530
193

0017179000

0017179-000

５３０－１９３

民事訴訟法判例批評集

加藤正治・著

有斐閣

第２巻

昭和２

ACH

斗 7K-87

民事訴訟法判例批評集

第二卷

法學博士 加藤正治著

東京 有斐閣書房

昭和二年 内務省

530-193

序

本書ハ予カ大正十三年十月以降昭和二年六月迄ニ法學協會雜誌第四十二卷第十號乃至第四十五卷第六號ニ於テ二十八回ニ渉リ揭載セル民事訴訟法ニ關スル大審院判例ノ批評ヲ蒐集シ之ヲ法文ノ順序ニ配列シ且ツ新番號ヲ附シ編輯シタルモノナリ仍テ雜誌揭載當時ノ舊番號ハ括孤內ニ入レテ之ヲ表示シ以テ索引ニ便セリ

尙ホ新民事訴訟法（大正十五年四月二十日法律第六十一號）既ニ成リ其ノ實施ノ期モ亦近キニ在ルヲ以テ新民事訴訟法ヨリ見クル見解ハ或ハ之ヲ「補遺」トシテ追加シ或ハ本文中ニ於テ之ヲ說述シ以テ凡テ新法ニ順應シタル修補ヲ加ヘタリ讀者之ヲ諒セヨ

昭和二年六月

著者誌

民事訴訟法判例批評集 第二卷 目次

（括弧内ノ數字ハ法協掲載當時ノ舊番號トス）

五七（五九）第一六一條但書ノ解釋……一
五八（七二）確認ノ訴ト給付ノ訴トノ關係竝ニ所有權確認訴訟ト共有關係ニ基ク必要的共同訴訟……八
五九（七五）共有物分割ノ訴ノ構成及ヒ其ノ訴繫屬中共有權讓渡ノ效力……三〇
六〇（八四）訴ノ變更ニ關スル裁判及ヒ新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ノ許否……六三
六一（六四）雙務契約ニ於ケル同時履行ノ申立ニ對スル判決及ヒ其ノ執行……七九
六二（七九）土地ノ經界線ヲ定ムル判定方……九三
六三（五七）經界確定ノ判決ト土地所有權ノ既判力……九五
六四（五八）請求原因タル賣買契約ノ日附ノ表示……一〇〇

目次

六五（六五）利息請求事件ニ於ケル元本債權ニ對スル既判力及ヒ一事再理ノ許否……一〇四
六六（七六）和解調書ノ更正、和解調書ノ作成ト其ノ既判力、訴訟上ノ和解ノ性質及ヒ和解無效ノ場合ノ權利拘束……一〇八
六七（八三）訴訟上ノ和解ノ無效確認ノ訴、前訴訟ノ追行及ヒ訴取下契約又ハ訴訟終了ノ合意ノ效力……一三〇
六八（六六）闕席判決ニ對スル抗告及再抗告ノ適否……一四七
六九（六七）部員變更前ニ於ケル證據決定ノ效力……一五二
七〇（六〇）訴訟提起後ノ傳聞證言ノ證據力……一五五
七一（六三）宣誓ナキ人證ノ責問權ノ拋棄……一七〇
七二（六九）宣誓セス參考ノ爲メ供述シタル者ノ供述ノ性質……一七八
七三（六八）第二九九條第一項第二號及ヒ第三號ノ解釋……一八〇
七四（六一）訴訟提起後外國公證人ノ作成シタル證明書ノ證據力……一八四
七五（六二）公證人作成ノ公正證書ノ證據力ノ及フ範圍……一九〇

七六（七〇）經驗則ノ證明及ヒ書證ノ內容……一九七
七七（七一）唯一ノ證據方法タル檢證申請ノ却下及ヒ證據調ノ限度……二〇一
七八（七七）當事者本人ノ訊問ヲ爲ス場合ノ事實ノ認定……二一六
七九（七八）區裁判所ニ於ケル辯論期日ノ指定……二一九
八〇（八〇）控訴ヲ申立ツル旨ノ陳述……二二一
八一（八一）第一審ノ訴訟手續違背ト差戻ノ要否……二二三
八二（八二）第二審ニ於ケル相殺ノ抗辯ノ主張……二二七
八三（八五）控訴審ニ於ケル第一審判決ノ取消ト假差押命令取消ノ理由……二四一
八四（八八）上告セラルル判決ノ表示ノ程度及ヒ上告理由書ノ提出……二四六
八五（八六）事實摘示ノ欠缺、理由不備及ヒ證據ノ看過……二五〇
八六（八七）判決言渡期日ノ法律違背ト上告理由ノ存否、當事者一方ノ作成ニ係ル書面ノ證據力……二五九
八七（八九）破毀差戻後ノ判決ノ資料……二七三

八八（九五）抗告狀ト抗告理由ノ記載……二八二
八九（九〇）抗告審ニ於ケル反對ノ利害關係者ノ審訊ノ要否……二八五
九〇（九一）即時抗告後ノ裁判ニ對スル再抗告ノ性質……二八八
九一（九六）再審ノ原因タル罰セラルヘキ行爲ノ意義……二九四
九二（九七）再審ノ原因トシテノ第三者ノ過失ニ因ル證書不提出ノ場合……三〇六
九三（一〇〇）第五〇〇條第三項ノ解釋、執行ノ停止申請ノ却下ニ對スル抗告、停止命令後更ニ申請却下ノ決定ヲ爲シタル場合……三一三
九四（九四）執行停止ノ爲メ債務者ノ立テタル保證ノ返還……三二〇
九五（一〇一）執達吏ノ地位、執行ニ因ル損害賠償認定ノ場合ノ理由不備、執行異議ノ訴ト損害賠償請求ノ訴トノ併合……三二五
九六（一〇四）訴訟又ハ强制執行ヲ爲サストノ契約ト執行異議ノ方法、其ノ契約ノ構成、訴權又ハ强制執行請求權ノ拋棄ト實體權ノ拋棄、留保判決ニ基ク執行ニ對スル執行異議ノ理由ノ發生ノ時期……三四二
九七（九八）假處分ノ執行ニ於ケル占有權者タル第三者ノ執行ノ方法ニ關スル異議ノ申立又ハ執行ノ目的物ニ對スル異議ノ訴……三六七
九八（九九）債務名義ノ送達其ノ他執行ノ前提要件欠缺ノ場合ノ異議ノ申立殊ニ轉付命令送達後ノ異議ノ申立及ヒ確認ノ訴ニ依ル救濟……三七四
九九（九二）執行裁判所ノ執行行爲タル決定ニ對スル異議ト即時抗告……三八三
一〇〇（一一六）請求ニ關スル異議ノ訴ニ於テ異議ノ原因ヲ主張シ得ヘキ時期……三八八
一〇一（一一七）執行力アル正本ニ依ラサル配當要求、優先權取得主義ト平等配當主義……四〇六
一〇二（七三）動產引渡ノ請求ニ對スル强制執行ト第三者ノ異議ノ訴……四一六

一〇三(一〇二)　轉付命令ノ效力質權ノ目的トナレル債權ノ轉付ノ效力、差押債務者ノ不當利得ニ因ル返還義務、訴ノ基礎タル事實ニ變更ナク法律上ノ理由ノ變更アル場合……四二一
一〇四(一〇三)　民法第四一四條ノ規定ノ性質、強制履行ノ意義、精算義務ノ執行ト其ノ履行完了ノ場合ニ於ケル執行異議ノ訴……四三〇
一〇五(九三)　不動產競落許可ニ對スル抗告期間……四五〇
一〇六(七四)　抗告審ノ發シタル假處分命令ニ對スル異議ノ管轄裁判所……四五四
一〇七(一〇五)　本案ノ請求棄却ノ判決確定後ニ於ケル假處分命令ノ取消ノ要否……四六一
一〇八(一〇七)　第五四七條乃至第五四九條ニ依ル執行ノ停止及取消ト第七四三條ニ依ル執行ノ停止及取消トノ差異、第七四三條ノ「又ハ」ノ意義、假差押命令記載ノ金額供託ニヨル第三者ノ異議ノ訴ノ消滅……四六六
一〇九(一〇六)　假處分取消ノ原因タル特別ノ事情ノ意義、假處分命令ノ取消ト其ノ執行ノ取消……四七四
一一〇(一〇八)　賃借權ニ基ク妨害排除ノ假處分、本案訴訟、急迫ナル場合ノ區裁判所ノ管轄……四九〇
一一一(一〇九)　仲裁契約ノ性質及ヒ其ノ解除……五〇七
一一二(一一八)　第七八六條ノ爭ノ意義及ヒ第七八七條ノ一定ノ權利關係ノ意義……五一四

條文索引……一——九
判決・決定索引……一〇——一四

系統的事項目次

○民事訴訟法（明治二十三年四月二十一日法律第二十九號）

第一編 總則

第一章 裁判所

第二節 裁判所ノ土地ノ管轄

第二二條

經界確定ノ訴

一 土地ノ經界線ヲ定ムル判定方……六二……九三

二 既判力……六三……九五

第三節 裁判所ノ管轄ニ付テノ合意

第三〇條

本條ノ適用アル一例……六〇……七〇

第二章 當事者

當事者恒定ノ原則……第一九〇條ヲ見ヨ

第二節 共同訴訟人

系統的事項目次

共同訴訟制度ノ根據……五九……四七

第五〇條

共有ニ關スル訴訟

一 共有權確認訴訟ノ當事者

(1)共有者對非共有者間

（一）共有者全員ノタメメ共有權全體ニ付提起スル訴訟ニ於テハ共有者ノ一人又ハ數人カ管理行爲又ハ保存行爲ヲ行フモノトシテ原告又ハ被告トナリ得（所見）……五八……二一

（二）反對說……五九……三九

（三）反對說ニ對スル緯解……五八……二二

(a)本訴ノ適否ヲ決スル時期及ソノ標準……五八……二三

(b)訴ノ成否カ影響ヲ及スハ既判力ノ主觀的範圍ノ問題ニ限ル……五八……二三

（四）新民事訴訟法ニ於ケル解釋……五八……二五以下

(2)共有者間……五九……二九

二 共有物ノ分割ノ訴

(1)共有物分割ノ訴ノ意義……三八

(一)共有者間ニ於ケル共有權及ヒ持分確認ノ訴……五九……四九
(二)固有ノ分割ノ訴……五九……五〇
(三)兩者ノ關係……五九……(三五)(三八)三六(三七)(四一)
(2)固有ノ分割ノ訴
(一)訴ノ性質
(a)分割請求權ハ形成權ナルコト及ヒ其內容……五九……(四二)(四四)、四九
(b)形成訴訟ナリ……五九……(三六)(四二)
(c)訴訟事件ナリ……五九……四六
(二)當事者
(a)被告ノ範圍
(イ)判旨—共有者ノ他ノ全員ヲ被告トナスヲ要ス……五九……(三二)、四〇、(四八)
(ロ)所見—全員ヲ被告トナスヲ要セス……五九……四六
(甲)相手方ヲ定メタル法文ナシ……五九……四七
(乙)全員ヲ共同被告トスル法律上ノ必要ナシ……五九……四八
(丙)判旨ハ分割請求權ノ性質ヲ誤解ス……五九……四九
(丁)職權調査ノ可能……五九……五〇
(b)一人又ハ數人ノ被告タル共有權者カソノ持分ヲ讓渡シタル場合
(イ)他ノ事由ニヨリ讓受人カ該訴訟ニ當事者トシテ參加セサル限リ請求棄却ノ判決ヲナス(判旨)……五九……三二
(ロ)讓受人タル承繼人ヲ相手方トシテ訴訟ヲ進行セシメ得(當事者恒定ノ原則—第一九〇條參照)……五九……(五三以下殊ニ五五、六一)
(三)一定ノ申立及請求原因……五九……四四
(四)審理ノ方法……五九……五一
(五)判決ニ於ケル分割ノ方法……五九……四三
三 共有權者ノ一人ニ對シテ提起スル原告ノ所有權確認訴訟ノ適法性……五八……(一〇)(二九)
四 本條ノ適用ノ有無ヲ決スル時期及ヒ標準……五八……(二三)(二八)

第三章 訴訟手續

實問權
一 宣誓ナキ人證採用ノ不法ハ責問權ノ喪失ニヨリ補正シ得(判旨)……七一……(一七一)(一七六)

二 宣誓セシムヘカラサル場合ニ宣誓ヲ爲サシメタル不法ト責問權ノ拋棄ニヨル補正……七一……一七七
職權主義
職權調查主義ト形成訴訟トノ關係……五九……五〇

第一節 口頭辯論及準備書面

第一〇三條

現行法ハ如何ナル場合ニ口頭辯論ヲ必要トセシカ……九七……三六九

第一一二條

釋明權行使ノ必要ナル場合……六八……一五一

第三節 期日及期間

第一五九條

期日指定申請ノ採否ハ裁判所ノ自由……六七……一三八

第一六一條

出頭セサル當事者ニ對シ言渡タル期日指定命令ノ送達ノ要否
(1)獨逸法ノ規定……五七……六
(2)常ニ必要ナリトノ說……五七……六
(3)判例—合式ニ呼出サレタルニ不拘欠席シタルトキハ不要
(一)當事者一方欠席ノ場合……五七……二
(二)當事者双方欠席ノ場合……五七……三
(4)判旨ヲ支持スル理由……五七……六
(5)新民事訴訟法ニ於ケル解釋……五七……八

第二編 第一審ノ訴訟手續

第一章 地方裁判所ノ訴訟手續

第一節 判決前ノ訴訟手續

第一九〇條

訴權
一 訴權又ハ私權保護請求權ノ性質……九六……(三四八)三六(三六二)
二 判決請求權ノ拋棄……六七……一三九
三 訴又ハ強制執行ヲ爲サストノ特約……九六……三四四
(1)有效說……九六……三四五
(2)無效說……九六……三四七
(3)所見
(一)訴訟法上ノ合意トシテ見ル場合
(a)訴權又ハ強制執行請求權ノ性質……九六……(三四八)三六(三六二)
(b)其ノ拋棄ハ國家ニ對スル關係ニ於テハ無效……

訴

一 訴提起ノ訴訟法上ノ性質 …… 一三
一 訴提起ノ訴訟法上ノ性質実体法上ノ性質 …… 一三
(一) 訴提起ノ規ニ法律ノ規定ヨル自然債務 …… 一三
(二) 訴提起ノ規ニ法律ノ規定ヨル自由設定 …… 一三
(二

二 豫備的申立ノ一例……九六……三五七

第一九一條

一 執行異議ノ訴ト損害賠償ノ訴ノ併合ハ適法ナリ……九五……(三二七)(三四一)

二 本條ニ所謂請求ノ意義……九五……三四一

第一九五條

訴ノ變更

一 訴變更ニ對スル被告ノ異議ノ性質……六〇……七一

二 訴變更ノ申立アル場合ニ於ケル新訴傳訴ノ運命

(1)被告カ訴變更ニ同意ノ場合……六〇……六九

(2)被告カ訴變更ニ異議ヲ唱ヘタル場合……六〇……七〇

(一)原告カ異議ヲ正當トスル場合

(a)原告カ訴變更ノ試ミヲ取下クルトキ……六〇……七二

(b)原告カ新訴ト共ニ舊訴ヲモ取下タル意思ナルトキ……六〇……七二

(二)原告カ異議ヲ正當トセサル場合……六〇……七二

(a)中間ノ爭ニ付特別ノ判決ヲ爲ササル場合……六〇……七三

(b)特別ノ判決ヲ爲ス場合……六〇……七四

三 訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ノ性質及之ニ對スル獨立上訴ノ許否……第三五七

四 請求原因發生ノ日附ノ變更ト訴ノ變更……第三九六條ヲ見ヨ

五 現行法上訴ノ變更アリト見ルヘキ場合ニシテ新民訴第二三二條ノ適用ノ有ル場合……六四……一〇二

第一九六條

法律上ノ理由ヲ變更シタルニ過キサル場合……一〇三……四二八以下

第一九七條

一 訴ノ變更ナシトスル裁判

(1)中間判決ナリ……六〇……七四

(2)許スヘキ變更ナリトスル裁判ヲモ含ム……六〇……七五

二 訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ノ性質及之ニ對スル獨立上訴ノ許否……第三九六條ヲ見ヨ

第一九八條

一 訴取下契約

(1)私法上ノ契約トシテ見タル場合……六七……(一三九)(一四三)

(2)訴訟上ノ合意トシテ見タル場合

(一)原告ノ取下ニ對スル被告ノ承諾トシテ見ルトキ……六七……(一四〇)(一四四)

(二)原告ノ被告ニ對スル取下ノ約束トシテ見ルトキ……六七……(一四〇)(一四四)

二 裁判上ノ和解ノ一約款トシテ爲サレタル訴取下ノ合意

(1)有效ナリ……六七……(一四一、一四六)

(2)コノ合意ト訴訟終了トノ關係

(一)獨民訴法ニ於ル Heilung ノ解釋……六七……一四二

(二)我民訴法ノ解釋……六七……(一四四)

(三)新民事訴訟法……六七……(一四五)

(四)訴訟物ニ關スル和解ノ本體トノ關係……六七……一四七

(一)證據價値薄弱ナルノミ……七〇……一六一

(二)眞情ノ吐露セラルルコト多シ……七〇……一六三

(三)人事訴訟ニ於テハ殊ニ必要アリ……七〇……(一六六)(一六九)

(四)傳聞證言ヲ許ス場合ノ弊害ノ有無……七〇……一六七

(五)本人訊問ノ制度ノ存在ハ斯ル證據ヲ排斥スル理由トナラス……七〇……一六八

五 公正證書

(1)公證人ノ作成シタル公正證書

(2)判旨ハ法文上ノ根據ヲ示サス……七〇……一五九

(3)第二一七條ニ所謂「辯論ノ全趣旨」ノ解釋ヨリスルモ不當ナリ……七〇……一五九

(4)獨逸法ノ解釋……七〇……一六一

(5)聖人君子ノ事實上ノ主張……七〇……(一六二)(一六四)

(6)證據能力ノ問題ニ非スシテ證據價値ノ問題ナリ……七〇……(一六三)(一六四)

四 傳聞證言

(1)當事者ノ一方カ裁判外ニ於テ第三者ニ對シ既ニ繫屬セル訴訟ニ付自己ニ有利ナル事實ヲ陳述シ第三者カ證人トシテ之ヲ供述スルモソノ陳述ノ目的タル事實ニ對シテハ證據トナラス(判旨)……七〇……一五七

(2)余ノ反對意見……七〇……(一五九以下殊ニ一六五)

(一)證據價値薄弱ナルノミ……七〇……一六五

(二)眞情ノ吐露セラルルコト多シ……七〇……一六六

(三)人事訴訟ニ於テハ殊ニ必要アリ……七〇……(一六六)(一六九)

(四)傳聞證言ヲ許ス場合ノ弊害ノ有無……七〇……一六七

(五)本人訊問ノ制度ノ存在ハ斯ル證據ヲ排斥スル理由トナラス……七〇……一六八

(一)公證人カ家屋ノ形狀場所的關係破損ノ有無ヲ錄取スルモ公正證書ハ斯ル事項ニ付證據力ナキ有セス(判旨)……七五……一九〇
(二)所　見
(a)公正證書ハ其ノ記載アル凡テノ事項ニ付テハ證據力ヲ有セス……七五……一九一
(b)法律行爲ソノ他私權ノ得喪變更ニ關シテノミ證據力ヲ有ス……七五……一九二
(c)私權ノ得喪ニ關スル行爲ノ外ソノ目的タル事物ノ形狀等ニ付錄取スルモ前者ニ付テノミ證明力アリ……七五……一九五
(d)獨逸法ノ規定……七五……一九六
(e)要　約……七五……一九六
(2)外國公證人ノ作成シタル證明書
(一)訴訟提起後外國公證人ノ作成シタル證明書ハ一私人ノ作成シタルモノト異ナリ證據タル效力ナキ有ス(判旨)……七四……一八五
(二)所　見
(a)一私人カ訴訟提起後作成セル證明書スラ證據能力アリ……七四……一八五
(b)外國公證人ノ作成セル同樣ノ證書ハ當然證據能力アリ……七四……一八七
(c)獨逸法ノ規定……七四……一八七
(d)我民訴法ノ解釋トシテモ外國官廳又ハ公證人ノ作成セル適式ナル證書ハ公正證書ト見ルヘシ……七四……一八八

六　私署證書
(1)當事者ノ自作文書ノ證據力……七四……一八六
(2)訴訟提起後ノ作成ニ係ル當事者ノ自作文書ノ證據力
(一)他ノ證據ト相俟チテ作成者ニ利益ナル事實認定ノ資料ニ供シ得(判旨)……八六……二五九
(二)其ノ必要ナシ(所見)……八六……二七一
(3)訴訟提起後私人ノ作成セル證明書ノ證據力……七四……一八五

七　當事者本人ノ訊問
本人訊問ノ結果ニヨリ事實ノ認定ナスニハ他ノ證據ト相俟ツヲ要セス(判旨)……七八……二一六

第二一九條

實驗則
一　裁判所カ實驗則ニ關スル知識ヲ得ルニ付テハ方法ト材料ニ制限ナシ(判旨)……七六……一九七
二　經驗法則ノ意義……七六……一九八
三　裁判外ノ鑑定書ニヨリ判事ハ經驗則ニ關スル自己ノ知

ヲ補足シ得……七六……一九九

第二二一條

和　解……第五五九條ヲ見ヨ

第二節　判　決

反對給付引換ノ給付判決……六一……七九以下

第二三〇條

攻擊防禦方法ノ意義……八五……二五七

第二三一條

一　反對給付ヲ條件トスル給付命令ノ申立ニ對スル判決ト本條トノ關係
(1)無條件ノ給付判決……六一……八一
(2)條件ヲ輕減シタル判決……六一……八一
(3)條件ヲ申立ヨリ加重シタル判決
(一)不動產賣買契約ニ基キテナス不動產所有權移轉登記ノ請求ニ付自己ノ支拂フヘキ賣買代金ノ殘金額トノ引換ヲ條件トシタル場合、裁判所カ殘金額ヲ申立ヨリ多ク認定スルモ本條ニ違背セス(判旨)……六一……八〇
(二)所　見……六一……八一
(4)獨逸法ニ於ケル規定……六一……八四
(5)新民事訴訟法ノ解釋……六一……八五
二　反對給付ヲ條件トスル給付命令ノ申立アルトキ原告カ反對給付ノ數額又ハ範圍ニ付テノ自己ノ主張ニ重キヲ置クヤ否ヤニヨリ判決ヲ異ニスルヲ必要トスル場合アリ……六一……八二

第二三二條

口頭辯論後ノ判事ノ變更ト辯論ノ更新……六九……一五四

第二三六條

一　事實及爭點ノ摘示
(1)記載スヘキ範圍……八五……二五一
(2)記載ノ方法
(一)準備書面ノ引用及ソノ方法……八五……二五二
(二)中間判決ノ記載……八五……二五二
(三)一分判決ノ記載……八五……二五二
(四)下級審ノ判決ノ記載……八五……二五三
(3)當事者ノ法律上ノ辯論……八五……二五三
(4)適法ナル事實記載ノ欠缺……八五……二五六
二　判決ノ理由ノ意義……八五……二五四

三　土地ノ經界線ヲ定ムル判定方――判示ノ方法トシテ圖面ヲ利用スルハ可ナルモ圖面ニ朱線ヲ施スノミニテハ足ラス之ヲ經界ナリト表示シ現場トノ關係ヲ說明スルヲ要ス（判旨）……六二……九三
四　證據方法却下ノ裁判ニハ理由ヲ付スヘシ……七七……二〇三
五　申出タル證據ノ不斟酌ニハ理由ヲ付スヘシ……八五……二五八

第二四一條

一　著シキ誤謬……六六……一一〇九
二　和解調書ノ更正……六六……一一〇九

第二四四條

一　經界確定ノ判決ノ既判力
(1)經界確定ノ判決ハ兩隣地間ノ經界ヲ定ムルト同時ニ相隣者ノ所有權ノ範圍ヲ確定ス（判旨）……六三……九六
(2)所見―判旨ニ反對ス
（一）經界確定ノ訴ト所有權確認ノ訴トハ區別スヘシ……六三……九七
（二）區別ノ標準
(a)大正七年十二月六日ノ判決……六三……九七
(b)經界線ノ確定ヲ求ムルヤ否ニヨリ區別スヘシ……六三……九九
（三）從テ一ノ訴ノ判決ハ他ニ對シ既判力ナシ……六三……九九
（四）兩訴ハ附隨的、併合又ハ別箇ニ提起スルニ妨ナシ……六三……九九
二　利息請求事件ニ於ケル判決ハ元本債權ニ對スル既判力ナシ（判旨）……六五……一〇四
三　主文不定ナルトキハ形式的ニ確定スルモ既判力ヲ生セス……六二……九四

第二四五條

第二三二條ハ決定ニ準用アリ……六九……一五四

第三節　闕席判決

第二五五條

欠席判決ニ對スル抗告……六八……一四七

第五節　證據調ノ總則

一　證據能力ト證據價値……七〇……一六三／七四……一八六
二　訴訟提起後ノ傳聞證言ノ證據力……七〇……一一五七／一六五以下

證據調ノ範圍

第二七四條

一　一般的論理及經驗則ニ從ヒソノ必要ノ範圍及限度ヲ定ムヘシ……七七……二〇三
(1)却下ニ關スル原則……七七……二〇四
(2)却下ノ裁判ニハ理由ヲ附スヘシ……七七……二〇三
二　唯一ノ證據方法ノ却下
(1)一般ノ原則ニ從フヘシ……七七……二一五
(2)判例
（一）唯一ノ證據方法ノ却下ヲ正當トスル判例……七七……二〇九／二一〇
（二）其ノ批評……七七……二〇九／二一〇／二一三
（三）唯一ノ證據方法ノ却下ヲ不當トスル判例……七七……二一一三
（四）其ノ批評……七七……二一五

證據決定

一　證據決定ノ性質及效力……六九……一五三／一五五
二　裁判所部員ノ變更前ノ證據決定ハ部員變更後ニ於テモ效力ヲ有ス（判旨）……六九……一五二
三　新民事訴訟法ト證據決定……六九……一五四

第六節　人證

訴訟提起後ノ傳聞證言ノ證據力……七〇……一一五七／一六五以下

第二九九條

一　家族關係ニヨリ生シタル財產關係ノ意義……七三……一八一
二　證人トシテ立會タル場合ノ意義……七三……一八三

第三〇六條

一　證人ハ必ス宣誓スルヲ要ス……七一……一七一
二　宣誓拋棄ノ合意……七一……一七五
三　宣誓ヲ爲サシムヘキ場合之ヲ爲サシメスシテ訊問シタル證言ハ相手方カ異議ヲ述ヘサル限リ當然無效ニ非ス（判旨）……七一……一七〇／一七六
四　宣誓セシムヘカラサル場合ニ宣誓セシメタル違法ト責問權ノ拋棄ニヨル補正……七一……一七七

第三一〇條

一　宣誓ヲ爲サシメサル理由ト職權調查……七一……一七二
二　宣誓セス參考ノタメ供述シタル者ノ供述ノ性質
(1)宣誓シタル證人ノ供述ト等シク事實判定ノ資料ニ供シ得

和解……第五九條ヲ見ヨ

第三八一條

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

(1)訴變更ノ場合ニ於ケル新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴……六四
(2)從前ノ例例……六四
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……六四
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……六四

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……六四
二 新民事訴訟法ノ解釋……六四
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……六五
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……六五

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……六五
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……六五
(2)從前ノ判例……六六
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……六六
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……六六

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……六六
二 新民事訴訟法ノ解釋……六六
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……六七
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……六七

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……六七
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……六七
(2)從前ノ判例……六七
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……六七
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……六七

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……六八
二 新民事訴訟法ノ解釋……六八
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……六八
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……六八

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……六八
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……六八
(2)從前ノ判例……六八
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……六八
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……六八

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……六九
二 新民事訴訟法ノ解釋……六九
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……六九
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……六九

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……六九
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……六九
(2)從前ノ判例……六九
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……六九
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……六九

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……七〇
二 新民事訴訟法ノ解釋……七〇
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……七〇
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……七〇

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……七〇
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……七〇
(2)從前ノ判例……七〇
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……七〇
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……七〇

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……七一
二 新民事訴訟法ノ解釋……七一
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……七一
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……七一

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……七一
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……七一
(2)從前ノ判例……七一
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……七一
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……七一

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……七二
二 新民事訴訟法ノ解釋……七二
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……七二
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……七二

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……七二
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……七二
(2)從前ノ判例……七二
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……七二
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……七二

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……七三
二 新民事訴訟法ノ解釋……七三
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……七三
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……七三

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……七三
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……七三
(2)從前ノ判例……七三
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……七三
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……七三

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……七四
二 新民事訴訟法ノ解釋……七四
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……七四
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……七四

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……七四
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……七四
(2)從前ノ判例……七四
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……七四
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……七四

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……七五
二 新民事訴訟法ノ解釋……七五
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……七五
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……七五

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……七五
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……七五
(2)從前ノ判例……七五
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……七五
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……七五

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……七六
二 新民事訴訟法ノ解釋……七六
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……七六
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……七六

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……七六
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……七六
(2)從前ノ判例……七六
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……七六
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……七六

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……七七
二 新民事訴訟法ノ解釋……七七
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……七七
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……七七

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……七七
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……七七
(2)從前ノ判例……七七
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……七七
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……七七

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……七八
二 新民事訴訟法ノ解釋……七八
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……七八
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……七八

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……七八
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……七八
(2)從前ノ判例……七八
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……七八
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……七八

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……七九
二 新民事訴訟法ノ解釋……七九
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……七九
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……七九

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……七九
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……七九
(2)從前ノ判例……七九
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……七九
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……七九

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……八〇
二 新民事訴訟法ノ解釋……八〇
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……八〇
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……八〇

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……八〇
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……八〇
(2)從前ノ判例……八〇
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……八〇
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……八〇

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……八一
二 新民事訴訟法ノ解釋……八一
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……八一
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……八一

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……八一
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……八一
(2)從前ノ判例……八一
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……八一
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……八一

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……八二
二 新民事訴訟法ノ解釋……八二
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……八二
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……八二

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……八二
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……八二
(2)從前ノ判例……八二
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……八二
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……八二

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……八三
二 新民事訴訟法ノ解釋……八三
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……八三
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……八三

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……八三
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……八三
(2)從前ノ判例……八三
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……八三
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……八三

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……八四
二 新民事訴訟法ノ解釋……八四
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……八四
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……八四

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……八四
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……八四
(2)從前ノ判例……八四
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……八四
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……八四

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……八五
二 新民事訴訟法ノ解釋……八五
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……八五
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……八五

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……八五
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……八五
(2)從前ノ判例……八五
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……八五
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……八五

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……八六
二 新民事訴訟法ノ解釋……八六
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……八六
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……八六

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……八六
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……八六
(2)從前ノ判例……八六
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……八六
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……八六

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……八七
二 新民事訴訟法ノ解釋……八七
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……八七
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……八七

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……八七
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……八七
(2)從前ノ判例……八七
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……八七
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……八七

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……八八
二 新民事訴訟法ノ解釋……八八
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……八八
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……八八

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……八八
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……八八
(2)從前ノ判例……八八
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……八八
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……八八

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……八九
二 新民事訴訟法ノ解釋……八九
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……八九
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……八九

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……八九
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……八九
(2)從前ノ判例……八九
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……八九
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……八九

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……九〇
二 新民事訴訟法ノ解釋……九〇
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……九〇
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……九〇

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……九〇
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……九〇
(2)從前ノ判例……九〇
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……九〇
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……九〇

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……九一
二 新民事訴訟法ノ解釋……九一
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……九一
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……九一

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……九一
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……九一
(2)從前ノ判例……九一
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……九一
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……九一

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……九二
二 新民事訴訟法ノ解釋……九二
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……九二
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……九二

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……九二
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……九二
(2)從前ノ判例……九二
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……九二
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……九二

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……九三
二 新民事訴訟法ノ解釋……九三
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……九三
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……九三

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……九三
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……九三
(2)從前ノ判例……九三
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……九三
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……九三

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……九四
二 新民事訴訟法ノ解釋……九四
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……九四
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……九四

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……九四
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……九四
(2)從前ノ判例……九四
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……九四
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……九四

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……九五
二 新民事訴訟法ノ解釋……九五
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……九五
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……九五

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……九五
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……九五
(2)從前ノ判例……九五
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……九五
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……九五

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……九六
二 新民事訴訟法ノ解釋……九六
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……九六
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……九六

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……九六
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……九六
(2)從前ノ判例……九六
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……九六
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……九六

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……九七
二 新民事訴訟法ノ解釋……九七
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……九七
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……九七

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……九七
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……九七
(2)從前ノ判例……九七
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……九七
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……九七

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……九八
二 新民事訴訟法ノ解釋……九八
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……九八
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……九八

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……九八
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……九八
(2)從前ノ判例……九八
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……九八
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……九八

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……九九
二 新民事訴訟法ノ解釋……九九
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……九九
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……九九

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……九九
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……九九
(2)從前ノ判例……九九
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……九九
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……九九

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……一〇〇
二 新民事訴訟法ノ解釋……一〇〇
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……一〇〇
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……一〇〇

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……一〇〇
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……一〇〇
(2)從前ノ判例……一〇〇
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……一〇〇
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……一〇〇

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……一〇一
二 新民事訴訟法ノ解釋……一〇一
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……一〇一
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……一〇一

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……一〇一
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……一〇一
(2)從前ノ判例……一〇一
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……一〇一
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……一〇一

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……一〇二
二 新民事訴訟法ノ解釋……一〇二
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……一〇二
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……一〇二

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……一〇二
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……一〇二
(2)從前ノ判例……一〇二
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……一〇二
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……一〇二

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……一〇三
二 新民事訴訟法ノ解釋……一〇三
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……一〇三
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……一〇三

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……一〇三
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……一〇三
(2)從前ノ判例……一〇三
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……一〇三
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……一〇三

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……一〇四
二 新民事訴訟法ノ解釋……一〇四
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……一〇四
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……一〇四

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……一〇四
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……一〇四
(2)從前ノ判例……一〇四
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……一〇四
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……一〇四

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……一〇五
二 新民事訴訟法ノ解釋……一〇五
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……一〇五
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……一〇五

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……一〇五
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……一〇五
(2)從前ノ判例……一〇五
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……一〇五
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……一〇五

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……一〇六
二 新民事訴訟法ノ解釋……一〇六
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……一〇六
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……一〇六

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……一〇六
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……一〇六
(2)從前ノ判例……一〇六
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……一〇六
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……一〇六

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……一〇七
二 新民事訴訟法ノ解釋……一〇七
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……一〇七
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……一〇七

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……一〇七
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……一〇七
(2)從前ノ判例……一〇七
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……一〇七
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……一〇七

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……一〇八
二 新民事訴訟法ノ解釋……一〇八
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……一〇八
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……一〇八

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……一〇八
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……一〇八
(2)從前ノ判例……一〇八
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……一〇八
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……一〇八

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……一〇九
二 新民事訴訟法ノ解釋……一〇九
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……一〇九
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……一〇九

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……一〇九
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……一〇九
(2)從前ノ判例……一〇九
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……一〇九
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……一〇九

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……一一〇
二 新民事訴訟法ノ解釋……一一〇
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……一一〇
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……一一〇

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……一一〇
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……一一〇
(2)從前ノ判例……一一〇
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……一一〇
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……一一〇

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……一一一
二 新民事訴訟法ノ解釋……一一一
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……一一一
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……一一一

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……一一一
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……一一一
(2)從前ノ判例……一一一
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……一一一
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……一一一

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……一一二
二 新民事訴訟法ノ解釋……一一二
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……一一二
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……一一二

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……一一二
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……一一二
(2)從前ノ判例……一一二
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……一一二
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……一一二

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……一一三
二 新民事訴訟法ノ解釋……一一三
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……一一三
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……一一三

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……一一三
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……一一三
(2)從前ノ判例……一一三
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……一一三
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……一一三

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……一一四
二 新民事訴訟法ノ解釋……一一四
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……一一四
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……一一四

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……一一四
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……一一四
(2)從前ノ判例……一一四
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……一一四
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……一一四

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……一一五
二 新民事訴訟法ノ解釋……一一五
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……一一五
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……一一五

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……一一五
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……一一五
(2)從前ノ判例……一一五
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……一一五
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……一一五

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……一一六
二 新民事訴訟法ノ解釋……一一六
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……一一六
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……一一六

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……一一六
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……一一六
(2)從前ノ判例……一一六
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……一一六
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……一一六

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……一一七
二 新民事訴訟法ノ解釋……一一七
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……一一七
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……一一七

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……一一七
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……一一七
(2)從前ノ判例……一一七
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……一一七
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……一一七

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……一一八
二 新民事訴訟法ノ解釋……一一八
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……一一八
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……一一八

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ際シ新訴ヲ却下スル判決ニ對スル獨立上訴……一一八
(1)訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ヲ許サヌ旨ノ判例……一一八
(2)從前ノ判例……一一八
(3)所見ハ判旨ニ反スル所以……一一八
(4)新民事訴訟法ニ於ケル取扱……一一八

第四〇一條

一 控訴ヲ理由アリトスル方法……一一九
二 新民事訴訟法ノ解釋……一一九
三 控訴ヲ理由アリトスル判決ニ對スル上訴……一一九
四 違式ノ裁判ニ對スル上訴……一一九

第三編 上訴

第一章 控訴

第三九六條

訴變更ニ

(3)新民法トノ關係ニ於ケル本條ノ解釋
(一)相殺ノ抗辯ニハ第四一五條ノ適用アリ本條ハ適用ヲ失ヘリトノ說……八二……二二九
(二)本條ハ依然適用アリ(所見)……八二……二二九
(a)新民法ニヨル改正ノ意義
(イ)主張ノ方法ノ改正……八二……二三〇
(ロ)裁判上第二審ニ於テ主張シヲル場合ノ制限ハ依然如舊……八二……二三〇
(b)本條後段ノ要件ヲ必要トスル理由……八二……二三二
(c)獨逸法ノ規定……八二……二三四
(d)原告ノ相殺ノ主張……八二……二三五
(4)相殺權カ訴又ハ反訴ニヨリ行使セラルル場合ナシ……八二……二三六
(5)本條後段ハ效力ヲ失ハス然モ相殺ノ抗辯ノ主張ニ對シテハ其ノ適用ナシトノ說(山田博士)……八二……二三八
(6)新民事訴訟法ノ規定……八二……二四一
三「過失ニ非スシテ」ノ意義
(1)無過失……八二……二三五
(2)豫備的ニ相殺ヲ主張セサルハ過失……八二……(二三七、二三八、二四〇)

第四二三條

一 手續違背ノ意義……八一……二二四
二 判決ノ事實記載ノ欠缺……八五……(二五三、二五七)
三 差戻スト否トハ控訴審ノ自由裁量ニ屬ス……(八一……二二六、八三……二四五)
四 新民事訴訟法ノ解釋……八一……二二六

第四二四條

理由ノ當否ハ之ヲ措キ第一審判決カ結局正當ナルトキハ之ヲ取消スヘキモノニ非ス……八三……(二四一、二四五)

第二章 上 告

第四三一條

訴變更ノ場合新訴却下ノ判決ノ性質及之ニ對スル獨立上訴ノ許否……第三九六條ヲ見ヨ

第四三四條

一 法律ニ違背シタル裁判ノ意義
(1)法律違背……八六……二六三
(2)因果關係……八六……二六五
二 第七五九條ニ所謂特別ノ事情ト法律問題
(1)判例ハ事實問題トセリ……一〇九……四七七
(2)余ハ法律問題ト解ス……一〇九……四七八

第四三五條

一 判決言渡期日ノ法律違背ト上告理由ノ存否
(1)判例……八六……二五九
(2)判決言渡期日指定ニ關スル違法ノ實例……八六……二六一
(3)所見
(一)法律ニ違背シタル裁判ノ意義……八六……二六三
(二)上述言渡期日ノ違法カ上告理由トナラサル場合……八六……二六九以下
(三)言渡期日ノ違法カ上告理由トナル場合……八六……二六九
二 宣誓スヘキ場合ニ爲ササルハ法律違背ナリ……七一……一七四
三 判決ニ於ケル事實記載ノ欠缺……八五……(二五三、二五七)

第四三六條

一 判決ノ理由ノ意義……八五……二五四
二 理由欠缺
(1)提出事項不斟酌ノ理由ヲ示ササルコト及例外ノ場合……八五……二五四
(2)理由不明瞭……八五……二五五
(3)理由カ全然其ノ內容ヲ欠ク場合……八五……二五六
(4)事實摘示ノ欠缺ト異ナリ……八五……二五六
三 理由不備ノ場合ト然ラサル場合ノ例
(1)土地ノ經界線判示ノ方法トシテ圖面ニ朱線ヲ施シタルノミニテ現場トノ關係ヲ說明セサルハ理由不備ナリ(判旨)……六二……(九三、九四)
(2)證據方法却下ニ付理由ヲ付セサルトキハ理由不備ナリ……七七……二〇三
(3)事實ノ認定ニ際シ依據シタル當事者ノ提出ニ係ル證據ヲ明示セサルハ理由不備ナリ(判旨)……八五……(二五一、二五五)
(4)不法行爲ノ要件ノ存否ニ付テノ說明ヲ欠クハ理由不備ナリ……九五……(二六、二六九)
(5)請求原因發生時日ヲ判示セサルモ必スシモ理由不備ノ判決ニ非ス……六四……(一〇二、一〇四)

第四三八條

一 上告セラルル判決ノ表示
(1)「上告セラルル判決ノ表示」トハ上告ノ目的タル判決ヲ他ノ判決ト混同スル虞ナキ程度ニ記載スレハ足リ判決ノ主文ヲ示サストモ可ナリ(判旨)……八四……二四六

(2)判決ノ同一性ヲ保テハ足ル……八四……二四七
(3)終局判決前ノ裁判ノ表示ハ必要ニアラス……八四……二四八
二　上告理由
(1)上告狀ニハ上告理由ヲ記載スルヲ要セス(判旨)……八四……二四六
(2)獨逸法……八四……二四九
(3)新民事訴訟法……八四……二五〇

第四四六條
第三一〇條ニ該當スルヤ否ヤハ事實問題ニシテ控訴審ノ認定ニ從フヘシ……七一……一一七三／一一七五

第四四八條
破毀差戻後ノ判決ノ資料
(1)破毀差戻後ノ新辯論ニ於テハ以前ノ訴訟資料ト雖モ再ヒ提出スルニ非サレハ斟酌スルヲ得ス(判旨)……八七……二七四
(2)所　見
(一)破毀差戻後ノ新口頭辯論ノ性質……八七……一一七五／一一七七
(二)控訴審ニ於テ從前爲サレタル辯論ハソノ效力ヲ持續ス……八七……二七六

(a)中間判決ニ付テ(判例)……八七……二七六
(b)中間判決以外ノ部分……八七……二七七
(三)新民事訴訟法ノ解釋……八七……二七八
(四)判旨ノ事案ニ付テ……八七……二八〇
(五)破毀前ト破毀後ニ於テ判事ノ異ナル場合ノ特例……八七……二八一

