CG3
2781
0.1

○獨逸帝國大審院民事訴訟法判例

○凡例

一本書原本ハ獨逸帝國裁判所(Reichsgericht.)ノ民事判例集ニシテ民事ニ關スル一切ノ判決及ヒ決定ヲ輯錄シタルモノナリト雖モ本書ニハ其民事訴訟法ニ關スル事項ノミヲ抄譯シ且ツ其事項中我邦ニ用ナキモノ及ヒ重復ニ渉ルモノハ概子之ヲ省略セリ

一本書編章節目ハ概ヲ原本索引ノ目次ニ從フト雖モ其各判例ノ序次ニ至テハ原本編次ノ例ニ從フコト能ハス即チ毎章毎節ニ於テ各判決、決定ノ年月ノ序次ヲ逐フテ之ヲ掲ケ而シテ

其年月日附ハ特ニ之ヲ欄外「」ノ中ニ掲記シ以テ捜索ニ便ス

一各判例題目ノ首ニ冠スル所ノ號數(第……)欄外ノ參照及ヒ補註ハ皆校閲者ノ添加スル所ニシテ一ハ以テ判例ノ引用ニ便シ一ハ以テ彼此ノ異同ヲ辨知シ易カラシム

一判文中圈點若クハ密點ヲ施スモノハ各題目ノ問題ニ對スル斷案若クハ特ニ讀者ノ注意ヲ要スルモノニ係ル其判文簡單ニシテ指摘ノ要ナキモノハ必スシモ此例ニ拘ハラス

一判文ハ各國概ヲ普通文章ト其體ヲ異ニスル而已ナラス每件其起草者ノ同シカラルサルヲ常トス從テ其文章用語亦自カラ一樣ナルコト能ス故ニ邦文ヲ以テ他國數多ノ判文ヲ譯出セントスルハ極メテ困難ノ事業トス予ヤ叨リニ校正ノ任ニ當リタルモ頃日公務頗ル多端ニシテ熟閲細校ノ暇ナシ若シ譯文ノ當ヲ得サルモノアラハ則チ予ノ責ナリ讀者幸ニ譯者ヲ咎ムルコト勿レ

明治二十八年十二月

校閲者謹識

○獨逸帝國大審院民事訴訟法判例第一册

目次

第一編　民事訴訟法ニ關スル總則

第一章　司法事件及行政事件○訴權ノ有無……一頁

第二章　訴訟法ノ解釋……九一頁

第三章　民事訴訟法ノ時ニ關スル効力……一〇七頁

第四章　民事訴訟法ノ場處ニ關スル効力……一二四頁

第五章　「强行的及訓示的訴訟條規……一三四頁

第二編　民事訴訟法

第一章　裁判所

第一節　裁判所構成法……一四一頁

第二節　裁判所ノ事物ノ管轄……一四四頁

第三節　訴訟物ノ價格……一七五頁

第四節　法定ノ裁判籍……二四三頁
第一款　普通裁判籍……二四三頁
第二款　特別裁判籍……二七一頁
一　店舗裁判籍會社裁判籍……二七一頁
二　財産裁判籍……二八六頁
三　物ノ所在地裁判籍(不動産裁判籍)……三一六頁
四　遺産裁判籍……三四九頁
五　契約裁判籍(履行裁判籍)……三五五頁

○獨逸帝國大審院民事訴訟法判例

第一編　民事訴訟法ニ關スル總則

第一章　司法事件及行政事件○訴權ノ有無

〔第一〕監督官廳ヨリ執行力ヲ附シタル寺院賦課金ニ關スル訴訟ハ之ヲ司法裁判所ニ於テ受理スヘキヤ否ヤ

(千八百八十年一月八日判決)

○千八百八十年一月八日判決

某寺院ニ於テ新ニ塔ヲ建設セントス信徒總代ノ者相議シテ之ニ要スル手役足役ハ信徒一同ニ配當賦課シ且ツ監督官廳ニ願出テ其賦課方法ニ執行力ヲ附シ信徒ヲシテ必ス其命ニ從ハシムルヿニ定メタリ於是乎信徒中三名ノ者此議決ヲ不法トシテ出訴セリ其主張ノ要旨ハ寺院所有地ノ現行特別法ニ據レハ手役ハ商人ニ於テ引受ケ足役ハ凡テ農夫ノ盡スヘキ義務トナレリ然ルニ信徒總代ハ商人ニモ非ス又農夫ニモ非ラサル原告共ニ對シテ尚ホ手足ノ

(二)手役足役トハ協議課役ノ名稱ノミ

役ヲ賦課セントス是レ法律ヲ蹂躙スルニ非ラスシテ何ソヤ依テ被告信徒組合ハ原告ヨリ既ニ徴收シタル賦課金ヲ返戻シ且ツ將來原告ハ右賦課金支拂ノ義務ヲ負フヘキ者ニ非ラサルヿヲ確認スヘシトノ判決アランヿヲ求ムト云フニ在リ

被告ハ右ノ訴ニ對シ無訴權ノ抗辯ヲ爲シタリ其要領ニ曰ク千八百七十三年九月十日ノ寺院敎會組合規則第三十一條第六號及千八百七十四年五月廿五日ノ法律第三條及第九條ニ據レハ寺院賦課金ニ付テ爭アルトキハ租稅賦課ノ法ニ依リテ之ヲ徴收スルヲ得而シテ管轄官廳ノ認可ヲ經ルトキハ之ニ執行力ヲ附スルヲ得トアリ故ニ此法ニ矛盾スル原告主張ノ舊法ハ最早其効力ナキヿ明ナリ又千八百六十一年五月廿四日ノ法律第十五條ニ據レハ法律ニ從ヒテ執行力ヲ附シタル寺院賦課金ノ義務ニ關スル訴訟ハ只公租ニ關シテ訴訟ヲ受理スル場合ノミニ限リ訴權アルモノトスト此ニ由リテ是ヲ觀レハ被告ノ議決シタル祠堂金賦課ノ法ハ全ク法律ヲ遵由シタルモノニシテ原告ハ之ニ對シテ訴ヲ提起スヘキ權ナキヿ明ナリト云フニ在リ

(二)祠堂金ハ公租ニ非ラス故ニ法律ニ於テ訴權ヲ與ヘタル以外ノモノナリト云フニ在リ

第一審裁判所ハ原告ヲ無訴權ト判決シ第二審ニ於テハ訴權アルモノト認メ大審院ハ左ノ理由ニ依リ控訴院ノ判決ヲ破棄シタリ

判決ノ理由

千八百七十七年十一月七日附控訴院ノ判定ノ如ク祠堂金賦課ニ關スル法律規定ハ千八百七十三年九月十日ノ信徒組合規則第三十一條第六項及千八百七十四年五月二十五日ノ法律第六條ニ依リ廢セラレタルモノニ非ズ上告人モ亦此判定ニ對シテハ不服ヲ主張セス上告人ハ假令祠堂金賦課ノ方法ハ不正ニシテ現行ノ法律規定ニ違背スルモノト爲スモ既ニ所轄官廳ヨリ之ニ執行力ヲ附シタル以上ハ形式上千八百六十一年五月廿四日ノ法律第十五條ニ基キ訴ヲ受理スヘカラサルモノニシテ本件ノ祠堂金ハ千八百七十四年五月廿五日ノ法律第三條ニ因リテ執行力ヲ附シ既ニ監督官廳ニ於テモ法律規定ニ遵由セルモノト看做シタルモノナレハナリト主張セリ此主張ハ錯誤ナシト謂フヲ得ス

上告論旨ニ據レハ普國普通民法(三)第二卷第十一節七百九條ニ於テ訴權アリト

(三)普漏四ノ

民法ナリ以下皆同シ

明示セル物件ニ關スル訴訟ハ訴權擴張ヲ目的トセル千八百六十一年五月二十四日ノ法律及訴權ノ有無ニ付テハ更ニ規定ヲ設ケサル千八百七十四年五月廿五日ノ法律ニ依リテ訴權ヲ奪ハレタリト論決セサルヘカラス世間豈ニ此奇論アランヤ蓋シ斯ル奇論ハ上告人ニ於テ其援用セル法律ヲ詳細ニ校稽査覈セサルノ誤謬ニ出ツルモノナリ

千八百七十四年五月二十五日ノ法律第三編第三章ハ信徒組合規則ニ基クル祠堂金賦課ノ法ヲ規定スルハ論ナキ所ナリ而シテ其第三十一條第六號ニ於テ規定スル醵金ハ租稅義務ノ事ニ關係ヲ有スルモ而モ固ト千八百七十七年十一月七日附控訴院判決ニ認定セルカ如ク千八百六十一年五月二十四日ノ法律第十五條ニ規定セラレタルモノト同種ニ非ラサルナリ即チ第三十一條第六號ノ醵金ハ寺院建設ニ對スル義務トハ更ニ關係ナキモノナリ次ニ千八百六十一年五月二十四日ノ法律第十五條ハ監督官廳ヨリ法律規定ニ遵由シテ執行力ヲ附シ得ル醵金ノ事ヲ規定セリ而シテ此法律規定ニ遵由セルテフ語ハ普國政府ヨリ國會ニ提出シタル法案ニハ載セサル所ニシテ該法委員會

(四)協議醵金ノ徴收ニ付テハ假令政府ニ於テ執行ヲ付シタルトト雖モ此一事ヲ以テハ未タ直チニ無訴權ノモノト爲スニ足ラスト云フニ在リ

ニ於テ政府ノ承諾ヲ得テ挿入シ遂ニ法律トナリシモノナリ就中政府カ特別法ニ依リ醵金ヲ徴收スル場合ヲ除ク外ハ凡テ訴訟ヲ受理スルノ精神ニ出テタルヿ明ナリ故ニ政府カ特別法ニ依ラスシテ醵金徴收ニ執行力ヲ附シタル場合ハ訴權ヲ排却スル限リニ在ラスト謂ハサルヘカラス而シテ此前提ノ存否ヲ決スルハ行政官廳ノ權限ニ屬セスシテ訴權ノ目的ハ何ナリヤノ問題ヲ決スルト同シク司法法廷ノ決定スヘキモノナレハ裁判所ハ上記法律第十五條ニ基キ本件ノ醵金徴收ハ特別法規定ヲ原由トセルヤ否ヤヲ決シ又係爭分擔額ヲ拒否スル場合ニハ尚ホ其實質ニ入リテ判定スルノ責アリトス(五)

終ニ尚ホ一言スヘキヿアリ第十五條ハ其第一項ノミナラス第二項ニ於テモ通常ノ寺院徴收物ニ關スルヿヲ規定セリ該法草案ニ於ケル政府ノ理由及本條ノ題目ニ因リテ考フルトキハ新ナル事件ニ關スルモノヽ外ハ千八百三十六年七月十九日ノ勅令第一條ニ規定セル徴收物ニ關スル訴權ヲ擴張スルノ精神ニテ只通常ノ徴收物及義務ト稱セリ然リ而シテ本訴ノ場合ニ於テハ通常ノ徴收ニ非ラサル臨時ノ義務ニ關スルヲ以テ千八百三十六年六月十九日ノ

勅令モ又上記法律第十五條ノ規定モ適用スヘカラサルヤ明確ナリトス

依テ控訴院カ本訴ヲ以テ訴權アルモノト認メタルハ普國民法總則第一條、千八百六十一年五月廿四日法律第九條第十條第十五條、普國民法第二卷第十四節第七十八條第七十九條、千八百七十四年五月二十四日ノ法律第三條第九條及千八百七十三年九月十日ノ寺院組合規則第三十一條第六號ニ違反シタルモノト謂フヲ得ス

〇千八百八十年一月十五日判決

(一)此判例ハ專ラ法律ノ適用如何ニ係ハリ我國ニ於テ適切ノ法例ナキヲ以テ直接ノ應用ナシ然レモ行政官ニ於テ當然爲スヘキ行爲ヲ拒ミタルトキハ司法裁判所ニ起訴スルコトヲ得ルトノ主旨ヲ示ス爲メ之ヲ掲クルモノトス

〔第二〕 新設物揚場ノ確定線ニ當ル民有ノ土地ヲ徵集シ若クハ制限スルトキハ其官府ハ賠償ノ確定ニ付キ千八百七十四年六月十一日ノ法律第二十四條以下ノ行政處分ニ羈束セラルヘキヤ否ヤ

(千八百八十年一月十五日判決)

事實

某市長道路擴張ノ目的ヲ以テ物揚場ヲ設定セントシタルニ商人甲所有ノ水道布設ノ土地其確定線內ニ在ルヲ以テ其空地及水道ヲ收用シ且ツ甲ニ命シテ其土地ニ建設セル建物ヲ確定線外ニ引退ケシメタリ

市長ハ甲ニ賠償スヘキ義務アルヿヲ認ムルモ千八百七十四年六月十一日ノ法律第二十四條ニ基ク行政處分ニ據リテ賠償スルヲ欲セス甲ヲシテ千八百七十七年七月五日ノ布達ニ基キ損害賠償ノ訴求ヲ司法裁判所ニ提起セシメタリ

甲主張ノ要旨ハ千八百七十四年六月十一日ノ法律第二十四條及第五十六條ニ依リ賠償額ヲ市長ヨリ支拂フヘシト判決アランヿヲ求ムト云フニ在リ

第一審裁判所ハ甲ノ請求ヲ至當トスル判決ヲ下シ第二審ニ於テハ之ヲ却下シ大審院ハ第一審裁判所ノ判決ヲ認可シタリ其理由左ノ如シ

理由

市長ノ定メタル物揚場ノ確定線カ原告ノ建物ニ衝突セルヲ以テ原告ハ該確定線マテ建物ヲ引退ケ土地ヲ明渡シタルヿハ明確ナル事實ナリトス故ニ原告ハ千八百七十五年七月二日ノ法律第十三條第二號ニ基キ土地收用ニ由ル

賠償ヲ求ムルヿヲ得ヘシ該法第十四條ニハ斯ル場合ノ賠償ヲ定ムルニハ千八百七十四年六月十一日ノ土地收用法第二十四條ヲ適用スヘシトアリ其第二十四條ハ賠償要求ニ對シテ所轄行政廳ノ處分スヘキ方法ヲ規定セリ被告ハ此處分方法ヲ以テ當該所有者カ確定線内ノ土地ノ明渡ヲ拒ムトキニノミ適用スヘキモノナリト信セリ是レ全ク誤解ニ出ツルモノニシテ該法第十四條ニモ千八百七十五年六月二日ノ法律ニモ更ニ被告ノ見解ノ如キ規定ヲ發見セス又千八百七十四年六月十一日ノ法律ニ從ヒ土地ノ收用ヲ爲ス場合ニモ尚ホ第二十四條ヲ援用セサルヘカラスト云フヲ得ス

然レトモ千八百七十四年六月十一日ノ法律第二十四條ハ起業者ヨリ行政處分ノ申立ヲ爲スヲ要スト規定セルヲ以テ起業者ニ於テ之ヲ申立テサルトキハ此處分ヲ行フヘカラス但シ其申立ハ起業者ノ任意ニ放擲シ得ルノ精神ニ非ラス千八百七十四年六月十一日ノ法律ニ於テ行政處分ヲ爲スニハ起業者ノ申立アルヲ要スト定メナカラ此場合ニ於テハ起業者ノ申立ヲ要件トセサルハ全ク起業者ノ地位カ攻擊ノ方面ニ在ルニ由ル上記法律第三十二條(二)ニ據レハ

(二)此條ニ據レハ土地收用ハ起業者ノ補償額ヲ支拂ヒ又ハ供託シタルトキ地方長官之ヲ宣言スルモノトス

土地收用トハ確定ノ賠償額ヲ支拂ヒ若クハ供託スルトキ始メテ生スルノ稱呼ナルヿ明ナルヲ以テ賠償ノ確定ハ通常起業者ノ利益ニノミ之ヲ爲スモノナリ賠償ノ確定ナキモノハ之ヲ收用ト稱スヘカラス前掲ノ場合ノ如キ狀況ニ依リ(三)其賠償ヲ訴求スヘキモノナルトキハ之ヲ收用ト稱スヘカラス原告ハ其土地ヲ明渡シタル後第十四條ノ規定ニ基キ賠償ヲ確定セラレンヿヲ要求スル權ヲ有ス而シテ法律ハ被告ヨリ申立ヲ爲スヲ必要條件トナスヲ以テ原告ニハ亦被告ヨリ申立ヲ爲スヘキヿヲ要求スルノ權アリトス千八百七十四年六月十一日ノ法律第二十四條ニ規定セル處分ヲ被告ニ於テ申立ツル義務ハ原告ノ土地明渡ニ對シテ法定ノ賠償ヲ與ヘサルヘカラサル義務ヨリ來ル結果ナリ

被告ハ千八百七十五年ノ普國議會ノ議事錄ヲ援用シテ千八百七十五年七月二日ノ法律第十四條ヲ解釋セントト欲スルモ該議事錄ニハ被告ノ解釋ヲ適當ト認ムヘキ趣旨ヲ發見セス

假ニ控訴院カ千八百七十四年六月十一日ノ法律第十六條ハ千八百七十五年

(三)司法裁判所ニ於ケル訴訟ヲ以テ補償ヲ請求スルヲ云フ

七月二日ノ法律第十三條ニ基キ與フヘキ賠償確定ニ適用スヘキモノナリト判決シタリトスルモ是レ當事者ノ合意アリタル後ニ賠償確定ノ訴ヲ司法裁判所ニ起スヿヲ得ルト云フニ過キス當事者ニ於テ之ヲ司法裁判所ニ起訴スヘキヤ行政處分ニ依リテ確定セラルヘキヤニ付テ爭アル場合ニハ更ニ必要ナキモノナリ市長ハ千八百七十七年七月五日ノ布達ヲ根據トシテ行政處分ヲ爲スヿヲ拒否シ原告ヲシテ之ヲ司法裁判所ニ起訴セシメタルヲ以テ控訴院ハ第十六條ヲ適用シツヽ若シ原告ニ於テ一定ノ賠償支拂ヲ訴求スルトキハ之ヲ却下セサリシト云ヘリ此意見ハ控訴院裁判官一個ノ意見ニシテ之ヲ法律ノ精神ト看做ス可ラス如何ナル場合ト雖モ原告ニハ行政處分ヲ要求スル權アリ之ヲナシトスルノ論ハ錯誤ヲ免レサルモノナリ被告ヨリ引用セル千八百七十一年乃至七十二年ノ普國議會ノ議事錄第六號ハ千八百七十四年六月十一日ノ法律ニ關スル政府案ヲ載スルモ這ハ只第十六條ノ場合ニ賠償確定ノ事ヲ司法裁判所ニ訴フルヿヲ認ムルニ過キス千八百七十四年六月十一日ノ法律ヲ註釋セル「ベール」及「ラソゲルハンス」ノ著書ニ第十六條ノ成立史ヲ載セリ之ニ據ルトキハ議會ハ當事者ニ於テ無償ノ行政的確定ヲ望ム場合ニハ此恩償ヲ與フルノ精神ナリト論セリ蓋シ被告ノ第十六條ニ付テ爲シタル解釋論ノ根據ナラソ然レトモ行政處分ハ起業者ヨリ申立ツヘキモノナリトノ一事ニ依リ直ニ是レ專ラ起業者ノ利益ヲ旨トシテ規定シタルモノナリト論決スル被告ノ精神ト上記兩人ノ說トハ劃然反對セルヲ見ル公益上已ムナク一私人ノ所有權ヲ消滅スル場合ニハ亦常ニ其害ヲ蒙ル者ノ利益ヲ顧ミサルヘカラス是レ行政處分ニ於テ賠償額ヲ確定スルニ無償ヲ以テシ而シテ起業者ニ於テ其確定ヲ拒ミタル爲メ遂ニ訴訟ト爲リタルトキハ如何ナル場合ヲ問ハス起業者ハ其第一審ノ費用ヲ負擔セサルヘカラサル所以ナリ斯ノ如ク行政處分ニハ利益ノ伴フモノナリ故ニ利害關係人ニ於テ行政處分ヲ請ハス直ニ一定ノ賠償要求ノ訴ヲ司法法廷ニ主張スルトキハ此利益ヲ與フルヿナシ然レトモ被告ニ於テ行政處分ノ要求ヲ不當ニ拒絕セル場合ニハ原告ハ此利益ヲ失フヿナシ

〔第三〕 羅馬法ニ據レハ公道ノ使用ヲ妨害スル者ニ對シ

〇千八百八十年一月二十三日判決

テハ何人ヨリモ訴訟ヲ爲スヿヲ得此訴權ハ普魯士亞法ニ於テモ之ヲ認ムルヤ否ヤ

(千八百八十年一月二十三日判決)

事實及爭點ノ摘示

機織職甲某所有ノ家屋ト商人乙某所有ノ家屋トノ間ニ一ノ土地アリ甲ハ之ヲ自己所有ノモノトシ茲ニ柵柵梯臺ヲ設ケタリ乙ハ甲ノ行爲ヲ以テ不法ト爲シ之ヲ管轄行政廳ニ訴ヘテ速ニ甲ニ柵柵梯臺ノ取毀ヲ命センヿヲ求メタリ其理由ニ曰ク甲ノ這回柵柵梯臺ヲ設ケタル土地ハ固ト乙ノ邸宅ト公道トノ聯絡小路ニシテ古來近隣者ノ通行ニ供セル所ナリ故ニ今俄ニ障害物ヲ設クルトキハ大ニ公益ヲ害スルノ患アリ云々ト管轄廳ニ於テハ其職權ヲ以テ之レニ立チ入ラサルヘカラサル程ノ重大ナル關係ヲ公益ニ及スモノニ非ラス寧ロ當事者ヲシテ之ヲ司法裁判所ニ爭ハシムルニ若カスト信シ遂ニ乙ノ請求ヲ採用セサリシ依テ乙ハ之ヲ司法裁判所ニ起訴シ被告ハ係爭地ニ建設セル物件ヲ除去シ之ヲ從前ノ狀態ニ復スルヿヲ確認スヘシ且被告ノ妨害ニ依リテ原告ノ受ケタル損害ハ凡テ被告ヨリ賠償スヘシトノ判決ヲ求メ其被リタル損害ハ詳細ニ之ヲ證明シタリ

判決

第一審裁判所ハ係爭地ヲ以テ被告(甲)ノ所有地ナリトシ原告(乙)ノ請求ヲ却下シタリ

第二審裁判所ハ本訴ハ羅馬法ニ認ムル公道妨害ノ訴ト同性質ノモノナレハ原告(乙)ノ訴求ハ適法ナリトシ之ヲ受理シテ遂ニ被告ニ敗訴ヲ言渡シタリ

甲ハ控訴院ノ判決ヲ以テ違法ト爲シ之レニ對シテ上告ヲ爲シテ曰ク本訴ハ假令羅馬法ニ於テハ之ヲ許スモ普魯士亞法ニ於テハ此訴權ヲ認メス故ニ控訴院ノ之ヲ受理シタルハ法律ニ違反シタルモノナリ云々ト大審院ハ審理ノ末被上告人ノ抗辯ヲ却ケ而シテ又上告人ノ上告モ理由ナシト言渡シタリ

理由

第一抗辯棄却ノ理由

被上告人主張ノ要旨ハ無訴權ノ抗辯ハ之ヲ第一審ニ於テ爲スヘキモノナル

ニ上告人ハ之ヲ控訴審後ニ於テ始メテ爲シタルヲ以テ本抗辯ハ採用セラルヘキモノニ非スト云フニ在リ然レ𪜈訴權ノ有無ハ常ニ裁判官ノ職權ヲ以テ調査スヘキ事項ニ屬スルヲ以テ當事者ハ何レノ審級ヲ問ハス之カ申立ヲ爲スヿヲ得ルモノトス依テ被上告人ノ抗辯ハ理由アリト認ムルヲ得ス云々」

第二上告人ノ上告論旨モ亦理由アリト認ムヘカラス

上告人申立ノ要旨ハ本件ハ被上告人ノ邸地ニ屬スル私法上ノ通行權ヲ主張スルニ非ラスシテ公道使用ノ名義ヲ以テ司法裁判所ノ保護ヲ求メントスルニ在リ故ニ係爭ノ點ハ私法上ノ事件ニ非ラスシテ公法的ナリトス千八百六十七年九月十六日ノ訴訟受理ニ關スル勅令第一條幷ニ普通裁判所規定總則第一條ニ據ルニ司法裁判所ハ只司法上ノ事件及權利ニ付テノミ裁判ヲ爲スヲ得ルモノニシテ公法上ノ權利ハ之ヲ判決スルノ職權ナキヿ明ナリ故ニ控訴院ニ於テ本訴ヲ審理判決シタルハ違法ト謂ハサルヘカラスト云フニ在リ」

以上ノ上告論旨ハ之ヲ正當ト認ムルヲ得ス

帝國憲法又ハ聯邦憲法ニ因リテ行政官衙ノ處分ニ委任シタル事件ハ司法裁判所ニ訴求スルヲ得サルコトハ上告人擧示ノ法律ニ依リテ明ナリ且ツ公道使用ノ事ハ警察處分ニ從フモノナリ夫ノ羅馬法ニ於テハ公道使用ヲ妨害スル者ニ對シテハ何人ヨリモ訴訟ヲ爲シ得ルヿヲ認メタルハ當時公益ヲ保護スルノ方法他ニ存セサリシニ由ル獨乙今日ノ如キ警察行政制度完備シテ之ヲ救濟スル方法在テ存スル國ニ於テハ最早羅馬法ヲ以テ標準ト爲スヘカラサルヿ辯ヲ俟タス故ニ普國相當官衙ニ於テ認メテ以テ之ニ立入ルハ公益上必要ナラスト爲セル事件ニ關シテハ司法裁判所カ其當事者ノ權義ヲ判決スルノ職權ナキ(一)ハ上告人ノ論旨ノ如シ然レ𪜈行政官衙ノ職權ニ屬スヘキ事件ハ司法裁判所之ヲ受理スヘカラストノ規則ハ普通民法ニ於テ認ムル國民ノ公道使用ノ私權ヲ妨害スル者ニ對スル訴訟ヲ杜絶スル所以ニ非ラス此訴訟ハ警察官ニ於テ相當處分ヲ爲サヽル時ニ於テ却テ受理スヘキ必要アリ之ヲ要スルニ公道使用ヲ妨害スル物件ヲ除去シ幷ニ其不法侵害ニ因リテ一個人ノ被リタル損害ニ關スル賠償ノ訴ハ公法的ニ非ラスシテ私法上ノ爭ナルヲ以テ司法裁判所ニ於テハ當然其訴訟ヲ受理スヘキモノトス

(一)當事者ニ於テ行政官ヲシテ强テ之ニ立入ラシムルノ權アリヤ否ヤヲ判決スルノ職權ナシトノ義ナラン

本件ハ訴ノ原因申立及判決ノ主文ニ於テ明ナルカ如ク係爭地ニ杙柵梯蹬ヲ建設シテ町ト家屋トノ聯絡ヲ杜絶シ以テ原告ノ利益ニ加害シタルニ依リ此障害物ノ除去及ヒ之カ爲メ原告ノ被リタル損害ノ賠償ヲ求ムルニ在リ故ニ控訴院ノ之ヲ受理シタルハ敢テ不法ト謂フコトヲ得ス云々

〔第四〕海岸使用權ニ關スル訴訟ハ之ヲ受理スヘキヤ否ヤ

（千八百八十年二月二十三日判決）

○千八百八十年二月二十三日判決

事實

ワイクセル河ノ下流ニ五箇ノ島アリ山林局ノ先占使用ニ係ル某漁夫漁業ノ目的ヲ以テ該島ニ立入リタルニ山林局ハ所有權侵害ノ所爲ナリトシテ訴訟ヲ起シ本訴ノ島ハ普通民法第二卷第十五節第八十條ニ所謂海岸ト稱セルモノトハ其性質ヲ異ニシ山林局ノ私有地ナリト主張シタリ被告ハ海岸ハ公ノ物ニシテ其使用ハ何人ニモ禁セラルヘキモノニ非ス恰モ公道ハ旅人ノ通行物品ノ運輸ニ供セシメサルヘカラサルカ如ク海岸ハ諸人ハ隨意ニ立入ルヿヲ得ベキモノナリ好シ一歩ヲ退キ本訴海岸ヲ以テ山林局ノ私有ニ屬ストスルモ滿潮ノ際ニハ被告ニ於テ其岸ニ上リ漁業ヲ營ムノ權アリ依テ原告ノ請求ヲ却下シ被告ノ權利ヲ確認セラレンヿヲ求ムト申立テタリ

第一審裁判所ハ原告ノ主張ヲ是認シ被告ニ敗訴ヲ言渡シ其反訴ヲ却ケタリ其理由トスル所ハ海岸ハ國家ノ私有物ナレハ普通民法第一卷第八節第一條第九條乃至第十三條及ヒ第二卷第十四節第二十四條ニ依リ原告ハ何人ニ對シテモ其使用ヲ禁スルヿヲ得ルモノナリト云フニ在リ

被告ハ第一審ノ判決ニ不服ヲ唱ヘ之ヲ控訴シタルニ控訴院ハ被控訴人ノ請求ヲ却下シ控訴人ノ反訴ヲ採用シタリ其理由ノ要旨ハ海岸ハ國庫ノ特別財產ニ非ラスシテ所謂公物トシテ國家ノ一般所有ニ屬スルモノナレハ何人ヲ問ハス之カ使用ヲ妨ケラルヽヿナシト云フニ在リ

被控訴人ハ控訴院ノ判決ニ服セス上告ヲ爲シタルニ大審院ハ原裁判ヲ認可シ上告人ノ請求ヲ却ケ而シテ被上告人ノ爲シタル反訴ノ點ニ付テハ無訴權ノ言渡ヲ爲シタリ其理由左ノ如シ

（一）我民法財產篇二十二條參照

(二)海面ノ使用ニ付テハ明治八年布告第百九十五號ニ依リ管轄廳ノ許可ヲ受クル

理由

控訴裁判所カ普通民法第二卷第十四節第二十一條ノ意義ニ基キ本訴係爭五島ノ岸ヲ公ノ海岸ト認メタルハ至當ナリ右法條及ヒ普通民法第一卷第十五節第八十條ニ據レハ該島ノ岸ハ法律上國道兵道若クハ舟行スヘキ河流ト同シク狹義ニ於ケル公ノ物ニシテ其使用ハ何人ヲ問ハズ之ヲ許セルモノナリ凡ソ私法上ノ權利ハ法律ノ規定ニ依リテ制限ヲ受クベキハ當然ニシテ該島ハ只一般ノ國權ノ下ニ立ツ故ニ山林局即チ國庫ハ國家カ公ノ使用ヲ認ムル法律ニ背戻スルヿナク其收益ヲ爲シ得ル限度ニ於テ其權利ヲ主張スルヿヲ得ルノミトス

以上ノ理由ニ依リ國庫ノ特別所有權侵害ニ關スル訴ハ當然棄却スヘキモノトス然リ而シテ國民ノ海岸ヲ使用スル權利ノ程度ハ私法上ノ問題ニ非ラサレハ司法法衙ノ判定スヘキモノニ非ラスシテ國家ノ公益ヲ以テ主任トスル行政機關ノ裁決スヘキ所タリ即チ普通民法第二卷第十五節第七條ニ認ムル海岸使用ノ權利トハ之ヲ通行物品運搬ニ限ルモノナルヤ否ヤハ裁判官ノ判決スヘキモノニ非ラズシテ行政官廳ノ裁斷スヘキ所タリ依テ本件ノ如キ一個人カ其海岸使用權ヲ濫用シテ國庫ノ私有權ヲ害シ又ハ國庫カ其私權ヲ主張スルヿ過甚ニシテ國法上一個人ニ與ヘラレタル權利ヲ害スルカ如キ場合ニ於テハ之ヲ行政廳ニ訴ヘテ其裁判ヲ仰クヲ至當トス是レ被上告人ノ反訴モ亦理由アリト認ムルヲ得ザル所以ナリ

ヲ要ス海岸ノ使用ニ付テハ別段ノ規定アルヲ見スト雖モ蓋シ官有地ノ使用トスレハ明治七年十一月布告第百二十號ニ所謂第三種ノ官有地ニ屬シ官廳ニ出願シテ使用ノ許可ヲ受クヘキモノナラン

〔第五〕公道ヲ占有スルニ依リ之カ上ニ所有權ヲ取得スルヲ得ルヤ否ヤ

(千八百八十年四月十三日判決)

○千八百八十年四月十三日判決

事實

某市ノ私有ニ屬スル道路ヲ公道ニ編入セラレタルニ依リ某市ハ國家ニ對シテ賠償金二千三百十一「マルク」ヲ請求シタリ第一審第二審共其請求ヲ却下シ大審院モ亦左ノ理由ニ依リ原告ニ敗訴ヲ言渡シタリ

理由

本訴ハ司法裁判所ノ管轄ニ屬スヘキモノナル事ハ一點ノ疑ナキ所ナリ是レ

本訴ハ自治躰ノ道路ヲ國道ニ編入スル事ニ關スル公法上ノ規定存スルヤ否ヤヲ爭フニ非ラスシテ被告國庫カ原告自治躰ノ所有ニ付キ處分權ヲ有スルヤ否ヤ又之ヲ處分スルトキハ賠償ヲ爲サヽルヘカラサルヤ否ヤヲ決スルニ止マレハナリ

原告主張ノ係爭道路ノ所有權ハ固ト管轄廳ニ於テ之ヲ原告ニ放任シ原告ハ之ヲ占有シタルニ基ク

所得方法第一ニ關シテ控訴院ノ理由トシタル點即チ自治躰ノ道路ト雖モ公衆ノ通行ヲ許セルモノハ間接ニ國家ノ所有物ナリトノ論斷ハ之ヲ正當ト見做スヲ得ズ然レトモ原告主張ノ如ク國家ニ於テハ公道ヲ原告ニ放任シ其維持ノ義務原告ニ移リタリトスルモ之ヲ以テ直ニ國家カ道路ヲ私有財産ニ移轉シタリト認ムルヲ得ス換言セハ國家カ其公ノ財産ナル道路ヲ放棄シ自治躰カ其上ニ私法上ノ無限處分權ヲ得タリト稱スル訴訟上必要ノ理由ニ關シ當事者間ニ意志ノ齟齬アリトスルモ國法第五百三十八條ニ違背シタルモノト見ルヲ得ス前審裁判所ハ上告者ノ不利益ナル事實ヲ認定シタリ即チ曰ク係

(一) 我民訴第四百三十四條ニ當ル然レトモ獨訴ニハ上告ハ獨乙國法律又ハ控訴裁判所ノ管轄外ニ効力ヲ及ス法律ニ違背シタル裁判ナルコトヲ理由トス

爭地ハ千八百四十年迄ハ隣村ニ通スル道路ニシテ公衆ニ無限ノ使用ヲ許セリ其他占有ト云フトキハ永久ノ觀念アルヲ要スルモノナルニ係爭地ヲ一定ノ自治躰ニ屬スルモノトシテ公衆ノ通行ニ供シタル期間ハ甚タ短クシテ占有ノ事實ハ之ヲ認メ難シ又徒歩者ニ無限ノ使用ヲ許シテ他所ヘノ通路トシタル事實ハ爭フヘカラス且ツ道路使用ニ主觀的制限ヲ立テス只車ノ通行等ニ客觀的ノ制限ヲ設ケタルモ是レ其理由私法上ノ關係ヲ目的トシタルニ非ラスシテ主トシテ公衆ノ便宜ヲ計ルニ在リ是等ノ事實ハ實ニ係爭地ノ原告ニ屬セサリシヲ證明スルニ足ル云々ト然レトモ以上列記ノ事實ハ千八百六十八年一月十四日ノ道路規則ヲ解釋スルニ止リ只民事訴訟法第五百十一條(一)及ヒ千八百七十九年九月二十八日ノ勅令第七條ニ基キ此點ニ關スル大審院ノ覆審ヲ免レタルニ過キス訴ヲ棄却スルニハ係爭地ノ自治躰ノ公道ナルヤ否ヤヲ確定スルヲ以テ充分ナリトス進ンテ其土地カ國家ノ所有ナルヤ上告者ニ屬スルヤヲ究ムルノ必要ナシ

假リニ原告ノ所有ナリトスルモ係爭地ハ國道ヲ連絡スル公道ナルヲ以テ上

ルトキニ限リ之ヲ爲スコトヲ得トアルニ因リ大審院ノ覆審ヲ免レタルニ過キストノ論斷アルモノトス

〇千八百八十年五月十一日判決

告者ハ保存ノ義務ヲ免ルカ故ニ上告者ハ損害賠償ノ訴ヲ起スヲ得サルハ當然ナリトス而シテ此場合ニハ千八百六十八年一月十四日ノ法律ハ他ノ意義ニ解釋スルヲ要スルヤ否ヤハ本審級ニ於テ研究スヘキ所ニ非ラス若シ上告者ニ於テ自治躰規則ノ規定ヲ援用シテ之ヲ爭フニ於テハ或ハ利アリトスルモ上告者敢テ之ヲ爲サヽリシヲ以テ裁判所ハ之ヲ如何トモスルニ由ナシ裁判所ニ於テ强テ之ヲ採用センカ是レ普通民法第二卷第二節第二條千八百六十八年一月十四日ノ法律第三條等ニ違背セサルヲ得ス

〔第六〕千八百六十九年六月廿一日ノ工業條例第百〇八條ハ農業ノ副業ニモ之ヲ適用シ得ルヤ否ヤ

（千八百八十年五月十一日判決）

事實

被告乙ハ賣買ノ目的ヲ以テ自家所有ノ土地ニ生シタル材料ヲ以テ乾酪ヲ作ラント欲シ其製造ノ爲メ原告甲ヲ傭入レタリ然ルニ甲乙間ニ於テ給料支拂ノ事ニ付紛爭ヲ生シ遂ニ甲ヨリ乙ニ對シテ訴訟ヲ起スヿトナレリ本件ニ付

（一）我國ニ於テハ未タ斯ノ如キ法律ノ規定ナシ故ニ此點ニ付テ參考ニ資スヘキナシト雖モ理由文中工業ト農業ノ區別ニ關スル說明ニ見ルヘキモノアルヲ以テ之ヲ掲ク

控訴院ハ乙ノ甲ヲ傭入レタルハ甲ヲ商業輔佐人トシテ使役スルノ意ニ非ラスシテ單ニ工業輔佐人ノ資格ニテ製造ヲ補助セシメタルモノナレハ其給料支拂ノ訴訟ヲ提起スルニハ千八百六十九年七月廿一日ノ工業條例第百〇八條ニ基キ工業監督署ノ先決裁判ヲ經ルヲ要ス此先決裁判ヲ經サルモノハ司法裁判所ニ訴ヘ出テタルモノナレハ訴權ナクシテ起訴シタルモノニ外ナラス依テ本訴ヲ却下ス云々

