

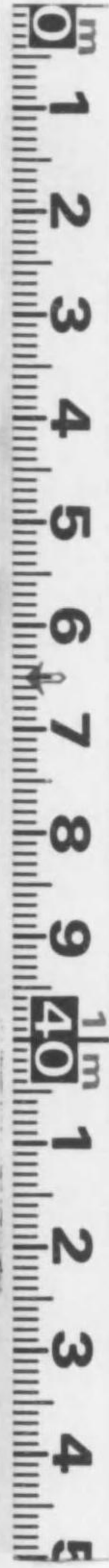
特273-844



1200501128753

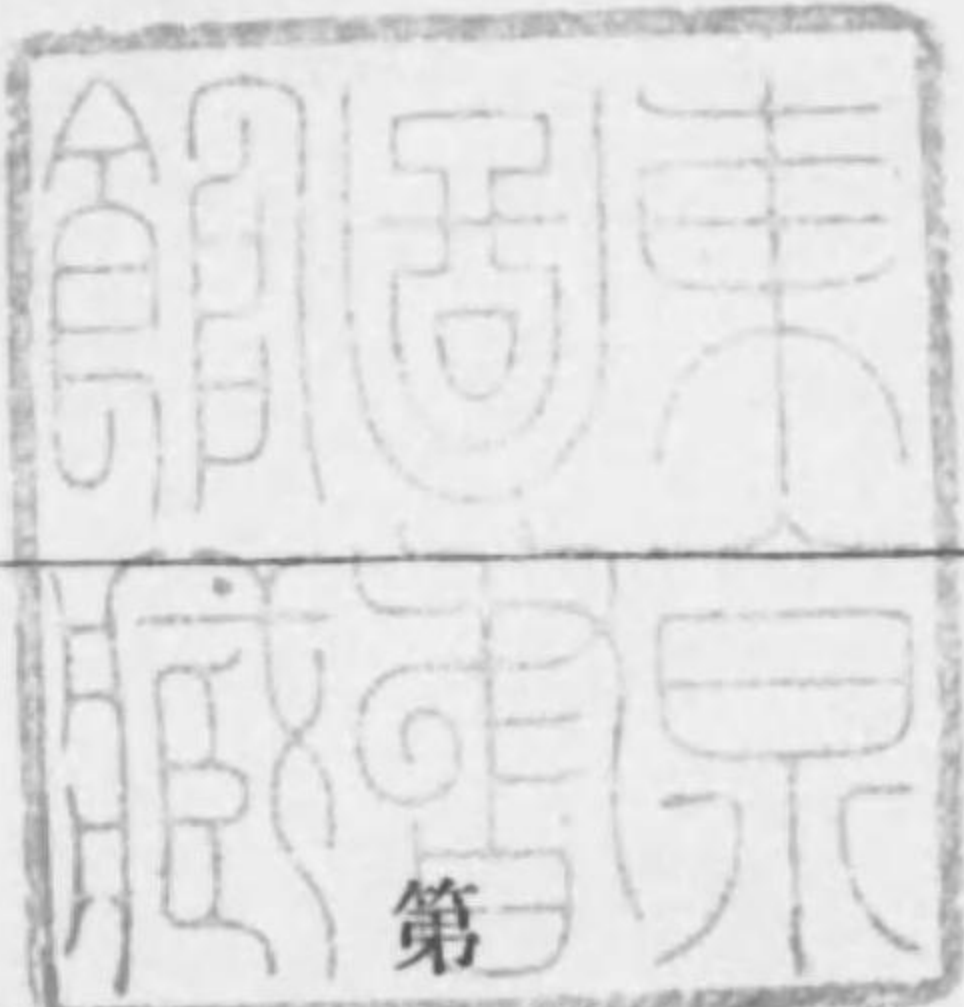
73

044



始





第四編 第一審ノ訴訟手續

第一章 訴ノ提起、準備書面ノ交換及ヒ

口頭辯論

第五十五節 訴ノ提起	五九五
第五十六節 準備書面ノ交換	六〇八
第五十七節 口頭辯論	六一一
<b>第二章 證據調</b>	
第五十八節 舉證手續ノ總論	六五二
第五十九節 證據、舉證責任、證據主義	六五六
第六十節 證據ノ種別	六六三
第六十一節 推測及ヒ顯著ナル事實	六六七
第六十二節 證據調總則	六七一



第六十三節 人證……………六八〇

第六十四節 鑑定……………七一二

第六十五節 書證……………七一九

第六十六節 檢證……………七五七

第六十七節 當事者本人ノ訊問……………七五九

第六十八節 證據共通及ヒ證據抗辯……………七六三

第六十九節 證據保全……………七六七

第三章 區裁判所ノ訴訟手續

第七十節 通常ノ訴訟手續……………七七二

第七十一節 督促手續……………七七八

第五編 上訴

第七十二節 上訴ノ總論……………七九一

第七十三節 控訴……………七九四

第七十四節 上告……………八三三

第七十五節 抗告……………八六五

第六編 再審

第七十六節 取消ノ訴及ヒ原狀回復ノ訴……………八八五

第七編 證書訴訟

第七十七節 證書訴訟及ヒ爲替訴訟……………八九九

○箇條索引

此表ハ本書完結ノ後ニ至リ全部校訂改刷スル  
モノトス故ニ特ニ説明ノ見ル可キモノナキモ  
ノハ皆之ヲ省ク表中再出トアルモノハ前巻既  
ニ其一部ノ爲メニ出タルモノ後出トアルモノ  
ハ第四巻ニ出ツ可キモノ又散在トアルモノハ  
各關係ノ數所ニ散見スルモノトス

- 第九 條 (六三八—六四一)
- 第十 條 再出(六一六—六二三)
- 第十一 條 (六四一)
- 第十二 條 (六三九)
- 第十三 條 (六五〇—六五一)
- 第十四 條 (六七〇—六七一)
- 第十五 條 (六四二、六四九)

箇條索引

- 第二十一 條 (六四八、六四九)
- 第二十二 條 (六五〇、六五二)
- 第二十三 條 (六五二)
- 第二十四 條 (六五二)
- 第二十五 條 (六五二)
- 第二十八 條 (五九五—六〇六)
- 第九十 條 再出(六〇三—六〇六)
- 第九十二 條 (六〇七—六一二)
- 第九十三 條 (六〇七、六〇八)
- 第九十四 條 (六〇八、六〇九)
- 第一百 條 (六二七—六三四)
- 第二百二 條 (六〇九—六一〇)
- 第二百三 條
- 第二百四 條

一

- 第二百五條 (再出(六一三—六一五))
- 第二百六條 (六三四、六三五)
- 第二百九條 (散在)
- 第二百十條 (散在)
- 第二百十三條 (六五三)
- 至 第二百十四條 (散在)
- 第二百十七條 (散在)
- 第二百十八條 (六六七—六七〇)
- 第二百十九條 (六六五、六六六)
- 第二百二十一條 (六五〇)
- 第二百二十八條 (六四六、六四七)
- 第二百四十四條 (後出)
- 第二百四十五條 (散在)

- 至 第二百六十六條 (六三四—六三七)
- 第二百七十二條 (六五四)
- 第二百七十三條 (六七—六七八)
- 第二百七十四條 (六五六)
- 第二百七十八條 (六七八)
- 第二百八十一條 (六七八)
- 第二百八十二條 (七〇三、七〇四)
- 第二百八十三條 (七〇三、七〇四)
- 至 第二百八十四條 (六五六—六七九)
- 第二百八十六條 (六七九、七〇三)
- 第二百八十八條 (六八二、六八三)
- 第二百八十九條 (六八六、六九五)
- 第二百九十條 (六九七)
- 至 第二百九十一條 (七〇三)
- 第二百九十三條 (七〇三)

- 第二百九十四條 (七〇八、七〇九)
- 第二百九十五條 (六九六、六九七)
- 第二百九十六條 (六八三—六九四)
- 第二百九十七條 (六九八—七〇一)
- 第二百九十八條 (六九九、七〇〇)
- 第二百九十九條 (七〇一)
- 至 第三百一條 (七〇九—七一)
- 至 第三百五條 (七〇七)
- 第三百六條 (七二一)
- 第三百八條 (六八七、六九四)
- 第三百九條 (七〇八)
- 至 第三百十一條 (七〇五—七〇七)
- 第三百十七條 (七〇五—七〇七)

- 第三百十八條 (七〇四)
- 第三百二十條 (七六四)
- 至 第三百二十二條 (七一—七一九)
- 第三百三十三條 (六八一、七一九)
- 第三百三十四條 (七二—七二五)
- 第三百三十五條 (七二五、七二八)
- 第三百三十六條 (七六五、七六六)
- 第三百三十七條 (七六五、七六六)
- 第三百四十條 (七二五、七二六)
- 第三百四十一條 (七二九)
- 第三百四十六條 (七二八)
- 第三百四十八條 (七二四)
- 第三百四十九條 (七二九—七三二)
- 第三百五十三條 (七三六—七五六)
- 第三百五十四條 (七三四)

- 第三百五十五條 (七三三)
- 第三百五十六條 (七三五)
- 第三百五十七條 (七五七、七五九)
- 第三百五十九條 (七五七、七五九)
- 第三百六十條 (七五九、七六三)
- 第三百六十四條 (七五九、七六三)
- 第三百六十六條 (七六七、七七二)
- 第三百七十二條 (七六七、七七二)
- 第三百七十五條 (七七七)
- 第三百七十七條 (七七七)
- 第三百七十八條 (七七四、七七七)
- 第三百八十條 (七七四、七七七)
- 第三百八十一條 (七七二、七七四)
- 第三百八十二條 (七七九、七八二)
- 第三百八十三條 (七七九、七八二)

- 第三百八十四條 (七八三、七八五)
- 第三百八十六條 (七八三、七八五)
- 第三百八十七條 (七八六)
- 第三百八十九條 (七八〇、七八七)
- 第三百九十條 (七八八、七八九)
- 第三百九十三條 (七七九、七八〇)
- 第三百九十五條 (七八五、七八六)
- 第三百九十六條 (七八四、七八八)
- 第三百九十七條 (七八四、七八八)
- 第三百九十八條 (七九四、七九八)
- 第三百九十九條 (八〇四)
- 第四百條 (八〇一、八〇三)
- 第四百一十條 (八〇一、八〇三)
- 第四百五條 (八二五、八二六)

- 第四百六條 (八二四、八二六)
- 第四百九條 (八二四、八二五)
- 第四百十條 (八二四、八二五)
- 第四百十一條 (七九九、八〇〇)
- 第四百十二條 (八〇五、八〇七)
- 第四百十八條 (八〇五、八〇七)
- 第四百十九條 (八〇四、八二七)
- 第四百二十條 (七九九、八〇〇)
- 第四百二十一條 (八〇一)
- 第四百二十二條 (八〇九、八二四)
- 第四百二十三條 (八〇九、八二四)
- 第四百二十四條 (八〇八)
- 第四百二十五條 (八〇〇)
- 第四百二十六條 (八〇八)
- 第四百二十七條 (八〇八)

- 第四百二十八條 (八二七)
- 第四百二十九條 (八二八、八三三)
- 第四百三十條 (八〇八)
- 第四百三十一條 (八三二)
- 第四百三十二條 (八三七、八四〇)
- 第四百三十三條 (八四〇)
- 第四百三十四條 (八三八、八四八)
- 第四百三十六條 (八三八、八四八)
- 第四百三十七條 (八四九)
- 第四百三十八條 (八四一、八四二)
- 第四百三十九條 (八四九、八五二)
- 第四百四十二條 (八五二、八五三)
- 第四百四十三條 (八五二、八五三)
- 第四百四十四條 (八六二、八六四)
- 第四百四十五條 (八六四)

- 第四百四十六條 (八五四、八五六)
- 第四百四十七條 (八五九)
- 第四百四十八條 (八五九、八六〇)
- 第四百四十九條 (八六四、八六七)
- 第四百五十條 (八六四、八六七)
- 第四百五十一條 (八五七—八五九)
- 第四百五十三條 (八四〇)
- 第四百五十四條 (八六〇、八六一)
- 第四百五十五條 (八六六、八六七)
- 第四百五十六條 (八六八—八七八)
- 第四百五十七條 (八七九—八八〇)
- 第四百五十八條 (八八三)
- 第四百五十九條 (八八二)
- 第四百六十條 (八七九—八八二)
- 第四百六十一條 (八七九—八八二)
- 第四百六十二條 (八七九—八八二)

- 第四百六十三條 (八八二、八八三)
- 第四百六十四條 (八八二、八八三)
- 第四百六十五條 (八八二、八八三)
- 第四百六十七條 (八八五、八八六)
- 第四百六十八條 (八八六—八八九)
- 第四百六十九條 (八八九—八九二)
- 第四百七十條 (八九三)
- 第四百七十四條 (八九三—八九四)
- 第四百七十三條 (八五九)
- 第四百七十九條 (八五九)
- 第四百八十條 (八九二)
- 第四百八十一條 (八九六)
- 第四百八十三條 (八九九—九〇二)
- 第四百八十四條 (八九九—九〇二)
- 第四百八十五條 (八九九—九〇二)
- 第四百八十八條 (九〇二—九〇五)

- 第四百八十九條 (九〇七)
- 第四百九十條 (九〇六—九一二)
- 第四百九十三條 (九〇六—九一二)
- 第四百九十四條 (九一二、九一三)
- 第四百九十六條 (九一二、九一三)



○第四編 第一審ノ訴訟手續

民事訴訟ノ主體訴訟上ノ權利關係及ヒ訴訟行為ニ關スル一般ノ原則ハ前三編ニ於テ之ヲ說了セリ本編ニ於テハ特ニ第一審ノ訴訟手續ニ關スル事項ヲ論述セントス所謂第一審ノ訴訟手續ニハ地方裁判所及ヒ區裁判所ノ手續ヲ併稱ス而シテ其手續ニ通常ノ手續ト特別ノ手續ト別アリ地方裁判所ニ於ケル特別ノ訴訟手續トハ證書訴訟爲替訴訟婚姻縁組訴訟手續及ヒ破産手續等ヲ謂ヒ區裁判所ニ於ケル特別手續トハ督促手續ヲ謂フ本編ハ素ト第一審ニ於ケル通常ノ訴訟手續ヲ主トス然レモ我訴訟法ハ前掲特別ノ手續中督促手續ニ對シテハ彼ノ獨逸國ニ於ケル如ク別ニ一編ヲ設クスシテ第一審ノ手續中ニ掲ケタリ故ニ本書ニ於テモ亦便ニ從ヒ之ヲ此編中ニ併説ス此他訴訟法ニ於テ別ニ編ヲ置クモノハ本書亦之ヲ後編ニ譲リ他ノ法律ヲ以テ規定スルモノハ本書論述ノ限外トス



第一章 訴ノ提起準備書面ノ交換及ヒ  
口頭辯論

同上手續  
ノ三段落

我民事訴訟法ニ從ヘハ第一審ノ訴訟手續之ヲ分テ左ノ三段ト爲スヲ得ヘシ

- (イ) 訴ノ提起(第五十五節)即チ當事者一方ノ任意行爲ニ因テ行ハル、モノ
- (ロ) 準備書面ノ交換(第五十六節)當事者双方ト送達機關ニ因テ行ハル、モノ
- (ハ) 口頭辯論(第五十七節)三個ノ訴訟主幹ノ共同行爲ニ因テ行ハル、モノ即チ是ナリ

今又民事訴訟法第二編ニ規定セル第一審ノ手續中其手續ノ目的ヨリ觀察スルホハ純然タル訴訟手續ト證據保全ノ手續トニ分別スルコトヲ得ヘシ證據保全ノ手續トハ民訴第三百六十五條乃至第三百七十二

條ニ規定スル所ノモノニシテ證據ヲ紛失スル恐アリ又ハ之ヲ使用シ難キニ至ルノ恐レアルホニ際リ其證據ノ保全ノ爲メ證人若クハ鑑定人ノ訊問又ハ檢證ヲ爲サシムルカ爲メノ特別手續ヲ云フ乃チ本案訴訟ノ現ニ繫屬スルト否トニ拘ハラスシテ行ハル可キ所ノモノニシテ夫ノ本案辯論中ノ證據方法即チ其證據調ノ手續ニ非ス畢竟之レカ保全ノ爲メノミニスル別段ノ手續タルモノトス

第五十五節 訴ノ提起

訴ノ提起  
〔第一〕 訴ノ提起ハ書面ヲ以テスルヲ要スルモノト口頭ヲ以テスルコトヲ得ヘキモノトノ別アリ

書面起訴

- (イ) 書面ヲ以テスル訴ノ提起ハ地方裁判所ノ訴訟手續ニ必要ナルモノニシテ訴狀ヲ裁判所ニ差出スヲ以テ之ヲ爲ス(第三十七節)第一參觀區裁判所ニ於ケル訴ノ提起ハ書面ヲ以テスルト口頭ノ演述ヲ爲シ裁判所書記ヲシテ之ヲ調書ニ筆記セシムルヲ以テ之ヲ

爲ストハ當事者ノ隨意ニシテ必シモ書面ヲ以テスルヲ要セス(一) 九〇、三七四)

(ロ) 區裁判所若クハ地方裁判所ニ於テモ口頭ノ演述ヲ以テ訴ヲ提起シ得ヘキ場合ハ第三十七節(第一)ノ(二)ニ詳説シタレハ就テ見ル可シ

〔第二〕民事訴訟法第九十條ハ地方裁判所ニ於ケル訴ノ提起ニ關スル必要條件ト準備ノ性質ヲ有スル事項トヲ規定ス今先ツ其要件ニ屬スル事項如何ヲ見ルニ訴狀ニハ左ノ諸件ヲ具備スルコトヲ必要トス

訴狀ノ要件

當事者ノ表示

- 第一 當事者及ヒ裁判所ノ表示
- 第二 起シタル請求ノ一定ノ目的物及ヒ其請求ノ一定ノ原因
- 第三 一定ノ申立
- (一) 第一ノ要件タル訴訟主體ノ表示ハ素ト當事者二人違ヒナキヲ

目的物ノ表示

期スルモノナリ故ニ夫ノ第一百五條第一號ノ規定ハ準備ノ性質ヲ有シ必要ノ事項ニ非スト云フト雖モ而カモ其身分、職業、住所又法律上代理人アルモハ其氏名、身分、職業、住所ノ表示ヲ以テ必要ト爲スコトナキニ非ス例ヘハ同名異人アル場合ノ如キ是ナリ

(二) 第二ノ要件ハ左ノ二項ヲ包含ス

(イ) 請求ノ一定ノ目的物ノ開示ヲ要ス○請求ノ目的ハ有體物ノ給付ニ在ルコトアリ行爲ノ實行ニ在ルコトアリ或ハ單ニ權利ノ確定ニ止マルコトアリ故ニ所謂目的物トハ單ニ有體物ノ義ニ非スシテ無形ノ權利亦包含ス而シテ有體物亦特定物ト不特定物トノ別アリ請求ノ目的特定物ニアリトモ平原告ハ其物ノ何物タルニ疑ヒナカラシムルヲ要ス例ヘハ一ノ不動産ヲ請求スル場合ニ在テハ其圖面土地臺帳若クハ登記ノ謄本又ハ家屋所在ノ地名番號等ヲ以テ明カニ之ヲ表示スルカ如キ是ナリ不特定物ニ在リ

トヒソ乎其品質等級及ヒ其數ヲ明示スルヲ必要トス  
 (ロ) 起シタル請求ノ一定ノ原因ノ開示ヲ要ス○起シタル請求ノ原因トハ第九十六條ニ所謂訴ノ原因ト同義トス然レモ其請求ノ原因ト云ヒ若クハ訴ノ原因ト云フ果シテ何物ヲ指稱スルモノナルヤ此點ニ付テハ内外學者ノ間ニ在テ頗ル議論アル所トス然レモ今之ヲ詳述スルモハ議論繁雜ニ渉ルノ嫌ヒアルヲ以テ茲ニハ唯余ノ信スル所ヲ説示スルニ止メントス  
 所謂起シタル請求ノ原因トハ原告ヨリ被告ニ對スル實法上ノ請求權ヲ發生ス可キ權利關係是ナリ而シテ此權利關係ノ開示ハ之レニ依テ其何レノ權利關係タルコトヲ確定セシムルニ足ルモノタルヲ要ス然レモ實法ニ從ヒ權利關係ノ發生及ヒ請求ノ自由タル一切ノ事實ヲ開示スルヲ要セス蓋シ權利關係ハ事實ノ結果ニシテ請求ハ權利關係ノ結果タルコト勿論タリ故ニ權利關係

ノ何タルコトハ其事實ノ開示ニ依テ之ヲ知ラシムルヲ得ルコト固ヨリ疑ヒナキ所ナリト雖モ而カモ其權利關係ノ何タルヲ指定スルニハ必シモ此事實ノ開示ヲ要セス畢竟茲ニ要件ト爲ス所ノモノハ原告カ事實ニ依テ得タル結果即チ權利關係ノ開示ヲ要スルニ過キスシテ此結果ヲ得ルニ至リタル歴史的事實ノ表示ハ第九十五條第三號ニ依リ訓示的ノ條項ニ屬ス故ニ之ヲ開示スルハ可ナリト雖モ而カモ必シモ之ヲ要スト云フニアラス  
 仍ホ所謂請求ノ一定ノ原因トシテ開示ヲ要スルモノト其他ノ事實トヲ例示スレハ例ヘハ所有權ニ關スル訴(所有權回復ノ訴)ノ原因ヲ開示スルニハ所有權ノ主張ト不法ノ占有若クハ他ノ行爲ニ依テ之ヲ妨害セラレタル事實トヲ表示スルヲ以テ足り抑其所有權ヲ得タル事實ヲ開示スルヲ要セス又地役ニ關スル訴ノ原因ニ就テハ特別ナル地役權ヲ主張スルヲ以テ足り質權ニ關スル訴ノ

原因ニ就テハ其目的物ト權利ノ範圍ヲ示シタル質權ヲ主張スルヲ以テ足り而シテ必シモ其地役權又ハ質權ヲ得ルニ至リタル事實ノ開示ヲ要セス又賣買ニ關スル訴ノ原因ニ就テハ原告ハ賣買契約ニ依テ訴フルコトヲ開示スルヲ以テ足り抑、其契約ノ遠因タル事實ヲ開示スルヲ要セス又物ノ損害ヲ受ケタルカ爲メノ訴ニ就テハ被告ニ過失ノ責アルコト、原告ノ物件ニ損害ヲ加ヘタルコトヲ開示スルヲ以テ足り必シモ一ニ其過失ト爲ル可キ事實及ヒ加害ノ各所爲ヲ開示スルヲ要セサルカ如シ此他人事若クハ相續ニ關スル訴ニ於テモ前例ヲ類推シテ自カラ其區別ヲ知ル可キナリ

以上ノ所說ニ反對ノ說ヲ唱フル者少ナシトセス反對說トハ歴史的事實ヲモ開示スルヲ必要ト爲スモノ是ナリ獨逸學者及ヒ同國ノ判例ニハ此說ニ與ミスルモノ多シ從テ我國ニ於テモ或ハ反對

ノ說ヲ爲スモノナキニ非ズ然レモ抑、彼國ニ於ケル反對說並ニ其判例ノ因テ生スル所以如何ヲ考究スレハ畢竟民事訴訟法理由書ノ說明ニ根基スルモノタルニ過キス乃チ我國ニ於テハ學說若クハ解釋ノ理由トシテ毫モ價值ナキノミナラス我第百六條ノ法文ノ精神即チ事實上ノ關係ノ說明並ニ法律上ノ討論ハ之ヲ書面ニ掲クルコトヲ禁止スル主義ニ反スルモノト謂フ可キナリ

(三)

第三ノ要件ハ一定ノ申立トス一定ノ申立トハ判決ノ請願 (Petitum) ヲ云フ故ニ此申立ハ主トシテ如何ナル判決ヲ求ムルモノナルヤヲ明示スルニ在リ詳言スレハ被告ハ原告ニ何々ノ給付ヲ爲ス可シ若クハ何々ノ行爲ヲ實行ス可シ(履行ノ訴)又ハ何々ノ義務ヲ確認ス可シ(確定ノ訴)トノ判決ヲ求ムト云フ如シ然レモ一定ノ原因及ヒ一定ノ目的物ノ項目ニ於テ單ニ其原因及ヒ其物件ヲ表示シ而シテ其原因ヨリ生シタル權利ノ全部若クハ一部又ハ其目

的物ノ員數若クハ附帶ノ請求額ヲ表示セサルハ此一定ノ申立ニ於テ必ス之ヲ明示シ而シテ其如何ナル判決ヲ求ムルヤヲ開示セサル可カラス

請求ノ原因ノ性質ニ因リ豫シメ一定ノ數額ヲ確定シ難キモノニ付テハ必シモ之ヲ明示スルヲ要セス而カモ少クモ裁判所ノ據テ以テ之ヲ確定シ得ヘキ標準若クハ基礎タル可キモノナカル可カラス例ヘハ養料請求ノ訴ニ於テ單ニ身分相應ノ養料ヲ得ント求メ賠償請求ノ訴ニ於テ漠然相當ノ賠償ヲ受クント云ヒ若クハ原被告計算ノ上被告ノ義務ニ歸ス可キ金額ヲ得ント求ムルカ如キハ未タ以テ一定ノ申立ト爲スニ足ラス故ニ斯ノ如キ場合ニ於テハ一日若クハ一个月幾許ノ割合若クハ物若クハ一日ニ付キ幾許ノ賠償又ハ原被告ノ豫算ニ基キ凡ソ幾許ト云フカ如キ少クモ之ヲ一定スルニ足ル可キ標準ヲ明示スルヲ必要トス(1)

擇一義務  
期選定ノ時

差展命令

(1) 獨逸國ニ於テハ或ル一派ノ學說アリ斯ノ如キ場合ニ於テハ先ツ賠償扶助料又

ハ精算金額ノ確定ノ訴ヲ提起シテ而シテ後更ニ之レカ支拂ノ請求ヲ爲ス可シト論スルモノアリト雖モ既ニ前第三十七節(第三)ニ於テ論定シタル所ノ如ク確定ノ訴ヲ提起スルニハ未タ其履行ヲ求ムルコトヲ得サルコト、原告ニ於テ現在之ヲ確定スルニ於テ權利上ノ利益ヲ有スルコトヲ要スルモノトスルハ前説ノ如クスルヲ得サルコト自カラ知ル可キナリ

又同國ニ於テ稍々此ニ類スル疑問アリ曰ク原告若クハ被告ニ於テ二者擇一ノ權利若クハ義務ヲ有スル場合ニ於テハ必ス其一ヲ選定シテ之ヲ請求スルニ非レハ所謂一定ノ申立ト爲ラサルヤ如何ト是ナリ有名ノ學者「ウ井ソドシヤ井ド、ウエヒテル」等ハ起訴ノ時ニハ必シモ選擇ノ權利ヲ行フヲ要セスシテ之ヲ起訴ノ後ニ留保スルコトヲ得ヘシト論定セリ余モ亦此説ニ左袒スルモノナリ

以上訴ノ提起ニ必要ノ條件トス故ニ若シ訴狀ニシテ此要件ヲ具備セサルハ裁判長ハ第九十二條ノ規定ニ依リ其命令ヲ以テ之レ

カ補正ヲ命シ若シ其命ニ從ハサルモハ訴狀差戻ノ命令ヲ爲スコトヲ得ヘク而シテ當事者ハ此命令ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ヘキナリ

次キニ訴訟ノ準備ニ屬スル事項ハ第九十條末項ニ於テ之ヲ定ム即チ左ノ如シ

(イ) 以上ノ要件ノ外尙ホ第一百五條ニ掲クル所ノ準備書面ノ規定ニ從フコト

(ロ) 裁判所ノ管轄カ訴訟物ノ價額ニ依リ定マル場合ニ於テ訴訟物カ一定ノ金額ニ非ルモハ其價額ヲ掲クルコト是ナリ(裁、構、第十四條第一號第二十六條第一號參觀)

右二箇ノ事項ハ假令全備セサルコトアルモ素ト準備行爲ニ屬スルモノナルヲ以テ之レカ爲メ其訴狀ヲ無効タラシムルニ至ラス然レモ(ロ)ノ事項ノ如キ時ニ管轄ヲ定ムルカ爲メニ必要ナル而已ナラス

準備事項

無印紙訴狀ノ處分如何

訴訟用印紙貼用ノ爲メニモ亦必要トス(2)故ニ結局之ヲ補正スルニ非レハ判決ヲ受クルコト能ハサルモノトス

(2) 今若シ裁判所ノ管轄カ訴訟物ノ價額ニ依リ定マル可キ時ニ於テ其價額ヲ掲ケス又ハ制規ノ印紙ヲ貼用セサル訴狀ヲ提出シタル者アリトセン乎此場合ニ於テモ裁判所ハ之レニ關セス期日ヲ指定シテ口頭辯論ヲ開始セサル可カラサル乎

第一ノ場合即チ價額ノ掲記ナキカ爲メニ管轄權ノ有無判然セサル場合ニ於テハ期日ヲ定メ辯論ヲ開クヲ要ス何トナレハ其事項ノ要件ニ屬セサル而已ナラス地方裁判所ハ事物ノ管轄ニ屬スルモノハ區裁判所ノ管轄ニ屬スル事件ト雖モ自カラ裁判スルコトヲ得ヘク(七)又管轄違ヒナリトシテ訴ヲ却下スルコトヲモ爲シ得ヘケレハナリ(九)

第二ノ場合即チ印紙ヲ貼用セサル場合ニ於テハ第九十三條ノ明文アルニ拘ハラズ裁判所ハ必シモ期日ヲ指定スルヲ要セサル可シ蓋シ訴訟用印紙ノコト

ハ特別法即チ二十三年法律第六十五號ヲ以テ之ヲ定メ而シテ其第十一條ニハ「此法律ニ從ヒ印紙ヲ貼用セサル民事訴訟ノ書類ハ其効ナキモノトス」トアリ無印紙ノ訴狀ハ無効タリ無効ノ訴ヲ受理シテ辯論ヲ開クノ理ナキナリ然レモ又同條但書ニ於テ退貼ニ依テ有効ナラシムルヲ得ル規定アリ故ニ裁判所ハ先ツ此但書ニ依テ之ヲ貼用セシメ之ヲ有効ノモノトシテ而シテ後チ期日ヲ指定ス可キモノト解釋ス可キナリ然レモ印紙法ハ素ト徵稅ノ趣意ニ出テ而シテ其貼用ハ後チニ於テスルモ通常其効力ハ其始メニ遡及セシムルヲ以テ通例ト爲ス故ニ先ツ期日ヲ指定シ後チニ之ヲ貼用セシムルモ固ヨリ之ヲ違法ノ所爲ト云フ可カラス唯夫ノ訴訟上ノ救助ヲ許サ、ル決定アルニ拘ハラズ尙ホ無印紙ノ訴狀ヲ提出スルモノアル場合ノ如キハ後チニ貼用セシムル見込ヲ以テ期日ヲ定ムルコト能ハス而カモ裁判所ハ第九十二條ノ規定ニ依テ差戻ス可キニ非ス又故障又ハ控訴抗告其他ノ場合ノ如ク法律上ノ方式ニ適セサルモノトシテ却下スルノ明文ナシ然ラハ則チ之ヲ如何シテ可ナラン乎

余ノ見ル所ニ據レハ裁判所ハ先ツ印紙ノ貼用ヲ命シ而シテ之レニ從ハサルモハ固ヨリ無効ノ訴狀ナルカ故ニ訴狀ナキモノトシテ之ヲ打捨置クモ可ナリ又強テ之レカ終局ヲ付クントモハ假令法條ノ明文ナシト雖モ判然法律上ノ方式ニ適セサルモノナルカ故ニ裁判長ノ命令ヲ以テ之ヲ却下シ得ルコトハ信シテ疑ハサル所ナリ而シテ此命令ニ對シテハ構成法第四百十條ニ所謂抗告ヲ爲シ得ヘキヤ否ヤハ未決ノ疑問ニ屬ス

訴狀ノ要件ヲ全備スルモハ期日ヲ定メ之ヲ被告ニ送達ス可キコト(一九三)及ヒ就審期間(一九四)ニ就テハ別ニ説明ヲ要スルモノナシ唯此就審期間即チ訴狀ノ送達ト口頭辯論期日ノ間ニ存スルコトヲ要スル期間ニ就テハ第三百七十七條第四百九十六條及ヒ第三百三條ノ特別規定ニ注意ス可キナリ

以上訴ノ提起ニ因リ所謂訴訟上權利關係ヲ成立スルコトハ第二編第三十五節ニ於テ之ヲ詳説シ又起訴ノ行爲ニ因テ實體上及ヒ形式

上ニ二箇ノ効力ヲ生スルコトハ第三十七節(第二)ニ於テ之ヲ詳述シタルヲ以テ茲ニ再ヒ之ニ論及スルヲ須井ス讀者幸ニ右二節ヲ參照湊合シテ考究スル所アラハ庶幾クハ起訴ニ關スル全般ノ學理ト應用ノ正確ヲ會得スルヲ得ン

### 第五十六節 準備書面ノ交換

〔第一〕 我民事訴訟法カ所謂口頭辯論ノ主義ヲ採ルコトハ第三百三條ノ明文ニ依テ明カナリ然レモ其口頭辯論ヲ以テ主義ト爲スカ故ニ一切書面ノ交換ヲ用井スト云フニ非ラス即チ合議裁判所(地方裁判所以上)ニ於ケル口頭辯論ハ書面ヲ以テ之ヲ準備ス可キモノト爲ス(一)〇四故ニ當事者ハ此規定ニ從ヒ訴ノ提起ト口頭辯論期日トノ間ニ在テ其交換ヲ爲スノ義務アルコト勿論ナリ(一九四、一九九)然レモ此義務タル若シ之ヲ怠ルハ必然ノ効果トシテ爲メニ失權ノ制裁ヲ受ク可キモノニ非ス蓋シ此規定ハ畢竟當事者ニ對スル訓示的命令

準備書面ノ交換

全上ノ目  
的及ヒ書  
面ノ効力

ニ過サルモノト云フ可シ

準備書面交換ノ目的ハ當事者双方ニ於テ各其主張セントスル所ノモノ及ヒ其證據ト爲サントスル所ノモノヲ開示シ相手方ヲシテ豫シメ訴訟ノ材料ヲ知悉セシムルニ在リ蓋シ之ヲ以テ豫シメ必要ノ穿鑿ヲ爲サシメ辯論ノ期日ニ際リテ準備ノ爲メ更ニ延期ヲ請フノ要ナカラシムルヲ期スルナリ之ヲ要スルニ既ニ其名稱ノ指示スル如ク其書面ハ畢竟準備ノ爲メタルニ過キスシテ書面其モノハ直チニ其判決ノ基本タル可キモノニ非ス從テ其書面ニ所載ノ自白ハ法廷外ノ自白タルニ過キス又其準備ノ懈怠ハ訴訟外ノ懈怠タルニ過キサルモノトス

此準備手續ハ管ニ訴狀及ヒ答辯書ニ於テ爲ス可キ者タルノミナラス訴狀答辯書交換ノ後ニ於テモ亦然リトス(二〇四)又各準備書面並ニ附屬書ノ謄本抄本ハ相手方ニ送達ス可キモノ、外尙ホ一本ヲ備



ヘテ之ヲ裁判所ノ爲メニ提出ス可キナリ(一〇八)  
準備書面交換ノ目的ハ前掲ノ如シ故ニ各當事者ハ所謂就審期間内ニ於テ互ニ書面ノ交換ヲ爲ス可キナリ就審期間トハ第九十四條ニ規定スル所ノ二十日ノ期間即チ是トス而シテ此期間並ニ答辯書差出シ期間ハ共ニ法廷期間ニ屬スト雖モ而カモ所謂不變期間ニ非ス(第五十二節第二)參觀故ニ當事者ノ申立ニ因リ裁判長ハ其命令ヲ以テ之ヲ伸縮シ得ヘク殊ニ答辯書差出シノ期間ノ如キハ之ヲ二十四時間迄ニ短縮スルコトヲ得ルモノトス(二〇三)計算事件財産分割及ヒ此ニ類スル訴訟ニ付テハ口頭辯論開始ノ後受命判事ノ面前ニ於ケル準備手續ニ依テ訴訟ノ材料ヲ集輯スルモノトス故ニ之ヲ次節ニ譲ル

準備書面ノ交換ハ訴訟上必要ノ行爲ニ非ス然レモ又口頭辯論ヲ延期シタル場合ニ在テハ裁判所ハ爾後ニ必要ナル準備書面ヲ差出ス可キ期間ヲ定ムルコトヲ得ルナリ(二〇四ノ二)  
以上相當期間内ニ準備書面ノ交換ヲ怠リタルカ爲メニ訴訟ノ遲滯若クハ費用ノ増加ヲ來シタルモハ其怠慢ノ責アル者ハ其訴訟ノ勝敗如何ニ拘ハラズ費用負擔ノ言渡ヲ受クルコトアル可シ(七五)之ヲ準備ノ懈怠ニ對スル法律上唯一ノ制裁トス

口頭辯論

第五十七節 口頭辯論

〔第一〕 口頭辯論ノ主義若クハ原則之ヲ我民事訴訟法ニ於ケル最大緊要ノ方式トシテハ既ニ第三編第四十七節ニ於テ論述シ裁判所及ヒ當事者ノ行爲ニ關スル大原則トシテハ之ヲ第二編第三十九節ニ所謂處分權主義ノ名稱ヲ以テ之ヲ詳述セリ故ニ再ヒ民事訴訟ニ於ケル大主義若クハ大原則トシテ茲ニ之ヲ論述スルノ必要ナシ乃チ本節ニ於テハ單ニ訴訟手續ノ程度若クハ順序トシテ所謂口頭辯論ノコトヲ説述スルモノトス

口頭辯論  
ニ關スル  
最初ノ行  
爲

口頭辯論ニ關スル最初ノ行爲ハ前節所說ノ訴狀ノ適法ナル裁判長ニ於テ口頭辯論ノ期日ヲ指定スルニ在リ(一九三、一五九)而シテ其訴狀ノ送達後就審期間ノ滿了ト共ニ口頭辯論ノ期日ニ違ス期日ハ事件ノ呼上ヲ以テ始マリ裁判長自カラ口頭辯論ヲ開クニ依テ茲ニ口頭辯論ハ開始セラル、モノトス(一六三、一〇九)所謂口頭辯論ヲ開クトハ裁判長自カラ當事者ノ氏名ヲ呼ヒ訴訟事件ノ目的ヲ指示シ而シテ其辯論ヲ爲ス可キ旨ヲ告知スルヲ云フ法律ニ所謂辯論ノ開始ニシテ前掲ノ如クナリトスレハ口頭辯論ノ名稱亦廣狹ノ兩義ヲ有スルモノト謂フヲ得ヘシ即チ廣義ニ所謂口頭辯論トハ辯論ノ開始ヨリ其終結ニ至ル迄ノ總テノ辯論ヲ云ヒ狹義ニ所謂口頭辯論トハ特ニ本案ニ關スル辯論ノミヲ云フモノト爲ス是ナリ故ニ今之ヲ分テ本案ニ關セサル口頭辯論ト本案ノ口頭辯論トノ二段ト爲シ左ニ之ヲ説明セシ

口頭辯論  
ニ關スル  
二義アリ

本案ニ關  
セサル口  
頭辯論

(第二) 本案ニ關セサル口頭辯論○本案ニ關セサル辯論トハ其辯論事項ノ性質ニ因リ概チ本案ノ辯論以前ニ於テ爲スヲ要スルモノヲ云フ

妨訴抗辯  
ノ辯論

原告其訴狀ニ基キ一定ノ申立ヲ爲シ而シテ其請求ノ原因タル事實ノ陳述ヲ終ルモ未ダ之ヲ以テ本案ノ辯論ト爲スヲ得ス蓋シ法律上所謂本案ノ辯論トハ被告ノ應訴即チ本案ノ請求其モノニ對シテ辯論スル意思發表ノ後ヲ指稱スルモノトスレハ(第三十五節第三及第四)參觀ナリ故ニ被告ニ於テ本案辯論ニ入ルコトヲ拒ム可キ理由アルルハ必スヤ此本案辯論ニ入ル前ニ於テ之ヲ提出シ而シテ先ツ其事項ニ就テ辯論スルヲ要ス其事項ハ左ノ如シ

(一) 妨訴抗辯○妨訴ノ抗辯ハ本案ニ付テノ被告ノ辯論前同時ニ提出スルヲ要スルモノトス(二〇六ノ一)但シ絶對的必要條件ニ屬スルモノ即チ無訴權ノ抗辯訴訟能力又ハ法律上代理ノ欠缺ノ抗辯

及ヒ專屬的管轄違ク抗辯ハ訴訟ノ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハス之ヲ提出シ得ヘキヲ以テ必シモ本案ノ辯論前ニ於テスルヲ要セス蓋シ裁判所モ亦何時ニテモ其職權ヲ以テ之ヲ調査シ得ヘケレハナリ又當事者ノ處分權ニ屬スルモノ即チ被告ノ拋棄シ得ヘキ妨訴抗辯ト雖ヒ被告ノ過失ニ非スシテ本案ノ辯論以前ニ之ヲ主張シ能ハサリシコトヲ疏明スルルニ限リ本案辯論ノ後ニ至テモ亦之ヲ主張シ得ルナリ然レモ是唯一ノ例外ノミ此他妨訴抗辯ニ關スル詳細ハ既ニ第二編第三十六節ニ於テ訴訟上ノ必要條件トシテ之ヲ論述シタルヲ以テ今ハ凡テ省略ニ從フ

全上以外  
ノ必要事  
項ニ付テ  
辯論

(二) 妨訴抗辯以外ノ必要條件○此事項ニ屬スルモノハ概テ左ノ如シ

(イ) 訴狀ノ要件ノ欠缺(一九〇ノ二)

(ロ) 訴ノ併合ニ付キ違法アルコト即チ第四十八條第五十條及ヒ

第九十一條ノ規定ニ適合セサル場合若クハ法律上共同訴訟ヲ必要トスル場合ニ於テ訴ノ併合ヲ爲サ、ル等ヲ謂フ訴ノ併合ノコトハ第二編第四十五節及ヒ第四十六節ニ於テ詳述シタレハ是亦凡テ省略ス蓋シ當局者ノ最モ注意ヲ要スル所トス

(ハ) 中斷及ヒ中止ノ理由ノ主張(第四十二節參觀)

(ニ) 訴ノ原因ノ變更ニ對スル異議ノ陳述(一九五)此異議亦本案ノ口頭辯論ノ前ニ於テセサルルハ被告之ヲ承諾シタルモノト爲ス(第三十七節(二)ノ(三)參觀)

(ホ) 偏頗ノ恐レアルヲ理由トスル判事ノ忌避ノ申立(三四ノ二)但シ職務除斥ノ理由ハ訴訟ノ程度ニ拘ハラズ提出シ得ヘキヲ以テ別段トス(三四ノ一)

(ヘ) 訴訟代理委任欠缺ノ主張(七〇)但シ此場合ニ在テハ裁判所ニ於テ補正ヲ命シ口頭辯論ノ終結ニ至ルマテ之ヲ追完スルコトヲ

許ス而已ナラス裁判所ノ職權ヲ以テ調査ス可キモノニ屬スルヲ以テ必シモ本案辯論前ニ主張スルヲ要セス唯夫レ此點ニ付テ疑ヒアルハ本案ノ辯論以前ニ申出ツルヲ可トスルノミ

以上ノ事項ニ付テ口頭辯論ヲ要スルモ所謂本案ニ關セサル辯論トス而シテ其辯論ノ結果ハ或ハ單ニ決定ニ止マルモノアリ中間判決ニ終ルモノアリ或ハ特ニ上訴ニ關シテ結局判決ト看做ス可キ中間判決ト爲ルモノアリ或ハ又結局訴ノ却下ニ歸シ純然タル結局判決ト爲ルコトアリト雖ヒ而カモ是レ所謂本案ノ辯論ニ因リテ然ルニ非ルナリ

本案ノ口頭辯論

〔第三〕 本案ノ口頭辯論

本案ノ口頭辯論ハ原告一定ノ申立ヲ爲シ若クハ之レニ併セテ請求ノ原因タル事實ノ陳述ヲ爲シ被告之レニ對シテ訴ノ全部若クハ一部ノ却下ヲ申立ルニ因リテ成立スルモノトス(1)(11)(10)

防禦方法ノ種別

事實ノ否認

(1) 原告ノ一定ノ申立及ヒ被告ノ訴ノ却下ノ申立ハ共ニ判決ヲ受ク可キ事項ノ申立トス故ニ第二百二十二條第一項ノ規定ニ基キ訴狀及ヒ答辯書ニ基キテ之ヲ爲スヲ必要トス我訴訟法ハ獨逸訴訟法ニ於ケル如ク書面ノ朗讀ヲ命セス而カモ書面ニ基キテ申立ヲ爲スヲ要ストアル以上ハ其事項ノ申立ハ畢竟朗讀ト同一ニ歸ス可キナリ然ルニ此方式ヲ守ルヲ迂トシ倉卒口頭ノ申立ヲ爲シ爲メニ訴狀ノ申立ト調査ノ記載ニ差異ヲ生シ種々ノ紛雜ヲ來スコト往々ニシテ之レアリ當事者ノ注意ヲ要スル所トス

