獨逸帝國

大審院民事訴訟法判例

第四册

大審院判事
法典調査委員 法律學士 高木豐三君 校閲
法曹會員 法學士 宮田四八君
同 法學士 瀨田忠三郎君 合譯
同 法學士 豐島直通君

法曹會出版

明治二九・四・二一 第

CG3
2781
01

○獨逸帝國大審院民事訴訟法判例第四册

目次

第二編

第四章　地方裁判所第一審ノ訴訟手續

第一節　起訴○客觀的訴訟ノ併合○權利拘束○訴訟脫退○訴ノ變更更正及ヒ取下……一二七三頁
第二節　確定ノ訴……一三七六頁
第三節　反訴……一四一五頁
第四節　妨訴抗辯……一四一七頁
第五節　辯論期日○當事者ノ提供物ヲ調書ニ明確ニスル事……一四五八頁
第六節　當事者提供物ノ提供時期○新事實……一四七三頁

第七節　自由採證○法定證據規則……一四八三頁
第八節　公訟○裁判官ノ法律知識……一五五三頁
第九節　法廷內ノ自白……一五六四頁
第十節　訴訟手續形式ノ欠缺ニ關スル當事者ノ責義務……一五七二頁
第十一節　裁判○決定……一六〇七頁
第十二節　終局判決○一部判決○中間判決……一六二八頁
第十三節　判決ノ事實……一七二四頁
第十四節　裁判理由……一七六三頁
第十五節　欠席判決○故障……一七七九頁
第十六節　證據調ノ總則○證據決定○疏明……一八二五頁
第十七節　法廷外ノ自白……一八四一頁
第十八節　人證……一八五八頁
第十九節　鑑定……一八九四頁
第二十節　書證……一九〇五頁

第一款　書類ノ證據力……一九〇五頁
第二款　書證ニ於ケル手續……一九三四頁
第二十一節　宣誓……一九四三頁

第四章　地方裁判所第一審ノ訴訟手續

第一節　起訴○客觀的訴訟ノ併合○權利拘束○訴訟脫退○訴ノ變更更正○取下

〔第二百二十〕第二審ニ於ケル訴ノ變更却下シタル控訴院判決ニ對シテハ不服ヲ申立ツルヲ得ルヤ否ヤ　其一

（千八百八十年十二月三日判決）

（千八百八十年十二月三日判決）

上告人主張ノ要旨ハ民事訴訟法第四百八十九條（二）ハ第二審ニ於ケル訴ノ變更ニ禁止セリ故ニ同法第二百四十二條（三）ノ規定ハ之ヲ第一審ニ限リ適用スヘキモノトス然ルニ控訴院判決ハ第二審ニ於テ尙ホ之ヲ許シタリ是レ法律違反ニ非ラスシテ何ソヤト云フニ在リ

大審院ハ千八百八十年十二月三日右上告論旨ハ理由ナキモノト判決シタリ其理由左ノ如シ

（一）我第四百十三條ニ當ル
（二）我百九十七條ニ當ル

(三)我第四百八條ニ當ル
(四)我第四百十三條ニ當ル
(五)前(三)ニ同シ
(六)前(四)ニ同シ

理由

民事訴訟法第二百四十二條ニ曰ク訴ノ變更ナシトスル裁判ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得スト此規定ハ地方裁判所ノ手續ニ關スル規定ナリ然レトモ控訴ニ關スル規定中一モ之カ除外例ヲ示サヽルヲ以テ民事訴訟法第四百八十五條(一)ニ依リ控訴ノ手續ニモ尙ホ之ヲ適用スヘキモノトス同法第四百八十九條(二)ニハ訴ノ變更ハ相手方ノ承諾アルトキ雖モ之ヲ許サスト規定セリ然レトモ是レ亦同法第四百八十五條(三)ノ除外例ニ非ラス第四百八十九條(四)ハ其法文ニ明ナルカ如ク唯當事者ニ對スル規定ニ過キス即チ第二審ニ於テ新ナル訴ノ原因ヲ申出ツ之ヲ裁判調書ニ記載セシムル當事者ノ權利ヲ剝奪シタルノミトス此ノ如ク當事者ノ權利ヲ制限スルノ精神ハ既ニ順序立テタル法律關係ヲ維持セントスルニ在リテ控訴院判事カ當事者ノ提出シタルモノヲ調査シ以テ訴ノ變更ナシト確信シタル場合ニハ敢テ本條ヲ適用スル意ノ存在ヲ否定スル裁判ハ第一審ニ於ケルト第二審ニ於ケルトヲ問ハス常ニ民事訴訟法第二百四十二條(五)ニ依リ不服ヲ申立ツルヲ得サルモノト看做サヽルヲ得ス

(七)前(一)ニ同シ

○千八百八十一年二月十五日判決

其二

(千八百八十一年二月十五日判決)

理由

第二審ハ訴ノ變更不可許ノ抗辯ヲ却下シタリ而シテ上告人ハ此點ニ對シ不服ヲ申立タリ其論旨ハ以テ理由アリト看做スヲ得ス抑モ控訴院ハ民事訴訟法第二百四十條(一)ヲ援用シ原告ノ陳述ハ訴ノ變更ノ性質ヲ帶フルモノニ非ラスト宣言シタリ今民事訴訟法第二百四十二條(二)ヲ按スルニ訴ノ變更ナシトスル裁判ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得スト規定セリ而シテ該條ハ第四百八十五條(三)ニ依リ控訴判決ニモ亦適用スヘキモノナルカ故ニ控訴院判事ノ宣言ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得サルハ亦論ヲ俟タサル所ナリ法律ニ於テ斯ノ如キ規定ヲ設クタル所以ノモノ訴ノ變更ノ存否ニ關スル爭ハ可成的速了セシメントシテ此裁判被告ノ敗訴トナル場合ハミニ限リ唯一審ヲ

(一)我第百九十六條ニ當ル
(二)我第百九十七條ニ當ル
(三)我第四百八條ニ當ル

開カントト欲スルニ在リ(帝國議會審査會議事錄五百四十一頁以下)

本件ニ於テ訴ノ變更ナカリシ事ハ明確ナル所ナリ故ニ第二審ノ裁判ヲ以テ民事訴訟法第四百八十九條(四)ニ違反スルモノナリト論スルハ之ヲ至當ト謂フヲ得ス同條違反ハ第二審カ訴ノ變更ニ在ルモノト看做シ之ヲ許シタル場合ニノミニ唱フヘキモノナリ

(四)我第四百十三條ニ當ル

其三

(千八百八十一年三月十一日判決)

○千八百八十一年三月十一日判決

理由

千八百八十年十二月三日ノ大審院判決ニモ説明セル如ク民事訴訟法第二百四十二條ノ規定ハ同法第四百八十五條(一)ニ依リ控訴院ノ裁判ニモ適用スヘキモノトス第二百四十二條(二)ハ訴ノ變更ニ關スル爭訟ヲ可成的短縮スルノ目的ニ出ツ故ニ訴ノ變更ナシト認メタル第一審ノ裁判ハ其地方裁判所タルト區裁判所タルトヲ問ハス(民事訴訟法第四百五十六條(三))凡テ不服ヲ申立ツルコトヲ許ササルナリ若シ不服ノ申立ヲ許シ上級審ニ於テ訴ノ變更アリタルモノ

(一)我第百九十七條ニ當ル
(二)我第四百八條ニ當ル
(三)我第三百七十三條ニ當ル

ト認定セラルルニ於テハ第一審ニ於ケル實質的ノ手續及ヒ裁判ハ全ク無益ニ帰スヘシ抑モ訴ノ變更アルヤ否ヤノ問題ハ寧ロ訴訟法上ノ性質ヲ多ク含ムヲ以テ之ヲ否認スル場合ニ於テ第一審ノ辯論及ヒ證據調ヲ第二審ニ無効ト認メシムルニ充分必要ノ事ト謂フヲ得ス(帝國議會審査會第八十五回議事錄第五百四十一頁以下「ハーン」帝國司法法規資料第二卷第千二頁)又第二百四十二條ニ關スル千八百七十六年十月十九日ノ審査會報告ニ曰ク不要ノ爭訟ヲ避ケント欲スルノ希望ハ遂ニ第一審裁判所カ事實ニ反シテ訴ノ變更ナシト裁判シタル場合ニモ此裁判ニ對シテハ上訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ許サスト定ムルニ至レリト又第二百四十二條ハ控訴審ノ裁判ニ適用スルヲ許サストノ論ハ理由ナキ者ナリ控訴手續ニ於テモ原告ハ新事實ヲ提供スルヲ得(民事訴訟法第四百九十條第一項(四))故ニ第一審ニ於テ新ニ提供セラレタルモノハ訴ヲ變更スルナキヤ否ヤノ問題起ルト同シク控訴院ニ於テモ此問題起ラサルヲ得ス隨テ第一審ニ於テ訴ノ變更ナシトスル裁判ニ付テ不服ヲ申立ツルヲ得サル規定ハ亦控訴審ニ於テモ適用セサルヘカラス苟モ然ラサレ

(四)我第四百十四條第一項ニ當ル

ハ立法者ハ一ヲ重ンシ他ヲ輕スル如キ偏頗ノ法律ヲ設ケタルモノト謂ハサルヘカラス帝國議會審査會ノ議事錄及ヒ報告ニ據ルモ此ノ如キ反對理由ハ一モ掲載セル所ナシ只議事錄報告等ニ第一審裁判所ノ裁判ト云ヘル意ハ只訴ノ變更ナキヤ否ヤノ問題ヲ調査スル第一位ニ在ル裁判所ト云フニ過キス第四百八十五條ニ依リ第二百四十二條ノ原則ヲ控訴院判決ニ擴張適用シ得ルハ既ニ不動ノ說タリ民事訴訟法第四百七十二條乃至第五百六條(五)ノ規定ヲ推究スルニ第二百四十二條ハ第一審ニ限リテ之ヲ控訴院ノ裁判ニ擴張スルコトヲ許サストノ原理ヲ發見スルコト能ハス尤モ第四百八十九條(六)ヲ見ルニ地方裁判所ノ訴訟手續ニノミ適用スヘキ第二百三十五條第二項第三號(七)及ヒ第二百四十一條(八)ハ之ヲ控訴院訴訟手續ニ準用スヘキ限リニ在ラス控訴院ニ於テハ訴ノ變更ハ相手方ノ承諾アルトキト雖モ之ヲ許サスト定メタリ然レトモ是ヲ以テ本問題モ亦然ラサルヘカラスト論スルハ失當タルヲ免レス第四百八十九條ハ被告ト合意シテ訴ヲ變スル原告ノ權能ヲ公益上ノ理由ニ基キ唯第一審ノミニ限定シタルナリ若シ控訴院ニ於テモ相手方ノ承諾ヲ得ル

(五)控訴ノ規定ニ關ス

(六)我第四百十三條ニ當ル

(七)我第百九十五條第二號第三號ニ當ル

(八)我第百九十五條第三號ニ當ル

ニ於テハ訴ノ變更ヲ原告ニ許ストスルトキハ當事者ノ權力ヲ以テ審級進行ノ秩序ヲ紊亂シ事實上訴訟ヲ只一審(第二審)ノミニテ辯論裁判セシムルニ至ルヘシ一般原則ニ違反スル斯ノ如キ當事者ノ約束ヲ有効ナラシメサランカ爲メ第四百八十九條ヲ設ケタルナリ(草案第四百六十六條乃至第四百七十二條理由書第一項「ハーン」民事訴訟法資料第一章第三百五十五頁)本件ノ場合ハ上掲ト全ク其性質ヲ異ニセリ即チ原告ノ申立ヲ以テ被告カ許スヘカラサル訴ノ變更ナリト反對シタルニ依リ控訴院判事之カ裁判ヲ下シ被告ノ異議ヲ却下シタルニ過キス尤モ斯ル裁判ハ或ハ失當タルコトアラン然レトモ之ニ對シテハ第四百八十九條ニ倣ヒ當事者ヨリ上級審ニ不服ヲ申立ツルヲ得ス唯法律ヲ扱フ者ノ錯誤タルノミ而シテ此錯誤ニ付テハ大審院ハ判斷ヲ下ス限リニ在ラス(民事訴訟法第五百十條(九)參照)

(九)我第四百三十三條ニ當ル

〇千八百八十一年二月二十八日判決

(第三百二十一)法律行爲其者ノ取消ヲ求ムル爲メノ訴求ヲ其法律行爲ノ實行ヲ爲ス爲メノ行爲ヲ取消ス事ニ擴張シ得ルヤ否ヤ

第二審ニ於テモ訴ノ申立ヲ擴張スルヲ認許スヘキヤ否ヤ

（千八百八十一年二月二十八日判決）

原告ハ第一被告ニ對シテ確定判決ヲ經タル債權ノ辨濟ヲ得ント欲シ第一被告及ヒ其兄第二被告ニ對シテ提起シタル訴ニ於テ諸種ノ法律行爲ヲ攻擊シタリ第一審ニ於テハ訴ヲ却下スルノ判決ヲ受ケ第二審ニ於テモ控訴棄却ヲ言渡サレタリ然ルニ大審院ハ第二審ノ判決ヲ破毀シ再ヒ辯論及ヒ裁判ヲ爲サシムル爲メ事件ヲ控訴院ニ差戻ス旨判決シタリ今左ニ其必要ノ理由ヲ抄錄セン

理由

千八百九十九年三月三十一日千八百六十七年五月十七日及ヒ千八百七十三年十二月三十日附ノ證書ヲ按スルニ伯爵甲某ハ未婚ニシテ且ツ小兒ヲ有セス依テ其母及ヒ四人ノ兄弟ト合意シテ母ノ占有ニ係ル「フヒダイコムミス」(一)上ニ有スル相續權ハ甲某ニ於テ四人ノ兄弟及ヒ其子孫ノ利益ノ爲メニ之ヲ拋棄スヘシトノ契約ヲ取結ヒタルコト明ナリ、而シテ第一審ニ於ケル訴ノ申立ハ此法律行爲ハ之ヲ遵守スルノ義務ナシト原告ニ對シテ言渡サレシコトヲ求ムト云フニ在リ

千八百七十六年四月十三日母逝去シタルニ付キ伯爵甲某及ヒ其兄タル陸軍大尉乙某ノ二名「フヒダイコムミス」ニ關スル相續權利者ト稱シ宣誓保證ヲ爲シテ以上二名ノ外ニハ之ヲ相續スル同等ノ權利者ナシト申出ヲタリ普國裁判所ハ此保證ニ基キ相續證明書ヲ付與シ又甲某ハ公正證書ヲ以テ權利拋棄ノ場合到來セリト陳述シ而シテ登記判事ハ乙某ノ依頼ニ依リ千八百七十六年八月二日乙某ノ所有權ヲ登記簿ニ登記シタリ

千八百七十六年ニ於テ爲シタル法律行爲ハ之ヲ遵守スル義務ナシト原告ニ對シテ言渡アランコトヲ求ムトノ申立ハ第二審ニ於テ擴張セラレタリ

原告カ取消ノ訴ヲ提起セシ目的ハ原告カ第一被告ニ對シテ千八百七十七年十月二日附ノ爲替ニ依リ確定判決ヲ經タル債權十三萬八千八百二十「マルク」及ヒ其利子ノ辨濟ヲ得ントスルニ在リテ其主張ノ理由ハ左ノ如シ

(一)「フヒダイコムミス」トハ一定ノ家族ノ專有ニ屬シ他人ニ讓渡スコトヲ許ササルト財産ニシテ猶ホ我華族ノ世襲財産ノ如シ

一、取消ヲ求ムル處ノ法律行爲ハ第一被告ノ債權者ヲ害シテ獨リ「フヒダイコムニス」相續人共ノ利益ヲ計ラントスル目的ニ出ツ

二、以上ノ次第ニ依リ此法律行爲ハ虛僞的ニ爲シタルモノニシテ眞實ノ契約ニ非ラス

第一、控訴院ハ訴ノ第一理由ヲ採用シ之ニ基キ被告ノ訴ヲ却下シタル第一審判決ニ對シテ左ノ如ク判定ヲ爲シタリ

一、千八百五十九年ヨリ千八百七十三年マテニ爲シタル法律行爲ハ原因ナキモノナリ

二、後ニ爲シタル法律行爲ハ許スヘカラス

千八百七十九年七月二十一日ノ帝國法第十四條第二項ヲ按スルニ該法施行以前ニ爲シタル法律行爲ニシテ舊法上取消ヲ許サス又ハ極メテ僅少ノ範圍ニ於テノミ之ヲ許ス場合ハ舊法ヲ適用スヘキモノト定メリ故ニ控訴院判事カ千八百五十五年五月九日ノ取消法第九條(虛僞行爲ト雖モ債權者ノ債權成立前ニ爲サレタルモノハ取消ヲ許サス)ヲ適用シタルハ之ヲ至當ト謂ハサルヘカラス是レ千八百五十九年千八百六十七年及ヒ千八百七十三年ノ契約ハ皆第一被告ノ千八百七十七年十月二日ニ爲替ヲ振出シタル以前ニ締結シタルモノナレハナリ

以上ノ理由即チ千八百五十五年五月九日ノ取消法第九條ニ依リ千八百七十三年マテニ爲シタル法律行爲ヲ以テ債權者ヲ害スルニ出テタリトシ以テ其契約義務ノ無効ヲ求ムル訴ハ之ヲ至當ト認ムルヲ得ス隨テ此訴ヲ却下シタル第一審判決ニ對スル控訴モ理由ナキモノト看做ササルヲ得ス

千八百八十六年初メテ爲シタル法律行爲ニ關シ原告ハ第二審ニ於テ更ニ請求ヲ擴張シタリ控訴院判事カ之ヲ以テ許スヘカラサル訴ノ原因變更ト看做シタルハ失當ト謂ハサルヲ得ス「フヒダイコムニス」權利者ノ宣誓付陳述、裁判官ノ相續證明書、第一被告ノ所謂權利拋棄ノ場合到來セリトノ陳述ハ以テ兄弟間ニ相續權ヲ移轉スルニ足ル効果ヲ生スル現象ト看做スニ足ラス此等ノ事ハ之カ前提タル契約アリテ初メテ價値アルノミ若シ之ナクンハ何等ノ効果ヲモ生セス蓋シ此事實ハ舊契約ニ依リテ第二被告ノ得タル「フヒダイコムニス」權利ノナレハナリ

ニス」相續ヲ登記簿ニ登記シテ之ヲ公正ナラシム爲メニ必要欠クヘカラサル條件ヲ明確ナラシムル目的ニ外ナラサルヘシ故ニ上掲契約ノ虚僞締結ヲ以テ云々スルノ點敢テ請求ノ原因ヲ變更シタリト謂フヲ得ス斯ノ如キ請求ノ擴張ハ民事訴訟法第二百四十條第二號(三)ノ認許セル所ナリ同條ニ曰ク訴ノ原因ヲ變更スル所ナク本案又ハ附帶請求ニ付キ訴ノ申立ヲ擴張シ又ハ減縮スルトキハ之ヲ訴ノ變更ト看做サスト

(一)我第百九十六條第二號ニ當ル

(二)我第四百八條ニ當ル

民事訴訟法第四百八十五條(三)ニ據レハ第三編第一章ヲ除ク外第一審ノ訴訟手續ニ關スル規定ハ凡テ之ヲ控訴審ニ適用スルモノトストアリ故ニ此原則ハ第二百四十條ノ規定ニモ適用スルヲ得控訴審ニ於テハ其申立(第四百八十七條(四))ノ範圍内ニ於テハ訴訟ヲ更ニ辯論セシム其新ニ辯論スルヲ得サルハ其申立訴ノ原因ノ範圍外ニ逸出スル場合ノミナリ而シテ訴ノ申立ヲ擴張スルヲ許スハ豈獨リ第一審ニ限ラン第二審ニ於テモ亦然リトス又間接ノ論法ヲ以テ之ヲ研究スルニ若シ法律ノ精神第一審ニ許ス所ヲ第二審ニ許サストスルニ在リトセハ明カニ之カ規定ヲ設クサルヘカラス例ヘハ第二百三十五條第

(四)我第四百十一條ニ當ル

三號(五)ニ依リ第一審ニ許ス訴ノ變更ハ當事者ノ承諾アル場合ト雖モ第四百八十九條(六)ニ依リ尚ホ此變更ヲ禁止セルカ如シ故ニ本件ノ場合ニ之ヲ禁スルノ明示ナキ點ヨリ推ストキハ法律ノ精神ハ之ヲ第二審ニモ許スニ傾向セルヲ知ルニ足ラン

(五)我第百九十五條第三號參照

(六)我第四百十三條ニ當ル

以上ノ如ク申立ノ擴張ヲ許スト雖モ原告ニハ實躰ノ利益隨伴スルコトナシ第二被告ハ千八百七十六年登記簿ニ「フヒダイコムミス」ノ所有權ヲ登記シタルモ之ニ依リ其所有ヲ得タルモノト謂フヘカラス登記上ノ所有者ヨリ任意ヲ以テ之ヲ他ニ移轉スルニハ所有權移轉ノ式即チ移付ノ方式及ヒ登記ノ二條件ヲ施行スルコトヲ要ス(千八百七十二年五月五日ノ法律第一條乃至第三條)尤モ所有權ハ任意ヲ以テ移轉スルノ外方法ナキニ非ラス同法第五條ニ據レハ從來行ハレ來リタル法律ニ依リテモ之ヲ取得スルコトヲ得トアリ從來ノ法律トハ普國普通民法第二卷第四節第二百六條ニシテ同條ニ據ルニ「フヒダイコムミス」ノ所有權ハ舊トノ占有者死亡スルトキ相續人ニ移轉スルモノトス故ニ被告ノ母死亡スルト同時ニ第二被告ハ此所有權ニ充分ノ權利ヲ有ス

ルモノタリ其相續スル種類ノ如何ニ依リテ變更ヲ生スルコトナシ而シテ千八百七十六年ニ於テ爲シタル法律行爲ハ先キニ締結シタル契約ト共ニ其運命ヲ共ニスベキモノタリ是レ控訴ハ之ヲ許スヘカラスト看做スヘキ限リニ在ラスト雖モ之ヲ理由アリト認ムルヲ得サル所以ナリ

第二、第二ノ訴ノ原因ニ付テ原告ハ主張シテ曰ク千八百七十三年十二月三十日締結シタル契約ニ於テ第一被告カ「フヒダイコムミス」ノ相續權ヲ拋棄シ之ヲ其兄ニ移轉ス但第一被告カ其占有ヲ握リ第二被告ハ其收益ヲ延期スト云ヘルコトハ全ク虛僞的ニ結約シタルモノナリト

原告ハ虛僞證明ノ爲メ諸種ノ演述ヲ爲セリ而シテ控訴院判事ハ原告演述ノ事實ハ以テ虛僞契約アリシコトヲ確定スルニ足ルト認定シ且ツ曰ク第三者ハ斯ノ如キ契約ノ無効ナルニ依リ法律ニ認定セラレタル自己ノ利益例ヘハ事物上ニ權利ヲ有スルニ於テハ其無効ヲ理由トシテ自己ノ權利ヲ主張スルコトヲ得事實ノミノ利益ニ依リテ第三者カ訴ヲ起ス權アルハ唯其訴權特別法ニ依リテ特ニ付與セラレ又ハ虛僞者ノ爲ス取消ノ訴ヲ裁判上指示セラレタル場合ノミナリトス而シテ原告ハ本件ニ於テ斯ノ如キ訴權ナキコト明ナルヲ以テ原告ノ控訴ハ之ヲ理由アリト看做スヲ得スト

此見解ハ本院ニ於テ贊同スルヲ得ス千八百五十五年五月九日ノ法律ハ原告ニ其債務者ト第三者ト合意シテ結ヒタル虛僞行爲ノ無効宣言ヲ求ムル訴權ヲ認メリ(同法第七條特ニ又取消スヘキ法律行爲取消ヲ求ムル債權者ノ債權成立以前ニ成立セル場合ニ於テモ尙ホ之ヲ許セリ尤モ(同法第九條)千八百七十九年七月二十一日ノ帝國法ハ單純ナル虛僞行爲ニ對シテ債權者ニ斯ノ如キ訴權アルコトヲ認メス故ニ第十四條ニ依リテモ亦斯ノ如キモノトシテハ舊法ヲ適用スルヲ得ス然レトモ取消ノ訴カ法律上認メラルヽ原則ニ照シテ之ヲ爲シ得ヘキ場合ニハ敢テ之ヲ禁止セラレタルモノト謂フヲ得ス即チ本件ノ場合是テリ普國普通民法第一卷第四節第五十二條ニ曰ク權利及ヒ義務ノ成立スヘキ意思發表ハ嚴格ナラサルヘカラスト又同法第一卷第十一節第七十條ニ曰ク代價ヲ唯虛僞的ニ確定シタル行爲ハ賣買ノ規則ニ依リテ判斷スヘキ限リニ在ラスト此等ノ規定ハ原告ノ利益ト爲ルヘキモノタリ

他人ノ間ニ合意セラレタル虚偽行爲ノ取消ヲ求ムル事ハ何人ニモ之ヲ許スモノニ非ラス之ヲ許スニハ條件トシテ取消ヲ求ムル者之ヲ取消ス事ニ於テ自己ノ利益ヲ有スルコトヲ要ス然レトモ他人特ニ財産處分能力ナキ者若クハ支拂能力ナキ者ニ對シテ確定判決ヲ經タル債權ヲ有スル者ハ亦債務者ノ財産ヨリ其辨濟ヲ要求スルコトヲ得ル權利ヲ有スル者ナリ債務者カ債權者ノ攻擊ヲ避ケント欲シテ財産ヲ第三者ニ虚偽的ニ讓渡ス場合ニ其法律行爲ヲ攻擊スルニハ此權ヲ有スルヲ以テ充分ナリトス又控訴院判事ハ原告ノ申立ニ基キ第一被告ニ對シテ强制執行ヲ行ヒタルニ更ニ得ル所ナカリシ旨ヲ明確ニセリ此事實ハ以テ原告カ本件原告タル資格ヲ基クルニ足レリ控訴院判事ハ訴ヲ許ス條件ヲ大ニ制限シタリ然レトモ是レ法律ニ其根據ヲ有スルモノニ非ラス被告共ノ作成セル證書ハ嚴格ナル契約ノ方式ヲ遵守スルモ其記載スル所ヲ見ルニ第一被告ノ財産ヲ第二被告ニ讓與ストアリテ又同時ニ讓與人ニ所有權ヲ存シ被讓與人ハ一物モ取得スル所ナシトノ約束ヲ爲シタリ故ニ此行爲ハ法律行爲ヲ成サス法律上ハ何等ノ意味モナキモノナリ蓋シ原告ハ普國高等裁判所ノ千八百四十四年十月十四日ノ判決理由ニ認ムル所ヲ主張セントト欲スル者ナリ同判決理由ニ曰ク讓與人ノ債權者ハ偶像的行爲ヲ排除セントト欲シ只左ノ點ニ付テ主張セリト

他方ハ其實自己ノ爲メニ物ヲ占有スルニ在ラスシテ唯債務者ノ身上ニ向テノミ握有者ナリ即チ債務者ノ爲メニ物ヲ己カ權力ノ下ニ歸セシメ居レリ

故ニ高等裁判所ノ意見ハ之ヲ證明シテ其物件債務者ノ所有權ヨリ脫離シタルモノトセス常ニ其所有内ニ在ルモノトシテ之ヲ賣却スルハ各債權者ノ自由ナリト做セルモノヽ如シ是ト同種ノ事件ニ付キ同裁判所ハ亦同意見ヲ發表シタルコトアリ(千八百六十七年七月二十六日ノ判決「ストリートホルスト」「アルヒーフ」第六十七卷第百三十一頁、千八百六十四年十二月十九日ノ判決千八百七十五年五月三十日ノ判決、判決錄第五十四卷第一頁第七十五卷第二十二頁參照)千八百七十九年十二月十三日及ヒ千八百八十年一月十三日大審院判決(「ラサリウ」及ヒ「キュンチェル」講義錄第二十四卷第五百四十六頁及ヒ第千

千八百八十一年四月九日判決

二十二頁)ニモ同原則ヲ採用認可セリ

本件ニ於テ原告ハ假想的虛僞ノ行爲ヲ剖析シテ眞實ノ事實ヲ發見シ以テ其申立ノ執行ヲ行ハント欲スルニ在リ故ニ控訴院判事カ當原告ハ虛僞ヲ原因トシテ訴ヲ起ス資格ナキ者ト認メタルハ普通民法第一卷第四節第五十二條ヲ適用セサル錯誤ノ判決ナリ依テ不服ヲ申立テラレタル判決ハ之ヲ破毀シ上揭ノ訴ノ原因ニ付テ尙ホ辯論ヲ爲サシメ之ニ基キ更ニ裁判ヲ爲サシムル爲メ本件ヲ控訴院ニ差戻スモノトス

(第三百二十二) 民事訴訟法第二百四十二條ニ所謂訴ノ變更ナシトスル裁判ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ストノ範圍如何

(千八百八十一年四月九日判決)

原告ハ第一審ニ於テ訴ヲ却下セラレタルヲ以テ控訴ヲ爲シタリ然ルニ控訴院ニ於ケル其請求ノ原因ハ前審ニ於テ提供シタル所ト少シク異レリ被告ハ之ヲ以テ訴ノ變更ナリト主張シ控訴院ハ然ラスト認定シタリ然レトモ控訴ハ實躰上理由ナキノ故ヲ以テ却下セラレタリ是ニ於テ被告ハ大審院ニ出頭シ上告ハ第一審ニ差戻サラレンコトヲ申立テ其理由トシテ原告ハ控訴審ニ於テハ前審ニ於ケルヨリ異リタル提供ヲ爲シ訴ノ變更ヲ爲シタリ控訴院カ之ヲ以テ尙ホ然ラストシタルハ錯誤ノ裁判ナリ故ニ控訴ハ此點ヲ以テ棄却セラレサルヘカラスト主張シタリ大審院ハ右被告ノ異議ヲ却下スルニ次キノ理由ヲ以テシタリ

理由

前判決事實中ニ揭載セル被上告人ノ異議ニシテ形式法上之ヲ許スヘキニ於テハ先ツ之カ調査ヲ爲サヽルヘカラス是レ控訴カ訴ノ變更ノ爲メ却下セサルヘカラサルニ於テハ控訴判決ノ實躰法上ノ理由ハ之ヲ研究スルノ必要ナキヲ以テナリ然レトモ右ノ異議ハ訴訟法上許スヘキ限リニ在ラス同法第二百四十二條ニ曰ク訴ノ變更ナシトスル裁判ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得スト此規定ニ據リテ之ヲ推究スルニ訴ヲ許ス判決ノ理由中ニ於テ訴ノ

變更ナシト説明ヲ下セルヲ以テ被上告人ハ此理由ニ錯誤アルカ爲メ上訴ヲ以テ之ニ不服ヲ申立テ訴ハ訴ノ變更アリシ爲メ之ヲ却下スト ノ前判決變更ノ裁判ヲ下サレント求ムル權ナキモノナリ

今立法者ノ意思ヲ按スルニ判事ニ於テ訴ノ變更アルヤ否ヤノ問題ニ付キ之ナシト判決スルトキハ裁判ニ依リテ訴ヲ許サルヽト又他ノ理由ニ依リテ之ヲ却下セラルヽトヲ問ハス該問題ハ審査ハ再ヒ之ヲ爲サシメサラントスルニ在リ

帝國議會ノ法律審査會第二讀會議事錄ニ據リテ此規定ヲ設ケタル精神ヲ原ヌルニ同議事錄ニ曰ク訴ノ變更アリトノ主張ヲ否認スル裁判ニ對シテ不服ヲ申立ツルコトヲ禁シタル所以ノモノ若シ之ヲ禁セス上級審ニ於テ訴ノ變更アリト宣言セシムルコトヲ許スニ於テハ第一審ニ於ケル實躰法上ノ辯論及ヒ裁判ハ全ク無益ニ歸スヘキニ由ル(「ハーン」帝國司法々規資料第二卷第千二頁)ト況ンヤ裁判官ハ他ノ理由ニ依リ訴ヲ却下シ原告ハ此理由ノ爲メ判決ニ對シテ上訴ヲ爲ス場合ニ被告ハ該判決ノ維持ヲ求ムル爲メニ前審ニ於テハ訴ノ變更アリタリ故ニ之ヲ以テモ訴ノ却下ヲ言渡サルヘキモノナリト論スルニ於テオヤ益々被上告人ノ主張理由ナキヲ知ルニ足ル

法律規定ノ範圍ハ必シモ其法律規定ニ關スル理由書ノ範圍ヲ以テ標準ト爲スコトヲ得ス立法者ハ法規ヲ設クル當時ニ於テハ只之ヲ最モ多ク適用スヘキ場合ノミヲ豫想スルコト決シテ尠シトセス又之ヲ他ニ適用スルモ敢テ差支ヲ生セサルノミナラス却テ必要ノコトアリ

今本件ノ問題タル第二百四十二條ノ規定其者ニ付テ論センニ立法者ハ此規定ヲ設クルニ當リテ裁判理由ニ關スル原則ニ違フヲ知リテ故ラニ斯ノ如キ除外例ヲ規定シタルモノヽ如シ即チ一般ニ之ヲ論スルトキハ裁判官ノ下シタル裁判ニ對シテ不服ノ申立アル場合ニハ當該裁判ノ法律上ノ理由如何ニ關セス上級裁判官ハ凡テ之ヲ審査スルヲ得否審査セサルヘカラサル義務アルモノトス然ルニ立法者ハ訴ノ變更アルヤ否ヤノ認定ニ關スル場合ノミ判決ニ對シテ不服ヲ申立ツルコトヲ禁シタリ而シテ今斯クノ如キ規定ヲ設ケタル理由ヨリ推スニ茲ニ所謂不服ヲ申立ツルコトヲ得サル裁判トハ少クト

モ當該訴訟ニ向テハ即時確定力ヲ得ヘキ一種特別ノ裁判ニシテ獨リ判決ノミヲ指スニ非ラスシテ凡テノ裁判ヲ意味スルコト明カナリ

以上立法ノ精神ト被告ニ附與スルニ自己ノ利益アル判決ヲ維持スル爲メ訴ノ變更存スルヤ否ヤノ問題ヲ上級審ノ合議ニ附セシムル權能ヲ以テセントスル議論トハ相容レサルモノナリ或ハ曰ク第二百四十二條ニ所謂不服トハ一般ノ意義ニシテ必シモ上訴ニ依リテ申立ツル不服ノミヲ云フニ非ラス裁判ノ不服ナルモノハ不服ヲ申立テラレタル判決ヲ維持スル爲メ防禦的ニ前裁判官ノ裁判ノ當否ヲ爭フ場合ニモ尙ホ之ヲ唱フコトアリト此論ハ敢テ前段ノ説明ト相反スルモノニ非ラス

〔第三百二十三〕 契約成立確定ノ訴ト履行ノ訴トヲ併合スル事并ニ其裁判籍

〔一千八百八十一年十月二十五日判決〕

第二編第一章第四節第二款契約裁判籍ノ下ニ譯載セル千八百八十一年十月二十五日ノ判決ヲ見ルヘシ

〔第三百二十四〕 許スヘカラサル訴ノ併合ニシテ當事者ヨリ何等ノ質責ナキトキハ仍ホ之ヲ許スヘキヤ

〔一千八百八十一年十月二十一日判決〕

第二編第三章第三節辯論主義ノ下ニ譯載セル千八百八十一年十月二十五日ノ判決ヲ見ルヘシ

〔第三百二十五〕 上訴ヲ取下ケタル上告人辯論期日ニ出頭セサルニ依リ被上告人之ニ對シ上告ヲ喪失シタリトノ缺席判決アランコトヲ申立テタリ此申立ハ採用スヘキヤ否ヤ

（千八百八十二年一月十一日）

被告ハ前判決ニ不服ヲ唱ヘ上告ヲ提起シタルニ口頭辯論期日ヲ千八百八十一年十二月二十八日ト定メラレタリ是ヨリ先キ千八百八十一年十二月二十四日附ノ上告取下ニ關スル上告訴訟代理人ノ認證謄本大審院ニ提出セラレタリ千八百八十一年十二月二十八日ノ期日ニ及ヒテハ被上告人ノミ出頭シテ申立ヲ爲シタリ而シテ裁判言渡期日ハ裁判所ノ都合ニ依リ千八百八十二

年一月十一日ニ變更セラレタルニ同期日ニモ又判事ノ一名病氣ノ爲メ他ノ判事ヲ以テ定員ニ充タサヽルヲ得サリシヲ以テ遂ニ判決ヲ合議スル能ハサリシニ依リ更ニ辯論セシムルコトトナレリ但當日モ出頭シタルハ被上告人ノミナリ被上告人ハ被上告人ヨリ期日ニ於テ爲スヘキ申立ニ付テ辯論ヲ爲ス爲メ上告人ヲ新期日ニ呼出シタル事及ヒ前裁判所ノ判決ハ千八百八十一年七月二十九日ニ相手方ノ上告ハ同年八月二十四日送達セラレタルコトヲ證明シ又千八百八十一年十二月二十七日送達セラレタル上告ノ取下狀ヲ提出シタリ尤モ右取下狀ハ千八百八十一年十二月二十四日ノ日附ニシテ大審院ニ提出セル認證謄本ト言語一致セリ而シテ被上告人ノ申立ハ上告人ハ上告ノ上訴方法ヲ喪失シタルモノト見做ス上告審ノ費用ハ上告人ノ負擔タルヘシトノ判決ヲ求ムルニ在リキ大審院ハ欠席判決ヲ以テ右ノ申立通判決ヲ爲シタリ其理由左ノ如シ