甲ハ右判決ニ於テ工業條例第百〇八條ヲ適用シタルハ不法ナリトシテ上告ヲ爲シタリ大審院ハ審理ノ末控訴院ノ判決ヲ破棄シタリ其理由左ノ如シ

理由

農業ナル文字ノ意義ハ諸說紛々トシテ未タ一定セサルモ工業條例ニ所謂工業ナル意味ト仝一ニ非ラサルヿハ專門家ノ一致唱道スル所ナリ只疑フヘキハ農業ニ隨伴スル工業ノ意味如何ニ在リ乾酪製造ノ如キ之ヲ獨立ニ營ムニ於テハ工業條例ニ所謂工業ナル意味ニ該當スルモ之ヲ農業ト共ニ營ムトキ

ハ工業ト看做スヘキニ非ラサルカ如シ若シ夫レ斯ノ如キ副業ニシテ本業タル農作ニ伴ヒ自家製作ノ粗製品ヲ用ヒ所謂農作物製造ノ目的ニ在ラシメハ換言セハ農業カ其副業ノ基本ニシテ兩者相合シテ一躰ヲ爲スモノナルトキハ其副業モ農作物製造ニシテ農業ニ外ナラス故ニ農業其者ニ工業條例ヲ適用スヘカラサルト同時ニ其副業ニ關シテモ該條例ヲ準據トスヘカラサルヤ論ヲ俟タス控訴院ニ於テ本件事實ヲ前述ノ如ク明確ニ爲シタルニ拘ハラス工業條例第百〇八條ヲ適用シタルハ適用ヲ錯マルモノト謂ハサルヲ得ス此點ノミニテ既ニ前判決ヲ破棄スルニ足ルヲ以テ亦他ノ點ニ付キ説明スルノ要ナカルヘシ

〔第七〕警察命令ニ從ハサル爲メ警察署ニ於テ遂ニ警察處分ヲ行ヒタルトキ其處分ノ爲メニ要シタル費用ハ命令違反者ヨリ行政處分ヲ以テ徵收シ得ルヤ命令違反者ハ之ヲ不法トシテ司法裁判所ニ保護ヲ求メ得ルヤ

（千八百八十年五月二十一日判決）

〇千八百八十年五月二十一日判決

（一）本件裁判ハ彼國ニ於テ適用スヘキ法律如何ニ歸スルモノニシテ我國ニ於テ應用シ得ヘキモノニ非ラス唯第一審第二審及第三審共ニ裁判ノ結果同一ナルトキ雖モ尚ホ當事者及ヒ下級裁判所ノ論旨及ヒ説明ニ對シ一々論評判斷ヲ下ス一例ヲ示サントスルニ過キサルナリ

事實

原告某所有ノ家屋山背ニ在リテ千八百七十五年夏期地震ノ爲メニ傾斜シ其下ニ在ル住民及住家ニ危害ヲ生スルノ虞アリ依テ市長ハ再三原告ニ修繕ヲ命シタルニ原告ハ容易ニ其命ニ應セス是ニ於テ市長ハ最終ノ手段ヲ執リ若シ原告ニ於テ尚ホ其命ニ從ハサルトキハ市長ハ原告ノ費用ヲ以テ人夫ヲ傭入シ修繕ヲ爲サシムヘシト申入レタリ然ルニ原告ハ遂ニ其命ニ應セサリシヲ以テ市長ハ相當鑑定人ヲ撰定シテ其費用ヲ算定セシメ徵收官吏ヲ以テ原告ヨリ右費用ヲ請求シタリ原告ハ之ヲ不當トシテ起訴シタルニ第一審第二審共ニ司法裁判所ノ管轄スヘキモノニ非ラスト裁判シタリ大審院ハ左ノ理由ヲ以テ裁判ヲ下シタリ

本件ハ固ト原告ニ於テ市長ノ警察權ニ服從セサルヨリ市長ノ行政上徵收處分ヲ爲シタル事ニ對シ抗爭スルモノニシテ原告ハ該費用ニ付テハ始メ市長

ヨリ司法裁判所ニ訴求スヘキモノナリト主張スルモ今日ハ已ニ原告ヨリ起訴シテ市長ハ其被告トナリ居ル場合ナレハ原告ヨリ被告ノ爲サヽリシ行爲ヲ非難シテ主張ノ理由ト爲スヲ得サルハ亦辯ヲ要セサル所ナリ」千八百五十年三月十一日ノ法律第二十條(二)ニ據レハ警察署ハ强制手段即チ其命ニ服從セサル者ノ費用ヲ以テ其命令ヲ强行スルノ權アリトス

原告ハ管轄條例第十八條ヲ不當ニ解釋シテ本條ヲ財政事件ノミニ限リテ適用スヘキモノトシ之ヲ以テ本訴ノ場合ヲ論シ去ラントスルモ千八百五十年三月十一日法律第二十條ノ精神ヲ酌ムトキハ費用取立ハ固ト警察處分ニ屬スヘキヿ明ナリトス

控訴院ハ管轄條例第十九條及千八百四十二年五月十一日ノ法律第一條ニ依リ裁定シテ曰ク警察權及ヒ本件ノ場合ニ於ケル徵償處分ニ對シテ司法裁判所ニ訴訟ヲ許スハ只上記法律第一條ニ照ラシテ一私人ノ權利カ侵害ヲ受ケタルヤ否ヤノ爭ヲ決スル場合ニ限ルモノトスト

原告ハ本件ヲ以テ司法裁判所ノ管轄ナリト主張スル理由ヲ說明シテ公廨ノ

(二)此法律ハ警察行政法ニシテ警察署ハ其權內ニ於テ命令シ得ヘキ行爲ヲ命令ニ從ヒ行ハサル者アルトキハ其者ノ費用ヲ以テ他人ヲシテ之ヲ實行セシムルコトヲ得ル旨ヲ定メタリ

權ト執行トハ分離スヘキモノニシテ其權ハ警察的性質ヲ帶フルト雖モ其執行ハ專ラ私法的ノ請求ニ依ラサルヘカラスト云フモ是レ亦明ニ法律ノ精神ニ違背セル主張ナリトス

執行料料ヲ課スルヿヲ以テ警察權ノ實行ト信認シ而シテ執行ニ關スル本件ノ方法ハ之ヲ警察權ノ作用ト看做サヽルハ自家撞着ノ論ト謂ハサルヲ得ス」

又控訴院判事ハ千八百四十二年五月十一日ノ法律第四條ヲ援用シテ一般ノ損害ヲ避クル爲ニハ一個人ノ權利ヲ犧牲ニ爲サヽルヘカラスト云ヘリ此私權侵犯論ハ此場合ニ必要ナキモノナリ又控訴院判事ノ若シ本件ノ事實該法第五條ニ該當スルモノナルトキハ原告本條第二項ニ據リ市長ニ對シテ訴求スルニ於テハ或ハ訴權ナシト謂フヘカラスト雖モ本件ノ場合ハ決シテ本條ヲ適用シテ訴訟ノ管轄ヲ認許スヘキ限リニ在ラスト宣言シタルハ能ク此事實ヲ推定シテ法律ノ解釋ヲ錯ラサルモノト謂フヘシ云々

〔第八〕(一)職業條例中ニ裁判管轄ヲ規定セルトキハ司法裁判所ハ之ニ羈束セラルヘキモノトス

○千八百八十年九月二十四日判決

(一)我國未タ職業條例ノ設ケナク從テ又之レカ爲メ行政廳ノ先決裁裁ヲ要スルヤ否ヤノ問題ヲ生スルコトナシ故ニ本件ハ第(二)項ノ問題ヲ主トシテ掲クルモノト知ルヘシ

(二)市町村ノ區域及ヒ其公廨ノ組織ニ關シテモ裁判所ハ法律ヲ知ラサルヘカラストノ原則ヲ適用スヘキモノナルヤ否ヤ(一)

(千八百八十年九月廿四日判決)

事實

某職主人甲及職工乙間ノ職業契約ニ基クル請求事件ニ付第一審裁判所ハ千八百六十九年六月二十一日ノ職業條例ノ規定ニ據リ本件ハ先ツ其特定官衙若クハ之ナキトキハ市町村公廨ニ起訴スヘキモノナリトシ職權ヲ以テ管轄違ヲ言渡シタリ依テ甲者ハ職業條例ノ規定ハ對手ノ請求ヲ俟テ適用スヘキモノニシテ裁判所ノ職權ヲ以テ訴權ノ有無ヲ審査スヘキ限リニ在ラス且被告ノ住所ハ當今一ノ行政廳アルノミニシテ該條例ニ所謂官衙モナク又町村制ヲモ布カレサルヲ以テ原告ニ於テ之ニ起訴セントスルモ事實能ハサル所ナリト申立テ而シテ被告ノ住所ニハ未タ町村制ノ布カレサルニ依リ本訴ハ之ヲ受理スヘキ限リニ在ラスト云ヘル該行政廳ヨリ發シタル證明書ヲ提出シタリ被告ハ管轄ニ付テモ又原告ノ新主張ニ付キテモ別ニ爭フ所ナシ第二審裁判所ハ該行政廳ノ證明ニ依レハ果シテ被告ノ住所地カ他ノ町村ニ合併セラレタルモノナルヤ否ヤ明ナラス且ツ管轄町村公廨ノ存在セサル「ヲ證明セサルニ依リ原告ノ主張ハ採用スルニ由ナキモノナリト宣言シタリ此判決ハ大審院ニ於テ左ノ理由ニ依リ破棄セラレタリ

理由

下級裁判所ノ下シタル判決ハ訴權ノ有無裁判管轄及ヒ辯論ノ方法ニ關スル原則ニハ抵觸スル所ナシ是レ職業條例ニ所謂司法法廷ニ起訴スル前特定所屬官衙又ハ町村公廨ニ訴フヘシトノ規定ハ裁判所ノ職權ヲ以テ之ヲ取調フヘキモノニシテ當事者ノ合意ヲ以テ任意ニ之ヲ動カスコトヲ許サヽルノ精神ナリ是レ其規定ノ解釋上當然ノ結果ナルノミナラス議會ノ議事錄ヲ閲スルニ該法草案ニ斯ル合意ヲ許スヘシトアリシヲ議會ニ於テ之ヲ刪除シタルノ跡判然タルニ依リ容易ニ之ヲ證シ得ヘケレハナリ故ニ司法裁判所ニ訴ヘソト欲スルニハ先ツ其管轄官衙ノ裁決ヲ仰クヲ要ス而シテ裁判所ハ職權ヲ

以テ之ヲ調査スルノ職務アルヲ以テ本訴ハ果シテ管轄廳ノ先決ヲ經シヤ否ヤヲ職權ヲ以テ調査スルハ司法裁判所當然ノ行爲ナリトス

然レトモ以上ノ如ク論定スヘキハ先ツ之ヲ訴フヘキ官衙又ハ町村公廨ノ存在スル場合ニ限ルモノトス故ニ先決スヘキ公廨ナキ場合ニ此規定ニ依ラズシテ之ヲ法廷ニ訴フルハ敢テ違法ト謂フヲ得ズ

控訴院ハ乙者ノ住所地ニ町村制未タ布カレストノ事ハ甲者ノ申述ノミニテハ證據充分ナラズ從テ公廨ニ訴フルコト能ハストノ主張モ採用スヘキ限ニ在ラスト判決シタリ是レ裁判所ハ成法ヲ自ラ知ラサルヘカラズトノ原則ニ違背シタルモノナリ何ソトナレハ國家ノ公廨組織及ヒ町村ノ區分等ハ亦成法ノ一部分ニ外ナラザレバナリ

之ヲ要スルニ控訴院ノ判決ハ之ヲ適當ト認ムルヲ得ズ云々

〔第九〕 自治躰ニ於テ其自治躰ニ屬スル道路ヲ廢止スルトキ沿道ノ住民ハ自治躰ニ對シ訴訟ヲ提起スルヲ得ルヤ否

（千八百八十年十一月十六日判決）

（一）町ニ賠償ノ義務ナシトノ確定ノ訴ヲ起シタルモノナリ

事實

被告ハ某町ノ町道ニ沿フテ二棟ノ建家アル土地ヲ所有スルモノナリ然ルニ某町會ハ他ノ口ヨリ被告ノ土地ニ接續スル所マテノ町道ヲ廢沒シ之ヲ大學ニ納レ茲ニ講堂ノ增築ヲ爲スコトニ議決シタリ依テ沿道ノ住民タル被告ハ道路ヲ廢沒スルコトハ町ノ權利ニ屬セサルモノナリト抗爭シ且ツ被告ノ土地ヨリ本道ニ往來スル通行ノ自由ヲ制限セラレタルモノナレハ之カ爲メ蒙リタル損害ノ賠償ヲ求ムト主張シタリ町會ハ被告ノ請求ヲ不當トシテ訴訟ニ及ヒタルニ被告モ反訴ヲ提起セリ本訴ハ第一審ヲ經テ第二審ニ至リ被告ハ係爭地ノ廢沒及ヒ大學ノ面積擴張ニ付テ控訴スヘキ權ナシ從テ又損害賠償ヲ請求シ得ヘキ權ナキモノナリト判決セラレタリ被告ハ右ノ判決ヲ不當トシテ上告シタルニ大審院ハ左ノ理由ニ基キ之ヲ棄却シタリ

理由

本審ニ於テ被告不服ノ判決ヲ維持スト雖モ之ニ依リテ道路保存ヨリ生スル

被告ノ利益ニ國家カ全然保護ヲ拒絶シタル所以ニ非ラズ原告市町ノ機關ハ公法上ノ義務トシテ町道廢沒ノ議決ヲ爲スニ當リテハ町內全躰ノ利益ヲ忖度セサルベカラズ故ニ被告ニ於テ町會カ沿道住民ノ利益ヲ等閑視シ不法ノ議決ヲ爲シタリトスルトキハ之ヲ行政訴訟トシテ相當官衙ニ訴ヘ出ツヘシ然ルニ被告ハ此方法在テ存スルニモ拘ハラズ通常ノ訴訟ヲ以テ道路廢沒ノ議ヲ廢止セシムルノ權アリト主張ス是レ被告ノ敗ルヽ所以ナリ

被告ノ主張スル街道使用ノ私權ハ街道ニ隣接セル被告所有ノ土地ニ屬スル地役ニ基クニ非ラサレハ法定ノ近隣權ニ原由スト謂ハサルヘカラス然レトモ只街道ハ從來公衆ノ使用ニ供シタリト云フ事實ノミヲ以テハ此狀況ヲ永ク繼續セシムル私法上ノ請求ハ成立セサルカ故ニ地役ノ成立ニ關シテモ只自治躰ハ街道ヲ築造シ沿道住民ハ其土地ニ建家ヲ建設シ以テ兩者ノ間ニ默示ノ地役契約ノ締結セラレタルモノナリト云フノ外亦論據スヘキモノナシ然レトモ自治躰カ街道ヲ築造シタル事實ハ沿道ノ土地所有者カ其街道ノ永存ヲ信シ建物等ヲ建設シタルノ誘引ヲ爲シタリトノ議論ハ俄ニ是認スルヲ得ス假ニ本論ヲ理由アリトセンモ自治躰カ私法上ノ義務ヲ負ハントスル事實ナカルヘカラス然ルニ本論ハ一モ之カ證據ヲ提示セス是レ本論ヲ以テ正當ト認ムルヲ得サル所以ナリ又近隣權ノ原則モ本件ノ場合ニハ適用スルヲ得サルモノトス何トナレハ近隣權ハ所有物ヲ積極的ニ傷害シタル者ニ對シテ主張スルヲ得ル權ニ過キスシテ本件ノ如キ土地所有者カ從來使用シ來リタル方法ニ於テノミ占有シ得ル利益ヲ維持セントスル請求ト其性質自ラ異ル所アレバナリ

尙ホ茲ニ研究スヘキハ羅馬法ノ原則ナリ羅馬法ニ據レハ一私人ハ公道ヲ共同ニ使用スルノ權ヲ有シ若シ此權ヲ侵犯セラレタルトキハ民事ノ訴訟ニ依リ保護ヲ求メ得ヘキカ如シ故ニ羅馬法ニ於テハ被告ノ本訴請求モ亦正當ト認メサルヘカラサルニ似タリ然レトモ本件ノ場合ハ既ニ羅馬法ニ於テモ否認スル所ナリ羅馬法ニ據ルニ公共物ノ共同使用ヲ害セラレタルトキハ被害者ハ勿論市民ハ何人ヲ問ハス其爲害者ニ對シテ訴訟ヲ提起スルコトヲ許セリト雖モ公ノ團躰カ其團躰ノ使用ニ供シタル物件ヲ廢沒シタルノ故ヲ以テ

一私人カ其團躰ヲ對手トシテ起訴スルコトハ更ニ認メサル所ナリ今夫レ團躰ニ對シテ起訴スルヲ得ルトセン乎公共物ヲ團躰ノ使用ニ供スル事ハ永遠ニ保續シ決シテ變更スヘカラストノ法律規定在テ存セサルヘカラス然ルニ本件ノ場合ニハ此等ノ法律アリト看做スヲ得ス又或論者ハ羅馬法ハ常ニ公共物ヲ永ク公共ノ使用ニ供スルヲ認メリト論スルモ其公共物ノ所有者ニシテ且ツ自ラ其定規ヲ隨意ニ制定シ得ル團躰ニシテ其定規ヲ變更スルノ權ナシトノ事ハ何レノ編ニ於テモ發見シ能ハサル所ナリ況ンヤ普通司法裁判所管轄規則ニ據ルモ行政事件ハ司法裁判所ニ訴フルコトヲ許サヽルニ於テオヤ

〔第十〕官吏ノ職務施行ニ依リ損害ヲ受ケタル者ハ國家ニ對シテ損害賠償ノ訴ヲ提起シ得ルヤ

（千八百八十一年六月十日判決）

〇千八百八十一年六月十日判決

事實

原告甲ハ訴外人某ヨリ藥舗ヲ買入レ千八百七十二年五月十八日農商務省ニ願ヒ出テ藥舗營業繼續ノ許可ヲ得タリ然ルニエルザスロートリンゲン府知事ハ甲ノ營業ヲ以テ公安ヲ妨害スルノ虞アリト認メ警察署長ヲシテ千七百九十年八月十六日ノ訓令ニ基キ甲ハ速ニ營業地ヲ引拂フヘシ若シ此命ニ從ハサル時ハ司法裁判所ノ手續ニ依リ强制ノ處分ヲ爲スヘシトノ命令ヲ下サシメタリ而シテ其結果甲ハ藥舗ヲ閉鎖セサルヲ得サルニ至レリ

右ノ次第ニ依リ甲ハ府知事ヲ相手取リ地方裁判所ニ起訴シ被告ハ一私人ノ資格ニ於テモ又府知事ノ資格ニ於テモ藥舗營業差止ノ命令ニ因リ原告ノ受ケタル損害金五万「マルク」ヲ賠償スヘキ義務アリトノ判決ヲ求メタリ

被告ハ本件ハ行政事件ニ關スルヲ以テ司法裁判所ノ受理スヘキ所ニ非ラスト抗辯シタルモ此抗辯ハ遂ニ採用セラレザリシ依テ被告ハ之ヲ控訴シタルニ控訴院ハ本件中地方行政ニ對スル請求ノ部分ニ限リ訴權ナキモノト判決シタリ

大審院ハ第一審裁判所ノ判決ヲ認可シタリ其理由左ノ如シ

理由

控訴院ノ調書ニ據ルニ本訴ノ主旨ハ千八百七十五年四月二十八日エルザスロートリンゲン府知事ノ與ヘタル賣藥營業差止ノ命令ハ不法不理ニシテ知事ハ越權ノ處分ヲ爲シタルモノナリ故ニ國家ハ其官吏ノ蒙ラシメタル損害ニ付キ賠償ノ義務アリト云フニ在リ

控訴院裁判ノ論據ハエルザスロートリンゲンノ府令ヲ按スルニ古昔ハ本件ノ如キ警察命令ノ當否ヲ判決スルノ權ヲ以テ司法裁判所ノ權限內ニ屬セシメタルヿナク又此ノ如キ理由ニ基キ國家ニ對シテ損害賠償ヲ求ムルノ訴ヲ許シタルコトナシト雖モ此法ハ裁判所構成法施行條例發布ト共ニ多少ノ變更ヲ受ケタリ即チ公吏カ職務施行ニ依リ一私人ノ權利ヲ侵犯シタルトキ一私人ヨリ國家ニ對シテ損害賠償ヲ求ムルニハ先ツ上長官府ニ於テ其處分ノ越權ナリヤ否ヤヲ裁決シタル事實ナカルヘカラスト云ヘル地方法規ハ裁判所構成法施行條例ニ依リテ既ニ効力ヲ失ヒタルモノトス故ニ官吏ニ對スル損害賠償ノ訴ハ受理セサルヲ得スト云フニ在リ

依テ諸法條ノ規定ヲ酌酌シテ之ヲ審理スルニエルザスロートリンゲン府ニ於テハ其職權ヲ審理スヘキ上級行政官廳ナキヲ以テ府知事カ賣藥營業差止ノ命令ヲ下シタルハ果シテ職權ヲ超越シタル違法ノ處分ナリヤ否ヤノ先決裁判ハ先ツ之ヲ司法裁判所ニ請求スルヲ得ヘキモノトス即チ通常司法裁判所ハ先決裁判ヲ要スル場合ニ之ヲ先決スル能ハサルニ際シテハ官吏ノ越權ニ付キ又之ト牽聯セル警察處分カ果シテ訴ノ目的ニ適合スルヤ否ヤ尙ホ之ヲ司法裁判所ノ管轄ニ屬セシムルヲ得ルヤ否ヤニ付自由ニ判決スルヲ得ヘキハ論ヲ俟タス然レトモ本件上告人ハ此先決裁判ノ請求ヲ爲シタルニ非ラスシテ單ニ「コード、シビル」(一)千三百八十四條ヲ援用シテ直ニ國家ノ代理者タル官吏ヲ相手取リタルモノナルヲ以テ本院ハ之ヲ受理スルニ由ナキナリ即チ國家ハ實質上「コード、シビル」千三百八十四條ニ依リ賠償ノ負擔アルヤ否ヤ特ニ其任用ニ依ル官吏ノ所爲ニ付キ責ヲ負ハサルヘカラサルヤ否ヤハ審理スヘキ限ニ在ラス隨テ裁判所ノ管轄モ之ヲ決定スルコトヲ得サルモノトス

以上ノ理由ニ依リ控訴院ノ下シタル判決ハ裁判所構成法施行條例及ヒ「コード、シビル」千三百八十四條ヲ不當ニ適用シタルモノナリトス

(一)「コード、シビル」トハ佛蘭西民法ヲ云フ獨逸國ニハ佛蘭西民法ノ行ハルヽ所アリ

〔第十一〕 (一)姓氏濫用ノ者ニ對シテ訴訟ヲ提起シ得ルヤ
否ヤ
(二)實父ノ姓氏ヲ用フル私生兒ニ對シテハ其姓
氏濫用ヲ拒否スル權利ハ何人ニ屬スルヤ
(三)實父ニシテ私生兒ニ自己ノ姓氏ヲ冒スヿヲ
許諾シタルトキ其効果如何

(千八百八十一年十月廿二日判決)

〇千八百八十一年十月二十二日判決

事實

被告乙ハ某國某郡某村ノ住民ニシテ曾テ其母ヨリ己ノ父ハ華族甲某ナリト聞キ及ヒタルヲ以テ遂ニ自ラ其族姓ヲ冒シ華族某ト稱シタリ原告甲ハ被告乙ノ所爲ヲ不法トシテ訴ヲ提起シ被告乙ハ華族甲ノ姓ヲ冒シ其徽號ヲ用ユルノ權ナキコトヲ確認スヘシトノ判決ヲ求メタリ被告ハ答辯シテ曰ク原告ハ被告ノ實父ニシテ被告出生ノ前ニ當リテ被告ノ母ニ對シ被告出生ノ後ハ其姓ヲ冒スコトヲ承認シタリ故ニ被告ノ其姓ヲ冒スハ敢テ不法ニ非ラスト」第二審ニ於テハ原告ハ此承認ヲ與ヘサリシヿヲ誓フニ於テハ其請求ヲ採用シ此宣誓ヲ爲サヽルニ於テハ其請求ヲ棄却スト言渡シタリ(一)被告ハ第二審ノ裁判ヲ不當トシテ上告シ本訴ノ棄却ヲ求メ原告ハ附帶上告ヲ爲シテ宣誓條件ヲ排却シ單ニ請求ノ採用アランヿヲ求メタリ而シテ大審院ハ上告及附帶上告共ニ之ヲ棄却シタリ其理由左ノ如シ

(一)獨訴第四百二十五條第四百二十六條第四百二十七條等ニ所謂條件付終局判決是ナリ

理由

第一、被告人上告ノ要旨ハ一定ノ姓氏ヲ冒ス權能ハ公益上其濫用ヲ防遏スルハ格別司法法廷ニ於テ判定シ得ヘキ私權ト看做スヘキモノニ非ラズ故ニ控訴院ノ裁判ハ不法ナリト云フニ在リ

本訴係爭ノ權能ヲ以テ民法上私權ト看做スヘキヤ否ヤニ付テハ學說一定セス其私權ナリト稱スル學者ハ左ノ如シ

アイヂルト　千八百四十六年出版ノ民法解釋九十八頁百九頁以下

グルベル　獨逸私法ノ方式第三十四章第一號

ストッペー　袖珍獨逸私法第三卷五十二頁

而シテ其否トスル者ハ左ノ如シ

ヘルマン　民事實修雜誌第四十五卷百六十六頁、三百十五頁以下

サルウェー、ウェルテンベルク民法雜誌第十五卷十八頁

ガライス　商法雜誌第三十五卷百九十七頁及獨逸私法提綱第四十二章

トーン　法規及權利百五十二頁第十三號(二)

以上ノ如ク學說紛々タルニ拘ハラス本問題ハ敢テ思慮ヲ費サスシテ容易ニ決スルヲ得ヘシ獨逸今日ノ制度習慣ヲ察スルニ各人相集リテ家ヲ成シ家相聚リテ族ヲ組織シ人ニハ必ズ名アリ家ニハ必ズ氏アリ族ニハ必ス姓アリ以テ各人相互ヲ區別セリ且此制度ハ公益上ニ基クモノナレハ純然タル法則ノ性質ヲ有スル如シ是ニ由リテ之ヲ觀レハ獨逸今日ノ慣習ニ於テハ姓名ヲ冒スハ一個人ノ任意ニ在ラスシテ各人ハ出生又ハ擬制(三)ニ依テ其屬スル家ノ姓氏ヲ用フヘキハ公法上ノ義務ナリト謂ハサルヘカラス隨テ羅馬法ニ於ケルカ如キ姓氏變更ノ自由ハ最早認ムヘキニ非ラス而シテ此義務アルト同時ニ

(二)彼國ニ於テ學說ノ勢力アルコ裁判所ノ之ヲ尊重シテ其研究ヲカムルコト斯ノ如シ我法曹ノ大ニ鑑ミルヘキ所トス

(三)養子ノ制ヲ云フ、

又其族姓ヲ用フル權利ヲ生ス其族姓ヲ用フルノ權利ハ猶ホ夫ノ親族權ト同シク親屬關係ニ基ク權能ナルヲ以テ亦私法上ノ權利タルヤ論ヲ俟タス墺太利民法第九十二條、第百四十六條、第百六十五條、第百八十二條ノ規定、索遜民法第千七百四十八條、第千七百九十六條、第千八百〇一條ノ規定ハ實ニ此主義ヲ採レリ

以上ノ次第ニ依リ一定ノ姓氏又ハ一族ノ徽號ヲ用フルノ權利ノ有無ハ民事法廷ニ於テ之ヲ裁判スヘキハ亦疑ヲ容ルヘキ所ニ非ラス是レ獨リ獨逸一般ノ法律(ゾヤフヘルト雜誌第六卷第六號第十七卷第三號第十九卷第百十四號參照)ノミナラス普國ノ普通民法(伯林控訴院判決第四十六卷百九十三頁以下參照)ニ於テモ亦之ヲ認メ加之佛國法(ダローズ編纂千八百六十年判決例第百四十號、第百四十三號參照)ニモ等シク採用スル所ナリ(四)

又大審院モ(民事判決錄第二卷百四十七頁參照)貴族ニ關シテ裁決ヲ下シタルコトアリ即チ貴族ノ爵位徽號ヲ用フル權利ハ私法ニ屬シ其訴訟ハ民事裁判所ノ管轄スヘキモノナリト此判決ハ士族平民間ニモ亦援用スヘキモノナリ

(四)當ニ學說ヲ重ンスル而已ナラス他國ノ法例及ヒ判例尙ホ之ヲ參觀引證ス蓋シ學理ヲ探究ス

何トナレハ貴族ニハ公法上ノ特權アリテ平民若クハ士族ニハ此等ノ特權ナキヲ以テ單ニ貴族ニ關シテノミ此權ヲ民事上ノ權利ト看做シ平民士族ハ者ハ之ヲ救濟セスト謂フ理ナケレバナリ

依テ本件ヲ以テ無訴權トナシタル上告論旨ハ之ヲ採用スルニ由ナキモノナリ

又控訴院ノ判決ハ法律違反ナリト認ムルヲ得ス

反訴ノ要旨ハ原告甲ヲシテ被告乙カ甲ノ姓及ヒ甲ノ徽號ヲ用フル權利アルコトヲ確認セシムルニ在リテ其原因ハ被告ハ原告ノ私生兒ニシテ且ツ原告ヨリ之ヲ用フルノ承諾ヲ得タルモノナルニ由ルト云フニ在リ而シテ原告ハ小兒ノ出生ニ相當スル時間被告ノ母ト肉躰上ノ交ヲ爲セシヿハ認ムルモ被告ノ請求スル推測ニ付テハ之ヲ爭フモノナリ曰ク本件ニ付キ司法裁判所ノ裁判ヲ仰クヲ得ルヤ否ヤハ先ツ控訴院ニ於テ審査スヘキ所ニシテ控訴院ハ實ニ之ヲ認メタリ控訴院ハ原告ハ伯爵家甲ノ資格ヲ有スルモノトシテ民事訴訟法第二百三十一條(五)ニ依リ訴訟ヲ許シタルナリ即チ控訴院ハ利益自己ノ

ハ此規定ナシ

獨訴第二百三十一條ハ左ノ如シ

權利關係ノ成立不成立ノ確定(中略)ノ訴ハ原告カ裁判ヲ以テ速ニ確定スルニ於テ權利上ノ利害ヲ有スルトキハ之ヲ提起スルコトヲ得

姓名、家族ノ榮譽等ヲ防禦スル事ハ民事法廷ニ向ツテ保護ヲ求メ得ヘキモノナリト宣言シタリ然レヒ此宣言ハ何故ニ原告ノ家族カ訴訟ヲ提起シ得ヘキヤニ至リテハ一モ説明ヲ與ヘサルヲ以テ民事訴訟法第二百三十一條ヲ不當ニ適用シタルモノト謂ハサルヘカラス抑モ嫡出ノ親子關係ノ存在セサルコトヲ確定スル訴求ハ普通民法(ゾ非フヘルト雜誌第二十一卷第二十九號)又索遜民法第千八百五十五條ニ於テ認許セル所ナリ故ニ之ト同シク私生兒ノ父ト呼ハレタル者ヨリ私生親子ノ關係存在セサルヿ又ハ其姓氏ヲ用フル權利ナキヿノ確認ヲ目的トスル訴ヲ提起スルニ於テハ裁判所ハ之ヲ受理セサルヘカラス云々ト

右原告ノ主張ハ控訴院ノ附シタル理由以外ノ理由ニ因リテ之ヲ採用スルコトヲ得ス即チ控訴院ノ與ヘタル判決ヲ不當トシタル上告ハ之ヲ採用スヘキ限リニ在ラス抑モ被告カ原告ノ姓氏徽號ヲ用フル權アリヤ否ヤハ被告ノ出生ト同時ニ發生スヘキ人格ノ權利ニ關スル問題ナレハ被告ノ住所ト看做スヘキ被告出生ノ當時某母ノ住居シタル土地ノ法律ニ據リテ之ヲ審判スヘキモ

ノトス

土地ニ特別法ナク普通法ヲ適用セサルヘカラサルトキハ原告ノ承諾アル場合ハ格別本訴ノ請求ハ理由ナキモノトス是レ私生兒ハ認正又ハ養子トナラサル限リハ其父ト關係ナキモノナレハ族姓及其徽號ヲ用ユルノ權ナキハ當然ノ事ナレハナリ

以上ノ理由ニ依リ被告ノ上告ハ採用スルニ由ナキヲ以テ之ヲ棄却ス

第二、原告ノ附帶上告モ亦理由ナキモノナリ控訴院ハ原告カ其族姓ヲ名乘ルコトヲ許諾シタリトノ被告ノ主張ヲ容レテ被告ハ自己ニ屬セサル姓氏ヲ用フル權ナキモ原告ニシテ之ニ使用ノ許諾ヲ與ヘタルトキハ被告ニ於テ之ヲ用フルモ原告ハ敢テ爭フヲ得スト言渡シタリ故ニ控訴院ノ判決ハ至當ニシテ上告ハ理由ナキモノトス

假令特別法ニ於テ私生兒ニ父ノ族姓ヲ用フルコトヲ許シ(ロート獨逸私法第二卷三百五十七頁第二號、ストッベー獨逸私法第三卷五十一頁第四號參照)控訴院ノ判決ハ其法律ノ適用ヲ誤リタリトスルモ附帶上告ハ尙ホ其理由ナキモノナリ即チ原告ハ被告ノ抗辯ヲ採用シタル理由ヲ爭フテ曰ク控訴院ハ族姓使用ノ許可ハ小兒ノ代理者其者ニ依リテ與ヘラレタルモノニシテ原告ノ與リ知ラサル所ナルヲ明確ニセサルカ如シ今夫レ原告ニ於テ被告カ原告ノ姓ヲ名乘ルコトヲ妨ケスト云ヒ又ハ之ヲ禁スルノ權ヲ抛棄シタリトセソカ其契約又ハ抛棄合意ヲ爲シタルトキ其對手タル小兒ニ於テモ承諾ヲ與ヘサルヘカラス而シテ小兒ハ承諾ヲ與フルノ能力ナキコト明著ナル所ナリ故ニ控訴院ノ判決ハ不法ナリ云々ト然レトモ此論ハ未タ當ヲ得サルモノナリ何トナレハ小兒ノ母カ洗禮帳ニ之ヲ登記シ而シテ小兒ハ爾來後見人ノ許諾ヲ得テ此名ヲ用ヒ來リタル事實ノ存在スルニ於テハ小兒ニ其暗默ノ承諾アリシモノト看做シテ差支ナケレハナリ云々

〔第十二〕警察命令ニ依リテ私權ヲ侵シ得ル程度如何

（千八百八十二年一月十四日判決）

千八百八十二年一月十四日判決

事實

數多ノ通路ヲ開クル地所アリテ實際公衆ノ徒行用ニ供セラル、原告ハ繩製造

ノ爲メニ此通路ノ上ニ柱杙ヲ設ケタルニ警察官之ヲ差止メタリ依テ原告ハ起訴シテ命令取消ヲ求メタリ第一審第二審共訴ヲ却下シ大審院ハ上告論旨ニ基キ前判決ノ一部ヲ破毀シタリ其理由左ノ如シ

理由

原告主張ノ要旨ハ被告警察官ハ千八百八十年十一月十三日原告ニ命令ヲ下シテ曰ク道路確定線變更ノ所爲ハ之ヲ禁ス若シ此禁ヲ犯スニ於テハ五百「マルク」ノ罰金ヲ科スヘシ且ツ原告ニ於テ建設シタル柱杙ハ之ヲ三日以内ニ除去スヘシ若シ之ヲ除去セサルニ於テハ警察署ハ自ラ之ヲ除去スヘシト而シテ遂ニ千八百八十年十一月二十二日不法ニモ原告ノ私權ヲ侵シテ原告建設ノ柱杙ヲ奪却シタリ依テ被告ハ此ノ命令ヲ取消シ警察署ノ費用ヲ以テ再ヒ柱杙ヲ建設シ且ツ原告カ此命令及建設物ノ除去ニ依リテ被リタル損害ヲ賠償スヘシトノ判決アランコトヲ求ムト云フニ在リ

控訴院ノ理由ヲ見ルニ控訴院ハ係爭地ノ全躰ヲ以テ國家ノ公用物ト看做サスシテ寧ロ之ニ對スル私有權ヲ認メ就中原告ハ少クモ收益權ノ類似的占有ヲ爲シ國家モ亦公衆ノ通行ヲ保護スル爲メ類似的占有ヲ爲セルモノナリトシタルモ遂ニ被告ハ是ニ依リ公衆通行ノ妨害ヲ取除ク權ヲ有ストノ點マテ論究セサリシ控訴院ノ之ヲ論究セサリシハ一大欠點ト謂ハサルヘカラス特ニ控訴院ハ其前判決ヲ確認スル判決理由ノ結尾ニ於テ被告ハ公益ノ爲メニ原告ノ爲シタル妨害ヲ差止ムル權アリヤ否ヤノ問題ニ付テハ何等ノ説明ヲモ與ヘサリシ此問題ハ占有保護ノ精神ヲ酌ミテ研究スルニ於テハ必ス肯定セサルヘカラサルモノタリ之ヲ要スルニ前審裁判官ノ意思ハ只係爭地ハ外形上公ノ物ナレハ公衆ノ使用ニ供スヘキナリ然ルニ原告ノ所爲ハ之ヲ障害シタリ依テ警察官カ職權ヲ以テ其所爲ヲ禁シ其危害物ヲ取除キタルハ固ト其職務ノ施行上已ムヲ得サルニ出ツト云フニ過キスシテ未タ審理ヲ盡サヽル所アリト謂ハサルヘカラス