第三章　抗　告

第四五九條
欠席判決ニ對シテナシタル抗告……六八……一一四七／一一四八

第四五六條
一　再抗告
(1)再抗告ノ意義……九〇……二八九
(2)即時抗告ニ基ク裁判ニ對スル抗告
(一)第一ノ抗告カ即時抗告ナル場合ニハ第二ノ抗告モ亦即時抗告ノ規定ニ從フヘシ(判旨)……九〇……二八九
(二)所　見……九〇……二九二
(3)欠席判決ニ對スル抗告
(一)欠席判決ニ對シ提起シタル抗告ニ付テノ裁判ニ對シテハ再抗告ナ許サス(判旨)……六八……一四七

(二)所　見……六八……一一四八／一一五一
二　新ナル獨立ノ抗告理由ノ意義……六八……一四八

第四五七條
一　抗告理由ハ記載ノ必要ナシ……八八……二八三
二　新民事訴訟法ノ規定……八八……二八三

第四六二條
一　抗告審ニ於テハ必スシモ反對ノ利害關係人ノ審訊ヲ要セス(判旨)……八九……二八六
二　一審ニ於ケル審訊ノ必要ト抗告審ニ於ケル審訊ノ要否……八九……二八七

第四六六條
一　即時抗告ノ性質……九〇……二九三
二　第一ノ抗告カ即時抗告ナル場合ニ於ケル再抗告ハ即時抗告ナリヤ……九〇……一一二八九／一一二九二
三　不變期間開始前ノ提起ハ有效ナリ……一〇五……四五二
四　本條第三項ニヨリ不變期間經過後ニナス抗告ノ性質……一〇五……四五三

第四編　再　審

系統的事項目次

第四六八條
法律ノ規定ニ從ヒ代理セラレサルノ意義……九一……三〇四

第四六九條
一　本條ノ目的……九一……二九五
二　相手方又ハ第三者ノ所爲ノ意義
(1)故意ニ證書ノ提出ヲ妨ルヲ謂ヒ過失ニ基ク場合ヲ包含セス(判旨)……九二……三〇七
(2)從來ノ判例モ亦同趣旨ナリ……九二……三〇八
(3)所　見
(一)本條第七號設置ノ立法理由ニ鑑ミ判旨ニ反對ス……九二……三〇九
(二)新民事訴訟法ノ規定……九二……三一一
(三)立法論……九二……三一二
三　罰セラルヘキ行爲
(1)警察犯處罰令ニ依リ處罰セラルヘキ行爲ハ之ニ該當セス(判旨)……九一……二九四
(2)從來ノ判例……九一……二九五
(3)獨逸法ノ規定……九一……二九七
(4)懲戒罰……九一……二九七
(5)刑罰法規ハ刑法ノミニ限ラス……九一……一一二九六／一一二九八

(6)結語(判旨ニ反對ス)……九一……二九九
(7)新民事訴訟法ノ規定……九一……二九九
(8)判旨ノ見解ヲトル場合ニ於ケル相手方ノ救濟方法如何……九一……三〇四
四 因果關係
(1)再審原因ト判決ノ間ノ因果關係ノ必要……九一……三〇〇
(2)不實ノ陳述ニ基ク公示送達アリタメニ被告欠席シ欠席判決ヲ受ケタル場合ノ不實ノ申述ト判決トノ因果關係……九一……三〇〇
(3)職權調査主義ト因果關係ノ不存在……九一……三〇二

第四七〇條

再審原告ノ過失アリト見ルヘキ場合……九二……三一〇

第六編 強制執行

第一章 總則

一 強制執行ト公序良俗……一〇四……四四一
二 訴又ハ強制執行ヲ爲サストノ特約……第一九〇條ヲ見ヨ
三 強制執行請求權ノ拋棄……六七……一三九
四 平等配當主義
(1)優先權取得主義ト平等配當主義トノ利害得失……一〇一……四〇九以下
(2)我民事訴訟法ノ規定
(一)平等分配主義ナトル……一〇一……四〇六
(二)ソノ制限……一〇一……四一一
(3)執行力アル正本ヲ有スル債權者ノミニ配當要求ヲ許ス主義ノ提唱……一〇一……四一五

第四九七條

反對給付引換ノ給付判決ニ基ク執行
(1)方法……六一……八八
(2)執行ニ對スル異議……六一……八九

第五〇〇條

一 假ノ處分トシテ停止命令ノ性質……九三……三一四
二 停止命令ノ申請
(1)停止命令ノ申立ニ付テノ裁判ニ對スル不服申立(本條第三項適用ノ範圍)
(一)不適法却下ノ裁判ニ對シテハ抗告ヲ爲シ得(判旨)……九三……三一三
(二)獨逸ノ判例學說……九三……三一五
(三)所見……九三……三一六

(2)申請ノ却下
(一)保證ヲ立ツヘキコトヲ命シタルニ相當期間內ニ之ヲ立テサリシトキハ停止申請ヲ却下スルコトヲ得(判旨)……九三……三一四
(二)所見
a)法律論……九三……三一八
(b)實際論……九三……三一八
三 本條ノ準用
(1)準用アル場合……九三……三一六
(2)準用ナキ場合……九三……三一七

第五〇五條

一 本條第二項ノ解釋……九四……三二三
二 新民事訴訟法ハ本條ヲ削除ス……九四……三二五

第五一二條

一 停止命令ノ性質及之ニ對スル不服申立…第五〇〇條參照
二 本案判決又ハ假執行宣言ノ廢棄又ハ變更アリタル場合ノ停止命令ノ效力……九四……三二二
三 第五〇〇條ノ準用
(1)債務者ノ保證、供託ヲ條件トシテ執行ヲ免ルコトヲ許シタル場合ト第五〇〇條ノ準用……九四……三二三
(2)債權者ノ保證ヲ立ツルコトヲ條件トスル假執行ト第五〇〇條ノ準用……九四……三二三
(3)其ノ他第五〇〇條準用アル場合ト無キ場合……九三……三一六

第五一三條

一 保證ヲ立テシムル趣旨……九四……三二〇
二 執行停止ノ爲メ債務者カ立テタル保證ノ返還ノ許否
(1)保證供與者カ相手方ノ同意ヲ得テ返還ヲ求メタルトキ……九四……三二〇
(2)相手方カ保證ニヨリ擔保セラルル權利ヲ相當期間內ニ行使セサルトキ……九四……三二〇
(3)獨逸法ノ規定……九四……三二一
(4)新民事訴訟法ノ規定……九四……三二一

第五一八條

反對給付引換ノ給付判決ニ對スル執行文付與……六一……八六

第五三一條

執達吏ノ地位
一 國家ニ對スル關係……九五……三二七

二　執行債權者トノ關係……九五……三二八
(1)委任關係說……九五……三二八
(2)官吏關係說……九五……三三〇
(3)所　見……九五……三三一
(一)强制執行ハ國權ノ行使ニ外ナラス……
……九五……三三二
(二)Schultzeノ言……九五……三三二
(三)訴訟法上委任ニ類スルカ如ク規定セラルル點ノ說明
……九五……三三四
(四)執達吏ニ對シ諸種ノ私法上ノ行爲ヲ委任スルコトハ
妨ナシ……九五……三三六
(五)反對說ノ論據ニ對スル駁論……九五……三三七
三　債務者及第三者ニ對スル關係……九五……三三八

第五三二條

執行行爲ニ對スル債權者ノ責任……九五……三二五、三三九

第五四四條

一　執行裁判所ノ執行行爲タル決定ニ對シテハ本條ニヨリ異議申立ヲナシウルカ又ハ抗告ヲ爲スヘキカ
(1)撰擇權說……九九……三八四
(2)抗告ヲ申立ツヘク本條ノ適用ナシトスル說……
……九九……三八五
(3)當事者ヲ審訊セスシテ決定ヲ發シタル場合ニ限リ本條ノ適用アリトスル說……九九……三八五以下
二　本條ニ依ル異議申立ト他ノ救濟手段トノ關係……
……九七……三七〇
三　本條ノ適用ノ範圍
(1)執行ノ前提要件ノ欠缺
(一)債務名義不送達ニヨル執行ノ不法ハ手續進行中ニ在テハ本條ニヨリ主張シ得(判旨)……九八……三七四
(二)執行ノ前提要件欠缺ノ場合ニハ差押命令轉付命令送達後モ常ニ異議申立ヲ許ス……九八……三七七
(2)執行裁判所ノ不動產引渡命令(第六八七條二項)ニ對シテハ異議ヲ申立ツヘシ……九九……三八三、三八八
(3)反對給付引換ノ給付判決ニ基ク執行ニ對スル異議……
……六一……八九
(4)强制執行ヲ爲サストノ契約
(一)强制執行ヲ爲サストノ契約ノ存在ヲ理由トシテ本條ニヨリ異議ヲ申立得(判旨)……九六……三四三
(二)ソノ不當ナル所以……九六……三四四、三五一
(5)競落許可決定ニ對スル本條ノ異議申立ハ之ヲ許サス……
……一〇五……四五二

第五四五條

一　請求異議ノ訴ノ性質
(1)確認訴訟說及ソノ批評……一〇〇……三九〇
(2)給付訴訟說及ソノ批評……一〇〇……三九一
(3)不當利得說及ソノ批評……一〇〇……三九二
(4)形成訴訟說……一〇〇……三九三
二　異議權
(1)性　質……一〇〇……三九四、三九八、四〇〇
(2)種　類……一〇〇……三九五
三　異議ノ原因
(1)意　義……一〇〇……三九四、三九八
(2)請求異議ノ訴ニ於テ主張シウル異議ノ原因ノ發生時期……
……一〇〇……三九六
四　異議ノ原因ノ主張時期——「同時ノ意義」
(1)訴狀記載說……一〇〇……三九七
(2)同一訴訟說……一〇〇……三九九
(一)山田博士ノ說……一〇〇……四〇〇
(二)批　評……一〇〇……四〇一
(3)第一審級說
(一)判　例……一〇〇……三九〇、三九七、四〇三
(二)余ノ贊成スル所以……一〇〇……四〇四
五　請求異議ノ訴提起後知リ又ハ發生シタル異議權及異議ノ原因……一〇〇……四〇五
六　留保判決ニ於ケル口頭辯論終結後ノ意義……
……九六……三六六
七　本條第三項ハ第四一五條ノ例外規定ナリ……
……一〇〇……四〇四
八　本條ハ假差押命令ニ基ク執行ニハ準用ナシ……
……一〇七……四六五、一〇八……四六八
九　精算義務者ノ作成シタル精算書ヲ不充分ナリト債權者カ爭フトキハ債務者ハソノ債務完濟ヲ本條ノ訴ニヨリ主張スヘシ……一〇四……四三二、四四七
一〇　强制執行ヲ爲サストノ契約ノ存在ヲ理由トシテ本條ノ訴ヲ提起シ得ス(判旨)……九六……三四三、三四六

第五四七條

本條ニヨル執行ノ停止及取消ノ意義及第七四三條ニヨル停止取消トノ差異……一〇八……四六六、四六八、四七二

第五四八條

本條ニヨル執行ノ停止及取消ノ意義及第七四三條ニヨル停止取消トノ差異……一〇八……四六六、四六八、四七二

第五四九條

一 執行異議ノ訴ハ形成ノ訴ナリ……九五……三四一
二 占有權ハ本條ニ所謂物ノ引渡ヲ妨クル權利ナリ……九七……三七三
三 有體動產ノ請求ノ差押ニ對シテハ請求ノ目的物ヲ執達吏ニ引渡サルル以前ニ於テ本條ノ訴ヲ提起シ得……一〇二……四一六（四一九）
四 物的責任ノ債務ノ場合責任財產以外ノ財產カ差押ヘラレタルトキハ債務者ハ第三者ノ地位ニ立ツ……九七……三七二
五 假差押命令假處分命令ニ基ク執行ニハ本條ノ準用アリ……一〇八……四六九（四六六、四六八、四七二）
六 本條ニヨル執行ノ停止及取消ノ意義及第七四三條ニヨル停止取消トノ差異……一〇八……四三三

第五五〇條

本條第四號ニ該當セサル證明書……一〇四……四三三

第五五八條

一 裁判ノ意義……九九……三八四
二 執行裁判所ノ執行行爲タル決定ニ對シ抗告ヲ爲シ得ル場合
(1)學 說……九九……三八四以下
(2)決定ヲ發スルニ當リ當事者ヲ審訊シタルトキ……九九……三八六
(3)執行行爲ニ關スル債權者ノ申立ヲ却下シタルトキハ抗告ヲ爲シ得……九九……三八七

第五五九條

一 裁判上ノ和解ノ性質
(1)實體法上ノ內容ヲ有スル部分ハ凡テ實體法ノ支配ヲ受ケ當事者ハ必スシモ和解調書ノ記載如何ニ拘束セラルルコトナシ（判旨）……六六……一一〇
(2)學 說
(一)純法律行爲說……六六……一一九
(二)純訴訟行爲說……六六……一二一
(三)兩行爲併合說……六六……一二三
(四)行爲競合說……六六……一二四
(3)所 見……（六六、六七）……一二五
二 調 書
(1)和解ノ成立及效力ハ調書ノ作成ヲ要件トセス……（六六）……一一〇九
(2)和解調書ノ更正……（六六）……一一一四

三 執行力——調書ニ明確ニセラルルトキ之ヲ有ス……六六……一一四
四 確定力
(1)裁判上ノ和解ハ確定力ヲ有セス（判旨）……六六……一〇九
(2)所 見
(一)調書ニ記載シテ明確ニシタルトキハ確定力ヲ有ス……六六……一一〇
(二)理 由……六六……一一一
五 和解成立ト訴訟終了ノ關係
(1)純法律行爲說ノ見解……六六……一一三
(2)純訴訟行爲說……六六……一一四
(3)兩行爲併合說……六六……一一八
(4)行爲競合說……六六……一二八
六 裁判上ノ和解ノ一約款トシテノ訴取下ノ合意（第一九八條參照）……六七……一四一以下
七 和解ノ無效
(1)和解ノ無效ト權利拘束ノ不消滅……六六……一一〇
(2)訴訟追行ノ能否
(一)裁判上ノ和解ノ無效ナルトキハ訴訟ハ未タ終了セサルヲ以テ當事者ハ訴訟ヲ追行スルニ妨ナシ（判旨）……六七……一一一
(二)所 見……（六六、六七）……一一二九

第二章 金錢ノ債權ニ付テノ強制執行

第一節 動產ニ對スル強制執行

第二款 有體動產ニ對スル強制執行

第五八九條

一 執行力アル正本ヲ有セサル債權者モ無條件ニ配當ニ加入スルコトヲ得（判旨）……一〇一……四〇六
(1)從前ノ判例……一〇一……四〇七
(2)所 見……一〇一……四〇八
二 我民事訴訟法ハ平等配當主義ヲ採ルコト及優先權取得主義トノ優劣……一〇一……（四〇六、四〇九以下）

第三款 債權及ヒ他ノ財產權ニ對スル強制執行

債務名義不送達ニヨル執行ノ不法ノ主張
(1)執行手續進行中ハ第五四四條ニヨル（判旨）……九八……（三七四、三七五）
(三)山田博士ノ見解（終了說）……六七……一三四
(3)裁判上ノ和解ノ無效ト和解無效確認ノ訴……六七……（一三一、一三八）

(2)執行手續終結後ハ訴ソノ他ノ方法ニヨル(判旨)……三七四

第六〇一條

轉付命令
一 轉付命令ノ意義……一〇三……四二二
二 取立命令トノ關係……一〇三……四二二
三 各當事者ニ對スル效力
(1)債務者……一〇三……四二三
(2)債權者……一〇三……四二三
(3)第三債務者……一〇三……四二七
四 各種ノ轉付命令
(1)質權ノ目的タル債權ニ對スル轉付命令
(一)質權ノ目的タル債權ト雖モ轉付スルコトヲ得(判旨)……一〇三……(四二一四二四)
(二)質權ノ目的タル債權ノ轉付アリタル場合ト質權ノ行使
(a)質權者ハ質權ヲ失フコトナシ(判旨)……一〇三……四二一
(b)質權行使セラルルトキハ差押債務者ハ不當利得チナス(判旨)……一〇三……(四二二四二八)
(2)定期金債權ニ對スル轉付命令……一〇三……四二三
(3)同時履行ノ抗辯ノ附着セル請求ニ對スル轉付命令ノ許否……一〇三……四二七

……六一……九〇
(4)差押ノ競合ト轉付命令ノ效力……一〇三……四二六
(5)債權ト券面額トノ不一致……一〇三……四二七
五 轉付命令ヲ發スヘカラサル場合……一〇三……四二五
六 轉付命令ト執行終了期
(1)債權ニ對スル强制執行ハ債務名義不送達ノトキト雖モ差押命令及轉付命令ノ送達ニヨリ終了ス(判旨)……九八……三七五
(2)所見——執行ノ要件欠缺セルトキハ差押命令及轉付命令ノ送達アルモ執行ハ終了セス……九八……(三七六三八〇)
七 執行ノ要件欠缺セル場合ニ發セラレタル轉付命令ノ主張方法
(1)第五四四條ノ異議申立ヲ許ス
(一)取立命令アリタル場合……九八……三七七
(二)轉付命令アリタル場合……九八……三七八
(2)反對說ノ不當ナル所以……九八……三八〇
八 轉付命令ノ無效
(1)第一次ノ轉付命令カ債務名義ノ不送達ニヨリ無效ナルトキ第二次ノ差押債權者ハ訴ニヨリ轉付債權ノ不成立ノ確認ヲ求ムルヲ得(判旨)……九八……(三七五三八二)
(2)債務者カ主張スル場合……九八……三八二

第六一五條

一 有體動產ノ請求ノ差押ノ效力……一〇二……四二〇
二 動產引渡請求權ニ對スル差押方法……一〇二……四一七
三 換價方法……一〇二……四一八

第二節 不動產ニ對スル强制執行

第二款 强制競賣

第六八〇條

不動產競落許可決定ニ對スル抗告及ソノ不變期間……一〇五……四五〇

第六八七條

本條第三項ハ債務者カ競落人ニ競落不動產ヲ引渡ササル場合ニ準用アリヤ……九九……(三八三三八八)

第三章 金錢ノ支拂ヲ目的トセサル債權ニ付テノ强制執行

第七三四條

一 强制履行ノ意義
系統的事項目次
(1)所 見……一〇四……四三六
(2)鳩山博士ノ說ニ對スル辯解……一〇四……四三七
二 不代替作爲義務ノ執行ノ要件
(1)獨逸法ノ規定……一〇四……四四三
(2)我國法ノ解釋トシテモ作爲ノ履行カ債務者ノ意思ノミニカカル場合ニ本條ノ適用アリ……一〇四……四四六
三 精算義務
(1)精算義務ハ所謂「債務ノ性質カ强制履行ヲ許ス場合」ニ該當ス(判旨)……一〇四……四三二
(2)所見並ニ學說……一〇四……四四二
四 精算請求ノ訴
(1)適法性……一〇四……四四八
(2)獨逸法ノ規定……一〇四……四四八
(3)立法論……一〇四……四五〇

第四章 假差押假處分

第七四二條

假差押

抗告裁判所カ口頭辯論ヲ經テ假處分命令ヲ發シタル場合ニハ上告ヲ許スヘキヤ……一〇六……四五七

第七四三條

一「又ハ」ノ意義……一〇八……四七〇
二 供託スヘキ金額
(1)決定方法及記載方法……一〇八……四七一
(2)記載ノ欠缺……一〇八……四七一
(3)供託物ニ關スル合意……一〇八……四七二
(4)供託物ノ返還……一〇八……四七二
三 本條ニ所謂執行ノ停止及取消ノ意義及第五四七條乃至第五四九條ノ停止取消トノ差異……一〇八……(四六六、四六八、四七二)以下
四 本條ハ假處分ニ準用セラルソノ場合ニハ第七五九條ノ要件ニ從フ……一〇九……四八九

第七四四條

一 異議申立ノ性質……一〇六……四五九
二 異議申立後又ハ控訴審ノ口頭辯論ニ於テハ最初主張シタル異議ノ理由ノ外辯論進行中新ニ生シタル事實モ主張スルコトヲ得……八三……(二四二、二四三)
三 抗告裁判所ノ發シタル假差押(假處分)命令ニ對スル異議ノ管轄裁判所
(1)假處分申請ヲ爲シタル裁判所ト見ル解釋(判旨)……一〇六……四五四
(2)判旨ヲ非トスル所以……一〇六……四五六以下
(一)抗告裁判所ハ該命令ニツキ自己ノ爲スヘキコトヲ盡シタルニアラス……一〇六……四五六
(二)異議申立ノ性質ヨリ見テ不當ナリ……一〇六……四五九
(三)審級ノ順序ヨリ見テ不當ナリ……一〇六……四六〇
四 口頭辯論ヲ經スシテ爲シタル假處分命令ニ對シテハ抗告ヲ爲シ得ス(判旨)……一〇六……四五四

第七四六條

一 假差押命令ト本案訴訟トノ關係
(1)給付訴訟ノ外確認訴訟ニテモ可ナリ……一一〇……(四九四、四九八)
(2)給付訴訟ヲ提起スルカ確認訴訟ヲ提起スルカハ債權者ノ任意……一一〇……四九五
(3)形成訴訟……一一〇……四九九
(4)第一九〇條ニ所謂狹義ノ訴ニ限ラス
(一)仲裁契約……一一〇……(四九九、五〇〇)
(二)破產申立……一一〇……四九九
二 賃借權ニ基ク假處分ト本案訴訟……一一〇……五〇三以下

第七四七條

一 本條ニ所謂「終局判決」ノ意義
(1)判旨ハ本案訴訟ノ終局判決ヲ含ムト解ス……一〇七……(四六一以下、四六三)
(2)所見——特ニ取消ノ申立ニ對シ爲シタル判決ト解スル理由……一〇七……四六四以下
二 本案訴訟ニ於テ原告カ請求棄却ノ判決ヲ受ケタル場合ノ假處分命令ノ取消ノ要否……一〇七……(四六一以下、四六三)

第七四八條

一 假差押命令ニ基ク執行ト第五四五條ノ請求異議ノ訴……一〇七……四六五
……一〇八……四六八
二 假差押命令ニ基ク執行ト第五四九條ノ第三者ノ異議ノ訴……一〇八……四六九
三 第五四七條乃至第五四九條ノ準用……一〇八……四七四

假處分

第七五五條

係爭物ニ關スル假處分ト假ノ地位ヲ定ムル假處分ノ差異……一一〇……四九五

第七五六條

一 假處分命令ニ基ク執行ト執行ノ方法ニ對スル異議……九七……三七四
二 假處分命令ニ基ク執行ト第三者ノ異議ノ訴……一〇七……(四六一以下、四六三)
三 假處分命令ト第五四五條ノ請求異議ノ訴ノ許否……一〇八……四六九
四 抗告裁判所カ口頭辯論ヲ經テ假處分命令ヲ發シタル場合ニハ上告ヲ許スヘキヤ……一〇六……四五七
五 口頭辯論ヲ經スシテ爲シタル假處分命令ニ對シテハ抗告ヲ爲シ得ス(判旨)……一〇六……四五四
六 抗告裁判所ノ發シタル假處分命令ニ對スル異議ノ管轄裁判所……第七四四條ヲ見ヨ
七 假處分(假差押)取消ノ「終局判決」ノ意義……第七四七條ヲ見ヨ
八 假差押命令又ハ假處分命令ト本案トノ關係……第七四六條ヲ見ヨ

第七五八條

本案ノ請求棄却ノ確定判決アリタル場合假處分命令ノ取消ヲ俟タスシテ爲ス登記官吏ノ假處分ノ執行トシテノ登記ノ抹消……一〇七……(四六一以下、四六五)

第七五九條

一 特別ノ事情ノ意義
(1)金錢ヲ以テ滿足ヲ與ヘ得ル場合……一〇九……四八〇
二 假處分命令ニ基ク執行ト第三者ノ異議ノ訴……一〇七……四六二

(2)普通ヨリモ多大ノ損害ヲ受クル場合……一〇九……四八三
(3)人的ノ事情ヲモ考慮ニ入ル……一〇九……四八七
(4)判　例……一〇九……（四七六以下四七九、四八三、四八四、四八五）
二　特別ノ事情ト法律問題
(1)判例ハ事實問題トナセリ……一〇八……四七七
(2)余ハ法律問題ト解ス……一〇九……四七八
三　本條ハ假處分命令ノ取消ノミナラス假處分命令執行ノ取消ニモ適用アリ……一〇九……四八九

第七六〇條

一　假ノ地位ヲ定ムル假處分ノ成立ノ要件
(1)爭アル權利關係……一一〇……五〇七
(2)假ノ地位ヲ定メテ保護ヲ爲ス必要……一一〇……（五〇七、五〇八、五一〇）
二　係爭物ニ關スル假處分ト假ノ地位ヲ定ムル假處分トノ差異……一一〇……五〇九
三　賃借權ニ基ク妨害排除ノ假處分
(1)適法性
(一)賃借人ハ占有者タル地位ニ於テ妨害禁止ノ假處分ヲ申請シ(所見)……一一〇……（四九二、五〇四）
(二)大審院ノ見解……一一〇……（四九二、五〇四）
(三)學者ノ批評……一一〇……五〇五
(2)之ニ對スル本案訴訟……一一〇……五〇三

第七六一條

本條ハ第七六〇條ニ依ル假處分ニ適用アリ(判旨)……一一〇……（四九二、五〇六）

第八編　仲裁手續

第七八六條

一　仲裁契約ノ性質
(1)私法上ノ契約ト見ル說……一一一……五〇七
(2)訴訟法上ノ契約ト見ル說……一一一……（五〇七、五〇八、五一〇）
(ア)折衷說……一一一……五〇九
二　仲裁契約ノ抗辯ハ無訴權ノ抗辯ニ準ス……一一一……五一〇
三　仲裁契約ニハ和解ニ準ジ民法ノ規定ヲ準用スヘシ……一一一……五一二
四　仲裁契約ノ解除……一一一……五一三
五　爭ノ意義……一一二……（五一四、五一五）

第七八七條

一定ノ權利關係ノ意義……一一二……（五一四、五一六）

第七八九條

相手方カ選定ナナサルトキモ解除權ヲ取得セス……一一一……五一一
○裁判所構成法（明治二十三年二月十日法律第六號）
第四九條
聯合部ヲ開キ判決スヘカリシニ然カセサリシ例……五八……五一三
○競賣法（明治三十一年六月二十一日法律第十五號）
第四六條
增價競賣ノ競落許可決定ニ對スル再抗告……八八……二八四
○非訟事件手續法（明治三十一年六月二十一日法律第十四號）
第一一條
本條ハ抗告審ノ手續ニモ準用アリ……八九……二八七
第二五條
抗告審ニ於テハ必スシモ反對ノ利害關係人ノ審訊ヲ要セス（判旨）……八九……二八六
○民法（明治二十九年四月二十七日法律第八十九號）
第四一四條
本條ノ性質
(1)實體規定ニ非ス……一〇四……四三三
(2)強制執行ニ關スル規定ナリ……一〇四……四三四
(3)判例ノ推移……一〇四……四三四

民事訴訟法判例批評集 第二卷

法學博士 加藤正治著

五七 第一六一條但書ノ解釋

大正十年十月二十七日（大正十年(オ)第六二九號財產管理權喪失請求ノ件）大審院第二民事部判決（年度二七輯二六卷一八三五頁）

〔上告論旨〕原審ニ於テハ本件ニ付キ大正十年六月九日ノ口頭辯論期日ニ於テ結審シ同年同月十六日判決言渡ナナシタルコトハ明ナリ而シテ上告人（被控訴人）カ六月九日ノ口頭辯論期日ニ出頭セス且ツ判決言渡期日ニ付キ原院ヨリ何等ノ通知ヲ受ケサリシコトモ洵ニ明白ナリ然ラハ原院ニ於テハ上告人ニ對シ判決言渡期日ニ付キ適法ナル呼出ヲナサスシテ判決ヲ言渡シタル不當アリト云ハ

サルヘカラス或ハ此點ニ關シ民訴法第二三五條第一項ノ規定ヨリシテ本件判決ノ言渡モ有效ナリト說ク者アランモ該條項ハ當事者ニ對シ判決言渡ノ期日ヲ適法ニ通知シタルニ拘ラス當事者又ハ相手方ノ一方カ出廷セサル場合ニ適用スルコトヲ得ルニ止マリ本件ノ如ク適法ニ上告人ニ對シ通知ヲナササリシ場合ニ適用ス可キモノニアラス

〔判決要旨〕　在廷シタル者ニ期日ヲ定メ出頭ヲ命シタルトキハ期日ノ呼出狀ヲ送達スルヲ要セサルハ民訴法第一六一條但書ノ規定スルトコロニシテ同法第二四五條ニ依リ準用セラルル同法第二三五條ノ規定ニ依レハ其出頭命令ハ在廷セサル一方ノ當事者ニ對シテモ亦效力ヲ有スルニヨリ之ニ對シテモ亦呼出狀ノ送達ヲ要セサルモノト解スヘキコト夙ニ當院ノ判例トスル所ナリ（明治四十年十一月九日言渡同年(オ)第三七三號事件判決參照）

〔關係法文〕　第一六一條、第二三五條、第二四五條

一　予輩ハ判旨ニ贊成スル者ナリ右判決理由ニ引用シタル明治四十年十一月九日ノ判決理由モ亦本件ト全然同趣旨ニシテ在廷シタル者ニ期日ヲ定メテ出頭ヲ命スルトキハ其ノ出頭命令ハ在廷セサル者ニ對シテモ亦效力ヲ有シ呼出狀ヲ送達スルコトヲ要セスト爲セリ（明治四十年(オ)一一〇六頁）

其ノ理由トシテハ本件判旨ニ說明セル如ク第二三五條ノ規定ハ第二四五條第二項ニ於テ裁判所ノ決定及ヒ裁判長ノ命令ニ準用セラル故ニ期日指定ノ命令ハ當事者雙方ノ在廷者ニ期日ヲ定メ言渡シタル場合

當事者雙方ノ在廷セル期日ニ於テ判決言渡ノ期日ヲ指定シ又第一五九條ニ依リ裁判長之ヲ指定シ普通ニハ當事者雙方ニ對シ其ノ呼出狀ヲ送達スヘキモノナリト雖モ第一六一條但書ノ規定ニ依リ在廷シタル者ニ期日ヲ定メ出頭ヲ命シタルトキハ之ヲ送達スルコトヲ要セサルヲ以テ相手方ニ對シ呼出狀ヲ送達セサルモ亦適法ナリト謂ハサルヘカラス故ニ本件ニ於ケル判決言渡期日ハ適法ナル期日ニシテ其ノ期日ニ呼出狀ノ送達ナカリシモ亦不當ニ非サルナリ

二　前述ノ如ク本件ニ於テハ判決言渡ノ期日指定ノ當時即チ本案ノ口頭辯論結審ノ期日ニ於テハ當事者雙方出頭セサリシモ少クトモ當事者ノ一方即チ被上告人ハ出頭シ居リタルモノトス即チ當事者ノ一方ノ在廷セル期日ニ於テ結審シ同期日ニ於テ判決言渡ノ期日ヲ指定シ以テ其ノ期日指定ノ言渡ヲ爲シタルモノトス而シテ問題ハ闕席セル相手方ニ對シ判決言渡期日ノ呼出狀ヲ送達スル必要アリヤ否ヤニ關シタルモノトス

當事者雙方闕席セル場

然ルニ一步進ンテ當事者雙方闕席セル期日ニ於テ判決言渡ノ期日ヲ指定シ又

合ニ期日ヲ指定セルトキ

ハ其ノ延期ノ期日ヲ指定セル場合ニ於テモ尙ホ當事者雙方ニ對シ呼出狀ノ送達ヲ必要トセサルヤ否ヤノ問題アリ此ノ問題ニ關シ大審院ハ左ノ如ク當事者雙方ニ對シ呼出狀ノ送達ヲ要セストノ判決ヲ爲セリ

大正十三年五月十日（同年（オ）第一六五號損害賠償請求事件）大審院第三民事部判決要旨（同年度判例集第三卷第五號二〇〇頁）

民訴法第二三五條ハ判決ノ言渡ハ當事者又ハ其ノ一方ノ在廷スルト否トニ拘ラス其ノ效力ヲ有スト規定ス此ノ規定カ決定ニ準用セラルヘキハ同法第二四五條ノ規定スル所ナレハ判決言渡ノ期日ニ於テ裁判所カ言渡延期ノ決定ヲ言渡シタルトキハ當事者カ出頭セサルトキト雖其ノ言渡ハ效力ヲ有スルカ故ニ新言渡期日ニ當事者ヲ呼出スコトヲ要セス是民事訴訟法カ期日ヲ言渡シタルトキニ於テモ出頭セサリシ當事者ノ一方ヲ新期日ニ呼出スコトヲ要スル場合ニハ第二五二條、第二五四條ノ如ク特ニ之ヲ規定シタルヨリ見ルモ知リ得ヘキ所ナリ從テ同法第一六一條但書ニ所謂在廷シタル者ニ期日ヲ定メ出頭ヲ命シタルトキトハ期日ヲ言渡シタル場合ノ謂ニ外ナラスシテ在廷シタル者ト云ヘルハ當事者ノ出頭スヘキ期日ニ於テ言渡シタルコトヲ言ハント欲スル趣旨ナリト解スヘキナリ然レハ原院カ言渡延期ノ決定ヲ爲スニ當リ當事者ノ在廷セサリシニ拘ラス新期日ニ當事者ヲ呼出サスシテ判決ヲ言渡シタルハ違法ニ非ス

而シテ此ノ判決事件ノ事實ニ依レハ最終ノ口頭辯論終結ノ當時即チ結審期日ニ在リテハ當事者雙方出頭シ居リタルモノニシテ其ノ期日ニ於テ裁判所ハ判決言渡ノ期日ヲ大正十二年十二月十五日午前九時ニ指定シ之ヲ言渡シタルモノナリ從テ判決言渡期日ノ指定命令ハ直チニ其ノ效力ヲ生シ第一六一條但書ノ規定ニ依リテ當事者雙方ニ對シ判決言渡期日ノ呼出狀ヲ送達スルノ必要ナカリシモノトス從テ右十二月十五日ノ判決言渡期日タルヤ適法ナル期日ニシテ恰モ當事者雙方ニ對シ呼出狀ノ送達ヲ爲シタルト同一ノ狀態ニ在ル期日ナリトス然ルニ十二月十五日ノ該言渡期日ニ於テハ當事者雙方出頭セサリシモノトス而シテ裁判所ハ該期日ニ於テ判決言渡期日ヲ延期シテ更ニ十二月二十二日午前九時ト定メ其ノ延期ノ決定ハ當事者雙方ニ送達セスシテ其ノ延期ノ期日ニ於テ判決ヲ言渡シタルモノトス茲ニ於テカ問題ハ當事者雙方闕席ノ場合ニ於テモ期日ヲ指定シテ之カ言渡ヲ爲ストキハ當事者雙方ニ呼出狀ヲ送達スルコトヲ要セサルヤニ關シテ生シタルモノトス然ルニ前揭判旨ハ苟モ適法ナル期日ニ於テ期日ヲ定メ之カ言渡ヲ爲シタルトキハ送達スルコトヲ要セスト判決シタルモノトス

予輩ハ該判旨ニ對シテモ亦贊成ノ意ヲ表スル者ナリ蓋シ我民訴法第一六一條

ニ該當スル獨民訴法第二一八條ニ於テハ單ニ言渡サレタル裁判ニ於テ(in verkündeten Entscheidungen)期日カ指定セラレタルトキハ送達ヲ要セスト曰ヒ我民訴法ノ如ク「在廷シタル者ニ」期日ヲ定メ出頭ヲ命シタルトキハト曰ハス從テ山田博士ノ如キハ該判決ノ批評ニ於テ「在廷シタル者ニ」ト云フ文字ニ重キヲ置キ當事者ノ一方又ハ雙方闕席ノ場合ニ在リテハ第一六一條但書ノ適用ナク必ス其ノ一方又ハ雙方ニ對シ呼出狀ノ送達ヲ必要トシ獨法ト同一ニ解スヘカラスト說ケリ即チ博士ハ當事者雙方ノ闕席ノ場合ノミナラス一方ノ闕席ノ場合ニ於テモ其ノ闕席セル當事者ニ對シテハ縱令適法ニ呼出サレタル期日ニ於テ期日指定ノ決定言渡アルトキト雖モ送達ヲ爲スコトヲ要スト主張セラルルナリ(判例批評民事訴訟法第二卷六三七頁以下)

不在者ニ送達ヲ要ストノ反對說

判旨ヲ支持スル理由

故ニ博士ノ見解ハ本件判旨即チ大正十年十月二十七日ノ判決及ヒ十三年五月十日ノ判決ノ雙方ニ對シテ何レモ反對ノ意ヲ表セラルルモノナリ

然レトモ予輩ハ判旨ト同一ノ理由ニ基キ右雙方ノ判決ニ對シテ贊意ヲ表スル者ナリ即チ其ノ理由ヲ列擧スレハ左ノ如シ

(1) 適法ナル呼出アリタル期日ニ言渡シタル決定ハ當事者雙方ノ出頭ナキニ拘ラス其效力ヲ有スルコトハ第二三五條ノ規定ヲ第二四五條ニテ決定ニ準用スルニ依リテ明カナリ

(2) 適法ナル呼出アリタル期日ニ更ニ期日ヲ言渡シタルトキニ於テモ出頭セサリシ當事者ノ一方ヲ新期日ニ呼出スコトヲ要スル場合ニハ第二五二條第二項、第二五四條第二項、第二六九條第一項等ニ於テ特ニ其ノ規定ヲ設ケタリ故ニ一般ニハ期日指定ノ決定ヲ言渡ストキハ送達ヲ要セサルモノト謂フヘシ

(3) 適法ナル呼出アリタル期日ニ闕席セル當事者ハ其ノ期日ニ於テ裁判所カ如何ナル裁判ヲ爲シタルカニ付テハ能ク自ラ注意シテ之ヲ知ルコトニ努メサルヘカラス從テ適法ノ期日ニ期日指定ノ言渡アルトキハ縱令送達ナクトモ之ヲ知レルモノト謂ハサルヘカラス

(4) 我法文ハ文字ノ上ニ於テ獨法ト異ナレリト雖モ法ノ精神及ヒ其ノ全體ノ構成ハ獨法ト同一ナリトス故ニ第一六一條但書ニ所謂「在廷シタル者ニ期日ヲ定メ出頭ヲ命シタルトキ」ノ文字ト雖モ判旨ニ解釋セルカ如ク獨法ト同シク期日ヲ

定ノ言渡（Verkündung）シタルノ點ニ重キヲ置クヘキモノニシテ在廷シタル者トハ期日カ言渡サレ通說ハ當事者ノ出頭スヘキ場合ヲ指示スル趣旨ニ外ナラサルナリ獨法ノ解釋トシテハ皆本判旨ト同說ヲ採レリ Gaupp-Stein（CPO 10 Aufl. Vorbem. II 1 zu §§ 214 S. 509 u. § 218, I S. 518 Anm. 1.）Struckmann-Koch（CPO 9 Aufl. § 218, 1.）等ノ見解皆然リ

（補遺）新民訴法第一五四條但書ニハ「但シ當該事件ニ付出頭シタル者ニ對シテハ期日ヲ告知スルヲ以テ足ル」ト曰ヒ又新民訴法第一九〇條第二項ニハ「判決ノ言渡ハ當事者カ在廷セサル場合ニ於テモ之ヲ爲スコトヲ得」ト曰ヒ此ノ規定ハ新民訴法第二〇七條ニテ決定及命令ニ準用セラル故ニ新民事訴訟法ノ下ニ於テモ本件ノ如キ事例ニ接スルトキハ蓋シ・本件ト同樣ノ解決ニ到達スヘキナリ即チ「出頭シタル者」トハ期日カ言渡サレ出頭スヘキ場合ヲモ包含スト解スヘシ

五八　確認ノ訴ト給付ノ訴トノ關係竝ニ所有權確認訴訟ト共有關係ニ基ク必要的共

大正十三年五月三十一日（大正十二年（オ）第八五五號）大審院第三民事部判決（土地所有權確認請求事件）

（年度判例集第三卷第七號二六〇頁）

〔上告理由〕（一）本件ハ土地所有權ノ確認ヲ求ムルモノニシテ確認訴訟ノ要件ヲ具備セサルヘカラス確認訴訟ハ給付ヲ求ムル前提ノ訴訟ナレハ確認判決ヲ得レハ給付スルノ結果ヲ生スルモノナラサルヘカラス然ルニ本件被上告人（第一審原告）ノ求ムル確認ハ第一審檢證調書ヲ基本トシ地域ノ幾部ハ被上告人ノ所有ナリトノ確認ヲ求ムル趣旨ニシテ此ノ判決ヲ受ケタル爲被上告人ニ何等ノ利益スルコトナク凡ソ不動產上ノ爭ニ於テハ登記セラルルヲ以テ第三者ニ權利ノ主張ヲ爲スコトヲ得ヘク登記ナカリセハ何人ニ對シテモ物權ノ主張ヲ爲スコト能ハス未登記ノ不動產ニ付確認訴訟ニヨリ所有權登記ヲ爲スコトヲ得ヘキモ本件土地ハ既登記ノ不動產ニシテ本件確認ノ判決ヲ受クルモ何等ノ利益ナク給付ノ結果ヲ生スルコトナキニ付確認訴訟ノ要件ヲ具備セサル不適法ノ訴訟ナリト信ス

（二）土地共有名義者全部ヲ共同被告トナササル本訴ハ失當ナル旨主張シタルニ對シ其ノ土地名義者ノ一部ヲ被告ト爲スモ敢テ違法ニ非サル旨判示セラレタルモ確認訴訟ノ性質トシテ土地共有ニ關スル訴訟ニ於テハ共同所有者全部ヲ相手方トスヘキ必要的共同訴訟ヲ以テ起訴セサルヘカラサルニ原審ハ之ヲ要セストセラレタルハ違法ナリ

〔判決要旨〕（一）判決ヲ以テ權利ノ存在ヲ明確ニスルニ非サレハ危害ヲ生スル虞アリ而モ履行期カ到來セサル爲現在ノ給付ヲ求ムル訴ハ未タ之ヲ提起スルヲ得サル場合ニ始メテ確認ノ訴カ許サル

ルモノナリトノ見解ハ凡ソ訴ハ給付ノソレヲ以テ本則トシ確認ノ訴ノ如キハ例外ノ方法ニ過キストセシ時代ニ於テハ尚可ナルモノアリシナリ然レトモ現行法ノ下ニ於テハ確認ノ訴ハソレ自身獨立ナル權利保護ノ方法ナリ確認ト云フコト其ノモノニ何等カノ利益アレハ足ル其ノ際ニ於テ更ニ高度ノ權利保護ノ方法アリヤ否ヤハ問フトコロニ非ス蓋當事者主義ノ民事訴訟ニ於テ如何ナル程度ニ於テ權利ノ保護ヲ求ムヘキヤハ一ニ原告ノ選フトコロニ任シ必シモ最極限ノソレヲ求ムルコトヲ强ヒサルモノナレハナリ左レハ確認ノ訴ハ給付ノ訴ニ對シ補助的ノ地位ヲ有スルモノナリトノ說ノ如キ現行法ノ下ニ於テ抑モ既ニ不通ノ論ナリ

