

續ニノミ適用セラレ區裁判所及ヒ上告裁判所ノ手續ニハ適用ナシ(岩田氏六)

○準備手續ノ性質 同手續ハ特別訴訟手續ニ非スシテ一訴訟手續ノ一部分ヲ爲スニ過キス即チ口頭辯論ノ準備行為ナリトス(板倉氏二)而シテ同手續ノ特質ハ書面ヲ以テ判決ノ基礎ヲ明定スルニ在ルヲ以テ準備手續ニ於テ明確ニセラレサル事項ハ探テ判決ノ資料ト爲スヲ得サルニ在リトス(同氏二)

○準備手續ト不公開 準備手續ハ受命判事ノ面前ニ於テ爲ササルモノナレハ之ヲ公開スルヲ要セス(ソエヘルト三四八條前註ヘルウキツヒ)
(一四一頁獨逸裁判所構成法第一七〇條)

第二百六十六條 計算ノ當否、財産ノ分別又ハ此ニ類スル關係ヲ目的トスル訴訟ニ於テ計算書又ハ財産目錄ニ對シ許多ノ争アル請求ノ生シ又ハ許多ノ争アル異議ノ生シタルトキハ受訴裁判所ハ受命判事ノ面前ニ於ケル準備手續ヲ命スルコトヲ得

〔學 說〕

○計算ノ當否ニ關スル訴訟ノ意義 例ヘハ會社ノ計算若クハ管理人ノ計算ノ當否ヲ争フ訴訟ノ類ニシテ財産分別ヲ目的トスル訴訟トハ例ヘハ共有財産分別ノ類ニシテ又之ニ類スル關係トハ例ヘハ建築工事ニ關スル事件ノ類ナリ(今村氏五)
(九六頁)

○準備手續ノ開始及ヒ進行 受訴裁判所カ準備手續ヲ命スルハ決定ノ形式ヲ以テ之ヲ爲ス可ク且同決定ハ口頭辯論ニ基キテ爲スモノナレハ言渡スコトヲ要ス又受訴裁判所ハ本案ノ口頭辯論ノ終結ニ至ルマテ何時ニテモ申立又ハ職權ヲ以テ同手續ヲ命スルコトヲ得ヘシ準備手續命セラレタルキハ本案ノ口頭辯論ハ同手續ノ完結ニ至ルマテ當然延期セラル(第二〇)(岩田氏六)
(八條)
(九五頁)

○準備手續ノ裁判ト不服申立 準備手續ヲ命シタル決定ニ對シテモ同手續申立ヲ却下シタル裁判ニ對シテモ共ニ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス(第五六七條我)(ガツブ三)
(第四四五條)(四八條註)

○準備手續命令ノ取消 同手續ヲ命スル決定ハ訴訟指揮上ノ性質ヲ帶フルヲ以テ裁判所ハ何時ニテモ隨意ニ之ヲ取消スコトヲ得(ガツブ)
(同條註)

〔判決例〕

○準備手續ニ付テノ方法 受訴裁判所カ民事訴訟法第二百六十六條ニ依リ準備手續ヲ命シタル場合ニハ原告カ如何ナル請求ヲ爲スヤハ該手續ニ於ケル受命判事ノ調査又ハ其調査ニ附録トシテ添附スル書面ヲ以テ明確ニ爲シ之ヲ以テ口頭辯論及ヒ裁判ノ基本ト爲ス可キモノニシテ其調査ニ在ル他ノ記載ニ依リ之ヲ推測シ又ハ準備手續開始前ノ口頭辯論調査ニ在ル記載ヲ以テ之ヲ補足スルコトヲ得ス(四二年五)
(卷八一頁)

第二百六十七條 準備手續ヲ命スル決定ヲ言渡スニ際シ裁判長ハ受命判事ヲ指定シ決定施行ノ期日ヲ定ム可シ若シ裁判長此期日ヲ定メサルトキハ受命判事之ヲ定ム又受命判事其委任ヲ施行スルニ差支アルトキハ裁判長更ニ他ノ判事ヲ任ス

第二百六十八條 準備手續ニ於テハ調書ヲ以テ左ノ諸件ヲ明確ニス可シ・

第一 如何ナル請求ヲ爲スヤ及ヒ如何ナル攻撃、防禦ノ方法ヲ主張スルヤ

第二 如何ナル請求及ヒ如何ナル攻撃、防禦ノ方法ヲ争フヤ又ハ之ヲ争ハサルヤ

第三 争ト爲リタル請求及ヒ争ト爲リタル攻撃、防禦ノ方法ニ付テハ其事
實上ノ關係及ヒ當事者ノ表示シタル證據方法、主張シタル證據抗辯、證

據方法竝ニ證據抗辯ニ關シテ爲シタル陳述及ヒ提出シタル申立

此手續ハ受訴裁判所ニ於テ訴訟又ハ中間訴訟カ判決又ハ證據決定ヲ爲スニ
熟スルマテ之ヲ續行ス可シ

〔學 說〕

◎受命判事ノ權限 準備手續ノ辯論ニ於テハ受命判事ハ訴訟指揮竝ニ法廷警察ニ關シ裁判長又ハ區
裁判所判事ト同一ノ權能ヲ有シ釋明權ヲ行使シ當事者自身ノ出頭ヲ命シ又ハ檢證シ若クハ鑑定人
ノ陳述ヲ聞ク等ノ權能ヲ有スレトモ (一)受命判事ノ行爲ヲ不適當ナリトスル異議ヲ自ラ裁判所ニ
ルヲ得ス(我第一
一三條) (二)訴原因ニ變更アリトノ抗辯ヲ自ラ裁判スルヲ得ス手續終了後受訴裁判所ニ
於テ之ヲ裁判セサル可カラス (三)反訴ハ受命判事ノ面前ニテ之ヲ提起シ得ルモ自ラ裁判スルヲ

得ス (四)訴訟ニ付キ裁判スル權ナシ (五)自ラ證據決定ヲ爲シ該決定ニ基キテ證據調ヲ爲スコ

トヲ得ス(カウプ、ソエヘルト各三五〇條註
板倉氏二六一頁岩田氏六九七頁)

第二百六十九條 原告若クハ被告カ期日ニ於テ受命判事ノ面前ニ出頭セサル

トキハ受命判事ハ前條ノ規定ニ依リ調書ヲ以テ出頭シタル原告若クハ被告
ノ提供ヲ明確ニシ且新期日ヲ定メ出頭セサル原告若クハ被告ニハ調書ノ謄
本ヲ付與シテ新期日ニ之ヲ呼出ス可シ

原告若クハ被告カ新期日ニモ亦出頭セサルトキハ送達セシ調書ニ掲ケタル
相手方ノ事實上ノ主張ヲ自白シタリト看做シ其主張ニ付テノ準備手續ハ完
結シタルモノトス

〔學 說〕

◎準備手續ニ於ケル當事者雙方ノ闕席 原告被告雙方共受命判事ノ面前ニ於ケル期日ニ闕席スルトキ
ハ訴訟手續ノ休止ヲ來スニ至ル蓋シ準備手續ニ於ケル辯論ハ受訴裁判所ニ於ケル本案辯論ノ續行
タル性質ヲ有スルヲ以テナリ(ソエヘルト、カウプ各三五〇條註
岩田氏六九八頁仁井田氏八〇一頁)

◎一方ノミノ闕席 原告被告ノ一方ノミ闕席シタルトキハ出頭シタル當事者ノミニ辯論ヲ爲サシメ且
其提供ヲ調書ニ於テ明確ニス可キモノトス而シテ新ニ指定セラレタル期日ニ又々闕席シタルトキ

ハ同人ハ調書ニ明確ニサレタル相手方ノ主張事實ヲ明白シタルモノト看做サレ且後日之ニ對スル陳述ヲ爲スノ權利ヲ喪フニ至ルモノトス尤モ同期日ニ出頭シタル者カ更ニ新ナル請求又ハ事實ヲ提出シタル爲メ此點ニ於テ準備手續ノ續行ヲ見ルニ至リタルトキハ闕席者ハ新期日ニ於テ出席者ノ新ナル提供ニ對シテ陳述ヲ爲シ得ルノミナラス又自己ノ獨立シタル陳述及ヒ請求ヲモ補述スルヲ妨ケス(カウプ同條註)

第二百七十條 受訴裁判所ハ準備手續ノ終結後ニ口頭辯論ノ期日ヲ定メ之ヲ當事者ニ通知ス可シ

第二百七十一條 當事者ハ口頭辯論ニ於テ準備手續ノ結果ヲ調書ニ基キ演述ス可シ

原告若クハ被告カ出頭セサルトキハ準備手續ニ於テ争ハサル請求ハ一分判決ヲ以テ之ヲ完結ス其他ニ付テハ申立ニ因リテ闕席判決ヲ爲ス可シ

〔學說〕

◎第一項ノ趣旨 準備手續ノ結果ハ受訴裁判所ニ於ケル辯論ノ基礎ヲ成スモノナレハ調書ニ基キ之ヲ演述スルヲ要ス而シテ何レノ部分ヲ原告又ハ被告ニ於テ演述ス可キカハ裁判長ノ指揮並ニ當事者ノ理解ニ依リテ定マル(カウプ三三五條註)當事者カ演述セサル準備手續ノ結果ハ口頭辯論主義上判決ノ資

料ト爲ス可カラサルモノナリ(七井田氏八〇一頁)

◎第二項ノ趣旨 原告ノ一方期日ニ出頭セサルトキハ準備手續ニ於テ同人ノ争ハサル部分ニ付テハ相手方ノ申立ナシニ對席判決ヲ爲ス可ク爾餘ノ部分ニ付テハ相手方ノ申立ニ基キ闕席判決ヲ爲ス可キナリ(カウプ同條註)

第二百七十二條 受命判事ノ調書ヲ以テ明確ニス可キ事實又ハ證書ニ付キ陳述ヲ爲サス又ハ之ヲ拒ミタルトキハ口頭辯論ニ於テ之ヲ追完スルコトヲ得

請求、攻撃若クハ防禦ノ方法、證據方法及ヒ證據抗辯ニシテ受命判事ノ調書ヲ以テ之ヲ明確ニセサルモノニ付テハ後日ニ至リ始メテ生シ又ハ後日ニ至リ始メテ原告若クハ被告ノ知りタルコトヲ疏明スルトキニ限り口頭辯論ニ於テ之ヲ主張スルコトヲ得

〔學說〕

◎本條ノ規定ト控訴手續 本條ニ依リテ生シタル失權ノ效果ハ唯準備手續ヲ命シタル第一審ノミノ手續ニ關シテ適用アリ控訴審ニ於テハ第五百二十九條(我第四一五條第四一六條)ニ抵觸セサル限りハ本條ニ依リテ蒙リタル不利益ヲ追定シテ除却スルコトヲ得(獨逸帝國議會ノ委員會ニ於テハ控訴審マテモ右失權ノ效果ヲ及ホス可シトノ議アリシモ確定法文トハ爲ラザリキ)

(ガウプ、ソエヘルト各三五)
(四條註仁井田氏八〇三頁)

〔判決例〕

○本條適用ノ範圍 民事訴訟法第二百七十二條ノ規定ハ訴訟力準備手續ヲ命シタル裁判所ニ繫屬スル場合ニノミ適用ス可キモノニシテ其上級審ニ繫屬スル時ニ至リテハ之ヲ適用スルコトヲ得ス(三七年一六卷七九五頁)

第五節 證據調ノ總則

第二百七十三條 證據調ハ受訴裁判所ニ於テ之ヲ爲スヲ以テ通例トス

證據調ハ此法律ニ定メタル場合ニ限り受訴裁判所ノ部員一名ニ之ヲ命シ又ハ區裁判所ニ之ヲ囑託スルコトヲ得

此證據調ヲ命スル決定ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス
參照(本法第二一六條、第二一七條)

〔學說〕

○受訴裁判所ノ證據調 證據調ハ原則トシテ受訴裁判所ニ於テ施行ス可キモノト爲セル所以ハ民事訴訟法カ直接審理主義自由心證主義ヲ採用シタル結果ニ外ナラス但法律ニ規定アル場合ハ受命判

事又ハ受託判事ヲシテ證據調ヲ爲サシムルコトヲ得他ノ判事ヲシテ證據調ヲ爲サシムル決定ハ口頭辯論ニ於テノミ之ヲ爲スコトヲ得(ソエヘルト三五五條註ガウプ三五四條註)

○受命判事受託判事ノ權限 受訴裁判所ノ證據決定ハ受命判事及ヒ受託判事ノ證據調ヲ爲ス可キ權利義務ノ限界ヲ成スモノニシテ當事者ノ合意アルモ同限界ヲ超ユルコトヲ許サス(ガウプ同條註)

○證據調ヲ命スル決定ト不服申立 第二項ノ規定ハ便宜ニ出テタルモノニシテ當事者自身ノ利害ニ影響ヲ及ホスモノニ非サレハ抗告ハ勿論本案ニ付キ控訴上告ヲ爲スニ當リテモ之ト共ニ不服ヲ申立ツルコトヲ得サルモノトセリ(今村氏六卷一三三頁)

○證據決定ト言渡 證據決定ハ之ヲ言渡スコトヲ要ス(三二年法曹記事九五號一八頁法曹會決議)

〔判決例〕

○受訴裁判所ニ出頭シタル證人ヲ受命判事取調フルノ當否 受訴裁判所ニ出頭シタル證人ヲ受命判事ヲシテ取調ヘシメタルハ違法ナリ(三二年一三三頁)

○自ラ受命判事ト爲リテ證據調ヲ爲スノ當否 民事訴訟法第二百七十三條ノ規定ニ依リ受訴裁判所カ其部員一名ヲシテ證據調ヲ爲サシムルコトノ決定ヲ爲ササルトキ又ハ裁判長カ受命判事ヲ指名セサルトキハ部員ノ一名ト雖モ自ラ受命判事ト爲リテ證據調ヲ爲スノ職權ナキモノトス(三三年一〇九頁)

○囑託ノ決定ヲ爲シナカラ自ラ證人ヲ訊問スルノ當否 一タヒ證人訊問ヲ他裁判所ニ囑託ス可キコトヲ決定シタル

モ之ヲ囑託セスシテ自ラ同證人ヲ訊問スルハ該囑託ノ決定ヲ變更シテ自ラ訊問シタルニ外ナラサレハ不合法ニ非ス(三五年八卷五頁)

○受託判事鑑定ヲ命スルノ當否 受託判事ハ囑託ヲ受ケタル臨檢ノ事項ヲ明確ニスル爲メ必要ト認ムル場合ニ於テハ職權ヲ以テ臨檢中鑑定ヲ命スルモ妨ナシ(三七年一三卷六二四頁)

○判決裁判所ニ於テ爲ササル證據調ノ公開 判決裁判所ニ於テ爲ササル證據調ハ之ヲ公開ス可キモノニ非ス(四五年七卷三〇一頁)

○證據決定ノ取消及ヒ變更 證據決定ハ訴訟指揮ニ關スル裁判ナルヲ以テ裁判所ハ何時ニテモ職權ヲ以テ之ヲ取消シ若クハ變更スルコトヲ得ルモノトス(大正三年二卷五〇〇頁)

第二百七十四條 當事者ノ申立テタル數多ノ證據中其調フ可キ限度ハ裁判所之ヲ定ム

當事者ノ演述ニ引續キ直チニ證據調ヲ爲サスシテ受訴裁判所ニ於テ新期日ニ之ヲ爲シ又ハ受命判事若クハ受託判事ノ面前ニ於テ之ヲ爲ス可キトキハ證據決定ニ因リ之ヲ命ス可シ

〔學說〕

○證據調ノ申立 別段ノ定アル場合ハ職權ヲ以テ證據調ヲ命スルコトアルモ原則トシテ當事者ノ申

立ニ因リ證據調ヲ爲ス可キモノナリ而シテ證據調ノ申立ハ證據方法ヲ申出テ之ヲ爲ス可キモノトス(仁井田氏二九五頁)

○證據調ノ限度 當事者カ證據方法ヲ申出テ證據調ノ申立ヲ爲シタル場合ニ於テ其證據方法カ當事者ノ申立ニ因リ證ス可キ事項ト關係ヲ有シ且其事項カ重要ナル限リハ裁判所ハ該證據方法ニ依リ證據ヲ得ル能ハスト思料スルトキト雖モ申出ヲ却下スルヲ得ス但一ノ爭點ニ對シ數多ノ證據方法ヲ申出テタル場合ニ於テハ其取調フ可キ證據方法ノ數ヲ制限スルコトヲ得ヘシ(仁井田氏二九六頁二八頁) 當事者ノ演述ニ引續キ直チニ申出テラレタル證據方法例ヘハ在廷證人、書證又ハ即座ニ爲シ得ル檢證ノ申出ノ如キニ付テモ亦裁判所ハ其要不要ヲ判斷シテ證據調ヲ取捨スルコトヲ得從テ例ヘハ原告ヨリ提出シタル書證ノ如キモ爭點ノ判斷ニ不必要ナリト認ムルトキハ之ニ關スル證據調ヲ爲スニ及ハス(校四者)

○演述ニ引續ク證據調ノ意義 例ヘハ當事者カ携帶セル證書ヲ直チニ提出シ又ハ在廷證人ノ訊問ヲ求ムルカ如キ場合ニシテ證據決定ヲ爲スニ及ハス直チニ證據調ヲ爲ス可キモノニシテ裁判長之ヲ命ス右ノ場合ニ證據決定ヲ必要トセサル所以ハ裁判長カ訴訟指揮上ノ命令ニ因リ即時ニ證據調ヲ命シ得ルカ爲ニ外ナラス(今村氏六二六頁)

○證據決定ノ意義 證據決定トハ當事者ノ辯論ト分離シ特別ノ手續ヲ以テ證據調ヲ命スル訴訟指揮ノ裁判ヲ謂フ而シテ同決定ヲ爲スニ (一)當事者ヨリ證據方法ノ申出アリ (二)證明ヲ必要トスル事實存在スルコトヲ要ス、當事者ヨリ證據方法ノ申出アルコトヲ必要トスルヲ以テ裁判所カ職

權ヲ以テ檢證及ヒ鑑定ヲ命スルハ所謂證據決定ニ非ス(岩田氏五三三頁今村氏六

○證據決定ノ性質 證據決定ハ訴訟指揮上ノ命令ニ過キサレハ裁判所ハ何時ニテモ之ヲ變更スルコ

トヲ得但受託判事及ヒ受命判事ニ對シテハ羈束力アルコト勿論ナリ(カウプ三

○證據調ト印紙 證據決定ヲ要スル場合ノ證據調ノ申立ニハ相當印紙ヲ貼用セサル可カラス(從テ在

ノ申出ニ對シテハ(今村氏六一七頁ガ) 貼用スルニ及ハス(ウブ三五九條註)

〔判決例〕

○證人數名ノ召喚申請ト總テ之ヲ斥クルノ當否 訴訟當事者カ其主張スル事實ヲ證明スルカ爲メ證人數名ノ召喚ヲ

申請シタルニ其數名ノ内直接利害ノ關係ヲ有スル者ニモセヨ總テ此數名ヲ不必要トシテ其中申請ヲ斥ケタルハ民事

訴訟法第二百七十四條ノ規定ニ違背セシ不法ノ裁判ナリ(二六二頁)

○證書ノ解釋ト證人申請ノ却下 證人喚問ノ申請カ證書ノ解釋ヲ確カメントスルニ在ルトキ裁判官カ證書ノ文詞ニ

依リ意義明瞭モ疑ナキ場合ニハ必スシモ其申請ヲ容ルルノ義務アラズ職權ヲ以テ之ヲ棄却スルヲ至當トス(七二

年三卷三

○不必要ナル證人訊問ヲ拒絕スルノ當否 不必要ナル證據ノ眞否ヲ確定スル爲メ申立テタル證人訊問ヲ拒絕シタル

モ不法ノ裁判ト謂フヲ得ス(卷三九頁)

○申請人ノ爲メ無益ナル證人申請ノ却下 裁判所ニ於テ證人出廷シ申請人申出ノ通り供述ヲ爲スモ申請人ノ勝訴ト

爲ラサルノ心證ヲ得タルトキハ唯一ノ證據方法タルト否トニ拘ハラズ其申請ヲ却下スルコトヲ得(二九一〇九頁)

○數多ノ證據調申出ト一分ノ却下 當事者カ同一ノ事實ニ付キ數多ノ證據調ヲ申立テタル場合ニ於テ裁判所カ其一

タル證人喚問ノ申請ヲ却下シタルハ民事訴訟法第二百七十四條ニ所謂證據調ノ限度ヲ定メタルモノニシテ其職權

ニ屬スル處置ナリトス(卷三三七頁)

○不必要ナル證據提出ト證據決定ノ要否 證據決定ハ當事者ノ提出セル證據中取調ヲ要ス可キモノニ付テ之ヲ爲シ

其取調ヲ必要トセサルモノニ付テハ別ニ決定ヲ爲スヲ要セサルモノトス(三三三三卷)

○唯一ノ立證方法ヲ拒絕スル裁判ノ當否

一、一件記録ニ編綴セル新開席判決ノ外尙ホ其以前ニ一箇ノ開席判決アリタリトノ事實ヲ證明センカ爲メ該記録

ニ編綴シ在ラサル口頭辯論調書及ヒ開席判決原本ノ取寄申請ヲ排斥シタル判決ハ唯一ノ立證方法ヲ拒絕シタル

違法アルモノトス(三三三六卷)

二、當事者ニ對シ唯一ナル證據ノ提出ヲ拒絕シテ其主張セシ事實ト反對ノ事實アルコトヲ是認シタル判決ハ不法

ナリ(三三三六卷)

○爭點ニ不必要ナル證人訊問申請ノ却下 證人カ當事者主張ノ如ク供述スルモ爭點ニ不必要ナルコト瞭然タルトキ

ハ其訊問申請ヲ却下スルハ當然ニシテ唯一ノ證據方法ヲ拒絕シタルカ如キ違法ノ裁判ニ非ス(三三三〇卷)

○數箇ノ證據ニ付キ取調ヲ可キ限度 當事者ノ申立テタル數箇ノ證據中其調フ可キ限度ハ裁判所之ヲ定ムトノ民事

訴訟法第二百七十四條ノ規定ハ一ノ事實ヲ證明スル爲メ數多ノ證據申出ヲ爲シタル場合ニ適用スルニ止マルモノ

トス(三三三三卷)

○數多ノ證據申請ノ限度ト唯一ノ證據申請ノ却下 裁判所ハ當事者ノ申立テタル數多ノ證據中其調フ可キ限度ヲ定

ムルコトヲ得ルモ當事者カ唯一ノ證據方法ヲ申立テタル場合ニ於テハ其申立ノ不適法ナラサル限リハ之ヲ却下シ
舉證ナキ理由ヲ以テ其申立者ニ對シ敗訴ノ裁判ヲ爲スコトヲ得ス(三五年五)

◎立證方法ノ不必要ト證據申立ノ却下 法律上ノ問題ヲ解決スルノミヲ以テ事件ノ勝敗ヲ決シ得ルカ又ハ當事者ノ
立證セントスル事實ニ關セス他ノ事實理由ニ依リ勝敗ヲ決シ得ヘキ場合ニ於テハ立證方法ハ不必要ニ屬スルカ故

ニ裁判所ハ職權ヲ以テ其申立ヲ棄却スルコトヲ得ヘシ(三六年一一)
(卷五〇一頁)

◎新事實ニ對スル檢證申請ノ許否 當事者雙方カ數多ノ證據ヲ舉ケテ辯論ヲ爲シタル後其一方ヨリ更ニ新事實ヲ主
張シ檢證ヲ申請シタル場合ニ裁判所ニ於テ其新證據方法ヲ採用シ之カ證據調ヲ爲スモ既ニ得タル事實上ノ心證ヲ
翻スニ足ラサルモノト認ムルトキハ之ヲ許ササルコトヲ得ヘシ(三六年二七卷)

◎演述ニ引續キテ爲ス證據調ト決定ノ要否 受訴裁判所ニ於テ當事者ノ演述ニ引續キ直チニ證據調ヲ爲ストキハ證
據決定ヲ爲スノ要ナシ(三八年九卷)

◎争點ニ關係ナキ唯一ノ證據申請ノ許否 唯一ノ證據申請ト雖モ直接争點事實ニ對スルモノニ非サルトキハ裁判所
ハ其證據調ノ申請ヲ許否スルコトヲ得ヘキハ勿論之ヲ排斥シタル後其立證旨趣ニ反對ナル事實ヲ認定スルコトヲ
得ルモノトス(三九年二〇卷)

◎同一ノ立證方法トシテ二名ノ人證申出ト一分排斥ノ當否 當事者カ同一ノ立證方法トシテ二名ノ人證ヲ申出テタ
ル場合ニハ其一名ノミヲ訊問シ他ノ訊問ヲ許可セサルモ違法ニ非ス(三九年二七卷)

◎同一ノ立證方法トシテ人證書證ノ提出ト人證排斥ノ當否 當事者カ同一ノ事實ヲ立證スル爲メ人證ノ外書證ヲ提
出シタル場合ニハ縱令其書證ヲ採用セラレサルモ該人證ヲ目シテ唯一ノ證據ト謂フヲ得ス從テ裁判所カ其證人喚

問ヲ許ササルハ違法ニ非ス(四二年二)

◎唯一ノ檢證申請却下ノ當否 當事者カ檢證ヲ申請スルモ裁判所ハ他ノ證據ニ依リ十分ナル考覈ヲ得更ニ檢證ノ必
要ヲ認メサルトキハ此立證方法カ當事者ノ爲メ唯一ノ證據タルニ拘ハラズ之ヲ許可セサルコトヲ得(四一年四卷)

◎反證トシテ提出シタル證據申請ノ許否
一、相手方ノ提出セシ證據ノ信用ス可カラサルコトヲ證明スル爲メ提出シタル證據方法ハ縱令唯一ノ場合ト雖モ
之ヲ許容セサルコトヲ得(四二年二)

二、當事者カ相手方ノ抗辯ニ對スル反證トシテ提出シタル證據方法ノ申請ヲ全然却下シテ相手方ノ抗辯ヲ採用シ
タル判決ハ唯一ノ證據方法ヲ杜絶シタルモノニシテ違法ナリ(四二年二四)

第二百七十五條 證據調ニ付キ不定時間ノ障碍アルトキハ申立ニ因リ相當ノ
期間ヲ定ム可シ此期間ノ滿了後ト雖モ訴訟手續ヲ遲滯セシメサル限リハ其
證據方法ヲ用キルコトヲ得

〔學 說〕

◎不定時間ノ障碍 例ヘハ遠隔ノ地ニ在リ若クハ所在ヲ容易ニ探知シ難キ證人又ハ直チニ發見シ難
キ證書ヲ證據方法トシテ申出テタル場合ノ如シ本條ニ依リ定メラレタル期間ハ所謂裁定期間ニシ
テ之ヲ延長スルコトヲ得(第二二四條第二二五條我) (ソエヘルト)

〔判決例〕

○證據調ニ付キ不定時間ノ障害アルトキノ意義 民事訴訟法第二百七十五條ニ所謂證據調ニ付キ不定時間ノ障害アルトキハ證人タル可キ者外國ニ在ルトキノ如ク直チニ證據調ヲ爲シ得サル場合ヲ意味スルモノニシテ鑑定人ノ報告遅延スル場合ニ該當セス(三五年一) 卷四六頁

第二百七十六條 證據決定ニハ左ノ諸件ヲ掲ク可シ

- 第一 證ス可キ係爭事實ノ表示
- 第二 證據方法ノ表示殊ニ證人又ハ鑑定人ヲ訊問ス可キトキハ其表示
- 第三 證據方法ヲ申出テタル原告若クハ被告ノ表示

〔學說〕

○證據決定ノ内容 本條ハ證據決定ニ掲ク可キ事項ヲ記載シタルモノナリ第一號ノ係爭事實ヲ表示スルニハ證據調申請書又ハ調書ヲ援用シテ之ヲ爲スヲ妨ケス(例ハ證人申請書記載ノ訊問事項ニ付キト表示スルカ如シ) 係爭事實不明ナルトキハ受託判事ニ於テ共助ヲ拒ムコトヲ得ヘシ(六〇條註)而シテ同決定ハ之ヲ言渡スコトヲ要スルモ單ニ調書ニ記載スルヲ以テ足り特ニ書面ヲ作成シテ之ヲ爲スヲ要セス(岩田氏五) 次ニ證據決定ニ對シテハ上級審ニ獨立シテ不服ヲ申立ツルヲ得ス只本案判決ニ對スル上訴ニ於テ併セテ不服ヲ申立ツルコトヲ得ルノミ(同條註)

〔判決例〕

○證人ノ表示ヲ缺キタル證據決定ト上告理由 證據決定ヲ爲スニ當リ證人ノ表示ヲ缺キタル不法アルモ其不法ヲ責問セザリシトキハ之ヲ以テ上告ノ理由ト爲スヲ得ス(三五年四) 卷一頁

○氏名知レサル證人ノ表示 人證ノ申出及ヒ證據決定ニ訊問ス可キ證人ノ氏名知レタルトキハ其氏名ヲ明示ス可キハ勿論ナレトモ若シ知レサルトキハ其人ヲ表示スルニ足ル可キ事項ヲ掲記セハ右ノ申出若クハ決定ノ效力ニ妨アル可カラス(三五年九卷) 一四五頁

第二百七十七條 證據決定ノ變更ハ其決定ノ施行完結前ニ在リテ新ナル辯論ニ基クトキニ限り之ヲ申立ツルコトヲ得
證據決定ノ施行ハ職權ヲ以テ之ヲ爲ス

〔學說〕

○證據決定ノ變更 證據決定ハ訴訟指揮上ノ命令ニ外ナラサレハ裁判所ハ何時ニテモ職權ヲ以テ之ヲ取消シ又ハ變更スルコトヲ得但當事者ハ不服申立ノ方法ニ依リ上級審ニ同決定ノ變更及ヒ取消ヲ求ムルコトヲ得サルモ受訴裁判所ニ對シテハ (一)新辯論ニ基クトキ (二)證據決定ノ完結前ナルトキノ二條件具備スルトキハ其變更ヲ求ムルコトヲ得トセリ茲ニ新ナル辯論トハ新ナル攻撃若クハ防禦ノ方法ノ提出又ハ證據方法若クハ證據調ノ結果ニ關スル陳述ヲ包含スルモノナレハ若シ證據申請者カ同決定ノ變更ヲ求メント欲セハ宜シク其旨ヲ開示シテ受訴裁判所ノ口頭辯論ニ相手方ヲ呼出スノ手續ヲ爲ササル可カラス此場合裁判長ハ同辯論ノ爲ニスル期日ノ指定ヲ拒ムコト

ヲ得ス(ガウブ、ソエヘルト各三六〇條註
仁井田氏三〇〇頁岩田氏五三四頁)

○證據決定ノ施行 時間手數並ニ費用ノ節約ヲ圖ルカ爲メ申立ヲ待タズ職權ヲ以テ證據決定ノ施行ヲ爲ス可シト定メタルナリ(今村氏六
二四頁)

○證據調ノ終了 證據調ハ其施行ノ終了、施行ノ不能又ハ證據決定ノ取消若クハ證據方法ノ拋棄ニ因リテ終了ス(ソエヘルト三七〇條
註仁井田氏二九八頁)

〔判決例〕

○證據決定ノ不法ナル變更ト其效力 擅ニ證據決定ヲ變更シ決定ニ因リテ定メタル對照印章以外ノ印影ト係爭書證ノ印影トヲ對照鑑定セシメ其結果ニ依リ判決ヲ與ヘタルハ不法ヲ免レス(二七年四卷
四〇〇頁)

第二百七十八條 受訴裁判所ノ部員カ證據調ヲ爲ス可キトキハ裁判長證據決定言渡ノ際受命判事ヲ指名シ且證據調ノ期日ヲ定ム若シ其期日ヲ定メサルトキハ受命判事之ヲ定ム

受命判事其命ヲ施行スルニ差支アルトキハ裁判長更ニ他ノ部員ヲ命ス

〔學說〕

○職權施行ノ效果 本條以下ノ規定ハ證據決定ノ施行ハ職權ヲ以テ爲ス可シトノ原則ノ適用ニ外ナラス(ガウブ三六一條註
仁井田氏三〇一頁)

〔判決例〕

○指名セラレサル受命判事證據調ノ效力 證據決定ノ際受命判事ヲ指名セス又ハ受命判事指名ノ事項カ口頭辯論調書ニ記載ナカリシトキト雖モ爲ニ右受命判事ノ爲シタル證據調ヲ全然無効ナリトスルヲ得ス(三〇年六
卷四頁)

第二百七十九條 他ノ裁判所ニ於テ證據調ヲ爲ス可キトキハ裁判長ハ其囑託書ヲ發ス可シ

證據調ニ關スル書類ハ原本ヲ以テ受託判事ヨリ受訴裁判所書記ニ之ヲ送致シ其書記ハ之ヲ受領シタルコトヲ當事者ニ通知ス可シ

〔關係法令〕

○裁判所構成法(二十三年
法律第六號)

第三百三十一條 裁判所ハ訴訟法又ハ特別法ノ定ムル所ニ依リ互ニ法律上ノ補助ヲ爲ス法律上ノ補助ハ別ニ法律ニ定メタル場合ノ外ハ所要ノ事務ヲ取扱フヘキ地ノ區裁判所ニ於テ之ヲ爲ス

〔學說〕

○證據調ニ關スル書類 調書ハ勿論其他鑑定書宣誓書及ヒ訴訟記録ノ如キ一切ノ書類ヲ包含ス又原本ヲ以テ云々トハ書類ヲ謄寫セス其儘送致ス可シトノ義ナリ(今村氏六
二七頁)

◎通知ノ方式 證據調ニ關スル書類受領ノ通知ニ付テハ形式ノ制限ナキヲ以テ敢テ送達ノ方式ニ依ルヲ要セス書類ヲ郵便ニ付スルモ可ナリ(三六二條註)又口頭ヲ以テ通知スルモ不法ニ非ス(今村氏)

第二百八十條 受命判事又ハ受託判事力證據調ノ期日ヲ定メタルトキハ其期日及ヒ場所ヲ當事者ニ通知ス可シ

〔學說〕

◎本條ノ目的 證據調ノ期日及ヒ場所ヲ通知スル所以ハ當事者ヲシテ證據調ノ期日ニ立會スルノ機會ヲ得セシメントスルニ外ナラス從テ通知ヲ爲ササルトキハ證據調手續ヲシテ違法ナラシメ若シ當事者ニ於テ適當ナル時期ニ異議ヲ述フルトキハ探テ裁判ノ資料ト爲スコトヲ得サルニ至ル可シ(校閱者)

〔判決例〕

◎本條ノ法意 民事訴訟法第二百八十條ノ法意ハ當事者ヲシテ可成の便宜ヲ得セシメントノ趣意ニ出テタルモノニシテ期日通知ナキ爲メ證據調ヲ當然無効タラシムル精神ニ非ス而シテ當事者カ自己ノ過失ナクシテ出頭セザリシトキハ判決ニ接著スル口頭辯論ノ終結ニ至ルマテ證據調ノ追完又ハ補充ノ申立ヲ爲シ得ヘキモノナルニ絶ヘテ其事ナク徒ラニ期日通知ナキヲ論スルモ上告適法ノ理由ナキモノトス(二七年四卷)

◎手續ヲ盡ササル受命判事ノ證據調ト效力 受命判事力證人訊問ニ付キ民事訴訟法第二百八十條ノ手續ヲ盡ササル

モ口頭辯論ノ際當事者ニ於テ異議ヲ申立テサルトキハ原判決非難ノ理由ト爲ラス(二八年二卷一頁)

◎證據調期日及ヒ場所ノ通知ヲ欠キタル受託判事ノ證據調 受託判事力證據調ノ期日及ヒ場合ヲ當事者ニ通知セザルモ其證據調ヲ以テ當然無効ナリト謂フヲ得ス唯相手方ハ通知ノ欠缺ヲ理由トシテ其效力ヲ爭フコトヲ得ルノミニ過キス(三一年九卷七四頁)

第二百八十一條 外國ニ於テ爲ス可キ證據調ハ外國ノ管轄官廳又ハ其國駐在ノ帝國ノ公使若クハ領事ニ囑託シテ之ヲ爲ス其囑託ニ付テハ第五百五十二條及ヒ第五百五十五條ノ規定ヲ準用ス

第二百八十二條 受命判事又ハ受託判事ハ他ノ裁判所ニ於テ證據調ヲ爲ス可キコトノ至當ナル原因ノ爾後ニ生シタルトキハ其裁判所ニ證據調ヲ囑託スルコトヲ得此囑託ヲ爲シタルトキハ當事者ニ之ヲ通知ス可シ

〔學說〕

◎囑託ノ條件 (一)茲ニ原因ノ爾後ニ生シタルハ例ヘハ證據決定ノ際甲地ニ住居セシ證人カ其後乙地ニ轉住シタルトキ又ハ甲地ニ在リタル檢證物カ乙地ニ移轉シタルカ如キヲ謂フ(今村氏六三〇頁)但該原因ハ囑託ノ際已ニ存在セシ場合ト雖モ苟モ受訴裁判所カ證據決定ノ際之ヲ考量セザリシモノナルトキハ轉囑ヲ爲スノ妨ト爲ラン(三六五條註)又受訴裁判所カ誤テ管轄ナキ區裁判所ニ囑託シタル

場合ノ如ク囑託書發送後受託裁判所ニ於テ轉囑ノ理由(例ハハ證人カ)ヲ知り得タル場合モ亦本條ノ適用アリ(カウブ同條註) (二)轉囑ハ右ノ原因カ證據決定後ニ生シタル場合ニ限り爲スコトヲ得(岩田氏五)

第二百八十三條 受命判事又ハ受託判事ノ面前ニ於テ證據調ノ際ニ爭ヲ生シ其爭ノ完結スルニ非サレハ證據調ヲ續行スルコトヲ得ス且其判事之ヲ裁判スル權ナキトキハ其完結ハ受訴裁判所之ヲ爲ス

〔學 說〕

○受命判事受託判事ノ權限 證據調期日ノ指定變更、續行期日ノ指定、證人鑑定人ニ對スル罰金ノ言渡竝ニ其取消等ノ如キ裁判ハ受託判事及ヒ受命判事ノ權限ニ屬スレトモ理由ヲ開示シテ證言又ハ鑑定ヲ拒ミ若クハ宣誓ヲ拒ム場合ノ如キハ之ヲ受訴裁判所ノ裁判ニ依リ完結ス可キモノトセリ其他中間判決ヲ以テ裁判ヲ爲ササル可カラサル場合(例ハハ第 三五一條)ノ如キモ亦之ヲ受訴裁判所ニ移ス可キモノトス(今村氏六三一頁ソエ)

○爭案結ノ爲ニスル手續 爭ノ生シタル通知書ヲ受訴裁判所ニ送付ス可ク受訴裁判所ハ職權ヲ以テ期日ヲ定メ當事者ヲ呼出シテ裁判ヲ爲スコシ同爭ノ完結後尙ホ證據調ノ續行ヲ必要トスルトキハ再ヒ受託判事受命判事ニ之ヲ委任シテ爲サシム可キナリ(今村氏六)

第二百八十四條 當事者ノ一方又ハ雙方證據調ノ期日ニ出頭セサルトキハ事

件ノ程度ニ因リ爲シ得ヘキ限りハ證據調ヲ爲スコシ
原告若クハ被告ノ出頭セサルカ爲ニ證據調ノ全部又ハ一分ヲ爲スコトヲ得サル場合ニ於テハ其追完又ハ補充ハ此カ爲メ訴訟手續ノ遲滯セサルトキ又ハ舉證者其過失ニ非スシテ前期日ニ出頭スル能ハサリシコトヲ疏明スルトキニ限り判決ニ接著スル口頭辯論ノ終結ニ至ルマテ申立ニ因リ之ヲ命ス

〔學 說〕

○當事者ノ不出頭ト證據調 證據決定ハ職權ヲ以テ施行セラル可キモノナルヲ以テ當事者ノ出頭ノ有無ニ拘ハラズ之ヲ爲スコキモノトセリ是レ一面ハ訴訟ノ遲滯ヲ防キ一面ハ證人鑑定人ニ煩ヲ及ホスコトナカラシメントスル趣旨ニ出ツ(仁井田氏 三〇二頁)而シテ茲ニ事件ノ程度ニ因リ云々ト在ルハ例ハ檢證又ハ鑑定ス可キ物ヲ原告又ハ被告ヨリ提出ス可キ場合又ハ證書ヲ提出シテ證人ニ示スコキ場合等ノ如ク證據調ヲ爲ス目的物ナキカ爲メ其點ニ關スル證據調ヲ爲ササルカ如キヲ意味ス而シテ此失權ノ效果ハ單ニ受訴裁判所ニ止マリ控訴審ニ於テ新ニ同證據方法ヲ行使スルヲ妨ケス(今村氏六) 次ニ第二項(我第二八四 條第二項)ノ條件具備スルトキハ證據決定ヲ以テ證據調ノ追完又ハ補充ノ申立ヲ許容ス可シ若シ又同申立ヲ許容セサルトキハ決定又ハ中間判決ヲ以テ之ヲ却下シ若クハ終局判決ノ理由ニ於テ其旨ヲ説明ス可シ之ニ對シテハ獨立シテ不服ヲ申立ツルヲ得ス(カウブ三六七條註)

第二百八十五條 裁判所ハ事件ノ未タ判決ヲ爲スニ熟セスト認ムルトキハ證據ノ補充ヲ決定スルコトヲ得

〔學說〕

○本條ノ趣旨 本條ニ依リ爲ス可キ證據補充ノ決定ハ辯論主義ノ原則上檢證及ヒ鑑定ニ限リ職權ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ヘク爾餘ノ證據方法ニ付テハ當事者ノ申立ヲ俟テ之ヲ爲ス可キモノトス(今村氏六三五頁岩田氏五三八頁五四三頁)(反對說)證據調ノ補充ハ裁判所職權ヲ以テ之ヲ命スルコトヲ得(仁井田氏三〇三頁)

第二百八十六條 證據調又ハ其續行ノ爲メ新期日ヲ定ムル必要アルトキハ舉證者又ハ當事者雙方前期日ニ出頭セサリシトキト雖モ職權ヲ以テ之ヲ定ム

〔學說〕

○本條ノ趣旨 本條ハ職權ヲ以テ證據調ヲ施行スル原則ノ結果ヨリ出テタル規定ニシテ第二百八十四條第一項ト相牽連ス證據調ノ爲メ新期日ヲ指定ス可キ場合ハ例ヘハ證人ノ不出頭ノ如キ場合ニ起リ證據調ノ續行ノ爲メ新期日ヲ定ムルハ數人ノ證人中一人ノ訊問ニ時間ヲ費シ他ノ證人ヲ訊問シ難キ場合又證人カ病氣若クハ事故ニ因リ訊問延期ヲ申立ツルカ如キ場合ニ之ヲ見ル總テ此等ノ場合ニハ裁判所職權ヲ以テ期日ヲ指定ス可キモノトス而シテ證據調期日ニ出頭シタル者(第一條)ヲ除ク爾餘ノ關係人ニ對シテハ職權ヲ以テ新期日ヲ送達セサル可カラス(今村氏六三七頁岩田氏五三〇頁)

第二百八十七條 受訴裁判所ニ於テ證據調ヲ爲ストキハ其期日ハ同時ニ口頭辯論ヲ續行スル期日ナリトス

受命判事又ハ受託判事ノ面前ニ於テ證據調ヲ爲ス可キコトヲ命シタルトキハ受訴裁判所ハ證據決定中ニ併セテ口頭辯論續行ノ期日ヲ定ムルコトヲ得若シ之ヲ定メサルトキハ證據調ノ終結後職權ヲ以テ其期日ヲ定メ之ヲ當事者ニ通知ス可シ

〔學說〕

○證據調期日ト辯論期日トノ關係 本條ニ所謂同時トハ證據調完結後(證據調ノ完了ニ付テハ第一二七七條(學說)ノ部参照)引續キ口頭辯論期日ニ移ルトノ趣旨ナリ即チ裁判所カ證據期日ヲ定メタルトキハ其終了ニ因リ當然辯論期日開始セラルルモノニシテ證據調期日以外ニ尙ホ辯論期日ヲ定ムルモ證據調期日ト同時ニ辯論期日タル性質ヲ奪フコトヲ得サルモノトス(ツエヘルト三七〇條註)(反對說)受訴裁判所ニ於テ其特ニ證據調ノミノ期日トシテ指定シタルトキハ同期日終了スルモ直チニ辯論期日始マルモノニ非ス(岩田氏五四三頁八八頁)從テ當事者雙方出頭セス又ハ辯論セサルトキハ訴訟手續休止ト爲リ又一方ノミ出席シタルトキハ其申立ニ因リ闕席判決ヲ爲スコトヲ得(ガウプ三七〇條註ツエヘルト同條註今村氏六三八頁)

〔判決例〕

○證據調ト口頭辯論續行期日 受訴裁判所ニ於テ證據調ヲ爲ストキハ其期日ハ同時ニ口頭辯論ヲ續行スル期日ニシテ證據調ノ期日ト口頭辯論續行ノ期日トハ相併行スルモノナレハ證據調ハ口頭辯論ヲ中斷シ其終了マテ口頭辯論ヲ續行スルコト能ハサルモノニ非ス(大正三年六卷一〇八頁)

○證據調前辯論ヲ爲スノ當否 受訴裁判所ニ於ケル證據調期日ハ同時ニ口頭辯論期日ナルカ故ニ其期日ニ於テ證據調ヲ爲ス以前ニ當事者ヲシテ一定ノ申立竝ニ事實ノ演述及ヒ立證認否ヲ爲サシムルモ違法ニ非ス(大正四年二九卷一八二五頁)

第二百八十八條 舉證者ハ裁判所ノ定ムル期間内ニ證據調ノ費用ヲ豫納ス可シ若シ其期間内ニ豫納セサルトキハ證據調ヲ爲サス但期間ノ滿了後ト雖モ豫納シタルトキハ訴訟手續ノ遲滯ヲ生セサル場合ニ限り證據調ヲ許ス

〔學說〕

○本條ノ趣旨 本條ノ正面ヨリ解スレハ必ス費用ノ豫納ヲ爲サシメサル可カラサルカ如クナルモ其本旨ハ裁判所ニシテ豫納セシムルヲ必要ト認メ其金額及ヒ期間ヲ定メタルトキハ舉證者豫納ヲ爲ササル可カラスト解スルヲ相當トス(今村氏六卷四〇頁)而シテ豫納命令ハ證據決定ト共ニ言渡シ又ハ爾後ニ決定ヲ爲シテ送達スルコトヲ得該命令ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス(カウブ三卷七九條註)

〔行政實例〕

○人事訴訟ト證據調費用ノ豫納 人事訴訟ニ於テ檢事カ舉證者ナルトキト雖モ民事訴訟法第二百八十八條ニ依リ檢事ヨリ費用ヲ豫納ス可キモノトス(三一年一月二九日司法省回答)

