著者ハ能ク大審院深ク審議ノ訓戒ヲ説ムヘキ

直接ナル意志ノ表白ナレハ也夫レ既ニ然リトセハ、偶々以テ法律ニ缺點アルハ之レ立法スル者ノ罪ナルノミ、之レカ爲メニ之ヲ解釋スル者ハ、妄リニ以テ明白ナル意志ノ表白ヲ曲クベカラス、第七條ニ於テ『地方裁判所ノ判決』ト規定シタルモノ即チ是レ明カニ立法者ノ意志ノ表白ニアラスシテ何ソヤ、然ラハ則チ本件大審院ノ判決、亦タ夫レ適用ニ於テ誤マレルモノタル乎

判例　二三　深井利助對福多榮次郎　返地請求件

芝區裁判所決定

明治二十四年四月二十五日

土地賃貸借ノ契約ニ基キ、返地ノ請求ヲ爲ス訴訟ノ目的物ノ價額ハ、其土地ノ價額ヲ標準トシテ算定セサル可カラス

第五條　訴訟物ノ價格ハ左ノ方法ニ依リ之ヲ定ム

第三　賃貸借又ハ永貸借ノ契約ノ有無、又ハ其時期カ訴訟物ナルトキハ爭アル時期ニ當ル借貸ノ額ニ依ル、但一ヶ年借貸ノ二十倍ノ額カ右ノ額ヨリ算キトキハ其二十倍ノ額ニ依ル

原告　深井利助
被告　福多榮次郎

代理人　中野省吾

訴求要旨

原告訴訟代理人中野省吾ハ、公證人中村正直作成ノ公正證書ニ依リ、被告福多榮次郎ニ賃貸シタル土地ニ對シ返地期限到來シタルヲ以テ、契約ノ主旨ニ基キ其返地請求ノ爲メ、右福田榮次郎ニ係リ返地請求ノ訴訟ヲ芝區裁判所ニ提起シ而シテ該訴訟ハ土地賃貸借ノ契約ニ基キ返地ヲ請求スルモノナル故、訴訟物ハ賃貸借契約ノ時期ニ外ナラス、依テ其價額ハ民事訴訟法第五條第三ノ規定ニ依テ算定スヘキモノナリ、若シ然ラスシテ地所ノ價額ヲ標準トシテ印紙ヲ貼用セサル可カラサルニ於テハ、地所ノ所有權ヲ爭フ場合ト其ノ權衡ヲ失フヘシトシ、單ニ訴訟法第五條第三號ノ規定ニ依リ價額ヲ算定シテ、其訴狀ニ印紙ヲ貼用シタリ

決定要旨

民事訴訟ニハ權利關係ニ基キ契約履行ヲ以テ目的ト爲スモノアリ(履行訴訟)、權利關係ノ成立不成立ヲ以テ目的ト爲スモノアリ(確定訴訟)就中積極的確定訴訟ハ、權利關係ノ成立ヲ主張シテ之ヲ確定センコトヲ以テ目的トシ、消極的確定訴

第二百十一條　訴訟ハ權利關係ノ不成立ヲ主張シテ之ヲ確定センコトヲ以テ其目的ト爲ス、凡ソ確定訴訟ハ其積極的ノモノト消極的ノモノトヲ問ハス、之レヲ本質的確定訴訟、容積的確定訴訟ニ類別スルコトヲ得、一例ヲ擧レハ契約ノ有無ノ確定ヲ求ムルモノハ本質的確定訴訟ナリ契約セル金額ノ多寡若クハ時期ノ長短ノ確定ヲ求ムルモノハ容積的確定訴訟ナリ、而シテ一旦履行訴訟ヲ起シタル場合ニ於テ、訴訟進行中ニ爭トナリタル權利關係ノ成立不成立ニ就キ、履行訴訟ニ附帶シテ確定訴訟ヲ起スコトアリ、其手續ハ民事訴訟法第二百十一條ノ規定ニ從フ、又原告未タ履行訴訟ヲ提起シ得ルノ地位ヲ有セス(例之ハ期限未到、條件未來等ノ場合)若クハ履行訴訟ニ先ンシテ確定訴訟ト分離シテ獨立ノ確定訴訟ヲ起スコトアリ、其手續ハ、賃貸借又ハ永貸借ノ權利關係ノ成立不成立ノ確定ノ訴訟ニ付キ、訴訟物ノ價額ニ關スル民事訴訟法第五條第三及ビ裁判所ノ土地ノ管轄ニ關スル民事訴訟法第十八條ノ規定ノ外ハ、都テ一般ノ訴訟規定ニ從フモノトス(民事訴訟法第十八條ニ契約ノ有無ト稱セスシテ特ニ契約ノ成立不成立ト稱スル所以ハ、本質的確定訴訟、容積的確定訴訟ヲ含有スルモノト知ルヘシ)之ヲ要スルニ獨

第一條　訴訟ノ中爲ニ權利ヲ成立ト不成立ト關係ノ成立不成立ノ訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ二　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ三　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ四　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ五　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ六　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ七　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ八　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ九　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ十　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ十一　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ十二　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ十三　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ十四　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ十五　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ十六　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ十七　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ十八　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ十九　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ二十　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ二十一　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ二十二　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ二十三　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ二十四　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ二十五　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ二十六　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ二十七　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ二十八　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ二十九　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ三十　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ三十一　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ三十二　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ三十三　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ三十四　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ三十五　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ三十六　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ三十七　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ三十八　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ三十九　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ四十　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ四十一　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ四十二　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ四十三　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ四十四　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ四十五　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ四十六　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ四十七　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ四十八　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ四十九　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ五十　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ五十一　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ五十二　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ五十三　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ五十四　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ五十五　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ五十六　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ五十七　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ五十八　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ五十九　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

第二百十一條ノ六十　訴訟ノ中ニ權利ノ成立不成立ニ關スル訴訟ハ其積極的ノ爭ヲ進行スルモノトス

立ノ確定訴訟ハ、履行訴訟ノ地歩ヲ作スモノニ過キサルヲ以テ、其判決ノ確定スルモ強制執行ヲ爲スニ由ナク、又タ強制執行ヲ爲スノ要ナキモノトス

民事訴訟法第五條第三ハ、契約ノ有無カ訴訟物ナルトキ(本質的確定訴訟)及ヒ契約ノ時期カ訴訟物ナルトキ(容積的確定訴訟)則チ之ヲ概言スレハ、權利關係ノ成立不成立カ訴訟物ナルトキニ適用スヘキモノニシテ、權利關係ニ基キ物件返還ヲ要求スル訴訟(履行訴訟)ニ適用スヘキモノニアラス、何則賃貸物件返還ノ要求ハ、單ニ契約ノ有無又ハ其時期ノミヲ以テ訴訟物ト爲スニアラスシテ、賃借人ノ假有セル物件ヲ以テ訴訟物ト爲スモノナレハナリ、則チ之ヲ換言スレハ、起訴ノ目的契約ノ有無又ハ其時期ヲ確定スルニアラスシテ、而シテ強制執行力アル判決ヲ得テ物件ヲ取戻スニアレハナリ

故ニ返地要求ノ訴訟ヲ提起スルニハ、其ノ目的物ナル地所ノ價額ヲ標準トシ、民事訴訟用印紙法第二條ニ依リ訴訟用印紙ヲ貼用セサルヘカラス、民事訴訟法第五條第三ノ規定ハ此場合ニ適用スヘカラス、原告訴訟代理人ハ所有權ヲ以テ訴訟物ト爲ス場合ト同額ノ印紙ヲ貼用スルハ、其權衡ヲ得スト陳述スト雖モ、別ニ

ノ應區ヒ貼シ價別印用ス額ニ左紙可ノ從ニチ

同一事第條ノ外ニ紙ニ專ヒ書效ノ
法訴訟ノ場合ニ貼サ類訴ハ法トナ
第九第一十ヒ用ル訴ハ第スキ
十條訴訟合法印訴訟ノ民モ其
民法第七號ノ律ノ民ノ

據ルヘキ法文アラサル限リハ權衡ヲ得サルコトアルモ得テ如何トモスル能ハサルナリ、蓋シ獨リ賃貸借動不動產ノ返還ヲ求ムル訴訟ニ於テ然ルニアラス、夫ノ使用貸借物件、寄托物件ノ取戻訴訟ニ於ケルモ皆ナ然ラサルハナシ

此ニ依テ當區裁判所ハ相當印紙ノ貼用ヲ命シタレトモ、原告訴訟代理人ハ拒テ之レカ貼用ヲ爲サヽルニ付、民事訴訟用印紙法第十一條ニ依リ、反對當事者ノ申立ヲ待タス職權ヲ以テ起訴ヲ無効ト決定ス、而シテ職權ヲ以テ起訴ノ有効無効ヲ決定スルノ理由ハ、元來民事訴訟ニ貼用スヘキ印紙ハ、司法裁判ノ手數ニ對スル、反對給付、則チ手數料ノ性質ヲ有スルモノニシテ、當事者カ之ヲ辨償セサル間ハ裁判所ハ訴狀ヲ反對當事者ニ送達シ、爾後ノ手數ヲ執ルヘキ義務ヲ有セサルニ在リ、別言スレハ裁判所ハ原告ノ訴狀ヲ有効トシテ取扱フノ義務ヲ有セサルヲ以テ起訴ナキト一般ナルニ在リ、依テ本訴ノ提起ハ無効トスアリ（本件ニ付テハ抗告判例二七七ヲ參觀セヨ）

判例論評　一二

印紙法第二條末項訴訟物ノ價額ヲ算定スルニ當リ印紙貼用ノ上ヨリ常ニ此疑ヲ生ス

第三訴訟法第六條乃至第三條ノ規定ニ從フ

予カ論評ハ愈々進ムテ遂ニ民事訴訟法ニ入リ、而シテ問題ハ先ヅ第一ノ疑問ニ入レリ、蓋シ民事訴訟法ヲ繙テ之レヲ見レハ、其第三條乃至第六條ニ至ル、法文寔ニ簡ナリト雖モ解釋上ノ疑問少ナカラス、亦タ立法上ノ批難決シテ尠シト爲サス、然レトモ其ノ開卷第一何人ノ目ニモ最モ疑ノ生シ、而シテ亦タ實地ノ取扱上常ニ以テ困難ノ生スルハ則チ本件ノ場合ニシテ、又第五條第三號ノ解釋如何ニ在リ、是ヲ以テ訴訟法ノ實施セラルヽヤ、其ノ先ツ第一ニ疑問トシテ生シタルハ則チ本件ノ場合ニシテ、而シテ今日ニ至ルモ尙ホ未タ其ノ取扱區々ニシテ一定セサル所以也

然レトモ此ノ疑問タル、蓋シ民事訴訟用印紙ヲ貼用スルニ當テ、其ノ訴訟物ノ價額ノ如何ナルヤヲ定ムルノ必要ヨリ、（管轄ニ就テハ構成法及ヒ訴訟法第二條等ノ規定ニ依リテ爭ナキモ印紙法第二條末項ノ規定ニ依リ印紙貼用ノ上ヨリ常ニ此疑ヲ生ス）延テ第五條第三號ノ解釋如何ニ涉レルモノニ外ナラサルヲ以テ今マ實地ノ場合ニ付テ之レカ疑點ヲ列記スレハ、蓋シ左ノ數點ニ歸スルヲ見ル

一、賃貸家屋若クハ土地ノ明渡ヲ求ムル訴ノ訴訟物ノ價額ハ、其ノ家屋若

第三條　訴訟物ノ價額ニ訴ノ起ノ日ニ於テ之ヲ算定ス

クハ土地ノ價額ニ依テ之ヲ算定スヘキカ、即チ第三條第一項ニ依ルヘキ乎

二、前同一ノ訴ハ、則チ賃貸借又ハ永貸借ノ契約ノ有無、否ラサレハ其ノ時期ヲ爭フモノナルヲ以テ、爭アル時期ニ當ル借賃ノ額ニ依テ之ヲ算定スヘキカ、則チ第五條第三號ニ依ルヘキ乎

三、若シ前項ノ如ク第五條第三號ニ依ルトセハ、其ノ借賃ナキ場合ハ果シテ、如何、此場合ニ於テモ尙ホ爭アル借賃ナルモノアル乎

本件ノ場合諸說紛々タリト雖モ、要スルニ歸スル所以上ノ三點ニ外ナラズ、本件判決ノ如キ即チ其第一ニ屬スルモノタリ、而シテ其第二說ヲ採ルモノハ想ヘラク『賃貸物件ノ取戻ヲ爲スノ訴ニシテ其ノ所有權ヲ爭フモノト同視スルハ、以テ權衡ヲ失スヘシ、蓋シ賃貸物件ノ取戻ヲ爲スハ、要スルニ契約ナキヲ理由トスルモノアリ、又タ其ノ時期ヲ爭フモノアリ、其ノ契約ナキヲ理由トスルモノハ、即チ第五條第三號ニ全然該當スヘク其否ラサルモノハ則チ賃貸期限ノ滿了若クハ其他ノ條件ノ到來ニ依リ、物件ノ明渡若クハ引渡ヲ請求スルモノニシテ、則チ所謂ル其ノ時期ノ到來ヲ爭フモノニ外ナラス、然レハ則チ之レ亦タ第五條第三號ノ時期ヲ爭フモノニ該當ス、之レ即チ兩者全然同條ニ依ルコト寔ニ明白ナルニアラスヤ』ト而シテ其第三說ニ至テハ、之レ只タ兩說ノ中間ニ立テ『若シ果シテ第二說當ヲ得タリト爲サハ、借賃ナキ場合換言セハ無料ニテ貸與シタル場合ハ如何』トイフニ在リ、此說ニ對シテ第二說ハ答ヘテ曰ク『借賃ナキ場合ト雖モ尙ホ鑑定評價等ニ依テ之ヲ定ムルコトヲ得ベシ、第五條第三號ヲ適用スルニ於テ毫末ノ不都合ヲ感セサルナリ』ト、兩々相持シテ以テ今日ニ至リ、各裁判所亦タ其ノ見ヲ一ニセス、印紙ノ貼用ノ上ニ常ニ以テ區々一定セサルヲ見ル

然レトモ予ハ想ヘラク『第二說ノ如キ僻論採ルニ足ラス、第一說コソ寔ニ其當ヲ得タルモノニシテ、本件ノ判決之ヲ說明シテ眞ニ遺憾ナシ』ト、蓋シ訴訟ハ單ニ其ノ權利關係ノミヲ定メムトスルト、及ヒ其ノ權利關係ニ基キ之レヲ實行セムコトヲ目的トスルモノアルハ寔ニ明白タリ、則チ所謂ル確定訴訟ト履行訴訟トニ分ツコトヲ得ルハ些ノ疑ヲ容レス、試ミニ民事訴訟法ヲ開テ之レヲ見ヨ、則チ規定シテ曰ク

第十八條　契約ノ成立若クハ不成立ノ確定又ハ其履行……ノ訴ハ、義務ヲ履行スヘキ地ノ裁判所ニ之ヲ起スコトヲ得

第二百十一條　訴訟ノ進行中ニ爭ト爲リタル權利關係ノ成立又ハ不成立カ訴訟ノ全部又ハ一分ニ影響ヲ及ホストキハ、判決ニ接着スル口頭辯論ノ終結ニ至ルマテ、原告ハ訴ノ申立ノ擴張ニ依リ、又被告ハ反訴ノ提起ニ依リ、判決ヲ以テ其權利關係ヲ確定センコトヲ申立ツルコトヲ得

即チ見ルベシ契約若クハ權利關係ノ成立不成立ニ關スル確定ノミヲ目的トスル訴訟ト、其ノ契約ノ成立若クハ權利關係ニ依テ履行ヲ要求スルノ訴訟トノ兩者ヲ區別シタルノ痕跡歴々指摘スヘキモノアルヲ、然ラハ則チ訴訟ニ確定訴訟ト履行訴訟トノ二者アルコトハ寔ニ明白ナル所ニシテ、此點ニ就テハ既ニ疑ヲ狹ムヘキノ餘地アルヲ見ス、

夫レ既ニ訴訟ニ權利關係ノミヲ確定セムトスルモノト、及ヒ其ノ權利關係ニ基キ履行ヲ要求セムトスルモノアリトセハ、抑モ訴訟物ノ額價ハ如何ニシテ之ヲ定ムヘキ乎、訴訟法ハ想ヘラク『其ノ履行訴訟ノ場合ニ於テハ定マリタル目的物アルヲ以テ、之レカ價額ヲ算定スルニ些ノ困難ヲ見ルコトナシ唯タ其ノ價額ハ何時ニ於ケル價額ヲ標準トスヘキカヲ定ムルヲ以テ足レリ』ト即チ規定シテ曰ク

第三條　訴訟物ノ價額ハ起訴ノ日付ニ於ケル價額ニ依リ之ヲ算定ス

ト即チ履行訴訟ノ場合ニ於テハ構成法第十四條第一號及ヒ右第三條ニ依テ之ヲ定ムルコトヲ得ベシ然ラハ確定訴訟ノ場合ニハ如何シテ之ヲ定ムヘキ乎、右構成法第十四條一號及ヒ訴訟法第三條ニ依ラムカ其ノ目的物ナクシテ其ノ價額ナキヲ奈何セム、況ンヤ起訴ノ日時ニ於ケル價額ノ標準ヲヤ、茲ニ於テカ契約ノ成立不成立若クハ時期ヲ爭フ如キ唯タ權利關係ノミヲ定メムトスル訴訟ニシテ、其ノ目的物ナキ場合ニ於ケル價額ノ特別ナル算定方法ヲ規定スルノ要アルヲ見ル則チ規定シテ曰ク

第五條　訴訟物ノ價額ハ左ノ方法ニ依リ之ヲ定ム

第五　賃貸借又ハ永貸借ノ契約ノ有無又ハ其時期カ訴訟物ナルトキハ、爭アル時期ニ當ル借賃ノ額ニ依ル

構成法第十四條　區裁判所ハ民事訴訟ノ左ニ付テハ權利ノ額ハ百圓ヲ超ユルモノ又ハ其額ハ百圓ヲ超ユルモノ請求ニ關スル訴訟ニ有ル事項ニ於テハ其ノ價額ハ百圓ヲ超ユルモノ

茲ニ於テカ即チ知ルコトヲ得ヘシ、訴訟法ノ精神ニ於テハ訴カ履行訴訟ナル場合ニ於テハ其ノ訴訟物ノ價額ハ第三條規定スル所ニ從ヒ、訴カ確定訴訟ニシテ單ニ契約ノ有無若クハ時期ヲ爭フモノナルニ於テハ第五條第三號ナル特別ノ方法ニ依テ算定スヘキモノナルコトヲ、然ラハ則チ右第五條第三號ノ規定タル即チ單ニ權利關係、換言セハ契約ノ有無若クハ成立シタル契約ノ時期ヲ爭フ所謂ル確定訴訟ニノミ適用スヘキモノニシテ、決シテ或ル物件ノ取戻若クハ明渡ノ要求ヲ爲ス履行訴訟ニ適用スベキモノニアラサルノ理、明々白々ニシテ一點ノ疑ナキニ至ルヘシ

既ニ右第五條第三號ノ規定カ履行訴訟ニ適用スヘカラサルモノト爲サハ、則チ本訴ノ如キ返地請求若クハ家屋明渡ノ如キ訴訟ハ抑モ確定訴訟ニ屬スヘキカ將タ履行訴訟ニ屬スヘキカヲ見ルノ必要ヲ生ス、蓋シ本訴ハ其ノ裁判ニ依テ之レヲ見レハ、賃貸借契約ニ依テ貸與シタル土地ノ返還ヲ要求スルモノニシテ、目的トスル所ハ單ニ賃貸借契約ノ有無若クハ其ノ時期ヲ爭フモノニアラスシテ、要スルニ其賃貸シタル土地ノ返還ヲ求メ、判決ニ依テ強制ノ威力ヲ借リ以テ現實ニ其土地ヲ自己ニ引渡サシメムトスルニアリテ、所謂ル履行訴訟ナルコトハ一目明白ニシテ、恐ラクハ何人モ疑ナキ所也、既ニ本訴ニシテ權利關係ノ確定ヲ求ムルモノニアラスシテ、全ク成立シタル權利關係ニ基キ履行ヲ要求スルモノナリト爲サハ、則チ確定訴訟ニ適用スヘキ第五條第三號ノ規定ノ適用セラルヘカラスシテ、而シテ第三條ニ依リ其ノ土地若クハ家屋ノ時價ニ依リ算定セサルヘカラサルコト、明々白々亦タ一點ノ疑ナキ所也

之ヲ以テ予ハ想ヘラク『本訴ノ如キ履行ヲ要求スルノ訴訟ハ、假令ヒ訴訟中契約ノ有無ヲ爭ヒ、又ハ其ノ時期ヲ爭フコトアルモ、要スルニ其履行ヲ求ムルモハナルニ於テハ、則チ決シテ第五條第三號ニ依ルヘカラス、必ス其ノ土地若クハ家屋ノ實價ニ依ルヘキモノナリ』ト、然レトモ想フニ斯ク論決シ來ルトキハ、賃貸物件ノ取戻ハ恰モ其物件ノ所有權ヲ爭フ場合ト同一ノ結果ニ歸シ、權衡ヲ失スルモノアルヲ以テ、強テ理由ヲ付シテ第二說ノ如キ第五條第三號ニ依ラムトスルノ論者ヲ出シタルモノナルヘシト雖モ、法律ノ權衡ヲ失スルコトハ之レ一ニ之レカ法ヲ作リタル者ノ罪ニ歸スヘキノミ、法ヲ解スルモノヽ關

スル所ニアラス、予ハ唯タ斷々乎トシテ法ノ解釋ヲ誤ラサラムコトヲ切望スルモノナルノミ、要スルニ本件ノ決定ハ寔ニ其當ヲ得タリ

第五節　裁判所職員ノ除斥及ヒ忌避

判例　二四　山田政吉外五十一名對戸田平吉外百一名山地入會爭論件抗告件

明治二十七年大審院抗告第三號　同年一月十七日決定

一、事件ノ指揮ニ關スル裁判官ノ命ニ對シ異議ヲ申立タル場合ニ於テ、其ノ裁判官之レヲ裁判スルモ、以テ必スシモ偏頗アリト爲スヲ得ス

二、偏頗アルカ爲メニ忌避ヲ爲スニハ、必スヤ判事カ不公平ナル裁判ヲ爲スコトヲ疑フニ足ル可キ事情アルヲ要ス

第三十三條　偏頗ノ忌避ハ、判事ノ不公平ナル裁判ヲ爲スコトヲ疑フニ足ル可キ事情アルトキ之ヲ忌避スコトヲ得

第百十三條　事件ノ指揮ニ關スル裁判長ノ命、又ハ裁判長若クハ陪席判事ノ發シタル問ニ對シ、辯論ニ與カル者ヨリ不適法ナリトシテ異議ヲ述ヘタルトキハ、裁判所ハ其異議ニ付キ直チニ裁判ス

抗告人　山田政吉外五十一名　代理人　東　良三郎

抗告要旨

戸田平吉外百一名ヨリ、山田政吉外五十一名ニ係ル山地入會爭論控訴判決異議申立ニ付キ、裁判官忌避ノ申請ヲ棄却シタル明治二十五年十二月二十七日大阪控訴院民事第二部ノ決定ニ對シ、右山田政吉外五十一名代理人ヨリ抗告ヲ爲シタリ、其抗告論旨ハ、民事訴訟法第三十三條第一項ニ『偏頗ノ恐レアルトキハ總テノ場合ニ於テ右當事者ヨリ之ヲ忌避スルコトヲ得』トアリテ、其ノ場合ニ制限ヲ設ケタルモノアラサルカ故ニ、苟モ偏頗ノ恐レアル場合ニ當リテハ忌避スルヲ得ヘキヤ當然ナルノミナラス、抗告人ノ爲シタル異議申立ハ、一ニ裁判官ノ命令指揮ニ不服ヲ申述シタルニ過キスシテ、當事者間ノ爭訟ニ付影響アルニアラサレハ、當事者ト交際アリヤ若クハ利害ノ關係アリヤ等ノコトハ素ヨリ問ヲ要セサルノ事實ナリ、而シテ抗告人カ偏頗ノ恐レアリトシテ本件忌避ノ申請ヲ爲シタル理由ハ、裁判官自己ノ過失ヲ蔽ハムトスル行爲、即チ本案口頭辯論終結ノ日、明治二十六年十二月十二日ヲ以テ判決言渡スヘキ旨裁判長ノ告示ヲ受ケ、該期日訴訟代理人ノ一人出頭シ、其言渡ヲ待チ居リタルニ、既ニ言渡ヲ終レリトテ判

決主文ヲ名刺ニ記入シ、書記課ヨリ下付セラレタリ、是レ公然其言渡ヲ告知セラレタルモノナルニ拘ハラス、又其十五日ニ呼出サレ重子テ公廷ニ於テ判決言渡アラントスル行爲ニ對シテ、異議ヲ申立タルモノナルヲ以テ、過失アリトシテ疏明セラレタル裁判官自ラ其申立ヲ判斷スルトキハ勢ヒ其行爲ヲ過失ナリト認メサルヘク、其結果偏頗ノ裁判ニ歸着スルノ恐アルモノナルニ、原控訴院民事第二部カ『民事訴訟法第三十三條云々、當事者ノ一方ニ親密ナル交際アルカ云々、漫ニ忌避スルコトヲ得サルノ法意ニアラサルヤ』云々説明セラレタルハ、該法條ヲ狹義ニ解釋シ、不當ニ適用シタル不法アリト言フニ在リ

判決要旨

依テ案スルニ、若シ果シテ抗告代理人所論ノ如ク、命令指揮ニ對スル異議ノ決定ヲ其裁判官ニ爲サシムルニ於テハ、自己ノ行爲ヲ判斷スルモノナルカ故ニ偏頗ノ恐レアリトセン乎、命令指揮ニ對スル異議ノ決定ニハ常ニ裁判官ヲ忌避セサルヘカラサルニ至リ、換言スレハ異議ノ申立ニハ其裁判官ノ決定ヲ許スヘカラサルニ至ルヘシ、是レ不當ノ論告ナルノミナラス、民事訴訟法第三十三條ヲ案スルニ其第二項ニ『偏頗ノ忌避ハ判事ノ不公平ナル裁判ヲ爲スコトヲ疑フニ足ルヘキ事情アルトキ之ヲ爲スコトヲ得』トアリテ、其場合其事情ハ明擧列載シ難キ所ナルヘシト雖モ、必ススヤ不公平ナル裁判ヲ爲スコトヲ疑フニ足ルヘキ事情ナカラサルヘカラス、譬ヘハ原裁判ノ所謂判事カ、當事者ノ一方ニ親密ナル交際アルカ怨恨アルカ、其訴訟勝敗ニヨリ利害ノ關係アルカ、又一例ヲ示セハ、當事者ノ一方ニ其意見ヲ陳述シタル等ノ事情アル場合、之ヲ忌避スルコトヲ得ヘクシテ、本件異議ノ決定ニ對スル忌避ノ如キハ、該法條ノ疑フニ足ルヘキ事情ニ入ルヘキモノナラス、旁原控訴院民事第二部ノ決定ハ相當ニシテ抗告ハ其理由ナシ依テ本件抗告ハ之ヲ棄却ス

第百十三條前掲

判例論評　一三

本件大審院ノ決定、予ハ其ノ理由ヲ讀下シテ直チニ以テ當ヲ得タリト斷言スルニ躊躇セサル也、想フニ本件ノ事實オヨヒ理由ヲ讀ムモノ誰レカ之カ當ヲ得タリト爲サヽルモノアラムヤ、若シ夫レ抗告論旨ノ如ク、第百十三條ニ規定

シタル異議ノ裁判ニ付キ、悉ク其ノ判事ヲ忌避スルコトヲ得ルモノトセハ、則チ其ノ異議ニ關シテハ同一ノ裁判所ハ全ク裁判ヲ爲スコトヲ得サルニ至ラム、而シテ百十三條ハ遂ニ空文タルニ歸セム、誰レカ之レヲ適當ノ解ナリト云ハムヤ、其ノ抗告人カ主張スル、過失アリト疏明セラレタル裁判官自ラ其申立ヲ判斷スルトキハ、勢ヒ其ノ行爲ヲ過失ナリト認メサルヘク云々ト曰フニ至テハ、則チ大ナル誤リニ陷リタルモノ、若シ夫レ此ノ所論ノ如シト爲サハ申立ラレタル抗告ヲ其ノ裁判所自ラ裁判スル場合、若クハ競落ノ許可ノ異議ニ就テ其ノ裁判所自ラ之ヲ判斷スル場合、又ハ自己ノ爲シタル執行ノ方法ヲ其ノ裁判所自ラ裁判スル場合等ノ如キハ悉ク是レ皆ナ自己ノ爲シタル曩ノ裁判ヲ是認スヘキヲ以テ、亦タ之レ偏頗ナリト爲シテ忌避ヲ爲スコトヲ得ルニ至ルヘク、結局是等ノ法文ハ遂ニ空文タルニ歸セムノミ、世豈斯クノ如キ理アラムヤ、予近時多クノ判決例ヲ見ル、中ニ抗告ニ付テノ裁判少ナカラスシテ、而シテ其不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所、而モ新ナル提供ニ依ラスシテ、自己カ下シタル曩ノ裁判ヲ變更シタルモノアルヲ見ル、此點ニ付テハ流石ニ法律ノ解釋一片ヲ以テ、其ノ規矩トシ準繩ト爲セルノ判官、一タヒ己レノ解釋ノ誤レルヲ悟ラハ、之レヲ改ムルニ吝ナラス、全ク反對ノ裁判ヲ爲シテ毫モ省ミル所ナシ、寔ニ以テ敬贊スヘキモノアリ、若シ夫レ抗告人ヲシテ是等ノ裁判ヲ見セシメハ、將ニ驚死セムノミ、想フニ抗告人ハ偏頗ノ忌避ヲ誤リ解シタルモノニアラサル乎、予ハ寧ロ本件判例ノ如キカ大審院ノ判例中ニ存スルコトヲ好マサル也

然リト雖モ本件抗告ノ申立ヲ見ルニ、一旦判決ノ言渡終リタルコトヲ告ケ、而シテ更ニ又呼出ヲ爲シテ判決ノ言渡ヲ爲サムトシタルモノニ似タリ、若シ果シテ事實然リトセハ、假令ヒ事ノ誤リニ出タルモノトスルモ予ハ甚タ之レ在ルコトヲ好マス、法律上抗告人ノ申立相立タスト雖モ、畢竟是等ノ點ニ對シテ異議ヲ狹ムモノナキヲ希フモノナルノミ、裁判所ノ仕事ハ嚴格ナルヲ要ス、夫ノ判決ノ言渡ノ如キハ當事者双方全ク欠席シテ、公廷内、人ノ隻影ヲ見サルノ時ト雖モ而カモ其ノ効力ヲ有ス、然ラハ即チ判決ノ言渡ハ特ニ嚴正明白ナラサルヘカラサル也

第六節　檢事ノ立會

判例　二五　木宮玄順對棚橋基一郎　地所賣買約定履行請求件

明治廿五年大審院第四十八號　同年四月二十日第一民事部判決

檢事カ民事訴訟法第四十二條規定ノ場合ニ立會ハサルモ、其判決ハ法律ニ違背ナシ

第四十二條　檢事ハ左ノ訴訟ニ付キ意見ヲ述フル爲メ其口頭辯論ニ立會フ可シ

第五　無能力者ニ關スル訴訟

上告人　木宮玄順　代理人　米田實　同　廣瀬帆三

被上告人　棚橋基一郎

本件ノ判決ハ上告ノ部ニ掲ク、判例二五三ヲ見ヨ

判例　二六　秋山國藏對穗阪直光　建家抵當貸金上告件

明治二十四年六月廿四日　東京控訴院民事第一部判決

民事訴訟法第四十二條ニ『檢事ハ口頭辯論ニ立會ス可シ』トイヘルハ必スシモ立會ハサルヲ得サルノ法意ニアラス

第四十二條　檢事ハ左ノ訴訟ニ付キ意見ヲ述フル爲メ其口頭辯論ニ立會フ可シ

第一　公ノ法人ニ關スル訴訟

上告人　秋山國藏

被上告人　穗坂直光

上告要旨　本件ハ亦上告ノ判例ト爲ル、判例二五二ヲ見ヨ

被上告人ハ、法人ノ代表者タル資格ヲ以テ本訴ヲ提起シタルモノナレハ、民事訴訟法第四十二條第一號ノ規定ニ從ヒ檢事ノ立會ヲ要スルモノナルニ、原公廷ニ於テ檢事ノ立會アラサリシハ、民事訴訟法第四百三十六條第一號ノ規定ニ從ヒ判決裁判所ヲ構成セサル不法ノ裁判ナリトイフニ在リ

判決要旨

民事訴訟法第四十二條ニ『檢事ハ云々其口頭辯論ニ立會ス可シ』トアルハ、必スシモ立會ハサルヲ得サルノ法意ニアラサルヲ以テ檢事ノ立會ナキヲ以テ破毀ノ理由ト爲スニ足ラス、依テ本件上告ハ之ヲ棄却ス

第十四條　裁判場ニ於テ法律ノ一定シタル場合ニ從ヒ裁判構成ス

第四百三十六條　左ニ掲ケタル場合ニ於テ所定ノ裁判所ヲ構成セサルモノトス

判例　二七　福本久松對眞舘與四郎　貸金催促原狀回復件

明治二十五年大審院第六百五十九號　同廿六年三月廿一日判決

民事訴訟法第四十二條ハ檢事ノ立會ヲ要スヘキ規定ニアラス、偶其立會ナカリシヲ以テ判決ヲ無効ナラシムヘキモノニアラス

第四十二條　檢事ハ左ノ訴訟ニ付意見ヲ陳フル爲メ其口頭辯論ニ立會フヘシ

第九　再審

上告人　福本久松　代理人　山浦楠馬

被上告人　眞舘與四郎

上告要旨（本件ハ亦タ上告ノ判例ト爲ル、判例二五一ヲ參觀セヨ）

右當事者間ノ貸金催促原狀回復事件ニ付キ、明治二十五年十一月七日大阪控訴院カ言渡シタル判決ニ對シ、上告代理人ヨリ全部破毀ノ申立ヲ爲シタリ、其上告第二點ハ本件ハ再審ノ訴ナルヲ以テ、民事訴訟法第四十二條第九號ニ依リ檢事ノ立會アルヘキモノナルニ、其之レ無カリシハ同條ニ違背セル不法アリトイフニ在リ

判決要旨

上告第二點ハ、本件ニ付檢事ノ立會ナカリシハ、民事訴訟法第四十二條ニ違背セル不法アリト云フニ在レトモ、該條ハ檢事ノ立會ヲ要スヘキ規定ニアラス、偶々其立會ナカリシトテ、判決ヲ無効ナラシムヘキモノニ非ラサレハ、以テ上告適法ノ理由ト爲スヲ得ス、仍テ本件上告ハ之ヲ棄却ス

判例論評　一四

民事訴訟法第四十二條ノ規定ハ、公益ノ保護者トシテ同條列記ノ事件ニ付檢事ヲシテ口頭辯論ニ立會ハシメ以テ意見ヲ陳ヘシムルコトヲ定メタルニ過キス、之ヲ以テ是等ノ事件ハ檢事ノ立會スルト否トハ、檢事ノ職務執行ノ如何ニ關スルニ過キスシテ、立會ナキノ故ヲ以テ判決ニ毫末ノ影響ヲ及ホスコトナシ、其ノ立會シタルノ場合ト雖モ、裁判所ノ判決之レカ爲メニ毫モ其意見ニ羈束セラルヽコトナキヲ以テ明白ナルコトヲ得ム、彼ノ法曹會モ亦タ此點ニ關シテ決議シタルコトアリ、曰ク『民事訴訟法第四十二條ハ檢事ノ義務ヲ規定シタルモノニシテ、裁判所ノ構成ヲ規定シタル條規ニアラサルヲ以テ、其立會ナキモ裁判所構成上不法ニアラス、依テ破毀ノ理由ト爲ラス』ト是レ固ヨリ當然ナルノミ、若シ夫レ之ヲ以テ不服ノ理由ト爲サハ、是レ常ニ訴訟ノ費用ト勞

構成法第六條ニ各判事、檢事、檢事局ノ所置ニ關スル規定ハ、民事訴訟法第四十二條ニ規定シタル事件ニ立會フコトヲ必要トスルトキハ、其意見ヲ陳フルコトヲ得ル旨ヲ認メタリ、而シテ當事者ハ之レニ對シテ辯駁スルコト能ハサルモノ、之ニ立會フ素ヨリ可也、其他ノ事件ノ公益ニ關セサルモノニシテ之ニ立會フ、其主旨辯護士ノ勤怠ヲ監視シ、公廷ノ秩序ヲ觀察スル等、司法行政監督權施行ノ材料ニ供シ、若クハ懲戒訴追ノ資ニ供スルニ出ツルトセハ尚ホ且ツ之レヲ可ナリトセム、然レトモ事ノ公益ニ關セス、若クハ其他ノ資料ニ供スルニアラスシテ事件其モノニ向テ請求ノ當否若クハ當事者ノ曲直ニマテ意見ヲ費スモノナルノミ、予ハ斯クノ如キ事項ニ向テ論議ヲ費スノ無用タルコトヲ知ル、故ニ此點ニ付テハ敢テ言フヲ須ヒストイヘトモ近時熟ラ訴訟ノ有樣ヲ見レハ、檢事ハ民事訴訟法第四十二條ニ規定シタル事件ニ立會フコトヲ缺カサルノミナラス、更ニ進ムテ同條以外ノ事件トイヘトモ尚ホ且ツ之レカ立會ヲ爲ス、法律上ヨリ之ヲ曰ハヽ、即チ構成法第六條ヨリ來レルモノナルヲ知ル、之レヲ以テ近時ノ實際ニ於テハ、本件判例ノ如キ檢事ノ立會ヲ缺キタルヲ以テ之ヲ爭フノ訴件ハ恐ラクハ其痕ヲ絕タムノミ、夫レ既ニ斯クノ如クムハ、則チ四十二條ニ付テハ更ニ論議ヲ費スノ要ナキヲ見ル、然レトモ予カ唯タ一ノ疑フヘキノ點トナスハ抑モ他ナシ、檢事カ必要ト認メ訴訟法四十二條以外ノ事件ニ立會フ場合ニ於テハ、其ノ意見ハ如何ナル範圍マテ之レヲ陳フルコトヲ得ヘキヤ是レ也、蓋シ構成法第六條第二項ヲ見來レハ、唯單ニ『必要ナリト認ムルトキハ意見ヲ陳フルコトヲ得』ト在リ、之ヲ以テ其ノ必要ナリトスルト否トハ檢事ノ認定如何ニ屬ス、假令ヒ公益ニ毫末ノ關セサルノ事件ト雖ヘトモ、檢事若シ必要ナリト爲サハ亦タ之レニ對シテモ意見ヲ陳フルコトヲ

、ヘシ、故ニ例之ハ、闕席判決ノ場合ニ於テハ立會フコトヲ要スルト認メハ、即チ之レニ立會フコトヲ得ヘシ、既ニ之ニ立會タリト爲サハ亦タ意見ヲ陳フルコトヲモ得ム、既ニ『意見ヲ陳フルトセハ』、其意見ハ抑モ如何ナル範圍ニマテ之レヲ及ホスコトヲ得ル乎、事固ト公益ニ關セサルノ事件ト爲サハ意見ヲ陳フルノ點ハ則チ要求ノ當否ニアラム、既ニ要求ノ當否ニマテ論及シ得ルモノト爲サハ檢事ハ則チ當事者『一方』ノ辯護士タルノ觀アリト爲シ而シテ當事者ハ之レニ對シテ辯駁スルコト能ハスト爲サハ是將タ如何、民事訴訟法第四十二條ニ規定シタルノ事件ハ、事固ト公益ニ關スルモノ多カルヘシ、之レ則チ法律ヲ以テ特ニ檢事ニ立會ヲ命シタ立會フ素ヨリ可也、其他ノ事件ノ公益ニ關セサルモノニシテ之ニ立會フ、其主旨辯護士ノ勤怠ヲ監視シ、公廷ノ秩序ヲ觀察スル等、司法行政監督權施行ノ材料ニ供シ、若クハ懲戒訴追ノ資ニ供スルニ出ツルトセハ尚ホ且ツ之レヲ可ナリトセム、然レトモ事ノ公益ニ關セス、若クハ其他ノ資料ニ供スルニアラスシテ事件其モノニ向テ請求ノ當否若クハ當事者ノ曲直ニマテ意見

