スニ至リシモノト認ムルヲ相當トス　本件ニ於テ原審ハ抗告會社カ商法第百五十二條第三項

ノ公告ヲ爲シタル事實ヲ認定シタルモノナレハ右公告ノ前提タル同條第一、二項ノ手續カ適法ニ行ハレサリモノト認定セントスルニハ其ノ手續ノ適法ニ行ハサリシコトノ事情ノ存在ヲ明ニセサルヘカラサルモノナルニ原審ハ漫然「抗告人ノ疏明方法ニヨリテハ果シテ抗告會社カ相手方等ニ對シ右第二回株金ノ拂込催告並失權豫告附催告ヲ適法ニ爲シタル事實ヲ疏明スルニ足ラス」ト說示シテ本件檢査役選任ノ申請ヲ爲シタル者ハ抗告會社ノ株主權ヲ失ヒタル者ニシテ株主ニ非サル旨ノ抗告人ノ主張ヲ排斥シタルハ不法ナリ

（一五年(ク)一一二七號、一五年一二月六日大一民決定、法律新聞二六五一號六頁）

第四百五十六條　抗告ニ付テハ直近ノ上級裁判所其裁判ヲ爲ス

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

【一般的支拂非不能ノ狀態ト獨立ノ抗告理由存在】　原審カ原決定當時抗告人所有ノ財產ト認メタル合計金六萬四千八百六十二圓五十錢（原決定ノ金二萬八百六十二圓五十錢ハ誤記ト認ム）中湊町四丁目賃貸家屋家賃金中未取立分、六千百五十圓ハ證人平野康太郎ノ第一、二回訊問調書ニ依ルモ執レノ家屋ノ家賃金ナルヤ且其ノ計數分明ナラサルノミナラス論旨ノ如ク湊町四丁目二百六番邸ノ河本雅一ニ對スル家賃金ニシテ原決定ノ前日迄ノ家賃金總額ヨリ取立濟金六千六百圓ヲ差引タル殘額ヲ謂フモノナランニハ此ノ外同二百十一番邸ノ秋田寅吉ニ對スル家賃金千九百九十九圓四十七錢同二百十番邸ノ半田信一ニ對スル家賃金八百六十四圓四十五錢アルコトハ抗告人ノ主張スル所ニシテ前顯證人カ取立可能ナルコトヲ供述セルモノナレハ此ノ二口ノミヲ如上財產總額ニ加算スルモ六萬七千七百二十二圓四十四錢ト爲リテ原審ノ認ムル抗告人ノ債務總額六萬六千百八十四圓三十九錢六厘ヲ超過スルヲ以テ抗告人ハ一般的支拂不能ノ狀態ニ在ルモノニ非ス然ルニ原審カ湊町四丁目賃貸家賃金中未取立立分金六千百五十圓（證人平野康太郎ノ第一、二回訊問調書ニ據ル）ト判示シ前揭一口ノ家賃金ニ付テ判示セサルハ重要ナル裁判手續ニ違背シタルモノニシテ原裁判ニ因リ新ナル獨立ノ理由ヲ生シタルモノトス

（一五年(ク)六六五號、一五年七月一〇日大三民判決、法律新聞二六一〇號一一頁）

第四百六十六條　即時抗告ノ場合ニ於テハ左ノ特別ノ規定ニ從フ

抗告ハ七日ノ不變期間內ニ之ヲ爲ス可シ其期間ハ裁判ノ送達ヨリ始マリ第二百五十三條、第六百八十條及ヒ第七百六十九條第三項ノ場合ニ於テハ裁判ノ言渡ヨリ始マル抗告裁判所ニ抗告ヲ提出シタルトキハ急迫ナラスト認メタル場合ニ於テモ亦不變期間ヲ保存ス

再審ヲ求ムル訴ニ付テノ要件存スルトキハ不變期間ノ滿了後ト雖モ此訴ノ爲メ定メタル期間內ハ抗告ヲ爲スコトヲ得

前條第一項ノ場合ニ於テハ抗告提出ノ爲メ定メタル方法ニ依リ不變期間內ニ受訴裁判所ノ裁判ヲ求ムルコトヲ要ス受訴裁判所ハ其申請ヲ正當ト認メサルトキハ之ヲ抗告裁判所ニ送付ス可シ

【强制和議認可決定ニ對スル抗告ト用語ノ杜撰】　即時抗告期間ノ徒過ニ由リ決定命令ノ確定シタル場合ト雖民事訴訟法第四百六十六條第三項ニ依ル所謂再審抗告ナルモノアリ高知地方裁判所ニ提出セラレタル本件申請書ニハ取消ノ訴狀ト題セルノミナラス所々取消ノ訴ナル文字ヲ散見スト雖書面末尾「本案ニ付爲スヘキ決定ノ申立」ト題スル條下ニハ「御廳大正十四年ノ第二乃至五號强制和議認可決定ハ之ヲ取消ストノ決定ヲ求ム」トアリ必要的口頭辯論ノ下ニ判決ヲ求ムル趣旨ニハアラス又右申請書ニハ一圓ノ印紙ヲ貼用シアリ這ハ民事訴訟用印紙法第六條

ノ三第一號ニ準據セシモノナルコトヲ知ルニ難カラス此等ノ點ヲ主トシ申請書全部ノ趣旨ヲ稽フルトキハ其ノ所謂訴狀トアリ訴トアルハ畢竟用語ノ杜撰ナルモノニシテ其ノ本旨ハ前審ノ抗告ニ外ナラサルノ消息自カラ之ヲ窺フニ足ルモノアリ否少クトモ申請書自體ノ上ニ於テ斯ク解スヘキノ餘地ハ決シテ存セサルニ非ス前記地方裁判所ヲ始メ原裁判所カ直ニ之ヲ目スルニ文字通リ取消ノ訴ヲ以テノ決定ニ對スル取消ノ訴ハ不適法ナリト爲セルカ如キ又之ニ對シ抗告人カ百方陳辯其ノ適法ノ訴ナルコトヲ支持セムトセルカ如キ彼此共ニ用語ノ末ニ拘泥シ一ハ當事者ヲ善導シテ之ヲ正シキニ歸セシムルノ釋明義務ヲ盡サス他ハ自カラ其ノ申請ノ眞意ヲ遺却シ偏ヘニ過誤ヲ遂クルニ急ナルノ致ス處ニ外ナラス若夫原裁判所カ確定セル强制和議認可決定ニ對シテ他ニ不服申立ノ方法無シト爲セルカ如キハ民事訴訟法第四百六十六條第三項アルコトヲ省ミサルモノナリ之ヲ要スルニ本件抗告自體ハ相當ナリ

（一五年(ク)七九四號、一五年八月二一日大三民決定、法律新聞二六一六號一五頁）

第四編　再審

第四百六十九條　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

第一　刑法ニ揭ケタル職務上ノ義務ニ違背シテル罪ヲ訴訟ニ關シ犯シタル判事カ裁判ニ參與シタリシトキ

第二　原告若クハ被告ノ法律上代理人若クハ訴訟代理人又ハ相手方若クハ其法律上代理人若ケハ訴訟代理人カ爲セル可キ行爲ヲ訴訟ニ關シテ爲シタリシトキ

第三　判決ノ憑據ト爲リタル證書カ僞造又ハ變造ナリシトキ

第四　證人若クハ鑑定人カ供述ニ因リ又ハ通事カ判決ノ憑據ト爲リタル通譯ニ因リ僞證ノ罪ヲ犯シタリシトキ

第五　判決ノ憑據ト爲リタル刑事上ノ判決カ他ノ確定ト爲リタル刑事上ノ判決ヲ以テ廢棄若クハ破毀セラレタリシトキ

第六　原告若クハ被告カ同一ノ事件ニ付テノ判決ニシテ前ニ確定ト爲リタルモノヲ發見シ其判決カ不服ヲ申立テラレタル判決ト抵觸スルトキ

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可キモノヲ發見シタルトキ

第一號乃至第四號ノ場合ニ於テ訴ヘラル可キ行爲ニ付テ判決確定ト爲リタルトキ又ハ證據欠缺外ナル理由ヲ以テ刑事訴訟手續ノ開始若クハ實行ヲ爲シ得サルトキニ限リ再審ヲ求ムルコトヲ得

【再審ノ不許】　再審被告カ再審原告主張ノ如キ民事訴訟ヲ提起シ該訴訟ハ第二審ニ於テ再審原告敗訴ノ判決言渡サレ該判決カ上告棄却ノ結果確定シタル事實ハ甲第一乃至三號證ニ依リ訴外高橋定吉カ右訴訟中第二審ニ於テ證人トシテ喚問セラレ再審原告主張ノ如キ賃貸借契約更新ノ事實ナキ旨證言シタルコトハ甲第六號證ノ三ニ依リ右證言カ前記第二審判決ノ憑據トナリタルコトハ甲第二號證ニ依リ何レモ疏明十分ニシテ再審原告カ同人ニ對スル僞證ノ告訴ヲ大正十五年一月十九日東京區裁判所檢事局ニ提起シタル事實並ニ同人カ同年六月十二日死亡シタルコトハ甲第六號證ノ一、及ヒ三、甲第五號證ニ依リ疏明セラレタルモノト認ムルヲ得ヘシ然レトモ再審原告ノ主張スルトコロニ依レハ被告訴人高橋定吉ニ對シ檢事局ハ單ニ呼出狀ヲ發シタルノミニシテ起訴ハ勿論一囘ノ取調ヲモ爲スニ至ラサリシコト明カナルカ故ニ右事實ノミニ依リ

テハ未タ同人ニ對スル僞證ノ證憑十分ナリシモノト認ムルヲ得ス從ツテ同人カ右僞證ノ告訴ヲ受ケタル後死亡シタリトテ之ヲ以テ民事訴訟法第四百六十九條第二項後段ニ所謂「證據欠缺外ナル理由ヲ以テ刑事訴訟手續ノ開始若クハ實行ヲ爲シ得サルトキ」ニ該當スルモノト爲スヲ得ス蓋シ民事訴訟法第四百六十九條第二項ハ同條第一項第一號乃至第四號ノ場合ニ於テハ劃セラルヘキ行爲ニ付犯罪ノ證憑十分ニシテ而カモ刑事訴訟手續ノ開始若クハ實行カ可能ナル場合ニハ確定判決ヲ經タル後ニ非サレハ再審ヲ許ササルモノトシ犯罪ノ證憑十分ナルニ拘ハラス犯人ノ死亡其他ノ事由ニ依リ刑事訴訟手續ヲ開始シ若クハ實行スルコト能ハサル場合ニハ確定判決ヲ生スルニ由ナキヲ以テ例外トシテ確定判決ヲ經サルモ再審ヲ許スヘキモノト爲シタル法意ナリト解スルヲ相當トスルカ故ニ僞證事實ニ付テノ證據十分ナリト認ムル能ハサル本件ノ如キ場合ニハ前記法條ノ適用ナキモノト解スルヲ相當ト爲スヘケレハナリ依テ本件再審ノ訴ハ之ヲ許スヘカラサルモノトス

（一五年(ム)一號一五年一一月一七日東控民一判決、法律新聞二六四三號九頁）

第五章　證書訴訟及ヒ爲替訴訟

第四百八十四條　一定ノ金額ノ支拂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ハ其請求ヲ起ス理由タル總テノ必要ナル事實ヲ證書ニ依リ證スルコトヲ得ヘキトキハ證書訴訟ヲ以テ之ヲ主張スルコトヲ得

【爲替訴訟上ノ立證ト證人調書援用ノ合法】　爲替訴訟ト該訴訟ニ於テ敗訴シタル被告ニ對シ

權利ノ行使ヲ留保シタル判決ニ基キ爲ス通常訴訟トハ其ノ手續ヲ異ニスルニヨリ爲替訴訟ヲ審判スルニ當リ該記錄中ニ現存スル通常訴訟手續ニ於テ訊問シタル證人調書ヲ援用シ之カ立證ノ用ニ供スルコトヲ妨ケサルモノニシテ斯ル場合ニ於テハ該調書ノ援用ハ畢竟書證トシテ提出シタルモノニ外ナラサルモノト解スルヲ相當トス然ラハ原院カ本件爲替訴訟ヲ審判スルニ當リ被上告人ノ援用ニ係リ記錄中ニ現存スル通常訴訟手續ニ於テ訊問シタル所論證人ノ調書ヲ採テ以テ判斷ノ資料ニ供シタルハ不法ニアラス

（一五年(オ)四一八號、一五年七月二二日大一民判決、法律剛二六一一號一五頁）

第四百九十一條　主張シタル請求ヲ爭ヒタル被告ニハ敗訴ノ言渡ヲ受ケタル總テノ場合ニ於テ其權利ノ行使ヲ留保ス可シ

判決ニ此留保ヲ揭ケサルトキハ第二百四十二條ノ規定ニ依リ判決ノ補充ヲ申立ツルコトヲ得

留保ヲ揭ケタル判決ハ上訴及ヒ强制執行ニ付テハ之ヲ終局判決ト看做ス

【留保判決ニ接スル最後ノ口頭辯論後ニ生シタル事由ト請求異議訴訟ノ不許】　爲替訴訟手續ニ於テ被告ニ通常訴訟手續ニ於ケル權利行使ノ留保ヲ揭ケタル被告敗訴ノ判決アリタル場合ニ於テハ該判決ニハ職權ヲ以テ假執行ノ宣言付セラルルヲ以テ確定ヲ俟タス執行力カ生シ又之カ確定シタルトキハ確定判決トシテ執行力アルヲ以テ一見之ニ對シ該判決ニ接着スル最後ノ口頭辯論後ニ生シタル事由ヲ以テ其執行力ノ排除ヲ求ムル爲メ請求異議ノ訴ヲ提起シ得ヘキカ如シト雖モ民事訴訟法第五百四十五條第二項ニヨレハ請求ニ關スル債務者ノ異議ハ債務名義カ缺席判決ノ場合ニ於テハ其事由ヲ故障ヲ以テ主張スルコトヲ得サルトキニ限リ之ヲ許ス旨ノ規定アリ右規定ノ趣旨ハ缺席判決ニ對シテハ故障期間中ハ故障ヲ申立テ以テ異議ノ原因ヲ主張スレハ

足リ敢テ別個ニ請求異議ノ訴ヲ起スノ要ナキヲ以テ之ヲ許サストシタルモノナリ前述爲替訴訟判決ノ場合ニ於テモ其爾後手續トシテ通常訴訟ノ續續スル限リ該判決ノ敗訴ノ債務者ハ右判決ニ接看スル最後ノ口答辯論後ニ生シタル事由ヲ以テ右通常訴訟ニ於テ充分ニ之ヲ爭ヒ得ヘク敢テ請求異議ノ訴ヲ起シテ之ヲ爭フヘキ要ナキヲ以テ斯ノ如キ判決ニ對シテ爲サレタル請求異議ノ訴ハ右五百四十五條第二項ヲ類推適用シ之ヲ許スヘカラサルモノトスルヲ相當トス本件ニ於テ原告ハ被告ノ有スル債務名義ハ原被告間ノ小切手金請求爲替訴訟事件ノ留保判決ニシテ其爾後手續ハ當廳大正十三年(ワ)第二五〇四號事件トシテ現ニ繫屬中ナルコトハ其自ラ陳フルトコロナルヲ以テ本訴原告ノ請求ハ許スヘカラサルモノトス

(一四年(ワ)二三八一號、一五年一月三〇日東地六民判決、法律新聞二六一七號一五頁)

第六編　強制執行

第一章　總則

第四百九十七條　強制執行ハ確定ノ終局判決又ハ假執行ノ宣言ヲ付シタル終局判決ニ因リテ之ヲ爲ス

【行政整理ニ依ル退職賜金ト強制執行ノ不許性】　大正十一年勅令第四百七十九號ニ依ル退職賜金ハ一般行政整理ニ當リ退職セシメラレタル官吏又ハ官吏待遇者ニ限リ從來ノ勤勞ニ報ヒ退職ニ依リ直ニ脅威ヲ受ク可キ一時ノ生活資料ニ充ツル爲特ニ下賜セラルルモノナレハ其ノ賜金ヲ受クル權利ハ他ニ之ヲ讓渡スルコトヲ許ササル性質ノモノナリト解スルヲ妥當トス（當院大正四年(オ)第百二十一號同年十二月二日第二民事部判決參照）而シテ請求權カ他ニ讓渡セラレ得ルモノニアラサレハ強制執行ノ目的タルコトヲ得サル筋合ナレハ前記勅令ニ依リ退職賜金ヲ受ク可キ權利ニ對シ強制執行ハ之ヲ許ササルモノト云ハサルヘカラス然ルニ原審ハ前記勅令ニ依リ訴外木原久米吉カ有スル退職賜金請求權ヲ一般債權ト同樣ニ讓渡性ニ欠ケル處ナキモノナリト解釋シ此ノ前提ノ下ニ被上告人ノ本訴請求ノ一部ヲ認容シタルハ法規ノ解釋ヲ誤リタル不法アルモノニシテ原判決中ノ此ノ部分ハ破毀ヲ免レス論旨ハ理由アリ、然リ而シテ原審ノ確定セル事實ニ依レハ被上告人ノ本訴請求原因トシテ主張スル所ハ彼上告人ハ訴外木原久米吉ニ對シ債權ヲ有シ右久米吉カ大正十一年勅令第四百七十九號ニ依リ退職賜金金一千八百二十圓相當スル國債證券ヲ上告人ヨリ交付ヲ受ク可キ請求權ニ付强制執行ヲ爲シ其ノ差押命令並國債證券ノ引渡命令ヲ得タルニ拘ラス第三債務者タル上告人ハ右久米吉ノ債權者ナル訴外井上好太郎カ其ノ後爲シタル右久米吉ノ請求權ニ對スル强制執行手續中不當ニ右好太郎ノ代理人ニ對シ前記國債變券ヲ交付シタルカ爲被上告人ハ其ノ辨濟ヲ得ルコト能ハサルニ至リタルヲ以テ上告人ニ對シ之カ損害ノ賠償ヲ求ムト云フニ在リテ被上告人ノ本訴請求ハ訴外木原久米吉カ大正十一年勅令第四百七十九號ニ依リ退職賜金トシテ受ク可キ國債證券交付請求權ハ强制執行ノ目的タリ得ルコトヲ前提トスルモノニシテ前段說示ニヨリ明ナルカ如ク其ノ主張自體ニヨリ失當タリ

(一五年(オ)四五二號、一五年七月二七日大二民判決、法律新聞二六一〇號一六頁)

【執行立會ニ於ケル辯護士事務員ノ行爲ノ性質】　代理人カ其代理行爲ヲ爲スニ當テ自己ノ意思表示ノ傳達機關トシテ補助者ヲ使用スルコトヲ得ルコトハ洵ニ抗告人主張ノ如シト雖モ又タ

以テ代理人タル辯護士ノ權限ヲ行フ場合アリ而シテ後ノ場合ニ於テハ事務員ハ事實上ノ本人ノ復代理人ニシテ最早ヤ代理人ノ意思傳達ノ機關ト謂フコトヲ得ス一件記錄ニ依レハ本件申立人タル辯護士小林善作ノ事務員永田源藏ハ抗告人主張ノ競賣場ニ臨ミ競買人ヨリ競買價額ノ申出アルヤ直ニ本件競賣申立人ノ名ニ於テ自ラ保證ノ申立ヲ爲シタルモノニシテ該申立カ右永岡自身ノ意思ニ基キ爲サレタルコト明ナリ然ラハ右永岡ハ前示小林善作ノ單ナル意思傳達ノ爲メノ補助機關ニアラスシテ本人深澤儀作ノ事實上ノ復代理人タルコト疑ヲ容レス而シテ右代理ニ關スル委任狀ヲ所持セサリシコトハ己ニ抗告人ノ主張自體ニヨリテ明ナルカ故ニ執達吏カ右保證申立ヲ斥ケ競賣ヲ遂行シタルハ毫モ違法ニアラス

（一四年(ソ)四九五號、一五年五月二五日東地六民決定、法律新聞二五八〇號一四頁）

（參照）和議法

第三百五條　強制和議ノ提供者又ハ第三者カ強制和議ノ條件ニ依ラスシテ或破產債權者ニ特別ノ利益ヲ與フル行爲ハ之ヲ無效トス

【強制和議ト強制執行ノ無效】　被告カ原告主張ノ如キ債務名義ニ基ク強制執行トシテ原告主張ノ如キ債權ニ對シ大正十五年六月一日債權差押並ニ轉付命令ヲ受ケタルコトハ當事者間ニ爭ナキトコロニシテ成立ニ爭ナキ甲第一號證ニヨレハ大正十五年五月十三日原告ニ對シ和議手續開始ノ決定アリタル事實ヲ認メ得ヘシ、仍テ按スルニ右債務名義タル原告主張ノ如キ公正證書ニ基ク被告ノ債權カ右和議開始前ノ原因ニ基キ生シタルモノナルコトハ成立ニ爭ナキ甲第二號證ニ徵シ明カナルカ故ニ右債權ハ和議法第四十一條ニヨリ和議債權タルヘキコト論ナキトコロナルヲ以テ和議債權者タル被告ハ同法第四十條第一項ノ規定ニヨレハ右債權ニ付債務者タル原告ノ財產ニ對シ强制執行ヲ爲シ得サルコト明カナリ而シテ該規定ハ債務者ノ財產ノ散逸ヲ防止シ和議ノ決議ヲ容易ナラシメ以テ和議ノ成立ヲ期セシムル爲メ設ケラレタル强行規定ト解スヘキカ故ニ之ニ反シテ爲シタル强制執行ハ當然無效ナリト解スヘキモノトス故ニ假令原被告間ニ和議條件ニ從ハサル契約存スルモ右規定ノ趣旨並强制和議提供者又ハ第三者カ强制和議ノ條件ニ依ラスシテ或ル破產債權者ニ特別ノ利益ヲ與フル行爲ヲ無效トスル破產法第三百五條ノ規定ヲ和議法第四十九條ニ於テ準用セルニヨリ之ヲ推考スルトキハ被告ハ和議條件ニヨラスシテ原告ノ財產ニ對シ强制執行ヲ爲スコトヲ得ス殊ニ債權轉付ノ如キ獨リ特別ノ利益ヲ受クルカ如キ行爲ハ之ヲ爲スヘカラサルモノト解スルヲ相當トスヘシ然ラハ被告ヨリ原告ニ對スル强制執行トシテ爲シタル前示債權差押並ニ轉付命令ハ無效ニシテ本件差押債權轉付ノ法律關係ハ存在スルニ至ラサルモノトス

（一五年(ワ)二二四〇號、一五年七月三一日東地一三民判決、法律新聞二五八四號六頁）

第五百三條　前二條ニ揭クタル外左ノ場合ニ於テハ財產權上ノ請求ニ關スル判決ニ限リ債權者ノ申立ニ因リ假執行ノ宣言ヲ爲ス可シ

第一　債權者カ執行ノ前ニ保證ヲ立テント申出ツルトキ

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

【確認請求訴訟ノ判決ト假執行不許】　原告ト被告矢作忠助トノ間ニ大正十三年十月一日爲サレタル債權者同被告債務者原告債權額金二萬圓辨濟期大正十三年九月二十五日利息年一割二分毎月二十五日拂ナル金圓消費貸借契約カ當事者相通シテ爲サレタル假裝行爲ナルノミナラス右

消費貸借ノ目的タル金二萬圓ノ授受ナカリシコトハ當時者間ニ爭ナキトコロナリ然ラハ右消費貸借契約ハ成立スルニ由ナキモノニシテ該契約上ノ債權ハ存在スルニ由ナク從テ又之ヲ讓渡シ得ヘキモノニ非ス從テ原告ノ本訴請求中該債權ノ不存在ノ確認ヲ求ムル部分ハ正當ニシテ容認スヘク從テ本件各登記ハ其ノ原因ナキニ歸スルヲ以テ各被告ハ原告ニ對シ夫々同被告ノ爲メニ爲サレタル本件各登記ノ抹消手續ヲ爲スヘキ義務アルモノト云ハサルヘカラス然レハ此點ニ關スル原告ノ本訴請求モ正當ナルヲ以テ之ヲ認容スヘキモノトス、原告ハ本件判決ニ付キ保證ヲ條件トスル假執行ノ宣言ヲ求ムト雖モ原告ノ本訴請求中債權不存在ノ確認ヲ求ムル部分ニ對スル判決ハ確認判決ニシテ執行シ得サルモノナルヲ以テ之ニ對シテハ假執行ノ宣言ヲ許スヘキモノニアラス又登記抹消手續ヲ爲スヘシトノ請求ハ民事訴訟法第七百三十六條ニ所謂意思ノ陳述ヲ求ムルモノナレハ判決ノ確定ニヨリテ始メテ相手方カ陳述ヲ爲シタルモノト看做スヘク性質上假執行ノ宣言ヲ許スヘキモノニ非サルヲ以テ右請求ハ棄却スヘキモノトス

（一四年(ヲ)三五六號、一四年一一月三〇日東巡一一民判決、法律新聞二五二二號一四頁）

第五百十一條　第二審ニ於テハ申立ニ因リ先ツ假執行ニ付キ辯論及ヒ裁判ヲ爲ス可シ

口頭辯論ノ延期ニ付テノ第四百十條ノ規定ハ此場合ニ於テハ之ヲ適用セス

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

【本條三項ノ趣旨】　第二審ニ於テ假執行ニ付爲シタル裁判ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得サルコトハ民事訴訟法第五百十一條第三項ニ規定スル所ニシテ同條ハ假執行ノ宣言ニ付テハ如何ナル場合ナルトヲ問ハス總テ不服ヲ申立ツルコトヲ得サル趣旨ナリト解スヘキモノトス

（一五年(オ)六二二號、一五年一二月二五日大三民判決、法律新聞二六三五號一三頁）

第五百十二條　假執行ノ宣言ヲ付シタル判決ニ對シ故障ヲ申立又ハ上訴ヲ起シタルトキハ第五百條ノ規定ヲ準用ス

（準用）

第五百條　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又ハ保證ヲ立テシメスシテ强制執行ヲ一時停止ス可キコトヲ命シ又ハ保證ヲ立テシテ强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强制處分ヲ取消ス可キヲ命スルコトヲ得

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

右裁判ハ口頭辯論ヲ經ス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

【執行停止命令ノ效力期間】　民事訴訟法第五百十二條第五百條ニ依ル假執行ノ停止命令ハ故障後ノ辯論又ハ上訴審ニ於テ終局判決ノ言渡アルマテ其ノ效力ヲ存續スヘキモノト解スヘク本件停止命令モ亦此ノ趣旨ニ從ヒタルモノト認ムルヲ相當トス蓋等シク執行ノ停止若クハ取消命令ニ關スル規定タル同法第五百四十七條第二項ニハ「判決ヲ爲スニ至ル迄」トアリ遣ハ判決カ外部ニ對シテ成立スル時即言渡ノ時ヲ指スコト論ナケレハナリ然ラハ原審ノ決定ハ相當ナルヲ以テ本件抗告ハ理由ナシ

（一五年(ク)一二一六號、一五年一二月二五日大三民決定、法律新聞二六四二號五頁）

第五百二十八條　强制執行ハ之ヲ求ムル者及ヒ之ヲ受クル者ノ氏名ヲ判決又ハ之ニ附記スル執行文ニ表示シ且判決ヲ既ニ送達シ又ハ同時ニ送達シタルトキニ限リ之ヲ始ムルコトヲ得