十八條ニ依リ檢事ヨリ費用ヲ豫納ス可キモノトス(三一年一月二九日司法省回答)

〔判決例〕

○本條ノ法意 民事訴訟法第二百八十八條ノ規定ハ裁判所カ一旦許容シタル證據調ニ付キ舉證者カ裁判所ノ定ムル期間内ニ證據調ノ費用ヲ豫納セサルトキハ其證據調ヲ爲ササルニ止マリ舉證者ヲシテ同一ノ立證旨趣ニ屬スル他ノ證據申立ヲ爲ス權利ヲ喪失セシムル法意ニ非ス(四五年一八卷六五六頁)

第六節 人 證

〔學說〕

○證人ノ意義 證人トハ過去ニ於テ實驗シタル事實ニ付キ報告ヲ爲ス第三者ヲ謂フ(仁井田氏三〇六頁) 岩田氏五四四頁) ○證人能力 (一)當事者ト及ヒ本人ノ爲メ現ニ訴訟ヲ擔任スル法律上代理人トハ共ニ證人能力ナシ數人ノ取締役又ハ數人ノ官吏カ共同シテ會社又ハ國庫ヲ代表スルトキ亦同シ(七三條前註) 是レ法律カ特ニ本人訊問ニ關スル規定ヲ設ケタルニ徴シ自カラ明カナリ(岩田氏五卷四八頁)但法律上代理人ト雖モ現ニ訴訟ヲ擔任セサル者(例ヘハ子ノ財産管理人カ子ニ代リテ)ハ證人能力ヲ喪ハス(カウブ同卷三六四頁) (二)共同訴訟人ニ付テハ區別ヲ要ス、證言事項カ自己ノ訴訟物ト關係ヲ有スルトキハ證人能力ナシ例ヘハ御者ト其傭主トカ共同被告タル場合主人ニ對スル訴訟ニ於テ御者ヲ證人トシテ不

法行為ノ事實ヲ證言セシムルヲ得サルカ如シ之ニ反シ自己ノ訴訟物ニ關係ナキ事實ナルトキ例ヘ
 ハ右ノ例ニ於テ御者ニ對シ選任ノ模様ヲ證言セシムル場合ハ御者ニ證人能力アリ(八頁ガウツヒ三三
 註)權利關係カ合一ニ確定ス可キ共同訴訟人モ相互ニ證人能力ナシ(仁井田氏三〇七頁岩田氏五四
 九頁ソエヘルト三七三條前註) (二)破
 破産者、相續人、破産管財人ト第三者トノ訴訟、遺言執行者ト第三者トノ訴訟ニ於テハ破産者並ニ
 相續人ハ共ニ證人能力アリ信託的讓渡アリタル場合ニ於テ讓受人ト第三者間ノ訴訟ニ於テモ亦讓
 渡人ハ證人能力アリ蓋シ何レモ當該訴訟ニ付テハ第三者ノ地位ニ在ルヲ以テナリ(ソエヘルト同條
 註ガウツ同上) (四)判事並ニ書記ハ自己ノ干與シ來レル訴訟ニ付キ證人タルコトヲ得但爾後該訴訟ヨリ除斥セラ
 ル(ガウツ同上岩
 田氏九五頁) (五)訴訟代理人並ニ輔佐人ハ共ニ證人能力アリ但現ニ自己ニ對シ證人トシテ爲サ
 ル可キ證據調手續ニ於テハ同時ニ本人ヲ代理スルコトヲ得ス(ガウツ同條前註)
 (ソエヘルト同上) (六)主參加人ハ主參
 加被告人相互間ノ本訴訟ニ付テハ證人能力アリ(ソエヘルト
 同條註) (七)從參加人告知參加人ハ共ニ證人能
 カアリ(ソエヘルト
 同條前註)

第二百八十九條 何人ヲ問ハス法律ニ別段ノ規定ナキ限りハ民事訴訟ニ關シ
 裁判所ニ於テ證言スル義務アリ

〔學說〕

◎本條適用ノ範圍 茲ニ法律ニ別段ノ規定ト謂フハ第二百九十條第二項第二百九十七條及ヒ第二百
 九十八條等ノ規定ナリ(今村氏六
 四四頁)

◎外國人ト證人義務 國法上凡ソ國內ニ滞在スル者ハ盡ク其國ノ主權ニ服従スルヲ原則トシ治外法
 權ヲ享有シ又ハ領事裁判權ニ服従スル者ヲ例外ト爲スニ依リ理論上ニ於テハ外國人ヲ證人ト爲ス
 モ妨ケサルモノノ如キモ條約實行ノ從來ノ慣例上之ヲ許ササルニ付キ内國人ト均シク民事訴訟上
 證人タルノ義務ヲ負ハシムルヲ得サルモノトス(三一年法曹記事三五)
 (校閱者曰ク現今ハ
 號一三頁法曹會決議) (反對ニ解ス可シ)

〔判決例〕

◎證言ノ意義 民事訴訟法第二百八十九條ニ所謂證言トハ自己ノ見聞ニ依リ係爭事實ニ付キ知得シタルコトヲ裁判
 所ニ於テ供述スルノ義ナリトス而シテ證人自ラ係爭事實ニ直接干與セルニ因リ之ヲ知得シタルト將タ當事者若ク
 ハ他人ヨリ聽取リタルニ因リテ之ヲ知得シタルトハ問フ所ニ非ス(四〇年九卷
 四五八頁)

第二百九十條 官吏、公吏ハ退職ノ後ト雖モ其職務上默秘ス可キ義務アル事情
 ニ付テハ其所屬廳又ハ其最後ノ所屬廳ノ許可ヲ得タルトキニ限り證人トシ
 テ之ヲ訊問スルコトヲ得大臣ニ付テハ勅許ヲ得ルコトヲ要ス
 此許可ハ證言カ國家ノ安寧ヲ害スル恐アルトキニ限り之ヲ拒ムコトヲ得
 右許可ハ受訴裁判所ヨリ之ヲ求メ且證人ニ之ヲ通知ス可シ
 第二百九十一條 人證ノ申出ハ證人ヲ指名シ及ヒ證人ノ訊問ヲ受ク可キ事實
 ヲ表示シテ之ヲ爲ス

〔學 說〕

○證人申出ノ方式 證人ノ申出ニハ證人ノ何人ナルヤヲ特定シ之ヲ呼出シ得ル程度ニ表示ス可ク又訊問事項ハ訊問ヲ爲シ得ル程度ニ記載スルヲ以テ足り精細詳密ニ亘リテ表明スルヲ要セス從テ證據申請書ニ記載ノ訊問事項ハ敢テ訊問ノ限界ヲ成スモノニ非スト謂フ可シ(七三條註)

〔判決例〕

○氏名不明ノ人證申出ト表示方法竝ニ決定ノ效力 人證ノ申出及ヒ證據決定ニ訊問ス可キ證人ノ氏名知レタルトキハ其氏名ヲ明示ス可キハ勿論ナレトモ若シ知レサルトキハ其人ヲ表示スルニ足ル可キ事項ヲ掲記セハ右ノ申出若クハ決定ノ效力ニ妨アル可カラス(三五年九卷一四五頁)

○在廷證人訊問ノ申立ト印紙貼用 當事者カ現ニ法廷ニ在ル者ヲ證人トシテ訊問ヲ求ムルニハ民事訴訟用印紙法ニ從ヒ印紙ヲ貼用スルコトヲ要セサルモノトス(大正五年一五卷八三四頁)

第二百九十二條 證人ノ呼出狀ニハ左ノ諸件ヲ具備スルコトヲ要ス

- 第一 證人及ヒ當事者ノ表示
- 第二 證據決定ノ旨趣ニ依リ訊問ヲ爲ス可キ事實ノ表示
- 第三 證人ノ出頭ス可キ場所及ヒ日時
- 第四 出頭セサルトキハ法律ニ依リ處罰ス可キ旨

第五 裁判所ノ名稱

〔學 說〕

○證人呼出狀ノ内容 呼出狀ノ作成ハ裁判所書記ノ職權ニ屬シ本條所定ノ事項ヲ記載スルヲ要ス若シ其一ヲ缺クトキハ合式ノ呼出ヲ受ケサルコトト爲ルヲ以テ證人出頭セサルモ制裁ヲ加フルコトヲ得ス(今村氏六五〇頁)而シテ證人ノ呼出ハ常ニ呼出狀ノ正本ヲ送達シテ之ヲ爲ス可キモノトス(第一六一條) (田氏五六四頁)

第二百九十三條 豫備、後備ノ軍籍ニ在ラサル軍人、軍屬ヲ證人トシテ呼出スニハ其所屬ノ長官又ハ隊長ニ囑託シテ之ヲ爲ス其長官又ハ隊長ハ期日ヲ遵守セシムル爲ニ其呼出ヲ受ケタル者ノ闕勤ヲ許ス可シ若シ軍務上之ヲ許ス能ハサルトキハ其旨ヲ裁判所ニ通知シ且他ノ期日ヲ定ムル求ヲ爲ス義務アリ

〔學 說〕

○軍人軍屬タル證人ノ囑託 本條ニ依ル囑託ハ第五百五十五條第二百七十九條ヲ準用シ受訴裁判所ノ裁判長又ハ受命判事若クハ受託判事之ヲ爲スヲ相當トス(今村氏六五三頁)

第二百九十四條 合式ニ呼出サレタル證人ニシテ正當ノ理由ナク出頭セサル者ニ對シテハ申立ナシト雖モ決定ヲ以テ其不參ニ因リ生シタル費用ノ賠償及ヒ貳拾圓以下ノ罰金ヲ言渡ス可シ

證人カ再度出頭セサル場合ニ於テハ更ニ費用ノ賠償及ヒ罰金ヲ言渡ス可シ又其勾引ヲ命スルコトヲ得

證人ハ右ノ決定ニ對シテ抗告ヲ爲スコトヲ得此抗告ハ執行ヲ停止スル效力ヲ有ス

豫備、後備ノ軍籍ニ在ラサル軍人、軍屬ニ對スル罰金ノ言渡及ヒ執行ハ軍事裁判所又ハ所屬ノ長官又ハ隊長ニ囑託シテ之ヲ爲ス其勾引ニ付テモ亦同シ

〔學說〕

○證人ノ期日懈怠 出頭ノ有無ハ氏名呼上ノ際在廷セルヤ否ヤニ依リテ定マル蓋シ期日ハ第六十三條ノ示ス如ク事件ノ呼上ヲ以テ始マルモノナレハナリ從テ呼出狀ニ示シタル時刻ニ出頭スルモ呼上ノ際在廷セサレハ懈怠者ト看做サル(ガウブ三八〇條註 今村氏六五頁)

○罰金ノ性質 本條ニ依リ證人ニ課スル罰金ハ刑罰ニ非スシテ一種ノ秩序罰ナリ從テ罰金料ノ換刑ニ關スル刑法第二十八條及ヒ第二十九條(我刑法第一八條)ノ適用ナシ(エヘルト三八〇條註ガウブ同條註)我法律ノ解釋トシ

テモ同様ニ論ス可キモノナルヲ以テ此場合ニハ刑法第十八條ノ適用ナク從テ勞役場留置ノ言渡ヲ爲ス可キモノニ非ス獨逸民事訴訟法第三百八十條ハ特ニ罰金ノ徵收不能ノ場合ニ對シ六週間以内ノ拘留ヲ言渡ス可キモノト爲セリ(校閱者)

○三度以上罰金ヲ課シ得ルカ 三度以上罰金ヲ課スルコトヲ得ス(ガウブ同條註エヘルト同上)再度トハ第二回ノミヲ謂フニ非ス從テ三回以上不參ノ場合ニモ亦罰金ヲ課スルコトヲ得(今村氏六五七頁)

○費用ノ賠償 不參ニ因リテ生シタル費用ノ賠償中ニハ國庫ノ立替金及ヒ當事者ニ生シタル費用等ヲ包含ス(今村氏五六頁)而シテ賠償ヲ命スル決定ハ執行名義ナルヲ以テ之ニ基キテ其額ヲ確定シ且證人ヨリ取立ツルコトヲ得(エヘルト同條註)

〔行政實例〕

○罰金言渡ニ對スル抗告ノ費用 民事訴訟法及ヒ商法ニ依ル罰金ト雖モ其罰金ノ言渡ハ刑事ノ裁判ナルヲ以テ普通刑事訴訟法ト同一ニ處分シ過料ノ言渡ニ對シ抗告ヲ爲シタル場合ニ於テモ抗告人ニ費用ヲ負擔セシムルノ規定ナキヲ以テ國庫ノ負擔ト爲ササルヲ得サルモノトス(三一年三月一六日司法省回答)

○本條ノ罰金ト他ノ罰金トノ通算 民事裁判所ニ於テ證人不參ノ罰金ニ處セラレタル者後他ノ事件ニ付キ重キ刑ニ處セラレタル場合ハ數罪俱發例ニ依リ證人不參ノ罰金ハ後發ノ重キ刑ニ通算ス可キモノトス(三二年一月二二日司法省回答)

第二百九十五條 證人其出頭セサリシコトヲ後日ニ正當ノ理由ヲ以テ辯解ス

ルトキハ罰金及ヒ賠償ノ決定ヲ取消ス可シ
證人ノ不參届及ヒ決定取消ノ申請ハ書面又ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得

〔學說〕

○決定ノ取消ト送達 罰金ノ取消決定ハ之ヲ證人ニ送達ス可ク費用賠償ニ關スル決定ハ尙ホ當事者ニモ送達セサル可カラス(ソエヘルト三八一條註)

○取消ノ申請ト抗告トノ關係 證人ハ抗告ト辯解ト二者ノ中何レカヲ選擇スルコトヲ得又二者ヲ併セ主張スルコトヲ得而シテ假令辯解カ理由ナシトシテ採用セラレサリシトスルモ尙ホ抗告ヲ爲スヲ妨ケス(ガウプ同條註)

第二百九十六條 皇族證人ナルトキハ受命判事又ハ受託判事其所在ニ就キ訊問ヲ爲ス

各大臣ニ付テハ其官廳ノ所在地ニ於テ之ヲ訊問ス若シ其所在地外ニ滞在スルトキハ其現在地ニ於テ之ヲ訊問ス

帝國議會ノ議員ニ付テハ開會期間其議會ノ所在地ニ滞在中ハ其所在地ニ於テ之ヲ訊問ス

第二百九十七條 左ニ掲クル者ハ證言ヲ拒ムコトヲ得

第一 原告若クハ被告又ハ其配偶者ト親族ナルトキ但姻族ニ付テハ婚姻ノ解除シタルトキト雖モ亦同シ

第二 原告若クハ被告ノ後見ヲ受クル者

第三 原告若クハ被告ト同居スル者又ハ雇人トシテ之ニ仕フル者

裁判長ハ訊問前ニ前項ノ者ニ證言ヲ拒ム權利アル旨ヲ告ク可シ

〔關係法令〕

○民法(二十九年法律第八十九號)

第七百二十五條 左ニ掲ケタル者ハ之ヲ親族トス

- 一 六親等内ノ血族
- 二 配偶者
- 三 三親等内ノ姻族

〔學說〕

○共同訴訟人ト證言拒絶 共同訴訟人中ノ一人ト證人トノ間ニ本條所定ノ關係アルトキハ原則トシテ證言ヲ拒ムノ權利アリ但訊問事項カ専ラ他ノ共同訴訟人ノ訴訟物ニ關係スルモノナルトキハ例外トシテ證言ヲ拒ムコトヲ得ス(ガウプ三八三條註)

- ◎同居者ノ範圍 同居者トハ生活ヲ共ニシ同一家屋内ニ居住スル者ヲ謂フ故ニ下宿屋ニ止宿スル者ノ如キハ家屋ノ主人ト同居ノ關係ナシ(今村氏六六四頁 岩田氏五五五頁)
- ◎證人タル資格ノ制限ニ關スル證據法 裁判上證人タル資格ノ制限ニ關スル親族關係ハ民法親族編ノ規定ニ依ル可キモノトス(三二年法曹記事九〇 號一頁法曹會決議)

〔判決例〕

- ◎證言拒絶ノ權利ト證人ノ資格 民事上原告又ハ被告ト親戚ノ關係ヲ有スル者ハ證言ヲ拒ムノ權利アルモ證人タルノ資格ナキモノニ非ス(二七年一卷 四二五頁)
- ◎本條第一項第三號ノ趣旨 民事訴訟法第二百九十七條第一項第三號ハ證言ヲ拒ミ得ル者ヲ明示シタルマテニテ裁判官ニ對シ證人訊問前ニ必ス其關係ヲ訊問ス可キコトヲ命シタルモノニ非ス(二八年三卷 二〇六頁)
- ◎株式會社ノ監査役ト會社ノ雇人 株式會社ノ監査役ハ會社ノ機關ニシテ會社ノ雇人ニ非ス(三三年三卷 一三七頁)
- ◎宣誓セサル證人ノ證言ノ效力 證人カ當事者一方ノ親戚ナルカ爲メ法律上宣誓セシム可キモノニ非サルトキト雖モ相手方ニ於テ其證言ニ對シ何等ノ異議ヲ申立テサリシ場合ニハ該證言ヲ證據トシテ採用スルモ違法ニ非ス(三一年四卷 一頁)
- ◎同居スル者ノ意義 民事訴訟法第二百九十七條第三號ニ所謂同居スル者トハ原告若クハ被告ノ主宰ノ下ニ在ル家ニ居住スル者ヲ意味ス(三六年九月二二 日東京地判決)
- ◎自然人竝ニ法人ト本條ノ適用 證人ト原告若クハ被告トノ間ニ雇傭關係ノ存スル以上ハ使用者カ自然人タルト法

人タルトニ依リテ民事訴訟法第二百九十七條ノ適用ヲ異ニスルモノニ非ス(三七年一六 卷八〇二頁)

- ◎雇人ノ意義 民事訴訟法第二百九十七條第三號ニ所謂雇人トシテ原告若クハ被告ニ仕ラル者トハ原告若クハ被告トノ雇傭關係上從屬的ニ其使役ニ服スル勞務者ノミヲ指稱ス(四一年四卷 一八九頁)
- ◎會社ノ番頭ト雇人 會社ノ番頭ハ法人タル會社ノ使用人ナルヲ以テ業務上會社ヲ主人トシ從屬的ニ其使役ニ服スルモノトス從テ民事訴訟法第二百九十七條第三號ノ雇人ニ該當ス(四一年四卷 一八九頁)
- ◎本條ノ規定ト參加人トノ關係 民事訴訟法第二百九十七條ハ原告又ハ被告ト親族其他ノ關係アル者ニ付テ規定スルモ參加人トノ關係ニ言及セサレハ裁判所カ證人ニ對シ從參加人トノ關係ヲ調査セサリシトテ之ヲ不法ナリト謂フヲ得ス故ニ該證言ヲ證據トシテ採用スルモ違法ニ非ス(四一年二二卷 一〇三四頁)
- ◎原告若クハ被告ト同居スル者ノ意義 民事訴訟法第二百九十七條第三號ニ所謂原告若クハ被告ト同居スル者トハ原告若クハ被告ノ親類ニ非スシテ一家ニ同棲スル者ヲ指稱シ親族ニシテ同居スル者ヲ包含セス(四四年一三 卷三〇二頁)
- ◎本條第二項ニ違背シタル證言採用ノ效力 民事訴訟法第二百九十七條第二項ハ訓示の規定ニ過キササルヲ以テ縱令證人訊問カ右條項ニ違背シタリトスルモ其證言ヲ採用スルニ毫モ妨ナシ(大正二年一六 卷四七一頁)
- ◎第二審判決言渡後證人資格ノ欠缺發見ト上告理由 第一審裁判所カ證人ヲ訊問スルニ當リ職權調査ノ結果當事者又ハ其配偶者ト親族關係ナキコトヲ認メ宣誓ヲ命シテ訊問ヲ爲シタル以上ハ縱令第二審判決言渡ノ後證人ト相手方ノ妻トノ間ニ親族關係アルコトヲ發見スルモ其新事實ヲ提出シテ上告ノ理由ト爲スコトヲ得ス(大正四年號外 二三一八頁)

第二百九十八條 左ノ場合ニ於テハ證言ヲ拒ムコトヲ得

第一 官吏、公吏又ハ官吏、公吏タリシ者カ其職務上默祕ス可キ義務アル

事情ニ關スルトキ

第二 醫師、藥商、穩婆、辯護士、公證人、神職及ヒ僧侶カ其身分又ハ職業ノ爲メ委託ヲ受ケタルニ因リテ知リタル事實ニシテ默祕ス可キモノニ關スルトキ

第三 問ニ付テノ答辯カ證人又ハ前條ニ掲ケタル者ノ耻辱ニ歸スルカ又ハ其刑事上ノ訴追ヲ招ク恐アルトキ

第四 問ニ付テノ答辯カ證人又ハ前條ニ掲ケタル者ノ爲メ直接ニ財產權上ノ損害ヲ生セシム可キトキ

第五 證人カ其技術又ハ職業ノ祕密ヲ公ニスルニ非サレハ答辯スルコト能ハサルトキ

〔學說〕

◎本條ト前條ノ差異 前條ハ證人ノ當事者ニ對スル人的關係ヲ基礎トシ訊問事項ノ何タルヲ問ハス一般的ニ證言ヲ拒ムコトヲ得ト爲セルニ反シ本條ハ證人ノ或ル特殊ノ訊問事項ニ對スル物的關係ヨリ特ニ同訊問事項ニ關シ證言ヲ拒ムコトヲ得ト爲セルナリ(カウブ三 八四條註)

◎財產權上ノ損害ノ意義 例ハ若シ證人カ訊問ニ答フレハ自ラ債務者ノ保證人ノ共同債務者若クハ償還義務者トシテ責任ヲ負フ可キ事實關係ヲ表明セサル可カラサルコトニ立至ルカ如ク訴訟ノ進行上直接ノ利害關係者トシテ受クル不利益若シクハ同證人ノ供述カ後日同證人ニ對スル財產上ノ請求ノ證據トシテ利用セラレ得ヘキ不利益ヲ蒙ルコトハ本條ニ所謂直接ニ財產權上ノ損害ヲ生スルモノト解ス可キナリ蓋シ供述其モノノミニテハ即時ニ證人ノ財產ニ變動ヲ來ス謂ハレナキヲ以テナリ(ソエヘルト三八四 條註カウブ同條註)

〔判決例〕

◎本條第四號ノ意義

一、民事訴訟法第二百九十八條第四號ハ例ヘハ證言ノ結果ニ因リ證人等カ保證人共同債務者若クハ償還義務者トシテ其義務ヲ履行セサル可カラサルニ至リ又ハ債權者ヲシテ證人等ニ對シ債權ノ執行ヲ容易ナラシムルニ至ルカ如キ場合ヲ謂フモノトス(三二年二 卷七九頁)

二、民事訴訟法第二百九十八條第四號ハ問ニ付テノ答辯ノ結果ニ因リ證人カ直接ニ財產權上ノ損害ヲ被ムル可キ場合ノ規定ニシテ問ニ付テノ答辯カ唯間接ニ財產權上ニ損害ノ影響ヲ生スル虞アルカ如キ場合ヲ包含セス(大 元年二四卷 八六六頁)

三、民事訴訟法第二百九十八條第四號ニ問ニ付テノ答辯カ直接ニ損害ヲ生セシム可キトキ在ルハ訊問事項ニ對スル證言ノミニ因リテ當然損害ヲ生セシム可キ場合ノ謂ニシテ其場合ニ限り證言ヲ拒ムコトヲ得ルノ法意ニ出

理人トシテ行爲ヲ爲シタリトノ主張ヲ爲スノミヲ以テ足り敢テ之ニ對スル證據ヲ擧クルニ及ハス
(カウブ三
八五條註)

◎本條第一項第一號ト家族外ノ親族ノ證言拒絕 民事訴訟法第二百九十九條第一項第一號ノ場合ハ
家族外ノ親族ハ證言ヲ拒ムコトヲ得ヘシ(三三三法曹記事一〇四
號一五頁法曹會決議)

〔判決例〕

◎婚姻ト親族ノ證人資格 婚姻事項ニ關シテハ親族ト雖モ證人タルノ資格ヲ有ス(二九一年一
卷三四頁)

◎禁治產者ノ管財人トシテ爲シタル行爲ノ證言拒絕 禁治產者ノ管財人カ其資格ヲ以テ爲シタル行爲ハ民事訴訟法
第二百九十九條第四號ノ代理人トシテ係争ノ權利關係ニ關シタル行爲ト在ルニ該當スルヲ以テ管財人ハ縱令直接
ノ利害關係アリトスルモ其行爲ニ關シ證言ヲ拒ムコトヲ得ス(三三三法四
卷四六頁)

◎本分家ノ關係アルヤ否ヤノ争ニ付テノ證言ト本條第二號 民事訴訟法第二百九十九條第二號ハ家族ノ關係ニ因リ
生スル財産上ノ争訟ノ場合ヲ謂フモノニシテ本分家ノ關係アルヤ否ヤヲ争フカ如キ場合ニ適用ス可キ條規ニ非ス
(三三三法六卷
一五五頁)

◎保證人ニ對スル訴訟ト主タル債務者ノ證言拒絕 主タル債務者ハ保證人ニ對スル關係ニ於テハ民事訴訟法第二百
九十九條第四號ノ所謂前主ニ非ス故ニ債權者ヨリ保證人ニ對スル訴訟ニ於テ其債務關係ニ付キ主タル債務者ヲ證
人トシテ訊問スル場合ニハ同條ノ規定ヲ適用ス可キ限ニ在ラス(四〇一年一六
卷七三頁)

◎證人カ代理人トシテ關係シタル行爲ト本條第四號 民事訴訟法第二百九十九條第四號ノ所謂原告若クハ被告ノ代
理人トシテ係争ノ權利關係ニ關シ爲シタル行爲ニハ證人カ當事者ノ一方ノ代理人ト爲リ其相手方ニ對シテ係争ノ
權利關係ニ關シ爲シタル行爲ヲモ包含スルモノトス(四一年五卷
二二七頁)

◎本條第一項第四號ノ證言ト忌避 證人カ民事訴訟法第二百九十九條ニ所謂原告若クハ被告ノ前主又ハ代理人トシ
テ係争ノ權利關係ニ干與シタリトノ事實ハ必スシモ訴訟ノ事實上ノ演述ニ於テ既ニ表明セラレ又ハ其疏明アルコ
トヲ要スルモノニ非ス證人ニ依リ證セントスル事項ニシテ苟モ同法條ニ掲クル場合ニ該當スルトキハ證據決定ノ
施行上證人ハ其證言ヲ拒ムコトヲ得ス從テ相手方ハ其證人ヲ忌避スルコトヲ得サルモノトス(四二年六卷
二二六頁)

◎第二百九十七條ト本條トノ關係 民事訴訟法第二百九十九條ハ證人カ同第二百九十七條第一號ノ關係アルトキハ
證言ヲ拒ムコトヲ得サル旨ヲ規定スレトモ同條第二號及ヒ第三號ノ關係アル者ヲ除外スルカ故ニ此等ノ者ハ同第
二百九十八條第四號ノ場合ニ付テノミ證言ヲ拒ムコトヲ得サルモノトス(四三年六卷
二二二頁)

◎家督相續ノ回復ト本條第一項第二號トノ關係 家督相續回復ノ效果ハ當然相續財産ノ回復ニ及フ可キモノナレハ
家督相續ノ回復ハ民事訴訟法第二百九十九條第一項第二號ニ所謂家族ノ關係ニ因リ生スル財産事件ニ該當スルモ
ノトス(四四年二九
卷八四二頁)

◎本條第一項第四號ノ適用 前主カ係争ノ權利關係ニ關シ實驗シタル事實ト雖モ前主トシテ爲シタル行爲ニ關係ナ
ク有セサルモノハ民事訴訟法第二百九十九條第一項第四號所定ノ事項ニ適合セサルヲ以テ斯ノ如キ事實ニ付キ獨立
ノ訊問事項トシテ證言ヲ求メラレタル場合ニ於テハ同條ノ規定ヲ適用ス可キ限ニ在ラス(四五一年一七
卷六〇七頁)

◎承繼ト前主關係 民事訴訟法第二百九十九條第一項第四號ニ所謂前主トハ權利カ逐次數人ノ承繼ヲ經テ原告若ク
ハ被告ニ移轉セラレタル場合ニ於テハ當ニ直接ニ之ヲ原告若クハ被告ニ移轉シタル者ノミナラス其前者タル逐次

ノ各被承繼人ヲモ包含スルモノトス(四五年一七 卷六〇七頁)

◎原告若クハ被告ノ前主ト未成年ノ關係 民事訴訟法第二百九十九條第一項第四號ニ所謂原告若クハ被告ノ前主トハ原告若クハ被告ノ前主其人ニ限定セルモノニ非スシテ前主未成年者ナルトキハ其法定代理人ヲ指稱スルモノト解釋ス可キモノトス(四五年一七 卷六三三頁)

◎代理人ノ意義 民事訴訟法第二百九十九條第一項第四號ニ所謂代理人ハ原告若クハ被告ニ代リテ或ル行爲ヲ爲シタル人ノ謂ニシテ法律行爲ヲ代理スル人ノミニ限ラサルモノトス(大正三年二八 卷七三三頁)

◎家族ノ意義 民事訴訟法第二百九十九條第一項第一號ニ家族ト在ルハ證人其人ト民法上ノ家族關係アル者ヲ指スモノニシテ親族ヲ指スモノニ非ス(大正三年七月二 二日東京控判決)

◎本條第一項第二號ノ意義 民事訴訟法第二百九十九條第一項第二號ノ規定ハ係爭財產事件カ家族關係ニ因リ生セシモノナル場合ハ其事件ニ關スル事實ニ付キ證言ヲ拒ミ得サラシムルモノニシテ證人ノ家族ノ財產事件ニ關スル事實ノミニ付キ證言ヲ拒ムコトヲ得サラシムル旨趣ニ非ス(大正五年三 卷一〇四頁)

◎家族關係ノ解釋 民事訴訟法第二百九十九條第一項第二號ニハ「家族ノ關係ニ因リ生スル財產事件ニ關スル事實」ト在ルノミナレハ苟モ家族ノ關係ニ因リ生スル財產事件ニ付テハ證人ハ其證言ヲ拒ムコトヲ得サルモノニシテ證人ト訴訟當事者トノ間ニ家族關係アルコトヲ要セサルモノトス(大正五年七 卷二五五頁)

第三百條 證言ヲ拒ム證人ハ其訊問ノ期日前ニ書面又ハ口頭ヲ以テ又ハ期日ニ於テ其拒絕ノ原因タル事實ヲ開示シ且之ヲ疏明ス可シ
期日前ニ證言ヲ拒ミタル證人ハ期日ニ出頭スル義務ナシ

裁判所書記ハ拒絕ノ書面ヲ受領シ又ハ其陳述ニ付キ調書ヲ作りタルトキハ之ヲ當事者ニ通知ス可シ

〔學 說〕

◎通知ノ形式 本條ニ依ル通知ハ送達方法ニ依ルヲ要セス(ガウプ三八六條註 ゾエヘルト同條註)

第三百一條 拒絕ノ當否ニ付テハ受訴裁判所當事者ヲ審訊シタル後決定ヲ以テ其裁判ヲ爲ス但第二百九十八條第一號ノ場合ニ於テ爲シタル拒絕ノ當否ニ付テハ所屬廳又ハ最後ノ所屬廳ノ裁定ニ任ス
原告若クハ被告カ出頭セサルトキハ出頭シタル者ノ申述ヲ斟酌シテ決定ヲ爲ス

右決定ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得此抗告ハ執行ヲ停止スル效力ヲ有ス

〔學 說〕

◎證言拒絕ニ對スル裁判ト抗告 證言拒絕ノ裁判ニ對シテハ當事者若クハ證人ヨリ即時抗告ヲ爲スコトヲ得即時抗告アリタルトキハ執行停止ノ效力アルカ故ニ同抗告ノ確定スルマテ同證人訊問ニ

關スル手續ヲ中止ス可キモノナリ(岩田氏五五八頁)同決定ハ言渡ス可ク且當事者ノ中立アレハ證人竝ニ當事者雙方ニ同決定ノ正本ヲ送達ス即時抗告期間ハ同送達ノ時ヨリ進行ス(第二三八條(校閱)第四六六條)

〔判決例〕

◎證言拒絶ノ決定ト抗告人ノ資格 證言拒絶ニ付テノ決定ニ對シ抗告ヲ爲ス可キ者ハ其證言拒絶ノ當否ニ付キ利害ノ關係ヲ有スル者即チ證言拒絶事件ノ當事者タル證人喚問ヲ申請セル者及ヒ證人トシテ指名セラレタル者ナルヲ要ス(三五年一一卷八三頁)

◎證言拒絶ノ審訊手續 民事訴訟法第三百一條ニ規定セル證言拒絶ノ當否ヲ裁判スルニ付キ當事者ヲ審訊スル手續ハ本案ニ關スル受訴裁判所カ裁判ヲ爲ス場合ニ付テノ手續ニシテ抗告裁判所カ抗告ニ付テノ裁判ヲ爲ス場合ニ行フ可キ手續ニ非ス(三六年一一卷三三頁)

第三百二條 原因ヲ開示セスシテ證言ヲ拒ミ又ハ開示シタル原因ノ棄却確定シタル後ニ之ヲ拒ミタルトキハ申立ヲ要セスシテ決定ヲ以テ證人ニ對シ其拒絶ニ因リテ生シタル費用ノ賠償及ヒ四十圓以下ノ罰金ヲ言渡ス

證人ハ費用ノ賠償及ヒ罰金ノ言渡ニ對シ抗告ヲ爲スコトヲ得此抗告ハ執行ヲ停止スル效力ヲ有ス

豫備、後備ノ軍藉ニ在ラサル軍人、軍屬ニ對スル罰金ノ言渡及ヒ執行ハ軍事

裁判所ニ囑託シテ之ヲ爲ス

〔判決例〕

◎「原因ヲ開示セスシテ證言ヲ拒ム」ノ意義 民事訴訟法第三百二條ニ謂フ原因ヲ開示セシテ證言ヲ拒ムトハ毫モ證言拒絶ノ事由ヲ陳述スルコトナク證言ヲ拒ムノ謂ニシテ證人カ拒絶ノ事由ヲ陳述セル場合ハ縱令其原因正當ナラサルトキト雖モ之ヲ以テ原因ヲ開示セスシテ證言ヲ拒ムモノト謂フヲ得ス(三六年一九卷九五頁)

第三百三條 原告若クハ被告ハ相手方ト相手方ノ證人トノ間ニ第二百九十七條第一號乃至第三號ノ關係アルトキハ其證人ヲ忌避スルコトヲ得

〔學說〕

◎證人忌避ノ範圍 證人ヲ忌避シ得ル場合ハ相手方ノ申請ニ係ルコトヲ要ス從テ裁判所カ人事訴訟手續ニ於テ職權ヲ以テ訊問ス可キ場合ハ原被告雙方ヨリ忌避スルコトヲ得サルモノト謂ハサル可カラス又假令本條所定ノ身分關係アル者ト雖モ證言ヲ拒ムコトヲ得サル場合(第二九條)ニ於テハ宣誓ヲ爲サシメテ之ヲ訊問ス可キモノナレハ忌避スルコトヲ得スト解ス可シ(岩田氏五六七頁)

◎忌避セラレタル者ヲ參考人トシテ取調フルノ當否 證人タルコトヲ忌避セラレタル者ヲ參考人トシテ取調フルハ差支ナシ又當事者ハ證人トシテ取調ヲ爲スコトヲ忌避スルコトヲ得ルモ參考人トシテ取調フル場合ニ於テハ忌避スルコトヲ得サルモノトス(三一年法曹記事八〇號七頁法曹會決議)

〔判決例〕

- ◎ 證人ノ親族タル當事者ノ祖父ノ病氣事實ニ付テノ訊問ト忌避 證人カ當事者ノ一方ト親族關係ヲ有シ且其訊問事項ハ證人ニ於テ其當事者ノ祖父ノ病氣ヲ看護セシコトアリヤ其死亡前數日間ノ容體如何トノ二點ナルトキハ證人ハ證言ヲ拒ムコトヲ得從テ此場合ニ相手方ヨリ提出シタル忌避ノ申請ハ其原因アリタルモノトス(三七年二三卷一二五五頁)
- ◎ 本條ノ趣旨 民事訴訟法第二百九十九條ハ同第二百九十七條ノ例外規定ナルカ故ニ同法第三百三條ハ此例外規定ニ當ル場合ヲ除外シ唯證言ヲ拒ミ得ヘキ證人ノミヲ忌避セシムルノ法意ナリトス(三九年一〇卷五九三頁)
- ◎ 唯一ノ人證ト忌避 民事訴訟法ノ證人忌避ニ關スル規定ハ其人證カ舉證者ノ爲メ唯一ノ證據タル場合ト否トヲ論セス之ヲ適用ス可キモノナリ(四〇年二卷六七頁)
- ◎ 忌避ノ宣言後尙ホ訊問ヲ爲スノ當否 裁判所カ證人忌避ノ原因アリト決定シタルニ拘ハラズ尙ホ之ヲ訊問スルハ不法ナリトス故ニ縱令其供述ノ援用ニ對シ忌避ノ申請人ニ於テ特ニ異議ヲ留メサルモ責問權ヲ拋棄シタリト認ム可キモノニ非ス(四〇年五卷一九四頁)
- ◎ 本條ニ所謂相手方中ニ從參加人ヲ包含スルヤ否 民事訴訟法第三百三條ニ所謂相手方中ニハ從參加人ヲモ包含セシムルノ法意ナリ(四〇年四月二二日大阪控判決)
- ◎ 當事者ノ妻カ證人ノ妻ト姉妹關係アル場合ト忌避 當事者ノ一方ノ妻カ其證人ノ妻ト姉妹ノ關係ヲ有スル場合ニ於テハ證人ト該當事者トハ何等ノ親族關係ナシト雖モ其證人ハ自己ノ配偶者ヲ通シテ當事者ノ配偶者ト二等親ノ姻族關係アル親族ニ該當スルヲ以テ相手方ハ民事訴訟法第三百三條第二百九十七條第一號ニ依リ之ヲ忌避スルコトヲ得ルモノトス(四一年一五卷七八四頁)
- ◎ 本條適用ノ範圍 民事訴訟法第三百三條ノ證人忌避ノ規定ハ證人カ同第二百九十七條ノ規定ニ依リ證言ヲ拒ムコトヲ得ヘキ場合ニノミ適用ス可キモノニシテ同第二百九十九條ニ依リ其證言ヲ拒ムコトヲ得サル場合ニハ之ヲ適用ス可キ限ニ在ラス(四三年六卷二二二頁)
- ◎ 共同被告ノ一名ト親族關係アル證人ノ忌避 甲乙丙ノ三名ヲ被告トスル共同訴訟ニ於テ乙丙ノ申請シタル證人カ甲ト親族關係ヲ有スルノミニシテ申請者ト親族關係ヲ有セサルモ其證人取調ノ結果カ直接ニ乙丙ノ訴訟ノ勝敗ニ影響ヲ及ホスノミナラス甲ニ對シテモ亦其影響ヲ及ホスモノナルトキハ民事訴訟法第三百三條ニ依リ其證人ヲ忌避スルコトヲ得ヘシ(大正元年二七卷一〇八三頁)

第三百四條 忌避ノ申請ハ證人ノ訊問前ニ之ヲ爲ス可シ此時限後ハ其前ニ忌避ノ原因ヲ主張スルヲ得サリシコトヲ疏明スルトキニ限り其證人ヲ忌避スルコトヲ得

忌避ノ申請ハ書面又ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得

忌避ノ原因ハ之ヲ疏明ス可シ

〔學說〕

◎ 證人忌避ノ時期 證人ノ忌避ハ訊問前(第三二二條參照)ニ之ヲ爲ス可シ訊問後ハ訊問前ニ忌避ノ申請ヲ爲シ能ハサリシコトヲ疏明スルトキニ限り之ヲ爲スコトヲ得而シテ訊問後ニ適法ニ爲シタル忌避ノ

申請理由アリト爲サルルトキハ既ニ爲サレタル證人ノ證言ハ無效ト爲ルヲ以テ判決ノ資料ト爲スヲ得ス(今村氏六 八〇頁)

○忌避ノ申請ト印紙 忌避申請ニハ二十錢又ハ四十錢ノ印紙ヲ貼用スルヲ要ス(民事訴訟用印紙(校閱) 法第六條ノ二(者) 卷七八頁)
第三百五條 忌避ノ申請ニ付テノ裁判ハ口頭辯論ヲ經スシテ之ヲ爲スコトヲ得

忌避ノ原因アリト宣言スル決定ニ對シテハ上訴ヲ爲スコトヲ得ス忌避ノ原因ナシト宣言スル決定ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得

〔判決例〕

○證人忌避ノ決定ト理由ノ要否 證人忌避ノ決定ハ必ス其理由ヲ付スルコトヲ要スルモノニ非サルヲ以テ單ニ其理由ノ明示ナキコトノミヲ以テ直チニ之ヲ違法ト爲スコトヲ得ス(三五年八 卷三四頁)

○忌避ニ對スル宣言ト上級審ニ於ケル喚問申請 民事訴訟法第三百五條第二項ニ於テ證人忌避ノ原因アリト宣言スル決定ニ對シテ上訴ヲ許ササルハ訴訟ヲ遲延セサラシメンカ爲ニ外ナラスシテ同一ノ證人ニ付キ上級審ニ於テモ絶對ニ其喚問申請ヲ爲スコトヲ許ササルノ法意ニ非ス(四一年五卷 二二五頁)

○控訴裁判所ノ忌避ニ對スル宣言ト上告ノ許否 控訴裁判所カ忌避ノ原因アリト宣言シタル裁判ニ對シテハ上告裁判所ノ判斷ヲ受クルコトヲ得ス(四一年二〇 卷九五〇頁)
第三百六條 各證人ニハ其携帶ス可キ呼出狀其他適當ノ方法ヲ以テ人違ナラ

サルコトヲ判然ナラシメタル後訊問前各別ニ宣誓ヲ爲サシム可シ然レトモ宣誓ハ特別ノ原因アルトキ殊ニ之ヲ爲サシム可キヤ否ヤニ付キ疑ノ存スルトキハ訊問ノ終ルマテ之ヲ延フルコトヲ得

〔學說〕

○證人訊問ノ方式 本條ハ證人訊問ノ方式ヲ規定シタルモノニシテ第二項ニ所謂特別ノ原因トハ例ヘハ第二百九十條ノ規定ニ依ラサルヲ得サルヤ又ハ第三百十條ニ列記スル者ニ該當スルモノナルヤノ疑ノ生スルカ如キ場合等ヲ謂フ(今村氏六 八三頁)

〔判決例〕

○繼續訊問ト宣誓ノ要否 同一ノ事柄ニ付キ同一ノ證人ヲ繼續シテ訊問ス可キ場合ニ於テハ最初ノ日ニ一タヒ宣誓セシムルトキハ其效力ハ其後ノ訊問ニ及フ可キカ故ニ訊問ノ都度更ニ宣誓セシムルコトヲ要セサルモノトス(七三年六卷一 六二頁)

○證人ノ人違ナラサルコトト調書ノ記載 證人ノ人違ナラサルコトヲ判然セシメタルコトハ之ヲ證人訊問調書ニ記載スルコトヲ要セサレハ反對事實ノ證明セラレサル限りハ其人違ナラサルコトヲ判然ナラシメタルモノト做スヲ相當トス(三六年一七 卷七八頁)

○各別ニ宣誓ヲ爲サシム可シトノ意義 民事訴訟法第三百六條第一項ニ各別ニ宣誓ヲ爲サシム可シト在ルハ各別

ニ宣誓ノ式ヲ履踐セシム可キ法意ニシテ他ノ證人ノ在ラサル場合ニ於テ宣誓ヲ爲サシム可シトノ旨趣ニ非ス(二九七卷三) 五九頁

第三百七條 證人ハ訊問前ニ宣誓ヲ爲ス可キ場合ニ於テハ良心ニ從ヒ眞實ヲ述ヘ何事ヲモ默秘セス又何事ヲモ附加セサル旨ノ誓ヲ宣フ可シ
又訊問後ニ宣誓ヲ爲ス可キ場合ニ於テハ良心ニ從ヒ眞實ヲ述ヘ何事ヲモ默秘セス又何事ヲモ附加セサリシ旨ノ誓ヲ宣フ可シ

〔學說〕

○宣誓ノ方式 本條ハ宣誓ノ方式ヲ定メタル規定ナルモ宣誓ヲ爲ス方法ニ付テハ別段制限スルトコロナキカ故ニ證人ヲシテ口頭ニテ本條所定ノ趣旨ノ宣誓文言ヲ述ヘシメ若クハ宣誓文言ヲ記載シ在ル宣誓書ニ署名捺印セシムル等ノ方法ヲ採ルコトヲ得(校閱者)
○方式違反ト證言ノ效力 方式ニ違反シタルトキハ證人ノ陳述ハ全ク證據力ヲ有セス採テ判斷ノ資料ト爲スニ足ラス然ルニ現今大審院ハ之ヲ當事者ノ責問ニ委ネタリ(岩田氏五七二頁)

〔判決例〕

○宣誓ノ方式 民事訴訟法第三百七條ニハ證人ハ云々ノ誓ヲ宣フ可シト在ルノミニシテ其形式ヲ制限セス又書面ヲ以テ宣誓ヲ爲ス場合ニハ自署若クハ捺印ヲ必要トセサレハ唯其證人ノ宣誓書タルコトヲ知り得ルヲ以テ足レリト

ス(四一年八卷三六九頁)

○宣誓ノ規定違背ト責問權 證人宣誓ノ規定ハ專ラ當事者ノ利益ニ根據セル非強行規定ナルヲ以テ其手續ノ違背ニ對シテ當事者カ證人訊問ニ接續スル口頭辯論ニ於テ異議ヲ述ヘサル限り最早其違背ヲ責問スルヲ得サルモノトス(四五年六卷二二〇頁)

○宣誓ノ方法 民事訴訟法第三百七條第一項ハ證人宣誓ノ方式トシテ良心ニ從ヒ眞實ヲ述ヘ何事ヲモ默秘セス又附加セサル旨ノ誓ヲ宣フ可キコトヲ命スルノミニシテ特ニ宣誓書ナル書面ノ作成ヲ命セサルモノトス(大正五年一卷一頁)
第三百八條 判事ハ宣誓前ニ相當ナル方法ヲ以テ宣誓者ニ偽證ノ罰ヲ諭示ス可シ

〔關係法令〕

○刑法(四十年法律第四十五號) 第四百六十九條 法律ニ依リ宣誓シタル證人虛偽ノ陳述ヲ爲シタルトキハ三月以上十年以下ノ懲役ニ處ス

〔學說〕

○偽證ノ告知 單ニ偽證ノ罰アルコトノミヲ示ス可キヤ又ハ刑法第六十九條ニ規定スル法文ヲ示ス可キヤハ裁判官ノ意見ニ任カス可ク訊問ヲ受ク可キ者ノ人トナリニ依リ自カラ區別ス可キモノナリ(今村氏六八五頁)