ヲ陳フルコトヲ得ルトセハ是果タ如何、近時檢事立會ノ多キ予レ其ノ何ノ故タルヲ知ラス、唯夫レ意見陳述ノ範圍ニ付テハ、學術上些ノ疑ナキ能ハサル也、

第二章　當事者

第一節　訴訟能力

判例　二八　眞柄富衛對農商務大臣榎本武揚損害要償件

明治廿六年大審院三百二十三號　同廿七年三月一日第一民事部判決

國又ハ公私ノ法人等ニ對スル訴訟ハ其起訴當時ノ法律ニ依テ其被告タルヘキモノヲ定ムヘク、爭フ所ノ行爲ノ當時ノ法律ニ依テ定ムヘキモノニ非ラス

第四十三條、原告若クハ被告カ自ラ訴訟ヲ爲シ、又ハ訴訟代理人ヲシテ之ヲ爲サシムル能力ト法律上代理人ニ依レル訴訟無能力者ノ代表ト、法律上代理人カ訴訟ヲ爲シ又ハ一ノ訴訟行爲ヲ爲スニ付テノ特別授權ノ必要トハ、民法ノ規定ニ從フ

上告人　眞柄富衛
被上告人　農商務大臣榎本武揚

上告要旨

上告人ハ損害要償事件ニ付キ、東京控訴院カ明治二十六年四月十八日言渡シタル判決ニ對シ、全部破毀ヲ求ムル旨ノ申立ヲ爲シタリ、其上告第一點ハ、原判文ノ理由ニ『明治十一年太政官第三十二號達府縣官職制ニ於テハ、府縣知事カ職務中

主務省ニ稟請ノ上自ラ處分シ得ルモノト、其處分權外ニ在テ只事實ヲ認證シテ主務省ニ進達スルモノトノ區別ヲ明ニシ、諸鑛開採願ハ後者ニ屬スルモノト規定シタルニ拘ハラス、坑法違反者ノ處分ニ至テハ特ニ府縣知事カ自ラ處分ス可キ事務中ニ列記シタリ』ト云ヘルハ明カニ該職制ニ違反セリ、則チ職制中『府縣ノ事務主務ノ省ニ稟請シテ後ニ處分ス可キモノハ左ノ件々トス』トアリテ、其第二十四ニハ『坑法違反ノ者處分ノ事』トアルヲ見レハ、判文ノ如ク『坑法違反者ノ處分ニ至ツテハ特ニ府縣知事カ自ラ處分ス可キ事務中ニ列記シ』タリト云フハ全ク跡形モナキコトナルノミナラス、現ニ同職制中第二『府知事縣令ハ內務卿ノ監督ニ屬ストイヘトモ各省主任ノ事務ニ就テハ各省卿ノ指揮ヲ受ク』トアルニ依リ彼ノ主務省ニ稟請シテ後ニ處分ス可キモノハ、所謂ル各省主任ノ事務ニシテ府縣ノ事務ニアラサルヲ知ルニ足ル可ク、從テ其責ニ任ス可キモノハ府縣知事ニアラスシテ主務大臣タル可キナリ、況ヤ又明治二十三年法律第五十五號日本坑法ノ改正及ヒ同年法律第八十七號鑛業條例ノ發布ニ依リ、鑛業ニ關スル事項ハ既ニ府縣知事ニ委任權限ヲ存セス、全ク主務省ニ引キ上アルヲ以テ、明治二十四年勅令第三號ニ依リ民事訴訟ニ付キ國ヲ代表スル農商務大臣ヲ相手取ルノ外ナキナリ、原院カ『明治十一年太政官第三十二號達府縣官職制ニ依リ、被上告人ニ直接ノ責ナシ』ト判決セラレタルハ、法律ノ適用ヲ誤リタル不法ノ裁判ナリト云フニ在リ、同第二點ハ『明治十九年度ニ在テ新潟縣知事ハ坑法違反者ヲ專決處分スルノ權アリタリ、當局大臣ハ毫モ關知セサルモノナリトスルモ、今日ノ農商務大臣ハ當時新潟縣知事カ有セシ處分權利ノ承繼人ナレハ、本案ニ向テ答辯スルノ責アルモノナリ』トハ、上告人カ原院ニ於テ主張セシ必要ノ論點ナルニ、此ノ論點ニ對シ何等ノ判斷ヲ下サヽリシハ、裁判ニ理由ヲ付セサル不法ノ判決ナリト云フニ在リ

判決要旨

上告第一點及ヒ第二點ヲ審按スルニ、凡ソ國又ハ公私ノ法人、若クハ其ノ資格ニ於テ訴ヘラルヽコトヲ得ル社團財團等ノ代表者カ爲シタル職務上ノ行爲(處分)ニ原由スル訴訟ニ於テ、其當ニ被告タルヘキ者ノ當否ヲ斷スルニハ其行爲ノ當時ノ法律若クハ資格ニ依ルヘキニ非スシテ、其起訴當時ノ法律資格ニ從フヲ以

テ訴訟上普通ノ法則ト爲ス、然ルニ原裁判所ニ於テハ、上告第一點ノ末段及ヒ第二點ト同旨趣ノ控訴人ノ論辯アルニ拘ハラス、單ニ當時ノ制度ヲ非難スルニ止リ、十一年太政官第三十二號達ヲ解釋スルノ論據トスルニ足ラストイフノミヲ以テ之ヲ排斥シ、一ニ同上達ノ解釋ニ依テ判斷シタルハ、所謂ル處分當時ノ法律ヲ不當ニ適用シ、而シテ起訴當時ノ法則ヲ適用セサル違法アルモノニシテ乃チ破毀ノ理由アルモノトス、仍テ原判決ヲ破毀シ、更ニ辯論及ヒ裁判ヲ爲サシムル爲メ本件ヲ東京控訴院ヘ差戻ス

判例　二九　橋本源八對山田恒吉精算殘金請求件

明治廿五年九月廿日　大審院第三民事部判決

一、民法ハ未タ實施セラレサルヲ以テ、民事訴訟法第四十三條モ亦タ實施スルヲ得サルモノ也

二、現今ノ例規ニ於テ、一般未丁年者自ラ私權ヲ行使スルヲ禁セサルヲ以テ後見人ヲ解除シタル未丁年者ノ選任セシ代理人ハ訴訟上其資格ナシト云フヲ得ス

第四十三條　原告若クハ被告カ自ラ訴訟ヲ爲シ又ハ訴訟代理人ヲシテ之ヲ爲サシムル能力ト法律上代理人ニ依レル訴訟無能力者ノ代表ト法律上代理人カ訴訟ヲ爲シ又ハ一ノ訴訟行爲ヲ爲スニ付テノ特別授權ノ必要トハ民法ノ規定ニ從フ

上告人　橋本源八
被上告人　山田恒吉

上告要旨

上告論旨第一點ハ、民事訴訟法第四十三條及ヒ民法人事篇第三條ノ明文ニ於ケルカ如ク、滿二十年ニ至ラサレハ自ラ私權ヲ行使スルヲ得ス、又現今ノ制規ニ依レハ、滿二十一年ヲ以テ成年者ト爲シ、齡ヒ爰ニ達セサレハ公私ノ權共ニ行使スルヲ得サルナリ、左レハ橋本源八ハ審判ノ當時ニ在テハ未丁年者タリシニ、自ラ代理人ヲ撰任シテ以テ本案裁判ヲ受ケシ者ニ付キ、原裁判ハ民事訴訟法第四百三十六條第五號ニ該當スル不法アルモノト云フニ在リ

判決要旨

民法ハ未タ施行ナラサルニ付キ、民事訴訟法第四十三條モ亦タ實施スルヲ得サルナリ、左レハ原裁判所カ右法條ヲ適用セサリシハ勿論、又現今ノ例規モ後見人

ノアルモノハ格別、一般未丁年者自カラ私權ヲ行使スルヲ禁セサルモノニ付キ、右源八ノ如キ後見人ヲ解除セシモノ、撰任セシ代理人ハ、訴訟上其資格ナキモノト云フヲ得ス、仍テ原裁判所カ源八ノ代理人ニ對シ、本案ノ裁判ヲ下セシトテ法律ニ違背セシモノト云フヲ得ストス、依テ本件ノ上告ハ之ヲ棄却ス

判例　三〇　谷古作左衛門對諏訪秀雄貸金請求件

明治廿七年大審院第六十六號　同年九月二十日判決

未成年ノ爲メノ後見ハ其未成年者カ成年ニ達スルト同時ニ終了シ、後見人ハ其資格ヲ失フ、故ニ其後ハ被後見者ヲ代表スル訴訟能力モ亦タ有セサルモノトス

第四十三條　原告若クハ被告カ自ヲ訴訟ヲ爲シ又ハ訴訟代理人チシテ之ヲ爲サシムル能力ト法律上代理人ニ依レル訴訟無能力者ノ代表ト法律上代理人カ訴訟ヲ爲シ又ハ一ノ訴訟行爲ヲ爲スニ付テノ特別授權ノ必要トハ民法ノ規定ニ從フ

上告人　谷古作左衛門　代理人　鈴木充美　同　四元兼秀

被上告人　諏訪秀雄後見人諏訪頼家　代理人　疋田東一

判決要旨

上告第四點ハ、被上告人ハ契約ノ當時假リニ後見人アリタリトスルモ、本件ノ訴追ヲ爲シタル時ハ已ニ丁年ニ達シ、後見ハ法律上當然消滅シタルモノナルヲ以テ後見人アル理由ナシ、然ルニ原院カ猶ホ後見人ヲ存シ審理ヲ爲シタルハ違法ナリト云フニ在リ、而シテ此點ニ於ケル被上告人ノ辯疏ト原裁判トハ共ニ被上告人提出ノ乙第一號證戸籍簿寫ニ依據スルモノナルヲ以テ之ニ就テ審案スルニ、右寫ニハ長男諏訪秀雄明治六年一月十六日生ト記シ、其上部ニ明治廿五年十月九日届出後見人諏訪頼家ト記載スル付箋アリ、是ニ由テ之ヲ觀レハ此後見タルヤ秀雄ノ未成年ニ原因セルコト疑ヒナシ、然ラハ原因ノ消滅ハ關係ノ終了ヲ惹起シ未成年ノ爲メノ後見ハ其未成年者カ成年ニ達スルト同時ニ自ラ終了スヘキ筋合ナルカ故ニ、右ノ後見ハ其翌明治二十六年一月秀雄カ成年ニ達シタル日ヲ限リ終了シ、頼家ニハ同日以後後見人ノ資格ナク隨テ頼家ニ於テ秀雄ヲ代表スル所ノ訴訟能力ヲ有セサルコトハ論ヲ俟タス、然ルニ原院ノ頼家ヲ以テ訴訟能力アルモノト爲シ本案ヲ斷了シタルハ不法ニシテ、之ヲ要スルニ原裁判ハ

第四百卅六條　裁判ハ左ノ場合ニ於テハ常ニ法律ニ違背シタルモノトス

第五　訴訟手續ニ於テ原告若クハ被告カ法律ノ規定ニ從ヒ代理セラレサリシトキ

民事訴訟法第四百三十六條第五號ニ該當シ、法律違背ノ責メヲ免レサルモノトス、但上文辯明ノ如ク代理ノ無效ニ屬スル上ハ原裁判全部ヲ破毀ス可キモノニ付キ他ノ上告論旨ニ對シ辯明ヲ與ヘス、原裁判ヲ破毀シ更ニ辯論及裁判ヲ爲サシムル爲メ本件ヲ名古屋控訴院ニ差戻ス

判例　三一　澤田信吾對須永清約束手形金請求件

明治廿七年大審院第四百廿號　同廿八年五月十四日判決

一、未丁年者丁年ニ達スレハ後見ハ當然止ミ訴訟能力ヲ有ス

二、故ニ起訴ノ當時後見人ニ依リテ訴訟行爲ヲ爲シタリトスルモ、訴訟進行中丁年ニ達スレハ其後ノ訴訟行爲ハ自ラ爲サヽレハ何等ノ效力ナシ

第四十三條　原告若クハ被告カ自ヲ訴訟ヲ爲シ又ハ訴訟代理人ヲシテ之ヲ爲サシムル能力ト法律上代理人ニ依レル訴訟無能力者ノ代表ト法律上代理人カ訴訟ヲ爲シ又ハ一ノ訴訟行爲ヲ爲スニ付テノ特別授權ノ必要トハ民法ノ規定ニ從フ

第四十五條　裁判所ハ訴訟ノ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハス職權ヲ以テ訴訟能力、法律上代理人タル資格及ヒ訴訟ヲ爲スニ必要ナル授權ニ欠缺ナキヤ否ヤヲ調査スヘシ

上告人　澤田信吾
同代理人　岸本辰雄
　　　　　井本常治
被上告人　須永清
代理人　佐野春吾

上告要旨　本件ハ又タ上告ノ例トナル判例二六七ヲ見ヨ

約束手形金請求事件ニ付大阪控訴院カ明治廿七年七月廿八日言渡シタル判決ニ對シ上告人ヨリ全部破毀ヲ求ムル申立ヲ爲シタリ、而シテ其被上告人ハ之ニ抗辯シテ曰ク、上告人澤田信吾ハ澤田虎藏ノ後見人ナリト主張シ本件上告ヲ爲スト雖モ、其所謂被後見人タル虎藏ハ明治七年七月七日出生ニシテ明治廿七年七月六日ニ至リ滿二十歳ニ達シ、能力ニ欠缺ナキニ至リタルモノナレハ爾後同人ニ後見人ノアル可キ理由ナシ、又信吾カ虎藏ノ眞正ノ後見人ナリヤ否ヤハ本案ノ爭點ニシテ被上告人ハ常ニ之ヲ否認スルモノナレトモ、假ニ後見人ナリトスルモ、虎藏ニシテ已ニ丁年ニ達シタル以上ハ信吾カ後見人タル權能ハ之ト同時ニ自然消滅シタルモノト謂ハサル可カラス、而シテ本件ノ上告ハ實ニ虎藏カ丁年ニ達シタル時ヨリ數十日ノ後ナル明治廿七年九月十一日ヲ以テ提起セラレタルモノナレハ、法律上代理ノ欠缺ニ因リ適法ニ成立セサルモノトシ棄却セラル可キモノナリト云フニ在リ

明治九年第四十一號布告自今滿二十年以上ト相定ム此旨布告ス

第四百五十二條　上告ニ由ルトキハ之ヲ棄却ス

判決要旨

依テ案スルニ未丁年者カ丁年者ト爲ルハ明治九年布告第四十一號ニ依リ二十歲ニシテ丁年ニ達スレハ後見ハ當然止ミ訴訟能力ヲ有スルモノナルヲ以テ假令ヒ起訴ノ當時本件當事者ノ一方タル澤田虎藏カ後見人ヲ有シタルモノトスルモ、訴訟進行中丁年ニ達スレハ訴訟能力ヲ有シ、其後ノ訴訟行爲ハ虎藏ニ於テ自ラ爲サヽレハ何等ノ効果モ生セシム可キモノニ非ス、而シテ本件訴訟記錄中ニ在ル上告人ヨリ提出シタル戸籍簿ノ謄本ニ依レハ、澤田虎藏ハ明治七年七月生ニシテ明治廿七年六月丁年ニ達シ、即チ上告ヲ提起シタル同年九月十一日ニ在テハ既ニ訴訟能力ヲ有シタルコト明カナリ、從テ其當時虎藏ノ後見人ナル者アルコトナケレハ澤田信吾ノ提起シタル上告ハ當事者タル資格ナキ第三者ノ提起シタルモノト同一ニ歸シ何等ノ効力ナク、不適法ノモノナルコトハ論ヲ俟タサル所ナリ、既ニ此點ニ於テ上告無効ナル以上ハ本案ノ當否ニ付進ンテ審査ヲ爲スノ必要ナキヲ以テ其當否ニ關セス、本件上告ハ民事訴訟法第四百五十二條ニ依リ之ヲ棄却ス

判例　三二　遞信大臣對道外九名　伊藤義　水害損害要償請求件

明治廿七年大審院第二百四十號　同廿八年四月廿五日判決

法律ノ結果ニ因リ或ル官廳カ得タル訴訟ニ付國ヲ代表スルノ權利ハ、假令ヒ其廳ヲ管督スル所屬上班官廳ニ變更ヲ生スルモ苟モ其廳ニシテ存在スル限リハ消滅ニ歸ス可キモノニ非ス

第四十三條　原告若クハ被告カ自ラ訴訟ヲ爲シ又ハ訴訟代理人ヲシテ之ヲ爲サシムル能力ト法律上代理人ニ依レル訴訟行爲ヲ爲スニ付テハ一ノ訴訟無能力者ノ代表ト法律上代理人カ訴訟ヲ爲シ又ハ一ノ訴訟行爲ヲ爲スニ付テノ特別授權ノ必要トハ民法ノ規定ニ從フ

第十四條　國ノ普通裁判籍ハ訴訟ニ付キ國ヲ代表スル官廳ノ所在地ニ依リテ定マル但訴訟ニ付キ國ヲ代表スルニ付テノ規定ハ勅令ヲ以テ之ヲ定ム

上告人　遞信大臣　渡邊國武　代理人　山浦橘馬
被上告人　伊藤義道外三十九名　同　三崎龜之助
代理人　小笠原久吉

上告要旨

上告論旨第一點ハ、抑モ最初鐵道廳長官カ國ヲ代表スル權利ヲ有シタルハ、明治廿四年一月勅令第三號第三條ニ依リ『特別ニ地方機關ヲ有スル各省大臣ハ省令ヲ以テ民事訴訟ニ付國ヲ代表スル權利ヲ之ニ委任スルコトヲ得』トノ規定ニ基

キ、同年七月內務省令第九號ニ依リ國ヲ代表スル權利ヲ委任セラレタリシニ由ルモノナリシカ、其後即チ明治廿五年一月勅令第六號ヲ以テ、明治廿四年一月勅令第三號ヲ改正シ其第二條ニ於テ『各省大臣ハ省令ヲ以テ所屬特別ノ地方機關中其司掌事務ニ係ル民事訴訟ニ付キ國ヲ代表スルモノヲ定ムルヿヲ得』ト規定シ、曩キニ各省大臣ハ國ヲ代表スルノ權利ヲ委任スルヿヲ得ルノ權限即チ委任主義ノ權限ヲ廢止セラレ、新ニ國ヲ代表スルモノヲ定ムルヿヲ得ルノ權限即チ選定主義ノ權限ヲ得ルニ至リ、此原因法ノ改正ニ因リ同年四月內務省令第四號ヲ以テ曩キニ發シタル明治廿四年七月內務省令第九號ヲ改正シ、內務大臣ハ其選定權限ニ依リ『鐵道廳ハ其司掌事務ニ係ル民事訴訟ニ付國ヲ代表ス』ト選定セリ、該省令發布ニ依リ從來鐵道廳長官ノミ民事訴訟ニ付國ヲ代表スル委任代理ノ資格ヲ有セシモノ變シテ新ニ鐵道廳カ民事訴訟ニ付國ヲ代表スル資格ヲ具有スルコトヽハナレリ、是レ獨リ鐵道廳ノミ然ルニアラス各省皆同一ニシテ、司法省カ明治廿五年一月勅令第六號ニ基キ、同年四月同省令第五號ヲ以テ、明治廿四年一月勅令第三號ニ基キ發シタル同年九月同省省令第十號檢事局ノ委任代理ヲ廢止シ、檢事局ヲシテ國ヲ代表セシメタルカ如キ即チ其一例ナリ、夫レ此ノ如ク鐵道廳カ明治廿五年四月內務省令第四號ニ依リ、同月ヨリ民事訴訟ニ付國ヲ代表スルノ資格ヲ有スルニ至リタルハ內務大臣ノ委任ニアラスシテ內務大臣ノ選定ニヨリ、新ニ一ノ職權ヲ加有スルニ至リタルモノナレハ、之カ職權ヲ剝奪スルノ意志即チ省令ヲ以テ更ニ鐵道廳カ民事訴訟ニ付國ノ代表者タルコトヲ廢止セラレサル以上ハ、依然訴訟資格ヲ失ハサルハ明カニシテ、其間即チ明治六年五月廿二日ニ提起セル控訴ノ有効ナルモ亦明カナリ、然而シテ其後明治廿六年十一月十日、鐵道廳ハ鐵道局ト改稱セラレ遞信省中ノ一部トナリシニヨリ、同日以後ハ民事訴訟ニ付國ヲ代表スル資格ハ失ワサルヲ得ス、是レ明治廿五年四月內務省令第四號中鐵道廳ノ文字ハ消滅ニ歸シタレハナリ、是ニ依リテ上告人ハ同月更ニ委任狀ヲ奉呈シ以テ控訴ヲ繼續セシモノナレハ、控訴ノ當時ヨリ今日ニ至ルマテ訴訟資格ハ終始一貫シテ欠缺スル處ナシ、然ルニ原裁判ハ明治廿五年四月既ニ消滅セル內務省令第九號ヲ以テ恰モ明治廿五年七月ニ於テ自ラ効力ヲ失ヘルモノヽ如ク、又明治廿五年一月勅令第六號ニ基キ同年四月內務

省令第四號ニ依リ國ノ代表者タリシ鐵道廳ヲ以テ恰モ民法上ノ委任代理ノ如ク思惟シ、又明治廿六年十一月中訴訟資格ヲ補正シタル委任狀ヲ以テ民事訴訟法第七十條ニ依リ補正スヘキモノニ非ストシ判決ヲ爲シタルハ、畢竟スルヲ法則ヲ辨知セサルヨリ生セルモノニシテ、法則ヲ不當ニ適用セル違法ノ判決ナリト云フニ在リ

判決要旨

依テ按スルニ訴訟ニ付國ヲ代表スヘキ者ハ、民事訴訟法第十四條第一項ニ依リ勅令ヲ以テ之ヲ定ム可キモノト爲シ此法條ニ基キ發セラレタル明治廿五年勅令第六號第二條ニ依リ、各省大臣ニ省令ヲ以テ所屬特別ノ地方機關中其司掌事務ニ係ル民事訴訟ニ付國ヲ代表スルモノヲ定ムル權ヲ授與セラレ、內務大臣ハ右勅令ニ基キ明治廿五年省令第四號ヲ以テ鐵道廳長官ニ其事務ニ係ル民事訴訟ニ於テ國ヲ代表スル權ヲ與ヘタルニ依リ、即チ同長官ハ法律ノ規定ニ從ヒ國ヲ代表スル權ヲ有シタルト同一ナレハ、此法律ノ結果ニ依リ得タル所ノ權利ハ廳ノ存在スル間ハ良シヤ所屬上班官廳ニ變更アルモ、爲メニ消滅スルモノニ非ラサルナリ、而シテ鐵道廳ハ一省中ノ局課ト異ナリ、明治廿四年勅令第十七號及ヒ第八十八號ニ依リ明カナル如ク、別ニ官制ヲ有シ一ノ獨立スル官廳ニシテ只內務省ノ管轄タリシモノナレハ、廿五年勅令第六十六號乃至第六十八號ニ依リ內務省ノ管轄ヲ離レ遞信省ノ管轄ト爲リタルモ其官制中內務大臣トアルヲ遞信大臣ニ改正セラレタルノミニシテ獨立官廳タル性質ヲ失ヒタルニ非スシテ、明治廿六年勅令第百五十一號ニ依リ同廳廢セラレ遞信省中ノ一局トシテ鐵道局ナルモノ設置セラレ、同年十月ヨリ鐵道廳ナルモノ存在セサルモノト爲リタリ、然レハ本件控訴ヲ提起シタル明治廿六年五月廿二日ニ在テハ尙ホ鐵道廳存在セシ當時ナレハ、同廳長官ハ訴訟ニ關シ國ヲ代表スル權ヲ有シタルコト明カナリ、然ルニ原院ハ既ニ廢セラレタル明治廿四年內務省令第九號ヲ援用シ、控訴提起ノ當時ハ既ニ鐵道廳長官ニ於テ國ヲ代表スル權利委任消滅シタルモノトシ、控訴ヲ不適法トシテ棄却シタルハ前揭法則ヲ適用セサル不法ノ裁判ニシテ破毀ヲ免レサルナリ、依テ原判決ヲ破毀シ更ニ辯論及ヒ判決ヲ爲サシムル爲メ本件ヲ東京控訴院ニ差戻ス

判例論評　補充　一

本件判決ノ當否ニ付テハ唯タ謹テ同意ヲ表スルノ外ナシ、故ニ予ハ判決ニ對シテ玆ニ論評スルノ辭ヲ有セスト雖モ、訴訟ニ付キ國ヲ代表スルノ規定ニ關スル我國ノ法制ニ付テハ少シク疑ノ存スルモノアリ、事ノ序ニ屬スルヲ以テ之ヲ一言センカ、民事訴訟法第四十三條ニ曰ク

第四十三條　原告若クハ被告カ自ラ訴訟ヲ爲シ又ハ訴訟代理人ヲシテ之ヲ爲サシムル能力ト、法律上代理人ニ依レル訴訟無能力者ノ代表ト、法律上代理人カ訴訟ヲ爲シ又ハ一ノ訴訟行爲ヲ爲スニ付テノ特別授權ノ必要トハ民法ノ規定ニ從フ

ト、故ニ此法文ヨリ見ルトキハ、國タル法人カ一私人トシテ私權上ノ爭訟ヲ爲スニ付テノ能力、若クハ代表者ニ依レル代表ノ方法又ハ一ノ訴訟行爲ヲ爲スニ付テノ特別授權ノ方法ハ實體法ニ讓リテ民法ニ於テ規定セラル可キモノタルコト明白也、然レハ法制上訴訟法ノ本條ノ規定ト相伴フカ爲メニハ、民法ニ於テ必ス國カ民事訴訟ヲ爲スニ付テノ能力若クハ代表若クハ特別授權ノ方法ヲ規定セサル可カラス、然ルニ我民法ヲ通覽スレハ國以外ノ無能力者ニ付テハ人事篇ニ於テ其法律上代理人ノ規定ヲ爲セルコト寔ニ密ニシテ漏セルコト爲シト雖モ、怪ム可キハ國ニ關シテハ一言隻句之カ規定ヲ爲セルモノアルヲ見ス、之ヲ以テ今マ國ノ訴訟能力ニ付テ知ランカ爲メニ本條ノ規定ニ依リ而シテ民法ノ規定ヲ探索センヲ終ニ知ル所ナキ也、然レハ國ノ訴訟能力若クハ訴訟ニ付テ國ノ代表ハ果ノ如何ト曰ハヽ其規定ハ意外ノ邊ニ於テ發見セラル、民事訴訟法第十四條即チ是也、同條ニ曰ク

第十四條　國ノ普通裁判籍ハ訴訟ニ付キ國ヲ代表スル官廳ノ所在地ニ依リテ定マル、但訴訟ニ付キ國ヲ代表スルニ付テノ規定ハ勅令ヲ以テ之ヲ定ム

ト、而シテ本條ノ但書ニ依テ明治廿四年勅令第三號ハ發セラル（代表ニ付テノ規定ハ廿五年勅令第六號、構成法第百四十二條、二十五年司法省令五號、同內務省令四號、同六號、同大藏省令二號、陸軍省令二號、農商務省令一號、遞信省令三號等ヲ見ヨ）玆ニ於テ乎初メテ以テ民事訴訟ニ於ケル國ノ代表ヲ知ルコトヲ得ル也、然レ𪜈訴訟法

ノ訴訟能力ノ規定ニ見レハ第四十三條ニ於テ是等ノ規定ハ民法ニ定ムヘキコト明白ナルノミナラス又立法上必ス民法ニ於テ規定セラルヘキコト當然ナルニ拘ハラス、却テ民法ニ其規定ヲ見スシテ而シテ民法ニ送ルコトヲ宣言シタル訴訟法自身カ意外ナル邊ニ於テ却テ之ヲ勅令ニ規定セシム、不思議ナリト爲セハ寔ニ不思議タラサルヲ得サル也

之ヲ以テ若シ人アリ解シテ曰ク、訴訟法ハ其第四十三條ニ於テ訴訟能力及代表ハ民法ニ規定スト云フ、故ニ此規定ハ恐ラクハ民法ニ之レ在ラン、然レハ其十四條ノ但書ニ於テ『勅令ヲ以テ之ヲ定ム』ト云フハ、即チ國ノ訴訟ヲ爲スニ付テノ代表ノ規定ニ非ラス、只裁判籍ヲ定ムルカ爲メノミニ付テ國ノ代表ノ官廳ヲ定ムルト云フニ過キス、換言セハ訴訟行爲ヲ爲スニ付テノ國ノ代表者ヲ規定スルニ非スシテ裁判籍ノミヲ定ムルカ爲メニ代表ノ官廳ヲ規定スト云フニ外ナラス、若シ夫レ果シテ然ラスト爲サン乎、何ヲ以テ乎、第二節裁判所ノ土地ノ管轄(裁判籍)ノ條下ニ此規定ヲ爲サンヤ、何ヲ以テ以テ乎、訴訟能力ノ條下ニ規定セサリシ乎、之ヲ訴訟能力若クハ民法ニ規定セスシテ却テ裁判籍ヲ定ムルノ條下殊ニ國ノ裁判籍ヲ定ムルノ條下ニ規定シタル所以ノモノハ抑モ裁判籍ノミニ付テノ代表ノ規定ニ非スヤ、況ンヤ第四十三條ニ於テ訴訟ニ付テノ代表ハ之ヲ民法ニ送リタルニ非スヤト云ハヽ、果シテ如何、予ハ第十四條但書文言上其モノノ解トシテハ非ナリト爲スヲ得ルト雖モ、前後法文ノ位置ニ依リ若ハ第四十三條ノ規定ニ比シ、又ハ二十四年勅令第三號カ明カニ訴訟法第十四條ニ依レルコトヲ明記セル點ヨリ見レハ、一ニ同勅令ヲ第四十三條ニ所謂ル民法トシテ解スルコト能ハサル點トニ考ヘ、輙ク之ヲ斥クル能ハサルモノアルヘシト信スル也、要スルニ予ハ訴訟法第十四條ノ但書ヲ削リ之ヲ民法ニ移サンコトヲ望ムモノ也、讀者試ミニ獨乙訴訟法第二十條ヲ見ヨ、本條ト同一ノ法文ナルニ拘ハラス殊ニ但書ノ規定ヲ爲サヽル所以ノモノハ抑モ何ノ理由ニ基キタル乎、思ヒ至レハ寔ニ理アルヲ信スル也

第二節　共同訴訟人

判例　三三　及川長平對平野禮助之預金要求件

明治二十七年大審院第十二號　同年四月十七日第一民事部判決

一、民事訴訟法第四十八條第一項ハ、共同訴訟ヲ以テスルニ非サレハ訴ヲ爲シ又ハ訴ヲ受クルコトヲ得ストノ規定ニアラス

二、故ニ第一審ノ共同被告ノ一人ニ對シテ控訴ヲ提起スルコトハ、法律上當然爲シ得ヘキコトニシテ、第四十八條ノ規定ニ違背スル所ナシ

第四十八條　左ノ場合ニ於テハ共同訴訟人トシテ數人カ共ニ訴ヲ爲シ又ハ訴ヲ受クルコトヲ得

第一　數人カ訴訟物ニ付キ權利共通若クハ義務共通ノ地位ニ立ツトキ

第二　同一ナル事實上及ヒ法律上ノ原因ニ基ク請求又ハ義務カ訴訟ノ目的物ナルトキ

第三　性質ニ於テ同種類ナル事實上及ヒ法律上ノ原因ニ基ク同種類ナル請求又ハ義務カ訴訟ノ目的物タルトキ

上告人　及川長平

被上告人　平野禮之助

上告要旨

上告人ハ預金要求件ニ付、宮城控訴院カ明治廿六年十一月十七日言渡シタル判決ニ對シ、全部破毀ヲ求ムル申立ヲ爲シタリ、其上告論旨ノ第一點ハ、本件ハ第一審ニ於テ上告人ト及川建司トハ共同被告トシテ出訴セラレ、審理ノ末『被告建司ハ原告請求ノ元利合計金千貳拾參圓七拾五錢ヲ速ニ返濟スヘシ、原告カ被告長平ニ對スル請求ハ相立ス』ト判決セラレタリ、即チ原告ハ被告ノ一人ナル建司ニ對シテノミ請求スヘキ債權ヲ有スルモノニシテ、上告人ナル長平ハ何等ノ債務ヲ負擔スルモノニアラサルノ意味ナルコト明カナリ、而シテ被上告人ハ此判決ニ對シ、原院ニ向テ『原判決ノ中、被控訴人及川長平ニ對スル一部ヲ廢棄セラレ、更ニ被控訴人長平ハ、及川建司ト連帶シテ金壹千貳拾參圓七拾五錢ヲ控訴人ニ返濟ス可シ』トノ判決ヲ請フト云ヒ、被告建司ニ對シテハ遂ニ控訴ナカリキ、而シテ原院ハ判決シテ云ヘリ『被控訴人ハ及川建司ト連帶シテ金壹千貳拾參圓七拾五錢ヲ控訴人ニ返濟スヘシ』ト、元來單獨ノ債務ナリトノ判決ニ對シ、連帶ノ債務ナリト主張スルハ、債務ノ全部ニ對シテ不服ヲ申立ツルモノニシテ、被控訴人タルヘキモノハ被告兩名ニアラサレハ控訴ノ成立ツヘキモノニアラス、然ルニ被上告人ハ建司ヲ除キ、獨リ上告人ニ向テ、控訴ノ申立ヲ爲シタルハ、民事訴訟法第四十八條第一項ノ適用ヲ誤リタル違法アリ、又タ反對ヨリ之ヲ見レハ、建司ニ對スル單獨ノ債務ナリトノ判決ニ付キ控訴セサルニ於テハ、本案ハ第一審ノ儘確定

第四百十九條　控訴裁判所ハ控訴ヲ許ス可キヤ否又控訴ヲ法律上ノ法式ニ従ヒ若クハ其期間ニ於テ起シタルヤ否ヤヲ職權ヲ以テ調査ス可シ若シ此要件ノ一ヲ缺クトキハ判決ヲ以テ控訴ヲ不適法トシテ棄却ス可シ

セスンハアルヘカラス、既ニ債務ノ性質連帶ニアラス單獨ナリト確定セシ以上ハ上告人ニ對シ之ヲ連帶ナリトシテ覆審ヲ求ムルノ原因ト爲スヲ得ス、故ニ原院ハ控訴人ノ控訴ハ當然却下セサルヘカラサルニ、之ヲ受理シテ判決ヲ與ヘシハ、民事訴訟法第四百十九條ヲ無視シテ訴訟手續ヲ誤リタル不法ノ裁判ナリト云フニ在リ

判決要旨

民事訴訟法第四十八條第一項ニハ『共同訴訟人トシテ數人カ共ニ訴ヲ爲シ又ハ訴ヲ受クルコトヲ得』トアリテ、共同訴訟ヲ以テスルニ非レハ訴ヲ爲シ又ハ訴ヲ受クルコトヲ得ストノ規定ニ非ス、故ニ本件第一審共同被告ノ一人ニ對シテ控訴ヲ提起スルコトハ、法律上當然爲シ得ヘキコトニシテ第四十八條ノ規定ニ違背スル所ナシ、又同法第四百十九條ハ『元來控訴ヲ許スヘキモノニ非ルトキ、法律上ノ方式ニ違背シタルトキ、若シクハ不變期間經過ノ後チニ起訴シタルトキハ、職權ヲ以テ控訴ヲ棄却スヘキ旨』ヲ規定シタルモノニシテ、上告末段ニ論スル如ク、第一審ニ於テ單獨債務ト爲シタル裁判ニ服セス、連帶債務ナルコトヲ主張シテ控訴スルカ如キハ、全ク實體上義務ノ性質如何ニ關スルモノニシテ、第四百十九條ノ規定トハ毫モ關係ナキモノトス、又建司ニ對スル單獨ノ債務ナリトノ判決ニ對シ控訴セサルモノナレハ、本案ハ第一審ノ儘確定ス可キモノナリ、即チ既ニ單獨義務ト確定シタルモノナレハ、之ヲ連帶義務トシテ覆審ヲ求ムルノ原因ト爲スヲ得スト云フト雖モ、第一審請求金額ノ全部ニ付キ、單ニ其性質ノ判定ニ對シテ變更ヲ求ムルカ爲メニ控訴スル以上ハ、其性質如何ニ付テハ第一審判決ノ確定スヘキ理アルナシ、若シ又『第二審ニ於テハ、及川建司ハ被控訴人タラサルカ故ニ、第二審判決ハ之ニ對シテ効力ナシ』トノ論旨トスルモ、建司ハ従參加人トシテ訴訟ニ參加スル者ナルカ故ニ、民事訴訟法第五十五條ノ規定ニ依リ同判決ノ効力亦タ之ニ及フモノトス、乃チ上告適法ノ理由ナキモノトス、仍テ本件上告ハ之ヲ棄却ス

第五十五條　従參加人ハ訴訟ヨリ脱退シタルトキト雖モ其補助シタル原告若クハ被告トノ關係ニ於テハ其訴訟ノ確定裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得ス

判例論評　一五

予カ本書ノ論評ハ愈々進ムテ共同訴訟ノ部ニ至ル、蓋シ民事訴訟法實施以來

年ヲ經ルコト甚タ少ナカラスト雖モ、其ノ強制執行ノ部ヲ除キテハ則チ共同訴訟ホト論議ノ多キモノナカルヘシ、予ハ則チ本件以下其ノ判例ノ著シキモノヲ掲ケ、以テ之レヲ論評セム

本件冒頭ニ於テ、大審院ハ共同訴訟ニ於ケル重要ナル原則ヲ説明シテ曰ク『民事訴訟法第四十八條ハ共同訴訟ヲ以テスルニ非ラサレハ訴ヲ爲シ又ハ訴ヲ受クルコトヲ得ストノ規定ニアラス、故ニ其一人ニ對シテ控訴スルモ固ヨリ違法ニアラス』ト、是レ寔ニ明解ナリ、此點ニ關シテハ一ノ論議ヲ狹ムヘキノ間隙アルヲ見ス、唯タ謹テ以テ教ヲ受クト雖トモ、其上告論旨ニ對スル説明トシテハ果シテ能ク當ヲ得タリト爲スヘキ乎、予ハ少シク疑ナキ能ハサル也、請フ試ミニ上告論旨ト之ヲ對照セハ、上告論旨ヲ約スレハ此點ニ對スル要ハ左ノ如シ、曰ク『共同被告ノ一人ノミ單獨ノ債務アリトノ判決ニ對シ、被告兩名連帶テリトノ主張ヲ爲スハ之レ即チ債務ノ全部ニ對シテ不服ヲ申立ツルモノナルヲ以テ被控訴人タルヘキモノハ被告兩名ナラサルベカラス、即チ之レヲ換言スレハ、單獨ナリトノ債務ノ言渡ハ全部ニ對シテ不服ヲ申立ツルモノナル、カ故ニ、被告兩名ヲ被控訴人ト爲スヘシ』トイフニ在リテ、決シテ『第一審ニ共同被告ナルカ故ニ、第二審モ亦タ共同シテ被控訴人タラシメサルベカラス』トイフニアラス、然レハ則チ此場合ニ於テモ、尙ホ共同タルヲ要セスト爲サハ、宜シク先ツ『債務ノ全部ニ對シテ不服ヲ申立ツルモ、共同タルヲ要セス』トノ理由ヲ説明セサルベカラス、然ルニ判決茲ニ出テス『第一審ニ共同タルカ故ニ第二審モ必スシモ共同タルヲ要スルモノニアラス』トノ理由ヲ説明ス、予ハ斯ク對照シ來テ、本件冒頭ノ判決カ能ク四十八條第一項ヲ解シタルニ拘ハラス、却テ緊要ノ點ニ於テ説明ヲ缺キタルコトヲ惜マスムハアラス、要スルニ此點ニ付テハ本件判決ハ之レ筋違ノ判決ナラサルナキヲ得ムヤ

然レトモ既ニ、本件大審院ノ訴訟法四十八條第一項ノ解ハ則チ當ヲ得タルカ故ニ第一審ニ於テハ假令ヒ共同訴訟タルモ其中ノ或ル一人ノミニ對シ上訴ヲ爲シ得ルコトハ勿論ニシテ、毫末ノ疑アルコトナシ、唯夫レ斯クノ如キ場合ニ於テ、其一人ニ對スル上訴ノ判決カ、上訴セラレサル他ノ一人ニ對スル第一審ノ判決ト矛盾スルトキニ於テハ、其上訴ノ判決ハ、上訴セラレサル者ニ對シ

