

質疑者 會員 志 法 生

陸軍刑法ノ禁錮ニ處セラレタルモノハ普通刑法ノ禁錮ニ處セラレタルモノト同シク官吏ニ採用サルルナキヤ 但シ徵兵兵役中禁錮ニ處セラレタル者

解答者 法學士 松浦鎮次郎君

本問ハ意味少シク不明ナレトモ陸軍刑法ノ禁錮ニ處セラレタル者ハ普通刑法ノ禁錮ニ處セラレタル者ト同シク官吏トシテ無資格ナリヤトノ意ナランカ然ルニ普通刑法ニ依リタルト陸軍刑法ニ依リタルトヲ問ハス禁錮ノ刑ニ處セラレタル事實ハソレノミニテ官吏トナルノ資格ヲ失ハシムルモノニ非ス

政第二十七號問題

質疑者 會員 則 外 生

任官ノ性質ハ合意ニ基クトセハ許可モ亦合意ニ基クモノナリト思考ス左レハ合意ニ基ク行爲ヲ以テ直ニ公法上ノ契約ナリトスル根據ヲ御説明アリタシ

解答者 法學士 松浦鎮次郎君

官吏任用ノ性質ヲ以テ公法上ノ契約トナス理由ハ單ニ任用カ國家ト私人トノ合意ニ基クモノナリトノ一點ニ存スルニ非ス公法上ノ契約ノ主眼トスル所ハ國家カ私人ノ同意ヲ待テ之ニ公法上ノ義務ヲ負ハシムルニ在リ而シテ官吏任用ハ國家カ私人ニ對シテ官吏トシテノ服從義務ヲ負ハシメントスルカ爲メニ其人ノ同意ヲ要スルモノナルカ故ニ之ヲ公法上ノ契約ト稱スルナリ然ルニ許可ノ如キハ許可ヲ受ケントスル者ノ請求ヲ待テ之ヲ與フヘキコト換言スレハ其人ノ同意ヲ待テ之ヲ與フヘキコトニ付テハ官吏任用ノ場合ト相似タリト雖

モ然モ許可ニ在リテ許可ヲ受クル者ノ同意ヲ待テ之ヲナスハ決シテ許可カ私人ニ義務ヲ負ハシムルモノナルカ故ニハ非スシテ請求ナキニ許可ヲ與フルノ要ヲ見サレハナリ故ニ許可ハ一箇ノ處分ニシテ公法上ノ契約ニハ非サルナリ要スルニ公法上ノ義務ヲ負ハシムルカ爲メニ私人ノ同意ヲ要スルモノニ非サレハ之ヲ公法上ノ契約ト謂フコトヲ得サルナリ

政第二十八號問題

質疑者 會員 則 外 生

處分令ト處分命令ノ差異

解答者 法學士 松浦鎮次郎君

處分命令モ處分令モ其實質ハ共ニ各箇ノ事件ニ關スル國家公共團體ヲ含ムノ權力行爲ナリ唯異ナル所ハ發布ノ形式及ヒ效力ニ在リ處分命令ハ一定ノ公布式ニ依リテ一般ニ發布セラルルモノニシテ一タヒ發布セラレタル以上ハ何人

モ之ヲ知ルモノト認メラレ之ヲ知ラサリシトノ理由ヲ以テ遵奉ヲ拒ムヲ得ス之ニ反シテ處分ハ一定ノ公布式ニ依リテ一般ニ發布セラルルモノニ非ス便宜ノ方法ヲ以テ之ヲ被處分者ニ知ラシムルモノナリ而シテ假令法規ニ於テ處分ヲ發スル形式ヲ定メタル場合ニ於テモ兎ニ角其方法ニ依リテ特ニ之ヲ被處分者ニ知ラシメサル可ラス從テ被處分者カ之ヲ知ラサリシ場合ニハ遵奉ノ義務ヲ生セサルナリ

政第二十九號問題

質疑者 會員 乾 松 石君

行政官廳ノ性質如何

解答者 法學士 松浦鎮次郎君

(一) 行政官廳ハ一部ノ行政事務ヲ掌ルモノナリ行政事務トハ裁判ヲ除ク外法律勅令ノ執行其他法律勅令ノ範圍内ニ於テ國家又ハ其機關タル公共團體カナ

ス所ノ權力行爲ヲイフ而シテ行政官廳ハ自己ノ名ヲ以テ此權力行爲ヲナス
人民ニ命令スルモノヲイフ此權力行爲ヲナスニ付キ内部ニ於テ行政官廳ヲ
事實的ニ補助スル補助機關又ハ權力ヲ行フニ付キ實際行政官廳ノ手足トナ
リテ行動スル執行機關ノ如キハ何レモ行政官廳トイフコトヲ得サルモノナ
リ

(二) 行政官廳ハ官吏ヲ以テ之ヲ組織スルモノナリ自己ノ名ヲ以テ行政ノ權力ヲ
行フ機關ノ中ニハ官吏ヲ以テ之ヲ組織スルモノアリ公共團體ノ吏員其他官
吏ニ非サル者ヲ以テ組織スルモノアリ官吏ヲ以テ組織スルモノハ其事務カ
國家直接ノ行政タルト國家ノ機關タル公共團體ノ行政タルトヲ問ハス總テ
之ヲ行政官廳ト稱ス故ニ府縣知事郡長ノ如キハ其行政區劃ノ長官トシテ國
家直接ノ事務ヲ行フ場合ト團體ノ首長トシテ團體事務ヲ行フ場合タルトヲ
問ハス常ニ行政官廳タリ之ニ反シテ吏員其他官吏ニ非サル者ヲ以テ組織ス
ルモノハ之ヲ官廳ト稱セス故ニ市參事會町村長ノ如キハ行政官廳ニ非ス府
縣參事會郡參事會等カ訴願ノ裁決ノ如キ行政權力ヲ行フ場合ニモ猶ホ之ヲ

行政官廳トイフコトヲ得サルナリ

斯ノ如クナルカ故ニ行政官廳トハ結局官吏ヲ以テ組織シ行政權ノ一部ヲ行使
スル國家又ハ公共團體ノ機關ナリトイフニ歸著スヘシ此レ今日我國ニ於テ用
キラルル行政官廳ナル語ノ意義ナリト信ス

政第三十號問題

質疑者 會員 關 武 生

政府ノ與ヘタル營業免許ハ民法第十九條ニ依テ取消サルルカ

解答者 法學士 松浦鎮次郎君

本問ハ意味少シク不明ナレトモ恐クハ無能力者カ後見人ノ同意ヲ得スシテ政府ニ營業免許ヲ出願シ政府已ニ免許ヲ與ヘタル後ニ於テ右ノ無能力者カ後見人ノ同意ヲ得サリシコトヲ理由トシテ免許ノ取消ヲ請求スルコトヲ得ルヤ否ヤトノ意ナランカ若シ然ラハ營業免許ノ出願ナル行為ハ私權ノ發生等ヲ目的トスル所謂法律行為ニ非ス故ニ特別ノ規定ナキ限りハ民法ノ規定ニ依リテ後見人ノ同意ヲ得ルヲ要スルモノニ非ス故ニ取消云云ノ問題ハ決シテ起ラサルナリ

政第三十一號問題

質疑解答 政第三十、十一號問題

政第三十二號問題

質疑者 會員 無 聲 子

町村會議員選舉人名簿調製ニ要スヘキ納稅額ハ町村内ノ一部ニ係ル區費ヲモ算入スヘシトノ行政判例アリ又區會議員ハ法律上名譽職ニアラストノ判例アリ法律上認めサル區會議員ノ決議ニ基キ賦課シタル區費ハ又法律上認めヘキモノニアラサレハ町村會議員選舉ニ要スル納稅資格ニ算入スルハ違法ナルカ如シ如何

本問ニ對シテハ本問ニ直接ノ關係ナシ何トナレハ區會

區費ノ法律上ノ性質ニ關シテハ本號大島生ノ質疑ニ對スル余輩ノ答辯ヲ參照セラレタシ右答辯中ニ述ヘ置キタルカ如ク區費ヲ以テ一種ノ町村費ナリト解スルトキハ當然町村會議員選舉ノ納稅資格ニ算入スヘキコトトナルヘシ行政裁判所ハ即チ此解釋ヲ採レルモノナルヘシ又質疑者ハ區會議員ハ名譽職ニ非ストノ判例ヲ云云セラレトモ此レハ本問ニ直接ノ關係ナシ何トナレハ區會

議員カ名譽職ナルニモセヨ然ラサルニモセヨ區費ヲ賦課シ得ヘキコトハ町村制第百十五條ニ於テ前條ニ記載スル事務ハ町村行政ニ關スル規則ニ依リ町村長之ヲ管理スヘシトアルニヨリ明瞭ニシテ決シテ法律上認めヘカラサルモノニ非サレハナリ

政第三十二號問題

質疑者 會員 小林 雙木君

府縣制第六條第八項中ニ關係區域トアルハ投票區域ナルカ又ハ選舉區域ヲ指シタルモノナルヤ

解答者 法學士 岩田 宙造君

府縣制第六條第八項ニ所謂關係區域トハ一概ニ投票區域ヲ意味スルニ非ス又一概ニ選舉區域ヲ意味スルニモ非ス要スルニ選舉事務ニ關係アル官吏吏員ノ關係區域トハ其官吏吏員カ選舉ニ關スル職務上其關係ヲ及スヘキ區域ヲ謂フ

ニ外ナラス故ニ選舉長タル郡市長ニ付テ言ヘハ選舉區ハ其關係區域ナリ投票所管理者タル町村長ニ付テ言ヘハ投票區ハ其關係區域ナリ

政第三十三號問題

質疑者 會員 宇野哲夫君

國有林野法第四條第一項ニ規定スル通告書ノ送達ヲ爲ス能ハサル場合ニ於テ隣接地所有者ノ立會ナクシテ行ヒタル國有林野ノ境界査定處分ハ有效ナルヤ

附言 國有林野法第四條第一項ノ規定ニ依ルトキハ國有林野ノ境界査定ヲ爲スニ當リテハ當該官廳ハ豫メ期日ヲ定メ隣接地所有者ニ通告ヲ發シテ立會ヲ求メ之ヲ施行スヘキコトトナレリ故ニ隣接地所有者ノ立會ハ國有林野ノ境界査定處分ニ必要ナル條件ニシテ此ノ立會ヲ缺クトキハ如何ナル場合ト雖モ該査定處分ハ有效ニ成立スルコト能ハサルニ似タリ然レトモ當該官廳カ豫メ期日ヲ定メ隣接地所有者ニ通告ヲ發シテ立會ヲ求メントセシニ其所有者ハ數年前ヨリ不在ニシテ踪跡分明セサルノミナラス適法ノ財産管理人

ナキカ爲メ通告書ヲ送達シ能ハサルカ如キ場合ハ隣接地所有者ノ立會ナクシテ査定處分ヲ執行シ得ルモノト信ス元來國家カ公法上ノ關係ニ於テ權力ヲ以テ臣民ニ臨ム場合ハ其行爲ハ個人ノ意思如何ニ拘ハラサルモノナレハ行政官廳カ公法上ノ行爲ヲ爲スニ當リテハ被處分者カ之ヲ知ルト知ラサルトハ敢テ問ハサルヲ以テ一般ノ原則トナス故ニ法令ノ規定ニ於テ或ル公法上ノ處分ノ形式トシテ特ニ其處分ニ被處分者ノ參加ヲ必要トシタルトキ其參加ヲ求ムルコト全ク不能ニ屬スル場合ノ如キハ到底其規定ヲ適用スルコト能ハサルヲ以テ茲ニ一般ノ原則ヲ適用スヘキモノナリト信ス以上説ク所ニシテ果シテ誤リナシトセハ本問ハ之ヲ積極ニ斷定スヘキモノノ如シト雖モ聊カ惑フ所アルヲ以テ敢テ愚見ヲ附記シテ詳細ナル御説明ヲ乞フ

解答者 法學士 松浦鎮次郎君

法規ニ於テ處分ヲナス場合ニ於ケル要件ヲ規定セルトキハ其要件ヲ備ヘサル處分ハ有效ナル處分ニ非ス然レトモ本問ノ如ク隣接地所有者カ失踪シ且財産

管理人ナク實際之ニ對シテ通告ヲナス能ハサル場合ニハ結局當該官廳ヨリ檢事ニ請求シ之ヲシテ民法ノ規定ニ依リ財産管理人ヲ置クコトヲ裁判所ニ請求セシメ財産管理人定マリタル後之ニ對シテ立會ヲ求メ處分ヲナスノ外ナキナリ

政第三十四號問題

質疑者 會員 大 島 生

町村所有ノ土地ハ其町村内ノ區ノ賦課ヲ受ケ區所有ノ土地ハ町村ノ賦課ヲ受ケルヤ町村制ニ於ケル區ハ法律上一ノ公法人ナルヤ其地位

解答者 法學士 松浦鎮次郎君

町村内ノ區ノ法律上ノ性質ハ實ハ町村制中ノ疑問ナリ抑町村内ノ區ニハ三種アリ第一ハ町村制第六十四條ニ規定セル區是ナリ此レハ同條ノ規定ニ依リテモ明ナル如ク單ニ町村行政ノ便宜上設ケタル行政區劃ニ過キスシテ法律上ノ

人格ヲ有スルモノニ非ス又本問題ニ別ニ關係スル所ナキヲ以テ詳シク述ヘス第二ハ町村内ノ一部ニシテ特別ニ財産ヲ所有スルモノ是ナリ第三ハ町村内ノ一部ニシテ營造物ヲ設ケ其一區限リ其費用ヲ負擔スルモノ是ナリ(第一ノ區ノ區域カ第二若クハ第三ノ區ノ區域ト事實上一致スル場合アルハ固ヨリ論ヲ待タス)第二第三ハ共ニ町村制第十四條ノ規定スル所ニシテ本問題ハ即チ此二種ノ區ニ繋リテ存スルモノナリ而シテ一ノ見解ニ依レハ曰ク町村制第十四條ヲ一見スレハ町村ノ外特別ニ財産ヲ所有スル區域アリ又營造物ヲ設ケル區域アリ而シテ第十五條ニ依レハ此等ノ區域ノ事務ハ町村ノ行政ニ關スル規則ニ依リ町村長之ヲ管理スヘシトアルカ故ニ此等ノ區域ニ於テハ町村ノ例ニ倣ヒ其財産又ハ營造物ノ爲メニ區稅ヲ賦課シ又ハ使用料ヲ徵收スルコトヲモナシ得ヘク町村ノ區域内ニ於テ別ニ獨立シテ公法上ノ權力ヲ行使スル自治團體アルカ如シト雖モ其實決シテ然ラス町村ナルモノハ町村制理由書ニ依リテモ明ナル如ク最下級ノ自治團體ナリ故ニ町村ノ下ニ更ニ區トイフカ如キ自治團體アリトイフコトヲ得ス第百十四條ハ決シテ或ル財産又ハ

營造物ニ關シテ自治權ヲ行フ團體ヲ認ムルノ主旨ヲ有スルモノニ非ス故ニ財產ヲ所有スル區ナルモノハ唯財產權ノ主體タル私法人トシテ存在スルニ過キス而シテ町村制ハ此財產ノ維持ニ關スル事務ヲ以テ町村ノ事務トナセルナリ故ニ町村長カ右ノ財產ニ關シ町村行政ノ規則ニ從ヒ租稅ヲ賦課スルカ如キハ區ナル獨立團體ノ租稅トシテ之ヲ賦課スルニ非スシテ實ハ町村稅トシテ之ヲ賦課スルナリ次ニ營造物ヲ設クル區ナルモノハ實ハ一人ノ人格ヲ有スルモノニ非スシテ唯町村ノ營造物ヲ專ラ使用シ其費用ヲ負擔スル負擔區域ヲ謂フニ過キス現ニ第百十四條ニハ營造物ヲ設ケテ其費用ヲ負擔シ云々ト規定セル所ニ(九十九條)ノ文字ヲ用ユルヲ見テモ明ナリ故ニ此場合ニ於テ營造物ヲ維持スル爲メニ賦課スル租稅ハ實ハ一種ノ町村稅タルナリ要スルニ財產ヲ所有スル區ニ在リテモ營造物ヲ設クル區ニ在リテモ區費ナルモノハ皆町村費ニ外ナラスト然ルニ之ニ反對スル見解ニ依レハ曰ク

町村カ最下級ノ自治體ナリトイフコトハ町村ノ下ニ更ニ町村ノ如ク一般ノ地方公共事務ヲ掌ル自治體ナシトノ主旨ニ過キスシテ町村ノ區域内ニ於テ特ニ

或ル財產又ハ營造物ヲ維持スル爲メニ自治權ヲ行フ團體アルコトハ毫モ町村カ最下級ノ自治體(一般的自治體)タルコトト相妨クルモノニ非ス町村制第百十四條ハ明ニ之ヲ認ムルモノナリ即チ同條ノ區ハ其財產又ハ營造物ニ關シテハ自治權ヲ有スル公法人ナリ町村長カ第百十五條ノ規定ニ依リ之ニ關スル事務ヲ行フハ即チ區ノ機關トシテ之ヲ行フナリ其賦課スル稅ハ區稅ナリ第一ノ見解ニ於テ特別ニ財產ヲ有スル區ヲ認メナカラ其財產ニ關スル事務ハ町村ノ事務ナリ之カ爲メニ賦課スル稅ハ町村稅ナリトイフカ如キハ強テ辯ヲ爲スモノナリ又營造物ヲ設クル區ヲ以テ町村ノ營造物ヲ町村ノ一部カ專用スル場合即チ九十九條ノ場合ヲ指スモノナリトナスカ如キハ其當ヲ得タルモノニ非ス第百十四條中ニ此場合ニ關シ(九十九條)ノ文字ヲ入レタルハ唯其一部限リ費用ヲ負擔スル狀態カ九十九條ノ場合ト同シトイフ意味ヲ示シタルニ過キス畢竟第百十四條ノ區ナルモノハ町村制施行以前ノ町村即チ大字又ハ町村制施行後町村ヲ合併スル場合ニ生スル一區域(即チ合併前ノ町村)ニシテ財產ヲ有シ又ハ營造物ヲ設ケ居ル場合ニ直チニ之ヲ新町村ニ移ス能ハサル事情アルヲ慮リ其以

前ノ状態ヲ繼續セシメンカ爲メニ之ヲ設ケタルモノナルカ故ニ町村制ノ正當ノ解釋トシテハ區ノ營造物ハ即チ區其者ノ管理スル營造物ナリトイハサルヘカラスト今日當局者ノ解釋ハ第一ノ見解ニ依ルモノノ如シト雖モ余輩ハ寧ロ第二ノ見解ヲ正當トスヘキモノニ非サルカヲ疑フモノナリ

區ノ法律上ノ性質ニ關スルニ見解ハ右ノ如シトシテ區所有ノ土地ハ町村ノ賦課ヲ受クルヤ否ヤノ問題ニ付テハ何レノ見解ニ依ルモ區ノ所有地ハ原則トシテ町村税ノ賦課ヲ受クヘキモノナルハ明ナリ次ニ區内ニ於ケル町村所有ノ土地ハ區ノ賦課ヲ受クルヤ否ヤノ問題ニ付テハ第二ノ見解ニ依レハ無論原則トシテハ區ノ賦課ヲ受クルモノナリトイハサルヘカラスト第一ノ見解ニ依レハ區費ハ即チ町村費ナルカ故ニ町村ニシテ若シ區費ノ賦課ヲ受クルトセハ町村自ラ町村費ヲ賦課セラルルノ姿トナルヘシト雖モ地主ノ資格タル町村カ自治體タル町村ノ費用ヲ負擔スルハ不合理ニモ非サルノミナラス區費ハ假令町村費ナリトスルモ町村ノ一般經濟トハ別經濟ニ屬スルモノナルカ故ニ此場合ニ於テハ町村ニ於テ區費ヲ負擔スヘキモノナリトイヒ得ヘキニ似タリ

政第三十五號問題

質疑者 會員 大 島 萬 君

町村自治團體ノ寄附又ハ補助ノ無償行爲ヲ爲スノ範圍

行政裁判例ニヨレハ府縣稅負擔道路堤防等ニシテ其利害其町村ト直接ノ關係アルモノハ縣ニ對シ寄附金ヲナスハ町村制第二條ノ範圍内ノ行爲ニシテ支出ハ町村必要ノ支出ナリトアルニ其町村農會費ヲ補助スルハ範圍ヲ超越シ必要ノ支出ニアラストアリ均シク該町村ノ福利ヲ増進スルモノニシテ其事業ノ成就ヲ容易ナラシムルモノナルニ二者反對ノ裁判例ヲ見ルニ至テハ甚タ怪訝ニ堪エス

解答者 法學士 松浦鎮次郎君

町村ニ於テ寄附又ハ補助ヲ爲シ得ヘキコトハ明文ノ之ヲ規定セルモノ無シト雖モ元來町村ナルモノハ町村制第二條ニ規定セルカ如ク町村公共ノ事務ヲ廣

ク行フコトヲ目的トスルモノニシテ而シテ所謂町村公共事務トハ町村住民ノ公益ニ關スル事務ヲ指スモノニ外ナラサルカ故ニ苟モ其寄附又ハ補助ヲナスコトカ町村住民ノ公益ヲ増進スル場合ナル以上ハ即チ換言スレハ其寄附又ハ補助ノ目的タル事業カ町村住民ノ公益ヲ増進スル性質ノモノナル以上ハ其國家府縣郡其他ノ公共團體ノ事業タルト私ノ團體ノ事業タルトヲ問ハス町村カ之ニ對シテ爲ス所ノ寄附又ハ補助ハ町村公共事務ノ一部ナリトイハサル可ラス而シテ町村農會ノ事業ハ明ニ町村住民ノ公益ヲ増進スルニ足ルヘキ性質ヲ有スルモノナルカ故ニ町村カ之ニ對シテ補助ヲナスハ現ニ全國到ル處ノ町村ニ於テ行ハルル所ニシテ亦實ニ適法ナル支出ナリ行政裁判所カ之ヲ違法ナリトナスハ其理由ヲ解スルニ苦ムナリ

政第三十六號問題(特別質疑)

質疑者 會員 大 法 生

郡會議員數ノ配當ニ關シ左ノ點ヲ解説セラレタシ(條文及ヒ理由ヲモ示教ヲ乞フ)

第一、明治三十二年五月内務省令第十八號第一條ニ本條ノ人口ハ内閣統計局

ニ於テ調査シ官報ヲ以テ報告スル最近ノ人口ニ依ル^トアル人口報告ハ毎年

有ルヤ六ヶ年毎ニ有ルヤ(一)現今ニ於テ最近ノ人口ト云ヘハ何年何月ノ官報

ニ掲載セラレタルモノヲ指スマヤ(二)

第二、郡制ニハ郡會議員數配當ノ標準ハ内務省令ニ依リテ定ムトアリ内務省

令第十八號第一條ニハ前項所掲ノ通り内閣統計局調査ノ官報報告中最近ノ

人口表ニ依ル^トアルヲ以テ此最近人口表ニ依ラサル議員ノ配當ハ(假令實際

ノ人口ニ適合スルモ)違法ナルヘシト信ス如何(一)果シテ違法ナリトセハ訴願

若クハ行政訴訟ヲ爲スノ道アルヤ(二)其違法ノ取消ヲ目的トスル訴願若クハ

行政訴訟ハ郡會ノ決議ニ對シテ爲スヘキヤ郡長ノ公示ニ對シテ爲スヘキヤ

又其請求者ハ郡會議員ヨリスヘキカ個人ヨリスヘキカ(三)右訴願若クハ行政
訴訟ハ何時迄提起スルヲ得ヘキヤ其終了ノ時期如何(四)

參照 內務省令第十八號第一條ニハ最初本條ノ人口ハ內務大臣ノ公示シ
タル最近ノ人口表ニ依ル「トアリタルモ明治三十三年二月同省令第
四號ヲ以テ本條ノ人口ハ內閣統計局ニ於テ調査シ官報ヲ以テ報告
スル最近ノ人口ニ依ル」ト改正セラレタリ

解答者 法學士 松浦鎮次郎君

第一、內閣統計局ニ於テ爲ス人口報告ハ五ヶ年毎ニ之ヲ爲スモノナリト覺ユ
現今ニ於テ最近ノ人口ト云ヘハ明治三十一年末ノ調査ニ係ルモノニシテ三
十三年二月一日官報號外ニ在リ
第二、最近人口表ニ依ラサル議員ノ配當ハ違法ナルヘキモ之ニ對シテハ訴願
又ハ行政訴訟ヲ提起スルノ途ナシ

政第三十七號問題

質疑者 會員 栗原三四郎君

統督權ノ性質ヲ問フ(小學校施行規則第三百三十四條)

解答者 法學士 清水澄君

統督トハ指揮監督トイフコトト異ナルコトナシ故ニ特別ノ規定アル場合ヲ除
ク外所謂監督權ノ範圍ニ屬スルコトハ皆此中ニ包含セルナリ

政第三十八號問題

質疑者 會員 大島萬君

國府縣稅ノ附加稅タル町村稅ヲ賦課ノ後其主稅タル國府縣稅ノ免除セラレタル
トキハ從稅タル町村稅ハ必然的還付スルヲ要スルヤ(村稅徵收法トシテ何等條例
規定ナシ)

解答者 法學士 松浦鎮次郎君

本税ト附加税トノ關係ハ賦課ノ場合ニ付テノミ存在ス故ニ初メヨリ本税無キ
場合ニ附加税ヲ賦課スレハ違法ナリト雖モ已ニ存在セル本税ヲ標準トシ之ニ
對シテ附加税ヲ賦課シタル場合ニハ附加税ハ獨立シテ何處マテモ其存在ヲ保
ツヘキモノニシテ後ニ至リ本税ノ免除等ノコトアルモ之カ爲メニ當然附加税
ヲ還付スヘキモノニ非ス

政第三十九號問題

質疑者 會員 無 木聲 登子

府縣會議員選舉效力ニ關シ異議ノ申立者アリ府縣知事モ又之レニ異議アル場合
ハ制第二百二十八條末項ニ依リ府縣參事會付議前處分ノ執行ヲ停止スルコトヲ得
ルヤ

解答者 法學士 松浦鎮次郎君

之ヲ爲シ得ヘシト信ス

政第四十號問題

質疑者 會員 乾 松 石君

市町村役場ハ行政官廳ナリヤ

解答者 法學士 松浦鎮次郎君

行政官廳トハ一定ノ範圍ノ國家事務又ハ公共團體事務ヲ處理スル爲メニ官吏
ヲ以テ組織セル國家又ハ公共團體ノ機關ナリ又廣ク行政廳トイフトキハ之ヲ
組織スル者カ官吏タルト否トヲ問ハス一定ノ範圍ノ國家事務又ハ公共團體事
務ヲ處理スル國家又ハ公共團體ノ機關ヲ意味ス然ルニ市町村役場ハ行政廳タ
ル市參事會又ハ町村長カ其事務ヲ行フ事務所ニシテ一ノ公署トイフヘキモノ
ナリ故ニ市町村役場ハ已ニ一ノ行政廳ニ非ス從テ其行政官廳ニ非サルハ論ヲ
待タス

質疑解答 政第三十九、四十號問題

政第四十一號問題

質疑者 會員 則 外 生

公用徴收ニ依リ殘地ノ増價ハ賠償額ト相殺スルコトヲ得ルヤ

解答者 法學士 松浦鎮次郎君

殘地ノ増價ト賠償額トヲ相殺スルヲ得ス然レトモ殘地ノ損失ヲ算出スルニ當リ若シ公用徴收ノ爲メニ増價シタル事實アラハ之ヲ損失ノ中ヨリ差引クヘキハ當然ナリ

政第四十二號問題

質疑者 會員 P N 生

三等郵便局長ハ官吏ナルヤ

解答者 法學士 松浦鎮次郎君

三等郵便局長ハ官吏ナリ然レトモ局長カ自己ノ事務ヲ補助スル爲メ傭入ルル職員ハ官吏ニ非ス

政第四十三號問題

質疑者 會員 關 武 生

下級官廳ノ法律ニ依テ定メラレタル處分權限ヲ其ノ上級官廳カ監督權ヲ以テ制限スルハ違法ノ處置ナラサルカ

解答者 法學士 松浦鎮次郎君

本問ハ意味少シク不明ナレトモ下級官廳カ特ニ法律ノ規定ニ依リ或事項ニ關シ處分ヲ爲シ得ル權限ヲ有スル場合ニ上級官廳カ監督權ノ作用ニ依リ右ノ處分ヲナス場合ニハ先ツ上級官廳ノ指揮ヲ受クヘシトイフカ如キ訓令ヲ下級官廳ニ下スモ此レ違法ニ非ス此レ唯内部ノ監督作用ニ過キスシテ法律ノ規定ト牴觸スルモノニ非レハナリ故ニ如斯キ場合ニハ下級官廳カ其訓令ニ背キテ單

獨ニ處分ヲ爲スモ其處分自身ハ有效ナリ唯下級官廳カ上級官廳ニ對シテ訓令違反ノ責ヲ負フニ過キス

四六 (五八)

政第四十四號問題

質疑者 會員 大島生

公共團體カ所有スル土地ニ對スル地租ヲ不納スルトキハ國稅徵收法ニヨリ處分セラルルヤ併テ公署ノ財産器具ハ差押ヲ受クルコトアルヤ

解答者 法學士 松浦鎮次郎君

公共團體ニ對シテハ國稅徵收法ヲ適用スルノ趣旨ニ非サルハ同法ノ全體ヲ通覽スレハ明ナリ又公署ノ財産ニ對シテモ法ノ精神ハ差押ヲ許ササルモノナリト信ス畢竟公共團體ニ於テ租稅ノ滯納ヲ爲シ又ハ債務ヲ盡ササルカ如キ場合ニハ強制シテ豫算ヲ作ラシメ公課ヲ徵收シテモ之ヲ支拂ハシムルコトハ監督權ノ作用トシテ之ヲ爲シ得ヘク滯納處分又ハ差押ノ如キ手段ヲ要セサルナリ

政第四十五號問題

質疑者 會員 堀部先之助君

官吏カ職務上ノ過失ニ依ル賠償責任ニ付テ左ノ說アリ右ハ正解ナリヤ貴會ノ教示ヲ仰ク

(官吏カ保管ニ係ル公金ヲ職務上過失ノ爲メ竊取セラレタルトキハ但シ會計法上別ニ明文アルモノハ除ク懲戒法ニヨリ處分ヲ受クル外賠償ノ責任ナシト)

解答者 法學士 松浦鎮次郎君

官吏カ職務上ノ過失ニ依リ國家ニ財産上ノ損害ヲ與ヘタル場合ニ於テハ官吏ハ已ニ官吏タル資格ヲ脱シテ私人トシテ國家ニ損害ヲ與ヘタルモノナルカ故ニ國家ハ懲戒等ヲナスノ外猶損害賠償ヲ要求スルヲ得ルヲ原則トス

此二國軍ハ... 官廳報告 第四十四回 正答問題

官廳報告 第四十四回 正答問題

官廳報告 第四十四回 正答問題

第四十四回 正答問題

官廳報告 第四十四回 正答問題

雜問

(本欄ハ問題ノ簡易ナルモノヲ輯録スルモノナリ)

第一號(民) 未成年ノ女子アリ其父ニ於テ親權ヲ行フ場合ニ於テ成年ノ夫ヲ迎フルトキハ其夫ニ於テ後見人ノ職務ヲ行フヤ(養老山人)

第二號(民) 家女タル妻カ後見人タル成年者ノ夫權ト妻ノ親權ト衝突シタルトキ如何ニスヘキヤ(中沼千之君)

親權ハ子カ夫ヲ迎ヘタルカ爲メニ消滅スルモノニ非ス後見ハ親權ヲ行フ者アル場合ニハ開始スルコトナシ故ニ本問ノ場合ニハ其父依然親權ヲ行フヘク夫ハ後見人タル能ハス(宮田法學士解答)

第三號(民) 民法第八百十三條中「刑ニ處セラレタル」トハ刑ノ宣告ヲ受ケタルノミニテ足ルヤ又ハ刑ノ執行ヲ受ケタルコトヲ要スルヤ(中沼千之君)

民法第八百十三條第四號ニ刑ニ處セラレタルトキトハ刑ノ宣告ヲ受ケタルトキノ謂ナリ故ニ大赦等ニ依リ刑ノ宣告ノ效力マテ消滅シタル場合ニハ同號ニ該當セスト雖モ特赦等ニ因リ刑

ノ執行ヲ免レタル者ハ仍ホ同號ニ該當スルモノトス(宮田法學士解答)

二 (九四)

第四號(刑訴)

地方裁判所支部カ豫審判事ヨリ其支部ノ輕罪公判ニ移シタル事件ヲ受理シ之ヲ審理セシニ其重罪ナルコトヲ發見シタルトキハ本來之ヲ其本部ニ送致スヘキモノナルニ拘ラス支部ハ獨立ノ管轄ヲ有ストノ誤解ヨリ管轄違ノ言渡ヲナシタルトキハ其救濟ノ方法如何

附記 余輩ハ此場合ニ檢事ハ其判決ニ對シテ上訴ヲナシ以テ其判決ヲ覆スコトヲ得ヘシト信ス如何(鬼城生)

貴見ノ通り又控訴審ハ支部ノ管轄違ノ判決ヲ取消シ本廳ニ事件ヲ差戻スヘキ判決ヲ爲スヘキナリ蓋シ本問題ノ管轄違ノ判決モ終局判決ナレハ之レニ對シ上訴ヲ爲シ得ヘキハ論ヲ俟タス若シ上訴ヲ爲サスシテ此判決確定スレハ他ノ場合ニ於テ管轄違ノ判決ト同一ノ確定力ヲ生スヘキナリ(豊島法學士解答)

第五號(刑)

違警罪ノ即決處分ノ性質ヲ説明セラレタシ(楠原保司君)
質疑錄第三二號刑第一號問題ノ解答ヲ見ヨ(豊島法學士解答)

雜 問

第六號(政)

官吏ノ出張旅費ハ放棄スルコトヲ得ルヤ(堀部先之助君)
官吏ノ旅費ハ其俸給ト同シク官吏タルノ身分ニ伴ヒ本人ノ意思如何ニ拘ラス當然與ヘラレタル公權ナルカ故ニ之ヲ放棄スルヲ得サルモノトス但シ箇々ノ場合ニ其請求ヲナサスシテ一定ノ年限ヲ經過スルトキハ其場合ニ於ケル請求權ヲ失フニ至ルハ勿論ナリ(松浦法學士解答)

第七號(民)

他人ノ物ヨリ生シタル急迫ノ危難ヲ避クル爲其物以外ニ害ヲ加ヘタルトキハ損害ヲ賠償スル責任アルヤ(木曾仲矩君)

本問ハ民法第七百二十條第二項ニ他人ノ物ヨリ生シタル急迫ノ危難ヲ避クル爲メ其物ヲ毀損シタル場合トアルヨリ生シタル疑義ナルヘシ而シテ法文ニハ明ニ其物ヲ毀損シタルカ故ニ其物以外ノ物ヲ毀損シタル場合ハ之ヲ包含セスシテ加害者ハ其損害ヲ賠償スル責任アルモノトス(加古法學士解答)

第八號(民)

民法第八十九條ノ果實トハ天然果實ノミヲ云フヤ然ラハ占有物ヲ貸借シテ得

タル賃料へ取得スルヲ得サルヤ(國府小平君)天然果實トシテ之ヲ得ルモノハ其ノ所有權ニ依リテ之ヲ得ルモノナリ

民法第百八十九條ノ果實ハ法定果實ヲ包含ス
果實ニハ天然果實ト法定果實トノ二種アリ從ツテ法律ニ於テ特ニ其種類ヲ指定セスシテ單ニ果實ト規定セルトキハ天然果實及法定果實ノ兩者ヲ包含スルモノト解釋セサルヘカラス(塚田法學士解答)

第九號(民) 抵當權ヲ抵當權ノ目的トナスコトヲ得ルヤ御説明ヲ乞フ(木曾仲矩君)

抵當權ハ抵當權ヲ以テ目的トナスコトヲ得ス
抵當權ハ不動産、登記シタル船舶、地上權、永小作權ニ付キテノミ設定シ得ヘキモノナルカ故其以外ノ動産又ハ權利ヲ以テ其目的ト爲スコトヲ得ス(民第三百六十九條)商第六百八十六條(塚田法學士解答)

第十號(民) 所有權ニ公私ノ區別アリヤ(大島生)

所有權ニハ公私ノ區別アルコトナシ一個人カ有スル所有權モ國家カ有スル所有權モ唯其主體カ異ナルノミ其權利自ラハ同一ナリ公法學者中或ハ公ノ所有權ナルモノヲ説クモノナキニシモアラサレトモ是レ公法ニ於ケル特種ノ觀念ヲ謂フニ過キス民法ニ所謂所有權ニハ亦此區別

アルコトヲ認メサルモノナリ(中山法學士解答)

第十一號(民)

民法第九百七十條第三號條文御説明ヲ乞フ(條文ハ親等ノ同シキ男又ハ女ノ間ニ在リテハ嫡出子ヲ先ニストアル)(濱田豊次郎君)
民法第九百七十條第三號ハ親等ノ同シキ男子相互ノ相續順位又ハ親等ノ同シキ女子相互ノ相續順位ヲ定メタルモノニシテ親等ヲ同フスル男子及ヒ女子相互ノ相續順位ヲ定メタルモノニアラス(川名法學士解答)

第十二號(民)

隱居ニヨリ家督相續ヲ爲シタル場合隱居者カ其ノ不動産ニ關シ遺言ヲ爲サスシテ死亡シタル場合ニ於テハ其三分ノ一(死亡シタル隱居者タリシ家族ノ財産ハ不動産ノミト假定ス)ヲ戶主カ受ケ其三分ノ二ハ遺產相續人カ受ケヘキヤ果シテ然ラハ戶主ノ死亡ニヨツテ相續ヲ爲シタル場合ニ於テ家督相續數年ノ後前例不動産ノ全部ヲ家督相續トシテ戶主一人カ受クル場合トハ前戶主タル父ノ意旨ニ於テハ何等ノ差異ナキニ法律ハ何ヲ以テ如斯區別ヲ設ケタルヤ敢テ貴會ノ高教ヲ待ツ(有梅生)

隱居者ノ財産ハ遺產相續ノ規定ニ依リテ相續セラルヘク、其ノ三分ノ一ハ戶主之ヲ受ケ、其三分ノ二ハ遺產相續人之ヲ受クルカ如キコトナシ

(民法第九百九十四條乃至千條及七第千四條ヲ一讀セラレノコトヲ乞フ)(川名法學士解答)