被告ノ答辯即チ防禦方法ニ種々ノ別アリ曰ク事實ノ否認曰ク法律ニ基ク反對陳辯曰ク義務消滅ノ抗辯曰ク反訴ノ提起是ナリ

○第一 事實ノ否認

各當事者其相手方ノ主張シタル事實ニ對シテ陳述ヲ爲ス可キ義務アルコトハ第一百十一條第一項ノ規定ニ因テ明カナリ所謂事實上ノ陳述ニハ相手方ノ陳述ヲ打消スモノト之ヲ自認スルモノトノ別ア

リ前者ハ之ヲ事實ノ否認ト稱シ後者ハ之ヲ自白ト云フ而シテ其事  
實ノ否認ノ陳述ハ單ニ不知ヲ以テスルモノト相手方主張ノ事實ニ  
反對ノ事實上ノ主張ヲ以テスルモノト別アリ前者ハ消極的陳述  
ニシテ後者ハ積極的陳述ニ屬ス而カモ其相手方ノ主張ヲ否認スル  
ニ至テハ共ニ同一トス

事實上ノ陳述ハ概テ立證ヲ要ス而カモ所謂自白ニ屬スルモノハ之  
レカ例外タリ故ニ茲ニ民事上自白ノ性質ニ付テ聊カ説述スル所ア  
ラントス

自白ハ既ニ第三十九節(三五八丁)ニ於テ論定シタル如ク事實確定ノ  
意思表示ナリ換言スレハ反對ノ主張反對證據ノ拋棄ニ非スシテ相  
手方主張ノ事實ニ同意シ而シテ之ヲ以テ其事實ヲ確定セラル可シ  
トノ陳述ニ外ナラス而カモ自白ハ認諾ト同シカラス認諾ハ義務ノ  
存在ヲ認ムルモノニシテ自白ハ單ニ事實ノ存在ヲ認ムルニ過キス

自白ノ性  
質

自白ハ證  
據ニ非ス

事實ノ自認ハ未タ以テ義務ノ存在ヲ認ムルモノニ非ス蓋シ事實ノ  
存在ヲ認メテ而シテ其義務ノ消滅ヲ主張スルヲ得ルコト下第三ニ  
於テ説述スル所ノ如クナレハナリ

自白ハ片面的即チ一方ノ處分行爲ニ屬ス故ニ相手方ノ承諾ヲ要セ  
ス又自白ハ我民法謂フ所ノ如キ證據方法ニ非ス(民證第十二條第二)  
從テ心證判斷以テ之ヲ取捨シ能ハサル而已ナラス假令其自白ノ不  
實ナルコト明カナルト雖モ尙ホ且ツ裁判所ヲ羈束スルモノトス

(1)

(1) 此説明ニ付テハ獨逸ノ學理若クハ法律ニ拘泥シテ我法文ヲ無視スルモノトノ  
疑ヲ懷クモノアラシ故ニ茲ニ一言セン余ヤ不敏ト雖モ他國ノ法例ニ拘泥シテ  
自國ノ法律ヲ無視スル者ニ非ス然レモ民法ハ未タ實施セラレサル法律ナリ民  
事訴訟法ハ既ニ實施セラレ、法律ナリ而シテ此法律ニ於テハ自白ヲ以テ一ノ  
直接證據ト爲サ、ルコトハ直チニ裁判所ヲ羈束シテ心證判斷ヲ加フルヲ許サ

ス反對ノ證據ヲ許サス第二審ニ於テ尙ホ其羈束力ヲ有スル等ヲ以テ又疑ヒノ容ル可キナシ乃チ余ハ現行ノ法律ヲ重ニスルノ結果未行ノ法律ヲ無視スルニ至レル者タルコトヲ自認ス

獨逸訴訟法第二百六十三條ニ據レハ假令其反證ヲ舉クテ自白ノ不實ヲ證スルモ而カモ其錯誤ニ出タルコトヲ證スルニ非レハ其効力ヲ失ハサルモノト爲ス我民、證、第三十六條第二項ニ於テモ事實ノ錯誤アルハ之ヲ言消スコトヲ得ルモノト爲ス今日實際ニ行ハル、所亦然リ蓋シ錯誤ノ理由ニ因テ之ヲ言消スハ原來真正ノ自白ニ非スト云フニ外ナラス而シテ自白ハ之ヲ爲シタルモ其事、實、ハ、眞、實、ニ、非、ス、ト、云、フ、モ、ノ、ト、同、シ、カ、ラ、ス、後、ノ、場、合、ニ、於、テ、ハ、假、令、其、不、實、ヲ、證、明、ス、ル、ト、雖、モ、自、白、ノ、効、力、ニ、影、響、ナ、シ、蓋、シ、當、事、者、ノ、處、分、權、ニ、基、キ、一、旦、事、實、確、定、ノ、意、思、表、示、ヲ、爲、ス、以、上、ハ、自、白、ノ、實、否、ハ、固、ヨ、リ、裁、判、所、ノ、問、フ、所、ニ、非、ス、猶、夫、ノ、實、際、義、務、ア、ル、ニ、非、ル、モ、義、務、ヲ、認、諾、ス、ト、云、ハ、申、立、ニ、因、リ、認、諾、判、決、ヲ、爲、ス、ト、一、般、ニ、シ、テ、畢、竟、當、事、者、ノ、權、利、ヲ、重、ン、ス、ル、モ、ノ、ト、謂、フ、可、キ、ナ、リ

(附言第三百五十八丁末行ニ於テ此事ハ後ニ證據ノ所ニ於テ詳論ス可シト云ヘルハ誤リナリ故ニ茲ニ正誤ス)

自白ハ自己ニ不利ナル事實ノ追認ナリ故ニ苟クモ自己ニ利益トナル可キ事實ハ假令之ヲ牽連シテ陳述スルコトアルモ畢竟一ノ別事實ノ主張ニ外ナラス從テ相手方ニ於テ其事實ノ自認ナキ限りハ必スヤ之ヲ證明セサル可カラス以上ノ學說ハ夫ノ佛國并ニ我國從來ノ學說及ヒ判例ニ於テ屢見聞スル所ノ自白不可分ノ原則トハ全ク其主義ヲ異ニスルモノトス(1)然レモ若シ所謂自白不可分トハ單ニ左ノ如キ場合ニ限ルモノトモハ余輩亦他ノ理由ニ於テ之レニ同意ヲ表ス可シ例ヘハ原告ヨリ賣買契約ヲ主張シ或ル物件ノ代價ヲ請求スルニ際リ被告ニ於テハ賣買ノ契約ヲ爲シタル事實ヲ認メ而シテ其買約ニハ一定ノ期日ニ引渡ヲ爲ス可キ附從ノ約旨アルニ拘ハラス原告ハ之レカ引渡ヲ怠タリタルカ故ニ其請求ニ應ス可キニア

自白不可分ノ原則ヲ認メス

ラスト陳述スル場合ノ如キ是ナリ之ヲ釋明スレハ原告ハ單純ナル  
 賣買ノ事實ヲ主張シ被告ハ附從ノ約旨アル賣買ノ事實ヲ自認スル  
 モノニシテ單純ナル賣買即チ原告主張ノ事實ヲ自白セサルノミナ  
 ラス却テ之ヲ争フモノナリ蓋シ其契約タル素ト主タル約旨ト附從  
 ノ約旨ノ二者ヲ以テ成立セルモノニシテ共ニ不可分ノ要素タリ故  
 ニ假令賣買契約ヲ爲シタル事實ハ之ヲ存在スルモノトスルモ苟ク  
 モ其要素ノ一ヲ缺クハ未タ法律ノ効力ヲ生ス可キ事實即チ法律  
 上ノ事實ナキモノタレハナリ斯ノ如キハ所謂真正ノ自白ニ非ス唯  
 講學上或ハ之ヲ *Qualificiertes geständnis, avoué qualifié* (即チ形容付ノ自白)  
 ト稱スルコトアリト雖モ是レ唯名稱ノミ故ニ自白ノ法理ヲ適用ス  
 可キ限リニ在ラサルモノト爲ス

(1) 我民法證據編第三十八條ニモ複雑ナル自白ヲ援用セント欲スル者ハ陳述セラ  
 レタル數箇ノ事實ニ關シ其自白ヲ分ツコトヲ得ストアリ而シテ之ヲ解スル者

ハ曰ク權利無證ノ場合ニ於テ義務ノ原因タル事實ヲ自認シ而シテ其義務ノ辨  
 濟ヲ主張スル場合ニ於テ單ニ其利アル一分ヲ援用シテ不利ノ部分ノミヲ捨ル  
 ヲ得ンヤト余ハ今此ニ其理由ノ當否ヲ論スルコトヲ用井ス唯其義務發生ノ事  
 實ト義務消滅ノ事實即チ辨濟ノ事實トハ法律上ノ効力ニ於テ既ニ消長ノ別ア  
 ル二箇ノ別事實ニシテ固ヨリ自白ノ法理ニ基キ同一ノ論理ニ從フ可キモノニ  
 アラサルコトヲ一言スルニ止メントス  
 以上自白以外ノ事實ノ主張ニ付テハ原被告共ニ之ヲ證明セサル可カ  
 ラス而シテ證據ノコトハ本編第二章第五十八節以下ニ於テ別ニ之  
 ヲ詳説ス可シ

○第一 法律ニ基ク反對陳辯

法律ニ基ク反對陳辯トハ原告主張ノ事實ヲ打消スニモ非ス又其義  
 務消滅ノ原因ヲ主張スルニモ非スシテ寧ロ其事實ヲ認メテ而シテ  
 法律上其義務ノ履行ヲ拒ミ得ヘキ理由ヲ主張シテ以テ原告ノ請求

○反對スル一種ノ抗辯ヲ云フ仍ホ之ヲ詳言スレハ原告主張ノ事實ハ不法若クハ違法ノ事實タリ故ニ法律ノ事實トシテ之ヲ主張シ法律ノ効力トシテ其權利ヲ主張シ訴ヲ以テ法廷ニ請求シ得ヘキ適法ノ權利關係ヲ成立スルモノニ非スト云フニ在リ例ヘハ不法ノ原因ニ基ク債務ナルコトヲ説明シ若クハ法律上必要ノ方式若クハ條件ノ欠缺ヲ指摘シテ其債務ノ無効ヲ主張スルカ如キ是ナリ之ヲ要スルニ其反對陳辯ノ憑據ハ權利關係ノ原因タル行爲ニ在ルト成立ノ條件ニ係ルト有効ノ條件ニ屬スルトヲ分タス苟クモ法律ヲ理由トシテ原告ノ請求ニ反對スル所ノモノハ皆此抗辯ニ屬スルモノト知ル可キナリ

○第三 實體的失權ノ抗辯

失權ノ抗辯ニ二種アリ絶止的失權抗辯假止的即チ一時ノ失權抗辯是ナリ

失權ノ抗辯

絶止的失權抗辯

(一) 絶止的失權抗辯トハ義務消滅ノ原因ヲ主張スル抗辯ヲ云フ義務消滅ノ抗辯トハ被告ニ於テ訴ノ原因タル權利關係ハ事實上ニ於テモ法律上ニ於テモ成立シ且ツ其權利關係ハ原被ハ間ニ存在シタルコトヲ認ムルモノトス故ニ此抗辯ハ前二種ノ抗辯ト異ナリ或ハ事實ヲ打消シ若クハ法律上ノ無効ヲ主張スルモノニ非スシテ原告主張ノ全部ヲ是認シ而シテ其一旦正當ニ成立及ヒ存在シタル權利關係ハ爾後ノ事實即チ其關係ヲ消滅セシム可キ原由アツテ既ニ消滅シ去リタルコトヲ主張スルモノトス故ニ此事由亦之ヲ被告ニ於テ證明スルヲ要スルモノナルコト勿論ナリ所謂義務消滅ノ事由トハ例ヘハ時効ノ成就義務ノ辨濟不可抗力ニ因レル目的物ノ滅盡義務ノ更改相殺權利ノ拋棄又ハ確定判決若クハ解除條件ノ到來ニ依テ其義務ノ消滅シタルコトヲ主張スルカ如キ是ナリ此種ノ抗辯ハ講學上之ヲ Peremptorische einrede 即チ



假止的失權抗辯

絶止的失權抗辯ト謂フ

(二) 假止的失權抗辯トハ實上ノ延期ノ抗辯ノ如キモノ是ナリ實  
 上ノ延期ノ抗辯トハ夫ノ妨訴抗辯ノ如ク形式上即チ訴訟手續  
 上ノ抗辯ニ止マラスシテ實上原告ニ於テ未タ其權利ヲ行使ス  
 ルコト能ハサル事由アルコトヲ主張スルモノヲ云フ例ヘハ原告  
 ニ於テ履行期日ノ延期ヲ承諾シ今仍ホ其期限以內ニ在ルヲ以テ  
 未タ訴ヲ提起シテ以テ履行ノ請求ヲ爲スト云フカ如キ是  
 ナリ此場合ハ義務ノ存在ヲ認ムル而已ナラス後日之ヲ履行ス可  
 キ義務アルコトヲモ認ムルモ唯ソノ今日ニ於テ請求ノ權利ナシ  
 トノ主張ニ過キス故ニ講學上之ヲ假止的抗辯(Dilatorische einrede)  
 ト謂フ

以上三種ノ防禦方法各其基ク所ヲ異ニス故ニ之ヲ陳述ト云ヒ陳辯  
 ト云ヒ又抗辯ト云フト雖ヒ何レモ本案ニ關スル防禦方法ニシテ凡

抗辯ノ種別

反訴提起

テ之ヲ本案ニ對スル抗辯(1)ト謂フモ可ナリ而カモ講學上單ニ抗辯  
 ト稱スルルハ第三ニ所謂失權抗辯ヲ指稱スルヲ以テ通例トス故ニ  
 暫ク其例ニ從フ而カモ其説明ニ於テハ必シモ此例ニ拘ハラズ唯次  
 ノ第四ニ所謂反訴ニ至テハ之ヲ一種ノ防禦方法ト爲スト雖ヒ(二〇  
 九)之ヲ抗辯トハ稱セサルナリ

(1) 民事訴訟法中ニ所謂抗辯ニ廣狹ノ二義アリ廣義ノ抗辯ニ於テハ妨訴ノ抗辯、本  
 案ノ抗辯、證據抗辯ノ三者ヲ包含シ狹義ノ抗辯ニハ單ニ本案ニ對スル抗辯殊ニ  
 專ラ第三ニ所謂失權ノ抗辯ヲ指稱スルモノト知ル可キナリ

### ○第四 反訴ノ提起

反訴ニ關スル形式上及ヒ實上ノ必要條件ニ就テハ反訴ノ裁判籍  
 ヲ講說スルニ際リ既ニ第十九節ノ(第三)ニ於テ其要領ヲ說示シタリ  
 故ニ今此ニ之ヲ省ク

反訴ハ既ニ權利拘束ト爲リタル訴訟ノ被告カ原告ニ對スル一箇ノ

請求ヲ主張シ一箇獨立ノ反對攻撃ノ方法ヲ以テ本訴ニ對スル防禦方法ト爲スモノトス故ニ夫ノ從參加人ノ如キ本然ノ被告タラサル者ハ固ヨリ反訴ヲ起スコトヲ得サルナリ

反訴ハ夫ノ相殺ノ抗辯ノ如ク常ニ一ノ攻撃ヲ含ムモノナリ而カモ之ヲ相殺ノ抗辯ニ比スレハ更ニ一層強力ナル防禦方法トス而シテ反訴ハ其必要條件ニ於テ多少ノ差異アリト雖ヒ亦訴ノ定義ニ適合ス即チ反訴ニハ先ツ既ニ繫屬スル訴ノ在テ存スルヲ要シ而シテ其既ニ本訴アルノ理由ニ因リテ同時ニ防禦方法ノ性質ヲ有スルモノナリト雖ヒ本來通常ノ訴ト同シク一箇獨立ノ攻撃方法タルコトヲ云フナリ

- (一) 今通常ノ訴及ヒ其必要條件ト反訴トノ相異ナル所ヲ舉クレハ
- (イ) 反訴ハ本訴ノ繫屬スル裁判所ニ限リテ之ヲ提起シ得ルコト即チ通常訴ノ裁判籍ニ拘ハラス

通常ノ訴  
ト反訴ト  
ノ差異

(ロ) 反訴ハ書面ヲ以テ提起シ得ルノミナラス又口頭ヲ以テ之ヲ提起シ得ルコト即チ提起ノ方法ニ差異アリト云フヘシ

(ハ) 反訴ハ其目的物カ本訴ノ目的物ト相殺シ得ヘキ場合ノ外ニ在テハ本訴ノ請求ト反訴ノ請求ト相牽連スルモノニ限ルコト(1) 相牽連(Zusammenhang)又ハconnexität)スルトハ本訴ノ請求ト反訴ノ請求カ共ニ同一ノ權利關係若クハ同一ノ契約ニ依テ生シタルモノナルカ又ハ反訴ノ請求カ本訴ノ請求ニ對シ先決ヲ要スル關係アル場合(二一一)ヲ云フナリ故ニ此牽連若クハ附帶ノ性質ヲ具有シ而シテ第二百條第二項ノ制限以外ノ場合ニ當ラサルトハ其請求種類ノ異同ニ拘ハラス一ノ防禦方法トシテ反訴ヲ提起シ得ルモノトス

(1) 此要件ニ付テハ法律ノ明文ナシ故ニ異論ナキニ非ス然レモ反訴ノ一ノ防禦方法タルコトヲ認ムル以上ハ其方法其モノノ性質ニ於テ必スヤ牽連ノ關係ナキ

コトヲ得ス蓋シ相殺シ得ヘキモノ、外ニ在テ全ク無關係ノ行爲若クハ不行爲ノ請求ヲ反訴ト爲スカ如キ一例ヲ想像シテ一考セハ法文ヲ俟タスシテ此條件ノ必要ナルコト自カラ認知シ得ヘキナリ

(ニ) 反訴ハ第二百一條ニ規定スル制限ヲ以テ判決ニ接着スル口頭辯論ノ終結ニ至ルマテ之ヲ提起シ得ルコト(二〇九)

(ホ) 反訴ノ權利拘束ハ本訴ノ終局ニ依テ其効力ヲ消滅セサルコト然レモ本訴ノ必要條件ヲ缺クカ爲メニ本案ノ審理ニ立入ラスシテ訴ヲ却下スルモ若クハ訴ヲ取下ケタルモ如キハ外面上既ニ發生シタル權利拘束ノ効力ハ起訴ノ始メニ溯テ消滅シ即チ未ダ曾テ權利拘束ノ生セサルモノト爲ルカ故ニ斯ノ如キ場合ニ在テハ反訴モ亦獨リ残り存スルコトヲ得ス蓋シ反訴ノ提起ニハ本訴ノ權利拘束ヲ以テ基礎ノ必要條件ト爲セハナリ

(ハ) 金額ノ多少ニ原因スル管轄ノ制限ニ拘ハラサルコト(裁、構、第

異殺反訴ト相  
トノ差

十四條一項及ヒ二〇〇ノ二)

(ト) 本訴ニ先タチ反訴カ判決ヲ爲スニ熟スルモハ一分判決ヲ以テ裁判シ得ルコト(二二六ノ一)

(二) 又反訴ト相殺抗辯トノ相異ナル所ヲ指摘スレハ

(イ) 第二百十二條ノ規定ニ依リ口頭辯論ニ於テ主張シタル相殺ノ抗辯ハ其主張ノ時ヨリ權利拘束ノ効力ヲ生スト雖モ而カモ其効力ハ(反訴ノ權利拘束トハ異ナリ)本訴ノ權利拘束ト共ニ消滅スルコト

(ロ) 相殺ノ抗辯ハ原告請求ノ額ニ相當スル以上ノ額ニ就テ効力ナキカ故ニ若シ原告ニシテ其訴ヲ却下セラル、ニ至ルモハ相殺ノ抗辯ニ對シテ判決ヲ受クルヲ得サルコト

(ハ) 相殺ノ抗辯ハ單ニ同種類ノ請求ニ限ルコト即チ是ナリ

反訴ハ一ノ訴ナリ故ニ反訴ノ被告(則チ本訴ノ原告)モ亦本訴ノ被告

ト同シク總テノ防禦方法ヲ用フルコトヲ得ルモノトス然レモ法律  
上左ノ二箇ノ例外ノ場合アルコトヲ知ラサル可カラス

(一) 反訴ノ被告ハ第二百六條ノ第一(無訴權ノ抗辯)第三(權利拘束  
ノ抗辯)第六(費用未濟ノ抗辯)第七(延期抗辯)ノ場合ノ外反訴ニ對シ  
テ妨訴ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得ス蓋シ第五ノ抗辯即チ訴訟費  
用保證ノ欠缺ノ抗辯ハ第八十八條ノ明文ニ因リ保證ヲ立ツルノ  
義務ナキカ故ニ(八八ノ二)之ヲ提出スルコトヲ得ス又第四ノ抗辯  
即チ訴訟能力ノ欠缺又ハ法律上代理ノ欠缺ノ抗辯ハ既ニ本訴ノ  
提起ニ因テ之ヲ認メタルモノナルカ故ニ裁判所ノ職權ヲ以テ之  
ヲ調査スルハ格別反訴ノ被告(即チ本訴ノ原告)ヨリ之ヲ提出スル  
コトヲ得サルナリ

(二) 反訴ノ被告ハ反訴ニ對シ更ニ反訴ヲ爲スコトヲ得ス(二〇〇  
ノ三)(一)

(一) 獨逸訴訟法ニハ此明文ナキカ爲メニ或ハ更ニ反訴ヲ爲シ得ヘシト論スル者アリ  
或ハ又之ヲ爲スコトヲ得スト説ク者アリ我訴訟法ハ此明文ヲ掲ケテ之ヲ禁  
止セリ蓋シ其之ヲ禁止シタルハ固ヨリ學理上ノ理由アルニ非ス畢竟反訴ハ素  
ト簡便ヲ圖リテ之ヲ許スモノナルニ若シ反訴ニ對シテ更ニ反訴ヲ爲スコトヲ  
許スルハ審理上爲メニ非常ノ紛雜ヲ生シ却テ不便ヲ生スルニ至ルノ虞アルカ  
故タルニ外ナラサルナリ

反訴ニ付テ世間説ヲ爲スモノアリ曰ク我訴訟法ニ所謂反訴ハ必ス  
相殺シ得ヘキモノニ限ル曰ク我訴訟法ハ單純ノ相殺抗辯ヲ許サス  
故ニ所謂相殺ノ抗辯ハ必ス反訴ヲ以テセサル可カラス蓋シ我立法  
ノ主旨ナリト然レモ反訴ハ相殺シ得ヘキモノニ限レル法文ノ見ル  
可キモノナキ而已ナラス第二百條第二項ニ付テ考フルハ却テ明  
カニ反對ノ趣旨ヲ見ルニ足ルモノアリ又相殺ノ抗辯ハ反訴ヲ以テ  
セサル可カラストノ説ノ如キモ同シク法文ノ據ル可キナキ而已ナ

ラス學理上ニ於テハ相殺ノ抗辯之ヲ反訴ノ形式ヲ以テ提出シ得ヘキコト勿論ナリト雖モ而カモ反訴ヲ以テスルニ非レハ相殺ヲ主張シ得サル理アルヲ知ル能ハス蓋シ此說ヲ爲スモノハ第二百一條第二項及ヒ第四百十六條中「相殺ヲ爲ス可キ場合ニ於テ云々」若クハ「相殺スルコトヲ得ヘキモノニシテ云々」ノ語アルヲ以テ推論スルモノナルカ如シ然レモ此等ノ法文タル畢竟提出ノ時期ニ後レタル反訴ニ對スル一ノ制限ニ過キス故ニ此制限ハ此場合ニ限リテ其他ニ及ハサルコトハ解釋法理ニ於テ然ラサルヲ得ス而シテ之ヲ以テ相殺ノ抗辯ハ必ス反訴ヲ以テス可キ理由ト爲スノ理由アルヲ發見スルコト能ハス此說ノ如キ固ヨリ駁撃ノ價值ナキモノタリ而カモ之ヲ信スル者アリ而シテ之ヲ實行スル者アルカ故ニ敢テ茲ニ一言スルノミ

準備手續

〔第四〕 訴訟ノ準備手續○準備手續トハ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テ許多ノ争アル請求ヲ生シ又ハ許多ノ争アル異議ヲ生シタルモ受訴裁判所カ特ニ命スルコトアル可キ手續トス此手續之ヲ準備手續ト稱ス而カモ夫ノ準備書面交換ノ如ク口頭辯論期日前ニ行フ可キモノニ非ス却テ口頭辯論ニ立入り若シ妨訴抗辯ノ提出アルモハ其辯論完結ノ後ニ至リ前掲ノ事情アル場合ニ於テ行フ可キ所ノモノトス(二六六)

準備手續ノ所爲

準備手續ハ第二百六十七條ノ規定ニ從テ指定セラレタル受命判事ノ面前ニ於テ第二百六十八條ニ列記セル事項即チ請求、攻撃、若クハ防禦方法、證據方法、及ヒ證據抗辯等ヲ調書ヲ以テ明確ニスルニ在リ而シテ此調書ハ本案判決ノ材料タル可キモノナルカ故ニ其辯論ニ於テ當事者ハ此調書ニ基キ準備手續ノ結果ヲ演述セサル可カラズ(二七一)若シ此準備手續ニ於テ明確ニス可キ事實又ハ證據ニ付キ陳

同上手續ヲ行フ者

準備手續ニ於テ闕席者アルハ其ノ處分

述ヲ爲サス又ハ之ヲ拒ミタルハ口頭辯論ニ於テ之ヲ追完スルコトヲ許サス然レモ其準備手續完結ノ後ニ至リ始メテ知ルヲ得タル事項ニ付テハ特ニ其事情ヲ説明スルハ限リ口頭辯論ニ於テ之ヲ主張スルコトヲ許スナリ(二七二)

準備手續ハ受訴裁判所自カラ之ヲ行ハス受命判事ヲシテ之ヲ行ハシムル點ニ於テ口頭辯論主義ノ變例トス而カモ其手續ハ口頭辯論ノ一部ニ外ナラス故ニ原被双方ノ出頭ヲ要スルコトハ猶ホ本案ノ辯論ニ於ケルカ如シ然レモ受命判事ハ獨立裁判ヲ爲ス權ナシ故ニ其一方ノ闕席シタル場合ニ於テ直チニ本案ノ闕席判決ヲ爲シ得ヘキニ非ス乃チ其期日ニ出頭セサル者アルハ出頭シタル者ノ提供ノミヲ明確ニシテ其調書ノ謄本ヲ作成シ之ヲ其闕席者ニ送付シ更ニ新期日ヲ指定シテ之ヲ呼出シ若シ其新期日ニ再ヒ出頭セサルハ茲ニ始メテ曩ニ送達シタル調書ニ掲載シタル相手方事實上ノ主

準備手續ノ結果

口頭辯論中裁判官ノ行爲

張ヲ自白シタルモノト看做シ而シテ其準備手續ハ完結シタルモノト爲ス(二六九)

準備手續ノ結果ニ基キ本案ノ口頭辯論ヲ爲ス可キ期日ニ至リ原告若クハ被告ノ出頭セサルハ準備手續ニ於テ争ハサル事實ニ付テハ一分判決ヲ以テ之ヲ完結シ其争アル事項ニ付テハ申立ニ因リ闕席判決ヲ爲スモノトス(二七一)故ニ此場合ニ在テハ一部ハ上訴ヲ以テ不服ヲ申立ツ可キ一分判決ト爲リ他ノ一部ハ故障ヲ以テ更ニ新判決ヲ請フ可キ闕席判決ト爲ルモノトス是レ蓋シ本案ノ口頭辯論ニ現出ス可キ準備手續ノ結果ニシテ準備手續其モノ、規定ニアラサルナリ

【第五】 口頭辯論中ノ裁判長及ヒ裁判所ノ行爲○口頭辯論中裁判長又ハ裁判所ノ爲ス可キ行爲ニ付テハ第三十九節(第二ノ人)同(第三)ニ於テ既ニ其一部ニ論及シタリ然レモ是レ唯裁判官對當事者ノ行爲ト

裁判長ノ  
任務

シテ説述シタルニ過キス故ニ茲ニ口頭辯論中ノ行爲ヲ一括シ以テ  
其要領ヲ示ス

(一) 裁判長ハ本節第一ニ於テ説述シタル辯論ノ開始ニ關スル職務  
事項ノ外常ニ辯論ヲ指揮シ若シ當事者ノ陳述ニシテ不分明ナル  
モノアレハ更ニ十分ナル説明ヲ爲サシメ且間斷ナク辯論ノ終了  
スルコトニ注意シ辯論盡キスシテ續行ノ必要アルハ直チニ其  
期日ヲ定メ又事件ノ裁判ヲ爲スニ十分ナル説明ヲ爲シ所謂裁判  
ヲ爲スニ熟シタリト認ムルハ乃チ辯論ヲ閉チル等ノ任務アル  
モノトス(二〇九)區裁判所ニ於ケル此等ノ任務ハ凡テ開廷ヲ爲シ  
タル判事ニ屬ス(裁構第四百四條)

裁判長ノ  
職務ノ種  
別

今又學理上ヨリ觀察スルハ凡ソ裁判長ノ公廷ニ於テ行フ可キ  
職務ニ二種ノ別アリ即チ開廷中ノ秩序ノ維持ト事件ノ指揮是ナ  
リ而シテ其秩序ノ維持ニ關スルモノハ裁判所構成法第八條以

異議ノ理  
由及ヒ之  
ヲ爲シ得  
ヘキ者

下ニ於テ之ヲ定メ事件ノ指揮ニ關スル者ハ民事訴訟法中之ヲ規  
定ス蓋シ之ヲ分別スル必要ハ民事訴訟法第一百三條ノ規定ニ依  
リ裁判長ハ命又ハ裁判長若クハ陪席判事ノ發シタル問ニ對シ辯  
論ニ與カル者ヨリ不適當ナリトシテ異議ヲ述フルコトヲ得ルハ  
獨リ事件指揮ノ場合ニ限リ而シテ秩序ノ維持ニ關スル場合ニ及  
ハサルコトヲ知ルニ在リ

右異議ノ理由ハ命令又ハ發問ノ不合法ニ在リ而シテ其申立ヲ爲  
シ得ヘキ者ハ所謂辯論ニ與カル者即チ當事者參加人法律上代理  
人訴訟代理人補佐人證人鑑定人等皆是ナリ而シテ其申立ハ必シ  
モ命令若クハ問ヲ受ケタル者ニ限ラス他ノ辯論ニ與カル者亦之  
ヲ爲シ得ヘシ又異議申立ノ裁判ハ其裁判所自カラ之ヲ爲シ而シ  
テ其命令若クハ問ヲ發シタル者亦其評議ニ加ハル可キモノナル  
コトハ法文別ニ規定スル所ナキヲ以テ知ル可キナリ

又裁判長ハ其命ニ從ハサル者ニ對シ發言ヲ禁スルコトヲ得(一〇九ノ二)而シテ此効果如何ト云フニ若シ當事者ノ一方カ其辯論ノ前ニ在テ疾ク發言ヲ禁セラレタリトセシ乎裁判所カ職權ヲ以テ期日ノ變更若クハ辯論ノ延期ヲ命セサル限リハ(一六九)夫ノ相當ノ演述ヲ爲ス能力ノ缺ケタル原告若クハ被告又ハ訴訟代理人若クハ補佐人ニ對シテ演述ヲ禁シタル場合ノ如ク別ニ新期日ヲ指定シテ辯論セシムルコトナク(一二七)其發言ヲ禁セラレタル者ニ對シ直チニ闕席裁判ヲ爲スヲ得ヘシ(二四六、二五〇)若シ辯論ノ中途ニシテ發言ヲ禁セラレタリトセシ乎此場合ニ在テハ其禁止ヲ受ケタル時刻ヨリ任意ニ黙止シ若クハ退廷シタルト同シク之ヲ處分ス可キナリ(二五一)

辯論ヲ閉ルコトハ裁判長ノ行爲ニ屬スト雖モ其辯論ヲ閉ルハ事件ニ付キ十分ナル説明ヲ爲セリト認ムルニ因ル而シテ之ヲ十分

(二)

ト認ムルコトハ裁判長ニ屬セスシテ裁判所ニ屬ス然レモ之レカ爲メ其辯論ノ十分ナルヤ否ヤニ就テ裁判所ノ決定ヲ要スト云フニ在ラス畢竟部員中仍ホ辯論ノ繼續ヲ要求スル者ナキ限リハ裁判所ハ既ニ之ヲ十分ト認メタルモノト爲スナリ(一〇九ノ三)

(二) 裁判長ハ職權上調査ス可キノ點ニ關シ相手方ヨリ起サル、疑ノ存スルモハ其疑ニ付キ注意ヲ爲スコトヲ得又申立又ハ事實ノ證明ニ不明若クハ不完全ナルモノアルモハ問ヲ發シテ必要ナル陳述ヲ爲サシム可キナリ講學上之ヲ稱シテ裁判官ノ發問權ト云フ而カモ法文上ニ於テハ寧ロ其義務ニ屬スルモノトス

陪席判事ハ裁判長ニ告ケテ問ヲ發スルノ權アリ當事者ハ裁判長ヲシテ問ハシムルノ權アルノミニシテ自ラ發問ノ權ヲ有セス右ノ問ヲ受クタル者ハ之レニ答フルノ義務アリ故ニ之ヲ答ヘサルカ又ハ判然答ヘサルモハ其制裁トシテ相手方ノ利益ト爲ル可



裁判所ノ  
行為

キ答ヲ爲シタルモノト看做サル、コトアル可キナリ(一一二)

以上ハ専ラ裁判長ノ行為ニ屬シ以下ハ裁判所ノ行為ニ屬ス。

(三) 裁判所ハ左ノ場合ニ於テハ辯論ノ分離ヲ命スルコトヲ得

(イ)

訴ノ併合又ハ抗辯若クハ反訴ニ因リ數箇ノ請求アルモトス

辯論ノ分  
離

此場合ニ於テ辯論ノ分離ヲ命スルモハ後チニ第二百二十三條ノ規定ニ依リ分離ノ命ヲ取消サ、ル限リハ一ノ訴訟ハ分レテ數箇ノ訴ト爲リ從テ各別箇ノ終局判決ヲ爲スニ至ルモノトス

ノ如キ是ナリ

又所謂數箇ノ請求ハ相互ニ各獨立ノモノタルヲ要ス故ニ主タル請求ヨリ附帶ノ請求ヲ分離シ若クハ先決ヲ要スル牽連事件ノ如キハ分離ス可キ限リニ在ラス又夫ノ第五十條ニ所謂共同訴訟ノ如キモ所謂相互ニ獨立ノ性質ヲ缺クカ故ニ之レカ分離ヲ命スルコトヲ得サルナリ蓋シ此要項タル法律ニ明文ナシ然レモ若シ夫レ各獨立ナラサル訴訟ヲ分離シ得ヘキモノトスルモハ其結果ハ訴訟手續ヲ簡易ナラシメスシテ却テ之ヲ煩雜ナラシムルニ至リ分離ヲ許ス所以ノ法理ニ反ス乃チ之ヲ許サ、ルモノナルコト得テ知ル可キナリ

反訴ニ就テハ第五十七節(第三)ノ第四ヲ參觀ス可シ

(ロ) 同一ノ請求ニ關シテ數箇ノ獨立ナル攻撃又ハ防禦方法ヲ提出シタルモ(一一九)

辯論ノ制  
限

第一百九條ニ據レハ右ノ場合ニ於テハ裁判所ハ先ツ辯論ヲ其一ニニ制限ス可キヲ命スルコトヲ得ルナリ  
 同條ニ所謂攻撃及ヒ防禦ノ方法トハ凡ソ當事者ヨリ請求ノ理由トシ若クハ之レニ抗爭スル理由トシテ提出スル所ノ總テノ事實上ノ陳述及ヒ一切ノ訴訟抗辯(前節第三)參觀)ヲ總稱ス然レモ唯茲ニ注意ス可キハ特ニ獨立スル者ニ限ルコト是ナリ  
 所謂獨立ナル攻撃又ハ防禦方法トハ他ノ訴訟材料ニ對シ比較的ニ不羈ノ性質ヲ有スル所ノ事實上ノ陳述トシテ而シテ其事實ニハ法律上或ル効力ヲ附スルカ故ニ裁判上別箇ノ判決ヲ爲シ得ヘキモノヲ云フナリ仍ホ之ヲ詳言スレハ法律ハ種々ノ事實ニ對シ所有權獲得ノ効力ヲ附スルモノナルカ故ニ茲ニ法律上所有權獲得ノ効力ヲ付シタル數箇ノ事實ヲ主張シ而シテ之レニ爭ヒアリトヒン乎裁判所ハ當事者相互ノ辯論ヲ其一種即チ一事實ニ限ル

カ如キ是ナリ示例ハ第四十九節(三)ノ(二)ニ就テ見ル可シ  
 又本訴ニ對シ先決ヲ要スル獨立ナル攻撃又ハ防禦方法ニ付テモ同上ノ制限ヲ爲スコトヲ得ヘシ

證據調ニ付テハ特ニ第二百七十四條第一項ノ規定アリ  
 此制限タル口頭辯論開始ノ後ハ訴訟ハ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハス之ヲ命スルコトヲ得而シテ此命令ハ裁判所ノ決定ヲ以テ之ヲ爲シ且ツ之ヲ言渡スヲ要ス(二四五)而カモ此決定ニ對シテハ上訴ヲ許サ、ルモノトス

以上所述ノ分離シタル辯論ノ結局ハ或ハ終局判決ニ歸スルコトアリ或ハ一分判決ニ歸スルコトアリ又中間判決ニ歸スルコトアリ(二二七)或ハ又證據決定ニ止マルコトアルモノトス

然レモ以上ノ裁判ヲ爲サスシテ他ノ爭點辯論ニ移ルコトアリ此場合ハ特ニ分離ノ命ヲ取消スヲ俟タスシテ自カラ全訴訟ノ辯論

ニ復スルモノトス

(四) 裁判所ハ請求ノ原因及ヒ數額ニ付キ争アルハ先ツ其原因ノミニ付キ辯論及ヒ裁判ヲ爲スコトヲ得(二二八ノ一)

此規定ハ第二百二十八條第一項ニ掲クル所ノモノニシテ畢竟前段辯論分離ノ規定ヲ補充スルモノニ過キス而カモ其第二項ノ規定ノ故ヲ以テ之ヲ判決ノ節ニ掲クルモノナリ

請求ノ原因ノミニ付テ裁判ヲ爲スニハ原因並ニ數額ニ付テ争ヒアルヲ以テ要件トス故ニ原因ニ付テ争ヒナキハ勿論原因ニ付テ争ヒアルモ數額ニ付テ争ヒナキハ全部ノ終局判決ヲ爲ス可キモノトス

請求ノ原因ニ付キ先ツ裁判ヲ爲ス場合ニ於テ其原因ナシト判決スルハ其判決ハ全部ノ終局判決タルコト論ヲ俟タス然レモ若夫レ之レニ反シテ請求ノ原因ヲ正當ナリト判決スルハ更ニ進

テ其數額ノ裁判ヲ爲サ、ル可カラス而カモ其結局原因ナキニ歸スルハ概ネ繁雜ヲ免レサル數額ノ辯論ハ畢竟徒勞ニ屬ス於之乎法律ハ夫ノ妨訴抗辯棄却ノ判決(二〇七ノ二)ノ場合ニ準シ請求ノ原因ヲ正當ナリトスル判決ハ上訴ニ關シテハ終局判決ト看做シ、而シテ其判決確定ニ至ルマテハ法律上當然爾後ノ手續ヲ中止スルモノト爲ス(二二八ノ二)然レモ又當事者ノ申立アルハ原因判決ノ確定ヲ俟タス其數額ニ付キ辯論ヲ爲ス可キヲ命スルコトヲ得ト定メタリ從テ又此場合ニ於テハ單ニ辯論ヲ爲スニ止マラスシテ裁判ヲ爲シ得ヘキヤ否ヤ若シ其裁判ヲ爲シ得ルモノトスレハ原因ニ關スル上級審ノ判決ト相抵觸スルハ如何トノ疑問ヲ生スルコトハ夫ノ妨訴抗辯棄却ノ判決ノ場合ニ於ケルト全ク同一トス而シテ此疑問ニ付テハ既ニ第三十六節(第四)第三〇九一三一丁ニ於テ詳説シタレハ茲ニ之ヲ略ス

(五) 裁判所ハ又同一ノ人又ハ別異ノ人ノ數箇ノ訴訟ノ辯論及ヒ裁判ヲ併合スルコトヲ得但其訴訟ノ目的物タル請求カ元來一箇ノ訴ニ於テ主張シ得ヘキ限ル(一二〇)

同一ノ被告ニ對スル原告ノ請求數箇アル場合ニ於ケル訴ノ併合ノコトハ第九十一條ニ別段ノ規定アリ而シテ其併合ハ畢竟數箇ノ請求ヲ合併スルモノナルカ故ニ講學上之ヲ客觀的訴ノ併合ト云フ即チ訴ノ目的物ヲ併合スルモノナリ之ニ反シテ今茲ニ所謂訴ノ併合ハ多クハ訴訟主體ヲ併合スルニ在リ故ニ之ヲ主觀的併合ニ屬スルモノト爲ス而カモ時ニ其主體ト目的物トノ兩者ヲ兼併スルコトアリ

裁判所カ此訴訟ノ併合ヲ爲シ得ルカ爲メノ必要條件ノコトハ既ニ第四十五節(第二)ノ(ロ)ニ於テ詳述シタレハ是亦茲ニ省略スルモノトス

此他併合ノ命ハ決定ヲ以テスルコト此決定ハ言渡ヲ要スルコト及ヒ此決定ニ對シテ上訴ヲ許サ、ルコトハ凡テ前(三)ノ場合ニ同シ

(六) 裁判所ハ訴訟ノ全部又ハ一部ノ裁判カ他ノ繫屬スル訴訟ニ於テ定マル可キ成立若クハ不成立ニ繫ルハ他ノ訴訟ノ完結ニ至ルマテ辯論ヲ中止ス可ク(一二一)又刑事裁判カ民事裁判ニ影響ヲ及ホス可キ限リ刑事ノ訴訟手續ノ完結ニ至ルマテ民事訴訟手續ヲ中止ス可キナリ(一二二)

右辯論中止ノ命ハ口頭辯論ノ後チニ決定シ而シテ之ヲ言渡ス可キモノトス但シ此規定ニ基キ訴訟手續ノ中止ヲ命スル裁判ニ對シテハ抗告ヲ許シ又其中止ヲ拒ム裁判ニ對シテハ即時抗告ヲ許ス(一二九)

中止ノ効果ノコトハ第八十六條中止シタル手續ノ續行ニ關ス

ルコトハ第八十七條ノ規定ニ從フモノトス

(七) 裁判所ハ一旦閉チタル辯論ノ再開ヲ命スルコトヲ得(一二四) 辯論ノ再開ハ一ニ裁判所ノ職權ニ屬ス當事者ハ唯之ヲ請願シ得ヘキ而已再開ノ決定ハ期日ヲ指定シテ之ヲ送達ス再開ハ全辯論ヲ更新スルモノナルカ故ニ當事者双方ノ闕席スルキハ其訴訟ハ休止ト爲リ一方ノ闕席スルキハ闕席裁判ノ規定ニ從テ裁判ス雙方出席スルキハ更ニ辯論ヲ爲サシム故ニ新ナル事實及ヒ證據ヲ提出シ得ルコト勿論トス

(八) 裁判所ハ事件ノ關係ヲ明瞭ナラシムル爲メ又ハ和解ヲ試ムル爲メニハ原告若クハ被告ノ自身出頭ヲ命スルコトヲ得(一一四、一二一) 訊問ノ爲メ出頭ヲ命セラレタル原告又ハ被告出頭ヒサルモ闕席裁判ヲ爲スコトヲ得又之レニ對シテ強制ノ方法ヲ用フルコト

ヲ得ス婚姻事件ノ場合ハ格別トス(二十三年法律第四百號第八條) 而シテ別段ノ制裁ナシ故ニ唯裁判所ノ心證判斷ニ依リ時ニ不利益ナル結果ヲ見ルコトアル可キノミトス

(九) 裁判所ハ當事者ノ授用シタル所持ノ證書ノ提出ヲ命シ又外國文書ニ譯書ノ添付ヲ命シ又其所持ノ訴訟記錄提出檢證及ヒ鑑定ヲ命スルコトヲ得(一一五、一一六、一一七) 右各行爲ハ何レモ裁判所ノ職權ヲ以テ命スルコトヲ得ヘキモノトス

