

不動動ノ買戻アリタルコトヲ原因トスル登記ハ再買買ノ登記ト同シク所有權移轉ノ登記ヲ爲スヘキモノトス(大審院大正四年
オ第七六五號同五年四月十一日判決本書第五卷諸法四四四頁)

一四四

四三七 上告期間ハ一ヶ月トス此期間ハ不變期間ニシテ判決ノ送達ヲ以テ始マル
判決ノ送達前ニ提起シタル上告ハ無効トス
刑事訴訟法二九〇 上告裁判所ニ於テ破毀シタル事件ヲ他ノ裁判所ニ移ス旨ヲ爲ス可キトハ原裁判所ニ接近シタ
ル同等ノ裁判所ヲ指定ス可シ其單ニ私訴ニ係ル事件ハ之ヲ其裁判所ノ民事部ニ移ス可シ

大審院ニ於テ刑事訴訟法第二九〇條ニ依リ私訴事件ノ判決ヲ破毀シテ控訴裁判
所ノ民事部ニ移送シタルトキハ爾後ノ訴訟手續ハ民事訴訟法ノ規定ニ依ルヘキ
モノナルヲ以テ右移送ヲ受ケタル控訴裁判所ノ判決ニ對シテ上告ヲ爲スニハ其
判決ノ送達アリタル後ナルコトヲ要シ判決ノ送達前ニ提起シタル上告ハ民事訴
訟法第四三七條第二項ニ依リ無効ナリトス

案スルニ大審院ニ於テ刑事訴訟法第二九〇條ニ依リ私訴事件ノ判決ヲ破毀シテ控訴
裁判所ノ民事部ニ移送シタルトキハ爾後ノ訴訟手續ハ民事訴訟法ノ規定ニ依ルヘキ
モノナルヲ以テ(明治三十五年(タ)第一二二號同年五月二十八日第二民事部決定)右移送
ヲ受ケタル控訴裁判所ノ判決ニ對シテ上告ヲ爲スニハ其判決ノ送達アリタル後ナル
コトヲ要シ判決ノ送達前ニ提起シタル上告ハ民事訴訟法第四三七條第二項ニ依リ無
効ナリトス一件記録ヲ調査スルニ本件ハ當院ニ於テ私訴事件ニ付テ大阪控訴院ノ言
渡シタル判決ヲ破毀シ事件ヲ名古屋控訴院民事部ニ移送シタルモノニシテ而テ名古屋
控訴院ノ判決ハ大正九年九月二十五日上告人ニ送達セラレタルモノナルヲ以テ右
判決ノ送達前ナル同年九月六日ニ提起シタル本件上告ハ無効ニシテ不適法トシテ棄却
スヘキモノトス(大審院大正九年(オ)第七二〇號同年十月十三日民事部橫田裁判長大倉磯谷松岡諸判各判例)

【關係事項】

上告棄却○原審名古屋控訴院○電話加入名義變更手續請求事件○上告人勝田龍吉郎訴訟代理人辯護士古賀英同伊
藤和三郎被上告人泉若末三郎

【同趣旨判例】

大審院ニ於テ第二九〇條ニ依リ私訴事件ノ判決ヲ破毀シテ控訴裁判所ノ民事部ニ移送シタルトキハ同裁判所ハ普通ノ民事事件
トシ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ審判ス可キモノトス(大審院明治三十五年判決同年民錄五卷四二頁)

一四五

四三四 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
民法五四五第一項 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

訴ノ趣旨カ原告ハ被告ニ對スル恩給金受領ノ委任ヲ解除シタルニ因リ委任事務
處理ノ爲メニ交付シタル恩給證書ノ返還ヲ請求スヘキ權利アリトシテ之カ返還
ヲ請求スルモノナレハ其請求ハ債權的請求ニシテ物權的請求ニ非サルヲ以テ被
告カ現ニ恩給證書ヲ所持セサルノ一事ヲ以テ直チニ其請求ヲ排斥スルヲ得サル
モノトス

案スルニ本訴ハ恩給金受領ノ委任ヲ解除シタルニ因リ委任事務處理ノ爲メニ交付シ
タル恩給證書ノ返還ヲ請求スヘキ權利アリトシテ之レカ返還ヲ請求スルモノナレハ
其請求カ債權的請求ナルコト勿論ナルヲ以テ被告タル被上告人カ現ニ恩給證書ヲ所
持セサルノ一事ヲ以テ直チニ其請求ヲ排斥スルヲ得サルモノトス原裁判所カ特定物
ノ返還請求ハ現ニ其物ヲ所持スルモノニ對スルニ非サレハ認容スヘキモノニ非スト
爲レ被上告人カ現ニ恩給證書ヲ所持セサルノ故ヲ以テ本訴請求ヲ排斥シタルハ債權
關係ニ基ク本訴請求ヲ以テ所有權ニ基キ物ノ占有ヲ回復スル物權的請求ト混同シタ

ルモノニシテ請求原因ニ副ハサル不法ノ裁判タルヲ免レス(大審院大正九年(オ)條二九八號同年十月十二日民一部田部裁判長藤原尾古鈴木東澤各判事判決)
【關係事項】 破毀差戻○原審秋田地方裁判所○恩給證書返還請求事件○上告人横山はつ訴訟代理人辯護士和田吉三郎岡山崎城被上告人京屋銀治訴訟代理人辯護士龜山要

一四六

四二 當事者ハ其控訴ノ申立及ヒ不服ヲ申立テラレタル裁判ノ當否ヲ明瞭ナラシムル爲メ必要ナル限リハ口頭辯論ノ結果ヲ演述ス可シ
演述ノ不正確又ハ不完全ナル場合ニ於テハ裁判長ハ其更正若クハ補充ヲ爲サシメ又必要ナル限リハ口頭辯論ノ結果ヲ演述ス可シ
演述ノ不正確又ハ不完全ナル場合ニ於テハ裁判長ハ其更正若クハ補充ヲ爲サシメ又必要ナル場合ニ於テハ辯論ヲ再開シテ之ヲ爲サシム可シ
四四八 判決ヲ破毀スル場合ニ於テハ第四五一條ノ規定ヲ除外更ニ辯論及ヒ裁判ヲ爲サシムル爲メ事件ヲ控訴裁判所ニ差戻シ又ハ之ヲ他ノ同等ナル裁判所ニ移送ス可シ前項ノ事件ノ差戻ハ申立ニ因リ控訴裁判所ノ他ノ民事部ニ之ヲ爲スコトヲ得
事件ノ差戻又ハ移送ヲ受ケタル裁判所ハ新ニ口頭辯論ニ基キ裁判ヲ爲スコトヲ要ス但前項ノ場合ニ於テハ破毀セラレタル判決ニテ爲シタル判事ハ其裁判ニ參與スルコトヲ得
上告書ニ於テ控訴ノ判決ヲ破毀シ事件ヲ控訴審ニ差戻シ又ハ移送シタルトキハ事件ハ控訴ノ辯論及ヒ判決ヲ爲ササリ以前ノ程度ニ復スヘキカ故ニ破毀前ノ辯論ニ於テ提出セラレタル證據ト雖モ更ニ後ノ辯論ニ提出若クハ採用セラレザル限リ之ヲ以テ判斷ノ資料ト爲スヘキニ非ス

案スルニ上告書ニ於テ控訴ノ判決ヲ破毀シ事件ヲ控訴審ニ差戻シ又ハ移送シタルトキハ事件ハ控訴ノ辯論及ヒ判決ヲ爲ササリ以前ノ程度ニ復スヘキカ故ニ破毀前ノ辯論ニ於テ提出セラレタル證據ト雖モ更ニ後ノ辯論ニ提出若クハ採用セラレザル限リ之ヲ以テ判斷ノ資料ト爲スヘキニ非ス

【參照判例】

一 第二審裁判所カ自ラ言渡シタル缺席判決ヲ對席判決ニ於テ維持セシ場合ニ其對席判決カ上告ニ依リ第三審ニ於テ破毀セラレタルトキハ恰モ第二審ニ於テ缺席判決ノ言渡ヲ爲シ未ダ對席ヲ爲ササル以前ト同一ノ程度ニ復スルモノトス(大審院明治三八年法律新聞二七二號一頁)
二 控訴ノ判決カ上告ニ因リ破毀セラレ控訴審ニ差戻又ハ移送セラレタル事件ハ控訴ノ辯論及ヒ判決ヲ爲ササリ以前即チ言テ控訴審ニ參與シタルトキノ程度ニ復スヘキモノトス(同上明治三六年民事判決錄一八二頁)

一四七

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又執行裁判所ハ第五二條第二項ニ定メタル命令發シテ有ス
五五〇 強制執行ハ左ノ書類ヲ提出シタル場合ニ於テ之ヲ停止シ又ハ之ヲ制限ス可シ
五五八 強制執行ノ手續ニ於テ口頭辯論ヲ經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
執行裁判所ニ對シ執行ノ一時停止ヲ命スル裁判ノ正本ヲ提出シタルニ拘ハラヌ
同裁判所カ競落代金ノ支拂及ヒ配當期日指定ノ裁判ヲ爲シタルハ停止命令ノ效

【關係事項】

破毀差戻○原審大阪控訴院○損害賠償請求事件○上告人大阪アルカリ株式會社訴訟代理人辯護士岩田宙造同清水郁岡原嘉道同菅沼豊次郎被上告人外村與左衛門外三十六人訴訟代理人辯護士中村三郎同木村米次郎

【參照判例】

一 第二審裁判所カ自ラ言渡シタル缺席判決ヲ對席判決ニ於テ維持セシ場合ニ其對席判決カ上告ニ依リ第三審ニ於テ破毀セラレタルトキハ恰モ第二審ニ於テ缺席判決ノ言渡ヲ爲シ未ダ對席ヲ爲ササル以前ト同一ノ程度ニ復スルモノトス(大審院明治三八年法律新聞二七二號一頁)
二 控訴ノ判決カ上告ニ因リ破毀セラレ控訴審ニ差戻又ハ移送セラレタル事件ハ控訴ノ辯論及ヒ判決ヲ爲ササリ以前即チ言テ控訴審ニ參與シタルトキノ程度ニ復スヘキモノトス(同上明治三六年民事判決錄一八二頁)

一四七

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又執行裁判所ハ第五二條第二項ニ定メタル命令發シテ有ス
五五〇 強制執行ハ左ノ書類ヲ提出シタル場合ニ於テ之ヲ停止シ又ハ之ヲ制限ス可シ
五五八 強制執行ノ手續ニ於テ口頭辯論ヲ經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
執行裁判所ニ對シ執行ノ一時停止ヲ命スル裁判ノ正本ヲ提出シタルニ拘ハラヌ
同裁判所カ競落代金ノ支拂及ヒ配當期日指定ノ裁判ヲ爲シタルハ停止命令ノ效

カヲ無視スル不法裁判ナリト謂フハ即チ執行裁判所ノ執行方法ニ對シ不服ノ申
立ヲ爲スモノナレハ先ツ同法第五四四條ニ依リ執行裁判所ニ對シ強制執行ノ方
法ニ對スル異議ノ申立ヲ爲シ之ニ對スル同裁判所ノ裁判ニ對シ更ニ抗告ヲ爲ス
コトヲ得ヘキモノトス

案スルニ本件抗告ノ趣旨トスル所ハ本件不動産強制執行事件ニ於テ抗告人ハ其執行
ヲ停止セシメンカ爲メニ執行裁判所ニ對シ民事訴訟法第五〇條第一項第二號ニ所
開執行ノ一時停止ヲ命スル裁判ノ正本ヲ提出シタルニ拘ハラヌ同裁判所カ該落代金
ノ支拂及ヒ配當期日指定ノ裁判ヲ爲シタルハ停止命令ノ效力ヲ無視スル不法ノ裁判
ナリト謂フニ在リテ即チ執行裁判所ノ執行方法ニ對シ不服ノ申立ヲ爲スモノナレハ
先ツ同法第五四四條ニ依リ執行裁判所ニ對シ強制執行ノ方法ニ對シ不服ノ申立ヲ
爲シ之ニ對スル同裁判所ノ裁判ニ對シ更ニ抗告ヲ爲スハ格別此手續ヲ履テスレテ
直チニ原裁判所ニ抗告ヲ爲シタルハ失當ナリ原裁判所ハ須ラク抗告人ノ抗告ヲ不
法トシテ却下スヘキニ事茲出テサリシハ不法ナルヲ以テ原審決定ハ之ヲ廢棄シ抗告
人ノ抗告ハ之ヲ却下スヘキモノトス(大審院大正九年(ク)第一三一號同年十月四日民二部馬場裁判長田上菴
潤三宅各判事決定)

【關係事項】 廢棄自判○原審東京地方裁判所○不動産強制執行事件○抗告人笠原幸八代理人辯護士笠原文太郎同鈴不茂雄

【執行方法ニ對スル不服申立方ニ關スル參照學說判例】
本卷民訴四二八頁以下

本判決ハ大體ニ於テ正當ナリ詳細ハ東京地方裁判所ノ同趣旨判決ニ對スル最近
評論本卷民訴四三一頁及第八卷民訴四六三頁評論ニ就キ參照セラレタシ

訴訟當事者自ラ作成シタル書面ハ商業帳簿ノ如ク法律ニ特別ナル規定ノ存スル
モノヲ除クノ外相手方ニ於テ其書面ノ成立ヲ否認シ其内容ヲ爭ヒタル場合ニハ
作成者自ラ之ヲ證據トシテ提出スルモ法律上證據タルノ效力ヲ有スルモノニアラス
裁判所カ他ノ適法ナル證據ニヨリテ訴訟當事者自ラ作成シタル書面記載ノ事實
ヲ眞實ナリト認メ相待チテ事實認定ノ資料ニ供スルハ毫モ妨クル所ニ非スト雖
モ相手方ニ於テ其書面ヲ否認シ其内容ヲ爭フニ拘ハラヌ直ニ採テ以テ判斷ノ資
料ト爲スハ法ノ許ス所ニ非ス

二二三 各當事者ハ事實上ノ主張ヲ證明シ又ハ之ヲ辯護セシムニ用キントスル證據方法ヲ開始シ且相手方ヨリ開始
シタル證據方法ニ付キ陳述ス可レ

案スルニ訴訟當事者自ラ作成シタル書面ハ商業帳簿ノ如ク法律ニ特別ナル規定ノ存
スルモノヲ除クノ外相手方ニ於テ其書面ノ成立ヲ否認シ其内容ヲ爭ヒタル場合ニハ
作成者自ラ之ヲ證據トシテ提出スルモ法律上證據タルノ效力ヲ有スルモノニアラス
但裁判所カ他ノ適法ナル證據ニヨリテ右書面記載ノ事實ヲ眞實ナリト認メ相待チテ
事實認定ノ資料ニ供スルハ毫モ妨クル所ニアラスト雖モ相手方ニ於テ其書面ヲ否認
シ其内容ヲ爭フニ拘ハラヌ直ニ採テ以テ判斷ノ資料ト爲スハ法ノ許ス所ニアラス(大
正元年(オ)第四二號同年二月五日第二民事部判決參照)本件乙第七號證ハ商人ニアラス
ル被上告人ノ作成シタル計算書ニシテ固ヨリ商業帳簿ニアラス而テ上告人ハ其成立
ヲ否認シ其記載ノ内容ヲ爭ヒタルモノナルコトハ記錄上明白ナルニ原判決ハ單ニ原

院カ其成立ノ真正ナリト認ムル乙第七號證云云ノ理由ヲ附シテ之ヲ判斷ノ資料ニ供シタルハ失當ニシテ原判決ハ破毀ヲ免カレス(大審院大正九年(オ)第五四〇號同年十月十三日民三部横田裁判長大倉磯谷松岡滋淵各判事判決)

【關係事項】破毀差戻○原審東京控訴院○貸金請求事件○上告人大窪九坪訴訟代理人辯護士榎葉彦三郎同山崎今朝彌被上告人小笠萬四郎外一人訴訟代理人辯護士澤田寧

(一四九)

四五八 抗告ハ新ナル事實及ヒ證據方法ヲ以テ證據ト爲スコトヲ得

六七二 競落ノ許可ニ付テハ異議ハ左ノ理由ニ基クコトヲ要ス

第一 強制執行ヲ許スヘカラサルコト又ハ執行ヲ續行スヘカラサルコト

六八二第二項 競落ヲ許シタル決定ニ對スル抗告ハ此法律ニ據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力競落期日ノ調査ノ趣旨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

強制執行停止ノ決定アリタルコトハ民事訴訟法第六八一條第二項及ヒ第六七二條第一號ノ規定ニ依リ競落許可決定ニ對スル抗告ノ理由ト爲スコトヲ得ルモノトス

從テ強制執行停止ノ決定アリタル事實及ヒ證據方法ニシテ抗告審ニ顯ハレタル以上ハ假令競落許可決定ノ當時其決定ヲ爲シタル裁判所ニ顯ハレサリシトキト雖モ其決定ノ未タ確定セサル限りハ抗告裁判所ニ於テ斯ル新ナル事實及ヒ證據方法ヲモ審查シ以テ抗告ノ當否ヲ決定スヘキモノトス

案スルニ本件不動産競賣手續ハ債權者淺野萬太郎ノ抗告人ニ對スル貸金債權ニ付キ大阪區裁判所ノ發シタル執行命令正本ニ基ク右債權者ノ申立ニ因リ開始セラレ同裁判所ニ於テ大正八年九月二十六日競落許可決定ヲ爲シタル所抗告人ハ其決定ニ

【關係事項】廢棄委任○原審大阪地方裁判所○不動産強制競賣事件ノ競落許可決定ニ對スル抗告事件○抗告竹中金衛代理人辯護士宮原伸太郎

(一五〇)

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

民事訴訟法第一二二條ノ規定ハ可成訴訟ニ於ケル手段ヲ省略シ兼テ裁判ノ矛盾

抗告ヲ爲シ其抗告ノ理由トシテ該債權ハ連帶債務者タル豊田繁造ヨリ既ニ拂済セラレ消滅ニ歸シタルヲ以テ大阪區裁判所ニ異議ノ訴ヲ提起シ同時ニ右強制執行ノ停止ヲ申請シ同裁判所ハ大正八年九月十日該強制執行ヲ右異議訴訟ノ判決確定ニ至ルマテ停止スル旨ノ決定ヲ爲シ其異議ノ訴訟ハ日下繫屬中ナリト主張シタルコト記録上明白ニシテ又右強制執行停止決定ノ正本カ原抗告審ニ提出セラレタルコトハ其正本カ原審記録中ニ存在スルニ徴シ明白ナリ而シテ抗告ハ新ナル事實及ヒ證據方法ヲ以テ證據ト爲スコトヲ得ルコトハ民事訴訟法第四五八條ノ規定ニシテ又強制執行停止ノ決定アリタルコトハ同法第六八一條第二項及ヒ第六七二條第一號ノ規定ニ依リ競落許可決定ニ對スル抗告ノ理由ト爲スコトヲ得ルモノナレハ叙上ノ如ク本件強制執行停止ノ決定アリタル事實及ヒ證據方法ニシテ抗告審ニ顯ハレタル以上ハ假令本件競落許可決定ノ當時其決定ヲ爲シタル裁判所ニ顯ハレサリシ時ト雖モ其決定ノ未タ確定セサル限りハ抗告裁判所ニ於テ如上新ナル事實及ヒ證據方法ヲモ審查シ以テ抗告ノ當否ヲ決定セサル可カラズ然ルニ原抗告裁判所カ競落許可決定ノ當時ニ顯ハレサリシ事實及ヒ證據方法ヲ以テ抗告ノ證據ト爲スコトヲ得サルモノノ如クニ思惟シ如上新ナル事實及ヒ證據方法ヲ全然審查セシテ直ニ抗告棄却ノ決定ヲ爲シタルハ重要ナル訴訟手續ニ違背シタルモノニシテ本件抗告ハ其理由アリ(大審院大正九年(ク)第一四三號同年十月二十九日民一部田部裁判長柳原尾古鈴木泉澤各判事決定)

ラ防止センカ爲メ設ケラレタル裁判所ノ訴訟指揮權ニ關スル訓示の規定ニ外ナ
ラサルヲ以テ假令同條所定ノ條件ヲ具備スルモ常ニ必スシモ辯論ヲ中止スルコ
トヲ要スルモノニ非ス

本件抗告ノ要旨ハ抗告人ハ訴外士井野ニヨリ長野縣下伊那郡豊村和合ノ山林ヲ一萬
一千圓ニテ買受ノ豫約ヲ爲シ其代金ノ内入トシテ係争約束手形ヲ山林賣買ノ確定セ
サル間ハ他ニ讓渡セザル約定ノ下ニ假リニ振出し置キタル處其名宛人タル伊藤憲治
ハ右契約ニ違背シテ本件手形中堅才ニ裏書讓渡シ更ニ才ニヨリ竹内辰次郎ニ辰
次郎ヨリ本訴ノ相手方ナル中堅才ニ裏書讓渡セザル約定ノ下ニ假リニ振出し置キ
手形振出ノ際ニ於ケル立會人たかハ才ニ裏書讓渡セザル約定ノ下ニ假リニ振出し置
知レル者ナルヲ以テ抗告人ハ相手方中堅才ニ裏書讓渡セザル約定ノ下ニ假リニ振出し置
訴請求ヲ拒否スルト共ニ他ノ一面ニ於テ前示山林ノ豫約賣買ハ法律上ノ關係ニ於テ其情
アル無効ノ契約タリシテ以テ大正九年七月一日該契約ノ相手方ニ對シテ所有權取得
假登記抹消及金圓並ニ約束手形返還ノ訴訟ヲ長野地方裁判所飯田支部ニ提起シタリ
因テ抗告人ハ本件爲替訴訟ヲ右假登記抹消手形返還訴訟ノ完結ニ至ル迄中止セラレ
タキ旨原裁判所ニ申請シタルモ原裁判所ハ不當ニモ申請ヲ却下セラレタルヲ以テ本
抗告ニ及ヒタリト謂フニ在リ仍テ本案スルニ民事訴訟法第一二一條ノ規定ハ汎ク訴訟
ノ裁判ニ對シテ他ノ訴訟ニ於テ定マルヘキ權利關係ノ成立又ハ不成立カ先決的影響ヲ
及ホス場合ニ適用セラレ得ルモノトシテ本案ノ如ク一ノ訴訟ニ於ケル判斷ノ結果カ他ノ訴訟
ケル判斷ノ材料トナル場合ニ適用セラレ得ルモノトナキニ非スト雖モ該規定ニ要スル
可成訴訟ニ於ケル手形返還ノ豫約手形返還ノ豫約手形返還ノ豫約手形返還ノ豫約手形返還
判所ノ訴訟指揮權ニ關スル訓示の規定ニ外ナラサルヲ以テ假令同條所定ノ條件ヲ具

【關係事項】 抗告棄却○口頭辯論中止申請却下ニ對スル抗告○抗告人三羽濱吉代理人辯護士福住潤治郎相手方中堅才

備スルモ常ニ必スシモ辯論ヲ中止スヘキモノト認定スルヲ得ス然リ而シテ本件ハ爲
替訴訟ニシテ新ル訴訟ハ本來手續ヲ簡易迅速ニ進行シ以テ原告チレテ權利ノ滿足ヲ
容易ナラシムルカ爲メ假令ケラレタル特別訴訟ナルノミナラス抗告人主張ノ他ノ訴訟
カ假リニ抗告人ニ有利ナル裁判ヲ受クルモ本訴訟ニ於ケル權利關係ノ成否カ當然之
力爲メニ解決セラレス尙ホ他ニ判斷ヲ要ス可キ幾多ノ争點ノ存スルコトハ抗告人ノ
主張自體ニ徴シ明瞭ナルヲ以テ本訴訟ヲ他ノ訴訟ノ完結ニ至ル迄中止スルハ徒ニ訴
訟ノ進行ヲ遲延シ爲替訴訟タルノ本義ヲ没却スルモノニシテカカル中止申請ヲ許容
セザリレ原決定ハ正當ナリ從テ本件抗告ハ理由ナシ(東京控訴院大正九年(ラ)第六二號同年一一
月一五日本岩裁判長大野澤各判事決定)

【辯論中止ニ關スル同趣旨判例】

- 一 民事訴訟法第一二一條ハ訓示の規定ニシテ訴訟ノ裁判ニ對シテ他ノ訴訟ニ於テ定マルヘキ權利關係ノ成立又ハ不成立カ先決
的影響ヲ及ホスヘキトキト雖モ辯論ヲ中止スルト否トハ裁判所ノ自由ナル意思ヲ以テ定ムヘキモノトス(大審院大正五年(ク)
日二〇〇同四年四月一日民三部決定本書第五卷民訴一八四頁)
- 二 民事訴訟法第一二一條ハ裁判所ノ訴訟指揮ニ關スル訓示の規定ニシテ訴訟ノ裁判ニ對シテ他ノ訴訟ニ於テ定マルヘキ權利關
係ノ成立又ハ不成立カ先決的影響ヲ及ホスヘキトキト雖モ辯論ヲ中止スルトハ裁判所ノ自由ナル意思ヲ以テ定ムルコトヲ
得ルモノトス(大審院大正二年一月一五日本部決本書第二卷民訴三二二頁)
- 三 民事訴訟法第一二一條ハ訴訟ノ進行ニ關シ裁判所ノ自由ナル意思ヲ以テ探リ得ヘキ職權行使ヲ規定シタルモノナレハ裁判所
カ他ノ訴訟ニ於テ定マルヘキ權利關係カ本條ノ訴訟ヲ裁判スル上ニ於テ何等影響ヲシト認ムルトキハ綜合當事者ノ申請アルモ
辯論中止ヲ要セザルハ勿論訴訟カ先決ニ熟スルモ認ムルトキハ何時ニテモ辯論ヲ終結シテ判決ヲ言渡スコトヲ得ヘキモノトス
(大正八年二月一七日東京控訴院民三部決定第八卷民訴二二〇頁)

【同上參照學說】

一 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在ニ付キ裁判ヲ爲スハ必要アル場
合即法律關係ノ存否カ訴訟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然レトモ他ノ訴訟ノ裁判力中止セル訴訟ニ於テ既判力ヲ有セサルトキハ裁判所ハ其裁判ニ關スルコトナキカ故ニ他ノ訴訟ノ目的物タル法律關係ノ存否ニ關シ自己ノ意見ニ從ヒテ裁判ヲ爲スコトヲ得ルモノト謂フヘシ(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論上卷二八〇頁)

二 甲ノ訴訟ノ裁判力乙ノ訴訟ニ於ケル法律關係ノ成立又ハ不成立或ハ刑事訴訟ノ結果ニ關シキハ乙訴訟ノ完結マテ甲訴訟ノ辯論ヲ中止スヘキモノトス例ヘハ甲ノ訴ハ借主本人ニ對シテ貸金請求ヲ求ムルモノニシテ乙ノ訴訟ハ其保證人ニ對シテ辨償ヲ求メ保證人ハ主タル債務ノ不成立ヲ理由トシテ抗辯スルカ如シ右ノ場合ニハ甲ノ訴訟ノ完結マテ乙ノ訴訟ヲ中止スヘキモノナリ所謂訴訟ノ完結トハ繫屬セル審級ニ於ケル訴訟ノ完結ヲ謂フモノニシテ其訴訟ノ確定判決ヲ意味スルモノニ非ス而シテ其訴訟力同ニ裁判所ニ繫屬セル別異ノ裁判所ニ繫屬セルトナリトス刑事訴訟ノ例ニ舉クレハ貸金請求ノ訴ニ於ケル原告ノ證據タル貸金證書或ハ被告ノ證據タル受領證書偽造ナリトスル刑事訴訟アリタル場合ノ如シ(板倉博士民事訴訟法綱要二一九頁)

三 訴訟ノ全部又ハ一部ノ裁判ヲ他ニ繫屬シタル訴訟ニ於テ定ムヘキ權利關係ノ成立又ハ不成立ニ關係ヲ有スルトキハ其ノ訴訟ノ完結ニ至ル迄訴訟手續ヲ中止スヘキモノナリ他ノ訴訟力行政訴訟其他特別裁判所ノ訴訟ナルトキモ亦適用アルモノトス而シテ他ノ訴訟ノ裁判力關東力ヲ有スルニ非サルモ參考トナルヘキヲ以テナリ(法學博士岩田一郎氏民事訴訟法論四九七頁)

至當ノ判決ナリ

(一五二)

四五六第一項

四五七第一項

抗告ニ付テハ直近ノ上級裁判所其裁判ヲ爲ス
抗告ハ不服ヲ申立アラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所又ハ裁判長ノ屬スル裁判所ニ抗告狀ヲ差出シテ之ヲ爲ス

抗告ニ付テハ其裁判ヲ爲スヘキ裁判所ヲ記載セサルモ之ヲ違法ナラシムル趣旨ノ規定ナキヲ以テ其記載ヲ誤リタル場合ニ於テモ其ノ之ヲ察知シ得ヘキトキハ審級ヲ誤レル不違法ノモノト爲スヘキニ非ス然レトモ本件抗告狀ニ於ケルカ如ク宛名ヲ東京區裁判所御中ト明記シアリテ毫モ之ヲ誤記ト認ムルニ由ナキ場合ハ抗告ハ之ヲ同區裁判所ニ爲シタルモノニシテ上級地方裁判所ニ之ヲ爲シタルニ非スト認ムヘキモノトス

【關係事項】
宗宮信次

本件抗告理由ノ要旨ハ抗告人ハ曩ニ本件不動産競落許可決定ニ對シ之カ裁判ヲ爲シタル直近裁判所タル東京地方裁判所ニ抗告ヲ爲シタル然ルニ原審裁判所ハ抗告人ニ於テ該抗告狀ニ記載所ノ表示ヲ東京區裁判所ト誤記シタルヲ執ラヘ抗告人カ同裁判所ニ對シ右抗告ヲ爲シタルモノト爲シ直ニ之ヲ却下シタル然レトモ抗告狀ニハ法律ノ特ニ其形式ヲ定ムルコトナク裁判所ノ表示ハ其要件ニアラザルヲ以テ右誤記ハ結局無用ノ記載ニ止マルニ不拘原裁判所力之ニ拘泥シ濫リニ該抗告ヲ却下シタル右決定ノ不法ナルハ勿論之ニ鑑ミ再度ノ考案ニ基キ其更正決定ヲモ爲ササルハ不當ナリト謂フニ在リ

仍テ案スルニ抗告ニ付キテハ其裁判ヲ爲ス可キ裁判所ヲ記載セサルハ其抗告ヲシテ違法ナラシム可キ趣旨ノ規定存セサルヲ以テ其記載ヲ誤リタル場合ニ於テモ其ノ之ヲ察知シ得ヘキ場合ニ於テハ該抗告ヲ審級ヲ誤レル違法アルモノトシ却下ス可カラサルコト所論ノ如シト雖トモ之ヲ本件記載ニ徵スルニ本件抗告狀ニハ宛名ヲ東京區裁判所御中ト明記シアリテ其他毫モ之ヲシテ誤記ト認ム可キモノアルコトナレ

此故ニ原裁判所力之ヲ以テ同裁判所ニ對シ爲シタル抗告ナリト認タルコト固ヨリナ當然ニシテ何等妨アルナシ從テ同裁判所力之ヲ不適法ナリト却下シタルハ洵ニ正當ト謂フ可ク抗告人ハ更ニ原裁判所力ヲ決定ニ對シ再度ノ考案ニ基キ更正セサルコトヲ云爲スルモ業ニ叙上說示ノ如クニシテ其餘地ナキハ勿論右ハ原審裁判所ノ專權ニ屬シ適法ノ抗告理由ニアラズ仍テ本件抗告ハ理由ナシ(東京地方裁判所大正九年(ノ)第七九號同六六號同年八月二四日民四部神野裁判長立杉佐々木各判事決定)

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

(一五二)

續テ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
民法四四二第一項 連帶債務者ノ一人カ債務ヲ辨濟シ其他自己ノ出捐ヲ以テ共同ノ免責ヲ爲シタルトキハ他ノ債務者ニ對シ其各自ノ負擔部分ニ付テ免責權ヲ有ス

連帶債務者中ノ數人ニ對スル債權ニ付テノミ轉付ヲ受ケタル場合ニ於テハ轉付ノ效力ハ其數人ニ對シテ效力ヲ生スルニ止マルコト勿論ニシテ除外セラレタル連帶債務者ハ之ニ因リテ該轉付金額ノ限度ニ於テ其債務ヲ免ルルモノトス

控訴人カ公證人牧野逸馬作成第四八八五號金錢消費貸借公正證書ノ執行カアル正本ニ基キ被控訴人所有ニ依ル有體動産ノ差押ヲ爲シタル事實ハ當事者間ニ爭ナク訴外濱野辰藏カ被控訴人等ニ對シテ有スル債權ヲ訴外島崎行造ニ讓渡シ大正六年一月二日五日其旨ヲ被控訴人ニ對シテ通知シタル事實ハ……ニ徴シ明白ナリ
被控訴人ハ大正六年一月二日七日金百圓ヲ控訴人ニ支拂ヒ前示公正證書ニ基キ被控訴人ノ負擔スル其餘債務ハ全部免除ヲ受タル旨主張シ控訴人ハ右免除ハ大正六年一月八日付債權差押及轉付命令ニ基キ取得シタル債權金二百九十三圓七十九錢九厘ニ關スルモノナル旨抗爭スルヲ以テ按スルニ成立ニ爭ナキ甲第三號證ニハ控訴人ハ轉付ヲ受ケタル債權金二百九十三圓七十九錢九厘ニ對シ大正六年一月二日七日被控訴人ヨリ金百圓ノ辨濟ヲ受ケ右債權ニ付キ被控訴人ニ對シ連帶債務ヲ免除スル旨ノ記載アリ而シテ同號證及成立ニ爭ナキ甲第六號證ニヨリ明ナルカ如ク其當時ハ控訴人ハ前示島崎行造ノ被控訴人外四名ノ連帶債務者ニ對シテ有スル債權中金二百九十三圓七十九錢九厘ニ付キ訴外山仙吾同山仙千代兩名ヲ第三債務者トシテ轉付命令ヲ受ケ居タル際ナレハ一應控訴人主張ノ如ク右轉付ヲ受ケタル金額ニ付キ免除ノ意思表示ヲ爲シタルモノト認ムルヲ相當トスヘキカ如シト雖トモ前示ノ如ク連帶債務者中ノ數人ニ對スル債權ニ付テノミ轉付ヲ受ケタル場合ニ於テハ轉付ノ效力ハ其數人ニ對シテ效力ヲ生スルニ止マルコト勿論ナルヲ以テ連帶債權關係ハ當事者ノ意

【關係事項】 控訴棄却○強制執行異議控訴事件○控訴人佐藤正雄訴訟代理人辯護士南雲庄之助外二名被控訴人上田豊四郎訴訟代理人辯護士岡田博

一五三

思表示ニヨル場合ノ外ハ之ヲ認メサル我法制ノ下ニアリテハ除外セラレタル連帶債務者ハ之ニ因リテ該轉付金額ノ限度ニ於テ其債務ヲ免ルルモノト言ハサルヘカラザルヘク從テ該轉付命令ニヨリ除外セラレタル被控訴人ニ對シテハ該轉付債權ニ付キ被控訴人トノ關係ニ於テハ勿論前示島崎行造ニ對スル關係ニ於テ免除ノ問題ヲ生スル餘地ナキノミナラス證人上田豊一ノ證言ニヨレハ控訴人ハ大正六年一月二日七日訴外廣瀬彌一郎ヲ代理人トシテ被控訴人ニ對シ此際金百圓ヲ支拂ハハ被控訴人ノ債權ハ全部ニ免除スヘキ旨申入レ控訴人ハ金百圓ヲ支拂ヒタル事實ヲ認メ得ルカ故ニ右ハ他日控訴人カ訴外島崎行造ノ被控訴人等ニ對シ殘債權ニ付キ其移轉ヲ受クルカ如キコトアルモ被控訴人ニ對シテハ辨濟ヲ求メサルヘシトノ意思ナリシモノト認定スルヲ相當トスヘク未ダ取得セサル債權ト雖トモ此種ノ當事者ノ意思表示ノ效力ヲ認ムヘカラザルノ理由モ存スルコトナキモノトス……果シテ然ラハ前示公正證書記載ノ被控訴人ノ連帶債務ハ控訴人ニ對スル關係ニ於テハ全部消滅ニ歸シタルモノナレハ其他ノ被控訴人ノ請求原因ニ付キ判斷スル迄モナク該公正證書ノ執行力アル正本ニ基キ爲シタル強制執行ハ不當ナルコト勿論ニシテ被控訴人ノ請求ハ洵ニ理由アリ……(東京地方裁判所大正七年(レ)第二六二號同九年一月四日氏六部近藤裁判長芝崎野各判事判決)

六二 第三者ノ名ヲ以テ物ヲ占有スルコトヲ主張スル者其物ノ占有者トシテ被告ト爲リタルトキハ本案ノ辯論前第三者ヲ指名シ之ニ陳述ヲ爲サシムル爲メ其呼出ヲ求ムルトキハ第三者ノ陳述ヲ爲シ又ハ之ヲ爲ス可キ期日マア本案ノ辯論ヲ拒ムコトヲ得
第三者カ被告ノ主張ヲ争フトキ又ハ陳述ヲ爲ササルトキハ被告ハ原告ノ申立ニ應スルコトヲ得
第三者カ被告ノ主張ヲ正當ト認ムルトキハ被告ノ承諾ヲ得テ之ニ代リ訴訟ヲ引受クルコトヲ得
第三者カ訴訟ヲ引受ケタルトキハ裁判所ハ被告ノ申立ニ因リ其被告ヲ訴訟ヨリ脱退セシム可シ其物ニ付テノ裁判ハ

被告ニ對シテモ效力ヲ有シ且之ヲ執行スルコトヲ得

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

一九五 訴訟物ノ權利拘束ハ訴訟ノ送達ニ因リテ生ス

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相手方ハ權利拘束ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得

非訟事件手續法七二 債權者ハ自己ノ債權ノ期限前ニ債務者ノ權利ヲ行ハサレハ其債權ヲ保全スルコト能ハス又ハ之ヲ保全スルニ困難ヲ生スル虞レアルトキハ裁判上ノ代位ヲ申請スルコトヲ得

同七六 申請ヲ許可シタル裁判ハ職權ヲ以テ債務者ニ告知スヘシ

前項ノ告知ヲ受ケタル債務者ハ其權利ノ處分ヲ爲スコトヲ得ス

民法四二三 債權者ハ自己ノ債權ヲ保全スル爲メ其債務者ニ屬スル權利ヲ行フコトヲ得但債務者ノ一身ニ專屬スル權利ハ此限ニ在ラス

債權者ハ其債權ノ期限カ到來セサル間ハ裁判上ノ代位ニ依ルニ非サレハ前項ノ權利ヲ行フコトヲ得但保全行爲ハ此限ニ在ラス

舊商法九八五 破産宣告ニ依リ破産者ハ破産手續ノ繼續中自己ノ財産ヲ占有シ管理シ及ヒ處分スル權利ヲ失フ

破産宣告ノ日ヨリ以後ハ破産者ノ爲シタル支拂其他總テノ權利行爲及ヒ破産者ニ爲シタル支拂ハ當然無効トス

破産者ノ動産不動産ニ關スル訴及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

同〇二二 管財人ハ破産宣告後即時ニ財團ヲ占有シ且其管理及ヒ換價ニ著手スルコトヲ要ス

管財人ハ其職務ノ爲メ破産者ノ補助ヲ求ムルコトヲ得

破産主任官ハ此力爲メ破産者ニ報酬ヲ與ルコトヲ得

(一) 間接訴訟ニ基キテ訴訟ヲ爲ス債權者ハ訴訟ヲ爲ス債權ニ基キ自己ノ名ニ於テ債務者ニ屬スル權利ヲ訴訟物トシテ訴訟ヲ爲スモノニシテ決シテ債務者ヲ代表若クハ代理シテ訴訟ヲ爲スモノニ非ス

間接訴訟ニ基ク訴訟ノ開始後債務者ニ對シテ破産カ宣告セラルルモ訴訟ノ中斷ヲ生スルコトナシ

(二) 破産管財人カ破産財團ニ屬スル財産ニ付テ有スル管理權處分權從テ斯ル財産ニ關スル訴訟ヲ爲ス債權ハ破産シタル債務者ヨリ傳來スルモノトス

債權者カ間接訴訟ニ基キ債務者ニ屬スル權利ノ行使ヲ開始シ又之カ爲メニ訴ヲ提起シタルカ如キ場合ニハ債務者ハ債權者カ間接訴訟ニ基キ行使ヲ開始シタル權利ヲ處分シ又其權利カ債權其他ノ請求權タル場合ニハ之ヲ取立テ其他行使ニ依リテ消滅セシムルコトヲ得ス從テ債務者ハ其權利ヲ訴訟物トシテ訴訟ヲ爲ス債權ヲ有セサルモノトス

債權者カ間接訴訟ニ基ク行使ヲ開始シタル後ニ於テハ債務者ト雖モ其權利ヲ行使スルコトヲ得ス又之ニ關スル訴訟ヲ爲ス債權ヲ有セサル以上破産管財人モ亦其權利ヲ行使スルコトヲ得ス從テ又之ニ關シテ訴訟ヲ爲ス債權ヲ有セサルモノトス

(三) 訴訟ニ依ル間接訴訟ニ於テ債務者ノ破産管財人カ其訴訟物タル所有物返還請求權ヲ訴訟物トシ第三債務者ヲ被告トシテ更ニ新訴ヲ提起シタル場合ニハ被告ハ權利拘束ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得ヘク假令此抗辯ヲ爲スコトヲ得ストスルモ破産管財人カ右所有物返還請求權ニ付キテハ之ヲ訴訟物トシテ訴訟ヲ爲ス債權ヲ有セサルコトヲ抗辯トシ新訴ノ請求却下ヲ求ムルコトヲ得サルヘカラ

(四) 債權者カ間接訴權ニ基キテ訴ヲ提起シタル場合ニ於テ債務者ノ破産管財人ハ原告タル債權者並ニ被告タル第三債務者(占有者)ノ同意ヲ得テ繫屬セル訴訟ヲ引受ケ原告ニ代リテ之ヲ續行スルコトヲ得ルモノトス

本條ハ債權者カ間接訴權ニ基キテ第三債務者(占有者)ニ對シテ債務者カ有スル所有物返還請求權ヲ行使スルカ爲メ第三債務者(占有者)ヲ被告トシテ其占有ニ係ル債務者ノ所有物ヲ債務者ニ返還スヘキコトヲ請求スル訴ヲ提起シタル後其訴訟ノ第一回ノ口頭辯論期日開始前右債務者ニ對シテ破産カ宣告セラレタル後其訴訟ニハ間接訴權ニ基キ本件訴ヲ提起シタル原告(債權者)ニ依ツテ依然本件訴訟ヲ續行スルコトヲ得ルヤ若クハ又債務者ノ破産管財人ニ於テ繫屬セル本件訴訟ヲ續行スヘキモノナルヤト云ヘル實際問題ヲ解決スルカ爲メニ促カサレタルモノナリ

甲 (一) 訴訟手續ノ中断ヲ生スルヤ 本件繫屬訴訟ノ原告カ間接訴權(代位訴權)ニ基キ自己ノ名ニ於テ債務者ニ屬スル所有物返還請求權ヲ訴訟物トシテ訴ヲ提起シタル債權者ナルコトハ因ヨリ論ナシ債權者ハ訴ノ申立ニ於テ被告ニ對シテ被告ハ其占有ニ係ル債務者所有權ノ目的物ヲ訴外ノ債務者(繫屬セル訴訟ヨリ云ヘハ第三者)ニ返還スヘシトノ判決ヲ要求シツツアリト雖モ債務者ハ訴外ノ第三者ニシテ決シテ繫屬セル訴訟ノ當事者從テ原告トナルコトナシ訴訟物タル所有物返還請求權ハ債務者ニ屬シ債務者ハ其主體ナリト雖モ債務者ハ本件訴訟ニ於テ自己ノ名ニ於テ被告ニ對シテ訴外ノ債務者ニ給付ヲ爲スヘキコトヲ命令スル判決ヲ要求スルモノニシテ訴訟ノ原告ナリト雖モ固ヨリ訴訟物タル所有物返還請求權ノ主體ニ非ス實ニ他人(即チ債務者)ニ屬スル權利ヲ訴訟物トシテ訴訟ヲ爲ス權能(Prozessführungsberechtigt)ヲ有スルカ爲メ正當ナル原告トシテ訴訟ヲ爲シツツアルモノニ外ナラス間接訴權(代位訴權)ニ基キテ訴ヲ

チ爲ス債權者ハ實ニ右「訴訟ヲ爲ス權能」ニ基キ自己ノ名ニ於テ債務者ニ屬スル權利ヲ訴訟物トシテ訴訟ヲ爲スモノニシテ決シテ債務者ヲ代表若クハ代理シテ訴訟ヲ爲スモノニ非ス(二)債務者カ繫屬セル本件訴訟ノ當事者從テ原告又被告ニ非ルコトハ上述ノ如シ故ニ本件訴訟ノ開始後債務者ニ對シテ破産カ宣告セラルトモ訴訟ノ中断ヲ生スルコトナシ是レ民訴第一七九條ニハ「原告若クハ被告ノ財產ニ付キ破産カ開始シタル場合ニ於テ云々」ト規定シ訴訟ノ當事者ニ對シテ破産カ宣告セラレタル場合ニ限リ訴訟ノ中断ヲ生スヘキコトヲ示スカ故ナリ從テ中断ノ見地ヨリシテハ本件原告タル債權者カ繫屬セル訴訟ヲ續行シ得ヘキコトハ疑ナキナルノ餘地ナシ

乙 破産手續ノ繼續中破産者ハ破産管財人ニ屬スル財產ヲ管理シ處分スル權利ヲ失ヒ(舊商法破産第九八五條一項)又破産管財人ハ破産管財人ニ屬スル財產ヲ占有シ且管理シ處分スル職責ヲ有シ(舊商法破産第一〇一)同カモ本件訴訟ノ訴訟物タル所有物返還請求權ハ訴外ノ債務者ニ對シテ破産管財人ニ屬スルカ故ニ或ハ(1)原告タル債權者ハ本件訴訟ヲ續行スルコトヲ得スル破産管財人ニ於テ繫屬セル訴訟ヲ續行シ得タラハ又(2)破産管財人ハ同一ノ所有物返還請求權ヲ訴訟物トシテ新訴ヲ提起スヘキモノナルヤノ疑ヲ生スルコトナキヲ保セス(A)然レトモ破産管財人カ舊商法破産第九八五條ニ依リテ有スル財團ニ屬スル財產ノ管理權處分權(同條第一項)並ニ其財產ニ關スル訴訟ヲ爲ス權能(同條第三項)共ニ之ヲ破産シタル債務者ヨリ傳來スルモノナルコトニ注意セサルヘカラス即チ同條第一項ニ於テハ「破産者ハ自己ノ財產ヲ占有シ管理シ處分スル權利ヲ失フ」ト規定シ破産者ハ依然破産管財人ニ屬スル財產ノ主體ナルニ拘ハラズ其財產ニ對スル管理權處分權ヲ喪失スル旨ヲ規定シ從テ又財產ニ付キ訴訟ヲ爲ス權能ヲ喪失スヘキコトヲ間接ニ示シ又同法第一〇一ニ條並ニ第九八五條三項ハ新ノ如ク破産者ノ喪失シタル管理權處分權從テ又訴訟ヲ爲ス權能ハ破産管財人ノ行使スルコトヲ規定シ其傳來的ノモノナルコトヲ示スモノナリ之レ破産管財人ヲ以テスル吏ナリトスルモ若ハ又(2)債權者團體ノ代表機關又ハ獨立の特別財產(Selbständige Sände

Rechtsgegenstand 破産管財人ノ代表機關ナリトスルモ此點ニ差異ヲ生スルコトナレ(B)如斯ク破産管財人カ破産財團ニ屬スル財産ニ付キテ有スル管理權處分權從テ又新カ財產ニ關スル訴訟ヲ爲ス權能ハ破産シタル債務者ヨリ傳來スルモノニ外ナラサルカ故ニ民法第四二三條ノ規定ニ依リ債權者カ間接訴訟ニ基キ債務者ニ屬スル權利ノ行使ヲ開始シタル後ニ於テモ債務者ハ仍ホ自己ニ屬スル權利ヲ行使スルコトヲ得ルヤ又自ラ行使セントスル場合ニハ債權者ノ間接訴訟ニ基キ行使ハ消滅スルコトヲ得ルヤ決スルトキハ本件爭點ヲ決スルコトヲ得サルヘカラス(一)此問題ヲ解決スルヤノ問題チ上ノ根據ハ裁判上代位ニ關スル非訟事件手續法第七六條第二項ノ規定ナリ夫レ非訟事件手續法第七二條以下ノ規定ハ債權者カ自己ノ債權ノ期限前(即履行期到來前)ニ債務者ノ權利ヲ行ハサレハ其債務ヲ保全スルコト能ハス又ハ之ヲ保全スルニ困難チ生スル虞アル場合ニ申請スルコトヲ得ル裁判上ノ代位ニ關スルモノニシテ其目的ニ於テハ未ダ期限ニ至ラザル請求ノ爲メ債務者ニ屬スル債權其他ノ財產權ニ對スル執行ヲ保全スルカ爲メ假差押ヲ請求スルト異ナルコトナシ殊ニ裁判上ノ代位ノ告知ヲ受ケタル債務者ハ其權利ノ處分ヲ爲スコトヲ得サルハ(非訟第七六條第二項)債權其他ノ財產權ニ對スル爲スコトヲ得サル第三債務者ハ又差押ヘ若クハ假差押ヘラレタル債權ノ處分殊ニ其取立ヲ爲スコトヲ得サルト一般ナリ(民訴五九八條一項七五〇條二項)如斯ク債權者カ期限前ノ債權ノ爲メ裁判上ノ代位ヲ求ムル場合ニ於テハ債務者ハ債權者カ間接訴訟ニ基キ行使ヲ開始シタル權利ノ處分(從テ債權タル場合ニハ其取立即行使)ヲ爲スコトヲ得サルカ故ニ債權者カ既ニ履行期ノ到來セル債權ノ爲メ換言セハ該債權ヲ保全スル心要切實ナルカ爲メ裁判上ノ代位ノ手續ヲ要セスレテ直チニ間接訴訟ニ基キ債務者ニ屬スル權利ノ行使ヲ開始シ又之カ爲メ訴訟ヲ提起シタルカ如キ場合ニハ一層強キ理由ヲ以テ債務者ハ債權者カ間接訴訟ニ基キ行使ヲ開始シタル權利ヲ處分シ又其權利カ債權其他ノ請求權タル場合ニハ之ヲ取立テ其他行使ニ依リテ消滅セシム

ルコトヲ得タルモノト解ササルヘカラス(二)以上裁判上ノ代位ニ關スル非訟事件手續法第七六條第二項並ニ民事訴訟法第五九八條第一項及七五〇條第二項等ノ規定ノ精神ヨリ推及シタル結果ハ權利行使モ亦經濟的ナルヘシトスル原則殊ニ訴訟經濟ナル觀念ニモマダ適合スルモノト云ハサルヘカラス(三)要之(1)裁判上ノ代位ニ關スル非訟事件手續法第七六條第二項(從テ又民訴五九八條第一項第七五〇條第二項)ノ規定ノ精神ヨリ推及スルモ債權者カ間接訴訟ニ基キ債務者ニ屬スル權利ノ行使ヲ開始シ從テ又該權利ヲ訴訟物トシテ訴訟ヲ開始シタル後ニ於テハ債務者ハ當該ノ權利ノ取立若クハ其他ノ行使方法ニ依リテ之ヲ消滅セシメ若クハ又之ヲ處分スルコトヲ得ス從テ又右權利ニ關シテハ訴訟ヲ爲ス權能(原告タル適格)ヲ有セサルモノト解セザルヘカラス更ニ又(3)債權者カ間接訴訟ニ基キテ債務者ニ屬スル權利ノ行使ヲ開始シ從テ又該權利ヲ訴訟物トシテ訴訟ヲ開始シタル後ニ於テモ仍ホ債務者カ自ラ當該ノ權利ヲ行使シ若クハ又之ニ關スル訴訟ヲ爲スコトヲ得ルモノトスル場合ニハ其カ權利行使モ亦經濟的ニ行ハルヘシトスル原則ニ反スルコト殊ニ訴訟經濟ニ反スルコトハ疑ナク容レス(4)債權者カ間接訴訟ニ基キテ債務者ニ屬スル權利ノ行使ヲ開始シ從テ又該權利ニ關スル訴訟ヲ開始シタル後ニ於テハ債務者自身ト雖モ其權利ヲ行使スルコトヲ得ス從テ又其權利ヲ訴訟物トシテ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有セサルコトハ上述ノ如シサレハ該債務者ニ對シ破産力宣告セラレタル場合ニ於テモ亦同様ニ論セザルヘカラス(5)夫レ破産宣告ニ因リ債務者ハ破産財團ニ屬スル財産ニ付キテハ管理權處分權ヲ失ヒ從テ又新カ財產ニ關シテハ訴訟ヲ爲ス權能ヲ失ヒ舊商法破産第九八五條第一項及七三項(破産管財人ハ或ハ官吏トシテ或ハ債權者團體又ハ破産財團ノ代表機關トシテ)之ヲ行使スルモノナリト雖モ破産管財人ノ管理權處分權ハ畢竟傳來的ノモノニ外ナラサルカ故ニ債權者カ間接訴訟ニ基キ行使ヲ開始シタル後ニ於テハ債務者ト雖モ其權利ヲ行使スルコトヲ得ス又之ニ關スル訴訟ヲ爲ス權能ヲ有セサルコト上述ノ如クナルカ故ニ破産管財人モ亦其權利ヲ行使スルコトヲ得ス從テ又之ニ關シ

間接訴權ニ基キ債務者ニ屬スル權利ヲ行使シ從テ又之ニ關スル訴訟ヲ提起スルノ方
 法ニ依ルコトヲ得ルモノト解ササルヘカラス是レ然ラサル場合ニハ前記異議ニ對シ
 破産主任官カ債務者ニ屬スル權利ヲ行使スヘキコトヲ命スル裁判ヲ爲シタルニ拘ハ
 ラス(舊商法一〇一三條)管財人カ仍ホ其命令ニ從ハサルカ如キ場合ニハ債權者ハ破産
 裁判所ニ該管財人ノ免職ヲ求ムルノ外他ノ手段ナキコトヲ結論セサルヘカラスト雖
 モ斯ル場合ニハ債權者カ間接訴權ニ基キテ債務者ノ權利ヲ行使スルコトヲ得ルモノ
 トスルナラザラ安當トスヘキカ故ナリ(3)要スルニ(イ)舊商法破産篇第九八三條第二項ノ
 規定ハ債務者カ破産財團ニ屬スル財產ニ關シ訴訟ヲ爲ス權能(即チ當事者タル適格)ヲ
 喪失シ管財人カ之ヲ取得スル通常ノ場合ヲ觀タルモノニシテ債務者ニ對スル破産宣
 告前債權者カ其代位權ニ基キ債務者ニ屬スル權利ヲ訴訟物トシテ訴訟ヲ開始シタル
 カ如キ特別ノ場合ヲ見タルモノニ非ス同條謂フ所ノ「特リ」トハ破産者トノ關係ニ於テ
 立言セルモノニシテ決シテ間接訴權ニ基キ債務者ニ屬スル權利ノ行使ヲ開始シタル
 債權者トノ關係ニ於テ立言セルモノニ非ス又(ロ)管財人カ其職責ニ屬スルノ行為ヲ爲
 ササル場合ニハ債權者ハ同法第一〇一三條ニ依リ所謂管財人ノ「決斷」ニ對シテ異議ヲ
 述フルコトヲ得ルヲ論ナシト雖モ本件ニ於ケルカ如ク債務者ニ對スル破産宣告前債
 權者カ間接訴權ニ基キ債務者ニ屬スル權利ヲ行使シタル場合ニ對シテ訴訟ヲ開始シタル
 債權者從テ管財人モ亦右訴訟物タル權利ヲ行使シ若クハ又之ニ關スル訴訟ヲ爲ス權
 能ヲ有セサルカ爲メ其權利ヲ行使セサル場合ニ於テハ管財人ノ怠慢ナキカ故ニ固
 リ右異議ヲナシ得ルノ限ニ非ス
 兩 本件ニ於ケル破産管財人カ本件訴訟物タル所有物返還請求權ヲ訴訟物トシ第三
 債務者(占有者)ヲ被告トシテ更ニ新訴ヲ提起シタル場合ニハ被告ハ「權利拘束ノ抗辯」ヲ
 爲スコトヲ得ヘク又假令此抗辯ヲ爲スコトヲ得サルモノトスルモ破産管財人カ右所
 有物返還請求權ニ付キテハ之ヲ訴訟物トシテ「訴訟ヲ爲ス權能」ヲ有セサルコトヲ抗辯
 トシ新訴ノ請求却下ヲ求ムルコトヲ得サルヘカラス唯破産管財人カ訴訟ヲ爲ス權能

訴訟ヲ爲ス權能ヲ有セサルヘキ理ナリ(二)本件ニ關シ舊商法破産篇第九八五條第三
 項ニ破産者ノ動産不動産ニ關スル訴及ヒ執行ハ特リ管財人ヨリ……之ヲ起シ又ハ
 繼續スルコトヲ得「ト云ヒ又同法第一〇一三條ニ「管財人ノ行為又ハ決斷ニ對シテ異議
 ナ述フル者アルトキハ破産主任官ノ命令ヲ以テ之ヲ決ス」トアルヲ根據トシテ管財人
 ニ於テ訴訟ヲ爲スヘキモノナリトスル見解アリト云ヘリ右見解ノ理由トスル所ハ蓋
 シ「特リ管財人ヨリ訴訟ヲ起シ又ハ繼續スヘキ」モノナルカ故ニ若シ管財人ニ於テ訴ノ提
 起若クハ執行ヲ怠ラハ債權者ハ管財人ノ其怠慢即チ法文謂フ所ノ「決斷(不作爲)」ニ對
 シテ異議ヲ爲セハ足レリ債權者自ラ間接訴權ヲ行フノ要ナシト云フニ在ルヘレ果レ
 テ然リトセハ所説ハ債權者カ未ダ間接訴權ニ基キテ債務者ニ屬スル權利(本件ニ於テ
 ハ所有物返還請求權)ノ行使ヲ開始セサルニ先テ債務者ニ對シテ破産力宣告セラレタ
 ル場合ニ關スルモノトシテハ大體正當ナリト云フヘシ何トナレハ(1)債務者自身体力未
 其權利ヲ行使セス債權者モ亦間接訴權ニ基キテ該權利ヲ行ハサルニ當リテ債務
 者ニ對スル破産力宣告セラレタルトキト管財人ハ債務者ニ屬スル權利ヲ管理スル權
 限及ヒ職責ヲ有シ從テ又必要ナル場合ニハ該權利ニ關シテ「訴訟ヲ爲ス權能」ヲ有スル
 ト同時ニ又訴訟ヲ爲スヘキ職責ヲ有スルモノナリ而カモ管財人ハ其職責ニ忠實ナル
 ノ機關上或ハ裁判外ニ於テ債務者ニ屬スル權利ヲ行使シ或ハ必要ナル訴訟ヲ提起
 スルニ付キ怠慢ナルカ如キ事ナカルヘシ果シテ然ルトキハ未ダ間接訴權ニ基キテ債務
 者ニ屬スル權利ノ行使ヲ開始セザリシ債權者ハ固ヨリ間接訴權ニ基キテ債務者ニ屬
 ルカ爲メナリ又(2)管財人カ其職責ニ怠慢ニシテ債務者ノ權利ヲ適當ニ行使セサル場
 合ニ關シ債權者ハ舊商法第一〇一三條ニ依リ管財人ノ「決斷」ニ對シテ異議ヲ爲スヘシ
 トスルハ大體正當ナリ是レ債權者ハ破産管財人ノ怠慢ニ對シテ異議ヲ述ヘ管財人ニ
 對シテ債務者ノ權利ヲ適當ニ行使スヘキコトヲ命スル裁判ヲ促スコトヲ得ルカ故ナ
 リ然レトモ破産管財人カ其職責ヲ怠リ債務者ノ權利ヲ行ハサル場合ニハ債權者ハ又

ナ有セサルコトノ理由ハ前述シタルカ故ニ被
 告カ權利拘束ノ抗辯ヲ爲スコト
 得ルヤ否ヤ付キ一言スルニ止ムヘシ被
 告タル第三債務者ハ權利拘束ノ抗辯ヲ爲
 スコトナ得ルヤノ問題ニ關スル學說ハ岐
 レタリ(一)派ノ學者ハ訴訟法第一九五條第
 二編第一號ヲ嚴格ニ解シ解釋論トシテハ
 權利拘束ノ抗辯ヲ爲スコトナ得ス然レトモ
 此ノ結果ハ權利拘束ノ抗辯ヲ認ムル本
 來ノ目的ニハ反スルカ故ニ裁判所ハ宜シ
 ク民事訴訟法第一二一條ノ規定ニヨリテ
 辯論ヲ中止スヘシトナス即チ新訴訟ノ
 原告ハ其責
 格ニ於テ當事者タル管財人又ハ債權團體
 若クハ破産財團ニシテ新訴訟ノ原告ハ其
 原告間接訴訟ヲ行ヒツツアル債權者ニ
 ハ非ス換言セハ聚屬セル本件訴訟ノ
 故ニ第一九五條第一號ノ權利拘束ノ抗辯
 中ヲテ從テ權利拘束ノ抗辯ハ之ヲ爲スコ
 トナ得ス然レトモ(一)聚屬セル本件訴訟
 原告タル債權者カ債務者ニ屬スル權利
 行使スル權利(廣義ノ管理權)訴訟ノ
 既判力ハ單ニ訴訟ノ當事者ノミナラス
 必然訴外ノ債務者從テ又此者ヨリ其財
 產ノ管理權處分權等ヲ傳來シタル管財人
 及ハサレハカラス故ニ新訴訟ヲ裁判ス
 所ハ既判力ヲ生スル判決ノ内容ニ矛盾
 スルハハハハハハハハハハハハハハハハハ
 解ニ依レハ新訴訟ノ被告ハ權利拘束ノ
 抗辯ヲ爲スコトナ得トナス畢竟訴訟法
 第一九五條第一項ニハ權利拘束ノ抗辯
 屬スル訴訟ノ當事者カ他ノ一方ヲ相手
 方トシテ新訴訟ヲ起シタル場合ノミ
 新訴訟提起シタル場合ニ於テモ當事
 者カ新訴訟ヲ起シタル場合ニ於ケル
 拘束ノ抗辯ヲ爲スコトナ得タルヘカ
 訴訟物タル所有物返還請求權ヲ訴訟
 爲トシ同一ノ第三債務者(本件訴訟ノ
 被告)被

トシテ更ニ新訴訟提起シタル場合ニハ
 新訴訟ノ被告ハ後ノ見解ニ從テハ權利
 拘束ノ抗辯ヲ爲スコトナ得ス而シテ
 辯論的解釋トシテハ後ノ見解ニ從テハ
 權利拘束ノ抗辯ヲ爲スコトナ得ス而シ
 テ論理的解釋トシテハ後ノ見解ニ從
 テハ權利拘束ノ抗辯ヲ爲スコトナ得
 シト云フヘシ
 丁 本件破産管財人ハ本件訴訟ヲ引受
 クルコトヲ得サルヤ(一)訴訟ノ引受
 (Processübernah
 me) (4)第三者ノ名ヲ以テ物ヲ占有
 スル者カ其物ノ占有者トシテ被告トセ
 ラレタル
 場合ニ於テ第三者ヲ指名ニ依リテ第
 三者カ被告ノ陳述ヲ正當ナリトシ被告
 ノ承諾ヲ得テ訴訟ヲ引受ケントスル場
 合ニ於テハ訴訟ノ引受ヲ認ムヘキコト
 ハ民事訴訟法第六二條
 第三項ノ明文上疑ナク又(ロ)遺言執
 行人等其任務トシテ元來自己ノ名ニ於
 テ訴訟ヲ爲スヘキ者カ訴訟ヲ爲シツツ
 アルニ當テリテ解任其他ノ事由ニ依
 リテ遺言執行人等ニ變更ヲ生シタル
 場合ニハ新任ノ遺言執行人等ハ相手方
 ノ同意ヲ得テ訴訟ヲ引受クヘキモノナ
 ルコトハ一般ニ認メラルル所ナリ唯此
 等特別ノ場合ノミナラス一般ノ「當事
 者双方ノ同意ヲ得タルトキハ訴訟ヲ
 引受クルコトハ(二)蓋シ民事訴訟法第
 六二條第三項ハ占有者トシテ被告ト
 セラレタル者ノミナラス相手方タル
 原告モ亦第三者カ訴訟ヲ引受ケルコ
 トニ同意セル場合換言セハ聚屬セル
 訴訟ノ當事者双方カ第三者ニ於テ訴訟
 ヲ引受ケルコトヲ認メタルモ
 トニ同意シタル場合ニハ第三者ハ聚屬
 セル訴訟ノ當事者トシテハ原告モ亦
 第三者カ訴訟ヲ引受ケルコトヲ認メ
 タルモ(一)聚屬セル本件訴訟ハ間接
 訴訟ニ基キテ提起シタル債權者カ依
 然之ヲ續行スヘキモノナシテ債務者
 自身又債務者破産ノ場合ニ於テハ破
 産管財人ニ於テ本件訴訟ヲ續行ス
 ル債權者ノ意思ニ反シテ本件訴訟ヲ
 續行スルコトヲ論シタルモノナルニ
 過キスサレハ破産管財人カ原告タル
 債權者並ニ被告タル第三債務者(占
 有者)ノ同意ヲ得

