

ルヲ以テ證人タルモノハ眞實ノ陳述ヲ爲スヘキコト勿論ニシテ若シ宣誓シタル證人カ眞實ニ反シ證言ヲ爲ストキハ刑法上ノ制裁ヲ受ケサルヲ得ス然レトモ證人カ自己ノ親族其他身分上ノ關係アルトキハ證言ヲ拒ムヲ得ルモ若シ拒マサルトキハ當事者ノ一方ヲ保護スルカ爲メニ虛偽ノ證言ヲ爲シタル場合ニ於テ果シテ虛偽ノ事實ナリヤ否ヤハ容易ニ之カ證明ヲ爲ス能ハサルモノナルカ故ニ其實虛偽ナル場合ニ於テモ裁判所ニ於テハ其證言ヲ眞實トシテ事實ノ判斷ヲ爲スコトアルハ勢ヒ免カルルヲ得サルナリ故ニ證人ニ偏頗ノ恐アルトキハ法律上當事者ヲシテ證人ヲ忌避シ以テ證人タラシメサルコトヲ得而シテ其忌避ニ付テハ次ノ二條件ヲ必要トス(第三條)

- 一 證人ト當事者トノ間ニ第二百九十七條第一號乃至第三號ノ關係アルコト然レトモ第二百九十九條ノ規定ニ依リ證人カ證言ヲ拒ムコトヲ得サル事項ヲ證言スヘキ場合ニ在テハ忌避ノ申立ヲ許サス
- 二 證人ハ相手方ノ申請シタルモノナルコト故ニ裁判所カ人事訴訟手

續ニ於テ職權ヲ以テ訊問スル證人ハ忌避スルヲ得サルモノトス

第二百九十七條第一號乃至第三號ノ場合ニ該當スルモノト雖モ證言拒絶ノ權利ヲ行使セサルモノニ對シテ裁判所ハ之ヲ訊問セサルヘカラス故ニ相手方ハ豫メ之ヲ忌避シテ證言ヲ爲ササラシムルノ必要ヲ生ス何トナレハ此等ノ者ハ當事者ト身分上ノ關係ヲ有シ多クハ其當事者ヲ保護スルカ爲メニ眞實ノ證言ヲ爲サルコトアルヘケレハナリ然レトモ第二百九十九條ニ該當スル事實ニ付テハ宣誓セシメテ訊問スヘキモノナレハ若シ當事者ヲ曲庇スル爲メ不實ノ證言ヲ爲ストキハ偽證罪ニ處スヘキヲ以テ忌避ヲ爲スコトヲ得サルモノトス

忌避ノ申請ハ證人ノ訊問前ニ爲スヘシ若シ其訊問前ニ忌避ヲ爲サス訊問開始後ニ於テ忌避セントスルトキハ其以前ニ忌避ノ原因ヲ主張スルヲ得サリシ事由ヲ説明シテ申請セサルヘカラス其申請ノ方式ハ書面又ハ口頭ヲ以テ爲スヘク且原因ヲ説明スルコトヲ要ス
忌避ノ申請アリタルトキハ裁判所ハ決定ヲ以テ其當否ヲ裁判ス此裁判ハ

口頭辯論ヲ經スシテ之ヲ爲スコトヲ得又此決定ニ對シテ忌避ノ原因アリト決定シタルトキハ上訴ヲ爲スコトヲ得ス之ニ反シ忌避ノ原因ナシトスル決定ニ對シテハ即時抗告ヲ許サルルモノトス(第三〇三條第三〇五條)

(三) 證人訊問ノ場所

證人ノ訊問ハ受訴裁判所ニ於テ爲スヲ通例トス然レトモ左ノ三個ノ場合ニ於テハ受訴裁判所以外ニ於テ訊問スヘキモノトス是レ全ク例外ニ屬ス

(イ) 皇族カ證人ナルトキ

此場合ニハ受命判事又ハ受託判事皇族ノ所在ニ就テ訊問ヲ爲スヘキモノトス是レ蓋シ皇族ニ對シ敬意ヲ表彰スルニ在リトス(第二九六條第一號)

(ロ) 各大臣カ證人ナルトキ

此場合ニハ其官廳ノ所在地ノ裁判所ニ於テ訊問ヲ爲スヲ原則トスレトモ若シ各大臣カ其官廳ノ所在地外ニ滞在スルトキニ於テハ其現在地ノ裁判所ニ於テ訊問スヘキモノトス是レ大臣ハ國家ノ重要ナル事務ニ參與スルモノナルヲ以テ此特例ヲ設ケタルモノナリ(第二九六條第二號)

(ハ) 帝國議會ノ議員カ證人タルトキ

此場合ニハ議會開會期間中其議會所在地ニ滞在中ハ其所在地ニ於テ訊問スヘキモノトス然レトモ議會開會中ニアラサルトキハ一般ノ人民ト同一ナル訊問手續ヲ盡スヘキモノナリ(第二九六條第三號)此議會開會中ニ於テハ議會所在地ニ於テ訊問スヘキモノトセシハ即チ議員ヲ議會所在地外ニ召喚スルニ於テハ爲メニ其職務ヲ完全ニ盡スコト能ハサルヘキ恐アルカ故ナリ

右三者ハ法律カ特ニ強制的ニ訊問ノ場所ト定メタルモノナルカ故ニ右ノ規定ニ違反スルコトヲ得サルモノトス而シテ右三者ノ外ニハ裁判所ノ自由ナル意見ニ因リテ受訴裁判所ニ於テ證人ノ訊問ヲ爲サス受命判事又ハ受託判事ヲシテ證人ノ訊問ヲ爲サシムル場合アリ即チ左ノ如シ而シテ所謂受託判事ハ受訴裁判所ノ所在地以外ノ區裁判所判事ニ證人訊問ヲ囑託スルヲ謂フモノナリ(第三一八條)

(イ) 眞實ヲ探知スル爲メ現場ニ就キ證人ヲ訊問スル必要アリト認めタル

トキ例へハ土地ノ境界ニ關スル訴訟ニ於テ受訴裁判所ニ證人ヲ呼出シテ訊問ヲ爲スモ充分ニ眞正ノ事實ヲ知ル能ハサルトキノ如シ

(ロ) 證人カ疾病其他ノ事由ノ爲メ受訴裁判所ニ出頭スルコト能ハサルトキ例へハ證人カ疾病又ハ公務上ノ差支等ニ因リ受訴裁判所ノ呼出ニ應シテ出頭スルコト能ハサルトキノ如シ

(ハ) 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不相應ナル時日及ヒ費用ヲ必要トスルトキ

右三個ノ場合ハ受訴裁判所ノ意見ニ因リ訊問方法ヲ定ムルモノニシテ法律上受命判事又ハ受託判事ニ訊問セシムヘキコトヲ強制セラレタルモノニアラス

(四) 證人訊問ノ方式

(イ) 證人ヲ受訴裁判所ニ於テ又ハ受命判事若クハ受託判事ノ面前ニ於テ訊問スヘキ場合ニ於テハ出頭シタル各證人ニ對シテ其證人ニ送達シタル呼出狀其他裁判官カ相當ト定メタル方法ニ因リテ其證人カ人違ニア

ラサルコトヲ確メタル後尙ホ其訊問スヘキ證人ハ宣誓ヲ爲サシムヘキモノナリヤ否ヤヲ確メタル後宣誓ヲ爲サシムヘキモノト認メタルトキハ各別ニ宣誓ヲ命シテ訊問ヲ開始スルモノナリ若シ宣誓ヲ爲サシメサルヲ適當ト認メタルトキハ宣誓ヲ爲サシメスシテ之ヲ訊問スヘキモノナリ而シテ宣誓ハ訊問前ニ於テ之ヲ爲スヘキコト適當ナリト雖モ若シ其宣誓ヲ爲サシムヘキ證人ナリヤ否ヤニ付キ疑ノ存スルトキニ於テハ訊問後ニ於テ宣誓ヲ爲サシムルコトヲ得ルモノナリ(第三六條)

宣誓ノ方式ハ訊問ヲ爲ス前ニ於テ宣誓ヲ爲ス場合ニ於テハ良心ニ從ヒ眞實ヲ述ヘ何事モ默秘セス又何事ヲモ附加セサルヘキ旨ノ誓ヲ宣フヘク又訊問後ニ於テ宣誓ヲ爲ス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ヘキモノトス(第七三條)而シテ裁判官ハ右二場合ノ孰レナルニ拘ハラズ總テ宣誓ヲ爲ス以前ニ於テ相當ナル方法ヲ以テ宣誓者ニ偽證ノ罰ヲ諭示スルコトヲ必要トス(第三八條)

宣誓ハ證人訊問ニ付テノ一ノ必要ナル方式ナリ若シ此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サルモノナリ換言スレハ此方式ニ違反シタル證言ハ訴訟事件ニ付キ判斷ノ材料ト爲スヲ得ス然ルニ現今大審院ハ當事者ノ責問ニ委ヌルモノトセリ

證人ノ申出テタル原告又ハ被告ハ其證人訊問ノ始マルマテハ證據方法ヲ拋棄スルコトヲ得ヘク既ニ訊問ノ始マリタル後ニ於テハ相手方ノ承諾ヲ得タルトキニ限リ此證據方法ヲ拋棄スルコトヲ得(第三三〇條)

(ロ) 證人訊問ヲ爲スニハ各證人ヲ各別ニ訊問スヘク殊ニ訊問スヘキ證人ノ在ラサル場所ニ於テ各別ニ訊問スルコトヲ要ス又證人ノ供述力同一事項ニ付キ互ニ齟齬スル場合アルトキハ受訴裁判所ノ意見ニ因リ其齟齬スル陳述ヲ爲シタル證人ヲ相對質セシムルコトヲ得ヘシ而シテ此各別ニ訊問スル理由ハ前ノ證人ノ陳述ヲ聽キタル後ノ證人カ眞實ノ事實ヲ陳述セサルコトアルヘキ憂アルヲ慮リタルニ在リ又互ニ齟齬スル陳述ヲ爲シタル證人ヲ對質セシムル理由ハ各證人ノ證言中何レノ證言カ

眞實ナリヤヲ裁判官ヲシテ確信セシムルノ目的ニ出ツ(第三三一條)

(ハ) 證人ノ訊問ハ出頭シタル證人ノ氏名年齢身分職業等ヲ問フヲ以テ始マル而シテ證人ノ訊問ハ宣誓後ニ開始セラルルヲ本則トス又宣誓前ニ於テ人違ナキコトヲ確ムル爲メニ其氏名年齢身分職業等ヲ問ヒタルトキト雖モ宣誓後ニ於テモ更ニ此等ノ事項ヲ問ハサルヘカラス而シテ尙ホ必要ナル場合ニ於テハ其訴訟事件ニ付テ證言ノ信用ニ關スル狀況即チ當事者ト證人トノ身分上ノ關係若クハ其事件ニ關スル當事者ノ利害關係ノ有無等ヲ訊問セサルヘカラス此等ノ事項ノ訊問ヲ爲スハ證人ノ信憑力ニ關係ヲ有スルヲ以テナリ(第三三二條)

(ニ) 證人ニ對シテハ證據決定ニ於テ表示セラレタル訊問事項ニ付テ證人ノ記憶スル所ノ事實ヲ相牽連シテ供述セシムヘキモノナリ而シテ證人ハ自己ノ供述ニ代ヘテ書類ヲ朗讀シ又ハ證言スル事項ニ關シテ覺書ニ依テ供述スルコトヲ許サス唯算數ノ計算ニ付テハ覺書ヲ用ユルコトヲ許ス蓋シ證人ノ供述ハ其記憶スル所ノ事實ヲ裁判官ノ面前ニ表示セシ

ムルヲ目的トスルカ故ニ書類ヲ用ユルトキハ自己ノ記憶ニ存セサル事實若クハ全然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ヘキヲ以テナリ而シテ證人ノ供述力不全ナルトキ若クハ不明瞭ナルトキニ於テ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裁判官ハ問ヲ發スルコトヲ得ルモノトス且證人ノ訊問事項ニ關シテ證人ノ記憶カ如何ナル原因ニ因リテ存スルヤヲ訊問スル必要アリト認メタルトキハ裁判官ハ之カ問ヲ發スルコトヲ得ヘシ(第三三一條三條)

(ホ) 證人ノ訊問ハ裁判長之ヲ爲ス陪席判事ハ裁判長ニ告ケテ問ヲ發スルコトヲ得而シテ當事者ハ裁判所ニ告ケテ裁判長ヨリ自己ノ欲スル事項ニ付テ問ヲ發スヘキコトヲ求ムルモノニシテ自ラ證人ニ對シ直接ニ問ヲ發スルコトヲ得ス而シテ當事者竝ニ裁判長ノ發問ノ許否ニ付キ當事者間ニ異議ヲ生シタルトキハ其異議ノ當否ニ付キ受訴裁判所ハ裁判ヲ爲スヘキモノトス

受命判事又ハ受託判事モ自ラ訊問ヲ爲スヘキモノニシテ其證據調ニ立會ヒタル當事者ハ受命判事又ハ受託判事ニ對シ問ヲ發スヘキ旨ヲ申立ツルコトヲ得若シ受命判事又ハ受託判事カ當事者ヨリ申立テタル問ヲ發スルコトヲ拒ミタルトキハ當事者ハ其當否ニ付キ受訴裁判所ノ裁判ヲ求ムルコトヲ得(第三三一條三條)

(ヘ) 證人訊問ハ一回ナルコトヲ原則トスレトモ左ノ場合ニ於テハ再ヒ同一ノ證人ヲ訊問スルコトヲ得ヘシ受命判事又ハ受託判事ノ面前ニ於テ證人ノ訊問ヲ爲スヘキ場合ニ於テハ受命判事又ハ受託判事ノ意見ニ因テ證人ノ再訊問ヲ爲スコトヲ得ヘシ(第三三一條七條)

- (1) 證人訊問カ法律上ノ規定ニ違背シタルトキ即チ證人訊問ノ方式カ違法ナルトキノ如シ
- (2) 證人訊問カ不完全ナルトキ
- (3) 證人ノ供述カ明白ナラス兩意義ニ涉ルモノト認メタルトキ
- (4) 證人カ先ニ供述シタル事項ニ付キ補充又ハ更正ヲ申立テタルトキ

(5) 裁判長又ハ受命判事若クハ受託判事カ再訊問ヲ必要ト認メタルト

右五個ノ場合ニ限リ證人ノ再訊問ヲ爲スコトヲ得ヘシ而シテ此再訊問ハ當事者ノ申立ニ因リテ爲スコトヲ得ルハ勿論受託裁判所又ハ受命判事若クハ受託判事ノ職權ヲ以テ爲スコトヲ得ルモノナリ

(ト) 證人ノ供述ハ口頭辯論調書ニ記載シテ之ヲ明確ナラシメサルヘカラス殊ニ其調書ニハ證人カ其訊問前若クハ訊問後ニ於テ宣誓ヲ爲シタルヤ否ヤ又ハ宣誓セスシテ訊問セラレタルヤ否ヤヲ記載セサルヘカラス

(第三一六條)

第二項 鑑定

鑑定人ノ報告カ證明ノ用ニ供セラルルコトヲ鑑定ト謂フ(鑑定)トハ裁判所ノ指示シタル材料ニ付キ(實驗)上ノ法則又ハ實驗上ノ法則ニ基ク自己ノ判斷ヲ報告スル(第三)者ナリ

ルモノニシテ實驗ノ結果ニ基ク自己ノ判斷ヲ報告スルモノニアラス(2)鑑定人ハ訴訟中ニ裁判所ノ指示シタル材料ニ付キ實驗上ノ法則ヲ適用シ其判斷ヲ報告シ又ハ抽象的ニ實驗上ノ法則ヲ報告スルモノナリ即チ(現在)ノ判斷ヲ報告スルモノナリ證人ハ(過去)ニ於テ實驗シタル事實ヲ報告スルモノナリ裁判所ノ指示シタル材料ニ付キ現在ニ於ケル判斷ヲ報告スルモノニ非ス例ヘハ外國法商慣習法ノ存否其解釋又ハ二個ノ筆跡ノ同一ナリヤ否ヤニ付キ意見ヲ報告スル如キハ鑑定人ニシテ當事者ノ筆跡ヲ實驗シタルヤ否ヤヲ報告スルハ證人ナルカ如シ是レ證人ト鑑定人トノ差異ナリトス或ハ鑑定人ハ特別ノ智識技能ヲ要シ證人ハ之ヲ要セサルコトヲ以テ區別ノ標準ト爲ス說アリト雖モ過去ノ事實ノ實驗カ特別ノ智識技能ヲ要シタルモノニ付テモ證人ト爲セルヲ以テ(第三三)此區別ハ不當ナリ要スルニ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ノ不足ヲ補充スル性質ヲ有シ裁判官ノ補助ナリト云フコトヲ得ヘシ只訴訟法上ニ於テ之ヲ證據方法ノ一種トシテ規定セルノミ

鑑定人ノ證據力ニ付テハ人證ニ付テノ説明ト同シ

第一 鑑定人ノ義務

鑑定人ノ義務ハ證人ノ義務ト同シク公法上ノ義務ナリ然レトモ鑑定ハ人證ト異ナリ何人ト雖モ鑑定ノ義務ヲ負擔スルモノニ非ス是レ鑑定ヲ爲スコトヲ得ル者ハ特定ノ人ニ限ルモノナレハナリ鑑定義務ヲ負フ者ハ左ノ如シ(第三條二六)

(一) 必要ナル種類ノ鑑定ヲ爲スカ爲メニ公ニ任命セラレタル者

(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カ爲メニ公ニ任命セラレ若クハ授權セラレタル者

(三) 裁判所ニ於テ鑑定ヲ爲スヘキ旨ヲ述ヘタル者

右ノ三者ハ即チ鑑定ヲ爲スヘキ義務ヲ負フ然リト雖モ此三者ト雖モ絶對的ニ鑑定義務ヲ負フニアラスシテ證人カ證言ヲ拒ムコトヲ得ルト同一ノ原因存スルトキニ於テハ鑑定ヲ爲ス義務ヲ免除セラル是レ證人ニ證言拒絶ノ權

利ヲ與ヘタルト同一ノ理由ニ基ツクモノニシテ即チ眞實ナル鑑定ノ得ラレサルコトヲ法律カ豫想シタルモノナリ(第三條二)

其他官吏公吏ハ其所屬應ニ於テ必要ナルモノトシテ任命セラレタルモノナルカ故ニ其所屬應ニ於テ裁判所カ之ニ鑑定ヲ命スルコトニ付キ異議アルトキハ裁判所ハ其官吏公吏ヲ鑑定人トナスコトヲ得ス即チ職務上ノ差支ヲ生スル等ノ理由ヲ以テ所属應カ異議ヲ述ヘタルトキハ裁判所ハ其官吏公吏ニ鑑定ヲ強ユルコトヲ得サルモノトス(第三條二七)

鑑定ノ義務ハ證人ノ義務ト同シク裁判所ノ指定シタル場所ニ出頭シ一定ノ方式ニ從テ宣誓ヲ爲シテ鑑定ヲ命セラレタル事項ニ付キ自己ノ意見ヲ陳述スヘキ義務ヲ包含スルモノナリ而シテ此義務ニ違背シタルトキノ制裁ハ亦證人ノ義務ノ違反ト同一ニシテ違反者ニ對シテ費用ノ賠償及ヒ罰金ヲ言渡スヘキモノタリ然レトモ證人ノ如ク鑑定人ヲ勾引スルコトヲ許サス是レ鑑定人ハ證人ト異ナリテ公ノ事業ノ爲メニ従事スル者アルヲ以テ法律ハ特ニ之ヲ勾引スルコトヲ禁止シタルモノナリ

鑑定人ハ裁判所ニ出頭シ其他鑑定ヲ爲スニ付テ費用ヲ要シタルトキニ於テハ其辨濟ヲ國庫ニ對シテ請求スルコトヲ得ルモノトス(第三三二條)

第二 鑑定ノ手續

(一) 鑑定ヲ命スルハ當事者ノ申立ニノミ因ルヘキモノニアラス裁判所ハ職權ヲ以テモ鑑定ヲ命スルコトヲ得ルモノトス(第一一七條)
當事者カ鑑定ノ申立ヲ爲スニハ鑑定スヘキ事項ヲ表示シテ爲ス(第三三二條)即チ鑑定ヲ求ムル旨ノ申立及ヒ鑑定スヘキ事項ヲ表示スルヲ以テ鑑定ノ申出ハ完全ナリトス鑑定人ノ申出ハ之ヲ必要トセス如何トナレハ鑑定人ハ特定ノ人ニ限ラサルヲ以テ裁判所ハ當事者ノ申立ニ拘束セラルヘキモノニアラス自ラ其適當ト認メタル者ヲシテ鑑定セシムヘキコト適切ナルヘシ是レ鑑定ノ申出ニ付テハ鑑定人ノ申出ヲ當事者ニ命セサル所以トス
鑑定ノ申出アリタルトキハ裁判所ハ鑑定人ヲ選定シ又之カ員數ヲ定メサルヘカラス而シテ裁判所ハ鑑定人ノ員數ヲ一名ニ制限シ又ハ何時ニテモ既ニ鑑定人トシテ任命シタル者ニ換ヘテ他ノ鑑定人ヲ任命スルコトヲ得

(第三二四條)要スルニ鑑定人ノ選定及ヒ其員數ハ受訴裁判所ニ於テ定ムルコトヲ原則トス然リト雖モ受訴裁判所ニ於テ適當ナル鑑定人ヲ指定スル能ハサル場合ニ於テハ當事者ニ對シテ適當ナル鑑定人ヲ指名スヘキコトヲ催告スルコトヲ得ヘク(第三二四條)又當事者雙方カ一定ノ人ヲ鑑定人ト爲スヘキコトヲ合意シタル場合ニ於テハ裁判所ハ其合意ニ從ヒ當事者ノ申出タル人ヲ鑑定人ニ任命スヘキモノトス但鑑定人ノ員數ニ付テハ裁判所ハ當事者ノ合意ニ拘束セラルルコトナク其自由ノ意見ニ因テ之ヲ定ムルコトヲ得(第三二四條)

鑑定義務ハ獨リ日本臣民ノミナラス外國人ト雖モ日本ノ法律ニ服従スヘキ者ハ凡テ鑑定義務ヲ負擔スヘキハ勿論ナリト雖モ特ニ我法律ハ外國人ヲ鑑定人ニ任命スルコトヲ得ル旨ノ規定ヲ設ケタリ即チ外國ノ書類又ハ產物ノ審査ヲ要スル場合ニ於テ其審査ヲ爲スニ必要ナル能力ヲ有スル日本人ナキトキハ裁判所ハ外國人ヲ鑑定人ニ任命スルコトヲ得ルモノトセリ(第三二五條)

(二) 鑑定ヲ命スルニハ決定ヲ以テ爲スヘキモノニシテ其決定ニハ鑑定人ノ員數及ヒ鑑定ヲ爲スヘキ事項ヲ表示スヘク而シテ鑑定人ニ對シテハ證據調ノ期日ヲ定メテ呼出ヲ爲スヘキモノトス呼出狀ニハ鑑定人及ヒ當事者ノ表示、鑑定事項ノ表示、鑑定人ノ出頭スヘキ場所、期日、裁判所ノ名稱等ヲ第二百九十二條ノ規定ニ準據シテ記載シ之ヲ鑑定人ニ送達セサルヘカラス。鑑定人カ期日ニ出頭シタルトキハ之ヲシテ宣誓ヲ爲サシムヘキヤ否ヤヲ定メ宣誓ヲ爲サシムヘキモノトスルトキハ之ヲ爲サシム(第三二條)然ル後之ニ鑑定事項ヲ明示シテ鑑定人ノ意見ハ口頭ヲ以テ述ヘシムヘキヤ將タ書面ヲ以テ述ヘシムヘキヤヲ決定シ之ヲ鑑定人ニ命シ尙又數人ノ鑑定人アルトキニ於テハ其鑑定書ハ共同ニテ作ラシムヘキヤ將タ各別ニ作ラシムヘキヤヲ定メテ鑑定ヲ命スヘシ(第三三條第一、第二條)裁判所ハ鑑定人ニ對シテ鑑定人ノ總員又ハ一員ヲシテ口頭辯論ノ際ニ於テ鑑定書ヲ説明セシムヘキヤ否ヤヲ決定シテ命スルコトヲ得ヘク而シテ此等ノ手續ヲ經テ鑑定ヲ終リタルトキニ於テ尙ホ其鑑定ヲ不充分ナリト

認ムルトキハ裁判所ハ同一ノ鑑定人ヲシテ再鑑定ヲ爲サシムルコトヲ得ヘク或ハ他ノ鑑定人ヲシテ更ニ前ニ述ヘタル手續ニ於テ鑑定ヲ爲サシムルコトヲ得ルモノナリ(第三三條第三、第四條)鑑定ハ受訴裁判所ニ於テ爲サシムヘキヤ否ヤヲ決定スヘキモノニシテ受命判事又ハ受託判事ハ鑑定ノ許否ニ付キ裁判ヲ爲スコトナシト雖モ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受命判事又ハ受託判事カ鑑定人任命ノ受任ヲ受ケシトキハ前ニ述ヘタル如キ鑑定人ノ選定及ヒ其員數ノ指定等ハ受命判事又ハ受託判事之ヲ爲シ尙ホ適當ナル鑑定人カ見當ラサルトキハ當事者ニ對シテ適當ナル鑑定人ヲ申出ツヘキ旨ヲ催告スルコトヲ得ヘク又當事者カ鑑定人ニ付テ合意ヲ爲シタルトキハ之ニ從フヘキモノナルコト等ハ受訴裁判所ノ場合ト同シ又鑑定人ノ意見ハ書面ヲ以テ申出テシムヘキヤ將タ口頭ヲ以テ申出テシムヘキヤ又共同ニテ鑑定書ヲ作ラシムヘキヤ將タ各別ニ之ヲ作ラシムヘキヤハ受命判事又ハ受託判事ノ職權ニ屬ス

以上述へタル外鑑定ノ性質ト抵觸セサル範圍内ニ於テ人證ノ規定ヲ鑑定ニ適用スヘキモノトス(第三二條)

第三項 書 證

第一目 書證ノ意義及ヒ種類

證書カ訴訟上證明ノ用ニ供セラルルコトヲ書證ト謂フ證書トハ書面ニシテ其内容カ證明ノ原因タルモノヲ謂フ書面トハ普通ノ記號ニ因リ人ノ思想ヲ表示シタル物件ナリトス物件ノ材料カ竹木金石ナルト獸皮ナルトヲ問ハス其作成ノ方法カ筆跡若クハ印刷ナルト又作成ノ目的カ證明ノ用ニ供スル爲メナルト否トヲ問ハサルナリ然レトモ書面ノ表示ハ普通ノ記號ヲ以テスルコトヲ要シ且人ノ思想ヲ表示シタルモノナラサルヘカラス故ニ書面ハ人ノ思想ヲ傳達スヘキ記録ニシテ作成者ニ非サルモ其内容ヲ理解シ得ヘキ有體物ナリトス書面ハ普通ニ使用セラルル記號ヲ以テ人ノ思想ヲ表示シタルモノナリ普通ニ使用セラルル記號トハ全國ニ用ヒラルル文字ノミヲ謂フモノニアラス商慣習等ニ因リ或一定ノ人ノ範圍ニ於テ記號トシテ公ニ用ヒラルル記號アルトキハ

其記號ヲ以テ思想ヲ表示シタルモノモ亦書面ナリトス然レトモ他人ノ理解スル能ハサル符牒ヲ記載シタル物ノ如キハ書面ニ非ス故ニ事跡ノ紀念又ハ權利ノ證徴ノ爲メ作リタル割符界標ノ如キハ書面ニ非スト雖モ書面ニ類似スルモノナルヲ以テ法律ハ書證ノ手續ヲ準用スヘキモノトセリ(第三五條)

書面ノ内容即チ表示ノ旨趣カ證明ノ原因タルヘキ場合ニ於テ其書面ヲ書證ト謂フ書面ノ形體即チ外形カ證明ノ原因タルトキハ其書面ハ證書ニ非スシテ檢證ノ目的物ナリトス

證書ハ公正證書及ヒ私署證書ニ區別スルコトヲ得此區別ハ書類作成者ノ如何ニ因リタルモノニシテ公正證書トハ官吏又ハ公吏カ法律ニ定メタル形式ニ依リ其職權内ニ於テ作成シタル證書ナリ即チ公正證書ハ左ノ三要件ヲ具ヘサルヘカラス

- 一 官吏公吏カ官吏公吏タル資格ニ於テ作リタル證書ナルコト
- 二 官吏公吏カ其職務上ノ權限内ニ於テ作リタル證書ナルコト
- 三 法定ノ形式ヲ備ヘタル證書ナルコト

右三個ノ要件ノ一ヲ缺ク證書ハ公正證書ニアラスシテ私署證書ナリ
私署證書トハ一人ノ作リタル書面ニシテ其作成ノ目的形式ハ一定セサルモ
ノナリトス

證書ニハ原本及ヒ謄本ノ區別アリ是レ證書相互ノ關係ニ基クモノニシテ即チ
左ノ如シ

(一) 原本

原本トハ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

謄本トハ原本ニ包含スル内容ヲ原本ニ倣フテ記載シタル證書ヲ謂フ故ニ謄
本ハ人ノ思想ヲ表示スル目的ヲ以テ直接ニ作成セラレタルモノニアラス原
本ニ記載セラレタル事項ヲ傳達スル證書ニ外ナラス謄本ニハ左ノ數種ノ區
別アリトス

(イ) 正本

正本トハ公正證書ノ謄本ニシテ原本ト同一效力ヲ有スル證書ヲ
謂フ而シテ官吏又ハ公吏カ法定ノ權限ニ基キ法定ノ形式ニ從テ作成セシ

モノナリ故ニ正本ハ謄本ノ一種ナレトモ公正證書ノ謄本ニシテ正本モ亦
公正證書ナリ其效力ハ原本ト同一ニシテ法律上原本ヲ保存スヘキ場合ニ
原本ニ代テ效用ヲ爲ス爲メ作成ノ必要ヲ生スルモノトス

(ロ) 認證謄本

認證謄本トハ原本ト同一ナルコトヲ官吏若クハ公吏カ職權
内ニ於テ其謄本ニ附記シテ證明シタル謄本ナリトス

(ハ) 單純ノ謄本

單純ノ謄本ハ官吏、公吏又ハ一人カ作成スルモノニシテ
權限アル官吏、公吏カ原本ト同一ナルコトニ付テ證明ヲ爲ササル謄本ナリ
トス

(ニ) 抄本

抄本トハ原本ノ一部分ヲ拔萃シタル謄本ニシテ若シ之ニ對シテ
官吏、公吏カ其職權内ニ於テ原本ト相違ナキコトノ證明ヲ爲シタルトキハ
之ヲ認證シタル抄本ト爲シ又此證明ナキトキハ單純ノ抄本ナリトス

(ホ) 翻譯文

翻譯文モ亦謄本ノ一種ナリ蓋シ原本ノ内容ヲ他國ノ原語ヲ以
テ表示シタルモノナルカ故ニ之ヲ謄本ト謂フヲ得ヘシ

第二目 證書ノ證據力

證書ノ證據力ハ形式的證據力ト實質的證據力トノ二ニ區別スルコトヲ得

形式的證據力ト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

實質的證據力ト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

ニ存スル證據力ナリ故ニ證書ノ成立カ真正ナラサルトキニ於テハ縱令其證書ニ記載セラレタル事項カ係爭事實ニ關係ヲ有スルモ其證書ハ全然證據力ヲ有セス又證書ノ成立ハ真正ナルトキ即チ證書カ形式的ノ證據力ヲ有スルモ其記載事項カ係爭事實ニ關係ヲ有セサルトキニ於テハ其證書ハ單ニ形式的ノ證據力ヲ有スルニ止マリ實質的ノ證據力ヲ有セス故ニ證書カ完全ナル證據力ヲ有スルニハ證書ノ成立カ真正ニシテ且其記載事項カ係爭事實ニ關係ヲ有スルトキ即チ其證書カ形式的證據力ト實質的證據力トヲ併有スルトキナラサルヘカラス

證書ニシテ若シ形式的證據力ヲ有セサルトキハ其證書ハ係爭事實ニ關シテ證據力ヲ有スルヤ否ヤノ問題ヲ生セス換言スレハ證書ノ成立カ真正ナルトキニ於テノミ實質的證據力ノ問題ヲ惹起スルモノナリトス故ニ書證ノ申出アリシ

トキハ裁判所ハ先ツ其證書ニ付キ第一ニ形式的證據力ヲ有スルヤ否ヤヲ定メ然ル後實質的證據力ニ付キ判斷ヲ爲スヘキモノトス

實質的證據力ニ付テハ裁判官カ其記載事項ヲ實驗スルニ因テ生スル問題ニシテ裁判所ノ自由心證ニ因リテ判斷スヘキモノトス

○

證書ノ形式的證據力ハ公正證書及ヒ私署證書ニ因リテ同シカラス公正證書ハ

官吏若クハ公吏カ其權限内ニ於テ作成シタルモノナルカ故ニ一應完全ノ證據力ヲ有スルモノト推定ス即チ提出者ノ相手方カ其提出セラレタル公正證書ハ真正ニ成立シタルモノニアラスト争フノミニテハ之ニ因リ其證據力ハ影響ヲ受クヘキモノニアラス即チ其公正證書ハ偽造若クハ變造ナリトノ裁判アルニ非サレハ其形式的證據力ヲ減殺スルコトヲ得サルモノトス(第三五條)外國ノ官廳又ハ公ノ信用アル外國人カ作成シタル證書ハ當然其作成カ真正ナリトノ推定ヲ受クヘキモノニ非ス蓋シ裁判所ハ外國ノ公正證書ノ作成ノ方式要件ヲ當然知ルモノト云フヲ得サレハナリ

私署證書ハ提出者ノ相手方カ其成立ノ真正ナルコトヲ認メタルトキハ形式的

證據力ヲ有スト雖モ若シ相手方カ其成立ノ真正ヲ爭ヒタルトキハ提出者ハ其真正ニ成立シタルモノナルコトヲ證明スルニアラサレハ形式的證據力ヲ有セサルモノトス故ニ舉證者カ自己ト第三者トノ間ニ成立シタル證書又ハ自己ト相手方トノ間ニ成立シタル證書又ハ第三者間ニ成立セル證書ヲ提出シタル場合ニ於テ相手方カ其真正ニ成立セルモノニアラスト爭ヒタルトキハ舉證者ハ其成立ノ真正ナルコトヲ證明スルコトヲ要ス或說ニハ第三者ノ作成セル證書若クハ提出者ノ相手方カ作成ニ干與セサル證書ハ相手方ハ其成立ノ眞否ヲ知ル能ハサルモノナレハ假令相手方カ其成立ヲ否認スルモ形式的證據力ヲ減殺スルモノニ非ストスル者アリ然レトモ第百十一條ノ理論ヨリ推究スルトキハ證書ニ付キ不知ヲ以テ答ヘタルトキハ其成立ヲ爭ヒタルモノトスルヲ正當ト信ス第三者カ訴訟開始以後ニ或事實ヲ證明スル爲メニ作成シタル證書ハ形式的證據力ナシ是レ當事者カ第三者ヲ證人トシテ訊問ヲ求メ其證言ヲ提供シ得ヘケレハナリ然レトモ其證書作成者カ死亡シタル場合ノ如キハ證人トシテ訊問スルコトヲ得サルヲ以テ書證トシテ一般ノ法則ニ依リ其證據力ヲ定ムヘキトス

モノトス

私署證書ノ成立ニ付キ爭アルトキハ舉證者カ其成立ノ真正ナルコトヲ證明スルハ檢眞ノ手續ニ依ルコトヲ要セス總テノ證據方法ヲ用ユルコトヲ得然レトモ舉證者ノ相手方ノ署名又ハ捺印アル私署證書ハ檢眞ノ手續ニ依リ其證書ノ形式的證據力ノ有無ヲ決定セラレンコトヲ裁判所ニ申立ツルコトヲ得ルモノトス

檢眞トハ訴訟當事者間ニ成立シタル私署證書若クハ舉證者ノ相手方ト

ト 第三者トノ間ニ成立シタ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（第三條）故ニ檢眞ノ手續ニ因リ其成立ノ眞否ヲ定ムルコトヲ得ヘキ證書ハ私署證書ニシテ第三者間若クハ舉證者ト第三者トノ間ニ成立シタルニ非サルモノニ限ル檢眞ノ手續ハ手蹟又ハ印影ノ對照ニ因リ之ヲ爲シ或ハ手蹟又ハ印影ノ對照ト其他ノ總テノ證據方法ヲ併用シテ之ヲ爲スコトヲ得ヘキモノナレトモ手蹟又ハ印影ノ對照ハ檢眞ノ手續ニ於テ缺クヘカラサルモノナルヲ以テ若シ手蹟又

ハ印影ノ對照ヲ爲サス他ノ證據方法ヲ用キテ私署證書ノ眞否ヲ確定セントスル場合ハ之ヲ檢眞ノ手續ト謂フヲ得ス(第三五條)故ニ檢眞ノ申立ヲ爲セル當事者ハ裁判所ノ定ムル期間内ニ手蹟又ハ印影ノ對照ヲ爲スニ適當ナル書類ヲ裁判所ニ提出セサルヘカラス(第三五條第二項)而シテ若シ手蹟又ハ印影ニ付テ相手方カ眞正ナリト自白シタル書類又ハ眞正ナリト證明セラレタル證書ナキトキ即チ適當ナル對照書類ナキトキニ於テハ對照ノ爲メニ原告又ハ被告ニ對シ裁判所ニ於テ一定ノ語辭ノ手記ヲ命セラレンコトヲ申立ツルコトヲ得ヘキモノトス而シテ裁判所カ其中立ヲ採用シテ原告又ハ被告ヲ裁判所ニ呼出シ一定ノ語辭ノ手記ヲ爲サシメタルトキハ其手記シタル語辭ハ調書ノ附録トシテ之ニ添附スルコトヲ要ス(第三五條第三項)

裁判所ハ舉證者ノ提出シタル對照書類又ハ裁判所ニ於テ手記セシメタル語辭ノ手蹟若クハ印影ト檢眞スヘキ證書ノ手蹟若クハ印影トヲ對照シ同一手蹟又ハ同一印影ナリト認メタルトキニ於テハ直チニ其證書ニ付キ檢眞ノ裁判ヲ爲シ若シ其手蹟又ハ印影カ裁判官ノ智能ヲ以テ判斷ニ苦シム場合ニ於テハ鑑定

ヲ爲サシメタル後檢眞ノ裁判ヲ爲スヘキモノトス(第三五條第四項)

