

十分ナリト雖モ被告カ訴訟ノ目的物及ヒ其範圍ヲ原告ニ説示セリト云フ點ニ至リテハ證明ヲ欠ク證人ノ原告ニ報スル所ハ却テ唯原告ニ錯誤ヲ惹起セシムルニ足ルト看做スヘキナリト認定シタリ以上ノ見解ニ於テハ一點法律ニ背反スル所ヲ發見セス上告人ハ曰ク新ニ訊問セラレタル證人ノ報告ヲ以テ尙ホ足ラストセハ被告ヨリ係争訴訟ニ付テ原告ニ申入ル、ハ被告ノ義務ニシテ此義務ハ被告ニ於テ知悉セサルヘカラス又被告ノ所爲ハ其後常ニ此精神ヨリ出テサルヘカラスト確定スヘキ筈ナルニ控訴院ハ敢テ此確定ヲ爲サスト此攻撃ハ以テ控訴院判決ヲ破毀スル理由ト爲スニ足ラス控訴院ハ留保セラレタル防禦方法ヲ解シテ訴訟ノ敗亡ニ關スル係争陳述ハ中間判決ノ主趣ニ依リ訴訟ノ目的物及ヒ範圍ノ報告ト相共ニスルヲ要スト爲セリ裁判所ハ此證據ヲ十分ナラスト看做シ被告ハ證人ヨリ原告ニ報シタル點ハ被告カ原告ニ訴訟ノ報告ヲ十分爲シタルモノト看做スヘキニ非ラス被告ハ尙ホ進メテ十分ノ報告ヲ爲ス義務アリト覺知セリトハ宣言セサルナリ故ニ控訴院ノ說明ハ留保ノ範圍ヲ脱シタリ隨テ法律違反ナリト謂フヲ得ス是レ留保

○千八百八十
四年一月三日
判決

ノ範圍ハ土地ニ關スル訴訟ニ於テ被告カ敗訴シタル旨ヲ原告ニ報知シタル點ニ限レルヲ以テナリ

次キニ被告ハ曰ク控訴院ノ認定ニ據レハ原告ハ訴訟ノ事ヲ他ヨリ聞知スル機會ナキニ非ラス且ツ原告カ疑點ニ付テ注意ヲ受ケタリト云フ事實ハ以テ原告ノ稱スル詐欺ト其受ケタル損害トノ間ニ原因結果ノ牽聯ナキモノト看做スニ足ルト此主張モ上段説明ノ理由ニ依リ遂ニ至當ト謂フヲ得ス
終ニ上告人ハ甲某及ヒ乙某ノ證言ニ基キ證據ノ表示ヲ棄却シタルハ不法ナリト云フ是レ亦探ルニ足ラサル論旨ナリトス證據ノ表示ハ固ト留保セラレタル防禦方法ニ關係ヲ有スルモノニ非ラス寧ロ第一審判決ニ包含スル詐欺ノ確定ヲ留保セラレタル防禦方法トハ直接ノ關係ナキ新事實ニ依リテ攻撃セント欲スル目的ヲ有スルモノナリ蓋シ中間判決ノ確定力ニ對スル斯ノ如キ攻撃ハ訴訟法上之ヲ許スヘキ限リニ在ラス

〔第四百四十三〕 請求ノ原因及ヒ數額ニ付テ争アルトキハ先ツ原因ニ付テ裁判スヘシトハ何時裁判スヘキ

モノナルヤ

請求ヲ理由アリト認メタル點ハ違法ニ非ラサル
 モ請求ノ數額ニ關スル裁判ニ付テ民事訴訟法第
 五百條第三號ノ適用ヲ錯リ之ヲ第一審ニ差戻ス
 トノ言渡ヲ爲シタル控訴院判決ハ全部破毀スヘ
 キヤ將々其錯リタル點ノミチ破毀スヘキヤ

(千八百八十四年一月三日判決)

理由

第一第一審裁判官ハ原告ヲ提起シタル訴ト共ニ却下シタリ其理由ハ原告ハ
 被告ノ行爲ヲ以テ職業條例第二十條ノ違反ナリト云フモ決シテ之アルコ
 トナシ隨テ原告ノ損害賠償請求ハ法律上理由ナキモノナリト云フニ在リ判
 決ノ事實ニ據ルニ原告ノ損害賠償請求ノ係争額ニ付テハ辯論アリ然レトモ
 第一審裁判官カ民事訴訟法第二百七十六條第一項ニ認ムル裁判官ノ權ヲ行

(一)我第四百
 二十四條第四
 號ニ當ル

(二)我第二百
 二十八條第二

項ニ當ル

使セント欲シタル事ハ第一審判決ニモ辯論調書ニモ又其他ニモ更ニ痕跡ヲ
 止メス然レトモ控訴院裁判官ハ曰ク第一審裁判官ハ其原因及ヒ數額ニ付テ
 争アル請求ヲ理由ナシト看做シタルヲ以テ民事訴訟法第二百七十六條及ヒ
 之ニ隨伴スヘキ同法第五百條第三號ノ場合ハ存スルモノト認メサルヲ得ス
 是レ決スヘキ問題二個アリテ一問ハ他問ノ標準トナル場合ニ先ツ其標準ト
 ナルヘキ問題ヲ裁判スルトキハ之ヲ稱シテ先ツ裁判シタリト謂フヘキモノ
 ナレハナリ然リ而シテ先決裁判ハ判決其者ニ依リテ明白ナルヲ以テ上級審
 ニ於テ判決ノ變更アル場合ヲ慮リ特ニ亦裁判ニ他ノ問題ノ裁判ヲ留保スル
 旨ヲ記載スルノ必要ナシ法律ヲ按スルモ斯ノ如キ記載ヲ以テ必要トスル條
 文アルコトナシ畢竟上級審ニ於テ前裁判ヲ變更スルニ依リ更ニ裁判ヲ爲ス
 必要ヲ來シタルハ第一審裁判官ニ於テ留保ヲ爲サ、リシ結果ニ由ルニ非ラ
 ス事件ノ性質ニ基ク必要ニシテ第一審裁判官カ其裁判上級審ニ於テ變更セ
 ラル、コトニ付テ思慮セサル場合ニハ常ニ發生スル所ノ者タリ抑モ法律ノ
 言詞ニ疑アル場合ニハ之ヲ文理解釋ニ一任スルヲ得ス必ス論理解釋ヲ以テ

研究セザルヘカラス而シテ今論理解釋ニ依リ推究スル所亦前論ト同一ノ結果ヲ得タリ即チ立法者カ何故ニ事件ヲ第一審ニ差戻スコトヲ第一審裁判官ノ留保ヲ以テ條件トシタルヤノ理由ハ之ヲ見ルニ由ナシ然ルニ大審院ハ却テ當該規定ヲ反對ニ解釋シテ訴訟ノ終了ヲ非常ニ妨害シタリ而シテ民事訴訟法第五百條第三號ハ唯請求ノ係争額ニ付テ後ヨリ裁判ヲ爲サシムル爲メニ事件ヲ第一審ニ差戻ス控訴院ノ權ヲ第一審裁判官カ請求ヲ全然棄却シテ其裁判變更ノ場合ニ其請求ノ高ヲ自ラ確定スルコトヲモ留保セザリシ場合ニモ尙ホ用フルコトヲ得ヘシト解釋スルニ於テ初メテ法理ニ適スルモノト謂フヘシト

此見解ハ畢竟法律ノ誤解ニ基クモノナリ此問題ニ關スル大審院ノ裁判ヲ援用攻撃シテ其見解ノ鋒頭ヲ銳カラシメントスルハ却テ其論ノ陋妄タル所以ヲ露出スルモノナリ民事訴訟法第二百七十六條ハ當該請求カ原因及ヒ數額ノ點ニ於テ争アルコトヲ以テ條件トスルモ其他ニ於テハ一ノ條件ヲ置カス故ニ請求ノ原因ニ付テ先ツ裁判スルコトヲ以テ裁判所ノ權ト爲ス此裁判ヲ

爲ス前ニ先ツ原因ニ付テ裁判スヘシト決定テ下スヘシト規定セザルナリ然レトモ本件ノ場合ノ如ク判決ニ於テ請求ヲ理由ナシト看做シ遂ニ之カ爲メ其額ニ付テ裁判セザルトキハ判決其者ヨリハ請求ノ原因ニ付テノミ裁判アリシコトヲ知ルヲ得ヘキモ其原因ノ裁判ハ數額ニ對シテハ先ツ假リノ裁判ニシテ數額ノ裁判ハ後日ニ留保セラレタリト云フコトハ之ヲ發見スルニ由ナシ換言セハ第一審ノ判決其者ヨリハ該裁判官ノ精神果シテ民事訴訟法第二百七十六條ノ認ムル權ヲ行使シテ終局判決ニ換ヘテ中間判決ヲ下スニ在リシヤ否ヤ明ナラス畢竟第一審裁判ヲ事件其者ヨリ論スルトキハ終局判決ニ非ラサル如シ而シテ又當初若シ先ツ請求ノ原因ノミニ付テ裁判スヘシトノ決定ヲ爲シタランニハ請求ノ原因ノミニ付テノ中間判決トモ稱スルヲ得ノ然ルニ此決定モ存スルコトナシ故ニ其裁判ノ外形上ヨリ觀察スルトキハ寧ロ請求ノ總テノ側ヲ終了スル終局判決ト看做サ、ルヘカラス大審院ノ舊判決中豫メ相當ノ決定ヲ必要ト認ムルモノ、見解モ亦之ニ外ナラス控訴院ハ民事訴訟法第二百七十六條第五百條第三號ノ意義ハ一ノ問題他ノ係争問

題ノ標準ト爲ル場合ニ其標準ト爲ルヘキ問題ヲ先ツ裁判スルコトヲ命スルモノナリト云フ此見解或ハ正當ナラン然レトモ判決主文ニ於テ本案事件即チ全訴訟ヲ終局ニ終了スル終局判決ナルコトヲ表示スル裁判ニ對シテ之ヲ唱フルハ未タ其是ナルヲ知ラス若シ夫レ標準タルヘキ問題全ク異リタル裁判ヲ爲サ、ルヘカラサルトキハ當今必要ノナキ問題ヲ裁判セサルヘカラサルニ至ラン是レ尙訴訟法上裁判スルヲ許スヘキカ大審院ハ云ヘリ請求ヲ理由ナシト看做シ遂ニ之カ爲メ其數額ニ付テ裁判ヲ爲サ、ル判決ヲ以テ直ニ請求ノ原因ノミニ付テ先ツ裁判セラレタルモノニシテ數額ニ付テノ裁判ハ之ヲ假リニ後日ニ留保シタルモノト判斷スルヲ得スト控訴院ハ大審院ノ此言ヲ捕ヘ攻撃ヲ加ヘテ曰ク第一審裁判官カ斯ノ如キ留保ヲ爲サ、ルヘカラサル事ハ法律ノ規定セサル所ナリ上級審ニ於テ判決ノ變更ヲ來ストキハ請求ノ額ニ付テノ裁判必要トナルヘシ然レトモ是レ第一審裁判官カ留保ヲ爲サ、リシ結果ニ非ラス事件ノ性質ニ基ク必要ニシテ此必要ハ第一審裁判官カ其判決ノ變更ニ付テ思慮ヲ廻ラサ、ルトキニハ常ニ發生スル所ノモノタ

(三)我第二百二十五條ニ當ル
(四)我第一百九條ニ當ル

リト此議論ハ唯法律カ凡テノ裁判ヲシテ民事訴訟法第二百七十六條ノ規定ヲ遵守セシメント欲スル場合ニハ此ノ如キ留保ヲ理由中ニ表示スルヲ命セスト云フ點ニ於テノミ正鴻ヲ得タリト看做スヘシ然レトモ大審院モ民事訴訟法第二百七十二條ニ基キ終局判決ヲ言渡サス寧ロ先ツ請求ノ原因ニ付テノミ裁判スヘシトハ認定セサルナリ唯民事訴訟法第三百三十七條ニ依リ當事者ノ辯論等ヲ訴ノ原因ノミニ制限セント欲スル目的ヲ明カニセント希望シタルノミ而シテ此目的ヲ明ニスルハ決シテ無用ノ事ニ非ラサルヘシ民事訴訟法第二百七十二條ニ據レハ請求ヲ理由ナシト看做シ請求ノ數額ニ付テ審査ヲ爲サス直ニ訴訟ヲ終局ニ裁判スルニ熟シタルモノト認ムル裁判所ハ斯ノ如キ終局裁判ヲ下ス義務アリトス是レ大審院カ此目的ヲ明カニシタル所以ナラン然レトモ裁判所ハ終局判決ヲ下シタル以上ハ民事訴訟法第二百七十六條ノ權ヲ行使セント欲セシニ非ラサルコト明ナリ隨テ控訴審ニ於テ判決ノ變更セラル、場合ニハ第一審裁判官ハ請求ノ數額ニ付テ更ニ裁判ヲ爲サ、ルヘカラサル事ハ事件其者ノ性質ニ基ク必要ニ非ラス民事訴訟法第五

(五)我第四百
二十一條ニ當
ル

百條ノ除外例ノ一モ存セサル場合ニハ控訴院カ民事訴訟法第四百九十九條
ニ認ムル破毀權ニ依リテ請求ノ係争高ニ付テモ亦裁判セサルヘカラサルモ
ノトス
草案理由書ノ見解(ハーン資料第二百八十四頁)ノ如ク民事訴訟法第二百七十
六條カ裁判所ニ付與シタル權ハ請求理由アルヤ否ヤノ先決問題ヲ先決裁判
ニ依リテ詳言セハ訴訟ノ目的物タル請求ノ數額ヲ假リニ分離シテ即時ノ攻
撃ヲ爲シ得ヘキ特別判決ノ目的物ト爲スニ過キストセハ法律ハ何故ニ之ト
密接ノ關係ヲ有スル第一審ニ差戻ス問題ヲ第一審裁判官ノ意思ニ一任シ先
ツ先決問題ヲ裁判スルト又ハ終局裁判ヲ下スト凡テ第一審裁判官ノ選擇ニ
任セサルヤ控訴院ハ以爲ラク此解釋ヲ爲スニ於テハ訴訟ノ當然ノ終了ヲ妨
害ス民事訴訟法第五百條第三號ハ第一審裁判官カ數額ニ争アル請求ヲ理由
ナシトシテ却下シ其數額ニ付テハ更ニ宣告スル所ナキ場合ニハ常ニ其數額
ニ關スル裁判ヲ第一審ニ差戻ス權ヲ控訴院ニ付與スルモノト解スルニ於テ
初メテ法理ニ適スルモノト謂フヘシト此見解ハ明カニ法律ノ言語及ヒ意思

ニ反スルモノニシテ採用スルヲ得ズ民事訴訟法第二百七十六條ノ理由書ニ
曰ク請求ヲ理由ナシト看做ストキハ其判決ハ真正ノ終局判決ナリ若シ然ラ
サルトキハ中間判決ノ性質ヲ帶フ但上訴ニ依リテ即時不服ヲ申立ツルコト
ヲ得ル特性アリトスト依テ之ヲ裏面ヨリ論スルトキハ本件ノ如キ場合ニ於
テハ民事訴訟法第二百七十六條ノ意義ニ於ケル先決裁判ナルモノハ存スル
コトナシ裁判所ハ辯論ニ制限ヲ附シタルニ拘ハラヌ訴ノ原因ニ付テ終局判
決ヲ下サ、ルヘカラス故ニ亦民事訴訟法第五百條第三號ヲ適用スヘキ場合
ハ唯第一審裁判官カ不服ヲ申立テラレタル判決ニ依リ請求ヲ理由ナシト看
做シ其數額ニ付テハ更ニ裁判ヲ爲サ、ルトキノミニ限ル(ストルックマン)及、コ
ホ(第四版)第五百條註第四及ソ(フ)ルト第二版第五百條註第二參照)
控訴院裁判官ハ又民事訴訟法第四百九十九條ノ理由書ヲ援用解釋シテ曰ク
本件ノ如キ場合即チ第一審裁判所カ訴ノ原因ニ付テ先ツ裁判スルコトナシ
請求ヲ直ニ棄却シタル場合ニハ控訴院ハ自ラ請求ノ高ヲ確定スル權ナシ是
レ請求ノ高確定ハ各個ノ攻撃及ヒ防禦方法ヲ量定スルコトトハ全ク別物ニ

シテ請求ノ範圍ニ涉ルモノナルヲ以テナリト是レ全ク誤解ニ出ツル論ナリ
 該理由書ヲ按スルニ訴訟資料ニシテ苟モ控訴院ニ於テ申立ニ依リ辯論ニ必
 要ナル限リハ總テ之ヲ第二ノ裁判官ノ裁判ニ從ハシムヘシト明記セリ又控
 訴院裁判官ハ第二審裁判官ハ請求ノ數額ニ付テハ第一審裁判官ニ於テ之カ
 裁判ヲ爲シタルトキニノミ裁判スル權アリト云ヘリ是レ亦上段ト同シク法
 律ノ誤解ト謂ハサルヘカラス民事訴訟法ヲ按スルニ當事者ノ請求ヲ第一審
 ニ於テ裁判セラレタル争點ニ非ラサレハ第二審ニ提出スルヲ許サスト云フ
 規定何レノ處ニモ存スルコトナシ第二審ニ於テ爲シタル事實上ノ確定ハ之
 ヲ攻撃スルニ由ナカラントノ事ハ之レ在リ然レトモ反對ノ理由トシテハ之
 ヲ主張スルニ足ラサルナリ次キニ控訴院裁判官ハ千八百八十一年九月二十
 九日ノ大審院民事部ノ判決ニ所謂民事訴訟法第二百七十六條及ヒ同法第四
 百八十五條ニ據レハ控訴院ハ先ツ唯請求ノ原因ニ付テ原告ニ利益ノ判決ヲ
 下シ事件ヲ更ニ第一審ニ差戻サ、ルヲ得ヘシトノ判定ヲ援用シテ曰ク若シ
 斯ノ如クシテ訴訟ヲ終了スルニ於テハ數額ノ確定ニハ新訴ヲ必要トセサル

(六)我第四百
八條ニ當ル

ヘシト是レ亦法律ノ誤解ナリ寧ロ斯ノ如キ裁判ヲ中間判決トシテ言渡シタ
 ル控訴院ハ後日ニ至リ就中同一訴訟ニ於テ又數額ニ付キ終局判決ヲ言渡サ
 サルヘカラサルコト自明ノ理ナリ

第二被告カ前判決ヲ以テ訴訟法規違反ナリト質責シタルハ理由アリ然レト
 モ其不服ヲ申立テラレタル判決ハ全然破毀スヘキ限リニ在ラス請求ノ係争
 額ヲ確定スル爲メ事件ヲ第一審ニ差戻シタル點ノミ之ヲ破毀スルモノトス
 依テ請求ノ數額ニ付キ更ニ辯論ヲ經テ裁判ヲ爲サシムル爲メ事件ヲ控訴院
 ニ差戻ス

請求其者ハ理由アリヤ否ヤノ裁判ハ其内容上他ノ訴ト分ツコトヲ得ヘキモ
 ノタリ依テ之ヲ以テ中間判決ト論シ又ハ終局判決ト説ク者アルニ拘ハラズ
 裁判ノ此部分ニ關スル上告ハ之ヲ棄却シタリ即チ此點ハ假リニ之ヲ中間判
 決トスルモ民事訴訟法第二百七十六條及ヒ第四百八十五條ニ基キ裁判セン
 ト欲スルニハ該條ノ要件ヲ具備セサルヲ以テ其上告ハ民事訴訟法第五百七
 條及ヒ第五百十條ニ依リ受理スルヲ得ス又假リニ之ヲ終局判決トスルモ不

(七)我第四百

三十二條ニ當
ル(八)我第四百
三十三條ニ當
ル(九)我第四百
三十四條ニ當
ル

○千八百八十
五年一月三日
判決

服ヲ申立テラレタル判決ハ原告ノ損害賠償ノ請求ヲ理由アリト看做セル點
ニ於テハ法律違反ト稱スルヲ得サルヲ以テ其上告ハ民事訴訟法第五百十一
條ニ基キ理由ナシト謂ハサルヘカラス

〔第四百四十四〕 本案ニ付言渡シタル闕席判決ハ闕席前ノ

口頭辯論ニ如何ナル影響ヲ及ホスヤ

妨訴ノ抗辯ヲ棄却スル裁判ニ對シ爲シタル上訴

ハ本案ニ付其後ニ言渡シタル闕席判決ノ確定ス

ルニ因リ其目的ヲ失フヤ否ヤ

(千八百八十五年一月三日判決)

原告甲某ハ和蘭陀國某破産商店主乙某並ニ破産財團管理人ニ對シ或ル請求
ニ係ル訴ヲ提起シタリ

右訴訟ニ付クレンエベ地方裁判所ハ左ノ二點ノ判決ヲ爲セリ即チ(一)無訴權ノ

抗辯並ニ某商店持主ノ訴訟能力欠缺ノ抗辯ヲ棄却シ直ニ本案ノ辯論ヲ爲ス

可キコトヲ命シタル中間判決(二)某商店持主ニ對シ闕席判決タル終局判決但
被告ノ敗訴ヲ言渡シタルモノナリ右二點ノ判決ニ對スル某商店持主ノ控訴
ハ許ス可ラサルモノトシテ棄却セラレタリ就中中間判決ニ付テハ終局判決
ノ確定ニ因リ其目的ヲ失フタリトノ理由ニ基クモノナリ之レニ對スル上告
ハ左ノ理由ニ依リ棄却セラレタリ

理由

第一審ノ中間判決ハ被告ノ訴訟能力ニ關スル抗辯ヲ妨訴ノ抗辯ト認メタル
ハ至當ナレトモ其他ノ抗辯ハ本請求ハ破産手續ニ從ヒ届出ヲ爲ス可キモノ
ニシテ本訴訟ヲ以テハ之ヲ主張スルコトヲ得ストノ理由ニ基クモノニシテ
之ヲ無訴權ノ抗辯ト爲シタルハ不當ナリ依テ控訴ハ第一點ノ關係ニ付テノ
ミ之ヲ許ス可キモノトス(民事訴訟法第二百四十八條)而シテ控訴院カ控訴ハ
本案ニ付其後ニ言渡シタル確定闕席判決ニ依リ其目的ヲ失フモノトナシタ
ルハ決シテ法律ノ誤解ニ出テタルモノニ非ラス是レ訴訟手續ノ構成及ヒ口
頭辯論ニ關スル民事訴訟法ノ原則並ニ闕席判決ニ關スル斯法ノ規定ヨリ生

(一)我第二百
七條ニ當ル

(二)我第二百四十六條乃至第二百四十九條ニ當ル
(三)(一)ヲ見

スル結果ナリトス
抑モ訴訟手續ニ付材料ヲ異ニスル各箇段落ノ區分ヲ認メサル民事訴訟法ノ
原則ニ依レハ訴訟ニ關スル總テノ材料ハ口頭辯論ニ集注スルモノトス口頭
辯論ハ審級ノ進ムニ從ヒ多クノ期日ニ亘ルコトアリト雖モ而モ之ヲ單一行
爲ト看做スヲ得ヘシ依テ或ル原因ハ中間判決ノ言渡又ハ證據調ノ決定
等ニ因リ口頭辯論ノ中絶スルトキハ全訴訟材料ハ其後ノ續行辯論ニ存續ス
ルヲ原則トス然レトモ直接ニ判決ニ接スル口頭辯論ハ判決ノ標準タル可
キモノニシテ裁判官ハ只此辯論ニ於テ爲シタル當事者ノ主張ノミヲ採用ス
ルヲ得ヘシ今被告カ此辯論期日ニ出頭セサルトキハ恰モ第一口頭辯論期日
ニ出廷セサリシ如ク民事訴訟法第二百九十五條乃至第二百九十七條ノ懈怠
ノ結果ヲ生シ被告ニ對シ本案ノ闕席判決アル可シ然ラハ闕席前ニ係ル辯論
ノ内容ハ縱令ヒ自白又ハ證據調ノ結果ノ如キ懈怠シタル當事者ノ利益タル
限リニ存スルモノト雖モ其存在ヲキモノト看做スヘシ其他民事訴訟法第二
百四十八條又ハ第二百七十六條ニ基キ言渡シタル中間判決ハ其効ヲ失フニ

(四)我第二百二十八條ニ當ル
(五)我第二百六十條ニ當ル

至ル而シテ此場合ニ於ル救濟方法ハ故障ニ在リトス故障ハ固ト實態上ノ條
件ヲ要セサルモノニシテ法律ノ規定ニ從ヒ之ヲ申立ルトキハ訴訟ヲ闕席前
ノ程度ニ復スルモノナリ民事訴訟法第三百七條是ヲ以テ故障ニ因リ從來ノ
訴訟内容ハ再ヒ蘇生シ妨訴ノ抗辯其他ノ中間判決ハ更ニ其効力ヲ發生シ又
事件ノ辯論ハ嘗テ闕席判決ノ存セサルカ如ク續行セラルヘシ若シ故障ノ申
立ナキトキハ懈怠ノ結果ハ動かカス可ラサル効力ヲ得闕席判決ハ確定ス依テ
中間判決ニ對スル上訴ハ確定闕席判決ニ對シ既ニ本案ニ付何等ノ効果ヲ生
セサルカ故ニ不服ヲ申立テラレタル判決ノ宣言スル如ク右上訴ニ關スル裁
判ノ進行ハ故障ノ申立ナキニ因リ其目的ヲ失フモノト謂ヲ得ヘシ又同一ノ
理由ニ基キ右上訴ノ提起ハ無効ナリト謂フヲ得ヘシ

「ストルクマン」及ヒ「エッホ」第二百九十七條「ウヤルモスキイ」及ヒ「レビイ」第三
版第四百十一頁「ガウ」第二百四十八條第三「フテン」ピウロオ第二百九十七
條「ベテルゼン」第二版第五百一頁五百二頁「ソイフェルト」第二百九十七條第

二參照

懈怠ノ結果ニ付上來説述シタル原則ハ本訴ニ於テ既ニ條件付終局判決ヲ以テ請求ニ付裁判ヲ爲シタルコトナキ限ニ於テ若クハ本案ニ付一部判決ヲ爲シタルコトナキ限ニ於テ其適用ヲ視ルヘキナリ何トナレハ懈怠ハ是等ノ判決ヲ以テ分別セラレタル訴訟材料ニ關シ既ニ存在スルヲ得サレハナリ然レトモ上告人ノ思料スルカ如ク本訴中間判決ハ右ノ場合ニ該當スルモノニ非ラス何トナレハ本訴中間判決ハ終局裁判ニ對シ豫備ノ構成部分ヲ爲シ争ニ係ル請求ノ一部分タリトモ之ヲ審理外ニ排除スルモノニ非サレハナリ以上ノ説明ヲ以テ若シ本訴ノ場合ニ對テ終局裁判アリトスレハ帝國大審院民事判決例集第五卷第四百二十二頁以下ニ掲ケタル判決ト同シク妨訴ノ抗辯ヲ棄却スル前中間判決カ先ツ確定ニ破毀又ハ廢棄セラレタルトキハ終局裁判ハ其基礎ヲ失フ爲メ自ラ消滅スト謂ハサル可ラサルヤ否ヤノ問題ハ之ヲ説明スルヲ要セス

〔第四百四十五〕 第一審判決ハ訴ノ請求ノ原因ニ付キ請求ノ確定ヲ目的トセル制限ヲ附シテ之ヲ正當ト認

○千八百八十五年一月十六日判決

メ控訴判決ハ第一審判決ニ對スル控訴ニ付キ右制限ニ關シテハ控訴ヲ許スヘカラサルモノトシ其他ノ點ニ付テハ控訴ヲ理由ナキモノトシテ棄却シタリ此場合ニ右控訴裁判所ノ判決ニ對スル

上告裁判所ノ地位如何

千八百八十五年一月十六日判決

原告並ニ地主乙某ハブレ斯拉ウツルシヤウ間ノ鐵道敷設協會ト締結セル書面契約ヲ以テ契約書ニ添ヘタル設計案ニ基キエルスヨリ普魯西亞國境迄ノ鐵道敷設ニ必要ナル工事ノ一部ヲ請負ヒ一千八百七十年五月其工事ニ著手シタルニ千八百七十一年十月ニ至リテ工事ヲ中止セリ原告ハ乙ノ權利ヲ讓受クテ鐵道敷設協會社員並ニ其權利承繼人ニ對シ左ノ主張ヲ以テ起訴セリ曰ク工事ノ中止ハ敷設協會社員ノ責ニ歸スヘキ過失ニ因リテ起リタルモノナリ既設工事ノ一部分ハ契約書並ニ設計案ニ基キテ之ヲ敷設シ一部分ハ餘

分ノ注文ニ應シテ之ヲ行ヒ又其他ノ部分ハ協會員ノ過失及ヒ其不當ナル指
 圖ノ爲メニ必要トナリタルモノナリ依リテ既設工事ニ對スル賠償ヲ請求ス
 ト第一審裁判所ハ先ツ訴ノ請求ノ原因ニ付キ裁判ヲ爲シ之ヲ正當ト認メ而
 シテ裁判ノ職權部分ニ於テ詳細ノ限定及ヒ變更ヲ附加セリ即チ其變更等ハ
 爭アル請求ヲ權利關係ニ適合スル様明確ニスルノ途ヲ指示スルヲ目的トス
 ルモノナリ被告ハ第一審判決ノ全内容ニ對シテ控訴ヲ提起シタルニ控訴裁
 判所ハ訴ノ請求ノ原因ヲ正當ナリト認メタル部分ニ付テハ控訴ヲ理由ナキ
 モノトシテ棄却シ請求確定ノ標準タルヘキ制限ニ關スル部分ニ付テハ控訴
 ヲ許スヘカラサルモノトシテ棄却セリ而シテ被告ノ上告ニ因リ右控訴裁判
 判決ハ破毀セラレ事件ハ控訴審ニ差戻サレタリ

理由

第一審裁判所ハ請求ノ原因ニ付キ先ツ裁判ヲ爲シ請求ハ其原因ニ於テ正當
 ナリト認メタリ但シ既ニ支拂ハレタル金額ヲ控除シテ後次ノ計算ニ由リ生
 スヘキ金額ニ限ルモノトセリ其計算ハ(一)契約ニ基キ爲シタル給付ニハ適當

(一)我第二百
 二十八條ニ當
 ル

ノ各個價額ノ一萬分ノ七八三四ノ割ヲ加算スルコト(二)規劃外後契約外ニ給
 付シタル増加工事並ニ監督官ノ過失ニ基キ必要トナリタル増加工事ハ適當
 ノ全各個價額ヲ以テ計算スルコト其他鐵道敷地及ヒ支驻地ニ關シテハ土地
 慣行ノ平均價額ノ計算ニ際シ其總額ヲ規劃ノ價額ニ對シ五分ヨリ多額ニ確
 定シ規劃ノ價額ニ對シ生シタル金増加額ヲ合算スルコト以上ノ計算ニ由テ
 生スヘキ額ニ於テ請求ヲ原因ニ付正當ナリト認メタリ又第一審裁判所ハ其
 他原告ニ歸屬スヘキ額ノ支拂方法及ヒ其利子ニ關シ細則ヲ定メタリ又判決
 理由中ニ謂ヘラシ民事訴訟法第二百七十六條ニ依リ先ツ請求ノ原因ニ付特
 別ノ先決裁判ヲナスコトヲ要スル理由アリ即チ上訴審ニ於テ事件ニ付反對
 ノ判決ヲ爲ストキハ不必要タルヘキ困難且ツ費用ヲ要スル證據調ヲ爲ス前
 後日ノ終局裁判ノ標準タル原則ヲ可成確定シ置クヲ要スレハナリ
 右ノ理由ニ依リ第一審裁判所ハ全裁判ヲ民事訴訟法第二百七十六條ノ規定
 ニ依ルモノトシ判決ノ全内容ニ付確定力ヲ得ヘシ且上訴ニ由リ不服ヲ申立
 ルヲ得ヘキ裁判ヲ爲スヲ目的トシタルモノト看做ス可キヤ否ヤ是レ本件ノ

問題タリ而シテ控訴裁判所ハ此ノ問題ヲ等閑ニ附スルモノナリ然レトモ控訴裁判所ハ曰ク若シ第一審裁判所ニシテ請求ヲ其原因ニ付正當ナリトシタル言渡ト共ニ判決主文中ニ上述ノ確定方法ヲ掲ケ之ニ付上訴審ノ裁判ヲ望ミ以テ後日ノ數額ノ審査ニ關スル原則ヲシテ確定力ヲ得セシメントスルニ在リトスレハ是レ錯誤ニ陥リタルモノト謂フヲ得ヘシ依テ控訴裁判所ハ右確定方法ニ付キ審理ヲ遂ルヲ要セス又控訴ハ此ノ確定方法ニ關スルモノニ限リ許ス可ラサルモノトス何トナレハ訴訟ノ關係ニ就テ之ヲ視レハ民事訴訟法第二百七十五條ニ依リ言渡スヘキ中間判決ノ場合ニ該當スレハナリト右控訴裁判所ノ意見ハ之ヲ至當トスルヲ得ス第一審裁判所ハ裁判ノ各部分ヲ民事訴訟法第二百七十六條ノ旨趣ニ從フモノトシテ一ノ判決ヲナシタルモノトセハ第一審ノ全裁判ハ控訴ノ必要條件ヲ備フルモノナリ從テ第一審ノ裁判所ハ民事訴訟法ノ規定ニ依リ判決ニ於テ言渡シタル確定方法ヲ第二百七十六條ニ依ル裁判トシテ言渡スヲ得サル限度ニ於テ錯誤ニ陥リタルモノトナスモ控訴ヲ許スノ妨トナルコトナシ依テ控訴裁判所ハ確定力ヲ得ル

(二) 第二百七十七條ニ當ル

能ハサル確定方法ニ關スル部分ニ限リ第一審ノ判決ヲ變更シ且ツ此ノ確定方法ヲ除却スヘキモノナリトス大審院ハ既ニ右同一ノ原則ヲ屢々多クノ裁判ニ於テ認タルナリ(大審院民事裁判例第六卷第四百二十一頁及ヒ第八卷第三百六十頁參照)