前判決ニ於テハ普通法又ハ特別法ヲ適用シタル程度ヲ示サス尤モ此點ハ敢テ冗長ノ説明ヲ要セサルカ如シ是レ特別法ヲ適用セサル點ニ付テハ上告論旨ニ何等ノ申立モナク又獨乙普通法ニ付テハ之ヲ理由中ニ説明スルコトハ

前審ノ主要ノ義務ニ屬セサレハナリ

國家カ警察官ニ委任シタル條項ニ據ルモ又公益ノ爲ニハ私益ヲ犧牲ニ供セサルヘカラサル原則ニ據ルモ一私人ニ於テ公益ヲ危殆ナラシムル場合ニハ警察官ハ其私有財産權ヲ侵犯スルニ敢テ制限ナキハ明ニシテ警察官ハ一私人ニ於テ其命令ニ服セサルトキハ又直接ニ强制ノ方法ヲ用ヰテ之ヲ執行スルヲ得ルハ當然ナリトス(フォン、モール警察學第三版第一卷四十一頁以下、五十二頁五十五頁參照)

以上ノ理由ニ依リ柱杙除却ノ命令及ヒ被告ヨリ執行シタル建設物取除ノ行爲ニ關スル上告ハ之ヲ採用スルヲ得サルモノナリ但シ當事者ニ於テハ共ニ一ノ道路ノ上ニ存スル建設物ナリト主張スルニ控訴院ニ於テ之ヲ一二ノ道路ノ上ト云ヒタルハ正當ト謂フヲ得ス又控訴院ノ警察ノ命令處分ヲ以テ道路ノ確定線變更ノ一般禁令ト認メタル論決モ至當ト認ムヘキニ在ラス控訴院ノ判決ニハ警察命令ノ事ハ正當ニ説明セス只其判決ヲ寛ニ解釋スルニ於テ少シク其意思ヲ探究シ得ヘキノミ即チ警察官モ本院ニ於テ之ヲ禁スルノ

必要アリト認ムル丈ノ外ハ又差止ヲ爲サヽルヘシ即チ公衆ノ實際上使用セル道路ヲ變シテ公衆ニ不便ヲ感セシムル所爲ノミヲ禁止シタルニ過キスト云ヘリ之ヲ要スルニ本件上告ハ理由ナシト雖モ普通法ヲ適用シテ警察官ハ公益ヲ害スル凡テノ行爲ヲ禁止スルノ權アルコトヲ明確ニセサリシハ控訴院判決ノ一大欠點ナリト謂ハサルヘカラス

〔第十三〕 警察署カ越權ノ處分ヲ以テ一私人ノ所有權ヲ侵犯シタルトキハ訴訟ヲ起スヲ得ルヤ否ヤ

(千八百八十二年三月十五日判決)

千八百八十二年三月十五日判決

事實

原告所有ノ穀倉ト市有街道ノ標石トノ間ニ一ノ地面アリ原告ハ其上ニ完全無限ノ所有權ヲ有セリ然ルニ千八百八十一年三月八日市長原告ニ達シテ曰ク穀倉ノ前方ノ路傍ニハ荷車ヲ停ムル可カラス若シ之ニ違フトキハ罰アリト是ニ於テ原告ハ其地面ニ柵ヲ結ヒ自己ノ所有ナルコトヲ明白ニセントセリ市長之ヲ見テ千八百八十一年三月十九日再ヒ一層重キ罰則ヲ附シタル命令

ヲ下シテ曰ク路傍ノ地面ヲ明渡シ柵其ノ他ノ障害物ハ凡テ之ヲ取拂フヘシト原告ハ此命令ヲ以テ不法トシ遂ニ訴訟ヲ起シテ市長ノ下シタル所有權侵犯ノ命令ハ之ヲ取消サレンコトヲ求メタリ第一審ニ於テ初メ被告ハ辯論期日ニ出頭セサルニ依リ缺席判決ヲ受ケ後故障ヲ申立テ新期日ニ出頭シタル被告ヨリ無訴權ノ抗辯ヲ爲シタル爲メ本訴ハ遂ニ棄却セラレタリ第二審ニ於テハ無訴權ノ抗辯ヲ却ケ訴求ヲ採用シ大審院ニ於テ左ノ理由ニ依リ上告ヲ棄却シタリ

理由

訴權ノ有無ニ關シテ裁決ヲ仰クニ千八百七十九年五月十九日ノ勅令第十一條第十二條ニ依ラスシテ裁判所構成法第十七條ニ依リ司法裁判所ノ判決ヲ求メタルヲ以テ大審院ハ控訴院ノ普通法ニ基キテ下シタル判決ヲ正當トス被告ノ論旨ハ千八百三十八年六月二十三日ノ地方訓令ニ行政廳ノ職權職務上ヨリ布達訓令命令ヲ發シタル場合ニハ司法裁判所ニ訴ヘテ其不當ヲ爭フヲ得スト又千八百五十六年本市ノ發シタル路傍規則第十條第一號ニ路傍ノ新設改良ニ關シテ市長ノ發シタル訓令布達又其爲シタル行爲ニ付不服アル者ハ之ヲ市廳ニ抗告スヘシト又其第二號ニ警察行政事件ニ付テハ凡テ訴權ナシトアリ故ニ原告ハ本訴ニ付テハ訴訟ヲ起スノ權ナキ者ニシテ控訴院ノ之ヲ受理シタルハ不法ナリト云フニ在リ而シテ控訴院ハ以上ノ法律規定ヲ調査シ本件ノ場合ニ之ヲ適用スヘカラサルモノトシテ普通法ニ基キ判決シタリ其理由ニ曰ク千八百三十八年六月廿三日ノ訓令ハ本邦ニ於テ法律トシテ發布シタルモノニ非ラスシテ裁判所及ヒ市長ニ裁判取扱ノ爲メ傳達シタルニ過キス故ニ該法ハ地方行政廳ニ於テ普通原則ヲ解釋シタルモノト認ムルノ外ナク決シテ之ヲ地方ノ特別法ト看做スヲ得ス而シテ路傍規則第十條ハ該訓令ノ總則ノ適用ニ過キス云々ト

控訴院ノ本訴ノ訴權ヲ認メタル理由ノ一ニ千八百八十一年三月八日及ヒ十九日ニ市長ノ發シタル命令ハ警察處分ニ非ラスト認メタル點ニハ同意スル能ハス此命令ノ精神ヲ察スルニ市長ハ地方警察官トシテ自己ニ屬スル道路警察權ヲ執行セントスル欲シテ之ヲ發シタルナリ即チ係爭ノ地面ハ道路ニ屬ス

ルモノト信シ公益上茲ニ荷車ヲ停置スルヲ不都合トシ罰則ヲ附シテ其取除ヲ命シタルコトハ疑フヘキニ非ラス故ニ本訴ハ私法上ノ爭ニ非ラスシテ被告カ自己ニ屬スル權力ヲ以テ發シタル命令ノ適否ヲ決スルニ在リ而シテ原告ハ其不法ヲ主張スルモノナリトス

以上ノ理由ニ依リ控訴院ノ附シタル理由ハ適當トスルヲ得ス上告人ノ此點ニ關シテ攻擊セルハ理由アリト謂ハサルヘカラス然レトモ本件ハ他ノ理由ニ基キ民事訴訟法五百二十條(一)ニ依リ裁判スルヲ至當トス

(一)我第四百五十三條ニ當ル

凡ソ人民間ノ權利上ノ爭ハ行政廳又ハ行政裁判所ニ訴訟ヲ許セルモノニ非ラサルヨリハ通常司法裁判所ノ管轄スヘキモノトス然リ而シテ本件所有權妨害排除ノ訴ニ對シテ被告ハ無訴權ノ狀況ヲ主張シテ抗辯ヲ爲シタリ此抗辯ヲ理由アリトスルニハ所有權ノ侵犯ト看做サレタル命令ヲ市長カ警察官トシテ發シタルコトヲ主張スルノミニテハ充分ナリトセス尙ホ市長カ訴訟ノ目的物ニ付キ自己ニ屬スル權ヲ用ヒタルコトヲ證明セサルヘカラス而シテ此證明ハ被告ノ爲シ得サリシ所ナリトス

警察權ハ公共ノ交通ヲ妨害スル結成物ヲ除去シ得ルヤ否ヤヲ決スルハ本問題ニハ直接ノ關係ナキモノナリ是レ控訴院ノ至當ニ事實ヲ認定シタル如ク千八百八十一年三月八日及ヒ十九日ノ命令ハ本論ニ關係ナキヲ以テナリ被告市長ハ本訴係爭ノ地ヲ道路ノ一部ト誤信シ原告ノ所爲ハ其通行ヲ妨害スルノ故ヲ以テ之ヲ除去セントシタルナリ此市長ノ認定ヲ控訴院ニ於テ不當トナシタルハ正當ナリ然レトモ被告ニ於テ係爭ノ地ハ原告ノ所有ナルコトヲ自白シタルヲ論據トシテ該地ハ公道ノ一部分ニ非ラスト速斷スルヲ得ス是レ當時ノ法律及ヒ判決例(大審院民事判決錄第二卷六十九頁、第五卷二百九十三頁)ニ據ルモ土地ノ所有權ト公道トハ相容レサル性質ノモノニ非ラス町路ノ如キハ道路ノ一部トシテ公共ノ使用ヲ許スニ拘ハラス家屋所有者ノ所有ト爲スモノアレハナリ而シテ何故ニ地所カ原告ノ所有ナルニ拘ハラス道路トナレルヤハ被告ニ於テ證明スルノ責ナシ

此ノ如ク係爭地ハ道路ノ一部分ニ非ラサルヲ以テ被告市長ハ道路特ニ路傍

取締上ノ警察權ヲ之カ上ニ振フ能ハサルモノトス依テ被告ノ千八百八十一年三月八日及ヒ十九日ニ發シタル命令ハ不法ニシテ無訴權ノ抗辯ハ理由ナキコト明ナリ凡ソ行政官廳カ普通法ノ原則ニ依リ其行政事件ノ判決ヲ爲ス專權ハ常ニ其職權ノ客觀的範圍內ニ限ルモノナルコトヲ了知スヘシ

〔第十四〕 警察命令ニ依リ義務ヲ負ヒタル者其警察官ヲ相手取リ其義務免除ノ爲メ司法法廷ニ起訴スルヲ得ルヤ否ヤ

（千八百八十二年十一月七日判決）

事實

千八百八十年九月十八日山林所在地ノ官長某山林ノ利害關係者ニ山林ノ伐木ヲ禁シ之ニ從ハサルトキハ罰金三百「マルク」又ハ四週間ノ禁錮ニ處スヘシト達シタリ尤モ官長ハ山林所在地ニ於ケル大地主ニシテ之カ爲メ其山林ニモ權利アルモノナリ原告某ハ此布達ニ拘ハラス尙ホ伐木ヲ爲シタルニ依リ官長ハ遂ニ原告ニ三百「マルク」ノ罰金ヲ科シタリ依テ原告ハ起訴セリ其要旨

（二）客觀的範圍トハ獨目的物ノ範圍トニフカ如シ

（千八百八十二年十一月七日判決）

ハ原告ハ山林ノ利害關係者ト取結ヒタル契約ニ依リ山林ノ專屬所有者ナリ故ニ原告ハ其伐木ヲ爲スニ官長ノ承認ヲ經ル義務ナシ又其下シタル法規ニ基キテ伐木スルノ義務モナシ隨テ被告カ原告ヨリ罰金三百「マルク」ヲ徵收シタルハ不當ノ甚シキモノト謂ハサルヘカラス依テ被告ハ速ニ之ヲ原告ニ返戻スヘシ且ツ被告ハ本訴係爭ノ山林ハ原告ノ專有物タルコトヲ確認スヘシトノ判決ヲ求メタリ被告ハ之ニ對シテ無訴權ノ抗辯ヲ爲シタリ地方裁判所ハ抗辯ヲ採用シ訴訟ヲ却下シタリ控訴院ハ原告ノ訴權ノ有無ヲ調査セス被告官吏ハ訴訟當事者ト爲ルヘキ能力ナキモノト看做シテ訴訟ヲ却下シタリ大審院ハ控訴院ノ論結ヲ不適法トシ又上告モ理由ナキモノトシテ之ヲ棄却シタリ其理由ハ左ノ如シ

理由

被告ハ本件ノ當事者ト爲リ得ルヤ否ヤハ控訴院ノ云フ如ク職權ヲ以テ調査スヘキ事項ナリ是レ當事者タル能力ノ欠缺ハ訴訟ノ最先ニ調査スヘキモノニシテ被告ニ於テ之ヲ認ムト雖トモ之ヲ以テ其欠缺ヲ補充シ得タリト謂フ

ヲ得サレハナリ

控訴院カ被告ハ國庫ノ代理者トシテ訴ヘラレタルニ非ラスシテ官廳及政府ノ機關特ニ警察行政官トシテ相手取ラレタルニ過キサレハ當事者トナルヘキ資格能力ナシ何トナレハ只國法上ノ機關タル者ハ權利主躰タルコトヲ自認スルヲ得サルモノナレハナリト論決シタルハ正當ト看ルヲ得ス

控訴院ハ官ハ國家又ハ共同團躰ナル他ノ法人ノ機關ニ過キサレハ自ラ法人タルヲ得ス權利主躰トナルヘキモノニ非ラスト看做スモ之ニ依リ直ニ官ハ獨立ノ財産ヲ所有スルヲ得ス又原告カ警察命令ヲ發シタル被告ニ對シテ本訴ヲ提起シ其命令取消ヲ請求スルヲ得ストノ論斷ヲ下スハ未タ當ヲ得タリト認ムルヲ得ス

本訴ハ固ト被告ノ千八百八十年九月十八日ニ山林共同團躰ノ利害關係人ニ係爭森林ノ伐木ヲ禁シタルニ起因ス故ニ本訴ハ原告ヲ係爭森林ノ所有者トシ伐木自由ノ權ハ原告ニ在リテ亦被告ノ承認ヲ經ルヲ要セサルコトヲ確認シ其已ニ被告ヨリ科シタル罰金ハ之ヲ原告ニ返附スヘシトノ判決ヲ求ムル

ニ在リ故ニ被告ノ發シタル命令ノ効力ヲ爭フニ皈スルモノト謂フヘシ而シテ訴訟ノ原因ハ千八百四十二年五月十一日ノ警察命令ニ關スル訴權ノ法律第二條ノ規定ニ基クリ只夫レ本訴ハ同法第四條ノ如ク財産權上ノ請求ニ非ラスシテ警察官カ原告ニ一定ノ所爲ヲ禁シ又一定ノ行爲ヲ命スル權アリヤ否ヲ決スルニ在ルヲ以テ國庫ニ對スル請求ニ非ラスシテ命令ヲ下シタル官ニ對スル訴訟ナリトス然レトモ國家ニ對シテノ財産權上ノ請求ニ於テハ國家ハ元來ノ相手方ニシテ國庫ノ代表ヲ委任サレタル官ハ只國庫ノ代表者タル資格ニ於テ訴訟ヲ爲スヲ得而シテ決シテ獨立ノ權利主躰トシテ訴ヘ又訴ヘラルヽモノニ非ラサルト同シク警察官ノ發シタル命令ノ効力ヲ爭フ場合ニ於テ特別ノ規定ナキ以上ハ其警察官ハ國家ノ代表者ト看做スヘク而シテ國家ニ對シテ起スヘキ訴訟ハ之ニ對シテ訴求スルヲ得ヘキモノタルハ當然ノ理ナリ況ンヤ千八百四十二年五月十一日ノ法律第三條ニ據ルニ官ノ發シタル命令ノ變更廢止ハ先ツ其命令ニ關シ特別法ノ規定ニ基キ訴訟ヲ起シテ勝訴ノ言渡ヲ受ケ其判決ノ確定シタル後ニ非ラサレハ之ヲ請求スルヲ得ス

トアルニ於テオヤ以上ノ理由ニ依リ被告ハ訴訟上ノ能力ニ欠缺アリト認ムルヲ得ス

〔第十五〕 獨逸普通公法ニ基ク公示ニ依ラスシテ任命セラレタル官吏公吏ハ長官ヨリ行政處分ニ依リ免職セラレタル爲メ其職給ヲ失フヤ否ヤ

（千八百八十三年十月十一日判決）

千八百八十三年十月十一日判決

○本件ハ單ニ官吏公吏ノ既得財産權ニ關スル訴ハ司法裁判所ニ受理スヘキモノタルコトヲ見スニ止マル任免當否ノ判定ノ如キ我國ニ於テハ固ヨリ司法裁判所ノ裁判スヘキモノニ非ラス

事實

原告某ハ千八百七十三年被告某ヨリ終身某市ノ書記官ニ任セラレタリ但シ其任命ハ公示セラレサリシ而シテ原告ハ千八百八十一年八月停職ヲ命セラレ千八百八十一年九月内務大臣ハ被告ノ請求ニ基キ相當官吏ヲシテ其職務取扱ノ調査ヲ爲サシメ千八百八十二年三月十八日原告ニ對シ原告ノ所爲ハ刑法ニ照スヘキ犯罪ナシト雖モ重懈怠命令違反規律不遵ノ件ニ依リ復職ヲ命スヘキ限ニ在ラストノ言渡ヲ爲シタリ被告ハ此言渡ニ基キ千八百八十二年三月三十日原告ハ自今職務ヲ行フヘカラス從テ其俸給ハ支拂フヘキ限リニ在ラスト達シタリ依テ原告ハ被告ニ對シテ地方裁判所ニ起訴シ被告ヨリ嘗テ約セラレタル俸給ノ繼續給與請求權ノ確定ヲ求メタリ

本件ノ控訴審ニ係屬中被告市長ハ尚ホ千八百八十二年八月廿八日判決日附千八百八十二年十一月送達日附ノ判決書ヲ原告ニ發セリ曰ク原告ハ斯々ノ職務違反ノ廉アルヲ以テ書記官ノ地位ヲ奪ヒ且ツ職務調査費用ハ原告ノ負擔ナリトス云々ト控訴院ハ原告ノ訴ヲ却下シ大審院モ左ノ理由ニ基キ上告ヲ棄却シタリ

理由

上告ノ要旨ハ控訴院判事ハ財産權上ノ請求ヲ裁判スルニ當リテ行政廳ノ原告ヲ以テ職務不適當ノ者ト看做シタル意見ニ拘束セラレタリ尤モ本州ノ慣習ニ據レハ職務不能ノ事ニ關シテハ行政廳ノ下シタル先決裁判ニ準據スヘキカ如シト雖モ本件ノ場合ハ自ラ之レト異ナルモノアリ控訴院ノ趣意ハ原告ノ瀆職罪ニ關シ國家ハ官吏ニ對シテ職務ヲ嚴ニ施行スヘキコトヲ要ムル權アリトノ原則ヲ錯リタルニ過キス云々ト云フニ在リ

控訴院ノ事實裁判ハ理由アリト看做スヲ得ス抑職務不能ノ爲メ官吏ヲ免スル規則ヲ瀆職罪ニ依リ之ヲ免職セシムル塲合ニ適用スルハ不法ノ甚シキモノナリ而シテ職務不能ノ爲メノ免職ヲ懲戒事件ト看做スヘシトノ論アリト雖モ瀆職罪ノ爲メノ免職ヲモ懲戒事件ナリト謂フヲ得サルハ論ヲ俟タス何トナレハ瀆職罪ニ關スルコトハ獨逸普通法ニ特定ノ規則ヲ掲ケアルヲ以テナリ之ニ據ルトキハ官吏ハ職務違反ノ行爲アルトキハ所屬官廳ハ懲戒權ニ服從セサルヘカラスト雖モ其權ハ任命ノ際定メタル既得ノ財産權ヲモ長官ノ意見ヲ以テ剝奪スルヲ得ヘキ限ニ在ラス普通國法ノ規定ニ據レハ官吏ノ受給權ハ瀆職ノコトアルトキ只司法裁判所ノ判決ニ依リテ剝奪セラルヽハミ但シ特別法アル邦ニ於テハ此限ニ在ラス而シテ此法條ヲ官吏同樣ニ看做スヘキ公吏ニモ適用シ得ヘキハ亦疑ヲ容レサル所ナリ之ヲ要スルニ不忠ナル會計官ノ免職ノ塲合ハ之ヲ問ハス其他ノ終身官ハ任命ノ際約セラレタル既得ノ財産權ニ付テハ常ニ法律ノ保護ヲ受ケ而シテ此權利ハ瀆職ノ爲メ免職セラルヽアルモ長官ヨリ之ヲ剝奪セラルヽコトナシ又長官ヨリ免職ヲ命セラレタル官吏カ其職給繼續ヲ請求スルニ際シテ判決ヲ爲ス可キモノハ常ニ民事裁判所ナリトス裁判官ハ民事訴訟法ニ依リ職給剝奪ハ果シテ正當ナルヤ否ヤヲ審査ス而シテ免官者ニ於テ其財産權ノ請求ヲ爲シ其履行ヲ訴求シ得ル權アルト同シク免職ヲ命シタル官廳ハ免官者ノ起訴ノ際免官者ハ俸給ノ繼續給付ヲ請求スルノ權ナシトノ消極的確定訴訟ヲ爲スヲ得而シテ裁判官ハ右二ツノ塲合ニ於テ先ツ官廨ハ其所屬官吏公吏ノ職ヲ免スル權アリヤ否ヤヲ審査スヘシ故ニ控訴院カ其判決中ニ原告ノ所爲ハ被告ヨリ免職ヲ命セラルヽニ充分ノ理由アリヤ否ヤノ問題ヲ掲ケタルハ適當ノ事ナリトス即チ控訴院ノ原告ノ所爲ハ職務違反ナリト雖モ亦免職ヲ是認スルハ難シトスル所ナリト結論シタルハ敢テ法律ノ錯誤ト謂フヘカラス即チ原告ヲ免スルハ其職務ノ性質上當ヲ得タルモノニ非ラザルヲ以テ本訴ハ受理スルノ限ニ在ラストノ事實ハ判決中更ニ發見スルヲ得サル所ナリ不規則懈怠官廳ヨリ命シタル式ヲ守ラサル等ノ事實ハ數多掲載セルモ此等ノ不行跡ハ主トシテ免職ノ年ニ存シ欠勤ノ多クハ原告ノ重病ニ罹リシ前月ノ事ニ係レリ其

〇千八百八十四年三月二十五日判決

他原告ノ千八百八十年迄ニ於ケル所爲ハ千八百八十年六月十二日ノ被告自ラノ證明ニ據ルニ原告ハ市ノ書記官ニ適當ノ人物ナリト云フ又市ノ帳簿中ニモ原告ハ能ク職務上ノ知識ヲ顯ハシタリト記入セル程ナリキ又千八百七十八年八月廿四日ノ被告ノ證明ニモ原告ハ五ヶ年六ヶ月ノ間市ノ書記官トシテ市民ノ希望ニ副ヒ能ク職務ヲ盡シタリトアリ故ニ控訴院カ原告ノ從來ノ職務施行ヲ察シテ現今ノ職務違反ヲ以テ免職セシムルニ足ルヤ否ヤノ問題ヲ決スル資料ニ充テタルハ最モ正當ノ處置ナリ依テ原告ヲ免職セシムルニハ獨リ當時ノ非行ニ據ラス服務全年ノ所爲ヲ觀察シテ之ヲ決セサルヘカラス而シテ若シ原告ノ所爲ニシテ舊來能ク職務ヲ盡シ一點ノ非難スヘキモノナキトキハ寛ナル判決ヲ下スヲ以テ正當トスヘシ

以上ノ理由ニ依リ控訴院ノ判決ハ最モ正當ノモノト認メサルヲ得ス

〔第十六〕 權限裁判所ノ裁判ハ民事裁判所ヲ羈束スルヤ否ヤ

（千八百八十四年三月二十五日判決）

〇二十三年法律第四十八號行政裁判法第二十條ニハ行政裁判所ト通常裁判所又ハ特別裁判所トノ間ニ起ル權限ノ爭議ハ權限裁判所ニ於テ之ヲ裁判スト雖モ未タ權限裁判所ノ設ナシ故ニ同法第四十五條ノ附則ヲ以テ權限爭ノ設アル迄ノ間樞密院ニ於テ之ヲ裁定スルモノト爲ス

所有權侵害排除ノ訴ニ對シ被告某村ハ無訴權ノ抗辯ヲ爲シテ曰ク原告ハ村民等原告所有ノ土地ニ通スル道路ヲ使用スルニ依リ所有權ヲ侵害セラレタル旨申立ツルモ右道路ハ千八百八十二年十一月十一日警察官廳ヨリ公道ナリトノ裁決ヲ下サレタルモノニ係ルヲ以テ畢竟原告ノ訴ハ訴訟ヲ以テ爭フヘカラサル警察處分ニ對スルモノニ過キス依テ本訴ハ速ニ却下アランコトヲ求ムト

第一審第二審裁判所ハ共ニ被告ノ抗辯ヲ採用セサリシヲ以テ被告ハ上告ヲ爲シ且ツ其後權限訴訟ヲ起シタリ

伯林權限裁判所ハ千八百八十四年一月十二日ノ判決ヲ以テ本訴ハ訴權アルコト明瞭ニシテ權限訴訟提起ノ趣旨ハ正當ノ理由ナキモノナリト言渡シタリ

右權限裁判所ノ判決アリタルヲ以テ被告ハ已ヲ得ス前訴訟手續ヲ續行シ大審院ノ辯論期日ニ出頭シテ千八百八十三年五月十日控訴院ノ下シタル判決ヲ破毀シ且ツ本訴ハ無訴權ノ訴ナルヲ以テ之ヲ棄却ストノ判決アランコト

ヲ求メタリ大審院ハ左ノ理由ニ基キ上告ヲ棄却セリ

理由

上告代理人ノ論旨ハ要スルニ權限裁判所ノ下シタル本訴ハ訴權アルコト明瞭ナリトノ判決ハ即チ訴權ノアルコトヲ確認シタルモノナレハ被告ヨリ提供シタル無訴權ノ抗辯ニ關スル本訴ノ裁判ハ當然除却セラレタルモノナリ從テ上告ハ當然却下セラルヘキモノナリト云フニ在リ

依テ裁判所構成法ヲ按スルニ第十七條ニ於テ裁判所ハ訴權ニ關スル訴訟(一)ヲ裁判スヘシトノ原則ヲ掲ケリ之ニ據ルトキハ裁判所カ管轄上ノ爭ニ付キ裁判スヘキハ獨リ被告ヨリ無訴權ノ抗辯ヲ提出シタルトキノミナラス此抗辯ナキトキト雖モ又職權ヲ以テ之ヲ調査裁判セサルヘカラス然レトモ司法裁判所ト行政廳若クハ行政裁判所トノ間ニ訴權ノ有無ニ關シ爭ヲ生スルトキハ聯邦法律ノ定ムル所ニ因リ之ヲ特別權限裁判所ノ裁判ニ讓ルヘキハ亦論ヲ俟タス而シテ普國ニ於テハ千八百七十九年八月一日ノ勅令ニ依リ權限裁判所ノ權限ヲ定メ司法裁判所ニ繫屬スルモ未タ其確定判決ヲ經サル事件ニ

(一)訴權ニ關スル訴トハ特別裁判所ノ權限ニ屬スルモノナルヤ將タ司法裁判所ノ裁判ニ屬スルモノナルヤヲ確定センタメノ訴ヲ云フ而シテ我裁判所構成法ニハ獨乙ニ於ケル如ク明文ナシ然レトモ同法第二條ノ規定ノ結果トシテ當然此權利アルコト勿論トス、行政裁判法第二十條ニハ行政裁判所ハ其權限ニ關シテハ自カラ之ヲ決定ストノ明文アリ

シテ行政廳ノ認メテ以テ己レノ權限ニ屬スルモノナリトスルトキ(積極的權限爭)及司法裁判所ハ之ヲ以テ行政廳若クハ行政裁判所ノ管轄トシテ無訴權ヲ言渡シ行政廳若クハ行政裁判所ハ之ヲ司法裁判所ノ管轄ナリトシテ受理セサルトキ(消極的權限爭)ハ權限裁判所ニ於テ其管轄ヲ裁判スヘシト規定シタリ此積極的權限爭ノ場合ハ公益上司法裁判所ニ屬セシムルヨリハ寧ロ行政廳ノ裁判ニ任スルヲ善トスル事件ニシテ行政廳ヨリ自己ノ管轄ナルコトヲ主張スル場合ニ於ケル爭ヲ決スルニ在リテ其事件ハ既ニ司法裁判所ニ於テ受理セルト又判決ヲ言渡シタルトヲ問ハス又結局果シテ何レノ管轄ニ帰スルヤ未タ明ナラサル場合ナルト否トヲ論セサルナリ而シテ右權限裁判所ノ裁判ハ訴訟ニ依リ當事者ニ言渡サルヘキ判決ニハ如何ナル影響モナキモノト知ルヘシ若シ權限裁判所ニ於テ權限爭ヲ理由アリトシ訴權ナキモノト決スルトキハ司法裁判所ノ手續ハ之ニ依リ終局ヲ告ケ之ニ反シテ權限爭理由ナキトキハ千八百七十九年八月一日ノ勅令第七條ニ依リ民事訴訟法第二百二十七條(二)ニ基キ當事者ノ任意ヲ以テ前審手續ヲ中止ノ程度ニ於テ續行ス

(二)我民訴第

百八十七條ニ該ル

權限爭ハ訴訟中止ノ原因トス故ニ我國ニ於テモ其爭議決定ノ後ハ第百八十七條ノ規定ニ依リ訴訟手續受繼ノ手續ヲ爲スヘキモノトス

(三)權限裁判所ノ判決ハ其積極的權限爭ノ場合タルト消極的權限爭ノ場合タルトヲ問ハス民事裁判所ヲ羈束ス可キヤ否ヤハ我國ニ於テハ凡テ未決ノ問題ニ屬ス

ルコトヲ得換言セハ權限訴訟提起ノ當時猶其抗辯ニ付テ司法裁判所ノ裁判ナキトキハ權限訴訟終局ノ後本件繫屬ノ裁判所ハ本訴ニ付キ裁判セサルヘカラス是レ權限裁判所ニ於テ行政廳ヨリ提起シタル權限爭訟ハ理由ナク訴權ハ當然存スヘシトノ判決ヲ下シタルトキト雖モ本訴ハ之ニ依リ未タ終局ヲ告ケタルモノト謂フコトヲ得サレハナリ而シテ司法裁判所ハ權限裁判所ノ判決ニ羈束セラルヽコトナク自ラ其管轄ヲ調査裁判スルコトヲ得只消極的權限爭ノ場合ニ於テハ權限裁判所ノ判決ニ反對セル司法裁判所若クハ行政廳ノ裁判ハ無効ニ帰シ(千八百七十九年八月一日勅令第二十一條)其指定セラレタル裁判所ハ之カ手續ヲ施サヽルヘカラサルモ積極的權限爭ノ場合ニハ之ニ反シテ權限爭訟カ却下セラルヽモ司法裁判所ハ之ニ依リ手續ノ進行ヲ妨ケラルヽコトナシ

以上説明ノ理由ニ依リ控訴院カ本件ヲ以テ訴權アリトシ地方裁判所ノ無訴權ノ抗辯ヲ却下シタルヲ至當ト認メタルハ法律ニ違背スル所ナク且ツ本院カ上告人ノ抗辯ヲ棄却シ本判決ヲ下ス所以ナリ

〔第十七〕 追徵決定ニ對スル訴訟ハ司法裁判所ノ受理スヘキモノナルヤ否ヤ

(千八百八十五年二月五日判決)

○千八百八十五年二月五日判決

○我國ニ於テハ未タ官吏責任法ノ定メナキ而已ナラス郵便條例第六十六條第百二十條第百二十一條第百二十二條等ノ規定ニ據レハ或場合ニ限リ主務者又ハ約定人ナシテ償還セシムルコトアルモ國庫又ハ郵便局ヨリ被害者ニ對シテ賠償スルコトナシ故ニ今日

脚夫甲郵便物ヲ他局ニ送致スルノ途中ニ於テ一個ノ財囊ヲ郵便物中ヨリ竊取シタル爲メ郵便局ハ財囊所有者ニ賠償シタル金六千「マルク」ヲ甲ヨリ追徵スル旨決定ヲ下シタリ其後甲破産シタルニ依リ國庫ハ破産管財人ニ對シテ此決定及ヒ竊盜ヲ原因トシテ訴訟ヲ提起シ被告管財人は此債權ヲ確認スヘシトノ判決ヲ求メタリ破産管財人ハ竊盜ニ付テハ敢テ異論ヲ唱ヘス然レトモ千八百七十三年三月三十一日ノ帝國官吏規則第百四十一條ニ本件ノ如キ追徵決定ノ事ヲ認メサルヲ理由トシ反訴ヲ提起シ原告ハ其自ラ發シタル決定ノ無効ナルコトヲ確認スヘシトノ判決ヲ仰キタリ

第一審ハ竊盜ヲ理由トシテ原告ノ請求ヲ採用シ又被告主張ノ理由ニ基キ反訴ヲ是認シタリ

第一審判決ニ對シ原被兩造共ニ不服ヲ唱ヘテ控訴シ且ツ原告ハ本訴追徵決

ニ在テハ本件ト同一ノ案件ヲ生スルコトナカルベシト雖モ官廳ヨリ會計官吏若クハ收稅官吏等ニ對スル訴訟ノ場合ニ於テ或ハ參考ノ資料トナルヘキモノナキニ非ラスト信スルヲ以テ姑ク之ヲ掲クルノミ

定ヲ形式的無効ナリト宣告スルコトハ司法法廷ノ權限內ニ在ラサル旨ヲ申立タリ

控訴裁判所ハ双方ノ控訴ヲ却下シタリ

千八百八十五年二月五日大審院ハ原告ノ上告ヲ理由アリト看做シ反訴ヲ棄却セリ其理由左ノ如シ

帝國官吏規則第百四十四條ニハ「官吏ハ追徵決定ニ對シテハ其金額ニ關シテモ又賠償義務ニ關シテモ訴訟ヲ提起スルヲ得」トアリ故ニ訴權ノアル事ハ明ナル所ニシテ唯裁判ノ目的物官吏ノ賠償義務ノ有無及ヒ程度ニシテ事實正當確實ナルヤ否ヤヲ顧ルヘキノミ若シ裁判所ニ於テ官吏ノ賠償義務成立セスト裁判セラルヽトキハ追徵決定ハ事實ノ上ニ於テ無効トナルヘシ即チ判決ニ於テ決定ノ實質ヲ否認スルヲ以テ決定ハ遂ニ執行スルヲ得サルモノトナルヘシ即チ本件ハ固ト法律ノ規定ニ於テ官吏ノ行爲ニ關シテ國庫ニ損害要償權ヲ生スルコトアルヲ認メサリシヲ爭フモノナリト雖モ此前提ハ決定ノ實質的理由ノ當否ニ依リテ其必要ヲ見サルニ至ルヘシ

○千八百八十五年四月二十五日判決

或ハ官吏規則第百四十一條ハ追徵決定ノ形式的無効タルヤ否ヤヲ定ムルモノナリト論スル者アラン然レトモ此問題ハ國家ト官吏トノ公法的關係ニ關スルモノナレハ之ニ關シテハ訴權ナキコト勿論ニシテ只該法第百四十四條ノ抗告ノ方法ニ依ルノ外ナシトス只決定ノ實質ニ關スル事即チ國庫ハ官吏ニ對シテ其確定シタル金額ヲ請求スル權アリヤ否ヤノ爭ハミ私法的ニシテ裁判所ニ於テ其請求ノ當否ヲ決スルヲ得ヘシ

以上ノ理由ニ依リ被告ノ反訴ヲ棄却ス云々

〔第十八〕 裁判官ノ清算人ヲ任命スル事ハ之ヲ民事トシテ民事訴訟法ヲ適用シ得ルヤ否ヤ

（千八百八十五年四月二十五日判決）

合資會社々員甲及乙間ノ訟ニ基ク控訴院ノ判決ニ於テ會社ノ清算ヲ爲スコト及ヒ社員外ノ者ヲ以テ清算人ニ任命スルコトヲ承認スヘシト言渡サレタルニ因リ之レニ對シテ不服ヲ唱ヘ之ヲ上告シタルニ大審院ハ千八百八十五年四月二十五日左ノ理由ニ依リ上告ヲ棄却シタリ

理由

上告論旨第一點ハ裁判官カ商法第百三十三條ニ基キ清算人ヲ任命スルコトハ裁判所構成法普國施行條例第二十五條第二號ニ依リ區裁判所ノ職權ニ屬スヘキモノナルニ控訴院ハ其權限ヲ侵シ他ノ民事上ノ爭論ト同視シテ自ラ之カ任命ヲ爲シタルハ不法ナリト云フニ在リ

右上告人ノ主張ハ前審ニ於テ提供セスシテ上告審ニ於テ初メテ申出テタルニ過キス故ニ之ヲ採用スルヲ得ス假ニ此主張ニシテ猶ホ許スヘキモノトスルモ上告ハ理由ナキモノト謂ハサルヘカラス上告人演述ノ上半ハ社員某ノ繼承人ト他ノ社員間ニ會社ノ清算ナル關係ヲ生スルヤ否ヤノ裁判ヲ求メント欲スルモノヽ如シ然レトモ本訴ハ固ト清算人ノ人權ニ屬スル點ヲ爭フモノナルヲ以テ此論求ハ別個ノモノト看做サヽルヲ得ス