原告又ハ被告カ裁判所ノ定メタル對照書類提出ノ期間内ニ對照書類ヲ提出セサルトキ又ハ對照書類ナキ爲メ對照スヘキ語辭ヲ手記スヘキ裁判所ノ命令ニ對シ正當ノ理由ナク其手記ヲ拒ミ若クハ一定ノ語辭ヲ手記スルニ方リ特ニ其書様ヲ變シテ手記シタルトキハ縱令其證書ノ成立ニ付テ爭ヒアルトキト雖モ裁判所ハ其證書ヲ眞正ニ成立シタルモノト裁判スルコトヲ得

檢眞ノ手續ハ當事者ノ申立ニ因リ爲スヘキモノニシテ其申立ニ付テハ手蹟又ハ印影ノ對照及ヒ其他ノ證據方法存スルトキハ其證據方法ヲ申出テテ申立ヲ爲スヘキモノナリ而シテ裁判所ハ檢眞ノ手續ハ訴訟ノ口頭辯論ニ引續キ爲シ得ヘキ場合ニ於テハ直チニ之ヲ爲スヘキ旨ノ決定ヲ言渡シ然後手蹟又ハ印影ノ對照ヲ爲シ若シ口頭辯論ニ引續キ直チニ檢眞ノ手續ヲ爲シ得ヘカラサル場合ニ於テハ更ニ此手續施行ノ期日ヲ定メテ其期日ニ於テ手蹟又ハ印影ノ對照ヲ爲シ以テ檢眞ノ手續ヲ施行スヘキモノトス檢眞ノ手續ヲ終リタル後手蹟又ハ印影カ同一ナラスト認メタルトキハ其私署證書ハ眞正ニ成立シタルモノ

ニアラスト裁判シ又手蹟若クハ印影カ同一ナリト認ムルトキハ其私署證書ハ真正ニ成立シタルモノト裁判スヘキナリ

檢眞ノ裁判ハ中間判決ヲ以テテストノ説ト終局判決ノ理由中ニ於テ裁判スヘシトノ説及ヒ決定ヲ以テ檢眞ノ手續終了後直チニ裁判スヘキモノナリトノ説トノ三アリ

第一 中間判決ヲ以テ裁判ヲ爲スヘシトノ説ニ從フトキハ檢眞ヲ經タル私署證書ニ付キ偽造又ハ變造ナリト申立アリタルトキハ其證書ノ眞否ヲ確定スル爲メ中間判決ヲ以テ之ヲ裁判スヘシトノ第三百五十一條ノ規定ト衝突ヲ來スニ至ルヘシ何トナレハ裁判所ハ一度言渡シタル中間判決ニ包含シタル裁判ニ羈束セラルヘキコトハ第二百四十條ノ規定スル所ナリ故ニ檢眞ノ結果其私署證書ハ真正ニ成立シタルモノナリトノ中間判決ヲ爲シタル後其私署證書カ偽造又ハ變造ナリト申立ニ基ツキ更ニ其證書ヲ真正ニ成立シタルモノニアラスト裁判スルトキハ明カニ第二百四十條ノ規定ニ反スルモノナレハナリ故ニ檢眞ノ裁判ヲ中間判決ヲ以テ爲スヘシトノ説ハ不當ナリ

第二 終局判決ノ理由中ニ於テ判斷スヘシトノ説ニ從フトキハ少ナクモ其審級ニ於テハ第三百五十一條ノ規定ニ從ヒテ檢眞ヲ經タル私署證書ノ眞否確定ノ申立ヲ爲ス能ハサルノ結果ヲ生スルモノナリ第三百五十一條ノ規定ノ趣旨ハ檢眞ノ裁判ヲ爲シタル審級ニ於テ其檢眞ヲ經タル私署證書ニ付キテ更ニ其眞否ヲ争フコトヲ許スヘキ規定ナルノミナラス且一ノ審級ニ於テ爲シタル檢眞ノ裁判カ上級審ニ於テハ當然其效力ヲ有スル理由ナキカ故ニ若シ檢眞ノ裁判ヲ爲シタル審級ニ於テハ其檢眞ヲ經タル私署證書ニ付キ第三百五十一條ノ眞否確定ノ申立ヲ爲スコトヲ得ストセハ第三百五十一條ノ規定ハ全ク其適用ナキモノト爲ルノ結果ヲ生ス故ニ終局判決ノ理由中ニ於テ檢眞ノ判斷ヲ爲スヘシトノ説モ不當ナリ

第三 中間判決説モ終局判決ノ理由説モ共ニ不當ナルヲ以テ結局檢眞ノ裁判ハ其手續終了後直チニ決定ヲ以テ裁判スヘキモノトセサルヘカラス蓋シ檢眞ニ付キテノ裁判モ裁判所ノ裁判ニシテ裁判所ノ裁判ハ判決及ヒ決定ノ二種ナルカ故ニ判決ヲ以テ裁判スルコトヲ得サル場合ニ於テハ必ス決定ヲ以

テ裁判スルコト必要ナルヲ以テナリ故ニ裁判所ハ私署證書ニ付キ手蹟又ハ印影ヲ同一ナリト認ムルトキハ其證書ハ真正ニ成立シタルモノト決定シ若シ同一ナラスト認ムルトキハ其證書ハ真正ニ成立シタルモノニアラスト決定スヘキモノナリトス而シテ真正ニ成立シタルモノト決定セラレタル私署證書ハ之ニ對シテ偽造又ハ變造ナリト申立ナキ以上ハ真正ニ成立シタルモノト看做サレ完全ナル形式的證據力ヲ有スルモノナリ

右ニ説明セル公正證書及ヒ檢眞ヲ經タル私署證書ニ付キ偽造又ハ變造ナリト主張スルトキニハ其眞否確定ノ申立ヲ爲スコトヲ得ヘク此場合ニ於テハ裁判所ハ其私署證書ニ付キ更ニ其眞否ヲ審理シ中間判決ヲ以テ其證書ノ成立カ眞正ナリヤ否ヤヲ裁判スヘキモノトス(第三五條)

第三目 證書提出ノ義務

證書提出ノ義務ハ受訴裁判所ノ口頭辯論ニ於テ又ハ受命判事若クハ受託判事ノ面前ニ證書ヲ提出スル義務ヲ謂フモノニシテ此義務ハ證人義務ト同シク國家カ裁判ノ公正ヲ得セシムルカ爲メニ證書ヲ所持スル者ニ對シテ命スル(公法

上ノ義務ナリ然レトモ證書提出ノ義務ハ之ヲ證人義務ト比較セハ其範圍甚ク狭ク特ニ法律カ提出ヲ命シタル場合ニ限り此義務ヲ負フモノトス而シテ法律カ證書提出ノ義務アリト認メタル場合ハ左ノ如シ

第一 訴訟ノ相手方カ證書提出ノ義務ヲ負フ場合ハ即チ左ノ三場合ナリトス

- (一) 舉證者カ民法ノ規定ニ從テ訴訟外ニ於テモ證書ノ引渡若クハ其提出ヲ求ムルコトヲ得ル場合(第三三六條第一號) 此場合ハ民法ノ規定ニ依リテ當事者カ法廷外ニ於テモ證書ヲ取寄セ又ハ其提出ヲ求ムル權利ヲ有スルトキニシテ例ヘハ當事者カ證書ノ所有者ナルカ又ハ所有者トノ契約ニ因リテ證書ノ交付ヲ求ムル權利アル場合ノ如シ

- (二) 證書カ其旨趣ニ因リ舉證者及ヒ相手方ニ共通ナル場合(第三三六條第二號) 證書ノ旨趣カ共通ナルトキトハ證書ノ旨趣カ當事者相互ノ法律關係ヲ記載セルモノ又ハ證書カ當事者雙方若クハ舉證者ノ利益ノ爲メニ作成セラレタルモノ其他證書ノ旨趣カ當事者ニ利害關係アルモノヲ謂フ例ヘハ契約證書當事者ニ共通ナル裁判書官廳ノ命令相互ノ取引ヲ記載セル商業帳簿ノ

如キ是ナリ然レトモ所有者一己ノ計算ノミヲ記載シタル帳簿ノ如キハ共通ト言フ能ハス

(三) 訴訟ノ相手方カ所持スル證書ニシテ自己カ舉證ノ爲メニ引用シタル證書(第七條)即チ其訴訟ノ口頭辯論ニ於テ相手方カ自己ノ舉證ノ爲メニ提出シタル證書ハ勿論單ニ準備書面中ニ引用シタル證書ト雖モ亦之ヲ提出スヘキ義務アリトス

第二 第三者カ證書提出ノ義務ヲ負フ場合ハ右ニ述ヘタル舉證者カ民法ノ規定ニ從ヒ訴訟外ニ於テモ證書ノ引渡若クハ其提出ヲ求ムル權利ヲ有スルトキ及ヒ證書ノ旨趣カ舉證者ト共通ナルトキノ二場合ナリトス(第三四條)

第四目 書證ノ手續

第一 書證ノ申出ハ之ヲ四個ノ場合ニ區別スルコトヲ得即チ舉證者自ラ證書ヲ所持スル場合、證書カ相手方ノ手中ニ存スル場合、證書カ第三者ノ手中ニ存スル場合及ヒ證書カ官廳若クハ公吏ノ手中ニ存スル場合ノ四個ノ場合ニ因リ書證ノ申出方法ヲ異ニセリ以下區別シテ之ヲ説明スヘシ

(一) 舉證者自ラ證書ヲ所持スル場合

舉證者ハ受訴裁判所ノ口頭辯論ニ於テ公正證書ナルトキハ其正本又ハ認證謄本、私署證書ナルトキハ其原本ヲ提出シテ申出ヲ爲スヘキモノナリ(第三四九條)然レトモ口頭辯論ノ際ニ證書ヲ提出スルニ於テハ證書ノ毀損若クハ紛失ヲ爲スノ虞アリ又ハ其他證書ノ提出ニ付テノ障礙アルトキハ當事者ヨリ受命判事若クハ受託判事ノ面前ニ證書ヲ提出スヘキ旨ヲ申立テテ書證ノ申出ヲ爲スコトヲ得ヘキモノトス而シテ此場合ニ於テハ受訴裁判所ハ決定ヲ以テ受命判事若クハ受託判事ノ面前ニ其證書ヲ提出スヘキコトヲ命スルヲ得ヘク又其證書ノ提出ヲ必要トセサルトキニ於テハ其申立ヲ却下スルコトヲ得ヘキモノナリトス(第三四八條)

(二) 證書カ相手方ノ手中ニ存スル場合

書證ノ申出ハ受訴裁判所ノ口頭辯論ニ於テ舉證者ハ相手方ニ對シ證書ノ提出ヲ命セラレンコトヲ申立テテ之ヲ爲スモノトス(第三五條)證書ノ提出ヲ命セラレンコトノ申立ニハ左ノ諸件ヲ具備スルコトヲ必要トス(三三)

(イ) 證書ノ表示 即チ例ハハ貸金證書又ハ貸借證書ト謂フカ如キ其證書カ如何ナル目的ニ於テ成立スルモノナルカヲ知リ得ラルヘキ程度ニ於テ證書ノ標目ヲ表示スルコトヲ必要ト爲スモノナリ

(ロ) 其證書ニ依リテ如何ナル事項ヲ證明セントスルヤノ事實ノ表示 即チ係爭事實ヲ表示スヘキモノナリトス

(ハ) 證書ノ趣旨 即チ證書カ如何ナル趣旨ニ於テ成立セルヤノ表示ヲ爲スヘキモノナリ

(ニ) 其證書カ相手方ノ手中ニ存スル旨ヲ主張スル理由タル情況ノ表示

(ホ) 證書ヲ提出スヘキ義務ノ原因ノ表示 即チ舉證者カ民法ノ規定ニ從テ訴訟外ニ於テモ其證書ノ引渡若クハ提出ヲ求ムル權利ヲ有シ又ハ其證書カ共通ナルコトヲ主張スル事項ノ表示ヲ爲スヘキモノナリ

右ノ諸件ヲ具備セサル申立アリタルトキハ之ヲ不適法トシテ却下スヘク適法ノ申立アリタルトキハ受訴裁判所ハ相手方ニ對シテ其申立ニ付テノ意見ノ陳述ヲ求メタル後左ノ如ク裁判ヲ爲スヘキモノトス

(イ) 相手方カ證書ヲ所持スルコトヲ陳述シ且證書提出ノ義務アルコトヲ認ムルカ若クハ證書提出ノ申立ニ對シテ何等ノ陳述ヲ爲ササルトキハ裁判所ハ其證書ニ依リテ證書ヘキ事實カ重要ナルヤ否ヤ及ヒ其證書提出ノ申立カ正當ナルヤ否ヤヲ審査シ然ル後其證書ヘキ事實重要ニシテ且證書提出ノ申立カ正當ナリト認メタル場合ニ於テハ證據決定ヲ以テ相手方ニ對シテ其證書ノ提出ヲ命スヘキモノナリ(第三三條)之ニ反シテ證書ヘキ事實重要ナラサルカ又ハ證書提出ノ申立カ正當ナラスト認ムル場合ニ於テハ裁判所ハ決定ヲ以テ證書提出ノ申立ヲ却下スヘキモノナリ

(ロ) 相手方ニ於テ證書ヲ所持スルコトヲ自白シ其提出ノ義務ニ付テ爭ヒタル場合ニ於テモ亦受訴裁判所ハ證書ヘキ事實カ重要ナルヤ否ヤ及ヒ證書提出ノ申立カ正當ナリヤ否ヤヲ審査シタル後其證書ヘキ事實カ重要ニシテ且證書提出ノ申立カ正當ナリト認メタル場合ニ於テハ當事者間ニ於テ證書提出ノ義務ニ關シテ中間ノ爭ヲ生シタルモノナルカ故ニ

中間判決ヲ以テ相手方ニ對シ證書提出ノ義務アル旨ヲ裁判シ之ニ反シテ證スヘキ事實重要ナラス若クハ證書提出ノ申立カ正當ナラスト認ムル場合ニ於テハ決定ヲ以テ證書提出ノ申立ヲ却下スヘキモノトス而シテ右中間判決ヲ以テ相手方ニ證書提出ノ義務アル旨ヲ認メタルトキハ相手方ハ其所持スル證書ヲ提出セサルヘカラス

(ハ) 相手方カ證書ヲ所持セサル旨ヲ陳述シタルトキハ受訴裁判所ハ其陳述ノ眞實ナルヤ否ヤヲ確ムル爲メ又ハ其證書ノ所在ヲ穿鑿スル爲メ若クハ舉證者ノ利用ヲ妨クル目的ヲ以テ相手方カ故意ニ證書ヲ隱匿シ或ハ其證書ヲ使用ニ耐ヘサラシメタルヤ否ヤヲ穿鑿スル爲メニ相手方本人ヲ訊問スヘキモノナリ本人ヲ訊問シタル結果其本人カ所持スルコト明確トナリタルトキハ證據決定ヲ以テ其提出ヲ命スヘキモノナリ然ルト雖モ若シ其相手方カ官廳ナルトキハ其證書カ官廳ノ保存ニ係ラス又ハ其證書ノ所在ヲ示スコトヲ得サル旨ノ長官ノ證明書ヲ以テ相手方本人ノ訊問ニ代フルヲ得ヘキモノトス而シテ相手方本人ヲ訊問スヘキ場

合ニ於テハ當事者本人ノ訊問ニ付テノ規定ニ從テ訊問ヲ爲スヘク又官廳ノ長官ヲシテ證明書ヲ差出サシムヘキ場合ニ於テハ其證明書ヲ差出サシムル爲メ裁判所ノ相當ト認ムル期間ヲ定ムヘキモノトス(第三四)

右(イ)及ヒ(ハ)ノ場合ニ於テ證書ヲ所持スルコトヲ明白シタル相手方又ハ其證書ヲ所持セスト申立テサル相手方即チ何等ノ陳述ヲモ爲ササル相手方カ其證書ヲ提出スヘシトノ受訴裁判所ノ命令ニ從ハサルトキ或ハ相手方カ證書ヲ所持セストノ申立ヲ爲シタルニ因リ受訴裁判所ヨリ第三百四十條ノ規定ニ從テ訊問セラレタルニ拘ハラス其供述ヲ爲スコトヲ拒ミタルトキ或ハ舉證者ニ使用セラレンコトヲ慮カリテ故意ニ其證書ヲ隱匿シ若クハ使用ニ耐ヘサラシメタルコトノ明白ナルトキニ於テハ舉證者カ若シ相手方ニ提出ヲ求メタル證書ノ謄本ヲ差出シタルトキハ裁判所ハ其證書ノ謄本ヲ正當ナルモノト看做スコトヲ得ヘク又若シ舉證者カ其證書ノ謄本ヲ差出ササルトキハ裁判所ハ其意見ニ因リテ其證書ノ性質及ヒ其證書ノ旨趣ニ付テ舉證者ノ主張ヲ正當ナルモノト認ムルコトヲ得(第三四一)

相手方カ官廳ナルトキ第三百四十條第二項ノ場合ニ其官廳ノ長官カ裁判所ノ定メタル期間内ニ證明書ヲ差出ササルトキハ相手方タル官廳ニ對シテ舉證者カ提出シタル謄本アルトキハ之ヲ正當ナルモノト看做シ又其證書ノ謄本ナキトキハ證書ノ性質及ヒ旨趣ニ基キ舉證者ノ主張シタル事實ヲ正當ナリト認ムヘキモノトス(第三四一)

(三) 證書カ第三者ノ手中ニ存スル場合

書證ノ申出ハ舉證者カ第三者ヨリ其證書ヲ受取り之ヲ受訴裁判所ニ提出センカ爲メニ相當ノ期間ヲ定メラレンコトノ申立ヲ受訴裁判所ニ爲スヘキモノナリ(第三四)
期間指定ノ申立ニハ相手方ニ對スル證書提出ノ命令ヲ申立ツル場合ト同シク證書ノ表示、證スヘキ事實ノ表示、證書ノ旨趣及ヒ第三者カ證書ヲ提出スヘキ義務ノ原因ヲ表示シ且其證書カ第三者ノ手中ニ存在スルコトヲ疏明セサルヘカラス(第三四)
前ニ述ヘタルカ如ク第三者モ證書ヲ提出スヘキ義務ヲ負フ場合アリト雖

モ第三者カ若シ之ヲ提出セサルトキハ舉證者ハ單ニ之ニ對シ訴ヲ以テノミ其提出ヲ求メ其交付ヲ受クルコトヲ得ルモノナルカ故ニ之カ爲メニ必要ナル期間ヲ定メラレンコトノ申立ヲ爲スヘキモノトス(第三四)
受訴裁判所ハ右ノ申立アリタルトキハ其證書ニ依リ證スヘキ事實ヲ重要ニシテ且其申立カ適式ナル場合ニ於テハ證書提出ニ關スル期間ヲ決定ヲ以テ定ムヘキモノニシテ若シ其證書ニ依リ證スヘキ事實カ重要ナラス又ハ其申立カ不適式ナル場合ニ於テハ決定ヲ以テ右ノ申立ヲ却下スヘキモノナリ(第三四一)

裁判所カ定メタル證書提出ノ期間ノ滿了前ト雖モ舉證者ト第三者トノ間ニ於ケル訴訟カ完結シ或ハ舉證者カ第三者ニ對シテ訴ノ提起ヲ爲スコトヲ遅延シ或ハ訴訟ノ進行ヲ遅延セシメ又ハ第三者トノ訴訟ノ判決アリタルニ拘ハラス其判決ニ基ク第三者ニ對スル強制執行ヲ遅延シタルトキハ相手方ハ此等ノ理由ニ基ツキ訴訟手續ノ續行ヲ申立ツルコトヲ得ルモノニシテ(第三四)受訴裁判所ハ右ノ申立アリタルトキ之ヲ正當ト認ムルト

キハ舉證者カ證書ヲ提出シ得ルト否トニ關セス其訴訟手續ヲ續行スヘキモノナリ

(四) 證書カ官廳又ハ公吏ノ手中ニ存スル場合ニ於ケル書證ノ申出ハ其證書ノ送付ヲ官廳又ハ公吏ニ囑託セラレンコトノ申立ヲ爲スニ因テ之ヲ爲ス(第三四六條)但官廳又ハ公吏ノ手中ニ存スル證書ト雖モ當事者カ法律ノ規定ニ從ヒ裁判所ノ助力ナクシテ之ヲ取寄スルコトヲ得ヘキ書類ニ付テハ取寄ノ申立ヲ爲スヘキモノニアラス故ニ取寄ノ申立ヲ爲スヘキ場合ハ官廳又ハ公吏ノ手中ニ存在スル證書カ當事者自ラ裁判所ノ助力ヲ得スシテ之ヲ取寄スルコトヲ得サル場合ニ限ラルルモノトス(第三四六條)右囑託ノ申立アリタルトキハ受訴裁判所ハ其證書ヲ取寄スヘキヤ否ヤヲ決定ヲ以テ裁判ス

官廳又ハ公吏カ相手方カ證書提出ノ義務アル場合ナルニモ拘ハラヌ其證書ノ送付ヲ拒ミタルトキハ舉證者ヨリ官廳又ハ公吏ニ對シテ訴ヲ提起シ以テ其證書ノ送付ヲ求ムル爲メニ相當ノ期間ヲ定メラレンコトヲ申立ツ

ルニハ第三者ノ手中ニ存スル證書ヲ取寄スル爲メ期間ヲ定メラレンコトノ申立ニ付テノ規定ヲ適用スルモノトス(第三四六條)而シテ此場合ニ於ケル官廳又ハ公吏ハ訴訟ノ相手方タラサル場合ニ限ル

右(三)及ヒ(四)ノ場合ニ於テハ一ノ制限アリ即チ一ノ係爭事實ニ關シテ證據決定ヲ爲シタル後同一事項ヲ證明スル爲メニ舉證者カ右ノ(三)及ヒ(四)ノ手續ニ依テ書證ノ申出ヲ爲シタル場合ニ於テハ裁判所ハ其證書取寄ノ手續ノ爲メニ訴訟ノ完結ヲ遅延スルニ至ルヘク又ハ舉證者カ訴訟ヲ遅延スルノ故意ヲ以テ或ハ甚シキ怠慢ニ因リ書證ノ申立ヲ早ク爲ササリシコトノ心證ヲ得タルトキハ相手方ノ申立ニ因リテ書證ノ申出ヲ却下スルコトヲ得ヘキモノナリ(第三四七條)

第二 證書ヲ口頭辯論ノ際ニ提出スルニ於テハ毀損若クハ紛失スルノ恐アリ又ハ其他ノ顯著ナル障礙アル場合ニ於テハ既ニ述ヘタルカ如ク受命判事若クハ受託判事ノ面前ニ證書ヲ提出シテ書證ノ證據調ヲ爲スヘキモノナリト雖モ其他ノ場合ニ於テハ總テ受訴裁判所ノ口頭辯論ニ於テ證書ヲ提出シ裁

判官ハ其證書ヲ檢閲シテ證據調ヲ爲スヘキモノナリ

六〇八

受命判事若クハ受託判事ノ面前ニ證書ヲ提出シタル場合ニ於テハ受命判事若クハ受託判事ハ其證書ノ明細書及ヒ其謄本ヲ審問調書ニ添附シ又其證書ノ一部ノミ必要ナル場合ニハ其證書ノ冒頭、終尾、日附、署名、印章及ヒ其事件ニ屬スル部分ニ付テノ抄本ヲ作りテ審問調書ノ附録ト爲スヘキモノナリ(第四三條)

第三

公正證書ニ付テハ其正本又ハ認證シタル謄本ヲ提出スルコトヲ得然レ

トモ裁判所ノ必要ト認メタル場合ニ於テハ特ニ證書ノ正本ヲ提出スヘキコトヲ命スルコトヲ得ヘキモノナリ(第三四九條第一項)

私署證書ハ原本ヲ以テ之ヲ提出スヘキモノナリ然レトモ若シ當事者カ未タ提出セサル原本ノ真正ナルコトニ付テ相一致シ單ニ其證書ノ效力若クハ其證書ニ記載セラレタル事項ノ解釋ニ付テノミ爭ヲ爲ス場合ニ於テ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ヘシ(第三四九條第二項)舉證者カ裁判所ヨリ公正證書ノ正本、私署證書ノ

原本ヲ提出スヘキコトノ命令ヲ受ケタルニ拘ハラヌ之ヲ提出セサルトキハ裁判所ハ自由ナル心證ヲ以テ當事者ノ提出シタル謄本ニ付キ如何ナル證據力アリヤヲ裁判スヘキモノナリ(第三四九條第三項)茲ニ法文ニハ裁判スヘキモノトアルモ所謂裁判トハ終局判決ノ理由中ニ於テ如何ナル證據力ヲ付シタルカノ判斷ヲ明記スルヲ以テ充分ナルモノニシテ特ニ判決又ハ決定ノ方式ヲ以テ證書ノ證據力ニ付キ裁判ヲ爲スヘキモノト謂フノ意味ニアラサルナリ

第四 舉證者ハ係爭事項ヲ證明スル爲メ自己カ提出シタル證書ハ相手方ノ承諾アルトキニアラサレハ其證據方法ヲ止ムルコトヲ得ス即チ一タヒ受訴裁判所ノ口頭辯論ニ於テ訴訟ノ材料トシテ提出シタル證書ハ相手方ニ於テモ之ヲ使用スル權利アルカ故ニ提出者ハ相手方ノ承諾アルトキニアラサレハ拋棄スルコトヲ得サルモノトス(第三五〇條)

第五 舉證者ノ提出シタル證書ハ裁判官ニ於テ實驗シタル後直チニ之ヲ還附シ若シ必要ナル場合ニ於テハ其證書ノ謄本ヲ記録ニ留メテ當事者ニ還附スヘキヲ通常トス(第三五〇條第一項)然レトモ若シ其證書ニ付キ偽造又ハ變造ナリトノ

争ヲ生シタル場合ニ於テハ檢事ノ意見ヲ聽キタル後ニアラサレハ之ヲ還附
スルコトヲ得サルモノトス故ニ此場合ニ於テハ檢事ノ意見ヲ聽クマテ其證
書ハ裁判所ノ書記課ニ保管スヘキモノナリ(第三五項)

第六 公正證書ノ形式的證據力ハ既ニ述ヘタルカ如ク當事者ノ否認ニ因リ直
チニ消滅スルモノニアラスト雖モ若シ其偽造又ハ變造ナルコトヲ主張シ其
證書ノ眞否確定ノ申立ヲ爲シタルトキハ裁判所ハ其證書ノ眞否ヲ確定スル
爲メ中間判決ヲ爲スヘキモノナルヲ以テ若シ當事者カ眞實ニ背キテ其證書
ノ偽造又ハ變造ヲ主張シ其主張者ノ惡意又ハ重過失ノ責アリシ場合ニ於テ
ハ裁判所ハ之ニ對シ五十圓以下ノ過料ヲ言渡スヘキモノトス(第三五項)
私署證書ニ於テハ當事者ノ認否ニ因リ其證據力ニ關係ヲ及ホスヘキモノナ
ルヲ以テ當事者カ其眞實ニ背キテ私署證書ノ眞正ヲ争ヒタル場合ニ於テハ
裁判所ハ二十圓以下ノ過料ヲ言渡スヘキモノトス(第三五項)

第四項 檢 證

檢證トハ裁判官カ自己ノ五官ノ威能ニ因リテ係争物ヲ實驗スルコトヲ謂フ其

實驗ハ裁判所内ニ於テスルト裁判所外ニ於テスルトヲ問ハス裁判所外ニ於テ
檢證ヲ爲ストキトハ裁判所ニ移送スルコトヲ得サル物件ヲ檢證スルノ必要ア
ル場合ニ於テ裁判所自ラ其物件ノ所在地ニ臨ミテ檢閱スルヲ謂ヒ之ヲ臨檢ト
稱ス臨檢ハ受訴裁判所ノ管轄地域内ニ限リテ之ヲ爲スコトヲ得ヘク管轄地域
外ニ於ケル檢證ハ法律上ノ共助ノ規定ニ依ルヘキモノトス
檢證ノ目的トナルモノハ人類ノ五官ニ感識シ得ヘキモノニシテ檢證物ト謂フ
檢證ヲ爲スハ視覺ニ依ルコトアリ或ハ味覺ニ依リ或ハ聽覺ニ依リ或ハ嗅覺ニ
依リ或ハ觸覺ニ依ルモノトス故ニ廣義ニ於テ檢證ト謂フトキハ證書モ亦檢證
物トナルコトヲ得ヘキカ如シ然レトモ證書ハ其物體ニ表ハレタル主旨カ證明
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故ニ檢
證ノ目的ト爲ルモノハ證書ノ意義ヲ有スル有體物ヲ取り除キタル總テノ物體
ヲ謂フ人及ヒ電氣ノ如キモ檢證物タルヲ得ルモノトス
檢證ハ鑑定ノ如ク裁判所ノ職權ヲ以テシ又ハ申立ニ因リテ之ヲ爲スコトヲ得
ヘキモノニシテ檢證ノ手續ハ左ノ如シ

- (一) 檢證ノ申立ヲ爲スニハ檢證ノ目的物ヲ表示シ且其檢證ニ依リ如何ナル事實ヲ立證スヘキモノナルヲ開示シテ之ヲ爲ササルヘカラス(第七三五)
- (二) 檢證ノ申出アリタルトキハ裁判所ハ檢證ヲ爲スヘキヤ否ヤヲ決定シ檢證ヲ爲スニ際シテハ受訴裁判所全員若クハ受命判事ヲシテ檢證物ノ檢證ヲ爲スコトヲ得ヘシ而シテ檢證ノ目的物カ遠隔ノ地ニ存在スルトキハ其所在地ノ區裁判所ニ囑託シテ檢證ヲ爲スコトヲ得ヘク又或場合ニ於テ受訴裁判所カ檢證物ニ付テ正當ナル判斷ヲ爲スコトヲ得サルモノト認メタルトキハ檢證ヲ爲スニ際シ職權ヲ以テ其補助トシテ鑑定人ヲ立會ハシメ目的物ヲ鑑定セシムルコトヲ得又受命判事若クハ受託判事ヲシテ檢證ヲ爲サシムルトキハ其鑑定人ノ任命ヲ受命判事若クハ受託判事ニ委任スルコトヲ得(第八三五)
- (三) 檢證ヲ爲スノ際ニ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ト認メタル場合ニ於テハ調書ノ附録トシテ添附スヘキ圖面ヲ作製シ之ヲ明確ナラシメサルヘカラス若シ既ニ訴訟記録中ニ檢證ノ目的物タル圖面ノ存在スルトキハ其圖面ヲ檢證ノ目的物ト對照シテ必要ナル場合即チ誤謬

アルトキハ其圖面ノ更正ヲ爲スヘキナリ(第九三五)
 檢證物提出ノ義務ニ付テハ證人義務ノ如キ規定ナキヲ以テ各箇人ハ國家ニ對シテ檢證物提出ノ義務ヲ負フモノニ非ス故ニ檢證物カ相手方若クハ第三者ノ占有ニ係リ此等ノ者カ提出ヲ拒ミ若クハ檢證ヲ拒ミタルトキハ裁判所ハ強制シテ檢證ヲ爲スヲ得ス舉證者カ私法上ノ權利ニ基キ檢證物ヲ提出セシムルノ外ナシトス

第五項 當事者本人ノ訊問

當事者本人ノ訊問トハ渾テノ證據ヲ取調ヘタル結果ニ因リ尙ホ係爭事實ノ眞否ニ付テ裁判所カ心證ヲ得サル場合ニ其係爭事實ノ眞否ニ關スル心證ヲ補充ハシカ爲メニ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ當事者本人ヲ訊問スルコトヲ謂フ(第六三〇條)

當事者本人ヲ訊問スルニ付テハ訴訟法ニ於テ二ノ形式ヲ認メラレタリ一ハ第百十四條ノ規定ニシテ事件ノ關係ヲ明瞭ナラシムルカ爲メニ原告若クハ被告ノ自身出頭ヲ命スルモノニシテ他ノ一ハ證據方法トシテ本人訊問ヲ爲ス場合

ナリ此二者ノ異ナル點ヲ舉クレハ

- (一) 一ハ證據方法ニアラスシテ一ハ證據方法ニ屬ス
- (二) 第百十四條ノ場合ハ裁判所カ職權ヲ以テ何時ニテモ訊問ヲ爲スコトヲ得ルモノナレトモ證據方法ノ場合ハ渾テノ證據方法ヲ取調ヘタル後ナラサルヘカラス

(三) 第百十四條ノ場合ハ當事者本人カ出頭セサル場合ニ於テモ之カ爲メニ當事者ハ不利益ノ推定ヲ受クルモノニアラス之ニ反シテ證據方法ノ場合ニ於テハ不利益ノ推定ヲ受クルモノナリ

證據方法トシテ當事者本人ヲ訊問スヘキ手續ハ左ノ如シ

- (一) 裁判所ハ當事者本人ノ訊問ヲ必要ト認メタルトキハ原告若クハ被告ヲ訊問スヘキコトヲ決定ヲ以テ裁判シ若シ其訊問スヘキ當事者カ決定ノ言渡ノ際在廷スル場合ニ於テハ其期日ニ於テ直チニ之ヲ訊問スルヲ以テ通例トシ若シ原告又ハ被告カ在廷セサル場合ニ於テハ特ニ證據調ノ期日ヲ定メ當事者本人ニ其期日ニ出頭スヘキコトヲ命スルモノナリ而シテ其期日ニ於テ訊

問ヲ受クヘキ當事者カ充分ナル理由ナクシテ供述ヲ爲スコトヲ拒ミ又ハ出頭スヘキコトヲ命セラレタル訊問期日ニ充分ナル理由ナクシテ出頭セサル場合ニ於テハ裁判所ハ其意見ヲ以テ相手方カ本人訊問ニ依リテ説明セントスル事項ヲ正當ナリト認定スルコトヲ得ルモノトス(第三三六條)

- (二) 當事者本人訊問ノ方式ハ宣誓ヲ爲サシメサル證人ト同一ノ方式ニ從フモノナリ訊問ヲ受クル當事者ハ自己ノ供述ニ換ヘテ書類ヲ朗讀シ若クハ覺書ヲ用フルコトヲ得ス若シ之ヲ許ストキハ事實ノ真相ヲ發見スルニ妨害アルモノナレハナリ然レトモ金錢又ハ物品等ノ數量ヲ供述スルカ如キ場合ニ於テハ絶對ニ之ヲ禁スルトキハ却テ數額ニ違算ヲ生ジ眞實ノ供述ヲ完全ナラシムル能ハサルカ故ニ此等ノ事項ニ付テハ覺書ヲ用フルコトヲ得セシメタリ(第三六條)

- (三) 訴訟無能力者カ訴訟ノ主體ナル場合ニハ本人訊問ヲ爲スニ付テ法定代理人若クハ訴訟無能力者ヲ訊問スヘキヤ否ヤヲ決定シ若シ法定代理人數人アリタルトキハ其一人ヲ訊問スヘキヤ若クハ數人ヲ訊問スヘキヤヲ決定ス又

法律上代理人ヲ訊問スルヨリモ寧ロ訴訟無能力者ヲ訊問スルヲ適當トスルコトアリ此場合ニ於テモ法定代理人ト共ニ訴訟無能力者ヲ訊問スヘキヤ否ヤヲ決定スヘキモノニシテ其裁判ハ一ニ裁判所ノ職權ニ屬シ裁判所カ必要ト認メタルトキハ訴訟無能力者又ハ法定代理人ノ全員ヲ訊問スルコトヲ得ルモノナリ(第三六條)法人ニ付テハ現ニ訴訟ヲ爲ス代表者又ハ其以外ノ代表者ニ付テモ本人訊問ノ規定ニ依リ訊問スルコトヲ得ルモノトス

第六款 證據保全

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是ニ由テ之ヲ觀レハ訴訟ノ繫屬前若クハ訴訟カ證據調ノ程度ニ達セサル以前ニ於テ爲ス證據調ヲ謂フモノニシテ訴訟ノ準備ノ爲メニスル行爲ニ屬スルモノトス訴訟提起以前若クハ訴訟ノ提起後其進行中ト雖モ證據調ノ程度ニ達セサル以前ニ於テハ證據方法ノ必要ナリヤ否ヤハ未定ノ問題ニ屬スト雖モ證據方法ノ要否カ未定ノ問題ナリトノ理由ヲ以テ證據調ヲ許ササルトキハ他日

證據調ノ必要ヲ生シタル場合ニ於テ既ニ其證據方法ヲ失ヒ遂ニ當事者ハ其證據方法ヲ利用スルヲ得サルコトナシトセス故ニ其消滅ノ恐アル證據方法ニ付テハ豫メ證據調ヲ爲シテ其證明原因ヲ保存スル方法ノ必要アルヲ以テ證據保全ノ手續ヲ認メタルモノトス之ヲ要スルニ證據保全ハ證據調ノ程度ニ達セサル以前證據方法ノ紛失又ハ使用シ難キ恐アル場合ニ於テ其證據方法ヲ保存スルコトヲ目的トスル一ノ證據手續ナリトス

第一 證據保全ノ要件ハ左ノ如シ

(一) 證據ヲ紛失スルノ恐アルトキ若クハ其證據ヲ使用シ難キニ至ルノ恐アル場合ナルコトヲ要ス 證據ノ紛失若クハ使用シ難キノ恐アルトキトハ自然ノ出來事タルト若クハ人爲ニ因ル場合タルトヲ問ハサルナリ例ヘハ檢證物カ腐敗スヘキ恐アルトキ又ハ其相手方カ證據ヲ消滅セントスルノ危険アルトキノ如キヲ謂フ此要件ハ相手方ノ承諾ナキ場合ニ限り必要トスルモノニシテ若シ相手方カ證據保全ヲ爲スコトニ付テ承諾ヲ爲シタルトキハ證據ノ紛失若クハ使用シ難キノ恐アルコトヲ必要トセサルナリ(三)

三五條第一項、是レ訴訟ノ完結ヲ速ナラシムルノ利益アルヲ以テナリ訴訟ノ繫屬前若クハ繫屬後ニ於テモ適當ノ時期ニ於テ證據調ヲ爲シタル場合ニ於テハ口頭辯論ニ於テ直チニ其證據ヲ使用スルノ利益ヲ有シ辯論ノ中途ニ於テ繁雜ナル證據調ヲ爲スノ手續ヲ省略スルコトヲ得ルヲ以テナリ

(二) 證據保全ノ方法ハ證人若クハ鑑定人ノ訊問又ハ檢證ノ方法ニ依ルコトヲ要ス 故ニ他ノ證據方法ヲ用フルコトヲ許サス例ヘハ證人カ病危篤ニ迫レルトキニ際シテ證據調ヲ爲スカ如キ又ハ檢證物カ日時ノ經過ニ因リテ其形狀ニ變更ヲ來スヘキ等ノ如キ是ナリ