判決ノ執行カ其旨趣ニ從ヒ債權者ノ證明ス可キ事實ノ到來ニ繫ルトキ又ハ判決ノ執行カ判決ニ表示

シタル債權者ノ承繼人ノ爲ニ爲シ又ハ判決ニ表示シタル債務者ノ承繼人ニ對シ爲ス可キトキハ執行ス可キ判決ノ外尙ホ之ニ附記スル執行文ヲ强制執行ヲ始ムル前ニ送達スルコトヲ要ス

若シ證明書ニ依リ執行文ヲ付與シタルトキハ亦其證書ノ謄本ヲ强制執行ヲ始ムル前ニ送達シ又ハ同時ニ送達スルコトヲ要ス

【債務者ニ對シ債務名義送達前ニ於ケル强制執行無效確認方法】　債務名義ノ送達以前ニ開始シタル强制執行ハ執行ノ前提要件ヲ欠缺セル不法アルモノナレハ債務者其他ノ利害關係人ハ其執行手續進行中ニ在テハ同條ノ規定ニ從ヒ異議ノ申立ヲ爲スコトヲ得ヘシト雖モ執行終了ニ於テハ訴其ノ他ノ方法ニヨリ執行ノ無效ヲ主張スルコトニヨリ不法執行ノ效果ヲ除却スルヲ得ルニ過キスシテ前示異議申立ノ方法ニヨルコトヲ得サルモノト解スヘク而シテ債權ニ對スル强制執行ハ假令債務名義ノ送達以前ニ差押命令及轉付命令ヲ發シタル場合ト雖モ該命令カ既ニ第三債務者ニ送達セラレタル以上當該執行手續ハ之ニヨリ終了シタルモノトス、本件債權差押及轉付命令ハ債務名義タル原告主張ノ如キ闕席判決正本ヲ債務タル原告ニ送達セル以前ニ於テ發セラレ本訴提起前ニ既ニ第三債務者タル東京供託局長ニ送達セラレタルト謂フニ在ルヲ以テ債務者タル原告ハ右命令ノ效力ニ付キ利害關係ヲ有スルモノナレハ訴ノ方法ニ依リ右命令ノ無效ヲ主張シ本件差押債權轉付ノ法律關係ノ不成立ノ確認ヲ求メ得ルコト論ナキトコロナリ

（一五年(ワ)二一七八號、一五年七月一五日東地一三民判決、法律新聞二六〇五號九頁）

第五百四十條　執達吏ハ各執行々爲ニ付キ調書ヲ作ル可シ

此調書ニハ左ノ諸件ヲ具備スルコトヲ要ス

第一　調書ヲ作リタル場所、年月日

第二　執行々爲ノ目的物及ヒ其重要ナル事情ノ略記

第三　執行ニ與カリタル各人表示

第四　右各人ノ署名捺印

第五　調書ヲ其各人ニ讀聞セ又ハ閲覽セシメ其承諾ノ後署名捺印ヲ爲シタルコトノ關示

第六　執達吏ノ署名捺印

第四號及ヒ第五號ノ要件ヲ具備スルコト能ハサルトキハ其理由ヲ記載ス可シ

【執行債權者ノ住所ト執行調書ノ要件】　民事訴訟法第五百四十條ニ依レハ執行債權者ノ住所ノ如キハ必スシモ調書ニ記載スルコトヲ要スヘキモノニアラサルノミナラス調書ノ作成其自體ハ照査手續等ノ場合ヲ除キ當該執行々爲ノ效力ニ何等ノ關係ナキモノニシテ本件執行々爲カ照査手續ノ場合ニアラサルコトハ抗告人ノ主張自體ニヨリ明白ナルヲ以テ偶々執行々爲ニ關シ執達吏ノ作成シタル執行調書ニ記載セラレタル債權者ノ住所カ眞實ニ合セサリシトスルモ該執行々爲ノ效力ヲ左右スヘキ理ナシ仍テ本件抗告ヲ理由ナシトス

（一三年(ソ)六三六號、一四年一二月一二日東地六民命令、法律新聞二五二四號一六頁）

【執行調書表示記載程度】　民事訴訟法第五百四十條ニ依レハ執行債權者ノ住所ノ如キハ必スシモ調書ニ記載スルコトヲ要スヘキモノニアラサルノミナラス調書ノ作成其自體ハ照査手續等ノ場合ヲ除キ當該執行々爲ノ效力ニ何等ノ關係ナキモノニシテ本件執行々爲カ照査手續ノ場合ニアラサルコトハ抗告人ノ主張自體ニヨリ明白ナルヲ以テ偶々右執行々爲ニ關シ執達吏ノ作成シタル執行調書ニ記載セラレタル債權者ノ住所カ眞實ニ合セサリシトセルモ該執行々爲ノ效力ヲ左右スヘキ理由ナシ

（一三年(ソ)六三六號、一四年一二月一二日東地六民判決、法律新聞二五二四號一六頁）

第五百四十五條　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

【和解ノ强制執行ト請求異議訴訟ノ管轄】　原告ノ本訴請求ハ民事訴訟法第三百八十一條ノ規定ニ依ル原被告間ノ東京區裁判所大正十三年(イ)第二〇八八號和解申立事件ノ和解調書ノ執行力ノ排除ヲ求ムルニアリ按スルニ民事訴訟法第三百八十一條ノ規定ニ從ヒ區裁判所ニテ於テ爲シタル和解調書ヲ債務名義トスル强制執行ニ關シテハ同法第五百六十一條第五百六十二條ニ依リ差異ノ生セサル限リハ同法第五百十六條乃至第五百五十八條ノ規定ヲ準用スヘキモノナルコトハ同法第五百五十九條第四號第五百六十條ノ規定ニ徴シ洵ニ明白ニシテ而カモ右第五百六十一條第五百六十二條ハ前示和解調書ヲ債務名義トスル强制執行ニ付何等別段ノ規定モ爲ササルトコロナルヲ以テ之カ債務名義ニ對スル請求異議ノ訴ニ付テハ同法第五百四十五條ノ準用アルコト勿論ニシテ從ツテ右請求ノ異議ノ訴ハ其ノ訴訟物ノ價額如何ニ拘ラス第一審ノ受訴裁判所トシテ當該和解ヲ爲シタル區裁判所ノ事物ノ管轄ニ專屬スルモノナリト謂ハサルヘカラス果シテ然ラハ本訴ハ東京區裁判所ノ管轄ニ專屬ス

（一三年(ワ)三〇七六號、一四年一〇月　〇日東地六民判決、法律新聞二五一六號一四頁）

【請求ニ關スル異議原因】　控訴人ハ本件異議ハ執行命令ノ無效債務辨濟及ヒ消滅時效ノ三點ヲ原因トスルモノナルカ故ニ强制執行ノ方法ニ關スル異議ノ申立ニ依ルヘキモノニシテ第一審トシテ執行裁判所タル笠岡區裁判所ニ異議ノ申立ヲ爲スヘキモノナルニ拘ラス管轄權ヲ有セサル玉島區裁判所ニ訴ヲ提起シタルハ不適法ナリト謂フニ在レトモ後段ニ於テ說示スルカ如ク前示三點ヲ主張スル場合ニハ請求ニ關スル異議ノ訴ニ依リ强制執行不許ノ宣言ヲ求ムヘキモノニシテ執行方法ニ關スル異議ノ申立ニ依ルヘキモノニアラサルヲ以テ之ヲ前提トシテ第一審裁判所カ管轄權ヲ有セサルコトヲ攻擊スルノ事由ト爲スヲ得ス

（一四年(ワ)一四六號、一五年六月一五日岡地二民判決、法律新聞二五八七號一五頁）

【執行異議ノ訴訟ト確定判決存在ノ不要】　控訴人ハ本訴ノ請求原因トシテ執行命令ノ無效、債務ノ辨濟及ヒ消滅時效ヲ主張スル場合ニハ民事訴訟法第五百四十四條ノ執行ノ方法ニ關スル異議ノ申立ニ依ルヘキモノト謂フニ在レトモ同條ノ執行方法ニ關スル異議ハ執達吏又ハ執行裁判所カ例ヘハ差押競賣等ニ於テ爲シタル不法ナル執行處分ニ對スル不服申立ノ方法ニシテ債務名義自體ノ效力ヲ爭ヒ又ハ債務名義ニ依リ認メラレタル請求權自體カ辨濟又ハ時效ニ因リ消滅シタルコトヲ主張スル場合ニハ同法第五百四十五條ノ請求ニ關スル異議ノ訴ニ依リ强制執行不許ノ宣言ヲ求ムヘキモノトス（三）控訴人ハ民事訴訟法第五百四十五條ノ請求ニ關スル異議ノ訴ハ確定シタル債務名義ニ依ル執行ニ對シテ爲サルヘキモノニシテ本件執行命令ハ故障ノ申立ニ依リ確定スルニ至ラサルヲ以テ同條ニ依リ執行ノ排除ヲ請求スヘキモノニアラスト謂フニ在レトモ請求ニ關スル異議カ確定シタル債務名義ニ因ル執行ニ對シテノミ許サルヘキモノトスレハ債權者カ假執行ノ宣言アル判決ニ基キ强制執行ヲ爲シタル場合ニ債務者ハ同條ニ依リ執行ノ排除ヲ求ムルコトヲ爲サルノミナラス法文カ確定シタル債務名義ニ因ルヲ必要トセサルコトハ同條第二項後段ニ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ト規定シタルニ徴シ洵ニ明カナリ蓋故障ハ未確定ナル闕席判決ニ對スル不服ノ申立ナルカ故ニ同條ニ依ル異議ノ訴カ確定判決ノ存在ヲ前提トスルモノナルニ於テハ特ニ斯クノ如キ法文ヲ設クルノ要ナケレハ

ナリ（四）控訴人ハ本件ニ於テ被控訴人カ數個ノ異議ノ原因ヲ有スルトキハ同時ニ之ヲ主張スヘキモノナルニ時期ヲ異ニシテ主張シタルハ失當ナリト謂フニ在レトモ被控訴人ハ本訴ノ請求原因トシテ執行命令ノ無效、債務ノ辨濟及ヒ消滅時效ノ三點ニ付本訴狀提起ニ際シ同時ニ之ヲ主張シタルコトハ第一審ニ於ケル本件訴狀並ニ第一回口頭辯論調書ニ據リ明カナリ

（一四年（ワ）一四六號、一五年六月一五日岡地二民判決、法律新聞二五八七號一五頁）

【事實上執行命令ノ廢棄ト執行不許宣言請求理由】　控訴人カ大正十四年三月十七日玉島區裁判所大正四年（ロ）第四六號執行命令正本ニ基キ被控訴人住所ニ於テ疊十六疊唐紙十三枚下ケ振時計一箇トトンビ一枚井原信用購買販賣組合出資金證書十圓一口分第六七號一枚ニ對シ强制執行ヲ爲シタルコト右執行命令正本ハ同年二月一日被控訴人ニ於テ送達ヲ受ケタルニヨリ直ニ故障ノ申立ヲ爲シタルトコロ同月十七日判決言渡アリ該判決ハ同年三月二十日確定セルコト及ヒ前記執行命令ハ其後故障申立ニ依リ言渡サレタル判決ニ於テ廢棄若クハ維持ノ宣言ナカリシコトハ當事者間爭ナキノミナラス本訴異議ハ民事訴訟法第五百四十五條ノ請求ニ關スル異議ノ訴ニ依リ本件强制執行不許ノ宣言ヲ求メタルモノナルコトハ被控訴人ノ主張自體ニ徵シ明カナリ

（一）控訴人ハ前示執行命令ハ其後ノ判決ヲ以テ廢棄若クハ維持ノ宣言ナキヲ以テ其效力ヲ失フモノニアラサルカ故ニ之ニ基キテ爲シタル本件强制執行ハ失當ニアラスト謂フニ在リ該執行命令カ其後故障ノ申立ニ依リ言渡サレタル判決ニ於テ廢棄若クハ維持ノ宣告ナカリシコトハ當事者間ニ爭ナシ然リ而シテ執行命令ハ假執行ノ宣言ヲ付シタル闕席判決ト同一ノ效力ヲ有スルモ該判決ニ對シ故障ノ申立アリタルカタメ當然消滅スヘキモノニアラスシテ本案ノ裁判又ハ假執行ノ宣言ヲ取消シ又ハ變更スル判決ノ言渡アリタル場合ニ其範圍ニ於テノミ其效力ヲ失フモノナルコトハ民事訴訟法第三百九十四條第五百十條ニ據リ明カニシテ控訴人ノ所論ノ如シ從テ執行命令ニ於テ適法ナル故障ノ申立アリタルトキハ本案ノ辯論ヲ經タルト判決ヲ以テ執行命令ノ維持又ハ廢棄ノ言渡ヲ爲スヲ以テ相當トス然ルニ成立ニ爭ナキ甲第一號證ノ一、二ヲ綜合スルニ前示執行命令ハ被控訴人ニ對シ金四十七圓十錢並ニ之ニ對スル大正三年二月一日ヨリ月一分ノ利息及ヒ其手續費用ノ支拂ヲ命シタルモ其後故障申立ニ依リ言渡サレタル判決ハ被控訴人ニ對シ金四十七圓十錢ト訴訟費用ノ負擔ヲ命シタルニ過キスシテ執行命令ト符合セサルニヨリ判決ヲ以テ廢棄スヘキモノナルニ拘ラス何等ノ宣言ヲ爲ササリシハ固ヨリ妥當ナラスト雖モ假執行ノ宣言ハ債權者ノ利益ヲ保護スルカタメ判決ノ確定ヲ俟タスシテ判決ノ內容ヲ實行セシメ迅速ニ權利實行ノ效果ヲ得セシムルヲ以テ目的トスルモノナルカ故ニ其當然ノ歸結トシテ本案判決ノ確定ト同時ニ假執行ノ宣言ハ當然將來ニ向テ其效力ヲ喪失スルモノト解セサルヘカラス何トナレハ本案ノ判決確定シタル以上ハ之ニ基キ强制執行ヲ爲セハ足ルモノニシテ毫モ假執行ヲ許スヘキ事由ナク若シ夫レ偶々本案判決ニ於テ執行命令ヲ廢棄スルノ宣言ヲ爲ササルノ故ヲ以テ判決確定後モ尙其效力ヲ存續スルモノトセハ債務者ハ他日確定判決及ヒ執行命令ニ依リ二重ノ執行ヲ受クル虞ナシトセス立法ノ精神ニ合シタルモノト謂フヲ得サレハナリ果シテ然ラハ前記執行命令ハ單ニ形式上存在スルニ止マリ其後ニ言渡サレタル判決ノ確定ト同時ニ實體上其效力ヲ失ヒタルモノナルカ故ニ之ニ基キ本件强制執行ヲ爲スカ如キハ到底失當タルヲ免レス

（一四年（ワ）一四六號、一五年六月一五日岡地二民判決、法律新聞二二五八七號一一頁）

【强制執行異議申立原因ノ消滅】　本件假差押申請ノ要旨ハ被控訴人カ控訴人ノ先代田邊勇吉ニ對シ（一）大正六年一月二十七日貸付ニ係ル金六百五十圓ノ債權（後ニ至リ殘債權五百七十

三圓二十七錢ト訂正ス）及（二）大正八年十一月八日貸付ニ係ル金九百五十三圓ノ債權ヲ有スル處勇吉ノ死亡ニ因リ控訴人カ家督相續ヲ爲シ大同生命保險株式會社ニ對スル保險金五百圓ノ請求權及日清生命保險株式會社ニ對スル保險金千圓ノ請求權ノ外財產ヲ有セス而モ右保險金ニ付支拂請求中ナルヲ以テ被控訴人ハ前記債權ノ執行保全ノ爲メ（一）債權ノ爲メ大同生命保險株式會社ニ對スル保險金請求權ニ付又（二）ノ債權ノ爲メ日清生命保險株式會社ニ對スル保險金請求權ニ付各假差押命令ヲ求ムト謂フニ在リテ原裁判所ハ其申請ヲ理由アリト認メ本件ノ假差押命令ヲ爲シタルモノトス然ルニ其後被控訴人カ控訴人ニ對スル前記貸金請求ノ本案訴訟事件ニ於テ保證ヲ立ツルコトヲ條件トスル假執行宣言付勝訴ノ判決ヲ受ケタル爲メ此判決ニ基キ控訴人ニ對スル强制執行トシテ大正十一年六月三十日囊ニ假差押ニ係ル控訴人ノ前記各保險金請求權ニ付差押並轉付命令ヲ求メ該命令ハ同年七月中第三債務者タル前記各保險會社ニ送達セラレ被控訴人カ既ニ各保險會社ヨリ保險金ノ支拂ヲ受ケタルコトハ當事者間ニ爭ナキ所ナリ然ラハ本來後日ニ於ケル强制執行保全ノ爲メニスル本件假差押命令ハ前記强制執行ノ終了ト共ニ當然消滅ニ歸シタルモノト認ムヘキモノナルカ故ニ今日ニ於テハ該假差押命令ニ對スル控訴人ノ本件異議ハ其目的物ヲ失ヒタルモノニシテ理由ナキニ歸シタルモノト認メサルヘカラス從テ原判決中該假差押命令ヲ認可シタル部分ハ結局相當ニシテ控訴ハ理由ナシ

（一五年（ネ）五四三號、一五年七月二二日東京民二判決、法律新聞二六一五號七頁）

第五百四十六條　前條ノ規定ハ第五百十八條第二項及ヒ第五百十九條ノ場合ニ於テ債務者カ執行文付與ノ際證明シタリト認メラレタル事實ノ到來ニシテ此ニ因リ判決ノ執行ヲ爲シ得ヘキモノヲ爭ヒ又ハ認メラレタル承認ヲ爭フトキハ亦之ヲ準用ス但此場合ニ於テ第五百二十二條ノ規定ニ從ヒ執行文ノ付與ニ對シ異議ヲ申立ツル債務者ノ權ハ此カ爲ニ妨ケラルコト無シ

（參　關）

第五百六十二條　公證人ノ作リタル證書ノ執行力アル正本ハ其證書ヲ保存スル公證人之ヲ付與ス執行文付與ニ關スル異議ニ付テノ裁判及ヒ更ニ執行文付與ニ付テノ裁判ハ公證人職務執行上ノ住所ヲ有スル地ヲ管轄スル區裁判所ニ於テ之ヲ爲ス

請求ニ關スル異議ノ主張ニ付テハ第五百四十五條第二項ニ規定シタル制限ニ從ハス

執行文付與ニ付テノ訴ハ請求ニ關シ異議ヲ主張スル訴又ハ執行文付與ノ際證明シタリト認タル事實ノ到來ニ係リ此ニ因リテ證書ノ執行ヲ爲シ得ヘキモノヲ爭フ訴ハ債務者カ我邦ニ於テ普通裁判籍ヲ有スル地ノ裁判所又ハ此裁判所ナキトキハ第十七條ノ規定ニ從ヒテ債務者ニ對シ訴ヲ起シ得ヘキ裁判所之ヲ管轄ス

【執行異議ノ原因ト主張方法】　被申立人ハ本件異議申立ハ其目的トスル申立ノ趣旨ヲ欠缺スル不適法ノモノナリト抗爭スルヲ以テ此點ヲ案スルニ被申立人所論ノ如ク本件異議申立書ニハ特ニ斯ノ如キ裁判ヲ求ムルコトヲ明記セスト雖モ申立人ハ公證人ノ執行文付與ノ違法ナルコトヲ攻擊シテ其取消ト執行文付與申請ノ却下ヲ求ムルニアルコトハ其申立ノ全趣旨上ヲ看取スルニ難カラサルカ故ニ此點ニ關スル被申立人ノ非難ハ當ラス然レトモ公證人ノ執行文付與ニ關スル異議ノ申立ハ公證人カ債務名義タルヘキモノニアラサルモノニ執立文ヲ付與シ又ハ執行文ノ方式ニ欠缺アル等形式上ノ欠缺ヲ其原因トスルトキニ限リ許サルヘキモノニシテ執行力條件ニ繫ル場合ニ於テ債務者カ其證明セラレタル條件ノ到來ヲ俟ツカ如キ實體上ノ原因ヲ其異議ノ原因トセントセハ訴ノ形式ニ依ラサルヘカラサルコトハ民事訴訟法第五百四十六條第五百六十二

條ノ規定上極メテ明白ナリ然ルニ申立人ノ申立趣旨ニ依レハ公正證書記載ノ條件ノ到來ヲ爭フニアルカ故異議ノ訴ヲ提起シテ之ヲ主張スルハ格別單ニ申立ノ形式ヲ以テ爭フ本件ノ如キ場合ニハ適法ノ原因トシテ主張スルコトヲ得サルモノトス

（一四年(た)一四三九號、一五年二月二四日東區決定、法律新聞二五四六號一六頁）

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

右訴ヲ債權者及ヒ債務者ニ對シテ起ストキハ之ヲ共同被告ト爲ス

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

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

【權利ノ未取得ト執行參加主張ノ權利不存在】　本件株式カ記名式ナルコトハ原告ノ自認スルトコロ記名株式ノ移轉ハ取得者ノ氏名住所ヲ株主名簿ニ記載シ且其氏名ヲ株券ニ記載スルニ非レハ即チ所謂株券ノ書換ヲ爲スニ非レハ之ヲ以テ會社其他ノ第三者ニ對抗スヲコトヲ得サルコトハ商法第百五十條ノ明規スルトルロナリ然リ而シテ原告ハ本件株式ニ付尚未タ株券ノ書替ヲ爲ササルコトヲ認メナカラ本訴ニ於テ第三者タル被告カ訴外坪井與吉ニ對スル債權實行ノ爲メ其株式ニ對シテ爲シタル競賣ニ付キ民事訴訟法第五百四十九條ニ依據シテ執行參加ノ訴ヲ爲スモノナル旨ハ其主張自體ニヨリ一點ノ疑ヲ容レス、然ラハ即チ原告ハ第三者ニ對シテ何等對抗スルコトヲ得サル株式ノ移轉ヲ主張シテ該株式ニ付第三者タル本訴被告カ實權實行ノ爲メニスル競賣ヲ妨ケントスルモノニノナラス然レトモ前示民事訴訟法ノ法條ハ執行參加訟訴ノ原告ニ於テ執行ノ目的物ニ付所有權其他之カノ渡又ハ引渡ヲ妨クルニ足ル權利ヲ有スルコトヲ前護トスルモノニシテ換言スレハ原告ニ於テ執行ノ目提物カ執行シ得ヘキ債務者ノ財產ニ屬セサルコトヲ主張シ得ル權利ヲ有スルコトヲ前提トスルモノナルヲ以テ前說示ノ如ク本件株式ノ移轉ニ付其對抗要件ヲ完備セサル限リ原告ハ本訴ニ於テ該株式カ坪井與吉ノ財產ニ屬セスト主張スルコトヲ得サルヤ勿論ナレハ原告ノ本訴請求ハ認容スルコトヲ得ス

（一五年(ワ)三一九〇號、一五年一〇月五日東地六民判決、法律新聞二六四三號一六頁）

第五百五十條　強制執行ハ左ノ書類ヲ提出シタル場合ニ於テ之ヲ停止シ又ハ之ヲ制限ス可シ

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

第二　執行又ハ執行處分ノ一時ノ停止ヲ命シタル旨ヲ記載シタル裁判ノ正本

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

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

第五百五十一條　前條第一號及ヒ第三號ノ場合ニ於テハ既ニ爲シタル執行處分ヲモ取消ス可ク第四號ノ場合ニ於テハ既ニ爲シタル執行處分ヲ一時保持セシム可ク第二號ノ場合ニ於テハ其裁判ヲ以テ從前ノ執行行爲ノ取消ヲ命セサルトキニ限リ既ニ爲シタル執行處分ヲ一時保持セシム可シ

【形式上有效ナル債務名義ノ執行力ト取消方法】　被控訴人ノ本訴請求ノ要旨ハ當事者間ニ形

式上成立シタル訴訟上ノ和解カ實體上無效ナルコトヲ主張シテ該和解調書ヲ債務名義トシテ控訴人ヨリ被控訴人ニ對シテ爲シタル家屋明渡ノ强制執行ノ排除ヲ求メントスルニアリ果シテ然ラハ其主張自體訴ノ許スヘカラサルコト明ナリ蓋シ形式上有效ニ成立シタル債務名義ノ存スル限リハ實體上右債務名義ニ相應スル權利關係ノ存在セサル場合ニ於テモ請求ニ關スル異議ノ訴ニ依リ其執行力ノ排除セラレタルニ於テハ該債務名義ニ基イテ爲ス强制執行ハ固ヨリ正當ニシテ實體上ノ權利ナシトノ一事ヲ以テ直ニ之ヲ許スヘカラサルモノナリト爲スコトヲ得ス請求ニ關スル債務者ノ異議ハ實ニ斯ノ如キ債務名義ノ執行力ノ排除ヲ求ムルコトヲ目的トスル控訴ニシテ此訴ヲ理由アリトシ其債務名義ニ基ク强制執行ヲ許スヘカラスト宣言スル判決カ確定シタルカ又ハ之ニ假執行ノ宣言ノ付セラレタル場合ニ於テ始メテ民事訴訟法第五百五十條第一號第五百五十一條ノ規定ニ依リ當該債務名義ニ基キテ爲サレタル執行處分ハ取消サルルニ至ルモノトス

（一四年(レ)七〇四號、一四年一〇月二九日東地六民判決、法律新聞二五一七號九頁）

第五百五十九條　强制執行ハ左ノ諸件ニ付テモ亦之ヲ爲スコトヲ得

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

【有執行力條件】　抗告人ノ所謂公正證書ハ其形式的要件ヲ具備スル他尙其證書ノ記載ニ於テ一定ノ金額ノ給付請求權ノ發生ヲ內容トスルニ非スンハ執行名義タルコトヲ得スト稱スル意味必スシモ明確ナラサレトモ元來公正證書カ債務名義トナルニハ公證人カ其權限內ニ於テ制規ノ方式ニ則リ一定ノ金額ノ支拂又ハ他ノ代替物若クハ有價證券ノ一定ノ數量ノ給付ヲ以テ目的トスル請求ニ付作成シタル證書ニシテ直チニ强制執行ヲ受ク可キ旨ノ記載アルヲ以テ必要ニシテ十分ナリトス而シテ其請求カ前段說示ノ如キ給付ヲ目的トスルモノナル以上ハ必ラスシモ公正證書記載ノ意思表示ニ依リ始メテ發生シタルモノナルコトヲ要セス既存ノ債務ニ付之カ辨濟方法並ニ執行ノ認諾等ヲ約シ其旨公正證書ニ記載セシメタル場合ニ於テモ該公正證書カ執行名義タルコトヲ得ヘキコト固ヨリ言ヲ俟タサルトコロナリトス翻ツテ本件ニ付按スルニ債務名義タル抗告人主張ノ公正證書カ前示ノ要件ヲ完全ニ具備スルコトハ記錄上洵ニ明ナルヲ以テ該公正證書ノ執行力アルコト勿論ニシテ之カ執行力ナキコトヲ前提トスル抗告ハ其理由ナシ