第十二號(民) 父母カ親權ノ喪失ヲ宣告セラレ母カ財產ノ管理ヲ辭シタルトキハ其管理ノ計

算ハ要セサルヤ(國府小平君)

法律ニハ子カ成年ニ達シタルトキノミ親權者ニ管理ノ計算ヲ命シ(民八九〇)親權喪失ノ場合及ヒ財產管理辭任ノ場合ニハ何等ノ規定ナシ故ニ法律上ハ計算ヲ爲ササルモ妨ケナキカ如シ而モ親權者カ管理ノ不當ニ因リ子ニ損害ヲ加ヘタルトキハ之ヲ賠償セサルヘカラス(民七〇

九)(宮田法學士解答)

第十四號(刑) 一度罪ヲ犯シ判決ヲ受ケ控訴中他ノ罪ヲ犯シタル時ハ數罪俱發ヲ以テ論スヘ

キヤ(高谷嘉四郎君)

本問ノ場合ハ二罪ハ共ニ確定判決ヲ經サルカ故ニ數罪俱發ノ關係ヲ有スルモノナレトモ第二ノ罪ヲ第一審ニ於テ裁判スルニ當リテハ刑法第百條ヲ適用スヘキニ非ス何トナレハ第百條ニ二罪以上俱ニ發シタルトキトハ二罪カ同一裁判所ニ繫屬シタル場合ヲ指シタルモノニシテ一ノ重キニ從テ處斷ストハ數罪ニ對シ一個ノ刑ヲ言渡スヲ意味スレハナリ故ニ第二ノ罪カ控訴審ニ繫屬シタルトキハ第一ノ罪ト共ニ併合審理シ第百條ニ從ヒ處斷スルヲ得ルニ至ル(豊島

法學士解答)

第十五號(刑) 官設鐵道乘車券ヲ以テ官文書ナリトスレハ今其乘車券ヲ毀棄スル時ハ官文書

毀棄罪ヲ構成スル乎(馱々生)

官設鐵道乘車券ヲ以テ偽造罪ノ官文書ト爲スコトノ當然ノ論結トシテ之ヲ毀棄スレハ官文書毀棄罪ヲ構成ストハ云フヘカラス偽造罪ニ於ル官文書ト毀棄罪ニ於ル官文書トハ其官私ヲ區別スルノ標準ヲ異ニスレハナリ其標準ノ如何ハ質疑錄第四四號刑第三九號問題ニ就テ見ラルヘシ(豊島法學士解答)

第十六號(刑) 賭博、博奕、博戲及賭事ノ意義及區別ヲ説明セラレタシ

博奕、博戲、賭事ノ意義及區別ハ質疑錄刑第四二號問題ニ於テ詳説シタレハ再說セス賭博ノ意義ハ博奕ノ意義ニ依テ自ラ定ルモノナリ現行刑法ニ於テハ飲食物以外ノ財物ヲ賭スル博奕ヲ賭博ト云フノ外ナシ財物ハ有體物ニ限ルコトハ我刑法ノ一般ニ認メタル所ニシテ刑法中無體物ヲ包含セシメ財物ナル文字ヲ用ヒタルヲ見ス有體物タル以上ハ動産ナルト不動産ナルトヲ區別セス又如何ニ僅少ナル價額ヲ有スルモノナリトモ妨ナシ賭スルトハ財物ヲ偶然ノ事ニ因テ決セシムル損失及利得ノ目的物トナスヲ云フ即チ勝タハ利得シ敗ルレハ損失スルモノト

爲スヲ指スモノニシテ財物ノ交付カ勝敗ノ決スル即時ニ行ハルルト後日ニ之ヲ交付スルトヲ區別セス而シテ現ニ發覺スルコトハ處罰條件タルモノニシテ賭博ナル行爲ノ要素ニ非ス(豊島法學士解答)

第十七號(刑訴)

缺席判決ノ故障期間ノ停止ハ判決書ニ其期間ヲ記載セサルトキハ停止スルナリ然ルニ第二二九條ノ禁錮ノ刑ノ言渡ヲ受ケ其執行ニ依リテ刑ノ言渡アリタルコトヲ知りタルモノニ對シテモ其判決ニ故障期間ヲ記載セサルトキハ記載スルマテ期間ノ進行ヲ停止スルヤ(第二〇七ノ二)(山田立海君)

右ノ場合ニ於テモ故障期間ノ通知アルマテハ其期間ノ進行ヲ停止ス第二〇七條ハ禁錮以上ノ刑ヲ言渡タル場合ナルト否トヲ問ハス總テノ缺席判決ニ適用セラルルモノナリ而シテ右ノ場合ニ於テ故障期間ノ進行ハ判決ニ故障期間ヲ記載シタルトキヨリ始マルニ非スシテ故障期間ヲ記載シタル判決ヲ被告本人ニ送達シ又ハ其判決ヲ告知シタルトキヨリ始マル又曩ニ故障期間記載ナキ缺席判決ヲ檢事カ被告人ニ告知スルニ當リ故障期間ヲ告知スルモ此時ヨリ故障期間ハ進行セス第二〇七條二項ノ故障期間ノ通知ハ裁判所職員ノ爲スヘキモノナレハナリ(豊島法學士解答)

第十八號(刑)

強姦罪ハ如何ナル點ニ及テ既遂犯アリト云フヤ(小林佐重太君)
姦トハ陰陽ノ結合ヲ云フ故ニ強姦罪ハ陰陽ノ接觸ヲ以テ既遂トナルモノニシテ必スシモ犯人カ情欲ヲ遂タルコトヲ以テ既遂トナラス「エミッシオ」又ハ「インミッシオ」セミニス「ナル事カ行ハレタルヤ否ヤ」此問題ニ關係ナキ所ナリ或ハ情欲ヲ遂ケサレハ強姦ノ既遂ト爲サストノ說ヲ爲スモノアリト雖モ情欲ヲ遂ケタル事實ノ證明ハ到底之ヲ爲ス能ハサルヲ以テ此說ニ從ヘハ強姦ノ既遂トシテ罰スヘキ場合ナキニ至ルヘシ(豊島法學士解答)

第十九號(民)

損害賠償ノ債務ヲ負フコトヲ希望シ之ヲ目的トシテ他人ヲ毆傷又ハ誹毀シタル行爲ハ法律行爲ナルヤ若シ然ラハ法律行爲ト不法行爲トヲ區別スル標準如何(山田巽君)
岡松氏民法理由上卷一五九頁ニ(一)法律行爲ハ必ス直接ニ法律上ノ效果ヲ發生チ目的トスルコトヲ要セス例之ハ契約ノ申込ノ如キ間接ニ法律上ノ效果ヲ發生チ目的トスル雖モ法律行爲タリ(二)法律行爲ハ必スシモ法律上ノ效果ヲ產生セシメントスル目的トスルヲ要セス例之ハ相續ニ因ル取得占有ノ取得ノ如キハ事實上ノ效果ト共ニ法律上ノ效果ヲ產生セシメントス然レトモ法律行爲タルヲ失ハス(三)法律行爲ハ必スシモ法律上ノ效果ヲ發生チ主タル目的ト爲スヲ要セス例之ハ住所ノ設定廢止委任ナキ行爲ノ實行ノ如キハ其主タル目的ハ他ノ點ニ存ス法律上ノ效果ヲ發生ハ單ニ從タル目的ニ過キスト雖モ尙法律行爲タルヲ失ハス云々ト説明シ尙意思カ必要條件ナル故ニ行爲者カ希望シタルト否トニ關ラズ法律上ノ效果ヲ生スヘキモノハ(他人ニ損害ヲ加フル行爲ノ如キ所謂不法行爲又ハ時効ノ如キハ)法律行爲ニアラス云々尙一六〇

質ニ必スシモ其欲シタル法律上ノ效果ヲ實際ニ生スルコトヲ要セス法律上ノ效果ヲ生セシメント欲シテ爲シタル意思ノ表示ナル以上ハ有效ト無効ト果シテ效果ヲ生スルト否トヲ問ハス法律行為タリ云々

有テ説明ヲ推論敷衍スルトキハ本問法律上ノ效果タル損害賠償ノ債務ヲ負擔スルコトヲ希望シテ他人ヲ傷ケ又ハ誹毀シタル行為モ所謂法律行為ノ範圍ニ入ルコトト爲リ不法行為トノ區別ノ標準ヲ知ルニ苦△蓋シ本問ノ如キハ素ヨリ第九十條ニ依リ無効ノ行為タルハ明カナレトモ尙ホ法律行為タルヲ失セサルモノノ如ク何トナレハ同條ハ明カニ不法ノ事柄ヲ目的トスル法律行為ノ文字アルヲ以テナリ若シ不法ノ目的ヲ有スル法律行為ヲ以テ法律行為ニアラスト論定スルトキハ其結果トシテ不當利得ト不法行為トノ區別ヲ明ニ陷ラシムルモノト愚考ス伏テ願クハ明教ヲ與ヘラレ小生ノ蒙マ開カレンコトヲ乞フ

○**毆傷誹毀ノ不法行為タルハ言ヲ俟タス亦民法第九十條ニ所謂公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスルトアル目的ハ行為ヲ爲ス緣由ヲ謂フニ非スシテ其行為ノ内容要素ニ謂フモノナリトス尙ホ民法理由之レハ民法理由ノ著者ニ對シテ質問セラルルコト便宜ナルヘシ**
(加古法學士解答)

第二十號(民) 二十三年勅令二百七十七號辨濟提供規則ハ主法タル舊民法ノ廢止ト共ニ自然消滅ニ歸セシヤ又特別法ナルヲ以テ依然有效ナリト解スルヲ相當トスルヤ(高橋松次郎君)
本問ハ殆ント問題トシテ價值ナシ何トナレハ明治三十一年六月法律第十一號民法施行法第九

條ニ於テ本勅令ハ民法施行ノ日ヨリ之ヲ廢止ストノ明文アレハナリ(棟居法學士解答)

第二十一號(民) 民法ニ所謂定期金ナルモノノ意義ハ例ハ元本百圓ニ對シ拾箇年間毎年貳拾圓宛均一ノ拂込ヲ爲サシメ元利還了ニ至ルノ貸金ノ如キモ亦タ其包含スル所ナルヤ(益齊生)

定期金トハ主タル權利ナクシテ定期ニ辨濟ヲ受クルモノニシテ例之終身定期金、無期定期金、供給契約ヨリ生スル權利、養料ノ債權等ナリ故ニ主タル權利ニ附從シテ定期ニ辨濟ヲ受クヘキモノノ如キハ定期金ニ非ス從ツテ本問ノ如キ場合ハ定期金中ニ包含セスト信ス(棟居法學士解答)

第二十二號(民) 民法第四百五十四條ノ保證人カ主タル債務者ト連帶トハ如何ナル場合ヲ指シタルモノナルヤ説明ヲ乞(田中又次郎君)

保證人カ主タル債務者ト連帶シテ債務ヲ負擔シタルトキトハ例ヘハ甲カ乙ニ對シ消費貸借ニ基キ金千圓ヲ支拂フ債務アルニ當リ丙カ乙ニ對シ甲カ該金千圓ノ債務ヲ履行セサル場合ニ於テ自ラ其履行ヲ爲スヘキコトヲ約シ且甲ト連帶シテ其債務ヲ負擔スル旨ヲ特約シタルカ如シ此場合ニ於テハ丙ハ乙ニ對シ保證人タルト同時ニ連帶債務者ナリ故ニ丙ハ普通ノ保證人ト異ナリ民法第四百五十二條及ヒ第四百五十三條ニ定メタル權利ヲ有セス然レトモ又丙ハ普通ノ

連帶債務者ト異ナリ主タル債務者ニアラスシテ保證ノ性質ニ因リ依然從タル債務者タルナリ
(鈴木法學士解答)

第二十三號(民) 遺言養子ノ場合ニ於テ養子カ養親ノ直系尊屬ニ對シ虐待又ハ侮辱ヲ加ヘタルトキハ養子ニ對シ離縁訴權ヲ有スルハ何人ナリヤ(離縁訴權ハ第八百六十六條第一項ニ依リ縁組ノ當事者ニアラサレハ此權ヲ有セス然ルニ此場合ニハ一方ノ當事者タル養親ナケレハ此權モ亦從テ之レナシトイハサルヘカラス若シ養親ノ直系尊屬ニ此權ヲ與ンニハ必ラスヤ特別ノ明文ナクシハアルヘカラス併シテ此明文ナケレハ此場合ニハ離縁訴權ナシト斷定スルノ已ムヲ得スト信ス
(山形朝君)

貴見ノ通り(宮田法學士解答) 第二十四號(民訴) 非訟事件手續法第十二條ノ囑託ハ上級裁判所ナルト亦裁判所以外ノ官廳ナルトヲ問ハス之ヲ爲シ得ルヤ(高橋松次郎君)

第二十五號(民訴) 甲ナルモノ公正證書ノ執行力アル正本ニ依リ債權アリトシテ債務者ナル

乙ノ有體動産ヲ差押ヘタルニ乙ナルモノ全ク債務ナキ場合ハ「強制執行ニ對スル異議」ノ訴訟トシテ提起スルコトヲ得ルヤ否ヤ條文ヲ示シテ理由ノ解答ヲ乞フ(孤法子)

貴見ノ通り民事訴訟法第五百四十五條及ヒ第五百六十二條第三項ノ規定ヲ一讀セハ其理由明カナリ(宮田法學士解答)

宮田法學士
松島肇君
加古法學士
中沼千之君

雜問

第二十六號(民) 時效ヲ減輕シ殊ニ期間ヲ短縮スルコトヲ得ルヤ否若シ得ルトセハ如何ナル場合ヲ云フヤ設例ニテ御回答ヲ乞フ(松島肇君)

時效ハ公益制度ナレハ之ヲ輕減シ若クハ其期間ヲ短縮スルコトヲ得サルモノトス(加古法學士)

第二十七號(民) 離籍セラレタル者ハ一家ヲ創立スルヤ否ヤ離婚又ハ離縁ノ場合ニ復籍ヲ拒マレタル者ハ一家ヲ創立スト規定セリ若シ前段ノ場合ヲ當然トセハ後段ノ場合モ亦當然ナルカ如シ故ニ特ニ後段ノ場合ニノミ規定スルノ必要ナシ然ルニ之レアルハ如何ナル理由ナリヤ詳細御説明ヲ乞フ(中沼千之君)

第七百四十二條ニ明文アリ一讀スヘシ(宮田法學士)

第二十八號(民) 抵當權ノ效力ニ關スル民法第三百七十四條ノ規定ニ於テハ目的物ニ於テ擔保スヘキ利息ニ制限ヲ附シタリ然ルニ第三百四十六條ノ規定ニ於テ質權ニ關シ此制限無キ理由如

何(上原彦八君)

民第六百七十三號解答ヲ見ルヘシ(加古法學士)

第二十九號(民) 民法第九百二條第三項ニ依リ妻カ夫ノ後見人タル場合ニハ第十四條ノ許可ハ何人ニ於テ爲スヘキヤ

第十七條第三號ニ依リ妻ハ夫ノ許可ヲ受クルコトヲ要セス(宮田法學士)

第二十號(刑) 酒造税法ニ於テ沒收例ヲ適用シ得ルヤ否ヤ(堀部先之助君)

本質疑ノ趣意ハ頗ル不明ナレトモ酒造税法ニ規定スル違犯事件ニ刑法ニ於ル沒收ノ規定ヲ適用スルヲ得ルヤノ意ナルヘシ特別法ニ於テ別ニ總則ヲ掲ケサルトキハ刑法ノ總則ニ從フコトハ刑法第五條ノ定ムル所ナリ酒造税法第三十一條ニハ刑法總則ヲ適用セサル場合ノ規定ヲ設ケタルモ沒收ノ規定ヲモ適用セサルモノトハ定メス故ニ刑法ニ於ケル沒收ノ規定ヲ酒造税法ニ違犯事件ニ適用スルヲ得ヘシ(豊島法學士)

第三十一號(刑) 教唆ト從犯トカ同一犯罪ニ付キ競合スルトキハ如何ニ處分スヘキモノナルヤ(北陸居士)

右問題ハ質疑錄第四九號刑六七問題ト同一ナリ依テ解答ヲ附セス(豊島法學士)

第三十二號(民) 私生子ノ認知ヲ求ムル訴ハ其親タルモノノ生存中ハ之ニ對シテ提起シ得ルハ自明ノ理ナルカ若シ其親タルモノ死亡シタルトキハ訴不能ニ歸シ終ルヤ如何(山形朗君)

貴見ノ通り(宮田法學士)

第三十三號(民) 勸業銀行ノ割増金ハ利息ナリヤ否ヤ(伊藤金次郎君)

民法第八十八條第二項ニ於テ法定果實ハ物ノ使用ノ對價トシテ受クヘキ金錢其他ノ物ヲ云フトアリ即チ法定果實ノ一タル利息ハ物ヲ使用スルモノカ使用ノ利益ニ代ヘテ支拂フヘキモノナリ而シテ割増金ハ如何ナル性質ナルヤト云フニ特別ノ契約ニ基ク一種ノ冒險的附隨的ノ利益ナリ彼ノ第八十九條第二項ニアル如ク日割ヲ以テ取得スト云フカ如キ利息ト同一視スヘカラサルヤ明ナリ故ニ勸業銀行ノ割増金ハ利息ニアラスト知ルヘシ(棟居法學士)

第三十四號(民) 故意及ヒ過失ノ性質(伊藤金次郎君)

故意トハ不法行爲ト知リナカラ之ヲ實行スル意思ノ決定セル狀態ヲ云ヒ過失トハ注意ヲ缺キタル意思ノ狀態ヲ云フ(棟居法學士)

第三十五號(民) 民法二百五十八條共有物分割請求ノ管轄裁判所ハ如何ナル裁判所ナルヤ

(高橋松次郎君)

質解疑答 雜 問

本問ハ既ニ解答済ナルヲ以テ之ヲ茲ニ再セス(塚田法學士)

第二十六號(民)

解除條件付法律行為ハ其條件カ單ニ債務者ノ意思ニノミ係カルトキモ尙ホ有效ナリトスル理由如何(松島肇君)

解除條件付法律行為ニ在テハ法律行為ノ效力ハ已ニ發生シ唯其效力ヲ消滅セシムルコトカ將來ノ條件ノ成就ニ關係スルモノナリ故ニ解除條件カ債務者ノ意思ノミニ係ルトキト雖モ其法律行為ハ已ニ效力ヲ生スルモノニシテ固ヨリ債務者ハ之ニ拘束セラルルモノニシテ唯其法律行為ノ效力ヲ消滅セシムルコトカ債務者ノ隨意ニ係ルモノニ過キス是レ解除條件付法律行為ニ在テハ其條件カ債務者ノ意思ニノミ依ルモ尙ホ之ヲ有效トスル所以ナリ之ニ反シ停止條件ニ在リテハ其法律行為ノ效力ハ條件ノ到來前ニハ發生セサルヲ以テ其條件カ所謂債務者ノ意思ニノミ依ル隨意條件タル場合ニハ即チ其法律行為ノ效力ノ發生カ債務者ノ隨意ニ係ルモノニシテ換言セハ債務者カ欲スルトキニ債務ヲ負ハントスルニ外ナラサレハ其法律行為タルヤ殆ント何等ノ拘束ナク從テ債務關係ノ真正ニ存在スルコトヲ認ムルコトヲ得シテ法律ハ之ヲ無効トスルノ止ムコトヲ得サルモノナリ(民法第二百二十四條參照)(中山法學士)

第二十七號(民)

所有權ノ發生又ハ消滅ヲ目的トスル法律行為ニ期限ヲ付スルコトヲ得ルヤ

(松島肇君)

所有權ノ發生又ハ消滅ヲ目的トスル法律行為ニ期限ヲ付スルコトヲ得ルハ極メテ明白ノコトナリトス何トナレハ所有權ニ期限ヲ付スルコトハ所有權ノ觀念ニ反スルヲ以テ之ヲ許ササルモ所有權ノ得喪ヲ目的トスル法律行為ニ期限ヲ付シ其法律行為ノ履行ヲ將來ニ於ケル事實ノ發生ニ關係セシムルコトハ日常行フトコロニシテ所有權ノ得喪ヲ目的トスル法律行為カ必シモ所有權ノ得喪ノ效果ヲ直ニ生セシムルコトヲ要件トセサレハナリ(中山法學士)

第二十八號(民)

居所ト現在地トハ異ルヤ(倉林龍太郎君)

學者ハ往往住所所現在地ノ三者ヲ區別シ住所トハ生活ノ本據地ヲ指シ居所トハ繼續シテ居住スルノ意思ヲ以テ其身體ヲ定著スル場所ヲ云ヒ現在地トハ一時其身體ヲ定著スル場所ヲ云フトスルモノアリ是レ亦一說タリト雖モ居所ト現在地トヲ區別スルハ實際ニ於テ格別ノ利益ナシ何トナレハ學者ノ所謂現在地ノ中一時瞬間的ニ其身體ヲ定著スル場所ヲ除クハ皆之ヲ居所ト稱スルモ事實ニ於テ不可ナク且其一時瞬間的ニ其身體ヲ定著セシムル場所ニ付テハ法律上亦特ニ價值ヲ有セサレハナリ又居所ト現在地トヲ區別スルノ標準ハ當事者カ繼續シテ居住スルノ意思ヲ有スルヤ否ヤニ依リ之ヲ定ムルモノニシテ一ニ當事者ノ主觀的觀念ニ依リ判斷ス

ルヲ以テ其標準ヲ確固ナリト云フヲ得ス殊ニ其繼續的居住ノ意思ヲ認ムルノ事實ハ甚タ困難ニシテ或ハ一日ノ宿泊ヲ以テ足レリトスヘキカ或ハ二日ノ宿泊ヲ以テ足レリトスルヤ或ハ一週以上ノ宿泊ヲ要ストスヘキヤ頗ル不明ニシテ究竟裁判官ノ認定ニ依レルノ外ナシ故ニ法典ハ居所ト現在地トノ區別ヲ認メス居所ノ下ニ弘ク居所及ヒ現在地ヲ包括スルコトトセリ(民法二二、二三條、法例二七、二八條)(中山法學士)

第三十九號(民)

失踪宣告ノ申立ニ付テハ公示催告ト失踪宣告トノ二個ノ申立ヲ爲スコトヲ要スル本縣ノ例ナリ果シテ然ルヤ(北陸道人)

本問ニ付テハ人事訴訟法ノ規定周到ナラサル爲メ解釋問題トシテハ異論ヲ生シ易ク或ハ失踪宣告ノ申立ヲ爲スヲ以テ足レリトシ或ハ失踪宣告ノ申立ト公示催告ノ申立トヲ同時ニ爲スコトヲ要スト解釋シ得ルモ立法者ノ趣旨ハ失踪ノ宣告ニ付テハ主トシテ公示催告ノ手續ヲ準用セシムルニ在ルモノナレハ先ヅ公示催告ノ申立ヲ爲シ後チニ失踪宣告ノ申立ヲ爲サシムルノ意思タルハ明白ナリ故ニ法文ノ字句ノ上ヨリ見ルトキハ多少ノ異見アリトスルモ實際ニ法律ヲ施行スルニ當リテハ立法者ノ趣旨ニ依ルヲ適當ナリト認ム(中山法學士)

第四十號(民)

民法ニ於ケル詐僞ト詐術トノ意義如何、詐僞トハ他人ヲシテ錯誤ニ陥ラシメ

其錯誤ニ依リ意思ヲ決定セシムルノ目的ヲ以テ故意ニ事實ヲ虛示シ現ニ其結果ヲ生セシムルコトヲ云フ詐術トハ詐僞ヲ實行スルノ手段方法ヲ云フト愚考スレトモ如何ニヤ(雲峯生)

本問ハ質疑者ノ意見ノ通ナリ(中山法學士)

第四十一號(民)

惡意ト重過失ノ差異如何(堀部先之助君)

第四十號民第九〇六號問題過失ニ關スル余輩ノ解答ヲ見ヨ(法學士志田友吉君)

第四十二號(民訴)

民事訴訟法第八十二條ノ費用ノ點ニ限リタル裁判トハ如何ナルモノヲ云フヤ(單ニ費用ノミニ付テ爲シタル裁判ヲ云フヤ將又本案ノ裁判ト共ニ爲シタル費用ノ點ニ付テノ裁判ヲモ指スモノナルヤ)(高谷喜四郎君)

後段解釋ノ通り(仁井田法學博士)

第四十三號(民訴)

民訴第三百八十六條第二項後段ノ其他ノ請求ニ付キ期間短縮ノ申立ヲ爲スニ付テハ別ニ訴訟印紙ヲ貼用セシムヘキヤ(講法生)

然リ(民事訴訟費用法十條)(仁井田法學博士)

第四十四號(刑)

條例ニ基ク米穀取引所受渡米倉庫業者カ現實寄託ヲ受ケサル玄米ニ對シ或者ノ委頼ニ應シ融通ノ爲メ結諾上若干石ノ米券ヲ發行シ該米券カ善意ノ第三者ニ轉讓シ玄米又ハ

其代金ヲ賠償セサルモ刑法上何等ノ制裁ナキヤ(三田村富三郎君)

理由 米券發行ノ當時ハ奈何ナル事由アルトモ善意ノ第三者カ米券ヲ掌握シテ其引渡ヲ求ムルニ當リ空米券ノ實ヲ示シテ敢テ其責ヲ脱セントスルカ如キハ要スルニ空米券ニ因リ信用ヲ阻却シ第三者ヲ侵害シタルモノナレト米券偽造行使ノ制裁ナクレバ詐欺取財ノ制裁ナカル可ラス加ルニ取引所ト受渡米倉庫者トノ間ニハ條例ノ趣旨ニ基キ米券ハ必ス現物ト帳簿ニ照シテ發行シ然ラザレハ發行スヘカラサル旨ノ規約アルモノナリ然ラハ眞實ニ反シタル米券ヲ以テ第三者ヲ害シタルモノナレハ充分刑事上ノ制裁アルモノト思料スントモ判然セス之レ貴會ノ御教示ヲ仰ク次第ナリ

空米券ハ他人ノ資格ヲ冒シテ作製シタルモノニ非サレハ私文書偽造行使罪ヲ構成セス若シ空米券ヲ他人ニ交付シ他人ヲシテ現實寄託米アリトノ錯誤ニ陥ラシメ其結果財物又ハ證書類ヲ騙取シタルトキハ詐欺取財罪ヲ構成スルモ騙取ノ意思ナク單ニ空米券ヲ他人ニ交付スルノミニテハ刑法上何等ノ制裁ナシトス(豊島法學士)

第四十五號(刑訴) 大審院判例ニ「陳述ノ幾部」トアレハ證據ヲ明示シタルモノニシテ特ニ

其部分ヲ指定スルヲ要セストノ判例數多アリ果シテ證據ノ明示ニ缺クル所ナキヤ(實法居士) 刑事訴訟法第二百三條ニ刑ノ言渡ヲ爲スニハ云々證據ニ依リテ罪トナル可キ事實ヲ認メタル理由ヲ明示シ云々トアリ茲ニ證據ト稱スルハ事實ニ推理論結セシムル材料ヲ云フモノナリ故ニ證人某又ハ被告人某ノ供述ノ幾部トアルモ如何ナル供述ニ因テ事實ヲ認定シタルヤ知ルヘ

カラサルヲ以テ證據理由ノ明示ヲ缺クモノナリ然レトモ一言一句其供述ト同一ナル明示ヲ爲スヲ要セス例ヘハ判決理由中ノ事實認定ノ部ニ示スカ如キ被害アリタルコトノ供述又ハ加害ヲ爲シタルコトノ自白ト云フカ如ク何レノ供述ヨリシテ事實ヲ認定シタルヤ知ルニ足レハ理由不備ニ非ス大審院判例モ亦上述ノ趣旨ト同一ニシテ決シテ質疑者ノ提出シタルカ如キ判例ナシ(豊島法學士)

第四十六號(刑) 從犯タルニハ正犯者カ從犯者ニ於テ其犯罪ニ加功スル意思アルコトヲ承知

スル事ヲ要スルヤ(古谷富士三郎君) 實行正犯ハ從犯ヨリ實行ノ補助ヲ受クルコトヲ知ラサルモ從犯ヲ罰スルニ妨ケナシ從犯カ補助スル意思アルコトヲ實行正犯ニ於テ知ルコトヲ要セサルヤ勿論ナリトス以上ハ刑法百九條ノ規定ニ於テ之ヲ從犯ノ要素トセサルニ依テ疑ナキ所ナリ(豊島法學士)

雜問

第四十七號(民)

民法施行法第五十三條末段ノ解釋及ヒ其範圍如何(武田貞之助君)

本問ノ民法施行法第五十三條末段ト云ヘルハ同條第二項ヲ指シタルモノナルヘシ若シ然ラハ

同項ハ民法施行前ヨリ債權ヲ有スル者ニ對スル民法第四一三條ノ適用ヲ定メタルモノニシテ

同條第一項ノ債務者ニ關スル規定ヲ準用シ民法施行ノ後ニ至リ債權者カ債務ノ履行ヲ受クル

コトヲ拒ミ又ハ之ヲ受クルコト能ハサルトキハ其債權者ハ民法第四一三條ニ從ヒ履行ノ提供

ヲ要スアリタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任セシムルモノナリ(岩田法學士)

第四十八號(刑)

現行法律ニハ御料地拜借地ノ草ヲ盜刈シタルモノヲ處罰スル規定ナキヤ

(小林如雲君)

御料地拜借地ノ草ヲ刈取ノ權利ナキ者カ盜刈スル以上ハ他人ノ所有物ヲ竊盜スルモノナルカ

故ニ竊盜罪ヲ構成ス其御料地カ御料林ナリセハ森林ニ於テ副産物ヲ竊取シタルモノナルカ故

ニ明治三十年四月法律第四十六號森林法第三十七條ニ依リ場合ニ依リテハ同法第三十八條ニ

依り處斷スヘシ(森林法第一條參照)其御料地カ田野ナリセハ田野ノ產物ヲ竊取シタルモノナ
ルカ故ニ刑法第三百七十二條ニ依リテハ明治二十三年十月法律第九十九號第二條
ニ依リ之ヲ處斷スヘシトス(豐島法學士)

第四十九號(民) 民法千六十一條ノ規定ニ據レハ十五年以上ノ未成年者ハ遺言ニ付テハ能力
者ト看做シタルモノノ如シサレハ親權者又ハ後見人ト雖モ右ノ遺言ハ取消シ得ヘカラサルモノト
解釋スルヲ正當ナリトスルカ如シ如何(大有生)

貴見ノ通りト信ス(民法第千六十二條參照)(川名法學士)
第五十號(憲) 統治ハ事實關係ナリヤ又ハ法律關係ナリヤ(池田琴齋君)

若シ此統治ノ語ニシテ憲法上ノ所謂統治ヲサスモノナラハ無論法律關係也抑モ如此キ語ヲ究
ムルニ當リ主トシテ注意スヘキハ其性質ト其原因トヲ混同スヘカラサルコトナリ統治關係ノ
生シタル源ハ實力ニ基ク處ノ事實關係ナルヘシト雖モ憲法上統治トハ何レノ關係ニ屬スルト
問ハハ無論法律關係ニ屬スルモノト答フヘキモノナリ(清水法學士)

雜 問

第五十一號(刑) 刑法上故意犯意思惡意ノ差異ヲ說カレタシ(山田立海君)

刑法第二百九十二條ニハ豫メ謀テ人ヲ殺シタル者ハ謀殺ノ罪ト爲シ死刑ニ處スト規定シ同第
二百九十四條ニハ故意ヲ以テ人ヲ殺シタル者ハ故殺ノ罪ト爲シ無期徒刑ニ處スト規定シ同第
三百二條ニハ豫メ謀テ人ヲ毆打創傷シ休業癱瘓疾又ハ死ニ致シタル者ハ前數條ニ記載シタル
刑ニ照シ各一等ヲ加フト規定ス然ラハ故意トハ謀殺以外ノ殺人罪又ハ豫謀毆打以外ノ毆打罪
ノ成立ニ必要ナル意思ノ狀態即チ深思熟慮セサル殺人又ハ毆打ノ犯意ヲ曰フト爲ササル可カ
ラスシテ之ヲ一般ノ罪ニ適用スルトキハ故意トハ深思熟慮シタル犯意以外ノ犯意ナリト曰フ
コトヲ得ヘクシテ畢竟犯意ノ一種様タルニ過キス

惡意トハ刑法上認めラレタル語句ニアラス乃チ學者各任意ニ其意義ヲ定ムルコトヲ得ヘシ獨
逸刑法ニ於テハ時ニ Böwilling ナル副詞ヲ用ユ或ハ所謂惡意ニ該當スルモノナル可シマイエ
ズ、 Böwilling ナメ副詞、 Böwellige Verabsichtung ヲ以テノ意ニ外ナラスト爲シ從フテ之ヲ犯意ノ

一種様ト爲シフランクハ Böwiling ハ犯意ヲ以テナル意ニアラスシテ寧ロ敵意ノ指示ヲ包含
スト曰ヒリストハ Böwiling トハ禁制セラレタル結果ヲ惹起サントスル目的ニシテ行爲ノ動
機タルモノナリト曰ヒ要スルニ定説ヲ以テ見ル可キモノナシ所謂惡意ナル語句カ刑法典中ノ
成語タル獨逸ノ法界ニ於テモ惡意ノ何タルヤニ付テ定説アリ得サルモノトセハ刑法典中ノ成
語タラサル吾法界ニ於テ精確ニ之ヲ定義シ得ヘキ理由アラシキ予ハ刑法上惡意ナル語句ハ又
學者ノ見解ニ依リ種々ノ意義ニ使用セラルルヲ以テ一般ノ理論トシテ惡意及ヒ犯意又ハ故意
間ノ差異ヲモ説明シ難シト爲ス者ナリ

惡意ノ何タルヤニ付キテハ定説ナク又刑法上強テ其意義ヲ確定ス可キ實益ナシ然レトモ予ノ
私見ニ依レハ惡意トハリストノ定義シタル如ク犯人カ刑法上罪ト規定シタル結果ヲ惹起セン
トスル目的ヲ有シタル主觀的狀態ヲ曰ハサル可カラサル如シ故ニ固ヨリ犯意又ハ故意ト同一
ニアラスト雖モ一定ノ罪ニ付キテハ犯意又ハ故意ト共ニ主觀的要素ヲ爲スモノト曰フコトヲ
得ヘシ(谷野法學士)

第五十二號(刑訴) 甲者乙者ト共謀シテ第一ノ犯罪ヲ犯シ丙者ハ乙者ト共謀シ第二ノ犯罪ヲ
犯シ而シテ第一ノ犯罪ヲ管轄スル裁判所ト第二ノ犯罪ヲ管轄スル裁判所ト其管轄ヲ異ニシタル場

合ニ於テ其二個ノ裁判所ハ同時ニ第一第二犯罪ニ付豫審又ハ公判ニ著手シタルトセハ乙者ノ管轄
ハ何レノ裁判所ニ屬スルヤ(松島肇君)

設例ノ趣意不明ナルトコロナキニアラスト雖モ要スルニ本問ハ數個ノ管轄裁判所カ同時ニ豫
審又ハ公判ニ著手シタル場合ニ於ケル管轄裁判所如何ナリト信ス若シ然ラハ是レ所謂法律即
チ刑事訴訟法第二十七條又ハ第二十八條第二項ノ規定ニ從ヒ二以上ノ裁判所裁判權ヲ互有ス
ル場合ナルヲ以テ裁判所構成法第十條第三號刑事訴訟法第三十條ニ依リ檢事其他訴訟關係人
ヨリ關係アル各裁判所ヲ併セテ管轄スル直近上級裁判所ニ管轄指定ノ申請ヲ爲ササル可カラ
ス故ニ本問ニケル乙者ノ管轄裁判所モ亦指定セラレタル裁判所ナリト曰フコトヲ得ヘシ
(谷野法學士)

第五十三號(刑訴) 刑訴私訴權ハ相續スルヲ得サルヤ得ルトセハ名譽ヲ害セラレテ死亡シタ
ル者ノ相續人ハ私訴ヲ爲シ得ヘシ如何(國府小平君)

私訴權即チ公訴ニ附帶シテ罪ニ因リ生シタル損害ノ賠償、贓物ノ返還ヲ要求スル訴訟ヲ爲ス
權ハ之ヲ相續スルコトヲ得是レ私訴提起ノ權ハ刑訴第二條ニ依リ民法ニ從ヒ被害者ニ屬スル
モノニシテ相續人ハ民法第九百八十六條及ヒ第十一條ニ依リ被相續人ノ一身ニ專屬セシ權利

義務ノ外一切ノ權利義務ヲ承繼スレハナリ

問者ハ曰フ私訴權ニシテ相續スルコトヲ得ルモノトセハ名譽ヲ害セラレテ死亡シタル者ノ相續人ハ私訴ヲ提起スルコトヲ得ルカト民法第七百二十三條ニ依レハ他人ノ名譽ヲ毀損シタル者ニ對シテハ裁判所ハ被害者ノ請求ニ因リ損害賠償ニ代ヘ又ハ損害賠償ト共ニ名譽ヲ回復スルノ適當ナル處分ヲ命スルコトヲ得ヘシ而シテ私訴ハ上述ノ如ク損害ノ賠償又ハ贓物ノ返還ノミヲ其目的トス故ニ名譽毀損ニ因ル損害賠償ノミハ私訴ニ依リテ之ヲ請求シ得ヘシト雖モ所謂名譽ヲ回復スルニ適當ナル處分ハ私訴ニ依リテ之ヲ請求スルコトヲ得サル可シ然レトモ苟クモ名譽ヲ毀損セラレタル者カ私訴ヲ提起シ得ヘカリシ範圍内ナリトスレハ其相續人モ亦之ヲ提起シ得ヘキコト疑似ナキ如シ(谷野法學士)

第五十四號(刑)

谷野學士ノ刑法講義中「刑法ハ國家法ノ一部ニシテアル種ノ事項ニ關シテ一定ノ秩序規則又ハ組織ヲ生シタル治者ノ意思ノ狀態ヲ曰フ」トアリ右秩序、規則、組織ト云フ語ハ選擇的ノモノカ對立的ノモノカ若シ對立的ニ列記セラレシモノトセハ其各語間ノ異同ヲ説明セラレタシ(可成的同學士ノ御説明ヲ煩ハシタシ)(栗原三四郎君)