第二

證據保全ノ手續ハ左ノ如シ

- (一) 證據保全ハ當事者ノ申請ニ因リテ爲スモノナリ職權ヲ以テ爲スコトヲ得ス而シテ申請ハ書面又ハ口頭ヲ以テ其管轄裁判所ニ爲スヘキモノニシテ申請ニハ左ノ諸件ヲ具備スルコトヲ要ス(第三三六七條)
 - イ) 相手方ノ表示 若シ訴訟ノ繫屬前ニ於テ證據保全ノ申立人カ相手方ヲ指定セサル場合ニ於テハ申立人カ自己ノ過失ニ非スシテ相手方ヲ指

定スルコト能ハサルコトヲ疏明シタル場合ニ限り相手方ノ表示ヲ缺クコトヲ許スノミ其他ノ場合ニ於テハ相手方ヲ表示セサルヘカラス

(ロ) 證據調ヲ爲スヘキ事實ノ表示 如何ナル事實ニ付テ證明ヲ爲サント欲スルカノ事實ヲ表示スルヲ謂フ

(ハ) 如何ナル證據方法ニ依リテ證據保全ノ手續ヲ爲スヘキヤノ表示

(ニ) 證據ヲ紛失スルノ恐アリ又ハ使用シ難キノ恐アル理由ヲ表示シ且此理由ヲ疏明スルコトヲ要ス 但相手方ノ承諾ニ因リテ證據保全ノ申立

ヲ爲ストキハ要件ニアラサルヲ以テ此事項ヲ缺クモ違法ナラス此場合ニ於テハ相手方ノ承諾アル旨ヲ表示スルコトヲ必要ト爲ス(第三三六二條)

第一項、(第三七一條) 證據保全ノ申請ハ訴訟カ既ニ繫屬セル場合ニ於テハ受訴裁判所ニ爲ス

(二) 證據保全ノ申請ハ訴訟カ未タ繫屬セサル場合ニ於テハ證人又ハ鑑定人ノ現在地或ハ檢證スヘキ目的物ノ存在スル地ヲ管轄スル區裁判所ニ爲スヘキモノトス而シテ訴訟カ受訴裁判所ニ繫屬シタル場合ト雖モ緊急ノ必要ア

ル場合ニ於テハ亦證人鑑定人ノ現在地若クハ檢證物ノ所在地ノ區裁判所ニ申請ヲ爲スコトヲ得(第三六條六條)

(三) 證據保全ノ申請アリタルトキハ其裁判所ハ口頭辯論ヲ爲スコトヲ適當ト認メタルトキハ相手方ヲ呼出シテ口頭辯論ヲ爲サシメ若シ口頭辯論ヲ必要ト認メサルトキハ辯論ヲ經スシテ裁判ヲ爲スヘキモノニシテ其裁判ハ申請ヲ許容スルト否トニ拘ハラズ決定ヲ以テ之ヲ爲シ申請ヲ許容スル決定ニハ如何ナル事實ニ付テ證據調ヲ爲スヘキコト及ヒ證據調ヲ爲スヘキ證據方法殊ニ訊問スヘキ證人若クハ鑑定人ノ氏名ヲ記載セサルヘカラス而シテ申請ヲ許容スルト否トハ一ニ裁判所ノ職權ニ屬シ申請ヲ許容セサル決定ニ對シテハ抗告ヲ以テ不服ノ申立ヲ爲スコトヲ得ヘク申請ヲ許容シタル決定ニ對シテハ不服ノ申立ヲ爲スコトヲ得ス(第三六條八條)申請人ノ相手方カ不明ナル場合ニ於テ證據保全ノ申請ヲ採用シタル場合ニハ其知レサル相手方ノ權利防衛ノ爲メニ臨時代理人ヲ選任スルコトヲ得然レトモ臨時代理人ノ選任ヲ必要トスルモノニ非ス(第三七條二項)

(四) 證據保全ニ付キ證據調ヲ爲スヘキ期日ニ於テハ申立人ヲ呼出シ且證據保全ヲ許容スル決定及ヒ證據保全ノ申請ノ謄本ヲ相手方又ハ裁判所ノ選任シタル臨時代理人ニ送達シテ此等ノ者ヲ期日ニ呼出ササルヘカラス但證據保全ノ手續ヲ爲スコトカ急速ヲ要スル場合ナルトキハ相手方若クハ臨時代理人ヲ呼出スコトヲ得サル場合ト雖モ證據調ヲ爲スコトヲ妨クルコトナシ(第三六條九條)

(五) 證據調ヲ爲シタル調書ハ其裁判所ニ之ヲ保存シ訴訟ノ當事者ハ其調書ヲ使用スルノ權利ヲ有ス一旦證據保全ノ手續ヲ爲シタル後ト雖モ受訴裁判所ニ於テ其手續ヲ不完全ト認メタルトキハ當事者ノ申立若クハ其職權ニ因リテ再ヒ證據調ノ手續ヲ爲スコトヲ得ヘク或ハ前ニ爲シタル證據調ノ不足ヲ發見シタルトキハ其部分ヲ補充スルコトヲ得ルモノナリ此他證據調ニ付テハ一般ノ證據調ニ適用スヘキ規定ニ依リテ之ヲ爲ス即チ證人鑑定人及ヒ檢證ノ規定並ニ證據調ニ關スル總則ノ規定ヲ適用スヘキモノナリ(第三七條)

第五節 訴訟手續ノ停止

訴訟手續ノ中斷、中止及ヒ休止ヲ總稱シテ訴訟手續ノ停止ト謂フ。一旦開始シタル訴訟ハ常ニ間斷ナク進行スルヲ通常トスト雖モ或事實カ存在スルトキハ之ヲ停止スル必要ヲ生シ若クハ停止スルヲ適當トスルコトアリ是レ訴訟手續ノ進行ヲ停止スヘキ規定アル所以トス。停止ノ原因ハ中斷、中止、休止是ナリ。中斷トハ當事者又ハ裁判所ノ行爲ニ因ラスシテ或事實ノ發生ニ基キ當然訴訟手續ヲ停止スルコトヲ謂ヒ中止トハ當事者ノ申立ニ因リ又ハ裁判所ノ職權ヲ以テ訴訟手續ノ進行ヲ停止スルコトヲ謂ヒ休止トハ當事者ノ意思ノミニ因リテ訴訟手續ノ進行ヲ停止スルコトヲ謂フ。此三者ハ訴訟手續ノ進行ヲ停止スルモノナレハ訴訟ノ開始後終結前ニ適用ヲ見ルモノニシテ且獨リ判決手續ノミナラス總テノ手續ニ於テ特別ノ規定ナキ限りハ適用アルモノトス。

第一 訴訟手續ノ中斷

中斷ハ或事實ノ發生ニ基キ當然訴訟手續ヲ停止スルモノニシテ其原因ト爲

ルヘキ事實ハ左ノ如シ

(一) 原告若クハ被告ノ死亡 原告若クハ被告カ死亡シタルトキハ其一般承繼人カ訴訟手續ヲ受繼ク迄之ヲ中斷スヘキモノトス是レ訴訟主體カ消滅シタルモノナレハ中斷ノ原因ト爲シタル所以トス而シテ訴訟手續ノ受繼タルヤ適當ノ時期ニ於テ之ヲ爲ササルヘカラサルヲ以テ若シ承繼人カ訴訟手續ノ受繼ヲ遲滯シタルトキハ裁判所ハ申立ニ因リ受繼及ヒ本案ノ辯論ノ爲メ其承繼人ヲ呼出スヘキモノトス此場合ニ承繼人カ期日ニ出頭シテ訴訟ヲ受繼ク旨ヲ陳述スルトキハ訴訟手續ノ中斷ハ茲ニ終了スルヲ以テ直チニ訴訟手續ヲ進行スヘキモノナレトモ之ニ反シテ其呼出サレタル者カ受繼ノ義務ヲ争ヒ若クハ相手方カ承繼人タルコトヲ争ヒタルトキハ此點ニ付テ裁判ヲ爲ササルヘカラス其争ハ中間争ニ關スルヲ以テ承繼人トシテ呼出サレタル者カ承繼人ニ非スト認メタルトキハ相手方ノ受繼ノ申立ヲ中間判決ヲ以テ却下スヘク而シテ中斷ハ終了セス然レトモ承繼人トシテ呼出サレタル者カ受繼ノ義務アルコトヲ認メタルトキハ中間判決

ヲ以テ若クハ本案ノ終局判決ノ理由中ニ於テ訴訟ヲ受繼キタリト宣言ス
ヘキモノトス

六二四

承繼人カ期日ニ出頭セサルトキハ裁判所ハ申立ニ因リ相手方ノ主張シタル承繼ヲ自白シタルモノト看做シ且裁判所ハ關席判決ヲ以テ承繼人訴訟手續ヲ受繼キタリト言渡スモノトス此裁判ニ對シテハ故障ヲ爲シ得ルヲ以テ此點ニ關スル裁判ノ確定セサル間ハ本案ノ辯論ヲ爲スモ無益ニ歸スルノ恐アリ故ニ本案ノ辯論ハ故障期間ノ滿了後之ヲ爲シ又故障ヲ申立テタルトキハ其完結後始メテ之ヲ爲スヘキモノトス(第一七條)

右ニ所謂原告若クハ被告トハ法律上代理人從參加人ヲ包含セス法律上代理人ニ付テハ第八十條ノ規定アリ又從參加人ハ原告若クハ被告ノ爲メニ訴訟ヲ爲スモノナレハ從參加人ノ死亡ハ訴訟全部ノ中斷ノ原因ト爲ラス然レトモ從參加人ノ附隨セル當事者ノ相手方ト從參加人トノ關係ノミニ於テ訴訟手續ノ中斷ヲ生スルモノトス又法人ノ解散ハ會社ノ合併以外ノ原因ナルトキハ之ニ包含セス如何トナレハ法人ハ解散スルモ清算ノ目

的ノ範圍内ニ於テハ存續スルモノナレハナリ但法人カ解散スルトキハ法律上代理人ハ清算人ニ變更スルモノナレハ第八十條、第八十一條、第八十三條ニ因リ中斷ヲ生スルコトアルモノトス

(二) 破産ノ開始 原告若クハ被告ノ財産ヲ付キ破産ノ開始シタル場合ニ於テ若シ訴訟手續カ其破産財團ニ關スルトキハ破産ニ付テノ規定ニ從ヒ管財人ヨリ訴訟手續ヲ受繼ク迄又ハ破産手續ヲ解止スル迄其訴訟手續ハ中斷スルモノトス破産ノ開始トハ破産決定ノ宣告ヲ謂フ宣告アリタルトキハ決定ノ確定ヲ必要トセス解止トハ破産手續ノ終了ヲ謂フ破産手續ノ停止(舊商第九條)ハ中斷終了ノ原因ト爲ラス而シテ法人ニ對スル破産ニ付テモ適用アリ蓋シ破産宣告ニ因リ破産者ハ破産手續ノ繼續中自己ノ財産ヲ占有シ管理シ及ヒ處分スル權利ヲ失フモノナレハナリ(第一七九條、破)右ハ死亡シタル原告若クハ被告ノ遺産ニ付キ破産ヲ開始シタル場合ニ於テモ亦同一ナリトス(第一八條)原告若クハ被告ノ家資分散ハ中斷ノ原因ニ非ス

(三) 原告若クハ被告ノ訴訟能力ノ喪失法律上代理人ノ死亡又ハ其代理權カ原告若クハ被告カ訴訟能力者ト爲ラサル以前ニ消滅シタルトキ例ヘハ原告若クハ被告カ禁治産ノ宣告ヲ受ケタルカ如キ訴訟能力ヲ失ヒタル場合ハ中斷ノ原因ト爲ル然レトモ妻ト爲リ若クハ準禁治産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ中斷ヲ生セス如何トナレハ此場合ハ法律上代理人ナキモノナレハナリ又法律上代理人カ死亡シ又ハ後見人ノ免黜親權ノ喪失等ニ因リ其代理權カ原告若クハ被告ノ訴訟能力ヲ得ル前ニ消滅シタルトキハ訴訟手續ハ法律上代理人又ハ新法律上代理人カ其任設ヲ相手方ニ通知シ又ハ相手方カ其訴訟手續ヲ續行スルコトヲ其代理人ニ通知スル迄訴訟手續ヲ中斷ス(第一八條)法人カ合併破産以外ノ原因ニ因リ解散スルトキハ本條ノ適用ヲ見ルモノトス然レトモ會社ノ取締役ノ如キ數人ノ代理人アルトキ一人ノ法律上代理人カ訴訟ヲ爲シ他ノモノハ訴訟ヲ爲ササル場合ニ於テ訴訟ヲ爲ス法律上代理人カ死亡シ若クハ代理權ヲ喪失スルモ中斷スルモノニ非ス他ノ法律上代理人ニ於テ訴訟ヲ續行スルヲ得ヘシ

(四) 原告若クハ被告カ死亡シ訴訟手續ヲ中斷スル場合ニ於テ訴訟手續ノ受繼ニ關シ遺産ニ付キ管理人ヲ任設スルトキハ管理人カ其任設ヲ相手方ニ通知シ又ハ相手方カ訴訟手續ヲ續行センコトヲ管理人ニ通知スルマテ中斷ス(第一八〇條)

(五) 戰爭其他ノ事故ニ因リテ裁判所ノ行務ヲ止メタルトキハ其情況ノ繼續スル間訴訟手續ヲ中斷ス(第一八一條)

(六) 訴訟代理人ヲ以テ訴訟ヲ爲ス場合ニ於テ原告若クハ被告カ死亡シ又ハ訴訟能力ヲ失ヒ又ハ法律上代理人カ死亡シ又ハ其代理權カ消滅スルトキハ訴訟代理權消滅ノ通知ニ因リテ訴訟手續ヲ中斷ス(第一八二條)是レ委任消滅ノ通知ヲ爲ス迄ハ訴訟代理權ヲ消滅セサルモノナレハナリ(第一八三條)而シテ原告若クハ被告カ死亡シタル場合ニハ前段(一)號ニ準シ法律上代理人若クハ管理人カ受繼ヲ爲ス場合ニハ前段(三)號(四)號ニ準シ受繼アル迄訴訟手續ヲ中斷スルモノトス(第一八三條第二項)

以上述ヘタル(一)乃至(四)ノ場合ニ於テハ裁判所若クハ相手方カ中斷ノ原因タ

ル事實ヲ知ラサルモ中斷ヲ生スルモノナリ又會社カ合併ニ因リ解散スルトキハ(一)ニ準シ中斷スルモノトス(商第八二條、第一〇五條等)隱居ハ財産上ノ訴訟ニ付テハ必シモ中斷ノ原因ト爲ラス即チ被告カ隱居シタルトキハ債權關係ノ訴訟ナルトキハ中斷ノ原因ト爲ラサルモ其他ノ財産上ノ訴訟ニ於テ原告若クハ被告カ隱居シタルトキハ訴訟ノ目的タル財産ヲ留保シタルヤ否ヤニ依リテ中斷ト爲ルヤ否ヤカ定マルモノトス(民第九條、八九條)然レトモ戶主權ニ關スル訴訟ナルトキハ當然中斷ヲ生ス

第二 訴訟手續ノ中止

訴訟手續ノ中止ハ裁判所之ヲ命スルモノニシテ訴訟手續ノ中止ヲ命スル決定ハ裁判所ノ職權ヲ以テスルコトアリ又當事者ノ申立ニ因ルコトアリ而シテ其申立ニ因ル場合ハ當事者カ受訴裁判所ニ訴訟手續中止ノ申請ヲ爲スヲ俟テ決定ヲ爲スモノニシテ其申立ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ヘク其裁判ハ口頭辯論ヲ經スシテ之ヲ爲スコトヲ得ルモノトス(第一八條、五條)訴訟手續中止ノ場合ハ左ノ如シ

(一) 原告若クハ被告カ戰時兵役ニ服スルトキ
(二) 官廳ノ布令戰爭其他ノ事變ニ因リ受訴裁判所ト交通ノ絶エタル地ニ原告若クハ被告カ在ルトキ

右二箇ノ場合ノ原告若クハ被告トハ當事者本人ヲ謂フモノニシテ法律上代理人等ヲ包含セス而シテ受訴裁判所ハ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ障礙ノ消除スル迄訴訟手續ノ中止ヲ命スルコトヲ得ルモノトス(第一八條、四條)

(三) 主參加ノ訴ノ提起アリタルトキ 此場合モ亦申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ訴訟手續ノ中止ヲ命スルコトヲ得ルコトハ既ニ述ヘタル所ノ如シ(第二條、五條)

(四) 人事訴訟中離婚又ハ離縁ノ訴訟ニ於テ和解ノ調フ見込アルトキハ裁判所ハ職權ヲ以テ一年間其訴訟ノ中止ヲ命スルコトヲ得(人訴第一三條、第二六條)訴訟手續ノ中止ヲ命スル裁判ニ對シテハ當事者ハ抗告ヲ爲スコトヲ得ヘク又中止ノ申請ヲ却下シタル裁判ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ヘキモノトス(第一八條、九條)第二百一十一條、第二百二十二條ノ中止ハ辯論ノ中止ニシテ訴訟手續ノ中止ニ非スト雖モ中止ノ效力トシテハ第八十五條ノ適用アリトス

以上述へタル訴訟手續ノ中止ハ中止スヘキ事情ノ消滅シタル後裁判所カ中止ノ決定ヲ取消シ若クハ當事者カ受繼ノ通知ヲ爲スニ因テ終了スルモノトス(第一八條七條)

第三 訴訟手續ノ中斷中止ノ效力

訴訟手續ノ中斷及ヒ中止ハ各期間ノ進行ヲ止メ又其中斷及ヒ中止ノ終リタル後更ニ全期間ノ進行ヲ始ムル效力ヲ有ス而シテ其中斷及ヒ中止ノ間訴訟ニ付キ爲シタル當事者及ヒ裁判所ノ行爲ハ無効トス但口頭辯論終結後ニ生シタル中斷ハ其辯論ニ基キテ爲スヘキ裁判ノ言渡ヲ妨クルコトナシ(第一八條六條)故ニ口頭辯論終結後ニ當事者カ死亡シタルトキハ判決ハ何人ニ送達スヘキヤノ問題ヲ生ス此場合ニハ判決ヲ爲シタル裁判所ニ第七十八條ノ手續ヲ爲シ受繼ノ手續ヲ爲スヘキモノトス判決送達後確定前ニ當事者カ死亡シタルトキ亦同シ法律上代理人訴訟代理人ニ依リ訴訟ヲ爲ス場合ニ於ケル中斷受繼等モ亦判決ヲ爲シタル裁判所トノ關係ニ於テ爲スヘキモノトス第一審又ハ第二審ノ判決送達後ニ於ケル中斷シタル受繼ノ手續ハ上訴ノ提起ト同

時ニ上級裁判所ニ於テ爲スヘキモノナリトノ説アリト雖モ中斷中ノ上訴ハ無効ナルヲ以テ上訴ノ提起ニ因リ訴訟カ上級裁判所ニ移轉繫屬スル理由ナク又勝訴者ハ上訴ヲ提起スル要ナキノミナラス且訴訟ハ權利拘束ノ終ニ至ル迄ハ判決ヲ爲シタル裁判所ニ繫屬スルモノナレハ右説ニ賛成スル能ハス而シテ本案ノ終局判決ヲ爲シタル以後ニ於テ訴訟手續ノ中斷ヲ生シ受繼申立ニ付争アリタルトキハ裁判所ハ其審査ヲ爲シ受繼ノ申立ヲ理由ナシトスルトキハ判決ヲ以テ其申立ヲ却下シ理由アリトスルトキハ亦判決ヲ以テ受繼スヘキ旨ヲ言渡ス此二ツノ判決ハ共ニ前終局判決ノ一部ヲ爲スモノニシテ恰モ第二百四十二條ノ追加裁判ト同一ノ性質ヲ有スルモノトス而シテ中斷若クハ中止シタル訴訟手續ノ受繼手續竝ニ中斷ニ關スル通知ハ當事者ヨリ其書面ヲ受訴裁判所ニ差出シ裁判所ハ之ヲ相手方ニ送達スルニ因リテ效力ヲ生ス(第一八條七條)中斷中止後受繼ヲ爲ササルトキハ訴訟ハ永久停止スヘシ

第四 訴訟手續ノ休止

訴訟手續ノ休止トハ當事者ノ合意ニ因リ若クハ當事者雙方カ口頭辯論期日

ニ出頭セサルニ因リ訴訟手續ヲ停止スルコトヲ謂フ
 當事者ノ合意ハ裁判所ノ知ルト知ラサルトニ關セス休止ノ效力ヲ生スヘシ
 ト雖モ裁判所カ知ラサルトキハ訴訟ノ進行ニ關スル行為ヲ爲スヘキヲ以テ
 裁判所ニ通知スル必要ヲ生スヘシ又當事者ノ合意ハ期間ヲ定ムルコトヲ得
 ヘク此場合ニハ期間ノ滿了ニ因リ休止ハ終了ス期間ヲ定メシテ休止ノ合
 意ヲ爲シタルトキハ當事者ノ一方カ訴訟手續ヲ進行スヘキ行為ヲ爲ストキ
 迄休止スルモノトス當事者雙方ハ口頭辯論期日ニ出頭セサルトキハ訴訟手
 續ヲ休止ス是レ當事者カ休止ノ合意ヲ爲シタリト推定スルニ非スシテ法律
 上ノ效力トシテ休止スルモノトス而シテ其休止ハ更ニ當事者ノ一方ヨリ口
 頭辯論ノ期日ヲ定ムヘキコトヲ申立ツル迄繼續スルモノトス然レトモ此場
 合ニ於ケル休止ハ一箇年内ニ止マリ若シ其期間内ニ當事者ノ一方ヨリ此申
 立ヲ爲ササルトキハ本訴及ヒ反訴ヲ取下ケタルモノト看做サルヘキモノト
 ス(第一八條)

上訴又ハ故障ノ提起後當事者雙方カ口頭辯論期日ニ出頭セス一年ヲ經過シ

タルトキハ上訴又ハ故障ヲ取下ケラレタリト看做スヘキニ非スシテ訴ヲ取
 下ケタリト看做スヘキモノトス或說ニハ訴ノ取下ハ第一審ニ限り之ヲ許ス
 モノナレハ上訴ノ場合ニ於テ上訴取下ト看做スヘキモノナリトノ說アリト
 雖モ第九十八條第一項ハ任意取下ノ規定ニシテ第八十八條ハ法律ノ結
 果ニ依ルモノナレハ該說ハ正當ナラス

訴訟手續休止ノ效力ハ訴訟手續ノ中斷及ヒ中止ノ效力ト大差ナシ即チ訴訟
 手續ノ休止ハ各期間ノ進行ヲ止メ其終リタル後更ニ全期間ノ進行ヲ始ムル
 ノ效力ヲ有スト雖モ不變期間ノ進行ニ關シテハ之ヲ妨クルコトヲ得サルモ
 ノトス(第一八條)故ニ此等ノ期間ヲ遵守スルニ必要ナル行為ハ休止中ニ爲スモ
 有效ナリト解セサルヘカラス然レトモ其他ノ訴訟行為ハ裁判所及ヒ當事者
 ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得ス之ヲ爲スモ無効ナリ故ニ當事者カ休止ノ合意ヲ
 爲シタルモ裁判所カ其事實ヲ知ラスシテ或訴訟行為ヲ爲シタルトキハ裁判
 所ノ行為ハ無効ニ歸スヘキモノトス

第八十八條第三項ノ規定ハ同條第一項ノ場合ニ適用アリヤ否ヤハ學說岐

ルト雖モ第三項ノ前項ノ申立トハ口頭辯論期日指定ノ申立ト解スヘキヲ以テ第一項ノ場合ニモ適用アリトスルヲ正當ト信ス

第二章 第一審ノ通常訴訟手續

第一節 訴ノ提起

判決手續ハ訴ノ提起ヲ以テ始マル訴ノ提起トハ原告カ裁判所ニ對シ判決ニ因ル私權保護ヲ要求スル一方的ノ行爲ニシテ即チ原告カ訴訟物ニ付キ裁判所ニ對シテ判決手續ノ開始ヲ要求スル意思表示ナリ訴ヲ以テ判決ヲ求ムル範圍及ヒ判決ノ種類ハ原告ノ意思ニ因リテ定マルモノトス是レ處分權主義ノ原則ニ基クモノトス即チ主タル請求ト附帶請求トヲ合セテ訴フルヤ若クハ請求ノ全部若クハ一部ニ付キ訴ヲ爲スヤノ如キ又給付判決ヲ求ムルヤ確定ノ判決ヲ求ムルヤ創設判決ヲ求ムルヤ等モ常ニ原告ノ意思表示ノミヲ標準ト爲スヘキモノトス

訴ノ提起ノ方式ハ大別スルトキハ書面ヲ以テ爲ス場合ト口頭ヲ以テ爲ス場合

トノ二種アリ書面ヲ以テ爲ス場合ハ訴狀ヲ裁判所ニ差出シテ之ヲ爲スモノニシテ口頭ヲ以テ爲ス場合ハ裁判官ノ面前ニ於テ訴狀ノ要件ヲ陳述シテ爲ス場合或ハ裁判所書記ノ面前ニ於テ訴狀ノ要件ヲ陳述シテ爲ス場合或ハ訴訟ノ進行中口頭辯論ニ於テ新請求ヲ主張シテ爲ス場合ノ三者アリ口頭ヲ以テ爲ス場合ノ中前ノ二者ハ區裁判所ノ訴訟手續ニ於テ認メラレタル方式ニシテ最後ノ場合ハ地方裁判所並ニ區裁判所ノ訴訟手續ニ於テ認メラル所ナリ(第一九〇條、第二一七條、第二一八條、第二一九條、第二二〇條、第二二一條、第二二二條、第二二三條、第二二四條、第二二五條、第二二六條、第二二七條、第二二八條、第二二九條、第三〇三條)支拂命令ノ申請カ訴ノ提起ノ效力ヲ生スル場合ハ例外ナリ(第三九〇條)

地方裁判所ニ於ケル訴ノ提起ハ訴狀ヲ裁判所ニ差出シテ爲スヲ原則トス訴狀ノ差出トハ原告若クハ其代理人カ訴狀ヲ裁判所ニ交付スルヲ謂フモノニシテ即チ原告カ訴狀ニ依リテ自己ノ主張スル私權ニ付キ保護ヲ要求スル要式的ノ意思表示ヲ謂フモノナリ我訴訟法ニ於テハ書面ヲ以テスル訴ノ提起ハ訴狀ノ差出ニ依リテ之ヲ爲スモノナリト雖モ獨逸民事訴訟法ニ因レハ訴ノ提起ハ訴狀ノ送達ニ因リテ爲スヘキモノトセリ(獨逸民事訴訟法第二五八條)獨逸法ニ從ヘハ訴ノ提起ハ原

告カ口頭辯論ノ期日ヲ定ムル爲メ訴狀ヲ裁判所ニ差出シ期日ノ定マリタル後原告自ラ被告ニ對シテ送達ノ手續ヲ爲スモノナリ故ニ訴ノ提起ハ訴狀ノ差出口頭辯論期日ノ指定及ヒ訴狀送達ノ三種ノ行爲ヨリ成立ス我現行法ト獨逸法トニ訴ノ提起ニ差異ヲ生シタルハ我訴訟法ハ職權送達主義ヲ採用シ當事者送達主義ヲ採用セス隨テ裁判所書記ノ行爲即チ訴狀送達ノ遲速ニ因リテ原告ノ訴ノ提起ヨリ生スル效力ニ影響ヲ及ホササラシメンカ爲メ訴狀ノ差出ヲ以テ訴ノ提起ト爲シタル所以トス蓋シ我舊民法ニ於テモ訴提起ノ效果トシテ時効中斷債務者ノ付遲滯等ヲ認メタルヲ以テナリ

訴狀トハ原告カ判決手續ノ開始ヲ表示スル書面ニシテ訴訟ノ基礎ヲ確定スル目的ニ出ツ即チ原告ハ如何ナル訴ヲ提起セルヤヲ明確ナラシムルヲ目的トス故ニ訴狀ニハ如何ナル人カ如何ナル人ニ對シ如何ナル裁判所ニ如何ナル原因ニ基キ如何ナル私法上ノ利益ニ付キ如何ナル判決ヲ求ムルヤヲ明確ナラシムル爲メ當事者請求ノ原因請求ノ目的一定ノ申立及ヒ裁判所ヲ表示セサルヘカラス(條第一九〇項)其他訴狀ハ口頭辯論準備ノ爲メ準備書面ノ規定ニ從ヒ作成スヘ

キモノトス(條第一九〇項)今訴狀ノ要件ニ付キ説明スレハ左ノ如シ

第一 當事者

當事者トハ原告及ヒ被告ヲ謂フ訴狀ニ當事者ノ表示ヲ必要トスル所以ハ何人ヨリ何人ニ對シテ訴ヲ提起シタルヤヲ明カナラシムルヲ以テ目的トス故ニ訴狀ニ記載スル方法ニ付テハ法律ニ別段ノ規定ナシト雖モ原告若クハ被告ノ何人ナルカヲ疑ナキ程度ニ表示スルコトヲ必要トス故ニ身分、職業、住所、氏名、商號等ヲ以テ之ヲ表ハシ尙ホ同一ノ場所ニ於テ同一氏名ノ者アルトキハ他ノ特徴ニ依リテ他人ト混同セサル程度ニ表示スルコトヲ要ス當事者ノ中ニハ法定代理人、訴訟代理人、其他從參加人等ヲ包含スルモノニアラス然レトモ前ニ述ヘタルカ如ク訴狀ハ準備書面ノ性質ヲモ兼有スルヲ以テ原告カ此等ノ者ヲ訴狀ニ記載スルハ適當ナリトス

第二 裁判所

裁判所ノ表示トハ訴ニ付キ原告カ判決ヲ求メントスル裁判所ヲ表示スルヲ謂フ即チ原告ハ判決手續ヲ開始スルニ際シ事物竝ニ土地ノ管轄權アリト主

張シテ私權保護ヲ求ムル裁判所ヲ特定セサルヘカラス然レトモ裁判所トハ
裁判所ノ名稱ヲ表示スルコトヲ謂フモノニシテ單獨判事若クハ合議裁判所
ノ民事部ヲ表示スル必要ナシトス蓋シ單獨判事若クハ民事部ハ裁判所内部
ノ組織ニ屬スレハナリ

第三 請求ノ一定ノ目的物

所謂請求トハ實體法上ノ請求權ヲ意味スルモノニシテ實體法上ノ請求トハ
他人ノ給付ニ對スルモノナリ故ニ請求ノ目的物トハ給付即チ行爲若クハ不
行爲又ハ耐忍ヲ謂フモノニシテ換言スレハ原告カ訴ニ因テ得ントスル利益
ナリトス訴狀ノ要件トシテ他人ノ行爲若クハ不行爲又ハ耐忍ヲ記載スヘシ
トノ法律ノ規定ハ其範圍稍狭キニ失ス訴ニハ給付ノ訴ノ外確定ノ訴訟ノ
訴アルヲ以テ給付ノ訴ノ場合ニ於テハ請求ノ目的物即チ給付ヲ記載スルハ
適當ナリト雖モ確定ノ訴ニ於テハ訴訟ノ目的物ハ請求ニ非スシテ法律關係
ナリ創設ノ訴ニ於テハ創設的判決ヲ求ムル形成權ナリ然レトモ訴訟法ハ沿
革上給付ノ訴ヲ基本トシテ立法シ請求ノ目的物ト規定シタルモノナレハ確

定ノ訴創設ノ訴ニ付テハ之ニ準シテ訴訟ノ目的物ヲ記載セサルヘカラス而
シテ之ヲ訴狀ニ表示スルハ如何ナル私法上ノ利益ヲ主張スルヤヲ特定スル
ヲ目的トスルカ故ニ其表示ハ毫モ疑ヲ生セサル程度ニ之ヲ爲ササルヘカラ
ス例ヘハ給付ノ訴ニ付テ之ヲ言ヘハ金千圓若クハ米百俵ト表示シタルノミ
ニテハ單ニ行爲ノ目的ヲ記載スルニ止リ原告ハ金千圓若クハ米百俵ノ返還
ヲ求ムルカ或ハ賠償ヲ求ムルモノナルカ明カナラサルヲ以テ請求權ノ目的
物タル給付ヲ表示シタルモノト爲スヲ得ス又金千圓ノ支拂若クハ米百俵ノ
返還ト記載スルモ一定ノ請求ノ目的物ノ表示ト爲スコトヲ得ス如何トナレ
ハ原告ハ如何ナル法律關係ニ基キ此等ノ返還若クハ支拂ヲ請求スルモノナ
ルカ明瞭ナラサルヲ以テナリ故ニ單ニ行爲若クハ不行爲ヲ表示スルヲ以テ
足レリトセス其行爲若クハ不行爲ノ法律關係ヲモ記載セサルヘカラス即チ
貸金千圓ノ支拂若クハ寄託セル米百俵ノ返還等ト記載スルヲ要ス然ラサレ
ハ請求ノ目的物ヲ特定のニ表示セルモノト謂フヲ得サレハナリ確定ノ訴ニ
付テモ右ニ準シ所有權ノ成立ノ確定若クハ賣買關係ノ不成立ノ確定ト表示

スヘキカ如シ蓋シ確定ノ訴ノ請求ノ目的物即チ私法上ノ利益ハ法律關係ノ成立若クハ不成立ノ確定ニ外ナラサレハナリ創設ノ訴ハ忍耐ノ給付ヲ請求スルモノナレハ請求權ノ目的物即チ耐忍ヲ表示スヘキモノトス例ヘハ離婚、離縁等ト表示スルカ如キ是ナリ

右ノ如ク請求ノ目的物トハ給付若クハ法律關係ナルヲ以テ多クノ場合ニ於テハ一定ノ申立ノ中ニ包含セラルルモノナリ然ルニ何故ニ訴狀ニ請求ノ目的物ヲ表示スルコトヲ必要ト爲シタルヤト謂フニ一定ノ申立ハ判決ヲ求ムル申立ナリ請求ノ目的物ハ實體法上ノ請求ヲ特定スルカ爲メ記載スルモノナリ故ニ其記載ノ趣旨ヲ異ニス加之一定ノ申立ト請求ノ目的トハ必スシモ範圍ヲ同シクスルモノニ非ス請求ノ目的物トハ法律關係ノ效力トシテ發生シタル請求權ニ對スル給付ヲ謂フモノナレハ例ヘハ消費貸借ニ付テ言ヘハ債權者カ債務者ニ對シ金千圓ノ返還ヲ要求スル權利カ請求ナリ其目的物ハ金千圓ノ辨濟ナリ然ルニ原告カ判決ヲ得ント欲スル所ハ請求ノ目的物ノ全部ニ非スシテ一部ナルコトアリ即チ訴ニ於テ五百圓ノ辨濟ヲ求メントスル

トキハ請求ノ目的物ノ表示トシテハ貸金千圓ノ返還ト記載スヘキモ一定ノ申立ニハ五百圓ノ支拂ヲ爲スヘキ旨ノ判決ヲ求ムト記載スヘキアリ此ノ如ク請求ノ目的物ト一定ノ申立トカ一致セサルコトアルヲ以テ訴ヲ特定スルカ爲メ請求ノ目的物ヲ訴狀ノ獨立要件ト爲シタル所以トス然レトモ請求ノ目的物ノ一定トハ一個ノ意味ニ非ス故ニ條件的申立例ヘハ米百俵ノ引渡カ然ラサレハ麥百俵ノ引渡ト謂フ如キ又選擇的申立例ヘハ米百俵ノ引渡若クハ麥百俵ノ引渡ト謂フカ如キ表示モ一定タルニ妨ケナシトス而シテ請求ノ目的物ヲ變更スレハ請求ノ原因ニ變更ヲ生スヘク又ハ一定ノ申立ニ變更ヲ生スヘキモノニシテ目的物ノミノ變更ハ成立シ得ヘキニ非ストス

第四 請求ノ原因

茲ニ所謂請求モ亦實體法上ノ請求ヲ謂フ而シテ請求ノ原因ハ所謂訴ノ原因ト同一意義ニ解スヘク請求ノ原因即チ訴ノ原因ニ付テハ獨逸ノ學者間ニ於テ或ハ之ヲ法律關係ナリト主張シ或ハ之ヲ事實ナリト主張シテ學說ニ派ニ岐ル今其學說ノ大要ヲ述フレハ左ノ如シ

(一) 法律關係說 此說ニ因レハ請求ノ原因ハ原告ヨリ被告ニ對スル請求ノ基ク法律關係ヲ謂フモノナリ故ニ請求ノ原因トシテ訴狀ニ之ヲ表示スルニハ法律關係ヲ特定のニ表示スルヲ以テ足レリトス法律關係ノ基本タル事實ノ如キハ之ヲ訴狀ニ記載スル必要ナシ但シ法律關係ハ特定のニ表示スヘキモノナレハ法律關係ヲ特定スル爲メ事實ノ表示ヲ必要トスルコトアルヘシト雖モ事實ヲ表示スルコトハ法律關係ヲ特定スルカ爲メノ要素ニ非ス蓋シ訴狀ニ請求ノ原因ヲ表示スルハ訴ヲ特定スルカ爲メノ目的ナレハ法律關係ノ基本タル事實ノ如キハ口頭辯論ニ於テ陳述スルヲ以テ足リ必スシモ訴狀ニ之ヲ記載スルノ必要ナシ訴狀ノ目的ハ訴ノ基礎ヲ確定スルニ在ルヲ以テ法律關係ヲ特定のニ表示スレハ請求ノ種類其範圍等ハ之ヲ特定スルコトヲ得ルモノトス事實ヲ變更スルモ法律關係ヲ變更セサルトキハ請求ノ原因ノ變更ニアラス而シテ請求ノ原因カ法律關係ナリトスル說ノ論據ハ左ノ理由ニ基ク

(イ) 民事訴訟法第九十六條ニ因ルモ原告ハ訴ノ原因ヲ變更セシテ事

實上ノ陳述ヲ補充シ又ハ更正シタルトキハ被告ハ異議ヲ述フルコトヲ得スト規定セリ若シ請求ノ原因即チ訴ノ原因ヲ事實ナリトスレハ事實上ノ陳述ヲ補充シ又ハ更正シタルトキハ常ニ訴ノ原因ノ變更ヲ來スモノト言ハサルヘカラス然ルニ訴訟法カ事實上ノ陳述ヲ補充シ若クハ更正スルモ原因ニ變更ヲ生セサルコトヲ認メタルヨリスレハ請求ノ原因ハ事實ニアラスシテ法律關係ナルヲ知ルヲ得ヘシ