テモ尙ホ効力ヲ及ホスヘキ乎、此點ニ關シテハ聊カ事ノ議スヘキモノアルヘシト雖モ、本件判決ニ於テハ其最末段ニ於テ、參加ノ理由ヲ以テ之レヲ判定シタルカ故ニ、共同訴訟トシテノ此點ニ對スル直接ノ理論ト爲ラス、故ニ予モ亦タ之ニ對スル意見ハ、後ノ適當ノ場所ニ之ヲ讓ルヘシト雖トモ、共同被告ノ一人ニ對シテ控訴ヲ爲サヽルトキハ其一人ニ對スル第一審判決ハ確定シタリト爲スヘキヤ否ヤニ付テハ、果シテ之ヲ如何ニ解スヘキ乎、本件判決ハ之レヲ解シテ曰ク『第一審請求金額ノ全部ニ付キ、單ニ其性質ノ判定ニ對シテ變更ヲ求ムルカ爲メニ控訴スル以上ハ、其性質如何ニ付テハ、第一審判決ノ確定スヘキ理アルナシ』ト則チ共同被告ノ一人ノミニ對シ、控訴ヲ爲スモ、其性質如何ニ付テハ總ヘテ確定セスト爲スカ如シ、然レトモ之レ果シテ當ヲ得タリト爲スヘキ乎、予ハ想ヘラク『凡ソ判決ハ其言渡サレタル者ニ對シテノミ効力アリ、故ニ共同訴訟人中ノ或ル一人ニ對シ單獨ノ義務アリト言渡シ、之レニ對シテ上訴スル者ナキトキハ、此ノ訴訟人ニ對スル判決ハ茲ニ確定スヘク、而シテ或ル他ノ一人ニ對シ連帶義務ナリトシテ控訴スルモ、其ノ連帶義務ナリトノ第二審判決ハ、其言渡ヲ受ケタル者則チ上訴セラレタル者ノミニ對シテ連帶義務トシテノ効力ヲ有スルモノニシテ、其ノ債務ノ性質ノ變更ハ其ノ變更ノ言渡ヲ受ケタル者ニ對シテノミ變更セラレ、上訴セラレサル者即チ變更ノ言渡ヲ受ケザル者ニ對シテハ固ヨリ何等ノ効力ナク、依然變更セラレサル言渡ヲ以テ確定セラレタルモノナリ』ト、若シ此說ニシテ誤リナクムハ、假令ヒ債務ノ性質ニ對シテ變更ヲ求ムルカ爲メニ上訴スルモ、總テ共同訴訟人ニ對シテ上訴スルニアラスムハ、總テニ對シテ決シテ變更ノ効力ヲ受ケシムル能ハスシテ、從テ上訴セラレサル者ニ對シテハ則チ是レ確定シタルモノト謂ハズシテ何ソヤ、然ルニ本件判決ニ於テ『性質如何ニ付テハ上訴セラレサル者ニ對シテモ尙ホ確定セス』ト爲スニ至テハ、則チ亦之レ一ノ疑フヘキモノタルヘシ、要スルニ本件判決全局ニ於テハ當ヲ得タルモ、理由ニ於テ往々疑フヘキモノアリ惜ムヘキ也

冷灰日就得テ明白

判例　三四　坪井藤外四十二名平對三宅好之助外三十名地所取戻件

明治二十六年十月廿七日　大審院第二民事部判決

一、共有地ノ所有權ヲ請求スルノ訴ハ、權利關係カ合一ニノミ確定スヘキ場合ナリトス

二、權利關係カ合一ニノミ確定スヘキ共同訴訟ハ、其共同訴訟人中ノ或ル人カ期日ヲ懈怠シタルモ、其懈怠セサル者ニ代理ヲ委任シタルモノト看做ス

三、故ニ共同訴訟人中ノ或ル人カ他ノ共同訴訟人ノ代理人ト爲リタル場合ニ、其代理委任ニ欠缺アルモ以テ代理ナキモノト爲スヲ得ス

第五十條　然レトモ總テノ共同訴訟人ニ對シ、訴訟ニ係ル權利關係カ合一ニノミ確定ス可キトキニ限リ左ノ規定ヲ適用ス

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

第六十三條　原告若クハ被告自ラ訴訟ヲ爲サヽルトキハ、辯護士ヲ以テ訴訟代理人トシ之ヲ爲スヲ得

辯護士ノアラサル場合ニ於テハ、訴訟能力者タル親族若クハ雇人ヲ以テ訴訟代理人ト爲シ、若シ此等ノ者ノ在ラサルトキハ他ノ訴訟能力者ヲ以テ訴訟代理人ト爲スコトヲ得

上告人　坪井薩平外四十二名　代理人　江木衷
被上告人　三宅好之助外三十名　同　日山彦十郎　代理人　山田喜之助

上告要旨

上告人ハ地所取戻事件ニ付、長崎控訴院カ明治二十六年一月二十五日言渡シタル判決ニ對シ、全部破毀ヲ求ムル旨ノ申立ヲ爲シタリ、其上告論旨第一點ハ、被上告者ハ第一審ニ於テ原告トシテ三十一名ノ者共同ニテ起訴スルニ當リ、三宅好之助外二十九名ハ坪井節衞ニ訴訟代理ヲ委任シ、坪井節衞ハ該三十名ノ代理兼原告ト爲リテ起訴シタリ、然レトモ坪井節衞ハ辯護士ニアラス、亦タ他ノ親屬若クハ雇人ニモアラス、然ルヲ以テ該委任ハ民事訴訟法第六十三條ニ違背シ、其代理ノ効ナキモノナリ、故ニ第一審ニ於テハ原告本人ハ訴ノ提起ナキモノナリ、而シテ控訴ノ當事者タルニハ第一審ノ當事者タラサル可カラス、然ルニ控訴者（被上告者）ハ第一審ノ當事者ニアラス、第一審ノ當事者ニアラサル者カ爲シタル控訴ハ無効ナリ、此無効ノ控訴ニ對シテ爲シタル原院ノ判決ハ當然無効ニシテ、第二審判決タル資格ヲ欠ク不法ノ判決ナリト云フニ在リ

判決要旨

本案カ共同訴訟トシテ第一審ニ提起セラレタルコトハ其訴訟記錄ニ於テ明瞭ニシテ、只其三宅好之助外二十九名カ、其共同訴訟人中ノ一人ナル坪井節衞ニ代理委任ヲ爲シタルハ無効ナルヤ否ヤノ問題ニ在ルノミ、故ニ假令ヒ其委任ハ無

効ナリトスルモ只其委任ノ欠缺アルノミニシテ全ク訴ノ提起ナキ場合ト同一ニアラサルナリ、然リ而シテ共同訴訟ニシテ權利關係カ合一ニノミ確定ス可キトキニ於テハ法律上共同訴訟人中ノ或ル人カ期日ヲ懈怠シタルモ、其懈怠セサル者ニ代理ヲ委任シタルモノト看做ス可キハ、民事訴訟法第五十條ノ規定スル所ナリ、本案共同訴訟ニ於ケルモ、其目的ハ共有地ノ所有權ヲ請求スルニ在ルヲ以テ所謂其權利關係カ合一ニノミ確定ス可キ場合ナリ、故ニ本案共同訴訟人中ノ三宅好之助外廿九名カ其共同訴訟人中ノ一人ナル坪井節衞ニ代理委任ヲ爲シタルハ縱令民事訴訟法第六十三條ノ手續ニ背戻シタルニモセヨ之ヲ以テ其代理ナキモノト爲スヲ得ス、何トナレハ權利關係カ合一ニノミ確定スヘキ場合ニ於テハ、前陳ノ如ク三宅好之助外二十九名ハ法律上坪井節衞ニ其代理ヲ委任シタルモノト見做スヘキモノナレハナリ、若シ否ラストセハ、其權利關係カ合一ニノミ確定シ得ヘカラサルニ至ラン、故ニ原判決ハ上告論旨ノ如キ不法ノ判決ト云フヲ得サルナリ

判例論評　一六

本件判決ノ當否ヲ論斷セムト欲セハ、宜シク先ツ坪井節衞ノ代理委任ハ果シテ有効ナルヤ否ヤヲ決定セサルベカラス、之ヲ以テ大審院モ亦タ其爭點ノ要ヲ摘マムテ曰ク『只其三宅好之助外二十九名カ其共同訴訟人中ノ一人ナル坪井節衞ニ代理委任ヲ爲シタルハ無効ナルヤ否ヤノ問題ニ在ルノミ』ト、本按上告ノ當否ハ寔ニ係テ以テ此一點ニアリ、而シテ此ノ代理委任カ無効ナリトノ理由ハ果シテ那邊ニ存スル乎、上告論旨ハ之レヲ主張シテ曰ク『坪井節衞ハ辯護士ニアラス、又他ノ親屬雇人ニモアラス、則チ民事訴訟法第六十三條ノ規定ニ反スルモノ、之レ豈ニ有効ナル代理ナリト爲サムヤ』ト、然ラハ則チ之レヲ有効ナリト爲スノ理由那邊ニ存スル乎、大審院ハ之レヲ說明シテ曰ク『共同訴訟ニシテ權利關係カ合一ニノミ確定ス可キトキニ於テハ、或ル一人カ期日ヲ懈怠シタルモ其懈怠セサル者ニ代理ヲ委任シタルモノト見做ス、故ニ坪井節衞ニ代理ヲ委任シタルハ民事訴訟法第六十三條ニ反シタルモ、尙且ツ代理ナキモノト爲スヲ得ス、則チ之レ代理ハ有効ニアラズヤ』ト、嗚呼之レ眞ニ正反對ニアラスヤ、果シテ何レヲ以テ是トスヘキ乎、予ヲ以テ之レヲ見レハ、予ハ寧ロ上告論

旨ヲ以テ當ヲ得タリトセム、請フ之レヲ論セム

蓋シ必要的共同訴訟ノ場合ニ於テ、共同訴訟人中ノ或ル人ノミカ期日又ハ期間ヲ懈怠シタルトキハ、其懈怠セサル者ニ代理ヲ任シタルモノト看做スヘキハ、法律ニ明文ヲ以テ規定シタルカ故ニ、大審院ノ言フ所ヲ俟タス之レ固ヨリ當然タリ、然リト雖モ此代理ヲ任シタリト見做スヘキハ、必要的共同訴訟タル以上ハ悉ク皆ナ然リトイフニアラス、此ノ規定ノ適用ニ付テハ必ス二個ノ要件ニ服セサルヘカラス、則チ左ノ如シ

一、期日若クハ期間ヲ懈怠シタル場合ノミニ限リ、訴ノ提起ニ付テマテ代理ヲ任シタルモノト見ルヘカラス

二、期日若クハ期間ヲ懈怠シタル場合ノミニ限ルカ故ニ必ス正當ナル訴アリタル後タルヲ要ス、則チ懈怠シタル共同訴訟人ニハ其懈怠セサリシ場合ニ於テ爲ス可キ總テノ送達及ヒ呼出ヲ爲スコトヲ要ス

必要的共同訴訟ノ場合ニ於テ代理ヲ任シタルモノト見做スニハ以上二個ノ要件ヲ要ス、今マ飜テ本件ノ訴訟ハ果シテ右二個ノ要件ヲ具ヘタリヤ否ヤヲ

合訴訟ノ際ニ施行法ノ便宜ニ於テ一ミ法理ヲ宣シ第二段ニ之ヲ置ク

見レハ、抑モ本件ハ期日若クハ期間ヲ懈怠シタリヤ否ヤニ關スルモノニアラス、却テ其初ニ溯テ『原告三宅好之助外二十九名ハ坪井節衞ニ訴訟提起ノ代理ヲ委任シタルモノニアラス、換言セハ當初ニ於ケル訴ノ提起ナキモノナリ』トイフニ在リ、既ニ訴ノ提起ナシ、豈期日期間ノ懈怠アラムヤ、然ラハ則チ代理ヲ任シタルモノト看做スヘキ第一要件ハ既ニ欠缺セルニアラスヤ、而シテ既ニ原告三宅好之助外二十九名カ訴ノ提起ナシトセハ、之レニ對シテ懈怠セサル場合ニ爲スヘキ總テノ送達若クハ呼出ナルモノ存スルノ理アラムヤ、然ラハ則チ茲ニ第二ノ要件モ欠缺セルモノニアラスヤ、二個ノ要件ニシテ既ニ缺欠之ヲ以テ代理ヲ任シタルモノト看做スヘキノ規定ハ全然適用スヘキノ途アルコトナシ、然ラハ則チ大審院ノ代理ヲ任シタルモノト見做ストノ所論既ニ誤ル、代理ニシテ任セラレタルモノニ非ストセム乎、則チ坪井節衞ニ爲シタル代理ハ之レ無効ナルモノニアラスシテ何ゾヤ、斯クノ如ク論シ來リテ予ハ則チ本件上告論旨ハ寧ロ是ニシテ、而シテ大審院判決ノ又タ誤判ナルコトヲ知ル也

蓋シ本件大審院ノ判斷、代理ヲ任シタルモノト見做ス云々ノ條文ヲ引用シタル、頗ル運用ノ妙アルカ如シトイヘトモ、是レ即チ所謂ル似テ非ナルモノ、想フニ大審院ノ第五十條第四項ヲ解スルヤ、其ノ必ス適法ナル訴訟提起セラレタル後ナラサル可カラサルヲ知ラス、又タ同條第五項ノ適法ナル呼出若クハ送達アリタル後ナラサル可カラサルヲ忘レ、而シテ其四項ハ期日若クハ期間ノ懈怠アル場合ナラサル可カラサルヲ見サルニ依ル乎、判官タルモノ須ラク法文ヲ朝讀夕誦シテ暗セサルベケムヤ

判例　三五　山上熊太郎外三名對金田新作外百九十名谷川用水々門設定件

明治廿六年大審院第五百五十六號　同二十七年六月六日判決

權利關係カ合一ニノミ確定スヘキ共同訴訟ニ在テハ、適法ノ訴訟委任ナキモ、民事訴訟法第五十條第四項ニ依リ他ノ共同訴訟人ニ代理ヲ任シタルモノト見做スヲ以テ、其判決ハ總テニ對シ効力ヲ有ス

第五十條　然レトモ總テノ共同訴訟人ニ對シ、訴訟ニ係ル權利關係カ合一ニノミ確定スヘキトキニ限リ、左ノ規定ヲ適用ス

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

上告人　山上熊太郎外三名　代理人　城數馬

被上告人　金田新作外百九十名　代理人　黒岩鉄之助

上告要旨

右當事者間ノ谷川用水々門設定立會請求事件ニ付、東京控訴院カ明治廿六年十月十二日言渡シタル判決ニ對シ、上告人ヨリ全部破毀ヲ求ムル申立ヲ爲シタリ、其上告第三點ハ、第一審ニ於ケル被告訴訟代理人ノ委任狀ニ青木藤次郎、市川一二郎、小林松藏、青木常右衛門ハ單ニ記名ノミニシテ捺印セス、又羽生田勘右衛門、坂田源助、坂田トメ、小林重作、宮本房吉、山岸久作ノ六名ハ、第三者代印シタルモノニシテ、何レモ適法ノ委任ナシ、然ルニ原院ハ之レカ控訴ヲ廢棄シ、第一審裁判所ニ差戻サスシテ、直チニ本案ニ對シ第二審ノ判決ヲ與ヘタルハ不法ノ裁判ナリト云フニ在リ

判決要旨

依テ該訴訟委任狀ヲ査閲スルニ、上告人主張ノ如キ事實ナレトモ、本件ハ權利關

係カ合一ニノミ確定スヘキ共同訴訟ナルヲ以テ、良シヤ共同訴訟人タル前掲十名ノ者カ適法ノ委任ヲ爲サヽリシカ爲メ、期日ニ出頭セサル者トスルモ、民事訴訟法第五十條第四項ノ規定ニ依リ他ノ共同訴訟人ニ代理ヲ任シタルモノト看做スカ故ニ第一審判決ハ此等ノ者ニ對シテモ其効力ヲ有スルコトハ論ヲ俟タサル所ナリ、然レハ控訴ハ右十名ノ爲メニモ有効ノモノナレハ、原院ニ於テ之ヲ廢棄セナリシハ相當ニシテ、不法ノ裁判ニ非サルナリ

判例論評　一七

予ハ前判例ニ於テ本件ト略ホ同一ナル判例ノ論評ヲ爲シ、以テ判決ト反對ノ意見ヲ陳ヘタリ、然ラハ尙ホ本件ニ付テモ亦タ反對ノ論議ヲ爲スヘキ乎、曰ク必スシモ否ラサル也、其否ラサルハ只夫レ本件ノ事實ノ明瞭ナラサルカ爲メノミ、蓋シ前判例ニ於テハ、訴訟提起ノ始ニ當リ、適法ノ訴訟委任ヲ受ケサルヲ以テ、訴ノ効アラスト爲シ、從テ第五十條第四項ヲ適用スヘカラスト爲シタルノミ、然レドモ本件判例ノ如キハ果シテ當初ヨリ訴訟委任ノ欠缺シタルモノ乎、將タ辯論當日ニ於ケル委任ノ欠缺ニ係ルモノ乎、事明晰ヲ缺クモノアリ、從テ五十條四項ヲ適用スヘキヤ否ヤヲ判スル能ハサルニ依ル、何トナレハ本件ノ訴訟委任ニシテ訴訟提起ノ當時ヨリ委任ノ欠缺ヲ生シタルニ非ラスシテ、訴訟提起ノ當時ハ當事者本人之レカ提起ヲ爲シ、既ニ有効ノ訴訟ヲ成シ、而シテ又有効ノ送達若クハ呼出ヲ受ケ、只タ其辯論當日ニ於ケル辯論ニ付テノミ委任ノ欠缺ヲ生シタルトキハ、則チ之レ予カ前論評ニ於ケル二個ノ條件ヲ充タシタルモノニシテ、其ノ委任欠缺ノ當事者ハ、委任欠缺ニ依リテ期日ヲ懈怠シタルモノト爲ルモ、尙ホ委任ノ完全セル當事者ニ代理ヲ任シタルモノト看做スコトヲ妨ケサレハナリ、故ニ予ハ本件ノ判例ニ對シテ必スシモ論議ヲ狹ムコトヲ爲サスト雖、若シ夫レ本件ノ事實ニシテ前判例ノ如シト爲サハ、亦タ之レ予カ前判例ノ論評ハ尙ホ本件ニモ之レヲ適用スヘキノミ

判例　三六　岡村定一對小濱精治外四名貸金請求件

明治廿五年大審院第五百四號　同廿六年四月廿七日判決

一、連署者タルノ故ヲ以テ共同被告ト爲リタル場合ト雖トモ、苟モ權利關係カ合一ニノミ確定スヘキ場合ニアラサレハ、民事訴訟法第五十條第四項ヲ適用スルヲ得ス

二、故ニ右ノ訴訟ニ於テ、其缺席シタル共同被告人ノ或ル者ヨリ爲シタル故障ハ適法ナリ

第五十條　然レ𪜈總テノ共同訴訟人ニ對シ、訴訟ニ係ル權利關係カ合一ニノミ確定スヘキトキニ限リ左ノ規定ヲ適用ス共同訴訟人中ノ或ル人ノミカ期日又ハ期間ヲ懈怠シタルトキハ其懈怠シタル者ハ懈怠セサル者ニ代理ヲ任シタルモノト看做ス

上告人　岡村定一　代理人　磯部四郎

被上告人　小濱精治外四名　同　長谷川吉次郎　同　鄉津友彌　代理人　岸本辰雄　同　井町井本鉄之助　同　本井常治

上告要旨

上告第一點ハ上告人ハ始メ小濱精治、立石可然、青木彌八郎、本山純壽、森助一郎ノ五名ヲ相手取リ起訴ヲ爲シタリ、然ルニ被告中、森助一郎、本山純壽ノ二名ハ口頭辯論ノ期日ニ出頭セスシテ判決ヲ受ケ、該判決ニ對シテ故障ノ申立ヲ爲シ、此判決ニ對シ又更ニ控訴ヲ爲スニ至レリ、而シテ被告中小濱精治、立石可然、青木彌八郎ノ三名ハ第一審ニ敗訴ノ判決ヲ受ケタルヲ以テ之ニ對シ別ニ控訴ヲ爲シタリ、之ヲ法律ニ照スニ本山純壽、森助一郎ノ爲シタル故障ハ違法ノモノトス、民事訴訟法第五十條ニ依ルニ、共同訴訟人中ノ或ル人ノミカ期日又ハ期間ヲ懈怠シタルトキハ、其懈怠シタル者ハ懈怠セサルモノニ代理ヲ任シタルモノト看做スヘキモノタリ、而シテ本件被上告人等ハ共同負債主ニシテ仝一ニ確定スヘキ權利關係ヲ有スルモノナリ、然ラハ則チ第一審ノ口頭辯論ニ出頭セサリシ者ハ他ハ出頭シタルモノニ代理セラレ居ルモノナレハ、決シテ闕席判決ヲ受ケタルモノニアラス、從ツテ本山及ヒ森ノ爲シタル故障ノ申立ハ違法ニシテ、此故障ノ申立ニ對スル判決ニ對シテ爲シタル控訴ハ法律上認ム可カラサルモノナリ、然ルニ原院ハ之ヲ排斥セス、正當ノモノトシテ判決ヲ下シタルハ不法ノ裁判ナリト云フニ在リ

判決要旨

仍テ案スルニ、本件被告森助一郎及ヒ本山純壽ノ兩名ハ、他三各ノ被告ト共ニ甲

第一號ノ連署者タルノ故ヲ以テ、始メ共同被告トシテ訴ヘラレタルモノナリト雖モ本件ノ關係タル上告人論告スル所ノ如ク、民事訴訟法第五十條ニ所謂ル合一ニノミ確定スヘキ權利關係ニアラス、而シテ其然ラサルコトハ現ニ其判決ノ結果ヲ異ニシタルヲ以テ見ルモ明白ナル所ナレハ、原裁判所ニ於テ右二名ニ對スル、闕席判決ニ基因セル故障申立ニ對スル判決ノ控訴ヲ受理シタルハ當然ノ事ニシテ、法律ニ違背スル所ナシ、本件上告ハ之ヲ棄却ス

裁判長判事　中村元嘉　判事　河口定義　同　增戸武平
同　小松弘隆　同　本多康直　同　高木豐三
同　兒玉淳一郎

判例論評　一八

民事訴訟法第五十條第四項ノ規定タル、既ニ屢々見タル如ク、又タ何人モ疑ハサル如ク、權利關係カ合一ニノミ確定スヘキトキニ於テ適用スヘキノ規定タリ、是レ今ニ於テ予ノ言フヲ俟タサル所、既ニ然リトセハ、其懈怠セサル者ニ代理ヲ任シタリト爲スト否トハ、係テ其權利關係カ合一ニノミ確定スヘキ事件ナルヤ否ヤニ存ス、若シ夫レ事件ノ性質カ權利關係ノ合一ニ確定スヘキモノニ係ルトキハ其期日ヲ懈怠シタル者ハ懈怠セサル者ニ代理ヲ任シタルモノト看做スヲ以テ、其懈怠シタルモノヽ受ケタル判決ハ固ヨリ闕席判決ニ非ラスシテ對席判決ナリ、既ニ闕席判決ニアラストセム乎、之レニ對シテ爲シタル故障ハ疑モナク不適法ナリ、不適法ノ故障ヲ受理シテ爲シタル判決モ亦均シク違法タルヲ免レス、何トナレハ此不適法ナル故障ヲ適法ナリトシテ受理シタル裁判ハ、民事訴訟法第三百九十七條ニ依リテ控訴裁判所ノ判斷ヲ受クルヲ以テナリ、故ニ若シ事件カ權利關係カ合一ニ確定スヘキモノナリセハ、本件上告ノ論旨ハ固ヨリ正當ナリ、然レトモ翻テ事件ノ性質カ權利關係ノ合一ニ確定ス可ラサルモノト爲サム乎、即チ第五十條第四項ハ素ヨリ適用スヘキニ由ナシ、既ニ同條同項ヲ適用セストセハ、其判決ハ闕席ナルヲ以テ故障ハ即チ適法ナリ、而シテ本件大審院ノ說明固ヨリ正當ナリト爲サヽルベカラス、茲ニ於テ乎本件ハ果シテ權利關係ガ合一ニ確定スヘキモノナルヤ否ヤヲ究ムルノ要ヲ見ル、然レトモ本件ノ說明ヲ見レハ、只夫レ『甲第一號ノ連署者タルノ故

ヲ以テ始メ共同被告トシテ訴ヘラレ』云々トノミアリテ、果シテ權利關係カ合一ニ確定スヘキモノナルヤ否ヤヲ見ルニ困ム、而シテ大審院ハ既ニ本件ヲ合一ニ確定スヘキモノニアラスト判決シタルカ故ニ、事實恐ラクハ然ルヘキモノアラム乎、否ナ單ニ連署者タルカ如キハ必スシモ以テ合一ニ確定スヘキモノト爲スベカラス、然ラハ則チ本件判決ハ夫レ當ヲ得タルモノナルヘシ、只夫レ斯クノ如クシテ共同訴訟ニ於テハ、權利關係カ合一ニノミ確定スヘキモノナルヤ否ヤヲ見ルハ最モ必要ノ點ニシテ而シテ彼ノ連帶義務ノ場合ニ於テ多ク論議ノ生シタル事ヲ見ル、予ハ後ニ於テ適當ノ場所ニ其ノ決定ヲ與ヘム

判例　三七　福井嘉納 對 許斐孫三郎外四十五名 損害要償件

明治廿六年大審院第百十四號　同年十月廿四日言渡

一、民事訴訟法第五十條四項ハ、必スシモ必要的共同訴訟ノ場合ニノミ限ラス、區々ノ判決ヲ爲スヘカラサル場合ニ於ケル共同訴訟ニハ總ヘテ之ヲ適用スヘキモノトス

二、斯クノ如キ共同訴訟ノ場合ニ在テハ、明約ヲ以テ他ノ共同訴訟人ニ訴訟代理ヲ委任シ得ヘシ

第五十條　然レトモ總ヘテノ共同訴訟人ニ對シ、訴訟ニ係ル權利關係カ合一ニノミ確定スヘキトキニ限リ左ノ規定ヲ適用ス共同訴訟人中ノ或ル人ノミカ期日又ハ期間ヲ懈怠シタルトキハ、其懈怠シタル者ハ懈怠セサル者ニ代理ヲ任シタルモノト看做ス

上告人　福井嘉納　代理人　飯田平助　同　藤代市之助

被上告人　許斐孫三郎外四十五名　代理人　增島六一郎　同　松井盛吉

上告要旨

原院ニ於テハ『被上告人中、桑野清市、桑野半藏、千手幸四郎、柳澤治八、柳澤丹治、有賀淀彦カ口頭辯論ノ期日ニ出頭セサルモ、出廷セシ共同訴訟人ニ代理ヲ任シタルモノト看做ス』ト說明シ、闕席判決ノ規定ニ依ラサレトモ、民事訴訟法第五十條四項ノ規定ヲ適用スヘキ場合ハ、總テノ共同訴訟人ニ對シ訴訟ニ係ル權利關係カ合一ニノミ確定スヘキトキ、即チ共同訴訟ノ方法ニ依ルニ非ラサレハ自己ノ權利ヲ伸張スル能ハス、又區々ノ判決ヲ爲ストキハ之カ執行ヲ遂クベカラサル場合ニ限ルモノナルコトハ法條ノ明示スル所ナリ、然ルニ本訴ハ決シテ必要ナル

第六判決四百三十六條第五號ニ該當スル違法ノ判決ナリトイフニ在リ

（第四條ハ左ニ掲ク　民事訴訟法第五十條四項ノ適用ハ、必シモ必要的共同訴訟ノミニ限ラス、其論點ハ原告ノ請求ニ關シテ常ニ被告ニ對スル裁判ヲ爲シタルトキハ、其承諾ハ法律ノ規定ニ從ヒ代理セラレサリシモノナレハ、即チ民事訴訟法第四百三十六條第五號ニ該當スル違法ノ判決ナリトイフニ在リ）

共同訴訟ニ非ス、被上告人中ノ一人若クハ數人ニ對シテモ有効ニ訴求ヲ爲スヲ得ヘク又被上告人中ノ數人ハ本訴請求ニ應スヘキノ義務アリトシ、他ハ此義務ナシト判決セラルヽモ、毫モ不都合ナキ場合ニ係レハ、決シテ民事訴訟法第五十條第四項ヲ適用スルヲ得サルモノタリ、然ルニ原院ニ於テ他ノ出廷シタル共同訴訟人ヲ其代理者ト看做シ、其辯論ニ基キ闕席者ニ對スル裁判ヲ爲シタルハ、是レ亦違法ノ判決ナリ、又被上告人中、柳澤茂市外十二名及ヒ、勝野健藏外十二名ハ、原院ニ於ケル訴訟行爲ニ就テハ、辯護士若クハ代言人ニ非サル柳澤茂ト加治舍縣トニ代理セシメタルモ、我民事訴訟法ハ特別ナル場合ノ外、辯護士ニ非サレハ有効ニ訴訟代理ヲ委任スルヲ得ス、然ルニ前記ノ被上告人等ハ、辯護士若クハ代言人ニ非サル前記兩名ニ訴訟代理ヲ委任シ、原院ハ其辯論ニ基キ裁判ヲ爲シタリ、是レ訴訟當事者カ法律ノ規定ニ違ヒ代理セラレサリシモノナレハ、即チ民事訴訟法第四百三十六條第五號ニ該當スル違法ノ判決ナリトイフニ在リ

判決要旨

民事訴訟法第五十條四項ノ適用ハ、必シモ必要的共同訴訟ノミニ限ラス、其論點ニシテ區々ノ論決ヲ爲スヘカラサル場合ニハ他ノ共同訴訟ニモ亦之ヲ適用シ得ヘキモノトス、而シテ本件爭ヒニ係ル甲一號ハ、地主ナル上告人等一致團結シテ、曾テ同人等ヨリ他人ヘ附與シタル承諾ノ取消ニ盡力シ、又爾後他人ヘ承諾ヲ與ヘス、以テ上告人其他ノ契約者ヲシテ、借區營業ノ目的ヲ達セシメンコトヲ結約シタル證書ナリ、然ルニ承諾ノ取消ヲ目的トスル義務、即チ爲スノ義務ニシテ被上告人中ノ二三ノ者カ盡力スルモ、他ノ者等ニ於テ盡力セサルトキハ、其承諾ハ取消シ得ス、寸効ヲモ奏スル能ハサルヲ以テ、此場合ニ於テハ盡力シタル者ト否トニ拘ハラス總テノ者カ違約者タラサル可カラス、又爾後他人ヘ承諾ヲ與ヘストノ事ニ於ケル爲サヽルノ義務ハ被上告人等ノ內若干名カ違約シテ他人ヘ承諾ヲ與ヘタルトキハ、總テノ者カ承諾ヲ與ヘタルト等シク、上告人ノ起業ハ妨害ヲ受ケ、之ヲ仕遂ケサル次第ナレハ、此場合ニ於テモ亦承諾ヲ與ヘタル者ト否トノ區別ナク、總テノ者カ違約ノ責ニ任セサル可カラス、其レ斯クノ如ク該契約ハ各自分別シテ履行スルコトヲ得サル性質上ノ不可分義務ニ付キ、本訴ハ損害要償ナル可分義務ニシテ必要的共同訴訟ニ非サルモ、其原因トシテ該契約ノ履

行有無ヲ爭ヒ、原院カ之ニ對シ裁判ヲ爲スニ當リテハ、被上告人等ニ對シ區々ノ論結ヲ爲スコトヲ得サル筋ニ付キ、民事訴訟法第五十條四項ヲ適用シ、缺席シタル被上告人等ハ其出席者ニ代理ヲ委任セシ者ト看做シ、裁判シタルハ相當ニシテ原裁判ハ不當ニ法律ヲ適用シタル不法ナシ、又前上告論旨ニ對シ辯明スル如ク、本件ハ民事訴訟法五十條四項ヲ適用シ、法律上訴訟代理ノ推定ヲ爲スヘキ性質ノ事件ナレハ、共同訴訟人中ノ數名ヨリ他ノ共同訴訟人ニ明約ヲ以テ、訴訟代理ヲ任シ得ヘキハ勿論ナリ、故ニ原院カ之ヲ聽許シタルハ相當ニシテ違法ニアラス、依テ本件上告ハ之ヲ棄却ス

裁判長判事　栗塚省吾　　判事　寺島直　　同　長谷川喬
同　谷津春三　　同　高木豐三　　同　兒玉淳一郎
同　中尾眞晃

判例論評　一九

本件ノ上告論旨及ヒ其ノ判決ハ之レヲ二個ニ分ツコトヲ得ヘシ、則チ左ノ如シ

一、本件ノ損害要償ハ區々ナル判決ヲ爲スコトヲ得サルヘキ事件ナル乎

上告論旨ハ之レヲ論シテ曰ク『相異ナル各別ノ判決ヲ受クルモ毫モ差支ナシ』ト、而シテ大審院ハ『區々ノ論決ヲ爲スヲ得サルモノナリ』ト、即チ是レ本件ハ果シテ各々相異ナル判決ヲ爲スコトヲ得ヘキ事件ナルヤ否ヤ、其一也

二、共同訴訟人中ノ一人若クハ數人カ辯護士若クハ親屬雇人ニアラサルモ、是等ノ者ニ爲シタル訴訟委任ハ有効ナルヤ否ヤ、則チ予カ曩キニ掲ケタル判例三四ト同一ナリ、之レ即チ其第二也

本件ノ上告及ヒ判決ハ要スル右ノ二點ニ過キス、而シテ本件判決ハ此ノ兩點ニ對シ果シテ能ク判決シ得タリト爲スヘキ乎、請フ之レヲ論セム

一、予ハ此第一點ニ對シテハ各別ナル判決ヲ爲スニ於テ毫モ不都合ヲ見ルコトナシ、從テ第五十條四項ヲ適用ス可カラサルモノト爲スニ躊躇セス、蓋シ本件甲第一號證契約ノ既ニ他ニ與ヘタル承諾ヲ取消シ、若クハ爾後他ニ承諾ヲ與ヘストノ契約ノ如キハ、總當事者總ヘテ之レヲ爲シ若クハ爲サヽルニアラサレハ、或ハ目的ヲ達シ得ヘカラサルモノナルヲ知ラスト雖モ、之レヨリ

生スル損害ノ要償ニ至テハ一人ハ其責アリテ他ノ一人若クハ數人ハ其責ナシトノ論決ヲ爲スニ於テ毫モ差支ヲ見サルノミナラス、恐ラクハ必ス然カク論決セサルヲ得サルヘシ、夫レ既ニ然リト爲サハ、第五十條第四項ヲ適用スルニ於テ何カアラムヤ、第一ノ論點ニ付テハ、上告論旨ヲ以テ可ト爲サヽルヲ得サル也

二、第二ノ論點ニ付テハ予レ之レヲ既ニ論評一六ニ於テ論セリ、今マ必スシモ特ニ之レヲ論スルヲ要セス、然レトモ本件ノ代理ニシテ其辯論期日ニ於テ偶マ生シタルモノト爲サハ、之レ亦タ論評一七ニ於テ論シタル所、必スシモ判決ヲ以テ非ト爲サストイヘトモ、恐ラクハ本件ノ代理モ當初訴ノ提起ノ時ニ、キニ於テ辯論ニ限ラズ委任シタルモノニ非サル乎、若シ夫レ訴ノ提起ノ時ニ、辯論ノミニ限ラス總ヘテ委任シタルモノト爲サムカ、五十條第四項ハ期日又ハ期間ノ懈怠ノミニ限レルカ故ニ、起訴迄モ代理アリト看做スヘカラス、而テ代理ナシトセハ、明約ノ委任ハ辯護士若クハ親屬雇人ナラサルヘカラズシテ、而シテ是等ノ者ニアラサル本件ノ代理ハ無効タルヲ免レサルナリ、詳シクハ

予レ既ニ之レヲ陳ヘタルヲ以テ、茲ニ贅スルノ限リニアラス

本件ノ判決ニ付テノ論評ハ、前ニ論シタルモノヽ外之レヲ曰ハストイヘドモ事ノ共同訴訟ノ代理ニ關シテ一問アリ、今マ代理ニ關スル論アルノ序ナルヲ以テ之レヲ掲ケム、法曹記事ニ掲クルモノ是也、則チ左ノ如シ

地方裁判所以上ニ於テ共同訴訟人ハ其共同者ノ代理ヲ兼ヌルコトヲ得ルヤ

(議案)之レニ對シテ說ヲ爲スモノアリ曰ク『地方裁判所以上ニ於テ本人出頭スルコト能ハサルトキハ、辯護士ノ在ラサル場合ノ外ハ普通人ノ代理ヲ許サヽルノ規定ヲ設ケラレタルハ、其訴訟繁雜法律上ノ討論ヲモ要シ、普通人民ノ得テ權利ヲ伸張シ能ハサルニ依ル、然レハ普通人ニシテ他人ヲ代理スルハ法意ニ反ス、甲說ノ缺席者ハ出席者ニ代理ヲ任シタリト看做スハ一般ニ適用スルヲ得サル除外例ニシテ、而カモ代理セシト看做スハ單ニ利益ノ一端ニ止マルナリ(乙說)之レニ對シテ法曹會ハ會ノ議トシテ決議シタリ曰ク『乙說ヲ可トス』

ト(決議)

此說果シテ當ヲ得タリヤ、若シ果シテ當ヲ得タリトセハ、前ニ掲ケタル判例ハ

第六十三條若訴訟ハ原告ハ被告ニ訴訟ヲ提起スルトキハ自己ノ名ヲ以テ人ノ爲ニ訴訟ヲ遂行スル權利ヲ有ス

悉ク非ナルモノタラサルヲ得ス、則チ大審院ノ判例ハ彼ノ法曹會ノ意見ト全ク矛盾スルモノト謂ハサルヲ得ス、兩說果シテ何レカ是ナル、蓋シ法曹會ノ決議往々ニシテ奇怪ノ邊ニ出ツ、本問ノ如キ實ニ然ルモノニシテ幾ント論スルノ價ナキモノヽ如シトイヘトモ、堂々タル法曹會ノ決議タルモノ、則チ敢テ一言ヲ費サヽルヘカラス、併シ永クハ曰ハス左ノ言ヲ言フニテ足ラム

一、代理ニ關スル第六十三條ノ規定ハ一般ノ規定ナリ、而テ共同訴訟ニ關スル第五十條ノ規定ハ總テ特別ノ規定ナリ、特別ノ規定ハ常ニ一般ノ規定ヲ減殺ス、故ニ一般ノ規定ニ反スルハ當然ニシテ、亦タ特別ナル所以ノモノナリ

二、若シ否ラストセハ、共同訴訟人中ノ出廷シタルモノ偶々辯護士ニアラサレハ、必要的共同訴訟ハ地方裁判所以上ニ於テハ常ニ行ハレス

三、果シテ然リセハ地方裁判所以上ニ於テハ、必要的共同訴訟ニ於テモ闕席判決ト對審判決トノ二個ノ判決ヲ生シ、各別ナル判決ヲ生スルニ至ル

四、然ラハ則チ地方裁判所以上ニ於テハ、必要的共同訴訟ハ行ハレスシテ必要的共同訴訟ハ區裁判所ニ於テノミ行ハルヽ狹隘ノモノトナリ、法意ヲ損

以上予ハ本件ノ論評ヲ爲シタリト雖モ抑モ共同訴訟ニ付テハ我カ民事訴訟法實施以來、論議最モ多シト爲ス所、予モ亦タ多少ノ意見ヲ有セサルニ非ス、之レヲ以テ力メテ其判例ヲ求ムルコトニ勉メタリト雖モ、得ル所僅カニ曩キニ掲クル數個ニ過キス、之レ予カ最モ遺憾トスル所、然レトモ其學術上ノ論說ニ至テハ敢テ必スシモ尠ナシト爲サス、故ヲ以テ予ハ今マ本節ヲ終ルニ望ミ、其ノ二三ヲ掲ケテ以テ判例ノ不足ヲ補フ

共同訴訟ニ關スル論說

共同訴訟ニ付テハ高木豐三君ノ『五大疑問』ト稱スルモノアリ、今マ法曹記事ニ掲クルモノニ付キ之レヲ掲ケム

共同訴訟ニ關スル五大疑問

高木豐三

第一問　民事訴訟法第五十條ノ規定ニシテ、共同訴訟人ノ間ニ於テハ特ニ其利益ノ點ニ於テノミ互ニ相代理スルモノトセハ、若シ其共同訴訟人ノ一部

第二百十七條　裁判所ハ民法又ハ此法律ノ規定ニ反セザル限リハ辯論ノ全旨趣及ヒ或ル證據調ノ結果ヲ斟酌シ事實上ノ主張ヲ眞實ナリト認ム可キヤ否ヤヲ自由ナル心證ヲ以テ判斷ス可シ

ハ全體ニ有益ナル攻擊又ハ防禦ノ方法ヲ用ヒ、他ノ一部ニ於テハ却テ有害ノ方法（攻擊防禦ノ方法ハ固ヨリ自家利益ノ爲メニスルモノナリト雖モ實際ニ就テ時ニ或ハ誤テ不利益トナルヿ鮮ナカラス）ヲ用ヒタルトキ