仁井田博士

加藤博士

板倉博士

岩田博士

大審院

テ業屬セル本件「訴訟ヲ引受ケ原告ニ代ハリテ之ヲ續行セントスル場合」ハ固ヨリ之ヲ妨クヘキ理由ナシ(法學博士維本朗造氏法學論叢第四卷第五號一頁「間接訴權ノ研究」要領)

【論旨第一點間接訴權ニ基ク訴訟ノ當事者ニ關スル同趣旨學說判例】

本卷民法七三三頁以下

【同上ニ關スル代理人說】

【論旨第一點破産宣告ト訴訟中斷ニ關スル參照學說判例】

一 凡ソ當事者ハ破産手續ノ繼續中破産財團ヲ處分シ且ツ之ヲ管理スルコトヲ得サルモノナルカ故ニ當事者ノ財產ニ付破産手續ノ開始スルニ當リ訴訟手續カ破産財團ニ關スルトキハ訴訟手續ノ中斷ヲ來スモノト爲ス必要アリ此場合ニ於テハ當事者カ訴訟代理人ヲ以テ訴訟ヲ爲ストキト雖モ破産手續ノ開始スルト共ニ訴訟手續ノ中斷ヲ來スモノナリ今若シ訴訟ノ結果カ破産財團ノ範圍ニ影響ヲ及ボスヘキトキハ訴訟手續ハ破産財團ニ關スルモノト謂フヘシ破産手續ノ開始セルニ依リテ生シタル訴訟手續ノ中斷ハ破産法ノ規定ニ從ヒテ訴訟ヲ受繼キ又ハ破産手續ノ終結シタルトキニ至リテ終了スルモノナリ(法學博士仁井田益七郎氏民事訴訟法論上卷四五二頁)

二 廢罷訴權ノ訴カ業屬スル場合ニ於テ其債務者カ破産宣告ヲ受ケタルトキハ其訴訟ハ當然中斷スルモノトス(法學博士加藤正清氏法學志林第二卷第七號七一頁本卷第八卷商法二八一頁)

三 原告若クハ被告若クハ破産決定ノ執行力ヲ生シタルトキハ被告カ破産財團ニ關スルナラハ訴訟手續ハ中斷ス中斷ハ商法ニ從ヒ手續ノ繼續若クハ破産ノ停止アルマテ繼續ス(法學博士板倉松太郎氏民事訴訟法綱要三三三頁)

四 原告若クハ被告ノ財產ニ付キ破産ノ開始シタル場合ニ於テ若シ訴訟手續カ其破産財團ニ關スルトキハ破産ニ付テノ規定ニ從ヒ管財人ヨリ訴訟手續ヲ受繼ク迄又ハ破産手續ヲ停止スル迄其訴訟手續ハ中斷スルモノトス破産ノ開始トハ破産決定ノ確定ヲ謂フ宣告アリタルトキハ決定ノ確定ヲ必要トセス停止トハ破産手續ノ終了ヲ謂フ破産手續ノ停止(舊商九八二條)ハ中斷終了ノ原因ト爲ラス而シテ法人ニ對スル破産ニ付テモ適用アリ蓋シ宣告ニ因リ破産者カ破産手續ノ繼續中自己ノ財產ヲ占有シ管理シ及ヒ處分スル權利ヲ失フモノナレハナリ右ハ死亡シタル原告若クハ被告ノ遺產ニ付キ破産ヲ開始シタル場合ニ於テモ亦同

一 ナリトス原告若クハ被告ノ家資分數ハ中斷ノ原因ニ非ス(法學博士岩田一郎氏民事訴訟法原論六二五頁)

五 訴訟ノ業屬中其當事者一方ノ財產ニ破産ノ開始アリタル場合ニ於テモ其訴訟カ破産財團ニ關係ナク有セザルトキハ破産手續ノ中斷ナキモノトス會社ノ清算中其財產ニ付キ破産ノ開始アリタル場合ニ於テモ破産管財人ノ職務權限ニ屬スル事務ハ專テ破

磯谷博士

鳩山博士

石坂博士

横田博士

岡松博士

富井博士

產財團ニ關スルモノニ止マリ之ニ關セザ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産財團ニ關セザ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ザルモノトス會社ニ對シテ主總會決議無効ノ確認ヲ求ムル訴ハ破産財團ニ關係ナク有セス(大審院大正三年(オ)第二七五號同四年二月一日民一部判決本卷第四卷民訴八五頁)

【論旨第二點債務者ノ間接訴權行使後ニ於テモ債務者ハ權利行使ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤニ關スル同趣旨學說】

一 債務者ニ對スル效果トシテハ一度此ノ權利ノ行使アルトキハ債務者ハ自ラ其ノ權利ヲ行使シ處分スルコトヲ得ス(法學博士富井政章氏債權總論明治四五東大講九十九頁)

二 債務者ハ債權者カ間接訴權ニ依リ債務者ノ權利ノ行使ニ着手セル後ハ其權利ヲ處分スルコトヲ得サルノミナラス又自ラ之ヲ行使スルコトヲ得ス蓋若クハ是亦法律カ債權者ニ間接訴權ヲ與ヘタル目的及理由ニ反スルニ至レハナリ故ニ債務者ハ債權者カ自己ノ權利ノ行使ニ着手セル以上ハ自ラ其債務者ニ對シテ訴權ヲ起スコトヲ得ス第三債務者ハ之ニ對シ權利拘束ノ抗辯ヲ有スヘシ(法學博士岡松太郎氏法學新報第一四卷第三號三〇頁)

三 利害ノ關係比較的ニ淺薄ナル裁判上代位ノ場合ニ於テ權利ノ處分ヲ禁止スルニ拘ラス利害關係一層切實ナル當然代位ノ場合ニ於テ之ヲ許スハ輕重本末ヲ顛倒シタルモノト謂フハサレテ得ス故ニ民法中別段禁止規定ノ設ナキモ非訟事件手續法ノ規定ヨリ和推シ債權者カ第三者ニ對シテ權利ノ實行ニ着手シタルトキハ其權利ヲ處分スルノ權能ヲ債務者ヨリ剝奪スルノ效果ヲ生シ債務者ハ最早其權利ヲ處分スルコトヲ得サルモノト論斷セザルヲ得ス(法學博士横田秀雄氏債權總論三九八頁)

四 債權者カ債務者ノ權利ヲ行使スルニ依リ債務者ハ其權利ヲ處分スルノ權利ヲ失フ佛法ノ通説ニ從ヘハ債權者カ債務者ノ權利ヲ行使シ訴訟ヲ提起スルモ差押ノ效力ヲ生セザルカ故ニ債務者ハ之カ爲メニ權利ヲ處分スルノ權利ヲ失ハサルモノトナス然レトモ我國法ハ非訟事件手續法第七六條第二項ニ於テ裁判上ノ代位ノ場合ニ債務者カ代位申請ノ許可ノ告知ヲ受ケタル後ハ其權利ノ處分ヲ爲スコトヲ得サル旨ヲ規定ス之ニ依レハ債權者カ代位ヲ爲ス場合ニ於テモ債務者ハ其權利ノ處分權ヲ失フ故ニ履行期後ニ代位ヲ爲ス場合ニ於テハ一層有力ナル理由ヲ以テ債務者ハ其權利ノ處分權ヲ失フモノト解セザルヘカラス(法學博士石坂晋四郎氏日本民法債權上六八〇頁)

五 債權者カ代位權ノ行使ニ着手シタル後ニ於テ債務者ハ自ラ其權利ヲ處分スル權利ヲ失フ(四)裁判上ノ代位ノ場合ニ付テハ非訟事件手續法カ明ニ之ヲ規定スルニヨリテ明瞭ナリ(五)其他ノ代位ノ場合ニ付テハ明文ナキカ故ニ疑問ナレト此場合ハ債權者ノ權利ノ履行期到來後ナルニ拘ハラス其到來前ナル(四)ノ場合ニ比シテ代位ノ效力薄弱ナルヲ得サルカ故ニ同一ニ解ス(法學博士鳩山秀夫氏日本債權法總論一六四頁)

六 債務者ハ代位權行使後ニ於テ其權利ヲ處分スルコトヲ得ス非訟事件手續法第七六條ハ裁判上ノ代位ニ通用セザルモノニ

シテ法律上ノ代位即チ既ニ履行期ノ到來シタル債權ノ保全ノ爲メニ付テハ何等規定スル所ナシト雖モ未ダ履行期ノ到來セザル債權ノ保全ニ付キ債務者ノ處分權ヲ停止スルノ必要アル以上ハ既ニ履行期ノ到來シタル債權ノ保全ニ付キ其必要ノ一層補切ナルハ旨ヲ俟タサル所ナラシメテ法律上代位ノ場合ニ在リテモ債務者ニ於テ債權者カ第三者ニ對シテ訴訟ヲ提起シタル等債權行使ニ着手シタル事實ヲ知スルカ若クハ其通知ニ接シタルトキハ爾後其債權ノ處分ヲ爲スコトヲ得スト論斷スルハ正當トス(法學士磯谷幸次郎氏債權法論上卷五二六頁)

【同上ニ關スル異趣旨學說】

債權者カ此訴訟ニ因リ債務者ノ有スル權利ヲ行使スルモ債務者ハ其權利者タルノ地位ヲ奪ハルルモノニアラザレハ債權者ノ此訴訟行使中ト雖モ債務者ハ此權利ノ處分ヲ爲スコトヲ得(法學博士鈴木博士三郎氏民法要論一七七頁)

論旨第一點博士カ間接訴訟ニ基ク訴訟ノ當事者ハ債權者及第三債務者ニシテ債務者ニ非ストセラレタルハ吾人ノ素論ニ合致スルモノニシテ素ヨリ異論ナシ既告セラルルモ訴訟ノ中斷ヲ來ササルヤ殆ント疑ヲ容レス(民訴一七九條)

論旨第三點第一項博士ハ破産管財人カ破産財團ニ屬スル財産ニ就テ有スル管理權處分權ハ破産シタル債務者ヨリ傳來スルモノナリトセララル玆ニ所謂傳來ノ意明確ナラヌト雖モ若シ債務者ノ有スル管理權處分權カ其儘當然法律ノ規定ニ因リ破産管財人ニ歸屬スルノ意ナリトセハ吾人亦贊同スルニ各カナラス(本書第八卷民訴七三頁評論同第二項債權者カ間接訴訟ニ基キ債務者ニ屬スル權利ノ行使

ヲ開始シ又ハ之カ爲メニ訴ヲ提起シタルカ如キ場合ニ於テハ爾後債務者ハ債權者カ間接訴訟ニ基ク行使ヲ開始シタル權利ヲ處分スルコトヲ得ルヤ否ヤニ關シ博士カ之ヲ消極ニ解セラル之亦吾人カ既ニ評論シタル所ニシテ正當ノ見解ナリト信ス(本書第八卷民法一七一頁業ニ第一項第二項ノ前提ヲ採ル以上同第三項ノ正當ナルコト多言ヲ俟タス論旨第三點第四點ハ概ネ至當ノ見解ナリト雖モ尙ホ多少疑問ノ點存スルヲ以テ後日ノ研究ニ俟ツヘシ

一五四

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シテ確定ス可キトキニ限り左ノ規定ヲ適用ス
不動產登記法二六 登記ハ登記權利者及ヒ登記義務者又ハ其代理人登記所ニ出頭シテ之ヲ申請スルコトヲ要ス
同三六 申請書ニハ左ノ事項ヲ記載シ申請人ノ署名捺印スルコトヲ要ス

五 登記原因及ヒ其日附
同四六 登記ノ抹消ヲ申請スル場合ニ於テ其抹消ニ付キ登記上利害ノ關係ヲ有スル第三者アルトキハ申請書ニ其承諾又ハ之ニ對抗スルコトヲ得ヘキ裁判ノ原本ヲ添付スルコトヲ要ス
民法一七七 不動產ニ關スル權利ノ得及ヒ變更ハ登記法ノ定ムル所ニ從ヒ其登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ第三

甲カ乙所有ニ係ル土地ニ付キ不法ニ自己ノ爲メ賣買ニ因ル所有權取得登記ヲ爲シタル上丙ニ對シ抵當權設定登記ヲ爲シタル場合甲ノ所有權取得登記ノ抹消手續ヲ爲スニハ其登記名義人タル甲ノ同意ヲ要スル外丙ノ承諾書又ハ同人ニ對抗シ得ヘキ裁判ノ原本ヲ要シ又甲カ丙ニ對シテ設定シタル抵當權ノ登記抹消手續ヲ爲スニハ其登記名義人タル丙ノミノ同意ヲ要スルモノナレトモ各請求ハ彼此

權利上ノ關係ナキモノハナレハ甲ト丙トハ必要的共同訴訟人ト謂フコトヲ得ス
甲カ乙所有ニ係ル土地ニ付キ不法ニ自己ノ爲メ賣買ニ因ル所有權取得登記ヲ爲
シタル上丙ニ對シ抵當權設定ノ登記ヲ爲スモ土地ノ所有權ハ登記簿上其所有名
義ノ如何ニ關セス依然乙ニ屬スルモノナレハ甲カ丙ニ對シ右土地ニ付キ抵當權
ヲ設定シタリトスルモ斯ノ如キ抵當權設定登記ハ法律上ノ原因ナクシテ爲サレ
タル無効ノモノニシテ丙ハ乙ノ請求ニ應シ該登記ヲ抹消スヘキ義務アルモノト
ス

本件記録ニ依レハ被控訴人ハ玉技信ナル者カ被控訴人ノ所有ニ係ル本訴ノ土地ニ付
キ不法ニ自己ノ爲メ賣買ニ因ル所有權取得登記ヲ爲シタル上控訴人ニ對シ抵當權ノ
設定登記ヲ爲シタリトシテ信ニ對シテハ所有權取得登記ノ抹消又控訴人ニ對シテハ
抵當權設定登記ノ抹消ヲ求ムル爲メ信及控訴人ヲ共同被告トシテ原告ニ其訴ヲ提
起シタルモノナルコト明白ニシテ信ノ所有權取得登記ノ抹消手續ヲ爲スニハ其登記
名義人タル信ノ同意ヲ要スル外控訴人ノ承諾書又ハ同人ニ對抗シ得ヘキ裁判ノ原本
ヲ要ス而シテ信カ控訴人ニ對シテ設定シタル抵當權ノ登記抹消手續ヲ爲スニハ其登
記名義人タル控訴人ノ同意ヲ要スルモノナレトモ上示各請求ハ彼是權利上ノ關
係ナキモノトス從テ信ト控訴人トハ必要的共同訴訟人ト謂フヲ得サルカ故ニ原裁判
所カ玉技信ト控訴人ニ對スル辯論ヲ分離シ審理シタルハトテ之ヲ目レテ不法ナリト
謂フコトヲ得サルモノトス
本訴ノ土地ニ付キ控訴人ノ爲メニ爲サレタル被控訴人主張ノ如キ抵當權設定登記ノ
存在スルコトハ當事者間ニ爭ナキ所ニシテ甲第一號證：然ラハ本件土地ノ所有權ハ
登記簿上其所有名義ノ如何ニ關セス依然被控訴人ニ屬スルモノニシテ信ニ於テ其所

有權ヲ取得スヘキ謂ハレナキヤ勿論ナリト謂フヘク從テ信カ控訴人ニ對シ右土地ニ
付キ抵當權ヲ設定シタルレトテ之ニ因リ控訴人ニ於テ抵當權ヲ取得スヘキ謂ハレナ
キヤ言テ俟タサル處ナルニ依リ本件抵當權設定登記ハ法律上ノ原因ナクシテ爲サレ
タル無効ノモノナリト謂ハレハカラス左レハ控訴人カ本訴土地ノ所有者タル被控
訴人ノ請求ニ應シ右抵當權設定登記ヲ抹消スヘキ義務アルコト定ニ瞭然タルヲ以テ
被控訴人ノ請求ハ正當ニシテ控訴ハ理由ナキモノトス(東京控訴院大正七年(ホ)第一二九號同九年
六月一四日民三部岩本裁判長谷川野澤各判例決)

【關係事項】 控訴棄却○抵當權設定登記抹消請求事件○控訴人東京建物株式會社訴訟代理人辯護士糸山貞規被控訴人杉浦えい
訴訟代理人辯護士飯岡竹三郎

【判旨第一點必要的共同訴訟ノ意義ニ關スル參照學說】

本卷民訴一二頁

【同上民訴第五〇條ノ適用セララルヘキ共同訴訟ノ範圍ニ關スル參照學說判例】

本卷民訴九頁以下同一三頁以下

【判旨第二點法律上ノ原因ヲ缺ク登記ノ效力ニ關スル參照學說判例】

- 一 無効ノ原因ニ基キテ爲シタル登記又ハ引渡ハ全然無効ニシテ原權利者ハ時効(一六二條・一六三條)又ハ占有ノ效力(一九二條)ニ因ル外其權利ヲ失フコトナシ(法學博士富井政章民法原論物權六四頁)
- 二 物權ノ得喪變更力無効ノ原因ニ基キテ爲シタル登記ニ因リ效力ヲ生セス現行法ニ依レハ登記ハ夫レ自體ニ於テ別箇獨立ノ物權ノ得喪變更ノ原因ニアラスレテ一ノ公示方法タルニ過キサルヲ以テ之ヲ爲スニハ物權ノ得喪變更ヲ生セシムル所以ノ適法ノ原因アルコトヲ必要トス故ニ適法ノ原因ナキ登記即チ無効ノ法律行為若クハ權利ナキ者ノ爲シタル法律行為ニ基ク登記ハ唯形式上ニ於テハ物權ノ得喪變更ヲ生スルノ故ナキモノトス(法學博士横田秀雄氏物權法八七頁)
- 三 原因ナキ登記ハ實體上何等ノ效力ヲ生スルコトナク從テ真正ノ權利者ハ登記ノ爲メニ其權利ヲ左右セララルル處ナシト雖モ其權利カ他ノ人所有トシテ登記シアル間ハ其權利ニ關スル登記行為ヲ爲スコトヲ得サルヲ以テ速カニ其登記名義ヲ變更シ形式上ニ於テ權利者タル地位ヲ回復スルノ必要アリ(同上物權法一〇四頁)

川名 博士
霜山 學士
大審院

東京控訴院

假登記法律上其效力ヲ生スルニハ適法ノ原因アルコトヲ要シ無原因ノ假登記又ハ無效ノ原因ニ基テ假登記ハ唯形式上存
 在ナリニ止マリ實體上ノ效力ヲ生セス(本書七卷諸法四〇頁)

五 登記ハ物權ノ變動ヲ第三者ニ對シテ生ズルニ要スル要件ナリ故ニ物權上ノ變動ノ原因タル法律事實カ其效力ナケレハ登記ヲ爲
 スモ何等ノ效ナシ(法學博士川名登四郎氏物權要論一六頁)

六 登記ハ絕對的公信力ナキ故ニ第三者カ登記ヲ信シテ取引ヲ爲スモ其登記原因ノ無效又ハ取消ニヨリテ其權利ニ影響ヲ及
 ボスモノニシテ即チ善意ノ第三者ニ對シテモ實體上ノ物權ノ變動カ無効ナル以上ハ假令有效ノ登記存スルモ登記面上ノ物權ノ
 變動カ有效ニ存スルモノト看做サルコトナシ(法學士霜山精一氏物權法要論三五判四〇頁)

七 民法第一七七條ハ不動產ニ關スル物權ノ得喪變更アリタル場合ニ其登記ノ欠缺ヲ主張スルコトヲ得ヘキ正當ノ利益ヲ有ス
 ル第三者ヲ保護スルノ規定ナルヲ以テ苟モ不動產ニ關スル物權ノ得喪變更ニシテ實體法上存セザル以上ハ縱令其登記ヲ爲スモ
 之ニ依リ其得喪變更ヲ生ズルモノニ非ス(大審院大正三年三月三十一日判決本書六卷民法三八一頁)

八 所有權取得ノ登記カ發落許可決定ニ基キタルモノナリトスルモ其登記カ無効原因ニ基キタルモノトキハ其登記ハ形式上ハ
 於テ存在スルニ止マリ實體上ニ於テ所有權移轉ノ效果ヲ生ズヘキモノニ非ス(同上大正三年三月三十一日判決本書
 三卷民法八二頁)

九 民法第七十七條ハ登記ニ因リ不動產ニ關スル物權ノ得喪變更ヲ生ズルモノニ非サルヲ以テ苟モ不動產ニ關スル
 物權ノ得喪變更ニシテ實體上存セザル以上ハ縱令其登記アリトモ之カ爲其得喪變更ヲ生シ得ヘキモノニ非ス(同上大正元年イ
 一五號同二年三月二〇日判決民錄一九一五八・本書二卷民法一六八頁)

一〇 適法ノ原因ニ基カサル登記ハ唯形式ニ於テ存在スルニ止マリ實體上ニ於テハ物權ノ得喪變更ノ效ヲ生ズルモノニ非ス
 同上明治四年三月二四日號同一年一〇月二六日判決民錄一四四七頁)

一一 根本タル權利ニシテ全然無効ニ屬シ所有權ノ移轉ヲ生セザルコトキハ縱令其物件カ表見ノ所有者ヨリ更ニ他人ニ假令移轉シタ
 レハトテ之カ爲メ轉得者ニ所有權移轉ノ效果ヲ生ズルコトナシ(同上明治三年六月二二日判決民錄六卷
 一五六頁)

一二 所得權移轉登記ニ於テ保爭ノ不動產ノ所有權ヲ取得スルニ付テ正當ナル法律上ノ原因ヲ缺カスルトキハ該登記ハ無効ニシ
 テ登記名義者ハ之ヲ抹消シテ登記名義者ハ之ヲ抹消スル義務アルモノトス(東京控訴院大正七年三月二二日號同年一月四
 日判決)

一三 甲ノ不動產ニツキ乙カ自己名義ノ所有權保存登記ヲ爲シ更ニ丙ニ對シテ買賣名義ニ依ル所有權移轉ノ登記ヲ爲スモ之等登
 記ハ何レモ實體上ノ權利ニ伴フ登記ニシテ其無効ナルコト勿論ナルヲ以テ乙丙ハ甲ニ對シテ之レカ抹消ノ手續ヲ爲ス可キノ登
 務アルヤ無効ナリ(同上大正四年十月四日號同五年五月九日判決本書五卷商法四九一頁)

一四 登記簿上ノ賣主甲買主乙間ニ不動產ノ所有權移轉ノ意思表示ナク其登記無効ニ屬シタルトキハ乙丙間ニ當該不動產ノ賣
 買ニ因リ所有權移轉スル契約アリトスルモ所有權ニ非サルカ故ニ丙ニ於テ其所有權ヲ取得スルコト能ハサルモノトス(同上
 大正四年十月四日號同五年五月九日判決本書五卷商法四九一頁)

大阪控訴院
宮崎地方
中島 博士
霜山 學士
東京控訴院

大正四年十一月八日號同五年二月三日判決・本書五卷民法二二三頁)

一五 抵當權ノ讓渡ハ之ヲ登記スルニ非サレバ之ヲ以テ第三者ニ對抗スル能ハス故ニ假令其抵當權ニ因テ擔保セザルル債權ヲ
 他ノ債權ニシテ事實アリトスルモ其債權カ效力アル場合ニ於テハ第三者ハ登記簿上抵當權トシテ登記シタル者ニ對シテ其登記ノ
 抹消ヲ求ムルコトヲ得(大阪控訴院明治四〇年一月二七日判決法律新聞四七四號六頁)

一六 買賣ニ付テ相手方カ財產權ヲ移轉スルノ意思表示ナキニ拘禮ニ不動產買賣證書ヲ作成シ買賣ニ因リ所有權移轉ノ登記
 ヲ爲スモノニ依リテ所有權ヲ取得スルモノニ非ス隨テ其不動產カ數回轉讓シテ登記簿上他人ノ名義ニ變更セザルルモ其轉得
 ハ元來所有權ヲ有セザル者ヨリ取得シタルモノナレハ登記ノミニ依リテハ其所有權ヲ取得シ得サルモノトス(宮崎地方判決法
 律新聞四一六號七頁)

【同上抹消登記ニ關スル參照學說判例】

一 無効ノ登記ニシテハ登記ノ實質上ノ物權關係ト一致セシムルニ付テ利益ヲ有スル者ハ其抹消ヲ請求スルコトヲ得可シ此場
 合ノ相手方ハ登記權利者ナリトス然シテナカラ登記カ形式上有效ナル場合ニ於テハ假令實質上無効ナリトスルモ登記官更ハ自備
 的ニ之ヲ抹消スルヲ得ス必ス當事者ノ申請ヲ俟ツ可シ(法學博士中島吉氏民法釋義物權六四頁)

二 登記原因ヲ缺ク登記ニ付テハ實體上ノ權利者ハ登記簿上ノ權利者ニ對シテ登記抹消ヲ請求シ得ヘシ然レトモ登記ニシテ形
 式的有效ナル以上假令實體上登記原因ノ無効存スルモ登記官吏ハ自備的ニ之ヲ抹消スルコトヲ得ス必ス當事者ノ申請ヲ待ツテ
 之ヲ抹消スル(法學士霜山精一氏物權法要論三五判三九頁)

三 所有權移轉登記ニ於テ保爭ノ不動產ノ所有權ヲ取得スルニ付テ正當ナル法律上ノ原因ヲ缺カスルトキハ該登記ハ無効ニシテ
 登記名義者ハ之ヲ抹消スル義務アルモノトス(東京控訴院大正七年三月二二日號同年一月四日判決本書七卷商法三五七頁)

四 甲ノ不動產ニツキ乙カ自己名義ノ所有權保存登記ヲ爲シ丙ニ對シテ買賣名義ニ依ル所有權移轉ノ登記ヲ爲スモ之等登記ハ何
 レモ實體上ノ權利ニ伴フ登記ニシテ其無効ナルコト勿論ナルヲ以テ乙丙ハ甲ニ對シテ之レカ抹消ノ手續ヲ爲ス可キノ義務アル
 ルヤ無効ナリ(同上大正四年十月四日號同五年五月九日判決本書五卷商法四九一頁)

五 登記ノ抹消ハ登記原因ノ無効又ハ登記シタル權利ノ消滅ニ於テノミ之ヲナスヘキモノトス(同上大正七年五月六日
 號同年二月二日判決本書七卷諸法四〇〇頁)

判旨第一點ハ正當ナリ所有權取得登記ノ抹消ト抵當權登記ノ抹消トハ均シク登
 記原因ノ無効若クハ登記シタル權利ノ消滅ノ場合ニ於テ爲ササルモノナリト雖
 モ各自其權利關係ヲ異ニスルノミナラス各請求ハ必スシモ權利關係ヲ同一ニシ

ミ確定スルコトヲ要スルモノニ非ス從テ普通共同訴訟ニ依ルコトヲ得ルハ格別
之ヲ以テ必要的共同訴訟ト謂フコトヲ得サルハ明ナリ判旨第二點ノ正當ナルコ
ト多言ヲ要セサルヘシ

(一五五)

- 二三第一項 不動産ニ付テハ其所在地ノ裁判所ハ總テ不動産上ノ訴殊ニ本權並ニ占有ノ訴及ヒ分割並ニ境界ノ訴ヲ
專ラニ管理ス
- 二二七 裁判所ハ民法又ハ此法律ノ規定ニ反セサル限りハ辯論ノ全旨趣及ヒ或ル證據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キヲ自由ナル心證ヲ以テ判斷スヘシ
- 二三第一項 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

境界確定ノ訴ニ於テハ裁判所ハ當事者ノ主張ニ拘束セラルルコトナク自ラ眞實
ナリト認ムル所ニ從ヒ境界ヲ確定スルコトヲ得ルモノトス

境界訴訟ニ於テハ裁判所力如何ニ境界ヲ形成スヘキカハ常ニ自由ニシテ之レニ
符合スル當事者ノ申立アルヲ必要トセサル力故ニ裁判所力當事者ノ主張ノ範圍
内ニ於テ之ヲ決定メサル場合ニ於テモ當事者ノ求メサルモノヲ原告若クハ被告ニ
歸スルモノト謂フ可ラス

境界確定ノ訴ニ於テハ裁判所ハ當事者ノ主張ニ拘束セラルルコトナク自ラ眞實ナリ
ト認ムル所ニ從ヒ境界ヲ確定スルコトヲ得ヘシト雖モ其境界ハ當事者ノ主張範圍内
ニ於テ確定スヘキモノニシテ其ノ範圍外ニ於テ確定スヘキモノニ非ス(大審院大正九
年三月四日民二部判決本書本卷民訴九〇頁)判旨前段ニ於テ境界確定ノ訴ニ於テハ裁

【境界確定ノ訴ノ性質ニ關スル參照學說判例】

本卷民訴九二頁以下

判所ハ當事者ノ主張ニ拘束セラルルコトナク自ラ眞實ナリト認ムル所ニ從ヒ境界ヲ
確定スルコトヲ得ト云ヘルハ洵ニ正當ナリ蓋シ此訴ニ於テ原告ノ請求スル所ハ實ハ
單ニ境界ヲ決定ムル判決ニシテ如何ナル線ヲ以テ境界ト爲スヘキカノ原告ノ主張ハ單
ニ判決ノ資料タル事實上ノ陳述ニ過キス故ニ如何ナル線ヲ以テ境界ト爲スヘキカノ
原告ノ主張ハ之レナクトモ訴ノ申立ハ一定ヲ缺クコトナク又之カ變更ハ訴ノ變更ヲ
來ササルノミナラス裁判所力境界ヲ決定ムルニ當リ其主張ニ拘束セラルルヘキ理由固ヨ
ク存セザレハナリ然レトモ判旨後段ハ其境界ハ當事者ノ主張ノ範圍内ニ於テ確定ス
ヘシト云フハ當事者ノ主張ノ所有權ノ範圍内ニ於テ境界線ヲ決定ムヘシトノ謂ナルヘシ
若レ然リトセハ大審院ハ當事者ニ無意義ナル主張ヲ強フルモノナルト同時ニ又時ニ
判旨自體カ不能ヲ命スルモノナリ蓋シ隣地間ノ境界カ主觀的ニ不明ニシテ當事者カ
之ヲ知ル能ハサル場合又ハ相隣地カ二個以上ニシテ其境界線カ一點ニ集合シ互ニ屈
曲セル場合ニ於テ各當事者ノ主張スル集合點カ異ナルトキノ如ク或ハ根據ナキ主張
ヲ爲シレバ或ハ裁判所ハ各當事者ノ主張ノ範圍内ニ於テ境界線ヲ決定ムルコト理論上
不能ナレハナリ判旨力此線ヲ爲シタルハ境界訴訟ノ判決ニシテ確定スルコトキハ土地
所有權ノ範圍モ亦自ラ決セラルルノ實際ノ結果ニ眩惑セラレタルモノナルヘシト雖
モ此結果タルヤ境界線ノ形式ニ必然伴フヘキ間接ノ結果ニシテ之ヲ以テ境界訴訟ノ
目的ト混同スヘカラス要之境界訴訟ニ於テハ裁判所力如何ニ境界ヲ形成スヘキカハ
常ニ自由ニシテ之レニ符同スル當事者ノ申立アルヲ必要トセサル力故ニ裁判所力當
事者ノ主張ノ範圍内ニ於テ之ヲ決定メサル場合ニ於テモ當事者ノ求メサルモノヲ原告
若クハ被告ニ歸スルモノト謂フ可カラズ(法學博士山田正三氏法學論叢第四卷第六號一三六頁)境界確定
ノ申立ト第三一條トノ關係(要領)

【境界確定ノ訴ト一定ノ申立ニ關スル參照判例】

本卷民訴九一頁同九四頁

論旨ハ概ネ妥當ノ見解ニシテ吾人亦之ニ贊同スルニ吝カナラス(本卷民訴二五七頁評論)唯論旨第二點後段ノ論結ヲ採ルニ就テハ仍ホ多少考慮ノ餘地アリト信ス

(一五六)

五三二第一項 執行文ノ附與ニ對シ債務者カ異議ヲ申立テタルトキハ其執行文ヲ附與シタル裁判所書記ノ屬スル裁判所之ヲ裁判ス

五四五第一項 判決ニ因リ確定シタル請求ニ關スル債務者ノ異議ハ以テ第一審ノ受訴裁判所ニ之ヲ主張スヘシ

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

債務名義ノ有效ニ存在スルコトヲ前提トシ實體上執行ヲ受ク可カラサルコトヲ主張シテ執行力ノ廢棄ヲ求ムルニハ請求ニ關スル異議ノ訴ヲ以テ之ヲ爲ス可ク又債務名義ノ無効ヲ理由トシテ債務名義其モノニ關スル形式上ノ異議ヲ主張シ執行文ノ取消ヲ求ムルコトハ執行文付與ニ關スル異議ノ申立ニ依リテ之ヲ爲スヘキモノトス

債務名義其モノノ無効ヲ主張スルニ非スシテ債務名義ハ形式上有效ニ存在スルモ之ニ據ケラレタル主債務竝ニ保證債務ノ存在ヲ否認シ實體上執行ヲ受クヘカラサルコトヲ主張シテ其執行力ノ廢棄ヲ求ムルトキハ請求ニ關スル異議ノ訴トシテ適法ナル事由ヲ主張スルモノトス

【關係事項】

同年十月二十七日民三部横田裁判長大倉磯谷松岡滋淵各判事判決

債務名義ニ關シ執行力ノ廢棄ヲ求ムルコトヲ前提トシ實體上執行ヲ受ク可カラサルコトヲ主張シテ執行力ノ廢棄ヲ求ムルニハ請求ニ關スル異議ノ訴ヲ以テ之ヲ爲ス可ク又債務名義ノ無効ヲ理由トシテ債務名義其モノニ關スル形式上ノ異議ヲ主張シ執行文ノ取消ヲ求ムルコトハ執行文付與ニ關スル異議ノ申立ニ依リテ之ヲ爲スヘキモノトス

破産清算 ○原審東京控訴院 ○強制執行異議事件 ○上告人若月訴訟代理人辯護士青山泰治被上告人都合賣會社

訟代理人辯護士平堀健助

【請求異議ノ訴ノ性質ニ關スル參照學說】

本卷民訴一六〇頁以下

【請求異議ノ訴ト執行文附與ニ對スル異議ニ關スル參照判例】

本卷民法一六二頁以下

判旨ハ正當ニシテ賛同スルニ吝ナラス本問ニ關シテハ既ニ吾人ノ之ヲ詳論シ卑見ヲ開示シタルヲ以テ參照セラレタシ(本卷民訴一六四頁第八卷民訴二六一頁評論)

(一五七)

一三四 裁判所ハ閉テタル辯論ノ再開ヲ命スルコトヲ得

四三四

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り之ヲ爲スコトヲ得

閉テタル辯論ノ再開ヲ命スルト否トハ一ニ裁判所ノ專權事項ニ屬スルヲ以テ裁判所カ一度事件ノ裁判ヲ爲スニ熟スルモノト認メ辯論ヲ閉テタル後ニ於テハ縱令當事者カ其攻撃又ハ防禦方法ニ盡サザル所アリ證據提出ニ缺クル所アリテ之カ補充ヲ爲サンカ爲メニ辯論再開ノ申請ヲ爲シ而シテ裁判所カ之ヲ採用セストスルモ是レ一ニ其專權行使ニ外ナラザレハ之ヲ以テ主張若クハ立證ノ途ヲ杜絶シタル不法アルモノト謂フヲ得サルモノトス

餘レトモ閉テタル辯論ノ再開ヲ命スルト否トハ一ニ裁判所ノ專權事項ニ屬スルヲ以テ

テ裁判所カ一タヒ事件ノ裁判ヲ爲スニ熟スルモノト認メ辯論ヲ閉テタル後ニ於テハ假令當事者カ其攻撃又ハ防禦方法ニ盡サザル所アリ證據提出ニ缺クル所アリテ之カ補充ヲ爲サンカ爲メニ辯論再開ノ申請ヲ爲シ而シテ裁判所カ之ヲ採用セストスルモ之レ一ニ其專權行使ニ外ナラザレハ之ヲ以テ主張若クハ立證ノ途ヲ杜絶シタル不法アルモノト謂フヲ得ス然ラハ上告人カ原審ノ辯論終結後ニ於テ主張事實立證ノ爲メ辯論再開ノ申請ヲ爲シ原裁判所カ之ヲ採用セス而シテ立證十分ナラストシテ上告人ノ請求ノ一部ヲ排斥シタリトスルモ是レ一ニ其專權ノ行使ニシテ元ヨリ何等不法ナケレハ論旨ハ理由ナシ(大審院大正九年(オ)第六二九號同年十月十一日民二部馬場裁判長田上瀧成道三宅各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審長野地方裁判所○締糸返還請求事件○上告人大田鐵太郎訟代理人辯護士飯田寛次郎同宮崎要次郎被上告人今井新二郎

【同趣旨學說判例】

- 一 閉テタル辯論ヲ再開スルト否トハ一ニ裁判所ノ職權ニ屬スルモノナレハ裁判所ハ當事者ノ再開申請ニ付キ之カ當否ヲ裁判スルノ要ナキモノトス(法學博士山田正三氏法學論叢第一卷第六號一一六頁本書中八卷民訴一八七頁)
- 二 辯論ヲ再開スルト否トハ當事者ノ申請ヲ俟テ決スヘキモノニ非ス一ニ受訴裁判所ノ職權ヲ以テ自由ニ之ヲ決シ得ルモノトス而シテ其職權ニ關スル事項ニ關シテハ裁判所ハ當事者ノ申請ニ付キ必スシモ許否ノ裁判ヲ爲スヲ要セス(大審院明治三六年一月三日民一部判決民錄九輯一三五七頁)
- 三 閉テタル辯論ヲ再開スルト否トハ一ニ裁判所ノ職權ニ屬スルモノトス從テ裁判所ハ當事者カ爲シタル再開ノ申請ニ付キ一許否ノ決定ヲ爲スノ責ナシ(大審院明治三八年二月二十八日民一部判決民錄一一輯二七頁)

【同上參照學說】

- 一 辯論ノ再開ハ一ニ裁判所ノ職權ニ屬ス當事者ハ唯之ヲ請願シ得ヘキノミ(法學博士高木豐三氏民事訴訟法論綱五三九頁)
- 二 辯論ノ再開ハ聲明權行使ノ必要上認メラレタルモノナルヲ以テ當事者ハ辯論ノ再開ヲ求ムル權ナシ若シ當事者ヨリ再開ノ申立ヲ爲スモ訴訟法上認メラレタル申立ニアラサルカ故ニ裁判所ハ之ニ付キ裁判ヲ與フルノ權利義務ヲ有セサルモノトス(法學博士細野長良氏民事訴訟法要義三三四頁)

判旨ノ正當ナルコト多言ヲ要セス(第八卷民訴一八八頁評論)

(一五八)

二七 裁判所ハ民法又ハ此法律ノ規定ニ反セサル限りハ辯論ノ全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自由ナル心證ヲ以テ判斷スヘシ
三六〇 當事者ノ提出シタル許シ可キ證據ヲ調ヘタル結果ニ因リ證ス可キ事實ノ眞否ニ付キ裁判所カ心證ヲ得ルニ
足ラサルトキハ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ原告若クハ被告ノ本人ヲ訊問スルコトヲ得

本人訊問ニ於ケル供述ノ證據力ニハ法律上何等制限ナキヲ以テ其本人ニ利益ナ
ル供述ナルト將又不利ヲ生ズル供述タルトヲ問ハス之カ採否ハ一ニ事實裁判官ノ
專權ニ屬スルモノトス

然レトモ事前ノ事實ヲ綜合シテ事後ノ事實ヲ推論スルハ論理ノ許容スル所ナルヲ以
テ原審カ被上告人ノ實母角谷まつノ妊娠以前ニ成立シタル甲號各證ヲ同人ノ供述ト
ニ綜合シテ妊娠當時ニ於ケル角谷まつノ上告人トノ關係ヲ判斷シタル原審ノ認定ニ
何等不法ナキノミナラス本人訊問ニ於ケル供述ノ證據力ニハ法律上何等制限ナキヲ
以テ其本人ニ利益ナル供述ナルト將又不利ヲ生ズル供述タルトヲ問ハス之カ採否ハ一
ニ事實裁判官ノ專權ニ屬スルモノトス故ニ原審カ訴訟無能力者タル被上告人ノ法律
上代理人訴外角谷まつノ本人訊問ニ於ケル被上告人ニ利益ナル供述ヲ採用シテ被上
告人ノ利益ニ事實ヲ認定シタリトテ是亦何等不法ナキヲ以テ上告論旨ハ理由ナレハ大
審院大正九年(オ)第六四一號同年十月十一日民二部馬場裁判長田上瀧淵成道三宅各判事判決

【關係事項】 上告棄却○原審東控訴訟○私生子認知請求事件○上告人木野仁右衛門訴訟代理人辯護士野村大五郎被上告人
角谷仁助

【同趣旨學說判例】

高木博士
板倉博士
若本學士
細野學士
大審院

一 本人出頭シテ受ケタル結果ノ效力ハ一ニ裁判所ノ心證如何ニ依リテ定マルモノトス故ニ法律上之ニ一定スルコトヲ得ス
(法學博士高木登三氏民事訴訟法論六三三五頁)
二 訊問ニ應ジテ本人ノ爲メタル供述ハ第二七第七條ニ依リ心證判斷ノ材料ト爲ルモノナリ而シテ裁判所ハ本人ノ供述ニ因リ其
相手方ニ不利ナル事實ヲ認定スルコトヲ得ルモノニシテ極端ニ論スレハ原告提出ノ資金證書ハ相手方ノ否認スル所ニシテ檢眞
ノ結果ニ因リモ眞實ナリト認ムル能ハサル場合ニ於テモ本人訊問ニ對スル原告ノ供述ト他ノ狀況トヲ綜合シテ資金ノ事實ヲ認
定スルヲ得ルモノトス(法學博士板倉松太郎氏民事訴訟法論第四冊三五八三頁)
三 當事者本人ノ供述カ如何ナル證據力ヲ有スルカハ證人ノ場合ト同様裁判所ノ自由ナル心證ニ依リテ之ヲ決ス可キモノニ
シテ獨逸ニ於ケル宣誓證ノ如ク法定證據ニ屬スルモノアルニテ故ニ其供述ヲ以テ直ニ之ヲ眞實ト認メサル可クサルモノニ非
ラス(法學士若本勇次郎氏民事訴訟法論大講一七二頁)
四 當事者本人訊問ニ付テ我國法ノ自由心證主義ヲ採リ裁判所ハ各場合ノ事情ニヨリ其證據力ヲ定ム可キモノトス(法學士細
野長良氏民事訴訟法論第二卷五三六頁)
五 事實承審官ニ於テ當事者ノ供述ノ一部ヲ信用シ他ノ部分ヲ信用セサルトキハ其一部ヲ採用シ他ノ部分ヲ排斥スルコトヲ
(大審院 治三九年民錄一五五一頁)

參照判例

裁判所ハ辯論ノ全趣旨及ヒ證據調ノ結果ヲ斟酌シ自由ナル心證ヲ以テ事實ノ眞否ヲ判斷スヘキモノナレハ當事者本人ノ訊問ノ
結果其眞實者ニ利益ナル供述ト雖モ之ヲ他ノ證據ニ參酌シテ心證ヲ得ルニ足ルヘクハ裁判所ハ之ヲ相手方ノ不利ニ採用ス
ルヲ妨ケス(大審院明治四五年(オ)第一七八號同第六月二二日判決本書第一卷民訴一六五頁)

判旨ハ正當ナリ蓋シ我民事訴訟法ハ自由心證主義ヲ採用シ(二一七條)當事者本人
訊問ノ場合ニ於テモ特ニ其證據力ヲ限定シタル規定ナキカ故ニ證人ノ場合ニ於
ケルト等シク事實裁判官ノ自由ナル心證ニ依リテ其採否ヲ決スルコト得ルモノ
ニシテ相手方ノ利益若クハ不利ニ事實ヲ認定スルト否トハ一ニ事實裁判官ノ
專權ニ屬スルヲ以テナリ

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存ス但書面ヲ以テ合意ヲ爲シ且其合意

大審院判

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
 五〇 被告カ管轄邊ノ申立ヲ爲サスレ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
 一〇〇 口頭辯論ハ當事者ノ申立ヲ爲スニ因リテ始マル當事者ノ演述ハ事實上及ヒ法律上ノ點ニ於ケル訴訟關係ヲ包括ス可シ
 一一一 各當事者ハ相手方ノ主張シタル事實ニ對シ陳述ヲ爲スヘシ
 二〇六 妨訴ノ抗辯ハ本案ニ付テ被告ノ辯論前同時ニ之ヲ提出ス可シ
 第二 裁判所管轄邊ノ抗辯
 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レテ本案ノ辯論前ニ抗辯ヲ主張スル能ハサリシコト証明スルトキニ限り之ヲ主張スルコトヲ得

民事訴訟法第三〇條ニ本案ノ辯論トハ被告カ原告ノ主張スル訴訟ノ目的タル權利又ハ法律關係ニ付キ事實上又ハ法律上ノ陳述ヲ爲スコトヲ謂フヲ以テ被告カ提出スルコトヲ得ルモノトス」

當事者ノ爲ス一定ノ申立ハ口頭辯論ノ一部ニ屬スルモノナレトモ通常簡單ニ其求ムル判決ノ要點ヲ擧グルニ過キスシテ事實理由ヲ説明セサルモノナレハ當事者ニシテ特ニ事實理由ヲ説明シタル一定ノ申立ヲ陳述シタル場合ハ格別普通ノ形式ニ依レル簡單ナル一定ノ申立ヲ陳述スルノミニテハ訴訟ノ目的タル權利又ハ法律關係ニ付キ事實上又ハ法律上ノ辯論ヲ爲シタルニアラサルヲ以テ本案ノ辯論ヲ爲シタルモノト謂フ可ラス」

第一審ニ於テ管轄邊ノ妨訴抗辯ヲ提出スルニ先ダチ只原告ノ請求ハ之ヲ棄却ス訴訟費用ハ原告ノ負擔トストノ一定ノ申立ヲ爲シタルニ過キスシテ之ヲ説明ス

「ヘキ事實上又ハ法律上ノ陳述ヲ爲ササルトキハ本案ノ辯論ヲ爲シタルモノニアラス從テ管轄ニ合意シタルモノト看做サル可キモノニアラサレハ其提出シタル管轄邊ノ抗辯ハ違法ナルモノトス」

大審院判

然レトモ民事訴訟法第三〇條ニ本案ノ辯論ト云フハ被告カ原告ノ主張スル訴訟ノ目的タル權利又ハ法律關係ニ付キ事實上又ハ法律上ノ陳述ヲ爲スノ謂ナルコトハ法律ノ用語並ニ立法ノ趣意ニ照レテ明ナリ蓋シ同條ニ於テ被告ノ辯論ニ管轄合意ノ效力ヲ生セシメタル所以ノモノハ被告カ既ニ管轄ニ關スル問題ヲ離レテ原告ノ主張ニ係ル權利又ハ法律關係ニ對スル事實上又ハ法律上ノ爭點ニ移リテ辯論シタルトキハ訴訟ノ進行ニ一歩ヲ進メタルモノナルヲ以テ此後ニ至リ新ニ管轄邊ノ抗辯ヲ提出スルハ裁判所ノ審理及ヒ當事者ノ辯論ヲシテ訴訟進行前ノ程度ニ復セシムルモノニシテ訴訟事件ヲ混雜ナラシメ其進行遅延セシムルモノト謂ハサルヲ得ス此不便ヲ避クル爲メ法律ハ訴カ合意管轄ヲ許ス場合ニ於テハ被告カ管轄邊ノ抗辯ヲ提出セシメテ訴訟ノ目的タル權利又ハ法律關係ニ關シ事實上又ハ法律上ノ辯論ヲ爲スニ至リタルトキハ其抗辯ヲ拋棄シテ管轄ノ合意ヲ爲シタルモノト看做シ後ニ至リ其抗辯ヲ提出スルコトヲ得サラシメタルモノト解スルヲ相當トスレハナリ故ニ被告カ辯論ヲ爲スモ未ダ斯ル事實上又ハ法律上ノ辯論ヲ爲ササル間ハ管轄邊ノ抗辯ヲ提出スル事ヲ得キモノトス而シテ當事者ノ爲ス一定ノ申立ハ口頭辯論ノ一部ニ屬スルモノナレトモ通常簡單ニ其求ムル判決ノ要點ヲ擧グルニ過キスレテ事實理由ヲ説明セサルモノナレハ當事者ニシテ特ニ事實理由ヲ説明シタル一定ノ申立ヲ陳述シタル場合ハ格別普通ノ形式ニ依レル簡單ナル一定ノ申立ヲ陳述スルノミニテハ訴訟ノ目的タル權利又ハ法律關係ニ付キ事實上又ハ法律上ノ辯論ヲ爲シタルモノニアラサルヲ以テ本案ノ辯論ヲ爲シタルモノト謂フ可カラズ本件被告上告人ハ第一審ニ於テ管轄ノ妨訴抗辯ヲ提出

維本博士

岩田博士

細野學士

スルコ先チ只原告ノ請求ハ之ヲ棄却ス訴訟費用ハ原告ノ負擔トストノ一定ノ申立
 ヲ爲シタルニ過キスシテ之ヲ説明ス可キ事實上又ハ法律上ノ陳述ヲ爲シタルニアラ
 ヲルヲ以テ本案ノ辯論ヲ爲シタルモノニアラス從テ管轄ニ合意シタルモノト看做サ
 ル可キモノニアラサレハ其提出シタル管轄違ノ抗辯ハ適法ナルモノトス故ニ原裁判
 所カ被上告人ノ管轄違ノ抗辯ハ第一審ノ本案辯論前有效ニ提出セラレタルモノナリ
 ト判斷シタルハ相當ニシテ上告論旨ハ理由ナシ(大審院大正九年(オ)第四四六號同年十月十四日民二
 部馬場裁判長田上尾古成道三宅各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審長野地方裁判所○立替金請求事件○上告人武居錫吉訴訟代理人辯護士花村四郎被上告人足立勤
 吉訴訟代理人辯護士牧野充安

【民訴第三〇條本案ノ辯論ノ意義ニ關スル參照學說】

一 本條ニ關スル辯論トハ訴訟物タル法律關係ニ關スル辯論ヲ云フ故ニ原告カ口頭辯論期日ニ於テ訴ノ申立カ理由アルコトヲ
 示スヘキ法律上又ハ事實上ノ陳述ヲナス場合ニハ原告ハ本條ノ辯論ヲ爲スモノナリ從テ被告カ原告ノ右ノ陳述ニ對シ陳述ヲ爲
 ストキハ被告カ本案ノ辯論ヲ爲スモノナリ故ニ被告カ單ニ訴訟要件若クハ訴訟上ノ障害ノ存否ニ關スル辯論ヲ爲シ又ハ忌避ノ
 申請若クハ期日ノ變更辯論ノ延期ヲ求ムル申請ヲ爲スハ本案ノ辯論ヲ爲スモノニ非ラサルカ故ニ未ダ管轄權ヲ生スルコトナレ
 被告カ口頭辯論期日ニ出頭セル場合ハ因ヨリ管轄違ノ抗辯ヲ爲サスト雖モ又本案ノ辯論ヲ爲ササルカ故ニ未ダ應訴ニヨル管轄
 權ヲ生スルコトナシ(法學博士維本博士編造氏民事訴訟法上卷大正五京大講一五四頁)

二 第三〇條ニ本案ノ辯論ト稱スルハ原告ノ主張スル訴訟物ノ内容ニ付テノ辯論ナリ抗辯其他訴訟條件ニ付テノ辯論ニア
 ラズ原告カ主張スル訴訟物ノ内容ニ付テテ之ヲ認ムルカ争フカノ陳述ヲ本案ノ辯論ト稱ス且本案ノ辯論ヲ爲ストハ被告カ現實ニ
 辯論ヲ爲シタル場合ヲ謂フモノニシテ法律ノ規定ニ因リ被告カ本案ノ辯論ヲ爲シタルト同一ノ效果ヲ生スル場合ニ適用ナシ
 (法學博士岩田一郎氏民事訴訟法原論一三八頁)

三 本條ノ辯論トハ被告カ訴訟ノ目的物タル權利又ハ法律關係ニ就テ辯論スルヲ謂フナリ然ルカ故ニ被告カ民事訴訟法第二〇
 六條ノ妨訴抗辯ヲ爲シ又ハ期日延期ノ申立裁判官忌避ノ申請ヲ爲スモ或ハ訴提起ノ欠缺ヲ主張シ又或ハ權利保護ノ利益ナキコ
 トヲ主張シテ請求棄却ヲ求ムル辯論ヲ爲スモ未ダ本案ノ口頭辯論ト云フ能ハス故ニ民事訴訟法第三〇條ノ管轄ヲ生スルコトナ
 シ(法學士細野學士氏民事訴訟法第一編大正六中六講一四八頁)

【一定ノ申立ヲ爲シタルニ過キタル場合ト妨訴抗辯ニ關スル同意判例】

東京控訴
東京地方

大審院判

一 控訴人カ原告ニ於テ管轄違ノ妨訴抗辯ヲ提出スル前相手方ノ請求棄却ノ判決ヲ求ムル旨申立タル場合ニ於テ斯ノ如キ申
 立ヲ爲スニヨリテ當事者ノ辯論ハ開始セラルコト勿論ナリト雖モ之レヲ以テ被告ノ本案ニ關スル辯論ナリト爲サ得ス何ト
 ナレハ被告ノ本案ノ辯論トハ相手方ノ主張シタル請求ノ原因ニ關シ答辯スル事實上若クハ法律上ノ主張ヲ指稱スルモノナレハ
 ナリ左レハ控訴人ノ妨訴抗辯ハ時期ヲ失シタルモノニ非ス(東京控訴明治四四年(ネ)第六二八號同四年三月八日民三部判
 決法律新聞第七八一號二五頁本審第一卷民訴二九頁)

二 民訴第二〇六條第三項ノ本案ニ付テ被告ノ口頭辯論トハ原告ノ請求ノ原因タル事實上ノ事實並ニ法律關係ニ對シ被告ノ
 辯論ヲ謂ヒ被告カ原告ノ請求棄却ヲ求ムル申立ハ同條ニ所謂被告ノ本案ノ辯論ニ非ス(東京地方明治三六年二月二〇日判
 決法律第一三四號九頁)

判旨ノ正當ナルコト既ニ述ヘタルカ如シ(第一卷民訴二九頁評論)

一六〇

二二七 裁判所ハ民法又ハ此法律ノ規定ニ反セサル限りハ辯論ノ全趣旨及ヒ或ル證據調ノ結果ヲ斟酌シ事實上ノ主
 張ヲ實質ナリト認ム可キヤ否ヤヲ自由ナル心證ヲ以テ判斷スヘシ

三四四 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り之ヲ爲スコトナレ

證據ノ採否ハ事實裁判官ノ專權事項ニ屬スルヲ以テ當事者カ提出シタル證據ノ
 書證タルト人證タルト將又其他ノ證據資料タルトヲ問ハス事實裁判官カ之ヲ採
 用セサルコトヲ不當トシテ爲シタル論難ハ上告適法ノ理由ト爲ラサルモノトス

然レトモ證據ノ採否ハ事實裁判官ノ專權事項ニ屬スルヲ以テ當事者カ提出シタル證
 據ノ書證タルト人證タルト將又其他ノ證據資料タルトヲ問ハス事實裁判官カ之ヲ採
 用セサルコトヲ不當トシテ爲シタル論難ハ上告適法ノ理由ト爲ラサルモノトス

堀鶴吉カ保身法律行為成立ノ衝ニ當リタルモノニシテ且ツ上告人ノ主張ニ符合スル
 陳述ヲ爲セルニ拘ハラズ原告カ其證言ヲ採用セサルハ不法ナリト謂フニ在リテ之畢
 竟原告ノ職權行使ヲ非難スルニ過キサレハ採用スルニ足ラス(大審院大正九年(オ)第五九三號
 同年十月四日民二部田上裁判長大倉松岡成道三宅各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審山形地方裁判所○不動産所有權移轉登記請求事件○上告人石川菊訴訟代理人辯護士藤谷直太同
田中八治郎被告上告人高橋隆應

(一六一)

六第一項 訴訟物ノ價額ハ必要ナル場合ニ於テハ第三條乃至第五條ノ規定ニ從ヒ裁判所ノ意見ヲ以テ之ヲ定ム
民事訴訟用印紙法ニ 財産權上ノ請求ニ係ル第一審ノ訴訟ニハ訴訟物ノ價額ニ應ジ左ノ區別ニ從ヒ印紙ヲ貼用スヘ
シ

同第三項 財産權上ノ請求ニ非サル訴訟ニ付テハ其訴訟物ノ價額百圓ト看做シ印紙ヲ貼用スヘシ
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反訴ニ關リテハ民事訴訟法ノ定ムル所
ニ依ル

第一 五百圓ヲ超過セザル金額又ハ價額五百圓ヲ超過セザル物ニ關ル請求
民法七二三 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
ニ名譽ヲ回復スルニ適當ナル處分ヲ命スルコトヲ得

大阪區裁
判所判決

名譽毀損ニ因ル名譽回復ノ請求ハ其本質固ヨリ一種ノ損害賠償ナルコト民法第
七二三條ノ趣旨ニ徴シ明ナリトス
民事訴訟法ニ所謂財産權上ノ請求トハ財産ニ關スル法規ノ支配ヲ受クヘキ請求
若クハ法律關係ニシテ親族其他身分上ノ權利關係ニ對立スルモノト解スヘキモ
ノトス

名譽ハ一人ノ人格權ニシテ名譽回復ノ請求ハ其侵害ヲ理由トスル一種ノ損害賠償
方法タルニ過キザレハ何等親族相續其他身分上ノ權利ニ基ク請求ニ非ス

訴訟算定方法ニ付キ民事訴訟法ニ特別ノ規定アル場合以外ハ同法第六條ニ依リ
裁判所ノ自由ナル意見ニ依リテ訴訟額ヲ算定スヘク名譽回復ノ如キニアリテハ被

告力謝罪廣告及謝罪文ノ發送ヲ爲スコトニ依リテ原告力直接ニ受クヘキ客觀的
利益ヲ以テ算定スルヲ妥當トス
原告力被告ノ過失ニ因リ手形ノ不渡處分ヲ受ケタル場合ニ於テ原告力毀損セラ
レタル名譽ヲ回復スルニヨリ受クル利益ハ原告力商人ナルコト商人力不渡處分
ニヨリテ毀ルヘキ場合ノ商業上ノ名譽信用等ノ損害等諸種ノ事情ヲ綜合シ訴訟
物ノ價額ハ金五百圓以上ナリト認ムルヲ相當トス

【事實】事實ノ要旨ハ原告ハ被告銀行南堀江支店ト大正六年三月一日以來當座勘定取引
ヲ開始シ現今ニ及ヘルカ右大正九年五月七日原告ハ茂木合名會社大阪支店ニ宛テ額
面金五千九百八十六圓六錢支拂期日同年七月七日支拂地大阪市支拂場所被告銀行南
堀江支店ノ爲替手形ヲ振出し原告自ラ其引受ヲ爲シ蓋シ右ハ原告力茂木合名會
社大阪支店ニ對スル賣買契約解合値金辨濟ノ爲メ振出シタルモノニシテ其後右茂
木大阪支店ト交渉ノ末該手形支拂期日延長ノ合意ヲ爲シ手形ヲ銀行ニ廻附セザルコ
トノ瞭解ヲ得タリ然ル處突如茂木力財産整理狀態ニ入ルヤ該手形ハ右ノ事情ヲ知了
セザル横濱正銀行ノ手形ニ回收セラレ遂ニ被告銀行ニ振込マルルニ至レルモ原告ハ
是等ノ事情ヲ知ルニ由ナキヲ以テ茂木トノ前示特約ニ安シ何等被告ニ預金拂込ノ手
續ヲ爲サザリシモノトス然ルニ其支拂期日ニ至リ現ニ原告ハ金五百圓餘ノ預金アル
ニ拘ハラヌ被告ハ「取引無シ」トノ理由ノ下ニ該手形ヲ不渡處分ト爲スニ至レハ原告ハ
事ノ意外ニ驚キ且被告ノ不當ノ處置ヲ慨シ一面茂木ヲ責ムルト共ニ他方被告ヲ詰問
セル處茂木ハ陳謝ノ意ヲ表シ大阪鐵商同業組合員ニ親展狀ヲ發シ原告ノ信用回復ニ
努力シタルニ拘ハラヌ被告ハ單ニ陳謝ノ意ヲ表スルノミニシテ何等信用回復ニ必要
ナル相當手段ヲ講セザルモノトス若シ被告ニシテ「預金不足」ノ附屬ヲ附センカ銀行間

ノ慣例トシテ不渡處分ニ至ル迄一日間ノ猶豫存スルヲ以テ手形圖收預金拂込等相當方法ヲ講シ不渡處分ノ不名譽ヲ蒙ルニ至ラザリシニ拘ハラヌ被告銀行南堀江支店長並ニ其行員ノ不注意ニ基キ事故ニ出テス叙上ノ不當ノ處分ヲ爲スニ至リタル爲メ原告ハ三年間銀行取引ヲ爲シ能ハサルノ悲境ニ陥リ一面商人トシテノ社會上ノ地位ヲ不當侵害セラレ名譽ヲ失墜セルコトハ多言ヲ要セザレハ茲ニ其名譽回復ヲ求ムル爲メ本訴請求ニ及フト謂フニ在リテ被告ノ抗辯ニ對シ第一本件請求ニ係ル名譽回復請求權ハ金錢ニ見換ルコト能ハサレハ民事訴訟印紙法第三條第一項ニヨリ其價格百圓ト看做サルルノ結果當然區裁判所ノ管轄ニ屬ス然リ而シテ同條ハ單ニ印紙貼用ノミニ關スル規定ニ非ラズシテ(一)百圓ト見做ストノ文言ヨリ看ルモ非財產權上ノ請求ハ法律ノ限制ニ依リ之ヲ財產權上ノ請求ト同一ニ取扱ヒ其價格ヲ百圓トナストノ趣旨ナルコトハ明ナリ(二)又人事訴訟手續法等ニ非財產權上ノ請求ニ付テハ殆ント其管轄ノ規定存スルニ拘ハラヌ本件請求ノ如キ訴ニ關シ其規定ヲ缺欠スルノ點ヨリ看ルモ至當トス(三)又實際上ノ必要ヨリモ名譽回復ノ如キ事迅速ヲ尊フ案件ハ區裁判所ノ管轄ニ屬スヘキモノナリトス第二假ニ本件力財產權上ノ請求ナリトスルモ民事訴訟法第六條ニ依リ裁判所ハ自由ナル意見ヲ以テ其訴訟物ノ價格ヲ定メサルヘカラス而シテ其評定ノ標準ハ結局民事訴訟印紙法第三條第一項ニ求メサルヘカラスルヘシ然リ而シテ同條ハ親族法上財產法上ノ權利ノ評價ニ付キ之ヲ百圓ト看做スヘキ旨ヲ定メタルモノナレハ名譽回復ヲ求ムル本訴ハ其訴訟物ノ價格ノ點ヨリ看ルモ結局當裁判所ノ管轄ニ屬スヘキモノナルコト明カナレハ叙上何レノ點ヨリ看ルモ被告抗辯ハ理由ナシト陳述シ尙假ニ本訴力管轄違トシテ却下セラレル場合ニハ本件被告訴訟代理人ハ原告ノ訴ヲ却下ストノ判決ヲ求ムル旨申立タリ