（一四年(オ)五九三號、一五年五月二五日東地六民決定、法律新聞二五五五號一〇頁）

第五百六十條　前條ニ掲ケタル債務名義ニ因レル强制執行ニハ第五百十六條乃至第五百五十八條ノ規定ヲ準用ス但第五百六十一條、第五百六十二條ノ規定ニ依リ差異ノ生スルトキハ此限ニ在ラス

【强制執行ト對限定承認ノ效力範圍】　異議申立人提出ノ疏明ニ依レハ本件債務名義表示ノ債權カ其ノ先代ニ對スルモノニシテ本件競賣物件ノ所有權ト共ニ家督相續ニ依リ之ヲ承繼シ且其ノ主張ノ如ク限定承認ノ申述其他ノ手續ヲ了シタルコトヲ推知シ得ヘシ然レトモ元來限定承認ノ效力ハ相續人ヲシテ相續財產ノ限度ニ於テ各相續債權者ニ對シ其ノ債權額ノ割合ニ應シテ之ヲ辨濟スルノ責ニ任セシムルモノニシテ其ノ債權ニ基ク債務名義ノ執行モ亦其ノ範圍內ニ減縮セラルルト雖モ其ノ執行力ヲ全然消滅セシムルモノニ非ス故ニ相續債務者ノ爲ス强制執行カ民法第千三十條第千三十一條等限定承認ノ結果其ノ實體的權利ニ加ヘラレタル制限ニ反スルカ如キ場合ハ限定承認者ハ民事訴訟法第五百四十五條第五百六十條等ニ依リ異議ノ訴ヲ提起スルハ

格別本件ノ如キ異議ハ之ヲ許スヘキモノニアラス

（一五年（ヌ）三號、一五年五月一二日東區決定、法律新聞二五六七號一四頁）

第二章　金錢ノ債權ニ付テノ強制執行

第一節　動產ニ對スル強制執行

第二款　有體動產ニ對スル強制執行

第五百七十三條　競賣ス可キ物ノ中ニ高價ノモノ有ルトキハ執達吏ハ適當ナル鑑定人ヲシテ其評價ヲ爲サシム可シ

【繭ト高價品トノ對照觀】　民事訴訟法第五百七十三條ニ謂フ高價物トハ金銀物美術品寶玉其他骨董品等ノ如ク價格ノ特ニ大ナル物ヲ指稱シ執達吏ノ是等ノ物ヲ競賣スルニ當リテハ鑑定人ヲシテ之ヲ評價セシムルコトヲ要スルハ論ナキ所ナレトモ生絲又ハ紡績絲ノ原料ト爲ル繭ノ如キハ今日市場ノ取引狀態ニ照ラシ同條ニ所謂高價物ナリト謂フヲ得ス故ニ假令本件繭カ品質上高價ナルノミナラス數料ニ於テ多數集積シ一團ト爲ルトキハ相當ノ價格ト爲リ容易ニ之ヲ算定スル能ハサルモノトスルモ素ヨリ同條ニ謂フ高價物ト化スヘキモノニアラサルヲ以テ執達吏今井嘉久太ニ於テ本件繭ヲ競賣スルニ當リ鑑定人ヲシテ之ヲ評價セシメス競賣シタリトスルモ何等違法ノ所爲アリト謂フヲ得ス仍テ抗告人ノ異議ヲ却下シタル原決定ハ相當ナリ

（一五年（ソ）二六號、一五年八月二五日長地民決定、法律新聞二五九七號八頁）

第五百九十一條　第五百八十六條第二項及ヒ第五百九十條ノ場合ニ於テ執達吏ハ配當要求ノ有リタルコトヲ配當ニ與カル各債權者及ヒ債務者ニ通知ス可シ

執行力アル正本ニ因ラスシテ配當ヲ要求スル債權者アルトキハ債務者ハ執達吏ノ通知アリタル日リ三日ノ期間內ニ其債權ヲ認諾スルヤ否ヤヲ執達吏ニ申立ツ可シ

債務者カ認諾セサルコトヲ執達吏ヨリ通知アリタルトキハ債權者ハ其通知アリタルヨリ三日ノ期間內ニ債權者ニ對シ訴ヲ起シ其債權ヲ確定ス可シ

【配當債權認否不申立ノ結果】　控訴人ハ其ノ後大正七年三月中本訴債權ニ基キ被控訴人正兵衛ノ動產ニ對スル强制競賣ニ付配當要求ヲ爲シ之ニ關スル通知ハ同月十五日執達吏ヨリ被控訴人正兵衛ニ對シ爲サレタルニ拘ラス同人ハ其ノ後三日內ニ右債權ヲ認諾スルヤ否ヤニ關シ何等ノ申立ヲ爲サスシテ該期間ヲ徒過シタルコトハ當事者間爭ナキ所ニシテ斯クノ如ク債務者カ債權者ヨリ爲シタル配當要求ニ關シ通知ヲ受ケナカラ右申立期間ヲ徒過シタル場合ニハ債務者ハ右債權者ノ債權ヲ認諾シタルモノト看做スヘク其ノ當然ノ結果トシテ債權者カ配當要求當時其ノ債權ノ消滅時效完成シ居リタル場合ニハ債務者ハ該時效ノ利益ヲ拋棄シタルモノト謂ハサルヲ得サルカ故ニ本件ニ於テ被控訴人正兵衛ハ右ノ申立期間徒過ニ依リテ控訴人ノ本訴債權ヲ認諾シタルモノト看做スヘク從テ同被控訴人ハ右債權ニ付既ニ完成シタル時效ノ利益ヲ拋棄シタルモノト謂ハサルヘカラス

（一四年（ア）五〇一號、一五年五月一四日長控民一判決、法律新聞二五八五號九頁）

第三款　債權及ヒ他ノ財產權ニ對スル强制執行

第五百九十八條　金錢ノ債權ヲ差押フ可キトキハ裁判所ハ第三債務者ニ對シ債務者ニ支拂ヲ爲スコトヲ禁シ又債務者ニ對シ債權ノ處分殊ニ其取立ヲ爲ス可カラサルコトヲ命ス可シ

【債權差押命令ニ違反セル第三債務者ノ責任】　支拂ノ差止ヲ受ケタル第三債務者カ差止ノ趣旨ニ反シ自己ノ債權者ニ辨濟ヲ爲シタルトキハ差押債權者ニ對スル關係ニ於テハ其ノ支拂ハ效力ナク差押債權者ハ自己ノ受ケタル損害ノ限度ニ於テ更ニ辨濟ヲ爲スヘキ旨ヲ第三債務者ニ請求スルコトヲ得ヘク（民法第四百八十一條第一項）而シテ本件ノ如ク金錢債權ヲ差押ヘタル場合ニ在リテハ更ニ取立命令ニ依リテ其ノ支拂ヲ求ムルト將タ又一旦轉付命令ヲ得テ然ル後其ノ支拂ヲ求ムルトハ一ニ差押債權者ノ自由ニ取捨シ得ルトコロナレハ（民事訴訟法第六百條）上告人ハ本件差押中ニ爲シタル辨濟ニ藉口シテ被上告人ノ本訴請求ヲ拒否スルコトヲ得ス

（一五年（オ）四五三號、一五年九月八日大三民判決、法律新聞二六二一號一二頁）

【差押債權ノ不存在ト差押ノ效力】　執行手續上適法ニ發セラレタル債權差押及轉付ノ命令ハ更ニ適法ノ手續ニ依リ其ノ執行ヲ使止シ又ハ之ヲ取消ササル限リハ當然法律所定ノ效力ヲ生スルモノニシテ假令當該債務名義ノ內容タル債權カ存在セサルトキ雖モ其ノ效力ヲ生スルノ妨ケトナラサルコトハ從來本院ノ判例トスルトコロニシテ（大正六年（オ）第七五〇號同年十月二十日判決及大正十二年（オ）第五一一號大正十三年二月十五日判決參照）今尙同一ノ見解ヲ維持スルヲ相當ト認ム從テ原判決カ「本件執行ノ基本ト爲リタル控訴人（被上告人）ノ債權カ實體上存在セサルコト被控訴人（上告人）主張ノ如シトスルモ執行手續上特ニ不適法ナルコトヲ認ムヘキモノナキ本件ニ於テハ（中略）轉付ニ係ル債權ハ全部有效ニ差押債權者タル控訴人ニ移轉シタルモノト云ハサルヘカラサル」旨判示シタルハ正當ナリ

（一五年（オ）四五三號、一五年九月八日大三民判決、法律新聞二六二一號一二頁）

第六百一條　支拂ニ換ヘ券面額ニテ債權ヲ轉付スル命令アル場合ニ於テハ其債權ノ存スル限リハ第五百九十八條第二項ノ手續ヲ爲スニ因リ債務者ハ債權ノ辨濟ヲ爲シタルモノト看做ス

【退職賜金ニ對スル强制執行手續】　控訴人ハ豫テ訴外木原久米吉ニ對シ金九百三十四圓四十四錢九厘ノ執行シ得ヘキ債權ヲ有スル處久米吉ハ鐵道省職員トシテ判任官ノ待遇ヲ受ケ其ノ退職ニ際シ大正十一年十一月二日勅令第四百七十九號ニ依リ退職手當金千八百二十圓ニ相當スル額面二千五十圓ノ國債證券ノ下附ヲ受ケ得ヘキ債權ヲ取得スルニ至リタルヲ以テ控訴人ハ久米吉ニ對シテ有スル前示債權ヲ二口ニ分チ被控訴人ヲ第三債務者トシテ大正十二年十一月七日飯塚區裁判所ニ債權差押ノ申請ヲ爲シ之ニ基ク同廳大正十二年（ル）第一三號及同第一四號ノ各債權差押命令正本ハ何レモ同月九日被控訴人ニ送達セラレタルコト次テ又被控訴人ハ右裁判所ニ前示差押債權ノ目的タル證券引渡命令ノ申請ヲ爲シ之ニ基ク同廳大正十二年（ル）第一三號及同第一四號ノ各引渡命令正本ハ大正十三年二月二十二日何レモ被控訴人ニ送達セラレ其ノ後控訴人ハ大正十五年三月一日ニ至リ右引渡命令ニ對シ更正ノ申立ヲ爲シタルカ當該更正決定ノ正本ハ何レモ同月二日被控訴人ニ送達セラレタルヲ以テ控訴人ハ前示引渡命令及更正決定正本ニ基ク係爭證券引渡執行方ヲ小倉區裁判所執達吏ニ委任シ同月十五日其ノ執行ヱ及ヒタル處係爭證券ハ先是已ニ訴外井上好太郎及平田彥六ノ兩名カ久米吉ニ對シテ有スル債權額千七十九圓七十

錢(但內四百七十九圓七十錢ハ好太郎ノ分ニシテ其ノ餘ハ彥六ノ分)ノ强制執行ノ爲メ被控訴人ヲ第三債務者トシテ飯塚區裁判所ニ債權差押ノ申請ヲ爲シテ同廳ヨリ大正十二年(ル)第十五號及同第十六號ノ各債權差押命令(其ノ正本ハ大正十二年十一月十二日何レモ被控訴人ニ送達セラレタリ)ヲ受ケタル後右裁判所ニ係爭證券取立命令ノ申請ヲ爲シ之ニ基ク同廳大正十二年(ル)第十五號及同第十六號ノ各債權取立命令(前者ハ好太郎ノ申請ニ依ル分ニシテ後者ハ彥六ノ申請ニ基キ發セラレタルモノナレトモ其ノ正本ハ何レモ大正十二年十一月十四日被控訴人ニ送達セラレタリ)ニ依リ被控訴人ヨリ係爭證券ノ引渡ヲ受ケ居タル爲メ控訴人ハ遂ニ被控訴人ヨリ其ノ引渡ヲ受クルコト能ハサリシモノナルコトハ當事者間爭ナキ所ナリトス然レトモ以上ノ如ク債務者カ第三債務者ニ對シテ有スル國債證券引渡ノ請求權ヲ目的トスル强制執行ニ於テハ執行裁判所ハ其ノ金錢債權ヲ目的トスル場合ノ如ク取立命令ヲ發スルコトヲ得サルモノニシテ引渡命令ヲ發スヘキモノナレハ飯塚區裁判所カ井上好太郎、平田彥六兩名ノ申請ニ基キ發シタル前記係爭證券取立命令ハ無效ニシテ却テ同裁判所カ後ニ控訴人ノ申請ニ依リ發シタル係爭證券引渡命令ハ有效ナルカ故ニ被控訴人ハ係爭證券ヲ控訴人ニ引渡スコトヲ要スルヤ勿論ナリト云フヘシ從テ何等反證ノ徵スヘキモノナキ本件ニ在リテハ被控訴人カ係爭證券ヲ井上好太郎及平田彥六ノ兩名ニ交付シ爲メニ被控訴人ニ之ヲ引渡スコト能ハサルニ至ラシメタルハ少クトモ控訴人ノ過失ニヨリ被控訴人ノ係爭證券引渡ノ請求權ヲ侵害シタルモノト判定シ得ヘキヲ以テ被控訴人ハ控訴人ニ對シ其ノ損害ヲ賠償スヘキ義務アルモノト論斷セサルヲ得ス然ルニ被控訴代理人ハ係爭證券ハ大正十一年十一月二日勅令第四百七十九號ニ依リ退職賜金トシテ判任官ノ待遇ヲ受ケ居タル訴外木原久米吉ニ對シテ給付スヘキコトトナリタルモノナレハ之ヲ受領シ得ヘキ權利ハ退職者タル久米吉ノ一身ニ專屬スル權利ニシテ强制執行ノ目的トナルモノニアラス從テ之ヲ目的トシテ爲サレタル本件差押命令及引渡命令ハ何レモ無效ナリト抗辯スレトモ前記勅令ニハ退職者ノ有スル退職賜金下附請求權ノ讓渡性ヲ否定セル規定ナク且又該退職賜金ノ性質ニ鑑ミルモ特ニ之カ取扱ヲ他ノ一般債權ト異ニシ一身ニ專屬スル權利トシテ其ノ讓渡ヲ禁スヘキ理由アルヲ見サルカ故ニ本抗辯ハ所詮排斥ヲ免レサルモノトス然ルニ尙被控訴代理人ハ被控訴人ヨリ木原久米吉ニ下附スヘキ國債證券ハ特定シ居ラサルヲ以テ被控訴人ヨリ木原久米吉ニ下附スヘキ分トシテ訴外井上好太郎及平田彥六ノ兩名ニ國債證券ヲ交付シタル爲メ控訴人ニ對シ其ノ引渡不能ニ歸シタルモノト云フヲ得ス從テ控訴人ハ本訴引渡命令ニ基キ其ノ引渡ノ請求ヲ爲スヘキモノニシテ之ニ代ヘテ損害賠償ヲ求ムルコトヲ得サルモノナリト抗辯スレトモ久米吉ノ退職賜金トシテ交付ヲ受クヘキ國債證券カ被控訴人ヨリ債權者好太郎、彥六兩名ニ交付セラルルニヨリ特定シ且之ト同時ニ控訴人ニ對シ其ノ引渡ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルモノナルコトハ成立ニ爭ナキ甲第一號證ノ三及第二號證ノ三ノ記載ニ徵シ明白ニシテ其ノ然ラサルコトヲ認ムヘキ證據資料ハ存セサルヲ以テ本抗辯モ亦理由ナシ

(一四年(ア)二〇七號、一五年三月三〇日長控民一判決、法律新聞二五五八號一二頁)

【讓渡禁止ノ債權ト轉付命令ノ效力】　訴外船越辨三郎カ大正十年十一月二十日控訴銀行トノ間ニ三年滿期(支拂期日大正十三年十一月二十日)金三千圓拂戻一ケ月拂込金七十九圓五十錢トシ若全部拂込ナキトキハ滿期ノ際其拂込濟ノ金額ヲ返還スヘキ定メノ不動貯金契約ヲ締結シ同日ヨリ大正十二年二月迄十六ケ月ニ合計金千二百七十二圓ノ拂込ヲ爲シタル事實ハ當事者間ニ爭ナク成立ニ爭ナキ甲第一、二、三號證ニ依レハ被控訴人カ右訴外人ニ對スル執行力アル債

務名義ノ正本ニ基ク東京區裁判所ノ債權差押命令ニヨリ右貯金中金九百二十七圓ノ債權ヲ差押ヘ次テ其債權ノ轉付命令ヲ得テ執レモ大正十二年五月一日控訴人ニ其送達アリタルコト明ニシテ又右轉付命令カ大正十五年二月十八日債務者ニ送達セラレタル事實ハ控訴人ノ自認スルトコロナリ然レハ控訴人ハ被控訴人ニ對シ前示貯金九百二十七圓及之ニ對スル本件訴狀送達ノ翌日タル大正十三年十二月十四日以降商法所定ノ年六分ノ割合ニ依ル損害金ヲ支拂フヘキ義務アルモノトス、控訴人ハ本件貯金ニ付テハ右訴外人トノ間ニ讓渡禁止ノ特約アルヲ以テ本件轉付命令ニヨルモ之ヲ被控訴人ニ移轉スルコト能ハサルモノナリ加之被控訴人ハ控訴銀行ト本件貯金ト同樣ナル貯金契約ヲ爲シ大正十二年六月二日ヨリ同年十月十九日迄其掛金ヲ繼續シタルコトアリテ本件貯金ニ讓渡禁止ノ特約存在スル事實ヲ知リタルモノナルカ故ニ控訴人ハ本訴請求ニ應スヘキ義務ナキ旨抗爭スルヲ以テ審按スルニ成立ニ爭ナキ乙第一號證ニ依レハ本件貯金契約ニ讓渡禁止ノ特約存スルコトヲ認メ得ヘシト雖モ讓渡禁止ノ債權ニ對スル轉付命令ノ有效ナルコト勿論ニシテ又被控訴人カ控訴銀行ト前示ノ如キ貯金契約ヲ爲シ掛金ヲ繼續セル事實ハ被控訴人ノ敢テ爭ハサルトコロナレトモ右ノ事實並ニ成立ニ爭ナキ乙第二、三、四號各證其他控訴人ノ各立證ニ依リテハ未タ被控訴人カ前示轉付命令送達ノ當時本件貯金契約ニ讓渡禁止ノ特約存在セサル事實ヲ知リ居リタルコトヲ首肯スルニ足ラス從テ控訴人ノ右抗辯ハ之ヲ採容シ難シ

（一四年(ネ)七二七號、一五年五月二四日東控民三判決　法律新聞二五七四號一六〇）

（參照）取引所法

第二十一條　取引所ヲ賣買取引ノ責任ヲ履行セサルモノアルトキハ其ノ證據金及ヒ身元保證金ヲ以テ損害賠償ノ用ニ供スルコトヲ得

【身元保證金ト轉付命令ノ效力】　右仁太郎カ廢業シタリト看做サレタル結果前示身元保證金七千六百圓ノ返還債權發生當時タル大正十二年十二月十一日頃迄ノ間ニ於テ控訴人ノ前揭差押及轉付命令ノ外他ニ尙右保證金額七千六百圓ヲ優ニ超過スル前示同一保證金返還債權ニ對スル差押假差押及轉付命令ノアリタル事實ハ乙第一號乃至第七號各證ニ徵シテ明白ニシテ而モ控訴人ノ右差押及轉付命令ノ基本タル前記債權カ特ニ身元保證金ヨリ優先辨濟ヲ受クヘキ權利ヲ有セサルコトハ其主張自體ニ依リ明白ナルカ故ニ控訴人ノ右轉付命令ハ單ニ配當加入ノ效力ニ過キスシテ右身元保證金返還債權轉付ノ效力ヲ發生セサルモノト論斷スルヲ妥當トス

（一四年(ネ)一〇三三號、一五年四月二四日東控民二判決、法律新聞二五六九號一三頁）

【債務名義ノ失效ニ基ツク轉付命令ノ失效】　原告主張ノ如ク原告ト被告福島市トノ間ニ架橋工事請負契約ヲ爲シ該工事完成シ原告カ被告福島市ニ對シ原告主張ノ如キ債權ヲ有シタリシコト原告ト被告傳トノ間ニ原告主張ノ如キ爲替手形金請求訴訟事件繫屬シ大正十三年二月一日原告(同事件被告)敗訴ノ假執行宣言附闕席判決ヲ受ケ其ノ後通常訴訟手續ニ於ケル權利ノ行使ヲ異保セラレタル右闕席判決維持ノ對席判決ヲ言渡サレ遂ニ原告ノ敗訴ニ歸シ原告ノ申請ニヨリ通常訴訟ノ辯論期日ヲ大正十三年九月三日ト指定セラレ前記判決確定前タル右口頭辯論期日ニ被告傳敗訴ノ闕席判決ヲ言渡サレ結果原告勝訴トナリ原告敗訴前判決ハ廢棄トナリタルコト及被告傳カ前記假執行宣言附闕席判決ヲ債務名義トシテ原告主張ノ如キ差押債權ノ轉付命令ヲ受ケタルコトハ當事者間ニ爭ナキ處ナルヲ以テ右轉付命令ノ基本タル即本件債務名義タル前記假執行宣言付闕席判決カ其後ノ通常訴訟ニ於ケル被告傳敗訴ノ闕席判決ニヨリ廢棄セラレシモノ

ナルコト論ヲ俟タサルニヨリ該判決ノ言渡ト共ニ前記假執行ノ宣言ハ其效力ヲ失ヒタルコトハ民事訴訟法第五百十條第一項ノ規定ニ徴シ明白ナリ而シテ本件轉付命令ニシテ其ノ基本タル前記闕席判決ハ其未確定中被告傳敗訴ノ闕席判決言渡後タル大正十三年十月二日同年十二月十七日發セラレタルモノナルコト前段說示ノ如クナル以上該轉付命令ハ執行力ナキ判決ニ基キ發セラレタルモノニ歸シ其效ナキコト疑ヲ容レス果シテ然ラハ右轉付命令ニ依リテハ未タ原告主張ノ本件債權モ亦被告傳ニ移轉スルヲ得サルコト明白ニシテ依然トシテ原告ノ債權タルコト敢テ言ヲ俟タス被告傳ハ本件轉付命令ハ假執行宣言附判決ニヨリ爲サレタルモノニシテ正當ナル債務名義ニ基ク命令ナルヲ以テ例令其後ノ判決ニヨリ右判決カ變更セラレタリトスルモ其效力ニ影響ナキヲ以テ不法ニアラスト抗爭スルモ凡ソ轉付命令ハ債務者ノ第三債務者ニ對シテ有スル差押ニ係ル債權ヲ差押債權者ニ移轉セシムル强制執行方法ナルヲ以テ其當時之カ基本タル債務名義ノ有效ナルコトヲ前提トスヘキコト論ナキニヨリ縱令一旦有效ニ成立シタル債務名義ニ基キ强制執行ニ着手シタル後ト雖モ該債務名義ニシテ效力ヲ失シタル場合ハ其失效後之ニ基キタル轉付命令ノ效力ナキコト明白ナリ故ニ右失效後ニ於テ發セラレタル轉付命令ハ結局債務名義ナキニ拘ラス發セラレタルニ均シク該命令ノ效ナキコト疑ナキ所トス從テ本訴債權カ被告傳ニ移轉スヘキモノニ非ルコト明瞭ナルヲ以テ右抗辯ハ採用スルニ足ラス

（一五年(ワ)一一號、一五年三月五日鳥取地民判決、法律新聞二六三八號一〇頁）

第六百十五條　有體動產ノ請求ノ差押ニ付テハ其動產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

右動產ノ換價ニ付テハ差押物ノ換價ニ關スル規定ヲ適用ス

「動產引渡命令發付後更ニ取立命令申請可能ノ場合」　券面額ナルモノ存在セサル有體動產ノ引渡請求權ノ差押ニアリテハ其ノ目的物ノ種々相異セルモノアルカ爲メ直チニ債權者ヲ滿足セシムルヲ得サルヲ以テ更ニ其ノ引渡ス可キ物ニ對シ强制執行ヲ必要トス是即チ右差押ノ場合ニ於テ引渡命令ヲ認ムル所以ナルヲ以テ右引渡命令ヲ目シテ單ニ差押命令ノ附隨的ノモノニ過キスト爲スヲ得サレトモ右引渡命令ニ從ヒ第三債務者カ目的物ヲ執達吏ニ引渡ササルトキハ債權者ハ直チニ訴ノ方法ニ依ルニアラサレハ目的物ノ引渡ヲ請求スルヲ得サルモノニアラスシテ債權者ハ更ニ裁判所ニ對シ之カ取立命令ニヨリテ債權者ハ債務者ヲシテ爾後自己ニ其ノ目的物ノ引渡ヲ請求スルヲ得セシムルモノナルヲ以テ單ナル引渡命令アリタル場合ト其效果ヲ異ニスルノミナラス民事訴訟法第六百十四條ニ於テ有體動產ノ引渡請求權ノ差押ノ場合ニ於テモ金錢債權ノ場合ニ於ケル取立命令ヲ準用スヘキコトヲ認容セルヲ以テナリ從テ引渡命令アリタル後債權者カ直チニ訴ニヨリ目的物ノ引渡ヲ求ムルト將タ取立命令ヲ申請スルトハ債權者ノ自由ナリトス本件ニ於テ原決定カ引渡命令アリタル後ハ取立命令ヲ申請スルハ不適法ナリトナシタルハ失當ナリ

（一四年(ソ)三七號、一五年三月二日東地六民決定、法律新聞二五四四號一五頁）

第二節　不動產ニ對スル強制執行

第二款　強制競賣

【強制競賣手續ノ無效ト抵當權ノ存續及公正證書ニ因ル假處分權】　債務者カ其主張ノ如ク債務者ニ對シ金二萬五千圓ノ債權ヲ有シ右債權擔保ノ爲メ其主張不動產上ニ抵當權ノ設定ヲ受ケ其登記ヲ了シタルコト債務者カ其主張ノ執行力アル公正證書正本ニ基キ右不動產ニ對スル强制競賣ノ申立ヲ爲シ該競賣事件ニ於テ債權者ヲ競落人トスル競落許可決定アリ其確定ニ因リ右不動產ノ爲メ所有權取得ノ登記並ニ前記抵當權ノ抹消登記アリタルコト並ニ其後債權者主張ノ如キ理由ニ基キ前記債務名義ニ基ク强制執行ハ之ヲ許ササル旨ノ確定判決アリ且右不動產ニ對スル債權者ノ所有權取得登記カ抹消セラレタルコトハ當事者間ニ爭ナキトコロナリトス而シテ公正證書ニ因ル强制競賣モ競賣法ニヨル競賣ト等シク權利實行ノ方法ニ外ナラサルヲ以テ右競賣執行ノ基本タル債務名義カ無效ナリトシテ其執行力ヲ排斥セラレタル場合ハ其競賣手續ハ實質上無效ニシテ之カタメ目的不動產ニ對スル所有權移轉ノ實體上ノ效果ヲ生スルモノニ非ス從テ前記不動產ハ依然トシテ債務者ノ所有ニ屬シ其競落代金ト債權トヲ相殺シテ右ノ相殺ノ基本タル反對債權擔保ノ爲メ之ニ從タル抵當權モ亦消滅セサルモノト認ム然ラハ曩ニ爲サレタル其設定登記ノ抹消ハ之レ其原因ナキモノト謂フ可ク債權者ハ債務者ニ對シ右抹消セラレタル抵當權設定登記回復前該不動產カ轉輾シ其所有者ヲ異ニシ又ハ之ニ對シ民法第三百九十五條ニ規定スルカ如キ賃貸借ノ登記アルニ至ル時ハ抵當權者タル債權者ハ他日本案訴訟ニ於テ勝訴ノ判決ヲ得ルモ其執行ニ際シ著シキ困難ヲ生シ又ハ回復スヘカラサル損害ヲ被ルヘキコトハ喞說ヲ俟タスシテ明カナルトコロナリトス而シテ債務者カ該不動產ヲ他ニ處分ヤントスルカ如キ急迫ナル事情ノ存在スルコトニ付テハ債權者ハ其疏明ニ代ヘ當裁判所カ自由ナル裁量ニ基キ決定シタル金三千圓ノ保證ヲ立テタルヲ以テ當裁判所カ大正十四年(ヨ)第一五二〇號事件トシテ大正十四年十月三十日ニ爲シタル債務者ニ對シ其所有ニ屬スル係爭ノ不動產即チ東京市麻布區北日ケ窪町三十四番地宅地百八十七坪四合四勺同所所在木造トタン葺二階建一棟建坪四十六坪一合二勺三才外二階三十坪七合五勺及附屬土藏瓦葺二階建一棟建坪五坪外二階五坪ニ對シ讓渡、質權、抵當權、賃借權ノ設定其他一切ノ處分ヲ爲スヘカラサル旨ヲ命シタル假處分ハ相當ナリ