理由

前審裁判所ハ上告人ハ其上訴ヲ被上訴人ニ送達シタル十二月二十四日附ノ取下通知書ヲ以テ取下ケタルモノト信認セリ而シテ被上告人モ右ノ取下ヲ以テ其申立ノ理由ト爲セリ故ニ被上告人ノ申立ニ基キ上訴權喪失ヲ言渡スヘキ判決ノ基本ハ取下其者ニシテ上告人カ上告ノ口頭辯論期日ニ出頭セサル狀況ニ在ラサルコト明ナリ

本件ノ如キ訴訟法上ノ事實ニ付テ判決ヲ下ス裁判官ノ位置ハ實躰法ノ係爭法律關係ヲ生スル事實ヲ審理スル場合ト大ニ其趣ヲ異ニスル所アリ

然レトモ訴訟法上ノ事實ニ關シテモ亦當事者ノ一方又ハ他方ノ懈怠ノ結果ヲ主張セシム尤モ裁判官ハ訴訟法上ノ爭ニ付テモ當事者雙方ヨリ其判斷ノ材料タル事實ヲ供述セシメタル上判決スヘキヤ又ハ當事者一方ノミ之ヲ供述セハ足ルヤハ別種ノ問題タリ然レトモ此問題モ懈怠ノ場合現ニ存スルヤ又ハ既ニ存セシヤ否ヤノ問題ヲ解明スルニ當リ主張スルヲ得ヘシ(グルボルト講義錄第二十六卷第六頁以下ニ掲載セル「シュワルベッハ」ノ說參照)上告ハ事實上取下ケラレタルヤ否ヤノ問題當事者間ノ論爭物トナリ口頭辯論ノ目的トナルニハ當事者雙方出頭シ上告人ニ於テ其取下書類ノ眞實ヲ爭フヲ要

ス。

被上告人ノミ出頭セル場合ニハ上告人出頭シタルトキニハ或ハ供述セルナラント想像シ得ル異議ノ如キハ之ヲ辯論セシムルノ必要ナシ裁判官ハ被上告人ノ供述セル事實ニ基キ上訴ハ果シテ取下ケアリタルヤ否ヤヲ裁判スヘキノミ

然レトモ取下ノ結果ニ付テハ亦當事者ノ論爭ヲ生スルコトアリ上告人ノ取下ケヘキ上告ノ費用ニ付テ當事者間ニ別種ノ約定アルトキハ上告人ハ之ヲ主張シ得ヘシ是レ決シテ想像シ得ヘカラサル事ニ非ラス

本件ニ於テハ上告人出頭セサルナリ依テ欠席ノ上告人ニシテ出頭シタル場合ニハ或ハ供述シタラント想像シ得ヘキ異議ハ凡テ之ヲ顧ルノ必要ナク單ニ被上告人ノ申立ニ基キ裁判スヘキモノタリ故ニ其申立ニシテ至當ナルトキハ欠席判決ヲ以テ裁判スヘシ猶ホ原告カ口頭辯論ノ期日ニ出頭セサル被告ニ對シ欠席判決ヲ申立テ其事實上ノ供述ニ依リ之ヲ正當ト認ムル場合ニハ第二百九十六條(一)ニ依リ其申立ニ從テ判決スヘキカ如シ蓋シ此場合ニモ亦

懈怠ノ上告人ニ其結果ヲ課シ欠席判決ヲ下スコト實際上必要ナリトス尤モ本件ノ如キ場合ニ於テハ判決ノ攻擊ヲ爲ス必要屢ゝ起ラスト雖モ又場合ニヨリテハ其必要ナシトセス而シテ今若シ此場合ニ於テ故障ヲ申立ツルコトヲ得ストセハ最上級審ニ於テ下シタル此種ノ判決ハ如何ナル方法ヲ以テスルモ上訴ノ道ナキモノタリ以上ノ論結ハ民事訴訟法ノ主義ト一致スル所ナリ即チ同法ニ據レハ一般ニハ當事者双方ノ口頭辯論ヲ經テ對審判決ヲ下シ欠席判決ハ合式ノ呼出アルニ拘ハラス只當事者一方ノミ出頭シ又ハ辯論シ他ニ對シ欠席判決ノ言渡ヲ求メタル場合ニ之ヲ言渡スモノト定メリ

欠席判決ヲ下スニハ本案口頭辯論若クハ中間訴訟ノ口頭辯論ニ懈怠セル事實ヲ以テ必要條件トス

然レトモ當事者間ニ實躰法上ノ法律關係ニ付テ爭ノ存續スル間ハ其口頭辯論獨リ實躰法上ノ法律關係ノミナラス訴訟法上ノ爭點ニ渉ルヘシ隨テ狀況上欠席判決ヲ下サヽルヘカラサルトキハ亦此點ノ裁判ヲモ共ニ爲スト雖モ訴訟關係唯訴訟法上ノ點ノミ殘リテ當事者ハ唯之ヲ辯論スヘキ場合ニ於テ

ハ何故ニ事件カ他ノ事件ト其形狀ヲ異ニセサルヘカラサルヤハ之ヲ顧ルノ必要ナシ

以上ノ理由ニ依リ本件ハ民事訴訟法第五百二十九條(一)第四百七十六條(二)及ヒ第五百二十條(四)ニ基キ缺席判決ヲ以テ上告人ハ控訴判決ニ對スル上告ヲ喪失シタリト宣言シ上告審ノ訴訟費用ハ其負擔タルヘシト判決スルヲ至當トス

(一)我第四百五十四條ニ當ル
(二)我第三百九十九條ニ當ル
(四)我第四百四十四條ニ當ル

〇千八百八十二年七月四日判決

〔第三百二十六〕 損害賠償ノ訴ニ於テ第一審ニ於テハ防禦組織欠缺ヲ以テ損害ヲ受ケタル原因ト主張シ第二審ニ於テハ防禦組織用ヲ爲サヽリシ爲メ傷害ヲ被ムルニ至リタリト申立テタルトキ訴ノ變更アリタルモノト看做スヘキヤ否ヤ

(千八百八十二年七月四日判決)

原告ハ粉挽蒸氣器械運轉ノ爲メ雇ハレタル者ニシテ千八百七十六年九月八日被告ヨリ粉挽ノ爲メ備ハレ其執業中器械ノ爲メニ左腕ヲ挽キ切ラレタリ依テ原告ハ被告ニ對シ帝國職業條例第百七條ニ基キ損害賠償ノ訴ヲ提起シタリ

原告ノ訴ハ第一審第二審共却下セラレタリ然ルニ大審院ハ之ヲ以テ理由アルモノトシテ更ニ辯論裁判ヲ爲サシムル爲メ本件ヲ前審ニ差戻シタリ其理由左ノ如シ

理由

控訴院ハ曰ク原告ハ第二審ニ於テ損害賠償請求ノ原因ヲ變シ鑑定人甲某ノ演述ニ基キ板臺ト注入口トノ間ニ間隙ヲ置キタルハ帝國職業條例第百七條ニ違背シタルモノナリト云ヘリ是レ法律ノ許サヽル訴ノ變更ナリト然レトモ此認定ハ至當ト認ムルヲ得ス既ニ訴ニ於テ適當ノ防禦組織ナシト云ヒ又ハ其組織欠缺セル爲メ損害ヲ受クタリト稱スルニ於テハ控訴院ニ於テ新ナル提供ヲ爲シ防禦組織ノ無益ナリシコトヲ實ス雖モ訴ハ變更セラレタルニ非ラス適當ノ防禦組織ナシト云フハ全ク防禦組織ノ備ヘナカリシカ又ハ其備アルモ危害ヲ防クニ足ラスト云フニ等シ法律ハ可成的職業者ノ生命

及ヒ健康ヲ保護シ危害ヲ防禦セントスルコトヲ希望セリ故ニ獨リ防禦物ノ全クナキ場合ノミナラス之アルモ實際其用ヲ爲サヽル場合ニハ防禦組織ナキモノト看做セリ又組織欠缺アリシ場合ニハ其危害ノ原因タル器械ノ欠缺ヲ明示スル義務ヲ豫メ被害者ニ課スルヲ得ス危害ノ原因ハ證據提出後初メテ之ヲ明示スルヲ得ルノミ特ニ其危害ヲ受ケタル者ハ器械ノ組織及ヒ之ヲ使用スル際ニ職業者ヲ防禦スルニ必要ナル防禦方法アリシヤ否ヤニ至リテハ正鴻ノ判斷ヲ下スコト難キモノナリ舊普通訴訟法ニ於テモ被害者ハ訴ニ於テ一般ニ適當ナル防禦組織ヲ欠キタルコトヲ主張シ以テ被告ノ過失ニ付テハ一般ノ證明ヲ爲スヲ以テ證明ノ方法ヲ盡シタルモノト認メリ況ンヤ新訴訟法ニ於テ原告カ辯論ノ進行中被告カ職業條例ニ違反セリト信スル點ヲ說明スルニ於テオヤ當然之ヲ許サヽルヘカラス故ニ原告カ第一審ニ於テ未タ辯論終結セサル前ニ被告ハ粉挽器械ニ防禦組織ヲ備ヘサリシ又ハ此備アリタルモ實際其用ヲ爲サヽリシ旨申立テ以テ請求ノ原因ト爲シタルニ於テハ第二審ニ於テモ民事訴訟法第四百八十七條ニ依リ更ニ事件ノ辯論ヲ爲ス

(一)我第四百十一條ニ當ル

ヘキヲ以テ被告カ防禦組織ハアリタルモ其用ヲ爲サスト主張シタルハ敢テ訴ノ變更ト認ムヘキ限リニ非ラス此等ノ主張ヲ爲スハ寧ロ被告ノ權ナリトス

〔第三百二十七〕 被告ノ代理人カ自ラ原告トナル場合ニ訴狀ヲ右代理人タル自己ニ送達シ得ルヤ

一千八百八十二年十月十八日判決

第二編第三章第五節送達ノ部ニ譯載セル千八百八十二年十月十八日ノ判決ヲ見ルヘシ

〔第三百二十八〕 欠缺質責ノ權ヲ拋棄シタル場合ニ權利拘束ノ始マル時期如何

一千八百八十三年四月二十日判決

第二編第二章第三節訴訟代理人ノ部ニ譯載セル千八百八十三年四月二十日ノ判決ヲ見ルヘシ

〔第三百二十九〕 契約不成立確定ノ訴ト契約ノ成立ヲ期シテ給付シタルモノヲ取回スル訴トヲ併合スル事

一千八百八十二年十月十八日判決

一千八百八十三年四月二十日判決

一千八百八十三年五月二日判決

并ニ其裁判籍

第二編第一章第四節第二款契約裁判籍ノ下ニ譯載シタル千八百八十三年五月二日ノ判決ヲ見ルヘシ

〔第三百三十〕民事訴訟法第二百三十條第二號ニ所謂一定ノ申立トハ如何ナル意義ヲ有スルヤ

損害賠償ノ訴ニ於テ其損害ノ額ハ未タ數字ヲ以テ明記セラレサルモ訴狀中ノ記載ニ依リ其高ヲ知ルコト難カラサル場合ニ辯論及ヒ裁判ヲ唯賠償義務丈ニ減縮セラレンコトヲ求ムトノ申請アリタルトキハ之ヲ採用シテ尚ホ本訴ヲ許スヘキヤ否ヤ

(千八百八十三年五月五日判決)

理由

〇千八百八十三年五月五日判決

(一)我第百九十條第三號ニ當ル

本件ハ第一審判決ニ於テハ訴ヲ被告ノ申立ナキニ職權ヲ以テ調査シタリ此訴訟法第二百三十條第二號ニ掲クル一定ノ申立ノ要素ヲ欠キ又同法第二百三十一條(一)ニ所謂確定ノ訴ノ要件ヲ具備セサリシコト明ナリトス原告ノ申立ハ被告敗訴ノ言渡ヲ爲シ且ツ被告ハ原告ニ對シテ凡テノ損害ニ向テ賠償ヲ爲スヘシトノ判決ヲ求ムルニ在リ而シテ原告ノ損害トハ左ノ原因ニ由リテ生シタルモノナリト云フ

第一、綿百二十一「パルレン」ノ交付遲延ニ由リテ生ス

第二、綿七百七十九「パルレン」ヲ他ニ賣却シテ之カ交付ヲ爲サヽリシニ由リテ生ス

又原告ハ上掲ノ申立ニ附加シテ豫メ損害額ノ清算ヲ爲サレンコトヲ求メタリ必竟原告ノ申立ハ訴狀ト共ニ提出シタル三个ノ運送狀ニ基クモノニシテ之ニ據レハ被告ハ運送人トシテ義務ヲ負フ且ツ本狀詳記ノ綿九百「パルレン」ヲレパヴールニ於テ運送狀所持人ニ交付スヘシト記載セリ原告ハ地方裁判

(一)我ニナシ所謂確定ノ訴ニ關スル規定ナリ

所ノ口頭辯論ニ於テ裁判長ノ訊問ニ對シ尙ホ陳述シテ曰ク本訴ハ確定ノ訴ニ非ラスシテ損害賠償ノ訴ナリ故ニ原告ハ本訴ニ於テハ先ツ只損害賠償義務ニ付テ辯論ヲ開カレ且ツ裁判アランコトヲ欲スト控訴審ニ於テハ原告ハ十九萬七千六百五十「マルク」五十六「ペンニヒ」及ヒ千八百八十二年四月三日以降之ニ對スル利子ヲ記シテ提出シ第一審ノ判決ヲ變更シテ被告ハ之ニ從テ支拂ヲ爲スヘシトノ判決ヲ申立テタリ尤モ右損害ノ計算ニ據レハ原告ハ本審ニ於テハ其請求ヲ不渡ノ綿七百七十九「パルレン」ノ價格ニ對スル賠償ニ減縮シタルコトヲ洞察スルニ難カラス

控訴院判事ハ損害賠償ノ原因ニ付テ辯論ヲ爲サシメ且ツ原告ハ其後百二十一「パルレン」ノ綿交付遲延ヨリ生シタル損害即チ第一ニ記載セル請求ヲ拋棄シタルコトヲ確定シテ曰ク原告ハ七百七十九「パルレン」ノ不渡ニ依リ損害ヲ受ケタルコトハ確實ナリ又原告カ被告ニ對シテ請求スル損害賠償ハ右七百七十九「パルレン」ニ付キ或ル方法ヲ以テ確定セラルヘキ價格辨償ヲ意味スルコト明ナリ即チ右ノ量ハ運送狀ニ載スルカルレストンニテ受取リタル九百「パルレン」及ヒレパッールニ於テ交付シタル百二十一「パルレン」ニ依リテ容易ニ計算スヘシト或ハ曰ク民事訴訟法第二百三十條ニ據リテ之ヲ按スルニ右七百七十九「パルレン」ノ價額ハ初メヨリ之ヲ訴狀中ニ明記セサルヘカラス請求ノ原因ニ付テ先決裁判下ル後マテ其記載ヲ爲サヽルハ違法ナルナキカ其價額ハ容易ニ之ヲ計算シ得ヘシト雖モ之ヲ記載セサルニ於テハ原告カ民事訴訟法第二百四十條第二號(三)ニ依リ訴ノ變更ナク訴ノ申立ヲ擴張シ又ハ減縮セントスルニ際シ原告ノ求ムル額ト異ニスル額ヲ以テ原告ノ求ムル額ト看做サレ大ニ其權利ヲ妨害セラルヽ恐アリト夫レ然リ豈ニ其レ然ラン若シ本訴ニシテ不渡ノ七百七十九「パルレン」ノ價額辨償ヲ要求スル訴ナラシメハ論者ト雖モ之カ明記ナキモ尙ホ一定セルモノト看做シテ差支ナカルヘシト曰ン果シテ然ラハ提出ノ運送狀ニ基キ不渡ノ七百七十九「パルレン」ノ交付ニ換ヘテ被告ニ對シ其損害賠償ヲ求ムルノ訴モ亦同一方法ニ據ルヲ許サヽルヘカラス之ヲ異ニセサルヘカラスト稱スル論者ハ兩訴ノ間果シテ如何ナル差異ノ存スルヤ之カ明答ヲ惜ムヘカラス

(三)我第百九十六條第二號ニ當ル

以上ノ論斷ハ民事訴訟法第二百三十條ニ牴觸スル所ナシ同條第二項第二號ニ據レハ凡テ訴ナルモノハ提起シアル請求ノ目的物及ヒ理由ノ一定ノ開示其他一定ノ申立ヲ記載セサルヘカラストアリ茲ニ所謂一定ナル文字ノ意義ニ至リテハ草案理由書ニモ又議事錄ニモ詳解ヲ與ヘス故ニ之ヲ研究スルニハ主トシテ本條ノ規定ノ目的ニ據リテ之ヲ知ルノ外ナシ蓋シ本條ノ目的ハ被告ヲシテ申立ニ依リ原告ハ如何ナル判決ヲ求ムルヤ被告ハ之カ爲メ如何ナル方向ニ於テ之ヲ防禦シ又ハ如何ナル方法ヲ以テ要求者ニ任意ノ辨濟ヲ爲シ其訴訟ヲ除去シ得ルヤヲ知ラシムルニ在リ故ニ訴ノ申立ニ於テハ先ツ其訴ハ單純ノ權利義務確定ヲ求ムルニ在ルヤ將タ給付ノ要求ニ在ルヤヲ一目瞭然タラシメサルヘカラス(「ゾヰフ、ルト」民事訴訟法註釋第二版第二百七十二頁參照)又「ストルックマン」及「コホ」(民事訴訟法註釋第二百三十條註第六)及「ウヰルモスキー」及「レビー」「民事訴訟法註釋第二百三十條參照)ノ如キハ求判的ノ訴ニ於ケル民事訴訟法第二百三十條ニ所謂一定ノ申立トハ原告請求スル物ノ性質容量ヲ知リ得ル事ヲ云フト辯セリ然レトモ其意容量ハ必ス數字ヲ以テ明記セサルヘカラスト云フニ在ラス提起シタル請求ノ目的物及ヒ理由ノ開示ト牽聯シテ其同種類ナルコトニ疑ヲ生セス其額ハ裁判官ノ意見(必要ナル場合ニハ鑑定人ノ補助ヲ以テ)ヲ以テ確定シ得ルモノナレハ足レリトス是レ斯ノ如キ要件具備スル以上ハ被告ニ於テモ其額ヲ計算シ其比例ヲ立ツルコト難キニ非ラサレハナリ故ニ損害及ヒ之ニ類スル請求ニ於テ被告ニ對シテ相當ノ額ヲ支拂フヘシト申立ツル訴願ハ之ヲ許スヘキ限リニ在ラストスル見解(「ゾヰフ、ルト」及ヒ「ストルックマン」及「コホ」參照)ハ之ヲ至當ト認ムルヲ得ス民事訴訟法第二百六十條ニ關スル理由書ヲ見ルニ當事者ハ損害若クハ利益ノ額ニ付テ陳述セサルヘカラス又裁判官ハ之ヲ明瞭ナラシムル爲メ訊問權ヲ行フコトヲ得ト此ニ由テ是ヲ觀レハ額ハ訴ニ於テ記載スルヲ必要トセサルカ如シ又或論者(例ヘハ「ゾヰフ、ルト」)ノ如キハ原告カ選擇權ヲ有スル場合ニハ明カニ其選擇ヲ爲サスシテ單ニ擇一義務ノ給付ヲ以テ其申立ト爲スコトヲ得ト是レ實ニ前論ト全ク矛盾スル說ニシテ若シ之ヲ許ストセハ本件モ亦許サヽルヘカラサル理ナリ(「ユーベル」獨乙民事訴訟法新誌第六卷第百五十

七頁以下參照)。

民事訴訟法第二百三十一條ノ確定ノ訴ニ於テモ第一ノ訴ニ於テハ只被告ハ支拂ノ義務アリトノコトヲ言渡シ其支拂フヘキ額ハ第二ノ訴ニ於テ決セントト欲スル場合ノ如キハ亦前段説明ノ如キ一定ノ申立ヲ以テ充分ナリトス又大審院モ千八百八十二年十二月十三日ノ判決ニ於テ主タル義務履行ト訴ト分離シテ只附隨的ニ從來其不履行ニ依リ生シタル損害ノ賠償ノミヲ求ムル訴ヲ許シタリ本件ニ於テ控訴院判事ハ請求ヲ剖拆シテ曰ク原告ハ先ツ辯論及ヒ裁判ヲ賠償義務ニ限リ次キニ本訴訟ニ於テ尙ホ損害ノ額ヲ裁決セラレンコトヲ求ムル暗默ノ申請ヲ附シテ損害賠償ノ訴ヲ提起シタルモノナリ蓋シ原告ハ裁判所ハ民事訴訟法第二百七十六條(四)ノ分離權ヲ行フヘシト豫定シタルナリ然レトモ當事者ハ之ヲ要求スルノ權ナシト當事者ハ分離權ヲ要求スル權ナキコト亦論ヲ俟タス然レトモ本件ハ斯ノ如キ請求ハ之ヲ許スヘカラサルヤ隨テ本案裁判ヲ爲ス必要ナキヤ否ヤヲ決スルニ在ルヲ以テ此等ノ問題ハ茲ニ研究スヘキ限リニ在ラス控訴院判事ハ曰ク原告ノ損害ヲ受クタ

(四)我第二百二十八條ニ當ル

ルコト甚タ不確實ニシテ原告ハ如何ナル損害ノ賠償ヲ要求スルヤ明ナラス又其損害ノ高ヲ訴狀中ニ記載スル事實ニ基キ數字的ニ知了シ得ルト云フコトモ疑ナキ能ハスト是レ殆ント理由ナキ言ナリ被告欠席ノ場合ト雖モ裁判所ハ民事訴訟法第二百七十六條ノ權ヲ行フニ妨クナカルヘシ隨テ民事訴訟法第二百九十六條(五)ニ依リ欠席判決ヲ以テ被告ハ原告ニ對シ運送狀ニ記スル不渡ノ綿七百七十九「パルレン」ノ價額ヲ商法第六百十二條ニ依リ賠償スヘシト言渡スコトヲ得又右欠席判決ニ故障起ルトキハ之ヲ終了シタル後其請求ノ範圍ニ付テ更ニ期日ヲ定メ辯論ヲ爲サシムルコトヲ得被告出席シテ抗辯モ爲サス豫メ辯論及ヒ裁判ヲ訴ノ原因ニ限ルコトヲ承諾スル場合ニ於テハ其事實認定益容易ナリ本件ノ如キ請求ノ原因既ニ爭アル場合ニハ其原因裁判上ニ於テ確定スルトキ始メテ其額ヲ調査スル必要ヲ生ス又損害賠償要求ニ付テハ損害ハ起訴ノ當時ニ存在スルコト疑ナキ場合ト雖モ此時ヲ以テ其賠償スヘキ損害ノ範圍及ヒ金高ヲ定ムルコト甚タ難シ且ツ夫レ民事訴訟法第二百四十條第二號ニ依レハ原告ニ訴ノ申立ヲ擴張シ又ハ減縮スルコトヲ

(五)我第二百四十八條ニ當ル

〔千八百八十三年七月十三日判決〕

許セリ故ニ若シ本件ノ如キ場合ニ於テ訴ノ申立ハ初メヨリ其額ヲ數字ニ明記シ被告ニ對シテ此額ノ支拂ヲ求ムルニ非ラサレハ違法ナリト云フトキハ右第二百四十條第二號ハ何ノ爲メニ設定セラレタルヤ殆ント之ヲ解スルニ困マサルヲ得サルヘシ之ヲ要スルニ數字ヲ以テ其損害額ヲ明記セスト雖モ之ヲ數字ニ表スルコト敢テ差支ナキ事實上及ヒ法律上ノ基礎記載セラルヽニ於テハ一定ノ申立トシテ充分ナリトス

〔第三百三十一〕期日ノ指定ナキ呼出ハ(民事訴訟法第二百三十條第三百五條第四百七十五條第五百十五條)

事件ヲ第一審ニ拘束スルヤ否ヤ

第二編第三章第六節期日ノ部ニ譯載セル千八百八十三年七月十三日ノ判決ヲ見ルヘシ

〔千八百八十三年十月二十四日判決〕

〔第三百三十二〕契約履行ノ申立ヲ主トシ損害賠償ノ申立ヲ從トシテ起訴シタル辯論中其主タル申立ヲ止メ唯從タル損害賠償ノ申立ノミヲ維持セントスルトキハ訴ヲ却下セサルヘカラサルヤ否ヤ

(千八百八十三年十月二十四日判決)

被告ノ代理人甲某原告ト土地賃貸ノ契約ヲ爲シ原告ノ爲メニ其土地ノ先買權ヲ設定シタルニ被告ハ其後該地ヲ親戚乙某ニ二萬三千五百「マルク」ニテ賣却シタリ是ニ於テ原告ハ被告ニ對シ訴ヲ起シ其先買權ヲ行フ旨正當ノ時ニ陳述シタリト主張シ被告ハ原告ト曾テ取結ヒタル賣買契約ヲ實行シ併テ原告ノ損害ヲ賠償スヘシトノ判決ヲ申立テタリ然ルニ原告ハ第一審ノ口頭辯論ニ際シ申立ヲ變シテ只賣買ヲ實行セサリシ爲メ原告ノ喪失シタル利益ノ賠償ノミニ關スル判決ヲ求メタリ第一審第二審共此申立通裁判ヲ下シタリ」

被告ハ第二審ニ於テ初メテ抗辯ヲ爲シテ曰ク原告ハ契約履行ヲ求ムル主タル申立ヲ止メ從タル利益給付ノ申立ノミ維持シ而シテ其利益ノ清算ハ之ヲ留保セリ故ニ本訴ハ遂ニ確定ノ訴トナレリ確定ノ訴ハ民事訴訟法第二百三十一條(一)ノ要素ヲ具備セサルヘカラス然ルニ原告ノ訴ハ速ニ確定スルニ於テ權利上ノ利害ヲ有スルコトヲ表示セス故ニ本訴ハ違法ト謂ハサルヘカラスト此抗辯ハ控訴院判事ノ棄却スル所トナレリ

大審院ニ於テ被告ハ前判決ヲ攻擊シテ曰ク如何ニ訴ヲ判決スヘキカノ問題ニ向テハ原告ノ維持スル申立ヲ訴ノ原因ト牽聯シテ研究セサルヘカラス舊トノ主タル契約履行ノ訴尙ホ存續スルト只原告ノ維持スル申立ノミニ依リテ其目的ヲ執行スルトニ依リテ訴ノ性質ハ變更セラルヽコトナシト又法律關係ノ成立若クハ不成立ヲ特ニ確定スルコトハ之ヲ認許スヘキヤ否ヤノ問題ニ付テ被告ハ法律關係ノ基礎契約ニ在ルト否トヲ以テ區別ヲ立テントセリ而シテ上告ハ遂ニ左ノ理由ニ依リ棄却セラレタリ

理由

(一)我ニナシ所謂確定ノ訴ニ關スル規定ナリ

控訴院判事ハ被告ニ利益ノ認定ヲ下シテ曰ク原告ハ最初ヨリ清算留保附ノ損害賠償ヲ訴ヘタルニ非ラス故ニ速ニ確定スルニ於テ原告ニ利益アルコトヲ開示セサルハ違法ト謂ハサルヘカラスト此認定ノ可否ハ先キニ本院ノ下シタル判決(千八百八十三年五月五日ノ判決)ニ依リテ既ニ決セラレタルモノナレハ再ヒ茲ニ論究スルノ必要ナシ唯茲ニハ契約ノ履行ヲ目的トセル申立ヲ取下ケ只契約不履行ノ爲メ原告ノ喪失シタル利益ノ賠償ヲ求ムル附隨的ノ申立ノミ維持セラルヽ場合ニモ此認定ヲ至當ト看做スヘキヤ否ヤノ問題ヲ決スヘシ而シテ此問題ハ遂ニ控訴院判事ノ否決スル所トナレリ最モ當ヲ得タルモノト謂フヘシ

控訴院判事ノ說明ニ據レハ原告ハ被告ノ原告ニ對シテ爲スヘキ義務履行ヲ以テ訴訟ノ主タル目的物ト爲シタリ被告ハ土地ヲ再ヒ取戻シ以テ之ヲ原告ニ契約履行ノ爲メ交付スルコト難キニ非ラス故ニ原告カ訴ヲ提起スル當時既ニ土地ノ乙某ニ賣却交付セラレタルコトヲ知リタランニハ契約履行ヲ要求スル權ヲ有シタラン又原告ニ於テ初メヨリ只利益ノ賠償ノミヲ訴求シタ

ランニハ被告ヨリ契約ノ履行ヲ望ムトノ抗辯ヲ爲ス能ハサリシナラント是レ至當ノ言ナリ控訴院判事ハ又認定シテ曰ク契約ヲ履行セサル者アル場合ニ其履行ノミヲ訴フルハ法律ノ認許スル所ナリト雖モ之ト利益給付ノ訴ヲ併合スルハ許スヘキヤ否ヤ法律規定ナシ故ニ原告ハ唯契約履行ノミ訴フル權アリト今原告ニシテ唯其主タル申立ノミ爲シ其他ニ求ムル所ナクンハ被告ニ對シ契約ノ履行ヲ爲スヘシト言渡サレサルヘカラサランシ然レトモ此判決ハ土地ノ既ニ乙某ニ賣却交付セラレタル後ナルヲ以テ之ヲ執行スルモ其効ナカルヘシ(民事訴訟法第六百九十(三)條第七百十二(三)條第七百十三(四)條第七百十五(五)條第七百四十七(六)條第七百七十一(七)條以下參照)故ニ原告カ法律ノ救濟ヲ求メントスルニハ民事訴訟法第七百七十八(八)條ニ基キ契約履行ノ請求ヲ變シテ其違約アリタル爲メ原告ノ喪失シタル利益ノ給付ヲ新訴ノ方法ニ依リ請求スルノ外道ナカルヘシ是レ原告カ第一審訴訟ノ進行中斷然主タル請求ヲ止メ之ニ換ユルニ損害賠償要求ノ申立ヲ爲シタル所以ナリ然レトモ原告ハ其補償ヲ受クヘキ損害(其利益)ノ程度ヲ開示セス寧ロ之カ清算ヲ(第二審ノ訴訟

(二)我第五百四十九條ニ當ル
(三)我第五百六十六條ニ當ル
(四)我第五百六十七條ニ當ル
(五)我第六百十四條ニ當ル
(六)我第六百十六條ニ當ル
(七)我第七百三十一條ニ當ル
(八)我ニナシ同條ニ曰クル損害賠償ヲ要求スル權利ハ本章ノ變更ヲ受クルコトヲ規定ヲ爲ス能ハサル者ノ權利ハ第一審所定ノ債權者ニ受ケタル訴訟ヲ以テ損害賠償ノ請求ヲ主張セサルヲ可カラスト

ニ於テ)留保シタルヲ以テ被告ニハ如何ナル損失ヲモ生セサリシナリ控訴院判事ハ又説明シテ曰ク民事訴訟法第二百三十一條ヲ按スルニ確定ノ訴ヲ起スニハ當該法律關係ヲ速ニ確定スルコトニ於テ原告ノ權利上ノ利害存スルコトヲ表示セサルヘカラス今同條ノ理由書ヲ見ルニ係爭ノ法律關係ノ基礎ヲ確定スル爲メニ主タル訴訟ヲ爲ス前ニ先決訴訟ヲ起スハ原告ノ任意タルヘカラス一ノ訴訟ヲ分チテ斯ノ如キ二訴訟ト爲スハ實ニ不要ノコトナリト云ヘリ故ニ本件ノ場合ニ民事訴訟法第二百三十一條ヲ援用スルハ失當ナリ本件ノ場合ハ其維持シタル申立ニ依リ訴ノ原因ニ付テノ先決裁判ヲ希望スルモノナルヲ以テ第二百三十一條ヲ適用シテ差支ナキカ如シ然レトモ原告カ勝訴ヲ得タル場合ト雖モ第二ノ訴訟ニ於テ其請求ノ額定マルニ非ラサレハ强制執行ヲ行フヲ得サルヲ以テ原告ノ目的ハ之レヲ達スルコト甚タ容易ナラスト此認定ハ甚タ其當ヲ得ス民事訴訟法第二百三十一條ハ法律關係ノ成立若クハ不成立ヲ確定セントシテ訴ヲ提起スル場合ノ要件ヲ定メタルモノナリ而シテ同法第二百三十(九)條ハ第二百三十一條ト相率聯シ同法ニ所謂訴

(九)我第百九十條ニ當ル

ノ提起ハ訴狀ノ送達ヲ以テ爲ス旨ヲ規定セリ故ニ民事訴訟法第二百三十一條ハ專ラ訴ヲ提起スル際送達スヘキ申立ヲ眼中ニ置クモノト謂フヘシ而シテ本件ノ場合ノ申立ハ被告ニ對シテ或給付ヲ爲スヘシトノ判決ヲ求ムルニ在ルヲ以テ假令原告カ辯論進行中舊ト要求シタル目的物ニ換ヘテ只利益ノ賠償ヲ求メ其利益ノ清算ハ之ヲ留保シテ詳カニ確算セスト雖モ未タ元來ノ求判的訴(確定ノ訴ノ對語)ヲ確定ノ訴ニ變更シタルモノト看做スヲ得ス原告ハ民事訴訟法第二百四十條第三號(上)ニモ認ムル如ク訴ノ變更ヲ爲サスシテ求判的訴ノ方向ヲ他ニ轉スルコトヲ得ヘシ故ニ此場合ニモ被告ニ對シテ給付ヲ爲スヘシトノ判決ヲ求メタル舊トノ申立ハ尙ホ維持セラレ居ルモノナリ故ニ原告ハ斯ノ如キ場合ニハ獨リ法律關係ノ確定ヲ求メ得ルノミナラス本請求ノ結果トシテ當然生スヘキ請求ヲ提起スル權アリ而シテ有効ナル强制執行ハ第二ノ訴訟ニ依リテ補償スヘキ利益ノ額定マル後ニ非ラサレハ行フ能ハサルコトハ請求ニ從テ被告ヲ判決スル場合ニモ確定ノ訴ニ基キ判決ヲ下ス場合ニモ共ニ免レサル所ナリ抑モ有効ナル强制執行ヲ爲スニ第二ノ訴

(上)我第百九十七條第三號參照

訟ヲ俟ツコトハ決シテ確定ノ訴ノ特質ニ非ラス其性質ノミナラス其容量ニ至ルマテ一定セル請求ヲ訴出テ被告カ其訴求通敗訴ノ言渡ヲ受ケタルトキト雖モ凡テ債務ノ目的物ハ人力ヲ用ヒス天ヨリ給付セラルヘキモノニ非ラサレハ此請求ヲ强制的ニ實行スルニハ尙ホ第二ノ訴訟ヲ必要トスルコト屢アリ

以上ノ說明ニ依リ本件ハ唯原告ノ訴ハ民事訴訟法第二百三十條第二ニ所謂一定ノ申立ノ要素ヲ具備スルヤ否ヤノ問題ヲ研究セハ足レリトス依テ之ヲ按スルニ原告カ契約履行ヲ求ムル主タル申立ニ據リ原告カ被告ニ對シテ要求スルモノ、何タルヤハ充分明瞭ナルヲ以テ一定ノ申立ノ要素ハ能ク具備セラレタルモノト謂フヘシ抑モ被告ハ原告ヲシテ本訴ヲ起サシメサルノ方法ヲ知ル者ナリ然ルニ被告ハ自ラ爲サ、ルヘカラサル契約ノ履行ヲ拒ミ遂ニ之カ爲メ原告ヲシテ其權利ノ行使即チ元トノ契約履行ニ換ヘテ利益ノ請求ヲ爲スニ至ラシメタリ故ニ被告ハ此際原告ニ對シ直ニ其利益ヲ詳細ニ開示計算スヘシト要求スルヲ得サルヘシ是レ原告ノ側ヨリ觀察スルトキハ此

事到底寸時間ヲ以テ成シ得サルノミナラス假令之ヲ爲サヽルモ之カ爲メ實質上ノ理由充分ナル訴ヲ却下セラルヽ恐ナシ又被告ノ側ヨリ論スルモ原告カ若シ當事者間ニ合意成立セサルトキハ第二ノ訴訟ヲ契約履行ニ關スル主タル申立ヲ維持スルコトニ依リ若クハ其請求ヲ利益ノ賠償ニ限リ其清算ヲ留保シタルコトニ依リ惹キ起スコトヲ得ルハ被告ノ明知シ得ヘキ所ナレハナリ云々