(二) 本訴ハ當該地域ニ對シ被上告人(控訴人,原告)カ所有權ヲ有スルコトノ確認判決ヲ求メントスルモノナリ故ニ被上告人ハ其ノ所有權者ニ非ストノコトカ確定スルニ過キス上告人ニ依リテ其ノ所有者ナリト主張セラルル人人ノ所有權カ此ノ敗訴ノ爲ニ毫モ確定セラルルトコロ無シ之ニ反シ被上告人カ勝訴シタルトキハ此ノ地域カ被上告人以外何人カノ單獨若ハ共同ノ所有ニ屬ストノコトハ本訴當事者間ニ於テハ又之ヲ主張スルヲ得サルニ至ルト雖這ハ物權ノ排他性ヨリ生スル判決ノ反射效ニ外ナラス上告人主張ニ係ル共有權ノ如キハ更ニ本訴ノ訴訟物ニ非ス

〔關係法文〕第一八條,第四八條,第五〇條

一　予輩ハ判旨第一點ニ贊成スル者ナリ蓋シ給付ノ訴ト確認ノ訴トノ關係ニ付テハ從來給付ノ訴ヲ以テ訴ノ本則トシ確認ノ訴ヲ以テ例外的ノモノト看做シ

給付ノ訴ト確認ノ訴トノ關係

確認ノ訴(Feststellungsklage)ハ給付ノ訴(Leistungsklage)ノ補充(Subsidiarität)ナリトシ給付ノ訴ヲ提起スヘカラストノ說行ハレ「プランク」(Plank, Lehrb. II S. 18; Strohmann-Koch § 256 Nr. 5; Petersen-Anger, § 256 Nr. 14 b S. 500; Hellfron-Pick, Lehrb. I S. 576)然レトモ現今ニ在リテハ二者ハ全ク其ノ要件及ヒ目的ヲ異ニシ殊ニ獨法ニテハ獨民訴第二五七條乃至第二五九條ノ新設ニ依リ特ニ期限前ノ給付ノ訴ヲ許スニ至リ二者ハ其ノ要件及ヒ目的ヲ異ニスルコトヲ明カニスルニ至リ從テ確認ノ訴ハ給付ノ訴ノ單ナル補充ニ過キスト視ルノ說ハ大ニ其ノ勢力ヲ失フニ至リタリト雖モ而カモ尚ホ確認ノ訴ヲ起スニハ獨民訴第二五六條(我舊改正案第二二一條)ニ明言セル如ク即時ニ確認ヲ得ルニ付キ法律上ノ利益(das rechtliche Interesse des Klägers an der alsbaldigen Feststellung)ヲ有スルトキニ限ルト爲シタリ然ルニ茲ニ所謂法律上ノ利益トハ給付ノ訴ニ對シ確認ノ訴ヲ起スニ付テノ特別ノ利益(spezielles Interesse)ヲ生スル特別ノ事情無カルヘカラスト爲シ且ツ確認ノ訴ハ必スシモ給付ノ訴ヲ起スコトヲ得サル場合ニ限ラスト雖モ給付ノ訴ヲ起シ得ル場合ニ原告ノ任意ニ依リ確認ノ訴ノミニ其ノ申立ノ範圍ヲ制限スルハ不當ナリトノ

従前ノ學說

中間ノ見解ヲ生スルニ至レリ(Seuffert, 11 Aufl. § 256 Nr. 2 d; Gaupp-Stein, 10 Aufl. § 256 III 5)

(補遺)　我新民訴法ニハ確認ノ訴ニ關シ同第二二五條ヲ置キタルノミニシテ獨民訴第二五六條又ハ我舊改正案(法典調査會案第二二一條ノ如キ規定ヲ置カス故ニ新民事訴訟法ノ下ニ於テハ本件判旨ノ如ク給付ノ訴ト確認ノ訴トハ全然獨立ニ之ヲ考フヘキナリ

現今ノ學說

然レトモ現今ニ在リテハ確認ノ訴ト給付ノ訴トハ全然獨立ノ地位ヲ有シ獨立ノ要件ノ下ニ獨立ノ保護ノ目的ヲ達スル爲メノ訴タルコト學理上明白ナルノミナラス獨逸法ニ於テモ亦殊ニ我民訴法ノ上ニ於テモ確認ノ訴ハ給付ノ訴ノ補充性(subsidiärer Charakter)ヲ有スルモノナリトノ痕跡ハ法律上ニ毫モ之ヲ認ムルコトヲ得サルカ故ニ補充主義(subsidiäres Institut)ノ說ハ全然其ノ勢力ヲ失ヒタリ然レトモ補充說ノ舊慣ニ魅セラレ前記ノ如キ中間說ヲ生シ原告ノ選擇ニ依リ未タ全然獨立シテ何レカ一ニ依リ保護ヲ請求スルヲ可トスルニ至ラス而シテ又或ハ法律カ期限至リテ辨濟ヲ爲ササルノ虞アルカ爲メニ特ニ期限前ニ於ケル給付ノ訴(Klage auf künftige Leistung)ヲ許ス場合(獨民訴第二五九條)ニ在リテモ確認ノミニテ救濟ノ目的ヲ達シ得ルトキハ確認ノミニテ足リ給付ノ訴ハ之ヲ許スヘカラス例ヘハ國庫ノ如キ完全ナル辨濟資力ヲ有スル者カ債務者タル場合ニ在リテハ破產ノ虞ナキヲ以テ唯債務ノ存在ヲ確認スレハ足レリトノ說ヲ生スルニ至レリ例ヘハ Seuffert (CPO 11 Aufl. § 259 Nr. 1 a) Petersen (CPO 4 Aufl. § 259 Nr. 6 尤モ 5 Aufl. ニ) ハ氏モ其ノ說ヲ改メタリ) ノ說ク所ノ如シ(註)

(註)　Gaupp-tein, CPO 11 Aufl. § 259 II ハ此ノ點ニ付キ反對說ヲ採レリ

斯ノ如ク補充說ハ既ニ勢力ヲ失ヒタリト雖モ或ハ給付ノ訴ヲ起シ得ル場合ニ於テ確認ノミニ訴ノ申立ヲ制限スルハ不當ナリトシ或ハ確認ノミニテ保護ノ目的ヲ達シ得ル場合ニ於テハ給付ノ訴ハ之ヲ許サスト爲シ今仍ホ二者ヲ區別シテ或ハ相排除シ或ハ相牽連スルカ如ク說ク見解ノ存スルヲ見ルナリ

成ル程給付ノ訴ヲ起シ得ル場合ニ確認ノミノ訴ヲ起シ又給付ノ訴ノ前提トシテ確認ノミノ訴ヲ許ストキハ猥リニ多數ノ訴訟ヲ起スノ弊ヲ生シ易シ從テ裁判所及ヒ被告ヲ煩ハスコト多ク訴訟經濟(Prozessökonomie)ノ上ヨリ見テ不當ナリトハ反對說主張者ノ根據トスル所ナリ然レトモ這ハ必スシモ此ノ場合ノミニ限ルモノニハ非ス例ヘハ元本ト利息トヲ別箇ニ請求スルカ如キ其ノ他各種ノ分割訴訟ニ於テ常ニ之ヲ見ル所ナリ故ニ唯リ確認ノ申立ト給付ノ申立トヲ分離スル場

二者獨立說

合ニ於テノミ之ヲ非議スルハ當ラス蓋シ事件ニ付キ裁判所カ職權ニ因リテ裁判セサル限リハ權利保護ヲ求ムル範圍ヲ原告ノ請求ニ委スルハ當然ノ事ナリトスル要スルニ確認ノ訴ト給付ノ訴トハ全然獨立ノ地位ニ在リ二者所定ノ要件ヲ充ストキハ原告ハ其ノ何レニ依リテ救濟ヲ仰クモ全ク其ノ選擇權（Wahlrecht）ノ中ニ在リト爲スヲ當然ト爲スナリ近時 Hellwig（Lehrb. I S. 389; Anspruch S. 435）Weismann（Lehrb. S. 60）Wach（Feststellungsanspruch S. 61 f.）等ノ說ク所ノ見解ハ之ニ屬シ予輩モ亦之ニ贊成スル所ナリ而シテ本說ハ之ヲ獨立說又ハ選擇說ト稱スヘク本件判旨モ亦此ノ獨立說ヲ襲フモノニ外ナラサルナリ

若シ夫レ權利關係ヨリ給付義務ヲ發生セサル場合ニ在リテハ單ニ確認ノ訴ノミヲ起シ得ルハ當然ニシテ他ニ給付ノ訴ヲ提起スルノ問題ヲ生セス即チ此ノ範圍ハ二者無交涉ノ範圍ニ屬ス例ヘハ所有權其ノ他ノ物權ニ付キ未タ相手方ヨリ其ノ占有ヲ犯サレスシテ單ニ其ノ存在ヲ爭ハルルニ過キサル場合ノ如キ又停止條件成就前ニ於ケル條件附權利ノ存在ヲ爭ハルル場合ノ如キ又各種ノ親族關係ヲ爭ハルル場合ノ如キ是ナリ斯カル範圍ニ在リテハ給付ノ訴ト確認ノ訴トニ關

シ其ノ補充性又ハ獨立性ニ關スル爭ノ問題ヲ生セサルハ勿論ナリトス

二　確認ノ訴ト給付ノ訴トノ關係ニ關スル我國從來ノ判例ヲ調査スルニ左ノ如シ

(1)　給付ノ訴ヲ起シ得ル場合ニハ確認ノ訴ヲ許サストスル判例

（イ）明治三十三年十月十二日（明治三二年（オ）第一八四號花田井養水番水法行使權確認竝損害要償ノ件）大審院第二民事部判決要旨（明治三十三年度第六輯第九卷四三頁）

事件自體カ直チニ履行ノ請求ヲ爲シ得ヘキ性質ノモノニシテ且結局履行ヲ求メサレハ其目的ヲ達スルコト能ハサルモノニ付テハ確認ノ訴ヲ提起スルヲ得サルモノトス

（ロ）明治四十一年十月二日（明治四一年（オ）第九四號土地所有權確認請求ノ件）大審院第二民事部判決要旨（同年度第一四輯九四四頁）

確定ノ請求ハ權利ノ執行ヲ要セス法律關係ノ確定ノミヲ以テ完全ニ目的ヲ達シ得ヘキ場合若クハ法律關係ノ確定ノミニテハ其目的ヲ達シ得サルモ未タ權利ノ執行ヲ強要スルノ時期ニ達セス荏苒歲月ヲ經過セハ權利ヲ失却スルノ虞アルカ爲メ裁判ヲ以テ權利ノ存否ヲ即時ニ確定セシムルノ必要アル場合ニ限リ之ヲ許スヘキモノニシテ給付ノ請求ヲ爲シ得ヘキ場合ニ於テハ確定ノミノ請求ヲ許スヘキモノニアラス何トナレハ給付ノ請求ヲ爲シ

得ヘキ場合ニ於テ確定ノ請求ヲ許スニ於テハ一回ノ訴訟ニテ目的ヲ達シ得ヘキモノヲ二回ニ訴フルコトトナリ被告竝ニ裁判所ヲシテ徒ニ二重ノ手數ト費用トヲ要セシムルニ至リ公益ヲ害スルコト大ナレハナリ

（ハ）明治四十四年十二月二十二日（明治四四年(オ)第三二〇號土地所有權確認及土地所有權移轉登記申請手續履行請求ノ件）大審院第二民事部判決要旨（同年度第一七輯八七七頁）

確認訴訟ハ起訴者カ現在ノ權利關係ヲ確定スルニ於テ直ニ法律上ノ利益ヲ有スヘキ場合ニ限リ之ヲ提起シ得ルモノニシテ給付ノ訴ヲ爲シ得ヘキ場合ニ於テハ確認ノ請求ノミヲ爲スコトヲ得サルモノトス

以上ノ判例ニ於テ確認ノ訴ヲ起シ得ルニ付テノ要件トシテ權利關係ヲ即時ニ確定セシムルニ付テ法律上ノ利益ヲ有スルコトヲ要スト爲スハ即チ可ナリト雖モ給付ノ訴ヲ起シ得ル場合ニハ確認ノ訴ヲ起スコトヲ得ストナスハ不當ナリ

(2) 給付ノ訴ト確認ノ訴トヲ同一ノ權利關係ニ付併セ起シ得ルトナス判例

（イ）明治三十五年十月三十日（明治三五年(オ)第四六〇號家督相續回復ノ件）大審院第一民事部判決要旨（同年度第八輯第九巻一六八頁）

先ツ確認ノ訴訟ヲ提起シ之ニ因テ當事者間ノ權利關係ヲ確定シ而シテ後ニ同一ノ權利關係ニ付給付ノ訴訟ヲ提起シタルハ無益ナル手數ト費用トヲ要スルカ故ニ此ノ如キ確認訴訟ハ法律上必要ト認メサルヲ以テ許スヘキモノニアラスト雖モ本案ノ如ク給付ノ請求ヲ爲スニ當リ其原因タル權利關係ヲ確定セサレハ其請求ノ目的ヲ達シ得可カラサル場合ニ於テ確認ト給付トノ訴ヲ併セテ提起シタルハ相當ナリ

（ロ）明治三十八年十一月二十二日（同年(オ)第四八二號石炭所有權確認及引渡請求ノ件）大審院第二民事部判決要旨（同年度第一一輯一五七一頁）

確認ノ請求ト給付ノ請求トヲ併合シ一ノ訴ヲ以テ之ヲ提起スルモ其確認ノ請求ニシテ履行ノ請求ノ前提ニ非ス且事實之ヲ解決スヘキ必要アルトキハ給付ノ請求ヲ棄却スルニ拘ラス確認ノ請求ニ對シ判決ヲ與フヘキモノトス

（ハ）大正四年十二月二十八日（同年(オ)第七三五號不動產移轉登記抹消請求ノ件）大審院第一民事部判決要旨（同年度第二一輯二三〇七頁）

法律關係ノ成立若クハ不成立ノ確定ヲ求ムル訴ハ給付ノ訴ノ前提トシテ提起スルコトハ許スヘキニ非スト雖モ同一ノ訴訟ニ於テ或物ノ權利ノ存否ノ確定ヲ訴求スルト同時ニ其權利ニ基キ其物ニ關スル或給付ヲ訴求スル場合ニ於テハ裁判所ハ給付請求權ノ當否ヲ判斷スルノ先決的事項トシテ權利ノ存否ヲ確定スルコトヲ必要トスルモノナルヲ以テ斯ル訴訟ニ於ケル確定ノ訴ハ必スシモ不必要トシテ排斥スルコトヲ要セス

以上ノ判例ニ於テハ確認ノ訴ハ同一ノ請求ニ對スル給付ノ訴ノ前提トシテ豫メ別箇ノ訴ヲ以テ之ヲ提起スルコトハ之ヲ許スヘキモノニ非スト雖モ同一ノ訴訟ニ於テ給付請求權ノ發生スル權利關係ヲ先決問題トシテ其ノ確認ヲ求ムル訴ト當該給付ノ訴トヲ併合シテ之ヲ提起スルコトハ之ヲ妨ケストナスモノナリ然ラハ確認ノ訴ヲ以テ給付ノ訴ノ前提トシテ豫メ之ヲ提起スルコトハ何故ニ不可ナリヤト云ヘハ一回ノ訴ニテ目的ヲ達シ得ヘキモノヲ二回ニ訴フルコトトナリ被告竝ニ裁判所ニ於テ徒ニ二重ノ手數ト費用トヲ要スルカ故ニ不可ナリトセリ換言スレハ訴訟經濟（Prozessökonomie）ノ點ヨリ見テ不可ナリト云フニ過キス然レトモ訴訟經濟ノ適否ヲ決スヘキ原則ハ我訴訟法ニ之ヲ見ルコトヲ得サルノミナラス凡ソ訴ノ申立ノ範圍ハ私權保護ノ請求ヲ爲ス當事者ノ申立ニ依リテ之ヲ決スヘキハ當然ニシテ唯リ確認ト給付トノ關係ニ付テノミ二者ヲ併合スルハ可ニシテ分離スルハ不可ナリトノ規定ハ之ヲ見出スコトヲ得サルナリ故ニ予輩ハ是等ノ判例ニ於テ確認ト給付トノ併合ヲ許ス點ハ之ヲ贊成スル所ナルモ之ヲ分離スルコトヲ得ストナス點ニハ贊成スルコトヲ得サルナリ

(3)　給付ノ訴ヲ起シ得ルト否トヲ問ハス確認ノ訴ヲ許ストナス判例

（イ）　明治三十二年十一月一日（明治三二年度第五要旨（明治三一年第二九一號山林所有權確認ノ件）大審院聯合民事部判決（輯第一〇卷四頁）

凡ソ財産上ノ訴訟ハ私權ヲ侵犯セラレタル者カ其救濟方法トシテ之ヲ提起シ即チ給付ノ請求ヲ爲スヲ通例トスレトモ私權ノ存在ヲ確定セントスル確認訴訟ノ如キモ權利關係ヲ即時ニ確定スルニ於テ起訴者カ法律上ノ利益ヲ有スヘキモノナルトキハ給付ノ請求ヲ爲シ得ヘキ場合ナルト否トヲ問ハス之ヲ許スヲ相當トス換言スレハ私權ヲ侵犯セラレタル場合ニ在テモ給付ノ請求ヲ爲サスシテ單ニ權利ノ存在ヲ確認スルノミヲ以テ足レリトスヘキモノナルトキハ其確認ノ訴ヲ許スヘキモノトス何トナレハ斯ル訴ハ先キニ當院ニ於テ確認ノ訴訟ニ對シ言渡シタル判決理由中ニ所謂一箇ノ權利關係ニ付キ確認ノ訴ト給付ノ訴ト二重ニ許ストキハ無益ナル手數ト費用ヲ要スルト云フカ如キ虞ナケレハナリ而シテ本件ニ於ケル請求ノ原因ハ上告人カ被上告人ノ有スル山林ノ所有權ヲ否認スルノミナラス被上告人ノ當然執行シ得ヘキ所有權ノ確認ヲ求ムト云フニ在レハ即チ權利關係ヲ即時ニ確定スルニ於テ被上告人ノ利益ヲ有スヘキモノタリ然ラハ假令給付ノ請求即チ妨害排除ノ請求ヲ爲シ得ヘキ場合ナリトスルモ其請求ヲ爲サスシテ本訴ヲ提起シタルモノナレハ之ヲ不適法ノ訴ト云フヲ得ス

同年同月同日（明治三一年第四六五號所有權確認請求ノ件）大審院聯合民事部判決ニ於テ言渡サレタ

ル他ノ判旨ニ於テモ右ト全然同一趣旨ノ理由ヲ以テ給付ノ訴ヲ提起シ得ルニ拘ラス確認ノ訴ヲ提起スルモ之ヲ以テ適法ト認メタリ唯此ノ事件ニ於テハ「請求ノ原因ハ上告人カ被上告人ノ有スル山林ノ一部ヲ返戻スヘシト迫リ且其立木ノ伐採ヲ漫リニ差止ムルカ如キ不法ノ行爲ヲ爲スニ付キ所有權ノ確認ヲ求ム」ト云フニ在リタルノ差異アルノミ（明治三二年度第一〇卷一八頁）

（ロ）明治三十三年二月二十二日（明治三二年（オ）第二三七號不動產賃借料請求ノ件）大審院第一民事部判決要旨（明治三二年第一卷七四頁）

直接履行ノ訴又ハ損害要償ノ訴ヲ爲スコトヲ得ヘキ場合ト雖モ苟モ確認ノ訴ヲ提起スル利益アルトキハ之ヲ許ササル法理存セサルノミナラス近時本院ノ判決例ニ於テモ亦之ヲ是認スル所ナリ

（ハ）大正五年十月十一日（同年（オ）第六六八號所有權確認建物明渡請求ノ件）大審院第三民事部判決要旨（同年度第二二〇五九頁）

當事者ノ一方カ給付ノ訴ヲ提起シ得ヘキニ拘ラス直ニ其ノ基本タル權利關係ノ存否確定ノ訴ヲ提起シタル場合ト雖モ此一事ヲ以テ確認ノ訴ヲ不適法ナリト謂フヲ得サルモノトス

以上ノ判例ハ即チ本件判例ト共ニ確認ノ訴ト給付ノ訴トヲ全然獨立シタルモノトシテ之ヲ考察シ原告ノ選擇ニ依リ其ノ何レニ依リテ保護ヲ與フルモ可ナル旨ヲ示シタルモノニシテ吾人ノ大ニ贊成スル所ナリ唯吾人ノ怪訝ニ堪ヘサルハ大審院カ前揭ノ如ク明治三十二年十一月一日聯合民事部ノ判決トシテ同日而カモ二箇ノ事件ニ付キ全然同一理由ヲ以テ給付ノ訴ヲ起シ得ルト否トヲ問ハス確認ノ訴ヲ起シ得ル旨ヲ強ク判示シタルニ拘ハラス前揭(1)(イ)(ロ)(ハ)ノ判例ノ示ス如ク爾後之レト反對ノ判例ノ出ツルニ至リ而カモ是等ノ反對ノ判例ハ更ニ聯合部ノ判決ニ俟タサリシコト是ナリ（裁判構第四條第九號）何レニモセヨ本件判旨カ斯カル反對ノ判旨ノ例ヲ襲ハサリシコトハ吾人ノ大ニ贊成スル所ナリ

三　判旨第二點モ亦予輩ノ贊成スル所ナリ上告論者ハ土地共有ニ關スル確認訴訟ニ於テハ共有者全部ヲ相手方トスヘキ必要的共同訴訟ナリト主張スト雖モ予輩ハ本稿（七）（本書一卷四七頁）ニ於テ既ニ詳論セシ如ク縱令共有者全員ノ爲メニ共有權全體ニ付キ確認訴訟ヲ提起スル場合ニ於テモ其ノ原告タル場合タルト被告タル場合タルトヲ問ハス共有者中ノ一人又ハ數人カ管理行爲又ハ保存行爲ヲ行フ

予ノ見解ニ對スル批評

モノトシテ原告トナリ又ハ被告トナルコトヲ得トノ見解ヲ主張スル者ナルカ故ニ上告論者ノ見解ニ贊成スルコト能ハサルハ勿論ナリ而シテ其ノ詳細ノ論據ハ本稿〔七〕ニ於テ既ニ詳述シ終リタルカ故ニ今更メテ論スルノ必要ナシト雖モ世人今尚ホ予ノ見解ニ對シテ疑ヲ懷クモノアルカ如クナルカ故ニ此ノ機會ニ於テ更ニ此ノ點ニ付キ說明ヲ加ヘ以テ予ノ前說ヲ補足スル所アルヘシ

即チ予輩カ本稿〔七〕（本書一卷七頁以下一卷四）ニ於テ發表シタル見解ニ對スル批評トシテ山田博士ノ批評アリ（山田博士判例批評民事訴訟法第一卷四九號四一三頁）博士ノ批評ハ二點ニ分タル其ノ要領ハ予輩之ヲ本書第一卷七〇頁以下ニ抄錄シタルカ故ニ茲ニ之ヲ再錄セス

又我妻學士ハ予輩ノ見解ニ對シテ左ノ如ク批評セラル（判例民法十一年度二四〇頁）

權能アリヤ否ヤヲ行爲ノ種類ニヨツテ分ツコトナク行爲ヲナシタル後ノ結果ニヨツテ分ツコト換言スレハ行爲ノ結果カ不利益ニ終ツタトキ之ヲ權能ノ誤レル行使トナサスシテ權能カ無カツタモノト考フルコトハ遽ニ是認シ得ナイ樣ニ思フ

以上ノ批評ハ何レモ予輩ノ見解ヲ十分ニ理解セサル所ノモノアルカ如ク且ツ前說〔七〕ニ於ケル予輩ノ說明ハ不充分ナル所アリシカ爲メニ或ハ誤解ヲ招キシ所

ノモノアルカ如シ故ニ左ニ補足スル所アラントス

予輩カ〔七〕ニ於テ說明シタル所ハ共有者ノ全員ナラサル一二ノ者若クハ過半數ノ者カ共有者全體ニ關スル訴訟ヲ爲シタル場合ニ於ケル當該判決ノ既判力ノ問題ヲ解決セント欲シタルモノナリ換言スレハ判決ノ既判力カ何人ニ及フカヲ解說シタルモノトス而シテ既判力ノ問題ハ判決確定後ニ生スル問題ナルカ故ニ訴訟ノ結果如何即チ判決ノ結果如何ニ依リテ之ヲ決定スルハ相當ニシテ毫モ之ヲ異トスルニ足ラス是レ予輩カ訴訟ノ勝敗ノ結果如何即チ判決ノ結果如何ニ依リテ既判力ノ問題ヲ決スト雖モ敢テ遲シトナササル所以ナリ

然レトモ訴ノ適否（zulässig oder unzulässig）ノ問題、訴訟物ノ範圍ノ問題、當事者ノ適格ノ問題殊ニ第五〇條ノ適用ニ入ルヘキ必要的共同訴訟ナリヤ否ヤノ問題等ニ關シ當該特定ノ訴訟ヲ判決ヲ爲スニ至ルマテ如何ニ進行セシムヘキヤノ問題ハ畢竟現在ノ特定訴訟ノ進行問題ニ屬シ其ノ特定訴訟ノ進行問題ヲ判決ノ結果ニ俟チテ始メテ之ヲ決セシメントスルハ固ヨリ遲キニ失シ實際上其ノ效ヲ成ササルハ勿論不能ノ事ニ屬スルハ固ヨリ言ヲ俟タス尤モ是等ノ問題ニ付テモ最終

ノ確定及ヒ其ノ當否ハ畢竟判決ノ確定ニ俟タサルヘカラスト雖モ當該現實ノ特定訴訟ヲ如何ニ進行セシムヘキヤノ問題ハ裁判所ニ於テ各箇ノ問題毎ニ臨機ニ之ヲ考察シ且ツ審理裁決シ以テ本案ノ最終ノ判決ヲ爲スニ至ルマテ其ノ訴訟ヲ進行セシムヘキハ勿論ノ事トス要スルニ現在ノ特定訴訟ノ進行問題ト其ノ判決ノ結果ニ成ル本案ノ既判力ノ問題トハ別箇ニ之ヲ觀察スルコトヲ要ス予輩ノ(七)ノ解說ハ畢竟本案ニ對スル既判力ノ問題ニ關シ特定訴訟ノ進行問題ニ關スルモノニ非サルナリ其ノ證據ニハ予輩カ同稿ニ於テ共有者中ノ一人若クハ二三ノ者カ共有者全體ノ爲メニ共有權確認ノ訴ヲ起シタル場合ニ於テモ裁判所ハ直ニ不適法トシテ訴ヲ却下シ又ハ訴提起ノ適格ヲ缺クモノトシテ請求棄却ノ判決ヲ爲スヘキモノニ非ス進ンテ共有權存否ノ實體上ノ審査ニ入ルヘシト論シタルニ見テモ明カナリ(本書第一卷五五頁)

然リ而シテ當事者適格(Sachlegitimation)ノ問題ハ訴ノ適法問題ニハ非ス之ニ對スル判決ハ本案判決ニシテ其ノ適格ノ存否ノ問題ハ請求ノ理由存否ノ問題タリ而シテ不適格ノ判決ハ即チ請求棄却ノ判決タルヘキコトハ今ヤ學界ノ通說ト稱

スルコトヲ得ヘシ雉本博士(判例批評錄第一卷一二〇頁以下、第二卷三九六頁)山田博士(判例批評民訴法第一卷四一六頁)ノ說ク所皆然リ

是レ固ヨリ當然ノ事ニシテ假令不適格者ノ主張ト雖モ訴其ノモノトシテハ適法トス例ヘハ自稱債權者カ其ノ債務者ニ對シテ訴ヲ提起シタル場合ニモ其ノ主張ニ基キ訴其ノモノトシテハ適法視セラル唯理由ナシ(unbegründet)トシテ請求棄却ノ判決ヲ受クルニ過キサルナリ

而シテ共有權確認問題ニ付テ之ヲ考察スルニ縱令共有者中ノ一人カ確認訴訟ヲ提起シタル場合ト雖モ若シ其ノ一人カ民法第二五二條但書ニ基キ保存行爲ナリト主張シ(Behauptung)保存行爲トシテ共有者全體ノ爲メニ訴訟管理權ヲ行フモノナリト主張スルトキハ裁判所ハ先ツ其ノ原告ノ主張ニ基キ訴訟物ノ範圍ヲ定メ之ニ基キ訴ノ適法要件ヲ決定シ而シテ訴訟ヲ進行セシムルノ外ナキモノトス蓋シ此ノ場合ニ保存行爲ナルトキハ共有者一人ニテモ確認ノ訴ヲ爲ス權限ヲ有スルモノナルカ故ニ其ノ主張ヲ以テ直ニ不適法ナリト爲スコトヲ得ス裁判所ハ宜シク本案ノ審査ニ入リ果シテ其ノ者カ共有者ノ一人ナリヤ又其ノ主張スル共

共有者中ノ過半數ノ者カ確認訴訟ヲ起シタル場合

有者全體ノ爲メニ共有權成立スルヤ又其行爲カ保存行爲ナリヤ等ニ關シ審査ヲ爲シ勝敗ノ判決ヲ與フヘキモノトス而シテ此ノ場合ニ於テ共有者中ノ一人タル原告ノ主張カ果シテ其ノ當ヲ得テ總テ理由アリ民法第二五二條但書ニ所謂保存行爲ニ該當スルモノナルコトヲ認メラレ且ツ共有權ノ全部ニ付キ共有者全體ノ爲メニ共有權存在シ其ノ勝訴ニ歸スルトキハ其ノ判決ハ縱令一人ノ受ケタルモノナリト雖モ共有者全體ノ爲メニ確認ノ既判力ヲ有スルニ至ルモノトス然ルニ敗訴セハ保存行爲ニ非ス訴訟管理權ナキニ歸着ス從テ一人ノ受ケタル判決ノ既判力ハ他ニ及ハス是レ〔七〕ニ於テ予輩ノ詳論シタル所ナリ

又若シ共有者中ノ過半數ノ者カ民法第二五二條本文ニ基キ管理行爲ナリト主張シ共有者全體ノ爲メニ共有權確認ノ訴ヲ起シタル場合ニ於テモ前段ニ述フル所ト同一ニシテ其ノ主張自體ヲ以テ直ニ不適法視スルコトヲ得ス裁判所ハ宜シク進ンテ本案ノ審査ニ入ルヘキモノトス然ルニ反對說ノ主張者ハ共有權確認ノ訴ハ常ニ共有者全員ヨリ之ヲ提起スヘシト主張スト雖モ果シテ全員ナリヤ否ヤノ審査ノ問題モ適法要件ニハ非スシテ實體上ノ審査ニ入リテ始メテ知リ得ヘキ問題ニ屬シ反對說ノ主張者ト雖モ共有者全體ヨリ提起セサル訴訟モ亦訴ヲ不適法視スル訴却下ノ判決(unzulässig)ヲ爲スヘキモノニ非スシテ請求ヲ理由ナシトスル請求棄却ノ判決(unbegründet)ヲ爲スヘキモノト爲セリ（山田博士判例批評民事訴訟法第一卷四一六頁）

現ニ當事者タル者ノ間ニ於ケル第五〇條ノ適用

是ニ由テ之ヲ觀ルニ客觀的ニ見テ共有者全體ナリト主張シ訴ヲ提起スルトキハ之ヲ不適法視スルコトヲ得サルハ勿論共有者中ノ一人若クハ過半數ノ者カ共有者全體ノ爲メニ訴訟管理權ヲ有スルト主張シ訴ヲ提起スル場合ニモ直ニ之ヲ不適法視スルコトヲ得サルハ勿論ナリ而シテ何レノ場合ニ於テモ常ニ原告ノ主張ニ基キ先ツ訴ノ適否ヲ定メ而シテ本案ノ審査ニ入ルノ外ナキナリ是レ猶ホ自稱債權者カ其ノ債務者ニ對シ訴ヲ提起シタル場合ニモ訴其モノハ適法ト認メテ實體上ノ審査ニ入リ請求ヲ理由ナシトシ請求棄却ノ判決ヲ爲ササルヘカラサルカ如キナリ

而シテ數人カ共有者全體ノ爲メニ訴訟管理權アリト稱シ共有權確認ノ訴ヲ起シタル場合ニ於テ其ノ訴訟ノ進行ニ付テハ其ノ數人ノ共同訴訟人間ニ於テハ第五〇條ノ適用アルハ勿論ノ事トス何トナレハ其ノ數人ハ共有者全體ノ爲メニ共

有權ノ全部ヲ以テ同一訴訟物トシテ共同訴訟ヲ爲スモノナルカ故ニ第五〇條ニ所謂總テノ共同訴訟人ニ對シ權利關係カ合一的ニ確定スヘキ場合ニ該當スルモノナレハナリ山田博士カ予輩ノ〔七〕ノ見解ヲ批評スルニ當リ「當事者タル適格ヲ定ムル一般標準又從テ必要的共同訴訟ナリヤ否ヤノ標準ヲ實際爲サレタル訴訟ノ判決ノ具體的結果ニ依リ二樣ニ區別セントスルハ不當ナリ」ト曰ハルルモ予輩ノ主張ハ畢竟判決ノ結果ニ基ク既判力ニ對シテ斯ク云フモノタリ現在ノ訴訟ノ進行問題即チ當該訴訟ヲ第五〇條ノ適用ノ下ニ立ツ必要的共同訴訟トシテ取扱フヘキヤ否ヤノ問題ヲ決スルニ當リ判決ノ結果ニ俟ツテ之ヲ決セントスルカ如キハ遲キニ失シ事實上不能ノ事ニ屬シ予輩敢テ斯カル主張ヲ爲サントスルモノニ非ス第五〇條ノ適用ノ下ニ立ツ訴訟ナリヤ否ヤノ問題ハ先ツ原告カ主張スル訴訟物ノ性質ニ依リ之ヲ決定シ裁判所ニ於テ原告主張ノ訴訟物ノ性質カ第五〇條ニ準據スヘキモノニ該當スルモノト認メタルトキハ之ニ基キ其ノ訴訟ヲ進行セシムルノ外ナキモノトス

之ヲ要スルニ予輩ノ〔七〕ノ解說タルヤ共有者中少數者ノ受ケタル判決ノ既判力カ共有者全體ニ及フヤ否ヤノ既判力ノ問題ヲ說明シタルモノトス而シテ現在ノ訴訟ノ進行問題殊ニ訴訟物ノ性質及ヒ範圍ヲ定メ第五〇條ノ適用ノ下ニ立ツモノトシテ訴訟ヲ取扱フヘキヤ否ヤノ問題ハ原告ノ主張殊ニ其ノ提起シタル訴訟物ノ性質ニ基キテ之ヲ決定スヘキモノニシテ予輩カ敢テ〔七〕ノ問題ニ於テ解說ヲ試ミタルモノニ非サルナリ

（補遺）新民訴法第六二條ハ第五〇條ニ該當シ本問題ノ解決ニ付テハ新舊法トモ同一ナリトス

四　終リニ臨ミ判旨第二點ニ付キ一言センニ判旨ニ曰フ如ク本件ニ於テハ共有權ハ訴訟物ニ非ス原告ハ自己ノ所有權確認ヲ求メタルニ過キス而シテ被告ハ抗辯トシテ多數共有者ヲ相手方トスヘキ旨主張スト雖モ原告ハ自己ノ所有權ヲ被告ニ對スル關係ニ於テ確認セシムルコトヲ目的トシタルニ過キサルカ故ニ訴訟物ノ範圍ハ原告ノ訴ニ依リテ定マリ共有者多數ヲ相手方トスヘキヤ否ヤノ問題ヲ生セサルモノトス故ニ判旨第二點ハ正當ナリトス殊ニ況ンヤ縱令共有權全部ヲ訴訟物トスル場合ト雖モ予輩ノ見ル所ニ依レハ前既ニ述ヘタル如ク保存行爲トシテハ共有者全體ノ爲メニ共有者中一人ニテモ訴訟ヲ爲ス權限アルモノナ

ルカ故ニ原告カ斯ク主張シテ訴ヲ提起スルトキハ其ノ訴ノ適法ナルハ勿論ナルニ於テヲヤ上告論旨ノ採ルニ足ラサルハ明カナリ(註)

(註)　山田博士ハ法學論叢第一三卷第三號一三〇頁ニ於テ本件ニ付キ批評セラレ吾人ト同シク本件判旨ニ贊成セラレタリ尙ホ本稿ニ對スル法律評論記者ノ批評ハ同評論一四卷一二號民訴五二四頁以下ニ載セタリ

五九　共有物分割ノ訴ノ構成及ヒ其ノ訴繫屬中共有權讓渡ノ效力

大正十三年十一月二十日(大正十三年(オ)第八五一號共有物分割請求事件)大審院第二民事部判決(同年度判例集三卷一二號五一六頁)

〔事實〕　原告(被控訴人、上告人)依田繁太外二人ハ小林茂太郎外三十人ヲ被告トシテ共有土地分割請求ノ訴ヲ提起シタルニ被告ノ一人小林幡重ハ其ノ訴訟ノ第一審ニ繫屬中小林一重ニ其ノ持分ヲ賣渡シタリ依テ原告依田繁太外二人ハ更ニ小林一重ヲ被告トシテ共有土地分割請求ノ訴ヲ提起シタリ第一審裁判所ハ兩訴ノ訴訟手續ヲ併合シテ審理ヲ爲シ被告小林幡重ニ對スル請求ヲ棄却シ其ノ他ノ被告ト原告トノ間ニ本訴ノ共有地ヲ分割スル旨ノ判決ヲ爲シタリ而シテ敗訴ノ判決ヲ受ケタル被告ヨリ控訴ヲ提起シタルニ原裁判所ハ前訴ハ共有者ノ一人小林一重ヲ被告トセサル不適法ノ訴ニシテ後訴ハ小林一重以外ノ共有者ヲ被告トセサル不適法ノ訴ナリ第一審裁判所ハ右兩訴ノ訴訟手續ヲ併合シタレトモ之カ爲ニ兩訴ハ適法トナルコトナシトシ第一審判決中原告勝訴ノ部分ヲ廢棄シテ原告ノ訴ヲ却下スル旨ノ判決ヲ爲シ此ノ判決ニ對シ原告ハ上告ヲ提起シ大審院ハ原判決ヲ破毀シテ事件ヲ原裁判所ニ差戻シタリ(大審院判例集第二卷第十二號六八四頁所載大正十二年(オ)第二三三號同年十二月十七日第二民事部判決參照)

然ルニ是ヨリ先被告ノ一人タリシ掛川勝太郎ハ大正十二年九月十二日其ノ持分ヲ小林忠次郎ニ賣却シタルヲ以テ差戻後ノ控訴審ニ於テ被告ハ勝太郎ノ承繼人タル被告掛川清吉ハ共有者ニ非ス而シテ共有者タル小林忠次郎ハ本訴訟ノ當事者ニアラサル旨ヲ主張シタルニ原裁判所ハ其ノ事實ヲ認メ共有者全員ヲ相手取ラサル理由ノ下ニ本訴請求ヲ棄却シタリ

而シテ原告ハ右判決ニ對シ上告シタルニ大審院ハ原判決ヲ正當ト認メ上告ヲ棄却セリ從テ原告ハ共有地分割請求事件ニ於テ共有者全員ヲ相手取ラサル理由ノ下ニ竟ニ其ノ敗訴ニ歸シタリ

〔上告理由〕(一)　訴訟法上一旦適法ニ訴訟成立シ權利拘束ノ發生シタル上ハ當事者一人ノ行爲ノタメ他ノ共同訴訟人ニ影響ヲ爲スヘキモノニ非ス故ニ訴訟ノ進行中或一人ヵ和解、認諾、權利讓渡、目的物ノ占有移轉等幾多ノ變化ヲ生スルモ訴訟關係ハ之ニ關係ナキ他ノ訴訟當事者ノ間ニ於テ完全ニ成立シ權利關係モ亦之ニ依テ確定セラルヘキモノトス現行制度ノ上ニハ明文ヲ以テ規定シタル條文ナキモ理論上實際上權利拘束ニ付訴訟當事者恒定ノ效力ヲ認ムルニ非サレハ權利關係ノ合一ニ確定スヘキ訴訟ハ遂ニ終局ノ日ナキニ至ルヘシ獨民訴訟法第二六五條第二項ニ依レハ權利拘束發生後當事者カ訴訟物權利ヲ移轉シ又ハ其ノ權利ノ目的タル占有ヲ移轉スルモ之カ爲原告又ハ被告

カ訴訟ヲ爲ス權能ヲ失ハサルモノトスト規定シテ其ノ進行ヲ規律シ又明治三十六年ノ起草ニ成ル民事訴訟改正草案第六十六條必要的共同訴訟人ノ一人カ爲シタル拋棄認諾自白和解訴訟ノ取下其ノ他共同訴訟人ニ不利益ナル行爲ハ其ノ全員ニ付效力ナキコトヲ明ニシ尙ホ第二百三十二條ニ權利拘束カ生シタル後權利又ハ其目的物ノ移轉アルモ訴訟ニ影響ヲ及ホスコトナシトシ更ニ第二百八十五條ニ於テ判決ノ既判力ニ關シ確定判決ハ當事者及權利拘束發生後ニ當事者ノ承繼人トナリタル者又ハ當事者若ハ其ノ承繼人ノタメメ請求ノ目的物ヲ占有シタル者ニ其ノ效力ヲ及ホス旨ヲ規定セリ我現行法ノ下如此明文ナシト雖反對ノ規定ナキ限リハ右ノ趣旨ニ從ヒ判決ヲ爲スヘキハ當然ノコトナリ然ルニ原審ハ之ニ反シ明文ナキ我制度ノ下ニアリテハ訴訟當事者恒定ノ效力ヲ認ムルヲ得スト判斷シタルハ法理ヲ無視シタル違法アリ

〔判決要旨〕（一）共有物ノ分割ヲ爲ス場合ニ於テハ各共有者ハ其ノ當事者トシテ執レモ直接利害ノ關係ヲ有スルモノナレハ共有者中ノ或者ヲ除外シテ分割ノ手續ヲ遂行スルコトヲ得ス從テ共有物分割ノ訴ヲ提起スル者ハ他ノ共有者ノ全員ヲ被告トスルコトヲ要スルモノトス而シテ判決ハ口頭辯論ニ於テ提出セラレタル訴訟資料ニ基キテ之ヲ爲スヘキモノナルヲ以テ右ノ訴ニ於テ共有者ノ全員カ訴訟ノ當事者トナレリヤ否ヤハ口頭辯論終結當時ヲ基礎トシテ之ヲ判斷スヘキモノニシテ我民事訴訟法中ニハ權利拘束ノ發生後爲サレタル權利ノ讓渡ハ訴訟ニ影響ヲ及ホサヽル旨ノ規定存セス又權利拘束ノ發生後權利ノ讓渡ヲ禁シタル法規存セサルヲ以テ共有物分割ノ訴訟ノ權利拘束發生後共同訴訟人タル共有者ノ一人カ其ノ共有權ヲ他人ニ讓渡シタル結果其ノ共有權ヲ失ヒ又權利ノ讓受ニ因リテ共有權者トナリタル者カ共同訴訟人トシテ其訴訟ニ加ハラサル場合ニ於テハ共有物分割ノ裁判ヲ爲サルカ故ニ其ノ分割ノ請求ハ之ヲ理由ナシトシテ棄却スルノ外ナキヲ以テ原判決ハ正當ニシテ右上告論旨ハ理由ナシ

