四一三　訴ノ變更ハ相手方ノ承諾アルトキト雖モ之ヲ許サス
鑛業法七第三項　共同鑛業出願人又ハ共同鑛業權者ハ組合契約ヲ爲シタルモノト看做ス

（一四）

（一）請求ノ原因トスルトコロカ特定ノ契約ニ基キ發生セル噸割配當請求權ヲ第三者ヨリ讓受タリト云フニアル以上ハ第一審ニ於テハ右ノ契約ヲ組合契約ナリト主張シ控訴審ニ於テハ組合契約ニアラス一種ノ契約ナリト主張スルモ只契約ノ性質ニ關シ解釋ヲ異ニセル迄ニシテ請求原因タル事實ヲ變更セルモノト謂フヲ得ス」

（二）數人カ各自ノ石炭鑛區ヲ提供シ或會社ヲシテ石炭ノ採掘ヲ爲サシメ會社ハ其損益如何ニ拘ラス實際採掘シタル石炭一噸ニ付キ金若干錢宛ノ割合ニテ提供者ニ配當ヲ爲スヘキコトヲ約シタルトキハ斯ノ如キ契約ハ組合契約ニアラス然レトモ提供者ト會社トカ共同鑛業權者トナレル以上ハ鑛業法第七條ニ依リ提供者ト會社トハ組合契約ヲ爲シタルモノト看做サレ從テ右噸割配當金受領ノ基本權ハ組合財産ニ付キ組合員タル提供者ノ有スル持分ノ一部ヲ構成スルモノトス」

組合員カ持分ソノモノヲ讓渡スルハ格別組分ノ一部ヲ構成スルニ過キサル右噸割配當金受領ノ基本權ノミヲ讓渡スルハ恰カモ株主權ノ内容ヲ構成スル基

本的利益配當受領權ノミヲ株主權ヨリ分離シテ移サントスルト均シク法律上不可能ニシテ效力ナキモノトス」

訴ノ變更アリヤ否ヤニ付キ按スルニ被控訴代理人ハ相手方ハ原審ニ於テ本件噸割配當金ノ請求ハ組合契約ニ基ク旨主張シ組合契約ヲ原因トシ乍ラ當審ニ來タリ組合契約ヲ原因トセサル旨主張スルヲ以テ訴ヲ變更セルモノナリト云フモ控訴人カ第一審ニ於テ本件請求ノ原因トセシムルトコロハ結局甲第二號證ノ契約ニ基キ發生セル噸割配當請求權ヲ訴外樋口利知ヨリ讓受ケタリト云フニアルコトハ訴狀並ニ原審ニ於ケル口頭辯論調書ノ全趣旨ニ徴シ明カニシテ當審ニ於テ請求原因トシテ陳述スル處モ亦之ト異ナラス只第一審ニ於テハ右ノ契約ヲ組合契約ナリト主張シ當審ニ於テハ組合契約ニアラス一種ノ契約ナリト主張スルノ差アルニ過キス然レトモ斯クノ如キハ只契約ノ性質ニ關シ解釋ヲ異ニセル迄ニシテ請求原因タル事實ヲ變更セルモノト云フヲ得ス從テ訴ノ變更アルモノト謂ムルヲ得ス又控訴代理人ハ相手方ハ原審ニ於テハ基本權ヨリ生スル個々ノ債權ノミヲ讓受ケタル旨主張シ乍ラ當審ニ於テ基本權ヲモ併セテ讓受ケタリト主張スルハ訴ノ變更ナリト云フモ控訴人ハ甲第二號證ノ契約ヨリ生セル噸割配當請求權ヲ樋口利知ヨリ讓受ケタリト主張スルコトハ第一審ニ於テモ第二審ニ於テモ異ナル所ナリ只本訴ニ於テハ明治四二年度同四三年度ノ噸割配當金ノミヲ請求スルカ爲メ第一審ニ於テ該年度ノ配當金ハ已ニ確定シタル債權タル旨ヲ特ニ主張セシ迄ニシテ當審ニ於テ基本權トソレヨリ生スル個々ノ債權トヲ併セ讓受ケタリト稱スルモノハ敢テ基本權ハ之ヲ讓受ケヌト主張セシ事實ナシ然ラハ

原審ニ於テ不明確ナリシ點ヲ當審ニ來リ明確ニシタルニ過キスシテ之ヲ以テ訴ノ變更ト認ムルヲ得ス仍テ本訴請求權ノ當否ニ付キ按スルニ本訴ハ甲第二號證ノ契約ニ基キ訴外樋口利知カ被控訴會社ニ對シテ有セル噸割配當金請求權中ソノ十分ノ八ヲ控訴人ニ於テ讓受ケタルコトヲ以テ請求原因トナスモノナリ然ルニ甲第三號證ニヨレハ樋口、坂、高田、堀田ハ各自ノ石炭鑛區ヲ提供シ被控訴會社ヲシテ石炭ノ採掘ヲ爲サシメ被控訴會社ハ其損益如何ニ拘ラス實際採掘シタル石炭一噸ニ付キ金三〇錢宛ノ割合ニテ樋口等ニ配當ヲ爲シ高田、堀田、ハ一〇〇分ノ三〇坂ハ一〇〇分ノ六〇、樋口ハ一〇〇分ノ一〇、ト云フ割合ニテ其配當金ヲ分割スルコト、シ尙被控訴會社ハ明治四年一月ヲ起業年度トシテ採掘ニ着手シ明治四二年度ハ一ケ年一五萬噸明治四三年度以降ハ一ケ年二五萬噸以上ノ石炭ヲ採掘スヘク若シ被控訴會社カ該年度ニ於テ採掘セサルカ若シクハ採掘スルモ右所定ノ噸數ニ滿タサル時ハ明治四二年度ハ十五萬噸ソノ以降ハ一ケ年二五萬噸ヲ標準トシテ被控訴會社ヨリ樋口外三名ニ配當ヲ爲スヘキコトヲ約束セルモノニシテ樋口等ハ單ニ各自ノ石炭鑛區ヲ被控訴會社ニ使用セシメ被控訴會社ハ之ヨリ石炭ヲ採掘スル對價トシテ一定ノ割合ニテ配當ヲ爲スコトヲ契約セルニ止マリ樋口等三名カ被控訴會社ト相共ニ石炭採掘販賣ヲ共同ノ事業トシテ組合ヲ組織スルコトヲ契約セシモノト認ムルヲ得ス尤甲第二號證中ニ樋口等四名ハ石炭鑛區ヲ出資トシ被控訴會社ハ其損益分ニ於ケル共有ト爲ス旨ノ約款アリト雖モ石炭採掘業カ專ラ被控訴會社ノ事業タルコトハ甲第二號證ノ契約書冒頭ニ石狩石炭株式會社ニ於テ本契約書第一條ニ揭クル鑛區ニ對シ石炭採掘業ヲ爲ス爲ト云々トアル記載並ニ第二條ニ業務執行ハ會社ニ於

テ專ラ之ニ任シ鑛業ニ關スル一切ノ資本ハ會社ニ於テ出資スルヲ以テ鑛業權ノ共有ノ外總テノ財產權ハ會社ニ專屬スルモノニシテ樋口等四名ハ噸割配當金ノ支拂ヲ受クルニ止マリ其他ノ一切ノ利益ニ關係ナキモノトスト、記載及被控訴會社ハ其損益如何ニ拘ラス噸割配當金ヲ支拂ヒ而モ會社ハ鑛區ノ共有者トシテ噸割配當金ヲ受クル權利ナキコトヲ定メタル記載ニヨリ推シテ明カナリト云ハサルヘカラス從テ甲第二號證ノ契約書中ニ組合、出資、共有等ノ文字使用セラルレトモソノ全部旨ヨリ推ストキハ前記ノ如ク樋口利知外三名ハ各自ノ鑛區ヲ被控訴會社ニ使用セシメ之カ對價ヲ受クルニ止マリ被控訴會社ハ其ノ事業ノ盛衰得失如何ニ拘ラス一定ノ割合ニテ金錢ヲ樋口等ニ配當スルコトヲ約束セルモノナルコト明カナリ從テ斯クノ如キ契約ヲ組合契約ト認ムルハ適當ナラス尤樋口利知カソノ提供セル鑛區ニ付キ被控訴會社ト共同鑛業權者トナレル事實ハ當事者間ニ爭ナシト雖當事者ノ眞ノ目的ハ樋口利知ノ鑛區ヲ被控訴會社ニ使用セシムルニ止マリテ被控訴會社ヲ共同鑛業權者トナシタルハ被控訴會社ヲシテ第三者ニ屬スル關係上鑛區使用ニ付キ完全ナル採掘ノ權利ヲ有セシメントスル必要ニ出テタルモノト認ム然レトモ一旦共同鑛業權者トナレル以上ハ鑛業法第七條ノ規定ニヨリ樋口利知ト被控訴會社トノ間ニハ組合契約ヲナシタルモノト看做サルヘカラス既ニ兩者ノ間ニ組合關係ノ存セサルモノト看做スヘキ以上ハ噸割配當金領受領ノ基本權ハ組合財產ニ付キ組合員タル樋口利知ノ有スル持分ノ一部ヲ構成スルモノト認ムヘキナリ然ルニ持分ソノモノヲ讓渡スルハ格別持分ノ一部ヲ構成スルニ過キサル噸割配當金受領ノ基本權ヲ單ニ讓渡スルト云フコトモ恰モ株主權ノ內容ヲ構成スル基本的利益配當受領權ノミヲ株主權ヨリ分離シテ移サントスル

ト均シタ法律上不可能ニシテ效力ナキコトハ云フ迄モナシ然ラハ控訴人カ持分ノ移轉アリタルコトヲ主張セスシテ單ニ噸割配當金受領ノ基本權ノミヲ讓受ケタルコトヲ主張スル以上斯ル讓渡行爲ニ對シ被控訴會社カ承認ヲ與ヘタルト否トヲ問ハス其讓渡ハ效力ナシト云ハサルヘカラス又控訴人ハ噸割配當金受領ノ基本權ト併セテ之ヨリ生スル個々ノ債權ヲ讓受ケタリト主張スルモ甲第一號證ニヨレハ單一ノ權利臺渡ト謂ムヘク基本權ヨリ發生スヘキ獨立セル個々ノ權利ヲ基本權ト同時ニ相並ンテ讓渡セル趣旨トハ認メ難シ其他控訴人ノ採用セル各證人ノ證言ニヨルモ其事實ハ認メ難シ從テ基本權自體カ移轉セハ其當然ノ結果トシテ辨濟期ノ來ル毎ニ個々ノ債權ヲ行使シ得ヘケレトモ右ニ述ヘタルカ如ク基本權讓渡ヲ無效ト認メ且ツ之ヨリ生スヘキ個々ノ權利ノ讓渡ナキモノト認ムヘキ以上ハ個々ノ債權ノ移轉ハ到底之ヲ認容スルヲ得ス要之ニ控訴人カ噸割配當請求權ヲ讓受ケタルコトハ無效ト認ム（東京控訴大正二年（ネ）一八七號同三年十一月五日民二部須賀裁判長西郷三橋各判事判決）

【關係事項】

噸割配當金請求事件○控訴人吉田金造訴訟代理人辯護士片岡爾輔同中村德重郎同鳩山一郎被控訴人石狩石炭株式會社法律上代理人取締役淺野總一郎訴訟代理人辯護士岸清一同堀江專一郎

（一五）

【九〇】　訴ノ提起ハ訴狀ヲ裁判所ニ差出シテ之ヲ爲ス

此訴狀ニハ左ノ諸件ヲ具備スルコトヲ要ス

第一　當事者及ヒ裁判所ノ表示

第二　起シタル請求ノ一定ノ目的物及ヒ其請求ノ一定ノ原因

第三　一定ノ申立

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

原告カ被告ニ對シ請求スル所ハ額面金五十圓全額拂込且ツ利益配當率一割以上ノ株式二十一枚ノ讓渡ヲ求ムルニアリテ給付ノ目的タル株式ニ付テハ特定セル會社ヲ表示セサルモ會社ノ選擇ヲ被告ニ任スヘキコトヲ當事者間ノ合意ヲ以テ定メタルモノナル以上請求ノ目的物不特定ナリト謂フコトヲ得ス」

本訴ニ於テ控訴人（原告）カ被控訴人（被告）ニ對シ請求スル所ハ額面金五十圓全額拂込且ツ其額面金額ニ對スル一ケ年ノ利益配當率一割以上ノ株式二十一枚ノ讓渡ヲ求メ若シ讓渡スルコト能ハサルトキハ損害金一千五十圓ノ支拂ヲ求ムルモノニシテ給付ノ目的タル株式ニ付テハ特定セル會社ヲ表示セサルモ如何ナル會社ニテモ被控訴人ノ選擇ニ任セ苟モ額面金五十圓全部拂込濟ニシテ一ケ年一割以上ノ利益配當アル株式ナレハ可ナルコトヲ當事者間ノ合意ヲ以テ定メタルモノナルコトハ控訴人ノ請求原因自體ニ徵シ明カナルヲ以テ本訴請求ノ目的物ハ右ノ範圍內ニ於テ當事者ノ合意ニヨリ特定シ義務者ハ事實上之ヲ履行スルニ支障ナシト云ハサルヘカラス從テ本件請求ノ目的物カ不特定ナリトノ理由ノ下ニ請求ヲ排斥セントスル被控訴人ノ抗辯ハ認容シ難シ（東京控訴大正元年（ネ）第五七九號同四年三月二十日民二須賀裁判長渡邊三橋各判事判決）

【關係事項】

株式附與契約履行請求事件○控訴人湯川ツネ訴訟代理人辯護士吉田新太郎外二名被控訴人倉沼仲右衛門訴訟代理人辯護士植松金章

熊本博士

至當ノ判決ナリト信ス

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

不動產登記法二七　判決又ハ相續ニ因ル登記ハ登記權利者ノミニテ之ヲ申請スルコトヲ得

同五六　權利ノ變更ノ登記ニ付キ登記上利害ノ關係ヲ有スル第三者アル場合ニ於テハ申請書ニ其承諾書又ハ之ニ對抗スルコトヲ得ヘキ裁判ノ謄本ヲ添附シタルトキニ限リ附記ニ依リテ其登記ヲ爲ス

同一二八　未登記ノ不動產ノ所有權以外ノ權利ニ關スル登記ハ之ヲ命スル裁判ニ依リテ自己ノ權利ヲ證スル者ヨリ之ヲ申請スルコトヲ得

同一四四　假登記ノ抹消ハ假登記名義人ヨリ之ヲ申請スルコトヲ得

申請書ニ假登記名義人ノ承諾書又ハ之ニ對抗スルコトヲ得ヘキ裁判ノ謄本ヲ添附シタルトキハ登記上ノ利害關係ノヨリ假登記ノ抹消ヲ申請スルコトヲ得

(一)數名ノ被告ニ對スル共有權確認請求アル場合ニ於テ他ノ訴訟ヲ以テスル請求カ前記訴訟被告ノ全員ヲ被告ト爲ササルトキハ兩請求ハ同一ノ被告ニ對スルモノニアラサルヲ以テ原告ハ之ヲ一個ノ訴ニ併合スルコトヲ得ス」

請求併合カ法律上ノ要件ニ適合セサル場合ニ於テハ裁判所ハ職權ヲ以テ訴ヲ却下スヘキモノトス」

(二)不動產登記法第二七條ニ所謂判決ハ登記義務者ニ意思表示ヲ命スル給付判決ノミニ限ラス登記セラルヘキ權利ノ存在ヲ確認シタル判決ヲモ包含スルモノトス」

大審院大正元年(オ)第七六號判決本書第二卷民訴二二二頁所載）

(一)　判決ニ依レハ共有權確認請求ハ被上告人佐藤某外三十名ニ對スルモノタルニ反シ右請求ニ併合セラレタル「登記申請手續ヲ爲スヘシ」トノ請求ハ被上告人中ノ二人ノミニ對スルモノタリ從テ兩請求ハ被告ヲ同シクスルコトナシ然ルニ訴訟法第一九一條ノ規定ニハ明ニ「同一ノ被告ニ對スル原告ノ請求數個ナル場合ニ於テ」ト規定スルカ故ニ被告ヲ異ニセル前掲登記手續申請ノ請求ヲ共有權確認請求ニ併合スルハ違法ナリ而シテ請求併合ニ特別ナル適法要件ノ存在ハ一般訴訟要件ニ於ケルト均シク職權ヲ以テ調査スヘキコトハ學說ノ一致スル所ナリ一請求カ併合ノ要件ニ適合セサル場合ニハ其請求ハ獨立ノ訴ヲ以テ提記スヘキモノナルカ故ニ訴提記ノ方式ニ依ラサル訴ナリトシテ却下セサルヘカラス然ルニ判決カ此點ヲ看過シタルハ違法ナリト謂フヘシ

(二)　不動產登記法第二七條ニ所謂判決ハ登記義務者ニ意思表示ヲ命スル給付判決ノミニ限ラス登記セラルヘキ權利ノ存在ヲ確認シタル判決ヲモ包含スルコトハ疑ヲ容レス或ハ(イ)同法第一二八條ヲ解シテ恰カモ「自己ノ權利ヲ證スル者ニ限リ之ヲ申請スルコトヲ得」ルモノトナシ從テ登記義務者ニ意思表示ヲ命スル給付判決ニ限ルコトヲ論斷セントスル說ナキヲ保セス然レトモ未登記ノ不動產ノ所有權以外ノ權利ニ關スル登記ト雖モ登記義務者ニ既判力ヲ及ホス確認判決アルトキハ尙ホ登記權利者ノミニテ申請スルヲ得ルコトハ同法第五六條第一四四條第二項等ノ法意ヨリ類推スルモ亦明ナリト云フヘシ(ロ)或ハ同法第三五條第二項ニ「登記原因ヲ證スル書面カ執行力アル判決ナルトキ」トアルヲ根據トシ第二七條ニ所謂判決カ意思表示ヲ命スル給付判決

ナルコトヲ論斷セントスル說無キニ非サルヘシ然レトモ同項ニ所謂執行力アル判決トハ固有ノ意義ニ於ケル强制執行ニ適スル判決ニ非ス學者ノ所謂廣義ノ執行ニ適スル判決ヲ云フコトハ疑ヲ容レス蓋シ登記官廳ハ當該判決ノ强制執行ヲ受ケテ登記ヲ爲スモノニアラサレハナリ（法學博士雉本朗造氏京都法學會雜誌第一〇卷第二號一四一頁以下要領）

【一點參照學說判例】

一 同一ノ原告カ同一ノ被告ニ對スル數箇ノ訴ヲ併合シテ提記シタル場合ニ於テハ裁判所ハ其併合ヲ許スヘキヤ否ヤヲ職權ヲ以テ調査スヘキモノトス而シテ裁判所カ之ヲ許スヘカラスト認メタルトキハ共同訴訟ニ付キ述ヘタル所ニ準シテ之ニ對スル處置ヲ爲スヘキモノナリ（法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論中卷六五九頁）

仁井田博士

原告カ共同訴訟ヲナシタルトキハ裁判所ハ職權ヲ以テ之ヲ許スヘキヤ否ヤヲ調査スヘキモノトス而シテ裁判所カ之ヲ許スヘカラスト認メタルトキハ左ノ處置ヲ爲スヘキモノナリ(一)裁判所カ總テノ訴ニ付キ管轄權ヲ有セサルカ爲メ其併合ヲ許スヘカラサルトキハ總テノ訴ハ管轄違ノ理由ニ依リテ同時ニ不適法トシテ却下スル判決ヲ爲シ又裁判所カ或訴ノミニ付キ管轄權ヲ有セサルカ爲メ之ヲ他ノ訴ニ併合スヘカラサルトキハ其訴ハ管轄違ノ理由ニ依リ同時ニ不適法ナルカ故ニ之ヲ不適法トシテ却下スル判決ヲ爲シ(二)總テノ訴ニ付キ原告ノ選ヒタル訴訟手續ヲ許スヘカラサルカ爲メ其訴ヲ他ノ訴ニ併合スヘカラサルトキハ其訴ハ法律上許スヘカラサルノ理由ニ依リテ同時ニ不適法ナルカ故ニ之ヲ不適法トシテ却下スル判決ヲ爲シ又或訴ノミニ付キ原告ノ選ヒタル訴訟手續ヲ許スヘカラサルカ爲メ其訴ヲ他ノ訴ニ併合スヘカラサルトキハ其訴ハ法律上許スヘカラサルノ理由ニ依リ同時ニ不適法ナルカ故ニ之ヲ不適法トシテ却下スル判決ヲ爲スヘキモノトス(三)數箇ノ訴ノ目的物ノ間ニ共同訴訟ヲ許スニ足ルヘキ關係ナキトキハ裁判所ハ第一一八條ノ規定ニ從ヒ各箇ノ訴ニ付キ辯論ヲ分離スヘキモノニシテ之ヲ不適法トシテ却下スル判決ヲ爲スヘキモノニアラス蓋シ此場合ニ於テハ訴其モノハ不適法ニ非サルノミナラス各箇ノ訴ニ付キ辯論ヲ分離スルトキハ許スヘカラサル共同訴訟ヲ解クニ足ルヲ以テナリ然レトモ訴ノ許スヘカラサル併合ニ依リテ管轄ニ關スル規定ノ適用ヲ避クルコトヲ得セシムヘキモノニアラサルカ故ニ原告カ區裁判ノ事物ノ管轄ニ屬スヘキ訴ヲ他ノ訴ニ併合シテ地方裁判所ニ提起シタルカ爲メニ其訴カ地方裁判所ノ事物ノ管轄ニ屬スルニ至ルヘキ場合ニ於テ併合セラレタル數箇ノ訴ノ目的物ノ間ニ共同訴訟ヲ許スニ足ルヘキ關係ナキカ爲メ之ヲ許スヘカラサルトキハ其訴ノ管轄違ヲ認メ之ヲ不適法トシテ却下スル判決ヲ爲スヘキモノト謂フヘシ（同上六四三頁）

二 客觀的訴ノ併合ノ條件ハ左ノ如シ(一)同一ノ原告ヨリ同一ノ被告ニ對スルコトヲ要ス例ヘハ甲カ乙ヲ被告トシテ數個ノ賣買代價ノ支拂ヲ求ムルカ如キ又ハ甲カ乙丙丁ヲ被告トシテ各被告ニ對シ二箇以上ノ私法上ノ請求權ヲ主張スル場合ノ如キハ何レ

岩田學士

モ客觀的訴ノ併合ナリ（法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論三一二頁）

大審院

客觀的訴ノ併合カ不適法ナル場合即チ前ニ述ヘタル條件ニ適合セサルトキハ裁判所ハ左ノ如ク訴訟ヲ處理スルモノトス(一)併合セラレタル訴訟物ノ一箇若クハ數箇ニ付テ受訴裁判所カ管轄權ヲ有セサル場合ニ於テハ其管轄權ナキ訴訟物ニ付テハ合意管轄カ許サルルモノナルトキハ合意管轄ヲ生シタルヤ否ヤニ注意シ若シ被告カ管轄違ノ申立ヲ爲ササルトキハ各訴訟物ニ付テ管轄アリトシテ訴訟ヲ進行スヘク被告カ管轄違ノ申立ヲ爲シタルトキ又ハ其訴訟物カ合意管轄ヲ許ササルモノナルトキハ受訴裁判所ハ管轄權アル訴訟物ト管轄權ナキ訴訟物トニ付テ辯論ヲ分離シ管轄權ナキ訴訟物ノ訴ハ之ヲ不適法トシテ判決ヲ以テ却下シ管轄アル請求ノミニ付テ本案ノ手續ヲ進行スヘキモノトス(二)併合セラレタル訴訟物ニ付テ同一訴訟手續カ許サレサルトキハ其訴訟手續ノ許サルル訴訟物ノミヲ存シ訴訟手續ノ許サレサル訴訟物ニ付テハ辯論ヲ分離シテ之ヲ不適法トシテ判決ヲ以テ却下スヘキモノトス：右ノ如ク辯論ノ分離ヲ爲シテ一分ノ請求ヲ却下スル理由ハ訴ノ併合ノ場合ニ於テハ各訴訟物ニ付テ訴訟關係ヲ生スヘキモノナレハ其訴訟關係ノ生シタル訴訟ニ付テハ本案ノ處理ヲ爲スヘク訴訟關係ノ生セサル訴訟物ニ付テノミ訴ヲ不適法トシテ却下スヘキモノナレハナリ然レトモ總テノ訴訟物ニ付キ原告ノ選ヒタル訴訟手續カ許サレサルトキハ訴ヲ不適法トシテ却下スヘキナリ（同上三一四頁）

三 本件二箇ノ請求中上告人兩名ニ係ルモノハ民事訴訟法第四八條ニ依リ共同訴訟ヲ許サレタルモノ上告人安藤義信ノミニ係ル請求ハ同法第一九一條ニ依リ併合訴訟ヲ許サレタルモノニシテ即チ右二箇ノ請求ハ均シク貸金ノ辯論ヲ求ムルニ在リテ何レモ同一裁判所カ管轄權ヲ有シ且ツ訴訟手續モ同一種類ニ屬スルコトハ爭フヲ事實ニシテ止タ上告人高田「レイ」ハ上告人安藤義信ノミニ係ル請求ニ付テハ同一被告ニアラサルヲ以テ其訴訟ハ共同訴訟ニ併合スヘカラサルモノナリト云フニ在ルモ共同訴訟ノ場合ニ於テ其中ノ一人ノミニ係ル請求ヲ共同訴訟ニ併合スルコトヲ禁シタル規定ナキ以上ハ之ヲ併合シ得ヘキハ當然ノ筋合ナルヲ以テ原裁判所カ民事訴訟法第一九一條ヲ適用シ而シテ共同訴訟ノ場合ニ於テ之ヲ禁スルノ規定ナシ云々本案共同訴訟ニ於テ安藤義信ノミニ係ル請求ヲ併合シタルハ不法ニアラスト判決シタルハ相當ニシテ上告ハ理由ナシ（大審院民事判決錄明治三三年七卷一八頁）

(一) 吾人ハ本論ニ反對シ二個ノ請求ガ被告全員ニ於テ合致セサルモ訴ノ併合ヲ訴スヘク又請求併合カ法律上ノ要件ニ適合セサル場合ニ於テモ其理由ニ依リ直ニ訴ヲ棄却スヘキニアラスシテ請求ヲ個別的ニ觀察シテ之ヲ處理スヘキモノナリト解ス

(二) 不動產登記法第二七條ニ所謂判決ハ登記義務者ニ意思表示ヲ命スル給付判決

東京地方裁判所判決

ノミニ限ル登記セラルヘキ權利ノ存在ヲ確認シタル判決單ニ實體上權利ノ存在カ確認セラルニ止マリ果シテ如何ナル登記ヲ爲スヘキヤ明瞭ナラス不動產登記法カ特ニ判決ニ因ル場合ニ單獨申請ヲ許シタルハ判決ニ於テ特定ノ登記請求權ノ存在ヲ認メタル判決ヲ要求スルノ趣意ナルコト疑ヲ容レサルナリ

（一七）

三五二
三五三第一項　私署證書ノ眞否ニ付キ爭アルトキハ裁判所ハ舉證者ノ申立ニ因リ檢眞ヲ爲スコトヲ得
四八七第二項　私署證書ノ檢眞ハ總テノ證據方法及ヒ手跡若ッハ印章ノ對照ニ因リテ之ヲ爲ス
證書ノ眞否及ヒ第四八四條ニ掲ケタル以外ノ事實ニ關シテハ書證ノミヲ以テ適法ノ證據方法ト爲スコトヲ得

證書ノ成立ヲ證スル爲メ印影ノ對照ヲ求ムルコトハ證書訴訟ニ於テ許スヘキモノニアラス」

控訴人ハ乙第一號證ノ成立ヲ證スル爲メ成立ニ爭ナキ乙第二號證ノ被控訴人名下ノ印影ト乙第一號證被控訴人名義名下ノ印影ノ對照ヲ求ムル處ナリト雖如斯印影ノ對照ハ證書訴訟ニ於テ許スヘキモノニアラス蓋シ證書訴訟ニ於テ證書ノ眞否ニ付キ爭ノ存スルトキハ書面ノ趣旨ニヨリ證據ヲ供スヘキ證書ニヨリテノミ之カ立證ヲ爲スヲ要シ書面ノ趣旨ニヨラス書面ニ於ケル文字ノ筆蹟又ハ印影ノ形狀等ニヨリ證據ヲ供スヘキモノナルトキハ書證ニヨル證據方法ニアラスシテ其性質檢證物ニ屬スヘケレハナリ（東京地方大正四年（レ）第五〇號同年三月廿七日民二部三淵裁判長綱野大森各判事判決）

【關係事項】

預金請求證書訴訟事件○控訴人株式會社東華銀行法律上代理人取締役尾澤太平訴訟代理人辯護士春山泰治被控訴人三谷末吉訴訟代理人辯護士山口直明

至當ノ見解ナリ（本書第三卷一七五頁及ヒ第二卷三三六頁ニ同趣旨學說判例アリ參看ヲ乞フ）

（一八）

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

民事訴訟法第七四七條第二項ハ本案カ現ニ繫屬中ナルトキニ限リ本案裁判所ニ於テ假差押取消ノ裁判ヲ爲スヘキ旨ヲ規定シタルモノトス」

假差押ヲ取消スヘキヤ否ヤノ裁判ハ假差押命令ヲ發シタル裁判所ニ於テ之ヲ爲スヲ當然ノ順序トス唯假差押ヲ命シタル裁判所ト相異ナル場合ニ於テ本案カ其裁判所ニ繫屬シ現ニ審理中ナルトキハ實際ノ便宜上假差押取消ノ裁判モ亦本案ノ裁判所ニ於テ之ヲ爲サシムルヲ可トス民事訴訟法第七四七條第二項ハ此趣意ニ基キ假差押取消ノ裁判ハ本則トシテ假差押ヲ命シタル裁判所之ヲ爲スヘキモノナル旨ヲ規定シ次ニ本案カ現ニ繫屬中ナルトキハ本案裁判所之ヲ爲スヘキ旨ヲ規定シタルモノナリ（法曹會決議法曹記事第二五卷第二號八三頁以下要領）

【參照學說】

第七四七條ノ規定ニ從ヒテ假差押命令ノ取消ヲ求ムル債務者ノ申立ハ本案カ繫屬スルトキハ本案ノ口頭辯論ニ於テ之ヲ爲スコ

トナ得ヘシ債務者カ此申立ヲ爲シタルトキハ口頭辯論ヲ經タル後終局判決ヲ以テ之ニ付キ裁判ヲ爲スヘキモノトス（法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論下卷一五七〇頁）

至當ノ見解ナリト信ス蓋シ本案ノ繫屬前ニ於テ假差押ノ取消ニ付キ本案裁判所ノ管轄ヲ認メサルヨリ見ルモ法ノ精神カ本決議ト同一ナルヲ知ルニ足ルヘケハナリ

（一九）

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

六〇〇第一項 差押ヘタル金錢ノ債權ニ付テハ差押債權者ノ選擇ニ從ヒ代位ノ手續ヲ要セスシテ之ヲ取立ツル爲メ又ハ支拂ニ換ヘ券面額ニテ差押債權者ニ之ヲ轉付スル爲メ命令アランコトヲ申請スルコトヲ得

六〇四 俸給又ハ此ニ類スル繼續收入ノ債權ノ差押ハ債權額ヲ限度トシ差押後ニ收入ス可キ金額ニ及フモノトス

六一八 左ニ掲クル債權ハ之ヲ差押フルコトヲ得ス

第三 下士、兵卒ノ給料並ニ俸給及ヒ其遺族ノ扶助料

第五 文武ノ官吏……ノ職務上ノ收入、恩給及ヒ其遺族ノ扶助料

第一號、第五號、第六號ノ場合ニ於テ職務上ノ收入、恩給其他ノ收入カ一ケ年間ニ三百圓ヲ超過スルトキハ其超過額ノ半額ヲ差押フルコトヲ得

金鵄勳章年金令一 金鵄勳章ヲ賜フ者ニハ功級ニ應シ終身年金ヲ加賜ス

東京控訴院判決

(一) 民事訴訟手續ニ依リ金鵄勳章ニ伴フ年金債權ノ差押ヲ爲シ且ツ其債權ノ轉付命令ヲ得タル以上其實質的效力ヲ否定シ轉付ノ無效ヲ主張スルニハ亦民事訴訟手續ニ依ルヘキコト固ヨリ當然ナレハ斯カル轉付命令ノ無效確認ヲ求ムル訴ハ不適法ニアラス」

(二) 金鵄勳章年金ノ支給ヲ受クルノ權利ハ性質上一身ニ專屬シ絕對ニ之カ差押ヲ許ササルモノトス」

(一) 被控訴人ノ先代坪内啓太郎カ控訴人ニ對スル債權ノ强制執行トシテ公證人中澤文治作成第三七二七二號金錢貸借公正證書ノ債務名義ニキ基訴控人主張ノ如ク控訴人ノ有スル金鵄勳章ニ伴フ年金債權ノ差押ヲ爲シ之カ債權ノ轉付命令ヲ得タルノ事實ハ當事者間ニ爭ナシ而シテ右年金ヲ受クルノ權利ハ元トヨリ公法上ノ權利ナルモ之ヲ私法上ノ債權ト同一視シ强制執行ノ目的ニ適スルモノト見做シ民事訴訟法手續ニヨリ之カ差押ヲナシ且ツ其債權ノ轉付命令ヲ得タル以上其實質的効力ヲ否定シ轉付ノ無效ヲ主張スルニハ亦民事訴訟手續ニ依ルヘキコト元トヨリ當然ナレハ控訴人ノ本訴ハ敢テ不適法ナリト云フヲ得ス

(二) 金鵄勳章年金令ニハ官吏恩給法第一八條及軍人恩給法第四二條ニ於ケルカ如ク負債ノ抵當トシテ差押フルコトヲ得ストノ明文ナク又民事訴訟法中ニモ右年金債權ノ差押ヲ禁止スル旨ノ規定ナシト雖モ該年金令第一條ニ金鵄勳章ヲ賜フ者ニハ功級ニ應シ終身年金ヲ加賜スト規定セラレタル所ヨリ之ヲ觀レハ該年金ハ金鵄勳章帶有者ニ榮身其榮譽ヲ維持スルカ爲メニ支給セラルヽモノナルコト明白ニシテ之カ支給ヲ受クルノ權利ハ性質上一身ニ專屬シ絕體ニ其差押ヲ許ササルモノナルコト亦明カナリ而シテ該年金ニ付キ右恩給法ニ於ケルカ如キ差押ヲ許ササル旨ノ規定ナキハ其性質上當然差押ヲ許ササルモノナルカ故ニ特ニ明文ヲ要セサルモノト爲シタルニ外ナラス然ラハ被控訴人ノ先代カ控訴人ノ有スル本訴年金債權ヲ差押ヘ之カ轉付命令ヲ得タリトスルモ其命令ハ單ニ形式的效力ヲ有スルニ止マリ實質的效力ヲ生セス其目的タル債權ハ轉付セラレシシテ依然控訴人ニ屬シ居ルモノト云フヘシ（東京控訴

大正三年（ネ）第五五二號同四年二月二十日民二部須賀裁判長渡邊三橋各判事判決）

東京地方裁判所

板倉學士

大審院

【關係事項】

債權轉付無效確認請求事件○控訴人佐藤周太郎訴訟代理人辯護士牧野賤男同丸山良策被控訴人坪內節二後見人坪內孝訴訟代理人辯護士近藤民雄

【一點反對判例】

原告ニ對シテ有スル保證債務實行ノ爲メ原告カ國ニ對シテ有スル金鵄勳章ニ伴フ年金債權ノ差押ヲ爲シ之カ債權ノ轉付命令ヲ得タル處アルモ該轉付命令ハ違法ニシテ之ニヨリ何等債權移轉ノ效力ヲ生ス可キニアラサレハ該金鵄勳章ニ伴フ年金債權ハ全然被告先代ニ屬セサリシハ勿論之カ相續人タル被告ニ歸屬スル者ニアラサルモノトシ被告ニ移轉セラレタリトスル本件金鵄勳章ニ伴フ年金ハ公法上ノ債權ニ關係ニアラスシテ權力主體タル國家ト一私人トノ間ニ存スル公法上ノ法律關係ナルコト說明ヲ要セスシテ明カナル處ナリ……私法上ノ法律關係ニアラサルモノト雖モ通常裁判所ニ於テ民事訴訟手續ニヨリ權利ノ救濟ヲ求メ得セシムルモノナキニアラサレモ此等ハ例外ニ屬シ特別ノ規定ヲ俟テ始テ其然ルヲ得ル處ナリ……金鵄勳章ニ伴フ年金ノ如キ此種ノ權利ノ救濟ニ關シ特別法ヲ設ケ民事訴訟ノ目的タルヲ得セシムル立法例ナキニアラサレトモ此點ニ關シ我國法上何等例外的特別規定ノ存セサル處ナレハ本訴ハ不適法ナリト云ハサルヘカラス（大正三年十月二十六日東京地方裁判所判決本書第三卷民訴二二六頁）

【一點參照學說判例】

一　俸給及ヒ歲費ハ公法上ノ債權ナリ而シテ我國ニハ未タ此種ノ債權ニ付キ訴ヲ以テ債務者ノ履行ヲ求ムルコトヲ得セシメタル規定ナシ法律ハ此種ノ債權ニ對スル强制執行ヲ許シ私法上ノ債權ト執行上之ヲ同視セシメタリトスルモ其債權ニ基キ第三債務者ニ對シ强制執行ノ名義ヲ得ルノ手續ノ定メアラサルヲ以テ取立命令若クハ轉付命令ヲ得タル差押債權者ハ民事訴訟ヲ起スヲ得ス（法學士板倉松太郎氏法學志林第一四卷第六號四三頁）

二　民事裁判所ハ私權ノ保護ヲ以テ目的トシ私法ノ解釋適用ヲ掌ルモノナルカ故ニ私法上ノ爭議ハ其管轄ニ屬スルモ公法上ノ事項ニ關スル爭議ハ特別ノ規定ヲ以テ民事裁判所ノ管轄ニ屬セシメタルモノヲ除クノ外其管轄ニ屬セサルヲ原則トス是レ司法行政兩權ノ分立ヲ認メタル我法制ノ要義ニ照シ疑ヲ容レサル所ナリ公法上ノ爭議ニシテ明文ヲ以テ民事裁判所ノ管轄ニ屬セシメタルモノニハ選擧訴訟當選訴訟特許局ノ審決ニ對スル上告上訴收用ノ補償金額ニ關スル訴訟等アリ然ルニ公法上ノ權利タル歲費ニ付テハ此ノ如キ特別ノ規定ナシ故ニ民事裁判所カ私法上ノ爭議ニ關シ先決問題トシテ之ニ付キ審査決定スルコトヲ得ルハ論ヲ俟タスト雖モ其權利ノ存否ヲ以テ目的トスル所ノ爭議ハ民事裁判ノ管轄ニ屬セサルモノト解スルヲ至當トス（大審院判決本書第一卷民訴七七頁）

三　兼議院議員ノ歲費ヲ受クル權利ハ歲費ヲ受クル基本タル權利ト每期ニ支給ヲ受クル個々ノ權利トニ區別スルコトヲ得ヘキモ其基本ノ權利タルト個々ノ權利タルトヲ問ハス孰レモ個人相互間ノ權利ニアラスシテ議員タル資格ニ於テ權利者タル國家ニ對シテ有スル權利ナルヲ以テ所謂公權ナルコト毫モ疑ナシ民事訴訟法第六〇四條ニヨレハ强制執行ノ目的タルコトヲ得ヘキモ之レ單ニ執行ニ關スル規定タルニ過キスシテ之カ爲メ該權利ニ關スル事項ヲ審理判決スヘキ權限ヲ民事裁判所ニ付與シタルモノト謂フコト能ハス又右歲費ヲ受クル權利カ轉付命令ニヨリテ他人ニ轉付シタリトスルモ固ヨリ公權タル性質ヲ變セス故ニ結局民事裁判所ニ出訴シ得ヘキモノニアラス（東京控訴院判決本書第一卷諸法二頁）

四　民事訴訟法ニ於テ官吏ノ俸給又ハ恩給等ノ如キ繼續收入ノ債權ニ對シ差押並ニ轉付命令ヲ發シ得ヘキ旨ノ規定ヲ設ケタル所以ノモノハ是等權利ノ本質ハ固ヨリ公權關係ニ屬スルヤ勿論ナリト雖モ訴訟手續ニ關シテハ便宜上他ノ一般私權ト同樣ニ看做シタルモノニ外ナラサレハ轉付命令ニ基キ是等繼續收入ノ支拂ヲ求ムル控訴人ノ本件請求ハ均シク司法裁判所ノ管轄ニ屬ス可キモノト解スルヲ相當ト認ム（東京地方裁判所判決本書第二卷民訴一五九頁）

東京控訴院

板倉學士

東京地方裁判所

法曹會

【二點同趣旨學說】

一　勳章年金ハ勳章佩用權ト一體不離ノモノナリ有勳者ニシテ其勳位ヲ失ハン歟單リ年金權ノミヲ保留スルヲ得ス勳位ヲ他ニ讓渡スル能ハサル以上ハ亦年金ヲ讓渡スル能ハサルモノニシテ即チ年金權ハ有勳者ノ一身ニ專屬スルモノナリ金鵄勳章年金令第三條ハ此原則ニ一ノ例外ヲ置キタルモノニ外ナラス而シテ差押ハ其目的物タル財產權ノ讓渡若クハ取立（即チ行使）ヲ目的トスルモノナレハ此目的ヲ達スル能ハサル場合ニ於テ單リ差押ノミヲ許スヘキ理由ナキヤ明カナリ年金權ハ轉付命令其他强制讓渡ヲ爲スヲ得サルコト右ニ述フルカ如ク此目的ヲ以テスル差押ノ許スヘカラサルヤ多言ヲ要セス（法學士板倉松太郎氏法學志林第一六卷八號六六頁本書第三卷民訴一六一頁）

二　金鵄勳章年金令第一條ニ依リ其年金ハ金鵄勳章帶有者タル榮譽ヲ維持スルカ爲メニ加賜セラルルモノタルコト明白ニシテ其年金ハ之カ支給ヲ受クル權利ハ其性質上一身ニ專屬ス法文ニハ特ニ明記セスト雖モ此權利ヲ他人（讓渡シ又ハ質入ヲ爲スカ如キ行爲ハ法律ノ禁スル所ナリト云ハサルヘカラス（東京地方裁判所本書第二卷民法三〇八頁）

（一）凡ソ訴訟ノ目的物タルモノハ法律關係又ハ請求權ナルカ故ニ或行爲ノ成否又

ハ效力ノ有無ノ如キハ之カ確定ヲ求メ得ヘキモノニアラス而シテ所謂無效確認ノ訴ナルモノハ或行爲ヲ有效ナリトシテ之ニ基キ法律關係ノ不存在又ハ存在ヲ主張スル相手方ニ對シ其行爲ヲ無效ナリト主張スルモノナレハ結局法律關係ノ存否ノ確定ヲ求ムルモノニ外ナラス故ニ事案轉付命令無效確認ノ訴ハ轉付命令ノ無效ヲ主張シテ結局年金權カ被控訴人ニ屬セサルコトノ確定ノ求ムルコトニ歸ス換言スレハ被控訴人ト國トノ間ニ年金支給ノ法律關係カ存在セサルコトノ確定ヲ求ムルコトニ歸スルモノナリ果シテ然ラハ本判決ハ誤謬ナリト謂ハサルヘカラス蓋シ年金權ハ公法上ノ權利ニシテ之ニ關シ民事訴訟ヲ許スノ規定ナケレハナリ

（二）固ヨリ正當ナリト信ス

（二〇）

一九六　原告カ訴ノ原因ヲ變更セスシテ左ノ諸件ヲ爲ストキハ被告ハ異議ヲ述フルコトヲ得ス
第三　最初求メタル物ノ滅盡又ハ變更ニ因リ賠償ヲ求ムルコト
民法一七八　動産ニ關スル物權ノ讓渡ハ其動産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
同五四五第一項　當事者ノ一方カ其解除權ヲ行使シタルトキハ各當事者ハ其相手方ヲ原狀ニ復セシムル義務ヲ負フ
但第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス

（一）民事訴訟法第一九六條第三號ニハ物ノ滅失カ權利拘束後ニ於ケル事情ノ變更ニ因リ生シタル場合ニ限ルヘキ文詞ナキヲ以テ訴訟ノ目的物カ權利拘束ノ發生後ニ滅失シタル場合ナルトヲ問ハス苟モ訴

ノ原因ニ變更ナキ以上ハ原告ハ其申立ヲ變更シテ新ニ賠償ヲ求ムルコトヲ得ヘキモノトス」

二乙カ甲ヨリ買受ケ自働車ヲ丙ニ賣渡シ未タ之ヲ丙ニ引渡ササル以前ニ甲カ乙ノ代金支拂義務不履行ニ基キ契約ヲ解除シタルトキハ甲ハ右引渡ノ欠缺ヲ主張スルニ付キ正當ノ利益ヲ有スルモノニシテ民法第一七八條ニ所謂第三者ニ外ナラサレハ丙ハ自働車ノ取得ヲ以テ甲ニ對抗スルコトヲ得サルモノトス」

（一）民事訴訟法第一九六條第三號ニハ單ニ最初求メタル物ノ滅盡トノミアリテ其滅失カ權利拘束後ニ於ケル事情ノ變更ニ因リ生シタル場合ニ限ルヘキ文詞ナキカ故ニ訴訟ノ目的物カ權利拘束ノ發生後ニ滅失シタル場合ナルト其以前ニ滅失シタル場合ナルトヲ問ハス苟モ訴ハ其申立ノ變更シテ新ニ賠償ヲ求ムルコトヲ得ヘク被告ハ其申立ノ變更ニ對シ異議ヲ述フルコトヲ得サルモノト解スルヲ相當トス蓋シ權利拘束ノ後ニ於テハ訴ノ變更ヲ許サストノ原則ニ對シ同條カ特ニ例外ヲ認メ權利拘束後ニ於テモ訴ノ原因ヲ變更セサルトキハ自由ニ原告カ其申立ヲ變更スルコトヲ許シタル所以ハ之ヲ許スモ被告ハ通常其防禦方法ノ施用ニ付キ不利益ヲ被ムルコトナキニ拘ラス若シ之ヲ許ササル時ハ原告ハ新ニ別個ノ訴ヲ提起セサルヲ得サルニ至リ其不利益固ヨリ鮮少ナラサルカ故ニ之ヲ避ケシムルノ法意ニ外ナラスシテ此立法上ノ必要ハ目的物ノ滅失カ權利拘束前ノ事情ニ因ル場合ニ於テモ尙存スヘク權利拘束發生後ニ於ケル事情ニ因リ滅失シタル場合ト其規定ヲ區別スヘキ理由ナキヲ以テナリ從テ原告ノ爲シタル申立變更ノ理由カ大正二年九月

中本訴ノ自働車ヲ京都自働車株式會社ヘ賣渡シ爾後其占有ヲ失ヒタリト謂フニ在リテ本訴ノ權利拘束以前ニ於ケル目的物ノ滅失ヲ理由ト爲スコト明白ナレトモ此申立變更ハ適法ニシテ被告ハ之ニ對シ異議ヲ述フルコト能ハサルモノト謂フヘシ

(二) 原告ハ本件自働車ヲ訴外森山守次ヨリ買取リ其引渡ヲ受ケタリト主張スレトモ此點ノ立證ニ供スル證人森山守次ノ證言ニ依レハ同人カ原告ニ執シ右自働車ヲ賣渡抵當ト爲シタルコト並ニ所轄警察署ニ右事實ニ關スル屆出ヲ爲シタル事實ハ之ヲ認メ得ルニアラサレトモ其引渡ニ關シテハ同人ハ當時全ク其意思ナク從テ現實ノ引渡ハ勿論所謂占有改定ニ依ル引渡モ亦無之リシコト右證人ノ供述ニ依リ明白ニシテ甲第一號證ニ依リテハ右認定ヲ覆スニ足ラス然リ而シテ本件自働車カ以前被告ノ所有ニ屬シ之ヲ前記森山守次ニ賣却シタル事實ハ原告ノ認ムル所ニシテ買主タル右守次カ代金全部ノ支拂ヲ爲ササリシコトハ前記證人ノ供述ニ依リ又其カ爲メ右契約ヲ解除セラレタル事實ハ當裁判所ニ於テ眞正ニ成立シタリト認ムル乙第一號證ノ一、二ニ依リ執レモ明白ナルヲ以テ被告ハ前記物件ニ對シ正當ナル利益ヲ有スルモノニシテ民法第一七八條ニ所謂第三者ニ外ナラス果シテ然ラハ原告ハ右所有權ヲ以テ被告ニ對抗シ得ヘカラサルヤ勿論ナリ（東京地方大正三年(ワ)第三二一號同四年三月三日民四部田山裁判長沼五明各判事判決）

【關係事項】

自働車引渡並ニ損害金請求事件○原告武藤三治訴訟代理人辯護士安達兄之助被告セールフレサー株式會社法律上代理人辯護士坂締役イダブリユ、フレザー訴訟代理人辯護士岩田宙造同近藤民雄

【一點參照學說】

仁井田博士
岩田學士
大審院

一 原告カ最初物ノ引渡若クハ提出又ハ其所有權ノ移轉ヲ求メタルニ後日之ニ代ヘテ損害ノ賠償ヲ求ムルハ訴ノ變更ニ外ナラス然レトモ原告カ斯ル行爲ヲ爲スモ訴ノ原因ヲ變更セサル限リハ被告ハ之ニ對シテ異議ヲ述フルコトヲ得サルモノトス例ヘハ訴ヲ以テ寄託物ノ引渡ヲ求メタル原告ハ訴訟ノ進行中ニ受寄者タル被告ノ過失ニ依リテ物ノ滅盡又ハ毀損セルカ爲メニ生シタル損害ノ賠償ヲ求ムル請求ヲ主張シ以テ訴ヲ變更スルヲ得ルカ如シ（法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論中卷六九二頁）

二 民事訴訟法第一九六條ノ場合ヲ說明スレハ左ノ如シ

(一)(二)略

(三) 最初求メタル物ノ滅盡又ハ變更ニ因リ賠償ヲ求ムルコト此場合モ亦訴ノ原因ニ變更ナキ場合ニ限リ許サルルモノニシテ最初求メタルトハ訴提起ノ際ニ請求シタルモノヲ謂フ其目的物カ訴訟ノ進行中ニ滅盡若クハ變更シタルトキニ限リ賠償ヲ求ムルコトヲ得訴訟提起ノ當時ヨリ存在セサルモノヲ訴訟ノ中間ニ於テ賠償請求ニ變スルヲ許サス故ニ申立ノ變更ハ原告カ訴ヲ以テ主張シタル目的物カ權利拘束發生ノ當時存在スルコト及ヒ其訴訟ノ進行中ニ於テ滅盡又ハ變更シタルコトノ二個ノ條件ノ下ニ許サルヘキ申立ノ變更ナリ（法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論二七二頁）

三 民事訴訟法第一九六條第三號ハ訴訟提起後ニ生シタル出來事ノ爲メ執行不能トナリタル場合ニ民法ノ原則ニ從ヒ賠償ノ責ヲ盡サシムルコトヲ許シタル規定ニシテ單ニ其物件ノ代價ニ限リ請求ヲ許スカ如キ狹隘ナル意義ニ解スヘキモノニアラス（大審院民事判決錄二七年六卷一〇頁）

【一點參照學說】

梅博士
横田博士

一 甲カ乙ヨリ或不動產ノ所有權ヲ買受ケ其登記ヲ了ヘタルニ拘ラス未タ其代價ヲ支拂ハサル場合ニ甲カ其不動產ノ所有權ヲ丙ニ讓渡シ且其登記ヲナシタリトセハ乙ハ解除權ヲ失ハサルモ不動產ノ所有權ヲ回復スルコトヲ得スシテ單ニ損害賠償ヲ求ムルコトヲ得ルニ止マルヘシ（法學博士梅謙次郎氏法學志林四二年第一二卷三號五頁）

二 契約カ特定物ニ關スル物權ノ設定移轉ヲ目的トスル場合ニ其契約ニ因リテ物權ヲ取得シタル當事者カ更ニ其物權ヲ第三者ニ移轉シ又ハ第三者ノ爲メニ目的物上ニ他ノ物權ヲ設定シタル後ニ至リ其契約カ解除セラレタルトキハ其解除ハ第三者ニ對シテハ何等ノ效力ヲ生セス第三者既得ノ權利ハ依然トシテ存立スルモノニアラサルコトハ既ニ一言シタル所ニシテ民法ハ第五四九條第一項後段ニ於テ「第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得スト規定シ前段ニ規定セル原狀回復ハ單ニ債權的ノ效力ヲ生スルニ止マリ物權的ノ效力ヲ生セサルコトヲ明ニセリ故ニ此場合ニ於テハ契約當事者ノ一方ハ相手方ニ對シ第三者ノ有ニ歸シタル權利ノ回復消滅ヲ請求シ權利ノ回復消滅カ不能トナリタルトキハ之ニ代ヘテ損害ヲ賠償セシムルノ權利ヲ有スルニ止マル然レトモ第三者カ契約當事者ノ一方ニ對シテ既得權ヲ主張スルニハ動產ニ關シテハ引渡不動產ニ關シテハ登記ヲ爲シタルコトヲ必要トシ第三者カ未タ登記又ハ引渡ノ手續ヲ履マサルノ前契約當事者ニ於テ相手方ヨリ動產ヲ受ケ又ハ不動產ニ付キ回復ノ登記）動產不動產ノ假處分并ニ不動產ノ假登記モ亦同一ノ效力ヲ生ス）ヲ爲シタルトキハ契約當事者ハ第三者ニ對シテ其權利ヲ了ヘタルニ拘ラス未タ其代價ヲ支拂ハサル場合ニ甲カ其不動產ノ所有權ヲ失ハサルモ不動產ノ所有權ヲ回復スルコトヲ得スシテ單ニ損害賠償ヲ求ム（法學博士梅謙次郎氏法學志林四二年第一二卷三號五頁）

三 契約カ特定物ニ關スル物權ヲ取得シタル當事者カ更ニ其物權ヲ第三者ニ移轉シ又ハ第三者ノ爲メニ目的物上ニ他ノ物權ヲ設定シタル後ニ至リ其契約カ解除セラレタルトキハ其解除ハ第三者ニ對シテハ何等ノ效力ヲ生セス第三者既得ノ權利ハ依然トシテ存立スルモノニアラサルコトハ既ニ一言シタル所ニシテ民法ハ第五四九條第一項後段ニ於テ「第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得スト規定シ前段ニ規定セル原狀回復ハ單ニ債權的ノ效力ヲ生スルニ止マリ物權的ノ效力ヲ生セサルコトヲ明ニセリ故ニ此場合ニ於テハ契約當事者ノ一方ハ相手方ニ對シ第三者ノ有ニ歸シタル權利ノ回復消滅ヲ請求シ權利ノ回復消滅カ不能トナリタルトキハ之ニ代ヘテ損害ヲ賠償セシムルノ權利ヲ有スルニ止マル然レトモ第三者カ契約當事者ノ一方ニ對シテ既得權ヲ主張スルニハ動產ニ關シテハ引渡不動產ニ關シテハ登記ヲ爲シタルコトヲ必要トシ第三者カ未タ登記又ハ引渡ノ手續ヲ履マサルノ前契約當事者ニ於テ相手方ヨリ動產ヲ受ケ又ハ不動產ニ付キ回復ノ登記）動產不動產ノ假處分并ニ不動產ノ假登記モ亦同一ノ效力ヲ生ス）ヲ爲シタルトキハ契約當事者ハ第三者ニ對シテ其權利ヲ

主張スルコトヲ得ルト同時ニ第三者ノ權利ハ消滅ニ歸スヘキモノトス（法學博士横田秀雄氏債權各論一九六頁）

一點ハ吾人之ニ反對ス蓋シ第一九六條第三號ニ所謂物ノ滅盡又ハ變更カ權利拘束ノ發生後ニ生シタルモノニ限ルコトハ其文理上疑ヲ容レス判決ノ如キ解釋ハ單ニ滅盡ノ一語ノミヲ孤立セシメテ第三號全體ノ文意ヲ捕捉セサルノ誤謬ニ出ツルモノト謂ハサルヲ得サルナリ

二點ハ至當ノ見解ナリ贊同ヲ表ス

（二一）

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

民法九九第一項　代理人カ其權限内ニ於テ本人ノ爲メニスルコトヲ示シテ爲シタル意思表示ハ直接ニ本人ニ對シテ其效力ヲ生ス

『(一)明治十一年太政官布告第一七號郡區町村編制法ノ適用ヲ受クル村カ訴訟ヲ爲スニ當リ總代人カ村ヲ代表スヘキ旨ヲ定メタル法規ナシ』

(二)代理人ノ爲シタル意思表示カ其權限内ノ事項ニ付キ本人ノ爲メニスルコトヲ示シテ爲シタルモノナル以上ハ代理人ノ意思カ眞ニ本人ノ爲メニスルニ在リシヤ或ハ又其地位ヲ濫用シテ不正ニ自己ノ利益ヲ計ラントスルニ在リシヤ否ヤヲ問ハス常ニ民法第九九條ノ規定ニ依リ本人ニ對シ其效力ヲ生スルモノト

(一)　明治十一年太政官布告第一七號郡區町村編制法ノ適用ヲ受クル村カ訴訟ヲ爲スニ當リ總代人カ村ヲ代表スヘキ旨ヲ定メタル法規ナシ上告人ノ主張ニ係ル明治九年太政官布告第一三〇號ハ區町村金穀公借共有物取扱土木起功ニ關スル規則又明治十一年開拓使乙第一九號布達ハ總代人選擧及ヒ其心得ニ關スル規則ニシテ孰レモ村ノ訴訟ニ付キ代表者ヲ定メタル法規ニアラス故ニ原院カ本訴ニ付キ總代人兩名ニ被上告村ヲ代表スル權限ナシト判示シタルハ毫モ不法ニアラス

(二)　代理人カ其權限内ノ事項ニ付キ本人ノ爲メニスルコトヲ示シテ意思ヲ表示シタルトキハ其意思表示ハ直接ニ本人ニ對シテ其效力ヲ生スルモノナルコトハ民法第九九條ノ明定スル所ナリ即チ代理人ノ爲シタル意思表示カ(一)其權限内ノ事項ニ關スルコト(二)其意思表示ハ之ヲ本人ノ爲メニスルコトヲ示シテ爲シタルコトノ二個ノ事實存在スル以上ハ代理人ノ意思カ眞ニ本人ノ爲メニスルニ在リシヤ或ハ又其地位ヲ濫用シテ不正ニ自己ノ利益ヲ計ラントスルニ在リシヤ否ヤヲ問ハス常ニ民法第九九條ノ規定ニ依リ本人ニ對シ其效力ヲ生スルモノトス是レ本院判例ノ認ムル所ナリ明治三十八年オ第一四七號事件同年六月十日言渡ノ判決參照）然ルニ本件ニ付原院ノ確定スル所ニ依レハ「控訴村（被上告人）ノ前戸長山崎信義カ同村總代三上性之助及ヒ佐川萬太郎ノ連署ヲ以テ明治三十四年十二月五日控訴村尋常小學校改築費金公借名義ニヨリ被控訴人（上告人）ヨリ金千五百圓ヲ受領シ被控訴人主張ノ如キ利息及ヒ辨濟方法ヲ契約シタル」モノナルヲ以テ右尋常小學校改築費金公借カ被上告村代表者ノ權限内ノ事項ニ屬シ且其公借ノ意思表示カ被上告人ノ爲メニスルコトヲ示シテ爲シタルモノナル以上ハ其意思表示ハ直接ニ被上告人ニ對シ效力ヲ生スヘキ筋合ナルニ原

院カ「本訴ノ金員ハ右戸長山崎信義カ總代三上性之助ト共謀ノ上其權限ヲ濫用シ公債名義ヲ詐リ被控訴人ヨリ騙取シタルモノナルコト明白ナレハ甲第一號證ハ控訴村ニ對シ效力ヲ生スヘキモノナルニ非ス」ト說明シ恰カモ被上告村ノ代表者カ其權限內ノ事項ニ付キ爲シタル意思表示ト雖モ其眞意被上告人ノ爲メニスルニ在ラス自己ノ爲メニスルニ在ルトキハ本人タル被上告人ニ對シ其效力ヲ生セサルモノノ如ク判示シタルハ不法ト謂ハサルヲ得ス被上告人ハ原院ニ於テ本件消費貸借ノ成立ヲ認メタルニアラス犯罪行爲ヲ認メタルモノナリト主張スレトモ前記ノ如ク原院カ一方ニ於テ犯罪行爲ヲ認メタリトスルモ他方ニ於テ本件貸借ノ意思表示アリタルコトヲ認メタルコト明カナリ又被上告人ハ民法第九九條ハ法律行爲ニ關スルモノニアラサルヲ以テ之ヲ本件ノ場合ニ適用スルコトヲ得スト謂フト雖モ本件行爲カ假ニ刑法上ヨリ觀テ犯罪ト認メ得ヘキモノナリトスルモ民法上法律行爲ト認ムルニ何等妨トタルモノニアラサルヲ以テ被上告人ノ該主張モ亦採用スルヲ得ス(大審院大正三年オ第五二號同四年二月十五日民二部馬場裁判長田上大倉入江鈴木各判事判決)