〔第三百三十三〕民事訴訟法第五百六十三條[1]ニ據ル通常訴訟手續ニ於テハ其前ノ證書訴訟ニ於ケルト異ナル訴ノ理由ヲ開示スルヲ得サルコト

（千八百八十三年十一月三日判決）

理由

（上略）原告ノ主張シタル支拂約束ハ獨立ナル訴ノ理由ニ非ラス被告ニ其權利ノ行使ヲ留保シテ敗訴ヲ言渡シタル判決ニ依リテ爲替訴訟又ハ其他ノ證書

〇千八百八十三年十一月三日判決

（一）我第四百九十二條ニ當ル

訴訟ノ終結シタル後被告ノ權利ニ關シ民事訴訟法第五百六十三條ニ據リテ爲ス所ノ訴訟手續ニ於テハ專ラ訴ヲ以テ主張シタル請求ノ理由ナカリシヤ否ヤノ點ニ付キ裁判ヲ爲スヲ要スルノミトス故ニ此訴訟手續ニ於テハ證書訴訟ニ於テ訴求シタルト相異ナル訴ノ理由ヲ主張スルコトヲ得ス殊ニ後ノ訴訟手續ノ控訴審ニ到リタルニ於テハ之ヲ爲スヲ得サルコト明ナリ（民事訴訟法第四百八十九條[1]（下略）

〔第三百三十四〕初メ純然タル消費貸借ヲ原因トシテ起訴シ後右契約上ノ權利ハ不正行爲ヲ更改シタルニ基ク旨申立ツルトキハ之ヲ訴ノ變更ト看做スヘキヤ否ヤ

（千八百八十三年十一月二十二日判決）

理由

原告ハ純然タル消費貸借ニ基ク證書訴訟ニ關スル訴狀及ヒ千八百八十一年

（一）我第四百十三條ニ當ル

〇千八百八十三年十一月二十二日判決

三月十日附ノ貸借證書ヲ提出シテ五千「マルク」及ヒ之ニ對スル利子ヲ請求シタリ然ルニ口頭辯論前原告ハ訴訟ヲ通常訴訟ニ繫屬セシメ該證書ノ成立ニ付キ陳述シテ曰ク被告ハ固ト不正ノ所爲ヲ以テ原告ニ莫大ノ損害ヲ加ヘタリ當時其高一萬「マルク」ト確定セラレ被告ハ其半額ヲ即時現金ニテ支拂ヒ其殘額ヲ貸金證書トシテ之ヲ原告ニ差入レタリ右證書ハ後他ノ證書ト交換セラレタリ本訴ニ於テ提出セルモノ即チ是ナリト被告ハ右原告ノ申立ヲ以テ訴ノ變更ナリト信シ口頭辯論ニ應スルコトヲ拒ミタリ第一審判事ハ之ヲ以テ訴ノ變更ヲ爲シタルモノト看做シ本訴ハ許スヘキ限リニ在ラストシテ却下シタリ而シテ原告ハ右判決ニ不服ヲ申立テ控訴審ニ於テ元トノ損害賠償ノ請求ハ更改ニ依リ消費貸借ニ變シタリ故ニ新タニ提供シタル所ハ其基礎ヲ訴狀ノ記載ニ立ツルモノニシテ訴ノ變更ニ非ラスト申立テタリ

控訴院認定ノ要旨ハ假令更改アリト看做スモ假設的ノ消費貸借ニ過キス然ルニ本訴ハ固ト純然タル消費貸借ヲ主張スルモノナリ故ニ原告ノ主張ハ全ク訴ノ變更ヲ構成スルモノナリト云フニ在リ此認定ハ更改ノ本質ヲ誤認シ

(二)我第百九十六條ニ當ル

且ツ民事訴訟法第二百四十條ニ抵觸セルモノト謂ハサルヲ得ス「コード、シビル」第千二百七十一條第一號ヲ按スルニ當事者ハ一ノ債務ヲ他ノ義務ニ變シ舊義務ヲ消滅セシムルコトヲ得此場合ニハ新義務ハ法律ノ認ムル凡テノ効力ヲ有ストアリ此ニ由リテ是ヲ觀レハ消費貸借ノ契約モ更改ニ依リテ之ヲ作ルコトヲ得是レ假設的ノモノニ非ラスシテ眞正ノ法律行爲ナリ「コード、シビル」第千八百九十二條ニ規定スル金錢若クハ消費物ノ交付ニ依リテ生スル消費貸借ノ効果ハ凡テ此契約ノ保有シ得ル所ナリ「コード、シビル」第千二百七十一條第一號ノ更改ヲ以テ假設的ノモノトスルハ畢竟法律ノ錯誤ト謂ハサルヘカラス

若シ原告ニ於テ消費貸借ノ訴ヲ廢止シテ不正行爲ノ訴ヲ提起シタルニ於テハ訴ノ原因ヲ變シタルモノナルヲ以テ民事訴訟法第二百四十條ニ依リ訴ノ變更ヲ構成スルコト論ヲ俟タス然レトモ第一第二ノ兩審カ確定スル事實ヲ見ルニ一モ原告ハ斯ノ如キ訴ヲ變シタルコトヲ載セス今右兩審ノ確定シタル事實ニ據リテ原告ノ提供シタル所ヲ按スルニ原告ハ消費貸借ノ訴ノ原因

ヲ確定シ唯其請求ノ成立シタル方法ヲ變更セントスル者ノ如シ訴狀ニ於テハ元ヨリ消費貸借存スルカノ外觀ヲ呈セリ故ニ原告ハ之ヲ變シテ其貸借上ノ債權ハ不正行爲ノ契約ヲ更改シテ成立シタル旨ヲ申立テントシタルナリ

新訴訟法ノ主義ニ據レハ口頭辯論手續ハ可成的自由ナラシメントセリ故ニ民事訴訟法第二百四十條ニ依リテ原告ハ訴ノ原因ヲ變更セサル限リハ訴狀ニ記載スル所ヲ種々變狀スルコトヲ得但シ被告ノ明示又ハ默示ノ承諾ヲ要スル場合ナキニシモ非ラス(民事訴訟法第二百三十五條第三號及第二百四十一條)

以上更改ノ本質ニ付テ說明シタル所ニ依リ他ノ義務ヨリ更改ヲ以テ成立シタル消費貸借モ法律上ハ通常ノ消費貸借ト異ナルナキコトヲ知ルニ足ラン故ニ原告ニ於テ通常ノ消費貸借ニ換ヘテ更改ヲ以テ成立シタル消費貸借ヲ主張スト雖モ之ヲ訴ノ原因變更セラレタルモノト看做スヲ得ス寧ロ訴狀ノ記載ヲ法律上及ヒ事實上ニ於テ更正シタルモノト稱スヘシ而シテ斯ノ如キ更正ハ原告ハ民事訴訟法第二百四十條第一號(四)ニ依リ被告ノ承諾ナクモ隨意ニ爲シ得ル所ナリ

(一)訴ニハ被告ノ承諾ヲ得ルニ非ラサレハ訴ヲ變更スルノ權ナシト規定セリ

(二)我第百九十五條第三ニ當ル

(三)我第百九十六條第一號ニ當ル

(四)我第百九十六條第一號ニ當ル

〔千八百八十四年一月四日判決〕

〔第三百三十五〕 物件上ノ訴ニハ Expressa causa ヲ訴ヘサルヘカラサルヤ否ヤ

訴狀送達後ニ於テ取得ノ新原因ヲ申立ツルコトハ許スヘカラサル訴ノ變更ト看做スヘキヤ否ヤ

訴ノ原因ヲ確實ニ表記スル事

(千八百八十四年一月四日判決)

理由

控訴院判事ハ取得ノ新原因ニ基礎ヲ立ツル點ハ許スヘカラサル訴ノ變更ナリト云ヘリ此認定ハ贊同ヲ表セサルヲ得ス

本件ノ場合ノ性質ヨリ論シテ此認定ハ果シテ正當ナルヤ否ヤヲ研究セントス欲セハ先ツ所有權ノ訴ハ Expressa causa ヲ訴フルコトヲ以テ要素トスルヤ否

ヤノ問題ヲ解カサルヘカラス獨逸舊裁判例及ヒ普通獨逸訴訟法ノ著者ハ此要素ヲ以テ缺クヘカラサルモノト認メリ新民事訴訟法ニ於テモ亦同一ノ主義ヲ酌ムモノヽ如シ

民事訴訟法第二百三十條第二號(一)ニ據レハ訴狀ニハ提起シタル請求ノ原因ノ一定ノ開示ヲ要スト定メタリ而シテ茲ニ所謂開示トハ疑ヲ存セシメサル事ヲ意味スルモノナリ何ヲ訴ノ原因ト稱スルヤト云フニ民事訴訟法ハ一モ之カ明細ノ定義ヲ示サス只第二百四十條(二)ニ於テ之カ消極的ノ徵標ヲ示シ第二百三十五條(三)第二百九十三條(四)第四百八十九條(五)ニ於テ適法ノ請求提起及ヒ當該訴訟手續ニ向テ訴ノ原因ヲ主張スルコトト率聯セル場合ノ効果ヲ確定セルノミ然レトモ今草案理由書ニハ之カ定義ヲ掲クリ即チ現行民事訴訟法第二百三十條第二號ニ該當スル理由書ニ曰ク訴ノ原因トハ提起シタル請求原告ノ身上ニ屬スルモノニシテ同時ニ被告ヨリ傷害セラレタルモノト觀察セシムルニ適當スル事實是ナリト此説明ハ法文(第二百三十條第二號)ノ意ト一致スル所ニシテ民事訴訟法第二百九十六條(六)ノ規定ニ依リテモ亦其至當ノ見解

(一)我第百九十條第三號ニ當ル
(二)我第百九十六條ニ當ル
(三)我第百九十五條ニ當ル
(四)我第二百四十四條ニ當ル
(五)我第四百十三條ニ當ル
(六)我第二百四十八條ニ當ル

ナルヲ推知スルニ足ル(ガウプ民事訴訟法注釋第二卷第五頁參照)

以上ノ理由ニ依リ物權上ノ訴ニ於テモ係爭權利ノ成立原因ハ訴ノ原因ノ一部ヲ構成スルモノナルコトヲ知ルニ足ル只其主張スル物權ヲ單ニ表示スルノミニテハ訴ノ原因ノ要素ヲ具備シタルモノト謂フヘカラス固ヨリ物權ノ目的物及ヒ其一般ノ性質ヨリ推シテ訴ノ原因ヲ爲シ及ヒ請求ノ生シタル法律關係ヲ知ルニ足ル然レトモ之ヲ以テ提起シタル請求ノ原因ノ一定ノ開示トハ謂フヘカラス換言セハ請求カ原告ノ身上ニ屬スヘキモノトシテ生シタルコトヲ知ルニ適當ナル事實ノ記載トハ謂フヘカラサルナリ故ニ取得ノ原因ヲ開示スルナクンハ法律カ人權及ヒ物權ヲ裁判上伸張スルニハ欠クヘカラサル必要要素ト認ムル事實ノ確定ヲ欠クモノト看做サヽルヘカラス

以上ノ論結ハ民事訴訟法第二百四十條(七)ニ付テ立法者ノ採ル主義ト敢テ矛盾スルモノニ非ラス同條ニ於テハ訴ノ申立ヲ擴張スルコトヲ許スモ訴ノ原因不變更ノ主義ハ固ク遵守スル所ナリ

以上ノ理由ニ依リ訴ノ原因變更ハ凡テ之ヲ許スヘカラサル訴ノ變更ト看做

(七)我第百九十六條ニ當ル

〇千八百八十四年四月五日判決

スヘキナリ

〔第三百三十六〕訴ノ變更訴ノ原因目的物及ヒ申立ノ變更幷ニ申立ノ擴張及ヒ減縮

訴ノ變更在リトスル控訴院ノ裁判ハ上告シ得ヘカラサル特別法ニ關スル場合ニ於テハ如何ナル程度ニ於テ上告審ノ審査ヲ受クルヤ

(千八百八十四年四月五日判決)

上告スルコトヲ得サルハ勿ブルク特別法ノ問題ニ主トシテ關スル訴訟ニ於テ大審院ハ控訴判決ヲ原告ノ爲シタル副位申立ハ訴ノ變更ヲ包含セルモノナリトシテ棄却シタル部分ニ於テ破毀セリ

理由

(上略)訴ノ變更ニ關スル點ニ付キ被告カ上ニ記シタル特別法ノ上告シ得ヘカラサル規定ニ依ルニ非ラサレハ此點ニ付キ判斷ヲ爲スコトヲ得サルモノナリト主張スルハ不當ナリ訴ノ變更ト認ムヘキヤ否ヤニ付キ疑問ノ生スルハ實躰法上ノ規定ニ基因スル場合ナキニ非ラス然レトモ本件ハ之ト異ナル場合ナリ即チ實躰法ノ確定ハ控訴院ノ確定ニ依リテ明亮ナリ而シテ控訴院ノ確定ハ民事訴訟法第五百二十五條(一)ニ依リ上告審ノ爲メニ標準ト爲ルモノトス故ニ本件ニ於テ疑問ノ存スル所ハ獨リ訴訟上ノ點ニ在リ即チ專ラ民事訴訟法ノ規定ノ適用如何ニ關セリ然リ而シテ民事訴訟法第二百四十條首項(二)ノ規定ニ付テハ其反面解釋ヲ爲シ訴ノ變更ト訴ノ原因ノ變更トハ其本義ニ於テ同一ナリトノ說ヲ唱フル者アリ(クライインシユロード訴ノ變更第十八頁參照)

此說ヲ以テ論スレハ本件ノ場合ニ於テハ訴ノ變更アルコトナシ如何トナレハ訴ノ原因ハ副位ノ申立ニ於テモ亦同一ノ原因ナレバナリ然リ而シテ「ゾイフェルト」ハ民事訴訟法註解第一版第二百四十條註一ニ於テ反對說ヲ唱ヘ民事訴訟法第二百四十條第一號乃至第三號ニ列擧セル場合ト訴ノ原因ノ眞正ナル變更トハ甚シク隔絕シ二者ノ中間ニ位スル一大區域在リ其區域內ニ在

(一)同條ニ曰クナシ我ニ第五百一十一條ノ從ヒ法律ノ背ヒ上告ノ理由ヲ得サルコトヲ及ヒ控訴旨ノ趣旨ノ存立ヲ付テ裁判ハ爲ス

(二)民事訴訟法第二百四十條第一號乃至第三號ニ列擧セル場合ト訴ノ原因ノ眞正ナル變更トハ甚シク隔絕シ二者ノ中間ニ位スル一大區域在リ其區域內ニ在

(三)我第百九十條第二項第二號ニ當ル

リテハ各個ノ場合ニ於テ判事ノ意見ヲ以テ裁判セサルヘカラスト謂ヘリ前說及ヒ此說ハ共ニ正當ト認ムヘカラス民事訴訟法第二百三十條第二項第二號ニ於テ訴狀ノ必要條件ヲ規定セル所ニ據リテ論スレハ訴ノ變更ハ請求ノ原因ノ變更ニ於テ存シ或ハ請求ノ目的物ノ變更ニ存シ又或ハ申立ノ變更ニ於テ(終ノ二事ハ同一ニ歸ス)存スト謂ハサルヘカラス此故ニ第二百四十條ニ於テハ其第一號ニ於テ訴ノ原因ノ變更ニ對シテ訴ノ原因ニ屬スル申述ノ單純ナル補充又ハ更正ヲ掲ケ其第二號ニ於テ訴ノ申立ノ變更ニ對シテ其申立ノ單純ナル擴張又ハ減縮ヲ掲ケ而シテ其第三號ニ於テハ更ニ例外ノ規定ヲ設ケ訴ノ申立ノ變更ト雖モ「後ニ生シタル變更」ノ爲メニ之ヲ爲ストキハ例外トシテ訴ノ變更ト看做サストセリ是ニ據リテ之ヲ觀レハ本件ニ於テハ或ハ訴ノ申立ノ變更アリタルヤト謂フテ得ヘキニ過キスシテ其他ニ復何等ノ變更アリタルコトナキナリ而シテ假ニ新ノ申立ノ變更アリタリトスルモ第二百四十條第三項ニ於テ許セル例外ノ場合ニ該當セサルコト明ナリ此故ニ本件ノ判斷ノ繫カル所ハ第二百四十條第二號ハ之ヲ本件ノ場合ニ適用スルコトヲ得ルヤ否ヤ本件原告ノ副位ノ申立ハ單ニ本來ノ申立ノ減縮ニ止マルヤ若クハ其變更ナルヤノ點ニ在リトス「擴張」及ヒ「減縮」ナル語ヲ最狹義ニ解スレハ純然タル數額上ノ區別ニシテ其他ノ點ニ於ケル當事者ノ希望ハ全ク同種ナルモノナリ然レトモ斯ノ如キ狹義ノ解釋ヲ爲スハ方式ニ拘泥シテ法律ヲ解スルモノニシテ其實際上ニ及ホス影響ハ訴ノ變更ヲ禁スル立法ノ目的即チ被告ノ防禦ニ不當ナル困難ヲ與ヘ從テ訴訟ヲ錯雜ナラシムルヲ避ケント ノ目的ヲ越ユルニ至ルヘシ加之此等ノ語ヲ稍廣義ニ解スヘキ理由ハ民事訴訟法中ニ存セルテ見ル即チ第二百五十三條(四)ニ於テ附帶ノ確定ノ訴ノ提起ヲ以テ訴ノ申立ノ擴張ニ屬スルモノト爲セルコト是ナリ而シテ訴ノ申立ノ擴張及ヒ減縮ヲ其變更ニ對シテ限定スルニ際シテハ一定ノ程度ニ於テ判事ノ意見之ニ加ハラサルヲ得ス本件ニ於テハ則チ判事ノ意見ハ訴ノ申立ノ變更ナカリシモノト認メサルヲ得サルナリ

(四)我第二百十一條ニ當ル

〔第三百三十七〕 指定シタル期日ノ通知ヲ掲ケサル訴狀ノ送達ニ依リテ訴ヲ提起スルコトヲ得ルヤ否ヤ

〔一八八〇年六月二十四日判決〕

合式ニ提起セサル訴ニ因リ被告ニ對シテ闕席判決ヲ爲シタルトキハ訴ノ提起ハ闕席判決ノ送達ニ依リテ之ヲ追完スルコトヲ得ルヤ將タ(故障ニ因リ闕席判決ヲ取消シタル後)控訴狀ノ送達ニ依リテ之ヲ追完スルコトヲ得ルヤ

本編第三章第二節準備書面ノ部千八百八十四年六月二十一日ノ判決ヲ見ルヘシ

〔第三百三十八〕 確定ノ訴(民事訴訟法第二百三十一條(二))ニ於テ請求ノ目的物及ヒ申立ノ一定ナルコトニ必要ナル事項如何

(千八百八十四年十月二十八日判決)

クラウスタール孤兒院ハ千七百年代初期ノ設立ニ依リ其規則書ニ於テ同院ノ收入ニ屬スル金額ヲ定メタル中ニ左ノ一項アリ

〇千八百八十四年十月二十八日判決

(一)我ニナシタル同條ニ曰クカ確定又ハ不利ニ關係ノ成立ノ認確定又ハ不承認ノ訴ニ付カテ其ノ原告ハ其ノ利益ノ關係ノ證書ノ證書ノ眞偽又ハ其ノ事實ノ裁判ニ於テ決定ヲ以テ確定スルニ於テ

利上ノ利害ヲ有スルトキハ之ヲ提起スルコトヲ得

第三 姦淫誹毀及ヒ其他ノ輕微ナル犯罪ニ付キクラウスタール町ニ徵收スル罰金及ヒ從來クラウスタール町會計廳ニテ取扱ヒタル總テノ罰金同孤兒院ハ千七百十八年十二月十日ハムブルク參議院ノ命令書ニ依リ認可ヲ得千八百七十七年ニ至ルマテハクラウスタール町內ニ於ケル輕微ナル犯罪殊ニ誹毀事件ノ罰金ハ同院ノ收入ニ歸シタルモ同年以降ハ其支拂ヲ斷絕シタリ孤兒院長ハ此支拂ヲ受クル權利ヲ行政官廳ニ對シテ屢主張シタルモ此權利ハ其後ノ立法ニ依リ消滅シタルモノナリトノ理由ヲ以テ容レラレス依テ訴ヲ提起シ左ノ申立ヲ爲セリ曰ク「千七百十八年ニ於テクラウスタール町ニ屬シタル區域內ニ於ケル輕微ナル犯罪殊ニ誹毀事件(其犯罪ノ意義ノ精細ナル確定ハ之ヲ留保シ)ニ付徵收セラルヽ罰金ヲ拂受クルニ付テノクラウスタール孤兒院ノ請求權ノ現今尙ホ正當ニ成立セルモノタルコトヲ承諾スヘシト被告ニ言渡サレンコトヲ望ム」ト

被告ハ訴ノ却下ヲ申立テ原告ノ訴ハ不定ニシテ且ツ定メ得ヘカラサルモノナルカ故ニ民事訴訟法第二百三十條(三)及ヒ第二百三十一條ノ規定ニ適合セス

(二)我第百九十條ニ當ル

ト云フヲ以テ其理由ト爲シ且同孤兒院ニ附與セラレタル罰金拂受ノ權利ハ消滅シタル旨ヲ說述セリ

地方裁判所ハ訴ノ申立ヲ是認シ之ニ反シテ控訴院ハ被告ノ控訴ニ因リ訴ヲ却下セリ即チ控訴院ハ請求ノ實躰上ノ理由ノ存否ニ關スル論點ニ立入ラスシテ訴ノ方式上ノ理由欠缺セリトノ抗辯ヲ至當ト認メタルナリ而シテ大審院ハ原告ノ上告ニ因リ控訴判決ヲ破毀シ更ニ辯論及ヒ裁判ヲ爲サシムル爲メ事件ヲ控訴審ニ差戻セリ

理由

控訴院ハ原告ノ訴ハ民事訴訟法第二百三十條及ヒ第二百三十一條ノ規定ニ適合セス其方式ヲ欠ケルモノナリトノ理由ニ依リテ之ヲ却下シ訴ノ實躰上ノ理由ノ存否及ヒ實躰上ノ抗辯ノ當否ニ付キ審査スルコトヲ爲サヽリシナリ此却下ノ理由從テ亦其裁判ハ民事訴訟法第二百三十條及ヒ第二百三十一條ノ規定ノ違背ニ基クモノナリ

原告ノ提起シタル訴ハ其申立ニ據ルモ亦其理由トスル所ニ據ルモ民事訴訟法第二百三十一條ニ從ヒ確定ノ訴ナリト謂ハサルヘカラス原告ノ訴ノ目的ハ千七百十八年原告孤兒院ニ附與セラレタル或種ノ罰金拂受ノ權利ハ現今尙ホ存立セルヤ若クハ其後ノ立法ニ依リ消滅シタルヤニ關スル當事者間ノ爭點ニ付キ裁判ヲ得ントスルニ在リ原告ハ一定ノ供給ニ付テノ請求ヲ提起シタルニ非ラス千七百十八年ニ於テクラウスタール町ニ屬シタル區域內ニ於ケル輕微ナル犯罪殊ニ誹毀事件(其犯罪ノ意義ノ精細ナル確定ハ之ヲ留保シニ付キ徵收セラルヽ罰金ヲ拂受クルニ付テノクラウスタール孤兒院ノ請求權ノ現今尙ホ正當ニ成立セルモノタルコトヲ承認スヘシト被告ニ言渡サレンコトヲ望ムト申立タルナリ故ニ本件ハ千七百十八年ノ特權附與ニ由リテ生シタル權利關係ノ成立又ハ不成立ノ確定ニ關スルモノナリ而シテ民事訴訟法第二百三十條第二項ニ於ケル

其送達ニ依リテ訴ノ提起ヲ爲ス書面ハ「第二、起シタル請求ノ目的物及ヒ理由ノ一定ノ開示并ニ一定ノ申立ヲ具備スルコトヲ要ス」

トノ規定ハ應爲的命令ナルコトハ控訴院ノ謂ヘル如シ即チ起シタル請求ノ

目的物及ヒ理由ノ一定ノ開示及ヒ一定ノ申立ハ訴狀ノ必要條件ナリ又此規定ハ總テノ訴ニ付テ即チ亦第二百三十一條ノ確定ノ訴ニ付テモ適用セラルヘキモノナリ然レトモ本件ノ場合ニ於テ起シタル請求ノ目的物ノ開示及ヒ申立ノ一定ナルニハ如何ナル事項ノ具ハルヲ要スルヤ是レ最モ重要ナル點ナリ控訴院ハ此點ヲ判斷スルニ方リテ立論ノ根據ヲ誤リ法律ノ規定ヲ誤解セリ

控訴院ノ說明ニ曰ク申立カ民事訴訟法第二百三十條ノ要件ニ適合センニハ原告ノ要求スル事物カ其數量幷ニ其性質ニ於テ明亮ニ認識スルヲ得ヘキコトヲ要ス又申立ハ民事訴訟法第二百三十一條ノ規定ニ據レハ之ヲ義務ノ確定ノミニ限リ而シテ數額ヲ明確ニスルコトハ之ヲ後ノ訴訟手續ニ留保スルコトヲ得ト雖モ而カモ本件ノ場合ニ於テハ原告ハクラウスタール町ノ區域內ニ於テ爲シタル犯罪ヨリ徵收セラルヽ罰金ヲ拂受クル權利ノ承認ヲ訴フルナリト即チ控訴院ハ原告ノ訴ヲ法律ノ規定ニ適合セサルモノナリトセリ而シテ其理由トスル所ニ曰ク原告ハ從前孤兒院ノ收入ニ歸シタル罰金ヲ科シタルハ如何ナル犯罪ナリシヤ又其犯罪ハ現今何種ノ犯罪ニ該當スルヤヲ說明セス却テ之ヲ後ノ訴訟手續ニ留保セリ故ニ其要求スル權利ノ內容及ヒ現今ニ於ケル關係ハ毫モ之ヲ認知シ得ヘカラスト

申立ハ原告ノ要求スル事物ノ數量及ヒ性質ヲ明亮ニ認識スルコトヲ得ルモノニ非ラサレハ民事訴訟法第二百三十一條ニ所謂一定ノ申立ニ非ラスト曰フハ一定ノ供給ニ付テノ言渡ヲ目的トスル所ニ關シテハ當ヲ得タル說ナリ但シ數額ハ敢テ訴ニ於テ其定數ヲ示スコトヲ要セサルナリ(千八百八十三年五月八日大審院判決千八百八十三年十一月二十二日同判決及ヒ千八百八十三年十月二十四日判決參照)

然レトモ單ニ權利關係ノ成立又ハ不成立ノ確定ヲ目的トスル訴ニ關シテモ亦同一ナリト謂フコトヲ得サルナリ此種ノ訴ニ於テハ起シタル請求ノ目的物ノ一定ノ開示及ヒ申立ノ一定ナルニハ裁判所カ其成立又ハ不成立ヲ確定スヘキ當事者間ノ爭ニ係レル權利關係ノ開示及ヒ原告カ其權利關係ノ確定ヲ要求スルコトヲ認知スルニ足ル申立在ルヲ要スルノミトス本件ニ於テ原

告ハ特權附與書ノ文面ヲ開示シ其文面ニ從テ上ニ擧ケタル如ク申立ヲ構成シタルヲ以テ第二百三十條第二項ノ要件ヲ充タシタルモノナリ而シテ訴ノ理由ヲ示スニ付テハ原告ハ其規則書ニ揭クル犯罪殊ニ「誹毀事件」及ヒ「輕微ナル犯罪」トハ千七百十八年ニ於テ行ハレタル刑法上ノ規定ニ據リ如何ナル犯罪ナルヤ又其犯罪ハ現行法律上ノ如何ナル犯罪ニ該當スルヤヲ表明スルコトヲ要セサルナリ假令現行ノ刑法上如何ナル犯罪カ千七百十八年ノ特權附與書ニ記載セル犯罪ノ種類中ニ屬スルヤハ本件ニ於テ判斷ヲ要スル點ナリト謂フヲ得トスルモ原告カ如何ナル罰金ヲ請求スルヤヲ開示スルハ其起シタル確定ノ訴ノ許否ノ要件タルニ非ラス如何トナレハ被告ノ爭フ所ハ此種ノ犯罪若クハ其他ノ犯罪ハ特權附與書ニ記載スル犯罪ノ種類ニ屬セサルヲ以テ原告ハ其犯罪ニ付テノ罰金ヲ拂受クル權利ヲ有セスト云フニ在ラスシテ原告ノ特權ハ全ク消滅シタリ故ニ原告ハ罰金拂受ノ權利ヲ有セスト云フニ在リ即チ孤兒院ノ罰金拂受ノ權利ヲ一般ニ爭ヘルナリ此故ニ當事者間ノ爭點ハ千七百十八年ノ特權附與ニ由リ創設セラレタル罰金拂受ノ權利ハ尙ホ成立セルヤ若クハ既ニ成立セサルヤノ一事ニ存ス

〇千八百八十四年十一月十二日判決

控訴院カ原告ノ要求スル所ノ特權承認セラルヽモ實際上何等ノ用ヲ爲サヽルヘシ寧ロ當事者間ノ本來ノ權利關係ハ次回ノ訴訟ニ於テ初メテ之ヲ確定スルコトヲ得亦之ヲ確定スルコトヲ要スト主張セルハ失當ナリ蓋シ若シ本訴ノ判決ニ依リ孤兒院ノ權利カ原告ノ申立タル如ク成立セルコト確定シタル以上ハ次回ノ訴訟ニ於テハ當事者間ニ成立セル權利關係ヲ更ニ確定スルヲ須ヒテ單ニ一定ノ犯罪ニ付徵收セラルヽ罰金ノ支拂ニ付テ原告ノ起シタル請求ハ理由アリヤ否ヤ即チ請求ハ前訴訟ニ於テ尙ホ繼續シテ有効ナリト確定セラレタル特權ニ屬スルヤ否ヤヲ審査スルヲ以テ足ルナリ

原告ノ訴ハ民事訴訟法第二百三十一條ニ揭クル確定ノ訴ノ此他ノ要件ヲ具備セリ故ニ控訴判決ヲ破毀シ且ツ訴ノ實躰上ノ理由及ヒ被告ノ提出シタル實躰上ノ抗辯ニ付キ更ニ辯論及ヒ裁判ヲ爲サシムル爲メ事件ヲ控訴院ニ差戻セリ

〔第三百三十九〕訴ノ送達ニ欠點アリタル爲メ時効滿了シ

〇千八百八十五年一月十四日判決
(一)我第百九十六條第二項ニ當ル

被告ヨリ時効ノ抗辯ヲ提出シタルトキハ裁判所ハ訴ヲ合式ニ提起セラレサルモノトシテ却下スヘキヤ若クハ事件ニ付裁判ヲ爲シ時効ニ罹リタルモノトシテ却下スヘキヤ

第二編第三章第五節送達ノ部ニ譯載セル千八百八十四年十一月十二日判決ニ就テ見ルヘシ

〔第三百四十〕民事訴訟法第二百四十條第二項ハ本來ノ訴ノ申立ノ增加ニモ亦關スルヤ若クハ單ニ新ニ生シタル請求ノ附加ノミニ關スルヤ

土地收用賠償額ニ付テノ訴訟ニ於テハ千八百七十四年六月十一日土地收用法第三十條ニ定ムル六个月ノ期間後ニ於テモ訴ノ申立ヲ擴張スルコトヲ得ルヤ否ヤ

〔千八百八十五年一月十四日判決〕

原告ノ提起シタル上告ハ棄却セラレタリ

理由

ベルリン某道路取擴ノ爲メ被告ハ其所有地百九平方「メーテル」ヲ收用セラレベルリン警視總監ハベルリン市ヨリ被告ニ支拂フヘキ賠償金ヲ一平方「メーテル」ニ付キ二百五十「マルク」ト確定セリ此決定ニ對シテ利害關係者双方共ニ訴訟ヲ提起シ原告ベルリン市ハ其訴ニ於テ一平方「メーテル」ノ賠償金ヲ二百十「マルク」ニ減額セラレンコトヲ要求シ被告ハ之ヲ二百八十「マルク」ニ增額セラレンコトヲ申立テタルニ被告ノ訴ハ裁判所ノ決定ニ依リテ原告ノ訴ニ之テ併合シ反訴ト爲セリ此反訴ニ於ケル申立ハ被告即チ反訴原告ニ警察廳ノ確定シタル額ノ外尙ホ三千二百七十「マルク」及ヒ利子ヲ是認セラレタシト云フニ在リタリ而シテ訴及ヒ反訴ハ共ニ千八百七十一年六月十一日土地收用法第三十條ニ定ムル六个月ノ期間內ニ於テ提起セラレタルコトハ當事者間ニ爭ナキ所ナリキ第一審ノ最終辯論期日ニ於テ被告ハ反訴ノ申立ヲ擴張シ

警視總監ノ確定額ノ外尚ホ二萬三千四百三十「マルク」及ヒ其利子ヲ支拂フヘシト原告ニ言渡サレンコトヲ求メ原告ハ此申立ノ擴張ハ土地收用法第三十條ニ定ル期間ノ經過後ニ於テ爲シタルモノナリトノ理由ヲ以テ異議ヲ申立テタリ第一審及ヒ第二審ニ於テハ共ニ被告ノ申立ノ擴張ヲ許スヘキモノナリトシ而シテ控訴院ハ反訴ニ因リ原告ニ對シテ二萬千六百三十二「マルク」三十二「ペンニヒ」ノ支拂ヲ言渡シタリ原告ハ上告ヲ爲シ其支拂フヘキ賠償額ヲ最初被告ノ反訴ニ於テ請求シタル三千二百七十「マルク」ニ減少セラレンコトヲ申立タリ

原告ノ上告ハ理由ナキモノトス

千八百七十一年六月十一日土地收用法ハ其第二十九條ニ於テ被收用者ニ與フヘキ賠償ニ付テノ裁判ヲ先ツ地方管轄廳ニ委ヲ次ニ第三十條ニ於テ收用者及ヒ被收用者ニ地方管轄廳ノ決定ニ對シテ訴訟ヲ爲スコトヲ許セリ故ニ地方管轄廳ノ裁判ハ單ニ一時ノ裁判タルニ止マリ六个月ノ期間ノ經過又ハ拋棄ニ依リテ初メテ終局的ノ効力ヲ生スルモノニシテ(同法第三十條收用關係者若シ適當ノ時期ニ於テ判事ノ裁判ヲ求ムルトキハ其訴訟ハ收用手續ノ一部ヲ成シ而シテ賠償額ニ關シテハ地方管轄廳ノ決定ハ其効力ヲ停止セラレ之ニ代ハルモノハ將サニ爲サントスル確定力有ル判事ノ判決是レナリ

土地收用ニ關シテハ民事訴訟法施行條例第十五條第二號ニ依リ第一位ニ聯邦法律ニ準據シ聯邦法律ノ據ルヘキモノナキニ於テハ民事訴訟法ノ規定ヲ適用スルモノトス前舉土地收用法第三十條第一項ノ規定ハ六个月ノ期間ヲ遵守セサルトキハ訴訟ノ途ヲ絶ツモノナル部分ニ於テハ一ノ訴訟上ノ規定ナリ之ニ反シテ聯邦法律ノ規定ニ於テハ適當ノ時期ニ訴ヲ提起シタル關係人カ其訴訟ニ於テハ民事訴訟法ニ於テ各原告ノ有スルト異ナル地位ヲ有スルコトヲ定メタルモノナシ故ニ其關係人ハ訴訟ヲ爲スニ依リテ收用法第三十條ノ命スル所ヲ充タシタルモノニシテ原告トシテ判事ノ裁判ヲ求ムルニ付テ其負フ所ノ義務及ヒ其有スル所ノ權利ハ專ラ民事訴訟法ノ規定ニ據ルモノトス殊ニ訴ノ申立ノ擴張ニ付テノ規定ニ關シテモ亦然リ原告ハ民事訴訟法第二百四十條(二)ニ據リテ申立ノ擴張ヲ爲スコトヲ得ル程度ニ於テ收用法

(二)我第百九十六條ニ當ル

第三十條ニ從テ開始シタル訴訟ニ於テモ亦之ヲ爲スコトヲ得ルモノトス反訴原告ノ訴ノ申立ノ擴張ハ期間ノ經過後ニ於テスル權利ノ主張ヲ包含スルモノニ非ラスシテ現在ノ權利ニ據リ各原告ノ有スル權能ヲ行使シタルモノナリ前審判事カ民事訴訟法第二百四十條第二號(三)ニ於テ許セル申立ノ擴張ハ獨リ新ニ生シタル請求ヲ附加スルコトノミニ關セス亦本來ノ申立ヲ增加スルコトニ關セリト說明シタルハ至當ト謂ハサルヘカラス

此故ニ第一審ノ進行中ニ於テ被告且ツ反訴原告カ其訴ノ申立ヲ擴張シタルハ六个月ノ期間ノ經過後ニ於テモ亦許スヘキモノナリト謂ハサルヘカラス

〔第三百四十一〕 原告ヨリ第一審ニ於テ一定ノ數額ノ相殺ヲ主張シ第二審ニ於テハ其數額ノ支拂ヲ請求シタルトキハ訴ノ變更ト認ムヘキヤ否ヤ

判決確定ノ抗辯ト訴ノ變更トノ間ニ於ケル關係如何

〔一〕我ニ曰クナシ權利關係ニ成立ノ確認ノ不成立ノ確定ノ承認又ハ不承認ノ證書ノ確定ニ付テハ原告カ其ノ權利ノ眞實ノ證書ノ眞僞ノ判事ヲ以テ速ニ裁判ヲ確定ヲ權利ヲ有スル上ノ利ヲ害ヲ權利ヲ有スルノ利ヲ害ヲ權利ヲ有スルノ之ヲ提起スルトキハ之ヲ提起スルトキハ我カ第二百十一條ニ當ル