〔判決例〕

○偽證ノ罰ヲ諭示セスシテ爲サシメタル宣誓ノ效力 宣誓ノ方式ヲ爲ス以上ハ偽證罪ノ諭示ヲ爲ササルモ以テ上告ノ理由ト爲スニ足ラス(二五年二卷一三頁)

○偽證ノ罰ヲ諭示セスシテ爲サシメタル證言ノ效力 證人ノ宣誓前ニ於テ偽證ノ罪ヲ諭示スルノ手續ヲ爲ササリシトキト雖モ之カ爲ニ其爲シタル證言自體カ無効ニ屬ス可キモノニ非ス(三五年二卷一三〇頁)

第三百九條 宣誓ヲ拒ム證人ニ付テハ第三百條乃至第三百二條ノ規定ヲ適用ス

第三百十條 左ノ者ハ宣誓ヲ爲サシメスシテ參考ノ爲メ之ヲ訊問スルコトヲ得

- 第一 訊問ノ時未タ滿十六歳ニ達セサル者
- 第二 宣誓ノ何物タルヤヲ了解スルニ必要ナル精神上ノ發達ノ缺クル者
- 第三 刑事上ノ判決ニ因リ公權ヲ剝奪又ハ停止セラレタル者
- 第四 第二百九十七條及ヒ第二百九十八條第三號竝ニ第四號ノ規定ニ依リ證言ヲ拒絕スル權利アリテ之ヲ行使セサル者但第二百九十八條第三

號竝ニ第四號ノ場合ニ於テハ拒絕ノ權利ニ關スル事實ニ付キ證言ヲ爲ス可キコトヲ申立テラレタルトキニ限ル

第五 訴訟ノ成績ニ直接ノ利害關係ヲ有スル者

〔關係法令〕

○刑法施行法(四十年十一月二十九號)

第三十三條 死刑、無期又ハ六年以上ノ懲役若クハ禁錮ニ處セラレタル者ハ他ノ法律ノ適用ニ付テハ舊刑法ノ重罪ノ刑ニ處セラレタルモノト看做ス

第三十四條 前條ニ記載シタル者及ヒ舊刑法ノ重罪ノ刑ニ處セラレタル者ハ他ノ法律ノ適用ニ付テハ公權ヲ剝奪セラレタルモノト看做ス

前項ノ規定ハ復權ヲ得タル者ニハ之ヲ適用セス

第三十六條 六年未滿ノ懲役又ハ禁錮ニ處セラレタル者及ヒ舊刑法ノ禁錮ノ刑ニ處セラレタル者ハ他ノ法律ノ適用ニ付テハ刑ノ執行ヲ終リ又ハ其執行ヲ受クルコトナキニ至ルマテ公權ヲ停止セラレタルモノト看做ス

〔學說〕

○十六歳未滿ト證人能力 十六歳未滿ナリヤ精神ノ發達ニ異常アリヤ否ヤハ裁判所職權ヲ以テ調査ス可キモノナリ(ガウプ三九三條註) 若シ當事者相互ノ間ニ宣誓ス可キモノナリヤ否ヤニ付キ争起リタルトキ

ハ是レ一ノ中間ノ争ニ外ナラサレハ獨立シテハ不服ヲ申立テ得サル中間判決ニ依リテ争ヲ完結ス可キナリ之ニ反シテ當事者ノ一方ノ宣誓ス可カラサル旨ヲ申立テ相手方ヨリ何等ノ申立ヲ爲ササルトキハ中間判決ヲ爲スニ及ハス同申立ハ決定ヲ以テ裁判ス可キモノトス而シテ果シテ精神ノ發育ニ不十分ノ點アリヤ否ヤハ箇々ノ場合ニ付キ裁判所自由心證ヲ以テ判斷ス可キモノニ屬シ必要ナル場合ハ同證人ニ對シ適當ナル問ヲ發スルコトヲ得(ソエヘル)(ト同上)

○直接ノ利害關係者 (一) 訴訟物ト證人ノ權利若クハ義務カ牽連シテ裁判ノ結果カ直接ニ證人ノ權利上ニ利害關係ヲ及ホスコトヲ謂フ共同權利者共同義務者保證債務者ノ如キ是ナリ(岩山氏五六〇頁)(今村氏六九〇頁)
(二) 訴訟ノ成績カ事實經濟上ノ利害關係ヲ及ホスヲ以テ足レリトセス證人ノ權利又ハ義務カ訴訟物ト法律ノ牽聯關係アルコトヲ要スルハ本號ノ沿革ニ徴シテ疑ナシ組合ノ業務執行者ノ訴訟ニ關シテ執行權ナキ組合員、遺言執行者ノ訴訟ニ關シテ相續人、原債務者ノ訴訟ニ關シテ債務引受人、受信託者ノ訴訟ニ關シテ信託者、從參加人、告知參加人ノ如キ其適例ナリ(ソエヘル)(注意、獨逸訴訟法正ニ於テ直接ノ利害關係ヲ法律上ノ利害關係ト改ム)

○不當宣誓ノ效果 本條ノ規定ニ依リテ宣誓ス可カラサル證人ニ不當ニ宣誓セシメタルトキト雖モ同證言ノ採否ハ一ニ當該判事ノ自由採量ニ任カサル從テ同證言ニ十分ノ信用ヲ措クモ違法ニ非ス(カウブ)(同條註)

〔判決例〕

○本條第四號ニ該當スル者ノ證言ト採用ノ當否 民事訴訟法第三百十條第四號ハ參考ノ爲メ之ヲ訊問スルコトヲ得ルニ過キサレハ自ら進ンテ宣誓證言シ又忌避ノ申立ナキトキハ證人トシテ訊問シ其證言ヲ採用スルモ可ナリ(二六頁)(二六頁)

○訴訟ノ成績ニ直接利害關係アル者ノ訊問 訴訟ノ成績ニ直接ノ利害關係アル者ヲ參考ノ爲メ訊問シタルハ相當ナリ(二八年二)(卷二六頁)

○證人申請ノ取消ト參考トシテ訊問ノ當否 民事訴訟法第三百十條ニ從ヒ宣誓ヲ爲サシメシテ訊問スルモノト雖モ證人タルニ外ナラサレハ申請者ニ於テ既ニ證人喚問ノ申請ヲ取消シタル以上ハ參考人トシテモ訊問スルコトヲ得サルモノトス(三〇年三)(卷九頁)

○訴訟ノ成績ニ直接利害關係アル者ノ訊問ト宣誓 證人ニシテ訴訟ノ成績ニ直接ノ利害關係ヲ有スルトキハ縱令當事者カ其直接ノ利害關係ヲ有セサル旨ノ意見ヲ申立テタリトスルモ之ニ宣誓ヲ爲サシメ訊問ス可キモノニ非ス(三一年一〇)(卷六〇頁)

○參考ノ爲メノ訊問ト宣誓 證人ハ宣誓ヲ爲サシメタル上之ヲ訊問スルヲ原則ト爲スモ民事訴訟法第三百十條第一號及ヒ第五號ニ該當スル者ハ單ニ參考ノ爲メ訊問スルコトヲ得ルモノニシテ之ニ宣誓セシムルコトヲ得サルモノトス(三二年一)(卷一〇一頁)

○株式會社ノ監査役ト會社ニ關スル訴訟ノ證人資格 株式會社ノ監査役ハ取締役差支ノ場合ニハ其代理ヲ爲シ且取締役ニ對スル訴訟ニ付キ會社ヲ代表スルコトアルモ會社ニ關スル訴訟ノ成績ニ直接ノ利害關係ヲ有スル者ニ非ス(三三年三)(卷一三七頁)

○證人訊問ニ對スル責問權拋棄ト證言ノ效力 民事訴訟法第二百九十七條ノ規定ハ其第一、二、三號該當ノ者ニ證言ヲ拒ムノ權利ヲ付與シタルニ過キス從テ此等ノ者ニ對スル同第三百十條ノ規定ハ當事者ニ於テ有效ニ拋棄シ得サルモノニ非サルヲ以テ上告人カ原審ニ於テ異議ヲ申立テス既ニ其責問權ヲ喪失シタル以上ハ之ヲ理由トシテ原審ノ違法ヲ責ムルヲ得ス(三三〇頁)

○當事者ノ異議ナキ本條違背ノ證言採用ノ當否 民事訴訟法第三百十條ノ訴訟手續ノ違背ハ當事者ニ於テ何等ノ異議ヲ述ヘサルトキハ裁判所カ其證言ヲ採用スルモ不法ニ非ス(三二七頁)

○參考ノ爲ニスル證言ト效力 民事訴訟法第三百十條ニ依リ事實參考ノ爲ニ訊問セラレタル者モ證人タルニ外ナラサレハ其者ノ供述ニシテ心證上採用スルニ足レリト思料スルトキハ裁判所ハ之ヲ採用シテ判斷ノ資料ニ供スルコトヲ得ルモノトス(三三九頁)

○參考ノ爲ニ證言スル者ノ資格 民事訴訟法第三百十條第一號乃至第五號ニ列記シタル者ハ宣誓ヲ爲サシメスシテ參考ノ爲ニ訊問ス可キモノナルモ是レ亦證人ニシテ參考人ト稱ス可キモノニ非ス(三八七頁)

○公權停止者ノ證言ト當事者責問權拋棄ノ效果 裁判所カ公權停止者ヲ證人トシテ訊問スルニ當リ宣誓ヲ爲サシメタル場合ニ於テ當事者カ何等ノ異議ヲ申立テサリシトキハ自ラ責問權ヲ拋棄シタルモノナルヲ以テ後日ニ至リスル事由ヲ上告ノ理由ト爲スヲ得ス(四四一頁)

○誤テ宣誓セシメタル證人訊問ノ效力 民事訴訟法第三百十條ノ證人ノ宣誓ニ關スル規定ハ固ヨリ直接ニ公益ノ保護ヲ目的トスル規定ニ非サルヲ以テ裁判所カ此規定ニ違背シ宣誓ヲ爲サシム可カラサル證人ニ對シ宣誓ヲ命シ訊問ヲ爲スコトアルモ當事者ハ有效ニ其責問權ヲ拋棄スルコトヲ得ルモノトス(大正元年一月四日東京控判決)

○宣誓ヲ缺ク證言ノ效力 宣誓ヲ爲サシメサル證人ノ供述ト雖モ裁判所カ之ヲ信用シテ判斷ノ資料ト爲スニ何等ノ妨ナシ(大正三年一卷六頁)

第三百十一條 證人訊問ハ後ニ訊問ス可キ證人ノ在ラサル場所ニ於テ各別ニ之ヲ爲ス
證人ノ供述互ニ齟齬シタルトキハ之ヲ對質セシムルコトヲ得

〔學 說〕

○各別ニ訊問セサルトキノ效果 訊問濟ノ證人ハ他ノ證人ヲ訊問スル際出廷セシムルモ可退廷セシムルモ亦可ナリ何等ノ命令ヲ爲ササルトキハ訊問濟ノ證人ハ證據調期日終了後始メテ退廷ス可キモノナリ(ソエヘルト三九四條註) 本條ハ訓示の規定ニ非サルヲ以テ之ニ違反スルトキハ手續ノ違法ヲ來スヲ免レス(校閱者)

第三百十二條 證人訊問ハ證人ニ其氏名、年齢、身分、職業及ヒ住居ヲ問フヲ以テ始マル又必要ナル場合ニ於テハ其事件ニ於テ證言ノ信用ニ關スル事情殊ニ當事者トノ關係ニ付テノ問ヲ爲ス可シ

〔學 說〕

○證人訊問ノ範圍 證人ノ供述カ不完全ナルトキ若クハ不明瞭ナルトキハ證據決定ニ表示セラレタル訊問事項以外ノ點ニ涉リテモ尙ホ發問スルコトヲ得(岩田氏五(尙ホ第二九一條)七四頁)(學說)ノ部參照)

第三百十三條 證人ニハ其訊問事項ニ付キ知りタルモノヲ牽連シテ供述セシム可シ

證人ノ供述ヲ明白及ヒ完全ナラシメ且其知り得タル原因ヲ穿鑿スル爲メ必要ナル場合ニ於テハ尙ホ他ノ問ヲ發ス可シ

〔學說〕

○訊問ノ方式 訊問事項ニ付キ證人ノ記憶スル過去ノ事實ヲ口頭ヲ以テ牽連シテ供述セシム可ク初ヨリ問題ヲ設ケ簡條ニ爲シテ問答スルヲ許サス(今村氏六)九三頁)

○裁判長ノ發問ト異議申立 證人、當事者、從參加人(陪席判事ト書記トヲ除ク)ハ裁判長ノ問ニ對シ許ス可カラサルモノトシテ異議ヲ述フルコトヲ得、發問ノ適否竝ニ異議ノ當否ニ付テハ裁判所決定ヲ以テ之ヲ裁判ス(ソエヘルト)三九六條註)

〔判決例〕

○證人陳述事實ノ知得原因 證人ハ自ら知得シタル事實ヲ陳述ス可キモノナルモ其知得ノ方法タルヤ係爭事實ニ付キ自ら直接ニ干與シタルニ因ルト間接ニ他人ヨリ聞取リタルニ因ルトヲ問フモノニ非ス(大正三年四)卷五六頁)

○訊問後ニ提出ス可キ書證ニ對スル訊問ノ效力 既ニ書證トシテ提出シタル書面ニ非サレハ之ヲ證人ニ示シテ訊問スルコトヲ得サル旨ノ法規及ハ法理アルコトナケレハ後ニ書證トシテ提出ス可キ書面ト雖モ之ヲ證人ニ示シテ訊問スルコトヲ妨ケス從テ斯ル書面ニ關スル證人ノ供述ヲ探テ事實認定ノ材料ト爲スモ違法ニ非ス(大正三年六)卷四八頁)

第三百十四條 證人ハ其供述ニ換ヘテ書類ヲ朗讀シ其他覺書ヲ用キルコトヲ得ス但算數ノ關係ニ限り覺書ヲ用キルコトヲ得

〔學說〕

○書類ニ基ク供述 書類ヲ用フルトキハ記憶ニ存セサル事實若クハ自己ノ實驗セサル事實等ニ付テ供述ヲ爲スノ虞アリ隨テ證言ノ信憑力ニ影響ヲ及ホス可キヲ以テ本條ノ規定ヲ設ケタリ(岩田氏五)但數量ニ關スル場合ノ如キハ固ヨリ記憶シ得ヘキ事柄ニ非サルヲ以テ覺書例ヘハ手帖又ハ帳簿ノ如キモノニ就テ供述スルコトヲ許セリ(今村氏六)九四頁)

第三百十五條 陪席判事ハ裁判長ニ告ケテ證人ニ問ヲ發スルコトヲ得 當事者ハ證人ニ對シ自ら問ヲ發スルコトヲ得然レトモ當事者ハ證人ノ供述ヲ明白ナラシムル爲ニ其必要ナリトスル問ヲ發センコトヲ裁判長ニ申立ツルコトヲ得

發問ノ許否ニ付キ異議アルトキハ裁判所ハ直チニ之ヲ裁判ス

〔學說〕

○當事者ノ發問ニ對スル異議 當事者ノ發問ノ許否ニ付キ異議起リタルトキハ裁判所決定ヲ以テ之ヲ裁判ス同裁判ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス(ソエヘルト三九七條 註岩田氏五七四頁)

○陪席判事ノ發問ニ對スル異議 辯論ニ與カル者ヨリ陪席判事ノ發問ニ對シテ異議アルトキハ裁判所ハ同申立ノ當否ヲ裁判ス(今村氏六)〔反對說〕裁判長ハ第三百二十六條(我第一〇九條)ニ依ル辯論指揮權ニ基キ發問ヲ差止ムルコトヲ得異議アルニ拘ハラズ裁判長依然陪席判事ノ發問ヲ聽容スルトキハ始メテ受訴裁判所ノ裁判ヲ求ムルコトヲ得(ソエヘルト三九六條註)

第三百十六條 調書ニハ證人カ其訊問ノ前若クハ後ニ宣誓シタルヤ又ハ宣誓セシテ訊問ヲ受ケタルヤヲ記載ス可シ

〔判決例〕

○本條所定ノ事項ヲ記載セサル調書ノ效力 證人訊問調書ニ民事訴訟法第三百十六條ノ命スル所ヲ記載セサルハ違法ナルモ此違法ハ其證人ノ供述ヲ裁判ノ資料ト爲スノ妨ト爲ラサルモノトス(三四年三卷二七頁)

第三百十七條 受訴裁判所ハ左ノ場合ニ於テ證人ノ再訊問ヲ命スルコトヲ得

第一 證人訊問カ法律上ノ規定ニ違ヒタルトキ

第二 證人訊問ノ完全ナラサルトキ

第三 證人ノ供述カ明白ナラス又ハ兩義ニ涉ルトキ

第四 證人カ其供述ノ補充又ハ更正ヲ申立ツルトキ

第五 此他裁判所カ再訊問ヲ必要トスルトキ

〔學說〕

○證人ノ再訊問 證人ノ再訊問ハ職權ニ依リ又ハ申立ニ基キ決定ノ形式ヲ以テ之ヲ命ス可キモノナリ(ソエヘルト三九八條註)而シテ第一號ニ訊問カ規定ニ違ヒタルトキトハ例ヘハ證人訊問ノ方式カ違法ナルトキノ如キヲ謂フ(岩田氏五七五頁)尙ホ本條ハ再訊問ノ場合ヲ列記スルモ其第五號ニ裁判所カ再訊問ヲ必要トスルトキト在ルヲ以テ結局裁判所ハ其意見ヲ以テ何時ニテモ再訊問ヲ爲スコトヲ得ト解セサル可カラス(今村氏七〇〇頁)

○再訊問ト宣誓 再訊問ニ當リ新ナル事實モ併セテ訊問スル場合ハ必ス重ネテ宣誓ヲ爲サシムルコトヲ要スルモ否ラサル場合ハ再ヒ宣誓ヲ爲サシムルト先ノ宣誓ヲ引用シテ供述ノ眞實ヲ確保セシムルトハ一ニ裁判所ノ自由意見ニ依ル(ガウブ三尙ホ獨逸民事訴訟法第九八條註三九八條第三項參照)

〔判決例〕

○抵觸スル證言ノ取捨竝ニ參考ノ爲メノ證言採用ノ範圍 裁判所ハ證人カ相抵觸シタル供述ヲ爲シタル場合ニ於テ其内一ヲ以テ眞實トシ明確ヲ缺ク所ナシト認メタルトキハ再訊問ヲ要セス又單ニ參考ノ爲メ供述ヲ聽キタル證人

ノ證言ト雖モ信スルニ足ルモノト思料スルニ於テハ宣誓ノ上供述シタル證人ノ證言ト同一ニ之ヲ採用スルコトヲ得(三三三四年四卷九八頁)

○證人ノ供述更正ノ申立ト再訊問 證人カ其供述更正ノ申立ヲ爲シタル場合ニ於テ該證人ノ供述ヲ採用センニハ其再訊問ヲ爲ササル可カラス(三三三四年九卷三七頁)

○再鑑定ト本條ノ準用 民事訴訟法第三百十七條ノ所謂證人ノ再訊問トハ同一審ニ於テ再ヒ同一ノ證人ヲ訊問スルノ義ナルカ故ニ同法第三百二十二條ニ依リ該規定ヲ鑑定ニ準用スル場合モ亦同一審ニ於テ再鑑定ヲ命ス可キトキニ限ルモノトス(三三三四年二〇卷一一九〇頁)

○證人ノ供述補充又ハ更正ト再訊問ノ申請 證人カ後日其供述ヲ補充シ又ハ更正セントスルニハ民事訴訟法第三百十七條ニ從ヒ證人ヨリ再訊問ヲ申請ス可キ途アルノミニシテ當事者ヨリ之ヲ申請スルコトヲ得ヘキ規定ナシ(四一七三頁)

○證人カ何等補充更正ヲ爲ササル價値 證人カ其供述ニ對シテ何等補充更正ヲ爲ササルトキハ其供述ハ錯誤ナキモノト認ムルヲ當然トス(四一七三頁)

第三百十八條 左ノ場合ニ於テ證人ニ依レル證據調ハ 受訴裁判所ノ部員一名ニ之ヲ命シ又ハ區裁判所ニ之ヲ囑託スルコトヲ得

第一 眞實ヲ探知スル爲メ現場ニ就キ證人ヲ訊問スルノ必要ナルトキ

第二 證人カ疾病其他ノ事由ノ爲メ受訴裁判所ニ出頭スル能ハサルトキ

第三 證人カ受訴裁判所ノ所在地ヨリ遠隔ノ地ニ在リテ其裁判所ニ出頭スルニ付キ不相應ノ時日及ヒ費用ヲ要スルトキ

〔學 說〕

○第一項ノ趣旨 例ヘハ係爭事實ニ關スル不動産若クハ容易ニ運搬シ能ハサル動產ヲ證人ニ示スニ非サレハ眞實ヲ探知スルニ足ル可キ程ノ供述ヲ爲シ能ハスト認ムルカ如キ場合ヲ謂フ(今村氏七〇一頁)

〔判決例〕

○證據決定施行ノ方法 受訴裁判所カ證據決定後ニ於テ其施行ヲ部員一名ニ命シ又ハ區裁判所ニ囑託スルコトヲ決定スル場合又ハ證據決定ト同時ニ爲シタル其施行ヲ部員一名ニ命シ又ハ區裁判所ニ囑託スル旨ノ決定ヲ後ニ取消ス場合ニ於テモ口頭辯論ヲ經スシテ之ヲ爲スコトヲ得ルモノトス(大正三三三四年六卷一〇八頁)

第三百十九條 第二百九十四條、第二百九十五條、第三百二二條及ヒ第三百九條ニ掲ケタル證人ニ對スル受訴裁判所ノ權ハ受命判事又ハ受託判事ニモ屬スル證人カ受命判事又ハ受託判事ノ面前ニ於テ理由ヲ開示シテ證言ヲ拒ミ又ハ宣誓ヲ拒ミ又ハ職權若クハ申立ニ因リ發シタル問ニ答フルコトヲ拒ムトキハ此拒絕ノ當否ニ付キ裁判ヲ爲ス權ハ受訴裁判所ニ屬ス

受命判事又ハ受託判事カ原告若クハ被告ヨリ申立テタル問ヲ發スルコトヲ否ムトキハ原告若クハ被告ハ其當否ニ付キ受訴裁判所ノ裁判ヲ求ムルコトヲ得

證人ノ再訊問ハ受命判事又ハ受託判事ノ意見ヲ以テ之ヲ命スルコトヲ得

〔學說〕

○受命判事受託判事ノ權限 本條ハ受命判事受託判事ノ權限ヲ定メタルモノナリ而シテ理由ヲ開示シテ證言又ハ宣誓ヲ拒ミタル場合ニ於テハ事權利ノ有無ニ關スル裁判ナルヲ以テ受訴裁判所ヲシテ裁判セシムルコトト爲セリ其他受訴裁判所ノ裁判ヲ求ム可キ場合ハ之ヲ第二項第三項ニ規定セリ(今村氏七〇四頁)

〔判決例〕

○受命判事受託判事ノ裁判ト變更ヲ求ムルノ方法 受命判事若クハ受託判事ノ爲シタル裁判ノ變更ヲ求ムルニハ先ツ受訴裁判所ノ裁判ヲ求メサル可カラス(三二〇年八卷二〇頁)

第三百二十條 證人ヲ申出テタル原告若クハ被告ハ其訊問ノ開始マテハ此證據方法ヲ拋棄スルコトヲ得其後ハ相手方ノ承諾ヲ得ルトキニ限り之ヲ拋棄

スルコトヲ得

〔學說〕

○證人申立ノ拋棄 (一)訊問前ノ拋棄、相手方ノ承諾ヲ得スシテ拋棄スルコトヲ得拋棄モ他ノ訴訟行爲ト同シク唯口頭辯論ニ於テ又ハ受命受託兩判事ノ調書ニ記載セシムルコトニ依リテノミ之ヲ爲スコトヲ得(カウプ三九九條註) (二)訊問後其終了前ノ拋棄、相手方ノ承諾アルトキニ限り拋棄スルコトヲ得是レ此場合ニ無條件ニテ拋棄ヲ許ストキハ再ヒ相手方ノ申請ニ因リ再ヒ訊問スルノ煩ヲ來スヲ以テ訊問著手後ハ同證言ハ舉證者及ヒ相手方ニ共通ト爲スノ法意ニ出ツ(今村氏七〇七頁) (反對說)普通法ニ認メラレタル證據方法共通ノ原則ハ我獨逸民事訴訟法ノ採用セサルトコロナリ(カウプ三九九條脚註ゾエヘルト同條) (三)訊問終了後ノ拋棄、(甲)訊問終了後ハ舉證者カ證據調ノ結果ニ付キ演述ス可キ義務アル場合ニ同演述ヲ爲ササルコトニ依リテノミ同證言ノ拋棄ヲ爲スコトヲ得(カウプ三九九條註) (乙)訊問終了後ニ證人ノ拋棄アルトキハ之ヲ判決ノ資料ト爲スコトヲ得ス(仁井田氏三二五頁)

第三百二十一條 各證人ハ日當ノ辨濟及ヒ其出頭ノ爲ニ旅行ヲ要スルトキハ旅費ノ辨濟ヲ請求スルコトヲ得

此金額ノ拂渡ハ訊問期日ノ終リタル後直チニ之ヲ求ムルコトヲ得
舉證者ノ豫納シタル金額不足スルトキハ職權ヲ以テ其不足額ヲ取立ツ可シ

〔學 說〕

○證人ノ旅費日當請求權 證人ノ義務ノ内容ハ出頭ノ義務陳述ノ義務宣誓ノ義務ニシテ總テ公法上ノモノナルカ該義務ヲ履行シタルトキハ國庫ニ對シテ費用ヲ請求スルノ權アリ直接當事者ニ對シテ之ヲ請求スルヲ得ス（我第三二一條民事訴訟費用）（註岩田氏五六〇頁）

○日當及ヒ旅費ノ確定 日當及ヒ旅費ノ額ハ受訴裁判所、受命判事、受託判事口頭辯論ヲ經スシテ之ヲ定ム證人ニシテ若シ不服アラハ抗告ヲ爲シ得ルモ訴ニ依リテ之ヲ主張スルヲ許サス（ガウブ同條註）

第七節 鑑定

〔學 說〕

○鑑定人ノ意義 鑑定人トハ裁判所ノ命ニ依リ訴訟手續ニ於テ法律又ハ特別ナル經驗上ノ法則ニ關スル意見ヲ陳述ス可キ第三者ヲ謂フ而シテ鑑定人カ物理學上醫學上ノ原則又ハ或ル地方ノ商慣習若クハ或ル商品ノ相場又ハ外國法地方慣習法ノ規定ノ存否若クハ内容ヲ陳述スル場合ノ如キハ抽象的ニ其意見ヲ陳述スルモノニシテ或ル繪畫カ何物ナリヤ否ヤニ付キ其意見ヲ陳フルカ如ク自己ノ經驗上ノ法則ヲ或ル事實ニ適用シテ得タル判斷ヲ供述スルハ具體的ニ其意見ヲ陳述スルモノト謂フ可シ而シテ後ノ場合ハ證人ノ陳述ト内容ヲ同シクスルモ其ハ單ニ實驗シタル事實ヲ陳述セシ

ムルヲ趣意トスルモノナレハ此點ニ於テ鑑定ト供述ノ目的ヲ異ニスト謂フ可シ（ガウブ四〇二條前註仁井田氏三七頁岩田氏五七頁）

○鑑定人ノ地位 (一)鑑定人ハ裁判所ニ對シ法則又ハ具體的事實ニ法則ヲ適用シタル判斷ヲ報告スルモノナレハ裁判官ノ智識ヲ補充スル性質ヲ有シ其補助者ナリト謂フヲ相當トス唯訴訟法上證據方法ノ一種トシテ規定セルノミ（岩田氏五七七頁高木氏六〇六頁） (二)鑑定人ヲ以テ證據方法ナリトシ又ハ裁判所ノ補助者ナリト爲スハ畢竟觀察點ヲ異ニスルカ爲ニ生スル區別ニ外ナラサルナリ（仁井田氏同條註）

第三百二十二條 鑑定ニ付テハ以下數條ニ於テ別段ノ規定ヲ設ケサル限りハ人證ニ付テノ規定ヲ準用ス

〔學 說〕

○適用ノ範圍 鑑定ニ關スル本節ノ規定ハ職權ヲ以テ命シタル場合ナルト申出ニ因ル場合ナルトヲ區別セス均シク適用ヲ見ルモノトス（ゾエヘルト四〇二條前註） 職權ヲ以テ鑑定ヲ命ス可キ明文アル條項ハ第六條第十七條第三百五十三條第三百五十八條等ナリ第二百八十八條ニ依レハ費用ノ豫納ナキ間ハ證據調ヲ爲ササル明文アレトモ同規定ハ職權ヲ以テ鑑定ヲ命スル場合ニハ所謂舉證者ナルモノ之ナキ結果適用ノ餘地ナシト謂フ可シ（今村氏七）

〔判決例〕

○責問權ノ拋棄 鑑定人トシテ訊問ス可キ者ニ對シ證人ニ付テノ規定ヲ適用シテ訊問シタル場合ト雖モ之ニ對シ當事者カ何等ノ異議ヲ述ヘサリシトキハ之ヲ以テ上告ノ理由ト爲スヲ得ス(大正三年二〇卷四七一頁)

第三百二十三條 鑑定ノ申出ハ鑑定ス可キ事項ヲ表示シテ之ヲ爲ス

〔學說〕

○鑑定申出ノ方式 裁判所ニシテ鑑定ヲ必要トスルトキハ職權ヲ以テ鑑定人ヲ訊問ス可キ權利ト義務トヲ有スルモノナルカ又一面ニ於テハ當事者ノ申立アレハトテ必スシモ鑑定人ノ訊問ヲ爲ササル可カラサルモノニ非ス從テ當事者ノ爲ス鑑定申請ハ結局裁判所ノ職權行爲ノ發動ヲ促スモノタルニ過キス是レ鑑定ニ付テハ證人申請ノ場合ト異ナリ鑑定事項ノ外何等ノ表示ヲ爲スニ及ハストセル所以ナリ(ソエヘルト四〇三條註ガワフ同條註)

〔判決例〕

○當事者ノ援用セサル鑑定ノ採否 裁判所ハ鑑定ヲ命スル職權アルヲ以テ當事者ノ援用セサル鑑定ト雖モ之ヲ採用スルヲ妨ケス(大正五年一スルヲ妨ケス卷三一頁)

第三百二十四條 立會フ可キ鑑定人ノ選定及ヒ其員數ノ指定ハ受訴裁判所之ヲ爲ス其裁判所ハ鑑定人ノ任命ヲ一名マテニ制限シ又ハ何時ニテモ既ニ任命シタル者ニ代ヘ他ノ鑑定人ヲ任命スルコトヲ得

裁判所ハ鑑定人トシテ訊問ヲ受クルニ適當ナル者ヲ指名ス可キ旨ヲ當事者ニ催告スルコトヲ得

當事者カ一定ノ者ヲ鑑定人ニ爲スコトヲ合意シタルトキハ裁判所ハ其合意ニ從フ可シ然レトモ裁判所ハ當事者ノ爲ス可キ選定ヲ一定ノ員數ニ制限スルコトヲ得

〔學說〕

○鑑定人選定ノ手續 鑑定人ノ選任ハ證據決定ヲ以テ之ヲ爲ス可ク鑑定人ノ員數ハ裁判所自由ニ之ヲ定ム解任ヲ爲シテ新ニ選定スルコトモ亦裁判所ノ自由意見ニ在リ當事者カ鑑定人ニ付キ合意シタルトキハ裁判所ハ必ス之ニ從ハサル可カラサルヤ裁判所カ鑑定ヲ必要トスルヤ否ヤノ問題ヲ判定スルニ付テハ本條並ニ其他ノ規定ハ何等拘束スルトコロナキモ一旦裁判所カ鑑定ヲ必要ナリトシ其決定ヲ爲シタル以上ハ鑑定人ノ選任ニ付テハ本條ノ規定ノ爲メ當事者ノ合意ニ從ハサル可カラスト謂ハサル可カラス(ソエヘルト四〇四條註)

〔判決例〕

○數名ノ鑑定人ト呼出ニ應シタル者ノ鑑定 鑑定ニ關スル證據決定ニ於テ鑑定人ノ員數ヲ指定セサルトキハ一旦三名ノ鑑定人ニ對シ呼出狀ヲ發シタル後特ニ其員數ヲ減ス可キ決定ヲ爲スコトナク期日ニ出廷セル一名ノミニ

鑑定ヲ命シテ判決ヲ爲スモ違法ニ非ス(三八年三〇卷 一八六九頁)

第三百二十五條 外國ノ書類又ハ產物ノ審査ヲ要スル場合ニ於テ必要ナル能力ヲ有スル本邦人ノ在ラサルトキハ裁判所ハ外國人ヲ鑑定人ニ任命スルコトヲ得

第三百二十六條 左ニ掲クル者鑑定ヲ命セラレタルトキハ之ヲ爲ス義務アリ

第一 必要ナル種類ノ鑑定ヲ爲ス爲ニ公ニ任命セラレタル者

第二 鑑定ヲ爲スニ必要ナル學術、技藝若クハ職業ニ常ニ従事スル者又ハ學術、技藝若クハ職業ニ従事スル爲ニ公ニ任命セラレ若クハ授權セラレタル者

右ノ外鑑定ヲ爲ス可キ旨ヲ裁判所ニ於テ述ヘタル者ハ鑑定人タル義務ナキトキト雖モ鑑定ヲ爲ス義務アリ

〔學 說〕

○鑑定ノ義務 第一項第一號ニ屬スル者ハ例ヘハ裁判醫、印影鑑定人、不動産鑑定人ノ如ク一定ノ事物鑑定ヲ爲サシムル爲メ國家又ハ公ノ團體ヨリ特ニ技倆經驗アル者ヲ選定シテ任命シ置キタル

者ヲ謂フ(今村氏七一八頁ノエ)又第二號(我本條第一項第二號)ニ屬スル者ハ例ヘハ印判師、現ニ營業中ノ建築技師又ハ諸官省ニ奉職中ノ技師、公立學校ノ教師、警察醫、市醫、學校醫、現ニ開業セサル醫師藥劑師ノ如キ是ナリ(今村氏七一八頁)又第二項ノ規定ハ例ヘハ法廷ニ出頭シタル證人カ何某ノ手跡ハ自己ノ熟知スル所ナレハ鑑定ス可シト陳述シタル場合ニ其適用ヲ見ル(今村氏同上)

第三百二十七條 鑑定人ハ證人カ證言ヲ拒ムコトヲ得ルト同一ノ原因ニ依リ鑑定ヲ拒ム權利アリ

官吏、公吏ハ其所屬廳ニ於テ異議アルトキハ之ヲ鑑定人トシテ訊問スルコトヲ得ス

第三百二十八條 鑑定ヲ爲ス義務アル鑑定人出頭セス又ハ鑑定ヲ拒ミタル場合ニ於テハ其者ニ對シ此力爲ニ生シタル費用ノ賠償及ヒ罰金ヲ言渡ス可シ但其鑑定人ヲ勾引スルコトヲ得ス

〔學 說〕

○鑑定人ノ制裁 茲ニ鑑定ヲ爲ス義務アル鑑定人トハ第三百二十六條ニ規定スル鑑定人ノ意義ナリ而シテ鑑定人カ期日ニ出頭セサル爲メ本條ヲ適用スルニハ合式ノ呼出アリタルモ正當ノ理由ナク出頭セザリシコトヲ要シ又鑑定ヲ拒ミタル爲メ處罰スルニハ其原因ヲ開示セスシテ鑑定ヲ拒ミ又

ハ開示シタル原因ノ棄却確定シタル後尙ホ之ヲ拒ミタルコトヲ要ス次ニ費用ノ賠償及ヒ罰金ノ言
渡ニ對シテハ抗告ヲ爲スヲ得ヘク又同抗告ハ執行停止ノ效力ヲ有ス終ニ本條ノ鑑定人ニ對スル處
罰權ハ受命判事受託判事ニモ屬スルモノトス(第二一九(今村氏七)條第一項(二二頁))

○罰金ノ性質(第二百九十四條(學說)ノ部參照)

第三百二十九條 鑑定人ハ其鑑定ヲ爲ス前ニ其鑑定人タル義務ヲ公平且誠實
ニ履行ス可キ旨ノ誓ヲ宣フ可シ

〔關係法令〕

○刑法(四十年法律第四十五號)

第六十九條 (第三百八條「關係法令」ノ部參照)

第七十一條 法律ニ依リ宣誓シタル鑑定人又ハ通事虛偽ノ鑑定又ハ通譯ヲ爲シタルトキハ前二條ノ例ニ同シ

〔學說〕

○鑑定人宣誓ノ方法 證人ノ宣誓方法ト同一ニ取扱フ可シ(校閱(尙本第三〇九條(學說)ノ部參照))

○鑑定人ト無宣誓 宣誓ナクシテ鑑定ヲ爲ス場合アリヤ (一)消極說、鑑定人ニ付テハ其性質上第

三百十條ノ準用ナシ從テ必ス宣誓ヲ爲サシメサル可カラス(カウブ四〇二條註アエヘルト四〇二條四一〇條註板倉氏二三五頁) (二)積極

說、第三百十條第三號第四號ニ掲クル者ノ如キハ他ニ鑑定人ト爲ス可キ者ナキ場合ニ於テ宣誓ヲ

爲サシメスシテ鑑定ヲ爲サシムルコトヲ得(今村氏七二三頁(岩田氏五八二頁))

第三百三十條 受訴裁判所ハ其意見ヲ以テ左ノ諸件ヲ定ム可シ

第一 鑑定人ノ意見ハ口頭又ハ書面ニテ之ヲ述ヘシム可キヤ

第二 數名ノ鑑定人ヲ訊問ス可キ場合ニ於テ各意見力異ナルトキハ共同

ニテ鑑定書ヲ作ラシム可キヤ又ハ各別ニ之ヲ作ラシム可キヤ

第三 口頭辯論ノ際鑑定人ノ總員又ハ其一名ヲシテ鑑定書ヲ説明セシム

可キヤ

第四 鑑定ノ結果力不十分ナルトキハ同一又ハ他ノ鑑定人ヲシテ再ヒ鑑

定ヲ爲サシム可キヤ

〔學說〕

○鑑定人訊問ノ方式 鑑定人ヲシテ口頭ニテ意見ヲ述ヘシム可ク決定シタルトキハ證人訊問ニ於ケ

ルカ如ク第二百九十二條及ヒ第二百九十三條ノ規定ニ依リ鑑定人ヲ呼出シ第三百六條第一項第三

百二十九條ノ規定ニ依リ宣誓ヲ爲サシメ第三百十一條乃至第三百十八條ノ規定ニ依リ訊問ヲ爲シ

第三百三十條第三號第三百三十一條ニ依リ供述ヲ調書ニ記載シテ明確ニス可キナリ去レハ數人ノ鑑定

人ヲ訊問スルトキハ各別ニ訊問ス可キモノトス次ニ書面ニテ意見ヲ述ヘシム可キトキハ證據決定

中ニ意見書ヲ裁判所ニ差出ス可キ期日ヲ定メ之ヲ掲クルヲ以テ足ル可シ勿論證人訊問ノ規定ヲ全部適用スルヲ得スト雖モ宣誓ハ鑑定ヲ爲ス前ニ之ヲ爲サシム可シ(今村氏七)

○鑑定ノ不十分ト再鑑定 鑑定人ノ意見ヲ信用スルト否トハ裁判所ノ自由ナル採量ニ依ル此點ニ付テハ職權ヲ以テ命シタル鑑定人ノ意見タルト申立ニ因ル鑑定人ノ意見ナルトニ依リ法律上ノ差異アルコトナシ裁判所ハ鑑定人ノ多數ノ一致シタル意見ニ拘束サル可キモノニ非ス少數意見ニ從フモ可ナリ若シ再鑑定ヲ必要ナリト認ムルトキハ同一鑑定人又ハ新ナル鑑定人ニ鑑定ヲ命スルコトヲ得(ガウプ四)

第三百三十一條 受訴裁判所ハ鑑定人ノ任命ヲ受命判事又ハ受託判事ニ委任スルコトヲ得此場合ニ於テハ受命判事又ハ受託判事ハ第三百二十四條及ヒ第三百三十條第一號並ニ第二號ノ規定ニ依リ受訴裁判所ニ屬スル權ヲ有ス

〔學說〕

○鑑定ノ囑託 本條ハ鑑定ヲ以テスル證據調ヲ受命判事又ハ受託判事ニ委任スルコト及ヒ其委任ヲ受ケタル判事等ノ權限ヲ定メタルモノニ外ナラス(今村氏七)

〔判決例〕

○鑑定人訊問ヲ委任スル場合證據決定ノ要否 裁判所カ鑑定人ノ選定ヲ受託判事ニ委任スルコトヲ得ルハ民事訴訟

法第三百三十一條ノ規定スル所ニシテ之ヲ委任スルコトヲ證據決定ニ掲クルニ非サレハ委任スルヲ得サルノ規定ナシ(大正元年二九卷一〇五六頁)

第三百三十一條 鑑定人ハ日當、旅費及ヒ立替金ノ辨濟ヲ請求スルコトヲ得此場合ニ於テハ第三百二十一條ノ規定ヲ準用ス

〔學說〕

○鑑定人ノ權利 本條ニ所謂立替金トハ鑑定ヲ爲スニ付キ特別ニ要シタル費用例ヘハ鑑定ノ爲メ藥品ヲ買入レタル費用ノ如キヲ謂フ(今村氏七)而シテ鑑定人ノ此等ノ請求權ハ國庫ニ對シテ發生スルモノニシテ通常訴訟ヲ以テシテハ訴求スルヲ得サルモノトス(ガウプ四)尙ホ第三二一條(學說ノ部)並ニ岩田氏五八〇頁參照

第三百三十三條 特別ノ知識ヲ要セシ過去ノ事實又ハ事情ニシテ其實驗アル者ノ訊問ニ因リテ確定ス可キトキハ人證ニ付テノ規定ヲ適用ス

〔學說〕

○鑑定證人ノ意義 鑑定證人モ亦證人ナリ只普通ノ證人ト異ナルトコロハ過去ノ事實又ハ事情ニ付キ特別ノ専門智識ヲ以テ感得シタルトコロヲ供述スル點ニ存ス例ヘハ醫師ニ付キ過去ニ於テ診察シタル一患者ノ症狀ヲ供述セシムル場合ノ如シ斯ノ如キハ證人ナルカ故ニ必ス當事者ヨリ指名シテ申立ツルコトヲ要シ宣誓並ニ日當等モ亦普通證人ニ對スルト同一ナルヲ要ス(ソエヘルト)

○鑑定人ト證人 一人カ同一訴訟ニ於テ鑑定人ニシテ同時ニ證人タルコトヲ得例ヘハ一患者ノ過去ノ病氣ヲ診察シタル醫師ヲ證人トシテ其症狀ヲ訊問シタル後該症狀ニ付キ果シテ他人ノ不法行為ニ因リ蒙リタル創傷ナリヤ否ヤヲ鑑定セシムル場合ノ如シ此場合ハ兩資格併存スルヲ以テ鑑定人トシテノ宣誓ト證人トシテノ宣誓トヲ併セ爲サシム可ク日當等ハ高キ鑑定人トシテノ率ニ據リ給ス可キモノトス(ガウプ四一四條註)
(ゾエヘルト同條註)

〔判決例〕

- 事物ノ表明ニ係ル鑑定ト人證ニ付テノ規定準用 鑑定ノ事項カ事物其物ノ表明ニ係ルトキハ民事訴訟法第三百三十三條ニ所謂人證ニ付テノ規定ヲ適用ス可キモノニ非ス(二八年三 卷六三頁)
- 過去ニ屬スル商品ノ市價ノ鑑定ト適用規定 過去ニ屬スル商品ノ市價カ幾何ナリシヤヲ鑑別セシムル場合ニハ鑑定ニ關スル規定ヲ適用ス可キモノニ非スシテ民事訴訟法第三百三十三條ニ依リ人證ニ付テノ規定ヲ適用ス可キモノトス(三七年二六卷 一四〇四頁)
- 係争時日ニ於ケル慣習ノ存否ト證明方法 係争時日ニ於テ或ル慣習ノ存在シタルヤ否ヤハ民事訴訟法第三百三十三條ニ所謂過去ノ事實ニ該當スルカ故此等ノ事實ニ實驗アル者ノ訊問ニ依リ之ヲ證明スル場合ハ同條ニ依リ人證ニ關スル規定ヲ適用ス可キモノトス(三八年一 卷三三頁)
- 供託ヲ爲スニ付テノ慣習ノ存否ト證明方法 他人ヲ喚問シテ某地方ノ辯護士カ訴訟上金庫ニ供託ヲ爲ス場合ニ於ケル慣習ノ存否ヲ立證スル場合ニハ民事訴訟法第三百三十三條ニ依リ人證ニ付テノ規定ヲ適用ス可キモノトス

(三八年一九卷 一一六七頁)

○鑑定證人ニ鑑定人ノ規定ヲ適用シタル鑑定ノ效果 民事訴訟法第三百三十三條ニ依リ人證ニ付テノ規定ヲ適用シテ訊問ス可キ鑑定人ニ對シ單純ナル鑑定人ニ付テノ規定ヲ適用シテ鑑定ヲ命シタル場合ト雖モ當事者ニ於テ何等ノ異議ヲ述ヘサルトキハ自カラ責問權ヲ拋棄シタルモノナレハ之ヲ以テ上告ノ理由トスルヲ得ス(三九年七卷 四一一頁)

第八節 書 證

〔學 說〕

- 證書ノ意義 證書トハ一ノ書面ニシテ其内容即チ趣旨ニ依リ訴訟手續ニ於テ證據ニ供ス可キモノヲ謂フ故ニ證書ハ訴訟手續ニ於テ證據方法トシテ使用セララル書面ニシテ其内容ノ證據ト爲ル可キモノヲ謂フ(仁井田氏 三三六頁)
- 書面ノ意義 書面トハ一般ニ使用スル符號ニ依リテ示シタル吾人ノ意思又ハ思想ヲ記載スル物件ナリ從テ書面ノ趣旨ハ其作成者ニ非サルモ之ヲ了解スルコトヲ得ルモノトス(仁井田氏同上 田氏五八四頁)
- 書證ト檢證竝ニ自白ノ區別 證書トハ物體ノ上ニ表顯スル符號ヲ謂フ若シ證書ノ觀念ヲ立ツルニ物體ノ上ニノミ著眼スルトキハ書證ト檢證トノ觀念ハ混同スルニ至ル可シ次ニ又思想ノミニ重キヲ措キ毫モ物體ニ著眼セサルトキハ書證ハ證言若クハ自白ト區別スルコト能ハサルニ至ル可シ(板倉氏三 三六頁)