【關係事項】

破毀差戻○原審函館控訴院○貸金請求事件○上告人松本貞次郎訴訟代理人辯護士小町谷純被上告人大澤村訴訟代理人辯護士三坂亥吉

【二點參照學說判例】

一 代理人カ本人ノ爲メニ法律行爲ヲ爲スノミニテハ未タ足レリトセス必ス本人ノ名ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ要ス(法學博士梅謙次郎氏民法要義總則編二三〇頁

二 代理ハ本人ノ爲メニスル意思アルヲ以テ足レリトセス其意思ナルコトヲ示シテ意思表示ヲ爲スコトヲ要ス(法學博士富井政章氏民法原論總論四一一頁)

梅博士
富井博士

三 代理人ハ他人ノ爲メニ意思ヲ表示スルモノナリ卽代理人ハ本人ノ爲メニスル意思ヲ有セサルヘカラス換言セハ其爲タル意思表示ノ效果ヲ直接ニ本人ニ對シテ生セシムルノ意思(本人ヲ法律關係ノ當事者タラシムルノ意思)ヲ有スルコトヲ要ス(法學博士平沼騏一郎氏民法總論五一九頁)

四「本人ノ爲メニ」—本人ニ代ハリテ(敢テ本人ノ利益ノ爲ニ限ラス)(法學博士岡松參太郎氏民法理由上卷二二三頁)

五 代理ハ本人ノ爲メニスル意思(代理意思)アルコトヲ其要分トス働方代理ニ於テ其意思ハ代理人ニ於テ其意思ハ代理人ニ對シテ意思表示ヲ爲ス者ニアリ爲メニスルトハ本人ノ利益トナルノ意ニアラス其利益タルト不利益ナルトヲ問ハス意思表示ノ法律行爲上ノ效力カ本人ニ於テ生スルコトヲ意味ス故ニ代理意思ハ法律行爲上ノ效力ヲ本人ニ於テ生セシメント欲スル意思ヲ謂フモノナリ(法學博士川名兼四郎氏日本民法總論二二七頁)

六 代理人ニ本人ノ爲メニスルノ眞意アルヲ要スルヤ曰ハク然ラス客觀的ニ本人ノ爲メニスルコトヲ示ス事情存スレハ代理行爲トナル右ノ如キ眞意アルヲ要セス蓋シ外形上ニ於テ本人ノ爲メニスルノ意思アリト雖モ其內部ノ意思ノ效力ヲ認ムルハ取引ノ安全ニ害アレハナリ相手方ニ於テハ如何ナル條件ヲ要スルヤ卽チ相手方ハ本人ト取引ヲ爲スノ意思アルコトヲ要スルヤ曰ハク之レ不必要ナリ代理人ニ於テ本人ノ爲メニスルコトヲ示シタル以上ハ相手方ノ意思如何ニ拘ハラス本人ニ對シテ效力ヲ生ス(法學博士中島玉吉氏民法釋義卷之一、五五二頁)

七 代理ニハ第一ニ代理人カ本人ノ爲メニスル意思ヲ有スルコトヲ要ス本人ノ爲メニスル意思ヲ有セシムル意思ナリ(法學士松岡義正氏民法論四七九頁)

八 代理人カ本人ノ爲メニスル效果意思ヲ有スルモ之レカ表示ナクンハ其效力ヲ生スル能ハス(法學士嘉山幹一氏中央大學講義錄寫版民法總則下三二二頁)

九 代理ノ要件ニ關シテハ二個ノ主義アリ一ハ本人ノ爲メニスルコトヲ示スヲ要スルモノニシテ他ノ一ハ之ヲ要セサルモノナリ我民法ハ前ノ主義ヲ採用シタルモノニシテ之ヲ顯名主義ト云ヒ諸外國ノ民法ニ於テモ一般ニ採用セラルル所ナリ而シテ我法律カ此主義ヲ採リタル理由ヲ案スルニ抑モ代理關係ノ法律ニ認メラルル理由ハ本人ニ付テ法律行爲ノ效力ヲ發生セシメントスル代理人ノ意思ニ存シ法律ハ此意思ノ效力ヲ認ムルモノナリ而シテ此意思タル敢テ法律行爲意思卽チ效果意思ト獨立シ別個ノ存在ヲ有スルモノニアラスシテ其內容ヲ爲スモノナリ凡テ人ノ法律行爲ヲ爲スヤ必ラス何人ニ付テカ其法律上ノ效果ヲ發生セシメント欲スルモノニシテ之ヲ自己ニ付テ發生セシメント欲スルコトカ行爲意思當然ノ內容タルカ如ク他人ニ付テ發生セシメント欲スルコトモ亦行爲意思ノ內容ヲ構成スルモノナリ而シテ行爲意思ハ其表示ヲ要スルナリ(法學士鳩山秀夫氏法律行爲乃至時效二五八頁)

本人ノ爲メニスルコトヲ示スト云フノ意義如何法律ハ此點ニ付テ明文ヲ置カス故ニ理論ト沿革トニ依リテ其意義ヲ定メサルヘカラス而シテ法律カ此要件ヲ揭ケタル理由ハ前段所論ノ如クナルヲ以テ本人ノ爲メニスルト云フハ單ニ其法律行爲ヨリ生スル利害ヲ本人ニ歸セシムルト云フノミニアラスシテ其法律行爲ノ直接ノ效果ヲ本人ニ付テ生セシムルト云フニアラサルヘカラス(同上二五九頁)

平沼博士
岡松博士
川名博士
中島博士
松岡學士
嘉山學士
鳩山學士

代理ニ於テハ效果ヲ本人ニ歸屬セシムルノ外尚本人ニ代ルノ意思ヲ存スルナリ換言スレハ自己ノ固有ノ行爲トシ自己ノ名ニ於ケル行爲トシテ其效果ヲ本人ニ歸屬セシムルニ非スシテ本人ニ代リテ即チ自己ノ行爲ニハアレト恰カモ本人自ラ行爲ヲ爲スカ如ク本人ニ付テ其效果ヲ生セシメント欲スルコト之ナリ（同上二六〇頁）

本人ノ利益ヲ圖ル意思ノ如キハ之ヲ有スルヲ要セス（同上二六一頁）

大審院

一〇 民法第九九條ノ規定ハ第三者ノ保護ノ爲メ設ケラレタルモノニシテ代理人ノ爲シタル意思表示カ其權限内ノ事項ニ關スル事實ト本人ノ爲メニスルコトヲ示シタル事實トアル以上ハ代理人ノ眞意カ果シテ本人ノ爲メニスルニ在リシヤ將タ其地位ヲ濫用シ不正ニ自己ノ利益ヲ計ラントスルニ在リシヤヲ問ハス常ニ之ヲ適用スヘキモノナリ（大審院民事判決錄明治三八年二二一頁）

東京控訴院

一一 代理人カ其權限内ニ於テ爲シタル意思表示ハ本人ニ對シテ其效力ヲ生スヘク又第三者カ代理人ニ對シテ爲シタル意思表示モ亦本人ニ對シ其效力ヲ生シ代理人ノ眞意カ本人ノ爲メニスルニ在リシヤ將タ其地位ヲ濫用シテ不正ニ自己ノ利益ヲ計ラントスルニ在リシヤ否ヤハ民法第九九條ノ區別セサル所ナリ（東京控訴院判決法律新聞第三二三號二〇頁）

東京地方裁判所

一二 權限アル代理人カ其權限内ニ於テ本人ニ爲メニスルコトヲ示シテ爲シタル行爲ナル以上ハ縱令代理人カ之ニ因リ自己ノ利益ヲ得ントスル意思ヲ有シタリトスルモ其意思如何ハ其行爲ノ效力ニ毫モ影響ヲ及ホスモノニ非ス（東京地方裁判所判決法律新聞第六八三號二五頁）

民法第九九條ニ所謂「本人ノ爲メニスルコトヲ示シ」トハ本人ノ利益ヲ圖ル意思ノ表示ニアラスシテ意思表示ヨリ生スル法律上ノ效果ヲ直接ニ本人ニ付テ生セシムル意思ノ表示タルコトハ學說ノ大體ニ於テ一致スル所ナルモ本人ノ爲メニスルコトヲ示スノ外本人ノ爲メニスルノ意思カ現實ニ存在スルコトヲ要スルヤ否ヤニ付テハ中島博士ハ本判決ト同シク消極ノ見解ヲ採ラル然レトモ吾人ハ總テノ場合ヲ通シテ代理意思ヲ要セスト爲スハ正鵠ヲ得タルモノニアラスシテ畢竟意思表示ニ關スル一般ノ原則ニ從ヒ代理人ニ依ル意思表示ノ效力ヲ論セサルヘカラサルモノト信ス蓋シ代理意思ノ表示ハ代理人ニ依ル意思表示ノ一部ヲ形成スルモノナレハナリ故ニ代理人カ代理意思ノ表示ニ付キ心裡留保ヲナシタルトキ例ヘハ甲カ自己ノ爲メニスル意思ヲ有シ又ハ丙ノ爲メニスル意思ヲ有スルニ拘ラス乙ノ爲メニスルコトヲ示シテ意思表示ヲ爲シタルトキハ相手方カ甲ニ乙ノ爲メニスル意思ナキコトヲ知リ又ハ之ヲ知ルコトヲ得ヘカリシトキノ外當該意思表示ノ效力ハ之カ爲メニ妨ケラルルコトナク又相手方ト通シテ虛僞ノ代理意思ヲ表示シタルトキハ當該意思表示ハ無效トシ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スヘカラサルカ如シ

(二二)

二四二 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申立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

二四四 判決ハ其主文ニ包含スルモノニ限リ確定力ヲ有ス

三九六 控訴ハ區裁判所又ハ地方裁判所ノ第一審ニ於テ爲シタル終局判決ニ對シテ之ヲ爲ス

四〇一 控訴ハ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

此他控訴狀ニ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

四二一　第一審ニ於テ是認シ又ハ非認シタル請求ニ關スル總テノ爭點ニシテ申立ニ從ヒ辯論及ヒ裁判ヲ必要トスルモノハ第一審ニ於テ此爭點ニ付キ辯論及ヒ裁判ヲ爲サザルトキト雖モ控訴裁判所ニ於テ其辯論及ヒ裁判ヲ爲ス

第一審判決ノ理由ニ徵スルトキハ起シタル一個ノ請求ノ全部ニ付キ裁判シタルモノナルコトヲ認ムルヲ得ルニ拘ラス判決ノ主文ニ於テ請求ノ一部ニ關シ何等ノ宣明ヲ爲サザリシトキハ其判決ハ一分判決ニ非スシテ請求ノ一部ニ關スル裁判ヲ脫漏シタル全部判決ナレハ其脫漏部分ニ付キ控訴ヲ爲スモ之ヲ不適法トシテ却下スヘキモノニアラス」

大審院大正二年(オ)第一一七號判決本書第二卷民訴二二〇頁所載判旨ハ不當ナリ蓋節一審判決ノ理由ニ徵スルトキハ起シタル一個ノ請求ノ全部ニ付キ裁判シタルモノナルコトヲ認ムルヲ得ルニ拘ラス判決ノ主文ニ於テ其請求ノ一部ニ關シ何等ノ關明ヲ爲サザリシ場合ニハ其一審判決ハ一分判決ニハ非スシテ請求ノ一部ニ關スル裁判ヲ脫漏シタル全部ノ終局判決ナルコトハ疑ヲ容レスサレハ其全部判決ニ對シテ控訴カ提起セラレタルトキハ其控訴カ第一審ノ終局判決ニ對シテ爲シタル控訴ナルコトハ固ヨリ論ナシ只控訴審ニ於テハ第一審判決ニ於テ何等ノ裁判ヲ爲サザリシ請求ノ一部ニ付キテハ辯論及ヒ裁判ヲ爲スコトヲ得ス又案件ニ於テハ控訴人ハ追加裁判申立ノ期間ヲ經過シ判決ノ補充ヲ求ムルコトヲ得サル場合ナルヘシト雖モ尙ホ當該控訴審ニ於テ新請求トシテ八千六百十九圓餘ノ請求ヲ起シ之ニ對シテ控訴裁判所ノ判決ヲ受クルコトヲ得タルナリ然ルニ原審裁判所カ控訴ヲ不適法トシテ却下シ控訴人ヲシテ右新請求ヲ爲スコトヲ得サラシメタルハ不當モ亦甚シト云フヘク大審院カ又斯

ル判決ヲ是認シタルハ吾人ノ大ニ憾ミトスル所ナリ（法學博士雄本朗造氏京都法學會雜誌第一〇卷第二號一三九頁以下要領）

吾人ハ曩キニ本件大審院判決ニ贊同セリ故ニ今茲ニ再說セス

（二一三）

五〇二　左ノ場合ニ於テハ申立ニ因リ假執行ノ宣言ヲ爲スヿ可シ

第五　此他財產權上ノ請求ニ關シ金額又ハ價額ニ於テ二十圓ヲ超過セサル訴訟（但書略）

五〇三　前二條ニ揭ケ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ヿ可シ

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ヿ可キコトヲ疏明スルトキ

五四九第一項　第三者カ强制執行ノ目的物ニ付キ所有權ヲ主張シ其他目的物ノ讓渡又ハ引渡ヲ妨クル權利ヲ主張スルトキハ訴ヲ以テ債權者ニ對シ其强制執行ニ對スル異議ヲ主張シ又債務者ニ於テ其異議ヲ正當ナリトセサルトキハ債權者及ヒ債務者ニ對シテ之ヲ主張スヿ可シ

七四八　假差押ノ執行ニ付テハ强制執行ニ關スル規定ヲ準用ス（但書略）

假差押ニ對スル第三者ノ異議ノ場合ニ於テ假差押ヲ許サスト宣言スル判決ニハ訴ノ性質上假執行ノ宣言ヲ付スヘキモノニアラス」

本件假差押ノ執行ハ之ヲ許ス可キモノニアラス然レトモ假差押ニ對スル第三者ノ異議ノ場合ニ於テハ假差押命令取消ノ場合ト異ナリ民事訴訟法第五百一條ノ適用ヲ受クヿ可キモノニアラスシテ訴ノ性質上假執行ノ宣言ヲ付スヘキモノニアラサルカ故ニ該申立ハ不適法トシテ之ヲ却下スヘキモノトス（大阪區大正三年(ハ)第四五五六號同年九月二十三日岩村判事判決）

【關係事項】

動産假差押解除請求事件○原告中西福三訴訟代理人辯護士内藤正剛被告松村合名會社伊勢平支店代表者松村平藏訴訟代理人辯護士鮫江貞繼

吾人ハ假差押ノ執行ニ對スル異議ハ財産權上ノ請求ナルヲ以テ第五〇二條第五號又ハ第五〇三條ノ規定ニ從ヒ假執行ノ宣言ヲ爲シ得ヘキモノト解シ性質上假執行ノ宣言ヲ許ササルモノトスル本判決ニ贊同セス

(二四)

大審院決定

六七一第二項　競落ノ許可ニ付テノ異議ハ左ノ理由ニ基クコトヲ要ス
第一　强制執行ヲ許スヘカラサルコト又ハ執行ヲ續行ス可カラサルコト
六八〇第一項　利害關係人ハ競落ノ許否ニ付テノ決定ニ因リ損失ヲ被ムル可キ場合ニ於テハ其決定ニ對シ即時抗告ヲ爲スコトヲ得
六八一條第二項　競落ヲ許シタル決定ニ對スル抗告ハ此法律ニ揭クル競落ノ許可ニ對スル異議ノ原因ノ一ヲ理由トスルトキ又ハ競落決定カ競落期日ノ調書ノ旨趣ニ抵觸シタルコトヲ理由トスルトキニ限リ之ヲ爲スコトヲ得
競賣法三二第二項　競落ノ手續……ニ關スル民事訴訟法第六七一條乃至第六七四條第六七六條乃至第六八三條……ノ規定ハ本章ノ競賣ニ之ヲ準用ス

競賣法及ヒ同法ニ依リ準用セラルル民事訴訟法ノ規定ニ依レハ競落ノ許可ニ付テノ異議ナルモノアルモ競落許可決定ニ對スル異議ナルモノナシ故ニ斯カル異議申立ハ許スヘカラサルモノトシテ之ヲ却下スヘキモノトス」

申立カ競落許可決定ニ對スル異議ナルカ又ハ之ニ對スル抗告ナルカハ單ニ其申立書ノ文字ノミニ拘泥セス專ラ其實質ニ付キ審査スルコトヲ要スルモノトス」

申立書ノ冒頭ニハ「異議ノ申立」トアルモ其本文中ニハ本件競賣ニハ前記ノ如キ事情ノ存スルモノニシテ即チ民事訴訟法第六七二條第一項第一號ニ記載スル競賣

スヘカラサルモノヲ競賣セラレタルモノニ付大正四年一月十三日御廳ニ於テ付與セラレタル競落許可決定ヲ取消再競賣ニ付セラレタシ」ト謂フカ如キ文詞アルトキハ之ヲ競落許可決定ニ對スル抗告ト認ムルコトヲ得サルモノニアラス從テ右申立書中ニ異議申立トアルヲ「抗告申立」ト訂正スルカ如キハ單純ナル字句ノ修正ニ過キサルヲ以テ假令抗告期間經過後ト雖モ有效ニ之ヲ爲シ得ルモノトス」

競賣法及ヒ同法ニ依リ準用セラルル民事訴訟法ノ規定ニ依レハ競落ノ許可ニ付テノ異議ナルモノアルモ競落許可決定ニ對スル異議ナルモノナシ故ニ原審ニ提出シタル抗告人ノ申立カ競落許可決定ニ對スル異議申立ナリトセハ許スヘカラサルモノトシテ之ヲ却下スヘク民事訴訟法第六七一條第二項ハ競落ノ許可ニ付テノ異議ニ關スル規定ナルヲ以テ同條ニ依リ其適否ヲ判斷スヘキモノニアラス而シテ右抗告人ノ申立カ競落許可決定ニ對スル異議ナルカ又ハ之ニ對スル抗告ナルカハ單ニ其申立書ノ文字ノミニ拘泥セス專ラ其實質ニ付キ審査スルコトヲ要ス記錄添附ノ申立書ヲ覽ルニ其冒頭ニハ「異議ノ申立」トアルモ其本文中ニハ「然レトモ本件競賣ニハ前記ノ如キ事情ノ存スルモノニシテ即チ民事訴訟法第六七二條第一項第一號ニ記載スル競賣スヘカラサルモノヲ競賣セラレタルモノニ付大正四年一月十三日御廳ニ於テ付與セラレタル競落許可決定ヲ取消再競賣ニ付セラレタシ」ト謂フカ如キ文詞アリテ之ヲ競落許可決定ニ對スル抗告ト認ムルコトヲ得サルモノニアラス從テ右申立書中ニ「異議申立」トアルヲ「抗告申立」ト訂正スルカ如キハ單純ナル字句ノ修正ニ過キサルヲ以テ假令抗告期間經過後ト雖モ有效ニ之ヲ爲シ得ルモノトス然レハ原裁判所カ前示抗告人ノ抗告

申立ヲ競落許可決定ニ對スル異議ト認メ民事訴訟法第六七一條第二項ニ依リ不適法ナリトシ且其申立書中「異議申立」トアルヲ抗告期間後ハ「抗告申立」ト有效ニ訂正スルコトヲ得サルモノトシ之ヲ不適法トシテ却下シタルハ不當ニシテ之ニ對スル本件抗告ハ結局理由アルモノト謂ハサルヲ得ス（大審院大正四年（ク）第六二號同年二月十五日民二部馬場裁判長田上神原入江鈴木各判事決定）

【關係事項】

廢棄委任○原審德島地方裁判所○不動產競賣事件ノ競落許可決定ニ對スル抗告事件○抗告人井上すみ代理人辯護士海原儁平

競落ノ許否ニ付テノ決定ニ對スル不服ノ申立ハ其理由ノ如何ヲ問ハス民事訴訟法第六八〇條第一項ニ規定セラレタル即時抗告ノ實質ヲ有ス故ニ之ニ對シ異議申立ナル名稱ヲ附シタルトキニ於テ之ヲ適法ナル抗告トナスヘキカ又ハ不適法ナル他ノ申立トナスヘキカハ畢竟抗告狀ニ「抗告」ナル表示ヲ必要トスルヤ否ヤノ問題ナリ而シテ吾人ハ抗告狀ニ斯カル表示ヲ要件トスルノ規定ナキヲ理由トシ右「異議申立」ヲ以テ適法ナル抗告ナリト解ス故ニ右「異議申立」ヲ「抗告」ト訂正スルカ如キハ單ニ字句ノ更正ニ過キスシテ不適法ノ申立ヲ適法ナラシメントスルモノニアラサレハ抗告期間ノ經過後ト雖モ之ヲ爲スコトヲ妨ケサルモノト信ス本件決定ハ結果ニ於テ吾人ノ所見ト同一ニ歸スルモノナリ

（二一五）

二〇六第二項　左ニ掲クルモノヲ妨訴ノ抗辯トス

第一　無訴權ノ抗辯

憲法六一　行政官廳ノ違法處分ニ由リ權利ヲ傷害セラレタリトスルノ訴訟ニシテ別ニ法律ヲ以テ定メタル行政裁判所ノ裁判ニ屬スヘキモノハ司法裁判所ニ於テ受理スルノ限ニ在ラス

明治二三年法律第一〇六號　法律命令ニ別段ノ規程アルモノヲ除ク外左ニ掲クル事件ニ付行政廳ノ違法處分ニ由リ權利ヲ毀損セラレタリトスル者ハ行政裁判所ニ出訴スルコトヲ得

四　水利及土木ニ關スル事件

河川法四一第一項　法律命令若ハ許可認可ノ條件ニ違背シタル工事、設備、使用、占用者ハ工作物ノ管理ニ因リ損害ヲ受ケシメタル者ハ其ノ損害ヲ賠償スヘシ

同六一　第四一條第一項ニ依リ損害賠償ヲ請求スル私人若ハ公共團體ハ損害ヲ受タル日ヨリ三箇月以內ニ民事訴訟ヲ提起スルコトヲ得

法律命令若ハ許可認可ノ條件ニ違背シタルヤ否ヤニ付キ爭アルトキハ前數條ノ手續ニ依リ其ノ違背シタリトノ事實確定シタル後ニ非サレハ民事訴訟ヲ提起スルコトヲ得ス但シ此場合ニ於テハ前條ノ期間ハ確定ノ日ヨリ起算スルモノトス

明治三二年勅令第四〇四號一第一項　河川法ニ規定シタル事項ヲ準用スヘキ水流若クハ水面又ハ河川ハ內務大臣ノ認可ヲ經テ府縣知事之ヲ認定ス

同二　前條ノ認定ヲ受ケタル水流若ハ水面又ハ河川ニハ河川法……第三八條乃至第四三條……第五二條乃至第六三條及之ニ基キテ發スル命令ノ規定ヲ準用ス

縣カ河川沿岸ノ水害復舊工事ヲ施行シ其工事ノ一部トシテ道路堤防ヲ築造スルニ當リ合法ノ原因ナクシテ原告ノ所有地ヲ右道路堤防ノ地盤ト爲シタルコトヲ主張シ之ニ對シテ妨害ノ排除敷地ノ返還並ニ損害ノ賠償ヲ求メタル訴訟ニ於テ裁判所カ原告ノ主張事實ハ縣ノ不法行爲ニ非スシテ水利又ハ土木ニ關スル行政廳ノ違法處分ニヨリ原告ノ權利ヲ侵害シタルモノナリトシ行政訴訟ヲ提起スヘキモノト爲サンニハ縣カ復舊工事タル土砂ヲ掘鑿シ木石ヲ堆積スル如キ事實的行爲ヲ施行シタルコトヲ判示スルヲ以テ足レリトセス縣カ管下一般ニ對シ若ク

ハ原告ノ如キ關係ノ土地所有者ニ對シ公道公堤ノ築造ニ付キ行政處分アリタルコトヲ具體的ニ判示セサル可カラス」

右ノ河川カ河川法ヲ準用スヘキモノニ非サル場合ニ於テ原告ノ請求カ損害賠償ノミニ止マルトキハ司法裁判所ハ縣ノ行爲カ行政處分タルトキト雖モ其請求ノ當否ヲ判定スルコトヲ得ルモノトス」

本縣上告人ノ請求ハ山梨縣北巨摩郡祖母石村地内釜無川沿岸ハ出水ニヨリ多大ノ災害ヲ被リタルヲ以テ被上告縣ハ國家ノ補助ヲ得テ災害復舊工事ヲ施行シ其工事ノ一部トシテ本件ノ道路堤防ヲ築造シタリ然ルニ被上告縣ハ何等合法的ノ原因ナクシテ上告人ノ所有地ヲ右道路堤防ノ地盤ト爲シタル[illegible]ニ依リ本訴ヲ提起シ妨害ノ排除敷地ノ返還並ニ損害ノ賠償ヲ求ムト云フニ在ルヲ以テ原院カ上告人ノ請求ヲ以テ被上告縣ノ普通ノ不法行爲ニ非スシテ水利又ハ土木ニ關スル行政廳ノ違法處分ニヨリ上告人ノ權利ヲ侵害シタルモノトシ行政訴訟ノ提起スヘキモノト爲サンニハ被上告縣カ本件復舊工事タル土砂ヲ掘鑿シ木石ヲ推積スル如キ事實的行爲ヲ施行シタルコトヲ判示スルヲ以テ足レリトセス被上告縣カ管下一般ニ對シ若クハ上告人ノ如キ關係ノ土地所有者ニ對シ係爭ノ公道公堤ノ築造ニ付行政處分アリタルコトヲ具體的ニ判示セサル可カラス加之河川法第四一條第六一條明治三十二年勅令第四〇四號第一條第二條ニ依レハ河川法ヲ準用スヘキ河川ニ在リテモ法律命令等ニ違背シタル工事設備等ニヨリ私人カ損害ヲ受ケタルトキハ民事訴訟ヲ提起シ得ヘシ然レトモ法律命令等ノ違背ノ有無ニ付爭アルトキハ訴願若クハ行政訴訟ノ提起ニヨリ其違背事實ノ確定

シタル後ニ非サレハ民事訴訟ヲ提起スルコトヲ得ス本件災害復舊工事ヲ施シタル釜無川沿岸カ河川法ヲ準用スヘキ河川範圍ニ屬スルヤ否ニ付キ原院ニ於テ當事者間ニ一致セス而モ本訴新道路ニ關スル上告人ノ請求ハ損害ノ賠償ノミニ止マルヲ以テ河川法ヲ準用スヘキモノニ非サル場合ニ於テハ其請求ニ對シテハ司法裁判所ハ被上告縣ノ行爲カ行政處分タルトキト雖モ其當否ヲ判定シ得ヘク本件釜無川沿岸カ河川法ヲ準用スヘキ河川範圍ニ屬スルヤ否モ亦被上告縣ノ妨訴抗辯ヲ判斷スルニ必要ナル爭點タリシナリ然ルニ原院カ此點ヲ看過シテ何等判示スル所ナキノミナラス如上本件災害復舊工事カ行政處分ナルコトヲ具體的ニ明示セサルハ理由不備ノ不法アル判決ニシテ破毀スヘキモノトス(大審院大正三年(オ)第二九四號同四年一月二十八民二部馬場裁判長田上大倉入江鈴木各判事判決)

【關係事項】

破毀差戻○原審東京控訴院○堤防道路一部取毀敷地返還請求事件○上告人向山新吾訴訟代理人辯護士内藤庄吉被上告人山梨縣訴訟代理人辯護士石氏兵作

(二六)

二五五 四九八第一項 故障申立ノ期間ハ十四日トス此期間ハ不變期間ニシテ闕席判決ノ送達ヲ以テ初マル

判決ハ適法ナル故障ノ申立又ハ適法ナル上訴ノ提起ニ付キ定メタル期間ノ滿了前ニハ確定セサルモノトス

民法三〇第一項 不在者ノ生死カ七年間分明ナラサルトキハ裁判所ハ利害關係人ノ請求ニ依リ失踪ノ宣告ヲ爲スコトヲ得

三一 失踪ノ宣告ヲ受ケタル者ハ前條ノ期間滿了ノ時ニ死亡シタルモノト看做ス

失踪宣告ヲ受ケタル被告ニ對スル闕席判決ニ付キ其失踪期間滿了ノ時以後ニ於

テ郵便ニ付スル送達ヲ爲スモ判決送達ノ效力ヲ生セス」

本件ノ山林カ朝日武ノ所有タリシ事實及ヒ控訴人カ同人ノ家督ヲ相續シタル事實ハ當事者間ニ爭ナク被控訴人ハ明治三十二年四月二十日之レヲ控訴人先代ヨリ買受ケタルモ同人ハ其登記義務ヲ履行セサルヲ以テ同四十二年中登記手續請求ノ訴ヲ提起シ被控訴人勝訴ノ判決ヲ受ケ其判決確定シタリト主張シ被控訴人主張ノ如ク缺席判決アリタルコトハ乙第一號證ニヨリテ之ヲ認ムルコトヲ得ヘシ而シテ右ノ判決ハ保存登記經由ノ上賣買ニ由ル所有權移轉登記ノ手續ヲ爲スヘキコトヲ命シタルモノナレトモ其確定ニ依リ所有權ノ被控訴人ニ屬スルコトマテモ確定スルモノト假定スルモ甲第七號證ニ依レハ控訴人ノ先代ハ明治四十二年六月十日太田區裁判所ノ判決ニ依リ失踪ノ宣告ヲ受ケ該判決ニ於テ同人ハ明治三十二年十一月二十九日以來七ケ年以上生死不明ナリト認メラレタリ然ラハ同人ハ明治三十九年十一月二十九日ノ終了ヲ以テ死亡シタルモノト看做スヘキモノナレハ乙第五號證ニ依リテ認メ得ヘキカ如ク右缺席判決ニ付キ明治四十二年四月二十六日午前十時控訴人先代ニ對シテ郵便ニ付スル送達アリタレトモ其送達ハ同人ノ死亡後ニ係リ其效力ヲ生セサルヲ以テ右缺席判決ハ未タ確定セサルモノナリ（東京控訴大正元年（ネ）第六四八號同三年十月十六日民一部三宅裁判長岩本白井各判事判決）

【關係事項】

損害賠償請求事件○控訴人朝日コウ訴訟代理人辯護士小沼操訴訟復代理人辯護士大久保端造同内林永成被控訴人朝日卯之太郎訴訟代理人中尾義幹訴訟復代理人辯護士天野敬一

【參照學說】

仁井田博士

板倉學士

岩田學士

一　民事訴訟ハ私權享有ノ能力ヲ有スル者ノ間ニ於テノミ其必要ヲ見ルモノナルカ故ニ當事者能力ヲ有スルニハ私權享有ノ能力ヲ有スルコトヲ必要トスルモノト謂フヘシ凡ソ人ノ私權享有ノ能力ハ出生ニ始マリ死亡ニ終ルモノナルカ故ニ胎兒及ヒ死者ハ共ニ當事者能力ヲ有セサルナリ（法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論上卷一五二頁）

當事者能力ヲ有セサル當事者ノ爲シタル訴訟行爲及ヒ之ニ對シテ爲シタル訴訟行爲ハ無效ナリ（同上一五三頁）

二　當事者能力トハ訴訟主體タルノ資格ナリ…胎兒死者解散シタル法人ハ當事者能力ナシ（法學士板倉松太郎氏民事訴訟法綱要一三八頁）

三　當事者能力トハ訴訟當事者ト爲ルノ適格ヲ云フ訴訟主體タリ得ヘキ適格ナリ當事者能力ハ民事訴訟法ニ於テ定ムヘキモノナリト雖モ我現行法ニ其規定ナシ故ニ理論ニ因リ之ヲ定メサルヘカラス法理上ヨリスレハ當事者タル能力ハ私法上ノ權利主體タルコトヲ得ル結果ナリ蓋シ自ラ私法上ノ私權ヲ享有スヘキ場合ニ於テ始メテ其保護ヲ裁判所ニ對シテ求ムルコトヲ得ヘキモノニシテ自己カ私法上ノ權利ヲ享有スル能力即チ權利主體タル能力ナクシテ私權保護ヲ裁判所ニ要求スルヲ得サレハナリ是ヲ以テ私法上ノ權利主體タルコトヲ得サル者ハ當事者能力ヲ有スルコト能ハス之ニ反シテ私法上ノ權利主體タル能力ヲ有スル者ハ常ニ當事者能力ヲ有スル者トス…私法上權利主體タル能力ノ有無ハ實體法ニ依リテ定マルヘキヲ以テ當事者能力アルヤ否ヤハ實體法ノ規定ニ基キ之ヲ定メサルヘカラス我民法ノ規定ニ依レハ當事者能力ヲ有スル者ハ自然人及ヒ法人ナリ自然人ハ出生ニ因リテ私權享有ノ能力アルヲ以テ出生ヨリ死亡ニ至ルマテハ當事者能力アリトス（法學士岩田一郎氏民事訴訟原論一五一頁）

判旨ハ誤ラスト雖モ事案ノ場合ニ於テハ判決カ既ニ無效ナリト謂ハサルヘカラス蓋シ被告カ死亡シタリト看做サレタルハ明治三十九年ニシテ登記手續請求訴訟ノ提起ハ同四十二年ナレハ其訴ハ當事者能力ナキモノヲ被告トナシ其判決ハカヽル被告ニ對シテ爲シタルモノナレハナリ而シテ判決ノ當然無效ナルコトハ失踪宣告カ判決言渡以前ナルト以後ナルトハ之ヲ問ハサルナリ

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

五九八　金錢ノ債權ヲ差押フ可キトキハ裁判所ハ第三債務者ニ對シ債務者ニ支拂ヲ爲スコトヲ禁シ又債務者ニ對シ

大阪控訴院判決

債權ノ處分殊ニ其取立ヲ爲ス可カラサルコトヲ命ス可シ差押命令ハ職權ヲ以テ第三債務者及ヒ債務者ニ之ヲ送達シ又債權者ニハ其送達シタル旨ヲ通知ス可シ

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

右命令ノ送達ニ付テハ第五九八條第二項ノ規定ヲ準用ス

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

同八六　前條ノ規定ニ依リテ會社財產ノ處分方法ヲ定メサリシトキハ合併及ヒ破產ノ場合ヲ除タ外後十五條ノ規定ニ從ヒテ清算ヲ爲スコトヲ要ス

同九一第一項　清算人ノ職務左ノ如シ

一　現務ノ結了　二　債權ノ取立及ヒ債務ノ辨濟　三　殘餘財產ノ分配

同一〇五　合資會社ニハ本章ニ別段ノ定アル場合ヲ除ク外合名會社ニ關スル規定ヲ準用ス

出資期限ノ到來セル合資會社ノ其社員ニ對スル出資請求權ハ純然タル債權ナレハ之ニ對シ有效ニ轉付命令ヲ發スルコトヲ得ルモノトス」

合資會社ハ請算中ト雖モ其債務ニ付テハ債權者ノ請求ニ應シ隨時之ヲ辨濟スヘキモノニシテ清算中ノ故ヲ以テ其支拂ヲ拒ムコトヲ得ス」

控訴人甚五郎控訴人慶次ノ先代慶吉ハ合資會社小山商會ノ有限責任社員トシテ甚五郎ノ出資金ハ二千五百圓慶吉ノ出資金ハ五千圓トスル旨ノ登記ヲ受ケ未タ其拂込ヲナササルコト并ニ被控訴人ハ右商會ニ對スル確定判決ニ因リ右商會ノ甚五郎慶吉ニ對スル前記金額ノ出資請求權ヲ差押ヘ次テ轉付命令ヲ受ケ右差押及轉付命令ハ右商會並ニ右兩名ニ適法ニ送達サレタルコトハ爭ナキ事實ニシテ……控訴人ハ右出資金ニ付テハ出資期間ノ定ナカリシモノナリト主張スレトモ證人松永平次郎ノ證言ハ信スルニ足ラス反テ前記梓次郎ノ證言ニ依レハ右商會ニ對スル各社員ノ出資期限ハ出

資金ノ半額ハ明治四十年五月七日其殘半額ハ右五月七日後間モナク拂込ムヘキコトハ總社員ノ同意ニ依リ定マリタルコトヲ認ムルヲ得ヘシ而シテ被控訴人ノ前記差押ハ明治四十四年三月七日ニシテ其轉付命令ヲ受ケタルハ同年四月七日ナルコト甲第一號證ニ依リ明カナレハ右差押並ニ轉付命令ノ當時ハ右兩名カ右商會ニ對スル出資期限ノ經過後ナルコト明カナリ而シテ出資期限ノ既ニ到來セル合資會社ノ其社員ニ對スル出資請求權ハ純然タル債權ナルカ故ニ之ニ對シ有效ニ轉付命令ヲ發スルコトヲ得ルモノナレハ本件轉付命令ハ有效ナリトス控訴人ハ合資會社ノ債權者ハ其債權ノ辨濟ニ充當スル爲メ社員ノ出資金ヲ直接ニ取立ツルヲ得サルカ故ニ團資金ニ對スル轉付命令ハ無效ナリト論スレトモ合資會社ノ其社員ニ對スル出資請求權ヲ其會社ノ債權者ニ移轉セシムル所以ニシテ轉付サレタル債權者カ之ヲ行使スルハ其會社ノ有セシ權利ヲ行使スルニ外ナラサレハ假令合資會社ノ有限責任社員ノ出資ヲ直接ニ取立ツルヲ得ストスルモ之カ爲メ轉付命令ヲ有效ニ發スルコトヲ得スト論スルハ失當ナリ控訴人ハ又右商會ハ清算中ナルカ故ニ各債權者ニ平等ニ支拂フヘク獨リ被控訴人ノミニ支拂フヘキモノニアラサルカ故ニ之ニ依ルモ本件轉付命令ハ無效ナリト論スレトモ合資會社ハ清算中ト雖モ其債務ニ付テハ債權者ノ請求ニ應テ隨時之ヲ辨濟スヘキモノニシテ清算中ノ故ヲ以テ其支拂ヒヲ拒ムコトヲ許シタル法規ナキカ故ニ清算中ノ故ヲ以テ本件轉付命令ヲ無效トスヘキニアラス（大阪控訴大正二年（ネ）第四六三號同三年八月十一日民三部多喜澤裁判長吉村佐藤各判事判決法律新聞九九九號二四頁）

【前段同趣旨學說判例】

片山學士

一　會社債權者ハ轉付命令ニ依リテ社員ノ出資ヲ直接ニ取立ツルコトヲ得ルカハ一箇ノ問題ナリ先ツ出資履行ノ時期ヲ定メタル場合ニ於テ其時期未到來ノ間ニ付テハ消極ニ斷スヘキコト論ナシト雖モ其ノ時期既ニ到來セル場合又ハ期限ノ定ナキ場合ニ付テハ學說其ノ軌ヲ一ニセス惟フニ出資ノ義務ハ固ヨリ會社ト社員トノ關係ナリト雖モ單ニ二者ノ關係ナリトノ理由ニ依リテ當然ニ消極ニ斷下スルコトヲ得ヘキカ夫レ出資義務ハ會社ト社員トノ關係ナレトモ第三者亦之ヲ履行スルコトヲ得ヘキハ論ナ俟タス何カ故ニ履行ハ第三者之ヲ爲スコトヲ得ルニ拘ラス其ノ請求ハ第三者之ヲ爲スコトヲ得サルカ出資ハ固ヨリ會社事業ノ經濟的基礎ヲ爲スニハ相違ナシト雖モ會社ノ債權タルニ於テ果シテ他ノ債權ト何ノ異ナル所アリヤ（法學士片山義勝氏會社法原論七〇頁）

大審院

二　會社ニ對スル出資ナルモノハ原院ノ說示セル如ク會社カ其事業ヲ經營スル資本トシテ會社成立ニ必要缺クヘカラサルモノナリト雖モ其目的トスル所金錢又ハ物件ニ在リテ既ニ辨濟期ニ在ルモノノ支拂ヲ求ムル權利ハ一ノ債權ニ外ナラスシテ其性質讓渡ヲ許ササルモノニアラス故ニ特別規定ナキ以上ハ會社ニ對スル强制執行ノ目的物ト爲シ得ヘキモノナルヲ以テ若シ其目的ニシテ金錢ニ存スルトキニハ之ヲ金錢上ノ債權トシ會社ニ對スル强制執行ノ目的事業ニ使用セサルヘカラサルモノニアラス其債務ノ辨濟ニモ之其債權ノ行使ニ因テ得ル金錢ハ必スシモ之ヲ直接ニ會社ノ目的事業ニ使用セサルヘカラサルモノニアラス其債務ノ辨濟ニ充ツル爲メ之ヲ債權者ニ轉付スルモ固ヨリ條理ニ違ヲ使用シ得ヘキモノナレハ其金錢取得ノ原因タル債權自體ヲ債務ノ辨濟ニ充ツル爲メ之ヲ債權者ニ轉付シ得サル旨ノ規定存セサルヲ以テ該債權モ亦之ヲ轉付シ得フ所アラサレハナリ而シテ執レノ法令ニ於テモ之ヲ差押ヘ又ハ轉付シ得サル旨ノ規定存セサルヲ以テ該債權モ亦之ヲ轉付シ得ルモノト云ハサルヘカラス（大審院民事判決錄明治三九年五〇五頁）

東京地方裁判所

三　債務者帝組合資會社カ第三債務者毛塚シウニ對シ出資拂込請求權ヲ有スルハ會社ト社員ナル特定關係ニ基クモノナリ隨テ其拂込時期ノ到來スル以前ニ於テ斯ル特定ノ關係消滅スルトキハ出資請求權モ亦消滅スルモノニシテ該權利ハ其資格ヲ離レテ他ニ移轉スルコトヲ得サルモノトス然レトモ其拂込時期ノ既ニ到來シタル後ニ於テハ社員カ其地位ヲ脫退スルモ既ニ效力ヲ生シタル出資拂込債權ハ之ヲ免スルヲ得サルモノニシテ即チ其權利ノ存在ニ特定資格關係ノ存續ヲ必要トセス隨テ亦之ヲ他ニ移轉シ得ヘク畢竟一ノ普通債權ニ異ナラサルニ至ルモノナリ而シテ本件抗告人ノ差押ヲ求ムル出資拂込請求權ハ既ニ拂込期間ノ到來シタルモノナルヲ以テ之カ差押ヲ爲シ得ヘキハ論ヲ俟タス（東京地方裁判所判決法律新聞第五八九號一三頁）

【前段反對學說判例】

松波博士

一　出資請求權ハ讓渡シ得サルモノナルヲ以テ轉付命令ノ目的ト爲スヲ得ス會社カ其債權者ニ債務ヲ辨濟セサル場合ニ債權者ニ自ラ社員ニ出資ヲ請求セント欲シテ出資請求權ノ轉付命令ヲ申請スルモ之ヲ許サス抑轉付命令ハ差押債權者ニ對シ債權者カ第三者ヨリ辨濟ヲ受クヘキ債權ヲ券面額ニテ移轉セシムル裁判上ノ效果ヲ生シムル命令トシ轉付命令ヲ得ルトキハ債權ハ移轉スルコトト爲ルヘキヲ以テ（民訴六〇二）讓渡シ得サル債權ヲ此目的トスルヲ得サルナリ出資請求權ニ對シ出資期限ノ到來

前ニ轉付命令ヲ發スルコトヲ得ト唱フル者殆トナシ然レトモ其後ニハ之ヲ發スルコトヲ得トスル者アリ此說ハ出資請求權ノ性質ヲ省ミサルモノナリ（法學博士松波仁一郎氏日本會社法三〇〇頁）

青木博士

二　會社債權者ハ其債權ノ辨濟ヲ受クル爲メ轉付命令ヲ得テ社員ノ差入ルヘキ出資ヲ直接ニ取立ツルコトヲ得ス即チ會社債權者ニ强制執行ノ目的物トシテ社員ノ出資義務ニ對シテ直接ノ訴權ヲ有セサルモノトス（法學博士青木徹二氏會社法論一〇六頁）

東京控訴院

三　合資會社社員カ會社ニ對シ差入ルヘキ出資ナルモノハ會社事業ヲ經營スルノ資本トナスモノニシテ實ニ會社ノ成立ニ缺クヘカラサル必要條件ナレハ社員ニ對シテノミ之ヲ差入ルノ義務ヲ負フモノニシテ又各員ハ其負擔シタル出資金ハ均一ノ割合ヲ以テ拂込ムヘキモノトス故ニ會社ノ債權者ハ其債權ノ辨濟ニ充ツルカ爲メ直接ニ社員ニ對シテ其出資ヲ取立ツルコトヲ得サルモノトス換言スレハ會社債權者ハ社員ノ出資義務ニ對シ直接ノ訴權ヲ有セサルモノナリ何トナレハ若シ然ラスシテ會社債權者チシテ直接訴權アラシメンカ均一ノ割合ヲ以テ拂込ヲ爲スヘキノ制ヲ破リ又會社事業ノ經營ニ妨害ヲ來タシ出資ノ目的ヲ達セサルニ至ルヘケルハナリ然ラハ本件請求ノ原因ハ訴外王子製餡合資會社ノ債權者タル控訴人カ自己ノ債權ノ辨濟ニ充テンカ爲メ該會社カ其有限責任タル被控訴人ニ對シ有スル出資ニ關スル債權ヲ差押ヘ轉付命令ヲ得タルヲ以テ其支拂ヲ要求スト云フニアレハ以上ノ理由ニ基キ本件請求ハ不當ナリトス（東京控訴院判決法律新聞第二四九號六頁）

松波博士

【後段參照學說】

清算人ハ速カニ會社ノ債務ヲ辨濟スヘク決シテ空シク遲滯スヘカラス又決シテ二ケ月ヲ待ツヲ要セス債權者間ニ極メテ公平ヲ得ルニハ清算人チシテ債權者ニ請求ノ申出ヲ爲スヘキ催告公告ヲ爲サシメ總テノ申出アリタル後諸債權ノ大小緩急ヲ比較シテ辨濟セシムヘキモ法ハ合名會社ニ之ヲ必要トセス民法ニハ法人ノ清算人ハ一定ノ期間債務ヲ辨濟スルコトヲ得ストシ商法ハ株式會社ニ之ヲ準用スルニ（二三四民七九）合名會社ニハ準用セス而シテ株式會社ト合名會社トハ性質ヲ異ニスルヲ以テ此區別ヲ爲スニ理由アリ故ニ合名會社ノ清算人ハ直チニ債務ヲ辨濟スルコトヲ得ト解ス（法學博士松波仁一郎氏日本會社法四六九頁）

（二八）

六關八　左ニ掲クル者ヲ擔實手續ニ於テノ利害關係人トス

第三　登記簿ニ記入アル不動產上權利者

民法一七七　不動產ニ關スル物權ノ得喪變更ハ登記法ノ定ムル所ニ從ヒ登記ヲ爲スニアラサレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

不動產登記法一　登記ハ左ニ掲ケタル不動產ニ關スル權利ノ設定、保存、移轉、變更、處分ノ制限又ハ消滅ニ付キ之ヲ爲ス

一　所有權

同二　假登記ハ左ノ場合ニ於テ之ヲ爲ス

一　登記ノ申請ニ必要ナル手續上ノ條件カ具備セサルトキ
二　前條ニ掲ケタルノ權利設定移轉變更又ハ消滅ノ請求權ヲ保全セントスルトキ
右ノ請求權カ始期附又ハ停止條件附ナルトキ其他將來ニ於テ確定スヘキモノナルトキ亦同シ
轉七第二項　假登記ヲ爲シタル場合ニ於テハ本登記ノ順位ハ假登記ノ順位ニ依ル

賣買契約ニ基キ所有權移轉ノ請求權ヲ保全スル爲メ假登記ヲ爲シタル不動產ニ付キ競賣開始決定アリタルモ競賣手續終結前ニ於テ所有權移轉ノ本登記ヲ了シタルトキハ其讓受人ハ民事訴訟法第六四八條第三號ニ所謂登記簿上ニ記入アル不動產上ノ權利者ニ該當スルニ至リタルモノトス」

抗告人カ本件競賣ノ目的物件タル不動產ニ對シ賣買契約ニ基キ大正二年三月十七日所有權移轉ノ請求權ヲ保全スヘキ爲メ假登記ヲ爲シ其後右不動產ハ大正三年十月三日本件競賣申立人ノ申立ニ因リ東京區裁判所ニ於テ競賣開始決定アリタルモ其後同年十一月三十日抗告人ハ所有權移轉ノ本登記ヲ爲シ而シテ本件競落許可決定ハ其後ノ同年十二月一日爲サレタルモノナルコトハ原決定ノ認ムル所ノ如シ而シテ既ニ此ノ如ク抗告人ヲ競賣手續終結前ニ於テ前記賣買契約ニ付キ所有權移轉ノ本登記ヲ了シタル以上ハ同人ハ民事訴訟法第六四八條第三號ニ於ケル登記簿ニ記入アル不動產上ノ權利者ニ該當スルニ至リタルモノトス然ラハ抗告人ハ之ヲ競賣手續ニ於テノ利害關係人ト云ハサルヘカラス然ルニ原決定ニ於テ抗告人ヲ以テ本件競賣手續ニ於ケル利害關係人ト認フヲ得サル旨判示シ抗告人ノ抗告ヲ不適法トシテ却下シタルハ不法ナリ（大審院大正三年(ク)第六七八號同四年二月四日民二馬場裁判長田上大倉入江鈴木各判事決定）

【關係事項】
廢棄委任○原審東京地方裁判所○不動產强制競賣事件ノ競落許可決定ニ對スル抗告事件○抗告人田中彌兵衛代理人辯護士横山寛平同眞下五郎

【參照學說判例】
本書第三卷民訴二八四頁

一七九　原告若クハ被告ノ財產ニ付キ破產ノ開始シタル場合ニ於テ訴訟手續カ破產財團ニ關スルトキハ破產ニ付テノ規定ニ從ヒ手續ヲ受繼キ又ハ破產手續ヲ解止スルマテ之ヲ中斷ス

商法九一　清算人ノ職務左ノ如シ
一　現務ノ結了　二　債權ノ取立及ヒ債務ノ辨濟　三　殘餘財產ノ分配
會社ヲ代表スヘキ清算人ハ前項ノ職務ヲ行フ爲メニ必要ナル一切ノ裁判上又ハ裁判外ノ行爲ヲ爲ス權限ヲ有ス
清算人ノ代理權ニ加ヘタル制限ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス
民法第八一條ノ規定ハ合名會社ノ清算ノ場合ニ之ヲ準用ス
同二三四　第八四條第八九條乃至第九三條……ノ規定ハ株式會社ノ清算ノ場合ニ之ヲ準用ス
舊商法九八五第三項　破產者ノ動產、不動產ニ關スル訴及ヒ執行ハ特リ管財人ヨリ又ハ管財人ニ對シテ之ヲ起シ又ハ繼續スルコトヲ得
民法八一　清算中ニ法人ノ財產カ其債務ヲ完濟スルニ不足ナルコト分明ナルニ至リタルトキハ清算人ハ直チニ破產宣告ノ請求ヲ爲シテ其旨ヲ公告スルコトヲ要ス
清算人ハ破產管財人ニ其事務ヲ引渡シタルトキハ其任ヲ終ハリタルモノトス
本條ノ場合ニ於テ既ニ債務者ニ支拂ヒ又ハ歸屬權利者ニ引渡シタルモノアルトキハ破產管財人ハ之ヲ取戻スコトヲ得

訴訟ノ繫屬中其當事者一方ノ財產ニ付キ破產ノ開始アリタル場合ニ於テモ其訴訟カ破產財團ニ關係ヲ有セサルトキハ訴訟手續ノ中斷ナキモノトス」
會社ノ清算中其財產ニ付キ破產ノ開始アリタル場合ニ於テモ破產管財人ノ職務

權限ニ屬スル事務ハ專ラ破產財團ニ關スルモノニ止マリ之ニ關セサル事務ハ依然清算人ノ職務權限ニ屬シ兩者各專屬ノ權限ヲ以テ並ヒ存スヘク從テ破產財團ニ關セサル訴訟ニ付テハ依然トシテ會社ヲ代表スヘキ清算人之ヲ行フコトヲ得ヘキヲ以テ其訴訟手續ハ中斷セサルモノトス』

會社ニ對シ株主總會決議無效ノ確認ヲ求ムル訴ハ破產財團ニ關係ヲ有セス』

民事訴訟法第一七九條ニハ訴訟手續カ破產財團ニ關スルトキ之ヲ中斷ストアルカ故ニ訴訟ノ繫屬中其當事者一方ノ財產ニ付キ破產ノ開始アリタル場合ニ於テモ其訴訟カ破產財團ニ關係ヲ有セサルトキハ訴訟手續ノ中斷ナキモノト解スルヲ當然トス蓋シ同法條ニ於テ訴訟手續カ破產開始ノ爲メニ中斷スルヲ定メタル所以ノモノハ畢竟破產宣告後ハ破產財團ノ管理及ヒ處分ニ關スル權利ハ破產管財人ニ專屬シ破產者ハ之ヲ行使スルコトヲ得サルニ因ルニ過キス然ルニ破產財團ニ關係ヲ有セサル事項ハ破產管財人ノ權限外ニ屬シ破產者自ラ之ヲ處理スルコトヲ得ヘク從テ之ニ關スル訴訟手續ノ中斷スヘキ事由存セサレハナリ而シテ同法條ニハ破產者ノ自然人ナルト法人ナルトヲ區別スルコトナク又他ニ其區別ヲ立ツヘキ法意ニ出テタル規定アルヲ見ス商法ニ於テ會社ノ清算ノ場合ニ準用スル民法第八一條第二項ノ規定ハ唯破產手續ノ開始ニ因リ之ニ關シテ生スヘキ清算人ノ任務終了ノ時期ヲ定メタルモノニ過キスシテ其時期ニ於テ清算人ハ常ニ全然其資格ヲ失ヒ破產財團ニ關セサル事務ニ至ルマテ擧ケテ破產管財人ノ職務權限ニ屬セシメタル法意ナリトハ解ス可カラス故ニ會社ノ清算中其財產ニ付キ破產ノ開始アリタル場合ニ於テモ破產管財人ノ職務權限ニ屬

スル事務ハ專ラ破產財團ニ關スルモノニ止マリ之ニ關セサル事務ハ依然清算人ノ職務權限ニ屬シ兩者各專屬ノ職務權限ヲ以テ並ヒ存ス可ク從テ破產財團ニ關セサル訴訟ニ付テハ依然トシテ會社ヲ代表スヘキ清算人之ヲ行フコトヲ得ルヲ以テ其訴訟手續ハ中斷セサルモノトス本件ノ訴訟ハ上告人ヨリ被上告會社ニ對シ其清算人ヲ代表者トシテ提起シタルモノニシテ上告人カ原審ニ於テ請求シタル所ハ明治四十五年一月六日被上告會社代表者ノ名ヲ以テ招集シタル定時並ニ臨時株主總會及ヒ右總會ニ於テ爲シタル各決議ハ無效トス被上告人ハ其無效タルコトヲ確認ス可シトノ判決ヲ求ムト云フニ在リテ其勝訴ノ結果ハ直ニ破產財團ヲ增減シ之ニ異動ヲ生スルカ如キ影響ヲ及ホスコトナシ故ニ本件訴訟ハ破產財團ニ關係ヲ有セサルヲ以テ訴訟繫屬中破產ノ開始ニ因リ清算人カ破產管財人ニ其事務ヲ引渡シタルモ之カ爲メニ訴訟手續ハ中斷セサルモノトス然ルニ原裁判所カ本件訴訟提起後第一審判決言渡前ニ破產開始シ清算人カ破產管財人ニ其事務ヲ引渡シタルトキヨリ訴訟手續中斷シタリトシ其中斷中ニ上告人カ控訴ヲ爲シタルモノトシテ其控訴ヲ棄却シタルハ違法ナリ(大審院大正三年(オ)第二七五號同四年二月十六日民一部田部裁判長榊原尾古鈴木岩田各判事判決)

【關係事項】

破產差戻○原審大阪控訴院○株主總會決議無效確認請求事件○上告人田中正從訴訟代理人辯護士後藤德太郎被上告人西讃醬油株式會社

東京地方裁判所判決

必要トセス

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

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

差押ハ第三債務者ニ對スル送達ヲ以テ之ヲ爲シタルモノト看做ス

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

右命令ノ送達ニ付テハ第五九八條第二項ノ規定ヲ準用ス

六〇一　支拂ニ換ヘ券面額ニテ債權ヲ轉付スル命令アル場合ニ於テハ其債權ノ存スル限リハ第五九八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

民法六四九　委任事務ヲ處理スルニ付キ費用ヲ要スルトキハ委任者ハ受任者ノ請求ニ因リ其前拂ヲ爲スコトヲ要ス

(一)執行裁判所カ差押命令轉付命令ヲ發スルハ執行行爲ニ外ナラサルトキ又ハ外國ニ在ルトキハ假令債務者ノ所在明カナラサルトキ又ハ外國ニ在ルトキハ假令債務者ニ其送達ナキ場合ト雖モ之カ爲メ差押轉付ノ效力ヲ妨クルモノニアラス」

轉付命令ハ差押命令ト同シク之ヲ第三債務者ニ送達スルニ因リテ其效力ヲ生シ債務者ニ對スル送達ヲ要件トセス」

(二)受任者カ委任事務ヲ處理スルニ必要ナル費用ノ前拂ヲ受ケタルトキハ其委任事務ヲ遂行シテ尚ホ殘金ヲ生シタルカ又ハ委任契約解除若クハ委任事務履行不能等ノ事由發生セサル限リ受領シタル金額ヲ委任者ニ返還スルコトヲ要セサルモノトス」

(一)被控訴人ハ右差押命令及ヒ轉付命令カ債務者タル小木嘉導荒川辨達兩名ニ送達セラレサリシ旨主張スルモ執行裁判所カ差押命令轉付命令等ヲ發スルハ債務者ノ第

三債務者ニ對シテ有スル金錢ノ支拂又ハ有體物若クハ有價證券ノ引渡若クハ給付ヲ目的トスル債權ニ對スル執行行爲ニ外ナラサルヲ以テ債務者ノ所在明カナラサルトキ又ハ外國ニ在ルトキハ假令債務者ニ其送達ナキ場合ト雖モ之レカ爲メ差押轉付等ノ效力ヲ妨クルモノニアラサルコトハ民事訴訟法第五四二條ニ照シテ明カナリ而シテ差押命令ハ第三債務者ニ送達スルニ依リテ效力ヲ發生シ債務者ニ對スル送達ハ右效力發生ノ要件ニ非サルコトハ同法第五九八條第三項ニ照シ明瞭ナリ然ルニ轉付命令ニ付テハ同法第五九八條第三項ノ準用ナシト雖モ其性質上第三債務者ニ送達スルニ依リテ其效力ヲ發生シ債務者ニ送達スルヲ要件トセサルコトハ差押命令ノ場合トヲ同一ナリトス故ニ本件ニ於テハ前揭爭點ニ付キテハ其判斷ヲ爲スノ必要ナク控訴人主張ノ轉付命令ハ其效力ヲ生シタルモノト解セサルヘカラス

(二)被控訴人六名カ前記訴外小木嘉導荒川辨達兩名ヨリ金千二十餘圓ヲ受領シタル事實ハ被控訴人等ノ爭ハサル所ナルモ證人荒川辨達ノ原審及ヒ當審ニ於ケル供述ト眞正ニ成立シタリト認ムル乙第一乃至第三號證トヲ綜合スレハ被控訴人等ハ其抗辯スル如ク右訴外人ヨリ其負債整理ノ委託ヲ受ケ按分比例ニヨル支拂又ハ年賦金償還ヲ承諾シタル債權者ニ對シ辨濟スルタメ右金額ヲ受領シタルモノナルコトヲ認ムルヲ得ヘシ即チ被控訴人等カ前記訴外人ヨリ受領シタル金額ハ委任事務ヲ處理スル必要費トシテ民法第六四九條ニ則リ前拂ヲ受ケタルモノニシテ單純ナル預金トシテ受領シタルモノニアラサルコト明カナリ故ニ控訴人等ハ其受領シタル金額ハ前記委任ノ趣旨ニ從ヒ按分比例ニヨル支拂又ハ年賦償還ヲ承諾シタル債權者ニ對シテ之ヲ辨濟スルコトヲ要スルモ前記委任ノ趣旨ニ從ヒテ辨濟ヲ爲シ換言スレハ委任事務ヲ遂