〔二〕我カ第二百十一條ニ當ル

〔三〕我第百九十六條第二號ニ當ル

〔四〕千八百八十五年一月二十七日判決

（千八百八十五年一月二十七日判決）

理由

控訴院カ控訴申立ヲ以テ許スヘカラサル訴ノ變更ナリト認定シタルハ既ニ其議論ノ根據ニ於テ誤レリ原告甲ハ被告ト共同ニ營ミタル雞卵販賣業ニ因リ尙ホ利益配當ヲ受クル權利ヲ有スト主張シテ此主張ニ基キ左ノ申立ヲ爲シタリ曰ク甲ハ千八百八十一年六月十四日ノ公正證書ニ基キテ現今毫モ債務ヲ負ハサルコトヲ確定セラレタシ從テ右公正證書ニ基クル抵當登記ノ取消ヲ言渡サレタシト依テ按スルニ第一ノ申立ハ其實質上第二ノ申立ノ理由ヲ包含セリト謂フテ得ヘシ然レトモ原告ハ民事訴訟法第二百三十一條(一)ニ依リ債務關係ノ不成立ヲ確定セラレンコトヲ申立テタルモノニシテ是レ法律上原告ノ當サニ爲シ得ヘキ所ナリ(審級ノ進行中ニ於テモ民事訴訟法第二百五十三條(二)ニ據リテ爲シ得ヘシ)然ルニ控訴院ノ認定ハ此點ヲ看過シタルモノナリ故ニ控訴院カ第一點ノ申立ノ訴訟上關係ヲ度外視シ獨リ抵當取消ノ申立ヲ以テ眞正ナル訴ノ申立ト看做シタルハ失當ナリ

控訴申立ニ曰ク被告ハ鶏卵共同販賣ニ因リ控訴人ノ前主甲ニ對シテ負フ所ノ二千百二十九「マルク」ノ債務ヲ控訴人ニ支拂フヘシトノ言渡ヲ求ムト是レヲ以テ觀レハ訴ノ原因ハ第一審及ヒ第二審ニ於テ共ニ鶏卵販賣共同者トシテ甲ニ屬スル請求權是ナリトス故ニ控訴院カ控訴審ニ於ケル申立ハ第一審ノ訴即チ本來ノ訴ノ原因ト其本性ニ於テ異ナル原因ニ基ケリト爲シタルハ誤解ニ由ルモノト謂ハサルヘカラス

控訴院カ控訴審ニ於ケル申立ハ訴ニ對シテ全ク新ナル申立ナリトシタルモ亦誤レリ上ニ述ヘタル如ク請求權ハ同一ノ請求權ニシテ第一審ニ於テハ相殺ニ依リテ之ヲ主張シ第二審ニ於テハ支拂請求ニ依リテ之ヲ要求シタルニ過キス故ニ第二審ニ於テモ第一審ニ於ケルト同シク此請求權ヲ訴求シタルモノニシテ唯少シク考究スヘキ點ハ支拂ヲ目的トスル申立ハ相殺ノ申立ニ對シテ民事訴訟法第二百四十條第二項(三)ニ所謂擴張ト認ムヘキヤ否ヤニ在ルノミ然ルニ同條ノ規定ニ據レハ訴ノ原因ヲ變更セスシテ本案又ハ附帶請求ニ付キ訴ノ申立ヲ擴張又ハ減縮スルハ訴ノ變更ト看做サヽルナリ

(三)我第百九十六條二項ニ當ル

今又他ノ論點ヨリ推窮スルモ已上述ヘタル所ト同一ナル結論ヲ生ス民事訴訟法ノ採用セル原則ニ據レハ判決確定ノ抗辯ト訴ノ變更トノ間ニハ一ノ相離ルヘカラサル關係在リトス即チ新ナル訴ニ對シテ確定事件ノ抗辯ヲ提出スルコト能ハサル場合ニ於テハ民事訴訟法第二百四十條(四)ノ規定ニ違背シテ訴ノ變更ヲ爲シタルモノト看做サヽルヘカラスト云フハ其關係ヲ示シ得テ最適切ナリ(民事訴訟法編纂委員會議事錄第五百四十二頁所載同委員長「フォン、アムスベルグ」ノ説明并ニ其援用セルパーデン民事訴訟法第二百五十四條參照)而シテ民事訴訟法第二百九十三條第一項(五)ニ據レハ判決ノ確定力ハ訴又ハ反訴ヲ以テ起シタル請求ニ付キ裁判シタル部分ニ限リ生スルモノトス故ニ先決的權利關係ニ付テノ確定ノ訴ニ依リテ判事ノ裁判ヲ喚起シタルトキハ亦同シク判決ノ確定力ヲ生スルモノトス(民事訴訟法第二百十三條及ヒ第二百五十三條并ニ理由書第二百二十七條「ウヂルモウスキー、レウヂー」第四版第三百二頁第四百頁「ベーテルゼン」第二百九十三條註解第三百八十七頁及ヒ第四百九十三頁參照)

(四)我第百九十六條二當ル

(五)我第二百四十四條二當ル

(一〇我レニナク同項ニ曰ク抗辯ヲ以テ主張シタル反訴請求ノ成立又ハ不成立ニ付テノ裁判ハ相殺ヲ爲スヘキ額マテニ限リ確定カ有スト規定セリ是レニ據リテ之ヲ觀レハ上ニ示シタル原告カ確定ノ申立ヲ以テ起シタル訴ハ相殺ニ依リテ主張シタル其請求權ノ證明セラレサリシ爲メ第一審ニ於テ却下セラレタル後ニ於テハ其請求權ノ成立又ハ不成立ハ其却下ノ裁判ノ確定ニ依リテ定マリ從テ又第二審ノ申立ノ意義ニ從テ起シタル支拂ヲ目的トスル新ナル訴ハ此裁判ノ確定ノ爲メニ排除セラルヽモノトス然ラハ則チ第二審ノ申立ハ許スヘカラサル訴ノ變更ヲ包含スルモノニ非ラスト謂ハサルヘカラス

〇千八百八十五年六月二十二日判決

(第三百四十二) 契約上一定セル金額ノ請求ニ付キ其金額ヲ要求セスシテ其請求承認ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルヤ否ヤ

(千八百八十五年六月二十二日判決)

原告ハ見積書及ヒ設計圖案ニ據リ某路道築造ノ請負ヲ爲シ書面契約ヲ以テ之ヲ約定セリ本訴ニ於テ乃チ原告ハ道路築造委員會ノ要求ニ依リ契約書及ヒ見積書ニ記載セサル工事ヲ施行シタリト主張シ其項目及ヒ各項目ニ對スル金額ヲ記載シタル明細表ヲ差出シ而シテ本訴ヲ確定ノ訴ト指稱シ左ノ申立ヲ爲セリ

被告ハ某道路築造ノ際見積書ニ記載ナキ原告ノ供給シタル事業(但シ此確定ハ特別段ナル訴訟手續ニ留保シ)ニ對シテ支拂ヲ爲スヘキ義務アルコトヲ承認スヘシト言渡サレタシ

控訴審ニ於テハ原告ハ左ノ申立ヲ爲セリ

被告ハ千八百八十一年一月十六日原告ノ差出シタル明細表ニ記載セル事業ニ對シ某道路築造ノ際原告ノ供給シタル而カモ見積書ニ記載セサル過分ノ事業(其費用額ノ確定ハ別段ノ訴訟手續ニ留保シ)トシテ相當ノ支拂ヲ爲スヘシト言渡アリタシ

第一審及ヒ第二審ニ於テハ共ニ原告ハ其請求ノ速カナル確定ニ付キ法律上

(一)同條ニ曰ク我カ不成立ノ場合ニ於テハ其ノ利害ヲ有スル上告人ハ民事訴訟法第二百三十一條ヲ適用スヘカラサルモノナリトシ之ヲ却下セリ控訴院ハ又原告ノ訴ハ供給ヲ目的トスル訴ニシテ其請求スル金錢ノ供給ノ數額ヲ示サヽル爲メ許スヘカラサルモノナリト説明セリ而シテ原告ハ上告ヲ提起シタルモ大審院ハ之ヲ棄却セリ其上告判決ノ理由ニ於テハ首メニ訴ヲ確定ノ訴トシテ却下スルノ正當ナル所以ヲ説述シ次ニ左ノ説明ヲ爲セリ

理由

原告ノ訴ハ供給ヲ目的トスル訴ニシテ而カモ尚ホ未タ其數額ヲ示サヽル請求ノ理由ニ付キ裁判ヲ求ムルモノト認ムヘキヤ否ヤ大審院ハ從來數多ノ場合ニ於テ一定ノ數額ヲ要求セサル損害賠償ノ訴ヲ許スヘキモノトシタルコトアリ然レトモ本件ハ被告ニ損害賠償ノ義務アリトスル場合ニ非ラスシテ原告ノ提供シ被告ノ諾受シタル供給ニ付テノ反對供給トシテ要求スル供給ニ關ス即チ直接ニ契約ニ由リテ成立シタル義務ノ履行ニ關スル場合ナリ斯クノ如ク契約上ノ供給ヲ目的トスル訴ニ付テハ其目的物ヲ二個ノ互ニ特立セル訴訟ニ分解シ初ニ其原因ニ付テ訴訟ヲ爲シ次ニ其數額ニ付テ訴訟ヲ爲スコトヲ得サルヲ以テ通則トス而シテ本件ニ於テハ特ニ此通則ニ從フヘカラサル理由毫モナシ抑モ數額ノ定レル請求ハ其由來及ヒ成立合一的ナリ故ニ特別ナル理由アルニ非ラサレハ之ヲ分解シテ一個ノ定リタル數額ニ付テノ請求ト一個ノ不定ナル數額ニ付テノ請求ト爲スコトヲ得ス債權者ハ後者ニ屬スル請求ノミヲ單獨ニ主張スルコト能ハサルナリ蓋シ此種ノ請求ヲ訴求スルハ義務ノ履行ヲ强制スルニ存スル訴訟ノ本來ノ目的ヲ達スルノ途ニ非ラス且ツ請求ノ數額ヲ指定シテ其即時ノ實行ヲ爲スニ何等ノ障碍ナキ場合ニ債務者ヲシテ二個ノ續發スル訴訟ニ加ハラシムルコトヲ債權者一方ノ欲スル所ニ任スヘキ所以敢テ存セサルナリ上告人ハ民事訴訟法第二百七十六條(三)ヲ指示シ假令其訴ヲ以テ供給ノ訴ナリトスルモ其自カラ爲シタル所ハ正當ノ途ヲ誤ラサルモノナリト主張セリ然レトモ該條ハ數額一定シ其數額ニ於テ主張スル供給ヲ訴求シタル場合ニ關スル規定ニシテ寧ロ先決裁判ヲ爲スハ判事ノ意見ニ在リ先決裁判ヲ得ルヲ目的トシ他ニ獨立ナル訴ヲ提起

(一)我第二百二十八條ニ當ル

千八百八十五年九月七日判決

シテ其先決裁判ヲ求メントスルハ當事者ノ爲シ得ヘカラサル所ナルコトヲ示セルモノナリ

〔第三百四十三〕 原告ハ第一審ニ於テ訴ヲ却下セラレ且シ費用ヲ負擔セシメラレ而シテ第二審ニ於テ事件ヲ完結シタリトシ且ツ費用ヲ被告ノ負擔ニ歸セラレタシトノ申立ヲ爲シタリ此場合ハ訴ノ取下ト看做スヘキヤ否ヤ

千八百八十六年三月二十一日判決

本編第二章第四節訴訟費用ノ部ニ譯載セル千八百八十五年九月七日判決ヲ見ルヘシ

〔第三百四十四〕 被告本人ノ判然セル場合ニ於テハ被告ノ名稱ニ誤謬アルモ害ヲ爲ササルコト

（千八百八十六年三月二十一日判決）

理由

千八百八十六年九月十六日判決

（前略）原告ノ所有權ヲ侵害スル處分ヲ發シタル官廳ハ普魯西王國政府ナリ故ニ原告カ普魯西王國政府ニ對シテ起訴シタルハ至當ナリ而シテ原告ハ眞正ノ訴訟相手方トシテ國家ヲ指名セスシテ國庫ヲ指名シタリ然ルニ國家ハ國庫即チ國家ノ財産ノ主躰トシテ本件ト關係有ルニ非ラス故ニ原告ノ用ヰタル名稱ハ素ヨリ正カラス然レトモ被告本人ニ付テハ何等ノ疑モ存セサルカ故ニ單ニ其名稱ノ正シカラサル一事ヲ以テ訴ヲ被告ノ應訴能力欠缺ノ爲メ却下スルノ理由ト爲スヲ得サルナリ（下略）

〔第三百四十五〕 證書訴訟ニ於ケル被告ハ確定ノ訴ノ理由トスルニ必要ナル事實ヲ證書訴訟ニ於テ許ス所ノ證據方法ニ依リ表明スルコト能ハサル場合ニ於テハ證書訴訟ニ於テ原告ノ訴求シタル請求ノ不成立ノ確定ニ付テノ訴ヲ被告カ以前ニ繫屬セシメタルノ一事ニ基キテ權利拘束ノ抗辯ヲ爲ス

コトヲ得ルヤ否ヤ

（千八百八十六年九月十六日判決）

理由

訴ニ對スル被告ノ異議ノ根據タル事實ハ證書訴訟ニ於テ許ス所ノ證據方法ヲ以テ之ヲ證明スルコト能ハサルモノナリトノ理由ニ依リテ被告ノ權利拘束ノ抗辯ヲ證書訴訟ニ於テ許スヘカラサルモノトシテ却下シタルハ至當ナリトス

民事訴訟法ハ原告カ代替物ニ付テノ其請求ノ理由ヲ示スニ必要ナル事實ヲ證書ニ依リテ證明シ能フトキハ證書訴訟ヲ拒ムヲ得ルコトヲ許セリ是レヲ以テ證書又ハ宣誓要求ニ依リテ即時ニ證明スルコトヲ得サル抗辯ハ總テ却下セラルヽモノナル程度ニ於テ原告ハ迅速ナル權利防禦ノ利益ヲ享クルコトヲ得ルナリ（第五百六十一條）(一)證書訴訟ニ於テ敗訴ヲ言渡ス判決ハ訴ニ對シテ異議ヲ唱ヘタル被告ニ其權利ノ行使ヲ留保スト雖モ其判決ハ上訴及ヒ强制執行ニ關シテハ終局判決ト看做ス（第五百六十二條）(二)モノニシテ其訴ノ請求

(一)我第四百九十條ニ當ル

(二)我第四百九十一條ニ當ル

ノ理由ナキモノナリシコト通常訴訟手續ニ於テ顯ハレタルトキニ限リ廢棄ヲ受クルモノトス（第五百六十三條）(三)故ニ又其判決ハ廢棄セラルヽマテハ完全ニ確定裁判ノ効力ヲ有スルモノトス此故ニ證書訴訟ハ獨立ナル訴訟手續ニシテ其後ニ爲ス通常ノ訴訟手續トハ全ク分離セルモノナリ證書訴訟ニ於テハ訴ノ請求以外ニハ唯法律上理由ナキ被告ノ異議及ヒ證書訴訟ニ於テ許サレサル被告ノ異議ノミカ實躰上ノ判斷ヲ受ケ其他ノ異議ハ之ヲ排除シ其理由ニ付テハ裁判ヲ爲スコトナキモノトス

此故ニ本件被告カ權利拘束ノ抗辯ノ根據ト爲シタル異議ハ亦證書訴訟ニ於テ裁判ヲ爲スコトヲ得サルモノナリ證書訴訟ニ於テ許スヘキ證據方法具ハラス且ツ證書訴訟ニ於クル判決ハ實躰上ニ於テ其異議ニ付裁判ヲ爲スヘカラサルカ故ニ其異議ハ證書訴訟ニ對シテハ存在セス其異議ト關係アル爭ハ現今繫屬セサルナリ而シテ證書訴訟ニ於テハ被告ノ提出シタル反對請求ニ付テ說明スヘキモノニ非ラス此故ニ前訴訟物ノ裁判ト一致セサル裁判ハ本件證書訴訟ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得サルモノニシテ本件訴訟手續ニ付テハ

(三)我第四百九十二條ニ當ル

(四)我第百九十五條第一號ニ當ル

〇千八百八十七年五月二十日判決

民事訴訟法第二百三十五條第一號(四)ノ要件(訴訟物ヲ他ノ裁判所ニ繫屬セシムルコト)全ク欠缺セリ故ニ權利拘束ノ抗辯ハ之ヲ提出スルコトヲ得サルナリ

(下略)

(一)我第百九十五條ニ當ル

〔第三百四十六〕 相殺ノ抗辯ヲ以テ反對請求ヲ主張スルトキハ其反對請求ノ權利拘束ヲ生スルヤ否ヤ

(千八百八十七年五月二十日判決)

民事第三部ハ民事第二部ト其意見ヲ同フシ前掲ノ問題ヲ否定セリ

理由

控訴院ハ被告ノ提出シタル權利拘束ノ抗辯ニ因リ原告ノ訴ヲ却下セリ其理由ハ原告ノ本訴ヲ以テ訴ヘタル請求ハ前ニ被告ヨリ原告ニ對シテ起シタル訴訟ニ於テ原告カ相殺ニ依リテ主張シタルモノナリト云フニ在リ即チ控訴院ノ論據トスル所ハ左ノ點ニ在リ曰ク相殺ノ抗辯ヲ提出スルトキハ其相殺請求ノ權利拘束ヲ生ス故ニ其相殺請求ハ民事訴訟法第二百三十五條(二)ニ從ヒ權利拘束ノ繼續中ハ之ヲ訴フルコトヲ得スト上告人カ控訴判決ハ此點ニ於テ民事訴訟法ノ規定ノ違背ニ基ツクモノナリト主張スルハ正當ナリ

(二)我第百九十五條ニ當ル

(三)我第三百七十八條ニ當ル

(四)我第三百八十一條ニ當ル

(五)我ニナシ

此問題ハ頗ル議論アル問題ニシテ民事訴訟法ノ規定ハ此問題ニ向テ原則的ニシテ明確ナル決定ヲ與ヘズ同法第二百三十五條ハ訴ノ提起(同法第二百三十條(三)第四百六十一條(四)ノ効力ヲ規定シ訴訟物ノ權利拘束ヲ以テ其効力ナリトシ而シテ權利拘束ノ實躰法上ノ効力(第二百三十九條(五))ニ對シテ其訴訟上ノ効力ヲ各別ニ規定セリ又第六百三十三條(六)ハ支拂命令ノ送達ニ附スル之レト同一ノ効力ヲ以テセリ要スルニ權利拘束ハ訴ノ提起ニ依リテ生スルモノナリトス然レトモ權利拘束ハ亦訴訟ノ進行中ニ於テモ(第四百六十七條(七))ノ特別ナル場合ハ之ヲ除キ)成立シ得ヘキモノナルコトハ第二百五十四條(八)ノ明確ニ證明セル所ナリ該條ハ權利拘束カ訴訟ノ進行中ニ於テ生スル場合ニ付キ其發生ノ時期ヲ定ムルモノナリト雖モ請求ヲ起シタル場合ニ於テノミ之ヲ生スルモノト爲セルコト明カナリ已上述ヘタル所ニ據リ左ノ結論ヲ爲スコトヲ得曰ク相殺ノ抗辯ノ主張ニ依リテ民事訴訟法第二百五十四條ノ意義ニ從ヒ請求ヲ起シタル場合ニ於テノミ相殺ノ抗辯ソ主張ハ權利拘

(六)我第三百八十七條ニ當ル

(七)我ニナシ

(八)我第三百八十七條ニ當ル

(九)我ニナシ

同條ニ曰ハク

束ヲ生スト

相殺ノ抗辯ヲ提出スル者ハ之ニ依リテ反對請求即チ一ノ請求ヲ主張スト謂ハサルヘカラス然レトモ訴訟上ノ方式及ヒ効力ニ就テ之ヲ謂ヘハ反對請求ヲ主張スルハ請求ヲ起スニ非ラスシテ請求ヲ爭フナリ而シテ訴訟上ニ於テハ此二事ハ全然別異ナルモノトス反對請求者ハ相殺請求ヲ主張シテ以テ原告ノ敗訴ヲ求ムルモノニ非ラス訴ノ却下ヲ求ムルモノナリ又單純ニ其請求ヲ主張スルモノニ非ラスシテ訴ノ請求ノ額マテニ限リ之ヲ主張スルナリ又訴ノ請求ヲ爭ハサル程度ニ於テハ絶對的ニ反對請求ヲ主張スルニ非ラス單ニ訴カ他ノ理由ニ依リテ却下セラレサル場合ノ爲メ之ヲ主張スルナリ然リ而シテ民事訴訟法ノ定ムル所ニ據レハ請求ハ訴ニ依リテ之ヲ起スモノトス(第二百三十五條)又請求ハ訴ノ擴張及ヒ反訴ニ依リテ之ヲ起スコトヲ得ルモノトス(第二百五十三條)及ヒ第四百六十七條之ニ反シテ相殺ノ抗辯ヲ以テハ請求ヲ提出シ(第百三十六條)又ハ主張スル(第二百七十四條第二百九十三條)又第三百十五條第一項ヲ參照セヨ)モノトス是ヲ以テ觀レハ第二百五十四條ニ

謂フ所ハ抗辯ノ方法ニ依リテ主張シタル相殺請求ニ非ラスシテ訴訟ノ進行中訴ノ擴張又ハ反訴ヲ以テ起シタル請求ノミナリト謂フヘシ是レ前條第二百五十三條ニ於テ單ニ訴ノ擴張又ハ反訴ヲ以テ起シタル請求ノミニ付テ規定ヲ爲セルニ據リテ之レヲ觀レハ愈明白ナル所ナリ而シテ此他ノ點ニ於テハ何等ノ異論ナキ所タル第二百五十四條ノ精神ト容易ニ適合スル解釋ハ獨リ此解釋在ルノミナリ被告カ單ニ抗辯(例ハ留置權所有權用益權等ノ抗辯)ニ依リテ提出スル此他ノ獨立ナル請求ノ第二百五十四條ニ屬セスシテ權利拘束ト爲ラサルコトハ素ヨリ何人モ疑ハサル所ナリ而シテ第二百五十四條ノ旨趣斯クノ如クナルニ拘ラス相殺ノ抗辯ニ依リテ權利拘束ヲ生スルモノナリトセハ是レ一般ノ通則ニ對シテ除外例タル規定ナリト謂フノ外ナシ然レトモ其通則ヲ揭クル法文ニ於テハ之ヲ明言セサルノミナラス其法文ニ據リテ之ヲ推知スルコトタモ尙且ツ能ハス又民事訴訟法中他ノ規定ニ於テ其通則ノ制限アルコトヲ明確ニ指示セルニ於テハ可ナリト雖モ一トシテ斯ノ如キ規定ノ存スルナキナリ

若夫レ民事訴訟法ニシテ一般ノ通則ヲ主眼タル法文ニ於テ掲ケ而シテ其通則ノ制限及ヒ例外ハ他ノ規定ニ依リテ推知スルコトヲ得ヘシト豫期シタルナランニハ奇異極マレリト謂フヘシ殊ニ第二百九十三條ハ一見或ハ斯クノ如キ感ヲ生セシムヘシト雖モ該條ハ權利拘束ニ關スル規定ニ非ラス確定力ニ關スル規定ニシテ即チ原則トシテハ訴及ヒ反訴ニ付テノ裁判ノミ確定ト爲ルモノナルモ抗辯ヲ以テ主張シタル請求中ニテ相殺ノ抗辯ニ關シテノミハ訴ノ請求ノ額マテニ限リ亦同一ナルコトヲ定ムルモノナリ故ニ確定力ニ關シテハ相殺ノ抗辯ト反訴ヲ以テ起シタル請求トハ同一視セラルト雖モ權利拘束ニ關シテハ然ラス權利拘束ハ判決ノ各要素ノ確定力ニ關シ第二百九十三條ニ由リテ生スル疑問トハ何等ノ關係ナキモノトス立法者ノ精神ハ權利拘束ト確定力トハ互ニ牽聯セルモノニシテ或ル裁判ノ確定力ハ其裁判スヘキ爭點先ツ權利拘束ト爲レルコト必然欠クヘカラスト云フニ存セスンハ相殺ノ抗辯ト反訴ヲ以テ起シタル請求トヲ同一視スルコト能ハサルナリ然ルニ立法者カ權利拘束ト確定力トハ斯クノ如ク互ニ相離ルヘカラサル關係ヲ有スルモノナリト豫期シタルコトハ何ツレノ法文ニ就テ之ヲ見ルモ窺知ルヘカラス又立法者ハ二者ノ性質ニ存スル必然ノ理由ニ由リ之ヲ豫期セサルヲ得サリシナリトハ尚更ニ認知スルコト能ハサル所ナリ蓋シ後段説述スル如ク既ニ普通訴訟法ニ於テモ相殺ノ抗辯ニ付テノ裁判ハ判決ノ要素トシテ確定力ヲ有スト爲シタルモ相殺請求ノ權利拘束ハ之ヲ認メサリシナリ民事訴訟法第百三十六條及ヒ第二百七十四條ノ規定ニ就テ之ヲ觀ルモ亦相殺ノ抗辯ハ例外ニ在ルモノナリト論斷スルコトヲ得ス相殺ノ抗辯ハ往々訴訟ノ迅速ニシテ且ツ有効ナル結果ヲ收ムルニ障碍ヲ生シ易キヲ以テ普通法ニ於テモ普魯西法ニ於テモ共ニ此抗辯ハ其請求ノ明確ナル場合若クハ明確ニ爲シ得ヘキ場合ニ非ラサレハ之ヲ許サヽルモノトセリ民事訴訟法ハ斯クノ如キ汎博ナル規定ヲ設クルコトヲ避ケ現實ノ事情ニ從ヒ反訴請求(牽聯セサル)ニ付テノ辯論及ヒ裁判ノ爲メニ訴ノ請求ニ付テノ辯論及ヒ裁判ヲ無益ニ繁雜ナラシメ又ハ遲滯セシムル患アルトキハ二者ヲ分離シ前者ノ爲メニ後者ノ阻遏セラルヽヲ防クノ權ヲ判事ニ附與シ以テ各個ノ場合ヲ分タント

セリ民事訴訟法第百三十六條及ヒ第二百七十四條ヲ設ケタルハ即チ之レカ爲メニシテ其規定ニ據レハ判事ハ事件ノ狀況ニ從ヒ或ハ訴ノ請求ト反對請求トニ付キ分離シタル訴訟ニ於テ辯論及ヒ裁判ヲ爲シ或ハ辯論ノミヲ分離シ而シテ訴ノ請求カ裁判ヲ爲スニ熟シタルトキハ先ツ其裁判ヲ爲シ之ニ次テ反對請求ニ付キ裁判ヲ爲スコトヲ得ルモノトス而シテ民事訴訟法ハ分離シテ後ニ爲スヘキ訴訟手續ニ關シテハ何等ノ規定ヲモ設ケス然レトモ其訴訟手續ニ於テ生シタル爭點ヲシテ正當ニ結了セシメンニハ則チ相殺ノ抗辯ハ其抗辯ニ依リテ主張シタル請求ヲシテ權利拘束トナラシムト爲スニ非ラサレハ不可ナリト謂フコトヲ得サルナリ今假リニ斯クノ如ク訴訟手續ヲ分離スルト相殺ノ抗辯ヲシテ抗辯タル性質ヲ保有セシムルトハ兩立スヘカラサル事ナリトスルモ尙且ツ左ノ結論ヲ生スルニ過キス曰ク分離前ニ於テハ單ニ抗辯ノ方法ヲ以テ主張シタル請求ハ分離後ニ於テハ反訴ニ依リテ訴求シタル請求ト爲リ其請求ハ權利拘束ヲ生セシムルモノト看做スヘシト

已上ノ觀察ニ據レハ民事訴訟法第二百五十四條ノ解釋ヲ爲サンカ爲メニ同法ノ爾餘ノ規定殊ニ第二百九十三條第百三十六條及ヒ第二百七十四條ヲ援用スルモ更ニ何等ノ結果ヲモ得ルコト能ハス而シテ第二百五十四條ハ其旨趣及ヒ關係ニ據リテ解釋ヲ下セハ相殺ノ抗辯ニ依リテ主張シタル反對請求ハ其他ノ總テノ抗辯ノ方法ニ據リテ提出シタル請求ト等シク權利拘束ヲ生セスト云フノ外ナシ蓋シ第二百五十四條ハ決シテ反對ノ趣旨ヲ明確ニ示セル規定ニ非ラス立法者ニシテ若シ反對ノ趣旨ヲ欲シタルナランニハ民事訴訟法以前ノ法律ノ狀態ニ據リ又同法ノ之ニ關スル規定ノ由來ニ據リテ之ヲ考フルモ必スヤ其反對ノ趣旨ヲ明亮ニ示セル規定ヲ設ケタルヘキナリ民事訴訟法ニ於ケル權利拘束ノ制ハ從來ノ法律ノ狀態ニ對シテ一革新ヲ加ヘタルモノナリトセハ特ニ相當ノ規定ヲ設クルノ必要ナリシコト疑ナシ如何トナレハ一般ノ學說及ヒ裁判例就中普通法ノ區域內ニ於テハ羅馬法ニ倣ヒテ相殺ノ抗辯ハ全然權利拘束ヲ生セサルモノトシ或ハ之ヲ生セサルヲ以テ通則(「クルーグ」相殺論第二百五十頁以下「デルンブルグ」相殺論第五百三十五頁以下「ザイフェルト」著論集所載各高等裁判所判決例參照)ト爲シタレハナリ然ル

ニ民事訴訟法ノ立法ノ經過モ亦之ト同シ北獨逸民事訴訟法編纂委員會ニ於テ確定力及ヒ權利拘束ニ關スル議事ノ際多數説ハ相殺ノ抗辯ヲ以テ權利拘束ヲ生スルモノナリトシ之ヲ明文(第三百三十四條)ニ掲ケタルモ其後ノ會議ニ於テ相殺ノ抗辯ヲ同時ニ重複シテ用ヰ又何時ニテモ取下クル等ハ各人ノ自由ニ任セサルヘカラストノ非難出テ遂ニ第三百三十四條ヲ削除シタリ(北獨逸民事訴訟法編纂委員會議事錄第二卷第五百七十二頁第六百八頁參照)而シテ同一ノ規定ハ其後普魯西司法省草案第二百二十九條ニ掲ケラレタルモ民事訴訟法ハ遂ニ之ヲ採用セサリシナリ已上ノ諸點ヲ考察スレハ民事訴訟法ノ立法者ニシテ若シ從來ノ學説慣例及ヒ立法ニ對シテ革新ヲ加ヘント欲シタルナランニハ單ニ之ヲ推測究論セシムルニ止メスシテ明亮ナル法文ヲ以テ之ヲ表明セサルヲ得サリシナリ

已上説述シタル如ナルカ故ニタトヒ理由書ニ於テハ詳細ナル説明ヲ爲サスシテ異ナル見解ヲ執レルカ如シト雖モ千八百八十六年五月十一日大審院民事第二部判決(此判決ニ於テハ諸種ノ學説ヲ摘示セリ)ノ發表シタル解釋ニ據リ民事訴訟法ニ於テハ相殺ノ抗辯ノ提起ニ依リ相殺請求ノ權利拘束ヲ生スルコトナシト謂ハサルヘカラス

〇千八百八十七年六月十六日判決

〔第三百四十七〕 離婚訴訟ノ開始ノ際同一ノ當事者ヨリ以前ニ提起シタル離婚訴訟カ第一審ノ訴ヲ却下スル判決ノ合式ナル送達ナカリシ爲メ尚ホ繫屬セルコトハ後ノ離婚ノ訴ノ結果ニ如何ナル影響ヲ及ホスヤ

前訴訟ニ於テ爲シタル判決ノ追完シタル送達ノ爲メニ新ナル訴訟ノ進行中ニ生シタル其判決ノ確定力ハ新ナル訴訟ニ對シテ如何ナル効力ヲ有スルヤ

(千八百八十七年六月十六日判決)

（一）同條ニ曰ク離婚ノ訴又ハ無効ノ訴ト共ニ却下セラレタル原告ハ前訴訟ニ於テ

理由

本件離婚訴訟ノ當事者間ニ於テハ既ニ一個ノ離婚訴訟繫屬シタルコトアリ其訴訟ニ於テ地方裁判所ハ千八百八十年十一月八日ノ判決ヲ以テ原告ノ訴ヲ却下シ職權ヲ以テ其判決ヲ送達シタルモ其送達ハ無効ナリシ爲メ控訴期間ノ進行ヲ開始セサリキ而シテ其合式ノ送達ハ千八百八十六年三月五日ニ於テ初メテ之ヲ爲シ當時恰モ夫ノ本件離婚ノ訴及ヒ千八百八十五年十月十四日ノ口頭辯論期日ニ於テ妻ノ起シタル反訴ノ提起セラレタル後ナリシ本件夫ノ離婚ノ訴ハ悪意ノ委棄ノ主張ヲ其根據トシ妻ノ反訴ハ夫ノ姦通ノ主張ヲ其理由トセリ而シテ本件離婚訴訟ノ進行中千八百八十六年六月十日即チ同年三月五日ニ於テ送達セラレタル前離婚訴訟ノ判決ニ對スル控訴ノ提起期間經過後ニ於テ夫ノ申立ニ因リ妻ニ對シテ十四日ノ期間ヲ定メテ歸家命令ノ發布アリタリ事件ノ狀況斯クノ如クニシテ第一審裁判所ハ民事訴訟法第五百七十六條（一）ニ基キテ訴及ヒ反訴ヲ却下シ之ニ對シテ原告ノ提起シタル控訴ハ棄却セラレタリ控訴院ハ即チ曰ク第五百七十六條即チ離婚ノ訴ニ

又ハ訴ノ併合ニヨリ主張スルコトヲ得ヘカリシ事實ヲ獨立ノ訴ノ原因トシテ更ニ主張スルコトヲ得ス被告ニ在リテハ反訴ノ原因ト爲スコトヲ得ヘカリシ事實ニ付テモ亦同シ（我婚第五條參照）

於テ却下セラレタル原告カ其訴訟ニ於テ主張スルコトヲ得ヘカリシ事實又ハ離婚訴訟ニ於ケル被告カ反訴ノ理由ト爲スコトヲ得タル事實ハ新ナル離婚ノ訴ノ獨立ナル原因トシテ更ニ之ヲ主張スルコトヲ得ストノ規定ノ意義ハ新ナル離婚ノ訴ハ同一ノ當事者間ノ前離婚訴訟尚未タ終結セス此訴訟ニ於テ爲シタル判決ノ未タ確定ト爲ラサル限ハ之ヲ提起スルコトヲ得スト云フニ在リト

上告ニ付テノ裁判ノ繫カル所ハ民事訴訟法第五百七十六條ノ解釋如何ニ在リ同條ハ離婚ノ訴ノ確定ナル却下ヲ以テ終結シタル離婚訴訟ニ於テ訴又ハ反訴ノ理由トシテ主張スルヲ得ヘカリシ事實ハ之ヲ新ナル離婚ノ訴ノ獨立ナル原因トシテ主張スルヲ得サルモノナリトシ而シテ離婚ノ訴ニ於ケル夫婦ノ一方ヲ確定ニ却下シタル裁判ノ効力ヲ定メテ其訴訟ニ於テ原告又ハ被告ノ主張スルコトヲ得ヘカリシ離婚ノ原因ノ爲メニ將來婚姻ノ繼續ヲ妨クルコトナキモノナリトセリ故ニ此規定ハ離婚ノ訴ノ確定ナル却下ニ依リテ啻ニ其訴ヲ以テ主張シタル離婚ノ原因ノミナラス夫婦双方ニ存スル離婚ノ

原因ニシテ前訴訟ニ於テ主張スルヲ得ヘカリシ原因ハ總テ消滅シタルモノトスルノ程度ニ於テ確定ノ効力ヲ擴張セルモノナリ而シテ此効力ノ發生ハ當事者ノ處分權ニ屬セス即チ其効力ハ相手方カ前訴訟ノ判決ニ憑據スルト否トニ拘ラス民事訴訟法第五百八十一條(二)ニ掲クル婚姻ヲ維持スル爲メ裁判所ハ當事者ノ提出セサリシ事實ヲ斟酌シ且職權ヲ以テ證據調ヲ命スルコトヲ得トノ原則ニ基キ裁判所ノ職權ニ依リテ生スルモノトス