◎證書ノ種類

(甲)證書ハ作成者ノ如何ニ依リ公正證書私署證書ニ區別スルコトヲ得
(一)公正證書トハ官公吏カ其資格ニ於テ法律ニ定メタル形式ニ從ヒ其權限内ニ於テ作成シタル證書ヲ謂フ

(二)私署證書トハ一人ノ作リタル書類ニシテ其作成ノ目的形式ノ一定セサルモノヲ謂フ
(乙)又證書ハ作成ノ形式ニ依リテ左ノ如ク區別セラル

(一)原本 人ノ思想ヲ表示スル目的ヲ以テ作成セラレタル證書ヲ謂フ
(二)謄本 原本ニ包含スル内容ヲ傳達スルノ目的ヲ以テ原本ニ倣ヒテ作成セラレタル證書ヲ指稱ス謄本ハ尙ホ左ノ數種ニ分タル

(イ)正本 原本ニ代ヘテ原本ト同一ノ效用ヲ爲スコトヲ法律上定メラレタル謄本ヲ謂フ
(ロ)認證謄本 原本ト同一ナルコトヲ官吏若クハ公吏カ其職權内ニ於テ其謄本ニ附記シテ證明シタル謄本ヲ謂フ

(ハ)單純謄本 證明ヲ與ヘサル通常ノ謄本ヲ謂フ

(ニ)抄本 原本ノ一分ヲ拔萃シタル謄本ニシテ認證シタルモノト單純ノモノトアリ

(ホ)翻譯文 原本ノ内容ヲ他國ノ言語ヲ以テ表示シタル謄本ヲ謂フ(以上岩田氏)
(五八六頁)

◎證書ノ證據力 形式的證據力ト實質的證據力トニ分タル前者ハ證書ノ成立カ真正ナルトキニ於テノミ存スル證據力ニシテ後者ハ證書ノ記載事項カ係爭事實ノ判斷ノ材料ト爲リ得ヘキトキニ存ス

ル證據力ヲ謂フ(岩田氏)
(八八頁)

第二百三十四條 書證ノ申出ハ證書ヲ提出シテ之ヲ爲ス

〔學說〕

◎書證申出ノ方式 書證ノ申出ハ四箇ノ場合ニ區別スルコトヲ得 (一)舉證者自ラ證書ヲ所持スル場合 (二)證書カ相手方ノ手中ニ存スル場合 (三)證書カ第三者ノ手中ニ存スル場合 (四)證書カ官廳又ハ公吏ノ手ニ在ル場合(特ニ判決裁判所ノ手ニ在ルトキ)ニ區別セラル而シテ本條ハ其第一ノ場合ヲ規定ス即チ自己ノ手中ニ存スル證書ヲ以テ書證ノ申出ヲ爲スニハ單ニ證書ヲ援用シ又ハ證書ヲ有スル旨ヲ陳述スルノミヲ以テ足レリトセス必スヤ證書其モノヲ口頭辯論ニ於テ裁判所ニ提出スルコトヲ要ス但證書ヲ訴訟記録ニ添附スルヲ要セス(今村氏七三二頁ノエ)
(ヘルト四二〇條註)

◎書證ノ證據調 書證ニ關スル證據調手續ハ當事者ノ提供シタル書類ヲ閱覽スルコトニ依リテ之ヲ爲ス同證書ノ趣旨ニ關スル口頭ノ演述ハ之ヲ必要トセス舉證者カ證書中ノ只一分ノミヲ提出スルトキハ裁判所ハ第四百四十二條ノ場合(我第一)ヲ除キ職權ヲ以テ全部ノ提出ヲ命スルコトヲ得ス當該證據ノ價值ハ唯提出セラレタル部分ノミニ就キ之ヲ判斷ス可キナリ裁判所ニ提出シタル書類ハ相手方ニ於テ之ヲ閱覽スル權利ヲ有ス(ガウブ四)或ハ謂ハン口頭主義ノ結果トシテ當事者ヨリ口頭ヲ以テ證書ノ趣旨ヲ供述セサル限りハ判決ノ資料ト爲スヲ得スト然レトモ證據調ハ裁判所ノ爲ス可キモノニシテ口頭主義ハ當事者ノ辯論ノミニ關スルモノナレハ斯ル陳述ヲ爲スニ及ハス(仁井田氏)
(三六二頁)

第三百三十五條 舉證者其使用セントスル證書カ相手方ノ手ニ存スル旨ヲ主張スルトキハ書證ノ申出ハ相手方ニ其證書ノ提出ヲ命センコトヲ申立テテ之ヲ爲ス可シ

〔學說〕

○相手方ニ存スル書證ノ申出 本條乃至第四百二十七條(我第三四一條)ハ相手方ノ手ニ存スル證書ノ提出ニ關スル規定ナリ而シテ提出ヲ求メ得ル者ハ只當事者ノミニシテ共同訴訟人ハ相手方ニ對シ提出ヲ求メ得ル權利ヲ有スル者ノミ此申立ヲ爲スコトヲ得從參加人ハ主タル當事者竝ニ自己ノ權利ヲ理由トシテ提出ヲ求ムルコトヲ得但主タル當事者異議ヲ留メタルトキハ此限ニ在ラス又茲ニ謂フ相手方トハ申出ノ當時舉證者ニ當事者トシテ對立スル者ヲ指稱ス法律上代理人ハ其資格ニ於テ證書ヲ所持スルモ本條ノ關係ニ於テハ常ニ第三者タリ又相手方ノ從參加人モ亦第三者ノ相手方ノ共同訴訟人ハ相手方ナルモ證セラル可キ爭點ニ何等ノ利害關係ヲ有セサルトキハ此限ニ在ラス(カウブ四二一條) 苟モ本人カ提出ノ義務ヲ負擔シ且現ニ證書カ其法律上代理人又ハ本人ノ手ニ在ル以上ハ法律上代理人ニ對シテ提出命令アラントコトヲ申立ツルコトヲ得(ソエヘル同條註)

○證書ノ提出ト證書訴訟 證書訴訟及ヒ爲替訴訟ニ於テハ常ニ證書提出ノ申立ヲ爲スコトヲ得ス(ソエヘル同條註)

○證書提出命令ト私法關係 案件ニ於テ證書提出ノ命令アリタルトキト雖モ別箇ノ訴訟ニ於テ相手方ニ對シ民法上ノ規定ニ基キ證書引渡ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルハ勿論ナリ但權利拘束ノ抗辯權發生スルコトアリ(ソエヘル同條註)

第三百三十六條 相手方ハ左ノ場合ニ於テ證書ヲ提出スル義務アリ

第一 舉證者カ民法ノ規定ニ從ヒ訴訟外ニ於テモ證書ノ引渡又ハ其提出ヲ求ムルコトヲ得ルトキ

第二 證書カ其旨趣ニ因リ舉證者及ヒ相手方ニ共通ナルトキ

〔學說〕

○本條ニ依ル證書提出義務 (一)民法ノ規定ニ從ヒ引渡又ハ提出ヲ求メ得ルトキトハ例ヘハ證書カ舉證者ノ所有ニ屬シ又ハ舉證者ニ使用セシムルコトニ付テノ契約アル場合ノ如シ (二)證書カ其旨趣ニ依リテ舉證者及ヒ證書ノ所持者ニ共通ナルトキトハ證書カ其所持者及ヒ舉證者ノ間ニ於ケル法律關係ノ趣旨ヲ記載セルトキ又ハ其雙方ノ利益ノ爲ニ作成セラレタルトキ若クハ其雙方ノ間ニ於ケル法律行為ニ關スル協議ノ趣旨ヲ記載セルカ如キモノヲ謂フ相互ノ取引ヲ記載セル商業帳簿、契約書、當事者ニ共通ナル裁判書等ハ其適例ナリ若シ證書ニシテ舉證者ノミノ利益ノ爲ニ作成セラレタルトキハ其所持者ハ訴訟ニ於テ之ヲ提出ス可キ義務ヲ舉證者ニ對シテ負擔スルコト言フ埃タス(仁井田氏三五二頁) 併シ同提出ノ義務ノ性質ハ一般的公法上ノ義務(證人義務ノ如キ)ニ非サルハ勿論私法上ノ義務ニモ非ス一種ノ訴訟法上ノ義務ニ外ナラス(カウブ四二二條註)

〔學說〕

○證書提出申請ノ要件

- (一) 證書ノ表示 如何ナル證書ナルヤヲ相手方ニ於テ知り得ル程度ニ表示スルヲ要ス
- (二) 證ス可キ事實ノ表示 是レ證セントスル事實ノ重要ナリヤ否ヤノ調査ニ必要ナルカ爲メナリ
- (三) 證書ノ旨趣 是レ相手方ノ陳述ヲ容易ナラシムル爲メト第四百二十七條(我第三)ノ先驅トシテ必要ナルカ爲ニ外ナラス右内容ノ記載ハ抄本ノ提出ヲ以テ之ニ代フルコトヲ得
- (四) 相手方ニ存スル旨ノ主張 單ニ斯ル主張ヲ爲スヲ以テ足り敢テ疏明ヲ必要トセス
- (五) 義務ノ原因 第四百二十二條(我第三)又ハ第四百二十三條(我第三)所定ノ原因ヲ記載スルヲ要ス(以上ガウプ、レエヘルト四二四條註)

○要件欠缺ノ效果 右ノ要件ヲ具備セサルトキハ申立ヲ不適法トシテ却下ス可ク適法ノ申立アリタルトキハ相手方ヲシテ意見ヲ述ヘシメ裁判ヲ爲ス可キモノトス(岩田氏六〇〇頁)

第三百二十九條 裁判所ハ證書ニ依リ證ス可キ事實ノ重要ニシテ且申立ヲ正當ナリト認ムル場合ニ於テ相手方カ證書ノ其手ニ存スルコトヲ明白スルトキ又ハ申立ニ對シ陳述セサルトキハ證據決定ヲ以テ證書ノ提出ヲ命ス

〔學說〕

○證書提出ニ關スル裁判

(一) 裁判所ハ申立カ前條ノ要件ヲ具備スルヤ否ヤヲ調査シ若シ理由ナシトスルトキハ之ヲ却下ス可シ而シテ裁判ノ形式ハ爭ナケレハ決定ニ依リ爭アル場合ハ中間判決又ハ終局判決ノ理由ニ於テ其旨ノ説明ヲ爲ス可シ右決定ニ對シテハ抗告ヲ爲スヲ得ス (二) 相手方カ證書ヲ所持スルコトヲ明白シ且提出ノ義務アルコトヲ明白スルトキハ何等ノ證據ヲ要セスシテ申立通リノ裁判ヲ爲ス可キナリ若シ又相手方カ何等ノ陳述ヲ爲サス又ハ十分ノ陳述ヲ爲ササルトキハ明白アリタルモノト看做シ證據決定ヲ以テ證書ノ提出ヲ命ス可シ (三) 法律上又ハ事實上ノ理由ニ因リ提出義務ヲ爭フトキハ是レ一ノ中間ノ爭ニ屬スルヲ以テ中間判決又ハ終局判決ノ理由ニ於テ裁判ス可シ而シテ若シ提出ノ義務アリト爲ストキハ該判決ヲ爲ス外尙ホ證據決定ヲ以テ提出ヲ命ス可キナリ (四) 之ニ反シ相手方カ所持ヲ爭フトキハ次條ニ依リテ手續ヲ了ス可シ (五) 提出申請ニ付テノ裁判ニ對シテハ如何ナル場合ト雖モ抗告ヲ爲スヲ得ス(ガウプ四二五條註)

○右ノ裁判ト關席手續 本條ノ申立ハ口頭辯論ニ於テ之ヲ爲ス可ク若シ提出義務ノ爭ノミヲ完結スル爲ニ期日ヲ定メラレ而モ相手方故ナク同期日ニ出頭セサルトキハ提出義務ニ付テハ關席判決ヲ以テ裁判ス可キナリ(レエヘルト同條註今村氏七四一頁)

〔判決例〕

○相手方證書ヲ所持セサル旨ノ申立ト訊問 當事者ノ一方カ相手方ノ手ニ存スル書證提出ノ申立ヲ爲シタル場合ニ於テハ縱令相手方カ之ヲ所持セサル旨申立ツルモ裁判所カ證書ニ依リ證ス可キ事實ヲ重要ナリト認メ且申立ヲ正

當ト爲シタルトキハ相手方本人ヲ訊問シテ其取捨ヲ決セサル可カラス(三三三頁)

◎**證書提出申請ト取捨** 當事者ノ一方ヨリ相手方ノ手ニ存スル證書ノ提出ヲ命センコトノ申立アルトキト雖モ裁判所ハ證書ニ依リ證ス可キ事實ノ重要ニシテ且申立テ正當ナリト認ムル場合ニ於テ相手方カ證書ノ其手ニ存スルコトヲ自白スルトキ又ハ申立ニ對シテ陳述セサルトキニ非サレハ證書ノ提出ヲ命ス可キ限ニ在ラス(三三三頁)

◎**理由ナキ證書提出申請ト却下** 民事訴訟法第三百三十九條第三百四十條ノ規定ハ當事者ノ一方ヨリ證書提出ノ申請ヲ受理シタル裁判所カ其申請ヲ理由アリト思料シタル場合ニ相手方ニ對シテ其提出ヲ命スルノ前提トシ遵守ス可キ手續ナレハ證書提出ノ申請カ理由ナキ場合ニ於テハ直チニ之ヲ却下スルコトヲ得ルモノニシテ右規定ノ手續ヲ履踐スルノ必要ナキモノトス(四五年三)

第三百四十條 相手方カ證書ヲ所持セサル旨ヲ申立ツルトキハ此申立ノ眞實ナルヤ否ヤヲ定ムル爲メ又ハ證書ノ所在ヲ穿鑿スル爲メ又ハ舉證者ノ使用ヲ妨クル目的ヲ以テ故意ニ證書ヲ隱匿シ若クハ使用ニ耐ヘサラシメタルヤ否ヤヲ穿鑿スル爲メ本章第十節ノ規定ニ從ヒテ相手方本人ヲ訊問ス可シ
相手方カ官廳ナルトキハ證書カ其官廳ノ保藏ニ係ラス又ハ其所在ヲ開示スルコトヲ得サル旨ノ長官ノ證明書ヲ以テ訊問ニ換フ裁判所ハ此證明書ヲ差出サシムル爲メ相當ノ期間ヲ定ム可シ

〔學說〕

◎**本條第二項適用ノ範圍** 本條第二項ノ規定ニ於ケル官廳ハ國庫カ相手方タル場合ニ限ルモノニシテ彼ノ公吏ニ係ル場合又ハ公ノ法人(例ハ市町村)等ニ係ル場合ハ之ヲ適用セス(四四頁)

第三百四十一條 證書ヲ所持スルコトヲ自白シ又ハ之ヲ所持セスト申立テサル相手方カ其證書ヲ提出ス可シトノ命ニ從ハス又ハ相手方カ所持セスト申立テタル證書ニ付キ訊問ヲ受ケテ供述ヲ爲スコトヲ拒ミタルトキ又ハ舉證者ノ使用ヲ妨クル目的ヲ以テ故意ニ證書ヲ隱匿シ若クハ使用ニ耐ヘサラシメタルコトノ明確ナルトキハ舉證者ノ差出シタル證書ノ謄本ヲ正當ナルモノト看做ス若シ謄本ヲ差出ササルトキハ裁判所ハ其意見ヲ以テ證書ノ性質及ヒ旨趣ニ付キ舉證者ノ主張ヲ正當ナリト認ムルコトヲ得
前條第二項ニ掲ケタル證明書ヲ裁判所ノ定メタル期間内ニ差出ササルトキハ相手方タル官廳ニ對シ前項ト同一ノ結果ヲ生ス

〔學說〕

◎**提出命令等不遵守ノ效果** 提出命令ハ之ヲ強制執行ノ方法ニ依リテ實行スルヲ得ス其不遵守ハ單ニ本條所定ノ效果ヲ生スルニ止マル而シテ同效果即チ證書ノ内容及ヒ性質ニ關スル提出申立者ノ主張ノ眞實ナラサルコト並ニ提出セラレタル謄本ノ不正ナルコトヲ明カニスル爲メノ舉證ハ第一

二審ヲ通シテ許サレサルモノトス蓋シ本條所定ノ懈怠ノ效果ハ反證ニ依リテ之ヲ除去スルコトヲ得サルモノナレハナリ(ソエヘルト四二七條註)

第三百四十二條 舉證者其使用セントスル證書力第三者ノ手ニ存スル旨ヲ主張スルトキハ書證ノ申出ハ其證書ヲ取寄スル爲メ期間ヲ定メンコトヲ申立テテ之ヲ爲ス

〔學說〕

○第三者所持ノ證書 茲ニ第三者トハ第四百二十一條(我第三三五條)ニ從ヒ提出ノ申請ヲ受ケ得サル者ヲ謂フ舉證者ノ共同訴訟人、從參加人竝ニ訴訟ヨリ脫退シタル當事者ハ何レモ本條ニ所謂第三者ナリ(ソエヘルト四二八條註) 第三者カ當事者ノ求ニ應セサルトキト雖モ中間訴訟トシテ裁判スルヲ得ス權利者ハ別箇ノ訴訟ヲ以テ之ヲ訴求スル外ナシ要スルニ本條ハ第三者ノ手ニ存スル證書ヲ以テスル書證ノ申出ノ規定ニシテ同申出ハ舉證者カ證書ヲ取寄スル迄訴訟ヲ停止ス可キ目的ヲ以テ其期日ヲ定メンコトヲ申立ツルモノトス而シテ裁判所カ同申立ヲ許シ期間ヲ定メタルトキハ其間ハ自ラ訴訟ノ停止ヲ來スモノトス但第八十四條以下ノ中止ト其性質ヲ異ニス(今村氏七四八頁ガカウ四二八條註) 終ニ同申立ハ口頭辯論ニ於テ之ヲ爲ス可キハ勿論ニシテ且疏明スルヲ要ス(第三四四條我第二六二條) 證書訴訟ニ於テハ本條ノ申立ヲ爲スコトヲ得ス(ソエヘルト四二八條註)

第三百四十三條 第三者ハ舉證者ノ相手方ニ於ケルト同一ナル理由ニ因リ證

書ヲ提出スル義務アリ然レトモ強テ證書ヲ提出セシムルコトハ訴ヲ以テノミ之ヲ爲スコトヲ得

〔學說〕

○第三者ニ對スル證書提出ノ訴訟 第三者ハ舉證者トノ間ニ第三百三十六條第三百三十七條ノ理由アルトキハ證書提出ノ義務アリ但第三百三十七條ノ義務ノ如キハ相手方ノ從參加人ノミニ生シ普通ノ第三者ニハ生スルコトナシ本條ノ規定ニ從ヒ舉證者ヨリ第三者ニ訴ヲ起サントスルトキハ一般ノ原則ニ從ヒテ管轄裁判所ニ提起ス可ク原告タル舉證者ハ其請求原因ヲ述ヘ且普通ノ證據方法ニ依リテ立證セサル可カラス、提出ス可シトノ判決ハ強制執行ニ適シ尙ホ損害アラハ其賠償ヲモ求メ得ヘシ(今村氏七四八頁ソエヘルト四二九條註)

第三百四十四條 第三百四十二條ニ從ヒ申立ヲ爲スニハ第三百三十八條第一號乃至第三號及ヒ第五號ノ要件ヲ履ミ且證書力第三者ノ手ニ存スルコトヲ疏明ス可シ

第三百四十五條 證書ニ依リ證ス可キ事實ノ重要ニシテ且其申立カ前條ノ規定ニ適スルトキハ裁判所ハ證書提出ノ期間ヲ定ム可シ

第三者ニ對スル訴訟ノ完結シタルトキ又ハ舉證者カ訴ノ提起、訴訟ノ繼續又

ハ強制執行ヲ遅延シタルトキハ相手方ハ前項ノ期間ノ滿了前ト雖モ訴訟手續ノ繼續ヲ申立ツルコトヲ得

〔學說〕

◎本條ノ趣旨 證書ニ依リテ證セラル可キ事實重要ナラサルトキハ特ニ裁判ヲ爲スヲ要セス終局判決ノ理由ニ於テ說示スルヲ以テ足ル之ニ反シ事實ヲ重要ナリト爲ストキハ決定ヲ以テ證書ヲ提出スル爲メノ期間ヲ定ム可キナリ該決定ハ日頭辯論ニテ爲サルモノナレハ抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルヲ得ス同期間經過後ト雖モ裁判所ハ職權ヲ以テ辯論期日ヲ定ムルコトヲ得ス當事者ノ期日指定ノ申請ヲ埃タサル可カラス(ソエヘルト四三一條註)

第三百四十六條 舉證者其使用セントスル證書カ官廳又ハ公吏ノ手ニ存スル旨ヲ主張スルトキハ書證ノ申出ハ證書ノ送付ヲ官廳又ハ公吏ニ囑託セラレシコトヲ申立テテ之ヲ爲ス

此規定ハ當事者カ法律上ノ規定ニ從ヒ裁判所ノ助力ナクシテ取寄スルコトヲ得ヘキ證書ニハ之ヲ適用セス

官廳又ハ公吏カ第三百三十六條ノ規定ニ基キ證書ヲ提出スル義務アル場合ニ於テ其送付ヲ拒ムトキハ第三百四十二條乃至第三百四十五條ノ規定ヲ適

用ス

〔學說〕

◎受訴裁判所保管ノ書類ノ取寄 記録又ハ證書カ受訴裁判所(又ハ同一裁判所内ノ他ノ部)ノ保管ニ係ルモノナルトキハ別ニ本條ニ所謂取寄ノ申立ヲ爲スニ及ハス單ニ口頭辯論ニ於テ當該書類ヲ表示シテ援用スルコトヲ得ヘク受訴裁判所ハ即座ニ同書類ヲ取寄ス可シ(ソエヘルト四三一條註ガウブ同條註)從テ右書類ノ取寄ニハ證據決定ヲ爲スヲ要セス又民事訴訟用印紙法ニ定ムル證據申請ニ關スル印紙ヲ貼用スルニモ及ハス(校閱者)

◎當事者自ラ取寄セ得ヘキ書類 當事者カ法律ノ規定上自ラ取寄セ得ヘキ書類トハ例ヘハ登記簿ノ謄本抄本、戶籍簿ノ謄本抄本、訴訟記録ノ正本抄本若クハ謄本等ノ如ク關係人カ自ラ當該官廳又ハ公吏ノ役場ニ就テ付與ヲ求メ得ヘキ場合ヲ謂フ(今村氏七五六頁)

〔判決例〕

◎一件記録ニ添附シ在ル官吏ノ報告書ト送付申立ノ要否 官吏ノ作成シタル報告書ニシテ一件記録ニ添附セラレ理ニ裁判所ニ提出シ在ルモノニ付テハ民事訴訟法第三百四十六條ニ規定スル證書送付ノ申立ヲ爲ス可キモノニ非ス從テ舉證者ハ唯之ヲ援用スレハ足ルモノトス(三九年一四卷八二八頁)

第三百四十七條 證據決定ヲ爲シタル後第三百四十二條及ヒ第三百四十六條

ノ規定ニ從ヒ書證ヲ申出テタル場合ニ於テ證書取寄ノ手續ノ爲ニ訴訟ノ完結ヲ遅延スルニ至ル可ク且裁判所ニ於テ原告若クハ被告カ訴訟ヲ遅延スル故意ヲ以テ又ハ甚シキ怠慢ニ因リ書證ヲ早く申出テサリシコトノ心證ヲ得タルトキハ申立ニ因リ其書證ノ申出ヲ却下スルコトヲ得

〔學說〕

○證據申請ノ却下 本條所定ノ條件アリトシ證據申出ヲ却下シタル後ト雖モ判決ニ接著スル口頭辯論ノ終結前ニ該證書ヲ提出シタルトキハ尙ホ之ヲ利用スルヲ^{ケス}（^{ソエヘルト}四三三條註）

第三百四十八條 口頭辯論ノ際證書ヲ提出スルニ於テハ其毀損若クハ紛失ノ恐アリ又ハ他ノ顯著ナル障礙アルトキハ受命判事又ハ受託判事ノ面前ニ證書ヲ提出ス可キ旨ヲ命スルコトヲ得
受命判事又ハ受託判事ハ證書ノ明細書及ヒ其謄本ヲ調書ニ添附シ又證書ノ一分ノミ必要ナルトキハ第一百七條第二項ノ規定ニ從ヒテ作りタル抄本ヲ之ニ添附ス可シ

〔學說〕

○毀損紛失ノ虞アル證書ノ提出 (一)本條ニ所謂紛失毀損ノ虞アル場合トハ例ヘハ古書類ニ係リ又ハ他ニ需メ難キ書類ニシテ遠路受訴裁判所ニ遞送スルハ危險ナルカ如キヲ謂ヒ又顯著ナル障礙トハ例ヘハ達隔ノ地ニ在ル商業帳簿ヲ使用セントスル書證ノ申出ヲ爲ス場合又ハ公簿ヲ使用セントスル書證ノ申出ヲ爲ス場合ノ類ニシテ之ヲ取寄スルトキハ營業又ハ公務ノ上ニ著シキ障礙ヲ生スルニ至ルコトアルカ如シ(今村氏七五〇頁) (二)本條ノ證據調ハ受訴裁判所ニ於テ之ヲ爲ストノ所謂直接審理主義ノ一例外ヲ爲スモノニシテ舉證者ノ提出ニ係ル書證タルト相手方又ハ第三者ヨリ提出シタルモノナルトヲ問ハス必スシモ當事者又ハ第三者ノ申出アルヲ要セス裁判所ハ口頭辯論ニ於テ決定ヲ以テ受命判事又ハ受託判事ヲシテ取調ヘシム可キ旨ヲ言渡ス可キモノナリトス(カウナ四三四條註ソエヘルト同條註)

第三百四十九條 公正證書ハ正本又ハ認證ヲ受ケタル謄本ヲ以テ之ヲ提出スルコトヲ得然レトモ裁判所ハ舉證者ニ正本ノ提出ヲ命スルコトヲ得
私署證書ハ原本ヲ以テ之ヲ提出ス可シ若シ當事者カ未タ提出セサル原本ノ眞正ニ付キ一致シ只其證書ノ效力又ハ解釋ニ付テノミ爭ヲ爲ストキハ謄本ヲ提出スルヲ以テ足ル然レトモ裁判所ハ職權ヲ以テ舉證者ニ原本ノ提出ヲ命スルコトヲ得
提出シタル謄本ニ換ヘテ正本又ハ原本ヲ提出ス可キ旨ノ命ニ從ハサルトキ

ハ裁判所ハ心證ヲ以テ謄本ニ如何ナル證據力ヲ付ス可キヤヲ裁判ス

〔學說〕

○提出ス可キ證書ノ種類 公正證書ヲ以テ立證セントスルトキハ正本又ハ認證謄本ヲ以テ原本ニ換ヘ提出スルコトヲ得ヘク此等ノ書類ハ原本ト同一ノ證據力ヲ有ス可シ但相手方ヨリ右正本又ハ謄本ノ記載カ原本ト異ナル旨ノ反證ヲ提出スルコトヲ得ルハ勿論ナリ又裁判所ハ職權又ハ申立ニ因リ原本ノ提出ヲ命スルコトヲ得(マエヘルト四三五條註)次ニ本條第二項ハ私署證書ニ關スル規定ニシテ官公文書ト異ナリ正本又ハ認證シタル謄本ナシ是レ原本ノ提出ヲ本則トシ只爭ナキ場合ニ限り謄本ヲ提出シ得ルモノトセリ(今村氏七六三頁)

○提出命令違背ノ效果 本條ニ依ル命令ハ口頭辯論ニ於テ裁判所ノ決定ヲ以テ之ヲ爲ス可キナリ從テ之ニ對シテ不服ヲ申立ツルヲ得ス(ガウブ四三五條註)而シテ茲ニ證據力ニ付キ裁判ス可シト在ルハ特ニ判決又ハ決定ノ方式ニ據リテ證據力ヲ裁判ス可シトノ意義ニ非ス終局判決ノ理由中ニ之ニ關スル判斷ヲ爲スヲ以テ足ル(岩田氏六〇八頁)

〔判決例〕

○成立ニ異議ナキ他事件ノ證人訊問調書寫ト證據力 他事件ノ證人訊問調書ノ寫ヲ證據ト爲シタル場合ニ於テ相手方カ該證書ノ成立ヲ認メタル以上ハ其正本若クハ認證謄本ヲ提出スルコトヲ要セス(三七年二四卷一二七六頁)

第三百五十條 舉證者ハ證書ヲ提出シタル後ハ相手方ノ承諾ヲ得ルトキニ限り此證據方法ヲ拋棄スルコトヲ得

〔學說〕

○證書ニ依ル證據方法ノ拋棄 證書ハ口頭辯論ニ於テハ受訴裁判所ニ又第四百三十四條(我第三四八條)ノ場合ニ於テハ受命判事若クハ受託判事ニ之ヲ提出シタル後ハ該證書ハ相手方ト共同ノ證據タル性質ヲ帶フルニ至ルカ故ニ相手方ノ承諾アルトキニ限り拋棄スルコトヲ得ト規定セルモノナリ但書記課ニ該書類ヲ差出シタルコト竝ニ準備書面中ニ該書類ヲ表示シタルコトノミニテハ未タ本條ニ所謂書類ノ提出ニハ非ス(マエヘルト四三六條註今村氏七六四頁)

○拋棄ノ效果 有效ナル拋棄アルトキハ裁判所ハ該證據方法ヲ裁判ノ資料ト爲スヲ得サル結果ヲ生ス但之カ爲ニ相手方カ已ニ第三百三十七條ニ依リ取得セル證書提出要求權ニハ何等ノ影響ヲ及ホスコトナシ(仁井田氏三五五頁ガウブ同條註)

〔判決例〕

○相手方カ取消ヲ承諾セサル證據方法ト探證 一方カ取消シタル證據ニ付キ相手方カ其取消ヲ承諾セサルトキハ之ヲ證據トシテ採用スルモ不法ニ非ス(二八年三卷一四頁)
○相手方ノ承諾ト證據方法拋棄ノ效果 相手方ノ承諾ヲ得テ拋棄シタル書證ニ基キ事實ヲ確定シタル裁判ハ提出セ

サルモノヲ提出シタルモノトシテ不當ニ事實ヲ確定シタル違法アルモノトス(二八年四卷九二頁)

第三百五十一條 公正證書又ハ檢眞ヲ經タル私署證書ヲ偽造若クハ變造ナリト主張スル者ハ其證書ノ眞否ヲ確定センコトノ申立ヲ爲ス可シ
此場合ニ於テハ裁判所ハ其證書ノ眞否ニ付キ中間判決ヲ以テ裁判ヲ爲ス可シ

〔學說〕

○證書ノ眞否確定ノ申立 本條ノ規定ハ舊民法證據編第四十七條ノ規定ニ基因スルモノニシテ本條所定ノ證書ハ之ヲ一應形式的證據力アリト爲シ其偽造變造ナルコトヲ主張スル者アルモ單ニ其抗辯ノミヲ以テ足レリトセス中間ノ爭トシテ眞否確定ノ中間判決ヲ埃ツニ非サレハ其證據力ニ影響ナキモノトセリ(加藤氏法學志林一四六號今村氏七六五頁板倉氏二四二頁)

○第三者作成ノ證書ト其否認 (一) 第三者作成名義ノ文書ハ相手方ニ於テ之ヲ否認セハ提出者カ其眞正ナルコトヲ證明スルニ非サレハ證據力ナシ(板倉氏二四二頁岩田氏五九〇頁) (二) 第三者作成名義ノ文書ハ相手方ノ否認アルモ其形式的効力ヲ喪フコトナシ(大審院判例)(校閱)(決參照)(者)

○檢眞ヲ經タル證書ノ意義 (一) 同一事件ニ於テ檢眞ヲ經テ眞正ナリト裁判セラレタルモノノ謂ニ非ス他ノ訴訟ニ於テ檢眞ヲ經テ眞正ナリトノ確定判決ヲ經タルモノ又ハ檢眞カ確定判決ノ理由中ニ包含セラレテ確定シタルモノニ限ル(大審院判例)(校閱)(決參照)(者) (二) 檢眞ヲ經タル證書トハ之ニ關シテ檢眞

手續ヲ終結シタルモノノ義ナリ(加藤氏法學志林一〇〇號高木氏六四二頁仁井田氏三四六頁)

〔判決例〕

○官廳ニ保存ノ山林原野地調帳ノ性質 人民ノ進達ニ依リ官廳ニ保存セラレタル山林原野地調帳ハ法律上ノ所謂公正證書ニ非ス又之ニ付テ變造ノ申立ヲ爲シタルコトモナケレハ民事訴訟法第三百五十一條ニ據リテ中間判決爲ス可キモノニ非ス(二六年二卷三八五頁)

○公正證書ノ證據力 凡ソ公正證書ナルモノハ之ヲ偽造若クハ變造ナリトシテ其證據力ヲ廢滅セシメントスルニハ先ツ偽造若クハ變造ナリトノ中間判決ヲ絶テ其事實ヲ確カメサル可カラズ然ラサレハ其證據力ヲ廢滅セシムルヲ得ス(二七年三卷二二七頁)

○檢眞ヲ經テ眞實ト確定セシ私署證書ノ證據力 一、檢眞ヲ經テ眞實ト決定セシ私署證書ハ完全ナル證據力ヲ有スルカ故ニ公正證書ト同シク對抗者ハ偽造若クハ變造ノ申立ヲ爲スニ非サレハ復タ其眞否ヲ爭フヲ得ス而シテ第一審ノ檢眞ハ控訴提起ノ爲ニ當然消滅スルモノト論斷ス可カラズ(二八年卷外三六九頁)

二、私署證書ノ眞否ニ付キ特ニ檢眞ノ手續ヲ爲シ裁判ニ依リテ其證書ハ眞正ナリト判定セラルトキハ其私署證書ハ公正證書ト同一ノ證據力ヲ有スルコトハ法文ニ於テ明カナリ即チ其證書ニ對シ偽造若クハ變造ノ主張ニ基キ更ニ眞否確定ノ申立アルマテハ裁判所ハ之ヲ眞正ノ證書トシテ裁判セサル可カラズ(二八年卷外三九九頁)
三、一旦檢眞ヲ經タル私署證書ハ否認ヲ以テ其効力ヲ採殺スルヲ得ス尙ホ其効力ヲ爭ハントスレハ必ス民事訴訟

法第三百五十一條ニ依リ偽造ノ申立ヲ爲シ眞否確定ノ裁判ヲ求メサル可カラス(二八年卷外) 五二〇頁

○檢眞ヲ經タル證書ノ意義 檢眞ヲ經タル證書トハ書類ノ對照其他鑑定ノ結果等ニ依リ裁判所カ自由ナル判斷ヲ以テ眞正ナリト認定シタル證書ヲ指稱ス(二九年三) 卷一六頁

○眞否確定ノ申立ト判決ノ方法 公正證書又ハ檢眞ヲ經タル私署證書ニ對シ眞否確定ノ申立アルトキハ中間判決ヲ以テ其眞否ヲ確定ス可キモノナリ然レトモ私署證書ノ眞否ヲ確定シタル中間判決及ヒ本案ノ終局判決ニ對スル控訴ニ付テハ一箇ノ終局判決ヲ以テ同時ニ裁判ヲ爲スハ相當ナリ(三〇年八) 卷七頁

○檢眞ヲ經タル私署證書ト眞否確定ノ申立 檢眞ヲ經タル私署證書ニ對スル眞否確定ノ申立ハ其證書カ他事件ニ於テ檢眞ヲ經其事件ノ既ニ終局シタル場合ニ限り之ヲ爲シ得ヘキモノニシテ同一事件ニ於テ本案裁判前ニ檢眞ノ裁判アルモノニ對シテ直チニ眞否確定ノ申立ヲ爲スコトヲ得サルモノトス(三三年二) 卷七八頁

○公正證書ト眞否確定ノ申立 商法第四百四十二條第二項ニ依リ町役場ニ問合ヲ爲シタル場合ニ於テ町長カ其問合ニ對シテ作りタル書面ハ公正ノ證書ナレハ其效力ヲ爭ハント欲スル者ハ眞否確定ノ申立ヲ爲ササル可カラス(三一年一) 卷三八頁

○申立ナキニ公證ノ効ナキ公正證書ノ性質ヲ判斷スルノ當否 當事者ヨリ證書ノ眞否ヲ確定センコトノ申立アラサル場合ニ於テ公證ノ効ナキ公正證書ヲ以テ普通ノ證書ナリト判斷スルカ如キ裁判ハ中間判決ヲ以テ爲スコキモノニ非ス(三六年一) 卷八九頁

○本條適用ノ範圍 民事訴訟法第三百五十一條ハ檢眞ノ裁判確定シタル私署證書ヲ指シテ之ヲ偽造若クハ變造ナドト主張スル場合ニ限り適用ス可キモノニシテ檢眞ノ裁判未タ確定セサル場合ニハ之ヲ適用スルコトヲ得ス(三九年二)

四卷一四
三五頁

第三百五十二條 私署證書ノ眞否ニ付キ爭アルトキハ裁判所ハ舉證者ノ申立

ニ因リ檢眞ヲ爲スコトヲ得

〔學 說〕

○檢眞ノ意義 本條ノ淵源ハ舊民法證據編第二十條ノ規定是ナリ(今村氏七) 檢眞トハ訴訟當事者間ニ成立シタリト稱スル私署證書若クハ舉證者ノ相手方ト第三者トノ間ニ成立セル私署證書ノ成立ノ眞否ニ付キ爭アル場合ニ舉證者ノ申立ニ因リ裁判所カ其成立ノ眞否ヲ判定スル手續ヲ謂フ從テ檢眞ノ目的物タル私署證書ハ第三者間若クハ舉證者ト第三者間ニ成立シタルモノニ非サルトキニ限ラル(岩田氏五) 卷九一頁

〔判決例〕

○單ニ鑑定ノ事項ノミヲ掲ケタル檢眞申立ト檢眞手續 檢眞申立書中單ニ鑑定ノ事項ノミヲ掲ケタルトキハ鑑定ノ申出ト看做シ其手續ヲ盡セハ可ナリ(二八年三) 卷八八頁

○印影ノ檢眞ト確定ノ時期 印影ノ眞否ハ一タヒ檢眞ヲ經タルノミニシテハ確定ノ效力ヲ有セス其訴訟事件終結ノ後ニ至リ確定スルモノトス(二九年一) 卷八五頁

○私署證書ノ眞否證明ノ方法 私署證書ノ眞否ニ付キ爭アルトキハ必スシモ檢眞ノ方法ニ依ルヲ要セス諸般ノ立證

方法ヲ以テ其證書ノ確實ナルコトヲ證明スルヲ得(二九年一)

○證書ノ期限ノミノ争ト檢眞ノ要否 證書ノ成立ヲ認め單ニ其期限ノ文字ニ變更アリトシテ争フ場合ニ於テハ檢眞ノ手續ニ依ルヲ要セス(三〇年三)

○檢眞裁判ト不服ノ申立 第一審ノ檢眞ノ裁判ニ對シ不服アルトキハ本案ノ控訴ト共ニ不服ヲ申立テ其判斷ヲ受ク可キモノトス(三〇年五)

○檢眞裁判ノ效力 檢眞裁判ハ普通ノ中間判決ト同一ニシテ一旦其裁判ニ對シ不服ノ申立アリタルトキハ第二審裁判所ニ對シ羈束力ヲ有ス可キモノニ非ス(三〇年五)

○檢眞裁判ヲ爲スノ時期 私署證書ノ檢眞裁判ハ本案ノ裁判前ニ之ヲ爲ササル可カラサル規定ナキヲ以テ本案ノ裁判ト同時ニ之ヲ爲スモ違法ニ非ス(三一年四)

○本案裁判ト同時ニ爲ス檢眞裁判ノ方式 本案ノ裁判ト同時ニ檢眞ノ裁判ヲ爲ストキハ特ニ其主文ヲ掲クルヲ要セス本案ノ裁判ノ理由中ニ檢眞裁判ヲ爲シタル所以ノ理由ヲ説明スレハ足レリ(三一年四)

○契約ノ成否ト檢眞 檢眞ハ私署證書ノ眞否ニ付キ争アル場合ニ於テ記名者ノ印章若クハ手跡等ヲ對照シ以テ其眞否ヲ判斷スルニ止マリ眞否ノ争ニ關セサル契約ノ成否ヲ裁判スルモノニ非ス(三二年八)

○證書ノ署名文字ト他ノ文字トノ異同ヲ認定スル判斷ノ性質 當事者ノ署名ニ係ラサル證書中ノ署名文字ト他ノ文字トヲ對照比較シテ其異同ヲ判定シ以テ其證書ノ效力ヲ判斷スルカ如キハ一ノ證據調ニシテ證書ノ檢眞ニ非ス(三三年四)

○檢眞申立人ノ資格 檢眞ノ申立ハ私署證書ノ眞否ニ付キ争アル場合ニ於テ其私署證書ニ依リテ證明セント欲スル者ニ限り之ヲ爲シ得ヘキモノニシテ其相手方カ之ヲ申立ツルハ不違法ナリ(三四年一)

○檢眞ヲ爲ス可キ證書ノ範圍 民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ舉證者ノ申立ニ因リ私署證書ノ檢眞ヲ爲スハ當事者ノ一方カ之ヲ其相手方ヨリ出テタル私署證書ナリトシテ提出シタル場合ニ限ルモノトス(三五年一)

○先代ノ記名捺印アル證書ト檢眞申立 一、私署證書ノ檢眞ハ署名者カ其眞正ヲ争フ場合ニ爲ス可キモノニシテ當事者カ其先代ノ記名捺印アル私署證書ヲ認めサル場合ニ之ヲ爲ス可キモノニ非ス(三六年一八)

二、檢眞ノ申立ハ舉證者カ作成シタルモノトシテ提出シタル私署證書ヲ相手方ニ於テ否認シタル場合ニ爲ス可キモノトス故ニ第三者又ハ舉證者ノ先代カ作成シタルモノトシテ提出シタル證書ヲ相手方カ否認シタル場合ニハ此申立ヲ爲スコト得ス(三七年一八)

○受命判事ト檢眞裁判 檢眞ノ申立ハ單純ナル證據方法ニ非スシテ争アル證據物件ニ付キ眞否ノ判斷ヲ求ムルモノナレハ受命判事ハ其争ヲ斷スルノ權限ヲ有セス從テ受訴裁判所ニ其申立ヲ爲ス可キモノトス(三九年六)

○先代ノ記名捺印アル私署證書ヲ檢眞シタル裁判ノ效力 當事者カ其先代ノ記名捺印アル私署證書ヲ認めサル場合ニ檢眞ノ手續ヲ爲スハ不法ナレトモ該當事者ニ於テ何等ノ異議ヲ申立テサルトキハ後日ニ至リ之ヲ以テ上告ノ理由ト爲スヲ得ス(三九年二〇)

○相手方カ否認セル私署證書ノ證據力 相手方カ否認スル私署證書ニシテ檢眞ノ申立ナキモノト雖モ眞正ニ成立シタルコトヲ證スルニ足ル可キ證據アル以上ハ裁判所ハ之ヲ證據トシテ採用スルコトヲ得(四〇年一)

○無争ノ私署證書ト檢眞 私署證書ノ檢眞ハ證書ノ署名者又ハ捺印者ナリト目セラレタル者カ手跡及ヒ印章ノ兩者

若クハ其一ヲ否認シタル場合ニ於テ舉證者ノ申立ニ因リ之ヲ爲ス可キモノトス從テ捺印者ト目セラレタル者カ其印章ノ眞正ヲ爭ハサル場合ニハ檢眞ヲ爲スノ要ナシ(四〇年一頁 卷五三九頁)

●檢眞ノ申立ト許否ノ裁判ノ要否 檢眞ハ舉證者ノ申立ニ因リテ爲ス裁判ナルカ故ニ其申立ニ基キ檢眞ス可キ場合ニ在リテハ特ニ許否ノ裁判ヲ爲スヲ要セス(大正元年二四頁 卷八四九頁)

●第一審ノ檢眞手續ノ效力 第一審ニ於ケル檢眞ノ手續ハ第二審ニ於テ其效力ヲ有スルモノニ非サルヲ以テ當事者カ之ヲ演述セサルニ於テハ第二審裁判所ハ之ヲ斟酌スルヲ要セス(大正三年二八頁 卷七〇三頁)

第三百五十三條 私署證書ノ檢眞ハ總テノ證據方法及ヒ手跡若クハ印章ノ對照ニ因リテ之ヲ爲ス

證書ノ眞否ヲ證セントスル當事者ハ裁判所ノ定ムル期間内ニ手跡若クハ印章ヲ對照スル爲ニ適當ナル書類ヲ提出ス可シ

眞正ナリト自白又ハ證明シタル適當ノ對照書類ナキトキハ對照ノ爲メ原告若クハ被告ニ對シ裁判所ニ於テ一定ノ語辭ノ手記ヲ命スルコトヲ得其手記シタル語辭ハ調書ノ附録トシテ之ニ添附ス可シ

裁判所ハ手跡若クハ印章ヲ對照シタル結果ニ付キ自由ナル心證ヲ以テ裁判ヲ爲シ又必要ナル場合ニ於テハ鑑定ヲ爲サシメタル後之ヲ爲ス

原告若クハ被告カ裁判所ノ定メタル期間内ニ對照書類ヲ提出セサルトキ又ハ對照ス可キ語辭ヲ手記ス可キ裁判所ノ命ニ對シ十分ナル辯解ヲ爲サステ之二從ハサルトキ又ハ書様ヲ變シテ手記シタルトキハ證書ノ眞否ニ付テ相手方ノ主張ハ其他ノ證據ヲ要セスシテ之ヲ眞正ナリト看做スコトヲ得

〔學 說〕

○檢眞ノ手續及ヒ裁判 本條所定ノ手續ヲ履ミテ檢眞ノ裁判ヲ爲ス可キモノトス注意ス可キハ手跡又ハ印影ノ對照ハ檢眞手續ノ一要件ナルコト是ナリ爾餘ノ證據方法ノミニ依ル眞否ノ確定ハ檢眞ノ手續ニ非ス(岩田氏五九二頁)而シテ檢眞ノ裁判ハ如何ナル形式ニ出ツ可キカニ付キ學說岐ル(第一說)手續終了後直チニ決定ヲ以テ裁判ス可キナリ(板倉氏二五〇頁 第二說)終局判決ノ理由中ニ説明ス可キナリ(加藤氏法學志 林一六號)

〔判決例〕

●檢眞手續ト對照物ノ取捨 檢眞ヲ爲スニ當リ上告人カ認ムルモノノ中ニ就テ之カ對照ノ取捨ハ承審官ノ職權ニ屬ス(二五年二卷一四頁)

○鑑定ト檢眞トノ區別 鑑定ト檢眞トヲ同一視ス可カラス檢眞ナルモノハ署名者ノ印章ヲ對照シ或ハ鑑定人ヲシテ之ヲ鑑定セシメ然ル後其結果ニ付キ證書ノ眞否ヲ判定ス可キモノトス故ニ單ニ鑑定ノミヲ經タルヲ以テ檢眞ヲ經