(十) 裁判所ハ分離若クハ併合ニ關シ發シタル命ヲ取消スコトヲ得(一二三)

此規定ハ第一百十八條乃至第二百二十條ノ規定ヲ補充スルモノトス 蓋シ辯論ノ分離若クハ訴ノ併合ヲ命シタル後ニ至リ狀況ノ變動若クハ當事者ノ希望ニ從ヒ之ヲ取消ス可キ事情ヲ生スルコトア

ルカ爲メナリ然レニ此權能ハ特ニ分離若クハ併合ノ命ヲ發シタル裁判所ニ附與セルノミ故ニ上級裁判所ニ於テ下級裁判所ノ命シタル併合ヲ取消スカ如キハ法律ノ許サ、ル所トス(一二三)取消ノ命亦決定ヲ以テシ且ツ之ヲ言渡ス可キモノトス

(七) 裁判所ハ辯論ニ與カル者ニシテ日本語ニ通セサル者又ハ聾者又ハ啞者ニシテ文字ヲ解セサルハ之レニ通事ヲ立會ハシムルコトヲ得(一二五、一二六)

此他第二百二十八條ノ規定ノ如キハ當事者ノ申立ニ因リ始メテ退斥者ノ取扱方ヲ異ニスルニ過キスシテ所謂口頭辯論ニ於テ裁判所ノ意見ヲ以テ行フ可キ行爲ト爲スハ穩當ナラサルカ如シ

### 第二章 證據調

#### 第五十八節 舉證手續ノ總論

〔第一〕 凡ソ訴訟ニ於テ主張スル事實ヲ證明セント欲スル當事者ハ必

通事ノ立會

證據ノ申出

證據ノ申出及ヒ辯論ノ手續ニ屬ス

證據手續ノ口頭辯論ニ非ス

ス先ツ其證據ノ申出ヲ爲スヲ要ス

證據ノ申出トハ凡ソ事實上ノ主張ヲ證明シ又ハ之ヲ辯駁センカ爲メニ用ヰントスル所ノ證據方法ヲ指定シテ申出ルヲ云フ(一一三)故ニ證據申出ハ當事者ノ行爲即チ口頭辯論ノ一部ニシテ證據調ニ非ス○證據ノ申出ハ各證據ノ性質ニ因テ其趣キヲ異ニス即チ第二百九十一條、第三百二十三條、第三百三十四條、第三百三十五條、第三百五十七條、第三百四十二條、第三百四十六條定ムル所ノ如シ

證據ニ關スル陳述辯論及ヒ證據抗辯モ亦證據申出ト同シク口頭辯論ニ屬シ證據調ノ範圍ニ屬セサルナリ

〔第二〕 證據手續即チ證據調若クハ證據方法ノ提出ハ所謂口頭辯論ノ部分ニアラスシテ却テ辯論ヲ中斷ス可キ中間ノ行爲トス蓋シ別段ノ證據決定ヲ以テ命令セラレタル證據調ノミヲ云フナリ夫ノ書證ニ關スル證據調ノ如キ別段ノ決定ヲ要セスシテ直チニ口頭辯論ニ

於テ調査シ得ルモノハ格別トス  
證據決定ハ證據提出ノ命令ナリ證據ノ提出ヲ命スルトハ如何ナル  
事實ヲ如何ナル證據方法ニ依リ何レノ時ニ取調ヲ爲スヤヲ一定ス  
ルコトヲ云フ而シテ此行爲ハ裁判官ノ權利ニシテ又其義務ニ屬ス  
ルモノトス

此命令ハ決定ヲ以テ之ヲ爲シ之ヲ稱シテ證據決定ト云ヒ之レニ對  
シテハ不服ヲ申立ルコトヲ得サルヲ以テ本則ト爲ス(二七三)

證據決定ハ何レノ方向ニ向ツテモ毫モ裁判官ヲ羈束セサルモノト  
ス

(一) 形式上ニ於テ羈束セス故ニ

(イ) 裁判所ハ何時ニテモ決定ヲ變更スルコトヲ得但シ當事者ハ  
其決定ノ施行完結前ニ在テハ新ナル辯論ニ基クトニ非レハ決定  
ノ變更ヲ申立ルコトヲ得ス(二七七)

(ロ) 舉證ノ一部分ヲ以テ既ニ其目的ヲ達スル場合ニ於テハ必シ  
モ其證據調決定ニ定メタルモノノ完結ニ至ルコトヲ要セス

(ハ) 證據決定ハ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ之ヲ補充スルコトヲ  
得(一一二、二八五)

(二) 實體上ニ於テモ亦羈束セラレヌ故ニ

裁判官ハ證據トシテ決定ニ記載セル事實ヲ以テ判決ノ標準ト爲  
スノ義務ナシ

又裁判官ハ證據決定中ニ記載スル所ノ事實ノ確定ニ就キ及ヒ採  
證ノ爲メ(證據調其モノ、爲メ)必シモ各當事者ノ地位ニ當然タル  
舉證責任ノ順序ニ拘ハルコトヲ要セス例ヘハ原告ノ訴ニ就キ證  
據調ヲ爲スノ前ニ在テ先ツ被告ヲシテ絶體的失權抗辯(第五十七  
節(第三)ノ第三、參觀)ノ立證ヲ命スルコトヲ得ルカ如キ是ナリ又裁  
判官ハ成ル可キ丈ク速カニ事件ノ終結ニ誘導ス可シトハ原則ニ

第五十八節 舉證手續ノ總論 (第二百七十三條及第二百八十四條)

六五六

依リ、苟クモ此目的ニ達スルニ相當ト認ムル證據調ハ先ツ之ヲ命  
スル權アルノミナラス又其義務アルモノト爲ス(一〇九)

此他證據決定ニ記載ス可キ事項決定ノ變更及ヒ施行ニ付テハ第  
二百七十六條及ヒ第二百七十七條ニ就テ見ルヘシ

〔第三〕 證據調ハ裁判官ノ行爲ニシテ當事者ノ行爲ニ非ス故ニ法律ハ  
當事者モ其期日ニ出頭ス可キモノト爲スモ而カモ之レカ立會ヲ必  
要トセス即チ當事者ノ一方又ハ双方共ニ出頭セサルト雖モ事件  
ノ程度ニ因リ爲シ得ヘキ限リハ證據調ヲ行フコトヲ妨ケス(二八四)

### 第五十九節 證據、舉證責任、證據主義

〔第一〕 證據トハ事實ノ眞否ヲ定ムル心證ノ原因是ナリ(一)證明若クハ  
立證トハ自己又ハ他人ノ心證ヲ得ルヲ謂ヒ證據方法トハ證據原因  
ヲ認知セシムル手段ヲ謂フ而シテ此手段方法以テ證明ス可キ事實  
之ヲ要證事項ト稱ス

證據ニ論理ノ定則ニ基ク必然ノ結果ニ屬スルモノト既往ノ經驗ニ  
基ク當然ノ結果ニ屬スルモノトノ別アリ前者ハ講學上之ヲ數理的  
若クハ論理的證據ト稱シ後者ハ之ヲ經驗的若クハ歷史的證據ト稱  
ス民事訴訟ニ於ケル證據ハ概ネ後者ニ屬ス蓋シ其目的タル畢竟訴  
訟ニ重要ノ事實ヲ確定スルニ在ルカ故ナリ

(一) 證據ノ定義ハ古今内外ヲ問ハス未タ之ヲ法律ニ掲クルモノナシ於之乎古來各  
國學者ノ說ク所區々紛々一定スル所ナシ今一々之ヲ說示セントスレハ勢ヒ其  
異說ヲ駁撃シテ而シテ其優劣ヲ論定セサル可カラズ、之レカ爲メニハ許多ノ  
引證ト詳密ノ議論ヲ要ス若シ夫レ僅カニ其一端ヲ示サン乎却テ初學ノ疑惑ヲ  
招クノ虞レアリテ寧ロ益スル所ナク然リト雖モ證據ノ學理、證據ノ法理ハ  
訴訟學ト牽連シテ而シテ最モ緊要ノモノト爲ス而カモ我國ニ於テ此法理此學  
理ノ幼稚ナル殆ント意思ノ外ニ在リ余ヤ淺學不敏ナリト雖モ將ニ斯學ニ從事  
シ幸ニ多少ノ結果ヲ得ルアラハ他日之ヲ世ニ公ニセンコトヲ期ス故ニ此書ニ



於テハ單ニ證據調ノ手續ヲ論述スルニ止メ證據其モノニ關スル沿革學說及ヒ主義如何ノ詳細ニ論及セス

證明ハ當事者ヨリ裁判所ニ對シテ之ヲ爲ス

舉證責任ノ分擔ノ原則

〔第二〕 民事訴訟法ニ所謂立證若クハ舉證トハ訴訟當事者ヨリ裁判所ニ證明スル義トス故ニ苟クモ法律ノ明文以テ裁判所自カラ證明ノ行爲ヲ爲シ得ヘキ職權ヲ與ヘタル場合ノ外ニ在テハ所謂舉證ノ責任ハ常ニ當事者ノ負擔スルモノトス我民事訴訟法ニ於テ裁判所自カラ證明ノ職權ヲ有スル場合ハ第二百十九條ノ規定ニ從ヒ地方慣習法、商慣習及ヒ規約又ハ外國ノ現行法ノ存在ヲ證ス可キ時ノミトス夫ノ第十七條ノ規定ニ依リテ命スルコトアル可キ檢證又ハ鑑定ノ如キハ所謂舉證ニ非ス換言スレハ之ヲ證據方法トシテ命スルニ非スシテ畢竟裁判所ノ補助トシテ之ヲ命スルニ過キサルナリ

〔第三〕 舉證ノ責任ニ分擔ノ原則アルコトハ猶ホ夫ノ當事者ノ主張ニ付テ分擔ノ原則アルカ如シ蓋シ民事訴訟ノ性質即チ原被告對審ノ結

民法ノ規定

果トシテ然ラサルヲ得サルナリ舉證責任ノ分擔トハ舉證ノ責任ヲ以テ獨リ原告ノ負擔ト爲サス被告亦舉證ノ責任ヲ有スルヲ云フ更ニ詳言スレハ原告ハ其請求ノ原因タル主要ノ事實ヲ證明スル責任ヲ有スルノミニテ其他一切ノ事實ノ證明若クハ之レカ反證ナキコト等ヲ證明スルノ責任ナク原告既ニ其主要ノ事實ニ付テ舉證ノ責任ヲ盡シタルト被告其事實ノ不實ヲ主張シテ之ヲ爭ハントスルトハ被告亦其反證ヲ舉クル責任アルコトヲ謂フナリ

右ノ原則ハ我民法證據編第一條ニ於テ規定セラレタリ

曰ク有的又ハ無的ノ事實ヨリ利益ヲ得ンカ爲メ裁判上ニテ之ヲ主張スル者ハ其事實ヲ證スル責アリ

相手方ハ亦自己ニ對シテ證セラレタル事實ノ反對ヲ證シ或ハ其事實ノ効力ヲ滅却セシムル事實トシテ主張スルモノヲ證スル責アリト

此規定ハ單ニ舉證責任ノ原則ヲ定ムルノミニ非スシテ夫ノ舉證ノ責任ハ消極ノ主張ヲ爲ス者ニ在ラスシテ積極ノ主張ヲ爲ス者ニ在リ (Affirmanti, non neganti, incumbit probatio) トノ格言ヲ打破シタルモノナリ蓋シ消極的主張之ヲ他ノ積極的事實若クハ論理的證據ニ依テ證明シ得ラル、コトハ今日ニ在テハ特ニ説明ヲ要セサル所トス我民事訴訟法ノ法文上原告ノ地位ニ立テ而シテ消極ノ舉證ヲ要スル場合ハ所謂權利關係ノ不成立確定ノ訴ノ場合はナリ(一八、一二一)以上所謂舉證ノ責任ノ所在ハ原告若クハ被告ノ地位ニ因ルニ非ス又其主張ノ積極タルト消極タルトニ依テ定マルニ非ス之ヲ要スルニ先ツ進テ事實ノ主張ヲ爲ス者 (Prima facie) ニ在ルモノト知ル可キナリ夫ノ羅馬法ニ所謂 (Actoris incumbit probatio) 亦此義ニ外ナラサルナリ

〔第四〕 證據ノ主義 (Beweisstheorie) トハ證據方法及ヒ證據力如何ニ關ス

ル法則ノ綱領ヲ云フ而シテ此法則之ヲ法律ヲ以テ定ムルハ之ヲ稱シテ法定證據主義ト云ヒ若シ又之レニ反シ法律ノ規定ヲ設ケス之ヲ學理若クハ經驗ニ一任スルハ之ヲ稱シテ學理的若クハ自由的證據主義ト云フ法定證據主義ヲ採ラン乎其必然ノ結果トシテ形式的眞實ヲ得ルニ甘ンセサル可カラス形式的眞實トハ法律ニ於テ眞實ト定ムルモノ若クハ法律ニ從ヒテ眞實ト認ム可キモノ、義ニシテ所謂實質的眞實ノ反對トス故ニ此主義ニ於テハ裁判所ノ心證ハ虛妄不實ト認ムルモ法律上之ヲ眞實トセサルヲ得サルナリ自由證據ノ主義ニ據ラン乎裁判所ハ法律ニ牽制セラル、所ナク一ニ自由ナル心證判斷ヲ以テ所謂實質的眞實ヲ探求スルニ力ム可キナリ蓋シ前者ハ心證ノ自由ヲ束縛スルカ故ニ時ニ好點ヲ利シテ純樸ノ良民ヲ害スルニ至ルコトアリ後者ハ心證ノ自由アルカ爲メニ法官ノ恣擅若クハ錯誤ニ陥ル弊アリ共ニ一利一害ヲ免レス抑世ニ所謂

眞實ノ唯一無二タル可キコトハ人皆之ヲ知ル而シテ其眞正ノ眞實ヲ得ルノ難キヲ知ルコト亦其眞實ノ無二タルコトヲ知ルト等シ於之乎寧ロ法定主義ヲ可トシテ之レニ安ンシ或ハ自由主義ヲ探テ危險ヲ忍フ要之ニ人カ人智ノ及ハサル所トシテ止ム者ナリ所謂法定ノ證據主義ハ多ク民事ニ行ハレ自由證據ノ主義ハ廣ク刑事ニ行ハル而カモ近世歐洲學者ノ意向ハ民刑ヲ分タス所謂實質的眞實ヲ得ント欲シテ一ニ自由心證主義ニ依ラントスルモノ、如シ而シテ之ヲ法學ノ進歩ト云フ

我國採ル所ノ主義如何此問題ニ對シテハ之レカ確答ニ苦マサルヲ得ス今假リニ好言以テ之レニ答ヘン乎法定自由ノ折衷主義ヲ採ルモノト云フヲ得ヘシ若シ夫レ之ヲ今日ノ實際ニ徴シテ直言セン乎之ヲ混淆主義ト云フヲ得スノハ寧ロ一定ノ主義ナク各法官ノ所學若クハ智識ノ程度ニ從テ同シカラスト云フノ外ナキナリ(以上專ラ

民事ニ就テ云フモノトス)

第六十節 證據ノ種別

證據ノ種別  
主タル證據  
及ヒル反證

[第一] 證據ニ主タル證據(Probatio)及ヒ反證(Reprobatio)ノ別アリ主タル證據トハ要證事項ノ證據ヲ云ヒ反證トハ主タル證據ノ反對ヲ證明スル證據ヲ云フ故ニ主タル證據ハ最初事實ヲ主張スル者即チ其要證事項ニ付キ舉證ノ責任ヲ有スル者ヨリ提出ス可キモノニシテ而シテ反證ハ其相手方ヨリ主張者ニ對シ主タル證據ノ反對事實ヲ立證スルカ爲メニ提出セラル、モノトス反證ハ證據抗辯ニ非ス蓋シ證據抗辯ハ相手方ノ提出シタル證據其モノ、信憑力若クハ其違法タルコトヲ論辯スルニ過キスシテ別ニ一證ヲ提出シテ反對ノ事實ヲ立證スルモノト同シカラサレハナリ反證ハ直接ノ反證タルコトアリ又間接ノ反證タルコトアリ例ヘハ一ノ證書ヲ提出シテ之レニ所載ノ契約ヲ締結シタルコトヲ主張スル者ニ對シ別ニ一證ヲ提出

シテ其契約ハ後ニ之ヲ解除シタルコトヲ證スルモ如キハ即チ直接ノ反證タリ之レニ反シテ某日某處ニ於テ何々ノ行為若クハ契約ヲ爲シタルコトヲ主張スル者アルニ際シ某日ニハ某處ニ在ラズシテ現ニ某處ト遠隔セル某處ニ在リタル事實ヲ立證スル類即チ他ノ積極的主張ヲ以テ消極ノ事實ヲ證明スルカ如キ之ヲ間接ノ反證ト云フ

反證ノ反

反證ニ對スル反證ナシトノ說ヲ爲ス者アリ其趣意タル蓋シ反證ノ反證ハ畢竟主タル證據ヲ強固ナラシムルモノニシテ畢竟反對ノ證明ニ非スト云フニ在リ然レモ說者ノ所謂證據ヲ強固ナラシムルニ過キサル證據ハ其實反證ノ反證ニ非スシテ是唯主タル證據ノ補充ノミ反證ニシテ別ニ反對ノ一事實ヲ證明スルモノトセハ之レニ對スル反證ハ主タル證據ト關係ナキ獨立ノ別事實ヲ以テ證明シ得ヘシ否ナ寧ロ之ヲ真正ノ反證ノ反證ト云フ可キナリ故ニ反證ノ反證

直接證據  
間接證據

アリ從テ再三再四順次反證ヲ爲シ得ヘキコトハ猶ホ夫ノ抗辯再抗辯及ヒ再三ノ抗辯ヲ爲シ得ルト一般トス

〔第二〕 又證據ヲ分テ直接證據(Direkter Beweis)及間接證據(Indirekter Beweis)ト爲ス直接ノ證據一ニ之ヲ自然證(Natürlicher Beweis)ト稱シ間接ノ證據一ニ之ヲ人為證(Künstlicher Beweis)ト稱ス直接ノ證據トハ直接ニ要證事項ノ眞否ヲ證スルモノ例ヘハ其事實ノ實否ヲ記載シタル證書又ハ其事實アリシコトヲ實見シタリトノ證言ノ如キ是ナリ間接ノ證據トハ之レニ反シ直接ノ證據ナキモ他ノ知レタル事實ヨリ知レサル事實ヲ推理斷定スルモノ即チ法律ノ推定若クハ事實ノ推定ノ如キ是ナリ(民證第十二條及ヒ第七十四條參觀)

完全ノ證  
不完全ノ證  
ノ證據

〔第三〕 證據ニ完全ノ證據(Probatio plena)及ヒ不完全ノ證據(Probatio minus plena)ノ別アリ完全ノ證據トハ證據調ニ依リ確乎タル心證ヲ得ヘキ原因ヲ云ヒ不完全ノ證據トハ完全ノ心證ヲ得サルモ裁判官ヲ

疏明方法

シテ多分眞實ナラントノ信憑ヲ得シムルモノニシテ民事訴訟法ニ所謂疏明方法。是ナリ同法第二百二十條ニ曰ク此法律ノ規定ニ依リ事實上ノ主張ヲ疏明ス可キトキハ裁判官ヲシテ其主張ヲ眞實ナリト認メシム可キ證據方法ヲ申出ツルヲ以テ足ルト

疏明ハ證據方法ノ申出ヲ以テ足ル

此規定ニ據レハ疏明即チ所謂不完全ナル證據ハ完全ナル證據ニ於ケル如ク證據ヲ申出之ヲ提出シ而シテ其證據調ヲ爲シ且ツ其結果ニ付テ辯論ヲ爲ス等ノ手續ヲ要セス單ニ裁判官ヲシテ其主張ヲ信用セシム可キ證據方法ノ申出ヲ爲スノミヲ以テ足ルモノトス

全上方法ヲ用フル場合

法律カ單ニ此疏明方法ヲ以テ足レリトスル場合ハ民事訴訟法第三十五條、第五十七條、第八十四條、第一百七十一條、第一百七十六條、第二百六條、第二百二十四條、第二百八十四條、第三百條、第三百四十四條、第四百十六條、第四百七十七條、第五百六十五條、第七百四十條及ヒ第七百八十條等ノ場合ニシテ此等ノ場合ハ素ト其事實ニ付テ争ヒアルヲ要

申出ツ可キ方法ノ制限

セス從テ相手方ノ立會ヲ要セス畢竟裁判所カ一時又ハ假リニ或ル手續ヲ進行シ以テ訴訟手續ノ簡便ヲ致シ若クハ或ル損害ヲ豫防スルヲ以テ目的ト爲スニ過キス是其所謂不完全ノ證據ヲ以テ足レリトスル所以ナリ

疏明ノ方法トシテ申出ツ可キ證據方法ニ付テハ一ノ制限アリ即チ若シ證據調ヲ爲サントスル場合ニ於テハ即時ニ其取調ヲ爲シ得ヘキ方法ニ限ルコト是ナリ(二二〇)

推測及ヒ顯著ナル事實

第六十一節 推測及ヒ顯著ナル事實

〔第一〕凡ソ證據ヲ要スルモノハ事實ニ付テ争ヒアルカ爲メナリ故ニ既ニ第五十七節ニ於テ詳説シタル如ク當事者ノ自白アル場合即チ事實ニ付キ争ヒナキ場合ニ於テハ固ヨリ證明ヲ要スルモノナシ即チ要證事項ナキナリ而シテ其證據ヲ要セサル場合ハ獨リ此自白アル場合ニ止マラス所謂要證事項ノ在テ存スル場合ニシテ仍ホ且ツ

第六十一節 推測及ヒ顯著ナル事實 (第二百十八條)

法律ノ推測

證據ヲ要セサルモノアリ即チ法律ノ推測 (Præsumtio) アル場合及ヒ顯著ナル事實 (Notorietat) ナルモ即チ是ナリ

〔第二〕 法律ノ推測トハ事實ノ推測ノ對稱トス事實ノ推測トハ或ル事實ニ論理的定則ヲ適用シ據テ以テ得ル所ノ事實存在ノ心證是ナリ而シテ法律ノ推測トハ素ト顯著ナルニアラス從テ其存在ニ就テハ立證ヲ要スル事實ナルモ法律ノ規定ヲ以テ其事實ノ眞實ニ就テハ舉證ヲ要セサルモノト定ムルモノ即チ法律ニ依テ其事實ハ眞實ナリト推定スルモノヲ云フナリ

法律ノ推測ヲ分テ左ノ二種トス

- (一) 推測ノ事實ニ對シ反證ヲ許スモノ (Præsumtio Juris) 即チ我民法ニ所謂輕易ナル法律上ノ推定是ナリ (民證第八十七條)
- (二) 反對ノ證據ヲ舉ケ得ヘキ時ト雖モ之ヲ許サルモノ (Præsumtio Juris et jure) 即チ我民法ニ所謂完全ナル法律上ノ推定是ナリ (同)

全上種別

顯著ナル事實ヲ要セズ

上第七十六條及ヒ第八十六條

〔第三〕 凡ソ裁判所ニ於テ顯著ナル事實ハ之ヲ證スルコトヲ要セス (一一八) 所謂顯著ナル事實トハ裁判官ノ既知ノ事實ノ義ニ非ス又裁判官トシテ知レル或ル事實ノ義ニ非ス又唯單ニ裁判官ノ資格ニ於テ知レル所ノ事實ノ義ニモ非ス要スルニ裁判官ノ資格ニ於テ知ラサル可カラサル事實ノ義トス而シテ裁判官タル者ノ知ラサル可カラサルモノトハ

- (イ) 訴訟ノ全體
- (ロ) 内國法律ノ全部 ○ 我訴訟法ニ於テハ外國ノ現行法ノ存在ニ付テハ證明ヲ要スルモノト爲シ而シテ夫ノ地方慣習法又ハ商慣習及ヒ規約ト同シク當事者ノ立證アルト否トニ拘ハラズ裁判所ノ職權ヲ以テ必要ナル取調ヲ爲スコトヲ得ルモノト爲ス (一一九)
- (ハ) 全國又ハ世界普通ノ事實 ○ 第二百十九條ノ規定ニ依リ證明ヲ

要スルモノハ地方慣習法ト商慣習又ハ規約トス故ニ全國普通ノ慣習ニ至テハ所謂顯著ナル事實ニ屬ス又世界普通ノ事實即チ萬國普通ノ歷史上ノ事實ノ如キ亦均シク顯著ナル事實ニ屬ス蓋シ顯著ナル事實トハ公知ノ義ニシテ素ト裁判所ニ於テ公然知ル所ノ事實ノ義ナリ而カモ全國普通ノ慣習殊ニ世界普通ノ事實即チ歷史上ノ事實若クハ學術上ノ事實ノ如キ裁判所ノ全員常ニ之ヲ知レリト云フ可カラス故ニ實際或ハ其智識ノ足ラサルカ爲メニ多少ノ取調ヲ要スルモノ若クハ時ニ鑑定人ノ鑑定ヲ要スルコトモアラソ(三二五參觀)而カモ之ヲ以テ顯著ノ事實ニ非スト云フコトヲ得ス蓋シ內國法律ト雖モ時ニ大ニ取調ヲ要スルモノアリ甚シキニ至リテハ實際多數部員ノ知ラサル法律規則ノ現存スルコトアリ斯ノ如キハ假令其取調ノ結果ニ依テ知ルモノタルモ原來顯著ノ事實ニシテ所謂裁判官ノ知ラサル可カラサルモノタリ又

證據調ハ  
裁判所之  
ヲ爲ス

時ニ職權ヲ以テ鑑定ヲ命シタル結果ニ依テ全員ノ知ル所ト爲リタル事實ト雖モ是亦證據方法トシテ鑑定セシムルモノニ非ス畢竟裁判所ノ智識ノ補助トシテ之ヲ命スルニ過キサルカ故ニ其斷定ニ於テ異ル所ナキナリ

第六十二節 證據調總則

〔第一〕 證據調ハ常ニ裁判所ニ於テ之ヲ爲スヲ以テ本則ト爲ス(二七三ノ一)故ニ裁判官ハ期日ヲ指定シテ證人及ヒ鑑定人ヲ呼出シ檢證ノ期日ヲ定メ及ヒ書類ノ提出及ヒ之レニ關スル一切ノ行爲ヲ命シ證人及ヒ鑑定人ヲ訊問シ其他證據調ノ結果ヲ確定スルニ必要ナル一切ノ行爲ヲ命スルノ權利及ヒ義務ヲ有スルモノトス以上ノ行爲ハ裁判官之ヲ專行スルモノナルカ故ニ或ハ夫ノ當事者專行ノ主義ト相戾ルカ如シト雖モ而カモ其實ハ決シテ相抵觸セサルナリ蓋シ其調フ可キ證據ノ申立ハ必スヤ當事者自カラ之ヲ爲スヲ要スルモノ

ニシテ裁判官ハ唯其當事者ノ中立タル範圍内ニ於テ其取調ヲ爲シ及ヒ其結果ヲ判定スルニ就テ獨立的全權ヲ有スルノミトス故ニ裁判所ハ證據調ニ付テモ仍ホ當事者ノ申立ニ羈束セラル、モノト知ル可キナリ唯夫ノ鑑定ト檢證トハ當事者ノ申立アラサルモ之ヲ命スルコトヲ得(一一七)ルト雖モ是亦此方法ヲ以テ證明ス可キ事實ハ必ス當事者ノ陳述ニ出ルモノヲラサル可カラス

證據提出ノ制限

〔第二〕 我民事訴訟法ハ證據調ニ關シ裁判所ニ與フルニ一種ノ權利ヲ以テセリ即チ其第二百七十四條第一項ニ於テ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トアル是ナリ此規定ニ據レハ裁判所ニ於テ證據調ノ限度即チ其制限ヲ定ムル權アルコトハ既ニ明ナリト雖モ而カモ此權利ヲ行使シ得ヘキ範圍如何ニ就テハ疑義ナキ能ハス即チ其所謂數多ノ證據トハ抑數多異種ノ證據方法ノ義ナルヤ將タ同種數多ノ證據ノ義ナルヤ如何ト是ナ

リ、所謂數多ノ證據トハ數多ノ證據方法ノ義ナリト解セン乎當事者ヨリ同一事實ノ證據トシテ例ヘハ書證、人證、檢證ヲ申立タル場合ニ於テ裁判所ハ一時ニ書證ノ檢眞若クハ取寄、證人ノ訊問、檢證ヲ命スルコトヲ要セスシテ先ツ其書證若クハ人證ノミノ取調ヲ決定スルコトヲ得ヘシ而シテ其同種數多ノ證據ニ就テ制限シ得ルヤ否ヤハ仍ホ疑問ニ屬ス

若シ又之レニ反シテ所謂數多ノ證據トハ同種數多ノ證據ノ義ナリト解セン乎裁判所ハ數多ノ證人ノ訊問若クハ數多ノ官廳若クハ公吏ヨリ同一書類ノ取寄ヲ請求スル場合ニ於テ其數ヲ制限スル權アルニ止マリ苟クモ其證據方法ヲ異ニスル以上ハ悉ク之レカ取調ヲ爲サ、ル可カラスト云フニ至ラン

今先ツ單ニ文字上ヨリ解釋スルルハ所謂數多ノ證據トハ之ヲ數多



ノ證據方法ノ義ニ解釋スルコト穩當ナルカ如シ故ニ當事者ヨリ數多異種ノ證據方法ヲ申立タルニ際リ裁判所ニ於テ其中一二ノ方法以テ心證ヲ決スルニ足ル可キ見込アルニハ之ヲ其一ニ制限シ得ルコト勿論タリ然レモ亦之ヲ以テ特ニ異種ノ證據方法ニ限ルモノト解釋シ同種數多ノ證據ノ場合ハ一切之ヲ包含セサルモノトハ解釋スルコトヲ得ス其故如何トナレハ假令其證據ハ同一種類ニシテ之ヲ以テ同一事實ヲ證明セントスルニト雖モ其方向若クハ事情ヲ異ニスルコトアリテ全然同一視ス可カラサルモノアル可ケレハナリ今其一例ヲ舉クレハ貸借ノ事實ヲ證明スルカ爲メニ貸主ヨリ借主ノ使者ニ金額ヲ交付シタルコトヲ目撃シタル證人ト借主ニ於テ該金額ヲ其使者ヨリ受取タルコトヲ見聞シタル證人ノ訊問ヲ申出ル場合ノ如キ是ナリ斯ノ如キハ書證ニ就テモ同一トス即チ斯ノ如キ場合ニ在テハ同一ノ事實ニ就キ數多ノ人證アルモノト云フ

ヲ得ヘク從テ本條ヲ適用シ得ヘキコト勿論ナラント信ス蓋シ法文ニハ單ニ數多ノ證據トノミアリテ前二種ノ解釋ニ謂ヘル如ク異種若クハ同種ノ意味ノ見ル可キナキヲ以テナリ

既ニ法文ニ於テ證據種類ノ異同ヲ問フノ趣意ヲ見ス又同一事實ニ就キ同種數多ノ證據提出ノ場合ニ適用シ得ヘキモノトスルニハ假令其同種ノ證據ニシテ舉證ノ方向若クハ事情ヲ異ニスル場合ニ於テモ亦本條ノ規定ヲ適用シ得ヘキモノト謂ハサルヲ得ス啻ニ論理上又ハ法文解釋ノ上ニ於テ此場合ヲ除外スルモノト見ル可カラサル而已ナラス素ト立法者ノ豫想シタル場合ハ驪テ專ラ同一ノ事實ノ爲メ多數ノ證人訊問ヲ請求スルカ如キ場合ニ在ルモノ、如ク然リ何トナレハ當時訴訟法ノ編纂ニ從事シタル委員等ノ註解書ニハ專ラ此場合ノミヲ例示スルヲ以テ其然ル所以ヲ推知シ得ヘケレハナリ

右ノ如ク論究スル所ニ據リ民事訴訟法第二百七十四條第一項ニ所謂數多ノ證據トハ苟クモ其證據調トシテ裁判所ニ別箇ノ訴訟行爲(決定呼出訊問等)ヲ要スルモノ、義ト解釋スルニ妨ナキノミナラス寧ロ法律ノ主意ニ適シ而シテ實際ノ効用全キヲ得ルモノト確信シテ疑ハサルナリ

裁判所ニ於テ一旦定メタル限度ハ之ヲ動カス可カラサルモノナルヤ如何法文ニハ單ニ其調フ可キ限度ハ裁判所之ヲ定ムトノミアリテ其文勢ハ或ハ之ヲ動カス可カラサルモノ、如ク然リ然レ凡ソ證據方法及ヒ證據抗辯ハ之ヲ判決ニ接着スル口頭辯論ノ終結ニ至ルマテ主張スルコトヲ得ルヲ以テ原則ト爲ス(二一四)故ニ其裁判所ノ定メタル限度ノ取調ニ依リ目的ノ事實ヲ證明シ得サルハ更ニ又以前ニ申立タル證據中未タ取調ヲ受サルモノ又ハ新證據ノ取調ヲ申請シ得ヘク裁判所モ亦之ヲ不必要若クハ無益ナル可シ等ノ理

證據調ノ例外

由テ以テ一概ニ之ヲ却下スルコトヲ得ス若シ夫レ既ニ一再ノ取調ヲ爲シ更ニ再三ノ申請ヲ許スニ於テハ訴訟ヲ遅延ス可ク且ツ被告ハ訴訟ヲ遅延セシメントスルノ故意又ハ甚シキ怠慢ニアルモノトノ心證ヲ得タル場合ニ於テ裁判所ハ始メテ第二百十四條ノ規定ニ依リ第二百十條ノ規定ヲ準用シテ之ヲ却下スルコトヲ得ヘキナリ  
【第三】 證據調ハ裁判ヲ爲ス可キ裁判官自ラ受訴裁判所ニ於テ之ヲ行フヲ以テ本則ト爲ス然レ此規則ノ例外トシテ民事訴訟法中別段ノ規定アル場合ニ限リ受訴裁判所ノ部員一名(即チ受命判事)又ハ區裁判所判事(即チ受託判事)ヲシテ之ヲ行ハシムルコトヲ得ルナリ  
受命又ハ受託判事ノ權限及ヒ手續ニ關スル事項ハ以下各證據調ノ所ニ於テ說述ス可シ  
證據調ハ裁判所ノ決定ヲ以テ之ヲ命シ而シテ此決定ニ對シテハ不服ヲ申立ルコトヲ許サルモノトス(二七三)

第六十二節 證據調則 (第二百七十五條及第二百八十一條至第二百八十四條) 六七八

此他證據ニ關スル特別ノ規定ヲ約言スレハ左ノ如シ

- (一) 證據調ニ付キ不定時間ノ障礙アルモ例ヘハ證人ノ不在又ハ使  
用セントスル證書カ第三者ノ手ニ存スル場合ノ如キニ至テハ申  
立ニ因リ之レカ相當ノ期間ヲ定ム而シテ此期間經過後ニ在テハ  
其證據調ノ爲メ訴訟手續ヲ遲滯セシメサルモ限リ其證據方法  
ヲ用井ルコトヲ得(二七五)
- (二) 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ノ手續ハ第百  
五十二條及ヒ第百五十五條ノ規定ニ從フモノトス(二八一)
- (三) 證據調ノ期日ニ當事者ノ一方又ハ双方出頭セサルモト雖モ事  
件ノ程度ニ因リ爲シ得ヘキ限リハ證據調ヲ爲ス(二八四ノ一)
- (四) 前項當事者ノ闕席ノ爲メ證據調ノ全部又ハ一部ヲ爲スコトヲ  
得サル場合ニ於テハ其追完又ハ補充ノ申立アルモ限リ之レカ爲メ

訴訟手續ノ遲滯セサルモ又ハ舉證者其過失ニ非スシテ出頭シ能  
ハサリシコトヲ疎明スルモ限リ判決ニ接着スル口頭辯論ノ終  
結ニ至ルマテハ證據調ヲ爲ス(二八四ノ二)

- (五) 裁判所ニ於テ事件ノ未タ判決ヲ爲スニ熟セスト認ムルモハ當  
事者ノ申立ヲ要セスシテ證據調ノ補充ヲ決定スルコトヲ得(二八  
五)
- (六) 證據調又ハ新期日ヲ定ムル必要アルモハ職權ヲ以テ之ヲ定ム  
可シ(二八六)
- (七) 舉證者カ證據調ノ費用ヲ豫納セサルモハ證據調ヲ爲サス(二八  
八)

此他證據決定ニ關スルモノハ既ニ第五十八節ニ於テ說述セリ

〔第四〕 以上證據調ノ手續ヲ施行ス可キ事物即チ舉證ノ方法トシテ我  
民事訴訟法中ニ規定スル所ノモノハ左ノ如シ

- (一) 人證(二八九至三二一)
  - (二) 鑑定(三二二至三三三)
  - (三) 書證(三三四至三五六)
  - (四) 檢證(三五七至三五九)
  - (五) 當事者本人ノ訊問(三六〇至三六四)
- 以上五箇ノ證據方法ハ民事訴訟法ノ規定スル所トス此他特ニ民法ニ規定アリテ訴訟法ニ規定ナキモノハ皆省畧ノ例ニ從フ

### 第六十三節 人證

證人ノ定

〔第一〕 證人ヲ以テスル證據方法之ヲ人證ト云フ證人トハ自己ノ實驗ニ付テ報告スル人はナリ故ニ證人ハ當事者ノ證據方法タリ從テ常ニ第三者タルヲ要ス當事者其人ハ證人タルヲ得ス故ニ當事者タル者ハ假令他ノ當事者ノ爲メト雖モ己レ共同訴訟人殊ニ必要的共同訴訟人タルトハ其訴訟ニ證人タルコトヲ得ス又夫ノ從參加人ノ如

キモ純然タル當事者ニ非ス又其代理人ニ非ス(第二十九節第二)而カモ當事者ノ補助者ニシテ其利益ヲ代表スル者ナルカ故ニ是亦之レカ證人タル可キ第三者ト云フコトヲ得ス

證人ハ常ニ自己ノ實驗ニ付テ供述スルモノトス證人ニシテ自己ノ理會力(特種ノ智識)ニ因ル實驗ヲ供述スルモノナルトハ之ヲ稱シテ鑑定證人ト云フ(三三三)

證人タル能力

〔第二〕 證人タル能力ニ付テハ古今内外其法律ノ規定ニ依テ同シガラズ然レモ其無能力者ヲ認ムル普通ノ例ニ據レハ所謂證人タル能力ナキ者(Testis Inhabilis)即チ訊問ヲ受クル能力ナキ者ハ概ネ左ノ三種ト爲ス

無能力者ノ種別

- (イ) 精神ノ喪失若クハ感官ノ不具ニ因リ實驗若クハ識別ノ能力ナキ者即チ實驗ノ時若クハ證言ノ時ニ際リ癡癲又ハ白痴タル者若クハ幼兒又ハ實驗ニ必要ナル感官ノ不具者

(ロ) 法律ノ規定ニ依リ眞實ヲ述フル意思ヲ缺ク者ト定メタル者例  
ヘハ當事者ト親屬ノ關係アル者、直接ニ利害ノ關係ヲ有スル者當  
事者ノ代人若クハ辯護士ノ類

(ハ) 法律ニ於テ職務上默秘ノ義務アリト定ムル者例ヘハ官吏、醫師、  
僧侶、穩婆ノ類

法律上此種ノ不能力ヲ定ムルトハ之ヲ證人トシテ訊問スルコトヲ  
得ス故ニ其供述ハ法律上ノ證言ニ非ス從テ之レニ基ク判決亦法則  
ニ違背スル者ニシテ破毀ヲ免レサルモノトス

抑、我訴訟法ニ於テハ證人ノ能力ニ付キ如何ナル主義ヲ採リタル乎  
是レ今日ノ一大問題ト云フ而カモ余ハ我法律ノ主義即チ民事訴訟  
法ニ採ル所ノ主義ニ就テハ一點ノ疑ヒナシト斷言スルヲ憚カラス  
而シテ余ノ解スル所ニ據レハ

(一) 我民事訴訟法ハ原則トシテハ證人ノ無能力ヲ認メス即チ同法

我訴訟法  
ノ人證ニ  
關スル主  
義如何

證人ノ  
能力ヲ  
認メス

證言義務  
ノ免除ヲ  
許ス

第二百八十九條ニ於テ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ト規定シテ而  
シテ別ニ證人タルコトヲ得スト定ムルモノナキヲ以テ知ル可キ  
ナリ但シ刑法第三十一條ノ規定ニ依リ剝奪公權ノ結果トシテ裁  
判所ニ於テ證人タルコトヲ得サル者ハ所謂法律ニ別段ノ規定ア  
ルモノニシテ證人タル能力ヲ有セサルコト勿論トス

(二) 原則ニ於テ證人ノ無能力ヲ認メス而カモ亦法律ハ親屬ノ關係  
若クハ利害ノ關係等ニ因テ意思ノ自由ヲ失フ者即チ實ヲ告ケサ  
ル疑ヒアル者 (Testis Suspectus) アルコトヲ知ル故ニ法律上之ヲ無  
能力者若クハ無資格者ト爲サスシテ而シテ別ニ證言ヲ強ユルノ  
酷及ヒ不實ノ證言ヲ避ク得ヘキ規定ヲ設ケタリ即チ裁判所ニ向  
テハ宣誓ヲ爲サシメスシテ參考ノ爲メ之ヲ訊問スル權利ヲ與ヘ  
(三一〇)證人ニハ證言ヲ拒ミ得ル權利ヲ與ヘ(二九七、二九八)又其相

無事實上ノ能力者

手方ニハ證人ヲ忌避スル權利ヲ與ヘタルコト(三〇三)是ナリ蓋シ權利ハ之ヲ有スル者ノ行フコトヲ得ヘキノミニシテ之ヲ行使スルト否トハ全ク其自由ニ屬ス故ニ相手方ニシテ忌避ノ權利ヲ行ハス證人ニシテ裁判長ヨリ證言ヲ拒ムノ權利アル旨ノ告知(二九七ノ二)ヲ受クナカラ仍ホ其權利ヲ行ハス而シテ裁判所亦其權利ヲ行ハスシテ之レニ宣誓ヲ命シ之ヲ訊問シテ其證言ヲ得ハ乃チ他ノ證人ノ證言ト毫モ異ナル所ナシ證言素ト裁判所ヲ羈束スル力ナシ取捨ハ全ク裁判所ノ自由心證ニ一任ス唯夫レ宣誓ノ有無ハ證人其者ノ責任ニ關係スルカ故ニ幾分ノ擔保ト爲リ裁判所ノ心證ヲ得ルニ就テ多少ノ參考ト爲ル可キ而已(一)

(三) 右ノ如ク我民事訴訟法ニ於テハ前例(ロ)ハノ無能力者ヲ認メス然リト雖モ其(イ)ノ類ニ屬スル者即チ精神ノ喪失若クハ感能ノ不具ニ因テ識別ノ能力ナキ者ニ至テハ事實ニ於テ證人トシテ有効

證人ノ能力ニ關スル問答

ノ證言ヲ爲スコト能ハス例ヘハ盲人ニ見證ヲ命シ聾者ニ聽證ヲ求ムルノ類ノ如シ蓋シ此類ニ屬スル者ト雖モ本來證人タルコトヲ得サルニ非ス畢竟之ヲ訊問スルモ有効ノ證言ヲ得ルコト能ハサルノミ要スルニ事實上ノ無能力ハ固ヨリ之ヲ認ムルモノト云フ可キナリ

(一) 證人ノ能力如何ノ問題ニ付テハ嘗テ或者ト問答スル所アリ曩キニ之ヲ法曹記事(第三十一號)ニ掲ケタリ是レ固ヨリ學者ノ一讀ヲ値ヒセサルモノタルヲ知ル而カモ夫ノ治罪法若クハ刑事訴訟法ノ主義先入爲主啻ニ疑ヲ懷クノミナラス卑見ヲ認メテ誤解若クハ好テ異說ヲ立ル者ト爲ス者ノ爲メニハ寧ロ必要ノ感アリ今敢テ之ヲ左ニ掲ク本文ノ所說ニ疑ヒナキ者ハ之ヲ讀マスシテ可ナリ

問 法律上證人タルノ能力ニ制限アリヤ否ヤ

答 之レアリ即チ先ツ刑事ニ在テハ第一ニ刑法ノ處分ニ依リ公權ヲ剝奪セラレ

タル者及ヒ之ヲ停止セラレタル者ハ裁判所ニ於テ證人ト爲ルコトヲ得ス(刑法第三十一條第六號)又第二ニ刑事訴訟法第二百二十三條第二百二十四條ニ列記スル所ノモノハ何レモ皆證人トナルコトヲ許サス故ニ其資格ナキナリ