若クハ其一部ハ爭ヒ又ハ認諾セス、他ノ一部ハ爭ハス又ハ認諾シタルトキ、約言スレハ共同訴訟人中ノ行爲ニシテ利害相抵觸スルトキハ如何

今先ツ世ニ最モ信用ヲ博スル法律取調委員ノ註解ヲ繙閲スルニ、此場合ニ於テハ裁判所ハ第二百十七條ノ規定ニ從ヒ自由ナル心證ヲ以テ判斷ヲ爲スヘシト云ヘリ、若シ此註解ニシテ當ヲ得タルモノトセハ、本問題ノ場合ニ於テハ其訴訟ノ必要的共同訴訟ナルニモ拘ハラス、時ニ或ハ合一ノ確定ヲ期ス可カラサルコトアラン、法律ノ主意ハ果シテ然ル乎、若シ之ヲ然リト云ハヽ、自由ナル心證判斷ノ結果ニ因テハ、夫婦ノ一方ニ對シテハ其婚姻ヲ無効ト爲シ、他ノ一方ニ對シテハ有効ナリトノ裁判ヲモ爲シ得ヘキ乎、不分共有ノ場合、不可分義務ノ場合ニ於テモ、亦彼此反對ノ裁判ヲ爲シ得ルコトアル乎

抑モ又我民事訴訟法カ其第五十條第二項及ヒ第三項ヲ加ヘテ（獨訴ニハナキ所ナリ）特ニ其利益ヲ及ホス可キ規定ヲ設ケ、而シテ其害トナルヘキモノニ至

第五十條　共同訴訟人中ノ或人ノ攻擊及ヒ防禦ノ方法ハ他ノ共同訴訟人ノ利益ニ於テ効ヲ生ス（一項）

共同訴訟人中ノ或人カ爭ヒ又ハ認諾セサルキト雖モ總テノ共同訴訟人カ悉ク爭ヒ又ハ認諾セサルモノト看做ス（二項）

第五十三條　他人ノ間ニ權利拘束ト爲リタル訴訟ニ於テ其一方ノ勝訴ニ依リ權利上利害ノ關係ヲ有

テハ唯其行爲ニ對シテノミ効アルノ意味タモ明示セサルモノハ、蓋シ必要的共同訴訟ノ場合ニ於テハ、合一ノ確定ヲ期スルヲ主トシ攻擊防禦及ヒ其他ノ抵觸ヲ避ケンカ爲メ、唯リ他ノ共同訴訟人ノ利益トナルヘキモノニ限リテ之ヲ採リ、而シテ其不利益ナルモノニ至テハ全ク之ヲ捨去テ顧ミサルノ主意ニハ非サル乎

第二問　共同訴訟殊ニ必要的共同訴訟人中ノ一部ハ第一審若クハ第二審ノ判決ニ服從シタルモ、他ノ一部ニ於テ之ニ不服ナルトキハ、其ノ不服者タル一人若クハ一部ノ者而已ニテ上訴シ得ルヤ否ヤ○若シ之ヲ爲シ得ルモノトスルトキハ、上訴ヲ爲スニ就テハ當然ニ相互ノ代理權ナキカ故ニ、上訴ニ於テ前審ノ判決ヲ飜ヘシ、或ハ前後反對ノ判決ヲ見ルコトナキヲ保セス、例ヘハ前揭婚姻無効ノ訴ニ於テ、夫婦ノ一方ハ其婚姻ヲ無効トスル第一審ノ判決ニ服從シ、他ノ一方ハ此判決ニ對シテ上訴シタル時ノ如キ、裁判所ハ審理ノ末其一方ニ對シテ婚姻ハ有効ナリトノ判決ヲ爲シ得ルヤ如何

若シ又斯クノ如キ上訴審ノ判決ハ上訴セサル者ニ對シテモ均シク其効力ヲ

及ホスヘキモノトセハ、如何ニ之ヲ理解ス可キ乎

共同訴訟人中ノ一部カ上訴シタル場合ニ於テ、他ノ一部カ之ニ參加シ得ルコトハ勿論タリ(第五十三條及ヒ第五十六條)又或ル場合ニ於テハ相手方ヨリ他ノ共同關係者ノ訴訟參加ヲ要求シ得ルコトアルヘシ(例ヘハ民、財、第四百四十二條末項ノ場合ノ如シ)然レトモ是レ皆畢竟其權利ニ屬スルモノナレハ、固ヨリ他ノ之ヲ强ユ可キニアラス、然ラハ則チ若シ此權利アル者ニ於テ、自他ノ參加ヲ請ハサルトキハ裁判所ハ其裁判ノ合一ヲ期スルカ爲メノ故ニ職權ヲ以テ之ニ參加ヲ命スルコトヲ得ルヤ、抑モ又其一部而已ノ上訴ハ同上ノ理由ヲ以テ之ヲ却下シ得ルヤ如何

第三問　第五十條第四項ノ規定ニ由リ、出頭シタル共同訴訟人ノ行爲若クハ不行爲ノ効果ハ、總テ他ノ缺席者ニ及フヘキコトハ猶ホ訴訟代理人ノ行爲ノ結果カ訴訟本人ニ及フカ如シ、然レハ夫ノ第六十五條第二項ノ規定ニ依リ特別ノ委任ヲ要スル、和解、抛棄、認諾等ニ就テハ如何、換言セハ出席者ノ爲シタル和解、抛棄、認諾ノ効力亦タ當然其缺席者ニ及フヘキヤ否ヤ

第五十條　共同訴訟人ノ一人ノ爲メニ生シタル事項ハ其他ノ共同訴訟人ニ對シテモ其効力ヲ有ス但シ其數人ノ權利ノ目的タル物ノ性質ニ因リ又ハ其數人ノ權利ノ目的タル義務ノ性質ニ因リ其數人ノ共同ノ訴訟ニ參加ヲ要求シ得ルコトヲ得ス

第四百四十條　民法第百四十條第二項ノ場合ニ於テハ債權者ノ一人ニ對シテ爲シタル債務者ノ債權ノ目的ハ其債務者ノ數人ニ對シテ同時ニ履行ヲ爲ス可キ義務ヲ免カルヽトキハ其債權者ノ數人ニ對シテ其債務者ノ數人ニ對シテ債權ヲ有スルコトヲ要ス

第六十五條　訴訟代理人ハ特別ノ委任ヲ受クルニ非サレハ控訴上告若クハ再審ヲ爲シ訴ヲ取下ヲ爲シ和解ヲ爲シ請求ヲ認諾シ又ハ訴訟物ヲ抛棄シ相手方ノ主張ヲ認諾スルコトヲ得ス

同前註解者ハ曰ク、和解、抛棄及ヒ認諾等ハ出頭セサル者ノ爲メニ之ヲ爲スコトヲ得ス、何トナレハ代理人ハ特別ノ委任アルニ非レハ此等ノ權ヲ有セサレハナリト（上註解第一册第百六十四丁參照）

若シ夫レ此解ニシテ當ヲ得タルモノトセン乎、玆ニ三人ノ共同債務者アリ、其中ノ一人ハ辯論ノ期日ニ缺席シ他ノ二人ハ出席シテ直チニ其義務ノ全部ヲ認諾シタルトキハ如何(余ハ實際此場合ニ遭遇シタルコトアリ)缺席者ハ法律上他ノ二人ニ代理セラルヽモノナレハ之ニ對シテ缺席裁判ヲ爲スコト能ハス、而シテ其出席者ノ認諾ハ之ヲ他ニ及ホスコトヲ得ストセハ、裁判所ハ此場合ニ於テハ如何ニ之ヲ裁判ス可キヤ、若シ或者ノ說ハ非ニシテ抛棄、和解、認諾ノ効力亦第六十五條ノ規定ニ拘ハラス之ヲ其缺席者ニ及ホス可キモノトセハ其理由ハ如何

第四問　裁判所ノ管轄ニ就テハ事物上ノ管轄ト其土地ノ管轄トヲ問ハス、共同訴訟ニ於テモ一人ノ原告若クハ一人ノ被告タル場合ト同一ナルヘキコトハ學理上ノ本則ナラン、然ラハ若數人ノ共同訴訟人ニシテ數多ノ裁判所ノ

第二十條第二項ノ規定ニ依リ原告カ管轄裁判所ヲ選擇セサルヘカラス、例ヘハ共同被告人カ甲、乙、丙ノ裁判所ノ管轄區内ニ散住スルトキハ、其中ノ一ノ管轄裁判所ヲ撰擇セサルヘカラス云々』トアリ（本多今村註解第一册第百五十丁參觀）而シテ又其第二十五條ノ註解中ニモ（前署）第十條ノ普通裁判籍ニシテ共同被告（第四十八條）カ住所ヲ異ニスル場合ニ於テハ原告ノ便宜ニ依リ、其中ノ一ツノ裁判所ニ訴ヲ起コスコトヲ得セシムルナリ（仝上第七十九丁參觀）云々トアリ

次ニ又疑問ハ法曹會ノ問題トナリテ其第三號ニ掲ケラレタリ、即チ民事訴訟法第四十八條ノ場合ニ於テ、東京、大坂、新潟ノ住民ヲ被告トナストキハ同一ノ裁判所ニ訴フルコトヲ得ルヤ如何トノ問題ニ對シ、我法曹會ハ數個ノ管轄地ノ住民ヲ一時ニ被告ト爲ストキハ、假令住所ヲ異ニスルモ所謂共同訴訟人ナルヲ以テ同一ノ裁判所ニ訴フルコトヲ得ル旨ノ決議ヲ爲セリ

區内ニ散在スルトキハ如何シテ其管轄裁判所ヲ定ム可キヤ

先ツ法律取調委員ノ註解ヲ閲スルニ、其第四十八條ノ註解中『土地ノ管轄ノ異ナル場合ハ爲替訴訟ヲ除クノ外其他ノ訴訟ニ付テハ裁判所構成法及ヒ本法中ニ規定ナキ故、第二十五條ノ規定ニ依リ原告カ管轄裁判所ヲ選擇セサルヘカラス、例ヘハ共同被告人カ甲、乙、丙ノ裁判所ノ管轄區内ニ散住スルトキハ、其中ノ一ノ管轄裁判所ヲ撰擇セサルヘカラス云々』トアリ（本多今村註解第一册第百五十丁參觀）而シテ又其第二十五條ノ註解中ニモ（前署）第十條ノ普通裁判籍ニシテ共同被告（第四十八條）カ住所ヲ異ニスル場合ニ於テハ原告ノ便宜ニ依リ、其中ノ一ツノ裁判所ニ訴ヲ起コスコトヲ得セシムルナリ（仝上第七十九丁參觀）云々トアリ

次ニ又疑問ハ法曹會ノ問題トナリテ其第三號ニ掲ケラレタリ、即チ民事訴訟法第四十八條ノ場合ニ於テ、東京、大坂、新潟ノ住民ヲ被告トナストキハ同一ノ裁判所ニ訴フルコトヲ得ルヤ如何トノ問題ニ對シ、我法曹會ハ數個ノ管轄地ノ住民ヲ一時ニ被告ト爲ストキハ、假令住所ヲ異ニスルモ所謂共同訴訟人ナルヲ以テ同一ノ裁判所ニ訴フルコトヲ得ル旨ノ決議ヲ爲セリ

註解ノ趣意ハ專ラ第二十五條ノ規定ニ因リ管轄裁判所ノ撰擇權アリト爲スニ在リ、蓋シ註解者ハ第二十五條ニ所謂『原告ハ管轄裁判所ノ中ニ就キ撰擇ヲ爲スコトヲ得』トハ、第二十二條ノ場合ヲ除クノ外ハ原告ハ自カラ隨意ニ其管轄裁判所ヲ定ムルコトヲ得ルモノト解シタルモノナラン乎

余輩ノ解スル所ニ據レハ第二十五條ニ所謂原告カ撰擇ヲ爲シ得ル場合ハ、所謂權能的管轄ノ場合ニ限ルモノナラント信ス、即チ普通裁判籍ニモ訴ヘ得ヘク、特別裁判籍ニモ訴ヘ得ヘク、又合意シタル裁判所ニモ訴ヘ得ヘキ場合ニ於テ、始テ撰擇ノ權アルナリ（學問上之ヲ權能的管轄トハ稱スルナリ）而シテ其然ルコトハ既ニ同條法文ニ『數個ノ管轄裁判所ノ中ニ就キ』トアルニ因テモ明白ナリ、即チ其所謂ル管轄裁判所トハ法律ノ規定ニ依テ定マルモノ若クハ法律ノ允許セル範圍内ニ於テ爲シタル合意ニ依テ定マリタルモノナルコトハ多辯ヲ要セサル所ナレハナリ

註解者亦此理ヲ知レリト云ハン乎、何ニ依テ共同訴訟ノ場合ニ於テ原告ニ撰擇ノ權アリトイフヤ、或ハ云ハン共同訴訟人タル各人ハ皆其住所ニ於テ普通

第二十六條　判決ノ效力ハ其所管裁判所ニ訴ヲ提起シタル當事者ニ及ブモ其他ノ人ニ及ブコトナシ

法律ハ之ヲ指定シテ其管轄裁判所ノ不動産ノ所在スル區域ニ散在スル數個ノ管轄裁判所ニ訴ヲ提起シタル場合ニ於テハ其管轄裁判所ノ決定ニ可ル數個ノ管轄裁判所ニ訴ヲ提起シタル場合ニ於テハ其管轄裁判所ノ決定ニ可ル數個ノ管轄裁判所ニ訴ヲ提起シタル場合ニ於テハ其管轄裁判所ノ決定ニ可ル數個ノ管轄裁判所ニ訴ヲ提起シタル場合ニ於テハ其管轄裁判所ノ決定ニ可ル數個ノ管轄裁判所ニ訴ヲ提起シタル場合ニ於テハ其管轄裁判所ノ決定ニ可

裁判籍ヲ有ス、故ニ數個ノ管轄裁判所アルナリト、余輩ハ之ニ服スル能ハス、何トナレハ所謂各人ノ裁判籍トハ即チ各個人ノ裁判籍タルノミニシテ共同訴訟ノ管轄裁判所ニハアラサレハナリ、蓋シ此各個人ノ爲メニ定マリタル管轄裁判所ノ共同訴訟人合體ノ管轄裁判所タラサルコトハ、猶ホ夫ノ數個ノ裁判所ノ管轄區內ニ散在スル不動産ノ各一部ノ專屬管轄裁判所ハ其不動産全部ノ管轄裁判所タラサルト一般ナリ(第二十六條參照)而シテ法律ハ此共同訴訟ノ場合ニ於ケル管轄裁判所ノコトヲ定メサルナリ

或ハ又夫ノ法曹會決議ノ趣旨ノ如ク、所謂共同訴訟タルノ故ヲ以テ同一ノ裁判所ニ訴ヘサルヘカラス、同所ニ訴フルヲ要スルカ故ニ撰擇ノ權アリト云ハン乎、此說最モ信シ難シ、其故如何ト云フニ、抑モ共同訴訟トシテ數人カ同時同處ニ訴ヲ爲シ、又ハ訴ヲ受クルコトアルハ訴訟ノ常態ニ非ス、シテ變例タリ、而シテ法律ハ之ヲ命令セスシテ唯之ヲ許ス而已、即チ共同訴訟トシテ訴フルコトヲ得ルノミ、然レハ則チ之ヲ必要ナルカ故ニ撰擇ノ權利ヲ生スルトハ云フ可カラス、況ムヤ說者ノ所謂必要ハ以テ立法ノ理由ト爲ス可キモ、未タ以テ直ニ權利ノ基本ト云フヲ得サルニ於テヲヤ

夫レ然リ然ルカ故ニ、獨逸訴訟法ハ其第三十六條ニ於テ直近上級裁判所カ管轄裁判所ヲ指定スルヲ要スル場合ノ一トシテ同條第三ニ『數個ノ裁判所ニ普通裁判籍ヲ有スル數人カ共同訴訟人トシテ訴ヘラルヽ場合ニ於テ其訴訟ニ付キ共通ノ特別裁判籍定マラサルトキ』ト明定セルナリ

我訴訟法ニハ此規定ヲ設ケス、否ナ寧ロ之ヲ删除シタリ、而メソノ之ヲ删除シタル所以ノ理由ニシテ註解者ノ云ヘル如ク、第二十五條中ニ包含セシムルノ主意ナラシメハ、必スヤ先ツ此場合ヲシテ權能的管轄ニ屬セシムルコトヲ明示スル所ノ法文ナカルベカラス、而シテ此法文ナシ

立法者ハ之ヲ同條中ニ包含セシムルツモリナリシト云ハン乎、是レ唯立法者ノツモリ而已、空想ノミ、他ノ法ヲ行フ者、法ヲ守ル者、法ヲ講スル者、法ヲ學フ者ノ本據ト爲スヘキ國家ノ意志ノ明言則チ法文ノ上ニ於テ論理ニ依ルモ解釋ニ依ルモ之ニ包含セシムルコトヲ得サルヲ如何センヤ

以上論スル所ニシテ大過ナシトセハ、共同訴訟ノ管轄ニ就テ別ニ法律ニ規定

スル所ナシト斷言スルコトヲ得ヘシ

然ラハ則チ共同訴訟ノ管轄裁判所ハ如何ニ之ヲ定ムヘキヤ、抑又前說ノ如ク原告ニ撰定ノ權アリト云フヲ得ヘキ乎

第五問　共同訴訟人中ノ一人ヨリ期日ノ指定ヲ申請シ相手方ヲ呼出スコトヲ得ルヤ若シ之ヲ爲シ得ルトセハ同時ニ他ノ共同訴訟人ヲモ呼出スコトヲ要スルヤ

此疑問ハ我民事訴訟法中獨逸訴訟法第六十條ニ定ムル所ノ如キ規定ノ設ケナキニ因テ生スルモノトス、故ニ參考ノ爲メ茲ニ獨、訴、第六十條ヲ譯示ス

第六十條　訴訟ヲ行フノ權（行フノ權トハ原語「ヘトリーブ」ニシテ專ハラ呼出シ若クハ送達等ヲ行フコトヲ指スモノトス）ハ各共同訴訟人ニ屬ス共同訴訟人カ相手方ヲ期日ニ呼出ストキハ其ノ他ノ共同訴訟人（訴訟ヲ行ハントスルヲ云フナリ）ノ中間ヲ云フナリヲモ亦呼出スヲ要ス、

以上問題ニ併セテ既ニ世上ニ現レタル一二ノ解說ヲ引援シ、而シテ其信服シ難キモノニ對シ聊カ駁擊ヲ試ミタル所以ノモノハ、蓋シ答者ノ爲メ自由ナル考案ノ妨碍トナランコトヲ恐レタルカ故ニアラスシテ、寧ロ自家ノ判斷中其謬妄ニ涉ルモノハ併セテ之カ叱正ヲ仰カント欲スルカ故ナリ』

高木豐三氏ノ提出ニ係ル疑問ハ實ニ右ノ如シ、而シテ法曹會員ニシテ之レカ答案ヲ寄送シタル者九名中同會ハ其三案ヲ撰擇掲記シタリ、今マ參考ノ爲メ同記事中ヨリ之レヲ拔記シテ其一ヲ掲ケム

法曹記事第二十二號第九乃至第七葉
一〇七葉

共同訴訟ニ關スル五大疑問答案　大島恒二郎

第一問　本問題ノ冒頭ニ曰ク『民事訴訟法第五十條ノ規定ニシテ共同訴訟人ノ間ニ於テハ特ニ其利益ノ點ノミ互ニ相代理スルモノトセハ云々』ト、此前提乃チ共同訴訟人ノ間ニ於ケル相互利益的代理ノ觀念ハ果シテ其正鵠ヲ得タルモノナルヤ否、是レ余輩ノ頗ル疑惑ナキ能ハサル所ナリ、如何トナレハ、凡ソ代理ナルモノハ其本性トシテ其被代理者ノ特ニ表示シタル意志及ヒ其制限ニ悖戻スルコトヲ得サルヤ勿論ニシテ、法律ハ間々推定代理ノ制ヲ認ムト雖モ未タ嘗テ二者並立雙行シテ以テ而モ代理者カ被代理者ノ意志ヲ掣肘シタルモノアルヲ聞カサルナリ、然ルニ第五十條第二及ヒ第三項ニ規定スル場合ヲ以テ相互ノ間代理ノ于係アリト假想シ以テ本問題ヲ解セントスルハ、恰

第五十條　共同訴訟人中ノ或人ノ攻撃及ヒ防禦ノ方法ハ他ノ共同訴訟人ノ利益ニ於テ効ヲ生ス（二項）同　共同訴訟人中ノ或人カ爭ヒ又ハ認諾セサルトキト

モ泉源濁リテ流末ノ清カナルヲ望ムト一般無理モ亦甚タシトイフヘシ、蓋シ同項ノ規定タル畢竟裁判ノ抵觸ヲ防止セントスル公益上ノ目的ニ出タルモノニシテ、毫モ私益的代理ノ法意ヲ含メルコトナク、唯タ利益ト云ヘル制限ノ下ニ攻撃又ハ防禦ノ方法ヲ一定スルノ必要ヲ生シ、而シテ法律ハ之レヲ强命スルモノニシテ敢テ叩リニ彼是レ反對ノ裁判ヲ爲スコトヲ得サラシム、是レ必要的共同訴訟ノ場合ニ於テ止ヲ得サル所以也、故ニ第一問ハ左ノ如ク決セントス

共同訴訟人ノ一部ハ全體ニ有益ナル攻撃又ハ防禦ノ方法ヲ用ヒ、他ノ一部ニ於テハ却テ有害方法ヲ用ヒタルトキハ、第五十條第二項ノ明文ニ從ヒ其孰レカ利益ノ方法ハ之レヲ一般ニ有効ナリトシ、其有害方法ハ自然消滅スヘキモノトス、而シテ其方法ノ利益ナルヤ將タ有害ナルヤハ宜シク第二百十七條ノ規定ニ基キ裁判所ノ自由ナル心證判斷ニ委スヘキモノトス

又其一部ハ爭ヒ、又ハ認諾セス、他ノ一部ハ爭ハス、又ハ認諾シタルトキハ、第五十條第三項ノ明文ニ從ヒ、悉ク爭ヒ又ハ認諾セサルモノト看做スヘシ、但法文

雖モ總テノ共同訴訟人カ悉ク爭ヒ又ハ認諾セサルモノト看做ス（三項）

同　共同訴訟人中ノ或人ノミカ期日又ハ期間ヲ懈怠シタルトキハ其懈怠シタル者ハ懈怠セサル者ニ代理ヲ任シタルモノト看做ス（四項）

ニハ單ニ其一部カ爭ヒ又ハ認諾セサルトキ云々トアルモ、反對論理ノ解釋法ニ依レハ爾餘乃チ爭ハス又ハ認諾スル等一切ノ場合ヲ包容スルコト一向ニ疑ナシ

第二問　本問題ノ場合ニ於テ判決ニ服從セサル者カ上訴ヲ爲シ得ヘキコトハ特ニ法律ノ禁示セサルヲ以テ知ルベク、又上訴審ノ判決ノミカ上訴セサル者ニ効力ヲ及ホサヽルコトハ明ニ法律ノ認許セサルヲ以テ了スヘシ、又參加訴訟ハ一個ノ權利ニ屬シ及ヒ裁判所カ之レヲ命スルノ職權ナキコトハ參加訴訟ノ性質上毫モ疑ナキヲ以テ、其合一確定ヲ期スルノ場合ニ適用スルノ價値ナキヤ憭乎タリ、而シテテ問題提出者ハ、其上訴ヲ爲スニ就テハ當然ニ代理權ナシト斷定スルモ、這ハ單純ナル共同訴訟ノ場合ニ於テコソ然ルナレ、抑モ上訴ナルモノハ權利拘束中ノ訴訟行爲ニシテ其不變期間ヲ以テ消長スヘキモノナレハ、其前審ノ判決ニ服從スルト否トヲ問ハス其上訴ヲ爲サヽル者ハ乃チ法律上看テ以テ期間ヲ懈怠シタルモノト謂ハサルヘカラス、夫レ然リ既ニ上訴ヲ以テ期間的訴訟行爲ナリトスレハ、第五十條第四項ノ規定ニ從ヒ

當然ニ相互ノ代理權アリト論定セサルヘカラス、故ニ第二問ハ左ノ如ク決セサルヘカラス、必要的共同訴訟人中ノ一部ハ第一審若クハ第二審ノ判決ニ服從シタルモ、他ノ一部ニ於テ之レニ不服ナルトキハ、其不服者タル一人若ハ一部ノ者ノミニテ上訴ヲ爲スコトヲ得ヘシ、此場合ニハ第五十條第四項ノ規定ニ從ヒ其上訴ヲ爲サヽル者ハ上訴ヲ爲シタル者ニ代理ヲ任シタルモノト看做スヘキナリ

第三問　抑モ概活的訴訟委任ニハ處分權ニ屬スル和解、拋棄及ヒ認諾等ヲ包含セサルヲ以テ、其事項ニ關シテハ特別委任ヲ要スヘキコト第六十五條第二項ニ規定スル所ノ如シ、而シテ必要的共同訴訟ノ場合ニ於テハ稍ヤ相互間ノ代理ヲ擴張スト雖モ、亦タ決シテ他ヲ害スルノ効果ヲ奏スヘカラサルハ是レ不拔ノ一大原則ナリ、然ラハ本問題ニ於ケル和解、拋棄及ヒ認諾等モ亦仍ホ特別委任ヲ要スヘキヤ勿論ナリト雖モ、第五十條第四項ニ其懈怠シタル者ニ代理ヲ任シタヽルモノト看做スト云ヘル明文アル以上ハ、彼是宜シク相調和スルノ解釋ナクンハアラス、余輩モ亦實際此場合ニ遭遇シテ謂ラク、欠席者ハ唯訴訟行爲ノ懈怠ヲ免カルヽニ過キスト、既ニ然リトセハ第五十條第三項ノ所謂共同訴訟人中ノ或ル人カ爭ヒ又ハ認諾セサル場合ト毫モ擇フ所ナシ、何トナレハ缺席者ハ懈怠ノ効果ヲ生セサルト共ニ和解、拋棄及ヒ認諾等ノ効果ヲモ生セサレハナリ、之ヲ換言スレハ出席者ノ代理ハ尋常訴訟委任ノ範圍內ニノミ効力ヲ有スルモノトス、故ニ第三問ハ左ノ如ク決スヘキモノトス

共同訴訟人中ノ一部ハ出席シテ和解、拋棄及ヒ認諾ヲ爲シ、他ノ一部ハ缺席シタルトキハ、第五十條第三項ヲ適用シ、共同訴訟人カ悉ク和解、拋棄及ヒ認諾等ヲ爲サヽリシモノト看做スヘシ

第四問　本問題ニ於ケル提出者カ學理上ノ觀察及ヒ法文上ノ解釋ハ、余輩モ亦タ夙ニ首肯スル所ナリト雖モ、爲メニ絕對ニ管轄權ナシトハ思惟セサルナリ、蓋シ獨逸訴訟法カ此場合ヲ以テ指定管轄ノ一ニ列シタルハ種々ノ點ニ於テ其必要アルヲ信スル也、若シ夫レ原告ヲシテ撰擇權アリトスレハ、專ラ自己ノ便益ノミニ着目シ毫モ被告ノ不利ヲ顧慮セサルノ弊害ナキヲ保セサルナリ、假令ハ原告甲ハ京都ニ、被告乙ハ大阪ニ、丙、丁、戊若クハ數十百名ハ函館及

第二十五條第二項ノ規定ハ管轄裁判所ノ撰擇ニ就テハ原告ノ除外スル所ニ依リテ定ムルコトヲ得ス

ヒ其附近地方ニ住居スルモノトセンカ、原告ノ便益ヲ以テスレハ大阪ニ出訴スルニ如カスト雖モ、被告全體ノ利便ヲ以テスレハ之レヲ函館若クハ其附近ノ地方ニ出訴セラルヽニ如カサルヘシ、是レ國家經濟上原告ヲ拘制シテ其放縱ニ委スヘカラサル一原因ナラン、然ルニ我裁判所構成法ハ之ヲ缺漏スルノミナラス、民事訴訟法中之レヲ彌縫スルノ注意ヲ爲サヽリシカ如シ、然リト雖モ今ハ之ヲ穿鑿スルモ詮ナシ、要ハ唯善後ノ一策アルノミ、乃チ余輩ハ民事訴訟法ヲ以テ不備ナリトスルモ、第十條ニ『人ノ普通裁判籍ハ其住所ニ依リテ定マル』ト云ヒ、又第四十八條ニ『共同訴訟人トシテ數人カ共ニ訴ヲ爲シ又ハ訴ヲ受クルコトヲ得』ト規定セシ上ハ、單ニ法律ノ不備ヲ以テ原告カ管轄裁判所ヲ撰擇セシ場合ニ於テ、之ヲ棄却スルノ理由ト爲スニ足ラサルヲ信スルナリ、故ニ第四問ハ左ノ如ク決セントス

共同訴訟人ニシテ數多ノ裁判所ノ管轄區內ニ散在スルトキハ、第二十五條ノ規定ニ準據シ、其管轄ハ原告ノ撰擇ニ任スヘキモノトス

第五問　抑モ期日指定ノ申請ハ、乃チ訴訟行爲ノ進行ヲ目的トスルモノニシテ、彼ノ攻擊又ハ防禦ノ方法ニ屬スル一手段ナルコト明瞭ナリトス、果シテ然ラハ第五十條第二項ノ規定ニ基キ、其申請ノ至當ニシテ許可セラレタルトキハ、之ヲ以テ利益ノ行爲ト爲シ、他ノ共同訴訟人ニ其効力ヲ及ホサヽルヘカラス、是レ我民事訴訟法中明ニ規定セスト雖モ、第五十條第二項ノ規定アル上ハ寧ロ自然ノ結果ナリト謂フ可シ、故ニ第五問ハ左ノ如ク決スヘキモノトス」

共同訴訟人中ノ一人ヨリ期日ノ指定ヲ申請シテ相手方ヲ呼出スコトヲ得ヘシ、而シテ其申請許可セラレタルトキハ共ニ他ノ共同訴訟人ヲモ呼出スヘキモノトス』

法曹記事第二十七號第一三一葉

然ルニ高木豐三氏ハ自己ノ意見トシテ亦タ之レヲ法曹記事ニ掲載シタリ、就テ披記スレハ左ノ如シ

共同訴訟ニ關スル疑問ニ就テノ意見

高木豐三

第一問　ハ民事訴訟法第五十條ノ規定ニシテ、共同訴訟人ノ間ニ於テハ特ニ利益ノ點ニ於テノミ互ニ相代理スル者トセハ、其共同訴訟人ノ一部ハ全體ニ有益ナル攻擊又ハ防禦ノ方法ヲ用ヒ、他ノ一部ニ於テハ却テ有害ノ方法ヲ

用ヒタルトキ、若クハ其一部ハ爭ヒ又ハ認諾セス、他ノ一部ハ爭ハス又ハ認諾シタルトキ、約言スレハ共同訴訟人中ノ攻擊若クハ防禦方法ニシテ利害抵觸スルトキハ如何ト云フニ在リ

世間最モ信用アル或ル註解者ハ、此場合ニ於テハ裁判所ハ二百十七條ノ規定ニ從ヒ自由ナル心證ヲ以テ判斷ヲ爲ス可シト云ヘリ

此註解之ヲ普通共同訴訟(必要的共同訴訟ト分ツ)若クハ獨逸訴訟法第五十九條(獨訴第五十九條ニハ我民訴第五十條第二項及ヒ第三項ノ規定ナシ故ニ爾云フ)然レトモ之ヲ我民訴第五十條ノ註解トシテハ全ク其當ヲ得サルモノト斷言セントス、其故何トナレハ、第五十條第二項ニ於テハ、利益ハ之ヲ他人ニ及ホスコトヲ定メ、同第三項ニ於テハ、一人ノ爭フ者若クハ認諾セサル者アルトキハ總テノ共同訴訟人之ヲ認諾セサルモノト看做ストアリテ、此規定タル何レモ明カニ自由的心證判斷ノ範圍ヲ制限スルモノナレハナリ、民訴第二百十七條ハ、民法又ハ訴訟法ノ規定ニ反セサル限リニ於テ自由ナル心證判斷ヲ許スノミ、既ニ法律ノ規定ヲ以テ攻擊防禦方法ノ取捨ヲ限定ス、裁判所ハ之レニ羈束セラレサルヲ得ス、左レハ假令裁判所ノ心證ニ於テハ有害ノ方法又ハ爭ハサルコト若クハ、認諾ヲ以テ眞實ナリト判斷スルモ、苟クモ他ニ利益アル方法ヲ用ヰル者、爭フ者、若クハ認諾セサル者アルトキハ、裁判所ハ其數其人ノ如何ニ拘ハラス、必スヤ法律ノ規定スル所ニ從ハサルヲ得ス、如何ソ之ヲ自由ナル心證判斷ニ依ルト云フヲ得ンヤ、蓋シ前說ヲ爲ス者ハ畢竟其利益ノ他ニ及フコトヲ知テ未タ不利益ハ之ヲ他ニ及ホサス、有益ノ方法ハ以テ他ノ不利益ナル方法ノ効力ヲ抹殺シ去ルノ主義タルトコロヲ覺ラサルニ座スルノミ

夫レ然リ果シテ之ヲ然リトセハ、本問ニ對スル解答ハ蓋シ自カラ明カナラン即チ

凡ソ利益アル方法ヲ用ヰル者ト不利益ナル方法ヲ用ヰル者トアルトキハ其人其數ノ如何ニ拘ハラス、一ニ其利益アルモノニ依リテ判斷シ、其他ヲ顧ミサルコト

又爭フ者ト爭ハサル者アルトキハ、總テ之ヲ爭フ者ト看做シ、認諾スル者ト認諾セサル者トアルトキハ、總テ認諾セサルモノト看做ス可キナリ

第二問　ハ必要的共同訴訟人中ノ一部ハ、其一審若クハ第二審ノ判決ニ服從シタルモ、他ノ一部ニ於テ之ニ不服ナルトキハ、其不服タル一部ノ者ノミニテ上訴シ得ルヤ否ヤ

若シ之ヲ爲シ得ルモノトスルトキハ、上訴ニ就テハ當然相互ノ代理權アリト云フ可カラス、然ラハ若シ上訴審ニ於テ前審ノ判決ヲ翻ヘシ、前後反對ノ判決ヲ見ルニ至ルトキハ如何、此場合ニ於テモ尙此上訴審判決ノ効力ハ其上訴セサル者ニ及フ可キヤ如何ト言フニ在リ

初段ノ問題ニ就テハ、共同訴訟人中ノ一部ノミニテ上訴シ得ヘシト斷言セン、抑、權利關係カ合一ニノミ確定ス可キ共同訴訟ハ、講學上之ヲ必要的共同訴訟(Notwendige Streitgenossenschaft)若クハ分離スヘカラサル共同訴訟(Unzertrennliche Streitgenossenschaft)ト稱スト雖モ、畢竟是レ其權利關係カ合一ニノミ確定スヘク、權利關係カ分離スヘカラサルモノトノ義ニ過キスシテ、法律上必シモ別箇ニ訴フルコトヲ得ス、又ハ裁判スヘカラストノ謂ヒニ非ラス、故ニ其共同原告ノ一部而已ニテ起訴スル場合、若クハ共同被告ノ一部ノミ訴ヘラレタル場合

第五十一條　他人ノ權利ノ拘束ニ關スル目的物又ハ一部ノ者カ共同訴訟人ノ一部ノミ訴ヘラレタル場合ニ於テ其訴訟ノ目的物又ハ權利ノ拘束ニ關スル裁判ハ其訴訟ニ關係ナキ第三者ニ對シテモ其効力ヲ有ス

(主參加)

第三者カ其訴訟ノ當事者ノ双方ニ對シテ其權利ノ主張ヲ爲ス場合ニ於テモ、共同權利者ノ全員カ共同原告トシテ訴ヘ、又ハ共同義務者ノ總員ヲ被告トシテ訴ヘラルヽマテハ、本案ノ辯論ヲ拒ムトノ抗辯即チ共同必要ノ抗辯(Exceptio plurium litis Consortum)ハ、特ニ法律ニ於テ共同ヲ必要トスル規定アル場合ノ外ニ於テ爲シ得ヘキニ非ス、而シテ我現行法律上之ヲ必要トスル場合ハ、主參加ノ訴ニハ本訴訟ノ當事者双方ニ對シテ訴フヘク(第五十一條第一項)廢罷訴權ノ訴ニハ共謀ノ原被告ニ對シテ訴フヘク(同上第二項)婚姻緣組事件ニ付キ檢事又ハ第三者ヨリ訴ヲ起ストキハ夫婦又ハ養親子ヲ以テ相手方ト爲ス(二十三年法律第百四號第十六條)ヲ要スル等僅々ノ場合ニ過キス、故ニ此他ノ共同訴訟ニ在テハ、所謂訴訟必要ノ妨訴抗辯(形式的一種ノ延期抗辯)ヲ爲シ得ヘキニ非ス、左レハ共同訴訟人ノ一部ノミニテ上訴シ得ヘキコト亦疑ナキ所ナラン

後段ノ問題ニ付テハ、上訴ニ付テハ問題ニ云フ所ノ如ク相互ノ代理權アルコトナシ、然レトモ期日、期間ニ就テハ法文上相代理スルノ權アルカ故ニ、若シ夫レ既ニ期間內ニ上訴スル者アルニ於テハ、他ノ共同訴訟人ハ上訴期間經過ノ

主張スルモ亦同トキシ

廿三年第百十四號法律第六條又ハ第三項ニ起ヨリ檢事ハ夫ト訴ヲ親子ト相手ヲ又ハ婦ニキ以テ方ス

後ト雖モ其上訴ニ加ハリ得ルコトハ勿論ナリ、而カモ總テノ共同訴訟人ニシテ之ニ加ハラサル限リハ、上訴ハ即チ上訴シタル者ノ上訴ニシテ、他ハ之レニ與カラス、然レトモ其上訴ノ結果ノ効力ハ他ノ上訴ニ與カラサル共同訴訟人ニモ當然及フモノナリト斷言セン

今先一部分ノ爲シタル上訴ニシテ棄却セラレタリト假想セン乎、此場合ニ於テハ前審判決ノ儘ニ確定ス可キカ故ニ、棄却判決ノ効力ノ及フト否トニ因テ差違ナシ、從テ說明ノ必要ナシ、然レトモ若シ一人若クハ一部ノ爲シタル上訴ニシテ其理由アルモノト認メラレ、上訴審ニ於テ更ラニ正反對ノ判決ヲ爲シタリトセン乎、此場合ニ於テモ此判決ノ効力ハ尙ホ他ノ上訴セサル者ニ及ハサルヲ得ス、其所以ハ、所謂必要的共同訴訟ハ他ノ訴ノ併合ノ場合若クハ通常共同訴訟ノ場合ト異ナリ、究竟其訴ノ目的タル權利關係カ合一ニノミ確定スヘキモノ即チ不可分的ノ關係タルカ故ニ在リ、尙ホ之ヲ詳言スレハ、前審ノ判決ハ共同訴訟人中不可分的權利關係ノ存在スルコトヲ確定シタルモノトセハ、上訴審ニ於テ此關係ハ存在スルコトナシト覆審スルトキハ、其判決ハ獨リ某々ニ對シテ此關係ナシト裁判スルニ非スシテ、其關係全部ノ存在セサルコトヲ判定スルモノナルカ故ナリ、而シテ此上訴判決ノ効力ヲ及ホスハ、常ニ其利益ヲ及ホスニ歸着スルカ故ニ、他ノ訴訟人ニ於テ異議ノ云フ可キナシ

論者或ハ疑ハン、若シ上訴審ノ判決ニシテ不利益ナル結果ヲ生シタルトキハ、其不利益亦他ノ共同訴訟人ニ及フナラント、余ハ此疑問ニ對シ、必要的共同訴訟ノ上訴ニ在テハ決シテ不利益ナル結果ヲ生シテ之ヲ他ニ及ホスニ至ルコトナシト斷言セントス、其所以ハ、凡ソ上訴ヲ爲スモノハ前判決ニ不服ヲ唱フル者ナリ、不服ヲ唱フル所以ハ蓋シ其不利益ヲ感スルカ故ノミ、而シテ必要的共同訴訟ニ在テハ各自利害ヲ異ニスルコトナシ、故ニ一人ノ不利トスル所ハ即チ總テノ共同訴訟人ノ不利トスル所タラサルヘカラス、共同ノ不利益ヲ感シテ上訴スル者ハ共同ノ利益ヲ主張スル者ナリ、夫レ然リ而シテ我民事訴訟法ハ上訴者ノ不利益トナルヘキ裁判ヲ爲スコトヲ許サヽレハナリ(不利益ノ裁判ヲ爲スコトヲ許サヽルコトハ第二百三十一條、第四百十一條、第四百二十