タル證書ノ效力ヲ有スト謂フヲ得ス(二五年五)

◎未提出ノ對照書類ト適否ノ判斷 證書檢眞ノ用ニ供スル書類ノ適否ハ裁判所カ書類其モノニ就キ決定ス可キモノ

ニシテ未提出ノ書類ニ對シ適否ヲ豫斷スルコトヲ得ス(二九年六)

◎手跡若クハ印章ノ眞否ヲ定ム可キ對照物 手跡若クハ印章ノ眞否ヲ定ム可キ對照物ハ當事者ニ異議ナキカ又ハ裁

判所ニ於テ特ニ適當ト判斷シタルモノナルコトヲ要ス(二九年八)

◎作成者不明ノ書類ヲ對照ノ具ニ供シタル檢眞ノ當否 檢眞ヲ爲スニ付キ何人ノ筆記ニ係ルヤ確知ス可カラサル書

類ヲ以テ對照ノ具ニ供シタル裁判ハ不法ナリ(三一年八)

◎爭アル對照書類ノ眞否ヲ判決セスシテ爲シタル檢眞ノ當否 爭アル書類ノ眞否ヲ判決セス直チニ之ヲ探テ對照ノ

材料ニ供シ判斷ヲ與ヘタルハ不法ナリ(三一年八)

◎本條第二項ニ所謂「適當ノ對照書類」ノ意義 一、當事者ノ一方カ提出シタル對照書類ニ對シ縱令相手方カ之ヲ爭フモ適當ノ對照書類ナルコトヲ證明シ得ルニ

於テハ即チ民事訴訟法第三百五十三條第二項ニ所謂適當ノ書類ナリトス(三二年九)

二、民事訴訟法第三百五十三條ニ謂フ適當ノ對照書類トハ署名者カ眞正ナリト明白シタルモノノミヲ指シタルモ

ノニ非ス他ノ證據方法ニ依リ其眞正ナルコトノ證明セラレタリト認メ得ラルルモノモ之ニ包含ス(三四年一〇)

◎證人カ任意提出シタル一定ノ語辭ノ手記ト手跡ノ眞否判斷 證人カ任意ニ一定ノ語辭ヲ手記シテ受託裁判所ニ提

出シタル場合ニハ受託裁判所ハ之ヲ以テ係争ノ手跡ノ眞否ヲ判斷ノ資料ト爲シ得ルモノトス(三九年二七卷)

第三百五十四條 提出シタル證書ハ直チニ之ヲ還付シ又適當ナル場合ニ於テ

ハ其謄本ヲ記錄ニ留メテ之ヲ還付ス可シ

然レトモ證書ノ偽造又ハ變造ナリト争フトキハ檢事ノ意見ヲ聽キタル後ニ
非サレハ之ヲ還付スルコトヲ得ス

〔學 說〕

◎謄本ノ提出 謄本ヲ記錄ニ添附スルヲ必要トスルトキハ舉證者ヲシテ之ヲ提出セシメ總テ記錄ニ
留メ置ク可キモノトス(今村氏七)

〔判決例〕

◎本條第二項ニ違背シタル裁判ノ效力 民事訴訟法第三百五十四條第二項ハ争ニ係ル證書ノ還付方ニ關スル手續ヲ
示シタルマテナレハ若シ之ニ違背シタルトキハ場合ニ依リ裁判官職務上ノ過失ト爲ルコトアリトスルモ裁判ノ當
否ニハ關係ナシ(二八年一)

◎證書還付ニ付キ檢事ノ意見ヲ聽クノ趣旨 民事訴訟法第三百五十四條第二項ハ刑事上ノ訴追ニ關係アルヲ以テ檢
事ノ意見ヲ聽キ其意見ニ任ス可キコトヲ規定シタルモノニシテ民事ノ裁判上當事者ノ曲直ニハ毫モ關係ヲ有セス
(二八年四卷)

◎謄本ヲ一件記錄ニ添附シ置カサルノ效果 民事訴訟法上當事者ノ提出セル證書ハ直チニ之ヲ提出者ニ還付スルヲ
本則トシ此場合ニ於テ必スシモ其謄本ヲ一件記錄ニ添附シ置カサルモノニ非サルノミナラス同法準備書面ニ關ス

ル規定ハ縦シ之ニ從ハサル事項アリトスルモ之カ爲メ直チニ其書面ヲ無効タラシムルモノニ非ス(三三三頁)

第三百五十五條 公正證書ノ偽造若クハ變造ナルコトヲ眞實ニ反キテ主張シタル原告若クハ被告ニ惡意若クハ重過失ノ責アルトキハ五十圓以下ノ過料ヲ言渡ス
又私署證書ノ眞正ナルコトヲ眞實ニ反キテ争フトキハ前項ト同一ナル條件ヲ以テ二十圓以下ノ過料ヲ言渡ス

〔學說〕

○理由ナキ否認ノ制裁 本條ノ處罰ハ惡意重過失等ヲ罰スルノミナラス訴訟ヲ遲滯セシムル目的ヲ以テ眞實ニ反キテ争フニ至ルカ如キ弊ヲ防カントスル趣旨ヲ兼ネタル制裁ナリトス(今村氏七三四頁)
第三百五十六條 本節ノ規定ハ事件ノ性質ニ於テ許ス限リハ事跡ノ紀念又ハ權利ノ證徴ノ爲メ作りタル割符、界標等ノ如キモノニモ之ヲ準用ス

〔學說〕

○事跡ノ紀念 例ヘハ碑銘位牌墓標ノ類ナリ(今村氏七三五頁)
○割符ノ意義 湯錢理髮料ノ如キモノヲ數回併セテ計算ス可キ約ヲ以テ其都度符木ヲ用フル場合ハ

其適例ナリ(今村氏同上)

○界標ノ意義 土地ノ境杭、境石ノ如キ其適例ナリ尙ホ本條ハ例示的ナルヲ以テ看板ノ類モ本條ノ適用アル可シ(今村氏同上)

第九節 檢證

〔學說〕

○檢證ノ意義 檢證トハ裁判官カ訴訟手續ニ於テ五官ニ依リ或ル物體ヲ實驗スルコトヲ謂フ而シテ裁判所外ニ於テ現場ニ臨ミテ檢證ヲ爲ストキハ特ニ之ヲ臨檢ト稱ス尤モ管轄地域外ニ於ケル檢證ニ當該管轄區裁判所ニ囑託シテ爲ス可キナリ(岩田氏六一一頁七井田氏三六四頁今村氏七三五頁)
○檢證物ノ範圍 檢證ノ目的物ハ物及ヒ人(當事者及ヒ第三者ノ身體)ナリ(但證書ハ次ニ述フルカ如キ理由ノ下ニ檢證物ニ非ス) 電氣ノ如キモ亦檢證物タルヲ得ルモノトス(岩田氏六一一頁七井田氏三六五頁)
○證書ト檢證物 證書ハ其物體ニ現レタル趣旨カ證明ノ原因ト爲リ檢證ノ目的物ハ其形體自體カ證明ノ原因ト爲ルモノナリ換言スレハ民事訴訟法ニ於テハ書證ハ其記載文詞ノ趣旨ニ因リ證據ニ供ス可キモノナルヲ以テ本法ニ於ケル證據方法ノ分類ニ依レハ證書ハ檢證物ニ非ス(ヘルウキツヒ六八二頁八頁板倉氏二五三頁)
○檢證物提出ノ義務 何人モ檢證物提出ノ義務又ハ檢證ヲ認容ス可キ義務ヲ國家ニ對シテ負擔スル

モノニ非ス只徒ラニ檢證物ノ提出ヲ拒ミ若クハ檢證ヲ認容セサルトキハ當事者ハ第二百八十六條
（我第二）ニ所謂裁判所ノ心證ヲ害シ事實不利益ナル裁判ヲ受クル虞アルノミ（ガウア三七一條前註仁井田
氏三六五頁板倉氏三五三頁）
但第六百五十四條（我人事訴訟）ノ解釋上禁治產事件ニ於テハ禁治產ヲ受ク可キ者ハ親シク身體上ノ
視察ヲ受ク可キ義務アリト爲ササル可カラス（ガウア同）次ニ檢證物カ文書ニシテ而モ既ニ證據方法
トシテ表示サレ在ル以上ハ證書ニ關スル條件ノ下ニ檢證ノ爲ニ其提出ヲ爲ス可キ義務アリト爲ス
（ソエヘルト）
（同條前註）

○檢證ト裁判費用 判事及ヒ裁判所書記檢證ノ爲メ實地臨檢ヲ爲スニ付テノ旅費及ヒ滞在費ハ證人
ニ準シ當事者ヨリ國庫ニ之ヲ納付ス可キモノトス（民事訴訟費用法）而シテ同金額ハ歳入トシテ當該年
度雜收入ノ款辨償金ノ項臨檢旅費辨償金ノ目ヲ以テ整理セラル可キモノナリ（二四年一〇月司會檢甲
判事及ヒ書記ハ旅費規則ノ定ムルトコロニ則リ相當ノ旅費日當ヲ受クルモノトス（校閱）

第三百五十七條 檢證ノ申出ハ檢證物ヲ表示シ及ヒ證ス可キ事實ヲ開示シテ
之ヲ爲ス

〔學 說〕

○檢證處分ノ範圍 檢證事項ハ爭アルモノニ限ルヲ通則トスルモ檢證ノ結果ニ因リ或ル場合ニ於テ
ハ當事者ノ主張セサル事項ニ涉リ判斷ヲ爲スニ至ルコトアル可シ例ハ境界爭ノ場合ニ於テハ檢
證ノ結果ニ因リ當事者ノ主張セサル線ヲ以テ境界ト爲スカ如キ是ナリ檢證ハ職權ヲ以テ檢證ヲ爲

スコトヲ得（第一）是レ爭アル事實ニ付テ證據調ヲ爲シタルモ未タ十分ナラス尙ホ現物ヲ見ルヲ必
要トスル場合又ハ當事者ノ主張事項不分明ナル場合等ニ其必要ヲ見ル（今村氏七）

第三百五十八條 受訴裁判所ハ檢證ヲ爲スニ際シ鑑定人ノ立會ヲ命スルコト
ヲ得

受訴裁判所ハ檢證及ヒ鑑定人ノ任命ヲ其部員一名ニ命シ又ハ區裁判所ニ囑
託スルコトヲ得

〔學 說〕

○檢證ト鑑定人ノ立會 受訴裁判所檢證處分ヲ爲スニ際シ鑑定人ヲシテ立會セシムルコトヲ得是レ
鑑定人ヲシテ判事ヲ補助セシムルカ若クハ鑑定準備ノ機會ヲ得セシムル目的ニ外ナラス若シ單ニ
鑑定準備ノ機會ヲ得セシムル趣旨ニ出ツルトキハ當事者間ニ爭ナキ爲メ判事自身ノ實驗ヲ必要ト
セサルコトアル可ク或ハ又婦人ノ局部ヲ檢證スルカ如キ判事自身ノ實驗トシテハ不適當ナルコト
モアル可ク斯ル場合ニ判事ハ鑑定人ノミヲシテ檢證セシメ其結果ヲ鑑定書ニ記載セシムルヲ以テ
足レリトス可シ（ガウア三七）此場合ニハ所謂裁判所ニ依ル檢證處分起ルコトナシ（ソエヘルト）
（三七二條註）

第三百五十九條 檢證ヲ爲ス際發見シタル事項ハ調書ニ記載シテ之ヲ明確ナ
ラシメ又必要ナル場合ニ於テハ調書ノ附録トシテ添附ス可キ圖面ヲ作り之

ヲ明確ナラシム可シ
若シ既ニ記録ニ圖面ノ存スルトキハ之ヲ檢證物ニ對照シ必要ナル場合ニ於
テハ之ヲ更正ス可シ

〔學 說〕

○檢證圖書ノ作成 檢證ノ結果ヲ記載ス可キコトハ第三百三十條第四號ニ規定アリト雖モ其細則ニ係
ル事項ニ付キ尙ホ規定ヲ設クルノ必要アリトシ本條ヲ置キタルモノナリ左レハ各場合ノ必要ニ應
ジ臨檢圖面ヲ作ル等檢證ノ結果ヲ明確ナラシムル手段ヲ採ル可キナリ(今村氏七
八〇頁)

第十節 本人訊問

〔學 說〕

○本人訊問ノ意義 當事者本人訊問トハ法律上代理人又ハ訴訟代理人ニ依リテ訴訟ヲ爲ス場合ニ於
テ裁判所カ當事者ノ提出セル總テノ證據ヲ取調ヘタル後尙ホ事實ノ眞否ニ付キ十分ナル心證ヲ得
サルトキ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ原告本人若クハ被告本人ヲ訊問スルコトヲ謂フ從テ當事者自
ラ訴訟ヲ爲ス場合ニハ本節ニ依ル當事者本人ヲ訊問ス可キ餘地ナシ尤モ法律上代理人ノ外訴訟代
理人アルトキハ法律上代理人ハ本節ノ適用上尙ホ本人タル地位ヲモ有ス(高木氏六
四六頁)

○本人訊問ノ性質 本節ニ於ケル本人訊問ハ一ノ證據方法ナリ而シテ他ノ總テノ證據方法ヲ取調ヘ
タル後始メテ之ヲ爲ス可キモノナルヲ以テ補充的證據ノ性質ヲ有ス(仁井田氏
三六九頁) 第一百四十四條ノ本人訊
問トノ差異ニ付テハ同條ノ〔學說〕ノ部ヲ參照ス可シ

○當事者宣誓ト本人訊問 本人訊問ハ獨逸民事訴訟法ニ於ケル當事者宣誓ニ類似ス唯我本人訊問ニ
於テハ裁判所ノ意見ヲ以テ本人ノ陳述ニ如何ナル證據力ヲ付ス可キヤヲ決ス可キモノナリト雖モ
當事者宣誓ノ場合ニハ裁判所ハ宣誓ノ趣旨ニ從ヒテ事實ヲ認メサル可カラス(仁井田氏
三七二頁)

第三百六十條 當事者ノ提出シタル許ス可キ證據ヲ調ヘタル結果ニ因リ證ス
可キ事實ノ眞否ニ付キ裁判所カ心證ヲ得ルニ足ラサルトキハ申立ニ因リ又
ハ職權ヲ以テ原告若クハ被告ノ本人ヲ訊問スルコトヲ得

〔學 說〕

○本人訊問ト相手方 申立ニ因リ本人訊問ヲ決定スル場合ニ於テハ其申立人ノ相手方ノミヲ訊問ス
ルヲ通例トスレトモ職權ヲ以テヘルトキハ裁判所ニ於テ適當ト認ムル原告若クハ被告又ハ當事者
雙方ヲ訊問ス可キ決定ヲ爲スコトヲ得(今村氏七
八三頁) 申立ニ因リ訊問ス可キ場合ト雖モ法律上何等ノ制
限ナキヲ以テ訴訟代理人ハ自己ノ代理スル本人訊問ヲ求ムルコトヲ得ト解セサル可カラス(校閱
者)

〔判決例〕

ヤモ亦前項ニ同シ

〔學 說〕

○訴訟ヲ擔任セサル法律上代理人ト本人訊問 株式會社取締役ノ如ク數人ノ法律上代理人アル場合ニ於テ其内現ニ訴訟ヲ擔任スル者ハ證人能力ナク其供述ハ本人訊問ノ形式ニ依ル可キモノナルコトハ學說ノ一致スルトコロニシテ又現ニ訴訟ヲ擔任セサル法律上代理人ハ當該訴訟ニ關シ證人能力ヲ喪フコトナシトハ是レ亦通說ノ認ムルトコロナリ(仁井田氏三〇七頁)實例モ亦然リ(校閱者)然ルニ本條第二項ニ依レハ數人ノ法律上代理人ハ訴訟ノ擔任ノ有無ニ拘限スル常ニ本人訊問ノ形式ニ於テ訊問シ得ルカ如シ然レトモ一人カ現在ノ訴訟ニ關シ本人タル資格ト證人能力トヲ同時ニ兼有スルコトハ訴訟法ノ認メサルトコロナルヲ以テ自カラ或ル學說ノ如ク法律上代理人ハ訴訟ノ擔任ノ有無ヲ問ハス常ニ證人能力ナシト爲ス可キ歟(ヘルウキツ七〇八頁)若クハ本條第二項ノ所謂法律上代理人トハ之ヲ訴訟擔任者ニ制限スルカ二者何レカノ見解ニ從ハサル可カラス余輩ハ第二說ニ據ル可キモノト信スルカ故ニ例ヘハ數人ノ取締役ノ中一人ノミ訴訟ヲ擔任シ且現ニ自ラ訴訟行爲ヲ爲ス場合ニ於テハ他ノ取締役ニ付テハ本人訊問ノ形式ニテハ之カ訊問ヲ爲スコト能ハス必ス證人トシテ當事者コリ申請ス可キモノトス(校閱者)

第十一節 證據保全

〔學 說〕

○證據保全ノ意義 證據保全トハ訴訟上ニ於テ當事者カ利用セント欲スル證據方法ノ紛失又ハ之ヲ使用シ難キ恐アル場合ニ於テ證據調ヲ爲シ證明原因ヲ保存シ置クコトヲ謂フ(岩田氏六一六頁)
 ○證據保全ト訴訟費用 證據保全ニ關スル費用ノ負擔ニ付テハ證據保全ノ申請ニ關スル決定ニ於テ裁判ス可キモノニ非ス現ニ繫屬スル訴訟又ハ後ニ繫屬ス可キ訴訟費用ノ一分トシテ一般ノ原則ニ從ヒ其負擔ヲ定ム可キナリ(ガウブ四八五條前註)若シ該證據ヲ利用ス可キ訴訟提起セラルルニ至ラザルトキハ何人カ同手續ヨリ生セル費用ヲ負擔ス可キヤハ實體法ニ依リテ定マル(ガウブ同上ノエ)證據保全ノ爲ニスル證據調ノ費用ハ先ツ申請人ニ於テ之ヲ負擔ス可ク相手方ニ生シタル費用ハ相手方之ヲ負擔ス若シ訴訟繼續シテ判決ヲ見ルニ至リタルトキハ訴訟費用ノ一分トシテ敗訴者ニ之ヲ負擔セシム可キナリ若シ又訴訟ノ提起ヲ見ルニ至ラヌシテ止ミタルトキハ申請人カ保全申請ノ際訴ヲ提起スルノ權利ヲ有セルヤ否ヤ斯ル證據方法ヲ採用セルコトハ相當ナリシヤヲ審査ス可ク二者共ニ之ヲ肯定シ得ル場合ハ申立人ニ於テ相手方ヨリ損害賠償ヲ求ムルコトヲ得(ヘルウキツ七四二頁)
 第三百六十五條 證據ヲ紛失スル恐アリ又ハ之ヲ使用シ難キ恐アルトキハ證據保全ノ爲メ證人若クハ鑑定人ノ訊問又ハ檢證ヲ申立ツルコトヲ得

〔學 說〕

○證據保全ノ方法 證據保全ノ方法ハ檢證、鑑定並ニ證人訊問ノ方法ニ限リ之ヲ許ス鑑定證人ハ證人ノ一種トシテ之ヲ使用シ得ルハ勿論ナリ證據保全手續ニ於ケル鑑定人ヲ爾後ノ訴訟手續ニ於テハ之ヲ鑑定證人トシテ訊問スルヲ妨ケス(ガウブ四八五條註)

○書證ト證據保全 書證ニ據ル證據調ハ證據保全トシテハ之ヲ許スコトヲ得ス然レトモ證書ニ付キ檢證處分ヲ行フコト並ニ證書ニ關シテ特ニ其眞否ニ付キ證人、鑑定人ヲ訊問スルコトハ證據保全トシテモ尙ホ許サル可キモノトス(ソエヘルト四八五條註ガウブ同條註)左レハ帳簿ノ記載ヲ改描セラル可キ恐アルトキ其他證書ノ内容ヲ變更セラレ後日ノ立證ニ困難ヲ來ス虞アルトキハ該帳簿又ハ證書ノ現狀ノ檢證ヲ目的トスル證據保全ヲ申立ツルコトヲ得ルモノトス(校閱者)

第三百六十六條 訴訟力既ニ繫屬シタルトキハ此申請ハ受訴裁判所ニ之ヲ爲ス可シ

切迫ナル危険ノ場合ニ於テハ訊問ヲ受ク可キ者ノ現在地又ハ檢證ス可キ物ノ所在地ヲ管轄スル區裁判所ニ申請ヲ爲スコトヲ得
訴訟ノ未タ繫屬セサルトキハ前項ニ記載シタル區裁判所ニ申請ヲ爲スコトヲ要ス
右申請ハ書面又ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得

〔學 說〕

○證據保全ノ管轄裁判所 訴訟繫屬中ニ證據保全ノ申請ヲ爲ストキハ受訴裁判所ニ於テ之ヲ爲スヲ通例トス故ニ第一審ニ繫屬スルトキハ第一審裁判所上級審ニ繫屬スルトキハ上級審ヲ以テ管轄裁判所ト爲ス或ル學者ノ如ク上告審ニハ本條ノ管轄權ナシト論スルハ法文上ノ根據ナシ但下級裁判所ノ判決後上訴提起前ハ何レノ裁判所ヲ以テ管轄權アリト爲スカハ疑アリト雖モ權利拘束ハ判決ノ確定マテ繼續スルヲ以テ判決ノ送達未送達ニ拘ハラズ下級審ニ管轄權アリト謂ハサル可カラズ(ソエヘルト四八六條註今村氏七八九頁)

○申請ノ取下 申請ノ取下ハ相手方ノ同意ヲ待タスシテ爲スコトヲ得(ガウブ同條註)

第三百六十七條 申請ニハ左ノ諸件ヲ具備スルコトヲ要ス

- 第一 相手方ノ表示
- 第二 證據調ヲ爲ス可キ事實ノ表示
- 第三 證據方法殊ニ證人若クハ鑑定人ノ訊問ヲ爲ス可キトキハ其表示
- 第四 證據ヲ紛失スル恐アリ又ハ之ヲ使用シ難キ恐アル理由此理由ハ之ヲ疏明ス可シ

〔學 說〕

○申請ノ要件 本條ハ證據保全ノ申請ノ要件ヲ記載シタルモノナリ但第一號ノ相手方ハ第四百九十

四條(我第三)ノ事由存スルトキハ自カラ之ヲ記載スルニ及ハス若シ本條所定ノ要件中一ニテモ欠ク
ルトキハ申請ヲ却下ス可シ(ガウブ四八七條註)

第三百六十八條 申請ニ付テノ決定ハ口頭辯論ヲ經スシテ之ヲ爲スコトヲ得
申請ヲ許容スル決定ニハ證據調ヲ爲ス可キ事實及ヒ證據方法殊ニ訊問ス可
キ證人若クハ鑑定人ノ氏名ヲ記載ス可シ此決定ニ對シテハ不服ヲ申立ツル
コトヲ得ス

第三百六十九條 證據調ノ期日ニハ申立人ヲ呼出シ又決定及ヒ申請ノ謄本ヲ
送達シテ其權利防衛ノ爲ニ相手方ヲモ呼出ス可シ
切迫ナル危險ノ場合ニ於テハ適當ナル時間ニ相手方ヲ呼出スコトヲ得サリ
シトキト雖モ證據調ヲ妨クルコト無シ

〔學說〕

○裁判手續 裁判ハ口頭辯論ヲ經スシテ之ヲ爲スコトヲ得若シ決定ニシテ言渡サルルトキハ送達ヲ
要セス(我第二四五條)言渡ササル決定ニシテ申請ヲ許容スルトキハ當事者雙方ニ職權ヲ以テ送達ヲ爲ス可
ク(同條第三項)言渡ササル申請却下ノ決定ハ單ニ申請人ノミニ送達ス可シ申請却下ノ決定ニ對シテハ普
通抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得(ソエヘルト四九〇條註)

第三百七十條 證據調ハ本章第六節、第七節及ヒ第九節ノ規定ニ從ヒテ之ヲ爲
ス

證據調ノ調書ハ證據調ヲ命シタル裁判所ニ之ヲ保存ス可シ各當事者ハ證據
調ノ調書ヲ訴訟ニ於テ使用スル權利アリ
受訴裁判所ハ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ再度ノ證據調ヲ命シ又ハ既ニ調ヘ
タル證據ノ補充ヲ命スルコトヲ得

〔學說〕

○保全記録ノ閱覽 證據調ノ調書ハ利害關係人ニ於テ之ヲ閱覽シ又ハ其謄本ノ下付ヲ求ムルコトヲ
得(ソエヘルト四九二條註)

○保全記録ノ利用 申請者又ハ其相手方ハ共ニ受訴裁判所ノ口頭辯論ニ際シテ證據調ノ調書ヲ使用
スルノ權利ヲ有ス從テ各當事者ハ受訴裁判所ノ口頭辯論ニ際シテ證據調ノ調書ニ基キテ其結果ヲ演
述シ以テ同裁判所ヲシテ之カ斟酌ヲ爲スヲ得セシム左レハ同調書ハ決シテ一ノ書證タル性質ヲ有
スルモノニ非ス故ニ保全手續ニ於テ施行セラレタル各種ノ證據方法ハ當該證據方法(例ヘハ證言ハ)
トシテ訴訟資料タル性質ヲ有スルモノト謂ハサル可カラス(仁井田氏三七六頁)

○記録ノ利用ト證據決定 證據保全記録ニシテ受訴裁判所ニ保管セラレ在ルトキハ當事者ハ同記録

ヲ表示シテ援用スルヲ以テ足ル可ク從テ證據調ノ爲ニスル取寄ノ申請ハ證據決定ヲ爲スヲ要セス
(第三四六條)學 又受訴裁判所ニ非サル區裁判所ニ保管セラレ在ルトキモ前同様記録取寄ノ證據決定
(觀)ノ部参照 ヲ爲スニ及ハサルモノトス蓋シ當事者ハ本條ニ依リ調書利用ノ權アリテ其間ニ裁判所許否ノ決定
 ヲ爲スノ餘地ナキヲ以テナリ從テ當事者ヨリ同書類利用ノ申立アルトキハ裁判長ヨリ保管ノ裁判
 所ニ同記録ノ送付ヲ照會スルヲ以テ足ル可ク又同申立ハ印紙ノ貼用ヲ要セサルモノトス(校閱者)
 第三百七十一條 證據調ハ第三百六十五條ノ條件ナキトキト雖モ相手方ノ承
 諾ニ因リ之ヲ許スコトヲ得

〔學 說〕

○保全申請ト相手方ノ同意 相手方ノ承諾アリヤ否ヤハ相手方ノ同意ノ書面ヲ添フル等申請ト同時
 ニ之ヲ疏明ス可シ但口頭辯論ニ於テ承諾ノ意思ヲ表示スルモ可ナリ(ガウブ四八九條註)
 第三百七十二條 申立人カ相手方ヲ指定セサルトキハ申立人自己ノ過失ニ非
 スシテ相手方ヲ指定シ能ハサルコトヲ疏明スル場合ニ限り其申請ヲ許ス
 申請ヲ許容シタルトキハ裁判所ハ其知レサル相手方ノ權利防衛ノ爲ニ臨時
 代理人ヲ任スルコトヲ得

〔學 說〕

○保全申請ト相手方不明 本條ノ規定ハ例ヘハ不法行爲ニ因リテ權利ヲ侵害セラレタル當時加害者
 ノ何人ナルヤヲ知ル能ハス後日ノ要償ノ訴ノ爲ニ豫メ證據ヲ保全シ置カントスルカ如キ場合ニ其
 必要ヲ見ル次ニ特別代理人ノ任設ハ裁判所ノ自由ニ決定スルトコロニシテ同人ハ本人ノ爲メ法定
 代理人ノ地位ヲ取得ス可ク保全手續上ノ權利(我第三六八條第三六九條)ヲ有ス可シ而シテ同代理人ニ關シテ生
 シタル費用ハ一時申請人ニ於テ之ヲ負擔ス可キナリ(ガウブ四九四條註)

第二章 區裁判所ノ訴訟手續

第一節 通常ノ訴訟手續

第三百七十三條 區裁判所ノ通常ノ訴訟手續ニ付テハ區裁判所ノ構成又ハ第
 一編及ヒ本節ノ規定ニ依リ差異ノ生セサル限りハ地方裁判所ノ訴訟手續ニ
 付テノ規定ヲ適用ス

〔學 說〕

○本條適用ノ範圍 區裁判所ノ訴訟手續ト地方裁判所ノ訴訟手續ト差異ヲ生ス可キ點ハ區裁判所ノ
 構成ト裁判所構成法第十一條第一項ノ單獨判事制ノ規定是ナリ又本法第一編中右差異ノ生スル條
 項ハ第九條第二項ノ管轄違ヲ言渡ス場合其他第三十六條第三項第六十三條第三項第一百十二條第百

十三條第三百二十二條第二項等ニシテ又本節ニ於テ差異ノ生スル條項ハ第三百七十四條乃至第三百八十條ノ規定是ナリ(今村氏八〇二頁)本法ニ於テ訴訟ノ審問上裁判長ニ與ヘタル權ハ區裁判所ノ判事ニモ屬スルモノトス(裁判所構成法第(者)校閱一〇四條參照)

第三百七十四條 訴ハ書面又ハ口頭ヲ以テ裁判所ニ之ヲ爲スコトヲ得

〔學 說〕

◎起訴ノ方式 區裁判所ニ對スル起訴ノ方法三種アリ (一)訴狀ノ提出 (二)受訴裁判所ニ出頭シ口頭ヲ以テ爲スコト (三)當事者雙方出頭ノ上口頭ノ演述ヲ爲スコト是ナリ、以上ノ中(一)(二)ノ場合ヲ本條ニ規定シ(三)ノ場合ハ第三百七十八條第三百八十一條ニ規定スル所ナリ訴狀ヲ以テスルトキハ第九十條ノ要件ヲ具備ス可ク口頭ヲ以テスルトキハ書記調書ヲ作ラサル可カラス何レニシテモ相當印紙ヲ貼用ス可キハ勿論ナリ(今村氏八〇二頁ツエヘルト四九六條註)

第三百七十五條 起訴アリタルトキハ裁判所書記ハ訴狀ヲ被告ニ送達スル手續ヲ爲ス

準備書面ノ交換ハ之ヲ爲スコトヲ要セス

〔學 說〕

◎答辯書ノ催告 準備書面ノ交換ハ區裁判所ニ於テ必要ナキヲ以テ自カラ第九十九條ノ規定ニ於

ケルカ如キ答辯書ヲ差出ス可キコトノ催告ヲ要セサルモノトス(今村氏八〇四頁 岩田氏七二四頁)
第三百七十六條 原告若クハ被告ハ其申立及ヒ事實上ノ主張ニシテ豫メ通知スルニ非サレハ相手方ニ於テ之ニ對シ陳述ヲ爲シ得ヘカラサルモノヲ口頭辯論ノ前直接ニ相手方ニ通知スルコトヲ得

〔學 說〕

◎第三百七十四條ノ例外 本條ニ所謂申立及ヒ主張ハ第二百四條ノ規定ニ於ケル申立及ヒ主張ト同一ニシテ相手方カ之ニ對シ答辯ヲ爲スコトヲ要ス可キモノヲ指示スルニ在リ而シテ茲ニ直接ニ通知スルコトヲ得トハ地方裁判所ニ於ケルカ如ク裁判所ニ書面ヲ差出スヲ要セス且執達吏ニ依ルノ要ナキモノニシテ當事者自ラ普通ノ書翰ヲ以テ通知シ得ルノ趣旨ナリ(今村氏八〇五頁)

第三百七十七條 口頭辯論ノ期日ト訴狀送達トノ間ニ少ナクトモ三日ノ時間ヲ存スルコトヲ要ス急迫ナル場合ニ於テハ此時間ヲ二十四時マテニ短縮スルコトヲ得

送達ヲ外國ニ於テ爲ス可キトキハ事情ニ應シテ時間ヲ定ム可シ

〔學 說〕

○本條適用ノ範圍 本條ノ規定ハ區裁判所ノ普通事件ノミニ適用ス可キモノニシテ證書訴訟爲替訴訟ニハ之ヲ適用ス可キモノニ非ス(第四九六(今村氏八)條第三項)(〇六頁) 公示送達ニ依ル場合ハ三日ノ時間ノ外尙ホ公示送達ノ期間十四日間(第一五)ヲ存セサル可カラス(同氏八)〇七頁)

○中間期間ト期間(第一編第三章第三節(學說)ノ部參照)

○應訴期間(第九十四條(學)ノ部參照)

○應訴期間不遵守ノ效果(上)(同)

第三百七十八條 當事者ハ通常ノ裁判日ニ於テハ豫メ期日ノ指定ナクシテ裁判所ニ出頭シ訴訟ニ付キ辯論ヲ爲スコトヲ得 此場合ニ於テ訴ノ提起ハ口頭ノ演述ヲ以テ之ヲ爲ス

〔學 說〕

○通常ノ裁判日 區裁判所カ事務章程ニ依リ訴訟ヲ審理ス可キ日ヲ定メ之ヲ公ニシタルモノ例ヘハ區裁判所ニ於テ何曜日何日ハ何時ヨリ何時マテ民事訴訟ノ裁判日ト定メ揭示板又ハ其他ノ方法ヲ以テ公告シタル日ヲ指ス(今村氏八〇七頁)(ヘルト五〇〇條註)

○口頭供述ノ效力 原告カ口頭辯論ヲ始ムルトキ即チ被告ノ面前ニ於テ原告カ訴旨ヲ口述スルトキハ訴提起ノ效力ヲ生スルノミナラス第九十五條ノ權利拘束モ亦同時ニ發生ス雙方出頭スルモ演述前ニ被告退廷シタルトキハ訴提起ノ效力ヲ生スルコトナシ(今村氏八)〇八頁)

第三百七十九條 數箇ノ妨訴ノ抗辯ヲ本案ノ辯論前同時ニ提出ス可キ規定ハ裁判所管轄違ノ抗辯ニ限り之ヲ適用ス 被告ハ妨訴ノ抗辯ニ基キ本案ノ辯論ヲ拒ム權利ナシ然レトモ裁判所ハ職權ヲ以テ右抗辯ニ付キ分離シタル辯論ヲ命スルコトヲ得

〔學 說〕

○區裁判所ト妨訴抗辯 妨訴抗辯中管轄違ノ抗辯ノミヲ例外ト爲セル所以ハ蓋シ本案ノ辯論後ニ尙ホ同抗辯ヲ有效ニ提出シ得ヘシト爲ストキハ第三十條ノ規定ニ於ケル管轄違ノ申立ヲ爲サスシテ口頭辯論ヲ爲ストキハ管轄ニ付キ合意シタルモノト看做ストノ法文ニ抵觸スルヲ以テナリ(今村氏七二六頁) 次ニ妨訴抗辯ニ基キテハ常ニ本案ノ辯論ヲ拒ムコトヲ得サルモノナレハ若シ被告ニ於テ強テ之ヲ拒ムトキハ如何(一)原告ノ申立ニ依リ妨訴抗辯ヲ却下セラレ且第三百三十一條(我第二)ニ基キ關席判決ヲ言渡サルルノ危険アリ(五〇四條註) (二)右ノ場合ニ於テハ妨訴抗辯ヲ却下セラレ且第三百三十八條第三百三十四條(我第一一條)ニ依ル辯論ヲ不十分ニ爲シタリトノ效果ヲ生シ本案自體ニ關スル對席判決ヲ言渡サルルノ危険アリ(ガウア同條註(一)校閱者曰ク第二) (テルセン同條註) (説ヲ通説トス)

第三百八十條 第二百二十二條、第二百六十六條乃至第二百七十二條ノ規定ハ區裁判所ノ訴訟手續ニ之ヲ適用セス

然レトモ原告若クハ被告ノ申立及ヒ陳述ハ裁判所ノ意見ニ從ヒ訴訟關係ヲ十分ニ明確ナラシムル爲メ必要ナルモノニ限り調書ヲ以テ之ヲ明確ナラシム可シ

〔學說〕

○判決ヲ受ク可キ事項ノ申立 區裁判所ニ於ケル訴訟手續ハ簡易ニシテ準備書面ノ交換ヲモ要セサルモノナレハ判決ヲ受ク可キ事項ノ申立及ヒ重要ノ點ニ於テ以前申立テタルモノト異ナル申立ヲ書面ニ基キ爲スカ如キ鄭重ナル手續ヲ要セス又區裁判所ノ構成ハ一人ノ判事カ審判ス可キモノナルヲ以テ受命判事ヲ命スルコトナク從テ計算事件等ノ準備手續ノ爲ニスル規定等ノ適用ナキモノトセリ(今村氏八一二頁 岩田氏七二六頁)

第三百八十一條 訴ヲ起サントスル者ハ和解ノ爲メ請求ノ目的物ヲ開示シテ相手方ヲ其普通裁判籍ヲ有スル區裁判所ニ呼出ス可キコトヲ申立ツルコトヲ得其申立ハ書面又ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得
當事者雙方出頭シ和解ノ調ヒタルトキハ調書ヲ以テ之ヲ明確ナラシム可シ
和解ノ調ハサルトキハ當事者雙方ノ申立ニ因リ其訴訟ニ付キ直チニ辯論ヲ爲ス此場合ニ於ケル訴ノ提起ハ口頭ノ演述ヲ以テ之ヲ爲ス

相手方カ出頭セス又ハ和解ノ調ハサルトキハ此力爲ニ生シタル費用ハ訴訟費用ノ一分ト看做ス

〔學說〕

○和解ノ爲メノ呼出手續 地方裁判所ノ事物ノ管轄ニ屬スルト區裁判所ノ事物ノ管轄ニ屬スルトヲ問ハス又地方ノ專屬管轄ニ屬スル訴訟物タルト否トヲ問ハス原告本人又ハ訴訟代理人ハ區裁判所ニ出頭シテ和解ヲ求ムルコトヲ得其手續ニ付テハ區別ヲ要ス

(イ) 原告被告雙方出頭シテ和解調ヒタルトキハ其旨ノ調書ヲ作成スルヲ要ス同調書ハ債務名義タルコトヲ得

(ロ) 雙方出頭シタルモ和解調ハサルトキハ更ニ區別ヲ要ス

(甲) 雙方ヨリ訴訟ニ付キ辯論ノ申立ヲ爲シタルトキハ原告ニ於テ口頭ノ演述ヲ爲シタルトキニ其提起ノ效力及ヒ權利拘束ノ效力ヲ生スルモノトス而シテ若シ訴訟物カ地方裁判所ノ管轄ニ屬シ而モ合意管轄ヲ許ササルカ又ハ被告ヨリ管轄違ノ抗辯ヲ提出スルトキハ第九條第二、三項ノ規定ヲ適用ス可ク合意アルカ又ハ默シテ本案ノ辯論ヲ爲ストキハ同區裁判所ニ於テ辯論及ヒ判決ヲ爲ス可シ

(乙) 雙方又ハ一方ヨリ申立ヲ爲ササルトキハ和解事件ハ直チニ終了ス原告被告雙方又ハ一方闕席スルトキモ和解事件ハ之カ爲ニ終了ス(以上今村氏八一四頁ツ エヘルト五一〇條註)

○和解申立ニ關スル費用 呼出ヲ求メタル者モ又呼出サレタル者モ期日ニ出頭セサレハトテ事件其モノニ付テハ法律上何等ノ不利益ヲ蒙ルコトナシ而シテ呼出ヲ受ケタル者期日ニ出頭セサルトキハ和解申立ニ付キ生セル費用ハ和解不調ノ場合ト同シク後ニ繫屬ス可キ訴訟ノ費用ノ一分ト看做サルヲ以テ呼出ノ申請人ニ於テ特別ノ訴訟手續ヲ以テ之カ訴求ヲ爲スヲ得ス若シ又呼出ヲ求メタル者自ラ期日ヲ懈怠スルトキハ爾後ノ訴訟費用ノ一分ト看做サルコトナキ故民法上不法行為其他ノ原因ニ基キ賠償ヲ求ムルヲ得ルモ之カ爲ニ別箇ノ訴訟ヲ提起スル外ナシ(五〇條註)其他一般ニ和解申立ニ基キ訴訟ノ繫屬ヲ見ルニ至ラサルトキモ費用ニ關スル賠償權ノ有無ハ實體法ニ依リテ決ス可キモノトス(カウブ同條註)

〔判決例〕

○民事訴訟法施行條例第七條ノ勸解ト和解ノ性質 民事訴訟法施行條例第七條ハ民事訴訟法實施前ニ受理シタル勸解ハ同法第三百八十一條ニ從ヒ和解ノ手續ヲ以テ完結ス可キコトヲ規定シタルモノニシテ勸解トシテ受理シタル訴訟ノ實體ヲ變換シ和解ト爲スノ精神ニ非ス(二六年一卷)

○和解ヲ爲スノ趣旨 裁判所ニ申請スル和解ハ必スシモ當事者雙方ノ讓歩示談ヲ目的トスルヲ要件ト爲ス可キ限ニ在ラス故ニ其申請ノ催告ノ效アリヤ否ヤヲ認ムルハ事實審法官ノ職權ニ屬ス(三〇年六卷四四頁)

第二節 督促手續

〔學說〕

○督促手續ノ意義 督促手續トハ債務者ヨリ爭ハルルコトナシト債權者ノ思料スル明白ナル法律關係ヨリ生スル請求ニ付キ簡易輕便且迅速ニ執行名義ヲ得ルノ訴訟手續ナリ(ヘルウキツヒ二卷六)即チ同手續ハ判決手續ニ代ハル略式手續ナルカ之ヲ用フルト他ノ訴訟手續ニ依ルトハ一ニ債權者ノ自由ニ選擇シ得ルトコロナリ(板倉氏同上)

○督促手續ノ地位 督促手續ハ權利確定ノ手續即チ訴訟ナリ元來同手續ノ訴訟手續ナリヤ執行手續ナリヤ將タ非訟事件手續ナリヤニ付テハ爭ノ存スルトコロナルモ右手續ハ債權者ニ於テ債務者カ義務ノ履行ヲ爲ス旨ノ確定力アル命令(支拂命令又ハ執行命令)ヲ求ムルヲ目的トスルモノナルカ故ニ其訴訟手續タル性質ヲ有スルヤ明カナリ而シテ同手續ハ代替物ノ一定ノ數量ノ給付ヲ目的トスル財産權上ノ請求ヲ主張スルカ爲ニ存スル簡易迅速ニシテ且費用ノ尠ナキ手續タル本質ヲ有スル點ニ於テ特別訴訟ノ一種ニ屬ス(松岡氏一〇頁)

○督促手續ト準則規定 同手續モ亦民事訴訟ナルヲ以テ督促手續ノ規定ニ依リテ差異ノ生セサル限リハ第一編總則ノ規定ハ當然之ニ適用ス可ク又同手續ハ訴訟手續ノ一種ニ屬スルヲ以テ性質ノ許ス限リハ通常訴訟ノ規定ヲ準用ス可キモノトス例ハ彼ノ口頭辯論ニノミ關シ行ハルル規定ノ如キハ口頭辯論ナキ本手續ニハ準用シ得サルモ却下ニ關スル規定ハ其準用アルカ如シ(ソエヘルト、ガ前註ヘルウキツヒ二卷六八頁松岡氏一七頁)

第三百八十二條 一定ノ金額ノ支拂其他ノ代替物若クハ有價證券ノ一定ノ數量ノ給付ヲ目的トスル請求ニ付キ債權者ハ通常ノ訴訟手續ニ依ラスシテ督促手續ニ依リ條件附ノ支拂命令ヲ債務者ニ對シ發センコトヲ申立ツルコトヲ得

申請ノ旨趣ニ依レハ申請者反對給付ヲ爲スニ非サレハ其請求ヲ主張スルコトヲ得サルトキ又ハ支拂命令ノ送達ヲ外國ニ於テ爲シ若クハ公示送達ヲ以テ爲ス可キトキハ督促手續ヲ許サス

〔學 說〕

○一定ノ金額ノ意義 本條ニ一定トハ必スシモ數字ヲ以テ何人ハ何千何百ト明示スルニ及ハス一定シ得ルヲ以テ足レリトス即チ或ル定率ニ依リ直チニ金額ヲ算出シ得ルモノナルトキハ尙ホ一定ト謂フヲ妨ケス(例之何年何月何日)又金錢ハ內國貨幣タルト外國貨幣トヲ問ハサルナリ(註ガウブ五九二條ヨリ年五分ノ利子)(註ソエヘルト同條)尤モ或ル特定セル貨幣ノ給付ヲ目的トスル請求ハ督促手續ニ適セス(ソエヘルト同)
○代替物ノ一定ノ數量ノ意義 數量一定ノ意義ハ前同様ニ解釋ス可シ代替的性質ヲ有スル有價證券ナルヲ要スルカ故ニ記名又ハ番號ニ依リテ特定サレタル有價證券ノ給付ニ關シテハ本手續ニ依ルヲ得ス(ガウブ同上)

○條件附支拂命令ノ意義 茲ニ條件附支拂命令ト在ルハ第三百八十六條第二項ニ所謂十四日ノ期間内ニ請求ヲ満足セシメ及ヒ其手續ノ費用ヲ債權者ニ辨濟スルカ又ハ右十四日ノ期間内ニ裁判所ニ異議ノ申立ヲ爲ス可キ旨ノ命令ヲ謂フ(今村氏八一九頁)

○督促手續ト反對給付 本條第二項ノ結果債權者カ反對給付ヲ爲シタル後ニ債務者カ給付ヲ爲ス可キトキ又ハ債權者カ反對給付ヲ爲スト同時ニ債務者カ給付ヲ爲ス可キモノナルトキ若クハ債權者ヨリ反對給付ナキ間ハ辨濟ヲ拒ミ得ル權利債務者ニ存スルトキハ共ニ督促手續ニ依ルヲ許サス而シテ斯ル事由存スルヤ否ヤハ申請ノ趣旨ニ從ヒ之ヲ定ム可ク若シ斯ル法律關係存在スルモノナルトキハ債權者ニ於テ已ニ反對給付ヲ履行シタル旨ヲ陳述シタルトキニ限り許ス可キモノトス(仁井田氏一四九七頁以下)

第三百八十三條 支拂命令ハ區裁判所之ヲ發ス
此命令ハ區裁判所ノ第一審ノ事物ノ管轄ノ制限ナキモノト看做シ通常ノ訴訟手續ニ於ケル訴ノ提起ニ付キ普通裁判籍又ハ不動産上裁判籍ノ屬ス可キ區裁判所ノ管轄ニ專屬ス

〔學 說〕

○管轄裁判所 支拂命令ノ申請ハ請求金額ノ多寡ニ拘ハラズ區裁判所ノ管轄ニ專屬シ(事物ノ)又債務

者ノ普通裁判籍又ハ不動産上ノ裁判籍(督促手續ニ依ル請求カ不動)アル裁判所ノ管轄ニ專屬ス(土地ノ管轄)從テ債權者ハ本法第二十三條第二項ノ請求ニ付テハ土地ノ管轄ニ付キ選擇ヲ爲スコトヲ得ルモノトス(仁井田氏一五〇二)
(頁松岡氏二〇頁)