問 刑事ニ於テ此等ノ者ノ證人タルコトヲ得サルコトハ敢テ子ノ教ヲ俟タス余カ今殊更ニ茲ニ問フ所ノモノハ專ラ民事訴訟ニ於テ證人タルノ能力ニ制限アルヤ否ヤニ在リ

答 民事訴訟法ニ於テハ其第二百八十九條ノ云ヘル如ク何人ヲ問ハス法律ニ別段ノ規定ナキ限りハ裁判所ニ於テ證言スルノ義務アリ而シテ其所謂別段ノ規定ニ依リテ證言ノ義務ヲ免除セラル、者ハ之レアリ然レモ其身分職業年齡ノ如何ヲ問ハス法律上民事訴訟ニ於テ證人タルコトヲ許サルモノハ之レナシト信ス

然レモ夫ノ訴訟當事者及ヒ法律上代理人ノ如キニ至テハ假令法律ノ規定若クハ明文ナシト雖モ其訴訟ニ於テ證人タルコトヲ得サルコトハ勿論トス故ニ夫ノ法人ニアラサル會社々團ノ社員株式會社ノ社長ノ如キ苟クモ訴訟ノ當事者ト分身一體ナル者若クハ法律上代理人ノ資格ヲ有スル者亦當然其訴訟ニ於テ證人タルコトヲ得サルナリ

問 然ラハ民事訴訟法第二百九十七條及ヒ第二百九十八條ニ列記スル所ノ者ノ如キモ亦法律上證人タル資格ヲ有スルモノト爲スカ

答 然リ固ヨリ證人タルノ資格ヲ有ス故ニ裁判所ニ於テモ當事者ノ申請ニ依リ方式ニ從ヒ之レニ宣誓ヲ爲サシメ其證言ヲ採テ裁判ノ材料トナスコトヲ得ルヤ勿論ナリ只法律ハ此兩條ニ列記スル所ノ者ニ其證言ヲ拒ムノ權利ヲ與ヘ而シテ裁判長ニ其訊問前證言ヲ拒ムノ權利アル旨ヲ告知スルノ義務ヲ負ハシムルアルノミ故ニ裁判長ニ於テ此權利アルコトヲ告知スルモ而カモ其訊問ヲ受クル者ニ於テ證言ヲ拒ムコトナキニ於テハ第三百七條ノ規定ニ從ヒ訊問ノ前若クハ訊問後ニ於テ宣誓ヲ爲サシメ而シテ之レニ證言ヲ命スルコトヲ得ルヤ勿論ナリ

問 若シ果シテ子ノ説ノ如クンハ第三百十條ハ如何ニ之ヲ解ス可キカ余輩ノ解  
スル所ニ依レハ同條第一項ニ所謂「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」トアルハ即チ參考トシテハ之ヲ訊問スルコトヲ得  
ルモ證人トシテハ之ヲ訊問スルコトヲ得ストノ義ニシテ恰モ刑事訴訟法第百  
二十三條第一項ノ但書ニ所謂「宣誓ヲナサシメスシテ事實參考ノ爲メ其供述ヲ  
聽クコトヲ得トアルト同一ナリト信ス如何

答 刑事訴訟法第百二十三條第一項ニハ左ニ記載シタル者ハ證人ト爲ルコトヲ  
許サストアリテ即チ證人トシテ之ヲ訊問スルコトヲ禁止スルノ明文アリ然レ  
モ民事訴訟法第三百十條ニハ斯ノ如キ禁止ノ文義ナシ故ニ單ニ宣誓ヲ爲サシ  
メスシテ參考ノ爲メ云々ノ文義ノ相同シキカ爲メニ彼此相同シト云フコトヲ  
得ス

問 若シ果シテ子ノ説ノ如クンハ同條第四號ニ第二百九十七條及ヒ第二百九十  
八條第三號並ニ第四號ノ規定ニ依リ證言ヲ拒絕スルノ權利アリテ之ヲ行使セ

サルモノトアルヲ解スルコトヲ得ス第二百九十七條ニ依リテ證言ヲ拒ムノ權  
利アル者トハ原告若クハ被告又ハ配偶者ト親族又ハ姻族ノ關係アル者、原告  
若クハ被告ノ後見ヲ受クル者、原告若クハ被告ノ同居人又ハ雇人ノ關係アル  
者ナリ又第二百九十八條第三號並ニ第四號ニ依リ證言拒絕ノ權利アル者トハ  
其答辯カ證人又ハ前記ノ者ノ耻辱ニ歸スルカ又ハ其刑事上ノ訴追ヲ招クノ恐  
アルル及ヒ同上ノ者ノ爲メニ直接ニ財産權上ノ損害ヲ生セシムヘキ場合ニ在  
ル者ナリ若シ子ノ答アル所ノ如クンハ是等ノ者ニシテ證言ヲ拒ムノ權利アリ  
テ之ヲ行使セサル場合ニ於テモ尙ホ之ヲ證人トシテ訊問スルヲ得ヘシ果シテ  
然ラハ何ノ必要アリテ是レニ宣誓ヲナサシメスシテ參考ノ爲メ之ヲ訊問スル  
コトヲ得トノ條文ヲ掲ケタルモノナルヤ敢テ其理由ヲ問フ

答 第三百十條第四號ニ記スル所ノモノ固ヨリ之ヲ證人トシテ訊問スルコトヲ  
得ヘキナリ然レモ此等ノ者タル何レモ自己又ハ親密ノ關係ヲ有スル者ノ直接  
ノ利害ニ關スル事項ニ就テ證言スヘキ場合ニ在ルモノナリ而シテ凡ソ自己ノ



損害若クハ親密ノ關係アル者ノ害ヲ避クントスルハ人ノ常情ニシテ法律ニ於テモ深ク之ヲ咎ムヘキニ非ス否德義上ニ於テハ寧ロ獎勵スヘキコト、ス然ルニ若シ此境遇ニ在ル者ニ向テ強テ宣誓以テ證言ヲナサ、ルヲ得サルモノト爲スルハ其者ハ法律ノ罪人タラサントスレハ德義ニ背クノ人タラサルヲ得ス義ニ背クカ罪ヲ犯スカ二者其一ヲ免ル、ヲ得ス此場合ニ當リ寧ロ德義ヲ重シトシテ自己ノ罪人タルコトヲ顧ミス父母其他親密ノ關係アル者ノ利益タル證言ヲ爲ス者ニ對シ此レニ偽證ノ刑罰ヲ加フル如キ豈ニ忍ヒサルノ感ナキヲ得ンヤ故ニ立法者ハ此等ノ者ヲシテ必シモ常ニ此苦境ニ陥ラシムルコトヲ欲セス裁判所ニ於テ必シモ常ニ證人トシテ之ヲ訊問スルコトヲ命令セス其所見ニ從ヒ時ニ或ハ宣誓ヲ爲サシメスシテ單ニ參考トシテ之ヲ訊問スルコトヲモ爲シ得ヘシト定メタルノミ本條ノ設アル所以ノ理由蓋シ之レニ外ナラサルコトハ信シテ疑ハサル所ナリ之ヲ要スルニ民事訴訟法第三百十條ノ規定ハ夫ノ刑事訴訟法ノ第二百二十三條ニ於ケル如ク其訊問ヲ受ク可キ者ノ陳述ニ信ヲ置

キ難シトノ理由ニ基クモノニ非スシテ却テ其德義ヲ重ノスル場合ニ於テ偽證ノ罪人タラサラシメントノ趣意ニ出テタルモノト解ス可キナリ

問 右ノ如ク解釋セラル、ルハ子ノ說一應理アルカ如シ然レモ余ハ尙ホ恐ル是レ或ハ我民事訴訟法ノ母法タル獨逸訴訟法ニ於テ然ルカ故ニ斯クノ如キ解釋ノ說アルニアラサルヤ又疑フ我立法者ハ果シテ足下ノ解釋セラル、カ如キ趣意ヲ以テ人證ノ規定ヲ設ケタルモノナルヤ否寧ロ或ハ刑事訴訟法ニ於ケルト同一ノ趣意ニシテ只其文字ニ於テ少シク異ナル所アルモノニアラサルカヲ敢テ問フ尙ホ立法ノ趣意ヲ確知スルニ足ル可キ法文ヲ指示スルコトヲ得ルヤ如何

答 獨逸訴訟法ニ於テハ十六歳未満ノ幼者及ヒ刑法ノ規定ニ從ヒ證人タル能力ヲ有セサル者ニハ決シテ宣誓ヲ爲サシメサルコトヲ認知シ得ヘキモ(獨逸、第三百五十八條參觀)果シテ前段解釋スル所ノ如キ立法ノ趣旨ナルヤ否ヤハ同法ノ明文ニ依テハ之ヲ見ルコトヲ得ス却テ足下ノ疑フ所ノ我立法者ノ意思ニ

至テハ明文ニ依テ此意ヲ見ルヲ得ヘキモノアリ即チ民事訴訟法第三百三條乃至第三百五條ノ規定即チ是ナリ第三百三條ニ曰ク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トアリ若シ第二百九十七條ノ關係ヲ有スルモノニシテ證人ト爲スコトヲ得ス單ニ事實參考人トシテ訊問シ得ヘキモノトモセハ其證人トナルコトアル可カラス從テ又之ヲ忌避スルノ必要ナシ然ルニ其母法タル獨逸訴訟法ニ見サル所ノ本條ノ設アルヲ以テモ亦立法者ノ意思蓋シ知リ得ヘキ所ナラン

又問 本條ハ蓋シ第二百九十九條ノ例外規則即チ證言ヲ拒ムコトヲ得サル場合ノ爲メニ設ケタルモノニ非ル乎

答 否決シテ然ラス其所以ハ第二百九十九條第一項ニハ證人ハ第二百九十七條第一號及ヒ第二百九十八條第四號ノ場合ニ於テ云々トアリテ特ニ其場合ヲ限レリ即チ第三百三條ト關係スル所ナキハ自カラ知ルヲ得ヘキナリ

仍ホ問 第三百十條ノ規定ニ從ヒ宣誓ヲ爲サシメスシテ參考ノ爲メ訊問スル所ノ者亦之ヲ證人ト稱シ得ヘキ乎

答 法律上證人ト稱スル所ノ者ハ專ラ法律ノ規定ニ從ヒ宣誓以テ證言ヲ爲ス者(即チ狹義ノ證人)タルコト疑ヒナシ然レモ講學上若クハ汎博ノ義ニ於テハ參考ノ爲メ訊問スル者亦之ヲ證人ト稱スルニ於テ妨ケナシ

問 果シテ然ラハ第三百三條ニ所謂證人ナル語ハ即チ其廣義ナル證人ノ義ニシテ法律上所謂宣誓以テ證言ヲ爲ス證人ヲ指スモノニ非ルヤモ亦知ル可カラス茲ニ一例ヲ舉ケテ之ヲ問ハシ夫ノ職務除斥ノ理由アル判事ノ如キ固ヨリ其判事ノ資格ヲ有スルヤ疑ヒナシト雖モ特ニ其事件ニ於テハ法律上判事トシテ行フ所ノ行爲ヲ無効ト爲ス今此ニ問題トスル所ノ者即チ第三百三條ノ關係アル者ノ如キ之ヲ廣義ノ證人ト云フヲ得ヘキモノトスルモ其特別ノ關係アルカ爲メ宣誓ヒサルカ爲メ法律上ニ於テハ所謂證人トシテノ行爲即チ其供述ハ所謂證言ノ効ナキモノニハ非ル乎從テ又其證言ニ據テ判決ノ本據ト爲スニ於テ

ハ其判決ハ違法ノ裁判タルヘキモノニ非ル乎如何

答 證人ニ關シテハ判事除斥ノ理由ノ如ク其行爲ノ全然無効タルヘキ理由在テ存スルコトナシ蓋シ第二百九十七條及ヒ第二百九十八條ノ關係ノ如キハ之ヲ判事ノ例ニ比スレハ所謂偏頗ノ忌避ノ理由タルニ過キス(第三十三條第二項)而シテ其然ルコトハ除斥ノ理由アル場合ニ於ケル判事ノ忌避ハ訴訟ノ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハス之ヲ爲スコトヲ得ヘク(第三十四條第一項)以テ上告ノ理由ト爲ス可ク以テ再審ノ理由ト爲シ得ヘシト雖モ證人ノ忌避ニ至テハ訊問前之ヲ爲スニ非レハ其前ニ忌避ノ原因ヲ主張スルコトヲ得サリシコトヲ疏明スルニ非レハ其効ナシ(第三百四條第二十四條第二項第三十五條第三項參看)サレハ第三百十條殊ニ同條第四號ニ掲クル所ノ者ヲシテ宣誓セシメ之ヲ訊問スルニ際リ相手方ニ於テ忌避ノ申立ヲ爲サス若クハ其時機ヲ失シテ其申立ヲ爲シタルトハ其證言ハ全ク効力ヲ有シ從テ之レニ據テ爲シタル判決ノ違法ヲラサルコトハ自カラ知ルコトヲ得ヘキナリ

人證ノ使  
用ニ制限  
ナシ

證人タル  
義務ハ全  
國民ノ公  
義務ノ分  
別

〔第三〕 我民事訴訟法ハ證書訴訟爲替訴訟ノ場合ヲ除ク外人證ノ方法ヲ用フルニ就テ毫モ制限スル所ナシ故ニ今日ニ在テハ夫ノ佛國ニ於ケル如ク又我民法證據編第六十條ニ規定スル所ノ如ク金額ノ多少ニ依テ之ヲ許否スルコトヲ得サルナリ(1)

(1) 佛國ニ於テハ係争事件ノ價額百五十フラン以上ニ及フモハ證人ヲ以テ證スルコトヲ許サス我民法證據編ノ規定ニ據レハ金額五十圓以上ニ及フモノニハ證人ノ證據方法ヲ用井ルコトヲ許サス(民證六〇)

〔第四〕 證人ノ義務ハ前既ニ説述スル如ク法律ニ別段ノ規定ナキ限りハ國民ノ公義務トシテ何人モ之ヲ負擔スルモノトス(二八三)

證人ノ義務之ヲ分テ左ノ二種ト爲ス

(一) 出頭ノ義務即チ呼出ニ應シテ指定ノ時日指定ノ裁判所ニ出席スルヲ云フ

(二) 陳述ノ義務(證言義務)即チ是トス

〔第五〕 證人義務ノ免除 ○此免除亦分テ左ノ二種ト爲ス

(一) 出頭義務ノ免除

(二) 出頭及ヒ証言義務ノ免除 ○此免除ニ付テハ又左ノ分別アリ

(イ) 証言ス可キ事項ノ性質ニ原由スルモノ

(ロ) 證人ト當事者トノ關係アルニ原由スルモノ

(ハ) 黙秘ノ義務ニ原由スルモノ即チ黙秘ノ義務ヲ免除セラレタ  
ル後チニ於テ始メテ強制セラレ得ヘキ也

右 (一)ノ場合即チ出頭ノ義務ヲ免除セラル、者ハ

(イ) 皇族 ○皇族ヲ證人ト爲ス可キ也ハ受命判事又ハ受託判事其  
所在ニ就キ訊問ヲ爲ス(二九六)

(ロ) 各大臣 ○各大臣ニ付テハ其官廳ノ所在地若シ所在地外ニ在  
ル也ハ其現在地ニ於テ訊問ス(同上)

(ハ) 帝國議會ノ議員 ○議員ハ議會ノ開會期間中ニシテ且ツ議會

所在地ニ滞在中ニ限リ其所在地ニ於テ之ヲ訊問ス(同上)

右各大臣其他官吏、公吏ヲ訊問スルニ付テハ假令其退職後ト雖モ其  
職務上黙秘ス可キ義務アル情況ヲ存スル也ハ

(一) 大臣ヲ訊問スルニハ勅許ヲ得ルコトヲ要ス(二九〇)

(二) 其他ノ官吏、公吏ニ付テハ其所屬官廳又ハ其最後ノ所屬官廳ノ  
許可ヲ得ルヲ要ス

右勅許又ハ許可ハ証言カ國家ノ安寧ヲ害スルノ恐レアル也ニ非サ  
レハ之ヲ拒ムコトヲ得サルモノトス(二九〇)

右 (二)ノ場合即チ証言義務ノ免除ニ關シテハ

(一) 左ノ場合ニ於テハ証言義務ヲ免除セラレ即チ証言ヲ拒ミ得ル  
モノトス

(イ) 問ニ付テノ答辯カ證人自身又ハ第二百九十七條第一乃至第  
三ニ掲クル者ノ爲メ直接ニ財産上ノ損害ヲ生ヒシム可キ也

證言ヲ拒  
ミ得ル者

- (ロ) 同上者ノ爲メ、耻辱ヲ來ス可キ者
  - (ハ) 同上刑事上ノ訴追ヲ招クノ恐レアル者
  - (ニ) 證人自己ノ技術又ハ職業ノ秘密ヲ公ニスル恐レアル者
  - (二) 親族又ハ其他ノ關係アルカ爲メニ證言ヲ拒ミ得ル者ハ
    - (イ) 當事者又ハ其配偶者ト親族ナル者但姻族ニ付テハ婚姻解除ノ後ト雖モ亦同シ
    - (ロ) 原告若クハ被告ノ後見ヲ受クル者
    - (ハ) 原告若クハ被告ノ同居人又ハ雇人
- 此等ノ者ニ對シテハ裁判長ニ於テ訊問前ニ證言ヲ拒ムノ權利アル旨ヲ告知スルノ義務アルモノトス(二九七)蓋シ裁判所カ此告知ヲ爲サ、ルモト雖モ民事上其證言ノ効力ニ差異アル可ラス然レモ若シ其證言虛偽ニ涉リ刑法第二百二十三條ノ偽證罪トナル場合ニ於テハ右證言ヲ拒ムノ權利アルコトノ告知ヲ受ケサル情

證言義務  
免除ノ例

以上ノ除外例トシテ  
狀ハ或ハ以テ酌量減輕ノ理由タル可キナリ

- 前(一)號ノ(イ)及ヒ(二)號ノ(イ)ノ場合ニ該當スル者ト雖モ左ノ場合ニ在テハ證言ヲ拒ムコトヲ得サルモノトス即チ
  - (イ) 家族ノ出產、婚姻又ハ死亡ノ事實、所謂家族トハ最モ汎博ノ義ニシテ必シモ血統ノ親屬ノ關係アルコトヲ要セス
  - (ロ) 家族ノ關係ニ因リ生スル財產事件ニ關スル事實、例ヘハ婚姻ニ付テノ財產契約、相續財產又ハ養料ニ關スル事實ノ如シ
  - (ハ) 權利行爲ノ成立及ヒ其旨趣ニ付キ證人トシテ立會ヒタル者
- (二九九ノ第三)
- (三) 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關シ爲シタル行爲
- 原告若クハ被告ノ前主トハ其權利若クハ義務ノ主人タリシ者ヲ

謂ヒ代理人トハ法律上代理人、總理代人、部理代人其他商事ニ關スル一切ノ代理人等ヲ包含スルモノトス

(三) 默秘義務ノ理由ニ基キ證言ヲ拒ミ得ル者ハ

(イ) 官吏、公吏

官吏、公吏ハ其退職ノ後ト雖モ職務上默秘ス可キ義務アル事項ニ就テハ證言ヲ拒ムコトヲ得(二九〇、二九八ノ第一)

然レモ現在所屬ノ官廳又ハ其最後ノ所屬官廳ニ於テ其事項ニ關シ訊問スルコトヲ許可シタルモ即チ默秘ノ義務ヲ免除セラレタルモハ其證言ハ之ヲ拒ムコトヲ得ス蓋シ此許可ハ證人自カラ之ヲ求ムルヲ要セス受訴裁判所ニ於テ之ヲ求メ而シテ證人ニ之ヲ通知スルモノトス(二九〇ノ三)

(ロ) 神職及ヒ僧侶

神職又ハ僧侶カ其身分ノ爲メ委託ヲ受ケタルニ因リ知リタル事

實ニシテ默秘ス可キモノニ關スルモハ其證言ヲ拒ムコトヲ得(二九八ノ第二)

(ハ) 醫師、藥商、穩婆、辯護士、公證人其他秘密ヲ要スル技術者、職工カ其職業上秘密ヲ守ル可キ事項ニ關スルモハ其證言ヲ拒ムコトヲ得(二九八ノ第一、第二、第五)

又默秘ノ義務ヲ免除セラレタルモハ其證言ヲ拒ムコトヲ得サルコト勿論トス

以上(一)乃至(三)ノ場合ニ於テハ第三百條ノ規定ニ從ヒ其訊問ノ期日前拒絶ノ原因タル事實ヲ開示シ且之ヲ説明スルモハ其期日裁判所ニ出頭スル義務ナキモノトス  
右拒絶ノ書面ヲ受領シ若クハ其陳述ニ付キ調書ヲ作りタル裁判所書記ハ之ヲ當事者ニ通知セサル可カラズ(三〇〇)

證人訊問ノ手續

〔第六〕 證人訊問ノ手續

第六十三節 人證 (第二百九十八條及第三百條)

証人申出  
ノ抛棄

証人ノ呼  
出

(一) 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(二九一)即チ此證據方法ニ依テ證明ス可キ事實ノ表示ト共ニ其訊問ヲ受ク可キ人及ヒ其住所ヲ明示シ裁判官ヲシテ其決定ヲ爲シ又ハ呼出ヲ爲スカ爲メニ訊問事項及ヒ證人ノ身分等ヲ詳知セシムルヲ要ス

證人ノ申出ハ其訊問ノ開始マテハ此證據方法ヲ抛棄スルコトヲ得ルト雖ヒ訊問開始ノ後ニ至テハ相手方ノ承諾アルニ非レハ之ヲ抛棄スルコトヲ得ス

(二) 證人ノ呼出ハ裁判所ノ職權ヲ以テ之ヲ爲ス即チ證人ノ申出ハ當事者之ヲ爲ス可キモノナレヒ其證據決定ノ後チ證人ヲ呼出スコトハ裁判所ノ職權ニ屬スルモノトス故ニ其呼出狀ニハ法律ノ制裁即チ出頭セサルハ處罰セラレ可キ旨ノ記載ヲ要ス(二九二ノ第四)

軍人軍屬  
ノ呼出

証人費用  
ノ豫納

訊問ノ場  
所

證人ノ呼出ニ就テ注意ス可キハ海陸軍現役ノ軍人軍屬ヲ呼出スニハ其所屬ノ長官又ハ隊長ニ囑託シテ之ヲ爲ス可キコト(二九三)又其呼出前裁判所ハ一定ノ期間内ニ人證申出人ニ對シ證人費用ノ豫納ヲ命シ若シ其期間内ニ豫納セサルハ之レカ呼出ヲ爲サル權アルコト又右期間滿了ノ後チニ豫納シテ更ニ呼出ヲ請求スルハ特ニ訴訟手續ノ遲滯ヲ生セサル場合ニ限り之ヲ許可スルモノトス(二八八)

(三) 訊問ノ場所○證人ノ訊問ハ受訴裁判所ニ於テスルヲ以テ本則ト爲ス(二七三)故ニ第二百七十八條乃至第二百八十三條ノ規定ニ從ヒ受命判事受託判事ヲシテ證人ノ訊問ヲ行ハシムルハ即チ其變例トス殊ニ受託判事ヨリ更ニ他ノ裁判所ニ囑託シテ訊問セシムルカ如キハ異例ノ大ナルモノトス故ニ此變例ハ受託受命ノ後チ他ノ裁判所ニ於テ證據調ヲ爲ス可キコトハ至當ナル原因ハ爾

第六十三節 人證 (第二百八十二條及第三百十一條)

後ニ生シタル事ニ限ル(二八二)  
受命判事若クハ受託判事ヲシテ證人ノ訊問ヲ爲サシメ得ヘキ場  
合ハ左ノ如シ

(イ) 眞實ヲ探知スルカ爲メニ現場ニ就キ證人ヲ訊問スル必要ア  
ル事

(ロ) 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  
ル事

(ハ) 證人カ受訴裁判所ノ所在地ヨリ遠隔ノ地ニ在テ其裁判所ニ  
出頭スルニ付キ不相應ノ時日及ヒ費用ヲ要スル事

(四) 訊問ノ方式

(イ) 數人ノ證人ヲ訊問ス可キ事ハ他ノ證人ノ在ラサル場所ニ於  
テ各別ニ訊問スルヲ要ス蓋シ彼此ノ供述相齟齬スル事ハ之ヲ對  
質セシメ以テ其眞偽ヲ明カニスル必要アルカ故ナリ(三一)

證人ヲ訊問スルニハ先ツ其氏名、年齢、身分、職業、住居ヲ問ヒ又必要  
ナル場合ニ於テハ證言ノ信用ニ關スル情況殊ニ當事者ノ關係ニ  
付テ問ヲ爲シ(三一)其訊問事項ニ付テハ證人知ル所ノモノハ牽  
連シテ之ヲ供述セシメ而シテ後チ其供述ノ明白ヲ缺キ若クハ不  
完全ナル場合ニ在テハ之レヲ明白及ヒ完全ナラシムルカ爲メ又  
ハ其知リ得タル原因ヲ穿鑿スル爲メ必要ナル問ヲ發ス可シ(三一)

三  
右訊問ハ裁判長之ヲ爲スヲ以テ本則ト爲ス然レモ陪席判事ハ裁  
判長ニ告クテ直接ニ問フノ權アリ獨リ訴訟ノ當事者ニ至テハ自  
カラ直接ニ問ヲ發スル權ナシ唯其供述ノ明白ヲ缺ク場合ニ於テ  
之ヲ明白ナラシムルカ爲メ問ハント欲スルモノアル事ハ之ヲ裁  
判長ニ申立其許可ヲ得テ始メテ直接ニ問ヲ發スルノ權アリ又其  
發問ノ許否ニ付テハ當事者ヨリ異議ヲ申立ルコトヲ得ヘシ而シ

第六十三節 人證 (第二百八十二條及第三百十一條)



書面ノ朗  
讀ヲ許サ  
ス

再訊問ヲ  
命スル場  
合

證人ノ宣  
誓

テ其異議ニ付テハ裁判所ノ評議ヲ以テ之ヲ裁判ス可キナリ(三一  
二)三一五(第五十七節第五)ノ(一)參觀)  
以上訊問ニ對シテハ證人ハ算數ノ事項ニ關スルモノ、外凡テ口  
頭ノ供述以テ之レニ答へ書面ノ朗讀ヲ以テ之レニ答フルコトヲ  
得サルモノトス(三一四)

又受訴裁判所ハ左ノ事情アルルハ證人ノ再訊問ヲ命スルコトヲ得

- (一) 證人訊問ノ法律ノ規定ニ違ヒタルル
  - (二) 證人訊問ノ完全ナラサルル
  - (三) 證人ノ供述カ明白ナラス又ハ兩義ニ涉ルル
  - (四) 證人カ其供述ノ補充又ハ更正ヲ申立ルル
  - (五) 其他裁判所カ再訊問ヲ必要トスルル(三一七)
- (ロ) 證人ノ宣誓  
凡ソ證人ヲ訊問スルニハ先其呼出狀其他適當ノ方法ヲ以テ其人

宣誓ヲ爲  
サシメス  
シテ訊問  
シ得ル者

違ヒナキコトヲ明確ニシ而シテ其訊問ノ前必ス各別ニ宣誓ヲ爲  
サシムルヲ要ス然レモ特別ノ原因アルル殊ニ宣誓ヲ爲サシム可  
キ者ナルヤ否ヤニ付キ疑ヒアルルハ訊問ノ後チニ宣誓セシムル  
コトヲ得ヘシ此場合ニ於テハ第三百七條第二項ニ宣誓式ニ從フ  
可キモノトス(三〇六三〇七)

判事ハ宣誓ノ前ニ刑法ヲ讀聞カセ其他相當ノ方法ヲ以テ若シ僞  
證ヲ爲スニ於テハ刑法上僞證ノ罰アルコトヲ諭示セサル可カラ  
ス(三〇八)

訊問ノ前若クハ後ニ宣誓シタルコト又ハ宣誓セシメテ訊問シタ  
ルコトハ之ヲ調書ニ記載スルヲ要ス(三一六)  
右ノ原則ニ對スル例外ノ場合ハ左ノ如シ  
宣誓ヲ爲サシメスシテ訊問シ得ル者ハ左ノ如シ

- (一) 第二百九十七條第一號乃至第三號ニ該ル者

證人ノ強  
制方法及  
之レニ  
關スル  
列

- (二) 第二百九十八條第三號及ヒ第四號ニ該ル者
  - (三) 訊問ノ時未タ滿十六歳ニ達セサル者
  - (四) 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
  - (五) 刑事上ノ判決ニ因リ公權ヲ剝奪又ハ停止セラレタル者
  - (六) 第二百九十七條及ヒ第二百九十八條第三號並ニ第四號ノ規定ニ依リ證言ヲ拒絕スルノ權利アリテ之ヲ行使セサル者但第二百九十八條第三號並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ニ限ル
  - (七) 訴訟ノ成績ニ直接ノ利害關係ヲ有スル者
- 〔第七〕 證人ノ強制方法
- (イ) 合式ニ呼出テ受クナカラ正當ノ理由ナクシテ出頭セサル證人ニ對シテハ當事者ノ申立テ俟タスシテ決定ヲ以テ其不參ニ因リ

生シタル費用ノ賠償及ヒ二十圓以下ノ罰金ヲ言渡ス

- (ロ) 再度出頭セサル場合ニ於テハ更ニ前項ノ賠償及ヒ罰金ヲ命スルノ外尙ホ其勾引ヲ命スルコトヲ得

右ノ決定ニ對シテハ抗告ヲ爲スコトヲ得ヘク而シテ此抗告アルトハ必ス其決定ノ執行ヲ停止ス

現役軍人ニ對シテハ右罰金ノ言渡、勾引及ヒ執行ハ軍事裁判所又ハ所屬長官又ハ隊長ニ囑託シテ之ヲ行フモノトス(二九四)

- (ハ) 然レモ證人ニ於テ後ニ其出頭セサリシコトヲ正當ノ理由ヲ以テ辯解スル場合ニ於テハ前述ノ處分ヲ行ハサルモノトス(二九五)

證人出頭シタルモ供述ヲ拒ミタルカ若クハ期日前第三百條第一項ノ規定ニ從ヒ拒絕ノ原因ヲ説明シタル後出頭セサルトハ裁判所ハ其拒絕ノ當否ニ付キ當事者ヲ審訊シタル後決定ヲ以テ之ヲ裁判ス然レモ官吏、公吏ノ拒絕ノ當否ニ付テハ所屬廳又ハ最後

ノ所屬廳ノ裁定ニ一任シ裁判所自カラ之ヲ裁決セス(三〇一)  
拒絕當否ノ決定ニ對シテ異議アルルハ前(イ)(ロ)場合ト異ナリ之  
レニ對シテ即時抗告ヲ爲スコトヲ要ス而シテ此抗告ニ依リ決定  
ノ執行ヲ停止スルノ効力ヲ生スルコトハ前ニ同シ(同上)

(ニ) 受命判事又ハ受託判事ノ面前ニ於テ證言ヲ拒絕シタルルハ該  
判事ハ其調書ヲ作り之ヲ受訴裁判所ニ送致シ受訴裁判所ヲシテ  
其拒絕ノ當否ヲ裁判セシム故ニ裁判所ハ證人及ヒ當事者ヲ呼出  
シ之ヲ審訊シテ後チニ其當否ヲ決定ス但シ此場合ニ於テハ證人  
ハ受命判事又ハ受託判事ノ面前ニ申立サル事實若クハ證據ヲ提  
出スルコトヲ得サルナリ(二八三、三〇一)

(ホ) 證人ニ於テ原因ヲ開示セスシテ證言ヲ拒ミ又ハ證言ノ義務ア  
リトノ裁判確定ニ至ルモ仍ホ之ヲ拒ミタルルハ費用ノ外四十圓  
以下ノ罰金ヲ言渡サル可シ此言渡ニ對スル抗告其効力又ハ軍人

證人ノ罰  
金ハ刑罰  
ナリ

證人ノ忌  
避

ニ對スル場合ノコトハ前(ロ)場合ニ同シ(三〇二)

右(ハ)及ヒ(ニ)ノ處分ハ之ヲ宣誓ヲ拒ム證人ニ適用ス(三〇九)

以上罰金ハ素ト民事證人ニ對スルモノニシテ民事裁判所ノ宣告  
スルモノナリト雖モ所謂國民一般ノ公義務ニ背反スルモノニシ  
テ(二八九)純然タル刑罰トス故ニ若シ罰金ノ言渡ヲ受ケタル證人  
ニシテ之ヲ納完セサルルハ刑法第二十七條ノ規定ニ從ヒ一圓ヲ  
一日ニ折算シテ輕禁錮ノ刑ニ處セラル可シ

〔第八〕 證人ノ忌避○當事者ハ人證申出人ト證人トノ間ニ第二百九十

七條第一號乃至第三號ニ掲クル親密ノ關係アルルハ訊問前其關係  
ヲ主張シテ忌避ノ申請ヲ爲スコトヲ得ヘシ而シテ其訊問開始ノ後  
チニ至テハ前ニ忌避ノ原因ヲ主張スルコトヲ得サリシコトヲ疎明  
スルルニ限り之ヲ爲スコトヲ得ルモノトス(三〇三、三〇四)

此他忌避申請ノ方式其裁判及ヒ抗告ノコトハ判事ノ忌避ノ場合ト

同シケレハ略ス(三〇四、三〇五參照)

### 第六十四節 鑑定

鑑定人ノ  
定義

〔第一〕 鑑定人 (Expert, aris peritus) ハ夫ノ證人ノ如ク證據方法タル可キ報告者ニ非スシテ裁判官ノ補助者トス蓋シ特種ノ技能ヲ以テ裁判官ニ缺クル所ノ智識ヲ補ヒ以テ訴訟材料殊ニ證據物件ニ就テノ理會力ヲ助クル者トス(一)

(一) 鑑定ハ一ノ證據方法タルヤ將タ單ニ裁判官ノ補助タルニ過キサルヤハ法學上ノ一大問題ニ屬ス而シテ或ハ之ヲ證據方法ナリトシ或ハ之ヲ補助ナリト論スル者アル而已ナラス或ハ此二箇ノ性質ヲ併有スルモノナリト説ク者アリ各説一理ナキニ非ス而カモ本書ニ於テ之ヲ詳論スルノ餘地ナキヲ以テ之ヲ他日ニ譲リ此ニハ唯自カラ信スル所ニ依リ鑑定ハ補助ニ過キスシテ證據方法ニ非ストノ説ニ從フモノトス前節ニ於テ之ヲ證據方法ノ稱中ニ包含セシメタルモノハ訴訟法第二編第六節乃至第十節ニ規定スル所ノモノハ總テ證據方法トシテ

鑑定ノ用  
否ハ裁判  
官ノ權利  
ニ屬ス

掲ケタルモノト假定シテ之ヲ併稱シタルニ過キス本節ニ於テハ專ラ學理上ノ觀念ニ基キ其性質ヲ定ムルモノトス

〔第二〕 鑑定ハ裁判官ノ補助タルニ過キスシテ證據方法ニ非ス故ニ其性質當然ノ結果トシテ鑑定ヲ用フルト否トハ全ク裁判所ノ權内ニ在リ蓋シ當事者モ亦鑑定ノ申立ヲ爲スコトヲ得ヘキヤ勿論タリ然レモ第三百二十三條ニ所謂鑑定ノ申出ハ證據ノ申出ニ非ス唯其鑑定人ノ選定ニ付キ當事者ニ於テ一定ノ者ヲ指定シテ之ヲ鑑定人ト爲スコトヲ合意シタルハ裁判所ハ其合意ニ從フノ義務アルノミトス(二二四)(一)

(一) 獨逸訴訟法ニ於テハ證人ニ付テハ忌避ノ例ヲ用井ス獨リ鑑定人ニ對シテ判事ニ對スルト同一ノ原因ニ基キ之ヲ忌避スルコトヲ許セル規定アリ(獨逸第三百七十一條)故ニ之ヲ以テ證據方法ニ非スシテ裁判官ノ補助ナリト一證ト爲スト雖モ我民事訴訟法ニ於テハ既ニ證人ニ對シテ忌避ノ例ヲ用井鑑定ニハ

之ヲ準用スルモノト爲スヲ以テ此別ナシ而カモ忌避ノ有無ハ素ト其證據方法タルト否トニ關係ナシ故ニ之ヲ以テ補助論者ノ證據ト爲ス既ニ非ナリ故ニ此證據ヲ失フモ亦未タ鑑定本然ノ性質ニ影響ナキモノト云フ可キナリ

鑑定ニ反  
證ナシ

〔第三〕 鑑定人ノ意見ハ證據方法ニ非ス故ニ之レニ對スル反證アルコトナシ夫ノ既ニ命シタル鑑定人ニ代フルニ他ノ者ヲ以テシ(三二四)及ヒ鑑定ノ結果不十分ナルモ再鑑定ヲ命ス可キヤ否ヤヲ定ムルカ如キ(三三〇)ノ第四(皆是一ニ裁判所ノ意見ニ依ルモノニシテ當事者ハ之レニ與カラサルナリ

鑑定人タ  
ル義務ハ  
國民一  
ニ及ハ  
ス

〔第四〕 鑑定人タル義務ハ夫ノ證人ニ於ケル如ク一般ノ國民ニ及ハス唯僅カニ第三百二十六條ニ列記セル所ノ者ニ限ル鑑定人亦出頭ノ義務、供述ノ義務及ヒ宣誓ノ義務アルコトハ證人ニ於ケルト同シ以上論述スル所並ニ鑑定ニ特別ノ條項ハ以下更ニ法律規定ノ條項ニ付テ其要領ヲ摘示スルコト左ノ如シ

我民事訴訟法ニ於テハ鑑定ハ一ノ證據方法ト爲スモノトスルモ學理上其性質並ニ實際此方法ヲ用井ル目的ニ就テ觀察スルモハ之ヲ裁判所ノ補助ト爲スニ過キササルモノト云ハサルヲ得ス即チ鑑定人ハ純粹ノ證據方法ニ非スシテ裁判官ノ補助ニ過キササルコトハ左ノ數項ノ規定ニ依テ知ルヲ得ヘシ

第一 裁判所ハ常ニ其職權ヲ以テ鑑定人ノ鑑定ヲ命スルヲ得ルコト(一一七)

第二 鑑定人ノ選定及ヒ其員數ノ指定其制限又ハ其人ヲ代替シ得ルコト(三二四)

第三 裁判所ハ鑑定ノ結果カ不十分ナルモ同一又ハ他ノ鑑定人ヲシテ再ヒ鑑定ヲ爲サシムルヲ得ルコト(三二四)

以上ノ規定ニ依リ鑑定人ハ裁判官ノ補助タルコトヲ知ル以上ハ其當然ノ結果トシテ假令當事者ヨリ鑑定人ノ鑑定ヲ申立ルモト雖

裁判所ハ自カラ之ヲ鑑定スルニ足ル可キ別段ノ智識ヲ有スルハ其固有ノ智識ニ依テ自カラ鑑定シ得ヘキナリ

鑑定ニ關スル別段ノ規定

次ニ鑑定ニ關スル別段ノ規定ハ

(一) 第三百三十三條ニ於テハ特別ノ智識ヲ要セシ過去ノ事實又ハ情況ニシテ其實驗アル者ノ訊問ニ因テ確定ス可キハ人證ニ付テノ規定ヲ適用スルコトヲ定ム即チ前ニ所謂鑑定證人は是ナリ  
鑑定證人 (Sachverständiger zeuge) トハ通常鑑定人ノ如ク特別ノ智識ヲ以テ或ル事實ヲ斷定スルニ止マラス自己ノ官能ニ因テ其實又ハ情況ヲ實驗シタル者ヲ云フ例ヘハ病人又ハ病馬ヲ診察治療シタル醫師獸醫ノ如キハ即チ鑑定證人タリ之レニ反シテ單ニ其容態又ハ經過ノミヲ聞キ之レニ基キ學理ノ定則ニ從ヒ其事實即チ病症若クハ其輕重ヲ斷定スル者即チ通常鑑定人タルカ如シ  
鑑定證人ハ證人ナリ從テ一ノ證據方法タルコト勿論トス

鑑定證人

(二)

此他差違アルモノトシテ掲タル所ノ條項ノ如キモ其實他ノ證據ニ付テ定メタル規定ヲ適用スルコトヲ確然タラシムルニ過キス其項目ニシテ注意ヲ要スルモノハ

- (イ) 第三百三十三條ノ規定ニ從ヒ全ク人證ニ付テノ規定ヲ適用スルハ所謂鑑定證人ニ限ルコト
- (ロ) 裁判所カ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ノ權能ヲ有スルコト(三二四ノ二)
- (ハ) 當事者カ一定ノ者ヲ鑑定人ニ爲スコトヲ合意シタルキハ之レニ從フノ義務アルコト但シ此場合ニ於テハ員數ヲ制限スルノ權アリ(同上ノ三)

(ニ) 鑑定人ニ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ノ權アルコト(三二七)

(ホ) 鑑定人ハ其鑑定ヲ爲ス前ニ其鑑定人タル義務ヲ公平且ツ誠

鑑定手續

實ニ履行ス可キ旨ノ誓ヲ宣フ可キコト(三二九)

〔第五〕 鑑定ノ手續〇鑑定ノ手續ハ概テ證人訊問ノ手續ニ從フモノトス然レモ強制ノ方法其他ニ付テ左ノ區別アリ

(イ) 鑑定ヲ爲スノ義務アル鑑定人出頭セス又タ鑑定ヲ拒ミタル場合ニ於テ費用ノ賠償及ヒ罰金ヲ言渡スコトハ證人ト同一ナルモ鑑定人ハ之ヲ勾引スルコトヲ得ス(三二八)

(ロ) 鑑定ヲ爲スノ義務アル者ハ第三百二十六條ニ規定セルモノニ限ルコト

(ハ) 鑑定人ハ公クニ任命セラル、者アルコト(三二六)即チ必要ナル種類ノ鑑定ヲ爲ス爲メニ公クニ任命セラル、モノアルヲ云フ例ヘハ筆跡鑑定者、分析家、裁判醫ヲ裁判所ノ鑑定人トシテ雇置クモノ、如シ

(ニ) 鑑定人ハ學術技藝ノ業ニ従事スル者又ハ此等ニ従事スル爲メ

ニ公クニ任命セラレ若クハ授權セラレタル者タルコトヲ要スルコト

(ホ) 第三百二十五條ノ場合ニ於テ任命ヲ受ケタル外國人

(ヘ) 裁判所ニ於テ鑑定ヲ爲ス可キ旨ヲ裁判所ニ於テ陳述シタルト(三二六)

第六十五節 書證

書證ノ定

〔第一〕 書證 (Instrumentum) トハ凡ソ文書ヲ以テスル思想若クハ事實ノ明言(陳述)ヲ云フ文書トハ私書ト印書トヲ問ハス又其文字ヲ以テスルト數字ヲ以テスルト約束ノ記號(例ヘハ速記符號若クハ暗號ノ類)ヲ以テスルトヲ問ハス苟クモ文書ト稱シ得ヘキモノ皆之ヲ總稱スル文書ハ之ヲ發スル者ノ署名捺印アルモノアリ署名アリテ捺印ナキモノアリ若クハ署名捺印共ニナキモノアリ署名ニ其氏名ヲ明記スルモノアリ他ノ稱號ヲ用井ルモノアリ捺印ハ專ラ實印其他ノ印章

ノ押用ヲ指稱スルモノト雖モ時ニ拇印、花押亦捺印ト同一ノ効力ヲ有スルモノアル可シ署名捺印共ニナキモノニシテ時ニ證據力ヲ有スル文書ノ著シキモノハ商業帳簿即チ是トス(民證、第三十七條商、第三十九條)

別書證ノ種

公正證書

〔第二〕書證ハ之ヲ調製スル者ノ資格ニ從テ公正證書及ヒ私署證書ノ二種ト爲ス

(イ) 公正證書(Instrumentum Publicum)トハ官廳若クハ公ケノ信任(Publica Fides)ヲ有スル者即チ官吏、公吏ヨリ發スル證書ヲ云フ例ヘハ裁判所ノ調書、裁判所證明書又ハ身分官吏、登記官吏又ハ公證人ノ證言ヲ記載スル書面ノ類是ナリ  
我民法ノ規定ヲ約言スレハ  
公正證書トハ公吏カ當事者ノ依託ニ因リ其管轄ヲ有スル事項ニ付キ法律ニ定メタル方式ニ從ヒテ作りタル證書及ヒ官吏カ其官

私署證書

應ノ代人トシテ調製シタル證書是ナリ(民證、第四十六條)