〔上告論旨〕（二）更ニ實體法上ヨリ觀察スルニ共有者間ノ一人ニ付持分讓渡アリタルトキハ其ノ讓受人ハ前權利者ノ權利義務ヲ其ノ時ノ狀態ニ於テ繼承スルモノニシテ讓渡人ノ受ケタル制限ト同樣ノ制限ニ服シタル所有權ヲ取得スルニ過キス換言スレハ當該共有關係ニ付讓渡人カ服シタル地位ト同一ノ地位ニ立ツモノナリ大審院大正八年十二月十一日判決ニ「共有者ノ持分ヲ讓受ケタルモノハ讓渡人ノ地位ヲ承繼シテ共有者トナリ共有物分割又ハ共有物管理ニ關スル特約上凡テ共有者ト相離ルヘカラサル共有者間ノ權利義務ヲ當然承繼スヘキモノナリ」トアルハ畢竟權利拘束發生後訴訟當事者ノ恒定ノ效力ヲ認メラレタル判例ノ一トシテ見ルヲ得ヘシ讓受人ハ讓渡人ノ權利繼承ノミナラス其ノ地位ヲ併セテ承繼シタリトスレハ假令訴訟進行中如何ナル事相ノ變化ヲ見ルモ既ニ成立シタル訴訟ニ影響ナク權利保護ノ目的ヲ達シ得ヘシト雖原審判決ヲ以テスレハ分割請求者ハ一ト先ツ其ノ訴訟ヲ擱牲ニ供シ新舊共有者ノ全員ニ對シ訴訟ヲ提起スルコトトナリ訴訟經濟上頗ル不利タルノミナラス種種ノ術策ヲ弄シ訴訟進行ノ妨害ヲ試ミ當事者ノ一方ニ不利ヲ與ヘントスル者ヲ保護スルノ傾向トナリ正義公平ヲ重ンスルノ觀念ニ反スルモノトス

〔判決要旨〕（二）然レトモ共有權ノ讓渡アリタル場合ニ於テ其ノ讓受人ハ讓渡人ノ權利義務ヲ其ノ時ノ狀態ニ於テ繼承スルモノナリト雖モ共有權ヲ讓渡シタル者ハ爾後共有權者ニ非サルカ故ニ其ノ者ニ對シテハ共有物分割ノ裁判ヲ爲スコトヲ得ス讓渡人カ共同訴訟人ノ一人タル以上ハ讓受人ハ共同訴訟人ノ一人タルコトヲ要セスト爲スコトヲ得サルヲ以テ本上告論旨モ亦理由ナシ

判例ハ當事者恒定ヲ認メス

共有物分割ノ訴ノ構成

〔關係法文〕第二二條、第一八七條、第二一一條、第二四四條、民第二五六條、第二五八條

一　前揭「事實」ニ於テ本件訴訟ノ經過ヲ詳述セリ之ニ依レハ大審院ハ權利拘束ニ付當事者恒定ノ效力ヲ認メス而シテ本件判決ノ結果ニ依レハ當事者カ共有物分割ノ訴ヲ起シタル場合ニ於テ共有者中ノ一人カ口頭辯論終結前ニ於テ其ノ持分ヲ他人ニ讓渡スルトキハ原告ハ幾度同一訴訟ヲ提起スルモ常ニ敗訴ノ汚名ヲ被ムリ訴訟ハ遂ニ終局ノ期ナキニ至リ原告ハ分割請求ノ權利ヲ有シナカラ竟ニ其ノ權利保護ノ目的ヲ達スルコトヲ得サルニ至ル此ノ如キハ則チ上告論旨第二點ニモ曰ヘル如ク啻ニ訴訟經濟上不利ナルノミナラス原告ハ常ニ訴訟ノ進行ヲ妨クル被告ノ術策ニ飜弄セラレ正義公平ヲ重ンスル觀念ニ背反シ信ヲ國民ニ維ク所以ニ非ス故ニ當該訴訟ノ構成ニ付テハ大ニ講究ノ餘地アルモノナリ仍テ予輩ハ本件判旨ヲ批評スルノ機會ニ於テ共有物分割ノ訴ノ構成ニ關スル予輩ノ見解ヲ開陳スヘシ

予輩ノ見ル所ニ依レハ所謂共有物分割ノ訴ハ之ヲ二分シテ觀察スル必要アリト信ス一分ハ即チ共有權及ヒ持分ノ確認訴訟ニシテ他ノ一分ハ即チ共有物分割

共有權及ヒ持分ノ確認

ノ訴ニシテ固有ノ分割訴訟ヲ成スモノトス而シテ固有ノ分割訴訟ノ性質ハ形成訴訟ナリトス何カ故ニ形成訴訟タルカハ後ニ詳述スヘシ而シテ分割ノ訴ヲ提起スル場合ニ於テハ當事者間ニ於テ任意ノ分割即チ協議上ノ分割調ハサル場合ナルカ故ニ多クノ場合ニ於テハ分割ヲ請求スル者カ果シテ共有者ナリヤ否ヤ又其ノ持分カ何程ナリヤニ付テモ亦爭ヲ生スヘク從テ固有ノ分割ノ訴ト相伴ハレテ共有權及ヒ持分ノ割合ニ關スル確認ノ問題ヲ生スヘシ然レトモ這ハ分割訴訟トハ全然別箇ノ問題トシテ觀察スルコトヲ要ス

而シテ共有權及ヒ持分ノ割合ニ關シテ爭ヲ生スル場合ニハ分割訴訟提起前ニ於テ全然別箇ノ確認訴訟トシテ豫メ之ヲ提起スル場合アルヘク而シテ共有權及ヒ持分ノ割合ニ關シテ既ニ確認判決アルトキハ既判力ヲ生シ居ルモノナルカ故ニ後日分割ノ訴訟提起アリタル場合ニ於テ裁判所ハ共有權及ヒ持分ノ割合ニ關シテハ既ニ確定シテ爭ヲ絕テルヲ以テ分割ニ關シテ裁判ヲ爲スニ極メテ容易ナル立場ニ在ルモノトス又分割ニ付テハ協議調ハサルモ共有權及ヒ持分ノ割合ニ關シテハ始メヨリ當事者間ニ爭ナク裁判所ノ裁判ヲ煩ハス必要ナキ場合モアル

固有ノ分割ノ訴

ヘシ此ノ場合ニ於テモ裁判所ハ分割ノ訴ニ於テ分割ノ裁判ヲ爲スニ極メテ容易ナリトス

上述ノ如ク共有權及ヒ共有持分ノ割合ニ付テハ若シ爭アリテ裁判ニヨリテ之ヲ確定セシムル必要アルトキハ確認訴訟ニ依ルヘキモノナルカ故ニ其ノ判決ナクトモ實體上ニ於テハ既ニ客觀的ニ訴訟外ニ於テ當事者間共有權ノ存否及ヒ共有持分ノ割合ハ確定シ居ルモノトス何トナレハ確認判決ニ於テハ訴訟外ニ於テ既ニ客觀的ニ確定シ居ルモノヲ判決ヲ以テ確認シ既判力ヲ生セシムルニ過キサレハナリ之ニ反シテ固有ノ分割ノ訴ニ在リテハ爭點ハ分割ノミニ關シ形成訴訟ヲ成スカ故ニ分割ニ付テハ必ス訴訟ヲ要シ訴訟ナクンハ分割ナク訴訟前ニ於テハ共有者ノ取得部分カ特定セラレス各共有者ノ分割セル特定ノ所有部分ハ實體上客觀的ニモ主觀的ニモ確定シ居ラサルモノトス換言スレハ各共有者ノ分割セル特定ノ取得部分ハ訴訟ヲ待チテ實體上甫メテ形成セラルルモノトス之ヲ要スルニ共有權ノ存否及ヒ共有持分ノ割合ハ訴訟ナクシテ分割訴訟前ニ於テ既ニ實體上客觀的ニ確定シ居ルモノトス之ニ反シテ各共有者ノ分割ニヨリ取得スヘキ特定ノ所有部分ハ協議上ノ分割調ハサル場合ニ於テハ訴訟ニ因リテノミ實體上甫メテ形成シ創設セラルルモノトス故ニ右二箇ノ問題ニ關シ縱令同一訴訟ニ於テ裁判所ノ裁判ヲ受ケ之ヲ確定セシムル場合ニ於テモ二者ハ斷然區別シテ之ヲ觀察スルコトヲ要ス

然リ而シテ實際上ニ於テハ當事者ハ分割ノ訴ニ於テ分割ノ前提要件タル共有權ノ存否及ヒ共有持分ノ割合ニ付テモ裁判所ノ判斷ヲ受ケントスルヲ例トス然レトモ分割ノ訴ハ形成訴訟ニ屬シ分割ノミニ付テノ判決ヲ下スヘキモノナルカ故ニ其ノ前提要件タル共有權ノ存否及ヒ共有持分ノ割合ニ關シ其ノ判決ニ於テ縱令判斷ヲ與フルコトアルモ唯判決理由中ニ於テ之カ判斷ヲ與フルニ止マリ既判力ヲ生スルモノニ非ス（民訴第二四四條）故ニ分割ノ訴ニ於テ同時ニ共有權ノ存否及ヒ共有持分ノ割合ニ付テモ判決主文ニ於テ宣言ヲ受ケ後日ノ既判力ヲ獲得セント欲セハ之ニ關スル一定ノ申立ヲ爲シテ以テ判決主文ニ於テ裁判ヲ受クルコトヲ要ス若シ斯ノ如クナルトキハ共有權ノ存否及ヒ共有持分ノ割合ニ關スル確認訴訟カ分割ノ訴ナル形成訴訟ト併合セラレテ提起セラレタルモノトナルモノトス

共有權及ヒ持分ノ確認ノ當事者ニ關スル從來ノ判例

從テ二者ノ適法要件及ヒ權利保護ノ要件ハ分離シテ之ヲ別箇ニ觀察スルコトヲ要ス(註)

(註)　分割判決ニ於テハ共有者ノ取得部分ニ付キ所有權ノミカ設定セラレ共有權ノ存否及ヒ共有持分ノ割合ニ付テハ既判力ヲ生セサルモノトセハ分割判決確定後ニ於テ更ニ共有權ノ存否及ヒ共有持分ノ割合ニ付キ確認訴訟ヲ起スコトヲ得ルモノト謂フヘシ而シテ先キニ確定セル分割判決ノ結果ト確認スルコト無キニ非サルヘシ即チ非共有者ニシテ分割ヲ受ケ又ハ眞ノ持分ノ割合以上過分ノ分配ヲ受ケタルコトノ如キ有ルヘシ斯ル場合ニ於テモ分割判決ハ設定判決ナルカ故ニ設定其ノモノハ有效トス而シテ非共有者ニシテ分割ヲ受ケ所有權ヲ取得スルコトノアルヘキナリ斯カル場合ニ於テハ眞ノ共有者ハ非共有者ニ對シ不當利得返還及ヒ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヘキナリ

然リ而シテ共有權ノ存否及ヒ共有持分ノ割合ニ關スル確認訴訟ニ付テハ我大審院ノ從來ノ判例ハ各共有者ハ自己ノ持分ノ確認ノ爲メニハ他ノ共有者全員ヲ相手方トスルコトヲ要セス自己ノ共有權ヲ爭フ者ノミヲ相手方トスルコトヲ得トナセリ即チ其ノ判例ヲ揭クレハ左ノ如シ

大正六年二月二十八日(大正五年(オ)第六七四號所有權確認及登記手續竝損害賠償請求ノ件)大審院第三民事部判決要旨(六年度民錄三二二頁)

共有權ハ共有者各自ノ權利ナレハ各自獨立シテ之ヲ主張スルコトヲ得ヘキノミナラス他ノ共有者ノ何人ニ對シテモ各別ニ之ヲ主張シ得ヘキモノナレハ各共有者ハ他ノ共有者ニ對シ獨立シテ其共有權ノ確認及ヒ登記請求ノ訴ヲ提起スルヲ得ルハ勿論他ノ共有者全員ヲ相手方トスルヲ要セス唯自己ノ共有權ヲ爭フ共有者ノミヲ相手方ト爲スヲ以テ足ル

而シテ大正十一年二月二十日(大正十年(オ)第八三六號入會權確認及利益金分配請求事件)大審院第二民事部判決(判例集第一卷二號五二頁)ニ於テモ全然右ト同趣旨ノ判決ヲ爲セリ

予輩ハ本稿(七)ニ於テ詳論セシカ如ク共有者ノ一人又ハ數人カ共有者全體ノ爲メニ外部關係ニ於テモ共有權確認ノ訴ヲ有效ニ提起スルコトヲ得其ノ敗訴ノ場合ニハ訴訟當事者以外ニハ既判力及ハスト雖モ其ノ勝訴ノ場合ニハ既判力全員ニ及フ旨ヲ主張スル者ナルカ故ニ(大正五年六月十三日(大正四年(オ)第一〇八三號事件)大審院第一民事部判決(大正五年度民錄一二〇〇頁)、大正八年五月三十一日(大正八年(オ)第三四五號事件)大審院第三民事部判決(同年度民錄九四六頁)ハ全然予輩ト正反對ノ見解ヲ採レリ)共有者相互ノ間ニ於テモ共有持分ノ割合ニ關シテ共有者全員ヲ相手方トセス單ニ持分ヲ爭フ者ノミヲ相手方トシテ確認訴訟ヲ起スコトヲ得ルコトヲ信スル者ナリ故ニ是等ノ判旨ニハ全然贊成ノ意ヲ表スル者ナリ

固有分割ノ訴ノ當事者ニ關スル從來ノ判例

然レトモ分割ノ訴ニ在リテハ本件前揭判旨ノ示ス如ク大審院ハ共有者中ノ或者ヲ除外シテ其ノ手續ヲ爲スコトヲ得サルヲ以テ分割ノ請求ヲ爲ス者ハ必スヤ他ノ共有者全員ヲ相手方トシテ訴訟ヲ提起スルコトヲ要スルモノトナセリ明治四一年九月二五日（明治四一年（オ）第二五四號共有地分割竝競賣請求ノ件）大審院第二民事部判決（同年度民錄九三一頁）モ亦全然同趣旨ナリ然レトモ分割ノ訴ニ在リテモ予輩ハ他ノ共有者全員ヲ相手方トスルコトヲ要セス共有者中ノ一人若クハ數人ヲ相手方トスルモ可ナルヘク又ハ分割ニ關シテ主トシテ爭フ者ノミヲ相手方トスルモ可ナリト信ス

固有分割ノ訴ノ當事者ニ關スル學見

然ラハ何カ故ニ斯カル主張ヲ爲スカ乞フ先ツ分割ノ訴ノ判決ノ內容及ヒ訴ノ性質ヲ論シテ而シテ後被告ノ員數即チ他ノ共有者全員ヲ相手方トスルコトヲ要スルカ將タ其ノ中ノ或者ノミヲ相手方トスルモ可ナルカニ付キ論及スヘシ

二　然ラハ分割ノ訴ノ目的トスル所及ヒ判決ノ內容如何ト云フニ既ニ述ヘタル如ク各共有者ノ共有權ノ存否及ヒ共有持分ノ割合ノ問題ハ分割訴訟以外ニ於テ實體上既ニ客觀的ニ確定シ居ル所ノモノニ屬シ分割訴訟ノ目的トシ判決ノ內容トスヘキ所ノモノニ非サルコトハ疑ナキ所トス然ルニ各共有者ノ共有權ノ存否及ヒ共有持分ノ割合ニ爭アルモ未タ別箇ノ確認訴訟トシテ訴訟カ提起セラレス從テ確認確定判決ナキカ爲メニ之ニ關シ當事者間ニ爭ノ繼續中ナルニ拘ラス分割訴訟カ提起セラルル場合ニ於テハ共有權ノ存否及ヒ共有持分ノ割合ノ問題ハ分割ノ裁判ニ對シテハ前提要件ニ屬スルカ故ニ分割裁判所ハ分割ニ際シ勢ヒ是等ノ前提要件ニ付テモ認定ヲ爲ササルヘカラス然ルニ是等ノ前提要件ノ認定問題ハ當事者カ第二一一條ニ基キ附隨的確認ノ訴トシテ一定ノ申立ヲ爲シ判決主文ニ於テ宣言ヲ求メサル限リ既判力ヲ生スルモノニ非ス（第二四條）從テ分割裁判所カ是等ノ前提要件ニ付テ縱令認定ヲ爲スト云ヘ分割訴訟ノ目的トスル所ノモノニ非ス分割裁判所ハ分割裁判ヲ爲スニ際シ是等ノ前提要件ノ認定ヲ基礎ニ取ラサルヘカラサルカ故ニ已ムコトヲ得ス是等ノ前提要件ニ付テモ先ツ認定ヲ爲シ而シテ後分割裁判ヲ爲スニ至ルモノトス是レ猶ホ利息ノ請求訴訟ニ於テ利息ニ關スル判決ヲ爲スニハ其前提要件タル貸金關係ノ存否ニ付テ先ツ認定ヲ爲ササルヘカラサルカ如シ而シテ縱令之カ認定ヲ爲スモ原告ニ於テ一定ノ申立ヲ爲シ判決主文ニ於テ宣言ヲ受ケサル限リ貸金關係ニ付テハ

既判力ヲ生スルコトナク利息ノ請求訴訟ノ目的トナラサルカ如シ

夫レ然リ各共有者ノ共有權ノ存否及ヒ共有持分ノ割合ノ認定ハ分割ノ訴ノ目的ニ非ス然レトモ分割裁判所ハ之ニ對スル認定ヲ必要トシ其ノ認定ヲ基礎トシテ分割ノ裁判ヲ爲ス然ラハ分割ハ何ヲ意味スルカト云フニ從來多數ノ共有者カ單一物ニ付キ共有權ヲ有シタルニ共有持分ニ應シ之ヲ分割シテ各共有者ニ對シ特定部分ニ付キ箇箇ノ所有權ヲ設定スルニ至ルモノトス故ニ民法第二五六條ニ基ク分割請求權ハ形成權ナリト謂フヘシ

分割請求權ノ性質

而シテ分割請求權ハ裁判外ニ於テ共有者全員ノ協議ニ依リテ之ヲ行使スルヲ原則トスト雖モ協議調ハサルトキハ訴ニ依リ裁判所ノ判決ニ因リテ分割ヲ受クルヲ必要トスルカ故ニ右分割請求權ノ行使ハ協議調ハサルコトヲ前提トシテ裁判上ニ於テ行使スルコトヲ強要セラルルモノト謂フヘシ(民法第二五八條ノ二)而シテ分割請求ノ訴ハ形成ノ訴(Rechtsgestaltungsklage, Rechtsänderungsklage, Bewirkungsklage)ナリト謂フヘシ(註)

分割請求ノ訴ノ性質

(註)　分割ノ訴カ形成ノ訴タルコトハ大正三年三月十日(大正元年(ネ)第一四三號共有金分割請求ノ件)大審院民事聯合部判決(大正三年度民錄一四七頁)ニ於テモ既ニ認ムル所ナリ而シテ雖本博士(判例批評錄第二卷六四頁)三瀦博士(物權法提要第一冊一五二頁)末弘博士(物權法上卷四三一頁)ノ皆之ニ贊同セラルル所ナリ故ニ分割請求權カ形成權ニシテ分割ノ訴カ形成ノ訴タルコトハ現今ニ在リテハ最早我國ノ通說ナリト謂フコトヲ得ヘシ尙ホ形成權行使ノ方法及ヒ形成ノ訴其ノモノニ付テハ本書第一卷〔一七〕二一七頁以下ヲ參照スヘシ

而シテ分割ノ訴ノ一定ノ申立トシテハ原告ハ共有物例ヘハ不動產何ニ付キ自己ノ所有ニ屬スヘキ部分ノ分割ヲ求ムト謂ヘハ足リ請求原因トシテ自己カ共有者ナルコト自己ノ共有持分ノ何程ナルコト及分割ニ關シ協議調ハサリシコトヲ證明スル必要アルモノトス而シテ裁判所ハ判決主文ニ於テ分割ノ方法ヲ定ム例ヘハ現物分割ニ依ルカ又ハ民法第二五八條第二項ニ依リ共有物ヲ競賣シテ代金分割ヲ爲スカヲ定ムヘキモノトス而シテ現物分割ノ場合例ヘハ共有地分割ノ場合ニ於テハ原告ノ所有ニ歸スヘキ土地ノ部分ヲ指定スヘキモノトス而シテ代金分割ノ場合ニ於テハ競賣ニ依リテ取得セラルヘキ代金ノ何割カ原告ノ所有ニ歸スル旨ヲ指定スヘキモノトス若シ然ラスシテ分割判決ニ於テハ單ニ分割ノ方法ノミヲ定ムレハ可ナリトスレハ分割請求權ノ爲メニ所有權カ設定セラレス判

分割請求權ハ各自ノ部分ノミヲ形成セシム

決ニ定メラレタル分割ノ方法ニ從テ更ニ分割ヲ實施シ始メテ所有權カ設定セラルルノ結果ヲ生シ分割ノ目的ヲ達成スルコトヲ得サレハナリ然レトモ予ノ信スル所ニ依レハ分割判決ニ於テハ單ニ原告ノ所有ニ歸スヘキ部分ノミヲ指定スレハ足リ他ノ共有者間ニ於テハ依然共有關係ヲ持續スルモノト解スルヲ正當トス蓋シ分割ノ訴ハ原告カ自己持分ノ分割ヲ受ケンコトヲ目的トスルモノニシテ共有者全員ノ爲メニ裁判所カ分割ヲ爲シ分割關係ヲ共有者全員ノ爲メニ終了セシムル必要ナキヲ以テナリ

抑モ分割請求權カ形成權ナリトスレハ共有者各自カ此ノ形成權ヲ有スルコトハ明カナリ而シテ各共有者ノ有スル形成權タルヤ自己ノ共有持分ノ、割合ニ從ヒ自己ノ所有ニ屬スヘキ部分ヲ設定セシムル權利ナリト解スルヲ正當トス或ハ各共有者ノ有スル形成權タルヤ自己ノ所有部分ヲ形成セシムル權利ナルト同時ニ共有者全體ノ爲メニ分割ヲ爲シテ各共有者ノ所有部分ヲ形成セシムル權利ナリトモ解セラレサルニ非ス然レトモ若シ形成權ノ內容ヲ以テ斯ノ如キモノナリト解スルトキハ一人カ分割ノ訴ヲ提起シテ分割ヲ請求スルトキハ裁判所ハ必ス共有者全員ノ爲メニ分割ヲ爲シ其ノ所有部分ヲ指定シ原告以外ノ者ノ爲メニモ亦常ニ共有關係ヲ全然終了セシメサルヘカラサルノ結果ヲ生ス而シテ斯クノ如クナルトキハ共有者一人ノ分割請求ノ爲メニ他ノ共有者ハ其ノ意ニ反シテ常ニ全體ノ共有關係ノ終了ヲ強要セラルルニ至リ雷ニ實際上及ヒ經濟上得策ニ非サルノミナラス法律カ各共有者ニ分割請求權ヲ與ヘタル目的以外ニ超越シ分割請求權ニ斯ノ如キ效力マテヲ認ムルハ法律上ノ根據 (ratio legis) ナキモノト謂フヘシ故ニ予輩ハ各共有者ノ有スル形成權タルヤ分割ニ因リ自己ノ所有部分ノミヲ形成セシムル權利ナリト解ス從テ形成權カ訴ニ依リテ行使セラルル場合ニハ唯原告ノミカ形成權ヲ行使スルモノニシテ他ノ共有者ハ形成權ヲ行使スルニ非ス從テ分割判決ニ於テハ原告ノ所有部分ノミノ指定ヲ爲シ其ノ所有權ヲ設定スルノミヲ以テ足レリト謂ハサルヘカラス

若シ之ニ反シ一人ノ原告カ分割ヲ請求シタルカ爲メニ他ノ共有者全員ノ爲メニモ亦分割ヲ爲シ其ノ所有部分ヲ指定スル必要アリトスレハ他ノ共有者ハ其ノ形成權ヲ行使セサルニ當タリ恰モ之ヲ行使シタルト同一ノ結果ヲ生シ不合理ナ

リ故ニ分割ノ訴ニ於テハ原告ノミノ形成權カ行使セラレ原告ノミノ所有部分カ設定セラレ他ノ共有者ハ依然共有關係ヲ持續スルモノト解スヘキナリ尙ホ民法第二六二條第二項ニ於テモ共有者中ノ數人ノミニ分割セラルル場合アルコトヲ豫想シ右ノ見解ヲ支持スルモノト謂フヘシ(註)

(註)　仍ホ分割ノ訴ノ構成ニ付テハ末弘博士物權法上卷四三六頁以下ヲ參照スヘシ

分割ノ訴ノ被告

三　次ニ分割ノ訴ノ被告トシテハ原告ハ他ノ共有者全員ヲ相手方トスヘキカ一人若クハ數人ヲ相手方トスルモ可ナリヤ又ハ爭アル共有者ノミヲ相手方トスヘキヤノ問題ニ付テハ予ハ既ニ述ヘタル如ク必スシモ全員ヲ相手方トスルヲ要セス一人若クハ數人ヲ相手方トスルモ可ナリト信ス其ノ理由左ノ如シ

(1)　分割事件ハ現行法ノ下ニ於テハ民訴法第二二條ニ分割ノ訴ノ管轄ヲ規定セルヨリ之ヲ觀レハ雖本博士モ主張スル如ク(同博士判例批評第二卷六五頁)非訟事件ニ非スシテ訴訟事件ト解スヘキモノトス而シテ大審院判例ニ於テモ本件判旨ハ勿論從前ノ判例ニ於テモ分割事件ヲ訴訟事件トシ之ヲ取扱ヒ來レリ然レトモ性質上之ヲ非訟事件トシテ取扱ヒ得サルモノニ非サルコトハ固ヨリ論ナキ所ナリ而シテ之ヲ非訟事件トシテ取扱フ場合ニ於テハ全然被告ナルモノヲ必要トセサルコトモ亦明カナリ然ルニ現行法ノ下ニ於テハ之ヲ訴訟事件トシテ取扱フモノナルカ故ニ被告ヲ必要トスト雖モ法律ハ他ノ形成訴訟ニ於テ相手方ヲ定メタルカ如ク(人事訴訟法第二條第三項、第二〇條、第二三條、第三二條、第三六條、第五七條第二項、第七八條第二項、民訴第五四九條第一項前段)分割ノ訴ニ於テ被告タルヘキ者ヲ規定シタル明文ナシ從テ何人ヲ被告トスヘキカハ法律ノ强要スル所ノモノアルナシ換言スレハ分割ノ訴ニ於テ他ノ共有者全員ヲ相手方トスヘキ旨ノ法律上ノ强制アルナシ從テ分割ヲ請求スル者ハ他ノ共有者ヲ相手方トスレハ足レルモノニシテ(民第五六條二)必スシモ他ノ共有者全員ヲ相手方トスルコトヲ要セス單ニ一人ヲ相手方トスルモ可ナリト謂フヘシ何トナレハ他ノ一人ニ對スル關係ニ於テ分割請求者ノ取得部分カ設定セラルルトキハ他ノ共有者全員ニ對スル關係ニ於テモ亦一樣ニ設定セラルル結果ヲ生スルニ至ルヲ以テナリ(註)

(註)　是レ猶ホ持分ノ確認訴訟カ一人ヲ相手方トシテ之ヲ提起シ得ルカ如シ形成ノ訴ノ被告ニ付テハ中島氏非訟事件手續法論總則六一頁參照

(2)　訴訟事件ニ於テ普通ニ多數ノ者ヲ共同被告トスル所以ノモノハ多數ノ被

告ニ對シ裁判ノ統一ヲ期スル爲メト同時ニ多數ノ被告ニ對シ判決ノ既判力ヲ及ホサシメンカ爲ナリ然ルニ分割ノ訴ハ形成訴訟ナルカ故ニ一原告ノ爲メニスル形成訴訟ハ一有テ二アルコトヲ得ス換言スレハ一原告ノ形成權ハ一回行使スレハ其ノ目的ヲ達スルモノニシテ再ヒ行使セラルヘキモノニ非ス從テ一原告ノ形成ノ訴即チ分割ノ訴ハ一有テ二アルコトヲ得ス故ニ被告ノ多數ナルト否トヲ問ハス裁判ノ統一ヲ缺クノ虞アルコトナシ又形成判決ノ形成力ノ效果ハ唯リ訴訟ノ當事者ノミナラス汎ク第三者ニモ亦及フモノナルカ故ニ既判力ヲ全員ニ及ホサシムル必要ノ爲メニ他ノ共有者全員ヲ相手方トスル必要ナキモノトス

(3)　反對說即チ全員被告說ノ根據如何ヲ考察センカ爲ニハ大審院判例ノ趣旨ヲ顧ミルニ若カス即チ左ノ如シ

明治四十一年九月二十五日(同年(オ)第二五四號、共有分割竝競賣請求ノ件)大審院第二民事部判決要旨(同年度民錄一三輯一頁)

共有トハ數人カ共同シテ同一物ノ所有權チ有スル狀態チ云フモノニシテ此關係チ終了セシムル所以ノ方法即チ共有物ノ分割ニ外ナラス故ニ共有物ノ分割ハ單ニ共有者中ノ或ル者ノミニヨリ之チ爲スコトチ得ス必ス共有者全員カ分割手續ニ參與スルコトチ要スルハ共有ノ性質上當然ノ結果ナリトス而シテ各共有者ハ分割ニ於ケル當事者トシテ共有物ノ分割ニ直接利害ノ關係チ有スルモノナレハ共有者中ノ或ル者チ除外シテ分割手續チ遂行スルカ如キハ協議上ノ分割ニ於ケルト裁判上ノ分割ニ於ケルトチ問ハス絕對ニ之チ許スヘキニ非サルナリ

而シテ本件判旨ニ於テモ前ニ既ニ摘出セシカ如ク「分割ノ場合ニ於テハ各共有者ハ其ノ當事者トシテ孰レモ直接利害ノ關係ヲ有スルモノナレハ……他ノ共有者全員ヲ被告トスルコトヲ要ス」ト曰ヘリ蓋シ是等ノ判例ノ趣旨タルヤ何レモ一原告ノ分割請求ニヨリ共有關係全部カ終了シ共有者全員ノ爲メニ共有物ヲ分割シ其ノ取得部分ヲ設定スル必要アルモノト見ルモノノ如シ換言スレハ共有者全員ノ爲メニ全員ノ形成權カ同時ニ行使セラルルモノト見ルモノノ如シ然レトモ予輩ノ見解ハ前述シタルカ如ク分割ノ訴ニ於テハ原告ノ形成權ノミカ行使セラレ原告ノミノ爲メニ所有部分カ設定セラルルモノトス故ニ同一分割訴訟ニ於テ共有者全員カ其ノ形成權ヲ行使スルモノト爲スニ基ク前揭判旨ノ理由ハ以テ卑見ニ對スル反對理由ト爲スニ足ラサルナリ

(4)　又形成訴訟ノ審理ニ付テハ予輩ハ現行法ノ下ニ於テモ制限ナキ辯論主義

形成訴訟ト職權調査主義

(Verhandlungsmaxime)ヲ採ルヘキモノニ非スシテ職權調査主義(Offizialprinzip)ヲ取ルヘキモノタルヲ信スル者ナリ(イ)其ノ理論上ノ根據トシテハ抑モ國家カ形成判決ニ因リテ私權ノ形成ニ關與スルハ即チ國家命令權ノ作用ニ基ク處分行爲ヲ爲スニ外ナラス國家カ處分行爲ヲ爲スニ職權調査ヲ爲スハ當然ノ事ニ屬シ何ノ憚ル所アランヤ是レ國家カ類似ノ事件ニ於テ處分行爲ヲ爲ス場合ニ於テ職權調査主義ヲ採ル所以ナリ例ハ行政事件及ヒ非訟事件即チ是ナリ(行政裁判法第三八條、非訟事件手續法第一一條)且ツ其形成ノ效果ヲシテ唯リ訴訟當事者ノミナラス汎ク第三者ニモ亦其效果ヲ及ホサシメントスルニ當タリ其ノ認定ノ資料ヲ唯リ當事者ノ辯論主義ニ基ク提出資料ノミニ之ヲ制限セムトスルコトハ二者矛盾ノ觀念ト謂ハサルヘカラス要スルニ給付判決又ハ確認判決ノ如ク判決ノ既判力カ唯リ訴訟當事者ノミニ限ルモノニ在リテハ辯論主義ヲ採ルモ亦不可ナシト雖モ形成判決ヲ爲ス場合ニ於テ依然辯論主義ニ依ルト爲スハ矛盾ノ觀念ト謂ハサルヘカラス(ロ)人事訴訟ハ形成訴訟中ノ最モ主要ノモノタルハ論勿キ所トス而シテ人事訴訟ニ付テハ國家ハ或程度ノ職權調査主義ヲ認メタリ(人訴第一四條、第二六條、第三七條、第四六條、第七四條)又破產事件ノ如ク其裁

判ノ效果カ汎ク第三者ニ及フモノニ在リテモ亦職權調査主義ヲ認メタリ(新破第一一〇條第二項)故ニ是等ノ規定ノ精神ハ以テ他ノ形成訴訟ニモ類推シテ適用セラルヘキモノト謂フヘキナリ蓋シ法律カ形成訴訟ノ模範的乃至標本的ノモノニ付キ職權調査主義ヲ認ムル以上ハ他ノモノニ付テハ假令明文ナシト雖モ類推シテ同樣ニ解釋スヘキナリ(註)

(註)　形成訴訟ニ在リテハ職權調査主義ヲ取ルヘキコトニ付テハ予輩ハ本稿(一七)本書第一卷一三七頁ニ於テ既ニ詳論シ置ケリ新民訴法第二六一條ハ證據調ニ關シ汎ク職權調査主義ヲ認メタリ

故ニ分割ノ訴ニ在リテモ形成訴訟タル以上ハ裁判所ハ宜シク職權調査ニ依ルヘキモノトス而シテ何レノ方法カ分割ノ方法トシテ最モ適當ナリヤヲ考ヘ若シ現物分割ヲ爲スヲ適當ト認メタル場合ニ於テハ共有者中ノ甲乙丙丁等ニ持分ノ割合ニ應シテ公平ニ分與スヘキ各部分ヲ豫メ考慮ニ置キ當該判決ニ於テハ唯リ原告ノ所有ニ屬スヘキ部分ノミヲ指定スヘシ何トナレハ原告ノミカ訴ニ依リ形成權ヲ行使シ自己ノ所有ニ歸スヘキ部分ノ設定ヲ求ムレハナリ而シテ共有地分

割ノ如キ場合ニ在リテハ共有者ノ持分ノ割合カ縱令平等ナル場合ト雖モ必スシモ均分ニ坪數ヲ分割スル必要ナシト謂フヘシ何トナレハ一共有地ヲ數箇ニ分割スル場合ニ於テハ公道ヘノ遠近、地味ノ上下、出入ノ便否、土地ノ形狀及ヒ高低等ニヨリ分割セラレタル各箇ノ部分ニ付キ土地ノ價格ニ差等アルハ見易キ所ノモノナルカ故ニ裁判所カ分割ヲ爲スニ際シテハ是等ノ點ヲモ斟酌考慮シテ以テ不公平ナキヲ期スヘキモノナルヲ以テナリ

而シテ裁判所カ職權調査ヲ爲ス場合ニ於テハ當事者以外ノ他ノ共有者ヲ呼出シテ之ヲ審訊スルモ可ナルヘク又或ハ證人トシテ之ヲ訊問スルモ可ナルヘシ又裁判所ハ分割ニ際シ他ノ共有者ノ意見ヲ徵スルハ最モ事宜ニ適シタル處置ナルカ故ニ必スヤ之ヲ呼出シテ之ヲ審訊スルニ至ルヘシ又他ノ共有者ハ分割ノ訴ノ提起ヲ知ラハ之ニ參加スルモ可ナルヘク又自ラ進ンテ分割ノ訴ヲ提起シ既ニ他ノ共有者ノ提起セル訴訟ト併合審理セシムルモ可ナルヘシ故ニ共有者ノ全員カ必スシモ訴訟當事者トナラスト雖モ裁判所ハ唯リ當該訴訟當事者ノミノ意見ヲ聽キテ分割ヲ決行スルカ如キコトナカルヘク實際ニハ分割ノ訴ニ於テ共有者全

員ヲ被告ト爲ササルモ其弊害ヲ生スルコト無カルヘシ

若シ反對說ニ依リ分割ノ訴ニ於テハ他ノ共有者全員ヲ被告トスル必要アルモノトスル場合ニ於テ原告カ縱令他ノ共有者全員ヲ相手方トセルモノト信シ訴ヲ提起セル場合ニ於テモ原告ノ不知ニ屬スル共有者他ニ之レ無キヲ保スヘカラス而シテ被告方ニ於テモ他ニ尙ホ共有者アルコトニ氣附カス從テ全員ヲ被告トセサル旨ノ抗辯ヲ提出セス裁判所モ亦之ヲ知ラスシテ訴訟進行シ客觀的ニ全員ヲ被告トセスシテ判決確定スルニ至ルコトアリ此ノ場合ノ判決ノ效力如何ハ反對說ヲ取ル場合ニ於テハ之ヲ講究スル必要アリ然レトモ卑見ニ依レハ分割ノ訴ハ他ノ共有者全員ヲ相手方トスル必要ナキカ故ニ斯ル場合ノ判決ノ效力ニ付テ考察スル必要ナキナリ

四　以上述フルカ如ク予輩ハ分割ノ訴ニ於テ他ノ共有者全員ヲ相手方トスル必要ナク共有者中ノ一人又ハ數人ヲ相手方トスルモ可ナリトノ說ヲ取ルト雖モ其ノ被告トセラレタル一人、數人又ハ他ノ共有者全員カ訴訟ノ繫屬中控訴審ノ口頭辯論終結マテニ其ノ共有持分ヲ他人ニ讓渡スルトキハ予輩ノ見解ヲ採ルトス

ルモ仍ホ原告ハ非共有者ヲ相手方トシテ分割ノ訴ヲ提起シタルコトトナリ本件判旨ト同樣ニ原告ハ請求棄却ノ判決ヲ受ケサルヘカラサルニ至ルノ恨ナキヲ得サルナリ

是ニ於テカ唯リ分割ノ訴ニ付テノミナラス汎ク一般論トシテ我現行法ノ上ニ於テ縱令獨民訴訟法第二六五條第二項又ハ民事訴訟法改正案(元法典調査會案)第二三三條カ明言セル如ク權利拘束ノ發生後訴訟物ノ讓渡アルモ訴訟ニ影響ナシト云フ明文ナシト雖モ理論上之レアルト同樣ニ權利拘束後ニ於ケル當事者恒定ノ效力ヲ認ムヘキモノナリヤ將タ權利拘束後ニ在リテハ訴訟ノ繫屬セル物(die in Streit befangene Sache, res litigiosa)又ハ訴訟ニ依リ行使セラルル請求權(der mit der Klage geltend gemachte materielle Anspruch, actio litigiosa)即チ廣ク言フ訴訟物ハ之ヲ讓渡スルコトヲ得スト解スヘキモノナリヤ又ハ訴訟繫屬中訴訟物ノ讓渡アリタルトキハ訴訟物ノ讓受人タル承繼人ヲ相手方トシテ訴訟ヲ進行セシムヘキモノナリヤ否ヤノ問題ヲ生ス

右ノ問題ニ付テハ予輩ハ右三箇ノ見解中最後ノ見解即チ權利拘束後訴訟物ノ

承繼人ヲ相手方トスヘシ

讓渡アリタル場合ニ於テハ其ノ讓渡カ原告ニヨリ爲サレタルト被告ニヨリ爲サレタルトヲ問ハス其ノ相手方ハ直チニ讓受人タル承繼人(Rechtsnachfolger)ヲ相手方トシテ訴訟ヲ進行セシメ得ヘキモノナリト信ス此ノ見解タルヤ我國ニ於テ既ニ斯カル主張ヲ爲シタル者アルヤ否ヤヲ知ラスト雖モ實ハ予輩ノ考案ニ屬ス仍テ之カ理由ヲ述フルニ當タリ先ツ他ノ二箇ノ見解ニ對スル卑見ヲ陳述スヘシ(註)

(註)羅馬法ニ於テハ「アウグスツス」ハ刑罰ヲ科シテ訴訟ノ繫屬セル物(res litigiosa)ノ讓渡ヲ嚴禁シ儒帝ハ訴訟ノ繫屬セル物及ヒ訴訟中ノ請求權(actio litigiosa)ノ二者ノ讓渡ヲ嚴禁シ犯ス者ニハ刑罰ヲ科セリ而シテ「ゲマイネス、レヒト」ニ在リテハ訴訟物ノ讓渡ハ全然無效ナリヤ又ハ訴訟ニハ影響ナキモノト見ルヘキカ又ハ單ニ讓渡ハ有效ナルモ判決ハ讓受人ニ對シテ效力アルモノト見ルヘキカ疑問ニ屬シタリ而シテ Allgemeine Gerichtsordnung (I, 7 § 48 c) ニテハ訴訟ノ繫屬セル物(res litigiosa)ノ讓渡ヲ禁セルモ全然之ヲ無效視セス寧ロ讓渡人ハ損害賠償ノ責任アリトセリ而シテ Pressen ノ Landrecht (I, 11 §§ 383, 384) ニ於テハ却テ訴訟物ノ讓渡ヲ許ス旨ヲ明言シ而シテ其ノ讓渡ハ訴訟上ノ地位ニ變更ヲ及スモノニ非スト明規セリ而シテ獨逸民事訴訟法第二六五條ノ明文トナリ第一項ニ於テ權利拘束アルモ訴訟中ノ物(res)及ヒ請求權(Anspruch)ノ讓渡ヲ妨ケスト曰ヒ而シテ第二項ニ於テ其ノ讓渡ハ訴訟ノ上ニ影響ヲ及ホサスト曰フニ至レリ而シテ佛法ニ於テモ亦訴訟物ノ讓渡ハ又固ヨリ之ヲ許ス所ナリ (Hellwig, System, I, S. 364; Heilfron-Pick, Lehrbuch, I, S. 591 Anm. 15)