◎合意管轄ノ場合ニ於ケル管轄裁判所 甲區裁判所管轄内ニ住所ヲ有スル者(債務者)金錢貸借ニ付キ乙區裁判所ヲ以テ其事件ノ管轄裁判所ト合意シタル場合ト雖モ債權者カ支拂命令ヲ申請セントスルトキハ債務者住所地ヲ管轄スル甲區裁判所ニ之ヲ爲スコキモノトス(三九年法曹記事一七〇) (號二〇頁法曹會決議)

〔判決例〕

◎數人ノ手形債務者ニ對スル支拂命令申請ノ手續 同一ノ手形ヨリ生シタル手形債務ヲ負荷セル者二人以上アル場合ニ於テ其債權者カ各手形債務者ニ對シテ支拂命令ヲ發セラレンコトヲ申請セントスルトキハ民事訴訟法第四百九十五條第二項ニ準據シ債務者中ノ一人カ普通裁判籍ヲ有スル地ノ區裁判所ニ其申請ヲ爲スコトヲ得ルモノトス(三六年九卷) (三九七頁)

第三百八十四條 支拂命令ヲ發スルコトノ申請ハ書面又ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得

此申請ハ左ノ諸件ヲ具備スルコトヲ要ス

- 第一 當事者及ヒ裁判所ノ表示
- 第二 請求ノ一定ノ數額、目的物及ヒ原因ノ表示若シ請求ノ數箇ナルトキ

ハ其各箇ノ一定ノ數額、目的物及ヒ原因ノ表示

第三 支拂命令ヲ發センコトノ申立

〔學說〕

◎支拂命令申請ノ方式 支拂命令ノ申請ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得此場合書記ハ其調書ヲ作ラサル可カラス(第一三條)又申請ハ書面ニ依ルト口頭ヲ以テスルト問ハス民事訴訟用印紙法第六條ノ定ムル印紙ヲ貼用セサル可カラス(訴訟物十圓以下ナレハ二十錢十圓以上) (今村氏八) (二四頁)而シテ事實關係ハ裁判所ヲシテ法律上請求ノ理由アルコトヲ判斷セシムル程度ニ明記スルヲ要シ其他一定ノ數量又ハ金額並ニ目的物(代替物又ハ有價證券)ヲ掲記セサル可カラス原因タル事實並ニ管轄ニ付テハ疏明又ハ證明ヲ爲スヲ要セス(カウフ六) (九〇條註)

◎申請ノ取下 支拂命令ハ取下クルコトヲ得支拂命令送達後、異議申立後又ハ故障申立後ト雖モ尙ホ然リ尤モ異議申立後又ハ故障申立後ニ在リテハ被告カ本案ノ口頭辯論ヲ始ムルマテ其承諾ナクシテ取下クルコトヲ得ヘシ取下ノ效力トシテハ手續費用ヲ申請人ニ負擔セシム且支拂命令申請ノ效力ハ送達後ニ在リテハ權利拘束ノ效力ヲ遡及的ニ消滅セシム(松岡氏二一頁仁井) (田氏一五〇五頁)

第三百八十五條 裁判所ハ申請ヲ調査シ其申請力前三條ノ規定ニ適當セス又ハ申請ノ旨趣ニ於テ請求ノ理由ナク又ハ現時理由ナキコトノ顯ハルルトキ

ハ其申請ヲ却下ス。請求ノ一分ノミニ付キ支拂命令ヲ發スルコトヲ得サルトキハ亦其申請ヲ却下ス然レトモ數箇ノ請求中或ルモノニ理由ナクシテ其他ノモノニ理由アリト見ユルトキハ其理由アリト見ユルモノニ限り申請ヲ許容ス。右却下ノ命令ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス然レトモ通常ノ訴訟手續ニ依リ訴追スルヲ妨クルコト無シ。

(學 說)

○申請受理後ノ手續 管轄裁判所ハ (一) 訴訟條件 (我第二〇六條記載ノ中訴權ノ有無管轄ノ有無當事者ノ能力訴訟能力並ニ法定代理ノ有無ニ付キ斟酌ス可シ) (二) 權利保護ノ條件 (我第三八二條) (三) 申請ノ適式ナリヤ否ヤ (我第三八四條) ヲ職權ヲ以テ調査ス可ク瑕疵アルトキハ申請ヲ却下ス可キナリ却下決定ニハ理由ヲ付スルヲ要求セラレサルモ之ヲ付スルヲ適當トス可シ (ガウプ六九一條註七 井田氏一五〇五頁) 若シ又命令ヲ發シタル後送達ヲ外國ニ於テ爲シ又ハ公示送達ニ依リテ爲ス可キ情況顯ハルルトキハ裁判所書記ハ送達ヲ止ムルコトヲ要ス而シテ此場合支拂命令ハ送達ナキヲ以テ其效力ナク又支拂命令ノ取消ハ何等ノ規定ナクシテ之ヲ爲スヲ得サルモノトス (松岡氏一五五頁)

○請求理由ナシトノ意義 請求理由ナシトハ債權者ノ主張自體ニ徴シ法律上其請求ヲ認ム可カラサルトキノ謂ニシテ請求カ現ニ理由ナキトキトハ期限又ハ條件ノ到來セサルヲ爲メ未タ請求ヲ爲シ得ル状態ニ達セサルヲ謂フ (仁井田氏一五〇六頁)

○一分請求ノ不當ト其效果 請求ノ一分ノミニ付キ支拂命令ヲ發シ得サル事由存スルトキト雖モ請求全部ニ對スル申請ヲ却下ス可キモノトス例ヘハ主タル請求ニ付キ支拂命令ヲ發スルコトヲ得ルモ從タル請求ニ付キ支拂命令ヲ發シ得サル事由アルトキノ如キ是ナリ蓋シ一ノ請求ニ關シテ二箇ノ訴訟手續ヲ生スルコトアルヲ防クカ爲ニ外ナラス (ガウプ六九一條註七 井田氏一五〇六頁 松岡氏二三頁) 第二項ノ數箇ノ請求トハ二箇以上ノ獨立シタル請求ヲ一箇ノ申請ニ結合シタル場合ヲ意味ス (同上)

○申請却下ノ效果 申請却下ノ裁判アルトキハ手續ハ之ニテ終了ヲ告ク (シユミツト教 科書六〇四頁) 但同裁判ハ督促手續ニ依ル訴訟ノ請求ヲ却下シタルニ止マリ債權者ノ實體ノ請求ヲ却下シタルモノニ非サルヲ以テ更ニ支拂命令ノ申請ヲ爲シ又ハ普通ノ訴訟ヲ提起スルヲ妨ケス (ソエヘルト六九一條註松岡氏二四頁)

○却下決定ハ送達ヲ要スルヤ 却下決定ハ申請人ニ對シ送達スルヲ要スルモ (第二四四條) 債務者ニハ之ヲ知ラシムル利益ナキヲ以テ送達スルヲ要セス (仁井田氏一五〇七頁) (反對說) 却下ノ決定ハ申請人タル債權者ニ書面又ハ口頭 (債權者裁判所ニ出頭スルトキ) ニテ通知スルヲ以テ足り敢テ送達スルヲ要セス蓋シ第三百二十九條第三項 (我第二四五條第三項) ハ權利拘束發生後當事者雙方ノ存在ヲ前提トスルヲ以テ未タ送達ナキ本件ノ場合ニ於テハ法律上未タ當事者ノ存在ナシト謂ハサル可カラサレハナリ (ガウプ六九一條註ソエヘルト同條註ライスマン一卷五五〇頁)

第三百八十六條 支拂命令ハ豫メ債務者ヲ審訊セスシテ之ヲ發ス

支拂命令ニハ第三百八十四條第一號及ヒ第二號ニ掲ケタル申請ノ要件ヲ記

載シ且即時ノ強制執行ヲ避ケント欲セハ此命令送達ノ日ヨリ十四日ノ期間内ニ請求ヲ満足セシメ及ヒ其手續ノ費用ニ付キ定ムル數額ヲ債權者ニ辨濟ス可ク又ハ裁判所ニ異議ヲ申立ツ可キ旨ノ債務者ニ對スル命令ヲ記載ス可シ

前項ノ期間ハ爲替ヨリ生スル請求ニ付テハ二十四時間其他ノ請求ニ付テハ申立ニ因リ三日マテニ之ヲ短縮スルコトヲ得

〔學說〕

○不完全ナル決定ノ送達 支拂命令ノ決定ニ法定ノ要件ヲ缺クモノアルトキハ支拂命令ノ效力ヲ有セス從テ之カ送達ヲ爲スモ權利拘束ノ效力ヲ生セス且執行命令ヲ付スルコトヲ得サルナリ但書損違算若クハ著シキ誤謬又ハ脱漏アルトキハ判決ノ更正又ハ補充ニ關スル規定ヲ準用シテ更正又ハ補充ヲ爲シ得ヘシ(ソエヘルト六九二條註
仁井田氏一五一〇頁)

第三百八十七條 權利拘束ノ效力ハ支拂命令ヲ債務者ニ送達スルヲ以テ始マル

支拂命令ノ送達ハ之ヲ債權者ニ通知ス可シ

〔學說〕

○支拂命令送達ノ方式 支拂命令ノ送達ハ判決ノ送達ニ關スル規定ヲ準用シ其正本ヲ以テ之ヲ爲ス可キナリ(仁井田氏一五一〇頁)ガウブモ亦獨逸民事訴訟法第六百九十三條(千九百九年ノ改正ニ依リ當事者送達ヲ職權送達ニ改メラル)(我第三ノ解釋トシテ同法第七十條(我第一)ヲ準用シ認證謄本ヲ交付セスシテ正本ヲ送達ス可キモノト爲セリ(カウブ六九三條註參照)然レトモ我訴訟法第三百二十七條ニハ何等ノ規定ナキ場合ハ謄本ヲ送達ス可ク定メアリ而シテ支拂命令ノ送達ニ關シテハ何等特別ノ規定ナキヲ以テ謄本ノ送達ヲ爲ス可キナリ從テ判決ノ送達ニ關スル規定ヲ準用スルハ誤ナリト思料ス(校閱者)

○支拂命令ノ通知 通知ノ方法ニハ何等方式上ノ制限ナシ(校閱者)

○督促手續ノ中斷中止 督促手續ニ於テ中斷ノ原因生スルトキハ其效力ノ生スルコトニ付テハ學說一致スルモ法律ノ欠缺ハ如何ニシテ之ヲ補フ可キカニ付キ爭アルナリ

(一)支拂命令送達前ニ中斷原因發生シタルトキ、申請書ヲ裁判所ニ差出シタル後中斷ノ原因發生シタルトキハ恰モ訴狀ヲ裁判所ニ差出シタルトキニ生スルト同様ナル權利狀態ヲ生ス若シ反對(例之ソエヘルト六九二條註)ノ如ク右ノ如キ中斷ノ事由發生スルトキハ爾後ニ爲ス支拂命令ノ送達ノ無効ヲ來ストノ見解ヲ採ルトキハ債權者ニ於テ期間ノ遵守ト時効中斷ノ利益ヲ喪フコトト爲リ實際ニ適セサル結果ヲ生スルニ至ル可シ(以上ヘルウキツ)(校閱者曰ク我民法ノ解釋トシテハ獨法ト異ナリ支拂命令ノ申ノ解釋ニ實スルヲ得ス)

(甲)債務者カ送達前ニ死亡シタルトキ、此場合ハ支拂命令ノ申請書ニ於ケル債務者ノ表示ヲ相續人名義ニ更正シテ送達ス可キナリ若シ又債務者訴訟無能力ニ陥リタルトキハ送達ハ當然其法律上代理人ニ爲ス可キナリ若シ之ナキトキハ其任設マテ待ツノ外ナシ(ヘルウキツヒ二卷七九頁八〇頁)

(乙)債權者カ支拂命令申請後ニ死亡シタルトキ、此場合ハ債務者ニ對シ支拂命令ヲ送達シ且之ト同時ニ手續ノ中断ヲ來ス訴訟無能力ニ陥リタル場合亦同シ(ヘルウキツヒ二卷八〇頁)而シテ債權者ノ相續人ハ第百八十七條ニ依リ受繼ノ書面ヲ相手方ニ送達シテ手續ノ受繼ヲ爲スコトヲ得債權者ノ相續人カ受繼ヲ遅延シタルトキハ債務者ハ異議ノ申立ト同時ニ受繼及ヒ本案ノ辯論ノ爲メ承繼人ノ呼出ヲ求ムルコトヲ得(松岡氏同上)

(丙)破産ノ開始、債權者カ支拂命令ノ送達前破産ニ陥リタルトキハ手續ノ中断ヲ來シ債務者ニ對スル送達ハ破産財團ニ對シテ效力ナカル可シ破産管財人ハ財團ノ爲ニ手續ヲ受繼シ支拂命令ノ送達ヲ申立ツルコトヲ得ヘシ(松岡氏六一頁ヘルウキツヒ二卷八〇頁)

(二)支拂命令送達後ニ中断原因生シタルトキ

(甲)既ニ異議ノ申立ヲ爲シタル後ニ生シタルトキハ普通手續ハ中断ニ關スル規定ハ全部其適用アリ蓋シ督促手續ハ異議申立ニ因リテ終了シ爾後通常訴訟トシテ繫屬スルモノナレハナリ

(ヘルウキツヒ二卷八〇頁)
(〇頁松岡氏五七頁)

(乙)送達後異議又ハ故障申立前中断ノ原因發生シタルトキ

(イ)當事者異議申立期間中死亡シタルトキハ手續ハ之ニ因リテ中断ス但訴訟代理人アルトキ

ハ此限ニ在ラス異議申立期間ハ受繼後再ヒ全期間ニ付キ進行ヲ始ム(獨第二四九條)受繼前ニ相手方ノ爲シタル行爲ハ無効ナリ而シテ其受繼ニ付テハ區別ヲ要ス(我第一八六條)

(A)債權者死亡ノ場合ハ其相續人書面ヲ差出シテ受繼ノ手續ヲ爲ス(獨第二五〇條)同書面ノ送達ト共ニ異議申立期間ノ進行ヲ始ム若シ債務者受繼ヲ争ハントスルトキハ異議ノ方法

ニ依ル可ク辯論ハ判決ヲ以テ之ヲ完結ス

(B)債務者死亡ノトキモ亦異議期間ハ進行セス又相續人受繼セントスルトキハ受繼スル旨ノ書面ヲ差出シ且通常異議申立ノ陳述ト併合シテ之ヲ爲ス可シ

(ロ)異議申立期間經過後執行命令前ニ死亡シタルトキモ以上叙述ノ法則適用セラル

(ハ)債權者又ハ債務者カ異議申立期間中訴訟無能力ト爲リ而モ訴訟代理人存在セザルトキハ受繼ノ書面送達セラルルマテ手續中断セラル

(ニ)若シ債權者ニ付キ破産開始シタルトキハ管財人書面ニ依リテ受繼ノ手續ヲ爲スコク又債務者破産者ト爲リタルトキハ債權者ハ其債權ヲ届出ツ可ク中断シタル手續ヲ受繼スルヲ得ス(以上ヘルウキツヒ二卷八二頁)
(頁八三頁松岡氏五三頁以下)

(三)中止ノ原因生シタル場合、中止ノ原因カ支拂命令申請後命令送達前ニ發生シタル場合ハ勿論送達後ニ生シタル場合ニ於テモ裁判所ハ手續ノ中止ヲ命スルコトヲ得又其中止ハ裁判所ノ取消決定ニ因リテ終了ス(松岡氏五九頁)

〔判決例〕

○住所ノ變更ト支拂命令ノ管轄 支拂命令送達ノ際ニ定マリタル管轄ハ其後住所ノ變更アルモ受訴裁判所ノ管轄ヲ變換セサルモノトス(三二年三卷一六頁)

○支拂命令ノ送達ト付遲滯ノ效力 支拂命令ハ權利拘束ノ效力ヲ生スルモノニシテ當事者カ證券ヲ呈示シテ履行ノ請求ヲ爲ス場合ニ比スレハ一層有力ナル請求方法ナリトス故ニ債務者ニ對シテ該命令ヲ送達スルトキハ付遲滯ノ效力ヲ生ス可シ(三七年一七卷九七四頁)

第三百八十八條 債務者ハ支拂命令ニ對シ書面又ハ口頭ヲ以テ異議ノ申立ヲ爲スコトヲ得

〔學說〕

○異議ノ申立 口頭ニテ異議申立ヲ爲シタルトキハ書記調書ヲ作ラサル可カラス(第一三條)異議ノ申立ハ全部又ハ一分(例ハハ利息ノ請求ノミニ付キ)ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得(三三頁)異議ノ理由ハ之ヲ開示スルヲ要セス從參加人モ亦債務者ノ爲メ異議ヲ申立ツルコトヲ得(第五四條)代理權ヲ有セサル者ノ爲シタル異議ハ當然無効ナリトス(松岡氏三二頁)

○異議ノ取下及ヒ拋棄 異議ハ其性質上訴ニ非ス又故障ニ非サルモ此等ノモノト同シク有效ニ取下及ヒ拋棄ヲ爲スコトヲ得異議ヲ取下クルトキハ其效力トシテ恰モ異議ナカリシモノノ如ク看做サ

レ支拂命令ノ效力ヲ復活セシムルモノトス又債務者ハ支拂命令送達以後ニ在リテハ訴訟當事者トナルカ故ニ異議申立期間前ト雖モ異議申立權ヲ拋棄スルコトヲ得(ガウプ六九五條)右二者共裁判所ニ對スル意思表示(書面又ハ口頭)ヲ以テ爲スコキナリ(ヘルウキツヒ二卷七四頁)畢ニ異議ノ拋棄アルトキハ異議期間經過前ト雖モ執行命令ヲ發シ得ルコト爲ル(ソエヘルト六九四條註)反對說(反對說)異議ノ申立ハ支拂命令ノ失効ヲ來スト同時ニ督促手續ノ完結ヲ來スヲ以テ取下クルコトヲ得ス(仁井田氏五一三頁)

○支拂命令ニ對スル異議取下ノ能否 支拂命令ニ對スル異議ハ取下クルコトヲ得ス(四二平法曹記事二〇六號五一頁法曹會決)

第三百八十九條 債務者カ請求ノ全部又ハ一分ニ對シ適當ナル時間ニ異議ヲ申立ツルトキハ支拂命令ノ效力ヲ失フ然レトモ權利拘束ノ效力ヲ存續ス數箇ノ請求中或ルモノニ對シ異議ヲ申立テタルトキハ支拂命令ハ其他ノ請求及ヒ之ニ相當スル費用ノ部分ニ付キ效力ヲ有ス

〔學說〕

○異議申立ノ效力 異議ノ申立ニシテ時期ニ後レタルモノナルトキハ裁判所決定ヲ以テ之ヲ却下ス(我第三九五條)適法ナル異議ノ申立ナルトキハ支拂命令ハ之ニ因リテ終了シ爾後ノ手續即チ執行命令ヲ求ムルコトヲ得サルコト爲ルモ之ト同時ニ通常手續ノ原則ニ從ヒ訴訟ヲ續行スルコト爲ル(ヘルウキツヒ二卷七四頁七五頁)

第三百九十條 適當ナル時間ニ異議ヲ申立テタル場合ニ於テ請求ニ付キ起ス可キ訴カ區裁判所ノ管轄ニ屬スルトキハ其訴ハ支拂命令ノ送達ト同時ニ區裁判所ニ之ヲ起シタルモノト看做ス其口頭辯論ノ期日ハ第三百七十七條ノ規定ニ從ヒテ之ヲ定ム

參照(第三百七十七條)

〔學說〕

○區裁判所ニ起シタルモノト看做ストノ意義 該文詞ハ前條トノ關係上極メテ人ヲ迷ハシムルモノナルカ其意味タルヤ權利拘束ハ異議ノ申立ニ因リテ始メテ發生シ且其效力カ送達ノ時ニ遡及スルモノナリトノ趣旨ニ非スシテ特別訴訟トシテノ督促手續ハ異議申立ノ爲メ終了シ爾後通常手續ノ原則ニ支配セラレ可キ訴訟トシテ繼續ス可シトノ意義ニ外ナラサルナリ(ヘルウキツヒ二卷七五頁)

○異議申立ト證書訴訟 (一)異議申立アレハ辯論ハ區裁判所ノ通常訴訟手續ニ於テ之ヲ爲ス可キモノナレハ若シ債權者ニシテ證書訴訟爲替訴訟ヲ利用セント欲スルトキハ支拂命令申請ノ取下ヲ爲スニ及ハス宜シク訴變更ノ方法ニ出ツ可キナリ(カウブ六九七條註)(二)支拂命令ノ申請ヲ取下クルトキハ權利拘束ノ效力消滅スルカ故ニ證書訴訟ヲ提起シ得ルハ勿論ナルモ否ラスシテ證書訴訟ヲ選定スルトキハ權利拘束ノ抗辯ヲ受クルノ虞アリ(ソエヘルト六九六條註松岡氏三七頁)

○期日ト指定 口頭辯論期日ハ異議申立アリタル日ヨリ起算シ第三百七十七條ノ規定ニ依リ之ヲ定ム可キモノトス(岩田氏九二〇頁)

○應訴期間(第九十四條(學說)ノ部參照)

○異議申立ノ效力(第三百八十九條(學說)ノ部參照)

○異議ノ口頭辯論期日ニ被告ノミノ出頭ト訴訟印紙ノ貼用 支拂命令ニ對シ異議ノ申立アリタルトキ口頭辯論期日ニ被告ノミ出頭シタルトキハ被告ノ申立ニ因リ訴ヲ却下シ若シ却下ノ申立ナキカ又ハ債權者債務者共ニ出頭セザルトキハ訴ノ休止ト看做ス可シ但訴訟印紙ハ口頭辯論ヲ開始シタル後其調書ニ貼用ス可キモノナルカ故ニ辯論ノ開始後ニ非サレハ印紙法ヲ適用スルヲ得サルモノトス(三一年法曹記事七六號九一頁法曹會決議)

○印紙加貼ノ命ニ從ハサル場合ノ處分 民事訴訟第三百九十條ニ依リ口頭辯論期日ヲ定メ其期日ヲ公開シタルニ債權者カ出頭セス又ハ出頭スルモ印紙ヲ貼用セザル場合其加貼ノ命ニ從ハサルトキハ不適法トシテ其訴ヲ却下ス可キモノトス(三六年法曹記事一三六號三頁法曹會決議)

第三百九十一條 請求ニ付キ起ス可キ訴カ地方裁判所ノ管轄ニ屬スル場合ニ於テハ適當ナル時間ニ異議ノ申立アリタルコトヲ債權者ニ通知ス可シ
債權者其通知書ノ送達アリタル日ヨリ起算シ一个月ノ期間内ニ管轄裁判所ニ訴ヲ起ササルトキハ權利拘束ノ效力ヲ失フ

〔關係法令〕

○裁判所構成法(二十三年法律第六號)

第二十六條(抜抄) 地方裁判所ハ民事訴訟ニ於テ左ノ事項ニ付裁判權ヲ有ス

第一 第一審トシテ

區裁判所ノ權限又ハ第三十八條ニ定メタル控訴院ノ權限ニ屬スルモノヲ除キ其ノ他ノ請求(尙ホ第一條(關係法令)ノ部參照)

(學 說)

○管轄權ナキ裁判所ニ對スル起訴ノ效力 債權者カ支拂命令ニ對スル異議アリタル後事件地方裁判所ニ屬スルモノト誤解シ地方裁判所ニ訴ヲ提起シタルモ其實區裁判所ノ管轄ニ屬スルモノナルトキハ合意又ハ應訴ナキ以上訴ハ管轄違トシテ却下セラル可キナリ此場合第二百七十六條(我第九條)ニ依ル移送ノ判決ヲ爲スヲ得ス蓋シ本來同區裁判所ニ繫屬セルモノナレハナリ(ソエヘルト六九七條註)

○請求額減少ト管轄裁判所 債權者カ支拂命令記載ノ請求額ヲ減少シ爲ニ訴訟物カ區裁判所ノ管轄ニ屬スルニ至リタルトキト雖モ尙ホ請求ニ付キ起訴可キ訴ハ地方裁判所ノ管轄ニ屬シ又支拂命令記載ノ訴訟物ノ價額ニ依リ相當ノ印紙ヲ貼用ス可キモノトス(大正四年法曹記事二八八號二九頁法曹會決議)

(判決例)

○支拂命令ト出訴期限中斷ノ效力 支拂命令ノ申請ハ裁判所カ其命令ヲ發シ之ヲ債務者ニ送達シタルトキハ其申請ノ日ニ遡リテ出訴期限中斷ノ效力ヲ生スルモ債務者カ異議ノ申立ヲ爲シ債權者ヨリ提起ス可キ訴カ地方裁判所ノ管轄ニ屬ス可キ場合ニ於テハ其異議ノ通知書送達ヨリ一个月内ニ起訴ナキトキハ支拂命令ノ申請ハ出訴期限中斷

ノ效力ヲ喪フモノトス(三二年一巻二二頁)

第三百九十二條 督促手續ノ費用ハ適當ナル時間ニ異議ノ申立アリタル場合

ニ於テハ起訴可キ訴訟ノ費用ノ一分ト看做ス

前條ノ場合ニ於テ期間内ニ訴ヲ起ササルトキハ手續ノ費用ハ債權者ノ負擔ニ歸ス

第三百九十三條 支拂命令ハ其命令中ニ掲ケタル期間ノ經過後債權者ノ申請

ニ因リ之ヲ假ニ執行シ得ヘキコトヲ宣言ス但假執行ノ宣言前債務者異議ヲ申立テサルトキニ限ル

右假執行ノ宣言ハ支拂命令ニ付ス可キ執行命令ヲ以テ之ヲ爲ス其執行命令ニハ債權者ニ於テ計算スル手續ノ費用ヲ掲ク可シ

債權者ノ申請ヲ却下スル決定ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得

第三百九十四條 執行命令ハ假執行ノ宣言ヲ付シタル 闕席判決ト同一ナリトス其執行命令ニ對シテハ第二百五十五條乃至第二百六十四條ノ規定ニ從ヒテ故障ヲ申立ツルコトヲ得請求カ區裁判所ノ管轄ニ屬セサルトキハ區裁判所ハ其故障ヲ法律上ノ方式及ヒ期間ニ於テ申立テタルヤノ點ノミニ付キ辯

論及ヒ裁判ヲ爲ス此場合ニ於テハ第三百九十一條第二項ニ定メタル期間ハ故障ヲ許ス判決ノ確定ヲ以テ始マル

〔學 說〕

○執行命令ノ意義 執行命令ハ支拂命令ニ假執行宣言付判決ノ效力ヲ有セシム可キ訴訟條件ノ存在ヲ證明スル裁判ナリ(松岡氏四一頁)而シテ其形式上ノ性質ハ決定ナリトス是レ申請ノ形式ヲ明示ス可キモノニシテ訴ニ依ル可カラサル所以ナリ(板倉氏三五〇頁)

○執行命令ノ條件 裁判所ハ執行命令ヲ發スル管轄權ノ有無竝ニ異議期間カ經過シタリヤ否ヤノ要件ヲ調査スルヲ以テ足り請求ノ當否、支拂命令其モノノ適否、支拂命令ヲ發シタル裁判管轄權ノ有無ヲ調査スルコトヲ得ス(松岡氏四二頁、ヘルツキツヒ二卷七七頁)

○執行命令ノ形式 執行命令ハ支拂命令ノ原本ニ手續費用ヲモ揭示シ且假ニ執行シ得ヘキ旨ノ宣言ヲ付スルニ在リ(ゾエヘルツ六九九條註、ヘルツキツヒ二卷四二頁)而シテ判事カ同宣言ニ署名捺印シテ書記ニ交付シタルトキヲ以テ同宣言ノ在リタルモノト知ル可キナリ(仁井田氏一五二〇頁)

○執行命令ノ送達 (一)執行命令ハ言渡ササル裁判ナルカ故ニ職權ヲ以テ債務者ニ送達スルヲ要ス(第二四)岩田氏一五二六頁 (二)執行命令ハ闕席判決ト同一ナルヲ以テ其送達ハ債權者ノ申立ニ因リ(五條)板倉氏三五二頁 (三)執行命令ハ闕席判決ト同一ナルヲ以テ其送達ハ債權者ノ申立ニ因リ(五條)板倉氏三五二頁 (四)執行命令ハ闕席判決ト同一ナルヲ以テ其送達ハ債權者ノ申立ニ因リ(五條)板倉氏三五二頁 (五)執行命令ハ闕席判決ト同一ナルヲ以テ其送達ハ債權者ノ申立ニ因リ(五條)板倉氏三五二頁 (六)執行命令ハ闕席判決ト同一ナルヲ以テ其送達ハ債權者ノ申立ニ因リ(五條)板倉氏三五二頁 (七)執行命令ハ闕席判決ト同一ナルヲ以テ其送達ハ債權者ノ申立ニ因リ(五條)板倉氏三五二頁 (八)執行命令ハ闕席判決ト同一ナルヲ以テ其送達ハ債權者ノ申立ニ因リ(五條)板倉氏三五二頁 (九)執行命令ハ闕席判決ト同一ナルヲ以テ其送達ハ債權者ノ申立ニ因リ(五條)板倉氏三五二頁 (十)執行命令ハ闕席判決ト同一ナルヲ以テ其送達ハ債權者ノ申立ニ因リ(五條)板倉氏三五二頁

○執行命令ノ效力 假執行付闕席判決ト同一ナリ故ニ送達ハ債權者ノ申立ニ因リテ之ヲ爲ス可ク之ニ對スル故障ハ送達ノ時ヨリ十四日間内ナル可ク又形式的竝ニ實質的ノ確定力ヲ有スルコトヲ得

ヘシ從テ確定後ハ原狀回復ニ因ル故障ノ外ハ再審ノ訴ノミヲ以テ攻撃スルコトヲ得(ヘルツキツヒ二卷一七八頁)

○故障ノ申立 故障ノ申立ハ懈怠シタル異議申立ノ補充方法ナリ故ニ適法ナル故障ノ申立ニ因リ執行命令ノ效力ヲ喪失セシメ且口頭辯論ニ於テ訴訟上實體上ノ防禦方法ヲ提出スルコトヲ得ルニ至ル(松岡氏四四頁)但故障ノ申立ハ闕席判決ニ假執行ノ宣言アリタル場合ト同様假執行ヲ妨クルノ效力ヲ有セス尤モ區裁判所ハ事物ノ管轄權ナキ場合ト雖モ第五百條ノ裁判ヲ爲スコトヲ得ヘシ(仁井田氏一五二八頁)

○執行命令ト廢棄 (一)故障申立後ノ判決ニ於テハ第二百六十一條ノ規定ニ從ヒ執行命令ヲ維持シ又ハ之ヲ廢棄シテ更ニ裁判ヲ爲ス可キモノトス又裁判所ハ故障ノ申立ニ基キテ本案ノ判決ヲ爲スニ先チ中間判決ヲ以テ故障ノ適法ナル旨ヲ宣言スルコトヲ得ヘキモ該中間判決ニ於テハ執行命令ノ廢棄ヲ言渡ス可キモノニ非ス(カウプ七〇〇條註仁井田氏一五三〇頁、岩田氏九二二頁、板倉氏三五二頁) (二)適法ナル故障ハ其性質上適法ナル異議ヲ申立テタルト同一ノ效力ヲ有シ支拂命令ノ效力ヲ喪失スルモノナルヲ以テ執行命令モ亦法律上當然其效力ヲ喪フ可ク特ニ執行命令ノ廢棄ヲ判示スルヲ要セス(松岡氏四五頁)

○支拂命令發布後債務者ノ承繼ト執行命令ノ手續 支拂命令發布後執行命令ノ宣言前債務者ノ承繼アリタル場合ニ於テハ更ニ其承繼人ニ對シ支拂命令ヲ發シ然ル後執行命令ノ宣言ヲ爲ス可キモノトス(三一年法曹記事七五トス、號一五頁、法曹令決議)

○支拂命令送達後債務者ノ死亡ト執行命令ノ手續 支拂命令送達後債務者死亡シテ其家族跡相續ヲ

爲シタルトキハ其支拂命令ハ相續人ニ對シ無効ナルヲ以テ之ニ對シ執行命令ヲ發スルコトヲ得ス
依テ債權者ハ更ニ其相續人ニ對シ支拂命令ヲ發スルカ又ハ訴訟ヲ提起スルノ外ナキモノトス(三
年法曹記事八九號
一頁法曹會決議)

○執行命令ト送達 民事訴訟法第三百九十三條ノ執行命令ハ裁判所カ職權ヲ以テ送達ス可キモノニ
非ス(三五年法曹記事三四
號二六頁法曹會決議)

○執行命令ニ對スル故障ヲ許ス裁判ノ方式 請求カ地方裁判所ノ管轄ニ屬スル場合ニ於テ區裁判所
カ執行命令ニ對スル故障ヲ許ス裁判ヲ爲ストキハ併セテ執行命令ヲ廢棄スル旨言渡スヲ要セス又
執行命令ニ基キ既ニ爲シタル執行處分ハ此判決ノ請求アルトキハ之ヲ取消スコトヲ得(四〇年法曹記
事一八五號二
九頁法曹
會決議)

○執行命令ノ申請書ト印紙貼用 執行命令ノ申請書ニハ民事訴訟用印紙法第六條ノ二第七號ニ依リ
印紙ヲ貼用ス可キモノトス(四五年法曹記事二四三
號二六七頁法曹會決議)

○執行命令ノ送達ト申請ノ要否 執行命令ノ送達ハ申請ニ因リ之ヲ爲ス可キモノトス(四五年法曹記事
二四三號二六七
頁法曹
會決議)

〔判決例〕

○執行命令ノ確定 督促手續ニ於ケル支拂命令ニ付シタル執行命令ハ民事訴訟法第三百九十四條ニ依リ故障ヲ申立
テサルトキハ確定ス(三三年三
卷五一頁)

○確定シタル執行命令ト不服申立ノ方法 確定シタル執行命令ニ對シテハ再審ヲ求ムルノ外不服ヲ申立ツルコトヲ
得ス(三三年三
卷五一頁)

○本條末段ノ意義 民事訴訟法第三百九十四條ノ末段ハ債權者カ故障ヲ許ス判決確定ノ日ヨリ一个月ノ期間内ニ管
轄裁判所ニ訴ヲ起ササルトキハ權利拘束ノ效力ヲ失フコトヲ定メタル迄ニシテ故障ヲ許ス判決ノ確定後ニ非サレ
ハ訴ヲ起スコトヲ許ササル法意ニ非ス(四四年三〇
卷九三二頁)

第三百九十五條 時期ニ後レテ申立テタル異議ハ命令ヲ以テ之ヲ却下ス
此却下ノ命令ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス

〔學說〕

○異議申立却下ノ裁判 異議期間ハ不變期間ニ非ス故ニ其懈怠ハ原狀回復ノ事由ト爲ラス(第一七
條)
(松岡氏
三三頁)又時期ニ遅レテ爲シタル異議申立ヲ却下シタル裁判ニ對シ不服ヲ申立テ得サルモノト爲セ
ル所以ハ續テ發セラル可キ執行命令ニ對シ故障ヲ爲ス途アルヲ以テナリ(今村氏八
五〇頁)

第三編 上 訴

〔學說〕

○上訴ノ意義 上訴トハ未確定ノ裁判ノ取消又ハ變更ヲ求ムル爲メ上級裁判所ニ對シテ爲ス不服ノ

申立ヲ謂フ從テ闕席判決ニ對スル不服申立ノ故障、支拂命令及ヒ假差押決定ニ對スル異議、原狀回復ノ申立、再審ノ訴ハ共ニ上訴ニ非ス(ヘルウキツヒ八三五頁)

○上訴ノ種類及ヒ要件 本法ニ於ケル上訴トハ控訴上告及ヒ抗告ノ三種ヲ謂フ而シテ其形式的要件トシテハ該上訴カ許サル可キモノニシテ且法定ノ形式ニ於テ法定ノ期間内ニ提出サルルコトヲ要シ實質的の要件トシテハ上訴權者カ更ニ有利ナル裁判ヲ求ムルノ權利ヲ有スルコトヲ要ス(同氏八三六頁)

○上訴ノ效力 上訴ヲ提起スルトキハ停止ノ效力ト移審ノ效力トヲ生スルヲ原則トス(ワイスマン一卷キツヒ八三八頁)

○上訴適否ノ標準時期 各種ノ上訴ノ適法ニシテ許ス可キモノナリヤ否ヤハ其提起ノ時點ニ依リテ判斷ス可ク又上訴判決ヲ爲ス際尙ホ不服申立ノ實益存在スルコトハ上訴ノ有效ナルカ爲メノ條件ナリトス(ガウプ五一一條前註)

○違式ノ裁判ニ對スル上訴 (1)上訴ノ適否ハ現ニ爲サレタル形式ノ裁判(判決又ハ決定)ヲ標準トシテ之ヲ決ス可ク而シテ如何ナル種類ノ裁判ト見ル可キヤハ同裁判ニ就キ克ク之ヲ爲シタル下級裁判所ノ意思ヲ探究シテ決ス可キモノトス(ガウプ同條前註ヘルウキツヒ八三八頁) (2)上訴ヲ許ス可キヤ否ヤハ本來下ス可カリシ裁判ノ性質ニ依リテ之ヲ決ス可ク該裁判ヲ爲シタル裁判所カ同裁判ノ訴訟上ノ性質ヲ知悉シテ之ヲ爲シタルヤ將タ又規定ノ形式ヲ遵守シテ之ヲ爲シタルヤ否ヤニ依リテ決ス可キニ非ス否ラサレハ當事者ハ裁判所ノ謬見ニ因リ本來提起シ得ヘカリシ上訴ヲ提起シ能ハサルノ結果トナル可クレハナリ(ワイスマン一卷四二三頁仁井田氏八二四頁板倉氏七三八頁)

第一章 控 訴

〔學 說〕

○控訴ノ目的 控訴ハ第一審ノ終局判決ニ對シテ之ヲ爲スモノニシテ我獨逸普通法ノ控訴制度ニ於テハ事實上ノ問題タルト法律上ノ問題タルトヲ問ハス單ニ下級裁判所ノ判決及ヒ訴訟手續ノ當否ヲ批判スルノミナリシモ本法ニ於テハ當ニ是ノミニ止マラス控訴審ニ十分ナル訴訟資料ヲ顯出セシメテ正當ナル判決ヲ受ケシムルヲ目的トス但控訴審ノ手續ハ全然第一審ノ手續ト没交渉ナル新辯論ニ非スシテ其續審タル性質ヲ有スルモノナレハ既ニ第一審ニ於テ當事者ノ受ケタル二三ノ不利益ハ依然控訴審ニ於テモ其效力ヲ保持スルモノトス(ガウプ五一一條註)

第三百九十六條 控訴ハ區裁判所又ハ地方裁判所ノ第一審ニ於テ爲シタル終局判決ニ對シテ之ヲ爲ス

參照(本法第二百七條第二項、第二百二十八條第二項、第四百九十一條)

〔學 說〕

○控訴ノ條件 控訴ノ適法ナルカ爲ニハ第一審判決カ控訴人ノ不利益ニ言渡サレタルコトヲ要ス而シテ此不利益タルヤ認諾判決ノ外ハ訴訟費用ノミニ關セスシテ而モ上訴提起ノ時ニ尙ホ存在セサ

ル可カラス從テ申立通りノ判決ヲ受ケタルニ拘ハラズ之ニ對シテ控訴ヲ爲ストキハ不合法トシテ棄却セラル可キナリ(カウブ五一一條註ワイスマン一卷四二一頁仁井田氏八一六頁齋藤氏講義錄一七頁)〔反對說〕當事者ハ申立通りノ判決ヲ受ケタルトキト雖モ尙ホ控訴スルコトヲ得(ソエヘルト五一一條註岩田氏七一頁)

◎控訴申立人 訴訟當事者、從參加人及ヒ各其相續人、特定ノ場合ニ於ケル檢事ハ控訴ヲ申立ツルコトヲ得(板倉氏四四七頁)

〔判決例〕

◎口頭辯論ヲ經サル判決ニ對スル控訴 第一審ノ裁判ニシテ其性質上決定ニ非スシテ判決ニ屬ス可キモノハ縱令口頭辯論ナル訴訟手續ヲ經スシテ之ヲ爲シタルトキト雖モ之ニ對シテ控訴ヲ爲スコトヲ得(二四年一卷一二五頁)

◎決定命令ニ對スル控訴ノ適否 控訴ハ第一審ニ於ケル終局判決ニ對シ爲ス可キモノニテ決定命令ニ對シ爲ス可キモノニ非ス(二五年六卷九七頁)

◎判決ノ理由ニ對スル控訴ノ適否 判決ハ其主文ニ包含スルモノニ限り確定力ヲ有スルモノナルヲ以テ第一審判決主文ニ何等ノ宣明ナキ請求ニ付テハ縱令理由中ニ之ヲ棄却ス可キ旨ノ説明アルモ未タ判決ナキモノト爲ササル可カラス從テ之ニ對シテ爲シタル控訴ハ許ス可カラサルモノトス(大正二年一九卷六四七頁)

第三百九十七條 終局判決前ニ爲シタル裁判ハ亦控訴裁判所ノ判斷ヲ受ク但此法律ニ於テ不服ヲ申立ツルコトヲ得スト明記シタルトキ又ハ抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ルトキハ此限ニ在ラス

參照 本法第三十八條、第四十六條、第五十二條、第五十七條、第八十三條、第八十五條、第一百二條、第一百八十九條、第九十二條、第二百四十一條、第二百五十三條、第二百五十七條、第二百九十四條、第三百一一條、第三百二二條、第三百五五條、第三百六十三條、第四百二條、第四百七十六條、第五百五十八條、第六百八十條、第七百五十四條、第七百六十九條以上抗告シ得ルモノノ第七條、第二十八條、第二百二十七條、第二百七十一條、第二百九十七條、第二百七十三條、第三百六十八條、第三百八十五條、第五百條、第五百一十一條以上不服ヲ申立テ得サル旨ノ規定アリ

〔學說〕

◎終局判決前ノ裁判 控訴審ノ判斷ヲ得ヘキ終局判決前ノ裁判トハ中間判決、決定及ヒ命令ヲ指ス證據決定ノ外尙ホ終局判決ニ影響ヲ及ホス可キ裁判所ノ爲シタル訴訟指揮上ノ命令(裁判長ノ命令ニ非ス)ノ如キ皆均シク控訴審ノ判斷ヲ受クルモノトス而シテ本條ニ依リ控訴審ノ審判ニ服セサル下級審ノ裁判ハ恰モ控訴審ニ於ケル中間判決ト同様控訴審ヲ羈束スルモノナリ(カウブ五一二條註)

〔判決例〕

◎防禦方法中ノ一抗辯ニ對シテ爲シタル中間判決ト控訴 防禦方法中ノ一抗辯ニ對シテ爲シタル中間判決ニ付テハ獨立シテ控訴ヲ提起ス可キモノニ非ス隨テ終局判決ニ對シ控訴アリタルトキハ該中間判決ニ對シ特ニ附帶控訴ヲ提起ス可キモノニ非ス(二九年七卷一三頁)

○中間判決ニ對スル不服申立ノ方法 控訴又ハ附帶控訴ハ終局判決若クハ終局判決ト看做ス可キモノニ對シテ爲スコトヲ得中間判決ニ對シ不服アルトキハ本案ノ判決ニ對スル上訴ト共ニ之ヲ申立テ判斷ヲ受ク可キモノトス(三〇二五頁)

○訴訟ノ受繼テ許ス裁判ニ對スル上訴 訴訟ノ受繼テ許ス裁判ハ中間判決ニシテ終局判決ニ非ス故ニ之ニ對シ不服アルトキハ本案ノ裁判ト共ニ上訴ヲ爲シ得ヘキモ獨立シテ上訴ヲ爲スコトヲ得ス(三一年四卷三五頁)

○第二百二十七條ノ中間判決ト上訴 民事訴訟法第二百二十七條ニ於ケル一箇ノ獨立ナル防禦方法ニ對スル中間判決ハ終局判決ト看做ス可キ規定ナキヲ以テ終局判決ヲ俟ツニ非サレハ上訴ヲ爲スヲ得ス(三四年一卷六六頁)

第三百九十八條 闕席判決ニ對シテハ期日ヲ懈怠シタル者ヨリ控訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス但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り控訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得

〔學說〕

○懈怠ナカリシコトヲ理由トスルトキノ意義 第一審裁判所カ事實上及ヒ法律上ノ點ニ於テ不法ニ當事者ニ懈怠アリトシテ闕席判決ヲ言渡シタルコトヲ意味ス例ヘハ出頭セサル當事者カ呼出サレ又ハ適法ノ呼出ヲ受ケサルトキ期日カ正當ノ場所及ヒ時日ニ於テ開カレサルトキ訴訟手續カ休止又ハ中斷中ナルトキ當事者カ辯論ヲ爲シ又ハ闕席判決ノ申立ヲ爲ササル場合ノ如シ之ニ反シテ當事者カ避ク可カラサル事變ニ因リ出頭ヲ妨ケラレタルトキ呼出ヲ受ケタル當事者カ呼出ノ事實ヲ知ラザリシトキノ如キハ本條ニ該當セス(岩田氏七一八頁註)

○懈怠ノ意義 民事訴訟法第三百九十八條ニ懈怠ナカリシコトヲ理由トスルトキト在ルハ實際期日ニ出頭シテ辯論ヲ爲シタルニ拘ハラス其事實ノ認メラレサリシコト、期日ニ有效ニ呼出サレサリシコト、辯論カ相當ノ期日場所ニ於テ開カレサリシコト等ヲ理由トスルトキヲ謂フモノトス(三一年法曹記事八二號二頁眞法曹會議)

〔判決例〕

○延期申請ノ合意違背ト闕席判決 相手方ノ訴訟代理人カ合意ノ延期申請ヲ爲ス約束ニ背キタルカ爲メ期日ニ出頭セサルニ立至リ闕席判決ヲ受ケタル場合ノ如キハ民事訴訟法第三百九十八條但書ノ懈怠ナカリシコトノ中ニ包含セス(三二年七卷一頁)

○「懈怠ナカリシコトヲ理由トスルトキ」ノ意義 民事訴訟法第三百九十八條但書ニ所謂懈怠ナカリシコトヲ理由トスルトキトハ事件ノ呼上ナカリシトキ又ハ呼出狀ノ送達ナカリシトキノ如キ其當事者ニ懈怠ナカリシコトヲ理由トスルトキヲ指稱ス(三四年五卷一一二頁)

○病氣ニ因ル期日懈怠ト本條ニ所謂懈怠ノ有無 民事訴訟法第三百九十八條但書ニ所謂懈怠ナカリシトハ期日ニ出頭シタルニ拘ハラス出頭セサルモノトシ又ハ適法ノ呼出ナキニ拘ハラス期日ヲ怠リタルモノト爲シタル如キ場合ノ義ニシテ俄然病氣ニ罹リ出頭若クハ期日變更ノ手續ヲ爲ス能ハサルカ如キ場合ハ之ニ包含セサルモノトス(三二年三卷一一九頁)