由トシテ第一本件ハ財產權上ノ請求ニ非サル請求ナルヲ以テ當然地方裁判所ノ管轄

ニ屬スモノトス蓋シ(一)身分上ニ關スル人事訴訟等非財產權上ノ請求ヲ地方裁判所ノ管轄トセル規定ノ存スルコト(二)地方裁判所ハ區裁判所ノ事務ノ管轄ニ屬セザル餘ノ一切ノ訴訟ヲ管轄セシメタル立法上ノ趣旨ヨリスルモ非財產權上ノ請求ヲ地方裁判所ノ管轄ニ屬スルモノナレハナリ(三)況ンヤ故意過失等幾多慎重ノ審理ヲ要スヘキ本訴案件ハ簡便迅速ヲ旨トスル區裁判所ノ管轄ニ屬セザルコト訴訟法ノ趣旨ニ照シ明カナルニ於テオヤ第二假ニ然ラズトスルモ本訴訴訟物ノ價格ハ優ニ五百圓以上ナルヲ以テ此點ヨリ看ルモ當裁判所ハ本件ニ付キ事務ノ管轄權ナレ蓋シ大阪朝日新聞大阪毎日新聞ノ二紙活字一回ノ廣告費金二圓ナルヲ以テ本訴請求ノ謝罪廣告費ハ右二種ノ新聞ニ於テモ既ニ金二千圓以上ヲ要スヘケレハナリ叙上ノ何レノ點ヨリスルモ本訴ハ管轄違トシテ却下スヘキモノトスル旨陳述シタリ

【理由】第一本訴ハ民事訴訟法所謂財產權上ノ請求ニ非サル請求ナリヤ否ヤニ付案スルニ本訴ハ被告ノ不法行為ニ基キ原告ヲ其名譽ノ毀損ヲ蒙リタリトシ其回復方法トシテ謝罪廣告及謝罪文ノ發送ヲ求ムルモノニシテ民法第七百二十三條ニ基クモノナルコト原告ノ主張自體ニ徴シ明瞭ナリトス由來我國法ハ金錢賠償主義ヲ原則トシ名譽侵害ニ對シテハ其賠償ノ額ヲ金錢ニ見換ルコト至難ナルト一面金錢賠償ノミナリテハ其保護ニ充分ナラザルニヨリ金錢賠償以外ニ更ニ一ノ特別救済方法トシテ名譽回復ヲ爲スニ適當ナル處置ヲ爲スヘキコトノ定メタルモノナレハ即チ是レ單ニ金錢賠償ノ一例外タルニ過キスシテ其本質タルヤ固ヨリ一種ノ損害賠償ナルコト民法第七百二十三條ノ趣旨ニ徴シ洵ニ明カナリトス果シテ然ラハ本訴請求ハ財產權上ノ請求ナルコト疑テ容レズ蓋シ民事訴訟法ニ所謂財產權上ノ請求トハ財產ニ關スル法規ノ支配ヲ受クヘキ請求若クハ法律關係ニシテ親族其他身分上ノ權利關係ニ對スルモノト解スヘク本訴請求ハ損害賠償ノ一變例タルニ過キスシテ其性質上財產ニ關スル法規ノ支配ヲ受クヘキ請求ニ關スルモノナルコト通常ノ損害賠償ト何等異ル所ナケレハナリ民法第七百二十三條力債權編ノ規定ナル一事ニ徴スルモ事由自ラ明カナリ

ス從テ非財産權上ノ請求ナルコトヲ理由トスル被告ノ管轄違ノ抗辯ハ理由ナシ又原告ハ本訴ヲ身分上ノ權利ニ基クテ請求ノ如ク主張スレトモ名譽ハ固ヨリ一人ノ人格權ニシテ本訴ハ其ノ侵害ヲ理由トスル一種ノ損害賠償方法タルニ過キサレハ何等親族相續其他身分上ノ權利ニ基クテ請求ニ非ラス

【關係事項】 原告敗訴○名譽回復請求事件○原告松本政治郎訴訟代理人辯護士瀧本實外一名○被告株式會社近江銀行法律上代理人取締役池田三郎訴訟代理人辯護士武田貞之助外一名

【判旨第二點財産權上ノ請求ノ意義ニ關スル同趣旨學說判例】

一 裁判所構成法ノ規定スル所ニ依レハ訴訟物ヲ財産法上ノ法律關係タル場合ニ於テハ事物ノ管轄ハ訴訟物ノ價額ニ依リテ定マルコトアルモノトス然レモ民法ノ規定ニ依レハ財産法上ノ法律關係ノ一種タル價額ハ金錢ニ見積ルコトヲ得サルモノヲ以テ其目的ト爲ス トヲ得ルモノトス然レモ財産法上ノ法律關係ハ裁判所構成法上總テ金錢上ノ價額ヲ有スルモノト認メサルヘカラサルカ故ニ事物ノ管轄ハ訴訟物タル財産上ノ法律關係ノ價額ニ依リテ定マル場合ニ於テハ斯ル財産法上ノ法律關係ハ總テ之レヲ金錢ニ見積リ以テ價額ヲ計算セサルヘカラス(法學博士仁井田益太郎氏法學第三卷第三號一頁以下本書第七卷七頁)

仁井田博士 山田博士

大審院

【判旨第三點名譽ハ人格權ナリヤ否ヤニ關スル參照學說】

一 私權ハ財産權モ吾人カ生命身體ノ安全自由及名譽ニツイテ有スル權利ノ如キ皆七〇九條ノ權利中ニ包含セラルルハ疑ナシ(法學博士土方憲氏民法債權下入正四東大講三三三頁)

土方博士 三博士 平沼博士 横田博士 松本博士 鳩山博士 乾博士 博泉博士 547 (民訴)

譽權ナリ(法學博士泉二新藤氏日本刑法二二五頁)
九 第七一〇條ニ依ルトキハ各人自己ノ名譽ノ上ニ私法上ノ權利ヲ有スルコトハ明瞭ナリ(法學博士二上兵治氏債權各論一八四頁)

- 一〇 其權利ハ如何ナル種類ノモノタルヤハ之ニ制限ナシ私權タル以上ハ物權債權等ノ如キ財產權タルト生命身體自由名譽ノ如キ人格權タルト或ハ親權夫權戸主權等ノ如キ親族權タルト其他特許權商標權意匠權版權ノ如キ特別權タルトハ問ハサルナリ(法學士磯谷幸次郎氏民法債權原論明治四一中大講一三〇頁)
- 一一 人格權トハ自己ノ身體ヲ客體トスル權利ナリ人カハトシテ有スル位置ヲ維持スルカ爲メニ必要ナル權利ナリ生命身體自由名譽權等之ニ屬ス(法學士嘉山幹一氏民法總論大正二中大講四六頁)
- 一二 名譽モ亦タ一ノ權利トシテ保護セラルル(法學士菱谷精五郎氏不法行為論五六頁)
- 一三 名譽モ亦タ一ノ權利トシテ保護セラルルハ心身ノ品性ヨリ湧出セラレタル幸福ト觀ルヘキモノナルノ點ニ於テ智能權ト略相類似タリ然レトモ名譽權ハ必身ノ活動自體ニアラサルノ點ニ於テ自由權ト異リ金錢上ノ評價ヲ爲シ能ハサルノ點ニ於テ財產權ト異リ而シテ名譽ハ客觀的ニ知人ノ感得セル意見ニ過キサルノ點ニ於テ智能權トモ亦タ相異ルモノトス(同上不法行為論五六頁)
- 一四 同條ノ權利ハ單ニ財產權ニ限ルヘカラス生命身體自由名譽ノ如キ人身ト分離スヘカラサル所謂人格權ヲモ包含スルハ七〇條七一一條等ノ規定ニ觀シテ毫モ疑ヲ容レザル所ナリ(判事伊藤藤三郎氏本書三卷民法九二二頁)

【判旨第四點訴訟物ノ價額ノ算定標準ニ關スル參照學說】

- 一 訴訟物ノ價額ハ訴訟物タル法律關係ニ付キ一般ニ認ムル價額(客觀的價額)ニシテ當事者ノミノ認ムル價額(主觀的價額)ニ非ス而シテ訴訟物ノ價額ヲ定ムルニ當リテハ訴訟物ニ付キ原告ノ有スル利益ヲ標準トスヘキモノトス(法學博士仁井田益太郎氏法學協會雜誌第三卷第三號一頁以下本書第七卷民法訴訟一〇以下)
- 二 訴訟物ノ價額ノ觀念ノ要素ハ(1)原告又ハ反訴原告カ訴訟物タル權利又ハ法律關係ニ付キ有スル利益ハ之ヲ斟酌セズ被告ノ有スル利益カ原告ノ有スル利益ヨリ大ナル場合亦同(2)原告カ勝訴判決ヲ受クルコトニ付キ直接ニ存スル利益ニヨリ定メサルヘカラス間接ニ有スル利益ハ斟酌セズ(3)原告ノ有スル利益ハ客觀的ニ測定スルヲ要ス(法學博士雄本朝造氏大正五年度民事訴訟法大講八五頁)
- 三 訴訟物ノ價額ハ訴訟物其モノノ價額ニシテ當事者カ實際有スル利益ヲ謂フモノニアラサルカ故ニ其主觀的價額ニ依リ決スルヲ得ス取引價額ニ依リ取引價額ナキモノニ付キ客觀的價額ニ依ル若シ客觀的價額カ原告若クハ被告ノ利益ヲ標準トナスニ依リ異ルトキハ原告ノ利益ノ客觀的價額ニ依ルヘキモノトス(法學博士山田正三氏京都法學會雜誌第一三卷一〇六號二六頁以下第一一號二九頁以下本書第七卷民法訴訟三三二頁以下)

所有權(物有價證券又ハ金錢カ訴訟物ナルトキハ物又ハ有價證券ニ付キテハ其一般價額金錢ヲ以テ訴訟物ノ價額トス(同上))

四 訴訟物ノ價額(一般ノ交換價額ニ依ルモノトス(法學博士岩田一郎氏民事訴訟法原論十版八五頁))
五 訴訟物ノ價額ハ原告カ判決ニ依リテ保護セラルヘキ直接ノ客觀的價額ナリ故ニ被告ノ有スル利益ハ斟酌セラズ被告カ勝訴判決ニ依リテ得ヘキ利益カ原告カ勝訴ノ判決ニ依リテ得ヘキ利益ヨリ大ナル場合ニ於テモ亦同様ナリ(法學士細野長良氏大正五年度中央大學講義錄民事訴訟法第一編七一頁)

判旨第一點ハ正當ナリ名譽毀損ニ因ル名譽回復ノ請求權ハ不法行為ニ基ク損害賠償請求權ニシテ特殊ノ權利ニ非ス(民法第七〇九條第七一〇條)蓋シ民法第七二三條ハ賠償方法ヲ定メタル規定ニシテ賠償請求權ノ本質ヲ變更シタル規定ニ非ス換言セハ同條ハ賠償方法ニ關シ一般金錢賠償民法第四一七條主義ニ對スル例外トシテ一種ノ原狀回復主義ヲ採用スル旨ヲ規定シタル規定ニ過キサレハナリ同第二點民事訴訟法ニ所謂財產權上ノ請求トハ財產ニ關スル法規ノ支配ヲ受クヘキ請求若クハ法律關係ナリト解スヘキコト既ニ吾人ノ評論シタル所ニシテ贊同ス(第八卷民訴一五三頁同四四八頁)判旨第三點ハ正當ナリ蓋シ名譽ハ一人ノ人格權從テ身分權ニ屬スト雖モ其侵害ニ因ル名譽回復請求權ハ身分權ニ非スシテ一ノ財產權ナレハナリ同第四點亦正當ナリト信ス(第八卷民訴一五四頁同四四九頁評論參照)

五四 從參加人ハ其附隨スル時ニ於ケル訴訟ノ程度ヲ妨ケサル限リハ其主タル原告若クハ被告ノ爲ニ攻撃及ヒ防禦ノ方法ヲ施用シ且總テノ訴訟行為ヲ有效ニ行ヒ殊ニ主タル原告若クハ被告ノ爲ニ存スル期間内ニ故障支拂命令ニ對スル異議又ハ上訴ヲ爲ス權利ヲ有ス
從參加人ノ陳述及ヒ行爲ト主タル原告若クハ被告ノ陳述及ヒ行爲ト相抵觸スル場合ニ於テハ主タル原告若クハ被告

ノ陳述及ヒ行爲ヲ以テ標準トス但民法ニ於テ此ニ異ナル規定アルトキハ此限ニ在ラス
 五五 從參加人ハ訴訟ヨリ脱退シタルトキト雖モ其補助シタル原告若クハ被告トノ關係ニ於テハ其訴訟ノ確定裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得ス
 從參加人ハ其附隨ノ時ノ訴訟ノ程度ニ因リ又ハ主タル原告若クハ被告ノ所爲ニ因リ攻撃及ヒ防禦ノ方法ヲ施用スルコトヲ妨ケララルトキ又ハ主タル原告若クハ被告カ從參加人ノ當時知ラザリシ攻撃及ヒ防禦ノ方法ヲ故意又ハ重過失ニ因リ施用セザリシトキニ限リ其補助シタル原告若クハ被告カ訴訟ヲ不十分ニ爲シタルト主張スルコトヲ得
 五九 原告若クハ被告若シ敗訴スルトキハ第三者ニ對シ擔保又ハ賠償ノ請求ヲ爲シ得ヘシト信シ又ハ第三者ヨリ請求ヲ受ク可キコトヲ恐ルル場合ニ於テハ訴訟ノ權利拘束間第三者ニ訴訟ヲ告知スルコトヲ得
 六一 訴訟ハ訴訟告知ニ拘ハラズ之ヲ續行ス
 第三者參加ス可キコトヲ陳述スルトキハ從參加ノ規定ヲ適用ス

(一) 民事訴訟法第五五條ニ所謂從參加人カ其補助シタル原告若クハ被告トノ關係ニ於テハ其訴訟ノ確定裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得ス唯其者カ訴訟ヲ不十分ニ爲シタルトノ主張ヲナスコトヲ得ル範圍内ニ於テノミ該裁判ノ不當ヲ主張スルコトヲ得ルノ效力ハ本訴訟ニ對スル確定判決ノ既判力ニハ非スシテ參加ニ基ク特殊ノ效力即チ參加的效力(Interventionswirkung)ナリトス
 民事訴訟法第五五條第一項謂フ所ノ其訴訟ニ於ケル確定裁判トハ(一)本訴訟ニ於テ起サレタル請求ニ對シ確定判決ノ主文ヲ以テ爲サレタル裁判並ニ(二)該裁判ニ連スルカ爲メニ爲サレタル裁判即チ所謂判決ノ元素ニ關スル裁判中間判決ヲ以テ爲サレタルト判決ノ理由中ニ於テ爲サレタルト問ハスヲ包含スルモノトス
 民事訴訟法第五五條第二項ニ所謂不十分ニ訴訟ヲ爲シタルトノ主張ハ畢竟從

參加人カ訴訟ノ結果ニ付キ責任ヲ分ツコトヲ得サル範圍内ニ於テノミ爲スコトヲ得ルモノトス
 民事訴訟法第五五條第二項ニ所謂不十分ニ訴訟ヲ爲シタルトノ主張ノ理由アルカ爲メニハ從參加人自身カ其訴訟材料ヲ提出スルコトヲ得ザリシ場合即チ(一)附隨シタル時ニ於ケル訴訟ノ程度カ其提出ヲ許サザリシ場合ナルカ(二)通常ノ從參加ニ在リテハ主タル當事者ノ接觸セル陳述及ヒ行爲ノ爲メ其提出ヲ妨ケラレタル場合ナルカ共同訴訟的從參加ニ在リテハ此場合ハ除外セラルル又ハ(三)從參加人ノ當時知ラザリシ攻撃方法若クハ防禦方法ヲ主タル原告又ハ被告カ故意又ハ重大ナル過失ニ依リテ提出セザリシ場合ナラサルヘカラス
 通常ノ從參加ノ場合ニ於ケル參加的效力ハ從參加人ト其補助シタル原告若クハ被告トノ關係ニ於テノミ生スルモノニシテ其原告又ハ被告ノ相手方トノ間ニ於テハ生スルコトナキモノトス
 共同訴訟的從參加ノ場合ニ於ケル從參加人ト其補助シタル當事者トノ相手方トノ關係ニ於テハ從參加人タル第三者ハ本訴訟ニ對シテ爲サレタル確定判決ノ既判力ニ服スヘキハ勿論ナリト雖モ右相手方ト從參加人トノ間ニ於テハ參加的效力ヲ生セザルモノトス
 共同訴訟的從參加ノ場合ニ於ケル從參加人ト其補助シタル原告若クハ被告ト

ノ關係ニ於テモ參加的効力ヲ生スルカ故ニ從參加人ハ主タル原告カ不十分ニ訴訟ヲ爲シタリトノ抗辯ヲ爲スコト力妨ケス唯共同訴訟的從參加ノ場合ニ於テハ從參加人ハ主タル當事者ノ接觸セル陳述及ヒ行爲ニ依リテ自己ノ訴訟行爲ヲ妨ケラルルコトナキカ故ニ主タル當事者ノ接觸セル陳述及ヒ行爲ヲ理由トシテ右ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得サルモノトス

主タル原告又ハ被告ハ自己ヲ補助シタル從參加人トノ關係ニ於テハ自己ノ爲シタル訴訟ニ對シテ爲サレタル確定裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得ルヤ否ヤニ就テハ民事訴訟法第五條ヲ準用シ(一)自己ノ爲シタル訴訟ノ訴訟物タル法律關係ニ對シ判決ノ主文ヲ以テ爲サレタル確定ノ裁判ノミナラス更ニ(二)該判決ニ違スルカ爲メ判決ノ元素ニ關シ中間判決又ハ理由中ノ裁判ヲ以テ爲サレタル確定ノ裁判ノ不當ナルコトヲ主張スルコトヲ得スト雖モ主タル原告又ハ被告カ其當時重大ナル過失ナクシテ知ラザリシ攻撃方法若クハ防禦方法ヲ從參加人カ故意又ハ重大ナル過失ニ因リテ施用セザリシ場合ニハ主タル原告又ハ被告ハ從參加人カ不十分ニ訴訟ヲ爲シタリトノ抗辯ヲ提出シテ自己ノ爲シタル訴訟ニ對シテ爲サレタル前示確定裁判ノ不當ナルコトヲ主張スルコトヲ得ルモノトス

(二) 告知ヲ受テタル第三者カ告知ヲ爲シタル原告又ハ被告ヲ補助スルカ爲メ從參

加ヲ爲シタル場合ニハ從參加ニ關スル規定ヲ適用スヘキモノナレハ察屬スル訴訟ニ付キ告知ヲ爲シタル原告又ハ被告ニ對シテ爲サル確定ノ裁判ハ告知ヲ受テタル第三者ニ對シテ參加的効力ヲ生スルモノトス

訴訟告知ヲ受テタル第三者カ附隨ノ時ノ訴訟ノ程度ニ因リテ攻撃方法若クハ防禦方法ノ施用ヲ妨ケラレタルヤ否ヤヲ決スルニ付テハ第三者カ實際參加シタル時ノ訴訟ノ程度ニ非ラスシテ第三者カ告知ヲ受テタル後遲滯ナク參加セントセハ參加スルコトヲ得ヘカリシ時ニ於ケル訴訟ノ程度ニ因リテ果シテ施用ヲ妨ケラレタルヤ否ヤヲ視テ之ヲ使用スヘキモノトス

訴訟告知ヲ受テタル第三者カ其訴訟ニ參加スルコトヲ得タルニ拘ラス參加ヲ拒絕シ又ハ參加セザリシ場合ニ於テモ訴訟ヲ告知シタル原告又ハ被告ト告知ヲ受テタル第三者トノ關係ニ於テハ第三者ハ察屬スル訴訟ニ付キ爲サレタル確定ノ裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得スト雖モ第三者カ告知ニ應シ遲滯ナク參加ノ陳述ヲ爲シタルモノト假定スルモ既ニ其時ニ於ケル訴訟ノ程度ニ因リテ第三者カ攻撃方法若クハ防禦方法ヲ施用スルコトヲ妨ケラレタルヘキトキハ其範圍ニ於テ告知ヲ爲シタル原告又ハ被告カ不十分ニ訴訟ヲ爲シタリトノ抗辯ヲ爲スコトヲ得ルモノトス

共同原告若クハ共同被告ノ一人ト他ノ共同原告若クハ他ノ共同被告トノ間ニ

前者カ敗訴スルトキハ後者ニ對シテ擔保請求若クハ賠償請求ヲ爲シ得ヘシ持
信シ若クハ後者ヨリ請求ヲ受クルコトヲ恐ルル場合ニ於テ前者カ後者ニ自己
カ相手方ト爲シツツアル訴訟ヲ告知シタル場合ニハ訴訟告知ノ當然ノ效果ト
シテ後者カ参加スルト若クハ参加ヲ拒絕シ又ハ参加ノ陳述ヲ爲ササルトヲ問
ハス前者ニ對シテ爲サレタル確定ノ裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得サル
モノトス」

共同原告又ハ共同被告ノ一人ト他ノ共同原告又ハ他ノ共同被告トノ間ニ民事
訴訟法第五九條ノ認ムルカ如キ關係アル場合ニハ前者カ相手方ト爲シツツア
ル訴訟ヲ特ニ後者ニ告知スルコトヲ要セス又後者カ特ニ前者カ相手方ト爲シ
ツツアル訴訟ニ参加スルコトヲ要セスシテ前者ニ對シテ爲サレタル確定ノ裁
判ハ當然後者ニ對シテ參加的效力ヲ生スルモノトス」

訴訟當事者ノ一方例之被告カ第三者ニ訴訟ヲ告知シタル場合ニ告知ヲ受テタ
ル第三者カ訴訟ヲ告知シタル當事者例之被告ニ參加セスシテ却テ相手方即原
告ヲ補助スルカ爲メ從參加ヲ爲シタル場合ニハ第三者ハ當事者ノ何レノ一方
ニ對シテモ其者トノ關係ニ於テハ其者ニ對シテ爲サレタル確定裁判ナリト主
張スルコトヲ得サルモノトス」

第一項 從參加ト參加的效力

強ス

第一目 本訴訟ニ於ケル裁判ノ從參加人ニ對スル效力ノ性質 訴訟法第三五條ノ效
力ハ本訴訟ニ對スル確定判決ノ既判力ノ擴張セラレタルモノナリヤ若クハ既判力
カ以外ノ特種ノ效力ナリヤ吾人ハ多數ノ學者ト共ニ之ヲ以テ參加ニ因リテ生スル特
種ノ效力即參加的效力ナリトス

第一節 既判力ノ批評 訴訟法第五條ハ主タル當事者ト其相手方トノ間ニ於ル
訴訟即訴訟ニ對スル確定判決ノ既判力カ其訴訟ノ當事者ニ非ル第三者即從參加人ニ
及フコトヲ定メタル規定ナリトスル見解アリ尤モ其所說ハ必スシモ一致セス或ハ制
限セラレタル既判力ノ擴張ナリト或ハ無制限ノ既判力ノ擴張ナリトス

一 制限的既判力擴張說此說ノ論旨ヲ約スル從參加人ハ其補助スル當事者ト其相手
方トノ間ニ於ケル訴訟ノ當事者ニ非ス第三者タルニ過キス然レトモ其補助ニ對シテ
爲サル確定判決ハ從參加人タル第三者ノ參加ノ下ニ爲サレタルモノナルカ故ニ該
判決ノ既判力ハ從參加人タル第三者ニ及ハサルヘカラス唯補助シタル當事者ニ於
テ不十分ニ訴訟ヲ爲シタリトノ抗辯ヲ爲シ得ル範圍内ニ於テ制限ヲ受クルモノナル
カ故ニ制限セラレタル既判力ノ擴張ト解スヘシト謂フニ在リ然レトモ制限的既判力
既ノ當否ニ付キテハ擴張ヲ容ルヘキモノアリ(1) 訴訟法第五五條ノ規定ニシテ論者ノ
認ムルカ如ク從參加人ノ補助シタル原告若クハ被告ト其ノ相手方トノ間ニ於ケル訴
訟ニ對シテ爲サレタル確定判決ノ既判力ノ擴張ヲ認ムルモノダランカ從參加人タル
第三者ハ其補助シタル原告若クハ被告ノ相手方トノ間ニ於テモ否恰モ其相手方ニ對
シテハ該確定判決ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得サルヘキ理ナリ是レ確定判決ノ既
判力ハ訴訟ノ當事者ニ對シテノミ生スル原則トスト雖例外トシテ既判力カ第三者
ニ擴張セラレタル場合ニハ其第三者ハ訴訟ノ當事者ト等シク確定判決ヲ不當ナリト
主張スルコトヲ得サルモノナルカ故ニ果シテ本訴訟ニ對スル確定判決ノ既判力カ其
訴訟ノ原告又ハ被告ノ一方ヲ補助シタル從參加人ニ及フモノダランカ從參加人ハ補
助ヲ受ケタル原告又ハ被告ト等シク恰モ其相手方トノ關係ニ於テ該確定判決ヲ以テ

裁判セテレタル事項ヲ不當ナリトスルコトヲ得サルヘキ理ナルカ故ナリ然カルニ訴
 訴法第五條第一項ノ規定ハ恰モ之ニ反シ從參加人ハ其補助シタル原告若クハ被告
 トノ關係ニ於テハ其訴訟ノ確定裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得ストスルニ止マ
 リ補助シタル原告若クハ被告ノ相手方トノ關係ニ於テモ亦タ然ルモノト爲サス否ナ
 相手方トノ關係ニ於テハ專ロ反對ニ解スルヲ以テ正當トシ論者ノ解スル所モ亦然ル
 モノ人如シ(イ)果シテ然ルトキハ論者カ訴訟法第五條ヲ解シテ既判力ノ擴張ナリト
 スルノハ自殺的論法ナリト云ハサルヘカラス之ニ反シ(ロ)論者ノ所説ハ從參加人ト其
 補助シタル原告若クハ被告ノ相手方トノ關係ニ於テモ亦タ「參加ニ基ク既判力ノ擴張」
 ナリトモ「從參加」(Gewöhnliche Nebenintervention)ナルモノナシ訴訟法第五條第二項本
 文ノ規定ハ實用ナキ空文ナリト云フ結論ニ達セサルヘカラス然レトモ斯ル結果ハ論
 者モ亦タ認ムルニ躊躇スル所ナラシ(2)更ニ判限セラレタル既判力ノ觀念ハ其
 自體矛盾ヲ含ムモノト云ハサルヘカラス是レ既判力ノ本質恰モ確定判決ヲ以テ裁判
 サレタル法律關係カ他日同一ノ當事者又ハ既判力ニ服スル第三者トノ間ニ於ケル別
 箇ノ訴訟ニ於テ訴訟物又ハ攻撃方法若クハ防禦方法トシテ主張セラレタル場合ニ(イ)
 該訴訟ヲ爲スコトヲ得ス從テ又(ロ)前訴訟ノ當事者タリシ者又ハ既判力ニ服スル第三
 者ニ於テモ亦法律上有効ニ該確定判決ヲ以テ爲サレタル裁判ヲ不當ナリト主張スル
 コトヲ得サルノ點ニ存スルモノタリ然ルニ論者ノ所説ニ依レハ從參加人タリシ第三
 者ハ本訴訟ニ對シテ爲サレタル確定判決ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得ス(訴五條第
 一項)從テ既判力カ從參加人ニ擴張セラレタルモノナリト爲スニ拘ラス之ト同時ニ從
 參加人ハ主タル當事者カ不十分ニ訴訟ヲ爲シタルコトヲ主張シテ既判力ノ裁判力カ不
 當ナルコトヲ法律上有効ニ主張スルコトヲ得トスルモノニシテ既判力其ノモノノ觀
 念ニ反スルモノト云ハサルヘカラス論者カ我訴訟法第五條第一項ニ該當スルモノノ觀
 念ニ反スルモノト云ハサルヘカラス論者カ我訴訟法第五條第一項ニ該當スルモノノ觀
 念ニ反スルモノト云ハサルヘカラス論者カ我訴訟法第五條第一項ニ該當スルモノノ觀

認ムルモノナリトシ從テ不十分ニ訴訟ヲ爲シタルトノ抗辯ハ該既判力ノ制限若クハ
 例外ヲ爲スモノニ非ス全然別箇ノ事項ニ關スルモノナリトセルハ蓋シ「制限セラレタ
 ル既判力」ナルモノハ實ハ假令若クハ虛偽ニ過キサルコトヲ觀破シタルニ因ルモノト
 云フヘシ

三 無制限ナル既判力ノ擴張ハ Mendelssohn-Bartholdy ノ認ムル所ナリ以テラ「獨第六
 八條第一段(我第五條第一項)ニ於テ從參加人カ訴訟ノ確定判決ヲ不當ナリト主張ス
 ルコトヲ得ストシタルハ第三者ニ對スル既判力ノ擴張ヲ認ムルモノニシテ畢竟他人
 間ニ於ケル訴訟ニ付キテ爲サレタル判決ナルカ故ニ何等ノ利害ヲモ及ボサス」トノ抗
 辯ヲ爲スナ得サルヲ明ニスルモノニ外ナラス而シテ其ハ又完全ナル即無制限ナル既
 判力ノ擴張ヲ認ムルモノナリ蓋シ同條第二段(我第五條第二項)ニ於テハ從參加人
 間ニ第三者カ一定ノ範圍ニ於テ其補助シタル當事者カ訴訟ヲ不十分ニ爲シタルト
 抗辯ヲ爲シ得ルコトヲ認メタリト雖モ該抗辯ヲ爲シ得ルコトハ同條第一段ニ依リテ
 擴張セラレタル既判力ノ制限若クハ例外ヲ爲シモノニ非ス全然別箇ノ事項ニ關スル
 モノタリ「主タル當事者カ不十分ニ訴訟ヲ爲シタル」トノ抗辯ト「他人間ニ於ケル訴訟ニ
 付キテ爲サレタル判決ナルカ故ニ何等ノ利害ヲモ及ボサス」トノ抗辯トハ全然別理ニシテ
 其間何等ノ關係ナシ前ノ抗辯ヲ爲シ得ルコトハ決シテ後ノ抗辯ヲ爲スナ得サルコト
 (即チ既判力ノ擴張)ヲ害スルモノニ非ス否ナ本訴訟ニ付キテ爲サレタル判決ノ既判力
 ハ恰モ從參加人タリシ第三者ニ及ヒ從テ其者ハ之ニ加リテ損害ヲ受タルコトアルヘ
 キカ故ニ補助シタル當事者ニ對シ其者カ不十分ニ訴訟ヲ爲シタルコトニ因リテ受ケ
 タル損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得セシムルモノニ外ナラス約言セハ補助シタル當
 事者カ不十分ニ訴訟ヲ爲シタルトノ抗辯ハ本訴訟ニ對シテ爲サレタル判決ノ既判力
 カ其モノヲ制限シ若クハ排除スルモノニハ非ス否ナ既判力ヲ擴張セラレタルカ爲メ受
 ケタル財産上ノ不利益ナル影響ヲ免カルルコトヲ得セシムルモノナルニ過キス」トナ
 セリ然レトモ(イ)從參加人カ其補助シタル當事者トノ關係ニ於テ其訴訟ニ對スル確

定裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得サルコトハ從參加ハ效果トシテ其附隨シタル時ニ於ケル訴訟ノ程度ノ許ス限リ又主タル當事者ノ抵觸セル陳述及ヒ行爲ニ依リテ妨ケラレタル限リ從參加人ハ其ノ如キ裁判ヲ爲ササルコトヲ妨ケコトヲ得タルコトヲ理由トスルモノナリ從テ附隨シタル時ニ於ケル訴訟ノ程度又ハ主タル當事者ノ抵觸セル陳述及ヒ行爲等ニ依リテ妨ケラレタル範圍内ニ於テ主タル當事者ノ力不十分ニ訴訟ヲ爲シタリト抗辯ヲ爲スヲ得ルコトハ恰モ訴訟第五正條第一項ノ認ムル效力(即吾人ノ所謂參加的效力)其者ノ本質ニ屬スルモノト云ハサルヘカラス故ニ氏力不十分訴訟ノ抗辯ヲ以テ訴訟法第五條第一項(獨訴第六八條第一項)ノ效力ニ關係ナキ事實即チ從參加人ノ主タル當事者ニ對スル損害賠償請求ヲ定メタルモノニ過キスト爲セルハ到底牽強ノ見ナリト云ハサルヘカラス且(1)假リニ從參加人ト其補助シタル當事者トノ關係ニ於テハ右賠償請求ヲ認ムルコトニ依リテ既判力ノ擴張ナル見解ヲ申シタルコトヲ得ヘレトスルモ相手方タル當事者ニ對シテハ新ル賠償請求ヲ爲スコトヲ得サルハ論ナキカ故ニ右既判力ノ擴張ナル見解ヲ申シタルコトヲ得ス加之(2)吾人カ制限的既判力擴張說ニ對シテ加ヘタル前(1)及ヒ(2)ノ批評ハ無制限的既判力擴張說ニ對シテモ亦加フルコトヲ得ヘキモノナリ

第二節 參加的效力說ノ主張

一 從參加人ハ其補助シタル原告若クハ被告トノ關係ニ於テハ本訴訟ノ確定裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得ス而カモ補助シタル原告若クハ被告カ不十分ニ訴訟ヲ爲シタル範圍内ニ於テハ該裁判所ノ不當ヲ主張スルコトハ一ニ從參加ノ效果換言セハ從參加人ニ依リテ負擔セル訴訟行爲ヲ爲スヘキ責任ニ基クモノト云ハサルヘカラス夫レ從參加人ハ本訴訟ノ當事者ニハ非スト雖モ其訴訟ノ當事者ノ一方カ勝訴ノ判決ヲ受クルコトニ付キ法律上ノ利益ヲ有スルカ爲メ自己ノ名ニ於テ其原告又ハ被告ヲ補助スルカ爲メ其訴訟ニ參加シタルモノニシテ(訴五三條)補助ノ目的ニ反セス又附隨シタル時ニ於ケル訴訟ノ程度ヲ妨ケサル限リハ主タル原告若クハ被告ノ

爲メニ攻撃方法及ヒ防禦方法ヲ提出シ證據方法ヲ提出シ若クハ提出セテ證據方法ヲ採用シ又證據抗辯ヲ爲シ其他必要ナル總テノ訴訟行爲ヲ爲シ殊ニ主タル原告若クハ被告ノ爲メニ存スル期間内ニ故障ノ申立上訴其他ノ不服申立ヲ爲スコトヲ得ルモノナリサレハ主タル原告若クハ被告ト其相手方トノ間ニ於ケル訴訟ニ於テ(イ)判決ノ基本トシテ(ロ)事實ノ眞偽カ現ニ爲サレタルカ如クニ確定セラレ又(ハ)先決問題タル法律關係若クハ私法上ノ抗辯權ノ存否其他ノ法律上ノ争點カ現ニ爲サレタルカ如クニ判斷セラルル從テ又(ロ)訴訟ニ於テ起サレタル請求ニ付キ判決ノ主文ヲ以テ現ニ爲サレタルカ如ク裁判力ニ至リ更ニ又ハ判決ノ主文ヲ以テ爲サレタル裁判所ニ其裁判ニ先テテ爲サレタル裁判力カ現ニ然カルカ如ク確定スルニ至リタルコトハ獨リ補助ヲ受ケタル原告若クハ被告ノ責任ニ歸スルノミナラス又實ニ從參加人ノ責任ニ屬セルモノニシテ從參加人ハ主タル當事者ト共ニ其責任ヲ額タサルヘカラス精確ニ云ヘハ(ハ)從參加人カ附隨シタル時ニ於ケル訴訟ノ程度ニ依リテ制限セラレ(ロ)主タル當事者ノ抵觸セル陳述又ハ行爲ニ依リテ妨ケラレス(通常ノ從參加ノ場合ノミニ關ス)更ニ又(ロ)其當時從參加人ノ知ラザリシ攻撃方法若クハ防禦方法證據方法若クハ證據抗辯ニシテ前掲ノ裁判ヲ有利ニ變シ得タルヘカラリシモノヲ主タル當事者カ故意又ハ重大ナル過失ニ依リテ提出セザリシコトニ依リテ過マラレザリシ限リ從參加人ハ現ニ爲サレタルカ如クニ前掲(イ)(ロ)ノ裁判力カ爲サレ又其裁判力現ニ然カルカ如ク確定スルニ至リタルコトニ付キ其補助シタル原告若クハ被告ト共ニ其責任ヲ額タサルヘカラス反之右(ハ)乃至(ロ)ニ掲ケタル範圍内ニ於テハ從參加人ハ責任ヲ額ツルコトヲ要セス其ノ範圍内ニ於テハ主タル原告若クハ被告ハ單獨ニ其責任ヲ額ツルコトヲ要セス其ノ範圍内ニ於テハ從參加人ハ其補助シタル原告若クハ被告トノ關係ニ於テハ其訴訟ノ確定裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得スト雖モ同條第二項ニ掲ケタル範圍内ニ於テハ該確定裁判ノ不當ナルコトヲ主張スルコトヲ得ルモノトナセルハ一ニ前掲從參加人ニ依リテ負擔シタル訴訟行爲ヲ爲スヘキ責任ニ基クモノニシテ(1)從參

否ノ判斷(ハ)中間ノ争ニ關スル裁判等所謂判決ノ元素(Urteilselemente)ニ關スル裁判ニキテモ亦其ノ如キ裁判アルニ至リタルコトニ付キテハ從參加人ハ主タル原告又ハ被告ト共同ノ責任ヲ負フモノナル故ニ少クモ主タル原告又ハ被告トノ關係ニ於テハ從參加人ハ前掲(イ)(ロ)(ハ)ノ裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得サルモノト解ササルヘカラス換言セハ訴訟法第五條第一項謂フ所ノ「其訴訟ニ於ケル確定裁判トハ(1)本訴訟法ニ於テ起サレタル請求ニ對テ確定判決ノ主文ヲ以テ爲サレタル裁判トシテ(2)本裁判ニ連スルカ爲メニ爲サレタル裁判即チ所謂判決ノ元素ニ關スル裁判トモ包含スルモノト解ササルヘカラス(二)不十分ニ訴訟ヲ爲シタリトノ抗辯不十分ニ訴訟ヲ爲シタリト主張ハ畢竟從參加人カ訴訟ノ結果ニ付キ責任ヲ分ツコトヲ得サル範圍内於テノ爲スコトヲ得ルモノニ外ナラス蓋不十分ニ訴訟ヲ爲シタリトノ抗辯不十分ニ訴訟ヲ爲シタリトノ抗辯(ekzdomial)ノ關係カ不完全ナリ若クハ眞實ニ含セス若シ主力拙劣ナリシカ爲メ事件ニ於ケル事實完全ニ提出シタリトセハ裁判ノ内容ハ有利ニ變セラレタルヘシトスルモノニシテ右ノ主張カ理由アルハ從參加人自身ハ其訴訟材料ヲ提出スルコトヲ得サリシ場合ナラサルヘカラス詳言セハ(イ)附隨シタル時ニ於ケル訴訟ノ程度カ其提出サレシ材料ヲ合ナルカ(ロ)通常ノ從參加ニ在リテハ主タル當事者ノ範圍ニ於テハ行爲ノ爲メ其提出サレシ材料ヲ提出シタル場合ナラカ(共同訴訟的從參加ニ在リテハ此ノ場合ハ除外セラル)若クハ又(ハ)從參加人ノ當時知ラサリシ攻撃方法若クハ防禦方法ヲ主タル原告又ハ被告カ故意又ハ重大ナル過失ニ依リテ提出サレシ場合ナラサルヘカラス(訴訟法第五條第二項)此等ノ場合ハ從參加人ハ本訴訟ニ於テ爲サレタル裁判ノ參加的效力ヲ覆ハコトヲ得サルヘカラス

第二節 主觀的範圍
 一 通常ノ從參加ノ場合 (1)參加的效力ハ「從參加人ト其補助シタル原告若クハ被告トノ關係ニ於テ生スルモノナルコトハ訴訟法第五條ノ規定スル所ナリ (二)從參加

人ト其補助シタル原告又ハ被告ト相手方トノ關係ニ於テモ從參加人ハ本訴訟ニ於テ爲サレタル確定ノ裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得サルヤハ訴訟法第五條ノ直接ニ明言セサル所ナリ然レトモ參加的效力認ムル學者ハ反對解釋ニ依リ從參加人ト其補助シタル原告又ハ被告ト相手方トノ間ニ於テハ參加的效力ヲ生スルコトナレトナス

二 共同訴訟的從參加ノ場合 所謂「民法ノ規定」(從テ訴訟法一般ノ原則)ニ從ヒ判決ノ既判力カ訴訟ノ當事者以外ノ第三者ニ及フヘキ場合ニ於テ其第三者カ其當事者ノ一方ヲ補助スルカ爲メ從參加ヲ爲シタル場合(即チ共同訴訟的從參加ニ於テハ既判力ト參加的效力トノ關係如何ノ問題ヲ生ス) (一) 從參加人ト其補助シタル當事者ノ相手方トノ關係ニ於テハ(1)從參加人タル第三者カ本訴訟ニ對シテ爲サレタル確定判決ノ既判力ニ服スヘキコトハ固ヨリ論ヲ俟タス此ノ如キハ恰モ共同訴訟的從參加ノ前提要件ニシテ其效果ニハ非ラサルカ故ナリ又(2)右ノ相手方ト從參加人トノ間ニ於テハ參加的效力ヲ生セサルコトハ前述ノ如シ反之(二) 從參加人ト其補助シタル原告若クハ被告トノ關係ニ於テハ共同訴訟的從參加ノ場合ニ在リテモ等シク參加的效力ニ依ルヘキナリ是レ此場合ニ於テハ(1)主タル當事者ト其相手方トノ間ニ於ケル訴訟ニ於テ起サレタル請求ニ付キ爲サレタル確定判決ノ既判力ハ從參加人タル第三者ニモ亦及フト雖モ其意味ハ從參加人タル第三者モ亦其補助シタル原告又ハ被告ト等シク相手方タリシ者ニ對シテハ確定判決ノ主文ヲ以テ裁判セラレタル事項ヲ法律上有効ニ争フコトヲ得スト云フニ在リ換言セハ補助シタル原告若クハ被告ト相手方トノ間ニ於ケル對外關係ニ於テハ主文ヲ以テ爲サレタル裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得サルニ在リ反之(2)自己ノ補助シタル原告若クハ被告トノ間ニ於ケル内部關係ニ於テハ從參加人ハ參加的效力ニ拘束セララルニ止マル從テ從參加人ハ主タル當事者カ主タル當事者カ不十分ニ訴訟ヲ爲シタリトノ抗辯ヲ爲スコトヲ妨ケス唯共同訴訟的從參加ノ場合ニ於テハ從參加人ハ主タル當事者ノ範圍ニ於テハ主タル當事者ノ既判力ニ陳述及ヒ行爲ニ依リテ妨

テ第三者カ過渡ナク參加ノ陳述ヲ爲シタリトセハ其有スル攻撃若クハ防禦ノ方法ヲ提出シ從テ訴訟ヲ告知シタル原告若クハ被告ヲシテ勝訴判決ヲ受クルコトヲ得セシメ從テ又自己カ擔保請求若クハ賠償請求ヲ受クルコトヲ免レ又ハ訴訟ヲ告知シタル原告又ハ被告ニ對シテ請求ヲ起ス必要ナキニ至ルヘキ範圍ニ於テハ該擔保請求若クハ賠償請求ヲ斥クルコトヲ得ス又自己ノ請求ヲ起スコトヲ得サルモノト解ササルヘカラス換言セハ訴訟告知ヲ受ケタル第三者カ其訴訟ニ參加スルコトヲ得タルニ拘ハラス參加ヲ拒絶シ又ハ參加セザリシ場合ニ於テモ訴訟告知シタル原告又ハ被告ト告知ヲ受ケタル第三者トノ關係ニ於テハ第三者ハ專屬スル訴訟ニ付キ爲サレタル陳述ヲ爲シタルモ不當ナリト主張スルコトヲ得ス尤モ第三者カ告知ニ應ジ遲滞ナク參加ノ陳述ヲ爲シタルモ不當ナリト主張スルコトヲ得ス其時ニ於ケル訴訟ノ程度ニ因リテ第三者カ攻撃方法若クハ防禦方法ヲ施用スルコトヲ妨ケラレタルヘキハ其範圍ニ於テ告知ヲ爲シタル原告又ハ被告カ不充分ニ訴訟ヲ爲シタリト抗辯ヲ爲シ得ルニ過キサルモノト解ササルヘカラス(2)右ノ結果ヘ之ヲ要約スレハ「訴訟告知ヲ受ケタル第三者カ參加トノ關係ニ於テハ參加ノ陳述ヲ爲サザリシ場合ニ於テモ告知者ト告知ヲ受ケタル第三者在リ

第二節 共同訴訟人間ノ參加的效力 一原告若クハ被告カ敗訴スルトキハ第三者ニ對シテ擔保請求又ハ賠償請求ヲ爲シ得ヘレト信シ又ハ第三者ヨリ請求ヲ受ケヘキコトヲ恐ルル場合ニ於テ原告又ハ被告カ第三者ニ訴訟ヲ告知シタルトキハ(訴五九條)原告又ハ被告ニ對シテ爲サレタル確定ノ裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得サレハ(參加的效力)訴訟告知ノ當然ノ效果ナリト云ヘカラス(二)然レトモ共同原告(又ハ共同被告)一人カ他ノ共同原告(又ハ他ノ共同被告)ニ自己カ相手方ト爲シツツアル訴ヲ告知シタル場合ニハ非サレト右ノ效果ヲ生セズトナスヘ到底形式ニ拘泥スル見ナリト云ヘカラス(三)カラス何トナレハ共同原告一人(又ハ共同被告一人)例ハ甲カ相手方ト一定ノ訴訟ヲ爲シツツアルコトハ共ニ訴訟ヲ爲シツツアル他ノ共同原告又ハ他ノ共同被告例ハ乙ノ固ヨリ知レル所ニシテ特ニ訴訟告知ニ依リテ之ヲ知ラシムルノ必要ナキカ故ナリサレハ共同被告(又ハ他ノ共同原告)トノ間ニ訴訟第五九條ノ認ムルカ如キ關係アル場合ニハ前者カ相手方ト爲シツツアル訴訟ヲ特ニ後者ニ告知スルコトヲ要セス又後者カ特ニ前者カ相手方ト爲シツツアル訴訟ニ參加スルコトヲ要セスシテ前者ニ對シテ爲サレタル確定ノ裁判ハ當然後者ニ對シテ參加的效力ヲ生スルモノト解セサルヘカラス換言セハ訴訟法第五九條ニ認メタル關係カ共同原告間(又ハ共同被告間)ニ存スルニハ共同原告一人(又ハ共同被告一人)カ相手方ト爲シツツアル訴訟ニ付キ爲サレタル確定ノ裁判ハ他ノ共同原告(又ハ他ノ共同被告)ニ於テ不當ナリト主張スルコトヲ得ス(參加的效力)單ニ訴訟法第五九條第二項ノ認メタル範圍ニ於テ共同原告(又ハ共同被告)ノ一人カ不十分ニ訴訟ヲ爲シタリト抗辯ヲ爲スコトヲ得ルニ過キス而カモ(イ)共同原告又ハ共同被告トシテ初メヨリ共ニ訴訟ヲ爲セルモノナルカ故ニ(附隨ノ訴訟ノ程度)ニ依リテ攻撃若クハ防禦ノ方法ノ施用ヲ妨ケラレタル場合ハ存時ノセサルヘカラス又(ロ)必要的共同訴訟ノ場合ニ於テハ共同原告(又ハ共同被告)ノ一人ノ陳述若クハ行爲ニ依リテ他ノ共同原告(若クハ他ノ共同被告)ハ攻撃若クハ防禦ノ方法ノ施用

提出シ從テ訴訟ヲ告知シタル原告若クハ被告ヲシテ勝訴判決ヲ受クルコトヲ得セシメ從テ又自己カ擔保請求若クハ賠償請求ヲ受クルコトヲ免レ又ハ訴訟ヲ告知シタル原告又ハ被告ニ對シテ請求ヲ起ス必要ナキニ至ルヘキ範圍ニ於テハ該擔保請求若クハ賠償請求ヲ斥クルコトヲ得ス又自己ノ請求ヲ起スコトヲ得サルモノト解ササルヘカラス換言セハ訴訟告知ヲ受ケタル第三者カ其訴訟ニ參加スルコトヲ得タルニ拘ハラス參加ヲ拒絶シ又ハ參加セザリシ場合ニ於テモ訴訟告知シタル原告又ハ被告ト告知ヲ受ケタル第三者トノ關係ニ於テハ第三者ハ專屬スル訴訟ニ付キ爲サレタル陳述ヲ爲シタルモ不當ナリト主張スルコトヲ得ス尤モ第三者カ告知ニ應ジ遲滞ナク參加ノ陳述ヲ爲シタルモ不當ナリト主張スルコトヲ得ス其時ニ於ケル訴訟ノ程度ニ因リテ第三者カ攻撃方法若クハ防禦方法ヲ施用スルコトヲ妨ケラレタルヘキハ其範圍ニ於テ告知ヲ爲シタル原告又ハ被告カ不充分ニ訴訟ヲ爲シタリト抗辯ヲ爲シ得ルニ過キサルモノト解ササルヘカラス(2)右ノ結果ヘ之ヲ要約スレハ「訴訟告知ヲ受ケタル第三者カ參加トノ關係ニ於テハ參加ノ陳述ヲ爲サザリシ場合ニ於テモ告知者ト告知ヲ受ケタル第三者在リ

第二節 共同訴訟人間ノ參加的效力 一原告若クハ被告カ敗訴スルトキハ第三者ニ對シテ擔保請求又ハ賠償請求ヲ爲シ得ヘレト信シ又ハ第三者ヨリ請求ヲ受ケヘキコトヲ恐ルル場合ニ於テ原告又ハ被告カ第三者ニ訴訟ヲ告知シタルトキハ(訴五九條)原告又ハ被告ニ對シテ爲サレタル確定ノ裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得サレハ(參加的效力)訴訟告知ノ當然ノ效果ナリト云ヘカラス(二)然レトモ共同原告(又ハ共同被告)一人カ他ノ共同原告(又ハ他ノ共同被告)ニ自己カ相手方ト爲シツツアル訴ヲ告知シタル場合ニハ非サレト右ノ效果ヲ生セズトナスヘ到底形式ニ拘泥スル見ナリト云ヘカラス(三)カラス何トナレハ共同原告一人(又ハ共同被告一人)例ハ甲カ相手方ト一定ノ訴訟ヲ爲シツツアルコトハ共ニ訴訟ヲ爲シツツアル他ノ共同原告又ハ他ノ共同被告例ハ乙ノ固ヨリ知レル所ニシテ特ニ訴訟告知ニ依リテ之ヲ知ラシムルノ必要ナキカ故ナリサレハ共同被告(又ハ他ノ共同原告)トノ間ニ訴訟第五九條ノ認ムルカ如キ關係アル場合ニハ前者カ相手方ト爲シツツアル訴訟ヲ特ニ後者ニ告知スルコトヲ要セス又後者カ特ニ前者カ相手方ト爲シツツアル訴訟ニ參加スルコトヲ要セスシテ前者ニ對シテ爲サレタル確定ノ裁判ハ當然後者ニ對シテ參加的效力ヲ生スルモノト解セサルヘカラス換言セハ訴訟法第五九條ニ認メタル關係カ共同原告間(又ハ共同被告間)ニ存スルニハ共同原告一人(又ハ共同被告一人)カ相手方ト爲シツツアル訴訟ニ付キ爲サレタル確定ノ裁判ハ他ノ共同原告(又ハ他ノ共同被告)ニ於テ不當ナリト主張スルコトヲ得ス(參加的效力)單ニ訴訟法第五九條第二項ノ認メタル範圍ニ於テ共同原告(又ハ共同被告)ノ一人カ不十分ニ訴訟ヲ爲シタリト抗辯ヲ爲スコトヲ得ルニ過キス而カモ(イ)共同原告又ハ共同被告トシテ初メヨリ共ニ訴訟ヲ爲セルモノナルカ故ニ(附隨ノ訴訟ノ程度)ニ依リテ攻撃若クハ防禦ノ方法ノ施用ヲ妨ケラレタル場合ハ存時ノセサルヘカラス又(ロ)必要的共同訴訟ノ場合ニ於テハ共同原告(又ハ共同被告)ノ一人ノ陳述若クハ行爲ニ依リテ他ノ共同原告(若クハ他ノ共同被告)ハ攻撃若クハ防禦ノ方法ノ施用

ナ妨ケラレサルカ故ニ(訴五〇)不充充分訴訟ノ抗辯ハ此ノ範圍ニ於テ狭メラルモノト云ハサルヘカラス

第三目 訴訟告知ト從參加ノ競合 訴訟當事者ノ一方(例ハ被告)カ第三者ニ訴訟告知シタル場合ニ告知ヲ受ケタル第三者カ訴訟告知シタル當事者(例ハ被告)ニ參加セシメテ却ヘリテ相手方(即例示ノ原告)ヲ補助スルカ爲メ從參加ヲ爲シタル場合ニハ其知シタル當事者(例示ノ被告)カ告知ヲ受ケタル第三者トノ關係ニ對シテ(一)訴訟告知者ニ對スル確定ノ裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得ス(參加的效力)又(二)其第三者カ從參加ニ因リテ補助シタル當事者(例示ノ原告)トノ關係ニ於テハ(三)其第三者カ當事者ニ對スル確定ノ裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得ス(參加的效力)約言セハ問題ノ場合ニハ第三者ハ當事者ノ何レノ一方ニ對シテモ其者トノ關係ニ於テハ其者ニ對シテ爲サレタル確定裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得ス(訴五五)トナスモノナリ

(法學博士權本朗造氏京都市法學會雜誌第一三卷第七號二八頁以下法學論叢第三卷第三號二頁以下第四卷第六號一頁)判決ノ從參加的效力ニ要領)

【論旨第一點民訴第五條ノ效力ノ性質ニ關スル參照學說判例】

一 從參加人ハ訴訟ヨリ脫退シタルトキト雖モ其補助セル當事者ニ對スル關係ニ於テハ確定裁判ノ不當ナルコトヲ主張スルヲ得ルナリ故ニ判決ノ既判力ハ從參加ノ補助セル當事者ノ爲メ其當事者ト從參加人トノ間ニ於テモ亦存在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六〇九頁)

二 從參加人ハ其訴訟ノ確定裁判ニ對シテハ其參加時期ノ遲速ニ拘ハラヌ又自ラ進シテ參加シタルト告知ニ依テ參加シタルトハ當事者間ニ止マル可キ原則ノ變例ニシテ之ヲ第三者ニ及ホスモノナリ(法學博士高木豐三氏民事訴訟法論一六六頁)

三 從參加人ハ其訴訟ニ付テハ確定裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得ス即チ從參加人カ原告若クハ被告ヲ補助スル目的ヲ以テ附隨ノ當事者ト爲リタル以上ハ訴訟ノ如何ナル程度ニ於テ附隨シタルト間ハ原告及ヒ被告間ニ於テハ其訴訟ノ確定裁判ヲ不當ナリト論争スルコトヲ得サルモノトス(第五五條)元來判決ハ訴訟ノ主タル當事者ニ對シテ爲スヘキモノニシテ隨テ其效力

仁井田博士
高木博士
岩田博士

今村氏

東京控訴

東京地方

高木博士

博士
588 (民訴)

【同上二項民訴第五條ニ所謂確定裁判ノ意義ニ關スル參照學說】

從參加人ハ其訴訟ノ確定判決ニ對シテハ其參加時期ニ拘ハラヌ又自ラ進シテ參加シタルト告知ニ依ツテ參加シタルト告知セシメ事實ノ確定ニ關スル法律ノ適用ニ關スルコトヲ分タス其裁判不當ナリトノ抗辯ヲ爲スコトヲ得ス(法學博士高木豐三氏民事訴訟法 一九六頁)

【同上四項不十分ニ作法ヲ爲シタリトノ主張ノ理由アル場合ニ關スル同趣旨學說】

一 然レトモ從參加人ハ時ニ或ハ裁判ヲ不當ナリト攻撃スル場合アリ(第七五條第二項)下ノ如シ(一)附隨ノ時ニ於ケル訴訟程度進行ノ狀態ニ依リ從參加人カ攻撃防禦ノ方法ヲ提出スルコトヲ能ハサリトキハ從參加人ノ主タル當事者之ヲ提出シ

ハ主タル當事者ノミニ對シテ效力ヲ及ホスヘキモノナリト雖モ從參加人カ主タル原告若クハ被告ヲ補助シタル結果或一定ノ範圍内ニ於テ從參加人ニ對シテモ其ノ效力ヲ及ホスヘキモノトセハ是レ從參加人カ主タル立法ノ旨趣ヨリモ當然ノコトトス(法學博士岩田一郎氏民事訴訟法原論二〇九頁)

二 本條ハ從參加人ト其補助セル原告若クハ被告(即チ主タル原告若クハ被告)トノ間ニ於ケル權利關係上從參加ノ效力ヲ示シタルモノナリ而シテ第一項ハ本訴訟ニ於ケル判決ノ其當事者間ノ權利關係ニ付テハ判決シタルモノナルヲ以テ從參加人ニ對シテハ之ヲ執行セシムルヲ得ス此判決ニ基キ從參加人ニ對シテ賠償ヲ請求スルハ更ニ訴訟ヲ起シ別ニ判決ヲ受ケザル可カラス然レトモ主タル當事者間ノ權利關係ニ付テハ爲シタル判決ハ從參加人ト其補助セル原告若クハ被告トノ關係ニ於テ間接ニ效力ヲ及ホスヘシ故ニ補助セル原告若クハ被告カ敗訴スル場合ニ於テハ從參加人ニ對シテ賠償ノ請求ヲ爲シ前判決ヲ援用スルコトキハ從參加人タリシ者ハ其判決ヲ不當ナリト主張シ得ヘキヤ否ヤノ問題ヲ生スヘシ本法ハ此問題ヲ生セシメザラン爲メ其權利ヲシテ規定スルモノナリ(判例今村信行氏民事訴訟法註解上卷一三四頁)

三 凡ソ訴訟事件ニ付テハ從參加ノ申立ヲ爲シタル場合ニ於テ裁判所カ該事件ニ付テ判決ヲ與ヘ而シテ其判決力確定シタルトキハ其確定判決ノ效力ハ主體的ニハ主タル當事者ヲ羈束スルニ止マルコトハ辯ナク俟タズト雖モ後日右事件ト同一ノ事項トスル從參加人ト主タル當事者間ノ訴訟事件ニ於テハ該確定判決ハ從參加人ニ對シテモ亦制限的確定效力ヲ有シ從參加人ハ該判決ハ不當ニ言渡サレタルモノナリト主張スルコト能ハサルカ力ヲ有スヘク而シテ從參加人ハ前訴訟事件ノ進行中第一審ニ於テ脫退シタルト第二審ニ至リ脱退シタルト間ハ其效力ヲ生スルモノナルコトハ民事訴訟法第五五條第一項ノ解釋上疑ヒナクナルナリトス(東京控訴院民一部明治三九年二月二〇日判決新聞第四一〇號六一二頁)

四 確定判決ノ效力ハ訴訟當事者タル原告以外ニ及ハサルヲ原則トス唯參加ニ付テハ從參加人ハ其補助セル原告若クハ被告ニ對シテハ民事訴訟法第五五條第二項所定ノ條件ヲ具備スルニ非サレハ其訴訟ノ確定判決ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得ス(東京地方民三部明治四一年一月三十一日法律新聞第四八二號三六二頁)

岩田博士

予リシコト理由トシテ其當事者カ不充分ニ訴訟ヲ爲シタリト主張スルコトヲ得(二)從參加人カ主タル當事者ノ行爲ニ依リ自
 己カ有效ニ主張シ得ヘカリシ攻撃防禦ノ方法ヲ施用スルコトヲ得サリシ場合ニハ前訴訟ニ於テ當事者ノ爲シタル行爲ハ不充
 ナリト主張スルコトヲ得(三)主タル當事者カ故意又ハ過失ニ依リテ從參加人ノ其當時知ル能ハサリシ攻撃防禦ノ方法ヲ提出セ
 サリシ爲メ敗訴シタルトキハ從參加人ハ原告若クハ被告カ先ノ訴訟ニ於テ不充分ニ訴訟ヲ爲シタリト主張スルコトヲ得(法學
 博士板倉松太郎氏民事訴訟法論第二册三四三頁)

二 從參加人ハ確定判決ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得モ此ノ場合ニ限リ主タル當事者カ訴訟ヲ不十分ニ爲シタリト主
 張スルコトヲ得(第五九條第二項)(一) 從參加人カ其訴訟ニ附隨シタル時ニ當リ既ニ完結セシ行爲ナルカ爲メ其完結セシ行爲
 ニ付テ參加人カ攻撃防禦ノ方法ヲ行使スルコト能ハサルトキハ其補助シタル原告若クハ被告カ訴訟ヲ不十分ニ爲シタリト主張
 スルコトヲ得(二) 從參加人カ口頭辯論執行期日ニ於テ前メテ其訴訟ニ附隨シタル時ニ當リ既ニ完結セシ行爲ナルカ爲メ其完結セシ行爲
 ル事實アルトキハ之ニ對シテ攻撃防禦ノ方法ヲ提出スルコト得ス此ノ如ク訴訟ノ程度ヲ妨グルカ爲メ攻撃防禦ノ方法ヲ提出
 方法ヲ提出スルコトヲ得サルモ若シ從參加人カ其行ハントスル攻撃防禦ノ方法ヲ提出シタリトセハ既ニ完結セシ行爲ナルカ
 コトヲ得ヘカリシト主張スルカ如シ(三) 從參加人カ主タル當事者ノ行爲ニ因リテ攻撃防禦ノ方法ヲ提出シタリトセハ既ニ完結セシ行爲
 即チ從參加人ノ陳述及ヒ行爲ト主タル原告若クハ被告ノ陳述及ヒ行爲ト相抵觸スル場合ニ於テハ主タル原告若クハ被告ノ陳
 述及ヒ行爲ヲ以テ標準ト爲スモノナレハ從參加人カ上訴又ハ故障ヲ爲サントスルニ拘ハラズ主タル當事者カ之ヲ取下ケタルカ
 如キ主タル當事者ノ行爲ニ因リテ妨ケラレタル場合ニ於テモ同シク其補助シタル原告若クハ被告カ訴訟ヲ不十分ニ爲シタリト
 主張スルコトヲ得(三) 主タル原告若クハ被告カ從參加人ノ當時知ラザリシ攻撃防禦ノ方法ヲ提出シ得ルコトヲ原告カ知リタルト
 セザリシトキ即チ從參加人カ若シ原告ノ附隨シタルトキハ被告カ之ヲ行ハサリシカ爲メ不利益ノ判決ヲ受ケタルトキハ從參加人ハ原告若ク
 ハ被告カ訴訟ヲ不十分ニ爲シタリト主張スルコトヲ得ルモノトス(法學博士岩田一郎氏民事訴訟法原論二二二頁)

【同上五項民訴第五五條ノ效力ト主觀的範圍ニ關スル參照學說判例】

一 從參加人ハ其訴訟ノ確定裁判ニ關スル義務アリ即チ其裁判ヲ攻擊スルヲ得是レ獨リ相手方ト關係ニ於テノミ然ルニ
 止マラスシテ其補助シタル當事者ニ對シテモ亦然リトス(第五五條)例ヘハ從參加人カ其參加シタル訴訟ノ完結後其補助スル當
 事者ヨリ損害賠償ノ請求ヲ受ケルニ至リタル場合ニ於テ從參加人ハ抗辯シテ先ノ訴訟ニ於テ現時ノ原告カ敗訴シタルハ不十分
 ナルカ如シ(法學博士板倉松太郎氏民事訴訟法論第二册(二五)三四二頁)

二 確定判決ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得ス換言スレバ當事者間ノ確定判決ノ效力ヲ否定スルコトヲ謂フ此效力
 從參加人カ其補助シタル當事者ト從參加人トノ關係ニ止マリ補助シタル當事者ノ相手方ト從參加人トノ關係ニ於テ有スルモ
 ナラズ(法學博士岩田一郎氏民事訴訟法原論二二二頁)