之ヲ沿革ニ徵スルニ前註ニモ示ス如ク訴訟物ノ讓渡ハ往時ニ於テハ之ヲ嚴禁シタルモ時勢ノ進歩ニ伴ヒ經濟社會ノ取引上ノ必要ニ迫ラレ順次之ヲ緩和シ現今ニ於テハ之ヲ許スヲ通則トスルニ至レリ從テ我國ニ於テモ亦實體法上及ヒ訴訟法上明文ナキモ之ヲ許スモノト斷定セサルヘカラス換言スレハ反對ノ明文ナクハ訴訟物ノ讓渡ハ寧ロ自由ニ之ヲ許スモノト解セサルヘカラス然レトモ訴訟物ノ自由讓渡ノ問題ト訴訟法上ニ於ケル其取扱ヲ如何ニスヘキヤノ問題トハ互ニ相牽連セル問題ニシテ立法者カ二者ヲ常ニ牽連セル問題トシテ取扱ヒ來レルコトハ立法ノ沿革ニ徵スルニ之ヲ看取スルニ難カラス蓋シ Preussen ノ「ランド、レヒト」ノ規定ニ徵シ又獨逸現行民事訴訟法ノ規定ニ見ルモ明白ナリトス即チ是等ノ法律ニ在リテハ訴訟物ノ自由讓渡ヲ許ス交換條件トシテ其ノ讓渡ハ當事者ノ訴訟上ノ地位ニ影響ナシト明規スルヲ例トスル位ナリ然ルニ我國ニ於テハ訴訟物ノ自由讓渡ニ付テ何等ノ明文ナク從テ又讓渡アリタル場合ニ於ケル訴訟上ノ地位ニ付テモ亦明文ナシ然レトモ訴訟物ノ自由讓渡ノ認ムヘキコト前陳ノ如シトスレハ讓渡後ニ於ケル訴訟上ノ地位ニ付テモ亦獨逸法ニ於ケルカ如キ明文ナキモ之レト同樣ニ解シ訴訟物ノ讓渡ハ訴訟ノ上ニ影響ナシト解シ去ルコトモ亦一理ナキニ非サルヘシ何トナレハ獨逸法トシテハ前述セル法律沿革上ノ系路ヨリシテ縱令明文ナクトモ此ノ點ニ付獨逸法ト同樣ノ地位ニ在リト論斷スルコトモ亦必スシモ不當ナリト謂フヘカラサルモノアルヲ以テナリ

當事者恒定ニハ明文ヲ要ス

然リト雖モ予輩カ右ノ見解ヲ採ラサル所以ノモノハ他ナシ元來從來ノ訴訟當事者カ訴訟物ヲ讓渡シ訴訟實施權（Prozessführungsrecht）ナキニ拘ラス而カモ訴訟ヲ擔當シ其ノ判決ノ既判力ヲシテ當然讓受人ニ及ホサシメントスルコトハ理論上ヨリ云ヘハ固ヨリ無理ナル注文ト謂ハサルコトヲ得ス故ニ法律カ明文ヲ設ケテ訴訟物ノ讓渡ハ訴訟ノ上ニ影響ナキモノトシ以テ法律ノ力ニ因リ本來訴訟實施權ナキ從來ノ訴訟當事者ニ始メテ訴訟實施權アルモノトシテ之ヲ實行セシムルモノトス故ニ明文ナクンハ斯カル結果ヲ生セシムルコトハ寧ロ無理ナリト謂ハサルヘカラサルヲ以テナリ是レ本件判旨ハ固ヨリ我國從來ノ通說トシテハ訴訟物ノ讓渡後ニ於テ讓渡人自ラ原告トシテ又ハ讓渡人ヲ被告トシテ訴訟ヲ續行ス

ルモ常ニ請求棄却ヲ免ルヘカラストス所以ニシテ其ノ結果ノ當否ハ別問題トシテ兎ニ角訴訟物讓渡後ニ於ケル訴訟ノ遂行カ斯カル歸結ニ到達スト爲スコトハ一應無理カラヌコトト謂フヘキナリ是レ予輩カ單ニ沿革上ノミノ理由ニ依リテ明文ナキ我國ニ於テ獨逸法ト同樣ノ當事者恒定ノ效力ヲ認ムルコトヲ難シトスル所以ナリ（註）

（註）山田博士民事訴訟法第二卷四八五頁、岩田一郎氏民事訴訟法原論四一二頁ハ何レモ明文ナキ我現行法ノ下ニ於テハ訴訟物ノ讓渡アリタル場合ニ當事者ノ恒定ヲ認ムヘカラストナシ原告トシテハ讓渡ニヨリ或ハ其ノ訴訟ヲ犧牲トスヘク或ハ被告ニ對シ豫メ假處分ヲ爲シ置キ始メテ其ノ利益ヲ確保シ得ヘシト說ケリ

然ラハ當面ノ問題ハ如何ニ之ヲ解決スヘキモノナリヤト云ヘハ予輩ハ自己ノ考案トシテ前述シタル最後ノ見解ヲ主張スル者ナリ即チ訴訟物ノ讓渡アリタル場合ニ於テハ讓渡人タル承繼人ヲ相手方トシテ直チニ其訴訟ヲ續行シ得ルト爲スモノナリ其ノ根據如何ト云ヘハ我民事訴訟法ニ於テ讓渡以外ニ訴訟物ノ承繼(Rechtsnachfolge)アリタル場合ニ於テ其ノ訴訟ノ取扱ヲ如何ニセルカ即チ其ノ訴訟ノ續行ニ付キ如何ナル主義ヲ採レルカヲ顧ルコトヲ要ス然ルニ讓渡以外ノ場合ニ於テ訴訟物ノ承繼アリ又ハ狹義ノ承繼ナクトモ訴訟實施權(Processführungsrecht)ノ移轉アリタル場合ニ於テ民事訴訟法カ其ノ訴訟ノ續行ニ付キ如何ナル主義ヲ取レルカヲ窺知スルニ足ルヘキモノハ即チ中斷及ヒ其ノ受繼ニ關スル規定トス而シテ中斷原因トシテハ法律ハ訴訟當事者ノ死亡、破產又ハ無能力等ヲ規定シ中斷中ハ訴訟行爲ハ絕對ニ之ヲ爲スヘカラストセルモ是レ事實上又ハ法律上訴訟行爲ヲ爲スコト能ハサルカ爲メニシテ中斷其モノハ茲ニ引用スルノ必要ナシトス中斷原因アリテ訴訟實施權ノ承繼アリ又ハ移轉アリタル場合ニ於テ法律カ其ノ訴訟ノ續行ヲ如何ニ取扱ヘルカ其ノ主義ヲ顧ルコトヲ要ス然ルニ斯カル場合ニ於テ法律ハ孰レモ廣義ニ云フ承繼人ヲ相手方トシテ訴訟ヲ受繼キ得ヘキ旨ノ主義ヲ採レリ尤モ其ノ受繼ニ付テハ各場合ニ於テ其ノ手續ヲ異ニスト雖モ是レ其ノ中斷原因カ異ナルカ爲メニシテ承繼人ヲ相手方トシテ訴訟ヲ受繼キ訴訟ヲ續行セシメ得ルト爲ス根本觀念ニ於テハ同一ナリトス而シテ讓渡ハ特定承繼ニシテ相續ハ一般承繼ナリ然ルニ死亡ニ因ル一般承繼ノ場合ニハ承繼人ニ對シテ訴訟受繼ヲ爲スコトヲ許セリ尤モ隱居ニ因ル家督相續ノ場合

承繼人ヲ相手方トシテ訴訟ヲ續行シ得トナス說ノ根據

ヲ以テ中斷原因トシテ直チニ相續人ニ對シテ訴訟受繼ヲ爲スコトハ判例ノ認メサル所ナリト雖モ（明治三十八年二月十三日（明治三十七年（オ）第四三三號事件）大審院民事聯合部判決（明治三十八年度民錄一一六頁）明治四十四年十二月九日（明治四十四年（オ）第一四九號事件）大審院第一民事部判決（同年度民錄七七〇頁））是レ債權者ハ民法上隱居後ニ於テ隱居ニ對シテモ尙ホ權利ヲ行フコトヲ得ルノミナラス判例ノ趣旨ハ隱居ヲ以テ中斷原因ト爲スヤ否ヤヲ主トシテ決シタルモノニ外ナラス又破產ノ場合ニ在リテハ法律ハ破產財團ニ屬スル財產ニ關シ破產宣告ノ當時繫屬スル訴訟ハ破產管財人又ハ相手方ニ於テ之ヲ受繼クコトヲ得ト明言セリ（破產法第六九條）是レ破產財團所屬ノ財產ニ關スル訴訟實施權カ管財人ニ移轉スルカ故ナリ總テ是等ノ場合ニ於テ訴訟實施權ノ承繼又ハ移轉アリタル場合ニハ法律ハ直チニ廣義ニ言フ承繼人ヲ相手方トシテ訴訟ヲ續行シ又ハ承繼人カ自ラ進ンテ訴訟ヲ受繼キ得ルコトハ其ノ主義トシテ認ムル所ナリト謂ハサルヲ得サルナリ故ニ訴訟物ノ讓渡ニ依ル特定承繼ノ場合ニ於テモ相手方ハ直チニ承繼人ヲ相手方トシテ其ノ訴訟ヲ續行シ得ヘキモノト解スヘキナリ而シテ其ノ手續トシテハ第一八七條ノ訴訟受繼ノ規定ヲ準用スヘキモノトス而シテ此ノ場合ニ讓渡人タル從來ノ訴訟當事者ハ相手方ノ承諾ヲ得レハ其ノ訴訟ヨリ脫退シ得ルモノト解スヘキナリ

（補遺）新民訴法第七四條第一項ニハ「訴訟ノ繫屬中第三者カ其ノ訴訟ノ目的タル債務ヲ承繼シタルトキハ裁判所ハ第三者ヲシテ訴訟ヲ引受ケシムルコトヲ得」ト曰ヒ債務ノ承繼ニ付キ明言セリト雖モ共有持分ノ承繼ノ場合ニモ類推ニ依リ本條ト同樣ニ解スヘキモノト信ス

五　以上ニ於テ予輩ハ分割ノ訴ノ構成、判決ノ內容、被告ノ員數及ヒ訴訟物ノ讓渡アリタル場合ニ於ケル訴訟ノ續行ニ關シ卑見ヲ陳述シ終レリ而シテ終ニ臨ミ判旨ト卑見トノ差異ヲ指摘シテ以テ批評ノ結論ト爲スヘシ即チ判旨ニ於テハ分割ノ訴ニ於テハ原告ハ他ノ共有者全員ヲ相手方トスルコトヲ必要ナリトシ換言スレハ所謂固有必要的共同訴訟ナリトシ若シ共有者中ノ一人カ訴訟ノ第一審ニ繫屬中其ノ共有持分ヲ他人ニ讓渡スルトキハ原告ハ其ノ讓受人ヲ相手方トシテ更ニ新訴ヲ提起シテ而シテ前後ノ兩訴ヲ併合審理セシメ（第一〇條）以テ所謂固有必要的共同訴訟ノ要件ヲ充足セシムルコトヲ得ヘキモ若シ訴訟カ進ンテ第二審ニ繫屬シタル場合ニ於テ共有者中ノ一人カ其ノ共有持分ヲ他人ニ讓渡スルトキハ

判旨ト卑見トノ差異

原告ハ非共有者ヲ相手方トセルノ結果ヲ生シ固有必要的共同訴訟ノ要件ヲ缺キ原告ハ常ニ請求棄却ノ判決ヲ受ケサルヘカラサルノ結果ヲ生ス然ルニ予輩ノ見解ハ之ト異ナリ分割ノ訴ニ在リテモ原告ハ他ノ共有者全員ヲ被告トスルコトヲ要セス又共有者中共有持分ヲ讓渡セル者アルトキハ訴訟カ第一審ニ繫屬中ナルト(第二審ニ繫屬中ナルトヲ問ハス承繼人ヲ相手方トシテ訴訟ヲ續行シ得ヘキ旨ヲ主張スルモノナリ而シテ結果ニ於テハ予輩ノ見解ハ當事者保護ノ爲メニ其ノ好果ヲ齎ラシ得ヘキコトヲ信シテ疑ハサルナリ(註)

(註)　分割ノ訴ノ第一審ニ繫屬中共有持分ヲ讓渡シタル者アリタル場合ニ於テ更ニ讓受人ニ對シ訴訟ヲ起シ之ヲ併合シテ以テ固有必要的共同訴訟ノ要件ヲ充シ得ト爲スコトハ大正十二年十二月十七日(大正十二年(オ)第二三三號共有物分割請求事件)大審院第二民事部判決(同年度判例集第二卷第一二號六八四頁)ノ認ムル所ナリ而シテ該判例ニ對シテハ山田博士之ヲ批評シテ結果ニ於テ正當ナリトシ(判例批評民事訴訟法第二卷五八七頁以下)又山尾學士モ亦之ニ贊成セラレタリ(判例民法大正十二年度(一二三)參照

(補遺)　法律評論一三卷一四號民訴五七三頁以下ニハ本件ヲ批評シ判旨ニ不滿足ノ意ヲ表セリ又本稿ニ對スル同評論記者ノ批評ハ一四卷五號民訴二一七頁以下ニ在リ記者ハ予輩ノ說ニ贊成セリ

六〇　訴ノ變更ニ關スル裁判及ヒ新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ノ許否

大正十年十二月十五日(大正十年(オ)第七五五號入社承諾請求ノ件)大審院第二民事部判決(同年度二七輯二九卷二一一七頁)

〔上告論旨〕　原判決ハ訴ノ原因ヲ變更シタリトシテ新訴却下ノ判決ヲ爲ストキハ其ノ判決ハ獨立上訴シ得ヘキモノニシテ舊訴ト同時ニ控訴審ノ判斷ヲ受クヘキ中間判決ニ非スト判決シタルハ不法ナリ

原判決ノ確定シタル事實ニ依レハ上告人(原告、控訴人)ハ第一審ニ於テ一定ノ申立トシテ原告ハ合名會社奧村黃花園ノ十分ノ五、五ノ持分ヲ有スル社員トナルコトヲ承諾スヘシト申立テ原因トシテ定款第三十條ヲ基礎トシテ上告人カ先代ノ權利ヲ承繼シテ社員タラントスルモ他員承諾セサルニ付キ承諾ノ意思表示ヲ要スルニ在リト云ヒタルニ拘ハラス爾後ノ辯論ニ於テハ上告人ハ社員タルノ意思表示ヲ爲スト同時ニ當然社員タルモ他員ハ上告人ノ社員タルコトヲ認メサルニ付キ確認ノ請求ヲ爲シタルハ訴ノ原因ヲ變更シタルモノトシテ新訴ヲ却下シタルモノナリトス右判決ハ(第一審新訴却下ノ中間判決トアルモ新訴ヲ却下シタル判決ナルカ故ニ終局判決ナリ隨テ上告人ハ此判決ニ對シ獨立ノ控訴ヲ爲サスシテ舊判決ト同時ニ控訴ヲ爲シタル

六〇　訴ノ變更ニ關スル裁判及ヒ新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ノ許否

モ既ニ不變期間經過ノ控訴ニシテ判決確定シタルモノナリ云云ト曰ヒ原判決ノ不當ナルコトハ御院明治四十二年十月四日ノ判例ニ依リテ明白ナリ

〔判決要旨〕原告カ訴ヲ變更シタル場合ニ於テ裁判所カ中間判決ヲ以テ其變更シタル訴ヲ却下シタルトキハ其判決ハ民訴法第四三三條ニ所謂終局判決前ニ爲シタル裁判トシテ上訴裁判所ノ判斷ヲ許ササルモノトス（明治四十二年十月四日言渡當院判決參照）然ルニ原判決ハ右變更シタル訴ヲ却下シタル判決ヲ以テ終局判決ナリトシ控訴期間經過ニ因リテ既ニ確定シタルモノト判示シタルハ法則ヲ不當ニ適用シタル違法アリ

〔關係法文〕第一九五條乃至第一九七條、第四一三條、第四三三條

一　本問題ニ關スル從前ノ判例ヲ閲スルニ左ノ如シ

明治三十四年（オ）第三一一號（七輯一〇卷九九頁）大審院第二民事部判決要旨　原告カ訴ヲ變更シタルトキハ舊訴ノ外一ノ新訴ヲ提起シタルニ外ナラサルカ故ニ其ノ新訴ノ提起ニシテ法律上許サルルトキハ舊訴ハ取下ケタルモノト看做サレ消滅スヘキモ其新訴ノ許サレサル場合ニ於テ原告カ被告ノ承諾ヲ得テ特ニ舊訴ノ取下ヲ爲ササルトキハ舊訴ハ依然存在シ新訴ノミ終局判決ヲ以テ棄却セラルヘキモノナルヤ論ヲ俟タサルナリ

右ノ判決ニ依レハ新訴ヲ却下スル判決ハ終局判決ト見タルモノナルカ故ニ獨立シテ上訴ヲ許スモノト見タルモノト謂ハサルヘカラス

又明治四五年三月七日（明治四三年（オ）第六〇五號親族會決議取消請求事件）東京控訴院判決ニ於テモ左ノ如ク曰ヘリ（法律新聞第七八五號三六三頁）

裁判所カ原因ノ變更アリト認メ更ニ進ンテ新訴ニ付キ之カ却下ノ判決ヲ爲スハ結局新訴自體ニ關シ裁判スルモノナレハ其ノ裁判ハ當然終局判決ナリト云ハサルヘカラス

此判決モ亦新訴却下ノ判決ヲ以テ終局判決ト爲スナリ然ルニ大審院ハ其ノ後其ノ判例ヲ變更シ左ノ如キ反對ノ判決ヲ爲スニ至レリ

明治三六年三月二日（明治三五年（オ）第三八〇號不動產返戻登記請求ノ件）大審院第二民事部判決要旨（明治三六年度第九一三一頁）

訴ノ變更ヲ許ササル場合ニ於テハ裁判所ハ直チニ訴訟全體ヲ終局セシムルコトヲ得サルモノニシテ先ツ判決ヲ以テ新訴ヲ却下シ元來ノ訴ニ關シテハ更ニ相當ノ手續ヲ經テ判決ヲ爲ササルヘカラス

明治三六年八月十四日（明治三六年（オ）第二九五號強制執行異議ノ件）大審院休暇部判決要旨（明治三六年度第九輯九三六頁）

起訴者カ控訴審ニ於テ訴ノ變更ヲ爲シタルトキハ裁判所ハ中間判決ヲ以テ其變更シタル點ノミ

六〇 訴ノ變更ニ關スル裁判及ヒ新訴却下ノ判決ニ對スル獨立上訴ノ許否

チ排斥スヘク之カ爲メ訴其モノチ却下スヘキニ非ス

明治三七年七月六日(明治三七年(オ)第八〇號不法處分取消請求ノ件)**大審院第二民事部判決要旨**(同年度第一〇一三三頁)

起訴者カ控訴審ニ至リ一定ノ申立チ變更セル場合ニ於テハ其變更シタル訴チ以テ新訴ト看做シ中間判決チ以テ其新訴タル部分ノミチ却下シ既ニ適法ニ提起セラレタル控訴ハ尚ホ之チ存續シテ辯論チ爲サシムヘキモノトス

明治三八年六月五日(明治三八年(オ)第一四八號差押物引渡請求ノ件)**大審院第二民事部判決要旨**(同年度第一一一六八頁)

起訴者カ第二審ニ至リ第一審ニ於テ定マレル申立チ變更シタルトキハ其變更セル申立ノ部分ハ中間判決チ以テ之チ却下シ第一審ニ於テ既ニ定マリタル申立ニ基キ辯論チ爲サシメ之カ裁判チ爲スヘキモノトス

明治四二年十月四日(同年(オ)第一六〇號部分林民收權利名義書換手續及損害賠償請求ノ件)**大審院第二民事部判決**

要旨(同年度一一五頁)

起訴者カ控訴審ニ於テ訴ノ變更チ爲シタルトキハ裁判所ハ其變更シタル訴チ以テ新訴ト看做シ中間判決チ以テ其新訴ノミチ却下シ既ニ適法ニ提起セラレタル控訴ハ尚ホ之チ存續シテ辯論チ爲サシムヘキコトハ當院判例ノ存スル所ナリ隨テ新訴チ却下シタル判決ニ對シテ不服ナルトキハ民訴法第四三三條ニ依リ終局判決前ニ爲シタル裁判トシテ上告裁判所ノ判斷チ受クヘキモノニシテ獨立シテ上訴チ許ササルモノトス

控訴審ニ於ケル訴ノ變更ニ關スル裁判ト第一審ニ於ケル裁判

是等ノ判例ニ在リテハ新訴ヲ却下スル判決ヲ以テ何レモ中間判決ナリトシ獨立シテ上訴ヲ許ササルモノトセリ然レトモ是等ノ判例ハ何レモ控訴審ニ於テ訴ノ變更アリタル場合ナリ而シテ控訴審ニ在リテハ被告ノ承諾アルトキト雖モ訴ノ變更ヲ許ササルカ故ニ(第四一三條)新訴ヲ却下スル判決ヲ以テ中間判決トスルモ實際上ニ於テハ大ナル弊害ヲ生スルコト無キニ似タリ何トナレハ縱令終局判決ト見テ獨立シテ上告ヲ許ストスルモ訴ノ變更アリト認ムルトキハ上告審ニテモ亦常ニ新訴却下ノ判決ヲ是認スルニ至ルヘケレハナリ故ニ第二審ニ於ケル新訴却下ノ判決ニ對シ獨立シテ上告ヲ許スノ利益ハ或ハ訴ノ變更ニ非スト判定セラル場合アルトキノミニ關スルモノトス然レトモ本件ニ在リテハ第一審ニ於テ許スヘカラサル訴ノ變更アリト見テ新訴ヲ却下シタル場合ナリトス然ルニ第一審ニテハ縱令訴ノ變更アリトスルモ許スヘキ新訴ナルトキハ之カ繫屬(Rechtshängigkeit)ヲ許ササルヘカラス換言スレハ第二審ニ於テハ新訴ハ公然許サレサルモ

始メ承諾ノ意思表示ナキ後ニ社員タルコトノ確認ヲ求ム

第一審ニ於テハ許スヘキ新訴トシテ其ノ繫屬カ許サルル場合アルコトヲ認メサルヘカラス故ニ第一審ニ於テ新訴却下ノ判決ニ對シ獨立シテ上訴ヲ許スノ利益ハ或ハ訴ノ變更ニ非スト認メラルルコトアルト縱シ訴ノ變更ナリトスルモ許スヘキ變更ナリト認メラルルコトアルトノ二箇ノ場合ニ關スルモノトス仍テ第二審ニ於ケルヨリモ第一審ニ於テハ新訴却下ノ判決ヲ中間判決ナリトシテ獨立シテ上訴ヲ許サレサルトキハ原告ノ爲メニ其ノ不利尠カラサルモノアリトス

二　然リ而シテ本件ノ原告ノ申立ハ先ツ訴ノ變更ト見ルヘキモノナリヤ否ヤヲ閱ミスルニ本件合名會社ノ定款第三十條ヲ見サレハ本件原告ノ權利ハ能ク明瞭ナラスト雖モ恐ラクハ社員死亡ノ場合ニ於テ相續人カ社員タリ得ル旨ヲ認メタルモノナルヘシ而シテ原告タル相續人ハ始メ其ノ社員トナルニ付キ更ニ他ノ社員ノ承諾ノ意思表示ヲ要スルモノト見テ其ノ承諾ノ意思表示ヲ爲スコトノ給付判決ヲ求メ後ニハ原告ノ意思表示ノミニ依リテ社員タルコトヲ得ヘキヲ以テ其ノ意思表示ヲ爲スト同時ニ社員タルコトノ確認判決ヲ求ムル旨ヲ申立テタルカ如シ故ニ始メハ自己未タ社員ニ非サルカ故ニ他ノ社員カ入社承諾ノ意思表示ヲ爲スコトノ給付ノ申立ヲ爲シタルモノニシテ後ニハ自己カ既ニ社員タルカ故ニ其ノ確認ヲ求ムト云フニ在リテ請求ノ原因及ヒ申立共ニ變更セラレタルモノト謂フヘシ故ニ現行法ヨリ見レハ訴ノ變更アリト謂フヘシ然レトモ本件ノ基礎タル事實ハ自己カ同社ノ社員タルコトニ存スルカ故ニ新民事訴訟法第二三二條ノ如ク基礎タル事實ニ變更ナクハ原告ハ請求ノ原因ヲ變更シ得ルコト爲セルモノニ在リテハ本件ノ如キ訴ノ變更ハ被告ノ承諾ナクトモ原告ニ於テ當然之ヲ爲シ得ルモノト謂フヘキナリ

三　而シテ進ンテ判旨ニ付テ之ヲ批評セムニ予輩ハ之ニ反對スル者ナリ元來原告カ訴ノ變更（Klagänderung）ノ申立ヲ爲シタル場合ニ於テハ其ノ結果ニ付テハ左ノ如ク區別シテ觀察スルコトヲ要ス

(1)　被告カ訴ノ變更ニ同意シタル場合　訴ノ原因ノ變更（Aenderung des Klagegrundes）ノ場合タルト訴ノ申立ノ變更（Aenderung des Klagantrages）ノ場合タルトヲ問ハス第一審ニ於テハ若シ被告カ明示的若クハ默示的ニ其ノ變更ニ同意（Einwilligung）シ又ハ適當ノ時期ニ異議（Widerspruch）ヲ述ヘスシテ變更シタル訴ニ對シ

被告カ變更ニ同意ノ場合

本案ノ辯論ニ入リタルトキハ(第一九五條第二項第三號)問題ヲ生セス蓋舊訴ハ被告ノ承諾ノ下ニ取下ケラレタルコトトナリ新訴ニ對シテノミ辯論及ヒ裁判ヲ爲スニ至ルモノトス此ノ場合ニ新訴ニ對スル土地及ヒ事物ノ管轄ニ付テハ受訴裁判所カ新訴ニ對シテ法定ノ管轄權アリヤ否ヤニ依リテ判斷スヘキモノナレトモ縱令法定ノ管轄權ナクトモ合意管轄ヲ許ス範圍ニ於テハ被告ノ合意アルモノト看做シテ該裁判所ニ於テ裁判ヲ爲スコトヲ得ヘキナリ然レトモ非財產權上ノ訴タルコト又ハ專屬管轄ノ理由ニ依リ合意管轄ヲ許ササルトキハ已ムヲ得ス新訴ヲ却下スルカ又ハ第九條ノ規定ニ依リ移送判決ヲ爲スヘキナリ(Gaupp-Stein, (10) § 258 VIII 2 S. 659)

第二審ニ於テハ被告ノ承諾アルトキト雖モ訴ノ變更ヲ許ササルコトハ明文ニヨリ明カナリ(第四一三條)但シ新民事訴訟法第二三二條ニテハ請求ノ基礎ニ變更ナキ限リ第二審ニテモ請求又ハ請求ノ原因ノ變更ヲ許セリ(新民訴法第三七八條)

(2) 被告カ訴ノ變更ニ異議アリタル場合　被告カ原告ノ申立テタル訴ノ原因ノ變更ニ同意セス又ハ口頭辯論ノ際異議ヲ述ヘタルトキ又ハ訴ノ申立ノ變更ニ對シテモ許スヘキモノニ非ストシテ爭ヲ生シタルトキハ勢ヒ之ニ對シテ裁判ヲ

被告カ變更ニ異議アリタル場合

爲スノ必要ヲ生ス

先ツ被告ノ異議ノ性質ヲ述フレハ是レハ決シテ第二〇六條ニ所謂妨訴ノ抗辯(prozesshindernde Einrede)ニハ非ス故ニ被告ハ辯論ヲ先ツ唯リ其ノ異議ノミニ制限セムコトヲ主張スルコトヲ得ス裁判所カ辯論ヲ制限セス本案ニ入ラムトスルニ當タリ被告カ辯論ヲ爲ササルトキハ或ハ闕席判決ヲ受クルノ危險ニ陷ルコトナキヲ保セス(第二五〇條)故ニ被告ハ異議ヲ述ヘタレトモ或ハ裁判所ニ於テハ結局訴ノ變更ナキモノト認ムルカ又ハ訴ノ變更アルモ當然許スヘキ適法ナル變更ナリト認ムルニ至ルコト之レ有ルヘキヲ以テ被告ハ異議ハ異議トシテ其ノ儘ニ之ヲ存置シ若シ萬一異議カ理由ナキモノト認メラルルコトアルヘキ場合ニ於ケル豫備的ノ應訴(eventuelle Einlassung)トシテ新訴ニ對スル辯論ヲ爲シ置クヲ以テ被告ノ利益ナリトス

然レトモ裁判所ハ先ツ被告ノ述ヘタル異議ノミニ辯論ヲ制限シ之ニ對スル裁判ヲ爲スコトヲ得ルハ勿論ナリトス(第一一九條)(Seuffert (11) § 259 Nr. 4 S. 429)

然リ而シテ訴ノ變更ニ對シテ被告ノ異議アリタル場合ハ左ノ如ク區別シテ觀

察スルコトヲ要ス

（イ）被告ノ異議アリタルカ爲メニ原告亦直チニ其ノ異議ヲ正當ト認メ訴ノ變更ノ試ミ（Versuch der Aenderung）ヲ取下クルトキハ舊訴ニ立戻リ之ニ對シテ辯論及ヒ裁判ヲ爲スニ至ルモノトス

（ロ）原告ニ於テ新訴ノ申立ヲ取下ケタルモ舊訴ニ對シテモ亦之ヲ進行セシムル意思ナキトキハ或ハ舊訴ノ取下又ハ請求ノ拋棄（Verzicht）トナルヘシ（第二一九條）然レトモ此ノ場合ニ原告ノ一方ノ意思ヲ以テ訴ヲ取下ケ得ルヤ否ヤ又ハ被告ノ承諾ヲ要スルヤ又ハ全然取下ヲ爲スコトヲ得サルヤ否ヤ等ノ問題ニ付テハ第一九八條ニ從テ判斷スヘキモノトス

（ハ）原告若シ被告ノ異議ヲ正當トセス或ハ訴ノ變更ニ非ストシ或ハ法律上當然許スヘキ變更ナリトシテ中間ノ爭ヲ生シタルトキハ如何ナル判決ヲ爲スヘキカ此ノ場合ニ裁判所ハ其ノ中間ノ爭ニ付キ特別ノ判決（besonderes Urteil）ヲ以テ裁判スルハ辯論ノ進行上普通ノ順序ナルヘシト雖モ必スシモ特別ノ判決ヲ以テスルコトヲ要セス本案ニ關スル終局判決ニ於テ之ニ對スル裁判ヲ爲スコトヲ妨ケス

若シ特別ノ判決ヲ爲サスシテ本案ニ關スル終局判決ヲ爲スマテ訴ノ變更ニ關スル中間ノ爭ニ對スル裁判ヲ延期シ其ノ本案判決ニ於テ變更ニ關スル中間ノ爭ニ付裁判ヲ爲ス場合ニ於テハ新舊ノ訴ニ關シ種種ナル場合（verschiedene Eventualitäten）ヲ豫想シテ之ニ關スル辯論ヲ爲シ置カサルヘカラス即チ原告ノ申立ハ訴ノ變更ニ非ス又ハ訴ノ變更ナルモ許スヘキ訴ナリト見テ新訴ニ付テモ辯論ヲ爲シ置カサルヘカラス又原告ノ申立ハ訴ノ變更ニシテ而カモ許スヘカラサル訴ナリト見テ舊訴ニ付テモ辯論ヲ爲シ置カサルヘカラス而シテ裁判所ハ若シ訴ノ變更ナシ又ハ變更アリトスルモ許スヘキ變更ナリトスレハ現ニ存スル本案ニ關スル終局判決又ハ新訴ニ對スル終局判決ノ理由（Entscheidungsgründe）中ニ於テ其ノ旨ヲ說明セサルヘカラス之ニ反シ裁判所カ若シ訴ノ變更アリ且ツ許スヘカラサル變更ナリトスレハ新訴ニ付テハ不適法トシテ訴訟上ノ判決（Processurteil, absolutio ab instantia）ニ依リテ之ヲ却下セサルヘカラス而シテ舊訴ニ付キテ判決スヘキモノトス而シテ此ノ場合ニ於テハ新訴若シ適法ニ之ヲ許スヘキモノト見レハ其

ノ結果ハ斯ノ如クナルトシテ裁判所ハ新訴ニ付キテ豫備的(eventuell)ニ裁判ヲ爲スノ必要ナキモノトス(Gaupp-Stein (10) §. 258 VII. 2. S. 659)

若シ訴ノ變更ニ關スル中間ノ爭ニ付キ先ツ特別ノ判決ヲ以テ裁判ヲ爲ストキハ其ノ判決ハ中間判決ヲ以テスヘキヤ將タ終局判決ヲ以テスヘキヤ縱令中間判決ト題シテ裁判スルモ理論上之ヲ終局判決ト解スヘキヤ異議ナキ能ハス然レトモ訴ノ原因ニ變更ナシトスル特別ノ判決ヲ下シタルトキハ其ノ性質中間判決ナリトス而シテ現ニ存スル形ニ於テ(in jetziger Gestalt)本案ニ付テ辯論及ヒ判決ヲ爲スヘキモノトス

然カノミナラス訴ノ原因ニ變更ナシトスル裁判ニ對シテハ上述ノ如ク中間判決ヲ以テスル場合ハ勿論本案ノ終局判決ノ理由中ニ於テ爲サレタルト又ハ中間判決ノ理由中ニ於テ爲サレタルトヲ問ハス又第一審ニ於テ爲サレタルト第二審ニ於テ爲サレタルトヲ問ハス之ニ對シテハ明文ヲ以テ不服ノ申立ヲ許ササルモノトセリ(第一九七條、第四〇八條、第二七〇條、第五二三條、獨民訴)故ニ此ノ場合ニ於テハ獨立シテ不服ヲ申立テ得ルヤ否ヤニ付キ問題ヲ生セス

而シテ第一九七條ノ法文ニハ單ニ訴ノ原因ニ變更ナシトスル裁判ニ對シテ不服ヲ申立ツルコトヲ得スト明言シタルニ止マルモ獨民訴法第二七〇條ノ如ク訴ノ變更アルモ許スヘキ變更ナリトスル裁判ニ對シテモ亦不服ヲ申立ツルコトヲ得スト解スルヲ正當トス是レ二者ニ付キ區別ヲ設クヘキ理由ナキヲ以テナリ(同說山田博士判例批評民訴法第二卷五一一頁、同博士民訴法第二卷五〇三頁)而シテ此ノ不服申立ヲ許ササルコト(Unanfechtbarkeit)ハ是等ノ總テノ場合ニ適用アルモノニシテ縱令裁判所カ訴ノ變更ニ對シ不當ニ被告ノ同意アリタルコトヲ認定シタル場合モ亦然リトス(Gaupp-Stein (10) §270 Nr. 1, S. 650)而シテ訴ノ變更アルモ許スヘキ訴ノ變更ナリトシテ特別ノ判決ヲ爲シタル場合ニ於テハ裁判所ハ舊訴ハ取下ケラレ又ハ請求拋棄ト認メラレ得ル場合ニハ新訴ニ付テノミ裁判スヘキモノトス(註)

(註)　訴ノ原因ニ變更ナシトスル裁判ノ適用範圍ニ付テハ本書第一卷(二)四參照

然ルニ若シ原告ノ申立テタル訴ノ變更カ許スヘカラサルモノトシテ新訴ヲ却下スル獨立ノ判決ヲ以テスヘキヤ將タ終局判決ヲ以テスヘキヤ縱令中間判決ヲ以テスヘキヤ又ハ中間判決ヲ以テスヘキヤ將タ終局判決ヲ以テスヘキヤ縱令中間判決ト題シテ裁判スルモ理論上之ヲ終局判決ト解スヘキモ

ノナリヤ否ヤハ學說ノ岐ルル所ナリ而シテ本件判旨ハ實ニ此ノ論點ニ關スルモノニシテ新訴却下ノ判決ヲ以テ中間判決ナリトセリ然レトモ予輩ハ之ニ反對スル者ニシテ其ノ理由ハ左ノ二點ニ基ク

(a)　一ハ理論上ノ理由ニシテ即チ新訴カ不適法トシテ(unzulässig, nicht ordnungsmässig)却下ノ判決(absolutio ab instantia)ヲ受クルトキハ新訴其ノモノヨリ見レハ終局判決タルコト疑ナシ何トナレハ新訴ハ一部判決(Teilurteil)トシテ其ノ審級ヲ離脫スルモノナレハナリ唯舊訴ヨリ見レハ中間判決タルカ如キ外觀アルモ新訴不適法トシテ却下セラレタルカ爲メニ舊訴ニ對シ何等ノ影響ヲ及ホスヘキモノニ非ス舊訴ハ依然トシテ繫屬スヘキモノトス唯新訴ノ申立ヲ爲シタル場合ニ原告カ新訴ニ代ヘテ舊訴ヲ取下ケ又ハ舊訴ノ請求ヲ拋棄スル意思アル場合ハ格別ナレトモ斯カル意思アリヤ否ヤハ裁判長ニ於テ釋明權(Fragerecht)ニ依リテ其ノ意思ヲ明瞭ニスヘキモノトス而シテ若シ其ノ意思ナキトキハ舊訴カ依然トシテ繫屬スルハ勿論ノ事トス殊ニ新訴カ不適法トシテ却下セラルル場合ニハ舊訴ヲ維持スル意思ナルコト多カルヘキカ故ニ舊訴取下又ハ請求拋棄ノ意思明白ナラサル限リ舊訴ハ繫屬スルモノト見ルハ當然ノ事ト謂フヘキナリ

殊ニ新訴不適法トシテ却下セラルル場合ニ於テハ理由ナシトシテ請求棄却ノ判決アリタル場合ト異ナリ新訴ノ本案ニ付テ裁判セラレタルニ非ス故ニ原告ノ意思カ縱令舊訴ニ代ヘテ新訴ヲ申立テタルモノナリトハ云ヘ(Vertauschung zweier Ansprüche)新訴ヲ不適法トシテ却下スル判決ヲ以テシテハ未タ以テ原告ノ欲シタル本案ニ付テノ裁判アリタルニ非サルハ明カナリ故ニ舊訴ニ付テハ裁判ナク舊訴ハ依然繫屬スルモノト謂フヘキナリ況ンヤ舊訴ト併合シテ新訴ヲ申立テタル場合(Häufung zweier Ansprüche)ニ於テヲヤ新訴却下トナルモ舊訴ハ存續スルハ勿論ノ事トス

(b)　二ハ實際上ノ理由トス新訴却下ノ判決ヲ以テ中間判決トシ獨立シテ上訴ヲ許サス舊訴ノ判決ヲ俟チテ其ノ判決ト共ニ第三九七條若クハ第四三三條ニ依リ始メテ上訴ヲ爲シ得ヘシトセハ上訴ノ結果新訴ノ申立ハ許スヘキ訴ノ變更ナリトセハ新訴ニ付キ更ニ辯論及ヒ裁判ヲ爲サシムル爲メ事件ヲ第一審ニ差戻ササルヘカラサルニ至ルヘシ而シテ舊訴ニ代ヘテ新訴ノ申立ヲ爲シタル場合ニハ

舊訴ニ關スル辯論及ヒ裁判ハ全然不用ニ歸スルニ至ルヘキナリ故ニ先ツ新訴ノ適否ニ付キ獨立シテ上訴ヲ許シ其ノ繫屬ノ當否ヲ決定セシムルヲ適當トナスナリ(註)

(註)　獨逸ノ學界ニ於テモ新訴却下ノ判決ヲ以テ終局判決ト見ル說ヲ以テ大多數トス Heilfron-Pick Lehrb. I 1 Aufl. S. 602; Seuffert, (11) § 269 5 b S. 423; Petersen, (5) § 259 Nr. 3 S. 539; Hellwig, System § 131 II, p. 325. ノ見解ノ如キ即チ是ナリ

唯 Gaupp-Stein, (10) § 270 S. 650 ノ見解ハ中間判決ト見ルモノノ如シ而シテ該判決ニ對シテハ獨民訴法第五一二條若クハ第五四八條ニ從テ不服ヲ申立テ得ルモノト解セリ

我國ニテハ岩田博士原論一二版四〇八頁、山田博士民事訴訟法第二卷五〇四頁、細野長良氏民事訴訟法要義第二卷一三一頁、法律評論記者(第一〇卷第三六號民訴一八五番六四九頁)ハ終局判決說ヲ取リ獨立シテ上訴シ得ヘシトナシ唯リ仁井田博士要論中卷六九三頁ハ中間判決說ヲ取レリ尙ホ原因ノ變更ニ付テハ本書第一卷二一六頁以下(二五)ヲ參照スヘシ

(補遺)　新民事訴訟法ニテハ請求ノ基礎ニ變更ナキ限リハ請求又ハ請求原因ノ變更ヲ許スト同時ニ同第二三三條ニ於テ請求又ハ請求ノ原因ノ變更ヲ不當ナリト認ムルトキハ裁判所ハ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ變更ヲ許ササル旨ノ決定ヲ爲スコトヲ要スト雖モ該決定ヲ爲スニハ口頭辯論ヲ經ヘキカ故ニ獨立シテ抗告ヲ許サス(新民訴第四一〇條)然レトモ本案カ控訴セラルレハ終局判決前ノ裁判トシテ控訴審ノ判斷ヲ受クルナリ(註)

(註)　尙ホ法律評論記者(一四卷一二號民訴五三三頁以下)ハ本稿ニ贊成セリ

六一　雙務契約ニ於ケル同時履行ノ申立ニ對スル判決

大正十年十二月三日(大正十年(オ)第八六四號土地所有權移轉登記手續請求ノ件)大審院第三民事部判決(同年度二七輯二九卷二〇九三頁)

〔上告論旨〕　上告人(控訴人)ノ申立ハ原判決主文揭記ノ山林ニ付金千百七十二圓引換ニ賣買ニ因ル所有權移轉登記手續ヲ求ムルニ在リテ金千七百圓ト引換ニテハ所有權移轉登記手續ヲ求ムルノ訴旨ニ非サルコトハ原判決事實說明自體ニ徵シ洵ニ明白疑ナキ所ナリ然ルニ原判決ハ本件賣買代金殘額ハ金千百七十二圓ニ非スシテ金千七百圓ナリト認定シ而シテ金千七百圓ト引換ニ所有權移轉登記手續ナスヘキ旨ノ裁判ヲナセリ金千七百圓ト引換ナラハ何時ニテモ被控訴人ハ控訴人ノ請求ニ應シ登記手續ヲ履行スルハ當初ヨリ爭ナキ事實ニシテ敢テ控訴人ヨリ本訴提起ノ要ナキ所ナリ前陳ノ如ク上告人ノ申立ハ金千百七十二圓ト引換ニ登記手續ヲ求ムルニアルヲ以テ即チ原判決ハ申立ノ範圍ヲ超越シタル裁判ニシテ結局申立テサル事物ヲ當事者ニ歸セシメタル不法アルヲ免レス