行シテ尚ホ殘金ヲ生シタルカ又ハ委任契約解除若クハ委任事務履行不能等ノ事由發生セサル限リ其返還ヲ要セサルモノト謂ハサルヘカラス（大正三年（レ）第二四八號同四年四月六日民五部判決長下田豐澤各判事判決）

仁井田博士
板倉學士
岩田學士
大審院

【關係事項】

債權轉付命令金請求事件○控訴人島田德次郎被控訴人大谷堅成外五名訴訟代理人辯護士黑須龍太郎外一名

【一點後段參照學說判例】

一　轉付命令ハ職權ヲ以テ之ヲ第三債務者及ヒ債務者ニ送達シ債務者ニハ其送達ヲ爲シタル旨ヲ通知スヘキモノトス（六〇〇、二）轉付命令ノ效力ハ右ノ手續ヲ爲シタル時ニ發生スルモノトス是レ第六〇一條ノ規定ニ依テ明ナル所ナリ（法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論一二四五頁）

二　轉付命令ノ效力發生ノ時期ニ付テハ或ハ命令ヲ差押債權者ニ交付シタル時ニ在リト主張スル者アリ或ハ債權者ニ之ヲ送達シタル時ニ在リト論スル者アリ或ハ命令ヲ第三債務者ニ送達シタル時ニ在リト論スル者アリ蓋シ第四說ヲ以テ適正ノ解釋ト爲スヘキナリ（法學士板倉松太郎氏民事訴訟法綱要五八〇頁）

三　轉付命令ハ第三債務者ニ送達シタル時ヲ以テ其效力ヲ生ス（法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論一一五七頁）

四　債權ノ轉付命令ニシテ第三債務者及ヒ債務者ニ送達セラレタル以上ハ縱令差押債權者ニ其送達アリタル旨ノ通知ナキモ債權轉付ノ效力ヲ生スルモノトス（大審院民事判決錄明治三七年二四四頁）

債權轉付命令ハ第三債務者及ヒ債務者ニ之ヲ送達スルニ非サレハ完全ニ其效力ヲ生セサルモノトス（同刑事判決錄明治四四年七九頁）

――――――――（三一）――――――――

圖五五　抗告ハ訴訟手續ニ關スル申請ヲ口頭辯論ヲ經スシテ却下シタル裁判ニ對シ其他此法律ニ於テ特ニ揭ケタル場合ニ限リ之ヲ爲スコトヲ得

衆議院議員選擧法八〇　選擧ノ效力ニ關シ異議アル選擧人ハ選擧長ヲ被告トシテ選擧ノ日ヨリ三十日以內ニ控訴院ニ出訴スルコトヲ得

前項控訴院ノ判決ニ不服アル者ハ大審院ニ上告スルコトヲ得

同八五　原告人ハ訴狀ヲ提出スルト同時ニ保證金トシテ三百圓又ハ之ニ相當スル額面ノ公債證書ヲ供託スヘシ

原告人敗訴ノ場合ニ於テ裁判確定ノ日ヨリ七日以內ニ裁判費用ヲ完納セサルトキハ保證金ヲ以テ之ニ充當シ仍足ラサルトキハ之ヲ追徵ス

同一〇八　選擧人名簿ニ關スル訴訟選擧訴訟及當選訴訟ニ付テハ本法ニ規定シタルモノヲ除クノ外總テ民事訴訟ノ例ニ依ル

供託法一　法令ノ規定ニ依リテ供託スル金錢及ヒ有價證券ハ金庫ニ於テ之ヲ保管ス

同八　供託物ハ供託者カ指定シタル者又ハ法令若クハ裁判ニ依リテ定マル者ニ之ヲ還付ス

供託者ハ民法第四九六條ノ規定ニ依レルコト供託カ錯誤ニ出テシコト又ハ其原因カ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

民法圖二八　債權ノ目的カ其性質上又ハ當事者ノ意思表示ニ依リテ不可分ナル場合ニ於テ數人ノ債權者アルトキハ各債權者ハ總債權者ノ爲メニ履行ヲ請求シ又債務者ハ總債權者ノ爲メ各債權者ニ對シテ履行ヲ爲スコトヲ得

衆議院議員選擧法第八五條第一項ニ依ル供託物ノ還付ヲ申請スルハ所謂訴訟手續ニ關スルモノト謂フヘク從テ右申請ニ付テノ裁判ニ對シテハ衆議院議員選擧法第一〇八條及ヒ民事訴訟法第四五五條前段ノ規定ニ依リ抗告ヲ爲スコトヲ得ルモノトス」

衆議院議員選擧法第八五條第一項供託法第一條ニ依リ供託ヲ爲シタル場合ニ於ケル供託者ト金庫トノ關係ハ所謂供託契約ニ基ク私法的法律關係ナルヲ以テ供託法第八條第二項ニ依リ供託原因ノ消滅シタルコトヲ理由トシテ供託物ノ取戻ヲ請求スル權利ハ一種ノ債權ナリトス」

供託物取戻請求權ニ付テハ供託法其他ノ法令中他ニ何等別段ノ規定ナキヲ以テ民法ノ債權ニ關スル一般ノ規定ニ依リ其權利ノ性質ヲ判斷スヘキモノトス」

供託物カ四分利公債額面三百圓ニシテ供託者カ三名ナルトキハ右供託物取戻請求權ハ債務ノ目的カ性質上不可分ナル場合ニ於ケル不可分債權ナレハ各供託者ハ民法第四二八條ノ規定ニ依リ總債權者ノ爲メニ供託物ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ルモノトス」

本件ニ付キ先ツ抗告カ適法ナルヤ否ヤヲ調査スルニ本件供託物ハ抗告人兩名及ヒ大石哲哉ノ三名カ衆議院議員選擧法第八五條第一項ニ依リ共同原告トシテ本訴ヲ提起スルニ付キ保證トシテ供託シタルモノナレハ其供託物ノ還付ヲ裁判所ニ申請スルハ所謂訴訟手續ニ關スルモノト謂フヘク從テ衆議院議員選擧法第一〇八條及ヒ民事訴訟法第四五五條前段ノ規定ニ依リ本件抗告ハ許スヘキモノト認ム而シテ其他抗告ノ要件ニ缺クル所ナキヲ以テ本件抗告ハ適法ナルモノトス進テ本案ニ付キ審査スルニ本件ノ如ク衆議院議員選擧法第八五條第一項供託法第一條ニ依リ供託ヲ爲シタル場合ニ於ケル供託者ト金庫トノ關係ハ所謂供託契約ニ基ク私法的法律關係ナルヲ以テ本件ノ如ク供託法第八條第二項ニ依リ供託原因ノ消滅シタルコトヲ理由トシテ供託物ノ取戻ヲ請求スル權利ハ一種ノ債權ナリト解セサルヘカラス而シテ此供託物取戻請求權ニ付テハ供託法其他ノ法令中他ニ何等別段ノ規定ナキヲ以テ民法ノ債權ニ關スル一般ノ規定ニ依リ其權利ノ性質ヲ判斷スヘキモノトス一件記錄ニ徵スレハ本件供託物ハ四分利公債額面金三百圓ニシテ抗告人兩名及ヒ大石哲哉ノ三名カ供託シタルモノナルヲ以テ債務ノ目的カ性質上不可分ナル場合ニ於ケル不可分債權ト解スルヲ相當トス然レハ各供託者ハ民法第四二八條ノ規定ニ依リ總債權者ノ爲メニ供託物

ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ヘク從テ又其供託物ノ返還ヲ裁判所ニ申請スルコトヲ得ルモノト謂ハサルヲ得ス故ニ裁判所ニ於テ供託原因ノ消滅シタル事實ヲ認定シ得ル以上ハ假令供託者三名共同ニアラス抗告人兩名ノミニテ供託物返還ノ申請ヲ爲シタリトスルモ其還付ヲ命スルヲ相當トスヘキ筋合ナルニ原院カ本件供託物返還ノ請求權ハ供託者三名ノ共有ニシテ共有者三名ノ意志ニ因ルニアラサレハ供託物返還ノ請求ヲ爲スコトヲ得サルモノトシ抗告人兩名ノ本件供託物還付ノ申請ヲ却下シタルハ不當ト謂ハサルヲ得ス（大審院大正四年（ク）第四四號同年二月十五日民二部馬場裁判長田上補原入江鈴木各判事決定）

【關係事項】

廢棄委任○原審東京控訴院○供託公債還付申請事件○抗告人西尾右衛門外一名代理人辯護士田坂貞雄同吉田三市郎

（三二）

二〇六第二項　左ニ掲クルモノヲ妨訴ノ抗辯トス

第一　無訴權ノ抗辯

水利組合法一　水利土功ニ關スル事業ニシテ特別ノ事情ニ依リ府縣其ノ他ノ地方公共團體ノ事業ト爲スコトヲ得サルモノアル場合ニ於テハ水利組合ヲ設置スルコトヲ得

同二　水利組合ハ法人トス

同五　普通水利組合ハ灌漑排水ニ關スル事業ノ爲設置スルモノトス

(一)普通水利組合カ他ノ普通水利組合ニ對シテ用水權存在ノ確認ヲ求ムル訴ハ司法裁判所ノ管轄ニ屬スルモノトス」

(二)普通水利組合カ他ノ普通水利組合ニ於テ他日不當ナル引水工事ヲ爲シ以テ自

已ノ用水權ヲ妨害セントスル虞アリトシ之ニ對シテ右用水權ノ妨害トナルヘキ程度ノ工事ヲ爲スヘカラサルコトヲ求ムル訴ハ司法裁判所ノ管轄ニ屬セス」

當裁判所ハ控訴人ノ無訴權ノ妨訴抗辯ニ付辯論ヲ分離シ之カ當否ヲ案スルニ

(一) 控訴人カ本訴用水權確認ノ訴ハ單ニ控訴人ニ對シ私權タル用水權存在ノ確認ヲ求ムルニ在リテ其目的タルヤ被控訴人ノ有スル私權關係ノ確定ニ止マリ敢テ相手方ニ對シ一定ノ行爲、不行爲ヲ求ムルモノニアラサルカ故ニ右確認ノ請求ノミニヨリテハ未タ以テ控訴人ノ所謂權力行爲ニ何等制限ヲ加ヘ得ヘキモノニアラス從テ之ヲ以テ控訴組合ノ用水上ノ權力行爲ノ當否ヲ爭フモノト論斷スルヲ得サルモノトス左レハ司法裁判所ニ對シ之カ訴求ヲ爲シ得ヘキコトハ言ヲ俟タサル所ナルヲ以テ之ニ對スル控訴人ノ妨訴抗辯ハ失當ナリ

(二) 被控訴人カ本訴不作爲給付ノ訴ハ控訴組合カ用水取入ノ必要上堰枠ヲ設ケテ引水工事ヲ爲ス場合ニ於テ被控訴組合ノ用水權ノ妨害トナルヘキ程度ノ工事ヲ爲スヘカラサルコトヲ求ムルニ在リ然リ而シテ控訴組合ハ水利組合法ニ基キ組織セラレタルモノニシテ公法人タルコトハ當事者間ニモ異論ナキ所ナリ而シテ控訴組合カ堰枠ヲ設ケテ源流ヲ堰止メ其用水路ニ引水スル工事ノ如キハ其目的タル用水ノ施設ニ外ナラサレハ其行爲ハ卽チ公法人ノ權力行爲卽チ行政處分ナリト謂ハサル可ラス故ニ今假リニ控訴組合カ其用水施設ノ爲メ不當ナル工事ヲ爲シ以テ被控訴組合ノ用水權ヲ妨害シタリトセンカ被控訴人ニ於テ其處分ノ當否ヲ爭ヒ該工事ノ廢止又ハ變更ヲ求ムルニハ行政訴訟ノ手續ニ依ル外ナキヤ言ヲ俟タス果シテ然ラハ本訴ノ如ク控訴組合カ他日不當ナル引水工事ヲ爲シ以テ被控訴組合ノ用水權ヲ妨害セントスル虞アリトシ之カ救濟ヲ求ムル場合ニ於テモ亦行政訴訟ノ手續ニ依ラサル可ラサルヤ當然ノ筋合ニシテ其爭論ハ司法裁判所ノ管轄ニ屬セサルモノトス蓋行政處分ハ不當ナルカ爲メニ直チニ權力行爲タル性質ヲ失フヘキ謂レナク本訴ハ則チ控訴組合ニ對シ不當ナル行政處分ヲ爲スヘカラサルコトヲ求ムルニ外ナラサルヲ以テナリ

仍テ被控訴人ノ如上ノ訴ハ當然却下スヘク之ニ關スル本件控訴ハ其理由アルモノトス（新潟地方大正四年四月十五日黑田裁判長青柳古松各判事判決）

【關係事項】

用水使用權確認訴求事件○控訴人上江用水普通水利組合代表者同組合管理者板倉村助役閑間季五郎訴訟代理人辯護士岸清一同本村萬太郎同中村泰治同和泉猪之松被控訴人中江用水普通水利組合代表者同組合管理者津有村長相澤尙義訴訟代理人辯護士鵜澤總明同石塚讓

民事訴訟法第四五六條第一項ニ所謂直近上級裁判所トハ裁判所構成法ノ規定ニ

民五六 抗告ニ付テハ直近ノ上級裁判所其裁判ヲ爲ス

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

裁判所構成法三七 控訴院ハ左ノ事項ニ付裁判權ヲ有ス

第二 地方裁判所ノ第一審トシテ爲シタル決定及命令ニ對スル法律ニ定メタル抗告

同五〇 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及命令ニ對スル法律ニ定メタル抗告

同舊三七 控訴院ハ左ノ事項ニ付裁判權ヲ有ス

第三 地方裁判所ノ決定及命令ニ對スル法律ニ定メタル抗告

從ヒ抗告ニ付キ管轄權ヲ有スル裁判所ヲ云フモノトス」

控訴院ハ地方裁判所カ第二審トシテ爲シタル決定及ヒ命令ニ對スル抗告ニ付テハ裁判權ヲ有セス」

民事訴訟法四五六條第一項ニ所謂直近上級裁判所トハ裁判所構成法ノ規定ニ從ヒ抗告ニ付管轄權ヲ有スル裁判所ヲ云フモノトス裁判所構成法第三七條ノ規定ニ依レハ控訴院ハ地方裁判所カ第一審トシテ爲シタル決定及ヒ命令ニ對スル法律ニ定メタル抗告ニ付裁判權ヲ有スルモ同裁判所カ第二審トシテ爲シタル決定及ヒ命令ニ對スル抗告ニ付テハ裁判權ヲ有セサルコト明ナリ本件ニ於テ抗告人ハ甲府地方裁判ノ裁判長カ抗告人カ同裁判所ニ提起シタル控訴ヲ不適法トシテ却下シタル命令ニ對シ原院ニ抗告ヲ爲シタルモノナレハ原院ハ右抗告ニ付裁判權ヲ有セサルヲ以テ抗告ヲ不適法トシテ棄却スヘキニ事玆ニ出テス抗告ノ當否ニ付審査シ抗告ヲ棄却シタルハ不法ノ裁判タルヲ免レス（大審院大正四年（ク）第六一號同年二月十六日民一部田部裁判長榊原尾古岩田嘉山各判事決定）

【關係事項】

廢棄目判○原審東京控訴院○控訴却下命令ニ對スル抗告事件○抗告人中西貞七

至當ノ見解異論ノ餘地ナシ蓋シ改正前ニ於ケル裁判所構成法第三七條ハ廣ク「地方裁判所ノ決定及命令」ト規定スルヲ以テ地方裁判所カ第二審トシテ爲シタルモノニ付テモ控訴院ニ抗告スヘキモノナリシト雖モ改正條文ニ於テハ特ニ「地方裁判所ノ第一審トシテ爲シタル決定及命令」ト規定シ別ニ第五〇條ニ於テ地方裁判

所ノ第二審トシテ爲シタル決定及命令」ニ付テハ大審院ニ抗告スヘキ旨ヲ規定スレハナリ

（三四）

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

七三七第一項　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

七四四第一項　債務者ハ假差押決定ニ對シ異議ヲ申立ツルコトヲ得

刑事訴訟法二〇二　被告人有罪ト爲リタルト否トヲ問ハス沒收ニ係ラサル差押物ハ所有者ノ請求ナシト雖モ之ヲ還付スル言渡ヲ爲ス可シ

刑事被告事件ニ關スル證據品ヲ其差出人ニ還付スヘキモノト確定セル場合ニ差出人カ證據品保管者タル官廳ニ對シ其返還ヲ請求シ得ルコトハ其證據品ニ對シ本來有セル私權ニ基クモノナレハ右返還請求權ハ財產權トシテ私法上法律關係ノ支配ノ下ニ立ツコトヲ得ヘク從テ民事訴訟法上其請求權者タル差出人ニ對スル債權保全ノ爲メ右證據品保管官廳ニ對シ右請求權ノ假差押ヲ爲シ得ヘキモノトス」

被申立人カ假ニ差押ヘントスル財產權ハ大阪地方裁判所檢事局ニ於テ保管セル證據品（申立人ニ對スル刑事被告事件證據品）ナリ同局ヨリ返還ヲ受クヘキ申立人ノ請求權ナリ而シテ凡ソ刑事被告事件ニ關シ私人ノ財物ナ證據品トシテ押收シ之ヲ保管スルコト並ニ其證據品ナ沒收スヘキヤ否ヤヲ確定スルコトハ何レモ刑事訴訟法所定ノ手續

ニ依リ之ヲ爲スモノナリト雖モ證據品カ其差出人ニ對シ還付スヘキモノト確定セル場合ニ差出人ハ證據品保管者タル官廳ニ對シ其返還ヲ請求シ得ルコトハ其證據品ニ對シ本來有セル私權ニ基クモノナルカ故ニ右返還請求權其物ハ一種ノ財產權トシテ私法上法律關係ノ支配ノ下ニ立ツコトヲ得ヘク從ヒテ民事訴訟法上其請求權者タル差出人ニ對スル債權保全ノ爲メ右證據品保管官廳ニ對シ右請求權ニ付キ假差押ヲ爲シ得ヘキモノトス然レハ本件ニ於テ申立人ノ差出シタル證據品(現金)ニ付其返還ヲ受クヘキ場合ニ於テ其保管官廳タル前示檢事局ヲシテ申立人ニ之ヲ返還セスシテ被申立人卽チ債權者ノ委託セル執達吏ニ右現金ヲ交附スヘキコトヲ命スル旨ノ假差押命令ヲ爲スハ適法ナリ(大阪地方大正四年(コ)第一八號同年三月十六日民二部久保田裁判長高田森各判事判決法律新聞第一〇〇七號二三頁)

【關係事項】

假差押決定異議事件○申立人野口廣吉代理人辯護士原田鹿太郎被申立人小倉久兵衛代理人辯護士森作太郎

(三五)

三三一 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

民法六九五 和解ハ當事者カ互ニ讓步ヲ爲シテ其間ニ存スル爭ヲ止ムルコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ス

訴訟上ノ和解ハ當事者カ互ニ讓步ヲ爲シテ其間ニ存スルノ權利關係爭ノヲ止メ同時ニ訴訟又ハ其爭點ヲ終了スル訴訟上單一ナル合意ニシテ私法上法律行爲タルト同時ニ訴訟行爲ナリトス」

訴訟上ノ和解ノ內容タル和解特約カ民法上無效ナルカ又ハ取消サレタルトキハ訴訟ハ終了セス又終了セサリシコトトナルモノトス」

訴訟上ノ和解(以下和解ト略稱ス)ハ訴訟行爲トシテ一般訴訟行爲ノ無效取消ニ關スル通則ニ從ヒ救濟ヲ受ケ得ヘシトスルモ他ノ訴訟行爲ト異リ訴訟ノ進行中ニ爲サルルモノニ非サル故殊ニ其取消ニ付キテハ通則ニ準據シ難キモノアリ又民法上ノ和解契約ハ民法ニ依リ一定ノ救濟ヲ受クルニ拘ラス同一契約カ訴訟上爲サレタルトキハ右救濟ヲ拒否ス可キモノトセンカ民法ノ本旨ニ戻ルコトハ勿論和解ヲ推奬スル民訴法二二一條ノ趣旨ニモ適ハサルコトト爲ラン玆ニ於テ和解ニ對スル救濟方法トシテ民法上ノ理由ニ基ク無效取消ヲ認ム可キカ若シ認ムトセハ其手續如何ノ問題ハ攻究ス價値大ナルコトヲ知ルニ足ル可シ而シテ和解ニ民法上ノ理由ニ基ク無效取消ヲ認ム可キヤ否ヤハ和解ノ觀念ノ如何ニ依リ結論ヲ異ニス可キヲ以テ先ツ其觀念並ニ性質ヲ確定シタル後其無效取消ヲ攻察スルヲ順序トス抑々我民訴法ノ母法タル獨法ニ於テ和解ヲ認メタルハ普通法ニ於ケル和解契約ノ觀念ニ支配セラレ其觀念ヲ訴訟上ニ移植シ以テ實體上並ニ訴訟上ノ關係ヲ解決スル合意ヲ認メタルモノニシテ民訴法ニノミ特殊ナル觀念ヲ創設シタルニアラス又民法上一定ノ意義ヲ有スル和解ナル用語カ同一國法タル民訴法ニ於テ殊更別意義ニ用ヒラレタリト解ス可キ根據ナシ故ニ吾人ハ和解ハ民法ノ認ムル和解契約ナル觀念ト離レテ解スルヲ得スト信ス然ラハ和解ハ民法六九五條ニ所謂當事者カ互ニ讓步ヲ爲シテ其間ニ存スル權利關係ノ爭ヲ止ムル合意ヲ一要素トスト謂フ可シ而カモ此和解契約タルヤ訴訟上爲サルルコトヲ要ス

ルコトハ民訴法第二二一條ノ要求スル所ナリ故ニ之等ヲ綜合シテ定義スレハ和解トハ當事者カ互ニ讓歩ヲ爲シテ其間ニ存スル權利關係ノ爭ヲ止メ同時ニ訴訟又ハ其爭點ヲ終了スル訴訟上單一ナル合意ナリト謂フ可シ和解ハ當事者カ互ニ讓歩ヲ爲シテ訴訟又ハ其爭點ニ包含セラルル權利關係ノ爭ヲ終了スル合意ヲ要件トス其合意自體ハ和解契約ニシテ和解契約カ訴訟上爲サルルコトハ和解ナル訴訟的法律行爲ノ要件タル以上右和解契約ハ一方ニ於テ私法上ノ行爲タルト同時ニ他方ニ於テハ訴訟行爲ナリト謂フ可シ然リト雖ドモ稽フルニ訴訟行爲ハ裁判所ノ當事者ニ對スル行爲ト當事者ノ裁判所ニ對スル行爲トノ二者ニ限リ當事者間ニハ民法上ノ行爲成立スルハ格別訴訟行爲ハ成立シ得サルモノナリ故ニ和解契約カ訴訟上爲サルルニ當リテモ互讓ノ意思並ニ爭ヲ止ムルノ意思ハ總テ裁判所ニ對シテ表示サルルモノニシテ相手方ニ對シテ表示サルルモノニアラス當事者間ニ斯カル表示意思ナシト解スル以上ハ其意思表示ノ合致ナルモノモ亦認ムルヲ得ス然ラハ和解ハ一面民法上ノ行爲ナリトノ結論ハ否認セサル可カラサルニ似タリ扨ニ於テ吾人ハ民訴ノ民法的解釋ヲ爲ス可キ必要ニ遭遇ス凡ソ民訴ハ法ノ認ムル戰鬪私權ノ血鬪ナリト評スルヲ得ヘシ其戰鬪ノ結果ハ故意ナリトモ私權カ或ハ傷キ或ハ倒レ或ハ捕虜ト爲リ以テ重大ナル私權上ノ變動ノ生ス可キコトハ戰鬪法規タル民訴法ノ豫メ認容スル處ナリ又民訴法ハ私權保護ナル職トスルモノナル故其戰鬪ノ目的ヲ遂ケシムル爲メニハ或種ノ私法的行動ヲシテ最モ活發ナラシムル必要ハ之亦民訴法ノ認容ス可キモノニシテ此必要ヲ充タス爲メニハ勢民法ノ通則ニ對スル例外規定ヲ設ケサルヲ得サルハ當然ノ結果ナリ例之民法上眞實ノ所有者カ其所有權確認ノ訴ニ於テ敗訴シ其判決確定シタルトキハ當事者間

ニ於テハ更ニ有效ナル再訴ヲ爲シ得ス此場合該所有權ハ依然敗訴者ニ存ス勝訴者ハ判決ノ確定力ナル利益ヲ有スルノミニシテ所有者ニ非サレトモ尙所有者ト同樣ナル法律上ノ狀態ヲ保持シ得ト解センカ一方ニ法ノ保護ナキ權利ヲ認メ他方ニ於テ權利ナク而カモ之レアルト同樣ナル狀態アルコトヲ認メサル可カラス學者或斯ノ如キハ確定力ノ結果ニ過キスト說ケトモ斯カル奇異ナル狀態ヲ認ムルコトハ吾人ノ法律確信ト全然背馳スルモノニシテ判決ノ確定力ナルモノヲ認ムル半面ニ於テハ判決ノ確定力ハ當事者間ニ在テハ私權得喪ノ一原因ナリトスル民法的特別規定ヲ認メタリト解セサル可カラス尙民訴法カ請求ノ拋棄認諾ニ依リ當事者間ノ私權關係ノ確定スルコトヲ認ムル反面ニ於テハ以上ト同一ノ理由ニ依リ之ヲ以テ私權變更ニ關スル民法的規定ヲ爲シタリト謂ハサル可カラス從テ其行爲ハ同時ニ民法的行爲ナリ更ニ此理ヲ推ストキハ民訴法ニシテ民法ノ必要上訴訟行爲トシテ民法上ノ法律行爲ヲ爲シ得ルコトヲ認ムル場合ニ在リテハ其法律行爲ニ對スル民法規定ノ例外ヲ認ムルニ非サレハ其目的ハ到底貫徹シ能ハサルニ歸セン例之催告ナキ以上無期限債務ノ履行期ハ遂ニ到來セス從テ遲滯ノ效果ヲ生セサルコトハ民法ノ通則ナリ之等ニ付キ訴狀ノ遞達セラレタルコトアルモ送達ハ裁判所カ職權ニ基キテ爲ス獨立ノ行爲ニシテ裁判所ハ當事者ノ代表人ニ非サル故催告ナルモノハ存セス然ルニ我大審院ハ返還時期ノ定メナキ預金ニ付キ訴ノ提起アルトキハ其時ヨリ付遲滯ノ效力ヲ生ストナス吾人ノ與リ知ラント欲スルハ送達ニ依リ何カ故ニ民法上ノ行爲タル催告ノ效果ヲ生スルカノ理由ナリ其理由ハ民訴法カ斯カル訴求ヲモ尙正當ト見做スコトニ依リ請求ナル行爲ニ關スル民法規定ニ對シ之ニ據ルヲ要セス即權利掬東ノ發生アラハ足ルト爲ス側弁親

定ヲ設ケタルコトニ存スト解スルニ依リ此實際上ノ必要ヲ民法ト民訴法トニ矛盾セスシテ說明シ得ルモノトス進ンテ民法上ノ契約ニ付テ考フルニ其意思表示ハ裁判ニ對シテ表示セラレ裁判所ヲ通シテ合致スレハ當事者間ノ行爲ニアラストモ尙民法上ノ契約ハ成立ストノ例外規定ノ存在ヲ認メサル可カラス斯ノ如キハ和解契約以外ノモノニ付キテハ法ノ認メサル處ト雖モ要スルニ和解契約カ訴訟上爲サルルトノ意義ハ以上ノ如ク解ス可キモノト信ス以上論シタル處ニ依リ和解ハ民訴法ト民法トノ適用ヲ受クル結果其無效及取消ノ原因亦此兩方面ヨリ探索セラル可キ者ナルコト明ナリ其訴訟上ノ理由ニ基クモノハ一般訴訟行爲ノ無效ノ原則ニ依リ判斷ス可キモノニシテ特別ノ研究ヲ要スル處ナル故玆ニ詳說セス和解ノ要素タル和解契約ハ民法ノ支配ヲ受クルカ故ニ民法上其無效取消ノ原因存シ得ヘキコトハ當然ノ結論ナリ和解ハ單純ナル訴訟行爲ナリトノ反對說ニ依レハ其民法的關係ノ如何ニ拘ハラス訴訟ハ確的ニ終了シタリト謂フ可キモ其說ハ吾人ノ採ラサルコト前述ノ如シ仍テ先ツ其無效ノ場合ヲ考フルニ前述ノ如ク法ハ和解ニ民法ノ適用アルコトヲ欲スルカ故ニ其和解契約ハ有效ノモノタルヲ要スト謂ハサル可カラス卽民訴法二二一條ハ和解契約無效ナルトキハ和解ハ要件ノ欠缺ニ依リ無效ニ歸シ訴訟終了ノ效果モ生セサルモノト爲ス趣旨ト解セサル可カラス此種ノ理由ニ依リ和解ヲ無效ト爲スモ當事者ハ勿論裁判所ニ在リテモ何等ノ損害ヲ生セス之ト彼ノ訴訟上ノ要件ヲ缺ク爲メ無效ナル場合ト別種ニ取扱フ可キ法律上並ニ實際上ノ理由ハ毫モ之レナク兩者ノ場合何レモ訴訟終了セスト斷セサル可カラス民法上ノ理由ニ基ク取消ノ場合亦同樣ニシテ和解ノ內容タル和解契約カ取消又ハ追認ニ依リ確定スル迄效力ノ浮動的ナルコトハ却テ當事者

ニ有利ニシテ其狀態ハ必シモ公益ヲ害セス民訴法二二一條カ民法ノ適用ヲ認ムル結果其訴訟終了亦右取消又ハ追認ト運命ヲ同フセシムル趣旨ニシテ取消ノ結果ハ無效ト看做サレ要件欠缺ヲ來シ遡テ和解ヲ無效ナラシムルモノト謂ハサル可カラス要スルニ和解ハ內容タル和解契約ニ民法上ノ無效理由存スルカ又ハ取消原因存在シ且其取消アリタルトキハ訴訟ハ終了セス又終了セサリシコトト爲ルモノトス其無效ヲ主張スル手續如何訴訟上ノ理由ニ依ル無效ノ場合タルト民法上ノ理由ニ依ル無效ノ場合タルトヲ問ハス訴訟ハ終了シ居ラサル故其主張ヲ爲サントスル當事者ハ單純ニ訴訟續行ノ申立ヲ爲ス可キナリ民法上ノ理由ニ基ク取消ノ手續ニ付キテハ學說最モ敍ル和解カ訴訟行爲トシテ爲サレタリトノ一事ニ依リ夫レヨリ生シタル民法上ノ取消權ノ行使亦訴訟行爲トシテ爲サレサル可カラストノ理由毫モ之レナシ取消權ノ行使ハ訴訟行爲ソノモノヲ取消スニアラス內容タル民法的效果ヲ否定スルモノナリ然レトモ取消ヲ爲ス爲メ相手方ノ呼出ヲ裁判所ニ求メ其期日ニ於テ取消ノ意思ヲ表示シ續テ舊訴ヲ續行スルハ妨ナシ口頭辯論續行ノ期日ニ於テ取消原因ノ有無ニ付キ爭アルトキハ裁判所ハ其原因アリト認ムレハ其爭ハ民訴法二一一條ノ中間ノ爭ト認メテ中間判決ヲ以テ其旨判斷ス可シ其原因ナシト認ムルトキハ終局判決ヲ以テ訴訟續行ノ申立ヲ却下ス可シ此點ハ訴ノ取下ノ有效無效ニ付キ爭アル場合ノ判決ト同樣ナリ又取消ハ和解ニ基ク强制執行ニ對スル異議ノ訴ニ於テ之ヲ主張シ執行ヲ排除スルヲ得ヘク既ニ强制執行カ終了シタルトキハ不當利得返還ノ別訴ヲ提起シテ無效ヲ主張シ得ヘシ(法學士箱田淳氏法學志林第一七卷第三號二三頁以下要領)

【參照學說】

仁井田博士
板倉學士
岩田學士
鈴木學士

一　民法ニ於テハ和解ノ何タルヲ示シタリ(民六九五)而シテ民事訴訟法ニ於テ訴訟上ノ和解ニ付キ規定ヲ設クルニ當リテハ和解其モノノ何タルヲ示サザルカ故ニ民事訴訟法ハ訴訟上ノ和解ヲ以テ民法上ノ和解ノ一種ト認メタルコト自ラ明ナリト謂フヘシ民法ノ規定ニ依レハ和解ハ當事者カ互ニ讓歩ヲ爲シテ爭ヲ止ムルコトヲ約スル契約ナリ所謂當事者カ爭ヲ止ムルコトヲ約スルトハ係爭事項ニ付キ其相互間ニ於ケル私法上ノ法律關係ヲ定ムルコトヲ約スルヲ謂フ而シテ訴訟ニ於ケル爭ハ訴訟ノ目的物又ハ訴訟ノ或爭點ニ關スルモノニ外ナラサルナリ故ニ訴訟上ノ和解ノ內容タル當事者双方ノ意思表示ハ訴訟ノ目的物又ハ訴訟ノ或爭點ニ關スル爭ヲ止ムルコトヲ目的トスルモノト謂ハサルヘカラス然レトモ此意思表示ハ亦同時ニ訴訟ノ終了又ハ其爭點ノ完結ヲ目的トスルモノト謂フヘシ蓋シ當事者カ訴訟ノ目的物又ハ訴訟ノ目的物又ハ訴訟ホ訴訟其モノヲ繼續シ又ハ其爭點ニ關シテ訴訟ヲ繼續セントスルモノト認ムヘカラサルヲ以テナリ故ニ訴訟上ノ和解ハ當事者カ互ニ讓歩ヲ爲シテ訴訟ノ目的物又ハ訴訟ノ或爭點ニ關スル爭ヲ止ムルト同時ニ訴訟又ハ其爭點ヲ結了スルヲ目的トスル契約ニシテ訴訟ニ於テ取結フモノニ外ナラテルナリ果シテ然ラハ訴訟上ノ和解ハ私法上ノ效果及ヒ訴訟法上ノ效果ヲ目的トスル一箇ノ契約ニシテ私法上ノ效果ヲ目的トスル點ニ於テハ私法上ノ法律行爲タル性質ヲ有シ訴訟法上ノ效果ヲ目的トスル點ニ於テハ訴訟法上ノ法律行爲タル性質ヲ有スルモノト謂フヘシ(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論中卷五八二頁)

二　訴訟法上ノ和解ニ二種アリ一ハ和解ノ申請ニ基キ區裁判所ノ干與シテ成立セシムルモノヲ謂ヒ一ハ訴ヲ提起シタル後受訴裁判所受受命判事受託判事ノ面前ニ於テ成立スル和解之レナリ後者ノ定義ヲ下セハ曰ク訴訟物ニ付キ訴訟當事者カ互ニ讓歩ヲ爲シテ裁判上成立セシムル契約ヲ謂フ故ニ此和解ノ私法上ノ和解ト異ルハ裁判所ノ干與スル點ニ在リ(法學士板倉松太郎氏民事訴訟法綱要三二三頁)

三　和解トハ當事者雙方カ互ニ讓歩ヲ爲シテ爭ヲ止ムル爲メニスル契約ニシテ裁判上ノモノト裁判外ノモノトノ二者アリ而シテ裁判外ノモノヲハ私法上ノ法律行爲ニシテ訴訟行爲タル和解ハ裁判上ノ和解ナリトス裁判上ノ和解ノ意義ハ民法上ノ意義ニ同シ卽チ裁判所ニ於テ當事者カ訴訟物若クハ訴訟上ニ於ケル或爭點ニ付キ爭ヲ止ムルコトヲ目的トスル契約ナリ故ニ訴訟物ニ付テノ和解ハ訴訟ノ終了ヲ來タシ或爭點ノ和解ハ爭點ノ終了ヲ來タス(法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論三八九頁)

四　我民法上訴訟行爲ハ法律行爲ナリト信ス乍併余輩ハ斯ノ如ク法律行爲ト訴訟行爲トヲ區別スレトモ訴訟行爲タルモノハ同時ニ法律行爲タルヲ得スト言フニハアラス余輩ノ見解ニ依レハ一個ノ行爲ニシテ一面ヨリ見レハ法律行爲タリ他面ヨリ見レハ不法行爲タルコトアリ或ハ又一面ヨリ見レハ法律行爲タルニ拘ラス他面ヨリ見レハ訴訟行爲タルコトアリ得ヘシト信ス例ヘハ他人ノ所有ニ係ル時計ヲ無斷ニ賣入シタルトキハ一方ヨリ見レハ賣契約ナル法律行爲ナルヘキモ他方ヨリ見レハ故意又ハ過失ニ因リ他人ノ權利ヲ侵害スル不法行爲ナルカ如シ又例ヘハ訴ノ提起ハ疑モナク一個ノ訴訟行爲ナリ然レトモ時效中斷ノ原因タル請求ノ一種トシテ民法上ノ法律行爲ト見ルコトヲ得サルニアラサルカ如シ(法學士鈴木英太郎氏法曹記事第一七卷第六號三頁)

大審院判決

一個ノ行爲ヲ以テ訴訟行爲タルト同時ニ法律行爲タリトナスノ觀念ハ吾人ノ採ラサル所ナリ訴訟上ノ和解ハ固ヨリ當事者間ノ法律關係ニ付キ民法上ノ和解ト同一ナル私法上ノ效果ヲ生スト雖モ其效果ヲ生スヘキ意思表示カ裁判所ニ對シテ爲サルル公法上ノモノナル以上法律行爲タルコトナシトス彼ノ離婚ニ付テ之ヲ見ルニ協議上ノ離婚モ裁判上ノ離婚モ共ニ婚姻ノ解消ナル私法上ノ效果ヲ生スルモノナリト雖モ前者ハ法律行爲ニシテ後者ハ然ラサルカ如シ故ニ訴訟上ノ和解ハ決シテ法律行爲ノ性質ヲ有スルコトナシ從テ法律行爲ノ無效及ヒ取消ノ規定ヲ直ニ訴訟上ノ和解ニ適用スルコトヲ得ス況ンヤ民法ハ民事訴訟法ノ後ニ制定セラレタルモノナルニ於テヲヤ

(三六)

第一九　控訴裁判所ハ控訴ヲ許ス可キヤ否ヤ又控訴ヲ法律上ノ方式ニ從ヒ若クハ其期間ニ於テ起シタルヤ否ヤヲ職權ヲ以テ調査ス可シ若シ此要件ノ一ヲ缺クトキハ判決ヲ以テ控訴ヲ不適法トシテ棄却ス可シ

第二八　控訴人カ口頭辯論ノ期日ニ出頭セサルトキハ出頭シタル被控訴人ノ申立ニ因リ闕席判決ヲ以テ控訴ノ棄却ヲ言渡ス可シ

控訴裁判所カ職權ヲ以テ控訴カ適法ナル期間內ニ提起セラレタルヤ否ヤヲ調査ス可キコトハ口頭辯論期日ニ控訴人闕席シ相手方タル被控訴人ヨリ闕席判決ノ申立ヲ爲シタルカ爲メ毫モ消長ヲ來スヘキモノニ非ス」

控訴カ適法ナル期間內ニ提起セラレタルヤ否ヤハ固ヨリ裁判所ノ職權上調査スヘキ

事項ニ屬スルモノニシテ而シテ此職權調査ハ口頭辯論期日ニ控訴人闕席シ相手方タル被控訴人ヨリ闕席判決ノ申立ヲ爲シタルカ爲メ毫モ消長スヘキモノニ非ス故ニ原審ニ於テ被控訴人タル被上告人ヨリ闕席判決ノ申立ヲ爲シタルニ拘ハラス職權調査上對席判決ノ形式ニ依リ控訴ヲ不適法トシテ棄却シタルハ毫モ不法ノ點アリト云フヲ得ス(大審院大正三年(オ)第四九三號同四年二月二十五日民二部馬場裁判長田上尾古入江鈴木各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審名古屋地方裁判所○請負金請求事件○上告人竹内釀訴訟代理人辯護士高尾傳七被上告人森鐵太郎

【同趣旨學說判例】

一 控訴人又ハ被控訴人カ口頭辯論期日ニ闕席シタル場合ニ於テハ控訴裁判所ハ他ノ場合ト同シク控訴カ適法ナルヤ否ヤヲ調査シ之ヲ不適法トスルトキハ不適法トシテ之ヲ棄却スル通常ノ判決ヲ爲スヘキモノナリト雖モ控訴カ適法ナルトキハ左ニ述フル所ニ從ヒテ闕席判決ヲ爲スヘキモノナリ(イ)控訴人カ口頭辯論期日ニ闕席シタル場合ニ於テハ被控訴人ノ申立ニ依リ之ヲ理由ナシトシテ棄却スル闕席判決ヲ爲スヘキモノナリ(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論中卷八八二頁)

二 控訴人カ口頭辯論ノ期日ニ出頭セサルトキハ出頭シタル被控訴人ノ申立ニ因リ闕席判決ヲ爲ス但控訴カ不適法ナルトキハ控訴裁判所ハ職權ヲ以テ控訴ヲ棄却スヘキモノニシテ此判決ハ懈怠ノ結果ニ基クモノニアラサレハ判席缺決ニアラス控訴カ適法ナリシトキハ控訴裁判所ハ闕席判決ヲ以テ控訴棄却ノ判決ヲ爲スヘキモノナリ(法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論八一一頁)

三 大審院民事判決錄明治三七年八一五頁

仁井田博士

岩田學士

吾人亦判決ノ正當ナルコトヲ信ス

三五一 公正證書又ハ檢眞ヲ經タル私署證書ヲ僞造若クハ變造ナリト主張スル者ハ其證書ノ眞否ヲ確定センコトノ申立ヲ爲ス可シ

此場合ニ於テハ裁判所ハ其證書ノ眞否ニ付キ中間判決ヲ以テ裁判ヲ爲ス可シ

大審院判決

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

商法二二七ノ二 清算人ハ財產目錄貸借對照表及ヒ事務報告書ヲ作リ定時總會ノ會日ヨリ一週間前ニ之ヲ監査役ニ提出スルコトヲ要ス

同二三四 ……第一九一條乃至第一九三條……ノ規定ハ株式會社ノ清算ノ場合ニ之ヲ準用ス

同一九一 取締役ハ定時總會ノ會日前ニ前條ニ掲ケタル書類及ヒ監査役ノ報告書ヲ本店ニ備フルコトヲ要ス

株主及ヒ會社ノ債權者ハ營業時間内何時ニテモ前項ニ掲ケタル書類ノ閲覽ヲ求ムルコトヲ得

同一九二 取締役ハ第一九〇條ニ掲ケタル書類ヲ定時總會ニ提出シテ其承認ヲ求ムルコトヲ要ス

取締役ハ前項ノ承認ヲ得タル後貸借對照表ヲ公告スルコトヲ要ス

同一九三 定時總會ニ於テ前條第一項ノ承認ヲ爲シタルトキハ會社ハ取締役及ヒ監査役ニ對シテ其責任ヲ解除シタルモノト看做ス但取締役又ハ監査役ニ不正ノ行爲アリタルトキハ此限ニ在ラス

同二六二ノ二 發起人、會社ノ業務ヲ執行スル社員、取締役、外國會社ノ代表者、監査役又ハ清算人ハ左ノ場合ニ於テハ五圓以上五百圓以下ノ過料ニ處ス但其行爲ニ付キ刑ヲ科スヘキトキハ此限ニ在ラス

九 定款、株主名簿、社債原簿、總會ノ決議錄、財產目錄、貸借對照表、營業報告書、事務報告書、損益計算書及ヒ準備金並ニ利益又ハ利息ノ配當ニ關スル議案ヲ本店若クハ支店ニ備ヘ置カス、之ニ記載スヘキ事項ヲ記載セス又ハ之ニ不正ノ記載ヲ爲シタルトキ

會社ノ清算人カ商法第二二七條ノ二ノ規定ニ從ヒ作成シタル定時總會報告書ハ私人ノ任意ニ作成シ得ヘキ文書ト自ラ其性質ヲ異ニスルヲ以テ相手方ノ不知ノ陳述ノ爲メニ直チニ其證據力ヲ失フモノニアラス」

所論ノ甲第七號證第四回定時總會報告書ハ被上告會社ノ清算人カ商法第二二七條ノ二ノ規定ニ基キ其職務上作成シテ監査役ニ提出シ同法第二三四條ノ規定ニ從ヒ同法第一九一條乃至第一九三條ノ準用ニ依リ株主總會ノ承認ヲ經タルモノニシテ其記載ノ内容ノ眞正ニ付キ同法第二六二條ノ二第九號ニ制裁ヲ以テ之ヲ强要スル書面ナレハ私人ノ任意ニ作成シ得ヘキ文書ト自ラ其性質ヲ異ニスルヲ以テ相手方ノ不知ノ陳述ノ爲メニ直チニ其證據力ヲ失フモノニアラス故ニ原院カ上告人ノ不知ヲ以テ爭ヒ

大審院判決

タルニ拘ハラス其内容ヲ眞正ナリト認メテ之ヲ採用シ被上告會社ニ清算金不足事實ノ存スル認定ノ資料ト爲シタルハ相當ナリ上告人カ本論旨ニ援用セル當院判例ハ私人ノ任意ニ作成シ得ヘキ自己ノ手控帳ヲ書證トシテ提出シタル場合ニ關スルモノナレハ本件ニ適切ナラス(大審院大正三年(オ)第六四七號同四年三月六日民三部横田裁判長大倉榊原嘉山三宅各判事判決)

【關係事項】

上告案却○原審松山地方裁判所○株金拂込請求事件○上告人源音次郎外二名訴訟代理人辯護士高窪喜八郎被上告人阪豫運輸株式會社

判決ハ不當ナリ清算人ノ作成スル書類カ私署證書ナルコト論ヲ俟タス而シテ書證カ相手方ノ不知ノ陳述ノ爲メニ其形式的證據力ヲ失ハサルハ公正證書ニ限ルコト亦疑ヲ容レス書證ノ内容ノ眞正カ法律上强要セラルルコトハ其書證ノ成立ノ眞否ヲ決スルニ付キ何等消長アルヘキモノニアラサルナリ

(三八)

三九七 終局判決前ニ爲シタル裁判ハ亦控訴裁判所ノ判斷ヲ受ク但此法律ニ於テ不服ヲ申立ツルコトヲ得スト明記シタルトキ又ハ抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ルトキハ此限ニ在ラス

四一一 控訴裁判所ニ於ケル訴訟ハ不服ノ申立ニ因リ定マリタル範圍内ニ於テ更ニ之ヲ辯論ス

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

控訴人カ請求ノ原因トシテ第一審裁判所カ新訴トシテ却下シタル債務不履行ニ基ク損害賠償ノ請求原因ヲ陳述シタルトキハ特ニ控訴狀ニ記載ナシトスルモ右新訴却下ノ中間判決ニ對シテモ控訴ヲ爲シタルモノトスルヲ相當トス」

第一審ノ訴訟手續ニ違背アリタル場合ニ於テ事件ノ差戻ヲ爲スヘキヤ否ヤハ第二審裁判所ノ自由ニ決シ得ル所ナルノミナラス第二審ニ於テ請求ノ原因トシテ主張シタル事實ニ付キ未タ第一審ノ判決ヲ經サルモノトスルモ斯ノ如キ場合ニ於テ事件ヲ差戻ササルヘカラサル旨ノ規定ナキヲ以テ第二審裁判所カ直チニ本案ニ付キ裁判ヲ爲スハ不法ニ非ス」

被上告人ハ原審ニ於テ本訴請求ノ原因トシテ第一審裁判所カ新訴トシテ却下シタル債務不履行ニ基ク損害賠償ノ請求原因ヲ陳述シタルモノナレハ特ニ控訴狀ニ記載ナシトスルモ右新訴却下ノ中間判決ニ對シテモ控訴ヲ爲シタルモノト解スルヲ相當トス(民事訴訟法第三九七條參照)從テ原裁判所カ第一審裁判所ノ爲シタル新訴却下ノ中間判決ノ當否ニ付キ審理判斷ヲ爲シタルハ不法ニアラス又第一審ノ訴訟手續ニ違背アリタル場合ニ於テ事件ノ差戻ヲ爲スヘキヤ否ヤハ第二審裁判所ノ自由ニ決スルコトヲ得ル所ナルノミナラス原審ニ於テ本訴請求ノ原因トシテ主張シタル事實ニ付キ未タ第一審ノ判決ヲ經サルモノトスルモ斯クノ如キ場合ニ於テ事件ヲ差戻ササルヘカラサル旨ノ規定ナキヲ以テ原裁判所カ本件ヲ第一審裁判所ニ差戻サス直チニ本案ニ付キ裁判ヲ爲シタルハ是亦不法ト謂フヲ得ス(大審院大正三年(オ)第八三〇號同四年三月十五日民二部馬場裁判長田上大倉入江鈴木各判事判決)

【關係事項】

上告案却○原審千葉地方裁判所○立替金請求事件○上告人酒井桂助訴訟代理人辯護士信太武治被上告人川鍋佐平次

【同趣旨學說】

控訴裁判所ハ訴訟手續ノ規定ニ違背アルモ必スシモ差戻ヲ要スルモノニアラス如何トナレハ第四二三條ニハ差戻スコトヲ得トアリテ前條ト其規定ヲ異ニスレハナリ……此等ノ場合ニ於ケル事件ノ差戻ハ控訴裁判所カ差戻ヲ爲スノ權ヲ有スルニ止マリ差戻ヲ爲スヘキ義務アルニアラス故ニ縱令重要ナル訴訟手續ノ欠缺アルトキト雖モ控訴裁判所カ自ラ裁判ヲ爲スコトヲ至當ト認メタル場合ニ於テハ事件ニ付キ自ラ裁判ヲ爲スモ違法ニアラス隨テ上告ノ理由トナスコトヲ得ス（法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論七九七頁）

判決カ「右新訴却下ノ中間判決ニ對シテモ控訴ヲ爲シタルモノト解スルヲ相當トス」ト云ヘルハ恰カモ新訴却下ノ中間判決ニ對シ控訴ヲ爲シ得ヘキコトヲ認ムルカ如キ觀アリテ用語妥當ナラス凡ソ終局判決ニ對シ控訴ヲ爲シタルトキハ其終局判決以前ニ爲シタル中間判決ハ當然控訴裁判所ノ判斷ヲ受クヘキモノナレハ之ニ對スル控訴ナルモノハ存在セス只控訴裁判所ハ控訴人ノ不服申立ノ範圍ニ於テノミ審理裁判ヲ爲スヘキモノナルカ故ニ右ノ中間判決ニ付キ控訴人カ口頭辯論ニ於テ不服ヲ申立テサリシトキハ裁判所ハ其當否ニ付キ判斷スルコトヲ得サルナリ然ルニ本件ニ於テハ控訴人ハ第一審裁判所カ新訴トシテ却下シタル債務不履行ニ基ク損害賠償ノ請求原因ヲ陳述シタルモノナレハ控訴人ハ右中間判決ニ對シテ不服ヲ申立テタルモノト解スルヲ相當トス要スルニ判決ノ見解ト吾人ノ所見トハ其結果ヲ同シウスルモ其觀念ヲ異ニスルモノナリ後段ハ正當ト信ス

二〇〇第一項　訴カ管轄裁判所ニ於テ權利掏束ト爲リタルトキハ被告ハ原告ニ對シ其裁判所ニ反訴ヲ起スコトヲ得

五四九第一項　第三者カ强制執行ノ目的物ニ付キ所有權ヲ主張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强制執行ニ對スル異議ヲ主張シ又債務者ニ於テ其異議ヲ正當ナリトセサルトキハ債權者及ヒ債務者ニ對シテ之ヲ主張ス可シ

七四八　假差押ノ執行ニ付テハ强制執行ニ關スル規定ヲ準用ス（但書略）

七五六　假處分ノ命令其他ノ手續ニ付テハ假差押ノ命令及ヒ手續ニ關スル規定ヲ準用ス（但書略）

强制執行上ノ訴ノ訴訟手續ニ於テモ反訴ヲ起スコトヲ得ルモノトス」

【上告論旨】本訴ハ民事訴訟法第五四九條ニ依ル訴訟法上ノ訴ナルコトハ原判決モ認ムル所ナリ訴訟法上ノ訴ハ殊ニ法律ニ規定アル場合ノ外他ノ訴ヲ併合スルヲ得サルモノト信ス蓋シ同條ニ債務者カ異議ヲ正當トセサルトキハ債權者及債務者ニ對シテ之ヲ主張スヘク此場合ニハ共同被告トスヘキ旨ノ特別明文ノ存スルニ依リテ法意ノ在ル所ヲ窺フニ足ル果シテ然ラハ訴訟法上ノ訴ニ對スル本件反訴ハ法ノ許ササルモノニシテ不適法ト云ハサルヲ得ス

【判決理由】本訴ハ强制執行上ノ訴ナルモ其訴訟手續ハ通常訴訟手續ナルカ故ニ其訴訟手續ニ於テ反訴ヲ提起スルコトハ固ヨリ法ノ許ス所ナレハ本訴カ强制執行上ノ訴ナルノ故ヲ以テ被上告人ノ反訴ヲ不適法ナリト爲スハ理由ナシ（大審院大正三年(オ)第六二五號同四年三月二日民一部田部裁判長榊原尾古鈴木岩田各判事判決）

【關係事項】

上告棄却○原審大阪控訴院○動產假處分ニ對スル異議事件○上告人飾磨市藏訴訟代理人辯護士黑田莊次郎被上告人窪田竹次

【參照學說】

一　反訴成立ノ條件左ノ如シ（一）本訴カ通常訴訟手續ニ於テ繫屬シタルコト……（法學士板倉浴太郎氏民事訴訟法綱要二〇五

頁）

二　反訴提起ノ要件ハ左ノ如シ……（三）本訴ノ訴訟手續カ通常訴訟手續ナルコト……（法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論三一八頁）

至當ノ見解ナリ

（四〇）

六四五　裁判所ハ競賣手續開始ノ決定ヲ爲シタル不動産ニ付キ更ニ强制競賣ノ申立アルモ更ニ開始決定ヲ爲スコトヲ得ス

競賣法ニ依ル競賣手續ニ於テモ一旦競賣開始決定アリタル不動産ニ付キ更ニ開始決定ヲ爲スコトヲ得サルモノトス」

大審院大正二年（ク）第一六七號判決（本書第二卷諸法七六頁所載）

判旨ハ正當ナリ競賣法上ノ競賣ハ强制執行ノ形式ニ依リテ爲ス擔保權ノ實行方法ナルカ故ニ競賣法ニ反對ノ規定ナキ限ハ金錢債權ノ强制執行ニ關スル民事訴訟法ノ規定ヲ準用スヘキモノトスサレハ競賣法ニハ一旦競賣開始決定アリタル不動産ニ付キ更ニ開始決定ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤニ付キ特別ノ明文ナシト雖モ民事訴訟法第六四五條第一項ノ規定ノ準用ニ依リ更ニ開始決定ヲ爲スコトヲ得サルモノト解スヘキハ疑ヲ容レス（法學博士雉本朗造氏京都法學會雜誌第一〇卷第三號一四八頁以下要領）

至當ノ見解ナリト信ス

（四一）

二〇一　反訴ハ答辯書若クハ特別ノ書面ヲ以テ又ハ口頭辯論中相手方ノ面前ニ於テ口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得然レトモ答辯書差出ノ期間內ニ差出シタル書面ヲ以テ起ササル反訴ハ被告ノ請求ノ全部又ハ一分ト相殺ヲ爲ス可キ

場合ニ於テ同時ニ被告カ自己ノ過失ニ因ラスシテ其以前反訴ヲ起スヲ得サリシコトヲ疏明スルトキニ限リ之ヲ爲スコトヲ許ス

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

民法四八七　債權ノ證書アル場合ニ於テ辨濟者カ全部ノ辨濟ヲ爲シタルトキハ其證書ノ返還ヲ請求スルコトヲ得

（一）區裁判所ニ於ケル訴訟手續ニ於テハ反訴ハ判決ニ接着スル口頭辯論ノ終結ニ至ル迄何時ニテモ之ヲ提起スルコトヲ得ルモノトス」

（二）辨濟以外ノ原因ニ依リ債權全部消滅ニ歸シタル場合ニモ亦債務者ハ債權證書返還ノ請求權ヲ有ス」

（一）區裁判所ニ於ケル第一審訴訟手續ニ於テハ答辯書ノ差出ヲ必要トセサルヲ以テ答辯書差出ノ期間ナルモノ存セサル結果地方裁判所ニ於ケル第一審訴訟手續ト異ナリ反訴ハ判決ニ接着スル口頭辯論ノ終結ニ至ル迄何時ニテモ提起スルヲ得ヘキモノナリ

（二）債權證書ノ所有權カ債權者ニ存スルコトハ所論ノ如シト雖モ民法第四八七條ノ規定ヲ以テ辨濟者ニ債權證書返還ノ請求權ヲ認メタル立法上ノ趣旨ハ畢竟債權證書ハ債權ノ成立ヲ證明スルノ具ニ過キサルヲ以テ債權カ辨濟ニ依リ消滅セル以上債權者ハ之ヲ保有スル必要ナキノミナラス或ハ債權者ハ其手裡ノ債權證書ヲ利用シ再ヒ辨濟ヲ請求スルノ危險アルヲ慮ルニ出テタルモノナレハ此規定ノ精神ハ獨リ債權カ辨濟ニ依リ消滅シタル場合ノミナラス更改相殺免除其他ノ原因ニ依リ債權ノ消滅シタル場合ニモ當然シ得ヘキモノナルヲ以テ辨濟以外ノ原因ニ依リ債權全部消滅ニ歸

シタル場合ニモ亦債務者ハ債權證書返還ノ請求權ヲ有スルモノナリト解スルヲ妥當トス本件ニ於テ原審ハ當事者間ニ互ニ有セル各百圓ノ債權カ被上告人ノ權殺ノ意思表示ニ依リ消滅ニ歸シタルコトヲ認メ上告人ニ對シ被上告人ヨリ受取リタル債權證書ノ返還ヲ爲スヘキ旨ヲ命シ被上告人ノ返還請求權ヲ認容シタルハ相當ナリ(大審院大正三年(オ)第三〇八號同四年二月二十四日民三部横田裁判長横原岩田嘉山三宅判事判決)

【關係事項】

上告人兼被上告人山下百太郎訴訟代理人辯護士赤井幸夫被上告人奥野爲四郎外一名訴訟代理人辯護士山崎今朝彌

仁井田博士
鳩乃家學人
大阪區裁判所
鄉本博士

【一點同趣旨學說判例】

一 區裁判所ノ訴訟手續ニ於テハ口頭ヲ以テ訴ヲ提起スルコトヲ得ルノミナラス答辯書ヲ差出スコトヲ必要トセサルモノナルカ故ニ答辯書差出期間內ニ書面ヲ以テ反訴ヲ提起スヘキモノトセル規定ハ區裁判所ノ訴訟手續ニ關シ其適用ヲ生セス(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論中卷六六七頁)

二 反訴ノ提起期間タル十四日ノ起算點ハ訴訟遂行ノ日ヨリ起算ス然レトモ區裁判所ノ訴訟手續ニ於テハ斯ル制限ナク口頭辯論ノ終結ニ至ルマテ反訴ヲ提起シ得ヘシ(判事鳩乃家學人氏法律新聞第三三五號一頁)

三 大阪區裁判所判決本再第一卷民訴一カ二頁

【一點反對學說】

一 區裁判所ノ訴訟手續ニ於テハ準備書面ノ交換ハ之ヲ爲スコトヲ要セス從テ答辯書ヲ差出スノ要ナシ(三七五條二項)故ニ答辯書差出期間內ニ反訴ヲ提起スヘキ旨ノ規定ハ區裁判所ノ訴訟手續ニ關スル滑革ニ徴スルトキハ被告カ遲クモ應訴ト同時ニ反訴ヲ提起シタルトキハ固有ノ反訴ト視タルモノナリ我訴訟法ハ地方裁判所ニ於ケル訴訟手續ニ關シ應訴期間內(此ノ期間ハ二十日以上タリ一九四條)トハセスシテ答辯書落出期間內(卽十四日ヲ通常トス一九九條)トシタリト雖モ(二〇一條)其法意ハ沿革上ノ精神ヲ襲キ單ニ比較的ニ短キ答辯期間ニ依リタルモノト解スヘキカ如シ果シテ然ルトキハ區裁判所ニ於ケル訴訟手續ニ於テハ其自體既ニ短キ應訴期間內ニ(三日以下カリ三七七條)反訴カ書面又ハ口頭ヲ以テ提起セラレタルトキハ反訴ハ適法ナルモノト解スヘシ(法學博士雉本朔造氏法學志林第一三卷第一〇號四九頁)