○乗船ノ延著ニ因ル期日懈怠ト本條ニ所謂懈怠ノ有無 民事訴訟法第三百九十八條但書ニ懈怠ナカリシコトヲ理由トスルトキト在ルハ裁判所カ闕席判決ヲ爲ス可カラサリシ場合ニ之ヲ爲シタルコトヲ理由トスルトキノ謂ナリ從テ當事者ノ乗船カ風波ノ爲メ延著シタルニ因リ指定ノ期日ニ出頭スルコトヲ得サリシカ如キ場合ハ之ニ包含セス (四三年一八 卷五五七頁)

○天災地變ニ因ル期日懈怠ト本條ニ所謂懈怠ノ有無 民事訴訟法第三百九十八條ニ所謂懈怠ナカリシトハ下級裁判所カ事實上若クハ法律上不當ニ懈怠アリト認メタルノ謂ナルヲ以テ天災其他避ク可カラサル事變ノ爲メ口頭辯論期日ニ出頭スルコト能ハサリシカ如キ場合ヲ包含セス (大正三年二一 卷四八九頁)

第三百九十九條 控訴ハ口頭辯論ノ前ニ於テハ被控訴人ノ承諾ナクシテ之ヲ取下クルコトヲ得

控訴ノ取下ハ上訴權ヲ喪失スル結果ヲ生ス

〔學說〕

○控訴取下ノ意義 控訴ノ取下トハ適法ニ提起セラレタル控訴ノ全部又ハ一分ニ對シ控訴審ノ裁判ヲ受クルノ權利ヲ拋棄スルノ意思表示ヲ謂フ (ガウプ五 一五條註) 適法ナル控訴ノ存在ヲ前提トスルカ故ニ不適法ナル控訴ヲ取下クルコトハ茲ニ所謂取下ニ非ス (岩田氏七 三九頁)

○控訴取下ノ方式 控訴ノ取下ハ口頭辯論ニ於ケル陳述ニ依リ又ハ書面ヲ提出シテ之ヲ爲ス可キモノナリ (岩田氏七 三七頁)

○控訴取下ノ要件 口頭辯論開始前ハ被控訴人ノ承諾ヲ要セサルモ辯論開始後ハ相手方ノ同意ヲ要ス (ガウプ五 一五條註) (反對說) 辯論開始後モ相手方ノ同意ヲ要セス (板倉氏四 四九頁)

○控訴取下ノ效力 (一) 控訴ノ取下ハ全然控訴權ノ喪失ヲ來ス可ク獨立ノ附帶控訴ナキ限りハ直チニ第一審判決ノ確定力ヲ生ス (ラエンヘラー一五〇六頁) (二) 控訴ノ取下ハ現ニ提起セラレ在ル當該控訴ニ付キ裁判ヲ受ケサル旨ノ意思ヲ表示スルモノナレハ取下後尙ホ控訴期間殘存スルトキハ再控訴ヲ提起スルヲ妨ケス (ヘルウキツセ八四〇) (校閱者曰ク上訴權ノ喪失トアルカ故ニ第一說ヲ可トス)

〔判決例〕

○裁判外ノ和解ニ基ク控訴取下ノ效力 訴訟カ第一審判決後控訴審ニ繫屬中當事者カ裁判外ノ和解ヲ以テ該判決ト相容レサル權利關係ヲ約シタルトキハ之ニ基キ控訴ヲ取下ケタル場合ト雖モ其和解ハ有效ニシテ第一審判決ハ實質上ノ確定力ヲ生セス (四四年九卷 二〇八頁)

第四百條 控訴期間ハ一个月トス此期間ハ不變期間ニシテ判決ノ送達ヲ以テ始マル

判決ノ送達前ニ提起シタル控訴ハ無効トス

第二百四十二條ノ規定ニ從ヒ控訴期間内ニ追加裁判ヲ以テ判決ヲ補充シタルトキハ控訴期間ノ進行ハ最初ノ判決ニ對スル控訴ニ付テモ追加裁判ノ送

達ヲ以テ始マル

〔學說〕

◎送達前ノ控訴 判決送達前ノ控訴ヲ無効トスル理由ハ當事者ヲシテ送達セラレタル判決正本ニ付キ十分ニ熟慮スルノ機會ヲ得セシムルト當事者雙方ノ控訴ニ付キ同時ニ辯論及ヒ判決ヲ爲サンカ爲メ雙方ノ控訴ヲシテ成ル可ク時日ヲ隔テスシテ提起セシメンカ爲ニ外ナラス(仁井田氏八四二頁)

◎追加判決ト控訴 追加判決アリタル場合ニ最初ノ判決ニ對スル控訴期間モ追加裁判ノ送達ヲ以テ始マルトセル所以ハ二者ノ審理ヲ併合シ且判決ノ牴觸ヲ避ケントスル趣旨ニ出ツ(ガウプ五一七條註仁井田氏八四二頁五七七條註)

〔判決例〕

◎控訴期間ノ算定 民事訴訟法實施以前ニ在リテハ本案ノ防禦方法ニ對シ中間ニ與ヘタル裁判ヲ獨立シテ控訴スルノ規定ナキヲ以テ最終ノ本案裁判言渡ト共ニ其翌日ヨリ控訴期間ヲ計算ス可キモノナルニ第二審裁判所カ一事再理ノ申立ニ對シ第一審裁判所ニ於テ與ヘタル裁判ヲ本案ニ關スル豫審裁判ナリトシ其言渡ノ翌日ヨリ控訴期間ヲ計算シ既ニ控訴期間ヲ經過シタルヲ以テ控訴スルヲ得サルモノト判定シタルハ背法ナリ(二六年二卷二八六頁)

◎中間判決確定ノ誤認ト控訴裁判ノ運命 原裁判所カ其判決理由ニ引證シタル請求原因ニ關スル中間判決(即チ上訴法律上終局判決ト)ハ未タ判決書ノ送達ナキモノナルヲ以テ法條(民事訴訟法第四〇條第一項及ヒ第四九八條第一項)ニ依リテ明白ニ會得セラ

ルル如ク確定ニ至ラサルモノナルニ原院ハ不當ニモ右原因ニ付テノ裁判ヲ以テ其判決既ニ確定セリ云々ト説明シタルハ不法ナリ(二八年四卷二〇四頁)

◎當事者ノ一方ニ爲シタル判決ノ送達ト其者ニ對スル控訴期間 當事者雙方ニ判決ノ送達ナキモ其一方ニ送達アリタルトキハ控訴ノ不變期間ハ其者ニ對シテ進行スルモノトス(三三年六卷二四頁)

◎共同訴訟ニ於ケル控訴期間ト第五十條第四項ノ適用 權利關係カ合一ニノミ確定ス可キ共同訴訟ニ於テ控訴期間ニ付キ民事訴訟法第五十條第四項ノ規定ヲ適用スルニハ總テノ共同訴訟人ニ對シ第一審判決ノ送達アリタルコトヲ必要トス(三九年一七卷二一〇〇頁)

第四百一條 控訴ノ提起ハ控訴狀ヲ控訴裁判所ニ差出シテ之ヲ爲ス

此控訴狀ニハ左ノ諸件ヲ具備スルコトヲ要ス

第一 控訴セララル判決ノ表示

第二 此判決ニ對シ控訴ヲ爲ス旨ノ陳述

此他控訴狀ハ準備書面ニ關スル一般ノ規定ニ從ヒテ之ヲ作り且判決ニ對シ如何ナル程度ニ於テ不服ナルヤ及ヒ判決ニ付キ如何ナル變更ヲ爲ス可キヤノ申立ヲ掲ケ若シ新ニ主張セントスル事實及ヒ證據方法アルトキハ其新ナル事實及ヒ證據方法ヲモ掲ク可シ

〔學說〕

- 控訴セラルル判決ノ表示 控訴セラルル判決ノ如何ナルモノナルヤヲ認識シ得ル程度ニ表示スルヲ以テ足ル通常當事者及ヒ裁判所ノ表示、訴名、言渡ノ日時等ヲ記載スレハ可ナリ必スシモ巨細ニ亘ルコトヲ要セス(カウプ五 一八條註)
- 不服ノ程度ノ意義 原判決ノ一分ニ對シ不服ナリヤ全部ニ對シテ不服ナリヤヲ謂フ(岩田氏七 二五頁)
- 控訴申立ノ意義 原判決ニ付キ如何ナル變更ヲ爲ス可キカノ申立ハ所謂控訴申立ナリ控訴ノ申立ハ控訴審ニ於ケル辯論及ヒ判決ノ範圍ヲ限定スルモノニシテ其性質判決ヲ受ク可キ本案ノ申立ニ外ナラサルヲ以テ書面ニ基キテ陳述スルヲ要ス(カウプ 同條註)
- 控訴申立欠缺ノ效果 本條第二項ニ記載ノ事項ハ單ニ準備事項トシテ表示スルモノナルヲ以テ假令之ヲ缺クモ控訴ノ效力ニ關係ナシ只相手方カ口頭辯論ニ於テ直チニ陳述ヲ爲スコトヲ得スシテ辯論ヲ續行シタルトキハ之ニ因リテ生シタル訴訟費用ヲ負擔スルノ不利益ヲ蒙ルノミ(岩田氏七 二六頁)
- 控訴提起ノ效果 控訴ヲ提起スルトキハ判決ノ確定ヲ妨ケ且控訴ハ判決一分ニ關シテ爲サレタルトキト雖モ事件全部ヲ控訴審ニ繫屬セシムルノ效力ヲ生ス(カウプ五 一八條註)
- 印紙ノ貼用ナキ控訴狀ノ效力 相當額ノ印紙ヲ貼用セサル控訴狀ハ判然法律上ノ方式ニ適セサル控訴ナリ民事訴訟用印紙法第十一條ニ所謂裁判所ニハ裁判長ヲモ包含スルモノト解ス可シ(維本氏 京都法學會雜誌一 一卷九號)

〔判決例〕

- 訴訟川印紙ノ加貼ト控訴狀ノ效力 訴訟用印紙不足ノ控訴狀ヲ受ケタルハ不法ヲ免レト雖モ民事訴訟用印紙法第十一條後半ニ依リ其不足ヲ加貼セシメ之ヲ有效ナラシムルコトヲ得(二七年三卷 二四八頁)
- 第一審ニ於ケル併合事件ト控訴狀 第一審ニ於テ併合シタル事件ノ控訴ハ一箇ノ控訴狀ニテ足レルモノトス(二八年四頁)
- 控訴狀ノ申立ト辯論中其陳述ノ要否 控訴狀ニ記載アル事項ニシテ口頭辯論中之ヲ陳述セサルトキハ其申立ナキモノト看做ス(三〇年三卷 一五六頁)
- 判決正本ノ寫ヲ添附シ判決ノ表示ニ代ヘタル控訴狀ノ效力 控訴狀ノ末尾ニ判決ノ表示トシテ第一審判決正本ノ全部ヲ謄寫シテ添附シタルトキハ原判決ノ表示ヲ缺キタリト謂フヲ得ス(三二年二 卷五〇頁)
- 判決ノ表示ヲ別冊トシテ添附スル控訴狀ノ效力 控訴狀ニ判決ノ表示ヲ別冊トシテ添附スルモノ不合法ニ非ス(三一年一〇卷 五七頁)
- 判決ノ表示ヲ缺ク控訴狀ト追完 控訴狀中判決ノ表示ヲ缺クモ其送達前ニ別冊ヲ以テ之ヲ追完スルトキハ控訴ノ提起ハ適法ナリ(三二年一〇 卷五七頁)
- 請求ノ目的物ト控訴狀記載ノ程度 請求ノ一定ノ目的物ハ訴狀ニ明記ス可キモノニシテ控訴狀ニハ一定ノ申立トシテ之ヲ詳載スルヲ要セス(三三年五 卷三七頁)
- 不服ノ程度ト控訴狀ノ記載 控訴スルニ當リ如何ナル程度ニ於テ不服ニシテ其判決ニ付キ如何ナル變更ヲ爲ス可

キヤノ申立ハ特ニ之ヲ掲ケサルモ之ヲ推知シ得ルヲ以テ足り且該申立ハ判決ヲ受ク可キ事項ニ非サレハ民事訴訟法第二百二十二條ノ規定ヲ遵守スルヲ要セサルモノトス(三三一年一〇 卷一五六頁)

○控訴狀記載ノ要件 控訴狀ニ控訴セラルル判決ノ表示(第一)及ヒ判決ニ對シ控訴ヲ爲ス旨ノ陳述(第二)ヲ掲ケ在ルトキハ控訴ハ適法ニ成立スルモノニシテ原判決ニ付テ如何ナル變更ヲ爲ス可キヤノ申立ノ掲記ハ其成立要件ニ非ス(三四年一 卷一頁)

○控訴狀ト宛名ノ記載 控訴狀ニハ控訴院ヲ表示ス可キ文字ノ記載アレハ足ルモノニシテ其院長若クハ部長ナル文字ノ記載ハ控訴狀ノ效力ニ影響ヲ及ホスコトナシ(三五年三 卷六〇頁)

○「變更」ナル文字ノ意義 民事訴訟法第四百一條若クハ第四百二十條等ニ變更ナル文字アルハ本案判決ヲ取消ス場合ニ之ヲ使用ス可シト謂フ旨趣ヲ示スニ非スシテ當事者ノ申立ナキモノハ上訴ニ於テモ審理ヲ爲サストノ原則ヲ明カニシタルニ外ナラス(三六年一四 卷六六二頁)

○控訴ノ趣旨ト控訴狀ノ記載 控訴人カ判決ニ對シ控訴ヲ爲ス旨ノ陳述ヲ控訴狀ニ記載スルニ付テハ一定ノ形式アルニ非サレハ唯其記載ニ依リ控訴ヲ爲ス旨趣ヲ認メ得ルヲ以テ足レリトス(三九年七 卷三五九頁)

○相手方ノ死亡ト被控訴人ノ表示 第一審判決ノ勝訴者カ其判決送達後未タ控訴ノ提起アラサル間ニ死亡シタル場合ニ於テ敗訴者ヨリ控訴ヲ提起セント欲スルトキハ控訴狀ニ被控訴人トシテ勝訴者ノ承繼人ノ氏名ヲ記載ス可キモノトス(四二年三 卷一二三頁)

○被控訴人トシテ死亡者ノ氏名ヲ記載シタル控訴狀ノ效力 控訴狀ニ當事者ノ氏名ヲ表示スルコトハ其要件事項ニ非サレハ縱令被控訴人トシテ死亡シタル勝訴者ノ氏名ヲ記載スルモ其承繼人カ控訴審ニ於テ何等ノ異議ヲ申立テ

サリシトキハ援テ以テ上告ノ理由ト爲スヲ得ス(四二年三 卷一二三頁)

○不適式ノ控訴狀 第一審判決ノ主文、其判決送達ノ年月日、第一審記録ノ番號、當事者雙方ノ住所及ヒ訴訟物ノ價額ノ記載アルモ第一審裁判所ヲ確知シ得ヘキ文詞ノ記載ナキ控訴狀ハ不適法ナリトス(大正四年二七 卷一四五〇頁)

○期間經過後ノ控訴狀欠缺補正ノ當否 控訴期間經過後ニ於テハ控訴狀ノ欠缺ハ補正シ得ス(大正四年二七 卷一四五〇頁)

○控訴狀ノ欠缺ヲ受繼申立書ヲ以テ補正スルノ當否 第一審裁判所ノ表示ナキ控訴狀提出後訴訟手續ノ中斷アリ受繼申立書ヲ提出シタル場合ニ於テ其申立書ニ第一審裁判所ノ表示アルモ控訴狀ノ欠缺ヲ補正スルノ效力ナキモノトス(大正四年二七 卷一四五〇頁)

第四百二條 判然許ス可カラサル控訴又ハ判然法律上ノ方式ニ適セス若クハ其期間ノ經過後ニ起シタル控訴ハ裁判長ノ命令ヲ以テ之ヲ却下ス 此却下ノ命令ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得

〔學 說〕

○判然許ス可カラサル控訴 (一)判然トハ控訴狀ノミニ依レハトノ意義ナリ故ニ訴訟記録ニ就キ控訴ノ許ス可キモノナリヤ否ヤヲ調査スルハ不法ナリ(齋藤氏法政大學 講義錄二三頁) (反對說)裁判長ノ審査ハ控訴狀ト記録トニ依リテ之ヲ爲ス可ク控訴狀ノミニ依ル可キニ非ス(岩田氏七 卷九一頁) (二)控訴ノ許ス可カラサルモノトハ第一審ノ控訴シ得ヘキ裁判ニ對シ爲サレタルモノニ非サルコト第二審裁判所ニ對シ爲サレタルモノニ非サルコト及ヒ敗訴者ニ非サル者ヨリ爲サレタルコトヲ意味ス(齋藤氏 同上)

〔判決例〕

◎決定ニ對スル控訴ト職權調査 決定ニ對シ控訴アルトキハ控訴裁判官ハ其果シテ決定ニ對スル控訴ナルヤ否ヤヲ調査スルノ職權ヲ有スルモノトス(二五年六卷九七頁)

◎判然許ス可カラサル控訴ト控訴狀欠缺ノ補正 判然許ス可カラサル控訴等ニシテ第一審ノ訴訟手續ト差異ヲ生スル場合ニ在リテハ第一審ノ訴訟手續ヲ準用シテ控訴狀欠缺ノ補正ヲ命ス可キモノニ非ス(二六年一卷九二頁)

◎控訴提起ノ效力發生時期 控訴狀ニハ六月三日ト記載シ在レトモ控訴院ノ受附印ニ六月五日ト記載シ在レハ期間經過後ノ申立ナリト論告スルモ六月三日ハ土曜日其翌四日ハ日曜日ニ該レリ而シテ吏員退出後ノ差出ニ係ル訴狀ハ其次日又其次日日曜日ニ該レハ其次日即チ月曜日ニ變更出院ノ上審査シ受附印ヲ押捺スルノ慣例ナルヲ以テ此慣例ニ依リ取扱ヒタルモノト認メ得ヘケレハ之ヲ以テ期間後ノ提出ト爲スヲ得ス(二七年三卷二六八頁)

◎訴訟川印紙ヲ貼用セサル控訴狀ノ價值

一、控所狀ニ訴訟印紙ヲ貼用セサレハ民事訴訟ノ書類トシテ其效ナキニ由リ裁判長カ之ヲ却下スルハ當然ナリ(二八年二卷四一頁)

二、全然印紙ノ貼用ナキ控訴狀ニ依ル控訴ハ民事訴訟法第四百二條第一項ニ所謂判然法律上ノ方式ニ適セサル控訴狀ナルヲ以テ裁判長ノ命令ヲ以テ之ヲ却下ス可キモノトス(大正三年二二卷五一七頁)

◎控訴期間經過後一定ノ申立訂正書提出ト控訴ノ效力 一定ノ申立訂正書ノ提出カ控訴期間經過後ニ係ルモ最初ノ請求以外ニ變更シタルモノニ非サル以上ハ期間經過後ニ起シタル控訴トシテ却下ス可キモノニ非ス(三〇年五卷一〇四頁)

◎本條ニ依ル抗告ト管轄權 地方裁判所又ハ其裁判長カ區裁判所ノ判決ニ對スル控訴事件ニ付キ爲ス決定又ハ命令ハ始メテ之ヲ爲スモ第二審トシテ繫屬スル事件ニ付キ爲ス裁判ナルヲ以テ之ニ對スル抗告ハ大審院ノ管轄ニ屬スルモノトス(大正四年三〇卷一九一八頁)

第四百三條 控訴狀ノ送達ト口頭辯論ノ期日トノ間ニ存スルコトヲ要スル時
間ニ付テハ第九十四條ノ規定ヲ適用シ答辯書ヲ差出ス可キ期間ノ催告ニ付テハ第九十九條ノ規定ヲ適用ス

前項ノ場合ニ於テモ亦第二百三條ノ規定ヲ適用スルコトヲ得

第四百四條 答辯書ハ準備書面ニ關スル一般ノ規定ニ從ヒテ之ヲ作り且被控
訴人ノ一定ノ申立及ヒ其主張セントスル新ナル事實及ヒ證據方法ヲ掲ク可
シ

第四百五條 被控訴人ハ自己ノ控訴ヲ拋棄シタルトキ又ハ控訴期間ノ經過シ
タルトキト雖モ附帶控訴ヲ爲スコトヲ得

闕席判決ニ對シ附帶控訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトニ付テハ第三百九十八
條ノ規定ニ從フ

〔學說〕

○控訴ノ拋棄 控訴ノ拋棄トハ第一審判決ニ對シ不服ヲ申立テサル旨ノ意思表示ナリ(カウプ五 一四條註)

○控訴拋棄ノ時期及ヒ效力 (一)訴權又ハ控訴權ノ如キ公權ノ拋棄ハ訴訟法カ明カニ之ヲ許シタル場合ニ於テ一定ノ形式ヲ履ミテノミ有效ニ之ヲ爲スコトヲ得而シテ未タ言渡サレサル判決ニ對スル上訴權ノ拋棄ニ付テハ何等明規スルトコロナキヲ以テ無効ナリ(ヘルウキツヒ 權論一六〇頁) (二)判決言渡前

ノ拋棄モ亦一種ノ訴訟行爲ナリ而シテ之ニ關シ特別ノ規定ナキカ故ニ無効視ス可キカ如クナルモ判決言渡後ノ拋棄ヲ有效トスル第五百十四條(我改正案第 四二九條)ノ規定訴訟法上ノ仲裁契約ニ因リ全然司

法裁判所ノ裁判ヲ排除シ得ル旨ノ規定及ヒ事物ノ管轄ニ關スル合意ニ因リ審級ヲ變更シ得ル旨ノ規定ヨリ類推スレハ契約(單獨行爲ニテハ無効)ノ方法ニ依ルトキハ言渡前ノ拋棄ヲ有效トセサル可カラス而シテ該契約ノ訴訟上ノ效果ヲ生スルハ勿論ニシテ相手方ニ對シ訴訟上ノ抗辯ヲ有セシム可ク裁判

所ハ該抗辯ニ基キ許ス可カラサル控訴トシテ棄却ス可キナリ蓋シ控訴ノ拋棄ニ因リ審級ヲ排除スル點ハ實質上仲裁契約ト性質ヲ同フスルヲ以テナリ(カウプ五二四條註) (三)判決言渡後ハ相手方ノ承諾ナクシテ控訴權ヲ拋棄スルコトヲ得(獨第五一四條我改 正案第四二九條)我現行法ノ解釋トシテモ理論トシテ同一

ニ解釋ス可ク此場合ハ控訴ハ不適法ト爲ル(岩田氏七 三五頁)

○拋棄ノ方式 判決言渡前ノ拋棄ニ付テハ合意ヲ要シ言渡後ノ拋棄ハ當事者一方ノ意思表示ノミヲ以テ足ル而シテ其方法ハ口頭辯論又ハ受命判事ノ審問ニ際シ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ(岩田氏七 三四頁)

○附帶控訴 (一)附帶控訴ノ意義、附帶控訴トハ被控訴人カ控訴審ノ口頭辯論ニ於テ第一審判決ヲ自己ノ利益ニ變更又ハ取消サレンコトヲ申立ツル意思表示ナリ(ヘルウキツヒ 八四〇頁) (二)附帶控訴

ノ要件 甲)主タル控訴ノ存在スルコト 乙)被控訴人カ第一審判決ニ因リ不利益ヲ受ケタルコト

(七井田氏八五二頁) 丙)辯論ニ於ケル口頭ノ陳述ヲ以テ爲スコトヲ要ス、附帶控訴ヲ爲ス旨ヲ記載セ

ル書面ノ送達ハ單ニ準備的性質ヲ有スルニ止マリ同申立ノ效力ナシ(ヘルウキツヒ 八四〇頁) (三)附帶

控訴ト控訴ノ差異、兩控訴ノ差異ハ主トシテ其提起ニ書面ノ提出ヲ要件トスルト否トニ在リ(ヘルウキツヒ 八四〇頁) (四)附帶控訴提起ノ時期、口頭辯論ノ終結ニ至ルマテ提起スルコトヲ得是レ附帶控訴ハ

〔判決例〕

○附帶控訴ト印紙ノ貼用

一、訴訟目的物ノ實體ヲ區別シ得サルモノハ之ニ對シ附帶控訴ヲ爲スニ別ニ印紙ノ貼用ヲ要セス(二七年二卷 一六三頁)

二、附帶控訴ノ目的カ主タル控訴ト同一ノ訴訟物ナルトキハ民事訴訟用印紙法第四條ノ法理ニ照準ス可キモノニシテ同法第五條ニ違由スルヲ要セス(三〇年二 卷二七頁)

○附帶控訴申立書ト原判決表示ノ要否

附帶控訴ハ通例獨立ノ控訴ト看做スヲ得サルモノナレハ其提起ニ付テハ主タル控訴ニ付テノ總テノ必要條件ヲ具備スル書面ヲ要セス故ニ附帶控訴申立書ニハ原判決ノ表示ヲ爲ササルモ不法ニ非ス(三〇年二 卷二七頁)

○數箇ノ請求ニ關スル事件ノ附帶控訴

當事者ノ一方カ一ノ訴ヲ以テ爲セル數箇ノ請求中ノ一若クハ二以上ニ關スル裁判ニ對シテ控訴ヲ爲シ其後他ノ一方カ他ノ請求ニ關スル裁判ニ對シテ控訴ヲ爲シタルトキハ縱令其各請求ノ

原因カ同時ニ發生シタルモノニ非ス又其各請求額ニ差等アリトスルモノノ終局判決ニ依リテ其各請求ニ關スル裁判アリタルニ於テハ後ニ提起セル控訴ハ附帶控訴ナリトス(三一年五卷七一頁)

○**中間判決ト附帶控訴** 附帶控訴ハ主タル控訴ヲ爲シ得ヘキモノニ限り爲ス可キモノナルヲ以テ中間判決ニ對シテハ單ニ原中間判決ニ不服ナル旨ヲ申立テ控訴裁判所ノ判斷ヲ受クルハ格別附帶控訴ヲ以テ不服申立ヲ爲スコトヲ得サルモノトス(三五年三月四日東京控訴判決)

○**訴訟物名稱ノ訂正ト附帶控訴** 被控訴人ハ第一審カ其請求ヲ却下シタル部分ヲ控訴審ニ於テ更ニ請求セントスル場合ニハ附帶控訴ニ依ル可キモノナレトモ訴訟物其物ヲ變更セスシテ單ニ其名稱ノミヲ訂正シ以テ第一審判決ヲ維持セントスルトキハ固ヨリ附帶控訴ニ據ル可キモノニ非ス(三八年一四卷七九二頁)

○**附帶控訴ノ性質** 附帶控訴ハ相手方ヨリ控訴ヲ提起シタル場合ニ其控訴ニ隨伴シテ提起スルコトヲ許シタル特別ノ上訴方法ナリトス故ニ附帶控訴ハ必スヤ相手方カ控訴ヲ以テ不服ヲ申立テタル判決ニ對スルモノナラサル可カラス(三八年二五卷一五一四頁)

○**本條ノ意義** 民事訴訟法第四百五條ハ一ノ訴ニ於テ一箇ノ請求ヲ爲シタルト將タ數箇ノ請求ヲ爲シタルトヲ問ハス第一審裁判所カ同一ノ判決ヲ以テ當事者雙方ニ對シ各一分勝訴ノ言渡ヲ爲シタル場合ニ於テ當事者ノ一方ヨリ控訴ヲ提起シタルトキハ相手方ハ自己ノ控訴ヲ拋棄シ又ハ控訴期間ノ經過セシトキト雖モ附帶控訴ヲ爲シ得ヘキコトヲ規定シタルモノトス(四〇年三〇卷一二七九頁)

○**反訴ノ判決ト附帶控訴** 第一審裁判所カ一箇ノ判決ヲ以テ本訴並ニ反訴ノ裁判ヲ爲シタル場合ニ於テ當事者ノ一方カ反訴ノ判決ニ對シ控訴ヲ申立テタルトキハ相手方ハ控訴期間ノ經過後ト雖モ本訴判決ニ對スル附帶控訴ノ申

立ヲ爲スコトヲ妨ケス(四三年四卷一四二頁)

第四百六條 左ノ場合ニ於テハ附帶控訴ハ其效力ヲ失フ

第一 控訴ヲ不適法トシテ判決ヲ以テ棄却シタルトキ

第二 控訴ヲ取下ケタルトキ

然レトモ被控訴人カ控訴期間内ニ附帶控訴ヲ爲シタルトキハ之ヲ獨立ノ控訴ト看做ス

〔學說〕

○**附帶控訴ノ失效** 附帶控訴ハ控訴ニ附隨シテ提起スルモノナルカ故ニ控訴ト其運命ヲ共ニスルハ當然ナリ故ニ本條ノ規定アリ但附帶控訴カ被控訴人ノ爲ニ存スル控訴期間内ノ提起ニ係ルトキハ特ニ獨立ノ控訴トシテ適法ナルトキニ限り之ヲ獨立ノ控訴トシテ手續ヲ進行ス可シ從テ附帶控訴カ訴訟費用ノミノ點ニ關スルトキ(獨第九九條第一項 我第八二條第二項) 既ニ拋棄シタルモノナルトキハ獨立ノ控訴ト看做サルルコトナシ(ソエヘルト五二二條註)

○**附帶控訴ニ對スル附帶控訴** 控訴人ハ辯論ノ終結スルマテ隨意ニ申立ノ擴張又ハ減縮ニ因リ自由ニ不服ノ程度ヲ變更スルコトヲ得ルヲ以テ附帶控訴ニ對スル附帶控訴ハ之ヲ許サス(カウフ五二一條註)

〔判決例〕

◎附帶控訴ノ失効 控訴ヲ不適法トシテ判決ヲ以テ棄却シタルトキハ附帶控訴ノ效力ヲ失フ(二五年一) (卷八頁一)

第四百七條 答辯書ニ新ナル事實若クハ證據方法ヲ掲ケ又ハ附帶控訴ヲ爲ス旨ノ陳述ヲ掲ケタルトキハ之ヲ控訴人ニ送達ス可シ

第四百八條 右ノ外控訴ノ訴訟手續ニハ地方裁判所ノ第一審ノ訴訟手續ノ規定ヲ準用ス但本章ノ規定ニ依リ差異ノ生スルモノハ此限ニ在ラス

〔學說〕

◎控訴審ノ準據規定 第一編ノ總則ニ關スル規定ハ其儘控訴審ノ訴訟手續ニ適用ス可ク第二編第一章地方裁判所ニ關スル規定ハ本章ニ特別ノ規定ナキ限りハ控訴審ノ性質ニ反セサル範圍内ニ於テ之ヲ準用ス可シ又特別訴訟ニ關スル第四編(審)第五編(證書)ノ規定モ控訴裁判所ノ手續ニ適用スルコトヲ得(フエルト) (五二三條註)

〔判決例〕

◎判然許ス可カラサル控訴ノ運命 判然許ス可カラサル控訴等ニシテ第一審ノ訴訟手續ト差異ヲ生スル場合ニ在リテハ第一審ノ訴訟手續ノ規定ヲ準用シテ控訴狀欠缺ノ補正ヲ命ス可キモノニ非ス(二六年一) (卷九二頁)

◎第一審ニ於テ述ヘタル事實上ノ申述ノ更正 訴ノ原因カ買戻契約ノ履行ヲ求ムルニ在ルトキ第一審ニ於テ述ヘタル事實上ノ申述ヲ第二審ニ至リ更正シタルハトテ訴ノ原因ヲ變更スルニ非サレハ對手人ノ義務ニ何等ノ影響ヲ及

ホサス何トナレハ買戻契約ノ存在スル以上ハ管理人ニ對シテモ又相續人ニ對シテモ該契約ヲ履行ス可キ義務者タル資格ニ變更ヲ來スモノニ非サレハナリ此場合裁判所ハ更正ニ從ヒ果シテ相續セシヤ否ヤヲ調査セサル可カラス(二七年五卷) (三三八頁)

◎控訴ト請求減縮ノ當否 訴ノ原因ヲ變更セスシテ請求ヲ減縮シ得ルハ民事訴訟法第九十六條ノ規定スル所ナリ故ニ控訴ニ至リテ之ヲ減縮スルモ不法ニ非ス(二八年四) (卷八八頁)

◎控訴審ニ於ケル假執行ノ宣言 控訴審ニ於テ假執行ニ關スル宣言ヲ爲スニ當リテハ單ニ民事訴訟法第五百九條ノ規定ノミニ止マラス第五百三條等ノ規定モ亦之ヲ適用シ得ヘキ法意ナルコトハ同第四百八條ノ規定ニ依リ自カラ明カナリ(三五年九卷) (一五三頁)

◎控訴判決ノ違算ト更正 控訴審ノ判決ニ違算ノ點アルトキハ民事訴訟法第四百八條第三百四十一條ノ規定ニ依リ同審ニ對シ其更正ヲ求ム可キモノナレハ之ヲ理由トシテ上告ヲ爲スコトヲ得ス(三六年二二卷) (一一二八頁)

◎附帶控訴ノ判決遺脱ト追加裁判ノ申立 控訴審カ附帶控訴ノ申立ニ付テ判決セサル場合ニ在リテハ當事者ハ追加裁判ノ申立ヲ爲シ得ルニ止マリ援テ以テ上告ノ理由ト爲スヲ得ス(三七年二一卷) (一二八三頁)

◎請求ノ減縮ト訴ノ一分取下トノ區別 第一審ニ於テ直接履行タル目的物ノ給付ヲ求メ若シ其履行ヲ爲スコト能ハサル場合ニハ之ニ代ハル可キ損害ノ賠償ヲ求メタル後第二審ニ至リ其請求ノ中損害賠償ニ關スル部分ヲ減縮シタルトキハ訴訟法上ノ請求ノ減縮ニ該當シ訴ノ一分取下ニ非ス(三七年八卷) (三七八頁)

◎訴ノ原因ニ變更ナシトスル控訴裁判ト不服申立 民事訴訟法第九十七條ニ所謂訴ノ原因ニ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規定ハ同法第四百八條ニ依リ控訴審ノ裁判ニ之ヲ準用シ得ルモノトス

(三九年五卷
二七四頁)

第四百九條 當事者ノ雙方ヨリ控訴ヲ起シタルトキハ其兩控訴ニ付キ辯論及ヒ裁判ヲ同時ニ爲スヲ以テ通例トス

〔學 說〕

◎本條ノ目的 本條ハ時間ト手數ノ經濟ヲ圖ラントスル趣旨ニ出ツ(岩田氏七九二頁)

〔判決例〕

◎當事者雙方ノ控訴ニ對スル判決理由 當事者雙方ヨリ控訴ヲ爲シ其兩控訴ニ付キ各別ニ判決原本ヲ作り且之ヲ言渡ス場合ニ於テ其一方ノ理由ヲ他ノ一方ノ理由ニ援用シ又ハ重複ナル點ニ於テ爭點ノ摘示又ハ理由ヲ省略スルモ爭點及ヒ理由ヲ缺キタル不法ナシ(二九年四卷五〇頁)

第四百十條 口頭辯論ハ其期日ニ於テ被控訴人ノ控訴期間ノ未タ經過セサルトキハ其申立ニ因リ期間ノ滿了マテ之ヲ延期ス
闕席判決ヲ受ケタル原告若クハ被告ヨリ其判決ニ對シ故障ヲ申立テ相手方ヨリ控訴ヲ起シタルトキハ控訴ニ付テノ辯論及ヒ裁判ハ故障ノ完結マテ職權ヲ以テ之ヲ延期ス

〔學 說〕

◎本條第一項ノ目的 被控訴人ノ爲ニ其控訴期間ヲ保存シ第一審判決ニ對シテ控訴申立ヲ爲スヤ否ヤノ熟考期間ヲ與ヘ若シ控訴ノ申立ヲ爲シタルトキハ其辯論及ヒ裁判ヲ同時ニ爲サントスルニ在リ(ソエヘルト五二四條註岩田氏七九三頁)

◎本條第二項ノ趣旨 本條第二項ハ第一審ニ於テ一分ハ闕席一分ハ對席判決アリタルトキヲ豫想セラルモノニシテ此場合ニ控訴ノ辯論ヲ延期セサルトキハ同一訴訟事件ニ付キ二箇ノ審級ニ於テ同時ニ審理ヲ爲スノ虞アルヲ以テ之ヲ避クル趣旨ニ出テタルモノトス(ガウブ同條註岩田氏七九三頁)

第四百十一條 控訴裁判所ニ於ケル訴訟ハ不服ノ申立ニ因リ定マリタル範圍内ニ於テ更ニ之ヲ辯論ス

〔學 說〕

◎辯論ノ範圍 控訴審ニ於ケル辯論ノ範圍ハ控訴人及ヒ被控訴人カ口頭辯論ニ於テ書面ニ基キテ陳述シタル控訴申立及ヒ附帶控訴申立ニ因リテ定マル申立ハ判決ニ接著スル口頭辯論ノ終ニ至ルマテ擴張又ハ減縮スルコトヲ得此限界内ニ於テハ控訴裁判所ハ當事者ノ法律上ノ意見ニ拘束サルルコトナク獨立シテ訴訟材料ヲ新ニ審査スルコトヲ得、申立ナキ場合ハ當事者ノ不利益ニ變更スルコトヲ得ストノ第四百二十條ノ規定ハ本條ノ制限ト相照應スルモノナリ(ソエヘルト五二五條註)

〔判決例〕

◎控訴裁判所ノ辯論範圍 控訴裁判所ノ辯論ハ口頭辯論ニ於テ當事者カ書面ニ基キ不服ヲ申立テタル事項ニ因リ定マルモノトス(二九年三卷三二頁)

第四百十二條 當事者ハ其控訴ノ申立及ヒ不服ヲ申立テラレタル裁判ノ當否ヲ明瞭ナラシムル爲メ必要ナル限りハ口頭辯論ノ際第一審ニ於ケル辯論ノ結果ヲ演述ス可シ
演述ノ不正確又ハ不完全ナル場合ニ於テハ裁判長ハ其更正若クハ補完ヲ爲サシメ又必要ナル場合ニ於テハ辯論ヲ再開シテ之ヲ爲サシム可シ

〔學說〕

◎第一審ノ訴訟資料ハ採用ヲ要スルヤ (一)消極說、第一審ニ於ケル證據調ノ結果タルト當事者ノ提出シタル攻撃又ハ防禦ノ方法タルト問ハス一切ノ訴訟資料ハ當事者ノ演述ニ因リテ控訴裁判所ニ顯出セラルルニ非サレハ之ヲ斟酌シテ判決ノ基礎ト爲スコトヲ得ス是レ辯論主義ノ當然ノ結果ナリ(仁井田氏八六一頁ガウブ、
ノエヘルト各五二六條註) (二)積極說、第一審ニ於ケル訴訟材料ハ當然控訴審ノ訴訟材料ト爲ル假令當事者之ヲ演述セサルモ裁判所ニ顯著ナルモノトシ職權ヲ以テ之ヲ控訴審ノ資料ト爲スコトヲ得ヘシ然ラサレハ當事者ノ演述ノ有無ニ因リ控訴審ハ第一審ノ續審ト爲リ又ハ覆審ト爲ルノ

不都合ヲ生ス(齋藤氏五六頁ワツハ、
民事訴訟法二四九頁) (三)折衷說、當事者カ演述ヲ怠ルトキハ裁判長ハ記錄ニ付キ必

要ナル演述ヲ爲サシム可シ若シ當事者カ該命令ニ從ハサルトキト雖モ裁判長ノ指摘シタル趣旨ニ從ヒ第一審ノ訴訟資料ハ控訴審ノ訴訟資料ト爲ル(ヘルウキツ
ヒ八四二頁)

◎本條第二項ノ趣旨 裁判所ハ一件記錄ニ依リ第一審ノ辯論ヲ知悉シ得ルカ故ニ當事者ノ爲シタル演述ノ不十分不正確ヲ補正スルノ義務アリト爲シタル所以ナリ但當事者ニ補正ヲ強制シ能ハサルカ故ニ當事者之ヲ拒否スレハ其供述ナキ範圍内ニ於テハ第一審ノ材料ヲ斟酌シ能ハサルノ結果ト爲ル裁判長又ハ陪席判事ノ供述ニ依リテハ之ヲ補フコトヲ得ス(ガウブ、
ノエヘルト各五二六條註)

〔判決例〕

◎關席判決ノ維持ヲ求ムル申立ノ趣旨 第一審ノ關席判決ニ於テ訴ノ却下ヲ言渡シタルハ請求ノ棄却ヲ言渡シタルト同一ナルヲ以テ控訴審ニ於テ其關席判決ヲ維持セラレタシトノ申立ハ即チ相手方ノ請求ヲ棄却セラレタシトノ意ニ外ナラス(三三年七
卷一二頁)

第四百十三條 訴ノ變更ハ相手方ノ承諾アルトキト雖モ之ヲ許サス

參考(獨逸民事訴訟法)

第五百二十七條 訴ノ變更ハ相手方ノ承諾アルトキニ限り之ヲ許ス

〔關係法令〕

○人事訴訟手續法(三十一一年)

第八條 婚姻事件ニ付テハ第一審又ハ控訴審ニ於ケル辯論ノ終結ニ至ルマテ訴若クハ其事由ヲ變更(中略)スルコトヲ得

〔學說〕

○本條ノ目的 訴ノ變更ヲ許ストキハ變更サレタル訴ハ第一審ノ判斷ヲ受ケサルカ爲メ結局第一審ノ判決ヲ經サル事項ニ付キ審判スルコトト爲リ控訴審ノ性質ニ悖ルコトト爲ルカ故ナリ從テ原告カ控訴人ナルトキハ控訴ヲ理由ナキモノトシテ棄却ス可ク若シ又被告ナルトキハ新訴ヲ判決ヲ以テ却下シ舊訴ニ付キ訴訟ヲ進行ス可キナリ(岩田氏七)

〔判決例〕

○謝金契約ノ名義ヲ勞力費ニ變更シタル控訴ノ當否 訴訟ノ原因タル謝金契約ニ瑕瑾アルニ因リ無効ニ歸シタルトキハ其名義ヲ勞力費トシテ訴求スルモ同一ノ契約ニ基ク以上ハ其訴求モ亦相立タサルモノトス若シ他ノ原因ニ基キテ訴求スルモノトセハ訴ヲ變更スルモノナルヲ以テ更ニ起訴ノ手續ヲ爲ササル可カラズ(二四年一卷) 訴名變更ト控訴ノ當否 訴名ハ訴ノ提起又ハ控訴提起ノ要件ニ非サルヲ以テ控訴審ノ訴名カ第一審ノ訴名ト其文字及ヒ意義ヲ異ニスルモ訴ノ變更ニ非ス(二九年二卷)

○一定ノ申立ノ補充ト訴ノ變更 第二審ニ於テ一定ノ申立ノ意味ヲ補充スル爲メ其申立ノ語句ヲ附加シ又ハ變更スルハ訴ノ變更ニ非ス(二九年二卷)

○貸金ノ請求ヲ講金ノ請求ニ變更ノ當否 第一審ニ於テハ或ル金員ヲ一己ノ貸金アリト主張シ第二審ニ於テハ講金ナリトシテ請求ヲ爲スハ訴ノ原因ヲ變更セル不法アルモノトス(二九年一)

○「訴ノ變更」ノ意義 民事訴訟法ニ所謂訴ノ變更トハ訴ノ原因即チ原告ノ主張スル權利ノ因テ生シタル法律關係ノ變更ヲ謂フ(三〇年一)

○選擇的請求ヲ唯一的請求ニ變更ノ當否 第一審ニ於ケル一定ノ申立ニ於テ假若干依テ辨濟ス可ク若シ現物存在セサルトキハ代金若干ヲ辨濟ス可シトノ主旨ニテ請求ヲ爲シ第二審ニ於ケル一定ノ申立ハ單ニ其代金ノミノ辨濟ヲ請求スルハ訴ノ原因ヲ變更シタルモノニ非ス(三〇年一)

○數人ノ債務ヲ連帶辨濟ノ申立ニ變更ノ當否 第一審ニ於テ債務者數名ニ對シ單ニ債務辨濟ノ申立ヲ爲シ第二審ニ至リ更ニ連帶辨濟ノ申立ヲ爲スハ法律上ノ申述ヲ補充シタルモノニシテ訴ノ原因ヲ變更シタルモノニ非ス(三〇年二頁)

○控訴審ニ於ケル利息添加請求ノ當否 控訴審ニ至リ利息ノ辨濟ヲ添加シ請求スルハ民事訴訟法第九十六條第二號ニ該當スルモノニシテ訴ノ變更ニ非ス(三一年八)

○損害賠償ヲ現物引渡ノ請求ニ變更ノ當否 第二審ニ於テ損害賠償ノ請求ヲ現物引渡ノ請求ニ改ムルハ新ナル請求ニシテ許ス可キモノニ非ス(三二年六)

中間判決ヲ以テ「被控訴人カ前ニ爲シタル控訴棄却ノ申立ヲ取消ササル限り第一審ト同一ノ訴ノ原因ニ基キ辯論ヲ爲ス可キ」旨ヲ言渡ス可キモノニシテ之カ爲メ第一審判決ヲ變更シ其請求ヲ棄却ス可キモノニ非ス(三三三頁五)

◎**貸借ヲ地上權ニ變更スルノ當否** 貸借借ト地上權トハ全ク其法律關係ノ性質ヲ異ニスルカ故ニ控訴審ニ於テ貸借ヲ變シテ地上權ト爲スハ訴ノ變更ニ屬シ許ス可カラサルモノナリ(三四年一〇) (卷八六頁)

◎**第九十五條第三號ト本條トノ關係** 訴ハ原因ト目的ト相俟テ成立スルモノナルカ故ニ民事訴訟法第九十五條第三號ノ規定中ニハ自カラ訴ノ變更ヲ包含シ第四百十三條ノ規定中ニハ自カラ訴ノ原因ヲ包含スルモノト解釋スルヲ相當トス(三五年九) (卷三二頁)

◎**一定ノ申立變更ト控訴判決** 第一審廷ニ共有山林分割ノ履行訴訟ヲ提起シ控訴審ニ至リ一定ノ申立ヲ變更シ「總テノ山林ヲ分割シ其ノ三分ノ二ヲ控訴人ニ取得セシム可シ」トノ申立ヲ爲シタルトキハ裁判所ハ先ツ其不明瞭ナル申立ヲ釋明セシメ若シ其申立ニシテ確認訴訟ニ改ムルノ旨趣ナリトセハ確認訴訟トシテ之ヲ許シ得ヘキ事件ナルヤ否ヤヲ調査シ以テ相當ノ判決ヲ與フ可キモノトス(三六年二七卷) (一三三三頁)