反對給付ヲ條件トスル給付命令ノ申立

〔判決要旨〕本訴ハ上告人ニ於テ當事者間ノ賣買契約ニ基キ自己ノ履行スヘキ殘代金ト引換ニ被上告人ニ對シ土地ノ所有權移轉登記手續ノ履行ヲ請求スルモノニ係リ畢竟登記手續ノ履行ヲ請求スルコトヲ以テ主眼トスルモノナレハ審理ノ結果其殘代金ノ數額ニ變更ヲ來タスコトアルモ依然其請求ヲ維持スルノ意思ナリト認ムルヲ相當トスヘキニヨリ原院カ被上告人ノ抗辯ニヨリ殘代金ハ上告人主張ノ如ク千百七十二圓ニ非スシテ千七百圓ナルコトヲ認メ依テ以テ上告人ノ請求ノ一部ヲ排斥シ被上告人ニ對シ上告人カ金千七百圓ヲ支拂フト同時ニ之ト引換ニ本件土地ノ所有權移轉ノ登記手續ヲ爲スヘキコトヲ命シタレハトテ之ヲ以テ上告人ノ申立ヲ超越シテ裁判ヲ爲シタル不法アリト謂フヘカラス

〔關係法文〕第二三一條、民第五三三條

一　予輩ハ判旨ニ贊成スル者ナリ蓋シ本件ニ於ケル上告人(控訴人、原告)ハ被告ニ對シ不動產賣買契約ニ於ケル不動產所有權移轉登記ノ請求ヲ爲スニ當リ自己ノ被告ニ對スル反對給付即チ賣買代金ノ殘金額トノ引換(Zug um Zug)ヲ條件トシテ其移轉登記手續ヲ爲スヘキコトノ給付命令アランコトノ申立ヲ爲シタルモノナリ即チ其ノ移轉登記手續ヲ爲スヘキコトノ申立タルヤ單純ナル所有權移轉登記手續ヲ爲スヘキコトノ申立ニ非スシテ自己カ反對給付ヲ爲スコトヲ條件トスル內容ノ申立ナリ從テ其ノ反對給付ノ額ノ條件ノ範圍ニ於テ原告ノ申立ハ當初ヨリ減殺セラレ居ルモノトス然ルニ此ノ申立ニ對シ裁判所カ若シ無條件ノ所有權移轉登記手續ヲ爲スヘキコトノ判決ヲ爲シタリトセハ正ニ第二三一條ノ適用ニ入リ裁判所ハ原告ノ申立テサル事物ヲ原告ニ歸セシムル判決ヲ爲シタルモノナリトノ誹ヲ免レサルニ至ルヘシ

若シ又裁判所カ右原告ノ反對給付ヲ條件トスル判決ヲ爲シタリトスルモ本件ニ於テ原告ノ自ラ申立テタル反對給付ノ額ハ千百七十二圓ナリシニ裁判所カ却テ之ヲ減額シテ千百七十二圓以下例ヘハ千圓乃至千百圓等ト爲シタル場合ニ於テハ其ノ減額セラルル額タケ原告ノ利益ニ歸スルハ當然ニシテ是亦裁判所ハ原告ノ申立テサル事物ヲ原告ニ歸スル(zusprechen)モノナリ否ナ被告ニ其ノ負擔ヲ命スルモノナリトノ誹ヲ免レサルニ至ルヘキナリ

若シ之ニ反シテ裁判所カ原告ノ支拂フヘキ反對給付ノ額ヲ增額シ之ヲ條件トシテ被告ニ給付ヲ命スル判決ヲ爲シタルトキ即チ本件ニ於ケルカ如ク原告ノ千百七十二圓ノ反對給付ノ申立ヲ增額シテ千七百圓トナシタルトキハ其ノ增額セラルル額タケ原告ノ不利益ニ歸スルハ當然ニシテ若シ其ノ增額セラレタル反對

給付ヲ條件トシテ被告ニ給付ヲ命スル判決アルトキハ其ノ判決タルヤ原告ノ申立テタル範圍ヨリモ多額ノ反對給付ヲ條件トスル命令ニシテ畢竟原告ノ申立テタル事物ヨリモヨリ不利益ナル判決ヲ原告ニ與フルモノナリ即チ原告ノ申立テタル事物以下ニ於テ判決ヲ與フルモノニシテ毫モ第二三一條ニ牴觸スル所ナキモノト謂ハサルヘカラス要スルニ第二三一條ノ規定タルヤ原告ノ申立テタル事物ヨリモヨリ利益ナル事物ヲ原告ニ歸セシメタル場合ニ其ノ適用アルモノニシテ本件ノ如ク原告ノ申立テタル事物ヨリモヨリ不利益ナル事物ヲ原告ニ歸セシメタル場合ニ其ノ適用ナキハ明白ノ事理ト謂ハサルヘカラス

二　若シ夫レ本件上告論旨ニ主張スル如ク上告人(原告)ノ申立ハ金千百七十二圓引換ニ賣買ニ因ル山林所有權移轉登記手續ヲ求ムルニ在リテ金千七百圓ト引換ニテハ所有權移轉登記手續ヲ求ムルノ論旨ニ非ストナシ金千百七十二圓引換ノ點ニ重キヲ置キ減額ハ兎モ角モ之カ增額ヲ許ササル趣旨ノ訴ノ申立ナリシモノトセハ裁判所カ審理ノ結果之ヲ增額スル必要アリト認メタル場合ニ於テハ原告ノ請求ヲ全然棄却スルノ判決ヲ爲ササルヘカラサルモノトス

反對給付ノ多寡ヨリモ登記手續ノ請求ニ重キヲ置ク

本件第一審及ヒ第二審ニ於テハ右原告ノ申立テタル金千百七十二圓引換ノ條件カ若カク固定的ノ條件ナリヤ否ヤ原告申立中ノ若カク主要ノ點ナリシヤ否ヤ裁判所カ釋明權(Fragerecht)ヲ行使シテ能ク之ヲ明瞭ナラシメタリヤ否ヤ不明ナリト雖モ恐ラクハ原告ノ訴旨タルヤ本件大審院判旨ノ說示スルカ如ク原告ハ自己ノ反對給付ノ額ニ重キヲ置キタルモノニ非スシテ寧ロ登記手續ノ履行ヲ請求スル點ニ重キヲ置キ之ヲ以テ請求ノ主眼トナシタルモノナルヘシ若シ然ラスシテ上告人カ其ノ反對給付ノ點ニ重キヲ置キタルモノト看做サレ前述ノ如ク其ノ請求ヲ全然棄却セラルル判決ヲ受クルニ至ラハ恐ラクハ茫然自失セサルヲ得サルヘキナリ然ルニ大審院カ前示ノ如ク上告人ハ登記手續ノ履行請求ヲ主眼トシタルモノト看做シ原審ノ判決ヲ是認シ原告ノ其ノ主タル請求ヲ容レ反對給付ニ付キ一部敗訴ノ判決ヲ爲シタルニ止メタルハ寧ロ上告人(原告)ノ爲メニ至幸ト謂ハサルヘカラス

之ヲ要スルニ本件ニ於テハ前示大審院判旨ノ如ク原告ハ反對給付ノ額ヲ指示シタルモノニ非スシテ寧ロ登記手續履行ノ請求ヲ主眼トスル雙務契約ニ於ケル同時履行ノ申立ニ對スル判決

獨逸ニ於ケル反對給付附給付判決

シタルモノト解スルヲ至當トス從テ反對給付ノ額ノ增減ハ一ニ審理ノ結果ニ待ツヘキモノニシテ原告ノ訴ノ申立ノ範圍ニ關シ何等重要ノ關係ナカリシモノト解スルモ亦本件判旨ヲ正當トスル一解釋タルコトヲ失ハス況ンヤ前述ノ如ク本件判旨カ第二三一條ニ牴觸セサルコトノ理論上ノ根據ヲ有スルニ於テヲヤ

三　獨逸ニ於テハ獨逸民法第二七四條ノ留置權主張ノ場合及ヒ第三二二條ノ雙務契約同時履行ノ抗辯主張ノ場合ニハ原告カ反對給付條件附ノ申立ヲ爲スト否トニ拘ハラス判決主文ニ於テ同時履行(Zug um Zug)ノ條件ノ下ニ給付ヲ命スルヲ常トス從テ給付判決中ノ條件タル反對給付ノ額ニ付テハ必スシモ原告主張ノ額ニ拘束セラレサルハ勿論ニシテ寧ロ被告ノ主張タル抗辯カ容レラルルトキハ被告主張ノ額ニ從ヒテ反對給付ノ條件カ記載セラルルニ至ルハ當然ノ事ナリトス故ニ本件ニ於テ上告人カ主張スルカ如キ反對給付ノ額ハ原告ノ申立以內ノ額タルヘキコトヲ要ストナス議論ノ如キハ不通ノ論タルヲ免レサルナリ

然リ而シテ右被告ノ留置權ノ主張又ハ被告ノ雙務契約同時履行ノ抗辯主張アルトキハ本件ノ如ク原告カ斯カル反對給付引換ノ申立ヲ爲シタルト否トヲ問ハス若シ被告ノ抗辯ノ主張理由アルトキハ判決主文中ニ反對給付ノ同時履行ノ條件ヲ記載スルモノトス換言スレハ同時履行ノ條件タルヤ原告ノ申立ノ有無ニ拘ハラサルモノトス而シテ原告ノ申立ナキニ拘ハラス裁判所カ斯カル同時履行ノ條件ヲ記載スルコトハ毫モ獨民訴第三〇八條(我民訴第二三一條ニ該當)ニ牴觸セサルコトハ學說ノ亦皆之ヲ認ムル所ナリトス(註)

(註)　此ノ點ニ付テハ Gaupp-Stein, 10 Aufl. § 308 I 3 S. 772 ヲ參照スヘシ

(補遺)　新民訴法第一八六條ニテハ「裁判所ハ當事者ノ申立テサル事項ニ付判決ヲ爲スコトヲ得ス」ト曰ヒ「當事者ノ申立テサル事項」トハ所謂一定ノ申立ノミナラス攻擊若クハ防禦方法等ヲモ包含スルモノトス故ニ現行法第二三一條第一項カ裁判所ハ申立テサル事物ヲ當事者ニ歸セシムル權ナシト曰ヒ判決ノ主文ニ於テ宣言スル事項ニ付テ制限ヲ設ケタルヨリモ其ノ制限廣シト謂フヘシ即チ新法ニテハ判決主文ニテ宣言スル事項ハ勿論攻擊、防禦ノ方法ニ付テモ當事者ノ申立テサルモノハ之ヲ判決ノ資料ニ加フルコトヲ得サルモノト謂フヘシ唯證據調ハ職權ニ因リテ之ヲ爲シ得ルノミ(新民訴第二六一條)

反對給付引換ノ給付判決ニ對スル執行文付與

〔補遺〕法律評論記者(一四卷一號民訴一一頁以下)ハ本稿ニ贊成セリ又同時履行ノ抗辯ニ關スル判決ノ仕方及ヒ執行ニ關シテハ法學新報第三一卷第一號所載前田直之助氏解答及ヒ同第三一卷第一一號所載阿部文二郎氏ノ解答ヲ參照スヘシ

四　尙ホ反對給付ノ引換ニ給付ヲ命スル判決(Verurteilung zur Leistung Zug um Zug)ノ執行ニ付キ說明セムニ先ツ斯カル債務名義ニ對スル執行文(eine vollstreckbare Ausfertigung)ノ付與ハ如何ニスヘキモノナリヤノ問題アリ

之ニ付テハ我民訴法ニハ獨民訴法第七二六條第二項ノ如キ例外的特別規定存セサル故ニ常ニ我民訴法第五一八條第二項ニヨリ反對給付ノ履行ヲ爲シタルコトヲ證明シテ始メテ執行文ノ付與ヲ受クルコトヲ得ト解釋セサルヘカラサルカ如シ然レトモ若シ斯ノ如クスルトキハ債權者ハ同時履行ノ利益ヲ失ヒ常ニ豫先履行(Vorleistung)ヲ强要セラルルコトトナリ同時履行ノ給付判決ヲ得タル目的ニ副フコト能ハサルニ至ルヘキナリ故ニ我民訴法ニハ明文ナシト雖モ獨逸民訴法第七二六條第二項ノ如ク之ヲ例外的ニ取扱ヒ債權者カ反對給付ノ履行ヲ爲シタルコト又ハ債務者カ受領遲滯(Annahmeverzug)ニ在ルコトノ證明ノ如キハ之ヲ爲スコトナクシテ直ニ執行文ヲ付與スヘキモノトシ而シテ債權者ノ反對給付ノ履行ノ提供又ハ債務者ノ受領遲滯ニ在ルコトノ證明ノ如キハ一ニ執行ノ際ニ於ケル執行機關ノ調査ニ一任シタルモノト解スヘキナリ(Gaupp-Stein, (10) § 726 I III S. 434)

我國大審院判例モ亦右ノ見解ヲ是認セリ左ノ判例ハ即チ是ナリ

大正五年八月十日(大正五年(ク)第三〇二號强制執行ノ方法ニ關スル異議事件ノ決定ニ對スル再抗告ノ件)大審院第二民事部決定要旨(同年度二二輯一四二五頁)

債權者ノ同時ニ爲スヘキ反對給付ニ繫ル給付債權ニ付キ不動產ニ對シ强制執行ヲ爲ス場合ニ於テハ執行裁判所ハ債權者カ反對給付ヲ履行シ又ハ其履行ノ提供ヲ爲シタルコトヲ證明書ヲ以テ證スルニ非サレハ其執行ニ着手スルコトヲ得サルモノトス

如上ノ場合ニ於テ債權者ノ爲スヘキ證明書ニ依ル履行又ハ其提供ノ證明ハ執行文付與ノ要件ニ非スシテ强制執行開始ノ要件ナリトス從テ執行裁判所カ債務者ノ債務履行ハ債權者ノ同時ニ爲スヘキ反對給付ニ繫ルモノナルコトヲ認メタルニ拘ハラス民訴法第五一八條第二項及ヒ第五二八條末項ヲ適用シタルハ不法ナリ

予輩ハ此ノ判旨ニ贊成スル者ナリ松岡博士(要論上卷五五二頁)**板倉博士**(義海二六八頁)**ハ之ニ贊成セリ然ルニ仁井田博士**(法協三五卷四號一七九頁以下)**及ヒ石坂博士**(日本民法二〇六七頁)**ハ反對說**

反對給付引換ノ給付判決ニ基ク執行

ヲ採レリ

右述ノ如ク債權者ハ反對給付ノ履行ノ提供前執行文ヲ得タル後之ニ基ク執行開始ニ際シテハ執達吏ハ現實的ニ反對給付ノ履行ノ提供ヲ爲ササルヘカラス尤モ之カ爲メニハ債權者ニ於テ豫メ反對給付ノ目的物ヲ執達吏ニ引渡シ置クカ又ハ債權者カ執達吏ト同道シテ其ノ提供ヲ爲ササルヘカラス尤モ執行開始前債權者カ既ニ反對給付ノ履行ヲ爲シタルコト又ハ債務者カ受領遲滯ニ在ル旨ヲ公正ノ證書ニヨリテ證明シ其ノ謄本ヲ送達アリタルトキハ執達吏ハ直ニ執行ヲ開始シ得ルナリ獨民訴法第七五六條ニハ執達吏ノ執行ニ付キ斯ノ種ノ明文ヲ置キ又執行裁判所ノ執行行爲ニ付テモ獨民訴法第七六五條ニ於テ略ホ同樣ノ規定ヲ設ケタリ尤モ執行裁判所ノ執行行爲タル執行處分ノ命令(Vollstreckungsmassregel)ハ決定ノ形式ヲ以テシ執達吏ノ如ク現物ヲ差押ヘテ爲スカ如キ事實的行爲ニ出ルモノニハ非ス故ニ反對給付ノ提供ノ如キモ執行裁判所自ラ之ヲ爲スコトヲ得ス故ニ執行裁判所ノ執行行爲ニ付テハ債務者カ履行ヲ受ケタルコト又ハ受領遲滯ニ在ルコトカ公正ノ證書ニ依リテ證明セラレ始メテ執行裁判所ハ執行處分ニ着手シ得ルモノト解スヘキナリ獨民訴法第七六五條ハ卽チ此ノ趣旨ニ外ナラサルナリ故ニ獨逸法ニ於テモ執行裁判所ノ執行行爲ニ付テハ事實上ノ同時履行ハ行ハレサルナリ

右判決ニ基ク執行ニ於ケル執行異議

反對給付引換ニ給付ヲ命スル判決ニ基ク執行ニ在リテモ之ニ對スル執行異議ノ種類ハ他ノ一般給付判決ニ基ク執行異議ト異ル所ノモノアルヘカラス故ニ反對給付引換ノ條件ニ違反シテ執行ヲ開始セシ場合ノ如キハ第五四四條ニ基ク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異議トシテ之ヲ申立ツヘキナリ又縱シ反對給付ヲ提供セリトスルモ其ノ現實ノ提供タルヤ瑕疵ヲ含ミ又ハ種類ヲ異ニシ眞ノ反對給付ト稱スヘカラスト爲シ異議ヲ主張スル場合ノ如キモ亦第五四四條ニ依ル異議ヲ申立ツヘキナリ而シテ執行裁判所ノ執行行爲ニ付テハ先ツ本條ニヨリ異議ヲ申立テ其ノ決定ニ對シテ第五五八條ニヨリ卽時抗告ヲ申立ツヘキナリ尙ホ此ノ點ニ付テハ本稿(九九)ヲ參照スヘシ

尙ホ反對給付ノ現實ノ提供カ瑕疵ヲ含ミ又ハ種類ヲ異ニシ契約上ノ本旨ニ從フ提供ニ非スト主張スルコトノ如キハ或ハ請求ニ關スル執行異議ノ訴ニ依ルヘ

シトノ說ナキニ非スト雖モ(Weismann, Lehrb. II S. 55 五四四條ニヨル執行ノ方法ニ關スル異議トシテ主張スヘシト爲セリ Gaupp-Stein (CPO (10) §756 III)ヲ始メ大多數ノ見解ハ之ニ屬ス予輩ハ通說ニ贊成スル者ナリ何トナレハ現實ノ提供ノ不當ヲ主張スルハ單ニ現實ノ提供 (die konkrete angebotene Gegenleistung)ニ對シテ異議ヲ述フルニ過キスシテ其ノ提供ヲ爲スヘキ請求自體ニ關スルモノニ非サレハナリ(註)

(註)倘ホ執行文ノ要否ニ付テハ本稿(三五又本書第一卷所載又請求ニ關スル異議ニ付テハ本稿ニ一〇〇及ヒ一〇四)ヲ參照スヘシ

五　終リニ序ヲ以テ同時履行ノ請求ニ對スル轉付命令ノ許否ノ問題ニ付キ一言スヘシ

反對給付ヲ爲スコトヲ要スル債權ニ在リテハ轉付命令(Ueberweisung an Zahlungsstatt)ノ目的タルコトヲ得ス蓋シ一定ノ券面額ナルモノヲ有セサレハナリ(第六〇條)是レ獨逸ニ於テハ學說ノ一致スル所ナリ例ヘハ Gaupp-Stein (CPO (10) §835 VIII 1) Petersen (CPO (5) §835 Anm. 5) Struckmann-Koch (CPO (9) §835 Anm. 4) Flechtheim (Buschs Z. 28 S. 258)等ノ說ク所皆然リ我國ニテモ松岡博士(一要論中卷九八頁)ノ如キハ之ト同一ノ見解ヲ有ス

然ルニ我國ノ判例ハ反對給付ヲ要スル債權ト雖モ轉付シ得ルコトノ見解ヲ取レリ左ノ判例ノ如キ即チ是ナリ

明治四十四年二月二十一日(同年(オ)第一五號工事請負代金拂渡請求ノ件)大審院第一民事部判決要旨(同年度一輯六三頁一七)

請負契約ノ成立シタル以上ハ爰ニ請負者カ報酬ヲ受クルノ債權發生シ唯其行使ノ時期カ仕事ノ完成後ニ在ルニ止マレハ仕事ノ完成前ナルノ故ヲ以テ其債權ノ成立不確定ナリト謂フヲ得ス而シテ苟クモ債權ニシテ成立セル以上ハ其性質上又ハ法律上轉付ヲ許ササルモノニ非サルヨリハ其轉付命令ノ有效ナルコト言ヲ俟タサレハ橫濱區裁判所カ本件工事請負金ノ債權ニ對シ工事ノ竣成前ニ發シタル轉付命令ヲ以テ有效ナリト判示シタル原判決ハ正當ナリ

大正六年十一月十日(同年(オ)第五九四號賣代金殘額請求ノ件)大審院第三民事部判決要旨(同年度二輯一九六〇頁)

雙務契約ニ於テ當事者ノ一方カ同時履行ノ抗辯ヲ提出シタルトキハ裁判所ハ起訴者ノ請求全部ヲ排斥スルコトナク雙方ノ債務ノ履行ヲ引換ニテ相手方ニ其履行ヲ命スル裁判ヲ爲スヘキモノナルコトハ當院判例ノ存スル所ナリ(明治四十四年十二月十一日第二民事部判決參照本件ノ如ク原告タル上告人カ雙務契約ノ當事者ニ非サルモ其當事者ノ一方ヨリ相手方ニ對スル債權ノミニ

付キ轉付命令ニ依リ其轉付ヲ受ケタル場合ニ於テ被告タル被上告人カ同時履行ノ抗辯ヲ提出シタルトキモ亦同一理ニシテ且上告人前主ノ履行ノ提供カ繼續スルト否トヲ問ハス其現實ニ履行セラレサル間ハ等シク引換的ノ裁判ヲ爲スヘキモノトス

此ノ判旨ニヨレハ同時履行ノ抗辯ノ提出アリタルトキハ前述シタル如ク反對給付引換的ノ給付判決ヲ命スヘキコトハ明白ナリトス此ノ點ニ付テハ予輩ノ大ニ贊成スル所ナリ然レトモ本件判旨ハ明示的ニ判決セスト雖モ同時履行ノ反對給付アル債權ニ付キ轉付命令アリタル場合ニ於テ其ノ轉付命令ヲ有效ト認メ其ノ前提ノ下ニ本件判決ヲ爲シタルモノニシテ反對給付ノ同時履行ヲ要スル債權ニ付キ轉付命令ヲ發スルコトヲ得トナス點ニ付テハ予輩ハ之ニ贊成スルコト能ハサルナリ何トナレハ反對給付ヲ同時ニ履行スヘキ金錢債權ニ在リテハ恰モ其ノ反對給付ノ目的物ノ價額タケ減額セラルヘキ內容ヲ有スル金錢債權ニ屬シ反對給付ノ目的物ノ價額カ未定ナル以上ハ券面額ナルモノモ亦未定ナルコトハ明白ノ事理ナルヲ以テナリ故ニ反對給付ノ同時履行ニ繫ル金錢債權ニ在リテハ轉付命令ノ目的タルコトヲ得スト解スルヲ正當トスルナリ

六二　土地ノ經界線ヲ定ムル判定方

大正十年四月十一日（大正九年（オ）第七九七號所有權確認等ノ件）大審院第二民事部判決（同年度二七輯一〇卷六二八頁）

〔判決要旨〕土地ノ經界ヲ定ムルニハ其土地ノ如何ナル箇所カ經界ナルカヲ識別シ得ル程度ニ判示スルコトヲ必要トスルモノニシテ其判示ノ方法トシテ圖面ヲ利用スルハ裁判上何等ノ妨ナシト雖モ單ニ係爭地ノ圖面ニ朱線ヲ施シ之ヲ以テ係爭地ノ經界ナリト表示シ其朱線カ果シテ現場ノ如何ナル箇所ニ該當スルカヲ識別シ得サルモノナルニ於テハ其圖面ヲ經界判示ノ方法ニ供スルニ方リ朱線ト現場トノ關係ヲ具體的ニ詳述スル必要アリ從テ若シ裁判所カ斯ノ如キ圖面ノミニ依リ係爭地ノ經界ヲ判示シ其朱線カ現場ノ如何ナル箇所ヲ指示セルカヲ說明セサルニ於テハ其判決ハ相當ノ理由ヲ具備セサル不法アルモノニシテ破毀ヲ免レサルモノトス

〔關係法文〕第二三六條、第二四四條、第四三六條、第七號、新民訴第一九一條、第一九九條、第三九五條、第六號

予輩ハ判旨ニ贊成スル者ナリ蓋シ判決主文（die Formel, Tenor, Dezisive）ニ於テハ判決ノ附錄トシテ之ニ添付スル書類殊ニ圖面ヲ引用スルコトハ固ヨリ之ヲ妨ケス然レトモ主文其モノノ內容カ一定（Unbestimmtheit des Urteilsinhalt）ヲ缺キ解釋ノ

主文ニ圖面ノ引用ハ妨ケナキモ內容ハ一定ヲ要ス

六二　土地ノ經界線ヲ定ムル判定方

力ニ依ルモ其ノ內容ヲ知ルコトヲ得サルトキ即チ本件ノ如ク經界線ヲ定ムル判決ヲ求ムルニ當タリ經界線其ノモノカ圖面ニ表示セラルルト否トヲ問ハス具體的ニ何レノ地線カ經界線タルヤ之ヲ知ルコトヲ得サルモノナルニ於テハ所謂主文カ一定ヲ缺クモノニシテ斯カル場合ニ於テハ縱令其ノ判決カ形式的ニ確定スルモ既判力ヲ得ルニ由ナク從テ新訴(eine neue Klage)ノ提起ヲ許スノ結果ヲ生スルニ至ルモノナリ(註)

(註)　判決主文ノ內容カ一定ヲ缺ク場合ニ新訴ヲ許スコトハ學說ノ認ムル所ナリ即チ Gaupp-Stein, CPO 10 Aufl. § 313 III S. 789, § 704 II 3, IV 1 ノ見解ノ如キ是ナリ

上述ノ如ク主文ノ內容カ一定ヲ缺クトキハ新訴ヲ許スモノニシテ當該訴訟ノ繫屬中ナル場合ニ於テハ主文其ノモノノ不定即チ其ノ書キ方ノ不當ヲ理由トシテ之ヲ攻擊スルコトヲ得ヘキナリ

尤モ主文ハ判決理由ト相俟チテ其ノ內容ヲ定メ得ヘキカ故ニ理由ノ說明十分ナルトキハ主文ノ不定ヲ補フコトヲ得ヘシ故ニ本件判旨ニ於テハ理由不備ヲ以テ破毀ノ理由トナセリ是レ亦一ノ見方ニシテ必スシモ不當ニ非ス故ニ本件ニ於テ大審院カ原判決ヲ破毀シタルハ則チ可ナリ然レトモ理由不備ヲ以テ破毀ノ理由トナスハ間接ニシテ適切ナラス寧ロ判決主文ノ不定ヲ以テ破毀ノ理由ト爲スニ若カス何トナレハ是レ判決主文ヲ責ムル理由トシテハ直接ニシテ且ツ一層有效ナル破毀ノ理由タルヲ以テナリ(註)

(註)　尙ホ本件ニ直接ノ關係ナシト雖モ經界確定ノ訴ニ關シテハ本稿(一七)乃至(二〇)(本書第一卷所載)及ヒ(六三)ヲ參照スヘシ又判決主文ニ他ノ書類ヲ引用シ得ルヤ否ヤノ點ニ付テハ本稿(三三)(本書第一卷所載)ヲ參照スヘシ

(補遺)　法律評論記者(一四卷八號民訴三二四頁)ハ本稿ニ贊成セリ

六三　經界確定ノ判決ト土地所有權ノ既判力

大正十年六月八日(大正十年(オ)第三一五號境界確認ノ件)大審院第三民事部判決(同年度二七輯一一六卷一〇八一頁)

(上告論旨)　境界ノ確定訴訟ハ相隣地ノ界線ノミヲ確定スル效力ヲ有スルニ止リ相隣地ノ所有權其モノヲ確定スルノ效力ハ之ヲ有セサルモノト解スヘキカ故ニ境界ノミノ確定ヲ定ムル訴ハ相隣地ノ所有權ニ爭アル場合ニ於テハ之ヲ許スヘキ實益ナキモノト解スヘケレハナリ例ヘハ甲ハ一番地二番地隣接地共ニ自己ノ所有ナリト主張シ二番地其モノノ所有權ニ付爭アル場合ニ於テハ乙ハ二番地ヲ自己ノ所有ナリト主張シ二番地ニ對シ所有權ノ確認竝ニ其確定ヲ條件トシテ之ト同時ニ又

六三　經界確定ノ判決ト土地所有權ノ既判力

ハ別ニ境界確定ノ訴ヲ起スハ格別斯ル爭ニ於テ單ニ境界ノミノ確定ヲ訴求スルハ失當ナリト信ス云云本訴ニ於ケルカ如ク單ニ隣接地ノ片面的接線ノミノ確定ヲ求ムル訴ハ所謂所有權ノ確認ヲ包含スル訴ニ屬セサルコトハ夙ニ御院判例ノ示サルル所ナリ(大正七年(オ)第二九二號事件同年十二月六日判決同年大判民錄二二九二頁)

〔判決要旨〕斯ノ如ク爭アル所有權ヲ基本トシテ經界ノ確定ヲ求ムル訴訟ニ於テ裁判所カ言渡ス判決ハ兩隣地間ノ經界ヲ定ムルト同時ニ相隣者ノ所有權ノ範圍ヲ確定スルモノナルニヨリ他日更ニ所有權ノ範圍確定ノ訴ヲ提起スルコトヲ得サルハ當院判例ノ認ムル所ナリ(大正三年(オ)第二九五號同四年五月十五日第三民事部判決)

〔關係法文〕第二一一條、第二四四條、民法第二二三條第二二四條

一　予輩ハ上告論旨ニ所謂經界ノ確定訴訟ハ相隣地ノ界線ノミヲ確定スル效力ヲ有スルニ止マリ相隣地ノ所有權其モノヲ確定スルノ效力ハ之ヲ有セストナス見解ニ贊成スルモノニシテ本件判旨ニ反對スル者ナリ元來經界確定ノ訴ヲ起ス場合ニ單ニ經界ノミノ確認ヲ求ムル場合ト之レト同時ニ土地所有權ノ確認ヲ求ムル場合ト二箇存在スルコトハ現今ニ於テハ學者ノ概ネ皆認ムル所ナリ然ルニ本件ニ於テハ原告ハ單ニ經界線ノ確定ヲ求メタルノミニシテ土地所有權ノ確認ヲ求メタルモノニ非ス從テ判決主文ニ於テハ土地所有權ノ確認ニ付キ何等宣

言スル所ナキナリ故ニ土地所有權ノ確認ニ付テハ既判力ヲ生セサルハ當然ノ事ト謂フヘキナリ蓋シ判決ハ其ノ主文ニ包含スルモノニ限リ既判力(Rechtskraft)ヲ生スルコトハ第二四四條新民訴法第一九九條第一項)ノ明定スル所ナレハナリ

前揭上告論旨ニ引用セル大正七年十二月六日ノ大審院第一民事部判決ニ於テハ經界確定ノ訴ト所有權確認ノ訴トハ之ヲ區別スヘシトナシ左ノ如ク曰ヘリ(同年大判二九七頁)

抑モ境界確定ノ訴ニハ單ニ境界ノミノ不明者クハ爭ヒアル場合ト境界ニ面シタル部分ニ爭ヒアル所有權ヲ基本トシテ境界ノ確定ヲ求ムル場合トアリト雖モ所有權ヲ基本トシテ境界ノ確定ヲ求ムル訴ト土地所有權確認ノ訴トノ差異アル點ハ境界確定ノ訴ニ在テハ單ニ境界線ニ面シタル土地ノ部分ニ付所有權ヲ主張スルニ反シ土地所有權確認ノ訴ニ在テハ境界線ニ面シタル部分ノミナラス凡テノ方面ニ於ケル土地ノ所有權即チ土地所有權ノ全體ヲ主張スルニ在リ

此判例ニ於テ經界確定ノ訴ト所有權確認ノ訴トハ之ヲ區別スヘシトナスハ則チ可ナリ然レトモ境界確定ノ訴ト所有權確認ノ訴トヲ區別スル標準トスル所ヲ見ルニ前者ニ在リテハ單ニ境界線ニ面シタル土地ノ部分ニ付所有權ヲ主張スルニ反シ後者ニ在リテハ境界線ニ面シタル部分ノミナラス凡テノ方面ニ於ケル土

地ノ所有權即チ土地所有權ノ全體ヲ主張スルニ在リトナシ單ニ事實上ノ主張ノ廣狹ニ依リテ兩訴ノ區別トナセリ然レトモ事實上ノ主張ノ範圍ノ大小廣狹ハ以テ訴ノ區別ノ標準トナスニ足ラス訴ノ區別ハ即チ判決主文ニ於テ宣言ヲ求メントスル一定ノ申立ニ依リテ區別スヘキナリ然ルニ經界確定ノ訴ニ在リテハ相隣地ノ境界線ノミノ宣言ヲ求メ所有權確認ノ訴ニ在リテハ一定ノ地域ノ所有權ノ宣言ヲ求ムルモノニシテ此ノ點ニ於テ二者斷然區別スヘキナリ敢テ其ノ請求維持ノ爲メニスル事實上ノ主張ノ範圍ノ大小廣狹ニ依ルヘキモノニ非ス殊ニ況ンヤ經界確定ノ訴ノ場合ニ於テモ事實上ノ主張トシテハ相隣者ノ一方カ其ノ相隣地ノ全體ニ付キ所有權ヲ主張シ之ヲ以テ其ノ請求維持ノ爲メノ資料トナスコトハ常ニ之レ有ル所ニシテ又毫モ差支ナキニ於テヲヤ故ニ前揭大正七年度ノ判例カ經界確定ノ訴ト所有權確認ノ訴トヲ區別スル趣旨ニハ吾人固ヨリ之ヲ贊成スト雖モ其ノ根據ニ付テハ之ヲ贊成スルコト能ハサルナリ故ニ本件判旨カ上告人ノ引用セル大正七年度ノ判例ヲ以テ本件ニ對スル先例トシテ適切ナラストナシ之ヲ排斥シタルハ必スシモ理由ナシトセサルナリ

予輩ハ經界確定ノ訴トハ民法第二二三條及ヒ第二二四條ニ所謂經界權ノ行ハルル經界線ノ地位ヲ定ムル確認訴訟ナリトシ經界線ハ長短コソアレ廣狹ナキモノナルカ故ニ一定ノ地域ニシテ長短廣狹アル土地所有權ノ確認訴訟トハ斷然區別スヘキモノナルコトハ本判例批評〔一七〕乃至〔二〇〕(本書第一卷所載)ニ於テ詳細ニ之ヲ論セリ故ニ經界確定訴訟ニ於テ若シ同時ニ土地所有權ノ確認ヲ求メント欲セハ第二一一條(新民訴法第二三四條)ニ所謂附隨的又ハ先決的確認ノ申立(Präjudicialfest-stellungsklage)ヲナスカ又ハ始メヨリ經界確定ノ申立ト併合シテ係爭地域ノ土地所有權確認ノ申立ヲナシ所謂併合訴訟トシテ提起スヘキナリ之ヲ是レ爲サスシテ經界確定ノ訴ニ於テ直チニ土地所有權ノ確認ヲ得タリトナシ且ツ之ニ付キ既判力ヲ生ストナスハ誤レルコト明白ナリト謂フヘシ(註)

(註) 尙ホ經界確定訴訟ノ性質ニ付テハ本判例批評〔一八〕ヲ參照スヘシ尙ホ先決問題ト既判力トノ關係ニ付テハ本判例批評〔三四〕ヲ參照スヘシ

二　上告論者ハ本件ノ如キ賣買地域ニ對スル係爭事件ニ在リテハ土地所有權ノ確認ヲ求ムヘク經界確定ノ訴ヲ提起スルハ失當ナリト主張シ本件ニ於ケル經

界確定ノ訴ヲ以テ恰モ不適法（Unzulässigkeit）ノ訴ナルカ如ク主張セリ然レトモ凡ソ原告カ經界線ノミノ確定ヲ求ムルト所有權ノ確認ヲ求ムルトハ其ノ自由ニ屬シ權利保護ノ請求ノ程度ハ一ニ原告ノ選擇ニ委スヘキモノタリ故ニ本件判旨カ此ノ點ニ付キ上告人ノ主張ヲ排斥シタルハ正當ナリトス此ノ點ニ付テハ予輩ハ本件ニ對スル山田博士ノ批評ニ賛成スル者ナリ（山田博士判例批評民事訴訟法第一卷三一三頁）（註）

（註）尙ホ本件ニ對スル中川學士ノ批評ニ付テハ判例民法大正十年度二八七頁以下〔九三〕參照

六四　請求原因タル賣買契約ノ日附ノ表示

大正十年九月二十九日（大正十年（オ）第六一四號賣掛代金請求ノ件）大審院第二民事部判決（大判民錄二七輯二五卷一七一一頁）

〔上告論旨〕請求原因タル事實ヲ摘示スルニハ其年月日ハ最モ必要ニシテ其年月日判明セサル以上被告モ其事實ノ有無ヲ探知スルコトヲ得ス殊ニ上告人ノ如キ建築業者ハ材木ノ取引多數ニシテ單ニ材木代金ト主張シタリトテ何レノ取引ニ屬スルヤ全ク判明セス故ニ原判決ハ請求原因トシテノ事實摘示ヲ缺キ其理由中ニモ何等賣買契約成立年月日ヲ判示スルコトナキヲ以テ何レノ賣買ヲ認メタルヤ判明セス此點ニ於テ原判決ハ理由不備ヲ免レス

〔判決要旨〕請求ノ原因タル事實ヲ判決ニ摘示スルニハ必スシモ其事實ノ發生時期ヲ年月日ヲ以テ精密ニ明示スルコトヲ要スルモノニ非スシテ原因事實ヲ特定スルニ必要ナル限度ニ於テ其發生時期ヲ表示スルヲ以テ足レリトス從テ判文ニハ原因事實ノ發生時期ヲ直接ニ明示シタル所ナシト雖モ其前後ノ文意ニ對照シテ原因事實ヲ特定スルニ足ル發生時期ヲ認メ得ルトキハ其判決ハ原因事實ヲ摘示スルニ於テ缺クル所ナシト謂フヘシ

〔關係法文〕第二三六條第二號、第四三六條第七號

一　予輩ハ判旨ニ賛成スル者ナリ蓋シ訴狀ニ記載スヘキ請求原因ニ付テハ所謂同一認識說（Individualisierungstheorie）ト事實記載說（Substantierungstheorie）トアリテ予輩ハ同一認識說ヲ採ルコトハ本判例批評〔二二〕（本書第一卷所載）ニ於テ詳述シタル所ナリ而シテ同一認識說ニ在リテモ吾人ノ信スル所ニ由レハ單ニ法律關係ノ抽象的名稱例ヘハ賣買、交換、請負ト謂フカ如キ法律的名稱ヲ記載スルヲ以テ足レリトスルニ非ス必スヤ特定ノ法律關係タルコトヲ認識セシムルニ足ル程度ニ於テ事實ヲ表示スヘキハ當然ノ事ナリトス

然リ而シテ請求原因發生ノ日附（Datum）ニ付テハ他ノ請求ト之ヲ區別スル爲メニハ場合ニ依リテハ是非トモ之カ表示ヲ必要トスルコトアリ例ハ一定ノ期間內ニ發生スル賃金（Mietsraten）ノ如キハ即チ當期ノモノタルカ次期ノモノタルカ又

請求原因ノ記載方法

請求原因發生ノ日附ノ記載ノ要否

ハ從前ノ分タルカヲ區別スル爲メニ其ノ請求ノ發生セル期間ヲ知ル爲ニ日附ヲ表示スルコト必要ナリ又時效ノ抗辯ノ提出アリタル場合ノ如キハ請求權發生ノ日附ヲ知ルコト最モ重要ナリトス斯クノ如ク日附ノ表示カ請求自體ヲ表示スル爲メニ又ハ請求權ノ存在ヲ立證スル爲メニ必至ノ要件タルコトナキニ非ス斯カル場合ニ於テハ日附ノ表示ハ重要ニシテ訴狀ニ於テ旣ニ請求ノ同一認識ノ爲メニ之ヲ必要トシ又判決ニ於テハ請求ヲ理由アリトシ又ハ理由ナシトスルニ付キ日附ノ如何カ原告ノ當該訴訟ニ於ケル勝敗ヲ左右スルモノナルカ故ニ必ス其ノ判決理由中ニ於テ之ヲ表示スルコトヲ要スルハ勿論ナリ又場合ニ依リテハ日附ノ變更カ請求自體ノ變更トナリ訴ノ變更トナル場合ナシトセサルナリ

然リト雖モ日附ノ如何カ右ノ如ク請求自體又ハ請求ノ存否ニ重要ナル關係ヲ有セス單ニ附隨的ノ事實タルニ止マル場合ニ於テハ訴狀ニ於ケル請求原因トシ又ハ判決理由中ノ說明トシテモ必スシモ之カ表示ヲ爲スコトヲ要セス之ヲ缺クモ毫モ理由不備ト爲スニ足ラサルナリ又斯カル場合ニ於テハ日附ノ變更ハ毫モ請求ノ變更トナラス從テ訴ノ變更トナラサルナリ(註)

(註) 獨逸ニ於テモ同一ノ請求ヲ意味スル場合ニ於テハ日附ノ變更カ必スシモ訴ノ變更トナラサル旨ノ判例アリ尙ホ是等ノ點ニ付テハ Gaupp-Stein, 10 Aufl. § 268 III 1 S. 653 參照

日附ノ記載必スシモ必要ナラス

二　本件ニ在リテハ請求原因ハ材木ノ賣買契約ニシテ之ニ基キ原告ハ其賣掛代金ヲ請求シタルモノナリ此ノ場合ハ原被告間ニ平素繼續セル材木取引ナク單ニ一箇ノ取引ヲ爲シタルニ止マルモノトセハ日附ノ如何ハ毫モ重要ニ非ス單ニ材木ノ賣買契約ニ基ク代金請求タルコトヲ表示スレハ即チ當該當事者間ニ於ケル特定ノ法律關係(konkretes Rechtsverhältnis)ニ基ク請求タルコトヲ表示シタルナリ然レトモ本件ニ在リテハ上告人ノ主張ニ依レハ原被告間ニ於テ繼續シテ材木ノ取引行ハレタルモノノ如ク從テ特定ノ請求ヲ表示スルコト即チ同一認識ノ表示ノ爲メニハ日附ノ如何ハ重要ナル地位ヲ占メタルモノノ如シ從テ此ノ點ニ關スル被告ノ上告論旨ハ稍ヤ理由アルモノノ如シ

然リト雖モ繼續シテ數箇ノ賣買契約行ハレタル場合ニ於テ其ノ中一箇ノ賣買契約ヲ表示スル爲メニハ日附ニ依リテ之ヲ區別スルハ便宜ノ方法ナリト雖モ必スシモ一定ノ日附(Datum)ニ依ラストモ或ル一定ノ期間ヲ表示シ其ノ期間內ノ行

爲タルコトニ依リテ區別スルモ可ナルヘク又或ハ其ノ他ノ事實ノ記載ニ依リテ特定ノ賣買契約ニ基ク代金請求タルコトヲ認識セシムルトキハ即チ可ナリ

然リ而シテ本件ニ在リテハ特定ノ契約日附ヲ表示セスト雖モ本件ニ於ケル賣買契約ハ若宮小學校ノ建築ニ必要ナル木材ヲ目的トシテ大正八年四月二日以前ニ當事者間ニ成立シタルモノナルコトヲ原判決ニ表示セルカ故ニ請求原因タル賣買契約ヲ特定スルニ足ル成立時期ハ判決中ニ摘示セルモノト謂フヘシ故ニ大審院本判決ニ於テ原判決ハ毫モ理由不備ト稱スヘカラストナスハ正當ナリト謂フヘシ