(ロ) 私署證書トハ公正證書以外ノ一切ノ證書ヲ云フ  
我民法ノ規定ニ從ヘハ

私署證書トハ之ヲ以テ對抗セララル、者ニ不利ナル事實ノ陳述又ハ追認ヲ記載シ且ツ其署名及ヒ印章又ハ其一アルモノヲ云フ  
右ノ定義ニ依レハ所謂證書ハ之ヲ以テ對抗セララル、者ノ署名又ハ印章アルモノニ限ル而シテ凡ソ裁判上證據トシテ受理シ得ヘキモノハ十一年布告第一號證券印稅規則第二條及ヒ第三條ニ列記スル所ノ書面ニ付テハ第五條ノ規定ニ從ヒ相當ノ證券印紙ヲ貼用シタルモノニ限ルヲ以テ裁判上ニ所謂證書ハ形式上大ナル制限アルモノト知ル可シ此他ノ書面ト雖モ固ヨリ證書タルヲ得ヘシ而カモ唯法律上所謂證書ヲラサルノミトス

〔第三〕書證ノ證據力ノ必要條件ハ其證書ノ真正(Veritas instrumenti)ニシ



テ且ツ變造セラレサル (Leontas instrumenti) ニ在リ凡ソ書證ニシテ實ニ署名者ノ作リタルモノ換言スレハ署名者自カラ記シ若クハ自カラ署名シタルカ又ハ其委任ヲ受ケタル他人ノ調製シタルモノナルキハ之ヲ真正ノ證書ト云フ

公正證書ハ其形式完備スルキハ自カラ真正ノモノト爲ス故ニ其真正タラサルコトハ相手方之ヲ證明セサル可カラス蓋シ民法證據編第四十七條及ヒ民事訴訟法第三百五十一條ニ於テモ之レニ關スル舉證責任ノコトヲ明言セス然レモ其偽造變造ヲ主張シ其眞否ヲ確定セシコトノ申立ヲ爲ス者其主張申立ニ付テ舉證ノ責任アルコトハ一般ノ原則ニシテ自カラ明ナル所トス

私署證書ハ之レニ反シ苟クモ其真正ヲ爭フ者アルキハ其提出者自カラ其真正ノ證明ヲ爲サ、ル可カラス(三五二)而シテ其真正ノ證明ニハ總テノ證據方法ヲ用井ルコトヲ得ルノミナラス殊ニ手跡又ハ

印章ノ對照ニ因テ證明スルコトヲ得ルモノト爲ス(三五三)

以上書證ノ性質殊ニ證據力ニ付テハ仍ホ論述ス可キモノ甚タ多シ而カモ今日ニ在テ此等ハ皆實體法ノ範圍ニ屬ス故ニ之レニ論及セズ以下直チニ證據調ノ手續ニ移ルモノトス

〔第四〕 書證ニ關スル證據調ノ手續

凡ソ書證ヲ以テ事實ヲ證明セント欲スル者ハ必ス先ツ其證據ノ申出ヲ爲サ、ル可カラス(二二三)蓋シ證據ノ申出ハ口頭辯論ノ部分ニ屬シ證據調ノ範圍ニ在ラサルコト既ニ前第五十八節〔第一〕ニ說述スル所ノ如シ而カモ是唯其行爲ノ性質ニ於テ然ルノミ故ニ此ニハ舉證手續ノ順序トシテ法律ノ規定ト同シク證據調發端ノ行爲トシテ說述スルモノト知ル可シ

書證ノ申出ハ左ノ場合ニ從テ同シカラス

- (イ) 證書カ舉證者ノ掌中ニ存在スルキハ口頭辯論ノ期日ニ其證書

舉證者所  
申出

ヲ裁判所ニ提出スルヲ以テ證據ノ申出ヲ爲ス(三三四)然レモ若シ其證書ヲ提出スルニ於テハ毀損又ハ紛失ノ恐アルカ又ハ他ノ顯著ナル障礙アルモハ受命判事又ハ受託判事ノ面前ニ提出ス可キ命令ヲ受ク之レニ從ツテ右判事ニ提出スルヲ以テ其申出ヲ爲スコトヲ得(三四八ノ一)此場合ニ於テハ其受命又ハ受託判事ハ證書ノ明細書及ヒ其謄本又ハ抄本ヲ作りテ之ヲ調書ニ添付ス可キナリ(同上ノ二)

- (ロ) 證書カ舉證者ノ占有ニ屬セサル場合ニ於テハ
  - (一) 相手方カ其證書ヲ占有スルモ
  - (二) 第三者ノ占有スルモ而シテ此第三者ノ占有スル場合ニハ尙ホ左ノ別アリ
    - (イ) 訴訟當事者外ノ一私人ノ占有スルモ
    - (ロ) 官廳又ハ公吏ノ手ニ存スルモ

右(一)ノ場合即チ證書カ相手方ノ手ニ存スルモハ其證書ノ申出ハ相手方ニ其證書ノ提出ヲ命ゼンコトヲ申立ルヲ以テ之ヲ爲ス(三三五)蓋シ其申立ニハ第三百三十八條ノ規定ニ從ヒ證書カ表示證ス可キ事實ノ表示並ニ證書ノ所載ノ外殊ニ其證書カ相手方ノ手ニ存スル旨ヲ主張スル理由タル情況ト證書ヲ提出ス可キ義務ノ原因ヲ詳述シテ之ヲ明示スルヲ必要トス(三三八) 裁判所カ其證ス可キ事實ニ重要ナルコト及ヒ其申立ノ正當ナルコトヲ認ムルモハ左ノ處分ヲ爲ス

- (イ) 相手方カ證書ノ其手中ニ存スルコトヲ自白スルモ又ハ申立ニ對シ陳述セサルモ(三三九)
- (ロ) 第三百三十六條ノ規定ニ當ル場合ニ於テ證書ノ占有ヲ自白シナカラ提出ノ義務ヲキ旨ヲ主張スルモ(三三六)
- (ハ) 證書ヲ所持セサル旨ヲ申立ルモ(三四〇)

提出ノ義務アル場合

右(イ)及ヒ(ロ)ノ場合ニ於テハ證據決定ヲ以テ證書ハ提出ヲ命シ(ハ)ノ場合ニ於テハ第三百四十條ニ依リ第三百六十條以下ノ規定ニ從ヒ本人ヲ訊問ス

證書提出ノ義務アル場合ハ第三百三十六條ノ規定ニ據レハ

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ヲ得ル

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ス

故ニ若シ此場合以外ニ在テ相手方ニ於テ提出ノ義務ナキコトヲ主張スルハ裁判所ハ其提出ノ命令ヲ爲スコトヲ得サルコト勿論トス

制裁

以上ノ場合ニ於テ相手方カ證書提出ノ命ニ從ハス若クハ本人訊問ヲ受ケテ供述ヲ拒ミ又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ハ其結果トシテ相手方ノ受ク可キ制裁

第三者ノ占有スルノ證書ノ申出

ハ左ノ如シ

(イ) 舉證者ノ差出シタル謄本アルハ其謄本ヲ以テ正當ナルモノト看做サルハコト

(ロ) 謄本ヲ差出サ、ルハ裁判所ノ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メラルハコトアルコト

前(二)ノ(イ)ノ場合即チ證書カ當事者以外ノ私人ノ手ニ存スルハ書證ノ申出ハ其證書ヲ取寄スル爲メ期間ヲ定メノコトヲ申立ルヲ以テ之ヲ爲ス(三四二)

此場合ニ於ケル申立ニ付テモ相手方ニ對スル場合ト同シク第三百三十八條ノ規定ヲ遵守セサル可カラス唯其同條第四號ニ所謂證書カ相手方ノ手ニ存スル旨ヲ主張スル理由ノ情況ノ表示ニ代フルニ證書カ第三者ノ手ニ存スルコトヲ説明スル差異アルノミトス  
第三者ニ於テ證書ノ提出ノ義務アリトスル理由ハ相手方ニ對スル

場合ト同一ニシテ即チ舉證者ト第三者ノ間ニ第三百三十六條第一  
號及ヒ第二號ニ掲クル所ノ事情アルモ限ルモノトス然レモ第三  
者ハ固ヨリ訴訟外ノ人ナルカ故ニ其提出ヲ強制スルコトヲ得ス故  
ニ若シ強テ之ヲ提出セシメントスルモ別ニ第三者ニ對シテ訴ヲ  
提起シ之ヲシテ裁判所ノ強制權下ニ誘致スルニ非レハ爲シ能ハサ  
ルモノトス(三四三)

訴ヲ以テ證書ノ提出ヲ強制セントスルニハ其時日ヲ要スルコト勿  
論ナリト雖モ若シ遷延際限ナキモ本案終結ノ期ナキヲ以テ舉證  
者ニ於テ其行爲ヲ遲延シタルモハ相手方ハ提出期間ノ滿了前ト雖  
モ本訴訟手續ノ繼續ヲ申立ルコトヲ得ルモノトス(三四五)  
同(二)ノ(ろ)ノ場合即チ證書カ官廳又ハ公吏ノ手ニ存スルモハ書證ノ  
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ルヲ  
以テ之ヲ爲ス(三四六)但シ裁判所ノ助力ナクシテ當事者自カラ取寄

スルコトヲ得ヘキ證書ニ付テハ此手續ヲ適用セス官廳又ハ公吏ニ  
於テ證書提出ノ義務アル場合ニ於テハ一人ニ對スル場合ノ如ク  
本人訊問ノ手續ヲ行フ可キニ非ズ故ニ此證書ハ官廳ノ保藏ニ係ラ  
ス又ハ其所在ヲ開示スルヲ得サル旨ノ長官ノ證明書ヲ以テ本人訊  
問ニ換フルモノトス裁判所ハ此證明書ヲ差出サシムル爲メ相當ノ  
期間ヲ定メ若シ此期間内ニ之ヲ差出サ、ルニ於テハ相手方タル官  
廳ニ對シテモ一人ナル相手方ニ對スルト同一ノ結果ヲ生セシメ  
即チ舉證者ノ主張ヲ正當ト認ムルコトアル可キナリ(三四〇ノ二二三  
四一ノ二)

第五 證書ノ提出○證書ノ性質ニ從ヒ提出ノ方法ニ差アリ即チ左ノ  
如シ

(一) 凡ソ公正證書ハ正本又ハ認證ヲ受ケタル謄本ヲ提出スルヲ以  
テ足ルモノトス然レモ裁判所ハ特ニ正本ノ提出ヲ命スルノ權ア

私署證書ノ提出

リ(三四九)

(二) 私署證書ハ原本ヲ提出スルヲ以テ本則ト爲ス然レモ當事者ニ於テ原本ノ真正ニ付テ異議ナク只其効力又ハ解釋ノミニ付テ争ヒアルモ贋本ヲ提出スルヲ以テ足ル但シ裁判所ニ於テ原本ノ提出ヲ命スルノ權アルコトハ前項ノ場合ニ於テ正本ノ提出ヲ命スルノ權アルト同一トス(三四九ノ二)

提出シタル贋本ニ換ヘテ正本又ハ原本ヲ提出ス可キ旨ノ命ニ従ハサルモハ裁判所ハ心證ヲ以テ贋本ニ如何ナル證據力ヲ付ス可キヤヲ裁判ス(三四九ノ三)

以上證書ノ公正證書ナルト私署證書タルト又ハ正本タルト贋本タルトニ拘ハラズ法律上有効ニ提出セラレタル後ハ舉證者ニ於テ其證書ノ却テ不利益ナルコトヲ感スルモト雖モ相手方ノ承諾ヲ得ルニ非レハ此證據方法ヲ拋棄スルコトヲ得ス(三五〇)蓋シ證據共通ノ

證書ノ檢眞

(第六)

原則ニ依テ然ルモノトス證據共通ノコトハ第六十八節ニ詳カナリ(第六) 證書ノ檢眞○證書ノ檢眞トハ私署證書ノ眞否ニ付キ争ヒアルニ際リ當事者ノ申立ニ因リ裁判所ニ於テ其眞否ヲ裁判スル手續ヲ云フ(三五二)

證書ノ檢眞ニ付テハ總テノ證據方法ニ依テ之ヲ判定シ得ル外仍ホ左ノ手續ニ依リ手跡若クハ印章ヲ對照檢眞スルコトヲ得

(一) 手跡ノ對照ハ眞正ナリトノ自白又ハ證明アリタル書類又ハ裁判所ニ於テ一定ノ語辭ノ手記ヲ命シ其手記シタルモノニ對照シテ裁判所自カラ判定シ又ハ筆跡鑑定人ヲシテ鑑定セシムルモノトス

若シ對照ノ書類ヲ裁判所ノ定メタル期限内ニ提出セス又ハ命セラレタル手記ヲ爲サズ若クハ殊更ニ書様ヲ變シテ手記シタルモハ裁判所ハ證書ノ眞否ニ付テノ相手方ノ主張ハ其他ノ證據ヲ要

手跡ノ對照

セ、ス、シ、テ眞正ナリト看做スコトヲ得ルナリ(三五三)

(二) 印章ノ對照亦手跡ノ對照ト同シク對照ス可キ眞正ノ押印アルモノ又ハ裁判所ニ於テ押捺セシメタル印影トヲ對照シテ之ヲ爲ス然レモ印章ハ固ト細密ノモノニシテ容易ク其眞偽異同ヲ辨知スルニ難シ故ニ此場合ニ於テハ一見顯著ナルモノヲ除クノ外ハ概ネ特別ノ職業即チ印版彫刻ヲ以テ專業トスル者ヲ選ヒ之ヲシテ鑑定セシムルヲ常トス即チ鑑定ノ補助ニ依ルモノナリ

以上何レノ場合ニ於テモ裁判所ハ他ノ證據方法ニ依リタルト鑑定ヲ爲サシメタルトヲ論セス其對照ノ結果ニ付テハ自由ナル心證ヲ以テ裁判ス可キナリ

右ノ如ク檢眞ヲ經タル證書又ハ公正證書ヲ偽造又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シ中間判決ヲ請求スルコトヲ得(三五五)我訴訟法ニ於テハ證書ノ眞否確定ノ爲メ

獨立ノ訴ヲ許サス故ニ之ヲ證據調中ノ特例ト爲シ第二百十一條ノ場合ト同シク特ニ中間判決ヲ以テ裁判スルモノト爲スナリ

右中間判決ニ於テ證書ハ偽造若クハ變造ニ非スシテ眞正ナリト確定セラレタルト其主張者ニ惡意若クハ重過失ノ責アルトハ左ノ區別ニ從ヒ特別ノ制裁アリ

(一) 眞實ニ反キテ公正證書ノ偽造若クハ變造ナルコトヲ主張シタルトハ五十圓以下ノ過料ヲ言渡ス

(二) 同上私署證書ノ眞正ナルコトヲ主張シタルトハ二十圓以下ノ過料ヲ言渡ス(三五五)

此處分亦裁判所ノ一種ノ懲罰權ニ屬スルコトハ第八節(第三)ニ於テ一言シタル所ノ如シ而カモ夫ノ證人鑑定人若クハ離婚ノ訴ニ於ケル當事者ニ對シテ言渡スコトアル罰金ト異ナリ刑罰ノ性質ヲ有スルモノニ非ス(第五十三節(第一)參觀畢竟第四十節(第三)ニ所謂誠實義

務ニ違反ノ制裁ニシテ全ク民事上ノ處分ニ過キス故ニ前第六十三節(第七)ノ(ホ)場合ト異ナリ過料ヲ完納シ能ハサル者ニ對シテ刑法ノ換刑法ヲ適用ス可キモノニ非サルナリ  
以上檢具及ヒ偽造變造ノ裁判ニ關スル規定ニ付テハ許多ノ疑問アルヲ以テ之ヲ本編ノ終尾ニ掲ケ(別ニ大ニ論述スル所アラントス故ニ茲ニハ唯其大要ヲ示スニ止ム

證書ノ還付

〔第七〕 本節ノ規定ニ從ヒ裁判所ニ提出セラレ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録ニ留メテ之ヲ還付ス可キモノトス然レモ其證書ノ偽造又ハ變造ノ主張アルトハ檢事ノ意見ヲ聽キタル後チニ非サレハ之ヲ還付スルコトヲ得サルモノト爲ス蓋シ刑事訴訟ノ必要ナルコトアル可キヲ以テナリ(三五四(一))  
(一)第三百五十四條第二項ハ嚴格ナル禁止文ヲ用フ於之乎實際ニ於テ偽造變造ノ爭アル證書ヲ檢事ノ意見ヲ聽カスシテ還付シタリト云フヲ以テ上告ノ理由

書證規定ノ準備

〔第八〕 書證ニ關スル規定ハ事件ノ性質ニ於テハ許ス限リハ事跡ノ紀念又ハ權利ノ證據ノ爲メ作リタル割符、界標等ノ如キモノニモ之ヲ準用スルモノトス(三五六)

ト爲ス者今仍ホ往々ニシテ之レアリ故ニ此ニ一言セシニ蓋シ檢事ノ意見ヲ聽クハ本文示ス所ノ必要アルカ爲メニシテ其意見ヲ聽クト否トハ訴訟實體ノ判決ニ何等ノ影響アル可キモノニ非ス又素ヨリ判決ヲ爲スカ爲メノ手續ニ非ス畢竟裁判所ノ職員ニ對スル訓示的禁令ニ過キス故ニ假令此種ノ規定ニ違背スルコトアルモ之ヲ以テ上訴ノ理由ト爲スコトヲ得サルコトハ既ニ第二百三十三條ノ規定ニ付テ詳論シタル所ト同一ノ論旨ニ歸ス論旨ハ第五十一節(第二)ノ(二)ニ詳カナリ就テ見ル可シ

○ 著者曰ク我民事訴訟法ノ獨逸訴訟法ニ酷似スルコトハ吾レ人共ニ認ムル所ナリ日本ノ民事訴訟法ハ獨逸訴訟法ノ忠實ナル寫本ナリトノ冷評ハ余輩カ彼國

ニ遊學中屢々耳ニシタル所不快ニ堪ヘサリシ所而カモ之レニ抗言スルコト能ハサリシ所ナリ夫レ然リ然リト雖也我訴訟法ハ我帝國ノ爲メニ創定シタルモノ焉ソソ全然彼レト相同シキコトヲ得ンヤ寔ニ多少ノ差異アリ唯其差異ノ在ル所即チ疑點、牴觸、不明若クハ欲點ノ存スル所タルハ遺憾ナリ檢眞ノ規定ノ如キ其尤モ甚シキモノニシテ學者實務家共ニ之レカ解釋若クハ適用ニ困難ヲ感シ斷定ニ苦ミツ、アルコトハ蓋シ局外者ノ想像シ能ハサル所ノモノアリ本法實施ノ後既ニ數年ヲ經過シタル今日ニ至テ學說判例共ニ未タ見ルニ足ルモノナキハ實ニ之レカ爲メノミ余ノ如キモ亦其困苦者ノ一人タリ焉ソソ之レカ決斷者ノ任ニ當ル者ナラシヤ然レ也其疑團ヲ有スルニ付テハ敢テ他人ニ讓ラズ故ニ先ツ其疑點ヲ揭ケ而シテ大方ノ教ヲ乞ハシコト是レ余ノ本志ナリ然ルト雖也余ヤ今論網著者ノ地位ニ在リ豈ニ一言ノ卑見ヲ添フルナクシテ其責ヲ免ル、ヲ得ヘケンヤ是レソノ敢テ卑見ヲ述フルノ止ムヲ得サル所以ナリ

○檢眞ノ規定ニ關スル疑問附卑見

檢眞ノ規定ニ關スル疑問

證書ノ眞否ヲ判定スル手續及ヒ方法ハ獨逸訴訟法亦幾ノト我ト同一ノ規定アリ然ルニ我訴訟法ニ於テハ特ニ檢眞ノ名稱ヲ設ケ從テ又第三百五十一條ノ如キ規定ノ設ケアルハ如何ト之ヲ檢眞ノ規定ヲ一讀シテ起ル所ノ第一疑問トス

說者ハ曰ク是レ民法ノ規定ノ結果然ラサルヲ得サリシニ因ルト民法證據編第二十條ニ曰ク「手跡、印章又ハ署名ノ驗眞ノ請求ニ關スル方式(中略)ハ民事訴訟法ニ於テ之ヲ定ム」ト又其第二項ニ曰ク「署名者ナリト主張セラレタル者ノ明確ニ否認シ(中略)タル場合ニ於ケル手跡驗眞手續ノ規則ニ付テモ亦同シ」ト

我民法ハ佛國ノ「コードシビル」ニ倣ヘルモノニシテ殊ニ佛人ノ起草セル所故ニ其起草者ノ考案ニ於テハ我民事訴訟法ニ於テモ佛國訴訟法第九十三條乃至第二百十三條ニ所謂 Verification des écritures (書面ノ檢眞)ノ如キ詳密ナル特別手續ノ規定アルモノト豫想シタル



ヤ疑ヒナシ乃チ我訴訟法ノ立法者ハ此意ヲ承ク夫ノ佛法ニ於ケル如ク檢眞ヲ經タル證書ニ公正證書ト同一ハ効力ヲ付シ從テ之レカ反對ヲ主張セントスル者ハ必スヤ偽造變造ノ申立ヲ爲スヲ要スルモノト爲シ茲ニ第三百五十一條ノ規定ヲ設ケタルモノナラシ果シテ然ラハ僅カニ此一箇條ノ規定ヲ以テ佛訴訟法第二百十四條乃至第二百五十一條ニ所謂 *Faut incident civil* (民事中間偽造ノ申立)ノ特別手續否ナ少クモ其精神ヲ採用シタルモノナラシ乎

民事訴訟法ハ民法起草者ノ豫想ニ反シテ之ヲ獨逸訴訟法ニ則トリ而カモ獨人ノ起草スル所ト爲レリ而シテ獨、訴、ハ其一大主義トシテ全ク佛訴訟法ト正反對ノ主義ニ基クモノタリ何ヲカ正反對ノ主義ト云フ曰ク佛、訴、ニ在テハ證據ニ關スル許多ノ裁判 (*Jugement inter-entour*)手續ヲ認ムルモ獨、訴、ハ全ク之レニ反シテ所謂證據連合ノ主義 (*Beweisverbindung*)ヲ採リ凡ソ證據ニ關スルモノ殊ニ證據力ノ如何ニ

付テ別段ノ裁判ヲ爲サ、ルヲ以テ大主義ト爲シ之ヲ法律ノ一大進歩トシテ學者ノ誇稱スル所ナリ(一)第二節(第二三)ノ(二)及ヒ(一)參觀(而シテ我民事訴訟法亦此主義ヲ以テ押來リ書證ニ至テ突然此反對主義ヲ採ルヲ見ル抑、時ノ立法者ハ之ヲ一ノ變例トシテ採用シタル乎將タ又彼此ノ差別ヲ知ラス漫然此規定ヲ設ケタル乎今ハ深ク之ヲ追究スルコトヲ爲サス假令之ヲ一箇ノ除外例トスルモ此變例ハ以テ民事ニ於テ別ニ偽造變造ノ裁判ヲ爲スニ至リ證據力ニ付テ別段ノ裁判ヲ爲ス可キ結果ヲ來ス豈ニ全體ノ大主義ト衝突セサルコトヲ得ンヤ要之ニ此變例ニ依リ獨、佛、正反對ナル兩主義ヲ混淆シタルモノナリ其抵觸ヲ致シ衝突ヲ生シ而シテ其調訂ノ困難ナル固ヨリ怪ムニ足ラサルナリ

(1)獨逸ノ學者中(例ヘバGandノ如キ)證書ノ眞否ニ付キ中間判決ヲ爲スコトヲ得ヘシト説ク者アリ蓋シ之ヲ獨立ノ防禦方法トシテ此説ヲ爲スモノナラシ然

レモ余ハ此說ヲ信スル能ハサルノミナラス全ク彼國法律ノ大主義ニ反スル謬  
說ト信スルナリ

以上我民事訴訟法ニ於ケル檢眞并ニ偽造變造ノ中間判決ニ關スル  
規定ノ歴史トス此歴史ハ之ヲ外國ノ歴史トシテ暫ラク之ヲ顧ミス  
單ニ我民事訴訟法ノ解釋ニ付テ必然生シ來ル所ノ疑問即チ吾レ人  
共ニ困難ヲ感スル所ノ疑問ハ左ノ如シ

疑問ノ第

- 第一 私署證書ヲ以テ對抗セラル、者之ヲ争フモ舉證者カ其檢眞  
ノ申立ヲ爲シ得ヘキコトハ法文(三五二)ニ於テ明カナリト雖モ檢  
眞ノ申立ヲ爲サスシテ他ニ證明ノ方法ナキヤ又之レアリトスレ  
ハ其方法以テ證書ノ眞正ナルコトヲ證明シ得ルヤ如何
- 第二 檢眞ノ申立アルモハ裁判所ハ必ス檢眞ノ手續ヲ爲スヲ要ス  
ルヤ否ヤ
- 第三 檢眞ノ申立アルモト雖モ裁判所ハ必シモ其手續ヲ爲スヲ要

其二

其三

其四

セストスレハ裁判所ハ其申請ヲ許可セサルニ止マル可キヤ將タ  
進ノテ不眞正ナルモノト断定スルコトヲ得ルヤ若シ之ヲ爲シ得  
ヘシトモハ如何ナル方法ニ依テ之ヲ判定ス可キヤ

第四 檢眞ヲ爲ス場合ニ於テハ其結果ニ付キ眞否ヲ定ムル裁判ヲ  
爲スヲ要スルヤ如何若シ之ヲ必要トモハ其裁判ハ中間判決ヲ以  
テス可キヤ將タ決定ヲ以テス可キヤ

其五

第五 若シ裁判ヲ爲スヲ要スルモノトスレハ何レノ法文ニ基ク可  
キヤ若シ或論者ノ云ヘル如ク第三百五十三條第四項ノ規定ニ基  
クモノトスレハ檢眞ニ總テノ證據方法ヲ許スニ拘ハラズ(三五三  
ノ一)單ニ手跡若クハ印章ヲ對照シタル場合ニ於テノミ裁判シ其  
他ノ證據方法ヲ用井タル場合ニ於テ裁判ヲ要セサル理由如何

其六

第六 中間判決ヲ以テスルモノトスレハ據ル可キノ法條ナキ而已  
ナラス直チニ第三百五十一條ノ規定ト衝突シ同一ノ裁判所ノ中

其七

間判決ヲ以テ同一裁判所ノ中間判決ヲ廢棄スルノ結果ヲ生ス而シテ仍ホ第二百四十條ノ規定ニ反スルコトナキヲ得サル乎

第七 或論者ノ所説及ヒ今日ノ實際ニ於テ往々實行セラル、所ニ據レハ決定ヲ以テ裁判ス可キモノト爲ス抑、決定ナルモノハ訴訟手續上ノ申請若クハ指揮權ニ關係ナキ實體上ノ裁判(證據調申請許否ノ裁判ハ形式ニ屬スト雖、證據力有無ノ裁判ハ全ク實質ニ屬ス)ニモ之ヲ適用ス可キ方式ナルヤ若シ之ヲ然リトスルモ仍ホ此決定ノ後チ更ニ偽造變造ノ申立アルルハ中間判決ヲ爲サ、ル可カラス此場合ニ於テハ中間判決ト決定ノ差アリト雖、第二百四十五條第二項ノ規定ニ據レハ第二百四十條ノ規定亦之ヲ決定ニ準用ス可キモノト爲ス(1)左レハ此場合ニ於テモ亦前項ト同シク第二百四十條ノ規定ニ反スルコトナキヲ得ル乎

(1) 第二百四十五條第二項ノ「及、ヒ、第、二、百、四、十、條」ノ八字ハ全ク立法者ノ不注意ニ

其八

因テ加ハリタルモノナルコトハ問ハスシテ明ナリ然レモ既ニ法律ノ明文タリ苟クモ他ノ解釋ノ方法以テ其羈絆ヲ脱スル途ナキ限リハ執法者ハ亦之ヲ如何トモスルコトヲ得ス此疑問ハ畢竟如何ナル解釋ニ依テ之ヲ説明シ得ヘキヤト云フニ歸ス

第八 第一審ニ於テ爲シタル檢眞ノ裁判ニ因リ既ニ公正證書ノ効力ヲ有スルモノトセハ此効力ハ仍ホ第二審ニ於テモ同一タル可キヤ如何

其九

第九 若シ第二審ニ於テモ同一ノ効力ヲ有スルモノトスレハ第二審裁判所ハ本案ノ終局判決及ヒ其他ノ裁判ニ拘束セラレシテ獨リ檢眞ノ裁判即チ其効力ノ點ニ付テ下級裁判所ノ裁判ニ羈束セラル可キ理由如何

其十

第十 第一審ニ於テ爲シタル眞否確定ノ中間判決ハ第二審ニ於テ更ニ之ヲ判斷スルコトヲ得ルヤ否ヤ若シ之ヲ爲シ得ルモノトセ

ハ更ニ檢眞ノ申立ヲ爲シ而シテ偽造變造ノ申立ヲ爲スコト第一  
審ニ於ケル如クス可キヤ又之ヲ爲シ得サルモノトスレハ第一審  
ノ中間判決ニシテ第二審裁判所ヲ羈束スルノ理由如何  
以上檢眞ノ規定ニ關スル疑問ノ大要トス

疑問ニ對  
スル意見

其一

○疑問ニ對スル卑見ノ大要

第一 私署證書ノ眞正ヲ證スル必シモ檢眞ノ方法ニ依ルヲ要セス故ニ他ノ方法  
以テ之ヲ證明スルコトヲ得ヘシ他ノ方法トハ人證又ハ本人訊問ノ如キ是ナリ  
但シ此場合ニ在テハ假令此方法以テ眞正ノ認定ヲ受クルモ之レニ因テ公正證  
書ト同一ノ効力ヲ得ルニ至ラス從テ第三百五十一條ニ所謂中間判決ヲ受クル  
基礎ト爲ラス

其二

第二 裁判所亦必ス檢眞ヲ爲ス可キ義務ナシ蓋シ第三百五十二條ニハ舉證者ノ  
申立ニ因リ檢眞ヲ爲スコトヲ得トアリテ之ヲ一ノ權利ト爲ス權利ノ行否ハ一  
ニ裁判所ノ自由ニ屬ス而シテ却テ職權ヲ以テ檢眞ヲ命スル權ナキナリ

其三

第三 裁判所ハ檢眞ヲ爲ス義務ナシ故ニ舉證者ノ申立アルニ拘ハラズ申立ノ却  
下ニ止マラス自カラ進ンテ其眞否ヲ判定スルコトヲ得ヘシ而シテ其方法ハ自  
カラ檢證ヲ爲スニ在リ(檢證ハ民法ニ所謂臨檢ト同シカラス次節ノ參觀ヲ要  
ス)檢證ト鑑定トハ裁判所ノ職權ヲ以テ命スルコトヲ得ヘキモノナリ(一一七)既  
ニ檢證ヲ命スルコトヲ得故ニ裁判所ニ於テ適當ト認ムル書類若クハ印影ノ在  
テ存スル場合ニ於テハ自カラ鑑定人ヲ命シ得ヘキコト亦疑ヒナシ(三五八)(一)

(1)夫ノ佛國ノ如キ所謂檢眞ノ規定ノ淵源タリ而シテ我檢證ノ如キ規定ナク又  
毫モ此等處分ノ根據トス可キ法律ノ明文無キニモ拘ハラス仍ホ其學說ニ判  
例ニ共ニ前二項ニ謂フ所ト同一ノ定論アリ (Garsonnet, traité de procédur-  
e, tome 2. Seece X Iv)

又裁判所ニ於テ檢眞以テ證書ノ眞否ヲ判定シ難キモノト認メ而シテ舉證者ヨ  
リ檢眞ノ申立アルトハ茲ニ始メテ檢眞ノ手續ヲ爲ス此場合ニ於テモ裁判所ハ  
必シモ手跡印章ノ對照ノミニ依ルヲ要セス例ヘハ其證書ノ作成若クハ受授ヲ

目撃シタル數人ノ證人アリ而シテ其證人ノ申出アル場合ニ在テハ乃チ人證ノ方法ニ依ルヲ得ヘク又對照ヲ爲ス場合ニ於テモ必シモ鑑定ニ依ルヲ要セス鑑定人ヲ命スル場合ニ於テモ必シモ其意見ニ從フヲ要セス又證言ト鑑定人ノ意見ト抵觸スルル如キモ凡テ自由ナル心證ヲ以テ其取捨ヲ定ム可キコトハ第三百五十三條ノ法文并ニ第二百十七條ノ原則ニ依テ自カラ知ルコトヲ得ヘキ所トス

第四 檢眞ヲ爲ス場合ニ於テハ裁判所ハ其眞否ヲ定ムル別段ノ裁判ヲ爲スヲ要スルヤ如何ト此疑問ハ即チ疑問中ノ難問ニシテ最モ慎重ノ研究ヲ要スル所トス今先ツ第三百五十三條第四項ノ法文ヲ案スルニ「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」トアリテ文例ハ命令文ニ屬シ而シテ明カニ其結果ニ付キ裁判ヲ爲ストアルニ依レハ一讀別段ノ裁判ヲ爲ス可キコト疑ヒナキモノ、如ク然リ然レモ更ニ進ンテ熟考スルルハ前掲第五、第六、第七ノ

其四

疑問ハ陸續トシテ起リ遂ニ其眞義ヲ發見スルコト能ハス之ヲ他ノ文例ニ徵スルニ凡ソ別段ノ裁判ヲ要スル場合ニ在テ決定ヲ以テス可キルハ「決定ヲ以テ」云々又ハ云々ヲ「決定ス」トノ明文アルカ若クハ單ニ裁判ス可シトアルルハ其前後ニ於テ「必ス此決定ニ對シテハ抗告ヲ許ス」或ハ「抗告ヲ許サス」等ノ明文アリテ其決定ヲ以テス可キモノタルコトヲ明カニス假令此明文ナシト雖モ其裁判ノ目的タル事物其モノニ付キ決定ヲ以テス可キモノタルコト自カラ明カナリ又其中間判決ヲ以テス可キモノニ至テハ第二百二十七條ノ規定ニ依ルモノ、外ハ各本條ニ於テ中間判決ヲ以テ裁判ス可キコトヲ明示スルコト猶ホ第三百五十一條ニ於ケルカ如シ然ルニ獨リ此所ニ於テハ此等文義ノ見ル可キナキ而已ナラス裁判ノ目的タル事物ハ實質即チ證據力ノ有無ニ係リ通常決定ヲ以テ裁判ス可キモノニ屬セス中間判決ヲ以テスレハ直チニ第三百五十一條ト衝突ス於之乎所謂裁判ヲ爲スノ一句ニ付テ益々疑ヒナキコト能ハス

論者ハ曰ク此一句既ニ明文ニ於テ明ナルノミナラス檢眞ノ規定ハ佛國ノ例ニ

倣ヘルモノ故ニ其主義ヲ以テ別段ノ裁判ヲ爲スナリト此說ノ無替ナル固ヨリ探ルニ足ラス而カモ多少ノ勢力アリ故ニ此ニ一言センニ抑々第三百五十三條第四項ノ法文タル之ヲ佛法ニ探ルニ非スシテ却テ獨法ニ倣フモノナリ獨訴第四百七條ニ曰ク「書面對照ノ結果ニ付テハ裁判所ハ自由ナル心證ヲ以テ之ヲ裁判シ適當ナル場合ニ於テハ鑑定人ノ意見ヲ聽キタル後チ之ヲ裁判ス」ト之ヲ我法文ニ對比スルニ唯彼レニ用ナクシテ我レニ必要アル印章ノ二字ヲ加ヘタルノ差アルノミ而シテ其原語如何ヲ見レハ *Zu entsch-<sup>アール</sup>aiden* (裁判ス可シト云フ義) トアリ轉シテ我第二百十七條ニ該當スル獨訴、第 二百五十九條ニ(前略)自由ナル心證ヲ以テ事實上ノ主張ヲ眞實又ハ不眞實ナリト認ム可キヤ否ヤヲ判斷ス余カ日、獨、訴訟對比ノ譯亦判斷トアルハ我法文ニ同シタルモノニシテ譯文トシテハ前後之ヲ異ニス可キニ非ストアル所謂判斷スナル原語ハ同シク *Zu entscheiden* (同上裁判スル義) ニシテ彼此共ニ同一ナリ而シテ此意義タル別段ノ決定又ハ判決ヲ以テス可シトノ義ニ非スシテ共ニ判斷ノ義ニ外ナラス若シ又之ヲ判決ス可シトノ義ニ解スルモ

別段ノ裁判ノ義ニ非スシテ心證ヲ以テ事件ノ裁判ヲ爲ス可シトノ義ニ解スルノ外ナキモノトス故ニ之ヲシテ獨訴、ノ譯文ト云ハ、前後其語ヲ異ニス可キニ非ス

是唯獨訴ノ解釋ノミ我法文ノ解釋ノ爲メニ辯スルニ非ス而カモ佛、主義ニ從フ可シトノ論旨ニ對シテハ屈強ノ辯駁ト信スルヲ以テ茲ニ之ヲ辯スルノミ進ンテ我民事訴訟法草案ヲ案スルニ先ツ現行第二百十七條ノ原案タル獨文草案 (Techow 氏起草) 第二百六十條ハ法文ト全ク同一ニシテ而シテ法文ニ所謂判斷ス可シトノ一句ハ矢張 *Zu entscheiden* トアリ又疑問タル第三百五十二條ノ原案タル獨文草案第三百四十四條第四項亦印章ノ二字ヲ見サル外全ク法文ト同一ニシテ而シテ所謂裁判ヲ爲スノ一句ハ同シク *Zu entscheiden* トアリ更ニ進ンテ邦文草案ヲ案スルニ第二百十七條ノ原案タル第二百六十條(獨文ト同條)ニハ「裁判所ハ民法若クハ此法律ニ牴觸セサル限りハ審理ノ顛末及ヒ立證ノ結果ヲ斟酌シテ事實ニ關スル主張ノ眞否ヲ定ム可キモノトス」トアリ

又第三百五十三條ノ原案タル第三百四十四條（獨文ト同條第四項ニハ「裁判所ハ筆跡對照ノ結果ニ付キ其意見ヲ以テ判斷ヲ爲シ又適當ナル場合ニ於テハ鑑定人ノ供述ヲ聽キタル上之ヲ判斷ス可シ」トアリ

以上ノ沿革ニ依レハ我法文ニ所謂判斷ス可シ、裁判ス可シトハ之ヲ獨文ト爲スルハ共ニ *Zu entscheiden* タルコト又邦文草案ニハ驗眞ノ結果ニ付テ特ニ判斷ノ語ヲ用井而シテ法文ニハ第二百七十七條ニ判斷ノ語ヲ用井第三百五十三條ニ於テ始メテ裁判ス可シトノ語ニ改メタルコト明白タリ而シテ又草案ニハ獨文邦文共ニ檢眞ノ語ヲ見ス即チ條正ニ依テ之ヲ加ヘ其結果トシテ之ヲ裁判ス可シト改メタルモノナリトノ解釋ハ決シテ不當ノ解釋トハ云フ可カラス

然レモ若シ果シテ此說ノ如クナリトセハ檢眞ハ總テノ證據方法ヲ許シナカラ單ニ手跡印章ヲ對照シタル場合ニ限リタル理由如何即チ前掲第五問ニ對スル答辯ニ窮セサルヲ得ス乃チ特ニ此項ノ規定ヲ要スル所以ハ單ニ檢眞ノ結果ト云フカ如キ漠然タル論旨ニ在ラスシテ他ニ論理的正確ナル理由在テ存スルナ

キヲ得ス

凡ソ斯ノ如キ困難ナル法律ヲ解釋スルニ際テハ法文ノ一字一句ニ拘泥シ所謂「切抜的」解釋ヲ以テ其正鵠ヲ得ル能ハサルコトハ苟モ斯學ニ從事スル者ノ知ラサル可カラサル所トス而シテ疑問ハ所謂裁判ス可シトノ一句ノ解釋ニ在リ故ニ單ニ此一句ノ文字ニ就テ法律ノ眞意ヲ求ントスレハ所謂疑問ヲ以テ疑問ヲ決スルノ外ニ出ルヲ得ス又外國ノ法律若クハ我草案沿革ノ如キモ我現行法若クハ修正結果ノ解釋ニ關係ナキモノト信スルヲ以テ一括之ヲ抛擲シ去リ而シテ更ニ一步ヲ進メ單ニ我民事訴訟法其モノ、主義ト其全體ノ照應ニ徴シテ此理由ヲ求メントス蓋シ法律解釋ノ正則ニ從フモノナリ

我民事訴訟法ニ於テ證據連合ノ主義ヲ採ルコトハ本法全體ノ規定ニ依テ自カラ明白タリ又探證ノ主義トシテ所謂自由心證ノ主義ヲ採ルコトハ第二百七十七條ノ大原則ニ依テ明白トス夫レ然リ然リト雖モ同條ニ所謂探證ノ主義ハ訴訟事實其モノ、眞否ヲ定ムルカ爲メニシテ所謂普通ノ證據調ノ結果ノミニ付テ

立言セルモノナリ故ニ苟クモ普通證據方法ノ結果ノ判斷ニ付テハ皆之ヲ適用スルコトヲ得ヘシ然リト雖モ所謂檢眞ハ書證ノ眞否ヲ定ムル手續ニシテ之レカ爲メニハ普通ノ證據方法以外ノ方法即チ手跡ノ對照印章ノ對照ヲ必要トス而シテ此特別ナル方法ハ第二百十七條ノ規定ニ包含セス從テ手跡印章ノ對照ノ結果ハ裁判所ヲ羈束ス可キヤ否ヤノ疑點ヲ生シ而シテ普通證據調ノ結果ニ對スル原則ヲ適用スルコトヲ得ス是レ即チ特ニ第三百五十三條第四項ニ於テ第二百十七條ニ於ケルト同主義ニ從テ可キコトヲ明示スル必要アリ法文單ニ手跡印章ノ對照ノ結果ニ限リタルハ即チ之カ爲メニシテ他ノ普通ノ方法ニ付テハ既ニ第二百十七條ノ規定アルカ故ナリ蓋シ獨、訴、ニ於テ第二百五十九條ノ外ニ第四百七條ノ規定アル所以我草案ニ第二百六十條ノ外ニ第三百四十四條第四項ノ規定アル所以亦此理由ノ外ニ出テス殊ニ我邦文草案第三百四十四條第一項ニハ「書類ノ眞否ハ普通立證方法ノ外尙ホ筆跡ノ對照ヲ以テ之ヲ證明スルコトヲ得」ト定メ而シテ其第四項ニ於テ「其結果ニ付キ其意見ヲ以テ

○ 追補(第七百五十三丁第十行以下ニ追加ス)

以上ハ所謂判斷ナル語ニシテ裁判ナル語ト其義ヲ異ニセサルモノアルコトヲ論定シタルモノナリ而シテ今ヤ本論ニ最モ適切ナルモノ即チ所謂裁判ナル語ニシテ全ク判斷ノ義ニ用井タル場合アルコトヲ發見シタリ第三百四十九條ノ用例即チ是ナリ

同條第二項ニ曰ク「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モ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」ト

本條ニ所謂心證ヲ以テ裁判ストノ一句、之ヲ決定又ハ中間判決ヲ以テ裁判ス可キモノト解ス可キ乎、抑、我訴訟法ニ於テ證據ニ關スル中間裁判ヲ爲サ、ルヲ以テ一大主義ト爲スコトハ反對論者ト雖モ之ヲ認メサルヲ得ス否ナ、既ニ之ヲ認ムルカ故ニ「特ニ檢眞ノ場合ニ限リテ此變例アリト云フナリ、本條



ノ場合ハ如何、所謂檢眞トハ何等ノ關係ナシ夫レ然リ論者ハ亦本條ノ爲メニ別ニ證據ヲ索メサル可カラス而シテ恐クハ之ヲ得ルコト難カラシ余ヤ今此屈強ノ論證ヲ得テ最早一點ノ危懼ヲ存スルコトナク更ニ左ノ如ク確言セントス曰ク我訴訟法ニ於テ特ニ裁判所ノ心證ヲ以テ裁判ストアルモノハ第二百十七條ニ規定セル大原則正面ノ適用ニ當ラサル場合ニ於テ仍ホ同シク此主義ニ從フコトヲ明示スル必要アルカ爲メニ之ヲ明言スルニ過キス故ニ其判斷ト云ヒ裁判ト云フ共ニ同義ニシテ別段ノ中間裁判ヲ要スル義ニ非スト

著者曰ク著者カ此問題ニ付テ困苦スルヤ久矣殊ニ本書ニ於テ卑見ヲ公ニスルニ際テハ百方穿鑿、千思萬考、漸ク以テ之ヲ論斷シタリト雖モ而カモ仍ホ未ダ多數ノ明文論者ヲ屈服セシメ既定ノ判例ヲ動カシム可キ力ニ乏シキヲ感シ夢寐尙ホ之ヲ忘ルト能ハス時ニ忽然本條ノ規定ニ思ヒ及ンテ始メテ此用例ヲ發見シ遂ニ法文其モノヲ以テ證據ノ一ト爲スコトヲ得ルニ至レリ而カモ其時、印刷既ニ成リテ之ヲ改訂スルニ由ナシ是レ此最緊要ノ一段ニシテ却テ此片紙ヲ以テ茲ニ之ヲ追補スルノ止ムヲ得サルニ至レル所以ナリ讀者若シ之ヲ著者ノ疎漏トシテ深ク咎ムル所ナクタンハ幸甚