二 已ニ地方裁判所ニ於ケル反訴ニシテ期間ノ制限アル以上何カ故ニ區裁判所ニ於ケル反訴ノ期間ヲシテ無制限タラシメサルヘカラサルヤ其理由ヲ發見スルヲ得ス若シ無制限ニ之ヲ許スモノトセハ訴訟ノ遲延ヲ防キ迅速ヲ貴フ區裁判所ノ訴訟手續ト相容レサル奇觀ヲ呈スルヲ奈何セン故ニ區裁判所ニ於ケル反訴期間ニ付特別規定ナキ以上ハ地方裁判所ニ於ケル反訴提起期間ノ規定ヲ適用スヘキモノトス(法學博士宮崎國吉氏法律新聞第三三〇號四頁)

宮崎判事
宮井博士
用名博士

【二點同趣旨學說】

一 民法ハ弁濟ニ付キ證書返還ノコトヲ規定セリト雖モ他ノ原因ヨリシテ債權消滅シタル場合モ同樣ニ解セサルヘカラス(法學博士富井政章氏明治四五年度東大講義債權總論二五一頁)

二 債權證書返還請求權ノ相手方ハ債權者ナリ其內容ハ債權證書ノ讓渡ヲ請求スルコトナリ故ニ債權證書紛失シタルカ滅失シタルトキハ其請求權ハ獨リ辨濟ノ場合ノミニ限ラス相殺供託更改等ノ場合ニ於テモ亦此請求權アルコトヲ規定セルモ之カ以上述ヘタル場合ニモ準用セラルヘキ性質ノモノナレハナリ(法學博士川名兼四郎氏東大講義債權總論下二八五頁)

(一) 反訴期間ニ付テハ嘗テ反對說ヲ採リタルモ本判決ノ見解ヲ正當ト思料ス

(二) 至當ノ見解ト信ス蓋シ債權證書返還請求權ヲ認メタルハ債權消滅シタルニ拘ラス債權證書ヲ依然債權者ノ手裡ニ存セシムルニ因リテ債務者ニ生スヘキ危險ヲ防止スルヲ目的トスルモノナレハ其消滅原因如何ヲ問フノ要ナケレハナリ

六四八 第三 左ニ掲クル者ヲ競賣手續ニ於テノ利害關係人ト爲ス

第四 登記簿ニ記入アル不動產上權利者

競賣法二七第三項 不動產上權利者トシテ其債權ヲ證明シ執行記錄ニ備フ可キ屆出ヲ爲シタル者

三 左ニ記載シタル者ヲ利害關係人トス

登記簿ニ登記シタル不動產上ノ權利者

四　不動産上ノ權利者トシテ其權利ヲ證明シタル者

不動産ノ賃貸借ヲ登記シタルトキハ其賃借人ハ民事訴訟法第六四八條第三號又ハ競賣法第二七條第三項第三號ニ所謂不動産上ノ權利者ナリトス

大審院大正二年(ク)第二四六號判決(本書第二卷民訴二二九頁所載)

判旨ハ不動産ノ賃借權ハ之ヲ登記シタル場合ニ於テモ民事訴訟法第六四八條第三號又ハ競賣法第二七條第三項第三號ニ謂フ所ノ「不動産上ノ權利者」ニ非ス從テ競賣ノ利害關係人ニ非スト爲スモノニシテ不當ナリ決定ノ理由ヲ見ルニ前掲法文ニ所謂「不動産上ノ權利者ハ不動産上ニ物權ヲ有スル者即抵當權者又ハ質權者ノ如キヲ指稱ス」トニフニ在リ夫レ物上擔保者ハ擔保權ノ目的タル動産又ハ不動産ニ對スル差押其他ノ執行行爲ヲ妨クルコトヲ得ス競賣賣得金ヨリ優先シテ弁濟ヲ受クル權利ヲ有スルニ止マルモノタリ然カモ仍ホ物上擔保權者カ其權利ノ目的タル不動産ノ强制競賣若クハ競賣ノ利害關係人タルコトハ疑ヲ容レス判旨モ亦タ之ヲ認メタリ目的物ニ對スル强制競賣若クハ競賣ヲ妨クルコトヲ得サル物上擔保權者ニシテ仍ホ其競賣ノ利害關係人タルコト疑ナシトセハ第三者異議ノ訴ニ依リ目的物ニ對スル强制競賣若クハ競賣ヲ妨クル權利ヲ有スル者ハ(民訴五四九、尙競賣法一九參照)一曾强キ理由ヲ以テ該競賣ノ利害關係人ナリト云ハサルヘカラス然カルニ謂フ所ノ「目的物ノ讓渡若クハ引渡ヲ妨クヘキ權利」トハ所有權並ニ地上權永小作權地役權等ノ他物權ノミナラス更ニ引渡若クハ交付ヲ求ムル債權ヲ包含スルモノナルコトハ多數ノ學者ノ認ムル所ナリ而シテ不動産ノ賃借人ハ賃借不動産ノ使用及ヒ收益從テ交付ヲ求ムル請求權ヲ有スル

カ故ニ苟クモ「賃貸人ハ賃貸借ヲ破ラス」ト云フ原則ヲ認ムル法制ニ於テハ其賃貸權ニ基キ賃貸借ノ目的タル不動産ニ對スル競賣ヲ妨クルコト(即チ賃借權ヲ負擔スル不動産トシテ競賣ヲ爲サシムルコト)ヲ得ルモノト解スヘク從テ該競賣ノ利害關係人ナルコトハ疑ヲ容レス我民法ニ於テハ「賃貸人ハ賃貸借ヲ破ラス」トノ原則ヲ認ムルモノニ外ナラス從テ登記シタル不動産ノ賃借人カ他物權者ト等シク賃貸借ノ目的タル不動産ノ强制競賣若クハ競賣ノ利害關係人ナルコトハ疑ヲ容レス(法學博士雄本朗造氏京都法學會雜誌第一〇卷第三號一四八頁以下要領)

吾人ハ本件大審院判決ニ對シ詳細ナル評論ヲ加ヘタリ而シテ右評論ハ博士ノ本論ニ對シ之ヲ引用シ得ヘキモノト信スルヲ以テ今亦之ヲ贊セス

(四三)

二三一第一項　裁判所ハ申立テサル事物ヲ原告若クハ被告ニ歸セシムル權ナシ

二三一　控訴裁判所ニ於ケル訴訟ノ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

假執行ノ宣言ヲ付シタル判決ニ對シ被告カ控訴ヲ爲シタルトキハ第一審ニ於ケル假執行宣言ノ申立ハ當然控訴裁判所ノ審理ノ範圍ニ屬シ控訴裁判所カ被告ニ對シ敗訴ヲ言渡ス場合ニハ當然其申立ニ付キ裁判ヲ爲ササル可ラス」

【上告論旨】裁判所ハ申立テサル事物ヲ當事者ニ歸スルコトヲ得サルハ云フヲ俟タサルナリ本件被上告人ノ原審ノ答辯ハ控訴棄却ノ判決ヲ求メ其他ノ申立ヲ爲シ居ラサルコトハ記錄上明白ナリ然ルニ原審判決主文ヲ見ルニ被上告人カ保證金二百圓ヲ供託スル條件ヲ以テ判決ノ假執行ノ宣言ヲ爲シタリ之レ明カ申ニ立テサル事物ヲ當裁

者ニ歸シタル違法アリ

【判決理由】被上告人ハ既ニ第一審ニ於テ假執行宣言ノ申立ヲ爲シタリ控訴審ノ訴訟手續ハ第一審判決ニ對スル不服ノ程度ニ於テ第一審ノ訴訟手續ヲ續行スルモノナレハ假執行ノ宣言ヲ付シタル第一審判決ニ對シ被告タル上告人ヨリ控訴ヲ爲シタル本件ノ場合ニ於テハ第一審ニ於ケル假執行宣言ノ申立ハ當然控訴裁判所ノ審理ノ範圍ニ屬シ控訴裁判所ハ上告人ニ敗訴ヲ言渡ス場合ニハ當然其申立ニ付キ裁判ヲ爲ササルヘカラス故ニ原院カ被上告人ヨリ原審ニ於テ更ニ申立ヲ爲ササルニ拘ハラス假執行ノ宣言ヲ爲シタルハ正當ニシテ申立テサル事物ヲ上告人ニ歸シタルノ不法アリト謂フヘカラス(大審院大正三年(オ)第八二八號同四年三月十九日民一部判決)

鈴木岩田各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審東京控訴院○無盡金請求事件○上告人木下熊之助外四名訴訟代理人辯護士野村太五郎被上告人中央信託株式會社

至當ノ判決ナリ

(四四)

一九七 訴ノ原因ニ變更ナシトスル裁判ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス

民訴六四第一項 抗告ヲ適法ニシテ且理由アリトスルトキハ抗告裁判所ハ不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ廢棄シテ自ラ更ニ裁判ヲ爲シ又ハ不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所又ハ裁判長ニ委任シテ裁判ヲ爲サシムルコトヲ得

民法九〇四 前三條ノ規定ニ依リテ後見人タル者アラサルトキハ後見人ハ親族會之ヲ選任ス

同九四四 本法其他ノ法令ノ規定ニ依リ親族會ヲ開クヘキ場合ニ於テハ會議ヲ要スル事件ノ本人、戸主、親族、後見人、後見監督人、保佐人、檢事又ハ利害關係人ノ請求ニ因リ裁判所之ヲ招集ス

同九四五 親族會員ハ三人以上トシ親族其他本人又ハ其家ニ緣故アル者ノ中ヨリ裁判所之ヲ選定ス

【關係事項】

(一)訴ノ變更ヲ適法ナリトスル裁判ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス」

(二)親族會員選定幷ニ親族會招集決定ヲ廢棄スル決定ハ其性質上既往ニ遡リテ其效力ヲ生スルモノニアラサレハ右親族會ニ於テ選任シタル後見人ハ其廢棄ニ至ルマテハ適法ノ後見人トシテ其職務ヲ行フコトヲ得ルモノトス」

(一) 本件不動產引渡ノ訴ハ本件其他ノ訴ノ提起後ニ提起セラレタル新訴ニ屬スレトモ被控訴人ハ前ニ提起シタル本件其他ノ訴ノ訴訟手續ニ於テ右不動產引渡ノ訴ヲ提起シ前後ノ訴ニ付併セテ其申立ヲ爲シタルモノナルヲ以テ控訴人ハ本件ニ於テ訴ノ變更ヲ爲シタルモノナリ然レトモ原判決ハ右ノ訴ノ變更ヲ適法ナリト宣言セルモノナレハ被控訴人ハ此點ニ付不服ヲ申立ツルコトヲ得サルモノトス蓋シ民事訴訟法第一九七條ニハ訴ノ原因ノ變更ナシトスル裁判ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ストアレトモ此ノ規定ハ訴ニ變更ナシトスル裁判ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ許ササル趣旨ナリト解スヘキヲ以テナリ然ラハ右不動產引渡ノ訴ヲ不適法ナリト主張スル被控訴人カ未成年者タリシ際訴外秋葉啓三郎カ控訴人ノ後見人トシテ本件不動產ヲ被控訴人高瀨三郎ニ賣渡シ同人ハ之ヲ被控訴人喜多吉兵衛ニ賣渡シタルコト控訴人主張ノ如キ抵當權ノ設定並ニ右賣買抵當權設定ノ各登記ノアリタル事實控訴人ノ母式幷ケイカ控訴人ノ財產管理ヲ辭シ木更津區裁判所ニ親族會員選定並ニ後見人選定ヲ爲メニスル親族會ノ招集ヲ申請シタルコト同裁判所ハ右ノ申請ヲ容レ明治三十

二年十二月二日控訴人ノ爲メノ親族會員ヲ選定シテ其招集ヲ命スル旨ノ決定ヲ爲シ是ニ由リテ招集セラレタル親族會ニ於テ秋葉啓三郎ヲ控訴人ノ後見人ニ選任シタルコト控訴人ノ家ノ戸主タル武井惣左衛門カ右親族會員ノ一員タリシコト」ハ當事者間ニ爭ナク大正元年九月十八日千葉地方裁判所ニ於テ右明治三十二年十二月二十日付親族會員選定並ニ親族會招集決定ヲ廢棄シタルコトハ甲第二號證ノ一ニヨリテ之ヲ認メ得ヘク大正元年九月三十日木更津區裁判所カ右武井ケイノ申請ヲ却下スルニ至リシコトハ甲第二號證ノ二ニヨリテ之ヲ認ムルコトヲ得ヘキモ右千葉地方裁判所ノ爲シタル原決定廢棄ノ決定ハ其性質上既往ニ遡リテ其效力ヲ生スルモノニアラサルヲ以テ民法第九〇三條ニヨリ戸主タル武井惣左衛門カ當然控訴人ノ後見人ナリシトスルモ之ニ拘ラス右明治三十二年十二月二十日付決定ニ基キ其親族會ニ於テ控訴人ノ後見人ニ選任セラレタル秋葉啓三郎モ亦右決定ノ廢棄セラルルマテハ適法ノ後見人トシテ其職務ヲ行フコトヲ得ヘキモノナルヲ以テ秋葉啓三郎カ控訴人ノ後見人トシテ控訴人ニ代リテ爲シタル明治三十三年十月一日ノ本件不動產ノ賣買及同月二日ノ所有權移轉ノ登記ハ何レモ有效ナリ(東京控訴大正四年(ネ)第一三號同年四月十七日民三部松岡裁判長成道岩本各判事判決)

【關係事項】

不動產所有權移轉登記抹消手續並ニ引渡及抵當權設定登記抹消手續請求事件○控訴人武井宗一郎訴訟代理人辯護士鈴木銓淳外二名被控訴人高瀨三郎同喜多吉兵衛同株式會社東京銀行法律上代理人取締役品川太兵衛訴訟代理人辯護士森須正同淺硫吉同一又又七

【一點參照學說】

一 新ニ當事者訴訟物訴ノ原因又ハ其申立ヲ追加スルハ訴ノ變更ニ非サルヲ知ルヘシ今若シ原告カ斯ル行爲ヲ爲ストキハ是レ

岩田學士

即チ新ナル當事者訴訟物訴ノ原因又ハ其申立ヲ有スル訴ヲ提起シテ從來ノ訴ニ併合セルモノニ外ナラサルナリ同一ノ理由ニ依リ原告カ訴ノ申立ヲ擴張シ又ハ之ヲ減縮スルハ訴ノ變更ニ非サルヲ知ルヘシ

訴ノ變更ニ關スル現行法ノ規定ハ主トシテ訴ノ原因ノ變更ニ關スルモノトス(一九五乃至一九七、四一三)然レトモ訴ノ變更ハ訴ノ他ノ要素ヲ變更スル場合ニ於テモ亦之ヲ見ルモノナルカ故ニ現行法ノ規定ハ之ヲ此場合ニ準用スヘキモノト知ルヘシ(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論中卷六八六頁)

訴ノ變更ヲ許スヘキ場合ニ於テ其許否ニ付キ爭アルトキハ訴ノ變更ヲ許スヘキ旨ノ裁判ヲ爲ササルヘカラス此裁判ハ變更セラレタル訴ニ關スル終局判決ノ理由ニ於テ之ヲ爲スヘキモノトス然レトモ先ツ中間判決ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ベシ蓋シ訴ノ變更ノ許否ニ關スル爭ハ中間ノ爭ニ外ナラサルヲ以テナリ(二二七)(同上六九二頁)

訴ノ變更アルヤ否ヤニ付キ爭アル場合ニ於テハ裁判所ハ其變更ノ有無ヲ宣言スル裁判ヲ爲ササルヘカラス此裁判ハ從來ノ訴ニ關スル終局判決ノ理由ニ於テ之ヲ爲スヘキモノトス然レトモ先ツ中間判決ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ蓋シ訴ノ變更ノ有無ニ關スル爭ハ一ノ中間ノ爭ニ外ナラサルヲ以テナリ(同上六九二頁)

二 訴ノ申立ノ變更トハ原告カ判決ヲ求ムル事項ノ申立ヲ附加スルカ又ハ初ニ爲シタル申立ノ範圍ヲ縮少スルカニ因テ生スルモノナリ(法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論二六四頁)

訴ノ申立ノ變更ハ民事訴訟法第一九六條第二號第三號ニ規定セル以外ノ者ハ之ヲ許サス若シ申立ノ變更ニ付テ當事者間ニ爭ノ生シタルトキハ亦中間爭ナルヲ以テ中間判決ヲ以テ之ヲ裁判スヘキモノトス申立ノ變更ハ民事訴訟法第一九六條以外ノ場合ハ被告ノ承諾アルモ之ヲ許スヘキモノニアラス若シ原告カ法律ノ規定ニ違背シテ申立ヲ變更セントスルトキハ其申立ハ之ヲ許ササルモノトシテ原告ノ訴ヲ却下スル終局判決ヲ爲スヘキモノトス(同上二二七頁)

一點判旨ハ不當ナリ判決ハ民事訴訟法第一九七條ハ廣ク訴ノ變更ナシトスル裁判ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ許ササル趣旨ナルカ故ニ訴ノ變更ヲ適法ナリト宣言スル裁判ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得サルモノナリト論スレトモ訴ノ變更ナシト宣言スル裁判ト訴ノ變更ヲ適法ナリト宣言スル裁判トハ決シテ同一ニアラサルコト明ナリ前者ハ訴ノ變更アリヤ否ヤヲ決スルモノニシテ後者ハ訴ノ變更アリタルコトヲ前提トシ此變更ヲ許スヘキヤ否ヤヲ決スルモノナレハナリ而シテ訴ノ變更ヲ適法ナリト宣言スル裁判ニ付テハ第一九七條ノ如キ

大審院決定

規定存セサルヲ以テ其裁判カ終局判決ノ理由中ニ示サレタルト中間判決ニ依リ爲サレタルトヲ問ハス之ニ對シテ不服ヲ申立ツルコトヲ得ヘキハ控訴ニ關スル一般ノ規定ニ徵シ疑ヲ容レサルナリ

二點亦不當ナリ決定ノ廢棄ハ其決定ヲ無效ナラシメ嘗テ其決定ナカリシト同一ノ結果ヲ生スルモノナレハ廢棄セラレタル親族會招集決定ニ基キ爲シタル後見人ノ選任ハ其選任カ廢棄以後ナリシト否トヲ問ハス無效ニ歸スルモノト謂ハサルヘカラス從テ斯カル後見人カ無能力者ヲ代表シテ爲シタル法律行爲ハ適法ナル追認ナキ限リ其無能力者ニ對シテ其效力ヲ生セサルナリ

(四五)

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

民事訴訟法第六四九條第一項ノ規定ハ競賣法ニ依ル競賣手續ニ之ヲ準用スヘキモノトス

競賣法ニ依ル競賣手續ニ關シテハ同法中反對ノ規定ナキトキハ性質ノ許ス限リ民事訴訟法ノ規定ヲ準用スヘキモノナルコト當院ノ裁判例トシテ是認スル所ナレハ本件ノ要點ハ民事訴訟法第六四九條第一項ノ規定ハ競賣法ニ依ル競賣手續ニ準用スヘキヤ否ヤニアリトス蓋シ民事訴訟法ニ於テ賣却條件トシテ該規定ヲ設ケタル所以ハ不動產ニ對スル金錢債權ニ付テノ强制執行ハ差押債權者カ不動產ノ賣却代金ヨリ債權

ノ全部又ハ一部ニ付辨濟ヲ得ンコトヲ目的トスルモノナレハ執行ノ目的物タル不動產ニシテ差押債權者ノ債權ニ先タツ債權ニ關スル負擔アル場合ニ於テハ其負擔ヲ競落人ニ於テ引受クルカ又ハ賣却代金ヲ以テ其負擔ヲ辨濟シテ剩餘ヲ生シ差押債權者カ自己ノ債權ノ全部又ハ一部ノ辨濟ヲ得ル能ハサルトキハ競賣ヲ實施スルモ差押債權者ハ執行ノ目的ヲ達スルコト能ハス執行ハ無用ニ歸スルヲ以テ競賣ヲ許ササルノ趣旨ニ出テタルモノト云フヘシ競賣法ニ依ル競賣手續ニ付之ヲ看ルニ拔當權ノ實行トシテ不動產ノ競賣ヲ爲ス所爲ハ强制競賣ノ場合ト同シク畢竟當權者ニ不動產ノ賣却代金ヨリ債權ノ全部又ハ一部ノ辨濟ヲ得セシメントスルニ外ナラサレハ其不動產ニ關シテ抵當權者ノ債權ニ先タツ債權ニ關スル負擔アリテ競落人ニ於テ其負擔ヲ引受ケサルカ又ハ賣却代金ヲ以テ其負擔ヲ辨濟スルニ足ラサルトキハ競賣ヲ實施スルモ抵當權者ハ自己ノ債權ニ付一毫ノ辨濟ヲ得ル能ハス競賣手續ハ徒勞ニ歸シ法律カ抵當權ノ實行トシテ不動產ノ競賣ヲ認メタル所以ノ趣旨ニ背戻スルモノナルコトハ不動產ニ對スル强制執行ニ於ケルト毫モ異ナル所ナキヲ以テ民事訴訟法第六四九條第一項ノ規定ハ競賣法ニ依ル競賣手續ニモ亦準用スヘキモノト解セサルヘカラス本件ニ於テ記錄ニ依レハ競賣不動產ニ付競賣申立人タル抗告人ノ債權ニ先タツ順位第一番乃至第五番ノ抵當權者及ヒ質權者アリテ其債權額合計四千圓以上ナルニ競賣裁判所ハ順位六番ノ抵當權者タル抗告人ノ申立ニ依リテ競賣手續ヲ遂行シ代金四百九十五圓五十錢ヲ以テ競落ヲ許可シタルハ競賣法ニ準用スヘキ前示民事訴訟法ノ規定ニ違背スルモノニシテ債務者後藤政之助カ原裁判所ニ申立テタル抗告ハ競賣法第三二條第二項民事訴訟法第六八一條第二項第六七二條第三號前段ニ該當シ其理由アル

岐阜地方裁判所　梶本博士

モノナレハ原裁判所カ抗告ヲ理由アリトシ競落不許可ノ決定ヲ爲シタルハ正當ナリ

（大審院大正四年（ク）第八八號同年三月九日民一部田部裁判長榊原尾古岩田三宅各判事決定）

【關係事項】

抗告棄却○原審秋田地方裁判所○不動產競賣事件○抗告人高橋三郎

【參照判例】

競賣法ニ依ル競賣ニモ民事訴訟法第六五六條ノ規定ヲ準用スヘキモノトス（岐阜地方裁判所判決本書第三卷民訴二八二頁）

至當ノ見解ナリト信ス

（四六）

二一七　裁判所ハ民法又ハ此法律ノ規定ニ反セサル限リハ辯論ノ全趣旨及ヒ或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

四一八　第一審ニ於テ爲シタル裁判上ノ自白ハ第二審ニ於テモ亦其效力ヲ有ス

(一)裁判外ノ自白ノ證據力ハ裁判所カ自由ナル心證ヲ以テ之ヲ斷スヘシトナスハ誤ナリ」

(二)裁判所カ裁判外ノ自白ヲ採用セサル理由ヲ明ニセサルハ理由不備ノ判決タルヲ免レス」

大審院大正二年（オ）第二七九號判決（本書第二卷民訴二六一頁所載）

(一)　判旨ハ裁判外ノ自白ハ證據ヲ要セサル效力ヲ生セス證據（證據原因）ナリト雖モ其證據力ハ裁判所カ自白ナル必證ヲ以テ斷スヘシトナスモノニシテ因襲的解釋ヨリス

ルトキハ正當ナリ蓋繫屬スル當該ノ訴訟ニ於テ爲サレタル自白ハ之ヲ裁判上ノ自白ト云ヒ當該訴訟以外ニ於テ爲サレタル自白（裁判外ノ自白）ト區別シ而シテ「裁判外ノ自白ハ繫屬スル當該訴訟ト直接ノ關係ヲ有セス從テ形式的證據力ヲ生スルコト能ハス當事者自身カ自己ノ事件ニ付キ爲シタル證言ニシテ其信憑力ニ依リ判事ノ心證ノ根據トナル尤モ當事者カ自ラ不利益ナル事實ヲ陳述スルカ故ニ大多數ノ場合ニ於テハ充分ナル證據原因從テ心證ノ原因トナルモノナリ」トナスノ見解ハ獨逸普通法時代ノ學說ヲ司配シ獨逸訴訟法モ亦之ヲ採用シタリ反之我舊民法證據篇ニ於テハ裁判上ノ自白ハ自白者ニ對シテ完全ナル證據ヲ爲ストシ裁判外ノ自白ト雖モ自白カ相手方若クハ其代人ノ面前ニ於テ口頭ニテ爲サレ又ハ此等ノ者ニ對シテ送付シタル信書若クハ書類ヲ以テ爲シ且確實ニシテ明白ナルトキハ裁判上ノ自白ト等シク自白者ニ對シ完全ナル證據ヲ爲スモノト規定シ裁判上タルト裁判外タルトニ依リ自白ノ證據力ヲ區別スルコトナシ吾人ハ少數ノ學者ト共ニ舊民法ノ規定ヲ以テ法理ヲ一串スト爲スモノタリ判旨ハ傳來ノ所說ヲ認ムルモノナリ唯吾人ハ右傳來ノ所說ニ對シテ疑ヲ抱クカ故ニ判旨ニ對シテモ亦憾ナキ能ハス

(二)　自由ナル心證トハ論理上ノ法則及ヒ經驗上ノ法則ニ依リテ判斷スヘキヲ謂フモノナリ而シテ經驗上ノ法則ニ徵スルトキハ當事者カ自己ニ不利益ナル事實ヲ陳述(即自白)スルハ其事實カ眞ナルカ爲メ已ムヲ得サルニ出ルヲ常トス然カルニ原審裁判所ハ裁判所ニ於テ自白セラレタル事實ニ反スル事實ヲ以テ眞ナリトスルモノノ如シ斯ノ如キハ經驗上ノ法則ニ反スルモノタルカ故ニ原審裁判所ハ何カ故ニ其自白ヲ採用セサルヤノ理由ヲ明白ニスルニ非サレハ理由不備ノ判決タルヲ免レス大審院右趣

論ノ上書アルニ拘ハラス常套ノ「裁判所ノ自由判斷ニ屬ス」ト云フヲ以テ之ヲ裁判シ得ルモノトナスハ吾人ノ是認スル能ハサル所ナリ(法學博士雄本朗造氏京都法學會雜誌第一卷第三號一五四頁以下要領)

吾人ハ本論第一點ニ反シ裁判外ノ自白ノ效力ハ之ヲ裁判上ノ自白ノ效力ト區別シ其證據力ヲ認ムルト否トヲ裁判所ノ自由心證ニ委スヘキモノト信ス然レトモ第二點ハ尚攻究ノ價値アリト思考ス

(四七)

八七　訴訟上ノ保證ハ當事者カ別段ノ合意ヲ爲ス場合又ハ此法律ニ於テ保證ヲ定ムルコトヲ裁判所ノ自由ナル意見ニ任スル場合ヲ除ク外裁判所ノ意見ニ於テ擔保ニ十分ナリトスル現金又ハ有價證券ヲ供託シテ之ヲ爲ス

五四五第一項　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ヿ可シ

五四七　強制執行ノ續行ハ前二條ノ場合ニ於ケル異議ノ訴ノ提起ニ因リテ妨ゲラルルコトナシ

然レトモ異議ノ爲メ主張シタル事情カ法律上ノ理由アリト見エ且事實上ノ點ニ付キ疏明アリタルトキハ受訴裁判所ハ申立ニ因リ判決ヲ爲スニ至ルマテ保證ヲ立テシメ若クハ之ヲ立テシメスシテ強制執行ヲ停止ス可キコトヲ命シ又ハ保證ヲ立テシメテ強制執行ヲ續行ス可キコトヲ命シ又ハ其爲シタル執行處分ヲ保證ヲ立テシメテ取消ス可キヲ命スルコトヲ得

(第三項及ヒ第四項略)

五四九　第三者カ強制執行ノ目的物ニ付キ所有權ヲ主張シ其他目的物ノ讓渡若クハ引渡ヲ妨クル權利ヲ主張スルトキハ訴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之ヲ主張ス可シ

(第二項及ヒ第三項略)

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五四七條及ヒ第五四八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

七四三　假差押ノ命令ニハ假差押ノ執行ヲ停止スルコトヲ得ル爲メ又ハ執行シタル假差押ヲ取消スコトヲ得ル爲ニ

債務者ヨリ供託ス可キ金額ヲ記載ス可シ

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

七五四第一項　假差押命令ニ於テ定メタル金額ヲ供託シタルトキハ執行裁判所ハ執行シタル假差押ヲ取消ス可シ

假差押ノ執行ニ對シ異議ノ訴ヲ提起シタル債務者又ハ第三者カ假差押ノ處分ヲ取消ス爲メニ保證トシテ供託シタル金錢若クハ有價證券ハ其假差押ノ目的物ニ代ハルヘキモノニシテ其取消ニ因リテ將來假差押債權者ニ生スヘキ損害ノ擔保ニ供セラレタルモノニアラス」

右ノ場合ニ於ケル假差押ノ取消ハ單ニ執行處分ノミノ取消ニ過ギスシテ其命令ノ取消ニアラサレハ假差押ノ效力ハ尚其供託物ノ上ニ存シ依然トシテ假差押ノ狀態ニ在ルモノトス從テ異議ノ訴ニシテ其勝訴ノ判決ヲ得ルニ至ラスシテ終局シタル場合ニ於テハ假差押債權者ハ債務者ニ對スル確定判決ニ因ル執行名義ニ基キ其供託物ニ對シテ直チニ爾後ノ手續ヲ爲シ以テ其債權ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルモノトス」

債權者カ金錢支拂ノ債權保全ノ爲メ爲シタル假差押ノ目的物ニ對シ異議ヲ主張スル債務者若クハ第三者ハ未タ其判決ヲ受クルニ至ラサル以前ト雖モ裁判所ノ適當ニ定ムル保證ヲ供託シ以テ之カ執行處分ノ取消ヲ求メ得ヘキハ民事訴訟法ノ認ムル所ナリ而シテ其之ヲ許シタル所以ノモノハ畢竟假差押ハ將來其目的物ノ換價ニヨリテ之カ辨濟ヲ受クルカ爲メ債務者ニ對スル後日ノ執行ヲ保全スルノ目的ニ外ナラサルカ故ニ異議主張者ニシテ債權者カ其假差押物件ニ因リテ辨濟ヲ受クヘキ相當ノ金錢若

クハ有價證券ヲ供託シ以テ其强制執行ニ際シ之ニ因リテ其辨濟ヲ受クルコトヲ得ハキ地位ニ置キタリトセハ假令其取消カ理由ナカリシトスルモ債權者ハ均シク其同一ナル目的ヲ達シ得テ而カモ其相互ノ利益ヲ保護スルニ於テ毫モ妨クル所ナク敢テ其差押ヲ持續セシムヘキ何等ノ必要ナキカ故ニ外ナラス此法律ノ精神ニ鑑レハ單ニ民事訴訟法第七四三條ノ規定ニ依リ債務者カ提供シタルモノノミニ止マラス總テ假差押ノ處分ヲ取消スカ爲メニ保證トシテ供託シタル金錢若クハ有價證券ハ即チ其取消サントスル假差押ノ目的物ニ代ハルヘキ所謂代償物ニ外ナラスシテ更ニ之ニ因リテ將來假差押債權者ニ生スヘキ損害ノ擔保ニ供セラレタルモノニアラスト解スルヲ相當トス蓋シ法律ハ齊シク保證ノ名ニ於テ之カ規定ヲ爲シタリト雖モ彼ノ假差押假處分等ノ申請ヲ爲スニ當リ或ハ之カ爲メ後日相手方ニ生スルコトアルヘキ損害賠償ノ擔保トシテ供託スヘキ保證トハ自ラ其目的性質ニ於テ異ナラサルヲ得サレハナリ而シテ如上ノ場合ニ於ケル假差押ノ取消ナルモノハ單ニ執行處分ノミノ取消ニ過キスシテ其命令ノ取消ニアラサルコト固ヨリ明カナルヲ以テ之カ效力ハ尙其供託物ノ上ニ存シ依然トシテ假差押ノ狀態ニ在ルモノト謂ハサルヘカラス從テ異議ノ訴ニシテ終ニ其勝訴ノ判決ヲ得ルニ至ラスシテ終局シタル場合ニ在テハ假差押債權者ハ債務者ニ對スル確定判決ニ因ル執行名義ニ基キ其供託物ニ對シ直チニ爾後ノ手續ヲ爲シ以テ其弗濟ヲ受ケ得ヘキコト猶假差押物件ニ對スルト敢テ異ルヘキ筈ナク唯其供託セラレタル保證カ債權ナル場合ニ於テ有體動產ニ對スル執行方法ト其手續ニ於テ自ラ形式上ノ差異ヲ持チ來タスニ過キスト解スルヲ以テ其當ヲ得タルモノト信ス而シテ以上ノ論斷ハ其保證カ强制執行中ニ於ケル差押取消ノ爲メニ提供セラレタルモノ

ナルト又假差押取消ノ爲メニセラレタルモノナルトニ因リ何等區別ヲ生スルコトナカルヘク現ニ民事訴訟法第五四七條末項ニ於テハ其執行ヲ續行スヘキ旨ヲ規定セリ著シ夫レ其供託物ハ債務者ノ名義ニアラス又其供託者ハ第三債務者ナリト云フコトヲ能ハサルノ故ヲ以テ之ニ對スル執行方法ナシト云フカ如キハ其供託物本來ノ目的性質ヲ開却シ其皮相ノ形式ニ拘泥シタル見解ニシテ其立テタル保證カ債務者異議ノ場合ナルト第三者異議ノ場合ナルトニ因リ之カ差別ヲ爲スヘキ筋合ナキコト敢テ疑ヲ容レス蓋シ此場合ニ於テ更ニ異議主張者ニ對シ損害賠償ヲ出訴シ之カ債務名義ヲ得ルニアラサレハ其供託物ニ對シ執行ヲ爲スコト能ハストナスカ如キハ當初債權者カ債務者ニ對シ爲シタル執行保全ノ性質ヲ失ハシメ而カモ其差押物件ニ代位シタル供託物ハ債務者以外ノ者ノ債務ニ塡補セラルルコトトナリ假差押ノ目的タル債務ノ辨濟ニ充當スルコト能ハサル結果ヲ生シ結局法律ノ趣旨ニ副ハサルニ至ルヘケレハナリ今之ヲ本案請求ノ原因タル事實ニ徵スルニ原告ノ主張スル處ハ原告カ曾テ債權保全ノ爲メ連帶保證者ノ一人タル中村榮太郎ニ對シ總價格金七百九十二圓四十錢ニ相當スル本體動產ノ假差押ヲ爲シタルニ被告ハ其價格ト同額ナル保證金ヲ供託シ之ガ取消ヲ爲シタル處被告ノ異議ハ結局不成立ニ終リ其不法ナル取消ノ爲メニ連帶保證債務者榮太郎ニ對スル執行ノ目的ヲ失ヒ同人ヨリ之カ辨濟ヲ受クルコト能ハサルニ至リ前示金額ノ損害ヲ蒙リタルヲ以テ之カ賠償ヲ求ムト云フニ在レトモ被告カ其假差押物件ノ解放ヲ求ムルカ爲メニハ其價格ニ均シキ保證ヲ供託シ適法ニ裁判所ノ決定ヲ受ケタルモノニシテ其保證ハ今尙依然トシテ存在セルカ故ニ假令被告ノ異議ハ遂ニ不成立ニ終リシトスルモ直チニ之ヲ以テ不法行爲ナリト云フコト能ハサルノミ

ナラス原告ハ右供託物ニ付キ質權者トシテ優先權ヲ有スルモノニアラストスルモ尙依然其執行ノ目的物タルコトヲ失ハサルカ故ニ之ニ對シ債務者中村豊太郎外五名ニ對スル債務名義ニ基キ直チニ相當ノ執行手續ヲ爲シ以テ其辨濟ヲ受ケ得ヘキカ故ニ被告ノ右行爲ニヨリ原告ハ未タ以テ前記金額ノ損害ヲ生シタリト云フコト能ハス又此場合ニ於テ別ニ被告ニ對スル債務名義ヲ得テ以テ執行スヘキモノニアラサルコト已ニ前段ニ於テ說明セシカ如クナルヲ以テ原告主張自體ニ考覈シテ其請求ハ到底失當タルヲ免カレス（長野地方大正三年（ワ）第一三九號三田裁判長三澤山田各判事判決）

【關係事項】

損害賠償請求事件○原告鈴木直吉訴訟代理人辯護士中澤鷹根被告松山爲次郎訴訟代理人辯護士荻之茂市復代理人辯護士矢島錄四郎

【參照學說】

仁井田博士

一　訴訟上ノ保證ニ付キ利益ヲ有スル者ハ供託物ニ付キテ質權ヲ有シ又供託物カ金錢ナルトキハ其返還ヲ求ムル供託者ノ請求ニ付キテ質權ヲ有スルモノト謂ハサルヘカラス蓋シ其者ノ質權ノ存在ヲ認ムルニ非サレハ訴訟上ノ保證ニ依リテ其利益ヲ保全セントスル目的ヲ達スルコトヲ得サルヲ以テナリ（法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論上卷四九三頁）

石坂博士

二　法學博士石坂晉四郎氏本書第二卷民訴三一一頁

板倉學士

三　强制執行ニ關スル保證ノ場合ニ於テ民法上質權ノ成立スルニハ其質權ヲ以テ擔保スヘキ債權ノ存スルコトヲ必要トス然ルニ執行ノ停止ヲ命シタル當時ニ於テハ之カ爲メ未タ何等ノ損害ヲ生セサリシナラハ（損害ナキハ常態ナリ）債權アリト云フヲ得ス或ハ曰ハン後日ノ損害發生ヲ停止條件トスル一種ノ條件附債權アリト假リニ此論旨ヲ正當ナリトスルモ債權質ハ債權ノ證書アル場合ニハ之ヲ債權者（質權ヲ有スヘキ債權者）ニ交付スルニアラスンハ其效力ヲ生セス然ルニ金錢供託ノ場合ニハ供託所ヨリ發スル受領證ハ立保證者ノ占有スルモノニシテ之ヲ相手方ニ交付スルコトナシ之ヲ相手方ニ交付スルトキハ執行ノ停止ヲ求ムル能ハス（五五〇條）故ニ民法上ノ債權質發生スル能ハス又有價證券ヲ供託シタル場合ニ於テモ供託所ヲ以テ立保證者ノ相手方ノ代理人ナリトスルニアラスンハ民法上ノ動產質ヲ認ムル能ハス然レトモ供託法上右ノ如キ論決ヲ支持スヘキ規定ナシ故ニ予輩ハ强制執行ニ關スル保證ヲ以テ訴訟法上ノ擔保ナリト論斷ス（法學士板倉松太郎氏法政大學講義民事訴訟法第六編以下一六三頁）

法曹會

假差押被申請人ハ損害ヲ受ケタルトキハ其債務者即チ假差押申請者ニ對シテハ地ノ債權者ト平等ノ割合ヲ以テ保證物ヨリ辨濟ヲ受ケサルヘカラサルモノトナルハ法律解釋上止ムヲ得サルナリ（同上三六五頁）

大審院

四　保證ハ損害ノ擔保ナリ損害發生ノ場合ニ於テハ其請求權ヲ有スル者ヲシテ保證物ニ依リ他ノ債權者ニ拘ラス完全ナル辨濟ヲ得セシメントスルモノニシテ金錢ヲ供託シタル場合ニ於テハ假差押ノ被申請人ハ債權質ヲ有シ有價證券ヲ供託シタルトキハ供託所ノ返還スヘキ證券ノ上ニ質權ヲ有スルモノナリ右ノ場合ニ於テ質權ヲ以テ擔保スル債權ハ一ノ條件付債權ナリ（法曹會決議法曹記事第一六六號一九頁以下）

【參照判例】

東京控訴院

一　訴訟上ノ保證ハ當事者ノ一方ヲシテ其訴訟行爲ニ因リ他ノ一方ニ生スルコトアルヘキ損害ヲ償フ爲メニ擔保トシテ之ヲ立テシムルモノナレハ保證トシテ現金又ハ有價證券ノ供託セラレタル場合ニ於テ他ノ一方カ損害ノ賠償ヲ受ケ得ヘキトキハ物的擔保タル供託物ヨリ優先シテ賠償ヲ受クヘキコト洵ニ理ノ當然ナリ故ニ我法律ニハ特ニ明言スル所ナシト雖モ不當ナル假處分ニ因リ損害ヲ蒙リタル被假處分者ハ其假處分ニ付キ保證トシテ供託セラレタル現金又ハ有價證券ヨリ賠償ヲ受ケ得ヘキモノト爲ササル可カラス而シテ第三者カ假處分申請者ノ爲メ單ニ自己ノ金錢又ハ有價證券ヲ供託シタル場合モ之ト異ナルヘキ道理アルコトナケレハ此場合ニ限リ供託者ハ供託物ノ價額ノ限度ニ於テ保證債務ヲ負擔シタルモノト爲ス可キ理由ナシ（大審院民事判決錄大正二年二一頁）

東京區裁判所

二　我法律ニハ供託シタル金錢又ハ有價證券ニ對スル被假處分者ノ權利ニ付キ特ニ明言スル所ナシト雖モ供託行爲自體ニヨリテ法律上質權ヲ設定シタルト同一ノ效力ヲ生スルモノト解セサルヘカラス（東京控訴院判決本書第一卷民法四一七頁）

三　民事訴訟ニ於ケル保證ノ效力ニ付テハ法律ハ特ニ何等ノ規定ヲ設ケスト雖モ判決ノ假執行ヲ免ルル爲メ保證ヲ立テシムルハ執行遲延ニ依リ勝訴者ニ生スルコトアル可キ損害ヲ擔保スルカ爲メニ外ナラサルヲ以テ相手方ハ其損害ニ付テハ他ノ債權者ニ先チ保證タル供託金ノ債權ニヨリ辨濟ヲ受ク可キ權利ヲ有スト解ス可キモノトス然ラハ此權利ハ質權ニ外ナラスト謂フ可シ之ニ反シテ保證金ニ付相手方カ何等ノ權利ヲモ取得セスト爲スカ如キハ法律カ保證ヲ立ツ可キコトヲ規定シタル精神ヲ沒却スルモノニシテ事理ニ適セサルノ甚シキモノナリ然ラハ本件ニ於テ原告ハ加藤藤藏カ保證トシテ供託シタル七〇圓ノ返還請求權ニ付質權ヲ有スルモノト謂ハサル可カラス（東京區裁判所判決本書第二卷民訴一九九頁）

吾人ハ判決ニ反對ス民事訴訟法第五四七條ニ所謂保證ハ總テ當該命令ニ因リ被申立人ノ蒙ルコトアルヘキ損害ノ擔保トシテ立テシムルモノニシテ特ニ執行處分取消ノ爲メニスル保證ニ限リ別異ノ意義ヲ付スヘキ根據ヲ發見スルコトヲ得

サルナリ同條ノ保證ト民事訴訟法第七四八條ノ供託トハ到底之ヲ同視スルコトヲ許サス

(四八)

一七八 原告若クハ被告ノ死亡シタル場合ニ於テハ承繼人カ訴訟手續ヲ受繼クマテ之ヲ中斷ス
受繼ヲ遲滯シタルトキハ裁判所ハ申立ニ因リ受繼及ヒ本案辯論ヲ爲メ其承繼人ヲ呼出ス
承繼人期日ニ出頭セサルトキハ申立ニ因リ相手方ノ主張シタル承繼ヲ自白シタルモノト看做シ且裁判所ハ闕席判決ヲ以テ承繼人訴訟手續ヲ受繼キタリト言渡ス又本案ノ辯論ハ故障期間ノ滿了後始メテ之ヲ爲シ又其期間內ニ故障ヲ申立テタルトキハ其完結後始メテ之ヲ爲ス

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

三八二 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ニ付キ債權者ハ通常ノ訴訟手續ニ依ラスシテ督促手續ニ依リ條件附ノ支拂命令ヲ債務者ニ對シ發センコトヲ申立ツルコトヲ得

三八六 支拂命令ニハ豫メ債務者ヲ審訊セスシテ之ヲ發ス
支拂命令ニハ第三八四條第一號及ヒ第二號ニ揭ケタル申請ノ要件ヲ記載シ且即時ノ强制執行ヲ避ケント欲セハ此命令送達ノ日ヨリ十四日ノ期間內ニ請求ヲ滿足セシメ及ヒ其手續ノ費用ニ付キ定ムル數額ヲ債權者ニ辨濟ス可ク又ハ裁判所ニ異議ヲ申立ツ可キ旨ノ債務者ニ對スル命令ヲ記載ス可シ
前項ノ期間ハ爲替ヨリ生スル請求ニ付テハ二十四時間其他ノ請求ニ付テハ申立ニ因リ三日マテニ之ヲ短縮スルコトヲ得

三八八 債務者ハ支拂命令ニ對シ書面又ハ口頭ヲ以テ異議ノ申立ヲ爲スコトヲ得

三八九 債務者カ請求ノ全部又ハ一分ニ對シ適當ナル時間ニ異議ヲ申立ツルトキハ支拂命令ノ效力ヲ失フ然レトモ權利拘束ノ效力ヲ保存ス

三九〇 適當ナル時間ニ異議ヲ申立テタル場合ニ於テ請求ニ付キ起ス可キ訴カ區裁判所ノ管轄ニ屬スルトキハ其訴ハ支拂命令ノ送達ト同時ニ區裁判所ニ之ヲ起シタルモノト看做ス其口頭辯論ノ期日ハ第三七七條ノ規定ニ從ヒテ之ヲ定ム

三九一 請求ニ付キ起ス可キ訴カ地方裁判所ノ管轄ニ屬ス可キ場合ニ於テハ適當ナル時間ニ異議ノ申立アリタルコトヲ債權者ニ通知ス可シ
債權者其通知書ノ送達アリタル日ヨリ起算シ一ケ月ノ期間內ニ管轄裁判所ニ訴ヲ起ササルトキハ權利拘束ノ效力ヲ

前田學士

失フ

「訴訟手續ノ中斷中止ニ關スル規定ハ督促手續ニモ適用アルモノトス」

支拂命令送達後異議申立前ニ債務者死亡シタル場合ニ於ケル受繼ノ書面ハ異議ノ申立ト同時ニ之ヲ區裁判所ニ提出スルコトヲ得サルモノトス」

支拂命令ニ對シ異議ノ申立アリタル後債務者死亡シタル場合ニ於テ事件カ地方裁判所ノ管轄ニ屬スルモノナルトキハ受繼ノ手續ハ當初ノ區裁判所ニ於テ之ヲ爲スヘキモノトス但地方裁判所ヘ訴狀ヲ差出ストモ共ニ受繼ノ書面ヲ其裁判所ニ差出スモ妨ナシ」

支拂命令ノ送達アリタルトキハ兎ニ角權利拘束ハ發生シ又異議若クハ故障ノ期間モ進行スヘキカ故ニ總則ノ規定タル中斷中止ノ規定ハマタ督促手續ニモ適用アリトノ一片ノ理論ノミナラス實際上ノ結果ヨリ云フモ亦共適用アリト云フヲ可トス

一　支拂命令送達後異議前ニ債務者死亡シタル場合債務者ノ相續人ハ相續人トシテ訴訟手續ヲ受繼スル旨ノ書面ヲ區裁判所ニ提出シ裁判所之ヲ相手方ニ送達ス(一七八、一八七)ル時ハ茲ニ受繼(中斷ノ終了)アリタルコトトナリ此時ヨリ異議ノ期間ハ進行ヲ始ム(一八六ノ一)右ノ受繼ノ書面ハ異議ノ申立(三八八)ト同時ニ之ヲ區裁判所ニ提出スルヲ得トノ說有レトモ非ナリト信ス何者受繼ハ其書面ヲ相手方ニ送達スルニヨリテ效力ヲ生スルカ故ニ右ノ如キハ中斷終了前ノ異議申立トシテ無效ト云ハサルヲ得サルヲ以テナリ

相續人受繼ヲ遲滯シタル時ハ一七八ノ二ニ則リ債權者ノ申立ニヨリ區裁判所ヘ受繼

ノ爲メノミニ相續人ヲ呼出ス相續人期間ニ出頭セサル時ハ申立ニヨリ闕席判決ヲ以テ承繼人訴訟手續ヲ受繼シタリト言渡ス此判決ノ確定ニヨリ中斷ハ終了シ異議ノ期間ハ進行ヲ始ム凡ソ督促手續ハ冒頭所述ノ如ク債權者一方ノミノ主張ニ基キ之ヲ爲スモノニシテ此間口頭辯論ノ有ルヘキ道理ナシト雖元來督促手續ニ於ケル中斷中止ニ關シテハ特ニ其規定ヲ設クヘキモノナルニ拘ラス之ナキハ有體ニ云ハハ法律ノ缺點ナルヲ以テ多少常軌ニ反スルカ如キ取扱ヲ爲スヘキハ已ムヲ得ス

二　異議後ニ債務者死亡シタル場合（イ）區裁判所事件ナル場合（三九〇）又ハ地方裁判所事件ニシテ既ニ訴ノ提起アリタル場合ハ中斷ニ關スル規定ノ當然適用アルハ云フ迄モナシ（ロ）地方裁判所事件ニシテ未タ訴ノ提起ナキ場合ニ於テハ一ノ場合ト同樣ノ取扱ヲ爲スヘキモノナレトモ唯問題トナルハ受繼ノ手續ヲ爲スヘキ裁判所ハ支拂命合ヲ發シタル區裁判所トスヘキヤ或ハ訴ヲ起スヘキ地方裁判所トスヘキヤニアリ純理ヨリ云ヘハ訴ノ提起迄ハ權利拘束ハ尙當初ノ區裁判ニ存スルカ故ニ受繼ノ手續ハ總テ同裁判所ニ於テ之ヲ爲スヘキモノトス然レトモ地方裁判所ヘ訴狀ヲ差出スト共ニ受繼ノ書面ヲ同裁判所ニ差出スモ亦妨クルトコロナシ蓋訴ノ提起ハ訴狀ノ差出ヲ以テ始マリ其送達ヲ以テ完成シ（一九〇、一九五ノ一）訴訟手續ノ受繼ハ裁判所ニ差出サレタル書面カ相手方ニ送達セラルルニヨリテ其效力ヲ生スルカ故ニ（一八七）此場合ハ中斷終了ト同時ニ訴ノ提起アリタルコトトナリ實際上何等ノ支障ナケレハナリ（法學士前田直之助氏法學新報第二五卷第七號九一頁以下要領）

【參照學說】

一　現行法ニ於ケル訴訟手續ノ中斷、中止及ヒ休止ニ關スル規定ハ判決手續ニ關スルモノナリ然レトモ此規定ハ他ノ訴訟手續

ニ關シテ別段ノ定ナキ限リハ之ヲ其訴訟手續ニ準用スヘキモノト謂フヘシ（法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論上卷四四一頁）

二　訴訟手續ノ中斷、中止及ヒ休止ヲ總稱シテ訴訟手續ノ停止ト謂フ……此三者ハ訴訟手續ノ進行ヲ停止スルモノナレハ訴訟ノ開始後終結前ニ適用ヲ見ルモノニシテ且獨リ判決手續ノミナラス總テノ手續ニ於テ特別ノ規定ナキ限リハ適用アルモノトス（法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論六〇八頁）

本論旨ハ吾人ノ贊同スル所ナリ只後段但書ノ部分ハ反對セサルヲ得ス受繼ノ書面カ相手方ニ送達セラルルマテハ訴訟手續ノ中斷終了セサルコトハ學者ノ通說ニシテ又學士ノ認メテ以テ中段所說ノ理由トセラルル所ナリ果シテ然ラハ訴狀ト受繼ノ書面トカ同時ニ地方裁判所ニ提出セラレタル場合ニ於テ其提出ノ當時ニハ未タ受繼ノ效力ヲ生セサル狀態ニ在リト謂ハサルヘカラス而シテ訴ノ提起ハ疑モナク訴訟行爲ニシテ中斷中ニ之ヲ爲シ得ヘキモノニアラサレハ右訴狀ノ提出ハ訴ノ提起タルノ效力ナキナリ（學士所論ノ如ク訴ノ提起ハ――訴狀ノ送達ヲ以テ完成ストノ見解ヲ採ルモ訴提起ノ一要件タル訴狀ノ差出カ無效ナルカ故ニ此訴狀ヲ相手方ニ送達スルモ訴提起ノ完成ヲ見ルコトヲ得サルナリ）

（四九）

六五第二項　訴訟代理人ハ特別ノ委任ヲ受クルニ非サレハ控訴若クハ上告ヲ爲シ、再審ヲ求メ、代人ヲ任シ、和解ヲ爲シ、訴訟物ヲ拋棄シ又ハ相手方ヨリ主張シタル請求ヲ認諾スル權ヲ有セス

三六〇　當事者ノ提出シタル許ス可キ證據ヲ調ヘタル結果ニ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又ハ被告ノ本人ヲ訊問スルコトヲ得

（一）裁判所カ未タ其心證ヲ得サル所ヲ補足センカ爲メニ原告本人ノ訊問ヲ必要ト

スル場合ニ於テハ原告代理人ノ申立ニ因リ其本人ヲ訊問スルコトヲ妨ケサルモノトス」

(二) 第一審判決ニ對シ當事者双方ヨリ控訴ヲ提起シタル場合ニ於テ其一方カ自己ノ控訴ニ關スル一切ノ訴訟行爲ヲ辯護士ニ委任シタルトキハ其辯護士ハ相手方ヨリ提起シタル控訴ニ付テモ當然之ニ對スル訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得ルモノトス」

(一) 民事訴訟法第三六〇條ハ證據調ノ結果ニ因リ係爭事實ノ眞否ニ付キ裁判所カ心證ヲ得ルニ足ラサル爲メ之ヲ補足スルノ必要アル場合ニ於テ原告若クハ被告ノ本人ヲ訊問スルコトヲ得ル旨ヲ定メタルモノニシテ苟クモ裁判所カ未タ其心證ヲ得サル所ヲ補足センカ爲メニ原告若クハ被告ノ本人ヲ訊問スルノ必要アリト認ムルニ於テハ職權ヲ以テスルト申立ニ因ルトヲ問ハス其必要トスル原告若クハ被告ノ本人ヲ訊問スルコトヲ得ベク原告代理人ノ申立ニ因リ原告本人ノ訊問ヲ必要トスル場合ニ於テハ其本人ヲ訊問スルコトヲ妨ケサルモノト解スルヲ當然トス蓋シ當事者本人訊問ハ係爭事實ニ付キ訴訟當事者カ口頭辯論トシテ爲ス陳述ヲ聽クトハ異リ裁判所カ特ニ得ント欲シテ未タ得サル心證ヲ補ハンカ爲メニスル必要ノ證據方法トシテ原告若クハ被告ノ本人ヲ訊問シ其供述狀況等ニ依リ係爭事實ノ眞相ヲ知ランコトヲ目的トスルモノナレハ原告本人ヲ訊問スルノ必要アリト認ムル場合ニ於テ職權ヲ以テスレハ之ヲ爲スコトヲ得ルニ拘ラス原告代理人ノ申立ニ因リテハ之ヲ爲スコトヲ得ズトスルカ如キ區別ヲ立ツヘキ理由アルヲ見サレハナリ故ニ原院ノ爲シタル本人訊問及ヒ判決ハ違法ニアラス

(二) 訴訟記錄ヲ調査スルニ本件ハ第一審判決ニ對シ當事者ノ双方ヨリ控訴ヲ提起シ被上告人ハ自己ノ控訴ニ關スル一切ノ訴訟行爲ヲ辯護士野副重一ニ委任シタルコト明白ナレハ野副重一ハ被上告人ノ代理人トシテ控訴ニ關シ必要ナル總テノ訴訟行爲ヲ爲スノ權限ヲ有スルヲ以テ其相手方タル上告人ヨリ提起シタル控訴ニ付テモ當然之ニ對スル訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得ルモノトス故ニ原判決ハ所論ノ如キ違法アルコトナシ(大審院大正三年(オ)第八四三號同四年四月六日民一部田部裁判長樽原尾古鈴木岩田各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審宮城控訴院○損害賠償請求事件○上告人東京灣汽船株式會社外一名訴訟代理人辯護士鈴木德太郎被上告人高橋忠右衛門

【一點反對判例】

當事者ノ代理人ハ相手方本人ノ訊問ヲ申立ツルコトヲ得ルモ自己ノ代理スル當事者本人ノ訊問ヲ申立ツルコトヲ得サルモノト解釋スルヲ相當トス(東京控訴院判決本書第一卷民訴三三頁)

一點吾人ハ本判決ト同一見地ノ下ニ前掲反對判決ニ對シ駁擊ヲ加ヘタル所ナリ

二點亦正當ナリト信ス

三一〇 左ノ者ハ宣誓ヲ爲サシメスシテ參考ノ爲メ之ヲ訊問スルコトヲ得

第五 訴訟ノ成績ニ直接ノ利害關係ヲ有スル者

(一) 親母子講ノ會主又ハ世話人カ講會ノ規約ニ依リ自己ノ權權トシテ自己ノ名義

ヲ以テ講掛金ヲ取立ツル權能ヲ付與セラレタル場合ニ於テハ講員ニ對シ講掛金ノ拂込若クハ掛戻ノ請求ヲ爲シ得ルモノトス」

(二) 裁判所カ民事訴訟法第三一〇條第五號ニ違背シ訴訟ノ成績ニ直接ノ利害關係ヲ有スル者ニ宣誓ヲ爲サシメテ訊問シタル場合ト雖モ當事者カ其訊問ノ際若クハ遲クトモ之ニ接續スルロ頭辯論ニ於テ異議ヲ述ヘサル限リハ責問權ヲ拋棄シタルモノニシテ後日ニ至リ之ヲ以テ上告ノ理由ト爲スコトヲ得ス」

(一) 頼母子講ノ會主又ハ世話人カ講會ノ規約ニ依リ自己ノ債權トシテ自己ノ名義ヲ以テ講掛金ヲ取立ツル權能ヲ付與セラレタル場合ニ於テハ講員ニ對シ講掛金ノ拂込若クハ掛戻ノ請求ヲ爲シ得ルコトハ從來當院判例ノ存スル所ナリ(明治三十七年三月十日第一民事部判決參照)蓋シ頼母子講ナルモノハ別箇獨立ノ權利主體トシテ認許セルモノニ非サルカ故ニ講員相互ノ契約ヲ以テシテハ其會主又ハ世話人ニ於テ直接ニ講ヲ代表シテ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得サルハ勿論ナリト雖モ講ノ規約若クハ講員全體ノ合意ヲ以テ落札金ノ返掛義務等ニ付キ外部ニ對シテハ之ヲ以テ會主又ハ世話人ノ債權トシ其名義ニ於テ權利ヲ行使シ之カ結果ヲ講ノ計算ニ歸屬セシムルコトヲ約スルヲ妨ケス此場合ニ於テハ會主又ハ世話人ハ講ヲ代表シ講ノ權利ヲ行使スルモノニ非スシテ實體上自己ノ債權ヲ講ノ計算ニ於テ行使スルモノナレハナリ原告カ證人小川善八ノ證言ニ依リ本件頼母子講ノ役員タル被上告人カ自己ノ名ヲ以テ講ノ返掛金ヲ請求スル權利ヲ有スル旨ヲ判示シタルハ如上ノ趣旨ヲ宣明シタルニ外ナラサルヲ以テ原判決ハ相當ナリ

(二) 證人宣誓ノ規定ハ專ラ當事者ノ利益ニ根基セルモノナレハ裁判所カ民事訴訟法第三一〇條第五號ニ違背シ訴訟ノ成績ニ直接ノ利害關係ヲ有スル者ニ宣誓ヲ爲サシメテ訊問シタル場合ト雖モ當事者カ其訊問ノ際若クハ遲クトモ之ニ接續スル口頭辯論ニ於テ異議ヲ述ヘサル限リハ責問權ヲ拋棄シタルモノニシテ後日ニ至リ之ヲ以テ上告ノ理由ト爲スコトヲ得ス(大審院大正四年(オ)第一四三號同年四月十七日民三部横田裁判長大倉榊原嘉山三宅各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審廣島地方裁判所○頼母子講返掛金請求事件○上告人金本伊之助訴訟代理人辯護士横山勝太郎被上告人中川政吉

【一點參照判例】

無盡講ニ於テハ會主タル田中與八ハ講員ニ對シ獨立シテ權利義務ノ主體タルコトヲ得ル規約アリシモノニシテ…無盡講規約ニ於テ右ノ如キ約款ヲ設クルモ何等公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル所ナシ(東京控訴院判決本書第一卷民法一四頁)