是ヲ以テ判決ノ趣旨ニ關スル上述ノ條件ヲ正當ナリトセハ控訴審ノ判決ハ控訴ヲ許ス可ラスト言渡シタル部分ニ限リ之ヲ維持スルヲ得ス
 控訴裁判所ノ判定セサリシ問題即チ第一審裁判所ハ裁判ノ全部ニ於テ第二百七十六條ノ規定ニ基ク判決ヲナサント欲シ又此ノ如キ判決ヲナシタルヤ否ヤノ問題ハ上告裁判所ノ裁判ヲ仰クヲ得ヘキモノナリ抑モ判決ノ旨趣ノ穿鑿カ上告ニ對スル關係ハ法律行為ヲナスニ際シ當事者ノ有スル一定ノ目的ノ審査確定ト同等ノ地位ニ在ルモノニ非ス此ノ原則ハ既ニ千八百八十二年七月四日ノ判決ヲ以テ帝國大審院ノ宣言シタル所ナリ(大審院民事判決例第七卷第三百五十一頁參照)

右判決例ノ事實ハ帝國大審院ハ控訴裁判所カ事件ハ確定力ヲ得タリトノ抗

辯ノ審理ニ際シ前訴訟ニ於テ言渡シタル判決ニ下シタル解釋ニ依據セサル可ラサルヤ否ヤノ問題ニ關セリ本件ハ前訴訟ノ判決ノ解釋ニ關セスシテ同一訴訟ノ前審ノ判決ヲ解釋スルニ在ルヲ以テ帝國大審院ハ仍ホ以テ言渡サレタル判決ヲ自由ニ審查解釋スルノ權アルヲ主張セサル可ラス上告裁判所ニシテ判決ノ旨趣ヲ自由ニ審查スルヲ得ルニ於テハ本件ノ如キ控訴裁判所カ解釋スヘキ判決ハ如何ナル旨趣ヲ有スルヤノ問題ニ付キ説明ヲナサ、ル場合ニ於テモ亦上告裁判所ハ判決ノ旨趣ヲ審查確定スルノ權ヲ有ス

今第一審ノ判決ヲ審查スルニ裁判所ハ判決主文ノ全内容ヲ第二百七十六條ノ規定ニ據ラシムル趣旨ノ如シ即チ言渡シタル總テノ問題ニ關シテ確定力ヲ得ヘキ裁判ヲ判決ニ於テ言渡サント欲セシコト明ナリ依テ右判決ハ其裁判ニ由テ知ルヲ得ヘキ裁判所ノ目的ニ從ヒ不服ヲ申立ツルヲ得ヘキモノトス故ニ控訴裁判所ハ控訴ヲ許ス可ラストシテ却下スヘキニ非ス其控訴ニ付キ裁判ヲ與フヘク控訴ハ理由アルヤ否ヤ又如何ナル程度ニ於テ理由アルヤ否ヤヲ審理セサル可ラス

（三）同條ニ於テハ、
 上告ノ場合ニ於テハ、
 判決ノ旨趣ヲ自由ニ審查解釋スルノ權アルヲ主張セサル可ラス上告裁判所ニシテ判決ノ旨趣ヲ自由ニ審查スルヲ得ルニ於テハ本件ノ如キ控訴裁判所カ解釋スヘキ判決ハ如何ナル旨趣ヲ有スルヤノ問題ニ付キ説明ヲナサ、ル場合ニ於テモ亦上告裁判所ハ判決ノ旨趣ヲ審查確定スルノ權ヲ有ス

上告裁判所ハ控訴ヲ許ス可ラストシテ却下シタル限度ニ於テ控訴裁判所ノ判決ヲ破毀スルニ當リ本案ニ關スル裁判ハ本訴ニ於テ之ヲ言渡スヲ得ス民事訴訟法第五百二十八條ノ上告裁判所カ控訴裁判所ノ判決ヲ破毀スルニ際シ本案ノ裁判ヲナスヘキ特例ノ場合ハ一ツモ本件ニ於テ存セサル所ナリ依テ控訴ノ裁判ハ控訴裁判所ニ於テナスヘキモノトス現ニ今ヤ上告裁判所ニ於テ本案ニ付キ裁判ヲナスヲ得ルモノハ只控訴ノ理由ヲシテ却下シタル部分ニ限ル然レトモ現在ノ訴訟關係ニ於テ斯ノ如キ分割ハ之ヲナスヲ得ヘキヤ否ヤ是レ本訴ノ問題ナリ

數額ニ付テハ、裁判ヲ後日ニ讓リ請求ノ原因ノミニ付判決ヲナスニ當リ第二百七十六條ノ規定アルカ爲メ判決主文中ニ請求ノ原因ノ依テ生スル事實ヲ掲クテテ請求ノ原因ニ關シ詳細ノ規定ヲ定メ之ヲ制限スルヲ禁スルハ非ナリ故ニ控訴裁判所ノ言ノ如ク第二百七十六條ニ依リ言渡ス判決ニハ訴ノ請求カ其原因ニ付キ正當ナリトノ判定ノ外一般ニ他ノ判定ヲナスヲ許サスト謂フヲ得ス又殊ニ第一審裁判所ノ判決ニ於テ請求ノ原因ニ付詳細ノ規定ヲ

〔第四百四十六〕 同一ノ訴訟ニ於テ言渡サレタル二個ノ一部判決ニ對シ同時ニ上告ヲ爲シタル場合ニ第一ノ判決ニ對スル上訴ニ係ル訴訟物ハ獨立シテ上告額ニ達スルモ第二ノ判決ニ對スルモノハ獨立シテ之レニ達セサルトキハ右二個ノ判決ニ對スル上告ハ之ヲ許スヘキヤ否ヤ

〔千八百八十五年三月三日判決〕

原告ハ一ノ訴ヲ以テ左ノ請求ヲ訴求シタリ

一、千八百五十七年五月一日付ノ借用證書ニ基ク千百「タアレ」三千三百「マルク」ノ元金并ニ千八百七十八年一月一日以降年四米ノ利子
二、千八百七十一年十月二日ニ貸與シタル二百五十「タアレ」ノ元金、同年同月十七日ニ貸與シタル二百五十三「タアレ」ノ元金、同年十一月二十三日ニ貸與シタル一百「タアレ」ノ元金、合計一千八百九「マルク」併ニ右三口ノ貸金ニ

對スル千八百七十八年一月一日以降年四米ノ利子

第一ノ請求ニ付テハ第一審ニ於テ千八百八十三年十月六日中間判決ヲ爲シ其後同年十月十七日條件付終局判決ヲ爲セリ第二ノ請求ニ付テハ第一審ニ於テ同年十月三日條件付一部判決ヲ爲シタリ千八百八十三年十月十七日ノ條件付終局判決ニ對シテハ當事者双方ヨリ控訴ヲ提起シ千八百八十三年十月三日ノ條件付一部判決ニ對シテハ被告ノミ控訴ヲ提起セリ控訴裁判所ハ二個ノ控訴ニ付同一期日ニ即チ千八百八十四年十月二十三日ニ辯論ヲ開キタリ但千八百八十三年十月六日ノ判決ニ對スル被告ノ控訴ニ付テハ證據材料ノ酌量ニ關シ不服ヲ申立タル點ノ辯論ヲ中止セリ辯論終結後裁判言渡ノ日ヲ千八百八十四年十月三十日トシ中止シタル爭點ノ辯論期日ヲ同年十二月八日ト定メリ而シテ控訴裁判所ハ千八百八十四年十月三十日ニ二個ノ判決ヲ言渡シタリ第一ノ判決ハ元金三千三百「マルク」并ニ之レニ對スル利子ノ請求ニ關スルモノニシテ其主文ハ次ノ如シ

原告ノ控訴ヲ棄却シアウリト王國地方裁判所民事第三部ニ於テ千八百八

十三年十月十七日及ヒ同年同月三日ニ言渡シタル判決ヲ廢棄シ原告ヲ其
三千三百マルクノ元金并ニ千八百七十八年一月一日以降年四朱ノ滯利子
ノ支拂ノ請求ト共ニ却下ス

訴訟費用ニ關スル裁判ハ之ヲ後ノ裁判ニ讓ル

第二ノ判決ハ第二ニ掲ケタル三口ノ貸金ニ對スル利子ニ關スルモノニシテ
其主文ハ次ノ如シ

千八百七十一年ニ貸付タル貸金ノ滯利子ノ支拂ニ關スルモノニ限り原告
ヲ其申立ト共ニ却下ス

訴訟費用ニ關スル裁判ハ之ヲ後ノ裁判ニ讓ル

千八百八十四年十月三十日ニ言渡シタル二個ノ判決ニ對シ原告ハ一ノ上告
狀ノ送達ヲ以テ上告ヲ爲セリ

原告ハ思ヘラク二個ノ判決ニ對シ提起シタル上訴ニ係ル訴訟物ノ價額ハ通
算セラルヘキヲ以テ利子ノミニ關スル千八百八十四年十月三日ノ一部判決
ニ對スル上告モ亦許サルヘキモノナリト

大審院ハ第二ノ判決ニ對スル上告ヲ許ス可ラサルモノト認メタリ

理由

合計千八百九マルクノ三口ノ貸金ニ對スル利子ニ關シテハ上訴ニ係ル訴訟
物ノ價額ハ遙ニ上告額ニ達セサルカ故ニ此ノ請求ニ付テ言渡シタル判決ニ
對シテハ只二個ノ判決ノ訴訟物ノ價額及ヒ右ノ場合ニ於テ之ニ對スル上訴
ニ係ル訴訟物ノ價額ヲ合算スルヲ得ヘキトキニ於テノミ上告ヲ許スヘキモ
ノトス而シテ本訴ニ於テハ其合算ヲ許スヲ得ス本件ニハ未タ言渡サ、ル終
局判決ニ對シ一部判決ト看做スヘキ二個ノ獨立セル判決アルモノナリ而シ
テ一般ニ一部判決ニ對スル上告ハ其上訴ニ係ル訴訟物ノ價額カ上告額ニ達
スルトキニ之ヲ許スヘキハ疑フ可ラサルユトナリトス又同一訴訟ニ於テ此
判決前ニ言渡シタル一部判決ノ價額或ハ未タ言渡サ、ル終局判決ノ價額ヲ
之ニ算入スルハ許ス可ラサルモノトス何トナレハ此ノ價額ノ計算ハ訴訟物
ノ價額ヲ標準トセスシテ上訴ニ係ル訴訟物ノ價額ヲ以テ標準トナセハナリ
(民事訴訟法第五百八條假ニ以上ノ所說ヲ眞ナリトセハ同一ノ判決ヲ以テ全

度ニ於テ當事者ノ申立ニ羈束セラル、ヤ
第五百條第一項第三號ノ規定ハ訴カ第一審判決
ヲ以テ却下セラレタル場合ニ於テモ亦其適用ア
リヤ將タ訴ノ請求カ其原因ニ付正當ナリト認め
ラレタル場合ニ制限セラル、ヤ

(千八百八十五年四月八日判決)

左ノ判決ハ第一審裁判所カ訴ヲ却下シタル後訴ノ請求ヲ其原因ニ付正當ナ
リト認め其數額ニ關スル辯論ノ爲メ事件ヲ第一審ニ差戻シタル控訴審判決
ノ上告ニ關スルモノナリ上告ハ次ノ理由ヲ以テ棄却セラレタリ

理由

原告ノ上告理由ハ判決理由ノ末尾ニ「普通保險條例第十三條ニ基ク被告ノ抗
辯ハ數額九千二百四十五マクル七五以下ニ在リテハ之ヲ不當トシ若シ原告
ノ請求右數額ニ超過スルトキハ之ヲ理由アリトス隨テ民事訴訟法第五百條

第三號ノ規定ニ依テ裁判ス」ト宣言シタル限度ニ於テ原告ノ請求ノ一部ハ既
ニ控訴審判決ヲ以テ非認セラレタリト云フニ在リ此形式的事項ニ關スル論
旨ハ誤解ニ出テタルモノト認定ス第一審裁判所ハ事件ノ辯論ヲ先ツ請求ノ
原因ノミニ制限シ保險條例第十三條ニ基ク抗辯ハ訴ノ全請求ニ對抗スヘキ
モノト認めタルヲ以テ其判決ニ於テ訴ヲ全部却下シタリ而シテ控訴裁判所
ハ既ニ原告ノ控訴申立ニ因リ一定シタル範圍ノ示スカ如ク其判決言渡ニ際
シ本訴ノ程度ニ於テハ原告ニ一定ノ金額ヲ歸屬セシム可キニ在ラス然レト
モ地方裁判所ノ如ク訴ノ請求ヲ全部非認セサル以上ハ民事訴訟法第五百條
第一項第三號ニ依リ數額ニ關スル辯論ノ爲メ事件ヲ第一審ニ差戻ス可シト
ノ意見ニ出タリ故ニ原告ハ控訴ノ辯論ニ於テ單ニ前掲ノ措置ヲ申立タルモ
ノニシテ控訴院ハ原告ノ申立ニ適合スル裁判ヲナシタルモノトス固ヨリ判
決ノ理由ニハ何か故ニ地方裁判所ノ言渡シタルカ如ク第十三條ニ基ク抗辯
ハ訴ノ全請求ニ對抗セサルモノナルヤヲ表示スルヲ要ス而シテ此點ニ關ス
ル控訴院ノ意見ハ抗辯ハ請求ノ一部ニ對抗スルヲ得ヘシト云フニ在レハ是

レ、説明ノ爲メニ援用シタルニ外ナラス此方面ニ關シ形式上前審判決ハ何事ヲモ裁判シタルコトナシ又控訴院カ其裁判理由ノ末尾ニ於テ元來本案説明ノ爲メ直接ニ必要ナルモノ、外現在ニ在テ未タ其價值ヲ有セサル意見ハ一面ヲ直ニ吐露シタリトモ亦何等ノ變更ヲ受ク可キニ在ラス

上述ニ從ヒ前審判決ハ豫メ訴ノ原因ニ付裁判ヲ爲シ其數額ヲ後ノ裁判ニ讓ル條件ヲ以テノミ行ハル可キ限ニ於テ原告ニ利益ヲ歸屬セシメタルカ爲メ原告ノ上告ハ上訴ニ係ル訴訟物ノ欠缺ニ基キ之ヲ許ス可ラストシテ棄却ス可キカ如シ然レトモ控訴院カ原告ノ訴求ニ係ル金額三萬六百三十五マルク并ニ其利子ヲ原告ニ歸屬セシメスシテ數額ニ關スル辯論ノ爲メ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻シタル事情ハ原告ニ對シ不服ノ原因タルモノニシテ此限度ニ於テ訴ノ全請求額ハ本審ノ上訴ニ係ル訴訟物ノ價額ヲ表示ス之ニ反シ原告ノ控訴申立ニ因リ一定シタル範圍ハ之ヲ反對原因トシテ見積ルヲ得ス實ニ原告ハ控訴審ニ於テ事件ヲ第一審ニ差戻スコトノミヲ希望セリ而シテ控訴裁判所ハ民事訴訟法第四百八十七條及ヒ第四百九十八條ニ依リ此申立ニ

(三)我第四百十一條ニ當ル

(四)我第四百二十條ニ當ル

因リ定リタル範圍内ニ於テ不服ヲ申立テラレタル判決ヲ變更ス可キモノトス然レトモ訴訟材料ハ當事者ノ申立ニ因リ只實際上ノ關係ノミニ付限界セラル、モノニシテ當事者ノ隨意ニ存セサル手續問題ニ關シテハ之レカ爲メ制限ヲ受ク可キニ在ラス判決ヲ校正スル場合ニ於テ上訴裁判所ハ事件ニ付終局判決ヲ爲ス可キヤ又ハ更ニ辯論及ヒ裁判ヲ爲サシムル爲メ事件ヲ下級裁判所ニ差戻ス可キヤノ問題ハ亦前掲ノ問題ニ屬ス法律ハ此問題ニ付當事者ノ申立ニ拘ラス其規定ヲ設ケタリ故ニ原告ハ其控訴ノ申立ニ因リ本審ニ於テ控訴院カ自ラ數額ニ付裁判ス可キ代リニ事件ヲ地方裁判所ニ差戻シタルコトヲ責問スルニ付形式上阻碍セラル、コトナシ

實ニ原告ハ右ノ關係ニ付前審ノ裁判ニ對シ格段ノ非難ヲ加ヘサルモ原告ハ其上告ノ申立ヲ以テ大審院ヲシテ形式上此方面ノ審査ヲ爲ササル可ラサルノ地位ニ致サシメタルモノナリ是ニ於テ民事訴訟法第二百七十六條及ヒ第四百八十五條ニ依リ第一審ニ於テ辯論ヲ請求ノ原因ノミニ制限セザリシ場合ニ於テモ亦控訴院ハ其意見ニ從ヒ一時請求ノ原因ノミノ裁判ヲ爲シ其數

(五)(一)ヲ見
(六)我第四百八條ニ當ル

額ハ之ヲ後ノ裁判ニ讓ルノ權アルコト亦疑ヲ容レサル所ナリ(帝國大審院民事判決例集第五卷四百十三頁參照)

然レトモ本訴ハ民事訴訟法第五百條第一項第三號ニ依リ第一審ニ差戻ヲ爲ス可キ場合ニ該當スルヤノ問題ニ關シテハ少シク疑ノ存ス可キアリ前掲規定ハ第一審ニ於テ訴ヲ却下スル判決アルトキハ只本訴ノ場合ハ如ク請求ノ原因カ言渡シタル判決ノ目的物トシテ豫メ明ニ分別セラレタル場合ニ於テハ、其適用ヲ視ルコトハ、大審院ノ宣言シタル所ナリ(帝國大審院民事判決例集第五卷第四百十二頁以下、第六卷第四十七頁、第八卷第三百六十一頁以下、第十卷第四百二十八頁以下、參照然レトモ前掲規定ハ一般ニ請求ノ原因ヲ正當ナリト認ムル第一審ノ判決ニ限ラレサルヤ否ヤノ問題ハ仍ホ未決ニ屬ス而シテ此制限ヲ認ムル傾向ハ最後ニ掲ケタル判決即チ第十卷第四百三十二頁ニ於テ之ヲ視ルノミナラス亦舊第五卷第三百七十六頁ニ掲ケタル判決ニ於テモ既ニ認定セラル、所ナリ但右二點ノ判決ハ元來此問題ヲ判定スルヲ目的トシタルニ非ス又學者ノ見解モ此點ニ關シテハ區々ナリ即チ制限ヲ

○千八百八十六年二月十八日判決

主張スル者ハ例ハツツハ論說第三百頁「ストルクマン」及ヒ「コッホ」(第四版)民事訴訟法第五百條ノ註解第四、反對ヲ主張スル者ハ例ヘハ「ゾイフェルト」(第二版)民事訴訟法第五百條ノ註解第四、制限アリト主張スル者ハ民事訴訟法第五百條第一項第四號ノ補充ニ基キ之ニ反對スル者ハ同條同項第二號ノ補充ニ據ル本問題ニ付精密ナル審理ヲ遂クル處大審院ハ今日左ノ如ク判定スルヲ至當ト信ス曰ク第三號ノ規定ハ第一審ニ於テ訴ヲ却下シタル場合ニ於テモ亦適用セラル、モノトス其主タル理由ハ若シ請求ヲ理由トシト言渡シタル判決カ民事訴訟法第二百七十六條第一項及ヒ第五百條第三號ノ旨趣ニ依リ豫メ原因ニ付裁判シタル判決ト謂フヲ得サルトキハ民事訴訟法第二百七十六條第二項ニ於テ請求カ理由アリト言渡サレタルトキハ民事訴訟法第二百七十六條第二項又其限度ニ於テ不條理ナリト云フニ在リ云々

〔第四百四十八〕

第一審裁判所カ請求ノ原因ニ就テノミ判決スルコトヲ決定シ辯論ヲ請求ノ原因ニノミ限レリ然ルニ審理ノ結果裁判所ハ直ニ原告ノ請求

請求ヲ却下ストアルヲ以テ本案事件ハ此判決ニ依リ全ク終局ヲ告ケ尙ホ判決ヲ受クヘキ事項ノ存在スルモノナシ然ラハ右判決ハ其性質決シテ仲間判決ニ非ラスシテ終局判決タルコトハ素ヨリ疑テ容レサルモノト謂フヘシ反對論者或ハ云ハン本件ニ於テハ已ニ辯論ヲ請求ノ原因ニノミ限レリ故ニ其結果タル判決ハ亦請求ノ原因タル判決ニシテ仲間判決ナラサルヲ得スト然レトモ是レ誤見ノ甚シキモノナリ我訴訟法ニ於テ裁判所ハ何時ト雖モ事件ノ終局ヲ告クルニ足ルヘシト認ムルトキハ直ニ辯論ヲ終結シテ終局判決ヲ下スコトヲ得ルハ法文カ明ニ定ムルトコロナリ(民事訴訟法第二百七十二條)故ニ辯論ヲ請求ノ原因ニノミ限リタルトキト雖モ裁判所カ終局判決ヲ爲スニ足ルト認メタルトキハ終局判決ヲ爲スコトヲ得ルハ勿論ナリ又或ハ云ハソ原裁判所ハ始メニ請求ノ原因ニノミ付テ判決スルコトヲ決定セタルニ非ラスヤ故ニ若シ右判決ヲ以テ終局判決ト爲サハ決定ト矛盾スルヲ如何セント是レ亦謂ハレナキノ批難ナリ蓋シ我民事訴訟法ニ於ケル決定ハ裁判所及ヒ當事者ヲ羈束スルノ効力ナシトスルヲ以テ判決ヲ以テ決定ヲ變更スルハ

(四)我第二百二十五條ニ當ル

(五)我第四百二十一條ニ當ル

素ヨリ何等ノ支障ナシトスル所コナレハナリ
 以上説明スルトコロニ依レハ第一審裁判所ノ判決ハ終局判決ト云ハサルヲ得ス從テ本件ニ關シ民事訴訟法第三號ヲ適用スル能ハス唯民事訴訟法第四百九十九條^(註)ニ依リ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スコトナクシテ自ラ審理裁決スヘキモノトス是レ上掲否定説ヲ採ル所以ナリ
 以上本院ノ見解ハ學者カ是認スルトコロナルノミナラス(參照ウイルモスキ
 一及ヒレウイ一)民事訴訟法註解第四百十五頁千八百八十四年一月三日大審院民事第一部ノ判決モ全一ノ趣旨ヲ説明セリ(參照大審院判例第十卷第四百二十七頁)
 又千八百八十五年五月十三日大審院民事第五部ノ判決モ然リ而シテ右ト反對ノ判例ハ千八百八十二年十月三日大審院民事第三部ノ判決(參照大審院判例第八卷第十六頁)
 及ヒ千八百八十二年九月二十一日大審院民事第一部ノ判決參照同第八卷第三百六十頁)

及ヒ千八百八十五年四月八日同部判決ナリトス(參照大審院判例第十四卷第三百五十五頁)

此ノ如ク判例一致セザリシト雖モ其後千八百八十六年二月二十日ノ民事第一一〇部ノ判決及ヒ同年十一月五日民事第三部ノ判決ニ於テ本判決ト同一ノ意見ヲ發表セリ故ニ先ノ反對判例アルニ拘ハラズ今日ニ於テハ裁判所構成法第三百三十七條ニ依リ民事部ノ聯合總會ヲ開キ本院ノ意見ヲ確定スルノ必要ナク直ニ上掲ノ如ク判決スルヲ得ルモノトス我大審院ノ民事第一部カ最初探リシトコロノ反對判例ノ根據トスルトコロ若シ第二百七十六條第二項ノ規定中ニ請求却下ノ判決(終局判決ナリトシテ)ヲ包含セサルモノトスルトキ同項但書ニ特ニ請求ヲ正當ナリトスルトキハノ文字ヲ加ヘタルハ全ク贅文ニ歸スレハナリト云フニ在リ(大審院民事判決例第十四卷第三百五十五頁參照然リト雖モ今草案理由書ヲ按スルニ(理由書第二百十八頁參照該項但書ヲ加ヘタルノ趣旨ハ全ク別所ニ在リ即チ請求ヲ原因ナシト判決スルトキハ數額ニ關スル判決ヲ除外セシムルニ在ルヲ明言セリ以テ右民事一部ノ前判決

ノ失當ナルヲ證スルニ足ル又同判決中ニハ(大審院民事判決例第十四卷第四百十七頁參照第一審裁判所ハ請求原因ナシト認ムルトキハ民事訴訟法第二百七十二條ニ依リ已ニ辯論ヲ請求ノ原因ノミニ限リタルトキト雖モ亦終局判決ヲ下サルヘカラサルヤ將タ又仲間判決及ヒ終局判決ノ何レヲカ選擇スルヲ得ルヤノ問題ナリト雖モ本件ニ對シテハ全ク問題外ナルヲ以テ別ニ説明ヲ爲サス

〔第四百四十九〕 争アル請求ノ原因正當ナルコトヲ言渡ス

判決ハ訴訟材料カ其請求ノ存在セサルコトヲ明

白ニ爲シ得ル間尙ホ之ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤ

(千八百八十六年三月五日判決)

理由

不服ヲ申立ラレタル判決ニ於テ其原因正當ナリト認定セラレタル所ノ原告
訴求ノ請求ハ數個ノ各別ナル請求ヨリ成立テリ其第一位ニ在ル請求ハ原告

〇千八百八十
六年三月五日
判決

及ヒ其讓渡人ノ爲シタル供給ニ對スル賠償ノ請求ナリ而シテ右供給ハ千八百六十九年九月二十九日ノ契約ニ於テ原告及ヒ其讓渡人ノ引受ケタル供給ノ一部ニシテ之ニ對シテ原告カ契約通リノ賠償ヲ求ムル所ノモノタリ原告ハ此賠償ヲ計算スルニ左ノ方法ヲ以テセリ即チ原告ハ供給及ヒ價額ノ見積高ヲ一々計算シ此價格ノ總計ヲ七十四萬千六百八十五「ターレル」六「マルベル」グロツシエン「四」ペソニヒト見積リ之ニ八萬八千「ターレル」ノ數額ヲ加算セリ蓋シ此加算額ハ原告ノ主張ニ依レハ契約ノ全部履行ノ爲メニ原告及ヒ其讓渡人カ被害ニ對シテ尙ホ請求スルコトヲ得ヘキ所ノ供給價格ヲ表スルモノトス即チ原告ハ契約ニ基キテ引受ケ且ツ賠償セシムヘキ供給ノ總價格ヲ以テ總計八十二萬九千六百八十五「ターレル」六「マルベル」グロツシエン「四」ペソニヒトセリ次ニ又原告ハ此總價格八十二萬九千六百八十五「ターレル」六「マルベル」グロツシエン「四」ペソニヒト原告カ契約ニ基キ作爲スヘキ供給ニ對シ契約ヲ以テ定メタル賠償總額六十二萬五千「ターレル」トノ百分比率ヲ計算セリ略言スレハ原告ハ其比率ヲ七割八分三厘四毛ト定メ此比率ノ標準ニ從テ既濟

ノ供給ノ總價格七十四萬千六百八十五「ターレル」六「マルベル」グロツシエン「四」ペソニヒト五十八萬千〇三十六「ターレル」七「マルベル」グロツシエン「三」ペソニヒト減算シ此減算額ハ即チ兩請負人カ其契約ニ因テ負擔シタル義務ヲ履行スル爲メニ爲シタル供給ノ賠償トシテ契約ニ依リ定メタル金額ヲ表スルモノナリトセリ

控訴院ハ原告カ契約履行ノ爲メニ爲セル供給ニ付キ契約上定メタル賠償トシテ訴求シタル金額ハ七割八分三厘四毛ノ比率若クハ(原告及ヒ其讓渡人カ爲スヘキニ之ヲ爲サスシテ建築會社ノ爲シタル供給ニ對スル額カ原告ノ主張シタル所ヨリモ多額ナルコトヲ被告ニ於テ證明セル場合ニ於テハ)千八百六十五年六月二十二日ノ概算書及ヒ千八百六十九年九月二十九日ノ契約ニ依リ原告及ヒ其讓渡人ノ爲シタル供給ニ付キ千八百七十年及ヒ千八百七十一年ニ於ケル(鑑定人ニ依リ尙評價スヘキ)相當代價ノ百分比率ヲ以テ計算シ原告及ヒ其讓渡人ノ供給ニ對スル既濟ノ仕拂ヲ控除スルニ因テ得タル總金高ニシテ之ニ對スル原告訴求ノ原因ハ正當ナリト判決セリ蓋シ此裁判ノ根

據タル所ハ左ノ點ニ在リ即チ建築會社ハ千八百七十一年九月ノ一ヶ月ニ對シ土木技師丙ノ保證狀ニ從ヒ兩受負人ニ仕拂フヘキ八萬千三百八十二ターレル十「ワルベルグロッシェン」ヲ仕拂ハス唯五萬二千六百七十九ターレル十二「ワルベルグロッシェン」ヲ仕拂ヒタルノミナルカ故ニ同會社ハ兩受負人ニ對シ契約ノ繼續履行ヲ不能ナラシメタルモノナリトノ原告ノ主張ヲ以テ其請求ノ原因ト認ムヘキ限リハ如何ナル點ヨリ考察スルモ建築會社ハ仕拂期限ノ滿チタル二萬八千七百〇二ターレル二十八「ワルベルグロッシェン」ノ金額ヲ仕拂ハサルニ依リテ契約ニ違反シ爲メニ兩請負人ヲシテ契約ノ繼續履行ヲ爲スコト能ハサルニ至ラシメタルモノナリト謂ハサルヘカラス故ニ原告ノ提起シタル請求ニハ普魯西普通法第一卷第五節第三百六十一條ノ規定ヲ適用スルヲ以テ至當ナリトスト云フコト是レナリ

(前略)數額ニ付テノ裁判ヲ留保シ請求ノ原因ニ付キ判決ヲ爲スニ當リ判決主文其者ニ於テ請求ノ原因ヲ組成スル所ノ法律上重要ナル事實ヲ記載シ因テ以テ請求ノ原因ヲ詳細ニ確定シ且ツ限定スルコトハ民事訴訟法第二百七十

(一)我第二百二十八條ニ當ル

六條ノ拒止セサル所ナリ不服ヲ申立テラレタル判決ハ即チ此種ノ確定ヲ與ヘタルモノナリ該判決ノ理由ニ於テハ原告カ請求ノ爲メニ必要トシテ提供シタル事由ヲ明確ニシ而シテ其主文ニ於テハ請求ヲ詳細ニ確定シ且ツ限定スル爲メニ爲シタル解説ノ結論ヲ掲ケリ故ニ此確定ト限定トハ之ヲ裁判ノ眼目ト看做サルヘカラス即チ此確定及ヒ限定ヲ爲スニ於テハ請求ノ原因ヲ正當ナリト認定スヘキカ故ニ然リト謂ハサルヘカラス然レトモ此意義ニ於ケル判決ハ請求ノ原因ヲ組成スル所ノ法律上重要ナル總テハ事實確實ニシテ請求ノ存在カ必然此事實ヨリ生スル場合ニ非ラサレハ之ヲ爲スコトヲ得ス若シ夫レ請求ノ理由ト爲シタル主張ヲ詳細審査スルニ於テハ遂ニ其請求ハ存立セサルモノナルコト表顯スルニ至ルヘキコトヲ現在ノ訴訟材料ニ據リテ推知シ得ヘキ場合ニ於テハ請求ノ原因ヲ正當ナリトスル先決裁判ヲ爲スノ餘地毫モ存セサルナリ

今若シ已上述タル所ヲ以テ標準ト爲シ以テ不服ヲ申立テラレタル判決ヲ審按セシニハ該判決ハ到底維持スルコト能ハス兩受負人ノ契約ニ因テ負ヘル

供給ノ範圍ハ確固ナラサルナリ控訴判決ニ引用セル建築評議官某ノ鑑定人トシテノ陳述ニ據レハ原告ノ計算書ニ記載セル工事ノ全部果シテ實行ヲ要シタルヤ若クハ其何レノ部分カ實行ヲ要シタルヤハ千八百六十五年六月二十二日ノ費用概算書ノ基礎タル水準圖形及ヒ原狀ヲ點檢シタル上ニ非ラサレハ之ヲ確定スルコト能ハス蓋シ右費用概算書ハ千八百六十九年九月二十九日ノ契約ニ基ク所ナリ而シテ此圖形ハ未ダ曾テ提出セラレタルコトナシ控訴院判決ニハ原告ハ其陳述ニ據レハ右圖形ヲ提出セント欲セリト記載セリ蓋シ控訴院ハ原告ノ此ク用意整頓セルヲ恃ミテ原告ノ計算書中ニ記述シタル工事ノ全部カ將タ又何レノ部分カ費用概算書ニ基キ實行セラルヘキモノナルヤハ右圖形ノ提出セラル、ニ於テハ鑑定人ノ意見ニ依リテ之ヲ確定シ得ヘント思料シ其圖形ヲ措テ願ミサリシナリ鑑定人丁ノ陳述ニ從ヒ疑問ノ點ヲ判定セントスル所ノ此裁判理由ニ從ヘハ原告カ契約ニ從ヒ請負人ノ負擔セル所ナリトシテ表示シタル工事カ果シテ請負人ノ契約ニ因リ負擔シタル工事ナルヤ否ヤハ圖形ノ缺欠セルカ爲メ之ヲ確定スルコト能ハス既ニ

之ヲ確定スルコト無キニ於テハ疑問中ニ在ル工事ニ對シテ原告ノ計算シタル契約上ノ賠償請求ハ總テ之ヲ爲スコトヲ得サルヘシ故ニ不服ヲ申立テラレタル控訴判決ハ控訴院自身カ認メテ以テ請求ノ必要要件ナリトシタル要件ノ存在セサルコトヲ之ニ依リテ證明シ得ヘキモノナリ尙ホ考察スヘキ點ハ原告ハ工事停止ノ際ニ請負人ノ爾後作爲セサルヘカラサル工事及ヒ材料ノ總價額ヲ八萬八千「タ」レ「ル」ト記載スレトモ被告ノ主張ニ從ヘハ兩請受人ニ引渡シタル工事ヲ完結スル爲メニハ原告記載ノ價額ヨリモ尙ホ著シキ多額ヲ要シタルヘシト云ヘリ而シテ控訴判決ニ於テハ被告ヲシテ其額ヲ明確ニスルコトヲ爲サシメス今此多額ト原告請求ノ計算トヲ對照シ依リテ得タル比例數ニ從ヒ原告自身ノ既ニ控除シタル既拂額ヲ差引計算スルトキハ請求ハ最早少シモ存セサルコト、爲ルヘシ以上述ヘタル所ニ依レハ既存ノ訴訟材料ハ千八百六十九年九月二十九日ノ契約ニ基ツキテ爲シタル供給ニ對シ契約上ノ賠償ニ付テノ原告請求ノ原因ヲ正當ナリト宣言スル所ノ先決裁判ヲ爲スニ訴訟法上欠クヘカヲサル要件

