

主 文

本件上告を棄却する。

上告費用は上告人の負担とする。

理 由

上告代理人江尻平八郎の上告理由第一点について。

所論は、原審の民訴法二三六条違反をいうが、被上告人は、原審口頭弁論において、第一審における請求の趣旨（本件建物の所有権確認と上告人名義の所有権取得登記の抹消登記手続請求）を変更し、本件建物の所有権移転（予備的に共有持分移転）の登記手続を上告人に求める旨陳述し、上告人が右変更に興議ない旨を述べ、新しい請求に対し請求棄却を求める旨申し立てたことが原審第一回口頭弁論調書（記録二四丁）に明らかであり、右は、いわゆる訴の交換的変更が行われた場合において相手方が異議なく新訴に応訴したものと見られるから、これによつて、第一審における旧訴については、相手方たる上告人の暗黙の同意のもとに訴の取下がなされたものと解するのが相当である（昭和三九年（オ）第一三九五号、同四一年一月二一日第二小法廷判決、民集二〇巻一号九四頁参照）。

従つて、原審に所論違法はなく、論旨は採用できない。

同第二点について。

控訴審において訴の交替的変更がなされても、請求の基礎に変更がない場合には、その請求の基礎に関する部分につき第一審の審理がなされているから、相手方の審級の利益を失わしめるものといえないことは、既に当裁判所の判例（昭和二八年（オ）第一〇六一号同二九年二月二六日第二小法廷判決、民集八巻二号六三〇頁）であつて、本件において原審が、第一審判決の失効を宣言するとともに被上告人の控訴審における新請求について審理判決した点に何らの違法もない。従つて、右の点につき裁判所法一六条違背をいう所論は、採用できない。

同第三点について。

論旨は、控訴審における口頭弁論は第一審判決の変更を求める限度においてのみなすべしとする民訴法三七七条および控訴審における不服申立の限度に関する同法三八五条の規定に原審が違背したことをいうが、控訴審において訴の変更により新訴が係属するに至った場合には、控訴裁判所としては右新訴について実質上第一審としての裁判をなすべきであり（昭和二五年（オ）第一二八号、同三一年一二月二〇日第一小法廷判決、民集一〇巻一二号一五七三頁、昭和二九年（オ）第四四四号、同三二年二月二八日第一小法廷判決、民集一一巻二号三七四頁参照）、本件のごとく第一審判決の対象となつた請求につき上告人の暗黙の同意のもとで訴の取下がなされた場合にあっては、第一審判決の当否、従つて控訴の理由の有無を判断するにすべきことは事理の当然であるから、もはや民訴法三七七条、三八五条の適用を考える余地がないといわなければならない。

従つて所論は、採用できない。

よつて、民訴法四〇一条、九五条、八九条に従い、裁判官全員の一致で、主文のとおり判決する。

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官	奥	野	健	一
裁判官	城	戸	芳	彦
裁判官	石	田	和	外
裁判官	色	川	幸	太 郎