テ之ヲ判斷ス可シトアルニ因テ立法ノ趣旨ハ明白トス

論シテ此ニ至ル、立法ノ趣旨ハ既ニ明確トス然レハ則チ彼レニ判斷ヲ以テシ此レニハ裁判ヲ以テシテ其形式ヲ異ニス可キノ理由ナシ唯夫レ文字ニ差アリ然レモ抑、判斷ト云ヒ裁判ト云フ當ニ法文ノ系統歴史ニ於テ同一タリ又普通ノ意義ニ於テモ別ナキコトハ勿論既ニ訴訟法ニ於テモ仲裁人ノ裁判ヲ稱シテ仲裁判斷ト云フノミナラス第三百九十七條ニハ裁判ノ當否ヲ裁判スルコトヲ意味スル場合ニ於テ同シク判斷ノ語ヲ用井殊ニ第四百五十條ニ於テハ上告裁判所ニ於ケル本案ノ終局判決ヲ意味スル場合ニ於テ仍ホ且ツ判斷ノ語ヲ用フ由之觀之判斷ト云ヒ裁判ト云フ畢竟其用處如何ニ依テ其義ヲ解セサル可カラス凡ソ法文ノ用語ニシテ苟クモ他ニ抵觸スル所ナキ限リハ同一ノ文字ハ同一ノ義ニ解ス可キコト勿論ナリ然リト雖モ若シ其用處ヲ異ニシテ而シテ之ヲ他ノ所ニ於ケルト同義ニ解スルハ忽チ他ノ法文ト抵觸シ若クハ全體ノ法理ト相容レサル場合ニ於テハ多少其意義ヲ異ニシテ解釋シ得ヘク否ナ然カセサルヲ

得サルモノアルコトハ學者執法者ノ共ニ知ラサル可カラサル變則タリ而シテ此變則アルコトハ吾人ノ共ニ知ル所ナリ夫レ然リ然レハ則チ本問題ノ如キ之ヲ別段ノ裁判ヲ爲ス可キモノト解釋スルハ第一同一ノ事項ニ付キ同一ノ裁判所ニ於テ再ヒ同一ノ裁判ヲ爲スニ至リ而シテ第二百四十條ノ明文ト牴觸シ又其裁判ハ決定ヲ以テス可キヤ將タ中間判決ヲ以テス可キヤヲ知ル可カラス反對ノ論者ハ其判決ヲ以テス可カラサルコトヲ怪マスシテ而シテ決定ヲ以テス可キモノニ非スト云フヲ怪ム抑、論者カ判決ヲ以テス可カラサルコトヲ怪マサルハ如何法律ノ明文之ヲ禁止スルモノアラス畢竟其裁判ノ目的タル事物カ裁判方式ノ性質ニ適セサルカ故ナラノ果シテ然ラハ余カ所謂證據力ノ有無ハ實質裁判ニ屬スルカ故ニ決定ノ性質ニ適セス即チ決定ヲ以テス可キモノニ非ストノ論旨ハ何故之ヲ怪ム乎余ハ其理ヲ解スルコトヲ得サルナリ故ニ曰ク檢眞ヲ爲ス場合ニ於テモ裁判所ハ其結果ニ付テ別段ノ裁判ヲ爲スヲ要セス第三百五十三條第四項ニ所謂裁判ス可シトハ第二百十七條ニ所謂判斷

ス可シト其義ヲ同フシテ其語ヲ異ニスルノミ是レ其裁判ノ方式ノ見ル可キナク上訴許否ノ規定ナキ所以ナリト  
右ノ如ク論斷スルハ第五第六第七ノ疑問ハ別段ノ答論ヲ要セスシテ自カラ釋明セラル、モノトス然レモ又此斷定ノ結果トシテ新タニ生ス可キ疑問アリ若シ檢眞ノ結果ニ付テ別段ノ裁判ナシトスルハ所謂檢眞ヲ經タルモノト爲スハ何レノ時ニ在ル可キ乎詳言スレハ此裁判ヲ得ルニ非レハ偽造變造ノ中間判決ヲ求ム可キ時期ヲ知ルコト能ハサルカ如シ如何ト即チ是ナリ  
檢眞ヲ經タルモノトハ檢眞ノ手續ヲ終局シタルモノヲ云フ故ニ證言若クハ鑑定ノ結果證書ハ眞正ノモノニ非スト云フニ歸ス可キハ乃チ偽造變造ノ申立ヲ爲スコトヲ得ヘキナリ卑見ニ據レハ檢證ヲ以テ裁判所自カラ檢眞シ得ヘキハ前第二問ニ答フル所ノ如ク檢眞ノ手續ヲ爲サス故ニ檢眞ノ結果ハ概テ證言若クハ鑑定人ノ意見ニ依テ之ヲ知ルコトヲ得ヘシ唯夫レ檢眞ヲ命シ而シテ裁判所自カラ手跡印章ノ對照ヲ爲シ鑑定人ヲ命セサル場合ニ在テ本案終局ノ

其八

第六十五節 書證 (第三百五十一條至第三百五十三條)  
七五六  
裁判アルマテハ其判斷如何ヲ知ルコト能ハス此場合ニ於テハ第二審ニ至リテ  
偽造ノ申立ヲ爲スノ外ナカル可シ

第八 檢眞ヲ經タル證書ハ第二審ニ至リテモ仍ホ公正證書ノ効力ヲ有ス可シ而  
シテ其然ル所以ハ第一審ノ裁判ニシテ上級裁判所ヲ羈束スルカアルニ非ス畢  
竟法律ニ於テ與ヘタル公正證書ノ信憑力ヲ保有スルニ過キス夫ノ公證人ノ作  
成シタル公正證書ハ何レノ審級ニ於テモ公正證書ノ力ヲ有スルコトヲ攻フレ  
ハ其理自カラ明白ナラン

其九

第九 此疑問ハ前項ノ答論ニ依テ自カラ釋明セシ

其十

第十 第三百五十一條ノ中間判決ニハ不服ヲ申立ルコトヲ得ストノ制限ナシ故  
ニ第三百九十七條ノ規定ニ依リ他ノ總テノ裁判ト同シク控訴裁判所ノ判斷即  
チ裁判ヲ受ク可キコト當然トス

以上疑問ニ對スル卑見ノ大要トス若シ夫レ更ニ一層適切ニシテ  
法理ニ適スル解釋ノ意見ヲ有スル人アラハ切ニ其意見ヲ發表セ

檢證ノ定  
義

ラレノコトヲ望ム著者ハ謹ンテ大方識者ノ教ヲ俟ツ者ナリ

### 第六十六節 檢證

〔第一〕 檢證トハ舉證ノ目的物即チ檢證物ニ親接シテ裁判官自カラ其  
五感ノ官能ニ依テ之ヲ實驗スルヲ云フ換言スレハ裁判上事實ノ存  
在ニ就キ立證ノ目的ヲ以テ自己ノ實驗ニ依テ心證ヲ作り得ヘキ所  
ノ證據方法ヲ云フ故ニ民事訴訟法ニ所謂檢證ハ民法證據編ニ所謂  
臨檢ト同シカラス民證第十條ヲ案スルニ

境界、地役、占有、財産ノ損害及ヒ不動産工事ノ執行ニ關スル争其他  
此ニ類似ノ争ニ付テハ勿論裁判所ニ移送スルコトヲ得サル動産  
ノ形狀ヲ證スルニ關スルトキト雖モ判事ハ主張セラレタル事實  
ヲ直接ニ知ルコトヲ以テ訴訟事件ヲ明カナラシムルニ有益ナリ  
ト思考スルトキハ或ハ職權ヲ以テ或ハ當事者ノ申立ニ因リテ係  
争物又ハ争ヲ決定ス可キ元素ノ存在スル場所ニ臨檢スルコトヲ

第六十六節 檢證

七五七

得トアリ

右ノ文義ニ據レハ臨檢トハ凡ソ裁判所ニ移送スルコトヲ得サル物件ヲ檢證スルカ爲メニ裁判官自カラ其物件所在ノ地ニ臨ミテ檢閱スル場合ニ限ルモノナルコト明カナリ然レモ其裁判所ニ移送シ得ヘキ物件ニシテ之ヲ裁判所ニ提出ヒシメ裁判官自カラ之ヲ檢査スルルル如キハ之ヲ何ノ證據方法ト云フ可キ乎鑑定ニモ非ス又臨檢ニモ非ルナリ

民事訴訟法ニ所謂檢證トハ却テ受訴裁判所ニ於テ裁判所自カラ實驗スルヲ本則トシ而シテ所謂臨檢ハ寧ロ其變例ト爲ス

〔第二〕 檢證物トハ證據ノ要素タル可キ實驗ノ目的物件即チ是ナリ此意義ニ依レハ文書ノ眞否ニ付キ争ヒアルニ際リ裁判官自カラ文書其モノニ就テ其成立又ハ眞否ヲ斷定ス可キルハ文書亦固ヨリ檢證物タル可キナリ

檢證物

同上手續

〔第三〕 檢證手續○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(三五七)

第百十七條ノ規定ニ據レハ受訴裁判所ハ當事者ノ申立ヲ要ヒスシテ檢證ヲ命スルコトヲ得ヘク又其檢證ヲ爲スニ際シ鑑定人ノ立會ヲ命スルコトヲ得ヘク又其檢證及ヒ鑑定人ノ任命ヲ受命判事又ハ他ノ區裁判所ニ囑託スルコトヲ得ルナリ(三五八)

檢證ノ結果ハ調書ヲ以テ之ヲ明確ナラシメ又必要ノ場合ニ於テハ圖面ヲ作り又ハ既ニ存在スル圖面ニ不當アルルルハ之ヲ檢證物ニ對照シテ其誤謬ヲ更正ス可キナリ(三五九)

第六十七節 當事者本人ノ訊問

〔第一〕 當事者本人ノ訊問トハ法律上代理人若クハ訴訟代理人ニ依テ訴訟ヲ爲ス場合ニ際リ證據調ノ結果ニ因リ事實ノ眞否ニ付キ裁判所ニ於テ其心證ヲ得ルニ必要アリトスルルハ申立ノ有無ニ拘ハラ

本人訊問

ス當事者本人ヲ呼出シテ之ヲ訊問スルヲ云フ(三六〇)

當事者本人トハ獨リ實體的當事者ノミヲ謂フニ非ス蓋シ法人ノ如キハ權利ノ主幹即チ實體的本人(法人)ハ之ヲ訊問スルコトヲ得ス故ニ此場合ニ在テハ常ニ法律上代理人即チ所謂本人タルコト勿論トス然レモ法人ニハ數人ノ法律上代理人アルコトアリ又無能力者ノ法律上代理人アリ此ノ如キハ其何レヲ以テ本人ト爲ス可キヤニ付テ疑ヒナキコト能ハス故ニ左ノ規定アリ

(一) 無能力者ノ爲メ法律上代理人カ訴訟代理人ニ依テ訴訟ヲ爲スル○此場合ニ在テハ無能力者及ヒ其法律上代理人共ニ訴訟本人ト稱スルコトヲ得ヘキカ故ニ裁判所ハ其意見ヲ以テ法律上代理人若クハ無能力者又ハ此兩者ヲ併セテ共ニ訊問ス可キヤヲ決定シ而シテ其決定ニ從ヒ之ヲ訊問スルモノトス(三六四ノ一)

(二) 法人ノ爲メ數多ノ法律上代理人アルル○此場合ニ於テモ其一

人ヲ訊問スルト數人共ニ之ヲ訊問スルトハ前項ト同シク裁判所ノ意見ヲ以テ之ヲ定ムルモノトス(同上ノ二)

(三) 法人ニ非スシテ其資格ニ於テ訴ヘラル、コトヲ得ル會社其他ノ社團又ハ財團ノ名義ヲ以テ訴ヲ爲スル(一四)○此場合ニ付テハ法律ニ明文ナシト雖モ而カモ其社員タル者ハ悉ク訴訟ノ本人タルカ故ニ其一人若クハ數人又ハ全社員ヲ訊問スルニ付テモ前項ト同一タル可キコト疑ヒナキ所トス

(第二) 以上本人ヲ訊問シ得ヘキハ當事者即チ法律上代理人若クハ訴訟代理人ヨリ提出シタル證據調ノ結果ニ因リ證明ス可キ事實ノ眞否ニ付キ疑ヒアルルニ限ル故ニ本人訊問ハ一應證據調ヲ經タル後タル可ク又其訊問ス可キ事項ハ其證據調ノ結果ニ因リ證ス可キ事實ニ限ルモノトス(三六〇)若シ夫レ然ラスシテ他ノ事實例ヘハ證據調ニ因テ裁判所ノ心證ヲ得タルモノニ付テモ更ニ本人ヲ訊問シ得

第六十七節 當事者本人ノ訊問 (第三百六十條第三百六十一條及第三百六十三條)七六二

ヘキモノトスルハ時ニ或ハ代理人ニ依テ爲シタル口頭辯論ノ結果ト齟齬ヲ生シ遂ニハ法律ニ於テ代理人ヲ以テ訴訟ヲ爲スコトヲ公許セル趣旨ヲ失フニ至ル可ケレハナリ余ニ於テハ既ニ第四百十四條ノ規定アリ又法律上民事ノ訴訟ニ於テハ所謂形式<sup>○</sup>的<sup>○</sup>眞<sup>○</sup>實<sup>○</sup>ヲ得ルヲ以テ足レリトスル主義ヲ採ル以上ハ斯ノ如キ規定ハ寧<sup>○</sup>ロ<sup>○</sup>之<sup>○</sup>ヲ全廢スルモ可ナリ蓋シ草案ニ於テハ本人ヲ證人トシテ審問スルカ爲メ此規定ヲ設ケタルニ比スレハ優レリト云フ可キナリ

訊問手續

〔第三〕 訊問手續○本人訊問ノ手續ハ草案ニ於ケル如ク宣誓ヲ要セス又豫シメ訊問ス可キ事項ヲ示スヲ要セス單ニ期日ヲ指定シテ之ヲ呼出スヲ以テ足ル又其訊問ス可キ本人ニシテ決定言渡ノ際現ニ法廷ニ在ルハ之レカ爲メ別段ノ手續ヲ要セスシテ直チニ之ヲ訊問スルヲ以テ本則トス(三六一)

本人訊問ノ効力

〔第四〕 本人訊問ノ効力○本人出頭シテ訊問ヲ受ケタル結果ノ効力ハ

一ニ裁判所ノ心證如何ニ依テ定マルモノトス故ニ法律上之ヲ一定スルコトヲ得ス唯其本人ニシテ十分ナル理由ナクシテ供述スルコトヲ拒ミ又ハ期日ニ闕席シタルハ裁判所ハ其意見ヲ以テ相手方ノ主張ヲ正當ナリト認ムルコトヲ得即チ供述ヲ拒ミ又ハ懈怠シタル者ハ其結果トシテ不利益ナル判斷ヲ受クルコトアル可キナリ(三六三)

第六十八節 證據方法ノ共通及ヒ證據抗辯

證據ノ共通

〔第一〕 證據共通ニ付テハ法律ノ明文アルニ非ス然レモ此主義ニ基ク規定ノ趣意ニ因テ此主義アルヲ知ル本節題目ノ下ニ決ス可キ問題ハ左ノ如シ

曰ク 證據方法ノ拋棄ハ如何ナル條件ヲ以テ爲シ得ル乎  
曰ク 舉證者ノ相手方ニ於テハ舉證ニ對シテ如何ナル抗辯ヲ爲スコトヲ得ル乎ト即チ是ナリ

〔第二〕 第一ノ問題ニ付テハ鑑定ト檢證トハ關係ナシ蓋シ檢證ト鑑定ハ裁判所ノ職權ヲ以テ之ヲ命スルコトヲ得ルモノニシテ他ノ證據方法及ヒ口頭辯論ニ於ケル當事者ノ處分權主義トハ全ク相異ナル法則ニ從フモノアレハナリ故ニ第一ノ問題ニ關係ヲ有スル證據方法ハ左ノ如シ

人證ノ共通

(一) 證人○民○訴○第○三○百○二○十○條ノ規定ニ據レハ證人ヲ申出タル原告若クハ被告ハ其訊問ノ開始マテハ其證據方法ヲ拋棄スルコトヲ得而シテ一旦訊問開始ノ後ニ至テハ相手方ノ承諾ヲ得ルニ非レハ之ヲ拋棄スルコトヲ得ス蓋シ訴訟ノ當事者タル者ハ口頭辯論ノ終結ニ至ルマテハ何時ニテモ證據ノ提出ヲ爲シ得ヘシサレハ先ツ證人ヲ申出タル者ニシテ後ニ之ヲ拋棄スルコトアルモ他ノ相手方ニ必要アルニ於テハ更ニ同證人ノ申出ヲ爲シ其訊問ヲ爲サシムルコトヲ得ヘシ然ルニ茲ニ訊問開始ノ後ニ於テハ相手方

書證ノ共通

ノ承諾ヲ得ルヲ以テ拋棄ノ必要條件ト爲シタル所以ハ畢竟證據共通ノ主義ナルモノ在テ存スルカ故ナリ證據共通ノ主義トハ當事者ノ一方ヨリ提出シタル證據ハ相手方ニ於テモ亦自己ノ爲メ之ヲ利用シ得ルコトヲ云フ

(二) 書證○書證ニ付テハ實體的ニ共通ナルモノト形式的ニ共通ナルモノトノ別アリ(三三六)

實體的ニ共通ナルモノハ

(イ) 數人ノ利益ノ爲メニ作ラレタル證書例ヘハ遺言書及ヒ其他總テ遺囑處分ニ關スル證書ノ類

(ロ) 双方ノ權利關係ヲ證スル證書例ヘハ雙務契約書ノ如シ

(ハ) 當事者ノ雙方間若クハ其一方又ハ第三者ニ對スル證書例ヘハ往復書面ノ如シ

又形式的ニ共通ナルモノトハ第三百三十七條ニ規定スル所ノモ

第六十八節 證據方法ノ共通及證據抗辯(第三百三十六條及第三百三十七條) 七六五

ノ即チ相手方ノ手中ニ存スル證書ニシテ其訴訟ニ於テ舉證ノ爲メ引用シタルモノ及ヒ準備書面ニノミ引用シタルモノ是ナリ蓋シ其訴訟ニ引用セラレタルカ爲メニ共通ト爲レルモノヲ云フナリ

此規定タルヤ元來口頭辯論主義ト相副ハサルモノニシテ一ノ除外例ト云フ可シ何トナレハ唯其之ヲ準備書面ニ引用シタルノミニテ相手方ヲ檢束スル効力ヲ生シ之ヲ提出セラレス又ハ其書證ニ付テ辯論セサルト雖モ仍ホ且ツ訴訟ノ判斷ノ材料ト爲ルコトアル可クレハナリ(三四〇、三四一)

證據抗辯

(第三) 證據抗辯○證據抗辯トハ凡ソ舉證者ヨリ舉證ノ目的ヲ以テ爲ス所ノ申立ニ對シ舉證ノ方式、必要條件、證據方法ノ効力(證據力)又ハ其許ス可カラサルモノタルコト若クハ其提出ノ時期ニ遅レタルコト等ニ就テ爲ス所ノ相手方ノ辯論ヲ云フ

證據保全

第六十九節 證據保全

(第一) 凡ソ民事訴訟法ニ所謂證據調ハ訴訟既ニ繫屬シ而シテ其口頭辯論ニ入リタル後ニ至テ行フモノトス然レモ我訴訟法ハ夫ノ獨逸訴訟法ニ於ケルカ如ク之レカ變例ヲ設ケ訴訟ノ未タ繫屬スルニ至ラス若クハ既ニ繫屬スルモ未タ證據調ノ程度ニ達セサル前ニ於テ豫シメ證據調ヲ爲スコトヲ許ス法律ハ之ヲ稱シテ證據保全ト云フ民事訴訟法第三百六十五條ニ曰ク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ト故ニ此申立ニハ證據ヲ紛失スル恐アリ又ハ之ヲ使用シ難キ恐レアル理由ヲ説明スルヲ以テ必要條件ト爲ス(三六七ノ四)紛失又ハ使用シ難キ恐レアルトハ例ヘハ證人タル可キ者ニシテ疾ヒ危篤ニ迫レルト若クハ其他國ニ移住セントスルト又ハ時日ノ經過ニ因テ檢證目的物ニ變更ヲ來タス可キ時ノ



如キ是ナリ

同上手續

管轄

〔第二〕

申請ヲ受ク可キ管轄裁判所ハ

(一) 訴訟ノ既ニ繫屬シタルトハ其受訴裁判所

(二) 切迫ナル危険ノ場合ニ於テハ其證據方法現在地ノ區裁判所

(三) 訴訟ノ未タ繫屬セサルトハ同前ノ區裁判所(三六六)

以上三箇ノ管轄裁判所ハ何レモ專屬管轄權ヲ有スルモノトス然レ

モ右(一)ノ場合即チ既ニ訴訟ノ繫屬スル場合ニ於テ若シ危険ノ切迫

ナル條件アルトハ例外トシテ(二)ノ管轄裁判所之ヲ管轄スルコトヲ

得ヘキナリ

〔第三〕

證據保全ノ爲メ證據調ハ相手方ノ承諾アルトハ紛失又ハ使

用シ難キニ至ル恐レナキト雖モ之ヲ爲スコトヲ得ルモノトス(三

別段ノ場  
合

申請書ノ  
要件

〔第四〕

證據保全ノ申請ニハ左ノ諸件ヲ具備スルコトヲ要ス

(一) 相手方ノ表示

相手方ノ表示ハ第三百六十七條ノ規定ニ據レハ之ヲ必要條件ト

爲スト雖モ申請人自己ノ過失ニ非スシテ相手方ヲ指定シ能ハサ

ルト例ヘハ損害賠償ノ請求ノ爲メ證據ノ保全ヲ要スルモ未タ其

加害者ノ何人タルヤヲ知ルコト能ハサルト如キハ其事情ヲ疏

明スルニ於テハ相手方ノ表示ナシト雖モ其申請ヲ許ス可キナリ

而シテ此場合ニ於テハ裁判所ハ其未知ノ相手方ノ爲メ其權利防

衛ノ爲メ臨時代理人ヲ任スルコトヲ得ルモノトス(三七二)

(二) 證據調ヲ爲ス可キ事實ノ表示

證據調ヲ爲ス可キ事實トハ例ヘハ遺言者ノ證人訊問ヲ要スル場

合ニ於テハ其遺言ノ事實如何ヲ表示スルヲ要セス單ニ其遺言ニ

立會タル事實ノ表示又損害ニ付キ檢證若クハ鑑定ヲ要スル場合

ニ於テハ其損害ヲ生シタル原因又ハ過失ノ事實如何ヲ表示スルヲ要セス何々ニ因テ生シタル損害ノ事實ヲ表示スルノ類ヲ云フナリ

(三) 證據方法ノ表示殊ニ證人若クハ鑑定人ノ表示

(四) 疏明ノ理由即チ證據方法ノ紛失又ハ使用シ難キニ至ルノ恐レアル事實

(五) 相手方ノ知レサルルハ自己ノ過失ニ非スシテ之ヲ指定シ能ハサル疏明ノ理由

同上申請ノ裁判

〔第五〕申請ニ付テノ裁判ハ不服ノ申立ヲ許サル決定ヲ以テ之ヲ爲ス此決定ニハ口頭辯論ヲ用井ルヲ要セサルコト猶ホ他ノ多クノ決定ニ於クルカ如シ(三六八)

送達

〔第六〕申請人ハ其相手方アル場合ニ於テハ之ヲ其證據調ノ期日ニ呼出スカ爲メ其決定ヲ送達ス可シ然レモ切迫ナル場合ニ於テハ此送

證據調

達ヲ爲サルモト雖モ證據調ヲ爲スニ妨クナシ(三六九)

〔第七〕證據調ハ一般ノ規定ニ從テ之ヲ爲ス(三七〇)唯其相手方ノ知レサル爲メ之ヲ呼出スコト能ハサル場合ニ於テハ第三百七十二條ノ規定ニ從ヒ裁判所ノ選任スルコトアル可キ臨時代理人ノ立會ヲ以テ之ヲ爲ス

證據調ノ調書ハ證據調ヲ命シタル裁判所ニ之ヲ保存セラル、モノトス而シテ其證據調ノ不充分ナルコトヲ發見シ且ツ之ヲ爲シ得ヘキモハ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其補充ヲ命スルコトヲ得ヘキナリ(三七〇)

保全ノ効

〔第八〕證據保全ノ効力○證據保全手續ノ結果ハ宛モ通常證據調ノ結果ノ如ク各當事者其訴訟ニ於テ之ヲ使用スルノ權アルモノトス(三七〇)

### 第三章 區裁判所ノ訴訟手續

第六十九節 證據保全 (第三百六十九條及第三百七十條)

第七十節 通常ノ訴訟手續

區裁判所ニ於ケル通常ノ訴訟手續ニ付テハ裁判所構成法又ハ民事訴訟法第一編及ヒ第二編第二章第一節ノ規定ニ依リ差異ノ生セサル限リハ凡テ地方裁判所ノ訴訟手續ニ付テノ規定ヲ適用スルモノトス(三七三)故ニ本節ニ於テハ單ニ其地方裁判所ノ訴訟手續ニ比シテ區裁判所ニ於ケル訴訟手續ノ差異アルモノ、ミテ舉示セントス

(一) 訴訟代理人ニ就テハ地方裁判所ニ在テハ辯護士ヲ以テ代理人ト爲スヲ要シ辯護士ナキハ親族雇人ヲ以テ代理人ト爲シ而シテ此等ノ者アラサルハ限リ他ノ訴訟能力者ヲ以テ代理人ト爲スコトヲ得ルト雖モ區裁判所ニ於テハ必シモ辯護士ヲ以テ代理人トナスヲ要セス即チ辯護士アルハト雖モ親族雇人ヲ以テ代理人ト爲スコトヲ得ヘシ然レモ辯護士アリテ親族雇人ナキハ必ス辯護士ヲ以テ代理人ト爲スヲ要ス而シテ辯護士親族雇人共ニ

在ラサルモ他ノ代理人ヲ用フルヲ得ルコトハ地方裁判所ニ於ケルカ如シ(六三三)

(二) 訴ヲ起サント欲スル者ハ其請求目的ノ金額ニ拘ハラズ和解ノ爲メ相手方ヲ其普通裁判籍アル區裁判所ニ呼出ス可キコトヲ申立ルヲ得(三八一)

若シ相手方出頭セス又ハ和解不調ト爲リ爲メニ訴ヲ起スニ至リタルハ和解ノ爲メニ生シタル費用ハ其訴訟費用ノ一部ト看做スコト(三八一ノ二)又雙方出頭シテ和解ノ調ヒタルハ調書ヲ以テ之ヲ明確ニシ而シテ此調書ハ之レニ執行文ヲ付シ直チニ其強制執行ヲ爲シ得ヘキモノトス(五五九ノ四)若シ又和解不調ト爲リ而シテ其請求ノ他ノ裁判所ノ專屬管轄ニ屬セサルハ當事者雙方ノ申立ニ因リ直チニ之ヲ訴訟トシテ辯論ヲ爲ス(三八一ノ三)

第七十節 通常ノ訴訟手續 (第三百八十一條及第三百七十八條)

七七四

(1) 和解ノ爲メノ呼出ニハ強制ノ力ナク又其期日ニ出頭セサル相手方ニ權利上ノ損害ヲ來スコトナシ唯其和解ハ不調ト爲リ爲メニ訴ヲ起シタルハ和解ノ費用亦其訴訟費用ノ一分ト看做スノ規定アルニ過キス(二八一ノ四)故ニ和解不調ノ儘ニテ訴ヲ爲サ、ルカ又ハ訴ニ於テ和解申立人ノ敗訴ニ歸スルハ於テハ和解ノ調席者ニ費用負擔ノ責ナシ乃チ調席當然ノ制裁トシテハ權利上何等ノ損害ヲモ受ケサルナリ

(2) 和解ノ相手方ニ於テ直チニ請求ヲ認諾シ若クハ和解申立人ニ於テ請求ヲ拋棄スルコトハ和解ニ非ス故ニ之レカ爲メ和解調書ヲ作ラス從テ強制執行ノ名義ヲ得ヘキニ非ス夫ノ第二百二十九條ノ規定ニ從ヒ拋棄若クハ認諾ニ基ク判決ヲ爲ス可キ場合ハ訴ト爲リタル後ニ限ルモノトス

(三) 當事者ハ通常ノ裁判日(即チ開廷日)ニ於テハ豫シメ期日ノ指定ナク即チ裁判所ノ呼出ナクシテ自カラ裁判所ニ出頭シ其訴ニ付テ直チニ辯論スルコトヲ得(三七八)

裁判所ハ苟クモ民事ノ開廷日ニ當リ而シテ其辯論ヲ爲サシメ得ヘキ限リハ其訴ニ付テ辯論ヲ爲サシメサルヲ得ス又假令其日ニ於テ辯論ヲ爲サシム可キ時間ナキト雖モ辯論延期ノ決定ヲ爲スコトヲ得ス蓋シ第六十九條ノ規定ハ少クモ權利拘束ノ効力ヲ生シタル後チニ非レハ之ヲ適用ス可カラサレハナリ故ニ其職權ヲ以テスルト申立ニ因ルトニ論ナク第六十九條ノ決定ヲ爲スニハ訴ノ申立ヲ爲サシメタル後タラサルヲ得サルナリ

(四) 前第二及ヒ第三ノ場合ニ於テハ訴ノ提起ハ書面ヲ用井ス口頭ノ演述ヲ以テ之ヲ爲ス

(五) 妨訴ノ抗辯ハ管轄違ノ抗辯ノ外第二百六條ノ規定ニ從テ本案ノ辯論前同時ニ之ヲ提出スルヲ要ヒス(三七九)

區裁判所ノ訴ニ付キ此變例ヲ設ケタル所以ハ親族雇人ヲ以テ訴訟代理人ト爲スコトヲ許ス而已ナラス本人自カラ訴訟ヲ爲シ若

七七五

第七十節 通常ノ訴訟手續 (第三百七十八條及第三百七十九條)

妨訴抗辯  
ニ因リ本  
案ノ辯論  
ヲ拒ムヲ  
得ス

クハ他ノ訴訟能力者ヲシテ代理人タラシムルコト亦多カル可ク  
而シテ此等ノ者ハ概テ法律智識ニ乏シキ者ナルカ故ニ在リ然レ  
モ既ニ法律ノ規定ニ於テ制限ナキ以上ハ假令辯護士ヲシテ代理  
人タラシムルト雖モ夫ノ被告ノ拋棄シ得ヘキ妨訴抗辯亦口頭  
辯論ノ終結ニ至ルマテハ漸次之ヲ提出スルコトアルモ之ヲ以テ  
違法ト爲スコトヲ得サルナリ

又管轄違ノ抗辯ニ限り仍ホ第二百六條ノ規定ニ從フヲ要スル所  
以ハ既ニ辯論開始ノ後チニ至テ之レカ提出ヲ許スモノトスルモ  
ハ第三十條ノ規定ト衝突ヲ來スカ故ナリ

(六) 被告ハ妨訴ノ抗辯ヲ爲スト雖モ本案ノ辯論ヲ拒ムノ權ナシ  
唯裁判所ノ職權ヲ以テ其抗辯ニ付キ分離シタル辯論ヲ命スルコ  
トヲ得ルノミ(三七九)故ニ被告ニ於テ其抗辯ヲ理由トシテ本案ノ  
辯論ヲ拒ムモ其抗辯ヲ却下シ而シテ本案ニ付テハ關席判決ヲ

判決事項  
ノ申立

訴狀

調書

書面ノ交  
換ヲ要セ

受クルニ至ル可キナリ

(七) 判決ヲ受ク可キ事項ノ申立ト雖モ書面ニ基キ之ヲ爲スコトヲ  
要セス(三八〇)

(八) 訴狀(又ハ調書)ヲ以テ訴ヲ提起シタルモ其訴狀ノ送達ト口頭  
辯論期日トノ間ニ存ス可キ時間ハ單ニ三日以上トス而シテ急迫  
ナル場合ニ於テハ之ヲ二十四時間マテ短縮スルコトヲ得(三七七)

(九) 計算事件ニ關スル準備手續ヲ用非ス然レモ裁判所ノ意見ニ從  
ヒ必要トスルモノハ調書ヲ以テ之ヲ明確ニス(三八〇)即チ區裁判  
所ニ於テ其判決ノ基礎ニシテ必要ナル事項アルモニ限り之ヲ明  
確ニスルモノトス

(十) 準備書面ノ交換ヲ要セス(三七五)然レモ豫シメ通知アルニ非レ  
ハ相手方ニ於テ陳述ヲ爲シ得ヘカラサルモノニ付テハ口頭辯論  
ノ前他ノ手續ヲ要セス直接ニ相手方ニ通知スルヲ得(三七六)

移送ノ裁

(七) 區裁判所ニ於テ事物ノ管轄違ナリトシ訴ヲ却下スルモハ同時ニ裁判ヲ以テ其訴訟ヲ所屬ノ地方裁判所ニ移送ス可シ此他地方裁判所トノ關係及ヒ結果ニ付テハ第十節第四ヲ參觀ス可シ

### 第七十一節 督促手續

督促手續

〔第一〕督促手續ハ講學上ニ所謂簡易訴訟手續ノ一ニシテ通常訴訟手續ニ依ラス費用及ヒ時日ノ消費ヲ省キ容易ニ債務ノ辨濟ヲ得ルニ至ル可キ一種簡便ノ方法トス

此方法ハ前述ノ如ク通常訴訟ニ免レ難キ許多ノ費用及ヒ時日ノ消費ヲ省キ簡易ニ債務ノ辨濟ヲ得シムルヲ以テ我國ニ於テハ現行訴訟法ニ於テ創定セラレタルモノタルニモ拘ハラズ世人ハ疾クモ其利便ヲ知リ今ハ漸ク此方法ニ依ル者多シ若シ夫レ債務者ニシテ支拂命令ニ服従スルノ利タルコトヲ覺知シ漫リニ異議ノ申立ヲ爲スコトナキニ至ラハ庶幾クハ全國多數ノ訴訟ヲシテ大ニ減少スルニ

督促手續ノ特別規定

至ラシムルノ利益アラソ

督促手續ハ左ノ特別ナル主義及ヒ手續ニ從フモノトス

(イ) 督促手續ハ唯之レニ依ルコトヲ得ルノミニシテ如何ナル場合ト雖モ此手續ニ依ルノ必要ナシ

(ロ) 督促手續ニ依ルニハ請求ノ多寡若クハ其法律上ノ性質ニ拘ハラズ唯其請求ハ財産權ニ屬シ而シテ其無條件ノ約束ニ基ク一定ノ數額ノ支拂若クハ給付ヲ目的トスルモノタルヲ要スルコト(三八二)

(ハ) 債務者ヲ審訊セスシテ條件付ノ支拂命令ヲ發スルコト、條件付トハ若シ命令送達ノ日ヨリ十四日ノ期間内ニ支拂ヲ爲スカ若クハ異議ノ申立ナキモハ此命令ハ執行命令ニ依テ確定判決ト同一ノ力ヲ有スルニ至ルヲ云フ(三八六)

(ニ) 債務者ヨリ異議ノ申立ナキモハ支拂命令中ニ掲ケタル期間經

支拂命令

全上ノ條件

異議ノ申立ナキ場合

全上申立  
アル場合

督促手續  
ノ要件  
目的物

第七十節 督促手續 (第三百九十三條第三百九十四條及第三百八十九條第三百八十二條) 七八〇

過ノ後債權者ノ申立ニ因リ假執行ノ宣言ヲ爲シ之ヲ以テ同上ノ宣言ヲ付シタル關席判決ニ於ケルト同一ノ執行命令ヲ爲スコト (三九三、三九四)

(ホ) 適當ノ時間ニ異議ノ申立アルトハ支拂命令ハ其効力ヲ失フコト (三八九)

然レモ支拂命令ハ數箇ノ請求中或モノニ對シテ異議ノ申立アルト雖モ其他ノ請求及ヒ之レニ相當スル費用ノ部分ニ付テハ仍ホ其効力ヲ有ス

〔第二〕 督促手續ニ於ケル要件ハ左ノ如シ

(一) 請求カ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ヲ要ス(三八二)  
代替物ノ何タルコトハ民法ノ規定ニ從テ有價證券ニ付テハ第三十三節第一(一)ヲ參觀ス可シ

反對給付  
ナキヲ要ス

支拂命令  
ノ送達

第三百八十二條第一項ハ支拂命令ニ因ル督促手續ヲ許ス可キ條件ヲ定メ第二項ハ之ヲ許ス可カラサル場合ヲ定ム第一項ノ規定ニ據レハ一定ノ金額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ヲ必要トスル外其請求ハ無條件ナルヲ必要トス故ニ荷クモ或ル條件ヲ充タスニ非レハ請求シ能ハサルモノニハ一定ノ金額其他ノ給付ニ係ルト雖モ督促手續ヲ許サ、ルナリ

(二) 請求ノ實行ニ付キ反對給付ヲ爲スヲ要セサルモノナルコト(三八二ノ二)

雙務ノ契約ニハ反對給付アルヲ常トス故ニ支拂命令ノ行ハル、場合ハ專ラ片務契約若クハ一方ニ義務ノ存スル場合ニ在リトス  
(三) 支拂命令ノ送達ヲ外國ニ於テ若クハ公示送達ヲ以テ爲スヲ要セサルモノタルコト(同上)又法律ノ明文ナシト雖モ其請求ハ未タ

第七十一節 督促手續 (第三百八十二條)

權利拘束トナラサルモノニ限ルコト勿論トス、外國送達若クハ公示送達ヲ要スル場合ニ於テ之ヲ許サ、ル所以ハ簡易訴訟ノ目的ニ背馳スルカ故ナリ

此他未タ請求期限ニ達ヒサルモノ、如キハ第三百八十五條ニ據リ却下セラル可キモノニ屬ス

(四) 支拂命令ハ區裁判所ノ第一審ノ事物ノ管轄ニ制限ナク通常ノ

訴訟手續ニ於クル訴ニ付キ被告ノ通常裁判籍又ハ不動産上裁判籍ノ屬スヘキ區裁判所ノ管轄ニ專屬ス(三八三)

督促手續ノ管轄ハ專屬トス故ニ合意ヲ以テ管轄所ヲ變更スルコトヲ許サス(三一)

又事物上ノ管轄ニ制限ナキモノト看做スカ故ニ裁判所構成法定ムル所ノ權限ニ拘ハラス唯民事訴訟法第十條乃至第十四條ノ規定ニ從ヒ普通裁判籍ノ屬ス可キ區裁判所之ヲ管轄スルモノトス

支拂命令ノ管轄

事物ノ管轄ニ制限ナシ

申請

申請ノ許可又却下

然レモ第二十三條ノ規定ニ依リ債權者ニ於テ普通裁判籍ト不動産ノ裁判籍トノ間ニ選擇ノ權アルトハ其選ム所ニ從テ督促手續ヲ爲スコトヲ得ルモノトス(三八三)

一箇ノ債權ノ爲メ又ハ一箇ノ債務者ノ爲メ各裁判籍ヲ異ニスル債權者又ハ債務者ヲ併合シテ請求スルコトヲ得サルナリ

(五) 支拂命令ノ申請ニハ第三百八十四條第一號乃至第三號ノ諸件ヲ具備スルコトヲ要ス

(六) 申請ハ第三百八十五條ノ規定ニ從ヒ之ヲ許容シ又ハ之ヲ却下ス而シテ申請却下ノ決定ニ對シテハ不服ヲ申立ルコトヲ許サス故ニ此場合ニ於テハ通常ノ手續ニ依リ別ニ訴ヲ起スノ外ナシ同條ノ規定ニ據レハ單ニ前數項ノ要件及ヒ管轄ノ當否ヲ調査スル而已ナラス請求ノ理由ノ有無又ハ現時理由アルヤ否等ノ調査ヲモ爲ス可キモノトス是ソノ通常ノ訴ノ場合ト大ニ相異ナル所



異議申立  
ノ催告及  
ヒ期間

異議期間  
ノ性質

(七)

支拂命令ニハ前(五)ノ要件ノ外十四日ノ期間内ニ債務ヲ辨濟ス  
可キ旨ノ命令又ハ此命令ニ從フコト能ハサルモハ異議ノ申立ヲ  
爲ス可キ旨ノ命令ヲ記載ス異議ノ期間ハ申立ニ因リ三日迄又爲  
替ヨリ生スル請求ニ付テハ二十四時間マテニ短縮スルコトヲ得  
(三八六)

此期間ハ不變期間ニ非ス故ニ第六十八條ノ規定ニ依リ裁判所  
ノ休暇ニ依テ之ヲ停止ス又之ヲ懈怠シタル場合ニ於テ原狀回復  
ヲ許サス而カモ素ト法定ノ期間ヲリ故ニ債權者ノ意思若クハ裁  
判所ノ意見ヲ以テ之ヲ伸縮ス可キモノニ非ス唯夫レ事實ニ於テ  
期間ノ伸長ニ等シキ結果ヲ生セシムルヲ得ヘシ即チ右期間經過  
シ去ルモ債權者ニ於テ直チニ其執行命令ヲ請求セサルニ在リ斯  
ノ如クスルモハ次項(八)ニ云フ所ノ如ク債務者ハ仍ホ有効ニ異議

中止中斷  
ノ適用如  
何

期間經過  
後仍ホ異  
議申立得  
ヘキヤ

(八)

ノ申立ヲ爲スコトヲ得ヘケレハナリ  
十四日ノ期間内ニ於テ中止中斷ノ理由ヲ生シタルモ如何此點  
ニ付テハ學者ノ間其說ヲ異ニスルモノアリ即チ中止中斷ノ規定  
ハ無制限ニ適用ス可シト説ク者ト債務者ノ異議申立ノ後ニ非レ  
ハ之ヲ適用ス可カラスト云フ者はナリ余ハ此後者ニ左袒スル者  
ナリ蓋シ中止中斷ノ規定ハ訴訟繫屬後ノ規定ニシテ督促手續ノ  
如キ特別ノ場合ニ適用ス可キモノニアラスト信スルカ故ナリ  
支拂命令中ニ掲クル期間ハ單リ債權者ノ嚴守ス可キモノトス  
蓋シ債權者ニ在テハ此期間經過ノ後ニ非レハ執行命令ノ申請ヲ  
爲スコトヲ得サルモ債務者ニ在テハ右期間ニ拘ハラヌ執行ノ  
宣言アルマテハ有効ニ異議ノ申立ヲ爲スコトヲ得ヘキヲ以テナ  
リ(三九三ノ一)

此點ニ付テハ異論ナキニ非ス曰ク獨逸訴訟法ニ於テハ右ノ如ク  
第七十一節 督促手續 (第三百九十三條及第三百九十五條)

解釋シ得ヘキモ我訴訟法ニ於テハ特ニ第三百九十五條ヲ以テ時期ニ後レテ申立テタル異議ハ命令ヲ以テ之ヲ却下ストアルカ故ニ苟クモ十四日ノ期間經過ノ後ニ於テハ本條ニ依リ之ヲ却下スルヲ要スト此說ヲ爲ス者ハ同條ニ所謂時期ニ後レテアルヲ解シテ期間經過後ト爲シ而シテ第三百九十三條第一項殊ニ其但書ニ注意ヲ缺クニ坐スル而已第三百九十五條ニ於テ殊更ニ時期ノ語ヲ用井他ノ場合ニ於ケル如ク期間經過後云々ト云ハサルモノハ蓋シ假執行ノ宣言アルマテハ異議ノ爲メニハ仍ホ適當ノ時期タルカ故ノミ

命令ノ効力

(九) 支拂命令ノ効力

(イ) 支拂命令ハ其送達ニ依テ訴狀ノ送達ニ於ケルト同一ナル權利拘束ノ効力ヲ生ス(三八七)權利拘束ノ効力ハ適當ナル時期ニ異議ノ申立アルカ爲メニ命令ノ効力ヲ失フト雖モ仍ホ之ヲ存續スルモハトス(三八九)

命令申請ノ取下

スルモハトス(三八九) 支拂命令ノ申請ハ之ヲ取下ルコトヲ得ルヤ否ヤ此點ニ付テハ法律ノ明文ナシ然レモ之ヲ禁スルノ理ナシ故ニ異議ノ申立ナキ場合ニ在テハ假執行宣言ノ後ト雖モ之ヲ取下ケ得ヘク又異議アル場合ニ於テハ口頭辯論ノ始マルマテハ相手方ハ承諾ナクシテ之ヲ取下クルコトヲ得ヘキナリ

時効中斷ノ効力

(ロ) 訴訟上ノ時効中斷ノ効力ヲ生ス但シ權利拘束ノ効力ヲ消滅シタルモハ此限ニ在ラス(二十七年五月大審院判例ハ此場合ニ於テモ尙ホ中斷ノ効力アリト云フ)