上告人演述ノ下半ハ清算ハ誰ニ依リテ管理セラルヘキモノナルヤノ爭ニ關ス依テ審理ヲ遂クルニ商法第二編第百三十三條ニ所謂裁判ノ宣告ハ果シテ如何ナル手續ニ依リ如何ナル裁判所ニ於テ爲スヘキヤハ商法ノ規定ニ據リテ決スヘキ限ニ在ラス此點ニ關スル從來ノ制度ハ區々ニシテ或ハ直ニ民法ノ規定ヲ適用シ或ハ普國ノ如キ伯林裁判所ハ通常訴訟ノ手續ヲ準用スルヲ許サス(マコーウェル普通獨逸商法注釋第七版第百三十三條註第四ノ口參照)之ニ反シテ伯林上等裁判所ハ或場合ニ限リ通常手續ヲ用フヘシト看做セリ(ストリトホルスト雜誌第五十七卷六十四頁參照)ト雖モ當今ハ大ニ其面目ヲ一新シテ民法ヲ適用スル場合ヲ只帝國法律ノ特別規定ノ存セサル場合ニ限ルニ至リ本件ノ爭點モ之ヲ決スルニ敢テ難キヲ覺エス即チ裁判所構成法第十三條及民事訴訟法施行條例第三條ニ「民法上ノ爭論ハ通常裁判所ニ屬シ民事訴訟法ニ定ムル手續ニ依リ裁判スヘキ事ヲ規定セリ」(一)故ニ本件ノ如キ誰ニ依リテ清算ヲ爲サシムヘキヤニ付テノ社員相互間又ハ其繼承人間ノ訴訟ハ當然民事裁判所ノ管轄ニ屬スル者タリ玆ニ注意スヘキハ精算人ヲ裁判官ニ於テ任命スルヿヲ請求スル事件ニ付テ「エンデマン」商法第一卷第四百十九頁ノ論ヲ採用セサルニ在リ此論ハ裁判ハ通常訴訟ニ據ルヘキヤ否ヤノ爭ヲ生シタル時ニ於テ初テ其必要ヲ見ルヘキノミ既ニ通常訴訟ニ據ルヘキ事ニ爭ナ

(一)我國ニ於テハ斯ノ如キ明文ナシト雖モ裁構第二條ニ所謂民事ノ裁判ハ民事訴訟法ノ手續ニ據ルヘキコト論ヲ俟タス

キニ於テハ其管轄手續ハ民事訴訟法ヲ適用シ就中普國ニ於テハ裁判所構成法施行條例第二十五條第二號ニ依リ區裁判所ノ管轄ナリト看做スヘキナリ以上説明ノ理由ニ依リ本件ハ民事訴訟法ニ依リテ其訴權ヲ認ムヘク裁判所構成法第百一條第三號第一項ニ依リ商事ヲ取扱フヘキ裁判所(二)ヲ以テ管轄裁判所トスヘシ

(二)我國ニ於テ商事ニ付テ別段ノ裁判權ヲ設定セス故ニ民事中ニ包含スルモノトス

〇千八百八十五年六月二十六日判決

〔第十九〕組合解散ニ適用スヘキ組合規則第三十五條ノ手續ハ民事ナルヤ將タ刑事ナルヤ

(千八百八十五年六月二十六日判決)

索遜王國組合管理局長某組合規則第三十五條ニ基キ登記濟ノ甲組合ノ解散ヲ地方裁判所ニ申請シタルニ地方裁判所ハ右申請ヲ受理シ口頭辯論ノ爲メ當事者ヲ呼出セリ甲組合ハ之ニ不服ヲ唱ヘ抗告シタルニ控訴院ハ地方裁判所ノ決定ヲ取消シタリ組合管理局長ハ控訴院ノ下シタル此取消決定ヲ以テ不法トシ抗告シタルニ大審院ハ千八百八十五年六月二十六日之ヲ却下シタリ其理由左ノ如シ

理由

職業組合及農業組合ノ私法上ノ位置ヲ規定セル千八百六十八年七月四日ノ帝國法律第三十五條ニ據リテ組合解散ニ適用スヘキ手續ハ民事訴訟法ノ性質ヲ有シ刑事上ノ手續ト看做スヘカラサルハ該法第二項ニ依リテ明白ナル所ナリトス法定ノ解散原因ハ固ト公法ニ基クト雖モ同法第三十五條ニ基ク解散ノ訴ハ民事ニシテ裁判所構成法第十三條ニ指示セル通常裁判所之カ管轄ヲ爲シ其手續モ總テ民事訴訟法ノ規定ヲ適用スヘキモノトス(民事訴訟法施行條例第六條參照)而シテ行政官廳ニ於テ之カ解散ヲ求ムルトキモ尚ホ當事者タル原告ノ位置ニ立タサルヘカラス隨テ其代理人ハ各審級法廷ノ許容セル辯護士ニ委任スルヲ要ス(民事訴訟法第七十四條第一項參照)(一)而シテ檢事ハ當然行政廳ノ代理人ニ非ラス又委任サレヘキモノニ非ラサルヲ以テ民事訴訟法第五百八十六條(二)ハ本件問題ニ關係ナキモノトス

以上ノ理由ニ依リ索遜組合管理局長ノ提起シタル抗告ハ法定ノ形式ヲ欠クモノト謂ハサルヘカラス即チ本抗告ハ登記濟ノ組合ヲ解散スルノ訴訟口頭

(一)我民訴第六十三條ニ該ル但シ獨訴ニ於テハ受訴裁判所々屬ノ辯護士ヲ以テ代理人ト爲スヲ必要トス

(二)我二十三

年法律第四號第十五條ノ規定ニ該ル

(三)我民訴第四百五十七條ニ該ル

(四)我民訴第四百六十三條ニ該ル

〇千八百八十五年十月二十一日判決

辯論ノ爲メ被告ノ呼出ヲ求メタル申請ヲ却下シタル控訴院ノ決定ニ對シテ提起シタルモノナレハ控訴審ニ於テハ控訴院所屬ノ辯護士ニ依リ又上告審ニ於テハ大審院ノ認許セル辯護士ニ委任セサルヘカラサルモノナリ(民事訴訟法第五百三十二條參照)然ルニ抗告人ハ此方法ヲ採ラス是レ本抗告ハ民事訴訟法第五百三十七條(四)ニ依リ却下セサルヲ得サル所以ナリ

〔第二十〕道路ノ公道ナルヤ否ヤヲ決スルハ通常裁判所ノ管轄ナリヤ否ヤ

(千八百八十五年十月二十一日判決)

原告主張ノ要旨ハ被告ニ於テ元來村民等ノ使用ニ供シ來リシ公道上ニ門戸墻壁ヲ構ヘ以テ通行ヲ妨害シタルハ即チ原告ノ公道使用權ヲ侵害シタル所爲ナリト謂ハサルヘカラス依テ被告ハ速ニ右障害物ヲ除去シ公道ノ幅員ヲ從前ノ如ク復スヘシトノ判決アランコトヲ求ムト云フニ在リ被告ハ本訴係爭ノ道路ハ固ト公道ニ非ラス隨テ原告主張ノ如ク原告固有ノ使用權ヲ妨害シタルコトナシト述ヘ且ツ第二審ニ於テハ道路ノ公道ナルヤ否ヤニ關スル訴訟ハ通常裁判所ノ受理スヘキモノニ非ラサル旨ヲ申立タリ

第二審裁判所ハ被告ノ此抗辯ヲ却ケ原告ノ訴求ヲ採用シタル第一審裁判所ノ判決ヲ是認シタリ

千八百八十五年十月二十一日大審院ハ左ノ理由ヲ以テ本件ハ之ヲ控訴院ニ差戻ス旨ヲ言渡シタリ

理由

訴訟物ノ價格僅少ナル場合ニ上告ヲ許スハ唯前審裁判官ノ認メタル訴權ヲ爭フ場合ニ限ル(訴訟法第五百九條參照)而シテ之ニ依リ一旦許サレタル上告モ前裁判攻擊ノ上告論旨ニシテ理由ナキニ於テハ亦何等ノ効果ナクシテ止ムヘキナリ即チ本件ノ場合ノ如キ是ナリ

千八百八十三年八月一日ノ裁判管轄規則第五十六條及ヒ千八百八十一年三月十九日ノ法律第五節第二條ヲ按スルニ公道ノ存在ニ相牽聯セル一私人ノ特別權利ニ關スル一私人間ノ爭ハ之ヲ通常裁判所ニ訴ヘテ救濟ヲ求ムルヲ得ストノ法文ハ更ニ發見スル能ハサル所ナリ少クトモ未タ行政訴訟ニ依リ

(一)獨訴第五百八條ニ據レハ財産權上ノ訴ニ付テハ訴訟物ノ價額千五百「マルク」以下ノモノハ上告ヲ許サス而シテ同第五百九條ハ其例外ナリ

日ク左ノ場合ニ於テハ上訴

ニ係ル訴訟物ノ價額ニ拘ハラス上告ヲ爲スコトヲ得

第一、裁判所ノ管轄違又ハ無訴權又ハ控訴ノ許スヲ可カラサルモノニ關スルトキ

第二、地方裁判所カ訴訟物ノ價額ニ拘ハラス專屬管轄權ヲ有スルトキ

テ道路ノ果シテ公道ナルヤ否ヤヲ決セサル間ハ訴權ヲ除却セラルヽ限ニ在ラス加之千八百八十一年三月十九日ノ法律第一條ハ道路警察官ノ監督命令權ヲ規定シ其第二條ニ於テ警察官ノ下シタル公道保全ニ關スル命令ニ對スル上訴ノ事ヲ掲ケ第三條ニ於テハ警察官ノ下シタル決定ニ對スル行政訴訟上ノ上訴ヲ認メ又此訴訟ニ於テ道路ノ公道ナルヤ否ハ能ク人民ノ請求ヲ酌酌シテ之ヲ定ムヘキコトヲ規定セリ故ニ道路ノ公否如何ニ付キ道路警察官ノ發シタル命令ノ當否ヲ爭フ場合ニ於テハ或ハ行政裁判所ノ裁判ヲ仰クヘシト雖モ其爭訟ニシテ苟モ私權上ニ基因スルモノナルトキハ通常裁判所ノ管轄ヲ排除スヘキ限ニ在ラス

以上ノ解釋ハ立法ノ精神ヲ酌ミテ容易ニ爲シ得ル所ナリ即チ千八百四十一年五月十一日ノ法律ノ下ニ在リテ警察官ノ認定ニ基ク道路ノ公私ヲ爭フ場合ニハ訴權ヲ認ムヘキヤ否ヤノ問題ニ付テハ訴權ナシト答フルヲ以テ通例トスト雖モ(普國權限裁判所判決即チ千八百五十一年普國司法省官報二百三頁、千八百五十三年同報五十九頁、千八百五十五年同報四百十九頁、千八百五十

七年同報三十六頁、千八百五十九年同報百四十八頁等參照)一私人間ニ於ケル道路ノ公私如何ニ關スル訴訟ハ司法裁判所ノ管轄ナリト謂ハサルヘカラス千八百七十二年ノ裁判管轄規則第百三十五條ニ於テハ道路ノ私道ナルヤ否ヤノ裁判ハ司法裁判所ノ管轄トシ道路ニ關シテ公益上ノ爭ヲ生スル場合ニハ行政廳ニ於テ之ヲ決スヘシト定メタリ此規定ハ千八百七十六年六月二十六日ノ法律第百七十五條ニ依リ廢セラレタルモ上記千八百八十一年及千八百八十三年ノ法律ニ依リ其精神ヲ維持セラレタルコト明ナリトス

以上ノ理由ニ依リ被告ノ不服ヲ申立タル裁判ハ正當ニシテ上告ハ理由ナキモノト認メサルヲ得サルヲ以テ本件ハ之ヲ原裁判所ニ差戻スモノトス

〔第二十一〕 軍隊演習ニ依リ損害ヲ受ケタル者賠償額ニ付不服ヲ唱ヘ訴訟ヲ提起スルヲ得ルヤ否ヤ

右請求ニ關シテ損害ヲ與ヘタル軍隊ノ會計官吏ハ帝國々庫ノ代理者タルヲ得ルヤ否ヤ

〇千八百八十五年十二月十六日判決

(千八百八十五年十二月十六日判決)

理由

原告ハ第三聯隊演習ニ依リ其畑地荒廢サレタル爲メ千八百七十五年二月十三日ノ法律ニ基キ賠償ヲ受ケタルニ其賠償額ハ損害ニ相當セスト爲シテ陸軍財庫ノ代理者タル第三聯隊附軍吏ニ對シ原告請求ノ額ヲ支拂フヘシトノ判決ヲ求メ軍吏ハ帝國陸軍財庫ノ代理者トシテ訴訟ニ加リ無訴權ノ抗辯ヲ爲シ本案審理前ニ本訴ノ却下アランコトヲ求メタリ而シテ第一審第二審ニ於テハ無訴權ノ言渡ヲ爲シタルモ本上告ハ理由アリト看做サヽルヲ得ス

千八百七十三年六月十三日ノ法律第三十四條ニ於テ「此法律ニ基キ請求スル訴訟ニハ國家ヲ以テ被告トスヘシ」ト明記セリ故ニ軍隊ノ爲メニ被リタル損害ハ直接ナルト間接ナルトヲ問ハス實質上及形式上帝國カ賠償者タラサルヘカラス夫ノラバンドモ其獨乙國々法第三卷三百十六頁ニ於テ斯ル場合ニハ帝國カ只其責任ヲ負フヘシト云ヘリ

次ニ民事訴訟法第五十四條(一)ニ基キ職權ヲ以テ第三聯隊ノ普國軍吏ハ帝國々

五條ニ當ル

(二)二十五年一月勅令第六號同年三月陸軍省令第二號參觀

庫ノ代表者トシテ本訴ニ加フルノ能力アリヤ否ヤヲ調査スルニ軍吏ハ此代表資格アルモノト認メサルヲ得ス(二)ラバンドハ獨逸國法第三卷第一章八頁ニ於テ帝國軍隊行政ナルモノナク只四個ノ軍事行政ナルモノアルノミト云ヒ又上告論旨ニハ地方陸軍財庫ナルモノ存在セスト云ヘリ然レトモ是亦敢テ喋々スルニ及ハサル點ナリトス何トナレハ本訴請求ノ基ク平時供給規則ニ軍吏ハ帝國ノ代表者ヲ爲スヘシト明記シアレハナリ又該法第十八條ニハ皇帝ハ該法施行ニ必要ナル勅令ヲ發スル權アリト定メ而シテ此ニ基ク勅令ハ千八百七十五年九月二日及千八百七十八年七月十一日ノ兩度ニ於テ發布セラレ軍隊ノ軍吏ハ管轄内ニ於テ賠償ヲ爲シ又ハ損害ヲ受ケタル地主ニ支拂フヘキ賠償額ヲ調査シ又支拂命令ヲ發スル機關トストアリ故ニ軍吏ハ最上ノ行政機關トシテ帝國ノ利益ヲ保護スヘク帝國ハ其命令ニ依リ義務ヲ負擔スヘキモノトス隨テ軍吏ハ帝國ノ代表者トシテ本件ノ如キ賠償額ノ增給ヲ請求スル訴訟ニ加ハル能力アリト謂ハサルヘカラス之ヲ要スルニ軍吏ノ此代表ハ軍吏タル職分ノ權限内ナリト知ルヘシ普國ニ於テモ既ニ千八百三十

八年八月六日ノ勅令ニ依リテ之ヲ認メリラベント氏モ獨乙國法第一卷三百十一頁及第三卷第一章三百十七頁ニ於テハ軍吏ハ軍事上ノ損害賠償請求事件ニ付テ帝國財庫ノ代表者ナリト云ヘリ加之千八百七十四年十一月二十三日ノ勅令ニハ明ニ軍吏ヲ以テ帝國ノ機關ノ一ニ加ヘリ

裁判所構成法第十三條(一)ニ曰ク行政官衙又ハ行政裁判所ノ管轄ニ屬シ又ハ帝國法律ヲ以テ特別裁判所ヲ定メサル限ハ民事上ノ訴訟ハ凡テ通常裁判所ノ管轄ニ屬スト而シテ本件ノ請求ハ如何ト云フニ私權ニ關スルモノニ外ナラス故ニ訴權ヲ行使シ得ル事即チ裁判所構成法第十三條ニ所謂民事上ノ訴訟ノ目的物タルコトハ爭フヘカラサル所ナリ公益ノ爲メニ所有權ヲ剝奪制限スルコトニ關スル問題ニ付テハ一個人カ他ノ私權ヲ侵犯シタルトキト同一視シテ裁判官ノ隨意ニ審理スルコトヲ許サスト雖モ既ニ此前提問題決定シテ所有權侵害ノ爲メニ賠償ヲ與ヘ只其賠償額ノ多少ニ付テ爭アル本件ノ如キハ之ヲ他ノ財産權上ノ請求ト區別スル必要ナカルヘシ普通民法第一卷第十一節第十一條ニ土地徴收ノ事ニ付キ規定シテ曰ク價額ヲ定ムルニハ必ス

(一)我裁構、第二條ニ該ル

從來ノ所有主ノ申立ヲ聽取ルヘシト千八百七十四年六月十一日ノ徴收法ニモ此原則ノ適用ヲ見ル

又普國權限裁判所モ千八百六十一年五月十一日國庫ト一私人間ニ於テ法定ノ賠償供給ニ關スル訴訟ヲ生スルトキハ都テ訴權ノ行使ヲ禁スヘカラスト認定シ千八百八十四年十二月十三日シユルツ對獨逸國軍隊財庫間ノ訴訟ニ於テモ該訴訟ハ通常裁判所ニ屬スヘキ訴訟ナリト判決シタリ云々

〔第二十二〕 公課金徴收規則違反ハ之ヲ刑事ト看做シ民事裁判所ノ受理スヘカラサルモノナルヤ否ヤ

(千八百八十六年六月一日判決)

相續人某法定ノ遺産相續ヲ爲スニ當リ脫稅(一)ヲ計リ金二十五万「マルク」ヲ隱匿シタル爲メ收稅官ヨリ區裁判所ノ執行力ヲ附シタル支拂命令ニ依リ二千五百「マルク」ノ科料ヲ課セラレタル件ニ付千八百八十六年六月一日大審院ハ左ノ理由ヲ以テ上告ヲ棄却シタリ

理由

〇千八百八十六年六月一日判決

(一)財産移轉稅ヲ免レントシタルヲ云フ

刑事訴訟法施行條例第六條第三項ニ據レハ公課金徴收規則違反ニ關シテハ刑事訴訟法第四百五十九條乃至第四百六十二條ニ牴觸セサル限ハ行政手續ヲ用ヒテ差支ナシト特ニ行政廳ヨリ直接ニ課スル科料ニ付テハ刑事訴訟法第四百五十九條ノ規定アリ民事裁判申請ニ付テハ同法第四百六十條ニ行政廳ヨリ檢事ヲ經テ裁判所ニ提出スヘシトアリ故ニ本件ノ如キ違法行爲ハ凡テ刑事ト看做スヘク其行政廳ヨリ科料ニ付テ裁判所ノ裁判ヲ請求スルトキハ刑事訴訟法ノ手續ニ依リ之ヲ處理スルヲ當然トス即チ科料ニ關スル支拂命令廢止請求ノ訴ハ民事裁判所ノ受理スヘキ限ニ在ラス云々

(一)我第二百七條第二項ニ當ル

〔第二十三〕仲裁契約ニ基キテ無訴權ヲ主張シ以テ妨訴抗辯ト爲サントスル者ニ對シテ此抗辯ヲ棄却シタル判決ハ民事訴訟法第二百四十八條第二項(一)ニ依リ上訴ニ關シテハ終局判決ト看做スヘキヤ否ヤ

〔千八百八十六年七月一日判決〕

原告某ヨリ被告火災保險會社ニ對シ損害ノ賠償ヲ求メタルニ被告ハ會社定款中ニ損害ノ多少ハ仲裁人ニ依リテ之ヲ定ムトアルヲ援用シ無訴權ヲ主張シ以テ本案辯論ヲ拒絶シタリ

第一審裁判所ハ當事者双方ノ主張ヲ聽キ先ツ此抗辯ニ付キ裁判スヘキヲ至當ト信シ中間判決ヲ以テ被告ノ抗辯ヲ棄却シタリ其理由ニ曰ク被告ノ本據トスル定款ノ規定ハ本件ノ如キ被告ノ賠償義務ヲ確定スルヲ目的トセル訴ニハ適用スヘキ限ニ在ラス云々ト

控訴院ハ控訴ヲ棄却セリ其理由ニ曰ク民事訴訟法第二百四十七條第一號及第二號(二)ニ所謂裁判所管轄違ノ抗辯及無訴權ノ抗辯ハ只法律ノ規定ニ依リ特ニ管轄若クハ訴權ヲ許サヽル場合ニノミ援用スヘキ妨訴抗辯ニシテ大審院ノ判決ニモ屢々之ヲ見ルカ如ク通常ノ契約規定ニ依リ裁判所ニ訴訟ノ裁判ヲ求ムルコトヲ爲サス之ヲ仲裁判斷ニ讓レルモノヽ如キハ之ヲ援用シテ妨訴ノ抗辯ト爲スヲ得ス隨テ被告ハ之ヲ理由トシ本案ノ辯論ヲ拒ムヲ得サル

(二)我第二百六條第二號及ヒ第一號ニ當ル

モノニシテ裁判所ニ於テ此抗辯ノ提出セラレタルトキ之ヲ分離シテ辯論及ヒ裁判スルハ訴訟法第二百四十八條(三)ニ基クニ非ラスシテ第百三十七條(四)ニ依リ辯論ヲ制限スルモノナリ云々ト

理由

被告ニ於テ無訴權ノ抗辯ヲ爲シ民事訴訟法第二百四十七條第二號(五)ニ相當スル妨訴抗辯ナリト信シ本案辯論ヲ拒ム以上ハ其理由ノ非ナルコト一目瞭然タル場合ト雖モ裁判所ハ尚ホ且ツ判決ニ依リテ之ヲ決セサルヘカラス而シテ此判決ハ固ト妨訴抗辯ニ關スルモノナレハ民事訴訟法第二百四十八條第二項(六)ニ基キ中間判決トシテ上訴ニ關シテハ終局判決タルヤ論ヲ俟タス依テ第一審裁判所ノ裁判ハ適法ニシテ控訴院ノ判決ハ不法ナリトス云々

(三)我第二百七條ニ當ル
(四)我第百十九條ニ當ル
(五)我第二百六條第一號ニ當ル
(六)我第二百七條第二項ニ當ル

〔千八百八十六年八月二十三日判決〕

〔第二十四〕墓地權利者ヨリ管轄廳ニ對シテ死骸發掘ノ許可ヲ請求スルノ訴訟ハ之ヲ司法裁判所ニ受理スヘキヤ否ヤ

(千八百八十六年八月二十三日判決)

原告某管轄廳ニ對シテ訴訟ヲ提起シ所有墓地ノ死骸ヲ發掘シテ他ニ改葬スルノ許可ヲ請求シタルニ第一審裁判所ハ原告ニ此權アリトシテ勝訴ヲ言渡シ第二審裁判所ハ千八百七十四年ノ法律ニ於テ原告ノ私權ヲ認メストノ理由ヲ以テ其請求ヲ却下シタリ大審院ハ千八百八十六年八月二十三日ノ判決ニ於テ上告ヲ棄却シタリ其理由左ノ如シ

理由

普通法ニ於テ埋葬ノ死骸ハ當該官廳ノ許可ナクモ發掘改葬スルヲ得ヘシトスルトキハ本件モ亦一私人ノ私權ニ基ク訴訟ト看做スヘク隨テ控訴院ニ於テ此法律ヲ顧ミス本請求ヲ棄却シタルハ不當ナリト謂ハサルヘカラサルモ普通法ニ於テ之ヲ認メサルヲ如何セン普通法ニ於テハ却テ物權上ノ權利者カ當該官廳ノ許可ナクシテ死屍ヲ發掘スルヲ得サル事ヲ以テ所有權ニ對スル法定ノ制限ト看做セリ又普通法ノ淵源タル羅馬法ニ據ルニ墓地ハ所謂神聖物トシテ不讓與物ト看做シ死屍發掘ハ如何ナル場合ヲ問ハス之ヲ禁制シタリ之ヲ要スルニ其發掘ノ許可ハ當該官廳ノ意見ニ從フヘキモノニシテ之

ニ對シテ民事上ノ訴ヲ以テ强テ許可ヲ請求スルノ權ナキモノトス云々

〔第二十五〕 上告審ニ於テ無訴權ノ抗辯ヲ提出シ得ルヤ否ヤ

（千八百八十六年十二月二十三日）

〇千八百八十六年十二月二十三日判決

理由

原告ハ被告ニ對シ當該管轄廳ノ命令ニ基ク學校建築ノ費用分擔額支拂ヲ請求シタリ

第一審裁判所ハ被告カ地主若クハ住民ノ資格ニ於テ負擔スヘキ義務ハ公法上ニ基クモノナレハ之ニ關スル訴訟ハ千八百八十三年八月一日ノ裁判管轄規則第四十三條及第四十七條ニ依リ訴權ヲ認ムヘカラスト雖モ慣例若クハ被告承諾ノ配當額ニ基ク名義ヲ以テスル訴訟ハ訴權アリ且ツ此名義ニ依ル請求ハ理由アリト謂ハサルヘカラスト判決シ控訴院ハ之ニ反シテ千八百八十三年八月一日ノ法律ヲ適用シテ本訴ノ果シテ訴權アルヤ否ヤヲ判決スルヲ恐レタルモノヽ如ク直ニ實質上ノ裁判ヲ爲シテ訴ヲ却下シタリ

上告人カ右控訴院ノ判決ヲ以テ法律殊ニ裁判所構成法第十三條(一)ニ違反セル不法ノ裁判トシテ上告シタルハ理由アリト謂ハサルヘカラス裁判所構成法第十三條ニ據レハ行政廳若クハ行政裁判所ノ管轄ニ屬セサル凡テノ民事訴訟ハ通常裁判所ノ管轄スヘキコトヲ定メタリ故ニ其精神ヲ推ストキハ以上除外セラレタル場合ニ於テハ通常裁判所カ自ラ進ンテ事件ノ實質的裁判ヲ爲スヲ得サルハ嘸然タル所ナリ且ツ夫レ右ノ場合ニ於ケル關係ハ公法的ニシテ當事者ノ任意變更ヲ禁シタルモノナレハ裁判所ニ於テ其管轄權ノ有無ヲ調査スルハ獨リ當然ノ職權タルノミナラス亦免ルヘカラサル義務ナリト云フ故ニ假令當事者ヨリ如何ナル申立アルモ管轄權ヲ有スル場合ノ外ハ本案ニ付キ判決ヲ下スヘカラサルヤ固ヨリ論ヲ俟タサル所ナリ（大審院民事判決錄第一卷百五十七頁第二卷六十三頁第七卷六十五頁以下參照）

以上ノ理由ニ依リ控訴院カ管轄ノ裁判ヲ決セスシテ直ニ本案ノ判決ヲ下シ本案判決ノ効力ヲ管轄有無ノ條件ニ羅ラシメタルハ當ヲ得タルモノニ非ラス假令上告人ニ於テ無訴權ノ抗辯ハ之ヲ前審ニ於テ爲サス上告審ニ於テ始

(一) 我裁、樞、第二條ニ該ル

メテ之ヲ提起シタルモノトスルモ訴權ノ有無ハ之カ爲メニ少シモ影響ヲ受クル所ナシ是レ裁判官ノ職權ヲ以テ調査スヘキ事項ニ付テハ當事者ノ申立ハ何等ノ影響ヲモ及ホサヽルモノナレハナリ又前審判決ハ上訴者ノ不利益ニ變更スルヲ許サストノ原則ヲ援用シテ本判決ヲ非難スル者アラン然レトモ右原則ハ大審院ノ判決ニモ適用セラレヘキコト當然ナリト雖モ本件ハ前審判決ノ却下及訴權ノ存在ヲ其上告論旨トシタルモノニ係ルヲ以テ此等ノ原則ハ到底本判決ノ場合ニ顧ルノ必要ナカルヘシ

〔千八百八十七年二月十一日判決〕

〔第二十六〕 市町村ノ公債利子ヲ市町村人民ヨリ取立ツル事ニ關スル訴訟ハ司法裁判所ニ於テ受理スヘキヤ否ヤ

〔千八百八十七年二月十一日判決〕

理由

某市道路開設規則第四條ニ於テ沿道ノ土地所有者ハ新道ニ沿フテ建物ヲ建設セントスルトキハ市ノ新道開設ノ爲メニ費シタル費用ヲ支拂フヘシト而シテ仝規約第十四條ニ於テ「建物建設中ニ土地ノ所有主ニ變更アルトキハ後ノ所有主ニ此義務ヲ移轉シ其取立ハ行政處分ニ據ルヘシ」ト規定セリ蓋シ道路ノ開設維持ハ公法上市ノ負擔スヘキ義務ナルヲ以テ此等ノ方法ヲ設ケテ其人民ニ負擔ヲ分ツハ市ノ公課權當然ノ作用ナリ然リ而シテ國稅ハ公法ニ基クカ爲メ之ニ關スル訴權ヲ認メストノ判決ハ大審院判決例ニ於テ屢見ル所ナリ苟モ然ラハ市町村ノ行政法規ニ基ク公課ニ關シテモ普通民法第二卷第七十八節第十四條ニ依リ民事法廷ニ於テ受理スヘキモノニ非ラサルヤ亦論ヲ俟タサルヘシ

以上ノ理由ニ依リ市ノ新道開設ノ爲メニ借入レタル金額ヲ市民カ如何ナル程度ニ於テ負擔セサルヘカラサルヤ規約第四條ノ規定セル方法ニ據ルヘキヤノ爭ハ通常裁判所ノ裁判ニ依リテ決スヘキ限ニ在ラサルコト明ナリトス以上ノ如ク元金ノ負擔ニ關シテ訴權ヲ認メストセハ其利子ノ負擔ニ於テモ亦之ヲ認ムヘキニ非ラス是レ本件ニ利子ト稱スルモノハ新道開設ノ爲メ生シタル市ノ公債ノ果實ニシテ亦市ノ行政機關カ其權能ニ依リ沿道所有主ニ

賦課シタルニ過キサレハナリ之ヲ要スルニ市ノ權能ニ屬スル公課ニ不服ヲ唱ヘ既收ノ公債利子ノ返還ヲ求ムル訴訟ハ當然訴權ナシトシテ棄却セサルヲ得ス

〔千八百八十七年五月十四日判決〕

〔第二十七〕 公法上ノ義務ハ之ヲ司法裁判所ニ訴ヘテ救濟ヲ求ムルヲ得ストノ原則アリヤ如何

〔千八百八十七年五月十四日判決〕

理由

獨乙聯邦ノ中ニハ其性質上ヨリ推ストキハ寧ロ之ヲ司法裁判所ノ管轄トスルヲ相當トスル請求ニシテ往々行政訴訟ノ方法ニ據ラシメ又公益上ノ理由ニ基ク請求ト雖モ之ヲ司法裁判所ノ管轄ニ屬セシムルコトアリ例ヘハ災厄保險會社ニ對スル損害賠償ノ請求ハ之ヲ司法裁判所ニ訴フルヲ得ルハ論ナキモ公益ノ理由ニヨリ官設ニ係ル不動産火災保險所ニ對スルモノハ如何其請求ノ性質前者ニ酷似セルニ拘ハラス其爭點ノ如何ニ依リ或ハ之ヲ司法裁判所ニ訴フルヲ許シ或ハ行政廳ニ爭ハシメ又或邦ニハ單ニ行政裁判所若クハ行政廳ノミノ管轄トシ或邦ニハ單ニ司法裁判所ノ管轄ニ屬セシムルカ如シ(レーニング獨乙行政法教科書六百七十九頁第一參照)之ヲ要スルニ司法事件ト云ヒ行政事件ト稱スルハ其邦ノ立法如何ニ依リテ定マルヘキモノニシテ獨乙國一般ニ標準トナルヘキ兩者ノ區別ヲ明定シタル法規ハ未タ在テ存セサルナリ云々

(一)司法行政ノ區別ヲ明定セル法規ナシト雖モ學理上其性質ニ付テ區別シ能ハサルニ非ラス本件ハ唯一般標準トナルヘキ一定ノ法規ナシト云フニ過キサルモノト知ルヘシ

(一)我第八十二條ニ當ル

〔千八百八十三年十月十八日總部聯合判決〕

第二章 訴訟法ノ解釋

〔第二十八〕 民事訴訟法第九十四條(一)ニ所謂費用ノ點ニ關スル裁判ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ストハ費用ノ點ノミカ裁判ノ目的物タルトキト雖モ尚ホ不服ノ申立ヲ許サヽル精神ナルヤ如何

〔千八百八十三年十月十八日總部聯合判決〕

原告某被告某ニ對シテ書入質利息請求ノ訴ヲ提起シタルニ被告ハ起訴後原告ノ請求通支拂ヲ爲シタルニ依リ訴訟費用ノミノ爭トナレリ而シテ第一審

(二)我裁構第四十九條參觀

(三)上ノ(一)ニ同シ

裁判所ハ之ヲ被告ノ負擔ト判決シ控訴院ハ控訴ヲ許スヘカラサルモノトシテ訴ヲ却下スルノ旨ヲ言渡シ大審院ハ千八百八十三年十月十八日總部ノ聯合裁判ヲ開キ(二)遂ニ左ノ理由ニ依リ上訴ヲ却下シタリ

理由

上訴人ハ專ラ大審院判決錄第六卷四百三十二頁ニ掲クル理由及民事第一科八十二年第五百六號事件ノ判決ヲ以テ議論ノ根據ト爲シ民事訴訟法第九十四條(三)ニ付キ前審裁判所ノ與ヘタル解釋ニ反對スルモノナリ依テ這回本院總部ノ聯合會議ヲ開キ更ニ審理ヲ遂クル處右判決ハ採テ以テ他ノ標準ト爲スニ足ラス前審裁判所ノ解釋ハ最モ至當ナルコトヲ發見シタリ今左ニ其理由ヲ開示セン

民事訴訟法第九十四條ニ曰ク費用ノ點ニ關スル裁判ニ關シテハ本案ノ裁判ニ對シ上訴ヲ提出シタルトキニ非ラサレハ不服ヲ申立ツルコトヲ得スト此規定ハ民事訴訟法總則ノ中ニ掲ケラレ當事者ノ費用負擔ノ義務ニ關スル總則ト相俟テ必要ノ規定ヲ爲スモノナリ然リ而シテ訴訟費用ハ其成立ノ源ヲ

(四)我第七十六條ニ當ル

(五)我第二百三十一條ニ當ル

(六)我第八十二條ニ當ル

(七)我第七十二條ニ當ル

(八)上ノ(五)ニ同シ

(九)上ノ(六)ニ同シ

訴訟ニ酌ミ其存在及範圍ハ常ニ訴訟ト牽聯シ訴訟費用其者トシテハ決シテ獨立スルモノニ非ラサル事ハ大方學者ノ一致スル所ニシテ一定不動ノ原則タリ夫ノ民事訴訟法第九十一條(四)第二百七十九條(五)第九十四條(六)等ニ於テ本案(主タル請求及ヒ從タル請求)及訴訟費用ノ事ヲ掲載スルノ精神蓋シ亦此ニ基ク以上ノ精神ヲ推究スルトキハ訴訟費用ハ獨立シテ他ノ訴訟ノ目的物タルコトヲ得ス牽聯ノ訴訟法廷外ニ於テ終了スルトキハ更ニ訴訟ノ本案トシテ訴求スルヲ許サヽルコト明ナリ又第八十七條(七)以下ヲ按スルニ各審級ニ於ケル全訴訟費用ノコトヲ規定シ第二百七十九條(八)ハ裁判官ハ訴訟費用ニ付テハ申立ナキモ判決スヘシト規定セリ即チ上級審ノ裁判官ハ本案ノ審理ト共ニ訴訟費用ノ審理ヲ盡サヽルヘカラス隨テ本案ニ關スル上訴ニハ亦訴訟費用ノコトヲモ含蓄セルモノト看做サヽルヘカラサル所以ヲ明ニセルナリ然レトモ此等ノ規定ハ本案ニ付テ上訴ヲ爲サス只訴訟費用ニ關スル裁判ニ不服アルトキハ如何ニ處分スヘキカノ問題ニ對シテ直接ニ明解ヲ與ヘタルモノト謂フヲ得ス依テ今假ニ第九十四條(九)ノ代リニ本案裁判ニ對シテ上訴ヲ爲サヽ

ルトキハ訴訟費用裁判ノ不服ヲ申立ツルヲ得ストノ規定アリトシテ以上ノ問題ヲ解釋スルトキハ容易ニ不服ヲ許サヽル精神ナルコトヲ知ルニ足ルヘシ而シテ今翻テ第九十四條ノ精神ヲ按スルニ上記假設ノ文字ト更ニ異ナルナキヲ知ル即チ第九十四條ニ所謂費用ノ點ニ關スル裁判ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ストハ費用裁判ノ不服申立ヲ許サヽル原則ヲ示シ其本案ノ裁判ニ對シ上訴ヲ提出シタルトキニ非サレハトノ文字ハ例外トシテ不服申立ヲ許ス場合ヲ擧示シタルナリ反對解釋者ハ第九十四條ヲ以テ本案裁判ニ附着セル費用裁判ノミニ限ル規定トシ費用ノミニ關スル裁判ノ事ハ法文ニ規定ナキヲ以テ他ノ裁判ト同シク獨立シテ上訴ヲ爲シ得ヘシト論シ去ラソトスルモ是レ必竟不當ノ解釋タルヲ免レス右條文ヲ正當ニ讀下スル者ハ決シテ斯ル解釋ヲ爲スコトナカルヘシ且ツ理論ノ上ニ於テモ反對解釋論ハ亦奇怪ト謂ハサルヘカラス費用裁判ノ不服ハ本案裁判ニ附着スルトキハ之ヲ許サスシテ只費用裁判其者ノミナルトキハ之ヲ許スヘシトハ果シテ適理ノ議論ト謂フヲ得ヘキヤ何ノ必要アリテ彼ヲ許シ而シテ是ヲ許サヽルヤ殆ソト其理ヲ解スヘカラス費用裁判ハ形式的ニ於テコソ本案ニ附着スルモノト否トノ差別アレ其本質上ヨリ觀察スルトキハ更ニ此等ノ區別ナク費用裁判ト云ヘハ必ス本案ニ附屬シ決シテ獨立ニ存在スルモノニ非ラス尤モ訴訟費用ヲ本案ノ勝訴者ニ課スル場合又ハ本案裁判ニ對シテ上訴スルヲ得サル場合等ニ於テハ費用裁判ニ關シテ獨立ノ上訴ヲ許スヲ允當トスヘキコトナキニシモ非ス然レトモ是レ單ニ立法ヲ非難スルニ止リ以テ第九十四條ヲ解釋スルノ理由ト爲スヘキニ非ラス