(ロ) 判決ノ確定力ハ事實ニ付テ發生セシテ法律關係ニ付テ發生スルモノナリ故ニ請求ノ原因ハ法律關係ナリ

(ハ) 請求ノ原因ヲ事實ナリト主張スル學說ハ獨逸民事訴訟法實施以前ニ於ケル同國普通法ノ精神ヲ脱セサルモノト言ハサルヘカラス舊普通法ニ因レハ口頭審理主義ノ訴訟手續ヲ採用セシテ書面審理主義ヲ採用セリ故ニ訴狀ニハ訴ノ原因トシテ單ニ法律關係ノミヲ記載スルトキハ裁判所ハ書面ニ因リテ請求ノ如何ヲ知ルコト能ハス隨テ其訴ニ付キ審理ヲ爲スコトヲ得サルヲ以テ書面審理ヲ採用シタル同法ニ於テハ訴ノ

原因ヲ事實ナリトセリ然ルニ現行民事訴訟法ニ於テハ書面審理主義ヲ採用セスシテ口頭審理主義ヲ採用セルヲ以テ訴ニ付テ判決ヲ爲サンニハ當事者ノ口頭辯論ヲ必要トス故ニ訴狀ハ單ニ訴ノ種類ヲ確定スルノ效用アルニ過キスシテ請求ノ當否ハ口頭辯論ニ於テ當事者ノ口頭陳述ヲ聽キ判決スヘキモノナレハ事實ヲ訴狀ニ記載スルノ必要ナク隨テ請求ノ原因即チ訴ノ原因ハ法律關係ナリト論定スルコトヲ得ヘシ

(二)

事實說 此說ニ因レハ請求ノ原因トハ原告カ被告ニ對シテ主張スル請求ノ基ク法律關係ノ基本タル事實ヲ謂フモノトス換言スレハ請求ノ原因ハ法律關係ニアラスシテ法律關係ノ成立事實ヲ謂フモノナリ故ニ其成立事實ヲ變更スレハ假令法律關係ニ變更ヲ生セサル場合ト雖モ訴ノ原因ハ變更セラレタルモノナリ隨テ訴狀ニ請求ノ原因トシテ記載スルニハ單ニ法律關係ヲ記載スルノミニテハ不合法ニシテ法律關係ノ成立ニ至リタル事實ハ明確ニ記載セサルヘカラス此說ノ論據ハ左ノ如シ

(イ) 獨逸民事訴訟法ノ草案理由書ニ因レハ請求ノ原因トハ實體法ニ從ヒ

原告ヨリ被告ニ對シテ權利ノ妨害ヲ除去スルコトヲ必要ト認メシムル事實ヲ謂フモノナリトセリ此說明ハ單ニ給付ノ訴ニ付キ説明スル所ナリト雖モ復タ以テ訴訟法カ請求ノ原因ヲ事實ト認メタルコトヲ知ルニ足ル

(ロ) 民事訴訟法第百五條第三號ニ申立ノ原因タル事實上ノ關係トノ規定アリ訴狀ハ民事訴訟法第百九十條第三項ニ因レハ準備書面ニ付テノ一般ノ規定ニ從ヒ作成スヘキコトヲ命シ且訴狀ハ準備書面タルノ性質ヲ有スルヲ以テ第百九十條ノ請求ノ原因トハ第百五條第三號ニ事實上ノ關係トアルニ倣ヒテ記載セサルヘカラス故ニ此規定ニ因ルモ請求ノ原因ハ事實ナルヲ知ルニ足ル

(ハ) 民事訴訟法第百九十六條ハ法律關係說ヲ主張スル者ノ論據トスル所ナリト雖モ同條ノ事實上ノ陳述ヲ補充シ若クハ更正シトハ請求ノ原因以外ノ事實ニ付テ謂フモノナリ請求ノ原因ハ法律關係ノ成立事實ヲ謂フモノナレハ訴訟ニ於テ請求ノ原因以外ノ事實モ現ハルヘキモノナリ

故ニ原因以外ノ事實ヲ補充シ若クハ更正スルコトハ生シ得ヘキ事項ナルヲ以テ第九十六條ノ訴ノ原因ヲ變更セシテ事實上ノ補充若クハ更正ヲ許ス規定ニ因リテ請求ノ原因ヲ法律關係ナリト論結スルヲ得ス法律關係ノ基本タル事實ヲ變更スルトキハ被告ハ異議ヲ述フルコトヲ得ヘシト雖モ右ノ事實以外ノ事實ヲ補充シ若クハ變更スルモ異議ヲ述フルコトヲ得ス

(二) 民事訴訟法第二百四十八條ノ規定ニ因レハ口頭辯論ノ期日ニ被告カ出頭セサルトキハ裁判所ハ被告カ原告ノ事實上ノ口頭供述ヲ自白シタルモノト看做シ闕席判決ヲ爲スヘシトノ規定アリ被告カ法律關係ヲ自白シタルモノト看做サス又第二百五十二條ノ規定ニ因レハ出頭セサル原告若クハ被告ニ事實上ノ供述ヲ適當ナル時期ニ書面ヲ以テ通知セサル場合ニ於テハ闕席判決ノ申立ヲ却下スヘキモノニシテ法律關係ハ之ヲ被告ニ通知セサルモ闕席判決ヲ爲スノ妨トナルモノニアラス又第四百八十四條ニ因レハ請求ヲ爲スニ必要ナル事實ヲ證書ニ依リテ證スル

コトヲ得ヘキ場合ニ證書訴訟ノ手續ニ依リテ訴ヲ起スコトヲ得ル旨ヲ規定セリ此等ノ條文ニ參照スルトキハ訴訟法ハ訴狀ニ請求ノ一定ノ原因トシテ記載スヘキ事項ハ事實ト認ムルコト明カナリ隨テ請求ノ原因即チ訴ノ原告ハ事實ナリト言ハサルヲ得ス

(ホ) 判決ノ確定力ハ獨リ法律關係ノミニ付キ發生スルモノニ非ス法律關係カ確定スルトキハ法律關係ノ基本ト爲リタル法的事實モ確定スルモノナレハ判決ノ確定力ニ因リ訴ノ原因ノ意義ヲ定ムルヲ得ス

前述ノ如ク請求ノ原因ヲ事實ナリトスルトキハ其事實ハ法律關係ノ基本タル事實換言スレハ法律關係ノ成立事實ヲ訴ノ原因即チ請求ノ原因ト謂フナリ隨テ之ヲ訴狀ニ記載スルニハ其事實ヲ特定のニ表示セサルヘカラス實體法ニ從ヒ法律關係ノ基本ト爲ルヘキ事實即チ請求權ノ發生ニ必要ナル事實ヲ裁判所竝ニ被告ニ對シテ疑ナキ程度ニ表示スルコトヲ必要トス然レトモ請求權ノ發生ニ直接且緊要ナラサル事實ハ之ヲ記載スルヲ要セス又法律上ノ意見ノ如キハ其當否ノ判斷ハ裁判官ニ於テ爲スヘキモノ

ナレハ之ヲ表示スルコトヲ要セスト云フニ在リ

以上ノ如ク請求ノ原因ニ付テハ二説アリト雖モ獨逸民事訴訟法ノ立法ノ精神隨テ我民事訴訟法ノ立法ノ精神ヨリスルトキハ事實說ヲ採用セルモノト
言ハサルヲ得ス殊ニ我訴訟法ニ於テハ人事訴訟手續法第七條ニハ訴ノ原因
タル事實ト明記セルニ因リテモ事實說ヲ採用シタルモノナルコト明カナリ
トス

一定トハ請求ノ目的物ニ付キ述ヘタルト同シク一箇ヲ謂フモノニ非ス例ヘ
ハ離婚ノ訴ニ於テ配偶者ヨリ同居ニ堪ヘサル虐待ヲ受ケタルコトト配偶者
カ自己ノ直系尊屬ニ對シテ虐待ヲ爲シタルコトト原因トスルカ如キ(民第
三條)株主總會決議取消ノ訴ニ於テ總會招集ノ手續カ法令ノ規定ニ違背シ決議
ノ方法カ定款ニ反スルコトト原因トスル如キ(商第一
六三條)ハ請求ノ原因ハ一定セ
ルモノナリ然レトモ納鑿相容レサル原因ハ一定ニ非ス例ヘハ消費貸借ニ非
サレハ寄託契約ナリト言フ如キハ何レヲ原因トスル訴ナルヤ不確定ナルヲ
以テ一定ノ原因ニ非ストス

訴訟ニ於テ原告カ法律關係ノ基本タル事實ヲ變更スレハ法律關係ノ變更ヲ
來スト否トヲ區別セス常ニ請求ノ原因即チ訴ノ原因ヲ變更セザレタルモノ
ト謂ハサルヘカラス例ヘハ原告カ訴狀ニ於テ民法第五百八十七條ノ消費貸
借ヲ原因トシテ主張シタルニ口頭辯論ニ於テ第五百八十八條ノ消費貸借ヲ
主張スルトキハ法律關係說ニ因レハ訴ノ原因ノ變更ト爲ラサルモ事實說ニ
因レハ原因ノ變更ヲ生スヘキナリ而シテ請求ノ原因ヲ訴狀ニ表示スルニハ
特定のナルコトヲ要シ他ノ法的事實ト誤解ヲ生セサル程度ニ於テスルコト
ヲ要ス

第五 一定ノ申立

一定ノ申立トハ如何ナル判決ヲ求ムルヤノ申立ヲ謂フモノニシテ判決ヲ求
ムル範圍竝ニ種類ヲ明確ニスルコトヲ要ス而シテ訴訟法ハ處分權主義ヲ原
則トスルヲ以テ申立テサル事項ハ之ヲ當事者ニ歸セシムルコトヲ得ス隨テ
一定ノ申立ハ原告カ判決ヲ求ムル事項ヲ特定のニ表示シ申立自體ニ於テ明
確ニ認メ得ヘキ程度ニ表示セサルヘカラス或ハ給付ノ判決ヲ求ムルヤ或ハ

確定ノ判決ヲ求ムルヤハ勿論請求ノ目的物ノ全部ニ付キ判決ヲ求ムルヤ或ハ請求ノ目的物ノ一部ニ付キ判決ヲ求ムルヤヲ明確ニセサルヘカラス故ニ給付ノ訴ニ於ケル申立ハ原告カ被告ヨリ求ムルモノノ種類及ヒ範圍即チ請求ノ種類範圍ヲ明確ニセサルヘカラス然レトモ其範圍ハ必スシモ總括的ニ表示スルコトヲ必要トスルモノニ非スシテ申立ニハ請求ニ關スル種類及ヒ範圍ノ限界ヲ定ムル標準ヲ表示シ請求ノ全體カ裁判所及ヒ被告ノ認メ得ヘキ程度ニ表示スルヲ以テ足レリトス確定ノ訴ニ於テハ成立若クハ不成立ノ確定ヲ求ムル法律關係ヲ明確ニ表示セサルヘカラス而シテ一定ノ申立トハ一箇ヲ意味スルモノニアラス特定のニ表示スルコトヲ謂フ故ニ原告ハ第一ノ申立ニ併セ第二以下ノ申立ヲ爲シ即チ條件的ノ申立ヲ爲スモ一定ノ申立タルニ妨ナキモノナリ又選擇的ノ申立ヲ爲スモ同一ナリトス一定ノ申立ノ表示ハ右ノ如クナレトモ其申立ハ訴ノ種類ニ因リテ區別スルコトヲ得即チ給付ノ訴ニ付テハ給付ノ判決ヲ言渡サレンコトノ申立確定ノ訴ニ付テハ法律關係ノ成立若クハ不成立ノ確定ヲ言渡サレンコトノ申立、創

設ノ訴ニ付テハ法律關係ノ發生、變更、消滅ヲ言渡サレンコトノ申立ヲ爲スヘク尙ホ一定ノ申立ヲ其實質上ヨリ區別スレハ實體法上ノ申立ト訴訟法上ノ申立トニ區別スルコトヲ得ヘシ給付ノ判決、確定ノ判決ヲ求ムル等ノ申立ハ實體法上ノ申立ナルモ執行判決ヲ求ムル申立ノ如キハ訴訟法上ノ處分ヲ求ムル一定ノ申立ト稱スヘキモノナリ然レトモ訴訟法ニ規定セル申立ハ常に一定ノ申立ニ非ス實體上ノ請求ニ付テノ申立ハ常に一定ノ申立ナリ例ヘハ訴訟法上ノ申立即チ關席判決ヲ求ムル申立、口頭辯論ノ中止ヲ求ムル申立其他證據調ニ關スル申立ハ何レモ一定ノ申立ニアラス如何トナレハ此等ハ判決ヲ求ムル申立ニ非サレハナリ

以上述ヘタル如ク訴狀ニハ五箇ノ條件ヲ必要トス此等ノ條件ヲ欠缺セルトキハ訴狀ハ不適法ニシテ隨テ其要件ヲ缺キタル訴狀ヲ裁判所ニ差出スモ適法ニ訴提起ノ效力ヲ發生スルモノニアラス而シテ訴狀ハ前述セル如ク訴ノ基礎ヲ確定スル書面タルト同時ニ準備書面ノ性質ヲ有スルモノナルヲ以テ訴狀ニハ準備書面ニ掲クル事項ヲ必要ナル程度ニ於テ記載スルヲ適當トシ又裁判所ノ

管轄カ訴訟物ノ價額ニ因リテ定マルヘキ場合ニシテ訴訟物カ一定ノ金額ニアラサルトキハ裁判所カ管轄ノ有無ヲ判定スルノ參考トシテ其訴訟物ノ價額ヲ記載スルコトヲ適當トス(第一九〇條第三項)然レトモ此等ノ事項ハ訴狀ニ記載セサルモ其效力ニ影響ナキモノナリ只準備的事項ノ記載ナキトキハ被告ノ口頭辯論ニ於テ即時ニ答辯ヲ爲スコトヲ得サルカ爲メ辯論期日ヲ更ニ定ムルノ必要アル場合ニ於テ之ニ因リテ生シタル訴訟費用ハ原告ニ於テ負擔セサルヘカラサルモノトス

訴狀ハ尙ホ印紙法ノ規定ニ從ヒ印紙ノ貼用ヲ必要トス若シ印紙ノ貼用ナキトキハ訴狀トシテ效力ナキモノナリ然レトモ後日之ヲ追完スルコトヲ許ス(民訴法第一條)

訴狀ノ差出ニ因ル適法ナル訴ノ提起ハ裁判長カ口頭辯論期日ヲ指定スルノ義務及ヒ裁判所書記カ訴狀ヲ被告ニ送達シ且被告ヲ口頭辯論期日ニ呼出スノ義務ヲ生スルニ止マリ他ニ訴訟法上ノ效力ヲ生スルモノニ非ス
訴狀ニ前述ノ必要條件ノ欠缺アリタルトキハ訴狀トシテ效力ナキモノナリト

雖モ之ニ對シテ訴訟法ハ救濟ノ方法ヲ認メタリ即チ左ノ如シ

第一 裁判長ノ欠缺補正命令(第一九一條)

原告カ裁判所ニ差出シタル訴狀カ必要條件ヲ欠缺スルトキハ受訴裁判所ノ裁判長ハ適當ノ期間ヲ定メ其事項ノ欠缺ヲ補正スヘキコトヲ原告ニ命令スルコトヲ得訴狀ノ欠缺補正ノ命令ハ辯護士訴訟主義ヲ採用セル獨逸民事訴訟法等ニ於テハ其必要ナキノミナラス訴ノ提起ヲ當事者ノ行爲トシ責問權喪失ノ規定ヲ存スル以上ハ訴狀ノ要件ノ欠缺等ハ當事者ノ處分權ニ委スヘキ事項トシテ特ニ欠缺補正命令ノ規定等ヲ必要トセス我訴訟法ニ於テハ本人訴訟主義ヲ採用シタル結果トシテ訴訟上ノ智識經驗ニ乏シキ當事者ヲ保護シ不適法ノ訴狀ヲ差出シタル後再ヒ訴ノ提起ヲ爲スノ手數費用ヲ節減スル目的ヲ以テ特ニ此規定ヲ設ク加之現行民事訴訟法ハ獨逸民事訴訟法ノ如ク責問權喪失ノ規定ヲ設ケス訴狀要件ノ審査ハ裁判長ノ職權ヲ以テ審査スヘキ事項ニ屬セシメ殊ニ訴ノ提起ヲ訴狀ノ送達ニ因ラスシテ訴狀ノ差出ヲ以テ效力アルモノト爲シタルニ因リ訴狀ニ付テ欠缺補正ノ命令ノ制度ヲ設

ケタルナリ而シテ訴狀ノ要件欠缺ノ有無ヲ審査スル權ヲ裁判長ニ委シタル理由ハ其審査事項カ簡易ニシテ且迅速ニ其調査ヲ爲スコトヲ必要トセル爲メナルト且若シ訴狀ノ要件タル被告ノ表示ヲ欠缺シタル場合ニ於テハ裁判長ハ口頭辯論ノ期日ヲ定ムルモ被告ノ何人ナルヤヲ知ルコト能ハサルトキハ訴狀ヲ被告ニ送達シ以テ期日ニ呼出スコトヲ得サルカ爲メナリ而シテ裁判長ノ審査權ハ訴狀ノミ即チ書面上ノ審査ニ止マルモノナリ

原告カ裁判長ノ命令ニ從ヒ訴狀ノ欠缺ヲ補正シタルトキハ其補正セラレタル日ヨリ訴狀カ適法トナリ其日ヨリ適法ナル訴ノ提起カ存在スルモノナリ如何トナレハ欠缺ノ補正ニ因リテ不適法ナル訴狀カ其差出ノ日ニ遡リテ適法ト爲ルヘキ法律ノ規定ナキヲ以テナリ若シ原告カ裁判長ノ定メタル期間内ニ訴狀ノ欠缺ヲ補正セサルトキハ裁判長ハ命令ヲ以テ訴狀ヲ原告ニ差戻ス此差戻命令ハ實體上ノ當否ヲ判斷スルモノニアラスシテ裁判長ノ爲シタル訴訟手續ニ關スル一ノ裁判ナリ隨テ原告ハ更ニ同一ノ訴ヲ適法ナル訴狀ニ因リテ提起スルコトヲ得ルハ勿論ナルモ差戻命令ニ因テ原告カ適法ト認

メタル訴狀カ不適法トナリ訴狀ニ基ク訴提起ノ效力ハ全ク發生セサルニ至ルヲ以テ差戻命令ハ原告ノ利害ニ關スルコト少カラス故ニ原告カ不服ナルトキハ右ノ差戻ノ命令ニ對シ即時抗告ノ方法ニ依リ裁判ノ變更ヲ求ムルコトヲ得セシム

第二 原告カ訴狀ノ欠缺ヲ補正スル書面ヲ差出スコト

原告カ裁判所ニ差出シタル訴狀カ其必要條件ヲ欠缺シタル場合ニハ裁判長カ之ヲ審査シテ補正命令ヲ爲スハ當然ナレトモ若シ此補正命令ヲ爲サザリシ場合若クハ補正命令ヲ爲ス以前ニ於テハ原告ハ訴狀カ被告ニ送達セララル以前ニ限リテ自ラ欠缺補正ノ書面ヲ差出シテ其欠缺ヲ補正スルコトヲ得ルモノナリ此場合ニ於ケル訴提起ノ效力モ亦前述セル所ト同シク欠缺ヲ補正セラレタル時ヨリ適法ニ發生スルモノナリ被告カ訴狀ノ送達ヲ受ケタル以後ニ於テ欠缺ノ補正ヲ爲サンニハ更ニ訴狀ノ必要條件ノ全體ヲ記載セル書面ヲ裁判所ニ提出シテ之ヲ被告ニ送達セサルヘカラス如何トナレハ民事訴訟法ニ於ケル適法ナル權利拘束發生ノ要件ハ適法ナル訴狀ヲ被告ヲシテ

同時ニ占有セシムヘキコトヲ命シタルモノニシテ不適法ナル訴狀カ被告ニ送達セラレタル後ニ於テ更ニ欠缺セル要件ノミヲ記載シタル書面ヲ被告ニ送達スルコトハ訴狀ノ送達ト云フヲ得サレハナリ殊ニ欠缺アル訴狀ヲ被告カ保存シテ後日欠缺セル要件ヲ記載シタル書面ヲ送達セラレ茲ニ始メテ完全ナル訴狀ヲ存在セシムルノ義務ハ被告ニ於テ有セサル所ナレハナリ故ニ欠缺セル要件ヲ記載シタル書面ヲ被告ニ送達セラレルモ被告ハ同時ニ適法ナル訴狀ノ占有ヲ爲スコトヲ得ス隨テ訴訟物ノ權利拘束ハ完全ニ發生スルモノニアラサルナリ

右ノ理由ナルニ因リ原告カ自ラ欠缺ヲ補正スル書面ヲ差出シテ訴提起ノ效力ヲ適法ナラシムルニハ其範圍極メテ狭キモノニテ原告カ訴狀ヲ差出シタル後被告ニ對スル送達以前ニ限り爲スコトヲ得ルモノナリ
以上二ノ方法ニ依リテ訴狀ノ欠缺ヲ補正スルコトヲ得ヘシ要件ノ欠缺アル訴狀ヲ裁判所ニ差出シタル場合ニハ適法ナル訴ノ提起ハ存在セスト雖モ不適法ナル訴ヲ裁判所ニ繫屬セシムルニ足ルモノナリ故ニ欠缺カ補正セラレシテ

口頭辯論ノ期日ニ至リタルトキハ裁判所ハ其訴ノ適法ナルヤ否ヤニ付キ判決ヲ以テ裁判セサルヘカラス換言スレハ訴狀カ不適法ナルトキハ不適法ナル訴即チ訴訟ノ成立要件ヲ欠缺シタル訴カ裁判所ニ繫屬スルモノナルヲ以テ裁判所ハ其訴ハ訴訟成立要件ヲ欠缺セルモノトシテ本案ノ審理ヲ爲スコトナク判決ヲ以テ原告ノ訴ヲ却下セサルヘカラス現行法ニ於テハ特別ノ規定存セスト雖モ訴狀ノ適否ハ職權調査ノ事項ニ屬スヘキモノト解釋スヘキヲ以テ口頭辯論開始ニ必要ナル當事者ノ申立アリタル後原告カ闕席シタルト被告カ闕席シタルトヲ問ハス訴ヲ不適法トシテ判決ヲ以テ却下スヘキナリ

第二節 訴提起ノ效力

訴提起ノ效力ハ二ノ場合ヲ區別シテ觀察セサルヘカラス書面ノ差出ニ依ル訴ノ提起ハ裁判所ニ口頭辯論ノ期日ヲ指定シ訴狀若クハ之ニ代ルヘキ書面(第七三四條)ノ謄本ヲ被告ニ送達シ且當事者雙方ヲ口頭辯論期日ニ呼出サシムルノ效力ヲ生スルニ過キス(本編第四節ヲ看ルヘシ)訴ノ提起ト同時ニ訴訟物ノ權利

拘束ヲ生スル場合ハ提起ノ效力ハ訴訟物ノ權利拘束ナリ訴訟物價額算定ノ基礎ト爲ル(第二條)前編權利拘束ノ章ヲ看ルヘシ

第三節 答 辯

答辯トハ原告ノ訴ノ訴訟成立要件若クハ本案ノ訴訟物ニ付キ被告カ爲ス認否ノ陳述ヲ謂フ被告ノ答辯ハ原告ノ陳述ト同シク原告ニ對シテ爲スニ非スシテ裁判所ニ對シテ訴訟資料ヲ提供スル行爲ナリトス答辯ノ内容ハ原告ノ主張ヲ認ムルカ若クハ爭フカノ二途ノ外ニ出テス之ヲ爭フニ付テハ單純ニ原告ノ主張ヲ否認スルカ若クハ抗辯ヲ提出スル等種々ノ形式アルモノトス被告ノ答辯ハ受訴裁判所ノ口頭辯論ニ於テ爲スモノナリト雖モ口頭辯論準備ノ爲メ訴狀送達ヨリ起算シテ十四日ノ期間内ニ答辯事項ヲ記載シタル書面即チ答辯書ヲ受訴裁判所ニ差出シ裁判所ハ之ヲ原告ニ送達スヘキナリ(第一九條)然レトモ答辯書ハ準備書面ナレハ之ヲ提出セサルモ訴訟上失權ノ效果ヲ惹起スモノニ非ストス

唐水
新書

本案ノ訴訟物ニ付テ爲ス被告ノ答辯ヲ應訴若クハ就審ト謂フ羅馬法及ヒ獨逸舊法ニ於テハ被告ノ應訴ヲ判決手續ノ必要事項トシ現行法ノ如ク闕席手續ヲ認メス被告カ應訴セサルトキハ之ニ刑ヲ科シ或ハ被告ノ應訴ヲ解除條件トシ原告ハ被告ノ財産ニ對シ假執行ヲ許ス等ノ制度ヲ設ケ被告ノ應訴ヲ間接若クハ直接ニ強制シタリ此時代ニ於テハ被告ノ應訴ハ訴訟法上ノ義務ナリシナリ是レ現行訴訟法ヲ解スルニ被告ハ應訴義務アリト爲ス學說ノ生シタル淵源ナリ然レトモ現行法ニ於テハ被告カ應訴セサルモ闕席判決ヲ爲ス手續ヲ認メ被告ノ應訴ヲ強制セサルヲ以テ現行訴訟法ノ解釋トシテ被告ニ應訴義務アリト爲スコトヲ得ス是ニ於テカ被告ノ應訴ハ現行法上之ヲ權利ナリト主張スルニ至レリ被告カ應訴セサルカ爲メ闕席判決ヲ受クルハ(第二四條)應訴ノ權利ヲ拋棄シタルモノナリ被告ハ權利拘束ノ發生ニ因リテ應訴ノ權利ヲ取得スルモノナリ被告ノ本案ノ口頭辯論前原告カ訴ヲ取下ケタルトキハ被告ノ應訴ノ權利ハ消滅スルモノナレハ權利拘束ニ因リ被告ハ解除條件附應訴權利ヲ取得スルモノナリト是レ應訴權利說ノ大要ナリ然レトモ現行法ニ於テハ被告ノ應訴ハ之

ヲ被告ノ責任ナリト解スルヲ正當ト信ス被告カ不利益ナル判決即チ闕席判決ヲ受ケサラント欲セハ應訴ノ必要アルモノナリ權利拘束ノ發生ニ因リテ被告カ取得シタル應訴權ヲ原告ノ意思ノミニ因リテ消滅セシムル即チ訴ノ取下ヲ許ス(第一九條)如キハ被告ニ權利ヲ認メタルモノト爲スヲ得ス強テ之ヲ解除條件附權利ナリト解スル必要ナシ被告カ訴訟上不利益ヲ受クルコトヲ避ケント欲セハ應訴ヲ爲ス必要アリ故ニ被告ノ應訴ハ訴訟法上ノ責任ナリトス被告ノ答辯ハ形式上ノ答辯即チ訴訟成立要件ニ關スルモノト本案ノ答辯即チ訴訟物ニ關スルモノトニ區別スルコトヲ得ヘシ

第一款 形式上ノ答辯

形式上ノ答辯トハ原告ノ提起シタル訴ノ訴訟成立要件ニ關シ被告ノ爲ス答辯ヲ謂フ答辯ノ内容ハ應訴ノ責任アルコトヲ認ムルヤ否ヤニアリ被告カ應訴ノ責任アルコトヲ認ムル場合ハ原告ノ提起シタル訴ノ訴訟成立要件ニ關スル防禦ヲ拋棄シ且裁判所ニ對シテ訴訟ノ成立要件ニ關スル調査ヲ拋棄セシムルモノナリ隨テ裁判所ハ職權調査ニ屬スル訴訟ノ成立要件即チ其欠缺ニ因リ當然

訴訟ノ要件
被告ノ責任

訴訟關係ノ不成立ヲ來ス條件ヲ除ク外換言スレハ被告ノ防禦ニ因リテ調査スルコトヲ要スル要件ニ付テハ裁判所ハ之ヲ調査スルノ必要ナク直ニ原告ノ主張スル實體上ノ請求ニ付キ審理ヲ爲スコトヲ得ルモノトス而シテ被告カ應訴責任ヲ認ムル方法ニ付テハ訴訟法上何等ノ規定ナシ或ハ口頭辯論ニ於テ明示的ニ訴訟關係ノ成立ヲ認ムルカ或ハ口頭辯論ニ於テ訴訟成立要件ノ欠缺ヲ主張セス直ニ本案ノ辯論ヲ爲シ暗黙ニ爭ハサル旨ノ意思表示ヲ爲ストキハ應訴責任ヲ認メタルモノト言フヲ得ヘシ被告カ應訴責任ヲ爭フトキハ訴訟成立要件ノ欠缺ヲ主張シテ原告ノ訴ノ却下ヲ求ムルモノナリ通常訴訟手續ニ於テハ一般ノ要件ノ欠缺特別訴訟手續ニ於テハ各其必要トスル要件ノ欠缺ヲ主張スルモノニテ其訴訟要件ノ欠缺ヲ主張センニハ抗辯ヲ提出シテ爲スモノナリ抗辯トハ原告ノ主張ニ對シ被告カ之ヲ防禦スル爲メ新ナル事項ヲ提出スルコトヲ謂フ被告カ應訴責任ヲ爭フ抗辯ヲ形式上ノ抗辯若クハ訴訟抗辯ト稱ス
訴訟抗辯ハ或ハ訴狀ノ要件ノ欠缺ヲ主張シ或ハ訴訟委任ノ欠缺ヲ主張シ或ハ裁判所ノ管轄ニ付キ管轄違ヲ主張スル等種々アリト雖モ民事訴訟法ハ訴訟抗

辯中或種ノ抗辯ヲ分別シ之ヲ妨訴ノ抗辯ト稱ス妨訴抗辯トハ法律ニ特定シタル訴訟成立要件ニシテ被告カ其欠缺ヲ主張スルニ因リ應訴ヲ拒ミ且其抗辯ノミニ付キ特ニ判決ヲ受クルコトヲ得ル抗辯ヲ云フ換言スレハ本案ノ辯論及ヒ裁判ヲ妨クルコトヲ得ル抗辯ヲ云フ妨訴抗辯ハ次ニ述フル七種ナリトス(第六條)尙ホ訴訟成立要件ニ付キ述ヘタル處ヲ參照スヘシ

第一 無訴權ノ抗辯

無訴權ノ抗辯トハ原告カ提起シタル訴ハ通常裁判所ニ於テ審理スヘキ權限ニ屬セス隨テ被告ハ應訴ノ責任ナキコトヲ主張シ原告ノ訴ノ却下ヲ求ムル抗辯ヲ謂フ仲裁契約ニ基キ被告カ本案ニ付テノ答辯ヲ拒ムハ無訴權ノ抗辯ト稱スルコトヲ得ス斯ノ如キ抗辯ハ形式上ノ抗辯即チ訴訟ノ成立要件ニ關スル抗辯ニアラスシテ實體上ノ抗辯ニ屬スルモノナリ

第二 裁判所管轄違ノ抗辯

裁判所管轄違ノ抗辯トハ原告カ提起シタル訴ハ通常裁判所ノ權限ニ屬スルモノナリト雖モ其裁判所ハ事物又ハ土地ノ管轄權ヲ有セサルコトヲ理由ト

シテ原告ハ其裁判所ノ訴ヲ提起スルノ權ナキコトヲ主張スル抗辯ヲ謂フ

第三 權利拘束ノ抗辯

權利拘束ノ效力ヲ參照スヘシ

第四 訴訟能力又ハ法律上代理欠缺ノ抗辯

訴訟能力欠缺ノ抗辯トハ原告トシテ訴ヲ提起シタル者カ訴訟行為ヲ爲スノ能力ヲ有セサルコトヲ主張シテ訴ノ却下ヲ求ムル抗辯ヲ謂ヒ法律上代理ノ欠缺ノ抗辯トハ原告ノ法律上代理人トシテ訴ヲ提起シタル者カ代理權ナキカ若クハ代理權行使ノ條件ニ欠缺アルコトヲ主張シ訴ノ却下ヲ求ムル抗辯ヲ謂フ即チ原告カ訴訟無能力者ナルニ拘ハラヌ法律上ノ代理人ニ依ラスシテ訴ヲ提起シタル場合若クハ法律上代理ニ欠缺アル者カ訴訟無能力者ノ法律上代理人トシテ訴ヲ提起シタル場合ニ於テ其事實ヲ理由トシテ被告カ應訴ノ責任ナキコトヲ主張シ訴ノ却下ヲ求ムルコトヲ謂フ民事訴訟法ニ於テハ取消シ得ヘキ行為ヲ認メサルヲ以テ訴訟無能力者ノ提起シタル訴ハ全ク訴訟ノ不成立ヲ來シ又法律上ノ代理權ニ欠缺アル者カ訴ヲ提起シタル場合

ニ於テモ亦取消シ得ヘキ行爲ニアラスシテ無効ノ行爲ナリ即チ訴訟ノ無効ヲ惹起ス條件ナルヲ以テ被告ハ應訴ノ責任ナキコトヲ主張シ得ルナリ訴訟委任ノ欠缺當事者能力ノ欠缺等ハ茲ニ所謂妨訴抗辯ノ中ニ包含セサルモノナリ當事者能力ノ欠缺ハ訴訟主體タルノ能力ヲ缺クモノナレハ其訴ノ不適法タルヤ論ヲ俟タス又訴訟委任ノ欠缺ハ代理人カ裁判所ニ於テ訴訟行爲ヲ爲ス權限ナキモノナレハ裁判所ニ於テ之ヲ審査シ且被告モ其抗辯ヲ提出スルコトヲ得ルハ固ヨリナリト雖モ妨訴抗辯ニアラス而シテ被告カ訴訟無能力者ナル場合ニ於テハ被告ハ法律上代理人ヲシテ訴訟行爲ヲ爲サシメサルヘカラス又法律上代理權ナキ者ヲ原告カ被告ノ法律上代理人ナリト主張シタルトキハ被告ハ正當ノ法律上代理人ヲシテ訴訟行爲ヲ爲サシメサルヘカラス故ニ被告ノ訴訟能力ノ欠缺アルコトヲ理由トシ又ハ法律上代理權ナキコトヲ理由トシテ抗辯ヲ提出スルコトヲ得サルモノトス

第五 訴訟費用保證欠缺ノ抗辯

外國人カ原告トシテ日本人ニ對シテ訴ヲ提起スル場合若クハ外國人カ原告

ノ適參加人トシテ附隨シタル場合ハ民事訴訟法第八十七條以下ノ規定ニ從ヒ訴訟費用ニ付テノ保證ヲ立テサルヘカラス此場合ニ於テ若シ保證ヲ立テサルトキハ被告ハ訴訟費用保證欠缺ノ抗辯ヲ提出シテ原告ノ訴ニ對シ應訴ヲ拒ミ原告ノ訴ノ却下ヲ求ムルコトヲ得ヘシ

第六 再訴ニ付キ前訴訟費用未濟ノ抗辯

再訴ニ付キ前訴訟費用未濟ノ抗辯トハ原告カ一旦提起シタル訴ヲ取下ケ之ト同一ノ訴ヲ再ヒ提起シタル場合ニ前訴訟費用ヲ原告カ被告ニ辨濟セサルトキ被告カ其辨濟ナキコトヲ理由トシテ應訴ヲ拒ム抗辯ヲ謂フ此抗辯ヲ爲ス權利ハ第九十八條第五項ノ規定ニ基ク故ニ原告カ最初起シタル訴ヲ判決ヲ以テ却下セラレ訴訟費用ノ負擔ヲ原告ニ命セラレタル場合ニ後日更ニ之ト同一ノ訴ヲ提起シ前ノ訴訟費用ヲ被告ニ辨濟セサリシ場合ニ於テハ被告ハ此抗辯ヲ提出スルコトヲ得ス而シテ原告カ訴ヲ取下ケタル場合ト雖モ被告ニ於テ原告ニ對シ訴訟費用ノ辨濟ヲ請求スルノ手續ヲ爲ササルトキ即チ被告カ民事訴訟法第八十四條第八十五條ノ規定ニ從ヒ裁判所ニ對シ訴訟

費用ノ確定決定ヲ申請シ此確定決定ニ因リテ原告ノ訴訟費用ノ負擔額カ定
 マリタルニモ拘ラス原告カ被告ニ對シテ訴訟費用ノ辨濟ヲ爲サザリシ場合
 ニ限リ此抗辯ヲ提出スルコトヲ得ルモノトス故ニ原告カ訴ヲ取下ケタル後
 被告カ訴訟費用ノ確定決定ヲ申請セス隨テ原告カ訴訟費用ノ辨濟ヲ爲サザ
 リシトキハ被告ハ此抗辯ヲ提出スルモ成立スルモノニアラス然レトモ原告
 カ訴訟費用ニ付キ救助ヲ受ケタル場合ニ其訴ヲ取下ケ更ニ同一ノ訴ヲ提起
 シタルトキハ被告ハ其抗辯ヲ提出スルコトヲ得ヘシ如何トナレハ訴訟費用
 ノ救助ハ相手方ニ對シテ費用ノ辨濟義務ニ影響ヲ及ホスモノニアラサレハ
 ナリ(第九條)又第九十條ニ依リ原告タル外國人カ裁判所ノ定メタル期間内ニ訴
 訟費用ノ保證ヲ立テサルカ爲メ訴ヲ取下ケタリトノ判決ヲ受ケ而シテ其訴
 訟費用ノ全部又ハ一部ヲ被告ニ支拂ハスシテ更ニ同一ノ訴ヲ起シタルトキ
 ハ被告ハ此抗辯ニ基キ應訴ヲ拒ムコトヲ得ヘシ

第七 延期ノ抗辯

延期ノ抗辯トハ被告カ應訴ノ責任ナキコトヲ主張シテ原告ノ訴ノ却下ヲ求

ムルカ爲メ提出スル抗辯ニアラス此抗辯ヲ認メタル理由ハ舊民法ノ規定ニ
 基ク舊民法ニ依レハ保證人カ主タル債務者ニ先チテ訴ヲ受ケタル場合ニ先
 訴ノ抗辯檢索ノ利益ヲ以テ對抗シタルトキハ民事訴訟法ニ規定セル延期ノ
 抗辯ヲ以テ債權者ニ對抗スルコトヲ得ルモノトセリ(舊民法債權檢索第二九條)是レ民事
 訴訟法ニ於テ延期ノ抗辯ヲ妨訴抗辯ノ一種ト爲シタル所以ナリ然レトモ妨
 訴抗辯ハ被告カ應訴ノ責任ナキコトヲ主張スル抗辯ニシテ原告ノ訴ノ却下
 ヲ求ムルモノナレハ舊民法ニ認メタル延期ノ抗辯ハ民事訴訟法ノ妨訴抗辯
 ノ性質ニ反スルモノト言ハサルヲ得ス隨テ舊民法カ實施セラレサル以上ハ
 延期ノ妨訴抗辯ハ現行法上ニ於テハ存在セス新民法ニ於テモ先訴ノ抗辯檢
 索ノ利益ハ之ヲ保證人ニ對シテ許ス所ナリト雖モ此等ノ事項ヲ主張スルハ
 即チ本案ノ答辯ニシテ應訴ノ責任ナキコトヲ主張スル訴訟ノ成立要件ニ關
 スル抗辯ト言フヲ得サルモノナリ蓋シ舊民法ノ精神ニ於テハ保證人カ主タ
 ル債務者ヲ其訴訟ニ参加スルヲ求ムルコトヲ許シ其参加ヲ爲ス迄ハ保證人
 カ辯論ノ延期ヲ求ムルコトヲ許シ即チ延期ノ抗辯ヲ認メタルモノナリ然レ