秩序ト曰フモ組織ト曰フモ將又規則ト曰フモ固ヨリ同一意義ニ歸ス只説明ノ便宜上選擇的ニ

列記シタルノミ(谷野法學士)

第五十五號(債權)

民法上貸借ノ目的物トナスコトヲ得ヘキモノハ有體物ナラサル可ラス特別法ヲ以テ權利ヲ貸借スルコトヲ許シタル場合アリヤ(鑛山ノ採掘權ヲ貸借スルコトヲ得ルヤ生ハ採掘權ナルモノハ一般財產權ト異ナリ特許ニ由リテ得タル權利ナルヲ以テ其性質上任意ニ處分スルコトヲ得ヘキモノニアラス單ニ鑛業條例第二十條ニヨリ賣買讓與又ハ書入ヲ爲スコトヲ得ルノミニシテ採掘權ナルモノハ貸借スルコトヲ得スト信ス)(北竹軒)

貸借ノ目的タルモノハ常ニ物ナラサル可ラス特別法ニ於テモ權利ヲ以テ貸借ノ目的トナスコトヲ許シタル場合ナシ鑛山ノ採掘權ハ質疑ノ通り貸借ノ目的トナスコトヲ得サルモノトス(岩田法學士)

第五十六號(債權)

民法ニ謂ユル責任トハ如何、定義ヲ示シ解釋ヲ與ヘラレタシ又責ニ任ス、責ニ任セス、責任ヲ負フ等ノ語ニ付キ一々説明ヲ賜リタシ(吹笑法史)

責任トハ讀テ字ノ如ク或行爲若クハ不作爲ノ結果ニ付キ法律上義務ヲ有スル狀態ヲ云フ「責ニ任ス」又ハ「責任ヲ負フ」トハ則チ右ノ責任ヲ有スルヲ云ヒ「責ニ任セス」トハ責任ヲ有セサルヲ云フ(岩田法學士)

第五十七號(民訴) 買戻權、停止條件付債權ハ強制執行上之ヲ差押ヘ得ルヤ否理由ヲ付シ御說明ヲ仰ク(無法子)

買戻權停止條件附債權等ハ何レモ讓渡スルコトヲ得ル財産權ニシテ強制執行上之ヲ差押ユルコトヲ得ルハ疑ナキ所ナリ(岩田法學士)

第五十八號(海商)

商法第六百二十七條ニ付テ左ノ疑問アリ說明ヲ煩ハス

(イ)本條ハ陸揚港外ノ場合ト陸揚港ノ場合トヲ包含スルモノトセハ第六百二十五條ト牴觸ス

(ロ)陸揚港ノ場合ノミニ限ルトセハ第六百二十四條ニ依リ其荷物引渡ノ結果トシテ他ノ證券カ效

カヲ失フヘキハ當然ニシテ規定ヲ要セス(土龍生)

(イ)ニ付テハ貴見ノ如シ

(ロ)余輩モ亦同條ハ陸揚港ノミノ場合ト解ス而シテ規定ノ要アリヤハ疑ハシキモ規定ノ便ハ之

有リトイフ可シ蓋シ船荷證券ヲ數通發行スル場合ニ於テハ其各通ニ番號ヲ附スルヲ通例ト

ス此場合ニ於テ船長ハ第一號證券ヲ受領セサレハ運送品ヲ引渡シ難キ法制モアリ(伊商五

五七)我商法ハ其ノ第一號證券タルト第二號證券タルヲ問ハス第六百二十四條ニヨリ一通

ノ所持人ニ引渡スヲ要スルノ主義ヲ採リシコト明カナリト雖モ第六百二十七條ニヨリ更ニ

實際問題ノ解決ニ便利ヲ與フ可シト考フ(商法三百三十四條參照)且ツ有價證券カ效力ヲ失フ場合ノ如キハ寧ロ法律ニ明記スルヲ便トセン(市村法學士)

第五十九號(親族)

民法第七條ノ四親等内ニハ傍系親ヲモ含ムモノナルヤ若シ然リトセハ伯

叔父母即チ伯ト云ヒ叔ト云フハ如何ナル差異ニ依リ此ノ異字ヲ用ユルカ教示ヲ乞フ(田中又次郎君)

親等ノ計算ハ第七百二十六條ニ之ヲ定ム此計算法ニ依レハ傍系親ト雖モ四親等内ノ親族タリ

即チ兄弟姉妹ハ二親等ニシテ伯叔父母甥姪ハ三親等從兄弟ハ四親等ナリ伯父母トハ己ノ父母

ノ兄姉ニ當ル者ヲ謂ヒ叔父母トハ己ノ父母ノ弟妹ニ當ル者ノ稱ナリ(宮田法學士)

雜問

第六十號(親族)

夫婦アリ其夫死亡セリ依テ婦ハ實家ニ復籍セントス此場合ニ家族タル婦ハ
戸主ノ同意ヲ得ントスルモ相續人ナキ爲メ戸主ノ同意ヲ得ル能ハス民法七百五十一條ニヨリ親族
會ノ同意ヲ得ヘキモノナルヤ民法七百五十一條ハ現在戸主生存シ或故障ノ爲メ事實上其戸主權ヲ
行フ能ハサル場合ノ規定ナルヲ以テ本問ノ如キ場合ニ本條ニヨルヘキモノニアラスト信ス果シテ
然ラハ如何ニシテ可ナルヤ(北竹軒)

本問ノ場合ニハ先ツ相續法ノ規定ニ依リ家督相續人ヲ定ムヘシ然ル後其家督相續人タル戸主
ノ同意ヲ得テ實家ニ復歸スルノ外ナシ或ハ第九百八十二條ノ規定ニ依リ婦カ家督相續人ニ選
定セラルルコトアルヘシ然ルトキハ婦ハ竟ニ實家ニ復歸スルコトヲ得ス(宮田法學士)

第六十一號(會社)

解散登記ヲ爲シタル株式會社ノ株式ハ如何ナル場合ニ於テモ賣買讓渡ヲ
許ササル哉(陽華散人)

定款ニ別段ノ定ナキ限りハ讓渡ヲ許ササルコトナシ(松本法學士)

第六十二號(會社)

株式合資會社ノ代表社員ニ付左ノ疑問アリ説明ヲ乞フ

一、代表權ハ第二三六條第一項第二號ニ依リ第百五條第六十二條ヲ準用スヘキヤ又ハ第二百四十三條第七十條ニ依リ第六十二條ヲ準用スヘキヤ

二、第百七十條第二項ニ於テハ第六十二條ヲ取締役ニ準用スルトアリテ株式會社ニ準用スル旨ノ記載ナシ故ニ第六十二條ヲ準用スヘカラサルカ如シ如何

三、業務執行ノ方法、支配人ノ選任及ヒ解任ハ第二百三十六條第百九條第二項第百十條ヲ準用スヘキヤ又ハ第二百四十三條第百六十九條ヲ準用スヘキヤ(土龍生)

(一) 第二百四十三條ニ依リ第百七十條ノ準用アリ從ヒテ第六十二條ノ準用アリ

(二) 第二百四十三條ニハ株式合資會社ヲ代表スヘキ社員ニハ株式會社ノ取締役ニ關スル規定ヲ準用ストアルヲ以テ取締役ニ準用スヘキ第六十二條ノ規定ハ亦株式合資會社ヲ代表スヘキ社員ニ準用アリ

(三) 第二百四十三條ニ依リ第百六十九條ノ準用アリ(松本法學士)

第六十三號(會社)

商法第百五十五條第二項ノ規定ヲ外國會社發行ノ株券ニ準用セサル理由

如何(北陵生)

第百五十五條第二項ノ規定ハ會社ト株主トノ間ノ關係ニ委シテ可ナル事項ニ屬シ第百五十九條ニ於テ外國會社ノ株式ノ發行及ヒ讓渡ニ關シテ準用セル他ノ規定ノ如ク公益ニ關スルモノニ非サルヲ以テナリ若シ夫レ社債ニ付キ第二百七條ノ準用アルノ結果第百五十五條第二項

モ亦之ニ準用セラルルニ至ルヘキハ權衡上多少ノ非難ヲ容ルルノ地アラン乎(松本法學士)

第六十四號(會社)

會社カ其會社ノ株券ヲ目的トシテ締結シタル賣買契約ヲ無効ナリトシテ

其相手方ハ已ニ支拂ヒタル代金ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ルヤ(山形朗君)

本間ハ會社ヨリ其株式ヲ買受ケタル場合ヲ想像セルモノナルカ如キモ會社ハ株式消却ノ場合ノ外ハ自己ノ株式ヲ取得スルコトヲ得サルヲ以テ(法學新報第十三卷第一號問答欄ニ於ケル株式ノ消却ニ關スル拙答參照)此ノ如キ場合ハ之ヲ想像スルコトヲ得ス若シ商法第百五十三條第三項ノ規定ニ依ル競賣ノ場合ヲ想像セルモノトセムカ之ニ依リテ株式ヲ買受ケタル者カ其支拂ヒタル代金ノ返還ヲ請求スルコトヲ得サルヤ論ナキノミ(松本法學士)

第六十五號(會社)

株式ノ金額ヲ増加スルコトヲ得ルヤ若シ得ルトセハ株主ハ有限責任ナリ

トノ原則ニ牴觸セサルカ(長谷川威亮君)

定款變更ノ手續ニ依ルモ之ヲ爲スコトヲ得ス故ニ増資ノ場合ニ於テモ株金額増加ノ方法ニ依

第六十六號(民訴)

不動産假處分假差押命令及ヒ取下登記記入抹消囑託ハ其命令ヲ爲シ取下ノ書面ヲ受理シタル裁判所ニ於テ爲スヘキモノナリヤ 將タ執行裁判所ノ其力ヲ以テ爲スヘキモノナリヤ(不味生)

不動産ノ假差押又ハ假處分ヲ爲スノ命令若クハ之ヲ取消ス命令ヲ與ヘタル場合ニ於テ登記簿

ノ記入又ハ抹消ヲ爲ス爲メ登記裁判所ニ囑託ヲ要スルトキハ其命令ヲ與ヘタル裁判所自ラ其

囑託ヲ爲スヘク敢テ執行裁判所ノ其力ヲ以テスルノ必要ナシ(岩田法學士)

第六十七號(民訴)

移送判決ニシテ權利拘束ノ消滅ヲ來タス場合アリヤ(鬼城生)

移送判決ハ何レノ場合ニ於テモ權利拘束ヲ消滅セシムルモノニ非ス(岩田法學士)

第六十八號(刑)

一粒ノ米一片ノ紙モ所有權ノ目的タル以上ハ財産ナリ刑法第三百十五條ノ財産トハ如何ナルモノヲ云フヤ(小林如雲君)

刑法第三百十五條第一號ニ所謂財産トハ暴行者以外ノ者ノ私權ノ目的タル物ヲ云フ故ニ一粒

ノ米一片ノ紙モ所有權ノ目的タル以上ハ財産タルコト説明ヲ俟タス是等ノ物ニ對シ暴行ヲ爲

スモノヲ防止スルニ出タル時ニ其行爲カ正當防禦タルヤ否ヤハ已ムコトヲ得サルニ出タルヤ

否ヤニ關スルモノニシテ多クノ場合ニ於テハ此條件ヲ缺クモノナルヘシ(豊島法學士)

第六十九號(刑)

外國交戦ノ際我國ハ局外中立ヲ布告シ石炭ノ輸出ヲ禁制シタル場合ニ於テ我同盟國ヲ害スル意志ヲ以テ或人ハ私カニ石炭ヲ相手國ニ交附シタルトキハ第三百三十條、第三百四十條ノ俱發罪ナリヤ(櫻葉勝太郎君)

第三百三十條ノ罪ハ本國ト外國トカ交戦スル場合ニ於テ成立シ反之、第三百三十四條ノ罪ハ本國

トハ交戦スルニ非スシテ局外中立ノ地位ニ在ル場合ナレハ決シテ一行爲ニ依リ此二個ノ犯罪ノ

俱發スルコトナシ第三百三十條ノ所謂同盟國トハ本國ト交戦ノ同盟ヲ爲シタル國ヲ云ヒ本國ト

同盟國トハ共同シテ敵國ニ對シ交戦スル場合ニ存スルモノトス(豊島法學士)

第七十號(刑訴)

輕罪事件ニ於テ被告人ノ意思ニ反シ裁判所カ職權ヲ以テ辯護人ヲ附スル事ヲ得ルヤ(去水生)

刑事訴訟法第七十九條ノ二ニ曰ク左ノ場合ニ於テ被告人自ラ辯護人ヲ選任セザルトキハ裁

判所ハ檢事ノ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ辯護人ニ附スルコトヲ得

第一、被告人十五歳未満ナルトキ

第二、被告人婦女ナルトキ

第三、被告人聾者又ハ啞者ナルトキ

第四、被告人精神病ニ罹リ又ハ意識不十分ナルノ疑アルトキ

第五、被告事件ノ模様ニ因リ裁判所ニ於テ辯護人ヲ必要ナリトスルトキ

前項ノ辯護人ハ裁判長ノ職權ヲ以テ其裁判所所屬ノ辯護士中ヨリ選任スヘシ但辯護士一人ヲシテ被告人數名ノ辯護ヲ爲サシムルコトヲ得

右ハ輕罪事件ニ付キ被告人ノ意思ニ反シテモ裁判所ニ於テ辯護人ヲ付スル唯一ノ場合ナリトス(豊島法學士)

第七十一號(憲) 皇位ト天皇トハ法理上統治權ノ主體ナリヤ(堀部先之助君)

天皇トハ統治權ノ主體ニシテ皇位トハ統治權ノ主體タル地位ヲ云フモノナリ(清水法學士)

七十二號(物權) 第二六八條第二項竝ニ共有物分割ヲ裁判所ニ請求スルハ訴訟事件ナルヤ非訴訟事件ナルヤ(言式生)

共有物ノ分割ノ請求ハ訴訟事件ナリ(塚田法學士)

七十二號(親族) 繼父母繼子ノ關係ヲ生スルニハ法律上如何ナル條件ヲ要スルカ(土龍生)

法律ニ何等ノ規定ナキヲ以テ個々ノ場合ニ付テ慣習ニ照シ之ヲ判斷スルノ外ナシ一般ニ其條件ヲ舉クルコト難シ(宮田法學士)

雜 問

第七十四號(刑訴) 上告審ニ於テ原判決ノ一部ヲ破毀シ他ノ裁判所ニ移送シタル場合ニ於テ

破毀セラレサル部分判決ハ何ノ時ニ確定スルヤ

附言、若シ上告即チ終審判決(一部破毀ノ判決)ト同時ニ確定スルトセハ同一事件ニシテ別異ノ

時期ニ確定シタル二個ノ判決アルニ至ル(北丹生)

破毀セラレサル判決ノ部分ハ上告期間ヲ經過スルニ由テ確定スルコト判決ノ全部ニ對シ上告ノ申立ナカリシ場合ト同一ナリ而シテ破毀セラレサル部分ト破毀セラルヘキ部分トハ別異ノ時期ニ確定スルト雖モ此二個ノ部分ハ各異リタル事件ニ關スル裁判ナルヲ以テ敢テ妨ナシ若シ原判決ノ全部カ同一事件ニ關スルモノナリセハ決シテ一部ノ破毀ヲ許スヘキモノニ非ス(豊島法學士)

第七十五號(民訴) 民事訴訟法第五百八十九條ノ債權者ノ配當要求ハ申請ノ一ナルヲ以テ民

事訴訟法印紙規則第十條ニヨリ印紙ヲ貼付スルコトヲ要スト云フモノアリ果シテ然ルヤ(高谷喜四

郎君)

四二

(七二)

民訴法第五八九條ノ債權者ノ配當要求ハ執達吏ニ債權ノ申出ヲ爲スニ止リ決シテ裁判所ニ對スル申請ニ非サルヲ以テ民事訴訟印紙法ニ依リ印紙ヲ貼付スルヲ要スルモノニ非ス(岩田法學士)

第七十六號(民訴)

訴ヲ爲シテ請求スル物數多アリテ數箇ノ裁判管轄區ニ散在セルトキハ原告ハ其内ノ一裁判所ニ訴ヲ起シテ他ノ裁判區ニ在ル物ニ對シテモ權利拘束ヲ生セシムルコトヲ得ルヤ(伊藤香法君)

訴訟ノ目的物カ動産ナルトキハ普通ノ場合ニ於テハ被告人住所地ノ裁判所ニ起訴シテ其目的タル動産ノ何レニ在ルヲ問ハス之ニ對スル權利拘束ヲ生セシムルコトヲ得ヘキモ其目的物カ不動産ナルトキハ其各不動産ニ對シ各不動産所在地ヲ管轄スル裁判所ニ訴ヲ提起スルニ非ス(岩田法學士)

第七十七號(會社)

商法第一百四十九條但書ノ場合ニ於テハ其株式ハ質權設定ノ目的タルコトヲモ得サルヤ(北鳴生)

讓渡スコトヲ得サル物ハ質權ノ目的ト爲スコトヲ得サルヲ以テ(民法第三百四十三條及ヒ第

三百六十二條第二項參照)會社ノ設立登記前ニ於テハ其株式ハ之ヲ以テ質權ノ目的ト爲スコトヲ得ス(松本法學士)

第七十八號(會社)

監査役ハ任期ノ滿了ヲ以テ當然退任スルモノナレハ其以後ニ於テハ監査役トシテ行爲ヲ爲スコトヲ得サルヲ常トスレトモ急迫ノ事情アルトキハ後任者カ事務ヲ處理スルコトヲ得ルニ至ルマテ必要ナル處分ヲ爲スコトヲ要スルヲ以テ此場合ニ於テハ其行爲ハ勿論有效ナリ(民法第六百五十四條)(尙ホ監査役ニ對シテ上掲委任ノ規定ノ適用アルヘキ所由ハ本錄第五十六號商第二百四十六號問題ニ對スル拙答ヲ參照セラレナハ明ナルヘシ)(松本法學士)

第七十九號(民訴)

裁構第二十八條ニ於ケル第二審ノ裁判權トハ第一審トシテ地方裁判所ノ判決ヲ受ケタル者ニ對シテ云フヤ、若シ然リトセハ第一審トシテ地方裁判所ニ屬スル權限ト第一審トシテ控訴院ニ屬スル權限トヲ區別スルノ標準如何(櫻葉勝太郎君)

裁構第二十八條ニ於テ「第二審ノ裁判權」ト云フハ第一審トシテモ東京控訴院ノ管轄ニ屬スルモノニ關シ同條ニ「第一審及第二審」ト云ヘルハ同一事件ニ關スル第一審及第二審ヲ指スモノニシテ何レモ東京控訴院ノ管轄ニ屬スルコトヲ規定セルモノトス(岩田法學士)

第八十號(民訴)

法律上讓渡スルコトヲ得サル物件即チ検査合格ノ證印ナキ蠶種(蠶種検査法第九條)ノ如キモノト雖モ差押ヘ競賣ニ付スルコトヲ得ルヤ(川村彌吾吉君)

法律上讓渡スルコトヲ得サル物件ハ強制執行ヲ以テスルモ差押ヘ競賣ニ付スルコトヲ得サルモノトス本問検査合格ノ證印ナキ蠶種ノ如キ亦其一ナリトス(岩田法學士)

第八十一號(商行爲)

買主カ商法第二百九十條ニヨリ注文シタル物品ト異リタル物品又ハ注文シタル數量ヲ超過シタル超過額ヲ保管又ハ供託シタルトキ賣主ニ對シテ其通知ヲ發スルノ義務ヲ認メサルハ如何ナル理由ニ基クヤ(國府小平君)

別ニ理由アルニ非サルヘク法文ノ缺漏ナラン然レトモ通常是等ノ場合ニハ通知ヲ發スルモノナルヘキヲ以テ實際ニ於テハ甚シキ不都合ナカルヘシ(松本法學士)

第八十二號(會社)

株金拂込ノ義務履行地ハ何レナルヤ

各地ノ銀行ニ拂込マシムルコトアリ此場合ヲ參酌シテ解答ヲ求ム(玉藻陰士)

株金拂込ノ義務履行ノ場所ハ會社カ拂込ノ催告ヲ爲スニ當リテ定メタル場所ニ在リ定款ニ於テ豫メ之カ規定ヲ爲シタルトキハ之ニ從フヘキコト言ヲ待タス若シ定款ノ規定又ハ意思表示ニ因リテ定メラレサルトキハ會社ノ營業所ニ在リ(民法第四八四條商法第二七八條第一項)

(松本法學士)

第八十三號(會社)

商法第五百十三條ノ規定ニ依リ滯納株式ヲ競賣シタル結果其賣得金滯納額ニ超過シタル場合ハ其超過額ハ何人ノ所有ニ歸スヘキヤ理由ヲ附シテ御示教ヲ仰ク(北鳴生)

超過額ハ會社ニ歸屬スヘシ詳細ハ本錄第三十八號商法第二百二十九號問題ニ對スル解答及ヒ法學新報第十二卷第五號所載商法第五百十三條ノ規定ニ關スル拙論ヲ參照スヘシ東京地方裁判所ノ判決亦其趣旨ヲ一ニセリ(松本法學士)

第八十四號(民法總則) 法定代理人ノ委任ヲ受ケタル訴訟代理人ノ代理權ハ其法定代理人ノ死亡ニ依テ當然消滅スヘキヤ(木曾仲矩君)

消滅セス如何トナレハ法定代理人ト訴訟代理人間ノ委任ハ即チ本人ト訴訟代理人間ノ行爲トシテ效力ヲ有スルモノニシテ從テ其法定代理人ノ死亡カ本人ト訴訟代理人間ノ行爲ノ效力ニ當然影響スヘキモノニ非サレハナリ(加古法學士)

第八十五號(民法總則) 第參拾貳條第一項末段其ノ取消前ニ善意ヲ以テナシタル行爲トハ何ソ(濱村與一郎君)

行爲トハ親族上財産上一切ノ行爲ヲ包含ス(加古法學士)

第八十六號(民法總則) 特定物ノ意義如何

例之甲第五號ノ倉庫中ノ肥後米五千石ノ内二千石ヲ賣買ノ目的トナシタルトキハ特定物ナルヤ又特定物トハ右ノ例ニヨレハ倉庫中ノ肥後米五千石(悉皆)ナレハ特定物ニシテ二千石ノ賣買ナ

ルトキハ不特定物ナルヤ(如何トナレハ五千石ノ内ハ自由ニ代替スルヲ得ヘキカ故)詳細ナル解答ヲ望ム(伊藤香法君)

特定物トハ單ニ物ノ種類ヲ定ムルニ止マラスシテ其各箇ヲ指示シ取引上同一種類中ノ他物ヲ以テ交互代替スルコトヲ得サルモノヲ謂フ從テ質疑者ノ例示スル所ハ正確ナリトス(加古法學士)

第八十七號(刑訴)

豫審ニ於テ保釋人ニ對シ免訴ノ決定ヲ言渡ストキハ同時ニ放免ノ言渡ヲナスコトヲ要スヘキヤ(木曾仲矩君)

刑訴第六十五條ニ曰ク豫審判事ハ左ノ場合ニ於テ免訴ノ言渡ヲ爲シ且被告人拘留ヲ受ケタルトキハ放免ノ言渡ヲ爲ス可シト而シテ本問ハ免訴ノ言渡ヲ受クヘキ者既ニ保釋ヲ許サレタル場合ニ於テハ免訴ノ言渡ト同時ニ放免ノ言渡ヲ爲スヘキヤ否ヤニ關ス然ラハ本問ハ保釋ヲ許サレタル者ハ之ヲ拘留セラレサル者ト認ムヘキヤ否ヤヲ先決スルニ依リテ容易ニ之ヲ解明スルコトヲ得ヘシ

保釋トハ一定ノ條件ヲ履行セシメテ拘留セララル者ノ拘禁ヲ解ク法制ヲ曰フ所謂拘禁ヲ解クトハ單ニ事實上拘禁ヲ解クコトヲ曰フモノニシテ法律上ノ拘禁即チ拘留狀ニ依ル拘留ニ對シ

テハ何等ノ影響ヲ及ホスモノニアラス故ニ保釋ヲ許サレタル者ハ單ニ事實上ノ拘禁ヲ解カルルミノニシテ其拘留狀ハ依然トシテ尙ホ其效力ヲ有ス乃チ拘留セララル者タルコトヲ失ハサルコトヲ可トス可シト雖モ理論トシテ前顯ノ如ク斷スルヨリ外ナシ(谷野法學士)

故ニ余ハ信ス保釋中ノ被告人ニ對シ免訴ノ言渡ヲ爲ス可キトキハ刑訴第六十五條ニ依リ必ラス放免ノ言渡ヲ爲ササル可カラスト便宜論トシテハ此場合ニ於テノ放免ノ言渡ヲ爲サシメサルコトヲ可トス可シト雖モ理論トシテ前顯ノ如ク斷スルヨリ外ナシ(谷野法學士)

第八十八號(刑訴)

豫審ノ目的ハ如何

但刑事訴訟法改正案ニハ豫審ハ公判ニ付スルニ足ルヤ否ヤヲ取調フルヲ以テ限度トスル意味ノ規定アリ現行法ト取調ノ限度ヲ異ニスルヤ詳細比較説明アリタシ(暗法山人)

刑訴ハ豫審ノ目的ニ關シテハ何等ノ明文ヲ置カス故ニ其目的ノ何ナリヤハ廣ク豫審ニ關スル規定ノ全班ニ亘リテ之ヲ攻究セサル可カラス

元則トシテ豫審ハ事件カ公判ニ付スヘキモノナルヤ否ヤヲ決スルニ必要ナル事項ヲ取調フルコトヲ其目的トス蓋シ刑訴第六十五條乃至第六十八條ニ依レハ豫審ハ免訴ノ言渡管轄違ノ言渡及ヒ區裁判所ニ移ス言渡輕罪公判又ハ重罪公判ニ付スル言渡ヲ爲スニ依リテ之ヲ終結

ス而シテ豫審ハ公判ニ付ス可キ事件ナリヤ又ハ免訴又ハ管轄違ノ言渡ヲ爲ス可キ事件ナリヤ
 ヲ決定スルニ必要ナル限度ニ於テ被告事件ノ事實關係ヲ明瞭ニスルヲ以テ足レリトス可ク之
 ヲ明確ニスルヲ以テ足レリトセハ是レ即チ其目的ト曰フ可カラスヤ學者或ハ曰ク豫審ノ目的
 ハ戰場ヲ定メ武器ヲ準備スルニ在リト所謂戰場トハ被告事件ニ關スル争點ヲ曰ヒ所謂武器ト
 ハ被告事件ニ付キ争論スヘキ證據資料ヲ曰フモノニシテ最モ恰好ナル譬喩ナリト信ス
 若シ然ラハ刑事訴訟法案カ豫審ハ被告事件ヲ公判ニ付ス可キヤ否ヤヲ決スルニ必要ナル事項
 ヲ取調フルヲ以テ限度トスト規定シタルハ畢竟刑訴ニ於ケル不文ノ大則ニ對シ明文ノ根據ヲ
 與ヘタルニ過キスシテ其目的即チ其取調ノ限度ニ於テハ元則トシテ二者間ニ何等ノ差異ナキ
 如シ但シ刑訴ノ豫審ハ公判ニ付スルヤ否ヤノ決定ヲ以テ之ヲ終結シ刑訴改正案ノ豫審ハ意見
 書ヲ付シ又ハ付セスシテ之ヲ檢事ニ交付スルニ依リテ終了シ此點ニ於テ二者間ニ大差異アリ
 ト雖モソノ目的ニハ何等ノ影響ヲモ及ホササルナリ(谷野法學士)

第八十九號(刑) 行政官吏(巡查等)カ正服ヲ着用セサリシトキモ官吏ノ資格ヲ有スルヤ(P

N生)

官吏ノ資格ハ正服ノ著否ニ依リテ定マルモノニ非スシテ官吏トシテ任命セララルルニ依リ具ハ

ル所ナリ正服ヲ著セサル場所ニハ刑法上侮辱罪抗拒罪等ニ於テ官吏タルコトヲ知り犯スノ犯
 罪アリヤ否ヤノ事實問題ヲ生スルコトアルモノナリ(豊島法學士)

第九十號(刑) 罪體ノ意義學理的詳解アランコトヲ(芝山幸次郎君)

普通説ク所ニ依レハ罪體ハ罪ノ元素タル物件ナリト爲シ夜中燈火ナク車馬ヲ疾驅シタル罪ニ
 於ケル車馬ノ如キヲ例示ス余輩ハ此説明ヲ以テ十分ナリト認ムル能ハス案スルニ罪體ハ其物
 件上ニ犯罪カ行ハレタルモノナリ其物件ヲ直接ニ使用シテ犯罪ヲ犯シタリト云フ能ハサルカ
 故ニ之ヲ沒收スルコト能ハス例ハ前例車馬ノ如キ持兇器竊盜罪ニ於ケル兇器ノ如キハ疾驅ナ
 ル禁制ノ行爲又ハ兇器ノ所持ナル加重原因行爲カ其物件ノ上ニ行レタルモノナルカ故ニ之ヲ
 犯罪ニ使用シタル物件ト謂フ能ハス(豊島法學士)

第九十一號(民訴) 民訴第五條第三項ノ規定ニ由リ契約ノ有無カ訴訟物ナルトキハ争アル時

期ニ當ル借賃ノ額ニ依リテ其額ヲ定ムルコト能ハサルニ非スヤ(小林佐重太君)

原告ハ被告ニ原告所有ノ家屋一棟ヲ一个月百圓ノ定メニテ一年間賃貸シタリ然ルニ被告ハ
 之ヲ原告ヨリ賃借セスト主張スルヲ以テ此賃貸關係ノ有無ヲ確定セラレンコトヲ求ムトノ
 訴訟ノ如キハ契約ノ有無カ訴訟物ナリ而モ訴訟物ノ價額ハ民事訴訟法第五條第三號ノ規定ニ

依リ一个年間ノ借賃即チ千二百圓ト定ムヘキナリ(宮田法學士)

第九十二號(民訴)

乙ナルモノ丙ノ私印ヲ盗用シテ公正證書ヲ以テ甲ヨリ金員ヲ連借セシカ
甲ハ返期後同公正證書ノ執行文ニ依リ丙ノ有體動産ヲ差押ヘタル場合ハ丙ハ全ク債務アルヲ知ラ
ス且ツ義務ナキモノナレハ(請求ニ關スル異議)トシテ争ハサルヲ得スト信ス然ルトキハ貼用印紙
及ヒ管轄ハ請求額ニ依ルヤ又ハ差押物件ノ價格ニ依ルヤ

附言ス雜問第廿五號(民訴)ノ解答ハ訴訟法第五百四十九條ニ違背シタルモノニシテ(強制執行ニ
對スル異議)ハ第二者ニ限り(此ノ二者ハ前記ノ兩者ノ如キニアラスシテ眞ニ所有權ヲ主張スル
モノナリ)ナスヘキ訴名ニシテ前記ノ場合ニハ(請求ニ關スル異議)トスヘシト云フモノアリ(孤
法子)

本問ノ場合ニ於テハ單ニ差押ノ解除ヲ求ムルコトカ訴訟ノ目的ニ非スシテ甲ノ請求權其者ヲ
争フモノナルヲ以テ訴訟物ノ價格ヲ定ムルニハ請求額ニ依ルヲ相當トス因ニ云フ本問ノ如キ
場合ノ訴名ハ通常質疑者ノ附言セラルル如ク強制執行ニ對スル異議ト云ハンヨリハ請求ニ關
スル異議ト稱ス而モ訴名ハ實質上ノ請求ニ影響ナキモノナレハ強制執行ニ對スル異議ト名ツ
ケタルモ訴狀ノ記載カ請求ニ關スル債務者ノ異議ナルコト明カナルトキハ之カ爲メニ不適當

トシテ訴ノ却下ヲ受クル虞ナシ(宮田法學士)

第九十二號(民法物權)

水ノ自然ニ流レ來ルトハ原因ノ自然ナルヲ云フカ狀態ノ自然ナル

ヲ云フ乎(濱村貞一郎君)

民法第二百十四條ニ所謂水ノ自然ニ流レ來ルトハ原因ノ何タルヲ問ハス土地ノ狀態ニ因リ自
然的ニ隣地ニ流入スルコトヲ謂フ(塚田法學士)

第九十四號(民訴)

訴ナクシテ判決スル場合アリヤ(民訴第七四二條ノ假差押ノ申請ハ訴ナ
ルヤ(言式生))

判決ハ必スシモ訴アル場合ニ限り之アルモノニ非ス民訴第七四二條ノ假差押ノ申請ハ訴ニア
ラス而カモ口頭辯論ヲ爲ス場合ニハ其裁判ハ終局判決ヲ以テ爲スモノナリ(岩田法學士)

雜問

第九十五號(親族)

戸籍缺漏者ヲ就籍セシメント欲スルニハ如何ナル手續ヲ以テ爲ス可キヤ

明細ナル届出書式併セテ記載方一切ノ順序御指示ヲ希フ(小出銀平君)

戸籍漏者ヲ就籍セシムルニハ戸籍法第九十七條ノ規定ニ依リ先ツ其就籍ノ届出ヲ爲サント
 スル戸籍役場ノ所在地ヲ管轄スル區裁判所ノ許可ヲ請求スヘシ而シテ許可ノ裁判カ確定シタ
 ルトキハ同法第九十八條ノ規定ニ依リ其確定シタル日ヨリ十日内ニ就籍スヘキ地ノ戸籍吏
 ニ裁判ノ謄本ヲ添ヘ(一)、就籍スヘキ者ノ氏名族稱、出生ノ年月日時、職業及ヒ就籍スヘキ地
 (二)、就籍スヘキ者ノ父母ノ氏名及ヒ其者ト父母トノ續柄(三)、本籍ヲ有セサル原因(四)、就籍ス
 ヘキ者カ前ニ本籍ヲ有セシトキハ其舊本籍地(五)、就籍スヘキ者カ戸主ナルトキハ其旨(六)、就
 籍スヘキ者カ家族ナルトキハ戸主ノ氏名、族稱、職業及ヒ其者ト戸主トノ續柄(七)、就籍スヘキ
 者カ戸主及ヒ家族ナルトキハ戸主、家族ノ別及ヒ家族ト戸主トノ續柄(八)、就籍スヘキ者カ他
 家ヨリ入りテ戸主又ハ家族ト爲リタル者ナルトキハ其原籍地、原籍ノ戸主ノ氏名、族稱及ヒ

其戸主ト就籍スヘキ者トノ續柄九、就籍スヘキ家族カ他家ヨリ入リテ他ノ家族ノ配偶者ト爲
リタルモノナルトキ又ハ他ノ家族ヲ經テ戸主トノ關係ヲ有スル者ナルトキハ届書ニ其者ト戸
主トノ續柄ノ外他ノ家族トノ續柄若シ他ノ家族トノミ親族關係ヲ有スル者ナルトキハ其者ト
他ノ家族トノ續柄ヲ具シ届出ツルコトヲ要ス而シテ就籍スヘキ者カ家族ナルトキ又ハ戸主及
ヒ家族ナルトキハ此届出ハ戸主ヨリ之ヲ爲スコトヲ要ス(戸二〇〇)

就籍者

東京市神田區裏神保町七番地

平民戸主書籍商敬親長男

就籍者

鈴木敬太郎

明治三十年八月七日午後二時生

右父鈴木敬親

右母クニ

右ハ是迄届出ノ闕漏ニ因リ本籍ヲ有セサリシ處明治三十六年四月二十日就籍許可

ノ裁判確定候間別紙裁判ノ謄本相添此段及御届候也

明治三十六年四月二十五日

鈴木敬親

安政二年三月三日生

東京市神田區戸籍吏何某殿

(宮田法學士)

第九十六號(民訴)

民訴第六十五條第二項ノ特別委任ノミヲナスコトヲ得ルヤ(則外生)

本問ノ意若シ民訴第六五條第一項ノ事項ヲ委任セスシテ同條第二項ノ事項ノミヲ委任スルコ
トヲ得ルヤト云フニ在ラハ固ヨリ同條第二項ノ事項ノミヲ委任スルコトヲ得(岩田法學士)

第九十七號(民訴)

判決ノ認證アル謄本ト普通謄本トハ其形式上竝ニ效力上ニ於テ差異ナキ

ヤ否ヤ(參照同四三一條二項)(長谷川威亮君)

質疑者ハ認證ノ一種ニ「判決ノ認證」ナルモノアリト誤解シ民訴第四三一條第二項ニ所謂「判
決ノ認證アル謄本」ヲ以テ「判決ノ認證」ト云フ一種ノ認證アル謄本ト爲シ之カ爲メ本問ノ如
キ疑ヲ生シタルモノナルヘシト雖モ右「判決ノ認證アル謄本」トハ「認證アル判決ノ謄本」ノ意
味ニシテ其認證ハ民訴第二三九條末項ノ認證ト異ナル所ナシ以テ其疑ヲ解クヲ得ヘシ(岩田

第九十八號(民訴)

民事訴訟法第七百四十一條ニ依リ債務者カ供託シタル保證金ニ對シ強制執行(債權差押)ヲ爲スコトヲ得ルヤ(三省生)

民訴第七四一條ニ依リ供託シタル保證金ニ付テハ供託者ハ一定ノ條件ノ下ニ其返還ヲ請求スル權利(條件附債權)ヲ有スルモノナルヲ以テ供託者ノ債權者ハ債權差押ニ依リ此供託金ニ對シ強制執行ヲ爲シ得ルハ勿論ナリトス(岩田法學士)

第九十九號(民訴)

檢眞ヲ經タル私書證書トハ如何例ヲ設ケテ説明サレタシ(上原彦八君)

檢眞ヲ經タル私署證書トハ例ヘハ原告カ證據トシテ提出セル約束手形ノ署名竝ニ印影ヲ被告カ否認セル場合ニ於テ原告ノ檢眞申立ニ依リ被告カ眞正ナリト自白セル被告ノ手跡及印影ト右約束手形ノ署名及印影トヲ對照シ裁判所カ該約束手形ノ署名及印影ヲ眞實ナリト裁判セルトキハ其約束手形ハ則チ檢眞ヲ經タル私署證書ナリ(岩田法學士)

第百號(政)

衆議院議員ノ歳費ハ民法ノ規定ニ依ツテ讓渡スルコトヲ得サルモノナルヤ(木曾仲矩君)