板倉博士
岩田博士

大審院

岩田博士

今村氏

高木博士

岩田博士

仁井田博士

板倉博士

三 民事訴訟法第五五條ニハ專ラ補助ヲ受ケタル當事者ト從參加人ノ關係ノミヲ規定シタルモノニシテ補助ヲ受ケタル原告
 若クハ被告ノ相手方ト間ニ確定判決ノ效力ヲ及ボサシムル法意ニ非ス(大審院民二部明治三八年二月一八日民錄一七二頁)

【同上二項訴訟告知ニ應シ附隨スル時ノ意義ニ關スル同趣旨學說】

一 第三者カ訴訟告知ニ從ヒテ附隨スルコトヲ得ヘカリシ時ノ訴訟ノ程度ニ因リ主タル原告若クハ被告ノ所爲ニ因リ攻撃及ヒ
 防禦ノ方法ヲ適用スルコトヲ妨ケラレタルトキ又ハ主タル原告若クハ被告ノ所爲ニ因リ攻撃及ヒ防禦ノ方法ヲ故意又
 ハ過失ニ因リ施用セザリシトキニ限リ主タル原告若クハ被告カ訴訟ヲ不十分ニ爲シタリト主張シ得ヘキモノトス(法學博士
 岩田一郎氏民事訴訟法原論二二〇頁)

二 告知參加ノ效力ハ其告知ノ時ヨリ之ヲ生シ其以前ニ過リ效力ヲ及ボササルモノトス故ニ第三者ハ告知以前ニ於ケル訴訟行
 爲ニ付キ若シ不十分ナルコトアレハ之ヲ主張シ得ヘキハ論テ後述サルナリ(判事今村信行氏民事訴訟法原論上卷一四三頁)

【論旨第二點一項三項告知ノ效力ニ關スル同趣旨學說】

一 訴訟告知ノ效力ハ審ニ訴訟上即チ形式ニ止マラスシテ實質上ノモノナリ即チ訴訟ノ告知ヲ爲ストキハ被告告知者カ從參加人
 トシテ其訴訟ニ參加スルト否トニ拘ハラズ其判決ハ之ニ對シ最初ヨリ從參加人ト爲シタルト同様ノ效力ヲ生スルコト是ナリ(法
 學博士高木雙三氏民事訴訟法論二〇〇頁)

二 理論上ヨリ告知ヲ受ケタル第三者ヨリ參加シタルト否トニ關セズ第五五條ノ效力ヲ生スルモノト解セサルヘカラス告知ヲ受
 ケタル第三者ハ訴訟ニ參加シテ自己ノ權利ヲ伸張スル權利ヲ放棄シタリト看做スヘケレハナリ即チ告知ヲ受ケタル第三者カ參
 加シタルト否トト問ハス其ノ訴訟ノ確定裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得ス(法學博士岩田一郎氏民事訴訟法原論二一九頁)

【同上ニ關スル異趣旨學說】

一 訴訟告知ヲ受ケタル者ハ獨乙民事訴訟法ニ於ケルカ如ク訴訟告知ヲ受ケタル時ニ於テ從參加人ト爲シタルモノト看做サルル
 モノニ非ハ然レトモ其者カ從參加人ト爲シタルトキハ之ニ關スル規定ノ適用ヲ生スルニ至ルモノトス(六一二)法學博士仁井田
 益太郎氏民事訴訟法要論中卷六一四頁)

二 告知ノ效力ハ被告告知人ヲシテ從參加人ト爲リ得ル機會ヲ與フルニ過キス從テ告知ヲ受ケタル者ニ對シテハ民事訴訟法第五
 五條ニ規定スルカ如キ效力ヲ生スルコトナレ告知ヲ受ケタル者カ從參加人ト爲ルニ依リテ始メテ同條ニ規定スルカ如キ效力ヲ
 生ス(法學博士板倉松太郎氏民事訴訟法論第二册(三五)三四六頁)

由來民事訴訟法上參加ニ關スル規定ノ解釋ニ就テハ疑問百出難問誘出シ學者ヲシテ其去就ニ迷ハシムルモノ尠ナカラサルノミナラス此間ノ研究末タ幼稚ニシテ不可解ノ點殆ント枚擧ニ遑アラズ博士ハ夙ニ此點ニ著眼セラレ先ツ以テ判決ノ參加的效力ト題シ其研究ノ一端ヲ開示セラル斯法學界ノ爲メ其勞ヲ多トス本論ノ主眼トスル民事訴訟法第五條ニ所謂參加人カ其補助シタル原告又ハ被告トノ關係ニ於テハ其訴訟ノ確定裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得サル效力カ所謂既判力ノ擴張ナリヤ將タ又既判力以外ノ特殊ノ效力ナリヤニ就テハ特ニ論及セラレタルモノナシト雖モ我國學者ノ通説ハ寧ロ既判力ノ制限的擴張ナリト解スルモノノ如シ然ルニ獨リ博士ハ此效力ハ既判力以外ノ特殊ノ效力即チ參加的效力ナリト主張セラレ從テ其效力ノ範圍ニ就テモ既判力ト主觀客觀兩方面ニ於テ差異アルモノトセララル蓋シ我民事訴訟法解釋上ノ創見ナリト謂ハサルヘカラス博士ハ之ヲ通常ノ從參加及ヒ共同訴訟的從參加ノ二個ノ場合ニ岐テ其適用ヲ示シ進シテ告知參加ニ論及セラル論理ノ整然解釋ノ穩健ナルコト今更喋々ヲ要セサル所ニシテ吾人ノ容喙ヲ許ササル所ナリ博士カ學界ノ爲メ此好參考資料ヲ提供セラレタルニ對シ吾人ハ一般學者ト與ニ研究大ニ勉メ他日更ニ評論スルノ日アルヲ期待シテ止マサルモノナリ

本人訊問ノ結果ハ被上告人ノ申請ニ係リ且被上告人ノ法定代理人ヲ訊問シタル場合ト雖モ裁判所カ之ニ措信シ得ヘクンハ被上告人ノ利益ニ之ヲ採用シ得サルモノニアラス

【關係事項】

上告棄却○原審官城控訴院○私生子認知請求事件○上告人富原縣訴訟代理人辯護士星與市同山崎今朝彌被上告人森田菊雄

六八七 債務人ハ代金ノ全額ヲ支拂ヒタル後ニ非サレハ不動産ノ引渡ヲ求ムルコトヲ得ス
 債務人若クハ債權者債務ヲ許ス決定アリタル後引渡アルマテ管理人ナレテ不動産ヲ管理セシメテ申立テタルトキハ裁判所ハ之ヲ命スヘシ
 債權者カ引渡ヲ拒ミタルトキハ債務人若クハ債權者ノ申立ニ因リ裁判所ハ執達吏ヲシテ債務者ノ占有ヲ解キ其不動産ヲ管理人ニ引渡サシム可シ

民事訴訟法第六八七條第一項ニ依レハ競落人ハ代金ノ全額ヲ支拂ヒタル後ニ非
サレハ不動産ノ引渡ヲ求ムルコトヲ得スト規定セリト雖モ是レ競落人ハ代金支
拂後競落許可決定ノ旨渡ニヨリテ取得シタル所有權ニ基キ自己ノ權利トシテ競
落物ノ引渡ヲ求メ得ル旨ヲ定メタルニ止マリ執行裁判所ニ對シテ所謂引渡命令
ノ申請ヲ爲スコトヲ許容シタルモノニ非ス

本件被告ノ要旨ハ原告人ハ債務者堀河護磨ニ對スル債權ニ付抵當權實行ノ爲メ東京
市赤坂區新坂町四五番地四六番地四六番地二號木造瓦葺二階建一棟外九棟ノ建物ノ
競賣ヲ申立テ東京區裁判所ハ大正八年八月二日被告人ニ對シテ競落許可ノ決定ヲ言渡
シタリ仍テ競落代金全部ノ支拂ヲ爲シタルキニ東京區裁判所ハ大正八年九月二日被告代金支拂
引渡命令ノ申請ヲ爲シタルトキニ東京區裁判所ハ大正八年九月二日被告代金支拂
ノ後直チニ引渡請求ヲ爲シ得ルノ時期ニアリシモノナレハ其時ニ於テ本件競賣手
續ニ終了シタルモノナルヲ以テ今日ニ方テ引渡ノ請求ヲ爲スト得ストノ理由ヲ以
テ被告ノ申請ヲ却下セラレタリ然レトモ右ノ如キ時期ヲ以テ競賣手續終了時期ト
解スヘキ法律上ノ根據アルコトナシ競買ハ競買ノ性質ヲ有スルモノナ
ルヲ以テ特別ノ規定ナキ限りハ民法ノ競買ニ關スル規定ニ準據スヘキ買主タル競落
人ニ於テ完全ニ義務ヲ履行シタル以上ハ裁判所ハ競落人ニ對シテ完全ニ競賣ノ目的
ヲ達スル手続ハ未タ以テ終了シタルモノト云フコト能ハサルナリ被告一ハ債務者
堀河護磨ニ對シテ債權ノ引渡ノ任意引渡ヲ督促シタルモ時恰モ家屋拂底ノ折
柄トテ明渡方ノ猶豫ヲ求メラレバムナク今日ニ至リタルモノナリ然レハ原決定ノ如
ク競落代金納入後即時ニ引渡命令ヲ申請セサルヘカラスト爲スカ如キハ極メテ不當
ルヲ以テ右決定廢棄ノ上競落不動産ノ引渡命令ヲ求ムル爲メ被告ニ及ヒタリト謂フ

【關係事項】 棄却○競落不動産引渡命令申請却下決定ニ對スル被告原告人清水律代理人辯護士和田吉太郎
【競賣代金支拂後ト引渡命令ノ許否ニ關スル同趣旨學說判例】

一 競落許可決定カ確定シ競落人カ代金ヲ裁判所ニ支拂ヒタルニ拘ラス債務者カ不動産ノ引渡ヲ拒ムコトアルヘシ管理入カ不
動產ヲ保管スルトキハ斯ル場合ニ生ゼスト雖モ債務者カ之ヲ占有セル場合ニ引渡ヲ拒ミタル競落人ハ競落許可決定ニ基キ引渡
ニ付更ニ執行ヲ爲スヲ得ルヤ立法上斯ル執行ヲ爲スヲ得ルヤ立法上斯ル執行ヲ許スヲ至當トスト雖モ現行法ニハ特別ノ規定ナ
キヲ以テ更ニ訴ヲ以テ引渡ヲ求ムルノ外ナカルヘシ(法學博士岩田一郎氏民事訴訟法學論一三三頁)

ニ在リ
仍テ按スルニ民事訴訟法第六八七條第一項ニヨレハ競落人ハ代金ノ全額ヲ支拂ヒタル
後ニ非サレハ不動産ノ引渡ヲ求ムルコトヲ得スト規定セリト雖モ是レ競落人ハ代
金支拂後競落許可決定ノ旨渡ニヨリテ取得シタル所有權ニ基キ自己ノ權利トシテ競
落物ノ引渡ヲ求メ得ル旨ヲ定メタルニ止マリ執行裁判所ニ對シテ所謂引渡命令ノ申
請ヲ爲スコトヲ許容シタルモノニアラス或ハ同條第三項ノ規定ヲ準用シテ代金支拂
後引渡ヲ求ムルモ債務者カ之ヲ拒ミタルトキハ申立ニ基キ引渡命令ヲ發スルモノト
解スルナ相當トスヘキカ如シト右條項ハ同條第二項ヲ承ケ競落代金支拂前保全處分
トシテ競落物管理入ノ管理ニ付セントスルニ當リ債務者カ引渡ヲ拒ミタルトキニ於
テ管理入ニ引渡スルヘキ旨ヲ命スヘキコトヲ規定シタルモノニシテ代金支拂後ニ於
テハ競落人ハ前示第七八七條第一項ニヨリ占有者ニ對シテ直ニ目的物ノ引渡請求權
ヲ行使シ得ヘキカ故ニ取テ同條第三項ヲ準用スヘキ限リニアラス而シテ原告人ノ主張
旨モ結局競落代金支拂前ニ於テ引渡命令ヲ申請スヘシト謂フニ在リテ原告人ノ主張
スルカ如ク代金全部支拂後即時ニ申請スヘキ旨ヲ說示シタルモノニアラス仍テ競落
代金支拂後ニ於ケル本件引渡命令ノ申請ハ失當タルヲ免レサルヲ以テ本件被告ハ其
理由ヲキモノト認ム(東京地方裁判所大正九年(チ)第一二九號同年二月一日民六部近藤裁判長鶴芝崎各判事決
定)

二 引渡命令ノ申請ハ代金支拂以前ナルコトヲ要ス蓋シ代金全額ヲ支拂ヒタル後ニ於テハ競落人ハ其不動産ノ引渡ヲ債務者ニ對シテ求ムルコトヲ得ルモノナレハ特ニ管理人ヲ定メテ其管理人ニ引渡サシムヘキヲ必要ナクハナリ(佐藤重三氏強制執行法不動産強制執行四一頁以下)

三 按スルニ競落人ハ民事訴訟法第六八七條第一項ニ依リ競落許可ノ決定アルモ競落代金ノ全部ヲ支拂ヒタル後ニ非サレハ不動産引渡ヲ求ムルコトヲ得サルモノトス然ル時ハ其間不動産ノ管理權ハ依然債務者ニアルヲ以テ或ハ恐ル債務者ノ怠慢又ハ故意ニ因リテ不動産ニ損害ヲ及ボスコトアラントシ是レ其間ニ於ケル債權者又ハ競落人保護ノ爲メ同條第二三項ノ規定アル所ヲ以テ然レトモ之ニ反シ競落人ハ既ニ代金ノ全部ヲ支拂ヒタル右條項ヲ適用スヘキ限リニ非ヌ何ントナラハ此場合ニ於テハ競落人ハ當然債務者ニ對シテ不動産ノ引渡ヲ求ムル權利アルヲ以テ特ニ管理人ヲシテ管理セシムルカ如キ規定ヲ設クルノ必要アリナキ場合ニ於テモ亦同條項ノ適用アリトセハ已ニ競落人完全ニ所有權ヲ取得シタル不動産ニ對シ債權者ヨリモ亦同一ノ申立ヲ許シタルノ理由解ス可カラス(東京地方明治三十五年七月二十八日民休部判決法律新聞一一〇號二四三頁)

同上ニ關スル反對學說判例

- 一 競落人カ賣却代金支拂ノ義務ヲ完全ニ履行シタルトキハ不動産ノ引渡ヲ請求スルコトヲ得ヘシ若シ債務者カ其引渡ヲ拒ミタルトキハ執行裁判所ハ第六八七條第三項ノ規定ヲ準用シ債權者ノ申立ニ基キ執達吏ヲシテ債務者ノ占有ヲ解キ競落人ニ不動産ノ引渡ヲ爲サシムヘキモノト開フ(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論一三六七頁)
- 二 競落代金ノ全額ヲ支拂ヒタル後不動産船隻ノ引渡ヲ求ムルコトヲ得債務者又ハ債務者ニ非サル所有者カ之ヲ拒ミタルトキハ執行裁判所ハ引渡命令ヲ發シ該命令及競落許可決定ニ基キ執達吏ヲシテ其引渡ヲ爲サシムルコトヲ得管理人ヲシテ不動産船隻ヲ占有セシメタル場合ニ管理人カ其引渡ヲ拒ミタルトキ亦同シカルヘシ(法學博士板倉松太郎氏強制執行法義海七五〇頁)
- 三 民事訴訟法第六八七條第二項第三項ニ依リ競落不動産ノ管理及引渡命令ハ競落許可決定後ニ於テ債權者又ハ競落人ノ申立所ハ其命令ヲ發スルコトヲ得ルモノトス(法曹會明治四四年六月二日決議法曹記事第一卷第一〇號五六頁)
- 四 競落人ニシテ既ニ代金ノ全額ヲ支拂ヒタル以上ハ競落人カ競落ヲ許ス決定ニ因リテ不動産ノ所有權ヲ取得スルコトハ民事訴訟法第六八七條ノ規定アル所ナレハ假令管理人ノ任命アリタル後ト雖モ債務者ヲシテ之ニ引渡サンヌ競落人自身ニ引渡サシムル命令ヲ發センコトヲ求ムヘキ競落人ニ於テ特ニ不動産引渡ノ訴ヲ提起スルコトヲ要セス(大審院大正六年第四四號同年三月三日民三部決定本書第六卷民訴六七頁)
- 五 競賣法ニ依リ不動産ノ競賣ニ於テ競落人カ競賣代金支拂ノ義務ヲ完全ニ履行セルニ拘ラズ債務者カ故ナク不動産ノ引渡ヲ拒ミタルトキハ競落人ノ申立ニ因リ裁判所ハ執達吏ヲシテ債權者ノ占有ヲ解キ競落人ニ其不動産ヲ引渡サシムヘキモノナリトス(大阪地方大正三年七月一三日民三部判決法律新聞九五九號六五九頁)
- 六 民事訴訟法第六八七條第二項ハ管理人ナル文字ヲ用フルモ立法ノ精神及沿革ニ觀スルトキハ競賣代金ヲ支拂ヒタル競落人

ハ勿論競落人若クハ債權者モ共ニ債務者カ不動産ノ引渡ヲ拒ミタルトキハ執達吏ヲシテ之カ引渡ヲ強制セシムヘキ法案ナリト解釋セサルヲ得ス(同上明治三八年一月二五日民二部判決法律新聞三二六號八頁)

七 民事訴訟法第六八七條第三項ハ代金支拂ヒタル競落人モ亦同條第二項ノ場合ト同シク引渡ヲ拒ミタル債務者ニ對シ執達吏ヲシテ之ヲ強制セシムヘキ命令ヲ發セラレントナリ申立ヲ得ルモノト解釋スルヲ相當トス(奈良地方大正元年一月二二日判決法律新聞第八三一處六九二頁本書第一卷民訴二二〇頁)

不動産ノ競落許可決定アルモ競落人ハ代金ノ全額ヲ支拂ヒタル後ニ非サレハ不動産ノ引渡ヲ求ムルコトヲ得スシテ唯其保全處分トシテ競落不動産ノ管理及ヒ引渡命令ヲ求ムルコトヲ得ルニ過キサルコト法律ノ明定スル所ナリ(民訴第六八六條第六八七條)之ニ反シ競落人カ代金ノ全額ヲ支拂ヒタル後ニ於テハ最早引渡命令ヲ求ムルコトヲ得サルヲ直接ノ明文ナキカ故ニ學說判例ノ歧ルル所ナリ而シテ吾人ハ曾テ本問ニ關シ實際上ノ便宜ニ反スルモ解釋上本判決ト同一ニ消極ニ解スヘキモノナルコトヲ一言シタリ(第一卷民訴二二二頁評論然レトモ翻テ民事訴訟法第六八七條第二項第三項ノ規定ノ趣旨ヲ考フルニ訴訟法ハ競落人ヲシテ完全ナル所有權ヲ取得セシムル爲メ其前提トシテ保全處分ヲ認メタル趣旨ナルコト疑ヲ容レヌ果シテ然ラハ法ノ精神ハ唯單ニ保全處分ノミニ止マラスシテ究局ノ目的タル所有權ノ完全取得ニ在ルコトヲ推知スルニ難カラス若シ夫レ既ニ代金支拂前ノ競落人カ債務者ニ對シテ其不動産ヲ管理人ニ引渡ヌヘキコトヲ強要シ得ヘキ途アルニ拘ラス代金完納後ニ於テハ別個ノ訴訟ヲ提起スルニ非サレハ其引渡ヲ強要スルコトヲ得スト爲スカ如キハ全然法ノ精神ヲ沒却スルノミ

ナラス一強制執行ノ終了ヲシテ二途ニ出テシムルノ不都合ヲ生スヘシ況ンヤ
落人ノ保護ヲ缺キ且訴訟ノ簡便迅速費用ノ節約ナル民事訴訟法上ノ原則ニ反ス
ルヲヤ故ニ吾人ハ專口前見ヲ捨テ民訴第六八七條第三項ヲ準用シ之ヲ積極ニ解
スルノ穩當ナルヲ信セント欲ス

一六四

五〇第五項 然レトモ懈怠シタル共同訴訟人ニハ其懈怠セザ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
必要的共同訴訟ニ於テ民事訴訟法第五〇條第五項ニ依リ懈怠シタル共同訴訟人
ニ對シ其懈怠セザリシ場合ニ於テ爲スヘキ總テノ送達及ヒ呼出ヲ爲スコトヲ命
シタルハ其懈怠シタル共同訴訟人ヲシテ何時タリトモ訴訟手續ニ再ヒ参加スル
ノ便宜ヲ得セシムルノ趣旨ニ出ツルモノナルヲ以テ判決ノ基本タル最終ノ口頭
辯論期日ノ呼出ヲ爲シ訴訟ニ参加スヘキ適法ノ機會ヲ與ヘタル以上其前ノ口頭
辯論期日ニ於テ送達及ヒ呼出手續ニ缺クル所アリトスルモ之カ爲メ適法ナル基
本辯論ニ基キ言渡シタル判決ノ效力ニ影響ヲ來タザサルモノトス
按スルニ必要的共同訴訟ニ於テ民事訴訟法第五〇條第五項ニ依リ懈怠シタル共同訴
訟人ニ對シ其懈怠セザリシ場合ニ於テ爲スヘキ總テノ送達及ヒ呼出ヲ爲スコトヲ命
シタルハ其懈怠シタル共同訴訟人ヲシテ何時タリトモ訴訟手續ニ再ヒ参加スルノ便
宜ヲ得セシムルノ趣旨ナルヲ以テ判決ノ基本タル最終ノ口頭辯論期日ノ呼出ヲ爲レ

訴訟ニ参加スヘキ適法ノ機會ヲ與ヘタル以上其前ノ口頭辯論期日ニ於テ送達及ヒ呼
出手續ニ缺クル所アリトスルモ之カ爲メ適法ナル基本辯論ニ基キ言渡シタル判決ノ
效力ニ影響ヲ來タザサルヲ以テ本論旨中此部分ニ關スル論旨ハ採用スルニ足ラス(大審
院大正九年(オ)七四六號同年一月四日民二部馬場裁判長田上柳川成道三宅各判事判決)
【關係事項】 上告棄却○原審名古屋地方裁判所○賣買及遺產相續登記抹消請求事件○上告人加藤廉外二名訴訟代理人三宅長
策被上告人古川潔
判旨正當ナリ

一六五

五四第二項 參從加入ノ陳述及ヒ行爲ト主タル原告若クハ被告ノ陳述及ヒ行爲ト相抵觸スル場合ニ於テハ主タル原
告若クハ被告ノ陳述及ヒ行爲ヲ以テ標準ト爲ス但民法ニ於テ此ニ異ナル規定アルトキハ此限ニ在ラス
民法四二三 債權者ハ自己ノ債權ヲ保全スル爲メ其債務者ニ屬スル權利ヲ行フコトヲ得但債務者ノ一身ニ專屬スル
權利ハ此限ニ在ラス
債權者ハ其債權ノ期限カ到來サル間ハ裁判上ノ代位ニ依ルニ非サレハ前項ノ權利ヲ行フコトヲ得ス但保存行爲ハ此
限ニアラス
一 民事訴訟法第五四條第二項但書ノ規定ハ債權者カ其債務者ト他人トノ間ニ
繫屬スル訴訟ニ債務者ノ從參加人トシテ參加シタル場合ニ在リテハ民法第四二
三條ノ規定ニ從ヒ債務者ニ屬スル權利ヲ行フコトヲ得ルヲ以テ其補助スル主タ
ル當事者ノ陳述及ヒ行爲ヲ爲スモ之ヲ以テ標準ト爲スコトヲ得サルニ非サル旨
ヲ明示シタルニ他ナラサルモノトス
一 養子縁組無効ノ訴ニ於テ主タル當事者ハ從參加人ノ控訴前ニ控訴權ヲ拋棄

シ又控訴ノ取下ヲ爲シタルモノナルトキハ從參加人ノ控訴ハ主タル當事者ノ行爲ト既觸シ本件ノ訴訟ニ付テノ標準タル行爲トスルコトヲ得サルモノトイフベシ

案スルニ民事訴訟法第五四條第二項但書ノ規定ハ債權者カ其債務者ト他人トノ間ニ
ノ規定ニ從ヒ債務者ニ屬スル權利ヲ行フコトヲ得ルヲ以テ其補助スル主タル當事者
ノ陳述及ヒ行爲ヲ爲スモ之ヲ以テ標準ト爲スコトヲ得サルニ非サル旨ヲ明示シタル
ニ他ナラス原判決ニ所謂共同訴訟人ニ付テノ規定ノ準用アル從參加ハ我現行民事訴訟
法ニ存セサル所ナリ(大正六年(オ)第九七五號同七年二月七日當院第二民事部判決舊
民法財產編第三三九條參照)本件ハ養子縁組無効ノ訴ニシテ主タル當事者ハ從參加人
ノ控訴前ニ控訴權ヲ拋棄シ又ハ其控訴ノ取下ヲ爲シタルモノナルコト原裁判所ノ判
示スル所ナリ果シテ然ラハ從參加人ノ控訴ハ主タル當事者ノ行爲ト既觸シ本件ノ判
訟ニ付テノ標準タル行爲トスルコトヲ得ス然ルニ原判決ハ事茲ニ出テスシテ主タル
當事者ハ從參加人ノ控訴前ニ控訴權ヲ拋棄シ居リ又其控訴ノ取下ヲ爲セルコトヲ認
メ得ルモ之カ爲メ從參加人ノ控訴ニハ何等ノ關係ヲ及ボササルコト多言ヲ俟タス而
シテ從參加人ノ控訴ハ適法ナル期間内ニ爲サレアルコト及ヒ此控訴ハ尙當院ニ屬
セルコトハ執レモ本件記録ニ數レテ明白ナルヲ以テ從ヒテ浦和地方裁判所大正六年
(オ)第五三號事件ノ終局判決ハ尙ホ確定ノ狀態ニ在ルモノト云ハサルヲ得スト判示レ
上告人敗訴ノ判決ヲ言渡シタルハ失當ニシテ破毀ヲ免カレス(大審院大正九年(オ)五二五號同
年十月三十日民三部廣田裁判長神原磯谷松岡瀧淵各判事判決)

【關係事項】 破毀差戻○原東京控訴院○養子縁組無効請求原狀回復再審事件○上告人中村朗外一人訴訟人理人辯護士牧野
賤男同大野菊三同山田末吉被告上告人森田彌子外三人訴訟代理人辯護士志賀和多利同會田惣七同畑義三同渡邊武彦

【五四條二項但書ノ解釋ニ關スル參照學說】

本卷民訴二二七頁
【共同訴訟的從參加人ノ性質及效力ニ關スル參照學說】
本卷民訴二二九頁

第五四條第二項ハ判旨ノ如ク間接訴訟(民法四二三條)ヲ元來從參加人カ行使シ得ル場合ノミニ適用スヘキカ又ハ判決ノ確定力カ第三者ニ及フ總テノ場合ニ適用アルモノト解スヘキカニツキ學說判例一致セサル所ニシテ吾人ハ屢々之ヲ論評シタルヲ以テ此處ニ再論セスト雖モ判旨ニハ贊スルコトヲ得ス從テ判旨第二點ニモ贊成スルヲ得サルハ當然ナリ(本卷民訴一三〇頁)

五四七 強制執行ノ履行ハ前二條ノ場合ニ於ケル異議ノ訴ノ提起ニ因リテ妨ケラルコト無シ
然レトモ異議ノ爲メ主張シタル事情カ法律上理由アリト見エ且事實上ノ點ニ付テハ證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履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コトヲ命
ルコトヲ得
右裁判ハ口頭辯論ヲ經シテ之ヲ爲シ又ハ急迫ナル場合ニ於テハ裁判長之ヲ爲スコトヲ得
急迫ナル場合ニ於テハ執行裁判所モ亦此權利ヲ行使スルコトヲ得此場合ニ於テハ執行裁判所ハ受訴裁判所ノ裁判ヲ
提出セシムル爲メニ相當ノ期間ヲ定ム可シ此期間ヲ徒過シタルトキハ債權者ノ申立ニ因リ強制執行ヲ履行ス

強制執行異議ノ訴ニ付キ受訴裁判所カ申立ニ因リ執行ノ停止ヲ命スルニハ異議
ノ爲メ主張シタル事情カ法律上理由アリト見エ且ツ事實上ノ點ニ付キ適切ナル

説明アルコトヲ要スルモノトス

案スルニ強制執行異議ノ訴ニ付キ受訴裁判所カ申立ニ因リ執行ノ停止ヲ命スルニハ申立人ニ於テ異議ノ爲メ主張シタル事情カ法律上理由アリト見ユ且ツ其事實上ノ點ニ付キ疎明アリタル場合ナルコトヲ要スルハ民事訴訟法第五四七條第二項ノ明定スル所トス然ルニ被告入カ本件執行ノ停止ヲ申請スルニ付キ其理由トシテ主張セル叙上事實ニ關シテハ適切ノ説明ナキコト記録上明瞭ナルヲ以テ申請ハ却下スヘキヲ相當トス從テ原決定ハ失當ニシテ本件抗告ハ理由アリト認メ主文ノ如ク決定ス(東京控訴院大正九年(ヲ)第九六號同年二月二〇日民三部岩本裁判長大野澤各判事決定)

【關係事項】

原告抗告人清浦敬吾

被告代理人ハ原決定ヲ廢棄シ(一)群馬縣警務部長野原町大字鹿桑龍川電燈株式會社水

(一六七)

七三第一項

民法第四一四條第二項及三項ノ場合ニ於テハ第一審ノ受訴裁判所ハ申立ニ因リ民法ノ規定ニ從テ決定ヲ爲ス

七四八

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

七五六

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

民法四一四第三項

不作爲ヲ目的トスル債務ニ付テハ債務者ノ費用ヲ以テ其爲シタルモノヲ除却シ且將來ノ爲メ適當ノ處分ヲ爲スコトヲ請求スルコトヲ得

民法第四一四條第三項ノ規定ハ其性質上假處分命令ノ執行ニ準用ナキモノト解スルヲ相當トス

東京控訴院決定

路土木工事(イ)第四條違憲及構形スチージンケ掘付工事及混泥土施行工事全部ノ排除(ロ)第五條強要工事ノ理立(但大正九年七月一六日ヨリ本件施行済ニ至ル迄ノ一日ニ付深サ六尺宛ノ分)ハ鐵管路工事ノ理立(但大正九年七月一六日ヨリ本件施行済迄ノ一日ニ付深サ二間宛ノ分)ハ(ニ)餘水路側壁及敷張工事ノ排除(但大正九年七月一六日ヨリ本件執行済迄一日ニ面積四分半宛ノ分)ヲ執達吏ヲシテ執行セシメ(三)相手方ナレバ右執行ニ要スル費用金一千二百五十圓ヲ支拂ヘシメ(四)執達吏ナレバ各第一水路土木工事第三號隧道中心ヨリ第四號隧道第五號隧道水槽水踏發電所放水路護岸石取等ヲ占有セシムヘキ項項ニ至ル間ノ右隧道水槽管線管線餘水路發電所放水路護岸石取等ヲ占有セシムヘキ裁判ヲ求ル旨申立テ其請求ノ事由トシテ相手方ト前示水路土木第三號隧道中心ヨリ第四號隧道第五號隧道水槽水踏發電所放水路護岸石取ニ至ル間ノ右隧道水槽管線管線水路發電所放水路護岸石取等ノ土木工事一切ヲ前橋地方裁判所高崎支部大正九年(ヨ)第九號假處分命令ニ依リテ禁止セラレ同年七月一六日其送達ヲ受ケテカラ之ニ違反シテ該工事ヲ繼續シ前記イ乃至ニノ工事ヲ爲シツツアリ斯クテハ被告入カ右假處分命令ヲ得テ該工事ヲ禁止シ依テ被告入ノ履行シタル工事出來高チ分明ナラシメ本案ノ訴ノ目的ヲ貫徹セントスルニ能ハサルニ至ルヘキヲ以テ被告入ハ本件申請ニ及ヒタル處原裁判所ヘ之ヲ却下シタルヲ以テ更ニ本件被告入ハ本件申請ニ及ヒタル法トシテ甲第一・二・三號假處分命令提出シ原告人同保三郎ノ證書ヲ授用シテ相手方代理人ハ本件被告入ノ裁判ヲ求ムル旨申立テ本件土木工事ハ元龍川電燈株式會社ヨリ北川電氣企業社カ請負ヒ更ニ北川電氣企業社ヨリ相手方カ請負ヒ相手方ヨリ被告入カ更ニ下請負ヲ爲シタルモノニシテ被告入ハ大正八年一月三〇日日本件工事ヲ相手方ニ返納シタリ而シテ被告入ノ爲シタル工事ノ程度ハ著手以來其既成部分ニ付毎月二〇日龍川電燈株式會社ヨリ技師出張シ被告入及相手方立會ノ上調査表ヲ作成シ居ル故直チニ判明スヘシ又請負代金ハ相手方ヨリ被告入ニ對シ工事既成部分ニ相應スル額ノ百分ノ九五ヲ毎月支拂ヒタリ相手方カ本件假處分命令ヲ受ケタル後其範圍内

ノ工事ヲ爲シタルコトハ之ヲ認メストノ旨答辯シ甲辯各證ノ成立ヲ認メタト
 仍テ按スルニ民法第四一四條第三項民事訴訟法第七三條ノ規定カ假處分命令ノ執
 行ニ準用アルモノトスルニ非サレハ抗告人申請ノ如キ裁判ヲ爲スコトヲ得サルヤ論
 ヲ俟タス然ルニ民法第四一四條第三項ノ規定ハ其性質上假處分命令ノ執行ニ準用ナ
 キモノト解スルヲ相當トスルノミナラス假ニ其準用アルモノトスルモ抗告人證明ナ
 法ヲ以テテレテハ相手方カ本件假處分命令ニ違反シテ若干ノ工事ヲ進行セシメタルコ
 トヲ證明シ得タルニ止マリ如何ナル範圍程度ノ工事ヲ進行セシメタルカ證明シ得
 サルカ故ニ抗告人申立ノ第一二項ノ如キ裁判ヲ爲シ得タルハ勿論申立第三項ノ如ク
 執達更テシテ占有セシムルコトハ本件ノ場合ニ適當ノ處分ニ非スト認ムルヲ以テ原
 決定カ抗告人ノ申請ヲ却下シタルハ洵ニ相當ニシテ本件抗告ハ理由ナキモノトス(東
 京控訴院大正九年(ヲ)第六四號同年一月六日民一部神谷裁判長渡邊岡村各判事決定)

【關係事項】 棄却○工事排除命令申請抗告事件○抗告人武末庫太郎代理人辯護士原孫六外一名相手方辯護士
 土屋市郎

(一六八)

東京控訴
院判決

二三九 口頭辯論ノ際原告其訴ヘタル請求ヲ放棄シ又ハ被告之ヲ認諾スルトキハ裁判所ハ申立ニ因リ其放棄又ハ認
 諾ニ基キ判決ヲ以テ却下シ又ハ敗訴ノ旨判決ヲ爲スコトヲ得
 不動産登記法一四六 登記ノ抹消ヲ申請スル場合ニ於テ其抹消ニ付キ登記上利害ノ關係ヲ有スル第三者アルトキハ
 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標本ヲ添付スルコトヲ要ス

買主甲カ賣主乙トノ間ノ假裝賣買ニヨリ所有權移轉登記ノ抹消登記手續ヲ爲ス
 ヘキ義務ヲ認諾シタルトキハ其抹消ニツキ登記上利害ノ關係ヲ有スル第三者ア
 ルトキト雖モ甲ニ對シ甲ノ爲メニ存スル所有權取得登記ノ抹消登記手續ヲ爲ス
 ヘキ義務アルコトヲ判定スルヲ妨クサルモノトス

假裝賣買ニ因リ登記簿上所有名義人トナリタル買主カ更ニ假裝賣買ニ因リ所有
 權移轉ノ登記ヲ爲シタルトキハ第二ノ所有權移轉登記ノ抹消登記義務者ハ第二
 ノ假裝賣買ノ買主ノミナリトス

控訴人ノ本件訴旨ハ保身不動産カ控訴人ヨリ被控訴人萩原鐵平ニ被控訴人萩原鐵平
 ヲリ被控訴人渡邊兼吉ニ順次賣買ニヨリ所有權移轉シタル旨登記ヲ經由セラレタル
 事右ニケノ賣買ハ何レモ虛偽假裝ノモノナルヲ以テ被控訴人萩原鐵平ニ對シ同人ト
 控訴人トノ間ニ爲サレタル所有權移轉登記ノ抹消登記手續ヲ求ムト謂フニ在リ而シテ被控訴人萩原鐵平
 爲サレタル所有權移轉登記ノ抹消登記手續ヲ爲スヘキ義務アルコト論テ
 ハ自己ノ爲メニ存スル所有權取得登記ノ抹消登記手續ヲ爲スヘキ義務アルコト論テ
 俟タス尤モ被控訴人渡邊兼吉ノ爲メニ存スル所有權取得登記ノ抹消セラレタル結果不
 動産登記法第一四六條ノ適用上控訴人ハ勝訴ノ判決ヲ受クルモ結局其目的ヲ達スル
 コト能ハサル場合アルヘシト雖モ之カ爲メニ被控訴人萩原鐵平ニ同人ノ爲メニ有ス
 ル所有權取得登記ノ抹消登記手續ヲ爲スヘキ義務アルコトヲ判定スルノ妨トナラス
 次ニ本件不動産ニ付キ被控訴人萩原鐵平及ヒ同渡邊兼吉間ニ爲サレタル所有權移轉
 登記ノ抹消ヲ求ムル控訴人ノ請求ニ付キ案スルニ被控訴人萩原鐵平ハ登記上渡邊兼
 吉ニ對シ右不動産ノ讓渡ヲ爲シタルモノナレハ該登記ノ抹消ニ付キテハ登記義務者
 ニアラサルコト法律上明カナルヲ以テ同人ニ對スル右請求ノ失當ナルコト勿論ナリ

……(東京控訴院大正八年(ネ)第三九四號同年一月二六日民一部神谷裁判長渡邊岡村各判事決定)

【關係事項】 一部控訴棄却○土地所有權移轉登記抹消請求控訴事件○控訴人入江文三訴訟代理人辯護士手代木佑壽被控訴人
 渡邊兼吉訴訟代理人辯護士新江實控訴人萩原鐵平訴訟代理人辯護士高橋義次

【抹消登記ニ關スル參照學說】
 本卷民訴五二九頁參照

判旨一點正當ナリ蓋シ履行不能ナル場合ニハ給付判決ヲ爲ス可キモノニアラスト雖モ執行方法ナキ爲メ債務名義トナラサル場合又ハ履行困難ナルニ過キサル義務アルコトヲ認諾スルモ登記上利害關係人アルヲ以テ其承諾ヲ得ルカ又ハ之ニ對抗スルコトヲ得ヘキ判決ヲ受クルニアラサレハ名義書換ヲ爲ス能ハスト雖モ之レヲ以テ履行不能トナリタルモノト謂フヲ得サルヲ以テ給付判決ヲ爲スニ妨ケナキカ故ニ判旨正當ナリ又登記義務者ノ何人ナルヤハ實體法ニヨリテ定マリ法律上ノ原因ナクシテ登記簿上權利名義人トナリタル者カ抹消義務者ナリ按ズルニ第二ノ假裝賣買ニ於テハ賣主ハ賣買ニ基ク所有權移轉ノ登記ヲ買主ノ爲メニ爲シタリト雖モ之ニヨリ登記簿上何等ノ利害關係ヲ有セサルニ到ルヲ以テ原權利者ハ賣主ノ承諾ノ有無ニ拘ラス買主ノ承諾若クハ之ニ對抗シ得ヘキ判決ノ應本アルトキハ第二ノ假裝賣買ニ基ク所有權移轉登記ノ抹消ヲ爲シ得ヘキ判決以テ賣主カ登記義務者ニアラスト判決シタルハ正當ナリ

一六九

三九一 請求ニツキ起ス可キ訴カ地方裁判所ノ管轄ニ屬スル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ヶ月ノ期間内ニ管轄裁判所ニ訴ヲ起ササルトキハ權利拘束ノ效力ヲ失フ
民事訴訟法第七條第二項 民事訴訟法第三百九十條ノ規定ニ依リ訴カ區裁判所ニ繫屬スル場合又ハ第三百九十一條ノ規定ニ依リ地方裁判所ニ訴ヲ起ス場合ニ於テハ第六條ニ依リ貼用シタル印紙ノ額ニ訴費ニ付キ貼用ス可キ印紙ノ額ニ之ヲ通算ス可シ
同六 支拂命令ノ申請ニシテ訴訟物ノ價額十圓以下ナル場合ニ於テハ二十圓ノ印紙ヲ十圓ヲ超過スル場合ニ於テハ第二條ニ依リ第一卷ノ訴狀ニ貼用ス可キ印紙金額ノ半額ノ印紙ヲ貼用ス可シ

民事訴訟法第三九一條第二項ノ規定スル權利拘束ノ效力消滅後ニ同一請求ニ付キ訴ヲ提起スルトキハ是ニ支拂命令ノ申請ニ關シ貼用シタル印紙額ハ之ヲ通算スルコトヲ得スシテ請求金額ニ相當スル金額ノ訴訟印紙ヲ貼用スヘキモノトスル債權者カ第三九一條第二項ノ規定ニ從ヒ訴訟ヲ提起スルニハ債權者ノ異議申立通知書ノ送達アリタル日ヨリ起算シ一ヶ月ノ期間内ニ之ヲ爲ス可キモノトス

支拂命令ニ對シ債務者ヨリ異議申立アリテ請求ニ付キ起スヘキ訴カ地方裁判所ノ管轄ニ屬スル場合ニ於テ債權者カ其異議申立通知書ノ送達アリタル日ヨリ起算シ一ヶ月ノ期間内ニ管轄裁判所ニ訴ヲ提起セザルトキハ支拂命令ノ送達ト共ニ開始サレタル權利拘束ハ其效力ヲ失フヘキモノナルコトハ民事訴訟法第三百九十一條ノ規定スル所ナルト同時ニ右權利拘束ノ效力消滅後ニ同一請求ニ付キ訴ヲ提起スルトキハ是ニ支拂命令ノ申請ニ關シ貼用シタル印紙額ハ之ヲ通算スルコトハ民事訴訟法第七條ニ相當スル金額ノ訴訟印紙ヲ貼用スヘキモノナルコトハ民事訴訟法第七條第二項ノ規定ニ從ヒ訴訟ヲ提起スルニハ債權者ノ異議申立通知書ノ送達アリタル日ヨリ起算シ一ヶ月ノ期間内ニ之ヲ爲スヘキモノナル事ハ右規定カ民事訴訟ニ於ケル期間計算ニ關スル原則的規定タル同法第六十五條ニ對シ一ノ例外ヲ爲スモノト解スヘキモノナル關係ヨリ推考シ難ク之ヲ了知スルヲ得ヘシ而シテ同事件ノ事實ヲ觀知ノ控訴人カ大正八年一月二十四日被控(訴人)ニ對シ本訴手形金一千五百圓ノ支

拂請求ノ爲メ長崎區裁判所ニ支拂命令ヲ申請セル處被控訴人ヨリ之ニ對シテ異議申立テ爲シ其異議申立通知書カ同年二月七日控訴人ニ送達セラレタルコトハ當事者間ニ爭ナキ所ナレハ苟モ控訴人ニ於テ右支拂命令ニ關スル權利拘束ノ效力ヲ維持セントセハ須ラク同日ヨリ起算シ一箇月ノ期間内即チ同年三月八日迄ノ間ニ管轄裁判所ニ原裁判所ニ訴訟ヲ提起セサルヘカラザリシヤ言テ俟タス然ルニ控訴人カ本訴ヲ提起シタルハ右期間ノ既ニ經過シタル同月十日ナリシコトハ本件訴狀ノ記載上明確ナル事實ナルヲ以テ其訴狀提出ノ當時ニ在リテハ被控訴人ニ對スル支拂命令ノ送達ニ因ル權利拘束ハ業ニ已ニ消滅ニ歸シ居タルモノト謂ヘク隨テ控訴人ハ其請求金額一千五百圓ニ相當スル金二十五圓ノ訴訟印紙ヲ貼用セサルヘカラザルモノト十二圓五十圓ニ過キサルコトハ該訴狀ノ貼用印紙ニ徵シ明白ニシテ而カモ不足印紙ノ追貼ヲ爲スコトハ控訴代理人ノ責セサル所ナルニ依リ本件訴狀ハ法律上其效力ナキモノト論定セサルヘカラザル結果本訴ハ結局訴狀ノ提出ナキコトニ歸著シ其不適法タルコトヲ免レサルコトハ多言ヲ要セサル所ナリトス果シテ然ラハ本訴ニ對シテハ進ンテ本案ノ判斷ヲ爲スニ及ハスシテ訴却下ノ處置ニ出ツヘキハ當然ニシテ同一判定ヲ爲シタル原判決ハ相當ナルニ付テ控訴ヲ理由ナシト認メ民事訴訟法第四百二十四條第七十七條ニ則リ主文ノ如ク判決ス(長崎控訴院大正九年(ア)一六六號同年十月十一日民事部裁)

【關係事項】 控訴棄却○約束手形金請求控訴事件○控訴人島野秀夫右代理人辯護士則元由庸被控訴人右代理人辯護士齋藤巖判旨固ヨリ正當ナリ

二九七 左ニ總テル者ハ被告ヲ指スコトト得

(一七〇)

民事訴訟法第二九七條第一項第三號ニハ「證人トシテ立會シタル權利行為ノ成立及旨趣トアリテ且ツ權利行為ニハ毫毛制限的文詞ナキカ故ニ本案請求ノ直接基本タル權利行為タルト否トヲ問ハス苟モ當該訴訟ニ於テ爭トナリタル權利行為ナル以上ハ總テ之ヲ包含スル趣旨ト解スルハ妥當トス故ニ抗告人ノ右所論ハ之ヲ採用セズ然レトモ該規定ニハ明カニ權利行為ノ成立及旨趣トアリテ而カモ同條ハ證言拒絕ノ機能ニ對スル例外規定ニシテ嚴格ニ解釋スヘキモノナルヲ以テ權利行為ノ不成立若クハ不成立ニ終リシ權利行為ノ趣旨ノ如キハ全ク同規定ニ包含セラレサルモノトス」

第一 原告若クハ被告又ハ其配偶者ト親族ナルナルトキ但親族ニ付テハ婚姻ノ解除シタルトキト雖モ亦同レ

第二九七 證人トシテ立會セタル場合ニ於ケル權利行為ノ成立及旨趣

第三 證人トシテ立會セタル場合ニ於ケル權利行為ノ成立及旨趣

按スルニ民事訴訟法第二九七條第一項第三號ニハ證人トシテ立會シタル權利行為ノ成立及旨趣トアリテ其權利行為ニハ毫毛制限的文詞ナキカ故ニ本案請求ノ直接基本タル權利行為タルト否トヲ問ハス苟モ當該行為ニ於テ爭トナリタル權利行為ナル以上ハ總テ之ヲ包含スル趣旨ト解スルハ妥當トス故ニ抗告人ノ右所論ハ之ヲ採用セズ然レトモ該規定ニハ明カニ權利行為ノ成立及旨趣トアリテ而カモ同條ハ證言拒絕ノ機能ニ對スル例外規定ニシテ嚴格ニ解釋スヘキモノナルヲ以テ權利行為ノ不成立若クハ不成立ニ終リシ權利行為ノ趣旨ノ如キハ全ク同規定ニ包含セラレサルモノト解スルハ妥當トス然ルニ本案問題事項ハ原告カ被告ニ對シテ借用金ノ辨濟ヲ條件トシテ登記金名義變更ノ交渉ニ及ヒタルモ其交渉カ纏マラザリシ事實アリヤ若シアラハ其類來如何ト云フニ在リテ歸スルコト不成立ニ終リシ權利行為ノ内容ニツキ訊問ヲ求ムルモノニ外ナラザレハ前示條項ニ該當セサルコト明白ナリ而シテ本案原告ノ證人

カ原告ト親族關係アルコトハ證據申請ノ趣旨ニ微シ明白ナルカ故ニ證人ハ右證言ヲ
拒絶シ得ヘキコト同時ニ相手方タル被告ニ於テハ右證人ヲ忌避シ得ルコト勿論ナレ
ハ本件ニ付抗告人ノ爲シタル證人忌避ノ申請ハ至當ニシテ之ヲ却下シタル原決定ハ
失當タルヲ免レヌ仍テ主文ノ如ク決定ス(長崎控訴院大正九年(オ)第七號同年十月二十八日民部裁判長判
事淺沼彦一郎判事吉村安次郎判事小島庸雄判決)

【關係事項】

原決定廢棄證人忌避申請却下事件抗告人幸田組三代理人吉田健一郎

【二九九條第三號ニ關スル參照學說】

- 一 民事訴訟法第二九九條第三號ニ證人トシテ立會タル場合トアルハ證人カ證書作製ノ方式上必要ナリシテ立會タル者ノ
外後日ノ證據トナルヘキ目的ヲ以テ立會タル場合ヲ指稱スルモノトス(大審院大正八年判決本書八卷民訴五六四頁)
- 二 第二九九條第一項第三號ハ公正證書作成ノ場合ニ於ケル立會證人ノ如ク形式的ニ證人名義ヲ以テ立會タルモノノミヲ指ス
ニアラスシテモ後日證據タルヘキ目的ニテ立會タル證人ノ場合ヲ包含セシムル法意ナルカ故ニ信託ノ行爲ヲ爲シタル際其
成立ニ助力シ且證人トシテ立會タリト云フカ如キ迅問事項ハ本條第三號ニ該當スルモノト謂ハサルヘカラス(東京地方明治四
五年判決本書八卷民訴五六五頁)

判旨一點ハ吾人ノ贊成スル所ナレトモ判旨第二點ノ如ク二九九條ヲ嚴格ニ解釋シ
權利行爲ノ不成立若クハ不成立ニ終リシ權利行爲ノ趣旨ハ同規ニ包含セラレテ
ルモノト爲スヘキカニツキテハ疑ナキ能ハス蓋シ同條第一項第三號ヲ規定シタ
ル所以ハ或權利行爲ノ際證人トシテ立會タルヲ以テ其者カ其事情ヲ知悉致ス可
ク且ツ證人トシテ立會タル以上ハ當事者雙方ノ利益ノ爲メニ證言拒絶ノ權利ヲ
拋棄シタルモノトモ認メ得ルヲ以テ本條ヲ設ケタルモノト解セサルヘカラス且
證人ヲ立會ハシメ權利行爲ヲ爲サント欲シタルモ夫カ不成立ニ終ル場合アリカ

ル、場合ニ後日權利行爲ノ成立不成立カ争トナリタル場合ニ一面ヨリ觀察スレ
ハ權利行爲ノ成立ニ關シ他面ヨリ觀察スレハ權利行爲ノ不成立ニ關スルモノナ
レハ同條ハ權利行爲ノ不成立ニ終リシ際ニ立會タル場合モ包含スルモノト解ス
ルヲ正解トセサルヤ

(一七一)

四三六 裁判ハ左ノ場合ニ於テハ常ニ法律ニ違背シタルモノトス
第一 規定ニ從ヒ判決裁判所カ構成セラレザリトキ

判事轉官ノ旨官報ニ登載スルモ官報ノ登載ハ一般人民ニ告知スルニ止マリ判事
ニ於テ辭令書ノ交付其他ノ方法ニ依リ轉官ノ告知ニ接セサル限りハ該判事ニ對
シテ其效力ヲ生セサルヲ以テ依然判事ノ職務ヲ執ルヲ妨ケザルモノトス

然レトモ原院最終ノ口頭辯論ニ列席シ且判決ヲ爲シタル判事前田前之助カ其最終ノ
口頭辯論期日前ナル大正九年六月二十一日檢事ニ任セラレタルコトハ同月二十二日
附官報ニ登載セル所ナルモ官報ノ登載ハ一般人民ニ告知スルニ止マリ同判事ニ於テ
辭令書ノ交付其他ノ方法ニ依リ轉官ノ告知ニ接セサル限りハ同人ニ對シテ其效力ヲ
發生セス依然判事ノ職務ヲ執ルコトヲ妨ケザルヲ以テ同判事ノ干與ニ依リ爲シタル
原判決ハ不法ニアラス(大審院大正九年(オ)第七七七號同年十一月十三日民三部横田裁判長大倉磯谷松岡瀧澤各判
事判決)

【關係事項】

被告上告人貞廣常太郎外一人
原告上告人貞廣常太郎外一人

【同趣旨學說判例】

一 官吏力辭表ヲ提出シタル後ニ於テモ免官ノ辭令書ヲ受クルニ到ル迄ハ官吏關係ハ尙繼續ヘルモノナルカ故ニ尙其職務ヲ行
フ義務ヲ免ルルコトヲ得ス(法學博士美濃部達吉氏日本行政法總論四七六頁)
二 官更ノ任命免官等ハ官吏力辭令書ヲ受領スルカ或ハ其他ノ方法ニ依リ之カ告知ヲ受クルニアラサレハ其効チキモノナレハ
原院力被告ニ於テ免官ノ通告ヲ受クルコトナク其辭令書受領前爲シタル本件ノ行爲ハ官吏收賄罪トシテ處罰シタルハ法則違背
ノ裁判ニアラス(大審院明治四〇年判決)

一七二

五六一 執行命令ニハ其命令ヲ發シタル後債權者又ハ債務者ニ於テ承繼アル場合ニ限リ執行文ヲ附記スルコトヲ要
ス
請事ニ關スル異議ハ執行命令ノ發達後ニ生シタル原因ニ基クキニ限リ之ヲ許ス
執行文ニ付テテ訴又ハ請求ニ關シ異議ヲ主張スル訴又ハ執行文附與ノ際到達シタルト認メタル承繼者ヲ訴ハ執行
命令ヲ發シタル區裁判所之ヲ管轄ス但シ請求力區裁判所ノ管轄ニ屬セサルモノナルトキハ管轄地方裁判所ニ其訴ヲ
起ス可シ

保爭債權中一部力辨濟ニ因リ消滅シタルトキハ其部分ニ付テ強制執行ヲ許スヘ
カラサルヲ以テ殘存部分ノ強制執行ノ異議ハ不當ナルモ其消滅シタル部分ニ付
テハ正當ナリトス

案スルニ上告人カ本訴請求ノ原因トシテ主張シタル要旨ハ本件強制執行ハ被上告人
カ上告人ニ對スル金錢債權ニ付キ松山區裁判所ノ發シタル執行命令正本ニ基キ上告
人ノ有體動產ヲ差押ヘタルモノナルモ右債權ハ上告人カ既ニ其一部分ヲ辨濟シ殘
部分ハ免除ヲ受ケタルニ因リ其全部消滅ニ歸シタルヲ以テ其強制執行ハ許サルヘキ
モノニ非スト云フニ在ルコト原判文及ヒ之ニ引用セル第一審判文中ノ事實摘示ニ徵
シ明白ナリ故ニ本件保爭ノ債權中其一部分カ免除セラレタル事蹟ナキカ爲メニ尙ホ
殘存スルモノト認ムヘキコト原判示ノ如シトスルモ其他ノ部分カ既ニ辨濟ニ因リ消
滅シタルコト果シテ上告人主張ノ如シトセンカ其辨濟ニ因リ消滅シタル部分ニ付テ

ハ本件強制執行ヲ許スヘキ理由存セザルヲ以テ本訴請求ハ保爭債權中殘存スル部分
ニ付テハ不當ナルコト勿論ナルモ其消滅シタル部分ニ付テハ正當ナリト謂ハサル可
カラス是レ本院判例(大正三年(オ)第三四八號同年七月十五日判決)ノ趣旨ニ於テ是
スル所ナリ然ルニ原裁判所カ本件保爭債權全部ノ消滅シタル事實ヲ認メタルニ非
シテ其一部分カ幾何タリトモ殘存スルニ於テハ強制執行ハ其基本ト爲リタル債權額全
部ニ付テ許スヘキモノノ如ク思惟シ本訴請求ヲ排斥シタルハ違法タルヲ免レヌ本件
上告ハ此點ニ於テ理由アリ(大審院大正九年(オ)第三五五號同年十月二十九日民一部田部裁判長藤原尾吉鈴木鬼
澤各判事判決)

【關係事項】 破産差戻○原審廣島控訴院○強制執行異議事件○上告人宮内長訴訟代理人辯護士高野金重同福本讓治郎被上告
人豊島直廣訴訟代理人辯護士中村了詮

【請求異議ノ訴ノ性質ニ關スル參照學說】

本卷民訴一六一頁

判旨正當ナリ蓋シ請求ニ關スル異議ノ訴ハ債務名義ニ基ク強制執行ヲ全部許サ
ストノ一般的宣言ヲ求ムルコトヲ得ヘク又一部之ヲ許サストノ宣言ヲ求ムルコ
トヲ得ヘク或ハ特定ノ物件ニ對シテ爲シタル執行處分ニ付テノミ其執行ヲ許サ
ストノ宣告ヲ求ムルコトヲ得ヘシ從テ一部之ヲ許ササル理由トシテ一部辨濟
ヲ主張シ強制執行ノ異議ヲ申立テタルトキハ之ヲ取調ヘサルヘカラス然ルニ原
審ハ之ヲ取調ヘサルヲ以テ之ヲ不當トシタル判旨ニハ賛成セサルヲ得ヌ

一 寺院力無禮無信トナリ其敷地ヲ上地シ且其堂宇既ニ滅失シタル以上ハ明治五年以前ニ在リテハ特ニ行政上廢寺處分ヲ爲スコトヲ要セス事實上廢寺ニ歸シタルモノト認ムヘキモノトス

一 明治五年太政官布告第三三四號ハ該布告發布以後存續セル寺院ノ廢止處分ニ關シテ規定シタルモノニシテ同布告發布以前既ニ事實上廢寺ニ歸シタル寺院ニ適用スヘキモノニ非ス

原判決ノ認メタル所ニ依レハ本件明要寺ハ修驗宗ニシテ神佛ヲ混淆シ専ラ祈禱ヲ事トシ禮儀ナルモノナク山王權現ヲ祭祀シ居リタル處明治元年神佛混淆禁止ノ際山王權現ハ丹生神社トナリ當時ノ明要寺住職舟井坊智明ハ還俗シテ神官トナリタル爲メ明要寺ハ無住トナリ而シテ其堂宇ハ朽廢用ヲ爲ササル物置棟ノモノ僅ニ殘存スルノミニシテ其他ハ凡テ燒失又ハ除去セラレ且其敷地ハ明治三年頃上地シテ國有林トナリ而テ同寺ノ什物タル本件係争物件ノ幾分ハ山田要(舟井坊智明)ノ私有物トシテ之ヲ被上告人先々代ニ寄託シタル事實ナリトス斯クテ如ク寺院力無禮無住トナリ其敷地ヲ上地シ且其堂宇既ニ滅失シタル以上明治五年以前ニ在リテハ特ニ行政上廢寺處分ヲ爲スコトヲ要セス事實上廢寺ニ歸シタルモノト認ムヘキモノトス明治五年十一月太政官布告第三三四號ニ依レハ諸寺中總本寺本山ヲ除クノ外無禮ニシテ無住ノ向ハ自今漸ク之ヲ廢止スヘク而テ之カ廢止ニ付テハ右地方官ニ於テ廢寺處分ヲ爲スヘキ

民訴一四 公又ハ私ノ法人及ヒ其資格ニ於テ訴ヘラルルコトヲ得ル會社其他ノ社團又ハ財團等ノ普通裁判籍ハ其所在地ニ依リテ定マル此所在地ハ別段ノ定メナキトキハ事務所所在ノ地トス若シ事務所ナキトキ又ハ數所ニ於テ事務ヲ取扱フトキハ其首長又ハ事務擔當者ノ住所ヲ以テ事務所ト看做ス

民法施行法一九 民法施行前ヨリ獨立ノ財產ヲ有スル社團又ハ財團ニシテ民法第三四條ニ掲ケタル目的ヲ有スルモノハ之ヲ法人トス

曾ノ規定アレトモ右ハ同布告發布以後存續セル寺院ノ廢止處分ニ關シテ規定シタルモノニシテ同布告發布以前既ニ事實上廢寺ニ歸シタル寺院ニ適用スヘキモノニ非ス然レハ則チ原判決カ明要寺ハ出願許可ヲ受ケテ再興セサル限りハ既ニ法律上ノ人格ヲ失ヒタルモノナルヲ以テ明要寺ヲ原告トシテ爲レタル本件寄託物引渡請求ノ訴ハ之ヲ却下スヘキモノト判示シタルハ相當ナリ(大審院大正九年(オ)第八〇四號同年十一月十七日民三部)

【關係事項】 上告棄却○原審大阪控訴院○動産引渡請求事件○上告人明要寺訴訟代理人辯護士下間空教同平野康太郎被上告人田中小三郎

三三一 受訴裁判所ハ鑑定人ノ任命ヲ受命判事又ハ受託判事ニ委任スルコトヲ得此場合ニ於テハ受命判事又ハ受託判事ハ第三二四條及ヒ第三三〇條第一號並ニ第二號ノ規定ニ依リ受訴裁判所ニ屬スル權ヲ有ス

鑑定人ノ指定及ヒ其員數ノ指定ハ受訴裁判所ニ於テ之ヲ爲スヲ原則トスレトモ第三三一條ニ依レハ受訴裁判所ハ鑑定人ノ任命ヲ受託判事ニ委任スルコトヲ得ヘク之ヲ委任セラレタル受命判事ハ鑑定人ノ選定及ヒ其員數ノ指定ヲ爲スノ權ヲ有スルヲ以テ受訴裁判所カ受託判事ヲシテ其選定ヲ爲サシムル爲メカ任命ヲ委任シ且ツ其際併セテ之カ員數ノ指定ヲ委任スルコトヲ得ルモノトス

原審裁判長ノ爲レタル證據調書中ニ鑑定人ヲ指名セス且ツ其人數ヲ記載スヘキ位置ヲ空白ト爲シタルハ原審カ受託判事ニ鑑定人ノ任命及ヒ其ノ員數ノ指定ヲ委任シタルモノト解シ得ヘキヲ以テ其囑託書ヲ違法ノモノト爲スヲ得ス而シテ鑑定人ノ選定及ヒ其員數ノ指定ハ受訴裁判所ニ於テ之ヲ爲スヲ原則トスレトモ民事訴訟法第

三三一條ニ依リハ受託裁判所ハ鑑定人ノ任命ヲ受託判事ニ委任スルコトヲ得ヘク之ヲ委任セラレタル受託判事ハ鑑定人ノ選定及ヒ其員數ノ指定ヲ爲スノ權ヲ有スルヲ以テ受託裁判所カ受託判事ヲシテ其選定ヲ爲サシムル爲メ之カ任命ヲ委任シ且其際併セテ之カ員數ノ指定ヲ委任スルコトヲ得ヘキモノトス故ニ原審カ本件ニ付キ鑑定人ノ任命及ヒ其員數ノ指定ヲ受託判事ニ委任シ受託判事タル東京區裁判所判事カ其囑託ニ基キ鑑定人ヲ一名ト指定シ太田彰ヲ鑑定人ニ選定シタルハ不法ニアラス從テ右鑑定人ノ爲シタル鑑定ヲ判斷ノ資料ニ供シタル原判決ハ不法ニアラス(大審院大正九年(オ)第八〇七號同年十一月十五日民二部馬場裁判長田上成道三宅水口各判事判決)

【關係事項】 上告棄却○原審釧路地方裁判所○土地所有權移轉登記手續請求事件○上告人山崎榮吉訴訟代理人辯護士古山愛胤被上告人上村吉造

判旨正當ナリ

(一七五)

三三 判事カ法律ニ依リ職務ノ執行ヨリ除斥セラレタルトキ及ヒ偏頗ノ恐アルトキハ總テノ場合ニ於テ各當事者ヨリ之ヲ忌避スルコトヲ得

偏頗ノ忌避ハ判事ノ不公平ナル裁判ヲ爲スコトヲ疑フニ足ル可キ事情アルトキ之ヲ爲スコトヲ得

偏頗ノ忌避ハ判事ノ不公平ナル裁判ヲ爲スコトヲ疑フニ足ルヘキ事情アルトキ之ヲ爲スコトヲ得ルモノナルモ事實裁判所カ縱令當事者一方ノ申出テタル唯一ノ證據方法ヲ却下シタルハトテ必スシモ不公平ナル裁判ヲ爲スコトヲ疑フニ足ルヘキ事情アルモノト謂フコトヲ得ス