【二點同趣旨判例】

一 大審院民事判決錄明治三五年二卷一二〇頁明治三八年三九二頁明治三九年三二頁

二 民事訴訟法第三一〇條ノ證人ノ宣誓ニ關スル規定ニ違背スルコトアルモ當事者ハ有效ニ其責問權ヲ拋棄スルコトヲ得ルモノトス(東京控訴院判決本書第一卷民法一〇八頁同二四七頁)

【二點反對學說】

宣誓ハ證人訊問ニ付テノ一ノ必要ナル方式ナリ若シ此方式ニ違反シタルトキハ證人ノ陳述ハ全ク證據力ヲ有セサルモノナリ換言スレハ此方式ニ違反シタル證言ハ訴訟事件ニ付キ判斷ノ材料ト爲スヲ得ス(法學士岩田一郎氏民事訴訟法要論五五八頁)

東京控訴院

大審院
東京控訴院

岩田學士

高等海員審判所ノ裁決書ヲ證據トシテ判斷ノ資料ニ供スルハ不法ニアラス」

裁判所カ書證ヲ證據トシテ採用シタル以上ハ其書證ヲ證據ト爲シ得ベキ旨ヲ判旨シタルモノナルコト自ラ明ラナレハ其他特ニ此點ニ對スル理由ヲ說明セサルヘカラサルモノニアラス」

【上告理由】上告人ハ原院ニ於テ甲第二號證ノ裁決ハ行政官カ行政上ノ處分ヲ爲ス爲メニ發表シタル意見ニ過キサルノミナラス上告人ハ之ニ關與セス又關與スル能ハサリシモノナレハ此ノ如キ行政官ノ意見ハ證據タルヘキモノニアラスト主張シタリ然ルニ原院ハ此主張ニ對シテ何等ノ說明ヲ與ヘラレサルハ理由不備ナリ

【判決理由】甲第二號證高等海員審判所ノ裁決書ノ如キモ之ヲ證據トシテ判斷ノ資料ニ供スルコトハ敢テ法ノ禁セサル所ナルヲ以テ原院カ之ヲ書證ノ一トシテ採用シタルハ毫不法ニアラス又原院カ既ニ證據トシテ採用シタル以上ハ甲第二號證ヲ證據ト爲シ得ヘキ旨ヲ判示シタルモノナルコト自カラ明カナレハ其他特ニ此點ニ對スル理由ヲ說明セサルヘカラサルモノニアラス故ニ論旨ハ理由ナシ(大審院大正三年(オ)第二五八號同四年四月十九日民二部馬場裁判長田上大倉入江鈴木各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○壓審大阪控訴院○損害賠償請求事件○上告人辰馬汽船合資會社訴訟代理人辯護士砂川雄峻被上告人綱井鶴太郎訴訟代理人辯護士佐々木高

(五二)

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

共同訴訟人中ノ或ル人ノ攻擊及ヒ防禦ノ方法(證據方法ヲ包含ス)ハ他ノ共同訴訟人ノ利益ニ於テ效ヲ生ス

共同訴訟人中ノ或ル人カ爭ヒ又ハ認諾セサルトキト雖モ總テノ共同訴訟人カ悉ク爭ヒ又ハ認諾セサルモノト看做ス

共同訴訟人中ノ或ル人ノミカ期日又ハ期間ヲ懈怠シタルトキハ其懈怠シタル者ハ懈怠セサル者ニ代理ヲ任シタルモノト看做ス

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

民法九四七第一項　親族會ノ議事ハ會員ノ過半數ヲ以テ之ヲ決ス

同九五二　親族會カ決議ヲ爲スコト能ハサルトキハ會員ハ其決議ニ代ハルヘキ裁判ヲ……請求スルコトヲ得

同九五一　親族會ノ決議ニ對シテハ一ケ月內ニ會員又ハ第九四四條ニ掲ケタル者ヨリ其不服ヲ裁判所ニ訴フルコトヲ得

(一)親族會決議無效ノ宣言ヲ求ムル訴ハ被告等ニ對シ訴訟ニ係ル權利關係カ合一ニノミ確定スヘキ場合ニ該當ス」

(二)親族會招集決定所定ノ日時場所ニ於テ親族會員三名會合ノ上適法ニ決議ヲ爲シ他ノ二名ノ親族會員缺席シタルモノナルトキハ右三名ノ決議ハ親族會決議トシテ固ヨリ適法ナリ」

右ノ場合ニ於テ親族會決議書ニ右二名ノ缺席シタル旨ヲ記載セサリシトキハ其決議書ハ其當ヲ得サルモノナリト雖モ斯ノ如キハ未タ以テ該決議其モノヲ無效タラシムルモノニアラス」

(一)本訴ハ本件被告等カ爲シタル親族會ノ決議無效ノ宣言ヲ求ムルモノナルヲ以テ被告等ニ對シ訴訟ニ係ル權利關係カ合一ニノミ確定スヘキ場合ニ相當スルニヨリ被告等ノ一人カ原告ノ請求ヲ爭ヒタルトキハ總テノ被告カ之ヲ爭ヒタルモノト看做サルヘキモノナリトス然ラハ本件被告峰太郎及龜太郎兩名ハ原告ノ請求ヲ認諾スト雖モ他ノ被告ニ於テ原告ノ請求ヲ爭フモノナルヲ以テ總テノ被告ニ於テ原告ノ請求ヲ

爭ヒタルモノト看做シテ之ヲ審判セサルヘカラス

(二) 原告カ亡中村重吉ノ親族ナルコト及被告等カ亡中村重吉ノ家督相續人選定ノ爲メノ親族會員ニ選定セラレ其結果本訴係爭ノ親族會ノ決議ニ基キ訴外中村治郎左衛門カ亡中村重吉ノ家督ヲ相續シ其戸主ト爲リタルコトハ當事者間ニ爭ナキ處ナリ仍テ主タル爭點タル本件親族會ノ決議カ無效ナルヤ否ヤノ點ニ付審究スルニ原告ハ被告峰太郎及龜太郎ノ兩名ハ被告林藏等ノ惡策ニ罹リ本件親族會ニ參集スルノ機會ヲ得ス右決議中右兩人ノ印影ハ被告林藏等ノ爲メニ不法ニ使用セラレタルモノニ過キスシテ全然本件決議ニ參與セサリシナ以テ決議ハ無效ナリト主張スレトモ乙第一號證並指信スヘキ證人小林宜治ノ證言ニヨリテ被告抗辯ノ如ク本件決議ハ本件親族會招集決定所定ノ日時場所ニ於テ中村林藏猶井傳五郎中村仙太郎ノ三名會合ノ上適法ニ成立シ他ノ二名ノ親族會員ハ缺席シタル事實ヲ認メ得ヘク親族會ノ決議ハ多數決ニヨリ之ヲ定ムヘキモノナルヲ以テ右三名ノ決議ハ親族會ノ決議トシテ固ヨリ適法ナルモノト謂ハサルヘカラス唯甲第一號證ニヨレハ本件決議ハ被告等五名全部出席決議シタルカ如キ記載アルモ證人小林宜治ノ證言ニヨレハ本件決議前ニ於テ決議書案ニ被告等五名ノ調印ヲ得アリタル處ヨリ親族會ノ當日相續屆ヲ爲ス際ニ於テ被告峰太郎及龜太郎カ缺席シタルコト判明セサリシ爲メ屆書添付ノ親族會決議書ニ右被告兩名カ缺席シタル旨ヲ記載セスシテ其儘屆出ヲ了シタルモノナルコトヲ認メ得ヘク然ラハ右屆書添付ノ親族會ノ決議書ハ決議書トシテ其當ヲ得サルモノナリト雖モ斯ノ如キハ未タ以テ該決議其モノヲ無效ナラシムルモノニアラサルヲ以テ此點ニ於テ原告ノ主張ハ之ヲ認ムル能ハサルナリ（東京地方大正四年(ワ)第八〇號同年四月二十

六日民一部鈴木裁判長霜山澁川各判事判決）

【關係事項】

親族會決議不服事件○原告喜代田岡眞訴訟代理人辯護士山本二郎外二名被告中村林藏外四名訴訟代理人辯護士田谷英同飯岡竹三郎同眞下五郎

【一點同趣旨判例】

親族會決議取消ノ訴ハ權利關係カ總テノ共同訴訟人ニ對シ合一ニノミ確定スヘキモノトス（東京控訴院判決本書第二卷民法七〇九頁）

【一點參照學說判例】

一 凡ソ訴訟ノ目的物タル法律關係ニ關シテ或共同訴訟人ノ得タル判決カ他ノ共同訴訟人ニ效力ヲ及ホストキハ其法律關係ハ總テノ共同訴訟人ニ對シテ合一ニ確定セラルモノトス果シテ然ラハ訴訟ニ係ル法律關係カ總テノ共同訴訟人ノ得ヘキ判決カ他ノ共同訴訟人ニ其效力ヲ及ホス場合ニ外ナラスト謂フヘシ（法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論中卷六四八頁）

二 合一ニノミ確定ストハ法律上同一ニ歸着スルコトヲ意味ス（法學士板倉松太郎氏民事訴訟法綱要一四六頁）

三 法律關係カ合一ニノミ確定スヘキモノナルヤ否ヤハ因ヨリ實體法ニ依リテ決スヘキモノナリ（今村信行氏東京法學院大學講義民事訴訟法第一編一六七頁）

四 如何ナル訴訟カ各共同訴訟人ニ對シ合一ニ確定スヘキモノナルヤハ訴訟物タル法律關係ニ因リテ定マル故ニ民事訴訟法若クハ其他ノ法律ニ於テ共同訴訟ヲ必要トシタル場合ハ常ニ訴訟ニ係ル法律關係カ合一ニノミ確定スヘキ必要的共同訴訟ナリト解スヘカラス法律カ共同訴訟ヲ必要トスル場合ヲシテ合一ニ確定セサルモノアリトス（法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論二九四頁）

五 民事訴訟法第五〇條ニ權利關係カ合一ニノミ確定ス可キトキトアルハ訴ヲ適法ナラシムル必要上共同シテ訴訟ヲ爲ス場合ハ勿論然ラサル場合ト雖モ係爭權利關係カ共同訴訟人ニ對シ別個ニ確定スルコトヲ得サルトキヲ謂フモノトス（大審院判決本書第二卷民訴九六頁）

【二點同趣旨判例】

三名ノ親族會員ハ會員ノ過半數即二名ノ親族會員ニ於テ有效ニ決議ヲ爲スコトヲ得ルモノトス（大審院判決本書第三卷民法七一一頁）

東京控訴院 仁井田博士 板倉學士 今村信行氏 岩田學士 大審院

大審院

大審院決定

(一)親族會決議ニ對スル不服ノ訴ハ親族會員ヲ被告ト爲スヘキモノニシテ其目的ハ決議ノ取消ニ在リ而シテ其決議取消ハ親族會員タル總テノ被告ニ對シ合一ニ確定ス可キモノナルコト明ナリ吾人ハ本判決ニ贊同ス

(二)五名ノ親族會員中三名ニテ有效ニ決議ヲ爲シ得ルニハ他ノ缺席會員ニ對シテモ親族會招集通知カ適法ニ爲サレタルコトヲ前提トスヘキハ勿論ナリ(前掲大審院判決參照)ト雖モ通知ノ有無カ爭ニ係ラサル以上特ニ之ヲ判示スルノ要ナシ故ニ本判決ハ正當ナリト信ス若シ夫レ決議書ノ不當カ決議ヲ無效タラシムルニアラサルコトニ至リテハ蓋シ當然ノ解釋異論ノ餘地ナカルヘシ

(五三)

一八八　當事者ハ訴訟手續ヲ休止ス可キ合意ヲ爲スコトヲ得其合意ハ不變期間ノ進行ニ影響ナ及ホサス口頭辯論ノ期日ニ於テ當事者雙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フルマテ之ヲ休止ス

一ケ年内ニ前項ノ申立ヲ爲ササルトキハ本訴及ヒ反訴ヲ取下ケタルモノト看做ス

二八四第一項　當事者ノ一方又ハ雙方證據調ノ期日ニ出頭セサルトキハ事件ノ程度ニ因リ爲シ得ヘキ限リハ證據調ヲ爲スヘシ

二八七第一項　受訴裁判所ニ於テ證據調ヲ爲ストキハ其期日ハ同時ニ口頭辯論ヲ續行スル期日ナリトス

(一)控訴審ニ於テ訴訟手續休止後口頭辯論指定ノ申立ナクシテ一箇年ヲ經過シタルトキハ控訴ヲ取下ケタルモノト看做スヘキモノトス」

(二)受訴裁判所ニ於テ證據調ヲ爲ストキハ其期日ハ同時ニ口頭辯論ヲ續行スル期日ニシテ證據調期日トロ頭辯論續行期日トハ相併行スルモノナレハ證據調手續ノ終了セサル限リハ口頭辯論續行期日開始セスト謂フヲ得ス」

續ノ終了セサル限リハ口頭辯論續行期日開始セスト謂フヲ得ス」

(一)控訴審ニ於テ訴訟手續休止後口頭辯論指定ノ申立ナクシテ一箇年ヲ經過シタルトキハ民事訴訟法第一八八條第三項ノ適用ニ關シテハ控訴ヲ取下ケタルモノト看做スヘキモノトス

(二)民事訴訟法第二八七條ニ依レハ受訴裁判所ニ於テ證據調ヲ爲ストキハ其期日ハ同時ニ口頭辯論ヲ續行スル期日ニシテ證據調期日トロ頭辯論續行期日トハ相併行スルモノナレハ證據調手續ノ終了セサル限リハ口頭辯論續行期日開始セスト謂フヲ得ス然ラハ原審カ大正二年一月十四日ノ證據調期日ニシテ且口頭辯論續行期日ニ當事者雙方出頭セサリシニヨリ同日ヨリ本件休止期間ヲ起算シテ一箇年内ニ期日指定ノ申立ナキモノトシ事件ノ完結シタルコトヲ認定シタルハ正當ナリ(大審院大正四年(ク)第二一二號同年五月十三日民二部馬場裁判長田上榊原入江鈴木各判事決定)

【關係事項】

抗告棄却○原審福岡地方裁判所○訴訟費用額確定ニ對スル抗告事件○抗告人德光菊藏代理人辯護士村岡吾一

【一點同趣旨學說】

缺席ノ休止ニ至リテハ際限ナク期日指定ノ申立ヲ爲ササルトキハ訴訟終局ノ期ナシ故ニ法律ハ休止ト推定シタル日ヨリ一年内ニ期日指定ノ申請ヲ爲シ手續ヲ續行スルノ意思ヲ表示セサルトキハ法律ハ當事者双方共訴訟ヲ爲スノ意ナキモノト看做シ本訴及ヒ反訴共ニ取下ケタルモノト看做スヘシ上訴中ナルトキハ上訴ヲ取下ケタルモノト看做ス(今村信行氏東京法學院大學講義民事訴訟法第一編三五四頁)

【一點反對學說】

上訴又ハ故障ノ提起後當事者双方カ口頭辯論期日ニ出頭セス一年ヲ經過シタルトキハ上訴又ハ故障ヲ取下ケラレタリト看做ス

ヘキニアラスシテ訴ヲ取下ケタリト看做スヘキモノトス（法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論第六版六一八頁）

【二點反對學說】

一　受訴裁判所ニ於テ證據調ヲ爲ストキハ其期日ハ口頭辯論ヲ續行スルノ期日ナリ是レ即チ受訴裁判所ニ於ケル證據調ヲ終了スルトキハ直ニ辯論續行期日ノ始マルノ謂ニ外ナラス所謂證據調ノ終了スルトハ證據調ノ施行ヲ終リタルトキ又ハ證據調ノ施行カ不能トナリタルトキ又ハ裁判所カ證據決定ヲ取消シ若クハ當事者カ證據方法ヲ拋棄シタルトキヲ謂フ然レトモ證據調ノ施行ニ關シテ一時ノ障害アルニ過キサルトキ例ヘハ證人ノ出頭セサルカ如キ事情アルトキハ證據調ノ終了シタルモノト謂フヘカラサルナリ（法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論第三版二九八頁）

二　受訴裁判所ニ於テ證據調ヲ爲ス場合ニ於ケル證據調ノ期日ハ證據調ノ完結ヲ以テ終了スルモノナリト雖モ此期日終了後特別ニ期日ヲ指定スルコトヲ要セスシテ受訴裁判所ニ於テ直チニ口頭辯論續行期日カ始マルモノナリ……而シテ證據調ノ期日ハ證據調ヲ施行スルコトヲ得サルニ至リタルカ若クハ證據調ヲ完結シタル爲メニ終了スルモノナリ故ニ證據調ノ期日ニ於テ例ヘハ證人死亡等ニ因リテ出頭セサルトキノ如キハ直チニ證據調ノ期日ハ終了シ直チニ口頭辯論ノ期日始マルモノナルヲ以テ斯ノ如キ場合ニ當事者ノ一方カ出頭セサルトキニ於テハ出頭シタル當事者カ開席判決ノ申立ヲ爲スコトヲ得ヘク又當事者ノ双方出頭セサルトキニ於テハ訴訟手續ハ休止トナルコトアリトス然レトモ證人不參ニ因リ其期日ニ證據調ヲ爲ス能ハサルトキノ如キハ裁判所ハ職權ヲ以テ證據調ノ期日ヲ指定スヘク口頭辯論期日カ開始スルモノニ非ス（法學士岩田一郎氏民事訴訟法要論五二九頁）

三　受訴裁判所ニ於ケル證據調ノ期日ハ同時ニ口頭辯論ヲ續行スル期日ナリト雖モ口頭辯論ハ證據調手續ノ終了シタル時ヨリ開始セラルヘキモノトス（法學士菅原眷二氏本書第三卷民法二三八頁）

【二點同趣旨判例】

大審院判決本書第三卷民法五七頁

(一)控訴審ニ於ケル口頭辯論期日ニ當事者双方缺席シ其後期日指定ノ申立ヲ爲スコトナク一個年ヲ經過シタルトキハ訴ヲ取下ケタルモノト看做スヘキヤ控訴ヲ取下ケタルモノト看做スヘキヤハ結果ニ於テ重大ナル差異ヲ來スヘキ問題ナリトス卽チ前說ヲ取ルトキハ第一審判決ハ確定スルコトナク且ツ原告ハ再訴ヲ爲

スコトヲ得ルニ反シ後說ヲ採ルトキハ第一審判決ハ確定シ且ツ原告ハ再訴ヲ爲スコトヲ得ス而シテ吾人ハ本決定ノ見解ヲ採ラント欲スルモノナリ

(二)吾人ハ前掲學說ト共ニ反對ノ見解ヲ主張ス是レ既ニ述ヘタル所ナリ（本書第三卷民法二三八頁參照）

（五四）

明治三十九年六月二十六日千葉縣告示千葉縣工事請負規則ハ縣費支辨ニ關スル工事請負ニ付キ千葉縣ト請負人トノ間ニ工事請負契約ヲ爲スニ際シ相互ニ遵守スヘキ條欵ヲ定メタルモノニシテ工事請負契約ノ內容ヲ組成スルモノニ過キサルカ故ニ之カ解釋ハ事實裁判所ノ職權ニ屬スルモノトス」

乙第五號證明治三十九年六月二十六日千葉縣告示千葉縣工事請負規則ハ縣費支辨ニ關スル工事請負ニ付キ千葉縣ト請負人トノ間ニ工事請負契約ヲ爲スニ際シ相互ニ遵守スヘキ條欵ヲ定メタルモノニシテ工事請負契約ノ內容ヲ組成スルモノニ過キサルカ故ニ之カ解釋ハ事實裁判所タル原審ノ職權ニ屬スルモノトス然ルニ論旨ハ原審カ職權ヲ以テ爲シタル前記工事請負規則ノ解釋ヲ非難スルニ止マルモノニシテ上告適法ノ理由タラサルモノトス（大審院大正三年(オ)第七八七號同四年四月二十二日民二部馬場裁判長田上入江鈴木嘉山各判事判決）

【關係事項】

上告棄却○原審東京控訴院○請負保證物返還並工事金支拂請求事件○上告人平沼國藏訴訟代理人辯護士渡邊武左衛門被上告人

千葉縣代表者知事佐柳藤太

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

四五　裁判所ハ訴訟ノ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハス職權ヲ以テ訴訟能力法律上代理人タル資格及ヒ訴訟ヲ爲スニ必要ナル授權ニ欠缺ナキヤ否ヤヲ調査スヘシ

裁判所ハ遲滯ノ爲メ原告若クハ被告ニ危害アリ且其欠缺ノ補正ヲ爲シ得ルモノト認ムルトキハ原告若クハ被告又ハ其法律上代理人ニ其欠缺ノ補正ヲ爲ス條件ヲ以テ一時訴訟ヲ爲スヲ許スコトヲ得此場合ニ於テ裁判所ハ欠缺補正ノ爲メ相當ノ期間ヲ定メ其期間ノ滿了前ニ判決ヲ爲スコトヲ得ス但其欠缺ノ補正ハ判決ニ接着スル口頭辯論ノ終結マテ之ヲ追完スルコトヲ得

民法八三五　子、其直系卑屬又ハ此等ノ者ノ法定代理人ハ父又ハ母ニ對シテ認知ヲ求ムルコトヲ得

同八九五　親權ヲ行フ父又ハ母ハ其未成年ノ子ニ代ハリテ戶主權及ヒ親權ヲ行フ

同九三四第二項　後見人ハ未成年者ニ代ハリテ親權ヲ行フ但第九一七條乃至第九二一條及ヒ前十條ノ規定ヲ準用ス

同九二九　後見人カ被後見人ニ代ハリテ營業若クハ第一二條第一項ニ揭ケタル行爲ヲ爲シ又ハ未成年者ノ之ヲ爲スコトニ同意スルニハ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス但元本ノ領收ニ付テハ此限ニ在ラス

同一二第一項　準禁治產者カ左ニ揭ケタル行爲ヲ爲スニハ其保佐人ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス

呼　訴訟行爲ヲ爲スコト

未成年者タル母カ子ヲ代理シテ提起シタル私生子認知ノ訴ハ不適法ナレトモ口頭辯論終結前ニ其母ノ後見人カ代理權ノ欠缺ヲ追完シ之ヲ補正シタルトキハ其訴ハ適法ト爲ルニ至ルモノトス」

民法第八三五條ニヨレハ子ノ法定代理人ハ父ニ對シテ認知ヲ求メ得ヘキモノトス左レハ未成年ノ子ノ親權者タル母ハ其子ノ法定代理人トシテ子ニ代リ認知ヲ求メ得ヘキモノナルモ若シ其親權者カ未成年者ナル場合ハ其親權ヲ行使スルヲ得スシテ却テ其未成年者ノ親權者又ハ後見人カ親權ヲ行使スルモノナルヲ以テ子ノ法定代理人ト

シテ父ニ對シ認知ヲ求ムルニ付テモ其未成年者タル親權者カ代理權ヲ有スルモノニアラスシテ其親權者ノ法定代理人タル親權者又ハ後見人ニ於テ代理權ヲ有スルモノト解スヘキモノトス故ニ甲第一號證ニヨレハ控訴人ノ親權者板倉そめハ未成年者タルコト明カナルヲ以テ同人カ控訴人ヲ代理シ提起シタル本訴ハ不適法ナリシモノトス然レトモ本訴ハ原審口頭辯論終結前ニ右板倉そめノ後見人板倉周太郎ニ於テ右欠缺ヲ追完シ之ヲ補正シタルコトハ本件記錄添付ノ後見人身分登記ノ謄本親族會ノ同意書及板倉周太郎ノ訴訟代理委任狀ニ依リ明カナルヲ以テ之ニ依リ爰ニ不適法ナリシ本訴ハ適法ト爲ルニ至レルモノトス(東京控訴大正四年(ネ)第一七四號同年五月三十一日民一部遺囑裁判長前田水口各判事判決)

【關係事項】

私生子認知請求事件○控訴人板倉つね法律代理人控訴人ノ親權者板倉そめノ後見人板倉周太郎被控訴人古山正一訴訟代理人辯護士清吉平吉

第三四　上告ハ法律ニ違背シタル裁判ナルコトヲ理由トスルトキニ限リ之ヲ爲スコトヲ得

判決ニ確定シタル事實關係カ後ニ變更ヲ來シタル結果ヨリ見タル判決ノ違法ハ之ヲ以テ上告ノ理由ト爲スヲ得ス」

上告ハ判決カ法律ニ違背シタルコトヲ理由ト爲スヘキモノニシテ法律ニ違背シタルヤ否ヤハ事實ノ認定カ法律ニ違背シタルコトヲ上告理由ト爲ス場合ノ外ハ判決ニ確定シタル事實關係ヲ基礎トシテ之ヲ論セサル可ラス故ニ判決ニ確定シタル事實關係

カ後ニ變更ナ來シタル結果ヨリ見タル判決ノ違法ハ之ナ以テ上告ノ理由ト爲スナ得ス然ルニ論旨ハ原判決當時存續セシ本件貸貸借カ後日ニ至リ期間ノ滿了ニ因リ終了セシナ理由トシテ原判決ナ違法ナリト論スルモノナレハ上告ノ理由ト爲スニ適セサルモノトス(大審院大正三年(オ)第九四九號同四年五月四日民一部田部裁判長榊原尾古入江岩田各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審大阪地方裁判所○貸貸借契約解除並登記抹消手續請求事件○上告人坂下與三九訴訟代理人辯護士宮原仲太郎被上告人松田むめ

至當ノ判決ナリ控訴裁判所ニ於ケル口頭辯論終結後事實關係ニ變更ヲ來シタルトキハ當事者ハ變更後ノ事實關係ニ基キ新訴ヲ提起シ又ハ判決ノ執行ニ對シテ異議ヲ主張スヘキナリ以テ其判決ニ對スル上告ノ理由ト爲スコトヲ得ス(本卷民訴三四頁評論參照)

(五七)

六四四　競賣手續ノ開始決定ニハ同時ニ債權者ノ爲メ不動產ナ差押フルコトナ宣告ス可シ

差押ハ債務者カ不動產ノ利用及ヒ管理ナ爲スコトナ妨ケス

差押ハ其決定ナ債務者ニ送達スルニ因リ其效力ナ生ス此送達ハ職權ナ以テ之ナ爲ス

六五一　裁判所ハ競賣手續開始ノ決定ナ爲ス際職權ナ以テ競賣ノ申立アリタルコトナ登記簿ニ記入ス可キ旨ナ登記判事ニ囑託ス可シ

登記判事ハ前項ノ囑託ニ從ヒテ記入ナ爲ス可シ

不動產登記法一　登記ハ左ニ掲ケタル不動產ニ關スル權利ノ設定、保存、移轉、變更、處分ノ制限又ハ消滅ニ付キ之ナ爲ス

一　所有權

大審院決定

同二　假登記ハ左ノ場合ニ於テ之ナ爲ス

一　登記ノ申請ニ必要ナル手續上ノ條件カ具備セサルトキ

二　前條ニ掲ケタル權利ノ設定、移轉、變更又ハ消滅ノ請求權ナ保全セントスルトキ

右ノ請求權カ始期附又ハ停止條件附ナルトキ其他將來ニ於テ確定スヘキモノナルトキ亦同シ

同七第二項　假登記ナ爲シタル場合ニ於テ本登記ノ順位ハ假登記ノ順位ニ依ル

或土地ニ付キ賣買ニ因ル所有權移轉請求權保全ノ假登記アリタル後其土地ニ付キ他ノ債權者ノ爲メ强制競賣ニ因ル差押ノ登記ヲ爲シタルモ之カ爲メ賣買ニ因ル所有權取得ノ本登記ヲ爲スヲ妨クルコトナシ」

假登記ハ後日爲サルヘキ本登記ノ爲メ順位ナ保存スルモノナレハ或土地ニ付キ賣買ニ因ル所有權移轉ノ請求權保全ノ假登記アリタル後其土地ニ付キ他ノ債權者ノ爲メ强制競賣ニ因ル差押ノ登記ナ爲シタルモ之カ爲メ賣買ニ因ル所有權取得ノ本登記ナ爲スナ妨クルコトナシ若シ之ナ妨ケラルルモノトセハ假登記ナ爲シタルハ全ク無用ニ歸シ法律カ假登記ナ許シタル目的ハ全ク沒却セラルヘシ然レハ之ト同一趣旨ニ出テタル原決定ハ相當ナリ(大審院大正四年(ク)第二六七號同年五月二十九日民三部横田裁判長大倉榊原嘉山三宅各判事決定)

【關係事項】

抗告棄却○原審那覇地方裁判所○登記官吏ノ處分ニ對スル抗告事件○抗告人福岡龜藏

(五八)

送達吏ノ作成ニ係ル送達證書中受取人ノ記名捺アル部分ハ受取人ノ受取證ニ該當スルモノニシテ私署證書ナリトス」

原審ニ於ケル大正二年十月十三日ノ口頭辯論調書ニハ「乙云云四號、五號ノ二云云ニアル控訴人(上告人)ノ印影ハ認ムルモ之ハ母小里カ控訴人ノ託シ居タル印判ヲ擅ニ押捺シタルモノナリ」トアリテ上告人カ原審ニ於テ乙第四號證ノ二及ヒ第五號證ノ二ノ成立ヲ爭ヒタルコト明カナリ尙ホ同證ハ執レモ送達ヲ施行シタル吏員ノ作成ニ係ル送達證書ナルモ該證中上告人ノ記名捺印アル係爭ノ部分ハ民事訴訟法第一五一條ニ所謂受取人ノ受取證ニ該當スルモノニシテ私署證書ト認ムヘキモノトス然ルニ原判決理由ニハ「成立ニ爭ヒナキ乙第四號證ノ一、二云云ヲ綜合スレハ云云『成立ニ爭ヒナキ乙第五號證ノ一、二云云ヲ綜合スレハ云云』トアリ原院カ前示ノ如ク上告人カ原審ニ於テ成立ヲ爭ヒタル證書ヲ爭ナキモノトシテ判斷ノ資料ニ供シタルモノナルコト明瞭ナルヲ以テ原判決ニ不法アルモノト謂ハサルヲ得ス(大審院大正三年(オ)第三六二號同四年四月二十二日民二部馬場裁判長田上入江鈴木嘉山各判事判決)

【關係事項】

破毀移送○原審廣島控訴院○登記無效確認及抹消請求事件○上告人橋本鐵藏訴訟代理人辯護士後藤德太郎被上告人橋本倭文訴訟代理人辯護士牧野充雲

至當ナリト信ス

(五九)

一九五條二項　權利拘束ハ左ノ效力ヲ有ス

第一　權利拘束ノ繼續中原告若クハ被告ヨリ同一ノ訴訟物ニ付キ他ノ裁判所ニ於テ本訴又ハ反訴ヲ以テ請求ヲ爲シタルトキハ相手方ハ權利拘束ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得

債權ニ付キ給付ノ訴ノ提起セラレタル後同一ノ債權ニ付キ確定ノ訴カ提起セラルルモ後ノ訴ノ被告ハ權利拘束ノ抗辯ヲ提起スルコトヲ得ス

債權ニ付給付ノ訴ノ提起セラレタル後同一債權ニ付確定ノ訴カ提起セラレタルトキハ後ノ訴ノ被告ハ權利拘束ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得ルヤ凡ソ權利拘束ノ抗辯カ理由アリトセラルルカ爲メニハ前訴ト後訴ノ訴訟物及ヒ當事者カ同一ナルコトヲ要スルノ外尙判決ノ結果如何ヲ問ハス總テノ場合ヲ通シテ前訴ニ付本案ノ判決カ爲サレタルトキハ後訴ノ理由アリヤ否ヤハ之ニ依リ當然確定セラルルヲ以テ後訴ハ之ヲ判斷スルノ必要ナキ關係ニ在ルコトヲ要ス今之ヲ各場合ニ付テ考察スルニ前訴モ給付ノ訴ニシテ後訴モ給付ノ訴ナルトキ又ハ前訴モ積極的確定ノ訴ニシテ後訴後訴モ積極的若クハ消極的確定ノ訴ナルトキ又ハ前訴中積極的確定ノ訴ニシテ後訴カ消極的確定ノ訴ナルトキ若クハ之ト正反對ナルトキハ權利拘束ノ抗辯ハ理由アリト雖モ前訴カ積極的若クハ消極的確定ノ訴ニシテ後訴カ給付ノ訴ナルトキハ勿論之ト正反對ニ前訴カ給付ノ訴ニシテ後訴カ積極的確定ノ訴ナルトキモ亦權利拘束ノ抗辯ハ成立セス何トナレハ裁判所ハ給付義務ノ存在及ヒ其確定ノ必要ナル決ハ之レヲ爲シ得ヘキ場合ナリト雖モ給付義務カ未タ履行期ニ非サルトキノ如ク要スルニ給付判決ニ依ル權利保護ノ要件ニ欠缺アルヲ爲メ給付ノ訴ハ理由ナシトシテ之ヲ棄却スヘキ場合ナキニ非サルヲ以テ前訴タル給付ノ訴又ハ確定ノ訴ニ付爲サル可キ本案判決ニ依リテハ其結果ノ如何ヲ問ハス總テノ場合ヲ通シテ後訴タル確定ノ訴又ハ給付ノ訴ノ理由アリヤ否ヤヲ當然確定

仁井田博士
高木博士
岩田學士

シ得ルモノニ非サルカ故ナリ故ニ余輩ハ本問ハ消極ニ決スルヲ以テ正當ナリト信ス

(法學士菅原眷二民法學會新報第二五卷第三號九〇頁以下要領)

【參照學說】

一　原告又ハ被告カ訴訟物ノ權利拘束中同一ノ訴訟物ニ付キ種類ノ異ル訴ヲ提起スルモ新ナル訴ニ依リ生スヘキ結果カ從來ノ訴ニ依リ生スヘキ結果ノ範圍內ニ在ルトキハ相手方ハ權利拘束ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得ヘシ例ヘハ或請求ニ關スル給付ノ訴ノ存在スルニ當リ原告カ更ニ之ニ關スル積極的確認ノ訴ヲ提起シタル場合ノ如シ蓋シ訴ニ其キテ被告ニ敗訴ヲ言渡スヲ判決ハ訴訟物タル請求ノ辨濟ヲ之ニ命スルニ依リテ同時ニ其存在ヲ確定スルモノニシテ此訴ヲ理由ナシトシテ却下スル判決ハ其請求ノ不存在ヲ確定スルモノト謂フヘキヲ以テナリ

右ニ述ヘタル所ニ反シ原告又ハ被告カ訴訟物ノ權利拘束中同一ノ訴訟物ニ付キ種類ノ異ル訴ヲ提起スルニ當リ新ナル訴ニ依リ生スヘキ結果カ從來ノ訴ニ依リ生スヘキ結果ノ範圍外ニ生スルコトナキニ非サルトキハ相手方ハ權利拘束ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得サルナリ例ヘハ或請求ニ關スル積極的確認ノ訴ノ存在スルニ當リ原告カ更ニ之ニ關スル給付ノ訴ヲ提起シタル場合ノ如シ(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論中卷五一八頁)

二　履行請求ノ訴ニ因テ一ノ訴訟カ繫屬シタリトセン乎此履行ノ訴ノ裁判ニ因テ成立若クハ不成立ノ確定セラルヘキ所ノ權利關係ニ就テ別ニ積極的若クハ消極的確定ノ訴ヲ起ストキハ之ニ對シテ權利拘束ノ抗辯ノ理由ヲ生スルモノトス但シ權利關係ノ存否ハ履行請求ノ訴ニ於テ先決問題トシテ判決セラルヘキ事項ナルカ故ニ其訴ニ於テ第二一一條ノ規定ニ從ヒ申立ラレタル確定ノ訴ニ關シテハ固ヨリ權利拘束ノ抗辯ノ理由ヲ生セサルナリ(法學博士高木豐三氏民事訴訟法論綱二五〇頁以下)

三　給付ノ訴ノ訴訟物ト積極的確定ノ訴ノ訴訟物トハ常ニ同一ニアラサルヲ以テ此二個ノ訴ハ互ニ權利拘束ノ抗辯ノ基本ト爲ルモノニアラス給付ノ訴ノ訴訟物ハ請求權ニシテ確定ノ訴ノ訴訟物ハ法律關係ナリ故ニ給付ノ訴ニ於テ原告ノ請求カ正當ト認メラレタル判決アリタルトキハ當事者間ノ給付請求權ノ存在ニ付テハ確定力ヲ生ストヲ雖モ其給付請求權ノ基本タル法律關係ノ存在ニ付テハ確定力ヲ生スルモノニ非ス加之給付ノ判決ニヨリ原告ノ主張スル請求權ヲ至當ト認メタル場合ト雖モ必スシモ其基本タル法律關係ノ成立ヲ確定スルモノニ非ス故ニ此等ノ訴ノ訴訟物ハ縱令同一法律關係ニ基ク訴ノ場合ト雖モ訴ヲ異ニスルヲ以テ互ニ權利拘束ノ抗辯ノ基本トナラス例ヘハ貸金ノ辨濟ヲ求ムル訴ニ於テ被告ニ辨濟ノ義務アリト判決シタル場合ニ於テハ其判決ニ因リテ宣告セラレタル貸金請求權ノ存在スルコトハ確定スト雖若シ原告ノ請求ヲ不當トシテ排斥スル場合ニ於テハ常ニ貸金請求權ノ存在セサルモノト確定スルモノニアラス如何トナレハ貸金請求權カ存在スルモ未タ期限ノ到來セサル爲メ原告ノ請求ヲ不當トシテ排斥スル場合アレハナリ如此互ニ其訴訟物ヲ異ニシ隨テ判決ノ效力モ亦之ヲ異ニスルモノナレハ同一法律關係ニ基ク給付ノ訴カ提起セラレタル後ニ確定ノ訴カ提起セラレ又確定ノ訴ノ提起後ニ給付ノ訴カ提起セラルルモ之ヲ以テ無用ノ訴訟ト言フ能ハサルノミナラス私權保護ノ請求權ノ形式モ亦之ヲ異ニスルモノナレハ此等ノ訴ハ互ニ權利拘束ノ抗辯ノ

蔕礎ト爲スコトヲ得ス

消極的確定ノ訴ト給付ノ訴トハ互ニ權利拘束ノ抗辯ノ基本ト爲ルモノニアラス恰モ積極的確定ノ訴ト給付トノ關係ニ於ケルカ如ク全ク其訴訟物ノ範圍ヲ異ニスルモノナレハナリ(法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論二五三頁以下)

吾人亦學士ノ見解ヲ以テ正當ナリト信ス

(六〇)

四六四第一項　抗告ヲ適法ニシテ且理由アリトスルトキハ抗告裁判所ハ不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ廢棄シテ自ラ更ニ裁判ヲ爲シ又ハ不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所又ハ裁判長ニ委任シテ裁判ヲ爲サシムルコトヲ得

六五六　裁判所ハ最低競賣價額ヲ以テ差押債權者ニ其旨ヲ通知ス可シ

剩餘アル見込ナシトスルトキハ差押債權者ノ債權ニ先タツ不動產上ノ總テノ負擔及ヒ手續ノ費用ヲ辨濟シテ右通知ヨリ七日ノ期間內ニ差押債權者カ前項ノ負擔及ヒ費用ヲ辨濟シテ剩餘アル可キ價額ヲ定メ且其價額ニ應スル競賣人ナキ場合ニ於テハ自ラ其價額ヲ以テ買受ク可キ旨ヲ申立テ十分ナル保證ヲ立テサルトキハ競賣手續ヲ取消ス可シ

六五七　裁判所ハ前條第一項ノ債權及ヒ費用ヲ辨濟シ剩餘ヲ得ル見込アルトキ又ハ差押債權者前條第二項ノ申立ヲ爲シ十分ナル保證ヲ立テタルトキハ職權ヲ以テ競賣期日及ヒ競落期日ヲ定メテ之ヲ公告ス

六七二　競落ノ許可ニ付テノ異議ハ左ノ理由ニ基クコトヲ要ス

第一　强制執行ヲ許ス可カラサルコト又ハ執行ヲ續行スヘカラサルコト

六七四　裁判所ハ異議ノ申立ヲ正當トスルトキハ競落ヲ許サス

第六七二條第一號乃至第八號ニ揭ケタル事項ノ一アルトキハ職權ヲ以テモ競落ヲ許サス(但書略)

六七六第一項　第六七二條及ヒ第六七四條ノ規定ニ從ヒ全ク競落ヲ許ササル場合ニ於テ更ニ競賣ヲ許ス可キトキハ職權ヲ以テ新競賣期日ヲ定ムヘシ

六七七第一項　前條ノ規定ニ從ヒテ新競賣期日ヲ定ムル場合ノ外競落ヲ許シ又ハ許ササル決定ノ言渡ヲ爲スヘシ

六八〇第一項　利害關係人ハ競落ノ許否ニ付テノ決定ニ因リ損失ヲ被ムル可キ場合ニ於テハ其決定ニ對シ即時抗告ヲ爲スコトヲ得

六八一第二項　競落ヲ許シタル決定ニ對スル抗告ハ此法律ニ揭クル競落ノ許否ニ對スル異議ノ原因ノ一ヲ理由トスルトキ又ハ競落決定カ競落期日ノ調書ノ旨趣ニ牴觸シタルコトヲ理由トスルトキニ限リ之ヲ爲スコトヲ得

競賣法ニ依ル不動產競賣事件ニ付キ賣得金ヲ以テ競賣申立債權者ニ先ツ總テノ

負擔及ヒ費用ヲ弁濟シテ剩餘ナキハ拘ハラス競賣申立人ニ對シ競落許可ノ決定ヲ與ヘタルニ對シ利害關係人ヨリ抗告ノ申立ヲ爲シ抗告裁判所カ原決定ヲ廢棄シ更ニ裁判ヲ爲スヘキコトヲ原裁判所ニ委任スル旨ノ決定ヲ爲シタル場合ニ於テハ原裁判所ハ先ツ競落不許可ノ決定ヲ爲シ其確定ヲ俟テ始メテ民事訴訟法第六五六條ノ手續ヲ爲スヘキモノトス」

競賣法ニ依ル不動産競賣事件ニ付キ賣得金ヲ以テ競賣申立債權者ニ先ツ總テノ負擔及ヒ費用ヲ弁濟シテ剩餘ナキニ拘ハラス競賣申立人ニ對シ競落許可ノ決定ヲ與ヘタルニ對シ利害關係人ヨリ抗告ノ申立ヲ爲シ抗告裁判所カ原決定ヲ廢棄シ更ニ裁判ヲ爲スヘキコトヲ原裁判所ニ委任スル旨ノ決定ヲ爲シタル場合ニ於テハ原裁判所ハ先ツ競落不許可ノ決定ヲ爲シ其確定ヲ俟テ始メテ民事訴訟法第六五六條ノ手續ヲ爲スヘキモノトス蓋原裁判所ハ抗告裁判所ノ委任ニ基キ競落不許可ノ裁判ヲ爲サスシテ手續ヲ進行スルコトハ委任ノ趣旨ニ反ス民事訴訟法第六五六條第一項ノ手續ハ競賣手續ヲ取消スヘキヤ否ヤヲ決スルノ前提トシテ之ヲ行フモノニシテ競落不許可決定ト競賣手續ノ取消トハ其效力ヲ異ニセル全然別個ノ手續ナレハ競賣手續ノ取消ニ至ルヘキコト明白ナル場合ト雖モ不許可決定ノ手續ヲ省略スルコトヲ得ス之ヲ省略スルトキハ競落人ト爲リタル最高價競買人ハ第六五六條ノ原因ナキコトヲ主張スル場合ニ於テ其主張ヲ提出スル手段ナキノ不都合ヲ生スヘシ(法學士板倉松太郎氏法學志林第一七卷第四號九一頁以下要領)

吾人ハ少シク根本ニ遡テ本問題ヲ攻究セサルヘカラス民事訴訟法第六七七條第

一項ニ依レハ競落不許可決定ハ第六七二條及ヒ第六七四條ノ規定ニ從ヒ全ク競落ヲ許サス且更ニ競賣ヲ許ス可カラサルトキニ於テ之ヲ爲スヘキモノナリ而シテ第七五六條第一項ノ場合ハ第六七二條第一號ニ所謂執行ヲ續行ス可カラサルコトトアルニ該當スルヲ以テ之ニ違背シテ競賣ヲ爲シタルトキニ於テ競落不許可決定ヲ爲スヘキヤ否ヤハ更ニ競賣ヲ許ス可キヤ否ヤニ依テ決セラルルモノト謂ハサルヘカラス然ルニ第六五六條第一項ノ場合ニ於テ通知ヲ受ケタル差押債權者カ同條第二項ノ申立ヲ爲シ十分ナル保證ヲ立テタルトキハ競賣ヲ許ス可キコト第六五七條ノ規定スル所ナレハ差押債權者ニ通知ヲ發スルコトナクシテ直ニ競落不許可決定ヲ爲スハ違法ナリ果シテ然ラハ抗告裁判所ニ於テ原裁判所カ競落許可決定ヲ廢棄シタル場合ト雖モ原裁判所ハ直チニ本件ニ付キ競落不許可決定ヲ爲ス能ハサルナリ或ハ謂ハン現ニ競賣アリタルニ拘ラス之ニ對シ何等ノ決定ヲ爲ササルハ不可ナラスヤト然レトモ競落不許可決定ハ前述ノ如ク當該執行事件ニ付キ絕對ニ競賣ヲ許ス可カラストナス場合ニ於テノミ之ヲ爲スヘキモノナレハ裁判所カ第六七六第一項ニ依リ職權ヲ以テ新競賣期日ヲ定メタルトキハ別ニ當該競賣ニ付キ競落不許可決定ヲ爲スノ要ナク又之ヲ爲スコトヲ得サルナリ故ニ本件ニ付テハ原裁判所ハ競落不許可決定ヲ爲スコトナク第六五六條第一項ノ通知ヲ爲シ而シテ差押債權者カ第六五六條第二項ノ申立ヲ爲シ且十分ナ

ル保證ヲ立テタルトキハ更ニ競賣ヲ許ス可キモノトシテ職權ヲ以テ新競賣期日ヲ定ム可ク然ラサルトキハ更ニ競賣ヲ許ス可カラサルモノナルカ故ニ競落不許可ノ決定ヲ爲ス可キモノト信ス

（六一）

大審院判決

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

裁判所構成法一四　區裁判所ハ民事訴訟ニ於テ左ノ事項ニ付裁判權ヲ有ス但シ反訴ニ關リテハ民事訴訟法ノ定ムル所ニ依ル

第二、價額ニ拘ラス左ノ訴訟

（ロ）不動產ノ經界ノミニ關スル訴訟

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

經界確定ノ訴ニ於テハ單ニ經界ノミニ不明若クハ爭アル場合ト經界ニ爭アルト同時ニ所有權ノ範圍ニ爭アル場合トアリテ裁判所構成法第一四條第二號(ロ)ニ所謂不動產ノ經界ノミニ關スル訴訟トアルハ即チ前者ヲ指稱シ此訴訟ニ於テ言渡ス經界確定ノ判決ハ兩隣地ノ經界線ノミヲ確定スルニ止マルヲ以テ相隣者ハ他日更ニ所有權ノ範圍確定ノ訴訟ヲ提起スルコトヲ得ヘシ之ニ反シ後者ニアリテハ範圍ニ爭アル所有權ヲ基本トシテ經界ノ確定ヲ訴求スルニ在ルヲ以テ事物ノ管轄ハ其訴訟物ノ價格ニ依リ定マリ該訴訟ニ於テ言渡ス判決ハ兩隣地間ノ經界

線ヲ確定スルト同時ニ相隣者ノ所有權ノ範圍ヲ確定シ他日更ニ所有權ノ範圍確定ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス」

經界確定ノ訴ニ於テハ裁判所ハ當事者ノ主張セル經界線ニ羈束セラルルコトナク自ラ其眞實ト認ムル所ニ從ヒ經界線ヲ定ムヘキモノニシテ唯經界ニ爭アルト同時ニ所有權ノ範圍ニ爭アル場合ニ在リテ裁判所ハ當事者双方ノ主張セル範圍內ニ於テ之ヲ定メサルヘカラサル制限ニ服スルノミトス」

經界確定訴訟ノ原因ハ兩地ノ相隣接スルコト及ヒ其經界ニ不明若クハ爭ノ存スル事實アルヲ必要トシ且之ヲ以テ十分ニシテ訴ノ申立ハ兩隣地間ノ經界ヲ定ムル判決ヲ求ムルニ在レハ原告ノ指示セル經界線ハ單ニ判決ノ資料タル事實上ノ陳述ニ過キサルヲ以テ之カ變更ハ訴ノ原因ノ變更ヲ來スモノニアラサルヤ勿論所有權ノ範圍ニ爭アル場合ニ於テハ苟モ裁判所カ當事者双方主張ノ範圍內ナル以上當事者ノ指示セサル經界線ヲ確定スルニ民事訴訟法第二三一條第一項ノ規定ニ違反スルモノニアラス」

經界確定ノ訴トハ相隣者間ニ於テ兩隣地間ノ經界ノ不明ナルカ若クハ經界ニ付爭アル場合ニ經界線ヲ定ムル宣言的判決ヲ要求スル訴ヲ謂フ而シテ經界確定ノ訴ニ於テハ單ニ經界ノミニ不明若クハ爭アルト同時ニ所有權ノ範圍ニ爭アル場合トアリテ裁判所構成法第一四條第二號(ロ)ニ所謂不動產ノ經界ノミニ關スル訴訟トアルハ即チ前者ヲ指稱シ訴訟物ノ價格ノ多寡ニ拘ラス區裁判所之ヲ管轄シ此

訴訟ニ於テ言渡ス經界確定ノ判決ハ兩隣地ノ經界線ノミヲ確定スルニ止マルヲ以テ相隣者ハ他日更ニ所有權ノ範圍確定ノ訴訟ヲ提起スルコトヲ得ヘシ之ニ反シ後者ニ在リテハ範圍ニ爭アル所有權ヲ基本トシテ經界ノ確定ヲ請求スルニ在ルヲ以テ事物ノ管轄ハ其訴訟物ノ價格ニ依リ定マリ隣訴訟ニ於テ言渡ス判決ハ兩隣地間ノ經界線ヲ確定スルト同時ニ相隣者ノ所有權ノ範圍ヲ確定シ他日更ニ所有權ノ範圍確定ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス而シテ此兩者ヲ包含スル經界確定ノ訴ニ於テハ裁判所ハ當事者ノ主張セル經界線ニ羈束セラルルコトナク自ラ其眞實ト認ムル所ニ從ヒ經界線ヲ定ムヘキモノニシテ唯後者ノ場合ニ在リテ裁判所ハ當事者双方ノ主張セル範圍内ニ於テ之ヲ定メサルヘカラサル制限ニ服スルノミトス蓋シ經界確定訴訟ノ目的ハ判決ヲ以テ兩隣地間ニ於ケル經界線ヲ確定シテ其不明ニ基因スル爭議ヲ根絶シ相隣者間ノ權利狀態ヲ平安鞏固ナラシムルニ在レハ裁判所ハ原告ノ主張セル經界ヲ正當ナリト認メサル場合ト雖モ其請求ヲ棄却スヘキニアラス自ラ進ンテ其眞實ト認ムル所ニ從ヒ經界線ヲ定ムルハ即チ訴訟ノ目的ニ適合スル所以ニシテ若シ原告ノ主張ヲ正當ナラストシテ之ヲ棄却センカ其主張カ裁判所ノ眞實ナリト認ムル經界線ニ符合スルニ至ル迄訴ヲ反覆セサルヘカラサルニ至リ却テ爭訟ヲ頻起シテ權利狀態ヲ紛亂セシメ經界確定訴訟ヲ認ムル精神ヲ失フニ至ルヲ以テナリ是レ彼ノ原告カ指示セル一定ノ線ニ至ル迄ノ所有權ノ存在ノ確認ヲ求メ間接ニ其經界線ヲ定メントスル給付ノ訴ト異ナル所トス從テ經界確定訴訟ノ原因ハ兩地ノ相隣接セルコト及其經界ニ不明若クハ爭ノ存スル事實アルヲ必要トシ且之ヲ以テ十分ニシテ訴ノ申立ハ兩隣地間ノ經界線ヲ定ムル判決ヲ求ムルニ在レハ原告ノ指示セル經界線ハ是單ニ判決ノ資料タル

事實上ノ陳述ニ過キサルヲ以テ之カ變更ハ訴ノ原因ノ變更ヲ來スモノニアラサルヤ勿論所有權ノ範圍ニ爭アル場合ニ於テハ苟モ裁判所カ當事者双方主張ノ範圍内ナル以上當事者ノ提示セサル經界線ヲ確定スルモ民事訴訟法第二三一條第一項ノ規定ニ違反スルモノニアラサルナリ本件ニ付上告人ト被上告人カ上告人所有地ノ一部ヲ侵害シタリト主張シ且原審ニ於テ本訴請求ノ趣旨ヲ釋明シテ本訴ハ相隣地所有者間ニ境界ニ付爭アルカ故ニ其確定ヲ求ムルニ在リト陳述シタルコトハ原審口頭辯論調書ノ記載及原判決事實ノ摘示ニ徴シ明ニシテ上告人カ第一審ニ提出シタル訴狀並ニ第一、二審ニ於ケル辯論ノ全趣旨ニ鑑ミルモ亦同一趣旨ナルコトヲ看取スルニ十分ナレハ即チ上告人ハ範圍ニ爭アル所有權ヲ基本トシテ經界線確定ノ宣言的判決ヲ求メタルモノナレハ原審カ本訴ヲ經界確定ノ訴ナリト解シ上告人主張ノ經界線ヲ認容セサルニ掏ラス請求ヲ棄却セスシテ却テ被上告人主張ノ線ヲ以テ係爭兩隣地間ノ經界線ニ恰當スルモノト認定シ上告人ニ不利益ノ判定ヲ爲シタルモ前示經界確定訴訟ノ性質ニ照シ相當ニシテ上告人ノ訴ノ趣旨ヲ誤解シタル不法ナシ(大審院大正三年(オ)第二九五條同四年五月十五日民三部横田裁判長田上大倉鈴木三宅各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審東京控訴院○土地境界確認並明渡請求事件○上告人武井定平訴訟代理人辯護士小久江美代吉被上告人若林瀧三郎訴訟代理人辯護士田多井四郎治

經界ノ訴ニ二種アルコトハ雖本博士ノ論說ヲ批評スルニ當リ吾人ノ指摘シタル所ナリ(本書第一卷民訴一二三頁(尙經界ノ訴ニ付テハ本書第二卷民訴二九一頁及

ヒ第三卷民訴一二一頁ニ東京地方判決アリ參看ヲ乞フ

（六二）

一九〇　訴ノ提起ハ訴狀ヲ裁判所ニ差出シテ之ヲ爲ス
此訴狀ニハ左ノ諸件ヲ具備スルコトヲ要ス
第一　當事者及ヒ裁判所ノ表示　第二　起シタル請求ノ一定ノ目的物及ヒ其請求ノ一定ノ原因　第三　一定ノ申立（第三項略）

二四四　判決ハ其主文ニ包含スルモノニ限リ確定力ヲ有ス

商法六八　定款ヲ以テ會社ノ存立時期ヲ定メサリシトキ又ハ或社員ノ終身間會社ノ存續スヘキコトヲ定メタルトキハ各社員ハ營業年度ノ終ニ於テ退社ヲ爲スコトヲ得但六ケ月前ニ其豫告ヲ爲スコトヲ要ス
會社ノ存立時期ヲ定メタルト否トヲ問ハス已ムコトヲ得サル事由アルトキハ各社員ハ何時ニテモ退社ヲ爲スコトヲ得

同六九　前條ニ掲ケタル場合ノ外社員ハ左ノ事由ニ因リテ退社ス
一　定款ニ定メタル事由ノ發生　二　總社員ノ同意　三　死亡　四　破產　五　禁治產　六　除名

同七一　退社員ハ勞務又ハ信用ヲ以テ出資ノ目的ト爲シタルトキト雖モ其持分ノ拂戻ヲ受クルコトヲ得但定款ニ前段ノ定アルトキハ此限ニ在ラス

同一〇五　合資會社ニハ本章ニ別段ノ定アル場合ヲ除ク外合名會社ニ關スル規定ヲ準用ス

民法四一第三項　債務ノ履行ニ付キ期限ヲ定メサリシトキハ債務者ハ履行請求ヲ受ケタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任ス

大審院判決

(一)一事再理ノ抗辯ハ前訴ト後訴ノ當事者カ同一ナルコトノ外請求ノ同一ナルコト即請求ノ目的及ヒ原因ノ同一ナルコトヲ要件トス」

請求ノ原因トハ實體法ニ從ヒ請求ヲ生セシムルニ適スル具體的事實ヲ謂フモノニシテ民事訴訟法第一九〇條第二項ニ所謂請求ノ一定ノ原因トハ此意味ニ於テ具體的ニ特定シタル請求ノ原因ノ義ニ外ナラス」

前訴ト後訴トカ苟モ請求原因タル退社ノ具體的事實ヲ異ニスルニ於テハ前訴ノ判決ニ於テ裁判シタル持分拂戻ノ請求ハ後訴ニ於テ裁判ヲ求ムル持分拂戻ノ請求ト同一ナラサレハ前訴ノ判決ハ其確定力ヲ後訴ニ及ホスヘキモノニアラス而シテ後訴ニ於テ請求原因トスル事實カ前訴ノ判決ヲ接著スル口頭辯論ノ終結迄ニ生シタルト否トハ之ヲ問ハサルモノトス」

(二)合資會社カ其退社員ニ持分ヲ拂戻スヘキ債務ニ付會社ハ民法第四一二條第三項ニ從ヒ請求ヲ受ケタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任スヘキモノトス」

(一)民事訴訟法第二四四條ニ判決ハ其主文ニ包含スルモノニ限リ確定力ヲ有ストアルハ請求ニ付キ主文ニ於テ爲シタル裁判カ確定力ヲ有ストノ意ニシテ一事再理ノ抗辯ハ判決ノ主文ニ於テ是認シ又ハ否認シタル請求ニ付キ更ニ訴ヲ提起シタルニ對シ提出シ得ヘキモノナレハ一事再理ノ抗辯ハ前訴ト後訴ノ當事者カ同一ナルコトノ外請求ノ同一ナルコト即請求ノ目的及ヒ原因ノ同一ナルコトヲ要件トス而シテ請求ノ原因トハ實體法ニ從ヒ請求ヲ生セシムルニ適スル具體的事實ヲ謂フモノニシテ民事訴訟法第一九〇條第二項ニ訴狀ノ要件トシテ掲ケタル請求ノ一定ノ原因トハ此意味ニ於テ具體的ニ特定シタル請求原因ノ義ニ外ナラス是レ當院從來ノ判例ニ於テモ示シタル所ナリ故ニ前訴ト後訴トノ請求原因タル具體的事實カ相異ナルニ於テハ其法律上ノ觀念ハ一ニ歸スルモ其請求原因ヲ以テ彼此同一ナリト謂フヲ得ス今之ヲ合資會社ノ社員ノ退社ニ因ル持分拂戻ノ請求ニ付テ論センカ單ニ退社ト云フノミニテハ請求原因ニ屬スル退社事實ノ表示ヲ盡シタルモノニアラス從テ未タ請求原因ヲ完ク

ニ表示シタルモノト爲スニ足ラス退社ニハ豫告除名等ノ事由アルカ故ニ當該事由ニ從ヒ具體的ニ退社ノ事實ヲ表示シ之ヲ特定スルヲ要ス退社ノ事由カ豫告ナルモ除名ナルモ法律上ノ觀念ニ於テハ均シク退社ナリト雖モ具體的事實トシテハ相異ナルヲ以テ彼ヲ原因トスルト此ヲ原因トスルトハ請求原因ヲ異ニシ從テ其請求同一ナリト謂フ可ラス均シク豫告ニ因ル退社ナルモ前後二回ノ豫告ヲ爲シタルノ事實アリテ前ノ豫告ニ因ル退社ヲ原因トスルト後ノ豫告ニ因ル退社當時ニ於ケル會社財産ノ狀態ニ從ヒ拂戻スヘキモノナレハ退社ノ時期ニ從ヒ持分ノ價値一ナラス前ノ豫告ヲ事由トスル退社ニ因ル請求トハ法律上ノ觀念ニ於テハ均シク持分拂戻ノ請求ナルモ彼此其目的ヲ異ニスルモノト謂フヘク隨テ彼ノ退社ハ此ノ請求ノ原因トナラス此ノ退社ハ彼ノ請求ノ原因トナラサレハナリ故ニ訴狀ニ於テハ後ノ豫告ニ因ル退社ヲ請求原因ト爲シタルニ口頭辯論ニ於テ之ヲ變更シ前ノ豫告ニ因ル退社ヲ請求ノ原因トセハ是レ明ニ請求原因ヲ變更シタルモノナリ之ヲ唯一ノ豫告ニ付キ其時期ヲ更正シタル場合ト同一視スルヲ得ス何トナレハ此ニ在テハ別個ノ請求原因ヲ主張スルモノニ非ス唯同一請求原因ニ關スル附隨ノ事實ヲ更正シタルニ過キサレハナリ持分ハ之ヲ二重ニ請求スルヲ得サルニ依リ前ノ豫告ニ因ル退社ヲ原因トスル訴ト後ノ豫告ニ因ル退社ヲ原因トスル訴トヲ同時ニ提起スルカ如キハ實際ニ於テハ殆ント生スルコト無カルヘシ偶々之アリトスルモ請求原因ノ異ナルコト前示ノ如クナル以上ハ權利拘束ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得サルヤ明ナリ唯此場合ニ於テハ一ノ訴ニ於テ勝訴ノ判決ヲ得レハ他ノ訴ハ理由ナキニ歸スルヲ以テ一ノ