ヲ全備セルモノニ非ラス

原告ノ訴求シタル總請求ヲ組成スル單獨請求ノ第二位ニ在ル所ノモノハ控訴院判決ノ主文甲第一ノ二ニ於テ裁判セラレタル請求ニシテ即チ原告ノ爲シタル餘分ノ供給及ヒ餘分ノ工事ニ對スル千八百七十年乃至七十一年ニ於ケル相當代價ノ請求ナリ蓋シ此餘分ノ供給及ヒ餘分ノ工事ハ其一ハ概算書及ヒ契約書以外ニ於テ原告及ヒ其讓渡人ノ供給シタルモノニシテ其二ハ建築ノ指揮監督ヲ依托セラレタル官吏即チ建築監督官吏ノ避ケ得ヘキ過失ニ由リ已テ得スシテ爲シタルモノナリ而シテ本請求ノ場合ニ於テモ請求ノ原因ヲ正當ナリトスル先決裁判ヲ爲スニ必要ナル要件即チ請求ノ成立スルコト確實ナリトノ要件ヲ欠ケリ右第一ノ工事ニ付テ一言スヘキ點ハ請求ノ當否ハ原告自身ノ供述ニ據ルモ王國政府ノ命令ニ依リ費用概算書以外ノ供給ヲ爲シタルヤ否ヤニ據リテ定マルモノトス然ルニ右工事ニ關シ此要件存否ノ確定セラレ居ラサルコト是レナリ又第二ノ工事ニ付テ一言スヘキ點ハ建築ノ指揮監督ヲ依托セラレタル監督官吏ノ避ケ得ヘキ過失カ其工事ノ原因

タリシコトノ確定セラレ居ラサルコト是レナリ

〔第四百五十〕 一分判決ヲ爲スニ付テノ要件如何

(千八百八十六年六月三十日判決)

理由

原告ノ申立ハ本訴ノ起因發端ヲ表明セリ其要旨左ノ如シ

新ウ井ルヘルム街一番地所在ノ地所百六十八平方メートルノ地坪並ニ全番地所在ノ總建物カマルシャル橋トクロンブリンツェン橋トノ中間ニ於ケルスプレー河左岸道路——所謂議會海岸——ノ敷地トシテ土地收用法ニ依リ收用セラルニ付テハ賠償トシテ王國警視廳ノ決定ニ依リ確定セラレタル金額十萬三千九百九十四マルクノ外ニ尙ホ六十二萬四千六百六十三マルク並ニ訴狀送達ノ日ヨリ以後百分ノ五ノ利子ヲ被告ヨリ原告ニ仕拂フヘシト判決アリタシト

被告ハ本訴ノ却下セラレシコトヲ申立テタリ

原告ハ行政手續ヲ以テ確定セラレタル賠償ニ反對シ一層多額ノ請求ヲ爲ス

○千八百八十六年六月三十日判決

ノ理由ヲ述ヘタル中ニ曰ク收用セラルヘキ土地ノ價格評定ニ付テハ賠償手續著手ノ當時(千八百八十二年九月)ニ於ケル土地ノ狀況ヲ以テ標準トセス却テ襲ニ(千八百七十一年)確定セラレタル街路立退線ノ規準ニ從ヒ收用權ヲ授與シタル勅令公布ノ當時ニ於ケル狀況ヲ以テ其標準トセサルヘカラス詳言スレハ此兩時ノ中間時ニ於テ原告所有地ノ收用セラルヘキ部分ニ付キ其價格ノ減少シタル變動生シタリ其原由ハ千八百八十二年七月二十四日原告所有家屋ノスプレ^イ河岸ニ臨メル屋壁崩壞シタルヨリ警察署ハ其倒壞セシメトヲ氣遣ヒ中央壁ニ至ルマテ該家屋ノ取毀ヲ命シタルニ在リ故ニ此點ニ基キ原告ハ損害以前ノ家屋ノ價格賠償ノ請求ヲ爲シ得ヘシト信ス若シ然ラサレハ少クトモ崩壞後家屋ノ修繕ニ要シタルヘキ所ノ費用ヲ控除シテ之ヲ請求シ得ヘシト信スト而シテ原告ハ右副位申立ノ理由トシテ警察署ハ家屋ノ取毀ヲ實際其倒壞ノ故ニ爲シタルコト非ラスシテ切迫セル收用ノ爲メニ之ヲ命令シタルモノナリト主張シタリ

第一審判事ハ收用ノ賠償ニ對シ提出セラレタル時ニ付テノ原告ノ意見ヲ採

用セス屋家取毀ヲ命シタル警察處分ノ理由ニ付テハ審査ヲ允許スヘカラサルモノト認メ而シテ一分判決ヲ以テ原告ノ請求中二十七萬九千八百二十五マルクニ對スル請求ヲ却下セリ

第一審判事カ此成績ニ違シタルハ該判事カ原告ノ訴ノ申立ヲ以テ請求シタル賠償額増加額ヨリ三十四萬四千八百七十七マルクノ金額ヲ控除シタルニ由ル而シテ此控除セラレタル額ハ原告ニ取リテ最モ不利益ナル場合即チ價格評定ノ標準トスヘキ時期及ヒ家屋取毀命令ノ原因ニ付テノ原告ノ意見ノ採用セラレサル場合ニ對シテ原告カ其請求ヲ計算シタリシ所ノモノナリ原告ハ之ニ對シテ控訴シタルニ控訴裁判所ハ右一分判決ヲ是認セリ

此控訴裁判所ノ判決ハ原告ノ上告ニ因リ左ノ理由ヲ以テ破毀セラレタリ

理由

上告論旨ノ第一點ハ本訴ハ一分判決ヲ爲スニ必要ナル法律上ノ要件(民事訴訟法第二百七十三條)存在セス故ニ控訴判事ハ不當ニ爲シタル一分判決ヲ是認スルヲ得サルヘシト云フニ在リ此攻撃ハ理由アルモノトス

(一)我第二百二十六條ニ當ル

一〇〇分判決ハ終局判決ナリ而シテ終局判決ハ争アル數個ノ請求中ノ一若クハ
 一〇〇ノ請求ノ一部カ終局裁判ヲ爲スニ熟スルトキニ於テ之ヲ爲スコトヲ得ル
 ノミ民事訴訟法第二百七十二條及ヒ第二百七十三條而シテ一ノ請求若クハ
 一ノ請求ノ一分カ終局裁判ヲ爲スニ熟スルハ請求ノ存否カ確定セラレタル
 事實及ヒ適用スヘキ法律ヨリシテ論理的推度ニヨリテ判明スル場合ニ於テ
 初メテ然ルナリ本件ノ場合ニ於ケル如ク金錢上ノ請求ナルトキハ其請求ヲ
 數量的ニ分割シ得ヘキニ由リ請求總額ノ一分ヲ原告ニ對シテ或ハ是認シ或
 ハ否認スル所ノ一分判決ヲ爲シ得ルコト固ヨリ然レトモ認否孰レノ場
 合ニ於テモ先決裁判ヲ爲スニ達シタル一分額ニ於ケル請求ノ存否ハ十分確
 定セラレ其先決裁判ノ爲メニ爾後尙ホ繫屬セル係争點ノ解説及ヒ裁判ニ變
 更ヲ及ホスコトナキヲ要ス故ニ本件ノ場合ニ於ケル如ク原告ノ一分額ヲ先
 決裁判ニテ却下セントスルトキハ留保セラレタル爾後ノ辯論若クハ證據調
 ノ結果ノ如何ニ關セス原告カ其一分額ニ付テ過多ノ請求ヲ爲スコト故ニ又
 一當時ノ訴訟狀態ニ於テ——全請求總額ノ殘額ノ右一分額ニ對スル超過

(二)我第二百二十五條ニ當

額ヨリ以上ノ額ヲ原告ニ歸スルコトハ如何ニ原告ニ利益ノ場合ト雖モ爲シ
 得サルコト明確ナルヲ要ス
 若シ之ヲ確定セザルトキハ請求ノ何レノ部分モ裁判ヲ爲スニ熟セス從テ訴
 求サレタル請求ノ一分額ニ付キ確定力ヲ有スル裁判ヲ爲スコトヲ得サルナ
 リ
 本件ノ場合ニ於テ原告ハ企業者タル被告ヨリ原告ニ賠償スヘキ收用地ノ價
 格ヲ七十二萬四千四百七十七マルク(行政手續ニ於テ原告ニ認可シタル賠償
 ヲ包含ス)ノ金額ニ於ケル合一不可分ノ請求トシテ主張シ其多額請求ノ理由
 トシテ行政官廳ノ見解ノ失當ナルコトヲ攻撃セリ就中其一ノ點ハ收用土地
 ノ價格評定ノ標準ト爲スヘキ時ノ選擇ニ關シ其二ノ點ハ家屋取毀ヲ命シタ
 ル警察處分ノ原因ニ關スルモノナリ此攻撃方法ハ第一審判事及ヒ控訴判事
 ハ之ヲ實質上各獨立ノモノト認メタリ然レトモ此攻撃方法ハ總請求中ニ包
 含セラレ而シテ此請求ヨリ分別シ得ヘキ特殊ノ一分請求ヲシテ理由アラシ
 メントスルモノニ非ラス寧ロ自餘ノ争點ト相結合シテ以テ原告ノ提起シタ

(三)我第四百二十一條ニ當
(四)我第四百二十二條ニ當
ル尙ホ五百條
ニノ場ニ於テ
控訴合ニ於テ
抗辯テノ防所
サレヘカラス

ル價格計算ヲ構成スル所ノモノタリ原告カ如何ナル限度ニ於テ過多ノ請求
ヲ爲シタルカハ價格計算ノ標準ト爲ルヘキ總テノ事由ヲ判然ナラシメタル
後始メテ之ヲ終局的ニ裁判スルヲ得ヘキナリ
本件カ獨立ノ終局裁判ヲ爲シ得ヘク從テ之カ爲メニ訴訟上分割スルヲ得ヘ
キ一分請求ニ關セサル場合ナルコトハ亦左ノ事由ニ照ラシテ明カナリ曰ク
控訴判事若シ實質的法律問題ニ關シテハ原告ノ意見ニ同意シタラシハ第
一審判事ヨリ却下セラレタル訴ノ請求ノ一分ニ付キ實質上原告ノ利益ノ爲
メニ第一審裁判ヲ變更スルコト即チ被告ニ對シ一分ノ定額ヲ仕辨フヘキ敗
訴ヲ言渡スコトヲ得ス然レトモ亦今假リニ一分判決ヲ爲ス要件存在スルト
スルモ本訴ヲ未タ判決ヲ爲スニ熟セサルモノトシテ第一審裁判所ニ差戻ス
ヘキ民事訴訟法第四百九十九條第五百條及ヒ第五百一條法律上ノ根據ヲ有
セサリシコト是レナリ
敗訴ヲ言渡ス一分裁判ヲ爲シ得サル場合ニハ一分判決ノ生セサルコト固ヨ
リ然リトス

(五)我第四百
二十三條ニ當
ル

抑モ本件ニ於テ問題タル所ノモノハ全ク二個ノ獨立セル攻撃方法ニシテ之
レカ棄却ハ中間判決ヲ以テ言渡サ、ルヘカラサルコトハ控訴判事モ亦認ム
ル所ナリ然ルニ控訴判事カ第一審ノ判決ヲ是認シタルハ是レ全ク一分判決
ノ本性ヲ誤解シ一分判決ニ付テ規定シタル民事訴訟法第二百七十三條ニ違
背セルモノナリ

○千八百八十
六年六月一日
判決

〔第四百五十一〕 妨訴抗辯トシテ提出シタルモ單ニ仲裁契

約締結ヲ根據トスル無訴權ノ抗辯ヲ棄却スル判
決ハ民事訴訟法第二百四十八條第二項ニ依リ上
訴ニ關シテハ終局判決ト看做スヘキモノナルヤ
否ヤ

本章第四節妨訴抗辯ノ部ニ譯載セル千八百八十六年六月一日ノ判決ヲ見ル
ヘシ

○千八百八十
七年九月二十
六日判決

〔第四百五十二〕 從參加ノ拒否ニ付テ中間判決ヲ爲シ其中

間判決ニ基キ後直ニ從參加ノ費用ニ付テ終局判決ヲ爲シ而シテ右中間判決ニ對シテ即時抗告ヲ爲ス場合ニハ同時ニ亦費用ノ裁判ニ對シテモ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤ

第二編第二章第四節訴訟費用ノ部ニ譯載セル千八百八十七年九月二十六日ノ決定ヲ見ルヘシ

第十三節 判決ノ事實

〔第四百五十三〕 控訴院判決ノ事實當事者ノ主張ヲ詳記セ

サル場合ニ於テハ之ヲ如何ニ解釋スヘキヤ

(千八百八十年五月十日判決)

甲及ヒ乙ノ建築師原告ニ對シ材木引渡ノ事ニ關シ義務ヲ負ヒタリ尤モ該債務ハ下ニ示ス條件成就ノ日ヲ以テ滿期ト定メタリ而シテ被告ハ右ニ關シ保證ノ義務ニ服シタリ

○千八百八十年五月十日判決

理由

控訴院ハ曰ク甲及ヒ乙ハ引續テ建築スルヲ欲ヒスト陳述シタルニ付キ其債務ハ當然滿期ニ達シタリト是レ法律錯誤ナリ當事者間ノ契約ヲ按スルニ債務ノ一半ノ滿期ハ家屋ノ内外ノ裝飾ヲ了リタル時ト云フ條件ヲ附シ他ノ一半ハ家屋カ火災保險ニ附セラレタル時ト云フ條件ヲ設ケリ即チ該契約ハ停止條件ト同時ニ期限ヲ定メタルモノナリ(ウヰヰンドシヤイド)「パンデクテ」第五版第一卷第二百五十六頁參照又控訴院ハ本件ノ場合ニハ特別ノ狀況存シ當事者ハ此期限ヲ以テ普通一般ノ套語ト看做サス大ニ重キヲ置ケル事實ヲ明確ニセサリシ之ヲ要スルニ本契約ノ期限ハ其何レノ一半ニ向テモ事物ノ通常ノ進行ニ從テ其條件ノ到來スル迄ハ決シテ到着スルコトナシ而シテ主タル債務者ハ自己ノ不法行爲ニ依リ其條件ノ到來ヲ遅延セシメタルトキハ羅馬法ニ依リ主タル債務者カ適法ノ行爲ヲ爲ス場合ニ到來シ得タラン時ヲ以テ到來シタルモノト看做ス故ニ原告ノ請求ヲシテ理由アラシメントスルニハ原告ハ主タル債務者カ其建築ヲ中廢セサルニ於テハ當今ハ既ニ兩事件

共到來セシナラントノ狀況ヲ疏明セサルヘカラス
 今當事者双方カ此點ニ關シ如何ナル事實上ノ供述ヲ爲シタルヤヲ審按スル
 ニ前兩審判決ノ事實ニ記載スル所甚タ曖昧ニシテ明確ヲ欠ク即チ不服ヲ申
 立テラレタル判決ノ事實ハ事件及ヒ爭點ノ全躰ヲ掲載セズ蓋シ控訴院ハ地
 方裁判所判決ノ事實ヲ暗黙ニ指示スル精神ナルヘシ然レトモ地方裁判所判
 決ノ事實ヲ按スルニ亦其明瞭ヲ欠キ主要ノ點ハ盡ク準備書面及ヒ訴狀附錄
 ヲ援用シタルニ過キス而シテ今訴狀附錄第三號ヲ閱スルニ原告代理人被告
 ニ書狀ヲ發シ左ノ如キ主張ヲ爲セリ
 甲及ヒ乙ニシテ建築ヲ中廢セサリシナラハ支拂ハ既ニ疾ク滿期ニ達セシ
 ナラン

(一)我第百十
 一條ニ當ル

今之ヲ原告ノ利益ニ解釋セハ或ハ原告ハ第一審ノ口頭辯論ニ於テ主タル債
 務者ニシテ眞實ニ引續キ經營スルニ於テハ家屋ノ内外ノ裝飾ハ固ヨリ火災
 保險ノ如キモ既ニ疾クニ附シ了リタルナラント主張セシナルヘシト推定ス
 ルヲ得ノ然レトモ本件ノ場合ニハ民事訴訟法第百二十九條第二項ヲ適用シ

係争事實ハ被告ヨリ自白シタルモノト看做スハ頗ル當ヲ失スル如シ故ニ此
 點ニ關シテハ尙ホ辯論ヲ必要トスルヲ以テ事件ヲ再ヒ控訴院ニ差戻ス而シ
 テ規則正シク相續テ建築經營スルニ於テハ滿期ノ條件既ニ到來シタラント
 ノ事實明確ナラサル以上ハ請求ハ遂ニ棄却セラレサルヲ得ス

〔第四百五十四〕 判決ノ理由中ニ記載セル注意附言ハ事實

ノ部ニ記載スル所ヲ補充スル効アリヤ如何

千八百八十年九月二十九日判決

商人甲某ナル者其妻及ヒ子女ノ爲メニ生命保險ニ加入シタリキ甲某ノ死去
 シタル當時ハ保險契約券商人乙某ノ手ニ在リタルヲ以テ甲某ノ妻及ヒ子女
 ハ乙某ニ對シ之カ還給ヲ請求シタルニ乙某ハ該契約券上ニ質權及ヒ留置權
 ヲ有スト稱シ遂ニ還付セザリシ

地方裁判所ハ被告ノ主張スル權利ハ兩ナカラ原因ナキモノト看做シ被告ニ
 契約券ノ返還ヲ命シタリ被告ハ之ニ對シ控訴シタルニ前判決認可ノ裁判下
 リタリ依テ被告ハ更ニ上告ヲ提起シタリ

○千八百八十
 九年九月二十九
 日判決

不服ヲ申立テラレタル判決ヲ按スルニ被告ノ供述ハ之ヲ四點ニ分チ其第一點ニ曰ク被告ハ某甲ニ一兩回小爲替ノ割引ヲ爲シタルコトアリテ千八百七十七年七月某甲ハ多額ノ爲替ヲ持參シ之カ割引ヲ求メタリ依テ被告ハ某甲ニ於テ保證ヲ立ツナラハ之ヲ承引スヘシト述ヘタルニ某甲ハ後數日ヲ經テ保險契約券ヲ渡シタリ其際右契約券ハ後來爲スヘキ割引ヨリ生スル請求ニ付テハ凡テ質物トシテ義務ヲ負擔スヘキモノナリトノ契約ヲ爲シタリト前判決ハ次キニ記載シテ曰ク控訴人ハ四十七個ノ爲替ヲ記載セル簿記ノ拔萃ヲ提出シ且ツ主張スラク

第一凡テ之ニ記載スル爲替ハ控訴人ニ於テ割引シタリ

第二其中七個ニ詳記スル所ハ訴ノ答辯書ニ記載スル所ト一致スルノミナラス某甲ノ破産ニ迄申出テタルモノト同一ナリト

且ツ右申立ノ眞實ヲ證明スル爲メ第一商業帳簿并ニ乙某ノ證言(訴訟進行中乙某破産開始ノ宣言ヲ受ク訴訟ハ其破産管財人ヨリ續行セラレタルニ付キ管財人ハ元トノ被告乙某ヲ證人トシテ召喚ヲ求メタルナリ)第二乙某對甲某

ノ訴訟記録就中其記録中ニ載スル乙某ノ宣誓證言ヲ援用シタリ又控訴人ノ宣誓ヲ要求セラレタリ

裁判理由中ニ曰ク控訴人カ簿記抜萃中ニ載スル七個ノ爲替ハ訴ノ答辯書并ニ某甲ノ破産ニ迄申出テタルモノト一致セリト主張セル點ハ保險會社ニ對スル債權ヲ質入レシタル點ニ付テ稱スルモノニシテ契約券ヲ質物トシテ渡シタルコトニ付テ云ヒシニ非ラスト而シテ控訴院ハ此記述ヲ以テ事實ナリト爲シタリ

被告ハ上告ヲ提起シテ前判決カ其裁判理由ニ載スル上記ノ點ヲ以テ事實ト爲セルハ違法ナリト主張シタリ

大審院ハ上告ヲ棄却シタリ其理由左ノ如シ

理由

事實ナルモノハ判決主文ノ理由ヲ説明スル爲メニ掲ケタル第一ノ部分ニ於テノ記載セサルヘカラス第二ノ部分ハ法律上ノ論述ニ非ラザレハ決シテ記載スルヲ得ストノ論正當ナルニ於テハ上告人ノ攻撃モ理由アリト謂ハサ

ルヘカラス然レトモ法律ヲ按スルニ斯ノ如キ制限ノ條文アルヲ見ス民事
訴訟法第二百八十四條ニハ判決ノ要素ヲ五點ニ分チテ掲載セルモ之ヲ以テ此
等ノ要素ハ必ス場所上判然タル區劃ヲ保持セサルヘカラスト推斷スルヲ得
ス唯判決主文ニ付テハ外面上分別スヘキナル文字ヲ用フルノミ故ニ寧ロ判
決主文ニ限リスノ如キ特別規定アルヨリ推セハ他ノ要素ハ必シモ判然分別
スルヲ要セサルカ如シ

故ニ事實上ノ確定ハ可成的裁判官ノ説明ヨリ分別セラルコト希望ニ堪エ
スト雖モ相互ニ其境域ヲ侵犯シタリトテ法律違反ト謂フヲ得ス
且ツ夫レ上告論旨ノ如ク事實ノ表題ノ下ニハ唯事實ノミヲ記シ理由ノ表題
ノ下ニハ必ス法律上ノ説明ヲ掲ケサルヘカラストセハ裁判官ニシテ判決主
文ノ説明ヲ爲スニ單ニ事實及ヒ理由ナル特別ノ題ヲ掲ケタルトギハ其最初
ノ部位ニハ凡テ事實ニ關スルコトヲ蒐集シ最終ノ部位ニハ唯法律上ノ説明
ヲ與ヘタリト思惟セサルヘカラス然レトモ或ハ斯ノ如キ位置ヲ保守シテ記
述ヲ爲ス者アリト雖モ又或ハ事實理由混淆シテ掲載スルコトナキヲ保セス

疑ハシキ場合ニハ各文ノ順序ニ重キヲ置カサルヘカラストアリト雖モ
是レ必ス常ニ然ルヘシト云フ理ナシ其述アル所果シテ事實上ノ確定ナルヤ
將タ法律上ノ説明ナルヤテ決スルハ一ニ其趣旨ヲ以テ標準トスヘキナリ之
ヲ要スルニ上告裁判所ハ前審裁判官ノ法律上ノ演繹事實ナル表題ノ下ニ記
載セラルカ爲メニ必ス之ヲ法律上ノ説明ニ非ラスト云ハサルヘカラスト
理ナキト同シク又前審裁判所カ法律上ノ説明中ニ記載スル事實ヲ以テ是レ
事實ノ確定ニ非ラスト宣言スルヲ得ス

本件ノ場合ニ於テハ理由ノ第一部ニ事實上ノ確定ヲ掲ケタリト稱シ之ニ由
リ法律上ノ効果ヲ是非スルモノニ非ラスシテ新シキ事實上ノ要點ヲ掲ケテ
被告ノ供述ヲ補充シタルニ過キス斯ノ如キハ當然許スヘキモノタリ若シ之
ヲモ許サストセハ證據ノ申立ヲ提供ノ一部ニ制限スルコトヲモ得サル理ナ
リ唯夫レ斯ノ如キ新事實ノ提供アルニ依リ初メ掲ケタル事實ノ不完全ナル
所ヲ補充スルヲ得ルノミ但此補充記載ノ事ハ亦上告裁判所ノ覆審ヲ許サ
ル事實上ノ確定ナリトス

○千八百八十
年十月二十六
日判決

〔第四百五十五〕準備書面ノ誤讀ヲ法廷調書ニ採録シタル
爲メ判決ノ事實ト相違ヲ來セシ場合
第二編第三章第二節準備書面ノ部ニ記載セル千八百八十年十月二十六日ノ
判決ヲ見ルヘシ

一七三二

○千八百八十
年十一月二十
三日判決

〔第四百五十六〕判決ノ事實ニ準備書面ヲ援用スルヲ得ル
ヤ若シ得ルトセハ其程度如何
事實ノ要件
事實ト理由トノ外面上ノ分別
(千八百八十年十一月二十三日判決)

第二審ノ判決ハ裁判ノ理由ト事實ト外面上ノ分別ヲ爲サス理由ナル表題
下ニ於テ第一審判決ノ全軀ニ對シ原告ヨリ控訴ヲ提起シタリト云ヒ又控訴
ノ口頭辯論ニ於テ當事者双方ヨリ爲シタル申立ヲ掲ク次キニ法律上ノ説明
ヲ載セリ又其法律上ノ説明中ニモ準備書面ニ載スル狀況ニシテ第一審判決

(一)我第二百
三十六條第二
號ニ當ル

ノ事實ニ掲クサルモノヲ多ク採録セリ特ニ此等ノ事ハ辯論ニ於テ當事者ヨ
リ供述シタル所ナリトモ又辯論ノ結果斯クアルヘシトモ注意セサリシ依テ
上告人ハ該判決ハ一ノ事實ヲモ包含セサルヲ以テ民事訴訟法第二百八十四
條第三號ニ違反スルモノナリト質責シタリ大審院ハ前判決ヲ破毀シ更ニ辯
論及ヒ裁判ヲ爲サシムル爲メ事件ヲ第二審ニ差戻シタリ其理由左ノ如シ

理由

民事訴訟法第二百八十四條第三號ニ曰ク判決ニハ事實即チ其提出シタル申
立ノ明示ニ併セ當事者ノ口頭演述ニ基ケル事實及ヒ爭論ノ摘示ヲ掲クサル
ヘカラスト上告人カ不服ヲ申立テラレタル判決ハ此條ニ違反セリト質責ス
ル者實ニ理由アリト謂ハサルヘカラスト尤モ此規定ヲ遵守セサルトキハ其判
決ハ上告ヲ以テ破毀セラレハシトハ民事訴訟法第五百十三條參照ニ掲ケサ
ル所ナリ然レトモ第五百二十四條ニ據レハ上告裁判官ハ判決ノ事實又ハ第
二百八十五條ノ場合ニハ法廷調書ニ據ル其更正ニ載スル以外ノ事實ヲ參酌
スルヲ得ス隨テ判決ノ當該事實ナキ場合ニハ事件其者ヲ裁判スルヲ得スト

(二)我第四百
三十六條ニ當
ル
(三)我第四百
四十六條ニ當
ル
(四)我ニナシ
日ノ判決ノ事
實ハ當事者ノ

一七三三

口頭辯論ニ付
此等證據ハ法廷
ノ調書ヲ以テ
シタルコトナ
シタルコトナ
シタルコトナ

(五)或第二百
三十六條第五
號ニ當ル

此條ノ精神ヨリ推究スルトキハ本件ノ場合ノ如ク全ク判決ノ事實ヲ脱漏シ
テ第二百八十四條第三號ニ違反セル判決モ亦必ス破毀セサルヘカラス
準備書面アリト雖モ之ヲ判決ノ事實ニ援用セルニ非ラサレハ上告裁判所ハ
之ヲ參酌スルニ由ナシ加之援用セリト雖モ其援用外ニ涉リテハ亦參酌スル
ヲ得ス(第二百八十四條第二項)且ツ夫レ第二百八十四條ノ精神ヲ按スルニ口
頭辯論ニ於テ當事者ノ供述スル所盡ク準備書面ト契合スト雖モ唯準備書面
ヲ引用ストノ事ヲ記シ以テ事實ヲ編制シタリト爲スハ同條ノ許サ、ル所ナ
リ茲ニ引用ト稱スルハ法律文ニモ制止セストアル如ク唯除外例トシテ之ヲ
許スノミ法文ニハ裁判官ノ意見ニ十分ノ餘地ヲ與フル如キモ第二百八十四
條第三號ノ規定ニ依リ判決ノ事實ハ事實及ヒ爭論ノ摘示ヲ以テ表示セサル
ヘカラサルコトヲ常ニ忘ルヘカラス故ニ準備書面引用ノ事ハ唯其援用カ必
要ニ基ク場合程度ニ於テ之ヲ許ス詳言セハ本來ノ事實表示ニ限リ準備書面
ノ引用ヲ許スト雖モ之ト共ニ相當ノ前置詞ヲ附記セサルヘカラス
本件ノ場合ニ於テ不服ヲ申立テラレタル判決カ全ク事實ヲ掲クサリシハ之

ヲ至當ト謂フヲ得ス然レトモ右判決ハ控訴審ニ於ケル當事者ノ申立ヲ採用
シテ第一審判決ノ全部ヲ引用セリ故ニ第一審判決ニ掲クル事實ヲモ引用シ
タルコト明ナリ此ノ如ク第一審判決ノ全部ヲ引用スル點ヨリ推セハ控訴院
ニ於ケル口頭辯論ハ全ク第一審判決ノ事實ト契合セル結果タルコトヲ知リ
得ヘシ或ハ曰ク不服ヲ申立テラレタル判決ノ事實ハ全部第一審判決ヲ引用
シタルノミナルヲ以テ當事者ニ於テ其一部ヲ更正補充セント欲スルモ之ヲ
申立ツルコト難シ故ニ亦當事者ノ利益ノ爲メ斯ノ如キ記載ヲ爲シタルモノ
トモ見ヘス畢竟理由ト事實トヲ分別セサルハ不都合ナリト此攻撃一理ヲキ
ニシモ非ラス然レトモ未タ以テ控訴院判決ヲ破毀スル理由ト爲スニ足ラス
不服ヲ申立テラレタル判決ヲ以テ第二百八十四條第三號ニ違反スト爲ス所
以ノモノ控訴院ハ其判決理由ニ於テ第一審判決ノ事實中ニ記載セサル事實
狀況ヲ列記引用シ而シテ此等ノ事實狀況ハ全ク控訴院ニ於テ辯論セシ所ヲ
確定シタルモノナリトモ附記セサルニ由ル故ニ不服ヲ申立テラレタル判決
ノ理由ヨリ推論スルトキハ控訴院ハ一方ニ於テハ其辯論ヲ單ニ第一審ノ事

實通り供述シタル部分ノミニ制限セスシテ他方ニ於テハ控訴審ニ於ケル新事實ニ關スル口頭辯論ヲ明確ニセサルモノト謂ハサルヘカラス之ヲ要スルニ控訴院判決ハ上告審ノ裁判ニ欠クヘカラサル事實上ノ基礎ヲ曠欠セルモノナリ實ニ斯ノ如キ事實ノ欠缺ハ以テ不服ヲ申立テラレタル判決ヲ破毀シ再ヒ辯論及ヒ裁判ヲ爲サシムル爲メ事件ヲ控訴院ニ差戻スノ止ムナキニ至ラシメタリ

○千八百八十一年一月二十五日判決

〔第四百五十七〕控訴院ニ於ケル辯論ノ際當事者第一審ノ

記録中ニ包含スル訴訟資料ヲ口演セサルトキハ

控訴院裁判官ハ右第一審ノ記録ヲ以テ裁判ノ基

礎ト爲スヲ得サルヤ否ヤ

第二編第三章第一節頭口辯論ノ下ニ譯載セル千八百八十一年一月二十五日ノ判決ヲ見ルヘシ

○千八百八十一年三月十六日判決

〔第四百五十八〕控訴裁判所ノ口頭辯論ニ於テ爲シタル申

立テ控訴院判決ノ事實ニ記載セサル場合

〔千八百八十一年三月十六日判決〕

上告論旨ノ要點ハ不服ヲ申立テラレタル判決ハ裁判理由ヲ明示セスシテ地方裁判所ノ理由ヲ其儘引用セリ即チ該判決ハ裁判理由ノ曠欠セルモノト看做サ、ルヘカラサルヲ以テ不法タルコト論ヲ俟タスト云フニ在リ大審院ハ千八百八十一年二月十二日ノ判決裁判理由ノ部ニ譯出セリテ指示シテ上告ヲ却下メタリ其終リニ於テ曰ク

理由

前略前判決ハ當事者カ控訴審ニ於テ爲シタル申立ヲ記載セサルヲ以テ民事訴訟法第二百八十四條ノ希望スル事實ヲ欠クモノト認メサルヲ得ス尤モ被告ハ此點ニ付テ質責スル所ナカリシ然レトモ此等ノ欠缺ハ民事訴訟法第五百十三條ニ依リ法律違反ノ裁判ナリト看做スニ足ラス加之本件ノ場合ニ於テハ當事者ノ爲シタル申立ハ法廷調査ニ依リテ明白ナルヲ以テ益々法律ニ抵觸スル度ヲ輕減セリ

(一)我第二百三十六條ニ當ル
(二)我第四百三十六條ニ當ル

○千八百八十一年四月三十日判決

〔第四百五十九〕主張ヲ争ハサル事實ハ裁判ノ事實ニ明示セサルヘカラサルカ
相手方ヨリ辯論ニ於テ争ハサル事實ヲ事實更正ノ手續ヲ以テ取下ケ得ルヤ
第一審判決ノ事實ハ控訴裁判所ノ裁判ニ如何ナル影響ヲ有スルヤ

第二編第三章第一節口頭辯論ノ下ニ譯載セル千八百八十一年四月三十日ノ判決ヲ見ルヘシ

〔第四百六十〕控訴判決ノ事實ニ於ケル書損

證據問題ニ關シテ理由不備ナルニ依リ上告ヲ爲ス場合

（千八百八十一年五月十日判決）

原告ハ千八百七十二年其最初ノ婚姻ノ際生レタル唯一ノ男子某甲ニ對シテ

○千八百八十一年五月十日判決

扶助料ヲ請求シタリ其訴訟多年結着ニ至ラザリシカ千八百七十六年七月二十九日ニ及ヒ法廷外ニ於テ和解ヲ爲シタリ之ニ據ルトキハ原告ナル母ハ其男子ニ對シテ有スル過去及ヒ未來ノ扶助料請求權并ニ其男子ノ遺産ニ對スル相續權ヲ拋棄シ之カ代償金トシテ三百五十マルクヲ一時ニ某甲ヨリ支拂フコトト定メタリ然ルニ某甲ハ千八百七十七年七月二十九日死亡シタルニ依リ原告ハ某甲カ其舊住所ニ於テ佛蘭西法ノ下ニ公證ヲ以テ設定シタル遺言書ニ基キ遺産ヲ占有シタリ
原告ハ是ニ於テ其相續權ヲ保有シ先キニ爲シタル和解ハ裁判所ノ認可ヲキテ以テ無効ナリト主張シ遂ニ千八百七十九年其媳婦ニ對シ新訴ヲ提起シ千八百七十六年七月二十九日已降原告ニ屬スヘキ法廷ノ扶助料ヲ其子タル某甲ノ遺産ヨリ分與セラレノコトヲ求メタリ地方裁判所ハ和解ヲ試ミント欲シ辯論ニ基キ形式上ノ決定ヲ以テ確定シテ曰ク原告ハ生活ノ困難ナル位置ニ在リテ他ノ扶助ヲ得ルニ非ラザレハ生活スル能ハサルコトハ證據十分ナリト然レトモ裁判所ハ其目的遂ニ達セザリシカハ後更ニ判決シテ曰ク不服