抗告人ハ浦和地方裁判所判決大正九年(ウ)第六號破産宣告申立事件ニ付キ同裁判所裁

判長判事矢部克己判事藤田悟判事黒住正夫忌避ノ申請ヲ爲シ同裁判所カ大正九年一月二八日其申請ヲ却下シタル決定ニ對シ抗告ヲ爲シタルリ而シテ其抗告狀ハ同年一月八日ノ提供ニ依リ該抗告狀ニ追テ抗告ノ理由ハ後日書面ヲ提出シテ陳述スヘキ旨記載シアルモ未タ其書面ヲ提出ナク單ニ原決定ニ不服ナリト云フコトノ外抗告ノ理由全ク不明ナリト雖トモ抗告人カ原裁判所ニ提出シタル判事忌避ノ申請ト題スル書面ニ依リハ本件忌避申請ノ事由ハ要スルニ大正九年九月二一日ノ口頭辯論ニ於テ前示三名ノ判事ヨリ成ル裁判所カ被申立人(抗告人)ノ爲シタル證人及ヒ本人訊問ノ申請ヲ却下シタルハ豫斷ヲ懷キ片言ヲ聽キテ斷スル虞アルモノナリト云フニ在リ然レトモ當事者カ判事ヲ忌避シ得ルハ判事カ法律ニ依リ職務ノ執行ヨリ除斥セラレタルトキ及ヒ偏頗ノ恐アルトキニシテ偏頗ノ忌避ハ判事ノ不公平ナル裁判ヲ爲スコトヲ疑フニ足ルヘキ事情アルトキ之ヲ爲スコトヲ得ルモノナルモ事實裁判所カ縱令當事者一方ノ申出テタル唯一ノ證據方法ヲ却下シタルハトテ必スシモ不公平ナル裁判ヲ爲スコトヲ疑フニ足ルヘキ事情アルモノト云フコトヲ得ス記載ヲ查スルニ抗告人主張ノ口頭辯論ニ於テ前示三名ノ判事ヨリ成ル裁判所カ被申立人(抗告人)ノ爲シタル證人及ヒ本人訊問ノ申請ヲ却下シタルコトハ明瞭ナルモ右ノ判事カ不公平ノ裁判ヲ爲スコトヲ疑フニ足ルヘキ事情アルコトハ毫モ疎明セラレタルヲ以テ本件忌避ノ申請ハ理由ナク原裁判所カ之ヲ却下シタルハ相當ニシテ本件抗告ハ理由ナシ(東京控訴院大正九年(ウ)第八七號同年二月三日民一部神谷裁判長沼岡村各判事決定)

【關係事項】

【同趣旨判例】

裁判所カ當事者ノ申立テタル唯一ノ證據方法ヲ排斥シタル場合ト雖モ他ニ事情ノ見ルヘキモノナケレハ單ニ此一事ヲ以テ偏ノ裁判ヲ爲スヘキ擬アルモノト云フヲ得ス(大審院明治三十七年一月七日民二部判決民錄第一〇輯二二二頁)

一九六 原告カ訴ノ原因ヲ變更セシテ左ノ諸件ヲ爲ストキハ被告ハ異議ヲ述フルコトヲ得ス
 第一 事實上又ハ法律上ノ申述ヲ補充シ又ハ更正スルコト
 法例二五 相續ハ被相續人ノ本國法ニ依ル
 國籍法一八 日本人カ外國人ノ妻ト爲リ夫ノ國籍ヲ取得シタルトキハ日本ノ國籍ヲ失フ

控訴人ハ本件物件ノ引渡ヲ求ムル理由トシテ被相續人カ所有ニカカル右物件ヲ被控訴人ニ寄託シタル後死亡シ控訴人ニ於テ其遺產ヲ相續シタル結果右物件ノ所有權ヲ取得シ之ニ基キ無權原ノ占有者タル被控訴人ニ對シ其引渡ヲ求ムル旨主張シタル後被相續人カ被控訴人ニ寄託シタル物件ノ返還請求權ヲ相續ノ結果取得シタルニヨリ返還ヲ求ムル旨主張スルモ寄託物件ニツキ相續人トシテ其引渡ヲ求メントスル同一事實ニ關シ單ニ法律上ノ意見ヲ變更シタルニ過キサルモノトス

先ツ被控訴人ノ原因變更ノ抗辯ニ付按スルニ控訴人ハ本件物件ノ引渡ヲ求ムル理由トシテ第一審ニ於テハ訴外死亡後廢止カ其所有ニカカル右物件ヲ被控訴人ニ寄託シタル後死亡シ控訴人ニ於テ其遺產ヲ相續シタル結果右物件ノ所有權ヲ取得シタルニヨリ其所有權ニ基キ無權原ノ占有者タル被控訴人ニ對シ其引渡ヲ求ムル旨主張シタル後被相續人カ被控訴人ニ寄託シタル物件ノ返還請求權ヲ相續シタル結果取得シタルニヨリ返還ヲ求ムル旨主張スルモ寄託物件ニツキ相續人トシテ其引渡ヲ求メントスル同一事實ニ關シ單ニ法律上ノ意見ヲ變更陳述シタルニ過キサルモノトシテ被控

訴人ノ抗辯ハ理由ナシ
 遺テ本案ニ付按スルニ後廢止カ十數年前ヨリ中華民國人張國威ト同棲セシカ大正六年一月二日死亡シタル事實ハ當事者間ニ爭ナキ所ナリ而シテ控訴人ハうさノ死亡ニヨリ其遺產相續人トナリタルヲ以テうさカ生前被控訴人ニ寄託シタル本件物件ノ引渡ヲ被控訴人ニ對シ求ムル旨主張スルヲ以テ果シテ控訴人うさノ相續人ナリヤ否ヲ案スルニ控訴人カうさノ實父ナルコトハ……ヨリ明ナレトモ證人斯烈ノ證言……ニヨレハうさハ張國威ノ妻ナリシコト及右兩人間ニハ長男張生權外一男三女アルコトヲ認メ得ヘシ……故ニうさハ張國威ノ正妻トナリタルカ爲メ中華民國ノ法律ニヨリ同國ノ國籍ヲ取得シタル結果我國籍ヲ失ヒタルモノニシテ從テうさノ遺產相續ニ關シテハ中華民國法ニ準據シラサノ前記直系卑屬ニ於テ其相續ヲ爲スヘキモノナルニヨリ控訴人主張ノ如クうさノ實父タル控訴人カうさノ遺產ヲ相續スヘキモノニアラス果シテ然ラハ本訴請求ハ此點ニ於テ既ニ失當ナルコト明瞭ナルニヨリ他ノ爭點ニ付判斷スル迄モナク之ヲ棄却スヘク從テ本件控訴ハ理由ナシ(東京控訴院大正九年(キ)第三三九號同年一月二日民二部前田裁判長吉田杉浦各判事判決)

【關係事項】 控訴棄却○遺産引渡請求控訴事件○控訴人後藤常吉訴訟代理人辯護士菊地俊輔被控訴人太田岩吉訴訟代理人辯護士辻守太郎外一名

【請求ノ原因ノ意義ニ關スル參照學說】

本卷民訴六〇頁

按スルニ物上請求權ト寄託物返還請求權トハ法律關係ヲ異ニスルヲ以テ本案案ハ訴ノ變更ナリト解スルヲ正解ノ如シト雖モ本案案ハ寄託物ノ引渡ヲ求ムル理由トシテ始ノ無權原ノ占有者ニ對シ所有者トシテ引渡ヲ求メ後寄託物返還請求

權ヲ主張シタルモノナルヘシ果シテ然ラハ始メ物上請求權ヲ主張シタルハ單ニ寄託物ノ引渡ヲ求ムル理由トシタルモノナレハ法律上ノ意見ニ過キス從テ本事案ハ寄託物ノ引渡ヲ求メントスル同一事實ニ關シ法律上ノ意見ヲ變更シタルニ過キタルモノトノ判旨ニ賛成ス

(一七七)

大審院判

假執行ノ重責アル關席判決ノ執行ノ爲メ債權者カ債務者ノ債權ヲ差押ヘ轉付命令ニ因リテ債權ヲ轉付セラレタル場合ニ其關席判決力後ニ對席判決ヲ以テ廢棄セラレタルトキハ假執行ハ廢毀ノ限度ニ於テ其效力ヲ失フト雖モ轉付命令ニ因リ債權者ニ移轉シタル債權ハ之カ爲メニ當然ニ債務者ニ復歸スヘキモノニアラス債務者カ之ヲ回復セントスルニハ民事訴訟法第五〇條第二項ニ從ヒ又ハ別訴ヲ以テ債權移轉ノ判決ヲ受クル途ニ因ラサルヘカラス

然レトモ假執行ノ宣言アル關席判決ノ執行ノ爲メ債權者カ債務者ノ債權ヲ差押ヘ轉付命令ニ因リテ債權ヲ轉付セラレタル場合ニ其關席判決力後ニ對席判決ヲ以テ廢棄

五〇 本案ノ裁判又ハ假執行ノ宣言ハ廢棄若クハ破毀スル判決ノ言渡アルトキハ假執行ハ其廢棄若クハ破毀又ハ變更ヲ爲ス限度ニ於テ效力ヲ失フ
假執行ノ宣言アリタル本案ノ判決ハ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
六〇 支拂ニ換ヘ券面額ニテ債權ヲ轉付スル命令アル場合ニ於テハ其債權ノ存スル限りハ第五百九十八條第二項ノ手續ヲ爲スニ因リ債務者ハ債權ノ辨濟ヲ爲シタルモノト看做ス

債權者ニ移轉シタル債權ハ之カ爲メニ當然ニ債務者ニ復歸ス可キモノニ非ス債務者カ之ヲ回復セントスルニハ民事訴訟法第五〇條第二項ニ從ヒ又ハ別訴ヲ以テ債權ヲ轉付セラレタルトキハ假執行ハ廢毀ノ限度ニ於テ其效力ヲ失フト雖モ轉付命令ニ因リ債權者ニ移轉シタル債權ハ之カ爲メニ當然ニ債務者ニ復歸スヘキモノニアラス債務者カ之ヲ回復セントスルニハ民事訴訟法第五〇條第二項ニ從ヒ又ハ別訴ヲ以テ債權移轉ノ判決ヲ受クル途ニ因ラサルヘカラス

【關係事項】

十一月五日民一部田部裁判長榊原尾古鈴木鬼澤各判事判決
上告棄却○原審宮城控訴院○貸金請求事件○上告人石垣善藏外一人訴訟代理人辯護士小林龜郎同鈴木安幸被上告人板垣健治郎訴訟代理人辯護士和田吉三郎

【民訴法第五〇條第二項ニ所謂支拂又ハ給付ノ範圍ニ關スル參照學說判例】

一 本案ハ裁判又ハ假執行ノ宣言ヲ廢棄若クハ破毀(全部ノ取消)又ハ變更(一部ノ取消)スル判決ノ言渡アルトキハ假執行ノ宣言ハ其取消ノ限度ニ於テ其效力ヲ失フ(五〇)ノ一其取消サレタル部分ハ之ヲ執行スルコトヲ得ス此判決ハ法律上當然效力ヲ生スルモノナルカ故ニ破毀ノ場合ニ於テモ後ノ判決ノ確定ヲ俟ツテ要セス又執行文ヲ要セスシテ其正本ニ依テ執行シ得ヘキモノトス(五五)ノ一若シ又其取消サレタル判決ニ基キ既ニ被告ニ於テ辨濟シタルモノナリトセン乎被告ハ之カ辨濟ヲ請求スルコトヲ得蓋シ其申立ハ反訴ニ非ス畢竟前審ノ判決ニ原因スル不當ノ結果ヲ回復スルニ外ナラス故ニ其請求シ得ヘキモノハ被告ノ支拂又ハ給付シタルモノニ限ル故ニ其果實ノ如キハ即チ支拂又ハ給付ノ中ニ包含スヘシト雖モ執行ニ因テ生シタル損害ノ如キハ別ニ訴ヲ提起シテ之ヲ請求スルノ外ナカルヘシ(法學博士高木豐三氏民事訴訟法論綱訂正第十一版八〇〇頁)
二 假執行ノ宣言アル本案ノ判決ヲ取消シ又ハ變更スル判決ヲ爲ストキハ其本案ノ判決ニ基キテ被告カ辨濟シタルモノヲ返還スヘキコトヲ被告ノ申立ニ依リ判決ヲ以テ原告ニ言渡スヘキモノナリ(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論下卷一〇四七頁)

高木博士
991 (民訴)
士田仁
博井

三 此判決ニ於テ假執行ノ爲メ被告ノ受ケタル損害ノ賠償ヲ原告ニ命スルヲ得ルヤ曰ク法律ハ假執行ノ宣言タル判決ニ據テ得ル裁判ハ支拂又ハ給付シタルモノノ返還ニ限定セルヲ以テ之ト性質ヲ異ニスル損害賠償ノ裁判ナリ此判決ニ據テ得ルコトヲ得ス元來債權者ハ單ニ假執行宣言ノ消滅ノ一事ヲ以テ損害賠償ノ責ヲ負フモノニ非ス假執行ヲ爲シタルコトハ其故意又ハ過失ニ因ルノ事實アリテ始メテ此義務ヲ負フモノナレハ損害賠償ノ事案ニ付キテハ往々困難ナル事實ノ判斷ヲ爲ササルヘカラサルノ要アルヲ以テ損害賠償ノ請求ヲ假執行ノ宣言ヲ與ヘタル請求ト共ニ審理スルコトキハ紛糾ヲ増スノ虞アリ且此請求ニ對スル裁判ヲ遲延セシムルニ至ルヘキヲ以テ法律ノ事實ノ認定上進モ困難ヲ生スルコトナキ支拂又ハ給付シタルモノノ返還ノミナリ此請求ト共ニ審理セシムルコトト爲シテ故ニ支拂又ハ給付以後ニ於ケル利息ヲモ此申立ヲ以テ請求スルヲ得ス(法學博士會松太郎氏強制執行法叢書一四八頁)

四 假執行ノ宣言アリタル判決ニ基キ債權者カ債務者ニ對シ執行ヲ爲シ債務者ヨリ金錢ノ支拂若クハ其他ノ給付ヲ受ケタル後本案ノ判決カ廢棄若クハ破毀又ハ變更アリタルトキハ債務者ノ給付シタル物ノ辨濟ヲ債務者ニ對シテ請求スルヲ得ヘシ其請求ノ方式ハ假執行宣言アリタル判決ニ對スル不服申立ニ付テテ口頭辯論ニ於テ債務者ヨリ返還ノ請求ムル旨ノ申立ヲ爲スヘク裁判所ハ口頭辯論ヲ經テ本案判決ト共ニ其請求ノ當否ヲ言渡スヘキモノナリ(第五一〇條第二項)本來假執行宣言アリタル判決ヲ廢棄若クハ變更スルコトアルモ其判決確定セザレハ執行力ヲ生セス假執行ノ性質ハ前述セル如ク債權者ヲ保護スル便宜ニ出テタルモノナレハ其裁判不當ナルトキハ直チニ假執行ニ基テ效果ヲ消滅セシメサレハ債務者ニ損害ヲ被ラシムルコトアルヘキナリ故ニ特別規定テ假執行宣言ニ基キタル執行ノ效果ヲ廢止シタルモノニ對シテ假執行ニ基キ給付シタルモノノ債務者ノ財産中ニ復歸セシムル方法ヲ設ケタルモノトス然レトモ假執行ニ因リ債務者ニ被ラシメタル損害ヲ賠償セシムル旨ニ非サルヲ以テ假執行ノ爲メ債務者カ他ニ損害ヲ被リタルトキ其損害賠償ヲ請求スルニハ特ニ訴ヲ以テ主張セサルヘカラス(法學博士會田一郎氏民事訴訟法原論增補改訂第十版一〇五七—一〇五八頁)

五 本條(五二〇)ノ規定ニ依レハ此辨濟請求ハ單ニ支拂ヒタル金錢又ハ給付シタル物ノ返還ニ限ルヘキモノト解釋セサルヲ得ス故ニ損害若クハ利息ノ如キハ之ヲ併セテ請求スルコトヲ得ス若シ民法上斯ル損害若クハ利息ヲ請求シ得ヘキモノナルトキハ新ニ訴ヲ提起セサルヘカラス(今村信行氏民事訴訟法註解下卷增訂再版一四四頁—一四六頁)

六 民事訴訟法第五一〇條第二項ハ判決ノ假執行ニ因リ生シタル結果ヲ廢止シタル法意ナレハ支拂又ハ給付ヲナシタル場合ノミナラス原狀ニ回復スルコトノ可能ナル場合ニモ其適用アルモノトス(大審院大正六年二月一四日民事三部判決本書第六卷民訴八七頁)

七 假執行宣言ノ取消トナリタル場合ニ該訴訟ニ於テ其執行ニ因リテ得タル元本並ニ其執行費用ノ返還ヲ請求シ得ヘキハ勿論ナリト雖モ之ニ因リ生シタル損害ハ別訴訟ヲ以テスルニアラサレハ請求スルヲ得ス(東京控訴院明治四五年三月一六日判決本書第一卷民訴五二頁)

八 民事訴訟法第五一〇條第二項ニ依リ債務者ノ返還請求權ノ目的タル可キモノハ債務者カ債權者ニ支拂ヒタル金錢又ハ給付シタル物件訴訟費用及ヒ執行費用ノ一切ヲ包含シ得ヘキモ其性質上之カ審理ニ付キ訴訟手續上煩雜ヲ來スヘキ損害賠償請求權

ノ如キハ其目的別ルヲ得サルモノトス尤モ債務者カ本案訴訟ト共ニ返還ノ申立ヲ爲サシテ更ニ獨立訴訟ニ因リ之カ權利ヲ行使スル場合ニ於テハ前モ返還請求權ニ基テスルモノナル以上ハ其訴訟ニ於テ損害賠償請求權ヲ行使スルコトヲ得ヘキモノトス(神戶地方大正六年五月三〇日民事三部判決本書第六卷民訴二四二頁)

判旨正當ナリ債權ノ轉付命令アリタルトキハ其債權ハ債權者ニ移轉シ債務者ハ辨濟シタルモノト看做サルモノナレハ其後假執行ノ宣言アル本案ノ裁判カ廢棄セララルトモ轉付命令ニ因リ移轉シタル債權ハ當然ニ債務者ニ復歸スルモノニアラサルコトハ第五一〇條第二項ノ規定ニヨリ明白ナリ之レ轉付命令ハ本案ノ判決又ハ假執行ノ宣言ニ基キ爲スモノナリト雖モ本案ノ判決又ハ假執行ノ宣言ハ轉付命令自體トハ異リ前者ノ廢棄ハ轉付命令ノ廢棄ニアラサルノミナラス且ツ轉付命令ニヨル債權ノ移轉ハ第五一〇條第二項ニ所謂被告ノ支拂又ハ給付シタルモノニ外ナラサレハナリ從テ債務者カ之カ回復ヲ爲サントスレハ民事訴訟法第五一〇條第二項ニ從フカ又ハ不當利得返還請求訴訟カ不法行爲ニ基ク損害賠償ノ訴訟ニ依ラサルヘカラサルモノトス

一七八

五三四第一項 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又執行裁判所ハ第五百二十二條第二項ニ定メタル命令ヲ發スル權ヲ有ス

五三八 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

執行裁判所ノ強制執行ノ方法ニ關スル裁判ニ對シテハ第五四四條ノ異議ヲ爲ス

ヲ得ス唯第五五八條ノ即時抗告ヲ以テノミ不服ヲ申立ツルコトヲ得ルモノトス

執行裁判所ノ執行方法ニ對シ不服ノ申立ヲ爲スニハ先ツ民事訴訟法第五四條ニ依リ執行裁判所ニ對シ強制執行ノ方法ニ對スル異議ノ申立ヲ爲シ之ニ對スル同裁判所ノ裁判ニ對シ更ニ抗告ヲ爲スハ格別此手續ヲ履テスレテ直ニ原裁判所ニ抗告ヲ爲シタルハ失當ニシテ原裁判所ハ須ラク之ヲ不適當トシテ却下スヘキモノトス(大審院民二部大正九年十月四日決定本書民訴五〇一頁參照)

此問題ニ關スル學說ハ大體之ヲ左ノ如クニ分類スルコトヲ得ヘシ

第一 執行裁判所ノ裁判ニ對シテハ第五四條ト共ニ適用アリトナス說

此說ノ見解ハ第五四條ノ規定ハ強制執行ノ裁判ヲ除外セサルノミナラス第五五八條ノ規定ハ強制執行ノ手續ニ於ケル總テノ裁判ヲ包含スト云フニ在リ

第二 執行裁判所ノ裁判ニ對シテ第五四條ノ異議ト第五五八條ノ即時抗告トヲ兼合シ認ムルヲ得ストナス說

更ニ之レヲ左ノ三ニ分ツコトヲ得

甲 右ノ如キ裁判所ノ裁判ニ對シテハ第五四條ノ異議ヲ爲スヲ得ス唯第五五八條ノ即時抗告ヲ以テノミ不服ヲ申立ツルコトヲ得トナス說

乙 右ノ如キ裁判ニ對シテハ異議ニ因リテノミ不服ヲ申立ツルコトヲ得ヘク其異議ノ裁判ニ對シ不服ナルトキ始メテ即時抗告ヲ以テ争フコトヲ得トナス說岩田博士民事訴訟法原論第二卷一六六頁之レ從來我大審院ノ探ル所ニシテ(民)〇判決第一九輯第一六卷四八六頁參照)判旨モ亦然リ此說ノ見解ハ第五五八條ハ一般ノ規定ニシテ第五四條ハ制限ナルヲ以テ先ツ第五四條ノ適用アリト云フニ在リ

丙 執行裁判所ノ裁判ニ對シテ執行行為ニ關スルモノニ對シテ若シ不服申立人カ其裁判前審訊セラレザリシモノナルトキハ第五四條ノ異議ヲ以テ之ヲ争フ事ヲ得ヘク此場合ニハ異議ノ裁判ニ決定ニ對シ始メテ抗告ヲ爲スヲ得(即チ此點ニ付イテハ乙說ト同シ)反之不服申立人カ決定前審訊セラレタルモノナルトキ(第六一三條第二項第

七三五條ハ必要的ニシテ他ハ第五四三條第三項ニヨリ任意的ナリ)ハ第五四四條ノ異議ヲ爲ス事ヲ得ス直チニ即時抗告ヲ爲シ得ヘキモノトナス(即チ此點ハ甲說ト同シ)說(一)先ツ第一說ハ一裁判ニ對シ一ツハ同一裁判所ニ他ハ上級裁判所ニ直接ナスヘキニフノ不服申立方法ヲ兼合セシムルモノニシテ我訴訟法ハ不服申立方法ニ關シ認ムル根本觀念ニ反ス殊ニ一ハ期間ノ定アリ他ハ期間ノ定ナキニ不服申立方法ニ關シ認ムル合セシムルハ其自體矛盾ニシテ無意義ナリト謂ハサルヘカラス(二)次ニ第二說中執レテ正當トスヘキカ先ツ(1)丙說ヲ見ルニ丙說ハ甲乙兩說ノ二分子ヲ包含スルモノナルカ故ニ必スヤ其執レカノ缺點ヲ具有シ理論上正當ナルヲ得サルノ說ナリ即チ甲說正當ナラハ乙說ト共ニ不當(2)參照)ナルヘク乙說正當ナラハ甲說ト共ニ不當ナラサ

ルヲ得サルナリ加之審訊セラレタルト否トニ依リ區別セントスル蓋シ實際ノ便宜ニ適スルノ解釋タルヘシト強モ法律規定ノ上ニ於テ其根據ヲ見ル能ハサルカ故ニ此點ニ於テモ亦正當ナリト謂フヲ得ス(2)次ニ乙說ニヨリ執行裁判所ノ執行方法ニ關スル裁判ニ關シテハ第五五八條ノ適用ナク第五四四條ノ適用アルモノトセハ何カ故ニ之ニ對スル異議ノ裁判ニ對シ更ニ第五五八條ノ適用ヲ生スルヤ(第五五條參照)ハ註一參照)前ノ裁判ト之ニ對スル異議ノ裁判トハ共ニ執行方法ニ關スルモノナルカ故ニ其間之ニ對スル不服申立方法ニ區別アルヘキノ理由ナシ前ノ裁判ニ對スル即時抗告ハ之レヲ除外シ之ニ對スル異議ノ裁判ニ對シ之ヲ除外セサルハ少ナクトモ第一說ノ矛盾ヲ脱セントシテ之ニ等シキ矛盾ニ陷レルモノト謂フヘキナリ(3)果シテ然ラハ第二說中第一說ヲ以テ正當ナリト謂ハサルヘカラス又申立ニツキ期間ノ定アルモノト定ナキモノトヲ兼合セシムルコトニヨリ生スル矛盾ヲ除カントセハ必スヤ期間ノ定メナキモノノ適用ヲ除外サルヘカラス換言スレハ乙說トハ正反對ニ第五五八條ヲ以テ強制執行ノ手續ニ於テ口頭辯論ヲ經スレテ爲スコトヲ得ル裁判所ノ裁判ニ關スル特別規定ナリト解シ執行裁判所ノ判裁ニ對シテハ假令執行裁判ニ關スル場合ニ於テモ一般執行方法ニ關スル第五四四條ハ其適用ヲ見サルモノト解スルヲ正當トス

大審院が執行ノ一時停止ヲ命スル裁判ノ正本ヲ提出シタルニ拘ラス爲シタル裁判ノ執行方法ニ對シテ不服申立ナリト斷シタルハ正當ナリト雖モ執行裁判ニ對シテハ第五八條ニ依リ即時抗告ヲナスコト正當トスルコト前述ノ如クナルヲ以テ之ヲ不當ナリトシ先ツ第五四條ニ依リ異議ヲ申立ツヘキモノトスル大審院ノ見解ハ吾人ノ贊スル能ハサル所ナリ(法學博士山田正三氏法學論叢第五卷第一號一三六頁「執行裁判所ノ裁判ニ對シテ不服申立方法」要領)

【執行方法ニ對スル不服申立方法ニ關スル參照學說判例】

本卷民訴四二八頁以下

執行裁判所ノ裁判ニ對スル不服申立方法ニ關スル學說判例ハ一致セス吾人亦之ニ關シ本卷民訴四三一頁及第八卷四六三頁ニ所見ヲ述ヘタルヲ以テ此處ニ再論セスト雖モ博士ノ高見ニハ服シ難シ

三〇五第二項 忌避ノ原因アリト宣言スル決定ニ對シテハ上訴ヲ爲スコトヲ得ス忌避ノ原因ナシト宣言スル決定ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得

四三三 終局判決前ニ爲シタル裁判ハ亦上告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テアラス
三〇五第二項 契約上ノ利息ハ人民相互ノ契約ヲ以テ定メ得ヘキ所ノ利息ニシテ元金百圓以下ハ一ヶ年ニ付百分ノ二十(二割)百圓以上千圓以下百分ノ十五(一割五分)千圓以上百分ノ十二(一割二分)以下トス若シコノ制限ヲ超過スル分ハ裁判上無効ノモノトシ各其制限ニマテ引直シムヘシ
第二條中「元金百圓以下ハ一ヶ年ニ付百分ノ二十(二割)百圓以上千圓以下百分ノ十五(一割五分)千圓以上百分ノ十二(一割二分)以下トス」ヲ元金百圓未満ハ一ヶ年ニ付百分ノ十五(一割五分)百圓以上千圓未満ハ百分ノ十二(一

ハ其數ノ割分千圓以上百分ノ十(一割)以下トスニ改ム

一 忌避ノ原因アリトスル裁判ニ對シテハ上訴ヲ爲スヲ得ザルコトハ第三〇五條第二項ノ規定スル所ナレハ該裁判ハ終局判決前ニ爲シタルモノナルモ上告裁判所ノ判斷ヲ受クヘキ限ニテアラス

二 大正八年法律第五九號ヲ以テ改正セラレタル利息制限法第二條ハ其施行後ニ締結スル契約ニ付キ適用セラルルモノニシテ舊法施行當時ニ締結シタル契約ハ其利率新法所定ノ制限ニ超過スルトキト雖モ舊法ノ制限内ニ於テ依然効力ヲ有スルモノトス從テ新法施行後ニ發生スル利息ハ勿論遲滞ノ損害ニ付キテモ該約定利率ニヨリテ其額ヲ算定スヘキモノニシテ約定利率力舊法ノ制限ニ超過シタルトキト雖モ其制限ニ逆引直スヘキモノトス

(一) 然レトモ忌避ノ原因アリトスル裁判ニ對シテハ上訴ヲ爲スヲ得ザルコト民事訴訟法第三〇五條第二項ニ規定スル所ナレハ該裁判ハ終局判決前ニ爲シタルモノナルモ上告裁判所ノ判斷ヲ受クヘキ限リニ非ザルコト民事訴訟法第四三三條ノ法意ニシテ本院ノ判例トスル所ナリ(明治三十五年(オ)第三〇三號年十一月二日言渡明治四〇年(オ)第四一三號同年十一月七日言渡明治四一年(オ)第二六一號同年一〇月三日言渡)故ニ原審力忌避ノ原因アリトシテ證人訊問ヲ遂ケザリシヲ非難スルニ外ナラザル論旨ハ上告ノ理由トラス

(二) 然レトモ大正八年法律第五九號ヲ以テ改正セラレタル利息制限法第二條ハ其施行後ニ締結スル契約ニ付適用セラルルモノニシテ舊法施行當時ニ締結シタル契約ハ其

利率カ新法所定ノ制限ニ超過スルトキト雖モ舊法ノ制限内ニ於テ依然効力ヲ有スルモノトス從テ新法施行後ニ發生スル利息ハ勿論遲滞ノ損害ニ付テモ該約定利率ニ依リテ其額ヲ算定スヘキコト本院判例(大正八年(オ)第五〇〇號同年一月十五日言渡ニ示ス所ナレハ約定利率カ舊法ノ制限ニ超過シタルトキモ之ヲ其制限ニマテ引直スヘキコト更ニ多言ヲ俟タス故ニ原審カ貸金百八十圓ニ對シ年一割五分ニ相當スル損害金ノ支拂ヲ求ムル本訴請求ヲ是認シタルハ不法ニ非ス(大審院大正九年(オ)第八三六號同年二月二日民二部馬場裁判長田上重澤成道水口各判事判決)

【關係事項】 上告棄却○原審福島地方裁判所○貸金請求事件○上告人小橋山惣吉外二人訴訟代理人辯護士安達元之助被告人渡部八郎

判旨一點ノ正當ナルコト第三〇五條第二項第四三三條ノ規定ニ徴シ明白ナル判旨二點ハ吾人ノ賛成シ得サル所ナレトモ既ニ論評シタルヲ以テ此處ニ再論セズ

一八〇

二一八 裁判所ニ於テ顯著ナル事實ハ之ヲ證スルコトヲ要セス

民法九二 法令中ノ公ノ秩序ニ關セザル規定ニ異リタル慣習アル場合ニ於テ法律行為ノ當事者力之ニ依リ意思ヲ有セルモノト認ムヘキトキハ其慣習ニ從フ

同四六七 指名債權ノ讓渡ハ讓渡人カ之ヲ債務者ニ通知シ又ハ承諾スルニ非サレハ之ヲ以テ債務者又ハ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

名古屋控訴院判決

未設電話ニツキ其加入申込者カ電話ノ開通ヲ條件トシテ其使用權ヲ讓渡スル場合ニ讓受人ノ氏名及新名義人ノ氏名ヲ記載セザル書類ヲ讓受人ニ交付シ讓受人ハ更ニ其讓受人ニ對シ其儘交付シタルトキハ當初ノ讓渡人タル電話加入申込者ハ其後ノ讓渡人ヨリ讓渡ノ通知ヲ爲ササル電話ノ開設ヲ待チテ最後ノ讓受人ニ

對シ加入名義變更ノ手續ヲ爲スヘキ義務アルモノトス
カカル形式ニヨル讓渡ハ民間ニ存スル慣習ニシテ當院ニ顯著ナル事實ナリ

仍テ案スルニ被控訴人先代手塚鈿次郎カ明治四〇年中名古屋郵便局電話加入申込願番第四〇二八番ヲ以テ同郵便局ニ對シ電話加入ノ申込ヲ爲シ該申込ニ基キ大正八年四月九日名古屋中央電話本局第七〇七一番電話カ被控訴人加入名義ヲ以テ架設開通シタルコト及ヒ被控訴人カ大正四年九月二十一日右鈿次郎ノ死亡ニ因リ其家督ヲ相続シタルコトハ其旨ノ控訴代理人ノ主張ニ對シ被控訴代理人ニ於テ敢テ之ヲ爭ハサル所ナリ而テ成立ニ爭ヒナキ甲第一號證ハ電話加入申込權利讓渡證書ト題シ其事項ニ電話加入願番四〇二八番トアリ其本文ノ冒頭ニ於テ右電話加入申込ノ名義人タル者ハ今般該加入申込權利ヲ貴殿ニ讓渡候段聊相違無之候トアルニ因リ叙上記ノミヲ見ルトキハ同證ノ作成名義者タル被控訴人先代手塚鈿次郎ハ電話加入ノ申込自體ヲ一種ノ權利ナリト思惟シ之ヲ讓渡スル旨同證ニ依リ其意思表示ヲ爲シタルモノト解シ得ラレザルモ右記載ノ次ニ就テハ電話規則上加入申込權利ハ即時讓渡ノ手續相成難ク候ニ付將來本電話ニ要スル一切ノ書類ヲ御交附申置候ニ依リ貴殿ニ於テ架設場所ヲ適宜ニ定メ架設濟ノ上名義變更相成度爾後掛者ニ於テ本電話ニ關シ何等ノ處分行爲仕ラサルハ勿論利害ノ關係發生候場合ハ速ニ持明ケ可申書類等訂正加除其他御印等要スル場合ハ此證御所持ノ方ニ對シ何時ニテモ其需ニ應シ可申候亦貴殿御都合上何方へ本電話ヲ讓渡被成候共掛者ニ於テ毫モ異議無之承諾書ノ宛名ヲ書替ヘ若クハ其儘繼承仕候トアリ其日付ヲ明治四五年二月一五日讓渡人ヲ手塚鈿次郎ト記シ同人名下ニハ其捺印アルモ宛名人ノ記載ナク甲第二號證ハ電話加入名義變更請求書ト題シ其本文ニ右電話加入名義ヲ空白ニ變更致度御承認ノ上ハ新名義人ニ於テ舊名義人ノ權利義務ヲ一切繼承シ電話規則ニ遵ヒ加入者タルノ責務ヲ引受可申仍テ當事者連署ヲ以テ此段及請求候也トアリテ舊名義人トシテ被控訴人先代手塚鈿次郎

ノ署名捺印及宛名人トシテ名古屋郵便局ノ記載アルモ新名義人ノ署名捺印ナレ仍テ右甲號兩證ノ原審證人坂野定八郎手塚野次郎ノ各供述ニ對照シ且未設電話ニ付キ其加入申込者カ電話ノ開通ヲ條件トシテ其使用權ヲ讓渡スル場合ニ甲第一號證及ヒ同第二號證ノ如ク讓受人ノ氏名及ヒ同第二號證ノ如ク讓受人ノ氏名及ヒ新名義人ノ氏名ヲ記載セサル書類ヲ讓受人ニ交付シ讓受人ハ更ニ其讓受人ニ對シ其儘右書類ヲ交付シタルトキハ當初ノ讓渡人タル電話加入申込者ハ其後ノ讓渡人ヨリ讓渡ノ通知ヲ爲ササルモ申込電話ノ開設ヲ待テ最後ノ讓受人タル右書類ノ所持人ニ對シ加入名義變更ノ手續ヲ爲スヘキ義務アリトシ其履行ヲ爲スコトハ民間ニ存スル慣習ニシテ當院ニ顯著ナル事實ナルトニ鑑ミ之ヲ考察スルトキハ被控訴人ノ先代野次郎ハ叙上ノ慣習ニ因ルヘキ意思ヲ以テ自己ノ申込ミタル名古屋郵便局電話加入順番第四〇二八番カ將來開設セラレタルトキハ甲第一二號證ノ所持人ニ對シ電話加入名義變更ノ手續ヲ爲スヘキ趣旨ノ下ニ右甲號兩證ヲ坂野定八郎ニ交付シ定八郎ハ更ニ之ヲ控訴人ニ交付シ定八郎及ヒ控訴人ハ右慣習ニ因ルヘキ意思ヲ以テ右兩證ノ受授ヲ爲シ順番第四〇二八番電話ニ對スル加入申込自體ヲ一種ノ權利アリト認信シ之ヲ右定八郎ニ讓渡シタルニ過キストノ辯明ハ之ヲ採用スルニ由ラシ然リ而シテ名古屋郵便局電話加入申込順番第四〇二八番カ名古屋中央電話本局第七〇七一番ヲ以テ開設セラレタルコト前段説示ノ如クナル以上ハ被控訴人ハ先代野次郎ノ義務ヲ承繼シ甲第一二號證ノ所持人タル控訴人ニ變更スヘキ手續ヲ爲スヘキ義務アルモノトス右說明ノ如クナルヲ以テ本件控訴ハ其理由アルモノトシ主文ノ如ク判決ス(名古屋控訴院大正九年(民控)第一五號同年一月二日民事部裁判長大久保遠藤各判判決法律新聞第一七九二號一五頁)

【關係事項】 原判決廢棄○原告名古屋地方○電話加入名義變更手續請求事件○控訴人小山政七訴訟代理人辯護士淺野三秋同
 横山桂一○平塚將一訴訟代理人辯護士宮村隆市岡山豐堂

判旨正當ナリ

一八一

買賣契約ヲ爲シタル順序ト其豫約成立ノ日時ヲ更正スルニ止マルトキハ訴ノ變更トナラサルモノトス」
 被告カ原告ニ賣渡スヘキ豫約ヲ爲シタルトキハ被告ニ對スル詐欺ノ遂達ヲ以テ原告カ賣買完結ノ意思表示ヲ爲シタリト認ムヘキモノトス」

仍テ先ツ被告ノ訴訟上ノ抗辯ニ付審究スルニ原告ハ當初原告ノ父文藏ハ明治四四年一月二日二八日本訴土地ヲ代金千五百圓ニテ被告ニ賣渡シ同時ニ被告ハ原告ノ親權者タル佐藤文藏ニ對シ何時ニテモ右原價ヲ以テ原告ニ賣渡スヘキ豫約ヲ爲シタリトノ點ヲ大正四年六月申中千葉良治郎ニ於テ原告ノ代理人トシテ被告ニ對シ何時ニテモ千五百圓ヲ以テ本訴不動産ノ再賣買ヲ爲スヘキ豫約ヲ爲シタルハ申立之ヲ變更シタリト雖モ右賣買豫約ヲ爲シタル順序ト其豫約成立ノ日トキヲ更正シタルニ止マリ訴ノ原因變更ト認ムル能ハサルヲ以テ訴ノ原因ノ變更アリトノ被告ノ抗辯ハ理由ナシトシテ本案ニ付キ原告主張ノ如キ賣買豫約存在スルヤ否ヤヲ案スルニ信シ得ヘキ證人千葉良治郎高橋豐明高橋伊太郎ノ證言ヲ綜合考察スルトキハ本訴不動産ハ明治四四年一月二日二八日原告ノ父文藏カ被告ニ對シ金千五百圓ニテ賣渡シタルモノナル處其後文藏ニ於テ該賣買ハ買戻約款付ナリト主張シ被告ニ對シ數回其買戻シノ交渉ヲ試ミタルモ遂ニ埒明カサリシニヨリ更ニ原告ニ於テ之ヲ買受タル事ト爲シ原告ノ父文

一九六 原告カ訴ノ原因ヲ變更セシテ左ノ條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
 民法五五六第一項 賣買ノ一方ノ豫約ハ相手方カ賣買ヲ完結スル意思ヲ表示シタル時ヨリ賣買ノ效力ヲ生ス

仁井田博士

堀本博士

板倉博士

【關係事項】 被告敗訴土地所有權移轉登記手續請求事件○原告佐藤正藏法定代理人佐藤文藏訴訟代理人辯護士野別重一○被告小原善次郎訴訟代理人辯護士平田市雄復代理人辯護士平田茂

【訴訟ニ於テ爲サルル法律行為ト認訴行為トノ關係ニ關スル學說】

一 當事者ハ相手方ノ主張ニ係ル法律關係ノ消滅ヲ求ムヘキ私法上ノ法律行為又ハ其效力ヲ妨クヘキ私法上ノ法律行為ヲ訴訟ニ於テ爲スコトアリ例ヘハ當事者カ口頭辯論ニ際シテ相殺若クハ契約ノ解除ヲ爲ス旨ノ陳述ヲ爲シ又ハ雙方契約ノ悉ク相手方ノ債務ノ履行ノ提供アルマテ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ム旨ノ陳述ヲ爲スカ如ク當事者カ訴訟ニ於テ私法上ノ法律行為ヲ爲スヘキ私法上ノ法律行為又ハ此效力ヲ妨クヘキ私法上ノ法律行為ヲ訴訟ニ於テ爲スコトキハ之ヲ以テ裁判ノ基本ト爲スコトナリ

二 法律行為ハ法律行為ト同時ニ爲スルモノト謂フハカラス(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論上卷二二三頁)

三 私法的意思表示ノ效力ヲ生スルニ付キ一定ノ形式ヲ具備スルコトヲ要スト爲ササル以上ハ毫モ意思表示カ其表意ノ相手方ニ到達スルナラハ到達ノ方法ノ如何ヲ問ハス有テ無テモノト謂フハカラス而シテ一ノ意思表示ニ訴訟法上ノ效力ヲ私法的ノ效力トシテ兼有セシムルコトハ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反セサル限りハ之レヲ禁スヘキ謂レナシ訴訟上ノ相殺ハ答辯書ヲ以テ

【關係事項】 被告敗訴土地所有權移轉登記手續請求事件○原告佐藤正藏法定代理人佐藤文藏訴訟代理人辯護士野別重一○被告小原善次郎訴訟代理人辯護士平田市雄復代理人辯護士平田茂

【訴訟ニ於テ爲サルル法律行為ト認訴行為トノ關係ニ關スル學說】

一 當事者ハ相手方ノ主張ニ係ル法律關係ノ消滅ヲ求ムヘキ私法上ノ法律行為又ハ其效力ヲ妨クヘキ私法上ノ法律行為ヲ訴訟ニ於テ爲スコトアリ例ヘハ當事者カ口頭辯論ニ際シテ相殺若クハ契約ノ解除ヲ爲ス旨ノ陳述ヲ爲シ又ハ雙方契約ノ悉ク相手方ノ債務ノ履行ノ提供アルマテ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ム旨ノ陳述ヲ爲スカ如ク當事者カ訴訟ニ於テ私法上ノ法律行為ヲ爲スヘキ私法上ノ法律行為又ハ此效力ヲ妨クヘキ私法上ノ法律行為ヲ訴訟ニ於テ爲スコトキハ之ヲ以テ裁判ノ基本ト爲スコトナリ

二 法律行為ハ法律行為ト同時ニ爲スルモノト謂フハカラス(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論上卷二二三頁)

三 私法的意思表示ノ效力ヲ生スルニ付キ一定ノ形式ヲ具備スルコトヲ要スト爲ササル以上ハ毫モ意思表示カ其表意ノ相手方ニ到達スルナラハ到達ノ方法ノ如何ヲ問ハス有テ無テモノト謂フハカラス而シテ一ノ意思表示ニ訴訟法上ノ效力ヲ私法的ノ效力トシテ兼有セシムルコトハ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反セサル限りハ之レヲ禁スヘキ謂レナシ訴訟上ノ相殺ハ答辯書ヲ以テ

岩田博士

仁井田博士

板倉博士

岩田博士

【訴訟代理人ノ法律行為ノ代理權限有無ニ關スル學說】

一 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タルコトヲ得ルモノトス(法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法一八九頁)

二 訴訟代理人ト民法ノ代理トハ區別セサルヘカラス訴訟代理ハ訴訟法上即チ公法上ノ效力ヲ生スル行為ヲ爲スノ權限ナリ民法ノ代理ハ私法上ノ效力ヲ生スル行為ヲ爲スノ權限ナリ法定代理人ハ本人ノ爲メ私法上ノ行為ヲ爲シ得ルコト同時ニ訴訟法上ノ行為ヲ爲シ得ルモノナリ法定代理人ハ一人ニ於テ私法行為ノ代理ト訴訟行為ノ代理トヲ兼ムルモノナリト謂フヘシ又訴訟代理人モ特定ノ私法行為ノ代理ヲ爲ス事アリ例ヘハ相手方ヨリ爲ス辨濟ヲ受領ヘルカ如シ但辨濟ノ受領ハ訴訟委任ニ包含セス(法學博士板倉松太郎氏民事訴訟法綱要增訂再版一六一頁)

【同上同趣旨學說】

法律行為ニシテ訴訟行為ニ非サル意思表示(法律行為ノ取消相殺解除ノ意思表示)ヲ爲シ又ハ之ヲ受タル代理權ハ訴訟委任ノ法律上ノ範圍(民訴六五)ニ屬セサルモノトス

訴訟代理人ハ當事者ノ爲メ私法的法律行為ヲ爲ス權限ヲ有セス如何トナレハ訴訟代理權ノ授與ハ訴訟行為ヲ爲ス權限ニ外ナラザレハナリ但訴訟物ノ拋棄及ヒ認諾又ハ裁判上ノ和解ノ如キハ訴訟行為タルト同時ニ私法的效力ヲ生スル行為ナレハ訴訟代理權ノ範圍ニ屬スヘキモノナルヲ論テ待タズ然レトモ或說ニハ訴訟代理人ハ當事者ノ爲メ攻撃防禦ノ方法ヲ提出スルコトヲ得ルモノナレハ契約解除ノ如キ私法的法律行為ニ付テモ攻撃防禦方法ニ屬スルモノニ付テハ當然代理權アルモノト論スルモ正當ナラス(法學博士岩田一郎氏民事訴訟法原論一〇版一八九頁)

【同上反對判例】

一 相殺ノ抗辯ハ相手方ノ請求ニ對スル攻撃方法ニシテ一ノ訴訟行爲タル性質ヲ有シ純然タル法律行爲ト其選ナ異ニス從テ訴訟代理人ノ訴訟代理權中ニハ相手方ニ對シテ此抗辯ヲ提出スルノ權限並ニ相手方ヨリ其抗辯ヲ對抗セラルルノ權限ヲ包含スルモノトス(大審院大正元年二月二三日判決本書第一卷民訴法二七二頁)

二 訴訟代理人ハ相手方ノ攻撃ニ對スル防禦トシテ相殺ノ意思表示ヲ爲シ又相手方ノ爲シタル意思表示ヲ受クルモノトス(同上三九年三月六日判決民事判決第一二二頁三三三頁)

三 訴訟代理人ハ契約ノ解除力必要ナル攻撃又ハ防禦ノ方法ナル以上ハ相手方ニ對シテ契約ヲ解除スルノ權限ヲ有ス(同上三八年二月二一日判決同上二一七頁)

四 當事者ノ一方ヨリ爭ニ係ル法律行爲ヲ取消ノ意思ヲ表示シテ防訴抗辯ヲ爲ストキハ相手方ノ訴訟代理人ニ於テ之ヲ受テハ權限ヲ有スルハ當然ナリ(同上三八年三月三十七日判決同上二一七頁三三三頁)

五 訴訟代理人ハ親權ヲ行フ母カ親族會ノ同意ヲ得シテ借財ヲ爲シタル取消ノ意思ヲ表示シテ防訴ノ方法ト爲サントセハ固ヨリ之ヲ爲スコトヲ妨ケザルモノトス(同上三六年六月三〇日判決同上九二四頁)

六 相殺ヲ以テ抗辯方法ト爲スヘキ場合ニ於テハ特別ノ意思表示ヲ俟タズシテ其相殺ヲ爲ス行爲ハ當然訴訟委任中ニ包含スルモノトス(同上三一年一月二四日判決同上七二一頁四四四頁)

七 當事者ノ未成年中其法定代理人ノ同意ヲ得テ爲サレタル法律行爲ノ取消シノ意思表示ハ攻撃ノ方法トシテ訴訟代理人ニ於テ當然之ヲ爲シ又ハ之ヲ受タルコトヲ得可キ訴訟行爲ナリトス(東京控訴院大正二年四月一四日判決本書第二卷民訴法七三頁)

判旨一點ノ正當ナルコトハ訴ノ原因ニ關シ事實說ヲ採ルモ法律關係說ヲ採ルモ異論ナシト信ス判旨二點モ亦吾人ノ贊成スル所ナリ或ハ訴狀ノ送達ハ訴訟行爲ナルヲ以テ私法上ノ效果ノ發生ヲ目的トスル法行爲ト異ル然ルニ訴狀ノ送達ヲ以テ買賣完結ノ意思表示ヲ爲シタルモノト認ムルハ不當ナリト難スル者アラシモ法律行爲ハ特別ノ規定ナキ限り明示又ハ默示ニテ之ヲ爲スコトヲ得ヘク又何等方式モ必要トセス行爲ノ場所ニ制限ナキヲ以テ買賣完結ノ意思表示モ訴訟行爲ト同時ニ之ヲ爲スヲ妨ケナク訴狀ノ送達ト同時ニ意思表示ヲ到達シタルモ

ノト認定スルヲ妥當トスルヲ以テコノ乘難ハ當ラサルモノト信ス或ハ訴訟代理人ハ法律行爲ノ代理權ナキヲ以テ訴訟代理人ノ提起シタル訴狀ノ到達アルモ之ニヨリテ買賣ノ意思表示ノ效力カ本人ニ對シテ生スルモノニアラスト然リ訴訟代理人ハ當然法律行爲ノ代理權ヲ有スルモノニアラサルハ論ナシト雖モ本案事件ノ場合ニハ訴訟行爲ノ委託ト同時ニ法律行爲ノ代理權ヲモ授與スル默示ノ意思表示アリタルモノト認ムルヲ妥當ト信スルヲ以テ判旨ニ贊成スルモノナリ

一八二

- 七三七第一項 假差押ハ金銀ノ債權又ハ金銀ニ換フルコトヲ得ヘキ請求ニ付キ動産又ハ不動産ニ對スル強制執行ヲ保全スル爲メ之ヲ爲スコトヲ得
- 七四四 債務者ハ假差押決定ニ對シ異議ヲ申立ツルコトヲ得
- 此異議ニ付テハ假差押ノ取消又ハ變更ヲ申立ツル理由ヲ開示ス可シ
- 異議ノ申立ハ假差押ノ執行ヲ停止セス
- 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ヘキ保證ヲ立テテ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ニ屬ス
- 七四八 假差押ノ執行ニ假テハ強制執行ニ關スル規定ヲ準用ス但以下數條ニ於テ差異ヲ生スルトキハ此限ニアラス
- 七五五 係争物ニ關スル假處分ハ現狀ノ變更ニ因リ當事者一方ノ權利ノ實行ヲ爲スコト能ハス又ハ之ヲ爲スニ著シキ困難ヲ生スル迄アルトキ之ヲ許ス
- 七五六 假處分ノ命令其他ノ手續ニ付テハ假差押ノ命令及ヒ手續ニ關スル規定ヲ準用ス但以下數條ニ於テ差異ヲ生スルトキハ此限ニアラス
- 七五九 特別ノ事情アルトキニ限り保證ヲ立テシメテ假處分ノ取消ヲ許スコトヲ得
- 七六〇 假處分ハ爭アル權利關係ニ付キ假ノ地位ヲ定ムル爲メ亦之ヲ爲スコトヲ得但此處分ハ殊ニ繼續スル權利關係ニツキ著シキ損害ヲ避ケ若クハ急迫ナル強暴ヲ防ク爲メ又ハ其他ノ理由ニ因リ之ヲ必要トスルトキニ限ル

七六一 倉迫ナル場合ニ於テハ保争物ノ所在地ヲ管轄スル區裁判所ハ假處分ノ當否ニ付テハ口頭辯論ノ爲メ本案ノ管轄裁判所ニ相手方ヲ呼出ス可キ申立ノ期間ヲ定メ假處分ヲ命スルコトヲ得
此期間ヲ徒過シタル後區裁判所ハ申立ニ因リ其命シタル假處分ヲ取消ス可シ
右裁判ハ口頭辯論ヲ經スシテ之ヲ爲スコトヲ得

(一) 假處分命令ニハ二種アリ一ハ執行保全ノ爲メニスル假處分命令ニシテ二ハ假ノ地位ヲ定ムル爲メニスル假處分命令ナリ從テ二ノ假處分命令ハ一ノ假處分命令若クハ假差押命令トハ全ク異ル目的ヲ有スルカ故ニ同時ニ併セ施スコトヲ得ルモノトス

法律ハ兩種ノ假處分命令ヲ同一ノモノトシテ取扱ヒ何等區別ヲ設ケサルヲ以テ債權者ノ申立ノ如何ニ拘ラス裁判所ハ適當ト認ムル種類ノ假處分ヲ爲シ得ルモノトス

特定給付ヲ目的トスル請求權ニシテ其履行ニ代ヘテ損害賠償ヲ請求シ得ル性質ノモノナラハ債權者ハ其選フ所ニ從ヒ假處分命令又ハ假差押命令ヲ求ムルコトヲ得唯財産的の利益ヲ有セザル請求權ニ付テハ假處分命令ニ依ラサルヘカラス

(二) 假處分手續ニ於ケル債務者ノ救済 (一) 異議七五六、七四四 (二) 事情ノ變更ニヨル假處分命令ノ取消七五六、七四七 (三) 起訴命令ニ定メタル期間ノ徒過ニ因ル假處分命令ノ取消七五六、七四六 (四) 口頭辯論ノ爲メノ呼出ヲ申立ツヘキ期間ノ徒過ニ因ル假處分命令ノ取消七六一、二 (五) 保證ヲ申立ツルコトニ因ル假

處分命令ノ取消七五九、七四五、七四七、一 (六) 保證ヲ立ツルコトニ因ル假處分命令ノ執行ノ取消七五九、七四三 (七) 執行ヲ繼續スルニ必要ナル費用ヲ債權者カ豫納セザルコトニ因ル假處分命令ノ執行ノ取消七五六、七四九、二 (八) 期間ノ徒過ニ因ル假處分命令ノ執行ノ不許七五六、七四九、二
(三) 七六一條一項ノ假處分命令ハ口頭辯論ヲ經ル場合ト雖モ常ニ決定ヲ以テ之ヲ爲スモノトス而シテ此假處分命令ニ對シテハ抗告若クハ異議ヲ爲スヲ得ス
(四) 七五四條一項ハ七四三條一項ニ依リ定メラレタル金額ヲ供託セザル場合ヲ云フモノナルカ故ニ假處分命令ノ場合ニハ當然ノ準用ハ之ヲ見ス反之前條第二項ハ假處分命令ノ執行ノ場合ニ當然準用アリ
異議ハ假處分命令カ口頭辯論ヲ經スシテ決定ヲ以テ爲サレタル場合ニノミ適用アルモノトス異議ノ申立ニハ理由ヲ具スルコトヲ要セス
假處分命令ニ對スル異議ニツキテハ債權者ハ依然トシテ防禦者ノ地位ニ立ツモノナリ口頭辯論ニ於テハ債權者ハ口頭辯論ニ於テハ先ツ假處分命令申請ノ理由ヲ主張シ且爭アル限リ立證ヲ爲ササルヘカラス債務者ハ之ニ對シ防禦方法ヲ提出スレハ足ル
(五) 七四七條ニハ假差押命令ノ認可後ト雖モトアルカ故ニ其認可以前ニモ適用アルコトハ明白ナリ從テ本條ノ適用アル場合左ノ如シ假處分命令ハ決定ヲ以

テ爲サレ(七四一、七四二、一後段)而モ之ニ對シテ異議ノ申立ナキ場合(2)假處分命令ヲ終局判決ヲ以テ爲サレ(七四二、一前段)此判決(A)未確定ノ場合(B)確定シタル場合(3)假處分命令ヲ決定ヲ以テ爲サレタルカ爲メ之ニ對シテ異議ノ申立アリタル結果終局判決ヲ以テ之ヲ認可シ(七四五、二)此判決(A)未確定ノ場合(B)確定シタル場合

七四七條一項ニ所謂事情力變更シタリトハ假處分ヲ廢シタル理由ハ後ニ到リ消滅セルヲ謂フ事情ノ變更時期ニ付キテハ何等ノ制限無ク唯債務者力決定又ハ判決アリタル後ニ始メテ之ヲ知りタルヲ以テ足ル從テ假處分ヲ命シ又ハ之ヲ認可シタル判決確定後ト雖モ猶且其確定前ニ生シタル事情ヲ主張シテ此判決ノ取消ヲ求ムルコトヲ得ルモノトス

債務者力七四七條一項ニヨリ取消ノ申立ヲ爲シタルトキハ當事者ノ地位ノ轉換ヲ來シ債務者ハ攻撃者ノ地位ニ立チ審理裁判ノ對照ハ變更シタル事情ノ存否如何ト云フ點ニ限ラルルモノトス

假處分命令ニ對スル取消ノ申立ト異議トノ區別ハ申立人ノ措字用語ニ拘ハルコトオチ申請全部ノ趣旨ニ觀シテ債務者ノ真意ノアルトコロヲ察シ之ヲ區別スルノ外ナシ唯異議ハ債務者ニ對スル原則的ノ救済方法ナルノミナラス異議ニ於テハ債務者ノ防禦方法提出ノ上ニ何等ノ制限ナキヲ以テ反對ノ意思カ認

メラレサル限リコノ種ノ手續トシテ取扱フコトハ可成債務者ノ救済ヲシテ周到ナラシメムトスル法律ノ精神ニ合スルモノナリ

(六) 假差押命令假處分命令ノ執行ニ付強制執行ニ關スル規定ヲ準用スルニ當リ注意ス可キコトハ此等ノ命令カ判決ヲ以テ爲サレタル場合ト雖モ其假執行ノ宣言ト云フモノナシ常ニ當然ニ執行力ヲ有スルハ急速ヲ要スル性質ヨリ生スル結果ニ外ナラス故ニ此等ノ命令ニ對シテ上訴アリタル場合ト雖モ五一二條ノ準用ナシ又第二ノ假處分命令ヲ以テ此等ノ命令ノ執行ヲ阻止スルカ如キコトモ亦之ヲ爲スヲ得ス蓋執行ヲ阻止スル方法ハ第六編第一章ニ執行ノ停止取消等トシテ特別ノ規定ヲ設ケアルヲ以テナリ尙請求ニ關スル異議ノ訴モ假差押命令假處分命令ニ對シテハ之ヲ提起スルヲ得ス何者此等命令ハ元來請求ヲ確定シタルモノニ非サル而已ナラス事情ノ變更シタル場合ノ救済トシテハ別ニ七四七條ノ規定ヲ設ケアルヲ以テナリ

(七) 假處分命令ハ特定給付ヲ保全スルカ爲メニ用ヒラルルモノナルカ故ニ金錢ヲ以テ之ニ代ヘタリトテ必スシモ債權者ヲシテ同等ノ満足ヲ得セシムルモノニアラス唯特別ノ場合ニ債務者ヲシテ保證ヲ立テシムルコトニ依リテモ假處分ノ目的即チ特定給付ノ實現保全ノ終局目的ヲ達スルニ難カラスト認メラルル場合ハ七五九條ニ所謂常ニ特別ノ事情ノ存スル場合ナリトス

故ニ本條ハソレ自身獨立ナル意義ヲ有スル規定ニハ非ス假差押命令ニ關スル諸般ノ規定ヲ假處分命令ニ準用スル際ニ於ケル一ノ制限ニ外ナラス七五六條但書ニ所謂以下數條ニ於テ差異ヲ生スルト謂フ場合ノ一ニ該當スルモノナリ今準用ノ場合ヲ説明スルコト左ノ如シ

一七四三條準用ノ場合(七五九七五六)

假處分命令カ決定又ハ判決ヲ以テ爲サル際特別ノ事情アル場合ニ該當スト認メタルトキハ假處分命令中ニハ其執行ヲ停止シ且取消スコトヲ得ル爲メ債務者カ供托スヘキ金額ヲ記載シ置カサルヘカラス斯カル裁判有リタル場合ニ之ヲ爲シタルコトヲ不當トシ若クハ保證金額少キニ失スト思料スル債權者ハ即時抗告(五五八)又ハ上訴ヲ爲スコトヲ得可ク保證金額多キニ失スト思料スル債權者ハ異議又ハ上訴ヲ爲スヲ得可シ斯カル裁判無キ場合ニ假處分命令カ決定ヲ以テ爲サレシナラハ債權者ハ新ニ假處分命令ヲ申請スルノ外無ク此申請ヲ却下スル裁判ニ對シテハ普通抗告(四五五)ヲ爲スヲ得可シ反之債務者ハ裁判無キコトヲ理由トシテ異議ノ申立ヲ爲スヲ得可シ假處分命令カ判決ヲ以テ爲サレシナラハ當事者ノ執レヨリモ上訴ヲ爲スヲ得ヘシ何者此保證ノ部分ハ元來判決中ノ獨立ナラサル部分ナルカ故ニ此部分ヲ遺脱シタル裁判ハソレ自體欠缺アルヲ免レサルモノナレハナリ

二七四五條第二項ノ準用ノ場合(七五九七五六)

假處分命令ニ對シ異議ノ申立アリタル場合ニ所謂特別ノ事情アル場合ニ該當スト認メタルトキハ裁判所ハ債務者ニ保證ヲ立ツルコトヲ條件トスル假處分命令取消ノ裁判ヲ爲スヲ得可シ

三七四七條一項準用ノ場合(七五九七五六)

債務者ニ於テ已ニ保證ヲ立テアリ尙裁判所之ヲ以テ十分ナリト認メタルトキハ直ニ假處分命令取消ノ裁判ヲ爲スヲ得可シ若シ又保證未タ立テ非サル場合ニハ保證ヲ條件トスル假處分命令取消ノ裁判ヲ爲スヲ得ヘシ
債務者カ或事情ノ變更アリト主張シテ取消ノ申立ヲ爲シタルトセムニ裁判所カ所謂特別ノ事情アル場合ニ該當スト認メ而モ單純ナル取消ヲ爲スヨリモ保證ヲ條件トシテ取消ノ裁判ヲ爲スヲ適當ト認ムル場合ニハ縱令債務者保證ノ申出ヲ爲サスト雖モ如上ノ裁判ヲ爲スコトヲ得可シ反之或事情カ變更シタルト債務者ノ主張ハ裁判所之ヲ認ムルヲ得ストシタルトキハ債務者カ保證ノ申出ヲ爲ササル限り所謂特別ノ事情アル場合ニ該當スト認ムルモ進ンテ保證ヲ條件トスル取消ノ裁判ヲ爲スコキモノニ非ス

第一 假處分命令ニ二種アリ左ノ如シ

- 一 執行保全ノ爲メニスル假處分命令
- 二 假ノ地位ヲ定ムル爲メニスル假處分命令

一 假差押命令ト同性質ノモノニ屬ス唯此ハ金錢債權又ハ金錢債權ニ代ハルヲ得ヘキ債權ノ執行ヲ保全スル爲メニ用ヒラレ彼ハ特定給付ノ請求權ノ執行ヲ保全スルカ爲メハ用ヒラレ

二 或ル權利關係ニ付キ争アルカ爲メ其存否明カナラス自然事物ノ現狀ヲ其儘ニ放置スルトキハ著シキ危害カ生セムトスルニ當リ一時の處置ヲ施シ以テ此危害ノ生スルヲ防クテ目的トスルモノニシテ唯其所謂危害ナルモノハ將來爲サムトスル執行ヲ不能若クハ困難ナラシムルト云フ危害ナラサルコトヲ要スルノミ故ニ特定ノ請求權ヲ將來ニ於テ實現セムトスルコト(即執行)ヲ予メ保全スルヲ以テ其主旨トセス包括的權利範圍ノ安全ヲ計ルヲ以テ其目的トス從テ此種ノ假處分命令ハ一ノ假處分命令トハ全ク異ル目的ヲ有スルカ故ニ假差押命令若クハ一ノ假處分命令ト此種ノ假處分命令トハ同時ニ併セ施スヲ妨ケサルモノトス特定ノ給付ニ對スル請求權ノ執行ヲ保全スト云フコトハ即其請求權ノ安全ヲ計ルモノニ外ナラス或權利關係ノ存否ニ争アルカ爲ト現狀ニ危害ヲ生スル處アル場合ニ此豫防方法ヲ講スト云フコトハ即結局此權利ヲ保ノ安全ヲ計ルモノニ外ナラス其結局ノ目的ニ於テ互ニ背馳解スルトニ有ル無ク又其手段トシテ爲サル一時の處置ノ方法ハ各千態萬様ニシテ互ニ共通重複スルトコロ多キヲ以テ以上兩種ノ假處分命令カ實際ノ事件トシテ現ハシ來レニ當リ對然タル區別ヲ設ケムコトハ蓋シ不能ナリ故ニ法律ニ於テモ此兩種ノ假處分命令ハ同一ノモノトシテ之ヲ取扱ヒ何等ノ區別ヲ設ケルコト無シ其結果例ヘハ債權者ハ一ノ假處分命令ニシテ申請シ來ルモ裁判所ハ二ノ假處分命令ヲ爲スコキ場合ナリト思惟スレハ申請ヲ却下スルコト無ク二ノ假處分命令ヲ爲スコキ場合ナリト思惟スレハ申請ヲ却下スルコト無ク二ノ假處分命令ヲ爲スコキ場合ナリト思惟スレハ申請ヲ却下スルコト無ク二ノ假處分命令ヲ爲スコキ場合ナリト思惟