(一五年(サ)五八二號、一五年一〇月一六日東地八民判決、法律新聞二六二五號一五頁)

第三款　强制管理

【强制管理ト條件】　强制管理ハ不動產ノ收益ヨリ金錢債權ノ滿足ヲ得セシメントスル强制執行ノ一方法ナルヲ以テ其不動產カ債務者ノ所有若クハ自主占有ニ屬シ且其性質及狀態ニヨリ通常ノ用法ニ從ヒ收益ヲ生スルニ足ルモノナル以上現ニ其不動產カ收益ヲ生スルモノナルト否ト又ハ債務者自ラ之ニ居住セルモノナルト否トヲ問ハス之ヲ强制管理ニ付シ得ルモノト謂ハサルヘカラス本件强制管理ノ申立カ債務者橋本仁助ニ於テ現ニ居住中ナル同人所有ノ家屋ニ對シ爲サレタルコトハ一件記錄ニ徵シ明カニシテ現ニ債務者ニ於テ之ニ居住シ得ルモノナル以上該家屋カ通常ノ用法ニ於テ收益ヲ生シ得ルモノナルコト勿論ナルヲ以テ債務者カ右家屋ニ現住スル

ノ一事ヲ以テ未タ本件ヲ却下スルニ足ラサルモノトス其他申立ヲ却下スヘキモノト認ムヘキ何等ノ瑕瑾ナキヲ以テ右申立ヲ却下シタル原決定ハ失當ナリ

（一四年（ソ）四八〇號、一五年六月二八日東地六民決定、法律新聞二五八三號一一頁）

第四章　假差押及ヒ假處分

第七百三十七條　假差押ハ金錢ノ債權又ハ金錢ノ債權ニ換フルコトヲ得ヘキ請求ニ付キ動產又ハ不動產ニ對スル强制執行ヲ保全スル爲メ之ヲ爲スコトヲ得

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

【營業權ト假差押不許】　債權者ハ化粧品及藥品ノ販賣ヲ營業トシ債務者等ハ右物品ノ製造ヲ營業トスル者ナルコトハ當事者間ニ爭ナキトコロナルヲ以テ何レモ商人ナリト認ム可ク尙債務者齋藤俊カ債權者主張ノ如キ商標權ヲ有スルコトモ亦當事者間ニ爭ナシ而シテ成立ニ爭ナキ甲第四號證ノ一乃至十四、十六乃至十八、二十乃至二十四甲第五號證ノ一乃至二十六甲第六號證及當裁判所カ眞正ニ成立シタリト認ムル甲第四號證ノ十五、十九ニ依レハ債務者等カ債權者ニ對シ其主張ノ如キ金二萬九千二百二十二圓五十二錢ノ債務ヲ負擔シ居ルコトヲ疏明スルニ足ルノミナラス尙當裁判所カ眞正ニ成立シタリト認ムル甲第一號證ノ一、二ニ依リ債務者等カ現ニ他ニ多額ノ債務ヲ負擔シ其整理中ニシテ財產隱匿ノ危險アルコトヲ疏明スルニ十分ナリ仍テ先ツ商人ノ營業ニ付假差押ヲ爲シ得ルヤ否ニ付按スルニ營業トハ商人ノ營ム特定ノ營業ノ爲メニ存スル一切ノ財產ヲ含ム包括的財產ニシテ單一ナル財產權ノ目的タルモノナラサルカ故ニ其內容タル個々ノ財產トシテハ格別包括的財產トシテハ假差押ノ目的タルコトヲ得ス從テ本件ニ於テハ之カ假差押ヲ許容スル能ハサルモノト認ムルヲ相當トス次ニ商標權ハ其營業ト共ニスルニアラサレハ之カ移轉ヲ爲シ能ハサルコト商標法第六條第一項ニ依リ明カナリト雖モ假差押ハ强制執行ニアラス他日權利ノ確定シタルトキ之カ執行ヲ爲サンカ爲メニスル保全方法ニ過キサルヲ以テ將來一定ノ條件カ完備スルトキハ移轉シ得可キ權利ハ之カ假差押ヲ爲シ得ルモノト解セサル可カラス然ルニ商標權ハ將來營業ノ移轉ヲ伴フトキハ之カ移轉ヲ爲シ得可キ權利即チ將來一定ノ條件カ完備スルトキハ移轉スルコトヲ得可キ權利ナリト解ス可キカ故ニ之カ假差押ヲ爲シ得ルモノト認ムルヲ相當トス且債權者ハ既ニ保證トシテ額面金三千圓ノ公債證書ヲ供託シタルヲ以テ債權者ノ申請中本件商標權ノ假差押ヲ求ムル部分ハ之ヲ認容スルヲ相當トス然レトモ營業ノ假差押ヲ求ムル部分ハ理由ナシト認メサルヲ得ス仍テ本件ニ付當裁判所カ大正十五年三月十日爲シタル假差押決定中右商標權ニ關スル部分ニ付テハ債務者等ノ異議ヲ理由ナシト認メ前決定ヲ認可ス可ク右營業ニ關スル部分ニ付テハ債務者等ノ異議ヲ理由アリト認メ前決定ヲ取消シ之ニ對スル假差押申請ヲ却下ス可キモノトス

（一五年（サ）四三六號、一五年六月一九日東地二民判決、法律新聞二五八九號七頁）

【公正證書ニ基ク差押申請ノ排斥】　假差押ハ金錢ノ債權又ハ金錢ノ債權ニ換フルコトヲ得ヘキ請求ニ付キ動產又ハ不動產ニ對スル强制執行ヲ保全スル爲メニ爲スモノナリ從ツテ已ニ債權者カ執行力アル債務名義ヲ保有シ直ニ强制執行ヲ爲シ得ヘキ場合ニ於テハ之ヲ許スヘキモノニ非ス而シテ本訴債權者カ其主張スル如キ債權ニ付テハ公正證書カ作成サレ債務者カ不履行ノ場合ニハ直ニ强制執行ヲ受クヘキ旨ヲ記載シアルコトモ當事者間ニ爭ナシ然ラハ債權者ハ公證人

ヨリ執行文ノ付與ヲ受ケ直ニ强制執行ヲ爲シ得ヘキヲ以テ其執行ヲ保全スルノ必要アルコトナシ從テ債權者ノ假差押ノ申請ハ他ノ點ヲ判斷スル迄モナク理由ナキモノト謂フヘク右申請ヲ認容シタル假差押決定ハ失當ニシテ之カ取消ヲ求ムル債權者ノ申立ハ理由アリ

（一五年(サ)二六八號一、一五年六月一一日東地七民判決、法律新聞二五八〇號一六頁）

第七百四十八條　假差押ノ執行ニ付テハ强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

（參　照）民　法

第百四十七條　時效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

【差押執行不能ト時效中斷】　執達吏カ債權者ノ委任ヲ受ケ債務者ノ住所ニ臨ミ差押ニ着手シタルモ差押フヘキ物ナカリシタメ執行不能ニ終リタルトキハ現ニ差押手續ハ之ヲ實施シタルモノナレハ之カ爲ニ强制執行ノ目的ヲ達スルコト能ハサリシトスルモ之ニ依リ時效中斷ノ效力ヲ生スルモノト解スルヲ相當トス本件ニ於テ原審ノ確定シタ事實ニ依レハ上告人ハ明治四十一年十二月二十九日被上告人ニ對シ强制執行ヲ爲シタルモ差押フヘキ動產ナクシテ執行不能ニ終リタルモノナレハ右差押ニ依リ本件債權ノ消滅時效ヲ中斷スル效力ヲ有スルモノト爲ササルヘカラス然ルニ原審カ此ノ點ニ付「右ノ如キ事由ハ時效中斷ノ效力ヲ生スヘキモノニ非ス」ト判示シタルハ所論ノ如ク不法アルヲ免レスト雖右差押ノ日時ハ明治四十一年十二月二十九日ナルコト前說明ノ如クナレハ同日時效中斷アリシモノトスルモ同日以來本件訴訟提起ニ至ル迄既ニ十年ヲ經過シタルコト記錄上明ニシテ原審ハ上告人ノ主張スル右日時以後ニ於ケル時效中斷ノ事由ニ付テハ之ヲ排斥シタルモノナルコト原判文上明ナルヲ以テ右中斷後更ニ十年ヲ經過シタルコトニヨリ本件債權ハ時效ニ因リテ消滅シタルモノナレハ原審カ本件債權ハ時效ニ因リテ消滅シタルモノト爲シ被上告人ノ本訴請求ヲ認容シタルハ結局正當ナリ

（一四年(オ)六三八號、一四年三月二五日大一民判決、法律新聞二五三二號四頁）

第七百五十五條　係爭物ニ關スル假處分ハ現狀ノ變更ニ因リ當事者一方ノ權利ノ實行ヲ爲スコト能ハスヌ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

【保證供託ト假處分命令】　（主文）原決定ヲ廢棄ス、相手方ノ別紙目錄表示ノ建物ニ對スル占有ヲ解キ抗告人ノ委任シタル東京區裁判所執達吏ニ之カ保管ヲ命ス執達吏ハ其現狀ヲ變更セサルコトヲ條件トシ相手方ニ之カ使用ヲ許ス可シ但此場合ニ於テ執達吏ハ其保管ニ係ルコトヲ公示スル爲メ適當ノ方法ヲトルヘク相手方ハ其占有ヲ他人ニ移轉シ又ハ占有名義ヲ變更シ若ハ該建物ニ讓渡質權抵當權賃借權ノ設定其他一切ノ處分ヲ爲スヘカラス、申請費用ハ原告及當審ヲ通シテ之ヲ相消ス、抗告人ハ此ノ決定送達ノ日ヨリ三日內ニ保證トシテ金三百圓又ハ之ニ相當スル有價證券ヲ供託スヘシ若シ右保證ヲ立テサルトキハ第二項揭記ノ假處分ハ其效力ヲ失フ

（理由）抗告人カ大正七年以來東京府豐多摩郡澁谷町大字中澁谷字宇田川九百五十三番地所在建物一棟建坪十坪五合ヲ田中錠吉ヨリ賃借シ之ニ建增工事ヲ施シ引續キ居住トノ抗告人主張ノ事實ハ相手方ノ明ニ爭ハス又他ノ陳述ヨリ之ヲ爭ハントスル意思ノ顯ハレサルトコロナルヲ以テ之ヲ自白シタルモノト看做ス可ク大正十五年六月中相手方カ田中錠吉ヨリ抗告人居住ノ右建物並其表側空地ヲ隔テテ存在セル建物ヲ併セ買受ケ其中後者ノ建物ヲ取毀チ別紙目錄表示ノ建

物ヲ抗告人住宅表側ニ面接シテ新築シタルコト並ニ右新築家屋ト抗告人住家トノ間隔カ少クトモ其最南端ニ於テ五尺九寸抗告人方玄關口ニ於テ三尺五寸ナルコトハ相手方ノ認ムルトコロナリ而シテ抗告人カ從來其ノ住宅ノ表側ニ沿フ幅約九尺ノ空地ヲ其建物ノ附屬地トシテ占有シ來リタリトノ事實及相手方カ前示新築家屋ノ占有ヲ他ニ移轉シ若ハ之ヲ處分セントスルノ虞レアリトノ事實ニ付テハ抗告人ノ提出ニ係ル證據ニ依リテハ未タ其疏明ヲ得ス從ツテ相手方カ抗告人ノ右空地ニ對スル占有ヲ侵奪シタリトノ抗告人主張事實ハ之ヲ窺フニ由ナシト雖モ抗告人ノ主張自體ハ法律上理由アリ其請求及假處分ノ理由ノ疏明ニ代ヘテ假處分ニ因リテ相手方ニ生スヘキ損害ノ爲金三百圓又ハ之ニ相當スル有價證券ノ保證ヲ立テシムルコトヲ條件トシテ假處分ヲ命スルヲ相當トスヘク而シテ抗告人主張ノ占有回收訴權ノ執行ヲ保全セン爲ニハ主文第二項掲記ノ假處分ヲ爲スヲ以テ必要ニシテ且十分ナリト認ムルカ故ニ結局本件抗告ヲ理由アリトス

（一五年(ソ)八五二號、一五年一一月四日東地六民判決、法律新聞二六三四號一二頁）

【電話變更假處分ト遞信局取扱ノ當否】　本訴請求趣旨ハ上告人ノ申請ニ基キ訴外堤誠雄名義ノ本件電話加入權ニ付名義書換ノ手續ヲ爲スヘカラサル旨ノ假處分命令アリ同決定ノ正本カ大正十三年三月三十日午前九時五十分被上告國代表者大阪遞信局長ニ送達セラレタルニ拘ラス神戸中央電話局ハ同月三十一日右訴外人ノ申請ヲ受領シ他人名義ニ書換ノ手續ヲ了シ以テ上告人ヲシテ當該電話加入權ヲ喪失スルニ至ラシメタリ是正シク被上告國ノ故意又ハ過失ニ由ルモノナレハ其ノ損害ノ賠償ヲ求ムト謂フニ外ナラス而シテ原判決ハ同請求ヲ排斥シ其ノ理由トシテ「遞信局ハ官廳トシテ其ノ管掌事務ニ付テハ一定ノ事務規定ニ依リ處理セラルヘキモノナルコトハ顯著ナル事實ニ屬ス遞信局ニ假處分命令ノ送達アリタル場合ノ取扱方ハ遞信局ヨリ同命令ノ送達アリタル旨ヲ電話局ニ通達シ玆ニ初メテ假處分ノ趣意ノ貫徹カ期セラルヘキコト明ナリ從テ本件假處分命令カ大阪遞信局ニ送達セラレタル後神戸中央電話局ニ於テ本件名義變更ノ申請ヲ受理シタレハトテ直ニ被上告國ニ於テ假處分ヲ無視シタル不法アルモノト云フヲ得ス」ト說明シ更ニ大阪遞信局ノ神戸中央電話局ニ爲シタル通達ニ付「同通達ノ事務ハ一般通信事務ト異リ官廳普通ノ事務ニ屬スルヲ以テ日曜日（假處分命令ノ送達アリタル三月三十日ハ日曜日ナリ）ニモ尙且取扱ハサルヘカラサルモノニ非ス從テ右命令アリタル旨ノ通達カ同月三十一日本件名義變更手續ノ請求以前ニ到達セサリシコトハ未タ以テ執務上ノ懈怠アリト爲スニ足ラサルモノト判示シタリ然レトモ事務規定上大阪遞信局ニ於テ本件ノ如キ假處分命令ノ通達事務ハ果シテ如何ナル順序ヲ經由シ又如何ナル方法ヲ以テ處理セラルヘキモノナリヤ特ニ實際ノ取扱上幾何ノ時間ヲ要スルモノナルヤヲ知ルニ非サレハ輙ク本件通達事務ノ取扱ニ關シ大過ナカリシモノトハ斷シ難シ何トナレハ假處分命令ノ如キ性質上急ヲ要スルモノニ在リテハ右電話ノ如キ方法ニヨリ通達スヘキ定メナリトセハ或ハ短時間ニテ神戸中央電話局ニ通達ヲ了スルコトヲ得タリシナルヘク又縱令書面ニ依ルモノトスルモ之ニ要スル時間ト右訴外人ノ爲シタル名義變更申請ノアリタル時間トノ關係如何ニ依リテハ或ハ申請ヲ受理スル以前ニ通達シ得タリシモノナルヤモ圖ルヘカラサルヲ以テナリ然ルニ原審ハ此等ノ點ニ付テハ何等考慮ヲ拂フコトナク漫然トシテ上揭摘記ノ如キ理由ノ下ニ被上告人ニ本件名義書換ニ付何等ノ過失ナカリシモノト爲シ以テ上告人ノ請求ヲ排斥シタルハ理由ヲ盡ササル違法アリ

（一五年(オ)一八六號、一五年六月三〇日大三民判決、法律新聞二五七八號五頁）

【假處分ノ存在ト電話書換手續取消理由】　原告主張ニ係ル電話加入權カ訴外竹市政太郎ノ所有ナリシトコロ大正十四年六月三十日原告ヨリ名古屋地方裁判所ニ前記電話加入權ノ處分禁止ノ假處分ヲ申請シ右命令カ送達アリタル後大正十四年九月二日訴外伊藤史雄ハ更ニ同年九月十七日被告ニ順次電話加入權ノ名義變更アリタルコトハ當事者間ニ爭無ク右伊藤史雄ニ電話加入權ノ名義變更アリタルハ訴外鷲尾常次郎ヨリ前記竹市政太郎ニ對スル金錢債權ニ基ク强制執行ノ結果タル競賣手續ニ於テ伊藤史雄カ競落シタル結果ナルコトハ乙第一號證ノ一、二、三ニ依リ明カナリ因テ案スルニ假處分命令ニ依リ賣買其他ノ處分行爲ヲ禁止セラレタル電話加入權者ハ假處分申請人ニ對スル關係ニ於テ之ヲ處分シ得サルハ勿論假處分債務者ニ非ル第三者ト雖モ右假處分ニ依リ保全セラレタル假處分申請者ノ權利ヲ害スルカ如キ强制執行其他ノ處分ヲ爲スヲ得スシテ右假處分ヲ存續スルニ拘ラス爲サレタル强制執行ハ假處分債權者ニ對スル關係ニ於テハ其效力ヲ對抗シ得サルモノト解スルヲ相當トス然ラハ訴外鷲尾常次郎ノ申請ニ依リ行ハレタル本件電話加入權ノ競賣手續及ヒ訴外伊藤史雄ノ競落ニヨル右電話加入權ノ取得ハ何レモ假處分債權者タル原告ニ對抗シ得サル結果被告モ亦其電話加入權ノ取得ヲ原告ニ對抗シ得サルモノト云ハサルヘカラス然レ共叙上ノ結果ハ右電話加入權ニ對シ處分禁止ノ假處分アルカ爲メナルヲ以テ之ヲ以テ直ニ前記伊藤史雄及被告等ノ電話加入權取得行爲並ニ名義變更手續當然無效ナルモノト謂フヲ得サルヤ明ナリ故ニ原告ハ本件電話加入權カ原告ニ存スルコトノ確認ヲ求ムルコトハ格別被告等ノ電話加入權ノ名義書換手續ノ無效確認ヲ求ムルハ其理由ナキモノト謂ハサルヘカラス次ニ原告ノ名義變更手續ノ請求ノ當否ニ付キ案スルニ訴外江口昌藏カ本件電話加入權ヲ竹市政太郎ヨリ法定ノ處分期間滿了ノ時ニ其效力ヲ發生スヘク且名義書換手續ヲ爲スヘキ約旨ノ下ニ賣買契約ヲ爲シ原告ハ更ニ江口昌藏ヨリ同一約旨ノ下ニ本件電話加入權ノ賣買契約ヲ爲シ大正十四年七月十一日右禁止期間滿了シタルコトハ甲第三號證ノ一及證人江口昌藏ノ證言ニ依リ明カナルヲ以テ原告ハ本件電話加入權ノ取得者ナリト言ハサルヘカラス被告ハ本件電話加入權ハ讓渡禁止期間滿了ト共ニ名義書換ヲ爲ス可キ約旨ノ下ニ訴外水越政太郎ニ讓渡セラレ居ルヲ以テ右讓渡禁止期間滿了ト共ニ右讓渡契約ハ效力ヲ發生シ原告一人他ノ買受人ニ優先シテ其名義變更ノ手續ヲ請求シ得ヘキモノニ非スト主張スルモ本件電話加入權カ訴外水越政太郎ニ讓渡サレタルモノニ非ルコトハ證人竹市政太郎ノ證言ニ依リ明ナルヲ以テ此點ニ關スル抗辯ハ其ノ理由ナシ、次ニ被告ハ原告ハ本件電話加入權ヲ訴外江口昌藏ヨリ讓受クルニ際シ江口昌藏ハ竹市政太郎ニ對シ確定日附アル通知書ヲ以テ通知セサリシノミナラス原告ニ於テ電話加入權ノ名義變更ノ手續ヲ爲シ居ラサル以上原告ハ其電話加入權ノ取得ヲ以テ第三者タル被告ニ對抗シ得サルモノナリト主張スルモ電話加入權ノ讓渡ニハ民法第四百六十七條ノ適用無キモノト解スヘク又被告ノ如キ假處分權利者タル原告ニ其電話加入權取得ヲ對抗シ得サルモノニ對シテハ原告ハ名義變更ノ手續ヲ了セサルモ其權利取得ヲ對抗シ得ルモノト解スルヲ相當トスルヲ以テ被告抗辯ハ其理由ナシ、然ラハ本件電話加入權カ原告ノ所有ニ屬スル以上原告カ其權利ノ回復ヲ求ムル方法トシテ被告ニ對シ本件電話名義變更手續ヲ訴求スルハ其ノ理由アリ

（一四年(ワ)一〇四六號、昭二年一月二六日名地一民判決、法律新聞二六六三號一三頁）

【假處分決定ノ效力ト競賣處分ノ無效】　成立ニ爭ナキ甲第一號證ノ一ニ依レハ大正十三年六月十二日原告ノ申請ニ基キ東京地方裁判所ニ於テ本件電話加入權ニ付原告ノ債務者タル訴外深井穎吉ニ對シ名義書換架設場所ノ變更其他一切ノ處分ヲ禁止シ東京中央電話局ニ對シ債務者ノ

申請ニ因リ名義變更手續ヲ爲スコトヲ禁止スル旨ノ假處分決定アリタルコト明白ニシテ又成立ニ爭ナキ同號證ノ三ニ依レハ大正十四年一月八日原告ト深井頴吉間ニ本件電話加入權ヲ深井頴吉ヨリ原告ニ讓渡シ其加入名義ヲ原告名義ニ變更スル旨ノ和解カ東京區裁判所ニ於テ成立シタル事實ヲ認メ得ヘシ而シテ大正十三年十二月二十五日被告大沼榮次郎ノ申請ニ因リ東京區裁判所ニ於テ本件電話加入權ニ對シ差押命令アリ越ヘテ同十四年一月二十二日換價命令アリテ右換價命令ニ基キ本件電話加入權カ競賣ニ付セラレ大正十四年二月七日被告三輪萬治之カ競落人トナリ競落代金ヨリ手數料其他ノ費用ヲ差引キ金千五百八十八圓二錢ヲ被告大沼榮次郎ニ交付シタル事實ハ當事者間ニ爭ナキトコロナリ然ラハ本件電話加入權ハ大正十四年一月八日ノ原告ト深井頴吉間ノ裁判上ノ和解ニ因リ讓渡契約ニ依リ原告ニ移轉シタルモノト謂フヘク其後被告大沼榮次郎ノ申請ニ基キ爲サレタル競賣處分ハ無權利ヲ目的トシテ爲サレタルニ等シク何等其效力ヲ生スヘキモノニアラスト謂フヘク從テ被告三輪萬治ハ本件電話加入權ヲ取得スルニ由ナシト謂フヘシ假ニ三輪萬治カ右競賣處分ニ因リ本件電話加入權ヲ原始的ニ取得スルモノトスルモ叙上認定ノ如ク原告ノ申請ニ基キ本件電話加入權ニ付キ債務者タル深井頴吉ニ對スル處分禁止ノ假處分決定アリテ其存續スル以上ハ其決定アリタル後爲サレタル競賣處分ニ付テハ債權者タル原告ニ對スル關係ニ於テハ其效力ヲ生セス競落人タル被告三輪萬治ハ假處分債權者タル原告ニ對シテハ本件電話加入權ヲ取得セサルモノト謂ハサルヘカラス何トナレハ本件電話加入權ニ付キ爲サレタル處分禁止ノ假處分ハ必ラスシモ債務者ノ任意行爲ニ出テタル名義變更其他ノ處分ノミヲ禁止シタルモノト解スルノ要ナク强制執行ニ因ル權利ノ移轉モ亦債務者ノ任意處分ト其效果ヲ異ニセサル以上悉ク處分禁止ノ制限ニ服シ原告ニ對スル關係ニ於テハ相對的ニ其效力ヲ生セサルヲ以テナリ然ラハ被告三輪萬治ハ以上孰レノ論點ニ於テスルモ本件電話加入權ニ付爲サレタル競賣處分ニ因リ權利ヲ取得シタルモノト言ヒ難ク却テ大正十四年一月八日原告カ本件題話加入權ヲ訴外深井頴吉ヨリ讓受ケタルコト叙上認定ノ如クナルヲ以テ本件電話加入權ハ依然原告ニ歸屬スルコト明ナリトス而シテ被告等ハ前示競賣ニ因ル本件電話加入權ノ取得ノ有效ナルコトヲ主張シ被告三輪ハ東京中央電話局ニ該名義書換ノ請求ヲ爲シ居ルコト當事者間ニ爭ナキトコロナレハ原告ノ本件電話加入權カ被告等ニ因リ侵害セラルル虞アルコト明ナレハ之カ確認ヲ求ムル法律上ノ利益アリト謂フヘシ

（一五年(ヲ)五九號、一五年九月二〇日東地六民判決、法律新聞二六二九號一五頁）

（參　照）

第七百二十七條　債務者ハ假差押ノ理由消滅シ其他事情ノ變更シタルトキ又ハ裁判所ノ自由ナル意見ヲ以テ定ム可キ保證ヲ立テントノ提供ヲ爲シタルトキハ假差押ノ認可後ト雖モ假差押ノ取消ヲ申立ツルコトヲ得

此申立ニ付テハ終局判決ヲ以テ之ヲ裁判ス其裁判ハ假差押ヲ命シタル裁判所又ハ本案カ既ニ繫屬シタルトキハ本案ノ裁判所之ヲ爲ス

【假處分取消申立ト管轄】　假處分ノ理由消滅其他事情ノ變更ヲ原因トスル假處分取消申立事件ノ管轄ハ本來其ニ假處分ヲ命シタル裁判所ノ管轄ニ屬スルモ若シ假處分ノ本案事件カ既ニ繫屬セルトキハ其繫屬セル本案裁判所ノ專屬管轄ニ屬スルコトハ民事訴訟法第七百五十六條第七百四十七條ニ徵シテ明白ナリ、而シテ本案事件ノ繫屬シタル第一審裁判所カ假令假處分取消申立當時本案事件ニ付判決ノ言渡ヲ爲シタルモ苟クモ未タ該判決ノ送達又ハ上訴ノ申立アル迄ハ