訴ノ完結スル迄他ノ訴ノ手續ヲ中止スルヲ適當トスルノミ社員ニシテ一タヒ或事由ニ因リ退社シタランカ再ヒ退社ノ事實ヲ生セス從テ一タヒ持分拂戻請求權ノ發生シタルニ於テハ再ヒ發生スルコトナキハ寔ニ所論ノ如シト雖モ是唯前訴ニ於テ既ニ退社ヲ認メ持分拂戻ノ請求ヲ容レタル場合ニ於テ後訴ニ於ケル持分拂戻ノ請求ヲ却下スヘキ理由トナルニ過キスシテ前訴ノ判決カ其確定力ヲ後訴ニ及ホスヤ否ヤヲ決スルノ根據ト爲スニ足ラス之ヲ要スルニ前訴ト後訴トカ苟モ請求原因タル退社ノ具體的事實ヲ異ニスルニ於テハ前訴ノ判決ニ於テ裁判シタル持分拂戻ノ請求ハ後訴ニ於テ裁判ヲ求ムル持分拂戻ノ請求ト同一ナラサレハ前訴ノ判決ハ其確定力ヲ後訴ニ及ホスヘキモノニ非ス後訴ニ於テ請求原因トスル事實カ前訴ノ判決ニ接着スル口頭辯論ノ終結迄ニ生シタルト否トハ之ヲ問フヲ要セス被上告人ハ上告人合資會社藤原商社ノ社員ニシテ明治三十五年十二月二十七日ニ明治三十七年十二月二十七日ノ兩度ニ退社ノ豫告ヲ爲シ前訴ニ於テハ後ノ豫告ニ因リ退社シタルコトヲ原因トシテ持分ノ拂戻ヲ請求シタルニ其豫告ハ法律上何等ノ效力ヲ生セストノ理由ニ依リ其請求ヲ却下セラレ本訴ハ前ノ豫告ニ因ル退社ヲ原因トシテ持分ノ拂戻ヲ請求スルモノナレハ前訴ト後訴トハ請求ノ原因ヲ異ニシ前訴判決ノ既判力カ本訴ニ及ハサルコトハ上來説示シタルカ如クナルヲ以テ原院カ上告人ノ一事再理ノ抗辯ヲ排斥シタルハ正當ナリ

(二) 合資會社カ其退社員ニ持分ヲ拂戻スヘキ債務ノ履行期ニ付テハ法律ニ之ヲ定ムル所ナキカ故ニ債務者タル會社ハ民法第四一二條第三項ニ從ヒ請求ヲ受ケタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任スヘキモノトス然ルニ原院カ退社ノ時ヨリ直チニ遲滯ノ責ニ任スヘ

仁井田博士

キモノトシテ上告人ニ被上告人退社ノ翌日ヨリ持分ニ對スル遲延利息ヲ支拂フヘキコトヲ命シタルハ違法ナルヲ以テ原判決ハ此點ニ於テ破毀ノ理由アルモノトス然レトモ上告人ハ原審ニ於テ持分ノ計算ニハ多少ノ時日ヲ要スルカ故ニ退社ノ時ヨリ直チニ遲滯ノ責ニ任スヘキモノニ非サル旨主張シタルニ止マリ退社前ノ取引ニシテ未結了ノモノアルヲ以テ其結了ヲ待ツニ非サレハ持分ノ全部ヲ請求スルコトヲ得サル旨ノ主張ヲ爲シタルノ事跡ナケレハ原院カ退社前ノ取引ニシテ未結了ノモノアルヤ否ヤニ論及セスシテ退社當時ニ於ケル會社財產ノ狀態ニ從ヒ持分ノ全部ヲ計算シタルハ正當ナリ(大審院大正二年(オ)第五九〇號同四年五月二十八日民一部田部裁判長大倉榊原尾古岩田各判事判決)

【關係事項】

一部破毀差戻○原審大阪控訴院○會社持分拂渡請求事件○上告人合資會社藤原商社訴訟代理人辯護士平田謬衞被上告人藤原忠兵衞外一名訴訟代理人辯護士岩田宙造同菅沼豐次郎

【一點參照學說】

一　現行法ノ規定ニ依レハ判決ノ既判力ハ判決主文ニ包含スルモノニ限リ確定力ヲ有ストアルハ此意ニ外ナラサルナリ所謂判決主文トハ判決ノ內容タル裁判ヲ謂フ(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論中卷五五五頁)

判決主文ニ於テハ或請求又ハ法律關係ノ存否ヲ確定スルモノナルカ故ニ其存否ノ確定ハ判決主文ニ包含セラレタルモノトス果シテ然ラハ判決ノ既判力ハ判決ノ目的物タル請求又ハ法律關係ノ存否ノ確定ニ關シテ存在スルモノト謂ハサルヘカラサルナリ(同上五五六頁)

前訴訟ニ於テ事實ヲ主張スルコトヲ得ヘカリシ口頭辯論ノ終結ニ生シタル事實ト雖モ訴ノ原因タリシモノト異ル限リハ原告カ其事實ニ基キ新ナル訴訟ニ於テ更ニ原告又ハ被告トシテ前判決ノ趣旨ニ反シ其目的物タル請求ハ法律關係ノ存否ヲ主張スルモ判決ノ既判力ニ抵觸スルモノニ非サルナリ(同上五六〇頁)

板倉學士
岩田學士

所謂訴ノ原因トハ原告カ訴ヲ以テ自己ニ利益ナル判決ヲ求ムルノ理由タル事實ヲ謂フ(同上六二三頁)

二　一事不再理ノ抗辯ハ一ノ訴カ其以前ニ判決アリタル訴ト同一事件ナリヤ否ヤヲ定ムルノ標準ハ訴ノ目的及ヒ原因ニ在リ(法學士板倉松太郎氏民事訴訟法綱要二七六頁)

三　所謂「主文ニ包含スルモノ云々」トハ判決ノ主文ニ因リテ判斷セラレタル訴訟物タル請求若クハ法律關係ニ付キ確定力ヲ生スルコトヲ謂フ(法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論四五一頁)

請求ノ原因ニ付テハ二說アリト雖モ獨逸民事訴訟法ノ立法ノ精神隨テ我民事訴訟法ノ立法ノ精神ヨリスルトキハ事實說ヲ採用セルモノト言ハサルヲ得ス殊ニ我訴訟法ニ於テハ人事訴訟手續法第七條ニハ訴ノ原因タル事實ト明記セルニ因リテモ事實說ヲ採用シタルモノナルコト明カナリトス(同上六二頁)

(一)判決ハ一定ノ當事者間ニ於テ一定ノ法律事實ヲ原因トスル請求權又ハ法律關係ノ存否ヲ確定スルモノナリ故ニ一事再理ノ抗辯ハ前訴ト同一ノ當事者間ニ於テ同一ノ法律事實ヲ原因トスル同一ノ請求權又ハ法律關係ノ存否確定ヲ目的トスル訴訟カ提起セラレタル場合ニ於テ之ヲ爲シ得ルモノナリトス吾人ハ各項ノ判旨ニ贊同スルモノナリ

(二)退社員ノ會社ニ對スル持分拂戻請求權ハ退社ノ時ニ發生スト雖モ會社カ遲滯ノ責ニ任スルハ判旨ノ如ク退社員カ其拂戻ノ請求ヲ爲シタル時ニ在リト謂ハサルヘカラス民法第四一二條第三項ハ「債務ノ履行ニ付キ期限ヲ定メサリシトキ」トアリテ當事者カ期限ヲ定メサリシ場合ノミヲ指稱スルカ如キモ右ノ規定ハ廣ク「債務ノ履行ニ付キ期限ノ定ナキトキ」ト解シ法律ノ規定ニ依ル債務ニシテ其履行ニ付キ期限ノ定メラレサルモノヲモ包含セシムルヲ以テ同條全體ノ趣旨ニ合スルモノト信ス

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

民事訴訟法第四五九條ハ裁判所カ再度ノ考案ニ基キ抗告ヲ理由アリトスルトキハ不服ノ點ヲ更正スヘキコトヲ定メタルモノニシテ即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル場合ヲ除外セス又不服ノ點ヲ更正スルニ當リ前決定ヲ變更セスシテ之カ取消即チ廢棄ヲ宣言スルコトヲ妨ケサルモノトス」

競賣法ニ依ル不動産競賣事件ノ抗告ニ關シテハ同法ニ特別ノ規定ナキ以上ハ其性質ノ許ス限リ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ヲ適用スヘキモノニ非サルコトハ當院判例ノ存スル所ナリ而シテ民事訴訟法第四五九條ニ依レハ不服ヲ申立テラレタル裁判所カ再度ノ考案ニ基キ抗告ヲ理由アリトスルトキハ不服ノ點ヲ更正スヘク即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル場合ヲ除外セス又不服ノ點ヲ更正スルニ當リ前決定ヲ變更セスシテ之カ取消即チ廢棄ヲ宣言スルコトヲ妨ケサルヲ以テ原審カ本件競賣開始決定ハ大正三年十一月二十六日債務者ニ送達セラレタルモノトシテ曩キニ抗告ヲ棄却シタルヲ誤謬ニ出タルモノトシ再度ノ考慮ニ依リ之ヲ更正スルカ爲メ前決定ノ取消ヲ宣言シタルハ相當ナリ其他競賣開始決定カ之ヲ受クル者ニ告知セラレス又ハ競賣期日カ利害關係人ニ通知セラレサルコトヲ主張スルハ孰レモ原審ニ提出シテ採用セラレサル理由ヲ再演シテ原決定ヲ非難スルニ止マリ同第四五六條第二項ノ抗告裁判所ノ裁判ニ因リ生シタル獨立ノ

抗告理由ヲ主張スルモノニ非サルヲ以テ本抗告適法ノ理由トナラス(大審院大正四年(ク)第二八二號同年六月九日民三部横田裁判長田上大倉嘉山三宅各判事決定)

【關係事項】

抗告棄却○原審神戸地方裁判所○不動産競賣事件○抗告人若宮佐吉代理人辯護士奥戸善之助

【參照判例】

本書第三卷民事訴訟法一六八頁

民事判訟法二一七　裁判所ハ民法又ハ此法律ノ規定ニ反セサル限リハ辯論ノ全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

同三五二　私署證書ノ眞否ニ付キ爭アルトキハ裁判所ハ舉證者ノ申立ニ因リ檢眞ヲ爲スコトヲ得

(一)土地ノ繁榮公租公課ノ增加地價ノ騰貴比隣地地代ノ增加等ノ事由ノ生シタル場合ニ地主カ借地人ニ對シ地代ノ相當ナル增額ヲ請求シ得ルハ東京市ニ於ケル慣習ナルモ此ノ如キ事由ノ生シタル場合ニ於ケル客觀的地代カ從前約定ノ地代ト相匹敵スルニ於テハ地代ノ增額ヲ請求スルヲ得サルモノトス」

(二)確定日附アル私署證書ハ其作成ノ日ニ付キ完全ナル證據力ヲ有スルニ止マリ其成立ニ付キ此ノ如キ證據力ヲ有スルモノニ非サレハ他人ノ作成シタル私署證書ハ確定日附アルモ其成立ヲ爭フコトヲ得ルモノトス」

(一)　土地ノ繁榮公租公課ノ增加地價ノ騰貴比隣地地代ノ增加等ノ事由ノ生シタル場合ニ地主カ借地人ニ對シ地代ノ相當ナル增額ヲ請求シ得ルハ東京市ニ於ケル慣習ナ

レトモ此ノ如キ事由ノ生シタル場合ニ於ケル客觀的地代カ從前約定ノ地代ト相西敵スルニ於テハ固ヨリ地代ノ增額ヲ請求スルヲ得ス何トナレハ右慣習タル地主ノ經濟上ノ利益ヲ保護スル公平ノ觀念ニ基クモノニシテ如上ノ場合ニ於テハ從前ノ地代ノ增額セサルモ地主ハ相當ナル地代ヲ收ムルコトヲ得テ經濟上不利益ヲ受クル所ナケレハナリ故ニ苟モ地價ノ騰貴公租公課ノ增加等ノ事由ノ生シタル以上ハ其場合ニ於ケル客觀的地代カ從前ノ約定地代ト差異ナキモ尙增額ヲ請求シ得ヘキモノト爲スニ歸スル論旨ハ理由ナシ

(二) 確定日附アル私署證書ハ其作成ノ日ニ付キ完全ナル證據力ヲ有スルニ止マリ其成立ニ付キ此ノ如キ證據力ヲ有スルモノニ非サレハ他人ノ作成シタル私署證書ハ確定日附アルモ其成立ヲ爭フコトヲ得ヘシ甲第二號證ノ一乃至三ハ第三者ノ作成シタル私署證書ナレハ確定日附アルモノト否ラサルモノトヲ問ハス被上告人ニ於テ不知ヲ以テ答ヘタルモノナレハ之ヲ採ルト否トハ裁判所ノ自由ナルヲ以テ之ヲ採用セサリシハ違法ニ非ス(大審院大正四年(オ)第一六八號同年六月八日民一部田部裁判長榊原尾古鈴木三宅各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審東京控訴院○地代增額請求事件○上告人川合芳次郎訴訟代理人辯護士鈴木八郎被上告人川島萬次郎

【(二)參照判例】

一、確定日附アル證書ト雖モ之ヲ採用スルト否トハ專ラ事實承審官ノ職權ニ屬スルモノトス(大審院民事判決錄三八年一二二六頁)

二、確定日附アル證書成立ノ眞否ハ事實裁判所ノ判斷ニ一任スヘキモノニ非スト雖モ其內容タル約旨ノ假裝ナリヤ否ヤニ至リ

ハ自由ナル心證ニ依リ之ヲ判斷シ得ヘキモノトス(同上三四年一號三九頁)

(六五)

一七八　原告若クハ被告ノ死亡シタル場合ニ於テハ承繼人カ訴訟手續ヲ受繼クマテ之ヲ中斷ス

受繼ヲ遲滯シタルトキハ裁判所ハ申立ニ因リ受繼及ヒ本案辯論ノ爲メ其承繼人ヲ呼出ス

承繼人期日ニ出頭セサルトキハ申立ニ因リ相手方ノ主張シタル承繼ヲ自白シタルモノト看做シ且裁判所ハ闕席判決ヲ以テ承繼人訴訟手續ヲ受繼キタリト言渡ス又本案ノ辯論ハ故障期間ノ滿了後始メテ之ヲ爲シ又其期間內ニ故障ヲ申立テタルトキハ其完結後之ヲ爲ス

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

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

訴訟手續ノ受繼ニ付テハ第七八條、第一八〇條、第一八一條ノ規定ニ從フ

訴訟代理人ヲ以テ訴訟ヲ爲ス場合ニ於テ其法律上代理人ノ代理權消滅シタルトキハ其訴訟手續ノ受繼ハ民事訴訟法第一八三條第二項及ヒ第一八〇條ニ從ヒ新法律上代理人ニ於テ其任設ヲ相手方ニ通知シ又ハ相手方ヨリ訴訟手續ヲ續行センコトヲ新法律上代理人ニ通知スルニ依リテ之ヲ爲スヘキモノニシテ同法第一七八條ニ依ルヘキモノニアラス」

本件ニ於テ控訴人ハ訴訟代理人ヲ以テ訴訟ヲ爲セシニ其法律上代理人ノ代理權消滅シタルニヨリ訴訟代理人ヨリ委任消滅ノ通知ヲ爲シ訴訟手續ノ中斷ヲ見ルニ至リシカ明治四十五年三月十五日當時ハ被控訴人ノ訴訟代理人ハ控訴人ノ新法律上代理人ノ登記アル同年二月二十六日附控訴會社商業登記簿謄本ヲ添付シ「云々控訴代理人ノ

訴訟代理權消滅ノ爲メ訴訟手續中斷致候ニ付テハ受繼ノ爲メ控訴人御呼出相成度此段申立候也」ト記載セル訴訟手續受繼申立書ヲ提出シタルニ裁判長ハ口頭辯論期日ヲ指定シ控訴人ノ新法律上代理人及當時ノ被控訴人訴訟代理人ニ對シ呼出狀ノ送達アリタルニ其口頭辯論期日タル明治四十五年三月二十七日午前九時控訴人出頭セサリシ爲メ被控訴人訴訟代理人ハ缺席判決ノ申立ヲ爲シ同月二十九日午前九時「控訴人生命保險株式會社ノ本件訴訟手續ハ控訴人法定代理人小川一重ニ於テ受繼シタルモノトス」トノ缺席判決ノ言渡ヲ爲スニ至リタルモノナリ然レトモ本件訴訟手續ノ受繼ハ民事訴訟法第一八三條第二項及第一八〇條ニ從ヒ控訴人ノ新法律上代理人ニ於テ其任設ヲ被控訴人ニ通知シ又ハ被控訴人ヨリ訴訟手續ヲ續行セントスルコトヲ控訴人ノ新法律上代理人ニ通知スルニ依リテ之ヲ爲スヘキモノニシテ同法第一七八條ニ依ルヘキモノニアラサルニ被控訴人訴訟代理人ノ前記申立書ノ提出ニ依ル申立ハ同條ニ從ヒテ爲シタル申立ニシテ不適法タルヲ免カレサルヲ以テ右ノ申立ハ之ヲ不適法トシテ却下スヘキモノトス(東京控訴院明治四十三年ネ)第六二二號大正四年五月十二日民三部松岡裁判長成道岩本各判事判決)

【關係事項】

保險金請求事件○控訴人有隣生命保險株式會社法律上代理人小川重一訴訟代理人辯護士長島鶯太郎被控訴人中田ヨリ

民事訴訟法第一八三條第二項ハ訴訟代理人ヲ以テ訴訟ヲ爲ス場合ニ於テ同法第一七八條ノ事由生シタルトキハ同條ノ規定ニ依リ受繼ノ手續ヲ爲スヘク又同法第一八〇條ノ事由生シタルトキハ同條ノ規定ニ依リ受繼ノ手續ヲ爲スヘキコト

大審院判決

ヲ規定シタルモノナレハ事案ノ如ク後者ノ事由ニ基キタル中斷ノ場合ニ前者ノ受繼手續ヲ採ルノ不當ナルハ明ナリ吾人ハ本判決ニ贊同ス

(六六)

七三一　債務者カ不動產又ハ人ノ住居スル船舶ヲ引渡シ又ハ明渡ス可キトキハ執達吏ハ債務者ノ占有ヲ解キ債權者ニ其占有ヲ得セシム可シ

此强制執行ハ債權者又ハ其代理人カ受取ノ爲メ出頭シタルトキニ限リ之ヲ爲スコトヲ得

民法四一四第一項　債務者カ任意ニ債務ノ履行ヲ爲ササルトキハ債權者ハ其强制履行ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得

當事者間ノ契約ニ因リ他人ノ住家ニ同居シタル者カ契約上ノ義務ヲ履行セサル爲メ其契約ヲ解除セラレタルトキハ住家主ハ民事訴訟法第七三一條ノ規定ニ依リ其同居者ニ對シ住家退去ノ强制履行ヲ求ムルコトヲ得ルモノトス」

〔上告理由〕本訴ハ當事者間ノ契約ニ依テ上告人ノ店舗ヲ被上告人ニ於テ占據シタル被上告人ハ上告人カ其占據ヲ許シタル條件ノ債務ヲ履行セサルカ故ニ上告人ハ契約ヲ解除シ因リテ以テ被上告人ニ對シテ其占據スル店舗ヲ退去セシコトヲ請求スルモノナリ而シテ原判決ハ斯ル請求ハ人身ノ移轉ヲ求ムルモノナルカ故ニ性質上强制履行ヲ許ササルモノナリト斷定シタリ然レトモ人身ノ移轉ハ必スシモ强制履行ヲ許スヘカサルニアラス家屋明渡ノ請求ハ多クノ場合ニ於テ毎々其家屋內ニ占據スル者ヲシテ其場所ヲ離脫セシムルニ在ルカ故ニ其請求ハ一面ニ於テ占據者ニ對スル退去ノ請求タリ即チ占據者ヲ退去セシムルコトハ家屋明渡請求ノ半面事實若クハ其內容行爲タリ故ニ家屋ノ明渡ヲ請求シ得ヘキモノハ事實ノ狀況ニ應シテ單ニ其占據ノ撤退

板倉學士
大審院
高松地方裁判所

チ請求シ得ヘク而シテ其請求ハ明渡ノ請求ノ執行ト同規ノ方法ニ依テ强制履行ヲ爲サシムヘキモノタルコト明白ニシテ原判決ノ所論誤レリ

【判決要旨】 上告人ノ本訴請求ハ被上告人ニ於テ當事者間ノ契約ニ因リ上告人ノ住家ニ同居シ營業ニ從事スルコトト爲リタルモ契約上ノ義務ヲ履行セサルヲ以テ上告人ハ其契約ヲ解除シ被上告人ニ對シ上告人ノ住家ヨリ退去スルコトヲ求ムルモノナレハ其請求ノ趣旨タルヤ被上告人カ上告人ノ住家ニ同居ノ結果其一部ヲ占有スルニ至リタルヲ以テ其占有ヲ解キ之ヲ上告人ニ得セシムルニ在ルモノト解スルヲ相當トス從テ上告人ノ本訴請求ニ付テハ民事訴訟法第七三一條ノ規定ニ依リ其强制履行ヲ求ムルコトヲ得ヘシ(明治二十九年抗第九號同年七月三日決定參照)然ルニ原裁判所カ本件ヲ債務ノ性質强制履行ヲ許ササルモノナリトノ理由ニ依リ上告人ノ請求ヲ排斥シルハ不法ト謂ハサルヲ得ス原判決ハ此點ニ於テ全部破毀ヲ免カレス(大審院大正三年(オ)第五〇三號同四年六月三日民二部馬場裁判長田上大倉入江鈴木各判事判決)

【關係事項】

破毀差戻○堺審高松地方裁判所○退去請求事件○上告人中川鎭隆訴訟代理人辯護士中村總重郎被上告人多田羅圧八訴訟代理人辯護士秋山襄

【參照學說判例】

一 執行方法トシテ執達吏ハ現住スル人ニ退去ヲ命シ受取ノ爲メ出頭セル債權者又ハ其代理人ニ之ヲ引渡ス(法學士板倉松太郎民事訴訟法綱要六四一頁)

二 僧侶ニ寺院ヨリ退ヲ命スル假處分ノ如キハ家屋明渡ノ命令ト一般民事訴訟法第七三一條及ヒ執達吏職務細則第四一條第三號以下ノ規定ヲ準用シ執達吏ニ於テ其履行ヲ實施スヘキモノトス(大審院民事判決錄二九年七卷八頁)

三 高松地方裁判所判決(本書第三卷民法二九五頁)

大審院決定

一七九 原告若クハ被告ノ財産ニ付キ破産ノ開始シタル場合ニ於テ訴訟手續カ破産財團ニ關スルトキハ破産ニ付テノ規定ニ從ヒ手續ヲ受繼キ又ハ破産手續ヲ解止スルマテ之ヲ中斷ス

一八六第二項 中斷及ヒ中止ノ間本案ニ付キ爲シタル原告若クハ被告ノ訴訟行爲ハ他ノ一方ニ對シ其效力ナシ

一八六 訴訟手續ノ中斷及ヒ中止ハ各期間ノ進行ヲ止メ及ヒ中斷又ハ中止ノ終リタル後更ニ全期間ノ進行ヲ始ムル效力ヲ有ス

中斷及ヒ中止ノ間本案ニ付キ爲シタル原告若クハ被告ノ訴訟行爲ハ他ノ一方ニ對シ其效力ナシ

口頭辯論ノ終結後ニ生シタル中斷ハ其辯論ニ基キテ爲ス可キ裁判ノ言渡ヲ妨クルコトナシ

本案事件ノ訴訟手續中斷中其本案ノ辯論中止申請却下決定ニ對スル抗告棄却ノ決定ヲ爲シタルトキハ其決定ハ無效ナリ

【抗告理由】 抗告人カ京都地方裁判所ノ辯論中止申請却下決定ニ對シ抗告ヲ爲シタルハ大正四年六月二日原決定ノ成立シタルハ同月十八日ニシテ其正本ノ送達アリタルハ同月二十一日ナリトス然ルニ本件原告會社ニ對シテハ大正四年六月五日京都地方裁判所ニ於テ破産ノ宣告アリ同月十二日該破産決定確定シタルコトハ別紙證明書ノ如クナルヲ以テ原決定ハ訴訟手續中斷中ニ爲サレタル無效ノモノナリト謂フヘク從テ此點ニ於テ廢棄ヲ免カレスト信ス尤モ本件ノ如キ原裁判ノ無效ナル場合ハ即チ不服申立ツヘキ裁判未タ存在セサルモノニ外ナラサルカ故ニ其不服申立ハ不適法ナリトテ之ヲ棄却シタル裁判例ナキニアラサルモ誤リタル見解ナリト思料ス蓋シ假令無效ノ裁判ナリト雖モ苟モ形式上存在スル以上ハ之ヲ破毀スルニアラサレハ形式的確定力ヲ生スルヤ勿論ニシテ結局無效ノ裁判ナシテ有效ナラシムルニ至ルヘケレハナリ

【決定理由】 大正四年六月五日京都地方裁判所ニ於テ原告八幡電氣軌道株式會社ニ對シ破産ヲ宣告シ其決定ノ同月十二日確定シタルコトハ抗告人提出ノ證明書ニ依リテ明白ニシテ民事訴訟法第一七九條ニ依リ本案事件ノ訴訟手續ハ中斷セラレタルモノナリ然ルニ原院カ前示ノ如ク同月十八日ニ在リテ抗告棄却ノ決定ヲ爲シタルハ訴訟手續中斷中ニ爲シタル無效ノモノタルヲ免カレス抗告ハ其理由アリ(大審院大正四年(ク)第三三九號同年七月三日民三部横田裁判長大倉岩田嘉山三宅各判事決定)

【關係事項】

廢棄委任○原審大阪控訴院○辯論中止申請却下ノ決定ニ對スル抗告事件○抗告人阪上小三郎代理人辯護士竹澤節藏

【參照學說】

仁井田博士

一 訴訟手續ノ中斷又ハ中止ノ繼續スル間ハ裁判所ハ本案ニ關シテ何等ノ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得サルモノトス是レ第一八六條第三項ノ規定ニ依リテ自ラ明ナル所ナリ故ニ裁判所カ其ノ繼續スル間ニ本案ニ關スル訴訟行爲ヲ爲シタルトキハ各當事者ハ其法律上ノ瑕疵ヲ主張スルコトヲ得ヘシ(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論上卷四六一頁)

裁判所カ訴訟手續ノ中斷又ハ中止ノ繼續スル間ニ本案ニ關スル訴訟行爲ヲ爲ストキハ其訴訟行爲ハ前述ノ如ク法律上ノ瑕疵ヲ帶フルモノナリト雖モ當然無效ニ非サルナリ故ニ當事者ハ法律上ノ瑕疵ヲ理由トシテ之ニ基ク裁判ノ取消ヲ求ムルノ必要アリト謂フヘシ(同上四六二頁)

岩田學士

訴訟手續ノ中斷ヲ來シタル後ニ至リ更ニ其中止ヲ命スルハ敢テ之ヲ妨ケサルナリ(同上四六四頁)

二 中斷及ヒ中止ノ間訴訟ニ付キ爲シタル當事者及ヒ裁判所ノ行爲ハ無效トス(法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論六一五頁)

三 裁判所及ヒ當事者ハ中斷中ハ本案ニ付キ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得ス若シ之ヲ爲シタルトキハ相手方ニ對シ其效ナシ(今村信行氏東京法學院大學講義民事訴訟法第一編三四五頁)

今村氏

吾人ハ中斷中裁判所ノ爲シタル決定ハ無效ニアラス只當事者ハ其違法ヲ攻擊シ之カ廢棄ヲ求ムルコトヲ得ルモノナリト解ス若シ決定ニシテ無效ナリトセハ之ヲ廢棄スルノ問題ヲ生セサルナリ故ニ本決定ハ原決定ヲ廢棄シタル結果ニ於テ

大審院決定

正當ナリト雖モ理論ニ於テ吾人ノ滿足スルコトヲ得サル所ナリ

(六八)

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

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

右ノ異議ハ此法律ノ規定ニ從ヒ遲クトモ異議ヲ主張スルコトヲ要スル口頭辯論ノ終結後ニ其原因ヲ生シ且故障ヲ以テ之ヲ主張スルコトヲ得サルトキニ限リ之ヲ許ス

債務者カ數個ノ異議ヲ有スルトキハ同時ニ之ヲ主張スルコトヲ要ス

五五〇 强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

民事訴訟法第四五六條第二項ニ所謂新ナル獨立ノ抗告理由トハ抗告裁判所カ不適法トシテ抗告ヲ棄却シタルカ下級裁判所ノ裁判ト反對ノ裁判ヲ爲シタルカ又ハ裁判所構成ノ規定若クハ重要ナル訴訟手續ニ違背シテ裁判ヲ爲シタル場合ヲ謂フ」

債務名義タル判決ニ因リテ確定シタル請求ニ付キ辨濟アリタル場合ト雖モ民事訴訟法第五五〇條第四號ノ如キ例外ノ場合ノ外ハ原則トシテ同法第五四五條ノ規定ニ依リ請求ニ關スル異議ノ訴ヲ以テ不服ヲ申立ツヘキモノトス」

民事訴訟法第四五六條第二項ノ規定ニ依レハ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サルモノトス而シテ其新ナル獨立ノ抗告理由トハ抗告裁判所カ不適法トシテ抗告ヲ棄却

大審院判決

シタルカ下級裁判所ノ裁判ト反對ノ裁判ヲ爲シタルカ又ハ裁判所構成ノ規定若クハ重要ナル訴訟手　ニ違背シテ裁判ヲ爲シタル場合ヲ謂フ然ルニ本抗告ノ理由トスル所ハ抗告人カ債權者今川勇作ニ對シ本件債務元利金ヲ辨濟シタルモノナレハ本件强制執行ハ許スヘカラサルモノナリト謂フニ在ルモ元來債務名義タル判決ニ因リテ確定シタル請求ニ付キ辨濟アリタル場合ト雖モ民事訴訟法第五五〇條第四號ノ如キ例外ノ場合ノ外ハ原則トシテ同法第五四五條ノ規定ニ從リ請求ニ關スル異議ノ訴ヲ以テ不服ヲ申立ツヘキモノニシテ本件ノ如キ場合ハ抗告人主張ノ如ク民事訴訟法第六七二條第一號ニ該當スルモノニアラス卽チ本件抗告ノ理由トスル所ハ前示ノ場合ニ該當セサルヲ以テ本件抗告ハ不適法ト謂ハサルヲ得ス（大審院大正四年（ク）第二八七號同年六月十七日民二部馬場裁判長田上尾古入江鈴木各判事決定）

（六九）

【關係事項】

抗告棄却○原審新潟地方裁判所○不動產競賣事件○抗告人山賀彌作代理人辯護士松木弘

五四三第三項　執行裁判所ノ裁判ハ口頭辯論ヲ經スシテ之ヲ爲スコトヲ得

五四四第一項　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テハ執行裁判所之ヲ裁判ス（後略）

五五八　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卽時抗告ヲ爲スコトヲ得

日本帝國領事ノ發シタル差押解除命令ニ對シ不服ヲ唱フルハ强制執行ノ方法ニ關シ異議ヲ主張スルニ外ナラサルカ故ニ民事訴訟法第五四四條ニ從ヒ先ツ異議

ヲ申立テ其裁判ニ對シ抗告ヲ爲スハ格別ナルモ差押解除命令ニ對シ直ニ抗告ヲ爲スコトヲ得サルモノトス」

抗告人ノ申請ニ因リ大正四年二月二十六日在支那國厦門鎭厝埕合勝記ニ於テ爲シタル有體動產ノ差押ハ日本籍民陳彥鶴ニ對シ執行シタルモノナルモ該合勝記カ英國籍民陳彥保ノ經營ニ係ル店舗ニシテ日本帝國法權ノ及フ所ニ非サルコトハ本件記錄ニ依リ明確ナルヲ以テ其差押ノ當然無效ノモノタルコト論ヲ俟タスト雖モ日本帝國領事ノ發シタル差押解除命令ニ對シ不服ヲ唱フルハ强制執行ノ方法ニ關シ異議ヲ主張スルニ外ナラサルカ故ニ民事訴訟法第五四四條ニ從ヒ先ツ異議ヲ申立テ其裁判ニ對シ抗告ヲ爲スハ格別ナルモ差押解除命令ニ對シ直ニ抗告ヲ爲スコトヲ得サルモノトス然レハ原院カ抗告ヲ許ス可カラサルモノトシテ棄却シタルハ結局適當ニシテ本抗告ハ其理由ノ如何ヲ問ハス棄却スヘキモノトス（大審院大正四年（ク）第二七三號同年六月三十日民三部横田裁判長大倉岩田嘉山三宅各判事決定）

（七〇）

【關係事項】

抗告棄却○原審長崎控訴院○在厦門日本帝國領事ノ發シタル有體動產差押解除命令ニ對スル抗告事件○抗告人橋本綱麿

二二二第一項　不動產ニ付テハ其所在地ノ裁判所ハ總テ不動產上ノ訴殊ニ本權並ニ占有ノ訴及ヒ分割並ニ經界ノ訴ヲ專ラニ管轄ス

二二三第二項　不動產上ノ裁判籍ニ於テハ不動產ノ所有者若クハ占有者ニ對スル人權ノ訴又ハ不動產ニ加ヘタル損害ノ訴ヲ起スコトヲ得

土地收用法四七第一項　土地所有者及關係人ノ受クル損失ハ起業者之ヲ補償ス可シ

同八二第一項　收用審査會ノ裁決中補償金額ノ決定ニ對シテ不服アル者ハ通常裁判所ニ出訴スルコトヲ得（但書略）

民事訴訟法第二三條第二項ニ所謂不動産ニ加ヘタル損害ノ訴中ニハ土地收用補償金額ノ決定ニ對スル不服ノ訴ヲモ包含スルモノトス

土地收用ハ國家ノ權力ヲ以テ土地收用法ノ定ムル一定ノ手續ニ從ヒ土地所有者ヨリ土地ノ所有權ヲ剝奪スルモノニシテ損失ノ補償ハ收用セラルル土地ノ所有者ニノミ損失ヲ被ラシムルコトカ國民ノ負擔ヲ平均ナラシメントスル國家ノ理想ニ適セサルノ故ニ之ヲ爲スモノナレハ今若シ純理ヨリ之ヲ論スルトキハ損失ノ補償ヲ爲サシムルノ權利ヲ公權ナリトスルハ最進歩シタル法律觀念ナルヘシト雖モ一國ノ法律ニ於ケル損失補償カ公法的ノ性質ヲ有スルモノナリヤ將ノ民法上ノ損害賠償ノ性質ヲ有スルモノナリヤハ一ニ其國ノ法律ノ規定ニ準據シテ之ヲ決スヘク理論一片ニ依リ之ヲ斷スルヲ得ス惟フニ土地收用法第四七條第一項カ損失ノ補償ハ起業者之ヲ爲スヘキモノトシテ起業者ノ所有權取得ノ對價ナルカ如キ取扱ヲ爲シ同第八二條カ收用審査會ノ裁決中補償金額ノ決定ニ對シテ不服アル者ハ通常裁判所ニ出訴スルコトヲ得ルモノトシテ民事事件ト同一ノ取扱ヲ爲シ同第六五條カ先取特權質權又ハ抵當權ハ其目的物ノ收用ニ因リテ債務者カ受クヘキ補償金ニ對シテモ之ヲ行フコトヲ得ルモノトシテ民法ノ物上代位ト同一ノ取扱ヲ爲シ同第六四條カ收用審査會ノ裁決ノ發收用物件ニ生シタル滅失毀損ノ危險ハ起業者之ヲ負擔スヘキモノトシテ雙務契約ノ危險負擔ト同一ノ取扱ヲ爲シタルニ依リテ之ヲ察スレハ土地收用法ノ精神ハ損失ノ補償ヲ以テ民法上ノ損害賠償ト爲スニ在ルヤ明白ナリ而カモ其補償スヘキ損失ハ土地

ノ所有權ヲ剝奪スルニ因リテ生シ之ヲ不動産ニ加ヘタル損害ト謂ヒ得ヘキカ故ニ補償金額ノ決定ニ對スル不服ノ訴ハ民事訴訟法第二三條第二項末段ノ不動産ニ加ヘタル損害ノ訴ニ屬スルモノト論スヘキモノナルノミナラス元來收用ニ因リ土地所有者ノ受クル損失ノ狀況程度ヲ審査スルコトハ其土地所在地ノ裁判所ニ於テ之ヲ爲スヲ便宜トスルモノナレハ補償金額ノ決定ニ對スル不服ノ訴ヲ土地ノ所在地ニ於テ訴フルコトヲ許スハ費用勞力時間ノ節約ヲ旨トスル民事訴訟法ノ精神ニ適スルモノニシテ民事訴訟法ハ正ニ第二三條第二項ノ不動産ニ加ヘタル損害ノ訴中ニ補償金額ノ決定ニ對スル不服ノ訴ヲモ包含セシメタルモノナルコトハ之ヲ疑フノ餘地ナシ然レハ損失補償ノ訴ハ民事訴訟法第二三條第二項ノ不動産ニ加ヘタル損害ノ訴ニアラストシテ被上告人ノ管轄違ノ妨訴抗辯ニ基キ上告人ノ訴ヲ却下シタル第一審判決ヲ認容シタル原判決ハ失當ナルヲ以テ破毀ヲ免カレス（大審院大正三年（オ）第二八七號同四年六月五日民三部横田裁判長大倉榊原嘉山三宅各判事判決）

【關係事項】

破毀差戻○原審大阪控訴院○土地收用補償金請求事件○上告人八木千之助外一名訴訟代理人辯護士森權六同岩本政市被上告人阪神電氣鐵道株式會社訴訟代理人辯護士武内作平同丸山良策

【參照學說】

一　不動産所在地ノ裁判所ニハ不動産ノ占有者カ不動産ニ關シテ被リタル損害ノ賠償ヲ求ムル訴ヲ提起スルコトヲ得ルモノナリ（法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論上卷一一五頁）

二　不動産上ノ裁判籍ニハ不動産所有者若クハ占有者ヨリ不動産ニ加ヘタル損害賠償ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ（法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論八版一一五頁）

三　不動產ニ加ヘタル損害賠償ノ訴ハ不動產ノ所有者又ハ占有者ヨリ其不動產ニ加ヘタル損害ノ賠償ヲ求ムル場合ナリ此場合ニ於テハ其加害者ノ住所ノ何レニ在ルヲ問ハス此不動產上ノ裁判籍ニ訴フルコトヲ得ルモノトス（今村信行氏東京法學院大學講義民事訴訟法第一編九四頁）

理論上少シク是認シ難シト雖モ便宜上判決ノ如ク取扱フヲ相當トスヘシ尙民事訴訟法第二三條ノ裁判籍ハ特別裁判籍ナルカ故ニ普通裁判籍ニ對スル訴ノ提起ヲ妨ケサルコトヲ注意スヘシ

大審院決定

（七一）

六七八　競賣期日ト競落期日トノ間ニ天災其他ノ事變ニ因リ不動產カ著シク毀損シタルトキハ最高價競買人タル呼上ヲ受ケタル者ハ其競買ヲ取消ス權利アリテ其毀損ノ著シキヤ否ヤハ裁判所事情ヲ斟酌シテ之ヲ定ム

六八一第二項　競落ヲ許シタル決定ニ對スル抗告ハ此法律ニ揭クル競落ノ許可ニ對スル異議ノ原因ノ一ヲ理由トスルトキ又ハ競落決定カ競落期日ノ調書ノ旨趣ニ牴觸シタルコトヲ理由トスルトキニ限リ之ヲ爲スコトヲ得

民事訴訟法第六七八條ニ規定スル競買ノ取消ハ競落許可決定前ニ限リ爲シ得ヘキモノニシテ其決定後ニ在リテハ假令同條ニ規定スル條件ヲ具備スルモ競買ノ取消ヲ爲シ之ヲ理由トシテ許可決定ノ取消ヲ求メ得ヘキモノニ非ス」

競落許可決定ニ對スル抗告ハ民事訴訟法第六八一條第二項ニ限定シタル理由ヲ以テ其理由トスルトキニ限リ之ヲ許スモノトス」

民事訴訟法第六七八條ニ規定スル競買ノ取消ハ競落許可決定前ニ限リ之ヲ爲シ得ヘキモノニシテ其決定後ニ在リテハ假令同條ニ規定スル條件ヲ具備スルモ競買ノ取消ヲ爲シ之ヲ理由トシテ許可決定ノ取消ヲ求メ得ヘキモノニ非ス而シテ競落許可決定ニ對スル抗告ハ同第六八一條第二項ニ限定シタル理由ヲ以テ其理由トスルトキニ限リ之ヲ許スヘキモノニシテ抗告人ノ抗告ハ同條ニ規定スル以外ノ事由ヲ以テ其理由ト爲スカ故ニ原決定カ不適法トシテ之ヲ棄却シタルハ相當ニシテ抗告ハ其理由ナシ（大審院大正四年（ク）第三四八號同年七月十日民三部横田裁判長田上大倉嘉山三宅各判事決定）

【關係事項】

抗告棄却○原審安濃津地方裁判所○不動產競賣競落許可決定ニ對スル抗告事件○抗告人伊藤甚之助

【後段同趣旨決定】

東京地方裁判所決定（本書第三卷諸法一九一頁）

（七二）

四七七　原告ハ口頭辯論ノ期日ニ於テ相手方ノ陳述ノ有無ニ拘ハラス再審ヲ求ムル理由及ヒ法律上ノ期間ノ遵守ヲ明白ニスル事實ヲ疏明ス可シ

四七九第二項　裁判所ハ本案ニ付テノ辯論前ニ再審ヲ求ムル理由及ヒ許否ニ付キ辯論及ヒ裁判ヲ爲スコトヲ得此場合ニ於テハ本案ニ付テノ辯論ハ再審ヲ求ムル理由及ヒ許否ニ付テノ辯論ノ續行ト看做ス

民事訴訟法第四七七條第四七九條第二項ハ共ニ再審ヲ求ムル訴ニ付キ既ニ口頭辯論ノ期日ヲ開キタル上其口頭辯論ニ於テ爲スヘキ手續ヲ規定シタルモノナレハ再審ヲ求ムル理由及ヒ法律上ノ期間遵守ノ事實ハ之ニ關スル辯論ヲ本案ニ付テノ辯論ト共ニ爲シタル場合ニ於テモ之ヲ疏明スルコトヲ要シ又之ヲ疏明スルヲ以テ足レリトスル法意トス」

民事訴訟法第四七七條ニハ原告ハ口頭辯論ノ期日ニ於テ云云再審ヲ求ムル理由及ヒ

法律上ノ期間ノ遵守ヲ明白ニスル事項ヲ疏明ス可シトアリテ同法第四七九條第二項ニハ裁判所ハ本案ニ付テノ辯論前ニ再審ヲ求ムル理由及ヒ許否ニ付キ辯論及ヒ裁判ヲ爲スコトヲ得云云トアリ右兩條ハ共ニ再審ヲ求ムル訴ニ付キ既ニ口頭辯論ノ期日ヲ開キタル上其口頭辯論ニ於テ爲スヘキ手續ヲ規定シタルモノナレハ再審ヲ求ムル理由及ヒ法律上ノ期間遵守ノ事實ハ之ニ關スル辯論ヲ本案ニ付テノ辯論ト共ニ爲シタル場合ニ於テモ之ヲ疏明スルコトヲ要シ又之ヲ疏明スルヲ以テ足レリトスル法意ナリト解ス可ク從テ裁判所カ疏明方法ニ依リ法律上ノ期間遵守ノ事實ヲ是認シ再審ノ理由アリト認ムル場合ニ於テハ本案ノ終局判決ニ於テ其旨ヲ判示スレハ足ルモノトス（大審院大正三年（オ）第六八九號同四年七月十三日民一部田部裁判長榊原尾古岩田三宅各判事判決）

大審院決定

【關係事項】

上告棄却○原審大阪控訴院○水利權確認妨害廢除請求事件○上告人木村窓太郎外九名訴訟代理人辯護士若林秀溪同吉田三市郎被上告人三木彌太郎外五名訴訟代理人辯護士播磨辰治郎

（七三）

【三一】裁判所ハ訴訟ノ全部又ハ一分ノ裁判カ他ノ繫屬スル訴訟ニ於テ定マル可キ權利關係ノ成立又ハ不成立ニ繫ルトキハ他ノ訴訟ノ完結ニ至ルマテ辯論ヲ中止スヘシ

裁判所カ民事訴訟法第一二一條ニ依リ他ノ訴訟ノ完結ニ至ルマテ本訴訟ノ辯論ヲ中止スヘキ場合ハ他ノ訴訟ニ於テ定マルヘキ權利關係ノ成立又ハ不成立ノ裁判カ必スシモ本訴訟ノ當事者ニ對シテ羈束力アルコトヲ要セス唯本訴訟ノ裁判ニ對シ先決的ニ對シ先決的影響ヲ及ホスヲ以テ足ルモノトス」

裁判所カ民事訴訟法第一二一條ニ依リ他ノ訴訟ノ完結ニ至ルマテ本訴訟ノ辯論ヲ中止スヘキ場合ハ他ノ訴訟ニ於テ定マルヘキ權利關係ノ成立又ハ不成立ノ裁判カ必スシモ本訴訟ノ當事者ニ對シテ羈束力アルコトヲ要セス唯本訴訟ノ裁判ニ對シ先決的影響ヲ及ホスヲ以テ足ルモノニシテ苟クモ他ノ訴訟カ本訴訟ニ對シ左ノ如ク先決的影響ヲ有スル以上ハ他ノ訴訟ノ當事者カ本訴訟ノ當事者ト同一ナルコトヲ必要トセサルコトハ本院判例ノ認ムル所ナリ（明治三十七年（ク）第一三九號同年五月二十四日決定參照）而シテ本件辯論中止ノ申請ニ付キ案スルニ（第一）大阪地方裁判所大正二年（ワ）第九四五號原告、被抗告人、被告龜井宮兵衛間ノ轉付命令ニ基ク土地代金請求事件ニ於テハ轉付命令ニ基ク債務ノ履行ヲ請求スルモノナレハ其先決問題トシテ本訴訟（大阪地方裁判所大正四年（ワ）第二一二號事件）ノ目的タル（一）差押ノ基本タル公正證書ハ絶對ニ債務名義タル效力ナキヤ否ヤ（二）債權差押前ニ債務者ニ債務名義ヲ送達シタリヤ否ヤ（三）差押並ニ轉付命令申請書ニ添付セル債務名義タル公正證書ニ債務者龜井松太郎ニ對スル執行文ヲ具備シタリヤ否ヤ等ノ事實ハ當事者カ之ヲ爭ヒタルト否トニ關セス當然裁判所ノ判斷ヲ受クヘキ事項ナルヲ以テ（當事者間事實ニ付キ爭ナキ場合ニ於テハ爭ナキモノトシテ其事實ヲ確定シ又爭アル場合ニ於テハ證據ニ依リ之ヲ認定スル相違アルヘキモ）原院カ右大阪地方裁判所大正二年（ワ）第九四五號事件ノ上告審ニ繫屬中ノ訴訟ノ完結ニ至ルマテ本訴訟ノ辯論ヲ中止スル旨命シタルハ毫モ不法ニアラス又抗告人ハ寧ロ本訴訟ノ完結ニ至ルマテ上告中ノ前記訴訟ノ辯論ヲ中止スヘキモノ

ナリト主張スレトモ上告審ニ於テハ事實ノ審査ヲ爲スヘキモノニアラサレハ他ノ訴訟ノ完結ニ至ルマテ辯論ヲ中止スル必要アルモノニアラス又抗告人カ本訴ニ於テ後日勝訴ト爲リタル爲メ轉付債權ノ債務者ニ對シ更ニ債務ノ履行ヲ請求シ又ハ被抗告人ニ對シ損害賠償ノ請求ヲ爲スカ如キ結果ヲ生スルコトアリトスルモ之カ爲メ必スシモ本件辯論中止ノ申請ヲ却下セサルヘカラサルモノニアラス尙ホ上告中ノ前記ノ訴訟ニ於テ被抗告人勝訴ノ判決確定シ其執行ヲ爲シタル場合ニ於テ假令抗告人カ本訴ニ於テ後日勝訴ト爲ルモ之カ爲メ轉付債權ノ債務者カ右被抗告人ノ執行ニ對シ異議ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルモノニアラス（第二）大阪地方裁判所大正三年（ワ）第七八二號原告龜井喜兵衛、被告被抗告人間ノ債權差押及ヒ轉付命令無效確認請求事件ハ（一）差押並ニ轉付命令ノ基本タル債務名義トシテノ公正證書ハ有效ナリヤ否ヤ（二）債權差押前ニ債務者ニ債務名義ノ送達アリタリヤ否ヤ（三）債務名義タル公正證書ニハ債務者ニ對スル執行文ヲ具備シタリヤ否ヤ等ノ事實ニ付キ裁判所ノ判斷ヲ受クルコトヲ目的トスルモノナレハ本訴訟ニ對シ先決的影響アルコト固ヨリ明カナルヲ以テ原院カ右事件ノ控訴審ニ繫屬中ノ訴訟ノ完結ニ至ルマテ本訴訟ノ辯論ノ中止ヲ命シタルハ是亦不法ニアラス又抗告人ハ寧ロ本訴訟ノ完結ニ至ルマテ控訴中ノ前記訴訟ノ辯論ヲ中止スヘキモノナリト主張スレトモ本訴訟ハ前記ノ訴訟ヨリ後ニ提起セラレ且尙ホ第一審ニ繫屬中ナルニ拘ハラス前記ノ訴訟ハ本訴訟ヨリモ前ニ提起セラレ既ニ控訴審ニ繫屬中ナルヲ以テ前記ノ訴訟ノ完結ニ至ルマテ本訴訟ノ辯論ノ中止ヲ命スルヲ相當トス（大審院大正四年（ク）第二七八號同年六月二十八日民二部馬場裁判長田上入江鈴木三宅各判事決定）

大審院
東京控訴院

仁井田博士

【關係事項】

抗告棄却○原審大阪控訴院○訴訟手續中止申請却下ノ決定ニ對スル抗告事件○抗告人龜井光子外一名代理人辯護士古賀英同福島武之助

【參照學說判例】

一　訴訟ノ全部又ハ一部ノ裁判カ他ノ繫屬スル訴訟ニ於テ定マルヘキ法律關係ノ存在又ハ不存在ニ繫ルトキハ裁判所ハ他ノ訴訟ノ裁判ヲ參考スルカ爲メ其完結ニ至ルマテ辯論ヲ中止スヘキモノトス而シテ二個ノ訴訟ニ於ケル當事者ノ同一ナルト否トハ敢テ之ヲ問ハサルモノナリ

右ニ述ヘタル所ニ依レハ訴訟ノ全部又ハ一部ノ裁判ヲ爲スカ爲メニ他ノ繫屬スル訴訟ノ目的物タル法律關係ノ存否ニ付キ裁判ヲ爲スノ必要アル場合即チ此法律關係ノ存否カ訴ノ原因、抗辯、訴訟成立條件又ハ反訴ニ關スル裁判ノ豫決問題タル場合ニ於テハ裁判所ハ他ノ訴訟ノ完結ニ至ルマテ辯論ヲ中止スヘキモノト謂フヘシ（法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論上卷二八〇頁）

二　大審院民事判決錄明治三九年一〇六三頁明治三七年七二二頁）

三　控訴事件ハ恰カモ第一審事件ニ對シテ先決的訴訟ノ關係ニアルコト明白ナリ二ノ訴ニ於テ當事者ノ異ナルカ如キハ關係ナシ（東京控訴院判決本書卷一卷民訴一五一對）

至當ノ見解ナリ

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

一三八第二項　公又ハ私ノ法人及ヒ其資格ニ於テ訴ヘ又ハ訴ヘラルルコトヲ得ル會社又ハ社團ニ對スル送達ハ其首長若クハ事務擔當者アル場合ニ於テハ送達ハ其一人ニ之ヲ爲スヲ以テ足ル

民法六六七第一項　組合契約ハ各當事者カ出資ヲ爲シテ共同ノ事業ヲ營ムコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ス

組合カ訴訟行爲ヲ爲サントスルニ方リテハ必スヤ組合員其者カ當事者トシテ其衝ニ當ラサルヘカラス

凡ソ民法上ノ組合ナルモノハ法人ニアラサルヲ以テ組合其者ハ其資格ニ於テ訴ヘ又ハ訴ヘラルルモノニアラス故ニ組合カ訴訟行爲ヲ爲サントスルニ方リテハ心スヤ組合員其者カ當事者トシテ其衝ニ當ラサルヘカラサルモノトス本訴ニ於テ原告ハ日永相互會ト稱スル民法上ノ組合ニシテ其組合員ハ甲第二號證ノ一ニ記載セラルル如ク多數ナルコトハ原告訴訟代理人ノ主張スル所ナルヲ以テ右組合員其者カ當事者ト爲ラスシテ日永相互會ナル組合其者ノ資格ニ於テ提起セラレタル本訴ハ不適法ナリ(東京地方大正三年(ワ)第二一五號同四年六月十一日民一部鈴木裁判長霜山山崎各判事判決)

【關係事項】

債權讓渡通知請求事件○原告日永相互會社代表者藤岡宗太郎同三輪良之輔訴訟代理人辯護士松本貫一被告日永信託合資會社法律上代理人清算人米澤藤一

【參照學說】

一 民事訴訟ハ私權享有ノ能力ヲ有ル者ノ間ニ於テノミ其必要ヲ見ルモノナルカ故ニ當事者能力ヲ有スルニハ私權享有ノ能力ヲ有スルコトヲ必要トスルモノト謂フヘシ(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論上卷一五二頁)

二 我現行法ハ人格ナキ者カ當事者能力ヲ有スルコトヲ認メタル規定ナキヲ以テ現行法ノ下ニ於テハ當事者能力ヲ有スル者ハ私法上ノ權利主體ニ限ルモノナリ(法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論一五四頁)

至當ノ見解ナリ所謂組合トハ組合契約ニ因リ二人以上ノ當事者カ共同事業ノ爲メニ相結合シタルモノヲ指スモノナレトモ法律ハ此結合ニ對シテ人格ヲ附與セサレハ此組合ニ關スル事項ニ付テハ組合員ヲ訴訟當事者ト爲ルノ外ナキナリ

仁井田博士
岩田學士

仁井田博士

六五 訴訟委任ハ反訴、主參加、故障、假差押若クハ假處分又ハ强制執行ニ因リ生スル訴訟行爲ヲ併セ訴訟ニ關スル總テノ訴訟行爲ヲ爲シ及ヒ相手方ヨリ辯濟スル費用ノ領收ヲ爲ス權ヲ授與ス

訴訟代理人ハ特別ノ委任ヲ受クルニ非サレハ控訴若クハ上告ヲ爲シ、再審ヲ求メ、代人ヲ任シ、和解ヲ爲シ、訴訟物ヲ拋棄シ又ハ相手方ヨリ主張シタル請求ヲ認諾スル權ヲ有セス

二〇一 反訴ハ答辯書若クハ特別ノ書面ヲ以テ又ハ口頭辯論中相手方ノ面前ニ於テ口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得

然レトモ答辯書差出ノ期間內ニ差出シタル書面ヲ以テ起ササル反訴ハ被告ノ請求ノ全部又ハ一分ト相殺ヲ爲ス可キ場合ニ於テ同時ニ被告カ自己ノ過失ニ因ラスシテ其以前反訴ヲ起スヲ得サリシコトヲ疏明スルトキニ限リ之ヲ爲スコトヲ得

訴訟上ノ相殺ハ私法上ノ法律行爲タルト同時ニ訴訟行爲タル性質ヲ有スルモノトス」

訴訟代理人ハ特別ノ委任ナキモ訴訟ニ於テ本人ニ代ハリ相殺ノ意思表示ヲ爲シ又ハ之ヲ受クルコトヲ得ルモノトス」

當事者ハ訴訟ニ於テ相手方ノ主張ニ係ル債權ノ存在ヲ爭フニ當リ裁判所ニ於テ其債權ノ存在ヲ認ムル場合ニ付キ相殺ヲ爲ス旨ノ陳述ヲ爲シ又ハ相手方ノ主張ニ係ル債權ニ對スル抗辯ヲ主張シ若クハ其債權ノ辨濟期ノ到來セサルコトヲ主張スルニ當リ裁判所ニ於テ其抗辯カ存在セサルコトヲ認メ若クハ辨濟期ノ到來シタルコトヲ認ムル場合ニ付キ相殺ヲ爲ス旨ノ陳述ヲ爲スコト假定的相殺ヲ妨ケス」

原告カ其債權ノ一部ヲ主張スル訴ヲ提起スルニ當リ被告カ相殺ヲ爲ス旨ノ陳述ヲ爲ス場合ニ於テ原告カ債權ノ殘部ニ付キ相殺ヲ以テ被告ニ對抗スルハ不當ナ

レトモ原告カ訴ノ申立ヲ擴張シ以テ債權ノ殘部ニ付キテモ判決ヲ求メタルトキハ其殘部ニ付キ被告ニ敗訴ヲ言渡スヘキモノトス」

相殺ハ訴訟外ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得ルノミナラス訴訟ニ於テモ亦之ヲ爲スコトヲ得ヘシ凡ソ相殺ノ意思表示ハ訴訟ニ於テ之ヲ爲ス場合ニ於テモ私法上ノ法律行爲タル性質ヲ有ス然レトモ訴訟ニ於ケル相殺ノ意思表示ハ當事者カ自己ニ利益ナル判決ヲ得ンカ爲ニ之ヲ爲スモノナリ而シテ其相殺ノ意思家示ハ直接ニ訴訟ニ影響ヲ及ホスヘキモノトス故ニ訴訟ニ於ケル相殺ノ意思表示ハ私法上ノ法律行爲タルト同時ニ訴訟行爲タル性質ヲ有ス

相殺ノ意思表示ハ訴訟ニ於テ之ヲ爲ストキト雖モ私法上ノ法律行爲タル性質ヲ有スルカ故ニ私法ノ規定ニ從ヒテ相殺ノ要件方法及ヒ效力ヲ定メ且其禁止ノ有無ヲ定メサルヘカラス然レトモ訴訟ニ於テ相殺ノ意思表示ヲ爲ストキハ其意志表示ハ前述ノ如ク訴訟行爲ノ內容ヲ爲スモノトス故ニ訴訟ニ於ケル相殺ノ意思表示ハ訴訟行爲ニ關スル規定ニ從ヒテ之ヲ爲スニ非サレハ其效力ヲ生セス且訴訟ニ於ケル相殺ノ意思表示カ訴訟行爲トシテ無效ナルトキハ亦私法上ノ法律行爲トシテ無效ナリ

訴訟代理人ハ本人ニ代リテ訴訟行爲ヲ爲シ又ハ之ヲ受クル權限ヲ有スルモノトス故ニ訴訟代理人ハ特別ノ委任ナキモ訴訟ニ於テ本人ニ代リ相殺ノ意思表示ヲ爲シ又ハ之ヲ受クルコトヲ得ルモノト謂フヘシ

當事者ハ訴訟ニ於テ相手方ノ主張ニ係ル債權ノ存在ヲ爭フニ當リ裁判所ニ於テ其債權ノ存在ヲ認ムル場合ニ付キ相殺ヲ爲ス旨ノ陳述ヲ爲スコトアリ又當事者ハ訴訟ニ

於テ相手方ノ主張ニ係ル債權ニ對スル抗辯ヲ主張シ又ハ其債權ノ辨濟期ノ到來セサルコトヲ主張スルニ當リ裁判所ニ於テ其抗辯カ存在セサルコトヲ認メ又ハ辨濟期ノ到來シタルコトヲ認ムル場合ニ付キ相殺ヲ爲ス旨ノ陳述ヲ爲スコトアリ此等ノ相殺ハ所謂假定的相殺ナリ