次ニ第九十四條ヲ沿革的ニ研究スルニ亦以上ノ論結ト一致スルコトヲ發見セリ

千八百六十四年ノ普國草案ノ規定ニ曰ク「第六百十七條費用ノ點ニ關スル不當ノ裁判ハ只同時ニ本案ニ付テ不服ヲ申立ツル場合ニ限リ控訴スルヲ得」ト右條文ノ理由書(デッケル千八百六十四年ノ出版雜誌百四十七頁參照)ニ曰ク「費用ノ點ニ付テノ控訴ハ價格ノミニ限ル抗告ノ場合ト雖モ尚ホ之ヲ許サス故ニ費用ノ點ノミニ付テハ控訴ヲ許サヽル原則ヲ確守スルモノナリ」ト而シテ

此理由書ハ其後ノ草案理由書ト毫モ其說ヲ異ニセス

尙ホ之ヨリ進ンテ右理由書ノ模範タリシ法規ニ付テ研究センニ千八百三十九年四月六日普國政府ノ下シタル解釋命令第一章第三號ニ曰ク「費用ノ點ニ關スル不當ノ裁判ニ付テハ本案ノ上訴ヲ許サヽルカ又ハ本案ノ不服ヲ申立テサル場合ニ限リ或制限アル補償ヲ申請スルコトヲ許ス」ト此主義ヲ採用シタル北獨逸ノ草案第百五十六條モ同一ノ規定ヲ爲セリ(千八百六十九年九月十一日及同月十三日北獨逸法典調査會議事錄千四百八十五頁以下參照)又右理由書(カルトカムプ出版雜誌四百三十七頁參照)ニ於テハ佛國及普國訴訟法ノ原則ヲ說キテ曰ク「普國草案第六百十七條第四號北獨逸草案第百五十六條ニ據レハ第九十二條(第九十四條)ハ本案裁判ニ對シテ上訴ヲ許サヽル場合ニハ費用ノ點ニ關スル裁判ニ對シテモ不服ヲ申立ツルヲ得ス假令其不服ノ上訴ハ抗告ノ式ヲ用フルモ尙ホ之ヲ許サスト現行民事訴訟法ノ規定ハ北獨逸草案ニ源ヲ酌ミ北獨逸草案ハ千八百三十九年四月六日ノ命令ノ主義ヲ採用セルモノニシテ其間法文ノ文字ハ多少ノ變更ヲ閱シタルモ其精神ニ至リテ

○千八百八十五年五月五日判決

(一)我第百二十二條ニ當ル以下皆同シ

ハ前段說明ノ如ク古今一貫ナリ即チ費用裁判ノ不服ハ本案上訴ヲ許ス場合ニ非サレハ假令之ノミニ關シテ裁判アリタル場合ト雖モ尙ホ之ヲ許サヽリシコト明ナリ斯クノ如ク法文ノ精神ニ於テ費用裁判ノ上訴ハ不適法トスルヲ以テ右上訴ノ審理ト共ニ本案裁判ノ覆審ヲ爲シ又ハ本案裁判ト費用裁判トヲ分離シテ各別ニ審理スル方法ヲ用フルモ其獨立ノ費用裁判ニ對シテ不服ヲ申立ツルヲ得ストノ法律ニ違背スルヤ一ナリトス

以上說明ノ如ク民事訴訟法第九十四條ハ費用ノ點ノミ裁判ノ目的物タルトキト雖モ尙ホ不服ヲ申立ツルコトヲ許サヽルノ精神明ナルヲ以テ上告人申立ノ上訴ハ之ヲ却下セサルヲ得ス

(第二十九) 刑事訴訟手續ノ完結ニ至ルマテ辯論ヲ中止スルコトニ付テノ民事訴訟法第百四十條(一)ノ規定ハ證書訴訟及爲替訴訟ニ之ヲ適用スヘキヤ否ヤ

(千八百八十五年五月五日判決)

原告某ハ被告某ヨリ自己ノ指圖式ニ於テシ且ツ其請取證ヲ記載シテ原告ニ

宛テ振出シタル手形ニ付テ爲替訴訟ヲ提起シタリ

被告ハ此手形ニハ請取證ヲ記載セスシテ之ヲ原告ニ交付シタルニ原告ハ漫ニ請取證ヲ記載シタルモノナリト主張シタリ

裁判所ハ被告カ此主張ニ對シテ宣誓ヲ爲サンコトノ申立ヲ許容シテ宣誓ヲ爲サシメタリ

被告ハ原告ノ詐欺ノ嫌疑ニ付テ審査ヲ遂クヘキ旨ヲ記載シタル檢事局ノ證明書ヲ提出シテ民事訴訟法第百四十條ニ依リテ刑事訴訟手續ノ完結ニ至ルマテ辯論ヲ中止セラレンコトヲ申立テ裁判所ハ此申立ヲ許容ストノ決定ヲ爲シタリ而シテ原告ハ此決定ニ對シテ抗告ヲ爲シタルニ抗告裁判所ハ民事訴訟法第百四十條ノ規定ハ爲替訴訟及ヒ證書訴訟ニ之ヲ適用スルコトヲ得サルモノナリトノ理由ヲ以テ前決定ヲ取消シタリ依テ被告ハ更ニ抗告ヲ爲シタルニ前抗告裁判所ノ裁判ハ理由ナキモノトセラレ而カモ被告ノ抗告ハ亦タ理由ナキモノトシテ棄却セラレタリ蓋シ原告ニ對シテ嫌疑ヲ置クニ足ルヘキ事實存セストノ理由ニ因ルナリ

理由

前抗告裁判所カ民事訴訟法第一編總則ハ唯證書訴訟及ヒ爲替訴訟ニ付テ特ニ設ケタル法條ト牴觸セサル限度ニ於テ之ヲ證書訴訟及ヒ爲替訴訟ニ適用スヘキモノト斷定シタルハ其當ヲ得タルモノトス然レトモ證書訴訟及ヒ爲替訴訟ハ專ラ裁判ノ迅速ヲ旨トシ即時ニ證明スルコトヲ得サル證據方法ハ凡テ之ヲ許スヘキ限ニ非ラス然ルニ被告ハ民事訴訟法第百四十條ニ依リテ辯論中止ノ申立ヲ爲シ其中止ノ間ニ於テ自己ノ抗辯ニ關シテ即時ニ證明スルコトヲ得ヘキ證據方法ヲ求メントスルモノナリ故ニ其中止ノ申立ハ許容スヘカラスト云フニ至リテハ蓋シ民事訴訟法第百四十條ヲ誤解セルモノトヰハサルヘカラス

抑民事訴訟法第百四十條ニ依リテ辯論ヲ中止スルトキハ孰レカノ訴訟當事者ハ之カ爲メニ證據提出上ノ便宜ヲ受クルコトアルヘシ然レトモ該條ハ當事者ニ向テ證據提出ノ準備ヲ補助スルヲ以テ其目的トナスニ非ラス又當事者ニ向テ中止ノ申立ヲ爲スノ權能ヲ賦與スルモノニ非ラス唯裁判所カ當事

○千八百八十七年九月二十八日總部聯合判決

(一)遲滯額トハ既ニ支拂期ヲ過キテ未タ

者ノ申立ノ有無ニ拘ハラス其意見ニ依リ職權ヲ以テ辯論ノ中止ヲ命スルコトヲ得ルノ權限ヲ裁判所ニ賦與シタルモノナリ而シテ裁判所カ此權限ヲ行フニハ訴訟進行中ニ於テ犯罪ノ嫌疑起リ其審査ノ結果カ本案ノ判決ニ影響ヲ及ホスヘキ虞アル場合ニ於テスヘキコトヲ以テ其唯一ノ要件トス而シテ本件ニ於テ原告ノ犯罪事實ノ有無如何ハ以テ本件判決ノ定マルヘキモノタルコトハ即チ此要件トスル場合カ證書訴訟及ヒ爲替訴訟及ヒ爲替訴訟ニ於テモ亦生シ得ヘキコトヲ示スモノナリ故ニ證書訴訟及ヒ爲替訴訟ニ於テハ第百四十條ヲ適用スヘカラストノ理由在テ存スルコトナシ而シテ又被告カ果シテ證書訴訟及ヒ爲替訴訟ニ於テ許ス所ノ證據方法ニ據リテ原告ノ犯罪ニ付テノ證據ヲ提出シ得ルヤ否ヤハ辯論中止ヲ命シテ刑事訴訟手續ノ完結シタル後再ヒ辯論ヲ開始スルノ時ニ至リテ初メテ之ヲ論スヘキモノトス

〔第三十〕 定時ノ收益及ヒ供給ノ遲滯額カ將來ノ收入(一)ニ付テノ請求ト共ニ訴訟物ト爲リタルトキハ其遲滯額ハ其權利ノ價格(基本價格)ト合算セラルヘキ

辯濟ヲ爲サトルモノ

(二)將來ノ收入トハ未タ支拂期限ニ達セサルモ將來引續キ支拂フヘキ一定ノ金額

(三)我第五條第四項ニ當ル

(四)我第三條第二項

(五)上ノ(四)ニ同シ

ヤ否ヤ

(千八百八十七年九月二十八日判決)

大審院ハ左ノ論據ニ依リテ之ヲ合算スヘキモノナリト判決セリ

民事訴訟法第九條(三)ハ起訴ノ日時ニ於テ未タ期限ノ滿了セサル(將來ノ)收入ノ價格算定法ニ付テ規定セルモノナリ故ニ此收入額ニ付テノ權利ト遲滯額ニ付テノ請求トカ一ノ訴ニ於テ訴訟物トナルトキハ遲滯額ニ付テノ請求ハ民事訴訟法第四條(四)ニ謂フ所ノ附帶請求ニ非ラス

理由

原告カ千八百八十三年被告ニ對シテ起訴シタル申立ノ要領ハ乙某ノ設立セル慈惠病院ノ基本金ノ利子ニ付テ千八百七十七年以降毎年百二十「マルク」ツヽノ割合ヲ以テ本年マテノ遲滯額ハ即時ニ之ヲ拂渡シ本年以降ノ分ハ年々順次ニ之ヲ拂渡スヘシトノ申渡アランコトヲ望ムト云フニアリ

原告ハ上告ヲ爲シタリ於此乎被告ハ民事訴訟法第九條第二項(五)ニ從ヒテ原告請求ノ利子年額百二十「マルク」ヲ十二倍半スレハ僅ニ千五百「マルク」ナリ故ニ

(六) 獨訴第五百八條第一項ニ曰ク財産上ノ請求ニ關スル訴ハ上訴ニ係ル訴訟物ノ價額千五百「マルク」ヲ超過スルニ非レハ上告ヲ許サスト

(七) 獨逸帝國法律ハ帝國法律官報ニ掲載後二週間ヨリ實施ノ効力ヲ生スルモノトス我邦法律ノ効力ハ公布式ノ定ムル所ニ據ル

(八) 我第三條乃至第六條ニ當ル但シ順序ハ同シカラス

(九) 我第六條ニ當ル

民事訴訟法第五百八條第一項(六)ニ依リ原告ハ上告スルコトヲ得サルモノナリト主張シタリ

原告ハ之ニ對シテ既ニ期限ノ滿了シタル額即チ延滯額ヲモ合算スヘキモノナリト主張シタリ

大審院民事第四部ハ本件ヲ審理シ原告ノ主張ヲ正當ト認メタリト雖モ先年民事第五部ニ於テ爲シタル判決ハ被告ノ主張ト同一ノ趣旨ナルカ故ニ本件ヲ民事部總會議ニ移送シタリ

本件カ民事部總會議ニ移送セラレタルハ千八百八十六年三月二十五日ニシテ即チ同年同月二十三日ニ發布セラレタル裁判所構成法第百三十七條ノ改正法律カ未タ實施ノ効力ヲ生セサル時ニ在リ(七)然ルニ大審院總會議ハ先年既ニ斯クノ如キ場合ニ於テハ改正法律ニ依リテ訴訟事件ヲ取扱フヘキモノナルコトヲ決議シタリ而シテ今又更ニ此決議ヲ變更スヘキ理由アルヲ見ス

民事部總會議ニ於テハ民事第四部ノ意見ヲ以テ可ナリトセリ抑上告審ニ於テ訴訟物ノ價格ヲ算定スルニハ民事訴訟法第三條乃至第九條(八)ニ掲クル所ノ

價額算定法ヲ適用シテ同法第五百八條第二項ニ依ラサルヘカラス而シテ第三條(九)ニ訴訟物ノ價格ハ裁判所ノ意見ヲ以テ之ヲ定ムトアルハ蓋シ訴訟物ノ價格ヲ算定スルノ通例ヲ示シタルナリ

所謂價格トハ經濟上ノ價格ヲノミ指スモノナリ裁判官ハ此價格ヲ標準トシテ公平ナル判斷ヲ下サヽルヘカラス而シテ定時ニシテ其消滅期限確定セス從テ其收入確定セサル請求權カ將來ノ收入ノ外尚ホ已ニ確定シタル價格ヲ包含スル場合ニ於テハ將來ノ收入ニノミ付テノ場合ニ比シテ其請求權ノ價格ノ大ナルコト言ハスシテ明ナリ

然レトモ第三條ハ一般ノ通則ヲ掲クタルニ過キス該條ニ所謂裁判官ノ意見ハ該條以下數條ノ規定ニ依リテ限定セラレ若クハ變更セラルヽモノナリ就中第六條(十)ハ占有ニ付テノ訴ノ塲合及ヒ債權ノ擔保及ヒ質權カ訴訟物ナル塲合ヲ規定シ第七條(十一)ハ地役權ノ塲合ヲ規定シ第八條(十二)ハ賃貸借及ヒ永貸借ノ塲合ヲ規定セリ而シテ第五條(十三)ニ於テハ一ノ訴ヲ以テ請求スル數個ノ請求ノ價格ヲ合算シ且ツ本訴ト反訴トノ訴訟物ハ之ヲ合算セサルコトヲ規定セリ上

(十) 我第五條

(十一) 同上第一號

(十二) 同上第二號

(十三) 同上第三號

(十四) 我第四條

ニ述ヘタル如クナルカ故ニ民事第五部カ先キニ言渡シタル判決ノ趣旨ハ民事訴訟法第五百八條第二項ニ援用スル所ノ第三條乃至第九條ノ法條中ノ第四條及ヒ第九條ニ就テ之ヲ求メサルヘカラス而シテ第四條ニハ同ク起訴ノ日時ハ價額算定ノ標準トナル果實收益利子損害及ヒ費用ハ附帶請求トシテ主張スルトキハ之ヲ算入セスト本條ノ規定ハ即チ第三條ニ掲クル通則ノ除外例ナリ或請求ヲ果實收益等ト共ニ請求スルトキハ其價額ハ勿論增加スト雖モ果實收益等カ附帶請求トシテ主張セラルヽトキハ之ヲ合算スルコトヲ得サルモノトス此除外例ヲ設クタル所以ハ民事訴訟法草案理由書ニ云フ如ク此クノ如キ附帶請求ノ價額ヲ審査スルノ困難ナルカ爲メニ裁判所ノ事物ノ管轄ヲ定ムルニ方リテ繁雜ヲ生スルノ弊ヲ防カンカ爲メナリ

第四條ヲ適用シテ本件ヲ判決セントセハ本件ニ於テ請求スル利子ハ法律上附帶請求ノ性質ヲ有スルモノトセサルヘカラス然レトモ是レ素ヨリ謂フヘカラサルコトナリ

附帶請求ヲ極メテ廣意ニ解スルトキハ他ノ請求ト共ニ主張セラルヽ所ノ請求ハ凡テ之ヲ附帶請求ナリト云フヲ得ヘシト雖モ第五條ニハ一ノ訴ヲ以テ主張セラルヽ數個ノ請求ハ之ヲ合算ストアリ以テ斯ク廣意ニ解スヘカラサルヲ知ルヘシ即チ附帶請求トハ主タル請求アリテ初メテ存在シ之ト終始消長ヲ共ニスルモノナリトス(獨第二百四十條第二項)故ニ本件ニ於テ遲滯利子ヲ以テ附帶請求ト稱スルヲ得ス是レ他ニ主タル請求存セサレハナリ將來ノ利子ニ付テノ請求ハ主タル請求ニ非ラス併合請求ノ一部分ニシテ他ノ部分(即チ遲滯シタル利子)ト同等ノ地位ニ在リ同一ノ法律上ノ原因ニヨリテ支配セラレ各部分ノ存否ハ互ニ他ノ部分ノ存否ニ關セサルナリ

第四條ニ就テハ上ニ論シタル如シ次ニ第九條ニ就テ論セン法條ニ曰ク

定時ノ收益又ハ供給ニ付テノ權利ノ價額ハ一年間收入ノ價額ニ從ヒ左ノ方法ニ依リテ之ヲ算定ス收入權ノ將來消滅スルコト確カナルモ其消滅ノ時期定マラサルトキハ十二倍半ノ額收入權ノ期限制限ナキトキ又ハ定マリタルモノナルトキハ二十五倍半ノ額但收入權ノ期限定マリタルモノニ付テハ其將來ノ收入ノ總額カ前ノ額ヨリ寡キトキハ此總額ヲ以テ標準ト

(十四)我第二百九十二條第二項

(十五)第五條第四號

（十六）第五條
第三號

ス

論者或ハ曰ハン定時ノ收入及ヒ供給ニ付テノ價額ハ一ケ年收入ノ價額ニ從ヒ算定ス云々トアルハ起訴ノ時既ニ期限ノ終レル收入ハ之ヲ合算セスト云フニ非ラス又第八條(十六)ヲ第九條ニ準用スルコトヲ得ヘシ而シテ第八條ニ爭ア ル全期ニ當タル借賃ノ額云々トアルハ毎年ノ利子ハ起訴ノ當時ニ於テ其期限未タ終ラサルモノニ限リ之ヲ合算スト云フニ在ラサルナリト然レトモ是レ唯法條ノ文面ヨリ立論シタルモノニ過キス蓋シ第九條ハ起訴ノ當時未タ其期限ノ終ラサル收入ノミニ付テ規定シタルナリ而シテ第八條ニ定ムル所ハ賃借權及ヒ永借權ヨリ生スル總テノ請求ノ場合ニシテ唯其權利ノ利子ノミカ直接ニ訴訟物タル場合ヲ云フニ非ラス故ニ第九條ヲ解釋スルニ方リテ第八條ヲ準用スルコト能ハサルナリ

第九條ハ期限ノ定ラサル收入權ニ付テハ其性質上價額ヲ算定スルコト困難ニシテ不公平ニ陷リ易キ恐アルヲ以テ其一定ノ標準ヲ示シ又期限ノ定マリタル收入ニ付テハ其一ケ年ノ收入價額ヲ二十五倍シタルモノヲ元本ト看做シ一ケ年ノ收入ハ即チ此元本ノ利子ニ相當スルモノナリト推定シテ以テ第五條(十七)ニ定ムル合算法ヲ制限シタルモノナリ然ルニ起訴ノ時既ニ其期限ニ達シタル收入ニ付テハ期限ノ不定ナルコトナク從テ一定ノ標準ナルモノヲ設クルノ必要ナシ又推定的元本ヲ定ムルノ必要ナシ又第九條ノ末項ニ收入權ノ期限ノ定マラサルモノニ付テハ其將來ノ收入ノ總額云々トアリ以テ該條ハ既ニ期限ノ終ハリタル收入ニ付テノ規定ヲ含マサルコトヲ知ルヘシ之ヲ要スルニ將來ノ收入ト共ニ一ノ訴ヲ以テ訴ヘラレタル延滯利子ヲ合算スヘキヤ否ヤハ第九條ニ依リテ決スルコトヲ得サルモノナリ

已上述ヘタル如クナルカ故ニ延滯利子ニ付テノ請求ハ將來ノ收入ニ付テノ請求ト各獨立ナル請求ナリト謂ハサルヘカラス故ニ此二者ハ民事訴訟法第五條ニ依リテ之ヲ合算セサルヘカラス

（十七）第四條

〇千八百八十一年十月二十一日判決

（一）我婚第五條ニ當ル

第三章　民事訴訟法ノ時ニ關スル効力

〔第三十一〕　舊法ノ訴訟手續ニ依リ離婚ノ訴ヲ却ケタル判決ノ確定力ハ民事訴訟法第五百七十六條(一)ニ據

リ其範圍ヲ定ムヘキヤ

（千八百八十一年十月二十一日判決）

原告ハ既ニ千八百六十六年被告ヨリ重大ノ侮辱ヲ受ケタルヲ理由トシテ離婚ノ訴ヲ提起シ控訴院ニ於テ千八百六十九年七月十日「コード、シビル」第二百六十九條ニ基キ訴ヲ却下スル旨言渡サレタルニ千八百八十年再ヒ離婚ノ訴ヲ起シ舊訴ノ事實ニ其後受ケタリト稱スル侮辱ノ事實ヲ加ヘテ訴ノ原因トシタリ是ニ於テ被告ハ原告平常ノ不行跡ヲ證明シ且ツ原告ノ擧示スル舊訴ノ事實ハ既ニ舊判決ニ依リ訴ヲ却下セラレタルヲ以テ最早法律上何等ノ効果ナキ旨申立テタリ

第一審及ヒ第二審裁判所ハ原告ノ請求ヲ採用シ大審院ハ千八百八十一年十月二十一日控訴院ノ判決ヲ破棄シ更ニ事件ノ辯論ヲ爲サシムル爲メ之ヲ前院ニ差戻ス旨言渡シタリ其理由左ノ如シ

理由

控訴院ハ被告ヨリ被告ノ妻ノ不行跡ニシテ夫婦ノ信實ヲ欠キタル證明ヲ爲

（二）夫婦共ニ不行跡アルモ互ニ相殺スルコトヲ得サルヲ云フ

シタルコトヲ認ムルモ離婚件ニハ相殺權（二）ナク且ツ被告ヨリ敢テ離婚ヲ希望シタル次第ニ非ラサルヲ以テ是等ノ事實證據ハ何等ノ必要モナキモノナリト說明シタリ控訴院カ離婚ノ訴ニ對シテハ相殺ノ抗辯ヲ爲スヲ得スト說明シタル點ハ至當ト看做サヽルヘカラサルモ此抗辯ノ爲メニ被告ノ演述シタル事實ヲ以テ何等ノ必要ナキモノナリト論シ去ラントスルニ至リテハ妄斷タル譏ヲ免レス「コード、シビル」第二百三十一條ニ所謂重大ノ侮辱ナル事ハ偏ニ被告ノ言語及ヒ所爲ノミニ依リテ判斷ヲ下スヘカラサルハ學說及ヒ判決例ノ一致スル所ナリ即チ果シテ重大ノ侮辱ヲ爲セシヤ否ヤヲ判定セントスルニハ夫婦ノ身分智識ヲ考ヘ又其他ノ凡テノ狀況就中原告ノ所爲ニ依リテ被告ノ憤怒ヲ來セシニ非ラサルカ被告ノ言語所爲ハ却テ原告ノ言語所爲ニ起因スルナキカヲ調査セサルヘカラス故ニ能ク當事者ノ身分、生活ノ位置智識ノ程度、夫婦ノ關係侮辱ヲ受ケタリト稱スル者ノ平常ノ品行等ヲ詳細ニ調査シテ判定スルニ於テハ重大ノ侮辱ト看做スヘキ言語所爲モ敢テ然ラサルヲ知了スヘシ

控訴院ハ此等ノ調査ヲ盡サス「コード、シビル」第二百三十一條ヲ誤解シテ裁判ヲ下シタリ依テ右判決ハ破毀セサルヲ得サルモノトス

然レ𪜈上告人カ控訴院判決ハ確定力ノ原則ヲ誤リタルモノナリト論シタル點ハ更ニ理由アリト認ムルヲ得ス舊判決ハ民事訴訟法實施以前ニ確定シタルモノナレハ其効力ヲ判定スルニハ當時行ハレタル法律ニ據ルヘク後ノ民事訴訟法ヲ以テ標準トスヘキモノニ非ス而シテ「コード、シビル」第二百六十七條ニ基キ訴ヲ却下セラレタル場合ニ於テハ其判決ノ効力ハ果シテ如何ト顧ルニ同法第二百七十三條ニ據ルノ外ナシ而シテ第二百七十七條ニハ却下セラレタル原告ノ利益ヲ計リ舊訴ニ用ヒタル事實ト雖モ再ヒ之ヲ援用シテ新訴ノ原因ト爲スヲ得ト規定セリ是レ即チ上告人ノ論旨ヲ非トスル所以ナリ」原告ハ其他千八百六十九年後ニ起リタル事實ヲ加ヘテ訴ノ原因トセリ控訴院ノ判決ニ於テハ詳細ニ其原因ヲ區別シテ判定ヲ下サヽリシト雖モ此區別ヲ爲シタル第一審裁判所ノ判決ヲ援用シテ判決ノ理由ト爲シタルヲ以テ更ニ支障ナキモノトス即チ上告人ノ論旨ハ採用スルニ由ナキモノナリ

〔千八百八十三年四月七日判決〕

(一)我第五百十四條及第五百十五條

〔第三十二〕民事訴訟法實施前ニ於テ外國裁判所カ言渡シタル判決ニ民事訴訟法第六百六十條及第六百六十一條ヲ適用シ得ヘキヤ

外國裁判所ニ於テ勝訴ノ言渡ヲ受ケタル者ノ繼承人ヨリ執行判決ヲ求メタルトキ內國裁判所ノ判事ハ權利繼承ノ關係ヲ審理スヘキヤ否ヤ

前審判決ニ於テ只原告ノ所有權ヲ確認シタルニ止ルトキ原告ハ直ニ物件引渡ニ付テ强制執行ヲ爲スヘキ執行判決ヲ申請スルヲ得ルヤ否ヤ

(千八百八十三年四月七日判決)

甲及ヒ乙ノ兩名伯林同盟商會ニ對シ墺國裁判所ニ訴ヲ起シ勝訴ノ判決ヲ得タリ依テ甲及ヒ乙ノ繼承人ト稱スル丙ナル者獨逸裁判所ニ該判決ノ執行ヲ申請セリ

前審ノ事實左ノ如シ

丁ナル者伯林同盟商會ニ墺國紙幣三千「グルデン」又ベーメン銀行株券二十五枚ヲ抵當トシテ金若干ヲ借入レタリ然ルニ丁ハ期限到來スルモ更ニ右債務ヲ辨濟セサルニ依リ同盟商會ハ抵當ノ有價證券ヲ戊ナル者ニ質入シタリ是ニ於テ甲及ヒ乙ノ兩名ハ商事裁判所ニ起訴シ本訴係爭ノ證券ハ丁ヨリ同盟商會ニ質入セサル前原告共ニ所有權ヲ讓渡シタルモノナレハ右所有權ノ確認及右證券ニ對シテハ被告ノ質權成立セサル旨ノ判決アランコトヲ求ムト申立テタリ

千八百七十六年右ニ關スル判決ハ言渡サレタリ其主文左ノ如シ

丁某ヨリ伯林同盟商會ニ質入シ伯林同盟商會ヨリ戊ニ抵當トシタル墺國紙幣三千「グルデン」及ベーメン銀行株券二十五枚ハ甲及ヒ乙ノ所有ニシテ之ニ對スル同盟商會ノ質權ハ成立セサルモノトス

被告同盟商會ハ訴訟費用決定ニ基ク三十五「グルデン」ヲ原告ニ支拂フヘシ

此判決ハ原告ノ宣誓ニ依リテ言渡スモノナリ

右ノ判決ハ第二審ニ於テ破レタルモ最終審ニ於テ千八百七十七年二月七日確認セラレタリ

原告丙某ハ伯林裁判所ニ向テ右墺國裁判所ノ與ヘタル判決ノ全文、宣誓履行ノ證憑及甲ヨリ乙ニ共有權ヲ讓渡シタル公正證書並ニ乙ヨリ原告ニ全所有權ヲ讓渡シタル公正證書ヲ提出シ左ノ點ニ付キ判決ヲ求メタリ

一、甲及ヒ乙對被告伯林同盟商會間ノ事件ニ付キ千八百七十六年四月三日及千八百七十七年二月七日墺國商事裁判所及上等裁判所ノ言渡シタル判決ニ基ク强制執行ヲ許可スル事

二、被告ハ甲及乙ノ權利繼承人タル原告ニ墺國紙幣三千「グルデン」及千八百七十三年五月一日ヨリ之ニ對スル法定ノ利子並ニベーメン銀行株券二十五枚ヲ支拂フヘキ義務アル事

三、被告ハ原告ニ對シテ訴訟費用百九十四「マルク」ヲ支拂フヘキ事

右ノ訴求ハ第一第二審共却下セラレ大審院ニ於テハ千八百八十三年四月七日左ノ理由ヲ以テ判決セラレタリ

理由

前審裁判所ノ理由トスル點ハ千八百七十九年十月一日前即チ民事訴訟法實施以前ニ言渡サレタル墺國裁判所ノ判決ニ基ク執行ハ民事訴訟法ノ規定ニ依リテ判定スヘキモノニ非ラスシテ當時普國ニ行ハレタル民法ノ規定ニ從フヘキモノトス普國普通裁判所規則ニ據レハ判決ノ執行ハ一ケ年ノ期間内ニ申出テタルトキニ限リテ之ヲ許ストアリ而シテ本訴ノ原因タル墺國裁判所ノ判決ハ民事訴訟法實施前ニ於テ既ニ此期間ヲ經過シ了リタルヲ以テ右ノ判決ハ到底普國内ニ於テハ强制執行ヲ許スヘカラサルモノトナレリ若シ裁判官ニ於テ之ヲ許ストキハ獨リ其職權ヲ越ユルノミナラス外國裁判所ノ判決ニ効力ヲ賦與スルコト同シ塲合ニ於ケル内國裁判所ノ判決ニ於ケルヨリモ大ナルモノト謂ハサルヘカラス且ツ民事訴訟法施行條例ニ基キ千八百七十九年三月三十一日普國ニ於テ發布セラレタル經過法ニモ從來ノ規定ニ從ヒテ終了セル手續ニ基ク裁判ノ執行及執行ニ關スル故障ノ許否ハ從來ノ法律ニ從フヘシト明言セリト云フニ在リ

以上前審裁判所ノ理由ハ一見至當ナルカ如シ然レトモ徐ロニ之ヲ考フトキハ大ニ其然ラサルヲ發見ス實ニ千八百七十九年十月一日ハ訴訟手續上ニ一段落ヲ爲セル時期ナリ然レトモ是レ專ラ獨逸國内ニ於テ之ヲ言フヲ得ヘキノミ諸外國ニ於テハ千八百七十九年十月一日後ノ手續ト同日前ノ手續トニ差異アルヲ見ス唯獨逸國内ニ於テハ民事訴訟法及ヒ之ニ關スル諸法規共ニ此日ニ於テ實施セラレタルヲ以テ獨逸領域内ニハ經過法ヲ發シテ千八百七十九年十月一日後ニ於ケル訴訟殘部ノ手續ヲ定ムル必要ヲ生シタリ

控訴院カ千八百七十九年三月三十一日ノ普國法律ヲ援用シタルノ精神ニシテ本件カ獨逸國内ノ訴訟ト同觀ヲ爲サヽルヘカラスト云フニ在リトセハ敢テ非難ヲ加フルノ要ナシ而シテ該法ニ所謂舊法トハ民事訴訟法實施以前ニ効力ヲ有セシ民法ヲ指スヿ亦論ナカルヘシ然レトモ本件ハ外國ニ於テ施シタル手續ニ關ス隨テ本件ノ場合ニ於テハ舊法ト民事訴訟法トノ對比ヲ爲スノ要ナシ千八百七十九年十月一日後ト雖モ其國ニ行ハルヽ法律ニ依リ訴訟手續ヲ行フヘキノミ故ニ普國法及ヒ控訴院ノ引用シタル法律ハ本件ニハ何

等ノ關係ナキモノト謂ハサルヘカラス强テ之ヲ關係セシメントスルトキハ不法タルヲ免レス又民事訴訟法第六百六十條第六百六十一條(二)ハ强制執行ヲ爲スニハ其基本タル判決ノ種類ハ敢テ問フノ必要ナキ旨趣ヲ明ニセリ即チ千八百七十九年十月一日後獨逸國ニ於テ外國ノ判決ニ基キ强制執行ヲ行フトキハ其基本タル外國ノ判決カ何レノ時ニ確定シタルヤヲ顧ミルノ必要ナシトノ精神ナリ此ニ由リテ是ヲ觀レハ本件ハ訴訟法ノ時ニ關スル衝突ニ非ラスシテ場所ニ關スル衝突ナリト謂ハサルヘカラス換言セハ外國ノ判決ハ舊內國法ニ依リテ言渡サレタルニモ非ラス又執行力ヲ得タルニモ非ラサルニ尙ホ此舊法ニ依リテ執行セサルヘカラサルヤ否ヤノ問題ヲ研究スルハ要ナク唯外國法ニ依リテ言渡サレタルヲ以テ其執行モ亦外國法ニ依ラサルヘカラサルヤ將タ其執行力ヲ內國法ニ依リテ得タルヲ以テ其執行モ亦民事訴訟法ニ依ラサルヘカラサルヤノ問題ヲ生スルノミ而シテ獨逸國ノ判決ニ基キ獨逸國內ニ强制執行ヲ許スヘキモノトセハ墺國ノ判決ハ獨リ墺國法ニ依リ强制執行ヲ爲シ得ルノミナラス又獨逸民事訴訟法ニ從ヒ就中本法第八編(三)ノ

(二)我第五百十四條及第五百十五條ニ當ル

(三)我第八編ニ當ル

規定ヲ適用スルヲ得ルトノ宣言ヲ含蓄スルモノト謂ハサルヘカラス千七百九十二年五月十八日ノ墺國ノ勅令ハ實ニ之ヲ認メ居レリ(スタール墺國ノ法律上ノ補助四十一頁參照)

原告ノ要求ハ墺國ノ判決ニ基キ强制執行ヲ行ヒ被告ヨリ有價證券ノ引渡ヲ得ントスルニ在リ

控訴院ハ右ノ關係ニ付キ裁決シテ曰ク獨逸國內ニ於テ民事訴訟法第七百六十九條(四)ニ依リ有價證券ニ對シテ强制執行ヲ爲ストキハ其引渡ヲ爲ス可キハ當然ナリト雖モ墺國ノ判決中ニハ更ニ之カ引渡ヲ爲スヘシトノ事ヲ含蓄セシメス故ニ之ヲ如何トモスルナシト此裁定ハ至當ナリ墺國ノ判決ハ只係爭證券ノ所有權ハ當時ノ原告ニ屬ス被告ハ證券上ニ質權ヲ有セストノ事ヲ明ニシタルニ止ル即チ該判決ハ先決裁判ニ過キスシテ其性質上獨逸國內ニ執行スルノ力ヲ賦與シタルモノニ非ラサルコトハ其文詞ニ於テ瞭然タリ

參照ウンゲル墺國私法第二卷六百八十六頁(第百三十三條第二十四號ニ曰ク宣告文ハ唯眞正ノ判斷ヲ露ハスニ過キス確認ノ訴ニ對シテハ法律上ノ

(四)我第七百三十條ニ當ル

關係ヲ肯定スルニ依リ充分結果ヲ與ヘタルモノト謂フヘシ故ニ確認セラレタル請求ニ執行力ヲ附スルニハ更ニ判決ヲ求ムル訴ヲ提起スルヲ要スト

且ツ墺國ニ於テ提起シタル訴ノ目的ヲ按スルニ更ニ物件引渡ノ事ニ關係ナキモノヽ如シ苟モ然ラサレハ物件取戻ニ關スル原因及其他ノ形式上ノ要件ヲ訴狀中ニ記載セラレサルヘカラス其之ナキハ唯確認ノ判決ニ止リタル證ナリ(墺國普通民法第三百六十六條、ツヴイルレル同法註釋第二卷百三十一頁ウンゲル墺國私法第二卷三百七十頁三百七十一頁第十三號參照)尤モ右ノ訴狀中ニハ被告ノ墺國ニ於テ執行シタル質入ハ如何ナル効果モナキヿノ宣言ヲ求メタリ即チ効力否認ノ訴ト名ツクルモノアリ(ウンゲル墺國私法、千八百十五年五月二十九日ノ勅令第三條參照)然レトモ物件取戻ノ事ニ至リテハ一言ノ之ニ及フナシ

以上説明ノ如ク訴ノ目的ニ於テモ判決主文ニ於テモ唯所有權確認質權不成立ノ事ノミヲ云ヒ一點有價證劵引渡ノ事ニ及ハサル以上ハ此判決ニ基キ獨墺國內ノ强制執行ヲ求メントスル原告ノ請求ハ不當ト謂ハサルヘカラス即チ有價證劵ニ對スル强制執行ハ之ヲ許スヲ得サルヲ以テ此點ニ關スル上告ハ棄却ス

原告ハ又墺ノ判決ヲ原因トシテ紙幣引渡ノ請求ヲ爲セリ此請求モ理由アリト認ムルヲ得ス墺國ノ判決ハ當時ノ當事者間ニ言渡サレ當事者ノ爲メニ確定シタルモノナレハ直ニ原告ヲシテ此請求ヲ爲サシムル効果ヲ生セス原告ニ於テ此請求ヲ爲サントスルニハ先ツ原告ノ主張スル權利繼承關係ノ眞否ヲ決セサルヘカラス且ツ起訴ノ當時被告カ係爭物件ヲ占有スルコトヲ證明主張セサルヘカラス(普通民法第一卷第十一節第十條)然ルニ原告ハ控訴審ニ於テ敢テ此等ノ必要條件ヲ充タサスシテ單ニ墺國ノ判決ヲ原因トシ紙幣取戻ノ請求ヲ爲セリ是レ本院ニ於テ控訴院ノ判決ヲ破毀スルニ由ナキ所以ナリ原告訴求スル第三ノ點ハ訴訟費用負擔ノ判決ナリトス

此點ニ關シテハ墺國ノ裁判ヲ原因トシテ强制執行ヲ許スヘク又被告ノ負擔タル言渡ヲ爲スヲ得ヘシ但原告ニ於テ尙ホ詳細ニ其額ヲ證明スルヲ要ス控

訴院ハ此點ニ關シテモ訴ノ變更ヲ必要トスルカ如ク認定シタルモ敢テ訴ノ變更ヲ爲スニ及ハス直ニ判決ノ訴ヲ提出シテ妨ナカルヘシ

右强制執行ニ關シテハ被告ヨリ原告カ前審判決ニ於テハ當事者ニ非ラサリシヿヲ理由トシテ故障ヲ申立ツルヲ得ス然レトモ或學派ノ說ク所ニ據レハ被告ハ此際外國判決ノ執行ハ只當事者間ニ之ヲ申請スルノ權アリト主張スルヲ得而シテ原告ニ於テ此主張ヲ聽クトキハ新ニ訴訟ヲ起シテ原告ハ外國判決言渡後權利關係ニ加ハリタル權利繼承人ナルコトヲ證明シ其權利繼承ノ確認判決ヲ受ケサルヘカラス(サルウエー民事訴訟法六百六十一條ノ註釋第二章百十五頁二號)而シテ被告ハ此別個ノ訴訟起リタルトキ權利繼承ヲ調査スルハ外國受訴裁判所ノ管轄ニシテ內國裁判所ニ對シテハ訴權ナキモノナリト主張スルヲ得ト(ガウプ民事訴訟法註釋第三章第六百六十一條百五十六頁ストルックマン及コホ第六百六十一條七百六頁)