衆議院議員ノ歳費ハ官吏ノ俸給ト等シク之ヲ給與スルハ全ク公法上ノ理由ニ基クモノナルニ

ヨリ民法ノ規定ニ依テ讓渡スコトヲ得サルモノナリ蓋シ議院法ニ特ニ歳費ハ辭スルコトヲ得ト定メタルヲ見ルモ立法者ハ歳費ヲ公法上ノ性質ノモノトナシタルノ精神ナルコトヲ察知スヘク若シ民法上ノ債權トナスノ主旨ナルトキハ特ニ辭スルコトヲ得ト書セサルモ當然ノコトナルヘケレハナリ(清水法學士)

第百一號(民總)

百參拾八條ノ法令中民事訴訟法ヲ包含スルヤ(濱村與一郎君)

然リ民事訴訟法ヲ包含ス如何トナレハ同條ニ法令トハ法律命令ノ全體ヲ指稱スルモノナレハナリ(加古法學士)

第百二號(民總)

未成年ノ子ノ母カ親族會ノ同意ヲ得テ爲スコトヲ得可キ事項ニ付專斷決行

シタル法律行爲ノ取消權ハ何時ヨリ時効ニ罹ルモノナリヤ
民法第百二十六條ノ規定スルコロニ據レハ追認ヲ爲スコトヲ得可キトキヨリ時効ニ罹ルモノトアリ未成年者ノ法定代理人ヲ有セサル場合ハ成年ニ達シタルトキヨリ有效ニ追認ヲ爲スコトヲ得可キモノナレハ時効モ此時ヨリ始マルモノト解スヘシト雖モ本問ノ場合ハ法定代理人タル母在リ(親族會ノ同意ヲ要スルコトハ勿論ナリト雖モ)追認ヲ爲スコトヲ得ヘキモノナレハ此ノ場合ノ時効ハ其行爲ノ當時ヨリ始マルモノト解シテ可ナリヤ(田島熊太君)

見解ノ通リト信ス(加古法學士)

第二百三號(債權)

民法第六百九拾條ノ「終身定期金ハ日割ヲ以テ計算ス」トハ命令的ノ語ニシテ之ニ反スル契約ヲナスモ其效ナシトノ說ヲナスモノアレトモ民法要義ニハ當事者カ之ニ異ナリタル意志ヲ有セシトキハ其意志ニ依ルヘキハ固ヨリナリト解セラレタリ然ラハ第八十九條第二項法定ノ果實ハ云云日割ヲ以テ取得ストアルモ當事者カ之ニ異ナリタル契約ヲナシ月割ヲ以テ取得ストナスモ效ヲ有スルモノナルヤ明教ヲ仰ク(竹條生)

民法第八十九條第二項ノ規定ト異ナリタル當事者ノ意思ハ有效ナリトス何トナレハ同條ハ公ノ秩序ニ關セサル規定ナレハナリ(加古法學士)

第四百四號(商總)

支配人ハソノ選任シタル番頭手代其他ノ使用人ニ其權限内ノ或種類又ハ特定ノ事項ヲ委任スルコトヲ得ルヤ(國府小平君)

支配人ハ番頭手代其他ノ使用人ヲ選任スルコトヲ得ヘク(商法第二十條第二項)而シテ商人ハ番頭、手代ニ其營業ニ關スル或種類又ハ特定ノ事項ヲ委任スルコトヲ得ヘキヲ以テ(商法第三十三條第一項)支配人ハ主人ニ代リテ其自ラ選任シタル番頭、手代其他ノ使用人ニ是等ノ委任ヲ爲スコトヲ得ヘキハ言ヲ俟タサル所ナリ(松本法學士)

第二百五號(會社)

取締役ハ法定代理人ナルヤ(井上孝君)

取締役カ會社ノ委任代理人タルハ我輩ノ屢之ヲ論セル所タリ近クハ本錄第五十八號商第二百六十四號問題ニ對スル解答及ヒ同解答中ニ引用セル本錄又ハ他ノ雜誌所載ノ解答類ヲ參照セラレタシ然レトモ取締役ト會社トノ間ノ契約關係ヲ否定シ從テ之ヲ以テ會社ノ法定代理人ナリトスル有力ナル反對論アルコトハ亦屢之ヲ述ヘタル所ナリ(松本法學士)

第二百六號(會社)

株式申込ノ性質(井上孝君)

株式申込ハ一定ノ株式ヲ引受ケムトスル契約ノ申込ニシテ之ニ對スル承諾アリタルトキ株式申込人ト發起人トノ間ニ株式ノ引受ナル契約關係ヲ生ストスルノ說ハ我輩ノ夙ニ採レル所ニシテ之ニ對スル反對說ノ概略ハ之ヲ本錄第五十八號商第二百六十二號問題ニ對スル解答中ニ舉ケタルヲ以テ同解答及ヒ其引用セル論文解答等ヲ參照セラルヘシ(松本法學士)

判決批評

判決批評討論筆記

本會ハ從來「判決批評」欄ヲ置キ本會ノ決議又ハ一委員ノ私見ヲ掲載シ來リシカ問題ニ依リテハ結論チ一ニスルモ理由ヲ異ニスルコトアリ又三個以上ノ説ニ岐レテ一ノ多數意見ヲ得難キコトアリ因テ自今決議ヲ爲スト否トニ拘ハラズ討論速記ヲ其儘掲載スルコトト爲セリ但一委員ノ私見ハ從來ノ通時時之ヲ掲クルコトアルヘシ

三五(ワ)第三一二號

判決

當事者

右當事者間ノ明治三十五年(ワ)第三一二號共有物分割請求事件ニ付キ當裁判所ハ左ノ如ク判決ス

判決批評討論筆記

主文

原告ノ請求ヲ棄却ス
訴訟費用ハ原告ノ負擔トス

事實

原告一定ノ申立ハ東京市麴町區飯田町二丁目三十三番地(云々)ヲ競賣ニ付シ其價ヲ五分シテ原被告各自ハ其一分宛ヲ取得ストノ判決ヲ求ムト云フニ在リテ其陳述要旨ハ本案地所建物ハ明治十八年二月十五日以前ヨリ當事者間ニ於テ各均等ナル共有權ヲ有シ居ルヲ以テ其分割ヲ爲サントスルモ被告ト協議調ハス且建物ノ現物ヲ以テ之ヲ分割スルコト能ハス地所ハ之ヲ分割スルトキハ著シク價額ヲ損スル虞アルヲ以テ裁判所ニ於テ本件地所建物ヲ競賣法ニ從ヒ競賣ヲ命シ其代價ヲ五分シ其一分ツツヲ原被告ニ配當セラレンコトヲ民法第二百五十八條ノ規定ニ依リ請求スル次第ナリト謂フニ在リ

被告ハ原告ノ請求ヲ棄却ス訴訟費用ハ原告ノ負擔トストノ判決ヲ求ムト申立テ本案地所建物ハ被告ニ於テ完全ナル所有權ヲ有シ原告等ト共有ニ非ルヲ以

理由

テ原告ノ請求ニ應スルヲ得スト陳述セリ
按スルニ民法第二百五十八條ニハ共有物ニ付キ共有者間ニ分割協議調ハサルトキハ之ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得ヘク裁判所ハ現物ヲ以テ分割ヲ爲スコト能ハサルトキ又ハ分割ニ依リテ著シク其價額ヲ損スル虞アルトキハ共有物ノ競賣ヲ命スルコトヲ得ル旨ノ規定アリト雖モ民事訴訟法ニ於テハ共有物ヲ裁判所カ競賣ニ付シ其競賣代金ヲ各共有者ニ分配スヘキ手續ニ關スル規定存セサルノミナラス判決ニ依リテハ共有物ヲ競賣ニ付シ其代金ヲ各共有者ニ分配スルコトヲ得サルヲ以テ本件原告ノ請求ハ不當ナリトス依テ民事訴訟法第七十二條第一項ヲ適用シ主文ノ如ク評決セリ

東京地方裁判所第四民事部

裁判長判事 岩田 一郎

判事 横田 五郎

判事 西川 一男

判決批評討論筆記

○會長 此問題ハ私モ或雜誌デ之ヲ見テ、自分ノ意見トハ少シ合ハス所ガアツタカラ、法學志林ニ簡單ニ意見ヲ掲ケタコトガアツタノデスガ、其後委員ノ中カラ之ヲ一ツ此處ノ問題トシテ論ジテ見タイト云フ希望ガ出マシテ、ソレデ今晚之ヲ問題トシタ譯デアリマス、

○甲 本訴ノ一定ノ申立ヲ申セバ、東京市麴町區飯田町二丁目三十三番地ヲ競賣ニ付シテ、其價額ヲ五分シテ原被告各自ハ其一分ツツヲ取得スト云フ裁判ヲ求メルト云フノデ在テ、其理由ハ民法ノ二百五十八條ニ「分割ハ共有者ノ協議調ハサルトキハ之ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得」前項ノ場合ニ於テ現物ヲ以テ分割ヲ爲スコト能ハサルトキ又ハ分割ニ因リテ著シク其價額ヲ損スル虞アルトキハ裁判所ハ其競賣ヲ命スルコトヲ得」ト斯ウ云フ工合ニナツテ居リマス、ソコデ此時分ニハ豫メ被告タル所ノ人間ニ對シテ此共有物ヲ分割シヤウデハナイカト云フ催告ヲヤツタノデス、所ガ被告ノ方ハ分割トコロノ話デハナイ、お前ノ方ノ物デハナイ、共有ノ物デハナイカラサウ云フコトニ應ズルコトガ出來ナイト云フ返事ガアツタ、ソレデ本件ハ二百五十八條デ以テ訴ヲ起スト云フコトニナツタノデ、ソレデ二百五十八條ハ「分割ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得」ト云フコトニナツテ居ル、ケレドモドウモ裁判所ガ直チニ家ヲ引割イテ分ケルト云フヤウナコトモ出來マスマイシ、又土地ヲ區分シテ分ケルト云フヤウナコトモ實際ニ於テ出來ル譯ノモノデハナカラウト思

ヒマス、ケレドモサウスルト云フトドウ云フ方法ニ依ツタラバ一體之ガ出來ルノデアラウカト云フコトニ付テ研究ヲ致シマシタナラバ、此他ノ條、即チ抵當權者ガアツテソコニ賃貸借ノ三年以上ノモノガアル時分ニハ「抵當權者ハ其解除ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得」ト云フノガ三百九十五條ニ書イテアリマス、ソレカラ其外廢罷訴權ハ裁判所ニ取消ヲ訴ヘルコトガ出來ルト云フコトニナツテ居ル、ソレノミナラズ人事ノ方ノ訴訟ニナリマスト隱居ノ取消、婚姻ノ取消、養子縁組ノ取消ト云フモノハ總テ裁判所ガ取消ヲスルモノデアルト云フ工合ニ考ヘマスノデ、此抵當權ノ時分ノ賃貸借ノ解除モ、ソレカラ此廢罷訴權ノ時分ノ契約ノ取消モ皆總テ裁判所ガ取消スト云フノ意味デアラウ、相手方ノ當事者ガ契約ヲ取消シタリ婚姻ヲ取消シタリ隱居ヲ取消シタリスルノデハナイ、サウ云フヤウナ次第デゴザイマスカラ、先ヅ之ニ付テハ、分割ノコトニ付テハ初ニ斯ウ云フ工合ニ分ケルモノデアルト云フ、即チ「一分ヲ取得ス」ト云フノ判決デ、確定ノ訴ニシテ置イテ、ソレカラ後ニ競賣法等ニ依テ競賣ヲスルト云フヤウニ、ソコデ本當ニ競賣ニ著手スルヤウナコトニシタ方ガ宜イデハナイカト考ヘテ辯論ヲ進行セシメタモノデアル、サウシタ所ガ裁判所デハ色々ノ尋ネガアツタ、其時ニ是ハ何處マデ求メルカト云フ尋ネガアツタ、其判事ノ尋ネニ應ジテ、辯護士ハ結局ソレハ自分ノ方デ分割ヲシテ貰フト云フコトヲ請求スル以上ニ於テハ、金

ヲ分ケテ貰ハナケレバイケナイノデゴザイマス。斯ウ云フコトヲ言ヒ出シタ、ソレダモンデスカ
 ラソレデハ配當マデ求メルカト切込デ來ラレタ、ソレヲ調書ニ取ツテ置クト云フヤウナ譯デ、結
 局ソレガ一定ノ申立トソレカラ事實ノ所ニ書イテアル終ヒノ方ノ文句トガ合ハナイノデアル、ソ
 レハ詰リ勢ニ乗ジテサウ云フヤウナコトニ兩方カラナツタノデアラウト思ヒマスケレドモ、一定
 ノ申立ノ所ノ精神ハ初メニ此事實ダケヲ確定シテ置イテ、然ル後ニ相當ノ競賣法等ニ依ツテ競賣
 ヲスルモノデアルト云フノト思ハレル、ソレカラ初メニ競賣ニ付スルト云フコトダケハ定メテ置
 イテ貰ハヌト、之ヲ後ニ至ツテ競賣法ニ依ツテ直チニヤルト云フノデモ現物ヲ以テ分割ヲ爲スコ
 ト能ハザルヤ否ヤ、又分割ニ因テ著シク其價格ヲ損スルコトアルヤ否ヤハ判斷ヲ要スルコトデア
 ル、ソレハ區裁判所ガ直チニト云フト出來ナイカモ知レヌト思フ、兎ニ角競賣ニ付スルト云フ判
 決ト、ソレカラ何分ヅツヲ取得スルト云フコトノ確定ノ分ト、斯ウ云フ工合ニ求メテ行ンタヤウ
 デアル、

○會長 「付スト」云フコトハ裁判所ノ前デ競賣ヲヤルト云フ意味デスカ

○甲 競賣ニ付スヘキモノト云フコトデ、競賣ヲ愈、スルコトニナルト區裁判所ガ管轄シテ競賣
 ノ開始決定ヲヤラナケレバナラヌ、ソレノ前提ヲ置キサヘスレバ宜イノデ……

○乙 確認ノ訴デスカ

○甲 詰リサウデス

○會長 競賣ヲ直チニ命ジテ呉レト云フノデスカ

○甲 ソレハ區裁判所デヤラナケレバナラヌノデ、競賣法ニ依リマス。ト開始決定ト云フモノヲヤ
 ル、ソレニ依ツテ競賣ニ付スルト云フコトヲ定ムル、ソレハ民法ノ規定ニ依テソウ云フコトニ
 ナル、

○會長 所ガ民法ニハ裁判所ガ「競賣ヲ命スルコトヲ得」トアル、ダカラ裁判所ガ競賣ヲ命ジテ、
 ソレニ基イテ區裁判所ニ請求スルノデナイカ、「請求」ト云フコトハ民事訴訟上ノ言葉デハナイカ

○甲 サウ云フヤウナ意味ニナレバ「競賣ヲ命ス」ト云フコトニナツテモ宜イ……競賣ニ付ス
 ベシト云フコトハ被告ニ對シテ命ズルノデ、裁判所自ラニ命ズルノデナイ……

○會長 民法ト民事訴訟法ヲ較ベテ見ルト私ハサウ云フコトニナルト思フガ、ソレハ自分ノ意見
 デ……

○乙 私ハ斯ウ云フ考ヲ持ツテ居ルノデゴザイマス、此判決ニハ無論創設的ノ判決ト云フノト普
 通ノ判決ト云フモノガアルト思ヒマス、日本ノ民事訴訟法ニハ（人事訴訟ハ別デゴザイマスガ）

「コンスチトゥチーヴェス、ウルタイル」(Constitutio De Hiis) ト云フモノハ認メナイ精神デ出来テ
 居リハセスカト思フ、民事訴訟法ハ「アクチヨ、パウリヤナ」(Actio Pauliana) ト云フモノノ動キガ
 附カナイモノト考ヘテ居ル、ソレニ今甲君ガ例ニ出シタ離婚ノ訴、養子縁組取消ノ訴、是ハ人事
 訴訟デハ出来ルト思ヒマスガ、普通ノ民事訴訟法デハ出来ナイヤウニ思フ、所ガ今民法ヲ見ルト
 「アクチヨ、パウリヤナ」ハ「コンスチトゥチーヴ」ノ場合ト思フ、併シ甲君ノ出サレタ貸借ノ取
 消、アレハ「コンスチトゥチーヴ」デナイト思フ、一ツノ「ライストゥングスクラーデ」(Leistung-
 Klage) デアルト思フ、私ノ調べタ中デ民法ノ「コンスチトゥチーヴ」エス、ウルタイル」ト云フノハ
 「アクチヨ、パウリヤナ」ダケト思フ疑ノアルノハ共有物ノ分割ガ「コンスチトゥチーヴ」ニナルカ
 ドウカデアルト思フ、兎ニ角民法ト民事訴訟法ヲ調和サセヤウト思ヘバ「コンスチトゥチーヴ」ニ
 書イテハイケナカツタカト思フノデスガソコガ研究ガ積マナイノデ、サウ斷言スルコトハ出来ナ
 イ、私ハイツモソレデスカラ民法ガドウ書イテアツテモ民事訴訟法ト調和サセヤウト思フ時ハ、
 殊ニ缺席裁判ノ時ニ調和サセヤウト思フ時ハ「アクチヨ、ドゥプレックス」(Actio Duplex) ハイケナ
 イ「ライストゥングスクラーデ」カ「フェストステルングスクラーデ」(Feststellungsklage) カド
 ツチカデナケレバナラヌト思フ、ソレデアアルカラ先ヅ共有物分割ノ訴方モチヨツト考ヘテ見レバ

「アクチヨ、ドゥプレックス」カラ言ヘバ共有物ヲ分割シテ呉レト云フ申立ヲスレバ宜イト思フ、サ
 ウスレバ裁判所ガ現實ノ分割ノ出来ルモノハスルシ、自然ノ分割ノ出来ナイモノハ勝手ニ羅馬法
 ニアツタヤウニ出来ルト思フ、併シ「アクチヨ、ドゥプレックス」ノ出来ナイモノハ一一判決ノ出来
 ルヤウナ申立ヲシテ行カナケレバナラヌト思フ、ソコデ日本ノ民事訴訟法デハ「アクチヨ、ドゥプ
 レックス」ハ出来ナイカラ「ライストゥングスクラーデ」ニ持ツテ行カナケレバナラヌト思フ、甲
 君ハ訴ヲ起シテ分割スル權利ガアル、義務ガアルト云フヤウナコトヲ言ツテ、其結果デ分割ガ出
 来ルト云フヤウナコトデアアルガ、甲君ハ民事訴訟法ニ「アクチヨ、ドゥプレックス」ガアルト云フコ
 トハ信ジテ居ルマイト思フ、ソレデアアルカラドウシテモ「ライストゥングスクラーデ」デイカナケレ
 バナラヌト思フ、日本ノ民法ヲ見ルト云フト民法ノ書方カラ言フト「アクチヨ、ドゥプレックス」ノ
 ヤウニ見エルケレドモ民事訴訟法トノ調和上サウ云フ風ニハ出来ナイト思フカラ、私ノ考デハ深
 ク進デ見ルト會長ト同シ意味ニナリハセスカト思フ、例ヲ取テ言ヘバ被告ハ某ノ不動産ヲ競賣ニ
 付シテ、サウシテ其賣得金ノ何分ノ一ヲ引渡セト云フヤウナ申立ニシテ置イタナラバ其強制執行
 トシテ被告ハ競賣ノ申立ヲシナケレバナラヌヤウニナリ、之ニ由ツテ共有物ノ分割ガ出来ハシナ
 イカト思フ、此事件ヲ見ルト申立ガイケナイト思フ、是ハドウモ「フェストステルングスクラー
 九 (七二)

ダレノヤウナモノト思フ、私ニ判決ヲサシテモ斯ク申立ヲシテ來タラバイケナイト思フ、ケレドモ裁判所ノ理由ハイケナイト思フ此裁判所ノ考デハ矢張り共有物ノ分割ト云フモノハ、裁判所デ競賣ヲ命ジタリ何カスルモノノヤウニ民法ヲ讀デ居ルラシイ、民法ハサウデアレドモ訴訟法ニサウ云フ手續ガナイカライケナイト云フ考デ居ルラシイ、私ハ民法ト民事訴訟法ヲ調和サセレバサウ云フ考ハ起ラナイ、今言ツタヤウナ風ニシテ行フタラ出來ルト思フ、此問題ハ研究シタイト思ツテ居タガ、調べデモ來ナイ目前考ヘテ居ル所ヲ申シタノデアアル

○甲 サウスルト分割ヲセイト云フ判決ノ申立ハドウナリマスカ

○乙 ドウナルカ、能ク分ラヌガ自分ニセイト云フコトニナラウト思フ、兎ニ角形ハ「ライスト」レグスクラード」ニスルモノト民法ヲ見テ、所有者デナケレバ出來ヌカラ、或ハ共有者ノ一人デ出來ルカドウカ是ハ別問題デアアル

○甲 民法ニ於テ相手方ノミガ之ヲ分割スル義務ハ負ウテ居ナイ、共有者全體ガ分割ヲスルコトニナラナケレバナラヌ、故ニ私ダケガ分割ヲスル義務ハ負ウテ居マセヌト斯ク云フ抗辯ガ相手方ニ出來ルト思フ、ソレカラ數人共ニ之ヲヤラウト云フコトニナルト、乙君ハドウシテモ民事訴訟法ノ強制執行ニ掛ケナケレバナラヌト云フナラバ自分デモ強制執行ヲセナケレバナラヌヤウニナ

ル、サウスルトオカシイデハナイカト思フ、ソレヲ一ツ伺ヒタイ

○乙 共有物ノ分割ノ請求ト云フノハ民法ノ上デ所有者デナケレバ出來ナイト云フナラバ一個ノ所有權ヲ數人デ持ツテ居ルノダカラシテ原告ト共ニヤレト云フ意味カ知ラヌ、併シ自分ハ任意ニヤルノダカラ強制執行ニハナルヤイト思フ、或ハ他人ノ行爲ヲ要スル履行ナント云フノガアルノト同ジユトデアアル

○甲 サウスルト執達吏又ハ區裁判所ガ代ツテヤルベキ場合デアルトドウナル

○乙 ソレハ強制執行ニスルカドウ云フ風ニスルカハ考ヘナケレバナラヌガ、要スルニ原告ノ申立モ惡イ、裁判所モ惡イト云ハナケレバナラヌ

○甲 ソレカラ前提問題ガアルダラウト思フ、諸君ハ民事訴訟法ノ執行方法ヲ認メラレナイ場合ハ總テ裁判ガ出來ナイモノデアルト云フ原則ヲ取テ居ルカドウカ

○丙 乙君ノハ民事訴訟法ノ強制執行ニ依テヤラウト云フノデ、甲君ノ考ダト民事訴訟法ニ依ルニ非ズシテ競賣法ニ依ツテ行カウト云フノデ、其處ガ違フヤウデアアル

○乙 ソレナラバ別ニ判決ヲ求メル必要モナイ位ノモズデ、唯確認ノ訴ナラバ起セナイコトハナイガ………僕ノハ甲君ノ言フノトハ少シ違ツテ居ツテ、民事訴訟法ニ執行ノ方法ガナイカラ許サ

ヌト云フコトハ言ヘナイト思フ、民事訴訟法ノ運用ガ出来ナイト民事訴訟法ニ依テ訴ヲ受テ審理シテ行クコトガ出来ナイ、被告ニ缺席判決ヲ言渡スト云フケレドモ、分割ヲシテ吳レト云フ、ソレナラドレダケノ事實ヲ自白シタモノト見テ、判決スルノデアルカ、判決例ハアルケレドモ現行ノ民事訴訟法ダ「アクチヨ、ドゥプレックス」ニ當嵌メテ判決スルコトハ出来ナイト思フ、若シ職權ヲ調査ラシテ證據調べヲスルコトガ出来、實體ニ付テ訴ヲスルコトガ出来ルナラバ「アクチヨ、ドゥプレックス」デモ「コンスチトゥーヴエス、ウルタイル」デモ何デモ出来ルコトニナル

○丙 乙君ノ意見ニ合フヤウナ申立ガアルトドウ云フ判決ヲ與フルノカ

○乙 ハツキリソコマデハ考ヘテ居ラヌガ、被告ガ某ノ不動産ヲ競賣ニ付スル手續ヲシテ賣得金ヲ渡セト云フコトニシタライケハシナイカト思フ、被告ガ競賣手續ヲスルノデアル

○丙 ソレハ競賣法ニ依ルノカ、民事訴訟法ノ強制執行ニ依ルノカ

○乙 被告ガヤルノダカラ競賣法ニ依ルノデアル

○會長 チョツト乙君、原告ト共ニ競賣法ニ依テ競賣ヲ爲スヘシト云フノデハナイノデスカ

○乙 サウ云フ意味ニナラウト思ヒマス

○丁 私ハ元來財産權上ノ請求ノ訴ハ唯今乙君ノ言ハレタ通り殆ド全部ガ履行ノ訴若クハ給付ノ

訴「ライストウングスクラード」ト云フ形ダ行クノガ正シイノデ、民法ノ規定ダ「裁判所ニ請求スルコトヲ得」ト書イテアリマスモノハ殆ド「ライストウングスクラード」ニナル、確定ノ訴「フェレストステルルングスクラード」ト云フモノハ民事訴訟法ガ認メテ居ル一ツノ制限的權利ト云ヘバ語弊ガアルカ知ラヌガ、サウ云フ權利デアツテ、訴訟法上ノ權利デアル、乙君ト議論ガ非常ニ分ルル點ハ今ノ「アクチヨ、パウリヤナ」詐害行爲廢罷ノ訴ト通例言ツテ居ル、アノ訴モ私ノ愚見ダハ「ライストウングスクラード」ト云フ形ダ爲シ得ルモノト信ジテ居ル、人事訴訟ハ特別ノ請求デアリマスカラ是ハ財産權上ノ請求ト同様ニ論ズルコトハ出来ナイ、是ハ問題ニモ關係ガアリマセヌカラ除イテ置キマス、兎ニ角財産權上ノ請求ト云フモノハ「ライストウングスクラード」ト云フ形ダ請求ヲシナケレバナラスト云フコトハ民法ソレカラ民事訴訟法ヲ通ジテノ原則デアラウト思フ、ソレヲ前提ニ置キマシテサウシテ民法ノ二百五十八條ヲ見ルト、是ハ先程モ御讀ミニナツタガ、分割ハ共有者ノ協議カ調ハサルトキハ之ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得「前項ノ場合ニ於テ現物ヲ以テ分割ヲ爲スコト能ハサルトキ又ハ分割ニ因リテ著シク其價格ヲ損スル虞アルトキハ裁判所ハ其競賣ヲ命スルコトヲ得」トアル、此解釋デアリマスガ、裁判所ガ競賣ヲ命ズルト云フコトハ愚見ニ依ルト是ハ裁判所ガ競賣ト云フ行爲ヲ爲ス機關ニ命令ヲ下スト云フ意味ダハ勿論ナカラ

ウト思フ、裁判所ガ被告トナツテ居ル者ニ對シテ原告ト共ニ競賣ヲ爲スノ手續ヲ取ルベシト云フコトノ命令ヲ爲スノデアル、其命令ト云フコトハ勿論原告ノ請求ヲ是認スルノデアル、原告ハ被告ニ對シテ或給付若クハ作爲「ライストウンダ」ヲ要求スル、其要求ヲ是認シテサウシテ「ライストウンダ」ヲ命ズルノデアラウト思フ、斯ウ云フコトヲ言ヒマスト又疑ガアツテ裁判所ノ判決ト云フモノハ當事者ニ命令ヲ下スト云フモノデハナイ、法律關係ト云フモノヲ終局的ニ確定セシムル下云フノガ其主眼トスル所デアツテ、裁判所ノ命令ト云フコトハ判決ノ基礎、根據トナルモノデナイト云フ、近頃新派ノ學者ナドガ唱ヘテ居ル所ノ批難ガアルカモ知レマセヌケレドモ、併シ民事訴訟法ノ規定カラ現ハレテ居ル本統ノ精神ト云フモノハドウモ裁判所ノ判決ト云フモノハ當事者ニ命令ヲ下スモノデアラウト思フ、サウ云フヤウニ私ハ解釋ヲスル其主義カラ此民法ノ規定ヲ解釋シテ見ルトドウモ裁判所ガ命ズルト云フノハ當事者ニ命ズルノデアツテ、判決ノ形デ被告ナラ被告トナツテ居ル者ニ命令ヲ下ス、斯ウ云フコトデアラウト思フ、サウスルトモ一ツ進デ裁判所ガ命令ヲ下スト云フコトハ職權デ其目的ニ適フヤウナ命令ヲ下スヘキモノデアアルカ、又當事者ノ申立ヲ是認スルカ否認スルカラ定ムヘキモノデアアルカト、斯ウ云フ問題ニ到著スルデアラウト思フ、私ノ考ハ極ク普通一般ノ考ト異ナルコトナク訴訟法ノ大主義ト云フモノハ勿論當事者主

義デアアルカラ、其訴訟法ノ當事者主義ト云フコトハ民法ノ規定ニ依テ變更ヘ受ケテ居ルマイト思フ、デアアルカラ自分ノ權利ハ自分ガ之ヲ其希望ニ應ジテ行フノデアツテ、裁判所ニ依テ自分ノ目的ヲ達スルヤウナ命令ヲ拵ヘテ貰フト云フコトハ爲シ得ベキモノデナイ、ソレ故ニ原告トナツテ民法ノ二百五十八條ニ依テ訴ヲ起スト云フ場合ニハ自分之目的ヲ達スルダケノ申立ヲ原告ガ自らシナケレバナラス、其申立ハドウ云フ形ニナルカト云ヒマスト私ハ二ツノ請求、即チ二ツノ申立ト云フモノガ此中ニ合ツデ居ルト思フ、其一ツハ被告ニ對シテ即チ分割ト云フモノヲ争ツテ居ル者ニ對シテ共ニ競賣ヲ爲スノ手續ヲ取ルヤウト斯ウ云フ請求、モ一ツノ請求ハ賣得金ヲ得タナラバ其中幾部分ハ私ガ取ル、他ノ部分ハ汝ガ取レヨ、其目的ヲ達スルガ爲メニ賣得金ノ中カラ私ガ若干ノ金額ヲ取ルト云フコトヲ汝ガ忍容「ドゥルデン」セヨ、是ハ適當デナイ譯カハ知リマセヌガ、詰リ日本ノ民法ノ主義デハ「ドゥルデン」ト云フコトハ不作爲ノ一場合トシテ規定シテアルモノト思フ、デアアルカラ不作爲ノ行爲ヲ認メルノデアラウト思フ、私ガ是ダケノ金ヲ取ルノヲ忍容「ドゥルデン」シテ居レト斯ウ云フ請求ヲスルノデアラウト思フ、ソコデ進デ競賣ノ手續ヲ爲セヨト云フコトハドウ云フ手續ニ依テ競賣ヲ爲スノデアアルカト云フト、競賣法ノ規定ニ依ルベキモノデアアル、何トナレバ争トナツテ居ル點ハ競賣ヲスルカセヌカト云フ問題デハナクシテ、分割ヲ

スルカセヌカト云フコトガ争ニナツテ居ルカラ、分割スベキモノデアルトスレバ後ノ競賣ト云フモノハ債務者ガ債權者ト共ニ爲サナケレバナラヌト云フ所謂「非訟事件」ノ手續ニナルデアラウト思フ、即チ競賣法ハ一ツノ非訟事件デアルト思フカラ其規定ニ依テ競賣シナケレバナラヌト思フ、訴訟事件ノ結果デハナカラウト思フ、ソコデ其競賣ヲ共ニ爲スト云フコトハ競賣法ニ依レバ競賣ノ機關ニ委任ヲシ若クハ申立ヲスルノデアル、ソコデ實質ハサウデアリマスカラ、其目的ニ適フヤウニスルニハ原告ハ被告ニ對シテ私ト共ニ執達吏若クハ裁判所ニ委任若クハ申立ヲ爲セヨト、斯ウ云フコトヲ求ムルノデアツテ、モト少シ進言ヘバ相手方ニ對シテ執達吏ニ委任ヲ爲スト云フコトノ意思ヲ陳述セヨト、斯ウ云フ要求ニナルダラウト思フ、サウ云フ要求デアルトスルト、ソレニ副フ申立ハ詰リ競賣法ノ三條若クハ二十二條ニ依ル委任若クハ申立ノ條件ニ適フダケノ文章ト云フモノヲ具ヘテ申立ヲスベキガ當然デアラウト思フ、サウスレバ民事訴訟法ノ第七百三十六條ニ依テ「債務者カ意思ノ陳述ヲ爲スヘキコトノ判決ヲ受ケタルトキハ判決ノ確定ヲ以テ意思ノ陳述ヲ爲シタルモノト看做ス」トアリマスカラ此判決ヲ以テ執達吏ニ對シテ委任ヲ爲シ、裁判所ニ對シテ申立ヲ爲シタト同一ニ看做サレル、其判決ヲ競賣ヲ求メテ居ル人ガ持ツテ行ツテ自分ノ意思表示ノ書面ト共

ニ競賣ノ機關ニ申立若クハ委任ヲスル、サウ云フ方法デ容易ニ強制執行ヲ爲シ得ルモノト思フノデアリリマス、詰リ私ハ甲君ノ御考ヲ反駁スルト云フ材料モ十分持ツテ居リマセヌカラ唯自分ノ考ダケヲ述ベテ置クノデアリマスガ、唯裁判所ニ競賣ヲ要求スルノデアル、文章ノ書方ガサウ見エルト云フ先程ノ御主張ノヤウデアツタガ、是ハ併ナガラ民法ノ書方ハ總テ斯ウナツテ居ルノゾ、「債務者カ任意ニ債務ノ履行ヲ爲ササルトキハ債權者ハ強制履行ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得」ト書イテアル、サウ云フ場合ニハ裁判所ニ判決ノ申立ガアルト、強制執行マデモ職權デシテヤラナケレバナラヌト云フ結果ニナルガ、サウ云フコトハ勿論ドナタモ御考ハアルマイト思フノデアリマスカラ民法ノ文章ノ書方ニ依テ直チニ受訴裁判所ガ競賣ヲ爲シテ、ソレカラ配當ヲモ爲スベキモノデアルト云フ考ハ私ハ正當デアアルマイト思フ、

○丙 丁君ノ御意見ハ五分ノ一トカ云フコトニ付テハドウデアアルカ

○丁 賣得金ノ中カラ詰リ私ハ幾ラヲ取ルカラソレヲ「ドゥルデン」セヨ忍容セヨト云フコトニナルダラウト思フ

○丙 ソレハ何ニ依テ……………

○丁 競賣法ニ依レバ賣得金ハ委任ヲシタ者ノ權利ニ移ル……………若シ「ドゥルドゥンダ」ト云フモ

○ヲ日本ノ法律デハ「不作爲」ト云フコトニ見テ居ルナラバ今度ノ民法施行法ニ依テ改正サレタ民事訴訟法ノ中ニ規定シテアル不作爲ノ義務ヲ爲シタ時ニハドウ斯ウスルト云フコトガアリマ

ス、アレニ依ルベキモノデアラウ
○丙 前ノ訴訟法ノ規定ダトドウナルダラウカ
○丁 所謂「訴訟法ノ主義」デハ不作爲「ウンテララシング」ハ忍容「ドゥルドゥング」ト違フダラウト思フケレドモ民法ノ主義ハ兩方一緒ニ見テ居ルモノト思フ

○會長 私ハ手續ノ方ハ知ラヌモノデスカラ動モスレバ意見ガ違フ形ニナルカ知リマセヌガ、只今甲君、乙君、並ニ丁君ノ御説ヲ承ツテ見テ、手續ノ細カイコトニナツテハ大ニ學ブ所ガアツタデスケレドモ大體ノ意見ニ於テハ益、自己ノ考ヘテ居ツタ所ガ誤デナカラウト云フコトヲ覺テ來タ、競賣ノコトニ付テハ既ニ乙君ノ御意見ト丁君ノ御意見ガ全ク私ノ意見ト同ジイノデ、私ハ所謂「ライストゥンクスクラード」デ宜カラウト思フ、ドフ云フコトヲ「ライステン」スルカト云ヘバ今兩君ノ言ハレタ如ク、原告ト共ニ被告ハ競賣法ニ依テ委任ヲシ、申立ヌスルト云フコトデアル、本問題ニ於テハ不動産デゴザイマスカラ申立ノ方ニナル、唯分割ノ割合ニ關シテ丁君ノ今御述ベニナツタコトニハ少シ同意シ兼ネル所ガアル、如何ニモ「ドゥルドゥング」ト云フモノハ民

法デハ別ニ見テナイ、見テアリマセヌカラ多クノ場合ニ「ドゥルドゥング」ハ同時ニ「ウンテララシング」ニナルト思ヒマスケレドモ常ニサウデアルト云フコトハ言ヘヌダラウト思フ、然ラバ本問題ノ競賣ニ依テ得タル代金ヲ分割スルト云フ事柄ニ付テハ、私ハ果シテ「ドゥルデン」デアルカト云フコトサヘモ疑フノデアル、何トナレバ競賣ト云フモノヲ原告ト被告カラ申立テテ之ヲ爲スト云フコトデアルト、其競賣ニ因テ得タル代金ヲドウスルカト云フニ私ハ決シテ丁君ノ言ハルルヤウニ請求者ノ手ニ代金ヲ渡スト云フモノデハナイト思フ、ソレハ競賣法ノ不動産ニ付テハ第十三條第二項ノ規定ガアル、「裁判所ハ前項ノ代價ノ中ヨリ競賣ノ費用ヲ控除シ其殘金ハ遲滞ナク之ヲ受取ルヘキ者ニ交付スルコトヲ要ス」、「之ヲ受取ルヘキ者」ト云フ文字ハ決シテ名文デハナイト思フケレドモ、併シ是ハ「委任者」ト云フコトデハナイ、「委任者」ト云フコトナラヌウ云フ迂遠ナ言葉ヲ遣フ筈ガナイ、立法ノ沿革ヲ申上ダマスルト色々アリマスガ、初メハ委任者ノヤウナ意味ノ文字ヲ遣ツテ居ツタノデソレダイケナイカラ「之ヲ受取ルヘキ者」ト云フヤウナコトニナツタ、併シ此言葉ガ明瞭デアルトモ完全デアルトモ思ヒマセヌガ、併シ委任者デナイコトハ明カデアルト思フ「受取ルヘキ者」ト云フノハ「法律上受取ル權利アル者」ト斯ウ讀ムノガ當然デアルト思ヒマス、サウ致シマスト今ノ分割ノ場合、即チ分割ノ一方法トシテ競賣ヲ命ジタ場合ニ