トモ現行法ニ於テハ斯ノ如ク訴訟ノ成立要件ニアラサル抗辯ハ之ヲ妨訴ノ抗辯ト認メサルヲ以テ第二百六條第七號ノ規定ハ全ク適用ナキモノト言ハサルヘカラス例ヘハ訴訟手續ノ休止ノ合意アリタルコトヲ理由トシ或ハ口頭辯論ノ延期ノ合意アリタルコトヲ理由トシテ辯論ノ延期ヲ求ムルカ如キ又指名參加ノ場合ノ如キハ何レモ訴訟成立要件ニ關係ナキモノナレハ妨訴抗辯ト稱スルコトヲ得サルモノトス

以上第一ヨリ第七ニ至ル抗辯ハ形式上ノ答辯ノ中ニテ一種ノ效力ヲ認メタル妨訴抗辯ニシテ被告カ本案ノ口頭辯論前之ヲ提出スルトキハ被告ハ本案ノ辯論ヲ拒ミ其抗辯ノ當否ノミニ付キ先ツ判決ヲ受クルコトヲ得ルモノナリ
 妨訴抗辯ニハ條件ノモノト無條件ノモノトノ二種アリ無條件ノ妨訴抗辯トハ被告カ訴訟ノ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハス何時ニテモ提出スルコトヲ得ルモノヲ謂ヒ條件ノ妨訴抗辯トハ被告カ其抗辯ト反對ノ行爲ヲ爲シタルトキハ被告ハ其抗辯ヲ提出スル權利ヲ喪失スルモノヲ謂フ故ニ無條件ノモノハ其抗辯事項カ裁判所ノ職權調査ノ事項ニ屬シ其事項ニ欠缺アルトキハ當然訴

訟ノ不成立ヲ來シ被告ノ意思如何ニ拘ラス本案ノ辯論及ヒ裁判ヲ妨クル性質ヲ有スルモノトス隨テ被告ハ之ヲ有效ニ拋棄スルコトヲ得サルモノトス條件ノモノハ被告カ妨訴抗辯トシテ主張シタル場合ニ限り裁判所ノ調査スヘキ事項ニ屬シ裁判所カ職權ヲ以テ調査スヘキ事項ニ屬セス即チ被告ノ主張ニ因リテ訴訟ノ不成立ヲ來スモノナリ而シテ被告カ其辯論ノ事項ト反對ノ行爲ヲ爲シタルトキハ被告ハ其抗辯ヲ提出スルノ權利ヲ喪失スルモノニシテ被告カ有效ニ拋棄スルコトヲ得ヘキモノトス條件ノモノト無條件ノモノトハ訴訟法上明文ヲ以テ區別セスト雖モ其訴訟ノ成立要件カ當然無効ヲ惹起スル事項ノモノ即チ無條件ノ抗辯ナリ無訴權訴訟能力及ヒ法律上代理欠缺ノ抗辯竝ニ裁判所管轄違ノ抗辯中專屬管轄ニ違背スルコトヲ主張スル抗辯ハ若シ裁判所カ之ヲ省ミスシテ本案ノ判決ヲ爲ストキハ其判決ハ不法ナルヲ以テ此等ノ事項ハ裁判所ノ職權ヲ以テ調査スヘキ事項ニ屬シ即チ被告カ拋棄スルヲ得サル無條件ノ妨訴抗辯ナリ其他ノ妨訴抗辯ハ被告保護ノ爲メニ認メラレタルモノナレハ被告カ之ヲ主張セサルトキハ裁判所ハ職權ヲ以テ調査スヘキモ

ノニアラス即チ條件的ノ妨訴抗辯ナリトス
以上述ヘタル所ハ妨訴抗辯ニ付テノ説明ナリ然レトモ被告ハ形式上ノ答辯ト
シテ口頭辯論ノ始マリタルニ際シ或ハ口頭辯論ノ進行中ニ於テ其他ノ訴訟要
件ノ欠缺ヲ主張スル抗辯ヲ提出スルコトヲ得ヘシ若シ其抗辯ノ提出アリタル
トキハ裁判所ハ之ニ適シタル裁判ヲ爲スコトヲ必要トス即チ訴狀ノ要件ノ欠
缺、訴狀送達ノ不適法共同訴訟ノ不適法、客觀的訴ノ併合ノ不適法、訴訟手續ノ中
斷若クハ中止ノ理由ノ主張、訴訟委任ノ欠缺、判事忌避ノ原因ノ主張等種々ナル
形式上ノ答辯トシテ存在スヘシ

第二款 本案ノ答辯

本案ノ答辯ハ即チ應訴ニシテ一ニ之ヲ就審ト謂フ即チ原告ノ訴訟物ニ對シテ
認否ノ答辯ヲ爲スコトヲ謂フ前ニ述ヘタルカ如ク原告ハ訴ニ依リ被告ニ對ス
ル私權ヲ主張シ敗訴ノ判決ヲ求ムルモノナルカ或ニ被告ノ之ニ對スル答辯ハ
原告ノ私法上ノ權利ヲ認ムルカ若クハ爭フカノ二様ノ方法ニ於テ成立スルモ
ノナリ被告カ原告ノ私權ヲ認ムルトキハ民事訴訟法ニ於テ之ヲ認諾ト稱ス認

諾ニ付キテハ前編ノ説明ヲ參照スヘシ
被告カ原告ノ訴訟物ヲ爭フトキハ裁判所ハ原告ノ請求ノ當否ヲ調査セサルヘ
カラス而シテ被告カ原告ノ訴訟物ヲ爭フニハ或ハ單純ニ原告ノ主張ヲ爭ヒ或
ハ對抗スヘキ新タナル事項ヲ主張シテ原告ノ主張ヲ爭フコトヲ得後者ハ即チ
抗辯ノ提出ナリ今被告カ原告ノ主張ヲ爭フ方法如何ヲ案スルニ左ノ六箇ノ方
法ニ外ナラス

(一) 原告ノ主張スル事實ヲ否認スルコト

原告ノ主張スル事實ノ全部若クハ一部ニ付テ其不實ヲ主張スルコトヲ謂フ
例ヘハ原告カ被告ニ金錢ヲ貸渡シタリトノ主張ニ對シ被告カ其全部ヲ借受
ケタルコトナシト主張スルハ原告ノ主張スル事實全部ノ否認ニシテ又其一
部ヲ借受ケタルコトナシト主張スルハ原告ノ主張スル事實一分ノ否認ナル
カ如キ是ナリ

(二) 原告ノ主張スル請求カ法律上理由ナキコトヲ主張スルコト

原告ノ主張スル事實ヲ否認スルニアラス換言スレハ原告ノ主張スル事實ハ

眞實ナルト否トニ拘ラス原告ノ請求ハ法律上理由ナキコトヲ主張スルコトヲ謂フ例ヘハ甲乙間ノ物品賣買契約ニ基キテ甲カ第三者タル丙ニ對シ物品ノ引渡ヲ請求シタル場合ニ於テ丙ナル被告ハ甲乙間ニ成立シタル賣買契約ヲ認ムルモ自己ニ對スル物品引渡ノ請求ハ法律上理由ナシト主張スルカ如キ是ナリ

(三)

原告ノ主張スル請求ニ付キ法律上ノ效力ヲ妨クヘキ事實ヲ主張スルコト原告ノ主張スル事實ハ之ヲ認メ法律上原告ノ請求ヲ拒ミ得ヘキ事實ヲ以テ原告ニ請求權ナキコトヲ主張スルヲ謂フ換言スレハ原告ノ主張スル事實ヲ否認スルニアラス又原告ノ請求權ハ既ニ消滅シタリト主張スルモノニモアラス原告ノ主張スル事實ハ之ヲ認ムルニ拘ラス原告ノ請求權ハ法律上不成立ナリトノ事實ヲ主張スルコトヲ謂フ例ヘハ不法原因ニ基ク債務ナルコトヲ主張シ若クハ錯誤ニ因ル法律關係ノ不成立ヲ主張スルカ如キ是ナリ

(四)

原告ノ主張スル法律關係ノ消滅ヲ主張スルコト原告ノ請求權消滅ノ原因ヲ主張シテ原告ノ權利ノ實行ヲ争フ場合ニシテ換

消滅シタルコトヲ主張スルコトヲ謂フ例ヘハ賣買代金支拂ノ請求ニ付テ被告ハ其賣買契約ノ有效ニ成立シタルコトヲ認ムルモ其契約ハ解除セラレ又其代金ノ辨濟相殺免除等ニ因リ原告ノ請求權ハ既ニ消滅シタルコトヲ主張スルノ類是ナリ斯カル抗辯ヲ絶對的失權抗辯ト謂フ

(五)

原告ノ主張スル權利ノ實行ヲ停止スヘキ事實ヲ主張スルコト原告ノ主張スル權利ノ實行ヲ一時妨タル爲メノ事實ヲ主張スル場合ニシテ換言スレハ原告ノ請求權ノ成立ヲ否認スルニアラス又其請求權ノ消滅ヲ主張スルニモアラス唯原告ノ請求ニ應スヘキ給付ノ時期カ未タ到來セサルコトヲ主張スルヲ謂フ例ヘハ貸金請求ノ訴ニ付テ被告ハ原告トノ間ニ貸金關係ノ存立スルコトヲ認ムルモ未タ其辨濟期カ到來セサルコトヲ主張シ原告ノ請求ヲ争フカ如キ是ナリ斯カル抗辯ヲ假定的失權抗辯ト謂フ

(六)

原告ノ主張スル法律關係ノ效力ヲ妨クル權利ヲ主張スルコト

相殺ノ抗辯又ハ留置權ノ抗辯ヲ主張スル場合ナリ留置權ノ抗辯トハ物ノ引渡請求ノ訴訟ニ於テ被告カ留置權ヲ主張シ引渡ヲ拒ム抗辯ヲ謂ヒ相殺ノ抗辯トハ既ニ相殺ニ因リ債權消滅ヲ主張スルニ非ス裁判上相殺スヘキコトヲ主張スル抗辯ナリ所謂相殺ノ抗辯ハ之ヲ現行法上提出スルコトヲ得ルヤ否ヤハ疑問ナリ獨逸新舊民事訴訟法ニ於テハ相殺ノ抗辯ヲ認メタリ其理由ハ舊普通法ニ於テハ相殺ハ裁判上ニ於テノミ之ヲ爲スコトヲ許シタルヲ以テ其結果トシテ舊民事訴訟法ハ裁判上ノ相殺ヲ規定セリ獨逸新民法ニ於テハ相殺ハ當事者間ノ意思表示ノミヲ以テ之ヲ爲スコトヲ許スカ故ニ裁判上相殺ヲ爲スコトヲ必要ナキカ如キモ新民事訴訟法ハ沿革上ノ理由ト便宜トニ基ツキ之ヲ認メタルモノナルヘシ訴訟上ニ於ケル相殺ノ抗辯トハ被告カ原告ノ請求ト相殺ニ適シタル自己ノ請求トヲ相殺スルノ意思表示ヲ口頭辯論ニ於テ裁判所ニ對シテ爲シ以テ原告ノ請求權ノ消滅ヲ主張スルコトヲ謂フモノナリ曾テ我大審院ハ相殺ノ抗辯ハ反訴ヲ以テ主張スルニアラサレハ之ヲ許スヘカラストノ判決ヲ爲シ其理由トスル所ハ第二百一條第二項ニ被告

ノ請求ノ全部又ハ一分ト相殺ヲ爲スヘキ場合ニ於テ云々ノ規定アルヲ以テ民法施行以前ニ於テハ相殺ノ主張ハ反訴ニ於テ主張スルコトヲ許シタルモノト爲シタルニ因ル然レトモ民法實施後ニ至リテハ相殺ノ抗辯ハ反訴ヲ以テセシテ之ヲ口頭辯論ニ於テ主張シ得ルモノトスル判決アリ蓋シ我現行訴訟法ニ於テハ相殺ノ抗辯ヲ提出シ得ル規定ナク且相殺ハ當事者間ノ意思表示ノミニ因リ其效力ヲ生スルモノニシテ當事者ノ意思表示ハ私法上ノ法律行為ニ外ナラス故ニ裁判所ノ口頭辯論ニ於テ法律行為ヲ爲シ其法律行為カ直チニ訴訟法上ノ效力ヲ生スルヤ否ヤヲ決シタル後ニ非サレハ相殺ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤヲ決スル能ハス又訴訟代理人ニ依リ訴訟ヲ爲ス場合ニ在テハ訴訟代理人ハ相殺ノ意思表示ヲ爲ス代理權アリヤモ疑問ナリ大審院ハ普通委任ノ中ニ反訴ヲ提起スルコトヲ包含セシメタル立法上ノ主旨ヨリシテ訴訟代理人ハ私法的法律行為ヲ爲スノ代理權ナクシテ相殺ヲ主張スルコトヲ得ルモノトスルカ如シ然レトモ現行法ノ解釋トシテハ裁判上ノ相殺ハ之ヲ許ササルモノト解スルヲ正當ト信ス如何トナレハ前ニモ述フル如

ク裁判所ノ口頭辯論ニ於ケル陳述ハ當事者間ノ意思表示ニ非ス當事者ハ訴訟資料ヲ提供スル爲メ裁判所ニ對シテ陳述スルモノナリ請求ノ拋棄認諾ノ如キ總テ然リ請求ノ拋棄若クハ認諾ハ第二百二十九條ノ規定ノ結果トシテ裁判所ニ對スル陳述カ私法的效果ヲ生スルモノナリ相殺ノ抗辯ニ付テハ訴訟法上何等規定スル處ナキヲ以テ當事者カ裁判所ニ對シ相殺ヲ主張スルモ相手方ニ對シテ私法上ノ效力ヲ發生セシムルモノト解スルヲ得ス殊ニ訴訟代理權ノ中ニ相殺ノ抗辯ヲ提出スル權限アリトセハ訴訟代理人ハ訴訟上當事者ニ利益ナル法律行為ヲ爲スノ代理權アリト解スルヲ得ルニ至リ訴訟代理權ノ範圍ヲ不法ニ擴張スルモノト言フヘキナリ

第四節 準備書面ノ交換

訴訟法ハ口頭辯論主義ヲ原則トスレトモ訴訟ノ進行ヲ速カナラシムル爲メ當事者ノ申立其他事實上ノ關係證據方法等凡テ當事者カ口頭辯論ニ於テ爲サントスル陳述事項ヲ書面ニ記載シ互ニ送達スヘキモノトス之ヲ稱シテ準備書面

ノ交換ト謂フ其書面作成ノ方式ハ第一百五條乃至第一百七條ノ規定ニ從フモノニシテ準備書面ノ重ナルモノハ訴狀竝ニ答辯書ナリ訴狀ハ訴ノ基礎ヲ確定スル書面タルト同時ニ準備書面ノ性質ヲ有スルモノナリ左ニ訴狀及ヒ答辯書ニ付キ送達ニ關スル手續ヲ説明スヘシ

(一) 原告ハ訴狀ノ原本一通及ヒ相手方ニ付與スル爲メ必要ナル謄本ヲ裁判所ニ差出ササルヘカラス(第一一九〇條) 原本ニハ印紙ヲ貼用スヘキモノニシテ其差出ニ因リテ訴提起ノ效力ヲ生シ謄本ハ相手方ニ對シテ送達スル必要アルヲ以テナリ(第七條)

(二) 不完全ナル訴狀ハ裁判長ハ欠缺補正ノ必要アルヤ否ヤヲ審査シテ其手續ヲ爲シタル後口頭辯論ノ期日ヲ指定ス(第一九三條、第一九四條、第一九六條) 裁判長カ口頭辯論ノ期日ヲ指定スルニハ訴狀ノ送達ト口頭辯論ノ期日トノ間ニ二十日ノ時間ヲ存スルコトヲ要ス之ヲ就審期間ト謂フ(第一九四條) 故ニ裁判長ハ訴狀ノ送達ニ要スル日數且相手方カ遠隔ノ地ニ在ル場合ニハ出頭ノ爲メニ要スル猶豫期間ヲ計算シ口頭辯論期日ヲ定メサルヘカラス(第一七六條) 若シ右ノ期間カ完全

ニ存セサルトキハ權利拘束ノ發生ニ關係ナシト雖モ出頭セサル被告ニ對シテハ關席判決ヲ爲スコトヲ得ス(第二五四條第一項)然レトモ此期間ハ被告ノ利益ノ爲メニ存セラレルモノナレハ被告ニ於テ此期間ノ利益ヲ拋棄スルコトヲ得ヘシ故ニ期間ヲ存セサル呼出ニ對シ被告カ出頭シテ原告カ關席セル場合ニハ被告ハ關席判決ノ申立ヲ爲スコトヲ得ヘシ又就審期間ハ特別ノ事情アルトキハ原告ノ申立ニ因リテ切迫ナル危險アル場合ニ限リ二十四時間マテニ短縮スルコトヲ得ヘク被告カ答辯書ヲ差出スコトヲ得サル場合ニ於テモ亦之ヲ爲スコトヲ得ヘシ(第二〇三條)

右期間ノ短縮ハ申立ニ因リテ裁判長ノ命令ヲ以テ之ヲ爲スヘキモノニシテ裁判長ノ職權ヲ以テ短縮ヲ爲スコトヲ得サルモノトス而シテ裁判長ノ期間短縮ノ命令ハ第二百四十五條ノ規定ニ因リ職權ヲ以テ之ヲ被告ニ送達セサルヘカラス然レトモ期間ヲ短縮スルコトヲ得ルハ口頭辯論ノ期日ト訴狀送達トノ間ノ期間ニ限ルモノニシテ被告カ遠隔ノ地ニ在ルカ爲メ其猶豫期間ハ法律ノ規定ニ從テ之ヲ存セサルヘカラス但外國ニ於ケル被告ニ送達ヲ爲

スヘキトキハ裁判長ノ相當ノ期間ヲ定メサルヘカラス(第一九四條第二項)

(三) 訴狀ノ送達ノ裁判所書記カ訴狀ノ謄本ニ期日ノ呼出狀竝ニ答辯書差出ノ催告書ヲ添ヘ第三百三十六條以下ノ規定ニ從テ被告ニ送達スヘキモノナリ(第一九九條第一項)

(四) 答辯書ハ訴狀ノ送達ヨリ起算シテ被告ハ十四日ノ期間内ニ裁判所ニ差出ササルヘカラス 然レトモ答辯書ハ準備書面ニシテ訴訟ノ基礎ヲ確定スル性質ヲ有スルモノニアラス被告カ之ヲ差出ササル爲メ不利益ノ結果ヲ受クルモノニアラス唯答辯書ノ差出ヲ命シタル所以ハ原告ノ訴ニ對シテ被告カ如何ナル答辯ヲ爲スヤヲ口頭辯論ノ以前ニ於テ原告竝ニ裁判所ニ之ヲ知ラシメ原告ハ被告ノ答辯ニ對シテ口頭辯論ニ於ケル陳述ヲ準備セシムル目的ニ外ナラス故ニ答辯書ニハ如何ナル事項ヲ記載スヘキヤ訴訟法ニ規定スル所ナシト雖モ前ニモ述ヘタル如ク被告ノ答辯ハ形式上ノモノナルト本案ニ關スルモノナルトヲ問ハス原告ノ主張ヲ認ムルカ若クハ爭フカノ二ノ方法ニ於テ成立スルモノナレハ其事項ハ明確ニ之ヲ記載スヘク且其記載ノ方式

ハ準備書面ニ關スル一般ノ規定ニ從テ作成スヘキモノナリ(第九條)答辯書差
出ノ期間ハ原告ノ申立ニ因リテ裁判長ハ之ヲ短縮シ若クハ被告ノ申立ニ因
リテ之ヲ伸長スルコトヲ得ルモノトス(第二〇條)

以上述ヘタル訴狀及ヒ答辯書ノ外當事者ノ一方ニ於テ訴狀若クハ答辯書ニ掲
ケサリシ事實上ノ主張又ハ證據方法若クハ申立ニ付キ相手方カ豫メ穿鑿ヲ爲
スニ非サレハ陳述ヲ爲スコト能ハスト豫知スル事項アリタルトキハ口頭辯論
前相手方ニ書面ヲ送達スルノ時間及ヒ相手方ヲシテ必要ナル穿鑿ヲ爲スノ時
間ヲ存シ其事項ヲ記載シタル書面ヲ裁判所ニ差出シ以テ相手方ニ送達セシム
ルコトヲ要ス(第二〇條)又口頭辯論ノ期日ニ於テ右ニ述ヘタル事項ニ付キ相手
方ニ穿鑿ヲ爲サシムルノ必要アリタルトキハ裁判所ハ申立ニ因リ又ハ職權ヲ
以テ辯論ノ延期ヲ爲スコトヲ得ヘシ而シテ此場合ニハ裁判所ハ相當ノ期間ヲ
定メテ必要ナル書面ヲ一定ノ期間内ニ差出スヘキコトヲ當事者ニ命スルコト
ヲ得ヘシ(第二〇條)

第五節 口頭辯論

口頭辯論ハ受訴裁判所ニ於テ裁判長ノ指定シタル期日ニ一般ノ規定ニ從テ之
ヲ爲スヘク而シテ裁判所ハ口頭辯論ニ於テ原告ノ提起シタル訴ノ訴訟成立要
件ニ欠缺ナキヤ否ヤ其欠缺ナキトキハ原告ノ主張スル實體上ノ請求ハ果シテ
適當ナリヤ否ヤヲ審査スヘキモノナリ故ニ口頭辯論ヲ説明スルニ付テハ之ヲ
便宜ノ爲メ訴訟要件ニ關スル辯論及本案ノ辯論ニ區別シテ説明スヘシ但本節
ノ説明ハ當事者ノ演述ノ内容ニ止マル他ハ第四編第一章第一節ヲ參照スヘシ

第一款 訴訟要件ニ關スル辯論

訴訟要件トハ前ニ述ヘタル如ク訴訟ノ成立ニ缺クヘカラサル事項ヲ謂フ即チ
原告カ主張スル實體上ノ權利ニ付キ裁判所カ審理判決ヲ爲スニ必要ナル事項
ヲ謂フモノニシテ其要件カ成立セサレハ裁判所ハ本案ニ進ミテ審理ヲ爲スコ
トヲ得サルモノナリ故ニ裁判所ハ口頭辯論ニ於テ訴訟要件ノ欠缺ノ有無ヲ調
査セサルヘカラス訴訟要件ノ中ニハ前述ノ如ク其欠缺ニ因リテ當然訴訟ノ無

效ヲ來スモノト又當事者カ無効ヲ主張スルニ因リ無効ト爲ルモノトノ二アリ
 其當然無効ヲ來ス要件ニ付テハ裁判所ハ職權ヲ以テ其調査ヲ爲ササルヘカラ
 ス然レトモ相手方ノ主張ニ因リ無効ヲ來スモノナルトキハ其主張ニ基キテ調
 査ヲ爲スヘキモノナリ職權調査ニ屬スヘキ要件ニ付キ欠缺アリテ若シ其追完
 ヲ許ササルモノナルトキハ裁判所ハ當事者ニ辯論ヲ命シテ訴却下ノ判決ヲ爲
 スヘキモノナリ然レトモ若シ其訴訟要件ニシテ當事者ノ主張ニ因リテ無効ト
 爲ルモノナルトキハ當事者カ之ヲ主張スルトキハ追完ヲ爲ス能ハサレハ訴却
 下ノ判決ヲ爲シ然ラサレハ本案ニ付キ辯論ヲ進行スヘキモノナリ然レトモ職
 權調査ノ要件ト雖モ當事者ハ抗辯トシテ之ヲ主張スルコトヲ得ヘシ訴訟ハ原
 告ノ訴ノ提起ニ因リテ開始スルモノナレハ訴訟ノ成立要件ノ存否ヲ證明スル
 責任ハ原告ニ存ス故ニ其要件ノ欠缺ヲ主張スル者ハ常ニ被告ナリ原告カ舉證
 責任ヲ盡シタルトキハ被告ハ更ニ舉證ヲ爲ササルヘカラス而シテ被告カ訴訟
 抗辯ヲ提出シタルトキハ裁判所ハ其當否ヲ審査セサルヘカラス或ハ訴訟抗辯
 ニ付キ辯論ヲ分離シ或ハ本案ト併合シテ審理判決スルコトヲ得ヘシ訴訟抗辯

中妨訴抗辯ニ付テハ次ニ述フル法則ニ從フヘキモノトス

第一 妨訴抗辯提出ノ條件

妨訴抗辯ハ口頭辯論ニ於テ被告カ本案ノ辯論ヲ爲ス以前ニ於テ同時ニ之ヲ
 提出スルコトヲ要ス而シテ被告ハ單ニ本訴ニ於ケル被告ノミナラス反訴ニ
 於ケル被告モ亦此條件ノ下ニ於テ妨訴抗辯ヲ提出スルコトヲ得ヘシ所謂同
 時ニ提出スルトハ數箇ノ妨訴抗辯ヲ一時ニ提出スヘシトノ意味ニ非ス數箇
 ノ妨訴抗辯ヲ提出セント欲スルトキハ一時ニ之ヲ提出スルカ又ハ一ノ妨訴
 抗辯ヲ提出シテ其妨訴抗辯ニ關スル辯論ノ終了前ニ於テ他ノ妨訴抗辯ヲ提
 出スルコトヲ必要トスルノ意味ニ外ナラス故ニ被告カ一ノ妨訴抗辯ヲ提出
 シ其妨訴抗辯ニ關スル辯論ノ終結後又ハ其妨訴抗辯ニ付キ裁判アリタル後
 又ハ其妨訴抗辯ヲ取下ケタル後ニ於テ更ニ他ノ妨訴抗辯ヲ提出スルコトハ
 法律ノ許ササル所ナリ訴訟法カ妨訴抗辯ノ提出ニ關シ斯カル制限ヲ設ケタ
 ル理由ハ訴訟ノ遲延ヲ防止セントスル目的ニ出テタルモノナリ然ラサレハ
 一箇ノ妨訴抗辯ヲ提出シ其判決アリタル後更ニ他ノ妨訴抗辯ヲ提出スルニ

至リ徒ラニ訴訟進行ヲ遅延スル弊害ヲ生スヘケレハナリ而シテ本案ノ辯論ハ原告ノ主張スル訴訟物ニ付キ其認否ノ陳述ヲ謂フモノニシテ被告カ本案ノ辯論ヲ爲シタルトキハ即チ被告ハ應訴ノ責任アルコトヲ認メタルモノナレハ應訴ヲ拒ム妨訴抗辯ノ提出ハ理論上許スヘカラサルコトナリトス然レトモ右ハ被告カ有效ニ拋棄スルコトヲ得ル妨訴抗辯ニ關スルモノニシテ被告ノ有效ニ拋棄スルコトヲ得サル妨訴抗辯即チ裁判所ノ職權調査ニ屬スヘキ妨訴抗辯ハ被告カ本案ノ口頭辯論ヲ爲シタル後ナルモ判決ニ接着スル口頭辯論ノ終結ニ至ルマテハ何時ニテモ之ヲ提出スルコトヲ得ヘシ又被告カ有效ニ拋棄スルコトヲ得ル妨訴抗辯ニ付テモ若シ被告カ其過失ニアラスシテ本案ノ辯論前ニ之ヲ提出スルコト能ハサリシコトヲ疏明シタルトキハ本案ノ辯論後ニ於テモ提出ヲ許ス即チ訴訟進行中ニ妨訴抗辯ノ理由タル事實カ發生シタルカ又ハ本案ノ口頭辯論前ヨリ既ニ其事實存在シタルモ被告カ過失ニアラスシテ之ヲ知ラサリシカ爲メ之ヲ主張スルコトヲ得サリシ場合ノ如キハ本案ノ辯論後ト雖モ之ヲ提出スルコトヲ得但裁判所管轄違ノ

抗辯ハ假令被告カ其過失ニアラスシテ此抗辯ヲ提出スルコトナク本案ノ辯論ヲ爲シタルトキト雖モ之ヲ提出スルコトヲ得ス蓋シ民事訴訟法第二十九條及ヒ第三十條ニ依リ被告カ管轄違ノ申立ヲ爲サシテ本案ノ辯論ヲ爲シタルトキハ恰カモ書面上管轄ノ合意ヲ爲シタルト同一ノ效力ヲ生スルモノニシテ所謂同一ナル效力ヲ生ストハ暗黙ノ合意ヲ爲シタルモノト推定スルノ意味ニアラスシテ本案ノ辯論ヲ爲シタルコトニ因リテ法律上受訴裁判所ニ合意管轄ヲ生スルモノトシタルニ因ルモノナレハナリ

第二 妨訴抗辯提出ノ效力

被告カ適法ニ妨訴抗辯ヲ提出シタルトキハ被告ハ其妨訴抗辯ノ當否ノ判決アル迄本案ノ辯論ヲ拒ムコトヲ得本案ノ辯論ヲ拒ムハ即チ應訴ヲ拒ムモノニシテ應訴ヲ拒ムコトハ法律ノ明認セル被告ノ權利ナルヲ以テ被告ハ此權利ヲ行使セスシテ妨訴抗辯ヲ提出シタルニ拘ラス尙ホ本案ノ辯論ヲ爲スコトヲ得ヘシ

被告カ妨訴抗辯ヲ提出スルモ本案ノ辯論ヲ拒ム權利ヲ行使セサルトキハ裁

判所ハ當事者ノ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ妨訴抗辯ノミニ付キ辯論ノ分離ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ而シテ當事者ノ申立ハ原告ノ申立ナリ如何トナレハ被告ハ本案ノ辯論ヲ拒ムコトヲ得ルヲ以テ辯論分離ノ申立ヲ爲スコトナケレハナリ原告ノ申立ナキニ拘ラス裁判所カ職權ヲ以テ妨訴抗辯ニ付キ辯論ノ分離ヲ爲スハ其妨訴抗辯カ理由アリト見ユル場合即チ其妨訴抗辯ノミニ因リ原告ノ訴ヲ却下スルコトヲ得ヘシト見ユル場合ナルコトヲ適當トス蓋シ妨訴抗辯カ理由ナキコト明カナルニモ拘ラス裁判所カ職權ヲ以テ辯論ヲ分離スルカ如キハ徒ラニ訴訟ヲ遅延スルモノニ外ナラサルヲ以テナリ然レトモ妨訴抗辯ニシテ若シ理由アリト見ユル場合ニハ本案ノ審理ハ無用ニ歸スルコトアルヲ以テ假令被告カ本案ノ辯論ヲ拒マス又當事者モ辯論分離ノ申立ヲ爲ササルトキト雖モ裁判所ハ職權ヲ以テ特ニ妨訴抗辯ニ付キ辯論ノ分離ヲ爲スヲ適當トス而シテ被告カ妨訴抗辯ニ基ツキ本案ノ辯論ヲ拒ミタルトキ又ハ裁判所カ當事者ノ申立ニ因リ若クハ職權ヲ以テ妨訴抗辯ニ付キ辯論ヲ分離シタルトキハ裁判所ハ特ニ妨訴抗辯ノ當否ノミニ付キ辯論

ヲ命シ且ツ判決ヲ以テ之カ裁判ヲ爲ササルヘカラス(第二〇七條第一項)

裁判所カ妨訴抗辯ヲ理由アリト認メタルトキハ被告ハ本案ニ付キ應訴ノ責任ヲ免カルルモノナレハ原告ノ訴ヲ却下セサルヘカラス其判決ハ訴訟ヲ終局スルモノナレハ終局判決ナリトス又裁判所カ妨訴抗辯ヲ理由ナシト認メタルトキハ亦判決ヲ以テ其妨訴抗辯ヲ棄却セサルヘカラス妨訴抗辯ヲ棄却スル判決ハ被告ニ應訴ノ責任アルコトヲ宣言スルモノニシテ其判決ハ素ト獨立ナル防禦方法ニ付テ爲シタルモノナレハ其性質ハ中間判決ナリト雖モ中間判決ハ被告ノ應訴責任ノ有無ヲ決定スルモノナルカ故ニ法律ハ特ニ此判決ニ對シ獨立シテ上訴ヲ爲スコトヲ許シ上訴ニ關シテハ終局判決ト看做シ形式的確定力ヲ生スヘキモノトセリ若シ獨立シテ上訴ヲ許ササルトキハ本案ノ終局判決ト共ニ不服ノ申立ヲ爲シ其中間判決カ廢棄セララルニ至ルトキハ第一審ノ本案ノ辯論ヲ無用ニ歸セシムル弊害アレハナリ妨訴抗辯ヲ棄却スル判決ヲ爲シタルトキハ其判決ノ確定ニ至ルマテハ本案ノ辯論ヲ中止スルヲ原則トス是レ蓋シ妨訴抗辯棄却ノ判決ニ對シテハ上訴

ヲ許スヲ以テ若シ上訴審ニ於テ妨訴抗辯ヲ理由アリト認メタルトキハ第一
 審裁判所カ本案ニ付キ爲シタル辯論ハ全ク徒勞ニ歸スルヲ以テナリ然レト
 モ若シ當事者ノ一方ヨリ本案ノ辯論ヲ爲スヘキ旨ヲ申立タルトキハ裁判所
 ハ本案ニ付テノ辯論ヲ命シ其辯論ニ基キ本案ノ判決ヲ爲スコトヲ得ヘシ(第
 〇七條)然リト雖モ此場合ニ於テハ妨訴抗辯ニ關スル部分ハ上級審ニ繫屬シ
 本案ニ付テハ下級審ニ於テ辯論裁判ヲ爲スモノナルヲ以テ上級審ニ於テ若
 シ妨訴抗辯ヲ理由アリトスルトキハ下級審ニ於テ爲シタル本案ノ辯論裁判
 ハ總テ無効ニ歸スルコトアルヘク又時トシテハ下級審ニ於テ本案ノ判決ヲ
 爲シタル後上級審ニ於テ妨訴抗辯ヲ理由アリトスル判決ヲ爲スコトアルヘ
 キカ故ニ假令當事者ヨリ本案ニ付テノ辯論ヲ申立ツルモ裁判所ハ妨訴抗辯
 棄却ノ判決ニ對スル上訴ノ不當ナルコト明白ナルトキ又ハ單ニ被告カ訴訟
 ヲ遅延セシムルノ目的ヲ以テ上訴シタルコトノ明白ナルトキノ外ハ成ルヘ
 ク本案ノ辯論ヲ爲サシメサルヲ適當トス
 妨訴抗辯棄却ノ判決アリタル後本案ノ辯論ヲ爲スノ申立ハ口頭辯論ニ於テ

スルコトヲ要ス故ニ妨訴抗辯棄却ノ判決ノ言渡アリタル期日ノ辯論ニ於テ
 直ニ本案辯論ノ進行ヲ求ムル申立ヲ爲スカ或ハ棄却ノ判決アリタル後特ニ
 當事者ヨリ口頭辯論ノ新期日ノ指定ヲ裁判所ニ申請シ其新期日ノ辯論ニ於
 テ當事者ヨリ口頭ヲ以テ此申立ヲ爲スコトヲ必要トスルモノニシテ書面ヲ
 以テ申立ヲ爲スコトヲ許サス而シテ裁判所ハ申立ニ因リ本案ノ辯論ヲ命ス
 ハキヤ否ヤノコトハ決定ノ形式ヲ以テ裁判セサルヘカラス其決定ニ對シテ
 ハ當事者ハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス如何トナレハ本案ノ辯論ヲ爲スヤ否
 ヤハ裁判所ノ職權ニ屬セシメタルモノナレハナリ
 裁判所カ本案ノ辯論ヲ命シタルトキハ通常ノ手續ニ因リ辯論ヲ爲シ且ツ其
 辯論ニ基キ本案ノ判決ヲ爲ササルヘカラス或ハ反對説ヲ爲ス者アリ曰ク裁
 判所ハ本案ノ辯論ヲ命スルコトヲ得ルモ妨訴抗辯棄却ノ判決ヲ確定力ヲ生
 スルマテハ本案ノ判決ヲ爲スヲ得スト然レトモ一般ノ原則トシテ本案ノ辯
 論ヲ爲シタルトキハ其終結ノ日又ハ遅クトモ其日ヨリ七日ノ期間内ニ其辯
 論ニ基キ本案ノ判決ヲ爲スヘキモノニシテ又事件カ裁判ヲ爲スニ熟シタル

トキハ必ス判決ヲ爲スヘキモノナルコトハ第二百二十五條、第二百三十三條等ノ規定ニ徴シ明カニシテ妨訴抗辯棄却後ノ本案ノ辯論ニ關シ特別ノ規定ナキヲ以テ論者ノ說ノ誤ナルコト言フ俟タス而シテ本案ニ付テハ辯論及ヒ裁判ハ條件的性質ヲ有スルモノニシテ妨訴抗辯棄却ノ判決カ上級審ニ於テ是認セラレ確定シタルトキハ本案ノ辯論及ヒ裁判ハ有效トナレトモ反之上級審ニ於テ妨訴抗辯ヲ理由アリト認メ原告ノ訴ヲ却下スル判決ヲ爲シ其判決カ確定シタルトキハ本案ノ辯論ニ基キ爲シタル判決ハ假令形式的確定力ヲ生シタル後ト雖モ當然其效力ヲ失フ故ニ妨訴抗辯棄却ノ判決カ確定力ヲ生シタルトキニ限り本案ノ判決ハ有效ト爲ルモノトス

第一款 本案ノ辯論

本案ノ辯論トハ前ニモ述ヘタルカ如ク原告ノ主張スル訴訟物ニ關スル辯論ヲ謂フモノニシテ隨テ原告ハ訴狀ノ要件トシテ説明セシ所ノ一定ノ申立ヲ爲シ且ツ請求ノ原因及ヒ其申立ノ因テ生スル所ノ事實ヲ演述スヘキモノトス而シテ原告主張ノ事實ニ付テ爭アリタル場合ニハ法律ニ規定シタル方式ニ從テ證