◎**新原因ヲ附加セル控訴ノ當否** 起訴者カ第一審ニ於テ係争地ノ讓與ハ虛偽ノ意思表示ニシテ法律上無効ナリト主張シ第二審ニ至リ親權者カ幼者ノ財產ヲ擧ケテ他人ニ無償讓與ヲ爲スカ如キハ無効ナリト主張スルハ最初ノ請求原因ト相容レサル新原因ヲ附加セルモノニシテ訴訟法上許ス可カラサル所ナリ(三七年一四) (卷六八八頁)

◎**一定ノ申立ノ變更ト訴ノ原因ノ變更** 一定ノ申立ノ變更ハ民事訴訟法第九十六條ノ規定ニ於ケル事項ヲ除ク外一定ノ原因ノ變更ト均シク同法第四百十三條所定ノ訴ノ變更ニ該當セルモノトス(三七年一八卷) (一〇三三頁)

◎**控訴審ニ於テ一定ノ申立變更ト審理手續** 一、起訴者カ控訴審ニ至リ一定ノ申立ヲ變更セル場合ニ於テハ其變更シタル訴ヲ以テ新訴ト看做シ中間判決ヲ以テ其新訴タル部分ノミヲ却下シ既ニ適法ニ提起セラレタル控訴ハ尙ホ之ヲ存續シテ辯論ヲ爲サシム可キモノトス(三七年一八卷) (一〇三三頁)

二、起訴者カ第二審ニ至リ第一審ニ於テ定マレル申立ヲ變更シタルトキハ其變更セル申立ノ部分ハ中間判決ヲ以テ之ヲ却下シ第一審ニ於テ既ニ定マリタル申立ニ基キ辯論ヲ爲サシメ裁判ヲ爲ス可キモノトス(三八年一五) (卷八五六頁)

◎**當事者ノ合意ト請求ノ原因變更** 一定ノ請求原因ニ對シ第一審ノ判決アリタルトキハ第二審ニ於テハ縱令當事者ノ合意アルモ其原因ノ變更ヲ許サス裁判所モ亦之ヲ變更シ得サルモノトス(三七年七卷) (一一六〇頁)

◎**地上權消滅原因ニ付キ新事實ヲ提出シタル控訴ノ當否** 土地所有權者カ借地契約ノ満期後借地人ニ於テ故ナク其地所ヲ使用シ居ルトノ事實ニ基キ之カ明渡ヲ請求シ控訴審ニ至リ明治三十三年法律第七十二號ニ依リテ地上權者ト推定スルモ滿二個年間ノ地料ヲ支拂ハサル爲メ該地上權ハ全ク消滅ニ歸シタリトノ新事實ヲ提出シ同裁判所カ之ヲ認容シ地料不拂ノ新事實ニ因リ其請求ヲ至當ト爲シ地所ノ明渡ヲ命シタル裁判ハ違法ナリ(三七年二四卷) (一二七一頁)

◎**手形ノ效力ニ關スル主張ノ變更ト訴ノ變更** 第一審ニ於テハ手形金ノ請求ニ付キ法定ノ手續ヲ盡ササリシ爲メ償還請求權ヲ失却シタルコトヲ主張シ相手方カ裏書讓渡ノ對價トシテ受取リタル金員ノ返還ヲ求メ第二審ニ至リ手形ノ無効ナル事實ヲ主張シ無効手形ノ對價トシテ受取リタル金員ノ返還ヲ要ムルハ即チ訴ノ變更ナリトス(三八) (卷九) (一九頁)

◎**消費貸借ノ事實ヲ第二審ニ至リ始メテ詳述スルノ可否** 金錢ノ消費貸借關係ヲ訴ノ原因トスル者カ第一審裁判所ニ於テハ單ニ貸借關係存在ノ事實ノミヲ陳述シ其目的タル金錢ハ現實ニ之ヲ授受シタルモノナルヤ又ハ現存ノ債

務ヲ消費貸借ノ目的ト爲シタルモノナルヤニ付テ詳細ノ申立ヲ爲サス第二審裁判所ニ至リ始メテ之ニ關スル詳細ノ事實ヲ供述スルハ事實ノ補充ニシテ訴ノ變更ニ非ス(三八年一七卷)

◎法律關係成立ノ日時ヲ更正スルノ可否 原告カ第二審ニ至リ最初訴ノ一定ノ原因中ニ記載シタル法律關係成立ノ日時ヲ更正スルモ之ヲ以テ訴ノ變更トスルヲ得ス(三八年三〇卷)

◎親族會議不法ノ一定原因ニ後見監督人ノ不適當ヲ附加スルノ可否 第一審ニ於テハ親族會議決議ノ手續不法ナル事實ヲ以テ請求ノ原因ト爲シ第二審ニ至リ新ニ該決議ニ因リテ選定セラレタル後見監督人ノ不適當ナリトノ事實ヲ附加スルハ訴ノ變更ニ外ナラス(三九年八卷)

◎爲替資金ノ請求ト訴ノ變更 起訴者カ第一審ニ於テハ舊商法第八百七條ニ所謂爲替ノ原則ニ從ヒ單ニ爲替手形ノ支拂ヲ爲シタルコトヲ原因トシテ爲替資金ノ請求ヲ爲シ第二審ニ至リ當事者間ニハ爲替資金ヲ供ス可キ契約アルニ相手方カ之ヲ履行セサルコトヲ原因トシテ該資金ノ交付ヲ要ムルハ訴ノ變更ナリトス(三九年二三卷)

◎運帶ノ求償ヲ可分請求ニ變更スルノ可否 連帶債務者ノ一人カ債務ヲ辨濟シタル後他ノ債務者ニ對シテ求償權ヲ行フニ當リ第一審ニ於テハ連帶辨濟ヲ請求シ第二審ニ至リ其一名ノミニ對シ負擔部分ヲ請求スルモ之ヲ以テ訴ノ原因ヲ變更シタルモノト謂フヲ得ス(三九年二六卷)

◎同一原因ニ基キ他ノ事項ヲ擴張スルノ可否 起訴者カ相手方ト締結セル契約ヲ原因トシテ所有權移轉登記ヲ請求シタル場合ニ第一審ニ於テハ該契約中或ル事項ノミヲ主張シ第二審ニ至リ他ノ事項ヲ擴張シテ主張スルモ之ヲ以テ一定ノ原因ニ反シ若クハ其原因ヲ變更シタルモノト謂フヲ得ス(三九年二九卷)

◎登記抹消ノ請求ト登記原因ニ付テノ申立變更 第一審ニ於ケル被告カ原告ノ所有ニ屬スル建物ニ對シテ擅ニ自己所有ノ保存登記ヲ爲シタルモノトシ登記ノ抹消ヲ求メ第二審ニ至リ當事者間ノ虛偽ノ意思表示ニ基キ該建物ノ保存登記ヲ爲シタルモノトシ之ヲ原因トシテ其抹消ヲ要ムルハ訴ノ變更ナリトス(四一年二卷)

◎消費貸借ニ關スル理由ノ變更 消費貸借ノ法律行爲ヲ請求ノ原因トスル者カ第一審ニ於テハ其貸借ノ目的タル舊債務ハ賣買代金ナリシ事實ヲ主張シ第二審ニ於テハ其舊債務ハ債權者ノ交替ニ依ル更改ニ因リテ自己ノ債權ニ歸シタル旨ヲ主張スルモ是レ請求原因ノ成立以前ニ於ケル沿革ノ事實ヲ變更シタルニ過キサレハ之ヲ目シテ請求ノ原因ヲ變更シタルモノト謂フヲ得ス(四三年二卷)

◎同一ノ契約ニ包含スル新事實ヲ第二審ニ至リ附加スルノ可否 金圓支拂ノ契約ヲ請求ノ原因トスル者カ其約定金ノ支拂ヲ受ク可キ場合トシテ第一審ニ於テハ二箇ノ事實ヲ主張シ第二審ニ至リ更ニ一箇ノ新事實ヲ加フルモ同一ノ契約ニ包含スル事項トシテ其新事實ヲ主張スルトキハ之ヲ目シテ新ナル訴ヲ提起シタルモノト謂フコトヲ得ス(四三年一〇卷)

◎第二審ニ至リ選擇的新事實附加ノ可否 消費貸借ノ成立シタル事實關係ヲ以テ訴ノ原因ト爲シタル場合ニ於テ其關係ハ代理人ニ依リテ成立シタル旨主張シタルヲ後ニ至リ縱令其代理權限ナシトスルモ本人ノ追認ニ因リテ效力ヲ生シタル旨附加シタルハトテ原因ノ一定ヲ缺キ若クハ新原因ヲ附加シタルモノト爲スヲ得ス(大正元年二四卷)

第四百十四條 妨訴ノ抗辯ハ職權ヲ以テ調査ス可カラサルモノニシテ且原告若クハ被告カ其過失ニ非スシテ第一審ニ於テ提出シ能ハサリシコトヲ疏明スルトキニ限り之ヲ主張スルコトヲ得
本案ノ辯論ハ妨訴ノ抗辯ニ基キ之ヲ拒ムコトヲ得ス然レトモ裁判所ハ職權

ヲ以テ妨訴ノ抗辯ニ付キ分離シタル辯論ヲ命スルコトヲ得

〔學 說〕

◎職權調査ニ屬セサル抗辯 權利拘束ノ抗辯ト訴訟費用保證ノ欠缺ノ抗辯及ヒ前訴訟費用未濟ノ抗辯ヲ指ス(齊藤氏 七一頁)

〔判決例〕

◎職權調査ニ屬スル事項ヲ第二審ニ於テ提出ノ可否 訴訟能力ノ欠缺又ハ法律上代理ノ欠缺ノ抗辯ハ職權調査ニ屬スル事項ナルヲ以テ當事者ハ其過失ニ非スシテ第一審ニ提出シ能ハサリシコトヲ疏明スルノ要ナク第二審ニ於テ之ヲ提出シ得ヘキノミナラス決シテ之ヲ拋棄スルヲ得サルモノトス(三四年五 卷七三頁)

第四百十五條 當事者ハ第一審ニ於テ主張セサリシ攻撃防禦ノ方法殊ニ新ナル事實及ヒ證據方法ヲ提出スルコトヲ得

〔學 說〕

◎續審乎覆審乎 (一)當事者ノ提出スルコトヲ得ル訴訟材料ニ關シテ攻撃主義、覆審主義、續審主義ノ三主義アリ攻撃主義トハ控訴審ノ辯論ニ於ケル控訴材料ハ之ヲ當事者カ第一審裁判所ニ提出シタル材料ニ制限スル主義ヲ謂ヒ覆審主義トハ當事者カ第一審裁判所ニ提出シタル訴訟材料ノ如

何ヲ問ハス總テ控訴審ニ於ケル訴訟材料ヲ新ニスルノ主義ナリ從テ第一審ニ提出セル材料ト雖モ控訴審ニ新ニ提出セサレハ斟酌スルヲ得ス次ニ續審主義トハ控訴審ニ於ケル訴訟材料ハ第一審ノ訴訟材料ヲ基礎トシ其訴訟材料ト抵觸セサル訴訟材料ヲ控訴審ニ於テ之ヲ提出スルコトヲ得ル主義ヲ謂フ我訴訟法ハ續審主義ヲ採用セリ(岩田氏七八〇頁以下板倉氏四 六三頁反對說齊藤氏五五頁)(二)控訴審ノ訴訟手續ハ新ナル主張新ナル證據方法ヲ許サル點ヨリ觀察スレハ新ナル訴訟手續ナルモ第一審手續ニ於ケル辯論カ斟酌セラルル點ヨリ考察スレハ新ナル別箇ノ訴訟手續ニ非スシテ續行ニ外ナラサルナリ(ウラエ 一四九 六頁)

◎本條適用ノ範圍 第一審ニ於テ第二百七十九條(我第二 一〇條)第三百五十四條(我第二 七二條)第四百三十三條(我第四 七條)ニ依リ却下セラレ又ハ禁セラレタル防禦方法又ハ證據方法ト雖モ控訴審ニ於テ之ヲ主張スルコトヲ得ヘシ第一審ニ於テ第三百五十四條(我第二 七二條)ノ規定ニ依リ生シタル失權ノ效果ハ控訴審ニ於テハ最早效力ヲ有セス(ソエヘルト 五二九條註)

〔判決例〕

◎第一審ニ於テ主張セサリシ出訴期限ヲ援用スルノ當否 第一審ニ於テ單ニ請求金ノ辨濟ヲ主張シ出訴期限規則ヲ援用セサルモ第二審ニ至リ之ヲ申立ツルトキハ其援用ヲ拋棄セリト謂フヲ得ス(二八年四 卷三四頁)

◎強制執行異議ノ控訴中辨濟金額ノ供託ヲ爲スノ當否 強制執行異議ノ訴ニ於テ起訴者カ控訴審ニ至リ辨濟ス可キ金額ヲ供託シ其事實ヲ新ニ提出シタルカ如キハ訴ノ變更ニ非スシテ民事訴訟法第四百十五條ニ所謂新ナル事實ト

在ルニ該當スルニ付キ控訴審ニ於テモ其提出ヲ許ササルヲ得ス(三六一年一九) (卷九三六頁)

第四百十六條 新ナル請求ハ第九十六條第二號及ヒ第三號ノ場合又ハ相殺スルコトヲ得ヘキモノニシテ且原告若クハ被告カ其過失ニ非スシテ第一審ニ於テ提出シ能ハサリシコトヲ疏明スルトキニ限り之ヲ起スコトヲ得

〔學說〕

◎控訴審ニ於ケル相殺ノ抗辯 控訴審ニ於ケル相殺ノ抗辯ハ之ヲ爲シ得ルカ (一)相殺ノ用ニ供ス可キ請求ニシテ本條ニ定ムル條件存在スル場合ハ控訴審ニ於テ之ヲ主張スルコトヲ得(仁井田氏八六頁) (二)相殺ノ抗辯ハ我現行法ニ於テ認メサルトコロナレハ本條ノ末項ハ現行法ニ於テ適用ナキモノトス(岩田氏七五八頁)

◎相殺抗辯ノ性質 相殺抗辯ハ請求權ノ行使ニ非スシテ純然タル防禦方法ナリ(カウプ五二九條註)

◎新ナル請求ノ意義 茲ニ新ナル請求トハ第一審ニ於テ主張セサリシ請求若クハ第一審ニ於テ主張シタルモ取下ケタル爲メ判決ヲ見スシテ止ミタル請求ヲ謂フ從テ反訴及ヒ先決的確定ノ訴(獨第二一一條)ハ共ニ控訴審ニ於テ主張スルヲ得ス(ソエヘルト五二九條註)

〔判決例〕

◎新ナル請求ト印紙貼用 新ナル請求アルトキハ民事訴訟法第四百十六條同法第九十六條第二號ニ依リテ採用セ

サル可カラス而シテ其申立印紙貼用等ノ方式ヲ缺キタルモノヲ採用シ前審ノ判決ヲ對手人ノ不利益ニ變更シタルハ不法ノ裁判ナリ(二五一年一) (卷八四頁)

◎違約金請求ノ控訴ト新事實附加ノ可否 原告カ第一審ニ於テ被告ノ或ル行爲ヲ以テ契約違反ノ行爲ト主張シテ違約金請求ノ申立ヲ爲シ第二審ニ至リテハ更ニ他ノ行爲ヲ以テ均シク同違反ノ行爲ト爲シ併セテ之ヲ主張シタルトキハ即チ民事訴訟法第九十六條ニ所謂訴ノ原因ヲ變更セスシテ事實上ノ申述ヲ補充シタルニ外ナラサルモノトス(三一年九) (卷四頁)

◎第一審ノ請求ト異ナレル第二審請求ノ當否 第一審ニ於テ申立テタル請求ト第二審ニ於テ申立テタル請求ト自體ノ異ナル場合ニ於テハ控訴裁判所ハ其請求カ債權ニ基クト物權ニ基クトヲ問ハス新請求ヲ排斥シ舊請求ニ對シ其當否ヲ判斷スレハ足ルモノトス(三五年五卷) (二一頁)

◎本條ニ所謂疏明ヲ要スル範圍 民事訴訟法第四百十六條ニ當事者カ其過失ニ非スシテ第一審ニ提出シ能ハサリシコトヲ疏明スルヲ要スル旨ヲ規定セルハ相殺スルコトヲ得ヘキ新ナル請求ニ關スルモノニシテ同法第九十六條第二號及ヒ第三號ノ場合ニ關スルモノニ非ス(三六一年一) (卷二〇頁)

◎第二審ニ至リ同一原因ニ基ク新請求附加ノ可否 第一審ニ於テ地所賃貸借ノ無効ヲ原因ト爲シ登記ノ抹消及ヒ收益賠償ヲ請求シタル後第二審ニ至リ同一ノ原因ニ基キ更ニ無効確認ノ請求ヲ附加スルカ如キハ即チ訴ノ申立ヲ擴張シタルモノニ外ナラス(三八年一) (卷四一頁)

◎申立ノ擴張ト事實判斷 第一審ニ於テ數名ノ被告ニ對シ債務分割履行ノ請求ヲ爲シ分割請求ヲ爲ス所以ノ事實關係ノミヲ陳述シ第二審ニ至リ更メテ各被告ニ對シ連帶債務履行ノ申立ヲ爲シ連帶債務ノ事實ヲ陳述セル場合ト雖

モ若シ其係争債務カ元來連帶債務ナルトキハ第二審ニ於ケル連帶事實ノ供述ハ事實上ノ補充ニシテ其請求額ノ増
加ハ申立ノ擴張ニ外ナラス(三八年一八卷一〇三〇頁)

◎被告ノ控訴ト勝訴者タル原告ノ請求擴張 原告カ勝訴ノ判決ヲ受ケタルトキハ縱令請求ノ擴張ヲ爲サント欲スル
意思アレハトテ控訴若クハ附帶控訴ハ之ヲ申立ツルヲ得スト雖モ被告ヨリ控訴ヲ提起シタル場合ニ於テ單ニ請求
ノ擴張ヲ申立ツルコトヲ妨ケス(四二年一五卷六一四頁)

◎相殺抗辯ト本條ニ所謂請求 相殺抗辯ハ民事訴訟法第四百十六條ノ所謂請求ニ該當スルモノトス(四三年二九卷九三七頁)

◎相殺スルヲ得ヘキ請求ノ意義 民事訴訟法第四百十六條ニ所謂相殺スルヲ得ヘキ請求トハ裁判上相殺ノ意思表
示ヲ爲ス場合ノ外裁判外ニ於テ既ニ相殺ノ意思表示ヲ爲シタルコトヲ抗辯トスル場合ヲモ包含スト解ス可キモノ
ト(四三年六月一〇日東京控判決)

◎新ナル請求ト説明 民事訴訟法第四百十六條ニ所謂新ナル請求トハ相殺ノ抗辯ノ理由トシテ新ナル請求ヲ主張ス
ル場合ヲモ包含スルヲ以テ第二審ニ於テ相殺ノ抗辯ヲ提出スルニハ過失ニ非スシテ第一審ニ提出シ能ハサリシコ
トヲ説明スルコトヲ要ス(大正二年八月五日東京控判決)

◎相手方ニ異議ノ有無ト本條ノ適用 民事訴訟法第四百十六條ハ第一審ニ提出セサリシ新ナル請求ヲ爲スヲ許サス
トノ原則ニ對スル例外ノ場合ヲ規定シタルモノニシテ其提起ニ付キ相手方ニ異議アルト否トヲ問ハサルノ法意ナ
リトス(大正二年一〇卷二四〇頁)

◎原因ナル二箇ノ請求ト申立ノ擴張 一箇ノ原因ニ基キ二箇ノ事項ヲ請求ノ目的ト爲シタル訴訟ニ於テ敗訴者ヨ
リ其一事項ニ付キ控訴ヲ提起シタルトキハ他ノ一事項ニ付テモ相手方ヨリ附帶控訴ヲ爲シタルト否トヲ問ハス訴
訟ハ控訴審ニ移轉セラルル效力ヲ生スルヲ以テ申立ノ擴張ニ因リ之カ裁判ヲ受クルコトヲ得ルモノトス(大正二年二四卷八頁)

第四百十七條 事實又ハ證書ニ付キ第一審ニ於テ爲ササリシ陳述又ハ拒ミタ
ル陳述ハ第二審ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得

〔學 說〕

◎本條ノ趣旨 第一審ニ於テ事實竝ニ證書ノ眞否ニ關シ當事者カ陳述ヲ爲サス又ハ陳述スルコトヲ
拒ミタルトキハ其訴訟法上ノ效果ハ單ニ第一審ノミニ止マリ控訴審ノ手續ニ及フモノニ非ス是レ
控訴審カ一定ノ範圍ニ於テ辯論ヲ更新ストノ原則ヲ採用シタル結果ニ外ナラス(三一條註)

第四百十八條 第一審ニ於テ爲シタル裁判上ノ自白ハ第二審ニ於テモ亦其效
力ヲ有ス

〔學 說〕

◎自白ノ效力 第一審ニ於テ爲サレタル裁判上ノ自白ハ第二審ニ於テモ其效力ヲ保有スル爲メ控訴
裁判所ハ自白ノ原則ニ從ヒ裁判ヲ爲ササル可カラス但其自白カ錯誤ニ出テタルコトヲ證明シタル
トキハ控訴審ニ於テモ之ヲ取消スコトヲ得(ソエヘルト五三二條註岩田氏七六三頁) 裁判外ノ自白竝ニ其取消ノ採否ハ第
一審ニ於ケルト同シタ控訴審ニ於テモ裁判所ノ自由ニ收拾シ得ルトコロナリ(同條註)

〔判決例〕

◎『裁判上ノ自白』ノ意義 民事訴訟法第四百十八條ニ所謂裁判上ノ自白トハ一方ノ當事者ヨリ提出シタル陳述ニシテ權利ノ存在又ハ不存在ニ關係スル事實上ノ主張ニ對シ他ノ一方ノ當事者ニ於テ其主張事實ノ眞實ノ承認ヲ言明スル所ノ意思表示ヲ謂フ從テ同法第百一十一條第二項ニ依ル擬制的推定自白ノ如キハ所謂裁判上ノ自白ニ該當セス (三六年八卷 三六一頁)

◎第二審ニ於テ引用セザリシ第一審ノ自白ノ效力 民事訴訟法第四百十八條ハ當事者カ第二審ニ於テ第一審ノ自白ヲ引用スルトキハ第二審ニ於テモ亦第一審ノ自白ヲ有效ナラシムル法意ニシテ當事者ヨリ第一審ノ自白ヲ引用セサル場合ト雖モ第二審裁判所ハ職權上其自白ノ有無ヲ調査シ自白アルトキハ之ヲ事實判定ノ資料ト爲ス可キ職責ヲ有スルモノトスル旨趣ニ非ス (三八年二八卷 一六二五頁)

◎債權讓渡ノ消滅ト讓渡ノ事實不存在トノ區別 債權ヲ讓渡シタルコトナシトノ陳述ト債權讓渡ノ消滅ニ歸シタリトノ陳述トハ讓渡ノ效力ノ存續ヲ否認スル點ニ於テ相異ナル所ナキモ決シテ同一ナル事實ノ陳述ニ非ス (三九年一〇三頁)

◎債權讓渡後消滅セリトノ陳述ト讓渡ノ自白トシテノ效力 當事者カ一旦債權讓渡ノ成立シタルコトヲ認メ之同時ニ其讓渡ノ效力ハ既ニ消滅ニ歸シタル旨ヲ陳述スルモ未タ必スシモ債權讓渡ノ事實ヲ自白セザリシモノト謂フヲ得ス (三九年一六卷 二〇三八頁)

◎證書成立ノ承認ト裁判上ノ自白 裁判上ノ自白トハ相手方主張ノ事實カ眞實ナリトノ裁判所ニ對スル表示ヲ指スモノナルヲ以テ當事者カ裁判所ニ於テ證書ノ成立ヲ承認スルハ裁判上ノ自白ニ外ナラス (大正元年二八卷一〇三五頁)

◎第一審ニ於ケル自白ノ效力ト制限 第二審裁判所ハ職權調査ニ屬スルモノヲ除ク外辯論ニ顯レサル事實ヲ以テ裁判ノ資料ト爲ス職權ナシ從テ第一審ニ於テ爲シタル裁判上ノ自白ノ效力ハ當事者ニ於テ之ヲ引用セサル限りハ第二審裁判所ハ之ヲ事實判斷ノ資料ト爲ス可カラス (大正元年二八卷一〇三五頁)

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

〔學說〕

◎本條ノ目的 本條ニ於テ控訴ノ形式的要件ヲ職權調査事項ト爲シタル所以ハ審級ノ順序カ事公益ニ關スルコト至大ナルカ爲メナリ裁判所ハ要件ノ存否ニ辯論ノ制限ヲ爲スコトヲ得レトモ被控訴人ハ斯ル制限ヲ申立ツルノ權利ナシ (三五年註)

〔判決例〕

◎第一審關席判決ト不服申立ノ手續 第一審裁判所ニ於テ既ニ關席判決ヲ言渡シタル以上ハ其判決ノ手續上ニ錯誤アルト否トヲ問ハス民事訴訟法第二百五十五條第一項及ヒ同法第三百九十八條ノ規定ヲ關席判決ヲ受ケタル者ニ適用ス可キモノナリ之ニ準據セサル控訴ヲ棄却シタルハ不法ニ非ス (三七年四卷 三二五頁)

○控訴期間ト職權調査 控訴期間ハ判決ノ有效ナル送達ヲ以テ始マルカ故ニ其送達ハ果シテ適法ノ場所ニ於テ適法ノ人ニ爲サレタルヤ否ヤハ控訴審カ職權ヲ以テ調査ス可キ事項ニ屬ス(三五年九卷八一頁)

○控訴期間ニ關スル職權調査ノ性質 控訴カ法律上ノ期間内ニ提起セラレタルヤ否ヤハ裁判所ノ職權上調査ス可キ事項ニ屬ス而シテ此職權調査ハ控訴人カ口頭辯論期日ニ闕席シ相手方タル被控訴人ヨリ闕席判決ノ申立ヲ爲シタルカ爲メ毫モ消長ス可キモノニ非ス(三七年一六卷八一五頁)

○訴訟手續中斷中ニ提起セル控訴ノ適否 訴訟手續中斷中ニ提起セラレタル控訴ハ不適法トシテ棄却ス可キモノトス(四一年二卷六八頁)

○控訴適否ノ調査ト判決ノ明示 控訴ノ適否ハ控訴裁判所ノ職權ヲ以テ調査セサル可カラサル事項ナリト雖モ相手方ノ爭ナキトキハ其適法ナルコトヲ判決ニ明示スル要ナキモノトス(四四年二三卷五九〇頁)

○辯論ヲ經サル控訴却下ノ裁判ト上訴 控訴裁判所カ控訴ノ不適法ナルコトヲ裁判スルニハ必スヤ口頭辯論ニ基キ判決ヲ以テ爲スコトヲ要スルモノナルヲ以テ縱令口頭辯論ニ基カスシテ爲シタル違法アル場合ト雖モ判決ヲ以テスルニ非サレハ爲スコトヲ得サル裁判ヲ爲シタルモノナレハ之ニ對シテハ上告ヲ爲スコトヲ得ルモ抗告ヲ爲スコトヲ得サルモノトス(大正三年五卷七八頁)

○控訴ノ實質的要件 控訴ハ之ヲ提起スル者ノ申立ノ全部又ハ一分ヲ排斥スル裁判ニ對スル不服申立ノ方法ナルヲ以テ全然其申立ト符合スル裁判アリタル場合ニ於テハ縱令其裁判ニ不法ノ點アリトスルモ第一審ニ於ケル勝訴者タル控訴人ニ於テ之ヲ控訴ノ理由ト爲シ不服ヲ唱フルコトヲ得サルハ固ヨリ其處ナリト謂ハサル可カラス(大正三年一月二日東京控訴判決)

○言渡ナキ判決ノ效力 調書中判決言渡ノ記載ヲ缺ク以上ハ原判決ハ未タ其言渡ナキモノト認メサル可カラス從テ判決書ノ送達モ亦無効トス(大正四年一月二日六日長崎控訴判決)

第四百二十條 第一審ノ裁判ハ變更ヲ申立テタル部分ニ限り之ヲ變更スルコトヲ得

〔學說〕

○本條ト移審ノ效力 本條ハ第五百二十五條(我第四一條)ト相俟テ移審ノ效力ノ限界ヲ示スモノナリ即チ控訴裁判所ハ口頭辯論ノ終ニ於ケル控訴申立竝ニ附帶控訴申立ニ因リ變更ヲ求メラレタル限度ニ於テノミ裁判スルノ義務アルモノトス從テ第一審ノ判決中不服ヲ申立テタル部分ハ恰モ控訴審カ自ラ爲シタル中間判決ト同様控訴裁判所ヲ羈束スルモノナリ(ガウブ五三六條註)苟モ申立ノ範圍内ナルニ於テハ當事者ノ申立テタル理由ニ拘束サルルコトナク申立ヲ認容スルコトヲ得(ソエヘルト同條註)

○本條ノ適用ヲ受ケサル事項 控訴審ニ於テモ當事者ノ申立ニ拘束サルルヲ原則トスルモ訴訟費用ニ關スル裁判、自ラ本案ノ裁判ヲ爲ス可キヤ將タ差戻ノ裁判ヲ爲ス可キヤノ選擇、當事者ノ表示又ハ判決主文ノ訂正、職權調査事項ニ屬スル訴訟條件ノ欠缺ニ原由スル却下ノ判決等ハ當事者ノ申立ノ有無ニ拘ハラズ之ヲ爲スコトヲ得(ガウブ同條註)

〔判決例〕

◎原判決廢棄ノ控訴判決ト附帶控訴 控訴ノ判決主文ニ於テ第一審判決ヲ廢棄スト在ル以上ハ附帶控訴アルモ共ニ判決シタルモノトス(二六年二卷七八頁)

◎原判決ノ廢棄ト本案ノ判決 第一審判決ヲ廢棄シテ更ニ本案ノ判決ヲ爲スハ民事訴訟法第四百二十條ニ所謂判決ノ變更ナリトス(二九年一〇卷一一八頁)

◎第一審ニ於ケル請求棄却ノ判決ト第二審ニ於ケル判決ノ形式 第一審裁判所カ當事者間ノ權利義務ヲ判定シ請求ヲ斥ケタルトキ第二審裁判所ハ原告ニ訴權ナシトシテ其要求ヲ排斥スルニハ第一審判決ヲ廢棄シ訴ノ却下ヲ言渡ス可キモノトス(三〇年三卷一二三頁)

◎原因及ヒ數額ニ付テ爭アル事件ノ控訴ト裁判ノ方式 原因及ヒ數額ニ付キ爭アル訴訟ニ於テ先ツ原因ニ對シ爲シタル裁判ハ中間判決ナリ而シテ第二審ハ中間判決ヲ以テ終局判決ヲ變更スルヲ得サルニ因リ終局判決タル數額ノ判決ヲ爲スニ當リ第一審判決ト衝突スル場合ニ於テハ第一審判決ヲ廢棄ス可キモノトス(三二年五卷四頁)

◎控訴審ノ判決ト一定ノ申立トノ關係 控訴審ニ於テ控訴ヲ棄却スル場合ノ外請求ニ關シ言渡ス判決ハ訴ノ一定ノ申立ニ基キ之ヲ爲ス可キモノトス(三二年五卷四頁)

◎妨訴抗辯ヲ是認セル第一審判決ニ對スル控訴ト判決ノ形式 訴訟能力欠缺ノ妨訴抗辯ニ基キテ訴ヲ却下シタル判決ニ對スル控訴ニ付テ第二審裁判所ハ唯其抗辯ノ當否ヲ裁判ス可キモノニシテ本案ノ裁判ヲ爲スハ不法ナリトス(三三年四卷一〇五頁)

◎請求ノ原因ニ關スル第一審判決ニ對スル控訴ト審理手續 第一審ニ於テ請求ノ原因ニ辯論ヲ制限シタル判決ニ對シ控訴アリタル場合ニ控訴審ニ於テ請求ノ金額ノ點ニ付キ判決ヲ下シタルハ違法ナリト謂ハサル可カラス(三三年八)

卷二 八頁

◎第一審判決ヲ取消スノ用語 民事訴訟法中第二審裁判所カ第一審判決ヲ取消シ更ニ其裁判ヲ爲ス可キ場合ニ於テ取消ノ意義ヲ示ス用語ヲ限定シタル規定ナキヲ以テ第一審ノ判決ヲ取消スニ方リ廢棄ナル文字ヲ用フルモ同法ニ違フコトナシ(三六年一四卷六六二頁)

◎本條ニ所謂「變更」ノ意義 民事訴訟法第四百一條若クハ第四百二十條等ニ變更ナル文字アルハ本案判決ヲ取消ス場合ニ之ヲ使用ス可シト謂フ旨趣ヲ示スニ非スシテ當事者ノ申立ナキモノハ上訴ニ於テモ審理ヲ爲サストノ原則ヲ明カニシタルニ外ナラス(三六年一四卷六六二頁)

第四百二十一條 第一審ニ於テ是認シ又ハ非認シタル請求ニ關スル總テノ爭點ニシテ申立ニ從ヒ辯論及ヒ裁判ヲ必要トスルモノハ第一審ニ於テ此爭點ニ付キ辯論及ヒ裁判ヲ爲ササルトキト雖モ控訴裁判所ニ於テ其辯論及ヒ裁判ヲ爲ス

〔學 說〕

◎本條ノ趣旨 本條ハ適法ナル控訴申立アリタルトキハ移審ノ效力トシテ申立ノ限度内ニ於テ有スル爭點ヲ完結シ得ル旨ヲ規定セルモノトス從テ控訴審ニ於ケル辯論及ヒ判決ノ目的物ハ總テノ攻撃防禦ノ方法(證據ノ申出、證據抗辯、證)ト總テノ請求トヲ包含スルモノトス(ソエヘルト、ガウブ各五三七條註岩田氏七六七頁)

〔判決例〕

○辯論ヲ制限シテ爲セシ一審判決ト控訴裁判 第一審裁判所カ辯論ヲ係争法律關係ノ當事者ナルヤ否ヤノ點ニ制限シテ原告ニ敗訴ヲ言渡シタル場合ニ於テハ第二審裁判所ハ事件全部ニ付キ裁判ス可キモノニシテ唯請求ノ原因ノミニ付キ裁判ヲ爲シ其數額ニ付テ裁判ヲ爲サシムル爲メ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スコトヲ得ス(三五年四卷一三〇頁)

第四百二十二條 控訴裁判所ハ左ノ場合ニ於テ事件ニ付キ尙ホ辯論ヲ必要トスルトキハ其事件ヲ第一審裁判所ニ差戻ス可シ

- 第一 不服ヲ申立テラレタル判決カ闕席判決ナルトキ
- 第二 不服ヲ申立テラレタル判決カ闕席判決ニ對スル故障ヲ不適法トシテ棄却シタルモノナルトキ
- 第三 不服ヲ申立テラレタル判決カ妨訴ノ抗辯ノミニ付キ裁判ヲ爲シタルモノナルトキ
- 第四 請求カ其原因及ヒ數額ニ付キ争アル場合ニ於テ不服ヲ申立テラレタル判決カ先ツ其原因ニ付キ裁判ヲ爲シタルモノナルトキ
- 第五 不服ヲ申立テラレタル判決カ證書訴訟及ヒ爲替訴訟ニ於テ敗訴ノ被告ニ別訴訟ヲ以テ追行ヲ爲ス權ヲ留保シタルモノナルトキ

〔學說〕

○本條ト移審ノ效力 控訴審ハ争點ノ全部ニ互リテ辯論上事件其モノニ付キ判決スルヲ原則トス是レ移審ノ效力トシテ控訴裁判所ノ正ニ爲ス可キ義務ニ屬ス本條ト次條トハ該原則ノ例外ヲ爲スモノニシテ之ニ該當スル事由アルトキハ當事者ノ申立ノ有無ニ拘ハラズ職權ヲ以テ事件ヲ原審ニ差戻ス可キモノトセリ(ガウプ、ゾエヘルト各五三三條註)

○差戻判決ノ性質 (一)中間判決說 終局判決トハ事件ノ全部若クハ一分ヲ完結セシムル判決ヲ謂フ訴却下請求棄却ノ判決ハ其ニ終局判決ナレトモ事件ノ審理ヲ爲サシメンカ爲ニ爲ス差戻判決ハ事件ヲシテ裁判所ノ繫屬ヲ離脱セシムル性質ヲ有セサルヲ以テ中間判決ナリ從テ該判決カ妨訴抗辯ヲ棄却スル裁判ナルカ原因ノミニ付テノ裁判ナルカ又ハ權利ノ追行ヲ留保シタル證書訴訟ノ判決ナルトキノミ上告ヲ爲スコトヲ得(ゾエヘルト五三三條註) (二)終局判決說 終局判決トハ訴訟ヲ其審級ニ於テ終了スル判決ナリ必スシモ事件自體ノ終局ヲ意味セス而シテ差戻判決ハ控訴審ノ訴訟手續ヲ完結シ事件ヲシテ同裁判所ヨリ離脱セシムルモノナレハ終局判決ナルヤ勿論ナリ(ガウプ五三三條註齊藤氏九三頁仁井田氏八七七頁ワツハ訴訟法二七一頁板倉氏四六〇頁)

○妨訴抗辯ト差戻判決 本法第二百六條ニ掲ケタル事項ニ基キ當事者ノ申立ニ因ラス裁判所ノ職權ヲ以テ判決スルトキモ尙ホ本條ニ依リ差戻ス可キモノナリヤ (一)消極說、控訴審ハ移審ノ效力トシテ自ラ辯論及ヒ裁判ヲ爲シ事件ヲ完結セシムルヲ原則トス本條ハ其例外ニ屬スルカ故ニ嚴格

ニ其適用ノ範圍ヲ解釋ス可キナリ而シテ當事者ヨリ形式上妨訴抗辯トシテ申立テサル限りハ第二
 百七十四條(我第二)ニ掲クル事項ト雖モ所謂妨訴抗辯トシテ判決ノ基礎ト爲ルモノニ非サレハ第一
 審カ職權ヲ以テ訴ヲ却下シタルモノナルトキハ差戻スコトヲ得ス(五三八條註)(二)積極說、第一審
 ヲシテ本案ノ辯論及ヒ裁判ヲ爲サシムル必要アルコトハ被告ヨリ妨訴抗辯トシテ提出シタルト職
 權ヲ以テ斟酌シタル場合ナルトヲ問ハサルヲ以テ差戻ノ判決ヲ爲ス可キナリ(六頁ガウブ同條註)
 ◎證書訴訟ト差戻ノ關係 證書訴訟ニ於テ第一審ノ原告ノ請求ヲ相當ト認ムルトキハ原判決ヲ廢棄
 シテ被控訴人ニ辯論ヲ命スルト共ニ差戻ノ判決ヲ爲ス可ク又ハ控訴ヲ棄却スルト同時ニ差戻ノ判
 決ヲ爲ス可キモノトス(板倉氏四)(五八頁)控訴審ニ於テ始メテ權利行使ノ留保ヲ宣言スルトキハ本條ノ適用
 ナシ(ガウブ同條註)

◎差戻後ノ辯論ノ性質 差戻後ニ於ケル第一審ノ辯論ハ控訴審ノ辯論ノ續行ニハ非スシテ第一審ニ
 於ケル辯論ノ續行ナリ而シテ第一審裁判所カ法律上及ヒ事實上ノ點ニ關シ控訴裁判所ノ意見ニ拘
 束セラルルコトハ審級制度ノ精神ニ鑑ミ之ヲ看取スルニ足ル(ガウブ同條註)

〔判決例〕

◎第一審ノ却下判決ニ對スル控訴ト差戻判決 控訴審カ第一審裁判所ニ於テ訴訟ヲ却下シタルモノヲ不法トスルト
 キハ其事件ヲ其裁判所ニ差戻シ本案ノ辯論及ヒ判決ヲ爲サシムル可キモノトス(二五年三)
 ◎訴訟ノ要件ノミニ付キ爲シタル第一審判決ト差戻 第一審裁判所カ訴訟ノ要件ノミニ付キ判決ヲ爲スニ熟シタル

ノト認メ訴ヲ却下シタル場合ニ於テハ請求ノ當否ニ付テノ第一審裁判ナキヲ以テ其控訴ヲ受ケタル第二審裁判所
 カ尙ホ事件ニ付テ裁判ヲ爲サシムル必要アリト認メタルトキハ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻シ更ニ本案ニ付キ辯論
 及ヒ裁判ヲ爲サシメサル可カラス(二五年四卷)

◎本條第四號ノ事件ト差戻判決 民事訴訟法第四百二十二條第四號ニ該當スル場合ニ於テ尙ホ辯論ヲ必要トスルト
 キハ控訴裁判所ハ其事件ヲ第一審裁判所ニ差戻ス可キモノトス(三二年三)(卷八二頁)

◎本條第一號及ヒ第五號ニ該當セサル事件ト差戻判決 民事訴訟法第四百二十二條第一號及ヒ第五號ニ該當セサル
 事件ハ第一審裁判所ニ差戻ス可キモノニ非ス(三四年五)(卷五二頁)

◎先ツ原因ニ付キ裁判ヲ爲シトノ意義 民事訴訟法第四百二十二條第四號ニ所謂先ツ原因ニ付キ裁判ヲ爲シ云々
 ノ文詞ハ辯論ヲ分離シ請求ノ原因ニ付キ判決ヲ爲シタル場合ニ於テハ其原因ヲ是認シタルト之ヲ否認シタルトヲ
 問ハサル法意ナリト解釋スルヲ相當トス(三四年九)(卷一頁)

◎差戻判決ノ性質 控訴審ニ於テ差戻ノ判決ヲ爲シタルトキハ事件ハ其審級ノ繫屬ヲ離脱スルモ更ニ本案ニ付キ第
 一審ノ判決ヲ受ケ其判決ニ不服アル場合ニハ再ヒ控訴スルコトヲ得ヘキカ故ニ其事件ヨリ之ヲ見レハ未タ終局セ
 サルモノニシテ中間判決タルヲ失ハス(三六年八卷)(三八三頁)

◎請求ノ原因ニ付テノ第一審判決ト本條第四號トノ關係 民事訴訟法第四百二十二條第四號ハ第一審裁判所カ請求
 ノ原因及ヒ數額ニ付キ争アルトキ原因ナシト判決シタルニ因リ原告之ニ對シテ控訴ヲ爲シタル場合ノミナラス同
 裁判所カ原因アリト判決シ被告之ニ對シテ控訴ヲ爲シタル場合ニモ亦適用ス可キモノニシテ第一ノ場合ニ於テハ
 控訴ヲ棄却シタル上事件ヲ差戻ス可ク又第二ノ場合ニ於テハ第一審判決ヲ廢棄シテ事件ヲ差戻ス可キ旨ヲ規定シ

タルモノトス(三七年一七) (卷八二八頁)

◎本條第三號ノ意義 民事訴訟法第四百二十二條第三號ハ第一審裁判所ニ於テ妨訴ノ抗辯ヲ理由ナシトシテ棄却シ
控訴裁判所モ亦同一ノ見解ヲ探リタルトキ若クハ第一審裁判所カ理由アリトシタル妨訴ノ抗辯ヲ控訴裁判所ニ於
テ理由ナシトスルトキ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻ス可キコトヲ規定シタルモノトス(四四年二) (卷二五頁)

第四百二十三條 第一審ニ於テ訴訟手續ニ付テノ規定ニ違背シタルトキハ控
訴裁判所ハ其判決及ヒ違背シタル訴訟手續ノ部分ヲ廢棄シ事件ヲ第一審裁
判所ニ差戻スコトヲ得

參考(獨逸民事訴訟法)

第五百三十九條 第一審ノ訴訟手續ニ重要ナル缺點アルトキハ控訴裁判所ハ判決及ヒ訴訟手續中ノ欠缺アル部分
ヲ廢棄シ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スコトヲ得

〔學 說〕

◎手續違背ノ範圍 手續ノ違背トハ訴訟法規ヲ全ク適用セサルカ若クハ不法ニ適用シタルコトヲ意
味ス而シテ茲ニ訴訟法規ノ違背トハ重要ナル手續上ノ違背ノ義ニシテ第一審判決ノ内容ト關係ヲ
有スルモノ又ハ第二審判決ノ基礎ト爲ル可キ訴訟手續ノ違背ヲ指稱ス(板倉氏四五九頁岩田氏七八六頁
ガウプ、ゾエヘルト各五三九條註)

〔判決例〕

◎第一審ノ手續違背ト申立ノ要否 第一審裁判所ニ於ケル判事ノ定數調書ノ署名捺印等ノ手續ニ違背シタルコトア
ラハ之カ不法ヲ主張スル者ニ於テ其申立ヲ爲ササル可カラス第二審裁判所カ職權ヲ以テ此等ノ審査ヲ爲ス可キモ
ノニ非ス(二八年一卷) (卷二七五頁)

◎言渡ヲ爲ササル第一審判決ト差戻 言渡ヲ爲ササル判決ト雖モ其送達ヲ受ケ控訴ヲ提起シタル以上ハ民事訴訟法
第四百二十三條ニ依リ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻ササル可カラス故ニ言渡ナキ判決ニ對スル控訴ナリトノ理由ヲ
以テ其控訴ヲ無効トシテ棄却スルハ違法ナリ(三二年九) (卷五五頁)

◎證據調ノ手續ニ違背セル第一審判決ノ價值 第一審ニ於ケル證據調ニ關スル手續ノ違背ハ必スシモ其裁判ヲ廢棄
ス可キ結果ヲ生スルモノニ非ス(三六年一八) (卷九〇二頁)

◎第一審ノ訴訟手續違背ト差戻ノ權能 民事訴訟法第四百二十三條ノ規定ハ第一審ノ訴訟手續ニ違背アリタル場合
ニ於テ事件ノ差戻ヲ爲スト否トヲ控訴裁判所ノ權能ニ一任シタルモノトトス(四四年三〇) (卷九三八頁)

◎訴却下ノ第一審判決ト差戻ノ適否 民事訴訟法第四百二十三條ニ依ル控訴裁判所ノ權能ニ付テハ別ニ制限スル所
ナキヲ以テ第一審裁判所カ單ニ形式上訴ヲ不適法トシテ却下シタルニ止マリ本案ニ付キ裁判ヲ爲ササル場合ニ於
テハ控訴裁判所ハ必スシモ事件ヲ差戻スヲ要セサルモノトス(四四年三〇) (卷九三八頁)

◎第一審ノ手續違背ト控訴審ノ判決 民事訴訟法第四百二十三條ハ控訴裁判所ニ付與スルニ差戻ノ權利ヲ以テシタ
ルモノナレハ第一審裁判所カ訴訟手續ノ規定ニ違背シタルコトヲ看過シテ控訴裁判所自ラ事件ニ付キ裁判シタル
場合ト雖モ是レ自己ノ職權ヲ行使シタルモノニシテ不法ナリト謂フヲ得ス(四五年二〇) (卷四一頁)

◎第二百三十二條ニ違背ノ第一審判決ト差戻 第一審ノ判決カ民事訴訟法第二百三十二條ニ違背シタリトスルモ同
第三編 第一章 第四百二十三條 判決例