於テハ之ヲ受取ルベキ者ハ誰デアルカ、之ヲ矢張り裁判所デ極メテ貫ハヌトイケナイ、ソレデ是
 ダケハ實ハ私ハ「フェストステルリングスクラード」ニナルノデハナイカト思フテ居ツタ、私ハ丁
 君ノ言ハレタ通り訴訟ノ目的ハ二ツアル、一ツハ競賣ヲ命ジテ呉レト云フコトデ、今一ツハ「フェ
 ストステルリングスクラード」、サウ云フ形ニセヌデモ訴ヘラルト思フガ、現實ノ問題ハソレデ
 アルト思フ、サウスト云フト競賣ノ結果代金ヲ得タ時ニ其代金ヲ如何ニシテ分ツベキカト云フ
 コトハ當事者間ニハ争ガアリ得ルガ、ソレハ既ニ判決ヲ以テ其權利ガ確定シテアルナラバソレガ
 所謂「之ヲ受取ルベキ者」デアルカラソレニ渡サナケレバナラス、即チ其者ガ一人デナクシテ數
 人デアツテ、其各自ガ各、何分ノ一トカ或ハ或者ハ何分ノ一、其他ノ者ハソレヨリ多ク又ハ少ク
 受取ルベキ者デアルト云フコトニ判決ガ確定スレバソレニ依テ競賣法第三十三條第二項ノ規定ハ
 適用セラルルモノト思フ、其點ダケガ少シク丁君ノ考ト違ツテ居ツタ……私ハ寧ロ諸君ニ質問
 ヲスルノダガ私ハ七百三十六條ノ適用ハ最モ廣イト思フテ居ツタ、「意思ノ陳述」ト云フカラ意思
 表示、即チ法律行為ノ意思表示モアラウシ、ソレカラ先程ノ場合ノヤウナ官廳ニ對スル申立ノヤ
 ウナコトモアラウシ大凡意思ニ因ルモノハ皆合デ居ルノデハナイカト思フ

○丁君 ソレハ個人ニ關スルモノハ合マヌトハ思ハヌケレドモ、最モ多クノ場合ハ官廳ナドニ對

スル意思表示ト思フ

○會長 ソレデアレバ不動産登記法ノ方ニ明文ガ出來タカラ宜イガ、登記ノ申請ナドガ登記權利
 者ト登記義務者カラ申請スルノガ普通ノ手段デアル、所ガ其申請ヲ爲スベキ一方、大抵登記義務者
 ガ申請ヲ爲スコトヲ肯ゼヌト云フ時ニハ登記權利者ガ訴訟ヲ起シテ、サウシテ詰リ登記申請ヲ爲
 セヨト云フコトガ請求ノ目的ニナルベキデハナイカト思フ、今デハ登記法ニ明文ガアルカラドウ
 云フコトニナツテモ實際助キガ附クノデスケレドモ、一體ハ七百三十六條ナドハサウ云フ場合ヲ
 主トシテ、ト言ツテハ惡イカ知ラヌガ、サウ云フ場合モ一ツデナイカト思フ、其代リ斯ウ云フコ
 トモアリマスマイカ、私ガ或ル人ノ保證人ニ立ツト云フ約束ヲシテ置イテ、債權者ノ方デ保證契
 約ヲシヤウト云フケレドモ保證人ノ義務ノアル人ガイヤダト言ヒ出ス、サウ云フ場合ニ主タル債
 務者ガ保證人ヲ相手取テ保證契約ニ關スル意思表示ヲ爲セヨト云フコトガ出來ヤウ……ソレモ
 矢張り七百三十六條ノ適用デハナイカト思フ、サウスト兩方合ムト思フ、今ノ競賣ノ申立ト云
 フコトモ無論此中ニ這入りサウナモノト思フ

○丙 會長ニ伺ヒタイデスガ、現行法ノ解釋トシテハ御説デ宜カラウト思フガ、立法者ガ法文ヲ
 御書キニナツタ時ニハ分割手續ト云フモノヲ一ツ非訟事件ト云フモノデ拵ヘルト云フ御積リデハ

ナカツタカ、今ノヤウナコトナラバ「競賣ヲ命スル」ト云フ書方ハ下手ニ出来テ居ルト思フ

○會長 民法ヲ書イタ時ト非訟事件手續法が出来タ時トノ關係カラ云フト變テアル、ソレハ民法ヲ書ク時ニハ無論分割ニ關スル手續ト云フモノハ特ニ出来ル積リデアツタ、但斯ウ云フノハ訴訟手續ニスルガ宜イカ、非訟事件手續ニスルガ宜イカ、ソレハ問題デスガ、要スルニ之ニ關スル特別ノ手續が出来ル積リデアツタ、扱フ民事訴訟法ハドウモ民法ノ施行ト同時ニ之ヲ改正スル暇ガナイ、非訟事件手續法ヲ拵ヘルト云フ時ニ、私ハ取敢ヘズ非訟事件ニシテ賈ヒタイト云フ考デアツタケレドモ、非訟事件ノ起草者ハ曰ク性質上是ハ訴訟事件ダカラ非訟事件ノ中ニ規定スル譯ニイカスト、斯ウ云フコトデアツタ、ソレデ實ハ非訟事件ノ中ニ這入ラナカツタ、其結果トシテ現行ノ民事訴訟法デハイカズ、非訟事件デイカナイト云フコトニナルカラ、直チニ分割ヲスルトカ直チニ競賣スルトカ云フコトハ出来ヌ、ソコデアルカラ競賣法が出来タラバ不十分ナガラ間ニ合フドラウト云フノデ、民法ヲ施行スル時ニ彼ノ個條ダケハ行ハレスト云フコトハ考ヘナイデ、競賣法ニ依テ出来ルドラウト云フ考デアツタ、初メ起草スル時ハサウ考ヘテハ居ナカツタ

○戊 民法ノ「分割」ノ意味ハ持分ト云フモノニ付テ争ノアル意味デナクシテ、分割ノ方法ニ付テ協議ガ纏マラヌト、斯ウ云フ時分ダケニ付テ民法ハ規定シタモノデアリマセウカ

○會長 普通ハサウデアアルガ、争ノアル時ハ之ニ依ラセナイト云フコトハドウデスカナ

○戊 分割ト云フコトヲスルニ付テハ持分ト分フコトハ確定シテ居ル、是ハ先決問題デアルト思フ

○丙 サウナルト愈、非訟事件ニナル

○戊 分割ノ方ハ非訟事件デ行ク、持分ノ方ハイケナイ……

○會長 普通ハサウデアアラウト思フガ、今ノ場合ニハ問題ガニツアル

○戊 持分ガ確定シタ上ニ於テ甲ハ之ヲ賣ルガ宜イト云フ、乙ハ之ヲ賣ル時期デナイト云フノデ分割ノ方法ニ付テノ争ガアル場合ニ裁判所ニ請求スルト云フノデアアル

○會長 佛蘭西ナドデハ之ニ付テハ委シイ規定ガアル、其一部分ハ民法ニアル

○戊 其持分ニ關スル先決問題マデモ一緒ニヤル意味デハナイト思ハル

○會長 通常ハ持分ニ付テ争ガナイ場合デス

○戊 持分ハ原告ノ云フ通り認メルガ此物ヲ分割スルノハ不利デアルカラ嫌ヤダト云フテ應ジナイコトガアル、其時分ニ裁判所ノ方デ競賣ヲ命ズルコトが出来ルノデ、根本ニ付テ争ノアル場合ニ「競賣ヲ命スルコトヲ得」ト云フノハオカシイデハナイデスカ

○己 協議調ハザルト云フノハ、ソレヲ前提シテ居ルノデハナイノデスカ

○會長 ソレヲ條件ニスルコトハ出來ナイカ知ラヌガ、主トシテ持分ニ付キ争アル場合ヲ見テ居ラヌコトハ疑ナイ

○己 先ヅ共有物デアルト云フコトガ極ツタ上ノ規定ヲ設ケタ條文デハナイノデスカ

○會長 無論共有物デアルコトハ前提シテ居ルカラ「共有者云云」ト云ツテ居ルノデアル

○己 今ノハ共有物デアルカ共有物デナイカト云フヤウナ争ヲシテ居ル、コウ云フ時分ニアノ條文ニ依テ請求スルコトガドウ出來マスカ

○會長 ソレデスカ私ハ今ノ場合ハ請求ガ二ツ一緒ニナツテ居ルト思ヒマス、私ハ能ク民事訴訟法ヲ知ラヌガ妨ナイコトト思フ、先ヅ以テ共有デアル、而シテ其共有ノ割合ハドウ云フ割合デアル、併シ其共有物ハ競買シテ其代價ヲ分ツト云フノデアル

○己 本ト共有物デアルコトガ極リ、持分ガ極レバ當事者間ニ協議ガ調ンタヤウナ場合ガアル、今共有物デナイト云フヤウナコトデアルカラ協議ガ調ヒヤウガナイガ、共有物デアルコトガ分リ持分ガ分レバ協議ガ調ツタ場合ガ随分アラウト思フ

○庚 丁君ノ御話ニナリマシタコトハ分リ兼ヌルノデスカ、裁判所ガ判決執行ノ規定ノナイ限リ

ハ判決ガ出來ナイト云フ論據ハ何處ニアリマス

○丁 私ハ其說デスカ、「民事訴訟法」ト云フ法律ノ性質カラ當然生レテ來ル結論ダト思フ

○庚 併シ實質的ノ法律、民法トカ商法トカ云フ法律ハ明文ノ無イトキハ裁判所ハ法理又ハ條理ニ依リテ法文ヲ補ヒ之ニ依テ判決ガ出來ル、之ト同ジク民事訴訟法ニ於テモ亦其手續ガナイトキハ裁判所ガ昔時訴訟法ノ不完全ナリシ時代ノ諸國ノ實例ノ様ニ自ラ其手續ノ缺點ヲ補充シテ裁判スルコトガ出來ナイノデスカ

○丁 實質法ハ學者ノ言フ通り其規定ト云フモノガ人類社會ノ總テノ關係ヲ網羅シテ居ルノガ原則デアアルカラ明文ガナクモ何カヲ補ウテ行ク、所ガ訴訟法ハ會長ト意見ガ違ヒマスケレドモ私ハ公法デアツテ、サウシテ其性質ト云フモノハ餘程嚴格ナモノデアアルカラ實質法ヨリモモ一層嚴格デアラウト思フ、ソレニ規定ノナイコトハ詰リ裁判官ト云フモノガ之ニ從フ義務モナイ、又行フ職權モナカラウト思フ、實質法デ斯ウ云フ權利ガアルト云ツテモソレヲ如何ニ保護スルカト云フ方法ガ備ツテ居ラヌ限リハ其事ニ付キ裁判所ハ職權ガナイ

○庚 デスカ今ノ日本ノ訴訟法ハ反對ノ禁止力アルトマデモ裁判所ノ組織ガナツテ居リマスカ……昔ノ羅馬以來實質法ヲ拵ヘル許デナク訴訟法自身ノ規定モ裁判官ハ必要ニ應ジテ補フテ行フ

タ、今ハ日本ノ訴訟法ガノ明文以外ニ如何ナル事モ裁判所ガ出來ナイト云フ禁止的ノモノデア
 ルカドウデアアルカ、今公法デアアルト申シマシテモアノ外ニドウシテモ出來ナイト云フヤウナコト
 マデ意味スルノカドウカ分ラヌト、モ一ツハ民法ノ文字通りニ依ルト「裁判所ハ競賣ヲ命スル
 コトヲ得」トナツテ居ル以上ハ、命ズルコトハ命ジナケレバナラヌ、サウシテ他ノ方法ニ依テ幾
 分カ實行ガ出來ル限リハ、サウ云フ場合ニハ裁判所ハ命ズルト云フ職權ヲ持ツテ居ルモノトスル
 方ガ宜クハナイカト思フ

○丁 「命スル」ト云フハ裁判所ガ競賣ノ機關ニ競賣ヲセヨト云フ斯ウ云フコトヲ命ズルノデハ
 ナカラウト思フ、詰リ債務名義ヲ得ル爲メニ當事者ガ訴ヲ起スノデスカラ相手方ニ共ニ競賣ヲ爲
 スベシト云フサウ云フ命令ヲ裁判所カラ原告ガ求メヤウトスル、其命令ヲ得タナラバアトデ競賣
 スルト云フノハ自己ノ行爲デスカラ、機關ヲ通ジテヤリマスケレドモ、是ハ訴訟ノ結果強制執行
 ヲヤルヨリモ寧ロ非訟事件タル競賣ノ手續ニ於テ自分ノ權利ヲ満足ニ行フベキモノダラウト思フ
 ○會長 チヨシト甲サンニ問フガ被告ノ方ハ唯共有物デハナイ、被告ノ専有物デアアルト云フコト
 ノミヲ主張シタノデスカ

○甲 サウデス

○丙 若シ現物ノ分割ヲ請求スルトキハドウスル、矢張り裁判所ニ向テ「ライストウングスクラー
 ズ」ヲ提出シテ分割シテ呉レト云フノデアアルカ、ソレニ至ツテ困ラウト思フ

○會長 争ノアルトキハ二百五十八條ノ適用ハナイト云フコトハ云ヘナイト思フガ、併ナカラニ
 百五十八條ハ固ヨリ共有物デアアルト云フコトヲ前提シテ居ルカラ之ヲ適用スルニ付テ先ツ争ガア
 レバ先ヅ以テ共有物デアアルヤ否ヤト云フコトヲ判断シナケレバナラヌ

○戊 其判断ハ二百五十八條ニ依ル判断デハナイト思フ

○會長 ソレハ原因ハ他ニアルガ併ナガラ二百五十八條ノ請求ヲ爲スノニハ共有物デアアル、共有
 ノ部分ハ是ダケデアアルト云フコトガ極ツネ居ラナケレバナラヌト云フコトハナイト思フ

○己 尠クモ共有物デアアルト云フコトガ極ラチバ出來ナイト思フガ……

○會長 權利ニハ争ガナイケレドモ方法ニ付テ協議ガ調ハヌ時モアル、兩方アル、

○戊 當事者間ニ分割ノ争ガアルトキニハ出來ル

○會長 ソレバカリデハナイ、斯ウ云フコトデアレバ問題ニナラヌ、共有物デハナイト思フ、併
 ナカラ共有物デアアルナラバ斯ウ云フ風ニ分ケテ宜イト云フコトニ付テ先ニ協議ガ纏ツテ居レバニ
 百五十八條ニ依ル、併シ共有物デナイト思フ位デアアルカラ協議ガ調ハナイ併ナガラ裁判所デ調ベ

テ見ルト共有物デアルソレニ拘ラズ協議ニ應シナカツタノハ協議ガ調ハナカツタノデアル、ソレヲ極メテカラデナケレバ分割ニ掛ラヌト云フコトデアルト、徒ラニ手續ヲ費スノデアルカラソレヲ二百五十八條ガ命シテ居ルノデハナイト思フ

○丁 此判決ノ理由デスガ、斯ウ云フ理由ヲ附スルノハ穩當デナイ、ケレドモ是ハ實ハ一定ノ申立ガ甚ダマヅイ、ソレデスウ云フコトガ生シテ來タノデ、此理由ハ斯ウ云フ意味デアラウト思フ、兎ニ角原告ノ申立ト云フモノハ裁判所カラ判決ヲ得テ其判決ノ強制施行トシテ競賣ノ手續ガ附クヤウニシテ貫ヒタイト、斯ウ云フ請求デアツタラウト思フ、裁判所デハソレハイカヌト、斯ウ云フコトダロウト思フ、私ノ先刻意思ノ陳述ヲ爲スト云フコトハソレハ競賣ト云フコトノ債務名義ヲ取ルノデハナイ、意思ノ陳述ヲ爲スト云フコトガ判決ニ依ツテ確定スルダケノコトデ、其跡ハ競賣法ノ規定ニ依テヤルカラ判決ノ執行デハナイ、其區別ガアルト思フ、判決ノ執行トシテ競賣ヲシテ吳レロト云フノデアルカラ判決ニサウ云フ理由ガ附サレテ居ルノト思フ、民事訴訟法ニハサウ云フ規定ハナイカラ出來ナイ、「判決ニ依リテハ共有物ヲ競賣ニ附シ其代金ヲ各共有者ニ分配スルコトヲ得サルヲ以テ云々」ト云フノハ是ハ言ハズト分ツテ居ルノデ、申立ガオカシカツタカラソレト相對照シテオカシクナルノデス

○乙 私ハ丁君ノ言ハルルノモ判決ノ執行ト思フガ……

○丁 判決ノ執行デハナイ……

○乙 ソレデナケレバアナタノ言ハレタヤウニ意思ノ陳述サレタモノトナリハシナイ、ダカラ「判決ノ執行」ト云フテ宜イ、唯競賣法ニ依テヤルノガ判決執行デアル、裁判所ノ認メタノハ、被告ニサウ云フコトヲヤレト云フノデナクシテ、裁判所自ラガ競賣法ニ依テカ或ハ民事訴訟法ニ依テカ、競賣ノ手續ヲシテ配當ヲセイト云フヤウナ趣意デアルト云フノデアル、又裁判所ハ民法ノ規定モサウ云フモノデアルト思テ居ル

○丁 「意思ノ陳述」ト云フコトヲ以テ請求ガ満足サレテ居ル、其結果トシテ競賣ヲスルコトハ判決ノ執行デハナイト思フ、意思ノ陳述デ既ニ満足ヲ得テ居ル

○會長 サウ云フコトナンデスト丁君ノ趣意モ乙君ノ趣意モ同シコトデアルガ、「裁判ノ執行」ト云フコトハドウ云フコトデアルカト云フト、「競賣ノ申立ヲ爲セヨ」ト云フコトデ、即チ若シ其意思ヲ陳述スルコトヲ肯ゼザルトキハ判決ガ意思ニ代ル、所ガ執行ノ結果デ競賣手續ハ行ハルルノデアルカラ、能ク名譽回復ナドデ「新聞ニ斯ウ云フ謝罪文ヲ載セヨ」ト云フ、サウスルト云フト被告ハ其謝罪文ヲ新聞ノ廣告ニ依頼ヲスルト云フ義務ガアル、ソレヲ被告ノ方デ其意思ヲ持ツコ

トヲ肯ゼザレハ判決ガ其意思ニ代ルカラ、直チニ新聞社ニ原告ガ其判決ニ基イテ廣告ヲ頼ム、サ
ウ云フコトニナル、ソレマデハ判決ノ執行ダケレドモ新聞社ガ其廣告ヲ載セルカ載セヌカガ問題
デ、新聞屋ハ營業ダカラ其廣告ハイヤアルト云ヘバ仕方ガナイ、ソレデアルカラ今度競賣法ニ
依テ競賣ヲ請求スルニ當ツテ、區裁判所ガ唯嫌ヤデゴザルト云フコトハ出來ヌガ、手續ガ違ツテ
居レバ却下スルコトモアラウト云フコトニナル

○甲 サウスルト結果ハ會長ノト乙君ノト同ジデ、會長ノハ三ツノコトニナルノデスカ

○會長 ニツノ積リデス、一ツハ此訴訟ガ共有物デアルト云フコトヲ確定シテ吳レト云フ請求デ
ハナイケレドモ暗ニソレヲ含デ居ルモノト見ヌト訴訟ガ成立セヌカラ共有物デアルカ、ナイカ、
共有物デアルナラバ各自ノ部分ハ幾ラデアルカト云フコトガ暗ニ此中ニ含まレテ居ルモノト見
ル、ソレガ一ツト、モ一ツノ「競賣ヲ命ズル」ト云フ事柄ハ被告ニ對シテ「原告ト共ニ區裁判
所ニ競賣ノ申立ヲ爲セヨ」ト云フ命令デアルト思フ

○甲 初メニ部分ヲ確認セイト云フノデスカ

○會長 共有物デアルト云フコトヲ確認スルト同時ニ其確認スルノデアル

○甲 ソレデハ申請ハ「競賣ニ付ス」ト云フコトヲ相手方ニ命ジテ吳レト云フコトニナレバ宜イ

ト云フノデスカ

○會長 相手方ニ對シテ命ズルト云フノハ原告ト共ニ區裁判所ニ爲スベシト云フコトデス

○丁 愈々分配ヲスルト云フ場合ニナルト會長ノ御考ト違フ點ハ其判決ガ確定スレバ其判決ニ因
テ誰ガ受取ルカト云フ關係ガ極ルダケデ、ソレニ依ツテ強制執行ハ出來ヌト思フ點デアル

○會長 強制執行ハ出來ヌカ知ラヌガ、區裁判所ガ競賣法第三十三條ニ項ノ規定ニ依テ代價ヲ渡
ス、其代價ヲ渡ストキニハ其判決ニ依テ渡サネバナラヌト思フ

○丙 一體共有物ヲ分割スルト云フコトハ普通ノ判決トハ違フ、新ニ「分割」ト云フコトニ因テ
權利ヲ拵ヘルノデ、全ク權利ヲ創設スル所ノ判決デアル、普通ノ判決トハ違フ、サウ云フコトハ
民事訴訟法ヲ認メヌト云フナラバ其理由ハ宜イノデ、民法ノ方ヲ見テモアノ書イタ時ノ趣旨ト云
フモノハ共有物ノ分割ト云フモノハ現物分割ニ付テモ手續法ヲ設ケル積リデハナカツタカト思フ
其規定カ抜ケテ居ルノダカラ此判決ハ創設的判決デ一般ノ判決ト違フノデ民事訴訟法ニ合ハナ
イ、分割ノ方デハ手續ガナイカラ出來ナイ、故ニ却テ其判決ガ能クナリハセヌカト思フ、乙君モ
サウ云フ根據ヲ持テ居リハセヌカト思フ……詰リ「共有物ノ分割」ト云フコトハ共有權ノ持分
ヲ確定スルト云フ意味トハ違フダラウト思フ、持分ニ從テ共有物ヲ分割スル、是ニハ別ニ明文ノ

要スル、其明文ニ因テ一部一部ノ所有權ヲ極メル、ソレカラ分割ノ出來ナイモノハソレニ代ルダ
 タノ價格ヲ與ヘル、普通ノモノトハ違フノデ、サウ云フモノハ特別ノ手續ヲ設ケテ宜イ譯デ、「分
 割」ト云フ手續ヲ拵ヘタ方ガ宜クハナイカト思フ、之ヲ普通ノ民事訴訟法ニ當嵌メルナラバ先程
 乙君ノ言フ通り、創設的判決ハ民事訴訟法ハ認メナイト云フノデ、是ハ立派ニ創設的デアルカラ、
 サウスルト手續ガナイカラ出來ナイ

○丁 共有者ノ一人ガ現物ヲ占有シテ居ルト思フ場合ニ分割ノ協議ガ調ヘナイ、併ナガラ現物ノ
 分割ガ出來ルト云フ場合ニハ其占有者ニ對シテ引渡ダケヲ求メレバソレデ足リルト思フ、共有權
 ガアルカナイカト云フ根本ニ付テ爭ガアルトキハ別デアル

○丙 共有物ノ分割ヲ裁判所ニ求メルコトガ出來ルノデ、共有權ノ持分ニ從テ新ニ處分ヲスルノ
 デ、新ニ權利ヲ創設スル行爲ニナル、ソレヲ裁判所ニ求メルコトガ出來ルト云フノデアル

○丁 分割ノ結果ハ引渡ニナルカラ宜シイ

○丙 其「分割」ト云フコトハ裁判所ニ求ムルコトガ出來ル、其分割ヲスルト云フコトハ僕ノ物
 ラ僕ノ物トスルト云フコトノ判決トハ違フ

○丁 併シ「引渡」ト云フコトノ實行ガアレバ完全ニ目的ヲ達シタノデアル

○會長 先程モ申シタ通り民法ガ出來タ當時ニハソレニ關スル特別ノ手續ガ出來ル積リデアツ
 タ、ソレガ前ニモ申シタヤウニ出來ナカツタ、併シ出來ナカツタ爲メニ動カナクナルノデナクシ
 テ、不完全ニナルカモ知レマセヌゲレドモ、裁判所デ以テ競賣スル場合デナクシテ實物分割ノ場
 合ヲ想像シテ見テ、其場合ニ此土地ナラ土地ト云フモノヲ斯ウ云フ風ニ分ケル方ガ穩當デアルト
 云フト、裁判所ハ被告ニ向ツテ今マデ貴様ハ一町歩ナラ一町歩ノ土地ノ上ニ三分ノ一ノ共有權ヲ
 持ツテ居ツタガ、ソレノ三分ノ二ノ不動産ニ付テハ貴様ノ共有權ヲ拋棄シロ、ソレカラ又他ノ者
 ニ向ツテハ命令シテ曰ク、第一ノ三分ノ一ノ不動産ニ付テハ貴様ガ其上ニ持テ居ツタ所ノ共有權
 ヲ拋棄シロト斯ウ云フ矢張り「ライストウンクス」ニナルダラウト思フ

○丙 ソレハ「ドゥプレツクス」ニナル

○會長 矢張私ハ民事訴訟法ハソレガ爲メニ都合好クハ出來テ居ラヌカ知ラヌガマルデ出來ヌト
 云フコトハナイト思フ

○丙 乙君ナドノ論據カラ云フト出來ナイト云ヒ棄テテ仕舞フ方ガ宜クハナイカト思フ

○會長 サウ云フコトマデハ乙君ナドハ云ハナイ、民事訴訟法ノ手續ハマタ民法ト較ベテ見ルト
 不十分デアルト云ツテ居ル

○丙 乙君が「コンスチトゥーヴェス、ウルマイル」デアルト云ツタノハサウ云フモノハ民事訴訟法ガ認メテ居ナイカラ出来ナイト云フ積リデアルト思フ、民事訴訟法ハサウ云フ解釋ヲスルコトヲ許サスト云ハナタレバナラヌヤウデアル

○丁 ソレハ斷言ハ出来ナイ……「コンスチトゥーヴェス、ウルマイル」ト云フモノデハナイト考ヘテ居ル、共有物分割ノ訴ハサウ云フ風デナクシテ出来ルト思フ

○丙 共有物分割ノ訴ハ創設的ノモノデナイ、自分ノ權利ヲ認メタ結果デアルト云フノデアルカ

○丁 只一ツノ「ライストゥング」ニナル

○丙 ソレハドヅカト思フ

○丁 今會長ノ云ハレタノモソレデアウト思フ

○丙 新ニ權利ヲ創設スルノデハナイト云フノデスカ

○丁 何レ創設サルルカモ知レヌケレドモ、判決ニ依テ創設セラルルノデナイト思フ判決ハ當事者ニ或行爲ヲ命ジタ結果色々ニナルケレドモ、判決ニ因テ直接ニ權利ガ創設サレシモノデナイト思フ、唯共有者ニ自ラ共有物ヲ分割シナタレバナラス、請求サレタ時ニ共同シテ分割シナタレバナラスト云フ義務ガアル、其義務ノ履行ノ結果、一ツノ共有權カ幾ツニモナルト云フコトガアル

ケレドモ判決デ命ジタノハ唯義務ノ履行ヲ命ジタノデアル、其結果色々ナコトガ出来タニ過ギヌ

○丙 裁判所ハ幾ツニモ分ケテ是ハ御前ノモノト認定スルコトハ出来ナイ、唯新ニ處分スル一番公平ノ方法ハ此方デアルト云フコトデ分ケルダケデアル

○會長 ソレハ私ハ立法論ニナリハセヌカト思フ、サウ云フ風ニスル方ガ宜イト云フコトニナツタラ御同意スルカ知ラヌガ、今ノ所デハ手續法ハサウ云フ風ニ出来テ居ラヌカラ手續法ヲ民法ト調和サセルニハ之ヲ「ライストゥングスクラーデ」トスル方ガ穩當デアル、是ハドウシテ出来ルカト云フト「分割」ト云フモノハシナタレバナラヌモノニナツテ居ル、分割スル義務ト云フモノガアル、分割ヲドウ云フ風ニシタラバ宜イカト云フコトニ付テ協議ガ纏マラス時ハ裁判所ニ於テスルカラ、裁判所ハ甲ニ向ツテ言フニハ汝ノ持ツテ居ル是々ノ物ヲ乙ニ與ヘヨ、乙ニ向ツテモ丙ニ向ツテモ同様ノコトヲ命ズル其「ライストゥング」ガ出来テ始メテ分割ト云フモノガ行ハルル、ソレハ立法論トシテサウ云フコトガ宜イカト云フコトハ別問題デアルケレドモ、今ノ所デハサウ云フ風ニスルヨリ外ニ手續ノ上デ仕方ガナイ、併シ民法ハサウ云フ趣意デナカツタラウガ、民法ノ趣意ノ通ニ手續法ガ出来テ居ラヌカラト云フノデ是ハ行ハレヌモノト云フヨリ仕方ガナイト云フノハ法律ヲ適用スル者トシテハ間違ツテ居ル

○丁 ソレハ引渡ノ判決ガ確定シテ仕舞フト其判決ニ因テ權利者ガ現物ノ幾部分ヲ取ル、其跡ハ最早他ノ人ガ争フコトハ出来ナイト云フ結果ニナルカラ權利ヲ極メルトカ極メストカ云フコトガ判決ノ主文ノ中ニ書イテナクテモ決シテ害ハナイ

○戊 丙君ノ言フ通り總テ「ライストゥング」ト云フテモ創設的ニナリハセヌカ、例ヘバ馬ヲ引渡ス時判決ニ因テ所有權ヲ取得スルノデハナイカ

○丙 ソレハ所有權ヲ認メタ結果馬ヲ持ツテ來イト云フノトハマルデ違フ

○會長 債權ダケアル場合ニ其履行ヲ命ジテソレヲ強制執行スルト茲ニ所有權ガ生ズルカラ、「ライストゥングスクラーゲ」トシテ一向差支ナイト思フ

○丙 ソレハナカク議論モノデアルト思フ

○會長 ドウデスカ、少シハ異論ガアルヤウデスガ、若シ大體ノ所結論ダケ稍、一致スルナラバ決議ニシヤウト思フガドウデス

○甲 其前ニモ一ツ伺ツテ置キタイノハ廢罷訴權ノ時分ニ「取消」ト云フコトヲ裁判所ガヤルノデハナイカ、第三者ノ請求ニ因テ當事者雙方ニ對シテ取消セト云フコトヲ命ズルノデナクシテ裁判所ガ取消スト云フコトヲ命ズルノデハナイカト思フ

○丁 私ハ取消セト云フコトヲ命ズルノダト思フ

○會長 ヒヨツトスルト「アクシヨ、パウリヤナ」ト總會ノ決議ノ無効ノ訴ナドトハ違フカモ知
レス

○甲 裁判所ガ宣告ヲスルコトニナレバ同ジコトデハナイカト思フ

○會長 ソレハ違フドラウト思フ、ナゼカト云フト「アクシヨ、パウリヤナ」ハ現ニ存シテ居ルモノデアル、ソレヲ裁判デ取消スト斯ウ云フ、所ガ總會ノ決議ノ無効ト云フヤウナ場合ニハ今マデ有效デアツタノヲ無効トスルノデハナイ、即チ是ハ無効ナルモノデアルト云フコトヲ宣言スル、現在ノ有様ヲ唯認定スルニ過ギナイ

○甲 裁判所カスルコト柄ハ違フガ、裁判所ガスル行爲ニ付テハ違ヒナイ

○會長 「フェストステルルングスクラーゲ」ハムヅカシイモノデアルカ、決議無効ノ訴ナドハ「フェストステルルングスクラーゲ」デナケレバナラヌト思フ

○甲 斯ウ云フコトヲ確定セイトカ、確認セヨトカ云フコトヲ書カナクテモ意味ハ同ジドラウト思フ、サウスルト其點ニ於テ同ジコトデセウ

○會長 所ガ今言フノハ唯「取消」ト云フ文字ヲ其儘ニ讀ムトサウナルト云フノデアルガ、ソレ
判決批評討論筆記

モ「確認」ト云フコトハ言ヘルカドウカ分ラヌガ、兎ニ角新ニ裁判所ガ自ラ取消スノデナイト云フ説モ立タヌコトハナイカモ知レヌ、取消ノ原因ガアルト云フコトヲ認メル、或ハ相手方ニ向ツテ此行爲ハ取消サレタト云フコトヲ認メヨト云フコトモ言ヘルカモ知レヌ、ト云フモノハ取消ニ付テモ疑ガアル、一體取消ハ意思表示出ルヤウニナツテ居ル、ソレヲ特ニ裁判所ニ請求スルコトニナツテ居ル、裁判所ハ取捨スル權ハ持テ居ラス、條件ガ充テ居レバ何デモカデモ取消サナケレバナラス、サウスルト詰リ取消ト云フモノハアノ場合ニハ債權者ガスルノデアル、併ナガラ條件ガ滿チテ居ルヤ否ヤヲ調べテ、即チ此取消ハ有效デアルト云フコトヲ認メルノデアルト云ヘル、サウスルト確認ニナル、或ハ一步進デ其債權者ノ取消ノ請求カ理由ガアルカラ相手方ニ向ツテ債務者ノ履行ニ因テ得タモノヲ返セ、或ハ其權利ノ得喪ト云フヤウナコトヲ命ズル目的デアルカト云フコトハ疑ニナルト思フ、之ヲ取消セト云フコトハサウ云フ意味ヲ持ツテ居ルトモ言ヘルカモ知レヌ

○丁 或ハ財産上ノ請求デアルカ、ドウカト云フコトガ一ツ疑ハシイ

○會長 ソレハ「財産權」ト云フコトハ疑ナイト思フ、是ハ財産權ヲ目的トセザルモノニハ當嵌マラヌコトニナツテ居ルカラ、是ハ財産權上ノ請求デアルコトハ疑ナイ

○甲 私ノ疑ウテ居ルノハ「アクション、パウリヤナ」ニ付テ「取消」ト云フ裁判ヲ下サズシテハ民事訴訟法ノ執行ノ行爲ガ出來ナイト云フコトニナル、民事訴訟法ニ其規定ガナイカラ……

○丁 ソレハ取消シテ確定力ノ效果トシテ法律行爲ガナクナツテ仕舞フ

○會長 今マデサウ云フコトヲ調べテ居ラスケレドモ「コンシチトウチーヴ」デアルト云フコトハ思フテ居ラナカツタ、取消ノ原因ガアレバ取消サヌ譯ニハイカヌノデ、請求ノ目的ハドウデアアルカト云フト相手方ニ對シテ取消ノ原因ガ具ツテ居ルカラ從テ原告ガソレヲ取消スト云フコトヲ言フタノデ、ソレガ則チ正當ノ權利ニ基イタモノデアルト云フコトヲ認メサヘスレバ宜イ

○甲 佛蘭西デハドウナツテ居リマセウカ

○會長 私ハ實際ノコトヲ知ラスカラ答ヘ兼ネマスガ……

○甲 日本ノ裁判所ノ實例デハ昔カラ詐害行爲廢罷ノ訴ト云フコトハアツタノデ、佛蘭西民法ノ規定ニ依タモノデアラウト思フ、其判決主文ト云フノハ是々ノ法律行爲ヲ取消スベシト云フコトニナツテ居ル

○辛 私モ外ノ場合ニ付テハ疑ウテ居リマスガ「アクション、パウリヤナ」ノ時ニハ疑ナク會長ノ仰シシヤツタコトガ一番宜クハナイカト思フ、ソレハ「取消權」ト云フモノハ廢罷訴權ヲ行フ人ニア

ル、其權利ヲ行フノニ裁判所ニ依テ行フダケデアツテ裁判所ハ權利ヲ行フノガ正當アルヤ否ヤヲ認メルノデアル、其證據ハ民法ノ條文ニモ「第何條ノ取消權ハ何々ノ時効ニ因テ消滅スル」トアルカラソレニ由ツテ疑ナイカト思フ

○丁 「取消權」ト云フモノハ自分ガ取消スト云フノデアルカ取消サシムルノデアルカ分ラヌ

○辛 一般ニ權利ノアル人ガ取消スト云フコトハ明カデアラウト思フ

○丁 サウ云フ權利ヲ行フコトガ出來ルト云フノデ、行フテ裁判ニ現ハレル形ハドウデアルカ、何人ガ取消スト云フコトハ分ラヌト思フ

○辛 サウ云フコトヲ言フタナラバ「取消權」ト云フコトハ書カナクツテ「取消請求權」ト書イタラ宜イト思フ

○丁 同ジコトデアリマセヌカ

○辛 違フダラウト思フ

○丁 普通ノ取消ハ單獨行爲デアルカラマルデ違フ

○會長 民法ノ用語トシテハ辛君ノ言フ通りニナツテ居ルト思フノハ外ノ場合ハ大抵意思表示ニ因テナストアリマス、例ヘバ百二十條以下ニ規定シテアル取消ハ當事者ノ意思表示ニ因テ爲スノ

デアツテ無論裁判所ガ立入ルノデナシ、從テ裁判所デ爲ス取消デナイコトハ言フヲ俟タヌコトデアル、然ルニ是ハ取消權デアル、ソレカラ今ノ所モ「取消權」トアル、ソレカラ「取消權」ト書イテアル例ハ幾ラモアリマセヌガ、又類例トシテ申スト云フト「解除權」ト云フモノデ、契約ノ解除ト云フモノハ原則トシテ當事者ノ意思表示デアル、ソレデ「解除權」ト云フ文字ガ使ウテアル、五百四十條以下ニソレガ皆規定シテアル、所ガ一ツノ場合ガ抵當權ニ付テ二百九十五條ニ規定シテアル、是ハ少々違ツテ居リマセヌガ参考ニナルト思フノハ「裁判所ガ抵當權者ノ請求ニ因リ其解除ヲ命ズルコトヲ得」トアル、裁判所ガ解除ヲ爲スト云フコトハ決シテ言ハヌ、前ノ所デモ裁判所ガ取消ヲ爲スト云ツテ居ラス、サウ云フ文章ハナイ、ココハ解除ヲ裁判所ガスルモノナラ裁判所ハ解除ヲ爲スコトヲ得ト言ハナケレバナラヌノニ「命スル」ト言ツテ居ル、命ズルノハ誰ニ言フカト云フト非訟事件デナイカラドウシテモ被告ニ對シテ命ジナケレバナラヌ、ソレデアルカラ民法ノ用語トシテハ場合ニ依テ「ライストウングスクラード」又ハ「フェストステルングスクラード」トナルノデアラウト思フ