依然トシテ其管轄ヲ保有スルモノト解スルヲ妥當トス然リ而シテ今被控訴人カ本件假處分取消ノ申立ヲ爲シタルハ大正十四年六月二十二日ナル事實ハ本件申立書ニ押捺セル原裁判所ノ受附印ニ徵シテ明確ニシテ而モ原裁判所カ本件假處分ノ本案事件ニ付判決ノ言渡ヲ爲シタルハ同年六月十日ニシテ被控訴人ノ右取消申立當時該判決ノ送達ナカリシ事實ハ控訴人ノ認ムルトコロナルヲ以テ前段說示ノ理由ニ依リ本件假處分取消申立事件ハ原裁判所ノ管轄ニ屬スルモノト論斷セサルヲ得ス控訴人ハ本件取消申立書ハ大正十四年九月二十五日期日呼出狀ト共ニ送達ヲ受ケタルヲ以テ其送達ト同時ニ該取消申立事件ノ權利拘束ノ效果ヲ發生シ而モ控訴人ハ其以前ナル同年九月五日右假處分ノ本案事件ニ對シ東京控訴院ニ控訴ノ申立ヲ爲シタルヲ以テ同院ハ本件ニ付管轄ヲ有スル旨主張スレトモ控訴人主張ノ如ク大正十四年九月二十五日本件取消申立書カ送達セラレタル事實ハ何等之ヲ認容スルニ足ル疏明ナキノミナラス本件取消申立事件ノ管轄ノ存否ハ前叙ノ如ク申立當時ヲ標準トスヘク申立書送達ノ時ヲ標準トスヘキモノニ非サルヲ以テ假令事件申立書カ大正十四年九月二十五日控訴人ニ送達セラレ控訴人カ同年九月五日當院ニ本案事件ニ對シ控訴ノ申立ヲ爲シタリトスルモ之カ爲メ原裁判所ハ本件假處分取消事件ニ付其管轉ヲ喪失スヘキ理據アルコトナシ

（一四年(ネ)一一一七號、一四年一二月一九日東控民二判決、法律新聞二五三二號一四頁）

【假處分ノ理由消滅ニヨル取消】　民事訴訟法第七百六十一條ニ依リ本案ノ管轄裁判所カ區裁判所ノ發シタル假處分命令ノ當否ニ付裁判ヲ爲スニ當リテハ其命令カ現在ニ於テモ尙ホ正當ナリヤ否ヤヲ調査スヘク假令假處分命令當時ニ於テ正當ナリシトスルモ其後ニ至リ假處分ニ依リ請求ヲ保全スルコト能ハス即チ假處分ノ理由消滅シタルトキハ假處分ハ其理由ナキニ歸スルモノトス然ルニ成立ニ爭ナキ乙第四號證ニ依レハ被控訴人主張ノ如ク同人ハ大正十三年十二月二十八日本件土地ヲ訴外馬上鐵藏ニ賣却シ大正十五年八月三日其所有權移轉登記ヲ完了シタルヲ以テ該土地ハ現在ニ於テハ被控訴人ノ所有ニ屬セサルコトヲ疏明スルニ足ル果シテ然ラハ假ニ控訴人等ト被控訴人トノ間ニ本件土地ニ付賣買豫約ヲ爲シ且賣買完結ノ意思表示アリタリトスルモ右ノ如ク本件土地カ第三者ニ賣渡サレ且其登記ヲ完了シ既ニ被控訴人ノ所有ニ屬セサル以上控訴人等主張ノ賣買契約ニ基ク所有權移轉登記等ノ請求ハ同申請ノ如キ假處分ニ依リ之ヲ保全スルコト能ハス即チ假處分ノ理由消滅シタルモノト謂ハサルヘカラス從テ控訴人等ノ本件假處分申請ハ前說示ノ如ク其理由ナキニ歸スルコト爾餘ノ爭點ニ付判斷ヲ爲ス迄モナクシテ明瞭ナリトス然ラハ則チ原裁判所カ本件ニ付宇都宮區裁判所ノ發シタル假處分命令ヲ取消シタルハ相當ニシテ本件控訴ヲ理由ナシトス

（一四年(ネ)一三八五號、一五年一一月八日東控民一判決、法律新聞二六三四號九頁）

第七百五十六條　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

【判決ヲ以テ爲スヘキ裁判ヲ決定ヲ以テ爲シタル場合ト不服申立ノ方法】　假處分ニ關スル申立及裁判ニ付テノ手續ハ特別ノ規定ナキ限リ假差押ニ關スル規定ヲ準用スヘキコトハ民事訴訟法第七百五十六條ニ明示スルトコロナルヲ以テ同法第七百五十九條ニ依ル假處分取消申請ニ付テノ裁判ハ之ヲ認容スルト否トヲ問ハス同法第七百四十七條第二項ニ依リ終局判決ヲ以テ爲ササルヘカラス然ルニ原審ハ右假處分申請ニ對シ口頭辯論ヲ經スシテ抗告人申立ノ如ク決定ヲ以テ假處分ノ取消ヲ命シタルコトハ本件記錄ニ徵シ寔ニ明瞭ニシテ裁判ノ形式ヲ誤レル違法アリ

ト雖モ之ニ對シ抗告ニ依ル不服申立ヲ許容セシ規定ナシ然レハ本來終局判決ヲ以テ爲スヘキ裁判ヲ本件ノ如ク決定ヲ以テ爲シタル場合ニハ終局判決ニ對シテ爲スコトヲ得可キ不服申立ノ方法ニ依リ其ノ違法ノ匡正ヲ求ムルハ格別抗告ノ方法ニ出テタルハ失當ナリ

（一五年(チ)二五九號、一五年一一月九日松地民決定、法律新聞二六一七號六頁）

第七百六十二條　本章ノ規定ニ於ケル本案ノ管轄裁判所ハ第一裁判所トス但本案カ控訴審ニ繫屬スルトキニ限リ控訴裁判所トス

【假處分ノ申請ト裁判籍】　本件假處分ノ管轄ノ適否ニ付按スルニ假處分申請當時未タ本案訴訟カ第一審裁判所ニ繫屬セサルトキハ當該假處分ノ申請ハ本案訴訟カ法規ノ定ムルトコロニヨリ繫屬スヘキ第一審裁判所ニ爲スヘキモノタルコトハ民事訴訟法第七百六十二條ニヨリ疑ヲ容レサルトコロナリ然リ而シテ被控訴人カ大正十二年六月八日東京地方裁判所ニ對シ本件假處分ノ申請ヲ爲シタルコトハ記錄上明白ニシテ其後同月十六日ニ至リ本案訴訟ヲ東京區裁判所ニ提起シタルコトハ當事者間爭ナキ事實ナルヲ以テ本件假處分申請ノ適否ハ右申請當時東京地方裁判所カ本件本案訴訟ニ付管轄權ヲ有シタルヤ否ヤニヨリテ定マルヘキモノトス而シテ被控訴人ノ本件申請ノ要旨ハ被控訴人ハ控訴人ノ所有ニ係ル東京府豐多摩郡澁谷町大字澁谷廣尾町二十五番ノ一號二號三號ノ土地ト墻ヲ接シ同町大字澁谷廣尾町二十四番及同番二號ノ土地ヲ所有スルモノナルトコロ控訴人ハ其所有地上ニ家屋ヲ建設スルニ際シ其境界線ヲ踰越シ家屋及塀ヲ築造シ以テ前示被控訴人所有ニ係ル土地中一坪七合ヲ侵害シタルヲ以テ控訴人ニ對シ右境界線ノ確認並建設物除去ヲ求ムル爲メ本案訴訟ヲ提起スルニ當リ豫メ其執行ヲ保全スル目的ヲ以テ本件假處分ノ申請ヲ爲シタリト謂フニ在リテ訴訟物ノ價格ハ當該訴訟ニ付原告ノ有スル客觀的利益ニヨリテ之ヲ定ムヘク且數個ノ請求カ互ニ牽連關係ヲ有シ經濟上同一ノ目的ニ出テタルモノナルトキハ其價格ハ之ヲ合算スヘキモノニアラス今本件ニ付之ヲ觀ルニ被控訴人主張ノ本案訴訟ニ於ケル右二個ノ請求ハ共ニ被控訴人カ本件係爭地ニ對シ所有權ヲ確保センコトヲ求ムルモノニシテ互ニ牽連關係ヲ有スルカ故ニ右本案訴訟ノ訴訟物ノ價格ハ右係爭地一坪七合ニ對シ原告タル被控訴人ノ有スル客觀的利益即チ其取引價格ニヨリテ定マルヘキモノトス然リ而シテ本件假處分申請當時即チ大正十二年六月八日頃本件係爭地タル澁谷町大字澁谷廣尾町二十番ノ四土地ノ價格カ一坪二百五十圓以上ナルコトハ被控訴人ノ疏明方法ニヨリテハ之ヲ疏明シ難ク却テ乙第四、五、六、七號證甲第六號證ニヨレハ一坪二百圓ヲ出サルコト明確ナルヲ以テ本件本案訴訟ハ區裁判所ノ管轄ニ屬スルモノト認ムヘク從テ本案訴訟ニ付管轄權ヲ有セサル東京地方裁判所ニ爲シタル本件假處分ノ申請ハ不適法ナルモノト云ハサルヘカラス、被控訴人ハ假ニ本件處分ノ申請ハ區裁判所ノ管轄ニ屬スヘキモノトスルモ苟モ地方裁判所カ自己ニ管轄權アリトシテ判決ヲ爲シタルトキハ其事件カ區裁判所ノ事物ノ管轄ニ屬スヘキ理由ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得サル旨主張スレトモ民事訴訟法第七條ノ規定ハ專屬管轄ノ定メナキ事物ノ管轄ニ付地方裁判所カ不當ニ管轄ヲ認メテ本案ノ判決ヲ爲シタル場合ニ關スル例外規定ナルヲ以テ假處分命令ノ裁判籍ノ如ク土地及事物ニ付專屬管轄ノ定メアルモノニ付其適用ヲ見サルコトハ敢テ多言ヲ要セサルトコロナリ

（一三年(ネ)四四一號、一五年三月一〇日東控民三判決、法律新聞二五四八號一三頁）

第八編　仲裁手續

【仲裁人ト偏頗裁判ノ恐不存在】　仲裁人富田政儀カ仲裁判斷事件ニ於ケル被上告會社ノ代理人タル富田富次郎ノ實弟ナル事實ノミニ依リテハ未タ同人カ偏頗ノ裁判ヲ爲スヘキ恐アルモノト謂フヲ得サルヲ以テ原院カ斯ル事由ノミニ依リテハ右仲裁人ハ偏頗ノ判斷ヲ爲ス恐アリト謂フヲ得スト判示シタルハ不法ニ非ス又原審ニ於テ確定シタル事實ニ依レハ初メ被上告人ハ上告人ニ對シ傭船契約ノ解除ヲ原因トシテ三萬九千二百圓ノ損害賠償ヲ請求シ之カ仲裁判斷ヲ求メタル處其ノ解除不適法ナリトノ理由ニ依リ被上告人ノ請求相立タサル旨ノ仲裁判斷アリ仍テ被上告人ハ更ニ適法ナル解除ノ手續ヲ爲シタル上右損害賠償ノ請求ヲ爲シ之ニ付仲裁判斷ヲ求メタルモノトス右ノ場合ニ於テハ第一次ノ仲裁判斷ニ關與シタル仲裁人カ第二次ノ仲裁判斷ニ關與シタリトテ之ヲ以テ不公平ナル判斷ヲ爲スコトヲ疑フニ足ル事情ナリト謂フヲ得ス故ニ原院カ第一次ノ仲裁判斷ニ關與シタル菊地要藏カ第二次仲裁判斷ニ關與シタリトテ偏頗ナル判斷ヲ爲スノ恐アル者ナルコトヲ認ムルヲ得サル旨判示シタルハ不法ニ非ス

（一五年（オ）七〇九號、一五年一〇月二八日大一民判決、法律新聞二六三九號一三頁）

【忌避セラレタル仲裁人ト手續中止ノ自由】　仲裁人忌避ノ訴アリタル場合ニ於テハ民事訴訟法第三十九條ノ如キ規定ナキヲ以テ仲裁人カ仲裁判斷手續ヲ中止スヘキヤ若ハ之ヲ續行スヘキヤハ其ノ自由ナル意見ニ依テ決スヘキモノトス故ニ原院カ仲裁手續ヲ進行スヘキヤ否ニ付テハ仲裁人ノ自由ナル裁量ニヨリ機宜ノ處置ヲ採リ得ヘキモノト解スヘキカ故ニ仲裁人富田政儀、菊地要藏カ本件訴訟ノ提起アリタルニ拘ラス手續ヲ中止セサレハトテ之ヲ以テ違法若ハ不當ノ

處置ナリト論斷シ難シ從テ斯ル事由アリタレハトテ未タ以テ富田政儀、菊地要藏カ仲裁人トシテ偏頗ノ恐アリト謂フヲ得ス」ト判示シタルハ相當ニシテ上告論旨ハ理由ナシ

（一五年（オ）七〇九號、一五年一〇月二八日大一民判決、法律新聞二六三九號一三頁）

人事訴訟手續法

第二章　親子關係事件、相續人廢除及ヒ隱居事件ニ關スル手續

第二十七條　子ノ否認、認知、其認知ノ無效若クハ取消又ハ民法第八百二十一條ノ規定ニ依リ父ヲ定ムルコトヲ目的トスル訴ハ子カ普通裁判籍ヲ有スル地又ハ其死亡ノ時ニ之ヲ有シタル地ノ地方裁判所ノ管轄ニ專屬ス

【私生子認知無效ノ訴ト相手方】　民法第八百三十四條ニ基キ利害關係人タル母ヨリ認知無效ノ宣言ヲ求ムル訴ヲ提起スルニ當テハ父及子ノ生存セル場合ニ於テハ其ノ双方ヲ被告ト爲スヘキモノトス蓋認知ハ父ノ爲ス單獨行爲ニ屬スレトモ認知ヲ無效ナリトスル宣言ハ絕對的ニ認知ヲ無效トシ認知者ト被認知者トノ間ニ親子關係ナキモノトスルモノニシテ認知者及被認知者ノ双方ニ付重大ナル關係ヲ有スルモノナレハナリ大正十年(オ)第八百五十七號認知無效確認請求事件ニ付大正十一年三月二十七日本院ノ言渡シタル判決モ亦此趣旨ニ出ルモノナリ然ルニ原院カ本訴ヲ認知無效ノ宣言ヲ求ムル訴ト解シナカラ認知者ノミヲ被告トシ被認知者タル子ヲ共同被告ト爲ササル本訴請求ヲ是認シタルハ不法トス

(一四年(オ)二一號、一四年九月一八日大二民判決、法律新聞二五四二號一三頁)

【認知請求理由】　學問上不能ニ非サル事實ヲ裁判所カ然ク認定スルニハ其ノ事實カ普通ノ場合タルト特別ノ場合タルトヲ問ハス敢テ證據ヲ示スコトヲ要スルモノニ非ス而シテ母ノ最終月經ノ第一日ヨリ分娩時迄三百二十有餘日ヲ存スルコトハ醫學上敢テ不能ノコトニ非サルコトハ顯著ナル事實ナルカ故ニ原院カ此ノ事ヲ認ムルニ證據ヲ示ササリシハ理由不備ニ非ス

(一五年(オ)四〇四號、一五年一一月二日大二民判決、法律新聞二六三五號九頁)

【嫡出子ノ爲セル認知請求ノ不許】　被控訴人ノ主張事實ハ被控訴人ノ母上村龜女ハ大正十二年二月十二日控訴人ト婚姻シ控訴人ヲ分娩シ同年九月二十二日協議離婚シタル上大正十三年一月十一日被控訴人ノ家ニ入リタリト云フニ在リテ右事實ハ成立ニ爭ナキ甲第一號證ノ戸籍謄本ニ徵シ明ナレトモ右ノ事實存スル限リ眞實被控訴人カ控訴人ノ胤ナルト否トニ拘ラス苟モ控訴人ニ於テ否認權ヲ行使セサル限リ被控訴人ハ法律上正ニ控訴人ノ嫡出子タル身分ヲ有シ私生子ニアラサルヲ以テ父タル控訴人ニ對シ認知ヲ求ムルコトヲ得サルモノト謂ハサルヘカラス尤モ右甲第一號ニ依レハ被控訴人ハ其母龜女ヨリ私生子トシテ出生屆ヲ爲シ戸籍上同人ノ私生子トシテ記載セラレタリト雖モ被控訴人主張ノ前記事實存スル以上ハ右戸籍ノ記載ハ法律上許スヘカラサルモノニシテ此記載アルカ爲メニ其嫡出子タル身分ニ影響ヲ及ホササルコト言ヲ俟タス控訴人ノ親權ニ服スヘキハ當然ニシテ母タル上村龜女ノ親權ニ服スヘキニアラス即チ同人ハ被控訴人ノ親權者ニアラサルカ故ニ其法律代理人タル資格ナク法律上代理人タル資格ナキ者ノ爲シタル訴訟行爲ハ無效ナルヲ以テ右龜女カ被控訴人ノ親權者ニシテ法律上代理人ナリト僭稱シテ提起シタル本訴ハ不適法トシテ却下ヲ免レサルモノトス

(一四年(ネ)七〇三號、一五年四月九日大控民一判決、法律新聞二五四五號五頁)

第三十九條　第一條、第二項、第三條、第五條、第七條第二項、第十條乃至第十二條及ヒ第

十六條乃至第十八條ノ規定ハ本章ニ掲ケタル訴ニ之ヲ準用ス

（準　用）

第三條　無能力者カ婚姻ノ無效若クハ取消、離婚又ハ同居ニ關スル訴訟行爲ヲ爲スニハ其法定代理人、保佐人又ハ夫ノ同意ヲ得ルコトヲ要セス

無能力者カ前項ノ訴訟行爲ヲ爲サントスルトキハ受訴裁判所ノ裁判長ハ申立ニ因リ辯護士ヲ訴訟代理人ニ選任スルコトヲ要ス

無能力者カ前項ノ申立ヲ爲ササルトキト雖モ受訴裁判所ノ裁判長ハ辯護士ヲ訴訟代理人ニ選任スヘキ旨ヲ命シ又ハ職權ヲ以テ其選任ヲ爲スコトヲ得

前條第五項ノ規定ハ受訴裁判所ノ裁判長カ辯護士ヲ訴訟代理人ニ選任シタル場合ニ之ヲ準用ス

【意思能力アル未成年者ト認知手續】　人事訴訟手續法第三條ニ所謂無能力者トハ一般ノ行爲能力ヲ有セサルモ意思能力ヲ有スル者ヲ意味スト解スルヲ相當トスヘク而シテ同條ハ同法第三十九條ニ依リ子ノ認知ノ訴ニ準用セラルルカ故ニ意思能力アル未成年者ハ法定代理人ノ同意ヲ得スシテ自ラ子ノ認知ノ訴ニ於ケル訴訟行爲ヲ爲スヿヲ得ヘク該訴訟行爲ニ付テハ一般ノ能力者ト同一ノ能力ヲ有シ法定代理人ト雖モ之ヲ制限スルヿヲ得サルモノナリトスサレハ民法第八百三十五條ノ規定カ子ノ法定代理人ニ認知ノ訴提起ノ權限ヲ認メタルハ意思能力ヲ有セサルニ因リ自ラ其訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得サル者ノ爲メニ定メラレタルモノニシテ意思能力ヲ有シ自ラ其訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得ル所謂無能力者ノ爲メ定メラレタルモノニ非スト解セサルヘカラス蓋シ無能力者ト雖モ意思能力アリテ一般ノ能力者ト同一ノ行爲能力ヲ有シ法定代理人ト雖モ之ヲ制限シ得サル事項ニ付テハ法定代理人モ其代理權ヲ有セサルモノト解スルヲ相當トシ又他ノ一面ニ於テ若シ其代理權アルモノトセハ法定代理人ハ右ノ如キ能力アル本人ノ意思ニ反シテモ認知ヲ求メ得ト云フ不穩當ナル結果ヲ生スレハナリ故ニ法定代理人ハ意思能力アル未成年者ノ爲メニハ認知ノ訴訟行爲ヲ爲スヘキ代理權ナキモノト解セサルヘカラス然ルニ被控訴本人カ明治三十八年十月五日生ナルコトハ當事者間ニ爭ナク又戸籍謄本ニ依リ明瞭ナルトコロナルヲ以テ右本人ハ大正十三年十月二十四日本訴ノ提起セラレタル當時既ニ滿十九歲ニ達シ居タルモノト云フヘク且既ニ茨城縣立龍ケ崎中學校第三學年ヲ修業シ居タルコトハ當事者ノ爭ナキ其旨ノ供述ニ依リ之ヲ認メ得ルカ故ニ被控訴本人ハ本訴提起當時認知ニ付キ既ニ意思能力ヲ有シタルコト明白ナリサレハ親權者タル小河原龍太郎ハ被控訴本人ヲ代理シテ本件認知ノ訴ヲ提起スル權限ナキコト前段說示ニ依リテ明ナルノミナラス被控訴本人ハ本訴提起後大正十四年十月五日既ニ成年ニ達シタルモノナレハ民法第八百三十條ニ依リ其ノ承諾アルニ非サレハ之ヲ認知スルコトヲ得サルモノナリ然ルニ被控訴本人カ本件認知ニ付親權者タル小河原龍太郎ニ對シ承諾ヲ與ヘタルコトハ之ヲ認ムヘキ證據ナキヲ以テ小河原龍太郎ハ本件認知ノ訴ニ於テ被控訴本人ヲ代理スヘキ權限ナキコト明白ナルヲ以テ控訴人ノ法律上代理欠缺ノ抗辯ヲ理由アリトシ本件訴ハ之ヲ却下スヘキモノトスサレハ原判決カ控訴人ノ右抗辯ヲ排斥シタルハ失當ニシテ本件控訴ハ其理由アリ而シテ本件ニ付キ小河原龍太郎ニ代理權ナキコトハ前說示ノ如クニシテ裁判所ハ其代理權ナキコトヲ知リナカラ其者ノ爲シタル訴訟行爲ニ因リ縱令訴訟費用ノミノ點ニ關シテモ本人ニ不利益ナル結果ヲ生スヘキ裁判ヲ爲スヘキモノニ非サルカ故ニ訴訟費用ハ控訴人ノ缺席ニ因リ生シタル部分ヲ除キ其餘ハ全部小河原龍太郎ノ負擔スヘキモノトス

（一四年（ネ）三一九號、一四年一二月八日東控民四判決、法律新聞二五三二號九頁）

非訟事件手續法

第一章　總則

第十三條　審問ハ之ヲ公行セス但裁判所ハ相當ト認ムル者ニ傍聽ヲ許スコトヲ得

【親族會招集事件審問手續ノ違背】　職權ヲ以テ調査スルニ原裁判所カ本件ニ付爲シタル審問ヲ公行シタルコトハ其ノ審問調書ノ記載ニ徵シテ明ニシテ原決定カ該審問ニ基キ爲サレタルモノナルコト原決定ノ理由ニヨリ疑ナキ所ナリ然ラハ原裁判所ノ爲シタル審問手續ハ非訴事件手續法第十三條ノ規定ニ違背シタルモノニシテ之ニ基キ爲サレタル原決定ハ同法第二十四條第二項民事訴訟法第四百三十六條第六號ニ該當シ違法ナルヲ以テ本件抗告ヲ理由アリトス

（一五年(ク)七一一號、一五年八月三日大二民判決、法律新聞二六一一號一一頁）

第十八條　裁判ハ之ヲ受クル者ニ告知スルニ因リテ其效力ヲ生ス裁判ノ告知ハ裁判所ノ相當ト認ムル方法ニ依リテ之ヲ爲ス

告知ノ方法場所及ヒ年月日ハ之ヲ裁判ノ原本ニ記入スヘシ

【招集決定取消ト一部ニ對スル不知告ノ效力】　非訟事件ニ於テ決定ニ包含スル裁判ヲ受クヘキ者カ複數ニシテ且ツ其裁判ヲ受クヘキ不可分ナル性質ヲ有シ合一的ニ效力ヲ生スルヲ要スル場合ニハ必ラスシモ裁判ヲ受ク可キ者全員ニ對シ其告知アルヲ要セス最初一人ニ對スル告知ニ因リテ其裁判ハ之ヲ受クル總テノ者ニ對シ效力ヲ生スルモノト解スルヲ相當トス蓋シ非訟事件手續法第十八條ニ依レハ裁判ハ之ヲ受クル者ニ告知ヲ爲スニ因リテ其效力ヲ生スルモノニシテ右ノ如キ裁判ニ付キ最初ノ一人ニ對スル告知アレハ以テ其裁判ヲ受クルモノニ對シ告知アリト謂フヲ妨ケス而シテ親族會員トシテ選定セラレタル者カ非訟事件手續法ニ所謂裁判ヲ受クル者ニ該當シ其裁判ハ不可分ニシテ親族會員トシテ選定ヲ受ケタル者全員ノ間ニ合一ニノミ效力ヲ生スヘキモノナリト解スヘキヲ以テ斯ノ如キ親族會員ノ選定並ニ招集ノ裁判全部ヲ取消ス裁判モ亦之ヲ受クヘキ者ハ其取消サルヘキ裁判ニ因リテ選定セラレタル親族會員全員ニシテ其裁判ノ效力モ其親族會員全員ニシテ其裁判ノ效力モ其親族會員ノ間ニ合一ニノミ生スヘキモノトス然ルニ本件ニ於テハ大正十五年四月十六日八王子區裁判所ノ爲シタル前記決定カ何レモ大正十五年四月二十日以前被告忠助同伊太郎同仁十郎同茂吉ニ對シ送達セラレタルコトハ成立ニ爭ナキ甲第四號證甲第五號證ノ一乃至六ニ依リテ明白ナルヲ以テ原告ニ對シ右決定ノ送達ナシトスルモ該決定ハ右說示ノ法理ニ從ヒ原告ニ對シテモ本件親族會決議以前ニ效力ヲ發生シタルモノト謂フヘク從テ原告ニ對スル關係ニ於テ右決定カ效力ヲ發生セサルコトヲ前提トスル原告ノ本訴請求ハ失當ナリ