ヲ申立タル和解ハ裁判所ノ認可ヲ必要トセサルモノナレハ訴ハ之ヲ棄却ス
ト
原告ハ右判決ニ對シ控訴ニ及ヒタルニ控訴院ハ裁判理由ハ之ヲ至當ト謂フ
ヲ得ス然レトモ扶養ノ義務アル子ノ相續人ハ非常ノ貧困ニ在ル父母ニ對シ
法律上唯其子カ生前ニ於テ父母ニ扶助シタラシ場合ニ於テノミ扶助ヲ與ヘ
サルヘカラス其他ニ至リテハ原告ノ要求ハ證據十分ナラスト言渡シタリ(子
ノ遺産ニ對シテ原告カ有スルト稱スル相續權ノ主張保有ハ第二審辯論ノ目
的物ニ非ラサリシ)

原告ハ尙ホ右ノ裁判ニ服セス上告ニ及ヒタルニ上告裁判所ハ控訴判決ノ事
實ハ二个ノ書損アリ即チ某甲某ハ千八百七十九年死亡シタリト云ヒ原告ハ千
八百七十九年七月二十九日已降ノ扶助料ヲ請求シタリト云フ是ナリト確定
シタリ原告訴訟代理人ハ實質ニ付テ質實シテ曰ク控訴院ハ卑屬親ノ相續人
ノ扶養義務ヲ被相續人カ既ニ扶助ヲ與ヘタル場合ノミニ制限シタリ是レ畢
竟法律ノ誤解タルヲ免レス羅馬法(1. 8822 Dig. de transact. 2, 15)ニ據レハ法廷外

ニテ爲シタル和解ニ依リ支拂ハレタルモノ即チ三百五十マルクハ淹滞ノ扶
養義務ト差引スヘキモノナリト其他第一審ノ判決ノ事實及ヒ其不服ヲ申立
テラレタル確定ニ反對シテ原告ノ赤貧ハ未タ證明十分ナリト謂フヘカラス
トノ意見ヲ吐露シタリ

大審院ハ上告ヲ理由アリトシ更ニ必需問題ニ關シテ辯論及ヒ裁判ヲ爲サシ
ムル爲メ事件ヲ控訴院ニ差戻シタリ

理由

第一係争和解ハ能ク法律規定ニ基ク原告ノ請求權伸張ニ對抗シ得ルヤ否ヤ
ノ問題ニ付テハ控訴院裁判官ノ意見ニ贊同ヲ表セサルヲ得ス普通法ニ據レ
ハ未タ滿期ニ達セサル養料ニ付テ和解ヲ爲スニハ裁判官ノ調査及ヒ認可ヲ
經ルニ非ラサレハ有効ナラスト定メリ(1. 8 Cod. de transact. 2, 4)尤モ法廷外ニ
於ケル養料ノ和解ニシテ生者間ニ契約又ハ贈與ニ基クモノニハ特別ノ規定
(1. 8822 Dig. de transact. 2, 15)アリ然レトモ是レ本件ト少シク場合ヲ異ニスルヲ以
テ本件ニハ之ヲ適用スルノ必要ナシ本件ノ場合ヲ判斷スルニ最モ適當トス

ルモノハ左ノ規定ナリトス

1. 5882 n. 16 Dig de agnosc. et Mend. 25, 3;

1. 885 Cod de bon quae lib 6, 61

之ニ據ルニ兩親及ヒ小兒ノ交互扶養ノ義務ハ自然法及ヒ親族法ヨリ湧出スル強制的義務ニシテ之カ必要條件存スル場合ニハ必ス發生シ之ニ對スル請求權ハ無償ニテ豫メ拋棄スルコトヲ得ス又有償ト雖モ權利者ノ生計ヲ支フルニ足ラサル額ヲ以テハ拋棄スルヲ得サルモノナリ(エムミンヅグハウス)法律行政索逕雜誌第二十三卷第十三頁以下參照

以上ノ理由ニ依リ千八百七十六年七月二十九日ノ和解ハ善良ノ風俗及ヒ公クノ利益ニ抵觸スルモノナリ少クトモ未來ニ屬スル子ノ扶養義務ニ關シテハ其性質上當然無効ト看做サルヘカラス

第二以上ノ如ク和解ハ原告ノ請求ニ對抗スル能ハストスルトキハ次キニ研究セサルヘカラサルハ原告ハ和解締結後某甲ノ死亡ノ日迄ニ於ケル養料ヲ某甲ノ身上ニ屬スル義務トシテ請求スルヲ得ルヤ否ヤ隨テ此義務ハ遺産債

務トシテ其夫ノ遺産相續人タル被告ニ移屬スヘキヤ否ヤノ問題是ナリ控訴院ハ地方裁判所判決ニ特ニ舉示セル此争點ニ付テハ何等ノ裁判モ與ヘザリシ尤モ控訴院判決ノ事實ニハ書損アリテ實際某甲ノ死亡シタルハ千八百七十七年七月二十九日ニシテ原告ノ養料ヲ請求スルハ千八百七十九年七月二十九日已降ナルニ該事實ニハ原告ハ千八百七十九年七月二十九日已降ノ養料ヲ請求シ某甲ハ千八百七十九年死亡シタリト書セリ然レトモ此書損ハ民事訴訟法第二百九十条ニ依リ上告裁判所ヲ拘束スルモノニ非ラス唯職權ヲ以テ更正スレハ可ナリトス

期限到來ノ養料請求ハ一般ニ之ヲ許スヘキヤ否ヤノ問題ハ別ニ説明ヲ要セスシテ瞭然タラシ現今ノ訴訟ハ其形式上ハ前訴ト異ニスルモ實質上ヨリ之ヲ觀察スルトキハ夫ノ某甲ニ對シテ起訴シ後和解ニ依リテ終了シタル訴訟ノ繼續セルモノニ過キサレハナリ而シテ今ヤ此和解ハ未來ニ關スル部分無効トナリ舊ト主張セラレタル法律上及ヒ事實上ノ理由ニ依リ該養料請求權ヲ以テ訴求セラル、ニ至リタルヲ以テ本件ハ被相續人ニ對シテ既ニ權

利拘束ト爲リ和解解除ノ上其相續人ニ對シテ執行スルヲ得ヘキ請求ニ關スルモノナリトス

第三之ニ反シテ被告ハ其夫ノ相續人トシテ夫ノ母タル原告ニ對シテ養料ヲ供給セサルヘカラサルヤ否ヤノ問題ニ付テハ之ヲ裁判スルコト頗ル困難ナリ通常ハ扶養ノ義務ハ身上ニ屬スル義務トシテ義務者ノ相續人ニハ移屬セサルモノナリ然レトモ亦非常ナル困難ニ在ル父ニ對シテ之ヲ供給セシメタル例外法アリ (1. 5817 Dig. de agnosc et al lib. 25, 3) 尤モ此例外法ノ解釋ハ諸説區々ニシテ未タ一決セス或學者ハ義務者ノ相續人タル孫若クハ權利者タル父ニノミ限リテ此法ヲ適用スヘシト云ヒ他ノ學者ハ相續人ノ扶養義務ト子カ父母ニ一旦養料ヲ給與シタルコトト相牽聯セシメントセリ詳細ハ左ノ著書ニ付キテ研究スヘシ

「シエマン」私法及ヒ訴訟法雜誌第一卷第四百十七頁

「ゾーフヘルト」パンデクテン第四百四十九章第十三號アルヒーフ第六卷

第二百五號第三十卷第二號

「ウヰンドシャイド」パンデクテン第四百七十五章第十三號

「シインテニス」民法第四百十章第七十六號

又「マンドリー」家族財産法第一卷二百五十頁ノ如キハ以上ノ諸説ニ反對シテ曰ク右特別債務ハ被相續人ノ身上ニ屬スルモノニ非ラス又遺産ノ事實ニ依リテ移屬スヘキニ非ラス寧ロ相續人ノ身上ニ成立スルモノナリ是レ相續人ハ斯ル場合ニハ被相續人ノ家族ノ一人ナルヲ以テナリト

以上ノ諸説ハ皆以テ至當ト謂フヲ得ス上掲ノ法律ハ是レ各個ノ場合ヲ裁判シタル判決ノミ之カ根本タル考ハ血族關係ヨリ扶養ノ義務ヲ負フ子ハ相續人ハ例外トシテ唯父母カ非常ナル饑餓ニ迫ル場合ニハ子ノ義務ヲ引受クルモノトス但法律ニハ單ニ父ト云ヘルモ一般ノ法律解釋規則ニ照シテ亦父母ニモ適用セサルヘカラス (1. 195 pr. Dig. de verb. S 50, 16; 1. 582. Dig. de agnosc et al. lib 25, 3)

被相續人カ一旦既ニ養料ヲ給與シタル事ト其相續人ノ義務トヲ牽聯セシメントスル論ハ全ク自家ノ臆想ニ過キスシテ法律ニ其立脚ヲ有スルモノニ非

ラス

故ニ控訴判決ハ最終ニ掲載セル見解ヲ繼受シ訴ヲ棄却スルニ原告ノ子其生時ニ於テ母ニ養料ヲ給與セザリシコト確實ナリトノ理由ヲ以テシタルカ故ニ同法15517ニ違反セルモノナリ

第四前審裁判所ハ訴ヲ却下スルニ尙ホ母カ非常ナル貧困ニ惱ムトノ證明十分ナラサル理由ヲ以テシタリ

此裁判理由ハ甲某ノ死亡ノ日マテニ給與スヘキ養料ニハ關係ナキコト明ナリ何トナレハ原告ノ子ハ原告カ其財産及ヒ所得關係ニ相當スル養料ヲ作製スルヲ得サル丈扶持セサルヘカラサル義務ヲ負フヲ以テナリ

子ノ相續人タル被告ノ扶養義務ハ上記法律ノ規定ニ據レハ實際生計ノ資料ニ欠亡ヲ告クルヨリハ一層大ナル必需存セサルヘカラスト云ヘリ而シテ原告ハ斯ノ如キ廣大ノ必需即チ非常ノ困難ニ在ルコトヲ以テ訴ノ原因トシ又之カ證明ヲ爲シタリ控訴院ハ千八百七十九年十一月二十二日ノ地方裁判所ノ決定ニ包含スル事實ノ確定ト其認定ヲ異ニシ原告ノ非常ノ必需ニ關スル

(一)我第二百十三條乃至第二百十七條ニ當ル

○千八百八十一年五月二十一日判決

證據ハ未タ以テ十分ト爲スニ足ラスト爲シタリ故ニ控訴院ハ自ラ其認定ノ證據ヲ舉ケサルヘカラスト若シ又其心證ヲ直接ニ口頭辯論ヨリ得タル場合ニハ少クトモ之カ理由ヲ舉示セサルヘカラスト然ルニ控訴院ハ其義務ヲ怠リ遂ニ民事訴訟法第二百五十五條乃至第二百五十九條ニ違背シタリ依テ右判決ハ民事訴訟法第五百十六條第二號及ヒ第五百十三條第七號ニ依リ破毀スルモノナリ

〔第四百六十一〕準備書面又ハ記録ヲ引用シテ裁判ノ事實

ヲ補充スルニ止ラス全然事實ノ位地ニ代ラシメ

タル判決ハ上告ヲ以テ破毀ヲ求メ得ルヤ

(千八百八十一年五月二十一日判決)

事實

上告人ハ前審ノ書類ニ基キテ事實ヲ供述シタリ之ニ據ルニ被上告人甲某ノ妻オルデンブルクニ在ル敷地一ヶ所ヲ乙某ニ永代貸與スルノ契約ヲ締結シ

タルコトアリテ這般右永賃借契約ニ基キ被上告人ハ其妻ノ名義ヲ以テ乙某ノ保證人タル上告人ニ對シ訴ヲ起シタル次第ナリ而シテ被告ハ訴ノ却下ヲ申立テ其理由ヲ説明シテ曰ク債權者ハ元來永借人ニ屬スル耕作用器具上ニ質權ヲ有スル者ナルニ債權者ハ取テ之ヲ主張セス遂ニ被告ヲシテ此等器具ヲ第三債權者ノ辨濟ニ充ツル爲メ賣却シ其獲得金ヲ之ニ支拂フノ已ムナキニ至ラシメタリト又保證人ハ適當ノ時ニ於テ原告及ヒ其妻ニ此質權ヲ主張スヘシト催告シタルノミナラス永賃借契約ニ基ク權利ヲ保證人ニ讓渡スヘシ然ルトキハ保證人ニ於テ自ラ原告等ノ請求ニ應スヘシト申入レタルニ原告ハ此權利讓渡ヲ拒絕シタリト云フ地方裁判所ノ判決ハ當時尙ホ滿期ニ至ラサル借賃ヲ確定シ其滿期ニ達セシ部分ハ被告ニ於テ支拂フヘシ請求ノ一部ハ次キノ辯論迄中止スト言渡シ被告ノ抗辯ハ之ヲ却下シタリ控訴院ハ被告ノ控訴ヲ棄却シタリ

第二審判決ノ事實ニ於テハ第一審判決ヲ引用セリ即チ曰ク被告ハ前審ニ於テ供述シタル抗辯ヲ再演シ證據ヲ提出シテ主張スラク被告ハ原告並ニ其妻ニ對シテ乙某ニ對スル請求權ヲ讓渡吳レ度原告ニ於テ之ヲ承諾スルニ於テハ其對價トシテ滯借地料ヲ支拂ヒ并ニ後來ニ屬スル借地料モ期限到來ノ節之ヲ取立テ原告ニ渡スヘシト申入レタリ然ルニ原告ハ之ヲ承諾セス加之債務者ニ對スル其質權及ヒ優先權ノ伸張ヲ怠リタリ故ニ原告ハ其訴權ヲ當然亡失シタルモノト謂ハサルヘカラス依テ原告ノ訴ハ之ヲ却下アラフコトヲ求ムト申立テタリ而シテ原告ハ滯滞及ヒ進行中ノ借地料ノ爲メニ乙某ヨリ第三者ニ質入レシタル器具上ニ法定ノ質權及ヒ優先權ヲ有スルコトヲ認メタルモ其餘ノ主張ハ之ヲ爭ヒ控訴ノ棄却ヲ求メタリト第一審判決ノ事實ハ是レハ概シテ記錄ニ基クモノナリトノ注意ヲ以テ始マリ次キニ夫婦財產法及ヒ永賃人ノ質權ニ關スルオルテナル法ニ付テノ當事者ノ意見ヲ附加シ又控訴院判決ノ事實ノ部ニ於テ記載シアル如ク借地料支拂并ニ原告ノ權利讓渡ニ關スル被告ノ申込ニ付テノ事實上ノ演述其他器具ハ第三債權者ニ質入シアル事并ニ永賃借契約ノ條款曖昧ナル事ニ關スル當事者ノ陳述ヲ記載セリ

第一審判決ノ裁判理由ニ據リテ之ヲ按スルニ地方裁判所ハ訴ノ第一點ヲ理由アリト看做シ第二點ハ滿期ト爲レル借地料ニ關スル部分丈正當ト認メタルコト明ナリ

第一審裁判理由ハ次キニ曰ク被告ハ檢索ノ抗辯ヲ拋棄シ約束ノ借地料ヲ滯ナク速ニ支拂ヒ又永賃借契約ヲ正實神速ニ履行スヘシトノ保證ヲ立テタリ故ニ原告カ其請求ヲ主タル債務者ニ對シテ主張スルト被告ニ對シテ主張スルトハ全ク原告ノ撰擇權内ニ在リテ原告ハ先ツ第三者ニ對シテ訴訟ヲ開始スル義務ナシト此裁判理由ハ第二審ノ判決理由ニ全然採用セラレ而シテ債權讓渡ニ基ク抗辯ニ付テハ第二審判決ハ反對ノ意見ヲ表示シテ曰ク原告ハ唯滯借地料ノ即時現金拂ニ換ヘテ被告ニ讓渡シタル權利ヲ附與スル義務アルノミ被告ハ原告ニ其數額顯著ナル滿期ノ借地債務ニ對シテ原告ノ權利讓渡ヲ定時請求セサルヘカラサル義務ヲ負ハシムルニ過キス其他當事者ノ辯難駁撃スルモノト異ニスル主張ハ一モ採用スルニ由ナシ之ヲ要スルニ原告ニ満足ヲ與フル外觀被告ハ保證契約上當然負擔セサルヘカラサル義務ノ履

行ヲ爲ス準備ヲ爲シタリトノ單純ノ陳述ノミニテハ未タ以テ原告カ債權讓渡ヲ拒絕シタルヲ不當ト看做スニ足ラスト
今上告人ハ不服ヲ申立テラレタル判決事實ノ不完全及ヒ記録ヲ單ニ引用スルコトハ許スヘキニ非ラスト實責シ其他該判決ハ上告人ノ兩抗辯ニ付テ實幹法ニ違反セリト攻擧シ控訴院判決ヲ破毀シテ被上告人ノ訴ヲ却下シ訴訟費用ハ被上告人ノ負擔タルヘシトノ判決ヲ申立テタリ被上告人ハ之ニ駁撃ヲ加ヘ上告ハ之ヲ棄却シ上告ニ關スル訴訟費用ハ上告人ノ負擔タルヘシト言渡アラソコトヲ申立テタリ

裁判理由

前兩審判決ノ事實摘示ハ法律規定ヲ遵守セルモノニ非ラス民事訴訟法第二百八十四條ニ據レハ判決ハ當事者ノ提出シタル申立ノ明示ニ併セ其口頭演述ニ基クル事實及ヒ爭論ノ摘示ヲ掲載セサルヘカラスト尤モ法律ハ此事實ヲ明示スルニ當リ準備書面ノ旨趣ヲ引用スルヲ制止セス然レトモ此規定ヨリ直ニ事實ニ換ユルニ準備書面若クハ記録引用ヲ以テスルヲ得ト云フハ畢

(一)我第二百三十六條ニ當ル

竟^〇妄^〇斷^〇タルヲ^〇免^〇レ^〇ス^〇第一審判決ハ實ニ此妄斷ニ陷レリ第二審判決モ第一審判決ノ事實ヲ引用シ其欠點ヲ補充スルコトナカリシヲ以テ亦此欠缺ヲ襲用シタルモノナリ斯ノ如キ事實ノ表示ハ當事者カ口頭辯論ニ於テ供述シタル事實ニ依リテ生シタル訴訟關係ニ重要ナル關係如何ヲ識別スルニ由ナキモハト謂ハサルヘカラス故ニ上告裁判官モ本件ノ法律適用ハ果シテ當テ得タルヤ將タ失當ナルヤヲ調査スルヲ得ス若シ準備書面ノ全體カ表示セラル、ニ於テハ或ハ大躰ノ調査ヲ爲シ得ヘシト雖モ上告裁判官ノ判決ニ主要ノ關係ヲ及ホス狀況カ果シテ準備書面ニ掲載セラル、如ク口頭ニテ演述セラレタルヤ否ヤニ至リテハ尙ホ疑ヲ生スル憾アリ

前兩審ノ判決ノ裁判理由ヲ引用シテ其事實ヲ考フルトキハ被告ハ檢索ノ抗辯ヲ拋棄シテ永賃借保證ノ義務ヲ負ヒタルコト明ナリ然レトモ裁判官カ判決主文ニ掲クル額即チ被告ハ借地料ノ滞高ヲ負擔スヘシト裁判シタル理由如何及ヒ借地人ニ非ラサル者カ何故ニ借地料ノ代リニ其滞高ノミヲ支拂フヘキ義務アリヤハ判決ノ事實及ヒ理由ニ依リテ推究スルニ由ナシ

第二審判決ニハ當事者ノ辯難駁撃ヲ引用セルモ此辯難駁撃ノ口頭ニテ演述セラレタルコトハ之ヲ明ニセザリシ

被告ハ永賃借契約上ノ權利ノ讓渡ヲ受クルニ於テハ永借人ノ負擔スル義務ヲ自ラ負擔スヘシト申立テント欲シタリ而シテ第一審及ヒ第二審ノ裁判事實ニ於テ被告カ之ニ關スル陳述ヲ再演シタル事ヲ以テ被告ノ陳述ノ全旨ト表示セサルヘカラサルカ又ハ此陳述ハ準備書面中ニ掲クルモノ、附隨タルヘキカ將タ準備書面モ供述セラレテ兩者相合シテ被告供述ノ旨趣ヲ構成スルモノナルヤハ之ヲ鑑別スルヲ得ス前判決ノ精神ハ此供述ノ上ニ於テ期限到來ノ借地料カ滞期ニシテ且ツ被告ノ此點ニ關スル陳述ハ何レノ處ニ在ルヤハ事實ヨリ演繹スル能ハス

永賃人ハ第三債權者ノ債務辨濟ノ爲メ強制執行ニ依リ賣却セラレタル永借人ノ耕作用器具上ニ質權ヲ有スト云フ事實モ事實及ヒ裁判理由中ヨリ發見スルヲ得ヘシト雖モ被告ノ抗辯ヲ判決スルニ當リ右器具賣却代金ニ依リ其債務ノ消滅スル數額ト永賃人カ請求シ得ル數額トノ比例ハ更ニ表示セス又

被告ノ申込ヲ却下スルニ當リテハ永貸人ノ債權ニシテ滿期ニ達セルモノト未タ達セサルモノトヲ區別シテ其何レノ額カ第三債權者ニ支拂ハレ及ヒ永貸人ノ質權讓渡ニ依リ保證人ヨリ取立ツヘキ金額ト如何ナル比例ヲ有スルヤハ兩審判決ノ事實ニ表示セサル所ニシテ亦裁判理由ニ於テモ之カ補欠ノ明記アルコトナシ

以上ノ理由ニ依リ不服ヲ申立テラレタル判決ハ全株ニ於テモ上告人カ實跡法違反ナリト主張スル關係ニ於テモ上告裁判所ノ調査ヲ爲ス適當ノ基礎ヲ欠クモノト謂ハサルヘカラス

斯クノ如ク不服ヲ申立テラレタル裁判ハ民事訴訟法第二百八十四條ニ背キ當事者ノ口頭演述ニ基ケル訴訟關係ヲ摘示セサルヲ以テ之ヲ破毀スルモノトス

前判決ハ實跡法上ヨリモ亦破毀セサルヘカラス如シ

○千八百八十一年五月二十八日判決

以下略之
 (第四百六十二) 判決ノ事實ハ準備書面ノ引用ヲ以テ之ニ

代へ得ルヤ

第一審判決ノ事實不完全ナル場合ニハ控訴院ハ

如何ナル處置ヲ爲スヘキヤ

(千八百八十一年五月二十八日判決)

理由

控訴院判決ノ事實ハ主トシテ地方裁判所ノ判決準備書面(現今ノ當事者間ノ舊訴訟ニ於テ交換シタルモノヲ含ム)及ヒ法廷調書ヲ指示シ之ニ解スヘカラサル補充的小注意ヲ附記セリ而シテ地方裁判所ハ單ニ本訴并ニ舊訴訟ニ於テ當事者間ニ交換シタル書面ヲ引用シタルノミナリ此事實關係ハ以テ不服ヲ申立テラレタル判決ヲ破毀シテ更ニ辯論及ヒ裁判ヲ爲サシムル爲メ事件ヲ控訴院ニ差戻スニ足ル而シテ控訴院ハ先ツ民事訴訟法第二百八十四條ニ基ク事實及ヒ爭論ノ表示ヲ作り大審院カ法律問題ヲ審理スルニ堅固ナル基礎ヲ與ヘサルヘカラス記録ニ筆記セル當事者ノ陳述ヲ單ニ指示シテ民事訴訟法第二百八十四條ニ依リ裁判所カ自ラ作成セサルヘカラサル事實及ヒ爭

(一)我第二百三十六條ニ當ル

論ノ指示ニ代ヘントスルハ違法ト謂ハサルヘカラス尤モ準備書面及ヒ法廷
調書ノ引用ハ絶對ニ制止セスト雖モ其引用ヲ許スハ事實及ヒ爭論ノ表示
リテ之ト相牽聯スル場合ニ於テノミナリ千八百八十年十月八日及ヒ千八百

八十年十一月二十三日ノ大審院民事部判決參照

(二)我第四百
三十條ニ當ル

(三)我第四百
十一條ニ當ル

控訴院ハ其判決ヲ作成スルニ事實及ヒ訴訟關係ノ全部ヲ獨立ニ表記セサル
ヘカラスト云フニ非ラス民事訴訟法第五百五條ニ明ニ認許スル如ク表示ノ
連絡ニ於テ第一審ノ判決ヲ引用スルコトヲ許ス加之民事訴訟法第四百八十
七條ニハ訴訟ハ申立ニ依リ定リタル範圍ニ於テ控訴裁判所ニ於テ更ニ辯論
ストアルモ所謂控訴手續ノ事實トハ控訴裁判所カ探テ以テ其判決ニ表示シ
タルモノヲ謂フ而シテ此事實ヲ表示スルニハ冒頭ニ第一審ノ判決及ヒ其確
定セル事實ヲ置クモノトス而シテ此冒頭適法ニ掲ケラルハ於テハ控訴院
ハ之ヲ引用シテ當事者ハ或ハ此他ニ申立ツルコトナシト云ヒ又ハ之ト異リ
タル申立テアルトキハ其要領ヲ適示シ以テ事實ノ部ヲ完成スルモノトス然
ルニ本件ニ於テハ第一審ノ判決全ク法律規定ニ基ク事實ヲ掲ケス尤モ裁判

(四)我第四百
二十三條ニ當
ル

理由ニハ被告ヨリ提起シタル四个ノ抗辯ニ關スル辯論ヲ掲ケタルモ是レ畢
竟口頭辯論ノ一部分ニ過キサレハ之レアルカ爲メ能ク其欠缺ヲ補充シ得タ
リト謂フヲ得ス然リ而シテ第一審ノ判決斯ノ如キ欠缺アルヲ以テ控訴院ハ
民事訴訟法第五百一條ヲ適用シテ該判決ヲ破毀シ更ニ相當ノ事實ヲ掲載ス
ル判決ヲ言渡サシムル爲メ之ヲ地方裁判所ニ差戻スヘシ若シ又之ヲ差戻ス
コトヲ得サルニ於テハ自ラ事實及ヒ訴訟關係ノ全部ヲ表示スル事實ヲ記述
セサルヘカラス

第四百六十三 第一審判決ノ事實ハ控訴院ノ裁判ニ如何

ナル影響ヲ與フルヤ

第二編第三章第一節口頭辯論ノ部ニ譯載セル千八百八十一年六月二十三日
ノ判決ヲ見ルヘシ

第四百六十四 控訴院裁判ノ事實ニ於テ一般ニ準備書面

ヲ引用シタル場合ニハ該裁判ハ法律違反ト看做

○千八百八十
一年十二月十
四日判決

○千八百八十
一年六月二十
三日判決

スヘキヤ

（千八百八十一年十二月十四日判決）

理由

控訴院ノ判決ハ第一審判決ノ事實ヲ指示セリ而シテ第一審ノ判決タルヤ當事者ノ口頭演述ニ基キ事實及ヒ爭論ノ摘示ヲ爲シ之ヲ補充スル爲メニ各個ノ演述ニ付テ準備書面ヲ引用シタルニ非ラスシテ浩濼ノ準備書面ヲ一般ニ引用シ之ニ數個ノ文章ヲ冠セシメタルニ過キス故ニ控訴院ノ裁判ハ畢竟民事訴訟法第二百八十四條第三號ニ違反スルモノト謂ハサルヘカラス今第一審第二審ノ事實ヲ綜合スルモ上告裁判所カ控訴院ニ於テ當事者ノ口頭ヲ以テ演述シタル事實關係ニ法律ノ適用ヲ錯ラサリシヤ否ヤヲ調査スル基礎ト爲スニ足ラス隨テ亦上告裁判所ハ被告カ不服ヲ申立テラレタル判決ヲ以テ實體法違反ナリト云フ點ニ付テモ之ニ贊否ヲ表スルヲ得ス依テ本件ハ民事訴訟法第五百十二條第五百二十七條第五百二十八條ニ依リ更ニ辯論及ヒ裁判ヲ爲サシムル爲メ之ヲ控訴院ニ差戻スモノナリ

（一）我第百三十六條第一號ニ當ル

（二）我第四百十三條ニ當ル
（三）我第四百四十七條ニ當ル
（四）我第四百四十八條ニ當ル

（千八百八十二年四月十九日判決）

〔第四百六十五〕當事者ノ口演セサル準備書面ヲ事實ニ引用シタルトキハ其効果如何

（千八百八十二年四月十九日判決）

理由

原告ハ前審判決ノ事實ハ不完全ノ編成ナリト質責セルモ其理由更ニナキモノト認ム前審判決事實ノ部ニ曰ク
當事者ノ準備書面及ヒ地方裁判所判決ニ於ケル事實ノ表示ヲ引用ス當事者ハ本審ニ於テモ亦之ニ基キ辯論シタリ
而シテ其指示シタル準備書面ハ第一審判決ノ事實ニモ引用セサル所ニシテ控訴院ニ於テ當事者ヨリ口述シタルモノニモ非ラス故ニ其引用ハ更ニ効ナシト謂ハサルヘカラス然レトモ之ト同時ニ亦害ナキモノト認メサルヘカラス然リ而シテ其他ニ於テ當事者ハ控訴院ニ於テ供述ヲ爲ス際地方裁判所ノ事實ヲ保有主張シタリト云フ凡ソ控訴院判決ニ於テハ控訴手續ノ事實ノミヲ其事實ト表示スヘキモノナレハ此等ノ記載ハ益々其至當ナルヲ證スルニ

足ル千八百八十一年五月二十八日大審院民事部判決参照

○千八百八十三年五月二十六日判決

〔第四百六十六〕 裁判理由中ニ記載セル事實ト事實中ニ掲

載セルモノト一致セサル場合

第二編第四章第十四節裁判ノ理由ノ下ニ譯載セル千八百八十三年五月二十

六日ノ判決ヲ見ルヘシ

○千八百八十三年六月二日判決

〔第四百六十七〕 事實ト法廷調書ト言詞一致セサル場合

第一編第三章訴訟法ノ時ニ關スル効果ノ部ニ譯載セル千八百八十三年六月

二日ノ判決ヲ見ルヘシ

○千八百八十三年十月五日判決

〔第四百六十八〕 裁判ノ事實ニ掲クル所ト矛盾セル事實ヲ

裁判理由中ニ確定シ得ルヤ

第二編第一章第四節第二款契約裁判籍ノ部ニ譯載セル千八百八十三年十月

五日ノ判決ヲ見ルヘシ

〔第四百六十九〕 判決ノ事實ニ於テ二重ニ事實ヲ表示シタ

ル場合

(千八百八十三年十月十五日判決)

理由

甲及乙ノ請求ニ付テハ判決ノ基礎トナルヘキ事實ノ表示十分ナラス控訴
 院ハ其控訴審ニ於テ新ニ提供シタルモノ、外ハ凡テ第一審判決ノ事實ヲ指
 示セリ然ルニ第一審判決ノ事實ハ事實及ヒ爭論ヲ二重ニ表示シ初メハ民事
 訴訟法第二百八十四條第一項第三號ニ基キ全ク獨立ノ記載ヲ爲シ次キニ當
 事者ハ準備書面ニ載スル所ヲ口演シタリト注意セルヲ以テ遂ニ上記法律ノ
 規定ニ所謂事實及ヒ爭論ノ指示ナル旨趣ニ違反スルニ至レリ此等ノ注意附
 記ヲ爲スモ其載スル文章短簡ニシテ裁判所カ獨立ニ爲シタル事實ノ表示ト
 契合ヲ計ルニ極メテ容易確實ナル場合ニハ實際其効ナシト雖モ亦害トナ
 ルヘキモノニ非ラズ然レトモ本件ノ場合ニ於テハ之ニ反シテ浩翰ノ書類四
 冊ヲ載スルヲ以テ裁判所カ自ラ作リタル事實ト果シテ契合スルヤ否ヤヲ調
 査スルニト甚タ難シトス故ニ地方裁判所ノ表示シタル判決ノ事實全體ハ之

(一)我第二百三十六條第二號ニ當ル

(一)我第四百二十三條ニ當ル

○千八百八十五年二月二十一日判決

○千八百八十六年十二月十三日判決

○千八百八十九年九月二十九日判決

○千八百八十年十一月六日判決

○千八百八十年十二月三十一日判決
(一)我第四百三十六條第七號ニ當ル

○事○實○ト○シ○テ○ハ○要○ナ○キ○モ○ノ○ナ○リ○故○ニ○控○訴○院○ハ○本○件○ヲ○民○事○訴○訟○法○第○五○百○一○條ニ依リ第一審裁判所ニ差戻スヘシ若シ差戻ス理由ヲ發見スル能ハスノハ自ラ事實關係ノ全軀ヲ表示スル事實ヲ作製セサルヘカラス右民事訴訟法第二百八十四條第一項第三號ノ違反ハ以テ控訴院ノ裁判全部ヲ破毀スルニ足ル

〔第四百七十七〕 法廷調書ノ證據力ノ範圍及ヒ判決ニ掲クル事實トノ關係

第二編第三章第四節口頭辯論調書ノ部ニ譯載セル千八百八十五年二月二十一日ノ判決ヲ見ルヘシ

〔第四百七十一〕 控訴裁判所ハ判決事實ノ要素ニ欠缺アルヲ理由トシテ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スコトヲ得ルヤ否ヤ

第二編第二章第二節共同訴訟ノ部ニ譯載セル千八百八十六年十二月十三日判決ヲ見ルヘシ

第十四節 裁判理由

〔第四百七十二〕 裁判理由中ニ記載スル注意ハ事實ナル表題ノ下ニ記載セルモノ、補充ト看做スコトヲ得ルヤ

第二編第四章第十三節判決ノ事實ノ下ニ譯載セル千八百八十年九月二十九日ノ判決ヲ見ルヘシ

〔第四百七十三〕 裁判ノ事實中ニ記載セスシテ裁判理由ニ掲載サレアル事實ハ之ヲ參酌スルヲ得ルヤ

第二編第四章第十三節判決ノ事實ノ下ニ譯載セル千八百八十年十一月六日ノ判決ヲ見ルヘシ

〔第四百七十四〕 民事訴訟法第五百十三條第七號ニ所謂裁判ニ理由ヲ附セサルトキハ上告原因ヲ構成ストノ規定ノ意義及ヒ範圍

獨立ノ攻撃及ヒ防禦方法ニ關スル裁判ノ理由不備

(千八百八十年十二月三日判決)