第十四百二條　判決人ノ利益ニ變更スルコトヲ得ス
訴訟ハ相手方ヲ以テ付帶訴訟ヲ提起スル場合ニ限リ之ヲ申立ツルコトヲ得ス
控訴人ハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス
法律上ノ決定ニ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス
判決ノ部分ニ限リテハ控訴人ノ不利益ニモ變更スルコトヲ得ス
控訴人ノ不利益ト為ル可キ裁判アルヘキ場合ナシト云フヲ得ス
控訴人ノ不利益ト為ル可キ裁判アルヘキ場合ナシト云フヲ得ス
又ハ附帶控訴ノ方法ヲ以テ判決ニ付キ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス
相手方ヲ以テ付帶控訴ノ方法ヲ以テ判決ニ付キ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス
控訴人ノ不利益ニモ變更スルコトヲ得ス
相手方ヲ以テ付帶控訴ノ方法ヲ以テ判決ニ付キ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス
附帶控訴ノ場合ニ限リテハ控訴人ノ不利益ニモ變更スルコトヲ得ス

條、第四百二十五條、第四百四十五條等ノ法文ニ依テ自カラ明白トス）

論者又或ハ云ハン、我民事訴訟法ニハ其第四百二十五條ニ於テ特別ノ規定アリ、即チ相手方ヨリ控訴又ハ附帶控訴ノ方法ヲ以テ判決ニ付キ不服ヲ申立ツルトキハ其部分ニ限リテハ控訴人ノ不利益ニモ變更スルコトヲ得可キナリ、故ニ上訴者ノ不利益ト為ル可キ裁判アルヘキ場合ナシト云フヲ得スト、寔ニ然リ、然レトモ此場合ニ在テハ相手方ノ控訴ハ通常起訴ノ手續ニ從フヘク、又附帶控訴ノ場合ト雖モ、共同訴訟ニ在テハ總テノ共同被告（附帶控訴ノ）ヲ併セテ被控訴人ト為ス可キカ故ニ、乃チ通常ノ場合ト同シク已レ自カラ受ケタル判決ノ効力ヲ受クルモノタルニ外ナラサルナリ

第三問　ハ第五十條第四項ノ規定ニ因リ、出頭シタル共同訴訟人ノ行為若クハ不行為ノ効果ハ總テ他ノ欠席者ニ及フヘキコトハ、猶ホ訴訟代理人ノ行為ノ結果カ訴訟本人ニ及フカ如シ、然レハ夫ノ第六十五條第二項ノ規定ニ依リ、特別ノ委任ヲ要スル和解、抛棄、認諾等ニ就テハ如何、換言セハ出席者ノ為シタル和解、抛棄、認諾ノ効力亦タ當然其缺席者ニ及フヘキヤ否ヤニ在リ

此問題ニ對シ同前註解ニハ、和解、抛棄、認諾ハ出頭セサル者ノ為メニ之ヲ為スコトヲ得ス何トナレハ代理人ハ特別ノ委任アルニ非レハ此等ノ權ヲ有セサレハナリト云ヘリ

余ヲ以テ之ヲ見レハ此說又誤レリ、而シテ其誤解ヲ來シタルノ原因ハ本條特定ノ代理權ト第六十五條ノ訴訟代理委任トヲ同一視シタルニ在リ、蓋シ訴訟代理ハ普通、辯護士ニ依ルヲ要シ、書面委任ヲ必要トシ、殊ニ處分權ニ關スル事項其他重大ノ行為ニ就テハ、第六十五條第二項ノ特別委任ヲ要スルコトハ固ヨリ論ヲ俟タス、然レトモ此規定ハ畢竟通常訴訟代理人ノ委任ニ必要ナル而已ニシテ、本問題ノ場合ノ如キ單ニ共同訴訟人タルノ故ヲ以テ法律ニ於テ特定シタル一種特別ノ法律上代理ノ場合ニ適用ス可キモノニ非ルナリ、既ニ此理ヲ解スルトキハ本問ノ解答亦太タ容易ナル可シ、即チ左ノ如シ

必要的共同訴訟ノ場合ニ在テハ、第五十條第四項ノ規定ニ依リ、缺席者ハ出席者ニ代理セラルヽ者ト為スカ故ニ、裁判所ヨリ見ルトキハ法律上缺席者ナキナリ、從テ其缺席者ノ為シタル自白、認諾、抛棄、和解ハ總テノ共同訴訟人自カラ

第二十六條　裁判所ハ指定ノ構成ニ合ハサルトキハ其裁判ノ不成立ニ歸シ訴訟ノ不適法ナルトキハ其訴訟ヲ決定ヲ以テ之ヲ却下スヘシ

第二十七條　管轄ノ指定ハ訴訟ノ目的物ノ所在區域ニ在ル裁判所ニ之ヲ爲スヘシ

之ヲ爲シタルモノナレハ、其効力亦當然總テノ共同訴訟人ニ及フモノトス

第四問　ハ、裁判所ノ管轄ニ付テハ事物上ノ管轄ト土地ノ管轄トヲ問ハス、共同訴訟ニ於テモ一人ノ原告若クハ一人ノ被告タル場合ト同一ナルヘキコトハ學理上ノ本則ナラム、然ラハ若シ數人ノ共同訴訟人ニシテ數多ノ裁判所ノ管轄區內ニ散在スルトキハ如何シテ其管轄裁判所ヲ定ム可キヤニ在リ

此疑問ニ就テハ豫メ一言ヲ要スルモノアリ、蓋シ裁判所ノ管轄ハ、苟クモ裁判所構成法又ハ訴訟法ノ設ケアル國ニ在テハ法律ノ成文以テ之ヲ規定スルヲ通例トス、我訴訟法ノ母法タル獨逸訴訟法ニ於テハ、其第三十六條ニ於テ直近上級裁判所カ管轄裁判所ヲ指定スヘキ場合ノ一トシテ本問題ノ場合ヲ掲ケタリ、然ルニ我訴訟法ハ其第二十六條ニ於テ特ニ獨逸訴訟第三十六條第四ノ場合ノミヲ規定シ、其第一及第二ノ場合ハ之ヲ裁判所構成法第十條第一及ヒ第二ニ於テ之ヲ規定ス、而シテ別ニ本問題ノ場合ノ規定ナシ、是レ此疑問ノ因テ生スル所以トス

此疑問ニ對スル法律取調委員ノ說明ニ曰ク法律ノ規定ナキカ故ニ第二十五條ノ規定ニ依リ原告ニ管轄裁判所ヲ撰擇スルノ權アリトノ說ノ非ナルコトハ既ニ曩ノ問題ニ附陳シタル所ヲ以テ論駁シタレハ、今復茲ニ之ヲ贅セス

次ニ法曹會ニ於テ(記事第三號一丁)數個ノ管轄地ノ住民ヲ一時ニ被告ト爲ストキハ、假令住所ヲ異ニスルモ所謂共同訴訟人ナルヲ以テ、同一ノ裁判所ニ訴フルコトヲ得ルトノ決議ト爲シタル理由ハ、蓋シ『便利ハ必要ノ源ナリ、必要ハ道理ヲ爲ス』ト云フニ在リ

此說亦輙ク信ス可カラス、何トナレハ假令此論法ハ之ヲ或ル場合ニ適當スルモノトスルモ、之ヲ本問題ノ場合ノ如キ多數ノ被告人ヨリシテ既ニ法律ノ明許セル普通裁判所ニ於テ訴ヲ受クルノ權利ヲ奪ヒ去ルニ至ルヘキ場合ニ適用ス可キニ非レハナリ、見ヨ我憲法第二十四條ニハ『日本臣民ハ法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ權ヲ奪ハルヽコトナシ』ト明記セルニ非スヤ之ヲ如何ゾ單ニ便利ナリ必要ナリトノ理由ヲ以テ輕々ニ棄却シ去ルヲ得ムヤ

要之、共同訴訟裁判籍ノ規定ナシト云フニ就テハ何人モ異論ナキカ如シ、既ニ法律ノ規定ナキコトノ明カナル以上ハ、本問題ハ之ヲ法文以外ニ於テ他ノ法

文ニ背反セサル程度ニ於テ之ヲ論定セサルヘカラス、然ルニ前註解者ノ如キハ他ノ法文ニ牽强シテ之レカ說ヲ立タルモノニシテ、法曹會ノ決議ハ他ノ法文ノ禁令ヲ侵スニ至ルモノナリ、故ニ之ニ與ミスルコト能ハサルナリ

今先之ヲ他國ノ先例ニ徵センニ、佛國ニ於テモ其訴訟法中共同被告ノ共同裁判籍ノ規定ナカリシカ爲メニ、屢次正反對ノ判例ヲ生シ、容易ニ一定ニ歸スルニ至ラス、而カモ歲月ヲ經ルニ從テ、結局多數判例ノ力トシテ、遂ニ今日ニ至テハ共同被告ノ裁判籍中其一ノ裁判所ニ訴ヘ得ルモノト爲レリ、然レトモ是唯判例ノ力ニ依テ然ルノミ、故ニ學者ニ於テ他ノ普通裁判籍ヲ奪ヒ去ルニ足ルノ理由ノ說明ニ苦ムコトハ今尙ホ昔日ノ如シ

我國ニ於テハ法律ノ明文ナク、又未タ法律ノ不備ヲ補フニ足ルヘキ有力ノ判例ナキノミナラス、却テ相抵觸ス可キ法文ノ嚴然トシテ存在スル以上ハ(憲法第二十四條ノ明文ヲ指ス)法理ニ於テモ解釋ノ上ニ於テモ、所謂共同訴訟ニ關スル管轄裁判所ハ法律ノ改定若クハ解釋法律ノ發布ヲ俟テ始メテ確定ス可キモノト云フノ外ナキナリ

第訴人シ人ハルチルヲ轄ルル管ルフ便フ第ノ管ニアノ於スモス轄スフ人ニシ
答廿債以テ異者甲ニモ轄モ宜可廿貞連轄スラ管テルニ乙ニルモノ任
文四主上管ニアノ訴乙ニモニシ七債名チルチ審ハルチ於ノ原ヲ情
例條二ニ轄スラ管フノ訴其從　條主中異者甲ニ判願管テ願告願可
ス

然レトモ今若シ佛國ノ例ニ倣ヒ、法律ノ改正補缺ヲ爲サズシテ强テ之レカ論據ヲ求メントナラハ、我國ニ於テハ既ニ習慣アリ、習慣ハ即チ法律ナリ、故ニ之レニ從フト云ハントス、蓋シ法律ノ成文ナキ場合ニ於テ而シテ其脫漏ニ係ルコトノ明カナル場合ニ於テ、習慣ヲ以テ一箇ノ法律ト爲シ、而シテ之ヲ適用シ得ヘキコトハ普通一般ノ法理トス、所謂我國ノ習慣トハ夫ノ訴答文例(第二十四條及第二十七條ノ規定)ニ依テ從來慣行シ來レル所ノモノ即チ是レナリ、訴答文例ノ廢止セラレタルヿハ疑ヒナシ、然レトモ是レソノ共同裁判籍ノ先例ヲ廢止センカ爲メニ非スシテ、寧ロ新法ニ於テ更ラニ定ムル所アラント期シ、而シテ之ヲ遺脫シタルモノナルコト明カナリ、故ニ若シ此理由ニ依テ共同裁判籍ノ定マリアリトスルニ於テハ、即チ法律ニ依テ定マリタル裁判官ノ裁判ヲ受クルモノト謂フヲ得ヘク、從テ少ナクモ憲法上特定セル臣民ノ共同權利ヲ奪ヒ去ルモノト云フコトヲ得サレハナリ

第五問　ハ共同訴訟人中ノ一人ヨリ期日ノ指定ヲ申請シテ相手方ヲ呼出スコトヲ得ルヤ○若シ之ヲ爲シ得ルトセハ、同時ニ他ノ共同訴訟人ヲモ呼出

スコトヲ要スルヤ否ヤニ在リ

訴訟當事者ノ一方ヨリ期日ノ指定ヲ申請シテ相手方ヲ呼出サシムルヲ得ルコトハ論ヲ俟タス、又既ニ相手方ヲ呼出シテ口頭辯論ヲ開クニ際リ、總テノ訴訟關係人ヲモ呼出スコトハ我訴訟法ニ於テハ書記ノ職務ニ屬ス、故ニ他ノ共同訴訟人ヲモ呼出スコトヲ要スルコトモ亦勿論トス

然レトモ一人若クハ一部ノ者ヨリ上訴シタル場合ニ在テハ、其上訴セサル者ヲ呼出スヲ要セス、其理由ハ前第二問ニ說述シタル所ニ依リテ自カラ明カナラン

以上曩キニ五大疑問トシテ提出シタル問題ニ對スル卑見ノ大要トス、而シテ今茲ニ更ラニ一問ヲ揭ケ直チニ之レニ卑見ヲ附セントスルモノアリ即チ通常連帶義務(不可分連帶ト分ツ)ニ關スル訴訟ハ所謂必要的共同訴訟ナルヤ如何ト、是ナリ

茲ニ此問題ヲ揭クル所以ハ、全國裁判所ノ多數及ヒ辯護士ニ於テモ、概子之ヲ必要的共同訴訟ト爲シ、之レニ第五十條第四項ノ規定ヲ適用シ、連帶義務者中缺席スル者アルトキハ、之レニ對シテ缺席裁判ヲ爲サス、出席者ハ其缺席者ヲ代理スル者ト爲シ以テ對席判決ヲ言渡スト聞クカ故ノミ、若シ夫レ此說ニシテ虛ナラシメンカ、此疑問ハ全ク一片ノ贅言ニ屬セン、而カモ余ハ之ヲ無益ノ辯トシテ一言スレハ

連帶義務ノ關係ハ所謂合一ニノミ確定スヘキモノニ非ス、即チ必要的共同訴訟タル可キモノニ非ラス、從テ第五十條ノ規定ヲ適用ス可キモノニ非ルナリ」

抑モ連帶義務ノ特色タル、其義務者ノ各自相連帶シテ全部ノ義務ヲ負担スルニ在リテ、即チ其連帶者ノ一人ニ對シテ全部ノ請求ヲ爲スヲ得ヘク、又其一人ニ全部ヲ辨濟シ得ルモノタリ、又債權者ハ其中ノ一人若クハ一部ニ對シテ連帶義務ヲ釋放シ得ヘク、從テ各義務者ハ各自別個ノ抗辯ヲ爲シ得ヘク、從テ又各個人ニ對シテ裁判ノ結果ヲ異ニスルコトアルヘシ、之ヲ要スルニ元來其關係ハ合一ニノミ確定ス可キモノニ非ス、其適々合一ニ確定スルコトアルモノハ、畢竟其防禦抗辯、事實ノ認否、請求ノ諾否共ニ一途ニ出タルカ爲メニ、其結果亦自カラ合一ニ歸シタルニ過キス、斯クノ如キハ普通共同訴訟ニ於テモ訴ノ

冷灰日　議論周到

併合ノ場合ニ於テモ往々ニシテ之レアル所トス、聞クカ如クンハ連帶義務ノ場合ニ於テ、第五十條ノ規定ヲ適用スル者アルモ、同條第二項及ヒ第三項ノ特例ヲ適用スル者ハ甚タ稀ナリト、是蓋シ連帶義務ノ場合ニ於テハ、實際此例ヲ適用スヘキモノニ非ルコトヲ感知スルカ故ノミ、既ニ此特例ヲ適用スヘカラサルコトヲ知ラハ、特ニ第四項ノ規定ノミヲ適用シ得ヘキニ非ルコトハ、多辯ヲ要セスシテ自カラ明カナラム』

高木氏ノ意見ハ實ニ右ノ如シ、予モ今マ終リニ望ムテ一言之レヲ附記セム、然レトモ長論ヲ讀ミ來ルノ次、讀者ノ煩累ヲ恐レテ、勉メテ簡單ニ曰フニ止メム

五大疑問ニ關スル本書著者ノ竟見

第一問　予ハ高木氏ノ所謂ル五大疑問ナルモノカ始メテ世ニ紹介セラルヽヤ、先ツ其ノ第一問ヲ讀テ想ヘラク、本問カ如何ニシテ而カモ五大疑問ノ一ニ列セラルヽヤ、抑モ亦タ如何ナル點ニ於テカ大疑問タルノ價値アルト、試ミニ訴訟法ヲ繙テ之レヲ見レハ、則チ規定シテ曰ク

共同訴訟人中ノ或ル人ノ攻擊及ヒ防禦ノ方法ハ他ノ共同訴訟人ノ利益ニ於テ効ヲ生ス

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

ト、即チ讀來テ字ノ如ク、共同訴訟人中ノ或ル人ノ攻擊若クハ防禦ノ方法ハ、他ノ共同訴訟人ニ對シ不利益ニ於テ効ヲ生セス、唯其ノ利益ニ於テノミ効ヲ生ス、其ノ共同訴訟人中ノ或ル人カ爭ヒ又ハ認諾セサルトキハ、總テノ共同訴訟人モ亦タ之ニ伴ヒ、或ル人カ爭ハス又ハ認諾スルトキハ、他ノ共同訴訟人ノ同一ナルモノニ對シテ其効ヲ及ホスモノナルコト、一讀瞭然毫末ノ疑アルコトナシ、不知果シテ那邊ニカ疑ノ存スル、更ラニ其問題ニ附記スル所ヲ讀テ始メテ以テ之ヲ知ルコトヲ得タリ、蓋シ本問ニ付テ所謂ル信用アル註解者ナルモノカ、之ヲ解シテ民事訴訟法第二百十七條ニ依テ、裁判所カ自由ナル心證ヲ以テ判斷スヘシト云ヘルニ依テ、初メテ以テ疑ト爲シタルモノナルカ如シ、然レトモ所謂ル註解者ナルモノヽ註解固ヨリ之レ誤見タルコト、世人ノ既ニ認ムル所、必スシモ採テ以テ深ク論スルニ足ラス、若シ夫レ强テ以テ之レカ爲メニ

疑問ナリト爲サム乎、之レ唯タ一註解者ノ意見ヲ論スルモノナルノミ、豈何ンソ法律解釋ノ大疑問ナリト爲サムヤ、予ハ唯タ本問ノ疑問タル價値ナキヲ知ル、匆早去テ次問ニ及バム

第二問　本問ハ之レヲ二個ニ分ツコトヲ得ヘシト雖モ、其一段タル共同訴訟人中ノ或ル人ノミ上訴ヲ爲スコトヲ得ヘキヤ否ヤニ付テハ、上訴シ得ヘキコトハ勿論也、只其レ或ル人ノミ上訴シ得ルトセハ、上訴ノ結果カ前審ノ判決ト矛盾スルトキハ、尙ホ上訴セサル者ニ迄効力ヲ及ホスコトヲ得ルヤ否ヤニ至テ多少ノ疑問タルヲ見ルヘキノミ、之レヲ以テ第一段ノ疑問ハ、要スルニ第二段ノ疑問ヨリ生シ來ル、果シテ然ラハ只夫レ第二段ヲ決スルノ要アルヲ見ル、之レ果シテ如何ニ決スヘキ乎

共同訴訟人ト雖モ上訴ニ付テハ相互ノ代理權アルコトナシ、此點ニ付テハ高木氏ノ意見正鵠ヲ得テ曩キニ掲ケタル答案者ナル大島氏ノ意見ハ謬見タリ、然レハ高木氏ノ如ク上訴ノ結果ハ上訴セサル者ニモ當然及フモノト爲サム乎、曰ク非也

抑モ訴訟ノ効力ハ獨リ其訴訟ノ當事者ノミ之レヲ受ク、之レ其ノ當事者ニ非ラサレハ上訴スルコトヲ得ス、又タ其當事者ニ對スルニ非ラサレハ執行シ得ヘカラサルヲ以テ明白タリ、其如何ナル場合タルヲ問ハス、權利關係ノ如キ人ニ非ラサルモノ、若クハ假令ヒ能力アル生活セル人若クハ資格アル者ト雖モ、當事者ニアラサル限リハ決シテ其ノ効力ヲ受ク可キモノニアラス、之レヲ以テ或ル訴訟ニ於テ爲シタル權利關係ノ判定ハ其ノ判定ヲ受ケタル人ノ間ニ於テノミ判定ノ効力アリ、換言セハ受ケタル者ニノミ判定アリ、其人ヲ除テ以外ニ判定ナシ、恰モ契約ノ當事者以外ニ契約ナキト同一理タリ、然レハ則チ上訴シタル者ニ對シ爲シタル權利關係ノ存在又ハ不存在ノ判定ハ其ノ上訴シタル者ノミニ對シ判定アルモノニシテ、其他ニ對シテ判定ナシ、況ムヤ當事者ニ非ラサルノミナラス、人ニ非ラサル權利關係其モノニ於テオヤ、然ルニ高木氏ノ說ニ依レハ『其判決ハ獨リ某々ニ對シテ此關係ナシト裁判スルニ非スシテ、其關係全部ノ存在セサルコトヲ判定スルモノナルカ故ナリ』ト、之レ則チ人ニ非サル關係其モノニ對シテ判定シタルモノナリトノ謂ニシテ、當事者ニ非

ラサル者ニシテ尙ホ効力ヲ受クルモノトスルニ歸着スルニ非スヤ、高木氏ノ所論亦是レ誤見也

然ラハ則チ上訴ニ付テ相互ノ代理權ナク、又タ上訴セサル者上訴ノ結果ノ効力ヲ受ケストノ爲ハ、畢竟此問題ハ如何ニ決スヘキ乎、予ハ則チ之レカ決定ヲ爲シテ曰ク『假令必要的共同訴訟ノ場合ト雖モ、或ル人ノ爲シタル上訴ノ結果ハ決シテ他ノ上訴ヲ爲サヽル者ニ及フコトナシ、利益ト不利益ト固ヨリ同一也』ト、故ニ想ヘラク『權利關係ノ裁判上合一ナラムコトヲ期スルハ、唯夫レ上訴セサル場合ノミ、苟モ上訴アリテ其結果前審ノ上訴セサル者ト一致セサレハ、合一ハ固ヨリ望ムヘカラス』ト、而シテ更ラニ曰ク『現行ノ訴訟法ニ於テハ遺憾ナガラ理論上之レヲ如何トモ爲スヘカラス、到底解釋ヲ以テ此ノ不備ヲ補フコト能ハサルナリ』ト

第三問　本問ニ付テハ其ノ論決ハ高木氏ノ論決ト同一ニ出テサルヘカラス、然レトモ高木氏ノ理由ニ至テハ二個ノ理由アルニ似タリ、則チ其第一ハ共同訴訟ハ特定ノ代理權ヲ規定シタルモノナルヲ以テ、第六十五條ノ訴訟委任ヲ適用スヘキモノニ非ラス、其第二ハ缺席者ハ出席者ニ代理セラルヽ者ト爲スカ故ニ、裁判所ヨリ見ルトキハ法律上缺席者ナシ、既ニ缺席者ニ非ラサレハ、出席者ノ爲シタル自白、認諾等ハ自ラ爲シタルニ均シトイフニ在リ、然レトモ其第二ノ理由ハ誤謬ナリ、何トナレハ普通ノ訴訟委任ノ場合ト雖モ、代理人ノ出頭セル場合ハ缺席者ニアラス、缺席者ニ非ラスト雖モ特別委任アルニ非ラサレハ、自白、認諾等ハ有効ナラス、然レハ則チ缺席者ニ非ストノ理由ノミヲ以テ、自白、認諾等總テ有効ナリト爲スヘカラサレハナリ、則チ第二ノ理由ハ毫モ以テ有力ノ理由タラス、只夫レ斷々乎トシテ第一ノ理由ニ依リ、共同訴訟ハ特別ノ規定ナリトノ一點ヲ以テ萬說ヲ排セサル可カラス

第四問　第四問ニ付テハ果シテ如何、予ハ母法ノ如何ヲ曰フ事ヲ好マス、亦タ解釋ノ材料トシテモ母法ヲ引用スルコトヲ好マス、況ムヤ立法ノ不備、法律ノ缺點ヲ探クルニ殊ニ母法ヲ引用スルヲヤ、唯タ缺點ハ缺點トシテ法律ハ何處マテモ神聖トシテ之レヲ解釋セサルヘカラス

本問ノ場合ニ於テ民事訴訟法第二十五條ニ依リ、原告ニ撰擇權アリトスルハ

憲法第四條本法律臣民ニ受ケタル權利ハ之ヲ奪フコトヲ得ナシ
判官ノ裁判ニ依ルニ非サレハ日本臣民ハ其法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クヘカラス第廿

謬見ノ最モ大ナルモノナリ、否ナ附會ノ最モ甚タシキモノナリ、予ハ此ノ見解ニ向テハ小銃ノ彈ト雖モ放ツノ無益ナルコトヲ知ル

高木氏ハ法曹會ノ決議ヲ難スルニ、憲法第二十四條ヲ引用シタリ、然レトモ予ハ此ニ憲法ノ同條ヲ引用スルハ亦之レ無益ナリト信スル也、憲法ノ同條ハ『法律ニ定メタル』ト云ヘル文字ニ重キヲ措カサルヘカラス、故ニ同條ニ依ルモ、法律ニ定メタルモノト爲ストキハ、毫モ同條ニ抵觸セス、法曹會ノ決議ノ理由ハ氏ノ曰フ所ニ依ルモ、便利ハ必要ノ源ナリ、必要ハ道理ヲ生スト、道理ハ則チ法律ノ解釋トシテ法曹會ノ用ヒタル所、然レハ則チ法曹會モ亦タ敢テ法律ヲ離レタルニ非ス、法律ニ離レサレハ法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クヘカラスト爲シタルニ非ラス、歸スルニ憲法第二十四條ニ抵觸ナシ、何ヲ苦ンテカ思ヒ寄ラサル憲法ヲ飜搜シタル乎、予ハ不審ノ感ナキ能ハス

更ラニ進ムテ氏ハ論シテ曰ク『法律ノ規定ナキコトノ明カナル以上ハ、本問題ハ之ヲ法文以外ニ於テ他ノ法文ニ背反セサル限度ニ於テ之ヲ論定セサルヘカラス』ト嗚呼之レ何ノ言ソヤ、予ハ法律ハ法文以外ニ之レ在ルコトヲ知ラス法文以外ニ法律ヲ斷シテ法文以外ニ論定ヲ求ルノ不可ナルヲ知ル、然レ氏ノ之ヲ言フモノ之レ智者千慮ノ一失ノミ、予ハ深ク之ヲ咎メス、只其ノ法律ノ規定ナシトノ一點ニ至テハ予ハ其何ノ故タルヲ知ラス、試ニ訴訟法ヲ開テ之ヲ見ヨ、曰法文以外ニ法律ナシ、立憲國ニ於テハ國會ノ通過ヲ經テ發布シタルモノヽ外法律アルコトナシ、假令法律ノ文字ヲ以テ廣義ニ解シ一般ノ法規ト爲スモ、法規ハ國法ニ從ヒ有効ナル形式及有効ナル淵源ニ基テ作爲及發表シタルモノナラサル可カラス其明文ナキ場合ニ於テ習慣ニ依リ、若クハ條理ニ依ルハ是ニ依ルヘシトノ明文法律アリ若クハ全ク成文法律ナキ國ニ於テ公法不進歩ノ時代ニ於テ是アルノミ、立法ノ權利ハ我國ニ於テハ議會ト天皇トニ在リ、其如何ナル場合ナルヲ問ハス既ニ成文アル者ハ其成文ニ依ルノ外、一毛ノ微ト雖モ妄ニ之ヲ補足スルコトヲ許サス、憲法第五十七條ニ『司法權ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ』ト、云フモノ亦此謂也、則チ知ル、如何ニ法文不備ノ場合ト雖モ、法文以外ニ法律ナク、法律ナクンハ司法權ノ實施ナキヲ、司法權ハ則チ法文ノ實施也、若夫レ法文以外ニ之カ論定ヲ求メム乎、是則チ憲法違反也、予ハ斷シテ法文以外ニ論定ヲ求ルノ不可ナルヲ知ル、然レ氏ノ之ヲ言フモノ之レ智者千慮ノ一失ノミ、予ハ深ク之ヲ咎メス、只其ノ法律ノ規定ナシトノ一點ニ至テハ予ハ其何ノ故タルヲ知ラス、試ニ訴訟法ヲ開テ之ヲ見ヨ、曰

民法財産編第二百六十八條ノ地役ハ不可分ニシテ權利關係カ合一ニノミ確定スヘキモノタリ、而シテ其不動產ノ共有者ノ一人カ皇族ニシテ一人カ平民タルトキハ如何、地役ニ關スル訴訟ハ承役地所在地ノ裁判所ニ專屬スト雖モ、皇族ニ對スル民事訴訟ハ東京控訴院ニ屬ス、此場合ニ於テハ皇族ニ對スル分ハ訴訟法ノ專屬裁判籍ヲ破リテ構成法ノ規定ニ從ハサルヲ得ス、何トナレハ構成法ノ第三十八條ハ民事訴訟法ノ規定ニ對シ總ヘテ特別ナレハナリ、之ヲ以テ右ノ假想ノ場合ニ於テ皇族ニ付テハ東京控訴院ヲ以テ管轄裁判所ト爲サヽルヘカラスト雖モ、他ノ平民ニ付テハ承役地ノ裁判所ト爲サヽルヘカラスシテ、則チ事物ノ管轄ニ付テモ裁判所ヲ異ニシ結局合一ノ確定ヲ期スヘカラス、又タ更ラニ假想スレハ、財產編第四百四十一條以下ノ債務ノ履行ノ如キ亦同一ナルヘシ、夫レ既ニ斯クノ如ク、獨リ土地ノ管轄ノミナラス事物ノ管轄ニ付テモ亦同一ノ疑問ヲ生ストイヘトモ、要スルニ是レ法律ノ結果トシテ止ムヲ得サルノ所、則チ現在ノ規定ニ依リ不都合ノ結果ハ到底之レヲ忍ハサルベカラス、然ラハ結局本問ハ如何ニ之レヲ決定スヘキ乎

曰ク我カ民事訴訟法ニ於テハ共同訴訟ノ場合ニ於テ特別ノ管轄ニ關スル規定ヲ設ケス、之レヲ以テ法律ノ正面ヨリ解シ來リ、一般ノ規定ニ依リテ事物ノ

民法財產編第二百六十八條ノ地役ハ不可分ニシテ權利關係カ合一ニノミ確定スヘキモノタリ、而シテ其不動產ノ共有者ノ一人カ皇族ニシテ一人カ平民タルトキハ如何、地役ニ關スル訴訟ハ承役地所在地ノ裁判所ニ專屬スト雖モ、皇族ニ對スル民事訴訟ハ東京控訴院ニ屬ス、此場合ニ於テハ皇族ニ對スル分ハ訴訟法ノ專屬裁判籍ヲ破リテ構成法ノ規定ニ從ハサルヲ得ス、何トナレハ構成法ノ第三十八條ハ民事訴訟法ノ規定ニ對シ總ヘテ特別ナレハナリ、之ヲ以テ右ノ假想ノ場合ニ於テ皇族ニ付テハ東京控訴院ヲ以テ管轄裁判所ト爲サヽルヘカラスト雖モ、他ノ平民ニ付テハ承役地ノ裁判所ト爲サヽルヘカラスシテ、則チ事物ノ管轄ニ付テモ裁判所ヲ異ニシ結局合一ノ確定ヲ期スヘカラス、又タ更ラニ假想スレハ、財產編第四百四十一條以下ノ債務ノ履行ノ如キ亦同一ナルヘシ、夫レ既ニ斯クノ如ク、獨リ土地ノ管轄ノミナラス事物ノ管轄ニ付テモ亦同一ノ疑問ヲ生ストイヘトモ、要スルニ是レ法律ノ結果トシテ止ムヲ得サルノ所、則チ現在ノ規定ニ依リ不都合ノ結果ハ到底之レヲ忍ハサルベカラス、然ラハ結局本問ハ如何ニ之レヲ決定スヘキ乎

曰ク我カ民事訴訟法ニ於テハ共同訴訟ノ場合ニ於テ特別ノ管轄ニ關スル規定ヲ設ケス、之レヲ以テ法律ノ正面ヨリ解シ來リ、一般ノ規定ニ依リテ事物ノ

管轄モ各々其ノ所定ニ依リ、土地ノ管轄ニ付テモ亦タ普通裁判籍ニ依ラサル可カラス、而シテ共同訴訟ハ同一ノ事物ノ管轄ニ依リ同一ノ土地ノ管轄ニ依ルノ場合ニ非ラサレハ遂ニ以テ行ハルベカラス、換言スレハ共同訴訟ハ裁判所ノ審級ヲ同シクシ、地域ヲ同フシテ初メテ以テ行フヘキノミ、之レ予カ宿論也ト

本問ニ於ケル予ノ意見ハ實ニ右ノ如シ、然レトモ斯クノ如クナルトキハ幾ント合一ノ確定得テ望ムヘカラサルニ至ルヲ以テ、高木君ハ遂ニ強テ依ルヘキ論據ヲ求メタリ、曰ク『我國ニ於テハ既ニ習慣アリ、習慣ハ即チ法律ナリ、故ニ之ニ從フト云ハムトス、蓋シ法律ノ成文ナキ場合ニ於テ、而シテ其脫漏ニ係ルコトノ明カナル場合ニ於テ、習慣ヲ以テ一個ノ法律ト爲シ、而シテ之ヲ適用シ得ヘキコトハ普通一般ノ法理トス、所謂我國ノ習慣トハ夫ノ訴答交例ニ依テ慣行シ來レル所ノモノ即チ是レナリ』ト、此說果シテ本問ノ不都合ヲ補フニ足ル乎、曰ク非也、予ハ昔時ノ私法家カ、成文ナキ場合ニ於テハ習慣ニ依リ、條理ニ依ルトノ說ハ、立法機關ノ既ニ備ハリ、既ニ成文ヲ以テ法律ヲ編纂シタル國ニ於テ公法上ヨリ見テ以テ之ヲ謂フコトヲ好マスト雖ヘトモ、假ニ此說ヲ用ユルトスルモ氏ノ此論タルヤ誤見也、何トナレハ本問ノ場合ニ於テハ決シテ成文ノ缺漏ニアラス、決シテ明文ナキニ非ス、則チ我カ民事訴訟法ニ於テハ共同訴訟ノ場合ニ於テハ唯タ特ニ之ヲ定メサルニ止リ、其依ルヘキノ管轄ハ則チ普通ノ管轄ヲ以テ足レリトシテ規定シタレハナリ、蓋シ法律ノ解釋ハ法ヲ立ツル者ノ意志若クハ實際ノ便不便ヲ以テ之レヲ謂フベカラス、必スヤ明文ニ依リ、普通ニ讀ミ得ル所ニ依リテ明文ノ文言上ヨリ之ヲ解セサルベカラス、何トナレハ法律ノ明文ハ國家ノ意志ノ直接ナル表白ナレハナリ、之ヲ以テ今マ我カ訴訟法カ共同訴訟ノ場合ニ於テ、特別ナル管轄ヲ定メズシテ、單ニ普通ノ管轄ノミヲ定メタル以上ハ、則チ共同訴訟ノ場合ニ特別ナル管轄ヲ定ムルノ要ナク、普通ノ管轄ニ依ルヲ以テ足レリトシタルモノト解セサルベカラス、既ニ普通ノ管轄ヲ以テ足レリト爲シタルモノトセム乎、法律ハ明カニ依ルヘキ管轄ヲ定メタルモノナリ、既ニ依ルヘキ管轄ヲ定ム、何ヲ以テカ規定ナシト謂ハンヤ、何ヲ以テ乎脫漏セリト爲サムヤ、既ニ脫漏ナシ、何ヲ苦ムデカ、習慣ヲ適用

センヤ、予ハ本論ヲ以テ法律ニ脫漏アリトスルノ誤見ヲ排スルモノト爲サム而シテ更ラニ進ムテ假リニ法律ニ脫漏アリトスルモ、氏ノ所謂ル訴答文例ナル習慣ハ既ニ消滅シタルモノト爲スヲ憚ラス、蓋シ訴訟法カ共同訴訟ノ場合ニ特別ノ管轄ヲ定ムルノ要ナク、只タ普通ノ裁判籍ニ依ルヲ以テ足レリト爲シ、尙ホ共同訴訟ノ場合ニ於テモ人ノ普通裁判籍ハ其住所ニ依リテ定マルト明定シタル以上ハ、夫ノ訴答文例カ認メ來リシ共同管轄ノ規定ハ此ノ訴訟法ノ單純ナル規定ニ變更セラレタルモノナリ、則チ法律ヲ以テ習慣ヲ改メタルモノナリ、何ヲ以テカ尙ホ習慣アリト爲サムヤ、既ニ習慣ナシ、豈ソ之レカ適用ヲ爲スコトヲ得ムヤ、斯クノ如ク論シ來リテ予ハ氏ノ補足論モ亦タ採ルベカラサルモノナルヲ知ル、要スルニ本問ノ起ルハ共同訴訟ノ場合ニ於テ强テ特別ノ管轄ヲ求メムトスルニ依リ、而シテ法律カ却テ特別管轄ヲ定ムルノ要ナシト爲シタルヲ知ラサルニ依ル、論者ハ法律ハ神聖ナルコト神ノ如シト雖モ、亦タ神ノ如ク全智全能ノモノニ非サルヲ知ラサル乎（或ル學士ニシテ本問ノ爲合ニハ構成法第十三條第三號ニ依リ上級裁判所ニ對シ管轄裁判所ノ指定ヲ請フ可シト論スル者アレ𪜈是亦認論也敢テ論スルニ足ラス之ヲ省ク）

法學協會雜誌第九卷第二號　共同訴訟ノ範圍ト題セル論說

第五問　本問ハ必スシモ答フルノ要アルヲ見ス、獨逸訴訟法ノ規定ト我カ訴訟法ノ規定トカ一致セサルカ爲メニ、每ニ以テ大疑問ナリト爲サハ、大疑問ハ幾ムト以テ盡キサルベシ

附問　其ノ附問ニ至テハ普通連帶義務ヲ以テ合一ニノミ確定スヘキ訴訟ト爲スモノナシ、幸ニ杞憂ヲ止メヨ

共同訴訟ニ關スル疑問尙ホ一二ノ記スヘキモノアリト雖ヘトモ判例ヲ揭ケスシテ徒ラニ論議ヲ爲ス本書ノ目的ニアラス、予ハ敢テ之ヲ省カム

第三節　第三者ノ訴訟參加

判例　三八　土屋喜三次對高石忠慥工事請負殘金請求件

明治廿五年大審院第四百十七號　同廿六年三月廿三日判決

一、原告若クハ被告敗訴スルモ擔保又ハ賠償ノ責任ナキ第三者ニ對シテ訴訟告知ヲ爲スハ、民事訴訟法第五十九條ニ隨伴セス

二、從テ原告若クハ被告敗訴スルモ、其結果トシテ擔保又ハ賠償ノ請求ヲ

爲スコトヲ得ス

第五十九條　原告若クハ被告若シ敗訴スルトキハ第三者ニ對シ、担保又ハ賠償ノ請求ヲ爲シ得ヘシト信シ、又ハ第三者ヨリ請求ヲ受ク可キコトヲ恐ルヽ場合ニ於テハ、訴訟ノ權利拘束間第三者ニ訴訟ヲ告知スルコトヲ得

上告人　土屋喜三次
被上告人　高石忠槌　代理人　松山清五郎

上告要旨

右當事者間ノ工事請負殘金請求事件ニ付キ、明治廿五年五月三十日廣島控訴院カ言渡シタル判決ニ對シ、上告代理人ハ全部破毀ヲ求ムル申立ヲ爲シタリ、其上告第一點ハ、原判決ニ『訴訟告知ノコトハ民事訴訟法ノ規定スル處ナレトモ告知ヲ受ケタル者ハ訴訟ニ參加セスト雖モ其ノ訴訟ニ付キ與ヘラレタル裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得ストノ法則ナケレハ』云々トアリテ、之ヲ約言スレハ民事訴訟法第五十九條ニ則リ公式ノ告知ヲ爲スモ、被告知者ハ其訴訟ニ參加セサルトキハ、告知ノ効力ナシト云フニ外ナラサルヘシ、之レ同條ノ法理ヲ誤リタルモノニシテ、第四百三十五條ニ相當スル違法ノ判決ナリト云フニ在リ