據方法ノ申出ヲ爲シ以テ自己ノ主張スル請求ノ理由アルコトヲ事實上及ヒ法律上ノ點ニ付キテ陳述スヘキモノナリ原告主張ノ事實カ法律上當然理由ナキ場合ニ於テハ裁判所ハ被告ノ答辯ヲ待タス請求却下ノ判決ヲ爲スコトヲ得ヘク又原告ハ口頭辯論ニ於テ請求權ヲ拋棄スルコトヲ得ヘキハ前ニ述ヘタルカ如シ

原告ノ陳述ニ對シテ被告ハ前ニ述ヘタル答辯ノ方法ニ因リテ原告ノ請求ヲ認諾スルカ或ハ之ヲ爭ヒ或ハ抗辯ヲ提出スヘキモノトス而シテ舉證ノ責任如何ニ因リテ被告モ亦證據方法ヲ提出スルコトヲ得ルモノニシテ又被告カ原告ノ請求ヲ爭フ場合ニハ之ヲ事實上及ヒ法律上ノ點ニ付キテ理由アルコトヲ演述セサルヘカラス

口頭辯論ノ進行中ニ原告ハ訴ノ原因ヲ變更シ若クハ訴ノ申立ヲ擴張シ之ヲ減縮シ或ハ最初求メタル物ニ代ヘテ損害賠償ヲ要求スルコトヲ得ヘシ此等ノ點ニ付テハ前ニ訴ノ變更ト稱スル所ニ於テ説明シタル方式ニ從テ處理スヘキモノトス尙ホ原告ハ口頭辯論ニ於テ訴ノ取下ヲ爲スコトヲ得ヘク被告モ亦反訴

ヲ提起シ或ハ其反訴ノ取下ヲ爲スコトヲ得ヘク或ハ當事者ハ訴訟物ニ付キ和解ヲ爲スコトヲ得ヘシ

第六節 準備手續

地方裁判所ノ訴訟ニ於テ計算ノ當否財産ノ分別其他之ニ類スル關係ヲ目的トスルモノニシテ數多ノ争點ヲ生シタルトキハ受訴裁判所ノ口頭辯論ニ於テ一々其争點ヲ明カニシ且ツ之ニ對スル攻撃防禦ノ方法ヲ一々審査セントスルトキハ假令受訴裁判所ニ於テ辯論ヲ分離シテ之ヲ審査スルモ或ハ訴訟手續ノ錯雜ヲ來シ訴訟ノ遲滯ヲ來スコトアリ斯カル訴訟ニ於テ總テノ争點ヲ明カニシ且ツ容易ニ事件ノ審理ヲ爲サシメントスルニハ口頭辯論ノ原則ニ從フヨリハ寧ロ書面審理ノ方法ニ依ルヲ便宜トス故ニ計算ニ關スル訴訟等ニ於テ多數ノ争點ヲ生シタル場合ニ於テハ受訴裁判所ハ其部員一人ニ命シテ訴訟ノ資料即チ攻撃防禦ノ方法ヲ書面上確定セシメ受訴裁判所ハ其書面上ニ於テ確定セラレタル攻撃防禦ノ方法ニ付テ判斷ヲ爲スコトヲ得ルノ方法ヲ設ケタリ即チ受

命判事ヲシテ受訴裁判所ニ於ケル口頭辯論ノ準備ヲ爲サシムル方法ニシテ之ヲ稱シテ準備手續ト謂フ

準備手續ハ受命判事カ當事者ノ攻撃防禦ノ方法ヲ書面ヲ以テ明確ニシ受訴裁判所ニ於ケル口頭辯論ヲ簡易ナラシムル爲メノ手續ニシテ廣ク言ヘハ受訴裁判所ニ於ケル口頭辯論ノ一部ト稱スヘキモノニシテ特別訴訟手續ト稱スヘキモノニアラス而シテ此準備手續ハ地方裁判所ノ訴訟手續竝ニ控訴審ノ訴訟手續ニノミ適用セララルモノニシテ區裁判所ノ訴訟手續竝ニ上告裁判所ノ訴訟手續ニハ適用セララルモノニアラス如何トナレハ區裁判所ハ單獨判事ノ裁判所ナルヲ以テ特ニ準備手續ヲ設クルノ必要ナク又上告裁判所ハ事實ノ審理ヲ爲ササルヲ以テ此手續ヲ爲スノ必要ナケレハナリ

第一 準備手續ノ條件

(一) 計算ノ當否財産ノ分別又ハ之ニ類スル關係ヲ目的トスル訴訟ナルコトヲ要ス 例ヘハ後見人カ被後見人ノ財産管理ニ付テ提出シタル計算書ノ當否ニ付テ生シタル訴訟ノ如キ離婚ノ場合ニ夫婦カ其財産ヲ争フ訴訟ノ

如キ又ハ請負工事ノ施行ニ關シテ計算ノ當否ヲ爭フ訴訟ノ如キヲ謂フモノニシテ其訴訟カ本訴ヲ以テ主張セラレタルトキト反訴ヲ以テ主張セラレタルトキニ區別ナキモノトス

(二) 計算書又ハ財産目錄ニ付テ數多ノ爭アル請求ヲ生シ又ハ數多ノ爭ニ付テ異議ヲ生シタルコトヲ要ス 計算書又ハ財産目錄ニ付テ多數ノ爭點ヲ生シタル場合ニアラサレハ準備手續ヲ命スヘキモノニアラス故ニ一ノ訴ニ付テ其事實關係カ錯雜シテ多數ノ證據方法ヲ申出タル場合等ニハ準備手續ヲ命スヘキモノニアラス

(三) 當事者雙方ヲ出頭シテ訴訟本案ニ付テ辯論ヲ爲シタル後ナルコトヲ要ス 準備手續ハ訴訟本案ニ付テ口頭辯論ノ開始セラレタル後數多ノ爭點ヲ生シタル後ニ於テ始メテ之ヲ命スルコトヲ得ヘキモノナリ準備書面ノ交換等ニ因リテ數多ノ爭點アルコトヲ知リ得ヘキトキト雖モ口頭辯論ノ開始以前ニアリテハ未タ眞實ニ爭アルヤ否ヤヲ知ルコトヲ得サルカ故ニ準備手續ヲ命スルハ常ニ必ス本案ニ付テノ口頭辯論ノ開始後ニ限ララル

モノトス若シ被告カ妨訴抗辯ヲ提出シテ本案ノ辯論ヲ拒ミタル場合ニハ訴訟手續ハ當然妨訴抗辯ノ辯論ト本案ノ辯論トニ分離セラルルヲ以テ隨テ準備手續ハ妨訴抗辯ノ完結後ニ於テ命スヘキモノナリ若シ被告カ妨訴抗辯ヲ提出シタルモ本案ノ辯論ヲ拒マサル場合ニハ裁判所ハ職權ヲ以テ妨訴抗辯ノ辯論ヲ分離シ妨訴抗辯ニ付キ裁判ヲ爲シタル後ニ準備手續ヲ命スヘキモノトス如何トナレハ準備手續ハ訴訟ノ本案ニ付テ爲スヘキモノニシテ妨訴抗辯ノ當否如何ニ因リテ本案ノ審理ヲ爲サスシテ訴訟ヲ完結スルコトアルヲ以テナリ(第二八條)又妨訴抗辯以外ノ訴訟條件ニ對スル爭ヲ生シタル場合ニ付テハ特ニ法律ニ規定スル所ナシト雖モ裁判所ハ妨訴抗辯ノ場合ト同シク先ツ其訴訟條件ニ關スル爭點ヲ判斷シタル後準備手續ヲ命スルヲ至當トス然ラサレハ本案ノ辯論ヲ爲スニ至ラスシテ訴訟ヲ完結スルニ至ルヘキコトアレハナリ

第二 準備手續ノ進行

前ノ條件存在スルトキハ受訴裁判所ハ本案ノ口頭辯論ノ終結ニ至ルマテハ

何時ニテモ口頭辯論ニ於ケル當事者ノ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ準備手續ヲ命スルコトヲ得ヘシ而シテ準備手續カ命セラレタルトキハ本案ノ口頭辯論ハ準備手續ノ完結ニ至ルマテ當然延期セラルルモノトス(八條)

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ヘキモノニシテ此決定ハ口頭辯論ニ基キテ爲スモノナルヲ以テ之ヲ言渡スコトヲ要ス而シテ其決定ニ於テ受訴裁判所ノ裁判長ハ受命判事トシテ其部員一名ヲ指定スヘキモノニシテ其受命判事カ準備手續ヲ施行スルニ際シ差支ヲ生シタルトキハ裁判長ハ當事者ノ陳述ヲ聽クコトヲ要セスシテ更ニ受訴裁判所ノ部員一名ヲ受命判事トシテ指定スルコトヲ得(七條)

準備手續ヲ施行スル期日ハ準備手續ヲ命スル決定ヲ言渡スニ方リ受訴裁判所ノ裁判長之ヲ定ムヘキモノトス若シ裁判長カ此期日ヲ定メサルトキハ受命判事之ヲ定ム(第二六條)

準備手續ニ於テハ各當事者ノ演述シタル所ニ從ヒ請求及ヒ争點ヲ調書又ハ調書ニ附録トシテ添附スヘキ書面ヲ以テ明確ニシ後日受訴裁判所ニ於ケル

口頭辯論及ヒ裁判ノ基礎ヲ確定スヘキモノトス而シテ準備手續ニ於テ明確ニスヘキ事項ハ即チ左ノ如シ(第二六條)

- (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
- (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争ハサルヤ
- (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竝ニ證據方法及ヒ證據抗辯ニ關シ爲シタル陳述竝ニ提出シタル申立

受命判事ハ右ノ三個ノ事項ヲ明確ニシ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準備手續ヲ續行スヘキモノトス(第二八條)

受命判事ハ訴訟ニ付キ裁判ヲ爲スノ權ヲ有セス又證據決定ヲ爲シ其證據決定ニ基キ證據調ヲ爲ス權ヲ有セス故ニ訴訟又ハ中間訴訟カ判決又ハ證據決定ヲ爲スニ熟シタリト認メタルトキハ茲ニ準備手續ヲ終結スヘキモノニシテ其判決又ハ證據決定ヲ爲スニ熟シタルヤ否ヤハ專ラ受命判事ノ意見ニ因ルヘキモノトス故ニ受命判事カ準備手續ヲ終結シテ可ナリト認メテ

之ヲ完結シタルトキ受訴裁判所ハ尙ホ準備手續ノ不完全ナルコトヲ認メタルトキハ再ヒ準備手續ヲ命スルコトヲ得ルモノトス

準備手續ニ於テ受命判事ノ面前ニ當事者雙方カ出頭セサルトキハ其訴訟手續ハ休止ト爲ル如何トナレハ準備手續モ亦受訴裁判所ニ於ケル口頭辯論ノ一部ナレハナリ又當事者ノ一方カ出頭セサルトキハ受命判事ハ第二百六十八條ノ事項ヲ調書ヲ以テ明確ニシ然ル後新期日ヲ定メテ出頭セサル相手方ニ其調書ノ謄本ヲ送達シ之ヲ新期日ニ呼出スヘキモノトス(第二六九條第一項)是レ即チ出頭セサル當事者ニ對シテ調書ニ記載セル事項ニ付テ陳述ヲ爲スヘキ機會ヲ與フルニ在リ而シテ新期日ニ於テ尙ホ其當事者カ出頭セサルトキハ先ニ送達シタル調書ノ謄本ニ記載シタル事項ハ其當事者カ自白シタルモノト看做サレ其主張ニ付テハ準備手續ヲ完結シ之ニ對シテハ後日其當事者ハ異議ヲ主張スル權利ヲ喪失ス(第二七六條第二項)

第三 準備手續完結後ノ手續

準備手續カ完結シタルトキハ受訴裁判所ノ裁判長ハ職權ヲ以テ口頭辯論ノ期日ヲ定メ各當事者ヲ呼出スヘキモノトス(第二七〇條)口頭辯論ニ於テハ受命判事カ調書ニ記載シタル事項ヲ口頭辯論主義ニ因リテ受訴裁判所ニ知ラシムルヲ目的トス故ニ各當事者ハ此口頭辯論ニ於テ準備手續ノ結果ヲ其調書ニ基キ演述セサルヘカラス(第二七一條第一項)而シテ受命判事ノ調書ヲ以テ明確ニスヘキ事實又ハ證據ニ付テ陳述ヲ爲サス又ハ陳述ヲ拒ミタルトキハ受訴裁判所ノ口頭辯論ニ於テ之ヲ追完スルヲ許サス(第二七二條第一項)其他請求、攻撃防禦ノ方法、證據方法及ヒ證據抗辯等受命判事ノ調書ヲ以テ明確ニスヘキ事項ハ準備手續完結後ノ口頭辯論ニ於テ之ヲ提出スルヲ許サス若シ之ヲ許ストキハ準備手續ノ規定ヲ設ケタル立法ノ趣旨ニ反スルヲ以テナリ然レトモ此等ノ事項ヲ準備手續ニ於テ提出セサリシコトカ當事者ノ過失ニ因ラサリシコトヲ疏明シタルトキハ受訴裁判所ノ口頭辯論ニ於テ更ニ之ヲ提出スルコトヲ許サル(第二七二條第一項)受訴裁判所ノ口頭辯論期日ニ於テ當事者ノ一方カ出頭セサルトキハ準備手續ニ於テ爭ナキ請求ニ付テハ一分判決ヲ以テ之ヲ完結シ爭アリタル請求ニ付テハ出頭シタル當事者ノ申立ニ因リテ闕席判決ヲ爲スヘキナ

リ(第二七項)又當事者雙方出頭シタル場合ニ於テハ準備手續ノ結果ノ演述ニ
基キ或ハ證據決定ヲ爲シ或ハ證據調ヲ爲シ或ハ又口頭辯論ヲ終結シテ判決
ヲ爲ス等總テ一般ノ規定ニ從ヒ訴訟手續ヲ進行シ之ヲ完結スルモノトス

七〇〇

第七節 闕席手續

第一款 懈怠判決

民事訴訟法ノ原則タル雙方審理主義ヲ絕對ニ適用スヘキモノトセハ常ニ原被
兩告カ口頭辯論期日ニ出頭スルコトナクンハ訴訟審理ノ進行ヲ爲ス能ハサル
ニ至リ訴訟上不利利益ナル當事者ノ一方ハ多クハ其訴訟行為ヲ懈怠シテ訴訟審
理ノ進行及ヒ終局ヲ妨ケ訴訟ヲシテ何時マテモ裁判所ニ繫屬シ永久ニ完結セ
サル結果ヲ生セシメ私權保護ノ目的ヲ達スルコト能ハス當事者一方ノ不利利益
ヲ被ムルノミナラス斯ノ如キハ公益ヲ害スルモノト謂フヘシ故ニ雙方審理主
義ノ變例トシテ當事者一方ノ辯論ノミニ因リテ以テ訴訟ノ判斷ヲ爲シ事件ノ
終局ヲ爲ス方法ヲ設ケサルヘカラス是レ闕席手續ヲ設ケタル所以ナリ

獨逸舊法ニ於テハ判決手續ノ開始ニハ當事者雙方出頭シテ辯論ヲ爲スコトヲ
必要トシタリシモ徒ラニ訴訟ノ遲滯ヲ來ス弊害アルヲ以テ漸次此主義ヲ改メ
當事者ノ一方カ口頭辯論期日ニ出頭セザリシトキハ相手方ニ辯論ヲ爲サシメ
證據方法ヲ提出セシメテ判決ヲ爲スヘキモノトセリ然レトモ當事者ノ一方ニ
證據方法ヲ提出セシメテ審理スルモ事實ノ真相ニ適シタル判決ヲ爲ス能ハサ
ルハ當然ナルヲ以テ佛國民事訴訟法ニ於テハ被告カ第一回ノ口頭辯論ニ闕席
シタルトキニ限り原告ノ辯論ノミニ基キ證據方法ヲ提出セシメスシテ判決ヲ
爲シ相手方ハ其判決ニ對シ無條件的ニ異議ノ申立ヲ爲スコトヲ許セリ獨逸民
事訴訟法ハ佛國民事訴訟法ニ倣ヒ更ニ闕席手續ノ範圍ヲ擴張シ第一回ノ辯論
期日ナルト續行期日ナルトヲ問ハス原告カ闕席シタルト被告カ闕席シタルト
ヲ問ハス本案ノ辯論ナルト訴訟要件ノ辯論ナルトヲ區別セス出頭シタル當事
者一方ノ申立ニ因リテ闕席判決ヲ爲シ且其判決ニ對シ闕席シタル當事者ハ故
障ノ申立ヲ爲スコトヲ許セリ我民事訴訟法モ獨逸民事訴訟法ト同一立法ヲ採
用シタルモノトス

闕席手續ハ右ノ沿革ニ因リ發達シタルモノニシテ我民事訴訟法ニ於ケル闕席判決即チ懈怠判決ハ當事者ノ一方カ口頭辯論期日ニ闕席シ若クハ辯論ヲ爲ササルトキ相手方ノ申立ニ因リテ之ヲ爲スヘキモノトス略言スレハ口頭辯論期日ノ懈怠即チ全部懈怠ノ結果ニ基キ言渡ス判決ヲ懈怠判決ト謂フ左ニ其條件ヲ説明スヘシ

第一 當事者ノ一方カ口頭辯論期日ヲ懈怠シタルコトヲ要ス

期日ヲ懈怠スルトハ期日ニ於テ當事者カ爲スヘキ行爲ヲ爲ササルコトヲ謂フ口頭辯論期日ノ懈怠トハ當事者カ口頭辯論期日ニ闕席セルカ若クハ出頭スルモ判決ノ基礎タル訴訟資料ニ付キ辯論ヲ爲ササルコトヲ謂フモノナリ(第二四六條)訴訟無能力者又ハ代理權ノ欠缺アル者カ出頭スルモ闕席シタルト同一ナリトス口頭辯論期日ハ第一回ノ期日ナルト口頭辯論延期ノ期日ナルト將タ口頭辯論續行期日ナルトヲ區別セサルモノトス(第二四九條)口頭辯論續行期日ノ懈怠ニ基キ懈怠判決ヲ爲スノ理由ニ付キ學說ニ派ニ岐ル(第一說)ハ口頭辯論ハ唯一ナリトノ原則ニ基クモノニシテ即チ口頭辯論ハ之ヲ分ツコ

トヲ得サルモノナレハ當事者カ前期日ニ提供シタル訴訟資料ハ更ニ續行期日ニ總テ之ヲ提供セサルヘカラス換言スレハ口頭辯論續行期日ニ於テハ當事者ハ訴訟資料タル辯論ヲ繰返ヘササルヘカラス故ニ續行期日ヲ懈怠スルトキハ前期日ヲ懈怠シタルト同一ナリト(第二說)ハ闕席手續ノ發達ハ其沿革ヨリスルモ當事者一方ノ辯論ニ基キ判決ヲ爲スハ事實ノ真相ニ適セストノ理由ニ因ルモノナリ故ニ前期日ニ於ケル當事者雙方ノ提供セル訴訟資料ト續行期日ニ於ケル當事者一方ノ提供シタル訴訟資料トニ因リ判決ヲ爲スモ尙ホ事實ノ真相ニ適セサルコトアルヘキヲ以テ續行期日ノ懈怠ト第一期日ノ懈怠トヲ同一視シ前期日ノ辯論ハ續行期日ヲ懈怠シタルカ爲メ判決ヲ爲ス場合ニハ之ヲ顧ミサルモノナリト第一說ハ多數學者ノ主張スル處ニシテ且獨逸民事訴訟法理由書ノ説明スル處ナリト雖モ口頭辯論ヲ數回ノ期日ニ分ツコトヲ得サル法律ノ規定ナキヲ以テ第二說ヲ正當ト信ス而シテ口頭辯論續行期日ヲ懈怠シタルトキハ第一回ノ辯論期日ヲ懈怠シタルト同一ナルヲ以テ前期日ニ現ハレタル訴訟資料即チ當事者ノ陳述セル事實證據方法

ハ勿論終局判決ノ前提タルヘキ中間判決ト雖モ其中間判決ニ羈束セラレサル限リハ其確定セルト否トヲ問ハス總テ之ヲ無視シテ懈怠判決ヲ爲スヘキモノトス

右ニ述ヘタル口頭辯論期日ノ闕席トハ期日ノ始ヨリ終ニ至ル迄當事者カ出頭セサルコトヲ謂フ辯論ヲ爲サストハ判決ノ資料ヲ提供セサルコトヲ謂フ故ニ當事者カ本案ノ辯論即チ判決ノ資料ヲ構成スルニ足ルヘキ陳述ヲ爲シタルトキハ假令各箇ノ事實證書ニ付キ陳述ヲ爲サス其他發問ニ付キ答辯ヲ爲ササルトキ又ハ任意ニ退廷スルモ期日懈怠ノ結果ヲ被ラシムルモノニ非ストス(第二五條)例ヘハ原告カ判決ヲ受クヘキ事項ノ申立ノミヲ爲シ退廷シタルトキハ未タ判決ノ資料ヲ構成スルニ足ルヘキ提供アリト爲スコトヲ得ス如何トナレハ裁判所ハ原告ノ申立ノミニ因リテハ其申立ノ當否ヲ判斷スルヲ得サレハナリ被告カ原告ノ請求ノ棄却ヲ求メタルトキハ原告ノ本案ノ訴訟物ニ付キ争ヒタリト認メ得ヘキヲ以テ他ノ陳述ヲ爲ササルモ本案ノ辯論ヲ爲シタルモノト謂フヘシ要スルニ本案ノ辯論ヲ爲シタリヤ否ヤハ事實問

題ナリトス

茲ニ所謂口頭辯論期日トハ判決手續ニ於テ當事者カ直接ニ受訴裁判所ニ對シ訴訟資料ヲ提供スヘキ期日ヲ謂フ故ニ任意的口頭辯論期日受命判事若クハ受託判事ノ審問期日判決言渡ノ期日和解期日證據調ノ期日ニ闕席スルモ懈怠判決ヲ爲スコトヲ得ス但證據調ノ期日ハ證據調カ終了スルトキハ口頭辯論續行期日カ開始セララルモノナレハ(第二八條)其期日ヲ懈怠スルトキハ懈怠判決ヲ爲スコトアルモノトス

第二 當事者ノ一方カ懈怠判決ヲ求ムル申立ヲ爲スコトヲ要ス

懈怠判決ヲ求ムル申立ハ訴訟上ノ申立ナリ判決ヲ受クヘキ事項ノ申立ニ非ス(第二二條)闕席手續ニ懈怠判決ヲ求ムル申立ヲ必要トシタル所以ハ訴訟ハ對審ヲ原則トスルヲ以テ當事者一方ノ辯論ニ基キ判決ヲ爲スコトハ變式手續ナルニ因ルモノトス(第二四條)故ニ懈怠判決ヲ求ムル申立ハ闕席手續開始ノ條件ナリトス若シ口頭辯論期日ニ出頭シタル當事者カ其中立ヲ爲ササルトキハ訴訟手續ハ休止ス

懈怠判決ヲ求ムル申立ハ條件的ノ申立ナリ即チ期日ノ終ニ至ル迄相手方カ出頭セサルカ若クハ辯論ヲ爲ササルトキハ一方ノ辯論ニ基キ闕席手續ノ審理ヲ求メ且懈怠判決ヲ求ムル旨趣ヲ有スルモノトス故ニ相手方カ期日ノ終了迄ニ出頭スルトキハ懈怠判決ノ申立ハ消滅ニ歸スルモノトス

右ノ條件ヲ具備スルトキハ裁判所ハ懈怠判決ヲ爲スヘキモノニシテ其判決ハ原告ノ懈怠ト被告ノ懈怠トニ因リ差異アリ即チ左ノ如シ

第一 原告カ口頭辯論期日ヲ懈怠シタルトキハ被告ノ申立ニ因リ懈怠判決ヲ以テ原告ノ訴ヲ却下スヘキモノトス(第二條四)原告ノ訴ヲ却下スル判決ヲ爲スハ原告カ訴ヲ取下ケタリトスルニモ非ス又原告カ請求ヲ拋棄シタリト推定スルニモ非スシテ原告ノ主張スル訴訟物ニ付キ理由アルコトヲ認定スル能ハストノ理由ニ基クモノナリ故ニ訴却下ノ判決ハ本案ノ判決ニシテ請求ノ理由ナキコトヲ宣言スルモノナレハ實體的確定力ヲ生シ得ルモノトス被告カ懈怠判決ヲ求ムル申立ヲ爲スモ裁判所ノ職權調査ニ屬スル訴訟成立要件ノ欠缺アルコト明カナルトキハ裁判所ハ懈怠判決ノ申立ヲ却下スルコ

トナク原告ノ訴ヲ不適法トシテ却下スル訴訟判決ヲ爲スヘキモノトス如何トナレハ懈怠判決ヲ求ムル申立ハ前述セル如ク闕席手續ノ審理ヲ求ムル内容ヲ有スルモノニシテ裁判所カ訴訟成立要件ノ欠缺ノ有無ヲ調査スルハ闕席手續ノ審理ヲ爲スニ外ナラス而シテ第二百五十二條第一項ノ規定ハ出頭シタル當事者カ舉證ノ責任アル場合ニ適用スヘキモノニシテ被告ハ訴訟ノ成立要件ニ付キ舉證ノ責任ヲ負擔スルモノニ非サレハナリ被告ハ懈怠判決ヲ求ムル申立ヲ爲サス原告ノ訴ノ却下ヲ求メスシテ原告ノ請求ノ全部若クハ一部ニ付キ認諾スルコトヲ得ヘク又原告ノ請求ノ一部ニ付キ懈怠判決ヲ求ムルコトヲ得ヘシ請求ヲ認諾シタルトキハ調書ニ明確ニスヘク請求ノ一部ニ付キ何等ノ申立ヲ爲ササルトキハ其部分ニ付テノ訴訟手續ハ休止ス又被告ハ妨訴抗辯ヲ提出シ若クハ其他ノ訴訟成立要件ノ欠缺ヲ主張スルヲ得ヘク其抗辯カ理由アリトスルトキハ對審判決ヲ以テ原告ノ訴ヲ却下スヘク理由ナシトスルトキハ妨訴抗辯若クハ其他ノ抗辯ヲ棄却シタル後懈怠判決ヲ爲スヘキモノトス

第二 被告カ口頭辯論期日ヲ懈怠シ原告カ懈怠判決ヲ求ムル申立ヲ爲シタルトキハ裁判所ハ原告カ口頭辯論ニ於テ主張シタル事實ヲ被告カ自白シタルモノト看做シ原告ノ請求ヲ理由アリトスルトキハ懈怠判決ヲ以テ被告ニ敗訴ヲ言渡シ原告ノ請求ヲ理由ナシト認ムルトキハ對審判決ヲ以テ原告ノ訴ヲ却下セサルヘカラス(第二四條)被告カ原告主張ノ事實ヲ自白シタリト看做スハ被告カ答辯義務ヲ履行セサルノ制裁ニアラス如何トナレハ前第二章ニ説述セル如ク現行法ハ被告ノ答辯義務ヲ認ムルモノニアラサレハナリ茲ニ所謂自白ハ法律上ノ推定ナリ被告カ期日ヲ懈怠シタルトキハ原告主張ノ事實ハ眞實ナリヤ否ヤノ問題外ニ於テ判決ノ資料ト爲スコトヲ許シタルモノトス

原告カ訴ノ原因ヲ變更スヘキ旨ノ書面ヲ豫メ被告ニ送達シ口頭辯論期日ニ變更シタル原因ニ付キ陳述スルトキハ(第二五條)亦懈怠判決ヲ求ムルコトヲ得ヘシ然レトモ故障以後ノ辯論ニ於テ被告カ異議ヲ主張スルコトヲ妨ケス又原告カ懈怠判決ノ申立ヲ爲シタル後請求ノ拋棄ヲ爲スコトヲ得ヘシ此場

合ニハ之ヲ調書ニ明確ニシ手續ヲ終了スルモノトス

原告ノ申立ニ因リ懈怠判決ヲ爲スニモ亦職權上調査スヘキ訴訟成立要件ノ欠缺ナキコトヲ要ス若シ要件欠缺アルトキハ第二百五十二條第一號ノ場合ヲ除キ原告ノ訴ヲ不適法トシテ却下スヘキモノトス管轄ノ合意ヲ自白シタルモノト看做スヘカラサルコトハ第一編第一章第五節第七款ヲ參照スヘシ

以上第一、第二ニ述ヘタルハ通常ノ場合ノ懈怠判決ナリト雖モ尙ホ特別ノ言渡ヲ爲スコトアリ即チ訴訟承繼(第一七條)新關席判決(第二六條)準備手續完結後ノ關席判決(第二七條)配當異議ノ關席判決(第六三條)證書訴訟手續ノ關席判決(第四八條)是ナリ人事訴訟ニ於テハ自白ノ法則ヲ適用セス故ニ被告ニ對スル懈怠判決ナシトス(人訴第一一條、第二六條、第三九條、第五九條)

當事者ノ一方カ關席シ若クハ辯論ヲ爲サス出頭シタル當事者ヨリ懈怠判決ヲ求ムル申立ヲ爲スモ左ノ場合ニ於テハ懈怠判決ノ申立ヲ却下シ若クハ辯論ノ延期ヲ爲スヘキモノトス

第一 懈怠判決ノ申立ヲ却下スヘキ場合左ノ如シ(第二五條)

- (一) 出頭シタル當事者カ裁判所ノ職權上調査スヘキ事情ニ付キ必要ナル證明ヲ爲ス能ハサルトキ
- 裁判所ノ職權調査ニ屬スヘキ訴訟成立要件ノ欠缺カ明カナルトキハ闕席判決ノ申立ヲ却下スヘキニ非ス對審判決ヲ以テ原告ノ訴ヲ不適法トシテ却下スヘキモノトス然レトモ訴訟成立要件其他訴訟進行ニ關スル要件ノ存在カ不明ナルトキハ懈怠判決ノ申立ヲ却下スヘキモノトス例ヘハ無訴權、專屬管轄違等ノ原因アル訴ナルコト明カナルトキハ出頭シタル當事者ノ原告ナルト被告ナルトヲ問ハス訴ヲ不適法トシテ却下スヘキモノナレトモ出頭シタル原告カ合意管轄アリト主張スルニ拘ハラズ其證明ヲ爲ス能ハス又ハ出頭シタル當事者ノ代理權訴訟能力ノ有無不明ナル場合ノ如キハ懈怠判決ノ申立ヲ却下スヘキモノナリトス
- (二) 出頭セサル當事者ニ事實上ノ陳述又ハ申立ヲ適當ナル時期ニ書面ヲ以テ通知セサルトキ
- 原告若クハ反訴原告カ口頭辯論ニ於テ爲サントスル申立其他事實上ノ陳

述ヲ適當ナル時期ニ書面ヲ以テ相手方ニ通知セサルトキハ相手方ニ防禦ノ機會ヲ與ヘスシテ懈怠ノ結果ヲ歸セシムルモノナレハ懈怠判決ノ申立ヲ却下スヘキモノトス茲ニ所謂申立トハ原告若クハ反訴原告ノ判決ヲ受クヘキ事項ノ申立ヲ謂フモノニシテ純然タル訴訟上ノ申立例ヘハ闕席判決ヲ求ムル申立ノ如キハ包含セス又事實上ノ陳述トハ判決ノ資料ト爲ルヘキ重要ナル事實(第二條)ヲ謂フモノナリ故ニ被告若クハ反訴ノ被告ニハ本項ハ適用ナシ被告若クハ反訴被告ハ闕席手續ニ於テ判決ヲ受クヘキ事項ノ申立又ハ事實上ノ陳述ヲ爲スモノニ非ス被告カ請求ヲ認諾シ若クハ訴訟成立要件ノ欠缺ヲ主張シ訴ノ却下ヲ求ムルハ懈怠判決ヲ求ムルニ非サレハ懈怠判決ノ申立ヲ却下スヘキ理由ナケレハナリ

右ノ事項アルトキハ裁判所ハ懈怠判決ノ申立ヲ却下スヘク然ルトキハ出頭シタル當事者カ懈怠判決ノ申立ヲ爲ササルト同一ニ歸スルヲ以テ訴訟ハ休止ト爲ルヘキモノナリ然レトモ出頭シタル當事者ハ口頭辯論ノ延期ヲ申立ツルコトヲ得ヘク其申立アルトキハ裁判所ハ之ヲ許容セサルヘカラス辯論

ヲ延期シタルトキハ新期日ヲ定メテ當事者雙方ヲ呼出ササルヘカラス
懈怠判決ノ申立ヲ却下スルハ決定ヲ以テ爲スヘク其決定ニ對シテハ即時抗
告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得抗告ニ因リテ該決定力取消サレタルトキ
ハ懈怠判決ヲ求ムル申立ハ適法ニ存在スルモノナレハ裁判所ハ新期日ヲ定
メテ前日ニ開席セル當事者ヲ呼出サスシテ懈怠判決ヲ爲スヘキモノトス
(第二五條)

第二 懈怠判決ヲ求ムル申立アルモ左ノ場合ニ於テハ裁判所ハ職權ヲ以テ辯

論ヲ延期スルコトヲ得ヘシ(第二五條)

(一) 出頭セサル當事者カ合式ニ呼出サレサリシトキ

出頭セサル當事者ニ對シ適式ナル口頭辯論期日ノ呼出ナキトキハ當事者
ハ期日ニ出頭セサルモ懈怠アリト爲スコトヲ得ス而シテ呼出ハ我民事訴
訟法ニ於テハ裁判所ノ職權ヲ以テ呼出狀ヲ送達シテ爲スヘキモノナレハ
呼出ノ不適式ヲ當事者ノ責ニ歸スルヲ得ス故ニ懈怠判決ノ申立ヲ却下セ
スシテ辯論ヲ延期スヘキモノト爲シタル所以トス

(二) 出頭セサル當事者カ天災其他避クヘカラサル事變ノ爲メニ出頭スル能
ハサルコトノ眞實ト認ムヘキ情況アルトキ此場合ハ當事者ノ責ニ歸スヘ
カラサル事由ニ因リ出頭スル能ハサリシモノナレハ辯論ノ延期ヲ許シタ
ル所以トス

右ノ場合ニ於テ辯論ヲ延期シタルトキハ更ニ新期日ヲ定メ當事者雙方ヲ呼
出スヘキモノトス

第一款 故障

故障トハ懈怠判決ニ對スル不服申立ヲ謂フ懈怠判決ハ當事者一方ノ辯論ニ基
キ爲スモノニシテ相手方ニ對シ不利益ノ結果ヲ歸セシムルモノナリ故ニ懈怠
判決ヲ受ケタル當事者ニ對シ何等ノ理由ヲ具備スルヲ要セス故障ノ申立ヲ許
シ懈怠判決ノ基礎ヲ覆ヘスコトヲ得セシムルモノトス
故障ハ期日懈怠ノ結果ヲ除却スルコトヲ目的トスルモノナリ故ニ故障ノ申立
ハ懈怠判決ヲ爲シタル裁判所ニ爲スヘキモノニシテ上級裁判所ニ爲スヘキモ
ノニ非サレハ上訴ニアラストス(第二五條第一項)故障申立ノ期間ハ懈怠判決ノ送達ヨ

リ起算シテ十四日トス此期間ハ不變期間ニシテ伸縮スルコトヲ得ス(第一七)然
レトモ懈怠判決ヲ外國ニ於テ送達スヘキトキ又ハ公示送達ヲ爲スヘキトキハ
十四日ノ不變期間内ニ故障ヲ爲スヲ得サルコトアルヘキカ故ニ裁判所ハ懈怠
判決中ニ適當ナル故障期間ヲ定ムルカ又ハ後日口頭辯論ヲ經スシテ決定ヲ以
テ其期間ヲ定メ之ヲ當事者ニ送達スルモノトス(第一五五條第二項、第四項)故障
ハ關席判決ノ送達前ニ爲スモ適法ナリ是レ上訴ト異ナル所ニシテ控訴及ヒ上
告ハ判決ノ送達前ニ提起シタル上訴ハ其效ナシト規定スレトモ故障ニ付テハ
斯ル規定ナキヲ以テ判決ノ送達前ト雖モ之ヲ有效ニ爲スコトヲ得ルモノトス

(第四〇條第二項、第四三項、
第四二項、第二五五條第三項)

故障申立ノ方式ニ付テハ第二百五十六條ニ掲ケタル要件ヲ具備スル書面ヲ受
訴裁判所ニ提出シテ爲スヘキモノニシテ其要件ハ左ノ如シ

第一 故障ヲ申立テラレタル關席判決ノ表示 判決ノ表示ヲ必要トスル所以

ハ如何ナル判決ニ對シ故障ヲ申立テタルモノナリヤヲ明確ニスルニ在ルヲ
以テ判決全文ヲ記載スルノ必要ナク例ヘハ何年何號何々事件ニ付キ何年何

月何裁判所ニ於テ言渡シタル關席判決トノミ記載スルモ可ナリトス

第二 關席判決ニ對スル故障ノ申立 關席判決ノ表示ノミニテ故障ノ申立ヲ

爲スノ趣旨ヲ表示セサルトキハ故障申立ノ要件ヲ缺ク無効ノモノト謂ハサ
ルヘカラス然レトモ故障ナル法律上ノ用語ヲ特ニ用キサルヘカラスルニア
ラス其書面ニ於テ故障ヲ申立ツル趣旨ヲ表ハスヲ以テ足レリトス

其他故障申立ノ書面ニハ本案ニ付テノ口頭辯論ノ準備ノ爲メニ必要ナル事項
アルトキハ亦之ヲ掲クヘキモノトス(第二五)

故障申立アリタルトキハ受訴裁判所ノ裁判長ハ故障カ適法ナリヤ否ヤ詳言ス
レハ判然許スヘカラスル故障ニアラサルヤ又ハ法律上ノ方式ニ適シタルモノ
ナリヤ若クハ故障期間經過後ニ係ルモノニアラサルヤヲ審査シ不適法ノモノ
ナルトキハ命令ヲ以テ故障ヲ却下スヘキモノトス裁判長ノ審査權ハ書面審理
ニ止マル即チ訴訟記録ト故障申立書ノミニ因リテ審査スヘキモノトス裁判長
ノ却下ノ命令ニ對シテハ即時抗告ヲ許ス裁判長カ故障ヲ適法ト認メタルトキ
ハ故障申立ノ書面ヲ相手方ニ送達セシメ且故障ニ付キ口頭辯論期日ヲ定メテ

當事者雙方ヲ呼出スヘキモノナリ(第二五七條)茲ニ故障ニ付テノ口頭辯論期日トハ單ニ故障ノ適法ナリヤ否ヤノミヲ審理スヘキ辯論期日ニアラスシテ故障申立ニ付テ爲スヘキ本案ノ辯論期日モ包含スル新期日ナリト解釋スルノ正鵠ヲ得タルモノナルコト第二百六十條、第二百六十一條等ノ規定ニ徴シテ明カナリトス