爲スヘキモノナリト思惟シタル時ハ又蓋シ假處分命令ハ之ヲ廢棄スルコト無ク其認可ノ裁判ヲ爲スコキモノトス

第二 假處分命令ト假差押命令トノ關係

假差押命令ハ金錢債權又ハ之ニ換フルコトヲ得ヘキ債權ノ執行ヲ保全セムカ爲メニ用ヒラルモノナリ之ニ對シ假處分命令ハ金錢債權以外ノ請求權即所謂特定給付ヲ目的トスル請求權ノ執行ヲ保全スルカ爲メ用ヒラルモノナリ然ルニ此特定給付ヲ權者ハ其撰フトコロニ從ヒ或ハ假差押命令ヲ求ムルヲ得ヘク或ハ假處分命令ヲ求ムルヲ得ヘシ固ヨリ孰レノ請求ニ付テモ七八條又ハ七五條ノ要件カ具リ居ルコトヲ要スルハ言フ俟タス唯此ノ財產的利便ヲ有セサル請求權ニ付テハ假處分命令ニ依ルノ外アルヘカラス以上ノ如ク債權者カ二者何レヲモ撰ビ得ル場合ハ裁判所ハ申請ノ全趣旨ニ稽ヘ以テ債權者ハ如何ナル保全方法ヲ求ムルヤヲ判別シタル上夫レ夫レ適當ナル保護ヲ與ヘサル可カラス申請ノ用語ニ或ハ假差押命令トアリ或ハ假處分命令トアリト一事ニ依リ直ニ之ヲ速斷スルカ如キハ蓋シ膠柱ノ譏ヲ免レサル可シ

第三 假處分手續ニ於ケル債務者ノ救済

一 假處分命令ハ債權者ノ爲メニハ救済ヲ奏スル救済方法ナルト共ニソレ丈ケ債務者ニ取リテハ甚深ナル苦痛ナリ於是法律ハ一面債權者ノ爲メニハ迅速簡單ニ之ヲ附與スル方法ヲ設ケルト共ニ(七五七、七六一、一七六三)一面債務者ノ爲メニハ周到ナル防禦ノ方法ヲ設ケアリ

(1) 異議(七五六、七四四)

(2) 事情ノ變更ニ因ル假處分命令ノ取消(七五六、七四七)

(3) 起訴命令ニ定メタル期間ノ徒過ニ因ル假處分命令ノ取消(七五六、七四六、二二)

(4) 口頭辯論ノ爲メノ呼出ヲ申立ツ可キ期間ノ徒過ニ因ル假處分命令ノ取消(七六一

二)(註一)

(5) 保證ヲ立ツルコトニ因ル假處分命令ノ取消(七五九、七四五、二七四、七七一)

(6) 保證ヲ立ツルコトニ因ル假處分命令ノ執行ノ取消(七五九、七四三、七五九ニ付テハ

後ニ第四ニ説明ス)

(7) 執行ヲ繼續スルニ必要ナル費用ヲ債權者カ豫納セサルコトニ因ル假處分命令ノ執行ノ取消(七五六、七五四、二)(註二)

(8) 期間ノ徒過ニ因ル假處分ノ執行ノ不許(七五六、七四九、二)(註三)

(註一) 七六一條一項ノ假處分命令ハ口頭辯論ヲ經ル場合ト雖モ常ニ決定ヲ以テ之ヲ爲スモノトス蓋七四二條一項前段ノ例外的規定ハ本條ノ場合ニハ其準用無キヲ以テナリ而シテ此假處分命令ニ對シテハ債務者ハ抗告若クハ異議ヲ爲スヲ得ス唯同條二項ニ遵ヒ期間徒過ニ因ル取消ノ申立ヲ爲スヲ得ルノミナリ但右ノ期間徒過後ト雖債權者ハ此取消ノ申立ヲ爲スコト無ク却ツテ本案裁判所ニ對シ口頭辯論ノ爲債權者ヲ呼出サン事ノ申立ヲナスハ妨ケラレルモノニアラス本案裁判所ニテハ口頭辯論ヲ經タル上終局判決ヲ以テ裁判ヲ爲ス債務者ハ如何ナル事由ヲモ主張スルヲ得可シ而シテ本案裁判所ハ審理ノ上假處分命令ヲ爲スヲ相當ト認メタルトキハ區裁判所ノ爲シタル假處分命令ヲ認可シ成ラサルトキハ之ヲ廢棄ス

(註二) 七五四條一項ハ七四三條一項ニ依リ定メラレタル金額ヲ供託セサル場合ヲ云フモノナルカ故ニ假處分命令ノ場合ニハ當然ノ準用ハ之ヲ見ス(第四參照)反之同條二項ハ假處分命令ノ執行ノ場合ニモ當然準用者ヲシテ同條一項及ヒ二項ニ假差押ノ取消トナルハ命令其モノノ取消ヲ云フニハ非ラスシテ其執行ノ取消ヲ云フモノナルコトハ今日ニ於テハ異說無シ本條ニ依リ執行力取消サレタル後ト雖債務者ハ更ニ進ミテ異議ヲ申立テ又ハ事情ノ變更ヲ主張スルニ本文(1)乃至(4)ノ方法ニ依リ假處分命令其モノノ取消ヲ申請スルヲ得可シ何者若命令其モノカ取消サレタルトキハ債務者ハ其供託シアル保證(七五九、七四三)ノ返還ヲ求ムルヲ得レハナリ

(註三) 假處分命令ノ發シタル後十四日ノ期間ヲ徒過スレハ其執行ハ當然之ヲ許サス若シ執行ヲ爲シタルトキハ債務者ハ五四四條ノ異議ニ依リ之ヲ排除スルヲ得可シ加之已ニ執行ヲ爲シ得サル假處分命令ヲ存置セシムルコトハ無意味ナルヲ以テ假處分命令其モノノ取消ヲ求ムルヲ得可シ

分命令其モノノ取消ヲ求ムルヲ得可シ
二 今(3)以下ノ救済方法ハ姑ク之ヲ置キ專ラ(1)及ヒ(2)ノ關係ニ付キ説明スルコト左ノ如シ
甲 異議ハ假處分命令カ口頭辯論ヲ經シテ決定ヲ以テ爲サレタル場合ニノミ適用アルモノトス(註四)異議ノ申立ニハ理由ヲ異ニスルコトヲ要セス尤モ七五六條七四四條二項ニ依レハ理由ヲ開示スルコトヲ必要トスルカ如キモノハ法文ノ可シナル文字ノ現スカ如ク任意ノ規定ニシテ畢竟口頭辯論ヲ準備スル性質ヲ有スルモノニ過キス假處分ノ命令ニ對スル異議ニツキテハ債務者ハ依然トシテ防禦者ノ地位ニ立ツモノナリ又債權者ハ依然トシテ假處分命令ノ申請人即チ攻撃者タル地位ニ立ツモノナリ口頭辯論ニ於テハ債權者ハ先ツ假處分命令ノ理由ヲ主張シ且爭アル限リ其立證ヲ爲ササル可カラズ債務者ハ之ニ對シ防禦方法ヲ提出スレハ足ル但其防禦方法ニハ種々有リ得ヘシ即チ假處分命令ヲ發シタルコトノ理由ナキコトヲ舉ルモ亦可ナリ畢竟最後ノ假處分命令ヲシテ尙存置セシムルコトノ理由ナキコトヲ舉ルモ亦可ナリ畢竟最後ノ口頭辯論終結當時迄ニ生シタル事由ハ總テ之ヲ主張スルヲ得ト云フ一般原則ノ適用ニ外ナラス
乙 (イ)然ラハ七四七條ノ適用アル場合如何ヲ省ルニ同條ニハ假處分命令ノ「認可後ト雖モ」トアルカ故ニ其認可前ニモ適用アルコト明白ナリ認可トハ假處分命令ニ對スル異議ノ結果終局判決ヲ以テ養ニ爲シタル假處分命令ヲ是認シタル場合ヲ云ヒ從ヒテ本條ノ適用アル場合左ノ如シ
(1) 假處分命令ハ決定ヲ以テ爲サレ(七四一、一。七四二、一後段)而モ之ニ對シテ異議ノ申立ナキ場合
(2) 假處分命令カ終局判決ヲ以テ爲サレ(七四二、一前段)此判決(A)未確定ノ場合(B)確定シタル場合
(3) 假處分命令カ決定ヲ以テ爲サレタルカ爲メ之ニ對シテ異議ノ申立アリ其結果終局

當事者ノ地位ニ轉換ヲ來スモノトス即チ申立人タル債務者ハ攻撃者ノ地位ニ立チ相手方タル債權者ハ防禦者ノ地位ニ立チ審理裁判ノ對象ハ變更シタル事情ノ存否如何ト云フ點ニ限ラレ決シテ選リテ假處分命令ヲ爲シタルコトノ當否自體ニ迄及フモノニ非スコハ當然ナリ何者債務者ハ此點ヲ爭ハサレハナリ(丙)異議ト取消ノ申立トノ區別如何假處分命令ニ對スル取消ノ申立ト云フモ異議ト云フモ將タ不服ノ申立ト云フモ斯ル申立人ノ用語ニハ拘ハルヘキニ非ラス(乙)ノイ述ヘタル如ク異議ト取消ノ申立トハ其管轄裁判所ヲ異ニスルカ故ニ此點ヨリ推シテ申立人ノ意思ヲ付度スルモ一ノ方法タルヲ失ハス又何等ノ理由ヲモ具セサル場合ハ異議ト見ルト云フモ亦一方法ナル可シト雖モ此等ハ何レモ問ヲ以テ問ニ答フルノ嫌ヲ免レス要ハ措辭用語ノ末ニ拘ハルコト無ク申請全部ノ趣旨ニ徴シテ債務者ノ眞意ノ有ルトコロヲ察シ之ヲ區別スルノ外アルヘカラス異議ハ債務者ニ對スル原則的ノ救済方法ナルノミナラス異議ニ於テハ債務者ノ防禦方法提出ノ上ニ何等ノ制限ナキヲ以テ反對ノ意思カ認メラレサル限り此種ノ手續トシテ之ヲ取扱フコトハ可成債務者ノ救済ヲシテ周到ナラシムトスル法律ノ精神ニ合スルモノトス(丁)實例ヲ省ミルニ債務者ハ假處分ニ對スル取消ノ申立ト云フ名稱ヲ附シ來ルヲ常トス而モ其理由トスルコトコロヲ觀ルニ或ハ債權者ノ主張ニ係ル請求ハ始メヨリ存セスト主張スルコトアリ例ヘハ土地家屋ノ賃貸借ハ未タ終了セサルカ故ニ明渡請求權ハ存在セスト云ヒ債權者ハ目的物ノ所有者ナラサルカ故ニ引渡請求權ナシト云フカ如シ又或ハ假處分命令ノ必要ハ始メヨリ存セスト主張スルコトアリ例ヘハ債務者ハ目的物ノ隱匿又ハ移轉ヲ試ミツツアルカ如キ事實ナジト云フカ如シ其多數ハ孰レモ典型的異議ニ該當スルモノナリ而モ裁判所ハ取消ト云フカ如キ文字アルノ故ヲ以テ直チニ之ヲ事情ノ變更ニ依ル取消ノ申立ナリトシ判決ニ於テハ先ツ債務者ノ主張ヲ提出スルコト原告ノ請求原因ノ如ク次ニ債權者ノ答辯ヲ記載スルコト被告ノ答辯ノ如クスルヲ常トス此事自體ハ形式ノ誤トシテ

判決ヲ以テ之レヲ認可シ(七四五、二)此ノ判決(A)未確定ノ場合(B)確定シタル場合(1)場合ニハ債務者ハ異議ノ申立ト本條(七四七)ノ取消ノ申立トハ自由ニ之レヲ選擇スルヲ得ルカ故ニ少クトモ此場合ニ於テハ取消ノ申立トハ全然確定ナルカ如キモ爾ラス蓋シ其管轄裁判所ヲ異ニスルコト有ルヲ以テナリ即チ異議ハ本案ノ訴力現在何處ニ屬セルヤヲ問ハス常ニ異議ニ假處分命令ヲ爲シタル裁判所ノ管轄ニ專屬スルモノナルモ取消ノ申立トハ本案ノ訴力已テニ繫屬スル以上此裁判所ノ管轄ニ專屬スルカ故ニ少ナクトモ此點ニ於テ本條(七四七)ノ規定ハ其存在ノ意義ヲ有スルモノトス何故管轄裁判所ヲ異ニスルヤト云ハハソハ債務者ノ便宜ヲ計ルニ出タリト答フヘキノミ(ロ)事情カ變更シタリトハ假處分命令ヲ發シタル理由ハ後ニ至リ消滅シタリトコトヲ云フモノニ外ナラス故ニ或ハ債務者ノ主張スル請求權其モノニ關スル事情ナルコト有リ得ヘシ又或ハ假處分命令ヲ必要トシタル事情ニ關スルコト有リ得ヘシ斯カル事情ノ變更ハ何時ニ於テ生シタルコトヲ要スルヤ此時期ニ付テハ何等ノ制限アルコト無シ唯債務者カ決定又ハ判決アリタル後ニ於テ始メテコレヲ知リタルコトヲ以テ足レリトスト云フヲ以テ殆ント反對ヲ見サル通説ナリトス蓋シ五四五條二項ヲ以テ後ニ生シタル事情ニ限ルト云フカ如キ文字ハ七四七條ニ見ヘサル而已ナラス債務者ノ救済ヲシテ成ルヘク多クナラシムルトノ趣旨ヨリ云フモ亦斯ク解スルヲ以テ當レリトナセハナリ此結果假處分命令シ又ハ之ヲ認可シタル判決ノ確定後ト雖モ猶且其確定前ニ生シタル事情ヲ主張シテ此判決ノ取消ヲ求ムルコトヲ得ルモノトス凡確定判決後ニ生シタル事由ナレハトテ必スシモ之ヲ主張スルヲ得ルモノニハ非ス而モソハ唯此ヲ理由トシテ棄ニ判決ニ於テ認メラレタル權利關係ハ今日ハ已ニ存セストノ消極的確認ノ訴ヲ起シ又ハ執行名義ノ執行力ヲ排除セムトスル請求ニ關スル異議ノ訴(五四五)ヲ起シ得ルニ過キス之ヲ理由トシテ原判決其モノヲ取消スカ如キハ特別ノ規定ナキ限り許サルトコロニ非ス七四七條ハ此特別ノ規定ノ一ニシテ此點ヲ以テスルモ本條ハ決シテ蛇足無用ノ規定トハ云フ可ラス(ハ)取消ノ申立アリタルトキハ

尙思フヘキモ畢竟是一律ニ債務者ヲ以テ攻撃者ナリトシテ債權者ヲ以テ防禦者ナリトスル誤レル基本觀念ノ發現ニ外ナラス

第四 假處分命令若シクハ其執行ト保證トノ關係(七五九條) 「假差押命令及ヒ假處分命令ハ孰レモ判決ノ如ク請求權ノ存在ヲ確定シ債務者ニ對シテ此請求權ノ目的ヲ給付ヲ爲ス可キコトヲ命スルモノニ非ス將來ノ執行ヲ保全シ又ハ一時的ノ地位ヲ定ムルカ爲メ裁判所ニ於テ或處置ヲ施スモノニ外ナラス」假處分ノ場合ニ於テモ亦命令其モノト其執行トハ別個ノ行為ニ屬スルコト勿論ナリ即債務者ニ對シ或行為(金錢ノ支拂ヲ包含ス)又ハ不行爲ヲ命スルカ如キ場合(七五八、二後段)ハ此裁判ノ執行ハ斯カニ判決アリタル場合ノ執行ト何等選フトコロナシ(第六編第六章及ヒ七三〇乃至七三五及ヒ民法四一四、三)然ルニ假處分命令ハ假差押命令ト異ニシテ或具體的處置ヲ直接ニ策定スルコト寧ロ多キカ故ニ斯ル場合ニハ其處置ヲ命スルコト自體業ニ已ニ一ツノ執行ナルカ如キ觀アリト雖モ而モ裁判所ノ命令其モノハ要スルニ意思ノ發表ニ外ナラス外界ノ事物ノ狀態ヲシテ此意思ノ發表ト一致セシムルカ爲ニハ別ニ其手段無キヲ得ス是即假處分命令ノ執行ナリ「假差押命令假處分命令ノ執行ニ付キ強制執行ニ關スル規定ヲ準用スルニ當リ注意スヘキコトハ之等ノ命令カ判決ヲ以テ爲サレタル場合ト雖其假執行ノ宣言ト云フモノナシ常ニ當然ニ執行力ヲ有スルハ急遽ヲ要スル性質ヨリ生スル結果ニ外ナラス故ニ此等ノ命令ニ對シ上訴有リタル場合ト雖モ二條ノ準用ナシ又第二ノ假處分命令ヲ以テ此等ノ命令ノ執行ヲ阻止スルカ如キコトモ亦之レモ爲スヲ得ス蓋執行ヲ阻止スル方法ハ第六編第一章ニ執行ノ停止取消等トシテ特別ノ規定ヲ設ケタルヲ以テナリ(五二二、二)ニ假處分トアルハ Einzwangs Anordn. 同シカラス尙請求ニ關スル異議ノ訴モ假差押命令假處分命令ニ對シテハ之ヲ提起スルヲ得ス何者此等ノ命令ハ元來請求ヲ確定シタモノニ非サル而已ナラス事情ノ變更シタル場合ノ救済トシテ別ニ七四七條ノ規定ヲ設ケタルヲ以テナリ」七五九條ノ意義

モ亦動モレハ假執行セラル、コト稀ナラス元來假處分命令ハ特定給付ノ實現ヲ保全スルカ爲メ用ヒラル、モノナルカ故ニ金錢ヲ以テ之ニ代ヘタリト必スモ債權者ヲ引渡テ請求スル場合ノ如キ即チ是ナリ」又或特別ノ場合ニハ債務者ヲシテ保證ヲ立等ノ缺クルトコロ無レト云ニ過キス」要スルニ債務者ヲシテ保證ヲ立テシムルコトニ依リテモ假處分命令ノ目的即特定給付ノ實現ノ保全ト云フコトハ終局ニ於テ之ヲ達スルニ難カラスト認ラレ、場合ハ則チ常ニ特別ノ事情ノ存在スル場合ナリト云ハサルヲ得ス」故ニ本條ハソレ自身獨立ナル意義ヲ有スル規定ニハ非ス假差押命令ニ關スル諸般ノ規定ヲ假處分命令ニ準用スル際ニ於ケル一ノ制限ニ外ナラス七五六條但書ニ所謂以下數條ニ於テ差異ノ生スルコト云フ場合ノ一ニ該當スルモノナリ今其準用ノ場合ヲ説明スルコト左ノ如シ「七四三條準用ノ場合假處分命令カ決定又ハ判決ヲ以テ爲サレ、際特別ノ事情アル場合ニ該當スルト認メタルトキハ假處分命令中ニハ其執行ヲ停止シ且取消スルコトヲ得ル爲メ債務者カ供託ス可キ金額ヲ記載シ置カサル可カラス」(甲)斯カル裁判有リタル場合ニ(イ)之ヲ爲シタルコトヲ不當トシ若クハ保證ノ金額少キニ失スト思料スル債權者ハ即時抗告(五五八)又ハ上訴ヲ爲スヲ得可シ(乙)斯カル裁判無キ場合多キニ失スト思料スル債權者ハ異議又ハ上訴ヲ爲スヲ得可シ(丙)假處分命令ヲ申請スルニ(イ)假處分命令カ決定ヲ以テ爲サレシナラハ普通抗告(四五五)ヲ爲スヲ得可シ(ロ)假處分命令カ判決ヲ以テ爲サレシナラハ當事者ノ執レヨリモ上訴ヲ爲スヲ得可シ(ハ)假處分命令カ判決ノ部分ハ元來判決ノ獨立ナラサル部分ナルカ故ニ此部分ヲ遺脱シテナシタル裁判ハソレ自體欠缺アルヲ免レサレモノナレハナリ保證ノ點ニ關スル裁判無キトキハ假處分命令ノ場合ニ於テハ第七五九條ニ所謂特別ノ事情アルトキニ限り此裁判ヲ爲ス可キモノ

ニシテ而カモ此事情ノ有無ハ裁判所ノ自由ナルトコロノ判斷ニ屬スルコトナラカ
 故ニ保證ノ裁判無シトコトハ即チ爲ス可キ事ヲ遺脱シタリト觀ムヨリハ寧ロ始メ
 ヲリナス可カラサルモノト認メタルカ故ニ之ヲ爲サザリシモノト觀ル可ク從ヒテ追
 加判決ノ申立ハ之ヲ爲ス得ト解スルチ可ナリト信ス(二)七四五條ニ項ノ準用ノ場合
 (九五九七五六)假處分命令ニ對シ異議ノ申立アリタル場合ニ所謂特別ノ事情アル場
 合ニ該當スト認メタル時ハ裁判所ハ債務者カ保證ヲ立ツルコトヲ條件トスル假處分
 命令取消ノ裁判ヲ爲ス得ヘシ(三七四七條一項準用ノ場合(七五九七五六)申債務者ハ
 裁判所ノ自由ナル意見ヲ以テ定ムルコトコロノ保證ヲ立テムコトヲ申出テ假處分命令
 取消ノ申立ヲ爲ストキハ是而己ニテ已ニ事情ノ變更アリタル場合ト同視セラルルコ
 トハ七四七條一項ニ依リ明白ナリ從ヒテ所謂特別ノ事情アル場合ニ該當スト認メタ
 ル時ハ裁判所ハ次ノ如キ裁判ヲ爲ス可キモノトス即(イ)債務者ニ於テ已ニ保證ヲ立テ
 アリ尙裁判所之ヲ以テ十分ナリト認メタル時ハ裁判所ハ直チニ假處分命令取消ノ裁
 判ヲ爲ス得可シ(ロ)若又保證ハ未ダ之ヲ立テアラサル場合ニハ保證ヲ條件トスル假
 處分命令取消ノ裁判ヲ爲ス得可シ此際裁判所ハ自由ニ保證ノ數額及ヒ種類ヲ定メ
 得可ク債務者ノ申出タル保證ノ數額及ヒ種類ヲ變更スルヲ得サルモノニハ非ス乙
 債務者カ或事情ノ變更(例ハ辨濟ニ因ル債權ノ消滅)アリト主張シテ取消ノ申立ヲ爲
 シタリトセムニ所謂特別ノ事情アル場合ニ該當スト認メ得ラレ而モ單純ナル取消ノ
 裁判ヲ爲スヨリモ債務者ノ保證ヲ條件トスル取消ノ裁判ヲ爲ス方カ變更シタル事情
 ニヨリ善ク適應スト認メ得ラルル場合ニハ縱令債務者ハ保證ノ申出テヲ爲シ居ラサ
 ル場合ト雖裁判所ハ如上ノ裁判ヲ爲ス得ト解スルチ可ナリト信ス(ロ)反之或事情
 カ變更シタリト債務者ノ主張ハ裁判所之ヲ認ムルチ得スト爲シタルトキハ苟モ債
 務者ニシテ保證ノ申出ヲ爲ササル限リ縱令裁判所ハ所謂特別ノ事情アル場合ニ該當
 スト認メタレハトテ追テ保證ヲ條件トスル取消ノ裁判ヲ爲ス可キモノニ非スト解ス
 ルチ可ナリト信ス但保證ノ申出ハ債務者ニ於テ口頭辯論ノ終結迄ハ何時ニテモ之ヲ

爲ス得可シト信ス裁判所トシテモ亦債務者ニ對シ此申立ヲ爲スヤ否ヤヲ注意ス可
 キハ釋明ノ權利タルト共ニ義務ナリ拱手シテ當事者ノ爲スカ儘ニ任セ之ヲシテ法律
 ノ與ヘタル救済ノ方法ヲ利用スルノ權利ヲ逸セシムルカ如キハ誤解セラレタル不干
 渉主義ノ實行ニ外ナラス(法學士前田直之助氏法律記事第三一卷第一頁「假處分ニ關スル取扱」要領)

假處分命令及ヒ手續ニ關シテハ假差押ノ命令及ヒ手續ニ關スル規定又ハ強制執
 行手續ニ關スル規定ヲ準用スル場合多ク從テ之ヲ如何ニ準用スヘキカニ付キ解
 釋上疑問百出難問誘出シ學者實際家ヲシテ迷ハシムルモノ尠カラズ學士カコノ
 點ニ著眼シテ假處分ニ關スル取扱ト題シ多年ノ蘊蓄ヲ演述セラル其論及スル處
 論理整然解釋ノ穩健ナルコト今更喋々スルノ要ナシ學士カ此好參考資料ヲ提供
 セラレタルモ其論及セララル處多岐ニ亘ルヲ以テ吾人研究大ニ勉メ他日論評セ
 ント欲ス

二四〇 裁判所ハ其官渡シタル終局判決及ヒ中間判決中ニ包含シタル裁判ニ關東セラル
 二四五條第二項 第二百三十三條第二項及第二百三十四條ノ規定ハ裁判所ノ決定ニ之ヲ準用シ又第二百三十五條第二項三十
 九條及ヒ第二百四十條ノ規定ハ裁判所ノ決定及ヒ裁判長並ニ受命判事又ハ受託判事ノ命令ニ之ヲ準用ス
 四五九 不服申立テ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テ抗告ノ理由ア
 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
 抗告裁判所ニ送付シ適當ト認ムル場合ニ於テハ訴訟記録ヲ送付ス可シ
 衆議院議員選舉法五八 左ノ投票ハ之ヲ無効トス
 一 成規ノ用紙ヲ用ヒサルモノ
 二 投票中二人以上ノ被選舉人ヲ記載シタルモノ
 三 被選舉人ノ何人タルヲ確認シ
 難キモノ
 四 被選舉權ナキ者ノ氏名ヲ記載シタルモノ
 五 被選舉人ノ氏名ノ外他事ヲ記載シタルモノ但シ官位職業
 身分住所又ハ敬稱ノ類ヲ記入シタルモノハ此ノ限ニアラス
 六 被選舉人ノ氏名ヲ自書セサルモノ
 七 衆議院議員ノ

(一) 證據決定ハ訴訟指揮ニ關スル裁判ニシテ裁判所ハ何時ニテモ職權ヲ以テ之ヲ取消シ又ハ變更スルコトヲ得ヘキモノナレハ第二四五條第二四〇條所定ノ範圍カヲ有セサルモノトス

(二) 明治三十四年内務省令第二十九號ヲ以テ定メタル投票用紙ノ指定欄内ニ被選舉人ノ氏名ヲ記載セズ其表面ニ之ヲ記載シ其用紙ヲ同省令所定ノ如ク五切シ其一端ヲ切目ニ差込ミテ外面ヨリ被選舉人ノ氏名ヲ窺知スルコトヲ得ヘキ場合ニ於テハ其記載方法ハ同省令ノ旨趣ニ違背シタルモノナレトモ衆議院議員選舉法第五八條ニ掲ケタル投票ノ無効トナルヘキ場合ノ何レニモ該當セサルヲ以テ斯ル投票ハ之カ爲メ當然無効トナルヘキモノニ非ス

選舉人カ如上ノ方法ニテ投票用紙ニ被選舉人ノ氏名ヲ記載シタル爲メ他人ニ其投票ヲ窺知セラレ選舉ノ秘密ヲ曝露セラレタリト認ムヘキ事實アル場合ニ於テハ選舉手續無効ト爲ササルヘカラサル結果其投票ハ無効トナルヘキモ選舉人カ相當ノ隱蔽手段ヲ行ヒテ其折疊ミタル投票用紙ヲ投票函ニ投入シ何人ニモ選舉ノ秘密ヲ破ラレザリシトキハ其選舉手續ヲ無効ト爲スヘキモノニ非

職ニ在ル者ノ氏名ヲ記載シタルモノ
前項第七號ノ規定ハ第七十四條第七十八條ノ規定ニ依ル選舉ノ場合ニ限リ之ヲ適用ス
同三六 選舉人ハ投票所ニ於テ投票用紙ニ自ら被選舉人一名ヲ記載シテ投函スヘシ
投票用紙ニハ選舉人ノ氏名ヲ記載スルコトヲ得ス
衆議院議員選舉法施行令一五 選舉人誤テ投票ノ用紙又ハ封筒ヲ汚損シタルトキハ其ノ引換ヲ請求スルコトヲ得

サレハ其投票ハ完全ニ效力ヲ生スルモノトス

(三) 同一被選舉人ノ氏名ヲ重複シテ二列ニ記載シタル場合ニ於テハ選舉人ニ於テ其記載ヲ正シク被選舉人ノ氏名ヲ一層明確ナラシムル爲メニスルコトナキニアラサルモ又其記載自體ニ依リテ或事柄ヲ暗示スル爲メニスルコトナキニアラスシテ當該投票カ其何レニ屬スルヤハ事實裁判所ノ自由ナル心證ヲ以テ判斷スヘキ事項ナリトス

衆議院議員選舉法第三六條第一項ハ被選舉人ノ氏名ヲ記載スルハ單一ナルヲ以テ足り重複セシムルヲ要セサル趣旨ナリト解スヘキヲ以テ特ニ其記載シタル被選舉人ノ氏名ヲ明瞭ナラシムル爲メ若クハ其記載ノ誤謬アラシクトテ慮リ其氏名ニ假名文字ヲ附スル等ノ場合ニ於テハ之ヲ無効トナスヘキニ非サルモ或事柄ヲ暗示スル爲メ其氏名ヲ竝記スルカ如キハ之ヲ禁シタルモノトス

衆議院議員選舉法第五八條第一項第五號ニ於テ被選舉人ノ氏名ノ外他事ヲ記載シタル投票ヲ無効ト爲シタルハ如上ノ目的ヲ以テ被選舉人ノ氏名ヲ竝記シタル投票ヲ包含セシムル趣旨ナリト解スルヲ相當トス

(四) 衆議院議員選舉法施行令第一五條ニハ選舉人誤テ投票用紙ヲ汚損シタルトキハ其引換ヲ請求スルコトヲ得ト規定シタルモ其引換ヲ請求セサル場合ノ制裁ニ付テハ何等ノ規定ナキヲ以テ其汚損シタル投票用紙ヲ用ヒテ投票ヲ爲スモ

投票手續ニ違法アリト謂フヲ得サルモノトス

(一) 然レトモ證據決定ハ訴訟指揮ニ關スル裁判ニシテ裁判所ハ何時ニテモ職權ヲ以テ之ヲ取消シ又ハ變更スルコトヲ得ヘキモノナレハ(大正三年(オ)第一九一號同年六月二十五日大審院判決參照)民事訴訟法第二四五條第二項第二四〇條ノ規定ハ斯ル裁判ヲ包含セサルモノト解スルヲ相當トスヘク從テ證據決定ハ同條所定ノ既判力ヲ有セサルモノトス故ニ原院力鑑定人三名ヲ訊問シ其選定及ヒ訊問ヲ東京區裁判所ニ委任スルノ決定ヲ言渡シ後ニ之ヲ取消シテ更ニ鑑定人一名ヲ原院ニ於テ訊問スルノ決定ヲ言渡シタルハ不法ニアラス

(二) 然レトモ明治三十四年内務省令第二十九號ヲ以テ衆議院議員選舉ノ投票用紙ノ様式ヲ定メタルハ選舉ノ自由公正ヲ確保スル爲メ被選舉人ノ氏名ヲ投票ノ外面ヨリ現ハルルヲ得サラシムル趣旨ニ出テタルモノナレハ投票用紙ノ指定欄内ニ被選舉人ノ氏名ヲ記載セシ其表面ニ之ヲ記載シ其用紙ヲ同省令所定ノ如ク五切シ其一端ヲ切目ニ差込ムトキ外面ヨリ窺視スルコトヲ得ヘキ場合ニ於テハ其記載方法ハ同省令ノ趣旨ニ違背シタルモノト謂ハサルヲ得(大正六年(オ)第八五七號同年十二月十三日當院判決參照)故ニ斯カル投票ハ選舉ノ規定ニ違背シタルモノナレトモ衆議院議員選舉法第五八條ニ揭ケタル投票ノ無効トナルヘキ場合ノ何レニモ該當セサルヲ以テ投票物ヲ當然無効ト爲スコトヲ得サルモノトス然リ而シテ選舉ノ規定ニ違背シタルトキト雖モ之カ爲メニ事實上選舉ノ自由公正カ害セラレニ至ラサルトキハ其選舉ヲ無効ト爲スヘキモノニアラサルコトハ當院判例ノ示ス所ナレハ(大正六年(オ)第九〇三號同年十二月二十六日當院判決參照)選舉人カ前示ノ方法ニテ投票用紙ニ被選舉人ノ氏名ヲ記載シタル爲メ他人ニ其投票ヲ窺視セラレ選舉ノ秘密ヲ暴露セラレタリト認ムヘキ事實アル場合ニ於テハ選舉手續ヲ無効トナササルヘカラサル結果其投票ハ無効ト爲ルヘキモ選舉人カ相當ノ隱蔽手段ヲ行ヒテ其折疊ミタル投票用紙ヲ投票函

ニ投入シ何人ニモ選舉ノ秘密ヲ破ラレザリシトキハ其選舉手續ヲ無効ト爲スヘキモノニアラサルハ其投票ハ完全ニ效力ヲ生スルモノト謂フヘク而シテ選舉人ハ反觀ナキ限リ相當ノ隱蔽手段ヲ用ヒテ投票ヲ爲シタルモノト推測スルヲ妥當トスルヲ以テ現ニ其投票ヲ窺視シタル者アリテ秘密ヲ漏洩セラレタリトノ事實證明セラレサル限リハ其選舉手續並ニ投票ヲ無効ト爲スヘキモノニアラス故ニ原院カ甲第一一六號證乃至第一二一號證ノ投票ニ付キ選舉人ニ於テ隱蔽手段ヲ用ヒサリシ爲メ他人ニ窺視セラレタリトノ事實ノ立證ナキニ拘ハラス之ヲ成規ノ如ク折疊ミ其一端ヲ切目ニ差込ムトキ上告人ノ氏名ヲ記載シタル部分ノ全部カ其表面ニ現ハルルノ故ヲ以テ直チニ其投票ヲ無効ト爲シタルハ法則ヲ不當ニ適用シタル不法アルモノト謂ハサルヲ得ス然レトモ其數ハ僅カニ六票ナレハ之ヲ原院ノ認メタル上告人ノ有效投票ニ加ヘ又後ニ説明スヘキ被上告人ノ無効投票ヲ原院ノ認メタル被上告人ノ有效投票ヨリ減スルモ上告人ノ得票ハ尙ホ被上告人ノ得票ヨリ少キコト八票ナルコト後ニ説明スルカ如クナルヲ以テ被上告人ヲ當選者ト認メタル原院判決ハ結局相當ニ歸シ上告論旨ハ其理由ナキモノトス

(三) 然レトモ被選舉人ノ氏名ヲ二列ニ記載シタル場合ニ於テハ選舉人ニ於テ其記載ヲ正シ被選舉人ノ氏名ヲ一層明確ナラシムル爲メニスルコトナキニアラサルモ又其記載自體ニ依リテ或事柄ヲ暗示スル爲メニスルコトナキニアラスシテ當該投票カ其何レニ屬スルヤハ事實裁判所ノ自由ナル心證ヲ以テ判斷スヘキ事項ナリトス原院ハ甲第三九號證投票ノ記載自體ニ徴シ相當ニ文字アル選舉人カ或事柄ヲ暗示スル爲メ故ラニ同一氏名ヲ並記シタルモノナリト認定シタルモノニシテ其認定ハ不法ニアラス蓋シ衆議院議員選舉法第三六條第一項ニ選舉人ハ投票用紙ニ被選舉人ノ氏名ヲ記載シテ投票スヘシトアルニ依リテ之ヲ觀レハ投票用紙ニ被選舉人ノ氏名ヲ記載スルハ單一ナルヲ以テ足リ重複セシムルヲ要セサル趣旨ナリト解スヘキヲ以テ特ニ其記載シタル被選舉人ノ氏名ヲ明瞭ナラシムル爲メ若クハ其記載ノ萬一ノ誤謬アラシ

コトナ慮リ其氏名ニ假名文字ヲ附スル等ノ場合ニ於テハ之ヲ無効ト爲スヘキニアラサルモ或事柄ヲ暗示スル爲メ其氏名ヲ並記スルカ如キハ之ヲ禁シタルモノナリト謂フヘク衆議院議員選舉法第五八條第一項第五號ニ於テ被選舉人ノ氏名ノ外他事ヲ記載シタル投票ヲ無効ト爲シタルハ斯カル目的ヲ以テ被選舉人ノ氏名ヲ並記シタル投票ヲ包含セシムル趣旨ナリト解スルハ相當トスレハナリ從テ所謂他事ノ記載トハ被選舉人ノ氏名ノ表示ニ關係ナキ他ノ事項ヲ暗示スル目的ニ出テサル場合ニ關スルモノニシテ本件ト同シカラサルヲ以テ其所論ニ資スルニ足ラス乙第七號證乙第九號證ニ付キ原院ノ判示シタル所ハ此等ノ投票ニハ被選舉人ノ氏名ヲ重複シテ記載アルモノハ被選舉人氏名記載欄内ニシテ他ノ同欄外ナレハ投票者カ最初ニ記載ノ場所ヲ誤リ同欄外ニ記載シタルモ後ニ之ヲ訂正シタルモ同欄内ニ記載シタルモノト認ムト云フニ在ルヲ以テ甲第三九號證ニ付キ判示シタル所ト理由一貫セサルモノト謂フヲ得ス又原院カ本件投票ノ内假名文字ヲ並記シタルモノヲ有效ト認メタルハ被選舉人ノ氏名ヲ明瞭ナラシムル目的ニ出テタリト認メタルカ爲メナレハ原判決ノ判斷ニ於テ矛盾スル所アルコトナシ仍テ上告論旨ハ理由ナシ

(四) 然レトモ衆議院議員選舉法施行令第一五條ニハ選舉人誤テ投票用紙ヲ汚損シタルトキハ其引換ヲ請求スルコトヲ得ト規定シタルモ其引換ヲ請求セサル場合ノ制裁ニ付テハ何等ノ規定ナキヲ以テ其汚損シタル投票用紙ヲ用ヒテ投票ヲ爲スモ投票手續ニ違法アリト云フヲ得ス故ニ原院カ乙第三一號證ノ汚損ハ選舉人ノ過失ニ因リテ生シタルモノナルコトヲ認メナカク其汚損レタル投票用紙ニ依リテ爲シタル投票ヲ有效トナリト判斷シタルハ不法ニアラス仍テ上告論旨ハ理由ナシ(大審院大正九年(オ)第八七八號同年十二月二十三日民二部馬場裁判長田上成道三宅水口各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審名古屋控訴院○衆議院議員當選無效訴訟事件○上告人神田重義訴訟代理人辯護士高木益太郎同青

江木博士

岩田博士

大審院

【決定ノ裁判所編東力ニ關スル學說判例】

木米吉同中村了詮岡田榮同澤清被上告人戸木寛人

一 決定ハ決定ヲ爲シタル裁判官自身ニ於テ之ヲ更正スルコトヲ得ヘタ現ニ第四五九條ハ決定ニ對シ不服ヲ申立テラレタル裁判官ノ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(即チ決定ニ對スル不服)ノ理由アリトスルトキハ不服ノ點ヲ更正スルコトヲ得ヘコトヲ明言セリ然レニ第二四五條第三項ハ第二四〇條ノ規定ヲ以テ決定ニ適用シ裁判官ハ決定ニ就テモ亦爾東シタルヘキコトヲ明言セルハ第四九條ト低調スル所ナシト云フ可カラス又一一定ノ學說ニ違フコト明白タリ是レ余ノ解スル能ハサルモノナリ(法學博士江木寛氏民事訴訟原論四三五頁)

二 判決ト決定トナ効力ノ點ヨリ區別シ判決ハ其裁判所ニ於テ之ヲ廢棄變更スルコトヲ得サルモ決定ハ其裁判所カ之ヲ不當ト認メタルトキハ之ヲ廢棄變更スルコトヲ得ルコトハ獨逸ノ訴訟法學者ノ一般ニ唱フル所ナリ我民事訴訟法ニ於テモ證人ニ對シテ言渡シタル罰金ノ決定ヲ取消スルコトヲ得ルカ如キ(第二九五條)又決定ニ對スル抗告アリシ場合ニ於テ裁判所ハ再度ノ考案若クハ新ナル提供ニ基キ抗告ノ理由アリト認メタルトキハ其決定ヲ更正スルコトヲ得ルカ如キ(第四五九條)規定ヲ具レハ決定ハ之ヲ爲シタル裁判所自ラ廢棄變更ヲ爲スコトヲ得ル精神ナルコト明ナリ蓋シ決定ニハ訴訟指揮ニ關スルモノアリ又當事者ノ實體上ノ法律關係ニ關スルモノアリ然レニ判決ニ付テハ其審級ヲ編東スルノ明文ヲ設ケテ判決ノ主タル效力トシ決定ニ付テハ其不服ノ點ヲ更正スルコトヲ得ルノ規定ヲ設ケタル點ヨリ觀レハ決定ハ其審級即チ決定ヲ爲シタル裁判所自ラ取消シ又ハ變更スルコトヲ得ヘク隨テ第二四五條ニ於テ裁判所ノ決定ニ第二四〇條ノ規定ヲ準用セルハ學理ニ反スルモノト謂フヘタ決定ニ關スル民事訴訟法ノ趣旨ヲ貫徹セサルモノト謂ハサルヘカラス若シ決定ヲ爲シタル裁判所カ之ニ編東セラルトキハ縱令抗告ノ申立アルモ其決定ヲ取消シテ更正ノ裁判ヲ爲スコトヲ得ス證人ニ對シテ罰金ノ決定ヲ言渡シタル場合ノ如キ其證人カ正當ノ理由ニ以テ辯解スルト雖モ其決定ヲ取消スコトヲ得ルノ理ナキノミナラス訴訟指揮ニ關スル決定ノ如キハ之ヲ取消變更スルコトヲ得ナルハ學者間爭ナキ處ナリトス故ニ決定モ亦其裁判所ヲ編東スルモノトセハ決定本來ノ性質ニ反スルノ結果ヲ生シ前後一貫セサルニ至ルヲ以テ第二四五條ニ於テ第二四〇條ヲ命令ニ準用セルニ至リテハ殆ト其何ノ意タルナリ(法學博士岩田一郎氏民事訴訟法原論三四七頁)

三 民事訴訟法第二四五條第二項ハ同第二四〇條ノ規定ヲ裁判所ノ決定ニ準用シ同第二四一條ノ規定ニ準用セスト雖モ同第四五九條ニ依レハ不服ヲ申立ラレタル裁判官ノ爲シタル裁判所カ再度ノ考案若クハ新ナル提供ニ基キ抗告ノ理由アリトスルトキハ不服ノ點ヲ更正スルコトヲ得ヘク而モ其更正ヲ爲スニ當リテハ前決定ヲ廢棄シ主文ヲ變更スルコトヲ得ヘキハ當院判例ノ認ムル所ナリ是レニ依リテ之ヲ觀レハ抗告ヲ以テ不服ヲ申立テララルニ先テ裁判所カ其與ヘタル決定中ニ同第二四一條ニ規定セル違算算損及ヒ此ニ類スル著シキ瑕疵ヲ發見シタルトキハ職權ヲ以テ何時ニテモ之ヲ更正スルコトヲ得サル可カラス斯ク解スルモ更正ヲ宣言スル決定ニ對シテハ其送達ノ時ヨリ起算シテ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ヘケレハ決シテ上訴期間ヲ短縮シ若クハ不當ニ上訴權ヲ失ハシムル結果ヲ生スルモノニアラス本件ニ於テ原審ハ棄却ニ與ヘタル抗告棄却ノ決定ノ理由トシテ執達東

カ第24条申出ノ代理權ヲ争ヒタルコトヲ以テ正當ノ行爲ナリト判示シタルノミニテハ不十分ナリトシ論旨指摘ノ如ク法律上ノ更知條件ノ變更カ不法ニアラサル理由ハ追加シ同第24条ヲ準用シテ更正決定ヲ與ヘタルモノナレハ原決定ハ相當ニシテ本論旨ハ採用スルニ足ラス(大審院大正四年一月二〇日判決民事訴訟法判決例五六頁)

決定ハ決定ヲ爲シタル裁判所自ラ總テノ決定ヲ取消又ハ變更シ得ルモノナリヤ又ハ第二九五條第四五九條ノ如キ特別ノ明文ナキ限リ裁判所ハ決定ニ羈束セラレ自ラ之カ取消又ハ變更ヲ爲シ得ヘキモノニアラサルヤ又ハ特別ノ明文ナクモ訴訟ノ指揮ニ關スル決定ノ如ク性質上之カ取消變更ヲ認メサレハ訴訟ヲ迅速ニ且ツ完全ニ爲シ能ハサルモノハ之ヲ取消變更シ得ルモ然ラサルモノハ特別規定アルニ非サレハ裁判所ハ決定ニ羈束セラレ之ヲ取消變更シ得サルモノナリヤハ第二四〇條第二四五條第二項第二九五條第四五九條等ノ關係上疑ナキ能ハス而シテ學者ノ見解モ未タ一定セズ吾人モ此處ニ評論スル能ハスト雖モ些カ其見解ヲ述フレハ決定ニハ當事者ノ申請ヲ俟テ爲シ得ヘキモノアリ申請ノ有無ニ關セズ職權ヲ以テ之ヲ爲シ得ヘキモノアリ訴訟ノ指揮又ハ監督ニ關スルモノアリ實體上ノ權利ニ關スルモノアリ而シテ何レノ場合タルヲ問ハス決定ノ性質上決定ハ裁判所ヲ羈束スルモノニアラス第二四五條第二項ヲ以テ第二四〇條ヲ準用スト雖モ同條ハ第二三九條ヲ準用スヘキヲ誤テ第二四〇條ヲ準用シタルモノナルヲ以テ第二四〇條ノ準用ナク從テ裁判所ハ自ラ常ニ決定ハ取消變更シ得ルモノナリト然レトモ決定カ羈束力ヲ有スルヤ否ヤハ決定ノ理論上ノ理由ニ基クニア

ラズシテ法制ノ如何ニヨリテ定マルモノナレハ第二四五條第二項カ誤テ第二四〇條ヲ準用セルモノナリトノ論ハ我訴訟法ヲ以テ獨逸法ノ翻譯ナリト解スルニアラサレハ直ニ採用スルヲ得タルヲ以テ俄ニ左祖スルヲ得ス法ノ不備ハ解釋ヲ以テ補ハサルヘカラサルハ勿論ナリト雖モ明言シタル規定ヲ無視スルコトハ吾人ノ贊成シ能ハサル處ナリ然レトモ第二九五條第四五九條等ノ特別規定アルニアラサレハ裁判所ハ常ニ決定ニ羈束セラレ之カ取消變更ヲ爲シ能ハストセシカ無用ナ手續ヲ爲ササルヘカラサルニ到リ機宜ニ適シタル訴訟ノ指揮ヲ爲シ能ハサルニ到ルヲ以テコノ說ニモ左祖スルヲ得ス殊ニ判決ト異リ決定ニツキテハ第二九五條第四五九條ヲ以テ決定ヲ爲シタル裁判所自ラ之ヲ更正シ又ハ取消變更ヲ認メオルヲ以テ決定ハ判決ト異リ裁判所ヲ羈束セサル場合アルコトヲ認ムルモノト謂ハサルヘカラス又決定ニツキテハ第二四〇條ヲ準用スルコトヲ規定スルモ如何ナル範圍ニ於テ第二四〇條ヲ準用スヘキカヲ定メサルヲ以テ總テノ決定ニツキ同條ヲ準用スルノ必要ナケレハナリ然ラハ如何ナル範圍ニ於テ第二四〇條ヲ準用シ或決定ニ羈束力ヲ認メ其他ニ之ヲ認メスト解スヘキカハ多少疑問アリト雖モ訴訟ノ指揮ニ關スルモノハ裁判所自ラ取消變更シ得ルモ實體上ノ權利ニ關スルモノハ特別規定ナキ限リ裁判所ヲ羈束シ裁判所自ラ取消又ハ變更シ得サルモノト解ス從テ本案ニツキ判旨一點ニ贊成スルモノナリ又判旨二點以

下モ吾人賛成ス

一八四

東京控訴
院判決

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

七四五第一項 裁判所ハ終局判決ヲ以テ假差押ノ全部若クハ一部ノ認可變更又ハ取消ヲ言渡シ又自由ナル意見ヲ以テ定ムル保證ヲ立ツ可キコトノ條件ヲ附シテ之ヲ言渡スコトヲ得

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テ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本案カ既ニ繫屬シタルトキハ本案ノ裁判所之ヲ爲ス

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

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

七五九 特別ノ事情アルトキニ限り保證ヲ立テレメテ假處分ノ取消ヲ許スコトヲ得

(一) 假處分ハ或特定給付ノ請求權ノ執行ヲ保全セムトスルモノナレハ必スシモ金錢的賠償ヲ得タリトテ其目的ヲ達スルモノニ非ス從テ債務者ヲシテ保證ヲ立テシメテ或ハ命令其モノ或ハ執行自體ノ取消ヲ許スコトハ夫ノ假差押ノ場合ノ如ク一般ニ爲シ得ヘキモノニアラス唯其請求權ノ性質上金錢的賠償ヲ得ルモ亦其終局ノ目的ヲ達スルニ於テ必スシモ遺憾ナキ場合ニアリテハ假差押ニ關スル當該條項(例ヘハ七四三條七四五條第二項第七四七條第一項)ヲ準用シ保證ヲ條件トスル命令其モノノ取消又ハ執行其モノノ取消ヲ許スコキモノトス

(二) 第七四五條第二項ノ保證ヲ條件トシテ假差押ノ取消ヲ許ス旨ノ規定ハ假差押命令其モノノ取消ヲ云フモノニシテ其執行ノ取消ヲ云フモノニ非ス蓋保證ニ依ル執行取消ハ第七四三條ニ依リ假差押命令中ニ當然記載アルモノナレハ異議ノ結果裁判ヲ爲スニ當リテ保證ヲ條件トスル假差押ノ取消ト云ハハ自然假差押命令其モノノ取消ヲ云フモノト謂ハサルヘカラス

(三) 假處分命令ニハ第七四三條ノ記載ハ必スシモ常ニ之ヲ爲スコキモノニ非サルコトハ第七五九條ノ規定ニ徴シ自ラ明ナリトス

(四) 假處分命令ヲ發スル際裁判所カ債權者ノ主張ニ係ル請求權ノ性質上第七五九條ノ適用アリト認定シタルトキハ第七四三條ノ記載ヲ假處分命令中ニ爲ス可ク得可ク又異議アリタル場合ニ裁判所カ同様ノ認定ヲ爲シ而モ當初ノ假處分命令ニハ右ノ記載ナキトキハ裁判所ハ事情ニ從ヒ或ハ保證ヲ條件トスル命令其モノノ取消ヲ許スヲ得ルト共ニ單ニ執行ノミノ取消ヲ許スヲ得ルコトハ第七五九條第七四三條第七四五條第二項ノ解釋上疑ヲ容レサルモノトス

(一) 大正九年八月二十五日原裁判所カ被控訴人ノ申請ニ基キ原決定記載ノ目的物ニ付控訴人ノ占有ヲ解キ被控訴人ノ選任スル區區裁判所執達吏ヲシテ之ヲ占有保管セシムトノ假處分命令ヲ爲シ被控訴人カ其執行ヲ爲シタルコトハ當事者間ニ爭ナシ然ルニ被控訴人カ本件目的物引渡請求權ヲ有スルコト及ヒ此請求權ニ付キ將來爲サントスル執行ヲ今ニ於テ保全スル必要アリトコトニ付テハ被控訴人ノ提出セル甲號各證ニ依リテハ未ダ以テ其説明アリト云フニ足ラザルト共ニ控訴人ノ説明ニ依ル

モ目的物ノ所有權カ同人ニ屬ストノコトハ是亦之ヲ認ムルニ足ラス然レトモ當事者
 雙方ノ主張ヲ解キ又當事者間ニ成立ニ爭ナキ甲第三號證同第八號證ヲ參照シテ本件
 ニ於テハ民事訴訟法第七百五十六條第七百四十一條第二項ニ則リ保證ヲ立テシメテ
 假處分命令ヲ爲スヲ相當ト認メ尙此點ニ付テハ先ツ決定ヲ以テ債權者ニ對シ如何ナ
 ル保證ヲ立ツヘキカテ命シ之ニ因リテ債權者保證ヲ立テタル後ニ始メテ命令ヲ爲ス
 ノ方法ニ出ツルヨリモ其内容ノ實現カ保證ヲ條件トスル假處分命令ヲ發スルノ方法
 ナ探ルテ以テ本件ニ適切ナリト認メ主文第三項ノ如キ裁判ヲ爲ス可キモノト判定シ
 リ

(二) 假處分ナルモノハ或特定ノ給付ノ請求權ノ執行ヲ保全セムトスルモノナルカ故
 ニ必スシモ金錢的賠償ヲ得タリトテ其目的ヲ達スルモノニ非ス從ツテ債務者ヲシテ
 保證ヲ立テシメテ或ハ命令其モノ或ハ其執行自體ノ取消ヲ許スコトハ夫ノ假差押ノ
 場合ニ於ケル如ク一般ニハ之ヲ爲シ得ヘキモノニ非ス唯其請求權ノ性質上金錢的賠
 償ヲ得ルモ亦其終局ノ目的ヲ達スルニ於テ必スシモ遺憾ナキ場合ニアリテハ假差押
 ニ關スル當該條項(例ヘハ民事訴訟法第七百四十三條第七百四十五條第二項第七百四
 十七條第一項)ヲ準用シ保證ヲ條件トスル命令其モノノ取消又ハ執行其モノノ取消ヲ
 許ス可キモノトス是即民事訴訟法第七百五十九條ノ法意ナリトス

(三) 今觀テ假差押ニ關スル規定ヲ觀ルニ同法第七百四十五條第二項ニハ保證ヲ條件
 トシテ假差押ノ取消ヲ許ス旨ヲ規定シアルカコトハ假差押命令其モノノ取消ヲ云フモ
 ノニシテ其執行ノ取得ヲ云フモノニ非ス蓋保證ニ依ル執行取消ハ同法第七百四十三
 條ニ依リ假差押命令中ニ當然其記載アルモノナルヲ以テ異議ノ結果裁判ヲ爲スニ當
 リテ保證ヲ條件トスル假差押ノ取消ト云ハハ自然假差押命令其モノノ取消ノ外有リ
 得ヘカラサルヲ以テナリ然ルニ假處分命令ニハ前記第七百四十三條ノ記載ハ必スシ
 モ常ニ之ヲ爲ス可キモノニ非サルコトハ前記第七百五十九條ノ規定ニ徴シ自カラ明
 カナルト共ニ又假處分命令ヲ發スル際裁判所カ債權者ノ主張ニ係ル請求權ノ性質上

第七百五十九條ノ適用アリト認定シタルトキハ前記記載テ假處分命令中ニ爲スヲ得
 可ク

(四) 又異議アリタル場合ニ裁判所カ同様ノ認定ヲ爲シ而モ當初ノ假處分命令ニハ右
 ノ如キ記載ナキトキハ裁判所ハ事情ニ從ヒ或ハ保證ヲ條件トスル命令其モノノ取
 消ヲ許スヲ得ルト共ニ單ニ執行ノミノ取消ヲ許スヲ得ルコトハ前記第七百五十九條
 第七百四十三條第七百四十五條第二項ノ解釋上疑ヲ容レスト云ハサル可カラス當事
 者雙方ノ主張ノ全趣旨ニ徴スルトキハ被控訴人主張ニ係ル引渡請求權タルヤ特定物
 タル本件目的物ノ引渡ヲ得ルニ非サレハ其權利ノ滿足ヲ計ル能ハスト云フモノニ非
 ス金錢的賠償ヲ得ルモ亦其終局ノ目的ヲ達スル上ニ於テ遺憾ナキモノト認メ得ラル
 ルカ故ニ以上指示ノ理由ニ基キ主文第四項ノ如キ裁判ヲ爲スヲ相當ト認メタリ(東京
 控訴院大正九年(ホ)第六五八號大正十年一月二十二日首渡第二部前田裁判長吉田杉浦各判事判決)

【關係事項】 廢棄○假處分命令取消請求事件○控訴人日本水力電氣株式會社訴訟代理人川平忠義○被控訴人片房吉訴訟代理人
 渡間與太郎外一名

或ル特定給付ノ執行保全ノ爲メニル假處分ハ特別ノ事情アル場合ニ限り保證
 ヲ條件トシテ假處分ノ取消ヲ許スコトヲ得ルモノナレハ假處分命令中ニハ常ニ
 必ス該假處分ノ執行ヲ停止スルコトヲ得ル爲メ又ハ執行シタル假處分ヲ取消ス
 コトヲ得ル爲メニ債務者ヨリ供託ス可キ金額ヲ記載ス可キモノニ非スシテ特別
 ノ事情即チ金錢賠償ヲ得レハ終局ノ目的ヲ達シ得ト認ム可キ事情アルトキ裁判
 所ハ右記載ヲ爲ス可キモノトス從テ假差押ノ場合ト異リ假處分ノ場合ニ於テハ
 右記載ナキトキハ裁判ノ一部脱漏アリタルモノト解ス可キニアラスシテ裁判所
 ハカ、ル特別事情ノ存在ヲ認メサリシモノト解ス可ク從テ右記載ナキ假處分命

刑事訴訟法

(民訴)644

命令判決ヲ以テ爲サレタルトキハ脱漏シタル部分ノ補充判決ノ申立ヲ爲ス可キモノニアラスシテ上訴ヲ爲ス可キモノト解セサルヘカラス決定ヲ以テ右裁判カ爲サレタルトキハ異議ヲ申立ツルコトヲ得而シテ上訴又ハ異議アリタルトキ裁判所カ理由アリト認ムルトキハ保證ヲ條件トシテ命令其モノノ取消ヲ爲スヲ得ヘク又執行ノミノ取消ヲモ爲シ得ト信ス從ツテ判旨ニ賛成ス

刑事訴訟法

(民訴)644

命令判決ヲ以テ爲サレタルトキハ脱漏シタル部分ノ補充判決ノ申立ヲ爲ス可キ
モノニアラスシテ上訴ヲ爲ス可キモノト解セサルヘカラス決定ヲ以テ右裁判カ
爲サレタルトキハ異議ヲ申立ツルコトヲ得而シテ上訴又ハ異議アリタルトキ裁
判所カ理由アリト認ムルトキハ保證ヲ條件トシテ命令其モノノ取消ヲ爲スヲ得
ヘク又執行ノミノ取消ヲモ爲シ得ト信ス從ツテ判旨ニ賛成ス

刑事訴訟法

第一編 總則

- 二〇 刑法施行法第六一條ニ依リ還付ノ旨渡テ爲サレタル場合被害者ハ刑事訴訟法第二條ニ所謂民法ニ從テ贓物返還請求權ヲ有セザルモノトナリ既ニ爲シタル私訴ハ其基礎ヲ失フコトト爲ルモノトス……商法一四五頁
- 六〇 親告罪ニ該當スル數個ノ行爲カ單ニ連續的犯罪ヲ構成スヘキ事實ニ係ルトキ被害者數名ノ内一二名カ第一審判決言渡後告訴ヲ取下ケタル場合ト判決ノ内容……刑訴八頁
- 〇 共犯者ノ一人ニ對シテ第一審判決確定シ他ノ一人ハ控訴審ニ繫屬中告訴ノ拋棄アリタル場合ノ效力……刑訴一一五頁
- 〇 共犯者ノ一人ニ對シテ判決確定シ他ノ共犯者カ上告審ニ繫屬中告訴ノ拋棄アリタル場合ノ效力……刑訴一一五頁
- 一六〇 猶豫期間ハ元來八里ニ達セザル場合ト雖モ三里以上ナルトキハ之ヲ認ム……刑訴五九頁

第二編 裁判所

第一章 裁判所ノ管轄

- 二六〇 恐喝ノ手段カ書面ヲ郵便ニ付スル行爲ニ因リテ爲サレタル場合ト其犯罪地……刑訴九四頁

第二章 裁判所職員ノ除斥及ヒ忌避回避

第三編 犯罪ノ捜査起訴及ヒ豫審

第一章 捜査

- 四七〇 司法警察官ノ職務ヲ行使シ得ル者ノ範圍……刑訴四五頁
- 〇 司法警察官カ被告ヨリ墮胎ノ手術受ケタリト稱スル婦人ノ陳述及ヒ同手術ヲ爲シタル現場ヲ實見シタル結果ニ依リ被告ヲ審訊追窮シ被告ヲシテ自白ヲ爲スノ己ムヲ得サルニ至ラシメタル場合ト非現行犯事件ノ捜査處分……刑訴九八頁

第一節 告訴及ヒ告發

第二節 現行犯罪

- 五八〇 巡査ノ權限……刑訴四九頁

第二章 起訴

第三節 豫審

第一節 令狀

- 八五 豫審判事カ被告ニ對シ他人トノ接見ヲ禁止シタル後檢事カ被告ヲ訊問シ聽取書ヲ作成シタルハ違法ニ非ス……刑訴一〇〇頁
- 〇 被告ハト他人ト接見ヲ禁シタル理由……刑訴一〇〇頁

刑 新

- 甲ノ辯護人カ第三回公判ニ出席シ其儘審理ヲ遂行シタル場合ノ訴訟手續ノ效力……………刑訴一三頁
- 二三三〇製鐵所囑託ヘ刑法第七條ニ所謂公務員ニ非ス……………刑法一八〇頁
- 連續セサル數個ノ行爲中第一審裁判所ニ於テ或ル行爲ヲ有罪トシ他ノ行爲ニ關シ免訴ノ言渡ヲ爲シタルニ對シ控訴シタル場合ノ效力……………刑法一八〇頁
- 二三四〇起訴並ニ審理ノ目的ト爲リタル事實ニ對スル裁判ヲ脱漏シタル場合ノ實例……………刑訴二五頁
- 連續セサル數個ノ行爲中第一審裁判所ニ於テ或ル行爲ヲ有罪トシ他ノ行爲ニ關シ免訴ノ言渡ヲ爲シタルニ對シ控訴シタル場合ノ效力……………刑法一八〇頁
- 連續犯ノ關係ニアル公訴事實中證據不十分ナルモノアル場合ノ處置方法……………刑訴二〇頁
- 第三章 地方裁判所公判
- 二三五〇他人カ停車場構内待合室ニ差置キタル物品ヲ遺失物ナリト誤信シ密ニ之ヲ同扉小荷物取扱所内ニ持込メテ藏置シ之ヲ横領シタル場合ノ罪責……………刑訴二二頁
- 第一審タル公判裁判所カ其管轄ニ屬スル犯罪ニ付公訴ヲ受理スヘキ場合……………刑訴六六頁

第五編 上訴

第一章 通則

- 二四三〇辯護人ノ爲ス上訴ノ性質及其上訴ト取下權者……………刑訴四一頁
- 二四六〇辯護人ノ爲ス上訴ノ性質及其上訴ト取下權者……………刑訴四一頁
- 二四七〇上訴期間ノ經過ニ因リ失ヒタル權利ヲ回復シ得ル場合ノ例……………刑訴四六頁