○丁 辛君ノ說ニ據ルト一定ノ申立ハドウナリマス

○辛 兎ニ角「取消」ト云フコトノ申立ヲ爲ス

○會長 詰り裁判官が無効デアルト云フコトヲ認メルノデナイカト思フノデス

○辛 「フエストステルルングスクラーダ」ト「ライストウングスクラーダ」ヲニツノ鑄型ニ入レテ仕舞ハナケレバナラヌカドウカ、昔カラノ沿革上ハサウデアアルカモ知レマセヌガ、今日ソレヲ墨守シナケレバナラヌデアラウカ

以上議論區區ニ岐レタルヲ以テ採決セス

判例摘要

(本欄中▲ハ摘要中ノ主要ナル部分ノ始メニシテ▼ハ其終リナリ)

民第百十五號 町村長カ區有財産ノ管理ニ付テ訴訟ヲ爲ス場合ノ授權方

法及ヒ上告審ニ於ケル授權欠缺ノ追完ノ效力(大審院明治三十二年(オ)第百五十七號淺根暗礁漁業權確認ノ件)

●明治三十三年五月二十五日第一民事部判決 ●上告代理城數馬

要旨 上告論旨第一點ハ原院カ「町村制第百十四條同第百十五條ニ依レハ町村長カ町村内ノ區有財産管理ノ權ヲ有スルハ區會又ハ區總會ノ設ケアルトキニ限ル」モノト說示シ其結果トシテ「本件當事者タル佐倉區ニ在テハ區會、區總會共ニ其設ナキヲ以テ佐倉村長タル清水喜作ハ佐倉區ノ財産ヲ管理スルノ權ヲ有セス從テ同區ヲ代表シテ本訴ヲ提起スルノ能力ナキモノ」ト判示シテ上告人ノ訴ヲ却下シタルハ町村制ノ適用ヲ誤リタル不法ノ裁判ナリト云ヒ亦其補充ハ町村内ノ一部落ニシテ區ヲ爲スト否トヲ問ハス苟モ財産又ハ營造物ヲ有スルトキ之ニ關スル一切ノ事務ハ町村長ニ於テ之ヲ處理スヘキハ町村制第百十五條ノ明定スル所ニシテ且ツ之ヲ執行スルニ當テヤ該條ニ定ムル如ク町村行政ニ關スル規定ニ從テ可ク從テ町村制第六十八條第二項第七號ニ基キ訴訟ヲ爲

スヲ得ルコト勿論ナリ而シテ原判決ハ全ク之ニ反ス其不當ナル明ナリト云フニ在リ
 依テ審按スルニ▲町村會ハ町村ノ機關ニシテ其町村内ノ區ノ機關ニ非ラサルカ故ニ町村制第百十
 五條ニ依リ其區有財産ノ管理者ト爲リテ訴訟ヲ爲スニ當リテハ機關ノ異ナリタル町村會ノ決議ニ
 依ルヘキモノニアラス從ヒテ區ノ名義ヲ以テ訴訟ヲ提起スルニハ其區會ノ決議ヲ經可キモノナル
 カ故ニ其區會ノ決議ナクシテ提起シタル訴訟ハ之ヲ適法ト云フコトヲ得サルモノトス然ラハ原院
 カ「前略町村制第百十四條第百十五條ニ依レハ町村長カ町村内ノ區有財産管理ノ權ヲ有スルハ云
 云町村ノ行政規則ニ據ル可キモノナルヲ以テ町村長カ町村内ノ區ヲ代表シテ訴訟行爲ヲ爲サント
 スルニハ必スヤ區會又ハ區總會ノ決議ヲ經可キモノナルハ猶町村ヲ代表シテ訴訟行爲ヲ爲スニ當
 リ町村會ノ決議ヲ要スルカ如クナラサルヘカラス然ルニ本件當事者タル佐倉區ニ在テハ區會區總
 會共ニ其設ナキヲ以テ佐倉村長タル清水喜作ハ佐倉區ノ財産ヲ管理スルノ權ヲ有セス從テ同區ヲ
 代表シテ本訴ヲ提起スルノ能力ナキモノト判定シタルハ相當ニシテ本上告論旨ハ其理由ナシ▼
 其第二點ハ原院ハ町村長カ町村内ノ區ヲ代表シテ訴訟行爲ヲ爲サントスルニハ必スヤ區會又ハ區
 總會ノ決議ヲ要スルモノトシ佐倉區ニ於テハ區會區總會共ニ其設ナキヲ以テ佐倉村長タル清水喜
 作カ佐倉區ノ財産ヲ管理スルノ權ヲ有セス又同區ヲ代表シテ本訴ヲ提起スルノ能力ナシト判示シ

且ツ此判決ヲ爲スニ先チ上告人ニ對シテハ單ニ村長ハ佐倉區ヲ代表スルノ資格アリヤ否ヤニ對シ
 判決ヲ爲スヘキニ付意見ノ有無ヲ問ハレタルノミ未タ曾テ區會ノ決議ヲ提出スヘキコトノ告知ヲ
 モ爲サスシテ直チニ結審シ前述ノ如キ判決ヲ與ヘタルハ失當ノ裁判ナリ村長カ區ヲ代表スルニ當
 テ區會ノ決議ヲ要スルヤ否ヤハ町村制解釋上ノ疑問ナルヘク之ヲ從來ノ判例ニ攷フルニ原院ニ於
 テモ殆ト原判決ニ掲ケタル如キ理論ヲ以テ訴訟ヲ審理セラレタルコト無之ノミナラス御院ニ於テ
 モ町村制實施以來町村内ノ區若クハ部落ノ訴訟ニ區會ノ決議ヲ必要トセラレタルコトナク只昨年
 ニ至リ初メテ村會ハ區ノ機關ニアラサルヲ以テ區ノ財産ニ關シ決議ヲ爲スノ權能ヲ有セストノ判
 例ヲ與ヘラレタルニ止マル區ノ訴訟ニ區會ノ決議ヲ必要トスルコトハ今日御院ノ相當ト認メラル
 所ナルカ如シト雖モ是未タ判例タルニ在ラス只昨年以來御院ニ繫屬スル訴訟ノ當事者ニ告知セラ
 ルル所ニ依テ之ヲ伺ヒ知ルノミ原院及御院ニ於ケル數年來ノ慣例此ノ如クナルヲ以テ原院ニ於テ
 本件ノ審理ヲ受クルニ當テヤ上告人ハ未タ曾テ右ニ述フル如キ町村制ノ解釋ニ疑ヲ生セス從テ何
 カ故ニ原院カ上告人ノ訴訟資格ニ付キ判決ヲ下スノ必要ヲ感シタルヤヲ解スルニ苦ミタリ然ルニ
 原院ハ前ニ述ヘタル如キ理由ヲ以テ上告人ノ訴ヲ却下セラレタリ元來御院ノ判例ニ照スモ法律上
 ノ代表者カ訴訟ヲ爲スニ當リ或ル機關ノ決議ヲ要スル場合ニ於テ當初此決議ヲ欠クトキハ後日ニ

於テ之ヲ追補スルコトヲ得ヘク又此ノ如キ缺點ハ其審級ニ於テノミ補充シ得ヘキノミナラス上級
審ニ至テモ尙ホ前審ニ遡テ之ヲ補充シ得ヘキ事御院ノ判例ニ依テ明カナリ然ルニ原院カ此補充ヲ
爲サシメサルノミナラス如何ナル瑕瑾アルヤモ告知セスシテ直チニ結審シ上告人敗訴ノ判決ヲ與
ヘラレタルハ不當ナリト云フニ在リ

依テ審按スルニ法律上代理人タル資格ナキモノニ於テ提起シタル不適法ノ訴訟ト雖モ其後ニ至リ
本人又ハ適法ノ代理人カ之ヲ追認スルトキハ其追認ハ審級ノ異ナリタル場合ニ於テモ有效ナルコ
トハ本院ノ判例トスル所ニシテ之レト同シク▲訴訟ヲ爲スニ付特別ノ授權ヲ要スル者カ其授權ナ
クシテ訴訟ヲ提起シタル場合ニ於テ其後ニ至リ其欠缺ヲ追完シタルトキハ審級ノ如何ヲ問ハス其
追完ハ有效ナリ然レトモ本件ノ如ク訴訟ヲ爲スニ必要ナル授權ノ欠缺カ原院ニ於テ問題トナリ上
告人カ其欠缺ヲ補正セスシテ其點ニ付キ判決ヲ受ケタル場合ニ於テハ當上告審ニ至リ追認ヲ爲ス
トモ其追認ハ既往ニ遡リテ效力ヲ有スルモノニ非ラス▼何トナレハ此問題ニ付爲シタル原院ノ判
決ハ第一點ニ於テ辯明スルカ如ク毫モ瑕疵ナキモノナルニ其追認ノ爲メ之ヲ變更シテ不法ト爲シ
得ヘキモノニ在ラサレハナリ且ツ特別授權ノ欠缺スルヤ否ヤハ裁判所ノ職權調査ニ屬スルカ故ニ
控訴裁判所モ亦其欠缺ヲ覺知シタル以上時トシテハ期間ヲ定メテ欠缺ノ補正ヲ當事者ニ促シ其期

間ノ滿了後判決ヲ爲スコトヲ得ヘシト雖モ斯ノ如キハ特ニ裁判所ノ權能ニ屬シ必シモ常ニ其補正
ヲ促シ追完ヲ爲サシメタル上判決ヲ爲サルヘカラサルモノニアラス左レハ原院カ上告人ニ訴訟
ヲ爲スニ必要ナル授權ノ欠缺ヲ補正セシメスシテ判決シタレハトテ之ヲ以テ違法ト云フコトヲ得
サルヲ知ルヘシ依テ本論點モ亦上告ノ理由ト爲スニ足ラス

民第一百六號 被控訴人カ第一審廷ニ於テ訴ノ原因ヲ變更シタル場合ノ

判決ノ形式(大審院明治三十二年(オ)第八十二號損害賠償ノ件●明治三十三年五月二日) 十六日第一民事部判決●上告代理宮古啓三郎被上告代理岡崎正也外一名)

要旨 ▲民事訴訟法第四百十三條ニ依リ第二審ニ於テハ當事者ハ絶對ニ訴ノ原因ヲ變更スルコト
ヲ得サルノミナラス現ニ上告人(被控訴人)ハ第二審ニ於テ控訴ノ棄却ヲ申立テ即チ第一審判決ノ
維持ヲ求ムルモノナレハ此點ヨリスルモ第一審ニ於テ申立タル請求ノ原因ニ基キ辯論スヘキコト
當然ナリト雖モ若シ其辯論中訴ノ原因ヲ變更シタリト認ムルトキハ第二審裁判所ハ中間判決ヲ以
テ第二審ニ於テハ第一審ニ於テ申立タル訴ノ原因ヲ變更スルコトヲ許ササルヲ以テ前ニ爲シタル
控訴棄却ノ申立ヲ取消ササル限リハ第一審ニ於ケルト同一ノ訴ノ原因ニ基キ辯論ヲ爲ササルヲ得
サル旨ヲ言渡スヘキモノナルニ上告人カ訴ノ原因ヲ變更シタル理由トシ直チニ第一審判決ヲ變
更シ其請求ヲ棄却シタル原院ノ判決ハ上告所論ノ如ク法則ヲ不當ニ適用シタルモノナルヲ以テナ

民第十七號 鑛業條例上ノ處分ニ付テハ別段ノ規定ナキ限リ損害賠償

ヲ許サス

訴訟代理人ヲ以テ訴訟ヲ爲ス場合ニハ法律上代表權カ消滅スルモ

直々ニ訴訟手續ヲ中斷セス

(大審院明治三十二年(即)第二百八十八號損害賠償請求ノ件(明
治三十三年五月二十六日第一民事部判決)●上告代理丸山睦一

(那外一名被上
告代理原嘉道)

要旨 ▲上告第一點ハ原院判決ノ理由ハ國權ノ發動ニ因ル行爲ニ對シテハ臣民ハ服從ノ義務アル
モノニシテ別段ノ定ナキ限リハ國家ハ此行爲ニ因リ生シタル損害賠償ノ責ニ任セサルモノトス云
々ト云フニ在リテ是國家學上ノ一理論ヲ演述セルニ止マルノミ本按ノ場合ニ適用スヘキ理論ニア
ラサルナリ本案事實ニ於テ被上告人カ上告人ニ試掘認可ヲ取消シタルハ其錯誤ノ認可ナリシ爲メ
ニシテ且其ノ錯誤ノ原因カ全ク當時ノ鑛山監督署長ノ過失ニ在リシコトハ被上告人ニ於テ自認ス
ル所ナルヲ以テ之ヲ以テ決シテ國權ノ發動トナスヘカラス國家ニ過失アルノ理由ナシ唯之ヲ代表
シテ處分權ヲ有スル者カ時トシテ過失ヲ爲スコト在ルヲ認ム此場合ニ於テ國家被害者ニ對シテ之

カ損害ヲ賠償スヘキ責任ヲ生スルナリ鑛業條例ノ規定ヲ案スルニ其損害賠償ノ請求ヲ許ササル場
合ニ於テ特ニ之カ明文ヲ掲ケ其不法又ハ不當ノ行政處分ニ因テ損害ヲ被リタルモノアル場合ニ於
テハ當然ニ之レカ損害賠償ヲ請求シ得ヘキモノトシ特ニ之レカ明文ヲ表示セサルナリ故ニ上告人
ハ國家ノ正當ナル權力ニ服從スルノ義務在リト雖モ國家カ委任シタル代表者ノ爲メニ被リタル損
害ニ對シテ之レカ賠償ノ請求權ヲ拋棄スルコト能ハサルナリ然ルニ原因カ國家ノ發動ニ由ル行爲
ニ對シテハ損害ノ請求ヲ爲ス能ハストノ單純ナル理由ヲ以テ上告人ノ請求ヲ排斥シタルハ違法ナ
リト思料スト云フニ在リ

按スルニ原院カ説明セシ如ク▲國權ノ發動ニ因ル行爲ニ對シテハ臣民之ニ服從スルノ義務アリ而
シテ國權ノ發動ハ之レカ代表者タル官吏ニ由テ執行セラルルモノナリ鑛山監督ノ如キ即國權發動
ノ一部ニシテ鑛業條例ハ公法ニ屬ス故ニ同條例第三十三條ノ規定ニ依テ所轄鑛山監督署長カ其認
可ヲ取消スコトハ即チ公法上ノ處分ニシテ私法上ノ行爲ニアラス故ニ此場合ニ於テハ私法ヲ適用
シ得ヘキ者ニアラス然ルヲ以テ前顯ノ處分ニ對シ公法上特ニ損害賠償ヲ許スヘキ法律ノ規定アル
ニアラサルニ於テハ何人ト雖モ之カ要求ヲ爲スノ權ナキモノトス▼上告人ハ鑛業條例第十九條ノ
但書ニ基由シテ論スル所アレトモ被上告人カ答辯セシ如ク同條例第一項ハ適法ニ與ヘラレタル特許

若クハ認可カ公益ニ害ヲ生スル場合ニ於テ取消サルルモノニシテ素ヨリ詐欺又ハ錯誤ニ因ル不適法ノ認可ヲ取消サルル場合ト同一ナラス而シテ該第十九條ノ場合ハ殆ト他ノ公用徴收ニ於ケルカ如クナルヲ以テ國家ニ於テ之カ補償ヲ爲スヘキカノ疑ヲ生スルノ恐アルヲ以テ該第十九條第二項但書ヲ以テ損害賠償ヲ要求スルコトヲ得サル旨ヲ明掲シ以テ其疑團ヲ避ケタルノミ上告論旨ノ如ク該但書ヲ以テ鑛業條例中損害賠償ヲ許サル場合ヲ掲ケタルヲ以テ其他ハ當然之カ要求ヲ許ストノ意ニアラサルナリ故ニ原判決ハ違法ニアラス

上告第三點ハ本件控訴審ニ於テ上告人ノ控訴狀ハ被控訴人鑛山監督署長中島謙造ニ對シ適法ノ送達ヲ遂ケラレタル後同監督署長ハ辭職シ中村清彦之ニ代リタルモノナレハ訴訟中斷ノ手續ヲ爲スヘキ筈ナルニ此手續ヲ爲サスシテ訴訟ヲ進行シタルハ違法ナリトスト云フニ在リ

然レトモ▲訴訟代理人ヲ以テ爲ス場合ニ於テハ法律上代表者ノ代理權カ消滅スルモ委任消滅ノ通知アルニアラサレハ訴訟手續ヲ中斷スヘキモノニ在ラサルコトハ民事訴訟法第八十三條第一項ノ規定スル所ニシテ本案訴訟記録ヲ查スルニ委任消滅ノ通知アリタルコトナシ而シテ其後任代表者タル中村清彦カ之ヲ受繼キ上告人モ之ヲ認メテ本案訴訟ヲ進行シタルモノナレハ特ニ中斷ノ手續ヲ爲ササルモ之ヲ以テ上告ノ理由ト爲スヲ得サルモノトス

民第百十八號 同一ノ法廷調書中ニ列席判事ノ異動ニ付キ二個相牴觸ス

ル記載アルトキハ辯論ニ臨席シタル判事ヲ知ルニ由ナキヲ以テ判

決ヲ破棄スヘキモノナリ(大審院明治三十二年(カ)第五百五十五號和解契約無效承認並遺產引渡請求ノ件●明治三十三年五月二十八日第二民事部判決●上告代理中

村元嘉外一名被上告代理上原鹿造)

要旨 上告論旨第三點ハ原判決ハ民事訴訟法ノ規定ニ違フタル違法ノ裁判ナリ原院カ明治三十二年六月七日午後第一時公開セラレタル法廷ニ於テ裁判長ハ先ツ列席判事ニ異動アル旨ヲ告ケ從テ各當事者代理人ハ其前五日ノ法廷ニ於テ爲シタルト同一ニ總テノ申立並ニ陳述ヲ爲シ然ル後證人訊問ニ移リシ事ハ當日ノ口頭辯論調書ニ徴シテ明カニシテ上告代理人モ亦列席判事中一名前廷列席判事ト容貌ノ異ナル人有ルヲ見タリ然ルニ上告人カ受ケタル判決正本ニハ五月五日ノ法廷列席ノ判事ト全ク同一ナル判事ノ氏名記載シアリ果シテ然レハ民事訴訟法第二百三十二條ニ「判決ハ其基本タル口頭辯論ニ臨席シタル判事ニ限リ之ヲ爲ス」トアルノ規定ニ違ヒ同法第四百三十六條第一號ニ該當セル違法ノ裁判ナリト云フニアリ

依テ▲原裁判所ニ於ケル明治三十二年六月七日ノ第二回法廷調書ヲ查閱スルニ裁判長ハ列席判事

ニ異動アル旨ヲ告知シ總テノ辯論ヲ更新シタルコトノ記載アリ然ルニ同調査ニ列記シタル判事ハ明治三十二年五月五日第一回ノ法廷調書ニ掲クル所ト同一ニシテ彼是異同アルコトナク判決ニ署名セシ判事モ亦第一回調書ト同一ナリ而シテ右第二回調書ハ本件判決ノ基本トナリタル辯論ヲ録取セシモノナルニ前掲ノ如ク裁判長カ判事ニ異動アル旨ヲ告ケテ辯論ヲ更新セシコトノ記載ト列席判事ノ異動ナキ記載ト齟齬シタルハ孰レカ誤謬アリテ其辯論ニ臨席シタル判事ヲ確知スルニ由ナシ即チ原判決ハ民事訴訟法第二百三十二條ノ規定ニ從ヒタルモノト認ムヘカラサルヲ以テ破毀スヘキ原由アリトス

民第一百十九號 商標カ稱呼同一ナレハトテ必シモ常ニ之ヲ同一又ハ類似

ノ商標ナリト認ムルヲ得ス其圖形及ヒ字體等ヲ審査セサルヘカラ

ス(大審院明治三十三年(即)第百十八號登錄商標無効請求ノ件(明治三十三年五月二十八日第二民事部判決)被上告代理岡村輝彦外一名)

要旨

上告論旨第二點ハ原審決文ヲ見ルニ(イ)第三號證乃至六號證(ウ)第九號證乃至第十一號證第十四號證(中略)ニ於テハ「ヨールド」「ヨールドゴールド」「ウヨールド」和製「オールドゴールド」等ノ文字ヲ記載スルコトアルモ其圖形字體ニ關スル記載ナク如何ナル外觀ヲ有スル商標ノ名稱ナリヤ知ルヘカラサルヲ以テ本件商標ト同一若クハ類似ノ商標ナリト斷定スルヲ得スト判定セラレ

タリ是法則ヲ不當ニ適用シタル不法ノ審決ナリ何ントナレハ第九八二〇號商標登錄無効事件ノ上告第一點ノ論旨ニ述タル如ク明治三十年二月十二日ニ審決セラレタル商標審判第二百三十六號ノ審決理由ニ白藤トシラ富士トハ其圖形異ナルモ其稱呼同一ナルカ故ニ同一商標ナリト判定アリ又タ商標條例施行細則第十五條第二項ニハ商標上ヨリ生スル自然ノ稱呼同一ナルカ亦タ相紛ハシキトキハ相類似シタル商標ナリト規定アリテ商標ノ異同類似ハ其圖形字體ノミノ如何ニ依ルヘキニ非ラスシテ其稱呼ニ於テ相同シキカ若クハ相類似スルトキハ其圖形字體ノ如何ハ敢テ問フノ必要ナキモノトス一步ヲ譲リ假リニ審判官カ判定セラレタルカ如ク圖形字體如何ヲ問フノ必用アリトスルモ既ニ(イ)第九號證ノ和製ナル文字ヲ冠スル「オールドゴールド」トハ舶來「オールドゴールド」ノ反對ニシテ和製アルヲ知リテ舶來アルヲ知ルハ分店アリテ本店アルヲ知ル如ク和製「オールドゴールド」トハ舶來「オールドゴールド」(則本件商標)ト同一商標ノ同一品ナル和製品ナルコト明了ナリ然ルニ原審決ニ於テ和製「オールドゴールド」ト本件商標トハ同一ニ非ラス亦タ稱呼ハ同一若クハ類似ナルヲ以テ其圖形ノ如何ヲ知ル能ハサルヲ以テ本件商標ニ同一若クハ類似ニ非ラスト判定セラレタルハ事實ヲ不當ニ認メ且證據法上ノ原則ヲ不當ニ適用シ且ツ商標條例施行細則第十五條第一號ヲ適用セサル違法ノ審判ナリト云フニ在リ

按スルニ▲圖形ノ同一ナラサルモ其稱呼ノ同一ナルカ爲メ類似ノ商標ト認ムヘキコト又商標ノ異同ハ其圖形字體ノミ依據スヘキモノニアラサルコトハ上告人所論ノ如シト雖モ其稱呼同一ナルトキハ圖形等ノ如何ニ關セス常ニ之ヲ同一又ハ類似ノ商標ト認メ得ヘカラサルコトモ亦明カナリ何トナレハ商標條例施行細則第十五條ニハ商標ヨリ生スル自然ノ稱呼同一ナレハ云々トアルニ依リ其稱呼ハ商標ヨリ生スル自然ノ稱呼タラザルヘカラス而シテ自然ノ稱呼タルヤ否ヤハ商標ノ圖形字體等ヲ審査スルニアラサレハ之ヲ判定シ能ハサル筋合ナレハナリ然レハ商標ノ同一ナルカ又ハ類似ノモノナルヤヲ判定スルニハ其圖形字體及稱呼等ノ如何ヲ審査セサルヘカラサルハ論ヲ俟タサル所ナリ▼左スレハ原審判官カ本論旨ノ冒頭ニ掲クル如ク説明シ上告人ノ主張ヲ排斥シタルハ決シテ不法ニアラス

判例摘要

民第二十號 死亡者ノ名ヲ以テ提出シタル答辯書及ヒ委任狀等ニ由リ

死亡者ニ言渡シタル判決ハ其相續人ニ對シ效果ヲ生セス (大審院明治三十一年(五)第

三百六十號土地所有名義更正請求ノ件●明治三十三年五月三十日第一民事部判決●上告代理岸清一外一名被上告代理岡田晴橋外一名)

要旨 ▲被上告人ノ中渡部清作ハ第一審ノ中間判決前ニ於テ既ニ死亡シタルコトハ被上告人モ認ムル所ナリ然ラハ民事訴訟法第六十九條第二項ノ規定ニ依リ死亡者ノ相續人ヨリ其通知書ヲ裁判所ニ差出シ相手方ニ通知手續ヲ爲スヘキ筈ナルニ本件記録ヲ閱スルニ上告人カ控訴ヲ爲スニ至ル迄通常ノ手續ヲ爲シタル事蹟ナキヲ以テ渡部清作カ當時ノ訴訟代理人ニ於ケル委任ノ消滅ハ即チ右第六十九條第一項ノ規定ニ依リ相手方ニ對シ其效ナキモノニ付キ同人ニ對シテ爲シタル第一審ノ判決及ヒ上告人ノ控訴ノ提起ハ其效ヲ有スルコトハ勿論ナリト雖モ本件記録ニ依レハ被上告人カ控訴ノ答辯書ヲ提出スルニ方リ新ニ訴訟代理人ヲ選定シ其委任狀ニ既ニ死亡セル渡部清作ノ氏名ヲ連書調印シ其答辯書ニモ同人ノ氏名ヲ列記シ原院ニ差出シタルモノニシテ原院カ之カ爲メ終

ニ死亡セル渡部清作ヲ當事者トシテ之ニ對シ判決ヲ與フルニ至レル事實ナリ去レハ此判決ハ死亡者ノ相續人ニ對シ何等ノ效果ヲ生セス▼

民第二百一十一號 判決原本ニ所屬官署ノ印ヲ押捺スヘシトノ規定ハ何レ

ノ法律規則ニモ之アルコトナシ(大審院明治三十二年(オ)第七十八號貸金請求ノ件●明治三十三年五月三十一日第一民事部判決●上告代理宮古

啓三郎被上告代理中村六郎)

要旨 上告第四點ハ本件第一審判決原本ヲ閱スルニ所屬官署ノ印ノ押印ナシサレハ第一審判決ハ是レ不合法ト云ハサルヘカラス果シテ然ラハ原院ハ民事訴訟法第四百二十三條ニ依リ其判決ヲ廢棄シ第一審裁判所ニ差戻スヘキカ當然ナルニ其手續ヲ爲ササルハ違法ナリト云フニ在リ

然レトモ▲判決原本ニ所屬官署ノ印ヲ押捺スヘシトノ規定ハ何レノ法律規則ニモアルコトナシ▼故ニ第一審判決原本ニ其所屬官署ノ押印ナキハ當然ニシテ毫モ違法ニアラス從テ原院カ民事訴訟法第四百二十三條ヲ適用セサリシモ亦違法ニアラス

民第二百一十二號 失效手形ノ振出人ハ必ス常ニ其手形面ノ金圓ヲ利シタ

ルモノト推定セララルルモノニ非ラス(大審院明治三十二年(オ)第二百二十四號不當利得金返還請求ノ件●明治三十三年五月三十一日

第一民事部判決上告代理牧野充安被上告代理花井卓藏)

要旨 ▲舊商法第七百十二條規定ノ時効ニ因リ約束手形上ノ請求權ヲ失ヒタルモノハ其爲替權利ヲ失ヒタルニ拘ハラズ振出人カ爲替資金ニ因リ不當ニ己ヲ利シタル限度ニ於テ不當利得ノ取戻ヲ請求シ得ヘキハ同第七百十四條ノ規定スル所ナリ然レトモ振出人ハ其手形面ノ爲替資金ヲ受取リタルト否ト換言スレハ己レヲ利スル所アルト否トヲ問ハス手形面ノ文言ニ因リテ直接ニ其支拂ノ義務ヲ負フモノニ過キスシテ必ラスシモ手形面ノ金員ヲ受取リタル上ニ非サレハ之ヲ振出スコトヲ得サルモノニアラサレハ時効ニ因リ手形金支拂ノ義務ヲ免カレタル振出人ハ常ニ手形面ノ金員ヲ利シタル者ト推定シ得ヘカラサルハ當然ナリ

民第二百一十二號 民事訴訟法中ニ參考人ノ名稱ナキ故參考ノ爲メ訊問シ

タルモノモ證人ノ名稱中ニ包含スヘキモノナリ(大審院明治三十三年(オ)第十號貸金請求ノ件●明治三十三年五月三十一日第一民事部)

判決上告代理平松福三郎)

要旨 ▲民事訴訟法ハ其第三百十條ニ於テ當事者ノ親族ノ如キ證言拒絶ノ權利アリテ之ヲ行使セ

判決摘要 民事部

サルモノ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ヘキ旨ヲ規定シタレトモ之ニ
參考人ノ名稱ヲ附シタル規定ハ一モ存セサルノミナラス却テ證人ノ名稱中ニ之ヲ包含セシメタル
コトハ其人證ニ關スル規定ヲ通覽スレハ自ラ明白ナリ▼例之ハ同法第三百十一條證人訊問ハ後ニ
訊問スヘキ證人ノ在ラサル場所ニ於テ各別ニ之ヲ爲ストノ規定中所謂證人トハ其宣誓ヲ爲シタル
モノト否トヲ問ヘス皆之ヲ包括スヘキコトハ絲毫ノ疑ヲ容ルヘキニ非ラス又宣誓ヲ爲サシメスシ
テ訊問シタル證人ノ證言ニ關シテハ其取捨一ニ事實承審官ノ心證ニ任セ法律上別ニ宣誓ヲ爲サシ
メタル證人ト軒輕シタル所ナキヲ以テ證人ノ資格ニ缺クル所アリト云フヲ得ス故ニ本論旨ハ原院
ノ專權ニ屬スル證據ノ取捨ヲ非難スルニ外ナラスシテ上告ノ理由トナラス

民第百二十四號 債權者カ抵當地ヲ買受ケ債務ノ辨濟ヲ受ケタル場合ニ

其賣買カ無效トナリタルトキノ結果 (大審院明治三十二年第三百十三號地所取戻ノ件●
明治三十三年一月二十六日第二民事部判決●上

告代理岡
崎正也

要旨 債權者ニ於テ抵當地ヲ買受ケ債務ノ辨濟ヲ受ケタル場合ニ其賣買カ無效ニ歸シタルトキハ
債權者ハ無償ニテ其地所ヲ返還スルモ其債權ハ自然ニ復活シ抵當權ノ復舊ヲ求ムルコトヲ得隨テ

債務者ハ不當ノ利得ヲ得ルモノニアラス

民第百二十五號 民法第八百八十八條第一項ノ趣旨 (大審院明治三十二年第五十五號相
續取消井正當相續確認ノ件●明治

三十三年一月二十七日第一民事部
判決●上告代理中村元嘉印東胤一)

要旨 ▲親族會ノ未タ設ケラレサルヤ招集請求ノ權アルモノハ本人、戸主、親族、後見人、後見
監督人、保佐人、檢事、又ハ利害關係人ナルコトハ民法第九百四十四條ノ規定スル所ニシテ而シ
テ無能力者ノ爲メニ設ケタル親族會ハ最初ノ招集ヲ除ク外之ヲ招集スル權アルモノハ本人、其法
定代理人、後見監督人、保佐人又ハ會員ナルコトハ同法第九百四十九條ノ規定スル所ナリ是故ニ
親權者ハ同法第八百八十八條ノ規定ヲ須タスレテ前記二條ノ規定ニ依リ親族會招集請求ノ權若ク
ハ招集ノ權アルヤ固ヨリ論ヲ待タス然リ而シテ特ニ同法第八百八十八條初項ノ規定アル所以ノモ
ノハ其未成年ノ子ト利益相反スル場合ニ於テ特別代理人ノ選任ヲ親族會ニ請求スヘキ義務ヲ親權
者ニ負ハシメタルニ過キス此ヲ以テ民法第九百四十四條及第九百四十九條ニ規定シタル親權者以
外ノ者ノ權能ヲ制限シタルニアラサルナリ▼

民第百二十六號 當事者雙方ニ判決ノ送達ナキモ其一方ニ送達アリタル

判決摘要 民事部

トキハ控訴ノ不變期間ハ其者ニ對シテ進行スルモノトス(大審院明治三十二年(五)第

百十四號道路上置土取除請求ノ件●明治三十三年六月六日第二民事部判決●上告代理佐々木茂三郎外一名)

要旨 ▲抑我民事訴訟法ハ當事者ノ直接送達ノ主義ヲ採フス即チ送達ハ總テ裁判所書記ノ職權ヲ以テスヘキ規定ヲ設ケタル結果當事者ノ一方ヨリ判決ノ送達アラントキハ裁判所書記ハ同法第三百三十六條及ヒ第二百三十八條ノ規定ニ則リ其職權ヲ以テ當事者雙方ニ判決ノ正本ヲ送達スヘキ法意ニ出テタルコトハ原判決ノ認ムル如クナリト雖トモ既ニ判決正本ハ當事者雙方ニ之ヲ送達スヘキモノタル上ハ同法第四百條第一項ノ規定ニ於ケル「控訴期間ハ云云不變期間ニシテ判決ノ送達ヲ以テ始マル」トアル期間ハ各當事者カ同法第三百三十七條以下ノ規定ニ從ヒ其正本ノ交付ヲ以テ送達ヲ受クルニ因リ同法第六十五條以下ノ規定ニ基キ各其翌日ヨリ該期間ノ始マルヘキモノニシテ即チ個別別ニ期間ノ進行スヘキモノト解釋セサルヘカラス殊ニ各當事者ノ住居カ裁判所ヲ隔ツルノ距離相同シカラサル場合ニアリテハ同法第六十七條ノ規定ヲ適用スル結果各當事者間ニ於ケル控訴期間ノ進行ヲ異ニスルコトアルヲ免レス是ヲ以テ法律ハ斯ル控訴期間ノ進行同一ニ出テサル場合アルヘキコトヲ豫想シ同法第四百十條第一項ノ規定中ニ「被控訴人

ノ控訴期間」ナル法文ヲ加ヘシ所以ナリ而シテ控訴期間ハ不變期間ノ一ナレハ苟モ有效ニ右期間發生シタル上ハ法律ノ規定ニ依ルニ非ラサルヨリハ其性質上他ノ理由ヲ以テ其進行ヲ無効ニシ之ヲ左右スルヲ得サルモノトス果シテ然ラハ同法第四百條第二項ニ「判決ノ送達前ニ提起シタル控訴ハ無効トス」ト規定セシモノハ單ニ判決ノ送達ヲ受ケサル者カ提起シタル控訴ノ場合ニ限り適用スヘキモノニシテ既ニ判決ノ送達ヲ受ケタル者ノ提起セシ控訴ノ場合ニ於テハ其相手方ニ對シ未タ判決ノ送達アラサルモ之ヲ無効トスヘキ法理ニ非サルモノト解釋スルヲ允當トス▼

民第百二十七號

町村組合訴訟能力

(大審院明治三十三年(五)第二十二號所有權確認請求ノ件●明治三十三年六月八日第二民事部判決●上告代理齋藤孝外一名)

被上告代理岸本辰雄外三名)

要旨 ▲町村制第十六條第一項ニ數町村ノ事務ヲ共同處分スル爲メ其協議ニ依リ監督官廳ノ許可ヲ得テ其町村ノ組合ヲ設ケルコトヲ得トアリ同法第十七條第一項ニ町村組合ヲ設ケルノ協議ヲナストキハ組合會議ノ組織事務ノ管理方法並其費用ノ支辨方法ヲ併セテ規定ス可シトアリ右第百十六條第一項ノ規定タルヤ數町村ニ亘ル水利土工學事及ヒ數町村共有ノ財産等其利害ノ關係ヲ同フスルモノアルトキハ關係アル數町村ノ協議ニ依リ一切ノ事務ヲ共同處分スル爲メ町村組合ヲ

設定スルコトヲ許シタルモノナリトス而シテ其町村組合ヲ設定スル場合ニ於テハ前掲第十七條ノ規定ニヨリ組合會議ノ組織事務ノ管理方法等ヲ協議規定シ之ニ從テ諸般ノ事務ヲ處理スヘキモノトス然レハ町村組合ナルモノハ公共團體タル各町村以外ニ於テ別ニ公共團體ヲ組成スルコトヲ認メラレタルモノナレハ其町村組合ノ事務ハ處分行爲ナルト管理行爲ナルトニ依テ其處理ノ權限ヲ異ニスヘキ道理ナシ從テ組合町村ノ代表機關ハ共有財産ノ處分行爲ニ屬スル事件ト雖モ組合町村ヲ代表シテ訴訟ヲ爲シ又ハ訴訟ヲ受クルノ權限ヲ有セサルヘカラス▼

判例摘要

民第二百二十八號 水利組合ノ行爲ニ關スル訴訟ノ性質及民事訴訟法第二

百三十一條第一項ノ意義(大審院明治三十三年(元)第百十六號八田三個人用水權管改築承認要求ノ件●明治三十三年六月十一日第二民事部判決●上告代理櫻井一久)

外(一)名

要旨 ▲水利組合條例ニ基キ組成シタル水利組合ハ公法人ニシテ其事務ハ行政事務ナリ從ヒテ該組合カ其本分ノ行爲トシテ執行シタル工事ハ行政處分タルヲ以テ之レカ爲メ私人ノ權利ニ障害ヲ來タシ其被害者ヨリ之ヲ不法トシテ工事ノ廢止及ヒ變更ヲ求メントスルニハ行政訴訟ノ方法ニ依リ救濟ヲ求ムルノ外ナク此場合ニ於テ司法裁判所ハ唯損害賠償ナル民事訴訟ノ管轄權ヲ有スルニ過キス▲民事訴訟法第二百三十一條第一項ハ當事者ノ一方ヨリ請求セサル事物ヲ他ノ一方ノ者ノ責任ニ歸セシム可ラサルコトヲ規定シタルモノナリ然ルニ原判決主文ハ被上告人ヨリ提出シタル妨訴ノ抗辯ニ基キ無訴權トシテ訴ノ却下ヲ言渡シタルニ止マリ上告人ニ何等ノ責務ヲモ負ハシメタルモノニ非ラサルニ付上告人所論ノ如ク民事訴訟法第二百三十一條ニ當ル不法ナキコトヲ知了

民第二百二十九號

民事訴訟法第四十六條ノ意義

(大審院明治三十三年(五)第四百四號特定代理人選任請求ノ件)●明治三十三年六月十

三日第二民事部決定) ●抗告代理藤林忠良)