故障申立ニ因リテ開キタル口頭辯論期日ニ於テハ受訴裁判所ハ職權ヲ以テ故障ヲ許スヘキヤ否ヤ又法律上ノ方式ニ從ヒ若クハ其期間ニ於テ故障ヲ申立テタルヤ否ヤヲ調査ス故障カ許スヘキモノナルコトハ闕席判決ヲ爲シタル裁判所ニ其判決ヲ受ケタル當事者從參加人又ハ其一般承繼人ヨリ提起スルコトヲ謂フ法律上ノ方式ニ從フトハ第二百五十六條ノ規定ヲ遵守スルコトヲ謂ヒ期間内ニ提起スルコトハ前述セル故障期間ヲ謂フ若シ此要件ヲ缺キタルトキハ終局判決ヲ以テ不適法トシテ故障棄却ノ判決ヲ爲シ之ニ反シテ故障ヲ適法ト認メタルトキハ中間判決ヲ以テ故障ノ適法ナルコトヲ宣言シ若クハ後ニ爲スヘキ終局判決ノ理由中ニ於テ之ヲ宣言スヘキモノトス故障ノ適否ヲ決定ヲ

以テ宣告スヘキモノニ非ス故障カ適法ナルトキハ訴訟ハ懈怠前ノ程度ニ復シ再ヒ審理セラレルモノトス訴訟カ懈怠前ノ程度ニ復ストハ故障ナル方法ニ依リ期日懈怠ノ結果ヲ除却シ懈怠前ノ状態ニ訴訟ノ程度ヲ回復スルコトヲ謂フ換言スレハ訴訟當事者ノ一方カ懈怠判決ヲ受ケ而シテ故障ノ申立ヲ爲シタルトキハ訴訟ハ當事者カ未タ懈怠判決ノ申立ヲ爲ササル以前ノ程度ニ復スルモノナリ(第二五九條)然レトモ故障申立ニ依リ訴訟カ闕席前ノ程度ニ復スルハ裁判所カ故障カ適法ナリトノ中間判決ヲ爲シタル場合ノ外ハ確定的效力ヲ有スルモノニ非スシテ假定的ナリ闕席前ノ程度ニ訴訟手續ヲ回復シ假ニ本案ノ審理ヲ爲スモノナリ故ニ本案ノ審理ヲ進行シタル後ニ於テ故障ノ不適法ナルヲ發見シタルトキハ故障棄却ノ判決ヲ爲スコトヲ妨ケス又故障申立ニ依リ闕席判決ハ當然其效力ヲ失フモノニ非サルコトハ後ニ述ルカ如シ

故障ハ再ヒ懈怠判決ヲ受ケタル場合ニ其判決ニ對シ更ニ申立ツルコトヲ得ヘシ然レトモ故障ノ申立ヲ爲シタル當事者カ故障ニ付キ定メタル辯論期日即チ故障申立アリタル後第一ニ開カルヘキ口頭辯論期日又ハ其期日ニ辯論ヲ爲サ

スシテ延期シタル期日ニ闕席セルカ又ハ出頭スルモ辯論ヲ爲ササルトキハ第
二百五十二條、第二百五十四條ノ場合ヲ除クノ外出頭シタル相手方ノ申立ニ因
リ故障ヲ棄却スル判決ヲ爲ス此判決ヲ稱シテ新闕席判決ト謂フ新闕席判決ニ
對シテハ故障ノ申立ヲ爲スコトヲ許サス且職權ヲ以テ假執行ノ宣言ヲ付スヘ
キモノトス是レ故障申立ヲ濫用シ訴訟ノ終了ヲ遅延セシムル弊害ヲ避クルニ
アリトス但第三百九十八條ノ條件ヲ具備スル場合ニハ控訴ノ申立ヲ爲スコト
ヲ得(第二百五〇條、
第二六三條)

故障ノ申立アリタル場合ニ故障ヲ適法トスルトキハ訴訟ハ闕席前ノ程度ニ復
シテ辯論ヲ爲スヘキモノニシテ其結果新辯論ニ基キ言渡スヘキ判決主文カ前
ニ言渡シタル闕席判決ノ主文ト符合スルトキハ闕席判決ヲ維持スルコトヲ言
渡シ其符合セサルトキハ前闕席判決ヲ廢棄シテ更ニ相當ノ判決ヲ爲スヘキモ
ノナリ符合トハ主文全部ノミニ限ラス符合スル部分カ判決主文ノ一部ナルト
キハ符合スル部分ヲ維持シ符合セサル部分ヲ廢棄スヘキモノトス蓋シ闕席判
決ニ對スル適法ナル故障ノ申立ハ其訴訟ヲシテ闕席前ノ程度ニ復セシムルモ

ノナルカ故ニ前闕席判決ノ旨趣ヲ顧ミルニ及ハサルカ如シト雖モ第二百六十
一條ニ於テ闕席前ノ程度ニ復ストハ訴訟ノ程度ヲ回復スルニ止マリ故障申立
アルモ闕席判決ハ未タ消滅セサルカ故ニ之ヲ消滅セシムルカ又ハ維持スルカ
ノ判決ノ標準ヲ明定シタルモノナリ(第二六
一條)闕席判決ヲ維持シ若クハ廢棄スル
判決ヲ言渡スモ未タ闕席判決ノ效力ヲ確定スルモノニ非スシテ其判決ノ確定
ニ依リテ定マルモノナリ

懈怠ニ因リテ生シタル訴訟費用ハ新辯論ニ基キ言渡ス判決ニ於テ縱令懈怠者
ノ勝訴ト爲リタルトキニ於テモ懈怠者ニ於テ之ヲ負擔セサルヘカラス然レト
モ(一)違法ナル闕席判決アリタルトキハ之ニ故障ヲ爲シテ勝訴ニ歸スルモ其費
用ヲ負擔スルノ義務ナシ(二)相手方ノ不當ナル異議ノ爲メニ生シタル費用ノ如
キモ亦勝訴者ニ於テ之ヲ負擔スヘキニアラサルナリ(第二六
二條)
故障ノ拋棄及ヒ取下ニ付テハ第二審即チ控訴ノ拋棄及ヒ其取下ニ關スル規定
ヲ準用スヘキモノト規定セリ蓋シ故障ト謂ヒ控訴ト謂フ二者共ニ判決ニ對ス
ル不服ヲ申立ツル點ニ於テハ同一ナルカ故ニ控訴ニ關スル規定ヲ準用シ二者

各別ニ規定スルノ繁ト重複トヲ避ケタルモノナルヘシ(第三二六四條)
 故障ノ取下ハ故障ニ付テノ口頭辯論前ニ於テハ相手方ノ承諾ナクシテ隨意ニ
 取下ヲ爲スコトヲ得相手方ノ口頭辯論開始後ニ於テハ相手方ノ承諾ヲ得テ取
 下クルコトヲ得ヘシ而シテ故障ヲ取下ケタルトキハ再ヒ故障ヲ爲スノ權利ヲ
 喪失スル結果ヲ生スルモノナリ(第三二六四條)
 以上ハ第二四十六條乃至第二六十四條ノ懈怠判決ニ關スル説明ニシテ右
 規定ハ反訴又ハ請求ノ原因數額ニ爭アリテ其原因ニ付テハ既ニ判決ヲ爲シ數
 額ノ辯論ニ於テ當事者ノ一方カ懈怠シタル場合ニ準用セラル故ニ反訴ニ付テ
 ハ反訴原告ノ闕席若クハ反訴被告ノ闕席ニ依リ第二四十七條第二四十八
 條ニ從ヒ反訴ノ訴訟物ノミニ付キ判決ヲ爲スヘク又數額ニ關スル辯論ニ於テ
 ハ前ニ爲シタル請求ノ原因ヲ正當ナリトスル中間判決ノ存スルトキト雖モ原
 告カ闕席セルトキハ原告ノ請求ヲ棄却スル判決ヲ爲スヘク原告ハ其判決ニ對
 シ故障申立ヲ爲スヲ得ヘキナリ又中間訴訟ノ爲メノミニ定メタル辯論期日ニ
 當事者ノ一方カ懈怠シタルトキハ中間訴訟ヲ完結スル點ニ限り以上ノ規定ヲ

準用ス(第二五六條)妨訴抗辯ニ關スル辯論請求ノ原因ノミニ關スル辯論ノ如キ是レ
 ナリ

第八節 區裁判所ノ手續

區裁判所ノ訴訟ハ概ネ簡易ナル事件若クハ急速ヲ要スル事件ニシテ區裁判所
 ハ其構成モ亦地方裁判所ノ如ク合議制ナラスシテ所謂單獨制ナリ隨テ區裁判
 所ニハ裁判長又ハ受命判事ナルモノナシ(第一四條第一項)故ニ其訴訟手續モ亦
 地方裁判所ニ比シテ簡易ナラシムヘク隨テ地方裁判所ノ第一審ノ訴訟手續ハ
 悉ク之ヲ區裁判所ノ訴訟手續トナスコト能ハ斯特ニ便宜ノ手續ヲ設クル必要
 アリト雖モ多クハ同一規定ニ依ラシムルヲ得ルヲ以テ區裁判所ノ通常訴訟手
 續ニ付テハ裁判所構成法及ヒ本法第一編第二編第二章第一節ノ規定ニ因リ差
 異ノ生セサル限ハ渾テ地方裁判所ノ訴訟手續ニ付テノ規定ヲ適用スルモノナ
 リトス(第三七條)左ニ地方裁判所ノ手續ト差異アル部分ノミニ付キ説明スヘシ

第一款 起訴ノ方法及ヒ準備書面

第一 訴ヲ提起セント欲スル者ハ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係争ノ請求ニ付キ和解ノ爲メ其目的物ヲ開示シ其普通裁判籍アル區裁判所(第一條)ニ相手方ヲ呼出スヘキコトヲ書面又ハ口頭ヲ以テ申立ツルコトヲ得若シ和解ノ爲メニ呼出シタル期日ニ於テ和解不調トナリタルトキハ其訴訟物カ其裁判所ノ管轄ニ屬スルトキハ當事者雙方ノ申立ニ因リ直チニ口頭辯論ヲ開始スヘク此場合ノ訴ノ提起ハ口頭演述ヲ以テ之ヲ爲ス之ニ反シテ和解期日ニ於テ當事者雙方出頭シテ和解調ヒタルトキハ調書ヲ以テ之ヲ明確ニシ而シテ此調書ハ執行文ノ付與ヲ得ルトキハ之ニ因リテ強制執行ヲ爲スヲ得ルモノナリ(第三條)相手方カ出頭セス又ハ和解力不調ト爲リタルトキハ其費用ハ訴訟費用ノ一部トシテ處分スヘキモノトス

和解期日ニ於テ呼出サレタル相手方ハ裁判所ニ出頭スヘキコトヲ強要セラレルコトナク又和解不調ト爲リシ儘ニテ訴訟ト爲ラサルトキ若クハ訴訟ニ進行シタルトキト雖モ和解申立人ニ於テ敗訴シタルトキハ和解申立人ノ相

手方ハ其和解ニ關スル費用ヲ負擔スヘキ義務ナキモノトス

第二 訴ノ提起ハ訴狀ノ差出ニ依ルノ外(第一九條)尙ホ左ノ方法ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ

(一) 調書ヲ以テスル起訴 調書ヲ以テスル起訴トハ口頭ニテ訴ヲ爲シタルトキ區裁判所書記ハ第三百三十五條ノ規定ニ依リ之カ調書ヲ作ルモノニシテ而シテ其調書ハ訴狀ニ等シク當事者ノ陳述ニ基キ訴狀ノ要件ヲ具備セサルヘカラス其調書ニ依ル起訴ノ權利拘束ハ其調書ノ謄本ヲ被告ニ送達スルニ因リテ始マルモノトス

(二) 口頭ヲ以テスル起訴 當事者ハ豫メ期日ノ指定ナクシテ通常ノ裁判日即チ區裁判所ノ開廷日ニ於テ裁判所ニ出頭シ原告カ被告ノ面前ニ於テ訴旨ヲ口述スルトキハ訴ノ提起ノ效力ヲ生スルモノナリ

其他前述シタルカ如ク當事者カ和解ノ爲メニ出頭シ和解不調ト爲リタル場合ニ於テ當事者雙方ノ申立ニ因リ其訴訟ニ付キ直チニ口頭辯論ヲ爲ストキハ此種ノ提起モ亦所謂口頭演述ヲ以テ爲シタル部類ニ屬ス(第三七八條)

口頭演述ノ方法ニ依ル訴ノ提起ハ同時ニ訴訟物ノ權利拘束ヲ生スルモノトス

第三 準備書面ノ交換ヲ要セス 前述シタルカ如ク區裁判所ノ訴訟手續ハ簡易急速ヲ主トスルカ故ニ準備書面ノ交換ニ因リ口頭辯論ヲ準備スルコトヲ要セス隨テ第九十九條ノ規定ニ依リ被告ニ對シ答辯書ヲ差出スヘキ催告ヲ爲スニ及ハス然レトモ原告若クハ被告ノ申立又ハ事實ノ主張ニシテ豫メ通知スルニアラ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ハ口頭辯論前直接ニ相手方ニ通知スルヲ得ヘキモノトス(第三七五條 第三七七六條)

第四 區裁判所ノ訴訟手續ニ於テ訴狀送達ト口頭辯論期日トノ間ニハ少クトモ三日ノ時間ヲ存スルコトヲ要ス 若シ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訴狀ノ送達ヲ外國ニ於テ爲ス場合ニ於テハ其事情ニ應シテ相當ノ時間ヲ定メサルヘカラス(第三七條)

第五 訴訟代理人ニ付テハ辯護士ヲ以テ代理人ト爲スコトヲ要セス 訴訟能

力者タル親族又ハ雇人ヲ以テ訴訟代理人ト爲スコトヲ得區裁判所ノ管轄ニ屬スヘキ訴訟ハ極メテ簡易ナル事件ナルヲ以テ法律上ノ學識、經驗アル辯護士ヲ訴訟代理人トスルノ必要ナシトス然レトモ親族、雇人及ヒ辯護士以外ノモノヲ以テ訴訟代理人ト爲スコトヲ許サス若シ之ヲ許ストキハ辯護士ニアラスシテ訴訟ノ業務ヲ爲ス者ヲ生シ諸種ノ弊害ヲ來スノ虞アレハナリ故ニ唯辯護士、親族又ハ雇人ノ在ラサル場合ニ於テ他ノ訴訟能力者ヲ以テ訴訟代理人ト爲スコトヲ得ルノミ(第六條 第三條)

第二款 口頭辯論

第一 妨訴抗辯ハ裁判所管轄違ノ抗辯ニ限リ本案ノ辯論前ニ提出スヘク其他ノ妨訴抗辯ハ被告ノ辯論前同時ニ提出スルコトヲ要セス 換言スレハ本案ノ辯論ノ前後ニ拘ラス個々獨立シテ數個ノ妨訴抗辯ヲ提出スルコトヲ許ササルモノニ非ス其理由ハ概シテ簡易ナル事件ニ付キ妨訴抗辯ヲ本案ノ辯論前ニ提出セシメ之ヲ完結セル後ニ本案辯論ニ着手シ以テ訴訟ヲ遲延セシムルニ至ル程ノ手續ヲ爲スヘキ價值ナシト認メタルニ在ルト(二)區裁判所ノ

訴訟手續ニ付テハ法律上ノ智識經驗等ニ乏シキ親族又ハ雇人ヲ以テ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ許スモノナリ故ニ此等ノ智識經驗ニ乏シキ者ニ特種ノ訴訟手續ヲ要スルモノト爲ス事キハ訴訟手續上ノ困難ヲ感スルモノナレハナリ然リト雖モ管轄違ノ妨訴抗辯ヲ本案ノ辯論後ニ於テ有效ニ提出シ得ヘキモノ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ヲ爲シタルモノトスルノ法文ニ直接相抵觸スルヲ以テナリ(第二〇六條、第三七九條第一項)

第二 被告ハ妨訴抗辯ヲ提出シタルトキト雖モ本案ノ辯論ヲ拒ムノ權利ナシ蓋シ地方裁判所ノ訴訟手續ノ如ク被告カ妨訴抗辯ヲ爲シタルニ因リ本案ノ辯論ヲ拒ムノ權利ヲ付與スルトキハ訴訟ノ遅延ヲ來スヘキヲ以テ本案ノ辯論ヲ拒ムコトヲ得サラシメ迅速ニ訴訟ヲ完結セント欲シタルモノナリ然レトモ裁判所ニ於テ妨訴抗辯ト本案ノ辯論トヲ分離シテ審理スヘキ必要アリトナストキハ職權ヲ以テ辯論ノ分離ヲ命スルコトヲ得ルモノニシテ其結果トシテ其辯論ニ基キ別ニ判決ヲ爲スコトヲ得ヘキモノトス(第三七九條第二項)

第三 判決ヲ受クヘキ事項ノ申立ハ書面ニ基クヲ要セス 區裁判所ノ訴訟手續ハ簡易ヲ主トスルモノナレハ判決ヲ受クヘキ事項ノ申立又ハ重要ノ陳述ヲ書面ニ基キ爲スカ如キ手續ヲ要セストシテ必要ト認ムル申立及ヒ陳述ヲ調書ニ記載シテ之ヲ明確ニスヘキモノトシタルナリ(第三八〇條第二項、第三八二條)

第四 計算事件、財産分割事件及ヒ之ニ類スル訴訟ニ付キ受訴裁判所即チ區裁判所ハ準備手續ヲ命スルコトヲ要セス 如何トナレハ區裁判所ノ訴訟手續ハ簡易ナルノミナラス元來區裁判所ノ構成ハ單獨制ニシテ裁判長又ハ受命判事ナルモノナキカ故ニ此準備手續ヲ爲スノ必要ヲ認メサルト其之ヲ爲スヲ得サルカ故ナリ(第三八〇條第一項、第二六六條乃至第二七二條)

第三章 上訴手續

第一節 上訴ノ意義及ヒ種別

民事訴訟法ニ於テ上訴ノ制度ヲ認メタルハ裁判ノ正當ナルコトヲ擔保シ完全ニ私權保護ノ目的ヲ達センカ爲メニ外ナラス蓋シ裁判所構成法ニ於テ裁判官

タルノ資格ニ付キ嚴格ナル規定ヲ設ケ法律上ノ學識經驗アル者ヲ以テ其員ニ充ツルト雖モ尙ホ裁判官カ訴訟ヲ處理スルニ當リ其裁判ニ誤謬ナキヲ保セス斯カル場合ニ其裁判ヲ匡正スルノ方法ヲ設ケサレハ當事者ハ權利ヲ伸張スル能ハサルヲ以テ一ノ裁判ニ不服ナル當事者其他訴訟關係人ニ對シテハ不服ノ申立ヲ爲スヲ得セシメ其裁判ノ取消若クハ變更ヲ許スノ方法ヲ設クル必要アリトス是レ古來各國ノ立法例ニ於テ上訴ノ制度ヲ認メタル所以ニシテ現行法ニ於テモ裁判所ニ上級審及ヒ下級審ノ階級ヲ設ケ訴訟關係人ノ申立ニ因リ上級裁判所ヲシテ下級裁判所ノ裁判ヲ審査シ必要ナル場合ニハ其裁判ヲ取消シ若クハ變更スルコトヲ得ルノ方法即チ上訴ノ制度ヲ設ケタル所以トス

第一 上訴ノ意義

上訴トハ當事者其他ノ訴訟關係人カ正級裁判所ニ對シテ下級裁判所ノ爲シタル未確定ノ裁判ノ取消若クハ變更ヲ求ムル不服申立ナリ

- (一) 上訴ハ上級裁判所ニ對シテ爲ス不服申立ナリ 裁判ニ對スル不服申立ニ上級裁判所ニ對シテ爲スモノト其裁判ヲ爲シタル裁判所ニ對シテ爲ス

モノトノ二種アリ原狀回復ノ申立故障ノ申立支拂命令ニ對スル異議ノ申立再審ノ訴ノ如キハ原裁判所ニ對シテ爲ス不服申立ニシテ上訴ニ非ズ上訴カ他ノ不服申立ト區別セラルル標準ハ其申立ヲ上級裁判所ニ對シテ爲スノ點ニ存スルモノナリ上訴ハ裁判ノ取消若クハ變更ヲ求ムル爲メ其裁判ヲ爲シタル裁判所カ從屬的關係ヲ有スル直近上級裁判所ニ對シテ爲ス不服申立ナリトス

- (二) 上訴ハ未確定ノ裁判ニ對スル不服申立ナリ 上訴ハ未タ確定力ヲ生セサル下級裁判所ノ裁判ニ對スル不服申立ナリ即チ訴訟進行中ニ於ケル不服申立ニシテ訴訟ヲ續行スル性質ヲ有スルモノナリ確定裁判ノ取消若クハ變更ヲ求ムル再審ノ訴ト異ナル所以トス獨逸舊普通法ニ於テハ再審ノ訴ヲ以テ非常上訴ト爲シ上訴ノ一種トセリト雖モ現行獨逸民事訴訟法及ヒ我民事訴訟法ハ未確定ノ裁判ニ對スル不服申立ノミヲ上訴トセリ
- (三) 上訴ハ裁判ノ取消若クハ變更ヲ求ムル爲メ當事者其他訴訟關係人ノ爲ス不服申立ナリ 凡ソ裁判ハ之ヲ爲シタル裁判所自ラ職權ヲ以テ取消シ

若クハ變更スルコトヲ得ルモノアリ訴訟指揮ニ關スル裁判例ヘハ辯論ノ併合、分離ノ裁判ノ如キ是ナリ又訴訟關係人ノ申立ニ因リ原裁判所又ハ他ノ裁判所カ新手續ヲ開始シ之ニ基キ取消シ若クハ變更スルヲ得ルモノアリ判決、支拂命令、強制執行手續ニ於ケル決定ノ如キ是ナリ訴訟關係人カ裁判ノ取消若クハ變更ヲ求ムル爲メ新手續ノ開始ヲ求ムルヲ不服申立ト謂フ上訴ハ上級裁判所ニ於ケル新手續ヲ開始シ下級裁判所ノ裁判ノ取消若クハ變更ヲ求ムルモノナレハ不服申立ナリト謂フ所以ナリ而シテ不服申立ヲ爲スモノハ訴訟當事者ノミナラス其他ノ訴訟關係人タルコトアリトス(第三〇〇二條、第六八〇條等、第)

第二 上訴ノ種類

裁判ハ其形式ヨリ區別スレハ判決、決定及ヒ命令ノ三種アリ又裁判ヲ爲シタル審級ヨリ區別スレハ第一審ノ裁判、第二審ノ裁判及ヒ第三審ノ裁判ノ三種アリ裁判ノ種類ニ因リ上訴モ亦種別ナカルヘカラス故ニ我民事訴訟法ハ獨逸民事訴訟法ト同シク上訴ノ種類ヲ分テ控訴、上告及ヒ抗告ノ三種トシ判決

ニ對スル上訴ヲ控訴及ヒ上告トシ決定若クハ命令ニ對スル上訴ヲ抗告トセリ控訴ハ第一審ノ終局判決及ヒ終局判決ト看做サルル中間判決ニ對スル不服申立ニシテ上告ハ第二審ノ終局判決及ヒ終局判決ト看做サルル中間判決ニ對スル不服申立ナリ又抗告ハ下級裁判所ノ決定若クハ裁判長ノ命令ニ對スル不服申立ナリ而シテ控訴ハ第一審判決ニ付キ事實ノ認定及ヒ法律適用ノ當否ノ調査ヲ求ムルヲ目的トシ上告ハ第二審判決ニ付キ法律適用ノ當否ノ調査ヲ求ムルヲ目的トシ又抗告ハ廣ク原裁判ノ當否ノ調査ヲ求ムルニアリトス

適法ノ上訴カ提起セラレルトキハ移審ノ效力及ヒ停止ノ效力ヲ生ス移審ノ效力トハ訴訟カ下級裁判所ノ繫屬ヲ離脱シ上級裁判所ニ繫屬スル效力ヲ謂フ訴訟カ繫屬スル結果上級裁判所ハ當事者ノ不服申立ノ限度ニ於テ原裁判ノ當否ヲ調査シ且裁判ヲ爲スヲ得ルニ至ルモノナリ停止ノ效力トハ原裁判ノ確定力ヲ停止シ且執行力ヲ停止スルコトヲ謂フ裁判ハ訴訟關係人カ上訴ヲ爲シ得ル間ハ確定セサルノミナラス上訴ノ提起アルトキハ其確定ヲ遮斷スルモノトス

控訴及ヒ上告ニ付テハ常ニ斯カル效力ヲ生シ抗告ニ付テハ即時抗告(第四六)ニ限リ確定ヲ停止スル效力ヲ生ス又控訴及ヒ上告ノ提起ハ判決ニ假執行ノ宣言アル場合ノ外總テ執行停止ノ效力ヲ生シ抗告ノ提起ハ法律ニ特定セル場合ノ外執行停止ノ效力ヲ生セサルモノトス

第二節 控 訴

第一款 控訴ノ性質

控訴トハ第一審ノ終局判決ニ不服ナル當事者カ上級裁判所ニ對シ其當否ニ關スル調査ヲ求メ且之ヲ自己ノ利益ニ變更スヘキコトヲ求ムル申立ヲ謂フ控訴ハ第一審裁判所カ終局判決ニ因リ終了シタル訴訟ニ付キ上級裁判所ニ於テ辯論ヲ更新シ當事者ノ不服申立カ正當ナリヤ否ヤヲ審査スルモノトス(第三九)控訴ノ手續ハ上級裁判所カ第一審裁判所ノ判決ノ當否ヲ審査スルモノナレトモ上級裁判所カ自ら進ミテ其手續ヲ開始スヘキモノニ非ス民事訴訟ノ原則タル處分權主義ニ依リ當事者カ一定ノ要件ヲ具備シテ控訴ノ申立ヲ爲シタルト

キニ限リ開始セラルルモノトス換言スレハ控訴手續ノ開始ハ當事者ノ自由意思ニ放任セラルルモノニシテ當事者カ控訴申立ヲ爲シタルトキ控訴裁判所ハ始メテ其訴訟ニ干渉シ控訴ヲ申立テラレタル判決ヲ審査シ且不適當ナル場合ニ之ヲ取消シ若クハ變更スル義務ヲ生スルモノナリ故ニ第一審ノ終局判決ヲ受ケタル訴訟當事者ハ控訴裁判所ニ對シ控訴權ヲ有ス控訴權ハ形式的控訴權及ヒ實體的控訴權ノ二種ニ區別スルコトヲ得形式的控訴權トハ控訴ニ付キ控訴裁判所ニ第一審判決ノ審査及ヒ裁判ヲ求ムル控訴人ノ權利ニシテ實體的控訴權トハ控訴ニ依リ不服ヲ申立テタル第一審ノ判決ヲ控訴申立ノ如クニ變更ヲ求ムル控訴人ノ權利ナリ形式的控訴權ノ審査ハ控訴ノ訴訟要件ニ付テノ審査ニシテ換言スレハ適法ノ控訴ナルヤ否ヤ即チ第四百一條第四百二條ノ條件ヲ具備スルモノナリヤ否ヤノ審査ナリ實體的控訴權ノ審査ハ不服申立ノ當否ノ審査ナリトス

形式的控訴權及ヒ實體的控訴權ノ審査ハ控訴裁判所ニ於テハ第一審裁判所ノ訴訟ト同シク當事者ノ口頭辯論ヲ經テ審査スヘキモノナルヲ以テ隨テ控訴人

ノ控訴申立ニ因リ下級裁判所ニ於ケルカ如ク一個ノ新ナル訴訟ヲ控訴裁判所ニ成立スルモノナリ換言スレハ下級裁判所ニ於ケル訴訟トハ分離シタル一ノ新訴訟カ上級裁判所ニ於テ成立スルモノナリ而シテ控訴裁判所ニ於テハ新辯論ヲ爲シテ第一ニ控訴人ハ控訴申立ニ付キ審査竝ニ裁判ヲ求ムル権利アリヤ否ヤヲ審査シ然ル後控訴人カ不服ヲ申立テタル判決ヲ其申立ノ如ク變更スヘキヤ否ヤヲ審査スルモノトス

右ニ述ヘタル如ク控訴裁判所ニ於ケル訴訟ハ控訴ノ提起ニ因リテ生スル新訴訟ニシテ下級裁判所ノ訴訟ノ一分ニアラス固ヨリ訴訟ノ原告カ私権ニ付キ國家ノ機關タル裁判所ニ對シテ其保護ヲ要求シタル訴訟ノ全部ヨリ觀察スルトキハ其一部分ナリト雖モ下級裁判所ノ訴訟ハ其終局判決ニ因リテ終了シ控訴ノ訴訟ハ控訴ノ申立ニ因リテ新ニ生スル獨立ノ訴訟ニシテ下級裁判所ノ訴訟ノ一分ニアラスナルナリ故ニ下級裁判所カ爲シタル一個ノ判決ニ對シ數個ノ控訴ヲ申立テラレタルコトアリト雖モ之カ爲メニ數個ノ控訴カ合シテ一個ト爲ルモノニアラスシテ數個ノ控訴ハ各獨立シテ存在シ控訴裁判所ニ於テハ下

級裁判所ノ一個ノ判決ニ對シテ數個ノ新訴訟ヲ開始スルコトアルモノトス控訴裁判所ニ於ケル新訴訟ハ下級裁判所ノ判決ノ當否ニ付テ批評ヲ爲スノミヲ以テ目的トスルモノニ非ス即チ下級裁判所カ其訴訟ニ於テ現ハレタル訴訟ノ材料ニ付キ正當ナル判決ヲ爲シタルヤ否ヤヲ審査スルノミニ非スシテ却テ下級裁判所ニ於テ終局シタル訴訟ヲ更新シテ上級裁判所ニ現ハレタル訴訟ノ材料ニ據リテ下級裁判所ノ判決ノ當否ヲ審査スルモノナリ故ニ或場合ニハ事情ノ變更ニ因リ下級裁判所ニ於ケル正當ナル判決モ取消シ若クハ變更スルコトアルモノトス然レトモ控訴ノ新訴訟ニ於テハ當事者カ下級裁判所ニ於テ爲シタル訴訟行爲ヲ全ク顧ミスシテ下級裁判所ノ訴訟ヲ絕對ニ覆審スルモノニアラス換言スレハ下級裁判所ノ訴訟材料ヲ全ク顧ミスシテ一旦下級裁判所ニ於テ終了シタル訴訟ヲ再ヒ審理スルモノニアラス當事者カ下級裁判所ニ於テ爲シタル訴訟行爲ハ一定ノ範圍内ニ於テ控訴ノ訴訟ニ於テモ效力ヲ有スルカ故ニ全然更新シテ覆審ヲ爲スモノニアラスシテ控訴ノ訴訟ハ第一審ノ口頭辯論ノ程度ヲ繼續スルモノナリ故ニ控訴ニ於テハ事實及ヒ法律ノ點ニ關シテ

訴訟ノ材料ニ付キ審査ヲ爲シ且當事者ハ控訴ノ訴訟ニ於テモ第一審ノ口頭辯論ノ繼續ニ於テ爲シ得ヘキ訴訟材料ノ補充若クハ變更ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ之ヲ要スルニ當事者ノ控訴申立ニ因リテ控訴裁判所ニ於テハ第一審ノ口頭辯論ノ程度ヲ繼續シタル新訴訟カ開始セララルモノトス

控訴申立ヲ爲スコトヲ得ル裁判所ハ第一審裁判所カ從屬的關係ヲ有スル直近上級裁判所ニシテ事物ノ管轄ヨリスレハ地方裁判所カ第一審トシテ爲シタル判決ニ對シテハ控訴院ニシテ區裁判所カ第一審ナルトキハ地方裁判所ナリ又土地ノ管轄ヨリスレハ第一審ノ判決ヲ爲シタル所在地ヲ管轄スル直近上級裁判所ナリ但或種ノ訴訟ニ付キ控訴院カ第一審ニシテ第二審ナルコトアリ是レ一ノ特例ナリ(裁判三六條三七條)

第二款 控訴ノ要件

控訴ノ提起トハ訴訟ノ當事者カ法定ノ方式ニ從ヒ第二審裁判所ニ對シテ第一審判決ノ變更ヲ求ムル意思表示ヲ謂フ此控訴ノ提起アリタル場合ニ於テ控訴裁判所ハ提起セラレタル控訴ハ許スヘキモノナリヤ否ヤ法律上ノ方式ニ從ヒ

タルヤ否ヤ法定ノ期間ニ於テ控訴ヲ提起シタルヤ否ヤハ職權ヲ以テ審査スヘキモノトス(第四一條九條)隨テ控訴ノ成立ニハ控訴カ許スヘキモノナルコト法律上ノ方式ニ從ヒタルコト法定ノ期間ニ提起シタルコトノ三要件ヲ具備セサルヘカラス以下之ヲ説明スヘシ

第一 控訴カ許スヘキモノタルコトヲ要ス

控訴ハ第一審裁判所ニ於テ爲シタル終局判決ニ對シ第二審裁判所ニ訴訟ノ當事者ヨリ提起シタルトキニ限り許スヘキモノトス(第三九條六條)

(一) 當事者 第一審ニ於ケル主タル當事者及ヒ其一般承繼人ハ控訴ヲ提起スルコトヲ得第一審ニ於テ當事者ニアラサリシ第三者ハ縱令訴訟ノ成績ニ利害ノ關係ヲ有スルモ控訴ヲ提起スルコトヲ得ス控訴ヲ提起シ得ル者ハ第一審ノ敗訴者ニ限ルヤ否ヤハ學說岐ル然レトモ控訴ノ提起ニ敗訴ヲ要件トシタルコトヲ認ムヘキ規定ナキノミナラス控訴審ニ於テ申立ノ擴張ヲ爲シ若クハ申立ヲ變更スルコトヲ許シタル(第四一條六條)法意ヨリスレハ第一審ノ勝訴者ト雖モ控訴ヲ爲シ得ルモノト爲スヲ正當ト信ス反對說ヲ主

張スル者ハ曰ク第一審判決ノ勝訴者ハ自己ノ申立ヲ認容セラレタルモノ
 ナレハ第一審判決ニ依リ不利益ヲ受ケタリト爲スヲ得ス不利益ヲ受ケサ
 ル者ハ其判決ニ不服ナル理由ナキヲ以テ控訴カ許スヘキモノナルニハ敗
 訴者タルコトヲ要スト然レトモ第一審判決ニ依リ不利益ヲ受ケタルヤ否
 ヤ換言スレハ控訴ヲ爲スニ付利益アリヤ否ヤハ控訴ヲ提起スル當時ノ狀
 態ニ依リテ定マルモノナリ第一審判決ヲ受ケタル後其確定前ニ於テ判決
 ニ於テ認容セラレタル目的物カ被告ノ故意若クハ過失ニ依リテ滅盡シ又
 ハ變更シタルトキハ原告ハ更ニ訴ヲ提起シテ其賠償ヲ求ムルヲ得ヘキモ
 第一審判決ニ對スル控訴ニ依リ申立ヲ變更シテ同一訴訟ニ於テ其賠償ヲ
 求ムルコトヲ得ルハ原告ニ於テ利益アルノミナラス若シ之ヲ許ササルモ
 ノトスルトキハ後ニ述フルカ如ク勝訴者タル原告カ被控訴人タル場合ニ
 於テ第四百十六條ニ依ル申立ノ擴張若クハ變更ヲ爲スヲ得サル論結ヲ生
 スヘケレハナリ殊ニ後ニ述フル如ク(第四款)控訴ハ訴訟物ノ内容ニ關スル
 審査ヲ目的トスルモノニシテ且控訴ニ反對說ノ如キ條件ヲ必要トスル規

定存セサルヲ以テナリ

普通ノ共同訴訟人ハ各別ニ獨立シテ相手方ニ對立スルモノナレハ他ノ共
 同訴訟人ニ關係ナク控訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ

民事訴訟法第五十條ノ共同訴訟人ハ其一人カ控訴ヲ提起シタルトキハ他
 ノ者カ提起セサルモ總テノ共同訴訟人カ訴ヲ提起シタルモノトナル隨テ
 控訴裁判所ニ於テハ一人カ控訴ヲ提起シタル場合ト雖モ總テノ共同訴訟
 人ヲ當事者ト爲ササル可ラス民事訴訟法第五十條第四項ニ期間ヲ懈怠シ
 タル者ハ懈怠セサリシ者ニ代理ヲ任シタルモノト看做ストノ規定アリ期
 間ヲ懈怠ストハ期間内ニ爲スヘキ行爲ヲ爲シタル場合ヲ謂フ故ニ共同訴
 訟人中ノ一人カ控訴ヲ提起シタルトキハ他ノ共同訴訟人モ亦之ヲ提起シ
 タルモノト謂ハサルヘカラス或ハ一人ノ提起シタル控訴ハ他ノ共同訴訟
 人ニ對シテ控訴提起ノ效力ヲ生セサルモノナリトノ說アルモ此說ニ因ル
 モ控訴審ノ辯論ニハ控訴ヲ提起セサル共同訴訟人モ加ハルコトヲ得ルモ

ノニシテ且判決ノ效力ハ控訴ヲ提起セサル共同訴訟人ニモ及ホスヘキモ
 ノナリト説クニ因リテ觀レハ論者ノ説ハ不當ナリト謂ハサルヘカラス如
 何トナレハ控訴提起ノ效力ヲ生セサル第一審ノ當事者カ控訴審ノ辯論ニ
 加ハルコトヲ得ルハ當事者タルコトヲ認メサレハ説明スルコト能ハサル
 説ニシテ加之控訴審ニ繫屬セサル訴訟當事者ニ對シ控訴審ノ判決ノ效力
 ヲ及ホスコトハ全ク理由ナキ説ナルヲ以テナリ右ノ如ク共同訴訟人ノ一
 人ヨリ提起シタル控訴ハ他ノ共同訴訟人ニ對シテ控訴提起ノ效力ヲ及ホ
 スモノニシテ第一審ノ判決ハ共同訴訟人中ノ一人ヨリ提起シタル控訴ノ
 爲メニ總テノ共同訴訟人ニ對シテ其確定ヲ遮斷セラルルモノナリ(第四九
 八條)
 故ニ自ラ控訴ヲ提起セサル共同訴訟人ト雖モ控訴審ノ辯論ニ加ハルコト
 ヲ得ヘク而シテ各共同訴訟人間ニ於テ控訴審ノ訴訟手續ノ期日期間ヲ代
 理スルノ關係ヲ生ス必要ノ共同訴訟人ノ一人カ控訴ヲ提起シ他ノ一人カ
 控訴ヲ取下ケタルトキハ取下ヲ無効ト爲スヘキナリ如何トナレハ控訴ノ
 取下ハ控訴ヲ提起セサルト同一状態ニ訴訟ノ程度ヲ復スルモノニシテ恰