然レトモ本件ニ於テハ離婚ノ訴ヲ提起スル際前訴訟ニ於テ原告ノ訴ヲ却下シタル判決ハ尚未タ確定ト爲ラス其判決ノ合式ナル送達ナカリシカ爲メ本件訴訟ニ於テ提出シタル事實ハ前判決ノ確定前ニ發生シタルモノナル限ハ控訴ニ據リテ之ヲ主張スルコトヲ得ルノ餘地存シタルナリ故ニ本件訴訟ニ於テ提出シタル事實ハ本訴提起ノ際確定セサリシモノナリ即チ本件ノ場合ハ確定判決在ル場合ニ存スル確定ノ効力ニ代ハリテ確定判決ナクシテ權利拘束ノ効力存セル場合ナリ此クノ如ク考察スルニ於テハ本訴提起ノ際權利拘束ハ如何ナル程度ニ於テ存シタルヤ及ヒ其權利拘束ハ本件訴訟ニ如何ナル効力ヲ及ホシタルヤハ當然起ルヘキ疑問ナリ

離婚訴訟ニ付テハ權利拘束ノ意義ヲ如何ニ定ムヘキヤ曰ク離婚ノ訴ノ提起ニ依リテ權利拘束ト爲リタル離婚訴訟ニ於テ主張スルコトヲ得ル離婚ノ請求ハ總テ其訴ノ提起ト同時ニ權利拘束ト爲ルト是ヲ以テ觀レハ本件ノ場合ニ於テハ前離婚訴訟ニ於テ訴ヲ却下シタル判決ノ確定ト爲ルマテハ新ナル離婚ノ訴ニ對シテ權利拘束存シタルナリ然レトモ此權利拘束ハ單ニ前訴訟ニ於テ主張スルヲ得タル離婚ノ原因ノミニ關スルモノニシテ此原因ハ若シ其權利拘束中ニ在ル訴訟ニ於テ主張セラレサルトキハ消滅シ新ナル離婚ノ請求ノ理由トシテ之ヲ援用スルコトヲ得サルナリ而シテ本件ノ場合ニ於テハ前訴訟ノ訴ヲ却下シタル判決ハ千八百八十六年三月五日ニ於テ確定ト爲リタルヲ以テ權利拘束ハ同日以後更ニ存セサリシナリ然ルニ控訴判決ニ援用セル地方裁判所判決ノ事實ニ據レハ同日後即チ前訴訟ニ於テ訴ヲ却下シタル判決ノ確定力生シタルニ由リテ權利拘束消滅シタル後ニ於テ被告ニ對シテ婦家命令發セラレタルモ被告カ此命令ニ從ヒタルコトハ未曾テ主張セ

ラレス而シテ又原告ハ歸家命令ノ言渡ヲ主張スルニ據リテ離婚ノ原因タル惡意ノ委棄ノ繼續ヲ主張セントト欲シタルモノト認メサルヘカラス故ニ此繼續ノ主張ニ依リテハ前訴訟ニ於テ主張スルコトヲ得サリシ離婚ノ原因ヲ提出シタルモノナリ此故ニ其原因ハ民事訴訟法第五百七十六條ノ規定ノ支配ヲ受ケス即チ新ナル離婚ノ訴ノ基礎ト爲スコトヲ得ルモノナリ

本訴提起ノ際ニ存シタル離婚訴訟ノ權利拘束ハ新ナル離婚ノ訴タル本訴ノ結果ニ對シテ一般ニ即チ權利拘束ノ終ハリタル後ニ生シタル離婚ノ請求ニ關セス障害ト爲ラサルヤ否ヤノ疑問ハ尙ホ茲ニ決定ヲ要スル點ナリ第一審裁判所及ヒ第二審裁判所ハ共ニ原告ノ新ニ主張シタル離婚ノ原因ニ關セス其訴ヲシテ結果ヲ生セサラシメタリ第一審判事ハ前訴訟ノ判決確定後ニ於テハ新ナル離婚ノ原因ニ基キテ新ニ訴ノ提起ヲ爲スヲ要シタルモノナリトシ控訴判事ハ原告ノ訴ハ其提起ノ際存シタル權利拘束ノ爲メニ其提起ノ方法ニ於テハ許スヘカラサルモノナリトノ理由ヲ以テ第一審判決ヲ維持セリ即チ控訴院ハ原告ノ主張シタル惡意ノ委棄ノ繼續ニ付キ新ナル離婚訴訟ヲ開始スルコトヲ要ストセルナリ此見解ハ本院ノ採ラサル所ナリ從來一般ノ裁判例ニ於テハ訴訟ノ繁雜ヲ避ケンカ爲メニ被告ノ敗訴言渡ノ要件カ起訴ノ當時尙ホ存セサルモ判決ヲ爲スノ際ニ至リテ存スル場合ニ在リテハ訴ノ却下ヲ爲サヽルコトヲ勉メタリ殊ニ民事訴訟法中婚姻事件ノ訴訟手續ニ關スル規定ニ於テハ婚姻訴訟ノ數次ニ渉ルヲ防クヲ以テ主眼タル原則ト爲セリ故ニ提出ヲ怠リタル訴ノ原因ヲ排除シ又第二審ニ於テ新ナル離婚ノ原因ヲ提出スルコトヲ許シ且ツ又第二審ニ於テ反訴ヲ爲スコトヲ許セルナリ本件ノ場合ニ於テモ亦此點ヲ顧慮セサルヘカラス離婚訴訟ニ於テハ其特性トシテ新ナル事實ノ提出ノ許スヘキ限ハ何回タリトモ毎ニ新ナル離婚ノ原因ヲ主張スルコトヲ得ルモノトス故ニ本訴ニ於テ主張シタル離婚ノ原因ニシテタトヒ民事訴訟法第五百七十六條ノ支配ヲ受クルモノナルモ未以テ後ニ生シタル又ハ繼續セル離婚ノ原因即チ第五百七十六條ト關係ナキ原因ヲ同一ノ訴訟ニ於テ排除スルノ理由ト爲スヲ得サルナリ故ニ本訴提起ノ際存シタル權利拘束ノ爲メニ本訴ヲ無効ニ歸セシムルハ誤レリ寧ロ本件訴訟ノ進

〇千八百八十八年七月三日判決

行中ニ於ケル權利拘束ノ消滅ノ結果トシテ前訴訟ニ於テ主張スルコトヲ得ダル離婚ノ原因ハ本件訴訟ノ進行中ニ生シタル前判決ノ確定ニ依リテ消失シタリトスヘク而シテ前判決ノ確定ト爲リタル事ハ新ニ生シタル又ハ繼續セラルヘキ離婚ノ原因ヲ主張スルノ妨ト爲ラサルナリ

〔第三百四十八〕證書訴訟ニ於テ起シタル訴ニ對シテ其訴ノ請求ノ根本タル權利關係ノ不成立ノ確定ヲ目的トスル訴ノ繫屬セル事ニ據リテ權利拘束ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤ

（千八百八十八年七月三日判決）

大審院ハ前掲問題ヲ否定セリ

理由

原告ハ千八百八十四年十二月六日ノ書面契約ニ依リテ約定シタル千八百八十六年五月一日ヨリ同年九月一日ニ至ルマテ一年六千「マルク」ノ割合ノ俸給支拂ニ付テノ訴ヲ千八百八十七年九月中證書訴訟ニ於テ起シ被告ハ此訴ノ提起前即チ千八百八十六年十月九日ニ於テ被告ヨリ原告ニ對シ左ノ申立ヲ以テ訴ヲ提起シ且其訴ニ付テノ訴訟手續ハ尚ホ繫屬セリトノ理由ヲ以テ權利拘束ノ抗辯ヲ提出セリ其申立ハ即チ某炭坑會社ノ代理人且工業長タル原告ハ千八百八十六年一月十九日會社ヨリ正當ニ其職ヲ免セラレ從テ千八百八十四年十二月六日ノ契約ニ基キテ千八百八十六年二月ヨリ千八百八十九年終ニ至ルマテノ間ニ付キ一年六千「マルク」ノ俸給ニ付テノ請求ヲ起ス權利ヲ有セサルモノナルノ權利關係ヲ確定セラレタシト云フニ在リタリ控訴院ハ地方裁判所ト同シク被告ノ抗辯ヲ理由アリトシ訴ヲ却下シタル地方裁判所判決ニ對スル控訴ヲ棄却セリ其論旨ニ曰ク確定ノ訴繫屬セル場合ニ於テ其訴ハ供給ノ訴ニ於ケル請求ノ根本タル權利關係ト同一ノ權利關係ニ基クトキハ確定ノ訴ノ繫屬セル事ニ由リ供給ノ訴ニ對シテ權利拘束ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得而シテ本訴ハ證書訴訟ニ於テ之ヲ起シタルモノニシテ此抗辯ハ證書訴訟ニ於テ之ヲ主張スルコトヲ得ヘカラサリシモノナリトノ異議ハ被

告ノ權利拘束ノ抗辯ニ對シテ其効ナキモノナリト

控訴判決理由ノ第一點ノ當否ハ措テ論セサルモ可ナリ是レ上告人カ其第二點ヲ違法ナリトシテ攻擊スルハ至當ニシテ既ニ此點ノミヲ以テ控訴判決ハ之ヲ破毀スヘク被告ノ抗辯ハ之ヲ却下スヘキモノナルヲ以テナリ

民事訴訟法第五百五十五條(一)以下ノ規定ニ依リ明確ナラサル抗辯及ヒ證書訴訟ニ於テ許ス證據方法ヲ以テ明確ニシ得ヘカラサル抗辯ヲ排除シテ證書訴訟又ハ爲替訴訟ニ於テ强制執行ニ適當ナル判決ヲ求メ得ル權利ヲ生スルモノハ獨リ特別ナル性質ヲ具フル請求ノミナリ然レトモ債權者カ此權利ヲ有スルヤ否ヤハ消極的確定ノ訴ノ訴訟手續ニ於テ裁判ヲ爲スヘキ點ニ非ラス故ニ訴ノ請求ノ基礎タル權利關係ノ不成立ニ付テノ確定ノ訴ノ繫屬ハ權利拘束ニ關スル一般ノ原則ニ從テ證書訴訟ニ於ケル訴ノ障碍ト爲ラサルモノトス本件證書訴訟ノ前ニ被告ヨリ提起シタル消極的確定ノ訴ヲ以テハ被告ハ本件證書訴訟ニ於テ爲ス判決ニ於テ其行使ヲ留保セサルヘカラサリシ抗辯ヲ主張シタルモノニシテ其訴ニ依リテ原告ノ請求ヲ否定スル判決ヲ證書

(一)我第四百八十四條ニ當ル

訴訟ノ提起前ニ得ルニ於テハ證書訴訟ニ付キ原告ノ訴ヲ排除スル抗辯ヲ得タルナリ然レトモ被告ハ單ニ證書訴訟ニ於テ原告ノ起シタル請求ニ對シテハ通常訴訟手續ニ於テ確定ノ訴ヲ提起スルニ依リ異議ヲ主張シタリト云フノ點ノミヲ以テ論據ト爲スニ於テハ未以テ被告ニ一時敗訴ヲ言渡シ强制執行ニ適當ナル判決ヲ拒絕スル抗辯ノ根據ト爲スコト能ハサルナリ如何トナレハ原告カ此判決ヲ求メ得ル權利ヲ有スルヤ否ヤノ爭點ハ未タ確定ノ訴ノ提起ニ依リテ權利拘束ト爲ラサレハナリ債權者殊ニ爲替債權者ハ其請求ノ理由トスルニ必要ナル一切ノ事實ヲ證書ニ依リテ證明シ能フトキハ民事訴訟法第五百五十五條以下ニ於ケル證書訴訟及ヒ爲替訴訟ニ關スル規定ニ依リテ其附與セラレタル法律上ノ恩惠ヲ確定裁判ニ依リ奪ハレサル限リハ之ヲ請求スルノ權利ヲ有スルモノトス而シテ此法律上ノ恩惠ハ被告ノ所爲ニ依リ殊ニ被告カ證書訴訟又ハ爲替訴訟ニ於ケル訴ノ提起前ニ於テ其義務ノ不成立ノ確定ニ付テ訴ヲ起シタルカ爲メニ奪ハルヽコトナキモノトス若夫レ斯クノ如キ場合ニ於テ權利拘束ノ抗辯ヲ理由アリトセンカ上告人ノ說述

スル如ク各爲替債務者ハ爲替ノ滿期前僅少ノ時日中ニ消極的確定ノ訴ヲ提起シ以テ爲替上ノ訴ヲ排除シ爲替債權者ヲシテ法律上與ヘラレタル爲替上ノ訴ノ利益ヲ享クルコト能ハサラシムルニ至ルヘシ如何トナレハ斯クノ如クナルニ於テハ權利拘束ノ生スルニハ單ニ確定ノ訴ノ提起ヲ以テ足リ民事訴訟法第二百三十一條(二)ニ於テ確定ノ訴ノ要件ト爲セル權利關係ノ不成立ヲ判事ノ裁判ニ依リ速ニ確定スルニ付テノ權利上ノ利害存セルヤ否ヤヲ問フヲ要セサレハナリ

此故ニ控訴判決ハ法律ヲ誤解セルモノトシテ之ヲ破毀シ原告ノ控訴ニ因リ千八百八十八年一月二十日地方裁判所ノ判決ヲ破毀シ被告ノ提出シタル權利拘束ノ抗辯ヲ棄却シ而シテ民事訴訟法第五百條第二號(三)ニ從ヒテ事件ヲ地方裁判所ニ差戻スモノトス

(○千八百八十一年三月十五日判決)

(二)我ニナシ同條ニ曰ク權利關係ノ成立又ハ不成立ノ確定證書承認又ハ證書ノ不眞ノ確定ニ付テノ訴ハ原告カ其權利關係又ハ證書ノ眞僞ヲ判事ノ裁判ヲ以テ速ニ確定スルニ於テ權利上ノ利害ヲ有スルトキハ之ヲ提起スルコトヲ得

(三)我第四百二十二條第三號ニ當ル

第二節　確定ノ訴

〔第三百四十九〕　夫婦財産法ニ依リ財産ノ管理權ヲ奪ハレタル婦ハ其財産ニ關シテ確定ノ訴ヲ提起シ得ルヤ否ヤ

第二編第二章第一節訴訟能力ノ部ニ譯載シタル千八百八十一年三月十五日ノ判決ヲ見ルヘシ

(○千八百八十一年五月三日判決)

〔第三百五十〕　即時確定ニ於ケル權利上ノ利益トハ如何辨濟期限ニ到達シタル請求ニ關スル確定ノ訴

第二編第二章第三節訴訟代理人ノ部ニ譯載セル千八百八十一年五月三日ノ判決ヲ見ルヘシ

(○千八百八十一年十月二十五日判決)

〔第三百五十一〕　確定ノ訴ト履行ノ訴トノ聯合右ノ裁判籍

第二編第一章第四節契約裁判籍ノ部ニ譯載シタル千八百八十一年十月二十五日ノ判決ヲ見ルヘシ

(○千八百八十二年九月二十六日判決)

〔第三百五十二〕　原告カ破産シタル組合ノ組合員ニ非ラサルコトニ付テ確定ノ訴ヲ起シ得ルヤ

若シ起シ得ルトセハ誰者ヲ對手トスヘキヤ組合頭取ナルカ將タ破産管財人ナルカ

第二編第二章第三節訴訟代理人ノ部ニ於テ譯載セル千八百八十二年九月二十六日ノ判決ヲ見ルヘシ

千八百八十二年十月十八日判決

〔第三百五十三〕債權請求者數名アリテ債務ノ存在其履行ニ付テハ爭フ所ナク唯其數人中ノ誰者カ其債權ヲ主張スル權アリヤニ付キ相互間ニ爭ヲ生シ一人ヨリ他ノ者ニ對シテ起訴シタリ此訴ハ受理スヘキヤ否ヤ

千八百八十二年十一月二十一日判決

(一)我第二百二十八條ニ當ル

第二編第二章第二節共同訴訟ノ部ニ譯載セル千八百八十二年十月十八日ノ判決ヲ見ルヘシ

〔第三百五十四〕民事訴訟法第二百七十六條ニ認ムル訴ノ原因ニ關スル先決裁判ハ確定ノ訴ニモ許スヘキヤ否ヤ

先決裁判ハ訴ノ原因ニ限ルヘキモノナルヤ裁判所カ失當ニ民事訴訟法第二百七十六條ノ場合存スルモノト看做シタルトキニモ先決裁判ヲ爲スヘキヤ

(千八百八十二年十一月二十一日判決)

原告ハ被告會社ヲ脫シ會社定欵ニ基キ諸種ノ支拂ヲ受ケタリシカ後訴ヲ以テ原告カ千八百八十年十一月一日ニ被告ノ許ニ有シタル財産ハ若干額ナリト確定セラレンコトヲ求メタリ是ニ於テ被告ハ其數額原告ノ申立ヨリ少シト主張シ且ツ反訴ヲ以テ若干額ハ原告ノ財産殘額ニ超過セリト確定アランコトヲ申立テタリ

第一審裁判所ハ中間判決ヲ以テ双方ノ申立ハ各爭點ノ證據調ヲ爲シタル上裁判スヘシト言渡シ其裁判理由ニ附言シテ曰ク本裁判ハ原告ノ財産ヲ計算

スル前ニ當リテ其基礎ヲ確定スル必要アルヲ以テ言渡シタル中間判決ハ民事訴訟法第二百七十六條ニ依リ上訴ニ關シテハ終局判決ト看做スヘキモノタリト

原告ハ第一審判決ニ不服ヲ唱ヘ控訴ニ及ヒタルニ許スヘカラサルモノトシテ却下セラレタリ然ルニ上告ハ受理スヘキモノト看做サレ本件ハ再ヒ控訴院ニ差戻サレタリ其理由左ノ如シ

理由

控訴院ハ千八百八十一年十月十一日ノ判決ニ對スル控訴ヲ許スヘカラサルモノト看做シタリ其理由ニ曰ク前判決ハ中間判決ナリ中間判決ハ通常終局判決ニ對スル控訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ルノミニシテ獨立ニ上訴スルヲ許サス尤モ民事訴訟法第二百七十六條第二項ハ其例外ヲ示スモ本中間判決ハ此例外ヲ適用スヘキ限リニ在ラスト

右控訴院ノ採テ以テ理由トスル所ハ盡ク贊同ヲ表スヘカラスト雖モ之ニ對スル上告人ノ攻擊モ亦理由アリト謂フヲ得ス

控訴院ノ認定ハ固ト千八百八十一年十二月十日ノ大審院判決ニ其源ヲ酌ムモノナリ然レトモ民事訴訟法第二百七十六條ニ所謂請求ノ原因ニ關スル先決裁判ハ豫メ裁判所ニ於テ請求ノ原因ニ付テ裁判セサルヘカラストノ決定ヲ下シタルトキニ非ラサレハ之ヲ下スコトヲ得スト爲スニ至リテハ妄斷ト謂ハサルヘカラス控訴院ハ請求ノ原因ニ付テ先ツ裁判ヲ爲ス所ノ裁判所ノ權能ハ先ツ裁判所ノ決定ニ依リテ辯論及ヒ裁判若クハ裁判ノミヲ請求ノ原因ノミニ制限スル形式的ノ要件具備セサルヘカラサルコトヲ曉ラサルモノノ如シ抑モ判決ニ於テ請求理由ナシト看做サレ隨テ其數額ニ付テハ何等ノ裁判ナキ場合ニハ請求額ノ裁判ハ假リニ留保セラレタルモノニシテ即今ハ只請求ノ原因ノミ裁判セラレタリト看做スヲ得ルヤ蓋シ斯ノ如キ裁判ハ請求ヲ凡テノ側ニ於テ排却スル終局ノ判決ナリ控訴院ノ認定ノ如ク中間判決ハ豫メ請求ノ原因ニ付テ裁判スヘシトノ決定ヲ下シ此決定ニ據ルニ非ラサレハ之ヲ爲スヲ得ストスルニ於テハ前論ハ之ヲ否定セサルヘカラス此見解ヲ採ルモノハ只控訴院ノ援用スル判決アルノミ千八百八十一年七月八日ノ

判決及ヒ千八百八十一年九月二十一日ノ判決「ソヤフヘルト」「アルヒーフ」第三十七卷第二百六十八號等ニハ盡ク前論ト一致セリ

控訴院ハ曰ク民事訴訟法第二百七十六條ニ所謂請求ノ原因ニ關スル先決裁判ハ之ヲ確定ノ訴ニ適用スヘカラスト是レ亦「ウヰルモスキー」及「レビー」(民事訴訟法註釋第二百七十六條註第一)ノ主張スル所ナリ然レトモ贊同ヲ表スルヲ得ス第二百七十六條ノ認ムル裁判所ノ權能ハ裁判ノ目的物數額ニ非ラス又數額ノ爭ヲ請求ノ原因ニ關スル爭ヨリ區別スル點ニ非ラサルニ於テハ如何ナル種類ノ請求ニモ及ホスコトヲ得ヘシ故ニ係爭義務ノ原因及ヒ數額ニ付テノ確定ノ訴ハ其義務ノ履行ヲ請求スル訴ト同シク請求ノ原因ニ付テ先決裁判ヲ下スヲ得ルコト亦論ヲ俟タス

控訴院ハ本件ノ場合ハ請求ノ原因及ヒ數額ニ關スル爭ニ非ラスシテ只請求ノ數額ノミニ關セリト論セリ此認定ハ至當ト謂ハサルヘカラス本件ヲ按スルニ原告カ會社關係ヲ脫離セル後會社定欵ニ依リ既ニ支拂ヲ得タル額ヲ計算スルニ尙ホ被告ニ對シテ財產ヲ有スルコトハ更ニ當事者双方ノ爭ハサル所ナリトス故ニ双方ノ爭點ハ畢竟其數額ニ在ルコト明ナリ財產ノ多寡ヲ確定スルニハ數多ノ係爭計算書類ニ付テ裁判ヲ下サヽルヘカラス而シテ第一審裁判所ハ此裁判ヲ下シタリ假令此裁判ハ上告人ノ主張スル如ク會社定欵ノ當該規定ノ意義ヲ解釋シ社員分離ノ効果ヲ裁判シタルモノナリト雖モ財產確定ヲ求メタル原告ノ請求ノ原因ニ付テ下シタル判決ニ非ラスシテ單ニ各個ノ計算書類ノ原因ヲ裁判シタルニ過キス而シテ此等各個ノ計算書類ハ他ノ計算書類ト相合シテ原告ノ有スル財產ノ多寡ヲ定ムル材料タルノミ故ニ本件ハ控訴院ノ認定ノ如ク民事訴訟法第二百七十五條(二)ニ該當スル中間判決ヲ以テ裁判スヘク同法第二百七十六條ノ適用ヲ爲スヘキ場合ニ非ラス

(二)我第二百二十七條ニ當ル

然レトモ控訴院ノ控訴ヲ許スヘキ限リニ非ラスト認定シタル點ハ之ヲ至當ト認ムルヲ得ス

第一審裁判所ハ其裁判理由ニ於テ明言スラク本判決ハ民事訴訟法第二百七十六條ニ所謂中間判決トシテ言渡シタリト故ニ此判決ハ同法第二百七十六條第二項ニ依リ上訴ニ關シテハ終局判決ト看做スヘキナリ抑モ第一審裁判

所カ民事訴訟法第二百七十六條ノ意義ニ於ケル判決ヲ言渡サントスルモ更ニ之カ爲メ變更ヲ受クヘキモノニ非ラス況ンヤ此事實ハ上訴ノ受理ニ關スル法律上ノ要素ヲ完備スルニ於テオヤ控訴院ハ裁判スルニ當リテハ其判決ノ法律上ノ性質ニ關シテハ第一審裁判所ノ認定ニ拘束セラルヘキモノニ非ラス然レトモ前判決ヲ調査シテ前審判事カ訴訟法ニ違反シ漫ニ第二百七十六條ノ先決裁判ヲ下シタルコトヲ發見セルニ於テハ控訴ニ基キ第一審判決ヲ變更スル裁判ヲ下スヘシ控訴ヲ許スヘカラサルモノトシテ却下スルハ遂ニ不法タルヲ免レス

〔第三百五十五〕消極的確定ノ訴ニ於ケル立證義務

〔千八百八十三年四月十三日判決〕

當事者間ニ成立シタル商事會社破産開始ニ依リ解散セラレ其破産手續モ結了ヲ告クヲヨリ後數年ヲ經テ原告ハ被告ニ對シテ訴ヲ起シタリ原告ハ訴狀ニ詳細ノ説明ヲ附シテ曰ク原告ハ被告ニ對シテ尚ホ一萬三千二百六十七「マルク」五十五「ペンニヒ」ノ支拂ヲ受クヘキ權利アリ詳言セハ原告ヨリ會社ニ貸與セシ金額一萬「マルク」其他ノ取替金一千百五十六「マルク」八十「ペンニヒ」原告カ定款ノ規定上當然報酬ヲ受クヘキ金六百「マルク」及ヒ原告ヨリ會社ニ代リテ其負債ヲ償却セシ金一千五百十「マルク」七十五「ペンニヒ」ナリ然レトモ原告ハ右總額一萬三千二百六十七「マルク」五十五「ペンニヒ」ノ中這般三百「マルク」丈支拂ヲ求メントス依テ被告ハ原告ニ三百「マルク」支拂フヘシトノ判決アランコトヲ求ムト被告ハ右原告ノ訴ヲ却下アランコトヲ申立テ且ツ民事訴訟法第二百五十三條(一)ニ基キ反訴ヲ起シ被告ハ原告ニ對シ訴狀ニ申立ツル金一萬三千二百六十七「マルク」五十五「ペンニヒ」ノ債務ヲ負ハストノコトヲ確定セラレンコトヲ求メ其申立ノ理由ヲ陳述シテ曰ク原告ノ第一ノ請求ハ正當ナラン然レトモ時効及ヒ抛棄ニ依リ當今ハ其權利消滅セリ若シ消滅セストセハ被告ハ原告ノ求ムルモノヨリ尚ホ一層大ナル反對請求ヲ爲シ之カ相殺ヲ求メサルヘカラス他ノ三个ノ請求ハ其原因ナシ原告ノ申立ツル事實ハ盡ク採

(一)我第二百十一條ニ當ル

ルニ足ラサルニ付キ之ヲ否認ス若シ原告ニ於テ尚ホ之ヲ主張セント欲セハ被告ハ同樣ノ反對事實ヲ以テ之ニ對抗スヘシト

第一審裁判所ハ原告ノ訴ヲ採用シ被告ノ反訴ヲ却下シタリ第二審裁判所ハ被告提起ノ控訴ヲ理由ナシトシテ棄却シ其理由ヲ說明シテ曰ク第一ノ請求ニ對スル被告ノ抗辯ハ理由ナシ右清算ヲ經タル債權ハ訴ヘ出テタル數額ニ超過セリ訴ニ付テ裁判スル場合ニハ其他ノ請求ヲ調査スル必要ナシ又反訴ハ第一ノ請求ニ關シテハ其清算アリタリト云フ事實ト矛盾スルモノナリ其他ノ請求ニ關シテハ尚ホ一言ヲ附加セサルヘカラス被告即チ反訴原告ハ反訴ニ依リテ右債權ノ存在セサルコトノ確認テ求メント欲セハ其原因ヲ詳細ニ立證開示セサルヘカラス口頭一片ノ陳述ノミニテハ反訴ノ正當ナルヤ否ヤヲ證明シタリト謂フヲ得ス故ニ本件ハ被告ノ供述シタル抗辯ニ付テノミ之ヲ調査スヘキモノトス而シテ右抗辯モ理由ナシト看做サヽルヲ得ス

被告ハ是ニ於テ上告ヲ提起シタルニ反訴ニ關スル控訴院ノ判決ハ破毀セラレ更ニ辯論及ヒ裁判ヲ爲サシムル爲メ事件ヲ控訴院ニ差戾ス旨判決セラレタリ其理由左ノ如シ

理由

被告及ヒ反訴原告ハ原告主張スル三个ノ請求權ノ原因ヲ爭ヒ原告ノ申立ツル事實ハ凡テ根據ナキモノナリト申立テタリ而シテ前審裁判所ハ此否認ハ以テ反訴ヲ提起スル理由ト爲スニ足ラス反訴原告ハ畢竟反訴被告ノ係爭債權存在セサルコトノ確認ヲ求ムルニ在ルヲ以テ其消極的確定ノ訴ヲ正當ト認メシムルニ足ルヘキ證明ヲ爲サヽルヘカラスト認定シタリ

右控訴院ノ認定ハ法律ノ錯誤ト謂ハサルヘカラス

本件ノ反訴ハ民事訴訟法第二百五十三條ニ認ムル偶生豫斷ノ訴(Prägudizial-Inzidentklage)ナリ而シテ立證義務ノ問題ハ前審裁判所ノ認定ノ如ク民事訴訟法第二百三十一條(三)ノ確定ノ訴ニ適用スヘキ原則ヲ以テ決スヘキモノトス第二百五十三條ノ規定ハ第二百三十一條ノ特別適用ニ過キス第二百三十一條ニ據レハ速ニ裁判ヲ以テ確定スルニ於テ權利上ノ利害ヲ有スル事ヲ以テ確定ノ訴ヲ許ス條件ト爲セリ第二百五十三條モ亦此條件ヲ必要トセルヲ見ル

(二)我ニナシ獨訴ニ曰ク權利關係ノ成立不成立ノ確定證書ノ承認又證書ノ不眞ノ確定ニ付テノ訴ハ原告カ其權利關係又ハ證書ノ眞僞判事ノ裁判ヲ以テ速ニ確定スルニ於テ權利上ノ利害ヲ有スルトキハ之ヲ提起スルコトヲ得ト

即チ訴訟カ裁判ノ全部又ハ一部カ訴訟ノ進行中ニ爭ト爲リタル權利關係ノ成立又ハ不成立ニ關スルトキ之ヲ許スト言ヘリ

立證義務ノ問題ハ畢竟主張義務ノ問題ト同一ニシテ實躰法ニ屬スヘキモノナリ民事訴訟法第二百三十一條ハ此問題ニ入リテ説明ヲ與ヘス又理由書ヲ按スルニ確定ノ訴ヲ爲スカ爲メ法律關係ノ成立若クハ不成立及ヒ證書ノ眞否ニ關スル立證ノ義務ニ變更ヲ及ホスコトナキハ亦説明ヲ要セスシテ明ナリト云ヘリ故ニ第二百三十一條ノ規定中訴ヲ提出スルノ要件ニシテ固ト實躰法ニ屬スヘキモノノミ實躰法ノ範圍ヲ侵シタリト認ムルヲ得主張及ヒ立證義務ヲ論スルノ學者世間ニ多シト雖モ大方ニ採用セラルヽ原則ニ據レハ請求ヲ主張スル者ハ其請求ノ理由ト爲スヘキ事實ヲ主張立證セサルヘカラス又相手方ノ請求ノ消滅ヲ主張スル者ハ其請求ヲ消滅セシメタル事實ヲ立證主張セサルヘカラス訴訟上ノ當事者タル位置ハ立證義務ノ有無ニハ何等ノ影響ナキモノナリト云フ今若シ此原則ヲ適用シテ前審裁判所ノ爲セシ如ク原告ノ側ヨリ論シテ原告ハ其訴ノ原因ヲ證明セサルヘカラスト云ハンカ訴ノ原因トハ何ヲ言フヤ只訴ニ依リテ主張スル請求ノ原因ト解スルノ外ナカルヘシ故ニ實躰法上ノ主張及ヒ立證義務ハ訴訟上ノ開示義務ト一致スル能ハサルヘシ各當事者ハ其演述ノ全躰ニ付テ就中原告ハ訴訟物ヲ開示シテ立證義務ノ範圍外ニ涉リテモ諸種ノ事實ヲ申立テサルヘカラス被告ノ請求ヲ防禦スルヲ以テ目的トスル訴ニ於テハ其他請求ニ必要ナル一定ノ申立及ヒ申立ニ必要ナル原因即チ原告ヨリ被告請求ノ性質ヲ明言シ其請求權ノ存在ヲ拒否スル旨ヲ開示スヘキモノトス原告ノ消極的確定ノ訴モ亦其請求ノ形式原因及ヒ裁判ヲ以テ速ニ確定スルニ於テ權利上ニ利害ノ關係アルコトノ立證等ニ於テ上揭ノ原則ヲ遵奉シ被告ノ請求セントスル權利ヲ明示シ且ツ之ヲ拒否スル旨ヲ申立テ積極的及ヒ消極的ノ事實ヲ擧ケテ之カ證明ニ遺憾ナキヲ期セサルヘカラス

民事訴訟法第二百三十一條ノ確定ノ訴ヲ區別スルトキハ豫備手續及ヒ本手續ノ二ツトナル豫備手續トハ訴ノ許否ヲ其目的物ト爲ス手續ニシテ本手續トハ法律關係ノ成立不成立ニ關スル辯論手續ニシテ豫備手續ト同時ニ行フ

ヘキモノタリ請求ハ消極的及ヒ積極的確定ノ訴ト共ニ基礎ト爲ルヘキモノニシテ民事訴訟法第二百三十一條ニ示ス所ナリ請求ハ訴ノ受理ヲ望ミ之ト同時ニ法律關係ノ成立不成立ニ付キ被告カ訴ニ應シテ辯論スル義務アルコトヲ主トスルモノナリ確定ノ訴ニ依リテ主張スル請求ノ原因ハ民事訴訟法第二百三十一條ニ據レハ只原告カ速ニ裁判ヲ以テ確定スル事ニ於テ權利上ノ利害ヲ有スルト云フ點ニ在リ此訴ノ原因ハ夫ノ豫備手續ニ於テハ原告ノ主張及ヒ立證義務ニ付テ唯一ノ目的物タリ此證據充分ナル場合ニ於テ被告ハ本案辯論ニ應スル義務アルモノトス但シ本案ニ關スル立證義務ト豫備手續ノ立證義務ト相分離スヘキヤ否ヤハ當事者ノ意思ニ依リテ定マルニ非ラス實質上ノ事實如何ニ由ルヘキモノトス

以上説明スル所ニ據リ之ヲ推スニ若シ訴ノ目的被告ノ請求ニ於テ主張スル法律關係ノ不成立ヲ確定セントスルニ在ルトキ被告ニ於テ尙ホ其法律關係ヲ主張セントスル欲セハ被告ハ自ラ進ンテ其原因ノ證據ヲ擧示セサルヘカラス然レトモ被告ノ此立證義務ハ訴ノ演述ノ範圍如何ニ依リテ事實上既ニ盡了セルコトアリ原告ハ法律關係ノ成立ニ付テ異議ヲ挿マス只其存在ヲ消滅ニ帰セシムヘキ狀況ヲ主張シテ之ヲ爭ハントスルコト演述ニ依リテ明ナルトキハ其法律關係ノ消滅ハ原告ノ主張立證スヘキモノニシテ裁判官ハ只原告ノ主張立證ノ事實ニ據リテ正當ノ裁判ヲ下スヘキモノトス

以上立證義務ノ解釋ニ同意ヲ表スル著者ハ左ノ如シ

「デーグンコルブ」(應訴强用論第三百二十八頁)

「ワイス」「マン」(確定ノ訴第百四頁)

「デルンブルグ」(普國私法第三版第一卷第二百七十八頁)

其他民事訴訟法第二百三十一條ノ註釋ニ於テ同意見ヲ採ル者ハ左ノ如シ

「ベーテルセン」「エンデマン」「ビュウローウ」「ゲルフ」「ルト」(第二版)

其他「ストルックマン」ハ漠然ト其意ヲ示セリ而シテ反對論ヲ唱フル代表者ハ「ガウプ」(第二卷第十五頁)ナリトス自餘ノ註釋家ハ概ヲ前段説明シタル民事訴訟法理由書ヲ記述スルニ過キス

前審裁判所ノ援用シタル千八百八十一年六月十五日ノ大審院判決モ敢テ前

論ト矛盾スルモノニ非ラス同判決ハ一般ニ消極的確定ノ訴ニ於テハ法律關係ノ存在ヲ證明スル責ハ獨リ被告ニ在リト云フヲ得スト論結シタルニ過キス故ニ其訴ヲ却下シタルノ理由ハ第一被告カ其權利上ノ利害ヲ有スル事實ノ證據ヲ擧示セス第二當該法律關係ノ一定ノ開示ヲ爲サヽリシ第三事實上被告ノ盡サヽルヘカラサル立證義務ヲ履行セサリシ三點ニ在リキ

前審裁判所ノ見解ニ據ルトキハ被告ニ於テ一旦消極的確定ノ訴ヲ提起シ然ル後積極的ノ反訴ヲ提起セントスル場合ニ實際上大ナル不都合ヲ生スヘシ即チ若シ前審裁判所ノ見解ノ如ク原告ハ其訴ノ原因トシテ法律關係ノ存在セサルコトヲ證シ反訴原告ハ反訴ノ原因トシテ之カ存在ヲ證明セサルヘカラサルトキハ双方ノ證據充分ナラサル場合ニハ双方ノ訴ヲ却下セサルヘカラサル不都合ヲ生シ民事訴訟法第二百三十一條ハ遂ニ當事者ニ保護ヲ與フル能ハサル冗文ニ歸スヘシ即チ訴ト反訴ト併合シテ法律關係ノ成立及ヒ不成立ノ問題ヲ双方ヨリ爭フ場合ニハ双方ノ訴ヲ却下シ之カ裁決ヲ與フルコトヲ得サルニ至ルヘシ加之若シ双方ニ於テ只宣誓ニ依リテ其主張ヲ證明セントスル場合ニ於テハ裁判所ハ各當事者ニ相手方ノ爲スヘキ宣誓ニ反對スル旨趣ノ宣誓ヲ課シ以テ双方相互ニ反對スル宣誓ヲ爲シタル廉ヲ捕ヘ双方ノ訴ヲ却下セサルヘカラサルニ至ルヘシ