要旨 抗告人カ本件特別代理人ノ選定ヲ申請セシ理由ハ訴訟當事者タル控訴人ノ死亡ニヨリ訴訟手續ハ中斷シ其相續人ハ無能力者ニシテ其法廷代理人ヲ缺如セルヨリ訴訟受繼ノ手續ハ之ヲ爲スニ由ナク爲メニ訴訟遲滯ニヨリテ生スル危害ノ恐アルヨリ特別代理人選定ノ必用ヲ生シタル所以ニシテ尤モ民事訴訟法第四十六條第一項ニハ訴ヲ起スヘキ場合ニ於テ云々トアルヨリ一見或ハ同條ノ規定ハ起訴ノ際ニモ限定セラレ本件ノ如ク一旦訴訟繫續シテ中途訴訟手續ヲ中斷シタルニ對シ受繼ヲ爲ス場合ニ適當セサル如キ觀アレトモ如斯解スルトキハ故ナク同條ノ適用ヲシテ極メテ狹隘ナラシメ同條ノ旨趣ヲ沒却スルニ至ルヘシ蓋シ訴訟遲滯ニヨリテ生スヘキ危害ハ起訴ノ際ナルト將タ訴訟繫屬中トニヨリテ差別アルコトナキニ由リテ見ルモ同條ニ訴ヲ起スヘキ場合ト云フハ此二者共ニ包含スルモノト解スルヲ至當トスレハナリ之ニヨリテ見レハ本件ノ如キ訴訟繫屬後ニ於テ法律上代理人缺如ノ爲メ訴訟遲滯ヲ致シ爲メニ危害ヲ生スル恐アル場合モ同條ニ依リ特別

代理人ヲ選定スヘキモノタルニ拘ハラス原院カ故ナク之ヲ却下シタルハ不當ナリト云フニ在リ然レトモ▲民事訴訟法第四十六條ハ明文ノ如ク訴訟無能力者ニ對シ訴ヲ提起スル場合ニ特別代理人選任ノ申請ヲ爲シ得ヘキコトヲ規定シタルモノニシテ訴訟ノ進行中ニ當事者ノ一方カ訴訟無能力者ト爲リタル場合ニ適用スヘキモノニアラス▼

民第二百三十號

臨檢調書ニ關係人ニ讀聞カセ若クハ閱覽セシメタルコト

及ヒ其手續ヲ履ミタルコト等ノ記載ナキハ違法ナリト雖モ上告人カ之ニ關シ原審ニ於テ異議ヲ留ムルニ非サレハ以テ上告ノ理由ト爲スヲ得ス(大審院明治三十三年(五)第四百十號山林賣買代金返還請求ノ件●明治三十三年六月十四日第一民事部判決) ●上告代理石山彌平被上告代理橫山善藏)

要旨 ▲第二審ノ臨檢調査ニハ關係人ニ讀聞カセ若シクハ閱覽セシメタルコト及ヒ其手續ヲ履ミタルコト等ノ記載ナキヲ以テ民事訴訟法第三百三十三條第三百三十一條ノ規定ニ違背シタル不法アルコトハ誠ニ本論旨指摘スル所ノ如シ然レトモ上告人カ之ニ關シテ原審ニ於テ異議ヲ留メタル事跡ハ訴訟記録ニ依ルモ觀ルニ足ルモノナシ然レハ則チ採リテ以テ上告ノ理由トスルヲ得ス▼

民第三百三十一號

官吏俸給請求權ノ性質及其裁判管轄

(大審院明治三十三年(五)百六十號俸給金請求ノ件)●明治三十

要旨 按スルニ裁判所構成法第二條ニ通常裁判所ニ於テハ民事刑事ヲ裁判スルモノト有リ故ニ司法裁判所ハ刑事ヲ除キテハ専ラ民事即チ私法ニ關スル争訟ヲ裁判スルヲ以テ其本分ト爲ス若シ夫レ公法ニ關スル争訟ハ特別ノ法令アルニ非サレハ司法裁判所ノ裁判スヘキ限ニ在ラス何トナレハ刑法以外ノ公法ヲ解釋適用スルハ行政官廳若クハ行政裁判所ノ權限ニ屬シ而シテ司法行政ノ兩權各其畛域ヲ守リ互ニ相侵犯スルコトヲ得サルハ實ニ兩權分立ノ制度ト須臾モ離ルヘカラサル一大要義ナレハナリ▲抑官吏ノ俸給ハ官職ニ附隨スルモノナレハ其未タ官吏ノ手ニ歸セサル間即チ國庫ニ對スル權利トシテ存在スル間ハ公法上ノ債權ニシテ私法上ノ債權ニ非サルコトハ多言ヲ待タスシテ明カナリ然レハ則チ其債權ノ存否即チ其俸給ハ果シテ國庫ノ支拂フヘキモノナルヤ否ヲ判定スルハ公法ノ解釋適用ニ外ナラサルヲ以テ特別ノ規定アルニ非サレハ司法裁判所ノ管轄ニ屬スヘキモノニ非サルコトハ亦自ラ明カナリ▼今官吏ノ俸給ニ關スル裁判權ニ付テ果シテ特別ノ規定存スルヤ否ト顧ミルニ民事訴訟法第六十八條ニ於テ文武官吏職務上ノ收入一箇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許シ且其第六百二十三條ニ第三債務者カ取立手續ニ對シテ義務ヲ履行セサルトキハ差押債權者ハ訴ヲ以テ之ヲ履行セシムルコトヲ得トノ明文アルニ止マリ他ニ特別ノ規定存スルヲ觀ス而シテ如上民事訴訟法ノ規定ニ依レハ差押ヘタル官吏ノ俸給ニ付テ官廳カ其取立手續ニ對シ義務ヲ履行セサルトキハ差押債權者ハ司法裁判所ニ出訴スルコトヲ得ヘシ然リト雖モ是此規定ハ未タ以テ俸給ニ關スル債權ノ存否ヲ判斷スル權ヲ以テ司法裁判所ニ附與シタルモノト爲スヲ得ス何トナレハ其規定ハ司法行政兩權分立ノ大要義ニ對シ除外例ヲ設ケタル意義ヲ明カニシタル文詞ナキノミナラス之ト並存シテ相戻ラサルコトヲ得ヘケレハナリ乃チ之ヲ約言スレハ前掲ノ場合ニ於テ差押手續ノ當否其他私法上ノ爭議ニ屬スル事項ハ司法裁判所之ヲ裁判スルヲ得レトモ俸給支拂ノ義務存否ノ如キ公法上ノ題案ニ付テハ依然行政權ノ職司ニ屬スルモノト解釋セサルヲ得ス由是之ヲ觀レハ本訴訟ハ司法裁判所ノ裁判スヘキ限ニアラス即チ所謂無訴權ノ場合ニ該當スルコトハ復疑ヲ容ルヘキニ非ス然レハ則チ原院カ本訴ヲ以テ司法裁判所ノ管轄ニ屬スヘキモノト判示シタルハ失當タルコトヲ免レスト雖モ其訴ノ却下ヲ言渡シタル第一審判決ヲ是認シ上告人ノ控訴ヲ棄却シタルハ至竟相當ノ判決ニシテ上告ハ理由ナキモノト云ハサルヲ得ス

民第百三十二號 執達吏ノ犯罪行為ニ關スル委任者タル債權者ノ責任(大)

要旨 按スルニ▲民法第七百十五條ニ依レハ或事業ノ爲メニ他人ヲ使用スルモノハ被用者カ其事業ノ執行ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責ニ任スヘキモノナレトモ原院認定ノ事實ニ依レハ本訴ノ損害ハ執達吏角田實カ竊取費消即チ犯罪行為ニ原因セルコトハ雙方爭ヒナキ事實ニシテ角田實ハ被上告人カ有體動産差押ノ委任以外ノ行為ヲ爲シタルモノナレハ被上告人ハ其責ニ任スヘキ理由ナシ況ンヤ執達吏カ債權者ノ委任ニ因リ執行行為ヲナシ本件ニ於ケル如キ有體動産ヲ差押ヘ之ヲ保管スルハ其委任ニ基キタリト雖モ固ト是レ法律ノ規定ニ從ヒ執達吏カ職務上爲スヘキ義務ニ屬スル事柄ニシテ普通ノ代理關係ヲ以テ論スヘキモノニアラサルニ於テヤ▼ニ原院カ「有體動産假差押ヲ委任シタル債權者ト其委任ヲ受ケタル執達吏間ニハ代理ノ關係アリト雖モ其執行ニ依リ差押ヘタル金貨物件ヲ保管スルハ執達吏ノ職務ニ屬シ債權者カ之ヲ左右シ得ヘキモノニアラサルノミナラス云々一般代理ヲ以テ論スルヲ得サルカ故ニ被控訴人ハ何等ノ責任ヲモ有スルモノニアラス云々」ト説明シ以テ上告人ノ請求ヲ排斥シタルハ當然ニシテ上告論旨ハ其理由ナシ

民第三十三號 假住所ナルモノハ本住所ニ非サルヲ以テ開廷ノ節實際

本住所ヨリ往復シタル事實アルトキハ其費用ヲ請求シ得ヘキハ當

然ナリ(大審院明治三十三年(ク)第四十二號訴訟費用額確定決定ノ件(●) 明治三十三年六月十八日第二民事部決定(●)抗告代理石崎貞一)

要旨 ▲受訴裁判所以外ノ地ニ居住スルモノカ受訴裁判所ノ所在地ニ假住所ヲ選定シタルトキ其届出ヲ爲シタル者ハ一應其假住所ニ在ルモノト推定スト雖モ其住所ハ本住處ニ非ラサルカ故ニ長ク訴訟ノ完結セサル間當ニ其假住所ニ在ラサル可カラサルモノニアラス是ヲ以テ開廷ノ節實際本住所ヨリ往復シタルコトアルトキハ其費用ヲ請求スルコトヲ得ルハ固ヨリ當然ナリ▼

民第三十四號 私署證書ノ日附(大審院明治三十三年(オ)第五十五號不法行為損害賠償請求ノ件 明治三十三年六月十九日第一民事部判決(●)上告代理淡島吉被

上告代理 磯部四郎)

要旨 按スルニ▲私署證書ニ關シ民法施行法第五條ニ定ムル確定日附アルトキハ其證書ハ日附ニ付キ第三者ニ對シ完全ナル證據力ヲ有ス(同法第四條)故ニ第三者カ確定日附ヲ爭ハントスルトキハ其確定日附ニ關スル證書ノ眞否確定ノ申立ヲ爲シ以テ其眞否ノ判決ヲ請求セサルヲ得ス而シテ

法ニ於テ確定ヲ附アル證書ヲ以テスルニ非サレハ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノト定メタル事項(民法第四百六十七條第五百十五條等)ニ關シテハ事實裁判所ハ如何ニ反對ノ心證ヲ得タルトスルニ確定日附ナキ證書ニ記載シタル日附ヲ眞實ナリトシテ判決ヲ爲スコトヲ得ス然レトモ其他ノ場合ニ於テハ確定日附ナキ私署證書ニ付キ第三者カ之ニ記載シタル日附ヲ認メサルトキト雖モ事實裁判所ハ事實認定權ニ依リ其日附ヲ以テ眞實ナリト爲スコトヲ得サルニ非ス尤モ第三者カ其日附ヲ認メサル上ハ日附ヲ眞實ナリト主張スル者ニ於テ舉證ノ責ニ任スヘキハ當然ナリ然レトモ事實裁判所ハ第三者カ日附ヲ認メス證書ノ提出者カ日附ニ付キ舉證セサルニ拘ハラズ事件ニ附隨スル事情ノ考覈ニ因リ其日附ヲ眞實ナリト認定スルコトヲ得サルニ非サルモ之ヲ眞實トスルニハ必ス其理由ヲ説明セサルヘカラス

民第百二十五號

即時抗告申立ノ期間

(大審院明治三十三年(ク)第百十九號訴訟費用額確定決定抗告ノ件) 明治三十三年六月十九日第一民事部決定

要旨 ▲即對抗告ハ不服ヲ申立ラレタル裁判ノ送達ヨリ七日ノ不變期間内ニ爲スコトヲ要スルモノナレハ其期間ノ發生前ト雖モ之ヲ爲スコトヲ妨ケス▼故ニ本件ノ如ク抗告人ニ對シテハ未タ適法ノ送達ナク即チ七日ノ不變期間未タ發生セサルニ因リ其抗告ハ適法ノモノト云ハサルヲ得ス

民第百二十六號

當事者ノ陳述外ノ判定ヲ爲スヲ得ス

(大審院明治三十三年(オ)第百二十四號貸地明渡並小作旋米拂渡請求ノ件) 明治三十三年六月二十日第二民事部判決 ●上告代理安藤兼吉被上告代理國島博

要旨 按スルニ▲契約上ヨリ生シタル法律關係ニ付爭アル場合ニハ裁判所ハ當事者ノ陳述ニ基キ其範圍内ニ於テ法律關係ノ如何ヲ定ムヘク決シテ其陳述以外ニ出テ之ヲ判定スヘキモノニアラス▼今ヤ原判決事實摘示ヲ見ルニ當事者双方事實上ノ陳述ハ上告論旨ニ掲クル所ノ如シ然レハ本訴ノ要點ハ係争地ニ關スル法律關係ハ被上告人所論ノ如キ小作契約ナルヤ將タ上告人所論ノ如キ受作契約ナルヤニアリテ其賃貸借契約ナルコトニ至リテハ双方異議ナキ所ト云ハサル可カラス然ル上ハ原院ハ本件ヲ判斷スルニハ如何ナル期間及ヒ借賃拂入方法等ノ定メアル賃貸契約ナルカヲ判定ス可キ筈ナルニ當事者ノ陳述以外ニ出テ全ク法律關係ノ異別ナル使用賃借ナリト判定シタルハ法律ニ違背シテ事實ヲ確定シタルモノニシテ上告附帶上告共其理由アリ

民第百二十七號

償還請求ノ通知ヲ爲スヘキ裏書讓受人

(大審院明治三十二年(オ)第百七十三號手形金請

求爲替訴訟ノ件) 明治三十三年六月二十一日第一民事部判決 ●上告代理上原應造被上告代理伊藤眞英

要旨 按スルニ▲手形ハ其文言ニ因リテ直接ニ義務ヲ負ハシム但法律又ハ商慣習ニ依リテ例外ト

爲スヘキモノハ此限りニアラストハ舊商法第七百五條ノ規定スル所ナリ故ニ例外ヲ除クノ外ハ假令契約者間ノ目的ノ存在如何又ハ權義ノ起因如何ニ拘ハラス專ラ手形面ニ記載セラレタル文詞ニ因リテ直接ニ其效力ヲ生セシムヘキモノトス又裏書讓渡ハ各裏書讓渡人ノ順序カ裏書讓受人ニ至ル迄間斷ナキトキニ限り裏書讓受人ノ爲メ效力アリトハ舊商法第七百三十二條ノ規定スル所ナリ故ニ白地讓渡(舊商法第七百二十三條第七百二十五條)ノ場合ニ於テ其讓渡ハ交付ノミヲ以テ有效ナリト雖モ手形面ニ署名セサル讓渡人ハ全ク手形上ノ關係ヲ離脱シ最後ノ讓受人ハ署名シタル讓渡人ヨリ恰モ直接ニ手形ヲ讓受ケタルト同一ノ效果ヲ生スルモノトス例ヘハ甲者カ白地即其氏名ノミノ裏書ニテ手形ヲ乙者ニ讓渡シ乙者ハ復其儘之ヲ丙者ニ讓渡シタルトキハ乙者ハ全ク手形上ノ關係ヲ脱却シ丙者ハ恰モ甲者ヨリ直接ニ其讓渡ヲ受ケタルト同一ノ關係ヲ生スヘシ若シ夫レ乙者ヲ以テ尙讓渡人ト認ムヘキモノトセハ手形面ニ於テ讓渡人ノ順序上間斷ヲ生スルカ故ニ丙者ノ讓受ハ全ク其效力ヲ生セサルモノト謂ハサルヘカラス然レ而シテ本案甲第一二號證ノ約束手形ノ振出人ハ伊藤兼次郎受取人且裏書讓渡人ハ西村定吉ニシテ之レカ裏書讓受人ハ日置又七ナルニモ拘ハラズ該甲第一二號證ノ手形ニ對スル償還請求ノ通知者(甲第一二號證ハ拒證書作成ノ義務免除セシモノ)ハ該手形ノ文面上ニ關係ナキ松田吉兵衛ニシテ如上ノ事實ハ原院ノ認ムル所ナリ

之ヲ前顯法律ニ照スニ其償還請求ノ通知ハ手形上ニ記名セラレタル裏書讓受人タル所ノ持人ニ於テ舊商法第七百八十三條ノ規定ニ基キ之ヲ爲スニアサレハ其效力ヲ有セサルモノトス

民第三十八號 第一審ノ判決ニ于與セサル判事ハ第二審ニ於テ除付セ

ラレス(大審院明治三十三年(乙)第六十號人夫登錄簿無効確認及取消請求ノ件(明治三十三年六月二十一日第一民事部判決)●上告代理小林豐太郎被告上告代理岸本辰雄外一名)

要旨 ▲本件記録ヲ查閱スルニ明治三十一年十月八日判事高田鐵吉ハ本件第一審ノ口頭辯論ニ列席シタルモ辯論ハ終結ニ至ラス其後仁保久昂松岡一輝石黒怡次郎ノ三判事ニ於テ右口頭辯論ヲ更新シテ第一審ノ判決ヲ爲シタルコト明確タリ左スレハ判事高田鐵吉ハ本件第一審ノ判決ニ干與シタル者ニ非ス故ニ本件第二審ニ於テ其職務ノ執行ヨリ除却セラルヘキ謂ナシ▼依テ判事高田鐵吉カ本件第二審ノ判決ニ干與シタルハ不法ナリトスルヲ得ス

民第三百二十九號 抵當ノ順位ニ關スル意志表示ニ錯誤アル場合ノ貸借契約ノ效力及一個ノ地所ニ對スル同等ナル二個以上ノ抵當權(大審院明治三十三年(乙)第十九號地所抵當權順位確認請求ノ件(明治三十三年六月二十二日第二民事部判決)●上告代理岸清一被告代理中西六三郎)

約ノ效力及一個ノ地所ニ對スル同等ナル二個以上ノ抵當權(大審院明治三十三年(乙)第十九號地所抵當權順位確認請求ノ件(明治三十三年六月二十二日第二民事部判決)●上告代理岸清一被告代理中西六三郎)

要旨 按スルニ▲金錢ノ消費貸借ハ當事者ノ一方カ同數量ノ金錢ヲ返還スヘキコトヲ約シテ相手

方ヨリ金錢ヲ受取ルヲ以テ其法律行為ノ要素トスルモノニシテ抵當ノ如キハ右ノ貸借ニ附隨スル擔保ナルニ依リ假令其順位ニ付意思表示ニ錯誤アリトスルモ以テ貸借契約ヲ無効ナラシムヘキモノニアラス▼

第三點ノ論旨ハ凡ソ同一ノ地所ニ對シ二箇同等ノ抵當權並存ス可キ道理アラサルカ故ニ其日附ノ後ナル證書ハ無論無効ニ屬スルモノトス而シテ二番抵當ハ當初ヨリ其證書ニ其事ヲ記載セサルニ於テハ二番抵當タルノ效力ヲ有セサルモノナリ然ルニ原院カ栗田正義ノ一番抵當權存在中ニ千葉隆之助カ其事實ヲ欺隱シ被告人ニ對シテ二重ニ設定シタル第二ノ一番抵當ヲ有效ナリトシタルハ法則ヲ不當ニ適用シタル違法アルモノトスト云フニ在リ

按スルニ▲一箇ノ地所ニ對シ二箇以上ノ抵當權ヲ設定スルモ其抵當權ハ其ニ有效ニシテ此場合ニハ登記ノ前後ニ依リ其順位ヲ定ムヘキモノトス▼

民第四百十號 後見人ノ授權ノ欠缺ヲ第二審ニ至リテ補充スルモ有效ナ

リ(大審院明治三十三年(オ)第二百七十、二百七十一號永小作權設定登記請求ノ件●明治三十三年六月二十二日第二民事部判決●上告代理高橋捨六外一名)

要旨 ▲後見人カ被後見人ノ爲メニ訴訟ヲ爲スニ付キ親族會ノ同意ヲ得ルカ如キハ初メ起訴ノ當

時其授權ノ欠缺アルモ其訴訟ノ繫屬中又ハ第二審ニ繫屬スルニ至テモ親族會カ同意ヲ爲シ之レヲ追認スレハ溯リテ最初ヨリノ訴訟行為ヲ總テ有效トナスヘキコトハ當院ノ判例トシテ認ムル所ナリ▼

第四百十一號 土地收用法ニヨリ土地ヲ收用シタル起業者ノ損害補償義務

務(大審院明治三十二年(オ)第六十號土地收用補償金差額及損害補償金請求ノ件●明治三十三年六月二十三日第一民事部判決●上告代理高木益太郎被上告代理尾形兵太郎)

要旨 按スルニ▲法律上ノ原因ナク故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スヘキハ民法上ノ原則ナリト雖モ土地收用法ノ規定ニ依リ土地ヲ收用スル起業者ハ右收用法ノ規定ニ依リ土地ノ所有者及ヒ關係人ニ對シ其損失ヲ補償スル外尙ホ民法上損害賠償ノ責ニ任スヘキ謂ナシ何トナレハ起業者ハ法律上ノ原因ニ因リテ他人ノ土地ヲ收用スル者ナレハ固ヨリ故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ナリト謂フヲ得サレハナリ▼

民第四百十二號 入會權ノ性質(大審院明治三十三年(オ)第七十七號入會權妨害排除及入山時期確定請求ノ件●明治三十三年六月二十九日第二民事部判決上告訴訟代理

人野出嶋三郎被上告代理原嘉道)

要旨 按スルニ凡ソ一部落スル公ノ團體ニ於テモ特別ニ財產ヲ所有スル場合アルヘキコトハ既ニ

法律ノ認ムル所ナリト雖モ此場合ニ於テハ其團體カ特別ニ財産ヲ所有スル事實ナカルヘカラス然ルニ本件ニ於ケル入會權ニ付テハ原判決ハ公ノ團體タル部落カ特別ニ其入會權ヲ所有セシ直接ノ事實ヲ認メ之ヲ基本トシテ判斷ヲナシタルニアラス其判決ノ根據トスル理由ハ「新ニ下黒川部落ニ移住シ住民タル資格ヲ得ハ當然入山ノ權利ヲ得又其部落ヲ退去セハ自ラ其權利ヲ喪失シ入山スルヲ得サルニ至ルコトハ控訴人等認ムル所ノ事實ナレハ此一點ヨリ觀察スルモ論山ノ入會權ハ其部落住民タル控訴人等ニ屬セサルコトヲ推知スルニ足ルヘシ如何トナレハ若シ部落住民即箇人タル控訴人ニ屬スルモノナルニ於テハ其去就ニ依リ權利ノ得喪ニ消長ヲ來スヘキ道理アラサレハナリ然ルニ其去就ニ依リ權利ノ得喪ニ消長ヲ來ス其レ斯クノ如シ是豈權利ノ主體ハ部落ニシテ其住民タル控訴人等ニ非サル明證ニ非スシテ何ソヤ云々」ト云フヲ以テシ又上告人等カ現實入山シテ收益ヲ得ル權利アル事實ヲ認メ本件請求ヲ排斥スル理由ハ「縱シ控訴人等ハ論山ニ對シ秣及蘆葦等ヲ收取スル權利アリ即チ其收益權ハ下黒川部落ノ住民タル控訴人等ニ屬シ實際收益ヲ爲シ來レルニモセヨ個ハ反證アラサル限りハ控訴人等ト其部落トノ關係ハ人權上ノ關係ニ止マリ物權ヲ有スルモノト認ムルヲ得サレハ云々」第三者ナル被控訴人ニ對シ請求ヲ爲スノ權ナキモノトス」ト云フニアリテ要スルニ原判決ハ公ノ團體タル部落カ入會權ヲ有シ規實其權利ヲ行使スル事實ハ認メ

サルモ其住民カ實際其收益ヲ爲スカ如キハ住民タル資格ノ喪失ニ依リ消長ヲ來スヘキ情態ヨリ之ヲ觀察スレハ其地上ニ有スル權利ニアラス其地上ニ對スル權利ハ即チ部落カ之ヲ有シ住民ハ其部落ニ對スル人權ヲ有スルニ過キスト判定シタルモノナリ然レトモ▲元來我國ニ於ケル秣山等ノ入會權ハ住民トシテ其土地ニ住居スルニ附從シテ有スル所ノ一種ノ權利ニシテ其住居ヲ轉スレハ權利喪失シ他ヨリ移轉シテ住民トナレハ其權利ヲ取得スヘキヲ常トスレトモ尙ホ住民等個人カ其地上ニ對スル權利トシ入會權ヲ有スルコトアルハ我國慣習トシテ認ムル所ナリ▼既ニ如斯古來ノ慣習上入會權ハ其土地ノ住居ニ隨伴スル一種ノ土地ヲ利用スル役權關係ニシテ其住居ノ去就ニ依リ權利ノ得喪ニ消長ヲ來スヲ通例トスルモノナレハ此權利ノ得喪ニ消長ヲ來スヲ根據トシテ住民タル上告人等ニ本件ノ入會權ナシト判定シタルハ不當ニシテ結局原判決ハ理由ヲ具備セサル違法ノ裁判タルヲ免カレス

判例摘要

民第百四十三號 民法第一百七條第一項ニ依リ損害賠償ヲ請求スル場合ニ於テ賠償金額ノ豫定アルトキハ特ニ損害ノ事實ヲ證明スルノ要

ナシ(大審院明治三十四年(オ)第四百五十八號保證金取戻及損害要償ノ件(明治三十五年一月十一日第一民事部判決)●上告代理田井與之助被上告代理井上廣克)

要旨 被上告人(控訴人)ニ於テ秋田汽船株式會社ノ代理人トシテ又上告人ニ於テモ被上告人ヲ同會社ノ代理人トシテ甲第一號證ノ契約ヲ締結シタルコト及右株式會社カ被上告人ニ該貸借契約締結ノ委任ヲ附與セス又同會社カ甲第一號證ノ契約ヲ追認セサリシコトハ原判決ニ於テ確定セル事實ナリトス此事實ハ民法第十七條ニ掲クル他人ノ代理人トシテ契約ヲ爲シタル者カ其代理權ヲ證明スルコト能ハス且本人ノ追認ヲ得サリシ場合ニ恰當ス而シテ同條ニ依レハ他人ノ代理人トシテ契約ヲ爲シタル者ハ同條ニ掲クル場合ニ於テハ相手方ノ選擇ニ從ヒ之ニ對シテ履行又ハ損害賠償ノ責ニ任スヘキ者ナリ甲第一號證第二十三條ニハ「若シ此約定ヲ違背シタルトキハ違約者ヨリ金參千圓ヲ違約者ニ賠償ス可シ」トアリテ違約ノ場合ニ對スル損害額豫定ノ約款タルコト其自

體ニ依テ誠ニ明カナリ而シテ上告人ノ提出セシ訴狀ニハ「前署甲第一號證ノ第二十三條ニ基キ違約者タル被告ヨリ金參千圓ノ損害金ヲ請求スル次第ニ有之候」ト又原院カ其判文ニ引用セシ第一審判決事實ノ部ニハ「前署執レノ一方ニテモ該約款ニ違背スル者ハ金參千圓ヲ相手方ニ賠償スル事ト云フニ在テ云々原告ハ被告ヲ以テ云々質貸借約定ニ違背シタルモノト爲シ云々賠償金參千圓ノ支拂トヲ一面被告ニ要求シ云々原告訴ル趣旨ハ云々此違約アルニ立至リタルモノナレハ其所爲民法百十七條ニ應該ス仍テ本件ハ該條文ニ基キ被告其人ニ對シテ訴追スルナリ云々」トアルニ依テ觀レハ上告人ハ民法第百十七條ニ依リ甲第一號證第二十三條ノ約款ニ基キ被上告人ニ對シテ損害賠償ヲ請求スル者ナリ然ルニ原院ハ「前署控訴人ハ代理權限ナキニ拘ラス代理人トシテ甲第一號證ノ契約ヲ締結シ而シテ本人ノ追認ナキ爲メ契約ハ終ニ成立セサリシモノナリ云々然レトモ甲第一號證ハ控訴人カ自己ノ爲メニ締結シタル契約ニ非サレハ隨テ同證第二十三條ノ約款ハ直ニ控訴人ヲ拘束スルノカナシ」ト判示シ次テ「而シテ被控訴人ハ民法第百十七條ニ基キ損害賠償ヲ請求スルモノナルモ同條ハ履行又ハ損害賠償ノ孰レカ一ヲ選擇スヘキモノニシテ被控訴人ニ於テ損害賠償ヲ選擇シタリトセハ須ラク現實受ケタル損害ヲ證明シテ請求スヘキ筈ナル事此ニ出テス甲第一號證ノ豫定損害額ヲ其儘控訴人ニ對シテ請求スルハ失當ナリ是レ違約責任如何ヲ定メス主文

ノ判決ヲ與フル所以ナリ」トノ判斷ヲ下シタリ然レトモ代理權限ナキニ拘ラス他人ノ代理人トシテ契約ヲ爲シタル者カ相手方ニ對シテ其契約ニ拘束セラルルコトハ民法第百十七條ニ「他人ノ代理人トシテ契約ヲ爲シタル者云々之ニ對シテ履行云々ノ責ニ任ス」トアルニ依テ實ニ明瞭ナリ而シテ契約ノ履行ニハ責任アル者ナルモ其契約ニハ拘束セラルル者ニ非ラストハ矛盾シタル論理ナリト云ハサルヲ得ス固ヨリ他人ノ代理人トシテ契約ヲ爲シタル者ハ自己ノ爲メニ之ヲ爲シタルニアラサルヲ以テ通常之ニ拘束セラルル意思アル者ニアラサルヘシト雖モ本人ノ追認ヲ得ルコト能ハサリシトキハ惡意ナシトスルモ少クモ過失アル者ニシテ法律ハ其過失ニ對スル制裁ノ一トシテ相手方ヨリ其契約履行ノ請求アレハ其請求ニ應セサルヘカラサルモノト爲シタルニ外ナラス而シテ甲第一號證第二十三條ノ約款ハ同證中他ノ約款ニ違背シタル場合ニ對スル所謂過急約款ニ外ナラサレハ被上告人ニシテ同證中他ノ約款ニ拘束セラルル者トセハ他ノ約款ニ違背シタル場合ニ對スル第二十三條ノ約款ニモ亦拘束セラルヘキハ當然ノ筋合ナリトス又右第二十三條ノ約款ハ契約不履行ニ對スル制裁ヲ定メタルモノナレハ同證中他ノ約款ノ履行ナキトキ又ハ其履行ノ請求ナキトキニ限り其效用ヲ見ルヘキモノナルコトモ亦當然ナリト云フヘシ夫レ然リ然ルニ原院カ「前署甲第一號證ハ控訴人カ自己ノ爲メニ締結シタル契約ニアラサレハ隨テ同證第二十三條ノ約款ハ直

ニ控訴人ヲ拘束スルノカナシト判定シタルハ畢竟民法第一百七條ノ解釋ヲ誤リタルモノナリ而シテ此法則ノ解釋ヲ誤リタル結果損害額ノ豫定アルニモ拘ラス上告人ニ於テ尙ホ現實ノ損害ヲ證明スル責任アルモノノ如ク判定シ上告人ニ不利益ナル判決ヲ下シタルハ要スルニ法則ヲ不當ニ適用セサルモノニシテ原判決中上告ニ係ル部分ハ破毀ヲ免カレス

民第四百四十四號 二線以上ノ通路アル場合ニ於ケル民事訴訟法第六十

七條ノ猶豫期間計算(大審院明治三十五年(カ)第五號控訴却下ノ命令ニ對スル抗告ノ件) 明治三十五年一月十六日第一民事部決定 抗告代理安武千代吉)

要旨 法令ニ特別ノ規定アラサル限りハ二線以上ノ通路アル場合ニ於テ最短線路ヲ標準トシテ民事訴訟法第六十七條ノ猶豫期間ヲ計算スルハ誠ニ當然ナレハ本件抗告ハ其理由ナキモノトス

民第四百四十五號 契約ノ成立民法施行前ニ係ルモ之カ取消ノ行爲ニシテ

民法施行後ニ爲サルル以上ハ其果シテ取消ノ效果ヲ生スルヤ否ヤ

ノ問題ハ民法ヲ適用シテ之ヲ定ムヘキモノナリ(大審院明治三十四年(オ)第四百百五號貸金請求ノ件 明治三十五年一月十八日第一民事部判決 上告代理兩角彦六被上告代理岸清一)

要旨 契約締結ノ行爲ト其契約取消ノ行爲トハ全ク別個ノ行爲ナレハ之ヲ同一ノ事項ト看做スヘ

キモノニ非ルヤ毫モ疑ヲ容レス何トナレハ契約締結ノ行爲ハ契約ノ效力ヲ生セシムル爲メニ之ヲ爲シ之ニ反シテ契約取消ノ行爲ハ契約ヲ無効ニ歸セシムル爲メニ之ヲ爲スモノニシテ此二個ノ行爲ハ各々特別ノ目的ヲ有シ隨ツテ各々特別ノ效果ヲ生スヘキモノナレハナリ民法施行前ニ生シタル事項ニ付キテハ民法施行法第一條ニ依リ同法ニ別段ノ定アル場合ヲ除キテハ民法ノ規定ヲ適用スヘキモノニ非ルト同時ニ民法施行後ニ生シタル事項ニ付キテハ民法ヲ適用スヘキモノナルコトハ固ヨリ論ヲ埃タサル所ナレハ契約ニシテ民法施行前ノ成立ニ係ルモ之カ取消ノ行爲ニシテ民法施行後ニ爲サルル以上ハ其果シテ取消ノ效果ヲ生スルヤ否ヤノ問題ハ民法ヲ適用シテ之ヲ定サル可カラサルモノトス

民第四百四十六號 民事訴訟法第二百四十四條ノ意義(大審院明治三十四年(オ)第四百七十七號材木取戻請求ノ件 明治三十五年一月十八日第一民事部判決 上告代理井本常治被上告代理三浦大五郎)

要旨 確定判決ノ實質的效力ナル一事不再理ノ要ハ前訴ニ於ケル裁判ヲ以テ是認又ハ否定シタル訴訟ノ目的タル請求ニ付キ更ニ反對ノ裁判ヲ求ムルコトヲ禁スルニ在ルヲ以テ前訴訟ニ於ケル判決カ後ノ訴訟ヲ妨クル效力即チ其訴訟事件ニ付キ確定ノ效力ヲ有スルヤ否ノ問題ハ同一當事者ナ

ル事項ノ外前訴訟ノ目的ハ後ノ訴訟ノ目的ト同一ナルヤ否ニ因リテ決セサルヘカラス蓋シ各訴訟ノ目的ハ訴ニ於ケル一定ノ申立及ヒ其原因ノ如何ニ因リテ定マルヘキモノナルコトハ民事訴訟法第九十條第九十五條第二項第一號第九十六條及ヒ第四百十三條等ノ規定ニ照シ誠ニ明白ニシテ而シテ裁判ハ右ノ如ク定リタル範圍ニ於ケル請求ニ對シ其當否ヲ判斷スルモノニシテ同法第二百四十四條ニ謂フ「判決」ナルモノモ亦此意義ニ外ナラス故ニ「其主文ニ包含スルモノニ限り確定力ヲ有ス」ト云フ同條ノ意義ハ訴又ハ反訴ヲ以テ主張シタル請求ニ對スル裁判即チ之ヲ是認又ハ否定シタルモノニ限り確定スト云フニ在リト解釋セサルヘカラス

民第四百七號 裁判言渡ハ常ニ公行スルモノナリ

民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ舉證者ノ申立ニ因リ私署證書ノ眞實ヲ爲ス場合

民事訴訟法第二百二十九條第五號ハ判決言渡ノ場合ヲ包含セス

(大審院明治三十四年(オ)第四百五十七號浮掛年限確認並地所明渡請求ノ件) 明治三十五年一月二十日第二民事部判決 ●上告代理山田喜之助外一名)

要旨 民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ舉證者ノ申立ニ因リ私署證書ノ眞實ヲ爲スハ當事者ノ一方カ之ヲ

其相手方ヨリ出テタル私署證書ナリトシテ提出シタル場合ニ限ルモノニシテ舉證者カ他ノ者ノ手ニ成リタル證書トシテ提出シタル場合ニ於テ相手方カ之ヲ否認スルトキハ其證書自體又ハ他ノ總テノ方法ニ依リテ其眞否ヲ確ムルコトヲ得可シ

原院ノ口頭辯論調書(明治二十四年四月四日)ニハ明ニ辯論ヲ公開シタル旨ノ記載アリ而シテ同年四月八日ノ判決言渡調書ニハ同一ノ記載ナシト雖モ判決ノ言渡ハ裁判所構成法第五條ノ規定ニ依リ明ニ公行スルモノニシテ決シテ公開ヲ禁スルコトナケレハ民事訴訟法第二百二十九條第五號ハ判決ニ接着スル口頭辯論迄ノ調書ニ記載ス可キ規定ニシテ判決言渡ノ場合ハ此規定中ニ包含スル故ニ判決言渡ノ調書ニ公開シタル旨ノ記載ナキ故ヲ以テ言渡ヲ公行セサルモノト云フヲ得ス

民第四百十八號 缺席判決ヲ維持ストノ判決言渡アラントトテ請フトノ

申立ハ所謂判決ヲ受クヘキ事項ノ申立ニ非ス

衆議院議員ノ被選人タルヘキモノハ選舉人名簿調製後錯誤等ノ名

義ヲ以テ國稅ヲ追納スルモ其資格ヲ補充スルヲ得ス(大審院明治三十四年(オ)第四百四號衆議院

議員當選無効ノ件 ●明治三十五年一月二十日第二民事部判決 ●上告代理齋藤二郎)