訴訟ニ於テ假定的相殺ヲ爲スコトヲ妨ケス蓋シ裁判所ニ於テ相手方ノ主張ニ係ル債權ノ存在ヲ認ムル場合ニ付キ相殺ノ意思表示ヲ爲シタル旨ヲ陳述スル當事者ハ其債權ノ存在ヲ法定條件トシテ相殺ノ意思表示ニ附シタルモノト謂フヘカラス

又當事者カ訴訟ニ於テ相手方ノ主張ニ係ル債權ニ對スル抗辯ヲ主張シ又ハ其債權ノ辨濟期ノ到來セサルコトヲ主張スルニ當リ裁判所ニ於テ其抗辯ノ存在セサルコトヲ認メ又ハ辨濟期ノ到來シタルコトヲ認メタル場合ニ付キ相殺ヲ爲ス旨ノ陳述ヲ爲スハ相殺ノ意志表示ニ眞正ノ條件ヲ附シタルモノト謂フヘカラス蓋シ相手方ノ主張ニ係ル債權ニ對スル抗辯ノ存否及ヒ其辨濟期ノ到來シタルヤ否ヤハ客觀的ニ確定シ唯主觀的ニ不確定ナルニ過キサルヲ以テナリ

當事者カ訴訟ニ於テ假定的相殺ヲ爲スニ當リ相殺ニ供セラレタル債權ノ存在カ確定其他此債權ニ付キ相殺ノ要件ノ存在スルコトカ確定シタルトキト雖モ相手方ノ主張ニ係ル債權ノ存在カ未タ確定セス又ハ之ニ對スル當事者ノ抗辯ノ不存在若クハ其債權ノ辨濟期ノ到來カ未タ確定セサルトキハ相手方ニ敗訴ノ言渡ヲ爲スコトヲ得サルモノトス蓋シ相手方ノ主張ニ係ル債權ノ存在スルニ非サレハ相殺ノ效力ヲ認ムヘカラス且當事者カ相手方ノ主張ニ係ル債權ニ對スル抗辯ノ存在スルカ又ハ其辨濟期ノ

到來セサルカ爲メ相手方ニ於テ其債權ノ實行ヲ爲スコトヲ得サルコトヲ主張スル場合ニ於テハ其債權ニ對スル抗辯ノ存在セス又ハ其債權ノ辨濟期ノ到來シタルトキニ非サレハ相殺ノ效力ヲ認ムヘカラサルヲ以テナリ

原告カ其債權ノ一部ヲ主張スル訴ヲ提起スルニ當リ被告カ相殺ヲ爲ス旨ノ陳述ヲ爲ス場合ニ於テハ原告ハ尙ホ債權ノ殘部ヲ有スル旨ヲ主張シ以テ訴ヲ維持セントスルコトアリ若シ此場合ニ於テ原告ノ意思カ債權ノ殘部ニ付キ相殺ヲ以テ被告ニ對抗スルニ在リトセハ是レ即チ被告ノ相殺ニ因リテ既ニ消滅セル債權ニ對シ更ニ相殺ヲ爲スモノニ外ナラス故ニ原告ノ主張ハ之ヲ不當ト認メサルヲ得ス之ニ反シテ原告ノ意思カ訴ノ申立ヲ擴張シ以テ債權ノ殘部ニ付キテモ判決ヲ求ムルニ在リトセハ原告ノ主張ハ之ヲ至當ト認メテ其殘部ニ付キ被告ニ敗訴ヲ言渡スヘキモノトス(法學博士仁井田益太郎氏法學新報第二五卷第八號五九頁以下要領)

吾人ハ一ノ行爲カ訴訟行爲タルト同時ニ私法上ノ法律行爲タルノ觀念ヲ認メス蓋シ私法上ノ法律行爲タルニハ私法上ノ效果ノ發生ヲ目的トスルヲ以テ足レリトセス其效果ノ發生ヲ目的トスル意思表示カ私法上意思表示タルコトヲ要スルモノナレハナリ又訴訟上ノ相殺ナルモノヲ認メス

然レトモ訴訟上ノ相殺ヲ認ムルノ前提ヲ採ルトキハ博士ノ本論ハ凡テ正當ナリト信ス

大審院判決

一三五　此法律ニ從ヒ口頭ヲ以テ訴訟告申立申請及ヒ陳述ヲ爲シ又ハ證書ヲ拒ム場合ニ於テハ裁判所書記ハ調書ヲ作ル可シ

二〇六　妨訴ノ抗辯ハ本案ニ付テノ被告ノ辯論前同時ニ之ヲ提出ス可シ

左ニ掲クルモノヲ妨訴ノ抗辯トス

第二　裁判所管轄違ノ抗辯

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

三八三　支拂命令ハ區裁判所之ヲ發ス

此命令ハ區裁判所ノ第一審ノ事物ノ管轄ノ制限ナキモノト看做シ通常ノ訴訟手續ニ於ケル訴ノ提起ニ付キ普通裁判籍又ハ不動產上裁判籍ノ屬ス可キ區裁判所ノ管轄ニ專屬ス

三八八　債務者ハ支拂命令ニ對シ書面又ハ口頭ヲ以テ異議ノ申立ヲ爲スコトヲ得

三八九第一項　債務者カ請求ノ全部又ハ一分ニ對シ適當ナル時間ニ異議ヲ申立ツルトキハ支拂命令ノ效力ヲ失フ然レトモ權利拘束ノ效力ヲ存續ス

三九〇　適當ナル時間ニ異議ヲ申立テタル場合ニ於テ請求ニ付キ起ス可キ訴カ區裁判所ノ管轄ニ屬スルトキハ其訴ハ支拂命令ノ送達ト同時ニ區裁判所ニ之ヲ起シタルモノト看做ス其口頭辯論ノ期日ハ第三七七條ノ規定ニ從ヒテ之ヲ定ム

裁判所カ管轄權ナキニ拘ラス支拂命令ヲ發シタルトキハ債務者ハ適當ノ時間內ニ異議ノ申立ヲ爲シ其違法ヲ攻擊スルコトヲ得ヘシ」

裁判所カ管轄權ナキニ拘ラス支拂命令ヲ發シタル場合ニ於テ請求ニ付キ起ス可キ訴カ區裁判所ノ事物ノ管轄ニ屬スルトキハ債務者ハ異議申立ニ因リ繫屬シタル普通訴訟手續ニ於テ被告トシテ裁判所管轄違ノ妨訴抗辯ヲ提出スヘキモノトス」

右ノ場合ニ於テ被告カ管轄違ノ申立ヲ爲サスシテ本案ノ辯論ヲ爲ストキハ被告

ハ爾後有效ニ妨訴ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得サルモノトス」

當事者カ準備書面ニ基キ陳述ヲ爲シタル場合ニ於テ其旨ヲ調書ニ記載スルト將又其陳述ノ要旨ヲ調書ニ錄取スルトキハ一ニ立會書記ノ任意ナリトス」

民事訴訟法第三八三條第三八五條ニ依レハ支拂命令ハ第一審ノ事物ノ管轄ニ制限ナキモノト看做シ債務者ノ普通裁判籍ヲ有スル區裁判所ノ管轄ニ專屬スルヲ以テ裁判所ハ職權ヲ以テ管轄權ノ有無ヲ調査シ之ナキトキハ申請ヲ却下ス可ク裁判所カ管轄權ナキニ拘ハラス支拂命令ヲ發シタルトキハ債務者ハ適當ノ時間ニ異議ノ申立ヲ爲シ其違法ヲ攻擊スルコトヲ得ヘシ然レトモ同法第三八九條第三九〇條ニ依レハ債務者カ適當ナル時間ニ異議ノ申立ヲ爲シタルトキハ支拂命令ハ效力ヲ失ヒ請求ニ付キ起スヘキ訴カ區裁判所ノ事物ノ管轄ニ屬スルトキハ其訴ハ支拂命令ノ送達ト同時ニ區裁判所ニ之ヲ提出シタルモノト看做サレ督促手續ハ適法ナル異議ノ申立ト共ニ終了スルヲ以テ債務者ハ其繫屬シタル普通訴訟手續ニ於テ被告トシテ裁判所管轄違ノ妨訴ノ抗辯ヲ提出スヘキモノトス而シテ民事訴訟法第二〇六條ニ依レハ妨訴ノ抗辯ハ被告ノ本案ニ付テノ辯論前ニ提出スヘキモノナルヲ以テ被告カ管轄違ノ申立ヲ爲サスシテ本案ノ辯論ヲ爲ストキハ同法第二九條第三〇條ニ依リ技ニ當事者ノ合意ニ依ル管轄ト同一ノ效力ヲ生シ被告ハ爾後有效ニ妨訴ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得ス何トナレハ區裁判所カ事物ノ管轄權ヲ有スル場合ニハ專屬管轄タル區裁判所ノ督促手續ハ債務者ノ適法ナル異議ノ申立ニ依リ終了シ債權者カ支拂命令ノ送達ト同時ニ土地ノ管轄權ヲ有セサル區裁判所ニ通常訴訟ヲ提起シタルト同一ノ效果ヲ生スルヲ以テ通常訴訟カ專屬管轄ニ屬スル訴ニアラサル以上ハ被告カ管轄違ノ申立ヲ爲サスシテ本案ノ口頭辯論ヲ爲ストキハ合意ニ依ル管轄ト同一ノ效力ヲ生スヘキ民事訴訟法第二九條第三〇條ノ適用ヲ受クルハ勿論ナレハナリ本訴ニ於テ上告人ノ普通裁判籍カ大阪市ニ在ルニ拘ハラス德島區裁判所カ被上告人ノ申請ニ基キ支拂命令ヲ發シ上告人ハ適當ノ時間ニ異議ノ申立ヲ爲シ訴訟ハ同區裁判所ニ通常訴訟トシテ繫屬シタル後上告人ハ第一回口頭辯論期日ニ於テ本案ノ辯論ヲ爲シ第二回口頭辯論期日ニ至リ始メテ管轄違ノ妨訴抗辯ヲ提出シタルコトハ原審ノ確定シタル事實ナレハ原審カ上告人ノ管轄違ノ申立ヲ爲サスシテ本案ノ辯論ヲ爲シタルト共ニ該訴訟ハ合意ニ依ル管轄ト同一ノ效力ヲ生シ適法ニ德島區裁判所ニ繫屬シタルモノトシテ上告人ノ妨訴ノ抗辯ヲ排斥シタルハ相當ニシテ此點ニ關スル論旨ハ理由ナク又原審口頭辯論調書ニ依レハ上告人ハ原審辯論ニ於テ第一審ニ提出シタル準備書面ニ基キ陳述シタル旨ノ記載ナキヲ以テ此點ニ關スル上告人ノ主張ハ之ヲ認メ得サルノミナラス假令所論ノ如ク準備書面ニ基キ陳述ヲ爲シタリトスルモ其旨ヲ調書ニ記載スルト將又其陳述ノ要旨ヲ調書ニ錄取スルトハ一ニ立會書記ノ任意ナレハ此點ヲ批難スル論旨モ上告適法ノ理由トナラス（大審院大正四年（オ）第二〇九號同年六月十二日民三部横田裁判長大倉鈴木嘉山三宅各判事判決）

【關係事項】

上告棄却○原審德島地方裁判所○賣掛代金請求事件○上告人海原儔平被上告人吉川いち

三三四　書證ノ申出ハ證書ヲ提出シテ之ヲ爲ス

一私人ノ事實證明書ト雖モ訴訟提起ノ爲メ豫メ係爭事實ニ付キ作成シタルモノニ非サル限リ相手方ノ認否如何ニ拘ハラス證據力ヲ有セサルモノニ非ス」

【上告論旨】原院ハ乙第十六號證ヲ採用シ十一月二十八日當時支那內亂ノ爲メ毫モ福州航行ニ危險ナカリシコトヲ認定スル一ノ資料ト爲セリ然ルニ乙第十六號證ナルモノハ航行危險ナリヤ否ヤカ當事者間ニ爭トナリタル以後訴外江陽丸船長加藤安次郎カ發シタル證明書ニシテ所謂一私人ノ證明書ニ外ナラサルモノナリ斯ル一私人ノ作成シタル事實證明書ハ相手方カ其內容ヲ認メサル限リハ何等證據力ナキモノトス然ルニ原院カ上告人ノ否認アルニ拘ハラス該證ヲ採用シテ事實認定ノ資料ニ供シタルハ證據力ナキ證據ニヨリ事實ヲ確定シタル不法アルヲ免カレスト思料ス

【判決理由】乙第十六號證ハ江陽丸船長加藤安次郎カ明治四十四年十一月二十八日當時ハ福州航行ニ危險ナカリシ旨ヲ證明シタルモノニシテ一私人ノ事實證明書ト雖モ訴訟提起ノ爲メ豫メ係爭事實ニ付キ作成シタルモノニ非サル限リ相手方ノ認否如何ニ拘ハラス證據力ヲ有セサルモノニ非サルヲ以テ該證ハ福州航行カ危險ナリヤ否カ當事者間ニ爭ト爲リタル當時ノ作成ニ係リ上告人ニ於テ之ヲ否認シタルモ原院カ同證ヲ事實認定ノ資料ニ供シタルハ相當ニシテ論旨ハ理由ナシ（大審院大正四年(オ)第五五〇號同年六月十九日民三部横田裁判長大倉鈴木嘉山三宅各判事判決）

【關係事項】

上告棄却○原審大阪控訴院○貨船料並損害金立替金請求事件○上告人小川彌四郎訴訟代理人辯護士鳩山一郎被上告人森山敬次外二名

大審院
岩田學士

東京控訴院判決

【參照學說判例】

一　訴訟提起後其訴訟ニ於ケル係爭事實ヲ證明センカ爲メ作成セル第三者ノ證明書ハ何等ノ證據力ヲ有セス（大正二年四月四日大審院判決本書第二卷民訴八八項）

二　第三者カ訴訟開始後ニ或事實ヲ證明スル爲メニ作成シタル旨證書ハ形成的證據力アリヤ否ヤニ付大審院ハ消極說ヲ採ル是レ當事者カ第三者ヲ證人トシテ訊問ヲ求メ其證言ヲ提起シ得ヘキ理由ニ基ク然レトモ證書ニ付現行法ハ何等ノ制限ヲ認メサレハ左袒スル能ハス（法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論五七六頁）

一四〇　囚人ニ對スル送達ハ監獄署ノ首長ニ之ヲ爲ス

三八六第二項　支拂命令ニハ第三八四條第一號及ヒ第二號ニ掲ケタル申請ノ要件ヲ記載シ且即時ノ强制執行ヲ避ケント欲セハ此命令送達ノ日ヨリ十四日ノ期間內ニ請求ヲ滿足セシメ及ヒ其手續ノ費用ニ付キ定ムル數額ヲ債權者ニ辨濟ス可ク又ハ裁判所ニ異議ヲ申立ツ可キ旨ノ債務者ニ對スル命令ヲ記載ス可シ

三八八　債務者ハ支拂命令ニ對シ書面又ハ口頭ヲ以テ異議ノ申立ヲ爲スコトヲ得

三九三第一項　支拂命令ハ其命令中ニ掲ケタル期間ノ經過後債權者ノ申請ニ因リ之ヲ假ニ執行シ得ヘキコトヲ宣言ス但假執行ノ宣言前債務者異議ヲ申立テサルトキニ限ル

三九四　執行命令ハ假執行ノ宣告ヲ付シタル闕席判決ト同一ナリトス其執行命令ニ對シテハ第二五五條乃至第二六四條ノ規定ニ從ヒテ故障ヲ申立ツルコトヲ得（後略）

債務者カ監獄ニ入監中支拂命令カ直接其住所ニ送達セラレ後執行命令カ監獄ノ首長ニ送達セラレタルトキハ債務者ハ該執行命令ニ對シテ故障ノ申立ヲ爲シ以テ支拂命令ノ送達ノ不適法ナルコトヲ攻擊シ得ヘキハ勿論ナレトモ債務者ニ於テ此攻擊方法ヲ採ラス故障期間ヲ經過シタルトキハ執行命令ハ確定シ最早之カ無效ヲ主張スルコトヲ得サルモノトス」

差押命令轉付命令ノ如キ法律ノ規定ニ依ル命令ノ效力ハ其規定ニヨリテ定マルモノナルヲ以テ是等命令ノ基本タル債務名義カ無效ナリトスルモ相當ノ手續ヲ經テ其執行ノ取消ヲ爲サザル限リ依然其效力ヲ有スルモノトス」

兼審判事カ刑事事件ニ付キ被告人ノ家宅捜索ヲ爲シタル際金庫ヨリ發見シタル金圓ハ反證ナキ限リ一應其被告人ノ所有ニ屬スルモノト認ムルヲ相當トス」

兼審判事カ被告人ノ金員ニ對シ一時差押處分ヲ爲シタル後之ヲ解放スルニ當リ刑事事件捜索ノ爲メニスル證據保全方法トシテ當該被告事件捜索主任警部カ更ニ其職權ニ基キ他人ニ保管ヲ命シ其命令カ未タ取消サレサルトキハ右金圓ニ對スル保管義務ハ公法上ノ關係ニ基クモノニシテ保管者ト被告人トノ間ノ私法關係ニヨルモノニアラス」

控訴人カ訴外岡崎瀧之丞ニ對シ七千圓ノ手形債權アリト稱シ東京區裁判所ニ同人ニ對スル支拂命令ヲ申請シ該命令カ送達セラレ次テ執行命令カ發セラレタルニ瀧之丞ヨリ故障ヲ申立テサリシ爲メ控訴人ニ於テ右執行命令ニ基キ瀧之丞所有ノ有體動產ニ對シ强制執行ヲ爲シタルモ元本ノ內ヘ千九百八十六圓九十一錢ノ一部辨濟ヲ受ケタルニ止マリ殘額五千十三圓九錢ニ付テハ辨濟ヲ受クルコト能ハサリシ爲メ控訴人ハ被控訴人カ瀧之丞ノ委任ニヨリ本件金員ヲ保管シ同人ニ對シ之カ返還義務ヲ負擔セルモノト認メ前記執行命令ニ基キ該債權ヲ差押ヘ次テ轉付ヲ受ケ差押命令轉付命令ノ適法ニ送達セラレタルコトハ當事者間ニ爭ナシ被控訴人ハ先ツ第一、岡崎瀧之丞

ニ對スル支拂命令ハ當時同人ハ東京監獄ニ入監中ナルハ同監獄ノ首長ニ送達セラルヘキモノナルニ拘ラス直接同人ノ住所ニ送達セラレタル違法アルヲ以テ法律上送達ナカリシモノト認メサルヘカラス從テ未タ送達ナキ命令ニ基キ發セラレタル執行命令ハ其成立條件ニ瑕瑾アルモノトシテ當然無效ニシテ斯ル無效ノ債務名義ニ基ク本件差押命令並ニ轉付命令モ亦無效ナリト主張シ支拂命令ノ送達カ被控訴人主張ノ如キ事實關係アルコトハ控訴人ノ認ムル所ナリト雖モ本件債務名義ナル執行命令カ東京監獄ノ首長ニ送達セラレタルコトハ當事者間ニ爭ナキヲ以テ岡崎瀧之丞ハ該執行命令ニ對シテ故障ノ申立ヲ爲シ以テ支拂命令ノ送達ノ不適法ナルコトヲ攻擊シ得ヘキハ勿論ナルニ同人ハ此ノ攻擊方法ヲ採ラス故障期間ヲ經過シタルモノナルカ故ニ執行命令ハ確定シ最早之カ無效ヲ主張スルコトヲ得サルモノト云ハサルヘカラス假リニ執行命令ハ無效ナリトスルモ元來差押命令轉付命令ノ如キ法律ノ規定ニヨル命令ノ效力ハ其規定ニヨリテ定マルモノナルヲ以テ是等命令ノ基本タル債務名義カ無效ナリトスルモ相當ノ手續ヲ經テ其執行ノ取消ヲ爲サザル限リ依然其效力ヲ有スルモノト認メサルヘカラス依テ差押命令轉付命令カ無效ナリトノ被控訴人ノ主張ハ之サ認容スルヲ得ス次ニ被控訴人ハ岡崎瀧之丞ノ爲メニ本件金員ヲ保管セルモノニアラス元來右ノ金員ハ訴外石井捨三郎ノ所有ニ係リ岡崎ノ所有ニ屬セサレハ同人ノ爲メニ保管スヘキ理ナク且ツ在金員カ假リニ岡崎ノ所有ナリトスルモ被控訴人ハ警視廳警部吉田小作ノ犯罪捜査權ニ基ク保管命令ニヨリ保管スルモノニシテ卽チ公法上ノ關係ニヨリ保管スルニ止マリ岡崎トノ私法關係ニ基キ保管スルモノニアラサレハ同人ニ對シテ返還義務ヲ負擔スヘキ理ナシ從テ本件差押並ニ轉付命令ノ目的タル債

權存セサルヲ以テ債權轉付ノ效力ナシト主張スルヲ以テ此點ニ付キ審按スルニ被控訴人カ保管セル本件金員ハ東京地方裁判所豫審判事カ岡崎瀧之丞ニ對スル刑事事件ニ付キ同人ノ家宅搜索ヲ爲シタル際金庫中ヨリ發見セシモノナルコトハ證人吉田小作ノ供述ニヨリ明カナレハ反證ナキ限リ一應同人ノ所有ニ屬スルモノト認ムルヲ相當トス被控訴人ハ右金員ハ石井捨三郎ノ所有ニ係リ瀧之丞ノ所有ニ屬セスト主張スレトモ何等其ノ事實ヲ認ムヘキ證據ナシ然レトモ被控訴人カ本件金員ヲ保管スルニ至リシハ豫審判事カ一時差押處分ヲ爲シタル後之ヲ解放スルニ當リ瀧之丞ニ對スル刑事事件搜索ノ爲メニスル證據保全方法トシテ當該被告事件搜索主任聲部吉田小作カ更ニ其職權ニ基キ被控訴人ニ保管ヲ命シタルニ因ルモノニシテ控訴人ノ主張ノ如キ被控訴人カ瀧之丞ノ入監中同人ヨリ其ノ店務一切ヲ委任セラレシカ爲メ其事務ノ一部トシテ保管セル事實關係ニアラサルコトヲ證人吉田小作ノ證言及ヒ乙第一號證ニヨリ認メ得ヘク尙吉田聲部ノ右命令カ今日ト雖モ取消サレサルコトハ同證人ノ證言ニヨリテ明ナリ從テ右金員ニ對スル被控訴人ノ保管義務ハ公法上ノ關係ニ基クモノニシテ被控訴人ト岡崎トノ間ノ私法關係ニヨルモノニアラサルコト明カナリト云ハサルヘカラス然ラハ本件差押命令並ニ轉付命令ハ其目的タル債權(被控訴人カ岡崎ニ對シ本件金員ヲ返還スヘキ債務)存在セサル爲メ結局債權轉付ノ效力ヲ生セサルモノト云ハサルヘカラス(東京控訴大正三年(ネ)第六四五號同四年五月二十七日民三部須賀裁判長渡邊三橋各判事判決)

【關係事項】

轉付債權請求事件○控訴人山下ハル訴訟代理人辯護士秋山襄被控訴人石井菊次郎訴訟代理人辯護士蒙子歡次郎

各項皆正當ナリト信ス

(七九)

五二八第一項　強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

五四三　執行裁判所ノ裁判ハ口頭辯論ヲ經スシテ之ヲ爲スコトヲ得

五四四第一項　強制執行ノ方法又ハ執行ニ際シ執達吏ノ遵守ス可キ手續ニ關スル申立及ヒ異議ニ付テハ執行裁判所之ヲ裁判ス(後略)

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

五五九　強制執行ハ左ノ諸件ニ付テモ亦之ヲ爲スコトヲ得

第一　抗告ヲ以テノミ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル裁判　第二　執行命令　第三　訴ノ提起後受訴裁判所ニ於テ又ハ受命判事若クハ受托判事ノ面前ニ於テ爲シタル和解　第四　第三八一條ノ規定ニ從ヒ區裁判所ニ於テ爲シタル和解　第五　公證人カ其權限內ニ於テ成規ノ方式ニ依リタル證書(但書略)

五六〇　前條ニ揭ケタル債務名義ニ因レル強制執行ニハ第五一六條乃至第五五九條ノ規定ヲ準用ス(但書略)

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

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

六〇一　支拂ニ換ヘ券面額ニテ債權ヲ轉付スル命令アル場合ニ於テハ其債權ノ存スル限リハ第五九八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

(一)債務名義ヲ送達セスシテ發シタル差押命令及ヒ轉付命令ハ違法ナレトモ當然無效ノモノニアラス」

(二)違法ノ差押命令ニ基キ轉付命令カ第三債務者ニ送達セラルルモ强制執行手續ハ終了スルモノニ非サルカ故ニ之ニ對シ民事訴訟法第五四四條ニ依リ異議ヲ申立ツルコトヲ得ルモノトス」

大審院大正二年(ワ)第二七七號判決(本書第二卷民訴二六二頁所載)

債務名義ノ送達以前ニ開始シタル强制執行ニ對シテハ利害關係人ハ其執行手續ノ進行中ニ在テハ民事訴訟法第五四四條第一項ノ規定ニ從ヒ異議ノ申立ヲ爲スコトヲ得ヘシト雖モ强制執行ノ終了後ニ於テハ利害關係人ハ債務名義ノ送達ナキコトヲ理由トシテ訴其他ノ方法ニ依リ執行ノ無效ヲ主張スルコトヲ得ヘキモ執行方法ニ關スル異議申立ハ之ヲ許スヘキニ非ス

差押命令及ヒ轉付命令カ第三債務者ニ適法ニ送達セラレタルトキハ其執行手續ハ既ニ終了シタルモノトス

吾人ハ判旨ニ二ノ誤謬アルコトヲ認ム即チ(イ)債務名義ヲ債務者ニ送達セスシテ爲シタル執行裁判所ノ執行行爲ヲ以テ當然ナリトスルコト及ヒ(ロ)適法ナル差押命令及ヒ轉付命令ヲ第三債務者ニ送達スルニ依リテ金錢債權ニ對スル强制執行カ終了スルトナスコト之レナリ

(一) 金錢債權ニ對スル强制執行ニ於テ執行裁判所カ差押命令ヲ發スルハ既ニ執行行爲ヲ爲スモノナルコトハ判旨ノ認ムル所ノ如シ差押命令ニ基キテ轉付命令ヲ發スルカ執行行爲ニ屬スルヤ固ヨリ論ナシ而シテ債務名義ヲ債務者ニ送達セスシテ發シタル差押命令及ヒ轉付命令カ違法ノモノタルコトハ論ヲ俟タス然レトモ執行裁判所ノ執行行爲ハ右ノ違法アルカ爲メニ當然無效トナルヤト云フニ決シテ然ラス蓋シ國家機關ノ行爲從テ司法機關ノ爲シタル訴訟行爲ニ絕對的無效アリヤノ問題ハ根本的ニ研究セラルヘクシテ少クモ我國ニ於テハ今日ニ至ルマテ仍ホ研究ヲ忘リツツアル問題ナリ訴訟法ノ規定ニ依ルニ(イ)判決カ確定シタル場合ニハ再審ノ訴ヲ提起シテ其判

決ノ取消ヲ受クルニ非サレハ如何ニ重大ナル欠缺アルモ該判決ノ欠缺ハ補正セラレ其有效ハ確定スロ(ロ)即時抗告ニ服スル裁判カ確定シタル場合ニ於テ再審的抗告(民訴四六六條第三項)ヲ以テ不服ヲ申立テサリシ場合亦タ同シ(ハ司法機關ノ行爲ニ對シテ先ツ異議又ハ申立ヲ爲シ其異議又ハ申立ニ對スル裁判ニ對シテ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ル場合ニ於テモ同一ニ論セサルヘカラス

差押命令又ハ轉付命令カ債務名義ヲ債務者ニ送達セスシテ爲シタルトキハ强制執行ノ方法ニ對スル異議ヲ以テ其嚴整ヲ求ムルコトヲ得又該異議ニ對スル裁判ニ對シテ不服アルトキハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ルモノナルヲ以テ差押命令又ハ轉付命令ハ執達吏ノ執行ニ屬スルヤ固ヨリ論ナシ而シテ債務名義ヲ債務者ニ送達セスシテ發シタル執達吏ノ執行ニ對スル裁判所ノ裁判ナルカ故ニ假令欠缺アルモ其欠缺ハ或ハ該裁判ノ確定ニ因リ或ハ再審的抗告ヲ爲スコトヲ得サルニ至ルニ因リ補正セラルヘキモノタリ故ニ差押命令又ハ轉付命令ノ絕對無效ナルコトヲ認メ殊ニ强制執行ノ終了後ニ於テモ尙ホ訴其他ノ方法ニ依リテ其無效ヲ主張スルコトヲ得トナスハ訴訟法上ノ一大原則ヲ否認シ且明文ヲ無視シタル誤判ナリ

(二) 苟クモ差押命令ノ作　及ヒ送達ハ債務者ハ强制執行ノ方法ニ對スル異議(民訴五四四)ニ依リテ其差押命令ノ嚴整ヲ求ムルコトヲ得ルモノナルカ故ニ債務者カ異議權ヲ喪失セサル間ハ適法ニ轉付命令ヲ發スルコトヲ得ス又裁判所カ債務者ノ異議權ニ拘ハラス轉付命令ヲ發シタル場合ニハ適法ニ差押ヘラレタルコトナキ債權ニ對シテ發シタルモノナルカ故ニ轉付命令ハ個ヨリ不適法ナリ(從テ債務者及ヒ第三者ハ此事由ニ基キテモ亦執行ノ方法ニ對スル異議ヲ爲スコトヲ得)尤モ轉付命令ハ不適法ナルモ當然無效ニハ非ス然レトモ差押カ

適法ナルコト從テ轉付命令ノ適法ナルコトカ確定スルマテハ第六百一條ニ定メタル效力ヲ生スルコト能ハス如此轉付命令ハ第三債務者ニ送達セラルモ其適法ナルコトカ確定セサル間ハ第六百一條ニ定メタル效力ヲ生スルコトナク差押債權者ハ執行スヘキ債權ノ滿足ヲ受クルコトナキカ故ニ(イ)一債務名義ニ基キテ爲スヘキ全體ノ强制執行ハ勿論(ロ)特定ノ金錢債權ニ對シテ爲ス執行手續(執行行爲)モ亦終了スルコト無シ從テ債務者又ハ其利益ヲ害セラレタル第三者カ適法ナル差押命令若クハ轉付命令ニ對シテ第五四四條ノ規定ニ依リ强制執行ノ方法ニ對スル異議ヲ爲スコトヲ得ルハ論ヲ俟タス

若シ夫レ前揭大審院決定ノ見地ヲ採リ債務名義ヲ債務者ニ送達セスシテ發シタル差押命令及ヒ轉付命令ハ當然無效ナモノトナサンカ差押債權者ハ何等ノ滿足ヲ受ケサルカ故ニ一債務名義ニ基ク全體ノ强制執行ハ勿論特定ノ金錢債權ニ對スル執行手續ト雖モ終了スヘキ理由ナシ債權者ハ更ニ有效ナル差押命令及ヒ轉付命令ノ送達ヲ求メサルヘカラサルニアラスヤ故ニ前揭決定カ絕體無效ナル轉付命令ノ送達ニ依リ强制執行カ終了スト爲セルハ自家撞着ナリト云ハサルヘカラス(法學博士熊本卯吉氏京都法學會雜誌第一〇卷第五號一三八頁以下要領)

債務名義ノ送達ナクシテ發セラレタル轉付命令ハ民事訴訟法第五二八條ノ執行條件ヲ具備セサル違法ノモノナルコト論ヲ俟タスト雖モ之ヲ以テ當然無效ナリト謂フコトヲ得ス故ニ吾人ハ此點ニ關シ大審院ノ見解ニ反對セラルル博士ノ第一論旨ニ贊同スルモノナリ然レトモ吾人ハ轉付命令カ適法ニ送達セラレタルト

キハ假令其轉付命令カ違法ナル場合ト雖モ强制執行手續ハ之ニ因リ終了シ從テ債務者ハ第五四四條ノ異議ヲ申立ツルコトヲ得サルモノト解ス博士ハ轉付命令カ第三債務者ニ送達セラルルモ其適法ナルコトカ確定セサル間ハ第六〇一條ニ定メタル效力ヲ生スルコトナキカ故ニ强制執行手續終了セスト說明セラルルモ既ニ轉付命令ハ其違法ナル場合ニ於テモ當然無效ニアラストスル以上適法ナル轉付命令ト均シク其效力ヲ發生ズヘキモノナレハ二者ノ間ニ差等ヲ設クヘキ理由ナシ博士ノ說カルル如ク所謂「適法ナルコトカ確定」シテ始メテ强制執行終了スルモノトセハ假令實際適法ナル轉付命令ノ送達アルモ强制執行手續ハ未タ終了セス其適法ナルコトカ何等カノ裁判ニ依リテ確定セラレサル以上永久ニ其手續ハ終了セサルコトヲ是認セサルヘカラス故ニ吾人ハ此點ニ關シテハ到底博士ノ第二論旨ニ贊同スルコトヲ得サルナリ(當然無效ナル轉付命令ニ因リテ强制執行終了ストナス大審院ノ見解ノ不當ナルハ博士ノ駁擊之ヲ盡セリ)若シ夫レ違法ノ轉付命令カ取消サレタルトキハ轉付命令ハ始ヨリ無效ナリシモノト看做サルヘキモノナルカ故ニ未タ轉付命令ナカリシ狀態ニ復歸シ從テ强制執行ハ終了セサルコトトナルモ是轉付命令取消ノ效果ニシテ前述スル所ト何等牴觸ヲ生スヘキモノニアラス

然ラハ違法ノ轉付命令ノ送達後之ニ對シテ不服申立ノ方法アリヤ否ヤ是レ次ニ

來ルヘキ問題ナリ若シ違法ノ轉付命令ハ當然無效ニアラスシテ而シテ强制執行ノ終了後(卽チ轉付命令ノ送達後)ニ於テ其轉付命令ヲ取消スノ途ナシトセハ頗ル不當ナル結果ヲ生ス其極端ナル場合ヲ考フレハ債務名義ノ送達ナク且差押命令ヲ發セスシテ轉付命令ノミノ發布アリタル場合ニ於テモ其轉付命令ニ依リテ債權ノ移轉ヲ生スヘシ吾人ハ轉付命令ノ送達ニ因リ强制執行終了シタル後ニ於テハ債務者ハ民事訴訟法第五五八條ニ依リ卽時抗告ヲ爲シ以テ轉付命令ノ廢棄ヲ求ムルコトヲ得ルモノト解ス或ハ曰ハン轉付命令ハ民事訴訟法第五五八條ニ所謂强制執行ノ手續ニ於テ口頭辯論ヲ經スシテ爲スコトヲ得ル裁判ナルモ同法第五四四條ニ所謂强制執行ノ方法ナルヲ以テ之ニ對シテハ直ニ抗告ヲ許スヘキニアラスト然レトモ轉付命令ハ其送達ニ因リテ其效力ヲ發生スルト同時ニ强制執行手續終了スルヲ以テ之ニ對シテハ絕對ニ民事訴訟法第五四四條ノ異議ヲ爲スコトヲ得サルモノナレハ卽時抗告ヲ爲スコトヲ得ルモノト爲ササルヘカラス蓋シ强制執行ノ手續ニ於ケル裁判カ一方ニ於テ民事訴訟法第五五八條ニ該當シ他方ニ於テ同法第五四四條ニ該當スル場合ニ於テ前者ノ不服申立ヲ認メサルハ後者ニ依ル救濟ヲ認ムルモノニ付テハ二重ノ保護ヲ必要トセサルノ觀念ニ基クモノナリ故ニ假令兩者ニ該當スル裁判ナリトスルモ後者ニ依ル救濟ヲ認ムルコトヲ得ナル性質ノモノニアリテハ前者ニ依ル不服申立ヲ許スヘキハ理ノ當ニ然ル

ヘキ所ナリト謂ハサルヘカラス是レ吾人カ轉付命令ニ付キ一ノ例外的解釋ヲ採ラントスル所以ナリ

三一　（八〇）

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

(一)合議裁判所カ受命判事ヲシテ和解ヲ勸告セシムル者ノ裁判ヲ爲ササリシ場合ニ於テモ受命判事ハ尙ホ和解ヲ勸告スルコトヲ得ルモノトス」

(二)訴訟上ノ和解ハ確定判決ニ代ハルヘキモノナレハ其取消又ハ無效ノ主張ハ再審ノ訴ニ關スル規定ノ準備ニ依リ獨立ノ訴ヲ以テ爲スヘキモノトス」

大審院大正二年(ク)第三三四號決定(本書第二卷民訴三二一頁所載)

(一)判旨ハ合議裁判所カ受命判事ヲシテ和解ヲ勸告セシムル旨ノ裁判ヲ爲ササリシ場合ニ於テモ受命判事ハ尙ホ和解ヲ勸告スルコトヲ得トスルモノナリヤ若クハ合議裁判所ノ裁判アルニ非サレハ受命判事ハ和解ノ勸告ヲ爲スコトヲ得ス然レトモ其裁判ハ文書ニ作成スルノ要ナク又公廷ニ於テ言渡スコトヲ要セストスルモノナリヤ頗ル不明ナリ然レトモ判旨ニシテ若シ後者ニアランカ不當ナリト云ハサルヘカラス何トナレハ(イ)苟クモ受訴裁判所ノ裁判ヲ要スルモノトセハ其裁判ハ決定タルヘキコト疑ヲ容レサルカ故ニ公廷ニ於テ之ヲ言渡スカ又ハ書面ニ作成シテ之ヲ當事者ニ送達スルニ非サレハ決定ノ方式ニ合セス到底該決定カ法律上成立スヘキ理由ナシ且(ロ)訴訟上ノ和解ハ當事者ノ合意ニ因リ且合意ノミニ因リテ成立スルモノタリ和解ノ勸告カ

當事者ノ合意ヲ促カスニ事實上影響ヲ及ホスヘキコトハ疑ナシト雖モ該勧告ハ和解ノ成立ニ法律上何等ノ關係アルニ非ス故ニ合議裁判所カ和解ノ勧告ヲ爲スヘキ旨ノ裁判ニ依リテ特別ノ權限ヲ授與セサルモ受命判事ハ尙ホ和解ヲ勧告スルコトヲ得ルナリ故ニ判旨ニシテ若シ受命判事カ和解ノ勧告ヲ爲スニハ受訴裁判所カ特ニ其旨ノ裁判ヲ爲シタルコトヲ要スト云フニアランカ不當ナリト云ハサルヲ得ス

(二)訴訟上ノ和解ハ純然タル訴訟行爲ニシテ確定判決ニ代ルヘキモノタリ從テ訴訟上ノ和解ノ取消又ハ無效ノ主張ハ再審ノ訴ニ關スル規定ノ準用ニ依リ獨立ノ訴ヲ以テナスヘキモノトス判旨ハ抗告人カ和解ノ無效ヲ主張スルカタメ爲シタル讀行期日指定ノ申請ヲ不適法トシテ却下シタル原審裁判所ノ裁判ヲ正當ナリトスルカ故ニ正當ナリト云ハサル可カラス（法學博士煙本朗造氏京都法學會雜誌第一〇卷第一〇號一〇四頁以下要領）

大審院決定

【參照判例】

合議裁判所カ受命判事ニ依リ和解ヲ試ムルニ方リ特ニ其判事ヲシテ和解ヲ試ムル旨ノ文書ヲ作成シ又ハ公廷ニ於テ其旨ヲ言渡スコトヲ必要トセス故ニ單ニ斯ル文書又ハ言渡ナケレハトテ受命判事ノ勧告ニ基キ成立シタル和解ヲ不適法ノモノナリト謂フコトヲ得ス然リ而シテ原裁判所ノ意見書ニ依レハ同裁判所ハ大正二年(レ)第八號控訴人美馬佐次郎被控訴人他藤松間ノ宅地境界確認並ニ建物取除請求控訴事件ニ付合議ノ上檢證ノ爲メ現場ニ主張スル受命判事ニ依リ檢證後其場ニ於テ和解ヲ試ムルコトト爲シタルモノナレハ假令當時其旨ノ文書ヲ作成セス又其旨ヲ公廷ニ於テ言渡ササリシニセヨ該受命判事ニ於テ和解ヲ試ムルコトヲ得ルハ勿論ニシテ同判事ノ勧告ニ基キ成立シタル和解ノ適法ナルコト多言ヲ俟タス然レハ前揭控訴事件ハ和解ニ因リ落著シ最早原裁判所ニ繫屬セサルヲ以テ此場合ニ於テ爲シタル抗告人ノ期日指定ノ申請ハ採用スヘキモノニアラス原裁判所カ該申請ヲ却下シタルハ如上ノ理由ニ出テタルモノニシテ正當ナレハ本抗告論旨ハ理由ナシ（大審院大正二年(ク)第三三四號本件決定）

【二點反對學說】

箱田學士

箱田學士本卷民訴九八頁

吾人ハ訴訟上ノ和解ハ裁判所ノ口頭辯論ニ於テ爲サルルヲ本則トシ例外トシテ和解ノ爲メニ指名セラレタル受命判事(又ハ受託判事以下倣之)ノ面前ニ於テハ亦之ヲ爲スコトヲ得ルモノト解ス但證據調ノ權限ト併存スルコトヲ妨ケス故ニ單ニ證據調ノミノ爲メニスル受命判事又ハ受託判事ノ面前ニ於テ當事者カ和解ヲ爲スモ之ヲ訴訟上ノ和解ト謂フコトヲ得サルナリ從テ證據調ノミノ爲メニスル受命判事又ハ受託判事ハ和解ヲ試ムルノ權ナキモノトス蓋シ其面前ニ於テ訴訟上ノ和解ヲ成立セシムルコトヲ得サルモ當事者ニハ之ニ基キ訴訟上ノ和解ヲ勧告セシムルヲ得サレハナリ博士ノ第一論旨ハ民事訴訟法第二二一條ニ所謂受命判事ヲ證據調ノ爲メニスル受命判事ノ謂ニ解スルコトヲ前提トセラルルモノニシテ吾人ノ反對スル所ナリ而シテ和解ニ付テノ受命判事ヲ任スルニハ證據調ノ場合ニ於ケルト同シク決定ノ形式ヲ具ヘテ之ヲ爲スヘキモノニシテ單ニ裁判所ノ內部ニ於ケル合議ノミヲ以テ足ラス故ニ吾人ハ此點ニ於テ大審院ノ決定ニ對スル博士第一論旨(イ)ノ部分ニ贊同スルモノナリ

二四頁　判決ハ其主文ニ包含スルモノニ限リ確定力ヲ有ス

係爭ノ權利關係カ數人ノ當事者ニ對シ合一ニノミ確定スヘキ場合ニ非サル限リハ讓受人ト債務者間ノ第一審判決ニ於テ債權讓渡ノ事實確定シタレハトテ第二審裁判所カ連帶保證人ニ對シテ其讓渡ノ虚僞ノ意思表示ナルコトヲ判示スルノ妨ケトナスヘキモノニ非ス」

【上告論旨】指名債權ノ讓渡ハ讓渡人カ之ヲ債務者ニ通知シ又ハ債務者カ之ヲ承諾スレハ足ルヘキモノニシテ債務者ノ保證人ニ對シ如上ノ手續ヲ履行スヘキモノニアラサルコトハ民法第四六七條ニ規定セラレタルカ如シ本案第一審判決中上告人ヨリ債務者吉原新衞ニ對スル請求部分ノ判決ハ既ニ確定シ其確定判決ニ依レハ上告人主張ノ如ク甲第一號證ノ債權ハ債權者木村茂ヨリ豐島清一郎ニ讓渡シ同人ヨリ更ニ上告人ニ讓渡セラレタル各關係ハ債務者吉原新衞ニ對シ確定ノ事實ナルヲ以テ甲第一號證ノ保證人タル被上告人カ該證ノ讓渡ニ對シ拒否ヲ主張スル權利ナキコト明白ナルニ原審ニ於テ被上告人ノ主張ニ基キ甲第二號證甲第四號證ナル債權ノ讓渡ハ虚僞ノ意思表示ナリト判定セラレタルハ不法ノ裁判ナリ

【判決理由】係爭ノ權利關係カ數人ノ當事者ニ對シ合一ニノミ確定スヘキ場合ニ非サル限リハ本件ノ如ク讓受人タル上告人ト債務者吉原新衞間ノ第一審判決ニ於テ債權讓渡ノ事實確定シタレハトテ原審カ連帶保證人タル被上告人ニ對シテ其讓渡ノ虚僞ノ意思表示ナルコトヲ判示スルノ妨ケトナルヘキモノニ非サルヲ以テ論旨ハ理由ナシ（大審院大正四年（オ）第二三九號同年六月十九日民三部横田裁判長大倉榊原嘉山三宅各判事判決）

【間係事項】

上告棄却○原審水戸地方裁判所○賃金請求事件○上告人金谷豐吉訴訟代理人辯護士木村格之輔被上告人永見義三郎

本判決ハ判決ノ人ニ關スル確定力ヲ說示スルニ付テ正當ナリト雖モ吾人ハ事ロ債權讓渡ノ事實カ判決ニ依リ確定セラルル場合ナシトシ此點ニ於テ上告論旨ヲ排斥セント欲ス蓋シ判決ノ確定力ハ法律關係又ハ請求權ノ存否ニ關シテノミ生スルモノニシテ債權讓渡ノ如キ法律事實ノ存否又ハ其效力ノ有無ニ關シテ絶對ニ生スルモノニアラサレハナリ

（八二）

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

三〇　被告カ管轄違ノ申立ヲ爲サスシテ本案ノ口頭辯論ヲ爲ストキハ亦前條ト同一ノ效力ヲ生ス

二四六　原告若クハ被告口頭辯論ノ期日ニ出頭セサル場合ニ於テハ出頭シタル相手方ノ申立ニ因リ闕席判決ヲ爲ス

二四七　出頭セサル一方カ原告ナルトキハ裁判所ハ闕席判決ヲ以テ其訴ノ却下ヲ言渡ス可シ

二四八　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

二五二第一項　左ノ場合ニ於テハ闕席判決ノ申立ヲ却下ス然レトモ出頭シタル原告若クハ被告ハ口頭辯論ノ延期ヲ申立ツルコトヲ得

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

被告カ口頭辯論期日ヲ懈怠シタル場合ニ於テモ管轄權ノ有無ハ裁判所カ職權ヲ以テ之ヲ調査スヘキモノニシテ被告ハ未タ事實上本案ノ辯論ヲ爲ササルモノナルヲ以テ第三十條ノ規定ニ依リ受訴裁判所ニ當然管轄權ヲ生スルモノニアラス」

管轄ノ合意ノ許サルヘキ訴訟ニ於テハ原告カ管轄ノ基本タルヘキ事實トシテ主張セル事實上ノ口頭供述(例ヘハ受訴裁判所ノ所在地カ契約ノ履行地ナリトノ供述又ハ訴訟物ニ付キ書面ニ依ル管轄ノ合意アリトノ供述)ハ被告ニ於テ自白シタルモノト看做ス可キモノニシテ此事實ノ眞實ナリヤ否ヤニ付テハ裁判所ノ職權調査ヲ要セス但原告カ管轄ノ基本トシテ供述セル事實カ客觀的ニ不能ナルトキ又ハ顯著ナル事實ニ反スルトキ若クハ經驗上ノ法則ニ違背セル事實ナルトキハ自白ノ擬制ヲ認ムルヲ得ス」

管轄ノ合意ノ許サレサル訴訟ニ在リテハ管轄ノ基本タル原告ノ事實上ノ口頭供述ニ付テモ職權ヲ以テ其眞實ナリヤ否ヤヲ調査スルコトヲ要スルモノトス」

被告カ口頭辯論期日ヲ懈怠シタル場合ニ於テモ管轄權ノ有無ハ裁判所カ職權ヲ以テ之ヲ調査スヘキモノニシテ被告ハ未タ事實上本案ノ辯論ヲ爲ササルモノナルヲ以テ第四十條ノ規定ニ依リ受訴裁判所ニ當然管轄權ヲ生セサルヤ勿論ナリ然レトモ裁判所カ管轄權ノ有無ヲ調査スルニ當テハ先ツ管轄ノ基本タルヘキ事實(例之管轄ノ合意ノ有無被告ノ住所契約ノ履行店舗ノ所在地訴訟物ノ價格等)ヲ確メタル上其事實ニ基キ管轄權ナリヤ否ヤヲ定ムヘキモノトス而シテ此點ニ關シ一派ノ學者ハ管轄ノ基本タルヘキ事實トシテ主張セラレタル原告ノ事實上ノ口頭供述ノ眞實ナリヤ否ヤニ付テモ裁判所ノ職權調査ヲ必要トシ被告ノ自白ノ擬制ヲ認ム可キモノニ非ストナス然レトモ余輩カ正當ナリト信スル說ニ從ヘハ管轄ノ合意ノ許サル可キ訴訟ニ於テハ原

告カ管轄ノ基本タルヘキ事實トシテ主張セル事實上ノ口頭供述(例之受訴裁判所ノ所在地カ契約ノ履行地ナリトノ供述又ハ訴訟物ニ付書面ニ依ル管轄ノ合意アリトノ供述)ハ被告ニ於テ自白シタルモノト看做ス可キモノニシテ此事實ノ眞實ナリヤ否ヤニ付テハ裁判所ノ職權調査ヲ要セス唯此事實ニ基キ受訴裁判所ニ管轄權ヲ生スルヤ否ヤノ問題ノミカ職權調査ヲ要スル事項ナリト解ス然レトモ管轄ノ合意ノ許サレサル訴訟ニ於テハ管轄ノ基本タルヘキ事實ニ付當事者ノ處分ヲ許ササルカ故ニ斯カル訴ニ在リテハ管轄ノ基本タル原告ノ事實上ノ口頭供述ニ付テモ職權ヲ以テ其眞實ナリヤ否ヤヲ調査スルコトヲ要シ尙又管轄ノ合意ヲ許サルヘキ訴訟ニ於テモ原告カ管轄ノ基本トシテ供述セル事實カ客觀的ニ不能ナルトキ又ハ顯著ナル事實ニ反スルトキ若クハ經濟上ノ法則ニ違背セル事實ナルトキハ自白ノ擬制ヲ認ムルヲ得ス(法學士管原卷二氏法學新報第二五卷第六號九五頁以下要領)

第一項ハ正當ナリ他ノ論旨ハ贊同セス

民事訴訟法第二五二條第一項第一號ニ依レハ出頭シタル原告若クハ被告ハ闕席判決ノ申立ヲ爲スニハ裁判所ト職權上調査ス可キ事情ニ付キ必要ナル證明ヲ爲スヲ要スルコト明ナリ而シテ管轄ニ關スル事項ハ裁判所ノ職權上調査スヘキ事情ニシテ而カモ當事者ノ證明ヲ必要トスルモノナレハ其訴訟カ管轄ノ合意ヲ許ササルモノナルト否トヲ問ハス管轄權ノ存在ニ付テハ闕席シタル被告ニ於テ自白シタルモノト看做スコトヲ得ス學士ハ管轄ノ合意ノ許サレサル訴訟ニ於テハ

管轄ノ基本タルヘキ事實ニ付キ當事者ノ處分ヲ許サルコトヲ以テ管轄ノ合意ノ許サレタル訴訟ト其取扱ヲ異ニスルノ理由トセラルルモ是レ誤レリ管轄ノ基本タルヘキ事實ニ付キ當事者ノ處分ヲ許サルハ管轄ノ合意ノ許サレタル訴訟ニ於テモ亦然リ被告ノ住所契約ノ履行地モ不動產ノ所在地モ共ニ裁判所ニ於テ當事者ノ眞實ニ反スル主張ヲ容ルヘキニアラサルナリ若シ夫レ管轄ノ合意ニ付キ合意書ノ提出ナキニ拘ラス單ニ原告ノ供述ノミニテ足ルトセン乎訴訟委任ニ付テモ亦同一ニ論セサルヲ得サルヘク到底認容スヘキ限ニアラサルナリ要スルニ闕席シタル被告カ自白シタルモノト看做サルルハ本案請求ニ關スル原告ノ事實上ノ供述ニ限ルモノニシテ訴訟ノ成立ニ關スル裁判所ノ職權調査事情ニ及フヘキモノニアラスト信ス

確認判決ヲ受クヘキ法律上ノ利益ノ存在ハ權利保護要件ニ屬スル事項ナリトス」（八三）

大審院大正二年(オ)第二九一號判決（本書第二卷民訴三一六頁所載）

確認訴訟ヲ提起スルニ付テ當事者間ノ權利關係ヲ即時ニ確定スルノ利益アリヤ否ヤハ訴訟成立要件ニ非スシテ請求權ノ當否ニ關スル問題ナリトス

原告ニ有利ナル給付判決確認判決若ハ形成判決カ本案判決ナルコトハ論ナク從テ該判決ヲ受クヘキ法律上ノ利益アリヤ否ヤハ本案ニ關スル事項タルヤ疑ヲ容レサルカ故ニ判旨カ確認判決ヲ受クヘキ法律上ノ利益ノ存在ヲ以テ權利保護要件ニ屬スルモ

項ナリトシタルハ正當ナリ（法學博士雉本朗造氏京都法學會雜誌第一〇卷第一〇號一〇七頁以下要領）

至當ノ見解ナリト信ス

（八四）

一九〇　訴ノ提起ハ訴狀ヲ裁判所ニ差出シテ之ヲ爲ス

此訴狀ニハ左ノ諸件ヲ具備スルコトヲ要ス

第一　當事者及ヒ裁判所ノ表示　第二　起シタル請求ノ一定ノ目的物及ヒ其請求ノ一定ノ原因　第三　一定ノ申立

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

一九五　權利拘束ハ訴狀ノ送達ニ因リテ生ス

權利拘束ハ左ノ效力ヲ有ス

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

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

第一　事實上又ハ法律上ノ申述ヲ補充シ又ハ更正スルコト

訴狀ニ揭ケタル事實上ノ陳述ハ口頭辯論ニ於テ變更セラレタルトキハ訴訟資料トシテノ存在ヲ失フヘキヲ以テ假令原告カ訴狀ニ自己ニ不利益ナル陳述ヲ揭ケタルモ口頭辯論ニ於テ之ヲ更正シタル以上ハ之ヲ援テ原告ニ不利益ナル判斷ヲ爲スヲ得ス」

訴狀ニ揭ケタル事實上ノ陳述ヲ口頭辯論ニ於テ變更シ之カ爲メ訴ノ原因ニ變更ヲ來サス變更ヲ來スモ相手方ニ異議ナキトキハ裁判所ハ口頭辯論ニ於テ陳述シタル事實關係ニ基キ判斷ヲ爲ササル可ラサルハ民事訴訟法ノ規定ニ照シテ明ナリ是ニ由テ之

ヲ觀レハ訴狀ニ掲ケタル事實上ノ陳述ハ口頭辯論ニ於テ更正セラレタルトキハ訴訟資料トシテノ存在ヲ失フヘキヲ以テ假令原告カ訴狀ニ自己ニ不利益ナル陳述ヲ掲ケタルモ口頭辯論ニ於テ之ヲ更正シタル以上ハ之ヲ援テ原告ニ不利益ナル判斷ヲ爲スヲ得ス上告人ハ其訴狀ニ代位辨濟ヲ爲シタル當時主債務者カ八千圓ノ殘債務ヲ負擔セル旨記載セルモ口頭辯論ニ於テハ之ヲ更正シテ當時主債務者ノ債務ハ既ニ全部辨濟セラレ殘存スルモノナキ旨陳述シタルコトハ第一審判決及ヒ原判決ノ事實摘示ニ徵シテ明ナリ然ルニ原院カ訴狀ノ記載ヲ援テ當時尙八千圓ノ債務殘存セルノ事實ヲ認定シ其部分ニ付テハ上告人ノ辨濟ハ二重ノ辨償トナラストシテ上告人ノ請求ノ一部ヲ排斥シタルハ證據トナス可ラサルモノヲ證據トシテ裁判シタルノ不法アルヲ免レス（大審院大正三年（オ）第五七五號同四年七月二日民一部田部裁判長大倉禰原尾古岩田各判事判決）

【關係事項】

破毀差戻○原審名古屋控訴院○不當利得金返還請求事件○上告人岡田元治郎訴訟代理人辯護士中野勇治郎被上告人山下伊助訴訟代理人辯護士鈴木於用同岡崎正也

（八五）

一五六 原告若クハ被告ノ現在地知レサルトキ又ハ外國ニ於テ爲ス可キ送達ニ付テハ其規定ニ從フコト能ハス若クハ之ニ從フモ其效ナキコトヲ豫知スルトキハ其送達ハ公ノ告示ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得

一五七 公示送達ハ原告若クハ被告ノ申立ニ因リ裁判所ノ命ヲ以テ裁判所書記之ヲ取扱フ

此送達ハ交付スヘキ書類ヲ裁判所ノ掲示板ニ貼付シテ之ヲ爲ス判決及ヒ決定ニ在テハ其裁判ノ部分ノミヲ貼付ス可シ

右ノ外裁判所ハ送達ス可キ書類ノ抄本ヲ一箇又ハ數箇ノ新聞紙ニ一回又ハ數回掲載ス可キヲ命ズルコトヲ得其抄本ニハ裁判所當事者並ニ訴訟物及ヒ送達ス可キ書類ノ要旨ヲ掲クルコトヲ要ス

一五八 公示送達ハ書類ノ貼付ヨリ十四日ヲ經過シタル日ヲ以テ之ヲ爲シタルモノト看做ス然レトモ裁判所ハ公示送達ヲ命スルニ際シ此ヨリ長キ期間ヲ必要トスルトキハ相當ナル期間ヲ定ムルコトヲ得

同一ノ事件ニ付キ同一ノ原告若クハ被告ニ對シテ爲ス其後ノ公示送達ハ貼付ヲ以テ之ヲ爲シタルモノト看做ス

四〇〇 控訴ノ期間ハ一ヶ月トス此期間ハ不變期間ニシテ判決ノ送達前ニ提起シタル控訴ハ無效トス

判決ノ送達ハ裁判所ノ決定ニ基キテ爲ス

公示送達ハ裁判所ノ決定ニ基キテ爲ス一種ノ送達方法ナレハ各送達毎ニ必ス裁判所ノ決定ヲ要スルモノトス

【理由】一件記錄ニヨレハ被控訴人（一審原告）代理人ハ原審ニ於テ控訴人（一審被告）ノ所在不明ニシテ訴狀等ノ書類ノ送達不能トナリシヨリ其公示送達ヲ申請シ原裁判所ハ之ニ對シ公示送達認可ノ決定ヲ與ヘ以テ適法ニ是等書類ノ公示送達ヲ施行シ居ルモ其後ニ於ケル控訴人ニ對スル期日呼出狀及ヒ判決正本ハ總テ公示送達ナタ只裁判所書記カ交付スヘキ書類ヲ掲示板ニ貼付シテ送達ヲ爲シ居ルニ過キサルモノトス然ルニ民事訴訟法第百五十七條第一項ニヨレハ公示送達ニハ必ス裁判所ノ決定ニ基カサル期日呼出狀及ヒ判決正本ノ送達ハ之ヲ無效ノモノト謂ハサルヘカラス尤モ前示原審公示送達ノ決定ニハ廣ク書類ノ送達ハ公示送達ヲ以テ爲ストアリテ別ニ送達スヘキ書類ヲ限定シ居ラサルニ因テ觀レハ原審ハ其後ノ公示送達ノ決定ヲ右決定中ニ包含セシメタル趣旨ナルカ如シ然レトモ公示送達認可ノ要件ハ各送達ノ當時現存スルコトヲ要スルハ公示送達ノ性質ニ照シ明白ナルカ故ニ後日ノ送達ノ爲メニ豫メ公示送達認可ノ決定ヲ與ヘ得ヘキ筋合ノモノニアラサルハ勿論民事訴訟法第百五十七條ニヨレハ公示送達ハ裁判所ノ決定ニ基キテ爲ス一種ノ送達方法ナレハ各送達毎ニ必ス裁判所ノ決定ヲ要スヘキコト言ヲ俟タサル所ナルヲ以テ原決定ノ趣旨果シテ右ノ如シト

スレハ當該送達ニ關スル決定ハ格別其後ノ送達ニ對スル決定ハ當然其效ナク從ツテ其後ノ公示送達亦無效ナリト謂ハサルヲ得ス或ハ民事訴訟法第百五十八條第二項ニ其後ノ公示送達ハ貼付ヲ以テ之ヲ爲シタルモノト看做ストアルヨリ後ノ公示送達ニハ決定ヲ要セス貼付ノミヲ以テ足レリト解スルモノアランモ這ハ同條第一項ニ公示送達ノ效力發生時期ヲ規定シタルニ對シ例外規定ヲ爲シタルニ過キスシテ敢テ同第百五十七條所定ノ公示送達ノ要件ニ變更ヲ加フル趣旨ニアラサルコトハ規定ノ文面上明白ナレハ右解釋モ亦失當ナリ然ラハ原審ニ於テ控訴人ニ對シテ爲シタル決定ニ基カサル公示送達就中判決ノ公示送達ハ無效ニシテ本件控訴ハ結局判決送達前ノ控訴ニ歸スルカ故ニ民事訴訟法第四百條第一、二項第四百十九條ニ則リ不適法トシテ之ヲ棄却スヘキモノトス(長崎控訴院大正四年(ネ)第一五四號同年十月九日谷岡裁判長淺沼松田各判事判決)