第二章 控訴

- 二五〇控訴人カ控訴審ノ公判ニ於テ何等ノ陳述ヲ爲ササル場合ノ裁判所ノ權限……………刑訴一二頁
- 一審裁判所ニ於テ裁判ヲ脱漏シタル事實ニ付テハ控訴審ハ之ニ對シテ審理ヲ行フ能ハサルヤ……………刑訴二五頁
- 二五九〇附帶控訴ヲ爲シ得ヘキ控訴ノ相手方ノ意義……………刑訴四一頁
- 控訴審ノ第一回公判ニ於テ檢事カ爲シタル附帶控訴ト第二回公判ニ於テ裁判所構成ニ變更アル場合ノ效力……………刑訴九九頁
- 二六一〇控訴ヲ理由アリトシテ第一審判決ヲ取消ス場合ノ實例……………刑訴二二頁
- 連續セサル數個ノ行爲中第一審裁判所ニ於テ或ル行爲ヲ有罪トシ他ノ行爲ニ關シ免訴ノ言渡ヲ爲シタルニ對シ控訴シタル場合ノ效力……………刑法一八〇頁
- 二六二〇上告審ヨリ事件ヲ移送セラレタル裁判所ノ管轄權……………刑訴六六頁

刑 訴

- ……………刑訴九六頁
- 第三章 上告
- 二六七〇管轄違ノ判決ニ對シ之ヲ不當ナリトシテ其破毀ヲ求ムル被告ノ上告ノ效力……………刑訴九七頁
- 二六八〇結局被告人ノ不利益ヲ主張スルヲ以テ其上告趣意ト爲スヲ得サル場合ノ實例……………刑訴一二二頁
- 二六九〇原判決カ衆議院議員選舉法第八七號第五號ヲ擬シタレトテ破毀ノ理由ト爲スニ足ラス……………諸法二八〇頁
- 二八六上告審ヨリ事件ヲ移送セラレタル裁判所ノ管轄權……………刑訴九六頁
- 舊法ノ刑ヲ輕シトセスシテ之ヲ適用スルモ新法ノ刑ト舊法ノ刑トノ間ニ輕重ナシトシテ舊ノ刑ヲ適用スルモ其結果ニ於テ異ナルナキトキハ破毀ノ理由トナラス……………諸法三二六頁
- 二八九〇共犯者ノ一人ニ對シテハ第一審判決確定シ他ノ一人ハ控訴審ニ繫屬中告訴ノ拋棄アリタル場合ノ效力……………刑訴一一五頁
- 共犯者ノ一人ニ對シテ判決確定シ他ノ共犯者カ上告審ノ繫屬中告訴ノ拋棄アリタル場合ノ效力……………刑訴一一五頁
- 二九〇〇私訴事件ノ判決ヲ破毀シテ控訴裁判所ノ民事部ニ移送シタル場合爾後ノ訴訟手續……………民訴四九八頁

第四章 抗告

第六編 再審

第七編 大審院ノ特別權限ニ屬スル訴訟手續

- 三一五〇公訴受理ノ要件タル檢事ノ起訴及檢審判事又ハ上級裁判所ノ事件ヲ移ス裁判ノ性質……………刑訴六七頁
- 事件送致決定ノ宣言方式其他ノ決定……………刑訴七五頁
- 第八編 裁判執行、復讐及ヒ特赦
- 第一章 裁判執行
- 三二七〇關席判決ニ係ル沒收ノ執行時期……………刑訴六四頁
- 三二九〇官ノ占有ニヨル物ニ對シ沒收判決確定シタル場合ノ效力……………刑訴六四頁

第二章 復讐

第三章 特赦

被告人又ハ其辯護人カ證據申請ヲ爲シタルモ辯論終結ニ際シ被告及ヒ其辯護人ヨリ何等異議ヲ止メタル形跡ナク尚被告カ最終ニ何等申立ルコト無シト述ヘタルモ被告人及其辯護人ニ於テ之カ訊問申請ヲ拋棄シタルモノト認ムルヲ得ス之ニ對シ證據決定ヲ爲スヘキモノトス

大審院大正 年(レ)第一九五〇號同年一〇月一日刑一部判決本書第七卷刑訴法一三一頁

大審院ハ被告辯護人カ原審公判開廷ノ際被告ノ爲メニ證人甲ノ申請ヲ爲シタルモ辯論終結ニ際シ被告及其辯護人ヨリ何等異議ヲ止メタル形式ナク尚被告ハ最終ニ何等申立ルコトナシト述ヘタルヨリ該證人ニ付テハ被告及其辯護人ニ於テ之カ訊問申請ヲ拋棄シタルモノト認ムルヲ相當ト爲スニヨリ原審カ之ニ對シ何等決定ヲ爲サス公判ヲ終結シタルハ違法ニ非スト判決シタルハ私ハ默示ニヨル行爲ノ成立ヲ全然否認セウトハ思ハナイ併シ裁判所ハ證據申請ニ對シテ必ス證據決定ヲセネハナラヌコトニナツテ居ルソレハ其申請ノ一一ニ付キ十分考慮ヲ要スルカラテアル面シテ他方ニ於テハ證據調ヲ許シ其ノ取調ヲ終ツタトキニハ一一被告人ニ意思アリヤ否ヤヲ問ハネ

一九四第三項 訴訟關係人ハ辯論ニ必要ナリトスル事項ヲ分明ナラシムル爲メ證人ヲ訊問ス可キコトヲ裁判長ニ求ムルヲ得

一九八 裁判長ハ各證人ノ取調終リタル毎ニ被告人ニ意見アリヤ否ヤヲ問ヒ且其利益ト爲ル可キ證人ヲ提出スヲ得ヘキコトヲ告知スヘシ

又證人物件ハ被告人ニ示シテ辯論ヲ爲サシム可シ

二二〇 第三項檢察被告人及ヒ辯護人ハ迭ヒニ辯論ヲ爲スコトヲ得但辯論ノ最終ニハ被告人又ハ辯護人ヲシテ供述セシム可シ

ハナラヌソレハ苟モ證據調ヲシタ以上十分眞面目ニソレヲ取扱ハネハナラヌカラテアル被告人カ最終發言權ヲ持ツテ居ルコト及ヒ其最終ノ發言ニ於テ最早他ニ申立ツルコトナキ旨ノ陳述ヲスルコトニ依ツテ私ハ裁判所ノ右ノ任務カ解除サレルモノト思フコトカ出來ナイ現ニ證據調ニ付テハ一被告人ニ意見ヲ聞ク外ニ其利益ト爲ルヘキ證據ヲ差出スナ得ヘキコトヲ告知スルノ義務マテカ裁判所ニ在ルノテアル然ラハ被告人又ハ辯護人カ證據申請ヲ爲シタル後其證據決定ニ付キ裁判所更ニ追求スル所ナクトモ裁判所ハ自ら進ントテ其證據決定ヲ明カニスルノカ相當テアル被告人カ其最終發言ニ於テ最早何等述フル所ナシト陳述スルコトハ裁判所ニ對シ刑訴第一九八條ノ義務ノ違反ヨリ生スル責任ヲ解除セシメ得ルモノテアラウ證據申請ヲシテ置キナカラ辯論終結ニ際シテ異議ヲ止メナカツタコトニ付テハ辯護人ニ責ムヘキモノカアルシカシ其故ヲ以テ裁判所ニ責ムヘキ所以ノモノカ相殺サレル譯ニハナラナイ私ハ本件ノ事態ニ於テ默示ノ拋棄ヲ認ムルコトハ探證ニ慎重ノ態度ヲ命ジテ居ル刑事訴訟法ノ精神ニ適合シテ居ナイモノト思フ(法學博士牧野英一氏法學志林第二卷第一號一一七頁「證人訊問申請ノ默示」要領)

【證據申請ノ拋棄ニ關スル參照判例】

- 一 公判裁判所カ檢事ノ爲シタル證人喚問ノ申請ニ對シ其決定ヲ留保シタル場合ト雖モ審理更新後ノ公判ニ於テ裁判所ヨリ證據調終了ノ旨ヲ告ケタルニ拘ハラヌ檢事カ異議ヲ事實及ヒ法律適用ニ付キ辯論ヲ爲シタルトキハ其ノ證據申請ハ之レヲ拋棄セルモノトス故ニ裁判所カ之レニ對シ何等ノ決定ヲ與ヘスシテ判決ヲ言渡シタルハ不法ニ非ス(大審院明治四四年判決刑錄二二頁)
- 二 被告カ鑑定ノ事ニ關シ裁判所ニ書面ヲ提出シタルモ其後ノ公判開廷ニ際シ裁判所カ被告ニ鑑定ヲ讀聞ケ意見ヲ問フニ當リ別段ノ意見ヲキ旨申立テタルハ書面申請ノ旨趣ハ之ヲ拋棄シタルモノトス(同上明治三五年判決刑錄第九卷九六頁)
- 三 參考人ノ申請ニ對シ決定ヲ與ヘサルモ反證提出ノ告知ニ對シ申立ツルコトナキ旨ヲ言明シタル以上ハ喚問ノ申請ハ自ら拋棄シタルモノト認ム(同上明治三一年判決刑錄第五卷九六頁)

豐島博士
富田博士
岡田トク

【證據決定ニ對スル參照學說】

- 一 證據決定ハ當事者其他ノ訴訟關係人ヨリ證人鑑定人ノ訊問鑑定ヲ請求シタル場合ニ爲スヘキモノナルハ勿論又裁判所カ證人鑑定人ノ訊問鑑定ヲ職權ニ因リ必要トナス場合ニ於テモ亦證據決定ヲ爲ササルヘカラス(法學博士豐島直通氏刑事訴訟新論六二〇頁)
- 二 檢事其他訴訟關係人モ亦證據調ノ請求ヲ爲シ得可ク裁判所ハ此請求ニ對シ許否ノ決定ヲ爲ササルヘカラス(法學博士富田山壽氏刑事訴訟法要論下卷一〇五三頁)
- 三 證據決定ハ職權ヲ以テ之ヲ爲ス得ヘキハ勿論檢事訴訟關係人ノ申請ニヨリテ之ヲ爲スナ得ヘシ又申請アリタルトキハ必ス證據決定ヲ爲ササルヘカラス申請アリタルニ此ニ對シ何等ノ決定ヲ爲サスシテ審理ヲ終結シ判決ヲ爲ストキハ其判決ハ違法ナリ書面ヲ以テ申請シタル場合亦申併證據決定ハ必ス證據方法ノ申出アリタル當時ニ於テ之ヲ爲スナ要セス一時之ヲ保留スルコトヲ得實際ニ證據決定ノ留保トイフ留保サレタル場合ニ於テモ審理ヲ終結スルマテニハ必ス證據決定ヲ爲ササルヘカラス(ドクトルニリス岡田庄氏刑事訴訟法原論五九九頁)

刑事訴訟法上暗黙ノ意思表示ハ絕對ニ之ヲ認ム可ラストスルハ理由ナキコトナレトモ原則トシテ之ヲ積極ニ解シ得ヘキヤ否ヤハ問題タルヲ失ハス而シテ證據調ノ申請拋棄ニ付キテモ亦疑アル所ナレトモ大審院ハ之ヲ認定スルヲ例トセリ然レトモ本來訴訟行為ハ形式ヲ尊重シ其内容時期等ニ付キ規定ヲ設クルコトノ多キハ其性質上之カ明確ヲ期スル必要有ルニ基因スル所ナラズンハアラヌ加之他方ニ於テ被告人辯護人ニ最終供述權ヲ認メ或ハ刑訴第一九八條ニ於テ裁判所ニ告知ノ義務ヲ認メテ専ラ被告人ヲ保護シタル趣旨ニ徴スルニ於テハ該行為ニ對シ暗黙ノ拋棄ト云フカ如キ不確定ノ行為ヲ認ムルハ法典ノ趣旨ニ反ス可シト積フ吾人ハ博士ノ高見ヲ目シテ正鵠ヲ得タルモノナリト信セント欲ス

二一 判決及七公判始末書ノ原本ハ訴訟記録ニ添付シ其裁判所ニ保存ス可シ若シ上訴アリタルトキハ之ヲ上訴裁判所ニ送付ス可シ
刑事訴訟法一五 正式裁判ノ申立ニ因リ判決アリタルトキハ其ノ效力ヲ失フ

略式命令ニ對シ正式裁判ノ申立アリ其裁判ニ對シ上訴アリタルトキハ上訴審ハ該判決ノ當否ヲ審査スル必要アルモ略式命令ニ付キテハ何等ノ取調ヲ爲スコトヲ要セズ從テ該命令原本ヲ記録ニ編綴シ置クヘキ要ナキヤ論ヲ據タルノミナラス刑事訴訟法第二一條ハ明ニ判決原本ハ訴訟記録ニ添付シ上訴アリタルトキハ之ヲ上訴裁判所ニ送付スヘキコトヲ規定セルモ略式命令原本ヲ記録ニ添付シ之ヲ上訴裁判所ニ送致スヘキコトヲ命シタル規定アルコトナキモノトス

然レトモ刑事訴訟法第一五條ニ依レハ略式命令ニ對シ正式裁判ノ申立アリ之ニ因リテ判決アリタルトキハ略式命令ハ全ク其效力ヲ失フヘキモノナルヲ以テ其正式裁判ニ對スル上訴アリタルトキハ上訴審ハ該判決ノ當否ヲ審査スル必要アルモ略式命令ニ付キテハ何等ノ取調ヲ爲スコトヲ要セス從テ該命令原本ヲ記録ニ編綴シ置クヘキ要ナキヤ論ヲ據タルノミナラス刑事訴訟法第二一條ハ明ニ判決原本ハ訴訟記録ニ添付シ上訴アリタルトキハ之ヲ上訴裁判所ニ送付スヘキコトヲ命シタル規定セルモ略式命令原本ヲ記録ニ添付シ之ヲ上訴裁判所ニ送致スヘキコトヲ命シタル規定アルコトナキモノトス然レハ原審カ所論命令原本ノ添付ナキニ拘ハラズ第一審判決ニ是認シテ控訴ヲ棄却シタルハ毫モ不法ニアラス論旨ハ理由ナシ(大審院大正八年(九)第二九二一號同九年二月十日刑一部家弘裁判長遠藤水本平野中西各判事判決)

【關係事項】 上告棄却○原審靜岡地方裁判所○縣會議員選舉前則違反被告事件○被告人大庭政五郎辯護人岩崎勲後藤傳兵衛
略式命令ハ之ニ對スル正式裁判ノ申立ト同時ニ失効スルモノニ非ス判決アルマ

ヲ存續スルモノナレトモ而モ其正式裁判ハ略式命令ト獨立シテ自由ニ裁判シ得ルコト通常ノ場合ト何等異ナルコト無ク從テ略式命令ノ取調ハ其裁判ノ法律上ノ要件ヲ爲スルモノニ非サルカ故ニ理論上裁判記録ニ該命令原本ヲ編綴シ置ク要ナク更ニ其裁判ニ對シテ上訴アリタルトキ之カ添付送致ヲ必要トセサルハ刑訴二一條ノ解釋ヨリシテ明ナリト信ス敢テ判旨ニ贊同スル所以ナリ

三

九〇 被告人ノ自白官吏ノ檢證調查證據物件證人及鑑定人ノ供述其他諸般ノ證據ハ判事ノ判斷ニ任ス
刑事訴訟法ハ刑事事件ノ分離併合ニ付テハ何等特別ノ規定ヲ設ケス之ヲ裁判所ノ機宜ノ處分ニ任セタルモノト解スヘキヲ以テ裁判所ニ於テ管轄權ヲ有スル刑事事件ハ縱令被告人及罪名ヲ異ニスルモ之ヲ併合スルコトヲ事實ノ發見又ハ審理ノ進行上必要若クハ有益ナリト認メタルトキハ裁判所ハ其所信ニ從ヒ併合審理ヲ爲スコトヲ得ルモノトス
併合事件ノ内甲事件ノ被告人カ該事件ニ付キ爲シタル供述ヲ併合事件ノ一タル乙事件ノ被告人ノ罪ヲ斷スルニ適切ナル資料ナリト認ムル場合ニ於テハ裁判所ハ右甲事件ノ被告人ノ供述ヲ探テ以テ乙事件ノ罪證ニ供シ得ルコト探證自由ノ法則ニ照シ疑ヲ容レサル所トス

刑事訴訟法ハ刑事事件ノ分離併合ニ付テハ何等特別ノ規定ヲ設ケス之ヲ裁判所ノ機

牧野博士

宮田博士

宜ノ處分ニ任セタルモノト解スヘキヲ以テ裁判所ニ於テ管轄權ヲ有スル刑事事件ハ
 タトヒ被告人及罪名ヲ異ニスルモ之ヲ併合スルコトヲ事實ノ發見又ハ審理ノ進行上
 必要若クハ有益ナリト認メタルトキハ裁判所ハ其所信ニ從ヒ併合審理ヲ爲シ得ルコ
 ト論テ俟タス而シテ其併合事件ノ内甲事件ノ被告人カ該事件ニ付キ爲シタル供述ヲ
 併合事件ノ一タル乙事件ノ被告人ノ罪ヲ斷スルニ適切ナル資料ナリト認ムル場合ニ
 於テハ裁判所ハ右甲事件ノ被告人ノ供述ヲ探テ以テ乙事件ノ罪證ニ供シ得ルコト探
 證自甲ノ法則ニ照シ疑ヲ客レズ左レハ第一審裁判所カ被告與吉ニ對スル本案贓物故
 買及寄藏事件ト豐本清三ニ對スル詐欺被告事件ト併合審理シタルハ適法ニアラサ
 ルノミナラス原審カ右兩事件ノ控訴ヲ併合審理シ清三カ其被告タル詐欺事件ニ付キ
 爲シタル原審公廷ノ供述ヲ探テ以テ被告與吉ニ對スル本案贓物故買及寄藏事件ノ罪
 證ニ供シタルハ其職權ノ範圍内ニ屬シ適法ニアラス(大審院大正八年(九)第二八〇六號同九年二民
 四日列三部欄橋裁判長堀藤波二橫村各判事判決)

【關係事項】

上告棄却○原審富山地方裁判所○贓物故買贓物寄藏被告事件○被告人木下典吉辯護人高木益太郎

【判旨第一點事件ノ併合分離ニ關スル學說判例】

一 裁判長カ同時ニ繫屬スル數個ノ刑事事件ニ付キ任意ニ併合又ハ分離ヲ爲スコトヲ得ヘシ故ニ苟モ何等カノ關係アリテ併合
 審理ヲ適當トスルコトハ第一審ノ公判ニ於テノミナラス豫審及第二審ニ於テモ之ヲ併合スルコトヲ得ヘシ又同時ニ併合セ
 ラレタル數個ノ刑事事件ヲ分離スルコトヲ得ヘク其豫審及第一審ニ於テ併合セラレタルモノノ第一審又ハ第二審ニ於テ分離ス
 ルコトヲ妨ケス即テ併合ノ場合ニ於テハ被告ト被告事件ト異ニスル數個ノ事件タルモ妨ケナク分離ノ場合ニ於テハ併合罪ニ
 付テ刑法第四七條ニ依リ加刑ヲ言渡スヘキ場合タルモ亦妨ケナキナリ(法學博士牧野博士一氏刑事訴訟法三四五頁)
 二 管轄ノ併合ト審理ノ併合トハ之ヲ區別ス可シ裁判所ハ時ニ數個ノ刑事事件ヲ併合審理スルコトアリ例之甲ト乙ト甲罪ヲ犯
 シ乙ト丙ト乙罪ヲ犯シ其事件同時ニ同一裁判所ニ繫屬セル場合ノ知シ此併合審理ハ只數個ノ刑事訴訟カ形式上同時ニ同一裁判
 所ニ繫屬スルコトヲ必要トスルニ止マリ取テ數個ノ刑事事件間ニ實質上ノ牽連アルコトヲ必要トスルモノニ非ス例之甲被告事
 件ニ附帶シテ生シタル乙偽證事件ヲ甲被告事件ト併合審理スル場合ノ如シ故ニ審理ノ併合モ亦時ニ管轄併合ノ結果トシテ生
 ルコトアルモ審理ノ併合其者ニハ何等管轄ノ問題ヲ包藏セス當ニ其數個ノ刑事事件ニ對シ適法ニ管轄ノ存在ス可キコトヲ前提
 トシタル後生ス可キ問題ナリ學者審理ノ併合ノ基ク可キ關係外部的牽連又ハ形式的牽連ト稱シ之ニ對シ管轄ノ併合ニ基ク可

板倉博士

林博士

本關係内部的牽連又ハ實體的牽連ト稱ス(法學博士富田山善氏最近刑事訴訟法要論上卷三〇七頁)

裁判所ハ同時ニ繫屬スル數多ノ刑事事件間ニ或何等カノ連絡ノ存スル場合ニハ凡テ之ヲ併合シテ同時ニ同一ノ手續ニ於テ審理
 スルコトヲ得他國ノ立法ニハ此點ヲ明言スルモノナキニ非サルモ之ヲ禁止スル明文ナキ我國ニ於テハ此併合審理ハ當然許容セ
 ラレサルモノト解セサル可カラス：併合スルモノ以上ノ刑事事件ト分離スルコト亦併合同シク裁判所ノ任意ニ爲シ得可
 キ所ナリ蓋シ此事モ亦我國法ノ禁止セザルヲ以テナリ(同上下卷一〇四頁以下要領)

三 數罪ヲ構成スヘキ數個ノ被告人ノ行為ヲ包括シテ公訴ヲ提起シタルトキハ裁判所ハ其審判ヲ分離スルヲ得ヘク同一人ノ
 數行為ニ對シ或ハ數名ノ被告人ニ對シ別々ニ訴ヲ起シタルトキハ其審判ヲ併合スルコトヲ得ルモノナリ併合ヲ爲スニ當リテハ
 事實上法律上若クハ證據上其數事件ノ間ニ一定ノ連絡アリテ審判上便宜アルコトヲ要ストモ必スシモ刑法ノ併合罪ノ規定若ク
 ハ共犯ノ規定ヲ適用スヘキ場合ニ限レルニ非ス事件審判ノ併合ハ苟モ同一裁判所ニ繫屬スルモノニシテ其間ニ聯絡アルニ於テ
 ハ之ヲ爲スヲ得ルモノニシテ事件ノ性質ノ如何ハ問フ所ニ非ス故ニ重罪事件ト輕罪事件トノ審判ヲ併合スルヲ得ヘシ或ハ刑事
 事件ト之ニ關聯スル犯人藏匿罪證隠滅罪ノ受寄等ノ事件ヲ併合シテ審理スルヲ得ルモノナリ疑ナシ前號ニ於テ論究セル公判
 廷ニ於ケル偽證罪ノ如キ殊ニ然リトス同一裁判所ニ於シ數事件ノ併合審理ヲ命シタルトキハ後ニ其裁判所ノ構成ニ變更生ス
 ルモ併合ノ效力ハ存續スルヲ以テ再ヒ併合ノ決定ヲ爲スノ要ナシ事件審理ノ分離ハ何等ノ條件ナク之ヲ爲スヲ得ルモノナリ且
 併合罪ノ規定ヲ適用スル場合ニハ審判ノ分離ヲ爲スヲ得スト然レトモ刑事訴訟法ニハ必要的共同訴訟或ハ必要の併合訴訟ナル
 者存モサルヲ以テ觀レハ事件ノ審判ヲ分離シテ法律上何等ノ制限ナク併合罪ノ規定ヲ適用スヘキ場合ト雖モ亦審判ノ分
 離ヲ命スルコトヲ得ルモノト謂ハサルヘカラス裁判所ハ事件ノ審理ノミ又ハ裁判ノミヲ分離併合スルヲ得ルモノニシテ且分離
 或ハ併合ノ決定ハ如何ナル事件ニ在リテモ何時ニテモ之ヲ取消スコトヲ得ルモノニシテ又此決定ハ公判廷ニ於テ言渡サテ通例
 事件ヲ分離シテ審理シ或ハ併合シテ審理スルモノ之ヲ違法ナリト謂フヲ得ス之レ事件ノ分離併合ハ其本質純然タル訴訟手續ニ非
 スレト司法行政處分ナルヲ以テナリ(法學博士板倉松太郎氏刑事訴訟法義一九〇六頁)

四 我刑事訴訟法ハ訴訟ノ併合ニ關シ主觀的ニモ是認スル主義ニシテ而モ之ニ關シ何等ノ條件準則ヲ定ムル所ナキハ即チ事件
 ノ併合ハ之ヲ裁判所ノ職務ニ委ネテ法律上何等制限ヲ加フル事ナキモノト解ス可ク從テ裁判所ハ第一審タルト第二審タルト第三
 審タルトト問ハス其裁判所ニ繫屬セル事件ヲ併合シテ審理スルコトヲ得ルモノトス

事件ノ併合同一手續ニ依リテ數個ノ事件ヲ同時ニ審理スルコトヲ實質トスルモノナレハ其性質上同一ナル訴訟手續カ各事件
 ニ對シ行ハルル場合ニ非サレハ之ヲ認ムルヲ得サルモノトス(大審院檢察事林頼三郎氏法學新報第二九卷第八號九一見本書第八
 卷刑訴九〇頁)

事件ノ併合ニ分離ニ付テハ刑事訴訟法何等ノ規定ヲ設ケス然レトモ毫モ之ヲ禁止若ハ制限スヘキ趣旨ノ見ルヘキモノナキヲ
 以テ裁判所ハ隨意ニ事件ヲ併合シ又ハ分離スルコトヲ得ルモノト解セサルヘカラス即チ一人ニ對シ數個ノ事件繫屬シ若ハ一箇
 ノ犯罪ニ付キ數人ノ共犯者ニ對スル被告事件繫屬スルカ如キ場合ハ勿論此人ニ對シ別個ノ數個ノ被告事件ヲ屬スルカ如キ
 場合ニ於テモ事實上法律上又ハ證據上相關聯スルモノアリテ審判上ノ便宜アルトキハ之ヲ併合スルコトヲ得ヘシ(同上刑事訴

五 一人ノ爲シタル所爲又ハ數人ノ爲シタル一所爲又ハ數行爲ニ就キ各別ニ起訴セラレタルトキハ之併合ヲシテ審理スルコトヲ得ヘシ是等ノ行爲又ハ被告人カ一事件トシテ起訴セラレタル場合ニ於テハ分離シテ各別ニ審理スル事ヲ得ヘシ併合審理ノ場
合ハ要スルニ併合ヲ便宜トスル場合ナルモ併合罪共犯等ノ關係アル場合ニ限ルニ非ス關係アル場合ニ於テモ之ヲ爲スコトヲ得
ヘシ又審理ヲ分離シテ判決ヲ併合シ審理ヲ併合シテ判決ヲ分離スルヲ妨グス(トクトルニリス岡田庄作氏刑事訴訟法原論六〇
五頁)

六 併合審理ヲ始メタル數個ノ被告事件ナリ且分離シテ審理ヲ爲シタル以上ハ假令其後ニ至リ再ヒ併合審理ヲ爲シタルトスル
モ之カ爲メ其以前ニ於ケル公判審理ノ全部カ合シテ一體ト爲リ不可分のノ關係ヲ生スヘキハ謂ハレナケレハ或被告人ノニ對シ
開廷セル公判ノ爲メ特ニ作成セラレタル公判任末書ニ無効ノモノアルトモ他ノ被告人ノ對シ公判ノ手續裁判所ノ構成等ニハ何
等ノ影響ナシ(大審院大正五年(レ)第四三號同年四月六日刑二部判決查員第五卷刑訴九八頁)

七 裁判所カ同一人ニ對シ同時ニ繫屬シタル數個ノ被告事件ヲ各別ニ審理スルト將タ之ヲ併合シテ審理スルトハ審理ノ便宜上
裁判所ノ職權ニ屬スルモノトス(同上刑事判決錄明治四十五年三七五頁)

八 同一人ニ對シ同一裁判所ニ數箇ノ刑事訴訟アリ又ハ數名ニ對シ共犯行爲トシテ一ノ訴訟アリタル場合ト雖モ裁判所カ事務
處理上便宜ナリト認ムルトキハ之ヲ分離審理シ得ルモノニシテ必スシモ併合審理セサルヘカラサルモノニ非ス(岡田治四十二
年一八四六頁)

四

六 公訴ヲ爲ス權ハ左ノ事項ニ因テ消滅ス

第二 告訴ヲ待テ受理ス可キ事件ニ付テハ告訴ノ地棄

二六一 控訴裁判所ニ於テハ控訴ノ理由ナシトスルトキハ判決ヲ以テ控訴ヲ棄却ス可シ

刑法五五 連續シタル數個ノ行爲ニシテ同一ノ罪名ニ屬ルルトキハ一罪トシテ之ヲ處斷ス

同二〇八 暴行ヲ加ヘタル者人ヲ傷害スルニ至ラサルトキハ一年以下ノ懲役若クハ五十圓以下ノ罰金又ハ拘留若ク
ハ科料ニ處ス前項ノ罪ハ告訴ヲ待テ之ヲ論ス

親告罪ニ該當スル數箇ノ行爲力單ニ連續的一罪ヲ構成スヘキ事實ニ係ルトキハ
縱令該事實中被害者數名ノ内一二名カ第一審判決言渡後告訴ヲ取下ケ被害者ノ
數ニ異動ヲ來シタリトスルモ爲メニ科刑ノ程度ニ影響ヲ及ボサナル限り之ヲ同

一旨趣ノ判決ト謂フヲ妨ケサルモノトス

【上告理由】 刑法第二〇八條ニヨレハ同條ノ犯罪ハ被害者 告訴ヲ俟テ其罪ヲ論スヘキ親告罪ナルヲ以テ同條被告人ナ
處斷スルニハ被害者ノ告訴アルヲ必要トス然レニ第一審判決當時告訴ヲ提起シ居タル前田恒三垣内政一ハ被告カ泥酔ノ結果
爲シタル行爲ニシテ前非ヲ悔悟セル事實ヲ認メ大正八年十一月十四日該告訴ヲ取下ケタルヲ以テ右兩人ニ對シ暴行ヲ爲シタ
ルコトヲ認メ有罪ノ判決ヲ爲シタル第一審判決ハ失當ニシテ原裁判所ハ此違法アル第一審判決ヲ取消スヘキニ之レカ取消ヲ
爲サス被告ノ控訴ヲ棄却シタルハ違法ナリ

【判決理由】 仍テ記載ヲ查スルニ所論五名ニ對シ被告ノ所爲ヲ罪トシ認メタル第一審
判決言渡後所論前田恒三垣内政一ノ兩被害者ヨリ被告ニ對シ告訴ノ取下ケ爲シタル
カ爲メ原審ニ於テハ右兩名ニ對スル被告ノ所爲ニ付キ其罪ヲ認メス他三名ニ對スル
傷害ニ付キテノミ其罪ヲ論シタルニ拘ハラス其判決理由ニ於テハ其趣旨同一ナリト
シテ第一審判決ヲ是認シタルコト洵ニ所論ノ如クナルモ本件ハ既ニ説明シタル如ク
五個ノ行爲ヲ通シ單ニ連續的一罪ヲ構成スヘキ事實ニ係ルヲ以テ縱シ該事實中前掲
ノ理由ニ因リ被害者ノ數ニ異動ヲ來シタリトスルモ爲メニ科刑ノ程度ニ影響ヲ及ボ
ササル限り之レヲ同一趣旨ノ判決ト云フニ何等妨ケアルコトナケレハ原審カ所論判
示ノ如ク判決シタリシハ相當ナリ左レハ論旨ハ理由ナシ(大審院大正八年(レ)第二八七(レ)號同判
年二月十日刑一部末弘裁判長遠藤水本平野中西各判事判決)

五

【關係事項】 上告棄却○原審和歌山地方裁判所○暴行傷害被告事件○被告東政楠辯護人駒澤辰明

一二二 豫審判事ハ證人ナシテ良心ニ從ヒ眞實ヲ述ヘ何事ヲモ默秘セス又何事ヲモ附加セサル旨ヲ宣誓セシム可シ
裁判所書記ハ證人ニ宣誓書ヲ讀開カセ之ニ署名捺印セシメ若シ署名捺印スルコト能ハサルトキハ其旨ヲ附記スヘシ
一九〇 第一百五條以下ノ規定ハ公判ノ證人ニ第三百三十五條以下ノ規定ハ公判ノ鑑定人ニモ亦之ヲ準用ス

公判始末書ノ記載ニ依レハ判事ハ證人トシテ呼出シタル者ニ對シ證人資格ヲ問
查シ本案被告事件ニ付キ證人トシテ訊問スル旨ヲ告ケ宣誓セシメタルモノナレ

トモ記録ニ於ケル宣誓書ニ依レハ同人ハ公平且正實ニ鑑定スヘキコトヲ誓フト
記シタル書面ニ鑑定人トシテ署名捺印シタルモノニシテ其宣誓ハ刑事訴訟法第
一九〇第一二二條ノ方式ニ違背スルヲ以テ同人カ此宣誓ニ基キ證人トシテ爲シ
タル事實上ノ供述ハ證人トシテ無効ナリトス

案スルニ第一審第三回公判始末書ノ記載ニ依レハ判事ハ證人トシテ呼出シタル兒玉
榮熊ニ對シ證人資格ヲ調査シ本案被告事件ニ付キ證人トシテ訊問スル旨ヲ告ケ宣誓
セシメタルモノナレトモ記録ニ於ケル宣誓書ニ依レハ同人ハ公平且正實ニ鑑定スヘ
キコトヲ誓フト記シタル書面ニ鑑定人トシテ署名捺印シタルモノニシテ其宣誓ハ刑
事訴訟法第一九〇條一二二條ノ方式ニ違背スルヲ以テ同人カ此宣誓ニ基キ證人トシ
テ爲シタル事實上ノ供述ハ證人トシテ無効ナリ從テ事實ニ關スル供述トシテ何等ノ
證據力ヲ有セサルモノトス故ニ右第一審公判始末書ニ於ケル前記證人兒玉榮熊ノ事
實上供述ノ記載ヲ罪證ニ供シタル原判決ハ探證ノ法則ニ違背スルモノニシテ上告論
旨ハ理由アリ(大審院大正八年(九)第三〇六四號同九年三月三日刑三部棚橋裁判長堀藤波泉二橫村各判事判決)
【關係事項】 破毀移送(原審鹿兒島地方裁判所)詐欺被告事件並附帶私訴事件○公私訴上告人肥後福澤辯護人兼訴訟代理人岸
井辰雄同佐野常倫同鶴岡政市私訴被上告人大野甚一外六人

右判旨ノ論結ハ固ヨリ正當ナリ顧フニ證人訊問手續ノ違背カ其必要條件ニ關ス
ル場合若クハ證言供述錄取ノ調書カ無効ナル場合ハ證言ハ其效力ヲ有セサル所
ナリ然ニ宣誓ハ證人ノ義務ニシテ而モ裁判所ハ常ニ必ラス之ヲ履踐セシメサル
可ラサル必要手續ナルカ故ニ案件證人ノ事實上ノ供述ハ探證ノ資料ト爲ル能ハ
サルナリ

六

二〇三 刑ノ言渡ヲ爲スニハ罪トナルヘキ事實及ヒ證據ニ依リテ之ヲ認メタル理由ヲ明示シ且法律ヲ適用シ其理由
ヲ付ス可シ

其罪又ハ免訴ノ言渡ヲ爲スニ付テモ其理由ヲ明示スヘシ
刑法二五六條第一項 贓物ヲ收受シタル者ハ三年以下ノ懲役ニ處ス

苟モ贓物ノ收受行爲アル以上ハ之ヲ處斷スルニ付キ其贓物ヲ領得セル原犯罪ノ
種類ヲ區別スル要ナキモノトス

刑法第二五六條ニ所謂贓物ハ汎ク犯罪ニ因リテ領得セル物ヲ指稱スルモノトス蓋シ
同條ハ舊刑法第三九九條第四〇一條ニ於ケル如ク強盜ノ贓物又ハ詐欺取財其ノ他
ノ犯罪ニ關シタル物件トシテ贓物ノ種類ヲ區別シ以テ刑ノ輕重ヲ異ニスルコトナク
唯財物ニ關スル行爲ノ種類ニ因リ刑ノ輕重ヲ定ムルニ過キサレハ等シク贓物ノ收受
行爲ナルニ於テハ其贓物ヲ領得セル犯罪ノ種類ヲ區別スルノ要ナシ然ラハ原判決ニ
於テ被告人カ木村勸五郎ヨリ贓物タルノ情ヲ知リテ鹽鮭二本ヲ收受シタル旨ヲ判旨
ニシ其贓物カ如何ナル犯罪ニ因リテ領得セラレタル物ナルヤヲ說示スルコトナク刑法
第二五六條第一項ノ贓物收受罪ニ問擬シタルハ事實理由ニ不備アルモノニ非ス而シ
テ收受ノ事由ノ如キハ犯罪ノ動機ニ關スル事實ニシテ犯罪構成ノ事實ニ屬セサルヲ
以テ特ニ之ヲ判示スルコトヲ要セス(大審院大正九年(九)第一一三號同年三月十二日刑一部末弘裁判長遠藤
水本堀平野各判事判決)

【關係事項】 上告棄却○原審青森地方裁判所○贓物收受被告事件○被告人柿崎千代太郎辯護人菊池俊輔

【判旨第一贓物關與罪ニ關スル判示方ニ對スル同趣旨判例】

贓物故買罪ノ刑ノ言渡ヲ爲スニ當リ必スシモ其如何ナル犯罪ニ因リテ取得シタル物ナルカヲ判示スルノ要ナキモ同時ニ贓物ヲ
被害者ニ還付スル判決ヲ爲ス場合ニ於テハ其贓物ハ如何ナル犯罪ニ關スルモノナルカヲ認定スルヲ要スルト同時ニ被害者ノ何

人ナルカチ認識スルニ定ルヘキ事實ヲ明示セザル可カラス (大審院大正二年(ハ)第二七三五號同三年三月一四日判決本書第三卷刑訴一四頁)

判旨ニ賛同ス本來贓物關與罪ノ成立ニ必要ナル故意ハ犯人カ具體的ニ如何ナル犯罪ニ因リテ取得横領セラレタル物件ナリヤヲ認識スルヲ要セス抽象的ニ犯罪ニヨリテ得タルモノナルコトヲ知レハ足ルヲ以テ其處刑ノ判決ニ記載スヘキ事實上ノ理由亦其具體的犯罪ヲ判示スルコトヲ要セザルナリ何者刑訴第二〇三條ニ所謂罪ト爲ル可キ事實トハ要スルニ科刑權ノ存在及範圍ニ影響アル事實ヲ指示スルモノナレハナリ

(七)

一〇三 豫審判事ハ犯罪ノ性質方法日時場所及ヒ被告人及ヒ被告人ノ人選ナキコトヲ證明ス可キ模倣ニ付キ調査ヲ作ル可シ

又被告人ノ利益ト爲ル可キ模倣ヲモ記載ス可シ

二〇〇 證據調濟ノ後檢事ハ事實及ヒ法律適用ニ付キ意見ヲ陳述ス可シ

被告人及ヒ其辯護人ハ答辯ヲ爲スコトヲ得

檢事被告人及ヒ辯護人ハ迭ヒニ辯論ヲ爲スコトヲ得但辯論ノ最終ニハ被告人又ハ辯護人ナシテ供述セシム可シ
數箇所ニ於テ兩日ニ亘リ檢證ヲ爲シタル場合ニ於テ檢證調書ノ作成年月日ノ部ニ前同日前同所ニ於テ作成スト記載シタルトキハ該調書ハ檢證ノ行ハルルニ從ヒ數箇所兩日ニ亘リ作成セラレ其最終ノ場所日時ニ於テ完成ヲ告ケタルモノト解スヘク該記載ハ斯ル場合ニ於ケル作成ノ場所及ヒ日時ノ記載トシテ不法ナリト謂フヘカラス

被告人ノ辯護人カ第二回ノ公判ニ於テ甲ノ爲メ最終ノ辯論ヲ爲シ而シテ第三回公判ニ於テハ單ニ相被告乙等ノ辯護人ニ於テ同人等ノ爲メ最終ノ辯論ヲ爲シ甲ハ何等申立ツルコトナキ旨陳述シタルトキハ右甲ノ辯護人カ第三回公判ニ關席シ其儘審理ヲ遂行シタリトスルモ何等被告甲ノ辯護上ノ利害ニ關スル所ナケレハ其不出頭ヲ以テ訴訟手續ヲ不法ナラシムルモノト論斷スルヲ得サルモノトス

〔一〕上告理由 原判決ハ豫審判事ノ檢證調書ヲ採用シテ本件斷罪ノ資料ニ供シタリ因テ同檢證調書ヲ閱スルニ其ノ冒頭ニ「大正七年八月二十五日石本市遺等獲獲等被告事件ニ付キ福岡地方裁判所豫審判事高橋武市郎ハ裁判所書記西山相之助立會福岡縣境賀郡戸畑町小倉市錦物町福岡監獄小倉分監若松警察署ノ三ヶ所ニ臨ミ若松警察署長警視岩橋徳太郎同署詰警部重富實同署部補村田清祝同署警巡査大地豊ノ四名ヲ立會セシメ同日午前九時ヨリ翌二十六日午後三時ニ亘リ檢證スルコト左ノ如シ」ト記載シ其末尾作成年月日ノ部ニ「此調書ハ前同日前同所ニ於テ作成ス」ト記載シアリ然レトモ右冒頭記載ニ依レハ右檢證ハ大正七年八月二十五日及二十六日ノ兩日ニ亘リ其檢證ノ場所ハ戸畑町小倉市錦物町福岡監獄小倉分監若松警察署ノ四ヶ所ナリト云フニ在ルヲ以テ前同日前同所ト記載シアルノイコトハ何レノ日何レノ場所ニ於テ作成セラレタルモノナリヤ知ルニ由ナク要スルニ右檢證調書ハ作成年月日作成場所ノ不明ナルモノニシテ無効ナリトス然ルニ之レヲ採テ罪證ニ供シタル原判決ハ違法ニシテ破毀スヘキモノトス

〔判決理由〕 所論檢證調書ノ記載ニ依レハ同調書ハ檢證ノ行ハルルニ從ヒ數箇所兩日ニ亘リ作成セラレ其最終ノ場所日時ニ於テ完成ヲ告ケタルモノト解スヘク該記載ハ新カル場合ニ於ケル作成ノ場所及ヒ日時ノ記載トシテ取テ不法ナリト謂フヘカラスルヲ以テ論旨ハ理由ナシ

〔二〕 第一審第二回及ヒ第三回公判始末書ヲ閱スルニ被告佐藤夫辯護人佐藤守ハ第二回公判ニ於テハ單ニ相被告松本香松土山喜八薄虎雄ノ辯護人ニ於テ同人等ノ爲メ最終ノ辯論ヲ爲シ被告佐藤夫ハ何等申立ツルコトナキ旨陳述シタルニ過キス從テ右辯護人佐藤守カ第三回公判ニ欠席シタリトスルモ何等被告ノ辯護上ノ利害ニ關スル所ナキハ恰モ判決官渡期日ニ辯護人ノ出頭セザリシ場合ト異ルナキヲ以テ等レテ其不出頭

ヲ以テ訴訟手續ヲ不法ナラシムルモノト論斷スルヲ得ス(大審院大正八年(九)第三一二二號同九年三月二日刑一部遠藤裁判長水本堀平野中西各判事判決)

【關係事項】七告棄却○原審長崎控訴院○騷擾放火家宅侵入傷害公務執行妨害建造物損壞被告事件○被告人菅原隆夫外九人辯護人末廣良三郎同中島寛二同今付力三郎同相川正造伊勢勝藏同高木益太郎

【判旨第一點數箇ノ場所ニ於ケル檢證ト調書ノ記載方ニ關スル參照判例】

各場所ニ於ケル檢證ノ結果ハ各通ノ調書ニ記書ス(キ旨ノ規定ナケレハ引續キ數箇ノ場所ニ隔ミ檢證ヲ爲シタル場合ニ於テ檢證シタル所ヲ一通ノ調書ニ記載スルハ不法ニ非ス(大審院明治三十九年判事判決錄二二五頁)

八

一八六

檢事及ヒ被告人ハ第一審第二審ヲ問ハス本案ノ判決アルマテ何時ニテモ管轄違又ハ公訴受理ス可カラサル申立ヲ爲スコトヲ得

裁判所ニ於テハ職權ヲ以テ管轄違又ハ公訴受理ス可カラサル旨ヲ爲スコトヲ得

管轄違公訴不受理ノ場合ニ於ケル訴訟手續ハ全然無効ナルニ非ス其效力ハ其管轄違又ハ公訴不受理ノ裁判ヲ維持スルニ足ル範圍内ニ止マル可キモノニシテ事案ノ實質的確定ニ付テハ管轄ト起訴手續トヲ適法ニシ更ニ踐行セラレタル新ナル手續ノミカ之ニ付テ證據ト爲ルモノトス

大審院大正七年(九)第二六六號同年一月一三日刑三部判決本書中七等刑訴一五四頁

事案ハ被告事件ニ付キ公訴不受理トナリタル他ノ事件ノ豫審調書カ證據トシテ取調ヘラレタトイフノテアツタ上告論旨ハ其ノ豫審調書ヲ以テ全部無効トシ其ノ記錄ニ付キ證據調ヲシタノハ縱令有罪ノ證據ト爲ササルモ裁判官ノ心證ニ影響ヲ及ボスコト必然ナリトシテ前審ノ審理ヲ違法ナリトシタ本案件ニ於テハ其ノ豫審調書カ斷罪

ノ資料ニ供セラレタトイフノテナクシテ單ニソレニ付キ證據調カ爲サレタトイフニ過キナイヨシ其ノ證據調カ違法テアツタニシテモソレカ判決ノ基礎トナツテ居ルノテナケレハ以テ破毀ノ理由トスルコトハ出來ナイ管轄違又ハ公訴不受理ノ場合ニ於ケル調書ノ效力上告論旨ニ對シ此ノ點カラハソレヲ斥ケナイテ公訴不受理ノ場合ニ於ケル調書ノ效力ヲ論シソレハ其ノ箇々ノ手續ニ於テサハ瑕疵カナイナラハ證據トシテ適法ナモノト斷定シタノテアツタ同シヤウナ問題ハ管轄違ノ場合ニモ起リ得ルノテアル

既ニ管轄違ナリ公訴不受理ナリノ理由カアルトキハ裁判所ハ其ノ事案ニ付キ審判スルコトヲ得ナイノテアルカラシテ其ノ手續ハ總テノ點ニ於テ無効ト解スルノカ相當テハアルマイカ只裁判所トシテハ其ノ管轄違ナル旨又ハ公訴不受理ノ旨ノ判決ヲセネハナラヌノテアルカラ其ノ判決ニ必要ナル限度ニ於テハ而シテ其ノ限度ニ於テ

ノ其ノ手續カ效力ヲ有スルニ過キナイト解ス可キテハアルマイカ或ハ其ノ管轄違ナルコト其ノ公判不合法ナルコトヲ認ムルニ付テハ一定ノ事實關係ヲ認定セネハナラヌ而モ其ノ認定ヲ許容スルニ於テハ其ノ認定ノ基礎トナリタル證據調ハ有效ナモノト認メネハナラヌ一旦之ヲ有效トシテカラ而モ之ヲ無効ノモノトスルノハ自裁的論法ニナルノテハナイカトシカシ又翻ツテ考ヘルニ若シ其ノ事實關係ノ認定ヲ許容スルナラハ何故ニ單ニ管轄違公訴不受理ノ旨渡ヲ爲サシムルコトニスルノテアルカ

既ニ甲裁判所カ其實事ヲ認定シ得ルニ十分ナ證據ヲ有スルナラハ直チニ自ラ判決レテモイイテハナイカ又既ニ事實上檢事ノ起訴カアル以上其ノ形式ノ末ヲ論スルコトナク其起訴ノ爲サレタル事實カ疑ナキ以上自ラ實體ニ付キテ裁判シテモ差支ナイテハナイカ既ニ一定ノ判決(管轄違公訴不受理トハ謂ヘ)ヲ爲スノ權限ヲ認メ又其ノ判決ヲ爲スニ付テノ證據調ヲ許容スルナラハ其ノ許容サレタ即チ有效ナ證據ニ基ク判決ヲ單ニ管轄違公訴不受理ニ止メネハナラヌトスルコトモ亦自裁的論法ト謂ヒ得ル

ナアラウ私ハ管轄違公訴不受理ノ場合ニ於ケル訴訟手續ヲ以テ全然無効ナモノトスルノテハナイ其ノ效力ハ其ノ管轄違又ハ公訴不受理ノ裁判ヲ維持スルニ足ルタケノ

【參照判例】

範圍内ニ止マルヘキテ事案ノ實質的確定ニ付テハ管轄ト起訴手續トナ適法ニレテ上
 更ニ訴訟手續カ履行セラレ而シテ此ノ新ナル手續ノミカ其ノ實質的確定ニ付テ
 ノ證據トナル可キテアルト考ヘル元來カラ謂ヘハ管轄違又ハ公訴不受理ノ場合ニハ
 裁判所ハ其ノ事案ニ付キ實質上何等ノ行動ヲ爲スコトモ許サレナイモノテアルノテ
 從テ自己ノ手續ノ適法ヲ主張スル資格カナイノテアルシカシ裁判所トレテハ一旦形
 式上起訴ヲ受ケタ以上判決ヲシナイ譯ニハニカヌ故ニ於テ事ノ内容ニ付キ審判ノ資
 格ナキ旨ヲ明言スル旨ノ判決ヲ爲スニ止マルノテアル從テ此ノ關係ニ於テノミ其ノ
 行動ヲ爲スコトカ許サレ又其ノ關係ノ範圍内ニ於テノミ其ノ手續カ效力ヲ有スルモ
 ノト解ス可キテアルト考ヘルノテアル即チ實體的ニ行動スルコトヲ許サレサルカ故
 ニ單ニ形式的ニ其ノ行動ヲ爲スニ止メハナラヌノテアル換言スレハ其ノ行動ノ效
 力ハ此ノ形式的意味ノ範圍内ニミ限ラレネハナラヌノテアル(法學博士牧野英一氏法學志林第
 二二卷九一頁「不適法ノ起訴ト訴訟手續ノ效力」要領)

一 管轄違ノ裁判所ニ於ケル訴訟手續ハ本案ノ裁判トシテ何等ノ效果ヲ生スヘキニアラサルカ故ニ此關係ニ於テハ最初ヨリ裁
 判手續ノ履行セラレザリト同一ノ結果ニ歸着スヘク即チ所謂全部トシテ無効ニ屬スヘキモノナリト雖モ其他ノ點ニ於テハ裁
 判所ノ訴訟行為ハ有效ナリト謂ハサルヘカラス
 從テ管轄違ノ裁判所ニ於ケル證人訊問證書ノ如キハ之レヲ他ノ裁判所ニ於テ適式ノ手續ニ依リ證據ニ採用スルモ不法ニアラス
 (大審院大正六年(九)第三三二四號同七年四月二十七日刑三部判決本卷刑訴六四頁)

二 公訴不受理ノ確定判決ハ當該事件ニ付キ行ハレタル裁判所ノ處分ヲ無効トスルニ止マリ其處分ニ依リテ押收セラレタル物
 件自體ノ證據力ニハ何等ノ影響ヲ及ボスコトナシ(同上明治四三年刑部判決第一七四頁)

三 管轄違ナルニ依リテ審判手續無効ニ屬スル場合ト雖モ其無効豫審ニ於テ供述シタル證人ノ證言ニ及ボスヘキモノニ非ス(同
 上三十六年刑一四四八頁同三十三三年本書五卷刑訴四二頁)

四 管轄違ニ因リ公判手續無効ニ屬スル公判ニ於テ供述シタル證人ノ證言ハ證據力ヲ有ス(同上三十三刑五卷四二頁)
 五 公判ニ於テ管轄違ノ旨流ヲ爲スモ適リテ豫審處分ノ效力ヲ抹消スルヲ得ス從テ其豫審ノ際蒐集シタル證書ハ適法ノ成立ト
 シテ證據力ヲ有ス(同上三十八年三卷刑訴一七二頁)

六 檢事ノ控訴ハ豫審判事管轄違ノ旨流ヲ爲スニ依リテ其效力ヲ失フ從テ更ニ管轄違判所ニ起訴ノ手續ヲ爲スニ非サレハ其公訴

ハ受理スヘキモノニ非ス(同上二八年本書三卷刑訴一四五頁)

本來公訴不受理ノ判決並ニ管轄違ノ判決ハ所謂形式判決ニシテ單ニ訴訟關係ヲ
 判斷スルニ止マリ科刑權若クハ實體的公訴權ノ存否ニ關スル判斷ニ關スルモノ
 ニ非ス換言スレハ公訴事件カ適法ニ裁判所ニ繫屬セサル場合若クハ管轄ヲ有セ
 ナル場合ニ此二者ノ判決言渡サルモノナルカ故ニ實質的確定ヲ來タス箇々ノ
 訴訟手續ハ之カ爲メニ當然ニ全部ノ無効ヲ惹起スルノ理由ナク其箇々ノ訴訟手
 續ニシテ適法ニ爲サレタルモノナル限リ管轄違又ハ公訴不受理ノ判決ヲ維持ス
 ル範圍ニ於テ其效力アルモノト稽フ此點ニ關シテ吾人ノ寡聞ナル具體的ナル反
 對論ヲ識ラサル所ニシテ博士ノ高見ヲ正當ナリト解ス

九

一八六 檢事及ヒ被告人ハ第一審第二審ヲ問ハス本案ノ判決アルマテ何時ニテモ管轄違又ハ公訴受理ス可カラサル
 申立ヲ爲スコトヲ得
 裁判所ニ於テハ職權ヲ以テ管轄違又ハ公訴受理ス可カラサル旨流ヲ爲スコトヲ得

常習賭博事件ニ付キ欠席判決ヲ受ケタル者カ故障申立前犯シタル常習賭博行為
 ニ付キ公訴ノ提起アリタルトキハ之ニ對シ公訴不受理ノ裁判ヲ言渡スヘキモノ
 トス

常習的犯罪行為ニ付テハ最終ニ事實ヲ審理シタル刑事裁判所ノ判決言渡テ限界トシ
 之ヲ前後ニ區分レ該裁判言渡シ迄ノ間ニ犯サレタル各個ノ行為ハ之ヲ獨立ノ一罪ト
 シ更ニ新ナル起訴ノ目的ト爲スヘキコトハ當院判例ノ示ヌ所ナリ原判示ニ依レハ先

被告久保吉外一人○原審檢事正上告
 六日有罪ノ欠席判決ヲ言渡シ之ニ對スル故障ノ申立前更ニ同人カ同年同月二十九日
 八最終ニ事實ヲ審理シタル刑事裁判所ノ判決ニ該當セサルヲ以テ右判例ノ趣旨ニ從
 ヒ該二個ノ公訴事實ハ一罪ヲ構成スヘキモノトス而シテ檢事モ亦此ノ趣旨ニ於テ公
 訴ヲ提起シタルモノニシテ後ニ提起シタル公訴事實ヲ獨立セル犯罪ト看做シタルモ
 ノニアラサルヲ以テ一罪ヲ構成スヘキ事實ニ付キ二回ノ起訴アリタルモノト謂ハサ
 ルヘカラス凡ソ一罪ニ付テハ一個ノ公訴提起アリタルニ足リ再度之カ公訴ヲ提起ス
 ヘキモノニ非サルヲ以テ再度ノ公訴提起アリタルトキハ之ニ對シ公訴不受理ノ裁判
 ナ言渡スヘキモノトス然レハ原判決ニ於テ本件公訴ニ付キ公訴不受理ノ裁判ニ爲
 タルハ正當ニシテ論旨ニ引用セル大正六年三月三十日ノ言渡ニ係ル當院判例ハ本件
 ニ適切ナルモノニ非ス(大審院大正八年(九)第三一七七號同九年三月十一日刑二部
 判例)

【關係事項】

上告棄却○原審安濃津地方裁判所○管轄賭博被告事件○被告人久保吉外一人○原審檢事正上告

1103

刑ノ言渡ヲ爲スニハ罪トナルヘキ事實及ヒ證據ニ依リテ之ヲ認メタル理由ヲ明示シ且法律ヲ適用シ其理由
 ナ附スヘシ
 無罪又ハ免訴ノ言渡ヲ爲スニ付テモ其理由ヲ明示スヘシ
 刑罰一覽表 行使ノ目的ヲ以テ他人ノ印章若クハ署名ヲ使用シテ權利義務又ハ事實證明ニ關スル文書若クハ圖畫ヲ
 偽造シ又ハ偽造シタル他人ノ印章若クハ署名ヲ使用シテ權利義務又ハ事實證明ニ關スル文書若クハ圖畫ヲ偽造シタ
 ル者ハ三月以上五年以下ノ懲役ニ處ス
 他人ノ印章ヲ押捺シ若クハ他人ノ署名シタル權利義務又ハ事實證明ニ關スル文書若クハ圖畫ヲ變造シタル者亦同シ
 前二項ノ外權利又ハ事實證明ニ關スル文書若クハ圖畫ヲ偽造又ハ變造シタル者ハ一年以下ノ懲役又ハ百圓以下ノ罰
 金ニ處ス(大審院大正八年(九)第一八六九號同一年一月三日刑二部判決本書第八卷刑解一一二頁)

刑法ハ取締役力會社ノ機關トシテ虚偽ノ文書ヲ作成スル行為ヲ凡テ處罰スルモ
 ノニアラサルカ故ニ是ノミヲ以テシテハ犯罪ノ違法性ノ觀念ヲ認ムルニ足ラス
 更ニ進テ自己又ハ第三者ノ利益ヲ圖リ又ハ會社ニ損害ヲ與フル事實ノ件フコト
 ヲ要スルカ故ニ此事實ハ犯罪ノ構成要件ナリ從テ之ヲ判文ニ明示セサル判決ハ
 理由不備タルヲ免レサルモノトス

大審院大正八年(九)第一八六九號同一年一月三日刑二部判決本書第八卷刑解一一二頁

會社ノ取締役力會社名義ノ文書ヲ偽造スル行為ハ取締役タルノ權限ヲ超ヘテ自己又
 ハ第三者ノ利益ヲ圖リ又ハ本人タル會社ニ損害ヲ與フル爲メニ爲サレタル行為ニア
 ラサルハ文書偽造罪ヲ構成セス本判決ハ此ノ關係ヲ明確ニ判示セサル判決ハ理由不
 備ナリト云フニ在リテ固ヨリ正當ナリ總勘定元帳ニ虛偽ノ記入ヲ爲スノミニシテハ
 取締役タル權限ヲ正當ニ行使セサル批難ハ免レ能ハサルヘキモ刑法ハ取締役力會社
 ノ機關トシテ虚偽ノ文書ヲ作成スル行為ヲ凡テ處罰スルモノニアラサルカ故ニ是レ
 ノミヲ以テハ犯罪ノ違法性ノ觀念ヲ認ムルニ足ラス更ニ進テ自己又ハ第三者ノ利
 益ヲ圖リ又ハ會社ニ損害ヲ與フル事實ノ件フコトヲ要ス故ニ此事實ハ犯罪ノ成立ニ
 缺クヘカラサル成立事項ナリ從テ犯罪ノ構成要件ナリト云ハサルヘカラス之ヲ判文
 ニ明示セサル判決ニ理由不備タルヲ免レサルナリ(辯護士馬田武夫氏日本辯護協會錄事第二四八號大
 五頁)會社取締役ノ無形偽造ト判決理由(要領)

【參照判例】

文書偽造罪ノ成立スルニハ偽造文書ヲ真正ノモノトシテ他人ニ對シ行使スルノ目的ヲ以テ偽造シタルコトヲ要スルモノナレハ
 假令文書ヲ偽造シタリトスルモ其目的ニシテ偽造者間ニ於テノミ之ヲ使用センカ爲メニ外ナラサルトキハ文書偽造罪ハ成立ス
 ヘキモノニアラス大審院大正六年(九)三一三四號七年一月二四日判決本書第七卷刑解五頁

故ニ文書偽造ノ行使ヲ刑法第一五九條第一項ニ同擬スルニハ判文中犯人カ他人ニ對シ行使スルノ目的ヲ以テ文書ヲ偽造シタルコトヲ認識スルニ足ルヘキ事實理由ノ明示ナカルヘカラス從テ他人ニ對シ偽造文書ヲ行使スルノ目的ニ出テシモノナルヤ否ヤ詳カナラサル判決ハ理由不備ノ不法アリトス(同上)

本來會社ノ取締役カ自己若クハ第三者ノ爲メニスルニアラスシテ專ラ會社ノ爲メ會社名義ノ虛偽文書ヲ作成シタル場合ハ法律上處罰セラレサル無形偽造ナリト爲出テサル所ナリ而シテ論者ハ此場合ハ法律上處罰セラレサル無形偽造ナリト爲ス者ナリ日本辯護士協會錄事第二四七號本書第八卷刑法三六六頁詳言スレハ論者ハ會社取締役カ會社ノ利益ヲ測ル目的ヲ以テ内容虛偽ノ文書ヲ作成スルモ是レ其權限内ノ行爲ナルカ故ニ有形偽造ノ觀念ヲ容レスシテ無形偽造ナリ而モ一私人ノ無形偽造ハ處罰セラレサルカ故ニ罪ト爲ラス刑責ヲ負擔スルカ爲メニハ正ニ自己又ハ第三者ノ利益ヲ圖リ又ハ會社ニ損害ヲ與フル事實無カル可ラスト爲スナリ此前提論ニ從ヘハ右ノ論旨ハ理論當然ノ歸結ニシテ素ヨリ正解ナリト謂ハサルヘカラス蓋シ有罪ノ言渡ニ對シテハ罪ト爲ルヘキ事實ヲ明示シテ法律ヲ適用スルヲ要スル所ニシテ其自己又ハ第三者ノ爲メノ圖利又ハ會社ニ損害ヲ與フルノ事實ハ即チ罪ト爲ルヘキ事實ニ該レハナリ然リト雖モ吾人ハ不正ニ文書ヲ作成スルカ如キハ假令取締役カ會社ノ爲メニ爲シタルモノトハ謂ヒ其權限内ノ行爲ナリト言フ能ハサルカ故ニ他人名義ノ有形偽造ナリ從テ斯ル事實ノ判旨ヲ要セストノ歸結ヲ生スルナリ

二〇三 刑ノ言渡ヲ爲スニハ罪トナルヘキ事實及ヒ證據ニ依リテ之ヲ認メタル理由ヲ明示シ且法律ヲ適用シ其理由ヲ附スヘシ

無罪又ニ免訴ノ言渡ヲ爲スニ付テモ其理由ヲ明示スヘシ

刑法施行法一九 他ノ法律ニ定メタル主刑ハ第二條ノ例ニ準シ刑法ノ刑ニ對照シテ之ヲ刑法ノ刑名ニ變更ス但單ニ禁錮トアルハ之ヲ有期ノ懲役又ハ禁錮ニ變更ス

他ノ法律ノ規定中制奪公權停止公權監視及ヒ附加ノ罰金ニ處ス可キ旨ヲ定メタルモノハ之ヲ廢止ス

同二〇 他ノ法律ニ定メタル刑ニ付テハ其期間又ハ金額ヲ變更セズ但他ノ法律中特ニ期間又ハ金額ヲ定メタル刑ニ付テハ仍ホ舊刑法總則中間又ハ金額ニ關スル規定ニ從フ

森林法八三 森林ニ於テ其ノ產物ヲ劫取シタルモノハ森林劫盜トシ三年以下ノ重禁錮又ハ贓額以上贓額二倍以下ノ罰金ニ處ス其產物ニシテ人工ヲ加ヘタルモノニ係ルトキ亦同シ

刑法施行法第二〇條ノ規定ノ如キハ刑ヲ適用スルニ際リ實際上之ヲ遵守スルヲ以テ足ルモノニシテ必スシモ判文上之ヲ明示スルヲ要スルモノニアラス

【上告理由】 第一審判決ハ「法律ニ照スニ被告ノ右所爲ハ森林法第八三條刑法施行法第一九條ニ該リ云云」ト説明シタルノミニシテ刑法施行法第二〇條ヲ適用セザリシコト寔ニ明カナルニ原判決ハ漫然之ヲ看過シ第一審判決ヲ取消スコトナク控訴ヲ棄却シタルハ不法ナリ

【判決理由】 所論刑法施行法第二〇條ノ規定ノ如キハ刑ヲ適用スルニ際リ實際上之ヲ遵守スルヲ以テ足ルモノニシテ必スシモ判文上之レヲ明示スルヲ要スルモノニアラス而シテ第一審判決ニ於テハ此規定ヲ遵守シタルモ單ニ判文上之ヲ明示セザリシニ過キサルモノト解シ得ルカ故ニ原判決ト趣旨ヲ異ニスルモノニ非ス從テ原判決力之ヲ是認シタルハ不法ニアラス(大審院大正八年(九)第二七七六條同九年一月三十一日刑三部欄橋裁判長堀藤波泉二横村各判事判決)