(十) 異議ノ効力

(イ) 適當ナル時期ニ異議ノ申立アルモハ支拂命令ノ効力ヲ消滅セシムル効力ヲ生ス然レモ權利拘束ノ効力ヲ存續ス從テ又左ノ効ヲ生ス(三八九ノ一)

異議ノ効力

(ロ) 異議ヲ申立タル場合ニ於テ請求ニ付キ起ス可キ訴カ區裁判所ハ管轄ニ屬スルハ支拂命令ノ送達ト同時ニ其訴ハ區裁判所ニ起シタルト同一ノ効力ヲ生ス(三九〇)

(ハ) 同上請求ニ付キ起ス可キ訴カ地方裁判所ハ管轄ニ屬スル場合ニ於テ異議申立ノ通知ヲ受ケタル債權者カ其通知ノ日ヨリ起算シテ一个月内ニ起訴セサルトキハ權利拘束ノ効力ヲ失ハシムル効力ヲ生ス(三九一ノ二)

執行命令

(七) 執行命令

債權者ハ支拂命令ニ掲クル期間經過ノ後ハ假執行ノ宣言ヲ申請スルコトヲ得而シテ若シ其申請ヲ却下セラレタルハ之ニ對シテ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ヘク(三九三)又申請ヲ許容シテ執行命令ヲ得タルハ前(第一)ノ(二)ニ云ヘル如ク假執行ノ宣言ヲ付シタル闕席判決ト同一ナルカ故ニ此命令ニ對シテハ第三百九十四條

費用

(三) 督促手續ノ費用ハ異議ノ申立アリタル場合ニ於テハ起ス可キ訴訟費用ノ一分ト爲リ又債權者カ前(十)ノ場合ニ於テ異議ノ通知ヲ受ケタル後チ一个月内ニ起訴セサルトキハ手續ノ費用ハ債權者ノ負擔トス(三九二)

ノ規定ニ依リ相手方ヨリ故障ノ申立ヲ爲スコトヲ得此場合ニ於テ若シ其請求カ區裁判所ノ管轄ニ屬セサル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地方裁判所ニ訴ヲ提起ス可キ期間ハ故障ヲ許ス判決ノ確定ノ日ヨリ起算スルモノトス(三九四)

上訴ヲ許  
ス目的

## ○第五編 上訴

### 第七十二節 上訴ノ總論

〔第一〕凡ソ上訴ヲ許ス法制ニハ二個ノ目的ヲ有スルモノトス即チ裁判ノ公正ヲ得ルカ爲メノ擔保ヲ鞏固ニスルコト及ヒ裁判ノ統一ヲ期スルコト是ナリ此二箇ノ目的ハ共ニ裁判所構成法ノ規定ニ依テ之ヲ全フスルコトヲ得ヘシ例ヘハ終局ノ裁判ニ對シテ更ニ上級裁判所ノ審査ヲ許シ及ヒ唯一ノ最高等裁判所ヲ設置シテ全國ノ裁判所ヲ統轄ヒシムルヲ以テ此目的ヲ達シ得ルカ如キヲ云フナリ

上訴ノコトハ民事訴訟法第三編ニ於テ之ヲ規定ス而シテ其訴訟手續ニ關スル一般ノ通則ニ至テハ概シテ地方裁判所ノ第一審手續ノ規定ヲ準用シ唯其各上訴ニ於ケル特種ノ手續ニ屬スルモノヲ規定スルニ過キス(四〇八、四四四、四五四)又其各上訴ノ爲メ特別ニ規定スル所ノ條項ニシテ仍ホ第一審ノ規定ノ適用ヲ示シ若クハ之ヲ再出

別上訴ノ種

スルニ過キサルモノアリ例ヘハ第四百一條第三項ノ初段第四百二十八條第四百三十八條ノ第三項初段ノ如キ即チ是ナリ  
 上訴ハ控訴、上告、抗告ノ三種トス夫ノ原狀回復ノ訴、取消ノ訴(再審)及  
 ヒ故障ノ如キハ何レモ其不服ヲ申立ラレタル裁判ヲ爲シタル裁判  
 所ニ再訴スルモノニシテ上級裁判所ニ向テ他ノ裁判所ノ裁判ノ審  
 査覆審ヲ訴フルモノニ非ス故ニ此等ハ皆之ヲ上訴ト云フコトヲ得  
 サルヤ勿論トス

控訴 上訴ノ性質

〔第二〕 上訴即チ控訴、上告、抗告ノ性質ヲ略言スレハ控訴ハ第一審判決  
 ノ事實及ヒ法律ノ適用ニ付テ審査セシムルヲ以テ目的ト爲ス蓋シ  
 口頭辯論ノ主義ニ於テハ控訴ヲ以テ辯論ノ繼續ト看做シ即チ第一  
 審ヲ繼續スルモノト爲ス詳言スレハ單ニ其判決ヲ爲スニ至リタル  
 程度ヲ繼續スルハミニアラシテ同時ニ辯論ノ程度ヲモ繼續スル  
 モノト爲ス故ニ控訴審ニ於テハ第一審ニ於ケル訴訟ノ材料ヲ補充

上告

シ之ヲ變更シ得ルモノト爲ス  
 控訴ハ終局判決ニ對スル第二審ノ上訴トス故ニ其區裁判所ノ裁判  
 ナルト地方裁判所ノ裁判タルヲ論セス凡ソ第一審ニ於テ爲シタル  
 終局判決ニ對シテハ皆此控訴ヲ爲シ得ヘク而シテ其例外ノ場合ア  
 ルコトナシ  
 上告ハ其原則トシテハ單ニ法律ノ適用如何ノミヲ審査スルモノニ  
 シテ事實ニ及ハス即チ上告ハ單ニ判決ノ程度ヲ承繼スルモノニ過  
 キスシテ口頭辯論ノ程度ヲ承繼スルモノハニ非ス從テ事實ノ定メ方  
 ニ就テハ其當否ヲ審査スルノ權ナシ然リト雖モ唯其事實ノ定メ方  
 其モノニ付テ既ニ法律ニ違背シ而シテ其違法ニ確定シタル事實ニ  
 基キテ判決シタルトハ即チ其法律ノ適用ニ付テ審査スル權アリ是  
 ソノ法律ニ違背シテ事實ヲ確定シタルモノナリトノ理由ヲ以テ上  
 告ノ理由ト爲シ得ル所以ナリ

抗告ハ上訴ノ方法ヲ完全ナラシメ又他ノ上訴方法ト分別シテ以テ訴訟ノ争點ト其訴訟ノ手續ニ關スル争點トヲ分別シテ以テ其手續ヲ簡便ナラシムルヲ以テ目的ト爲スモノトス此他ノ詳細ハ以下各節ニ於テ論述セン

### 第七十三節 控訴

一控訴ノ第一要件

〔此一〕 控訴ハ其區裁判所ノ判決ニ對スルモノト地方裁判所ノ判決ニ

對スルモノトト問ハス必ス先ツ左ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス

(一) 控訴シ得ヘキモノタルコトヲ要ス今之ヲ第四十九節ニ説述シタル所ニ從テ分解スレハ凡ソ控訴ヲ爲シ得ヘキ裁判ハ左ノ如シ

(イ) 第一審ノ終局判決即チ區裁判所又ハ地方裁判所カ第一審裁判所トシテ爲シタル判決是ナリ仍ホ之ヲ細別スレハ

(イ) 請求又ハ他ノ争點ノ結了ニ因リ其審級ヲ離脱シ去ル可キ結局ノ終局判決(第三十九節(三)ノイ)參觀

(ロ) 一部判決(同上)

(ハ) 闕席判決即チ故障ヲ許サ、ル闕席判決ニシテ而シテ闕席者ニ懈怠ノ責ナシトスル理由ノ正當ナルル(三九八)

(ろ) 第一審ノ中間判決即チ上訴ニ關シテノミ終局判決ト看做ス可キモノ此類ニ屬スル中間判決ハ左ノ如シ

(イ) 妨訴ノ抗辯ヲ棄却スル判決(二〇七)

(ロ) 請求ノ原因及ヒ數額ニ付キ争アルト先ツ其原因ノミニ付キ裁判シ而シテ其請求ノ原因ヲ正當ナリトスル判決(二二八)

(ハ) 防禦方法ヲ主張スル權利ヲ留保スル旨ヲ掲ケタル判決(四二六)

(ニ) 證書訴訟ニ於テ被告カ不適法ノ證據方法ヲ以テ原告ノ請求ヲ争ヒタル場合ニ於テ被告ノ敗訴ヲ言渡シ而シテ之レニ通常訴訟手續ニ依テ更ニ之ヲ争フ權利ヲ留保スル旨ヲ掲ケタル判決(四

九〇、四九一)

右(イ)(ロ)ノ判決ハ純然タル中間判決ナリ然レモ其(ハ)(ニ)ノ判決ハ純然タル中間判決ニ非ス又本然ノ終局判決トモ言ヒ難シ故ニ法律ハ後ノ二箇ノ判決ニ付テハ特ニ上訴及ヒ強制執行ニ付テハ之ヲ終局判決ト看做スト云ヘリ於之乎此判決ハ中間判決ナルヤ將タ終局判決ナルヤ之ヲ斷言スルコト難シ然レモ其判決ノ性質ニ付テ觀察スルモハ無論本案ノ終局判決ニシテ中間判決ニ非ス而カモ仍ホ之ヲ終局判決ト看做スト云ヘルモノハ畢竟其留保セラレタル權利ノ行使ニ因リ或ハ之ヲ平議セラル、コトアリ得ヘク謂ハ、假定ノ判決ナルカ故ニ然ルノミ茲ニ之ヲ中間判決ノ分類中ニ列記スル亦唯其便宜ニ從ヘルノミ

控訴ニ付テノ一般ノ制禁ハ費用ノ點ハ、ミ、就テ、不服ヲ申立ルコトヲ許サ、ルコト是ナリ然レモ本案ノ裁判ニ對スル上訴ト共ニ

全上第二ノ要件

スルモハ勿論相手方ヨリ上訴シタル場合ニ於テ附帶控訴トシテ不服ヲ申立ルニ於テハ費用ノ點ニ限レル控訴モ亦之ヲ許ス可キモノト爲ス(八二)

(ハ)

此他ノ中間判決ハ終局判決ト共ニスルモ限リ控訴シ得ヘシ又決定即チ之ニ對シテ抗告ヲ爲シ得ルモノ若クハ特ニ不服ヲ申立ルコトヲ得スト規定シタル裁判ニ對シテハ終局判決ニ對スル控訴ト共ニスルモ仍ホ控訴ヲ許ス限リニ在ラス

(ニ)

權利上ノ利益アルコトヲ要ス○權利上ノ利益アルトハ不服ナル裁判ニ依テ權利上著シキ損害アルコトヲ主張スルモ限ルヲ云フ夫ノ單ニ訴訟費用ノミニ限レル控訴ヲ許サ、ルモノハ畢竟著シキ權利上ノ損害ト見サルカ故ナリ(八二)

此條件ニ付テハ法律ノ明文ナシ然レモ我訴訟法ノ主義タル素ト當事者ノ利益ヲ主トスルモノニシテ單ニ公益ヲ主トセサルコト

及ヒ第四百二十五條規定ノ趣旨ニ基キ之ヲ必要ノ條件ト爲スコトヲ知ル可キナリ

控訴ノ効力停止ノ効

〔第二〕

(イ)

控訴ノ提起ニ因リ必然生スル所ノ効力ニアリ左ノ如シ  
停止ノ効力○停止ノ効力 (Suspensiv Effect) トハ控訴ノ提起ニ因リ審ニ不變期間ノ經過ヲ中斷スルノミナラス判決ノ確定及ヒ其強制執行ヲ停止スルヲ云フ然レモ其控訴セラレタル判決ニシテ假執行ノ宣言ヲ付セラレタル場合ハ當然之ヲ停止ス可キニ非ス故ニ此場合ニ於テハ第五百十二條ノ規定ニ依リ第五百條ヲ準用シテ一時執行ノ停止ヲ命シ若クハ保證ヲ立シメテ執行ヲ爲サシムルコトヲ得ルモノトス

移審ノ効力

(ロ)

移審ノ効力○移審ノ効力 (Devolutiv Effect) トハ控訴ノ提起ニ因リ其事件ヲ控訴申立ノ限度ニ於テ之ヲ控訴審ニ移スヲ云フナリ即チ其申立ノ範圍内ニ於テハ終局判決ハ固ヨリ凡テノ中間判決若

控訴申立以外ノモスルヲ

控訴ニ於テ審査ス可キ範圍

クハ其他ノ裁判モ亦控訴裁判所ノ判断ヲ受ク可キモノト爲ルコト(三九七)又相手方ノ獨立控訴若クハ附帶控訴ヲ以テ不服ヲ申立タル部分ニ非レハ控訴人ノ不利益ニ變更スルコトヲ得サルコト(四二五)之ヲ要スルニ控訴審ニ於テ控訴人ノ不利益及ヒ其申立以外ニ裁判スルコトヲ得サルハ所謂移審ノ効力ニ基因スルモノト知ル可キナリ

右ノ如ク移審ノ効力ニシテ果シテ控訴申立ノ範圍内ニ止マルモノトスレハ其不服ノ申立以外ノモノハ既ニ確定シタルモノト云フヲ得ヘキ乎否控訴申立以外ノモノト雖モ確定セス蓋シ附帶ノ控訴ハ控訴期間經過ノ後ト雖モ尙ホ且ツ之ヲ爲シ得ヘク而シテ反訴ニ於ケルカ如キ制限ナキカ故ニ(二〇一)口頭辯論ノ終結ニ至ルマテハ何時ニテモ之ヲ提起シ得ヘキカ故ナリ  
以上移審ノ効力ノ結果トシテ控訴裁判所ノ當然審査ス可キ範圍



ヲ約言セシニ控訴ハ素ト上告ニ於ケル如ク獨リ法律點ノ審查ニ止ラスト雖也而カモ前述ノ如ク其當ニ審查ス可キ範圍ハ控訴ノ申立ニ因リ不服ヲ申立ラレタル部分ニ限ル(四一、四二)蓋シ此ノ申立ハ控訴人ニ有益ノ裁判ヲ得トスルヲ以テ其目的ト爲スヲ要ス故ニ單ニ公益ノ爲メト稱シ若クハ自己ノ不利益タルモ唯其裁判ノ廢棄ヲ望ムト云フカ如キハ所謂控訴ノ要件ヲ缺クモノナルカ故ニ之ヲ裁判スル必要ナシ然レモ若シ其相手方ニ於テ控訴又ハ附帶控訴ヲ以テ不服ヲ申立タル部分即チ其範圍内ニ於テハ他ノ一方ノ不利益ニモ亦之ヲ變更スルヲ得ヘキナリ(四二五)控訴裁判所ニ於テ辯論及ヒ裁判ヲ爲ス可キモノハ必シモ第一審ニ於テ辯論及ヒ裁判ヲ經タルモノハミニ限ラス第一審ニ於テ是認シ又ハ非認シタル請求即チ既ニ第一審ニ於テ問題トナリタル請求ニ關スル總テノ爭點ニシテ控訴人申立ノ旨趣ニ從ヒ(申立ニ

例外ノ場  
合

控訴ノ提  
起及ヒ其  
方式

〔第三〕 控訴ノ提起及ヒ其方式

控訴ノ提起ハ一个月ノ不變期間内ニ控訴狀ヲ控訴裁判所ニ差出スヲ以テ之ヲ爲ス

一个月ノ期間ハ判決送達ノ日ヨリ起算ス而シテ若シ第二百四十二條ノ規定ニ從ヒ控訴ノ期間内ニ於テ追加裁判ヲ以テ判決ヲ補充シタル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モノト爲ス(四〇〇)

此期間内ニ在テハ相手方モ亦獨立ノ控訴ヲ爲シ得ヘク(四〇九)又附帶ノ控訴ヲモ爲シ得ヘシ附帶控訴ノコトハ下(第六)ニ詳カナリ判決送達前ニ提起シタル控訴ハ無効トス(同上ノ二)

因リト云フト同シカラス(勢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、ルルト雖也控訴裁判所ニ於テ其辯論及ヒ裁判ヲ爲ス可キナリ(四二一)

控訴狀ニハ左ノ諸件ヲ具備スルコトヲ必要トス

第一 控訴セラレタル判決ノ表示

第二 此判決ニ對シ控訴ヲ爲ス旨ノ陳述○蓋シ必シモ法律ト同

一ノ語ヲ用井ルヲ要セス畢竟控訴ヲ爲ス趣意ヲ見ル可キ明確

ノ語アルヲ以テ足ルモノトス

此他第一審ニ於ケル準備書面ニ關スル一般ノ規定ニ從フノ外

不服ノ程度

(イ) 請求スル所ノ變更ノ申立

(ハ) 新ナル事實及ヒ證據方法アルモハ其事實及ヒ證據方法ヲ掲ク

可キモノトス然レモ此等ノ事項ハ畢竟準備ノ事項ニ過キスシテ

前第一及ヒ第二ノ事項ノ如ク必要ノ條項ニ非ス故ニ之ヲ掲ケサ

ルモ爲メニ何等ノ失權ヲモ來スコトナシ即チ口頭辯論ニ於テ更

ニ之ヲ申立ルコトヲ得ヘキナリ(四〇一)

〔第四〕 控訴ノ手續殊ニ第一審ノ手續ト差異アル所ノモノヲ摘示スレ

ハ大要左ノ如シ

(一) 控訴ノ適法ナルヤ否ヤハ先ツ控訴提起ノ時ニ際リ裁判長ニ於

テ之ヲ調査シ若シ其控訴ニシテ判然許ス可カラサル者法律上ノ

方式ニ適セサルモノ若クハ不變期間ノ經過後ニ起シタルモノナ

ルモ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(四〇二)故ニ此抗告ニ依テ却下ノ命令ヲ

取消サレタルモハ格別若シ其抗告ハ棄却セラレ而シテ控訴ノ期

間既ニ經過シタルモハ單ニ方式ニ付テ不適法ナルモト雖モ之ヲ

改正シテ再ヒ之ヲ提起スルコトヲ得サルニ至ル可シ

(二) 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

時間ハ二十日答辯書ヲ差出ス可キ催告ノ期間ハ十四日トス而シ

テ此期間ハ第二百三條ノ規定ニ依リ裁判長ノ命令ニ依リ之ヲ伸

答辯書

縮スルコトヲ得(四〇三)

(三) 被控訴人ノ答辯書ハ準備書面ニ關スル規定ニ從フ外、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(四〇四)而シテ新事實新證據又ハ附帶ノ控訴ヲ爲ス旨ヲ掲ケタルハ之ヲ控訴人ニ送達ス可シ(四〇七)

控訴ノ取下

(四) 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ケ得ルコト猶ホ第一審ニ於ケル如シ然レモ訴訟ノ取下ハ上訴權ヲ喪失スル結果ヲ生ス(三九九)故ニ取下ハ假令控訴ノ期間内ニ於テスルモ再ヒ控訴ヲ提起スルコトヲ得ス是レ其第一審ニ於ケル訴ノ取下ト同シカラサル所トス

裁判所ノ職權調査

(五) 控訴裁判所ハ職權ヲ以テ控訴ノ適法ナルヤ否ヤヲ調査シ不適法ト認ルルハ判決ヲ以テ之ヲ棄却ス(四一九)

口頭演述

(六) 控訴裁判所ハ控訴ノ申立及ヒ不服ヲ申立テラレタル第一審判

辯論ノ再開

決ノ當否ヲ明瞭ナラシムル爲メ必要トシテ當事者ヨリ口頭辯論ニ於テ申立ラレタル證據方法及ヒ裁判ヲ以テ控訴判決ノ基礎ト爲ス(四一二)

(七) 控訴裁判長ハ當事者ノ演述シタル第一審ニ於ケル辯論ノ結果ニ付キ不正確又ハ不完全ナルモノアルハ問ヲ發シテ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ノ再開ヲ命ス可シ(四一二)

假執行ノ宣言可キ場合

(八) 第一審ノ判決ニシテ假執行ノ宣言ナキモノ又ハ條件附ノ假執行ノ宣言アリタルモノハ控訴ヲ以テ不服ヲ申立テサル部分ニ限リ口頭辯論ノ進行中當事者ノ申立ニ因リ判決ニ假執行ノ宣言ヲ付ス可シ(五〇九)

新事實及ヒ證據方法ノ提出

(九) 當事者ハ第一審ニ於テ主張セザ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(四一五)然レモ之レカ爲

メニハ左ノ制限ニ從フコトヲ要ス

(イ) 新ナル請求ハ相殺スルコトヲ得ヘキモノニシテ且ツ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ルニ限ルコト(四一六)

(ロ) 當事者ノ拋棄シ得ヘキ妨訴ノ抗辯ハ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ルニ限ルコト又妨訴ノ抗辯ニ基キ本案ノ辯論ヲ拒ムコトヲ得サルコト(四一四)

(ハ) 訴ノ變更ハ相手方ノ承諾アルルニ限リ之ヲ許サ、ルコト(四一三)蓋シ第一審ニ於テハ本案ノ辯論前被告カ異議ヲ述ヘサルルハ原告ニ於テ訴ノ原因ヲ變更スルコトヲ得ルナリ(一九五ノ第三)然ルヲ茲ニ此差違ヲキテ得サル所以ハ若シ夫レ之ヲ許スニ於テハ第二審ニ於テ未タ第一審ヲ經サルモノヲ裁判スルニ至ルヲ以テナリ

(ニ) 新ナル反訴ヲ起スコトヲ得ス但シ前反訴ノ擴張又ハ減縮ニ係ルモノハ格別トス

(ホ) 第一審ノ訴訟手續ニ關スル規定ニ違背シタルモノハ既ニ第一審ニ於テ法律上之レカ匡正ヲ求ムル權利ヲ失ヒタルルハ控訴審ニ於テ之ヲ提出スルコトヲ得ス

(ヘ) 事實又ハ證書ニ付キ第一審ニ於テ爲サ、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(四一七)ルト雖ヒ之レニ反シテ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効力ヲ有ス(四一八)

(ト) 訴訟ヲ遅延セシメントスル故意ヲ以テ又ハ甚シキ怠慢ニ因リ早ク之ヲ提出セサリシコトノ心證ヲ得タル防禦ノ方法ハ之ヲ却下スルコトヲ得然リト雖ヒ控訴審ハ第一審ト異ナリ事實ニ付テハ最終ノ裁判所トス故ニ此場合ニ於テハ其防禦方法ヲ主張ス

ル權利ハ判決ニ掲クテ之ヲ留保ス而シテ其留保セラレタル争點ハ依然第二審ニ繫屬スルモノト爲ス故ニ其留保セラレタル争點ニ付キ更ニ辯論ヲ開キ其辯論ニ於テ主張ノ理由ナキコト明ナルルハ終局判決ヲ以テ主張ノ防禦方法ヲ却下シ若シ又之レニ反シテ其主張ニ理由アリ醜テ前判決ノ理由ナキコト明カナルニ至ルルハ乃チ之ヲ廢棄シテ其訴ヲ棄却ス若シ又既ニ前判決ヲ執行シタルルハ申立ニ因リ既ニ支拂ヒ又ハ給付シタルモノ、返還ヲ言渡シ並ニ其費用ニ付テ裁判ス可キモノト爲ス(四二六、四二七)

(十)

控訴ノ終局判決ニ於テ控訴ノ理由ナシトスルルハ控訴ノ棄却ヲ言渡シ(四二四)其理由アリトスルルハ單ニ第一審判決ノ全部又ハ一部ヲ廢棄スルニ止マラス直チニ之レニ代ハル可キ判決ヲ爲ス。判決事實ノ摘示ニ付テハ前審ノ判決ヲ引用スルコトヲ得(四三〇)

控訴ノ判

事實ノ引

第一審へ  
差戻スナ  
要スル場  
合

(十一)

控訴審ノ判決ハ悉ク訴訟事件ノ完結ヲ告クルモノニ非スシテ時ニ其事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スコトアリ即チ先ツ第四百二十二條ニ列記スル場合ヲ掲クレハ左ノ如シ

(一) 不服ヲ申立ラレタル判決カ闕席判決ナルル即チ第三百九十八條但書ノ規定ニ依リ故障ヲ許サ、ル闕席判決ニ對シ控訴シタル場合ニ於テ闕席者ニ懈怠ナシト認メタルル是ナリ

(二) 不服ヲ申立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ル即チ第二百五十九條第二項ノ規定ニ依リ故障ヲ不適法トシテ棄却シタル場合ニ於テ控訴院ハ其故障ヲ適法ト認メタルル是ナリ

(三) 不服ヲ申立ラレタル判決カ妨訴ノ抗辯ノミニ付テ裁判ヲ爲シタルモノナルル即チ第二百七條ノ規定ニ依リ妨訴ノ抗辯ニ付テ爲シタル第一審ノ判決カ妨訴抗辯ヲ不適法トシテ棄却シタル

場合ニ於テ控訴裁判所ニ於テモ同シク之ヲ不適法ト認メタルハ  
 此場合ニ於テハ本案ノ辯論ヲ爲ス可キカ故ニ之ヲ第一審ニ差戻  
 ス蓋シ妨訴ノ抗辯カ適法ニシテ其理由アルハ本案ノ辯論ヲ要  
 セサルカ故ニ自カラ差戻ヲ要セザルナリ

(四) 不服ヲ申立ラレタル判決カ其原因及ヒ數額ニ付キ争ヒアル  
 場合ニ於テ先ツ其原因ニ付テ裁判シタルモノナルハ即チ第二百  
 二十八條ノ規定ニ依リ原因ノミニ付テ與ヘタル判決ニ對シ控訴  
 シタル場合ニ於テ控訴裁判所カ其原因アリト認メタルハ是ナリ

(五) 不服ヲ申立ラレタル判決カ證書訴訟及ヒ爲替訴訟ニ於テ敗  
 訴ノ被告ニ通常訴訟ヲ以テ退行ヲ爲ス權ヲ留保シタルハ即チ第  
 四百九十一條ノ規定ニ依リ通常ノ訴訟手續ヲ以テ退行スル權利  
 ヲ留保シタル判決ニ對シ控訴シタル場合ニ於テ控訴ノ理由ナシ  
 ト認メタルハ此場合ニ於テハ通常訴訟トシテ第一審ニ繫屬スル

手續ノ原由  
スル差戻

訴訟手續  
ノ意義如何

カ故ニ更ニ辯論裁判ヲ爲サシムルカ爲メニ之ヲ差戻スナリ(四九  
 二)

次ニ第四百二十三條ノ規定ニ依リ同シク差戻ノ裁判ヲ爲ス可キ  
 モノアリ

(六) 第四百二十三條ニ曰ク第一審ニ於テ訴訟手續ニ付テハ規定  
 ニ違背シタル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ト

本條ノ規定ニ付キ先ツ注意ス可キハ此規定ニ基ク差戻ノ原由ハ  
 一ニ訴訟手續ノ違背ニ在ルコト及ヒ第四百二十二條ノ場合ニ於  
 ケル如ク差戻シヲ必要トセスシテ之ヲ差戻スト否トハ一ニ裁判  
 所ノ意見ニ從フモノタルコト是ナリ

所謂訴訟手續ノ規定トハ如何ナル規定ヲ指ス乎法律ハ之ヲ明言  
 ヒス於之乎裁判所ノ標準ト爲ス可キモノニ付テハ種々ノ說ナキ

ヲ得ス或ハ曰ク法文ハ何等ノ條件ヲ示サスト雖モ少クモ獨逸訴  
 訟法ニ明言セル如ク重要ナル缺點アル場合ニ限ル可シト夫レ或  
 ハ然ラソ然レモ其所謂重要ナル缺點トハ果シテ如何ナル手續ニ  
 違背スルモノヲ云フヤ是亦未タ法文ニ徴シテ知ルコトヲ得サル  
 所トス故ニ夫ノ獨逸國ニ於テモ學者各其說ヲ異ニシ或ハ曰ク凡  
 ソ其手續ニ付テハ規定ニ違背スル所アルト否トニ因テ裁判ノ結  
 果ヲ異ニス可キモノニ限ルト或ハ曰ク重要ナル缺點トハ法律ニ  
 於テ常ニ法律ニ違背シタルモノト定ムル場合(四三六)ニ限ルト其  
 他種々ノ說アリト雖モ今ハ凡テ之ヲ略シ例ニ依テ左ニ余ノ信ス  
 ル所ノモノヲ掲ケン

(イ) 今先ツ本條ノ適用ス可キ場合如何ヲ考フルニ第一法文明カ  
 ニ訴訟手續ニ付テノ規定ニ違背シタルトアルヲ以テ此規定ハ  
 事件ノ裁判即チ訴訟材料ニ關スル事實上若クハ法律上ノ判斷ニ

差戻ノ原  
 由タル可  
 キ違法

不當アル場合ニ之ヲ適用ス可カラサルコト勿論トス而シテ所謂  
 訴訟手續トハ當事者ノ行爲ニ屬スルモノト裁判所ノ行爲ニ屬ス  
 ルモノトヲ分タス當事者ノ行爲トハ例ハ訴ノ提起送達其口頭  
 辯論ニ關スル一切ノ行爲ノ如キヲ云ヒ裁判所ノ行爲トハ訴訟辯  
 論ノ指揮證據調裁判ノ方式即チ第二百三十六條ノ規定ニ背キ若  
 クハ裁判ニ理由ヲ付セサルカ如キ類ヲ云フ更ニ之ヲ約言スレハ  
 例ハハ上告ニ於テ常ニ破毀ノ理由アルモノトシテ第四百三十六  
 條ニ列記スル所ノ如キ凡ソ公益ヲ主トスル規定ニシテ當事者ノ  
 處分權ニ依テ左右シ得ヘカラサルモノハ總テ差戻ノ理由タル可  
 ク其他ノ規定ニ關スルモノニ付テハ控訴裁判所ニ於テ更正若ク  
 ハ更正シ能ハサルモノニシテ而シテ裁判ノ結果ニ影響ヲ及ホス  
 可キモノニ限リ均シク差戻ノ理由タルヲ得ヘキナリ然レモ又夫  
 ノ證據調ノ規定ニ違背シタルトノ如キ固ヨリ裁判ノ結果ニ影響

差戻ハ尙  
ホ辯論ヲ  
要スルモ  
ニ限ル

差戻ノ判  
決ハ終局  
判決ナリ

アル可シト雖也而カモ控訴院ニ於テハ自カラ新クニ同一ノ證據  
 調ヲ爲スコトヲ得ヘク或ハ又他ノ證據調ニ依テ事件ノ裁判ヲ爲  
 スコトヲ得ヘク要スルニ第一審ノ違法ヲ更正シ若クハ之ヲ外ニ  
 シテ裁判シ得ヘキ場合ニ在テハ無論差戻スニ及ハサルナリ  
 (ロ) 差戻ノ裁判ヲ爲スニハ尙ホ辯論ヲ必要トスルモニ限ルモノ  
 トス故ニ以上差戻ノ理由アツテ存スルト雖也他ノ理由ニ因リ  
 結局訴ヲ却下ス可キ場合ノ如キハ第一審ノ裁判ヲ廢棄シ而シテ  
 訴ノ却下ヲ言渡スニ止マルモノトス例ヘハ無訴權若クハ起訴ノ  
 必要條件ニ違法アリテ原來裁判ス可キモノニ非ルモノ如キ是ナ  
 リ  
 (ハ) 以上第四百二十二條及第四百二十三條ノ規定ニ基ク差戻  
 ノ判決ハ終局判決ニシテ中間判決ニ非ス(一)故ニ此判決ニ對シテ  
 ハ上告ヲ爲シ得ヘキナリ

(一) 終局判決ト中間判決トノ差別ハ上訴ノ許否ニ關スルカ故ニ必要ナルコト  
 及ヒ或ル判決ニ付テ學者ノ見解ヲ異ニスルモノアルコト殊ニ此差戻ノ裁判ニ  
 付テ異論アルコトハ既ニ第四十九節(第三)ノ(一)ニ於テ其大要ヲ論述シ而シテ  
 更ニ此所ニ詳論センコトヲ期セリ故ニ茲ニ之ヲ論述セントス而シテ之ヲ詳論  
 スル必要アル所以ハ第一我大審院ハ從來差戻ノ判決ハ之ヲ終局判決ト爲シ此  
 判決ニ對スル上告ハ凡テ之ヲ受理シ來レリ然ルニ近時ニ至リ突然反對ノ判例  
 ヲ出シ(二十八年六月)差戻ノ判決ハ中間判決ニシテ終局判決ニ非ストノ意見  
 ヲ發表シタルカ故ナリ第二ハ現ニ法曹會ニ於テ現今翻譯中ニテ遠カラス世上  
 ニ現出ス可キ獨逸訴訟法註解ハ「ゾ非フェルト」ノ原著ニ係リ而シテ著者ハ中間  
 判決説ノ主唱者トス故ニ此書ヲ讀ミ而シテ他ノ説ヲ知ルニ能ハサル者ニ於テハ  
 所謂先入爲主此説ヲ妄信シテ復タ動カス可カラサルニ至ル恐レアルカ故トス  
 差戻ノ判決ハ終局判決ナルヤ將ク中間判決ナリヤ○今先ツ此問  
 題ニ對スル獨逸學者ノ説ヲ掲ケ而シテ之ヲ評論々定スル所アラ  
 第七十三節 控訴 (第四百二十二條及第四百二十三條) 八一五

疑問



(一) 終局判決説ノ大要ニ曰ク差戻ノ判決ハ終局判決ナリ其所以ハ此判決ニ依テ控訴裁判所ノ行爲ヲ終結シ(即チ引續キ行フ可キ行爲ナキヲ云)控訴審ニ於ケル訴訟ハ完結ス即チ此終局ニ付テノ控訴裁判所ノ意見ハ夫ノ第二百七十五條(我第二百二十七條ニ當ル)ニ所謂中間争ニ對スル本案判決ノ豫備ノ裁判トシテ發表スルモノニ非ス裁判ハ素ヨリ本案ニ關セスト雖モ而カモ其争點ニ付テハ全ク第二審ノ行爲ヲ完結シ而シテ其裁判セラレタル争點ハ争點其モノ、性質ニ於テ確定力ヲ得ルモノヲラサル可カラズ蓋シ此判決ノ効力ハ其不服申立ノ範圍若クハ手續ニ違法アル範圍ニ於テ形式的ニ第一審ノ判決ヲ廢棄スルニ在リ而シテ爾後ノ新辯論及ヒ新裁判ハ第一審ノ辯論及ヒ裁判タルコト論ヲ俟タス即チ此辯論及ヒ裁判ハ控訴裁判所ノ終局判決ノ力ニ因リ審級主義ノ

原理ニ因リ若クハ第五百二十八條(我第四百五十條ニ當ル)ノ准擬ニ因リ控訴審ノ意見ニ羈束セラレ、モノナリ云々是レ終局説ノ大要トス(Gruchot, Planck, Fitting, Hellmann, Struckmann-Koeh, Wilmoski-Lewy, Förster) 其他帝國裁判所ノ判例ハ皆此説ニ從フモノトス)

(二) 中間判決説ノ大要ニ曰ク差戻ノ判決ハ終局判決ニシテ中間判決ナリ故ニ差戻後ノ本案判決ト共ニスルニ非レハ此判決ニ對シテ上告スルコトヲ得スト而シテ別ニ其理由ヲ説明スルモノアルヲ見スト雖モ蓋シ終局判決ハ本案ノ局ヲ結ブモノニ限リ其他ノ判決ハ悉皆中間判決ナリト云フニ外ナラサル可シ而シテ此説ヲ爲ス者ト雖モ若シ此判決ニシテ第一審裁判所ヲ羈束スル力ナキニ於テハ各其意見ヲ固執スル場合ニ於テ再三同一ノ控訴及ヒ差戻ヲ爲スニ至リテ際限ナカル可シト云フヲ以テ所謂中間判決ニシテ第一審裁判所ヲ羈束スルコトヲ認ム而シテ其理由ニ曰ク差

第七十三節 控訴 (第四百二十二條及第四百二十三條)  
戻後ノ第一審ノ辯論ハ控訴ノ辯論ヲ繼續スルモノナリ故ニ第二  
百八十九條(我二百四十條)ノ規定ニ依テ之ヲ羈束スト (Seuffert Rec  
holl) トハ此說ヲ爲ス)

以上ノ兩說ハ其要領ニ過キス共ニ明瞭ヲ缺クモノアリ故ニ其言  
外ニ於テ基本タル觀念ヲ求ムレハ第一說ハ終局判決ハ必シモ本  
案ノ判決ニ限ラス苟クモ一箇ノ争點ヲ終局シ而シテ其裁判ハ本  
案判決ノ準備ニ非スシテ直チニ其審級ヲ離脱シ去ルモノハ皆以  
テ終局判決ト爲スニ在リ而シテ第二說ハ之レニ反シ苟クモ本案  
ノ判決以外ノモノニシテ終局判決トシテ上訴シ得ルモノハ法律  
ノ明文以テ上訴ト看做スモノニ限ルト爲スニ在リ  
此兩說ニ對スル獨逸帝國裁判所ノ判例アリ故ニ余ハ之ヲ以テ此  
答論ニ代ヘントス案件ハ控訴裁判所カ第一審裁判ノ事實ヲ缺ク  
テ理由トシテ爲シタル差戻ノ判決ニ對スル上告ニシテ判決ハ千

八百八十六年十二月十三日帝國裁判所(我大審院ニ同シ)ニ於テ言  
渡サレタルモノニ係ル

右判決理由ノ要領ニ曰ク

先ツ首メニ判定ス可キ點ハ被告カ不服ヲ申立タル判決ハ民事訴訟法第五百七  
條(我第四百三十二條ニ當ル)ニ謂フ所ノ終局判決ナルヤ否ヤニ在リトススト  
ルツクマン(學者ノ名ナリ)ハ民事訴訟法第五百一條ニ基キテ言渡シタル判決  
ハ中間判決ナリト曰ヒ然カモ別ニ其理由ヲ説明セス然リト雖モ第五百一條ノ  
法文ニ照ラスモ亦タ同條ノ由來ニ關係アル所ノ諸種ノ書類ニ徴スルモ此見解  
ノ正當ナル所以ヲ確カムルニ由ナシ理由書ニ掲クル所ニ據レハ寧ロ此見解ハ  
民事訴訟法第二百七十五條(我第二百二十七條ニ當ル)ニ牴觸セリト謂ハサル  
可カラス該條ニ曰ク

各個ノ獨立ナル攻撃若クハ防禦ノ方法又ハ中間ノ争カ裁判ヲ爲スニ熟スル  
キハ中間判決ヲ以テ其裁判ヲ爲スコトヲ得

何ヲカ中間判決ト云フヤハ本條ノ規定及ヒ次キノ數條ノ場合ニ就テ之ヲ知ルコトヲ得ヘキコト理由書ニ謂フ所ナリ其場合トハ即チ第二百四十八條(我第二百七條ニ當ル)妨訴ノ抗辯ニ付テノ判決(第二百七十六條(我第二百二十八條ニ當ル)(請求ノ原因ニ付テノ判決)第五百二條(同第四百二十六條ニ當ル)(防禦ノ方法ヲ留保シタル控訴判決)及ヒ第五百六十二條(同第四百九十一條ニ當ル)(被告ノ權利ヲ留保シタル證書訴訟判決)是ナリ此等ノ場合ハ共ニ皆第二百七十五條ニ謂フ所ノ「攻撃又ハ防禦ノ方法ノ一部カ裁判ヲ爲スニ熟スルトキ」ナル徵標ヲ具フル所ノ場合タルナリ理由書第二百十七頁ニ曰ク

中間判決ハ左ノ場合ニ限り之ヲ言渡スコトヲ得

第一各個ノ獨立ナル攻撃又ハ防禦ノ方法カ判決ヲ爲スニ熟スルトキ

第二中間ノ争カ判決ヲ爲スニ熟スルトキ

此制限内ニ於テ中間判決ヲ言渡スハ裁判所ノ自由ナル意見ニ在リトス蓋シ各個ノ争點ニ付テ各別ニ裁判ヲ爲スハ必シモ一般ニ適當ナルニアラス寧

ロ各個ノ場合ノ狀況ニ從テ其適否ヲ判斷スルヲ要ス故ニ中間判決ハ一定ノ場合ニ於テハ必ス之ヲ言渡スコトヲ要スト爲ステ得サルナリ(中略)終局判決ニ對照シテ中間判決ノ性質ヲ示セハ曰ク中間判決ハ終局判決ノ準備タルモノナリ後チニ來ル可キ終局判決ノ一部分ヲ形成スルモノナリ故ニ終局判決ト共ニスルニアラサレハ上訴ヲ以テ攻撃スルコトヲ得サルナリ

(中略)

次キノ理由書ハ上ニ摘示シタル民事訴訟法ノ法條ニ該當セル所ノ草案ノ條目ヲ援引セリ

本件ニ於ケル控訴判決ハ上來述ヘタル所ト全ク適合セサルコト明カナリ右控訴判決ハ各個ノ攻撃若クハ防禦ノ方法ニ付テ裁判ヲ爲シタルモノニアラス亦中間ノ争ニ付テ裁判ヲ爲シタルモノニアラス又該判決ハ終局裁判ノ準備タルニアラス即チ訴訟ノ全部ニ付テノ判決ニシテ其目的ハ訴訟カ控訴裁判所ニ提示セラレタル限度ニ於テ全訴訟ヲ終了スルニ在リトス而シテ該判決ハ訴訟ヲ

第七十三節 控訴 (第四百二十二條及第四百二十三條)

八二二

消極的ニ終了シタルコト換言スレハ本訴ノ當時ノ狀況ニ於テハ實體的ノ裁判ヲ爲スコトヲ得ストシテ實體的裁判ヲ爲サハリシコトハ是敢テ該判決カ終局判決タルニ妨クル所ナキナリ

次ニ羈束力ノ點ニ附テ論ゼンニ第一說ハ其根據ト爲ス可キ法文ナキヲ以テ之ヲ法理ニ求メ形式的確定力、審級ノ原理若クハ准擬(analogie)說ニ基クモノニシテ少クモ學理上ノ理由アリト云フ可シ之レニ反シテ第二說ハ之ヲ法文ニ求メ第二百八十九條(我第二百四十條)ノ明文ニ依ラントスルノ結果第一審裁判所ハ第二審ノ辯論ヲ繼續スルモノナリト云フニ至ル抑、此說ノ牽強ニ過キタルコト第五百條(我第四百二十二條)ノ法文ヲ一讀セハ辯明ヲ要セスシテ自カラ明カナル可シト雖、仍ホ茲ニ一言ゼンニ同條第一ノ場合即チ故障ヲ不適法トシテ棄却シタル判決ニ對シ控訴シタル場合ニ於テ控訴院ニ於テ故障ヲ適法ト爲シタルキハ控訴院自カ

ラ第一審ノ裁判ヲ爲シ得ヘキヤ(我第四百二十三條)ノ第一號ハ彼レニナシ而カモ此場合ト同一トス(第二ノ場合ニ於テ妨訴抗辯ヲ棄却シタル判決ニ對シ控訴シタル場合ニ於テ控訴院亦同シク棄却ス可キモノト爲スキハ控訴院自カラ第一審ノ裁判ヲ爲シ得ヘキ乎(其他皆同理ナレハ略ス)控訴院ハ決シテ自カラ第一審ノ裁判ヲ爲スコトヲ得ス夫レ然リ然ルカ故ニ其差戻ヲ必要トス然ルニ控訴院自カラ爲ス能ハサル所ノ辯論及ヒ裁判ヲ指シテ控訴院ノ辯論及ヒ裁判ヲ繼續スルモノト云フヲ得ヘキ乎若シ此論理ニシテ正シキモノト云ハ、差戻後ノ辯論ニ基ケル裁判ハ控訴院ノ判決ナリト云ハサルヲ得ス果シテ然ラソニハ更ニ此裁判ニ對シテ控訴ス可キモノニアラスシテ直チニ之ヲ上告セサル可カラス然ルニ常ニ之ヲ控訴シ控訴院ニ於テ之ヲ判決ス而シテ之ヲ怪マサルハ如何論シテ此ニ至ル第二說ノ信スルニ足ラサルモノナルコ

第七十三節 控訴 (第四百二十二條及第四百二十三條)

八二三

トハ灼々トシテ火ヲ賭ルカ如シ然ルニ謹厚ナルゾ井フェルト氏ニシテ此説ヲ主唱シ殊ニ我國ニ於テ特ニ此説ヲ信シテ突然判例ヲ改ルニ至ラシムルカ如キ余輩其何ノ故タルヲ解スルコト能ハサルナリ。

雙方控訴  
スル場合

〔第五〕 控訴ハ第一審ノ原被雙方ヨリ同時ニ提起スルコトアル可ク又既ニ被控訴人ト爲リタル後ト雖モ仍ホ控訴ノ期間ニ在テハ獨立ノ控訴ヲ提起シ得ヘシ（四〇九）從テ口頭辯論ノ期日ニ於テモ被控訴人ノ申立アルルハ期間ノ滿了マテハ其辯論ヲ延期ス可キモノト爲ス（四一〇）蓋シ辯論一致ノ主義ニ從フモノナリ