六五　利息請求事件ニ於ケル元本債權ニ對スル既判力及ヒ一事再理ノ許否

大正十年十一月二十四日（大正十年（オ）第六二〇號過渡金請求ノ件）大審院第二民事部判決（同年度民錄二七輯三〇巻二一八八頁）

〔判決要旨〕利息金ノ請求事件ニ關スル第一審判決ニ於テ其元本債權ハ既ニ辨濟セラレタルコトヲ肯定シタルモ該判決ニ對シ原告ヨリ控訴ヲ爲シ控訴審ニ於テ右利息請求ニ付テハ一事再理ヲ求ムルモノトシ其請求ノ內容ヲ審究スルコトナク控訴ヲ棄却シタルトキハ元本債權ノ辨濟セラレタル點ニ付テハ確定判決アルニ非サルモノトス

〔關係法文〕第二一一條、第二四四條、新民訴第二三四條、第一九九條第一項

一　予輩ハ判旨ニ贊成スル者ナリト雖モ尙ホ少シク說明ノ餘地アリト信スルカ故ニ左ニ聊カ解說ヲ加フル所アルヘシ

利息金請求事件ニ於テハ元本債權ノ存在セシコトヲ前提トスルコトハ勿論ナリト雖モ若シ一定ノ申立トシテ請求スル所ノモノ單ニ利息金ノミニ止マルトキハ元本債權ニ付キ判決主文ニ於テ裁判スルコトナキハ當然ノ事ト謂フヘキナリ若シ利息金請求事件ニ於テ其ノ前提要件タル元本債權ノ存否ニ付テ判決主文ニ於テ裁判ヲ受ケ以テ既判力ヲ得ント欲セハ第二一一條（新民訴第二三四條）ニ依リ所謂附隨的確認ノ訴又ハ中間確認ノ訴（Inzident-oder Zwischenfeststellungsklage）ヲ提起スルコトヲ要スルナリ何トナレハ判決ハ唯主文ニ包含スルモノニ限リ既判力ヲ有スルニ止マリ縱令判決理由中ニ於テ元本ノ存否ニ付キ判斷ヲ受クルコトアルモ既判力ヲ有スヘキモノニ非サレハナリ利息請求事件ニ於テ元本債權（Kapitalan-spruch bei der

(Zinsenforderung)カ附隨的確認ノ目的トナリ得ルコトニ付テハ學說ニ於テモ常ニ之ヲ認ムル所タリ(Gaupp-Stein, § 280 II 1.; Soufflert, § 291 5 a)

然リ而シテ本件判旨ニ於テハ前示ノ如ク「利息金ノ請求事件ニ關スル第一審判決ニ於テ其元本債權ハ既ニ辨濟セラレタルコトヲ肯定シタルモ」ト曰フト雖モ恐ラクハ元本債權ノ辨濟ニ付テハ利息金ノ請求事件ニ於ケル判決理由中ニ於テ之カ判斷ヲ與ヘタルモノナルヘシ若シ然リトセハ縱シ其ノ利息ノ請求カ一事再理ヲ求ムルモノニ非ストスルモ判決主文ニ於テ裁判ヲ與ヘラレサル以上ハ元本債權ノ辨濟セラレタル點ニ付キ確定判決アリタリト謂フコトヲ得サルハ勿論ノ事ト謂フヘキナリ從テ本件判旨ハ正當ナリトス(註)

(註)　先決問題ト既判力トノ關係ニ付テハ本稿(三四)ナ參照スヘシ

二　尙ホ右判旨ニ於テハ「利息ノ請求ニ付テハ一事再理ヲ求ムルモノトシ其請求ノ內容ヲ審究スルコトナク控訴ヲ棄却シタルトキ」ト曰ヒ控訴審ニテハ一事再理ナリトシテ直チニ控訴ヲ棄却セシモノノ如シ然レトモ一事再理ナレハ直チニ訴又ハ控訴ヲ棄却シ得ルモノナリヤ否ヤ此ノ點ニ付テモ多少解說ヲ加フル必要アルカ故ニ左ニ之ニ付キテ說明スヘシ

蓋シ一箇ノ請求ニ付キ原告カ前訴ニ於テ旣ニ勝訴シ確定判決ヲ有スルニ當タリ全然同一趣旨ノ判決ヲ求ムルカ爲メニ更ニ第二ノ訴ヲ提起シタリトセハ現今ニ在リテハ固ヨリ當然一事再理ヲ禁止セスト雖モ權利保護ノ必要(Rechtsschutzbedürfniss)ヲ缺如スルモノトシテ訴ヲ却下スルニ至ルモノナリ羅馬ノ儒帝ノ法律ニ從ヘハ一事再理ノ抗辯(Exceptio rei judicata)ハ單ニ消極的ノ效力ヲ有シ事件カ再理ナリトセハ當然訴ヲ却下セシムルノ效力アリタリ然レトモ現今ニ在リテハ一事再理ノ故ヲ以テ當然訴ヲ却下セシムヘキモノニ非ス即チ若シ裁判所カ火災、洪水等ノ災害ニ遭遇シ訴訟記錄及ヒ判決原本等悉ク滅失シタリトセハ縱令一旦判決確定シタリトスルモ執行力アル正本ヲ作成セシムルコトヲ得ス從テ強制執行ヲ開始スルコトヲ得ス斯ル場合ニ在リテハ更ニ同一內容ノ判決ヲ得ンコトノ訴ヲ提起スルコトヲ許スモノナリ是レ蓋シ權利保護ノ必要アルヲ以テナリ故ニ現今ニ在リテハ一事再理タルノ故ヲ以テ當然訴ヲ却下スヘキモノニ非ス寧ロ權利保護ノ必要ナキノ故ヲ以テ訴ヲ却下スヘキナリ然ルニ本件前揭判旨ノ示ス所ニ依

レハ一事再理ハ以テ直チニ訴又ハ控訴ヲ棄却シ得トナスモノノ如シ然レトモ是レ恐ラクハ說明ノ言葉ノ足ラサルカ故ニ外ナラサルヘキヲ信シ茲ニ以上ノ解說ヲ加フルモノナリ(註)

(註)現今ハ一事再理ヲ必スシモ禁止セス確定判決存スルトキハ權利保護ノ要件ヲ缺クモノトシテ訴ヲ却下スヘシトノ說明ヲナスモノナリトスル點ニ付テハ Gaupp-Stein, CPO. 10 Aufl. IV 2 vor § 253 S. 578 und § 322 VIII 5 S. 815 ヲ參照スヘシ

又羅馬法ノ變遷ノ大要ニ付テハ Heilfron-Fleb. Lehrb. des CPRs. I S. 712 f. ヲ參照スヘシ

六六　和解調書ノ更正、和解調書ノ作成ト其ノ既判力、訴訟上ノ和解ノ性質及ヒ和解無效ノ場合ノ權利拘束

大正十三年八月二日(大正十三(ク)第三四三號和解調書更正決定ニ對スル抗告事件)大審院第三民事部決定(高年例集第三卷第一號四五九頁)

〔抗告理由〕(一)第一審タル仙臺地方裁判所ノ第二回口頭辯論ニ於テ原被告代理人ヨリ從來當事者間ニハ本件家屋及ヒ二筆ノ土地ニ付賣買契約成立シタルモ抗告人ニ於テ代金不調達ノ爲メ實行セサルモノナル處抗告人ハ今日ハ代金調達ノ見込アルヲ以テ和解ヲ試ミラレタキ旨申立テ同裁判所ハ和解ノ爲メノ呼出ヲ爲シ茲ニ和解成立シ抗告人ハ家屋及ヒ二筆ノ土地ニ對シ金二千八百五十圓ヲ支拂フコトヲ約シ其ノ賣買ノ目的物カ家屋及ヒ二筆ノ土地タルコトニ付テハ異議無カリシナリ然ルニ和解調書ニハ宅地ヲモ建物ト共ニ表示スヘキヲ當然トスルニ宅地ノ記載ヲ脫漏セリ是レ民訴法第二四〇條ニ所謂違算書損ニ類スル著シキ誤謬トス

(二)訴訟ノ目的物ト其ノ訴訟ノ進行中ニ成立スル和解ノ目的物トハ恒ニ必スシモ一致セス訴訟ノ目的物以外ノモノヲ之ニ加フルコトヲ妨ケス和解ヲ申立テタル當日ノ法廷調書ニハ訴訟物以外ノ二筆ノ宅地ニ付キ明確ニ記載ナキモ係爭家屋等ノ文字アルカ故ニ家屋ノミカ和解ノ目的物ニ非サルコト明カナリ

(三)本件係爭家屋ノ價格ハ五六百圓ニ過キス然ルニ抗告人カ和解ノ結果支拂フヘキ金額ハ貳千八百五十圓ナルカ故ニ其ノ二筆ノ宅地モ之ニ包含スルコトハ常識ヨリ見ルモ明カナリ

〔決定要旨〕(一)凡ソ更正決定ノ方法ニ依リテ是正スルヲ得ヘキモノハ唯著シキ誤謬ニノミ限ラレ而シテ著シキ誤謬トハ其ノ文詞自體ノ前後ヨリ推究シ若ハ其ノ事件ニ於テ從來現ハレタル訴訟資料ト對照シ以テ其ノ誤記タルコトヲ知リ得ラルル場合ヲ云フモノナルカ故ニ本件申請ノ如ク和解調書其ノモノノ記載ニ徵スルモ將ヨ頭辯論ニ於ケル當事者双方ノ陳述ニ依ルモ賣買ノ目的物ハ當該調書ノ記載以外ニ倘他ノ不動產ヲ包含セシトノコトハ毫モ之ヲ知ルニ由無キモノニアリテハ固ヨリ更正決定ヲ許スヘキ限リニアラス

(二)裁判上ノ和解ナルモノハ夫ノ判決ニ於ケルカ如キ確定力ヲ有スルモノニモアラス又其ノ成立ト效力トハ調書ノ作成ヲ要件トスルモノニモ非ス

和解無效ノ場合ノ權利拘束

(三) 其ノ實體法上ノ內容ヲ有スル部分ハ總テ實體法ノ支配ヲ受ケ夫ノ意思ノ欠缺ニ關スル法規ノ如キ固ヨリ其ノ適用アルカ故ニ當事者ハ必スシモ和解調書ノ記載如何ニ拘束セラルルコト無ク事實ニ準據シテ相當ノ行動ヲ爲スコトヲ得ヘシ

(四) 若シ又實體法上ノ內容ヲ有スル部分ノ無效カ延テ和解ノ全部ヲ無效タラシムル場合ニハ訴ノ權利拘束ハ尙存續セルモノナルカ故ニ此ノ方面ニ於テモ亦適當ナル方法ヲ講スルノ餘地ハ存スルモノトス

〔關係法文〕第七九條、第一三〇條第一項第一號、第一九八條、第二二一條、第二四一條、第二四五條、第三八一條、第五四五條、第五五九條、第五六〇條、第五六二條、民第九五條、第六九五條

一　予輩ハ判旨第一點ニ對シ法律問題トシテハ贊成ナルモ事實認定問題トシテ多少批評ノ餘地アルヲ信スル者ナリ抑モ第二四一條第一項ニ所謂「著シキ誤謬」トハ獨民訴訟法第三一九條第一項ニ所謂明白ナル誤謬 (offenbare Unrichtigkeiten)ト謂フニ該當シ其ノ誤謬カ違算 (Rechnungsfehler) 書損 (Schreibfehler) 其ノ他之ニ類スルモノニシテ著シキ誤謬ナラサルコトハ疑ナキ所トス而シテ著シキ誤謬ナリヤ否ヤハ事實ノ認定問題ニ屬スルカ故ニ裁判所ノ職權行動ノ範圍ニ屬シ其ノ認定ノ當否ニ付テハ敢テ批評ノ限ニ在ラスト雖モ而カモ本件ノ如キニ在リテハ裁判所ノ認定シタル結果ノ當否ニ對シテモ多少批評ノ餘地アルヲ覺ユ即チ

本件訴訟ノ目的ハ家屋明渡ノ請求ニ在リテ訴訟ノ目的物ハ單ニ家屋其ノモノナリシト雖モ其ノ明渡ノ請求ニ於ケル口頭辯論ニ於テ始メ被抗告人タル被告カ家屋及ヒ土地ノ雙方ヲ合セテ金何圓ヲ以テ訴外ノ者ヨリ買取リ更ニ其ノ家屋及ヒ土地カ金何圓ヲ以テ抗告人タル原告ニ賣却セラレタルモノナルコトカ原告ニヨリ辯論セラレ家屋及ヒ土地ノ雙方カ金何圓ノ價値アルモノナルコトカ論明セラレタル後ニ於テ和解ノ期日カ開始セラレ和解ノ內容トシテハ暗默ニ家屋及ヒ土地ノ雙方ヲ包含シタルモノトシテ其ノ代金額ヲ金二千八百五十圓ニ定メタルコトハ家屋其ノモノカ僅カニ金五六百圓ノ價値ナキ點ヨリ見テモ抗告理由ニ說示セル如ク寧ロ明白ノ事實ト謂ハサルヘカラス而シテ和解調書ニハ土地ヲモ包含スル旨記載アリシカ故ニ更正決定ヲ許サストナスハ問ヲ以テ問ニ答フルニ均シク更正決定ヲ拒否スル理由トナラス而シテ本件訴訟事件ハ元來家屋明渡ノ請求事件ニシテ其ノ口頭辯論調書ニハ訴訟物以外ノ土地ニ對スル記述ヲ詳細ニ爲ササルハ是レ亦當然ノコトナルカ故ニ辯論調書ニ明示ノ記載ナキヲ以テ更正決定ヲ拒否ス

和解ノ調書ニモ更正決定ヲ許ス

ルモ亦肯綮ヲ得タリト謂フヘカラス宜シク調書ニ添附セル全部ノ訴訟記錄即チ訴狀及ヒ之ニ添附セル證據書類等ヲモ參酌シテ以テ明白ナル誤謬ナルヤ否ヤヲ認定スルコトヲ要ス而シテ若シ斯ノ如クナルトキハ抗告人ノ申立ハ寧ロ其ノ當ヲ得テ更正決定ヲ與フルヲ以テ其ノ當ヲ得タルモノトスヘキモノアルカ如シ是レ予輩カ本件ニ於ケル明白ナル誤謬ナリヤ否ヤノ事實認定問題ニ對シテモ其ノ認定ノ當否ニ付キ多少ノ疑アリト爲ス所以ナリ(註)

(註)　和解ノ目的物ハ單ニ訴訟ノ直接ノ目的物ノミニ限ラス他ノモノヲ加ヘ得ルコトハ學說ノ認ムル所ナリ(Gaupp-Stein, CPO 10 Aufl. § 794 II 1 S. 559)

尙ホ茲ニ一考スヘキハ元來和解ノ調書ニ付テモ更正決定(Berichtigungsbeschluss)ヲ許スヘキモノナリヤ否ヤノ點ニ在リ此ノ問題ニ付テハ本件判旨ト同シク予輩ハ之ヲ積極ニ解ス殊ニ況ンヤ予輩ハ後述スル如ク判旨ト異ナリ和解ノ調書ニモ亦確定判決ト同シク既判力(Rechtskraft)ヲ認ムルヲ正當ト信スルカ故ニ確定判決ト同樣ニ更正決定ヲ許スヘキ必要之レ有ルニ於テヲヤ然ラハ和解ノ調書ニ對シ更正決定ヲ許ス法文上ノ根據ハ何レニ在リヤ

蓋シ第二四一條(新民訴第一九四條)ノ規定ハ判決ノ更正ニ關スル規定ニシテ第二四五條(新民訴第二〇七條)ニ於テ之ヲ決定又ハ命令ニ準用スヘキ旨ノ規定ナキカ爲メニ決定又ハ命令ニ付テハ其ノ著シキ誤謬ニ付キ更正決定ヲ爲シ得ルヤ否ヤ疑アリ然レトモ學者ハ何レモ其ノ準用アルモノト解セリ其ノ理由ハ第二四一條ノ規定タルヤ裁判ノ更正ニ關スル最モ主要ナル場合(Hauptfall)ヲ規定シタルモノニシテ他ハ何レモ之カ類推ヲ許スモノト解スルヲ以テ正當トス從テ和解ノ調書ノ更正ニ付テモ同シク類推解釋ヲ許スモノトナスヲ正當トナスナリ(註)

(註)　此ノ點ニ付テハ Soulfort, CPO 11 Aufl. § 319 Nr. 5; Gaupp-Stein, CPO 10 Aufl. § 329 II S. 853; Strokmann-Koch, CPO 9 Aufl. I § 319 Nr. 1 等ノ說ク所皆同說ナリ我國法曹會ニテモ同樣ノ積極的ノ決議ヲ爲セリ(法曹記事第三一卷第一〇號四六頁)

二　判旨第二點ニ付テハ吾人ハ之ニ反對スル者ナリ即チ和解ノ調書モ亦既判力ヲ有スルモノタルコトヲ信ス從テ和解成立スルトキハ調書ニ記載シテ之ヲ明確(Protokollierung)ニスルコトヲ要シ(第一三〇條第一項第一號第三八一條第一四四條第一號第三五六條)和解カ既判力ヲ生スルカ爲メニ又債務名義トシテ執行力ヲ有スルカ爲メニハ調書ニ記

載スルコトヲ要スルモノトス唯調書ニ記載セラレサルトキハ既判力又ハ執行力ヲ生セヌ然レトモ和解成立ノ爲メニハ裁判外ノ和解ト同シク必スシモ調書ノ記載ヲ要件トスルモノニ非ス(註)

和解ノ調書ハ執行力アリトスル理由

和解ノ調書ニ既判力アリトスル理由

(註) Senfert, CPO 11 Aufl. § 150 Nr. 2 ハ和解ノ成立ハ調書ノ記載ヲ要件トセサルモ和解カ債務名義タルカ爲メニハ調書ノ記載ヲ必要トセリ予輩ハ既判力ニ付テモ亦然ルヲ信スル者ナリ

和解ノ調書カ執行力ヲ有スル(第五五九條第三號第四號)唯既判力ヲ有スルヤ否ヤハ大ニ疑問視セラルル所ナリ獨逸ニ於テハ大多數ノ學者ノ見解ハ寧ロ既判力ナシトス例ヘハ Gaupp-Stein (CPO 10 Aufl. § 794) Hellwig (System I, 628) 等ノ見解ヲ然リトス而シテ少數說トシテハ例ヘハ Paul (Vorgleich in Civil-proceess S. 21 f.) ノ如キハ和解ハ判決ノ代用物 (Urtheilssurrogat) トシテ既判力アリト爲シ我國ニテハ雉本博士(京法第六卷第四號五九七頁、一二二〇頁)及ヒ山田博士(判例批評民事訴訟法第一卷一五五頁四〇三頁)ハ此ノ說ヲ襲フ而シテ予輩モ亦和解ニ既判力アルコトヲ信スル者ナリ其ノ理由左ノ如シ

(1) 和解ノ調書カ債務名義タリ得ルコトハ第五五九條第三號及ヒ第四號ノ明定スル所ニシテ之ニ基キ強制執行ヲ開始シタル場合ニ於テ債務者ハ其ノ請求自體ニ對シ異議ノ理由ヲ有スルトキハ第五四五條ニ基キ所謂確定セル請求ニ對スル異議ノ訴ヲ提起シ得ルコトハ明カナリ是レ第五四五條ノ規定カ第五六〇條ニ於テ和解ノ調書ニ基ク執行ニ準用セラルルニ見テ明カナリ而シテ其ノ異議ノ理由タルヤ確定判決ノ場合ト同シク第五四五條第二項ノ制限ニ從フコトヲ要ス即チ第五四五條第二項カ和解ニ準用セラルル結果トシテ和解成立後ニ生シタル原因ニ依ルニ非サレハ執行異議ノ理由ト爲スコトヲ得サルナリ是レ和解ノ調書ニ確定判決ト同シク既判力アリト看做スカ故ニ外ナラサルナリ若シ和解ノ調書ニ既判力ナキモノトセハ其ノ異議ノ理由ハ和解ノ調書成立後ノモノタルヲ問ハサルヘキナリ即チ他ノ反證ニ依リ和解ノ調書アルニ拘ラス和解其モノノ成立ヲ爭ヒ得ヘキ筈ナリ又甚シキハ調書アルニ拘ラス和解ノ調書其ノモノノ内容ヲ爭フコトヲ得ヘキニ和解ノ調書ニ付テハ反證ヲ許サス又和解ノ成立ニ付テハ爭フコトヲ許サス異議ノ理由ハ和解成立後ノモノニ限ルトナセル以上ハ和解ノ調書ニ既判力ヲ認メタル證據ナリト謂ハサルヲ得サルナリ是レ債務名義タル公正證書ニ付イテハ請求ニ關スル異議ノ理由ニ付キ斯カル制限ナク何レノ時期ニ發生セル原因ニ基キ

テモ之ヲ主張シ得ト爲シタルニ見テモ明カナリ(第五六ニ條第三項)是レ公正證書ニ在リテハ法律カ之ニ既判力ヲ認メサルカ爲メナリ(註)

(註)　反對說ヲ取ル者ハ判決ハ國家ノ司法權ノ發動シテ行フ所ノ國家ノ行爲(Staatsakt)ナルカ故ニ之ニ既判力ヲ生セシムルハ當然ノ事ナリト雖モ和解ハ訴訟上ニ於テ行ハルルモ私法上ノ契約(Parteiakt)ナルカ故ニ破産ニ於ケル債權表ノ場合ノ如ク(我破第二四二條,獨破第一四五條第二項)法律ノ明文ニ因リ即チ法律ノ力ニ因リ之ニ既判力ヲ與フルニ非スンハ既判力ヲ有スヘキモノニ非ス然ルニ和解ニ付テハ斯カル明文ナキヲ以テ既判力ヲ有セストノ說ケリ例ハ Gaupp-Stein CPO 10 Aufl. §794 II 3 a S. 553 ニ說ク所ノ見解ノ如シ

成ル程和解ノ調書ニ在リテハ破産ノ債權表ニ於ケルカ如ク債權確定ノ旨ノ記載カ確定判決トノ同一ノ效力ヲ生スル旨ノ明示的ノ規定ナシ然レトモ和解カ成立アリ其ノ和解ノ內容ヲ調書ニ記載スルトキハ其ノ記載自身カ單ナル公正證書タルニ止マラス異議ノ訴ニ依リテモ之ヲ爭フコトヲ得サル旨ヲ示セル以上ハ之ニ既判力ヲ認メタルモノナリト論斷セサルヲ得サルナリ

(2)　若シ和解成リ之ヲ調書ニ記載スルモ既判力ヲ生スルコトナク後日常ニ和解ノ成立其モノヲ爭フコトヲ得ヘキモノトスルトキハ和解ニ依リ當該訴訟其ノモノヲ終結セシムルモ更ニ和解其モノノ成立ニ付キ爭ヲ生シ第二第三ノ訴訟提起ヲ豫想シ得ヘク從テ和解ノ調書作製ニ因リ當該訴訟ヲ終結セシムルモ當事者及ヒ裁判所ノ爲メ大ナル實益ヲ生スルコト無カルヘシ仍テ當事者ニ在リテハ當該訴訟ニ於テ新ニ成立セル和解ヲ基礎トシ以テ更ニ確定判決ヲ受ケムコトヲ希望スヘク裁判所モ亦和解ニ因リ直チニ訴訟ヲ終結セシメス之ニ基キ直チニ判決ヲ爲スヲ至當トスヘキナリ

尤モ和解ノ調書ハ之ニ依リ直チニ強制執行ヲ許スカ故ニ直チニ訴訟ヲ終結セシメテ可ナルカ如キ觀アルモ是レ給付ノ訴ニ付テノミ云ヒ得ル事柄ニシテ確認ノ訴ニ在リテハ和解ニ因リ訴訟終結スルモ強制執行ヲ爲ス必要ナク若シ和解ノ調書カ既判力ヲ生スルコトナクンハ確認訴訟提起ノ目的ヲ達スルコトヲ得スシテ依然トシテ更ニ第二第三ノ確認訴訟提起ノ必要ニ際會スヘキナリ更ニ一步進ンテ論スレハ給付訴訟ノ場合ニ在リテモ若シ和解ノ調書カ既判力ヲ生スルコトヲ無クンハ之ニ基キ強制執行完了シタル後ニ於テモ理論トシテハ債務者ハ依然反證ヲ擧ケテ和解ノ成立ヲ爭ヒ以テ反對ノ判決ヲ得テ不當ノ執行ニ基ク不當利得返還請求ヲ爲スコトヲ得ヘキモノタルコトヲ豫想シ得ヘキナリ

由是觀之和解ニ因リテ訴訟ヲ終結セシメ調書ニ依リテ直チニ強制執行ヲ許シ

訴訟上ノ和解ノ性質

執行力ノ點ニ付キ既ニ確定判決アリタルト同一ノ目的ヲ達セシムル趣旨ヨリ推シテ之ヲ稽フレハ既判力ノ點ニ付テモ亦和解ニ此カ效力ヲ認ムルニ非サレハ啻ニ首尾一貫セサルノミナラス眞ニ訴訟終結ノ目的ニ副フコトヲ得ス故ニ予輩ハ和解成立アリ之ヲ調書ニ記載スルトキハ其ノ記載ニ因リ既判力ヲ生スルモノタルヲ信スル者ナリ

（補遺）新民訴第二〇三條ハ明文ヲ以テ和解ノ調書ニ既判力ヲ認メタリ

三　訴訟上ノ和解（Processvergleich）ノ性質ニ付テハ從來學說ノ派ル所ナリ第一說ハ之ヲ以テ私法上ノ法律行爲（Privatrechtsgeschäft）ナリトス之ヲ純法律行爲說ト名クヘシ第二說ハ之ヲ以テ訴訟行爲（Processhandlung）ナリトス之ヲ純訴訟行爲說ト名クヘシ第三說ハ訴訟行爲タル和解ト私法上ノ法律行爲タル和解ト併合シテ存在スルモノト爲ス之ヲ兩行爲併合說ト名クヘシ第四說ハ同一ノ行爲ニシテ訴訟行爲タルト同時ニ法律行爲ナリトス之ヲ行爲競合說ト名クヘシ而シテ予輩ノ觀ル所ニ依レハ大審院ノ採ル所ノ見解ハ第四說ニ屬シ予輩モ亦此ノ第四說ヲ採ル者ナリ然ラハ何故ニ予輩カ第四說ニ名クルニ行爲競合說ナル名稱ヲ以テス

ルカ其ノ理由ハ他ノ三說ノ梗概ヲ述ヘタル後ニ於テ之ヲ說明スヘシ（註）

（註）Lehmann, Prozessvergleich S. 116 ニ右學說ノ相違及ヒ其主張者ヲ掲ケタリ而シテ其ノ主張者ノ分類ハ吾人ノ見ル所ト必スシモ一致セサルモ是レ吾人ハ同一人ノ學說ニ付テモ其ノ特色ニ依リ諸所ニ之ヲ引用シタルヲ以テナリ

(1) 純法律行爲說　本說ハ訴訟上ニ於テ爲サルル和解ト異ナル所ナク當事者間ニ於テ純然タル私法上ノ和解契約カ締結セラルルニ過キスト爲ス而シテ裁判所ハ唯當事者ノ陳述ヲ受領シ之カ調書ヲ作リ單ニ記錄掛ノ職掌（die blosse Entgegennahme und Beurkundung）ヲ行フニ過キス換言スレハ公證ヲ爲スニ過キスシテ毫モ之ニ活力（Stärkung des Inhaltes）ヲ寄與スルモノニ非スト爲ス（Gaupp-Stein, CPO 10 Aufl. §794 II 3a S. 553）

然レトモ吾人ハ前述ノ如ク和解ニ對シ其ノ記載ニ因リテ之ニ既判力ヲ認メ且ツ之ニ執行力ヲ認ムルモノナルカ故ニ和解ノ調書作成ハ單ナル公證事項ト謂フコトヲ得ス換言スレハ調書ノ作成ニ因リ法律カ之ニ活力（Stärkung）ヲ寄與スルモノナリト信ス故ニ予輩ハ訴訟上ノ和解ヲ以テ當事者對裁判所ノ關係ヨリ見テ純

私法行爲視スル見解ニハ贊成スルコトヲ得サルナリ

然リ而シテ和解成立スルトキハ何カ故ニ其ノ訴訟ハ終結スルカノ問題ニ付テハ純法律行爲說ヲ採ル者ノ間ニ在リテモ其ノ說區區ニ岐ル

（イ）一說ニハ和解成立スルトキハ茲ニ爭ヲ止メ訴訟ノ目的ヲ失ヒ（gegenstandslos）判決ヲ爲ス必要ナキニ至リ訴訟ハ當然終了スト爲ス Kohler（Process als Rechtsverhältniss S. 60f.; Z. f. CP Bd. 29 S.）Gaupp-Stein（CPO 10 Aufl. §794）ノ見解ノ如キ是ナリ

然レトモ雉本博士（京法第六卷第四號五九二頁）モ此ノ說ニ對シテ既ニ辯駁セル如ク和解成立シ權利保護ノ必要（Rechtsschutzbedürfnis）ナキニ至レハ單ニ請求棄却ノ判決ヲ爲スヘキモノニシテ之カ爲メニ直チニ訴訟終了スト爲スヘカラス殊ニ和解ノ調書ニ既判力ヲ認メサルニ於テハ確認訴訟ノ如キニ在リテハ權利保護ノ必要仍ホ存スルト謂ハサルヘカラサルヲ以テナリ故ニ此ノ見解ハ採ルヘカラス

（ロ）又一說ニハ和解成立スルトキハ當然之ニ訴ノ取下ノ約款ヲ伴フモノナルカ故ニ之ニ因リテ訴訟ハ終了スト爲ス Eccius（Preus. Privatrecht I S. 697 f.）ノ見解ノ如キ是ナリ

然レトモ此ノ見解ニ依レハ訴取下ノ約款ヲ和解中ニ加ヘサルトキハ訴訟ハ終

了セス又此ノ說明ニ依レハ訴訟ノ終了ハ和解ニ因ルニ非スシテ訴ノ取下ニ因ルコトトナリ不可ナリ

（ハ）又一說ニハ和解成立スルトキハ原告ハ當該訴訟ニテ訴追シタル訴權（Klagrecht）ヲ拋棄シ被告ハ防禦（Vertheidigung）ヲ拋棄（Verzicht）スルモノト爲ス即チ和解ニハ訴權又ハ防禦拋棄ノ必要ナク又或ハ拋棄スヘキモノナキニ至ルト謂フヲ正當トスヘク此ノ見解ハ採ルヘカラス

（2）純訴訟行爲說　本說ニ在リテハ訴訟上ノ和解ハ訴訟外ノ和解トハ全然其性質ヲ異ニシ和解ハ判決ノ代用物（Urteilssurrogat）トシテ當事者間ノ爭ヲ止メ訴訟ヲ終結セシムル目的ヲ以テ爲サルルモノトス即チ當事者自ラ其ノ權利義務ノ內容ニ付キ合意ヲ爲シテ之ヲ定メ以テ裁判所ノ判決其ノモノニ代フルモノトス是レ猶ホ判決カ當事者間ノ權利義務ヲ確定スルモ私法上ノ法律行爲ヲ爲ササルカ

如シ而シテ和解ニ在リテハ裁判所カ判決ノ内容ヲ定ムルカ如ク當事者カ其ノ内容ヲ定ムルナリ而シテ其ノ内容カ如何ナルモノタルヘキカハ判決ニ於テ之ヲ問ハサルト均シク和解ニ於テモ之ヲ問フモノニ非ス而シテ和解ハ實體上ノ請求ニ付テノミナラス訴訟上ノ中間ノ爭ニ付テモ之ヲ爲スヲ得ヘク判決ニ終局判決、一部判決又ハ中間判決アルト均シク一部和解(Teilvergleich)中間和解(Zwischenvergleich)アルコトヲ豫想シ得ヘシ要スルニ和解ハ裁判所ノ判斷ニ代ヘテ當事者カ其ノ内容ヲ定メ形式カ判決ト同一ニシテ判決ノ代用ヲ爲スカ爲ニ爲サルルモノニシテ之ニ因リ訴訟ノ終結スルハ當然ノ事ナリト爲スナリ Paul(Vergleich S. 43 f.) Bülow (Geständnis-recht S. 75 Anm. 2) ノ見解即チ是ナリ而シテ我國ニテハ雉本博士(京法第六卷第四號五九七頁)ノ主張セラルル所ナリ

然レトモ訴訟上ニ於テ當事者相互ノ關係ニ於テ私法上ノ和解契約ノ成立スルコトハ毫モ之ヲ妨クルモノニ非ス當事者ノ意思ハ寧ロ法廷ニ於テ私法上ノ和解契約ヲ成スニ在テ判決代用ノ權利義務ノ内容ヲ定ムルニ在リト謂フヘカラス和解ニ判決代用ノ效果ヲ與フルハ法律ノ力ニシテ當事者ノ意思效果ニ非スト謂フ

ヘシ殊ニ法文ニ和解ノ文字ヲ用キタルハ民法上ノ和解ト同一觀念ニ於テ使用シタルモノト見ルヲ正當トスルカ故ニ予輩ハ之ヲ採ラス

(3) 兩行爲併合說　本說ニ在リテハ私法上ノ和解契約ノ外訴訟法上ノ和解存在スト爲ス其ノ訴訟法上ノ和解トハ即チ訴訟終了ニ關スル合意(Vereinbarung der Prozessbeendigung)ナリトス而シテ訴訟終了ノ合意ノミ存シ私法上ノ和解ノ伴ハサル場合アリ得ヘシ例ヘハ當事者間ニ於テ單ニ訴訟終了ノ合意ヲ爲シ訴訟物ニ關シテハ仲裁人ノ判斷ニ委シテ之ヲ決セムト合意シ又ハ訴訟物ノ裁決ハ更ニ將來ノ懸案ト爲サムトシ又ハ裁判外ニ於テ和解成立シ訴訟物ニ付テノ爭ヲ絕チタルモ之ヲ裁判所ニ報告セス從テ訴訟上ニ於テハ單ニ訴訟終了ノ合意即チ訴訟法上ノ和解ノミ成立スル場合アリ得ヘシトナス而シテ私法上ノ和解ニ付テハ其ノ方式、内容、效力殊ニ其ノ處分權限、無效及ヒ取消ハ民法ニ依リテ之ヲ定ムヘク訴訟法上ノ和解ノ方式、内容、能力、代理權限、效力及無效ハ訴訟法ニ依リテ定ムヘシト爲スハ是レ Hellwig(System I. 695 f.)ノ主張スル所ノ見解ニシテ我國ニテハ山田博士ノ贊成セラルル所ナリ(山田博士判例批評民事訴訟法第一卷一五〇頁、三九九頁)(註)

(註) 尤モ山田博士ハ本說ニ名クルニ二行爲ノ競合アルモノトシ二行爲競合說トナセトモ二行爲カ併存スルモノナルカ故ニ予輩ハ之ニ名ケテ兩行爲併合說ト云ヘリ

然レトモ訴訟上ニ於テ有效ニ私法上ノ和解成立スルトキハ訴訟ノ終了ニ關シ當事者カ特ニ合意ヲ爲サストモ訴訟ハ當然終了スルモノニシテ訴訟ノ終了ニ關シ明示若ハ默示ニ特別ノ合意ヲ爲スヲ必要トスルハ事實ヲ誣フルモノナリ殊ニ我現行法トシテハ訴ノ取下ハ口頭辯論終結後ニ在リテハ被告ノ承諾アルモ之ヲ爲スコトヲ得ス(第一九八條)故ニ縱令訴訟終了ノ合意ヲ爲スモ訴訟ヲ終了セシムルコトヲ得ス何トナレハ當事者ハ訴ノ取下ハ合意ニ依ルモ之ヲ行フヘカラストセハ訴訟終了ノ合意ノミニ依リテ即チ訴訟物ニ付テハ和解ヲ爲サス單ニ訴訟ノ終了ノミニ關スル和解ヲ爲シテ以テ訴取下ト同一ノ目的ヲ達スルヲ得ヘケレハナリ斯ノ如キハ即チ口頭辯論終結後ニ於ケル訴取下ヲ禁シタル現行法ノ趣旨ニ副ハサルモノト謂フヘシ故ニ予輩ハ本說ヲ採ラス

(4) 行爲競合說　訴訟上ノ和解ヲ以テ私法上ノ和解契約ナルト同時ニ訴訟行爲ナリトスル說ハ獨逸ニ於テモ Gaupp-Stein (CPO 10 Aufl. § 794 II) Sauffert (CPO 11 Aufl. §794 Nr. 21) Wach (Handbuch

S. 577) Lehmann (Prozessvergleich S. 116f.) Weismann (Lehrb. I § 33 III S. 104) 等大多數ノ學者ハ此ノ見解ヲ採リ我國ニテハ大審院判例及ヒ仁井田博士(京法第三卷第三號四五頁以下)ハ此ノ見解ヲ襲ヘリ而シテ予輩モ亦此ノ見解ニ贊成スル者ナリ然レトモ何故ニ予輩カ此ノ見解ヲ呼フニ行爲競合說ナル名稱ヲ以テスルカ是レ予輩カ獨逸ノ多數學者ト同シク此ノ見解ヲ採ルニ拘ラス其ノ構成(Konstruktion)ニ付キ從來ノ學者ト多少其ノ見解ヲ異ニスルモノアルカ故ニ外ナラサルナリ

予輩ノ見ル所ヲ以テスレハ訴訟上ノ和解ハ言フマテモナク訴訟上ニ於テ爲サルルモノニシテ從テ當事者カ口頭辯論ニ於テ先ツ和解ノ申立ヲ爲シ和解ノ內容ニ付キ申述ヲ爲スハ總テ皆訴訟行爲(Prozesshandlung)トシテ之ヲ爲スモノタリ從テ裁判所ニ對スル關係ニ於テ當事者ノ申述ハ總テ訴訟行爲タリ殊ニ當該訴訟ニ對スル關係ニ於テ然リトス從テ此ノ方面ニ於テハ其ノ申述ニ付キ總テ訴訟法ノ適用ヲ受クルモノトス

然レトモ其ノ同一ノ申述カ當事者相互ノ關係ニ於テハ私法上ノ意思表示トシテ私法上ノ契約ヲ爲スモノトス即チ裁判所ニ對スル申述ナレトモ同時ニ相手方

ニ對スル意思表示ヲ爲シ茲ニ私法上ノ見地ニ於テ私法上ノ契約成立スルモノトス從テ此方面ニ於テ民法ノ適用ヲ受ク故ニ同一ノ行爲ニシテ一方裁判所ニ對スル關係上訴訟行爲ヲ爲シ他方相手方ニ對スル關係上私法上ノ法律行爲ヲ爲スモノトス是レ恰モ官吏カ其ノ職務上ノ行爲トシテ請負人又ハ勞務者トノ間ニ請負契約又ハ雇傭契約ヲ締結スル場合ノ如シ其ノ請負契約又ハ雇傭契約其ノモノハ私法上ノ契約トシテ民法ノ適用ヲ受ク ト雖モ而カモ官吏ノ權限ヨリ之ヲ見レハ皆職務上ノ行爲タリ此ノ方面ニ於テハ其ノ職務權限ニ付キ公法上ノ支配ヲ受クヘキモノトス

又同一ノ行爲ニ因リ一方ニ於テ契約違反ナルト同時ニ他方ニ於テ不法行爲成立スル場合アリ此ノ場合ニ於テ學者ハ契約不履行ニ基ク損害賠償請求權ト不法行爲ニ基ク損害賠償請求權トノ競合アリト解ス即チ請求權ノ競合アリトス然レトモ二重ノ損害賠償ヲ併存シ請求シ得ルニアラス一方ノ請求權ヲ行使シテ以テ其ノ損害ノ賠償ヲ得ルトキハ其ノ程度ニ於テ他ノ請求權ハ自ラ消滅スルニ至ルモノトス此ノ場合ニ二重ニ損害賠償ヲ請求シ得ルニ非スシテ兩法規ノ適用上學者カ之ニ名ケテ同一ノ行爲ニ因ル請求權ノ競合アリト爲スニ過キサルナリ然ルニ訴訟上ノ和解ニ付テモ略ホ之レト同樣ニシテ訴訟行爲トシテ當事者間ニ和解カ爲サルルモノナルカ故ニ二箇ノ行爲カ併存スルニ非ス同一ノ行爲カ裁判所ニ對スル關係上訴訟行爲ニシテ當事者相互ノ關係上私法上ノ和解契約成立スルモノトス故ニ同一ノ行爲カ訴訟行爲トシ將タ私法行爲トシテ競合スルモノトス故ニ予ハ本說ニ名クルニ行爲競合說ヲ以テシタルモノトス(註)

(註)　契約上ノ請求權ト不法行爲ノ請求權ノ競合ニ付テハ拙著海法研究第二卷三五七頁以下參照尙ホ請求權ノ競合ニ付テモ或ハ學者ハ之ヲ請求權ノ競合(Anspruchskonkurrenz)ト稱スヘカラストシ法規ノ競合(Gesetzeskonkurrenz)ト稱スヘキモノナリト說ク者アリ若シ此ノ說ニ依レハ訴訟上ノ和解ニ付テモ本說ニ名クルニ法規競合說ヲ以テスルヲ妥當トスヘキカ如シト雖モ而カモ同一ノ行爲カ兩面ニ對スル關係上或ハ訴訟行爲タリ或ハ私法行爲タルモノナルカ故ニ行爲競合說ト名クルヲ至當トス

雉本博士(前揭第四號五一頁以下)及ヒ山田博士(前揭四九頁以下)ハ本說ヲ非難シテ同一ノ行爲ニシテ同時ニ訴訟行爲タリ將タ私法行爲タリト云フハ實ハ訴訟行爲ニモ非ス私法行爲ニモ非サル第三種ノ行爲ヲ認ムルモノニシテ不明ナル觀念ナリ而シテ訴訟法

和解ニ因リ訴訟ハ當然終了ス

規ト私法法規トヲ共通適用スルコトハ不能ノ事ニ屬スト論セラル然レトモ訴訟行爲トシテ訴訟法規ヲ適用スルハ當該訴訟ノ關係上即チ當事者對裁判所ノ關係ニ於テ之ヲ爲スモノニシテ又私法行爲トシテ私法法規ヲ適用スヘシトナスハ當該訴訟ニ關係ナク單ニ當事者相互間ノ關係ニ於テノミ訴訟外ノ契約タルト同一ノ見地ニ立チテ私法法規ヲ適用スルモノナルカ故ニ兩法規ノ適用ハ劃然トシテ疑ヲ生スヘクモアラス斯カル非難ハ當タラサルナリ