判決要旨

第四百卅五條ノ法律ニ適用スヘキ法則ハ不當ニシテ又ハ適用ヲ違背シタルモノトスル

本訴被上告人ハ民事訴訟法第五十九條ニ所謂『擔保又ハ賠償ノ責任アル第三者』ニ非サルヲ以テ、上告人カ曩ニ訴訟告知ヲ爲シタルハ、同條ノ規定ニ隨伴セサルノミナラス、單ニ告知ヲ受ケタルモ其ノ訴訟ニ參加セサリシ被上告人ニ對シ、甲第二號證ノ判決ノ結果トシテ本件ノ請求ヲ爲スハ固ヨリ不當ナルヲ以テ、原判決ハ法律ニ違背セシモノニ非ス、依テ本件上告ハ之ヲ棄却ス

判例論評　二〇

民事訴訟法第五十九條ノ訴訟告知ヲ爲スニ付テハ、其ノ告知ヲ受クヘキ第三者カ擔保又ハ賠償ノ責任アル可キモノタルヲ要スル乎、本件ノ判決ニ依ルトキハ必ス其ノ責任アル者タルヲ要スルカ如シ、是レ則チ判決ノ理由ニ於テ『被上告人ハ賠償ノ責任アル第三者ニ非ラサルヲ以テ、上告人カ訴訟告知ヲ爲シタルハ同條ノ規定ニ隨伴セス』云々ト說明シタルヲ以テ明白タリ、然レトモ之レ果シテ當ヲ得タル乎、予ハ寧ロ當ヲ失シタルモノニ非サルナキヤヲ疑フ、試ミニ法文ヲ見來レハ則チ曰ク『擔保又ハ賠償ノ請求ヲ爲シ得ヘシト信シ』云々

又ハ請求ヲ受ク可キコトヲ恐ル、場合ニ於テハ告知スルコトヲ得』ト、則チ其『信シ』ト云ヒ『恐ル、』ト規定スル點ヨリ見ルモ、單ニ原告若クハ被告カ『信シ』又ハ『恐ル、』ヲ以テ足レリトシ、必スシモ裁判上ノ判斷ニ依リテ、擔保又ハ賠償ノ責任アリ若クハ請求ヲ爲スヘキ權利アルコトノ明白タルコトヲ要セサルヲ知ルニ足ル更ニ一歩ヲ進メテ之ヲ曰ハ、裁判上ニ於テハ告知セラル、者ハ、擔保又ハ賠償ノ責任ナキコト明カナリト爲スモ、或ハ其ノ第三者ニシテ訴訟ニ參加シ、而シテ法律上其ノ責任ナキニ拘ハラス之レヲ認諾スルヤモ未タ知ルヘカラス、斯クノ如キ場合ニ於テ尙ホ且ツ責任アルコト明白ナラスト爲シテ、其告知若クハ參加ハ同條ノ規定ニ隨伴セスト爲シテ之ヲ退クルコトヲ得ヘキ乎、若シ果シテ之ヲ退ケサルヲ得ストナサハ、當事者ノ告知及ヒ參加ノ權利ヲ奪フニ至ラム、之レ豈ニ寔ニ不當ニアラスヤ、要スルニ同條ハ單ニ當事者カ『信シ』若クハ『恐ル、』ヲ以テ足レリトシ、必スシモ裁判上ノ判斷ニ依テ明白タルコトヲ要セス、予ハ本件判決說明ノ可ナルヲ見サル也、而シテ之レ予カ同條ニ對スル意見ナリト雖モ、本件ニ付テ大審院カ『本件ノ請求ハ不當ナリ』云々ト斷定シタル點ニ對シテモ亦タ多少ノ疑ナキ能ハス、然レトモ事件ノ性質判文ノミニ依テハ其詳細ヲ知ルコトヲ得ス、之レヲ以テ此點ニ關シテハ必スシモ論議セス、是レ知レサルノ事ヲ想像シテ之ヲ云フ寧ロ予ノ好マサル所ナレハ也

判例　三九　安藤源次郎對南兵吉訴訟中止決定抗告件

明治廿八年大審院抗告第廿二號　同年七月十九日休暇部決定

本訴訟ノ辯論ハ主參加訴訟ノ完結ニ至ルマテ之ヲ中止スルハ相當ナリトス

第五十二條　本訴訟ハ第一審ニ繫屬スルト上級審ニ繫屬スルトヲ問ハス原告、被告若クハ主參加人ノ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ主參加ニ付テノ權利拘束ノ終ニ至ルマテ之ヲ中止スルコトヲ得

抗告人　安藤源次郎　　代理人　相川久太郎

抗告要旨

本件當事者間ノ本案訴訟事件タル、其起訴實ニ明治二十四年ニ有テ今ヤ既ニ五星霜ヲ經タリ、元來本案訴訟事件ニ付相手方カ主トスル所ハ訴訟ヲ延滯セシメ以テ已レヲ利セントスルニ在リテ、個ハ其起訴以來今日ニ至レル經歷ニ徵シ實

ニ明ナルノミナラス、今日ニ至リ申請ヲ爲シタル訴訟中止ノ原因タル主參加訴訟ナルモノハ、則チ控訴人ノ一人ナル南サトノ長男ニシテ且今日モ仍ホ同居シ居ル所ノ山本貞克カ之ヲ提起シタルモノニシテ、右貞克ハ尙ホ控訴人河合林穀南兵吉ノ甥タリ松長規一郎ノ從兄弟タルナリ、故ニ其訴訟タル以テ本案訴訟ヲ延滯セシメントスルニ外ナラサルヲ知ルヘシ、殊ニ右主參加事件タル第一審高岡支部ノ却下決定ニ對スル控訴ニシテ、其終局ヲ見ルコト何レノ日ニ在ルヲ知ル能ハス、是レ則チ本案訴訟ヲ延滯セシメントスル一手段タルニ過キサルナリ又本案ノ係爭物件タル富山縣下ニ所謂舊高五十石ニシテ其收入實ニ五十七石ノ玄米ヲ得ヘク今日ノ米價ニ見積ルニ於テハ凡ソ四百五十圓若クハ五百圓ノ收入アリ、故ニ之ヲ保有スル一年多ケレハ即チ一年前顯ノ收入ヲ得ヘキ次第ニ付、被控訴人（抗告人）ノ困難實ニ云フ可カラス、是固ヨリ控訴人カ訴訟ヲ遲延セシメントスル一因タルヘシト雖モ、他日之レカ賠償ヲ得ル能ハサレハ其損害實ニ云フ可カラサルナリ、加之控訴人ハ係爭物ヲ保有スルカ爲メ假處分ノ保證金假執行ノ保證金スラ合計千二百圓ヲ積立テアリ、益々被控訴人ノ困難ヲ加フル次第ニシテ而シテ本案事件ハ之ヲ進行セラルヽモ主參加事件ニ對シ別段牴觸ヲ生スルノ患万々之レアルヿナシ、故ニ原院カ與ヘタル訴訟中止ノ裁判ハ之レカ廢棄ヲ求ムト云フニ在リ

第百廿一條　所謂訴訟ノ他ノ部部ニ屬スル權利ノ又ハ訴訟ニ關係アル他ノ權利ニ於テ既ニ成立ハ全ク判決ノ完結ニ至リ不成立ニ成立ニ帰シ可ナリ中止ス

決定要旨

民事訴訟法第五十二條第一項ニ『本訴訟ハ第一審ニ繫屬スルト上級審ニ繫屬スルトヲ問ハス原告被告若クハ主參加人ノ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ主參加ニ付テノ權利拘束ノ終ニ至ルマテ之ヲ中止スルコトヲ得』トアルノミナラス、一件記錄中山本貞克カ提起セシ主參加事件ノ訴狀寫ニ依レハ、其訴訟ノ目的タル明治廿七年（子）第七十號及ヒ明治廿八年（子）第百三十七號控訴事件ニ於テ當事者間ニ主トシテ論爭スル所ノ訴訟ノ目的物件ニ對シ、其ノ所有權ヲ主張シテ以テ名義切換ヲ請求スルニ在ルヤ明ナレハ、乃チ民事訴訟法第百二十一條ノ規定ニ依ルモ亦本訴訟ノ辯論ハ主參加訴訟ノ完結ニ至ルマテ之ヲ中止スルヲ相當トス何トナレハ本訴訟ノ裁判ハ主參加訴訟ノ結果ニ關係アレハナリ、然リ而シテ抗告人ハ主參加人山本貞克ト本訴訟ノ控訴人等トノ間ニ親屬ノ關係アルヲ以テ、

主參加訴訟ノ目的タル專ラ本訴訟ノ完結ヲ遲延セシムルニ在ルモノヽ如ク主張スレモ、其果シテ然ルヤ否ヤハ主參加訴訟ノ審理判決ヲ經ルニアラサレハ得テ之ヲ知ルニ由ナク、單ニ親屬ノ關係アルノミヲ以テ貞克等ニ此ノ如キ惡意アリトハ推定ス可カラサルナリ、其他尙ホ本訴訟延滯ノ爲メニ生スル困難ノ事情ヲ縷述スルカ如キハ畢竟苦情ヲ訴フルニ過キスシテ、原裁判ニ對シ之レカ廢棄ヲ求ムル正當ノ理由ト爲スニ足ラサルモノトス、依テ本件抗告ハ之ヲ棄却ス

判例　四〇　永島忠胤對蒲谷次郎右衛門　貸金請求件

明治廿五年三月三十日　東京控訴院民事第三部判決

從參加人ハ當事者ノ一方ヲ補助スル爲メニ訴訟ニ關與スルモノニシテ、當事者ニ非ス、故ニ主トシテ判決ヲ受クヘキモノニ非ラス

第五十三條　他人ノ間ニ權利拘束ト爲リタル訴訟ニ於テ、其一方ノ勝訴ニ依リ、權利上利害ノ關係ヲ有スル者ハ、訴訟ノ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハス、權利拘束ノ繼續スル間ハ其一方ヲ補助(從參加)スル爲メ之ニ附隨スルコトヲ得

控訴人　永島忠胤　代理人　松田岩之亟　同　菊池武夫

被控訴人　蒲谷次郎右衛門　代理人　星亨　同　菅井定五郎

控訴要旨

控訴人陳述ノ要旨ハ、第一審裁判所ニ於テ控訴人ハ從參加人ノ資格ニテ被控訴人及高橋太郎左衛門間ノ訴訟ニ干與セシモ當事者トシテ訴ヲ受ケタルコトナシ、然ルニ原裁判所カ『被控訴人ニ對シテ、其請求スル金額ヲ支拂フヘシ』ト言渡シタルハ不當ナレハ、先ツ此點ニ付キ判決ヲ求ムトイフニ在リ

被控訴人答辯ノ要旨ハ、原裁判所ニ於テハ控訴人ニ對シテ訴ヲ爲シタルニ非ラサルモ、訴訟ニ參加セシメタリ、而シテ被控訴人カ請求ニ對シ自ラ負擔スヘキ義務ナシト答辯シタル事實アレハ、被控訴人ノ訴ニ應シタルモノナリ、故ニ原裁判所カ直チニ控訴人ニ對シテ判決ヲ爲シタルハ不當ナルコトナシ、原判決ハ訴訟手續上誤謬ノ點ナシ、進テ本案ノ審理ヲ求ムトイフニ在リ

判決要旨

從參加人ハ當事者ノ一方ヲ補助スル爲メニ訴訟ニ關スルモノニシテ、當事者ニ非ラサルコトハ民事訴訟法第五十三條ノ文ニ照ラシテ明ラカナリトス、控訴人ハ原裁判所ニ於テ、本件審理中終始從參加人タル資格ヲ以テ之ニ干與シタルヿ

ハ其判文ニ徵シテ知ル可シ、又主タル相手方ニ代リ訴訟ヲ擔任セサリシコトモ當時ノ被告高橋太郎左衞門カ相手トシテ判決ヲ受ケタル事實ニ依リ明白ナリ、則チ控訴人カ本件事件ニ於テ當事者ノ資格ヲ有セサリシコトハ論ヲ俟タス、被控訴人ハ、控訴人カ原裁判所ニ於テ自ラ其訴訟ニ應スル義務ナシト陳述シタル事實ヲ援用シ、控訴人ハ當事者ト爲リシモノナリト抗辯スレトモ、當時控訴人ニ於テ此陳述ヲ爲シタルハ、被控訴人カ請求スル金圓ハ村方ノ負債ナリトノ意ヲ表白シ、被控訴人ノ訴旨ヲ補助シタルニ外ナラス、自ラ訴訟相手方タルヘシトノ旨ヲ陳述シタルニ非サルナリ、一任被控訴人カ主張スル如キ意ニテ此陳述ヲ爲シタリト假定スルモ、猶ホ判決ヲ受クル相手方ナリシト謂フヘカラス、何トナレハ相手方ニ代リ訴訟ヲ擔任シ相手方ハ之ヨリ脫退シタルコトナキヲ以テナリ

要之、控訴人ハ第一審中本件ニ付キ訴訟ノ當事者タリシモノニ非ラス、故ニ主トシテ判決ヲ受クヘキモノニ非スト判定ス、依テ被控訴人ヨリ控訴人ニ對スル請求ニ付キ與ヘタル原裁判ハ之ヲ廢棄ス、被控訴人カ此訴ニ於テ控訴人ニ對スル請求ハ相立ス

裁判長判事　北村泰一　　判事　松野貞一郎　　同　小林義夫
同　平野長憲　　同　富谷鉎太郎

第十三條　第四百二十一條ノ訴訟ニ於テ控訴ノ規定ニ違背シタル訴訟部分ニ付テハ其訴ヲ棄却シ及ヒ其手續ニ違背シタル訴訟手續ノ一部ノ廢棄ニ所ノ裁判ヲ差戻ス

判例論評　二一

從參加ハ當事者ノ一方ヲ補助スル爲メ之ニ附隨スルニ過キス、從テ其訴訟ノ當事者ニ非サルコト固ヨリ論ナキノミ、此點ニ付テ本件判決ハ能ク其當ヲ得タリ、故ニ予ハ此點ニ論議ヲ爲サス、否ナ寧ロ謹テ同意ヲ表スル也、然リト雖モ本件判決カ其主文ニ於テ『原裁判ヲ廢棄ス』ト謂ヒタルモノ果シテ如何、夫レ控訴審ハ素ト覆審也、決シテ原裁判ノ廢棄ヲ謂フヘキモノニ非ラス(自己ノ判決ヲ自ラ廢棄スル場合ハ除ク)只其廢棄ハ第四百二十三條ノ場合ニ於テ之レアルノミ、本件ノ如ク訴ニ付テ裁判スル場合ハ決シテ原裁判ノ當否ヲ鳴スヘキモノニ非ラサル也、此點ニ付テハ予レ後ニ之ヲ言フ、今ニ茲ニ之ヲ陳ヘス、然レトモ是レ固ト小瑕ノミ、敢テ咎ムルヲ要セサル也

予ハ不幸ニシテ未タ主參加ニ付テノ判例ヲ得ス、故ヲ以テ主參加ノ事ヲ云フ

此場所ニ於テ適當ナラスト雖モ、事ノ參加ニ關スルカ故ニ序ニ之ヲ曰ハム、則チ主參加ニ關スル一個ノ疑問ナリ、但シ其點素ト容易ノ事ニ屬スト雖モ、一見誤ルモノアリ、之ヲ揭クルハ老婆心ナルノミ、疑問トハ何ソヤ、他ナシ、本訴訟ニシテ取下ケト爲リタルトキハ主參加ノ運命如何ト是也、蓋シ主參加ニ付テハ左ノ條件アルヲ必要トス

一、本訴訟アルコト

二、他人ノ間ニ權利拘束アルコト

三、他人ノ間ニ爭ニ係ル目的物アルコト

然ルニ本訴訟ニシテ一度ヒ取下ケト爲ラン乎、一、本訴訟ハ消滅ス、二、其結果トシテ他人ノ間ニ權利拘束消滅ス、三、他人ノ間ノ爭ニ係ル目的物亦タ消滅ス、則チ主參加ノ要件消滅ス、然レハ則チ主參加モ本訴訟ト共ニ運命ヲ同フシ又消滅スヘキモノナリト、是則チ一見誤ルノ解也、然レトモ固ト是レ論スルニ足ラサルノ皮相論也ノミ、敢テ言フヲ要セサル所ト雖モ、有力ノ人ニシテ尙此事ヲ唱フル者アリ、則チ敢テ揭クル所以、但シ予ハ今マ此ノ價値ナキノ論ヲ解クノ閑ヲ有セス、只初學一考ノ材料トシテ止マムノミ

判例　四一　大鳥圭介從參加人平沼八太郎對岡本彌幸預券差戻、地所家屋代殘金請求件

明治二十六年大審院第三百二十六號　同年六月十日判決

主タル當事者ノ代理人ノ陳述ト、從參加代理人ノ陳述ト相抵觸スル場合ニ於テハ主タル當事者代理人ノ陳述ヲ以テ標準トス

第五十四條　從參加人ノ陳述及行爲ト、主タル原告若クハ被告ノ陳述及ヒ行爲ト相抵觸スル場合ニ於テハ、主タル原告若クハ被告ノ行爲ヲ以テ標準ト爲ス、但民法ニ於テ此ニ異ナル規定アルトキハ此限ニ在ラス

上告人　大鳥圭介　代理人　岡山兼吉
從參加人　平沼八太郎　同　磯部四郎

上告要旨

上告人大鳥圭介代理人岡山兼吉論旨(畧ス)

從參加人、平沼八太郎代理人磯部四郎ノ論旨ニ曰ク、大鳥圭介代理人ハ原告ニ於テ『甲二號預金手形ヲ山崎浪三ニ渡スヘキ筋ナルヤ被上告人ニ渡スヘキ筋ナルヤハ之ヲ問ハス、兎ニ角双方立會ノ場所ニテ甲二號ノ裏面ニ押印而已ヲ爲シ差

出シタリ』ト陳述シ、其賣主ノ何レナルヤヲ確ト看認メタルコトナシ、然ルニ原院ハ事實曾テ無キコトヲ理由トシ、從參加人ノ申立ヲ斥ケラレタルハ不法ナリ

判決要旨

大鳥圭介上告趣旨ハ、原裁判官ノ職權ニ屬スル證據取捨事實認定ノ非難ニ過キサルヲ以テ上告ノ理由ト爲ラス、又平沼八太郎ノ趣旨ニ基キ原院ノ訴訟書類ヲ見ルニ、大鳥圭介代人ハ『本訴甲二號預リ券ハ、被上告人ニ地所家屋代金ノ內トシテ交付セシモノ』ト陳述シアリテ、上告人カ云フ如キ陳述ヲ爲シタルコトノ見ルヘキモノナシ、然レハ大鳥圭介代理人ノ陳述ト從參加代理人ノ陳述ト相抵觸スルカ故ニ原院カ民事訴訟法第五十四條第二項ニ依リ主タル大鳥圭介代理人ノ陳述ヲ以テ標準トセシハ相當也、要スルニ上告論旨ハ原裁判官ノ職權ニ屬スル事實ノ認定ヲ非難スルニ過キサルヲ以テ上告ノ理由ナキモノトス、依テ本件上告ハ之ヲ棄却ス

裁判長判事　中村元嘉　判事　荒木博臣　同　河口定義
同　小松弘隆　同　本多康直　同　高木豐三
同　柳田直平

判例　四二　佐藤權四郎對小川千代吉不動產假處分解除要求件

明治廿五年大審院第十四號　同年三月九日第一民事部判決

第二審裁判所ニ於テハ、第一審ニ於テ從參加ノ上申立タル事項アルモ、第二審ノ訴訟ニ參加セサルトキハ、其事項ニ付キ審判スヘキモノニ非ラス

第五十三條　他人ノ間ニ權利拘束ト爲リタル訴訟ニ於テ其一方ノ勝訴ニ依リ權利上利害ノ關係ヲ有スル者ハ訴訟ノ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハス權利拘束ノ繼續スル間ハ其一方ヲ補助(從參加)スル爲メ之ニ附隨スルコトヲ得

第五十六條　從參加ハ本訴訟ノ繫屬スル裁判所ニ申請ヲ以テ之ヲ爲ス可シ

上告人　佐藤權四郎　代理人　秀島虎二郎
被上告人　小川千代吉

判決要旨

上告三ノ趣旨ハ、原院カ甲三號ヲ判決理由ノ根據ト爲シタルハ武兵衞カ甲一號賣買契約ノ保證人タリシニ由ルモノト云ハンカ、是レ條理ノ許サヽル所ナリ、何トナレハ武兵衞ハ右賣買契約ニ付キ單ニ保證人タリシニ過キスシテ、自ラ賣主ト爲リタルニ非ス、又固ヨリ地所ニ就テノ關係ヲ顯ハシテ保證人ニ立チタルニモ非ラサレハナリ、又原院カ專ラ甲三號ニ據テ判斷シタルハ、武兵衞ヲ以テ被上

第九條　告訴人所上申人ハ其聽ヲ許サレタルモノトセンカ、然レトモ判文上佐藤常吉ヲ以テ賣主ト確認シタルコトハ、甲一號ヲ有効トナシタルニ依テ明白ナルノミナラス、武兵衛ヲ以テ實際ノ賣主ナリト認メタルノ理由毫モ視ルヘキモノ無キヲ以テ知ルヘシ、良シヤ假リニ武兵衛ヲ以テ賣主ト見做シタルモノトセンカ武兵衛ハ第一審ノ際從參加人トナリ、被上告人ト常吉トノ賣買ハ錯誤ニ出テタルモノナリ、又手附金ノ倍額ヲ償フテ解約シタルモノナリト明言シタルニモ拘ハラス、原院ハ此武兵衛ノ申立ヲ不問ニ付シ且其申立ノ眞否ヲモ判定セスシテ、漫リニ武兵衛ヲ賣主ト見做シ甲三號ノミニ依リタルハ緊要ナル事實ノ審理ヲ缺キ、且緊要ナル判決ノ理由ヲ缺キタル不條理ノ判決ナリト云フニ在レトモ、原院ハ第二審ノ訴訟ニ參加セサル武兵衛カ第一審ノ際ニ爲シタル申立ニ付キ審判スヘキモノニ非ス、而シテ原判決ハ上告一ニ付キ說明セシ如キ趣旨ナレハ、上告人云フ如キ不條理ナルモノニアラス、上ニ說明スル理由ニ依リ、本上告ハ民事訴訟法第四百三十九條ニ從ヒ棄却ス

第四條　上告ハ呼出ス上述ノ如キ方式及上告人ハ其期間ニ起算シ四百廿日ノ規定ニ從ヒ棄却ス

第十四條　上告人ハ其期間ニ起算シ四百廿日ノ規定ニ從ヒ棄却ス

第三百三十九條　上告人ハ其期間ニ起算シ四百廿日ノ規定ニ從ヒ棄却ス

之ヲ決スルニ當リテハ、上告人ハ其期間ニ起算シ四百廿日ノ規定ニ從ヒ棄却ス

可キモノトセンカ、上告人ハ其期間ニ起算シ四百廿日ノ規定ニ從ヒ棄却ス

シ

裁判長判事　栗塚省吾　判事　寺島直　同　岡村爲藏

同　井上正一　同　芹澤政溫　同　西川鐵次郎

同　中尾眞晃

第四節　訴訟代理人及ヒ補佐人

判例　四三　增田安五郎對村上喜代治預金請求件

明治廿五年大審院第五百六十二號　同廿六年三月廿一日判決

『答辯結局訴訟代理ノ事』ト云ヘル訴訟委任ニハ、請求ヲ認諾スヘキ委任ヲ包含セス

第六十五條　訴訟代理人ハ特別ノ委任ヲ受クルニ非サレハ、控訴若クハ上告ヲ爲シ、再審ヲ求メ、代人ヲ任シ、和解ヲ爲シ、訴訟物ヲ拋棄シ、又ハ相手方ヨリ主張シタル請求ヲ認諾スル權ヲ有セス

上告人　增田安五郎　代理人　瀨下清通

被上告人　村上喜代治　代理人　浦田治平

上告要旨

原裁判所ハ、第一審公廷ニ於テ被上告人ノ請求ヲ認諾シタルモノトシテ判決セラレタルモ、上告人カ第一審訴訟代理人ニ與ヘタル委任ハ通常ノ委任ニシテ、訴訟物ヲ認諾シ得ヘキ特別委任ニアラス、然ルニ原裁判所カ此ノ法律上無効タル

第四百三十六條　裁判ノ場合ニ於テハ常ニ法律ニ基キ判決スルモノトス

第五　訴訟手續ニ於テハ原告ニ訴ヘサセシトキ若クハ被告ニ代理ヲ規定スルコトヲ法律ニ違背セル不法ノ裁判也トイフニ在リテ、被上告訴訟代理人浦田治平ハ上告棄却ノ申立ヲ爲シタリ

判決要旨

上告人增田安五郎ヨリ第一審訴訟代理人戸田慥爾ニ付與シタル委任狀ニハ(前略)『貸金請求ノ證書訴訟事件ニ對スル答辯結局訴訟代理ノ事』トアリテ民事訴訟法第六十五條第二項ノ規定ニ從ヒ請求ヲ認諾スルニ付テノ代理權ヲ有セサルモノトス、故ニ同法第四百三十六條第五ニ該當スル違法ノ裁判トシテ原判決ヲ破毀シ、更ニ辯論及ヒ裁判ヲ爲サシムル爲メ原院ニ差戻ス

裁判長判事　中村元嘉　判事　荒木博臣　同　小松弘隆
同　本多康直　同　高木勤　同　河口定義
同　柳田直平

判例　四四　佐藤ま対さ　佐藤鐵之助　遺跡相續故障件

明治廿四年大審院第六十九號　同廿五年二月八日第一民事部判決

二個ノ請求點ニシテ假令ヒ幷行スヘカラサル場合ト雖モ、訴訟代理人カ其第一點ヲ取消スニハ、特別ノ委任ナカル可カラス

第六十五條　訴訟代理人ハ特別ノ委任ヲ受クルニ非サレハ、控訴若クハ上告ヲ爲シ、再審ヲ求メ、代人ヲ任シ、和解ヲ爲シ、訴訟物ヲ拋棄シ、又ハ相手方ヨリ主張シタル請求ヲ認諾スル權ヲ有セス

上告人　佐藤まさ
被上告人　佐藤鐵之助　代理人　瀧澤信次郎

上告要旨

本訴起訴ノ要點ハ遺跡相續故障ノ爭ヒニシテ、第一審々理中、後見人解除ノ點ヲ追求シタルモノニシテ其ノ主要ノ爭點二アリテ、此二點ニ對シ控訴ヲ爲シタルモノナルコトハ、控訴狀幷ニ訴訟代理委任狀ニ徵スルモ明瞭ナリ、然ルニ原院ハ其ノ第一點タル、遺跡相續故障ノ點ニ裁判ヲ與ヘサルハ不法ナリ、而シテ原院判決事實ノ申立中ニ『相續取消請求ハ之レヲ取消シタルモ』云々トアッテ、控訴審理中、控訴訴訟代理人カ其請求ヲ取消シタルモノヽ如ク記載アレトモ、曾テ上告人ニ於テ控訴ノ一部ヲ取消スコトヲ、訴訟代理人ニ控訴中更ニ委任シタルコトナシ、去レハ民事訴訟法第六十五條第二項ニ規定ノ如ク特別ノ委任ヲ受ケサレハ

訴訟代理人ニ爲シ能ハサル無効ノ取消ヲ申立タリトテ、判決ヲ與ヘサルハ不法ナリ

判決要旨

本訴ノ請求點カ、第一、遺跡相續故障ト、第二、後見人解除ノ二箇ナリシコトハ、控訴狀及ヒ訴訟代理ノ委任狀ニ照シテ明瞭ナリ、尤モ上告人ハ代理人ヲ以テ訴訟ヲ爲シタルニ付キ、代理人ヨリ第一請求點ノ取消ヲ爲シタルモノトスルモ、特別ノ委任ヲ與ヘタルコト無ケレハ、民事訴訟法第六十五條第二項ニ依リ、其申立ハ無効ニ屬スヘキモノナルニ、原控訴院カ之ヲ有効ニ取消サレタルモノト爲シ、此點ヲ裁判セサルハ不法ナリトイフニ在リ、而シテ民事訴訟法第六十五條第二項ニハ『訴訟代理人ハ特別ノ委任ヲ受クルニアラサレハ云々、訴訟物ヲ抛棄シ又ハ相手方ヨリ主張シタル請求ヲ認諾スルノ權ヲ有セストアルカ故ニ、其二個ノ請求點ニシテ縱ヒ幷行スヘカラサルノ條理アルニモセヨ、原控訴院カ訴訟代理人ニ於テ其第一請求點ヲ取消シタリトスルニハ、民事訴訟法第六十五條第二項ノ規定ニ從ヒ特別ノ委任ナカル可カラサル筋ナリトス、左スレハ原控訴院カ特別ノ委任ナキ訴訟代理人ノ申立ニ依リ、第一請求點ノ取消ヲ看認メ、之ニ判決ヲ與ヘサリシハ、民事訴訟法第六十五條第二項ノ規定ヲ毀壞シタル不法ノ裁判ナリトス依テ民事訴訟法第四百四十七條ニ依リ、原判決ヲ破毀シ、仍ホ同條第四百四十八條ニ依リ、本件ヲ原控訴院ニ差戻ス

裁判長判事　栗塚省吾　判事　寺島直　同　岡村爲藏
同　井上正一　同　芹澤政溫　同　西川鐵次郎
同　中尾眞晃

判例　四五　大淵吉太郎對戸部榮藏外一名抵當地所登記、無盡掛返滯米請求件

明治廿七年大審院第三百十七號　同年十一月廿七日第一民事部判決

一、民事訴訟法ニ於テ認諾ト稱スルモノハ、請求ヲ認諾スルノ謂ニシテ、對手方ノ請求ニ承服シ其爭訟ヲ止息スルヲ謂フ、故ニ或ル負担ヲ認メタル而已ニシテ、其請求ニ承服セサルノ行爲ハ、自白ト云フヘクシテ認諾ト云フ可カラス

二、認諾ニ付テハ特別委任ヲ要スルモ、自白ニ就テハ其必要ナシ

第五百一條　訴訟代理人ハ特別ノ委任ヲ受クルニ非サレハ控訴若クハ上告ヲ爲シ、再審ヲ求メ、代人ヲ任シ、和解ヲ爲シ、訴訟物ヲ拋棄シ、又ハ相手方ヨリ主張シタル請求ヲ認諾スル權ヲ有セス

第五百一條ノ付權限ヲ以テ職權ノ爲ス宣假執行ノ決定ハ左ニ付ノ言渡ヲ可シ

第一審ニ敗訴ス判決言渡ヲ認諾ス

上告人　大淵吉太郎
被上告人　戸部榮藏外一名

代理人　太田資時
同　里見恭次郎

上告要旨

上告人ハ抵當地所登記幷ニ無盡掛返シ滯米請求事件ニ付キ、宮城控訴院カ明治廿七年九月三十日言渡シタル判決ニ對シ、全部破毀ヲ求ムル申立ヲ爲シタリ、其上告第二點ハ、凡ソ訴訟代理ハ民事訴訟法第六十五條ノ規定スル如ク、特別ノ委任ナキ限リハ相手方ノ請求ヲ認諾スル權限ヲ包含セサルモノトス、故ニ假令ヒ代理人ニ於テ認諾ヲ爲スコアルモ、其認諾ハ即チ無効ナリト云ハサルヘカラス、然ルニ原院ニ於テ控訴代理人ハ認諾ノ特別權限ヲ有セサルニ拘ハラス、無盡親掛米壹石貳斗ニ付キ、認諾ニ基キ判決ヲ下シタルハ違法ノ判決ナリ、且ツ夫レ認諾ニ基ク判決ハ、民事訴訟法第五百一條ニ從ヒ、職權ニ依リ假執行ノ宣言ヲ付セサルヘカラス、然ルニ之ヲ付セサルハ徹頭徹尾違法ヲ免カレサルモノト確信スト云フニ在リ

判決要旨

民事訴訟法ニ於テ認諾ト稱スルモノハ請求ヲ認諾スルノ謂ニシテ則チ一方ノ當事者カ對手方ノ請求ニ承服シ、其爭訟ヲ止息スルニ在リ、而シテ爭訟ヲ止息スル爲メノ認諾ト抗爭ヲ事トスル訴訟代理トハ、其旨意氷炭相容レス、認諾ヲ以テ訴訟代理ノ目的ヲ達スル必要若クハ直接ノ結果ト看做スコトヲ得サルヨリ、法律カ認諾ニ對シ特別委任ヲ必要トスル所以ナリトス、然ルニ親掛米ニ關シ、上告代理人カ原法廷ニ於ケル申立ハ、原判文ニ開示セラルヽ如ク之カ負擔ヲ看認メタレ而已ニシテ、其請求ニ承服セス、却テ計算上被上告人ヨリ受取ルヘキ部分アリト抗爭シタルモノナレハ、此所爲ハ民事訴訟法上之ヲ稱シテ自白ト云フ可クシテ認諾ト云フ可キモノニアラス、隨テ右ノ事項ニ對シ特別委任ノ必要ナキコトヲ知了セラルヘシ、故ニ此點モ亦上告ノ理由ナキモノトス、依テ本件ノ上告ハ之ヲ棄却ス

判例　四六　白山俊一對齋藤四郎兵衛外七十三名衆議院議員選擧不當件

明治廿五年大審院第二百二十八號　大審院第二民事部判決

訴訟委任ノ如何ハ裁判所ハ職權ヲ以テ之ヲ調査セサル可カラス、其ノ委任欠缺ノ抗辯アル場合ハ殊ニ然リトス

第六十四條　訴訟委任ハ裁判所ノ記錄ニ備フ可キ書面委任ヲ以テ之ヲ證ス可シ、私署證書ハ相手方ノ求メニヨリ之ヲ認證ス可シ、其認證ハ公證人之ヲ爲シ又ハ相當官吏之ヲ爲スコトヲ得

第七十條　裁判所ハ職權ヲ以テ委任ノ欠缺ヲ調査シ、委任ナク又ハ適式ノ委任ナク、代理人トシテ出頭スル者ニ事情ニ從ヒ費用及ヒ損害ノ保證ヲ立テシメ、又ハ之ヲ立テシメスシテ假ニ訴訟ヲ爲スコトヲ許スコトヲ得

上告人　白山俊一　代理人　山田喜之助　同　岡村輝彦

被上告人　齊藤四郎兵衛外六十六名　代理人　桑田房吉

同　小竹助四郎外六名

判決要旨

小竹助四郎等ヨリ白山俊一ニ係ル衆議院議員選擧不當事件ニ付、富山地方裁判所カ明治二十五年四月四日言渡シタル判決ニ對シ、上告人ヨリ全部破毀ヲ求ムル申立ヲ爲シ、且ツ小竹助四郎外六名ニ對シ、缺席ノ儘判決ヲ受ケタキ旨申立テ、被上告人ハ上告棄却ノ申立ヲ爲シタリ

上告第一、二、三點ノ要ハ上告人ハ被上告人ノ訴訟代理委任ニ欠缺アルヲ申立テ判決ヲ求メ、訴訟法第六十四條第二項ニ依リ、戸長ハ相當官吏ニ非サルコトヲ申立テ、猶ホ私署證書認證ノ方法ニ關シ原被相爭フタルニ、原院カ右等ノ爭點ニ關シ一モ判決ヲ爲サヽリシハ違法ナリト云フニ在リ、仍テ之ヲ審按シ訴訟記錄ヲ調査スルニ、上告人ハ明治二十五年三月二十三日附書面ヲ提出シ『原告訴訟代理ノ委任ハ頗ル疑ヲ容ルヘキモノアルニ付キ之ヲ確實ナラシムル爲メ、委任狀ノ認證ヲ求メ度、民事訴訟法第六十四條第二項ニ基キ此段申立候也』トアリ、又同年三月二十八日付答辯書第二項ニ『原告中或ル部分ハ訴訟ヲ爲スノ意志ナク、隨テ被告ハ原告訴訟代理人ニ對シ委任ノ認證ヲ求メ、其適法ノ認證ナキ原告ニ對シテハ委任欠缺ノ抗辯ヲ提出ス』トアリ、而シテ同日午後第一時開廷調書上告人申立ノ部ニ『先キニ委任狀ノ認證ヲ見タルモ適法ノモノト認ムルコトヲ得ス、則チ其證シタル人ヨリスルモ、又其式ヨリスルモ正當ノ認證ト認メサルガ、若シ原告ニ於テ之ヲ正當ノモノト申スナラ、本案ニ入ル前ニ其理由ヲ聞キタシ、公吏ヲ官吏ト同一ニ見做ストイフコトアリト原告ハ申スモ夫レハ官文書僞造等ノ場合ヲ申スモノニテ、民事訴訟法ニ適用スヘキモノニアラス、夫レニ付テハ別段ニ判

決アルカ、又ハ本案ト共ニ判決アルカ、當廳ノ御處分ニ任ス、妨訴ノ抗辯ニハアラサルモ取調ヲ乞フ、且ツ此ノ認證ニ付テハ只『右ノ通リ相違ナシ』ト記シタルダケニテ、果シテ一々原告カ委任シタルヤ否ヤ知ルヘカラス、又タ其認證ニハ原告ノ一人カ認證シタルモノアリ、又タ認證ナク、シテ印鑑證明書ノミアルモノモアリ、右ノ如ク委任ノ欠欲シタルモノニ付キ、進テ本案ニ入ルモ無用ナリト信ス、民事訴訟法第六十四條ハ、公證人又ハ相當ノ官吏之ヲ爲スヘシトアリ、此ノ相當官吏トハ裁判所ノ書記カ認證ヲ與フヘキモノナリト信ス、加之其認證ニハ一々其理由ヲ書テ認證スヘキモノナリ』云々トアリ

抑モ訴訟代理委任ノ如何ハ訴訟能力ニ關スルヲ以テ、裁判所ハ職務上之カ調査ヲ爲サヽルヘカラス、殊ニ上文ノ如キ委任欠缺ノ抗辯アル場合ハ猶更ノ事ナリトス

同調書末尾ニ『裁判長ハ當廳ニテハ正當ノ委任ト信スルニ付キ、此ニ付キ別ニ決定ヲ與ヘスト告ケタリ』ト記載セリ、右ノ告言タル正當ノ委任ト信スル旨ナレトモ、明カニ決定ヲ與ヘスト告ケタルモノナレハ、上告人ニ於テ之レヲ承諾スレハ格別、苟モ然ラサル場合ニハ必スヤ之カ裁判ヲ爲サヽル可カラサルモノトス、如何トナレハ決定ヲ與ヘストアリテハ、上告人ハ抗告等ノ手續ヲモ爲ス能ハスシテ、結局裁判ナキト同一ナレハナリ、然ルニ上告人ハ次回即チ同年同月三十日審廷ニ於テ、猶又『被告ニ於テハ先キニ委任狀ノ認證ハ認メサル旨申タルカ、只今モ猶此レヲ眞正ト認メサルニ付、本案ト併セテ判決アリタシ』ト申立タルニモ拘ハラス、原裁判所カ之ヲ不問ニ付シタルハ、判スヘキ要點ヲ判セサルモノニテ不法タルヲ免レス、之レ主文ノ如キ判決ヲ爲ス所以ナリトス、但シ原裁判ノ要所ニ不法アリ、破毀ヲ免レサルコト本文說明ノ如クナル以上ハ、他ノ上告點ニ對シ一々說明スルノ必要ナキヲ以テ、茲ニ之ヲ畧ス、依テ富山地方裁判所カ本件ニ付キ言渡シタル判決ヲ破毀シ、更ニ辯論及ヒ判決ヲ爲サシムル爲メ同裁判所ニ差戻ス