甲鑄鐵株式會社ニ於テ其工夫乙某ナル者鋼鐵製楔ヲ取扱フ際鐵屑飛シテ其眼ニ入り負傷シタリ依テ乙某ハ會社ニ對シ損害賠償ノ訴ヲ起シタルニ第一審ハ原告勝訴ノ判決ヲ下シ第二審ハ訴求ヲ棄却シタリ而シテ大審院ハ左ノ理由ニ依リ控訴院判決ヲ破毀シタリ

理由

本訴ハ二ツノ主張ニ基ク即チ左ノ如シ

第一、楔ノ實質粗惡ナル爲メ鐵屑ノ飛散ヲ來セリ

第二、用ニ堪エヘキ防禦板ノ備ヘナシ而シテ原告ハ亦之ヲ使用セサルヲ得

サル理由モナシ

此二ツノ主張ハ以テ被告ニ賠償義務ヲ課スルニ足ル

第一審裁判官ハ第一主張ニ付テハ當事者双方ヨリ提出セル證據モ參酌セス

シテ直ニ必要ナラスト看做シタリ然レトモ第二ノ主張ニ基キ被告ノ賠償義務ヲ認メタリ

第二審判決ノ事實ヲ見ルニ第一審ノ辯論ノ際提供シタル二ツノ主張ヲ載セ次キニ控訴院ニ於ケル辯論ヲ附記シテ曰ク當事者双方ハ各舊主張ヲ再演シ其旨ヲ提出シタル證據ヲ引用シ只證人ヲ新ニ申立テタリ云々ト

此ニ由テ是ヲ觀レハ控訴院ニ於テモ楔ノ實質粗惡ナルコトヲ以テ請求ノ原因トシタルコト一點ノ疑ヲ容ルヘキニ非ラス然ルニ裁判理由ニ於テハ之ニ付テ何等ノ説明ヲ與ヘス唯單ニ被告ハ防禦板ヲ調製使用セサルヘカラサル義務ヲ有スルヤ而シテ被告ハ此義務ヲ怠リタルヤノ問題ヲ解釋シタルノミナリ

斯ノ如キヲ以テ裁判理由欠缺ノ實責(民事訴訟法第五百十三條第七號)ハ理由アリト謂ハサルヲ得ス

抑モ法律カ裁判理由ノ表示ヲ望ム所以ノモノ(民事訴訟法第二百八十四條第四號)第二百五十九條(一)ハ判決ヲ下スニハ十分考慮ヲ盡シ當事者ハ提出セル

三十六條第三
號ニ當ル
(三)我第二百
十七條ニ當ル

(四)第一項ハ
我第二百四十
四條ニ當ル第
二項ハ我第二
十四條ニ當ル
以テ主抗辯シ
ル反對シテ求
成テ付テハ不
成立ニ付テハ
裁立ニ付テハ
爲スヘキ額ヲ
力テ有リキマ
テテ有リキマ

モノハ凡テ之ヲ酌量シタルコトニ或ル保證ヲ與フル爲メニシテ一ハ裁判カ
事實上若クハ法律上ノ考慮ニ基ク程度ヲ示シ上告ヲ許スヘキヤ否ヤテ之ニ
由テ判斷セシメント欲スルニ在リ

法律ノ目的既ニ斯ノ如シ故ニ裁判理由ハ凡テ當事者ノ提供ニ係ル争點ニ及
ハサルヘカラサルコト亦論ヲ俟タス就中民事訴訟法第五百十三條第七號ニ
所謂裁判ニ理由ヲ附セサルトキハ上告ヲ爲スコトヲ得トノ規定ヲ解釋スル
ニ當リ益々其然ルヲ知ルニ足ル法律ハ蓋シ此語ヲ以テ訴又ハ反訴ニ依リ主
張スル請求民事訴訟法第二百九十三條ニ付キ理由ヲ舉示セスシテ全部又ハ
一部ヲ裁判スル場合ノミニ適用セント欲スル意ニ非ラス其意義ハ頗ル廣ク
苟モ獨立ノ攻撃及ヒ防禦方法訴ノ主張抗辯再抗辯等ヲ酌量セサルトキハ其
故意ニ出ラタル場合ト失錯ニ出テタル場合トヲ問ハス又其裁判官ノ酌量セ
サリシ理由ハ事實上ナルト法律上ニ係ルトヲ論セス凡テ本條ニ依リ其欠缺
アル裁判ニ對シ上告ヲ許スノ精神ナルコト明カナリ
又民事訴訟法理由書ニ據ルニ本條ノ第七號ハバイエルン民事訴訟法第三百

○千八百八十
一年二月十二
日判決
(一)我第四百
三十六條第七
號ニ當ル

八十八條第四號ヨリ來ルモノニシテバイエルン訴訟法ハ上段説明ノ意義ヲ
言顯ハサントシテ故ラニ斯ル文字ヲ用ヒタリト云フ

然リト雖モ單ニ形式ノミ墨守シ不要ノ事ヲモ尙ホ詳細ノ理由ヲ附スヘシト
云フニ非ラス其説明シタル理由ノ全軀ヨリシテ何故ニ裁判官カ當事者ノ提
出物ヲ參酌セサリシカヲ確カニ推究シ得レハ十分ナリトス然レトモ本件ノ
場合ノ如キハ敢テ然ラス控訴院裁判官カ果シテ第一審裁判官ノ採ル理由ニ
贊同ヲ表セシヤ否ヤハ之ヲ推知スルニ由ナシ

〔第四百七十五〕控訴院裁判官カ第一審判決ノ理由ヲ引用

シタルノミナルトキハ民事訴訟法第五百十三條
第七號ニ基キ之ニ對シ上告ヲ爲シ得ルヤ

(千八百八十一年二月十二日判決)

理由

原告ハ控訴院判決ニ對シ形式上ノ理由ヲ以テ不服ヲ申立テタリ不服ヲ申立

テラレタル判決ノ事實及ヒ理由ハ實ニ左ノ語ヲ載セリ

判決第一審ノ事實及ヒ原告提出ノ控訴狀ヲ引用シテ專ラ原告ノ反對ヲ表セサル第一審ノ裁判理由ニ賛同シ以テ判決スルコト左ノ如シ(以下判決

主文)

判決ノ内容ヲ或ル程度ニ制限スルコトハ決シテ許スヘカラサル事ニ非ラス之ヲ制限シタリトテ法律違反ト稱スルヲ得ス而シテ本件ノ裁判事實カ法律ノ規定ニ基キ確定セラレサル點ニ付テハ原告ノ質責セサル所ニシテ亦民事訴訟法第二百八十四條末文ニ據ルモ之アリト看做スヲ得ス原告ハ民事訴訟法第五百十三條第七號ヲ引用シテ不服ヲ申立テラレタル裁判ハ理由ヲ附セスト質責セリ千八百三十三年十二月十四日ノ上告ニ關スル普國勅令ヲ按スルニ其第五條第九號ニ於テ控訴院カ第一審判決ノ理由ヲ引用シテ自ラ相當ノ理由ヲ言顯ハサ、ルトキハ之ヲ全ク裁判理由ヲ欠ケルモノト同一視ト規定セリ或ハ此精神ハ民事訴訟法ニモ亦適用セラルヘキモノナリトノ思想ヲ懷ク者ナキニシモ非ラス是レ大ナル謬見ト謂ハサルヘカラス普通法ノ行ハ

三〇二
第六條
第二項
但シ
ニシテ
實ニ
面ニ
廷ノ
定メ
スル
コト
ヲ
引
用
ス
ル
止
ム
ル
ニ
モ
限
リ
テ
ハ
可
シ
ト
ス

レタル國ニ於テハ古來ヨリ第一審判決ノ理由ヲ一般ニ引用スルコトヲ許セリ而シテ民事訴訟法第五百十三條第七號ハ果シテ此慣行ヲ改正スル目的ナリシカ論者ト雖モ遂ニ之ヲ明言スル能ハサルヘシ今夫レ不服ヲ申立テラレタル判決ノ理由ハ前審判決ノ理由ヲ全キ範圍ニ於テ一ノ取除ケモナク繼受セラレ其訴訟資料モ上級審ト下級審ト更ニ變スルナキ場合ニハ前審ノ理由ヲ全然引用シタリトテ第五百十三條第七號ニ牴觸スルコトナカルヘシ此場合ニモ尙ホ上級審ノ裁判ニ理由ナシト云フヘキカ其引用シタル理由ハ是レ即チ上級審ノ理由ナリ若シ斯ノ如キ引用ヲ禁止スルニ於テハ遂ニ目的ナキ形式ニノミ拘泥シテ上級審裁判官ニ強ユルニ前審裁判官カ既ニ正當ニ爲シタルコトヲ尙ホ一回全然同一ニ爲サ、ルヘカラス徒事ヲ以テスルモノナリ然リト雖モ前審裁判官ノ未タ裁判ヲ經サル新シキ要件上級審ニ於テ提出セラル、トキハ全ク上掲ノ論ト異ニセサルヘカラス斯ル場合ニハ上級審裁判官ハ前審ノ理由ヲ引用スル外ニ尙ホ其新提出物ニ付キ判斷シ又之カ理由ヲ説明セサルヘカラス尙モ然ラサレハ第五百十三條第七號ニ違反スル譏ヲ

免レサルヘシ又舊來ノ慣例ニ據レハ上級審裁判官ハ屢前審ノ理由ヲ重要ノ
 點ニ於テ引用ス等ノ語ヲ用井タリ是レ第五百十三條第七號ニ基クモノト謂
 フヘカラス蓋シ斯ノ如キ引用ヲ爲ストキハ上級審裁判官ノ前審裁判官ノ前
 審理由ノ重要ナル點ト云ヘルハ果シテ如何ナル理由ヲ指スヤ上級審裁判官
 カ採テ以テ重要ナル點ト爲サル前審ノ理由ニ對シテハ第五百十三條第七
 號ヲ適用シテ不服ヲ申立ツルコトヲ得ルヤノ疑其間ニ生スル憾アルヘシ
 本件ノ場合ニ於テハ第二審ニ於テ少シモ新要件ヲ提出セサリシ而シテ控訴
 院裁判官ハ第一審ノ理由ヲ一モ制限スルコトナク又一モ取除クルコトナク
 全然贊同シタリ斯ノ如キ場合ニ於テ尙ホ煩褥ノ形式ニ拘泥スルハ全ク實際
 ノ目的ヲ顧ミサルモノト謂フヘシ之ヲ要スルニ上告裁判所ノ裁判官ニシテ
 控訴院裁判官ノ贊同セル第一審ノ理由ニ贊同ヲ表スルトキハ假令一般引用
 ハ法律違反ナリトスルモ上告ハ遂ニ民事訴訟法第五百二十六條ニ依リ棄却
 セラルヘキモノタリ之ニ反シテ上告裁判所ノ裁判官ニシテ控訴院ノ贊同セ
 ル第一審ノ理由ヲ失當ト認ムルトキハ控訴院判決ハ其形式的理由ニ依ルト

（三）我第四百
 五十三條ニ當
 ル

○千八百八十
 一年三月十六
 日判決

實○實○的○理○由○ニ○依○ル○ト○テ○問○ハ○ス○常○ニ○破○毀○セ○ラ○ル○ヘ○キ○モ○ノ○タ○リ○

〔第四百七十六〕控訴院裁判官カ第一審判決ノ理由ヲ全然

若クハ重要ナル點ニ於テ引用シタル場合

第二編第四章第十三節判決ノ事實ノ部ニ譯載セル千八百八十一年三月十六
 日ノ判決ヲ見ルヘシ

〔第四百七十七〕民事訴訟法第二百四十二條ニ所謂訴ノ變

更ナシトスル裁判ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコ

トヲ得ストノ規定ノ内容如何

第二編第四章第一節訴ノ變更ノ部ニ於テ譯載セル千八百八十一年四月九日
 ノ判決ヲ見ルヘシ

〔第四百七十八〕控訴院判決ノ事實ニ於ケル書損

證據問題ニ關スル裁判理由ノ不備ヲ理由トシテ

上告ヲ爲シ得ルヤ

○千八百八十
 一年五月十日
 判決

○千八百八十
 一年四月九日
 判決

第二編第四章第十三節判決ノ事實ノ下ニ譯載セル千八百八十一年五月十日ノ判決ヲ見ルヘシ

○千八百八十一年十一月一日判決

〔第四百七十九〕 判決主文ニ載スル裁判ヲ判決理由ニ依リ

説明補充シ得ル程度如何

第二編第四章第十二節中間判決ノ部ニ譯載セル千八百八十一年十一月一日ノ判決ヲ見ルヘシ

○千八百八十二年四月十四日判決

〔第四百八十〕 民事訴訟法第五百十三條第七號ニ所謂裁判ニ理由ヲ附セサルトキハ上告ノ理由ヲ構成ス

トノ規定ノ範圍如何

第一編第四章訴訟法ノ場所ニ關スル効力ノ部ニ譯載セル千八百八十二年四月十四日ノ判決ヲ見ルヘシ

○千八百八十二年十一月一日判決

〔第四百八十一〕 上告ヲ許サ、ル法律ニ依リテ裁判スヘキ

場合ニ於ケル判決理由ノ不備

獨立ナル攻撃及ヒ防禦方法ニ關スル理由不備

(千八百八十二年十一月一日判決)

被告ハ原告ノ請求ニ對シ其夫某甲ヨリ讓受ケタル債權ヲ以テ相殺ヲ求メタリ原告ハ數多ノ再抗辯ヲ提起シテ反對請求ヲ無効タラシメントシタリ其再抗辯ノ一ハ被告ノ夫某甲其妻ナル被告ノ代理ヲ以テ爲シタル行爲ニ基クモノニシテ原告ハ之ニ付テ宣誓ヲ申立テタリ控訴院ハ相殺ノ抗辯ヲ斟酌シテ訴ヲ棄却シ宣誓ハ被告ノ權利被繼承人ノ代理者カ爲シタル行爲ニ關スルノミナラス原告モ亦某甲カ右係争行爲ヲ自己ノ覺知ヨリ知得シタリト主張セサルヲ以テ之ヲ許スヘカラサルモノト認メタリ大審院ハ先ツ原告カ反對請求ヲ攻撃スル宣誓外ノ主張ハ以テ獨立ノ再抗辯ト看做スニ足ルト論シ次キニ左ノ如ク説明シタリ

理由

控訴院ハ第二號及ヒ第三號ノ供述ヲ參酌セサル理由ヲ説明セサルヘカラス然ルニ控訴院ハ敢テ此説明ヲ附セス漫然此等ノ供述ヲ等閑視シタリ是レ民

(一)我第二百十七條ニ當ル
(二)我第二百三十六條第三號ニ當ル
(三)我第四百三十六條ニ當ル

事訴訟法第二百五十九條及ヒ第二百八十四條第四號ニ違背スルモノニシテ
民事訴訟法第五百十三條ニ依リ言渡シタル訴ノ却下ハ違法ニ基クモノト謂
ハサルヘカラス故ニ該判決ハ之ヲ破毀セサルヲ得ス民事訴訟法第五百十三
條第七號ノ規定ニ付テハ千八百八十年十二月三日ノ大審院判決ニモ説明シ
タル如ク獨リ裁判理由ノ全部欠缺セル場合ノミナラス獨立ノ攻撃及ヒ防禦
方法(請求ノ主張抗辯再抗辯等)ヲ參酌セサルニ依リ理由ノ不備ヲ來セシ場合
ニモ亦適用スヘキモノタリ法律ハ裁判官カ各個ノ攻撃及ヒ防禦方法ヲ排斥
採用スルニ至リタル事實上若クハ法律上ノ見解ヲ權利ヲ搜索シツ、アル當
事者ニ知ラシメ、ソトヲ欲ス然レトモ如何ナル場合ニモ凡テハ爭點ニ詳細
ノ説明ヲ附スヘシト云フニ非ラス事件ノ狀況ニ依リ理由ノ全体ヨリ何故ニ
一定ノ供述ヲ採用セラレサリシカヲ確カニ探究シ得レハ足レリトス然ルニ
本件ノ判決ニハ此説明全ク欠缺セリ裁判官カ係争ノ主張ヲ參酌セサルニ至
リタル原因ハ果シテ何レニ在ルカハ更ニ説明スル所ナシ
本件ノ場合ハ之ニ違反スルモ上告ノ理由ト爲ラサル法律ニ依リテ判決セラ

(四)我第四百三十八條末項ニ當ル

レタリ然レトモ之カ爲メ第五百十三條第七號ニモ牴觸スル所ナシトスルハ
畢竟謬妄タルヲ免レス第五百十三條ニ掲クル上告ノ理由ハ民事訴訟法第五
百十六條第二項第二號ニ舉クル點ヨリ觀察シテ手續ニ關スル法律違反ニ基
クモノナリ第五百十三條ニ掲クル訴訟法違反ハ判決ノ破毀ヲ必ス常ニ喚起
ス凡テ此等ノ場合ニ相當スルトキハ判決ノ事實上ノ内容ハ之ヲ調査スルノ
必要ナシ隨テ訴訟法上ノ欠缺ハ判決ノ實質ニ影響ヲ及ボスヤ否ヤノ問題モ
生スル必要ナシ法律ハ判決ヲ訴訟規定違反ト根本的ニ牽聯セシメリ故ニ訴
訟法ノ違反アルトキハ事件ヲ繼續量定スルノ要ナシ前審判決ハ帝國法タル
訴訟法規ニ牴觸セルヲ以テ上告ノ申立ハ之ノミニテモ既ニ十分採用スルノ
價值アリ

(五)我ニナシ
日官醫要
ハ相手方其
主ノ行為ニ
人ノ事實又
此等ノ事實
シタル事之
許テタル事
付テタル事
許テタル事

今假リニ不服ヲ申立テラレタル判決ハ上段掲載ノ理由ニ依リテハ破毀スル
ヲ得ストスルモ該判決ハ民事訴訟法第四百十條ノ規定ヲ適用セサリシカ爲
メ亦其効力ヲ失ハサルヘカラス第二審ノ該法解釋ハ文字上ノ解釋トシテハ
或ハ之ヲ許スヘキモ立法者ノ明瞭ナル目的ニ牴觸スルコト亦論ヲ俟タス抑

モ民事訴訟法ハ原則上宣誓要求ヲ唯當事者自己ノ行爲及ヒ覺知ニ付テ許サ
ント欲セリ故ニ第三者ノ行爲及ヒ覺知ニ付テハ之ヲ禁セリ然レトモ相手方
ノ代理人若クハ權利被繼承人ナル者ノ行爲及ヒ覺知ニ付テハ敢テ然ラサル
如シ斯ノ如キ事實ハ宣誓ノ申立ヲ許スコトニ向テハ相手方ノ自己ノ行爲及
ヒ覺知ト同一ナリ云々以下略之

○千八百八十
三年五月二十
六日判決

〔第四百八十二〕 判決ノ事實中ニ記載スル事實及ヒ争點カ

裁判理由中ニ掲クルモノト矛盾シタル場合

破産開始後當事者双方カ民事訴訟法第二百十八
條第二百二十條ノ規定ニ違背シテ續行セル訴訟
行爲ノ追認

破産法第三百三十四條第一項乃至第四項ニ依リ破
産管財人ニ對シ係争債權ノ確定ヲ要求スル場合
ノ上告價額

第二編第二章第一節訴訟能力ノ部ニ譯載セル千八百八十三年五月二十六日
ノ判決ヲ見ルヘシ

○千八百八十
三年十月五日
判決

〔第四百八十三〕 判決ノ事實ト理由中ノ事實確定ト矛盾セ

ル場合

第二編第一章第四節第二款契約裁判籍ノ下ニ譯載セル千八百八十三年十月
五日ノ判決ヲ見ルヘシ

○千八百八十
五年二月二十
一日判決

〔第四百八十四〕 法廷調書ト第一審判決ノ理由トカ鑑定人

又ハ證人ノ供述ニ付キ相異ナル記載ヲ爲セル場
合ニ控訴裁判所ハ判決ノ記載ヲ以テ心證ノ基礎
ト爲スコトヲ得ルヤ否ヤ

第二編第三章第四節口頭辯論調書ノ部ニ譯載セル千八百八十五年二月二十
一日ノ判決ヲ見ルヘシ

○千八百八十
五年四月八日
判決

〔第四百八十五〕 請求ノ原因ヲ正當ナリト認ムル中間判決

中ニ或種ノ抗辯ヲ一定ノ程度ニ於テ理由ナキモ
ノニシテ其以上ノ程度ニ於テハ理由アルモノナ
リト記載シタルトキ此記載ハ法律上如何ナル意
義ニ解スヘキヤ

本章第十二節判決ノ部ニ譯載セル千八百八十五年四月八日ノ判決ヲ見ルヘ
シ

〔第四百八十六〕 刑事訴訟手續ニ於テ宣誓ヲ爲サシメスシ

テ訊問シタル證人ノ供述ヲ判決理由ノ基礎ト爲
シ得ル程度如何

本章第七節探證自由ノ部ニ譯載セル千八百八十五年六月二十六日判決ヲ見
ルヘシ

〔第四百八十七〕 裁判理由ノ確定力

本章第四節妨訴抗辯ノ部ニ譯載セル千八百八十六年六月九日ノ判決本章第

○千八百八
五年六月二十
六日判決

○千八百八
六年六月九日
判決
○千八百八
五年十一月三
十日判決
○千八百八
四年十一月十
四日判決

十二節終局判決ノ部ニ譯載セル千八百八十五年十一月三十日ノ判決及ヒ本
章第十一節裁判及ヒ決定ノ部ニ譯載セル千八百八十七年十一月十四日ノ決
定ヲ見ルヘシ

第十五節 欠席判決○故障

〔第四百八十八〕 受訴裁判所就中控訴審ニ於テ證據調ノ期

日ニ出頭シタル當事者直ニ欠席者ニ對シテ欠席
判決ヲ申立テ得ルヤ

(千八百八十年三月二十日決定)

控訴裁判所口頭辯論ニ於テ證據決定ヲ宣言シ證據調ノ期日ヲ指定シタリ右
期日ニ於テ原告即チ證據調ヲ申立テタル控訴人出頭シタルモ被告ハ欠席シ
タリ依テ原告ハ民事訴訟法第五百四條第二項ニ基キ欠席判決ヲ言渡シ且ツ
證據調ハ原告ノ豫期スル結果ヲ生シタルモノト看做サレシコトヲ申立テタ
リ然レトモ控訴裁判所ハ民事訴訟法第三百三十二條第一項ニ標據シテ證據

(一)我第四百
二十九條ニ當
ル
(二)我第二百
八十四條ニ當
ル

○千八百八
十年三月二十
日決定

(三)我第二百五十三條ニ當ル

(四)我第四百二十八條ニ當ル

(五)我第二百四十六條乃至第二百四十九條ニ當ル
(六)我第二百八十七條ニ當ル

調ヲ爲スヘシト決定シタリ原告ハ右決定ニ對シテ民事訴訟法第三百一條ニ依リ即時抗告ヲ爲シタルニ大審院ハ理由ナキモノトシテ之ヲ棄却シタリ其理由左ノ如シ

理由

原告自ラノ爲セル事實表示ニ據ルニ二月二十八日ノ期日即チ被告カ當日出頭セス原告ハ之カ爲メ欠席判決ヲ申立テタルノ期日ハ控訴院カ口頭辯論續行ノ爲メニ定メタルニ非ラスシテ專ラ證據調ノ爲メニ指定シタルモノナリトス今民事訴訟法第五百四條并ニ第二百九十五條乃至第二百九十七條ニ據ルニ欠席判決ナルモノハ當事者ノ一方カ口頭辯論期日若クハ其續行期日ニ出頭セサルコトヲ以テ條件トセリ尤モ民事訴訟法第三百三十五條第一項ニ據レハ本件ノ場合ノ如ク證據調ヲ受訴裁判所ニ於テ爲ス場合ニハ證據調ノ期日ヲ口頭辯論ノ期日ト同日時ニ指定スルコトナキニシテ非ラズト雖モ口頭辯論期日ハ其實證據調ヲ了リタル後初メテ來ルヘキモノナリ故ニ第三百三十五條第一項ニモ證據調ヲ爲ス期日ト云ヒ證據調ノ爲メニ指定シタル期

(七)我第二百八十四條第一項ニ當ル

(八)我第二百八十六條ニ當ル

(九)我第二百七十八條乃至第二百八十三條參照

(十)我ニナシ曰ク外國官廳ノ爲シタル證據力受訴裁判所ノ(國ノ)現行法ニ適スルトキハ外國法律ニ照シテ完全ナル所アルモ異議ヲ申立ツルコトヲ得スト

日ト稱セザルナリ證據調ノ爲メノ期日ニ付テハ民事訴訟法第三百三十二條第一項ニ規定シテ曰ク當事者ノ一方出張セザルニ拘ハラズ證據調ハ事件ノ程度ニ因リ爲シ得ル限リハ之ヲ爲スト

第三百三十二條及ヒ第三百三十三條ト第三百二十六條乃至第三百三十一條及ヒ第三百三十四條トノ位置ニ因リテ校量スルニ第三百二十六條乃至第三百三十一條及ヒ第三百三十四條ハ唯受命判事若クハ受託判事ニ依ル證據調ニ關シ之ニ反シテ第三百三十五條ハ受訴裁判所ニ於テ爲ス證據調ノ場合ヲ規定セリ故ニ第三百三十二條及ヒ第三百三十三條ハ唯受命判事若クハ受託判事ノ面前ニ於テ爲ス證據調ニ關スルモノト推測スルニ足ラン是レ亦民事訴訟法政府案理由書ノ解釋ナリ然レトモ此解釋ハ贊同スルヲ得サルナリ第三百三十二條及ヒ第三百三十三條ノ言文ヲ按スルニ斯ノ如キ制限的解釋ヲ爲ス根據更ニナシ又外形的ニ止ラス實際ニ於テ之ヲ論スルモ斯ノ如キ規定ハ受訴裁判所ニ於ケル證據調ノ場合ニモ亦決シテ欠クヘガラサルモノナリ而シテ第三百三十二條第一項及ヒ第三百三十五條第一項ニ付テ此ノ如キ解

釋ヲ爲ス者ハ「ストルックマン」及「コホ」第二版第二百五十八條第一號第二百十七頁及ヒ第三百三十二條第一號第二百八十三頁以下ヲハ「講義第百二十二頁以下」其他「ホン、パール」獨逸民事訴訟法第六十五頁以下ナリ反對説ヲ探ル者ハ「エソデマン」第二百九十七條第百五十三頁第三百三十二條第百九十四頁注意第一及ヒ第三百三十五條第百九十七頁ナリトス

原告ハ「エソデマン」ノ説ニ基キ民事訴訟法第五百四條註釋第四百三十九頁第五百四條第二項ニ依リ控訴審ニハ受訴裁判所ニ於ケル證據調ノ期日ニ關スル第三百三十二條第一項ヲ適用スヘキニ非ラズト論セリ此見解ハ前ニモ説明スル如ク第五百四條第二項ハ證據調ノ爲メノ期日ニ非ラスシテ口頭辯論ノ期日ヲ規定セルコトヲ知ラサル認説タリ若シ夫レ第五百四條第二項ニ於テ眞實控訴審ノ欠席判決手續ハ第一審ノ爲メニ設ケタル規定ト異ル所以ヲ示スモノナリトノ議論ニ付テハ宜シク「ストルックマン」及「コホ」第五百四條第三號及ヒ第四號第四百二十五頁以下ヲハ「講義第百二十六頁以下」ヲ參照スヘシ尙ホ茲ニ附加シテ説明セサルヘカラサルモノアリ即チ原告ノ控訴ハ民事訴訟

（十二）我第三
百十八條ニ當
ル

○千八百八十
年五月二十六
日判決

○千八百八十
年十一月二日
判決

訟法第三百六十四條^{（註）}ニ認ムル證人拋棄ノ權ニ付テ誤解ヲ爲セリ原告ハ今ヤ證據調ハ原告豫期ノ如キ結果ヲ得タリト看做サレシコトヲ申立テタルモ既ニ證人ノ拋棄ヲ爲シタルヲ以テ其申立テタル證據調ハ効ナキニ至ラサルヘカラス

〔第四百八十九〕 被告カ口頭辯論期日ニ出頭セサルトキハ

裁判所ハ其管轄ニ付キ職權ヲ以テ調査スヘキヤ
又ハ之カ調査ヲ爲サスシテ直ニ欠席判決ヲ下ス
ヘキヤ

第二編第一章第四節第二款契約裁判籍ノ部ニ譯載セル千八百八十年五月二十六日ノ判決ヲ見ルヘシ

〔第四百九十〕 上告審ニ於テ被上告人ノ出頭セサル場合

ニ於ケル欠席判決手續

（千八百八十年十一月二日判決）

理由

(一)我第四百四十四條ニ當ル
(二)我第二百四十八條ニ當ル

民事訴訟法ハ上告審ニ於ケル欠席判決手續ニ關スル特別規定ヲ設クス寧ロ第五百二十條ニ於テ第一審ニ於ケル手續ニ關スル規定ヲ一般ニ準用スヘシト制限セリ依テ被上告人口頭辯論期日ニ出頭セスシテ上告人ハ民事訴訟法第五百十六條第二號及ヒ第三號ニ所謂新事實ヲ提供セサルニ於テハ上告裁判所ハ民事訴訟法第二百九十六條ニ基キ控訴院判決ノ事實ニ於テ確定セル事實ハ上告論旨ヲ正當ト認メシムルニ足ルヤ否ヤヲ調査スヘシ

(以下實質問題ニ入りテ上告ヲ理由ナシトシテ棄却シタルモ訴訟法ニ關係ナキヲ以テ茲ニ略ス)

〔第四百九十一〕欠席判決送達前ノ故障提起

千八百八十一年一月二十五日判決

理由

本件ニ於テ先ツ第一ニ決スヘキ問題ハ欠席判決言渡後送達前ニ於ケル故障ノ提起ハ之ヲ許スヘキヤ否ヤニ在リ此問題ニシテ許スヘシト決スルニ於テ

○千八百八十一年一月二十五日判決

(一)我第二百五十五條ニ當ル
(二)同上第二項ニ當ル

ハ第一審ノ下シタル欠席判決ハ既ニ除却セラレタルモノニシテ本件上告モ最早用ナキニ至ルヘシ而シテ此問題ハ前兩審ノ見解ニ贊同シテ肯定セサルヲ得ス

民事訴訟法第三百三條ハ當事者ノ一方ニ之ニ對シテ言渡サレタル欠席判決ニ對シ故障ヲ申立ツルコトヲ許セリ第三百四條ニハ故障提起ノ不變期間ヲ確定シ此期間ハ判決ノ送達ヲ以テ始マルト定メリ然レトモ是レ故障提起ハ必ス送達後ニ於テセサルヘカラスト云フ意ニ非ラス唯故障ヲ提起スル權ハ法定ノ期間經過後ニ行使スルヲ許サスト云フニ過キサルナリ凡ソ訴訟行為ニ關スル期間ノ確定ハ其期間經過後ニ於テハ決シテ訴訟行為ヲ行フヲ得サル結果ヲ生スルモ當該訴訟行為ハ必ス其期間内ニ爲サルヘカラスト之ヲ守ラサルモノハ無効ナリト云フ意ニ非ラサルナリ是レ實ニ法律ノ明言セル原則ニシテ一點疑フヘキ所ナシ若シ夫レ民事訴訟法ノ不變期間ヲ設ケタル所以只其期間内ニ訴訟行為ヲ爲サシメ期間開始前ニ爲シタル行為ハ法律上凡テ無効トスル精神ニ出テタリトセンカ控訴及ヒ上告期間ニ關シテ特ニ第四

(三)我ニナシ
(四)我第四百
三十七條第二
項ニ當ル

(五)我第二百
五十九條ニ當
ル

(六)我第四百
十九條ニ當ル
(七)我第四百
七十九條ニ當
ル
我第四百七十九條ニ當ル
我第四百七十九條ニ當ル
送達ト同時ニ
之ヲ提起スル
コトヲ得ル
トス
超ハ無効トス

○千八百八十
二年一月十一
日判決

百七十七條及ヒ第五百十四條ニ於テ判決送達前ニ於ケル此上訴ノ提起ハ無効ナリト規定スルノ理由ナカルヘシ民事訴訟法カ控訴及ヒ上告ニ付テ此特別ノ規定ヲ設ケ故障ニ付テハ何等ノ制限ヲ置カサルヨリ推スニ實際上ノ理由ヨリ故障ニハ此制限ヲ置クノ必要ナシトシテ故ラニ之カ特別規定ヲ設ケサリシテ知ルニ足ル或ハ曰ク民事訴訟法第三百六條ヲ援用シテ前論ヲ攻撃スル者アリ然レトモ第三百六條ハ故障ニ關スル形式ノ調査ヲ裁判官ノ職權トシタルノミニシテ此事ハ控訴ニ付テモ第四百九十七條ノ規定アリ抑モ控訴カ適當ナル時ニ於テ提起セラレタルヤ否ヤヲ調査スルニハ第四百七十七條第一項及ヒ第二項ニ依ルヘシト雖モ故障ニ付テハ第四百七十七條第二項ニ類似ノ規定モアルコトナシ故ニ故障ハ法定ノ期間經過後ニ提起セラレタル場合ニ於テノミ無効ト看做スヘキノミ

〔第四百九十二〕

上告人上訴ヲ取下ケテ口頭辯論ニ出頭セザリシカハ被上告人ハ之ニ對シ上告權ヲ喪失セリトノ欠席判決アランコトヲ申立テタリ此申立

ハ採用スヘキヤ否ヤ

第二編第四章第一節訴ノ取下ノ部ニ譯載セル千八百八十二年一月十一日ノ判決ヲ見ルヘシ

〔第四百九十三〕

前審ニ於テ適法ノ呼出ヲ受ケサル被告ニ對シ欠席ヲ言渡シ且ツ其判決モ適當ニ送達セラレサル場合ニハ民事訴訟法第五百四十二條第四號ニ基キ取消ノ訴ヲ提起シ得ルヤ

第二編第三章第六節呼出ノ部ニ譯載セル千八百八十二年六月十日ノ判決ヲ見ルヘシ

〔第四百九十四〕

辯論期日ニ出頭セサル原告ニ對シテ下シタル欠席判決ノ効力

(千八百八十二年十月十三日判決)