（一五年(ワ)二四六八號一五年九月一〇日東地一民決定、法律新聞二六一四號七頁）

第二編　民事非訟事件

第六章　隱居、廢家、子ノ懲戒、家督相續及ヒ親族會ニ關スル事件

（參照）第二十條　裁判ニヨリ權利ヲ害セラレタリトスル者ハ其裁判ニ對シ抗告ヲ爲スコトヲ得

非訴事件手續法　民事非訟事件、隱居、廢家、子ノ懲戒、家督相續及親族會ニ關スル事件　九四條

【親族會招集ノ不必要ト抗告ノ正當】　親族會招集ノ申請ハ親族會ノ決議ヲ求ムヘキ必要アル場合ニ限リ爲サルヘキモノタルコトハ論勿シ今抗告人ノ主張スル所ニ依レハ抗告人ハ未成年者奥田爲登ノ爲之ニ代ハリテ其ノ所有不動産ヲ賣却スル意思ナク從テ親族會ヲ招集スル必要ナシト云フヲ以テ若シ抗告人主張ノ如ク不動産賣却ノ意思ナク之カ爲ニ親族會招集ノ必要ナシトセハ奥田英生ノ爲シタル親族會招集ノ申請ハ違法ニシテ管轄裁判所ハ其ノ申請ヲ許可スヘキモノニ非ス抑モ未成年者ノ爲メノ親族會ハ該未成年者ノ利益擁護ノ爲ニ設ケラルルモノナリト雖何等必要ナキニ之ヲ招集スルトキハ自ラ親權ヲ行使スル母ノ行動ヲ制肘スルノ結果ヲ生シ該親權行使ノ妨害ヲ來タスヘシ從テ斯ノ如キ場合ハ該親權者ハ非訟事件手續法第二十條ニヨリ權利ヲ侵害セラレタルモノトシテ招集裁判ニ對シ抗告シ得ヘキモノトス然レハ則チ原審カ果シテ未成年者ノ爲メニ親族會招集ノ必要アル場合ナルヤ否ヤヲ審査スルコトナク抗告人ニ全然抗告ヲ爲スノ權利ナシトシテ抗告棄却ノ裁判ヲ爲シタルハ失當トス

（一四年（ク）七六二號、一四年一二月二三日大三民決定、法律新聞二五三一號一〇頁）

第九十五條　親族及ヒ檢事ハ前條ノ許可ヲ與ヘタル裁判ニ對シテ抗告ヲ爲スコトヲ得

【相續人不選定許可決定ト抗告期間ノ無制限】　親族會ノ決議ニ對スル同法第九百五十一條ノ不服ノ訴ト許可ノ裁判ニ對スル抗告ノ申立トハ各獨立ノ關係ニ立テルモノト云フヘク不服ノ訴ニ付テハ一ケ月ノ法定期間內ニ之ヲ提起セサルヘカラサルモ許可ノ裁判ニ對シテハ非訟事件手續法第九十五條ノ規定ニ依リ親族及檢事ニ於テ何時ニテモ抗告ヲ爲シ得ルモノト解セサルヘカラス從テ不服ノ訴ヲ一ケ月ノ法定期間內ニ提起セサリシカ爲ニ許可ノ裁判ニ對スル抗告ヲ爲シ得サルノ理由ナシ、本件ニ付被相續人花浦總太郎ハ大正十三年十月七日死亡シ家督相續開始シタルモ推定又ハ指定ノ家督相續人ナク而シテ當時被相續人ノ家族トシテハ其ノ妻花浦すみアルノミニシテすみハ當時總太郎ノ相續人ニ選定セラルヘキノ順位ニ在リタルモノナルモ相續人選定ノ爲招集セラレタル親族會ハ大正十四年一月二十日同人ヲ選定セス親族ナル花浦なみヲ選定スル旨ノ決議ヲ爲シ同年五月十四日右不選定決議ニ付所轄裁判所ノ許可アリテ該許可ノ決定ハ同年五月十七日抗告人ニ送達セラレ其ノ後同年六月三十日右許可ノ裁判ニ對シ抗告ノ申立ヲ爲シタル事實並叙上親族會ノ決議ニ對シテハ法定期間內ハ勿論右抗告申立當時ニ至ル迄不服ノ訴ノ無カリシ事實明ナリトシ右親族會ノ決議ハ前記抗告申立以前ニ於テ既ニ有效ノモノト確定シ從テ抗告人ノ爲シタル右不選定許可ノ裁判ニ對スル抗告ハ結局理由ナキニ歸着スヘキコトヲ理由トシ曩ニ爲シタル決定ヲ廢棄シ抗告人ノ抗告ヲ棄却シタルハ違法ニシテ原判決ハ之ヲ廢棄シ且相手方ノ再抗告ニ關シ相當ノ裁判其ノ他ノ處置ヲ爲サシムヘキモノトス

（一五年（ク）九六九號、一五年一一月一六日大二民決定、法律新聞二六二五號四頁）

第三編　商事非訟事件

第一章　會社及競賣ニ關スル事件

第六章　株式會社登記

第百八十八條　支店ノ設立、本店又ハ支店ノ移轉其他變更ノ登記ハ總取締役ノ申請ニ因リテ之ヲ爲ス

申請書ニハ登記事項ニ付キ株主總會ノ決議ヲ要スル場合ニ於テハ其決議錄ヲ添附スルコトヲ要ス
取締役又ハ監査役ノ氏名又ハ住所ノ變更ノ登記ハ會社ヲ代表スヘキ取締役ノ申請ニ因リテ之ヲ爲スヘシ

【總取締役ノ意義】　非訟事件手續法第百八十八條第一項ニ總取締役ト云ヘルハ只普通ノ場合ニ著眼シク斯ク云ヘルニ過キスシテ其ノ眞意ハ取締役ノ權利義務ヲ有スル者總員ノ義ナリト解セサルヘカラス蓋若然ラストセハ登記ノ必要ヲ生シタル後總取締役辭任シタルカ如キ場合ニハ一人モ登記義務者ナキニ至ルノ不都合アレハナリ次ニ取締役就任シタル場合ニ於テハ未タ法定數ニ達セサルトキト雖其ノ就任ナキモノト云フヲ得ス其ノ就任ノ時ヨリ之カ登記ノ必要ヲ生スルモノトス（當院大正二年(ク)第四百十四號同年十二月十二日ノ決定參照）而シテ新ニ就任シタル取締役即現任ノ取締役ハ法定數ニ達セス退任シタル取締役ニシテ猶取締役ノ權利義務ヲ有スル者ヲ加フレハ定款所定ノ取締役定員ヲ超過スル場合ト雖其ノ退任取締役ハ定款ニ所謂取締役ニハ非スシテ現任取締役ト倶ニ非訟事件手續法第百八十八條第一項ニ所謂取締役ニ該當ストノ解スヘキモノナルカ故ニ取締役ノ定員ニ達セサル以前ニ於テモ既ニ就任シタル取締役ニ付テハ其ノ就任ヲ登記スヘキモノト解シテ何等所論ノ如キ不合理アルコトナシ

（一五年(ク)一〇二三號、一五年一二月一〇日大二民判決、法律新聞二六五〇一一頁）

競賣法

第三章　不動產ノ競賣

第二十二條　不動產ノ競賣ハ留置權者、先取特權者、質權者、抵當權者其他民法ノ規定ニ依リテ競賣ヲ爲サントスル者ノ申立ニ因リ不動產所在地ノ區裁判所之ヲ爲ス

【根抵當期間中抵當權實行可能ノ場合】　抗告人ハ根抵當權者ハ根抵當權設定契約期間中ハ其抵當權ヲ實行シ得ヘキモノニ非サル旨主張スレトモ非ナリ是レ一ニ期間ヲ定メタル當事者ノ意思如何ニヨリ定マルモノナリ而シテ本件ニ於テハ前記根抵當權設定契約證書ト題スル書面ニヨレハ前示契約期間中ト雖モ抗告人ニ於テ被擔保債務ヲ其期限ニ支拂ハサルトキハ即時抵當權ヲ實行シ得ル旨ノ特約アリシコトヲ認ムルニ十分ナリ然ラハ本件競賣申立人ノ前述ノ手形債務ノ不履行ト同時ニ前記消費貸借上ノ一萬圓ノ債務ノ辨濟ヲ受クル爲メ本件抵當權ヲ實行シ得ヘシ

（一四年(ソ)一八八號、一四年一一月六日東地一七民決定、法律新聞二五一六號一二頁）

【國有無番地ノ上ニ在ル未登記ノ建物ニ對シ抵當權ヲ設定シタル場合抵當權者ハ其建物ニ對シ抵當權實行可能】　國有無番地ノ上ニ在ル建物所有者其建物ニ抵當權設定契約ヲ爲シ公正證書ヲ作成セルモ敷地ノ番地無キ爲メ建物ノ保存登記ヲ爲シ難ク從テ抵當權モ未登記ナル建物アリ此ノ場合ニ於テモ債權者ハ抵當權ノ實行トシテ競賣法ノ規定ニ從ヒ競賣ノ申立ヲ爲スコトヲ

得ベク又債務名義存スルトキハ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ强制競賣ノ申立ヲ爲スコトヲ得ヘシ此ノ場合ニ競賣又ハ執行裁判所カ競賣ノ申立アリタルコトノ記入ヲ管轄登記所ニ囑託スルニハ建物ノ敷地ハ無番地ナルヲ以テ之ニ代フルニ其ノ敷地ノ地目段別又ハ坪數等ニヨリ其ノ敷地ヲ表示シ而シテ登記所ハ不動產登記法第百九條ノ規定ニ從ヒ其ノ建物ノ所有權ノ登記ヲナシタル後競賣申立アリタルコトノ登記ヲ爲シ斯クシ競賣又ハ執行裁判所ヨリ競落人ノ所有權ノ登記囑託アリタルトキハ通常ノ規定ニ從ヒ登記スヘキモノトス

（質議）從前土地ノ一筆ニ抵當權ノ登記アリタル爲分轄地整理ニヨリ換地ノ一筆ノ或部分ノミ抵當權ノ目的トナリタルトキ競賣ノ申立ノ方法如何

（決議）耕地整理完了後換地ノ交付ヲ受ケタル者ハ爾後其ノ土地ヲ分割スルコトヲ妨ケサルヲ以テ本問ノ場合ニ於テモ先ツ一筆ノ土地ノ內抵當權ノ目的トナレル部分ヲ分割シ之カ登記ヲ完了シタル後其ノ部分ニ對シ競賣ノ申立ヲ爲スヘク分割ノ手續ハ債權者ニ於テ債務者ニ代位シ得ヘシ

（一四年一〇月二八日法曹會決議、法律新聞二四八二號二〇頁之ヲ爲ス

第二十五條　競賣手續ノ開始ハ決定ヲ以テ之ヲ爲ス

【數個ノ競賣申立ト其決定】　競賣ノ申立ヲ爲ス權利ヲ有スル者數人アル場合ニ申立ノ都度開始決定ヲ爲シ以テ競賣手續ヲ併行スルカ如キハ其ノ許スヘカラサルハ論無キカ故ニ新ニ申立ヲ爲シタル者ハ之ヲ已存ノ手續ニ加入セシメ以テ配當要求ヲ爲スヲ得ムセルノミナラス已存手續カ取消サルルコトアラハ自ラ開始決定ヲ受ケタルト同一ノ效力ヲ生シ其ノ儘手續ヲ進行スルヲ得シムルヲ相當トス民事訴法第六百四十五條ハ此ノ趣旨ヲ表明シタルモノニ外ナラス唯斯ル地位ヲ付與スルニ付テハ其ノ旨ノ決定ヲ爲スヲ要スルヤ抑亦申立ヲ一件記錄ニ添付スルヲ以テ足レリトスルヤト云フカ如キハ寧ロ執務ノ形式ニ過キス前記法條ハ此後ノ方法ヲ採リタルモノナリ然ラハ則チ裁判所ニ於テ第二ノ申立ニ對シ別ニ開始決定ヲ爲シクリトセンカ其ノ廢棄ハ之ヲ免ルルヲ得サルト共ニ之カ爲當初ノ手續ヲ加入スルノ權利ハ固ヨリ失ハサルヘキモノニ非サルヲ以テ裁判所トシテハ宜ク申立ヲ一件記錄ニ添付スルノ擧ニ出ツベキハ殆ント云フヲ須ヒサルトコロナリ但其ノ未タ之ヲ廢棄セサル間ニ當初ノ開始決定カ何等カノ事由ニ因リ廢棄セラレタルトキハ第二ノ開始決定ハ之ヲ廢棄スルコト無ク當然手續ヲ進行スルヲ以テ法規ノ精神ニ合スト解スヘキハ自ラ之ヲ領シ得ラレレム本件ヲ案スルニ大正十三年(ぬ)第一二四二號事件ニ付テハ同年十二月十六日附ニテ爲サレタル木島竹藏ノ申立ニ依リ同日開始決定アリ又同年(ぬ)第一二五一號事件ニ付テハ翌十七日本件抗告人ノ爲シタル申立ニ依リ其ノ翌十八日開始決定アリ玆ニ二個ノ競賣手續ノ併行ヲ見ルニ至リタルトコロ大正十四年三月二十五日前記第一ノ競賣手續ハ取消サレタル爲爾後ハ第二ノソレノミ進行シ同年五月二十六日ニ至リ競落許可決定カ爲サレタル次第ナリトス然ラハ則チ此ノ許可決定ハ此ノ點ニ於テハ何等違法ノ廉無キニ拘ラス原裁判所ハ前揭第二ノ開始決定ハ之ヲ廢棄スヘキモノナルカ故ニ右ノ許可決定モ亦廢棄ヲ免ルルヲ得ストノ見解ノ下ニ裁判ヲ爲シタルハ失當ナリ

（一四年(ク)八九七號、一五年七月一〇日大三民決定、法律新聞二五九四號五頁）

（準　用）民訴法

第五百四十四條　强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ケハ執行裁判所之ヲ裁判ス又執行裁判所ハ第五百二十二條第二項ニ定メタル命ヲ發スル權ヲ有

ス

第五百五十八條　强制執行ノ手續ニ於テ口頭辯論ヲ經スシテ爲スコトヲ得ル裁判ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得

【競賣開始決定ノ異議ト審理手續ノ不當】　競賣法ニ依ル競賣ニ關シテハ競賣法中反對ノ規定ナク又其性質ノ許ス限リハ民事訴訟法ノ規定ヲ準用スヘキモノニシテ非訟事件手續法ノ規定ニ據ルヘキモノニ非サルニヨリ競賣開始決定ニ不服ナル者ハ民事訴訟法第五百四十四條ノ規定ニ從ヒ異議ノ申立ヲ爲スヘク其申立ニ關スル裁判ニ對シテハ同法第五百五十八條ノ規定ニ從ヒ抗告ヲ爲スコトヲ得ルコト並競賣開始決定ニ對スル異議ノ事由トシテ當事者ハ手續上ノ理由ト實體上ノ理由トヲ併セ主張スルコトヲ得ヘク從テ競賣開始決定ニ對スル異議カ實體上ノ理由ニ基キ爲サレタル時ハ裁判所ハ競賣申立ハ實體上理由アルヤ否ヤヲ更ニ審査スルコトヲ要シ實體上理由アリト見ユル場合ニ限リ之ヲ許可スルコトヲ要スルモノナルコトハ今日判例ニ於テ是認セラルル處トス而シテ競賣裁判所カ右異議ノ申立ニ付テノ裁判ヲ爲スニ當リテハ口頭辯論ヲ經スシテ之ヲナスコトヲ得ヘキコトハ民事訴訟法第五百四十三條第三項ノ規定ノ準用ニヨリ明ナレトモ若シ其審理ニ付當事者ヲ呼出シ互ニ陳述ヲ爲サシムルニ當リテハ須ラク民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ口頭辯論ヲ經ヘク非訟事件手續法ノ規定ニ從ヒ審問ヲ爲スヘキモノニアラス換言スレハ右ノ場合ニ於ケル審理ハ之ヲ公行スヘク且其決定ハ民事訴訟法第二百四十五條第一項ノ規定ニ準據シ之ヲ言渡スコトヲ要スルモノトス然ルニ職權ヲ以テ調査スルニ原裁判所ハ本件競賣開始決定ニ對スル異議申立ノ審理ヲ爲スニ付當事者ヲ呼出シ互ニ陳述ヲ爲サシメ乍ラ民事訴訟法ノ口頭辯論手續ニ依ルコトナク非訟事件手續法ノ審問手續ニ依リタルコトハ原審調書中ニ「審問調書」「審問ハ之ヲ公行セス」「判事ハ云々追テ決定スヘキ旨ヲ告ケタリ」トアリテ別段原決定ヲ言渡シタル事跡ナク單ニ之ヲ送達シタルコト送達證書ニヨリ明ナル事實等ニ徵シ洵ニ明瞭ナルニヨリ原決定ハ重大ナル訴訟手續ニ違背シタル不法アルモノト謂ハサルヘカラス然リ而シテ抗告人ノ本件異議理由ハ實體上競賣ヲ許スヘカラサルコトヲ主張スルモノナルヲ以テ更ニ適法ナル審理ノ上考慮判斷ヲ爲スノ要アリト認ムルニヨリ原決定ヲ廢棄シテ更ニ相當ノ手續並裁判ヲ爲スヘキコトヲ原裁判所ニ委任ス

（一五年(ソ)三一號、一五年一二月二七日岡地一民決定、法律新聞二六四六號一二頁）

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

競賣ノ期日ハ競賣手續ノ利害關係人ニ之ヲ通知スルコトヲ要ス

左ニ記載シタル者ヲ利害關係人トス

一　申立人

二　債務者及ヒ所有者

三　登記簿ニ登記シタル不動產上ノ權利者

四　不動產上ノ權利者トシテ權利ヲ證明シタル者

【假登記權利者ト利害關係人】　不動產ノ所有權取得ノ假登記ヲ爲シタル者ハ未タ其本登記ヲ爲ササル間ト雖モ尙民法第三百七十八條ノ滌除權ヲ有スル第三取得者中ニ包含セラルルモノト解スルヲ妥當トスヘク民事訴訟法第六百四十八條第三號競賣法第二十七條第三項第三號ノ利害關係人ニ該當スルカ故ニ抵當權者ハ假登記權利者ニ對シ抵當權實行ノ豫告ヲ爲シ且競賣ニ關ス

ル通知ヲ爲スヲ要スト解スルヲ相當トスト雖モ競賣手續完結前ニ假登記權利者ニ於テ異議又ハ抗告ヲ申立テスシテ既ニ競落許可決定ノ確定アリタル場合ニ在リテハ實體上抵當權ノ無效ナルカ如キ場合ハ格別該決定ノ性質上單ニ競賣手續ニ付キ瑕疵アリタルコトヲ理由トシテハ最早其效力ヲ爭フコトヲ得サルモノトス

（一四年(ヲ)二二四四號、一五年五月五日東地一三民判決、法律新聞二五八三號一二頁）

第二十九條　競賣期日ノ公告ニハ第二十二條ニ掲ケタル者ノ申立ニ因リテ競賣ヲ爲ス旨ノ外民事訴訟法第六百五十八條第一號乃至第三號、第五號乃至第七號、第九號及ヒ第十號ニ掲ケタル事項ヲ記載スルコトヲ要ス

民事訴訟法第六百六十一條ノ規定ハ前項ノ公告ニ之ヲ準用ス

【賃貸公告ノ遺脫】　本件競賣申立不動產タル建物ニハ豫用商事合資會社ノ爲メ大正十四年九月十六日ヨリ向三ケ年間借賃一ケ月二十五圓借賃支拂時期毎月末日賃借權ノ讓渡及ヒ賃借物ノ轉貸ヲ爲シ得サル特約アルコトハ本件記錄綴ノ登記簿謄本ニヨリテ洵ニ明カニシテ而カモ右賃貸借期間ノ未タ滿了シタルモノニアラサルコト亦明カナリトス然ルニ本件記錄ニ編綴モラレタル本件競賣期日公告ノ控ヲ査閱スルニ右賃貸借ニ關スル期限並借賃ニ付何等記載スル所ナキヲ以テ該公告ヲ正規ノ場所ニ掲示スルニ當テモ亦之カ記載ナカリシモノト推定セサルヲ得ス然ラハ該公告ハ競賣法第二十九條ニヨリ準用セラルル民事訴訟法第六百五十八條第三號ノ要件ヲ具備セサル違法アリ從テ斯ル違法ノ公告ニ基キテ實施セラレタル本件競賣手續ハ失當トス

（一五年(ソ)五二四號、一五年六月二四日東地六民決定、法律新聞二五八三號一一頁）

【公告記載遺脫ノ不法】　本件抗告理由第三點ノ要旨ハ本件競賣物件タル建物ハ（一）東京府荏原郡世田ヶ谷大字下北澤字日蔭山三百三十七番地上一、木造亞鉛葺平家建一棟建坪十六坪五合（二）同町字大山（大下ノ誤記ナラン）三百九十番地上一、木造瓦葺平家建一棟建坪十八坪五合ノ二棟ニシテ第一ノ建物ニ對スル公課金ハ一ケ年金七圓五十五錢ニシテ第二ノ建物ニ對スル公課金ハ同金八圓四十五錢ナリ然ラハ競賣期日ノ公告ニハ右二個ノ公課金ヲ掲クヘキニ拘ラス本件競賣期日ノ公告ニハ第一ノ分ノミヲ掲ケタルニ過キサルヲ以テ該公告ハ此點ニ於テ違法タル可キコト言ヲ俟タス從テ之ニ基キテ競賣手續ヲ進行シテ爲シタル競落許可決定ハ違法ナリ

（一四年(ソ)四五三號、一五年四月一五日東地六民決定、法律新聞二五七九號一一頁）

【賃貸借公告ノ遺脫】　本件競賣斯日ノ公告ニ本件物件ニ賃貸借ナキ旨ノ記載ヲ爲シタルコト明ナリ而シテ記錄添付ノ原裁判所々屬執達吏竹川鎭次ノ本件物件ニ對スル賃貸借取調報告書ニヨレハ本件物件ニハ賃貸借ナキ旨ノ記載アリテ原裁判所カ輙ク此報告ニ措信シ前示ノ如キ記載ヲ爲シタルコトヲ推認スルニ難ラス然レトモ抗告人提出ノ東京地方裁判所々屬公證人加藤信孝作成第二萬五千百五十三號賃貸借及權利讓渡ニ關スル公正證書ノ謄本同公證人作成第二萬六千四百二十二號更正證書謄本鑑定人金子謙二ノ報告書ヲ綜合シテ考覈スレハ本件物件ニハ本件競賣申立ノ基本タル抵當權設定前既ニ抗告人主張ノ賃貸借成立シ今尙存引中ナル事實ヲ推認スルニ難ラス加之右建物ハ借家法ノ施行區域內ニ存在スルコト記錄上明ナルヲ以テ同法第一條ニヨリ右賃貸ハ本件競落ニヨリ本件建物ヲ引受ケタル競落人ニ對抗シ得ヘキコト勿論ニシテ本件競賣期日ノ公告ニハ須ク該賃貸借ノ記載ヲ爲ササル可カラサリシモノトス然ラハ原裁判所カ執達吏ノ不正確ナル報告書ヲ措信シテ本件競賣期日ノ公告ニ前示賃貸借ノ賃料並ニ期限ヲ掲ケサリ

シハ失當ニシテ該公告ニ基キ競賣手續ヲ續行シテ爲シタル競落許可決定モ亦違法ナリ

（一五年(ソ)五三九號、一五年六月二四日東地六民決定、法律新聞二五八三號一〇頁）

【公課金額誤記ト競賣期日公告ノ不瑕疵】　競賣期日ノ公告ニ公課金ヲ掲ケシムル法意ハ之ヲ豫知セシムルコトニ依リテ競買人ヲシテ競事價格ノ標準ヲ察スルニ便ナラシメントスルニ他ナラサルヲ以テ偶々公課金ノ記載カ事實上右ノ如キ些小ノ相違アルニ過キサルトキハ未タ右ノ法意ヲ沒却スルモノト謂フヲ得サルカ故ニ未タ該公告ヲシテ不適法タラシムルモノニアラス

（一五年(ワ)七七五號、一五年九月二三日東地六民決定、法律新聞二六二二號一〇頁）

【賃貸借公告ノ違脫ト其違法】　一件記錄ニヨレハ本件建物ニ付キ抗告人主張ノ賃貸借アルコト明ナルニ拘ラス原裁判所ハ該賃貸借ナシトノ執達吏ノ本件物件ニ對スル不當ナル報告ヲ過信シ本件競賣期日ノ公告ニ之ニ關スル何等ノ記載ヲナササリシコト明ナリ然ラハ該公告カ法律上ノ記載要件ヲ缺ヲシタルコト明ニシテ本件競落ハ已ニ此點ニ於テ不許ノ原因アリト謂ハサル可カラス仍テ抗告理由アリトス

（一四年(ヌ)三三九號、一五年六月八日東地六民決定、法律新聞二五九〇號一六頁）

第三十二條　競落期日ハ民事訴訟法第六百六十條ノ規定ニ從ヒ裁判所ニ於テ之ヲ開ク

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六百七十一條乃至第六百七十四條、第六百七十六條乃至第六百八十三條第六百八十七條及ヒ第六百八十八條ノ規定ハ本章ノ競賣ニ之ヲ準用ス

【競落許可主張ト再抗告理由】　競賣法第三十二條第二項ニ依リテ準用セラルル民事訴訟法第六百八十條第二項ノ規定ニ依レハ競落ヲ求メ之ヲ許スヘキコトヲ主張スル抗告人モ亦即時抗告ヲ爲スコトヲ得ヘキモノナルコト明ナリ而シテ本件抗告人カ競落許可決定ニ對スル抗告ノ理由トシテ原審ニ主張シタル趣旨ハ抗告人ハ本件競賣期日ニ出頭シ競買申出ヲ爲シタル處夫ノ許可ヲ受ケサルノ故ヲ以テ其ノ申出ヲ拒絕セラレ相手方ニ競落ヲ許可セラレタリ然レトモ抗告人ハ民法第十七條第五號ニ依リ其ノ許可ヲ受クルコトヲ要セサルモノトナレハ其ノ爲シタル競賣申出ハ適法ニシテ之ニ競落ヲ許ササリシハ不當ナリト云フニ在リ故ニ其ノ抗告ハ前示ノ規定ニ依リ適法ナルニ拘ラス原裁判所カ之ヲ不適法トシテ棄却シタルハ不當トス

（一四年(ク)八四七號、一五年一二月一五日大一民決定、法律新聞二六一六號九頁）

【不動產競賣異議ト裁判ノ手續】　不動產競賣手續開始決定ニ對シ異議ノ申立アリタルトキ之ヲ受ケタル裁判所カ之ニ對スル裁判ヲ爲スニ當リテハ口頭辯論ヲ經ルコトヲ要セサルハ勿論右申立ヲ受クルト同時ニ該申立ノ趣旨及ヒ既ニ提出セラレタル證據方法ノミヲ斟酌シテ該申立ニ對スル裁判ヲ爲シ得ルコト論ヲ俟タサルトコロニシテ該申立後特ニ證據方法提出ノ機會ヲ申立人ニ與フルノ要アルモノニ非ス然ラハ本件抗告ハ其理由ナキコト明ナリ

（一四年(ソ)一五二號、一四年四月一〇日東地一〇民決定、法律新聞二四七二號九頁）

【合併建物ヲ獨立視シタル競落決定ノ不法】　一件記錄中鑑定人福錄隆彥ノ鑑定書並ニ其報告書ニ徵スレハ本件競賣申立物件中（一）澁谷町大字澁谷字道玄坂二百九十八番地ノ三號所在木造トタン葺平家一棟此建坪十二坪及（二）同所々在木造瓦葺二階家一棟此建坪十五坪二階十七坪二合五勺ノ建物ハ實際獨立存在セスシテ（三）同所々在ノ競賣申立物件タル木造柿葺二階家本家一棟此建坪三十四坪五合二階十二坪ノ建物ニ合併セラレタルモノナル旨ノ記載アリ從ツテ右鑑定人ハ右（一）（二）ノ建物ニ付テハ評價セス（三）ノ建物ニ付テノミ評價シテ之ヲ報告