裁判長判事　高木　勤　　判事　增戸武平　　同　谷津春三
同　小杉直吉　　同　兒玉淳一郎　　同　木下哲三郎
同　西川鐵次郎

判例論評　二二

本件大審院判決ハ果シテ其當ヲ得タルモノナル乎、予ハ容易ク然リト答フル

能ハサル也、先ツ代理ノ點ニ關シテ予カ信スル所ヲ陳ヘ、二ニ除ロニ判決ノ論評ニ及バム、民事訴訟法第六十四條ニ所謂ル『相當官吏』トハ果シテ何ヲカ指ス乎、上告訴訟代理人ハ之レヲ解シテ裁判所書記ト爲シ、戸長ノ如キハ之レニ該當セスト爲セリ、之レ果シテ當ヲ得タル乎、予ハ想ヘラク『戸長ノ如キモ勿論本條ノ所謂相當官吏タルニ該當ス』ト、其理由下ノ如シ、曰ク、本條ニ於テ認證スルコトヲ得セシムルモノハ私署證書ニ在リテ公正證書ニ在ラス、何故ニ公正證書ニ認證ヲ要セスシテ獨リ私署證書ニ認證ヲ要スル乎、曰ク、公正證書ハ僞造ノ申立アル迄ハ其證書ハ其吏員ヨリ出タルモノト推定ス、私署證書ニハ此推定ナシ、故ニ私署證書ニ認證ヲ爲サシメテ以テ公正證書ト爲シテ、而シテ此推定ヲ生セシム、此推定ヲ生セシムレハ以テ如何ノ効力アル乎、曰ク、既ニ公正證書タルノ推定生スレハ、公正證書ハ吏員ノ面前ニテ爲シタル當事者ノ行爲及ヒ申述ニ付キ其吏員ノ陳述ノ證據ハ何ヲカ證明スル乎、曰ク、當事者カ吏員ノ面前ニテ爲シタル行爲ト申述トヲ證明ス、然ラハ面前ニテ爲シタル行爲ト申述トハ抑モ何ヲカ云フ乎、曰ク、當事者ノ署名捺印是也、然ラハ則チ公正證書ハ當事者ノ署名捺印ヲ證明スルモノ也、當事者ノ署名捺印ハ何人カ能ク之レヲ確メ得ル乎、曰ク市町村役場ニハ當事者ノ印鑑ヲ備フ、市町村長ニ於テ最モ能ク之ヲ確メ得ヘシ、則チ所謂ル私署證書ヲ認證セシムル最モ相當ナル官吏ニ非ラスヤ、之レ予カ同條ノ『相當官吏』ノ文字ヲ解シテ戸長モ亦タ恰當スト爲ス所以ノモノタリ、其ノ法文ニ『公吏』ト無クシテ『官吏』ト書スルヲ以テ、言ヲ須ルカ如キハ文字ニ拘泥スル僻論ナルノミ

予ハ二ニ上告判決ノ論評ニ入ラム、判決ノ說明ニ依テ之ヲ見ルニ、上告人ハ第一審ニ於テ代理欠缺ノ抗辯ヲ提出シタルカ如シトイヘトモ、後ニ『妨訴ノ抗辯ニアラサルモ取調ヲ請フ』云々ト辯論中申立テタルヨリ見レハ、妨訴ノ抗辯ヲ爲シタルモノニ非ラサルカ如シ、若シ果シテ然リトセハ、裁判所ハ必スシモ別ニ判決ヲ爲サヽルモ決シテ違法ニアラス、則チ調書末尾ニ記載セル如ク『決定ヲ與ヘス』トイフモ決シテ不法ニアラス、何トナレハ妨訴ノ抗辯ニアラサル以上ハ本案ノ判決前別ニ分離シテ裁判ヲ爲スヘキ要アルノミナラス、職權ヲ以テ委任ヲ裁判スル場合トイヘトモ、本案ノ判決ト同時ニ爲ス素ヨリ毫モ不法

第百三十條　調書ニ記載シタル決定ハ左ノ諸件ヲ明確ニスヘシ

一　第五號ニ該當スル裁判ナルコト

二　調書ニ作リ添ヘタル裁判ヲ付セサル書面

ニアラサレハ也、然ルニ上告判決カ『必スヤ之レカ裁判ヲ爲サヽルヘカラサルモノトス』ト判定シタルハ之レ果シテ當ヲ得タルモノナル乎

上告判決ハ亦タ右前審ニ於テ『當廳ニテハ正當ノ委任ト信スルニ付キ別ニ決定ヲ與ヘス』ト告知シタル點ニ付キ『決定ヲ與ヘストアリテハ上告人ハ抗告等ノ手續ヲモ爲スコト能ハスシテ、結局裁判ナキト同一ナリ』云々ト判定シタリト雖モ、予ハ之レ頗ル誤レルモノニ非ラサルナキ乎ヲ疑フ、前審ニ於テ決定ヲ與ヘスト告知シタル告言ハ、抑モ如何ノ性質ノモノナル乎、予ハ斷シテ又タ、一個ノ裁判ナルコトヲ信ス、換言セハ此ノ告言タル則チ上告人カ爲シタル代理人ノ欠缺ノ申立ニ付キ裁判ヲ受ケタシトノ申立ヲ却下シタル裁判ナリ、之レ則チ其告言ニ『當廳ニテハ正當ノ委任ト信スルニ付キ』云々、其意見ヲ表示シタルヲ以テ寔ニ明白タルニ非ラスヤ、更ラニ換言セハ、之レ則チ民事訴訟法第百三十條第五號ニ該當スル裁判ナルコト明白也、夫レ既ニ裁判ナリ、何ヲ以テ乎裁判ナキト同一ナリト云フヲ得ンヤ、又何ヲ以テカ抗告ヲ爲スコトヲ得スト爲サムヤ、又何カ故ニカ判スヘキ要點ヲ判セサルモノト謂ハムヤ、予ハ論シ來テ甚タ之レヲ解スルニ苦ムヽ只夫レ右ノ告言タル裁判所ノ合議タル決定ニアラスシテ、裁判長一個ノ命令ナリ、是レ只タ少シク瑕瑾タルノミ、然レトモ其ノ抗告ヲ爲シ得ラルヽニ至テハ幾ムト疑アルコトナシト信スル也

本件ノ上告ハ富山地方裁判所ノ判決ニ對シテ大審院ニ上告シタルモノニシテ本件判決ハ即チ其上告判決也、故ニ本件ニ付テハ控訴ノ審理ナキモノタリ由是觀之本訴ハ題シテ衆議院議員選擧不當事件ト云フト雖モ、其實ハ選擧ノ不當ヲ鳴ラスモノニ非スシテ選擧人名簿ノ脱漏又ハ誤載ノ申立ニ對スル選擧長ノ判定ニ服セサルノ訴訟ニシテ即チ判定訴訟ナリ、故ニ當選訴訟ニ非サルコト勿論ニシテ又普通ノ訴訟ニ非サルナリ、則チ衆議院議員選擧法ノ左ノ條文ニ該當スルモノナルカ如シ

第二十六條　申立人又ハ被告人ニ於テ選擧長ノ判定ニ服セサルトキハ選擧長ヲ被告トシ判定ノ日ヨリ七日以内ニ始審裁判所ニ出訴スルコトヲ得

第二十八條　前條ニ於ケル始審裁判所ノ裁判ハ控訴スルコトヲ許サス但

シ大審院ニ上告スルコトヲ得

若シ夫レ本件ヲ以テ普通ノ訴件ト爲サン乎、控訴ノ審理ヲ缺ケルモノタルヲ以テ第一ニ此點ニ對シテ疑ヲ抱カサル可カラス、予ハ本件判決ノ判文ノミニ於テハ果シテ判定訴訟ナルヤ否ヤヲ見ルヲ得スト雖モ、自ラ判定訴訟ト解シ上告人ハ實ニ其選擧長ナラント想像シタリ、參考ノ爲メ之ヲ附記ス

判例　四七　林常橘外十二名對藤政吉辨償金請求件

明治廿七年大審院第五十四號　同年九月十八日第一民事部判決

訴訟委任ハ各審級ニ於テ審査スヘキモノナルヲ以テ、第一審ニ於テ欠缺アリタリトスルモ第二審ニ於テハ何等ノ申立ナキ場合ハ、職權ヲ以テ其第二審ニ於ケル欠缺ノ有無ヲ調査スヘキ義務アルコトナシ。

第七十條　裁判所ハ職權ヲ以テ委任ノ欠缺ヲ調査シ委任ナク又ハ適式ノ委任ナク代理人トシテ出頭スル者ニ事情ニ從ヒ費用及ヒ損害ノ保證ヲ立テシメ又ハ之ヲ立テシメスシテ假ニ訴訟ヲ爲スヲ許スコトヲ得

上告人　林常橘外十二名、
被上告人　藤政吉

代理人　有泉義行

上告要旨

上告第七點ハ、本件訴訟ハ明治二十六年四月一日代言人保倉熊次郎ヨリ原告訴訟代理人タル資格ヲ以テ新潟地方裁判所ヘ提起セラレタル者ナリ、抑モ代理人ヲ以テ爲ス訴訟ハ委任狀又ハ判事ノ面前ニ於ケル本人ノ口頭委任ヲ以テ其代理資格アルコトヲ證明スヘキハ論ヲ俟タス、然ルニ被上告人ノ第一審訴訟代理人タル保倉熊次郎ハ口頭辯論終結ニ至ル迄曾テ代理ノ資格アルコトヲ證明シタルコト無之、左スレハ第一審裁判所ハ其職權ヲ以テ當然原告ニ代理人ナシト決定シ其訴訟ハ無効ナリトシテ請求ヲ排斥スヘキモノナルコトハ民事訴訟法第七十條ノ命スル處ナルニ第一審裁判所ハ代理資格ノ有無ヲ調査セス、漠然上告人ノ請求ヲ排斥シタルハ法律ニ違ヒタル不法ノ判決ナリ、然リ而シテ原院ハ覆審裁判所ナルニ付キ宜シク第一審判決ノ當否ヲ審明シテ、前述ノ如キ不法ノ判決ハ辯論ノ有無ヲ問ハス、法律ノ命令ニ從ヒ職權ヲ以テ當然之ヲ取消シ、被上告人ノ請求ヲ排斥スヘキ筈ナルニ、第一審ト同一ノ誤謬ニ陷リ、第一審判決ヲ相當ナリト認定シテ上告人ノ控訴ヲ棄却シタルハ則チ法律ニ違ヒタル判決ニシ

テ民事訴訟法第四百三十四條第四百三十六條第五ニ相當スル上告ノ理由アル違法ノ判決ナリト云フニ在リ

判決要旨

依テ案スルニ訴訟ノ冒頭ニ『新潟縣云々原告藤政吉同縣云々代言人右訴訟代理人保倉熊次郎』トアリ又其附屬書類表示ノ部ニ『訴訟代理委任狀一通』トアリ然レハ第一審裁判所ハ當時代言人タル保倉熊次郎カ右委任狀ニ依リ適式ノ訴訟委任ヲ受ケ居ルコトヲ查認シタルヲ了知スルニ足ルノミナラス況ンヤ訴訟代理ノ委任ハ各審級ニ於テ審查スヘキモノハナルヲ以テ假令第一審ニ於ケル訴訟代理委任ニ付欠缺アリタリトスルモ第二審ニ於テ何等ノ申請ナキ場合ニ在テハ職權上之ヲ調查スヘキ義務アリトスルヲ得サルニ於テヲヤ本上告モ亦採用セス右ノ理由ナルヲ以テ民事訴訟法第四百三十九條第一項ニ依リ之ヲ棄却スヘキモノトス

判例論評　補充　二

第四百四十七條　上告ヲ理由アリトスルトキハ不服ヲ申立テラレタル判決ヲ破毀ス可シ訴訟手續ニ關スル規定ニ違背シタルニ因リ判決ヲ破毀スルトキハ其違背シタル部分ニ限リ訴訟手續ヲモ亦破毀ス可シ

控訴ハ覆審ニシテ第一審判決ハ當否ヲ判定スルノ所ニ非ス是其ノ上告ト最モ目的ヲ異ニスルノ所也此故ニ控訴審ニ在テハ控訴事件ノ審查ヲ爲スヲ以テ其權利トシ其義務ト爲ス第一審判決ノ當否曲直ヲ判スルカ如キハ寧ロ其義務ニ非サル也之ヲ以テ申立アラサル限リハ第一審ニ於ケル訴訟手續ノ當否ヲ判定スルノ要ナキノミナラス假令ヒ申立アル場合ト雖モ事件其モノヽ裁判ヲ爲ス以上ハ必スシモ第一審ニ於ケル手續若クハ判決ノ適否ヲ判定スルノ義務アルコトナシ是則チ控訴ニ於テ第四百四十七條ト同一ノ規定ヲ爲サスシテ却テ第四百二十三條ノ規定ヲ爲シタル所以ノ理タリ既ニ此理ニシテ明カナランカ第二審裁判所カ苟モ事件ヲ裁判シタル以上ハ第一審判決ノ當否ヲ判定セサルハ決シテ上告ノ理由タラス否ナ寧ロ能ク控訴ノ性質ヲ解シ得タルモノタルモ亦明白也而シテ本件判決ノ當ヲ得タルコトモ亦タ言ヲ須ヒサル也

第五節　訴訟費用

判例　四八　澁澤榮一訴訟費用確定決定抗告件

明治廿八年大審院抗告第二號　同年二月十六日決定

一、訴訟費用ハ必要ニシテ且現ニ費シタルモノタルヲ要スルハ訴訟費用法ノ精神也、而メ反對ノ證アルニ拘ラス代人選定ノ事實ノミヲ以テ往復シタリトノ推定ヲ爲シタルハ必要且現實ナルヤ否ヲ顧ミサル不法ノ裁判也

二、休暇事件タラサルモノヲ休暇事件トシテ取扱ルヘキ旨ノ申請ヲ爲シタルハ必要ナラサル行爲ニ屬シ、對手者ヲシテ其費用ヲ辨濟セシムヘキ限ニ非ス

第七十二條　敗訴ノ原告若クハ被告ハ訴訟ノ費用ヲ負擔シ殊ニ訴訟ニ因リ生シタル費用ヲ相手方ニ辨濟スヘシ、但其費用ハ裁判所ノ意見ニ於テ相當ナル權利伸張又ハ權利防禦ニ必要ナリト認ムルモノニ限ル

抗告人　澁澤榮一　代理人　太田保太郎

抗告要旨

松永桝藏外二名ヨリ抗告人ニ係ル訴訟費用確定決定申請事件ニ付明治二十七年十二月二十日大阪控訴院カ爲シタル決定ニ對シ抗告人ヨリ抗告ノ申立ヲ爲シタリ其抗告要旨第一點ハ、原裁判第一ノ理由中『代理人ヲ選任スルニ當リ須ク面接委任ヲ爲スヘキハ普通ノ狀態ナリトス、各抗告人等カ受訴裁判所ニ到リタルヘキコト書類上ノ徵憑ナシト雖モ苟モ代理人ヲ選任シタル事實アル以上ハ各住所ヨリ受訴裁判所ニ到リタルモノト差違ナケレハ、則チ之ヲ訴訟費用トシテ計算スヘキハ當然ナリトス、如何トナレハ其書面委任ノ證アラサレハ普通ノ狀態ヲ履行シタルモノト認ム可キモノナレハナリ』云々說明セラレタレトモ、對手人共ハ米穀商ニシテ從來米穀ヲ兵庫ニ積ミ上リ販賣シ來リタリ、而シテ明治廿五年五月中對手人共カ抗告人ニ對スル委托物故障解除ノ訴訟ヲ提起セシ當時ハ、神戸市兵庫米穀問屋業岩田甚七方ニ滯在シ居リタルモノニシテ、其事實ハ該事件ノ第二審大阪控訴院民事第三部ニ於ケル明治廿五年十一月九日ノ口頭辯論調書中被控訴人ノ陳述及ヒ其判決書中被控訴人事實ノ要旨ニ記載アリテ、該事件訴訟提起ノ當時對手人共ハ兵庫ニ滯在シ居リタルコトハ既ニ自認スル所ニシテ、各住所ヨリ受訴裁判所ニ到リタルモノニアラサルハ明確ナル書類上ノ徵憑ナリ、然ルニ原裁判所カ右三名ニ對スル往復旅費ヲ削リタルハ不當ナリ

トシテ、神戸地方裁判所ノ決定ヲ廢棄シタルハ不法ナリト云フニ在リ

抗告要旨第二點ハ、原裁判所第二ノ理由中『凡ソ訴訟ヲ爲スニ當リ當事者ノ住所ヨリ受訴裁判所ニ到リ面接委任ヲ爲シタリト爲スヘキハ普通ノ狀態ナルコトハ前項說明スル所ノ如シ』云々說明セラレタレトモ、對手人共ハ米穀商人ニシテ從來米穀ヲ兵庫ニ積ミ上リ販賣スルヲ以テ常業ト爲スモノナルコトハ其自認スル所ナレハ、該事件ノ第二審ニ於テモ各住所ヨリ大坂ニ到リタルモノト認ムルヲ得ス、對手人共ハ該事件第一二審共ニ同一辯護士ヲ以テ代理人ト爲シタルヲ以テ見レハ、假リニ第二審ノ代理委任ノ當時ハ各住所ニ居リタルモノトスルモ訴訟全體ノ事實ニ通曉シタル代理人ニ對シ、更ニ面接委任ノ必要アルコトナシ、故ニ第二審ノ場合ハ面接委任ヲ爲サヽルヲ以テ却テ普通ノ狀態ナリト推定スルヲ正當ナリトス、如此キ事實ナル以上ハ漫然普通ノ狀態ニ依リテ推測スルヲ得サルニ拘ハラス、前項ト同シク神戸地方裁判所ノ決定ヲ廢棄シタルハ不法ナリト云フニ在リ

抗告要旨第三點ハ、原裁判第三ノ理由中『休暇事件トシテ取扱フヘキ旨申請スルモ亦是レ權利伸張方法ニ外ナラス』云々說明セラレタレトモ、休暇事件トシテ取扱ハルヘキモノハ裁判所構成法第百二十八條ニ於テ其種類ヲ限定シアル以上ハ同條第八號ニ依リ休暇部若クハ休暇部長ニ於テ直チニ着手スヘキ緊急ノモノト認メタル場合ハ格別、當事者ヨリ之レカ申請ヲ爲ス可キモノニ非ス、然ルニ對手人共カ之ヲ爲シタルハ全ク訴訟ノ實體ニ付權利伸張又ハ防禦上缺ク可カラサル方法ニ非スシテ訴訟手續上法律ノ認メサル行爲ヲ自ラ進ンテ爲シタルニ基ク費用ナルヲ以テ、訴訟費用トシテ抗告人カ負擔スヘキモノニアラス、然ルニ原院ハ之レヲ以テ原告人ノ負擔ニ歸シタルハ不當ナリト云フニ在リ

構百
成廿
法八
第條
百ハ件ニタル止訴ル着第暇部八手訴シ訟ル着ノ左休廿
休ノ緊手テ暇第着ル止訴タ
ス急ス直部八手訴シ訟ル着ノ左休廿
中事中事已事シ民手外ノ暇ノ
ナ中ス休於着キモメ事認ノ件
ニ　ニ　ニ　セ　ニ　ヘ　ニ　ニ　ヘ　ニ　ニ

決定要旨

依テ案スルニ(第一、二點)勝訴者カ相手方ヲシテ辨濟セシム可キ費用ハ必要ニシテ且ツ現ニ費シタルモノナルヲ要スルハ訴訟費用法ノ精神タル言ヲ俟タサルナリ、今抗告人ニ於テハ被抗告人等カ當時兵庫ニ滯在シ居リタル證明及第二審ノ場合大阪ニ到リタルコトナキ事由ヲ陳述スルモノアルノミナラス、原裁判所モ亦被抗告人等カ受訴裁判所ニ到リタル徵憑ナキヲ認メ乍ラ、其代理人ヲ選任

シタル事實ノミニ依リ面接ノ爲メ往復シタルヘキヲ推定セシハ必要ニシテ且ツ現ニ費シタルカ否ヤヲ顧ミサル不法アルモノトス

又タ(第三點)民事訴訟法第七十二條中『但其費用ハ裁判所ノ意見ニ於テ相當ナル權利伸張又ハ云々必要ナリト認ムルモノニ限ル』トアリ、乃チ被抗告人カ爲シタル休暇事件トシテ取扱ハルヘキ旨ノ申請ハ、原裁判書ノ明示スル如ク聽許セラレサリシモノニシテ、換言スレハ休暇事件タル可キモノニ非ラサルモノヲ以テ休暇部ノ審理ヲ申請シ爲メニ却下セラレタルモノナレハ、必要ナラサル行爲ニ屬スルカ故ニ抗告人ニ辨濟セシムヘキ限リニアラス、然ルヲ原裁判カ之ヲ削除シタル神戸地方裁判所ノ決定ヲ廢棄シ抗告人ニ辨濟ヲ命シタルハ不當ナリトス、以上ノ理由ナルヲ以テ民事訴訟法第四百六十四條ニ從ヒ原裁判ヲ廢棄シ、大阪控訴院ヲシテ更ニ本件ノ裁判ヲ爲サシムルモノ也

判例　四九　澁澤榮一訴訟費用確定決定抗告件

明治廿八年大審院抗告第五號

同年四月十六日決定

一、凡ソ敗訴者ヲシテ費用ヲ負担セシムルハ訴訟行爲ニ依リテ生シタル損害ヲ賠償セシムルニ外ナラス、故ニ勝訴者カ辨償ヲ求ムル所ノ費用ハ訴訟ノ爲メ現實ニ費シタルモノナルヤ否ヲ究ムルヲ必要トス

二、抑モ訴訟委任ハ書面ノ往復ヲ以テ爲シ得ヘク必シモ面接ヲ要セサルヲ以テ、單ニ訴訟委任ノ事實ノミヲ以テ面接ノ爲メ往復シタリト推定ス可カラス

第七十二條　敗訴ノ原告若クハ被告ハ訴訟ノ費用ヲ負擔シ殊ニ訴訟ニ因リ生シタル費用ヲ相手方ニ辨濟ス可シ但其費用ハ裁判所ノ意見ニ於テ相當ナル權利伸張又ハ權利防禦ニ必要ナリト認ムルモノニ限ル

抗告人　澁澤榮一　代理人　太田保太郎

抗告要旨

抗告人ハ松永桝藏外一名ヨリ係ル債權假差押解除請求事件ノ訴訟費用確定決定申請事件ニ付明治廿七年十二月十九日大阪控訴院カ宣言シタル決定ニ對シ抗告ノ申立ヲ爲シタリ、其抗告ノ旨趣ハ原決定書中抗告第三點『又抗告人松永桝藏ハ第二審訴訟中、西谷嘉吉ニ代リ本件ノ訴訟當事者ト爲リタリ、故ニ住所ヨリ受訴裁判所ニ至リタル往復旅費ヲ相手方ニ負担セシムヘキハ當然ナルニ、原判

決之ヲ删除セシハ不法ナリ』トノ理由ニ對シ原院ハ說明シテ曰ク『由テ之ヲ審按スルニ凡ソ訴訟ハ當事者ノ住所ヨリ受訴裁判所ニ到リタル者ト爲スヘキハ普通ノ狀態ナルコト第一抗告點ニ對シ說明シタル理由ナルヲ以テ、是亦相手方ニ於テ之ヲ負担スヘキモノナルニ之ヲ删除セシハ不法ノ決定ナリトス』ト而シテ其第一抗告ニ對スル說明ヲ案スルニ『凡ソ訴訟ヲ爲スニ當リテハ人々最愼重面接委任方法ヲ採ルヘキハ普通ノ狀態ナリトス、書面委任ノ如キハ事異例ニ屬ス云々』トアリ、抑モ本案債權假差押解除第二審ハ、抗告人ヨリ眞木甚之助、西谷嘉吉ノ兩名ニ對シ控訴セシモノニシテ、對手人松永桝藏ハ第二審ノ繫屬後即チ明治廿五年九月十六日被控訴人補助ノ爲メ有効ニ從參加ノ申請ヲ爲シ、而シテ其後同年同月十九日當事者ノ承諾ヲ得テ被控訴人西谷嘉吉ニ代リ訴訟ヲ引受タルモノナリ、夫レ斯ノ如ク對手人松永桝藏ハ訴訟引受ノ前即チ明治廿五年九月十六日從參加人トナリテ、本案ニ干與シツヽアリシニモ拘ラス、僅々四日ヲ隔ツル同年同月十九日ニ至リ、西谷嘉吉ニ代リ訴訟担任行爲ノ爲メ再ヒ住所ヨリ往復スルノ必要ナキノミナラス、僅々四日間ニシテ百有余里ノ距離ヲ往復スルハ實際爲シ能ハサル事タリ、加之元來對手人松永桝藏ハ米穀商人ニシテ、從來米穀ヲ兵庫ニ積上リ販賣スルヲ以テ常業ト爲シ、常ニ兵庫米穀問屋岩田甚七方ニ滯在シ居リタルモノナルコトハ、本案第二審大坂控訴院民事第三部ニ於テ明治廿五年十一月九日ノ口頭辯論調書被控訴人（即チ對手人）事實ノ陳述中『自分ノ持船又ハ流船ニテ兵庫ニ米ヲ積ミ上リ賣捌クモノナルカ、本件ノ係爭米モ廿四年九月以後積ミ上リ兵庫ノ岩田甚七ノ倉庫ニ委托シ、被控訴人モ同人方ニ止宿シ、相場ノ都合ヲ見合セ居リ、本年四月八日ニ至リ控訴人ハ委托ノ倉庫ニ封印シ被控訴人ノ處分ヲ害スルヨリ訴訟ヲ起シ、解除ヲ求ムル次第也』云々トアリテ、平素兵庫ニ滯在シ居ルモノナルコトハ自認スル所ナレハ、本案第二審ニ於テ特ニ住所ヨリ大坂ニ到リタルモノト認ムルヲ得ス、殊ニ從參加人トシテ既ニ訴訟ニ干與シツヽアリナカラ、僅々四日以後ニ於ケル訴訟担任行爲ニ付住所ヨリ往復シタリト稱スルハ事實ニ悖戻スルモノト云ハサルヲ得ス、況ンヤ本案ハ廿五年第二百二號委托物ニ對スル故障解除請求ノ控訴事件ト合併審理セラレタルノミナラス、對手人ハ該件ニ於テモ被控訴人ノ一人トシテ辯護士菊池侃二ヲ以テ訴訟代理人

トシ以テ同時ニ訴訟ニ干與シツヽアリ、加フルニ本案廿五年第百七十八號從參加申請ノ時ヨリ已ニ訴訟代理人ヲ以テ之カ申請ヲ爲シ居ル等ノ事實湊合スルニ於テヲヤ、現ニ住所ヨリ往復シタリトノ書類上ノ徵憑ナキ場合ニ於テハ、面接委任ヲ爲シタルモノト推定シテ旅費ヲ計算スルハ止ムヲ得サレ𪜈、前陳ノ如ク數多ノ事實ヲ以テ反對ニ證明シ得ラルヽ場合ニ於テハ、事實ニ重キヲ置カサル可カラサルヿハ言ヲ俟タス、要スルニ訴訟費用ハ敗訴者カ負担スヘキ損害ノ補償ニ過キサルヲ以テ、現實ニ生セサル不必要ノ費用ヲ包含スヘキモノニ非サルハ訴訟費用法ノ精神ナリトス、然ルニ原院ハ前陳述ノ如ク明カニ不必要ノ旅費ヲ以テ抗告人ノ負擔ニ歸セラレタルハ頗ル不當ナルヲ以テ、原決定ハ之ヲ廢棄セラレ更ニ公明ノ決定ヲ仰度ト云フニ在リ

決定要旨

依テ按スルニ、凡ソ敗訴者ヲシテ訴訟費用ヲ負担セシムルハ即チ其訴訟行爲ニ因リ生シタル損害ヲ賠償セシムルニ外ナラス、左レハ勝訴者カ辨償ヲ求ムル所ノ費用ノ現實訴訟ノ爲メニ費シタルモノナルヤ否ヤノ事實ヲ審究スルハ其費用額ヲ定ムルニ於テ最緊要ノ事ナリトス、本件抗告ニ係ル訴訟費用ハ勝訴者松永桝藏ヨリ神戸地方裁判所ニ提出シタル訴訟費用額計算書第十八項、即チ其金額二十圓六十錢ニシテ松永桝藏カ其住所ヨリ大阪控訴院迄ノ往復旅費トアルニ該當ス、而シテ一件記錄ニ依レハ、松永桝藏ハ明治廿五年九月十六日ヲ以テ大阪控訴院ニ向ヒ從參加ノ申請ヲ爲シ、尋テ同月十九日ニ至リ更ニ被控訴人西谷嘉吉ニ代リ其訴訟ヲ担任シタルモ、本件ト合併審理セラレタル委托物ニ對スル故障解除事件ト共ニ終始辯護士菊池侃二ヲ以テ其訴訟代理人ト爲シタルノミナラス、尙ホ同年十一月九日ノ口頭辯論調書中『松永桝藏ハ明治廿四年九月以後兵庫ノ岩田甚七方ニ止宿シタル等ノ記事ノ存スルコトハ總テ抗告人申立ノ通リニシテ、要スルニ松永桝藏ハ其訴訟事件ニ付辯護士菊池侃二ニ書面委任ヲ爲シタル事ノ外、其住所ヨリ大阪控訴院マテ自身往復ヲ爲シタル事跡ノ毫モ見ルヘキモノナシ、抑モ訴訟委任ノ如キ書面ノ往復ヲ以テ之ヲ爲シ得ヘク必スシモ面接ヲ要セサルモノナルカ故ニ單ニ其訴訟委任ヲ爲シタル事實ノミヲ以テ輙ク面接委任ヲ爲シタルモノト推定ス可カラサルハ言ヲ俟タサルナリ、況ンヤ上

文ノ事實ニ參照スレハ本件ノ如キハ却テ其反對ノ事實ヲ認メ得ヘキニ於テヲヤ、然ルニ原院ハ是等ノ事實ヲ審究セスシテ單ニ松永桝藏カ其代理人ニ訴訟委任ヲ爲シタル事實ノミニ依リ、而接ノ爲メ特ニ其住所ヨリ往復シタルモノト推定シタルハ、抗告人申立ノ如ク失當ノ裁判タルヲ免レサルモノトス

以上ノ理由ナルヲ以テ民事訴訟法第四百六十四條ノ規定ニ從ヒ大阪控訴院カ明治二十七年十二月十九日ニ宣言シタル訴訟費用額ノ決定ヲ廢棄シ、本院ハ更ニ其費用額六拾六圓五拾貳錢ノ内松永桝藏カ其住所ヨリノ往復旅費即チ貳拾圓六拾錢ヲ削減スヘキヲ相當トス、依テ原裁判ヲ廢棄シ更ニ抗告人ノ負擔スヘキ訴訟費用額ハ金四拾五圓九拾貳錢トス

判例　五〇　岡田太郎吉對田邊其治養育料請求件

明治廿四年三月十三日　東京控訴院民事第三部判決

第一審ニ提出シ得ヘカリシ證據ヲ提出セサリシ爲メ敗訴シタル原告若クハ被告ハ、假令ヒ第二審ニ於テ勝訴者トナルモ、控訴審ノ訴訟費用ハ之ヲ負擔セサルベカラス

第七十八條　原告若クハ被告カ前審ニ於テ主張スルコトヲ得ヘカリシ事實又ハ攻擊若クハ防禦ノ方法ヲ新ニ提出スルニ因リ勝訴者トナルトキハ其原告若クハ被告ニ上訴費用ノ全部又ハ一分ヲ負擔セシムルコトヲ得

控訴人　岡田太郎吉
被控訴人　田邊其治

控訴要旨

控訴人ハ被控訴人ノ娘ヲ、養育料一个月金貳圓ツヽノ約束ニテ預リ養育ヲ爲シ(中略)右養育料ハ月々請取ルノ契約ナリシニ、被控訴人ハ之ヲ怠リ支拂ヲ爲サス其事實ハ甲第一、二號證ヲ以テ立證ス、而シテ出訴期限經過ノ分ハ止ヲ得サルニ付キ効力アル分ノ支拂ヲ受ケタシ、依テ原裁判ヲ取消サレ控訴人ノ請求相立樣判決ヲ乞フトイフニ在リ

判決要旨

(前略)被控訴人ノ認ムル甲第一、二號證ニ依レハ、養育料ハ一个月二圓ツヽトノ契約ニシテ、控訴人方ニテ養育ヲ爲シタルヿ明瞭(中略)ナル所ナレハ被控訴人ハ甲第一、二號證ニ基キ既ニ出訴期限ノ經過セシ分ヲ控除シ、之レカ養育料ヲ支辨ス

ヘキ義務アルモノトス

控訴人ハ第一審ニ於テ提出スルコトヲ得ヘカリシ甲第二號證ヲ提出セサル爲メ敗訴ヲ來シタルモノナレハ、控訴ニ係ル費用ハ控訴人ニ於テ負擔スルヲ當然ナリトス、依テ判決スルコト左ノ如シ、原裁判ハ不當ニ付キ之ヲ廢棄ス、被控訴人ハ出訴期限經過ノ分ヲ控除シ(中略)……月ヨリ……月ニ對スル金何圓ヲ償却スヘキコトヲ命ス、訴訟費用ハ第一審ノ分ハ被控訴人ノ負擔トシ、第二審ノ分ハ控訴人ノ負擔トス

判例論評　二三

本件ノ訴訟費用ニ關スル事實ハ訴訟法第七十八條第二項ノ規定ニ的中スルモノ、其ノ判決ノ固ヨリ當然ナルコト論ナキノミ、必スシモ好判例トシテ掲クルノ價値アルコトナシ、只夫レ訴訟費用ニ關スル法文ノ一個ノ適用アルカ爲メニ、敢テ掲ケタル也、之ヲ以テ此點ニ付テハ言ノ以テ須ユヘキナシ、只夫レ强テ言ヲ須ヒム乎、判決主文ノ文字是也、本件判決ノ理由ニ付テ之レヲ見レハ、控訴人ハ甲二號ヲ第一審ニ於テ提出シ得ヘカリシニ之レヲ提出セスシテ敗訴シタルモノナリ、然レハ則チ第一審ニ於テ敗訴ヲ招キタリシ所以ノモノハ則チ此ノ甲第二號證ヲ缺キタルニ依ル、言ヲ換テ之ヲ言ハヽ、第二審ニ於テ勝訴者ト爲リタル所以ノモノハ此ノ甲第二號證ヲ提出シタリシニ依ル、然レハ此ノ甲第二號ノ提出ナカリシ第一審ニ於テ控訴人ノ敗訴シタルハ當然ニシテ、從テ第一審ノ判決ハ固ヨリ正當ニシテ毫モ不當トイフヘキノ點アルコトナシ、只夫レ第二審ニ於テ新ナル證據ノ提出アリシニ依リテ、第一審判決ヲ變更セサル可カラサルニ至リタルノミ、第一審判決ハ寔ニ正當ナリシナリ、然レハ則チ此ノ場合ニ於テハ、第二審裁判所ハ單ニ第一審判決ヲ變更ストイフヲ以テ足リ、必スシモ其ノ當不當ヲイフベカラス、然ルニ本件ノ判決主文ニ於テハ則チ明記シテ曰ク『原裁判ハ不當ニ付キ之レヲ廢棄ス』ト、第二審裁判所自ラノ說明ニ於テ、新證據ニ依リ原裁判ヲ變更セサルベカラスシテ毫モ前判決ノ不當ニアラサルコトヲ認メタルニ拘ハラス、其ノ主文ニ於テ却テ『不當』ナリトイフ、之レ豈ニ文字穩當ナリト爲サムヤ、加之判決主文ハ理由ニアラス、理由ハ自

テ理由トシテ掲クベキノ場所アリ、故ニ以テ判決主文ハ率直ナルヘク、嚴正ナルヘシ、必スシモ小説ニ擬シ、詩歌ニ傚ヒ、景容ノ文字ヲ附スルヲ要セス、主文ニ於テ『不當ニ付キ』トイヘル文字ヲ附スルカ如キハ、之レ則チ事ヲ景容スルモノニ非ラスムハ、則チ理由ヲ再ヒスルモノ也、之レ豈ニ主文トシテ穩當ナラムヤ、況ムヤ其ノ却テ不當ナラサルモノニ於テオヤ

判例　五一　新沼源之進外三名對谷井源五郎後見解除要求件

明治廿六年二月二日　大審院第一民事部判決

民事訴訟法第七十二條第二項ノ認諾トハ同法第二百廿九條ニ所謂ル認諾ヲ指ス、故ニ辯論ニ於テ認諾セサルモノニ對シテハ七十二條第二項ハ適用スヘキ限ニ非ラス

第七十二條　敗訴ノ原告若クハ被告ハ訴訟ノ費用ヲ負擔シ、殊ニ訴訟ニ因リ生シタル費用ヲ相手方ニ辨償スヘシ但訴訟中訴ヲ取下ケ、請求ヲ拋棄シ、又ハ相手方ノ請求ヲ認諾スル原告若クハ被告若クハ敗訴ノ原告若クハ被告ニ同シ

第二百廿九條　口頭辯論ノ際、原告其訴ヘタル請求ヲ拋棄シ、又ハ被告之ヲ認諾スルトキハ、裁判所ハ申立ニ因リ其拋棄又ハ認諾ニ基キ判決ヲ以テ却下又ハ敗訴ノ言渡ヲ爲ス可シ

上告人　新沼源之進外三名

被上告人　谷井源五郎

申請要旨　本件判決ハ又タ上告ノ判例ト爲ル、判例二三五ヲ參觀セヨ

新沼源之進外三名ヨリ谷井源五郎ニ對スル後見解除要求事件ニ付キ、宮城控訴院カ明治廿五年六月六日言渡シタル判決ニ對シ、上告人ヨリ上告狀ヲ提出セシ處、被上告人ハ該上告狀ノ送達前、自己ノ任意ヲ以テ既ニ後見ヲ解除シタル旨答辯セリ、而シテ其解除ノ事實ハ上告人ニ於テモ之ヲ承認シ、則チ訴訟ノ目的既ニ消滅セシ上ハ、上告人ニ於テハ最早原判決ノ當否ヲ爭フコトヲ得サルモノト信スルニ付、左ノ二點ニ對シ判決ヲ受度旨申請セリ　此申請ハ上告狀提出後上告人ヨリ爲シタルモノ也

第一　上告人カ原判決ノ當否ヲ爭ハサルニ拘ハラス、被上告人ニ於テ之ヲ爭フハ不當ナリトノコト

第二　被上告人ハ上告人ノ請求ヲ認諾シタルモノナルカ故ニ、民事訴訟法第七十二條第二項ニ依リ、本件ノ總費用ハ被上告人ニ於テ支拂フヘシトノコト

判決要旨

夫レ上告裁判所ハ原判決ニ於ケル法律ノ適用ノ當否ヲ審判スルモノナリ、故ニ假令ヒ訴訟ノ目的消滅スルニ至リタルモ、原判決ノ當否ハ尚ホ之ヲ論爭スルヲ得ヘキモノトス、依テ上告人第一點ノ申立ハ之ヲ不當ナリトス

民事訴訟法第七十二條第二項ニ謂フ所ノ『認諾』トハ、同法第二百二十九條ニ所謂『口頭辯論ノ際明ラカニ認諾』セルモノヲ指シタルモノナリ、然ルニ被上告人ハ本院ニ於テ現ニ認諾ヲ爲サヽル旨明言スルヲ以テ、第七十二條第二項ノ規定ハ固ヨリ之ヲ適用スルヲ得ス、從テ上告人カ第二ノ申立ハ亦之ヲ採用スルヲ得サルモノトス、依テ上告人ノ申請ハ之ヲ棄却ス（中間判決）

判例論評　二四

本件ノ判決予レ謹ムテ同意ヲ表ス、若シ夫レ訴訟ノ目的物消滅シタルカ故ニ上告審ニ於テ被上告人ハ之ヲ爭フコトヲ得ストセハ、上告人モ亦タ爭フコトヲ得サルモノニシテ、上告ハ棄却セラル可キモノニアラスヤ、加之訴訟ニシテ爭フノ必要ナクムハ、上告人ハ之カ取下ケヲ爲シテ可ナリ、然カルニ自ラ訴訟ノ目的物消滅シタリト論告シナガラ之ニ對シテ却テ判決ヲ得ムトス、之レ果シテ如何、予ハ或ル訴訟ニ於テ本件ト類似ノ場合ヲ聞ケリ、曰ク、原告ハ取下ケヲ妨ケズト雖モ、若シ夫レ訴ヲ取下ケム乎、訴訟費用ハ自ラ之ヲ負擔セサルヘカラス、此クノ如キハ固ヨリ好ム所ニ非ス、茲ニ於テ乎、則チ巧妙ノ論議ヲ弄シ以テ費用ノ負擔ヲ爭ヒタリト、本件果シテ之ニ似タル乎、予レ之ヲ知ラス、然レトモ斯クノ如キハ畢竟閑話ノミ、要スルニ本件判決ハ能ク當ヲ得タリ、予ハ謹テ同意ヲ表スル也

判例　五二　野津芳市訴訟費用確定決定ニ對スル抗告件

明治二十七年三月十三日　東京地方裁判所民事第二部決定

訴訟費用ノ點ニ限リタル裁判ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス

第八十二條　費用ノ點ニ限リタル裁判ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス、然レトモ本案ノ裁判ニ對シ許スヘキ上訴ヲ提出シ且追行スルトキニ限リ、費用ノ點ニ付キ不服ヲ申立ツルコトヲ得