被告ハ原告ニ對シテ原告カ其繼子某甲ト取結ヒタル行爲ニ依リ有スル債權

○千八百八十
二年十月十三
日判決

○千八百八十
二年六月十日
判決

ニ向テ主タル債務者ノ義務ヲ負フ保證ヲ爲シタリ依テ原告ハ此保證及ヒ千八百八十年四月二十九日主タル債務者ト爲シタリト稱スル差引計算ニ基キ千八百八十年五月保證人タル被告ニ對シ三千二百五十九マルク及ヒ其利子請求ノ訴ヲ提起シタリ被告ハ書面ヲ作成シ之カ答辯ヲ爲シ且ツ申立テ曰ク原告ヲ其提起ノ訴ト共ニ全然却下アラソトヲ求ムト其防禦理由ノ一ニ曰ク原告ハ計算書ニ署名スル際千八百八十年十月一日前ニハ此金ヲ請求セサル約束ヲ爲シタリト而シテ裁判所ハ口頭辯論期日ヲ千八百八十年九月三十日ト指定シタルニ當日原告ハ出頭セザリシ依テ被告ノ代理人ハ原告ノ訴ヲ却下シ訴訟費用ハ原告ノ負擔タルヘシト判決アラソトヲ申立テタリ裁判所ハ判決ヲ言渡シテ曰ク原告ハ本日ノ期日ヲ遵守セズシテ欠席シタルニ付キ本訴ト共ニ之ヲ却下ス訴訟費用ハ原告ノ負擔タルヘシト是ニ於テ原告ハ上掲計算書ニ基キ千八百八十年十月主タル債務者甲某ヲ相手取り出訴ニ及ヒ前請求額ノ中幾分ヲ引去リ三千ニマルクノ支拂ヲ求メ遂ニ被告ハ三千三百五十六マルク及ヒ訴訟費用ヲ支拂フヘシトノ判決ヲ得タリ依テ原告ハ此

(一)我第二百四十六條ニ當ル

判決及ヒ被告ノ負ヒタル保證義務ニ基キ千八百八十一年八月被告ニ對シテ二千三百五十六マルク并ニ訴訟費用百三十八マルクノ支拂ヲ求ムル訴ヲ提起シタリ被告ハ數多ノ抗辯特ニ千八百八十年九月三十日ノ欠席判決ヲ援用シテ本件ハ既ニ確定判決ヲ經タル旨抗辯シタリ地方裁判所ハ此抗辯ヲ理由アリトシ訴ヲ却下シタリ原告ハ之ニ對シ控訴ヲ提起シタルニ亦却下セラレ之ニ對スル上告モ左ノ理由ニ依リ棄却セラレタリ

理由

被告ハ前審ニ於テ主張シテ曰ク民事訴訟法第二百九十五條ノ規定ヲ正當ニ解釋シ且ツ當時ノ事情ヲ正當ニ量測スルニ於テハ千八百八十年九月三十日前審裁判所カ原告ニ對シテ下シタル欠席判決ハ以テ原告ニ對シ實質上ノ確定力ヲ生セシムルニ足ラス故ニ該判決ニ基ク被告ノ確定判決ノ抗辯ハ當然棄却セラレサルヘカラスト然レトモ控訴院カ此主張ヲ却下シタルハ實ニ正當ト謂ハサルヲ得ス普通訴訟法及ヒ最近訴訟法ノ規定ハ姑ラク措キ民事訴訟法第二百九十五條ノ規定ニ據ルニ原告カ口頭辯論ノ期日ニ出頭セサル場

合ニハ被告ノ申立ニ依リ原告ヲ訴ト共ニ却下スル欠席判決ヲ言渡ストアリ
 此ニ由テ是ヲ觀レハ千八百八十年九月三十日ノ欠席判決ハ原告ヲ其訴ト共
 ニ却下シタルモノナリ抑モ民事訴訟法ハ原告ノ懈怠ノ結果トシテ原告ヲ當
 該審級ヨリ免脱シ訴ハ提起ナキモノト看做スヘシト規定セス原告ヲ訴
 ト共ニ却下スヘシトノ條文ヲ設ケリ故ニ第二百九十五條ノ精神ハ欠席判決
 ヲ以テ提起セラレタル請求其者ヲ判決スルニ在ルニト明ナリ隨テ斯ノ如キ
 訴ヲ却下スル判決ハ若シ之ニ對シ故障提起セラレサルニ於テハ對審辯論ニ
 基キ下シタル訴却下ノ判決ト同一ノ効力ヲ生スルコト亦疑ヲ容ルヘキニ非
 ラス即チ被告ノ確定判決ノ抗辯ハ之ヲ理由アリト謂ハサルヘカラス
 民事訴訟法第二百九十五條ノ規定ニ關スル前段ノ解釋ハ同法ノ成立史ニ徵
 シテ亦觀ナキ所タリ草案理由書ニ據レハ第二百九十五條ノ規定(當事者双方
 ナ可及的同等ニ置カント欲スル意ニ出ツ)ハ口頭辯論ニ出頭セサル原告ハ其
 提起シタル請求ヲ拋棄シタルモノト看做スニ在リト云フ帝國法典調査會ニ
 於テハ該條ハ非常ニ改竄ヲ受ケタルモ頗ル隔絶シタル反對説ハ盡ク否決セ

ラレ終局草案ノ規定ハ更ニ變更ヲ受クルコトナク法律ニ採用セララルハニ至
 レリ(ハ)民事訴訟法資料第二百九十二頁第二百九十三頁第六百十頁以下
 第六百十八頁以下第九百十七頁第九百十三頁第九百十九頁參照)
 尤モ此規定ハ頗ル原告ニ取リテハ殘酷ナルカ如シ依テ法律ハ此弊ヲ濟ハシ
 ト欲シ故障ヲ申立ツルコトヲ認許シ只此保護方法ヲ自ラ用ヒサル場合ニ於
 テ訴却下ノ確定判決ニ十分ナル効力ヲ生セシメ亦通常ノ救濟方法ヲ與ヘサ
 ルコトト定メリ
 控訴院裁判官ハ上告人ノ申立ツル如ク專ラ辯論期日ニ出頭シタル被告ノ申
 立ヲ根據トシ被告ノ準備書面ヲ引テ欠席判決ノ意義及ヒ効力ヲ論セザリシ
 然レトモ此點モ却テ贊同ヲ表スルニ足ル準備書面中ニ告知シタル被告ノ申
 立ハ裁判ノ標準タルヘキ力ヲ有セス裁判ハ只口頭辯論ノ際被告ノ爲シタル
 申立ニ依リテ之ヲ決スヘキノ實ニ本件ニ於テハ被告ハ口頭辯論ノ際之ヲ
 申立テ裁判所ハ之ニ依リテ欠席判決ヲ言渡シタルモノナリ若シ原告ニシテ
 其訴ヲ其當時ノミナラス終局ニ却下シタル判決ノ効力ヲ消滅ニ歸セシメン

ト欲シ被告ノ答辯書中ニ告知セル訴ノ提起ハ早キニ失スルトノ抗辯ヲ理由
アリト信シ其提起シタル請求ノ主張ヲ期限到來後マテ抛擲シ去ラント欲シ
タラシニハ原告ハ故障ヲ提起シ以テ欠席判決ノ除却ヲ計ラサルヘカラス
上告人ハ亦曰ク事件ノ事實ニ調スルニ原告ノ主張シタル請求ハ千八百八十
年九月三十日ノ欠席判決ヲ言渡サル、當時原告ノ有セサルコトノミ確定シ
タルモノナリト此主張モ正當ト謂フテ得ス

民事訴訟法第二百九十五條ニ依リ原告ニ對シテ言渡サレタル欠席判決確定
ノ効果ハ訴ニ於テ提起シタル請求ヲ否認シタル點ニ在リ凡ソ判決ノ確定力
ハ訴ヲ以テ提起シタル請求ニ關スルモノニシテ判決ニ於テ其請求ニ付テ裁
判セラレタル程度ニ於テ其効力ヲ生ス(民事訴訟法第二百九十三條)故ニ一旦
訴ヲ以テ提起シタル請求ニシテ却下セラレノカ更ニ之ヲ提起スルヲ得ス故
ニ本件ノ場合ニ於テ千八百八十年九月三十日ノ判決ニ基キ確定力ノ抗辯ヲ
爲シ得ルヤ否ヤハ先キニ訴ヲ以テ提起シタルニ欠席判決ニ依リ却下セラレ
タル請求ト同一ノ請求ヲ現今ノ訴訟ニ於テ主張シ得ルヤ否ヤヲ決スルニ足

(二)我第二百
四十四條參照

○千八百八十
三年一月十七
日判決

ル控訴院ハ前掲ノ問題ヲ肯定シタリ而シテ控訴院判決ハ之カ爲メ法律違反
アルヲ發見スル能ハス依テ此點ニ於テ上告人ノ提起シタル攻撃ハ正當ト看
做スヲ得ス

〔第四百九十五〕 欠席判決送達前ト雖モ故障ヲ提起シ得ル

ヤ

欠席判決送達前ニ提起シタル故障ヲ取下ケタル
トキハ故障抛棄ノ効力ヲ生スルヤ

欠席判決送達前ニ故障ヲ提起シタルニ相手方之
ヲ許スヘカラスト争ヒタルニ依リ新故障ノ提起
ヲ留保シテ之ヲ取下クヘシト陳述シタリ此陳述
ハ故障ノ取下ヲ包含スルヤ否ヤ

(千八百八十三年一月十七日判決)

理由

(一)我第二百六十四條ニ當ル
(二)我第三百九十九條參照

(三)我ニナシ

(四)我ニナシ

本件ニ於テ先ツ第一ニ決スヘキハ千八百八十二年二月十六日ノ欠席判決ニ對スル原告ノ故障ハ之ヲ受理スヘキヤ否ヤノ問題ナリトス被告ハ受理スヘキ限リニ在ラスト抗爭シ其理由ヲ説明シテ曰ク原告ハ欠席判決送達前提起シタル故障ヲ千八百八十二年三月九日ノ期日ニ於テ取下ケタルヲ以テ既ニ其効ナシト控訴院裁判官ハ民事訴訟法第三百十一條及ヒ第四百七十六條違反ニ基ク理由ヲ以テ此抗辯ヲ却下シタリ蓋シ控訴院裁判官ノ見解ハ民事訴訟法第三百十一條ニ據レハ故障ノ拋棄及ヒ其取下ニ付テハ控訴ノ拋棄及ヒ其取下ニ關スル規定ヲ準用ストアルヲ以テ判決送達前ニ提起シタル控訴ノ取下ハ拋棄ノ効力ヲ生セサル(ストルクマン)及「コホ」民事訴訟法註釋第三版第四百四十三頁第四百七十六條第三號)ト同シク故障ノ取下モ亦拋棄ノ効力ヲ生スヘカラスト爲スニ在リ然レトモ判決送達前ニ提起シタル控訴ノ取下ニ民事訴訟法第四百七十六條第三項ニ於テ故ラニ上訴權喪失ノ効力ヲ附隨セシメストスルモ此効力ハ(ストルクマン)及「コホ」モ言ヘル如ク民事訴訟法第四百七十七條第二項ニ所謂判決ノ送達前ノ控訴提起ハ無効ナリトストノ規定

ニ依リテ生スヘキ結果ナリ即チ上訴スルモ其提起ハ未タ法律上ノ効果ヲ有スルヲ得サル場合ニ於テ其上訴ヲ取下ケタリトテ上訴ノ期間開始スルト同時ニ有効ナル控訴ノ提起ヲ拋棄シタルモノト看做スヘシトハ決シテ言ヒ得ヘキニ非ラス然レトモ故障ニ至リテハ頗ル其觀察點ヲ異ニスルモノアリ裁判言渡後判決送達前ノ故障提起ハ千八百八十一年一月二十五日ノ大審院民事部ノ判決ニモ言ヘル如ク當然之ヲ許スヘキモノナリ隨テ許スヘキ故障ノ取下ハ民事訴訟法第四百七十六條第三項及ヒ第三百十一條ニ依リ故障拋棄ノ効力ヲ惹起ス既ニ一旦此拋棄アルトキハ民事訴訟法第三百四條ニ依リ送達ヲ以テ始マル期間中ニモ更ニ故障ヲ提起スルコトヲ得ス

欠席判決送達前ノ故障ヲ許スヤ否ヤノ問題ハ學說紛々タリ原告即チ現今ノ被上告人ハ「ソ」ハ獨逸法(グルホー)ト解釋論第二十五卷第二百五十七頁以下及ヒ第八百一頁ニ説明スル所ニ據リ之ヲ許スヘカラスト主張セリ然レトモ大審院ハ其載スル理由ヲ以テ確信スルニ足ルト看做ス能ハス民事訴訟法第三百六條ハ亦以テ引證トスルヲ得サルコトハ「ソ」ハモ亦論スル所ニシテ理由

(五)我第二百五十九條ニ當ル

(六)我第二百五十五條ニ當ル
(七)我第四百七十四條ニ當ル
(八)第四項ニ當ル

アリト謂フヘシ民事訴訟法第三百四條ニ所謂不變期間ナル意義及ヒ其他ノ言詞モ亦裁判ノ基礎トスルニ足ラス猶ホ民事訴訟法第五百四十九條第一項ノ手續再審ニ關スル不變期間モ第三項ノ場合ニハ絶對的制限ノモノニ非ラスシテ一種ノ期間ト見ルヘキカ如シ又當該規定ノ理由書及ヒ審査會議事録ヲ按スルニ立法者ノ精神ヲ明ニセルモノナシ即チ控訴及ヒ上告ノ上訴方法ト故障ノ上訴方法トテ本件ノ問題ニ關シテ同一視シタルノ精神ナルヤ將タ控訴及ヒ上告ト故障トハ各自ノ自然ノ性質及ヒ其他ノ相異ニズル規定ヨリシテ本件ノ問題モ亦同一視スルヲ許サ、ル精神ナルヤヲ推知スルコト難シ然レトモ之ヲ同一ニ取扱フコトハ甚タ簡便ニシテ且ツ之ヲ異類視スルニ十分ノ理由ナシトノ論ハ唯立法的ノ說ニ過キス立法者ノ精神果シテ判決送達前ノ控訴及ヒ上告提起ヲ無効ト看做ステ、フ民事訴訟法第四百七十七條及ヒ第五百十四條ノ末文ヲ以テ法律ノ普通原則ト爲スニ在ルヤ否ヤ之ヲ知ルニ由ナシ特ニ該末文ナクシハ判決送達前ノ控訴及ヒ上告ノ提起ヲ以テ無効ナリト認ムルヲ得サルヘシ該末文ノ前文ハ唯控訴及ヒ上告ノ提起ハ亦判決ノ

(九)我第四百條ニ當ル
(十)我第四百三十七條參照

(十一)我第四百七十八條ニ當ル

送達ト同時ニ爲シ得ルコトヲ云フノミニシテ該末文アルヲ以テ唯純然タル形式規定ト看做スニ足ルノミナリ前文ノミニテハ判決送達前ノ控訴及ヒ上告ノ提起ヲ以テ無効ナリト推論スル能ハサルヘシ又民事訴訟法第二百十七條ノ末文モ援テ以テ送達前提起シタル故障ハ無効ナリトノ證據ト爲スニ足ラス第二百十七條ハ訴訟手續ノ中止中斷ニ關シ故障ノ場合ハ只附隨的ニ云ヒタルノミ加之同法末文ニ曰ク本案ノ辯論ハ故障期間ノ滿了後始テ之ヲ爲シ又其期間内ニ故障ヲ申立テタルトキハ其完結後始メテ之ヲ爲スト此ニ由テ是ヲ觀レハ立法者ハ唯通常ノ場合ヲ想像シ所謂其期間内ニ故障ヲ申立テタルトハ只期間經過前ニ提起シタル故障ヲ意味セシメタルノミナルヘシ今之ヨリ進ンテ積極的ニ欠席判決送達前ノ故障提起ノ法律上有効ナルノ理由ヲ論セン而シテ其理由數多アリト雖モ茲ニハ最モ切實ノモノノミヲ擧ケ

立○法○者○ハ○民○事○訴○訟○法○第○四○百○七○十○七○條○第○五○百○十○四○條○ノ○末○文○ニ○於○テ○送○達○前○ノ○控○訴○及○ヒ○上○告○ノ○提○起○ハ○無○効○ト○明○示○シ○タ○リ○然○ル○ニ○故○障○及○ヒ○其○他○ノ○抗○告○ニ○付○テ○ハ

民事訴訟法第三百四條及第五百四條ニ於テ此ノ如キ規定ヲ附加セザリシ此ニ由テ是ヲ觀レハ立法者ハ不變期間ノ確定ニ原則上當然期間開始前ノ當該訴訟行為ヲ行フコトヲ以テ無効ト爲ス意ニ非ラズシテ控訴及ヒ上告ニ付テノミ特ニ之カ規定ヲ設ケ故障及ヒ抗告ニ付テハ之ヲ置カス寧ロ故意ニ之ヲ除去シタルコトヲ推知スルニ足ル或ハ此推論ニ反對シテ曰ク立法者ハ元文ヲ掲ケス同一ノ前提存スル場所ニハ同一ノ規定ヲ反覆セサルコトアリト然レトモ本件ノ場合ノ如キハ法律ノ文字ニ欠缺アル爲メニ語學上ヨリ立法者ヲ攻擊スルニ非ラス故ニ此論頗ル妙ナリト雖モ前掲ノ推論ニ反對スル實ヲ得ス而シテ又民事訴訟法草案理由書ヲ按スルニ現行法第四百七十七條及ヒ第五百十四條ノ未文ニ付テ明カニ論述スル所アリ曰ク是ニ依リテ當事者双方ノ爲メニ期間ヲ合一ニシ并ニ當事者双方ヨリ上訴ヲ提起スル場合ニ之ヲ上訴審ニ於テ取扱フコトヲ合一ナラシメント欲スルナリ而シテ故障ニ付テハ此目的ヲシ故ニ此事物上ノ區別ハ遂ニ立法者ヲシテ故障ヲ控訴及ヒ上告ト異レル規定ヲ設ケシムルニ至レリト其他此論旨ハ民事訴訟法第二百

八十三條ニ依リテモ闡明スルコトヲ得即チ同條ニ據ルニ判決ノ宣告アルトキハ必シモ其判決ノ送達ヲ必要トセス而シテ言渡サレタル判決ニ付テ爲スヘキ或ル訴訟行為ノ爲メニ規定セラレタル不變期間ニ關シテハ一般ノ除外例ヲ設ケラレタルコト明カナリ(ソノハルト民事訴訟法註釋第二版第三百四條ノ註參照)

判決送達前ノ故障提起ハ之ヲ許サルヘカラサルコト上論ノ如シト雖モ控訴院ノ判決ハ第一審裁判官カ千八百八十二年四月二十七日ノ中間判決ニ於テ説明シタル理由ヲ正當ト認メタルモノナレハ上告ハ遂ニ其効ヲシトス法律ニ所謂故障ノ取消ナルモノハ本件ノ場合ニハ決シテ存スルコトナシ第一審ノ中間判決ノ事實ニ據ルニ被告ハ千八百八十二年三月九日ノ口頭辯論ニ於テ原告ノ故障ハ許スヘカラストシテ却下セラレシコトヲ申立テ其理由ヲ説明シテ曰ク原告ハ故障狀ニ於テ千八百八十二年二月十六日言渡サレタル欠席判決ヲ誤テ二月十七日ノ判決ト表示シ且ツ送達前ニ故障ヲ提起シ其後原告ハ欠席判決送達後更ニ故障ヲ提起スルコトヲ留保シテ右ノ故障ヲ取下シ

(十五)我第二
百六十四條ニ
當ル
(十六)我第三
百九十九條ニ
當ル

一八〇〇
ヘシト陳述シタリトアリ此ニ由テ是ヲ觀レハ原告ハ故障ヲ提起ストノ意思
ノ表示ヲ唯原告カ初メ發表シタル形式ニ於テ取ケタルモ其意思ノ表示其
者ハ取下ケタルニ非ラス原告ハ故障ノ拋棄ヲ承諾スルト同時ニ明示ヲ以テ
之ヲ留保シ更ニ欠席判決ノ日時ノ表示ニ錯誤ナキ書類ヲ作成シテ之ヲ正當
ノ時ニ被告ニ送達スヘシトノ意思ヲ明ニシタリ而シテ原告ハ遂ニ其ヲ履ミ
タリ抑モ民事訴訟法第三百十一條及ヒ第四百七十六條ニ所謂取下トハ何ソ
是レ單ニ上訴若クハ故障ノ拋棄ヲ爲ス意思表示タリ然ルニ本件ノ場合ニ於
テハ之ニ反シテ原告ハ斯ノ如キ拋棄ヲ陳述スル精神ニ非ラス寧ロ原告ハ其
提起ノ故障ニ對スル被告ノ形式上ノ抗爭ヲ裁判ニ附セシメサラント欲シ之
ヲ修正スル爲メ一時撤回シタルニ過キス民事訴訟法第四百七十六條ニ所謂
控訴ノ取下ハ上訴權ヲ喪失ストノ規定ヲ設ケタル理由ハ上訴取下ヲ一ニ上
訴人ノ意思ニ任スルトキハ或ハ上訴シ或ハ取下ケ長ク訴訟ノ落着ヲ見ス隨
テ獨リ相手方ニ煩累ヲ來スノミナラス裁判所モ之カ爲メ大ニ事務ノ進捗ヲ
妨ケラル、コトアリト云フニ在リ然レトモ此理由ハ本件ノ場合ニ引用スル

○千八百八十
三年六月二十
日判決

テ得ス此理由ハ上訴其者ヲ拋棄スル決意ヲ表示シタル場合ニ於テ云フヘキ
ノミ斯ノ如キ決意一タヒ表示セラル、ニ於テハ法律上再ヒ之ヲ取消スコト
ヲ得サルハ當然ナリ然レトモ本事件ノ場合ニ於テハ原告カ欠席判決ニ對シ
テ故障ヲ拋棄セザリシ事ハ裁判所モ相手方モ更ニ疑ヲ挾マザリシ所ナリ故
ニ上訴權喪失ノ理由即チ或ハ上訴シ或ハ取下ケ以テ訴訟ヲ長ク落着ニ歸セ
シメスト云フ事實ハ本件ノ場合ニハ適當セサルモノナリ

〔第四百九十六〕欠席判決ノ意義

(千八百八十三年六月二十日判決)

理由

不服ヲ申立テラレタル判決ハ被告即チ被控訴人カ口頭辯論期日ニ出席セザ
ルニ依リ相手方ヨリ欠席判決ノ申立テアリタル後ニ言渡サレタルモイニシ
テ懈怠ノ場合存スルコトヲ確定シ第一審判決ヲ變更シテ原告ノ請求ヲ採用
シタリ
故障ヲ許スヘキ欠席判決ニ對シテハ言渡ヲ受クタル當事者ヨリ上告ヲ以テ

(一)我第四百五十四條ニ當ル
(二)我第三百九十八條ニ當ル

不服ヲ申立ツルコトヲ得サルハ民事訴訟法第五百二十九條及ヒ第四百七十四條ニ依リ明カニシテ一點ノ疑ヲ容ルヘキナシ畢竟上告人ノ論旨ハ本件ノ場合ニハ欠席判決ナルモノナシ不服ヲ申出テラレタル裁判ノ事實ノ確定ヲ見ルニ欠席ノ實更ニナシ原告ノ口頭供述ハ其争ハル、程度ニ於テ被告ノ自白シタルモノト看做サレズ寧ロ舉證ノ結果ヲ斟酌シタルモノ、如シト云フニ在リ

(三)我第二百九條ニ當ル

前判決ヲ觀察スルニ唯其明確ニセル一點ヨリスルトキハ上告人ノ言必シモ失當ト謂フヲ得ス然レトモ不服ヲ申立テラレタル判決ハ畢竟欠席判決タル性質ヲ保有セリ民事訴訟法第二百五十一條ニ據ルニ攻撃及ヒ防禦ノ方法ハ判決ノ基本タル口頭辯論ノ終決マテ主張スルヲ得トアリ此規定ハ同法第四百八十五條ニ依リ控訴審ニモ適用スルヲ得而シテ控訴審ニ於テモ新事實及ヒ新證據方法ノ提供ヲ許シ(同法第四百九十一條)訴訟ヲ更ニ辯論スルコトヲ得同法第四百八十七條(新)如キ當事者ノ新提供物ハ當該當事者ニ於テ口頭辯論期日ニ出頭セサルトキハ之ヲ爲メ截斷セラル、モノトス而シテ其懈怠

(四)我第四百八條ニ當ル
(五)我第四百十五條及第四百十六條ニ當ル
(六)我第四百十一條ニ當ル

ノ効力ハ申立ニ基キ欠席ノ時下サル、判決ニ依リ常ニ裁判ノ基礎ニマテ確定セラル、モノナリ蓋シ一部ハ對席ニシテ一部ハ欠席判決ト看做スヘキ判決ハ民事訴訟法ノ認メサル所ナリ

以上ノ理由ニ依リ上告ハ許スヘカラストシテ棄却セサルヲ得ス

○千八百八十三年十月十七日判決

〔第四百九十七〕 準備書面ノ申立ヲ誤讀シタル場合ニハ民事訴訟法第二百九十九條ニ所謂事件ノ不完全ナル辯論ト謂フヲ得ルヤ否ヤ

第二編第四章第五節辯論期日ノ部ニ譯載セル千八百八十三年十月十七日ノ判決ヲ見ルヘシ

〔第四百九十八〕 控訴裁判所ハ控訴人ノ闕席ノ場合ニ於テ闕席判決ヲ下スノ前如何ナル點ヲ審査スヘキヤ

(千八百八十四年四月五日判決)

理由

○千八百八十四年四月五日判決

○千八百八十四年七月七日判決

○千八百八十四年十月十五日判決

○千八百八十四年十月十八日判決

〔第四百九十九〕第一審ニ於テハ故障期間ノ懈怠ニ對スル原

狀回復ノ申立ヲ却下シ控訴審ニ於テハ右申立ヲ

認可シ而シテ事件ヲ第一審ニ差戻シタル場合ニ

控訴判決ニ對シテ上告ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤ

第二編第三章第七節懈怠ノ結果及ヒ原狀回復ノ部ニ記載セル千八百八十四年七月七日ノ判決ヲ見ルヘシ

〔第五百〕主タル當事者出頭シ從參加人欠席シタルト

キハ從參加人ニ對シテ欠席判決ヲ爲スコトヲ得

ルヤ否ヤ

第二編第二章第二節共同訴訟及ヒ參加ノ部ニ記載セル千八百八十四年十月十五日ノ判決ヲ見ルヘシ

〔第五百一〕欠席判決ハ如何ナル場合ニ於テ控訴ヲ受ク

ルヤ

(千八百八十四年十月十八日判決)

被告ハ第一審ニ於テ裁判所管轄違ノ抗辯ニ付キ宣誓ヲ命セラレ宣誓期日ニ出頭セザリシニ由リ裁判所ハ欠席判決ヲ以テ宣誓ヲ拒ミタルモノト認定セリ之ニ對シテ被告ハ故障ヲ提起シタルニ辯論期日ニ於テ被告ノ辯護士出頭シタルノミニテ被告ハ出頭セザリシカ爲メ右故障ハ千八百八十四年二月十九日判決ヲ以テ棄却セラレタリ而シテ控訴院ハ被告ノ控訴ニ因リ右判決ヲ變更シ之ニ反シテ大審院ハ控訴判決ヲ破毀シ且ツ控訴ヲ許スヘカラサルモハトシテ棄却セリ

理由

(前略)民事訴訟法第四百七十二條ニ於テハ控訴ヲ終局判決ニ制限セリ而シテ第四百七十四條ニ於テハ欠席判決ニ關シテ更ニ一ノ制限ヲ附加セリ即チ欠席判決ニ對シテ控訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ルハ其欠席判決カ終局判決又ハ上訴ニ關シテハ終局判決ト看做サルハ中間判決ニシテ且ツ第四百

(一)我第三百九十六條ニ當ル
(二)我第三百九十八條ニ當ル

故ニ原告ハ訴訟費用ハ原告ノ負擔タラサルヘカラスト主張シ右欠席判決ニ對シテ故障ノ申立ヲ爲セリ

シヨンステル地方裁判所ハ千八百八十三年三月十九日判決ヲ以テ第一 千八百八十三年一月五日ノ闕席判決ヲ維持シ而シテ第二 被告ヨリ宣誓ヲ爲シテ原告ニ於テ起訴セサルヲ得サル所以ナカリシコトヲ表明スヘキ旨ヲ言渡シ而シテ被告若シ此宣誓ヲ爲セハ故障手續ノ費用ヲ原告ニ於テ負擔スヘク被告若シ此宣誓ヲ爲サ、レハ右費用ヲ被告ニ於テ負擔スヘキモノナリトシ前訴訟手續ノ費用ニ關シテハ千八百八十三年一月五日ノ欠席判決ヲ維持セリ

宣誓期日ニ於テ被告ハ欠席シ而シテ千八百八十三年十月三十一日欠席判決ヲ以テ被告ハ宣誓ヲ拒ミタルモノト看做ス旨言渡サレタリ然ルニ被告ハ之ニ對シテ新ニ故障ヲ提起シ右欠席判決ヲ取消シ且ツ宣誓ヲ爲スヘキ旨ヲ命セラレタシト申立テ其申立ニ因リ千八百八十三年十二月五日ノ辯論期日ニ於テ十月三十一日ノ欠席判決ハ尙ホ未ダ送達セラレサルモノナリト認定セ

ラレタリ此ニ於テ地方裁判所ハ欠席判決ノ送達前ニ於ケル故障申立ハ無効ナリト認メ千八百八十三年十二月五日判決ヲ以テ故障ヲ棄却セリ而シテ被告ハ此判決ニ對シテ控訴ヲ提起シ左ノ申立ヲ爲セリ

千八百八十三年十月三十一日ノ欠席判決ニ對シテ被告ノ提起シタル故障ハ理由アルモノナリト宣言シ事件ヲ更ニ辯論ヲ爲ス爲メ第一審裁判所ニ差戻シ且ツ控訴審ノ費用ハ原告ヲシテ之ヲ負擔セシメラレタシ
控訴院ハ千八百八十四年四月十七日判決ヲ以テ右控訴院ヲ許スヘカラサルモノトシテ棄却セリ而シテ被告ハ上告ヲ爲シ大審院ハ上告ヲ理由アルモノト認メ控訴判決ヲ破毀シ事件ヲ控訴院ニ差戻セリ

理由

本件上告ハ控訴ノ許ス可カラサルコトニ關スルカ故ニ上告ニ係ル訴訟物ノ價額ニ拘ハラス之ヲ爲スコトヲ得ルモノタリ(民事訴訟法第五百九條第一項)本案ノ争點タル被告ノ狩獵場借地料支拂義務ハ千八百八十三年一月五日ノ闕席判決ヲ維持シタル同年三月十九日ノ判決ニ依リテ確定的ニ完結セラレ

(一)我ニナシ
同條ニ曰ク左
ノ場合ニ於テ
ハ上訴ノ價額
ハ訴訟物ノ價
額ニ拘ハラス
トス
第一審
裁判所

法ニ非ラサルカ故ナリ右裁判例ハ亦欠席判決ニ於テ宣言シタル故障申立人ノ利益ナル裁判ニ對スル不服申立ノ事ヲ説明セス今若シ故障ハ許スヘキモノト認メラレ訴訟ハ欠席以前ノ程度ニ復シタル場合ニ於テハ(第三百七條)何故ニ其間ニ完結シタル本案ニ付キ最初ノ訴訟手續及ヒ欠席以前ニ於ケルト同シク新ナル辯論ヲ費用ノ點ニ制限スルコトヲ得サルヘキヤ斯カル理由毫モ存セサルナリ此場合ニ於テハ欠席ナルコトハ一モ存在セサルニ至ルヘシ從テ欠席判決ニ於テ一時ノ闕席者ニ費用ヲ負擔セシムルコトハ既ニ此理由ノミヲ以テスルモ當ヲ得サルモノナリトス

次ニ説明スヘキ點ハ民事訴訟法第九十四條ニ於テ費用ノ點ニ關スル裁判ニ對スル不服ノ申立ハ其裁判カ本案ニ付テモ亦上訴ヲ以テ不服ヲ申立テラレタルトニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ得スト爲セルノ理由ハ之ヲ欠席判決ニ對スル故障ノ場合ニ援引スルヲ得サルコト是レナリ抑モ第九十四條ノ規定ハ草案理由書ニ云ヘルカ如ク費用ノ點ノミニ關シテ不當ナル裁判ニ對シテ上訴(單ニ抗告ノ方式ヲ以テスルモ)ヲ許スハ不可ナリト云フニ基キ且ツ左ノ趣

旨ニ由ルモノトス即チ草案理由書ニ曰ク

普魯西法ノ行ハル、區域内ニ於ケル實驗ニ徵スルニ費用ノ點ニ關スル裁判ヲ本案ニ付テノ裁判ト分離スルノ實ニ至難ナルコト明カナリ二者ヲ分離セス而シテ單ニ費用ノ點ニ關スル不服ノ申立ヲ審査センカ爲メニ上訴裁判所ニ於テ本案裁判ノ當否ヲ説明スルトキハ主ハ從ニ伴フテ裁判セラ、ル、ニ至リ而カモ其裁判ハ本案ニ付キ實體上ノ影響ヲ及ホスコトナシ、シテ除却シ得ヘカラサル先決裁判ヲ不當ナリトスル判決ヲ爲スハ勉メテ之ヲ避ケサルヘカラス(ハイン)民事訴訟法資料第一卷第二百頁以下參照)

上段説述シタル諸種ノ事由ハ欠席判決ニ對スル故障ニ關シテハ總テ存セサルモノナリ如何トナレハ故障ノ場合ニ於テハ新ナル辯論及ヒ裁判ヲ爲スハ欠席判決ヲ爲シタル裁判所ナレハナリ此故ニ本件控訴判決ハ上告人ノ質責スル如ク民事訴訟法第九十四條ノ違背ニ基クモノナリ

〇千八百八十五年十二月十一日判決

〔第五百三〕 原告ノ爲シタル欠席判決ノ言渡ノ申立カ請求ノ一部ニ付テハ採用セラレ其他ノ部分ニ付テ

ハ同一ノ判決ヲ以テ却下セラレタル場合ニ原告
ハ控訴ヲ爲スコトヲ得ルヤ將タ又即時抗告ヲ爲
スコトヲ得ルヤ

第二編第三章第六節呼出及ヒ期日ノ部ニ記載セル千八百八十五年十二月十
一日ノ決定ヲ見ルヘシ

〔第五百四〕 民事訴訟法第八百五條及ヒ第八百七條ノ場

合ニ於テハ當事者ノ孰レカ原告ナルヤ

（千八百八十七年十二月五日判決）

理由

當事者間ノ婚姻ハ千八百八十一年二月三日プレスラウ地方裁判所ノ言渡シ
タル確定判決ニ依リ解除セラレ被告ハ單獨責任者ト判定セラレタリ
其後離別ノ妻ハ其所有動産及ヒ元本ノ返還離婚罰金ノ支拂及ヒ當事者間ニ
生レタル二人ノ小兒ノ養料請求ニ付訴ヲ提起シ民事訴訟法第八百十四條以