以上ノ學說ハ之ヲ至當ト認ムルヲ得ス民事訴訟法ニ於テハ此點ヲ直接ニ規定スル所ナシ第六百六十五條乃至第六百六十七條(注)ノ規定ハ內國ノ判決ニ依

(五)我第五百十九條乃至第五百二十一條ニ當ル

ル强制執行ニシテ直ニ之ヲ此場合ニ準用スルヲ得ス何トナレハ民事訴訟法ハ其第六百六十七條(注)ニ示セル訴ハ之ヲ內國ノ受訴裁判所ノ管轄ナリト爲スモ外國受訴裁判所ニ起訴スル方法ニ至リテハ訴訟法中更ニ定ムル所ナケレハナリ故ニ左ノ如ク論結スルヲ得ヘシ

第一、民事訴訟法ハ强制執行ノ訴ヲ提起スヘキ內國裁判所ノ管轄ヲ制限スル所ナシ

第二、內國裁判所ハ此訴ヲ他ノ訴ト同シク受理シテ請求者カ果シテ請求權ヲ有スルヤ否ヤヲ裁判セサルヘカラス

(リハ講義二百三十一頁、ウ井ルモスキー及レウ井ー民事訴訟法註釋第六百六十一條參照)

以上ノ理由ニ依リ費用請求ノ點ニ關シテハ控訴院ノ判決ヲ破毀シ更ニ辯論裁判ヲ爲サシムル爲メ之ヲ控訴院ニ差戻ス但民事訴訟法第六百六十一條第五號(注)ハ墺國トノ關係ニ於テハ被告主張ノ如ク存セサルヤ否ヤ特ニ裁判スルヲ要ス

(六)我第五百十九條ニ當ル

(七)我第五百十五條ノ第五ニ當ル

〔第三十三〕 民事訴訟法實施前ニ確定シタル裁判ニ對シテ再審ヲ求ムルトキ再審ノ期間ハ舊法ニ據ルヘキヤ將タ新法ニ據ルヘキヤ

（千八百八十三年六月二日判決）

〇千八百八十三年六月二日判決

（一）我第四百六十九條第七號ニ當ル

千八百七十一年六月二十七日控訴院ニ於テ言渡サレタル判決ニ對シテ原狀回復ノ訴ヲ起シ訴訟手續ノ再審ヲ求メ近時新ニ使用ノ効力ヲ得タル證書ヲ提出シテ其理由ト爲ス者アリ（第五百四十三條第七號）(一)是ニ於テ訴權ノ有無ヲ決スルニ付キ普國普通裁判所規則ニ據ルヘキカ將タ民事訴訟法ニ據リテ判決スヘキカノ問題ヲ生シタリ而シテ民事訴訟法施行條例第二十條ニ據レハ原狀回復ノ原因並ニ訴ノ期間ハ常ニ民事訴訟法ノ規定ヲ適用スヘシトアリテ民事訴訟法ニハ不服ヲ申立テラレタル判決ノ確定後五ヶ年ノ後ハ原狀回復ノ訴ヲ許サスト規定セリ然ルニ普通裁判所規則ノ規定ニ據レハ判決確定後十ヶ年間ハ原狀回復ノ訴ヲ起スコトヲ得トアリ

大審院ハ千八百八十三年六月二日左ノ理由ニ依リ原告ノ訴ヲ却下シタリ

（一）我第四百七十八條ニ當ル
（二）我第四百十九條ニ當ル
（三）我第四百七十四條ニ當ル
（四）我第四百七十八條ニ當ル
（五）我第四百六十九條乃至第四百七十二條ニ當ル
（六）我第四百七十四條ニ當ル
（七）我訴施第十四條ニ當ル

理由

裁判所ニ於テハ先決問題トシテ訴ノ許否即チ形式及期間辯論ノ適法ナルヤ否ヤヲ調査シ若シ此等要素ノ一ヲ欠ク場合ニ於テハ直ニ訴ヲ却下スルコトヲ得獨リ却下スルコトヲ得ルノミナラス又却下セサルヘカラス是レ民事訴訟法第五百五十二條(一)第四百九十七條(二)ニ依リテ一點ノ疑ヲ容レサル所ナリ依テ本訴モ亦先ツ此要素ノ欠缺ナキヤ否ヤヲ調査スルヲ要ス上告人ハ控訴院カ期間ノ點ニ關シテ爲シタル民事訴訟法第五百四十九條(三)第五百五十二條(四)同法施行條例第二十條普通裁判所規則第十九條ノ適用ヲ不當ニ攻擊スルモノヽ如シ民事訴訟法第五百四十三條乃至第五百四十七條(五)ハ原狀回復ノ訴ノ要素ヲ規定シ第五百四十九條(六)ハ其不變期間ヲ示シ此期間ヲ經過スルトキハ訴ヲ許サストセリ施行條例第二十條(七)ハ千八百七十九年十月一日即チ民事訴訟法實施ノ日前ニ確定シタル終局判決ニ對シテハ唯民事訴訟法ノ規定ニ基キ取消ノ訴及ヒ原狀回復ノ訴ヲ非常上訴ノ方法トシテ用フルヿヲ認メ且ツ原狀回復ノ訴ハ舊訴訟法ノ下ニ確定シタル判決ニ對シテモ民事訴訟法ノ規定

スル所ニ從フヘク普通裁判所規則ニ依リテ訴フルヲ許サヽル旨ヲ明ニセリ

又民事訴訟法第五百四十九條(九)ハ民事訴訟法ニ依リ許スヘキ訴ノ期間ヲ定メリ此ニ由リ是ヲ觀レハ本訴ニ對シテ普通裁判所規則第十九條ヲ適用シテ尚ホ訴權アリト主張スル上訴人ノ論旨ハ之ヲ理由アルモノト認ムルヲ得ス即チ控訴院ノ與ヘタル判決ハ至當ナルヲ以テ本訴ハ之ヲ却下スルモノナリ

(九)上ノ(四)ニ同シ

第四章　民事訴訟法ノ場所ニ關スル効力

〔第三十四〕　佛國ノ株式會社ハ「エルザス、ロートリンゲン」ニ於テ訴訟能力ヲ有スルヤ否ヤ

〔千八百八十二年四月十四日判決〕

千八百七十二年六月十九日ノ閣令ニ曰ク「外國保險會社ト雖モ一定ノ條件ヲ履ムニ於テハ帝國內ニ於テ營業差構ナシト」是ニ於テ原告佛國株式保險會社モ此條件ニ從ヒ依然エルザス、ロートリンゲンニ於テ營業ヲ爲スヲ得タリ然ルニ千八百八十一年三月十日內閣書記官ハ千八百五十七年五月三日ノ佛國法ニ基キ訓令ヲ發シ千八百八十一年五月一日以降佛國保險會社ノ營業ヲ差止メタリ

是ニ於テ原告ハ千八百七十三年及ヒ千八百七十七年ノ兩度ニ於テ保險料完納期限ヲ千八百八十一年五月ノ末及ヒ七月ノ初メト定メ以テ被告ト取結ヒタル保險契約ニ基キ千八百八十三年マテノ保險料ヲ訴求シタリ第一審及ヒ第二審裁判所ハ前揭ノ法律及千八百八十一年三月十一日ノ訓令ニ基キ原告ヲ訴訟無能力者ト看做シ訴ヲ却下シタリ大審院ハ千八百八十二年四月十四日左ノ理由ニ依リ控訴院ノ判決ヲ破毀シタリ

理　由

控訴院ハ千八百五十七年五月三日ノ法律ヲ解釋シテ曰ク是レ內國ノ製造ヲ保護シ他國ノ輸入ヲ防止センカ爲メニ外國株式會社ノ內國ニ於テ營業スルヲ禁スル精神ニ基ク規定ニシテ所謂國家警察ノ性質ヲ有スル法規ナリ尤モ法文面ニ於テハ他國團體ノ權利能力及ヒ當事者能力ヲ擧示シ別段制限ヲ加ヘタルカ如ク見ヘス然レトモ實際ノ結果ヨリ觀ルトキハ大ニ其能力ヲ害シ

タルモノト云ハサル可カラス云々ト

此解釋ノ果シテ當ヲ得タルヤ否ヤハ暫ク擱キ此法律ハ他ノ控訴院管内ニ効力ヲ有スルモノナルヲ以テ前控訴院ニ於テ之カ解釋ヲ爲スハ越權タルヲ免レス即チ民事訴訟法第五百十一條(一)ニ依リ宜シク之カ上告裁判所ニ讓ルヘキモノトス但上告人ハ本件ニ關シテハ先ツ民法ノ總則即チ「コード、シビル」第三條第十一條第十四條第十五條等ノ規定ハ此法律ニ依リテ廢セラレタルヤ否ヤヲ確定セサルヘカラサル旨主張スルモ例外法ト通則ト及ヒ新法ト舊法トノ關係ヲ定メント欲セハ必ス先ツ新法ヲ解釋シ其範圍ヲ確定セサルヘカラサルハ當然ナルヲ以テ此點ニ關シテハ原院ノ解釋法ヲ非難スベキニ非ラス」

又控訴院ハ千八百六十七年七月二十四日ノ佛國會社法ハ千八百五十七年五月三日ノ法律ヲ廢止セルヤ否ヤヲ審査セリ是レ亦大審院ノ職權ヲ犯シタルモノト謂ハサルヘカラス

上告人ハ控訴院ノ下シタル右二點ノ不法裁判ニ對シテ爭フ者ニ非ラスト雖モ其上告論旨モ亦採用セサルヘカラサルモノアリ

(一)我訴訟法ニハ此規定ナシ

獨訴第五百十一條ニ曰ク上告ハ獨逸又ハ控訴裁判所ノ管轄外ニ効力ヲ及ス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ト

原告ハ被告ト千八百七十三年保險契約ヲ締結シ千八百八十一年五月及七月ヲ以テ保險料完納期トシ千八百八十三年マテノ保險ヲ約シ而シテ本訴ニ於テハ右保險料全額ノ支拂ヲ求ムルモノナリ又原告ハ此契約ヲ取結フ當時ハ千八百七十二年七月十九日ノ閣令ニ依リ營業ヲ妨クラレタルコトナク千八百八十一年三月十一日ニ及ヒ內閣書記官ノ訓令ニ依リ千八百八十一年五月一日以降營業ノ繼續ヲ禁セラレタリ依テ按スルニ右閣令ハ千八百五十七年五月三十日ノ法律ヲ補充スルノ精神ニ非ラストスルモ營業ヲ事實上ニ差許シ之ヲ數年間不問ニ附シタルコト明ナルヲ以テ單ニ事實上ノ不問ハ法律ヲ廢止セストノ法理ヲ適用シテ右營業ニ與ヘ來リタル法律上ノ効果ヲ全然滅失セシメントスルハ當ヲ得タルモノニ非ラス

前裁判ハ右營業上ノ占有狀態ニ法律上ノ効果ヲ附セシメサル不法ノモノナリ依テ左ノ二點ニ於テ法律違反ノ譏ヲ免ルヘカラス

第一、理由第七ニ曰クエルザスロートリンゲンノ獨逸國ニ移屬セサル前ハ該地ノ株式會社ハ佛國法ノ下ニ在テ法律上存在ヲ得タルモノナリ而シテ一タ

ヒ該地ノ獨逸國ニ移屬スルヤ右會社ハ營業ヲ爲ス既得ノ權アリト云フヲ得ス然レトモ法律ノ保護ハ之ヲ奪ハルヽコトナシト此理由ハ原告ハ國家ノ特別授權又ハ千八百五十七年五月三十日ノ法律ニ基キ營業權ヲ得タルニ非スシテ土地ノ移屬及ヒ其地ニ從來行ハレタル會社法ニ基キ繼續營業スルヲ得ルノミト云フニ在リテ頗ル正當ノ論ト謂フヘシ會社ハ併合セラレタル國領ニ於テ新法ノ爲メ其權利能力及ヒ行爲能力ノ制限ヲ受クルコトナシトノ權利ヲ有スルモノニ非ラサルハ論ヲ俟タサル所ナリ

斯ノ如ク會社ハ禁令法ニ依リテ其權利能力ヲ制限セラルヽコトアルモ禁令法ノ性質タルヤ既往ニ遡リテ法律實施前ニ結了セル權利關係ヲ害セサルヲ通常ト爲スヲ以テエルザス、ロートリンゲンノ獨逸國ニ移屬セサル前ニ於テ締結シ其効果後來ニ繼續スル權利行爲ニ付テハ法律上ノ保護ヲ奪フヘカラサルヤ亦一點ノ疑ナキ所トス

本件ハ直接ニ前段ノ權利ニ付キ爭アルモノニ非ラサルモ官廳ニ於テ原告ヲ內國人同樣ニ看做シ敢テ營業ノ差止ヲ命セサル間ニ取結ヒタル權利行爲ニ關スルヲ以テ前段ノ原則ヲ適用シテ差閊ナカルヘシ

控訴院ハ原告ハエルザス、ロートリンゲンノ獨逸國ニ移屬セラルヽト共ニ土地ノ關係ニ於テ外國人トナリタルヲ以テ其權利及行爲能力ヲ失ヒタリト云フ(一)夫レ然リ豈ニ其レ然ラン獨逸政府ハ苟モフランクフルトノ媾和條約ニ牴觸セサル限ハ營業ノ繼續ヲ禁シ又此禁令發布後ハ佛國主權ノ下ニ締結シタル權利行爲ニ裁判所ノ救濟ヲ拒絶スルコトヲ得ヘシ然レトモ此禁令ノ發布モナク營業ノ繼續ヲ不問ニ附サレタル以上ハ假令其後ニ至リ禁止法ノ發布アリタルニモセヨ其不問ノ期間ニ爲シタル權利關係ニ對シテ法律ノ保護ヲ與ヘス後ノ法律ノ効果ヲ遡及セシメント論スルハ不法ノ甚シキモノナリ隨テ此不問期間ニ爲シタル營業ハ權利ナリシヤ否ヤニ付テ起訴シタル佛國會社ニ對シテ訴訟能力ナシト宣言スルヲ得ス又千八百八十一年三月二十一日ノ伺ニ對シ千八百八十一年三月二十九日內閣書記官ノ與ヘタル答辯ニ據ルモ右ノ如キ宣言ヲ下スヲ得サルヤ明ナリ

訴ノ申立ニハ既ニ締結セル保險契約ハ引續有効ナルコトヲ主張セルニ控訴

(一)佛國ヨリ見レハ外國人ト爲リタルヲ以テ佛法ニ依テ得タル權利能力ヲ失ヒタリト云フ義トス

(一)我第四百三十六條第七號

院ハ何等ノ説明モ與ヘスシテ之ヲ却ケタリ即チ此裁判ハ理由ヲ付セサルモノナリ(民訴第五百十三條第七號)特ニ控訴院ハ千八百五十七年五月三十日ノ法律ヲ解釋シテ法律ノ保護ヲ拒絶シタルハ營業禁止令ヲ遂行スル一手段ナリト云フ若シ此論鋒ヲ以テセハ官廳ニ於テ内國ノ製造ヲ保護スルノ目的ヲ廢シタルトキハ此手段タル該法モ適用スルヲ得ストノ論結ヲ爲サヽルヘカラス之ヲ要スルニ控訴院ハ千八百五十七年五月三十日ノ法律ノ適用タル千八百八十一年三月十一日ノ閣令ニ反致効ヲ附セントスルモノニシテ「コード、シビル」第二條ノ精神ヲ害シタルモノナリ

然レトモ此勅令ノ精神ヲ解釋シ又千八百八十一年五月一日迄營業ヲ不問ニ附シタル事實ハ以テエルサス、ロートリンゲンノ獨逸國ニ移屬スルト共ニ千八百五十七年五月三十日ノ法律ニ効力ヲ有セシムル精神ヲ表シタルモノト看做スヘキヤ否ヤノ問題及勅令ハ該法第二條ヲ標準トシタルニ非ラサルヲ以テ原告ハ此勅令ノ發布ト共ニ職業ヲ中止セサルヘカラサルモノト看做スヘキヤ否ヤノ問題ニ關シテハ本件ニ直接ノ影響ナキモノナレハ之ヲ説明スルノ要ナシ

(二)我民訴ニハ此規定ナシ獨訴第五十一條人ハ契約ニ因テ義務ヲ負フコトヲ得ル程度ニ於テ訴訟能力ヲ有ス(二項三項ハ略ス)第五十二條民法ノ規定ニ從ヒ特別授權ヲ要スル總テノ訴訟行爲ハ一般ニ訴訟ヲ爲ス授權ノアリタルトキ又ハ此授權ナキモ一般ニ訴訟ヲ爲スコトヲ許サレタルトキハ特別授權ナクシテ効力ヲ有ス

第二、控訴院ハ又民事訴訟法第五十條及ヒ第五十一條(三)ニ違反セリ本條ハ訴訟能力代理能力ハ内國人タルト外國人タルトヲ問ハス生理上ノ人タルト法律上ノ人タルヲ論セス凡テ民法ノ規定ニ從テ之ヲ決スヘク而シテ契約ニ依リテ義務ヲ負フコトヲ得ル者ハ其程度ニ於テ訴訟能力ヲ有スト雖ノ精神ナリ故ニ原告ハ佛國人タリト雖モ佛國法ニ依リ權利及ヒ行爲能力ヲ有シ又有効ニ他人ニ依リテ代理セラルヽ能力アルコト明ナルヲ以テ内國ニ於テモ其權利執行ヲ認許セサルヲ得ス控訴院ノ民事訴訟法第五十條第五十一條ノ適用ヲ避クタル第一ノ理由ハ法人ハ事實上訴訟能力ヲ制限セラルヽモノナレハ原告ニ第五十一條ヲ適用スルハ當ヲ得スト做スニ在リ此理由ハ草案ニ法人及社團ハ訴訟能力者中ニ加ヘサルヲ以テ直ニ此不當ノ論結ヲ爲シタルニ過キス草案ニ斯ノ如ク定メタル精神ヲ推究スルニ父權、妻ノ性質女性ノ後見人ノ事ハ民法ニ規定アルモ民事訴訟法ノ精神ニ於テハ之アルカ爲メ直ニ訴訟無能力者トスルヲ得サル者アルヲ以テ別ニ第一ヨリ第三ノ場合ヲ設ケ以テ訴

訟無能力ノ事ヲ規定シタルニ過キス即チ此三ツノ場合ニ於ケル訴訟能力ノ有無及訴訟無能力者ノ法律上ノ代表人ハ民法ニ因リテ之ヲ定ムトシ其第一ノ場合(意思ナキ小兒)ニ於テハ法律上ノ代表人ニ關シテ民法ノ適用ヲ俟チ第二ノ場合(被後見人等)ニ於テハ意思能力ヲ有スル人ノ行爲及處分能力ノ事ヲ決スルニ民法ノ規定ニ據ラントシ第三ノ場合(法人等)ニ於テハ法人社團等ノ權利及行爲能力ノ事及其代表者ノ資格ヲ民法ニ依リテ定メントセリ

第五十條ニ據レハ訴訟能力ノミナラス代表能力ヲモ民法ノ規定ヲ適用セントス故ニ株式會社ノ法律上ノ代表者ノ資格ハ亦民法ニ據ルヘキコト明ナリ草案ハ尙ホ其末尾ニ附加シテ曰ク訴訟能力ヲ有セサル當事者例ヘハ普國法ニ於ケル寺院團體ノ如キ者ノ訴訟ヲ爲ス必要條件及ヒ當事者ノ法律上代表人ノ訴訟ヲ爲スニ付キ要スル特別授權ノ事ハ民法ニ依リテ之ヲ決スヘシト

民事訴訟法第五十條第五十一條ト草案トヲ參照シテ推考スルニ民事訴訟法ハ自己ノ爲メニ訴訟ヲ爲ス能力ノ事ヲ規定セルノミナラス訴訟ニ因リテ生シタル契約ヲ承諾スルノ能力ノ事ヲモ規定セルカ如シ草案ハ明ニ訴訟能力

ヲ以テ行爲能力及處分能力ノ結合ナリト看做シテ曰ク行爲能力及處分能力ハ民法ニ依リテ定マル即チ民法ノ規定ハ訴訟能力ヲ定ムルモノナリト此思想ハ手形法第一條及之ヲ模倣シタル民事訴訟法第五十一條第一項ニ採用セラレ人ハ契約ニ因リテ義務ヲ負フコトヲ得ル程度ニ於テ訴訟能力ヲ有スト規定セラレタリ

以上ノ說明ニ依リ法人ハ第五十一條ノ適用ヲ受クヘキモノニ非ラスト看做シタル控訴院ノ宣言ハ正當ト認ムルヲ得サルコト明ナリ却テ外國ノ法人ト雖モ其定款ノ標準タルヘキ外國法ニ依リ行爲及處分能力ヲ有スル者ハ其程度ニ應シ內國ニ於テ權利執行ヲ爲スコトヲ得トノ原則ヲ認ムルモ敢テ不當ナラサルヘシ

控訴院ノ民事訴訟法ノ原則適用ヲ避ケタル第二ノ理由ニ曰ク千八百五十七年五月三十日ノ法律ヨリ生スルエルサスロートリンゲンニ於ケル外國ノ株式會社ノ權利關係ハ民事訴訟法ノ顧ミサル所ナリト此理由モ亦正當ト認ムルヲ得ス內外國人間ニ差別ヲ設クサル民事訴訟法ハ自由平等主義ニ反シテ

此ノ如キ法律上有効ニ建設セラレタル外國會社ニ對シテ法律ノ保護ヲ拒絶スヘキ特別法ノ存セサルコトハ前編ニ於テ既ニ盡シタル所ナリ而シテ千八百五十七年五月三十日ノ法律ハ斯ル場合ニ於ケル民事訴訟法ノ規定ヲ排却スルモノニ非ラス控訴院ハ云ヘリ外國會社ニ對シテ法律ノ保護ヲ拒絶スルハ內國ニ於テ營業スルヲ禁止スル一手段ニ過キスト此場合ニハ營業ヲ事實上不問ニ附シタルニ依リ少クトモ事實上認メタル職業ニ付テハ法律ノ効果ヲ生スヘキヤ否ヤノ裁判ヲ爲スコトヲ許サヽルヘカラサル事實ヲ生スヘシ控訴院ハ公ノ秩序ヲ顧慮シテ論斷シタリ然レトモ此論斷ハ公ノ秩序ニ關係ナキ場合ニ應用シテ民事訴訟法ノ原則ヲ蹂躙シタル不當ヲ免レサルモノトス

以上ノ理由ニ依リ控訴院ノ判決ハ民事訴訟法第五十條第五十一條ニ違反スルヲ以テ之ヲ破毀ス

第五章　强行的及訓示的訴訟條規

〔第三十五〕　不變期間ノ懈怠ニ對スル原狀回復ノ申立ニ付テノ控訴ニ於テハ新ナル事實及ヒ證據方法ヲ提出スルヿヲ得ルヤ否ヤ

〔千八百八十六年三月十五日判決〕

千八百八十六年三月十五日判決

被告ハ第一審裁判所カ言渡シタル闕席判決ニ對スル故障申立ノ不變期間ヲ懈怠シ原狀回復ノ申立ヲ爲シタリ主張ノ理由ハ被告カ千八百八十三年六月三日即チ不變期間ノ滿了前五日ニ於テ差出シタル受救權(訴訟上ノ救助)附與ノ申請ニ對スル裁判所ノ決定ハ書記課ニ於テ遲滯シタルカ爲メニ被告ノ許ニ延着シ被告ハ遂ニ期間內ニ故障申立ノ書面ヲ辯護士ニ送達スルコト能ハサリシト云フニ在リ第一審裁判所ハ此申立ハ原狀回復ノ要件ヲ具備セストシテ之ヲ棄却シタリ是ニ於テ被告ハ控訴ヲ爲シ被告ハ千八百八十三年五月二十六日ヨリ同年六月六日迄病氣ニ罹リタルカ爲メニ受救權附與ノ申請ヲ爲スコトヲ得サリシトノ旨ヲ主張シ且ツ證人訊問ノ申請ヲ爲シタリ控訴院ハ被告ノ此主張ヲ認メ證人訊問ノ申請ヲ許容シ又其證言ヲ採用シテ遂ニ被告ノ原狀回復ヲ許容シ且ツ本案事件ヲモ原告ノ敗訴ニ歸セシメタリ原告ハ

此判決ニ對シテ上告ヲ爲シタリ大審院ハ控訴裁判所ノ判決ヲ破毀シ且ツ被告ノ原狀回復ノ申立ヲ棄却シタリ

［理由］

控訴裁判所ノ判決ハ民事訴訟法第二百十四條(一)ノ規定ニ違背スルモノナリ該條ニ依レハ不變期間ノ懈怠ニ對スル原狀回復ノ申立ヲ爲スニ際シテ送達スヘキ書面ニハ原狀回復ノ原因タル事實及ヒ其疏明方法ヲ記載スルコトヲ要ストアリ(二)民事訴訟法ニ於ケル「要ス」ナル文字ノ用例ニ依リテ之ヲ論スルトキハ原狀回復ノ申立ハ第二百十四條ニ掲クル所ノ要件ヲ欠クトキハ之ヲ許容スヘカラスト謂ハサルヘカラス抑原狀回復申立ノ書面ニ原狀回復ノ事實及ヒ其疏明方法ヲ記載セシムルハ申立ニ付テノ訴訟手續ノ確定不變ノ基礎ヲ設クソカ爲メニシテ恰モ通常訴訟ノ訴狀ニ於テ訴ノ原因ヲ記載セシメ之ヲ訴訟手續ノ根據ト爲シ其範圍ヲ限定スルカ如シ故ニ通常訴訟手續ニ於テハ訴ノ原因ヲ變更スルコトヲ許サス隨テ新ナル事實ヲ提出スルニ付テ制限アリ又控訴審ニ於テモ新ナル事實ヲ提出スルコトヲ制限セリ之レト同シク原狀回復ノ申立ニ付テノ訴訟手續ハ原因タル事實及ヒ其疏明方法ニヨリテ限定セラルヽモノトス故ニ控訴審ニ於テモ其申立書面ニ原因タル事實若クハ其疏明方法ヲ記載セサルトキハ其控訴ヲ棄却セサルヘカラサルナリ

(一)我第百七十六條ニ當ル

(二)同上

(三)我第百九十條訴狀ノ必要條項參照

然ルニ控訴裁判所カ被告ノ原狀回復ヲ許シタル理由即チ被告カ千八百八十三年五月二十六日ヨリ仝年六月六日ニ至ルマテ疾病ニ罹リタルカ爲メニ受救權附與ノ申請ヲ爲スコトヲ得サリシトノ事實ハ第一審ニ於テ被告ノ嘗テ陳述セサリシ所ナリ且ツ控訴審ニ於テ之ヲ主張スルニ方リテモ民事訴訟法第二百六十六條(四)ニ謂フ所ノ疏明ナルモノヲ爲サヽリシナリ又被告ハ證人訊問ヲ申請シ其證人ハ受託判事之ヲ訊問シタリ是レ民事訴訟法第二百六十六條第二項ニ違背セリ是レ該條ニ依レハ或ル事實ヲ疏明スルニハ即時ニ爲スコトヲ得サル證據調ハ之ヲ許スヘカラサレハナリ

被告ノ主張スル所ノ病氣ヲ以テ原狀回復ノ原因ト爲スニ足ラストスレハ原狀回復ノ申立ハ全ク理由ナキモノナリ何トナレハ受救權附與ノ申請カ裁判所ノ事務取扱ノ爲メニ遲延シタルコトハ民事訴訟法第二百十一條(五)ニ所謂避

(四)我第二百二十條ニ當ル

(五)我第百七十四條ニ當ル

クヘカラサル事變ニ非ラス而シテ申立ノ書面ニハ此等ノ事實ノ代ニ一ノ原因ヲモ記載セサレハナリ

〔第三十六〕 民事訴訟法第二十四條(一)ニ規定スル裁判籍ニ付テノ要件ノ存スルカ爲メニ其裁判籍ニ於テ提起シタル訴ニ對シテ其要件ガ一方ノ當事者ノ惡意ノ行爲ニ由リテ生シタルコトヲ理由トシテ管轄違ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤ

（千八百八十六年五月二十六日判決）

右抗辯ハ許容スヘカラサルモノトス其理由ハ

民事訴訟法第二十四條ハ公法的ノ規定ニシテ該條ニ揭クル所ノ一定ノ要件在テ存スルトキハ裁判籍ハ確定シテ動カスヘカラサルモノトス故ニ他ノ事情ノ存スルカ爲メニ其裁判籍ニ於テ訴ヲ提起セサルコトヲ許サス蓋シ此場合ニ於テハ何人ト雖モ惡意ノ行爲ニ依リテ權利ヲ獲得スルコトヲ得スト云フ私法上ノ原則ヲ準用スルコト能ハス寧ロ何人ト雖モ法律上ノ一定ノ要件ト合致スル所ノ行爲ヲ妨ケラルヽコトナシト云ハサルヘカラス

（一）我第十七條ニ當ル

〇千八百八十六年五月二十六日判決

第二編　民事訴訟法

第一章　裁判所

第一節　裁判所構成法

〔第三十七〕　裁判所ノ配當決定ニ付テハ當事者間ニ爭ナキ場合ニモ尚ホ民事訴訟法ヲ適用シ得ルヤ否ヤ

（千八百八十三年十一月二十日判決）

千八百八十三年十一月二十日判決

某地方裁判所ニ公證人ノ作成シタル配當表ノ認可ヲ申請シタル者アリ裁判所ハ之ヲ認可スルニ決定ノ式ヲ用ヒ且ツ本認可ニ付テハ當事者間ニ爭ナキ旨附記シタリ是ニ於テ原告ト稱スル者ノ辯護士ハ本件ハ判決ニ依ルヘキモノナルニ地方裁判所ニ於テハ決定ヲ以テシタリ是レ形式ニ違反スルナリトノ理由ヲ以テ抗告セリ控訴院ハ地方裁判所ニ於テ決定ノ式ヲ用ヒタルモ判決ノ旨趣ハ充分之ヲ見ルヲ得ヘキヲ以テ抗告ノ論旨相立タストシテ之ヲ却下シタリ大審院ハ千八百八十三年十一月二十日左ノ理由ヲ以テ裁判拒否ノ

決定ヲ下シタリ

理由

本件係爭ノ目的物タル千八百八十三年六月二十七日某地方裁判所ノ與ヘタル決定ハ固ト當事者間ニ定メタル配當表ノ認可ヲ當事者双方ノ申請ニ依リ發シタル決定ナリ尚ホ地方裁判所ノ決定ニ依リ之ヲ觀ルモ訴訟物ノ價額增加ノ申請ハ之ヲ却下シアリテ全ク公證人ノ作成シタル配當ニ付キテハ當事者間ニ爭ナキ事明ナリトス

裁判所構成法第十二條第十三條(一)同法施行條例第二條及民事訴訟法第三條(二)ニ據ルニ民事訴訟法ハ只私人間ノ權利爭訟ニ付テノミ之ヲ適用スヘキコト明ナリ故ニ本件ノ如キ當事者間ニ爭ナク只當事者タル未成年者ノ利益ノ爲メニ公證ヲ經タル配當ノ認可ヲ爲ス如キ處分ニ付テハ之ヲ適用スヘキ限ニ在ラサルコト亦論ヲ俟タス

來茵民事訴訟法第九百六十六條以下及千八百五十五年四月十四日ノ配當手續法ニ據レハ民法第八百二十三條第八百三十八條(二)ノ場合ニ於クル裁判上ノ配當ハ法廷ニ於テ之ヲ爲スヘシト云ヒ又來因民事訴訟法第九百八十一條第九百八十二條ニハ認可判決ノ事ヲ規定セリ然レトモ是レ當事者間ニ爭アリタル場合ニハ判決ヲ必要トストノ精神ノミ爭ナキトキノ認可ハ唯裁判所ニ委任セラレタル高等後見ノ處分ニシテ非訴事件ニ過キサルモノトス(カルシヤビー訴訟法第五卷第二部千五百八十九頁以下參照)

以上說明ノ如ク非訴事件ニ關スル前裁判ニ對シテハ民事訴訟法ヲ適用スヘキ限ニ在ラス故ニ本院ハ本抗告ニ付テ裁判スヘキ管轄權ナキモノトス

〔第三十八〕 裁判所書記ハ民事訴訟法第四百五十八條(一)及第百五十二條以下數條ノ場合ニ於テ當事者ノ代理人ト看做スコトヲ得ルヤ否ヤ

(千八百八十六年六月二十一日判決)

送達ハ當事者自カラ之レヲ爲スヲ以テ民事訴訟法ノ通則トス然レトモ區裁判所ノ訴訟手續及ヒ辯護士ヲ要セサル總テノ訴訟手續ニ付テハ特ニ例外ヲ設ク即チ此等ノ訴訟手續ニ於テハ當事者ハ自カラ送達ヲ爲スカ若シクハ之

(一)我裁構第十四條及第十五條參觀

(二)佛蘭西民法ヲ指ス

千八百八十六年六月二十一日判決

(一)我訴訟法ニナキ所ノ規定ナリ獨訴第四百五十八條ニ曰ク口頭辯論ノ

期日ヲ定メタル後裁判所書記ハ原告ノ訴狀ノ送達ヲ爲スヲ得ルコトヲ限リ其送達ヲ爲スコトヲ明言セサルトキハ裁判所之ヲ欲スルトキハ其送達ヲ爲スコトヲ得ルノ利益ヲ保有セシメントスルニ在リ而シテ訴訟事務ニ曉通セサル當事者ヲ保護センカ爲メニハ當事者自カラ送達ヲ爲スコトヲ得ルノ利益ヲ保有セシメントスルニ在リ而シテ訴訟事務ニ曉通セサル當事者ヲ保護センカ爲メニハ當事者自カラ送達ヲ爲スコトヲ明言セサルトキハ裁判所之レヲ媒介シテ相手方ニ送達スルモノトセリ故ニ本件ニ於テ論點タル所ノ數個ノ法條ノ場合ニ於テハ裁判所書記ハ裁判所ノ機關タル職務ヲ行フニ過キスシテ裁判所書記ト當事者トノ間ニハ委任契約ノ原則ニ據リテ論定スヘキ權利關係ヲ生スルコトナシ即チ裁判所書記ハ當事者ノ代理人ナリト謂フコトヲ得サルナリ(二)

第二節　裁判所ノ事物ノ管轄

〔第三十九〕　裁判所ノ職務分配規則ハ各部ノ管轄ニ影響ヲ及スヤ否ヤ

（千八百八十年三月二十日決定）

罰金言渡ノ刑事判決ニ付キ檢事ヨリ執行ヲ求メタルニ區裁判所ハ執行停止ノ命令ヲ下シタリ依テ檢事ハ之ヲ抗告シタルニ地方裁判所民事部ニ於テハ區裁判所ノ決定ヲ廢棄シ控訴院民事部ニ於テハ被告ノ抗告ヲ棄却シタリ而シテ大審院ハ千八百八十年三月二十日被告ノ即時抗告ヲ理由アリトシ區裁判所ノ決定ヲ認可シ且ツ第一審裁判所カ區裁判所ニ屬スル事件ト雖モ大審院ニ抗告ヲ爲スハ敢テ妨ケナシト宣言シタリ其認可ノ理由ニ曰ク

大審院ニ新ナル再抗告ヲ爲シ得ルハ控訴院ノ決定ニ依リ新ナル獨立ノ抗告理由ヲ生シタル場合ニ限ル(民事訴訟法第五百三十一條第二項)(一)而シテ本件ハ實ニ此理由ヲ存セリ若シ控訴院ニ於テ地方裁判所ノ下シタル決定ト同趣旨ヲ以テ被告ノ抗告ヲ理由ナシトシテ棄却シタルモノナルトキハ被告ハ地方裁判所ノ決定ニ對スル不服ノ點ト全ク異レル點ニ對シテ攻擊ヲ爲ストキト雖モ控訴院ノ裁判ニ對シテハ再ヒ抗告ヲ爲スヲ得ス然レトモ本件ノ場合ヲ詳細ニ審理スルニ控訴院ノ決定ハ其精神地方裁判所ノ決定ヲ認可スルニ非スシテ之ヲ廢棄シ新ニ之ニ代フルニ被告ニ不利益ノ決定ヲ爲シタルモノナリ地方裁判所カ區裁判所ノ決定ヲ廢棄シタル理由ハ檢事ノ請求ニ基ク刑事

(一)我第四百五十六條ニ當ル

(二)千八百八十年三月二十日決定

判決ノ強制執行事件ハ民事裁判所ノ管轄ニ非スシテ區裁判所ハ相當刑事部ニ屬スヘキモノタリト云フニ在リ之ニ反シテ控訴院ハ曰ク區裁判所ノ各部ノ管轄違ハ以テ本抗告棄却ノ理由ト爲スニ足ラス然レトモ本件ハ他ノ理由ニ依リ之ヲ原裁判所ニ差戻スヨリ寧ロ本院ニ於テ直ニ裁判ヲ下スヲ至當ト認ム區裁判所ニ於テ強制執行ノ停止ヲ命シタルハ執行力ヲ附シタル正本ヲ欠キタルニ因ルカ如シ然レトモ本件ノ場合ニハ別ニ執行力ヲ附シタル正本ナカルヘカラサル必要ナシ本件ハ事件其者ニ關シテ不服ヲ申立テタル者ニ對スル裁判ナルヲ以テ執行裁判所タル區裁判所ノ管轄ニ屬スヘキニ非ラス即チ受訴裁判所タル地方裁判所ノ刑事部ニ屬スヘキモノトス故ニ區裁判所ノ決定ハ正當ト認ムヘキ限ニ在ラスト斯クノ如ク兩審ノ裁判理由ハ相異ニシテ且ツ控訴院ノ下シタル命令ハ民事訴訟法第七百一條(一)ニ所謂強制執行手續ニ於テ豫メ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許ストノ規定ニ該當スルヲ以テ新ナル獨立ノ抗告理由ヲ生シタルモノト謂フヘシ依テ本抗告ハ本院ニ於テ受理スヘキモノトス