【關係事項】 上告棄却○原審秋田地方裁判所○森林劫盜被告事件○被告人藤原政五郎辯護人中西徳五郎

二六一第二項 控訴ノ理由アリトスルトキハ原判決ヲ取消シ更ニ判決ヲ爲スコシ
 刑法三八第二項 罪本重カル可クシテ犯罪ノ重キヲ知ラサル者ハ其重キニ從テ處斷スルコトヲ得ス
 同二五四 遺失物漂流物其他占有ナシタル他人ノ物ヲ横領シタル者ハ一年以下ノ懲役又ハ百圓以下ノ罰金若クハ
 科料ニ處ス

第一審判決ニ於テ被告カ他人ノ停車場構内待合室ニ差置キタル物品ヲ遺失物ナ
 リト誤信シ密ニ之ヲ同驛小荷物取扱所内ニ持込ミテ藏置シ之ヲ横領シタルハ竊
 盜罪ヲ以テ問提スヘキモノナルモ犯時物件カ猶ホ所有者ノ占有中ニ在ルコトヲ
 知ラザリシモノナルヲ以テ刑法第三八條第二項ニ依リ同法第二五四條ノ刑ヲ科
 スヘキモノト爲シタルニ對シ控訴審カ被告ノ所爲ヲ以テ單ニ遺失物ヲ横領シタ
 ルモノト認メ同法第二五四條ニ依リ處斷スル場合ニ於テハ刑事訴訟法第二六一
 條第二項ニ依リ第一審判決ヲ取消シ更ニ相當ノ裁判ヲ爲スヘキモノトス

仍テ第一審判決ヲ査スルニ其認定シタル事實ノ要旨ハ被告ハ坂本慶次郎カ富山驛三
 等待合室ニ差置キタル衣服等九點在中ノ合羽包一個ヲ遺失物ナリト誤信シ密ニ之ヲ
 同驛小荷物取扱所内ニ持込ミテ藏置シ之ヲ横領シタルト云フニ在リテ其所爲ハ竊盜
 罪ヲ以テ問提スヘキモノナルモ犯時物件カ猶ホ所有者ノ占有中ニ在ルコトヲ知ラザリ
 シモノナルヲ以テ刑法第三八條第二項ニ依リ同法第二五四條ノ刑ヲ科スヘキモノト判
 定シタルモノナルコト明ナリ故ニ被告ノ所爲ヲ以テ單ニ遺失物ヲ横領シタルモノト
 認メ同法第二五四條ニ依リ處斷シタル原判決トハ事實ノ認定及ヒ法律ノ適用ニ關シ重
 要ナル點ニ於テ其趣旨ヲ異ニスルヲ以テ原判決ニ於テハ須ラテ刑事訴訟法第二六一條
 第二項ニ則リ第一審判決ヲ取消シ更ニ相當ノ判決ヲ爲スヘキニ事致シ出テザリシハ

新律條ノ違法アルモノニシテ論旨ハ理由アリ(大審院大正九年(九)第二一六號同年三月二十九日刑
 二部裁判長鶴見堀田相原中尾各判事判決)

【關係事項】

破毀自判○原審富山地方裁判所○遺失物横領被告事件○被告人松岡定太郎辯護中村人丁監

一三

辯護人カ裁判ノ公廷ニ於テ爲シタル證人訊問ノ申請ハ縱令裁判所ノ構成ニ變更
 ヲ生スルモ依然其效力ヲ保有スルモノニシテ證人申請ニ對スル決定ハ口頭辯論
 ニ基クコトヲ要セザルモノナレハ裁判所ノ構成ニ變更ヲ生シタル爲メ審理ヲ更
 新シタル場合ニ於テモ裁判所ハ必スシモ該申請ニ關スル口頭辯論ヲ聽クノ要ナ
 ク直ニ許否決定ヲ爲スコトヲ得ルモノトス

辯護人カ裁判所ノ公廷ニ於テ爲シタル證人訊問ノ申請ハ口頭辯論ニ變更
 ヲ生スルモ依然其效力ヲ保有スルモノニシテ證人申請ニ對スル決定ハ口頭辯論ニ
 基クコトヲ要スルモノニアラザレハ裁判所ノ構成ニ變更ヲ生シタル爲メ審理ヲ更新
 シタル場合ニ於テモ裁判所ハ必スシモ該申請ニ關スル口頭辯論ヲ聽クノ要ナク直ニ
 許否ノ決定ヲ爲シ得ルモノトス(大審院大正九年(九)第二五號同年三月十七日刑三部裁判長堀田相原中尾
 村各判事判決)

【關係事項】

上告棄却原審大阪控訴院○住居侵入殺人未遂被告事件○被告人笠原拾吉辯護人長谷川太一郎同井上保男

一四

二〇一 被告人有罪ト爲リタルトキハ裁判所ノ職權ヲ以テ公訴ニ關スル訴訟費用ノ全部又ハ一分ヲ負擔ス可キ旨
 ヲ爲スコシ
 冤罪又ハ無罪ノ旨渡アリタル場合ニ於テ公訴ニ關スル訴訟費用ハ國庫之ヲ負擔ス

官 官
裁 裁
判 判
所 所
地 地
方 方

私訴ニ關スル訴訟費用ノ負擔ハ民事訴訟法ノ規定ニ從フ
三〇三 刑ノ言渡ヲ爲スニハ罪トナルヘキ事實及ヒ證據ニ依リテ之ヲ認メタル理由ヲ明示シ且法律ヲ適用シ其理由
ヲ付ス可シ
無罪又ハ免訴ノ言渡ヲ爲スニ付テモ亦其理由ヲ明示スヘシ
二二四 犯罪ノ證據十分ナラス又ハ被告事件罪トナラサルトキハ判決ヲ以テ無罪ノ言渡ヲ爲シ又第六十五條第三
號以下ノ場合ニ於テハ刑法ヲ以テ言渡ヲ爲ス可シ
三五〇 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本案ノ判決及ヒ第八十七條ニ規定シタル本案前
ノ判決ニ對シ之ヲ爲スコトヲ得
二五九 控訴ノ相手方ハ其判決アルマテ附帶控訴ヲ爲スコトヲ得
控訴裁判所ノ檢事モ亦附帶控訴ヲ爲スコトヲ得
二六一 控訴裁判所ニ於テハ控訴ノ理由ヲ示ストキハ判決ヲ以テ控訴ヲ棄却ス可シ
控訴ノ理由アリトスルトキハ原判決ヲ取消シ更ニ判決ヲ爲スコトヲ得
刑法四五 確定判決ヲ經サル數罪ヲ併合罪トス若シ或罪ニ付キ確定裁判アリタルトキハ止テ其罪ト其裁判所確定前
ニ犯シタル罪トヲ併合罪トス
同四七 併合罪中ニ二個以上ノ有期懲役又ハ禁錮ニ處ス可キ罪アルトキハ其最重キ罪ニ付キ定メタル刑ノ長期ニ
其中數ヲ加ヘタルモノナリテ長期トス但各罪ニ付キ定メタル刑ノ長期ヲ合算シタルモノニ越スルコトヲ得ス
同五五 連續シタル數個ノ行為ニシテ同一ノ罪名ニ解ルルトキハ一罪トシテ之ヲ處斷ス
同四六第一項 人ヲ欺罔シテ財物ヲ騙取シタル者ハ十年以下ノ懲役ニ處ス
刑法施行法六一 贓物犯人ノ手ニ在ルトキハ被害者ノ請求ナシト雖モ之ヲ返付スル言渡ヲ爲スコトヲ得

公判請求書ニ採用セラレタル司法警察官意見書ニハ三個ノ事實ヲ他ノ詐欺事實
ト並記シタルニ止マリ連續犯ノ關係ニアルモノナルコトヲ示サス又公判請求書
ニ於テモ特ニ該三個ノ事實ヲ他ノ詐欺事實ト連續犯ノ關係ニアルモノトシテ訴
追スルノ意思表示ヲ爲シタリト見ルヘキモノナキヲ以テ公判裁判所ハ公訴ヲ受
クタル事實全部ニ亘リ審理ヲ行ヒタル上右三個ノ事實ヲ罪トシテ認ムルニ足ル
ノ證據十分ナラスト認メタルニ於テハ證據十分ナル他ノ事實ニ付キ刑ノ言渡ヲ

爲スト同時ニ右三個ノ事實ニ付キ無罪ノ言渡ヲ爲スニ拘ラス證據十分ナル事實
ニ付キ刑ノ言渡ヲ爲シタルニ止マリシハ明ニ起訴並ニ審理ノ目的ト爲リタル事
實ニ對スル裁判ヲ脱漏シタルモノニシテ刑事訴訟ニ關スル重要ナル審理手續ニ
違反シタルモノトス
控訴並ニ附帶控訴ノ目的ト爲ルヘキモノハ一審裁判所ノ判決即チ主文及ヒ其主
文ヲ維持抽出スルノ事實ニ限ルモノナルコトハ法ノ規定ニ徴スルモ亦之ヲ條理
ニ照スモ固ヨリ當然ノ事ニ屬スルカ故ニ一審裁判所ニ於テ裁判ヲ脱漏シタル事
實ニ付テハ控訴書ハ之ニ對シテ審理ヲ行フニ由タク從テ又此事實ニ付キ裁判ヲ
爲スコト能ハサルモノトス

〔理由〕 第一被告ハ大正五年十一月二四日宮崎縣南郡那珂郡那珂町大字本町藤田與三
郎方ニ對リ同人ニ對シ内實自己ニ於テ實得金ヲ使用セントノ考ヲ有シ誠實ニ同人ノ
爲メニ小賣シ遺ハスノ意思ナキニ拘ハラス之アルカ如ク推考ナ小賣セシメ與レ
ト申込ミ因テ同人ヲシテ買取セシメ即時同人ヨリ權率三貫二百一十一匁ヲ自己ニ交付
セシメ之ヲ騙取シ第二大正八年十二月四日午前三時頃同町瀨田尾坂本忠平方ニ於テ
同人ノ娘カヨニ對シ忠本リヨ狸皮一枚ヲ代價八圓五十錢ニテ買受ケタル旨詐言ヲ構
ヘテ其ノ交付ヲ求メ因テカヨヲシテ忠平被告間ニ眞實狸皮ノ賣買契約成立シ居ルモ
ノト誤信セシメ即時忠平所有ノ狸皮一枚ヲ交付セシメテ之ヲ騙取シ第三右同時頃同
所ニ於テカヨニ對シ時限迄ニ誠實ニ履行スルノ意思ナクシテ同日午前八時迄ニハ
必ス返済スル旨詐言ヲ極ヘテ金五圓ノ借用ヲ申込ミ因テ同人ヲシテ被告ノ旨ヲ眞實
ナリト誤信セシメ即時金五圓ヲ交付セシメテ之ヲ騙取シ第四同年十一月二十六日午

前九時頃同町大字今町同高利作方ニ到リ同人ニ對シ代金ハ同月二十八日更ニ難四斗
 ヲ買受タルニ付之ト同時ニ支拂フヘシト詐言ヲ構ヘ難二斗ヲ買入ノ申込ヲ爲シ因ツ
 同入ヲシテ被告ノ旨ヲ眞實ナリト誤信セシメ即時難二斗ヲ交付セシメテ之ヲ騙取
 シタルモノナリ(證據省略)法律ニ照スニ右被告ノ行爲ハ各刑法第二百四十六條第一項
 ニ該當シ且併合罪ナルヲ同法第四十五條第四十七條第十條ニ依リ重キ第一ノ罪ノ刑
 ニ法定ノ加重ヲ爲シ其刑期範圍内ニ於テ被告ヲ懲役八月ニ處シ押收物件ハ被告ノ手
 裡ニ存スル贓物ナルヲ以テ刑法施行法第六十一條ニ依リ被告ニ負擔セシムヘキモノトス
 ハ其法律理由ノ部ニ於テ(一)被告カ大正五年九月十四日頃南那珂郡飯田町大字楠原
 加藤久馬ヲ欺キ中肉十斤ヲ騙取シ(二)被告カ同日頃同所甲斐重四郎ヲ欺キ黒砂糖五斤
 ヲ騙取シ(三)被告カ大正五年正月十六日頃同郡香田村大字腰登荷馬車山崎平吉ヲ欺キ
 馬車賃四圓ニ相當スル不正ノ利益ヲ得タリト點ニ付テハ犯罪ノ證據十分ナルス
 此點ニ付テハ刑事訴訟法第二百二十四條ニ則リ無罪トスト說明シ乍ラ主文ニ於テ
 ハ全然此點ニ於テ刑罰ヲ課スルニ當リテ原審檢事事務取扱ノ公判請求書(第一〇七丁)
 ニ採用セラレタル司法警察官意見書(第五八丁乃至六〇丁)ニハ右(一)乃至(三)ノ事實ヲ他
 ノ詐欺事實ト記載シタルニ止マリ連續犯ノ關係ニアルモノナルコトヲ示サス又公判
 請求書ニ於テモ特ニ該三ノ事實ヲ他ノ詐欺事實ト連續犯ノ關係ニアルモノトシテ
 訴追スルノ意思ヲ示シタル見ルヘキ者ナキヲ以テ原審ハ公訴ヲ受ケタル事實
 全部ニ互リ審理ヲ行ヒタル上右三ノ事實ヲ罪トシテ認ムルニ足ルノ證據十分ナル
 スト認メタルニ於テハ證據十分ナル他ノ事實ニ付テハ刑罰ノ官渡ヲ爲スト同時ニ右三
 事實ニ付テハ無罪ノ官渡ヲ爲スニ拘ハラズ證據十分ナル事實ニ付テハ刑罰ノ官渡ヲ爲
 ルニ止マリシハ明カニ起訴並ニ審理ノ目的ト爲リタル事實ニ關スル裁判ヲ脫漏シタ
 ルモノニシテ刑事訴訟ニ關スル重要ナル審理手續ニ違背シタルモノナルコトハ勿論
 ナリ從テ控訴ヲ受ケタルニ審判ハ右ノ三ノ事實ニ關シテモ審理ヲ行ヒタル上ニ

原判決ヲ取消シ更ニ適正ナル裁判ヲ爲スヘキニ似タリト雖モ然レトモ控訴並ニ附帶
 控訴ノ目的ト爲ルヘキモノハ一審裁判所ノ判決即チ主文及ヒ其主文ヲ維持抽出スル
 ノ事實ニ限ルモノナル事ハ法ノ規定ニ徴スルモ亦之ヲ條理ニ照スモ固ヨリ當然ノ事
 ニ屬スルカ故ニ一審裁判所ニ於テ裁判ヲ脫漏シタル事實ニ付テハ控訴審ハ之ニ對シ
 テ審理ヲ行フニ由テ又此事實ニ付テハ裁判ヲ爲スコト能ハサルナリ乃チ一審裁
 判所ニ於テ裁判ヲ脫漏シタル事實ハ全ク控訴審ニ於ケル審理裁判ノ目的範圍ノ外ニ
 置カルモノト云フヘキナリ或ハ民事訴訟手續ニ於テ裁判脫漏ノ場合ニ於ケル救濟
 規定ヲ設ケアルニ拘ハラズ刑事訴訟手續ニ於テ此規定ナキヲ根據トシテ刑事訴訟手
 續ニ於テハ裁判ノ脫漏ヲ認メテ從テ事實裁判ヲ脫漏シタル場合ニ於テモ控訴審ハ起
 訴ニ係ル事實全體ヲ以テ審理裁判ノ目的ト爲シ得ヘキモノナリト説クモノアランモ
 一ニ特別ナル明文ヲ設ケ他ニ何等ノ規定ヲ有セサルハ訴訟手續ノ根本義ヲ異ニスル
 ヲリ生レタル自然ノ結果ニシテ毫モ異トスルニ足ラス即チ民事訴訟手續ハ當事者ノ
 處分權主義ヲ骨髄トスルカ故ニ増加裁判ハ當事者ノ申立ニ依リテノミ之ヲ爲シ得ヘ
 ク裁判所ノ職權ヲ以テ之ヲ爲スナリト示ササルコトヲ示サンカ爲メニ特ニ其規定ヲ設
 ル必要ニ出テタルモノナル刑事訴訟手續ニ付テハ職權主義ヲ原則トスルカ故ニ過
 職權ヲ以テ追加裁判ヲ爲スコトニ付テハ規定ヲ設ケルノ要ヲ見サリシカ故ニ過キ
 ス從テ刑事訴訟法ニ明文ヲシトノ理由ヲ以テ追加裁判ヲ爲スコトヲ許ササルモノト
 解シ惹テ控訴ノ本來ノ性質ニ特例ヲ開カントスルカ如キハ誤レリ又公訴不受理ノ判
 決ニ對スル控訴ヲ受ケタル場合一審裁判所カ未ダ審理判決ヲ與ヘタルコトナキ事實
 ニ對シテモ二審裁判所カ審理判決ヲ爲スコトヲ得ヘキ理由ヲ授用シ來リ本件ノ如キ
 場合アリテモ二審裁判所ハ裁判ヲ脫漏シタル事實ヲモ審理裁判ノ目的ト爲シ得ヘキ
 モノニ非サトノ疑ヲ惹起スルモノアランモ疑フニ足ラス蓋シ公訴不受理ノ判決ハ
 事實全體ニ關スルモノニシテ固ヨリ本件ト其軌ヲ一ニスルモノニアラザレハナリ以
 上ノ理由ニ依リ原審裁判所審理ノ上ニ存スル重要ナル手續ノ違背ハ以テ原判決ヲ取

【關係事項】

控訴棄却○原審既犯區○詐欺被告事件○被告人安浦銀七

消スヘキ理由ト爲スニ足ラス從テ事實上ノ認定法律ノ適用期間刑罰等執レモ當審判
決ト其趣旨ヲ同シクシ原判決ハ相當ナルヲ以テ被告ノ控訴並ニ檢事ノ附帶控訴ハ執
レモ理由ナシ仍テ刑訴訴訟法第二百六十一條第一項ニ因リ主文ヲ判決ヲ爲ス(宮崎地方
大正九年二月九日刑部江川裁判所木村大野各判事判決法律新聞第一六七五號一五頁)

一五

二〇三第一項 刑ノ官渡ヲ爲スニハ罪トナルヘキ事實及ヒ證據ニ依リテ之ヲ認定メタル理由ヲ明示シ且法律ヲ適用シ
其理由ヲ付スヘシ

事實承審官力數多ノ證據ヲ綜合シテ一定ノ事實ヲ認定スルニ當リ其證據ヲ綜合
シテ其事實ヲ認定シ得ルモノナルトキハ其認定ハ事實承審官ノ職權ニ屬スルモ
ノナルモ其證據ヲ綜合シ到底其事實ヲ認定シ得ヘカラサルトキハ其認定ハ結局
證據ニ基カサル不法ノ認定ニ屬スルモノト謂ハサルヘカラス

仍テ按スルニ事實承審官力數多ノ證據ヲ綜合シテ一定ノ事實ヲ認定スルニ當リ其證
據ヲ綜合シテ其事實ヲ認定シ得ルモノナルトキハ其認定ハ事實承審官ノ職權ニ屬ス
ルモノナルモ其證據ヲ綜合シ到底其事實ヲ認定シ得ヘカラサルトキハ其認定ハ結局
證據ニ基カサル不法ノ認定ニ屬スルモノト謂ハサルヘカラス原審
ハ被告ニ對シ第一被告ニ對シ第一被告ハ慶尙北道尙州郡沙伐面德潭里ノ康炳益ヨリ
壹圓貳拾錢ヲ借受ケ居リシカ大正八年一月貳拾八日ノ夜陰十二月二十七日同方
至リ辨濟ヲ延期シ且八拾錢ノ増借ヲ請求シタルモ同人ハ之ニ應セザリシヨリ更ニ同
里朴道哲方ニ至リ同人ニ對シ貳圓ノ借用ヲ申込ミタルモ是レ亦拒絕セラレタルニ同
々同道同慶尙郡永順面末應里ノ陶現植カ尙州邑内ニ至リ吠ヲ賣却シ母ノ住所タル尙

卅郡沙伐玉盤下里ニ歸ラントシテ朴直哲方ニ立寄リタルニ邂逅シ陶現植ヨリ同行セ
ンコトヲ求メラレ被告ハ之ヲ承諾シ共成道哲方ヲ殺シ置下里ヲ經テ被告居所ノ住居
地ニ歸ラントシテ步行中前示ノ如ク金錢ニ困窮ノ餘惡意ヲ生シ陶現植ヲ殺害シテ同
人所持ノ金錢ヲ奪取センコトヲ企圖シ置下里牛現谷ノ途上ニ於テ小刀ヲ使用シテ陶
現植ノ顔面及ヒ頸部ニ斬リ付ケ數多ノ創傷ヲ加ヘ殊ニ左耳前ヨリ内下方ニ走り口角
ノ外方ヲ過キテ頸ニ至リテ停止スル切創動靜脈ヲ切斷シ之カ爲メ同人ハ亞貳拾九日
ノ朝ニ至ル迄ノ間ニ於テ死亡スルニ至リタルカ所持ノ金錢ヲカカリシ爲メ被告ハ金錢
奪取ノ目的ヲ達セザリシ事實第貳層歐逸反ノ事實ヲ認定シタルモノナル處右第一事
實認定ノ資料トシテ原判決ニハ一體人康炳益ニ對スル豫審圖書中大正七年陰拾貳月
貳拾七日黃昏未哲方自分方ヨリ自分が同人ニ貸與セル壹圓貳拾錢ノ債務ニ付辨濟
ノ猶豫ヲ求メタル上尙八拾錢ノ貸與ヲ求メタルモ自分ハ之ヲ拒絕シ壹圓貳拾錢ノ辨
濟方ヲ請求シタルニ同人ハ朴道哲方ニ對シ保證セシムルニ依リ同家迄同道シ吳レヨト
云フニ依リ自宅ニ於テ同人ト共ニ夕食ヲ爲シ皮他官ナル者ト參名同道ニテ朴道方ニ
行キタルモ道哲ハ遂ニ保證ヲ爲ササルニ其際道哲方ニ支被ヲ二個背負ヒテ入り來リ
タル者アリ金宗誓ハ其男ト挨拶ヲ爲シ居リタルカ其者ハ沙伐面「スツクン」(置下里)ノ
主事ノ子ナリト語リ尙其日ハ尙卅市場ニ吠ヲ賣リニ行キ其ノ歸途ナルカ平素ハ人夫
ニ吠ヲ負ハシメ行キタルモ今日ハ自分カ持參シタル爲メ甚シク疲勞シタリ夜中ナレ
ハスツクン迄同道シ吳レヨ而シテ自宅ニ立寄り食事ヲ爲ストモ隨意ニセラレテ梅湖
里迄歸宅セラレテハ如何ト言ヒタルニ宗誓ハ是非同道シテ歸宅セント語リ居タリ其
レヨリ自分宗誓現植他官ノ四名ハ同時ニ道哲方ヲ出テ自分ト他官トハ其門前ニテ
哲現植ニ別レテ歸宅シ宗誓現植事同道シテ同所ヲ立去リタル故同人等ハ同道シテ置
下里ニ赴キ同所ヨリ宗誓ハ梅湖里ニ歸宅シタルモノト思ヒ居レリ大正八年陰正月七
日朝宗誓ノ從兄弟ナル金漢道カ自分方ニ來リ朴道哲方迄來リ吳レト云フニ依リ同人
方ニ行キタル所宗誓カ來リ自分ニ對シ昨日自分ハ憲兵ヨリ陶現植ノ殺害ノ嫌疑者ト

レテ逮捕セラレタルモ昨日逃走シタルカ陰拾貳月貳拾七日ノ夜自分ハ汝等ト共ニ道
 哲方ヲ立出テ自分ト他トハ道哲方裏ノ井戸ノ所ニテ話ヲ爲シタル爲メ現值ハ一人
 ニテ最下里ニ歸リ自分ト同道シタルコトヲ知レテ重兵カ訊ネタル時ニハ申立テ吳レ
 ト依願セラレタルモ前述ノ如ク四人同時ニ同家ヲ立出テ宗哲ト現值トハ同道シ自
 分ト他官トハ反對ノ方向ニ行キ宗哲ト談話ヲ爲シタルコトヲ以テ左様ナル虚偽
 ノコトヲ憲兵ニ告ケタル事ニハ行カヌト云ヒテ宗哲ノ依頼ヲ斷リタル旨ノ供述記載一證
 人皮他家ニ對スル同調書中宗哲ハ大正七年陰拾貳月貳拾九日自分ノ一室ニ住居ス
 ル康炳益ノ許ニ來リ金ヲ貸セヨト云ヒタル所炳益ハ前ノ貸金ヲ支拂ハサルニ依リ貸
 スコト能ハサル旨云ヒ居リタリ同月夕方自分炳益宗哲ノ參名ハ朴哲方ニ行キタルニ
 氏名不詳ノ男カ支絨二個ヲ背負ヒ同人方ニ入り自分等ト對面シタルカ其際宗哲ハ其
 者ニ對シ何レヨリ來リタルヤト尋ネタルニ其者ハ自分ハ最下里ノ主関事ノ子ナリ今
 日ハ尙州市場ニ臥テ賣リニ行キ其歸途ナル旨語リタルニ被告ハ自分ハ梅湖里ノ金宗
 哲ナリト云ヒタル所其男ハ然ラハ「スツクン」(最下里)ニ歸ル善キ道連レナル故同道レテ
 自分方ニ行キ食事ヲ爲ストモ宿泊スルトモ又ハ其借歸宅スルトモ隨意ニセラレテハ
 如何ト云ヒタルニ宗哲ハ是非同道セント語リタリ自分等四名ハ同時ニ道哲方ヲ出テ
 門前ニテ自分炳益トハ宗哲ト現值トニ別レタルヲ以テ同人等ハ同道レテ歸宅シ
 タルモノト考テ又道哲方ヲ立出テタル後炳益ト宗哲トカ同人方ノ裏ニ行キ話ヲ爲シ
 タルカ如キコトハ決シテ無キ旨ノ供述記載一證人朴道哲ニ對スル同調書中大正七年
 陰拾貳月拾七日ノ夕方康炳及他官カ被告金宗哲ト同道レ私方ニ來リ其レト同時ニ
 現值モ來リタリ被告ハ會テ康炳益ニ貳圓ノ借用金アリシ趣ニテ私ニ對シ其支拂ヲ一
 時引受ケ吳レト申レタルモ私ハ之ニ應セズ被告ハ更ニ私ニ對シ貳圓ヲ貸與シ吳レト
 申シタルモ是亦應セザリシカ被告ハ當時金員ノ必要ニ迫リ居リタル様子ナリ被告
 ト同トノ話中同ハ本日尙州市ニ臥賣リニ行キ其歸途ナルカ非常ニ疲勞シタリト話レ
 居リタリ其際被告カ梅湖里ニ歸ルト云ヒタルニ同ハ自分ハ「スツクン」(最下里)ニ歸ルモ

ノナレハ道路トシテハ最下里ヲ通過スル道ト最下里ニ通過スル道ト二道アリ及梅
 湖里ノ住民ハ常ニ最下里ヲ往復セリ其レハ最下里ノ方道カ良キ故ナル旨ノ供述記載
 一證人鄭振ニ對スル同調書中自分ハ現值ノ妻ナリ夫ハ大正七年陰拾貳月貳拾七日
 朝尙市邑内ニ臥賣リノ爲メ兄弟等ト共ニ行キタリ夫ハ貳拾七日ノ夜歸宅ノ途中尙市
 郡沙伐爾最下里ノ山路ニテ殺害セラレタリ夫ハ今ニ至ルマテ他人ヨリ絶テ受ケルカ
 如キコトナキ旨ノ供述記載一證人閔池植ニ對スル同調書中自分ハ現值ノ兄ナリ大
 正七年陰拾貳月貳拾七日尙市邑内ノ市日ニ親ナ賣リニ行キタルニ兄閔光弟現值及
 閔富實カ臥テ賣リニ來リ居リシヲ以テ自分ハ同日晝頃現值富實ト共ニ食事ヲ爲シ同
 所ノ旅人宿金敬執方ニ支絨ヲ預ケ自分富實トハ買物ニ出テ現值ハ宿ニ殘リタル日
 暮頃ニ立歸リタルニ現值ハ不在ナルヲ以テ宿ノ者ニ尋ネタルニ先刻閔富實ノ支絨ト
 合セテ二個ヲ背負ヒ歸宅シタリトコトナリ自分ハ閔富實ト共ニ歸途ニ就キ途中
 支絨二個ヲ負ヒタル人ヲ見サルヤト會フ人毎ニ尋ネタルモ見當ラズトノ事ナリシ故
 現值ハ途中親族ノ家ニ泊リシモノト考ヘ居リタルニ翌貳拾八日晝頃居羽李北村ヨリ
 最下里牛泥谷ノ路傍ニ支絨二個ヲ負ヒタルモノカ殺害セラレ居ルトノ風評ヲ聞キ直
 チニ現場ニ行キ見タルニ果シテ現值ナリシ現值カ臥テ賣リタル代金ハ絶テ兄光植カ
 リ所持シ居リ現值ハ一區モ所持シ居ラザリシ現值ハ光植ト不知ノ間柄ニ非ヌ又他人ヨ
 リ絶テ受ケタル如キコトナキ旨ノ供述記載一證人鄭振ニ對スル同調書中自分ハ現
 值記載一證人鄭振同曹主一同曹李煥ニ對スル同調書中自分等ノ梅湖里ノ者ナルカ
 梅湖里ヨリ鄭振里ニ行クニハ最下里ヲ通過スル道ト最上里ヲ通過スル道トノ二道ア
 ルカ自分等ハ常ニ最下里ヲ通過スル道ヲ往復セリ梅湖里ノ住民ハ大部分自分等ト同
 様ナル旨ノ供述記載一證人鄭振同曹主一同曹李煥ニ對スル同調書中慶尙北道南州郡沙伐爾
 道哲ノ住居セル家屋ノ存在シタル個所ハ尙市憲兵兵隊ヲ去ル東方約二里ノ所ニシテ
 尙市邑内ニ通スル街道ノ路傍ナリ同所ヨリ梅湖里ニ向ヒ行クコト拾五町ニシテ道ハ
 左右ニ分レ右方ハ最下里ヲ經テ梅湖里ニ通スル道路ニシテ左方ハ最下里ヲ經テ梅湖

里ニ通スル道路ナリ右道ハ通過スルモ左道ヲ通過スルモ被告方ニ至ル道程ハ距離ニ於テ差異ナキノミナラス道路ノ良否モ同様ナル旨ノ記載一醫師會田源吾ノ死體檢案書中現狀ノ死體ヲ檢スルニ第一左耳前ヨリ内下方ニ走リ口角ノ外方ヲ過キテ下部ニ至リテ停止スルノ切創アリ長サ九〇仙耗上部ハ僅カニ皮膚ヲ切ルニ過キサルモ切リ外頸動脈ヲ切斷ス其他面部頸部ニ拾數個ノ創傷ヲ認ム之ニ使用シタル兇器ハ尖ヲ端存スル刃器ニシテ其幅ハ多クモ參〇仙迄前後ノモノニシテ其厚サハ薄ク長サハ凡ソ其幅ノ三分乃至四倍前後ノモノニシテ稍利刀ヲ有スルモノナルヘシ致命傷ト認ムヘキモノハ第一創ニ來リタル所ノ外頸動脈切斷ニシテ之ヨリ來ル動脈出血力全身ノ貧血ヲ起シ致死シタルモノト認ムル旨ノ記載ノ各證據ヲ舉示シタルモ右各證據ハ如何ニ之ヲ綜合考覈スルモ到底原判示ノ如ク被告カ財物奪取ノ目的ヲ以テ現狀檢ハ殺害シタル事實ヲ認定スルニ足ラサルモノナルコトハ論ニ所論ノ如クニシテ原判決ハ結局證據ニ基カスレテ事實ヲ認定シタル不法アルモノナルコト冒頭説示ノ理由ニ徴シ明カナレハ本論旨ハ何レモ理由アリ由テ判決ハ破毀ヲ免レサルモノ也(朝鮮高等法院大正八年(刑)上第一〇〇七號同年一月二七日渡邊裁判長石川橫田水野原各判事判決法律新聞第一六四一號一四頁)

【關係事項】

破毀移送○原審大邱覆審法院強盜殺人及屠獸規則違反被告事件○被告人金宗哲

(一六)

二三三 刑ノ旨渡ヲ爲スニハ罪ト爲ルヘキ事實及證據ニ依リテ之ヲ認メタル理由ヲ明示シ且法律ヲ適用シ其理由ヲ付スヘシ

無罪又ハ免罪ノ旨渡ヲ爲スニ付テモ亦其理由ヲ明示スヘシ
 刑法二五二第一項 自己ノ占有スル他人ノ物ヲ横領シタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處ス
 民法二七六第一項 停止條件付法律行為ハ條件成就ノ時ヨリ其效力ヲ生ス
 同二七六 物權ノ設定及移轉ハ當事者ノ意思表示ノミニヨリテ其效力ヲ生ス

取立ノ目的ヲ以テ債權ノ讓渡ヲ受ケタル者カ其債權ニ關シ強制執行保全ノ爲メ

債務者ノ財産ニ對シテ假差押ヲ爲スニ當リ之カ保證金ヲ讓渡人ヨリ預リ裁判所ニ供託シタル後更ニ之カ下付ヲ受ケタル場合ニ於テ假令自己ノ名ヲ以テ保證金ヲ供託シ更ニ自己ノ名ヲ以テ之カ下付ヲ受ケ又其供託シタル金錢ト下付ヲ受ケタル金錢トハ同一物ニアラストスルモ讓受人ニ於テ其下付ヲ受ケル前豫メ其下付金ノ所有權ヲ讓渡人ニ移轉スル物權的意思表示ヲ爲シ置キタル場合ニ於テハ其下付金ノ所有權ハ讓受人ニ於テ其下付ヲ受ケ之カ所有權ヲ取得スルト同時ニ讓受人ヨリ讓渡人ニ移轉スルモノトス

如上ノ場合ニ於テ原裁判所カ該保證金及下付金ハ何レモ讓受人ノ名義ヲ以テ供託シ若クハ下付ヲ受ケタルモノニシテ而モ同一ノ金錢ニアラサル點ノミニ着眼シ讓受人間ニ右下付金ノ所有權ニ關シ所有權移轉ノ物權的意思表示存在シタルヤ否ヤニ付キ何等審判示スル所ナク前記ノ點ノミヲ理由トシテ右下付金ノ所有權ハ讓受人ニ存スト速斷シ讓受人ニ於テ之ヲ費消スルモ横領罪ヲ構成セスト判定シタルハ理由不備ノ違法アルモノトス

案スルニ取立ノ目的ヲ以テ債權ノ讓渡ヲ受ケタル者カ其債權ニ關シ強制執行保全ノ爲メ債務者ノ財産ニ對シテ假差押ヲ爲スニ當リ之カ保證金ヲ讓渡人ヨリ預リ裁判所ニ供託シタル後更ニ之カ下付ヲ受ケタル場合ニ於テタトヒ自己ノ名ヲ以テ保證金ヲ供託シ更ニ自己ノ名ヲ以テ之カ下付ヲ受ケタルトスルモ又其供託シタル金錢ト下付ヲ受ケタル金錢トハ同一物ニアラストスルモ讓受人ニ於テ其下付ヲ受ケル前豫メ其

下付金ノ所有權ヲ讓渡人ニ移轉スル物權の意思表示ヲ爲シ置キタル場合ニ於テハ其下付金ノ所有權ハ讓受人ニ於テ其下付ヲ受ケ之カ所有權ヲ取得スルト同時ニ讓受人ヨリ讓渡人ニ移轉スルコト論テ後タス然ルニ原判決ハ被告カ佐藤清ヨリ同人ノ古賀伊一郎ニ對スル判示債權ヲ取立ノ目的ヲ以テ讓渡ヲ受ケ裁判所ニ供託スヘキ假差押保證金ヲ清ヨリ預リ之ヲ裁判所ニ供託シタル後更ニ之カ下付ヲ受ケタル事實ヲ認メナカラ其保證金及下付金ハ何レモ被告カ自己ノ名義ヲ以テ供託シ若クハ下付ヲ受ケタルモノニシテ而カモ同一ノ金錢ニアラサル點ノミニ着眼シ被告及清間ニ右下付金ノ所有權ニ關シ前陳ノ如キ意思表示存在シタルヤ否ヤニ付キ何等差押判示スル所ナク前記ノ點ノミヲ理由トシテ右下付金ノ所有權ハ被告ニ存スト違斷シ被告ニ於テ之ヲ費消スルモ横領罪ヲ構成セスト判定シタルハ理由不備ノ違法アルモノナリ(大審院大正九年(九)第三二二號同年四月十四日刑三部橫濱裁判長堀藤波泉二橫村各判事判決)

【關係事項】

破毀移送○原審熊本地方裁判所○橫領被告事件○被告人中山房吉 原審檢事正上告

牧野博士

二五九 控訴ノ相手方ハ其判決アルマテ附帶控訴ヲ爲スコトヲ得
 二六〇 控訴裁判所ノ檢事モ亦附帶控訴ヲ爲スコトヲ得
 二六五 被告人辯護人又ハ法律上代理人ノミ控訴ヲ爲シタルトキハ原判決ヲ變更シテ被告人ノ不利益ト爲スコトヲ得
 許サス
 被告人ノ利益ノ爲メ檢事ヨリ控訴ヲ爲シタルトキ亦同レ
 二六七 上告ハ地方裁判所又ハ控訴院ノ第二審ニ於テ爲シタル本案ノ判決及ヒ第一八七條ニ規定シタル本案前ノ判決ニ對シ之ヲ爲スコトヲ得
 二八六 上告ノ理由アリトスルトキハ其上告ニ係ル判決ノ部分ヲ破毀シ其事件ヲ他ノ裁判所ニ移シ言渡ヲ爲スコトヲ得
 但後二條ニ記載シタル場合ハ此限ニ在ラス

被告ノ控訴及ヒ檢事ノ附帶控訴カ共ニ其理由ナシトシテ棄却サレ被告ノミカ上

告ヲ爲シタル結果上告裁判所カ第二審判決ヲ破毀シ事件ヲ新ナル第二審ニ移送シタルトキハ此新ナル第二審ニ於テハ檢事ノ新ナル附帶控訴ナキ限リ事件ハ單ニ被告ノ不服ニ因リテノミ棄續スルカ故ニ裁判所ハ不利益變更ノ禁止ヲ受ケルモノトス

大審院大正七年(九)第三一七八號同年二月一九日刑二部判決本書第七卷刑訴一八三頁

第二審ニ於テ被告ノ控訴ト共ニ檢事ノ附帶控訴モ亦棄却サレタカ被告ノミカ上告ヲシタ結果事件カ破毀移送ヲ受ケタ其ノ二ノ第二審ニ於テハ裁判所ハ第一ノ第二審ニ於ケル附帶控訴カ其效力ヲ存續スルモノトシテ被告ニ對シ利益變更ノ判決ヲシタ然ルニ被告辯護人ハ之ニ對シ上告ヲ爲シ附帶控訴ノ關係ニ於テハ檢事ヨリ上告ナカリシヲ以テ被告ノ第二審判決カ當然確定シ了リタルモノトアルト主張シタカ大審院ハ之ヲ排斥シ一ノ判決カ被告ニ對スル關係ニ於テ上告審ニ繫屬シ檢事ニ對スル關係ニ於テ確定シタト云フカ如キコトハ云ヘヌ此意味ニ於テ私モ亦大審院ノ見解ニ賛成スルシカシ事件ニ對スル解決其者ニ付テハ異見カアル本件ニ於テ檢事ハ附帶控訴ナレバシカシ其ノ附帶控訴ヲ棄却シタ判決ニ對シテ上訴ノ途ヲ探ラナカツタ從テ上告審ニ於テハ不利益變更ノ禁止ヲ受ケテ居タノテアル換言スレバ此ノ意味ニ於テ檢事ハ控訴審判決ノ内容ヲ承認シタコトニナル而シテ上告裁判所ハ被告ノミノ上告ニ基キ第二審判決ヲ破毀シ事件ヲ新ラシキ第二審ニ移送シタノテアルカラ此ノ新ラシキ第二審ニ於テハ檢事ノ不服ニ因リテノミ繫屬シテ居ルコトニナルノテアル裁判所ハ不利益變更ノ禁止ヲ受ケネハナラスト私ハ考ヘル破毀移送ニ依ツテ事件ハ全ク新タニ覆審サルルコトニナル大審院ハ此ノ覆審トイフコトノミヲ前提ニシテ其結論ヲ急キテ居ルケレトモ此ノ場合ニハ其ノ事件ノ繫屬カ被告ノ上訴ニノミ原因シテ居ルノ事實ヲ觀過シテナラナイ私ハ被告ノ利益ノ爲メニ罷メラレタル不利益變更ノ禁止ハ覆

豊島博士

富田博士

板倉博士

【破毀移送ト檢事ノ附帶控訴ニ關スル異趣旨學說判例】

一 判決破毀ノ結果、原判決ト前審ノ手續トカ取消サレ判決前ノ程度ニ復スルモノナリ故ニ之ニ屬セサル檢事等ノ爲シタル附帶控訴ハ上告人ノミノ上告ニ係ルトキト雖モ尙ホ依然トシテ存在スルモノトス移送ヲ受ケタル裁判所ニ於テハ此附帶控訴ニ付テ裁判ヲ爲ササルハカラス又原裁判所ニ於テ檢事ノ附帶控訴ハ理由ナシトシテ棄却シタル場合ニ檢事ヨリ上告ヲ爲サス上告人ヨリ上告ヲ爲シタルニ原裁判所破毀シテ他ノ裁判所ニ移送シタル場合ニ於テモ附帶控訴ハ消滅セシメ蓋シ一犯罪事件ニ於テハ其全部ヲ分割セシテ破毀スヘキモノニシテ附帶控訴ヲ棄却シタル部分ヲモ破毀スヘキモノナレハ此棄却ノ判決ハ破毀ニ因リテ消滅シ其以前ノ原狀ニ復スヘキモノナリ依ツテ移送ヲ受ケタル裁判所ノ公判ニ於テ檢事ヨリ此附帶控訴ノ趣旨ヲ陳述シ之ヲ認延ニ顯出セシメサレハ其公判手續ハ違法ナリ(法商博士豊島直道氏刑訴法新論七七八〇頁)

二 移送ヲ受ケタル裁判所ハ通常ノ控訴ヲ受ケタル場合ト同シク事實及ヒ法律ノ點ニ付キ全部ノ覆審ヲ爲ス畢竟此場合ニハ第一審ノ手續ト判決ト破毀ノ判決ニ依ツテ消滅シ第一審ノ判決及ヒ之ニ對スル控訴及ヒ附帶控訴(若シレハ)カ殘存スレコトト爲ルモノナリ(法學博士富田山壽氏刑訴法要論下卷二二二九頁)

三 上告裁判所カ原判決ヲ破毀シ事件ヲ他ノ裁判所ニ移送シタル場合ニハ前裁判所ニ申立テタル附帶控訴ハ其效力ヲ失フヤ或ハ曰ク然リ附帶控訴ハ何レノ裁判所ニ於テモ判決アルマテ之ヲ申立テタル得ルモノナルカ故ニ本問ノ場合ニ於テハ前裁判所ニ於テ申立テタル附帶控訴ノ效力ヲ破毀移送後ニマテ存續セシムル必要ナシト然レトモ附帶控訴ハ控訴ト同シク取下又ハ判決アルニ非スルハ終了スルモノニ非ス本問ニ於テハ附帶控訴ニ對シテ一タヒ判決下シタリト雖モ其判決ハ上告判決ノ爲メニ破毀セラレテ消滅シタルカ故ニ事件ハ判決前ノ狀態ニ復シタルモノニシテ附帶控訴モ亦判決ヲ受ケサルト同一狀態ニ至レルモノナレハ事件ノ移送アリタル裁判所ニ於テモ其效力ヲ有スルモノト謂ハサルハカラス而シテ移送ヲ受ケタル裁判所ハ公判ニ於テ附帶控訴ノ陳述ヲ聽キタル後裁判ヲ與フヘキモノトス(法學博士板倉松太郎氏刑訴法要論二二二〇頁)

岡田博士

大審院

【同上參照學說】

前控訴審ニ於テ附帶控訴ノ申立アリタル場合ニ於テハ該附帶控訴ハ移送ヲ受ケタル控訴審ニ其效力ヲ持續スルヤ否ヤハ疑問ナリ(法學博士林頼三郎氏刑訴法論六九九頁)

四 若シ上告審ニ於テ控訴審ノ判決ヲ破毀シ事件ヲ他ノ裁判所ニ移送スルトキハ附帶控訴ハ當然消滅ニ歸スヘキヤ上告審ノ判決ハ單ニ原判決ヲ破毀シ判決ナキ以前ノ狀態ニ復歸セシメタルモノナルカ故ニ主タル控訴ノ存續スルト同時ニ附帶控訴モ亦消滅スルモノニアラス審理更新ノ場合ノ如キハ單ニ裁判所ノ審理ヲ新ニスルニ過キスシテ裁判所以外ノモノノ既ニ爲シタル訴訟行為ノ效力ニ影響アルモノニアラサレハ附帶控訴カ存續スルハ論ヲ俟タス何レノ場合ニ於テモ更ニ公判延ニ現出セシムル事ヲ要スルハ勿論ナリ(ドクトルニリス岡田庄作氏刑訴法原論六八三頁)

五 上告審ニ於テ控訴審ノ判決ヲ破毀シ事件ヲ他ノ裁判所ニ移送シタル場合ニ於テハ其破毀ノ效力ハ原判決ノミニ止マリ被告ノ控訴及ヒ檢事ノ附帶控訴ハ尙ホ移送セラレタル控訴審ニ繼續存スヘキモノトス然レトモ移送後ノ第二審公延ニ其附帶控訴ヲ顯出セシムルニハ口頭審理ノ原則ニ依リ附帶控訴人タル檢事ニ於テ更ニ其控訴ノ趣旨ヲ陳述スルコトヲ要ス(大審院明治三六年(レ)第三九五號同年四月一七日刑二部判決)

附帶控訴ハ主タル控訴ト共ニ同一事件ニ對スル第一審判決ニ付キ事實上及ヒ法律上ノ點ニ互リ覆審ヲ求ムルモノニシテ之ニ對スル第二審判決ハ全部的ニシテ假令被告人ノミカ上告ヲ爲スモ該判決カ被告ニ於ケル關係ニ於テハ上告審ニ繼續シ檢事ニ於ケル關係ニ於テハ判決確定スト云フカ如キ觀念ヲ容ル可ラサルハ吾人ノ曾テ論評セル所本書第七卷刑訴一八四頁評論參照ニシテ博士ノ高見ニ贊同ス然レトモ此場合上告審ニ於テ破毀移送ヲ受ケ他ノ第二審裁判所ニ事件繫屬シタルトキ尙附帶控訴ハ存續スルヤ否ヤ隨テ其第二審裁判所ハ所謂不利益變更ノ禁止ヲ受ケサルヤ否ヤハ問題タルヲ失ハス一般通説ハ破毀移送ノ判決ノ覆審の效力ヨリ單純ニ論シ檢事ノ附帶控訴ハ其效力ヲ存續シ不利益變更ノ禁止ヲ受

ケストシテ反對ニ解ス蓋シ破毀移送ノ判決アレハ原判決並ニ前審ノ手續カ取消
ナレ全ク判決前ノ程度ニ復シ移送ヲ受ケタル裁判所ハ最初ニ控訴申立ニ因リ事
件ノ繫屬シタル場合ト同一ノ状態ニ於テ審判手續ヲ爲スモノナレハナリト然リ
ト雖モ博士ハ此場合覆審ナル事實ハ事件カ被告人ノ上訴ノミニ因リ繫屬シタル
事實ニヨリテ制限ヲ受クルモノナリト説カレタルハ寔ニ卓見タルヲ失ハサルト
共ニ實際上ノ結果ニ於テモ亦穩當ナラサルニ非ス確定的ノ卑見ハ他日ノ研究ヲ
待テ之ヲ開陳セント欲ス

(一八)

二一八 判事ハ先ツ被告人ノ氏名年齢身分職業住所出生ノ地ヲ問フヘシ
檢事ハ被告事件ヲ陳述スヘシ

二一九 判事ハ被告事件ニ付キ被告人ヲ訊問ス可シ
必要アル調査其他證據書類ハ書記ナシテ朗讀セシメ又證人ノ供述ヲ聽キ其他證據ノ取調ヲ爲ス可シ

若シ被告人ノ自白アリタル場合ニ於テ檢事民事原告人ノ異議ナキトキハ他ノ證據ヲ取調フルニ及ハス

第一審公判ニ於テ公訴事實ニ付キ檢事ノ陳述ヲ竣タスシテ爲シタル被告人ノ訊
問及證據調等ハ全然無効ニ歸スヘキモノニシテ此旨趣ハ判事ノ更替アリタル前
ノ公判ニ於テ爲シタル證據決定ニ基キ公判ニ於テ證人ノ訊問ヲ爲ス場合ニ付テ
モ遵守セラルヘキモノニシテ即チ此場合ニ於テモ先ツ審理更新ノ手續ヲ爲シ公
訴事實ニ付キ檢事ノ陳述アリタル後ニ於テ證人ヲ訊問スヘキモノトス
案スルニ第一審公判ニ於テ公訴事實ニ付キ檢事ノ陳述ヲ竣タスシテ爲シタル被告人

ノ訊問及證據調等ハ全然無効ニ歸スヘキモノナルコト本院判例ノ存スル所ニシテ此
趣旨ハ判事ノ更替アリタル前ノ公判ニ於テ爲シタル證據決定ニ基キ公判ニ於テ證人
ノ訊問ヲ爲ス場合ニ付テモ遵守セラルヘキモノニシテ即チ此場合ニ於テモ先ツ審理更
新ノ手續ヲ爲シ控訴事實ニ付キ檢事ノ陳述アリタル後ニ於テ證人ヲ訊問スヘキモノ
トス然ルニ第一審ニ在リテハ第四回公判ニ於テ證人異由松嶋問ノ決定ヲ爲シ第五回
公判ニ於テ判事更替アリテ審理更新ノ手續ヲ爲ス前々右由松嶋ノ訊問ヲ爲シ然ル後
更新手續ヲ爲シ檢事ノ陳述アリタルコト所論ノ如クニシテ該證人訊問ノ手續ハ不法
ナルヲ以テ其供述ハ之ヲ證據ニ供スルコトヲ得サルモノナルニ拘ハラヌ原判決力之
ヲ斷罪ノ資料ニ供シタルハ不法ニシテ破毀ヲ免レス(大審院大正九年(レ)第七二二號同年五月二十
二日刑三部補綴判長堀藤渡泉二横村各判事判決)

【關係事項】 破毀移送○原審岡山地方裁判所○訴爲未遂有價證券偽造被被告事件○被告人妹尾九右衛門外三人辯護人高木益
太郎岡田武夫

【檢事被告事件陳述ノ欠缺ト訊問供述證據調ノ效力ニ關スル同趣旨學說判例】

一 檢事ハ被告事件ヲ陳述セサル可ラス此陳述ハ豫審終結決定又ハ起訴ノ書面ニ記載シタル所爲ヲ演述スルモノニシテ裁判所
及訴訟關係人ニ被告事件ノ如何ヲ知ラシメンカ爲ナリ此陳述ハ公判審理ノ基礎ヲ爲ス重要ナル訴訟行為ナルヲ以テ之ヲ爲サザ
ルニ於テハ其公判ハ無効ナリト云ハサルヘカラス又此陳述ヲ爲シタル後ニ被告人ノ訊問證據調ヲ爲スヲ得ヘク此陳述前ニ爲シ
タルモノハ無効トス(法學博士豊島直通氏刑事訴訟法新論六一三頁)

二 檢事ノ被告事件ノ陳述ハ公判審理ノ基礎ヲ爲ス故ニ此陳述ナキ公判ノ審判力全部無効タル可キハ勿論此陳述前ニ爲シタル
事實ノ訊問證據調其他ノ訴訟行為モ亦全部無効タルモノナリ(法學博士富田山壽氏刑事訴訟法要論一〇四七頁)

三 檢事ハ被告事件ヲ陳述ス公訴事實ハ如何ニ明瞭ニ公訴狀ニ記載シタル場合ト雖モ公廷ニ於テ被告事件ノ陳述ヲ爲ササルヘ
カヲサルコトハ口頭審理主義ノ結果ニシテ此手續ヲ復録セザリトキハ公判手續ヲ無効ナラシムルモノナリ(法學博士板倉松
太郎氏刑事訴訟法支義一八七一頁)

四 檢事ノ被告事件ノ陳述ナキトキハ裁判所ハ審理ヲ行フヲ得(法學博士林頼三郎氏刑事訴訟法論六〇八頁)

五 檢事ハ被告事件ヲ陳述セサルヘカラス被告事件ノ陳述ト起訴狀又ハ豫審終結決定ニ掲ケラレタル犯罪事實ノ陳述ヲ以テ此
陳述ハ施行手續ニシテ之ヲシテ爲シタル審理ハ無効ナリ但シ其無効ハ起訴ナキニ歸スルカ故ニアラスシテ手續違背ナルカ故

ニ無効ナルニ過キス(ドクトルルニリス岡田庄氏刑事訴訟論五八九頁)
 六 被告事件ニ關スル檢事ノ陳述ハ口頭辯論主義ニ於テハ最重要ナル事項ニ屬シ之ニ依リテ始メテ訊問事項又ハ證據調ノ範圍ヲ判斷スヘキモノナレハ該陳述ヲ換タスシテ爲シタル被告人ノ訊問及ヒ證據調等ハ全然無効ニ歸スヘキモノトス(大審院明治四四年刑事判決録二〇七七頁)
 七 檢事カ公判ニ於テ被告事件ヲ陳述シタル事跡ナキトキハ其公判ニ於ケル被告ノ供述ハ全然無効タルヲ免レス(同上明治三七年刑事判決録一四一四頁)

檢事ノ被告事件ニ對スル陳述ハ公判審理手續ノ必要條件ナリ換言スレハ該陳述ハ強要性ヲ帶ヒ必ス履踐スルコトヲ要スル所ナルカ故ニ若シ之ヲ排除スルニ於テ爾後ノ手續タル被告人ノ訊問其他ノ證據調ハ總テ無効ナルハ爭無キ所也然リ而シテ所謂審理更新ノ場合ニ於テ更新前ニ爲サレタル訴訟手續カ如何ナル影響ヲ受クヘキヤハ各箇ノ手續ニ付キ學說判例區々一途ニ出テサル所ナレトモ吾人ノ見ヲ以テスレハ裁判官ノ更迭ニ基ク審理更新ノ場合ノ如キハ新ニ通常ノ方式順序ニ從ヒ手續ヲ再發進行スヘキモノナリト信スルカ故ニ檢事ノ公訴事實ニ對スル陳述亦之ヲ必要トシ該陳述ヲ爲サ、ル限リ訊問證據調ノ手續ハ全然無効ナリト爲ス判旨ハ吾人正當ト考フ

一九

- 二四三 辯護人ハ被告人ニ代リ、上訴ヲ爲スコト得但シ被告人ノ明言シタル意思ニ反スルコトヲ得ス
 - 二四六 檢事ヲ除ク外上訴ヲ爲シタル者ハ其判決アルマテ何時ニテモ之ヲ取下クルコトヲ得
 - 二五九 控訴ノ相手方ハ其判決アルマテ附帶控訴ヲ爲スコトヲ得
- 控訴裁判所ノ檢事モ亦附帶控訴ヲ爲スコトヲ得

刑事訴訟法第二五九條第一項ニ依リテ附帶控訴ヲ爲シ得ヘキ控訴ノ相手方トハ主タル控訴ノ申立人ニ對シテ立言セルモノニシテ固ヨリ之ニ對シテ制限ヲ加ヘタル趣旨ノ見ルヘキモノナケレハ被告人カ控訴ヲ爲シタルトキハ其對手タル檢事ヲ指シ檢事カ控訴ヲ爲シタルトキハ其趣旨カ被告人ノ不利益ヲ主張スルニ在ルト得タ其利益ヲ主張スルニ在ルトヲ問ハス均シク被告人ヲ指スモノト解スルヲ相當トス

辯護人ノ爲ス上訴ハ被告人ニ代ハリテ申立ツルモノニシテ其明示シタル意思ニ反スルコトヲ得サルモノトス而シテ一旦有效ニ申立タル辯護人ノ上訴ハ被告人ノ承諾ナキ限りハ申立人タル辯護人ト雖モ之ヲ取下クルコトヲ得サルモ被告人自己ハ勿論被告人ノ承諾ヲ經タル上級審ノ辯護人ハ下級審ノ辯護人カ申立テタル上訴ヲ申立人ノ承認ヲ經スシテ自由ニ取下ケ得サルヘカラス

因テ先ツ檢事カ控訴ヲ申立テタル場合ニ於テ被告人ハ附帶控訴ヲ爲シ得ヘキヤ否ヤヲ案スルニ刑事訴訟法第二五九條一項ニ依リテ附帶控訴ヲ爲シ得ヘキ控訴ノ相手方トハ主タル控訴ノ申立人ニ對シテ立言セルモノニシテ固ヨリ之ニ對シテ制限ヲ加ヘタル趣旨ノ見ルヘキモノナケレハ被告人カ控訴ヲ爲シタルトキハ其對手タル檢事ヲ指シ檢事カ控訴ヲ爲シタルトキハ其趣旨カ被告人ノ不利益ヲ主張スルニ在ルト將タ其利益ヲ主張スルニ在ルトヲ問ハス均シク被告人ヲ指スモノト解スルヲ相當トス然ルニ說ヲ爲ス者アリ曰ク前掲法條第二項ニ控訴裁判所ノ檢事モ亦附帶控訴ヲ爲スコトヲ得トアル文詞ニ依レハ前項ニ所謂相手方トハ第一審裁判所ノ檢事ノミヲ指稱シ

被告人ヲ包含セス隨テ所謂控訴トハ被告人ノ申立タル控訴ノミニ制限ヲ得ル點ニ於テ惟リ檢事カ被告人ノ控訴ニ附帶シテ其不利益ニ於テ申立タル場合ニノミ之ヲ認メ得ヘキヲ以テ如上檢事ノ控訴ニ於テ始メテ附帶控訴ノ意義アルコトヲ發見シ得ヘク從テ所謂附帶控訴ハ檢事カ被告人ノ控訴ニ附帶シテ其不利益ニ於テ申立タル控訴ヲ指稱スト解セサルヘカラス若シ夫レ檢事ノ爲シタル控訴ニ對シテ被告カ爲セル附帶控訴ニ至テハ法律上特殊ノ效果ヲ生スルコトナク全然無意識ニ歸スヘキヲ以テ斯ノ如キ無意識ノ附帶控訴ハ法ノ認容セサル所ニシテ適法ナラズト謂ハサルヘカラス然レトモ刑事訴訟法第二五條ニ關スル所論ノ如キ解釋ハ文理上到底之ヲ承認スルコトヲ得ス而シテ附帶控訴ヲ設ケタル理由ノ一面ニ於テ控訴期間ヲ經過セル訴訟當事者ノ一方ヲシテ相手方ノ申立タル控訴ニ附隨シテ更ニ控訴ヲ申立ツルコトヲ得以テ公ノ利益ヲ保護セシメントスル趣旨存スルニ徴スレハ附帶控訴ヲ爲シ得ヘキ場合ヲ被告カ人ノ申立タル控訴ハ法律上特殊ノ利益アル效果ヲ被告カ人ニ與ヘサルヲ以テ無意識ナリトスレハ被告人ノ控訴ト同時ニ被告人ノ利益ノ爲ニ亦同一ニ論斷セサルヘカラス然ルニ學說上ハ判例上之ヲ無意識ノ控訴トシテ排斥セルモノアルコトナシ然ラハ被告カ人又ハ辯護人ハ檢事ノ爲セル控訴ニ附帶シテ適法ニ控訴ヲ申立ツルコトヲ得ヘキヤ疑ヲ容レズ更ニ過ンテ辯護人ノ爲セル附帶控訴ハ之ヲ取下ケ得キヤ案スルニ辯護人ノ爲ス上訴ハ被告人ニ代ハリテ申立ツルモノニシテ其明示シタル意思ニ反スルコトヲ得サルモノトス而シテ一旦有效ニ申立タル辯護人ノ上訴ハ被告人自己ハ勿論被告カ人ノ承諾ヲ經タル上級審ノ辯護人ト雖モ之ヲ取下ケルコトヲ得サルモ被告人自己ハ勿論被告カ人ノ承諾ヲ經スルヲ自由ニ取下ケ得サルヘカラス原審公判始末書ヲ閱スルニ竹中辯護人ハ

公判ニ於テ附帶控訴ヲ取下ケル旨ノ陳述ヲ爲シタル記載アリテ被告人ニ於テ何等異議ヲ留メザリシ事述ニ徵スレハ被告人ト辯護人トノ間ニ於テ第一審ノ辯護人トノ間ニ於テ第一審ノ辯護人カ中立テタル附帶控訴ノ取下ケ付キ諒解アリタルモノト認ムルヲ相當トス然ラハ所論附帶控訴ノ取下ハ適法ニシテ論旨ハ理由ナシ (大審院大正九年(九)第八二七號同年五月十八日刑一部末弘裁判長遠藤水本平野中西各判事判決)

【關係事項】 上告棄却○原審釧路地方裁判所○文書偽造行使詐欺事件○被告人鈴木太郎辯護人菊江久治

【判旨第一點檢事カ控訴ヲ申立テタル場合ニ於テ被告人ハ附帶控訴ヲ爲シ得トスル同趣旨學說】

一 附帶控訴ヲ爲スコトヲ得ル者ハ控訴ノ相手方ナリ即チ被告人ノ控訴ニ對シテハ原審ノ檢事ノ控訴ニ對シテハ被告人ノ爲ス(法學博士牧野英一氏刑事訴訟法三九八頁)

二 附帶控訴ヲ爲ス權利ナ有スル者ハ控訴ノ相手方及ヒ控訴裁判後ノ檢事ナリ檢事主タル控訴ヲ爲シタルトキハ被告人控訴ノ相手方トシテ附帶控訴ヲ爲シ被告人主タル控訴ヲ爲シタル第二審ノ開廷アルマテハ原裁判所ノ檢事控訴ノ相手方トシテ附帶控訴ヲ爲シ第二審ノ開廷後ハ控訴被控所ノ檢事ノ相手方トシテ附帶控訴ヲ爲ス(法學博士富田山壽氏刑事訴訟法要論一一九二頁)

三 第一審裁判所ノ檢事ト被告人トハ互ニ相手方ナリ故ニ檢事ヨリ控訴ヲ申立タルトキハ被告人ヨリ附帶控訴ヲ爲スコトヲ得又被告人カ控訴ヲ爲セシトキハ檢事ヨリ附帶控訴ヲ爲スコトヲ得(法學博士松室致氏刑事訴訟法論三二二頁)

【同上反對學說】

控訴審ハ控訴ノ目的タル事件ニ關シ事實及法律ノ點ニ互リテ覆審スルモノニシテ控訴申立人ノ現實不服トスル點ノミニ付テ審判ヲ爲スニ非ス且附帶控訴ハ主タル控訴ノ範圍ヲ超ニヘカラスヲ以テ原判決ヲ被告人ノ不利益ニ變更スルコトヲ求ムル場合ノ外附帶控訴ハ法律上其必要ナク又實際上何等ノ利益アルニ非ス故ニ法文ニハ單ニ控訴ノ相手方ト規定セリト雖モ控訴ノ相手方タル檢事ヲ指稱スルモノニシテ被告人ヲ包含セサルモノト解スルヲ相當トス蓋被告人ハ公判手續ニ於テ自己ニ利益ナル主張ヲ爲スノ機會ヲ有スルモノニシテ之ヲ申立ルト否トニ依リ事實上及法律上毫モ其影響ヲ與ニスル所ナキ故ニ被告人ニ附帶控訴ヲ認ムルカ如キハ全く無意味ナルヲ以テナリ通説ハ被告人ノ附帶控訴ヲ認ムト雖モ余ノ同意スル能ハサル所トス(法學博士林賴二郎氏刑事訴訟法論七六八頁)

【判旨第二點辯護人ノ上訴ノ取下ニ關スル同趣旨學說】

牧野博士
富田博士
松室博士
林博士