本件ノ場合ハ民事訴訟法第二百五十三條ニ基キテ提起シタル確定ノ訴ナリ依テ亦前審裁判所ノ見解ヲ不當ト認メサルヘカラサル特別ノ理由アリ第二百五十三條ノ訴ハ只其成立不成立カ本案裁判ニ關係アル法律關係ヲ確定スルノ目的ナリ故ニ此訴ハ本案裁判ノ豫斷ニシテ此訴ナキモ本案ノ辯論アリタルトキハ之カ裁判ヲ下サヽルヘカラス只判決ノ確定力範圍ニ關スル第二百九十三條(三)ノ規定アルヲ以テ豫斷ノ訴ナクンハ本案裁判確定スルヲ得サルノミナリ故ニ豫斷ノ訴ハ必要ナル裁判ニ確定スルコトヲ得ル判決ノ形式ヲ附スル目的ニ外ナラス以上ノ説明ニ依リ法律關係ノ成立不成立ニ關シ下スヘキ裁判ハ本案裁判ト豫斷裁判ト同一ナラサルヘカラス隨テ只同一ノ事實ニ基キ裁判スヘキモノトス

(二)百九十三條第二項ニ曰ク主張抗辯ヲ以テ反對請求ノ成立若クハ不成立ニ付キ裁判ヲ爲スニ限リ相殺ヲ爲スヘキ額マテ確定力ヲ有ス

〇千八百八十三年五月五日判決

〔第三百五十六〕 損害ノ額ヲ明示セサル損害賠償ノ訴ハ確

定ノ訴ト看做スヘキヤ否ヤ

第二編第四章第一節起訴ノ部ニ譯載セル千八百八十三年五月五日ノ判決ヲ見ルヘシ

〔千八百八十三年五月二十三日判決〕

〔第三百五十七〕被告ハ原告ニ對シテ一ノ請求ヲモ有セストノ確定ノ訴

右訴ノ目的物ノ價額ハ如何ニ算定スヘキヤ

第一編第三章訴訟物ノ價額ノ部ニ譯載セル千八百八十三年五月二十三日ノ判決ヲ見ルヘシ

〔千八百八十三年十月二十四日判決〕

〔第三百五十八〕義務履行ノ訴ニ牽聯シテ損害ノ額ヲ明示セサル損害賠償ノ訴ヲ提起スルトキハ之ヲ確定ノ訴ト看做スヘキヤ否ヤ

第二編第四章第一節起訴ノ部ニ譯載セル千八百八十三年十月二十四日ノ判決ヲ見ルヘシ

〔千八百八十四年三月十五日判決〕

〔第三百五十九〕民事訴訟法第三十三條第一項(一)ニ所謂連係ナル文字ハ如何ナル意義ヲ有スルカ

(一)我ニナシ曰ク反訴ハ同係ニ反對請求ヲ主トスル訴ハ反對ニ於テ請求ヲ張セラレタル訴ハ此請求若クハ對請求ニ對シ防禦提出シタル請求ニ連係スト方法ハ連係スル訴訟之ニ關シ提出セラレタル判決所ニ起ノ裁判所ニ反スコトヲ得ナル規定ハ得此起ノ裁判所ニ反スコトヲ得ナル規定ハ付對請求ノ裁判所ニ管轄ノ合意ニ因リテ定ルトキハ之ヲ適用セス

理由

民事訴訟法第三十三條第一項ニ所謂連係ナル文字ノ意義ハ如何ニ解スヘキカ此問題ハ我訴訟法カ認ムルトコロノ反訴ノ要件ノ説明ト連係スルモノニシテ輕忽ニ其意義ヲ確定スヘカラス今該條ニ付キ沿革的ニ探尋スルニ我立法者カ右文字ノ下ニ包含セシメタル意義ハ我民事訴訟法制定ニ關シ提出セラレタルハンノウエル第一草案ノ第二十二條ニ所謂牽連ナル文字ト同一ノ意義ニ用ヰラレタルモノニシテ法律上ノ關係ノ義ト解スヘキモノナリ

參照ハンノウエル第一草案第二十二條ノ規定ハ左ノ如シ

被告ノ有スル反對請求カ原告ノ請求ト法律上ノ連係(即チ牽連)ヲ有スルトキハ反訴トシテ對抗スルコトヲ得

蓋シ北獨乙同盟政府カ制定ノ民事訴訟法草案ハ獨リ反訴カ本訴ト全ク法律

上關係ヲ有セサル場合アルコトヲ認メ其第六十五條ト第二百六條第二百八條ヲ以テ反訴ハ本訴ト牽連スルモノト牽連セサルモノトノ二種アルコトヲ明定セリト雖モ其他ノ民事訴訟法草案ハ一般ニ反訴ノ必要條件トシテ本訴ト法律上關係ヲ有スヘキコトヲ掲ケリ即チ千八百六十四年普魯西亞國民事訴訟法草案第三十條獨乙帝國普通民事訴訟法ニ關スルハンノウエル第一草案第二十二條仝第二草案第二十三條及ヒ千八百七十一年獨乙帝國民事訴訟法草案第三十二條仝千八百七十二年草案第三十三條仝千八百七十四年草案ノ第三十三條ト同一ノ規定ナリ而シテ我民事訴訟法ノ原案トシテ提出セラレタル千八百七十四年ノ政府案第三十三條ニハ明ニ左ノ規定ヲ設ケタリ

被告ノ反對請求カ原告ノ請求又ハ之ニ對スル抗辯ト法律上ノ關係アルトキハ本訴ニ對シ反訴トシテ同一裁判所ニ提起スルコトヲ得

此規定ニ依レハ反訴カ本訴ノ請求ト法律上ノ關係アルコトヲ以テ其必要條件トセシハ極メテ分明ナリト云フヘシ而シテ右草案ハ如何ナル沿革ヲ經現行法文ノ如ク修正セラレタルヤト云フニ當時ノ帝國議會ノ仝法案審査委員會議事錄ニ依レハ委員ノ一人ナル博士「パール」氏ヨリ左ノ修正案提出セラレタリ

被告ノ反對請求カ原告ノ請求又ハ之ニ對シテ提出シタル防禦ト關係ヲ有スルトハ反訴トシテ本訴ノ裁判所ニ提起スルヲ得

委員會ハ審査ノ末「パール」氏ノ修正案ヲ採用シ只其防禦ノ文字ヲ防禦方法ト改メ以テ現行法第三十三條ノ如キ規定ヲ見ルニ至リシナリ委員「パール」氏カ右修正案ヲ提出シタル理由ハ單ニ政府案ヲ明瞭ナラシムルニ在リト委員會カ之ヲ採用シタルモ亦同一ノ理由ニシテ其他ニ修正ノ理由ヲ說明セラレタルモノ無シ由是觀之現行民事訴訟法ノ原案タル千八百七十四年ノ政府案及ヒ其以前ノ民事訴訟法草案カ反訴ノ必要條件トシテ一般ニ明認セラレタル法律上關係ナル要件ハ亦現行民事訴訟法ニ於テモ概シテ認メラルヽトコロナリト云ハサルヘカラス從テ法文ニハ單ニ關係ト云フト雖モ其實立法者ノ意思ハハンノウエル草案及ヒ政府案等ニ所謂牽連又ハ法律上關係ノ意義ヲ包含セシメタルモノトス

若シ之ニ反シ徒ラニ文字ニ拘泥シ連係ノ文字ヲ廣義ニ解シ事實上ノ關係ノ義ヲモ包含スルモノトセハ該法條ノ規定ハ極メテ不明瞭ノモノトナルヘシ何トナレハ法律上何等ノ關係ノ存スルモノナキニ係ハラス其請求ノ原因タル事實カ原告請求ノ原因タル事實ト單ニ相類似スルノ故ヲ以テ反訴ヲ許サヽルヘカラサルニ至レハナリ

〇千八百八十四年十月二十八日判決

〔第三百六十〕 確定ノ訴ニ於テ請求ノ目的物及ヒ申立ノ一定ナルコトニ付テノ要件如何

前章訴ノ提起ノ部ニ譯載セル千八百八十四年十月二十八日ノ判決ヲ見ルヘシ

〇千八百八十五年一月二十七日判決

〔第三百六十一〕 原告ハ最初ニ一定ノ數額ノ相殺ヲ主張シ被告ニ對シテハ債務ヲ負ハサルコトヲ確定セラレタシト申立テ其後ニ右數額ノ支拂ヲ請求セリ此場合ハ前申立ノ擴張ト看做スヘキヤ將タ又訴ノ變更ト看做スヘキヤ

前章訴ノ提起ノ部ニ譯載セル千八百八十五年一月二十七日ノ判決ヲ見ルヘシ

〇千八百八十五年四月二十八日判決

〔第三百六十二〕 過失ニ基ク身躰毀傷ニ因リ生シタル損害ノ賠償義務確定ノ訴ハ被害者カ訴ノ提起ノ時未タ取得能力ヲ有セサルニ因リ之ヲ拒否ス可キヤ否ヤ

（千八百八十五年四月二十八日判決）

原告ノ主張スル所ニ依レハヘルツベルクノ住民ニ立入ヲ許サレタル同地附近國有森林附屬ノ苗種植付園ニ於テ毀ヲ撲滅センカ爲メ芝地ノ上ニ自發機ヲ備付タリ而シテ此ノ計畫ハ原告ノ主張スルカ如ク被告ノ委任ヲ以テ設クラレタル所ニシテ且ツ警察ノ認可ヲ經ス又公衆ノ爲メニ危害豫防ノ保全處分ヲ爲スヲ怠リタルモノナリ

千八百八十二年五月三日當時四歳ノ原告ノ小兒ハ其祖父ニ導カレ右園圃ニ來リ芝地ニ上リ道ヨリ十五歩許リ隔テ地中ニ挿置シ在ル自發機ヲ引拔キタルニ自發機發射シ小兒ハ痛ク負傷シタリ原告ハ乃チ主張シテ曰ク小兒ノ右手拇指ハ發射ノ爲メニ擊破セラレ永久不治ノ不具ト爲リ左眼ノ視力ハ大ニ減殺セラレ又面貌ハ其容ヲ失ヘリ此ノ毀傷ニ因リ小兒ハ廣ク職業ヲ撰擇スルヲ得サルニ至リタルヲ以テ其後來ノ生計ヲ損シ又其勞働能力ハ將來減少スヘキヲ以テ將來ノ取得能力モ亦此ノ如キ毀傷ヲ蒙ラサルニ比シ減退スルコトアルヘシト依テ原告ハ其小兒ノ毀損ニ付キ責任ヲ有スル被告ニ對シテ小兒ノ爲メ三千「マルク」ヲ支拂フカ或ハ千八百七十八年一月十九日出生ノ小兒滿十八歳トナリタル時ヨリ其終身間毎年二百「マルク」ノ年金ヲ支拂フヘシ若シ然ラサレハ被告ノ損害賠償義務ヲ承認スヘシトノ判決ヲ求ムル旨申立テタリ

地方裁判所ハ訴ヲ却下シ控訴院ハ原告ノ控訴ヲ棄却シ而シテ大審院ハ控訴院ノ判決ヲ破毀シ更ニ辯論及ヒ裁判ヲナサシムル爲メ事件ヲ控訴裁判所ニ差戻セリ

理由

控訴裁判所ハ三千「マルク」ノ金額ヲ支拂フカ或ハ年金ヲ支拂フカトノ主タル訴ノ申立ヲ却下セリ

右控訴院ノ裁判ハ法律ニ違背スル所ナク殊ニ上告人ノ主張スル如ク民事訴訟法第二百六條(一)ノ規定ニ違背シタルモノニ非ス

然レトモ原告ノ副位的ニ提起シタル確定ノ訴ヲ却下シタルニ對シ上告人ノ爲シタル攻擊ハ理由アルモノトス原告ハ總シテ豫メ被告ノ賠償義務ヲ確定センコトヲ求メタルナリ是レ副位ノ申立ニ付控訴審ニ於テ原告ノ爲シタル說明ノ解釋ニ基キ控訴院ノ認ムル所ナリ且ツ控訴院ハ斯ル申立ハ訴訟法上許スヘキモノナリトセリ而シテ原告カ被告ノ賠償義務ヲ速ニ確定スルニ付キ現ニ利益ヲ有スルコトハ控訴院ノ明言スル所ナルニ拘ラス控訴院ハ原告ノ申立ヲ却下セリ

其理由ニ曰ク毀傷ノ結果トシテ早晩原告ノ主張スルカ如キ損害ノ生スヘキ

(一)我第百六十九條ニ當ル

ヤ否ヤハ今日ニ於テハ尙ホ不確定ナリ附隨トシテ確定スヘキ被告ノ賠償義務ノ發生ハ今日ニ於テハ全ク豫見ス可ラサル種々ノ事情ノ爲メ猶ホ問題トシテ存スルモノトス而シテ確定ノ訴ハ損害ノ未來ニ發生スヘキ場合ニ於テハクウェスチオーアン(Questioan)ニ關シ未タ確乎タル基礎ヲ有セサル權利關係ノ一時條件付ノ如キ態樣ニ在ルモノニ付キ裁判ヲ求ムルモノナリ即ナ此裁判ハ或ハ單ニ論理上ノミノ意味ヲ有スルモノト謂フヲ得ヘキモ實際上ノ效果ニ至リテハ一ツモ生スルコトナシト謂フヘシ依テ民事訴訟法第二百三十一條(三)ノ適用ヲ受ルモノト看做スヲ得スト

右控訴院ノ與ヘタル理由ハ至當ト認ムルヲ得ス原告ノ副位的ニ提起シタル確定ノ訴ハ當事者間ニ爭ト爲レル左ノ問題ノ裁判ヲ求ムルニ在リ即チ被告ハ原告ノ主張ニ從ヘハ其過失ニ基クト云フ身躰毀傷ニ付キ原告ノ小兒ニ損害ヲ賠償スルノ義務アルヤ否ヤヲ決スルニ在リ若シ被告ニ於テ此過失ノ責アリトセハ被告ハ身躰毀傷ニ因リ原告ノ小兒ノ蒙リタル損害又ハ蒙ルヘキ損害ヲ賠償スルノ義務アリトス控訴院カ原告ハ被告ノ賠償義務ヲ速ニ確定

(二)我ニナシ同條ニ曰ク權利關係ノ成立不成立ノ確定證書ノ承諾又證書ノ不眞ノ確定ニ付テノ訴ハ原告カ其權利關係又ハ證書ノ眞僞チ判事ノ裁判チ以テ速ニ確定スルニ於テ權利上ノ利害チ有スルトキハ之チ提起スルコトチ得

スルニ付キ權利上ノ利益ヲ有スルモノナルカ故ニ本件ハ其要件ヲ具備セリト云フハ至當ナリ然レトモ被害者ハ取得能力ヲ獲得シ其發生ト共ニ利得ヲ生スル働ヲ爲スヘキハ從來ノ經驗ト普通ノ道理トニ從ヒ推定スルヲ得ヘシ而シテ今ヤ被害者ハ此境遇ニ在ルコト明白ニシテ且ツ小兒ノ受ケタル身躰毀傷ノ結果ハ取得能力ヲ害スル性質ノモノタル以上ハ縱令被害ノ當時及ヒ起訴ノ當時ニ於テ被害者未タ取得ノ働作ヲナスヲ得サルモ又取得能力ヲ有セサルモ是レ確定ノ訴ヲ提起スルノ妨ケト爲ルコトナシ而シテ本件ハ實ニ此ノ場合ニ該當ス原告ノ主張スル所ニ據レハ小兒ノ右手拇指ハ發射ニ因テ永久不治ノ不具トナリ左眼ノ視力ハ甚シク減少シ其他小兒ノ面貌ハ其容ヲ失ヘリト云フ若シ此主張ニシテ眞實ナリトセハ原告ノ小兒ノ蒙リタル損害ニ因テ小兒ノ勞働能力及ヒ取得能力ハ早晩損滅スルコトアルヘク從テ小兒ニ財産上ノ損害ヲ來スヘキハ既ニ今日ニ於テモ普通ノ道理ニ照ラシテ明ナル所ナリ但小兒ハ其取得能力ヲ保有スルニ至ルヘキ一定ノ年齢ニ達スル以前死亡セサルヲ要スルハ論ヲ竢タス故ニ本件ハ控訴院ノ說明セル如ク原被

間ニ於ケル全ク不確定ナル權利關係ニ關スルモノニ非ス即チ今日尚ホ幼兒ノ年齡(滿七歲以下)ニ在ル小兒ノ取得能力ニ損害ヲ來スヘキヤ否ヤ又如何ナル損害ヲ生スルヤノ事項ニ其成否ヲ係ラシムル權利關係ニ關セス唯其範圍ハ不定ナルモ現ニ成立セル權利關係ニ關スルモノトス而シテ此ノ權利關係ヲ確定スルハ單ニ論理上ノ意味アルニ止ラス原告ノ爲ニハ亦實際上ノ意味ヲモ有スルモノナリ又被害者或ハ其取得能力發生ノ時期迄其生命ヲ保有セス從テ確定シタル被告ノ損害賠償義務ハ實際ニ其效用ヲ致サヽルヘキ事情ノ存スルアルモ爲メニ確定ノ訴ヲ提起スルノ妨トナルコトナシ

〔第三百六十三〕 破産債務者ニ對シ他ノ破産ニ於テ債權者トシテ提起スル確定ノ訴ニハ破産法第八條ヲ適用スヘキヤ將タ又第九條ヲ適用スヘキヤ

(千八百八十六年一月十八日判決)

原告某女ハ其夫ノ破産ニ於テ債權ノ屆出ヲ爲シ且ツメクレンブルグ破産法施行條例第十九條第一號ニ基キ其債權ニ付キ特權(嫁資特權ナリ破産法施行條例第十三條參照)ヲ主張シタルニ被告ハ破産債權者トシテ調査期日ニ於テ兩ツナカラ之ヲ拒ミタル爲メ原告ハ其屆出テタル債權及ヒ其主張シタル特權確定ノ訴ヲ提起シタルナリ被告ハ之ニ對シテ反訴ヲ提起セリ其要旨ハ原告ハ破産ノ開始前ニ於テ被告ニ一ノ私畧證書ヲ差入レ同書ニ於テ原告ハ嫁資上ノ請求ニ基キ其夫ノ財産ニ付テ得タル優先權ヲ拋棄スル旨ヲ被告ニ對シテ宣言シタレハ被告カ其屆出テタル債權ノ辨濟ヲ原告ニ先タチテ其夫ノ破産財團ヨリ受クルコトヲ承認スヘキ樣原告敗訴ノ判決アリタシト云フニ在リ而シテ原告ハ其爲シタル拋棄ハ妻カ其夫ノ爲メニナス所ノ中間繼承ニ關スルメクレンブルグ現行條規ノ方式ニ依準シタルモノニ非ラス詳言スレハ原告カ特權ヲ拋棄シタルハ之ヲ拋棄セサルトキハ被告カ夫ニ對シテ信用取引ヲ爲スヲ欲セサリシカ爲ニ外ナラス故ニ右特權拋棄ハ無効ナリト主張シ從テ又右拋棄ハ夫ノ破産ニ對シテ毫モ直接ノ効果ヲ及ホスモノニ非ラス而シテ原告ハ多クトモ其破産財團ヨリ得ヘキ Quoad quinnam concurrentum ヲ被

告ニ拂渡スヘキ一身上ノ義務ヲ負フニ過キスト主張シタリ地方裁判所ハ全然原告ノ勝訴ニ判決シ而シテ被告ノ反訴ハ訴訟上許スヘカラサルモノナリトシテ之ヲ却下セリ被告ノ控訴ニ因リ控訴院ハ此判決ヲ變更シテ原告ノ屆出テタル特權附請求ハ此特權ハ被告ノ屆出テタル請求ニ對シテ何等ノ効力ヲ有セストノ制限ヲ以テノミ確定セラルヘキモノナリト判決セリ而シテ原告ハ上告ヲ爲シタルニ大審院ハ之ヲ棄却セリ之ニ就テ尙ホ茲ニ記述スヘキハ訴訟中被告ノ財産ニ付テモ破産開始セラレ其破産ニ於テ任設セラレタル管財人カ裁判所以外ニ於テ訴訟手續ノ繼承ヲ拒絶シ然ル後チ被告自ラ其繼承ヲ宣言シタリシコト是レナリ

(一)我百七十九條ニ當ル

理由

(前略)本案ニ於テ先ツ第一ニ審査ヲ要スル點ハ本件ノ控訴審ニ繫屬セル際被告ノ財産ニ付キ破産ノ開始セラレタリシ爲メ民事訴訟法第二百十八條(一)ニ從テ訴訟手續ノ中斷シタル後チ控訴院カ被告自身ニ訴訟繼承ヲ許シタリシハ正當ナルヤ否ヤニ在リ原告ハ此點ニ對シテ左ノ理由ヲ以テ抗爭シタリ曰ク

本件訴訟ニ於テハ破産債務者ハ即チ被告ナルカ故ニ破産法第九條ノ規定ヲ適用セサルヘカラスト而シテ控訴院カ本件ニ於テハ破産法第九條ニ於テ豫想サレタル場合一モ存在スルコトナシ本件ハ實ニ「破産財團ニ屬スル財産」ニ關係スルモノナレハ寧ロ之ヲ同法第八條中ニ包括セラルヘキモノナリト說明シタルハ正當ナリトス是レ反訴ニ付テハ固ヨリ明白ニシテ論ナキ所ニシテ而カモ原告ノ訴ニ付テモ亦異ナル所ナシ蓋シ此訴タル元ト破産法第百三十四條ニ從ヒ破産債權者タル被告ニ對シテ提起シタル確定ノ訴ニ過キサルヲ以テナリ然リ而シテ被告ノ破産財團ノ管財人カ訴訟ノ繼承ヲ拒絶シタリシコトハ當事者間ニ爭ナキ點ナリ故ニ被告ハ破産法第八條第二項ニ從ヒ自ラ破産債務者トシテ訴訟ヲ繼承スルコトヲ得ルモノトス但同條第一項ニ於テ民事訴訟法第二百十七條(二)ヲ指示スルハ之レト異ナル場合ニ對スルモノニシテ本件ニ於テハ敢テ該條ノ規定ヲ豫メ準用スルヲ要セサルナリ

(前略)控訴院カ第一審裁判所ニ反對シテ被告ノ反訴ハ要スルニ訴訟上許スヘキモノナリト認定シタリシコトノ正當ナルヤ疑ナシ破産法第百三十四條ノ

(二)我第百七十八條ニ當ル

(三)我ニナシ同項ニ曰ク此規定ハ反對請求ノ訴ニ付テノ裁判所ノ管轄ヲ合意ニ因リテ定ルコト能ハサルトキハ之ヲ適用セス

規定ニ從テ提起セラレタル確定ノ訴ニ對シテハ例外トシテ何レノ反訴モ除斥セラレサルヘカラスト云フハ全ク何等ノ理由ヲモ存セサル說ナリト謂ハサルヘカラス今假リニ反訴ハ唯民事訴訟法第三十三條第二項(三)ニ掲記シタル要件存スルトキ即チ反訴請求カ訴ニ於テ主張サレタル請求又ハ之ニ對シテ提出サレタル防禦方法ト關聯セル場合ニ限リ之ヲ爲スコトヲ得ルモノナリトシ此見解ニ據リテ觀ルモ本訴ニ於テ之ト同一ナル場合ノ存在スルコト最モ明白ナリ何トナレハ被告カ其反訴ノ根據トシタル所ノモノハ被告カ曩キニ原告ト締結シタル代位契約ニシテ且ツ原告ノ提起シタル確定ノ訴ニ對スル抗辯モ亦此契約ニ基ツキテ爲シタルモノナレハナリ

實質上本件訴訟ノ大躰ヲ左右シ得ヘキ問題ハ然モ亦右代位契約即チ原告カ千八百七十九年七月九日附私署證書ニ於テ被告ニ對シ宣言シタル所ノ特權拋棄ノ法律上ノ價値如何ノ問題タルニ過キス尤モ茲ニ注意ヲ要スル點ハ現時ノ破產債務者甲ノ全財產ニ付キ被告ニ對シテ Pignus quaei Publicum ノ設定セラレタリシ爲メ被告ハメクレンブルグ、ストレリツ破產法施行條例第十八條及ヒ第二十條ノ規定ニ依リ甲ノ破產ニ於テ一ノ特權ヲ取得シ而シテ獨リ原告ノ有スル特權ニ限リ被告ノ得タル此特權ニ對シテ自ラ優先センコト是レナリ

上來述ヘタル所ニ據レハ左ノ事項ハ確然動スヘカラサルモノナリ

(甲)同一ノ債務者カ他ノ債權者ノ爲メニ爲ス優先權ノ拋棄ハ之ヲ他人ノ義務ノ引受ト同視スヘカラサルコト是レナリ即チ本件ノ場合ニ於テ某女ノ爲シタル所ノ如キハ妻ノ中間繼承ノ効力ヲ制限セル規程ニ從フヘキモノニ非ラス故ニ本件ノ問題タル行爲ノ如キハ既ニ中間繼承ト云ヘル意義中ニ含有セラレ居ラサルヤ將タ又單ニ法律ノ規程ニ依リテ此意義中ヨリ取除カレタルモノナルヤ否ヤハ措テ之ヲ問ハサルコトヲ得ヘシ

(乙)其他原告ヨリ被告ニ對シテ宣言シタル拋棄ハ原告ノ優先權其者ヲ消滅セシメタルモノニ非ラサルコトハ今ヤ本院ニ於テ更ラニ審査スルヲ得サル所ナリ如何トナレハ最初ニ記シタル如ク裁判シタル所ノ前判決ハ被告ヨリ不服ヲ申立ラサレハナリ而シテ茲ニ尙追審セサルヘカラサリシ點ハ拋棄ハ實

際被告ニ對シテ特權ヲ無効タラシムヘキ直接ノ効果ヲ得ルヤ將タ又却テ地方裁判所ノ認定シタル如ク彼ノ契約ハ單ニ原告カ其特權ニ因リテ獲得スル所ノモノヲ被告ニ引渡スヘキ一身上ノ義務ヲ負フニ過キサル對人的ノ効果ヲ有スルニ止マラサリシヤ否ヤト云フニ在リ而シテ此點ニ付テハ控訴院ノ意見ニ同意スルニ毫モ躊躇スル要ナシ今其理由ヲ解説センニハ彼ノ諸説紛々タル拋棄行爲ノ法律上ノ組織ニ付テ敢テ詳細ナル學理的説明ヲ爲スヲ須ヒサルナリ今若シ「デルンブルグ」(質權法第二卷第四百七十五頁以下)ノ所説ト同ク特權ノ拋棄ハ其特權ヲ有スル請求權ト其請求權ニ附從セル Quoad cum-mam concurrentem トヲ合セタル相互的讓渡ナリトセンカ不服ヲ申立テラレタル裁判ハ則チ未タ全ク原告ノ勝訴タラサルモノヽ如シ何トナレハ此點ヨリ看察スルトキハ直接ニ被告ニ對シテ特權ヲ承認セサルヘカラサレハナリ然レトモ此ノ如ク假想的ノ解説ヲ爲スモ亦敢テ十分ナル理由ノ存スルニ非ラス蓋シ被告カ他ノ債權者特ニ最優等ノ權利ヲ有スル債權者ニ對シテ一定ノ特權ヲ行使セサルノ義務ヲ負フコトハ何故ニ之ヲ許スヘカラサルカ是レ觀

〇千八百八十六年十月十四日判決

過スヘカラサル點ナリ而シテ若シ之ヲ以テ許スヘキモノナリトセハ爾餘ノ債權者ハ自己ニ對シテ特權ノ主張セラルヽ場合ニ於テ合意若クハ詐欺ノ抗辯ニ依リテモ亦此主張ヲ妨クルコトヲ得ヘシト謂ハサルヘカラス是レ一般ノ原則ニ由リテ生スル當然ノ結果ナリウ井ンドシヤイド(バンデクテン第一卷五版二百四十七章註一第八百〇二頁)ハ過半ノ場合ニ付テ所謂代位契約ヲ認メテ一ノ「純然タル」對人的ノ行爲ト爲スノ説ヲ以テ卓見ナリト贊稱セリ然レトモ氏カ之ニ因テ前記抗辯權ノ成立ヲモ拒否セント欲スルヤ否ヤハ明白ナラス若シ氏ニシテ此ノ如キ意見ヲ持セリトセンカ是レ亦正當ノ見解ナリト謂フヘカラス既ニ大審院民事部第三部ノ如キモ不動産抵當ニ關スル類似ノ事件ニ對シテ已上所述ト同樣ノ裁判ヲ爲シタリ

〔第三百六十四〕夫カ婦ノ同居ヲ請求スル訴訟ニ於テ被告カ抗辯トシ提出スルトコロノ事實ハ被告カ同時ニ提起シタル離婚請求ノ反訴ノ原因タル事實ナ

ルコトヲ理由トシ民事訴訟法第五百七十條第二項（一）ニ依リ宣誓要求ヲ許ス能ハサルカ

（千八百八十六年十月十四日判決）

原告ハ被告ニ對シ同居請求ノ訴ヲ起セリ被告抗辯ノ要領ハ原告ハ「クリスチナ、マリー」ト稱スル一女ヲ同居セシメ原被告間ノ夫婦上ノ交情ヲ傷害スル行爲アルニ依リ同居スル能ハスト云フニ在リ第一審裁判所ハ原告ノ請求ヲ理由アリトシ被告ニ敗訴ヲ申渡タリ第二審裁判所ニ於テ被告ハ抗辯トシテ提出セル事實ニ基キ離婚ノ反訴ヲ提起セリ控訴裁判所ハ第一審裁判所ノ判決ヲ認可シ反訴ヲ棄却シタリ被告ハ此ニ於テ第二審裁判所ノ判決ニ對シ上告ヲ爲セリ本院ハ當事者ノ口頭辯論ヲ聽キ判決スルコト左ノ如シ

控訴院ノ本訴ニ關スル判決ノ全部ヲ破毀シ辯論ノタメ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻ス

理由

原告カ被告陳述ノ如ク某女ト同居シ姦淫ノ行爲アルヤ否ハ本件審理上必要ノ事實ナリ蓋シ此事實アリトセハ苟モ原被告ノ間ニ夫婦關係ノ存在スル限ハ被告ヲシテ原告ト居ヲ同フスヘシト強要スル能ハサレハナリ而シテ右事實ニ關シテ民事訴訟法第四百十條（二）ニ依リ當事者ハ宣誓要求ヲ爲シ得ルコトハ勿論ナリトス然ルニ控訴院ハ同條ヲ適用セス直ニ民事訴訟法第五百七十七條第二項ニ從ヒ右事實ハ反訴トシテ提起セル離婚請求ノ訴ノ原因タル事實ヲ爲スヲ以テ宣誓要求ヲ許スヘカラスト判定セリ是レ不當ノ見解ト謂ハサルヘカラス

抑モ民事訴訟法第五百七十七條第一項（三）ノ規定ハ民事訴訟ノ一般原則タル裁判官ノ自由採證處分ハ當事者ノ處分權ニ制限セラルトノ主義ハ婚姻事件（素ヨリ同居請求事件ニモ包含ス）ニ限リ適用セサルコトヲ明瞭ニシタルモノナリ而シテ同條第二項ハ宣誓要求ハ婚姻ノ離別無効又ハ不成立訴ノ原因事實トスルトキニ限リ許サスト定メタルモノナリ而シテ右二項ハ始メ政府案ニハ存在セス委員會カ匆卒ノ間ニ修正追加シタル規定ナルヲ以テ其解釋ニ關シテ參考スヘキ材料少ナク從テ其範圍ニ關シテハ民事訴訟法註釋家ノ間ニ

（一）我ニナシ同條ニ曰ク裁判長ハ和解試ミニ付テノ以下數條ノ規定ヲ遵奉シ了リタルトキ始メテ離婚ノ訴又ハ婚姻上生活ノ回復ノ訴ニ付テノ口頭辯論ノ期日ヲ定ムルコトヲ許ス

（二）我ニナシ同條ニ曰ク宣誓要求ハ相手方其前主又ハ其代理人ノ行爲ニ屬スル事實又ハ此者等ノ實驗シタル事實ニ付テノミ之ヲ許ス

（三）同條ニ曰ク事實ニ付又ハ證書ノ正否ニ付テ陳述ヲナサス又ハ之ヲ拒絶シタル結果ニ關スル規定當事者ニ於テ證人及ヒ鑑定人ノ宣誓ヲ抛棄スルコトニ關スル規定幷ニ認諾及ヒ裁判上自白ノ効力及ヒ宣誓ノ免除ニ關スル規定ハ之ヲ適用セス我婚第六條參照

(四)我ニナシ同項ニ曰ク宣誓要求及ヒ相手方ニ證書ノ提出ヲ命スルノ申立ハ婚姻ノ離別無效又ハ不成立ノ理由ト爲ルヘキ事實ニ關スルトキニ限リ之ヲ許サス

(五)離婚ノ訴又ハ無效ノ訴ト共ニ却下セラレタル原告

頗ル議論アリ然リト雖モ同項ニ云フ婚姻ノ離別無効又ハ不成立トハ之ヲ本訴又ハ反訴トス即チ訴トシテ主張スル場合ヲ指スモノニシテ原告ノ請求ニ對スル抗辯トシテ提出スル場合ハ其規定外ナリト云フニ至テハ各解釋家カ皆一致スルトコロナリ

參照「ヘルマン」「ガウプ」「エンデマン」「ゾイヘルト」「ウイルモスキ」及「レウイー」訴訟法註釋、及「ビルクマイエル」ノ論說(民事訴訟法雜誌第七卷第四百十四頁)

果シテ然ラハ控訴院カ被告ノ反訴ニ付テ其宣誓要求ヲ許スヘカラストシテ却下シタルハ即チ民事訴訟法第五百七十七條第二項(四)ヲ適用シタルモノニシテ正當ノ處分ト云ヘシト雖モ被告ノ抗辯ヲ同一ノ理由ニヨリ宣誓要求ヲ許サヽルニ至テハ不當モ甚シト謂ハサルヘカラス蓋シ抗辯トシテ提出スル場合ハ上ニ說明セル如ク民事訴訟法第五百七十七條ノ第二項ニ包含セサレハナリ或ハ曰ハン若シ抗辯ニ付テ宣誓要求ヲ許スモノト爲ストキハ其結果抗辯成立スルトキハ反訴ノ原因モ從テ成立スルヲ以テ再ヒ反訴ヲ理由アリトシテ採用セサルヘカラサルニ至ル此ノ如クンハ間接ニ民事訴訟法第五百七

ハ前訴訟ニ於テ又ハ訴ノ併合ニ因リ主張スルコトヲ得ヘカリシ事實ヲ獨立ノ訴ノ原因トシテ更ニ主張スルコトヲ得ス被告ニ在リテハ反訴ノ原因ト爲スコトヲ得ヘカリシ事實ニ付テモ亦同シ我婚第五條參照

(三)一千八百八十六年九月十六日判決

十七條第二項ノ規定ヲ害スルモノナリト此認定ハ恐クハ控訴院ノ判決ノ主タル根據タルヘシト雖モ是レ亦實ニ杞憂ノ甚シキモノナリ我民事訴訟法第五百七十六條(三)ノ規定ニ依リ一度却下セラレタル請求ハ更ニ主張スル能ハサルハ法文ノ明定スルトコロトス

以上ノ理由ニ依リ本院ハ控訴院ノ判決ヲ破毀スルモノトス而シテ第一審裁判所ニ差戾シタルハ尙ホ辯論及ヒ證據調ヲ要スルカ故ナリ

第三節 反訴

〔第三百六十五〕 原告ハ一ノ證書訴訟ヲ提起セリ被告ハ是ヨリ先キ原告ノ請求ニ關シ消極的確定ノ訴ヲ提起シ已ニ權利拘束ト爲レリ而シテ其確定ノ訴ノ原因タル事實ハ證書以外ノ證據方法ニ因リシモノナリ此場合ニ於テ被告ハ權利拘束ノ抗辯ヲ提出スルヲ得ルヤ

（千八百八十六年九月十六日判決）

理由

被告ハ本訴ニ對シ權利拘束ノ抗辯ヲ提出シ原告ハ右抗辯ハ證書訴訟ニ提出スルコトヲ得サル證據方法ニ依ルトコロノ事實ヲ原因ト爲スヲ以テ證書訴訟ニ提出スル能ハサルモノトシテ却下アランコトヲ申立タリ