【關係事項】

親權喪失宣告請求事件○控訴人川原クマ被控訴人福岡卯太郎外三名訴訟代理人辯護士橋爪勇

【參照學說】

岩田學士

公示送達ハ當事者ニ對シテノミ爲スコトヲ得ル方法ニシテ當事者ヨリ裁判所ニ其申立ヲ爲シ裁判所之ヲ許シタルトキ施行スルヲ得ヘク裁判所カ許可ノ命令ヲ與ヘタルトキハ裁判所書記之ヲ取扱フモノトス(法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論四一六頁)

公示送達ハ各個ノ送達毎ニ當事者ヨリ之ヲ申請シ裁判所之ヲ理由アリト認メタルトキハ其命ヲ以テ裁判所書記之ヲ取扱フヘキモノニシテ當事者ハ一箇ノ申請ヲ以テ其事件ニ關スル各送達ニ通スル公示送達ノ命ヲ求ムルコトヲ得サルナリ

大審院決定

民事訴訟法第一五八條第二項カ送達ノ效力發生時期ニ關スル同條第一項ノ例外タルニ止マルコトハ判旨ノ如シ吾人ハ本判決ニ贊同ス只所謂裁判所ノ命ナルモノカ果シテ民事訴訟法第二四五條ニ所謂決定ニ該當スルヤ否ヤハ疑問ノ餘地ナキニ非サルヘシ

(八六)

民訴六四第一項　抗告ヲ適法ニシテ且理由アリトスルトキハ抗告裁判所ハ不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ廢棄シテ自ラ更ニ裁判ヲ爲シ又ハ不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所又ハ裁判長ニ委任シテ裁判ヲ爲サシムルコトヲ得

六七六第一項　第六七二條及ヒ第六七四條ノ規定ニ從ヒ全ク競落ヲ許ササル場合ニ於テ更ニ競賣ヲ許ス可キトキハ職權ヲ以テ新競賣期日ヲ定ム可シ

六七七第一項　前條ノ規定ニ從ヒテ新競賣期日ヲ定ムル場合ノ外競落ヲ許シ又ハ許ササル決定ノ言渡ヲ爲ス可シ

六八〇第二項　競落ヲ許ス可キ理由ナキコト又ハ決定ニ揭ケタル以外ノ條件ヲ以テ許ス可キコトヲ主張スル競落人又ハ競落ヲ求メ之ヲ許ス可キコトヲ主張スル競落人モ亦即時抗告ヲ爲スコトヲ得

最高價競買人カ不動產ノ競落ヲ許可セストノ決定ニ對シテ抗告ヲ爲シタル場合ニ於テ抗告裁判所カ右抗告ヲ適法ニシテ理由アリト爲スニ於テハ前記決定ヲ廢棄スルト同時ニ宜シク民事訴訟法第六七七條ニ從ヒ自ラ競落ヲ許ス者ノ決定ヲ爲スカ又ハ之カ裁判ヲ前審ニ委任スル旨ノ決定ヲ爲スノ必要アルモノトス」

最高價競買人タル福島嘉六郎カ原審ニ爲シタル抗告ハ和歌山區裁判所ノ與ヘタル本件不動產ノ競落ヲ許可セストノ決定ヲ不當トシ之カ不服ヲ訴フルモノナルヲ以テ原審ニ於テ其判斷ヲ爲スニ際シ若シ右抗告ヲ適法ニシテ理由アリト爲スニ於テハ前記決定ヲ廢棄スルト同時ニ宜シク民事訴訟法第六七七條ニ從ヒ自ラ競落ヲ許ス旨ノ決

東京控訴院決定

定ヲ爲スカ又ハ之カ裁判ヲ前審ニ委任スル旨ノ決定ヲ爲スノ必要アルモノトス然ルニ原審ハ本件ニ付キ右抗告ノ理由アルコトヲ認メナカラ單ニ前決定ヲ廢棄シ抗告人ノ異議申立ヲ棄却シタルニ止マリ叙上説示ノ點ニ付キ判斷ヲ與ヘサリシハ失當ノ裁判タルヲ免カレス（大審院大正四年（ク）第三一七號同年八月十九日民二部馬場裁判長田上入江平野鈴木各判事決定）

【關係事項】

廢棄委任○原審和歌山地方裁判所○不動產競賣事件○抗告人前田辰之助

至當ノ決定ナリト信ス

（八七）

五三　他人ノ間ニ權利拘束ト爲リタル訴訟ニ於テ其一方ノ勝訴ニ依リ權利上利害ノ關係ヲ有スル者ハ訴訟ノ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハス權利拘束ノ繼續スル間ハ其一方ヲ補助（從參加）スル爲メ之ニ附隨スルコトヲ得

民事訴訟法第五三條ニ所謂一方ノ勝訴ニ依リ權利上利害ノ關係ヲ有スル者トハ當事者又ハ訴訟物ト或具體的ノ權利關係ニ立チ若シ誤レル裁判アルトキハ此ノ關係ノ上ニ不利益ヲ蒙リ又ハ不利益ヲ蒙ル虞アル者ヲ謂フモノトス」

甲カ乙ノ先代ニ對シ債權ヲ有スルトキハ甲ト同樣乙ノ先代ニ對シ債權ヲ有スルト主張スル丙ヨリ乙ニ對シ其爲シタル限定承認ノ無效確認ヲ求ムル訴訟ニ於テ丙ノ勝訴如何ハ其債權行使ノ上ニ利害ノ關係ヲ及ホスコト明白ナルヲ以テ甲ハ從參加ヲ爲スコトヲ得ルモノトス」

訴訟ノ目的ハ權利狀態ノ眞相ヲ明カニシテ之ニ相當スル裁判ヲ爲スニアルカ故ニ一面ヨリ云ハハ第三者ト雖當事者ノ一方ニ附隨シ訴訟材料ノ提出其他ノ行爲ニヨリテ之ヲ補助シ以テ苟モ權利狀態ノ眞相ニ適セサル裁判ヲ爲ササルコトヲ防止セムトスル者アラハ其參加ヲ許スヘキコトハ訴訟本來ノ精神ト背反スルモノニアラス然レトモ無制限ニ如何ナル第三者ニモ之ヲ許ストキハ爲メニ訴訟ノ進行ヲ紛亂遲延セシムル患アルカ故ニ法律上特ニ之ヲ制限シ當事者一方ノ勝訴ニ依リ權利上利害ノ關係ヲ有スル者ニノミ參加ヲ許スモノトス所謂一方ノ勝訴ニ依リ權利上利害ノ關係ヲ有スル者トハ當事者又ハ訴訟物ト或具體的ノ權利關係ニ立チ若シ誤レル裁判アルトキハ此ノ關係ノ上ニ不利益ヲ蒙ル虞アル者ヲ云フモノトス故ニ當事者又ハ不利益ヲ蒙ル虞アル者ヲ云フモノトス故ニ當事者間ノ判決ノ確定力カ或第三者ニ及フ場合及ヒ主タル當事者カ若シ敗訴セシナラハ其當事者ヨリ或第三者ニ對シ或請求ヲ爲シ若クハ右ノ第三者ヨリ主タル當事者ニ對シ或請求ヲ爲シ得ル場合ノ如キハ勿論其他各場合ニ於ケル情態ニ鑑ミ所謂權利上利害ノ關係アリト認メ得ラルル場合ニハマタ從參加ヲ爲シ得ルモノニシテ此最後ノ場合ニ該當スルヤ否ヤヲ判斷スルニ當リテハ宜シク衆量ヲ以テ之ニ臨ムヘカラサルモノトス

抗告人ノ主張及ヒ疏明ニ據レハ抗告人ハ被告先代ニ對シ債權ヲ有スルモノナルコトヲ認メ得ヘク而シテ本案訴訟ハ抗告人ト同樣被告先代ニ對シ債權ヲ有スト主張スル原告ヨリ被告ニ對シ其ノ爲シタル限定承認ノ無效確認ヲ求ムルモノナルヲ以テ若シ抗告人ニシテ原告ニ附隨シ訴訟材料ノ提出其他ノ行爲ニヨリテ之ヲ補助シ以テ之ヲシテ其求ムル如キ判決ヲ得セシメムカ此判決ハ抗告人ニ對シ何等ノ確定力ヲ及ホサ

仁井田博士

サルハ論ナク又此判決ノ爲メ抗告人ト原告間ニ何等請求權ノ生滅ヲ惹起スルモノニアラサルハ論ナシト雖モ被告ハ此判決ニ省ミ其限定承認ノ有效ナルコトヲ抗告人ニ對シテモ主張スルコトヲ止ムヘキハ國家ノ裁判ニ服從スヘキ者ノ相當ノ態度トシテ勿論之ヲ期待シ得ヘク萬一爾ラスシテ抗告人ハ被告ニ對シ本件訴訟ト同樣ノ訴ヲ提起スルノ已ムナキニ至ルモ本件判決及ヒ其材料ハ之ヲ後ノ訴訟ニ採用シ以テ訴訟上ノ手數ヲ省略シ特ニ判決ノ抵觸ヲ防止スルノ利便アルハ云フ迄モ無ク結局孰レヨリスルモ抗告人ハ原告ノ勝訴如何ニ依リ其債權行使ノ上ニ利害ノ關係ヲ及ホスコト明白ナルヲ以テ抗告人ノ從參加ハ其要件ヲ具備スルモノニシテ被告ノ異議ハ其理由ナシ(東京控訴大正四年(ラ)第三九號同年十月十一日民一部遠藤裁判長前田水口各判事決定)

【關係事項】

從參加申請却下ニ對スル抗告ノ件○抗告人横濱改良精米株式會社法律上代理人取締役稻垣彌之助訴訟代理人辯護士日詰喬太郎

【參照學說判例】

一　第三者カ當事者ノ或一方ヲ補助スルカ爲メ他人ノ間ニ於ケル訴訟ニ參加スルニハ左ノ條件ノ存在スルコトヲ要スルモノナリ

(一)　第三者カ當事者ノ或一方ノ勝訴ニ付キ法律上ノ利害關係ヲ有スルコト、第三者カ從參加ノ要件トシテ當事者ノ或一方ノ勝訴ニ付キ有ズヘキ利害關係ハ其一方ノ敗訴カ第三者ノ私權ニ不利益ヲ及ホスヘキ場合ニ限リ存在スルモノト謂フヘシ蓋シ民事訴訟ハ吾人ノ私權ノ被レル不利益ヲ除キ以テ之ヲ保護スル手續ナルカ故ニ法律カ民事訴訟ニ於テ從參加ヲ許スカ爲メニ第三者カ當事者ノ或一方ノ勝訴ニ付キ法律上ノ利害關係ヲ有スルコトヲ要スルモノト定メタリトセハ其一方ノ敗訴カ第三ノ私權者ニ不利益ヲ及ホスニ至ルヘキコトヲ要スルモノト認メタリト謂ハサルヘカラサルヲ以テナリ果シテ然ラハ第三者カ從參加ノ要件トシテ當事者ノ或一方ノ勝訴ニ付キ爲スヘキ法律上ノ利害關係ハ私法上ノ利害關係ナラサルヘカラサルコト亦自ラ明ナルヘシ今若シ當事者ノ或一方カ訴訟ノ結果タル不利益ノ裁判ヲ受ケタルトキハ是レ即チ敗訴シタルモノニ外ナラサルナリ

板倉學士
岩田學士

今第三者カ從參加ノ要件トシテ當事者ノ或一方ノ勝訴ニ付キ有スヘキ私法上ノ利害關係ノ存在スル場合ヲ類別セハ左ノ如シ

(イ)　……(ロ)　訴訟ノ結果タル裁判ニシテ當事者ノ或一方ニ不利益ナルモノカ第三者ノ私權ニ不利益ヲ及ホスヘキ法律上又ハ事實ノ原因ト爲ルカ爲メ其一方カ敗訴セハ第三者ノ私權ニ不利益ヲ及ホスニ至ルヘキトキ、例ヘハ主タル債務者ノ委任ヲ受ケテ保證ヲ爲シタル保證人カ債權者ノ訴ヲ受クルニ當リ過失ナクシテ之ニ辨濟ヲ爲スヘキ旨ノ裁判ヲ受クルトキハ主タル債務者ナル第三者カ債證義務ヲ負擔スルニ至ルヘキ場合又ハ買主カ追奪ノ訴ヲ受クルニ當リテ敗訴セハ賣主タル第三者カ買主ヨリ損害賠償ノ請求ヲ受クルニ至ルヘキ場合又ハ委任ニ基キ物ヲ買受ケタル受任者カ其物ノ引渡ヲ求ムル訴ヲ提起スルニ當リテ敗訴セハ委任者タル第三者ハ之ニ對シテ損害賠償ノ請求ヲ爲スヨリ外ナキニ至ルヘキ場合又ハ或物ノ引渡ノ訴ヲ受ケタル被告カ敗訴セハ之ヲシテ自己ニ代リ其物ヲ占有セシムル第三者カ被告ニ對スル判決ノ執行ニ依リテ占有ヲ失フニ至ルヘキ場合ノ如シ(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論中卷六〇〇頁)

二　從參加ノ要件ハ左ノ如シ(一)……(二)從參加人カ當事者一方ノ勝訴ニ付キ利害關係ヲ有スルコトヲ要ス、所謂利害關係ニハ私法上ノ法律關係ニ影響ヲ及ホスモノヲ包含スルコト勿論ナレトモ道德上友誼上ノ利害關係ヲ包含セス又親族關係ヨリ生スル感情ノ如キハ所謂利害關係ト謂フヘカラサルナリ(法學士板倉松太郎氏民事訴訟法綱要一五二頁)

三　從參加ノ要件ハ左ノ如シ(一)……(二)從參加人カ當事者一方ノ勝訴ニ因リ法律上ノ利益關係アルコトヲ要ス、法律上ノ利害關係トハ當事者一方ノ勝訴ニ因リ從參加人ノ私權ニ付キ直接若クハ間接ニ利害關係ヲ生スルコトヲ謂フ德義上若クハ名譽上ノ利益ハ從參加ノ原因トナラス又私權ニ關スルモ當事者一方ノ勝訴ニ因リ利益ノ結果ヲ生スヘキ希望若クハ損害ヲ被ムルヘキ惡レアルコトモ從參加ヲ爲スノ原因ト爲スヲ得サルモノトス從參加人ノ私權ニ付キ利害關係ナカルヘカラス例ヘハ主タル債務者ガ訴ヘラレタル場合ニ其保證人ノ如キ約束手形ノ裏書人カ訴ヘラレタル場合ハ其振出人ノ如キハ利害關係アリト爲スヘキナリ要スルニ利害關係ノ有無ハ實體法ニ從ヒ決スヘキ事項ナリトス(法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論第六版一九六頁)

四　債權確認訴訟ノ被告ニ對シテ債權ヲ有シ被告カ敗訴シタルトキ其他ノ財產ヲ以テ十分ニ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クルコト能ハサルニ至ルカ如キ地位ニ在ル第三者ハ民事訴訟法第九三條ニ所謂權利上利害ノ關係ヲ有スル者ニ該當ス(大審院民事判決錄明治四一年八八六頁)

【參考】

本件事案ノ場合ニ於テ訴訟ノ勝敗カ何レニ決スルモ抗告人ノ債權其他ハ何等ノ影響ヲ受クルコトナシト雖モ若シ原告ニシテ勝訴トナラン乎被告ノ爲シタル限定承認ハ無效ナリトセラルルモノナルカ故ニ其判決ノ趣旨ニ從ヘハ被告ハ自己ノ固有財產ヲ以テモ被告先代ノ債務ヲ辨濟スルノ責ニ任スヘキ結果トナルヘ

ヲ從テ被告先代ノ債權者タル抗告人ハ原告敗訴ノ場合ニ比シテ辨濟ヲ受クル度合ノ大ナルヘキハ當然ナリ而シテ所謂權利上利害關係ヲ有ストハ第三者ノ權利カ比較的十分ニ行使セラルヘキヤ否ヤカ判決ニ依リ影響ヲ受クヘキ關係ニ存スル場合ヲモ包含スルモノト爲スヲ正當ナリトス故ニ吾人ハ本判決ニ贊同セント欲スルモノナリ

（八八）

四一九 一ノ訴ヲ以テ數個ノ請求ヲ爲ストキハ前條第二項ニ掲クルモノヲ除ク外其額ヲ合算ス

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

一九〇第二項 此訴狀ニハ左ノ諸件ヲ具備スルコトヲ要ス

第一 當事者及ヒ裁判所ノ表示 **第二** 起シタル請求ノ一定ノ目的物及ヒ其請求ノ一定ノ原因 **第三** 一定ノ申立

一九八 訴ノ全部又ハ一分ハ本案ニ付キ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

二一〇 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

二二六 一ノ訴ヲ以テ起シタル數箇ノ請求中ノ一箇又ハ請求中ノ一分又ハ反訴ヲ起シタル場合ニ於テ本訴若クハ反訴ノミ裁判ヲ爲スニ熟スルトキハ裁判所ハ終局判決(一分判決)ヲ以テ裁判ヲ爲ス

然レトモ裁判所ハ事件ノ事情ニ從ヒテ一分判決ヲ相當トセサルトキハ之ヲ爲ササルコトヲ得

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

二五五第一項 闕席判決ヲ受ケタル原告若クハ被告ハ其判決ニ對シ故障ヲ申立ツルコトヲ得

三九九第一項 控訴ハ口頭辯論ノ前ニ於テハ被控訴人ノ承諾ナクシテ之ヲ取下クルコトヲ得

四〇一第二項 此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

四二六 第二一〇條ノ規定ニ從ヒテ防禦ノ方法ヲ却下スルトキハ其防禦ノ方法ヲ主張スル權ハ之ヲ被告ニ留保ス可シ

判決ニ此留保ヲ揭ケサルトキハ第二四二條ノ規定ニ從ヒテ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終局判決ト看做ス

四二七 防禦ノ方法ニシテ被告ニ其主張ヲ留保スルモノニ付テハ其訴訟ハ第二審ニ繫屬ス

爾後ノ手續ニ於テ訴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テ其訴ヲ棄却シ且申立ニ因リ判決ニ基キ支拂ヒタルモノ又ハ給付シタルモノヲ返還ス可キコトヲ言渡シ並ニ費用ニ付キ裁判ヲ爲ス可シ

四三八第二項 此上告狀ニハ左ノ諸件ヲ具備スルコトヲ要ス

第一 上告セラルル判決ノ表示 **第二** 此判決ニ對シ上告ヲ爲ス者ノ陳述

四五四 左ノ諸件ニ關スル控訴ノ規定ハ上告ニ之ヲ準用ス

第一 闕席判決ニ對スル不服ノ申立 **第二** 控訴ノ取下

四九一 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二四二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

四九二 被告ニ權利ノ行使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ヨリ支拂ヒ又ハ給付シタルモノヲ返還ス可シ

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

五〇九第三項 假執行ノ宣言アリタル本案ノ判決ヲ廢棄若クハ破毀又ハ變更スルトキハ判決ニ基キ被告ノ支拂又ハ給付シタルモノノ辨濟ヲ被告ノ申立ニ因リ判決ヲ以テ原告ニ言渡ス可シ

七四一 假差押ノ申請ニ付テノ裁判ハ口頭辯論ヲ經スシテ之ヲ爲スコトヲ得

請求又ハ假差押ノ理由ヲ疏明セサルトキ雖モ假差押ニ因リ債務者ニ生ス可キ損害ノ爲ス債權者カ裁判所ノ自由ナル意見ヲ以テ定ムル保證ヲ立テタルトキハ裁判所ハ假差押ヲ命スルコトヲ得

又請求及ヒ假差押ノ理由ヲ疏明シタルトキハ裁判所ハ保證ナ立テシメ假差押ヲ命スルコトヲ得

保證ヲ立テタルトキハ其保證ヲ立テタルコト及ヒ如何ナル方法ヲ以テ之ヲ立テタルコトヲ假差押ノ命令ニ記載ス可シ

訴訟以外ニ存スル事情ハ決シテ訴訟行爲ノ條件トナスコト能ハサルモノトス」

廣義ノ訴訟行爲(私權保護ノ目的ノ爲メニ訴訟ニ關シテ爲ス總テノ行爲)中(イ)法律カ當事者ノ意思表示ニ其內容ニ相當スル一定ノ法律上ノ效果ヲ附與スル訴訟行爲(訴訟的法律行爲)ニ付テハ條件ヲ付スルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ヲ生スルモ(ロ)或觀念カ表示セラルルコトヲ要スルモ法律上ノ效果カ其意思ノ效力ニ基クニアラスシテ直接ニ法律ノ規定ニヨリテ生スル訴訟行爲(狹義ノ訴訟行爲)ニ付テハ此問題ヲ生セス」

條件ニ付テハ民法第一編第四章第五節ノ條件ニ關スル規定ニ從フヘキモノトス但民法第一二八條乃至第一三〇條ノ規定ハ此限ニ在ラス」

假定的申立(原告カ訴ニヨリ數多ノ請求ヲ行使シタル場合ニ其請求ハ互ニ相排斥スル關係ニアリテ原告ハ何レカ一ノ請求ニヨリテ自己ノ目的ヲ達スル場合ヲ謂フ)ハ有效ナリ」

右ノ場合ニ假定的請求カ成リ立チ得ルモノトスレハ第一ノ請求ヲ理由ナシトスル判決ハ中間判決ヲ以テ爲スコトヲ得」

權利保護ノ申立、上訴及ヒ故障ノ申立ニハ條件ヲ附スルコトヲ得ス」

申立裁判所ノ行爲ヲ求ムル當事者ノ意思表示)ニハ條件ヲ附スル但法律ノ規定ニヨリ間接ニ認ムル場合及ヒ假定的申立ノ場合ハ此限ニ在ラス」

條件附自白ハ自白ノ效果ヲ生セス」

訴訟上ノ合意(直接ニ訴訟上ノ法律狀態ヲ定ムル當事者間ノ合意)ニハ條件ヲ附スルコトヲ得」

一方的訴訟行爲(一方當事者ノ意思表示ニヨリ成立スル訴訟行爲)ニハ條件ヲ附スルコトヲ得ス」

裁判所ハ當事者カ保證ヲ立ツルコトヲ條件トシテ假差押ヲ發スルコトヲ得而シテ假差押命令ハ保證ノ供與ト共ニ效力ヲ生スルモノトス」

第一　總論

訴訟行爲ニ條件ヲ附スルコトヲ得ルヤ及ヒ其範圍如何ノ問題ハ民事訴訟法中最モ困難ナル問題ノ一ニ屬ス之ヲ沿革ニ徵スルニ條件ナル觀念ハ私法ノ範域ニ於テ發達セリ然レトモ其本質上ヨリ觀察スルニ必スシモ之ヲ私法上ニノミ限ルヘキモノニアラス是ヲ以テ訴訟行爲ニ條件ヲ附スルコトヲ得ルヤノ問題ニ關シ單ニ公法上ノ行爲ナルカ故ニ條件ヲ附加スルコト得サルモノト速斷スルコトヲ得ス一般ノ訴訟行爲ノ本質又ハ或種類ノ訴訟行爲ノ性質上ヨリシテ條件ヲ附スルコトヲ許ササル特種ノ理由ヲ求メサルヘカラス

條件ナル文字ハ法律上種々ノ意義ニ用ヰラルト雖モ玆ニ論スル條件ハ本來ノ意義ノミニ之ヲ解スルモノトス即意思表示ノ效力カ其ノ法定構成要素ニ屬セサル未來不確定ノ事實ニ繫ル場合ニ於テ其意思表示ヲ條件付ナリトナスナリ

條件ハ又他ノ方面ヨリ之ヲ觀察スレハ一ツノ事實ナリ訴訟行爲ノ條件タル事實モ將來不確定ニシテ且不法ナラサルヲ要スルコト私法上ノ條件ト異ナル所ナシ然レトモ訴訟行爲ノ場合ニ於テハ訴訟以外ニ存スル事情ハ決シテ訴訟行爲ノ條件トナスコト能ハサルモノトス

訴訟法上ニ於ケル條件ハ先ツ訴訟手續其モノト條件トノ關係及個々ノ訴訟行爲ト條件トノ關係ノ二ノ方面ニ分析シテ攻究スルヲ便宜ナリトス

(1)條件ト訴訟手續トノ關係

民事訴訟ハ其手續タル點ヨリ觀察スルモ國家カ私權ノ保護ノ爲ニ法規ヲ行フ行爲ノ連續ニシテ一ツノ行爲ハ必スコレニ先ツ他ノ行爲ヲ前提條件トセルヲ以テ一ツノ行爲ノ效力ノ動搖ハ訴訟手續全部ノ動搖ヲ生セシムルヤ必セリ玆ヲ以テ特定ノ行爲ニ條件ヲ附加スルニ當リテハ之ヲ適法ナラシムル事由存在スルコトヲ必要トス

(2)條件ト個々ノ訴訟行爲トノ關係

第二ニ一般論トシテ訴訟行爲中如何ナル種類ノ行爲カ條件ト相容ルルヤノ問題ヲ解決スルニ當リテハ先ツ訴訟行爲ノ意義及範圍ヲ明ニセサルヘカラス訴訟行爲ノ廣義ニ於テハ私權保護ノ目的ノ爲ニ訴訟ニ關シテナス總テノ行爲ヲ意味ス而シテ余ハ民法學者ノナス法律行爲及準法律行爲ノ區別ヲ訴訟行爲ニモ應用シテ此廣義ノ訴訟行爲ヲ分チテ訴訟的法律行爲(Prozessuale Rechtschritte)及狹義ノ訴訟行爲(Prozesshandlung im engeren Sinne)ノ二トナサント欲ス訴訟的法律行爲トハ法律カ當事者ノ意思表示ニ其內容ニ相當スル一定ノ法律上ノ效果ヲ附與スル訴訟行爲ヲ云フ訴訟的法律行爲ハ或ハ合意ナルコトアリ例ヘハ管轄ニ關スル合意(第二九條)等ノ如シ狹義ノ訴訟行爲ハ或觀

念カ表示セラルルコトヲ要スルモ法律上ノ效果ハ其意思ノ效力ニ基クニアラスシテ直接ニ法律ノ規定ニヨリテ生スルモノヲ云フ所謂觀念ノ表示及意思通知即コレニ屬ス例ヘハ裁判上ノ自白ハ意思表示(Willenserklärung)ニアラスシテ觀念ノ表示(Wissenserklärung)トス證據調ノ申立及ヒ送達モ亦此部類ノ訴訟行爲ニ屬ス

以上述ヘタル廣義ノ訴訟行爲中條件ト相容ルヽヤ否ヤノ問題ヲ生スルハ只第一種ノ訴訟行爲ニ限ルモノト云ハサルヘカラス何トナレハ條件ハ意思表示ノ效力ノ制限タル附款ナルヲ以テナリ

以上論スル所ニヨリ訴訟行爲ニ條件ヲ付スルコトヲ得ル場合ニ於テハ如何ナル規定ニ從フヘキヤ勿論民事訴訟法ニ於テハ何等規定スル所ナキヲ以テ一般法理論ヨリシテ民法第一編第四章第五節ノ條件ニ關スル規定ニ從フヘキナリ然レトモ條件ニ關スル民法ノ規定カスヘテ之レニ適用セラルルモノト云フヲ得ス民法第一三〇第一二八條第一二九號ハ全然意思表示ノ私法的性質ヲ根據トスルヲ以テ當然其適用ヨリ除外セラルヘキモノトス

第二　各論

今各種ノ訴訟行爲ト條件トノ關係ニ付キ訴訟行爲ヲ當事者ノ訴訟行爲及裁判所ノ訴訟行爲ノ二ニ分チテ之ヲ論ス

一　當事者ノ訴訟行爲

1 假定的ノ行爲(eventuelle Handlungen)

訴訟行爲カ假定的ニ爲サルヽ場合トハ同一ノ訴訟上ノ效果ヲ目的トスル數多ノ申立主張又ハ陳述ヲ同時ニナス場合ニ於テ當事者カ第一ノ手段カ效果ナカリシ場合ニ於

チノミ第二ノ手段ヲ主張スヘキ關係ニアル場合ヲ謂フ例ヘハ同時ニ賣買ノ代理請求及賣買無效ノ場合ニ引渡シタル物品返還ノ請求ヲナスカ如シ之ヲ沿革ニ徵スルニ獨逸普通法ニ於テハ書面審理主義ヲ採用シタルヲ以テ訴訟手續ノ遲延ヲ豫防スル一手段トシテ所謂假定主義(Eventualmaxime)ナルモノヲ採用シタリ此主義ニヨルニ當事者ハ同一ナル訴訟ノ目的ニ用ヒラルルスヘテノ攻擊若クハ防禦ノ方法ヲ同時ニ提出スルコトヲ要スルモノニシテ前者ガ效果ヲ有セサリシ場合ノ爲ニ後者ヲ以テコレニ備フルモノトス然レトモ今日ニ於テハ獨逸民事訴訟法吾民事訴訟法共ニ口頭辯論主義ヲ採用スルヲ以テ訴訟材料ニ付假定主義ヲ認ムル必要ナク只少數ノ場合ニ於テ例ヘハ第二百六條ノ妨訴抗辯同時提出ノ制限等ニ於テハ當事者ハ口頭辯論ノ終リニ在ル迄一切ノ訴訟材料ヲ何時ニテモ提出スルコトヲ得ルモノトス故ニ現行法ニ於テハ或場合ニ於テ假定主義ヲ强制スルコトアルモ其他ノ場合ニハ訴訟行爲ヲ假定的ニナスト否トハ當事者ノ自由ニ屬スルモノト云ハサルヘカラス

ココニ議論ヲ生スルハ所謂假定的申立(Eventualantrge)ヲ許スヘキヤ否ヤノ問題ナリ假定的申立トハ原告カ訴ニヨリ數多ノ請求ヲ行使シタル場合ニ其請求ハ互ニ相排斥スル關係ニアリテ原告ハ何レカ一ツノ請求ニヨリテ自己ノ目的ヲ達スル場合ヲ云フ例ヘハ賣買ノ代金請求ト同時ニ賣買無效ノ場合ノ目的物返遣ノ請求權ヲ行使スルカ如シ一說ニヨレハ假定的申立ハコレヲ許サストナス然レトモ余輩ハ多數說ニ從ヒ之ヲ有效ナリト解セント欲ス假定的申立ハ反對論者ノ主張スルカ如ク訴ノ條件附提起ニハアラス何トナレハ原告ハ判決ヲ請求スル申立ヲ條件ニ繫ラシムモノニアラスシテ

當ニ假定的ノ判決(Eventualverurteilung)ヲ求ムルナリコレヲ前述ノ例ニ付テ云ヘハ賣買無效ノ場合ノ目的物返還ノ訴カ條件ニカカレルニアラスシテ原告ハ賣買代理支拂又ハ賣買ノ目的物ノ返還ノ何レカ一ツヲ命スル判決ヲ無條件ニ裁判所ニ求ムルナリ

假定的併合ノ場合ニアリテハスヘテノ請求皆權利拘束ニアルモ被告ハ其スヘテヲ充タスヘキコトヲ命セラルルモノニアラサルヲ以テ事物ノ管轄ヲ定ムルニ當リ請求ノ額ハコレヲ合算スルコトナシ其額各差異アル時ハ最高キモノニヨル第一ノ請求ニ付テナス判決ハ一分判決ニアラスコレ係爭ノ目的物ノ一部分ニ付裁判ヲナシタルモノニアラサルヲ以テナリ此場合ニ假定的ノ請求カ成リ立チ得ルモノトスレハ第一ノ請求ヲ理由ナシトスル判決ハ中間判決ヲ以テナスコトヲ得

2 其他ノ條件附訴訟行爲

當事者ノ訴訟行爲ニシテ假定的ニアラサル條件附行爲カ適法ナルヤ否ヤヲ檢スルニハ先第一ニ申立ヲナス者ノ利益次ニ不確定ナル法律上ノ地位ニ置カルルニ在ル相手方ノ利益第三ニ訴訟カ安全ニ進行スルコトニ付テ國家ノ有スル利益ヲ眼中ニ置キテ考察セサルヘカラス

A 權利保護ノ申立全體トシテノ考察

權利保護ノ申立(Rechtsschutzgesuch)ハ之ニ條件ヲ附スルヲ得ス若シコレニ條件ヲ附スルコトヲ許スニ於テハ其效力ヲ不安全ナラシメ引イテ訴訟手續全體ノ動搖ヲ來シ國家及相手方ノ利益ヲ害スルヲ以テナリ故ニ例ヘハ權利拘束カ條件ノ下ニ發生シ又或條件ノ成就ニヨリ再ヒ消滅スヘキ旨ノ條件ヲ附シテ訴ヲ提起シタル場合ニ就テハ不適法トシテ却下スヘキモノトス上訴ノ提起ニ付テモ條件ヲ附スルコトヲ得ス若シ上訴

ニ條件ヲ附シタル時ハ上訴提起自體カ無效トナル故障ノ申立亦然リ

B 各個ノ訴訟行爲

イ 申立(Antrage)

申立トハ裁判所ノ行爲ヲ求ムル當事者ノ意思表示ナリ其裁判所ノ行爲カ積極的ニ申立ヲナス者ノ利益トナルモノナルトキ消極的ニ相手方ノ申立ヲ却下スルモノナルトキ問ハス申立ハ其結果ヨリ見ル時ハ相手方ニ對シ幾分ノ拘束ヲ加フルコトトナルヲ以テ民法上契約ノ解除解約ノ如キ相手方ヲ拘束スル單獨行爲ニ條件ヲ附スルコトヲ得サルト同シク一般ニ條件附タルヲ得サルモノト云ハサルヘカラス若シ條件附申立ヲナシタル者アル時ハ訴訟ノ秩序ニ違背スルモノトシテ却下スヘキモノトス然レトモ例外トシテ條件附申立ヲ許スヘキ場合アリ即次ノ如シ

a 法律ノ規定ニヨリ間接ニ認ムル場合

第四百二十七條第二項ノ場合ニ於テ被告ノ不當利得又ハ損害賠償ノ請求ハ留保判決ノ廢棄以前ト雖條件附ニコレヲ行使スルコトヲ得ルモノトス第五百〇九條ノ場合ニ於テモ同樣ナリ

b 假定的申立(前述セリ)

ロ 法律上及事實上ノ主張

或法律關係ノ存否又ハ事實ノ發生又ハ不發生カ眞實ナリトナス當事者ノ主張ニ條件ヲ附スルハ意味ヲナサス即條件ハ意思表示ノ附款ニシテ其他ノ觀念ノ表示又ハ意思通知等ニハ條件ヲ附加スルヲ得ス故ニ上述ノ如ク裁判上ノ自白ノ觀念ノ表示ト解スル時ハ條件附自白(das bedingte Geständnis)ハ事實ニ關スルモノナルモ又ハ相手方ノ法律

上ノ主張ニ對スルモノナルモ眞ノ自白ト見ルコトヲ得サルヲ以テ法律カ自白ニ附シタル特別ノ訴訟上ノ效果ヲ發生スルコトナシ

ハ 訴訟上ノ合意

訴訟上ノ合意(prozessvertrige)トハ直接ニ訴訟上ノ法律狀態ヲ定ムル當事者間ノ合意ヲ云フ例ヘハ管轄ニ關スル合意訴訟手續中止ノ合意(第一一八條)和解(第二二一條第三八一條)等即コレナリ此等ノ行爲ハ條件附又ハ期限附タラシムルコトヲ得何トナレハ契約ハ單獨行爲ト異リ一方的ニ相手方ヲ拘束スルモノニアラサルヲ以テ双方ノ合意ノ結果條件附ニ締結スルハ毫モ不可ナキ所ナレハナリ此點ハ訴訟上ノ和解(Prozessvergleich)ニ付テモ同一ニ論スルヲ得ヘシ元來訴訟ノ終了ハ條件附タラシムルヲ得サルモノナルモ和解ニ付テハ特ニコレヲ認ムルコトヲ得ルナリ訴訟上ノ和解ノ性質ニ付テハ異論ナキニアラスト雖私法上ノ效果及訴訟上ノ效果ヲ有スル一ツノ契約ニシテ私法上ノ效果ヲ目的トスル點ニ於テ訴訟法上ノ法律行爲タル性質ヲ有シ訴訟上ノ效果ヲ目的トスル點ニ於テ私法上ノ法律行爲タル性質ヲ有スルモノナリ故ニ私法上ノ法律行爲タルト訴訟法上ノ法律行爲タルトヲ問ハス錯誤詐欺强迫等ノ原因ニヨリ無效トナリ又ハ取消サルコトアリ得ヘキヲ以テコレヲ條件附トシテ訴訟ノ終了ヲ不確定ナラシムルモ强チ不可ナル所ナキモノト云フヘシ

ニ 一方的訴訟行爲(Einseitige prozessuale Rechtsgeschäfte)

一方的訴訟行爲トハ常ニ一方當事者ノ意思表示ニヨリ成立スル訴訟行爲ヲ云フ例ヘハ申請又ハ申立ノ取下コトニ訴上訴又ハ故障ノ取下等即之ナリコレ等ノ一方的行爲ハ訴訟關係ニ一新面ヲ展開セシムルモノナレハ條件ヲ許ササルモノト云ハサルヘカラス

二　裁判所ノ訴訟行爲

今玆ニ條件ニ關連シテ論スルコトヲ要スルハ意思表示タル裁判所ノ行爲ニ限ルコト上述ノ如シ裁判所ノ訴訟行爲ニシテ意思表示タルモノハ裁判即判決決定及命令トナス裁判ハ當事者ノ訴訟行爲ト異リ條件ヲ容ルル程度極メテ狹シ

1　假定的行爲

裁判所ノ訴訟行爲ニシテ假定的ナルモノハ只訴訟指揮(Prozessleitung)ノ範圍ニ於テ而モ證據決定(Beweisbeschluss)ニ付テノミ想像スルコトヲ得即法律關係カ紛糾錯雜セル場合ニ成ルヘク一度決定ヲ發スルノミニ止メントスル目的ニ出ツルモノニシテ第一ノ證據カ一定ノ結果ヲ生シタル場合ニ於テノミ第二ノ證據ヲ命スルカ如シ

2　其他ノ條件附訴訟行爲

條件ヲ附シ得ヘキコトヲ法律中ニ豫想シタルモノハ解除條件トシテ留保判決ノ場合ニ於テ爾後ノ手續ニ於ケル留保判決ノ廢棄コレナリ此場合ニ求ムル留保判決ハ初ヨリ爾後ノ手續ニ於ケル判決ニヨリ廢棄セラレサルヲ前提トシテ存在スルモノニシテ留保セラレタル權利ノ防禦方法理由アリテ留保判決廢棄セラルル時ハコレ即解除條件ノ成就ニ相當スルモノトス裁判所ハ自己ノナシタル裁判ノ執行ヲ條件ニ繫ラシムルコトヲ得第五〇三條第一號第五〇五條第二項次ニ保證ヲ立ツルコトヲ條件トシテ强制執行ノ停止ヲ命スルコトヲ得ルハ疑ナキ所ナリ民事訴訟法第七四一條第二項及第三項ノ場合ニ於テ裁判所ハ當事者カ裁判所ノ定ムル保證ヲ立ツルコトヲ條件トシテ假差押命令(判決又ハ決定)ヲ發スルコトヲ得ルヤ一說ニヨレハ保證供與ハ請求又ハ假差押理由ノ疏明ニ代ルモノナルヲ以テ假差押命令ハ保證ノ供與以後ナラサレハ之ヲ

發スルコトヲ得スト主張スルモノアリ然レトモ本條第三項ノ規定ヲ見ルニ理由ノ疏明アリタル場合ニ於テモ裁判所ノ自白ノ認定ニヨリ保證ヲ立テシメテ假差押ヲ命スルコトヲ得ルヲ以テ保證ノ供與ハ必シモ疏明ニ代ルモノト云フヲ得ス法文ノ精神ニヨリ實際ノ便宜ニ從ヒ保證ヲ立ツルコトヲ條件トシテ假差押命令ヲ發スルコトヲ得ルモノト云ハサルヘカラス次ニ斯ノ如キ假差押命令ノ性質ニ付テハ保證ノ供與ノ條件ハ直接ニ假差押命令其モノニ附加セラレタルモノニシテ假差押命令ハ保證ノ供與ト共ニ效力ヲ生スルモノト解スルヲ正當トス(法學士田中耕太郎氏「條件附訴訟行爲論」法學協會雜誌第三三卷第一〇號一一〇頁以下要領)

從來民法ニ於テ法律行爲ト稱シタルモノノ中法律行爲及ヒ準法律行爲ノ區別アルコトハ民法學者ノ著眼シタル所ニシテ此觀念ヲ移シテ以テ廣義ノ訴訟行爲中之ト同樣ノ區別アリトナスハ吾人ノ意ヲ同シクスル所ナリ而シテ條件カ本論ニ所謂訴訟的法律行爲ニ付テノミ之ニ附スル所謂假定的申立ハ吾人モ亦之ヲ有效ト解ス然レトモ此場合ニ於テハ數個ノ原因表示ノ一部ヲ成ス當然ノ結果ナリト謂ハ謂ハサルヘカラス

ニ基ク數個ノ請求存在スルモノナルカ故ニ一ノ訴ヲ以テ數個ノ請求ヲ爲スモノニ外ナラス學士ハ被告カ其スヘテヲ充タスコトヲ命セラルルモノニアラサルコトヲ理由トシ其訴額ハ合算スヘキモノニアラスト論セラル其意蓋シ相互條件的ニ二個ノ請求ニ對スル判決ヲ求ムル訴訟ナリトセラルルモノナラン乎然レトモ

吾人ハ之ニ反對ス學士ハ假定的申立カ成立シ得ル場合ニ於テ第一ノ請求ヲ理由ナシトスル裁判ハ中間判決ヲ爲スヘキモノトセラル果シテ然ラハ此場合ニ於テハ第一ノ請求ニ付テハ確定力ヲ生スルコトナシト謂ハサルヘカラス然ルニ若シ第一ノ請求カ成立チ得ル場合ヲ考フルニ此場合ニ於テ裁判所ハ第一ノ請求ニ付キ終局判決ヲ爲スヘキモノナルコトハ何人ト雖モ之ヲ爭フ能ハサルヘシ故ニ學士ノ所見ニ從ハン乎第一ノ請求ニ付テハ其成立チ得ルト得サルトニ因リ或ハ終局判決ト爲リ或ハ中間判決ト爲ルノ奇觀ヲ呈スヘシ更ニ假定的申立モ亦理由ナキ場合ニ想到センニ學士ハ如何ナル判決ヲ爲スヘキモノト解セラルルヤ吾人ヲ以テ之ヲ見レハ假定的申立ハ第一ノ請求ニ關スル實體上ノ主張カ排斥セラルヘキコトヲ假定シ第一ノ請求ニ於ケル主張事實ト相反スル事實ヲ主張シテ他ノ請求ヲ爲スモノナルカ故ニ第一ノ請求ノ當否ハ假定的申立カ理由アリヤ否ヤニ繫ルモノニシテ決シテ假定的申立ノ成立ニ關スル條件ヲ成スモノニアラス(此點ハ學士ノ認メラルル所ナリ)故ニ第一ノ請求カ理由アルト否トニ拘ラス假定的申立ハ獨立ノ請求トシテ其成立ヲ保ツモノナリ只第一ノ請求カ理由アリトセラルルトキハ假定的申立ハ恰カモ之ト相容レサル主張事實ヲ主張セルモノナルカ故ニ當然理由ナシトシテ排斥セラルルニ至ルヘキノミ而シテ裁判所ハ第一ノ請求ヲ理由アリトスルト假定的申立ヲ理由アリトスルト將タ又其雙方ノ請求ヲ理由ナ

大審院判決

シトスルトヲ問ハス各個ノ請求ニ付キ終局判決ヲ爲ササルヘカラサルナリ保證ヲ條件トシテ假差押命令ヲ發スルコトヲ得ルヤ吾人ハ之ヲ消極ニ解ス爾餘ノ論旨ハ吾人ノ贊同スル所要スルニ本論ハ條件的訴訟行爲ヲ闡明シタル好論文ナリト信ス

(八九)

四六八　左ノ場合ニ於テハ取消ノ訴ニ因リ再審ヲ求ムルコトヲ得
第四　訴訟手續ニ於テ原告若クハ被告カ法律規定ニ從ヒ代理セラレサリシトキ

四七四　訴ハ一ヶ月ノ不變期間內ニ之ヲ起ス可シ
此期間ハ原告若クハ被告カ不服ノ理由ヲ知リタル日ヲ以テ始マル若シ原告若クハ被告カ判決ノ確定前ニ不服ノ理由ヲ知リタルトキハ判決ノ確定ヲ以テ始マル
判決確定ノ日ヨリ起算シテ五ヶ年ノ滿了後ハ訴ヲ爲スコトヲ得ス
前二項ノ規定ハ第四六八條第四號ノ場合ニ之ヲ適用セス此場合ニ於テ其訴ノ提起ノ期間ハ原告若クハ被告又ハ其法律上代理人カ送達ニ因リ判決アリタルコトヲ知リタル日ヲ以テ始マル

甲者乙者ノ名ヲ以テ丙者ニ對シテ訴訟ヲ提起シタル場合ニ於テ乙者ノ名義ニ因リ言渡サレタル判決ハ乙者ニ對シテ效力ナク又甲者原告トナリテ訴ヲ提起スルニ當リ被告トシテ乙者ノ氏名ヲ表示シ丙者ヲ相手取リテ訴訟手續ヲ進行シタル場合ニ於テモ其訴訟ニ於テ言渡サレタル判決ハ假令被告トシテ乙者ノ氏名ヲ表示スルモ之ニ對シテ效力ヲ生セサルモノトス』

甲者カ乙者ノ氏名ヲ冒稱シ又ハ乙者ノ代理人ナリト詐稱シテ訴ヲ提起シタル場合ニ乙者ハ其訴訟手續ヲ受繼スヘキ責務ナキハ勿論自己ノ當事者ニアラサル訴

訟ニ介入シテ其進行ヲ阻止スルノ權能ヲ有セサルモノトス」

民事訴訟ニ於ケル當事者トシテ確定判決ノ效力ニ服スルニハ其判決ニ於テ當事者トシテ表示セラレタルノミヲ以テ足レリトセス現ニ原告トシテ訴ヲ提起シ又ハ被告トシテ相手取ラレタルコトヲ必要トス故ニ訴狀並ニ判決ニ原告トシテ表示スルモ其訴訟カ其原告ノ提起シタルモノニアラサルトキハ其訴訟ニ於テ言渡サレタル判決ハ之ニ對シテ效力ナク又訴狀並ニ判決ニ被告トシテ表示スルモ其被告カ現ニ被告トシテ相手取ラレタルモノニアラサルトキハ其判決ハ之ニ對シテ何等ノ效力ヲ生セサルモノトス何トナレハ各人ハ其當事者トシテ現ニ干與セサル訴訟ニ於テ言渡サレタル判決ニ因リ羈束セラルルコトナカルヘキハ民事訴訟ノ原則ニシテ其原告又ハ被告トシテ判決ニ表示セラレタルノ一事ノミヲ以テ其形式上及ヒ實質上ノ效力ヲ之ニ及ホスコトヲ得サルハ事理ノ當然ナルヲ以テナリ玆ヲ以テ甲者乙者ノ名ヲ以テ丙者ニ對シテ訴訟ヲ提起シタル場合ニ於テ乙者ノ名義ニ因リ言渡サレタル判決ハ乙者ニ對シテ效力ナク又甲者原告トナリテ訴ヲ提起スルニ當リ被告トシテ乙者ノ氏名ヲ表示シ丙者ヲ相手取リテ訴訟手續ヲ進行シタル場合ニ於テモ其訴訟ニ於テ言渡サレタル判決ハ假令被告トシテ乙者ノ氏名ヲ表示スルモ之ニ對シテ效力ヲ生セサルモノトス而シテ甲者カ乙者ノ氏名ヲ冒稱シ又ハ乙者ノ代理人ナリト詐稱シテ訴ヲ提起シタル場合ニ乙者ハ其訴訟手續ヲ受繼スヘキ責務ナキハ勿論自己ノ當事者ニアラサル訴訟ニ介入シテ其進行ヲ阻止スルノ權能ヲ有セサルモノトス何トナレハ其訴訟ニ於テ言渡サレタル判決ハ之ニ對シテ何等ノ效力ヲ生セサル以上ハ其進行ヲ阻止スルニ於テ毫モ

利害ヲ有セサルヲ以テナリ唯タ民事訴訟法第四六八條ハ取消ノ訴ニ因リ再審ヲ求ムルコトヲ得ル場合ノ一トシテ「訴訟手續ニ於テ原告若クハ被告カ法律ノ規定ニ從ヒ代理セラレサリシトキ」ト擧示セルヨリ推ストキハ甲者カ乙者又ハ其代理人トシテ訴訟ヲ提起セル場合ニ於テモ其判決ハ乙者ニ對シテ效力ヲ生シ乙者ハ僅カニ取消ノ訴ニ因リ再審ヲ求メ自己ノ不利益ニ於テ言渡サレタル判決取消ノ目的ヲ達スルコトヲ得ルニ過キサルノミナラス同法第四七四條第四項ニ規定スル期間滿了ト共ニ其判決ヲ攻擊スルコトヲ得サルモノト解スヘキニ似タリ然レトモ此解釋ハ其當ヲ得タルモノト謂フコトヲ得ス蓋シ同條ニ所謂原告若クハ被告トハ訴狀又ハ判決ニ原告又ハ被告トシテ表示セラレタル者ヲ指スモノニアラスシテ現ニ原告トシテ訴ヲ提起シ又ハ被告トシテ現ニ相手取ラレタル者ヲ意味スルモノト解スルヲ相當トスルヲ以テ同條ノ規定ヲ適用スルニハ少クトモ其原告又ハ被告ハ相手方トノ間ニ於テ權利拘束ヲ生シ訴訟關係カ適法ニ成立シタル訴訟ニ於テ判決ノ言渡サレタルモノナルコトヲ必要トス故ニ原告タル未成年者カ後見人ノ同意ナクシテ訴ヲ提起シ後見人カ親族會ノ同意ナクシテ訴ヲ提起シタル場合ニ於テハ原告ト相手方トノ間ニ權利拘束ヲ生スルヲ妨ケサルヲ以テ再審ニ關スル前掲規定ノ適用アリト雖モ他人ノ氏名ヲ冒稱シ又ハ他人ノ代理人ナリト詐ハリ訴ヲ提起シタル場合ニ於テハ表面上ノ原告ト相手方トノ間ニ於テ訴訟關係ハ成立セサルヲ以テ其訴訟ニ於テ言渡サレタル判決ハ其訴訟ニ於テ當事者ニアラサル表面上ノ原告ニ對シテ效力ヲ生スルノ理ナキハ前段說明スル所ノ如ク此場合ニ付キ再審ノ問題ヲ生スルコトナキハ論ヲ俟タサルモノトス本件ハ訴外千頭政巷ナルモノカ上告人名義ノ委任狀ヲ僞造シ辯護士光森德治ヲ訴訟代理人トシテ

仁井田陳士

上告人ヲ原告ト表示シ被上告人等ニ對シテ抵當權設定登記抹消ノ請求ヲ提起シタルニ光森辯護士ニ於テ口頭辯論期日ヲ懈怠シタルカ爲メ訴却下ノ缺席判決ヲ受ケ其判決ハ同辯護士ニ送達セラレタリ然ルニ同辯護士ノ代理權ハ如上欠缺セルモノナルヲ以テ當事者ノ申請ニ基キ更ニ上告人ニ對シ闕席判決ヲ送達シタルヨリ上告人ハ辯護士吉本彦次ニ委任シ故障申立ヲ爲サシメタルモノナレハ上告人ハ訴外者ノ爲メ自己ノ名義ヲ冒用セラレタルニ止マリ當初ヨリ訴訟ノ當事者タルモノニ非ス其闕席判決ノ送達ヲ受ケ故障ノ申立ヲ爲シタルカ爲メ當事者タル地位ヲ取得スヘキモノニ非サルヲ以テ當事者ニ非ラサル上告人ノ故障申立ハ不適法ナリトス然ルニ原院カ本訴ノ原告トシテ表示セラレタルニ過キサル上告人ヲ以テ訴訟ノ當事者タルヘキモノトシ其代理人トシテ光森辯護士ニ對シ與ヘタル闕席判決及ヒ其送達ヲ有效ナリトシ上告人ノ故障申立ハ期間經過後ニ係ル不適法ノモノトシテ之ヲ棄却スヘキモノト判示シタルハ失當ニシテ原院カ護キニ與ヘタル抗告ノ決定ニ羈束セラルヘキヤ否ヲ判示スルノ要ナキモ如上ノ理由ニ依リ上告人ノ故障申立ハ到底不適法タルヲ免レス上告ハ其理由ナキモノトス(大審院大正三年(オ)第九六八號同四年六月三十日民三部横田裁判長田上大倉嘉山三宅各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審大阪控訴院○抵當權設定登記抹消請求事件○上告人川窪爲訴訟代理人辯護士後藤儀太郎被上告人池本甕久外一名

【參照學說】

一　訴訟手續ニ於テ原告又ハ被告カ法律ノ規定ニ從ヒ代理セラレサリシトキ

板倉學士
岩田學士

當事者ノ法律上代理人カ實際代理權ヲ有セス若クハ訴訟ヲ爲スニ必要ナル特別授權ヲ有セサリシトキ又ハ當事者ノ訴訟代理人カ實際代理權ヲ有セサリシトキハ此等ノ欠缺カ訴訟ノ如何ナル程度ニ於テ存在セルト又何レノ當事者ニ付キ存在セルトヲ問ハス第二審判決ヲ以テ毎ニ法律ノ違背ニ基クモノト認ムヘキモノナリ(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論中卷八九六頁)

二　當事者カ訴訟手續ニ於テ法律ノ規定ニ從ヒ代理セラレサリシコト　法律ノ規定ニ從ヒ代理セラレサリシトキハ違法ニ代理セラレタル場合ノミヲ謂フニ非ス呼出狀カ誤テ同名異人ニ送達セラレ本人ニ呼出狀ノ達セサリシ場合ヲモ包含スルモノナリ(法學士板倉松太郎氏民事訴訟法綱要五二四頁)

三　訴訟手續ニ於テ原告若クハ被告カ法律ノ規定ニ從ヒテ代理セラレサリシトキ　即チ法定代理訴訟代理等ニ關シテ法律ノ規定ニ違背シタル場合ヲ謂フ(法學士岩田一郎氏民事訴訟法原論八二七頁)

甲者カ乙者ノ氏名ヲ冒稱シテ訴ヲ提起シタル場合ニ於テ乙者ノ名義ニ因リ言渡サレタル判決カ乙者ニ對シテ效力ナキコトハ吾人モ亦之ヲ認ム然レトモ甲者カ乙者ノ代理人ナリト詐稱シ訴ヲ提起シタル場合ニ於テ乙者ノ名義ニ因リ言渡サレタル判決ハ之ト其性質ヲ異ニシ乙者ニ對シテ其效力ヲ生スルモノト信ス蓋シ甲者ハ乙者ノ代理人トシテ訴訟行爲ヲ爲スモノニシテ只代理權ノ欠缺スル結果其訴訟行爲ノ效果カ本人タル乙者ニ及フ能ハサルノミ而シテ判決カ甲者ヲ以テ適法ナル代理人ナリト誤認シ乙者ノ名義ニ因リ判決ヲ下シタルトキハ其違法ナルコト勿論ナリト雖モ其效力ハ乙者ニ對シテ生スヘク只乙者ハ其判決ニ對シテ上訴故障又ハ再審ノ訴ヲ爲スヘキノミ判決ハ訴訟上ノ無權代理ニ付キ後見人カ親族會ノ同意ヲ得スシテ訴ヲ提起シタル場合ト他人ノ代理人ナリト詐リ訴ヲ提起シタル場合トヲ區別スルモ其代理權ナク爲メニ訴訟成立條件ヲ具備セサルコトハ二者同一ナリ而シテ前者ノ場合ニハ權利拘束發生スト爲シ後者ノ場合ニハ

然ラスト爲スハ果シテ其標準ヲ何レニ求メタルヤ民事訴訟法第四六八條第四號ニ所謂原告若クハ被告カ法律ノ規定ニ從ヒ代理セラレサリシトキトハ法律上代理人カ特別授權ヲ欠缺スル場合及ヒ訴訟委任カ適法ナラサル場合ハ勿論法律上代理人ニアラサル者カ法律上代理人トシテ訴訟ヲ提起シ又ハ全然訴訟委任ヲ受ケサル者カ訴訟代理人トシテ訴訟ヲ提起シタル場合ヲモ包含スルモノト解セサルヘカラス

以上論スル所ニ依レハ本件ノ場合ニ上告人ノ爲シタル故障申立ハ固ヨリ適法ナリト謂ハサルヘカラス蓋シ本件ニ於テ訴ヲ提起シタル訴訟代理人ハ眞正ニ訴訟委任ヲ受ケタルモノニアラサルヤ勿論ナリト雖モ而カモ上告人ノ訴訟代理人トシテ訴訟行爲ヲ爲シタルモノニシテ上告人ハ畢竟訴訟ニ於テ適法ニ代理セラレサリシモノニ外ナラサレハナリ（上告人カ本件訴訟ニ付キ當事者トシテ行動スルハ決シテ訴訟手續ヲ受繼スルモノニアラス又自己ノ當事者ニアラサル訴訟ニ介入スルモノニアラス）吾人ハ此點ニ於テ本判決ニ贊同スルコト能ハサルナリ

（九〇）

五五九 強制執行ハ左ノ諸件ニ付テモ亦之ヲ爲スコトヲ得

第五 公證人カ其權限內ニ於テ成規ノ方式ニ依リ作リタル證書但一定ノ金額ノ支拂又ハ他ノ代替物若クハ有價證券ノ一定ノ數量ノ給付ヲ以テ目的トスル請求ニ付キ作リタル證書ニシテ直チニ強制執行ヲ受ク可キ旨ヲ記載シタルモノニ限ル

公正證書面ノ記載金額ノ一部カ事實ニ吻合セサルモ其他カ之ニ吻合スルカ如キ場合ニ於テ其事實ニ吻合スル部分ニ付キ該證書ヲ以テ債務名義ト爲スハ何等妨ケナキモノトス（公正證書面ニハ貸借ノ金額ヲ一千五百圓ト記載アリテ當事者ノ實際貸借シタルハ一千圓ナル場合ニ於テ該證書ヲ一千圓ニ付テ債務名義ト爲スモ妨ケナシ）」

公正證書ノ記載ハ事實ニ吻合スルコトヲ必要トスルカ故ニ證書面ニハ金錢其他ノ給付ヲ爲スヘキコトノ記載アルモ其實債務者カ何等ノ給付ヲ爲スヲ要セサルカ縱令之ヲ要スルモ目的物ノ全ク相違スルカ如キ場合ニ於テハ其公正證書ハ事實ニ吻合セサルモノナレハ之ヲ以テ債務名義ト爲スヲ得サルコト多言ヲ俟タスト雖モ證書面ノ記載金額ノ一部カ事實ニ吻合スル部分ニ付該證書ヲ以テ債務名義ト爲スハ法律上何等妨ケナキモノトス抑モ本件强制執行ノ債務名義タル乙第二號證公正證書面ニハ貸借ノ金額ヲ一千五百圓ト記載アリ然ルニ當事者ノ實際貸借シタルハ一千圓ノミニシテ五百圓ニ付テハ消費貸借ノ成立セサルコト原院ニ於テ確定セル所ナレハ證書面ノ記載事實ニ吻合セサルハ五百圓ノミニシテ他ハ之ニ吻合スルカ故ニ該公正證書ハ金一千五百圓ノ內五百圓ニ付テハ債務名義ト爲スヲ得サルモ一千圓ニ付テハ債務名義ト爲スモ妨ケナキモノト謂フヘシ然リ而シテ第一審判決ノ事實摘示ニ依レハ上告人ハ金一千五百圓ノ內三百圓ノ辨濟ヲ受ケ殘金一千二百圓ニ付本訴强制執行ヲ爲シタルモノノ如シ果シテ然ラハ該强制執行ハ金七百圓ニ付テハ許スヘク其餘ノ八百圓ニ付テノミ許スヘカラサルモノナルコト更ニ多言ヲ要セス然ルニ原院カ乙第二號證公正證書ハ千五百圓ノ消費貸借ニ付作成セラレタルモノナレハ之ヲ分離シテ千圓ノ部分