○千八百八十
七年十二月五
日判決

(一)我第七百
四十五條ニ當

(二)我第七百
四十七條ニ當

(三)我第七百
五十五條ニ當

下ニ從ヒ第一審裁判所ヨリ豫メ口頭辯論ヲ經スシテ二點ノ假處分ヲ許サレ
タリ第一ノ假處分ハ千八百八十一年五月三日ノ決定ニ基キ婚姻中被告ニ提
供シタル財産ノ返還ニ係ル請求離婚罰金ノ給付ニ係ル請求當事者間ニ生レ
タル二人ノ小兒ノ養料支拂ニ係ル請求并ニ五百マルクノ費用ノ請求ニ付被
告所有ノ地所登記簿ウヰシニツ第十五號ニ金額一萬四千マルクノ抵當登記
ノ擔保ノ爲メ其豫備記入ヲ爲スニ在リ第二ノ假處分ハ千八百八十一年六月
三十日ノ決定ニ依リ右同一ノ請求ニ付前掲地所登記簿第二號丙區欄内ニ登
記シタル二萬一千七百七十九マルク九〇ヘンニヒノ抵當債權ニ關スル被告
ノ持分ヲ七千マルク乃至壹萬マルクノ豫定額ニ於テ假差押ノ方法ヲ以テ差
押フルニ在リ

次テ本案ニ付テハ千八百八十三年十月十六日プレスラウ地方裁判所ノ言渡
シタル確定判決千八百八十五年三月十九日プレスラウ控訴院ノ言渡シタル
確定判決及ヒ千八百八十五年九月二十八日同控訴院ノ言渡シタル更正判決
ヲ以テ妻ノ訴ニ關シ次ノ如ク判定セラレタリ曰ク被告ハ百九十五マルク及

七八百四十「マルク」ニ千八百八十一年二月三日以降年五朱ノ利子ヲ添へ原告ニ辨濟スヘシト之ニ反シ原告ハ被告ノ認諾ニ係ルト主張スル請求即チ婚姻ニ提供シタル七十五「マルク」ニ關スル前掲請求外ノ請求及ヒ被告ノ家計ノ爲メ有益ニ爲シタル二千七百「マルク」ノ出費ニ關スル請求ト共ニ却下セラレ又被告即チ反訴ノ原告ノ主張シタル數箇ノ反對請求ヲ認諾シタルカ爲メ之ニ付敗訴ノ言渡ヲ受ケタリ又訴訟費用ニ付テハ裁判外ノモノハ之ヲ相消シ裁判上ノ費用ハ當事者雙方ニ於テ其二分ノ一宛ヲ分擔スルコト、ナレリ當事者間ノ二人ノ小兒ノ養料請求ニ關スル裁判ハ本訴ニ依リ不服ヲ申立テラレタル控訴審判決ノ事實中ニ明示スル如ク本訴訟ニ於テ原告ノ申立テサル所ナリ

今ヤ控訴審判決ノ事實中ニ掲ケラレタル如ク訴訟ノ完結後被告ハ二點ノ假處分ノ取消ニ付原告ヲ其本訴訟ノ第一審ノ訴訟代理人ノ手ヲ經テ呼出シ左ノ申立ヲ爲シタリ

千八百八十一年五月三十日及ヒ同年六月三十日ノ假處分ヲ取消シ判決ニ

假執行ノ宣言ヲ附シ此申立ニ因リ生シタル費用ハ原告ノ負擔タル可シトノ判決ヲ求ム

地方裁判所ハ被告ノ申立ヲ却下シ控訴裁判所ハ地方裁判所ノ判決ニ對スル被告ノ控訴ヲ棄却セリ

控訴審判決ニ對スル上告ハ之ヲ理由アリトセサル可ラス

控訴院カ一千八百八十一年五月三十日及ヒ同年六月三十日ノ假處分ニ取消ニ係ル被告ノ申立ヲ却下シタル地方裁判所ノ判決ヲ控訴ヲ以テ不服ヲ申立ルヲ得ヘキモ故障ヲ以テ不服ヲ申立ルヲ得サル對席判決ト爲シタルハ至當ナリト認ム

其他控訴狀ハ假處分ノ取消ニ係リ今日尙ホ獨リ繫屬中ナル手續ノ第一審ニ任セラレタル原告訴訟代理人ニ對シ有効ニ送達セラレタルコトハ控訴裁判所ニ同意ヲ表スルヲ得ヘシ

右二點ハ亦上告理由トシテ攻撃セサル所ナリ

之ニ反シ上告人ノ實問セントスル所ハ民事訴訟法第二百九十五條ノ違背ニ

在リ即チ原告ハ合式ノ呼出シテ受ケナカラ辯論期日ニ於テ地方裁判所ニ出
廷セズ依テ假處分ノ取消ニ係ル被告ノ申立ヲ許サ、ル可ラスト云フニ在リ
其理由ニ曰ク假差押又ハ假處分ヲ命シタル決定ニ對スル異議ノ申立ニ因リ
異議ヲ申立タル當事者ハ原告タル地位ヲ得ヘキニ在ラス異議並ニ呼出ニ因
リ開始セル手續ニ於テ原告タルヘキ者ハ不服ヲ申立テラレタル決定ニ付其
申立ヲ爲シタル者ナリトスト

右攻撃ニ付審理ヲ遂クル處控訴審判決ニ對シ左ノ疑ヲ生ス第一ニ判決ハ當
事者ノ地位ノ表示ヲ爲サス本上告審ノ判決ニ於テモ其判決主文事實及ヒ理
由中ニ掲ケタル當事者ノ表示ハ地方裁判所ノ判決ニ於ケル如ク裁判確定ト
ナリタル本案ノ當事者ナリ而シテ判決理由ニハ其箇所ニ辭句ノ挿入ヲナシ
當事者ノ地位ハ本訴ノ場合ニ於テハ反對ナリト云フヲ以テ足レリトセリ然
レトモ其基ク所ヲ知ラサルナリ右當事者ノ地位ニ付強制執行ニ關スル第八
編中第五章ノ假差押及ヒ假處分ニ關スル法律ノ特別規定ヲ見ルモ毫モ得ル
所ナシ法律ハ第八編全般ニ於ケル如ク其第五章ニ於テモ亦債權者及ヒ債務

(五)我第七百
五十條參照
(但我ニハ假
差押ニ債權ヲ
生セス)

(六)我第七百
四十四條ニ當
ル

(七)我第七百
五十九條ニ當
ル

者ト稱スルノミナリ(第八百九條及ヒ第八百十條參照)故ニ當事者ノ地位ニ關
スル問題ハ一般ノ原則ヲ以テ之ヲ判定セサル可ラス
假處分ノ命令及ヒ其後ノ手續ニハ民事訴訟法第八百十五條ニ依リ假差押ノ
手續ニ關スル第八百五條及ヒ第八百七條カ準用セラレモノナリ而シテ之ニ
付テハ次ノ區別ヲ爲スヲ要ス即チ假處分ニ對シ異議ヲ申立テ以テ其當否ヲ
爭ヒ之レニ基キ假處分ノ變更又ハ取消ヲ求ムルヤ(第八百四條及ヒ第八百五
條)或ハ事情ノ變更シタル爲メ殊ニ假處分ノ理由ノ消滅ニ因リ又ハ特別ノ事
情アル場合ニ裁判所ノ自由ナル意見ヲ以テ定ム可キ保證ヲ提供スルニ依リ
其取消ヲ申立テタルヤ(第八百七條及ヒ第八百十八條)是レナリ第一ノ場合ニ
於テハ債權者ハ原告タルノ地位ヲ保チ第二ノ場合ニ於テハ債務者原告タリ
第一ノ場合ニ於テハ債權者ハ假處分ノ命令前ノ事情ニシテ之ニ依テ損害ヲ
受クルト信スルモノ、變更ヲ裁判上ノ保護(假處分ノ認可)ニ由リ生セシメ
ト欲シ債務者ハ假處分ニ由リ始テ其損害ヲ受クルヲ知リ假處分ノ命令前ニ
係ル事態ヲ裁判官ノ宣告ヲ以テ維持セシムトヲ求ムルモノナリ第二ノ場合

(十)我第百十
二條ニ當ル

五條及ヒ第八百七條ニ基ク種々ノ法律見解ハ控訴審ノ判決ニ於テ説明セサル所ナリ又控訴裁判所ハ被告ノ取消申立ヲ專ラ第八百七條ノ下ニ於テノミ觀察シタル限りハ不服ヲ申立テラレタル判決ノ事實ニ示ス如ク被告カ當事者間ノ財産分別事件ヲ援用シテ假處分ノ許サレタル條件ハ保全ス可キ請求ノ數額ニ依レハ決シテ存在セサルモノナリト主張シタルヲ顧ミザリシモノト謂フヲ得ヘシ故ニ控訴院ノ爲シタル説明ハ當事者ノ法定地位ヲ誤解シタルニ基クトノ上告人ノ主張ハ之ヲ正當ナリトス又上告人ハ之ト同時ニ民事訴訟法第三百十條ノ違背ニ付至當ノ非難ヲ加フルモノナリ本訴訟ニ於テ言渡シタル判決ハ當事者間ノ財産分別手續ノ辯論ト共ニ原告ノ請求ニ付從前ノ數額及ヒ現在ノ數額ヲ確定スル爲メ又之ト同時ニ被告ノ取消申立ニ關スル裁判ヲ爲サンカ爲メ必要ナル基礎ヲ得ルノ方法ヲ指示スルモノナリ依テ控訴審判決ヲ破毀シ未タ裁判ヲ爲スニ熟セサル事件ヲ更ニ辯論及ヒ裁判セシメシカ爲メ控訴裁判所ニ差戻スモノナリ而シテ本件ニ於テハ民事訴訟法第八百五條ニ依リ先ニ假處分ノ當否ニ關スル裁判ノ言渡ナカリシ限り

ニ於テモ亦同法第八百七條及ヒ第八百十五條ニ依ル取消申立ハ存在スルヤ否ヤノ問題ハ未決ニ屬スルモノトス

第十六節 證據調ノ總則○證據決定○疏明

〔第五百五〕 受訴裁判所特ニ控訴裁判所ニ於ケル證據調

第二編第四章第十五節欠席判決ノ部ニ譯載セル千八百八十年三月二十日ノ決定ヲ見ルヘシ

〔第五百六〕 外國ニ於テ爲シタル證據調ニ付テ相手方ヨ

リ通知ヲ爲サ、リシ場合

外國裁判所及ヒ官廳ハ證據調ヲ爲シ得ルヤ
民事訴訟法第三百三十七條第三百四十條第三百六十七條第三百九十九條第四百四十一條ニ於テモ尙ホ外國裁判所及ヒ官廳ハ證據調ヲ爲シ得ルヤ

○千八百八十
年三月二十日
決定

○千八百八十
年五月八日判
決

右ノ場合ニハ民事訴訟法ノ規定ハ參酌セサルヘ
カラサルヤ

場所ハ行爲ヲ支配ストノ原則

第二編第四章第十節訴訟手續ノ形式欠缺ニ關スル當事者ノ質責義務ノ部ニ
譯載セル千八百八十年五月八日ノ判決ヲ見ルヘシ

〔第五百七〕出頭セサル當事者ニ期日ノ通知ヲ爲サ、リ

シ場合ニ證據調ヲ爲シ得ルヤ

申立ニ基キ證據ノ再調ヲ爲シ得ルヤ

欠席ノ證明

第二編第四章第七節自由探證ノ部ニ譯載セル千八百八十二年二月八日ノ判
決ヲ見ルヘシ

〔第五百八〕民事訴訟法第五百八條第三項ニ所謂上告物

價額ノ疏明トハ何ソヤ

○千八百八十
二年二月八日
判決

○千八百八十
二年六月七日
判決

千八百八十二年六月七日判決

地役權非屬確定及ヒ損害賠償事件ニ於テ上告ハ法定ノ上告價額ニ欠クル所
アル爲メ許スヘカラストシテ遂ニ却下セラレタリ其理由左ノ如シ

理由

原告ハ本件ノ目的物ハ算定スヘカラサルモノナリト稱シ其價額ヲ二千マル
クニ定メタリ此指定ハ正當ト謂フヲ得ス裁判費用規則第十條第一項ニ據レ
ハ訴訟物ノ價額疑ハシキ場合ニハ二千マルクト假定スヘシトアリ然レトモ
是レ唯財産權上ノ請求ニ非ラサルモノニ付テ云フノミ而シテ財産權上ノ請
求ニ非ラサルモノ、上告ハ民事訴訟法第五百八條第一項ニ據リ上告價額ノ
制限ヲ受クルコトナシ之ニ反シテ財産權上ノ請求ハ現行民事訴訟法ニ於テ
ハ之ヲ昔日ノ如ク算定スヘカラサルモノ、中ニ加ヘス而シテ地役ニ關スル
請求モ亦財産權上ノ請求ニ屬スルコト一點ノ疑ヲ容レス特ニ民事訴訟法第
七條ニ於テ地役ノ價額算定ニ關スル原則ヲ掲ケリ此原則ハ同法第五百八條
第二項ニ據リ上告價額ヲ量定スルニモ適用スルヲ得ルモノタリ又本件ノ訴

(一)我ニナシ
獨斷ニハ上告
價額ヲ千五百
マルクト定
ム第三項ニ曰
ク上告人ハ此
價額ヲ疏明セ
サル可カラス
宣誓ハ疏明ノ
方法トシテ之
ヲ用フルコト
ヲ禁スト

(二)所謂千五
百マルクニ
當ル

(三)我第五條
第二項ニ當ル

(四)我第三條ニ當ル

一八二六

ニ添附シテ請求セル損害賠償ハ民事訴訟法第四條ニ依リ價額算定中ニ加入セサルコト明ナリ依テ本件ニ於テハ要役地ノ地役ニ依リ得ル所ノ價額又ハ地役ノ爲メ承役地ノ價額ノ減シタル額千五百マルク以上ニ達スルヤ否ヤヲ調査スヘキモノトス此事ハ第三條及ヒ第五百八條第二項ニ依リ裁判所ノ意見ヲ以テ定ムヘキモノナリト雖モ裁判所ハ第五百八條第三項ニ依リ原告ノ當ニ爲スヘキ疏明ヲ斟酌セサルヘカラス而シテ本件ニ於テハ上掲兩個ノ請求價額中何レモ千五百マルク以上ニ達スルモノナシ又前審裁判所ニ於テ之ヲ二千マルクニ見積リタリト云フモ直ニ信據スルヲ得ス原告ハ某區裁判所ニ於テ鑑定人ニ依リ係争價額ヲ鑑定セシメント申立テタルモ是レ未タ疏明ヲ盡シタリト認ムル能ハス何トナシハ民事訴訟法第二百六十六條ニ據レハ直ニ結果ヲ得ル能ハサル證據調ハ此ノ如キ目的ニ用フルヲ得サレハナリ

〔第五百九〕假差押ノ原因及ヒ擔保スヘキ請求ノ疏明

第二編第一章第四節第二款財産裁判籍ノ部ニ譯載セル千八百八十二年六月二十日ノ判決ヲ見ルヘシ

(五)我第二百二十條ニ當ル

○千八百八十二年六月二十日判決

○千八百八十四年二月十二日判決

〔第五百十〕證據調ノ方法ヲ命スル決定ニ對シテハ不服

ヲ申立ルコトヲ得ストノ規定ノ範圍如何
(千八百八十四年二月十二日決定)

ドレスデン控訴院ハ宣誓期日ヲ指定シレムシヤイド在任ノ宣誓義務者ハ其住所地ニ於テ宣誓ヲ爲サシメラレタシトノ申立ヲ爲シタルニ控訴院ハ其申立ヲ却下セリ依リテ宣誓義務者ハ抗告ヲ爲シタルニ左ノ理由ニ依リ右抗告ハ許スヘカラサルモノトシテ却下セラレタリ

理由

本案決定ノ如キモノハ不服ヲ申立ルコトヲ得サル決定ナリトス判決又ハ證據決定ニ依リテ命セラレタル宣誓ヲ爲スコトハ即チ民事訴訟法第三百二十條ノ規定ニ據ルヘキモノトス是レ草案理由書第二百四十三條ニ明記セル所ナリ第三百二十條ハ三個ノ規定ヲ包含シ其第一段ハ通則トシテ證據調ハ受訴裁判所ニ於テ之ヲ爲スト規定シ其第二段ニ於テ證據調ハ此法律ニ定メタル場合ニ限り受訴裁判所ノ部員一名又ハ他ノ裁判所ニ之ヲ委任スト云ヒ而

(二)我第二百二十三條ニ當ル

一八二九

シテ其第三段ニ於テハ證據調ノ方法(若クハ他ノ)ヲ命スル決定ニ對シテハ不服ヲ申立ルコトヲ得スト云ヘリ

右第三段ニ掲クル規定ノ範圍ニ付テハ疑ナキニ非ラス先ツ第一ニ疑問タル點ハ如何ナル證據調ノ方法ヲ指スモノナルヤニ在リ抑モ第三百二十條ハ三個ノ方法ヲ記載セリ即チ受訴裁判所ニ於ケル證據調(第一段)受訴裁判所ノ一部員ノ面前ニ於ケル證據調及ヒ他ノ裁判所ニ於ケル證據調(第二段)是レナリ而シテ民事訴訟法註解者中說ヲ作ス者アリ曰ク第三百二十條ノ第三段ハ前第二段ヲ直接ニ受ク之レニ掲クル二個ノ證據調方法ヲ指スモノナリ即チ受訴裁判所カ例外ノ場合ニ於テ證據調ヲ其部員一名ニ委任スルカ將タ又他ノ裁判所ニ委任スルカヲ定ムルニ付テ爲ス決定ノミヲ以テ不服ノ申立テヲ受ケサルモノト爲シタルナリト

斯クノ如キ狹義ノ解釋ニ對シテハ異論ナキ能ハス大審院ノ意見ニ據レハ第三段ノ規定ハ第一段ヲモ包含スルモノトス即チ他ノ判事ニ證據調ヲ委任スルノ職權ヲ行使スヘキヤ否ヤヲ定ムル所ノ受訴裁判所ノ決定ニモ關スルモ

ノナリトス右意見ノ第一論據ハ法律ノ文字ニ在リ蓋シ第三項ノ文牒ハ概括的ニシテ第三百二十條ニ記載スル總テノ證據調ノ方法ヲ包括セルモノナリトス

第二ノ論據ハ法文ノ外形ハ措テ論セサルヲ得サルコトニ在リ即チ第三百二十條ハ二項ニ分割セラレ第一段及ヒ第二段ハ其第一項ヲ爲シ而シテ第三段ハ其第二項ヲ成セリ然ルニ若シ第三段ヲ以テ第一項全體ニ關係セスシテ第二段ノミニ關係スルモノナリトセハ第一段ト第二段トヲ分離シ而シテ第二段ト第三段トヲ結合セサルヘカラス

第三段ニ對シテ前記狹義ノ解釋ヲ爲ス說ハ主トシテ草案理由書ニ據ルモノナリ理由書ハ第二百四十三頁ニ於テ左ノ説明ヲ掲ケリ曰ク

「例外トシテ證據調ヲ受訴裁判所ニ於テ爲サス其部員又ハ他ノ裁判所ニ於テ爲スコトヲ得ル場合ニ於テハ受訴裁判所ハ證據調ノ一若クハ他ノ方法ヲ命スルコトヲ定ムルヲ要ス而シテ其命令ニ對シテハ當事者ヨリ不服ヲ申立ルコトヲ得サルモノトス如何トナレハ右命令ハ裁判所ノ自由ナル意

民事訴訟法第三百二十條ニ相當シ其第三項ハ法廷外ノ證據調公行ノコトヲ規定シ而シテ其第四項ニ於テハ左ノ規定ヲ掲ケリ曰ク證據調ノ方法ヲ定ムル命令ニ對シテハ上訴ヲ爲スコトヲ得スト

獨逸聯邦普通民事訴訟法ハソノノル草案第二百八十七條ハ前二段ハウエハテムナルク民事訴訟法第四百二十三條ト全ク文面ヲ同フシ第三段ニ於テハ本章ニ掲クル證據調ノ一若クハ他ノ方法ヲ命スル判事ノ命令ニ對シテハ上訴ヲ爲スコトヲ得スト規定セリ

北獨逸聯邦民事訴訟法草案第四百七十七條ハ唯其第二項ノ文面民事訴訟法第三百二十條ト異ナルノミ即チ其第二段ニ曰ク證據調ハ此法律ニ定メタル場合ニ限リ且ツ受訴裁判所ノ部員一名又ハ區裁判所ニノミ委任スルコトヲ得ト

已上所述ニ據リテ之ヲ觀レハ民事訴訟法第三百二十條未段ノ規定ハ前記諸立法例ト同一ノ原則ヲ明文ニ掲ケタルモノナルコト明カナリ其原則トハ證據調ノ方法ニ關スル命令カ裁判所ノ意見ヲ以テ定ムヘキモノナル限リハ總

テ之ニ對シテ不服ヲ申立ルヲ得サルコト即チ是レナリ

民事訴訟法編纂委員會議事録ヲ觀ルモ亦第三百二十條編纂ノ趣旨ハ上ニ述タル所ト異ナルコトナキヲ知ルヘシ即チ民事訴訟法第三百四十七條ノ審議ノ際ニ政府代表者ハ草案第三百十條民事訴訟法第三百二十條ニ於テハ受訴裁判所ニ於クル證人證據調ヲ命スル決定ニ對シテ上訴ヲ許サ、ルナリト説明シ之ニ對シテ一ノ異論ナカリシナリ

民事訴訟法第四百四十一條第一項ニ依リテ爲ス決定ニ關シテモ亦上述ト異ナル所ナシ受訴裁判所所在地ト遠隔ノ地ニ住スル宣誓義務者ト其住居地ノ裁判所ニ於テ宣誓ヲ爲スコトヲ請求スルノ權アルモノトス斯ル場合ニ於テハ受訴裁判所ハ他ノ地ノ裁判所ニ宣誓施行ヲ囑託スルコトヲ得ヘシ唯若シ受訴裁判所ニ於テ宣誓ヲ爲サシムルコト適當ナルトキハ其囑託ヲ爲スト得サルモノトス而シテ其適當ナルヤ否ヤニ付キ判斷ヲ爲スハ一ニ受訴裁判所ノ意見ニ在リ故ニ其判斷ハ上級裁判所ノ審査ヲ受ケサルモノナリ

〔第五百十二〕 受訴判事ハ如何ナル場合ニ於テ證據調ノ決

定ヲ爲シ且ツ證據調ヲ爲スコトヲ得ルヤ
（證書訴訟ニ於テ爲シタル宣誓ハ事件カ通常訴訟
ニ移リタル後ニ於テ尙ホ効力ヲ存スルヤ否ヤ）
（千八百八十四年十一月二十二日判決）

理由

（前略）爲替訴訟ニ於テ原告ノ提起シタル訴ニ對シテ被告ハ抗辯シテ曰ク原告
ハ本訴ニ於テ訴求スル五個ノ爲替ノ支拂ニ代ヘテ同額ノ爲替五個ヲ受取リ
タリ依テ本訴ニ於テ訴求スル爲替債權ハ辨濟セラレタルモノナリト而シテ
被告ハ三通ノ書狀ヲ以テ其證明ヲ爲サントシ原告ニ對シテ宣誓ヲ要求シ受
訴裁判所ハ在アツシモ澳地利國裁判所ニ囑託シ右三通ノ書狀ヲ原告ニ示シタ
ル後原告ヨリ宣誓ヲ爲スヘシトノ決定ヲ爲セリ然ルニ右受訴裁判所ニ於テ
ル宣誓期日ニ於テ被告ハ出頭シ其抗辯ノ事實ノ正當ナルコトヲ證明セシカ
爲メニ證人二人ヲ申請シ而シテ原告ノ宣誓ニ反對セリ受訴裁判所ハ直チニ
其證人二人ヲ宣誓セシメシテ訊問シタルニ原告ハ何時ニテモ宣誓ヲ爲シ

得ヘキ旨ヲ再三陳辯シ裁判所ハ遂ニ原告ヲシテ宣誓ヲ爲サシメタリ其後チ
受訴裁判所ニ於テ原告ハ民事訴訟法第五百五十九條ニ從ヒ證書訴訟ヲ止メ
本件訴訟ヲ通常訴訟手續ニ繫屬セシムル旨ヲ申出テタリ而シテ第一審判事
ハ被告ノ抗辯ハ原告ノ宣誓ヲ爲シタルニ依リ不當ナルモノト認ムル旨ノ終
局判決ヲ爲セリ第二審ニ於テ被告ハ原告カ宣誓ニ依リテ否認シタル抗辯ニ
付證人ノ申請ヲ爲シ且ツ本件訴訟カ爲替訴訟ヨリ通常訴訟手續ニ移リタル
以上ハ原告ノ爲シタル宣誓ハ既ニ何等ノ効力ヲモ有セサルカ故ニ右申請ハ
今ヤ許サルヘキモノナリト主張シタルニ控訴裁判所ハ左ノ如ク認定セリ曰
ク爲替訴訟手續ニ於テ爲シタル宣誓ハ事件カ通常訴訟手續ニ移リタル後ト
雖モ尙ホ民事訴訟法第四百二十八條ニ定ムル所ノ効力ヲ保有スルモノナリ
ト此判決ニ對スル上告論旨ハ正當ナリト認ムルコトヲ得ス抑モ適法ニ爲シ
タル宣誓ハ爲替訴訟カ通常訴訟手續ニ交換セラレタル後ト雖モ尙ホ其法律
上ノ効力ヲ完全ニ保有セルコトハ前審判事ノ意見ニ同意セサルヘカラス上
告人ノ主張スルカ如ク民事訴訟法第五百六十二條ヲ論據トシテ前爲替訴訟

十六條ニ當ル
(四)我第四百
八十七條ニ當
ル

(五)我第二百
八十三條ニ當
ル

ニ於テ受訴裁判所ノ決定ニ基キ第五百五十八條四項^(四)テ爲シタル宣誓ハ後ノ
通常訴訟手續ニ對シテハ何等ノ効力ヲモ有セスト謂フハ誤レリ蓋シ民事訴
訟法第五百六十二條ハ主トシテ爲替訴訟ニ於テ被告ノ權利ヲ留保シテ裁判
ヲ爲シタル場合ニ付テ規定セルモノナリ然レトモ此場合ニ於テモ亦本件ノ
場合ニ於ケルト同シク適法ニ爲シタル宣誓ハ第四百二十八條ニ定ムル所ノ
効力ヲ失フコトナキモノトス唯夫レ法律ニ違背シテ宣誓ヲ爲シタラシニハ
其宣誓ハ場合ニ依リテハ嘗テ爲サ、リシモノト看做スヘキコトアルヘシ此
故ニ今茲ニ判斷ヲ要スル點ハ^(五)地地利ノ受訴裁判所ハ^(六)獨逸民事訴訟法ノ規定
ニ違背シテ宣誓ヲ爲サシメサリシヤ否ヤニ在リ蓋シ此點ニ關シテハ^(七)獨逸民
事訴訟法ノ規定ヲ以テ標準ト爲スヲ要シ^(八)地地利ノ法律ニ準據スルヲ得サル
コト敢テ説明ヲ要セス而シテ^(九)獨逸民事訴訟法第三百三十一條ハ左ノ規定ヲ
爲セリ曰ク
受命判事又ハ受託判事ノ面前ニ於テ證據調ノ際ニ争ヲ生シ其争ノ完結ニ
證據調ノ續行カ關係シ且ツ其判事之ヲ裁判スルノ權ナキトキハ受訴裁判

所ニ於テ之ヲ裁判ス

故ニ若シ本件受訴裁判所ニ於テ宣誓ヲ爲スヘキヤ否ヤニ付キ第三百三十一
條ニ謂フカ如キ争ヲ生シタリトモハ受訴裁判所ハ宣誓ヲ中止シ而シテ其争
ニ付テノ裁判ヲ受訴裁判所ニ委テサルヘカラス若シ斯クセスシテ宣誓ヲ爲
サシムレハ其宣誓ハ之ヲ爲サ、リシモノト同視セサルヘカラスナリ然レ
トモ本件ノ狀況ニ據レハ受託裁判所ノ定メタル宣誓期日ニ於テハ第三百三
十一條ノ意義ニ於ケル争ヲ生シタルモノト認ムルコトヲ得ス又被告ハ意思
モ宣誓前ニ之ヲ受訴裁判所ニ依リテ裁判セシムルコトヲ求ムルニ在リタリト認
ムルコトヲ得ス調書ノ記載ニ據レハ寧ロ前記三通ノ書狀ヲ原告ニ示シ以テ
其記憶ヲ補ヒ良心ヲ勵マヌヲ要シタルノミナリ被告ノ目的モ亦其申請シタ
ル證人ヲ受訴裁判所ニ於テ即時ニ訊問スルコトニ在リタリト謂ハサルヘカ
ラス而シテ被告ノ申請シタル證人ハ即時ニ訊問セラレ被告ハ乃チ其目的ヲ
達シタリ然レトモ又原告ハ之ニ依リテ敢テ自カラ良心ニ從テ宣誓スルコト
能ハスト確信セサリシナリ故ニ受訴裁判所ハ原告ヲシテ宣誓ヲ爲サシメタ

○千八百八十五年二月二十一日判決

○千八百八十六年十月二十日判決

○千八百八十五年十月十三日判決
(一)我第二百二十條ニ當ル

ルモノニシテ是レ毫モ不可ナル所ナキナリ

〔第五百十二〕 證據調ニ關スル規定ニ依リテ判事ノ探證自由ノ制限セラル、程度如何

第三章第四節口頭辯論調書ノ部ニ記載セル千八百八十五年二月二十一日判決ヲ見ルヘシ

〔第五百十三〕 證據調ノ更正ニ關シテ受命判事又ハ受託判事ノ受訴裁判所ニ對スル位地如何

民事訴訟法第五百三十九條ノ原則ノ例外
第二章第三節證人及ヒ鑑定人手數料ノ部ニ記載セル千八百八十六年十月二十日判決ヲ見ルヘシ

〔第五百十四〕 證人ノ氏名ヲ示サスシテ其申請ヲ爲スハ民事訴訟法第二百六十六條第二項ニ依リ疏明ト看做スヲ得ルヤ否ヤ

第二章第二節共同訴訟參加ノ部ニ記載セル千八百八十五年十月十三日判決

○千八百八十二年三月九日判決

ヲ見ルヘシ

第十七節 法廷外ノ自白

〔第五百十五〕 被保險人ノ被リタル損害ニ付テ保險會社役員ノ法廷外ノ認諾ハ證據方法上如何ナル價值ヲ有スルヤ

(千八百八十二年三月九日判決)

原告器械製造人某甲某ナル者千八百七十九年動産就中器械場ニ在ル物品ヲ被告火災保險會社ノ保險ニ附シタリ而シテ右保險契約中ニハ左ノ條項ヲ載セリ

第六條第一被保險人ハ火災ノ節ハ被保險物ヲ可成的救ヒ出シ其救助中ハ勿論其後モ力ノ及フ限り之ヲ保護保持スルコトニ注意スヘシ但會社ノ役員ノ命令ニ反シ又ハ保險條項ニ違反シテ動産物ヲ片付クヘカラス
第七條保險ハ之ニ依リテ利得ヲ計ルヲ得ス保險ノ唯一ノ目的ハ第一條ニ

依リ償フヘキ損害ノ補償ニ在リ即チ保險物ノ火災當時ニ於ケル真正ノ價格ヲ償ヒ之カ爲メ喪失シタル利得マテ加算シテ補償ヲ求ムルヲ得ス
 第八條會社ハ物件ノ價額及ヒ損害ノ程度ヲ算定スル權利ヲ有ス特ニ第七條ニ基ク動産ノ損害ハ第九條及ヒ第十一條第四號ニ依リ二人ノ鑑定人及ヒ一人ノ仲裁人ノ各別算定ヲ用フ但之ニ依リ當事者双方ハ法廷ニ訴出ツル權ヲ喪失スルモノトス
 第十一條第一號被保險人ハ火災當時存在セシ物之カ爲メ燒失又ハ喪失セシ物及ヒ毀損ヲ受クナカラ又ハ受クスシテ救ヒ出サレタル物ヲ各別ニ證明スヘキ義務ヲ有ス此證明ニハ第七條ノ原則ニ基キ各別ノ價格ヲ表記セサルヘカラス而シテ元來存在セサル物ヲ以テ燒失又ハ喪失シタリト記シ救ヒ出サレタル物ヲ隱匿シテ其存在ヲ默秘スルコトアルヘカラス
 第十三條若シ被保險人ニ於テ第六條ノ義務ヲ履行セス又ハ第十一條ノ許ス可カラサル表記ヲ爲ストキハ凡テ損害賠償ノ請求權ヲ喪失スルモノトス

第十五條賠償額ハ總損害額及ヒ會社ノ之ヲ支拂フ義務カ當事者双方ノ認
 諾和解若クハ確定判決ニ依リ確定シタル後一ヶ月ノ期間内ニ於テ現金ヲ以テ支拂フモノトス但シ利子ハ會社ニ於テ右一ヶ月ノ期間後支拂ノ遲滞ヲ爲シタル場合ニ非ラサレハ之ヲ附セス

千八百八十年三月十二日原告ノ製造場ハ火災ニ罹リ被保險物ノ中一部ハ燒失シ一部ハ毀損シ一部ハ救ヒ出サレタリ原告ハ損害ノ額ヲ凡テ三萬八千八百八十四マルクト算定シタリ原告ハ鑑定人ニ依頼シテ器械ノ損害額ヲ見積ラシメ又會社ノ役員ト總テノ點ニ於テ法廷外ノ協議ヲ盡シタルモ議遂ニ調ハサリシカハ千八百八十年七月被告會社ニ對シ損害賠償請求ノ訴ヲ提起シタリ訴訟進行中被告ノ申立ニ依リ火災ノ調査ヲ爲サシメタリ被告ハ訴訟其者ニ於テハ訴權喪失ノ抗辯ヲ爲シタリ其理由ハ原告ハ各動産物保有ノ注意ヲ欠クノミナラス其算定額ハ實際ノ損害ヨリ超過スト云フニ在リ地方裁判所ハ双方ノ辯論ヲ聽キ千八百八十一年五月二十一日被告ハ左ノ如ク負擔スヘシト言渡シタリ