シタルニ拘ラス原裁判所ハ其競賣期日ノ公告並競落許可決定等ニ於テ右（一）乃至（三）ノ建物カ各獨立存在スルモノノ如ク取扱ヒ之レト他ノ競賣申立物件ヲ一括シテ評價シ其手續ヲ進行シ金一萬一千五百二十五圓ノ價格ヲ以テ競落ヲ許シタリ然ラハ右（一）及（二）ノ建物ハ獨立存在セサルモノナレハ之ニ付キ競賣ヲ許スヘカラサルモノナルコトハ勿論其他ノ競賣物件ニ付テハ其眞ノ價格ヲ知ルヲ得サルニ至ルヲ以テ結局總テ競落ヲ許スヘカラサルモノト爲ルヘシ假リニ右（一）及（二）ノ建物カ存在スルトスルモ之レニ付キ鑑定人ノ評價ナキハ一件記錄ニ徵シ明ナレハ之レヲ他ノ物件ト一括シテ評價シ以テ之カ競落ヲ許シタル原審手續ハ總テ之ヲ續行スヘカラサルモノトナルヘク執レニスルモ原決定ハ廢棄ヲ免レス

（一三年（ワ）二五四號、一五年二月二日東地六民判決、法律新聞二五三〇號一六頁）

【競落許可決定ノ確定ト危險負擔】　競賣法ニ依ル競賣ニ於テハ競落人ハ競落代價ノ支拂ヲ爲シタル後ニ非サレハ競落物件ノ所有權ヲ取得セスト雖債權者カ危險ヲ負擔スルニハ必スシモ賣買物件ノ所有權ヲ取得シタルコトヲ前提ト爲スモノニ非サルカ故ニ競落許可決定後競落人カ未タ競賣ノ目的タル權利ヲ取得セサルモ危險ハ競落人ニ在リト解スルノ妨ケトナラス然ラハ本件競賣ニ於テ競賣物件ハ滅失シタルモ競落人タル控訴人ハ競落代價支拂ノ義務ヲ免ルルヲ得ス

（一四年（ネ）一四一五號、一五年五月八日東控民二判決、法律新聞二六二五號一一頁）

【競賣手續上ノ瑕疵ト競賣ノ有效】　原審ハ本件抵當物件ノ所有者ハ上告人ナルモ債務者ハ訴外端山治助ニシテ上告人ニアラス然ルニ債權者タル被上告人北川のぶハ誤テ上告人ヲ債務者兼所有者トシテ競賣申立ヲ爲シ執行裁判所ハ競賣開始決定ヲ與ヘ上告人ハ該決定ニ對シ異議申立ヲ爲シタルニ執行裁判所ハ異議ニ付裁判ヲ與フルコトナクシテ手續ヲ進行シ被上告人北川龜太郎ヲ競落人トシテ競落許可決定ヲ與ヘ該決定ハ確定シタル事實ヲ認定シタル後本件競賣ハ右ノ如ク債務者ノ表示ヲ誤リ從テ眞正ノ債務者ニ對シ競賣開始決定ヲ送達セス又期日ノ通知ヲ爲サス且競賣開始決定ニ對シ異議ノ申立アリタルニ拘ラス之カ裁判ヲ爲サスシテ競落許可決定ヲ與ヘタル瑕疵アリト雖苟モ競落許可決定ノ確定シタル以上ハ競賣手續ヲ實行シタル權利カ實體上存在セサルモノニアラサル限リ該競賣ヲ無效ト爲スヘキモノニアラス然ルニ本件競賣手續ヲ實行シタル權利ハ有效ニ存在スルモノニシテ叙上ノ瑕疵ハ此ノ權利ノ效力ヲ左右スルモノニアラサルカ故ニ本件競賣ハ有效ナリト判示シタルモノトス而シテ右ノ如ク抵當權ニシテ現實存在シ而カモ競落許可決定シタル以上ハ今更所論ノ如キ手續上ノ瑕疵ヲ理由トシテ競落許可決定ノ無效ヲ主張スルコトヲ得ス

（一五年（オ）九一九號、一五年一一月二五日大一民判決、法律新聞二六四五號一三頁）

【本法ニ依ラサル競賣手續ノ違法ト其效力】　大阪區裁判所執達吏梶原甚三郎カ被控訴人高松正道ノ委任ニ基キ同人ノ訴外河野知一ニ對スル債權ノ執行トシテ本訴妾件ニ對シテ差押ヲ爲シ次テ大正十二年三月廿四日民事訴訟法規定ノ動產ニ關スル執行方法ニ據リ該物件ヲ競賣ニ付シタル結果被控訴人久富久吉ハ該物件中大釜三個シヤフト三本ヲ被控訴人上野啓之助ハ壓搾機一個縮絨機一臺ヲ各競落スルニ至リタルモ本訴物件ニ對シテハ既ニ大正十年一月十三日控訴人カ訴外河野知一ニ對シ金三千圓ヲ貸與シタル際同人ヲシテ工場抵當法第三條ニ準據シ工場ト共ニ抵當權ヲ設定セシメタルヲ以テ該物件ニ對スル競賣ハ工場抵當法ニ準據シ工場ト共ニ不動產ノ競賣ニ關スル手續ニ據ルヘク動產ノ競賣手續ニ據ルヘキモノニ非サルヲ以テ動產ノ競賣手續ニ據リタル本訴物件ノ競賣ハ無效ナリト謂フニ在リテ結局競賣方法カ違法ナルヲ以テ本訴競賣ハ

無效ナリト謂フニ在レ共競賣手續ハ單ニ權利實行ノ方法ニ過キサルモノナレハ其方法ノ不法ナルコトヲ理由トシテ競賣ノ無效ヲ主張センスルニハ競賣手續完結前異議ノ申立テヲ爲シ競賣處分ノ取消ヲ求ムヘク該手續ノ完成後ニ至リ之カ無效ヲ主張スルコトヲ得サルモノト謂ハサルヘカラス從テ本訴ノ如ク單ニ競賣手續ノ方法ニ不適法アルコトノミヲ以テ本訴競賣ノ無效ナルコトノ確認ヲ求ムル原告ノ本訴ハ失當ナリ

（一三年(レ)二九三號、一四年三月一日大阪地五民判決、法律新聞二三八五號六頁）

【競賣ト强制競賣ノ差違】　本件ハ債權者松山ハルヨリ抗告會社ニ對スル金一千五百圓ノ債權ノ辨濟ヲ求ムル爲抵當權ノ實行トシテ競賣法ノ規定ニ從ヒ抵當不動産ニ對シ熊本區裁判所ニ競賣ノ申立ヲ爲シ同裁判所モ亦同法ノ規定ニ基キ抵當不動産ニ對シ競賣手續開始決定ヲ爲シ次テ競落許可決定ノ言渡ヲ爲シタルモノニシテ民事訴訟法ノ强制執行ノ手續ニ依リタルモノニアラサルコトハ記錄ニ徵シテ明ナリトス然ルニ原裁判所ハ本件ヲ以テ强制執行ニ基ク强制競賣ナリト誤認シ抗告人主張ノ如キ抗告事由ハ民事訴訟法第五百四十五條ノ規定ニ則リ請求ニ關スル異義ノ訴ヲ以テ不服ヲ申立ツヘキモノナリトノ理由ノ下ニ抗告ヲ棄却シタルハ重要ナル手續ニ違背シタル不法アリ

（一五年(ク)一〇七三號、一五年一一月二二日大一民判決、法律新聞二六四七號一五頁）

【下級判衙ト抗告裁判ノ判斷ニ受羈束】　一件記錄ニ依レハ本競賣事件ニ付キテハ曩ニ大正十五年四月一日原裁判所カ言渡シタル競落許可決定ニ對シ抗告人ヨリ當裁判所ニ抗告ヲ爲シ當裁判所カ同年五月十四日爲シタル抗告棄却ノ決定ニ對シ更ニ抗告人ヨリ再抗告ヲ爲シ本件ハ特ニ一括競賣ヲ爲スヘカラサルモノナリト主張シタルヲ以テ當裁判所ハ右抗告ヲ理由アリト認メ兩

度ノ考案ニ基キ同年九月二十日原競落許可決定ヲ廢棄シ更ニ相當ノ裁判ヲ爲スヘキコトヲ原裁判所ニ委任スル旨ノ裁判ヲ爲シ該裁判ハ確定シタルコト明瞭ナリ然ラハ當裁判所カ抗告裁判所トシテ爲シタル右裁判ニシテ確定シタル以上其下級裁判所タル原裁判所ハ其後法令ノ變更等ナキ限リ當然右抗告裁判所ノ爲シタル裁判ノ法律上ノ判斷（其當否ヲ問ハス）ニ羈束セラレ之ニ違反スル裁判ハ爲シ得サルコト勿論ナリ

（一五年(ソ)九八三號、一五年二月一八日東地一民決定、法律新聞二六一三號四頁）

供託法

第八條　供託物ノ還付ヲ請求スル者ハ司法大臣ノ定ムル所ニ依リ其權利ヲ證明スルコトヲ要ス

供託者ハ民法第四百九十六條ノ規定ニ依レルコト其原因カ消滅セシコトヲ證明スルニ非レハ供託物ヲ取戻スコトヲ得ス

【供託金取戻原因發生ト同意請求權不存在】　原告主張ノ如キ假差押及之レカ取消ノアリタル事ハ當事者間ニ爭ナシ然レトモ凡ソ當事者ノ一方カ假差押命令ノ申請ヲ爲スニ當リ其假差押ニ依リ相手方ニ生スルコトアルヘキ損害ヲ擔保スル爲メ裁判所ノ命令ニ從ヒ保證金ヲ供託シタル場合ハ相手方ハ擔保權利者トシテ其供託金ヨリ假差押ノ爲メ自己ノ被リタル損害ノ賠償ヲ受クルノ權利ヲ有スルモ特約ナキ限リ供託金還付ノ申請ニ同意ヲ與フヘキ義務ヲ負フモノニ非ス從テ供託者ハ自ラ供託原因ノ消滅シタルコト即チ假差押カ其效力ヲ失ヒタルコト及相手方カ假差押ニ依リ損害ヲ受ケサリシコトヲ立證シテ供託金ノ取戻ヲ供託所ニ申請シ得ルニ止リ進テ相手方ニ對シ保證金ノ取下ニ同意ヲ求ムル權利ナキモノトス

（一四年カ、七七〇號、一五年五月七日大阪地民五判決、法律新聞二五六九號一四頁）

【還付同意義務】　供託法第八條第二項ニヨレハ供託者カ供託ノ原因消滅シタルコトヲ證明スルニ非サレハ供託物ヲ取戻スコトヲ得ス而シテ債權者カ假處分ノ爲供託シタル保證金ノ拂戻ヲ請求スル場合ニ在リテハ右保證金ニ付損害アラハ之ヲ以テ其賠償ニ充ツルノ權利ヲ有スル債務者ノ右拂渡ニ關シテ爲シタル同意カ供託ノ原因消滅シタルコトヲ證明スルニ必要ナル方法ノ一タルコトハ言ヲ俟タサル所ナリ故ニ供託者ハ其保證金ニ付若シ損害アラハ之ヲ以テ賠償ニ充ツルノ權利ヲ有スル相手方ニ對シ之カ拂渡ニ關スル同意ヲ求ムル權利ヲ有シ又相手方ハ斯カル請求ヲ受ケタル場合ニ於テハ供託ノ原因タル事實ニヨリ其損害ヲ生シタル立證ヲ爲ササル限リ之ニ對シ其ノ同意ヲ與フヘキ義務アリ

（一五年(ワ)八九九號、一五年五月一三日東地一三民判決、法律新聞二五七〇號七頁）

【供託金轉付命令ノ競合】　（問合）　甲ヨリ乙ニ對スル假差押執行取消ノ爲民事訴訟法第七四三條ニ依リ供託シタル金錢ニ對シ他ノ債權者丙カ差押及轉付命令ヲ得タル後元差押債權者甲カ該假差押債權確定ノ上債務名義（假差押取消ニ因ル損害賠償ノ債務名義ニアラス）ヲ以テ更ニ轉付命令ヲ受ケタルトキハ該供託物ノ拂戻請求權ハ何レニアリヤ

（回答）　甲債權者ノ爲メ配當要求ノ效力ヲ生スルヲ以テ民事訴訟法第六百二十一條ニ依リ執行裁判所ニ事情屆出ヲ爲スヘキモノト思考致候

（二年三月二四日高知供託局長問合、同年五月七日民事第二二一〇號、民事局長回答、法律新聞二六九六號一九頁）

【供託金ニ付轉付命令及配當要求申立】　（問）　當局大正十三年金第一五二號廣瀨熊吉供託金ニ對シ水戸區裁判所判事ヨリ債權差押及轉付命令ト同時ニ同債務者ニ對スル配當要求申立アリトテ配當要求通知書ヲ送達セラレ候供託局ニ於テハ右配當要求書ハ受理スヘキモノニアラサルヲ以テ右供託金ニ對シ轉付命令ニ基キ還付請求アリタル場合ハ右配當要求ノ權利ハ之ヲ認メス支拂差支ナキヤ

（答）　民事訴訟法第六百二十一條ノ趣旨ニ準シ執行裁判所ニ其ノ事情ヲ屆出ツルヲ相當トス

（水戸供託局問合、一四年四月二一日民事局長回答、法律新聞二四〇八號一〇頁）

刑法

第一編　總則

第一章　法例

第七條　本法ニ於テ公務員ト稱スルハ官吏、公吏、法令ニ依リ公務ニ從事スル議員、委員其他ノ職員ヲ謂フ

公務所ト稱スルハ公務員ノ職務ヲ行フ所ヲ謂フ

（參照）刑法一九七條

九州帝國大學事務規定

大正七年九月十八日文部省訓令號外

帝國大學總長職務規定

明治二十三年六月文部大臣訓令

大正九年勅令第二九三號

第二條　臨時建築事務ニ從事セシムル爲メ文部省及帝國大學ヲ通シテ左ノ職員ヲ增置ス

技師專任二十三人內一人ヲ勅任トナスコトヲ得

技手專任四十四人

前項職員ノ俸給ハ臨時建築費ヨリ之ヲ支辨ス

【大學雇ハ公務員ニ非ス】　刑法ニ所謂公務員トハ官吏公吏及法令ニヨリ公務ニ從事スル議員委員其ノ他ノ職員ヲ指稱スルコト同法第七條ノ明定スル處ナレハ縱令官吏公吏ニ非スシテ公務ニ從事スル者アリトスルモ其ノ任用職務等ニ關シ法令上ノ根據アルニアラサレハ之ヲ目シテ公務員ト稱スルコトヲ得ス原判決ノ確定セル事實ニ依レハ被告捨吉ハ九州帝國大學總長眞野文二ヨリ同大學建築課雇ニ任命セラレ同課雇トシテ工事現場監督若クハ同設計係ニ勤務シ建築課長ノ命ヲ受ケ同課技手ノ補助トシテ建築工事ノ監督又ハ檢査ヲ爲ス地位ニ在リタリト云フニ在ルヲ以テ被告捨吉ノ官吏公吏ニ非サルコト論ナキ所ナレハ進ンテ同人カ判示九州帝國大學建築課雇トシテ建築工事ノ監督又ハ檢査ニ從事シタルハ果シテ法令ニ根據スル所アリヤ否ヲ審究スルニ九州帝國大學處務規定ニ依レハ同大學ニ庶務課會計課建築課等ヲ置キ建築課長ハ技師ノ中ヨリ之ヲ命シ各課所員ハ上官ノ指揮ヲ承ケ事務ヲ處理シ取扱事項ニ關シ其ノ責ニ任スル旨ノ規定存スルモ同大學ノ建築課勤務雇ノ任用ニ關スル特段ノ規定アルヲ見ス大正九年勅令第二百九十三號文部省內臨時職員設置制第二條ニハ唯臨時建築事務ニ從事セシムル爲文部省及帝國大學ヲ通シテ技師專任二十三人技手專任四十四人ヲ增置スル旨規定スルニ止リ雇ノ任用ニ關シテハ毫モ規定スル所ナシ大正七年九月十八日文部省訓令號外帝國大學總長職務規定ニ徵スルニ雇ノ任用及職務ニ關シ何等特別規定ノ存セサルハ勿論又其ノ趣旨ノ看ルヘキモノナシ明治二十三年六月文部大臣訓令文部省直轄各部手當金並雇員俸給支給規則モ亦雇ノ公務員タルノ根據トナスニ足ラス其ノ他前揭雇カ判示事務ニ從事スヘキ根據タル法令存スルコトナキヲ以テ被告捨吉ハ刑法ニ所謂公務員ニ該當セサルモノト斷定セサルヲ得ス然ラハ同被告カ判示九州帝國大學建築課雇トシテ判示建築工事ノ監督又ハ檢査ニ從事中其ノ事務ニ關シ判示ノ如ク被告貞次、末吉及祝

ニヨリ金品又ハ饗應ヲ受クルモ其ノ行爲ハ刑法第百九十七條第一項ノ賄賂收受罪ヲ構成セス從テ被告貞次、末吉及祝二カ何レモ其ノ事業上將來被告捨吉ヨリ便宜ノ處置ヲ得ンカ爲判示ノ如ク被告捨吉ニ對シ金品ヲ供與シ又ハ饗應ヲ爲スモ其ノ行爲ハ孰レモ刑法第百九十八條第一項ノ贈賄罪ヲ構成スルコトナシ然ルニ原判決カ判示事實ヲ認メ被告捨吉ニ付テハ刑法第百九十七條第一項ノ賄賂收受罪被告貞次、末吉及祝二ニ付テハ各同法第百九十八條第一項ノ贈賄罪ヲ成立スルモノト爲シ有罪ノ言渡ヲ爲シタルハ擬律錯誤ノ不法アルモノニシテ論旨ハ各其ノ理由アリ原判決ハ此點ニ於テ破毀ヲ免レス、右ノ理由ナルヲ以テ爾餘ノ上告論旨ニ對シテ逐一說明ヲ爲スノ要ナク刑事訴訟法第四百四十七條ニ依リ原判決ヲ破毀シ同法第四百四十八條ニ基キ本院ニ於テ更ニ判決ヲ爲スヘキモノトス、原判決ノ確定セル事實ヲ法律ニ照スニ各被告ノ行爲ハ何レモ法律上罪ト爲ラサルヲ以テ刑事訴訟法第三百六十二條ニヨリ無罪ノ言渡ヲ爲スヘキモノトス

（一四年(れ)一五八九號、一四年一二月八日大刑六判決、法律新聞二五二一號一〇頁）

第二章　刑

第十九條　左ニ記載シタル物ハ之ヲ沒收スルコトヲ得

一　犯罪行爲ヲ組成シタル物

二　犯罪行爲ニ供シ又ハ供セントシタル物

三　犯罪行爲ヨリ生シ又ハ之ニ因リ得タル物

沒收ハ其物犯人以外ノ者ニ屬セサルトキニ限ル

【法禁物ハ何人ノ所有ニモ屬セス】　僞造爲替券ハ法禁物ニシテ何人ノ所有ニモ屬セサルモノトス然レハ原判決カ押收ニ係ル僞造ノ通常爲替券十五枚ハ本件犯罪ニ因リテ生シ犯人以外ノ所有ニ屬セサルヲ以テ刑法第十九條ニヨリ沒收スヘキモノトナシタルハ正當ナリ

（一五年(れ)一四六八號、一五年一一月九日大刑六判決、法律新聞號外大審院判例拾遺(一)刑事八三頁）

第四章　刑ノ執行猶豫

第二十五條　左ニ記載シタル者二年以下ノ懲役又ハ禁錮ノ言渡ヲ受ケタルトキハ情狀ニ因リ裁判確定ノ日ヨリ一年以上五年以下ノ期間內其執行ヲ猶豫スルコトヲ得

一　前ニ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルコトナキ者

二　前ニ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルコトアルモ其執行ヲ終リ又ハ其執行ノ免除ヲ得タル日ヨリ七年以內ニ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルコトナキ者

【改悛ノ情顯著ト執行猶豫】　（主文）　原判決ヲ破毀ス、被告芳太郎ヲ懲役二年ニ處ス、但シ三年間右刑ノ執行ヲ猶豫ス、押收物件中白鞘七首一口（大正十年押第一三七號ノ一）ハ之ヲ沒收ス、（理由）　被告芳太郎ハ第一大正十四年十月十二日午前一時頃東京市麻布區富士見町五十三番地牧俊方勝手口ヨリ居宅內ニ忍入リ同宅內ニ在リタルダイヤ石入女持指環一個外雜品數點ヲ窃取シ爾來犯意ヲ繼續シテ同月二十八日午前二時頃迄ノ間四回ニ同市芝區三田四國町二番地山本靜二郎方外三個所ニ忍入リ同所ニ於テ現金合計百圓餘外雜品數點ヲ窃取シ第二同年十月二十四日同市芝區白金三光町二十三番地附近ニ於テ職務又ハ營業ノ爲ニスルニアラス且正當ノ事由ナクシテ刃渡約四寸五分ノ白鞘七首一口ヲ携帶シタルモノナリ右ノ事實ハ被告人ノ當公廷

ニ於ケル自白ニ徵シ明白ナリ、法律ニ照スニ被告人ノ判示行爲中第一ノ家宅侵入ノ點ハ刑法第百三十條、第三十五條竊盜ノ點ハ同第二百三十五條、第五十五條第二ノ七首携帶ノ點ハ大正十二年三月警視廳令第十六號銃砲火藥類取締法第十二條、第十七條同法施行規則第四十八條ニ各該當スルトコロ右第二ノ七首携帶ノ罪ニ付テハ其ノ所定刑中懲役刑ヲ選擇シ而シテ以上家宅侵入ト竊盜トハ手段結果ノ關係アルヲ以テ刑法第五十四條第一項後段第十條ニ依リ重キ竊盜ノ罪ニ付定メタル刑ニ從ヒ尙ホ其ノ竊盜ト七首携帶ノ罪トハ刑法第四十五條ノ併合罪ナルヲ以テ同第四十七條、第十條ニ依リ重キ竊盜ノ罪ニ付定メタル刑ニ法定ノ加重ヲ爲シタル刑期範圍內ニ於テ被告人ヲ懲役二年ニ處スルヲ相當トス押收物件中主文特記ノ七首一口ハ判示第二ノ犯罪行爲ヲ組成シタルモノニシテ被告人ノ所有ニ屬スルモノナルヲ以テ刑法第十九條ニ依リ之ヲ沒收スヘキモノトス按スルニ被告人ハ幼ニシテ實父母ニ別レ親族齊田榮太郎ノ許ニ養ハレ小學校ヲ卒ヘ鍛冶職ヲ見習ヒ旋盤職工ト爲リ稼業ヲ勵ミ居リタル者ナルモ長スルニ從ヒ家庭ノ情誼溫カナラサルモノアリ養親ノ監護ハ徒ニ被告人ノ反感ヲ買フニ止マリ遂ニハ其ノ羈絆ヲ脫シテ身ヲ持崩スニ至リ竊餘本件竊盜ノ犯行ニ及ヒタルモノニシテ其ノ罪固ヨリ輕キニ非ス然レトモ犯時漸ク二十歲前途ヲ有スル靑年ニシテ性格必スシモ不良ナリト斷スヘキニ非ス之ヲ犯罪後ノ情況ニ照スニ其ノ檢擧セラレテ獄ニ投セラルルヤ翻然悟ルトコロアリ只管前非ヲ悔ヒ親戚緣故ヲ便リテ被害者ニ謝罪スル等改悛ノ情顯著ナルモノアルヲ認ム然リ而シテ各被害者ハ孰レモ上申書ヲ提出シテ異口同音被告人ノ罪ノ宥恕ヲ希望シ被告人ノ親族モ亦被告人ノ將來ニ對シテ其ノ監督善導ヲ誓フ等諸般ノ情狀ヲ參酌スルトキハ斯ノ如キ被告人ニ對シテハ寧ロ刑ノ執行ハ適當ノ期間之ヲ猶豫シ改過遷善ノ實ヲ擧ケシムルヲ以テ刑罰ノ目的ニ合スルモノト謂フヘシ仍テ本件被告人ニ對シテハ刑法第二十五條ヲ適用シ三年間ノ懲役刑ノ執行ヲ猶豫スヘキモノトス

（一五年れ五一一號、一五年一一月二四日大刑三判決、法律新聞號外大審院判例拾遺（一）刑事六七頁）

【文書僞造行使詐欺ト被害辨償及改悛ニヨル執行猶豫】（主文）原判決ヲ破毀ス、被告人鍵ヲ懲役十月ニ處ス、被告人一一ヲ懲役六月ニ處ス、但被告人兩名ニ對シ各三年間刑ノ執行ヲ猶豫ス押收物件中改正印屆二通（證第二十八號ノ一二）委任狀四通（證第十八號第二十號ノ二第二十三號第二十六號ノ二）登記申請書四通（證第十七號第十九號第二十二號第二十五號）借用金證書四通（證第四號第五號第六號第七號）ハ執レモ之ヲ沒收ス、訴訟費用中豫審ニ於ケル證人鈴木福太郎、中村壽一ニ支給シタル分ハ被告人鍵ト原審相被告人細川捨三郎トノ連帶負擔其ノ他ノ證人ニ支給シタル分ハ被告人鍵、一一ト原審相被告人細川捨三郎第一審相被告人舟橋大五郎トノ連帶負擔原審證人丹羽亦吉ニ支給シタル分ハ被告人一一ノ負擔トス、（理由）法律ニ照スニ被告人鍵、一一ノ私文書僞造ノ點ハ刑法第百五十九條第一項第五十五條ニ其ノ行使ノ點ハ同法第百六十一條第一項第百五十九條第一項ニ登記簿原本ニ不實ノ記載ヲ爲サシメタル點ハ同法第百五十七條第一項第五十五條其ノ行使ノ點ハ同法第百三十八條第一項第百五十七條第一項第五十五條ニ詐欺ノ點ハ同法第二百四十六條第一項第五十五條ニ該當スル所僞造私文書ノ一括行使ノ點ハ一個ノ行爲ニシテ數個ノ罪名ニ觸ルルモノナルヲ以テ同法第五十四條第一項前段第十條ニ依リ各重キ僞造借用金證書行使罪ノ刑ニ從ヒ之ト他ノ僞造私文書ノ行使トハ連續犯ナルヲ以テ同法第五十五條ヲ適用シ以上私文書僞造ト其ノ行使原本不實記載ト其ノ行使トハ共ニ詐欺ト順次手段結果ノ關係アルヲ以テ刑法第五十四條第一項後段第十條ニ依リ最モ重キ詐欺罪ノ刑ニ從