(一)我第五百五十八條ニ當ル

事件其者ニ於テ抗告ハ理由アリト認メサルヲ得ス控訴院ハ曰ク區裁判所ノ各判事ハ裁判所構成法ニ定ムル管轄内ニ於テハ區裁判所ヲ代表スルヲ得故ニ區裁判所判事カ職務上取扱ヒタル事ハ職務分配上ハ他ノ判事ノ取扱フヘキモノニ屬スト雖モ尚ホ有効ナリト此宣言ハ至當ト謂ハサルヘカラス控訴院ハ尚ホ曰ク帝國司法省令ニ據レハ執行裁判所受訴裁判所ト異ナル點ハ執行裁判所ハ唯民事上ノ訴ニ關シ刑事上ノ手續ニ屬セサルニ在ルカ如シ故ニ區裁判所カ執行裁判所ノ資格ニ於テ事件ヲ取扱フハ唯民事裁判所タル資格ヲ以テスル場合ニ限ル而シテ本件ノ場合ニ於テ區裁判所ハ只執行裁判所トシテ事件ヲ取扱ハントシタルハ疑ナキ所ナリ故ニ地方裁判所ノ裁判ハ之ヲ維持スルノ必要アリト

以上控訴院判事ノ意見ハ他ノ理由ニ依リ之ヲ至當ト看做スヲ得ス刑事訴訟法第四百九十五條ニ曰ク「財産刑若クハ辨償金ニ關スル裁判執行ハ民事裁判所ノ判決執行ニ關スル規定ヲ適用スト此ニ由リテ是ヲ觀レハ民事訴訟法第八編ノ規定ハ全然刑事々件ニ適用スヘキカ如シ然レトモ檢事局ハ刑事訴訟

法第四百八十三條第一項ニ依リ刑ノ執行ヲ一般ニ委托セラレタル官廳ナルヲ以テ刑事訴訟法第四百九十五條ノ精神ハ只執行ノ方法ノミ民事訴訟法ノ規定ニ讓リ形式上ノ前提即チ法律上ノ共助等ハ之ヲ適用セサルニ在リト謂ハサルヘカラス特ニ執達吏ハ此際執行裁判所ノ命令モナク單ニ檢事局ノ機關トシテ職ヲ執ルヲ得ヘシ若シ執達吏ノ誤認越權等ニ基ク被告ノ保護請求ハ之ヲ容易ニ救濟ヲ求メ得ヘキ執行地ノ區裁判所ニ申請スルヲ得スシテ遠隔ノ檢事局ニ於テセサルヘカラストスルトキハ其保護ヲ與フルヿ頗ル困難ナルヘシ加之若シ斯クノ如クンハ民事訴訟法第七百二十九條ニ基ク質權及其他ノ財産權ニ對スル强制執行又ハ同法第七百五十五條(三)ニ基ク不動産ニ對スル强制執行等ニ於ケル執行裁判所ノ補助ハ檢事局ニモ亦欠クヘカラサルモノト稱セサルヘカラス然レトモ裁判所構成法第百六十二條ハ檢事局ハ執達吏ヲ委任スルニ付キテハ之ニ執行委任ヲ爲ス裁判所ト同等ニ位シ民事訴訟法ニ定ムル形式ヲ用フルニ及ハスト此ニ由リテ是ヲ觀レハ民事訴訟法及刑事訴訟法ノ規定ニ依リ直接ニ强制執行ヲ爲スコトヲ得サル請求ニ關シテ

(三)我第五百九十四條及第六百四十一條ニ當ル

强制執行ヲ爲ス場合ニハ同法ニ明定セル强制執行ヲ行フ場合ト同一方法ヲ用フヘキモノタルヲ知ル且ツ裁判所構成法第百六十條ノ精神ハ裁判所及檢事局ノ斯ル場合ニ執達吏ニ對スル地位ハ民事訴訟法第六百七十四條第二項(四)ニ依リ一私人カ質債權者トシテ委任スル場合ノ地位ト敢テ差別ヲ設クサルニ在リト謂ハサルヘカラス加之刑事訴訟法第四百九十五條ノ財産刑ニ關スル規定ハ政府提出最終草案ニ於テ始メテ制定セラレ舊草案ニハ此規定ヲ唯過料及辨償金請求即チ私法上ノ請求ノミニ關セシメタリ故ニ當時ハ單ニ民事訴訟法ノ當該全部ノ規定ヲ適用セシメントスルノ意ナリシヤ明ナリ以上說明ノ次第ナルヲ以テ何故ニ民事訴訟法第六百六十二條第六百七十六條(五)ニ所謂强制執行ハ只執行力アル判決正本ニ依リテノミ之ヲ爲スヲ得トノ規定ヲ檢事局ノ財産刑ヲ執行スル場合ニ適用スヘカラサルヤ其理由ヲ發見スルニ困マサルヲ得ス執達吏ハ執行力アル正本ヲ有スルニ非ラサレハ債務者ニ對シテ民事訴訟法ニ基ク强制執行ヲ爲スノ權ナシ假設ニ執達吏ハ執行力アル正本ナキモ尙ホ强制執行ヲ爲スコトヲ得ト定メタル特別法アリトス

(四)我第五百三十一條ニ當ル

(五)我第五百十六條及第五百三十四條ニ當ル

ルモ其規定ハ帝國ノ立法ト矛盾スルヲ以テ固ヨリ効ナキモノトス(六)

以上ノ理由ニ依リ執行力ヲ附シタル正本ノ欠缺ニ付テ被告ヨリ不服ヲ申立テタルトキ之ヲ裁判スルハ民事訴訟法第六百八十四條及第六百八十五條第一項(七)ニ依リ區裁判所ノ管轄ナリトス故ニ區裁判所ニ於テ強制執行停止命令ヲ發シタルハ至當ト認メサルヲ得ス尤モ執行其者ニ關スル故障ハ民事訴訟法第六百六十八條(八)ニ依リ執行力ヲ附シタル裁判所書記ノ屬スル裁判所ニ於テ疏明セサルヘカラサルハ亦論ヲ俟タス

(六) 帝國法律ニ反スル聯邦特別法ハ無効トス

(七) 我第五百四十三條及第五百四十四條第一項ニ當ル

(八) 我第五百二十二條ニ當ル

〔第四十〕 取締上ノ罰ヲ科シタル裁判ニ對シテ抗告ヲ爲シ得ルヤ

控訴院ノ裁判ニ對シテ大審院ニ抗告シ得ルヤ

(千八百八十年九月二十四日決定)

理由

千八百七十九年十一月三日ノ強制執行期日ニ於テ某不法ノ行爲アリタルヲ以テ區裁判所ハ裁判所構成法第百七十九條ニ基キ罰金ノ言渡ヲ爲シタリ某

○千八百八十年九月二十四日決定

ハ右ノ裁判ヲ不當トシ裁判所構成法第百八十三條ニ基キ抗告ヲ爲シタルニ控訴院民事第一部ハ千八百七十九年十一月十一日ノ決定ニ依リ前區裁判所判事ヨリ意見書ヲ提出セシメ一應之ヲ取調ヘタル上千八百七十九年十一月二十二日抗告ヲ理由ナシトシ之ヲ却下スル旨裁判シタリ

是ニ於テ抗告人ハ大審院ニ向テ再抗告ヲ爲セリ其申立ノ要旨ハ千八百七十九年十一月二十二日控訴院ノ下シタル決定ヲ破毀シ且ツ區裁判所判事ハ抗告人ノ申出テタル證人ヲ呼出シ其證言ニ依リテ心證ヲ作ルヘシトノ裁判アランコトヲ求ムト云フニ在リ

依テ審理ヲ遂クル處右再抗告ハ受理スヘキ限リニ在ラサルヲ以テ之ヲ却下セサルヲ得ス

裁判所構成法第百八十三條ニ據ルニ取締上ノ科罰ニ對スル抗告ヲ許スハ大審院若クハ控訴院ノ裁判ニ對スルモノニ非ラサルトキニ限レリ又抗告ハ凡テ一週間ノ不變期間内ニ於テセサルヘカラス而シテ抗告裁判所ハ通常審級ノ如何ヲ論セス常ニ控訴院ヲ以テ之ニ充ツル旨規定セリ以上ノ規定ニ據リテ

之ヲ推スニ取締上ノ科罰ニ關スル抗告ハ事件ノ民事タルト刑事タルトヲ問ハス凡テ控訴院ノ與ヘタル裁判ヲ以テ終局トシ如何ナル場合ニモ更ニ抗告スルヿヲ許サヽルコト明ナリ

〔第四十二〕 婚姻豫約不履行損害賠償ノ訴ニ於ケル被告ノ人ニ關スル裁判籍如何

（千八百八十二年五月十六日判決）

千八百八十二年五月十六日判決

原告主張ノ要旨ハ原告ハ千八百七十九年春被告ト婚姻ノ豫約ヲ爲シタリ其後間モナク懷姙シテ遂ニ千八百八十年九月一日少兒出生シタリ其際被告ハ之ヲ認知シ且ツ特約ヲ與ヘタルニ拘ハラス今日ニ及ヒテハ不當ノ事ノミ申募ルニ付キ被告ハ右小兒ノ養料給與及ヒ婚姻豫約不履行ノ爲メ原告ノ受ケタル損害ノ賠償ヲ爲スヘシト判決アランヿヲ求ムト云フニ在リ且ツ原告ハ本訴ノ甲地方裁判所ノ管轄ニ屬スルヿヲ證明スル爲メ被告ハ豫約當時ハ同地鐵道會社工場ノ番丁ニシテ且ツ結婚履行ノ爲メ甲地ニ來ル筈ニテアリシ旨申立テタリ

第一審第二審ニ於テハ被告ノ抗辯ヲ採用シ原告ノ起訴シタル裁判所ハ養料給與ノ訴ニ付テハ事物ノ管轄權ナキヲ理由トシ又損害賠償ノ訴ニ付テハ人ニ關スル管轄權ヲ有セサルヲ理由トシ以テ本訴ノ却下ヲ言渡シタリ大審院ハ千八百八十二年五月十六日左ノ理由ヲ以テ上告ヲ棄却シタリ

理由

第一、裁判所構成法第二十三條第三項ハ婚姻外ノ同衾ニ基ク請求ニ關スル訴訟ハ區裁判所ノ管轄ナリト定メタリ此規定ハ文面上ヨリ解釋スレハ婚姻外ノ同衾ナル事實ヨリ直接ニ生スル當事者間ノ訴訟ニ限ルモノヽ如シ即チ婚姻外ノ懷姙ニ基ク凡テノ訴是ナリ然レトモ立法者ノ之ヲ區裁判所ノ管轄トシタル精神ヲ探究スルニ婚姻外ノ同衾ニ關スル訴訟ハ其事件甚タ簡易ナルヲ以テ合議裁判所ノ審理ヲ經ル必要ナシトスルニ在ルカ如シ故ニ本條ハ廣ク解釋シテ婚姻外ノ小兒ノ母カ自己ノ名ヲ以テ父ヨリ與ヘタル認知若クハ特約ニ基キ其小兒ノ養料ヲ請求スル訴ノ如キモ亦區裁判所ノ管轄トスルヲ適當トス

以上ノ理由ニ依リ控訴院カ本訴ハ起訴裁判所ノ事物ノ管轄ニ屬セストノ理由ヲ以テ本訴却下ノ言渡ヲ爲シタルハ法律ニ違反スル所ナシ

第二、上告論旨第二點モ正當ト認ムルヲ得ス若シ當事者ニ於テ婚姻ノ當時若クハ法律上有効スル方法ニ依リ原告住所地ノ身分取扱吏ノ面前ニ於テ婚姻ヲ爲ス特約ヲ爲シタルカ又ハ被告ニ於テ婚姻後ハ必ス其住所ヲ茲ニ定ムヘシト特ニ合意シタルモノナルトキハ或ハ原告ノ請求ヲ至當ト見サルヘカラサルモ本件ノ事實ハ全ク之ト異ナレリ原告ハ初メ婚姻豫約ノ履行ヲ甲地ニ於テ爲スヿヲ求メサルノミナラス又其副約ニ基キ原告住所地ノ身分取扱吏ノ面前ニ於テ之ヲ履行シ以テ婚姻ヲ取結ハサルヘカラストノ主張モナサヽリシ故ニ假リニ豫約者双方婚姻ヲ甲地ニ於テ爲ス約束ヲ爲シ此約束ハ獨リ寺院ノ儀式ニ止マラス身分取扱吏ノ面前ニ於テ爲ス儀式ヲモ包含スルモノトスルモ被告ハ婚姻締結ノ場所ニ付テハ只一般ノ口約ヲ爲シタルニ止リ決シテ法律ノ拘束力ヲ受クヘキ意思ヲ以テ之ヲ言ヒタルニ非ラサルモノト謂ハサルヘカラス以上ノ次第ナルヲ以テ婚姻豫約不履行ヨリ生シタル損害ノ賠償ヲ求ムル訴ハ只被告ノ住所地ノ裁判所ニ提起スルヲ得ルノミトス

(一)我第十八條ニ當ル

民事訴訟法第二十九條(一)ニ於テハ契約履行及ヒ契約不履行ヨリ生シタル損害ノ賠償請求ノ訴ハ契約履行地ノ裁判所ヲ以テ其管轄ト定メタリ故ニ民法上ノ契約ニ基ク債務ハ其契約ハ親族法ノ關係ヲ含蓄スルモノト雖モ凡テ之ヲ契約履行地ノ裁判所ニ訴フヘキモノタリ然レモ婚姻ノ豫約ナルモノハ所謂豫備ノ契約ナルヲ以テ其主タル効果ハ當事者ニ婚姻ヲ承諾スルノ義務ヲ生セシムルノミ故ニ他ノ特約ナキ限リハ只未來ノ夫タル者ノ住所ヲ豫約ノ履行地ト看做サヽルヲ得ス

(二)同上

本件ニ於テハ結婚シテ以テ婚姻ノ約束履行ヲ求ムルニ非ラスシテ豫約ヲ破リタル爲メ生シタル損害ノ賠償ヲ要求スルモノナリト雖モ其結果ハ前者ト相異ル所ナシ賠償ノ意義ハ廣義ニ於テハ害セラレタル財産上ノ利益ヲ回復スルト云フニ過キスシテ民事訴訟法第二十九條(二)ニハ契約不履行ノ爲メノ賠償ナル文字ヲ用フ即チ本件ノ賠償ハ被告カ元來其住所地ニ於テ爲スヘキ義務ノ代リニ履行スヘキ義務ト看做スヘキモノトス

〔千八百八十三年四月十六日決定〕

(一)獨逸訴訟法ニ於テハ書記獨立シテ爲シ得可キ行爲ニ付テハ裁判ナル語ヲ用フ夫ノ判決確定ノ證明書及ヒ執行文附與ノ如キ是ナリ

(二)我第九十七條第一號ニ當ル但シ獨訴ニハ細目ヲ掲ケ其内印紙税ノ明文アリ

〔第四十二〕 委任狀ノ印税ニ關スル抗告事件ノ管轄

(千八百八十三年四月十六日決定)

甲某ナル者公示催告手續ヲ申請セントシ乙某ニ委任狀ヲ交附シ右手續申請ノ事ヲ委任シタリ甲某ハ固ト訴訟上ノ救助ヲ得タルモノナルニ裁判所書記ハ乙某ニ對シ委任狀印税一「マルク半」ヲ徵收シタリ是ニ於テ乙某ハ右書記ノ裁判(一)取消ヲ區裁判所ニ申出テタルニ同裁判所ハ之ヲ理由ナキモノト看做シタリ而シテ地方裁判所モ決定ヲ以テ乙某ノ抗告ヲ棄却シタリ

乙某ハ控訴院ニ再抗告ヲ爲シテ曰ク受救者ノ委任ハ民事訴訟法第百七條第一號(二)ニ依リ其印税ヲ免レタリ故ニ裁判所書記ノ行爲ハ法律ニ於テ要セサル印税ヲ取立タルモノト謂ハサルヘカラス而シテ立法者ノ受救者ニ印税ヲ免シタルハ其訴訟代理人ヨリ代辨セシメンカ爲メニ非ラサルヘシト

控訴院ハ千八百八十三年三月二十一日ノ決定ヲ以テ此抗告ヲ理由アリトシ印税ハ貼用ニ及ハスト裁判シタリ其理由ハ抗告論旨ニ基クモノヽ如シ

控訴院檢事長ハ此裁判ヲ不當トシ更ニ抗告ヲ爲シ主張シテ曰ク委任ヲ受ケタル者ニ對スル印税貼用ノ强要義務ハ其委任者ノ支拂義務トハ全ク關係ナキ者ナリ代理人ハ自己ニ屬スル義務トシテ印税ヲ貼用セサルヘカラス受救者ノ代理人ナルカ爲メニ非ラス此義務ハ受救者ノ受救權ヨリ生スル權利トハ更ニ牽聯ナキモノナリ而シテ本係爭事件ノ裁判ニ付テハ如何ナル法律モ司法裁判所ノ管轄ナル「ヲ」認メス故ニ之ニ付テ爭ハント欲スルトキハ其貼用ヲ命シタル裁判所書記ノ監督廳ニ訴ヘ出テサルヘカラス即チ其最終審ハ司法省ナリトス但シ地方裁判所ノ決定ニ對スル抗告ハ只大審院ヲ以テ管轄裁判所トスヘシ以上ノ理由ナルヲ以テ控訴院ノ決定ヲ廢棄シ乙某ニ相當印税即チ一「マルク」半ノ印紙貼用ヲ命セラレ其抗告ハ司法省ニ移付セラレ度ト

大審院ハ千八百八十三年四月十六日左ノ理由ヲ以テ再抗告ノ裁判ハ其管轄ニ非ラス依テ之ヲ棄却スル旨言渡シタリ

理由

乙某ノ抗告ハ其委任者カ受救權ヲ有スルニ拘ハラス印税支拂ヲ命セラレタリト云フ點ニ於テセス乙某自ラ印税ヲ徵收セラレタリト云フ點ニ在ル「疑

(三)同上

(四)我第百十二條ニ當ル但シ差異アリ其全文ヲ示ス
曰ク　受救權ヲ附與スル決定ニ對シテハ上訴ヲ爲スヿヲ得ス受救權ヲ拒ミ若クハ取上ケ又ハ用ノ追拂ヲ命スル決定ニ對シテハ抗告ヲ爲スコトヲ得ト

ヲ容レス從テ乙某ハ抗告ヲ提起スルニ受救者ノ代理者タル資格ニ於テセス自己ノ利益ノ爲メニ自己ノ名義ニ於テシタリ而シテ民事訴訟法第百七條(三)ヲ援用シ委任者ニ受救權ヲ附與セラレタルヲ以テ乙某ヨリモ亦印稅ヲ徵收セラレヘキモノニ非ラスト主張シタリ

民事訴訟法第百十八條ノ抗告(四)ハ只受救者ヨリ提起シ得ヘキモノナルヲ以テ乙某ノ抗告ハ右ノ規定ニ基クモノト看做スヘカラス而シテ抗告人ノ委任者ハ別段印稅ヲ課セラレタルニ非ラサルヲ以テ受救者ノ受救權ヲ害シタリト謂フヲ得ス又地方裁判所及ヒ控訴院ノ裁判ニ於テモ受救者ノ提起ニ係ル受救權ノ剝奪又ハ制限ニ對スル抗告ニ付テ裁判シタル旨意ヲ發見セス控訴院ノ裁判ノ如キハ却テ抗告ハ乙某(受救者ノ代理者ニ非ラス)ノ提起シタルモノト明示シ其理由ニ於テ救助事件ニ於テハ受救者ヨリモ又代理人ヨリモ印稅ヲ支拂フニ及ハサル旨ヲ宣言セリ然リ而シテ右裁判ハ乙某ノ義務ノ有無ニ關シテハ何等ノ關係モナキ民事訴訟法第百七條ノ委任ヲ與ヘタル受救者ハ印稅ヲ免セラルヘシト云ヘル規定ヲ援用シタリ蓋シ控訴院ハ委任者ニ義務ナキヲ以テ其代理者ニモ亦之ヲ免セラルヽモノト信シタルナリ

裁判費用規則第四條ノ抗告ハ只手數料及ヒ立替金ニ對シ提起スヘキモノニシテ印稅ニ關スル抗告ニ非ラサルヲ以テ亦本件ニ適用スルヲ得ス同法第二條ハ手數料ト辯論ニ於テ使用スヘキ證書ノ印稅トヲ明ニ區別シ斯ル證書ハ印紙ヲ貼用スルニ非ラサレハ辯論ニ於テ之ヲ使用スルヲ得サル場合ニ限リ印紙ヲ貼用スヘシト規定セリ而シテ同法第七十九條ニ於テハ印紙ハ純然タル立替金ニ非ラサル旨ヲ明ニセリ

千八百五十四年五月九日ノ普國法律第二十一條ニ據レハ此等ノ印稅ヲ裁判手數料ト看做シテ之ヲ徵收セリ而シテ此規則ハ千八百八十年十二月一日ノ司法省令ニ依リ訴訟代理人ノ印稅ニ關シ尙ホ其適用ヲ見ル然レトモ印稅カ裁判手數料外ニ屬スル一ノ公課タル性質ハ此等ノ法アル爲メニ變更セラルヽモノニ非ラス若シ此等ノ法ニ印稅ヲ裁判手數料ト爲スヲ以テ印稅ノ性質ハ裁判手數料ナリト云フトハ寺院ノ保證書、計算書、遺囑書、遺言書等ノ如キ訴訟手續ニハ何等ノ關係ナキモノヽ印稅ヲモ尙ホ裁判手數料ト看做サヽルヲ得

サルヘシ

印税ノ性質斯ノ如キヲ以テ之ヲ徴收スルハ司法行政ノ掌ル所ナリ只便宜ノ爲メ之ヲ裁判所ニ委托シテ取立シムルノミ故ニ裁判所ニ於テ印紙ノ貼用ヲ促スハ司法行政處分トシテ爲ス所ナリ

此論ハ地方裁判所カ其裁判ノ根據トシタル千八百八十二年十月十九日ノ訓令ト更ニ衝突スル所ナシ同訓令ハ明ニ委任狀印税ハ裁判手數料ト爲スカ爲メニ印税タル本來ノ性質ヲ失フモノニ非ラスト云ヘリ

以上ノ理由ニ依リ印税ニ對スル抗告ヲ裁判スル管轄廳ヲ定ムルニ千八百七十九年三月十日ノ裁判費用規則普國施行條例第四條ニ據ラサルヘカラス同條ニ曰ク獨逸裁判費用規則第四條乃至第七條ノ規定ヲ獨逸訴訟法ノ適用ヲ見サル裁判事件ニ適用スルトキハ同法第五條乃至第八條ヲ準用スヘシト故ニ手數料及ヒ立替金徴收ニ對スル抗告ハ其事件獨逸訴訟法ノ適用ヲ受クサルモ亦裁判費用規則ニ依リ司法裁判所ヲ以テ其管轄トスヘシ又裁判費用規則施行條例第七條ニ依ルモ亦司法裁判所ヲ以テ其管轄裁判所トシ別ニ他廳ノ

先決ヲ要セサルヿ明ナリ即チ同條ニ曰ク裁判費用トシテ徴收スヘキ印税ニ付テハ控訴院ノ裁判ニ對スル抗告ハ之ヲ司法省ニ提出スヘシ司法大臣ハ凡テノ場合ニ於テ職權ヲ以テ其額ヲ更正スルヿヲ得ト

獨逸訴訟法ノ適用ナキ手續ヲ行フ爲メノ委任ニ付テモ前論ヲ準用スヘシ然レトモ以上ノ論ト裁判費用規則第四條ノ抗告ハ印税ニ關係ナシトノ論ヲ包合シテ之ヲ論スルトキハ大審院ハ本件檢事ノ抗告ニ付テハ管轄ヲ有セス隨テ控訴院カ本件裁判ノ管轄ヲ有スルヤ否ヤヲ裁判スルヲ得サルモノトス

〇千八百八十三年五月四日決判

(一) 我裁構第十四條第二號ニ當ル

〔第四十三〕 裁判所構成法第二十三條第二號(一)ニ定ムル價額ニ拘ハラス區裁判所ノ管轄ニ屬スル訴訟ハ當事者ノ合意ニ依リ之ヲ地方裁判所ニ提起スルヲ得ルヤ否ヤ

(千八百八十三年五月四日判決)

千八百八十三年五月四日大審院ハ左ノ理由ヲ付シタル判決ヲ下シタリ

理由

(二)同上

(三)我第二十九條ニ當ル

(四)我第三十一條ニ當ル

(五)上ノ(一)ニ同シ

(六)是皆專屬裁判權ヲ定ムル法條ニ係ル

上告人ハ家畜亡失ニ關スル訴訟事件ハ裁判所構成法第二十三條(三)ニ依リ區裁判所ニ專屬スルヲ以テ當事者ノ合意ヲ以テ管轄ノ變更ヲ許スヘキニ非ラスト申立ツルモ此理由ハ以テ至當ト認ムルヲ得ス民事訴訟法ハ裁判所ノ管轄ニ付テハ當事者ノ合意ニ大ナル餘地ヲ與ヘタリ即チ同法第三十八條(四)ニ據レハ第一審裁判所ハ事物及場所ニ付テ當然ノ管轄ヲ有セサルモ當事者ノ明示又ハ默示ノ合意アルトキハ亦管轄ヲ有スト而シテ同法第四十條第二項(五)ニハ當事者ノ合意ヲ許サヽル場合ヲ財産上ノ請求ニ非ラサル訴訟又ハ專屬裁判籍ノ訴訟ニ限レリ故ニ裁判所構成法第二十三條第二項(六)ニ掲クル其事件即チ特別ノ性質ヲ有スル爲メ訴訟物ノ價額ニ拘ハラス區裁判所ノ管轄ト爲シタル訴訟ノ如キモ合意ヲ以テ地方裁判所ニ提起スルハ妨ナキ所トス凡ソ事件ノ專屬裁判籍ヲ定ムルニハ必ス裁判所構成法若クハ民事訴訟法ニ之ヲ明記セサルヘカラス裁判所構成法第七十條、民事訴訟法第二十五條、第五百四十七條、第五百六十八條、第五百九十四條、第六百六條、第六百十七條、第六百二十九條、第七百七條及第八百三十九條是ナリ然(六)ルニ裁判所構成法第二十三條ハ此ノ如キ明記ナシ是レ本件ノ裁判管轄ハ當事者ノ合意ヲ以テ隨意ニ定メ得ルト云フ所以ナリ

(七)我第七條ニ當ル

加之民事訴訟法第十條(七)ニ地方裁判所ノ判決ニ對シテハ區裁判所ノ管轄ニ屬スルヲ理由トシテ不服ヲ申立ツルヿヲ得ストノ規定アリ此規定ハ裁判所構成法第二十三條第一項ノ訴訟物ノ價額ニ依リテハ區裁判所ノ管轄ト爲ス場合ノミナラス同條第二項ノ訴訟物ノ價額ニ依ラスシテ區裁判所ノ管轄トスル事件ニモ適用スヘキモノトス

以上ノ理由ニ依リ本上告ハ之ヲ棄却ス

〔第四十四〕 商事裁判官カ特得ノ知識學問ニ依リ下シタル裁判ハ控訴院判事ヲ羈束スルヤ否ヤ

〇千八百八十三年十月六日判決

(千八百八十三年十月六日判決)

商人甲某ノ巡回手代乙某ナル者甲ノ名義ヲ以テ丙某ト千八百八十二年七月一日ヨリ千八百八十三年マテ毎週二回二百貫ノ石炭ヲ炭商丁某ヲシテ丙ニ引渡サシムル契約ヲ取結ヒタリ然ルニ甲ハ右契約ノ履行ヲ爲サス依テ丙ハ損害賠償ノ訴ヲ丁ノ裁判籍アル某地方裁判所ニ提起シタリ被告甲ハ管轄違

ノ抗辯ヲ爲シ且ツ乙ハ物品引渡契約ヲ取結フ委任ニ欠缺アリシ旨ヲ申立テタリ地方裁判所商事部ハ原告ノ請求ヲ採用シ控訴院モ被告提起ノ控訴ヲ棄却シタリ而シテ大審院ハ千八百八十三年十月六日控訴院ノ判決ヲ破毀シ更ニ事實ノ辯論ヲ爲サシムル爲メ之ヲ控訴院ニ差戻シタリ其理由左ノ如シ

理由

第一、管轄ニ關スル上告論旨第一點ハ理由アリト認メス本件ハ只契約ノ目的物ハ商法第三百二十四條第二項第三百四十二條第二項第二ノ意義ニ於ケル特定物ト看做ス可キヤ否ヤヲ審査スルヲ要ス是レ商法第三百四十二條第一項ト率聯セル同法第三百四十二條ノ總則ニ依リ丁ノ營業地ヲ本件契約ノ履行地ト看做スヘキヲ以テナリ

石炭卸賣ノ經濟上ノ性質ヲ考フルニ直接ニ炭坑ニ於テ之カ引渡ヲ爲スヘキモノニシテ他ニ運輸シテ賣主ノ營業地ニ於テ引渡スヿナシ故ニ賣主ノ營業地ハ履行地ト看做スヲ得ス但シ賣主ハ之ヲ製造場ニ於テ引渡サヽルヘカラサルヤ又ハ精製場ニ於テスヘキヤハ事實問題タリ最モ多ク行ハルヽハ第一ノ場所ナリトス石炭ハ運搬ノ爲メニ莫大ノ費用ヲ要シ且ツ豫メ其額ヲ定ムルコト難キヲ以テ代價取定ノ場所ヲ以テ之カ引渡ノ場所ト看做スヘカラス故ニ製造場又發送場ヲ以テ契約履行地ト見ルノ外ナシ尤特別ノ事情例ヘハ發送場ト鐵道停車場若クハ船舶定繫場トノ距離ノ遠近ニ依リテ多少ノ變狀ナキニシモ非ラス然レモ此等ノ事情ハ本件ニハ之ヲ適用スヘカラス故ニ管轄問題ノ裁判ハ假令第三百四十二條第二項第二ノ精神ニハ全然該當セストモ之ヲ至當ト認メサルヲ得ス

第二、控訴院判決ニ曰ク地方裁判所ノ商事部ハ裁判所構成法第百十八條ニ依リ特得ノ知識學問ニ基キ宣言シテ曰ク本件ノ如キ行爲ハ巡回手代ニ依リテ締結スルヲ得而シテ此行爲ハ非常業務ト稱スヘカラス是レ商習慣ナリト此確認ハ本院ヲ羈束スルヲ以テ被告ハ本審ニ於テ反對主張ヲ爲スモ之カ證據調ヲ爲スノ必要ナキモノトスト

右控訴院宣言ノ末項ハ裁判所構成法第百十八條ノ意義ヲ解シテ商人ノ鑑定ヲ要スル目的物又ハ商習慣ノ存否ニ付テ商事部カ特得ノ知識學問ノ適用ニ

〇千八百八十四年五月一日判決

依リ與ヘタル裁判ハ不服ヲ申立ツルヲ得ス又控訴院判事モ之ヲ標準トセサルヘカラスト爲シタルカ如シ然レトモ此解釋ハ法律ノ錯誤タルヲ免レス此ノ如キ裁判ハ決シテ控訴院ヲ羈束スルモノニ非ラス裁判ノ當否ヲ調査スルハ猶ホ鑑定人ノ鑑定ノ正否ヲ調査スル如ク控訴院當然ノ職務タリ裁判ノ不服ヲ申立テ他ノ證據ヲ提出スルモノアルトキハ控訴院ハ之ヲ調査シ其裁判理由中ニ調査ノ次第ヲ掲クヘシ控訴院ハ第一審ノ認定ヲ以テ正當ト認メ他ノ證據提出ヲ拒否スル場合ト雖モ其理由ヲ詳記セサルヘカラス若シ之ヲ怠ルニ於テハ控訴院ノ裁判ハ法律違反ノ裁判ナリト謂ハサルヲ得ス

以上ノ理由ニ依リ控訴院判決ハ之ヲ破毀ス

〔第四十五〕 民事訴訟法第十條ノ規定ハ或ル訴訟ガ其目的物ノ價額ニ關セズ區裁判所ノ管轄ニ屬スル場合ニモ之ヲ適用スヘキヤ否ヤ

（千八百八十四年五月一日判決）

理由

民事訴訟法第十條ニ依レハ或ル訴訟カ區裁判所ノ管轄ニ屬スルヲ理由トシテ地方裁判所ノ判決ニ對シテ不服ヲ申立ツルコトヲ得サルモノトス即チ當事者カ或ル訴訟カ地方裁判所ノ事物上ノ管轄ニ屬セサルコトヲ抗辯トシテ主張シタル場合及ヒ地方裁判所カ管轄違ナルコトヲ職權ヲ以テ言渡シタル場合ニ於テ該條ノ適用ヲ見ルナリ而シテ此等ノ場合ニ該條ヲ適用スルコトニ付テハ民事訴訟法中ニ一ノ除外例ヲモ設ケス蓋シ第二百四十七條第二百四十八條(一)及ヒ第四百七十二條(二)ハ管轄違ノ妨訴抗辯ヲ棄却シタル第一審ノ判決ニ對シテ上訴ヲ許スモノニシテ第十條ヲ以テ特ニ限定シタル場合ト相對比シテ之ヲ解釋スヘキモノトス而シテ第十條ノ規定ハ訴訟物ノ價額ニ關シテ裁判籍ノ爭アリタル場合ニ限ラス亦訴訟物ノ價額ニ關セスシテ其訴訟カ區裁判所ノ管轄ニ屬スル場合ニモ之ヲ適用スヘキナリ然レトモ民事訴訟法草案理由書ト裁判所構成法草案理由書トヲ對照スルトキハ或ハ疑團ヲ生スル者アルヘシ民事訴訟法第十條草案理由書ニ曰ハク「地方裁判所ハ合議體ノ組織ニシテ其裁判ハ單獨制裁判所タル區裁判所ノ裁判ニ比スレハ一層正確

(一) 我第二百六條及第二百七條ニ當ル
(二) 第三百九十六條ニ當ル

ナリト推定セサルヘカラス從ツテ地方裁判所カ自ラ其管轄ニ屬スルモノトシテ裁判シタル訴訟ノ判決ニ對シテ其訴訟カ區裁判所ノ管轄ニ屬スルノ故ヲ以テ上訴ヲ許スノ必要ナシ」ト而シテ裁判所構成法第二十三條ノ草案理由書ニ曰ク「本條第二項ニ掲クル訴訟ハ裁判ノ迅速ヲ要スルモノナリ」ト又曰ク「判決カ訴訟事件ノ實際ニ適合シ公正ナルヲ期セント欲セハ裁判官ト當事者トノ關係ヲシテ成ルヘク密接ナラシムルヲ要シ又當事者カ自ラ訴訟ヲ爲スコトヲシテ成ルヘク容易ナラシムルヲ要ス」ト之レニ依リテ之ヲ觀レハ草案理由書ハ一方ニ於テハ合議裁判所ノ裁判ノ正確ナルコトヲ說キ他ノ一方ニ於テハ區裁判所ノ判決ノ正確ナルコトヲ說クカ如シ故ニ理由書ニ據リテ民事訴訟法第十條ト裁判所構成法トヲ對照シテ解釋スルトキハ民事訴訟法第十條ハ訴訟物ノ價額ニ依リテ裁判所ノ事物上ノ管轄ヲ定ムヘキ場合ニ於テハ之ヲ適用スヘキモノナリト謂ハサルヘカラス然レトモ右二個ノ法文ニ就テ斯クノ如キ區別ヲ爲スコト能ハサルナリ蓋シ現行法律ヲ解釋スルニ方リテハ其草案理由書ニ據ランヨリハ寧ロ先ツ主トシテ其法文ノ辭義ニ據ラサルヘカラス故ニ訴訟物ノ價額ニ準シテ裁判籍ヲ定ムヘキ場合トハ其他ノ事由ニヨリテ裁判籍ヲ定ムヘキ場合トハ第十條ニ就テ之ヲ區別スヘカラス其孰ツレノ場合タルヲ問ハス上訴ヲ許サヽルモノトス

〔千八百八十七年四月五日判決〕

〔第四十六〕 假差押命令ニ對スル異議ノ申立ニ付テハ假押差裁判所ハ專屬裁判權ヲ有スルヤ否ヤ

〔千八百八十七年四月五日判決〕

甲某ハ乙某ニ對スル債務ニ付テ千八百八十四年區裁判所ノ命令ニ據リ乙ノ有スル債權ノ假差押ヲ爲シタリ而シテ丙某(一)ナル者ハ乙ノ有スル債權ハ既ニ乙ト丙トノ間ニ於テ爲シタル債權讓渡ニ由リテ已レニ移リタルモノナリトシ地方裁判所ニ右假差押ニ對スル異議ノ申立ヲ爲シタリ其主張スル所ハ第一甲ノ差押ヘタル債權ハ原告丙ニ讓渡サレタルモノナリ第二右假差押命令ハ其理由ニ欠クル所アリ第三被告甲ハ他ノ債權者ヲ害セント欲シテ假差押ノ申請ヲ爲シタルモノナリト云フニ在リ地方裁判所ハ假差押命令ハ其理由ニ欠クル所アルカ故ニ之ヲ取消ス但シ原告カ主張スル所ノ債權讓渡ハ佛蘭

(一)丙ハ即チ第三債務者ナリ

西民法第千百九十條ニ定ムル要件ヲ具備セサルカ故ニ敢テ假差押ヲ爲スノ妨害ト爲ラスト判決シ原告丙ハ此判決ニ對シテ控訴ヲ提起シタルニ控訴院ハ此判決ヲ正當ト認メ控訴ヲ棄却セリ其理由ハ原告丙ハ假差押命令ヲ取消スコトニ付テ利益ヲ有スルコト及ヒ佛蘭西民法第千百六十六條ノ規定トニ據リテ取消ヲ申請スルノ權能アルモノナリ又被告甲ハ地方裁判所ハ此訴訟ニ付テ管轄權ヲ有セスト抗辯(控訴院ニ於テ)スレトモ地方裁判所ハ民事訴訟法第十條(ロ)ニ依リテ正サニ其管轄權ヲ有スルモノナリト云フニ在リ此ニ於テ被告甲ハ上告ヲ提起シ而シテ大審院ハ控訴院ノ判決ヲ破毀シ本件ヲ控訴院ニ差戻セリ