仍テ按スルニ證書訴訟ハ原告請求ノ權利カ代替物ヲ目的トシ而シテ其原因タル事實ノ證書ニ依テ證明スルコトヲ得ルトキニ限リ利用スルコトヲ得ヘキ訴訟手續ナリ（民事訴訟法第五百五十五條參照）而シテ證書訴訟ノ目的ハ迅速ニ事件ヲ完結スルニ在ルヲ以テ若シ被告カ證書以外ノ證據方法ニ依ルコ非ラサレハ證明スル能ハサルトコロノ異議ヲ主張スルトキハ一切其手續ヨリ却下スルコトヽナレリ（民事訴訟法第五百六十一條）但此場合ニ於テ裁判所ハ其判決中ニ被告カ主張シタル權利ノ行使ヲ留保スル旨ヲ掲ク敗訴ノ被告ヲシテ通常訴訟ノ途ニ依リテ其權利ヲ行使スルノ便ヲ與ヘリ而シテ被告カ通常訴訟ヲ提起シ原被請求ノ無原因ヲ分明ニスルトキハ前判決ハ廢棄セラ

（一）我第四百八十四條ニ當ル

（二）我第四百九十條ニ當ル

ル、モノトス（民事訴訟法第五百六十三條）右留保ヲ掲ケタル判決ハ上訴ニ對シテモ强制執行ニ對シテモ終局判決ト看做サレ其判決カ廢棄セラルヽマテ判決トシテノ凡テノ効力ヲ維持ス右ノ次第ナルヲ以テ證書訴訟ハ通常訴訟トハ全ク分離シタル一个特別ナル訴訟手續ニ依ルヘキモノニシテ此手續ニ於テ判決ヲ受クル事項ハ唯原告ノ請求ト被告カ證書ニ依リテ主張スルトコロノ異議ノミナリト謂フヘシ

由是觀之本件被告カ提出スルトコロノ抗辯ハ證書訴訟ニ於テ主張スルヲ得サル證據方法ニ依ルモノナルヲ以テ其原因トスル請求ハ實躰的ニ證書訴訟ニ於テ審理セラルヽコトナシ因テ本訴ヲ提起セラレタルモ民事訴訟法第二百三十一條第一號ニ所謂同一ノ訴訟物カ二个ノ裁判所ニ提起セラレタルモノト云フ能ハス從テ權利拘束ノ抗辯ハ理由ナシトセサルヘカラス

右ノ理由ニ依リ本院ハ被告ノ抗辯ヲ却下スルモノトス

（三）我第四百九十二條ニ當ル

〔千八百八十一年二月十一日決定〕

第四節　妨訴抗辯

〔第三百六十六〕　權利拘束ノ抗辯ニ付テ裁判スヘキ場合ニ

之ニ換ヘテ民事訴訟法第百三十九條ニ依リ訴訟手續ヲ中止シ得ルヤ

第二編第三章第三節辯論主義ノ部ニ譯載セル千八百八十一年二月十一日ノ決定ヲ見ルヘシ

千八百八十一年十月二十八日判決

〔第三百六十七〕 或ル一ノ妨訴抗辯ヲ審理スヘキ分離手續ニ於テ尚ホ他ノ妨訴抗辯ヲ新ニ主張シ得ルヤ

分離手續ニ於ケル妨訴抗辯ノ却下

被告カ原告ノ申立ニ基キ本案ノ口頭辯論ヲ命セラレ遂ニ敗訴ノ言渡ヲ受ケタル場合ニハ先キノ分離手續ニ於ケル妨訴抗辯ノ却下ニ對スル上訴ハ最早其目的物ヲ欠クト看做スヘキヤ

第二審ニ於テ妨訴抗辯ニ付キ分離手續ヲ以テ審理ノ末遂ニ訴ヲ却下シタリ然ルニ第一審ニ於テハ既ニ原告ノ申立ニ基キ被告ニ本案辯論ヲ命シ遂ニ其敗訴ヲ言渡シ居リタリ此衝突ハ如何ニ處分スヘキヤ

第二編第二章第一節法律上ノ代理人ノ部ニ譯載セル千八百八十一年十月二十八日ノ判決ヲ見ルヘシ

千八百八十二年三月十三日判決

〔第三百六十八〕 民事訴訟法第二百四十七條第五號ニ所謂前訴訟費用未濟ノ抗辯ヲ爲スニハ如何ナル條件ヲ要スルヤ

（千八百八十二年三月十三日判決）

理由

控訴院ハ民事訴訟法第二百四十七條第五號ニ基ク妨訴抗辯ヲ却下シタリ其理由ハ民事訴訟法第二百四十七條ニ據レハ前訴訟費用未濟ノ抗辯ヲ爲スニ

ハ之ヲ爲ス者前訴訟ノ訴訟主格ニシテ其費用ノ辨濟ヲ受クヘキ權利アルコトヲ要ス然ルニ本訴ニ於ケル被告保險會社ト前訴訟ニ於ケル被告ノ社長トハ自ラ其人ヲ異ニセリ故ニ此抗辯ハ採用スルヲ得スト云フニ在リ右裁判ノ理由ハ商法第五十二條第二百九十八條ニ違反シ訴訟當事者タル地位ト訴訟當事者ノ代理人タル地位トニ誤解ヲ爲シタルモノナリ然レトモ右抗辯ヲ却下シタル裁判ハ左ノ理由ニ依リ至當ト認メサルヲ得ス

第一被告ハ控訴院ニ於テハ只前訴訟ニ於テ社長ハ辯護士某ヲ代理人ニ任シタル爲メ費用ヲ生シタリト云ヒタルノミニシテ其他ニハ更ニ主張スル所ナカリシ

第二民事訴訟法第二百四十七條第五號ニ依リ妨訴抗辯ヲ提起スルニハ其支拂ヲ求ムル前訴訟費用ノ未濟額ヲ明示シ本訴ノ提起前既ニ之カ支拂ヲ望ミタルニ未タ辨濟ヲ受クサル旨ヲ申立テサルヘカラス然ルニ被告ハ此事ヲ爲サス

民事訴訟法ノ訴訟費用辨濟ニ付テ採ル主義ハバイエルン國訴訟法第百十六條ノ規定トハ全ク其軌ヲ異ニシ專ラ辨濟ヲ受クルト否トハ權利者ノ意思ニ一任セリ是レ上掲ノ解釋ヲ生スル所以ナリ

法律ノ精神被告ニ民事訴訟法第二百四十三條第四項(一)及ヒ第二百四十七條第五號ノ救濟ヲ求ムルコトヲ許スハ只被告ニ於テ原告ニ對シ舊訴訟手續ノ費用ノ額ヲ明示シテ之カ辨濟ヲ求メタル場合ノミニ限ルモノナルコトハ上掲ノ法條ニ關スル規定ノ位置及ヒ其理由書ノ說明等ニ依リテモ亦明ナリトス

(一)我第百九十八條第五項ニ當ル

〇千八百八十二年四月二十二日判決

(一)我第四百二十二條第三號ニ當ル

〔第三百六十九〕 無訴權抗辯ノ意義

訴ヲ却下スルニ言詞上ハ無訴權ノ故ヲ以テシ裁判理由ヲ見ルトキハ事件其者ニ關スル抗辯ヲ採用シタルノ故ナルトキ尙ホ民事訴訟法第五百條第一項第二號ノ規定ヲ適用シ得ルヤ

辯論ヲ妨訴抗辯ノミニ制限シタルトキト雖モ尙ホ事件其者ニ付テノ裁判ヲ下シ得ルヤ

（千八百八十二年四月二十二日判決）

原告ハ國家ヨリ某要塞修繕ノ爲メ非常工事費ヲ行政ノ手續ニ依リ徴集セラレタルヲ不法トシ被告ニ對シ其支拂ヒタル金錢ノ返戻ヲ訴求シ且ツ原告ノ代表スル組合ハ右要塞修繕ノ費用トシテ或金額ヲ納付スヘキ義務ナシトノ確定ヲ申立テタリ地方裁判所ハ本訴ヲ以テ無訴權トシ之ヲ却下シタリ控訴院ハ決定ヲ以テ原告ヨリ提起シタル控訴ノ辯論ヲ地方裁判所ノ裁判ノ基礎ヲ爲セル抗辯及ヒ本表題ニ掲ケタル訴訟ハ司法裁判所ニ訴フルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ニ制限シ辯論ノ末遂ニ控訴ヲ理由ナキモノトシテ棄却シタリ大審院ハ原告ノ上告ニ基キ前判決ヲ破毀シ本件ヲ再ヒ控訴院ニ差戻シタリ其理由左ノ如シ

理由

控訴院裁判ノ精神ヲ明ニスル爲メ先ツ次キノ注意ヲ爲サヽルヘカラス被告ハ地方裁判所ニ於テ抗辯ヲ提起シテ曰ク本訴係爭ノ修繕費ヲ負擔スル原告協會ノ義務ハリュベク及ヒハムブルグノ議官ノ訓令ニ基キ動カスヘカラサルモノナリ右訓令ハ本世紀ニ於テ五十年間ヲ費シ再三再四訴願シタル後漸ク發布セラレタルモノニシテ夫ノ議官ト稱スルハ當時本地ノ主權ヲ行使スル最長官ナリト蓋シ被告ハ一方ニ於テハ此訓令ニ法律ノ力ヲ附セシメント欲シ他方ニ於テハ少クトモ本地ノ憲法史ニ基ク特別理由ヨリ右訓令ニ判決ノ確定力ニ類スル法律上ノ効力ヲ賦與セラレンコトヲ望ムモノナリ地方裁判所ハ此抗辯ニ法律ノ力ヲ附スルコトヲ拒絶シタルモ判決ノ確定力ニ類スル法律上ノ効果ハ之アリト看做シ遂ニ訴ヲ却下シタリ然レトモ此抗辯ヲ以テ無訴權ノ抗辯ト名付ケタルハ普通ノ用語ニ適セサル所ナリ無訴權ノ抗辯トハ確定力若クハ之ニ類スル抗辯ヲ謂フニ非ラスシテ係爭請求ノ救濟ヲ求メントスルニ當リ之ヲ司法裁判所ニ訴ヘ出ツルコトヲ得ストノ抗辯ヲ云フ控訴院ハ右訓令ヲ以テ法律ノ効力ナシトスル點ハ地方裁判所ノ意見ト同シ然レトモ右訓令ハ確定力ニ類スル効力ヲモ有セスト爲シ遂ニ之ニ基ク抗辯ヲ却下シ之ト同時ニ他ノ理由ニ依リ本訴ハ無訴權ナルヲ以テ亦之ヲ却下スト言渡シタリ

以上ノ理由ニ依リ原告ノ前判決ヲ攻擊スル論旨ニ所謂控訴院ハ地方裁判所ノ許シタル抗辯ヲ却下シナカラ民事訴訟法第五百條第一項第二號ニ依リ事件ヲ前審ニ差戻サヽリシハ違法ナリト云ヘルハ正當ト認ムルヲ得ス夫ノ抗辯ハ民事訴訟法第二百四十七條第二項第二號ニ所謂無訴權ノ抗辯ニ非ラス故ニ此質責ハ理由ナキモノナリ控訴院ノ所謂無訴權ハ之ニ反シテ第二百四十七條第二項第二號ヲ意味スルモノナリ故ニ控訴院カ此理由ヲ以テ訴ヲ却下シタルハ正當ナルカ如シ

以上ノ說明ニ於テハ前判決ノ精神未タ全ク明ナリト謂フヲ得ス理由ニ矛盾ノ點アリ此點ハ遂ニ判決ノ破毀ヲ惹起スルカ如シ控訴院ハハンブルグニ行ハルヽ法ニ據レハ本件ノ如キ請求ハ訴權ナシトノ事ヲ明言セサリシ尤モ司法及ヒ行政ニ關スル千八百七十九年四月二十三日ノハムブルグ法第二十四條以下ニ據レハ尙ホ此等ノ請求ヲ許スカ如シ唯事件ノ位置ニ從ヒテ下スヘキ裁判ニ關スル問題ハ司法裁判所ノ判決ヲ與ヘスト云ヘルノミ依テ茲ニ研究スヘキハ控訴院裁判ノ如キ說明ヲ以テ足レリト做スヘキカ本係爭ノ關係ニ於テハ原告ノ請求實質上理由ナシト爲スヘキヤ之ヲ裁判スルハ司法裁判所ニ於テスヘカラス却テ行政廳ノ判決ニ一任スヘシト做スヘキヤナリ此等ノ問題ニシテ肯定スヘクンハ控訴院ノ判決ハ至當ト謂ハサルヘカラス若シ又否定セサルヲ得サルトキハ其判決ハ遂ニ破毀ヲ免レサルヘシ控訴院ハ堤防義務ハ獨リ堤防其者ニ對スル仕事ノミニ限ラスシテ管轄廳ヨリ堤防ノ防禦ニ必要ナリトシテ要塞工事ヲ起スニ於テハ亦之ニモ義務ヲ及ホスヘキヤ否ヤノ問題ヲ設ケ此問題ハ原告ノ意ニ反スル裁判ヲ下サヽルヘカラスト認定シタリ此認定ハ控訴院ノ主タル裁判即チ本訴ハ訴權ナキヲ以テ之ヲ却下ストノ言渡ト全ク相容レサルモノナリ其他ニ於テモ不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ維持スルノ理由一モ存スルコトナシ寧ロ控訴院ノ終ニ揭ケタル問題ニ對シテ裁判所ハ自ラ之カ調査ヲ爲サヽルヘカラスト云ヘル點ハ贊同ヲ表スルニ足ル然レトモ之ヲ以テ直ニ地方裁判所ノ採用シタル抗辯ヲ却下スル理由ト爲スヘシト思惟スヘカラス又前判決ハ實質上ノ理由ニ依リ之ヲ維持スルヲ得ス實ニ控訴院ノ口頭辯論ハ審理スヘキ問題ヲ盡サス只地方裁判所

カ採用シタル抗辯及ヒ訴權ノ有無ニ關スル問題ノミヲ辯論セシメタルモノナリ

〔千八百八十二年十一月二十八日判決〕

〔第三百七十〕 法律關係ニ爭ヲ生スルトキハ仲裁判斷ヲ以テ之ヲ決スヘシト合意シタルヲ以テ訴訟ニ應スル義務ナシトノ抗辯ハ妨訴抗辯ト看做スヘキヤ其一

(千八百八十二年十一月二十八日判決)

(一)我第七百八十六條ニ當ル
(二)我第二百六條第二項ニ當ル
(三)彼ニハ我第七號延期ノ抗辯ナシ

理由

被告ハ抗辯シテ曰ク本件法律關係ニ付キ當事者間ニ爭ヲ生スルトキハ仲裁人(民事訴訟法第八百五十一條)ニ依頼シテ其曲直當否ヲ決スル合意ヲ爲シタリ依テ本訴ニハ應スル能ハスト此抗辯ハ妨訴抗辯ノ意義ヲ有セス民事訴訟法第二百四十七條第二項ニ據ル妨訴抗辯ト看做スヘキモノハ唯同條第一號乃至第六號ニ擧示スルモノニ限ル隨テ他ノ種類ノ抗辯ハ妨訴抗辯ニ關ス

(四)我第二百七條ニ當ル
(五)我第二十九條乃至第三十一條ニ當ル

ル第二百四十八條(四)ノ規定ノ保護ヲ受クルヲ得ス假令訴訟ノ要件(被告ノ訴訟ニ應スル義務)右六个ノ場合ト同一ナル場合ト雖モ尚ホ且ツ之ヲ許サス第二百四十七條ニ列擧スル抗辯ハ他ノ抗辯トハ全ク異ニスル特別ノ手續ニ依リ被告ニ特別ノ利益ヲ與フルモノナリ故ニ其抗辯ノ目的物唯類似スルノ故ヲ以テ直ニ妨訴抗辯ニノミ關スル規定ヲ適用セントスルハ妄モ亦甚シト謂ハサルヘカラス隨テ同條ハ狹義ニ解スルヲ以テ至當トス

今本件仲裁契約ノ抗辯ハ第二百四十七條ノ何レニ適スルヤト云フニ稍ゝ適スヘシト思惟スヘキハ其第一號及ヒ第二號ナリ因テ是ヨリ聊カ研究ヲ試ン

昔時ハ仲裁契約ノ抗辯ヲ以テ裁判所管轄違ノ抗辯ト做ス者アリキ舊訴訟法ニモ亦斯ク認メタリ然ルニ民事訴訟法施行セラルヽニ及ヒ其說ヲ改メサルヲ得サルニ至レリ同法ノ言詞ニ據ルニ裁判所管轄違ノ抗辯トハ裁判所ノ事物上及ヒ土地ノ管轄ニ關スル規定若クハ法律上有効ノ合意(民事訴訟法第三十八條乃至第四十條(五)參照)ニ依リ原告ノ任意ニ定メタルニ非ラサル他ノ通常若クハ特別裁判所カ其提起ノ訴ニ管轄權ヲ有スル旨ノ抗辯ヲ云フ故ニ當事

(十〇我第八百條乃至第八百二條ニ當ル

者カ今通常裁判所ニ提起シタル爭訟ハ仲裁人ニ依リテ裁了セシムル約束ヲ爲シタリトノ抗辯ト裁判所管轄違ノ抗辯トハ自ラ其本質ヲ異ニセリ仲裁契約ノ抗辯ハ全ク原告ノ訴出テタル裁判所ノ管轄ヲ顧ルノ要ナシ而シテ被告モ此裁判所カ法律上若クハ契約上ノ定規ニ依リ管轄權ヲ有セストハ主張セサルナリ唯請求ヲ裁判上ニ主張スルヲ得スト申立ツルハミ蓋シ被告ハ國家カ訴訟ノ辯論裁判ヲ爲サシムル爲メ設ケタル官衙ノ權能ヲ奪ヒ去ラントスル者ナリ斯ノ如キ防禦方法ハ民事訴訟法第二百四十七條第一號ニ含蓄セサルヤ論ヲ俟タス現行訴訟法ハ管轄ナル言詞ヲ以テ國家ノ機關タル官衙ノ職務相互ニ限界ヲ有スル意ト看做セリ國家的ノ裁判所ト仲裁裁判所トノ管轄ヲ言顯ハス爲メニ管轄ナル文字ヲ用ヒタルコトナシ加之仲裁判斷ハ裁判官ノ判決ト同一ナリト謂フヲ得ス仲裁判斷ハ諸種ノ關係ニ於テ裁判官ノ判決ニ依リ補充セラレサルヘカラス(民事訴訟法第八百六十六條乃至第八百六十八條(十一)其他仲裁人ハ裁判所ノ役員ニ非ラス最近訴訟法ニ所謂裁判所トハ唯公ナル國家ノ官衙ニ限ルヘシ(裁判所構成法第十五條)斯ノ如ク仲裁契約ハ第二百四十七條第一號ニ該當セサル所以ハ亦無訴權ノ抗辯ニモ適セサル所以ナリ(行政官衙ノ管轄ナル文字ノ意義ハ裁判所構成法第十三條ニ依リ之ヲ知ルヘシ)即チ同條第二號ニモ包含セシムル能ハス第二號ノ抗辯ハ第一號ノ規定ニ制限ヲ加ヘタルニ過キス

以上ノ如ク仲裁契約ノ抗辯ハ無訴權ノ抗辯ト大ニ其性質ヲ異ニスルニモ拘ハラス一二ノ訴訟法註釋家ハ尚ホ之ヲ以テ同一視セントス實ニ誤解モ亦甚シト謂フヘシ民事訴訟法ハ第二百四十七條第二號ノ無訴權ナル文字(第五百九條第一號第五百二十八條第二號モ亦同シ)ノ意義ハ該法ト同時ニ公布セラレタル訴訟諸規則ニ於ケル該字ノ意義ト異ナラシムル精神ニ非ラス因テ裁判所構成法ヲ按スルニ第十七條第一項ニ曰ク裁判所ハ訴權ノ有無ヲ裁判スト而シテ其次項ニ曰ク各邦法律ニ於テハ裁判所ト行政廳又ハ行政裁判所トノ間ニ於テ訴權ノ有無ニ付テ生シタル爭ヲ裁決スル爲メニ左ノ規定ニ從ヲ特別ノ官署ヲ設クルコトヲ得ト其他裁判所構成法第九條及ヒ民事訴訟法施行條例第四條第五條等ニ據ルニ民事訴訟法ハ訴權ナル文字ハ行政訴權ノ對

稱ト認メタルヿ明瞭ナリ故ニ無訴權ノ抗辯ト云ヘハ裁判所ニ繫屬セル訴訟ハ固ト行政官衙ニテ審理セラレサルヘカラサルモノナリトノ主張ナカルヘカラス契約ヲ以テ當該管轄官衙ノ行爲ヲ禁遏セントスル如キ抗辯ハ之ヲ無訴權ノ抗辯ト稱スルヲ得サルヤ亦論ヲ俟タス尙ホ茲ニ注意スヘキハ仲裁契約ノ抗辯及ヒ之ニ類似ノ意義ヲ有スル抗辯ハ當事者ニ於テ有効ニ拋棄スルヲ得之ニ反シテ裁判所管轄違ノ抗辯無訴權ノ抗辯等ハ當事者ノ拋棄ヲ許サス是レ司法事件及ヒ行政事件ノ區別ハ國法ヲ以テ規定セラルヽヲ以テナリ故ニ契約ハ訴權ヲ失ハシムル効力ナシ訴權ヲ拋棄シタリト云フ契約ハ無効ナリ(民事訴訟法草案第二百三十八條(現行第二百四十七條)ノ理由書(百九十五頁)ニモ第二號ニ掲載スル抗辯ハ拋棄スルヲ得スト明言セリ

其一

(千八百八十三年二月八日判決)

仲裁契約ニ基キテ裁判所ニ出訴スル權ナシトノ抗辯第二審ニ於テ始メテ提起セラレタル場合ニハ之ヲ民事訴訟法第二百四十七條(二)ノ妨訴抗辯ト看做スヘカラスト判決セラレタリ其理由左ノ如シ

(一)我第二百六條ニ當ル

千八百八十三年二月八日判決

理由

控訴院判事ハ民事訴訟法第五百二十四條(三)ニ據リ確定スヲク本件ハ原告ヨリ被告ニ對シ千八百八十年三月十五日ノ受負契約ニ基キ過怠金ヲ取立ツルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ニ過キス而シテ此問題ハ當事者ノ意思ニ基キ右受負契約中ニ定ムル所ニ依リテ決スヘキナリ即チ契約關係ヨリ生スル凡テノ法律上ノ問題ハ獨乙演劇協會規則第九十九條ニ定ムル仲裁人ノ裁判ニ一任スヘシトノ約款ヲ適用スヘキモノトスト故ニ此確定ニ據レハ本訴ハ當該仲裁人ノ管轄ナルカ如シ因テ今研究スヘキハ契約ニ依リ裁判所ノ管轄ヲ禁絶スルヲ得ルヤ此抗辯ハ實躰法上効力ヲ有スルヤ否ヤ此抗辯ニシテ控訴審ニ於テ初メテ提起セラレタル場合ニハ訴訟法上如何ナル効力ヲ生スルヤ否ヤノ問題ナリトス

民事訴訟法ハ妨訴抗辯ヲ一定シテ擧示シ且ツ此等ノ抗辯ハ訴訟ノ豫備ニ關スルヲ以テ特ニ本案前ニ論辯ヲ開キ及ヒ終局判決ヲ以テ決スヘシト定メリ

(二)我第四百四十六條ニ當ル

故ニ此抗辯起ルトキハ一ノ訴訟二个ニ分離セラレ一ハ抗辯ニ關スル豫備手續ニシテ一ハ請求ノミニ關スル本案手續トナルコトアリ斯ノ如キ抗辯ハ本案辯論後ト雖モ提起スルコトヲ得加之被告ニ於テ之ヲ抛棄スルコトヲ得サル場合若クハ被告ニ於テ自己ノ過失ニ因ラスシテ本案辯論前ニ之ヲ主張スルコトヲ得サル場合ニハ第二審ニ於テモ初メテ提起スルコトヲ得第二百四十七條第三項第四百九十條(三)而シテ此抗辯ノ種類ハ第一裁判所管轄違ノ抗辯第二無訴權ノ抗辯(第二百四十七條)ナリトス此抗辯權ハ二ツナカラ國家ノ與ヘタル法律上ノ救助ニシテ國家ノ裁判官ニ賦與シタル權力ニ關スルヲ以テ公權ナリトス特ニ法律ニ依リテ或訴訟出訴ノ道ヲ塞塞シタル場合ニハ當事者ノ私ノ合意ヲ以テ之ヲ開通スルヲ得ス故ニ訴權ノ有無ハ裁判所ニ於テ其職務ヲ執ル法定ノ要件トシテ必ス職權ヲ以テ調査セサルヘカラサルモノナリ

以上ノ理由ニ依リ無訴權ノ抗辯ニ付テハ當事者ハ他ノ抗辯ト同シク之ヲ抛棄スルヲ得ス此抗辯ハ訴訟ノ如何ナル時期ニ於テモ提起スルヲ得(民事訴訟

(三)我第四百十四條ニ當ル

法第二百四十七條民事訴訟法施行條例第三條第四條裁判所構成法第十三條第十七條此抗辯ノ性質斯ノ如キヲ以テ上告人ノ抗辯ハ原則上法律上ノ基礎ナキモノト謂ハサルヘカラス上告人ノ抗辯ハ仲裁契約ニ基キテ裁判所ニ出訴スル權ナシト云フニ在リテ無訴權ノ抗辯トハ其性質大ニ異レリ然リ而シテ上告人ノ抗辯之ヲ無訴權ノ抗辯ト同視スルヲ得サルト同時ニ亦裁判所管轄違ノ抗辯トモ看做スヲ得ス國家カ目的物若クハ場所ニ依リ區劃シタル裁判所ノ管轄ハ訴權トハ少シク其趣ヲ異ニシ法律ニ於テ認ムル場合(民事訴訟法第四十條第二項(四))ニハ當事者ヨリ法定ノモノト異リタル管轄ヲ定ムルコトヲ得故ニ裁判所ノ管轄違ノ抗辯ハ當事者ニ於テ明示(異議ナク應訴スル場合)ヲ以テ他ノ第一審ノ通常裁判所ノ管轄ヲ合意スルトキハ之ヲ提起スルヲ得ス即チ管轄ヲ有セサル第一審ノ通常裁判所ノ權力ニ服從セサルヘカラス(民事訴訟法第三十八條乃至第四十條(五)民事訴訟法施行條例第三條第一項裁判所構成法第十三條第十五條裁判所構成法施行條例第三條第四條)然レトモ此契約上ノ裁判管轄ハ當事者ニ於テ訴訟ノ裁判ヲ仲裁人ニ托スルコトヲ約スル

(四)我第三十一條ニ當ル

(五)我第二十九條乃至第三十一條ニ當ル

場合ト大ニ其原理ヲ異ニセリ普通法發達ノ歴史ヲ按スルニ仲裁契約ナルモノハ和解ニ基クモノナリ此精神ハ民事訴訟法ニモ酌酌セラレ同法ハ之ヲ和解ノ關係ト看做セリ(第八百五十一條)仲裁契約ハ固ト或法律關係ノ裁判ヲ裁判所ニ出願スルニ換ヘテ仲裁人即チ一私人ニ依頼スルモノナルヲ以テ主タル契約ノ一部分ニ過キス故ニ此契約ニ違反シテ裁判所ニ訴ヲ提起スルモ不法ト謂フヲ得ス仲裁契約ニ依リ裁判所ノ裁判ヲ禁絶シタルヲ以テ之ヲ法廷ニ出訴スルヲ得ストノ抗辯ハ契約ノ一結果ヲ申立ツルモノニシテ法律ノ救護ヲ得ル能ハサル抗辯ナリ而シテ此抗辯ハ契約ニ基クモノナルヲ以テ民事訴訟法第二百四十七條第一號ニ所謂裁判所ノ管轄違ノ抗辯ノ如ク公法的ノ性質ヲ有セス隨テ妨訴ノ効力ナシ然レトモ默示ノ合意即チ異議ナク訴ニ應シタル事ニ依リ此權ヲ失フコトナシ(第三十八條以下)他ノ契約ニ基ク抗辯權ト同シク審級進行中ハ即チ第二審ニ於テ初メテ之ヲ提起スルモ尚ホ効力アリトス(第二百五十一條)(第四百九十一條)

(六)我第七百八十六條ニ當ル

(七)我第二百九條ニ當ル

(八)我第四百十五條ニ當ル

(八)條

參照 「アルンツ」「パンデクテン」第二百七十章

「ゾヤフ(ルト)」民事訴訟法註釋第八百五十一條

「ストルックマン」及「コホ」民事訴訟法註釋第二百四十七條

「ウヤルモスキー」及「レビー」民事訴訟法註釋第二百四十七條

「ヘルマン」民事訴訟法註釋第八百五十一條

「ハンゼー」裁判所新報千八百八十一年第百三十一頁

異論者ハ「ベーテルセン」民事訴訟法註釋第二卷第九百四頁「アッヘルト」民事訴訟法註釋第二卷第四十四頁

其三

(千八百八十三年九月二十六日判決)

〇千八百八十三年九月二十六日判決

前題ノ問題ハ千八百八十二年十一月二十八日ノ判決及ヒ千八百八十三年二月八日ノ判決ト同一精神ヲ以テ否定セラレタリ前判決ニ附加セラレタル理由左ノ如シ

理由

民事訴訟法第二百四十七條(草案第二百三十八條)ノ理由書第百九十四頁第百九十五頁ハ裁判所管轄違ノ抗辯(第一號)ニ關シテ明ニ民事訴訟法第三十九條第四十條ヲ又無訴權ノ抗辯(第二號)ニ關シテハ民事訴訟法施行條例第三條草案第二條)ヲ排除シ一ノ例外ヲ設ケサル精神ナリト云ヘリ又當事者ノ拋棄シ得サル妨訴抗辯ハ第一號及ヒ第二號ニ掲クル抗辯ナリト注意セリ而シテ以上理由書ノ注意ハ立法議會ニ於テ一モ反對ヲ受クタルコトナカリキ故ニ是ニ據リテ民事訴訟法第二百四十七條第一號及ヒ第二號ニ掲クル妨訴抗辯ニ付テハ訴出テラレタル裁判所ハ裁判所ノ事物及ヒ土地ノ管轄ニ關スル法律規定ニ依リ管轄ナシト云ヒ又ハ法律規定ニ據レハ當該訴訟ハ司法裁判所ニ繫屬スヘキモノニ非ラスシテ行政上ノ裁判ニ依ラサルヘカラスト云フ抗辯ト解スルヲ以テ最モ其正鴻ヲ得タルモノトス是故ニ當該訴訟ハ裁判所ノ裁判ヲ禁絶シ仲裁人ニ依リテ裁決セラレサルヘカラスト契約ノ語ヲ主張スル如キハ民事訴訟法ニ所謂妨訴抗辯ト看做スヘキニ非ラス此抗辯ハ實躰法ニ屬スヘキモノニシテ裁判官カ職權ヲ以テ調査スヘキ限リニ非ラス又當事者ノ拋棄シ得ル所ナリ

〔千八百八十三年五月二十三日判決〕

〔千八百八十四年三月二十九日判決〕

〔第三百七十一〕 妨訴抗辯棄却ノ判決ハ費用ノ點ニ關シ如何ナル程度マテ裁判スヘキヤ

第二編第二章第四節訴訟費用ノ部ニ譯載セル千八百八十三年五月二十三日判決ヲ見ルヘシ

〔第三百七十二〕 司法裁判所ニ於テ被告ハ無訴權ノ抗辯ヲ提出セリ第一審裁判所ハ理由ナシトシテ棄却シタリ被告ハ右判決ニ對シテ控訴ヲ爲シタリ而シテ其訴訟繼續中權限裁判所ハ右事件ヲ以テ訴權アリト判定セリ右判定ハ司法裁判所ニ影響ヲ及ホスヤ否ヤ

(千八百八十四年三月二十九日判決)

原告ヨリ提起シタル所有權侵害ノ訴ニ對シ被告タル某村ハ無訴權ノ抗辯ヲ主張シテ曰ク原告ハ被告カ原告所有地ノ上ヲ通シテ設ケタル道路ヲ以テ原告ノ所有權ヲ侵害スルモノナリト爲スト雖モ該道路ハ公道ニシテ公共ノ用ニ供スルモノナルヲ以テ千八百八十二年九月十一日參事會カ判定シタル如ク右道路ノ公道タルコトヲ認定シ本件ノ如キ警察處分ニ對シテハ抗爭スルコトヲ得スト宣言セラレンコトヲ申立タリ地方裁判所ハ右妨訴抗辯ヲ棄却シタリ又被告カ同上ノ理由ニ依リ提出シタル控訴ハ控訴院ニ於テモ棄却セラレタリ而シテ被告ハ控訴院ノ判決ニ對シ更ニ上告ヲ提起シタリ然ルニ參事會ハ本訴ニ對シ權限爭議ノ訴訟ヲ起シ其結果千八百七十九年八月一日ノ勅令第七條ニ依リ本件ノ訴訟手續ヲ中止シタリ

伯林府ノ權限裁判所ハ千八百八十四年一月十二日ノ判決ヲ以テ本件起訴ノ手續ハ正當ニシテ原告ノ提出シタル權限爭議ノ申立ハ理由ナシトシ之ヲ棄却シタリ

被告ハ此ニ於テ直ニ口頭辯論ノ開始ヲ求メ上告裁判所カ定メタル辯論期日ニ於テ千八百八十三年五月十日ノ控訴院判決ヲ破毀シ原告ノ請求ヲ無訴權トシテ却下セラレンコトヲ申立タリ大審院ハ上告ヲ理由ナシトシテ棄却シタリ上ニ掲ケタル問題ニ關シ大審院ノ説明スル所左ノ如シ

理由

當事者ノ代理人間ニ先決問題トシテ生シタル疑問ハ權限裁判所カ本件訴訟ノ正當ニシテ司法裁判所ノ權限ヲ超ヘタリトスルノ申立ハ理由ナシト判定セルニ依リ司法裁判所ハ當然其判決ニ羈束セラレ爲メニ被告主張ノ無訴權ノ抗辯ハ其實司法裁判所ニ在テハ未タ確定ニ至ラサルニ拘ハラス審理スルコト能ハサルヤ否ヤノ問題是ナリ而シテ大審院ハ本問ニ關シテ否定説ヲ採レリ

今裁判所構成法ノ規定ヲ按スルニ其第十七條ハ明ニ司法裁判所カ其事件ノ司法裁判所ノ管轄ニ屬スルヤ否ヤヲ判定スルノ權限ヲ有スルコトヲ定メリ而シテ同條第二項ニハ一ノ例外ノ場合ヲ掲ケリ即チ右權限問題カ司法裁判所ト行政官廳又ハ行政裁判所トノ間ニ見解ヲ異ニシタルトキハ各聯邦カ特

別ニ設クルトコロノ官廳ノ審査ニ任カスモノトセリ然ラハ此例外ノ規定ト衝突セサル限リハ司法裁判所カ當事者ノ申立ヲ俟タス職權ヲ以テ其事件ノ訴權有無ヲ判定スルヲ得ルハ勿論ナリトス普漏西王國ハ千八百七十九年八月一日ノ勅令ヲ以テ右第二項ノ規定ヲ實施シ權限裁判所ヲ設置シ該勅令ニ掲ケタル事件ハ右裁判所ノ審査ヲ受クルモノトセリ今該勅令ヲ按スルニ右裁判ニ訴フルコトヲ得ル場合ハ二アリ一ハ積極的權限爭ニシテ一ハ消極的權限爭ナリ積極的權限爭ノ場合ハ勅令第四條ニ該當スル場合ニシテ行政官廳ヨリ已ニ司法裁判所ニ繫屬スル訴訟事件ヲ無訴權ナリト判定シ權限爭議ヲ起シタルトキトス但司法裁判所カ未タ該件ニ就キ確定ノ判決ヲ與ヘサルヲ要件トス又消極的權限爭ノ場合ハ勅令第二十一條ニ掲ケタルモノニシテ即チ一方ニ於テハ司法裁判所一方ニ於テハ行政官廳又ハ行政裁判所カ同時ニ其管轄ニ非ラスト判定シタルトキニシテ此場合ニ限リ當事者ノ申立ニ依リ權限裁判所ノ裁定ヲ經ヘキモノト定メラレタリ

右積極的權限爭ノ場合ニハ權限裁判所ハ當該行政官廳ヨリ提起シタル權限爭ノ申立ニ付キ裁定スルモノナリ而シテ此裁定ハ當事者ニ對シ判決ノ効力ヲ有セス唯法令ニ基キテ間接ノ効力ヲ及ホスノミ即チ權限裁判所カ權限爭ノ申立ヲ理由アリト判定セハ司法裁判所ハ千八百七十九年八月一日ノ勅令第十八條ニ依リ其訴訟手續ヲ一切制止セサルヘカラス又之ニ反シ權限爭ノ申立ヲ理由ナシト判定セハ司法裁判所ハ前掲勅令第七條ニ依リ當事者ノ申立ヲ待チ訴訟手續ヲ開始スヘキモノトス本件ハ即チ此場合ニ相當スルモノナリ被告ハ右規定ニ從テ開始セラレタル口頭辯論期日ニ於テ再ヒ無訴權ノ抗辯ヲ提出シタルモノナリ而シテ右無訴權ノ抗辯ハ未タ司法裁判所ニ於テ確定ノ判決ヲ受ケサルヲ以テ裁判所カ裁判所構成法第十七條ニ因テ當然有スル職權ヲ行使シテ審査裁決スヘキハ勿論ナリトス是レ權限裁判所ハ本件ニ關シ行政官廳ヨリ提起セル權限爭ノ申立ヲ理由ナシト判決シタルヲ以テ司法裁判所ノ手續ハ續行セラレ從テ右抗辯ハ司法裁判所ヨリ除外セラレサレハナリ之ニ反シ消極的權限爭ノ場合ニハ權限裁判所ハ千八百七十九年八月一日勅令第二十一條ニ依リ行政官廳又ハ行政裁判所司法裁判所ノ中何レ