ヒ其ノ刑期範圍內ニ於テ被告人鍵ヲ懲役十月ニ處スヘキモノトス按スルニ被告鍵カ判示ノ如ク數回ニ亘リ本件犯罪ヲ反覆敢行シタルハ其ノ犯情實ニ重大ニシテ許スヘカラサルモノアリト雖モ本件記錄及第二審判決後辯護人ヨリ提出セラレタル證據書類ニ依ルトキハ元來本件犯罪ハ被告ノ養家先ニ於ケル家庭ノ圓滿ヲ缺キタルヨリ發生シタルモノニシテ其ノ事情ハ之ヲ被告ノ責ニ歸スヘカラサルノミナラス被告人ハ本件發生後大ニ其ノ非行ヲ悔ヒ又養父市右衛門ニ於テモ被告ト同棲シ居リタルモノナルカ其ノ後遂ニ市右衛門ハ死亡シ養家ニハ六十五歳ノ老母ト幼者ノミ殘存スルニ至リ老母ハ切ニ被告ノ家ニ在リテ其ノ奉養ヲ望ミ居ルノミナラス被告ノ實家ニ於テモ其ノ家ヲ相續シタル實弟ハ不治ノ病氣ニ罹リ若シ實弟ニシテ死去センカ生殘者ハ唯婦女幼少ノモノノミニ止リ被告ノ一身ハ實家養家ノ家政ヲ輔助スル地位ニ立ツモノト認ムヘク兩家ノ親族等一同ハ被告ノ家ニ在リテ輔佐ニ任スルコトヲ望ミ居ルモノト言フヲ得ヘシ且今ヤ被害者トノ間ニハ示談成立シ其ノ被害ハ完全ニ辨償セラレタルヲ以テ此ノ如キ情況ニアル被告ニ對シテハ實刑ヲ科シ被告ヲシテ自暴自棄ニ陷ラシムリヨリ寧ロ其ノ刑ノ執行ヲ猶豫シ被告ノ改悛ヲ現實ニ爾後ノ行動ノ上ニ表ハサシムルヲ以テ妥當ナル處置ト認ム又被告一一ニ對シテハ微職ノ者ナリト雖身苟モ公務ニ從事スル吏員ニシテ本件ノ如キ犯行ヲ加擔スルニ至リテハ其ノ罪狀固ヨリ輕カラス然レトモ同被告モ亦大ニ其ノ非ヲ悔ヒ爾後ノ處置ニ至リテハ卒先シテ被害者ニ對スル辨償ノ事ニ從ヒ同人ノ親族等モ被告一一ヲ助ケ辨償金ノ如キモ一時被告ノ手ニ於テ調達シタル事實アリ此ノ誠意アル行動ハ本件處斷ニ付テモ之ヲ看過スルコトヲ得ス是亦刑ノ執行ヲ猶豫シ更ニ其ノ改悛ノ實ヲ擧ケシメ善良ナル國民ノ一員トシテ其ノ義務ヲ盡サシムルヲ以テ至當ナリトス仍テ刑法第二十五條ニ依リ各三年間刑ノ執行ヲ猶豫スヘク

押收物件中主文特記ノ物件ハ刑法第十九條ニ依リ沒收シ訴訟費用ニ付テハ刑事訴訟法第二百三十八條第二百三十七條第一項ニ依リ夫々主文ノ如ク負擔セシムヘキモノトス

（一五年(れ)二一六號、一五年六月二七日大刑二判決、法律新聞二五九七號一一頁）

【私文書僞造行使詐欺僞證教唆ト執行猶豫ノ情狀】　（主文）　原判決ヲ破毀ス、被告人末松ヲ懲役十月ニ處ス、但シ三年間右刑ノ執行ヲ猶豫ス、（理由）　被告事件ニ付審按スルニ被告人ハ幼時ヨリ鍛冶業ヲ見習ヒ數年前實家門脇家ヲ出テ岡田式平ノ養子ト爲リ專ラ鍛冶業ニ從事シ居タルモノナル處第一、（一）其家業資金ニ窮シ大正十三年九月九日被告人當時ノ住所タル名古屋市南區熱田東町浮島六十六番地ニ於テ行使ノ目的ヲ以テ借主被告人名義同市南區笠寺町字又兵衛新田三百九十五番地戸青山安藏宛金額百五十圓ノ借用證書ニ被告人ノ實母門脇いさノ氏名ヲ冒用シ其ノ名下ニ同人ノ印章ヲ盜捺シいさニ於テ右債務ノ保證ヲ爲シタル旨ヲ記載シ該借用證書中いさニ關スル部分ノ僞造ヲ完成シ即日前記青山安藏方ニ於テ之ヲ眞正ニ成立シタルモノノ如ク裝ヒ同人ニ交付シテ安藏ヲ欺罔シ因テ同人ヨリ借用名義ノ下ニ金百五十圓ヲ受取リテ之ヲ騙取シ、（二）前同樣家業資金ニ窮シ大正十四年二月二十一日前記浮島ノ住居ニ於テ行使ノ目的ヲ以テ借主被告人名義同市南區笠寺町七ノ割四十五番地大橋七之助宛ノ金額百圓ノ借用證書ニ前記門脇いさノ氏名ヲ冒署シ其ノ名下ニ同人ノ印章ヲ盜捺シいさニ於テ右債務ノ保證ヲ爲シタル旨記載シ該借用證書中いさニ關スル部分ノ僞造ヲ完成シ即日前記大橋七之助方ニ於テ之ヲ眞正ニ成立シタルモノノ如ク裝ヒ同人ニ交付シテ行使シ七之助ヲ欺罔シ因テ同人ヨリ借用名義ノ下ニ金百圓ヲ受取リテ之ヲ騙取シ、（三）其ノ遊蕩ノ資金ヲ得ル爲メ同年七月中三羽孫右衛門一

依頼シ同人ヲシテ青木勘助所有ニ係ル同市南區豐田町六ノ割二十二番地所在切斷工場ヲ代金三千六百圓ニテ買受ケ度旨ノ希望ヲ有シ居ルモノノ如ク裝ハシメ孫右衛門及同町宮東一番地加藤鍬次郎方ニ到リ同人ニ對シ勘助ハ右工場ヲ代金三千圓ニテ賣却スヘキニ依リ兩人ニテ之ヲ買受ケ孫右衛門ニ代金三千六百圓ニテ轉賣セハ差額金五百圓ヲ利得スヘキニ付之ヲ買受クヘク其ノ賣金トシテ二千六百圓ヲ支出シ呉レ度旨申詐リテ鍬次郎ヲ欺罔シ因テ同人ヨリ同月二十一日前記同人方ニ於テ金千百圓ヲ同月二十九日同市南區鳴尾町柴田驛ニ於テ金千五百圓ヲ受取リテ之ヲ騙取シ、第二右判示第一ノ私文書偽造行使詐欺被告事件發覺シ名古屋區裁判所ニ於テ有罪ノ判決ヲ受ケ名古屋地方裁判所ニ控訴シ同裁判所ニ於テ公判期日ヲ大正十五年一月二十五日ト定メラルルヤ自己ノ罪責ヲ免レンカ偽偽證ヲ教唆センコトヲ企テ其前日タル同月二十四日順次前記大橋七之助方及青山安藏方ヲ歴訪シ七之助方ニ於テハ同人ニ對シ自己カ七之助ヨリ借用セル金百圓ノ債務ニ付前記門脇いさカ承諾シ居タル旨又安藏方ニ於テハ同人ニ對シ自己カ安藏ヨリ借用セル金百五十圓ノ債務ニ付右門脇いさカ承諾シ居タル旨夫々虚偽ノ證言ヲ爲シ呉レ度旨依頼シテ同人等ヲ教唆シ因テ同人等ヲシテ右教唆ニ基キ翌二十五日名古屋地方裁判所ノ公判廷ニ於テ右事件ノ在廷證人トシテ宣誓ノ上夫々其旨虚偽ノ證言ヲ爲サシメタルモノナリ而シテ以上被告ノ私文書偽造其ノ行使詐欺及偽證教唆ノ各所爲ハ夫々犯意繼續ニ係ルモノトス證據ヲ按スルニ右事實中判示第一事實ニ付テハ被告人カ當公廷ニ於テ判示第一ト同趣旨ノ供述ヲ爲スノミナラス私文書偽造行使詐欺被告事件ノ記錄ノ内門脇いさニ對スル檢事聽取書中同人ノ供述トシテ被告人ハ自分ニ無斷ニテ自分ヲ保證人トシテ青山安藏、大橋七之助ヨリ金借シタル旨ノ記載偽證教唆被告事件ノ第一審公判調書中青山安藏ノ供述トシテ判示第一ノ（一）ニ符合スル被害顚末ノ記載私文書偽造行使詐欺被告事件記錄ノ内大橋七之助ノ始末書中判示第一ノ（二）ニ符合スル被害顚末ノ記載同記錄ノ内三羽孫右衛門ニ對スル司法警察官聽取書中同人ノ供述トシテ岡田末松カ買フ樣ニ話シテ呉レト頼ミシ故工場ヲ見タ際三千五百圓カ六百圓ナレハ買ヒテモ宜シト申シタル旨ノ記載同記錄ノ内青木勘助ノ始末書中自分所有ノ南區豐田町ノ切斷工場ヲ他人ニ賣ルノ意思ナキ旨ノ記載同記錄ノ内加藤鍬次郎ニ對スル司法警察官訊問調書中判示第一ノ（三）ニ符合スル被害顚末ノ記載アルニ依リ以上綜合シ判示第一事實ヲ認メ判示第二ノ事實ニ付テハ被告人ハ當公廷ニ於テ青山安藏及大橋七之助ニ對シ判示ノ如キ偽證ヲ爲スコトヲ依頼シタルコトナク同人等ハ被告ノ依頼ノ趣旨ヲ誤解シ判示ノ如キ偽證ヲ爲スニ至リタル旨辯解スト雖偽證教唆被告事件記錄ノ内被告人ニ對スル檢事訊問調書中其供述トシテ大正十五年一月二十四日自分ハ判示大橋七之助方ニ行キ同人ニ對シ明日ノ私文書偽造行使詐欺ノ事件ニ付公判カアルニ付或ハ君ニ證人ニ爲リ貰フヤモ判ラサル故行キ呉レ御調ヲ受ケタラハ御袋カ判ヲ押シタト申シ呉レト頼ミタルニ大橋ハ承知シ呉レタリ次ニ青山安藏方ニ行キ同人ニ對シ明日自分ノ公判ナルニ付行キ呉レ若シ證人トシテ調ヘラレタルトキハ自分ノ御袋ト君ノ三人ノ面前ニテ判ヲ押シタト云フ樣ニ申シ呉レト頼ミタルニ青山ハ大橋カ行クナレハ自分モ行クトテ承諾シ呉レタル旨ノ記載同事件ノ第一審公判調書中ニ青山安藏及大橋七之助ノ供述トシテ同人等カ被告人ノ依頼ニ依リ判示ノ如キ偽證ヲ爲シタル旨ノ記載アルニ依リ前示被告人ノ辯解ヲ排斥シ判示第二事實ヲ認ム而シテ犯意繼續ノ點ハ被告人カ判示ノ如ク夫々短期間ニ同種ノ犯行ヲ反覆シ居ル事蹟ニ徴シ之ヲ認ム、法律ニ照スニ被告人ノ右所爲中判示第一ノ私文書偽造ノ點ハ刑法第百五十九條第一項第五十五條其ノ行使ノ點ハ同法第百六十一條第一項第百五十九條第一項第五十五條

詐欺ノ點ハ同法第二百四十六條第一項第五十五條判示第二ノ僞造教唆ノ點ハ同法第百六十九條第六十一條第一項第五十五條ニ各該當スル處右私文書僞造其ノ行使及詐欺ノ間ニハ順次手段結果ノ關係アルヲ以テ同法第五十四條第一項後段第十條ニ依リ最モ重キ詐欺罪ニ付定メタル刑ニ從ヒ以上二罪併合ニ係ルヲ以テ同法第四十五條第四十七條第十條ニ依リ其ノ最モ重キ僞造教唆罪ニ付定メタル刑ニ法定ノ加重ヲ爲シタル刑期範圍ニ於テ被告人ヲ懲役十月ニ處スヘキモノトス而シテ被告人ノ本件犯行中判示第一ノ（一）（二）ハ被告人カ其ノ家業タル鍛冶職ノ資金ニ窮シ借入金ヲ爲スニ際シ一旦實母門脇いさニ對シ其ノ保證方ヲ依賴シタルモ實母ニ於テ被告人ノ實兄捨松及養父岡田式平等ニ對スル義理合上躊躇シテ之ヲ峻拒シタル爲實母ノ快諾ヲ得サル儘其ノ署名ヲ冒署シ印章ヲ盜捺シテ之ヲ各被害者ニ差入レ判示金員ヲ騙取スルニ至リタルモノナレトモ其後實母ニ於テハ保證人タルコトヲ承諾シテ新ニ同人捺印ノ證言ヲ差入レ第二審タル名古屋地方裁判所ノ公判開始前各被害者ニ對シテ辨償ヲ爲シタルコトハ記錄ニ徵シテ明カナリ而テ又判示第二ハ右自己ニ對スル判示第一ノ（一）（二）及（三）ノ私文書僞造行使詐欺被告事件ニ付自己ノ罪責ヲ免レントスルノ情切ナルノ餘大橋七之助及青山安藏ニ對シ僞證ヲ教唆シ同人等ニ於テ之ニ基キ僞證ヲ爲シタルモ即時事發覺シ右事件ノ裁判確定前同人等ハ逐一之ヲ自白シタルモノニシテ執レモ其犯情憫諒スヘキモノアリ唯判示第一ノ（三）ニ至リテハ其詐欺ノ手段稍巧妙ニシテ騙取金額モ亦相當多額ニ上リ其犯情タル決シテ輕シト謂フヲ得スト雖記錄及當公廷ニ於ケル被告人ノ供述ニ徵シ仔細ニ其動機ヲ調査スルニ犯時年齡僅ニ二十六歲ニ滿タサル被告人カ全ク偶發的遊蕩氣分ニ囚ハレ平素遊樂ヲ共ニスル被害者加藤鍬次郎ヲ欺キタルモノニシテ而テ被告人ハ本件判示第一ノ犯罪發覺スルヤ直ニ其ノ事實ヲ自白シ（一）及（二）ニ付テハ前示ノ如ク被害者青山安藏及大橋七之助ニ對シ夫々騙取金全部ヲ返還シ又（三）ノ騙取金ニ付テモ養父岡田式平實兄門脇捨松ト共ニ夫々辨償ノ途ヲ講シテ養父式平方ニ妻子ト共ニ同居シ一意謹愼家業タル鍛冶職ニ精勵シ以テ養家ノ生計ヲ扶ケ只管前非ヲ悔悟シ居ルコトハ被告人ノ當公廷ニ於ケル供述及被害者加藤鍬次郎等ノ提出セル始末書ノ記載ニ依リテ認ムルコトヲ得ヘク加之養父岡田式平實兄捨松及實母いさニ於テ今後被告人ノ保護監督ノ責ニ任スヘキコトヲ衷心ヨリ誓ヒ居ルコトハ記錄ニ徵シテ明カナルヲ以テ被告人ニ對シ實刑ヲ科シ刑餘ノ人ト爲サンヨリハ寧ロ相當期間刑ノ執行ヲ猶豫シ右監督者監視ノ下ニ被告人ヲシテ改過遷善セシメ良民タラシムルヲ以テ刑罰ノ目的ヲ達スルニ相當ナリト認ムルニ依リ刑法第二十五條刑法施行法第五十四條ニ則リ三年間其ノ刑ノ執行ヲ猶豫スヘキモノトス

（一五年(れ)六六一號、一五年一〇月二三日大刑三判決、法律新聞號外大審院判例拾遺(一)刑事八一頁）

【前科二犯ト執行猶豫ノ事由ナシ】　記錄ヲ調査スルニ被告人辰治ハ明治四十五年及大正三年ノ兩度賭博罪ニ依リ各懲役十月若クハ一年六月ニ處セラレ次テ大正七年十一月七日熊本地方裁判所ニ於テ同罪ニ依リ懲役二年ニ處セラレ各其當時右刑ノ執行ヲ受ケ終リタル身ナルニ拘ラス累ネテ本件ノ賭博ヲ常習トシテ敢行シタルモノニシテ其犯情決シテ輕カラス從テ原審カ被告人辰治ヲ懲役六月ニ處シ其刑ノ執行ヲ猶豫セサリシヲ目シテ其ノ量刑甚シク不當ナリト思料スヘキ顯著ナル事由アリト認メ難シ

（一五年(れ)三二五號、一五年四月二一日大刑三判決、法律新聞二五六二號一六頁）

第七章　犯罪ノ不成立及ヒ刑ノ減免

第三十五條　法令又ハ正當ノ業務ニ因リ爲シタル行爲ハ之ヲ罰セス

第三十六條　急迫不正ノ侵害ニ對シ自己又ハ他人ノ權利ヲ防衛スル爲メ已ムコトヲ得サルニ出テタル行爲ハ之ヲ罰セス

防衛ノ程度ヲ超エタル行爲ハ情狀ニ因リ其刑ヲ減輕又ハ免除スルコトヲ得

（參　照）刑法二〇五條

【傷害致死ト正當防衛】（主文）原判決ヲ破毀ス、被告人ヲ無罪トス、（理由）公訴事實ニ付審按スルニ被告人カ大正十三年十二月二十二日夜京都市下京區宮川町四丁目貸座敷操樓事大內長一郎方二階四疊半ノ寄室ニ於テ七首ヲ以テ井上太助ノ頸部ヲ突刺シ因テ之ヲ死ニ致シタル事實ハ被告人ノ當公廷ニ於ケル其旨ノ供述ニ依リ明白ナリト雖被告人ノ當公廷ニ於ケル被告人ハ當夜前示寄室ニ於テ藝妓ヲ揚ケ遊興中ナリシニ山本吉次郎カ井上太助ナル者ヲ伴ヒ入リ來リ太助ハ羽栗ノ若者ナレハ同人ニ挨拶セヨト云ヒタルモ被告人ハ堅イ挨拶ハ出來ヌト云ヒシニ吉次郎カ被告人ニ杯ヲ授付ケタルヨリ同人ト口論ヲ爲シタルトコロ階下ヨリ人カ來テ吉次郎ヲ連レ行キ被告人モ亦階下ニ降リシニ吉次郎カ又挨拶セヨト申スノテ被告人ハ同人ヲ押シタリ其ノ時太助ハ吉次郎ノ後方ニ於テ我々カ來タノカ氣ニ入ラヌカト云ヒシヨリ被告人ハ山本カ杯ヲ投ケシコトカ氣ニ入ラヌノタト云ヒタルニ同人ハ左樣カト云ヒ表ニ出掛ケタリ被告人ハ井上ニ對シテトウコウ云フ事ハナク心ニモ止メ居ラサリシ故ニ三人ノ藝妓ヲ連レ又二階ノ四疊半ノ座敷ニ上リ入口ヲ左ニシテ東側ニ座シ都々逸ヲ唄ヒ居リシニ突然太助カ襖ヲ明ケテ入來リ光ツタ刄物ヲ被告人ノ目前ヘ突キ出シタルヨリ何ウスルノタト云ヒ其レヲ左手ニテ受ケ右手ヲ疊ニ突キ東方ヨリ北方ヘ廻ル樣ニ後退シナカラ立上リシカ其ノ時相手ノ刄物カ肩カ何處ニ觸レ之レハ遣

ラレタト思ヒシモ先方ハ尙突掛ケ來ルヨリ命ヲ取ラレテハナラヌト思ヒボツケツトヨリ短刀ヲ取リ出シ夢中ニナリテ突キタルカ氣付タル時ハ自己ノ手ヨリ血カ流レ居タリ被告人ハ右手ノ指二ケ所ニ負傷シタリ被告人ハ當夜洋服ヲ着其上ニオーバコートヲ着シ居リシカ豫審廷ニテ示サルル迄ハ洋服ノ傷ハ判ラサリシ又當時四疊半ノ座敷ハ襖モ障子モ閉チアリテ被告人ハ壁ノ方ヲ後ロニシテ後退シタルモノナル故逃タル餘地ナカリシ旨ノ供述ト司法警察官作成檢證調書ノ記載及添付圖面ト證人山田トミノ豫審調書中同人ノ供述トシテ井上太助ハ羽栗方臺所ニ在リシ出刄庖丁ヲ持チテ駈出サントスルヨリ自分ハ之ヲ引キ止メタルモ同人ハ振リ離シテ駈出シ其ノ機ニ同人ノ肱カ硝子障子ニ當リ硝子ヲ破壞シタル旨ノ記載ト原審ニ於ケル證人山田カメニ對スル訊問調書中同人ノ供述トシテ井上ハ血相ヲ變ヘテ入口カラ這入リ來リ多八ニ對シ人カ之レ程云フテ居ルノニ聞カヌノカト云フテ出刄庖丁ヲ振上ケタル旨ノ記載ト同上證人吉仲八重子ニ對スル訊問調書中同人ノ供述トシテ井上カ出刄庖丁ヲ持チ入リ來リシ時多八ハ背廣ヲ着テ其上ニオーバーヲ着シ居レル旨ノ記載ト同上證人大內長一郎ニ對スル訊問調書中同人ノ供述トシテ多八ハ山本ヲ一ツ叩キタリ井上ハ多八ヲ止メテ斯ヤツテ俺カ仲ヘ這入ツテ居ルノタカラ俺ノ顏ヲ立テテ止マツテ與レト云ヒ又俺ニ任セト云ヒシモ任ストモ任セヌトモ多八ハ答ヘサリシ旨及私ハ山本ヲ奥ノ方ヘ連レ行キシニ井上ハ何處カヘ行ツテ仕舞ヒタリ多八ハ藝妓ヲ連レテ二階ヘ上リタル旨ノ記載ト證人柴田延次郎ノ豫審調書中同人ノ供述トシテ山本ハ階下ニ降リテカラモ尙ダズ〳〵云ツテ居リ越崎カ山本ヲ二ツ三ツ毆リ八木ト伊藤トカ山本ヲ奥ヘ引張リ行キ私ト殺サレタ男トハ越崎ヲ宥メタノテ其ノ時ハ一旦納マリ越崎モ二階ヘ上リタル旨ノ記載ト押收第一號乙首ノ存在ト押收第一〇號外套ト同第一一號洋服ト同第八號ワイシヤツヲ相重ヌルトキハ左肩相

當部ニ貫通スル截口存シ其ノ截口ニ押收第六號出刄庖丁ノ尖端ヲ挿入スルトキハ能ク符合スルコト並ニ右ワイシヤツ裏面ノ血痕ノ現存トニ徵スルトキハ被告人ハ當夜前記大内長一郎方ニ於テ山本吉次郎ト口論シ同人ヲ毆打シタル際太助ノ仲裁ニ應セス爲メニ同人ハ憤リテ戸外ニ立去ルニ至リシモ而カモ被告人ハ意ニ介セス獨自ラ同家二階四疊半ノ客室ニ於テ藝妓數名ヲ招キ遊興中突如太助ノ襲撃ヲ受ケ出刄庖丁ヲ以テ左肩部ヲ刺サレタルヨリ逃ルルニ途ナク偶所持シ居リタル匕首ヲ振テ對抗シ同人ノ頸部ヲ刺シ因テ之ヲ死ニ致シタルモノニシテ其ノ所爲ハ即急迫不正ノ侵害ニ對シ自己ノ身體生命ヲ防衛スル爲メ已ムヲ得サルニ出テタルモノナルコトヲ認ムルニ足ルヲ以テ刑法第三十六條第一項ニ依リ之ヲ罰セサルモノトシ刑事訴訟法第三百六十二條ニ依リ被告人ニ對シ無罪ノ言渡ヲ爲スヘキモノトス

（一四年（れ）一九〇號、一五年四月六日大刑六判決、法律新聞第九八外大審院判例拾遺（一）刑事二六頁）

（參　照）　刑法二〇四條

刑法　二五條

刑施　四五條

【誤解ニ基ク格鬪ハ正當防衛ニ非ス】　原判決ヲ破毀ス、被告義郎及喜六ハ各懲役一年ニ處ス但シ二年間執レモ其ノ刑ノ執行ヲ猶豫ス、押收物件中證第一號日本刀一口及證第二號拳銃一挺ハ之ヲ沒收ス、訴訟費用中鑑定人八木忠作ニ支給シタル分ハ被告義郎ノ負擔トシ其ノ他ハ被告兩名ノ平等分擔トス、（理由）　被告義郎ハ福岡縣嘉穗郡穗波村中島炭鑛株式會社飯塚炭鑛ニ於ケル配給所主任ニシテ被告喜六ハ同炭鑛人事主任タリシ處被告兩名共大正十三年九月四日同會社々長中島德松カ社長宅ニ於テ催シタル宴會ニ接待役トシテ列席シ互ニ酒ヲ酌ミ執レモ大醉シテ同夜十二時頃櫻井六郎及門林ユキ等ト自動車ニ同乘シテ同家ヲ立出テ被告喜六肩書居宅ニ到リ同家十疊ノ間ニ於テ四名卓ヲ圍ミテ對坐シ被告喜六ハ麥酒ヲ運ハシメ義郎ハ配給所ヨリ清酒ヲ取寄セタル處被告喜六ハ被告義郎カ他意ナク右手ヲ胸部ニ當ツルヲ見酩酊ノ餘何物カヲ懷ニシテ不穩ノ擧動ニ出ツルニ非スヤト誤信シ同人ヲ威壓セント欲シ同家奥座敷ニ赴キ押收ニ係ル双渡二尺五寸許ノ日本刀ヲ拔刀ノ儘提ケ來リ被告義郎ノ面前ニ突キ附ケタルヨリ被告義郎モ亦醉餘被告喜六カ自己ニ暴行ヲ加フルモノト誤信シ直ニ立チ上リ豫テ懷中セル押收第二號ノ八連發拳銃ヲ取出シ被告喜六ヲシテ驚カシムル目的ヲ以テ發射シタルニ被告喜六ハ依然トシテ該拔刀ヲ以テ立向フニヨリ被告義郎モ亦發射シタルカ爲茲ニ双方相對峙シテ格鬪スルニ至リ被告義郎ハ拳銃ヲ亂射シテ被告喜六ノ左胸部及左上膊部ニ治療日數二月疾病休業三月ヲ要スル創傷ヲ負ハシメ被告喜六ハ右拔刀ヲ以テ被告義郎ノ面部及上肢左前膊腕關節ニ治療日數二月疾病休業三月ヲ要スル創傷ヲ加ヘタルモノナリ（證據省略）各被告辯護人ハ被告等ノ行爲ハ執レモ正當防衛ニシテ之ヲ罰スヘキモノニ非スト主張スレトモ前掲證據理由中ニ於テ說示スルカ如ク被告兩名ノ本件行爲ハ初メ互ニ相手方ノ意中ヲ誤解シ判示ノ如キ目的ヲ以テ一方ハ拔刀ヲ突キ附ケ他方ハ拳銃ヲ發射シタルモ遂ニ双方互ニ攻擊ノ態度ニ出テ相格鬪シタル結果交々判示創傷ヲ加フルニ至リタルコト明ナレハ刑法第三十六條ニ所謂緊急防衛ニ該當スヘキモノニ非スト認ムルヲ相當ト爲スヘキニ依リ該主張ハ執レモ之ヲ採用セス、法律ニ照スニ被告兩名ノ行爲ハ各刑法第二百四條ニ該當スルヲ以テ懲役刑ヲ選擇シテ被告兩名ヲ各主文第二項記載ノ刑ニ處スヘク諸般ノ情狀ヲ參酌スレハ其ノ刑ノ執行ヲ猶豫スルヲ相當ト認ムルカ故ニ刑法施行法第五十四條及刑法第二十五條ニ依リ職權ヲ以テ執レモ二年間右刑ノ執行ヲ猶豫シ押收ノ第一號日本刀及第二