一原告ノ火災ノ爲メ受ケタル損害ハ其保險ノ程度ニ應シ之ヲ補償スヘシ
保險契約第六條第一第十一條及ヒ第十三條ニ基ク被告ノ抗辯ハ之ヲ棄
却ス

二一萬九千三百五十一「マルク」及ヒ之ニ訴狀受領ノ日ヨリ百分ノ六ノ利子
ヲ附シ速ニ原告ニ支拂フヘシ

三原告ノ請求額ト前額ノ額トノ差一萬九千五百三十三「マルク」ニ付テハ同
時ニ左ノ言渡ヲ爲シタリ

甲被告ハ器械ニ生シタル損害ニ付テハ器械ノ當時ノ狀況ヲ標準トシ鑑
定人ノ確定スル程度ニ於テ之ヲ賠償スヘシ

乙此鑑定人ニ鑑定ヲ爲サシムル事ハ前段ノ判決確定スルマテ之ヲ留保
ス

(一)我第二百
十七條ニ當ル

被告ハ右ノ判決ニ對シ控訴ヲ提起シタルニ第二審裁判所ハ地方裁判所ノ裁
判理由ニ一ニノ意見ヲ附加シテ遂ニ控訴ヲ棄却シタリ上告審ニ於テ被告ハ
主トシテ前判決ハ民事訴訟法第二百五十九條^(一)第二百六十條^(二)第二百八十條^(三)

(二)我ニナシ
損害賠償ニ關
スル規定ナリ
(三)我第二百
三十二條ニ當
ル

違反スルモノナリト質實シ本訴ハ保險契約第六條及ヒ第十一條ニ抵觸スル
ヲ以テ速ニ却下アリ度又器械ノ補償額ヲ鑑定人ノ鑑定スル額ニ減シ其利子
請求ハ却下セラレシコトヲ求ムト申立テタリ
大審院ハ地方裁判所判決第二ニ於テ被告ハ訴狀受領ノ日ヨリ百分ノ六ノ利
子ヲ支拂フヘシト云ヘル點ニ對スル上告ノミ理由アリト看做シ其他ノ點ハ
凡テ上告人ノ申立ヲ却ケタリ其理由左ノ如シ

理由

第一上告論旨第一點ハ民事訴訟法第二百八十條ニ基ク訴訟手續上ノ攻撃ヲ
リトス曰ク千八百八十年九月十三日ノ地方裁判所第一回辯論期日ニハ商事
部長裁判長トナリ商事部判事某甲及ヒ乙某其陪席タリ千八百八十年十二月
十七日證據決定ヲ爲スヤ亦此等ノ判事其係タリキ然ルニ其後ノ三回ノ期日
ニ於テ書證ヲ提出シ又證人鑑定人ノ訊問ヲ爲シ以テ證據調ヲ爲スニ際シテ
ハ某甲ノ代リニ丙某陪席判事トナリ千八百八十一年四月三十日ノ最終辯論
期日ニハ丙某及ヒ乙某其陪席タリシ而シテ千八百八十一年五月十四日裁判

長ハ當事者ニ謂テ曰ク最終辯論ニ立會ヒタル判事ノ一名當今旅行中ニ付キ判決ヲ下ス能ハサルヲ以テ判決ノ言渡ハ本月二十一日迄延期スヘシト而シテ二十一日ノ期日ニ於テ遂ニ商事判事丙某及ヒ乙某ノ署名ヲ爲シタル判決ヲ言渡サレタリ又法廷調書ヲ按スルニ當事者ハ交換シタル準備書面ニ基キ其結局ノ申立ヲ讀ミ上ク事件ニ付テ口頭辯論ヲ爲シタル旨ヲ記載シ又證據ノ結果ニ關スル辯論ノ爲メ指定セラレタル千八百八十一年四月三十日ノ最終期日ノ調書ハ地方裁判所ノ訴訟書類及ヒ調書ニ載スル所ト相牽聯セリ特ニ當事者ハ訴及ヒ答辯ヲ書類及ヒ調書ニ載スル事實上ノ供述ニ基キテ爲シ且ツ證據調其者及ヒ双方ノ證據再提出ヲ申立テタル旨ヲ明確ニセリト控訴院ニ於テ被告ハ事實ニ付テハ第一審ノ全訴訟材料ヲ演述シタリ就中千八百八十一年一月十五日ノ期日ニ於テ採録シタル調書ニ基キ證人及ヒ鑑定人ノ陳述ヲ讀ミ上クタリ尤モ證人及ヒ鑑定人ノ再訊問ハ第一審ニ於ケルヨリ零スル所多カリキ

之ヲ要スルニ被告ハ控訴院ハ地方裁判所ノ訴訟手續缺欠ヲ被告ヨリノ責問

(四)我ニナシ
訴訟規定違背
ノ責問ニ關ス
ル規定ナリ
(五)我第二百
六十六條ニ當
ル
(六)我第四百
四十六條ニ當
ル

アルニ拘ハラス仍ホ費用シタリト稱シ本院ニ向テ之カ救濟ヲ求ムル者ナリ依テ之ヲ審按スルニ被告ハ當今此主張ヲ爲ス權ナキコト明ナリ然レトモ是レ原告ノ主張スル如ク被告カ被告ニ屬スル責問權ノ行使ヲ懈怠タルノ結果ニ非ラサルナリ(民事訴訟法第二百六十七條第二項第三百十三條第一項)本院カ被告ニ之ヲ許サル所以ノモノハ第二審ノ辯論ハ訴訟カ控訴ハ申立ハ範圍内ニ於テ繰回サルハヘキモノニシテ又大審院ハ民事訴訟法第五百二十四條ニ依リ唯控訴院ノ判決ニ於テ確定セル事實ヲ基トシテ裁判スヘキモノナルニ由ル故ニ本件ノ場合ノ如ク控訴ノ申立カ第一審ノ判決ノ民事訴訟法第二百八十八條ニ違反セルヲ理由トシテ其廢棄ヲ求メタルニ非ラスシテ控訴院モ前審訴訟手續ノ欠缺アリトスルモ職權ヲ以テ之ヲ調査スルニ由ナカリシ場合ニハ第二審ノ判決ヲ攻擊スルニ第一審ノ訴訟手續カ訴訟ノ規定ニ違反セリトノ理由ヲ以テスル能ハサルヘシ抑モ控訴裁判所カ商事部ノ判決及ヒ手續ヲ廢棄シ事件ヲ原裁判所ニ差戻スト自ラ證據ノ再調ヲ爲シテ本案裁判ヲ下ストハ民事訴訟法第五百一條ニ依リ當該裁判所ノ意見ニ因リテ定ム

ヘキモノタリ

上告ハ事實ノ上ニ於テモ亦正當ト看做スヲ得ス

第一審ニ於テ辯論ヲ聞キ及ヒ證據ヲ調査シタル判事ト其判決ニ與リタル判事トハ全然同一員ニ非ラスト雖モ判決ヲ下シタル合議員ハ最終ノ期日ニ於テ辯論及ヒ證據調ノ總結果ニ付テ當事者ノ代理人ヨリ口頭ノ陳述アリタル際臨席シタル者ナリ抑モ最終ノ期日ニ於ケル事件ノ新辯論ハ訴訟ノ關係ヲ全然論辯シ盡クスヘキモノナレハ此際ニ臨席シタル判事カ判決ヲ下スニ於テハ訴訟手續ノ必要的合一ハ之ヲ欠ク所ナキモノト謂フヘシ即チ前判決ハ民事訴訟法第二百五十八條^(七)第二百八十條及ヒ第三百二十條^(八)ノ規定ニ照シテ違背スル所ナシト看做サルヘカラス

第二ハ實質上ニ付テ上告人ハ被保險人ニ於テ保險契約第六條第一及ヒ第十三條ニ定ムル損害ヲ眞實受ケタル事實上ノ證明ヲ要求セリ

火災ノ害ヲ受ケタル器械千八百八十年七月一日ニ於テ検査役乙某ノ鑑査ノ際ニハ千八百八十年四月十日ノ調査ノ際ヨリハ甚シキ不長ノ狀況ニ在リシ

(七)我第二百
十六條ニ當ル
(八)我第二百
七十三條ニ當
ル

事ニ付テハ當事者双方ノ争ハサル所ナリトス上告人ハ唯此不長ヲ來セシ原
因ヲ被保險人ノ積極的加効ニ基シモノトシ被保險人ハ被保險物ヲ救ヒ出シ
得ル場合ニハカメテ其保護保持ヲ計ラサルヘカラス義務ヲ負フ者ナルニ
之ヲシテ斯ル不長ノ狀況ニ陥ラシメシハ全ク此契約上ノ義務ヲ怠リタルモ
ノニ過キスト主張セリ前審裁判所ハ火災防止ノ際消防夫ハ製造場内ニ在ル
酸類合蓄ノ水ヲ器械ニ灌注シタルコトハ證明十分ナリトシ又検査役乙某ハ
火災後原告ヨリ器械ノ狀況ヲ變スル行爲ヲ求メタルニ之ヲ拒絕シタリ且ツ
器械ノ保存費用ハ敢テ多數ヲ要セスト雖モ被告ハ之ヲ支出セス而シテ原告
ハ資力ナキヲ以テ自ラ之ニ必要ナル費用ノ支辨スルニ由ナカリシモノト看
做シ遂ニ第六條第一ニ基ク被告ノ抗辯ヲ却ケタリ此事實上ノ確定ハ上告ノ
理由中ニ舉示セス然レトモ控訴院ノ論結ハ畢竟茲ニ基ク即チ控訴院ハ曰ク
被保險人ハ保險會社ノ役員ノ指圖ニ服從セサルヘカラス而シテ保險會社ノ
役員ニシテ被保險人ニ其義務ヲ盡クスヲ得サラシメタル場合ニハ保險契約
中ニ掲クル條件ヲ實行スルノ權ナシト

保險契約第十一條ニ付キ被告ハ原告ニ於テ惡意ヲ以テ過重ノ計算ヲ爲シタリトシ主張シテ曰ク原告ハ其知ニ反シテ曾テ存在セザリシ物ヲ燒失又ハ喪失シタリト稱シ且ツ救ヒ出サレタル物品ヲ隱蔽シタリト前審裁判所ノ意見ヲ裁判理由ノ全躰ノ牽聯ヨリ推スニ原告ノ計算ハ契約上ヨリ論スルトキハ唯被保險人カ不正ノ目的ヲ以テ即チ保險人ヲ詐ル積居ニテ爲シタル法廷外ノ損害計算ニ過キスト云フニ在リ此契約解釋ハ一般ノ原則ニ照シ又保險契約第十一條及ヒ第十三條第二項ノ精神及ヒ言文ニ鑑ミルニ更ニ牴觸スル所ナシ隨テ亦法律規定ニ違反スル解釋ト稱スルヲ得ス控訴院判決ノ事實ニ據ルニ保險會社ノ検査役ハ訴ノ提起前ニ於テ被保險人ヨリ呈示シタル損害計算表ヲ原告ノ簿記全部ヲ調査シ事件ヲ正當ニ監察シタル後正當ト自白シタリト云フ故ニ斯ノ如キ惡意ニ基ク過重ノ計算ハ既ニ之ヲ唱フルヲ得サルモノナリ假リニ此自白ハ責任ヲ生スヘキ性質ノモノニ非ラストスルモ右計算ハ被保險人カ保險會社ノ役員ト法廷外ノ辯論ニ於テ善意ヲ以テ作成シタルモノト認定スルニ足ル加之一步進ノテ控訴院ハ検査役乙某ハ此自白ヲ會社

總裁ニ申告シ總裁ハ之ヲ認可シタルコト明カナリト看做シタリトセハ被告ハ自己カ舊ト原告ニ告ケタルコトヲ抹殺シテ單ニ被保險人ノ處置ハ被告ノ確信ニ反スル旨ヲ本訴ニ於テ主張スル者ニシテ惡意ハ却テ被告ニ在リト謂ハサルヲ得ス

以上ノ觀察ニ基キ控訴院ハ原告ハ惡意ヲ以テ過重ノ計算ヲ爲シタリトノ抗辯ニ關スル證據提出ヲ拒絕シタリ而シテ保險會社検査役ナル地位ハ火災ノ損害額ヲ認諾スル權アリヤ將タ其名稱ノ通常ノ意義ノ如ク單ニ損害ヲ検査スルノミニシテ自白ヲ爲スノ資格ナキヤノ問題ハ上記ノ控訴院ノ事實認定ニ依リテ終了セリ民事訴訟法第五百十三條第七號ニ所謂裁判理由ノ欠缺ハ此事實確定ニ於テハ發見スル能ハス是レ検査役ノ自白ハ被告會社ノ正當ト認メタルコトノ狀況ハ詳カニ記載セラレアリ而シテ其事實ノ正不正ハ上告裁判所ノ覆審スルヲ得ザルモノナレハナリ

第三次キノ攻撃ハ控訴院ハ燒失若クハ毀損セラレタリト表示スル動産ノ客觀的ノ有無ニ關スル證據ニ付テ第一審ニ於テ提出シタルモノ、ミテ參酌シ

(九)我第四百三十六條第七號ニ當ル

後ヨリ提出シタルモノハ却下シタリ其參酌及ヒ却下ハ兩ラ當テ得スト云フ
 ニ在リ控訴院ハ検査役乙某ノ自白其他ノ狀況ニ依リ地方裁判所判決ノ第二
 ニ於テ確定セル一萬九千三百五十一マルクハ正ニ被保險人ノ火災ニ依リテ
 受ケタル損害ナリト認定シタリ且ツ保險契約第十五條ヲ解釋シテ曰ク茲ニ
 所謂双方ノ認諾トハ保險者ノ自白ヲ被保險人ヨリ承諾シタルヲ云フト而シ
 テ火災損害額ノ確定ニ付テハ一點モ和解アリシコトヲ説カス寧ロ検査役ノ
 認諾ヲ以テ單一ノ證據方法トシ證據參酌ノ際他ノ證據方法ト共ニ其資ニ供
 シタリ故ニ何レノ點ヨリスルモ前判決ハ法律規定ニ牴觸スル所ナシト謂ハ
 サルヘカラス本件ノ場合ニハ相手方ノ法廷外ノ自白ハ證據方法若クハ證據
 原因ト看做スヘキヤ否ヤノ問題ハ之ヲ釋明スルノ必要ナカルヘシ民事訴訟
 法ハ此事ニ付キ何等ノ規定ヲ爲サスト雖モ法廷外ノ自白ヲ一般原則ニ反シ
 テ裁判官ノ心證ト爲スヲ許サル精神ニ非ラス故ニ検査官ノ自白ヲ一ノ證
 據ト看做シ原告舉示ノ動産ハ眞實燒失若クハ毀損セラレタルモノニシテ其
 價額ハ原告ノ要求スル損害賠償額ニ達スルコト證據十分ナリト認メタルハ

(十)我第二百
 十七條ニ當ル

(十一)我第四
 百三十四條第
 四百三十五條
 ニ當ル

決シテ失當ト謂フテ得サルナリ
 以上ノ理由ニ依リ法律上ノ性質ヲ有スル問題ハ唯控訴院ハ過重ノ計算ニ付
 テ被告ノ申出テタル證據ノ提起ヲ拒却スル權アリヤ否ヤノミナリトス而シ
 テ此問題ヲ解クニ當リ民事訴訟法第二百五十九條ヲ適用スルトキハ被告即
 チ上告人ノ利益トナルヘシ是レ控訴院判決ニ於テハ夫ノ證據申立テ狀況上
 不必要ト認メタル旨ヲ載セザリシテ以テナリ然レトモ本問題ハ專ラ第二百
 六十條ニ依リテ決スヘキモノナリ同條ハ第二百五十九條ト異ニシテ損害賠
 償請求ニ於ケル證據酌量ノ原則ヲ定メ損害ノ有無及ヒ多少ニ關シテ證據調
 ノ申立アルトキハ之ヲ命シ又證據ノ提起ヲシテ損害ヲ定ムル等ハ一ニ裁
 判所ノ意見ニ任カスト定メリ故ニ控訴院カ損害ノ額ヲ定ムルニ付キ法律ノ
 認許スル意見ヲ用井タルハ敢テ不法ト謂フテ得ス隨テ此點ニ關スル上告ハ
 民事訴訟法第五百十一條第五百十二條ニ基クト雖モ理由アリト認ムルヲ得
 ス
 第四地方裁判所ハ保險契約第十五條ヲ顧ミスシテ被告ハ訴狀落手ノ日ヨリ

百分ノ六ノ訴訟上ノ利子ヲ原告ニ支拂フヘシト言渡シタリ控訴院ハ之ニ反シテ此約款ヲ以テ其風俗ニ違反シタルモノニシテ且ツ義務者ヨリ之ヲ主張スルハ畢竟履行ヲ遲滞シ權利者ヲ害スル不正ノ行爲ニシテ信眞及ヒ信用ニ反スル約束ナリト認メタリ

斯ノ如キ契約ノ有効無効ニ付テハ固ヨリ學說一ナラス大審院ハ帝國高等商事裁判所判決録第六卷第四百十三頁以下ニ掲ケル論ニ賛同ヲ表シタリ右判決ハ舊獨乙高等裁判所判決ノ數多ト一致スルモノニシテ(エムメルリマクタルムスタット裁判所判決録千八百五十八年第一卷第三十一頁乃至第三十三頁參照)其理由ハ斯ノ如キ契約ハ公ノ秩序及ヒ其風俗ニ反セスト雖モ保險會社カ惡意ヲ以テ其支拂義務ヲ免レントシ特ニ主張ノ根據トシ遂ニ他ヲシテ訴訟ヲ起サシメ若クハ其裁判ヲ利用セントスル場合ニハ其適用ヲ除外セラレヘキモノナルヲ以テ遂ニ無効タルヲ免レスト云フニ在リ

故ニ控訴院カ利子ヲ認許シタル理由ハ全ク法律ノ錯誤ニシテ此點ニ關スル裁判ハ破毀スルニ足ル然レトモ控訴院判決ヲ按スルニ被告ハ原告主張ノ如ク眞實不正ノ方法ヲ以テ被保險額ノ支拂ヲ拒絶シタルヲ故ニ保險契約第十五條第一項ノ存スルニ拘ハラズ損害賠償ノ點ヨリ利子ヲ支拂フ義務アルヤ否ヤノ點ニ付テハ更ニ事實ヲ確定スル所ナシ依テ本件ハ更ニ辯論及ヒ裁判ヲ爲サシムル爲メ之ヲ前院ニ差戻スモノトス

第五、地方裁判所判決ノ第三甲ニ對スル攻撃ハ保險契約第七條第八條及ヒ第十一條ニ基ケリ即チ地方裁判所カ被告ハ損害ヲ受ケタル器械ノ價額ヲ第一回計算ヲ爲シタル當時ノ狀況ヲ基トシテ之ヲ賠償スヘシト判決シタルハ不當ニシテ火災後直近ノ時ニ於ケル價額即チ鑑定人ノ計算ニ係ル七千二百マルクヲ以テ標準トスヘキモノナリト實質セリ
契約條件第一條及ヒ第七條ニ曰ク被保險人ハ賠償ノ爲メ利得ヲ獲取スヘカラス燒失毀損若クハ喪失セル物件ノ賠償價額ハ火災ノ時ト場所ニ於ケル價額ニ依リ之ヲ算定スト此原則ハ敢テ保險人ノ反對給付ヲ滅却スルモノニ非ラス唯生シタル結果ノ時ノ制限ヲ受ケ又其効力ヲ被保險物ニ限ル精神ナリ

故ニ火災其者ニ依リ又ハ救出シタルニ依リ生シタル器械ノ損害即チ千八百八十年四月十日ノ検査ニ依リ確定セラレタル額ハ被告ニ於テ賠償セサルヘカラス但火災後器械ノ位置ニ依リ或ハ風雨ノ爲メ或ハ酸化ノ爲メ生シタル損害ハ之ヲ支拂フニ及ハサルヘシ

前審裁判所ハ之ヲ誤判セサリシ前審裁判所カ被告ハ再調査ヲ爲シタル當時ニ於テ器械ノ價額減少シタル程度ヲ標準トシテ之カ賠償ヲ爲ス義務アリト認メタル所以ノモノ被告カ取テ以テ上告論旨第一點ト爲セル事實上ノ認定即チ被告會社ノ検査役ハ被保險人ニ事件落着マテ器械ノ状態ヲ變更スルコトヲ拒ミ且ツ器械ヲ保存スル資力ヲ被保險人ニ與フルコトヲ謝絶シタル點ニ基ケリ控訴院カ斯ノ如キ狀況ニ依リ保險契約ノ原則ヲ本件ニ適用セサリシハ實ニ至當ト謂ハサルヘカラス被告ハ其役員ヨリ損害調査ノ目的ノ爲メ爲シタル命令ノ効力ハ之ヲ負擔セサルヲ得ス以上ノ理由存スルノミナラス保險契約第六條第一ニ依リ被保險人ノ盡サ、ルヘカラサル義務ハ之ヲ履行スルニ必要ナル資料ヲ得ルニ由テキヨリ遂ニ損害賠償ノ債權債務ノ關係ヲ

生スルニ至リタルヲ以テ器械ハ當然會社ノ危険ヲ以テ保存セラレサルヘカラス

契約條件第七條ノ原則ニ據リテ算定スヘキ損害ハ同第九條及ヒ第十一條ニ依リテ二人ノ鑑定人及ヒ仲裁人當事者双方ノ爲メ協力シテ之ヲ確定シ訴權ヲ除外スヘキモノタリ而シテ本件ニ於テハ實ニ斯ノ如キ算定ヲ爲シタリ故ニ原告ハ少クトモ右仲裁人ノ定メタル賠償額七千二百マルクヲ主張スル義務アルヘシ然レトモ被告會社ハ該仲裁人ノ算定ヲ認メス原告ハ千八百八十年六月一日マテニ爲シタル總テノ算定ト同シク之ヲ攻撃シタリ其理由トスル所ハ算定人ハ其算定ヲ爲ス際不正ノ事實上ノ前提ヲ基礎ト爲セリ即チ算定人ハ器械ノ減價ヲ計ルニ火災當時即チ調査ノ日ヲ鑑定ノ基礎ト爲シ保險會社ハ尙ホ其後ノ減價ニ付テ負擔セサルヘカラサルコトニ注意セサリシト云フニ在リ

原告ノ右鑑定ニ對スル攻撃ハ事實上理由アルモノニシテ亦控訴院ノ確認スル所ナリ故ニ其法律上ノ議論モ亦之ヲ爲ス要ナカルヘシ

茲ニ所謂仲裁人ト稱スルハ仲裁裁判官 Schiedsrichter ト謂ハンヨリハ寧ロ仲裁者 Schiedsmänner, arbitratores ト云フニ若カス羅馬法ニ據レハ本件ノ場合ノ如ク當事者双方ヨリ契約履行ニ關シテ價額ノ算定ヲ算定人ノ意見ニ一任スル場合ニハ其鑑定人ノ鑑定正當公平ナルニ於テハ當事者ハ凡テ之ニ服從セント欲スルコトヲ約スルモノナリト看做セリ故ニ此仲裁者ノ宣言ヲ排除シテ裁判所ノ救済ヲ求ムルニハ其被害者タル者ハ鑑定甚タ依怙ニシテ不正不公ノ所爲ニ出テタルコトヲ證明セサルヘカラス(帝國高等商事裁判所判決録第三卷第七十四頁第四卷第四百二十八頁以下參照)
以上ノ理由ニ依リ此點ニ關スル控訴院判決ハ正當ニシテ之ヲ攻擊スルモノハ不當タリ

第十八節 人證

〔第五百十六〕 會社ノ頭取ハ訴訟ニ於テハ當該會社ヲ代理スル者ナルニ尙ホ其係爭事實ノ證人トシテ訊

○千八百八十
年十月一日判
決

問シ得ルヤ

第二編第四章第七節自由探證ノ部ニ譯載セル千八百八十年十月一日ノ判決ヲ見ルヘシ

〔第五百十七〕 證據ノ申立アルモ證人ノ信スヘキ證言ニ

據レハ其證明セントスル事實ノ正反對確實ナル場合ニハ右證據ノ申立テ却下シテ差支ナキヤ他ノ事件ニ付テ訊問セラレタル證人ノ演述ハ本件ニ効力ヲ有スルヤ

第二編第三章第一節口頭辯論ノ部ニ譯載セル千八百八十一年三月二十一日ノ判決ヲ見ルヘシ

〔第五百十八〕 費用ノ豫納ヲ爲サル場合ノ權利喪失ノ効力鑑定證ニモ亦民事訴訟法第三百四十四條ヲ適用シ得ルヤ

○千八百八十
二年十月七日
判決

○千八百八十
一年三月二十
一日判決

千八百八十二年十月七日判決

被告ハ其抗辯ニ付キ被告指名ノ鑑定人ヲ訊問セラレノコトヲ申立テタリ控
 訴院ハ千八百八十一年十一月三日證據決定ヲ以テ被告ニ於テ費用ノ保證ト
 シテ十四日間内ニ一定ノ金額ヲ供託スルトキハ鑑定人ノ訊問ヲ認可スヘシ
 ト命令シタリ然ルニ被告ハ十四日ノ期間經過シ原告ヨリ訴訟手續續行ノ申
 立アリタル後即チ續行ノ爲メ指定セラレタル期日ニ初メテ供託シタリ依テ
 控訴院ハ民事訴訟法第三百四十四條ヲ引用シテ決定ヲ以テ鑑定人訊問ニ關
 スル被告ノ申立ヲ却ケ且ツ終局判決ヲ下スニ及ヒテモ鑑定人訊問ニ關スル
 被告ノ抗辯ハ之ヲ採用セサリシ依テ被告ハ上告ニ及ヒタルニ大審院ハ之ヲ
 理由アリト看做シタリ其理由左ノ如シ

理由

控訴院ハ被告ノ提起シタル抗辯ハ既ニ被告ニ於テ他ニ證據ヲ提出スルヲ得
 サルモノト認定シ其理由ヲ説明シテ曰ク控訴人ハ費用ノ豫納ヲ爲サハリシ
 ヲ以テ鑑定人訊問ノ決定ハ之ヲ實行スルニ由ナカリシ加之控訴人ハ千八百

(一)我第二百
八十八條ニ當
ル

八十二年四月二十七日ノ辯論ニ於テ千八百八十一年十一月三日ノ調書ニ掲
 クル事實ヲ再ヒ立證セサリシヲ以テ鑑定人ハ遂ニ之ヲ訊問スルヲ得サルモ
 ノトスト

上告人ハ右判決ニ對シ攻撃シテ曰ク民事訴訟法第三百四十四條ハ鑑定人ニ
 ハ之ヲ適用スヘカラサルモノナリ故ニ鑑定人訊問ノ費用ニ關シ被告ニ豫納
 金ヲ命スルハ當テ得タルモノニ非ラスト此攻撃ハ「ゾ」ハルト第四百三十
 五頁及ヒ「ガウ」第二卷第三百四頁民事訴訟法註釋ニ基クモノニシテ理由ア
 リト謂フヲ得ス民事訴訟法第三百六十七條ニ據レハ鑑定證ニハ證人證據ノ
 規定ヲ準用ス但第三百六十八條乃至第三百七十九條ハ此限リニ在ラストア
 リ而シテ第三百四十四條ハ右但書中ニ合マサルヲ以テ證人證據ノ規定ヲ適
 用スヘキコト明ナリトス但第三百四十四條ハ當事者ヨリ申立テタル鑑定證
 ノミナラス民事訴訟法第三十五條ニ依リ職權ヲ以テ呼出シタル鑑定人ヲ
 モ合ムヤ否ヤノ問題ハ本件ノ場合ニハ研究スルノ必要ナカルヘシ是レ本件
 ニ於ケル鑑定人ノ訊問ハ被告ヨリ申立テタルモノナレハナリ今裁判費用規

(二)我第二百
二十二條ニ當
ル
(三)我第三百
二十三條乃至
第三百二十三
條參照
(四)我第一百
七條ニ當ル

則第八十四條ニ據ルニ豫納金支拂ノ義務アル申立人ハ一定ノ期間内ニ豫納
 ナ爲サ、ルヘカラストアリ此規則ハ獨リ證人ヲ呼出ス場合ノミニ適用ス
 キニ非ラスシテ鑑定人ヲ呼出ストキニモ亦其適用ヲ見ルヘキナリ上告人ハ
 何故ニ證人ノミニ適用シ鑑定人ニハ適用セザラントスルヤ若シ強テ之ヲ主
 張セント欲セハ自ラ其詳細ノ理由ヲ舉示セサルヘカラスト漫然一ヲ探テ他ヲ
 排除セント欲スルハ遂ニ鹵莽ノ說タルヲ免レズ
 控訴院ハ被告ニ於テ其豫納金ヲ指定ノ期間内ニ納付セスシテ辯論續行期日
 ニ於テ初メテ支拂ヒタルヲ以テ第三百四十四條ノ權利喪失ヲ來セシモノト
 看做セリ此點更ニ民事訴訟法ニ違反スル所ナシ抑モ民事訴訟法ニ於テ訴訟
 ノ進行遲延ヲ防禦スル爲メニ裁判官ニ防禦方法若クハ證據方法ヲ却下スル
 權ヲ與ヘリ(第二百五十二條^五第三百三十九條^五第三百九十八條^五參照)但之ニハ條
 件アリ第一當該防禦方法若クハ證據方法ヲ許スニ於テハ訴訟ノ終了ヲ遲延
 ナラシムル事第二裁判所ニ於テ當事者ノ目的訴訟ヲ遲延セシムルニ在ルカ
 又ハ當事者ノ懈怠重大ナルノ心證ヲ得タル事是ナリ然レトモ證據調ニ付キ

(五)我第二百
 十條ニ當ル
 (六)我第二百
 四十七條ニ當
 ル

(七)我第二百
 七十五條ニ當
 ル

不定時間ノ障礙アルトキ證據方法使用ニ向テ或ル期間ヲ指定スルコトヲ裁
 判官ニ許ス規定ニハ此等ノ條件アルコトナシ(第三百二十一條^三)此場合ニ於テ
 ハ其期間懈怠ノ原因ハ何レニ在ルヲ問ハス其期間ノ經過ハ遂ニ證據方法ノ
 喪失ヲ來スモノトス但期間經過後ト雖モ訴訟手續ヲ遲滞セザルトキハ尙ホ
 證據方法ヲ用フルコトヲ得證人若クハ鑑定人ノ呼出カ一定ノ期間内ニ豫納
 金供託ト相率聯セシムル場合(第三百四十四條)ニモ亦同シ民事訴訟法草案第
 三百三十三條ノ理由書ニ曰ク第三百四十四條草案第三百三十三條ノ第二項
 ハ第三百二十一條草案第三百十一條ニ基クモノナリト故ニ第三百四十四條
 ニ示ス權利喪失即チ呼出ヲ許サ、ル事ハ其期間ノ經過ヲ以テ生スル効力ナ
 リ但其懈怠ノ原因ハ何レニ在ルヲ問ハサルナリ而シテ豫納金ノ供託期間經
 過後ト雖モ訴訟手續ノ進行ヲ遲滞セシムルコトヲ訊問シ得ル場合ニハ尙
 ホ之ヲ許スモノトス然リ而シテ本件ノ場合ニハ期間經過シ尙ホ之ヲ許スニ
 於テハ訴訟手續ノ進行ヲ遲滞セシムルノ恐アリトス故ニ控訴院カ第三百四
 十四條ニ定ムル權利喪失ヲ來スモノト看做シタルハ至當ト謂ハサルヘカラ

之ニ反シテ鑑定人ノ場合ニモ此權利喪失ヲ來スヨリ由テ以テ生スル効力ニ付テハ控訴院ノ認定未タ至當ト謂フヲ得ス
 當事者ニ於テ豫納金ヲ全然爲サス又ハ適當ノ時ニ給付セザリシカ爲メ鑑定證ヲ用フルコトヲ許サレサル場合ト雖モ裁判所ハ民事訴訟法第三百三十五條ニ依リ尙ホ之ヲ訊問スルコトヲ得控訴院ハ實ニ此點ヲ誤認シタリ控訴院ノ說明ハ第三百三十五條ニ定ムル權利ヲ行使スル理由ナシト云フニ在ラスシテ唯曰ク鑑定人ニ依リ證明スヘキ事實ハ最早之ヲ參酌スルヲ得スト
 其他當事者ノ申立ニ係ル鑑定證ハ第三百四十四條ニ示ス權利喪失ニ因テ全然當事者ノ使用ヲ禁スルモノニ非ラス第三百四十四條ニ定ムル期間ヲ豫納金ヲ供託セスシテ經過シタル場合ニハ第三百二十一條ノ場合ノ如ク證據方法ヲ終ニ用フルコトヲ得サル結果ヲ惹起スルコトナシ唯鑑定人ノ呼出ヲ求ムルコトヲ得サルノミ故ニ舉證者ハ其證明セント欲スル事實ヲ同種又ハ異種ノ他ノ證據方法ニ依リテ證明スルコトヲ得但一タヒ主張シ又ハ第二百五

(八)我第二百十四條ニ當ル
 (九)我第四百十五條ニ當ル

十六條第四百九十一條ニ基キ尙ホ適當ノ時ニ主張スルヲ得ヘキモノナルヲ要ス加之一定時期間ニ豫納金ヲ要求セラレタル同一證據方法モ期間ノ經過ニ依リ其用ヲ奪ハル、コトナシ特ニ訊問スヘキ證人若クハ鑑定人其定メラレタル期日ニ呼出ヲ用弗スシテ當事者ヨリ同伴セラレ、場合ノ如キハ當然之ヲ用フルヲ得證人ノ場合ニハ呼出ヲ爲サ、ル事ハ事實上證據方法ヲ喪失スルト同一結果トナル是レ證人ヲ訊問セント欲スルモ裁判所ニ於テ之カ呼出ヲ拒ミ證人其者ハ呼出ナクソハ出頭スルヲ欲セサル場合ニハ之ヲ如何トモスルニ由ナクレハナリ然レトモ鑑定人ニ至リテハ少シク其趣ヲ異ニセリ鑑定ハ必シモ一人ニ依リテノミ爲サシメサルヘカラサルモノニ非ラス同一ノ知識技能ヲ有スル者ハ亦之ヲ爲スコトヲ得ヘシ故ニ當事者ヨリ一定ノ人ヲ鑑定人トシテ申立テ期間内ニ豫納金ヲ供託セサルニ依リ遂ニ其申立テタル鑑定人ヲ呼出ス能ハサリシト雖モ尙ホ同一ノ鑑定能ヲ有スル人ヲ以テ鑑定ヲ爲サシムルコトヲ得ヘシ故ニ舉證者ニ於テ鑑定人ノ訊問申立テ更新シ要求セラレタル豫納金ヲ供託シテ之ヲ呼出スニ妨ナカラシムルトキハ裁判所