モ取下ケタル當事者ハ控訴期間ヲ懈怠シタルト同一視スヘキモノナレハ
 ナリ

從^レ參加人ハ附隨ノ當事者トシテ訴訟當事者ノ一方ヲ補助スル爲メニ訴訟
 ニ干與スルモノナルヲ以テ自己ノ補助スル原告若クハ被告ノ爲メニ控訴
 ノ提起ヲ爲スコトヲ得(第五四條
 第一項)而シテ從タル當事者ナルカ故ニ主タル當
 事者ニ對スル控訴ノ期間内ニ限り控訴ノ提起ヲ爲スコトヲ得ヘシ若シ主
 タル當事者ノ陳述行爲ト從參加人ノ陳述行爲ト相抵觸シタル場合ハ主タ
 ル當事者ノ陳述行爲ヲ以テ標準ト爲スモノニシテ(第五四條
 第二項)主タル當事者
 カ控訴ノ拋棄ヲ爲シタル場合ハ從參加人ノ控訴ハ成立スルモノニアラス
 而シテ從參加人ハ其控訴ニ關スル訴訟費用ヲ負擔セサルヘカラス從參加
 人ハ第一審ニ於テ附隨シタルト上訴ノ提起ト共ニ附隨シタルトヲ區別セ
 ス前ニ述ヘタル如ク論定スヘキモノナリ
 以上述ヘタル所ハ控訴ノ提起ヲ爲スコトヲ得ル當事者ニ付テノ説明ナル
 カ控訴ハ何人ヲ相手方トシテ提起スルコトヲ得ルヤト云フニ第一審ニ於

テ判決ヲ受ケタル當事者若クハ其相續人ヲ相手方トナスコトヲ要ス從參
 加人告知參加人等ヲ相手方トナスヲ得ス又第一審ニ於ケル共同訴訟人ト
 雖モ訴訟ヲ分離シタル結果一人ニ對シテ判決ノ存在セサル場合ニハ其判
 決ナキ共同訴訟人ヲ相手方トスルコトヲ得ス通常ノ共同訴訟ニ於テハ其
 一人若クハ數人ヲ相手方トシテ控訴ヲ提起スルヲ得ヘキモ必要的共同訴
 訟ニ於テハ必ス共同訴訟人全員ヲ相手方ト爲ササルヘカラス民事訴訟法
 第五十條ノ共同訴訟其他共同訴訟ヲ必要トスルモノハ所謂不可分の共同
 訴訟ニシテ法律上其分離ヲ許ササルモノナレハナリ

(二) 控訴ハ第一審裁判所ニ於テ爲シタル終局判決ニ對シ第二審裁判所ニ提
 起スルコトヲ要ス 控訴ハ區裁判所ノ終局判決若クハ地方裁判所カ第一
 審トシテ爲シタル終局判決ニ對シ其裁判所カ從屬的關係ヲ有スル第二審
 裁判所ニ提起セサルヘカラス從屬的關係ヲ有セサル上級裁判所ニ提起セ
 ル控訴ハ不適法トシテ棄却スヘキモノトス如何ナル場合ニ第一審ノ判決
 カ存在スルヤハ判決ノ效力ノ問題ナリ判決ハ言渡ニ因リ外部ニ對シテ判

決タルノ效力ヲ生ス隨テ言渡ナキ判決ハ縱令其判決正本ノ送達セラレタ
 ル場合ト雖モ未タ判決ハ存在シタリト謂フコトヲ得ス而シテ判決ノ言渡
 アリタルヤ否ヤハ裁判所ノ職權調査ノ事項ニ屬シ口頭辯論ノ方式ニ關ス
 ルモノナルカ故ニ唯口頭辯論調査ニ因テノミ證明スルコトヲ得ヘキモノ
 ナリ(第一三三〇條)第一審ノ爲シタル終局判決ニ限ルモノナルヲ以テ若シ第
 一審ニ於テ一分判決ヲ爲シタル場合ニハ其判決ニ對シテノミ控訴ヲ提起
 スルコトヲ得一分判決ヲ以テ裁判セラレサル部分ハ控訴ノ目的ヲ爲スコ
 トヲ得ス此部分ニ付テハ其後ノ終局判決ヲ待テ控訴スルコトヲ得ルモノ
 ナリ又第一審ノ判決カ主タル請求若クハ附帶ノ請求其他費用ノ判決ヲ爲
 スニ際シ脱漏アリタル場合ニハ之ニ對スル補充判決ヲ爲シタル後ニアラ
 サレハ控訴ノ提起ハ其部分ニ對シテ爲スコトヲ得サルモノナリ終局判決
 トハ其審級ニ於テ訴訟ノ全部若クハ一分ヲ終了スル判決ヲ謂フ第一審ノ
 終局判決ナル以上ハ全部判決ナルト一分判決ナルトヲ問ハス通常訴訟手
 續ナルト特別訴訟手續ナルトヲ問ハス控訴ヲ爲スコトヲ得ヘシ唯例外ト

シテ左ノ終局判決ニ對シテハ控訴ノ提起ヲ爲スコトヲ得サルナリ

(イ) 訴訟費用ノ點ニ限リタル判決(第八條) 費用ノ點ニ限リタル判決ニ對シテハ獨立シテ控訴ヲ提起スルコトヲ得ス然レトモ本案ノ裁判ニ對シテ控訴ノ提起ヲ爲シタルトキハ之ト共ニ不服ヲ述フルコトヲ得ヘタ又相手方カ本案ノ裁判ニ對シ適法ナル控訴ヲ爲シ且其控訴ヲ追行スルトキニ限リ其裁判ニ對シテモ控訴ノ提起ヲ爲スコトヲ得ヘシ獨逸民事訴訟法ハ訴ノ取下、上訴ノ取下等ノ場合ニ單ニ訴訟費用ノミニ付キ判決ヲ爲スコトアリト雖モ我民事訴訟法ハ訴訟費用ノミニ付キ裁判ヲ爲スヘキ場合ナシ故ニ第八十二條ハ訴訟費用ノ裁判ノミヲ不服トシテ上訴ヲ許ササル法意ト解スヘキナリ

(ロ) 闕席判決(第二四六條以下) 闕席判決ニ對シテハ期日ヲ懈怠シタル者ハ故障ヲ爲スコトヲ得ルヲ以テ控訴ヲ以テ不服ノ申立ヲ爲スヲ許サス然レトモ特定ノ場合ニ限リ控訴ヲ許ス即チ故障ヲ許ササル闕席判決ニ對シテ懈怠ナカリシコトヲ理由トスルトキニ限リ控訴ノ提起ヲ爲スコトヲ得

(第九八條) 故ニ控訴ヲ提起スルコトヲ得ル闕席判決ハ故障ヲ許スヘキモノニアラサルコト及ヒ懈怠ナカリシコトヲ理由トスルコトノ二條件ヲ具フルコトヲ要ス故障ヲ許ササル闕席判決トハ法律上故障ノ申立ヲ禁シタル闕席判決ヲ謂フ故障期間ヲ經過シ又ハ故障ノ拋棄ヲ爲シタルカ爲メ故障ノ申立ヲ爲スヲ得サルニ至リタル闕席判決ノ如キハ故障ヲ許ササル闕席判決ト謂フヲ得ス故ニ故障ヲ許ササル闕席判決トハ闕席判決ニ對シ故障申立ヲ爲シタル原告若クハ被告カ口頭辯論ノ期日ニ出頭セサル爲メ故障ノ棄却ヲ言渡シタル新闕席判決(第二六三條) 及ヒ原狀回復ノ申立ヲ爲シタル場合ニ於テ其申立人カ期日ヲ懈怠シタル爲メニ言渡サレタル闕席判決(第七一條) ヲ謂フモノナリ次ニ懈怠ナカリシコトヲ理由トスルトハ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理由トスルヲ謂フモノナリ例ヘハ出頭セサル當事者カ適法ニ呼出サレサルトキ(第二五四條) 期日カ正當ノ場所ニ於テ開カレサリシトキ(第一二六條) 當事者カ辯論ヲ爲シタル

トキ若クハ相手方カ闕席判決ノ申立ヲ爲ササリシトキ(第二四六條)等ノ
場合ニ於テ闕席判決ノ言渡アリタルトキ等ヲ謂フ當事者一身上ノ理由
ニ因リ期日ニ出頭セサルトキハ懈怠ナカリシモノト爲スヲ得サルモノ
トス

七四六

中間判決ニ對シテハ獨立シテ控訴ヲ提起スルコトヲ得サルヲ原則トス中
間判決ハ裁判ヲ爲スニ熟シタル争點ヲ分離シ判決ヲ以テ爲シタル宣言ニ
シテ本來ノ性質ハ後ノ終局判決ノ成立部分ナリ隨テ中間判決ハ其審級ヲ
拘束スヘキ裁判ノ理由ニ過キサルモノナルヲ以テ獨立シテ控訴ヲ爲スコ
トヲ許サス唯一二ノ中間判決ニ對シテハ便宜上上訴ニ關シテ終局判決ト
看做シ獨立ノ控訴ヲ許スモノアリ即チ左ノ如シ

(イ) 妨訴抗辯ヲ棄却シタル判決 被告カ妨訴抗辯ヲ提出シタル場合ニ之
ニ關スル辯論ヲ分離シタルトキハ其妨訴抗辯ノ當否ニ付テ裁判所ハ特
ニ判決ヲ爲ササルヘカラス妨訴抗辯ノ理由アリトスルトキハ原告ノ提
起シタル訴ノ訴訟成立要件ニ欠缺アルモノナルヲ以テ原告ノ訴ハ却下

スヘキモノナリ其判決ハ終局判決ナルヲ以テ獨立シテ控訴ノ提起ヲ爲
スコトヲ得ルハ勿論ナリ然レトモ被告ノ提出シタル妨訴抗辯ノ理由ナ
キモノトシテ棄却スル判決ハ中間判決ナルモ便宜上此判決ハ上訴ニ關
シテ終局判決ト看做シ獨立シテ控訴ヲ提起スルコトヲ許ス是レ上訴審
ニ於テ妨訴抗辯ノ理由アリト認メタルトキハ訴ヲ却下スヘキヲ以テ上
訴ヲ許サスシテ本案ノ辯論ヲ進行スルトキハ上訴審ノ判決ノ結果ニ因
リ第一審ノ本案ノ訴訟進行ハ全ク無用ニ歸スルノ虞アルヲ以テナリ
(ロ) 請求ノ原因ト數額トニ付テ争アル場合ニ辯論ヲ分離シテ先ツ原因ノ
ミニ付テ裁判ヲ爲シ請求ノ原因ヲ正當ナリトスル中間判決 原因ト數
額トニ付テ争アル場合ニ於テ辯論ヲ分離シテ請求ノ原因ナシトスル判
決ハ原告ノ請求ヲ排斥スヘキモノナレハ其判決ハ終局判決ナリ然レト
モ請求ノ原因ヲ正當ナリトスル判決ハ尙ホ本案ノ數額ニ付テノ辯論ヲ
進行スヘキモノナレハ中間判決ナリ此中間判決ニ對シテハ獨立シテ上
訴ヲ爲スコトヲ許ス此判決ニ對シ獨立シテ上訴ヲ許シタル主旨モ亦妨

訴抗辯ニ於ケル場合ト同一ニシテ上訴審ニ於テ請求ノ原因ヲ不當ナリト認メタル場合ニハ第一審ニ於テ數額ノ辯論ヲ進行スルモ其辯論ハ全ク無用ニ歸スルヲ以テナリ

(ハ) 證書訴訟爲替訴訟ニ於テ被告ニ權利ノ行使ヲ留保シタル中間判決證書訴訟爲替訴訟手續ニ於テ被告カ原告ノ請求ヲ争ヒタル場合ニ於テ被告ニ敗訴ヲ言渡ストキニ當リテハ被告ニ對シテ通常ノ訴訟手續ニ於テ其訴訟ヲ進行スルコトヲ得ルノ權利ヲ判決ヲ以テ留保スヘキモノナリ此判決ハ全然其審級ヲ訴訟事件カ離脱スルモノニアラスシテ其訴訟ハ通常ノ訴訟手續ニ於テ其審級ニ繫屬スルモノナリ故ニ其判決ハ中間判決ナレトモ上訴ニ關シテハ之ヲ終局判決ト看做ス其理由ハ前ノ二個ノ中間判決ト同シク上訴審ニ於テ原告ノ請求ヲ不當ナリト認ムル場合アリタルトキハ被告ニ權利ノ行使ヲ留保スルノ必要ナク原告ノ訴ヲ排斥スヘキモノナルヲ以テ特ニ通常訴訟トシテ下級審ニ於テ訴訟手續ヲ進行スルノ必要ナキニ至ルヲ以テナリ

以上述ヘタル三個ノ中間判決ハ上訴ニ關シテ終局判決ト看做シタルモノナレハ獨立シテ上訴ヲ爲スコトヲ得ルノミナラス若シ當事者ニシテ其判決ニ不服ナルトキハ必ス獨立シテ上訴セサルヘカラサルモノニシテ後ノ終局判決ニ對スル控訴ト共ニ一ノ控訴ヲ以テ不服ノ申立ヲ爲スコトヲ許ササルモノトス其他ノ中間判決決定命令ニ對シテハ獨立シテ控訴ノ提起ヲ許ササルモノトス但中間判決決定命令ニシテ終局判決ノ理由ト爲リタルモノ即チ終局判決ノ理由ニ原因結果ノ關係ヲ有スル裁判ニ對シテハ終局判決ニ對シテ控訴ヲ提起シタル場合ニ共ニ不服ノ申立ヲ爲スコトヲ得加之相手方カ控訴ヲ提起シタル場合ニ其控訴ノ不當ナルコトヲ攻撃スルト同時ニ被控訴人ハ控訴裁判所ニ對シテ此等ノ裁判ノ不當ナルコトヲ主張スルコトヲ得ヘキモノナリ但特ニ法律ニ於テ不服ヲ申立ツルコトヲ得スト規定シタル裁判又ハ抗告ノ方式ヲ以テ不服ノ申立ヲ許ス所ノ決定命令並ニ終局判決ノ理由ニ關係ヲ有セサル裁判ハ終局判決ニ對シテ控訴ノ提起アリタル場合ト雖モ不服ヲ主張スルコトヲ得サルモノトス蓋シ抗告

ヲ以テ不服申立ヲ許ス裁判ハ特ニ終局判決ニ對スル控訴ト共ニ不服申立ヲ許スノ必要ナク又終局判決ノ理由ニ關係ヲ有セサル裁判ハ終局判決ノ不當ヲ主張スル控訴ニ關係ナキモノナレハナリ控訴裁判所ニ於テハ當事者ヨリ不服ヲ申立テタル範圍内ニ於テ更ニ辯論ヲ爲スヘキモノナルヲ以テ當事者ヨリ不服ヲ申立テサルトキハ終局判決ノ基本ト爲レル中間判決決定命令ト雖モ控訴裁判所ノ判斷ヲ受クルモノニアラスト雖モ若シ明示又ハ默示ノ不服ヲ申立テアリト認ムヘキトキハ終局判決前ニ爲シタル終局判決ノ前提ト爲リタル裁判ハ前ニ述ヘタル例外ノ場合ヲ除キ總テ控訴裁判所ノ判斷ヲ受クルコトヲ得ルモノナリ(第四一七條)

第二 控訴ハ法定ノ方式ニ從ヒテ提起スルコトヲ要ス

控訴ノ提起ハ控訴狀ヲ管轄裁判所ニ差出シテ之ヲ爲スモノナリ(第四〇一項)控訴審ニ於ケル訴訟手續ヲ開始スル控訴ノ提起ハ一定ノ要件ヲ具備シタル書面即チ控訴狀ヲ控訴ニ付テ管轄權ヲ有スル裁判所ニ差出シテ之ヲ爲スヘキモノトス控訴ハ訴ノ提起ノ如ク口頭ヲ以テ提起スルコトヲ得ル場合ナシ控

訴狀ノ差出トハ訴訟能力者タル控訴人若クハ訴訟無能力者ノ法律上代理人又ハ其訴訟代理人カ控訴狀ヲ裁判所ニ交付スルコトヲ意味スルモノニシテ控訴人カ第一審判決ノ變更ヲ求ムルカ爲メ控訴裁判所ニ對シ第一審ニ於テ終局シタル訴訟事件ニ干渉セラレンコトヲ要求スル意思表示ヲ謂フモノナリ

控訴狀ハ控訴裁判所ニ對シテ第一審判決ニ不服ナル旨ヲ表示シタル書面ニシテ訴訟ノ基礎ヲ確定スル書面タルト同時ニ準備書面ノ性質ヲ有スルモノナリ故ニ控訴ハ控訴狀ノ提出ヲ以テノミ爲シ得ヘキモノトス訴訟ノ基礎ヲ確定スルカ爲メニ控訴狀ニ掲クヘキ事項ハ次ノ如クニシテ即チ控訴狀ノ要件ナリ

- (一) 控訴セラルル判決ノ表示 判決ノ表示ハ如何ニ爲スヘキヤハ事實問題ニ屬ス要スルニ如何ナル判決ニ對シテ控訴ヲ爲スヤヲ明カニスルヲ以テ足レリトス故ニ當事者判決ヲ爲シタル裁判所判決言渡ノ期日訴訟物ノ表示等事件竝ニ判決ノ特徴ヲ記載スヘキモノトス

(二) 控訴ヲ爲ス旨ノ陳述 控訴ヲ爲ス旨ノ陳述トハ控訴ヲ爲サントスル意思表示換言スレハ第一審判決ニ不服ナル旨ヲ表示スルヲ以テ足レリトシ必スシモ控訴ナル文字ヲ用フルコトヲ要セス且又如何ナル程度ニ於テ第一審ノ判決ニ不服ナルヤハ控訴狀ニ掲クルノ必要ナキモノナリ又條件的ニ控訴ヲ爲ス旨ノ陳述ヲ掲ケタル場合例ヘハ控訴人ノ希望ノ如ク判決ヲ變更セラルルナラハ控訴ヲ提起スヘシト云フカ如キ陳述ハ完全ナル控訴ヲ爲ス旨ノ陳述ト言フコトヲ得ス

右二ノ要件ヲ欠缺スルトキハ控訴狀ハ其效ナキモノニシテ隨テ其書面ヲ差出スモ控訴申立ノ效力ヲ生セサルナリ唯裁判所ハ恰モ第一審ノ裁判所ニ不適法ナル訴ノ提起アリタル場合ト同シク口頭辯論ヲ開キ判決ヲ以テ控訴ノ棄却ヲ爲スカ或ハ第四百二條ノ規定ニ從ヒ裁判長ノ命令ヲ以テ其控訴ヲ却下スヘキモノナリ尙ホ控訴狀ハ準備書面ノ性質ヲ有スルモノナルヲ以テ準備書面ニ關スル第百五條以下ノ規定ニ從ヒテ之ヲ作成シ且第一審ノ判決ニ對シテ其一部ニ付キ不服ナルヤ若クハ其全部ニ對シテ不服ナルヤ換言スレ

ハ如何ナル程度ニ於テ不服ナルヤノ申立及ヒ第一審ノ判決ヲ如何ニ變更スヘキコトヲ要求スルヤノ申立ヲ掲ケ且第一審ニ於テ主張シタル以外ノ事實ヲ控訴審ニ於テ提出セントスル場合ニハ其事實ヲ掲クヘク又第一審ニ提出セザリシ證據方法ヲ控訴審ニ於テ提出セントスルトキハ其證據方法ヲモ掲クヘキモノナリ(第四條)然レトモ此等ハ準備事項トシテ記載スルモノナルヲ以テ控訴狀ノ要件ニ非ス隨テ縱令此等ノ事項ノ記載ヲ欠缺シタル場合ニ在リテモ控訴ノ效力ニ關係ナシ唯此等ノ事項ヲ掲ケサルカ爲メニ相手方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スルノ必要ヲ生シタル場合ニハ之ニ因リテ生シタル訴訟費用ヲ負擔スルノ不利益ヲ來ス場合アルニ過キス(第七條)

控訴狀ニハ右ノ外民事訴訟用印紙法ニ從ヒ訴訟物ノ價額ニ相當シタル印紙ヲ貼用セサルヘカラス茲ニ所謂訴訟物トハ第一審ノ訴訟物ニ非ス控訴審ニ於テ審理ヲ求ムル訴訟物即チ不服申立ノ範圍内ニ於ケル訴訟物ナリトス若シ印紙ノ貼用ニ不足アルトキハ同法ニ從セ控訴狀ハ無効トナルモノトス然

レトモ後日ノ追完ヲ許ス(民訴用印紙法第二條、第五條、第一條)

第三 控訴ハ法定ノ期間内ニ提起スルコトヲ要ス

控訴ノ提起ハ一个月ノ不變期間内ニ爲スヘキモノナリ(第四〇條)期間ノ計算ハ第六十六條ニ從フ控訴期間ハ不變期間ナルヲ以テ當事者ノ合意若クハ裁判所ノ行爲ニ因ルモ之ヲ伸縮スルコトヲ得ス(第一七〇條)當事者カ訴訟手續休止ノ合意ヲ爲スモ之ニ因リテ停止セララルコトナシ(第一八〇條)然レトモ訴訟手續ノ中斷又ハ中止アリタルトキハ其期間ハ進行ヲ止メテ中斷中止ノ終リタル後更ニ全期間ノ進行ヲ始ムルモノナリ(第一八一條)天災又ハ避クヘカラサル事變ノ爲メニ控訴期間ノ遵守ヲ妨ケラレタル當事者ハ其申立ニ因リ原狀回復ヲ許サルルモノトス(第一七四條)

控訴期間ハ第一審判決ノ送達ヲ以テ始マル(第四〇條)判決ノ送達ハ當事者ノ申立ニ因リ判決ノ正本ヲ交付シテ之ヲ爲スヘキモノナリ(第二三〇條)故ニ判決ノ謄本若クハ認證シタル謄本ノ送達アルモ控訴期間ヲ開始スルモノニアラス判決ノ送達カ各當事者ニ對シ時ヲ異ニシタル場合ニ於テハ各當事者ニ對シ

テ控訴期間ハ各別ニ進行スヘキモノナリ獨逸民事訴訟法ニ於テハ送達ハ當事者送達主義ヲ採用シ且送達ヨリ起算スル法律上ノ期間ノ進行ハ送達ヲ爲サシメタル原告若クハ被告ニ對シテモ亦其送達ヨリ始マルト規定セルヲ以テ(第二二一條)控訴期間ハ原告及ヒ被告ニ對シテ同一ニ進行スヘキモノナレトモ我民事訴訟法ニ於テハ職權送達主義ヲ採用シテ法律上ノ期間ノ起算ニ付キ獨逸民事訴訟法ニ於ケルカ如キ規定ナキヲ以テ控訴期間ハ各當事者ニ對スル送達ノ遅速ニ因リテ各別ニ進行スルモノト謂ハサルヘカラス共同訴訟人ニ對シテハ各共同訴訟人ニ對スル判決ノ送達ヲ以テ控訴期間ヲ開始シ從參加人ニ對スル控訴ノ期間ハ自己ノ補助スル主タル當事者ニ對スル送達ヨリ起算スヘキモノナリ

控訴ハ右ノ法定期間内ニ限り提起スルコトヲ得ルモノナリ故障ハ期間ノ開始前ト雖モ有效ニ提起スルコトヲ得ルモノナレトモ控訴ハ控訴期間ノ開始後其滿了前ニ限リテ提起スルコトヲ得ルモノトス故ニ從令判決正本ノ送達アリタル場合ト雖モ其送達カ不適法ナリシトキハ控訴期間ハ開始セサルヲ

以テ控訴ノ提起ハ許サレサルモノト謂ハサルヘカラス其他期間開始前ニ提起シタル控訴ハ不適法トシテ棄却スヘキモノトス但當事者ハ一旦不適法トシテ棄却セラルルモ更ニ期間ノ開始後ニ於テ適法ノ控訴ヲ爲スコトヲ得ヘシ

控訴期間ニ付キ尙ホ説明スヘキコトハ追加裁判アリタル場合はナリ民事訴訟法第二百四十二條ニ因リテ追加裁判アリタルトキハ其追加裁判ハ前裁判ニ對スル補充ノ申立ヲ採用セラレタルモノト其補充ノ申立ヲ却下セラレタルモノトヲ問ハス其判決ハ前判決ノ一部ニアラスシテ一ノ獨立シタル終局判決ナリ故ニ追加裁判ノ申立ニ因リテ言渡サレタル判決ニ對シテハ獨立シテ控訴ノ提起ヲ爲スコトヲ得ヘク且理論上ヨリスレハ控訴期間ハ其判決ノ送達ニ因リテ前判決ニ關係ナク獨立シテ進行スヘキモノナリ

然レトモ第四百條第三項ノ規定ニ依リ前判決ニ對スル控訴期間内ニ追加裁判ニ因リテ判決ヲ補充スル言渡アリタルトキハ當事者ノ利益ヲ保護シ且裁判ノ抵觸ヲ避クルカ爲メニ前判決ニ對スル控訴期間モ亦追加裁判ノ送達ヲ

以テ始マルモノトセリ故ニ前判決ノ控訴期間内ニ補充ノ申立カ却下セラレタル判決若クハ前判決ノ控訴期間經過前ニ言渡サレタル補充判決又ハ補充期間ノ經過後ニ言渡サレタル補充判決ニ對シテハ前判決ト補充判決トニ對スル控訴ノ期間ハ各獨立シテ進行スルモノナリ唯前判決ノ控訴期間内ニ言渡サレタル判決ニ對シテハ前判決ノ控訴期間ハ追加判決ノ送達ヲ以テ始マルモノトス故ニ第四百條第三項ノ規定ニ依レハ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ト規定シテ前判決ノ控訴期間内ニ追加裁判ノ言渡アリタルトキハ其裁判ノ送達以前ニハ前判決ハ縱令送達セラレタリトスルモ控訴期間ノ進行ヲ始メサルモノト謂ハサルヲ得ス是ニ由リテ觀レハ追加裁判ノ送達ヨリ既往ニ遡リテ前判決ノ控訴期間ハ全ク無効ノモノト爲ルノ結果ヲ生スルカ如キ觀ナキニアラス隨テ最初ノ判決ニ對シ適法ノ控訴期間内ニ控訴ヲ提起シ其後控訴期間經過前ニ追加裁判ノ言渡アリタルトキハ最初ノ判決ニ對スル控訴ハ無効ト爲ルヘキヤノ疑ナキ能ハス然レト

モ此場合ニ於テハ最初ノ判決ニ對スル控訴ノ適法ノ期間内ニ提起セラレタルモノナレハ追加裁判ノ送達ニ因リテ更ニ控訴期間ヲ開始シタルカ爲メニ前判決ノ控訴カ無効ト爲ルノ理由ナシ唯前判決ニ對スル控訴期間ハ當事者ノ利益ニ於テ裁判ノ抵觸ヲ避クルカ爲メニ更ニ開始スルコトヲ規定シタルモノナレハ一旦適法ニ存シタル控訴期間ヲ無効ナラシメタルモノニアラス唯追加裁判ノ言渡アリタルトキハ前判決ニ對スル控訴期間ハ追加裁判ニ對スル控訴期間ノ開始ニ至ルマテ中斷セラルルノ效果ヲ生スルニ過キス故ニ最初ノ判決ハ追加裁判ノ言渡ト送達トノ間ニアリテハ確定力ヲ生セス其結果前判決ニ基キ強制執行ヲ爲スコトヲ得ヌ又中斷ノ期間内ニハ最初ノ判決ニ對シテ控訴ヲ提起スルコトヲ得サルモノトス

第三款 控訴權ノ行使

民事訴訟法カ當事者ニ許シタル控訴權ハ當事者カ任意ニ之ヲ行使スルコトヲ得ルモノナリ然レトモ此控訴權ノ行使ハ前ニ述ヘタル法定ノ要件ヲ遵守スルコトヲ要ス隨テ次ニ述フル場合ニハ當事者ハ控訴權ヲ行使スルノ權利ヲ失フ

モノナリ

第一 控訴提起ニ付テノ不變期間ヲ懈怠シタルトキ

不變期間ノ經過セサル間ハ縱令控訴カ不適法トシテ棄却セララルモ更ニ控訴ヲ提起スルコトヲ得ルモノナリ故ニ控訴カ法式ニ違背セルカ又ハ不變期間ノ開始前ニ提起シタルカ爲メ不適法トシテ棄却セラレタルトキハ更ニ期間開始後ニ方式ヲ履行シテ有效ノ控訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ然レトモ不變期間ノ經過シタル後ハ當事者ハ當然控訴權ヲ喪失スルモノニシテ控訴ノ提起ヲ爲スコトヲ得ヌ故ニ期間後ニ提起シタル控訴ハ職權ヲ以テ不適法トシテ棄却スヘキモノナリ唯例外トシテ原狀回復ヲ許ササル場合ニ於テハ再ヒ當事者ハ控訴權ヲ行使スルコトヲ得ルニ至ルモノトス

第二 控訴權ヲ拋棄シタルトキ

控訴權ノ拋棄ニ付テハ次ニ述フル三場合ニ分チテ説明スヘシ

- (一) 第一審裁判所ノ終局判決ノ言渡以前ニ拋棄スルコト 第一審ノ終局判決ノ言渡前ニ爲ヌ控訴權ノ拋棄ニ付テハ獨逸民事訴訟法竝ニ我民事訴訟

法ニ於テ特別ノ規定ヲ設ケス故ニ第一審裁判所ノ口頭辯論ニ於テ控訴權
 拋棄ノ意思ヲ表示スルモ又訴ノ提起後裁判外ニ於テ控訴權拋棄ノ意思表
 示ヲ爲スモ其意思表示ハ訴訟法上ノ效果ヲ生スヘキモノニアラス然レト
 モ第一審ノ終局判決ノ言渡前ニ控訴權ヲ拋棄スルハ條件的ノ拋棄ニシテ
 訴訟ノ當事者カ爲シ得ヘカラス所ニアラサルヲ以テ其意思ノ效力如何
 ハ直接ニ訴訟法上ノ問題ニアラスト雖モ實體法ニ於テ判斷スヘキモノナ
 リ故ニ第一審ノ當事者間ニ於テ判決ノ言渡前ニ控訴權拋棄ノ合意アリタ
 ル場合ト雖モ敗訴ノ當事者ハ第一審ノ終局判決ニ對シ適法ニ控訴ノ提起
 ヲ爲スコトヲ得ヘク唯相手方ハ控訴裁判所ニ於テ控訴權拋棄ノ合意アリ
 タルコトヲ理由トシテ抗辯ヲ提出シ得ルニ過キス故ニ控訴權拋棄ノ合意
 アリタルニ拘ハラズ控訴ノ提起ヲ爲シタルトキハ控訴裁判所ハ前節ニ述
 ヘタル要件ヲ備ヘタル控訴ナルトキハ控訴ヲ不適法ト爲スコトヲ得ス唯
 控訴裁判所ハ果シテ控訴權拋棄ノ合意アリタルヤ否ヤヲ審査シ若シ實體
 法ノ規定ニ從ヒテ適法ニ合意アリタルモノト認ムヘキトキハ控訴ヲ實體

上理由ナキモノトシテ棄却スルノ外ナシ

(二)

第一審裁判所ノ終局判決言渡後ニ拋棄スルコト 第一審ノ判決言渡後
 ニ於ケル控訴權ノ拋棄ニ關シテハ獨逸民事訴訟法ニハ其規定ヲ存ス即チ
 判決ノ言渡後ニ陳述シタル控訴權拋棄ノ效力ハ相手方カ其拋棄ヲ承諾シ
 タルヤ否ヤニ關係ナク有效ナリト規定シ(獨逸民事訴訟法第一三條)第一審判決ノ言渡後ニ
 於テ當事者ノ一方カ控訴權拋棄ノ意思表示ヲ爲シタルトキハ相手方ハ之
 ヲ承諾シタルト否トニ關セス效力アルモノトセリ此規定ニ因リテ獨逸民
 事訴訟法ニ於テハ判決言渡後ノ控訴權拋棄ハ訴訟法上ノ效力ヲ認メラレ
 タルモノト謂ハサルヘカラス而シテ其控訴權ヲ拋棄スル方法ハ受訴裁判
 所ニ口頭辯論若クハ受命判事ノ審問ニ於テ其意思表示ヲ爲シ又ハ書面ノ
 送達ニ因リテ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ例ヘハ訴訟ニ關シテ上訴ニ付キ終局
 判決ト看做サルヘキ中間判決若クハ其他一分判決ノ言渡アリタル場合ニ
 於テハ其後ノ口頭辯論又ハ受命判事ノ審問ニ於テ拋棄ノ意思表示ヲ爲ス
 コトヲ得ルカ如シ控訴權ヲ拋棄シタルトキハ其拋棄シタル當事者ハ上訴

權ヲ喪失スルモノナリ右ノ如ク獨逸法ニ於テハ控訴權ノ拋棄ヲ認ムルヲ以テ拋棄シタル當事者カ控訴ヲ提起シタルトキハ其控訴ハ不適法ノモノトシテ棄却スヘシ

我民事訴訟法ニ於テハ第一審裁判所ノ判決言渡後ニ於ケル控訴權ノ拋棄ニ關スル特別ノ規定ヲ存セサルヲ以テ訴訟法上ノ效力ヲ生セサルカ如シ然レトモ控訴權ハ控訴人ノ有スル權利ナルヲ以テ理論上其拋棄ヲ許スヘキモノト解スヘキノミナラス第二百六十四條ニ故障ノ拋棄及ヒ其取下ニ付テハ控訴ノ拋棄及ヒ其取下ニ付テノ規定ヲ準用ストアルヲ以テ看レハ控訴權ノ拋棄ヲ認メタルモノト解セサルヘカラス而シテ其拋棄ノ方法ニ付テハ特ニ規定スル所ナキモ前述獨逸法ニ於ケルカ如ク裁判上ニ於ケル意思表示ニ依リ又ハ裁判所ニ於ケル意思表示ニ依リテ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ拋棄ノ意思表示ハ單獨行為ニシテ控訴權ヲ喪失スルノ結果ヲ生スヘク拋棄シタル當事者カ控訴ヲ提起シタルトキ控訴裁判所ノ辯論ニ於テ其事實カ表ハレタルトキハ控訴ヲ不適法トシテ棄却スル判決ヲ爲スヘキモ

ノトス

(三)

控訴提起以後ニ於ケル控訴權ノ拋棄ハ控訴ノ取下ナリ(第三九條) 控訴ノ取下トハ控訴人カ控訴ノ提起ニ因リテ求メタル裁判ヲ受クルノ權ヲ拋棄スル意思表示ナリ控訴ノ取下ハ訴ノ取下ト同シク控訴ノ全部ニ關スルコトアリ若クハ一部ニ關スルコトアリ以下控訴取下ニ付テ説明スヘシ

(イ) 控訴取下ノ要件

控訴ノ取下ハ被控訴人カ控訴審ニ於テ口頭辯論ヲ爲ササル以前ニ於テハ被控訴人ノ承諾ヲ要セスシテ之ヲ爲スコトヲ得訴ノ取下ハ被告カ本案ノ辯論ヲ爲ササル以前ニ於テハ原告ハ任意ニ取下クルコトヲ得ト雖モ控訴ニ付テハ被控訴人カ其本案タルト否トニ關セス口頭辯論ヲ始メタルトキハ被控訴人ノ承諾ナクシテ取下クルコトヲ得サルモノトス然レトモ被控訴人カ控訴申立ノ實質ニ關セス單ニ控訴ヲ許サルヘキモノナリヤ否ヤニ關シ辯論ヲ爲シタル場合ニハ縱令被控訴人カ口頭辯論ヲ始メタル後ト雖モ被控訴人ノ承諾ヲ要セスシテ控訴ノ取下ヲ爲スコト

ヲ得ヘシ何トナレハ被控訴人カ控訴ノ許否ニ關シテ辯論ヲ爲シタルハ未タ控訴人ノ申立テタル不服申立ノ内容ニ付テ控訴裁判所ノ裁判ヲ求メタルモノニアラス隨テ被控訴人ハ控訴申立ニ付キ裁判ヲ受クル權ヲ取得シタルモノト言フコトヲ得サレハナリ被控訴人カ口頭辯論ヲ開始シタルトキハ控訴人ノ明示的若クハ默示的ノ承諾ヲ得テ之ヲ取下クルコトヲ得ヘシ被控訴人カ控訴申立ノ實質ニ立入り辯論ヲ爲シタルトキハ被控訴人ハ控訴申立ニ付キ控訴裁判所ノ裁判ヲ要求シタルモノニシテ隨テ被控訴人ハ控訴裁判所ノ裁判ヲ受クルノ權ヲ取得シタルモノナリ故ニ控訴人ハ任意ニ之ヲ取下クルコトヲ得サルモノトス又被控訴人ノ承諾アル場合ト雖モ控訴ノ取下ハ控訴審ニ於ケル口頭辯論終結前ナルコトヲ必要トシ口頭辯論終結後ニアリテハ控訴ノ取下ヲ爲スコトヲ得ス何トナレハ訴ノ取下ハ第一審ニ於ケル口頭辯論ノ終結前ニ限り許サルヘキモノニシテ(第一九條)此規定ハ控訴審ニ於テモ亦準用セラルヘキモノト言フヲ得ヘケレハナリ(第四〇條)

(口)

控訴取下ノ方式

控訴ノ取下ハ口頭辯論ニ於テスル口頭ノ陳述若クハ書面ヲ提出シテ爲スヘキモノトス書面ヲ以テスル場合ハ控訴人ノ控訴狀カ未タ被控訴人ニ送達セラレサル以前ナルトキハ裁判所ニ取下ノ書面ヲ提出スルヲ以テ之ヲ爲ス(第一九條第四〇條第三項)控訴狀送達以後ニ於テハ其書面ヲ被控訴人ニ送達セサルヘカラス(第一八條第三項第四〇條)口頭辯論ニ於テ控訴人ノ陳述ニ因ル控訴ノ取下ハ被控訴人ノ口頭辯論開始以前ナルトキハ被控訴人ノ闕席セルト否トニ關セス有效ナリ又書面ヲ以テ取下ヲ爲ス場合ニハ被控訴人ノ口頭辯論開始以前ナルトキハ被控訴人ニ取下書面ノ送達アリタルト否トニ關セス裁判所ニ取下ノ書面ヲ差出ストキハ有效ナリトス被控訴人カ口頭辯論ヲ開始シタル後ナルトキハ口頭辯論ニ於テ被控訴人ノ承諾ヲ得テ取下ヲ爲スコトヲ得ルハ勿論ナレトモ被控訴人カ取下ヲ承諾シタル書面ト共ニ控訴取下ノ書面ヲ裁判所ニ差出セハ有效ナル控訴ノ取下アリト謂フコト