抗告人　野津芳市　代理人　石原毛登馬

抗告要旨

抗告人ハ村田堤ヨリ係ル强制執行ニ對スル異議申立ニ付キ、芝區裁判所カ爲シタル決定ニ對シ抗告ヲ爲シタリ、其趣旨ハ抗告人ハ北亞米利加合衆國人ウォルシ、ホール會社訴訟代理人岡村輝彦外一人ノ委任ニ由リ、債務者タル異議申立人村田堤ニ對シ、東京地方裁判所民事四部、明治廿六年第五八四號、取引殘金請求事件ノ强制執行ニ着手シタル所、村田堤ニ於テ抗告人ヲ對手トシテ芝區裁判所ニ異議ヲ申立シニ、同裁判所ハ村田堤ノ申立ヲ許容シタルノミナラス、抗告人ニ對シ訴訟費用ノ負擔ヲ命シタルハ不法ナルニ付キ、右決定中訴訟費用ノ一部ヲ廢棄シ、村田堤ニ於テ負擔スヘシトノ決定アリタシトイフニ在リ

決定要旨

當地方裁判所ハ民事訴訟法第四百六十三條ニ依リ、本件抗告ハ之ヲ許スヘキヤ否ヤヲ調査スルニ抗告人ハ芝區裁判所カ爲シタル決定中、訴訟費用ニ關スル一部ノ廢棄ヲ求ムルモノニシテ、費用ノ點ニ限リタル裁判ニ對シテ不服ヲ申立ツルコトヲ得ストアル民事訴訟法第八十二條ノ規定ニ背反セル不適法ノ抗告ナリトス、依テ決定スルコト左ノ如シ、本件抗告ハ之ヲ棄却ス（本決定ニハ抗告アリ次ノ判例五三ヲ參觀セヨ）

冷靜ニ考ヘテ見ルト、評者ハ未タ全ク論旨ニ就キ然ト贊成シ難シ

判例論評　二五

民事訴訟法第八十二條ヲ讀下スル者ハ、則チ之ヲ知ラム、訴訟費用ノ點ニ限リタル裁判ニ對シテハ、其ノ單ニ費用ノ點ノミニ付獨立シテ爲シタル裁判タルト若クハ本案ト共ニ併セテ爲シタル裁判ナルトヲ問ハス苟モ費用ノ裁判ナルニ於テハ不服ヲ申立ツルコト能ハサルモノナルコトヲ、然レハ則チ本件抗告ハ其ノ理由ナキノミナラス、全ク不適法ニシテ從テ本件決定ノ當ヲ得タルコト固ヨリ論ヲ俟タス、是レ則チ第八十二條ヲ讀下スルモノヽ得テ誤ル能ハサル所也、之レヲ以テ予ヤ此點ニ付テハ茲ニ言フヘキノ言アルナシ

然レトモ予ハ決定ニ於ケル訴訟費用ノ裁判ニ付テハ少シク疑ヲ有ス、何ソヤ他ナシ、本件前審ニ於ケル如キ事件ニ於テ尙ホ且ツ訴訟費用ノ裁判ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤ是レ也、試ミニ民事訴訟法ヲ繙テ之ヲ見レハ、其第七十二條ニ規定シテ曰ク

第七十二條　敗訴ノ原告若クハ被告ハ訴訟ノ費用ヲ負擔シ、殊ニ訴訟ニ因リ生シタル費用ヲ相手方ニ辨濟スヘシ

ト、則チ法文中『原告若クハ被告』ト曰ヒ又ハ『訴訟ノ費用』トイフ、以テ通常訴訟、證書訴訟、其他訴ノ手續ヲ以スル訴訟ニ於テ訴訟費用アルコトヲ知ルニ足ル而シテ更ニ翻テ同法第二百三十一條ヲ見レハ則チ規定シテ曰ク

第二百三十一條　裁判所ハ終局判決ヲ爲ス場合ニ於テハ訴訟費用ノ負擔ニ限リ申立アラサルモ判決ヲ爲スヘシ

ト、則チ又タ此ノ法文ニ依テ終局判決ヲ爲ス場合、換言セハ訴ノ手續ニ於テハ又タ訴訟費用ノ裁判ヲ爲スコトヲ得ルノミナラス、申立ナシト雖モ尚ホ費用ノ裁判ヲ爲スヘキコトヲ知ルニ足ル、要スルニ右二個ノ法文ニ依テ、『本訴』則チ訴ノ手續ニ於テハ、本案ノ裁判ニ伴テ費用ノ裁判モ亦タ從フヘキモノナルコト毫末ノ疑ナク、定ニ明白タリ、然レハ翻テ裁判所ノ決定ニ付テモ尚ホ費用ノ裁判ヲ爲スコトヲ得ヘキ乎、他言セハ或ル特殊ナル事件ヲ裁判スヘキ決定ニ於テモ尚ホ且ツ判決ノ場合ト同シク費用ノ裁判ヲ伴ハシムルコトヲ得ヘキ乎、之レ疑問タリ、予レ今マ裁判所ノ判決ニ關スル規定ヲ、決定若シクハ命令ニ準用スヘキ第二百四十五條ノ規定ヲ見來レハ、二百三十三條、二百三十四條、二百三十五條、二百四十九條、及ヒ二百四十條ノ規定ヲ決定若クハ命令ニ準用スヘキノ規定ハ在リト雖モ、費用ニ關スル二百三十一條ノ規定ハ則チ無シ、是レ將タ決定若クハ命令ニハ一切費用ノ裁判ヲ伴ハシムルコトヲ得サルノ所以ニ基ク乎、抑モ亦タ『申立ナシト雖モ裁判スヘシ』トノ申立ニ關スル場合ノミ準用セサルノ意乎、是レ多少ノ疑問タルカ如シ

然レトモ予ハ斷シテ想ヘラク、決定ニ於テハ決シテ費用ノ裁判ヲ併セテ爲スヘキモノニアラス、其申立アル場合ト雖モ亦タ然リト、試ミニ本節訴訟費用ノ規定ヲ見來レハ、分類ノ上ニ於テハ總則ノ中ニ列シ、一般ニ適用スヘキモノナルコト勿論ナリト雖モ、其ノ規定ヲ熟視スレハ條々皆ナ『本訴』則チ訴ヲ以テスヘキ場合ニ適用スヘキモノニ係リ決シテ決定若クハ命令ニ適用スヘキ痕跡見ルヘキモノナシ、既ニ此點ニ於テ予カ斷定ノ誤ラサルヲ信ストイヘトモ、予ハ之レヲ以テ敢テ予カ斷定ノ資料ト爲サス、予ハ寧ロ決定其モノノ手續及ヒ

第二百四十條　決定ノ裁判ニ所定ノ費用ハ命令ニ之ヲ準用ス
第二百三十一條　裁判所ハ終局判決ニ關スル規定ヲ、決定若シクハ命令ニ準用スヘキ場合ニ適用スヘシ
第二百三十二條　決定ノ裁判ニ所定ノ費用ハ命令ニ之ヲ準用ス
第二百三十三條　決定ノ裁判ニ所定ノ費用ハ命令ニ之ヲ準用ス
第二百三十四條　決定ノ裁判ニ所定ノ費用ハ命令ニ之ヲ準用ス
第二百三十五條　決定ノ裁判ニ所定ノ費用ハ命令ニ之ヲ準用ス
第二百四十九條　決定ノ裁判ニ所定ノ費用ハ命令ニ之ヲ準用ス

性質ニ依ラムトス、試ミニ訴訟法第五百四十四條ヲ以テ例センカ、同條ニ曰ク

第五百四十四條　強制執行ノ方法又ハ執行ニ際シ、執達吏ノ遵守スヘキ手續ニ關スル申立及ヒ異議ニ付テハ執行裁判所之ヲ裁判ス

ト、此規定ハ特殊ノ手續也、則チ本條ノ設ケタルヤ、執行ノ方法ニ關スル申立及ヒ異議ニ付テノミ裁判スヘキノ特別規定也、他言セハ則チ本條ハ異議及ヒ申立ニ就テノミ裁判ヲ求メ、及ヒ裁判スヘキ爲メニ特ニ設ケラレタル規定ナルノミ、之レヲ以テ本條ニ依テ裁判ヲ求ムルコトヲ得ルモノハ、執行方法等ニ關スル申立及ヒ異議ノミニ係リ、其他ノ事項ニ就テハ、寸毫ノ微ト雖モ本條ニ依テ以テ裁判ヲ求ムルコトヲ得ス、從テ反對ノ側ヨリ之ヲ見テ、苟モ以テ其申立若シクハ異議ニシテ本條ニ定メタルモノニ非ラサルモノハ假令ヒ如何ニ牽連シタル事項ナリト雖モ裁判所ハ斷シテ本條ニ依ル可カラサルモノトシテ之レヲ排斥セサルベカラス、夫レ既ニ然リトセハ、假令ヒ本條ノ申立若クハ異議ニ伴テ生シタル費用ナリト雖モ、必スシモ本條ニ依テ以テ併セテ其ノ負擔ヲ裁判スヘキノ限リニアラス、若シ夫レ併テ其ノ費用マテモ裁判スヘキモノト爲サム乎、費用ハ則チ本條ノ所謂ル異議若クハ申立ニアラス、然ルモ尙ホ且ツ本條ニ依テ併セテ裁判スルトセハ、本條ハ遂ニ一個ノ金錢ノ請求ヲ裁判スルモノタルニ至ラム、之レ豈ニ固ヨリ不當ニアラスヤ、之レ予カ決定、特ニ例トシタル本條ノ如キニ於テハ、決シテ費用ノ負擔ヲ裁判スヘキモノニアラスト爲ス所以ノ理也（判例一二五ヲ參觀セヨ）

今マ顧ミテ本件ヲ見レハ疑モナク本條（五四四條）ノ異議ナリ、然レハ則チ假令ヒ申立アリト雖モ決シテ前審ニ於テ費用ノ負擔ヲ命スヘキモノニアラス、之レヲ命シタルハ之レ誤判ナリ、故ヲ以テ本件抗告人ニシテ單ニ費用ノ點ノミニ付テ抗告ヲ爲サス、主タル異議ノ決定ニ對シテ抗告ヲ爲シ、併セテ費用ノ點ニ對シ予カ云フ所ノ理由ヲ主張セハ、假令ヒ主タル點ノ棄却ニ逢フモ費用ノ點ニ付テハ必ス勝タンコト必セリ、然ルニ事茲ニ出テス、明白ニ棄却セラルヘキ費用ノ點ノミニ付テ抗告ヲ爲シ、空シク以テ棄却ニ逢フ、惜ムヘキノ限リニアラスヤ、其ノ予カ次ニ示ス抗告ノ如キハ、殊ニ以テ理由ナキモノ、凡ソ訟事ハ潛心熟慮ヲ勝ツ、省ミサルヘケムヤ

判例　五三　野津芳市同上再抗告件

東京控訴院民事第一部決定

明治二十七年(謄本ニ日付ナク不明)

民事訴訟法第八十三條ハ、訴訟ノ當事者ニ非ラサル執達吏等ニ對シ特ニ費用ノ負擔ヲ命スヘキ場合ノ規定ニシテ、訴訟ノ當事者ト爲リタル者ニ適用スヘキ規定ニアラス

第八十三條　裁判所書記、法律上代人、辯護士其他ノ代理人及ヒ執達吏ノ過失、又ハ懈怠ニ因リ費用ノ生シタル時ハ受訴裁判所ハ申立ニ依リ又ハ職權ヲ以テ其費用ノ辨濟ヲ負擔セシムル決定ヲ爲スコトヲ得……此裁判ハ口頭辯論ヲ經スシテ之ヲ爲スコトヲ得、其決定ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得

再抗告人　野津芳市　代理人　石原毛登馬

抗告要旨　本件ハ前判例ノ決定ニ對スル抗告ナリ前判例五二ヲ見ヨ

本件ハ村田堤ニ於テ再抗告人ノ爲シタル執行々爲ヲ違法ト爲シ、再抗告人ヲ對手人トシテ異議ノ申立ヲ爲シタル所、再抗告人ハ對手人ト爲ルヘキモノニアラサル旨抗辯セシモ、芝區裁判所ハ再抗告人ヲ對手人ト爲シタルハ違法ニアラサル旨決定セリ、再抗告人ハ其決定ニ服從シ本案ノ辯論ヲ爲シタル末、同裁判所ハ

第八十二條　判決ニ不服ヲ申立ツルトキハ費用ノ點ニ限リタル裁判ニ對シテハ得ルコトヲ得ス

強制執行ヲ取消シ、訴訟費用ハ再抗告人ノ負擔タルヘキ旨ノ決定ヲ與ヘタルヲ以テ、再抗告人ハ其ノ訴訟費用ノ點ノミニ對シ、東京地方裁判所ニ抗告シタリ、然ルニ同裁判所ハ民事訴訟法第八十二條ニ違反セル抗告ナリトシ、其抗告ヲ棄却シタリ、本件ハ其決定ニ對スルモノニシテ、再抗告ノ理由ハ『執達吏ハ本按ノ決定ニ對シ抗告スルヲ得サルヲ以テ、費用ノ點ノミニ對シ抗告シタルハ、同法第八十三條ニ依リタルモノナリ、然ルヲ之ヲ不適法ノ抗告トシテ棄却セラレタルハ不法ナリ』トイフニ在リ

決定要旨

民事訴訟法第八十三條ハ、訴訟ノ當事者ニアラサル執達吏等ニ對シ、特ニ費用ノ負擔ヲ命スヘキ場合ノ規定ニシテ、訴訟當事者ト爲リタル者ニ適用スヘキ規定ニアラス、今再抗告人ハ京橋芝ノ誤ナラム區裁判所ノ最初ノ決定ニ服從シ、訴訟ノ當事者ト爲リテ訴訟費用ノ負擔ヲ命セラレタルモノナレハ、其決定ニ對シテ不服ヲ申立ツルハ同法第八十二條ノ規定ニ從ハサルヲ得ス、蓋シ再抗告人ハ自己ニ利害關係アル京橋區裁判所ノ最初ノ決定ニ對シ、抗告ヲ爲シタラムニハ、當事者タ

ルコトヲ免レ得タルヘク、隨テ當事者トシテ訴訟費用ノ負擔ヲ命セラルヽコトナカルヘシ、然ルニ其決定ニ服從シタル結果、今更抗告ノ途ナシトテ、同法第八十三條ニ依レル抗告ヲ許スヘキ理由アルコトナシ、故ニ原抗告決定ハ適法ニシテ之ヲ變更スヘキ理由ナシ、因テ本件抗告ハ之レヲ棄却ス

裁判長判事　阪崎偽　判事　山邊勇輔　判事　木下友三郎
同　榊原幾久若　同　石尾一郎助

第七節　訴訟上ノ救助

判例　五四　辻本太藏訴訟上救助申請件

明治廿七年大審院抗告第四十一號　同年十一月五日決定

訴訟上ノ救助ハ民事訴訟法第九十一條但書ニ該當スルニ非ラサレハ之ヲ附與ス可キ限ニアラス

第九十一條　何人ヲ問ハス自己及ヒ其家族ノ必要ナル生活ヲ害スルニ非サレハ訴訟費用ヲ出タスコト能ハサル者ハ訴訟上ノ救助ヲ求ムルコトヲ得但其目的トスル權利ノ伸張又ハ防禦ノ輕忽ナラス又ハ見込ナキニ非スト見エルトキニ限ル

抗告人　辻本太藏

決定要旨

抗告要旨ノ第二ハ、抗告人ノ爲シタル申請ハ民事訴訟法第九十一條ニ依リタルモノニテ、該條ニ必要トスル條件ヲ具備スルコトハ第一村長ノ證明書、第二控訴狀及附屬證據書ニ照シ明了ナリ、然ルニモ拘ラス原裁判所カ訴訟上ノ救助ヲ附與セストシタルハ不法ナリト云フニ在レ𪜈、抗告人ノ表明開示スル書類ニ就キ本件訴訟ノ關係及ヒ證據方法ヲ査スルニ到底民事訴訟法第九十一條但書ニ該當スルモノト認ムルヲ得サルニ付、原裁判所カ本件訴訟上ノ救助ヲ拒ミタルハ相當ナリトス、本件抗告ハ棄却ス

判例　五五　須田竹次郎訴訟上救助決定抗告件

明治二十六年九月二十日　東京地方裁判所民事第一部決定

訴訟上救助ノ申請ヲ許否スルニハ民事訴訟法第九十三條ニ依リ、方式條件ヲ審理セサル可カラス、單ニ不必要ト爲シタルハ、不法ナリトス

第九十一條　何人ヲ問ハス自己及ヒ其家族ノ必要ナル生活ヲ害スルニ非サレハ訴訟費用ヲ出スコト能ハサル者ハ訴訟上ノ救助ヲ求ムルコトヲ得

第九十三條　訴訟上救助ノ申請ハ、訴訟ノ關係ヲ表明シ、且證據方法ヲ開示シテ、其救助ヲ求ムル審級ノ裁判所ニ之ヲ提出スヘシ、其申請ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得原告若クハ被告ハ申請ノ提出トヲ要ス、其證書ニハ原告若クハ被告ノ身分、職業、財産、并ニ家族ノ實況及其納ムヘキ直稅ノ額ヲ開示シテ訴訟費用支拂ノ無資力ヲ證スヘキ可シ

抗告人　須田竹次郎

抗告要旨

抗告人抗告ノ要旨ハ、原裁判所カ抗告人カ爲シタル訴訟上ノ救助ノ申請ヲ、不必要ト認メ却下シタルハ不當ナルニ付キ、其決定ヲ取消シ、訴訟上ノ救助ヲ付與セラレタシトイフニ在リ

決定要旨

訴訟上救助ノ申請ノ許否ヲ決定スルニハ、民事訴訟法第九十一條及第九十三條ニ依リ、其方式其條件ニ適合スルヤ否ヤヲ審案セサルベカラス、然ルニ原裁判所ハ事茲ニ出テス、單ニ『不必要ナリト認ム』トノ理由ヲ以テ、抗告人ノ申請ヲ却下シタルハ失當ナリト評決ス、依テ原裁判ヲ廢棄シ、更ニ相當ノ裁判ヲ爲スコトヲ原裁判所ニ委任ス（此決定ノ委任ニヨリテ次ノ裁判アリシモノヽ如シ次キノ判例五六ヲ參觀セヨ）

裁判長判事　小林芳郎　判事　小山温　判事　石尾一郎助

判例　五六　須田竹次郎訴訟上救助申請件

明治二十六年九月二十二日　芝區裁判所決定

他ニ無資力ナラサルノ事實アル上ハ、市長ノ證明書ノミヲ以テ、訴訟上ノ救助ヲ與フヘキ無資力者ナリトイフヲ得ス

第九十三條　訴訟上救助ノ申請ハ訴訟ノ關係ヲ表明シ、且證據方法ヲ開始シテ其救助ヲ求ムル審級ノ裁判所ニ提出スヘシ、其申請ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得原告若クハ被告ハ申請ノ提出トヲ要ス、其證書ニハ原告若クハ被告ノ身分、職業、財産、并ニ家族ノ實況及其納ムヘキ直稅ノ額ヲ開示シテ訴訟費用支拂ノ無資力ヲ證スヘキ可シ

申請人　須田竹次郎

決定要旨

本件ハ前抗告決定ノ委任ニ依リテ爲シタル裁判ナルカ如シ、前判例五五ヲ見ヨ

右原告ハ被告渡邊濟ニ係ル貸金催促ノ訴訟事件ニ付キ自己ノ必要ナル生活ヲ害スルニ非サレハ訴訟費用ヲ支拂フコト能ハサル旨ヲ以テ、訴訟上救助ヲ求ムルモ、其申請後、本年九月九日以來、當裁判所ニ繫屬セル他ノ事件ニ付キ、相當ノ訴訟印紙ヲ貼用シテ訴訟行爲ヲ爲シ、且ツ自費ヲ以テ東京、新潟間ヲ數度往復シ居ル等ノ事實ニ依レハ、新潟市長ノ發シタル證明書ノミヲ以テ無資力ナリト認ム

ルヲ得ス、右ノ理由ニ依リ當區裁判所ハ、檢事太田義顯ノ意見ヲ聞キ、決定スルコト左ノ如シ、本件訴訟上救助ノ申請ハ却下スル（本件ニハ抗告アリ次ノ判例五七ヲ見ヨ）

判例　五七　須田竹次郎　同上抗告件

明治二十六年十月六日　東京地方裁判所民事第三部決定

一、裁判所カ印紙ヲ貼用セサル訴狀ヲ相手方ニ送達シタル事實アリトスルモ之ヲ以テ訴訟上救助ヲ付與シタルモノト云フヲ得ス

二、寄留地市長ノ證明書ノミヲ以テハ必スシモ訴訟上救助ヲ附與スルノ限リニアラス

第九十三條（訴訟上ノ救助ノ申請ハ訴訟ノ關係ヲ表明シ、且證據方法ヲ開示シテ其救助ヲ求ムル審級ノ裁判所ニ之ヲ提出スヘシ、其申請ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲ス事ヲ得ル原告若クハ被告ハ申請ノ提出ト共ニ管轄市町村長ヨリ發シタル證書ヲ出スコトヲ要ス其證書ニハ原告若クハ被告ノ身分、職業、財産幷ニ家族ノ實況及其納ムヘキ直稅ノ額ヲ開示シテ訴訟費用支拂ノ無資力ヲ證スヘシ）

抗告人　須田竹次郎

抗告要旨（本件ハ前決定ニ對スル抗告ナルカ如シ、前判例五六ヲ見ヨ）

抗告人ハ渡邊濟ニ對スル貸金請求事件ニ付キ、民事訴訟法第九十一條乃至第九十三條ノ規定ニ從ヒ、管轄市長ノ發シタル證明書ヲ提出シテ無資力者タルコトヲ證明シ、訴訟上ノ救助ヲ申請シタル所、芝區裁判所ハ既ニ本案ノ訴狀ヲ對手人ニ送達シナカラ、其後ニ至リテ訴訟上救助申請ニ對シ、却下ノ決定ヲ爲シタルハ不法ナリトイフニ在リ

決定要旨

民事訴訟用印紙法第十一條ニ依レハ、民事訴訟ノ書類ニ印紙ヲ貼用セサルモノアル場合ニ於テハ、裁判所ハ相當印紙ヲ貼用セシメテ之ヲ有効ナラシムルコトヲ得ルモノナルヲ以テ原裁判所カ無印紙ノ訴狀ヲ對手人ニ送達シタルノ事實アリトスルモ、之ヲ以テ抗告人ニ訴訟上ノ救助ヲ付與シタルモノト云フコトヲ得ス、故ニ訴狀送達ノ後ニ於テ訴訟上救助ノ申請ヲ却下シタリトテ、抗告人ハ之ニ對シ異議ヲ唱フルコトヲ得サルモノトス、而シテ抗告人ハ本件訴訟上救助ノ申請ヲ爲スニ當リ、單ニ寄留地タル新潟市長ノ證明書ヲ添付シタルノミニテ、其本籍地ナル山背村々長ノ證明書ヲ添付セサルノミナラス、現ニ抗告人ハ原裁判所ノ他ノ訴訟事件ニ付テハ、訴訟上ノ救助ヲ受ケスシテ訴訟ヲ爲シ、且ツ自費ヲ

以テ東京新潟間ヲ往復シタルコトハ、原裁判所ノ認ムル所ニシテ、抗告人ハ之ニ對シ何等ノ異議ヲモ主張セサルノ事實ニ徴スレハ、到底訴訟費用ヲ支辨シ能ハサル無資力ナリト認ムルヲ得サルモノトス、以上ノ理由ニ依リ本件ハ棄却スルヲ至當トス、則チ本件抗告ハ棄却ス（本決定ニハ再抗告アリ判例二八五ヲ參觀セヨ）

裁判長判事　西郷綱樹　判事　高橋覺　同　田中浪江

判例　五八　辻本太藏訴訟上救助申請件

明治廿七年大審院抗告第四十一號　同年十一月五日決定

訴訟上救助ヲ拒ム決定ニ理由ヲ附セサル可カラストノ法條ナキニ依リ理由ノ説明ヲ附セサリシヲ以テ不法トスルヲ得ス

第百一條　裁判所ハ檢事ノ意見ヲ聞キタル後訴訟上救助ノ附與並……ニ付決定ヲ爲ス

抗告人　辻本太藏

決定要旨

大阪控訴院カ明治廿七年十月四日與ヘタル決定ニ對シ抗告人ヨリ抗告ヲ爲シタリ、其要旨第一ハ、原裁判所ニ於テ抗告人ノ申請スル訴訟上ノ救助ヲ付與セスト決定セラルタルモ、何故ニ附與セラレサルヤ其理由ノ明示ナキハ不法ナリト云フニアレモ、右等ノ決定ヲ爲スニ付テハ必ス理由ヲ附セサルヘカラストスル一定ノ法條ナキニ依リ、原裁判所カ本案決定ヲ爲スニ當リ何等理由ヲ説明セサリシトテ之カ爲メ必シモ不法トスルヲ得サルモノトス、依テ本件ノ抗告ハ之ヲ棄却ス

第三章　訴訟手續

第一節　口頭辯論及ヒ準備書面

判例　五九　福井嘉納對許斐孫三郎外四十五名損害要償件

明治廿六年大審院第百十四號　　同年十月廿四日第一民事部判決

答辯書ハ準備書面ナルヲ以テ之ヲ提出スルト否トハ被告ノ隨意ニシテ、法律上之レカ提出ヲ强要スル規定ナシ

第百四條　口頭辯論ハ書面ヲ以テ之ヲ準備ス

第百九十九條　訴狀送達ノ際十四日ノ期間內ニ答辯書ヲ差出ス可キコトヲ被告ニ催告ス可シ

第百九十九條　答辯書ニハ準備書面ニ關スル一般ノ規定ヲ適用ス

上告人　福井嘉納　　代理人　飯田平助　同　藤代市之助

被上告人　許斐孫三郎外四十五名　　代理人　增島六一郎　同　松井量吉

上告要旨

被上告人中阿部定香外十三名、代兼加治舍縣ハ、本件第一審ノ裁判所ニ於テ民事訴訟法規定ノ答辯書ヲ差出サヽリシヲ以テ、第一審裁判所ハ欠席者ニ對スルト

同一ノ判決ヲ與フヘキハ至當ナルニ、之ニ違反シテ判決ヲ與ヘ、第二審ニ於テハ若シ第一審ノ判決ニシテ法律ノ規定ニ違反セハ第一審ニ差戻スヘキ筈ナルニ事茲ニ出テスシテ之ヲ不問ニ付シ去リ、判決ヲ與ヘタルハ民事訴訟法ニ違反シタル不法ノ裁判ナリ

判決要旨

答辯書ハ準備書面ナルヲ以テ之ヲ提出スルト否トハ被告ノ隨意ニシテ法律上之レカ提出ヲ强要スル規定ナシ、故ニ第一審ニ於テ訴訟手續ニ違反ナキ知ル可シ、隨テ此論告モ亦タ上告適法ノ理由無キモノトス、依テ本件上告ハ之ヲ棄却ス

裁判長判事　栗塚省吾　判事　寺島直　同　長谷川爵
同　谷津春三　同　高木豐三　同　兒玉淳一郎
同　中尾眞晃

判例　六〇　小山藤一郎對小山喜一郎　道路妨害物排除請求件

明治廿六年大審院第二百八十九號　同廿七年四月六日判決

口頭辯論ニ於テ附帶控訴ノ申立ヲ爲シ、續テ一定ノ申立訂正ノ申請書ヲ提出シタル場合ハ、準備書面ナシトイフヲ得ス

第百四條　口頭辯論ハ書面ヲ以テ之ヲ準備ス

上告人　小山藤一郎　代理人　守屋此助
被上告人　小山喜一郎　同　小笠原久吉

上告要旨

上告第五點ハ、附帶控訴モ亦一個ノ控訴ナルヲ以テ、普通控訴ニ要スル準備書面ト相當印紙ノ貼用ヲ欠ク可カラサルモノナルニ本件被上告人ノ附帶控訴ニ付テハ、準備書面ト相當印紙ノ貼用ナシ、原院ハ職務上調査ノ上、民事訴訟法第四百十九條ニ基キ之ヲ棄却セラルヘキニ、爾カセサリシハ不法ナリトイフニ在リ

判決要旨

本件ハ上告人カ第一審訴狀ニ三圓ノ印紙ヲ貼用シテ、其裁判上幾分ノ勝利ヲ得タルニ拘ハラス控訴狀ニ四圓五十錢ノ印紙ヲ貼用シアルカ如ク、其目的物ノ實體上之ヲ區別スルヲ得サルモノナレハ、之ニ對シ附帶控訴ヲ爲スニ當リ、別ニ印紙ヲ貼付スルノ必要アルコトナシ、而シテ原裁判ハ本院ノ差戻ニ因リ初回控訴ノ訴答書ニ基キ口頭辯論ヲ開キタルモノニ係リテ、其起頭ニ被上告人ヨリ附帶

第九條　訴ヘ許ヤ又法方ヒ其於タヤチ宣若件缺ハ以テ却
四條裁控ス否控律式若期テルチ以スシノクノ判テ不シ
百　判訴可ヤ訴上ニク問起ヤ職テ可此一ト決適テ可
十控所チキ、ヲノ從ハニシ否權調シ要チキチ訴法棄シ

控訴ノ申立ヲ爲シ、續テ一定ノ申立訂正ノ申請書ヲ提出シタル手續ナレハ、敢テ法律上ノ方式ニ從ハサルモノニ非ラサルヲ以テ、此點ニ於ケル上告モ亦タ其理由ナシトス

判例　六一　河副龜治對佐藤米次郎外二名借用金辨濟請求件

明治廿五年大審院第四百四十九號　同廿六年四月八日判決

明ラカニ爭ハサル事實ハ自白シタルモノト見做ス

第百十一條　明カニ爭ハサル事實ハ原告若クハ被告ノ他ノ陳述ニヨリ之ヲ爭ハントスル意志カ顯レサルトキハ自白シタルモノト看做ス

上告人　河副龜治　代理人　角田眞平　同　桑田房吉

被上告人　佐藤米次郎外二名　代理人　飯田宏作

判決要旨

上告第四點第一段ノ要旨ハ、原判決理由第三項中『被控訴代理人カ本訴古河學校新築ノ際ニハ、横山町人民ニ於テ不服ヲ唱ヘシコトアリシ事實ヲ認メシ等ニ照シ、賦課金ノ豫算通リ集金ナラサリシコト明瞭ナリ』トアルモ、被控訴代理人ニ於テハ斯クノ如キ事實ヲ認メタルヿナキヲ以テ、乃チ法律ニ違背シテ事實ヲ確定シタルモノナリト云フニ在レトモ、凡ソ明ラカニ爭ハサル所ノ事實ハ、法律上自白シタルモノト看做スコトハ民事訴訟法第百十一條ノ規定スル所ナルヲ以テ明ラカニ爭フタル事實ヲ表示セサル限リハ、上告ノ理由ナキモノトス

判例　六二　鷹取行藏外一名對桑野新次郎外五十七名約定金請求件

明治廿六年大審院第百十三號　同年十月二十四日第一民事部判決

一、我カ民事訴訟法中ニハ合併審理ヲ禁遏シタル條項ナシ

二、民事訴訟法第百二十條ハ訴訟ヲ併合スル場合ニ適用スヘキモノニシテ、審理ノミ合併スル場合ニ適用ス可キモノニアラス

第百二十條　裁判所ハ同一ノ人、又ハ別異ノ人ノ數個ノ訴訟ニシテ、其裁判所ニ繫屬スルモノヲ辯論及ヒ裁判ヲ併合ス可キヿヲ命スルコトヲ得、但其訴訟ノ目的物タル請求ヲ元來一個ノ訴ニ於テ主張シ得ヘキトキニ限ル

上告人　鷹取行藏外一名　代理人　飯田平助　同　板東幸平

被上告人　桑野新次郎外五十七名

上告要旨

原院ニ於テハ數多ノ緊要ナル乙號證據ト防禦方法トニ付キ何等ノ判斷ヲ爲サス、又何等ノ理由ヲモ附セスシテ、漫然『被上告人ハ違約ノ所爲ナク、又金田借區全部ニ關係ナク、唯タ下組區域ヲ限リ承諾ヲ與ヘタル者ト妄斷シタリ、尤モ判文中『本案ハ合併審理ニ係ル明治廿五年(ヲ)百三十六號事件ト同一ノ爭ヒニシテ唯タ其請求金額ニ差異アルノミ、而シテ其係爭原因ニ就テハ百三十六號事件ニ對シ判決セシ理由ト異ナラサルヲ以テ、爰ニ復タ說明セズ』云々トアルニ依リ右判決ノ理由トシテ(ヲ)第百三十六號事件判決ノ理由ヲ引用シタル如クナルモ、本件ト百三十六號事件トハ決シテ合併審理ヲ爲シ得ヘキモノニ非サル「ハ、民事訴訟法第百二十條但書ニ依リ明白ナレハ、其合併審理ハ訴訟手續ノ規定ニ違背シタル無効ノモノナルノミナラス、口頭辯論調書ヲ閱スルニ、右兩事件ノ合併審理ヲ命シタル決定ノ見ルヘキモノナク、又開廷ノ時刻モ異ナレハ、實際ニ於テモ合併審理ヲ爲シタルモノニ非スト見ルノ外ナシ、假リニ有効ナル合併審理アリタルモノトスルモ、現ニ判決正本ノ示ス如ク、兩事件トモ各別ニ判決ヲ爲シタル以上、亦審別ニ其判決ニ對スル理由ヲ付セサルヘカラス、決シテ他ノ判決理由ヲ引用スルヲ得ス、是レ條理上必ス當サニ然ラサル可カラサル所ナリ、左レハ其ノ引用シタル判決ノ理由ハ、百三十六號事件ノ判決ニ對シテハ相當ナリトスルモ、本件ノ判決ニ對シテハ法律上ノ効力ヲ毫モ及ホス可キモノニ非ラス、況ンヤ右百三十六號事件ノ判決ノ理由中、何レノ部分ヲ本件ノ判決ニ適當スルヤ、得テ知ル可カラスシテ從テ其理由ノ適否ヲ見ルニ由ナキニ於テオヤ、要スルニ原判決ハ民事訴訟法ノ規定ニ違背シタル不法ノ裁判也

判決要旨

民事訴訟法中合併審理ヲ禁遏シタル條項ナシ、又民事訴訟法百二十條ハ訴訟ヲ併合スル場合ニ適用ス可キモノニシテ、審理ノミ合併スル場合ニ適用スヘキモノニアラス、加之上告人ニ於テ合併審理ヲ認諾シ毫モ異議ナカリシコトハ、原院ノ調書ニ明確ナレハ、今更之ニ付テ苦情ヲ唱フ可キ筋ナシ、而シテ原院ガ他ノ判決理由ヲ原判決ニ引用シタルハ、原判文ノミヲ以テ其理由ヲ知悉スルニ由ナキニ付キ、此點ハ法式上完全ナリト爲シ難キモ、何如ニセン之レカ爲メ原判決ヲ破毀スルモ、引用シタル他ノ理由ヲ以テ更ニ之ヲ其判文中ニ挿入セシムル迄ニ止

マリ、判決主文ニハ寸毫ノ變更モ之ヲ生スル筋ナク、唯徒ラニ手數ヲ要スル迄ナレハ是等ノ瑕瑾ハ破毀ノ理由ト爲スニ足ラス、其他原院ノ(子)百三十六號事件ノ判文中、證據ニ關スル理由ノ說明ハ總ヘテ原判決ノ理由ト見做ス可キ筋ナレハ何レノ部分カ原判決ノ理由ニ適當スルヤヲ知ルニ由ナシト云フコトヲ得ス、果シテ然ラハ緊要ナル證據ト防禦方法トニ對シ、何等ノ判斷ヲ爲サス又何等ノ理由モ附セストハ是亦云フコトヲ得ス、依テ本件上告ハ之ヲ棄却ス

裁判長判事　栗塚省吾　判事　寺島直　同　長谷川喬
同　谷津春三　同　高木豐三　同　兒玉淳一郎
同　中尾眞晃

第百二十條前掲

判例論評　二六

民事訴訟法第百二十條ハ所謂ル客觀的ノ訴ノ併合ナリ、而シテ此併合ヲ爲スニ付テハ、仝條但書ニ掲ケタル條件ヲ要スルニ過キス、故ニ其數個ノ訴カ同條但書ニ該當スルニ於テハ、裁判所ハ其裁判所ニ繫屬スル他ノ事件ト併合スルコトニ何等ノ故障ヲモ有セス、則チ換言セハ、本件ノ如キ第百三十六號事件ト唯タ其請求金額ニ於テ差異アルヲ見ルノミノ如キ場合ニ於テハ、勿論之ト併合シテ審理及ヒ裁判スヘキノ權利ヲ有ス、故ニ此點ニ於テ上告人ノ申立ハ非ニシテ原審ニ不當ナシ、只夫レ訴ノ併合ヲ命スル場合ニ於テハ、又タ裁判所ノ決定アルコトヲ要ス、然ルニ其之レナカリシハ之レ瑕瑾ナリ、然レトモ强テ之レヲ論スレハ、併合審理其ノ行爲ヲ以テ決定アリタルモノト爲スモ妨ケナシ何トナレハ假令ヒ有式ニ決定アリシトスルモ、其決定ハ辯論ヲ經タルカ故ニ抗告ヲ爲スコトヲ得サレハナリ、要スルニ此點ニ付テ原審ニ不當ナシ

然レトモ訴訟法百二十條ノ規定ハ、審理ノミ併合シタル場合ニ適用スヘカラサルモノナル乎、本件大審院判決ニ曰ク『第百二十條ハ訴訟ヲ併合スル場合ニ適用スヘキモノニシテ、審理ノミ合併スル場合ニ適用スヘキモノニ非ラスト故ニ大審院ハ同條ニ依ルニハ必ス裁判モ亦タ併合シテ爲サヽル可カラス』トノ爲スニ似タリ、之レ果シテ當ヲ得タル乎、予ハ此點ニ付テ頗ル疑ナキ能ハス、否ナ大審院ノ意見ヲ誤見ナリト斷定ス、試ミニ訴訟法ヲ開テ之ヲ見ヨ、則チ規定シテ曰ク

第二百二十五條　訴訟カ裁判ヲ爲スニ熟スルトキハ裁判所ハ終局判決ヲ以テ裁判ヲ爲ス

同時ニ辯論及ヒ裁判ヲ爲ス爲メ併合シタル數個ノ訴訟中ノ一ノミ裁判ヲ爲スニ熟スルトキモ亦同シ

ト、此法文ニ依テ之レヲ見レハ、右百二十條ニ依リ訴ヲ併合シタル場合ト雖モ、其判決ハ各自別個ニ爲スコトヲ得ルハ明白タリ、既ニ其判決ヲ別個ニ爲スコトヲ得ルトセハ、此ノ規定ニ依テ判決ヲ別個ニ爲シタルトキハ、合併セラレタルモノハ則チ單ニ審理ナリ、既ニ審理ノミ併合セラルヽコトアル斯クノ如シト爲サハ、何ヲ以テカ百二十條ハ審理ノミ合併スル場合ニ適用スヘキモノニアラスト爲ス乎、論シテ此ニ至レハ、予ガ論理ハ寔ニ簡單ナリト雖モ、大審院ノ誤見タル明々白々タリ、要スルニ大審院ハ二百二十五條第二項ヲ視スシテ、苟モ訴訟ヲ併合シタル以上ハ、判決モ亦タ併合セサル可カラサルモノト確信シタルニ非ラサル乎、然レトモ我カ訴訟法ハ二百二十五條二項ノ規定ニ依テ、判決ヲ別個ニ爲スコトヲ許シ而シテ從テ百二十條ニハ審理ノミ併合スルコトヲ許シタルモノトナル、則チ法文上審理ノミノ合併ヲモ許シタルモノナリ、大審院カ說明スル如ク禁遏シタル條項ナキノミナラス、進ンテ許容シタルモノナリ、法文ヲ參照シ來レハ、此點ヤ釋然解スルコトヲ得ン

二ニ本件ニ付テ來ルヘキ疑問ハ、判決ニ他ノ事件ノ事實爭點及ヒ理由ヲ援用シタルハ果シテ方式ニ合フヤ否ヤ是也、大審院ハ此點ニ付テ說明シテ曰ハク

『此點ハ方式上完全ナリト爲シ難キモ、判決主文ニハ變更ヲ生セス、是等ノ瑕瑾ハ破毀ノ理由ト爲スニ足ラス』ト嗚呼之レ果シテ然ルヘキ乎、予ハ斷シテ瑕瑾ノ最モ甚タシキモノト爲ス、請フ試ミニ第二百三十六條ヲ見ヨ、而カモ明カニ規定シテ曰ハスヤ、曰ク

第二百三十六條　判決ニハ左ノ諸件ヲ揭ク可シ

第二　事實及ヒ爭點ノ摘示

第三　裁判ノ理由

ト、則チ苟モ本條ヲ讀ミ得ル者ハ、其ノ判決ノ合併審理ク場合ナルト、單一ナル審理ノ場合ナルトヲ問ハス、將又中間判決ナルト終局判決ナルトヲ問ハス、苟