カノ判決ヲ廢棄セサルヘカラス而シテ事件ヲ移送セラレタル裁判所ハ右判決ニ拘束セラルヽモノトス是レ右消極的權限爭ノ性質上特ニ止ムヲ得サルモノアルカ爲ニシテ固ヨリ積極的權限爭ノ場合ト同一視スヘカラス

以上ノ理由ニ依リ本院ハ控訴院ノ判決ヲ認可シ被告ノ妨訴抗辯ヲ棄却スルモノトス

千八百八十四年五月二十四日判決

〔第三百七十三〕 訴訟能力欠缺ノ妨訴抗辯ノ意義

第二編第二章第一節訴訟能力ノ部ニ譯載セル千八百八十四年五月二十四日判決ヲ見ルヘシ

千八百八十四年六月二十一日判決

〔第三百七十四〕 裁判所ハ妨訴抗辯ニ付キ裁判ヲ爲サスシテ本案ノ辯論ヲ命シタルニ當事者本案辯論ヲ爲シタルトキハ被告ノ抗辯ハ拋棄シタルモノト看做スヘキヤ否ヤ

第二編第三章第二節準備書面ノ部ニ譯載セル千八百八十四年六月二十一日判決ヲ見ルヘシ

千八百八十五年十二月四日判決

〔第三百七十五〕 再訴訟ヲ爲スニ必要ナル前訴訟手續ノ費用ノ未濟ノ抗辯ハ前訴カ判決ヲ以テ却下セラレタル場合ニモ之ヲ提出スルコトヲ得ルヤ否ヤ

（千八百八十五年十二月四日判決）

大審院ハ前掲問題ヲ否定セリ其理由左ノ如シ、

理由

民事訴訟法第二百四十七條ニ於テハ各妨訴ノ抗辯ハ同時ニ且ツ本案ニ付テノ被告ノ辯論前ニ之ヲ提出スルヲ要スト定メ而シテ妨訴ノ抗辯ヲ列擧シ其第五號ニ再訴訟ノ爲メニ必要ナル前訴訟手續費用ノ未濟ノ抗辯ヲ掲ケリ即チ同條ノ規定ハ如何ナル場合ニ如何ナル妨訴ノ抗辯ヲ爲シ得ヘキヤヲ定メタルモノニ非ラス從テ前訴訟手續費用未濟ノ抗辯ハ如何ナル場合ニ提出スルコトヲ得ヘキヤヲ示サス故ニ此點ニ關スル規定ハ訴訟法中他ノ條規ニ就

（一）我第二百六條ニ當ル

テ之ヲ求メサルヘカラス而シテ斯カル條規ハ一トシテ他ニ存セサルニ於テハ第二百四十三條第四項(二)ニ就テ之ヲ求ムルノ外ナシ然ルニ同條ニ據レハ前訴訟手續費用未濟ノ抗辯ハ取下ケタル訴ヲ更ニ提起スル場合ニ於テノミ之ヲ許スモノトセリ即チ右抗辯ハ本件ニ於ケル如ク前訴カ判決ヲ以テ却下セラレタル場合ニハ之ヲ提出スルコトヲ得サルモノトス蓋シ第二百四十三條ノ規定ヲ擴張解釋スルハ同條ノ明文ニ照ラシ又理由書ノ旨趣ニ據リ爲シ能ハサル所ナリ理由書ニ據レハ同條ノ規定ハ第二百四十七條第五項(三)ト相竢テ「原告ノ專恣ニ對シテ被告ヲ保護スル」ノ趣旨ニ由ルト云ヘリ然ルニ原告ノ專恣云々ハ訴ヲ任意ニ取下ケタル場合ニ於テノミ語ルヘク判決ヲ以テ訴ノ却下セラレタル場合ニ於テハ考ヘ得ヘカラサル所ナリ而シテ上告人ノ主張スルカ如ク民事訴訟法ノ右規定ヲ擴張解釋セシカ爲メニ普通訴訟法ノ原則ヲ援引スルヲ得サルコトハ敢テ說明ヲ要セス已上述タル如クナルカ故ニ控訴判事カ被告ノ抗辯ヲ棄却シタルハ毫モ法律ニ違背シタルモノニ非ラス

(二)同條ニ曰ク訴ハ本案ニ付キ被告ノ口頭辯論ヲ始ムルマテニ限リ被告ノ承諾ナクシテ之ヲ取下ルコトヲ得

訴ノ取下ハ口頭辯論ノ際陳述セサルトキハ書面ヲ送逹シテ之ヲ爲ス其謄本ハ送逹ヲナシタル後直ニ之ヲ裁判所書記課ニ納留ス

訴ノ取下ハ訴訟ヲ權利拘束トナラサルモノト看做スノ効力ヲ有ス其取下ハ訴訟費用ニ付キ未タ言渡ノ確定セサルトキニ限リ原告ヲシテ其費用ヲ擔當スルノ義務ヲ負ハシム被告ノ申立ニ因リ其義務ハ判決ヲ以テ之ヲ言渡ス

(三)我第二百

〔第三百七十六〕妨訴ノ抗辯ヲ棄却シタル判決ニ對シテ控訴ヲ提起スルニ付テノ要件如何

（千八百八十六年一月二十九日判決）

原告主張ノ要旨ハ被告ハ溝ヲ穿チタル爲メ原告ノ水車營業ニ妨害ヲ生セシメタリ依テ損害賠償ヲ請求スト云フニ在リ被告ハ無訴權ノ抗辯ヲ提出シ然カモ本案ニ應シ而シテ原告ノ訴ハ許スヘカラサルモノナリ要スルニ誇大ニ出テ理由ナキモノナリ故ニ之ヲ却下セラレタシト申立タリ千八百八十四年七月十四日ストラスブルグ地方裁判所ハ一ノ中間判決ヲ爲セリ其要領左ノ如シ曰ク無訴權ノ抗辯ハ之ヲ棄却ス而シテ右抗辯ノ提出ニ因リテ生シタル費用ハ被告ノ負擔トスト

被告ハ右中間判決ニ對シテ控訴ヲ爲シタルニ控訴院ハ千八百八十五年五月四日判決ヲ以テ右控訴ヲ許スヘカラサルモノナリトシテ棄却セリ其裁判ハ主トシテ左ノ意見ニ基ケリ曰ク妨訴ノ抗辯ヲ棄却シタル判決ニ對スル控訴ハ民事訴訟法第二百四十八條第一項(一)ニ掲クル要件具備スルニ非ラサレハ許スヘカラサルモノトス即チ妨訴ノ抗辯ニ付テ辯論ヲ分離シタルコトハ實ニ

五條第六項ニ當ル

〇千八百八十六年一月二十九日判決

(一)我第二百七條第一項ニ當ル

其要件ノ一タリ然ルニ是レ嘗テ前審ニ於テ爲サヽル所ナリト而シテ被告ハ上告ヲ爲シタルモ左ノ理由ニ依リ棄却セラレタリ

理由

妨訴ノ抗辯ヲ棄却スル中間判決ヲ言渡スコトヲ得ルハ獨リ民事訴訟法第二百四十八條第一項ニ掲クル場合即チ其抗辯ニ付キ別ニ辯論ヲ爲シタル場合ニ限ラス又同法第二百七十五條(三)ニ準據シテ之ヲ言渡スコトヲ得ルモノトス蓋シ第二百七十五條ノ規定ハ單ニ實躰上ノ權利防禦ニ制限スヘキモノニ非ラサルナリ已上ハ是レ上告人ニ贊同ヲ表セサルヘカラサル所ナリ(「ワッハ」講演集第八十八頁及ヒ「ウルモヤスキー」及ヒ「レヴァー」第百三十七條註參照)

之ニ反シテ妨訴ノ抗辯ヲ棄却スル判決ハ上訴ニ關シテハ終局判決ト看做スト云フ第二百四十八條第二項(四)ノ規定ハ之ヲ擴張シテ第二百七十五條ニ從ヲ爲シタル中間判決ニ及ホスコトヲ得サルモノトス抑モ上訴ハ終局判決ニ對シテノミ之ヲ爲スコトヲ得ルヲ以テ通則トシ(民事訴訟法第四百七十二條(五)及第五百七(六)條中間判決ニ對シテ上訴ヲ許スハ一ノ除外例ナリ然ルニ民事訴訟

(二)我第二百二十七條ニ當ル
(四)我第二百七條第二項ニ當ル
(五)我第三百九十六條ニ當ル
(六)我第四百三十二條ニ當ル

法ニ於テハ此除外例ヲ概括的ニ且ツ單獨ニ掲載セス單ニ妨訴ノ抗辯ニ付テハ如何ナル場合ニ於テ別ニ辯論ヲ爲シ且ツ判決ヲ以テ裁判スルヲ要スルヤノ規定ニ附隨シテ之ヲ掲ケタルニ過キス此故ニ左ノ論結ヲ生ス曰ク第二百四十八條第二項ニ依リ上訴ニ關シテ終局判決ト看做ス判決トハ同條第一項ノ規定ニ關スル判決ノミヲ指スモノナリ即チ第二項ノ例外ノ規定ハ第一項ニ掲クル要件ノ存スル場合ノミニ制限セサルヘカラスト

又第二項ノ末文ニハ上訴ノ提起セラレタルニ拘ラス裁判所ハ申立ニ因リ本案ニ付キ辯論スヘキコトヲ命スルヲ得トセリ是レヲ以テ觀ルモ右判決ハ本案ノ辯論ヲ經スシテ爲シタル判決ヲ指スノ意ナルコトヲ知ルニ足ル即チ第二項ハ第一項ニ掲クル判決ニ關シテ精細ナル規定ヲ爲シタルニ止マルモノト謂ハサルヘカラス

法文ノ配置及ヒ前後ノ關係ノミニ依リテハ未タ以テ已上ノ解釋ニ對スル疑義ヲ一掃スルニ足ラサルモノヽ如シ今左ニ民事訴訟法ノ諸草案ヲ援引論證セン

ハンノーヴェル諸草案(第一讀案第二百四十五條第二及ヒ第三讀案第二百四十四條)ニ於テハ分離シタル辯論後妨訴ノ抗辯ニ付テ爲シタル判決ニ對シテハ其判決カ終局判決ニ非ラサル場合ニ於テモ尚ホ獨立ニ訴訟ヲ爲スコトヲ得ル旨明文ヲ以テ規定シタリ

右規定ニ對シテハ諸種ノ異論起リタルニ編纂委員ハ左ノ注意ヲ與ヘタリ曰ク提出案ニ於テハ妨訴抗辯ヲ棄却スル裁判ニ對シテハ每ニ獨立ノ控訴ヲ許スノ趣意ニ非ラス唯其抗辯ニ付キ別ニ辯論ヲ爲シタル後裁判ヲ爲シタル場合ニ限リ之ヲ許スモノナリト

北獨逸草案第四百十四條ニ曰ク別ニ辯論ヲ爲シタル場合ニ於テ判決ヲ以テ妨訴ノ抗辯ヲ棄却シタルトキハ訴訟手續ハ其判決ノ確定ト爲ルマテ中止セラルヽモノトスト同草案第七百六十八條ハ其第三號ニ於テ「訴訟ヲ全ク完結セス其確定ト爲ルマテハ第四百十四條及ヒ第四百二十三條ノ規定ニ從ヒ爾後ノ訴訟手續ノ中止セラルヽ判決」ハ上訴ニ關シテ終局判決ト同一ニ看做ストセリ而シテ民事訴訟法第二百七十五條ノ意義ニ於ケル中間判決ハ已上ノ諸草案ニ於テハ之ヲ認メス獨逸民事訴訟法諸草案ニ於テ初メテ之ヲ掲ケタリ(千八百七十二年ノ草案第二百六十條參照然ルニ此等ノ草案(千八百七十一年草案第二百二十六條及ヒ千八百七十二年草案第二百三十四條)ハ現行法第二百四十八條ニ相當セル規定ニ於テ別ニ辯論ヲ爲シタル場合ニノミ制限スルコトヲ掲ケス故ニ或ハ疑フラク此制限ヲ削除シタルハ立法者ノ意蓋シ前諸草案ノ規定ヲ擴張スルニ在リタルニ由ルカ將タ又兩項ノ連絡及ヒ一般ノ原則ニ據リ明白ナルヲ以テ此制限ヲ特ニ明記スルノ必要ナシトシタルニ由ルカト蓋シ後者ノ疑ハ正當ナリトス是レ理由書殊ニ千八百七十二年草案ノ理由書ニ照ラシテ明カナリ該理由書ニ曰ク普魯西法(普通裁判所法第一編第十節第六十條以下同上第十三節第四十三條及ヒ千八百四十六年七月二十一日勅令第五條)普魯西草案第五百九十四條第三號第四號及ヒ北獨逸草案第七百六十八條第三號ニ倣ラヒ妨訴ノ抗辯ニ付テノ判決ヲ終局判決ト同一視スト規定シタリト而シテ右援引セル法文ハ總テ本案ニ就ク前ニ辯論ヲ爲シタルコトヲ以テ控訴ヲ許スノ要件ト爲セリ例ヘハ普通裁判所法第一編第十節

第六十八條並ニ第七十二條及ヒ千八百六十四年ノ普魯西草案第五百九十四條第四號ニ被告ノ本案ニ就ク前ニ於テ妨訴ノ抗辯ヲ棄却スル判決云々トアルカ如キ是レナリ

其他理由書ニ明言セル所ニ據レハ裁判所カ申立ニ因リ本案辯論ノ續行ヲ命シタルトキト雖モ尚ホ中間判決ニ對シテ不服ヲ申立ルコトヲ得トセリ今若シ控訴ハ既ニ本案ノ辯論ヲ爲シタルト否トニ拘ラス之ヲ許スモノナルコトハ言フヲ俟タサルヲ以テ之ヲ明文ニ掲クサリシモノトセハ右理由書ノ說明ハ蓋シ贅言ニ屬スルカ若クハ不完全タルヲ免レスト謂ハサルヲ得サルヘシ

〇千八百八十六年六月一日判決

〔第三百七十六〕妨訴抗辯トシテ提出シタルモ單ニ仲裁契約ノ締結ニ基キテ爲シタル無訴權ノ抗辯ヲ棄却シタル判決ハ民事訴訟法第二百四十八條第二項ニ依リ上訴ニ關シテ終局判決ト看做スヘキヤ否ヤ

〔千八百八十六年六月一日判決〕

原告訴求ノ要旨ハ被告火災保險會社ヨリ原告ニ對シ被告會社ノ定款ニ從ヒ仲裁判決ニ依リテ定ムヘキ火災保險金額ヲ仕拂フコトヲ確定スヘキ判決アリタシト云フニ在リ被告ハ無訴權ノ抗辯ヲ提出シ本案辯論ニ就クヲ拒ミ其理由トシテ單ニ會社ノ定款ニ據レハ原告ノ請求ハ起訴ノ手續ニ據ラス仲裁裁判ヲ以テ判定スヘキモノナリト陳辯セリ

第一審裁判所ハ當事者双方ノ申立ニ因リ辯論ヲ先ツ此抗辯ニ制限スヘキコトヲ命シ然ル後中間判決ヲ以テ無訴權抗辯ノ棄却ヲ言渡セリ其理由ニ曰ク被告ノ主張シタル會社定款ノ規定ハ賠償義務ノ確定ノミヲ目的トシテ提起シタル訴ニ適用シ得サルモノナリト被告ハ此判決ニ對シ控訴シタルニ控訴裁判所ハ控訴ヲ理由ナキモノトシテ棄却セリ其裁判ノ理由ニ曰ク民事訴訟法第二百四十七條第一號(一)及ヒ第二號(二)ニ掲クル裁判所管轄違及ヒ無訴權ノ妨訴抗辯ノ本旨ハ法律ノ規定ニ由リテ受訴裁判所ノ管轄及ヒ訴權ノ除却セラルヽコトニ在リテ存ス故ニ大審院ノ前判決ニ於テモ屢宣言セル如ク(千八百

(一)我第二百二條第二號ニ當ル
(二)我第二百六條第一號ニ當ル

(三)我第二百七條ニ當ル
(四)我第百十九條ニ當ル
(五)我第二百二十七條ニ當ル

八十二年十一月二十八日判決千八百八十三年二月八日判決及ヒ千八百八十三年五月五日判決參照爭訟ノ裁判ヲ裁判所ノ裁判ニ付スルヲ避ケ仲裁裁判所ニ移サンコトヲ合意ニテ定メタリトノ主張ハ之ヲ妨訴抗辯ト認ムルコトヲ得ス故ニ被告會社カ其主張シタル抗辯ヲ根據トシテ本案ニ就クヲ拒ムハ失當ナリトス從テ又裁判所カ此抗辯ニ付キ特ニ辯論ヲ爲サシメ而シテ裁判セントスルニ方リテハ民事訴訟法第二百四十八條(三)ヲ適用スルヲ得ス却テ其辯論ヲ先ツ此抗辯ニ制限スヘキコトノ命令ハ同法第百三十七條(四)ニ依リテ之ヲ爲シ而シテ其裁判ハ同法第二百七十五條(五)ニ從ヒ控訴ヲ受クサル中間判決ヲ以テ之ヲ爲スヘキモノタリ而シテ又本件ノ狀況ニ依レハ第一審裁判所ハ被告ノ抗辯ヲ以テ妨訴抗辯ナリト認メタルニ非ラス只第二百七十五條ノ意味ニ於テ中間判決ヲ爲シタルモノナリト謂ハサルヘカラスト

右控訴判決ハ被告ノ上告ニ因リ左ノ理由ヲ以テ破毀セラレタリ

理由

被告ハ明白ナル語辭ヲ以テ無訴權ノ抗辯ヲ主張シ尙又本案ニ就クコトヲ拒ミ以テ民事訴訟法第二百四十七條第二號ニ揭クル妨訴ノ抗辯ヲ提起スル旨ヲ判然明言セリ依テ被告ノ提起シタル無訴權ノ抗辯ハ縱令其理由ナキモノタルコト明白ナルモ判決ヲ以テスルニ非ラサレハ之ヲ終結スルコト能ハス且ツ被告ハ妨訴抗辯ヲ提起シタルモノナルカ故ニ此抗辯ニ關スル特別ノ裁判ハ同法第二百四十八條第二項ニ從ヒ中間判決ナルモ然モ上訴ニ關シテハ終局判決ト看做スヘキ判決ヲ以テ之ヲ言渡スコトヲ要ス而シテ第一審裁判所ノ判決主文ハ同裁判所カ被告ノ抗辯ヲハ同法第二百四十七條第二號ニ於ケル妨訴ノ抗辯ト認メテ判決シタリシコトヲ明示シテ疑ナシ而シテ此判決ハ第二百四十八條第二項ノ規定ニ從ヒ控訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ヘキモノタリ此故ニ控訴院ニ於テハ縱令ヒ裁判所管轄違ノ抗辯ハ仲裁契約ニ基キ主張スルコトヲ得ストノ意見ヲ採リタルモ左ノ論斷ヲ爲サヽルヲ得サリシナリ曰ク第一審裁判所カ會社定款ノ規定ノ範圍如何ニ對スル自己ノ見解ニ據リテ被告抗辯ノ理否ヲ判定シタルハ其裁判ノ理由ヲ錯マレルモノナリ寧ロ會社ノ定款ニ揭クル當事者ノ約款ハ之ヲ以テ管轄違ノ抗辯ノ根據

〇千八百八十六年六月九日判決

ト爲スコトヲ得サルモノナリトノ理由ニ依リテ管轄ノ抗辯ハ之ヲ棄却スルコトヲ要ス從テ第一審ノ裁判ハ正當ナリ故ニ控訴ハ理由ナキモノトシテ之ヲ棄却スト云フノ外他ノ判定ヲ爲スコト能ハサリシナリ

〔第三百七十七〕抗辯トシテ主張サレタル反對請求ノ不成立ニ就テノ裁判ハ如何ナル程度ニ於テ確定力ヲ有スルヤ

（千八百八十六年六月九日判決）

原告甲ハ被告乙女ニ對シ三千五百十八「マルク」十一「ペンニヒ」ノ債權ヲ有スル旨ヲ主張セリ但其訴求ノ額ハ單ニ千六百「マルク」ニ止マレリ被告ハ之ニ對シ權利拘束ノ抗辯ヲ提出シ其理由トシテ陳辯シテ曰ク被告ヨリ原告ニ對シ千七百三十四「マルク」二十「ペンニヒ」ヲ訴求シタリシ所ノ前訴訟ニ於テ原告ハ同一ノ請求ヲ以テ訴ノ金額ト相殺シタリト但被告ノ反對請求ハ前訴訟ニ於テ分離シタル訴訟ニ於テ辯論スヘシト命セラレタリ而シテ右權利拘束ノ抗辯ハ左ノ理由ニ依リ棄却セラレタリ

理由

「ハ」地方裁判所ニ於テ原被顚倒ノ位置ニ立チテ爭フ所ノ當事者間ニ前訴訟ニ於テ原告ハ今回提起シタル請求ヲ反對請求トシテ主張シタリ是レカ爲メ反對請求ノ相殺ニ供セラレタル部分（千七百三十四「マルク」二十「ペンニヒ」）ニ對シテ權利拘束生シタルヤ否ヤ又前訴訟ニ於テ下サレタル反對請求ハ分離シタル訴訟ニ於テ辯論スヘシトノ命令カ權利拘束ニ關シテ如何ナル効力ヲ有スヘキモノナルヤハ措テ之ヲ解說セス蓋シ請求ノ權利拘束ハ如何ナル場合ニ於テモ原告カ前訴訟ニ於テ相殺セント欲スル旨ヲ明言シタル所ノ額ニ限リ之ヨリ以外ニ及ハサルモノナレハ今回原告ノ訴求シタル額ヨリモ多額ナル請求殘額ハ必スヤ特別ナル訴ノ目的物タルヘキモノナリ

二三ノ著者ハ說ヲ作シテ曰ク反對請求ヲ正當ナリト認ムル裁判ハ縱令單ニ相殺サレタル額ノ金高ニ達スルマテ確定力ヲ有スルニ過キサルヘシト雖モ抗辯トシテ主張セラレタル反對請求ノ不成立ニ就テノ裁判ハ此反對請求カ

訴ノ額ヲ超過スルトキハ反對請求ノ金額ニ對シテ確定力ヲ得ルモノナリト今若シ此說ニ據レハ被告ハ少クトモ前訴訟ニ於テ反對請求ニ付キ未タ裁判ヲ受ケサル間丈ケ權利拘束ノ抗辯ヲ有セサルヤ否ヤノ問題ヲ生スヘシ然レトモ前記所說ハ民事訴訟法第二百九十三條第二項(一)ノ明言スル所ト矛盾セリ

(一)我第二百四十四條ニ當ル

仝條ノ規定ニ曰ク抗辯ヲ以テ主張シタル反對請求ノ成立若クハ不成立ニ付テノ裁判ハ相殺ヲ爲スヘキ額マテニ限リ確定力ヲ有スト即チ同條ノ規定ハ反對請求ノ成立ニ付テノ裁判並ニ其不成立ニ付テノ裁判ニ關スルモノナリ而シテ此兩個ノ場合ニ於テ確定力ノ及フ所ハ唯相殺セラレタル額ニ止マリ請求ノ剩餘ハ新ナル訴訟ニ於テ前裁判存セサルカノ如クニ之ヲ裁判スルヲ得ルナリ此事タル獨リ民事訴訟法草案第二百八十三條理由書二百二十七頁ニ明カニ之ヲ揭載セル而已ナラス尙ホ亦第二百九十三條第一項ニ揭クル原則即チ訴ノ請求又ハ反訴ノ請求ニ付テノ裁判ノミ確定力ヲ得故ニ此請求ト直接ニ關係セサル權利關係ニ付テ裁判ノ理由ニ揭クル自餘ノ事項ハ總テ確定力ヲ得ルコトナシトノ原則トモ一致セリ若シ夫レ前訴訟ノ裁判所ニ於テ

仝反對請求ノ存否如何ヲ審査シ而シテ其全部ノ成立セサルコトヲ發見セシニハ實ニ反對請求ノ全部ニ付テノ言渡ヲ爲スヘシ然カモ其判決ヲ以テ裁判スル所ハ相殺セレタル部分ニ止マレリ蓋シ爭ニ係カル所ハ獨リ此部分ニ在リ剩餘ノ額ニ付テノ言渡ハ其裁判ノ理由ヲ組成スル分子タルニ過キス即チ裁判ノ前提タルニ過キスシテ固ヨリ確定力ヲ得ヘキモノニ非ラサルナリ民事訴訟法第二百九十三條第二項ノ規定ニ就テ之ヲ見ルニ反對請求ノ成立ニ付テノ裁判ト其不成立ニ付テノ裁判トノ間ニハ何等ノ差別ヲ爲スヿ能ハサルコト明白ニシテ一ノ場合ニ適用セラルヽ所ノモノハ亦他ノ場合ニモ適用セラレサルヲ得ス故ニ被告カ反對請求ノ相殺サレタル部分ヲ否認セラルヽ場合ニ對シテ剩餘額ニ付キ審査ヲ求ムルモ復何等ノ差異ヲ生セス毫モ効ナキモノトス蓋シ仝反對請求ニ付テノ裁判ノ確定力ハ中間確定ノ訴(民事訴訟法第二百五十三條)(二)カ提起セラレ而シテ之カ爲メニ係爭請求以外ニ反對請求全部ニ影響ヲ及ホス裁判ヲ爲スヘキ場合ニ限リ生スルノミ單ニ抗辯ヲ以テスル主張ハ相殺セラレタル額カ是認セラルヽト否認セラルヽトニ關セス畢

(二)我第二百十一條ニ當ル

竟其額ニ付テ確定力ヲ生スルニ過キサルナリ

第五節　辯論期日○當事者ノ提供シタル物ヲ調書ニ載セテ之ヲ明確ニスル事

〔第三百七十八〕準備書面ノ誤讀ヲ調書ニ載セタル爲メ準備書面ト判決ノ事實ト矛盾シタル場合

○千八百八十年十月二十六日判決

第二編第三章第二節準備書面ノ部ニ譯載セル千八百八十年十月二十六日ノ判決ヲ見ルヘシ

○千八百八十三年六月十五日判決

〔第三百七十九〕當事者ノ申立テタル抛棄(認諾)ハ調書ニ依リテ確定セラレタル場合ニ非ラサレハ判決ノ基本ト爲スニ及ハサルヤ

(千八百八十三年六月十五日判決)

第一審判決ノ事實ニ據レハ原告ハ元ト九千二百三十九「マルク」ノ請求ヲ爲セシカ後ニ至リ不動產所得ニ關スル被告ノ申立ヲ認メ其請求額ヲ四千六百七十二「マルク」ニ減シタリトアリ而シテ第二審ニ於テハ原告ハ其認諾ヲ廢シ請求額ヲ再ヒ增加シタリ控訴院ハ原告ノ增額ヲ許シ且ツ注意シテ曰ク此認諾ニ請求ノ一部分ヲ抛棄スル訴訟上ノ効果(民事訴訟法第百四十六條第一號)ヲ附セシメント欲セハ調書ニ依リテ之ヲ明確ニスルコト必要ナリ然ルニ原告ノ認諾ハ調書ニ記スル所ナシトト大審院ハ此認定ニ贊同ヲ表セサリキ其理由左ノ如シ

理由

斯ノ如キ抛棄ハ地方裁判所判決ノ事實ニ依リテ明確ナル所ナリ控訴院ハ訴訟上ノ効果ヲ附セシムル認諾ハ調書ニ由リテ之ヲ明確セサルヘカラスト云フ此意見ハ至當ト謂フヲ得ス民事訴訟法第百四十六條第一號ニハ認諾、抛棄及ヒ和解ハ調書ニ記載シテ明確ニセラレサルヘカラスト規定セリ然レトモ此陳述ハ調書ニ依リテノミ證明セラレヘキモノナリトハ言ハサルナリ調書ヲ以テノミ證ストノ規定ハ唯口頭辯論ノ爲メ規定シタル方式ノ遵守ノ證據ニ關シテノミ(第百五十條)之ヲ見ル故ニ其他ノ場合ニ於テハ事實ノ證據力ニ

(一)我第百三十四條ニ當ル

(二)我第百三十條ニ當ル

(三)我ニナシ

(四)我ニナシト雖ハルヽコトヲ

(五)判決ノ補

充ニ關スル規定ナリ我第二百四十二條ヲ參照スヘシ

〇千八百八十三年十月十七日判決

關スル規定ニ依リテ其有効無効ヲ決セサルヘカラス(民事訴訟法第二百八十五條第二百九十一條第二百九十二條)

〔第三百八十〕準備書面ニ基キ申立ヲ讀ミ上ケタル後法延ヲ去リタル當事者ニ對シテハ欠席判決ヲ言渡スヘキヤ

(千八百八十三年十月十七日判決)

理由

第一審ノ判決ハ左ノ如シ

第一　被告ハ道路ヲ舊狀ニ復シ道路ニ存スル障害物ハ凡テ之ヲ取拂フヘシ且ツ向後該路及ヒ浴場ニ付テ原告ノ使用ヲ妨害スヘカラス

第二　被告ハ反訴ヲ以テ原告ニ對シ敗訴ノ言渡アランコトヲ求メ且ツ反訴原告ノ所有權及ヒ占有權ヲ侵犯セル反訴被告ノ行爲ヲ除去セラレンコトヲ申立テタルモ此反訴ハ之ヲ却下ス

被告ハ右ノ判決ニ服セス控訴ヲ提起シタリ控訴院判決ノ事實ニ據レハ當事者双方ノ代理人ハ辯論期日ニ出頭シ準備書面ヲ朗讀シテ申立ヲ爲シタリ其被告ノ申立ハ左ノ如シ

千八百八十二年十一月七日ノ伯林地方裁判所ノ判決ヲ變更シテ原告ノ訴ハ之ヲ却下シ反訴ニ基キ原告ニ敗訴ノ言渡ヲ爲シ且ツ本判決ニ對シテハ假執行ノ宣言アランコトヲ求ムト

原告ノ申立ハ左ノ如シ

控訴ハ棄却セラレンコトヲ求ムト

次ニ被告ハ申立テ曰ク

本件ノ辯論ハ之ニ關係ノ他ノ訴訟終了マテ職權ヲ以テ若クハ相當ノ辯論ヲ經テ中止アランコトヲ求ムト

原告ハ此申立ニ反對ヲ唱ヘタリ

控訴院ハ延期ノ申立ヲ拒絶シタルニ依リ被告ハ續テ本件ノ辯論ヲ爲スコトヲ拒ミ欠席手續ヲ行ハシメント欲シタリ

是ニ於テ原告ハ左ノ如キ申立ヲ爲シタリ

被告ハ其申立ヲ讀上クタルヲ以テ既ニ本案辯論ニ進ミタルモノナリ故ニ本件ハ欠席手續ヲ以テ裁判シ控訴ヲ棄却スルニ欠席判決ヲ以テスルハ不當タルヲ免レサルヘシト

次キニ被告ハ退廷シ原告ハ進ンテ事件ノ辯論ヲ爲シ第一審ニ於テ申立タル事實ヲ繰回シ前掲申立ノ理由ヲ説明シタリ

控訴院ハ對審裁判ヲ以テ第一審ノ判決ヲ認可シタリ其説明左ノ如シ

控訴人ハ既ニ不服ヲ申立テタル判決ノ變更ヲ申立テ被控訴人ハ控訴棄却ノ申立テ朗讀シタリ斯ノ如ク當事者双方ニ於テ民事訴訟法第二百六十九條(一)ニ基キ相互相反スル申立ヲ朗讀シタル以上ハ對審口頭辯論ニ進ミタルモノト謂フヘシ(裁判費用規則第十八條第十九條民事訴訟法第百二十八條(二))故ニ民事訴訟法第二百九十八條(三)ニ所謂期日ニ出頭スルモ辯論セサル當事者ハ亦之ヲ出頭セサルモノト看做ストノ場合ニ該當セス寧ロ同法第二百九十九條(四)ヲ適用スヘキモノタリ而シテ不完全ノ辯論ノ場合ニハ民事訴訟

(一)我第二百二十二條ニ當ル
(二)我第百十條ニ當ル
(三)我第二百五十條ニ當ル
(四)我第二百五十一條ニ當ル

法第二編第三節欠席判決ニ關スル規定ヲ適用スヘキ限リニ在ラサルヲ以テ本件ニ對シテハ對審判決ヲ言渡スヘキモノトス

被告提起ノ上告ハ理由アリトス民事訴訟法ヲ按スルニ當事者カ口頭辯論期日ニ出頭セサルカ若シクハ出頭スルモ辯論セサル場合(第二百九十五條(一)第二百九十六條第二百九十八條)ト出頭シタル當事者辯論スト雖モ事實證書又ハ宣誓要求ニ付キ陳述セサル場合(第二百九十九條)トハ大ナル區別アリ對手方ノ申立ニ依リ欠席判決ヲ言渡シ得ルハ唯先キノ場合ノミ次ノ場合ニ於テハ第三節ノ欠席判決ニ關スル規定ハ適用スルヲ得ス(第二百九十九條)而シテ右第一審ニ於ケル欠席手續ニ關スル規定ハ第五百四條(二)ニ依リ亦之ヲ控訴審ニ準用スルコトヲ得控訴院判事カ本件ヲ以テ第二百九十九條ニ該當スト認定シタル理由ハ專ラ當事者双方ニ於テ各反對ノ申立ヲ朗讀シタリト云フ點ニ在リテ千八百七十八年六月十八日ノ裁判費用規則第十八條第十九條ヲ援用シテ既ニ口頭辯論ニ進ミタルモノナリト認メタリ右裁判費用規則ハ左ノ如シ

(五)我第二百四十六條ニ當ル
(六)同條ニ曰ク第一審ニ於ケル欠席訴訟手續ノ規定ハ亦之ヲ準用スト而シテ第二項ハ我第四百二十八條ニ當ル

第十八條全手數料(第八條)ヲ取立ツル場合ハ左ノ如シ

一、對審口頭辯論(辯論手數料)

二、何々

第十九條左ノ場合ニ於ケル辯論ハ第十八條ニ所謂對審ノモノト看做ス

一、當事者双方ヨリ相互ニ反對ノ申立ヲ爲シタルトキ

(千八百七十九年七月七日ノ辯護士手數料規則第十三條第十六條ヲ參照スヘシ)

被告ハ曰ク裁判費用規則第十九條ハ唯裁判費用取立ニ關スル規定ニシテ費用取立以外ニモ効力アル原則ト謂フヲ得ス隨テ之ヲ以テ本件ノ問題ヲ決スヘキニ非ラスト此主張ハ至當ト謂ハサルヘカラス民事訴訟法第二百九十九條ハ假令其辯論不完全ナルモ既ニ辯論ヲ爲シタル以上ハ該條ヲ適用スル旨ヲ掲ケリ然レトモ辯論ノ定義ハ民事訴訟法中説明スル所ナシ因テ今第百二十八條(七)第百二十九條第一項(八)及ヒ其用語ニ據リテ之ヲ研究スルニ辯論トハ畢竟當事者ノ行爲ニシテ當事者双方裁判官ノ前面ニ於テ訴訟ニ付テ互ニ觀察

(七)我第百十條ニ當ル
(八)我第百十一條ニ當ル

ノ相反スル點ヲ釋明シ各自其利益ノ爲メニ事實上ノ狀況法律上ノ見解及ヒ申立ヲ提供シ以テ各自ノ意見ニ相當スル裁判官ノ裁判ヲ得ントヽ欲スルニ在リ故ニ民事訴訟法普通理由書第四章ニ於テ説示スルカ如ク缺席手續ト看做スヘカラサルモノハ獨リ當事者双方ニ於テ同時ニ眞實事ヲ執ル手續ノミニ非ラサルナリ立法者カ取テ以テ同時ニ事ヲ執ルモノト定メタルモノハ眞實同時ニ手續ニ從ハサル場合ト雖モ尚ホ且ツ缺席手續ト看做サス(ハーン民事訴訟法資料總論第一卷第百二十五頁及ヒ千八百八十三年一月二十七日ノ大審院判決參照)

申立ハ口頭辯論ノ一部ニ非ラスシテ辯論ノ前置詞ナリト主張スル者アリ此説ハ「ビルクマイエル」カ帝國民事訴訟法辯論ノ意義ト題スル論説ニ於テ説ク所ナリ然レトモ深ク信據スルニ足ラス口頭主義及ヒ辯論ノ直接主義ノ原則ヨリ推究スルニ(ハーン民事訴訟法資料總論第一卷第百二十四頁參照)當事者カ其目的ヲ達スル爲メ裁判官ノ面前ニ出テ訴訟ニ付テ事實上及ヒ法律上ノ關係ヲ演述スルモノハ凡テ口頭辯論タルコト明ナリ(民事訴訟法第百十九條(九)

(九)我第百三條ニ當ル