尤モ當事者間ニ於テ私法上ノ和解ノ外ニ Hellwig 等ノ右(3)說ニ主張スルカ如キ所謂訴訟法上ノ和解カ併合セラレテ存在スルコトハ固ヨリ之ヲ妨ケス是レ私法上ノ和解ニ加フルニ所謂訴訟法上ノ和解カ偶偶併合セラレタリト謂フニ過キスシテ和解成立ノ場合ニ常ニ斯カル狀態ニ在リト謂フヘカラサルナリ

然ラハ(4)說ヲ採ル場合ニ於テ當該訴訟ノ終結ハ如何ニ解說スヘキモノナリヤト謂ヘハ前述シタルカ如ク訴訟法上及私法上共ニ有效ニ成立シ既ニ既判力及執行力ヲ生スルモノトスレハ判決ヲ爲ス必要ナク法律ノ力ニ因リ訴訟ハ當然終了スルモノト解ス敢テ Hellwig 等ノ主張スルカ如キ訴訟終了ニ關ス

ル特別ノ訴訟上ノ和解アルコトヲ要セス是レ和解成立ノ場合ニ於ケル訴訟終了ニ關シ法律ニ特ニ明文ナシト雖第七九條及ヒ第五五九條第三號等ノ規定ノ存スルヨリ見テ之ヲ歸納スルコトヲ得ルモノトス此ノ點ニ付テハ雉本博士(前揭第六卷第八號一二一八頁)ノ說ク所モ亦同說ナリ

〔補遺〕法律評論記者(一四卷六號民訴二五三頁)ハ本稿ニ贊成セリ

四　最後ニ判旨第四點ハ吾人ノ贊成スル所ナリ蓋シ和解カ實體上ノ理由ニ基キ當事者間ニ於テ無效ナルトキハ有效ナル和解カ訴訟上ニ於テ成立セリト謂フコトヲ得ス從テ訴訟ハ終了セス又權利拘束ハ消滅セス斯カル場合ニ於テハ各當事者ハ期日ノ指定ヲ乞ヒ(第一六九條)以テ訴訟ヲ繼續シ判決ニ依リテ訴訟ヲ終結セシムルコトヲ得ヘキナリ即チ本件ノ場合ニ於テモ若シ和解カ土地ヲモ包含スルモノトシテ錯誤ニ因リ無效ニ歸セラルルトキハ(民法第九五條)和解ハ成立セス從テ訴訟ハ終結セス權利拘束亦消滅セサルヲ以テ訴訟ヲ續行シ判決ニ依リテ訴訟ヲ終結セシムルニ至ルヘキナリ(註)

(註)　此點ニ付テハ Gaupp-Stein, CPO 10 Aufl. § 794 II 3 a S. 553; Seuffert, CPO 11 Aufl. § 794 Nr. 2 i k S. 470 ノ

說ク所皆同說ナリ

六七　訴訟上ノ和解ノ無效確認ノ訴、前訴訟ノ追行及ヒ訴取下契約又ハ訴訟終了ノ合意ノ效力

大正十四年四月二十四日（大正十四年（オ）第二七號　和解無效確認請求事件）大審院第二民事部判決（同年度判例集第四卷第五號一九五頁）

〔上告論旨〕（一）上告人（被控訴人、原告）ノ請求原因ノ要旨ハ上告人先代遠藤七郎右衛門ハ大正九年四月二十三日隱居チ爲シ上告人其ノ家督チ相續シタル處七郎右衛門ハ其ノ名ニ於テ爲シタル隱居屆ハ同人ノ意ニ出テス上告人カ恣ニ爲シタルモノナリトシ同人ヨリ上告人ニ對シ隱居無效ノ訴チ山形地方裁判所米澤支部ニ提起シ訴訟中裁判上ノ和解成立シ右訴訟ハ終結チ告ケタリ然レトモ右和解契約ハ遠藤家ノ財產ノ殆ト全部チ擧ケテ之チ隱居者七郎右衛門ノ所有トシ空隱居空相續チ設定セントスルモノニシテ公序良俗ニ反スル無效ノ契約ナリ又和解契約第四項ハ隱居後ノ契約ニ因リ留保財產チ設定シタルモノニシテ民法第九八八條ニ違反スル無效ノ約款ナリ次ニ同契約第八項ハ民事訴訟法ニ於テ其ノ效力チ認メサル訴ノ取下チ爲スヘキコトチ約シタルモノニシテ是亦無效ナリ仍テ右裁判上ノ和解ノ無效確認チ求ムル爲メ本訴ニ及ヒタリ

（二）上告人ノ主張ニシテ認容セラレンカ該和解契約ハ一面民法上契約ノ效力チ失フノミナラス一面訴訟事件終結ノ效力チ失フニ至ル可ク上告人ニ於テハ其ノ無效チ即時ニ確定スヘキ最モ緊急ナル必要アルモノトス然ルニ原裁判所ハ上告人ニ對シ其ノ主張チ證明スヘキ證據ノ提出チ許サス「果シテ被控訴代理人（原告）主張ノ如ク裁判上ノ和解カ無效ナリトスレハ右訴訟ハ其ノ終了スヘキ原因チ失ヒテ未タ終了セサルコトトナリ權利拘束モ亦當初ヨリ消滅セサルニ至ルモノト謂フヘク從テ右和解無效チ主張スル被控訴人ハ自ラ進ンテ期日ノ指定チ申請シ之カ判斷チ求ムヘキモノトス然ルニ被控訴人ハ事茲ニ出テス別訴訟タル本訴チ提起シタルハ法律上即時ニ確定スヘキ何等ノ利益チモ有セサルモノトス云云」ト說示セルハ不當ナリ

〔判決要旨〕裁判上ノ和解ニシテ無效ナルニ於テハ該和解ニ依リテ終了シタル訴訟ハ其ノ終了ノ原因チ失ヒ未タ終了セサルコトトナリ權利拘束モ亦當初ヨリ消滅セサルニ至ルヘキチ以テ當事者ハ其ノ訴訟チ追行スルニ妨ナキコトハ論チ俟タスト雖裁判上ノ和解ノ無效チ主張スル者カ新期日ノ指定チ申請シ前訴訟チ追行セムトスルモ裁判所ニ於テ其ノ無效チ確信スルニ非サル限之チ許容スルコトナカルヘク又之チ許容シテ前訴訟チ追行セシメタリトスルモ裁判所ノ右ノ許否ニ依リテハ未タ以テ直ニ該裁判上ノ和解ニ依リテ生シタル法律關係ノ有效無效チ確定スルコト能ハサル次第ナルチ以テ裁判上ノ和解ニ付無效チ主張セムトスル者カ別訴訟チ提起シテ和解ニ依リテ生シタル法律關係ノ無效ノ確認チ求ムルハ夫自體ニ於テ法律上即時ニ確定スヘキ利益チ有スルモノト解スルチ妨ケサルモノニシテ從テ前訴訟チ追行シ得ル途アルノ一事チ以テ直ニ確認訴訟チ提起スル何等ノ利益ナキモノト速斷スルコトチ得ス

訴訟上ノ和解ノ性質

〔關係法文〕第七九條第一三〇條第一項第一號、第一六九條、第一九八條、第二二一條、第三八一條、第五五九條第三號

一　予輩ハ判旨ニ贊成スル者ナリ由來裁判上ノ和解ノ性質ニ付テハ學說ノ大ニ派ルル所ナリ其ノ學說ノ種類ニ付テハ本稿〔六六〕ニ於テ既ニ詳細ニ之ヲ紹介シタルカ故ニ今重ネテ之ヲ述ヘストハ雖モ予輩ハ訴訟上ノ和解ニ付テハ兩行爲競合說ヲ採ル者ナリ兩行爲競合說トハ我國大審院ノ從來ノ判例ノ採ル所ノ見解ニシテ訴訟上ノ和解ハ私法上ノ和解契約ナルト同時ニ訴訟行爲ナリト爲ス所ノ見解是ナリ予輩カ何故ニ本說ニ名クルニ行爲競合說ナル名稱ヲ以テスルカ其ノ詳細ノ論據及ヒ說明ハ既ニ本稿〔六六〕ニ之ヲ悉クシタルヲ以テ今之ヲ茲ニ述ヘサルモ予輩ノ見ル所ニ依レハ訴訟上ノ和解ハ訴訟上ニ於テ爲サルルモノニシテ裁判所ニ對スル關係ニ於テハ其ノ行爲タルヤ總テ訴訟行爲（Prozesshandlung）タリ然レトモ當事者相互ノ關係ニ於テハ同時ニ私法上ノ和解契約成立スルモノト解スルナリ

上述ノ如ク訴訟上ノ和解ニ於テハ當事者相互間ノ關係ニ於テ私法上ノ和解契約成立スルモノトスレハ本件判旨ニ示スカ如ク當該訴訟ハ終了セス權利拘束モ亦消滅セス從テ當事者ハ期日指定ノ申請ヲ爲シ（第一九條一六）以テ當該訴訟ヲ繼續シ判決ノ確定ニ依リテ其ノ訴訟ヲ終結セシメ得ヘキハ當然ナリトス此ノ趣旨ハ大正十三年八月二日（大正十三年（ク）第三四三號事件）大審院第二民事部判決（判例集三卷一一號四五九頁）ニ於テモ之ヲ是認スル所ニシテ予輩モ亦本稿〔六六〕ノ批評ノ末段ニ於テ之ニ贊成ノ意ヲ表シタル所ナリ（註）

（註）Hellwig (System S. 627 o) モ訴訟上ノ合意カ私法上ノ合意ト併合シテ爲サレタル揚合ニ於テ一方カ無效ナルトキハ統一的ニ爲サレタル他ノ部分モ亦無效視セラル尤モ其ノ無效タルヤ本來ノ效力

約成立スルモノトス從テ其ノ和解契約ニ付テハ總テ民法ノ規定適用セラル故ニ其ノ和解ノ無效ナルヤ否ヤハ民法ニ依リテ定メ得ヘキ所ノモノトス

然リ而シテ本件ニ於ケル和解契約ハ前揭上告論旨ニ論示スルカ如キ理由ニ依リテ之ヲ無效ト見ルヘキモノナリヤ否ヤハ寧ロ民法上ノ問題ニ屬スルカ故ニ之カ論評ハ民法學者ノ研究ニ讓リ本稿トシテハ單ニ訴訟法上ノ問題ニ付キ論明スヘシ

二　訴訟上ノ和解カ無效ナリトスレハ本件判旨ニ示スカ如ク當該訴訟ハ終了セス權利拘束モ亦消滅セス從テ當事者ハ期日指定ノ申請ヲ爲シ（第一九條一六）以テ當該訴訟ヲ繼續シ判決ノ確定ニ依リテ其ノ訴訟ヲ終結セシメ得ヘキハ當然ナリトス此ノ趣旨ハ大正十三年八月二日（大正十三年（ク）第三四三號事件）大審院第二民事部判決（判例集三卷一一號四五九頁）ニ於テモ之ヲ是認スル所ニシテ予輩モ亦本稿〔六六〕ノ批評ノ末段ニ於テ之ニ贊成ノ意ヲ表シタル所ナリ（註）

（註）Hellwig (System S. 627 o) モ訴訟上ノ合意カ私法上ノ合意ト併合シテ爲サレタル揚合ニ於テ一方カ無效ナルトキハ統一的ニ爲サレタル他ノ部分モ亦無效視セラル尤モ其ノ無效タルヤ本來

無效タルト取消ニ依リ無效トナルトヲ問ハス從テ前訴訟ハ進行セシムヘキモノナリト說ケリ

山田博士ノ見解

近時山田博士ハ訴訟上ノ和解ノ性質ニ關シ左ノ如キ說明ヲ與ヘ訴訟上ニ於テ爲サレタル和解カ私法法規ニ依リ或ハ無效タリ或ハ取消變更セラルルコトアルハ私法上ノ和解ナリ其ノ取消變更ハ和解ノ既判力又ハ和解ニ依リ訴訟ノ終了ヲ來シタル效力ニ何等關係スル所ナシトシ私法上和解無效トナルモ訴訟終了シ權利拘束モ亦消滅シ當該訴訟ハ續行スルニ由ナシト說ケリ(法學論叢一四卷四號一三三頁以下)

吾人ハ實體法上ノ內容ヲ有スル裁判上ノ和解ノ存スル場合ニ於テハ實體法上ノ內容(此點既判力ヲ生ス)ヲ有スル裁判上ノ和解訴訟ヲ終了セシムル效力ヲ有ス)ト同一實體法上ノ內容ヲ有スル私法上ノ和解トカ競合スルモノナリト解スルモノニシテ私法法規ニ依リ或ハ無效タリ或ハ取消變更セラルルコトアルハ右私法上ノ和解ナリ其ノ取消變更ハ裁判上ノ和解ノ執行力ニ影響ヲ及ホスヘキモ(第五四五條第二項參照)和解ノ既判力又ハ和解ニ依リ訴訟ノ終了ヲ來シタル效力ニハ何等關係スル所ナシ吾人ハ實體法上ノ內容ヲ有スル和解ノ場合ニ於テ二行爲(私法行爲訴訟行爲競合ヲ云フハ其ノ內容實體法上ノ內容)ヲ一ニスル點ニ於テ共通ナル部分ノ存スルカ爲メナリ恰モ刑法犯罪行爲ヲ構成スヘキ法律事實ヲ爲ス一行爲カ同時ニ民法上ノ法律事實トシテハ不法行爲ニ該當スヘキ場合ニ於テ刑法上犯罪行爲タラサルカ爲メ直ヲニ民法上ニ於テモ不法行爲ヲ構成スルコトナシト云フヲ得サルト同樣裁判上ノ和解ニ在リテモ其ノ實體法上ノ內容ヲ有スル點カ私法法規ニ從ヒ取消シ得ヘキ場合ニ於テモ其取消シ得ヘキモノハ私法行爲トシテノ和解ナリ同一內容ヲ有スルモ訴訟行爲タル和解トシテハ私法法規ニ從ヒ取消變更セラルヘキニ非ス和解ノ既判力即チ其ノ訴訟法上ノ效力カ實體法見解ナリ判旨カ實體法上ノ內容ヲ有スル部分ノ無效(實體法ノ規定ニ從フ無效)カ和解ノ全部ヲ無效タラシムル場合ニハ訴ノ權利拘束ハ尙存續セルモノナリトナスハ加藤博士モ亦贊同セラルル所ナリト雖モ吾人ハ不幸ニシテ了解ニ苦シム所ナリ

右山田博士ノ見解ニ依レハ實體法上ノ內容ヲ有スル裁判上ノ和解ニ於テハ實體法上ノ內容ヲ有スル私法行爲トシテノ和解ト同一內容ヲ有スル訴訟行爲トシテノ和解トカ競合シテ存在スルモノトセラルル而シテ私法行爲トシテノ和解カ或ハ無效タリ或ハ取消變更セラルルモ訴訟行爲トシテノ和解ニハ影響ナク從テ既判力及ヒ訴訟ノ終了ニハ關係ナシト說明セラルル仍テ訴訟上ノ和解一旦成立スルトキハ縱令私法行爲トシテノ和解ハ無效ナリトスルモ其ノ和解タルヤ既判力ヲ生シ且ツ訴訟ハ既ニ終了シ權利拘束モ亦消滅セリト解セラルルナリ(註)

(註)尙ホ山田博士ノ訴訟上ノ和解ニ關スル見解ハ同博士著判例批評民訴法第一卷一五〇頁三九頁四〇一頁參照

六七　訴訟上ノ和解ノ無效確認ノ訴前訴訟ノ追行及ヒ訴取下契約又ハ訴訟終了ノ合意ノ效力

和解無效ナレハ訴訟終了セス

予輩ハ訴訟上ノ和解カ有效ニ成立スルトキハ既判力ヲ生スルモノナルコトニ付テハ博士ト其ノ見ヲ同クスル者ナルモ和解カ實體法上ノ見地ヨリ見テ當事者間ニ於ケル無效ノ契約ナルトキハ和解ハ有效ニ成立シタルモノニ非ス從テ既判力ヲ生スル能ハサルコトヲ信スル者ナリ是レ尚ホ無效ノ判決カ既判力ヲ生スルコト無キカ如キナリ既ニ既判力ヲ生スルコト無シトスレハ訴訟モ亦終了セサルコト明カナリ何トナレハ吾人ノ見ル所ニ依レハ和解カ有效ニ成立シ既判力及ヒ執行力ヲ生スルトキハ訴訟ヲ追行シ確定判決ヲ得ル必要ナキヲ以テ訴訟ハ法律上當然終了シタリト見ルヲ正當トスルモ若シ和解カ無效ニシテ既判力及ヒ執行力ヲ生スルコト無シトスレハ訴訟ハ決シテ終了セシムヘキモノニ非サルハ明白ノ事理ナルヲ以テナリ

山田博士ノ見解ニ依レハ私法行爲トシテノ和解ノ和解有效ナルカ故ニ既判力ハ依然其ノ效力ヲ存スト爲スカ如クナルモ若シ斯ノ如クナルトキハ和解ノ無效ヲ主張スル當事者即チ本件ノ場合ニ在リテハ原告ク相續人ノ權利ノ保護及ヒ救濟ハ如何ニシテ之ヲ達スルコトヲ得ヘキヤ博士ノ見解ハ既判力存スルモ仍ホ執行異議ニ依リテ救濟ヲ與ヘムト思惟セラルルカ如クナルモ第五四五條第二項ニ依ル救濟ハ債務名義成立後即チ和解成立後和解カ取消サレタル場合ニハ或ハ其ノ準用ヲ見ルヘキモ(○第五六條)和解カ始メヨリ根柢的ニ無效ナル場合ニハ其ノ準用無キハ明カナリ是レ尚ホ判決カ全然無效ナル場合ニ第五四五條ノ適用ナキカ如キナリ要スルニ私法行爲トシテノ和解無效ナル場合ニ於テ仍ホ其ノ和解カ既判力ヲ有スルモノナリトスレハ和解ノ無效ヲ主張スル當事者ノ保護ハ如何ニシテ之ヲ爲スヘキヤ其ノ說明ニ困難ヲ感セサルヲ得サルナリ故ニ予輩ハ當事者間ニ於テ和解契約無效ナルトキハ和解ハ既判力ヲ生セス從テ訴訟終了セス權利拘束亦消滅セスシテ當事者ハ辯論期日ノ指定ヲ乞ヒ以テ訴訟ノ進行ヲ爲シ得ヘシトナス前揭大正十三年八月二日ノ判決及ヒ本件判旨ノ趣旨ニ贊成セサルヲ得サルナリ(註)

(註)判決無效ナル場合ニ於テ既判力執行力又ハ創設力ヲ生セサルコトニ付テハ雉本博士モ豫テ論セラルル所ナリ(穗積先生還曆祝賀論文集所載雉本博士論文「裁判ノ無效」六五頁)

三　然リ而シテ當事者カ訴訟終了セス權利拘束亦消滅セスシテ期日指定ノ申

和解無效確認ノ訴

請ヲ爲シタル場合ニ於テハ裁判所ハ自由ノ裁量ニ依リ期日指定ヲ爲スヘキヤ否ヤヲ決スヘシト雖モ判旨ニ說示スル如ク和解ノ無效ナルコトヲ確信セサル限リ期日指定ノ申立ハ之ヲ却下スヘキナリ縱令ヒ之ヲ却下セスシテ前訴訟ヲ續行シ得タリトスルモ判旨ニ說示スル如ク該訴訟ニ於テ一旦形式上成立シタル和解ノ無效ヲ確認セシムルコトヲ得サルヤ論無キナリ故ニ和解無效確認ノ爲メニ前訴訟ト離レテ別訴訟ヲ以テ新訴ヲ提起シ得トナス判旨後段ノ說明ハ其ノ當ヲ得タルモノト謂フヘキナリ(註)

訴取下契約ノ效力

(註)　辯論續行ノ爲メノ期日指定ヲ乞ヒタル場合ニ之ヲ許スヘキヤ否ヤハ裁判所ノ自由ナル裁量(das freie Ermessen des Gerichts)ニ依ルコトハ學說ノ認ムル所ナリ(Gaupp-Stein 10 Aufl. § 228 III S. 533)尙ホ確認ノ訴ニ要スル法律上ノ利益ニ付テハ本稿(五八)ヲ參照スヘシ

四　終リニ本件ニ於ケル和解契約カ民法上果シテ無效ナリヤ否ヤニ付キテハ民法學者ノ研究ニ讓ラムト欲スルモ唯和解ノ一約款トシテ繫屬セル當該訴訟ノ取下ヲ約束スルモ其ノ取下契約ハ上告論者ノ主張ノ如ク果シテ無效ナリヤ否ヤニ付キ研究スル所アラント欲ス

予輩ハ訴ノ取下契約カ裁判外ニ於テ爲サレタルモノトシテ一般的ニ之ヲ考察スルトキハ上告論者ト共ニ公權ノ處分ヲ爲ス意味ニ於テハ其ノ無效ナルヲ信スル者ナリ蓋シ判決請求權ハ强制執行請求權又ハ破產申立權ト同シク公權タリ然ルニ取下契約ハ即チ其ノ公權ノ處分ヲ私法上ノ契約ニ於テ之ヲ爲スコトヲ約スルモノナルカ故ニ無效ナリト謂ハサルヲ得ス尤モ其ノ取下契約ナルモノノ意味カ之ニ依リ私權タル請求權ノ拋棄ヲ約スルコトヲ意味スルモノナリトセハ訴訟物其ノモノニ關スル私法上ノ契約ナルカ故ニ有效ナルハ論ヲ竢タス又然ラストスルモ債權者カ自ラ權利行使ノ方法ヲ任意ニ制限シ之ニ反ケハ損害賠償ノ責ニ任スヘシトナス私法上ノ義務ヲ負フモノナリトセハ是亦有效トス然レトモ若シ然ラスシテ公權其ノモノノ處分ヲ私法上ノ契約ノ目的トスルモノナル場合ニ於テハ私法上之ヲ無效ト謂ハサルヲ得サルナリ是レ猶ホ選擧權ノ行使ヲ爲ササルコトヲ當事者間ニ於テ契約スルモ無效ナルカ如キナリ又假リニ訴ノ取下ヲ爲スヘキコトヲ約束スルモ其ノ約束(Versprechen)タルヤ民事ノ訴ニ依リテ之ヲ强制スルコト能ハサルヤ論ナキ所ナルヲ以テナリ(註)

訴訟上ノ和解ノ無效確認ノ訴前訴訟ノ追行及ヒ訴取下契約又ハ訴訟終了ノ合意ノ效力

原告ノ取下ニ對スル被告ノ承諾

原告カ被告ニ對スル取下ノ約束

(註) 訴訟又ハ强制執行ヲ爲サストノ契約ノ效力ニ付テハ本稿(九六)ヲ參照スヘシ

然ラハ裁判外ニ於テ爲サレタル訴取下契約ニ付キ訴訟法上ニ於テ其ノ效力ヲ認ムルコトアリヤ否ヤヲ考察スルニ被告カ原告ノ爲サムトスル訴ノ取下ニ承諾(Einwilligung)ヲ與ヘタルモノトシテ之ヲ考察スルトキハ有效ナリトス蓋シ第一九八條(獨民訴第二七一條)ニ依レハ被告カ本案ニ付口頭辯論ヲ爲シタル後ニ在リテハ被告ノ承諾ナクハ訴ノ取下ヲ爲スコトヲ得スト曰ヘリ然ルニ訴取下契約カ被告方ヨリ取下ヲ承諾シタル意味ニ於テ爲サレタルモノナリトスレハ訴訟法上ノ合意(Vereinbarung)トシテ有效ナリトス即チ原告ハ被告ノ此ノ承諾ニ基キテ自ラ訴ヲ取下クルコトヲ得ルヲ以テナリ

然ルニ之ニ反シテ若シ訴取下契約ノ意味カ原告方ニ於テ訴ヲ取下クルコトヲ被告方ニ對シ裁判外ニ於テ約束セルモノナリトセハ前述ノ如ク公權ノ處分トシテハ私法上ノ契約トシテ無效ナルノミナラス訴訟法上ノ合意トシテモ訴訟法ハ毫モ其ノ效力ヲ認メサルナリ蓋シ訴ノ取下(Zurücknahme der Klage)ハ原告ノ爲スヘキ訴訟行爲ニ屬ス故ニ原告カ取下ヲ爲スコトヲ約束スルモ被告自ラ之カ取下ヲ爲スコトヲ得ス而シテ訴訟法ニ於テハ訴訟取下ヲ强制(zu erzwingen)スル爲メノ訴又ハ强制執行ノ手段ヲ認メサルノミナラス原告ノ爲シタル約束ヲ以テ裁判所ニ對スル取下ノ意示表示(Erklärung)ト看做スコトノ規定ナシ從テ原告ノ裁判外ニ於テ爲シタル取下ノ約束タルヤ私法上及ヒ訴訴法上何等ノ意義ヲ爲ササルモノト謂フヘキナリ換言スレハ無效ナリト謂ハサルヲ得サルナリ(註)

訴訟上ノ和解トシテ爲サルル訴取下ノ合意

(註) 此ノ點ニ付テハ Hellwig, Anspruch S. 162; Derselbe, Lehrb. S. 168 f.; Gaupp-Stein, 10 Aufl. § 271 I S. 632 ヲ參照スヘシ尤モ是等ノ學者ハ予輩ノ如ク被告ノ承諾ト原告ノ約束トニ付キ區別シテ考察スルコトナシト雖モ予輩ハ上述ノ如ク之ヲ區別シテ考察スルヲ至當ト信スルナリ尙ホ訴權、强制執行請求權及ヒ破產申立權ノ拋棄ニ付テハ拙著破產法研究第二卷三二〇頁ヲ參照スヘシ

然ルニ訴取下ノ合意カ裁判上ニ於テ即チ訴訟上ノ和解トシテ爲サルルトキハ予輩ハ右述スル所トハ全然別箇ニ之ヲ觀察セムト欲ス即チ訴訟上ノ和解トシテ訴取下ノ合意カ爲サルル場合ニ於テハ原告カ被告ニ對シテ爲ス所ノ訴取下ノ約束(Versprechen)ハ同時ニ裁判所ニ對スル訴取下ノ表示(Erklärung)ト爲ルモノトス而シテ被告モ亦之ニ對シテ同意ヲ與フルモノナルカ故ニ有效ナル訴ノ取下トシテ

其ノ效力ヲ生スルモノトス

Hellwig (System S. 626) ハ訴訟上ノ和解トシテ訴終了ノ合意 (Vereinbarung der Prozessbeendigung) ハ何時ニテモ有效ニ之ヲ爲スコトヲ得ヘシトナシ其可能ノ根據ヲ獨逸民訴訟法第二七一條ニ之ヲ求メ獨逸法ニテハ訴ノ取下ハ被告ノ同意アレハ何時ニテモ之ヲ爲シ得ルカ故ニ訴訟終了ノ合意モ亦何時ニテモ之ヲ爲シ得ルモノト歸納シ得タルモノナリ然レトモ之ヲ論理的ニ觀察スルトキハ訴ノ取下ハ裁判所ニ對スル原告ノ申立ニ依リテ始メテ之ヲ爲シ得ルモノナルカ故ニ原被告當事者間ニ於テ縱令訴訟終了ノ合意ヲ爲スモ訴訟ハ當然終了スルモノト解スヘキニ非ス其ノ合意ニ基キ原告カ裁判所ニ取下ノ申立ヲ爲シ始メテ取下ノ效力ヲ生シ訴訟ハ終了スルモノト解セサルヲ得ス故ニ Hellwig カ當事者間ニ於ケル訴訟終了ノ合意ニ依リ訴訟カ當然終了スルモノト見ルハ其ノ論考未タ完キヲ得タルモノト謂フコトヲ得サルナリ

殊ニ我民訴法ニ在リテハ縱令被告ノ承諾アルモ第二審以上ニテハ訴ノ取下ヲ許サス(第一九八條)故ニ少クモ我民訴法ノ上ニ於テハ訴取下ノ理論ヨリ推考シテ以テ

要約

訴訟上ノ和解トシテ當事者ハ何時ニテモ訴訟終了ノ合意 (Vereinbarung der Processbeendigung) ヲ爲スコトヲ得ト爲スハ不通ノ論トス故ニ我民訴法ノ上ニ於テハ訴訟上ノ和解ニ依リ訴ノ終了スルハ當事者ノ訴訟終了ノ合意ニ基クト云フ說明ハ Hellwig ノ論法ニ依ルモ第一審ニテハ或ハ可ナルヤモ知レサレトモ第二審以上ニテハ其ノ意義ヲ爲サス故ニ其ノ說明ハ未タ一般的ニ和解ニ因ル訴訟終了ノ說明ト爲ラサルナリ故ニ我民訴法ノ上ニ於テハ訴訟上ノ和解ニ因ル訴訟終了ノ說明ハ當事者ノ合意ニ之ヲ求ムヘキモノニ非スシテ之ヲ他ニ求メサルコトヲ得ス是レ予カ和解ニ因ル訴訟終了ノ根據ヲ和解ニ因ル既判力及ヒ執行力ノ發生ニ之ヲ求メ之ニ因テ以テ法律カ當然訴訟ヲ終了セシムルモノナリト解スル所以ナリ(註)

(註) 此ノ點ニ付テハ本稿ヲ〔六六〕參照スヘシ

以上ノ所說ヲ綜約スルニ訴訟上ノ和解ノ內容トシテ或ハ訴取下ノ合意ヲ爲シ或ハ訴訟終了ノ合意ヲ爲スモ之ヲ私法上ノ契約トシテ見ルトキハ或ハ私權ノ拋棄、期限ノ猶豫ヲ約シ或ハ權利行使ノ方法ヲ任意ニ制限シ之ニ反ケハ損害賠償ノ責ニ任スル旨ヲ約シタルモノト見レハ有效ナルモ公權ノ處分トシテハ無效トス

之ヲ訴訟上ノ合意トシテ見ル場合ニ於テ其ノ效力ハ左ノ如ク區別シテ觀察スルコトヲ要ス

(1) 被告カ原告ノ行ハントスル訴ノ取下ニ合意(Einwilligung)ヲ與ヘタルモノトシテ見ルトキハ有效トス然レトモ其ノ合意ハ第一審ニ限リ有效トス第二審以上ニテハ訴ノ取下ヲ許ササルカ故ニ其ノ意義ヲ成サス

〔補遺〕大正一四年(オ)第三八三號預金返還請求事件大正一五年二月一日民事聯合部判決ニ於テハ訴訟休止一年トナルモ控訴審ニテハ控訴ノ取下トナリ訴ノ取下トナラスト判示セリ(判例集第五卷第一號五一頁參照)

(2) 原告カ單ニ被告ニ對シ訴ノ取下ヲ爲スコトヲ約束(Versprechen)シタルモノト見ルトキハ公權ノ處分トシテハ無效トス何トナレハ訴ノ取下ハ原告ノ爲スヘキ行爲ニシテ被告カ此ノ約束ニ基キ訴ヲ取下クルコト能ハサルハ勿論原告ハ此ノ約束ニ依リ訴訟法上何等ノ强制ヲ受クルコト無ケレハナリ

然リ而シテ凡ソ合意ハ之ヲ無效ニ解スヘキヲ至當トスルカ故ニ訴訟上ノ和解ニ於ケル訴訟取下ノ合意又ハ訴訟終了ノ合意ハ寧ロ此ノ意義ニ解スヘキモノニ非サルナリ然ルニ上告論者ノ本件ニ於ケル取下契約ノ無效ノ主張ハ畢竟此ノ意義ニ於テスルモノニ外ナラサルモノニシテ予輩ノ贊成スルコト能ハサル所ナリ

(3) 訴訟上ノ和解トシテ訴取下ノ合意又ハ訴訟終了ノ合意ヲ爲シタル場合ニ於テハ原告カ被告ニ對シテ約束スル所ノ訴取下ノ意思表示(Erklärung)ハ同時ニ裁判所ニ對スル訴取下ノ意思表示(Willenserklärung)ト爲ルモノナリ故ニ裁判上ニ於テ此ノ合意アルトキハ原告ハ裁判所ニ對シ訴取下ノ申立ヲ爲シタルモノト解スルヲ得ヘク而シテ被告カ同時ニ之ニ合意ヲ與ヘツツアルモノナルカ故ニ訴ノ取下トシテ其ノ要件ヲ充スモノト謂フヘシ故ニ訴ハ之ニ因リテ終了スルモノト解スヘキナリ然レトモ訴ノ取下又ハ訴訟終了ニ關スル此ノ合意ノ解釋タルヤ現行法ノ下ニ於テハ和解カ第一審ニ於テ爲サレタル場合ニ於テノミ當テ嵌マル解釋ニシテ合意カ第二審以上ニ於テ爲サレタル場合ノ解釋ニ非ス要スルニ現行法ノ下ニ於テ第二審以上ニテ爲ス訴取下ノ合意又ハ訴訟終了ノ合意ハ上告論者ノ主張ノ如ク之ヲ無效ナリト解釋セサルヲ得サルナリ若シ夫レ法律カ此ノ點ニ付キ改正トナリ獨逸民訴法ノ如ク何レノ審級ニテモ汎ク被告ノ合意ノ下ニ訴ノ取下

ヲ爲スコトヲ得ルノ日アルニ至ラハ和解ニ於ケル訴取下又ハ訴訟終了ニ關スル此ノ合意ノ解釋ハ各審級ニ通シテ適用セラレ其ノ合意ハ各審級ニ通シテ有效ナリト解釋セラルルニ至ルヘキナリ

〔補遺〕新民訴法第二三六條ハ第二審以上ニテモ訴ノ取下ヲ許セリ故ニ上述セル所ハ新民事訴訟法ノ下ニ於テハ其ノ結論ヲ變更スル必要アリトス

他ノ約款ノ效力

五　尙ホ一考スヘキハ和解ニ於ケル一約款例ヘハ訴取下ノ約款カ無效ナルトキハ和解全體ノ無效ヲ來スヤ又ハ無效ノ點ヲ除キ他ノ點ハ之ヲ有效視スヘキヤ否ヤノ點是ナリ此ノ問題ハ一般論トシテ之ヲ考察スルトキハ予輩ハ寧ロ當事者ノ意思解釋ノ問題トシテ決スヘキ問題ナリト信ス即チ當事者ニ於テ本來無效ノ點ヲ除キ他ノ部分ヲ以テ尙ホ和解トシテ之ヲ維持スル考ナリシモノトセハ之ヲ有效ト解スヘキナリ若シ然ラサルトキハ全部ノ契約ヲ無效ト解スヘキナリ

然リ而シテ訴取下ノ約款ニ付テノ特別問題トシテ之ヲ考察スルトキハ予輩ハ和解ノ他ノ部分ハ之ヲ有效ナリト解ス蓋シ予輩ノ見解ニ依レハ訴訟物ニ關スル和解ノ本體カ有效ニ成立スルトキハ既判力及ヒ執行力ヲ生シ訴訟終了スルヲ以テ本來訴取下ニ關スル約款ヲ必要トセサリシモノナリ斯ノ如ク本來法律上不必要ノ約款ナルカ故ニ其ノ有效無效ハ以テ和解ノ本體ノ效力ニ影響ヲ與ヘサルモノト解スルヲ以テ正當トナスヘキナリ

六八　闕席判決ニ對スル抗告及再抗告ノ適否

大正十年九月二十六日（大正十年（ク）第二〇〇號不當利得金返還等ノ抗告ノ決定ニ對スル再抗告ノ件）大審院第二民事部決定（二七輯二三卷一五九六頁）

〔決定要旨〕闕席判決ニ對シテハ抗告ヲ爲スコトヲ許サス從テ其抗告ニ付爲シタル決定ニ對シテモ更ニ抗告ヲ爲スコトモ亦之ヲ許サス仍テ本件抗告ハ不適法トシテ之ヲ棄却ス

〔關係法令〕第二五五條、第四五五條、第四五六條

一　予輩ハ判旨ノ前半ニ對シテハ贊成ナルモ後半ニ對シテハ反對スル者ナリ蓋シ闕席判決ニ對シテハ故障ノ申立ヲ爲スヘク抗告ノ申立ヲ爲スヘカラサルコトハ疑ナキ所ナリ故ニ本件判旨ノ前半ノ正當ナルコトハ疑ナキ所ナリ

故ニ本件ニ於テハ東京地方裁判所カ不當利得金返還及ヒ損害賠償請求事件ノ

闕席判決ニ對スル抗告

第一審トシテ闕席判決ヲ爲シ之ニ對シテ東京控訴院ニ抗告ノ申立アリタルトキハ抗告審タル東京控訴院ハ其ノ抗告ヲ不適法ナリトシテ決定ノ形式ヲ以テ之ヲ棄却シタルハ當然ノ事ト謂フヘキナリ

然レトモ右決定ニ對シテ再抗告ヲ爲シタルトキハ其再抗告タルヤ決シテ不適法（unzulässig）ノモノニハ非ス蓋シ再抗告ナルモノハ如何ナル場合ニ之ヲ許スモノナリヤト云フニ新ナル獨立ノ抗告理由ヲ生シタルトキニ之ヲ許スモノタルハ疑ヲ容レス而シテ新ナル獨立理由ノ意義ニ付テハ大審院ノ常時ノ判例トシテ採ル所ノ解釋ニ依レハ左ノ如シ

再抗告ハ適法

新ナル獨立ノ抗告理由トハ抗告裁判所カ不適法トシテ抗告ヲ棄却シ原裁判ト反對ノ裁判ヲ爲シ又ハ裁判所構成ノ規定若クハ重要ノ手續ニ違背シタル裁判ヲ爲シタル場合ヲ謂フ（大正六年十一月五日同年（ク）第三一一號事件大審院第二民事部決定（同年度大判民錄一六九二頁）、大正七年六月二二日同年（ク）第九三號事件大審院第三民事部決定（同年度大判民錄一二一四頁）、大正十年十二月二六日同年（ク）第二一五號事件大審院第二民事部決定（同年度大判民錄二一九四頁）皆同趣旨ナリ）

而シテ右解釋ニ付テハ吾人モ亦之ニ贊成スル所ニシテ其ノ趣旨ハ本稿〔五五〕ニ於テ之ヲ說述シ置ケリ

右述ノ如ク抗告裁判所カ不適法トシテ抗告ヲ棄却シタル決定ニ對シテ再抗告ヲ許スコトハ疑ナキ所ナリ然ルニ本件ニ於テハ當事者ハ第一審ニ於ケル闕席判決ニ對シ東京控訴院ヘ抗告ヲ申立テタルモノニシテ東京控訴院ハ此場合ニ抗告裁判所トシテ抗告ヲ不適法トシテ棄却シタルモノトス故ニ其ノ決定ニ對シテ大審院ヘ再抗告ヲ爲シタルハ毫モ不適法ニハ非ス故ニ大審院カ本件再抗告ヲ以テ不適法トシテ棄却シタルハ其當ヲ得サルモノナリ是レ予カ後半ニハ不贊成ナル所以ナリ

然レトモ闕席判決ニ對シテハ故障ヲ許シ抗告ハ之ヲ許サス故ニ抗告裁判所カ其ノ抗告ヲ不適法トシテ棄却シタルハ正當ニシテ大審院モ亦宜シク原決定ヲ是認シ再抗告ハ理由ナシ（unbegründet）トシテ之ヲ棄却スヘキモノナリトス然ルニ不適法トシテ棄却シタルハ不當ナリ

要之再抗告ハ不適法トシテ之ヲ棄却スルモ將タ又理由ナシトシテ之ヲ棄却スルモ抗告人カ其再抗告ヲ排斥セラルル點ニ於テハ同一ナリト雖モ而カモ理論的考察トシテハ此ノ區別ハ決シテ之ヲ看過スヘキニ非ス何トナレハ不適法トシテ

抗告ヲ棄却シタル場合ニ在リテハ理論トシテ再抗告モ亦許スヘキモノナリト雖モ抗告カ一旦理由ナシトシテ棄却セラルルトキハ最早再抗告ハ之ヲ許スヘキモノニ非サレハナリ

〔補遺〕新民訴法第四一三條ハ決定カ法令ニ違背シタルコトヲ理由トスル場合ニ限リ之ヲ許セリ

違式ノ裁判ニ對スル上訴

二　元來我民事訴訟法ニ規定シタル裁判ニ對スル不服申立ノ方法トシテハ闕席判決ニ對シテハ故障ヲ申立ツヘク故障ヲ許ササル闕席判決ニ對シテハ懈怠ナカリシコトヲ理由トスルトキニ限リ控訴ヲ申立ツヘク決定又ハ命令ニ對シテハ抗告ヲ申立ツヘキモノナリ然ルニ本件ニ在リテハ當事者ハ闕席判決ニ對シテ抗告ヲ申立テタルモノニシテ判然不適法ナル抗告ヲ申立テタルモノノ如シ然レトモ場合ニ依リテハ裁判其モノカ違式ニシテ判決ヲ以テ裁判スヘキ場合ニ決定ノ形式ヲ以テシ對席判決ヲ以テ裁判スヘキ場合ニ闕席判決ヲ以テシ又ハ決定ノ形式ヲ以テ裁判スヘキ場合ニ判決ヲ以テ裁判シタルトキハ何ヲ標準ニ取リ何レノ形式ニ依リテ不服申立ヲ爲スヘキカ疑ナシトセス此ノ問題ニ付テハ予輩曾テ「違式ノ裁判ニ對スル上訴」ト題シ法學協會雜誌上ニ詳論シタルコトアレハ敢テ讀者ノ參照ヲ望ム（大正二年三月法協三一卷第三號一頁以下）（註）

（註）新民訴法第四一一條ニハ決定又ハ命令ヲ以テ裁判ヲ爲スコトヲ得サル事項ニ付決定又ハ命令ヲ爲シタルトキハ當事者ハ之ニ對シテ抗告ヲ爲スコトヲ得トノ規定ヲ置ケリ

當事者ノ眞意ヲ釋明スヘシ

又場合ニ依リテハ當事者ノ不服申立ノ眞意如何カ問題トナルコトアリ即チ當事者ハ表面上ハ抗告ヲ申立ツト云フト雖モ其ノ眞意タルヤ之ニ依リテ單ニ不服申立ノ意思ヲ表示スルニ過キサル場合ナキニ非ス蓋シ法律ノ熟語ニ通曉セサル當事者本人カ訴訟ヲ爲ス場合ニ在リテハ斯カル通弊ナシトセサルナリ例ヘハ控訴若クハ上告ヲ申立ツト曰フヘキ場合ニ汎ク不服申立ト曰ヒ或ハ上訴スト曰ヒ又本件ニ於ケルカ如ク闕席判決ニ對シテ抗告ヲ申立ツト曰ヒタル場合ノ如シ恐ラクハ本件ノ如キ場合ニ在リテモ當事者ノ眞意如何ヲ問ハハ闕席判決ニ對シテ眞ニ抗告スル意思ナク單ニ不服申立ノ意味ヲ以テ抗告ヲ申立ツト稱シタルヤモ知ルヘカラス斯カル場合ニ在リテハ裁判所タルモノハ宜シク釋明權(Fragerecht)ヲ行使シテ當事者ノ眞意如何ヲ確カムヘキモノトス是レ單ニ當事者ニ對シテ親切ナルノミナラス國家ノ訴訟經濟ノ點ヨリ云フモ無益ノ勞力ト費用ト時間トヲ省