要旨 衆議院議員選舉法第八條ニ被選人タルコトヲ得ル者ハ日本臣民ノ男子滿三十歲以上ニシテ選舉人名簿調製ノ期日ヨリ滿一年以上其選舉府縣内ニ於テ直接國稅十五圓以上ヲ納メ仍引續キ納ムル者タルヘシ但シ所得稅ニ付テハ人名簿調製ノ期日ヨリ前滿三年以上之ヲ納メ仍引續キ納ムル者ニ限ルトアルヲ以テ被選人タルヘキモノハ選舉人名簿調製前ニ在テ現實ニ同條所定ノ國稅ヲ納メ仍引續キ之ヲ納ムル者ニ限ルコトハ右法文ニ照シ毫モ疑ヲ容ルル所ナシ抑モ該法律カ選舉人名簿調製ノ時期ヲ以テ被選人ヲ確定スルコトニ定メタルハ要スルニ被選人ノ何人タルヤヲ常ニ明瞭ナラシメ以テ選舉上ノ便利ヲ慮リタルニ外ナラス然ルニ上告論旨ノ如ク選舉當日前ニ於テハ何時ニテモ錯誤等ノ名義ニ依リ國稅ノ追納ヲ爲シ以テ其資格ヲ補充スルヲ得ルモノトスレハ被選人ノ何人タルヤハ遂ニ確定スルノ期ナク隨テ該法律第八條ノ規定ハ誠ニ無用ノ法文タルニ歸スヘシ闕席判決ハ之ヲ維持ストノ判決言渡アランコトヲ請フトノ申立ハ所謂判決ヲ受クヘキ事項ノ申立ニアラスシテ一種ノ陳述ニ外ナラス

民第四百十九號 破産事件ノ抗告裁判所カ裁判ノ資料ニ供スルヲ得ヘキ

記録(大審院明治三十五年(ク)第四號破産宣告申請棄却ニ對スル抗告ノ件(明)治三十五年一月二十三日第一民事部決定●抗告代理淺川忠次郎外二名)

要旨 破産事件ノ抗告裁判所ハ當事者カ特ニ證據トシテ提出シ又ハ援用スルト否トニ關セス破産事件ニ正當ニ添附シアル記録ヲ參照シテ裁判ヲ爲スコトヲ得ルモノトス何トナレハ破産事件ノ抗告ニ付キテハ必スシモ口頭辯論ヲ經ルヲ要セス其抗告事件ノ記録ヲ調査シテ裁判ヲ爲スコトヲ得ヘキモノナレハナリ

民第五百十號 手形ノ所持人ハ拒絕證書作成ノ義務ヲ免除セラレタル場合

合ト雖モ之ヲ作成セシムル權能ヲ有ス

商法第四百四十二條第二項ニ依リ町役場ニ問合ヲ爲シタル場合ニ於テ町長カ其問合ニ對シテ作りタル書面ハ公正證書ナリ(大審院明治三十四年(カ)第三

四百八十二號約束手形金請求爲替訴訟ノ件●明治三十五年一月二十三日第一民事部判決●上告代理米田實被上告代理花井卓藏外一名)

要旨 本件約束手形ニ付テハ拒絕證書作成ノ義務カ免除セラレアルモノナルコトハ原院カ其判決ニ引用セル第一審判決事實摘示ニ依テ被上告人ノ陳述セシ所ナルコトヲ知ルヲ得ヘキノミナラス上告代理人モ現ニ本院ニ於テ認ムル所ナリ而シテ該義務ヲ免除セラレアル場合ト雖モ手形ノ所持人カ之ヲ作成セシムル權能ヲ有スルコトハ商法第四百八十九條第二項ノ規定ニ照シテ知ルコトヲ

得ヘシ

本件ノ如ク所持人カ拒絕證書作成ノ義務ヲ負ハサル場合ニ在テハ問合ヲ受ケタル官署又ハ公署ハ其事實ヲ證明スル職權アルモノト云ハサルヘカラス何トナレハ商法第四百四十二條第二項ニ依レハ利害關係人ノ營業所住所又ハ居所カ知レサルトキハ其地ノ官署又ハ公署ニ問合ヲ爲ササルヲ得ス之ヲ換言スレハ其官署又ハ公署ハ法律ニ從ヒ問合ヲ受ケタルモノナレハ之ニ應答セサルヲ得ス而シテ其問合ヲ受ケタルヤ否ニ付キ證明ノ請求アルニ於テハ其證明ヲ拒絕スルノ理ナケレハナリ抑モ町役場ナル公署ヲ代表スル町長カ職務上作りタル書面ハ公正ノ證書タルニ外ナラス此ノ如キ證書ノ提出アリタル場合ニ於テ其效力ヲ爭ハントスル者ハ單ニ之ヲ否認スルヲ以テ足レリトセス必スヤ民事訴訟法第二百五十一條ニ依リ眞否確定ノ申立ヲ爲ササルヘカラス然ルニ此申立ヲ爲サス唯否認ノミヲ爲シタル場合ニ於テ裁判所カ事件ノ曲直ヲ判斷スルニ付キ適切ナリトスルトキハ否認ノ申立ニ頓着セス其證書ヲ採用セサルヲ得サルモノトス精言スレハ其證書ノ趣旨ニ反シテ事實ヲ確定スルヲ得サルモノトス故ニ本論旨モ亦失當ナリトス

民第百五十一號 鑑定人ノ報告遲延スル場合ハ民事訴訟法第二百七十五

條ニ所謂證據調ニ付キ不定時間ノ障礙アル場合ニ該當セス (大審院明治三十五年一月二十四日第二民事部決定)

年(ク)第九號期間指定ノ申請却下ニ對スル抗告ノ件(明治三十五年一月二十四日第二民事部決定) 抗告代理鹽入太輔

要旨 民事訴訟法第二百七十五條ニ「證據調ニ付キ不定時間ノ障礙アルトキハ云云相當ノ期間ヲ定ム可シ」トアル規定ハ例ヘハ證人タルヘキ者外國ニ在ルトキ若クハ其居住不分明ナルトキ又ハ同法第二百四十三條ノ規定ニ於ケル第三者ノ手中ニ存スル證書ヲ取寄センコトヲ申出ツルトキノ如キ直チニ證據調ヲ爲シ得サル場合ヲ意味スルモノニシテ本件ノ如キ現在ノ鑑定人三名ニ對シ既ニ鑑定ヲ命シ其調中ニ係ルノ類ハ縱シヤ其報告ノ遲延スルコトアルモ同法第二百七十五條ニ所謂證據調ニ付キ不定時間ノ障礙アル場合ニ該當セス

民第百五十二號 民事訴訟法第七十八條第二項ハ勝訴者ニ上訴費用ヲ負

擔セシムルト否トヲ專ラ裁判所ノ意見ニ任セタルモノナリ (大審院明治三十四年(カ)第四百三號貸金請求ノ件)

年(カ)第四百三號貸金請求ノ件(明治三十五年一月廿五日第一民事部判決) 上告代理菊池武夫外二名被上告代理花井卓藏

要旨 訴訟法第七十八條第二項ニハ原告若クハ被告ニ上訴費用ノ全部又ハ一部ヲ負擔セシムルコトヲ得トアリテ之カ費用ヲ負擔セシムルト否トハ專ラ裁判所ノ意見ニ任セタルモノナルカ故ニ原

院カ勝訴者ニ其訴訟費用ヲ負擔セシメサルモ敢テ不法ノ判決ト爲スヲ得ス

民第五十三號

民法第八百三十五條ハ認知ノ請求ニ付キ法定代理人カ

無能力者ヲ代理スルコトヲ特ニ規定シタルモノナリ

(大審院明治三十四年(五)第四百十六號私

生子認知請求ノ件●明治三十五年一月二十五日第一民事部判決●上告代理上原鹿造外一名被上告代理柳澤傳吉)

要旨 民法第八百三十五條ニハ「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」トアリ元來法定代理人ナル者ハ其資格ニ因リ無能力者ニ代リテ其權利ヲ行フヘキモノナレハ若シ子又ハ其直系卑屬ノ法定代理人カ自己ノ權利ニ因リ自己ノ名義ヲ以テ父又ハ母ニ對シテ子ノ認知ヲ求ムルコトヲ得ストセハ前掲法文ニ特ニ「此等ノ者ノ法定代理人ハ云云」ト掲クルノ要ナキカ如キ感ナキニ非スト雖モ我民法ニ於テハ親權ヲ行フ父若クハ母又ハ後見人ノ如キ法定代理人ハ未成年ノ子又ハ被後見人ニ關スル總テノ行爲ニ付キ此等ノ者ヲ代表スル主義ヲ採ラス精言スレハ法定代理人ハ此等ノ者ノ財產ニ關スル行爲ニ付テハ常ニ之ヲ代表スルカ其財產ニ關セサル行爲即チ身分ニ關スル行爲ニ付テハ特別ノ規定アル場合ニ限り之ヲ代表スルノ主義ヲ採リタルモノトス是レ同法第八百八十四條第九百二十三條ニ於テ法定代理人カ無能力者ノ財產ニ

關スル行爲ニ付キ之ヲ代表スル概括的ノ規定ヲ掲クルニ拘ハラス其身分ニ關スル行爲ニ付テハ民法中如此概括的ニ之ヲ代表スル規定ノ存在セサル所以ナリ然リ而シテ前掲第八百三十五條ハ認知ノ請求ニ付キ法定代理人カ無能力者ヲ代理スルコトヲ特ニ規定シタルモノナリ

民第五十四號

調書ニ記載シテ明確ニスヘキ旨ノ規定アルモノヲ除ク

外口頭辯論ノ際當事者ノ陳述シタル事項ハ法廷調書ニ記載アラサ

ルトモ判事ハ之ヲ判決中ニ掲記スルヲ得

判決ノ誤謬ヲ更正シタル事ニ付キテハ抗告ノ途アルヲ以テ原判決ニ對シ上告ニ於テ重ネテ此事ニ付キ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス
判決中ノ著シキ誤謬ヲ更正スル場合ニハ前判決ニ干與セサル判事之ヲ爲スヲ得

私署證書ノ捺印カ署名者ノ實印ナリトスルモ他ニ其證書カ真正ニ成立シタルニ非サルコトヲ證スルモノアルトキハ裁判所ハ該私署

證書ヲ真正ナラサルモノト認定スルヲ得

(大審院明治三十四年(キ)第五號地所並立
本讓與契約履行請求及債權讓與契約履行

請求ノ件●明治三十五年一月二十七日第二民事部判決
●上告代理岸本辰雄外二名被上告代理高橋捨六外一名)

要旨 調書ニ記載シテ明確ニス可キ旨ノ規定アルモノヲ除ク外口頭辯論ノ際當事者ノ陳述シタル
事項ハ法廷調書ニ記載アラサルトモ判事ハ之ヲ判決中ニ掲記スルコトヲ得ク而シテ以上ノ事項
ニシテ判決ニ掲記セラレタルトキハ口頭辯論ノ際當事者ノ陳述シタルヲ判事カ聽取リタルニ因ル
モノト看做ス可キモノトス

民事訴訟法第四百三十三條ニ依レハ終局判決前ニ爲シタル裁判ニ對シテモ上告裁判所ノ判斷ヲ受
クルコトヲ得可シト雖モ其裁判ニシテ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サ
ル旨ノ規定アルカ故ニ本件ノ如ク原裁判所カ判決ノ誤謬ヲ更正シタル裁判ニ對シテハ民事訴訟法
第二百四十一條第三項ニ依リ抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得可キ規定アルヲ以テ原判決ニ對
シ上告ニ於テ重ネテ此點ニ付キ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス
法律ハ民事訴訟法第二百四十一條ニ於テ判決ヲ爲シタル後ニ至リ裁判所ニ判決中ノ違算書損ノ如
キ著シキ誤謬ヲ更正スルコトヲ許ルシタルカ故ニ後チ更正ノ裁判ヲ爲ス可キ時ニ在リテハ前ノ判

決ヲ爲シタル判事ニ更迭又ハ死亡スルモノアルニ拘ハラス其更正ニ付テハ單ニ口頭辯論ヲ經スシ
テ裁判ヲ爲スコトヲ得ル旨ヲ規定セリ是レ他ナシ此更正ノ裁判タルヤ以上ノ如ク判決中極メテ賭
易スク且ツ著シキ誤謬ノ場合ニ限ル故ナリ是ヲ以テ此場合ニハ前判決ニ關與セサル判事カ之ヲ爲
スコトヲ得ルモノトス
私署證書ニシテ署名者ノ筆跡又ハ署名者ノ捺印ト思考スルモノアリテ他ニ反證ナキトキハ其私署
證書ハ署名者カ自書シ又ハ捺印シタルモノト推定ス可キハ勿論ナリト雖モ縱令ヒ私署證書ノ捺印
カ署名者ノ實印ナリトスルモ他ニ其證書カ真正ニ成立シタルニアラサルコトヲ證スルモノアルト
キハ裁判所ハ其印影ノ盜捺又ハ捺印セル白紙ノ濫用等ノ證據ナキニ拘ハラス該私署證書カ真正ナ
ラサルモノト認定スルコトヲ得可シ

民第百五十五號

根抵當ノ性質及ヒ效力

(大審院明治三十四年(キ)第四百四十三號債權及優先
權確定請求ノ件●明治三十五年一月二十七日第二民

事部判決●上告代理長島鷺太郎外
一名被上告代理高木金之助外一名)

要旨 吾國從來ノ慣用語ニテ後日ニ借り受ク可キ金錢上ノ債務ノ辨濟ヲ擔保スル爲メ貸借ニ先チ
テ豫メ抵當ヲ差入レ置クコトノ行爲ヲ指シテ根抵當ト稱ス之ヲ換言スレハ將來ニ於テ發生ス可キ

債務ヲ償還スルコトノ擔保トシテ前以テ抵當ヲ設定シ置ク所ノ行爲ナリ此行爲ニ因ル抵當タルヤ
抵當物件カ負擔スル最高ノ金額ヲ定メ普通ノ抵當ト等シク之ヲ不動産登記簿ニ登載シ置クニ付キ
登記ノ日附ヲ以テ其債權者ニ順位ヲ附與スルモ之カ爲メ第三者ハ何等ノ損害ヲモ被ル可キ筋合ナ
シ

民第五十六號 性質上移動シ得ヘキ物件ト雖モ他ノ定著物ト相待テ働
ヲ爲スモノノ如キハ之ヲ一般ノ動産ト看做スコトヲ得ス

民法第八十六條第一項ニ所謂「定著物」ノ法意

(大審院明治三十四年(ホ)第五百二
十三號不動産強制執行配當異議ノ

件●明治三十五年一月二十七日第二
民事部判決●上告代理岸澤孝太郎)

要旨 抑本件ノ主タル争點ハ乙第一號證ナル契約書中ノ建物及硝子戸棚疊等ヲ除キタル物件即チ
蒸汽々罐等四十八點ニ對シテモ建物ト均シク抵當權成立シ其代金ニ付キ被上告人カ優先權ヲ有ス
ルヤ否ヤニ在リテ存スルコトハ一件記録及原判決ノ争點摘示ニ徴シテ明カナリ茲ニ於テヤ原判決
ハ該乙第一號證ノ但書ト其物件ノ性質トヲ相對照シテ定著物ナリト事實ヲ認定シタルモノナレハ
縱シヤ該證ニ記載ノ事項ハ事實ニ非ストノ論争アリタルニモセヨ斯ル認定ハ原院ノ自由ナル判斷

ニ屬スヘク又其物件カ性質上移動シ得ヘキモノナリトスルモ他ノ定著物ト相待テ働ヲ爲スモノノ
如キハ之ヲ一般ノ動産ト看做スコトヲ得ス少クモ其定著物ノ從物ニ屬ス

依テ民法第八十六條ノ規定ヲ按スルニ其第一項ニ所謂「定著物」ハ概シテ自然ノ形狀ニ基キ土地ニ
附著セルモノタルコトハ論ヲ俟タスト雖モ絶對ニ其自然ノ状態ヲ毀損スルニ非サレハ之ヲ分離シ
若クハ他ニ移動セシムルコトヲ得サル物ノミニ限ルノ法意ナリト云フヲ得ス例ハ植物ノ如キハ
人工ヲ以テ自然ノ状態ヲ毀損スルコトナク之ヲ他ニ移動セシムルヲ得ヘキ場合アルモ其形狀ニ因
リ土地ニ附著セル森林ニ屬スルコトアリ或ハ一時ノ栽植ニ屬スルコトアリ

民第五十七號 明治六年第二百十二號布告ハ證書成立ノ年號月日ニ關

スルモノナリ

司法省ノ指令内訓ハ裁判所カ法令ニ關シテ下スヘキ解釋ヲ拘束ス

ルモノニ非ス(大審院明治三十四年(ホ)第五百四十五號貸金請求ノ件●明治三
十五年一月二十八日第一民事部判決●上告代理齋藤孝治外一名)

要旨 明治六年第二百十二號布告ハ證書成立ノ年號月日ニ關スルモノニシテ證書記載ノ事由ニ關
係スル日附ニ關スルモノニ非ス而シテ本件甲第一號證ニハ「云々御返濟ノ義ハ來ル三十一日限リ

云々」トアリテ記載ノ事由ニ關係アル年月ハ畧記シアルモ誤證成立ノ日附トシテハ明治三十年十月一日トアリ故ニ本論旨ハ畢竟前掲布告ノ趣旨ヲ誤解シタルニ原由スルモノニシテ失當ナリトス

上告代理人ハ明治八年第六十三號布告ニ關スル司法省ノ指令ヲ援用シテ自己ノ解釋ヲ確カメントスルモ司法省ノ指令内訓ノ如キハ本院カ法令ニ關シテ下タスヘキ解釋ヲ拘束スルモノニ非ス

民第五十八號 地上權ノ消滅時期ヲ條件ニ係ラシムルカ如キハ固ヨリ

當事者ノ自由ニ屬ス(大審院明治三十四年(オ)第三百二號地所明渡請求ノ件●明治三十五年一月二十九日第二民事部判決●上告代理吉田珍雄外一名被上告代理重野久太郎)

要旨 原判決ハ其理由中ニ「甲第一號證中地代金ノ義ハ云々萬一期日淹滯候ハハ何時ニテモ貴命ニ從ヒ地所明渡可申云云トアルハ地上權ノ如キ鞏固ナル權利ニ伴ヒ難キ約旨ナルヲ以テ當事者ノ意思ハ賃貸借ヲ約シタルモノト認定スルヲ相當ト爲ス」ト説明シ即チ期日ニ地代金淹滯スルトキハ何時ニテモ地所ヲ明渡ス可キ契約ノ如キハ賃貸借契約ニハ伴フヘキモ地上權ニハ伴ヒ難キ約旨タルノ法律上ノ定義ヲ付シ以テ其當事者間ノ關係ハ賃貸借ヲ約シタルモノト認定シタルハ蓋シ地上權ノ性質ヲ誤了セルニ因ルモノナリ抑モ地上權ナル者ハ民法上一種ノ借地權ニシテ其權利ノ消滅時期ヲ條件ニ係ラシムルカ如キハ固ヨリ當事者ノ自由ニ屬ス然ルニ原判決ハ地上權トシテハ當事者間ニ於テ上文ノ如キ事項ヲ要約シ得可カラサルモノノ如ク法律ヲ誤解シ其誤解ニ基テ事實ヲ認定セルモノナルニ因リ是レ法律ニ違背シテ事實ヲ確定シタル裁判タルヲ免カレス

民第五十九號 證人ノ訊問調書ヲ關係人ニ讀聞カセ又ハ閱覽セシムヘキ手續ヲ履行セサル違法アルトキ當事者ニ於テ責問權ヲ拋棄シタ

ルモノト看做スヘキ場合(大審院明治三十四年(オ)第五百二十二號賃貸借登記請求ノ件●明治三十五年一月二十九日第二民事部判決●上告代理福田又一外一名)

要旨 證人ノ訊問調書ハ之ヲ關係人ニ讀聞セ又ハ閱覽セシムヘキハ民事訴訟法ノ明定スル所ナルヲ以テ此手續ヲ履行セサルトキハ違法タルヲ免レスト雖モ此等ノ手續ハ當事者ニ於テ有效ニ拋棄シ得ルモノナルニ付若シ當事者ニ於テ證人訊問ニ立會シ居ルニ拘ハラス之ニ對シ異議ヲ申立テサルトキハ責問權ヲ拋棄シタルモノト見做スヲ以テ其後ニ至リ手續違背ヲ理由トシ不服ヲ唱フルヲ得ス

民第六十號 民事訴訟ニ付キ法律上國ノ代表者カ法律ノ規定ニ依リ其訴訟ヲ爲スヘキ者ヲ指定シタルトキハ爾後指定セラレタル者ハ直

接ニ國ヲ代表スル者ナリ

(大審院明治三十四年(才)第三百八十一號見繼山並試植林權利確認及名義變更請求ノ件●明治三十五年一月二十一日第二民事部判決●上

告代理花
井卓藏

要旨 民事訴訟ヲ爲スニ付キ法律上國ノ代表者カ法律ノ規定ニ依リ其訴訟ヲ爲ス可キ者ヲ指定シタルトキハ爾後指定セラレタル者ハ直接ニ國ヲ代表スルモノニシテ此者ハ指定者ノ代理又ハ其代表ニ非サルコトハ上告人所論ノ如シ

民第六十一號

民法施行前ニ於ケル未成年者ノ能力分家ノ行爲ハ任意

行爲ナリ

民法施行前ニ於ケル廢嫡手續ト分家トノ關係

(大審院明治三十四年(才)第三百七十五號無效相續取消請求ノ件●明

治三十五年二月一日第一民事部判決●上
告代理元田肇被上告代理岡村輝彦外一名)

要旨 民法施行前ニ於テモ滿二十年ヲ以テ丁年ト定メタル明治九年第四十一號ノ布告アリシヲ以テ未成年者ハ無能力者ト推定セラレタリト雖モ反對ノ證據アルニ於テハ裁判所カ之ヲ能力完備ノ者ト判斷スルヲ妨ケザリシコトハ本院ノ判例ニ於テ是認セシ所ナリ然レトモ徒ニ年齡滿二十年ニ

近接シタル事實ヲ唯一ノ理由トシテ能力完備シタルモノト爲スカ如キハ判決ニ理由ヲ附セサル不法アルモノト云ハサルヲ得ス何トナレハ法令ニ於テ既ニ二十年ニ滿サル者ハ丁年者ニ非スト定メ乃チ之ヲ無能力者ナリト推定スルニ拘ハラヌ未成年者ナレトモ成年ニ近接シタルカ故ニ能力完備セリト云フニ外ナラスシテ毫モ理由トナラサレハナリ

被上告人ハ廢嫡ニ付テハ被廢嫡者ノ承諾ヲ必要トセサル本院ノ判例アルヲ理由トシテ結局上告論旨ノ理由ナキ旨ヲ抗論スレトモ分家ノ行爲ハ廢嫡ト異ナリ任意行爲ナルヲ以テ其分家者ノ意思ニ反シテ爲スコトヲ得ヘキモノニ非ス故ニ廢嫡ハ正當ノ理由アル場合ニ於テ該當官ノ許可ヲ得テ爲スヘキモノニシテ必スシモ被廢嫡者ノ承諾ヲ要スルモノニ非ストハ實ニ本院ノ判例トスル所ナレトモ援テ以テ分家ノ場合ヲ律スルコトヲ得ス

民法施行前ニ於テモ家督相續人ヲ分家セシメンニハ必スヤ廢嫡ノ手續ヲ了スルコトヲ要シタルカ故ニ廢嫡ノ手續ハ必スヤ分家ノ手續ニ先タツカ又ハ遅クトモ之ト同時ニ在ルヲ要スルコト固ヨリ論ヲ待タス然レトモ廢嫡ノ事由ハ必スシモ分家ノ事由ト一致スルモノニ非サルヲ以テ分家ノ手續ヲ爲ス行爲ニハ時ニ或ハ廢嫡ノ手續ヲ包含スル場合ナキニ非スト雖モ分家ニハ當然廢嫡ヲ包含スヘキモノト論斷スルコトヲ得ス由是之ヲ觀レハ原院カ上告人ノ分家手續中ニ廢嫡手續ヲ包含シタ

ル事實ヲ認定シタルニ非スシテ分家ハ當然廢嫡ヲ包含スヘキ法理アルカ如ク思惟シ其判決ノ冒頭ニ於テハ特ニ廢嫡ノ手續ナカリシ事實ヲ確定シタルニ拘ハラヌ其後段ニ至リ上告人ハ適法ナル分家ニ因リテ家督相續權ヲ喪失シタルモノト判斷シタルハ要スルニ廢嫡ニ關スル法則ヲ不當ニ適用シタル不法アルコトヲ免カレス

民第百六十二號 民法施行前ニ於テ後見人カ有效ニ幼者ノ財産ヲ賣却シ

得ル場合(大審院明治三十四年(オ)第四百九十一號損害賠償請求ノ件) 明治三十五年二月三日第二民事部判決(上告代理板倉中)

要旨 民法施行以前ニ於テ後見人カ幼者ノ親族ト協議シ其承諾ヲ得テ幼者ノ財産ヲ賣却シ其代金ヲ幼者ノ必要ナル費用ニ宛ツルハ後見人ノ任務ニ屬スル有效ノ行為ト認メタル所ナリ而シテ上告人カ係争ノ宅地建家ヲ賣却シタルハ幼者タリシ被上告人ノ後見ヲ爲シ居リタル際ニ在ルコトハ争ナキ事實ナリ然レハ上告人カ原裁判所ニ於テ主張セシ如ク果シテ上告人カ係争物件ヲ賣却シタルハ被上告人ノ親族一同ノ承諾ヲ經タルモノニシテ其代金ハ之ヲ被上告人ノ教育費ニ支辨シタル事實ナリトセハ其行為ハ有效ニシテ不法ニアラサルヲ以テ上告人ハ之レカ爲メ損害賠償ノ責任ヲ負フヘキモノニアラサルナリ

民第百六十三號 未成年者ノ法律上代理人ニシテ適法ノ資格ヲ有セサル

者カ提起シタル訴訟ト雖モ絶對ニ無効ノモノニ非ス(大審院明治三十四年(オ)第五百一號不法

相續財産取戻ノ件) 明治三十五年二月四日第一民事部判決(上告代理新井要太郎被上告代理川田藤三郎)

要旨 未成年者ノ法律上代理人ニシテ適法ノ資格ヲ有セサルモノカ提起シタル訴訟ト雖モ其資格ノ欠缺ハ之ヲ補正シ得ヘキ性質ノモノナルカ故ニ其訴訟提起ハ絶對ニ無効ノモノニアラス即チ其未成年者カ成年ニ達シタル上又ハ適法ナル法律上代理人カ其訴訟提起ヲ追認シテ之ヲ受繼スルニ於テハ既往ノ欠缺ハ之レカ爲メニ補正セラレテ適式ナル訴訟提起トナルコトハ至當ノ法理ニシテ當院カ判例トシテ認ムル所ナリ

民第百六十四號 訴訟費用ノ負擔額ハ確定判決ニ掲クル訴訟費用言渡ノ

内容如何ヲ審査シ之ヲ定ムヘキモノニ非ス(大審院明治三十四年(ク)第四百十八號訴訟費用額確定判決ニ對スル抗告

ノ件) 明治三十五年二月五日第二民事部決定(抗告代理竹澤節藏)

要旨 抑本件ハ元本抗告人熊野惣兵衛カ相手方金澤三郎ノ前主金澤彦太郎ニ係リ強制執行異議ノ

訴ヲ提起シ其訴訟中右彦太郎ハ右熊野惣兵衛ノ財産ヲ差押ヘタルハ正當ナラサルコトヲ悟リ惣兵衛ノ請求ヲ認諾シ且尙ホ其差押ヲ解除シタルヲ以テ本抗告人惣兵衛ハ異議ノ訴ニ於ケル主たる目的物ハ消滅シタルモ其目的物タル財産ヲ差押ヘラレタルコトニ關シ損害ヲ蒙リタルモノアリトシ損害金二圓餘ヲ請求シタルニ當時彦太郎ハ之ニ對シ訴ノ原因ノ變更ナリト抗辯シタルモ第一審裁判所ハ訴ノ原因ノ變更ニ非ス元來彦太郎カ惣兵衛ノ財産ヲ不當ニ差押ヘタルヨリ生セシ損害金ヲ本訴ニ於テ請求スルハ當然ナリトシ該損害金ノ賠償ヲ彦太郎ニ命シ其強制執行異議事件ノ訴訟費用ハ彦太郎ノ負擔トスル旨ノ判決ヲ言渡シ該判決ノ既ニ確定シタル顛末ハ記録ニ徴シテ明カナリ然ラハ第一審裁判所ニ於テ右確定判決ニ基キ其訴訟費用額ノ全部ヲ彦太郎ノ負擔ニ歸スヘキ確定決定ヲ與ヘタルハ相當ナリ然ルニ彦太郎ハ之ニ對シ不服ヲ唱ヘ抗告ヲ爲シ原院ニ於テモ之ヲ容レ熊野惣兵衛ハ強制執行異議ノ訴ヲ起シ執行ノ取消ヲ請求シタルモ金澤ハ其訴訟中ニ差押ヲ解除シタルヨリ惣兵衛ハ其請求ヲ拋棄シ之ニ代ヘテ損害金二圓二十二錢五厘ノ賠償ヲ請求シ勝訴ノ判決ヲ受ケタルモノナレハ訴訟費用ハ損害賠償ノ請求ニ關スル費用ニ止マルモノト判示シ第一審裁判所ノ下シタル確定決定ニ於ケル訴訟費用計算書中第一項乃至第十項ニ該當スル二十八圓五十五錢ノ確定申請ヲ却下シタルハ違法ノ裁判ニシテ本抗告ハ其理由アリ

民第百六十五號 娼妓カ自己營業ヨリ生スル收益ヲ以テ其債務ノ辨濟ニ

供スヘキコトヲ約スルモ毫モ公ノ秩序若クハ善良ナル風俗ニ反ス

ル所ナシ(大審院明治三十四年(才)第三百九十八號貸金請求ノ件●明治三十五年二月六日第一民事部判決●上告代理山田喜之助外二名被上告代理原嘉道外二名)

要旨 娼妓營業ハ正經ノ職業ニ非サルコトハ固ヨリ論ヲ竣タスト雖モ既ニ公認セラレ居ルヲ以テ苟クモ法規ニ定メタル場所及ヒ條件ニ從ヒ營業スルハ法律上他ノ職業ニ從事スルモノト同視セザルヲ得ス故ニ債務者タル娼妓カ債權者ニ對シテ自己營業ヨリ生スル收益ヲ以テ其債務ノ辨濟ニ供スヘキコトヲ約スルモ毫モ公ノ秩序若クハ善良ナル風俗ニ反スル所ナシ

民第百六十六號 民法實施以前ニ作成セラレタル證書ノ日附ニ付テノ證據力

民法實施以前詐害行爲取消ノ訴ニ於ケル原告ノ舉證責任

事實理由ヲ判定セストノ口實ヲ以テ上告ノ理由ト爲スコトヲ得サ

ル場合(大審院明治三十四年(才)第三百七十三號詐害行爲取消請求ノ件●明治三十五年二月七日第二民事部判決●上告代理湊碓吉被上告代理岸本辰雄外一名)

要旨 證書ハ確定日附アルニ非サレハ第三者ニ對シ其作成ノ日ニ付キ完全ナル證據ヲ有セサル旨ヲ規定シタル民法施行法第四條ハ民法實施以後ニ作成セラレタル證書ニ適用ス可キモノニシテ其以前ニ作成セラレタル證書ニ付テハ何等ノ規定ナキカ故ニ全ク裁判官ノ心證判斷ニ委セラレタルモノトス

又民法實施前ニ於テハ詐害行爲取消ノ訴ニ付キ原告カ債務者ノ害意ヲ證明シ得タルトキト雖モ受益者ニ於テ他ノ債權者ヲ害スヘキ事實ヲ知ラサリシ旨ノ立證責任アルコトヲ包含シタル民法第四百二十四條ノ如キ規定ナケレハ普通ノ場合ノ如ク債務者ノ害意ヲ知リテ債務者ト取引シタリト主張スル原告ニ於テ其立證ヲ爲ス可キモノトス

又當事者ハ裁判所カ職權上調査ス可キ事項ノ外ハ控訴審ニ於テ攻撃防禦ノ方法トシテ論述シタルモノニ非サレハ上告審ニ對シ其事實理由ヲ判定セストノ口實ヲ以テ控訴ノ判決ヲ攻撃スルコトヲ得ス

民第六十七號 規定ノ設アル場合ニ於ケル其請求ハ訴ノ形式ニ依ルヲ

常トス(大審院明治三十四年(オ)第五百四十一號賃借權解除請求ノ件(明治三十五年二月七日第二民事部判決)●上告代理木下佐太郎)

要旨 凡ソ民法上裁判所カ權利者ノ請求ニ因リ或ル關係ノ解除ヲ命スルコトヲ得ヘキ規定ノ設アル

ル場合ノ如キハ實體上ノ法律關係ヲ解除セシムル法意ニ出テ其請求ハ訴ノ形式ニ依ルヲ常トス而シテ民法第三百九十五條ノ但書ニ於ケル「其賃借カ抵當權者ニ損害ヲ及ホストキハ裁判所ハ抵當權者ノ請求ニ因リ其解除ヲ命スルコトヲ得」トアル規定ノ如キモ亦同一法意ニシテ其請求ハ訴ノ方法ニ因リ判決ヲ受クルニ非サレハ其賃借タル實體上ノ法律關係ヲ解除セシムルコトヲ得サルヤ勿論ナリ

民第六十八號 土地使用ノ狀況工作物ヲ所有スル爲メニ非スシテ他ノ

目的ノ爲メニ出タルモノハ明治三十三年法律第七十二號第一條ノ

規定ヲ適用スルヲ得ス(大審院明治三十四年(オ)第四百二十八號地上權登記請求ノ件(明治三十五年二月十日第二民事部判決)●上告代理町井鐵之介被上告代理高木益太

郎外一名)

要旨 按スルニ原判決ニ於テ引用シタル受命判事ノ檢證調査中目的物ノ狀態檢證ノ部ニハ「檢證目的物ハ掘建小屋二個ニシテ云何レモ藁葺平家ニシテ其四圍ハ荒壁ヲ以テ塗りタル極メテ粗造ナル工作物ナルノミナラス組立テラレタル用材モ殆ント朽廢ニ垂ントシ云云」トアリ又其現場ニ於テ上告人ニ對シ訊問セシ部ニハ「茲ニ於テ控訴人ニ對シ該掘建小屋ハ布海苔ヲ製造スルニ付キ

必要上作成セラレタルモノナルヤト問ヒタルニ控訴人ハ左ノ如ク答ヘタリ元來布海苔ノ製造ハ盛夏ノ候ニアラサレハ爲スコト能ハサルモノニシテ大抵毎年六月ヨリ九月マテノ間ニ之ヲ爲ス其製造方法ハ云々一朝時雨ノ將サニ來ラントスルヤ夫レヲ避ケンカ爲メニ掘建小屋ニ仕舞ヒ入ルルノ必要ヲ生スルモノナリ故ニ該掘建小屋内ニ於テ布海苔ヲ製造スルニアラサルモ只々時雨ノ際ニ夫レヲ避クルニ付キ必要ヲ感スルニ止マルナリ云云ト申立タリトアリ又證人和田喜衛ニ對スル訊問ノ調査中ニハ「布海苔ヲ製造スルハ川ニテ原料ヲ洗ヒ其上ニ敷キ乾カシ製造スルノデス」トアリ此ニ由テ之ヲ觀レハ原判決理由中ニ「控訴人ハ布海苔乾燥ノ爲メニ係争地ヲ使用シ降雨等ノ際其布海苔ヲ收納スル爲メ係争地ノ一隅ニ二棟ノ建家ヲ設ケタルニ過キス換言セハ土地ヲ布海苔乾燥ニ使用スル便益ノ爲メ建家ヲ設ケタルモノニシテ建家ヲ所有スル爲メニ土地ヲ使用スルモノニ非サル事實ハ受命判事ノ檢證調書並ニ證人和田喜衛ノ證言ニ據リ明確ナレハ云云」ト説示シタルモノハ右檢證調書及ヒ證人訊問調書等ニ據リ係争地ニ建設セシ建家ノ掘建小屋ニシテ粗造ナル状態布海苔製造ノ爲メ土地ヲ使用スル狀況及ヒ當事者ノ意思等相綜合シテ之ヲ斟酌シ即チ上告人カ係争地ヲ使用シ來ルモノハ法律ニ所謂工作物ヲ所有スル爲メニ其土地ヲ使用スルモノニ非スシテ他ノ目的ノ爲メニ出テ掘建小屋ハ永ク存立スヘキ地上權ノ目的タル工作物ト認ムルニ足

ラサルモノト爲シタル判旨ナルコトヲ推知スルニ餘リアリ而シテ斯ル事實上ノ認定ハ原院ノ職權内ナル自由判斷ニ屬スルヲ以テ之ニ對シ不服ヲ唱フルコトヲ得ス既ニ原判決ニシテ斯ク事實ヲ認定シタルモノタル上ハ明治三十三年法律第七十二號第一條ノ規定ヲ適用スルヲ得サル筋合ナルヲ以テ原判決ハ其後段ニ於テ「民法施行前ヨリ他人ノ土地ニ於テ工作物又ハ竹木ヲ所有スル爲メ其土地ヲ使用スル者ハ地上權者ト推定スル旨規定シタル明治三十三年法律第七十二號第一條ノ適用ヲ受クルヲ得ス」ト斷定シタルモノナレハ原判決ハ地上權ニ關スル法律ニ違反シタル違法ナシ

判例摘要

民第六十九號 債務者ニ質物ノ代理占有ヲ爲サシムル商慣習上ノ動産

質權ニ付テ (大審院明治三十四年(オ)第五百三十八號破産ノ件(明治三十五年二月十日第二民事部判決)●上告代理増島六一郎)

要旨 法例第三條ニ「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサル慣習ハ法令ノ規定ニ依リテ認めラレタルモノ及ヒ法令ニ規定ナキ事項ニ關スルモノニ限り法律ト同一ノ效力ヲ有ス」トアルヲ以テ商慣習ニシテ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スルコトナク一般若クハ一地方ニ於テ商慣習法トシテ之ヲ遵守ス可キ效力ヲ有スルニ至ルモノナランニハ商法第一條ノ規定ニ依リ商法ノ規定ニ後レ民法ノ規定ニ先チ之ヲ適用ス可キモノナルコトハ勿論ナリ然レトモ質權ナルモノハ民法質權ノ總則タル其第三百四十四條ニ「質權ノ設定ハ債權者ニ其目的物ノ引渡ヲ爲スニ因リ其效力ヲ生ス」ト規定シテ質權ノ占有ヲ以テ質權成立ノ要件ト爲シ又其第三百四十五條ニハ「質權者ハ質權設定者ヲシテ自己ニ代ハリテ質物ノ占有ヲ爲サシムルコトヲ得ス」ト規定シテ質權設定者ヲシテ質權者ニ代リ質物ヲ占有セシムルコトハ絶對ニ之ヲ禁止セリ抑、質權ハ物權トシテ一般ニ對抗シ得キ法律