(二)我第七條ニ當ル

理由

控訴院ハ第一、原告ハ假差押命令ノ取消ニ付テ利益ヲ有スルコト第二、原告丙ハ假差押債務者乙ノ債權者ナルカ故ニ佛蘭西民法第千百六十六條ニ依リテ假差押ニ對シ異議ヲ申立ツルコトヲ得ルモノナリトノ理由ヲ以テ被告ノ抗辯ヲ棄却シタリ然レトモ前ニ擧ケタル二箇ノ理由ハ未タ以テ原告ノ訴權ヲ認定スルニ足ラス抑々原告カ本件ノ爭タル假差押命令ニ付テ異議ヲ申立テソトスルニハ其自己固有ノ權利ニ基キテ之ヲ爭フカ若クハ佛蘭西民法第千百六十六條ニ準據シ假差押債務者乙ニ屬スル權能ニ基キテ之ヲ爭フカノ二途アルノミナリ然ルニ控訴院ハ此點ニ就テ審理ヲ遂ケス若夫レ原告ニシテ佛蘭西民法第千百六十六條ニ準據スルヲ要セス自己固有ノ權利ヲ有スルモノナランニハ千八百七十九年七月三十一日帝國法律及ヒ民事訴訟法第六百九十條(ハ)ニ從ヒ控訴院ハ其取消申請權ノ存否ヲ審査セサルヘカラサルナリ然ルニ控訴院ハ右帝國法律ヲ適用セス亦民事訴訟法第六百九十條(ロ)ヲモ適用セサリシコト明カナリ蓋控訴院ハ原告ハ債權讓受ヲ理由トシテ假差押ヲ受ケタル債權ノ讓渡ヲ妨クルノ權利ナシトスレハナリ然レトモ又單ニ原告ハ假差押命令ノ取消ニ付キ利益ヲ有セリト謂フノミニテハ未タ以テ原告ノ異議申立ノ權能ヲ認ムルニ十分ナラス假差押命令ハタトヒ其不當ニ發セラレタルモノナリト雖モ唯其原因ニ欠クル所アルノ故ノミヲ以テ當然無効ナルニ非ラス裁判所ノ取消ニ由リテ初メテ無効ト爲ルナリ故ニ其取消ニ付テ利益

(三)我第五百四十九條ニ當ル
(四)同上

ヲ有スル者ハ訴又ハ抗辯ヲ以テ其取消ヲ主張スルコトヲ得ト謂フヘカラス必スヤ法律上ノ一定ノ要件ヲ具備セサルヘカラサルナリ

己上述ヘタル如クナルヲ以テ茲ニ決スヘキ問題ハ被告ノ抗辯(原告ハ取消ヲ申請スルノ權能ナシトノ)ハ果シテ佛蘭西民法第千百六十六條ニ依リテ之ヲ棄却スヘキモノナルヤ否ヤノ點ニ在リトス然ルニ佛蘭西民法第千百六十六條ハ債權者ハ特ニ債務者(本件ニ於テハ假差押債務者乙某)ノ身上ニ屬スルモノヲ除ク外債務者ノ凡テノ權利及ヒ訴權ヲ行フコトヲ得ルモノナリトシタルニシテ即チ其權利ハ債務者自カラモ亦之ヲ主張スルコトヲ得ルモノナルヲ要ス且ツ債權者カ之ヲ主張スルニハ債務者ノ爲スヘキ方法ト同一ノ方法ヲ以テスルヲ要ス今假リニ原告ハ假差押命令ヲ取消スノ權能ヲ該條ニ依リテ有スル者トセンニ凡ソ差押債務者カ假差押ニ對シテ異議ノ申立ヲ爲スニハ通常訴訟ヲ以テスルコトヲ得ス民事訴訟法第八百四條(五)ノ規定ニ從ハサルヘカラス、サレハ原告カ取消ノ申請ヲ爲スニ方リテモ亦債務者ノ名義ヲ以テ民事訴訟法第八百四條ニ從ハサルヘカラス而シテ控訴院ハ一方ニ於テハ原

(五)我第七百四十四條ニ當ル

告ノ申請ハ此途ヲ盡クシタルモノト認メス他ノ一方ニ於テハ被告ノ抗辯ヲ棄却スルニ方リテ全ク佛蘭西民法第千百六十六條ヲ顧ミサリシナリ故ニ其裁判ハ不當ノ裁判ナリト謂ハサルヘカラス

控訴院カ民事訴訟法第八百八條(六)ハ假差押決定ノ執行ニ付テノ規定ニシテ假差押命令ニ付テハ强制執行ニ關スル規定ヲ準用スルコトヲ得ス從テ假差押命令ニ付テノ裁判籍ハ民事訴訟法第六百八十四條(七)及ヒ第七百七條(八)ニ據リテ之ヲ定ムルコトヲ得スト判決シタルハ蓋シ其當ヲ得タルモノナリ然レトモ控訴院ハ假差押命令ニ對スル異議ハ此命令ヲ發シタル裁判所ニ之ヲ申立ツヘキモノナルコトヲ不問ニ附シタル過失ヲ免レス抑差押債務者カ異議ノ申立ヲ爲サントスルトキハ其理由ヲ通知シテ相手方ヲ口頭辯論ノ爲メニ假差押裁判所ニ呼出スヘキコト及ヒ其裁判所ハ假差押命令ノ適法ナルヤ否ヤヲ審査スヘキコトハ民事訴訟法第八百四條及ヒ第八百五條(九)ノ規定スル所ナリ此規定ノ趣旨ニ由リテ推論スルトキハ假差押ノ命令ヲ發シタル裁判所ハ此命令ニ對スル異議ノ申立ニ付テ專屬裁判權ヲ有スルモノニシテ民事訴訟

(六)我第七百四十八條ニ當ル
(七)我第五百四十三條ニ當ル
(八)我第五百六十三條ニ當ル
(九)我第七百四十四條及ヒ第七百四十五條ニ當ル

(十)前ノ(二)ニ同シ

(十一)前ノ(二)ニ同シ

(十二)第七百三十九條ニ當ル

法第四十條(十)ニ依リテ當事者ノ合意ヲ以テ之ヲ變更スルコトヲ得サルモノナリ故ニ其他ノ裁判所ニ異議ノ申立ヲ爲シタルトキハ其受訴裁判所ハ職權ヲ以テ管轄違ノ申渡ヲ爲サヽルヘカラス又相手方ハ管轄違ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得ルモノトス故ニ民事訴訟法第十條(十一)ハ此場合ニ適用スルヲ得ス蓋シ第十條ハ地方裁判所ノ判決ハ區裁判所ノ判決ニ比スレハ正確ナリトノ推定ニ基キタル規定ナリ且ツ特ニ裁判所ノ事物ノ管轄ニ就テノ規定ニシテ或ル事件カ區裁判所ノ管轄(事物上ノ)ニ屬スルヲ理由トシテ地方裁判所ノ判決ニ對シテ不服ヲ申立ツルコトヲ得スト云フニ過キサルナリ之レニ反シテ第八百四條ハ獨リ事物上ノ裁判籍ヲ定ムルノミナラス又假差押ニ對スル異議ニ付テハ其決定ヲ爲シタル裁判所ノミカ(土地上並ニ事物上トモニ)其管轄權ヲ有スルコトヲ規定セルナリ而シテ假差押裁判所トハ獨リ區裁判所ノミニ非ラス民事訴訟法第七百九十九條(十二)ニ據レハ本案ノ裁判ヲ爲ス其他ノ裁判所モ亦假差押ノ命令ヲ發スルノ權限アルモノナリ故ニ假差押命令カ區裁判所ヨリ出テタルト地方裁判所ヨリ出テタルトヲ問ハス其命令ニ對スル異議ハ其命令ヲ發シタル裁判所ニ向ツテ第八百四條ノ手續ニ依リ之ヲ申立ツルヲ要ス

已上述ヘタル如クナルカ故ニ原告ノ訴權ノ有無ヲ爭フ所ノ被告ノ抗辯ハ其理由アルモノトス既ニ此點ノミヲ以テ控訴院ノ判決ハ之ヲ破毀セサルヘカラス而シテ原告ノ陳述ニ就テ控訴院ニ於テ未タ審査ヲ遂ケサル點アリ尙ホ未タ本件ノ判決ヲ爲スニ熟セサルヲ以テ本件ヲ控訴院ニ差戻ス

○千八百七十九年十二月二十三日判決

第三節　訴訟物ノ價格

〔第四十五〕　爲替ノ利子手數料及費用

(千八百七十九年十二月二十三日判決)、

千八百七十九年十月二十五日地方裁判所ハ判決シテ曰ク被告ハ原告ニ爲替金額千五百「マルク」並ニ右金額ニ對スル千八百七十九年六月一日以後年百分ノ六ノ利子、手數料五「マルク」拒證書ノ費用十「マルク」半及書信料五十五「ペンニヒ」ヲ支拂フヘシト

被告ハ右地方裁判所ノ判決ニ不服ヲ唱ヘ控訴シタルニ千八百七十九年十一

月十七日控訴院ハ前判決ヲ變更シテ原告ノ請求ハ爲替訴訟ヲ以テ其訴訟ノ方法ト爲スヲ得サルモノナルニ依リ本訴ハ之ヲ却下ス但シ上訴ノ費用ハ原告ノ負擔トスト言渡シタリ

右ノ判決ニ對シ原告ハ適當ノ時期内ニ上告ヲ爲シ其代理人ハ準備書面記載ノ請求ヲ再演シ且ツ本上告ハ許スヘカラサルモノトシテ棄却アランコトヲ求メタル被上告人ノ申立ヲ却ケラレンコトヲ請求シタリ

是ニ於テ裁判長ノ命令ニ依リ先ツ上告ノ許否ニ付キ辯論ヲ開キタリ

理由

上告ノ目的物ノ價額(一)ヲ算定スルニ付キ第一ニ適用セサルヘカラサル法條ハ民事訴訟法第四條(二)ナリトス同條ニ據レハ果實收益利子損害及費用ハ附帶請求トシ主張スルトキハ之ヲ算入セサルモノトス

本件ノ手數料拒證書ノ費用及書信料ハ利子ト同シク獨立ノ請求ニ非ラサルコト亦疑ヲ容レス

手數料ハ損害ノ一種ニ過キス即チ其損害ハ積極的ナルト又ハ受ケヘキ利益

(一)獨訴第五百八條ノ規定ニ據レハ金額千五百「マルク」以上ノ事件ニ非レハ上告ヲ許サス我ニハ此規定ナシ然レドモ價額ノ算定法ハ他ノ場合ニ適用スヘキカ故ニ之ヲ掲ク以下皆仝シ

(二)我第三條ニ當ル

ノ亡失ニ由ルトヲ問ハス原告ノ主タル請求ヲ滿足ニ達セシメサリシ爲メ原告ノ受ケタリト稱スル財産上ノ損害ニ過キス換言セハ爲替金ヲ受取ラントシテ無益ニ費シタル時間及勞力ノ損害ナリ但シ手數料ノ額ハ法律ニ於テ確定セルヲ以テ漫ニ之ニ超過スル額ヲ請求スルヲ得サルハ論ヲ俟タス

拒證書ノ費用及書信料ハ費用ノ一種ナリ即チ訴訟費用ト同シク債務者ノ支拂拒絶ニ因リ生シタル費用ナリ債務者カ不當ニ主タル義務履行ヲ拒ミタルカ爲メ之カ支拂ヲ爲スヘキ費用ナリ

民事訴訟法第四條ノ規定ヲ單純ナル訴訟費用ノミニ制限セントスルハ理由ナキモノト謂ハサルヲ得ス法律ノ文面上ヨリ解釋スルモ又其目的上ヨリ推究スルモ右兩種ノ費用モ同シク此内ニ包含セルコト明ナリ

ハンノーベル民事訴訟法草案ノ規定ハ訴訟費用ノミニ限レリ然レトモ獨逸訴訟法ハ右草案ニ摸擬シタルノ故ヲ以テ同法モ亦訴訟費用ノミノ規定ナリト誤解スヘカラス其字句ノハンノーベル草案ヨリ擴充セラレタル所アルニ依リテ獨逸訴訟法ハ却テ之ヲ訴訟費用ノミニ限ラサラントシタル精神ナル

コトヲ推知スルニ足ラン

以上ノ理由ニ依リ本件上告ノ目的物ノ價額ハ千五百「マルク」以上ニ達セサルヲ以テ民事訴訟法第五百八條ニ基キ上告ヲ許サヽルモノトス

〔第四十八〕 商業登記簿引渡ノ訴ニ付テ財産上ノ利益ノ算定法

（千八百八十年十月二十二日判決）

〇千八百八十年十月二十二日判決

甲乙間ノ合資會社解散シ清算ニ及ヒ尚ホ六千二百六十「マルク」ノ貸金ヲ取立テ千五百九十二「マルク」ノ借金ヲ支拂ハサルヘカラサルコトトナレリ而シテ右貸金ノ取立借金ノ支拂ハ凡テ乙ニ於テ處理スルノ約ヲ爲シタリ是ニ於テ乙ハ某地ニ至リ取立ヲ爲スニ當リ商業登記簿ノ必要ヲ感シ之ヲ甲ニ差送クル樣申入レタルニ甲ハ殘務整理ノ爲メ之ヲ必要トスルニ依リ乙ノ請求ヲ拒絶シ只甲ノ所在地ニ來リテ閲覽スルコトノミヲ許シタリ依テ乙ハ甲ニ對シ登記簿引渡ノ訴ヲ提起シタリ然ルニ第一審第二審ハ乙ノ訴ヲ却下シ乙ノ提起シタル上告モ亦左ノ理由ニ依リ大審院ニ於テ却下セラレタリ

（一）我第四百十九條及第四百三十九條ニ當ル但シ獨訴ハ我第四百五十四條ニ當ル第五百二十九條中ニ「上訴許否ノ調査」ノ一項アリテ我第四百三十九條ノ規定ナシ

（二）我第五條ニ當ル

理由

本院ハ上告ノ許否特ニ上告價額ノ存否ニ付テハ職權上調査スルノ責アリ（民事訴訟法第四百九十七條及第五百二十九條）(一)而シテ本件ハ調査ノ末上告ヲ許スヘカラサルモノト認メタルヲ以テ之ヲ却下セサルヲ得ス

本訴ノ目的物ハ原告ハ解散セラレタル原告及被告間ノ會社登記簿ヲ會社ノ費用ヲ以テ原告カ會社貸金取立ヲ爲スノ地ニ差送ラルヽコトヲ請求シ得ルヤ將タ原告ハ被告ノ主張ノ如ク被告ノ住所地ニ於テ閲覽スルヲ以テ滿足セサルヘカラサルヤ否ヤノ問題ナリトス故ニ民事訴訟法第六條(二)ノ適用ヲ受クヘキ事項ニ非ラスシテ只其閲覽及使用ノ方法ヲ爭フニ過キス

然レトモ本請求タルヤ財産上ノモノタルコト亦疑ヲ容レス即チ上告ノ目的物ヲ組成スル原告ノ財産上ノ利益ハ原告ノ要求ニシテ達セラレタルトキハ原告自分ニ於テ然ラサルトキハ代理人ニ依リテ之ヲ閲覽シ若クハ登記事項ノ謄本ヲ作成セシムル特別費用是ナリ

本院ハ右ノ利益ニ付テハ自由ノ意見ヲ以テ價額ノ算定ヲ爲スヲ得（民事訴訟

(三)我第六條ニ當ル但シ獨訴ニハ「訴訟物ノ價額ハ裁判所ノ意見ヲ以テ之ヲ定ム」トアリ

○千八百八十年十二月十八日決定

(一)我第五條第一號ニ當ル但シ獨訴第六條ニハ「物件ノ占有カ訴訟物ナルトキハ其價額ニ依リ」ノ一句アリ他ハ皆ナ同シ

法第三條(三)ルヲ以テ之ヲ五百「マルク」ト見積ルモノトス即チ本訴目的物ノ價額ハ上告價額ニ充タサルヲ以テ本上告ハ之ヲ許スヲ得ス

〔第四十九〕 二人ノ質債權者間ニ優先權ノ順位ニ付キ爭ヲ生シタルトキ其訴訟物ノ價額ハ何ニ依リテ算定スヘキヤ

(千八百八十年十二月十八日決定)

大審院ハ左ノ理由ヲ附シタル決定ヲ爲シタリ

理由

訴外人某ニ對スル原被兩造ノ質權優劣確定請求訴訟ニ於ケル訴訟費用算定法ニ付キ控訴院ハ民事訴訟法第六條(一)ヲ適用シテ訴訟物ノ價額ヲ二百八十一「マルク」ト定メタリ其理由ニ曰ク原告ノ債權額ハ九百三十「マルク」ニシテ之ヲ係爭動產ノ賣得金ニ比スレハ多額ナリ依テ其賣得金タル二百八十一「マルク」ヲ以テ訴訟物ノ價額ト認ムルヲ相當トスト抗告人ハ被告ノ債權ハ百四十八「マルク」ニシテ之ヲ右控訴院ノ定メタル額ニ比スレハ少額ナリ故ニ之ヲ以テ訴訟物ノ價額ト做スコソ至當ナレト申立テタリ此抗告ハ至當ト謂ハサルヘカラス原告ノ質權ハ被告ノ爭フ所ニ非ラサルヲ以テ訴訟物ト爲スヲ得ス又原告ハ動產ヲ質ニ取リ以テ其債權ノ擔保ト爲スコトヲ訴求シタルニ非ラス隨テ民事訴訟法第六條ハ直接ニ適用スルヲ得ス故ニ本件ノ訴訟物ト稱スヘキモノハ優先權其者ニ過キス詳言セハ原被兩造中何レノ債權カ寡額ニシテ他ニ先ンシ質物ノ賣得金ヲ以テ辨濟ヲ受クヘキヤニ付キ爭フモノナリ而シテ民事訴訟法第六條ノ原則ヲ本件ニ準用スルニ付テハ質物ノ價額カ他ノ債權額ヨリ少キトキハ之ヲ以テ訴訟物トシ若シ其價額他ノ債權額ヨリ大ナルトキハ其債權ノ最モ寡額ナルモノヲ以テ訴訟物ト看做スヘキモノトス是レ昔時獨逸ニ於テ訴訟物ノ價額算定ニ標準トシタリシ原則ト一致スルノミナラス(バイフ(ル實修論第六卷三百四十七頁以下、五百十二頁以下、及ヒウェッエル民事訴訟法第三版第五十四條註第七十三、七百十六頁參照)近世立法ノ旨趣ニ從フモ亦然ラサルヲ得ス即チ破產法第百三十六條ニ據ルニ破產ニ於テ優先權ノ爭ヲ生スルトキハ常ニ前述ノ解釋ヲ適用セサルヘカラサルカ如シ是

レ此法ヲ用フルニ非ラサレハ裁判官カ配當部分ト破産財團トノ關係ヲ定ムルニ付キ適當ノ意見ヲ下ス能ハサル恐アレハナリ

尚ホ茲ニ注意スヘキハ右ノ如ク同等ノ優先權ヲ主張スル場合ニ於テ他ニ先ンスル寡額ノ債權トハ獨リ元金ノ寡額ヲ指スニ非ラスシテ利子アルトキハ元利合セテ最モ寡額ナルモノヲ云フコト是レナリ

〔第五十〕 賣買ニ基ク上告事件ニ付キ價額ノ算定ハ契約ノ實價ニ據ルヘキヤ

（千八百八十一年一月七日判決）

千八百八十一年一月七日判決

被告ハ訴訟上ノ救助ヲ受ケ官選辯護士甲ノ附添ヲ得テ第一審ノ訴訟ヲ爲シタルニ遂ニ原告ノ請求通リ被告ノ敗訴ニ歸シ判決正本ハ千八百八十年四月五日辯護士甲ノ許ニ送達セラレタリ被告ハ右地方裁判所ノ判決ニ服セス控訴ヲ提起セントシ更ニ辯護士乙ノ附添ヲ乞ヒタリ依テ乙ハ直ニ第一審辯護士ノ許ニ書狀ヲ遣シ訴訟行爲ノ報告ヲ求メタルニ其書狀郵稅未濟ノ爲メ封緘ノ儘差戻サレ遂ニ判決正本ノ何時送達セラレタルヤヲ審ニスル能ハサリキ斯クテ乙ハ裁判所ニ至リ訴訟記錄ノ一覽ヲ乞フニ及ヒ初メテ控訴提起ノ不變期間ハ已ニ經過シ了リ最早控訴スルニ由ナキヿヲ發見セリ是ニ於テ乙ハ已ムナク原狀回復ノ申請ヲ爲シタルニ控訴院ハ之ヲ却下シタリ依テ更ニ上告ヲ爲シ理由ヲ述ヘテ曰ク原告ニ於テ邸宅賣得金ノ超過額ヲ被告ニ引渡シ且ツ他ノ土地賣得金ノ超過額ヲ被告ノ負債辨償ニ差向クルトキハ被告ハ初メテ賣買契約ノ義務ヲ負フ責アリト信スルモノナリ而シテ第一ノ賣得金ノミニテモ原告申立ノ如ク既ニ千八百五十「マルク」ニ達セリ即チ上告價額千五百「マルク」ニ超過セルヿ明ナリ故ニ本件ハ上告ヲ許サヽルヘカラサルヿ亦論辯ヲ俟タス次ニ本件ハ被告幷ニ其控訴審ニ於ケル訴訟代理人ニ取リテハ民事訴訟法第二百十一條(一)ニ所謂避クヘカラサル事變ノ原因存スルモノナリ即チ千八百八十年三月十二日言渡ノ第一審裁判所ノ判決ハ第一審ノ訴訟代理人ニハ千八百八十年四月五日ニ送達セラレタルモ被告及控訴審訴訟代理人ノ裁判所記錄ニ依リテ之ヲ知リタルハ實ニ千八百八十年七月ナリシ故ニ空

(一) 我第百七十四條ニ當ル

シク不變期限ヲ經過セシムルニ至レリト

大審院ハ左ノ理由ニ依リ上告ヲ却下シタリ

理由

第一、係爭不動產ノ賣買價額ハ千四百二十「マルク」ニ過キス然レトモ上告人ハ被上告人ト取結ヒタル賣買契約ノ履行ヲ拒ミテ曰ク被上告人ハ邸宅及其附屬品ハ無償ニテ之ヲ賣渡人即チ上告人ノ小兒ニ引渡シ他ノ土地ノ賣得超過額ヲ以テ上告人ノ負債辨償ニ充ツル副約ヲ爲シタリ故ニ被上告人ニ於テ此副約ノ履行ヲ爲サヽルニ於テハ上告人ハ本契約ノ義務ヲ果スヲ得スト而シテ被上告人ハ邸宅ヲ千八百五十「マルク」ニテ既ニ他ニ賣渡シタルコトニ付テハ當事者間ニ爭ナク且ツ上告人ハ其申立ニ付テハ充分ノ證明ヲ爲シタリ依テ審理ヲ遂クルニ本件ハ訴訟物ノ價額ヲ上告人ノ抗辯ニ依リテ定ムヘキヲ正當トス是レ本件ノ場合ハ買主ナル被上告人カ支拂ハント欲スル賣買價額ヲ以テ訴訟物ト爲シタルニ非ラスシテ賣主タル上告人ノ證明セル賣買物ノ一層高キ價額ヲ以テ控訴ノ目的物トシタルモノナレハナリ但シ其一層高キ價額ト稱スルハ起訴ノ當時少クトモ千八百五十「マルク」ニ達スルモノナリ

第二、然レトモ上告ハ本案ニ於テ理由ナシト認メ之ヲ棄却セサルヲ得ス

上告人ノ主張ニ據ルニ千八百八十年三月十二日ノ地方裁判所ノ判決ハ第一審附添ノ辯護士甲ノ許ニ千八百八十年四月五日ニ正當ノ手續ニ依リ送達セラレタリト云フ即チ此送達ハ民事訴訟法第八十一條(二)ニ依リ當事者ヲ正當ニ代理セラレタル訴訟代理人ニ爲サレタルモノナレハ當然當事者其者ニ送達セラレタルト同一ノ効果ヲ生スヘキモノニシテ右辯護士ニ於テ之ヲ當事者ニ報告シタルヤ否ヤハ敢テ問フヲ要セス故ニ原狀回復ノ申請ヲ爲スニハ右辯護士ニ於テ民事訴訟法第二百十一條ノ避クヘカラサル事變ニ依リテ相當期間內ニ控訴スルコトヲ妨ケラレタルコトヲ證明セサルヘカラス而シテ此ノ如キ妨害ノ存セシコトハ上告人ノ更ニ主張疏明セサル所ナリ

假令第一審訴訟代理人ノ行爲ヲ爲スニ妨害ナキモ第二審ノ辯護士ニ於テ相當ノ妨害アルニ於テハ場合ニ依リ回復ノ途ナキニ非ラサルモ本件ノ場合ハ第二審ノ辯護士カ第一審ノ訴訟代理人ニ發シタル書狀ニ相當ノ郵便印紙ヲ

(二)我第六十八條ニ當ル

〇千八百八十一年一月十八日判決

貼用シ若クハ其訴訟代理ヲ委任セラレタル當時豫メ上訴提起ノ手續ヲ執ルニ於テハ決シテ斯クノ如キ不都合ニ陷ルコトナキモノナルヲ以テ原狀回復ソ訴ハ之ヲ許スニ由ナシ

右辯護士ノ控訴期間ヲ徒過シタルハ其懈怠ニ出ツルヤ否ヤハ敢テ深ク探究スルノ必要ナカルヘシ何者訴訟代理人若クハ當事者ノ懈怠ナキコトハ只民事訴訟法第二百十一條ニ依リ原狀回復ヲ申請スル一要件タリト雖モ是ノミヲ以テハ不變期間經過ノ効果ヲ全滅セシムルニ足ラサレハナリ

〔第五十二〕 所有權侵害排除ノ訴ニ於テハ訴訟物ノ價額ハ何ニ依リテ之ヲ定ムヘキヤ

（千八百八十一年一月十八日判決）

被告丙某ハ原告甲ノ土地ヲ通シテ土管ヲ引キ自己ノ土地ヨリ原告乙ノ土地ヘ水ヲ導キタリ是ニ於テ原告共ハ地方裁判所ニ起訴シテ被告ハ本訴狀記載ノ土地ハ原告共ニ屬スルコトヲ確認シ被告ノ建設シタル土管ハ被告ノ費用ヲ以テ取除キ之カ爲メ原告共ノ受ケタル損害ヲ賠償スヘシ且ツ後來再ヒ原告共ノ土地所有權ヲ侵害スルニ於テハ相當ノ罰ニ處スヘシトノ判決アランコトヲ求メタリ又原告共ハ口頭辯論ノ際申立テヽ曰ク被告ハ該土地ノ原告共ニ屬スルコトヲ知レリ然レトモ若シ被告ニ於テ之ヲ爭フニ於テハ原告ハ確實ナル證據ヲ提出スヘシト而シテ原告共ハ本訴訴訟物ノ價額ヲ二千「マルク」ト定メタリ

被告ハ管轄違ノ抗辯（民事訴訟法第二百四十七條）(一)ヲ爲シテ曰ク被告ハ未タ曾テ本件ノ土地ノ原告共ニ屬セサルヿヲ爭ヒタルヿナシ(二)故ニ本件訴訟物ノ價額ハ十「マルク」ニ過キサルヘシ即チ本件ハ地方裁判所ノ管轄スヘキニ非ラサルヲ以テ速ニ却下セラレンヿヲ求ムト

原告ハ所有權ノ訴ヲ爲シタルヲ以テ其訴訟物ノ價額ハ土地ノ價額ニ依リタルナリ

地方裁判所ハ被告ノ抗辯ヲ理由アリト認メ訴ヲ却下シタリ即チ其理由ハ本件ハ被告ノ申立ニ依リ原告ノ所有權ニ付キ爭ヒアルモノニ非ラサルヿ明ナルヲ以テ訴訟物ノ價額ハ被告申立ノ如シト云フニ在リ

（一）我第六百六條ニ當ル

（二）所有權其者ノ爭ニ非サルヲ云フ

控訴院ハ原告提起ノ控訴ヲ棄却シ大審院モ原告ノ上告ヲ理由ナシトシテ之ヲ却下シタリ其理由左ノ如シ

理由

控訴院ノ曰ク管轄ノ爭ニ付テハ被告カ第一審ニ於テ申立テタル點ニ重キヲ置クヘカラス只被告ニ送達セラレタル訴求ノ如何ヲ標準トスヘキモノトス即チ裁判所ノ管轄ヲ定ムルニ裁判所構成法上訴訟物ノ價額ヲ以テ標準トセサルヘカラサル場合ニハ其訴訟物ノ價額ハ民事訴訟法第四條(三)ニ依リ起訴(書面ノ送達ニ依リテ生ス)ノ日時ニ於テ算定セサルヘカラス又民事訴訟法第二百三十五條第二號(四)ニ據レハ受訴裁判所ノ管轄ハ之ヲ定ムル事情ノ變更ニ因リテ變換ナキモノナリ故ニ被告カ原告ノ請求ノ一部ヲ認メ又ハ訴訟物ノ價額カ地方裁判所ノ管轄トナス額ヨリ減スルヿアルモ之レカ爲メ一旦許サレタル訴訟ノ管轄ハ變更ナキモノナリト此宣言ハ至當ト謂ハサルヘカラス

(三) 我第三條ニ當ル

(四) 我第百九十五條第二號ニ當ル

控訴院ハ又曰ク訴ノ申立ニ據レハ原告ハ土地ノ所有權ヲ訴訟ノ目的物ト爲サス被告カ不法ニ原告ノ土地ヲ通シテ土管ヲ敷キ惡水ヲ導キ以テ原告ノ土地所有權ヲ侵害シタルコトヲ訴ノ原因トセリト此認定ハ至當ト謂フヘシ上告人ハ土地所有權ノ事ハ裁判官ニ於テ當然推測シ得ヘキ所ナリト申立ツルモ此主張ハ理由ナキモノナリ訴狀ノ旨趣ノ申立原告ノ再抗辯等ニ據ルモ本訴ハ所有權回復ノ訴ニ非ラスシテ所有權侵害除去、土地ノ舊狀回復、損害賠償、所有權侵害禁止ノ點ニ在リ只原告ノ土地所有權ハ訴ノ法律上ノ原因ノ基本要件タルノミニシテ訴訟ノ目的物ニ非ラス若シ果シテ所有權ヲ訴訟ノ目的物トスルニ於テハ原告ハ被告ニ於テ土地ノ所有權ヲ爭ヒ若クハ被告自ラ其所有者ナリト主張シ以テ原告ノ所有權ヲ害スル種々ノ土工ヲ起スノ權アリト冒認シタルコトヲ主張セサルヘカラス原告ハ此主張ヲ爲サヽルノミナラス訴狀中ニ明カニ被告ハ係爭地ノ原告ニ屬スルコトヲ爭ハス若シ被告ニ於テ之ヲ爭フニ於テハ充分原告ノ所有ニ屬スルヿヲ證明スヘシト言明シタリ又原告ハ被告ニ於テ此ノ如キ不法占有ヲ爲スハ何等ノ權利ヲ主張スルニ由ルカ之ヲ量知スルヲ得サルヲ以テ漠然所有權ヲ以テ訴訟ノ目的物ト爲シ所有權ノ侵害ヲ受ケタル土地ノ價額ヲ以テ訴訟ノ價額ト看做シタリト主張ス

(五)我第五條ニ當ル

(六)我第六條ニ當ル前(第四十五)ノ(三)參

(七)我第五條第二號ニ當ル

ルモ既ニ所有權ノ爭ニ非ラサルコト明ナル以上ハ訴ノ目的物ハ所有權其者ニ非ラス隨テ訴訟物ノ價額ハ土地ノ價額ニ據ルヘカラサルヤ論ヲ俟タス

以上ノ理由ニ依リ本件ノ訴訟物ノ價額ヲ定ムルニ民事訴訟法第六條(五)ニ依リ物ノ占有カ訴訟物ナルトキト同シク物ノ價額ヲ以テ其標準トナスヘカラス裁判官カ民事訴訟法第三條(六)ニ依リ自由ノ意見ヲ以テ原告ノ所有地上ニ於ケル被告ノ侵害ヲ除去スルトキハ原告ノ利益若干ナルヘキヤヲ定ムヘキモノトス但シ此際民事訴訟法第七條(七)ハ直接ニ之ヲ適用スルヲ得ス第七條ハ地役權ヲ主張スル場合ノミナラス不法侵害ノ場合ニモ適用スヘキモノナリ然レトモ茲ニ所謂不法侵害トハ或ル土地ニ對シテ他ヨリ地役權アリト主張スルトキ此地役ヲ免レントスルヿヲ以テ其訴訟物ト爲シタルヿ明ナルヲ要ス是レ第七條ノ規定ハ地役ノ成立若クハ不成立ノ事ノミヲ目的トスルニ依リテ之ヲ知ルニ足ル故ニ單ニ所有權ノ侵害ヲ除去スル目的ニ在リテ地役ノ事ヲ訴ノ目的中ニ含マサルニ於テハ其訴訟物ノ價額ハ裁判官ノ意見ニ依リテ之ヲ定メサルヘカラス隨テ又上告人ニ於テ若シ此場合ニ第七條ノ精神ニ基キ被告ノ侵害ヲ永久除去セサルニ於テハ土地ノ價額ヲ減スヘキヲ以テ其減額ヲ訴訟物ノ價額ト爲スヘシト主張スルヲ得ス

以上ノ理由ニ依リ控訴院カ正當ノ原則ニ基キ判定ヲ與ヘタル以上ハ事實上ノ確認ニ依リ訴訟物ノ價額ヲ定ムル事ニ對シテハ大審院ハ最早再調査ヲ爲ス限リニ在ラサルヲ以テ原告ノ上告ハ之ヲ棄却セサルヲ得ス

〔第五十二〕民事訴訟法第八條(一)ハ雇傭契約ニモ適用シ得ルヤ否ヤ

千八百八十一年四月八日オルデンブルグ上等裁判所ハ前掲ノ問題ニ付キ左ノ決定ヲ下シタリ

民事訴訟法第八條ハ雇傭關係ニハ干繫ナキモノナリ是レ借賃(Zins)ナル語ハ業務ノ報酬ニ用フヘキモノニ非ラサレハナリ

〔第五十三〕政府ノ土地收用賠償決定ニ對シ被收用者ヨリ司法裁判所ニ訴ヲ起スキハ訴訟物ノ價額ハ如何ニ定ムヘキヤ

○千八百八十一年四月八日判決

(一)我第五條第三號ニ當ル

(二)勞力ノ賃貸ト稱スルヨリシテ雇傭契約亦所謂賃貸借タルヤ否ナノ疑ヲ生シタルモノナラン

○千八百八十一年四月二十六日決定

（千八百八十一年四月二十六日判決）

被告鐵道局ハ原告ノ土地ヲ收用シタルカ爲メ市長ハ其賠償金ヲ三百四十一「マルク」ト定メタリ原告ハ右賠償額決定ニ不服ヲ唱ヘ訴ヲ起シ千八百七十四年七月十一日ノ土地收用規則第六十條ニ基キ證據ノ提出鑑定人ノ申請等ヲ爲シ被告人原告ノ土地收用ニ對シ之ヲ價額表第八級ニ編入シ賠償トシテ七百十三「マルク」ヲ支拂フヘシトノ裁判ヲ求メタルニ(一)被告ハ訴ノ却下ヲ求メ地方裁判所ハ原告ノ申出通リノ裁判ヲ下シタリ被告ハ右價額表第八級編入ノ決定ニ對シ抗告ヲ爲シ市長ノ確定シタル額ト裁判所ノ認定シタル賠償額トノ差ヲ以テ其訴訟物ノ價額ト爲シタリ控訴院ハ抗告ヲ採用シ價額表第六級ニ編入スヘシト裁判シタルニ原告ハ右控訴院ノ決定ニ對シ不服ヲ唱ヘ更ニ抗告ヲ爲シタルニ大審院ハ左ノ理由ニ依リ之ヲ棄却シタリ

(一) 我土地收用法第十五條參觀

理由

原告ノ抗告ハ理由アリト認ムルヲ得ス控訴院ハ曰ク千八百七十四年六月十一日ノ土地收用法ハ政府ノ與ヘタル賠償決定ニ對シテハ當事者間ニ訴訟ヲ爲スヿヲ認ムルモ這ハ右政府ノ決定ニ對スル上訴方法ヲ定メタルニ非ラスト此説明ハ至當ト謂フヲ得ス然レトモ本審級ニ於ケル訴訟物ハ裁判所カ七百十三「マルク」ト定メタル賠償額全體ニ非ラスシテ政府之ヲ定メ被告之ヲ爭ハサル部分外ニ裁判所カ增加シタル三百七十二「マルク」是ナリト認定シタルハ之ヲ正當ト看做サヽルヘカラス

土地收用ノ爲メ企業者カ支拂フヘキ賠償ニ付キ當事者間ニ合意成立セサルトキハ地方廳ハ土地收用規則第二十四條ニ基キ之カ決定ヲ爲ス此決定ハ當事者ニ於テ同法第三十條ノ期間即チ政府決定送達後六ケ月內ニ訴訟ヲ爲サヽルトキハ確定力ヲ有スルモノトス而シテ本件ノ場合ノ如ク只收用地ノ所有者ノミ訴訟ヲ爲シ政府ノ決定シタル賠償額ヲ低ニ過クルモノトシ一層高價ノ賠償ヲ求ムル訴ニ於テハ之カ原告タルモノハ其要求ニ付キ充分ニ疏明ヲ爲シ裁判所ハ辯論ヲ經テ獨立ニ其額ヲ定ムルヲ要ス然レトモ抗告人ノ誤想スル如ク訴訟ノ目的物ハ收用地ノ價額ナリ即チ被收用者ノ要求全體若クハ裁判所ノ確定シタル賠償額是ナリ隨テ訴訟物ノ價額ハ此總額ニ依テ算定スヘシ