附帶控訴

〔第六〕 附帶控訴〇附帶控訴ニ控訴期間内ニ於テスルモノト期間經過ノ後ニ於テスルモノトノ別アリ

控訴期間  
内ノ控訴

- （一） 控訴期間内ニ爲シタル附帶控訴ハ獨立ノ控訴ト看做ス（四〇六）
- （二） 故ニ相手方ニ於テ控訴ヲ取下ク若クハ控訴ヲ不適法トシテ

闕席判決  
ニ對シテ  
控訴シ得  
ル場合

棄却セラル、ト雖モ附帶控訴ハ其効力ヲ失ハス  
附帶控訴ハ自己ノ控訴權ヲ拋棄シタルト雖モ仍ホ之ヲ爲シ得ヘシ蓋シ自カラ進ノテ控訴スルニアラス畢竟防禦ノ地位ニ立テルカ故ニ爲ス所ノモノナレハナリ然リト雖モ原來獨立ノ控訴權ナキ者ニ在テハ附帶控訴モ亦之ヲ爲スコトヲ得ス即チ期日ヲ懈怠シテ闕席判決ヲ受クタル者ハ闕席判決ニ對シテ控訴スルコトヲ得ス（三九八）故ニ其出席者カ控訴シタル場合ニ於テモ闕席者ハ附帶控訴ヲ爲スコトヲ得ス（四〇五）（二）但シ出席者ノ控訴ノ提起カ故障期間内ニ在ルルハ控訴ニ拘ハラズ第一審裁判所ニ向テ故障ノ申立ヲ爲シ得ルコト勿論トス而シテ此場合ニ於テハ控訴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ルモノトス（四一〇）（二）

闕席判決ニ對シテ控訴シ得ヘキ場合ハ第二百六十三條ノ規定ニ

依リ故障ヲ許サ、ル場合ニシテ而シテ其闕席者ニ懈怠ノ責ナキ  
コトヲ理由トスルモ限ルナリ(三九八)

期間經過  
後ノ附帶  
控訴

(二) 控訴期間經過後ノ附帶控訴ハ口頭辯論ノ終結ニ至ルマテハ何  
時ニテモ爲シ得ヘシ(四〇五)控訴權ノ拋棄ニ拘ハラサルコト及ヒ  
控訴權ナキ者ニ付テハ前段ノ場合ニ於ケルト同一トス唯夫レ期  
間後ノ附帶控訴ハ獨立ノ性質ナシ故ニ常ニ主タル控訴ト其運命  
ヲ共ニス從テ左ノ場合ニ於テハ當然其効力ヲ失フモノトス(四〇  
六)

(イ) 控訴ヲ不適法トシテ判決ヲ以テ棄却シタルモ、控訴ヲ不適法  
トシテ棄却スルモハ控訴ノ判決ヲ爲サ、ルモノナリ故ニ附帶控  
訴亦判決ヲ受クルコトヲ得ス然レモ控訴ノ理由ナシトシテ棄却  
セラル、場合ニ在テハ控訴ノ判決ヲ爲スモノナリ故ニ附帶控訴  
モ亦其裁判ヲ受ク而シテ其控訴ト附帶控訴トノ結果ヲ異ニスル

闕席判決

〔第七〕 控訴審ニ於ケル闕席判決

コトアル可キハ言ヲ俟サル所トス  
(ロ) 控訴人自カラ控訴ヲ取下ケタルモ○控訴ノ取下ケハ控訴提  
起ノ始メニ溯リテ權利拘束ノ効力ヲ消滅ス故ニ控訴ヲ基礎トス  
ル附帶控訴獨リ存在スルコトヲ得サルナリ蓋シ控訴ノ取下ケハ  
上訴權ヲ喪失スルモノナルカ故ニ再ヒ控訴セラル、虞ナキナリ

控訴人ノ  
闕席

控訴審ニ於ケル闕席判決ノ主義及ヒ手續ハ其大體ニ於テハ第一審  
ニ於ケルモノト大差ナシ而カモ其訴訟程度ノ同シカラサルカ爲メ  
ニ自カラ相同シキコト能ハサルモノアリ今其異同ノ大要ヲ云ヘハ  
(一) 控訴人ノ闕席シタル場合○此場合ニ於テハ裁判所ハ先ツ第四  
百十九條ノ規定ニ從ヒ職權ヲ以テ控訴ノ適法ナルヤ否ヤヲ調査  
シ不適法ト認ムルモハ控訴棄却ノ判決ヲ爲ス此判決ハ闕席判決  
ニ非ス故ニ之レニ對シテ上告ヲ爲シ得ルコト勿論トス

控訴ノ適法ナルルニ於テハ出頭シタル被控訴人ノ申立ニ因リ闕席判決ヲ以テ控訴ノ棄却ヲ言渡ス此場合ニ於テハ第一審ニ於ケル原告闕席ノ場合ト全ク相同シ故ニ此判決ニ對シテハ第二百五十五條以下ノ規定ニ從ヒ故障ヲ申立ルコトヲ得ヘク而シテ其手續モ亦同一トス

(二)

被控訴人ノ闕席シタル場合○此場合ニ在テモ職權調査ノ結果トシテ控訴ヲ棄却スルニ付テハ前段ニ説述スル所ト同一トス而シテ控訴人ノ出頭ト被控訴人ノ闕席トニ拘ハルコトナシ蓋シ此判決ハ常ニ對席判決ニシテ闕席判決ニ非ルカ故ナリ  
控訴ノ適法ニ提起セラレタルモノナルル控訴人ノ事實上ノ供述ハ被控訴人之ヲ自シタルモノト看做スニ至テハ第一審ノ場合ト異ナルコトナシ然レモ第四百二十九條ノ明文ヲ以テ所謂自白ノ推定ヲ爲スニ一ノ制限ヲ設ケタリ即チ第一審裁判ノ證據ト爲

リタルモノニ牴觸セサル控訴人ノ事實上ノ供述ハ被控訴人之ヲ自シタルモノト看做ストアル是ナリ於之乎其所謂第一審裁判ノ證據ト爲リタル事實トハ如何ナル事實ナルヤ換言スレハ裁判所ノ判斷ニ依テ確定シタル事實ノ義ナルヤ將タ其事實ヲ確定スルカ爲メノ判斷ノ證據ト爲リタル事實ナルヤノ疑義ナキ能ハス是レ蓋シ今日ニ在テ實務家ノ大ニ解釋ニ苦ム所ノ一點トス  
余ハ先ツ之ヲ文法上ヨリ解讀センニ第一審裁判ノ證據ト云フキハ裁判ノ結果即チ判斷ニ依テ確定シタル事實ノ義ニ非スシテ其裁斷ヲ下スノ證據即チ當事者ヨリ主張シ爭論シ又ハ證明シ若クハ自シタル事實ト解釋スルヲ以テ至當ナリト信スルノミナラス若シ夫レ之ヲ裁判ニ依テ確定シタル事實ト解セン乎闕席ニ基因スル自白ノ推定ハ事實上ニ止マルカ故ニ既ニ第一審ノ裁判ニ依テ確定シタル事實ニ牴觸スルモノニ對シテハ此原則ヲ適用ス

可カラサルモノトスルルハ控訴審ニ於テハ幾ノト本條自白ノ規定ヲ適用ス可キ餘地ナキニ至ラン乃チ知ル所謂裁判ノ憑據トハ裁判ニ依テ確定シタル事實ノ義ニアラサルコトヲ仍ホ彼ノ獨逸學者ノ説ク所ヲ參酌シテ余ハ左ノ如ク解セントス(獨逸訴訟法第五百四條ニハ確定シタル事件ノ關係ニ抵觸セサルトキニ限り云々トアリテ我法文ニ比シテ一層疑ヒアルカ如シ)

第一審裁判ノ憑據ト爲リタルモノ(1)即チ事實トハ第一審ニ於テ主張セラレ而シテ自認セラレタルカ又ハ争ハレ而シテ證明セラレタルカ又ハ争ハレ而シテ證明セラレタルモノヲ云フ蓋シ此等ノ事實及ヒ證據ニ付テノ第一審ノ判斷ハ固ヨリ第二審裁判所ヲ羈束セサルカ故ニ之レニ拘ハル理ナキナリ

(1) 本文ニ所謂裁判ノ憑據ト爲リタルモノ云々ノ解釋ヲ以テ適當トセハ第四百四十六條ニ所謂其裁判ノ憑據トシタル事實トハ其文ヲ同フシテ其義ヲ異ニス

ルモノト解セサルヲ得ス此事ハ後チニ上告ノ所ニ於テ再説ス可シ

右ノ如ク解釋スルルハ第一審ニ於テ主張シ而シテ相手方ニ於テ之ヲ自白シタリトアル事實ヲ主張シ又ハ争ヒ而シテ之ヲ證明シタル事實ヲ主張シ若クハ争ヒタルモ證明セサル事實ヲ主張スルカ如キハ何レモ皆裁判ノ憑據ト爲リタルモノト相抵觸セサルモノニシテ即チ此等ノ事實ニ付テハ被控訴人之ヲ自白シタルモノト看做スコトヲ得ヘキナリ

然レモ相手方ノ主張シタル事實ニ對シ争モセス自認モセス又ハ證明ヲモセサリシ所ノモノ即チ第百十一條第二項又ハ證書ノ眞否ニ付テ争ハサルカ爲メニ自白セラレタルモノト看做サレタル場合ニ於テ之ヲ第二審ニ於テ争ハント主張スルカ如キハ所謂裁判ノ憑據ト爲リタルモノト相抵觸スルモノト云フ可シ斯ノ如ク第一審ト相抵觸スル事實若クハ第一審ノ自白ハ錯誤ナリト主張



スルルノ如キハ更ニ證據ヲ舉クテ之ヲ辯論スルヲ要ス而カモ被  
控訴人ハ闕席スルカ故ニ法律ハ仍ホ此場合ニ於テモ實際證據調  
ヲ行ハス而シテ控訴人主張ノ如キ結果ヲ得タルモノト看做スナ  
リ即チ第四百二十九條ノ末段ニ「第一審裁判所ノ事實上ノ確定ヲ  
補充シ若クハ辯駁スル爲メ控訴人ノ申立テタル適法ノ證據調ハ  
既ニ之ヲ爲シ及ヒ其結果ヲ得タルモノト看做シ闕席判決ヲ爲ス」  
トアル即チ是ナリ

記録ニ關  
スル規定

〔第八〕 控訴ノ裁判ヲ爲スニハ第一審ノ記録ヲ必要トス故ニ控訴裁判  
所ノ書記ハ控訴狀ノ提出ヨリ二十四時間内ニ第一審裁判所ノ書記  
ニ向テ其記録ノ送付ヲ求ム可シ

我訴訟法ノ主義ニ於テハ凡ソ訴訟ノ記録ハ其全部ヲ一ニシテ常ニ  
第一審裁判所ニ保存スルモノト爲ス故ニ控訴完結ノ後ハ其記録ハ  
控訴裁判所ノ記録并ニ控訴判決ノ認證アル謄本ト共ニ第一審裁判

上告ノ性  
質

所ニ返還ス可キモノト爲ス(四三一)

### 第七十四節 上告

〔第一〕 上告ノ性質ハ既ニ第七十二節ニ於テ説述シタル如ク法律上ノ  
判斷ニ限ラレタル上訴方法トス故ニ上告裁判所ハ上告ニ係ル判決  
カ法律ニ違背スル所アルヤ否ヤヲ審査ス而シテ其審査ニ付テハ判  
決ニ確定セラレタル事實關係ヲ以テ標準ト爲ス然レモ其事實ノ關  
係ヲ定ムル手續ニ於テ法律ニ違背スル所アル即チ其事實ニシテ  
違法ニ確定セラレタルモノタルハ其事實ニ付テモ亦之ヲ審査ス  
可キモノトス

訴訟法以  
前ノ上告

抑我國訴訟法施行以前ノ大審院ハ素ト佛國ノ Cour de cassation (破毀  
院)ノ制ヲ模シタルモノニシテ今日ノ大審院ハ獨逸ノ Reichsgericht  
(帝國裁判所)ノ制ニ倣ヘルモノナリ故ニ佛國ニ於ケル上告ト獨逸并  
ニ我國現今ノ上告ノ性質トノ間ニ存スル差違如何ヲ知ルハ當ニ無

益ノ業ニ非サルノミス寧ロ法律解釋ノ爲メニ必要トス  
 佛國破毀院ハ公益ノ爲メ法律ニ違背セル判決ヲ取消ス所ノ國權監  
 督ノ機關ト爲ス○獨逸帝國裁判所及ヒ我上告裁判所ハ當事者ノ爲  
 メニ裁判シ私權ヲ保護スルヲ以テ主旨ト爲ス故ニ法律ニ違背シ而  
 シテ當事者ノ利益ヲ害スルル及ヒ其有害ノ限度ニ於テ判決ヲ廢棄  
 ス  
 佛國ノ上告ハ特ニ立法權及ヒ命令權ノ維持ノミヲ以テ唯一ノ目的  
 ト爲ス最後ノ救濟法ト爲ス故ニ上告ハ執行停止ノ効力ヲ有セスト  
 雖ヒ我上告ハ之ヲ通常民事訴訟ノ上訴方法ト爲スカ故ニ停止ノ効  
 力アリ  
 佛國ノ上告ハ最上ノ救濟法タルカ故ニ此判決ニ對シテハ再審ヲ許  
 サス我上告ハ之ヲ通常上訴ノ一ト爲スカ故ニ上告審ノ判決ニ對シ  
 テモ亦再審ヲ許ス

佛國ノ上告ハ其提起ニ付テ嚴格ノ規定ニ從フ即チ先クChawtere de  
 requetes (調査局)ノ審査ヲ受クルヲ要スト雖ヒ獨逸ノ上告ニ於テハ  
 控訴ノ場合ト異ナルヲナシ此點ニ付テハ我國今日ノ上告ハ却ツテ  
 佛國ノ上告ニ類スルモノアリ即チ第四百三十九條ノ規定ニ依リ先  
 ツ上告人ヲ呼出シ其陳述ヲ聽キ上告ノ許ス可キモノナルヤ否ヤ又  
 ハ方式及ヒ期間ニ於テ提起シタル者ナルヤ否ヤニ付キ形式上ノ審  
 査ヲ爲スノミナラス殊ニ其判決カ實體上法律ニ違背スルモノナル  
 ヤ否ヤヲモ審査シ上告ニ理由アリトスルルハ之ヲ受理シテ更ニ開  
 廷審理シ理由ヲシトスルルハ直チニ判決ヲ以テ上告ヲ棄却ス是我  
 上告ニ於ケル特例ト云フ可シ  
 佛國上告ニ於ケル訴訟手續ハ第一審及ヒ第二審ト異ナリ專ラ書面  
 審理ノ主義ヲ探ルト雖ヒ日獨ソ上告審ニ於テハ第一審及ヒ第二審  
 ニ於ケルト同一ノ主義即チ口頭辯論ノ主義ニ從フ

佛國ノ破毀院ハ國家ノ監督機關タルノ故ヲ以テ上告ノ理由アリトスルルハ單ニ判決ヲ破毀スルノミニシテ當事者ノ爲メニ裁判セス其裁判ハ常ニ他ノ控訴裁判所ニ移送シ之ヲ原裁判所ニ差戻スコトナシ其裁判ニ一任ス故ニ此移送ヲ受タル控訴裁判所ハ原則トシテハ破毀ノ判決ニ羈束セラレスト雖モ移送ヲ受タル裁判所ニ於テ再ヒ破毀院判決ノ主旨ト反對ノ判決ヲ爲シ再上告ト爲ルルハ總會議ニ於テ判決シ此總會議ノ判決始メテ羈束ノ力ヲ生ス我上告ニ於テハ之ト異ナリ原則トシテハ他ノ審級ニ於ケルト同シク當事者ノ爲メニ裁判ス而シテ其裁判ヲ破毀スルルハ其事件ヲ原裁判所ニ差戻シ又ハ他ノ控訴院ニ移送ス(獨逸ニ於テハ常ニ原裁判所ニ差戻シ他ノ裁判所ニ移送スルコトナシ)而シテ其差戻又ハ移送ヲ受ケタル裁判所ハ法律上ノ判斷ニ付テハ全ク羈束セラレ、モノトス又原判決ヲ破毀スル場合ニ於テ第四百五十一條ノ條件ニ該ルモノハ上告裁

判所自カラ其事件ヲ裁判ス

以上佛國主義ノ上告ト獨逸主義ノ上告トノ間ニ存スル差違ノ著シキモノトス

上告形式  
上ノ要件

〔第二〕 上告ニ關スル形式上ノ必要條件

上告ニ付テモ上告ヲ許スモノタルヲ要スルト權利上ノ利益アルヲ要スルコトハ既ニ控訴ニ付キ(前節第一)說述シタル所ト同一トス故ニ茲ニ再說セス

上告形式上ノ條件トハ凡ソ形式上上告ヲ許ス可キモノト爲スニ必要ノ條件ヲ云フ今其主要ナルモノヲ舉レハ左ノ如シ

(一) 上告ハ第二審ニ於テ爲シタル終局判決ニ對スルモノタルヲ要ス

所謂第二審ノ判決ニ二種アリ左ノ如シ

(イ) 裁判所構成法第二十六條ノ規定ニ基キ地方裁判所ニ於テ爲

ス所ノ區裁判所(第一審)ノ判決ニ對スル控訴ノ判決

(ロ) 同法第三十七條ノ規定ニ基キ控訴院ニ於テ爲ス所ノ地方裁判所ノ第一審判決ニ對スル控訴ノ判決(仍ホ同法第三十八條及ヒ第四十一條ヲ參觀ス可シ)

以上二個ノ控訴ノ判決即チ民事訴訟法第四百三十二條ニ所謂地方裁判所及ヒ控訴院ノ第二審ニ於テ爲シタル終局判決ニシテ上告ハ即チ此判決ニ對シ不服ヲ申立ルモノニ限ルモノトス

此他民事訴訟法ニ於テ不服ヲ申立ルコトヲ得サルモノ及ヒ抗告ヲ以テ不服ヲ申立ルコトヲ得ヘキモノヲ除ク外凡ソ終局判決前ニ爲シタル裁判即チ獨立ノ控訴ヲ許サル中間判決又ハ抗告ヲ許サル裁判ハ終局判決ト共ニ上告スルニ於テハ均シク上告裁判所ノ監査ヲ受ク可キモノトス(四三三)

第二要件

(二) 上告ハ法律ニ違背シタル裁判ナルコトヲ理由ト爲スモノタル

上告實體ノ要件

要○ス(四三四)法律ニ違背スルトハ獨リ成文アル法律規則ニ違背スルモノ、ミテ云フニ非スシテ法則即チ習慣法又ハ法律ノ原則ニ違背スルモノヲモ包含ス而シテ之レニ違背スルトハ法律ヲ適用セサルコト又ハ不當ニ適用シタルコトヲ云フ(四三五)又所謂法律トハ獨リ實體法ノミヲ謂フニ非スシテ形式法モ亦之レニ包含スルコト勿論トス而シテ第四百三十六條第一號乃至第七號ニ掲クル所ノモノ即チ裁判所構成法若クハ民事訴訟法ノ規定ニ違背スルモノハ法律ノ推定ニ依リ常ニ破毀ノ理由アルモノト爲ス蓋シ此他ノ手續ニ違背スルモノハ必シモ上告ノ理由タラストノ義ニアラサルナリ

〔第三〕 上告ニ關スル實體上ノ必要條件

上告實體上ノ必要條件トハ上告ノ理由ニ關スル必要ノ條件ヲ謂フ而シテ其適法ノ理由ト爲ス可キモノハ

- (一) 法則ヲ適用セス又ハ不當ニ適用シタル違法アルコト  
 法則ヲ適用セス又ハ不當ニ適用シタリト云フヲ以テ上告ノ理由ト爲ス場合ト雖モ其不適用若クハ不當ノ適用ハ必然ノ結果トシテ原判決ノ斷案ヲ下スニ至リタルモノハタルコトヲ要ス換言スレハ若シ原判決ニ於テ適用ス可キ法則ヲ適用シ若クハ正當ニ適用シタランニハ其判決ハ必ス其反對ノ結果ヲ得ルニ至ル可ク若クハ其結果ヲ異ニス可キモノタル可キナリ仍ホ之ヲ詳言スレハ法律ノ違背カ直接ニ判決ノ基因タルモ即チ法律ノ適用如何ト判決主文ノ結果トノ間ニ直接ニシテ且ツ親密ノ關係(因ト果ノ如キ)アルモニ限ルナリ故ニ若シ原判決カ其理由ニ於テ法律ニ違背スル所アルモト雖モ他ノ理由ニ因リ裁判ノ正當ナルモ仍ホ其上告ハ宛カモ適用ノ理由ナキト同シク棄却セラル可キナリ(四五三)
- (二) 判決ノ事實カ法律ニ違背シテ確定セラレタル違法アルコト

事實ノ確定ニ積極的確定ト消極的確定ノ別アリ即チ其事實ハ存在セサルモノト確定スヘキ場合ニ於テ驕テ其事實ハ存在スルモノト確定シタルモ之ヲ積極的事實ノ確定ト云フ之レニ反シテ事實ノ存在ヲ確定ス可キ場合ニ於テ事實存在セスト斷定シタルモハ之ヲ稱シテ消極的事實ノ確定ト云フ我民事訴訟法第四百三十八條末項ニ所謂法律ニ違背シテ事實ヲ確定シ若クハ遺脱シ若クハ提出シタリト看做シタルコト云々トアルモノ皆此外ニ出サルナリ

法律ニ違背シテ事實ヲ確定スルトハ例ヘハ證據法ノ適用ヲ誤マリ又ハ現行ノ法律ニ於テ證據トシテ採用ス可カラサル無印紙ノ證書ニ據テ或ル事實ノ存在ヲ確定シ若クハ當事者ノ自白ニ係ル事實ヲ否認シテ存在セスト確定シ若クハ爭ヒアル事實ヲ自白アル事實ト確定スルノ類ニシテ枚舉ニ遑アラズ蓋シ之ヲ以テ上告

ノ理由ト爲ス場合ニ於テハ、其事實確定ニ付テ違背シタル法律若クハ法則ヲ表示スルノ外、仍ホ其事實表示ノ揭示ヲ怠ル可カラス  
(四三八末項) 近來上告ノ棄却セラレ、モノニ付テ考フルニ多クハ事實裁判所ノ判斷乃チ認定ニ對シ漫リニ不服ヲ唱フルノミニテ其如何ナル法律若クハ法則ニ違背スルコトヲ根據トセス、乃チ此種上告ノ概ネ却下セラル、所以ナラン

手續ノ違

(三)

原判決カ訴訟手續ニ付テノ規定ニ違背シタルコト  
此場合ニ於テハ左ノ區別ヲ爲スヲ要ス

(イ) 原判決カ訴訟手續ノ違背ニ基因シ而シテ其欠缺カ判決ト直接ノ關係ヲ有シ即チ其手續ノ如何ニ依テ判決ノ結果ヲ異ニスルコトアルル

(ロ) 訴訟手續ノ違背カ判決ノ結果ニ影響ナク即チ判決ノ結果ヲ變動スルコトナキト雖モ仍ホ常ニ法律ニ違背シタルモノトシ

常ニ違法アリト爲ス場合ノ

其二

其三

テ上告ノ理由タリ且ツ破毀ノ理由タルル我民事訴訟法第四百三十六條ニ於テ此場合ヲ列記ス即チ左ノ如シ

○第一 規定ニ從ヒ判決裁判所ヲ構成セサルドキ

例ヘハ部員中判事ノ資格ナキ者又ハ法律若クハ事務章程ニ依リ其裁判所ニ參列ノ權ナキ者アルル又ハ判決ノ基本タル口頭辯論ニ立會ハサル判事ノ列席判決シタルトノ如キ是ナリ書記ノ立會ナキル亦裁判所ヲ構成セサルモノニシテ此場合ニ相當ス可シ然レモ其一時ノ闕席ノ如キハ固ヨリ此場合ニ當ラサルナリ

○第二 法律ニ依リ職務ノ執行ヨリ除斥セラレタル判事カ裁判ニ參與シタルル但忌避ノ申請又ハ上訴ヲ以テ除斥ノ理由ヲ主張シタルモ其効ナカリシルハ此限ニ在ラス

○第三 判事カ忌避セラレ且忌避ノ申請ヲ理由アリト認メタルニ拘ハラズ裁判ニ參與シタルトキ

其四

○第四 裁判所カ其管轄又ハ管轄違ヲ不當ニ認メタルトキ

其五

○第五 訴訟手續ニ於テ原告若クハ被告カ法律ノ規定ニ從ヒ代理セラレサリシトキ

法律ノ規定ニ從ヒ代理セラレサルトハ單ニ訴訟無能力者ノ代理セラレサルトミニ非スシテ訴訟能力者ノ訴訟代理ニ欠缺アルト亦之レニ包含ス

其六

○第六 訴訟手續ノ公行ニ付テノ規定ニ違背シタル口頭辯論ニ基キ裁判ヲ爲シタルトキ

其七

○第七 裁判ニ理由ヲ付セサルトキ

裁判ノ理由トハ判決主文ノ由テ生スル條理ヲ見ル可キ主要ノ說明ヲ指スモノニシテ必シモ各論旨若クハ各證據ニ對スル說明ノ義ニアラス故ニ既ニ其判決主文ノ生シ來レル主要ノ理由ニシテ明カナル以上ハ各攻撃若クハ防禦方法若クハ各證據ニ對シテ說

明ヲ與フルナキモノ之ヲ以テ裁判ノ理由ナキモノト云フコトヲ得

ス(二三〇ノ二)然レモ證據ハ獨リ裁判所ノ判斷ノ爲メニスルノミ

ニ非ス又以テ雙方主張ノ關係及ヒ時トシテハ裁判所ノ判斷ノ當

否ヲ監査スルニ(上告裁判所ニ於テ)必要ナルカ故ニ成ル可ク其取

捨ノ說明ヲ付スルヲ可トス獨逸訴訟法ニハ其第二百五十九條第

一項ニ於テ「判決ニハ判事ノ心證ノ標準トナリタル理由ヲ開示セ

サルヘカラスト」アリテ心證判斷ノ理由モ亦之ヲ明示スル義務アリ

我訴訟法ニハ斯ノ如キ明文ナク又從テ之ヲ明示スル義務ナシ

蓋シ心證判斷ノ根據ハ往々言語ヲ以テ説明シ難キモノアルカ故

ナラン然レモ苟クモ其説明シ得ヘキモノハ判事ノ公平ヲ示シ判

決ノ正當ヲ明カナラシムルカ爲メ宜シク之ヲ説明ス可キナリ

判決中主要ノ事實ヲ缺ク時ハ如何事實及ヒ争點ノ摘示ハ第二百

三十六條ノ規定ニ依リ判決中之ヲ揭示ス可キモノナリト雖モ必

シモ無効ノ制裁ト伴フ可キモノニ非ス又常ニ上告ノ理由ト爲ス可キモノ、中ニモ包含セス然レモ若シ夫レ判決ノ基本タル可キ事實ヲ缺キ法律適用ノ當否ヲ見ルニ足ル可キモノナキニ於テハ則チ全ク判決ノ理由ナキモノト云フヲ得ヘク從テ上告ノ理由タリ又破毀ノ理由タル可キナリ

上告ハ素ト第二審ノ判決ヲ審査スルヲ以テ目的ト爲ス故ニ以上七箇ノ違法ノ如キモ專ラ控訴裁判所ノ判決ニ付テ立言スルモノタルコト疑ヒナシ然レモ若シ第二審ノ判決ニシテ第一審ノ判決ヲ基礎トスルモノナルハ際リ第一審ノ判決ニ於テ第四百三十六條第一號乃至第六號ノ違法アリシコト明カナルハ第二審判決ハ即チ此違法ノ判決ニ基クモノナルヲ以テ同シク違法ノ判決タルヲ免レス故ニ此ノ場合ニ於テハ之ヲ理由トシテ上告スルヲ得ヘク上告裁判所ハ亦之ヲ審査シテ判決セサル可カラズ此點ニ

付テハ獨逸國ニ於テモ學說判例共ニ概ネ一致スルモノ、如シ然ルニ我大審院ニ於テハ近時ニ至リ上告裁判所ハ控訴裁判所ノ裁判ヲ審査スルモノナルカ故ニ第一審裁判ニ違法アルヤ否ヤハ如キハ之ヲ問フヲ要セストノ意見ヲ有スルカ如シ蓋シ若シ果シテ如斯違法アレハ須ラク第二審ニ於テ之ヲ主張シ而シテ其判決ヲ受ク可キ筈ナリトノ理由ニ基クモノナラソ此論旨ハ凡ソ通常ノ上告理由ニ對シテ適當ト云フヲ得ヘキモ第四百三十六條ノ場合ノ如キ法律上判決ノ無効ニ歸ス可キ原因ニ對シテ應用ス可キモノニ非ス或ル論者ハ取消ノ訴ノ場合ニ於テ第四百六十八條第二項ノ趣旨ヲ援引シテ之レカ論據ト爲スト雖モ是レ大ナル誤解ト云フ可シ何者取消ノ訴ニ付テハ此明文アルカ故ニ然ルノミナラス彼レニ之ヲ許サ、ルハ却テ上訴若クハ故障ヲ以テ此瑕瑾ヲ補正セシメントスルモノニシテ寧ロ上訴ノ理由タルコトヲ確知シ



得ヘキモノタルハナリ仍ホ第七十六節(第二)(一)ヲ參看シテ一考セハ其理更ニ明白ナル可シ

上告ノ効力 (第四)

上告ニモ亦停止及ヒ移審ノ効力ヲ生スルコトハ控訴ニ付テ説述シタル所ノ如シ(前節(第二)參觀)唯其移審ノ効力ニ付テ一言ス可キモノアリ即チ上告人ノ不利益ニ裁判スルコトヲ得サルコト及ヒ其申立以外ニ裁判シ得サルコトハ同一タルモ而カモ其事件ハ全然上告裁判所ニ繫屬スルモノナルカ故ニ法律上ノ判斷如何ニ付テハ必シモ當事者主張スル所ノ論旨ニ拘束セラレサルコト是ナリ故ニ上告裁判所ハ當事者申立ノ範圍内ニ於テ其主張ハ理由以外ニ違法ノ理由アルコトヲ認ムルハ此理由ニ依テモ亦判決スルコトヲ得ヘキコト是ナリ

上告手續 (第五) 上告ノ訴訟手續

上告期間

(一) 上告ハ一个月ノ不變期間内ニ爲ス可キコト但シ判決送達前ニ提起シタル上告ハ無効トス(四三七)

上告狀ノ要件

(二) 前(第二)(第三)ニ説述シタル形式上若クハ實體上ノ必要條件ノ外上告狀ニハ第一、上告セラレタル判決ノ表示第二、此判決ニ對シ上告ヲ爲ス旨ノ陳述ヲ記載スルコトヲ必要トス故ニ若シ上告狀ニシテ此要項ヲ缺クハ上告ハ當然無効タル可キナリ此他上告狀ニ開示ス可キモノハ概テ準備ノ性質ニ屬スルモノナルカ故ニ適シ其規定ニ適セサルモノアルモ爲メニ無効ノ制裁ヲ受クルコトナシ(四三八)

上告人ノ呼出及ヒ陳述

(三) 第一審及ヒ第二審ニ於テハ訴ノ提起ノ後ハ直チニ當事者雙方ヲ呼出シテ口頭辯論ヲ開クト雖モ上告裁判所ニ於テハ先ツ上告人ノミヲ呼出シ其陳述ヲ聽キ其上告ハ形式上適法ニシテ且ツ實跡上一應上告ノ理由アル可キヤ否ヤヲ審案シ而シテ不適法若ク

第七十四節 上告 (第四百三十七條至第四百三十九條)

八五〇

ハ理由ナシトスルハ判決ヲ以テ上告ヲ棄却スルモノトス(四三九)

第四百三十九條ノ法文ニ依レハ控訴故障再審ノ場合ニ於ケルト同シク上告ノ許ス可カラサルモノナルトキ又ハ法律上ノ方式及ヒ期間ニ於テ起サ、ルトキト云フノ外又ハ第四百三十四條ノ規定ニ依ラサルハ云々ノ一句ヲ加ヘタルノミ然レハ苟クモ上告ノ許ス可キモノニシテ方式ニ違ハス且ツ期間内ニ在テ而シテ法律ニ違背シタル裁判ナリトハ理由ヲ以テ上告セラレタルヤ否ヤハ必シモ上告人ノ陳述ヲ聽クヲ要セス控訴其他ノ場合ニ於ケル如ク書面ニ依テ之ヲ審査シ裁判長ノ命令ヲ以テ直チニ之ヲ却下シテ可ナリ然ルヲ特ニ上告人ヲ呼出シテ茲ニ其陳述ヲ聽カシムル所以ハ獨リ上告ニ於テ一層ノ鄭重ヲ加フト云フ而已ニ在ラスシテ所謂第四百三十四條ノ規定ニ依ラサルトキトハ單ニ違法ヲ

理由トスルヤ否ヤヲ見ルノミニ止マラス其上告ハ果シテ適法ノ理由アリテ判決ヲ破毀ス可キ者ナルヤ否ヤヲモ審察セシメ而シテ其理由ナキハ之ヲ棄却セシムルノ趣意ナルコト得テ知ル可キナリ蓋シ此特例ハ口頭辯論ノ主義(雙方ヲ審訊スル主義)ニ反スルノミナラス上告ノ理由アリトシテ之ヲ受理スル場合ニ於テ徒ラニ二重ノ辯論ヲ要スルニ至ルノ故ヲ以テ往々之ヲ非難スル者アルノミナラス或ル控訴院ニ於テハ上告ノ場合ニ於テモ此規定ニ依ラス最初ヨリ當事者雙方ヲ呼出シテ直チニ判決ヲ爲スト聞ケリ蓋シ獨逸ト同一ノ手續ニ依ルモノナリ然レモ此特例ハ之ヲ佛國ノ調査局ニ倣ヘルモノニシテ固ヨリ一種ノ變例タルノミナラス上告人ニ於テ二回ノ審訊ヲ受クルノ煩ヲ免レスト雖モ被上告人ノ爲メニハ棄却ノ場合ニ於テモ徒ラニ出廷ヲ要スルノ煩ヲ免ル、ノ利アリ而シテ殊ニ棄却ノ場合ヲ多シトス故ニ今日ニ在

第七十四節 上告 (第四百三十七條至第四百三十九條)

八五一

第七十四節 上告 (第四百三十九條第四百二十二條及第四百四十三條)

テハ未タ違カニ此特例ノ得失如何ヲ斷定シ易カラサル而已ナラス余ノ如キハ之ヲ以テ寧ロ今日ノ狀態ニ於テ必要ノ規定ト斷言スルヲ憚ラサルナリ

(四) 被上告人ハ附帶上告ヲ爲シ得ヘク而シテ其手續及ヒ効力ハ凡テ附帶控訴ノ規定ヲ準用ス(四四二、四四三)

茲ニ一疑問アリ曰ク上告提起ノ後ハ其相手方ハ上告狀ノ送達以前ニ在テ附帶上告ヲ爲シ得ルヤ否ヤト是ナリ此問題ニ付キ我大審院ハ上告狀ノ送達アルマテハ之ヲ許サストノ判例ヲ作レリ(二十八年五月)然レモ民事訴訟法ニ於テハ控訴ニ付キ判決送達ノ前ニ提起シタル控訴ハ無効ナリト(四〇〇ノ二)アルノ外附帶ノ上告ニ付キ控訴狀若クハ上告狀ノ送達ヲ必要ト爲ス規定ナシ而シテ上訴ノ提起ハ之ヲ裁判所ニ問合シテ知り得ヘキカ故ニ法律上之ヲ有効ト爲ス可キモノト信ス論者ハ曰ク我國ノ特例ニ係ル第四

百三十九條ノ手續ヲ終ルマテハ上告ハ果シテ受理セラル可キモノナルヤ否ヤヲ知ルコト能ハス換言スレハ未タ當然タル上告ノ成立シタルモノト云ヒ難シ故ニ此手續ヲ畢リ上告ヲ受理シ上告狀ヲ送達シタル後ニ非レハ附帶上告ヲ許サスト若シ斯ノ如ク論スルハ第四百四十二條ノ第二項ニ因リ準用ス可キ第四百六條ノ規定ハ幾ノト準用ス可キ所ナシ何トナレハ上告ニ付テハ特ニ上告ノ適法ナルヤ否ヤヲ調査スルカ爲メニ第四百三十九條ノ開廷ヲ爲スモノナレハ此調査ノ後チ之ヲ適法トシテ上告ヲ受理シ而シテ其上告狀ヲ送達スル後チニ在テハ之ヲ不適法トシテ棄却スル場合ハ幾ノト之レナキ筈ナレハナリサレハ上告ヲ不適法トシテ棄却スル場合ニ於テ附帶上告カ其効力ヲ失フトハ規定ハ第四百三十九條ノ手續ヲ爲ス即チ上告狀送達ノ前ニ於テ附帶上告ノ提起アルコトヲ豫想シタルモノト解スルヲ以テ穩當ノ解釋

ト信スルナリ之ヲ要スルニ上告狀ノ送達アルマテハ附帶上訴ヲ許サストハ一ノ法律ヲ設クルノ謗リヲ免レサルモノト云フ可シ

(五) 上告裁判所ハ其裁判ヲ爲スニ付テハ控訴裁判所カ其裁判ノ憑據トシタル事實ヲ標準トス(四四六)蓋シ控訴裁判所ニ於テ確定シタル事實(一)ハ之ヲ動カス可カラズ乃チ唯其事實ニ對スル法律ノ適用如何ヲ審査スルノ義トス然レモ若シ其事實ニシテ法律ニ違背シテ確定シタルモノナルモハ其事實ニ立入り之レカ確定ノ當否ヲ審査セサル可カラズ即チ第四百四十六條第一項ノ末段ニ於テ第四百三十八條第三項ニ掲ケタル事實ニ限り之ヲ斟酌スルコトヲ得トアル所以ナリ(此事ハ次項ニ詳カナリ)

(一)第四百二十九條ニ所謂「第一審裁判ノ憑據ト爲リタルモノ」ニ付テハ既ニ前節(第七)ノ(二)ニ於テ詳論シ而シテ之ヲ裁判所ノ裁判ノ材料トシテ提出セラレタル事實ノ義ニシテ其材料ニ基キ裁判所ノ確定シタル事實ノ義ニ非スト論定

ヒリ蓋シ彼處ニ於テハ然ラサルヲ得サルナリ然レモ上告ノ場合即チ第四百四十六條ニ所謂「裁判ノ憑據トシタル事實」ハ之レニ反シテ全ク判決ニ確定シタル事實ノ義ト解セサルヲ得ス蓋シ法律點ノ審査ニ止マル上告其モノ、性質ニ於テ然ラサルヲ得サルナリ而シテ其文詞ハ彼此ノ間唯憑據トナリタルト云ヒ憑據トシタルト云ヘル差アルノミ若シ夫レ此差異ヲ以テ前述ノ如キ意義ノ差別ヲ生スルモノタラシメハ固ヨリ論ナシト雖モ余輩ハ唯之レノミヲ以テ其義ヲ異ニスル理アルヲ見ス故ニ之ヲ彼此共ニ同文義トスレハ其用所ニ因リ即チ控訴ト上告トノ性質其モノ、差異ニ因リテ其解釋ヲ異ニセサルヲ得サルモノト論定スルノ外ナシト云ハソノミ

第四百四十六條第二項ニ「證據調ヲ必要トスルモハ上告裁判所ハ之ヲ命ス可シ」トアリ而シテ之ヲ前項ト牽連シテ解讀スルモハ法律ニ違背シテ事實ヲ確定シタリトノ理由ヲ以テスル上告ノ場合ニ於テハ上告裁判所自カラ更ニ證據調ヲ爲シテ其事實ノ確定ス

ルコトヲ必要トスルコトアルカ如ク然リ然レモ上告裁判所ニ於テハ決シテ本案ノ事實ヲ確定スル必要ナシ否之ヲ確定スル權利ナシ故ニ本條第二項ノ規定ハ專ラ本案以外ノ事實ヲ定ムルカ爲メニ必要ナル場合ヲ豫想シタルモノナリ今其一二ノ例ヲ舉クレハ例ヘハ被上告人ヨリ上告人ハ第二審判決送達前ニ上告ヲ提起シタルモノナルコトヲ理由トシ上告ノ無効ヲ主張スルモ若クハ上告人ハ上訴權ヲ拋棄シタルモノナレハ上訴ノ權ナシト主張スル場合ニ於テ果シテ其上告ハ判決送達前ニ提起セラレタルモノナルヤ否ヤ上訴權ヲ拋棄シタルコトアリヤ否ヤノ事實ノ如キハ上告裁判所自カラ之ヲ定ムルノ必要アリ殊ニ不變期間又ハ闕席判決ニ對スル故障期間ヲ遵守スルコトヲ得サル當事者ノ原狀回復ノ申立ノ場合ノ如キ(一七四種々ノ證據調ヲ要スルコトアリ第七十四節 上告 (第四百三十八條及第四百五十一條)ノ爲メニスルモノ

事實ノ審  
査ヲ要ス  
ル場合

ト知ル可キナリ

(六)

第四百三十八條第三項ニ掲ケタル事實ニ限リ上告裁判所ニ於テ審査スルコトヲ得○上告審ニ於テハ本案ニ關スル事實ニ付キ更ニ審査ス可キモノニ非ルコトハ前項ニ説述シタル所ノ如シ然レモ其例外トシテ訴訟手續ニ違背シタル事實殊ニ法律ニ違背シテ事實ヲ確定シ若クハ遺脱シ若クハ提出シタリト看做シタルコトヲ上告ノ理由トスル場合ニ於テハ控訴裁判所ノ憑據ト爲シタル事實ノ定メ方ニ於テ違背アリト云フモノナレハ果シテ其違法アリヤ否ヤヲ審査セサル可カラズ即チ訴訟手續ニ違背セル事實ハ固ヨリ前(第三)ノ(二)ニ説述スル所ノ如キ事實ノ審査ヲ爲ス可キモノトス

(七)

上告裁判所ハ左ノ區別ニ從ヒ最終ノ裁判又ハ差戻若クハ移送ノ判決ヲ爲ス可キモノトス

判決

(イ) 確定シタル事實ニ法律ヲ適用スルニ際リ法律ノ適用ノミニ付テ違法ノ點アルモ其事件ハ既ニ裁判ヲ爲スニ熟スルモハ上告裁判所ハ改メテ正當ノ法律ヲ適用シ而シテ自カラ最終ノ判決ヲ爲ス(四五一)

此最終ノ判決ニ結局判決ヲ是正シテ認可スルモノト原判決ヲ變更スルモノトノ別アリ

例ヘハ確定シタル事實ニ對シ甲ノ法律ヲ適用ス可キニ誤テ乙ノ法律ヲ適用シテ被告ニ義務アリト裁判シタルモ若クハ民法ニ從フモ商事ニ從フモ共ニ既ニ時効ヲ經ルモ其事件ハ商事ナルカ故ニ乃チ商法ヲ適用ス可キニ誤テ民法ノ時効ヲ適用シテ請求ノ權ナシト判決シタルモ如キ上告審ノ判決ハ單ニ其法律ノ適用ヲ改ムルノミニテ結局控訴ノ判決ト同一ニ歸ス

又例ヘハ無訴權若クハ管轄違ノ抗辯ニ對シ控訴裁判所ハ無訴權

ニ非ス管轄違ニ非スト判決シタルモ上告裁判所ニ於テハ其抗辯ノ理由アリト判決スルモ如キ其結果ハ全ク原判決ト正反對即チ之ヲ變更スルモノナルモ而カモ亦再ヒ其事件ヲ差戻シ若クハ移送シテ審理セシム可キモノナシ故ニ此場合ニ於テハ破毀ノ判決即チ終局ノ判決ト爲ルナリ(四五一)

(ロ) 新タニ事實ヲ確定スルノ必要アリ從テ新タニ事實裁判所ノ判決ヲ要スルモハ原判決ヲ破毀シテ之ヲ同裁判所ニ差戻シ若クハ他ノ控訴院ニ移送ス其場合ハ概テ左ノ如シ

(一) 前(第三)ノ(二)ノ場合ノ違法アリ而シテ其事實ノ不完全ナルモ

(二) 法律ニ違背シテ事實ヲ確定シタルモ(四三八ノ三)

(三) 訴訟手續ニ關スル規定ニ違背シタルニ因リ不當ノ判決ヲ來シタルモノトシテ破毀スルモ(四四七ノ二)

(四) 第四百二十二條ニ規定セル場合ニシテ本案ノ全部又ハ一部

ニ付キ辯論ヲ必要トスルモ故ニ夫ノ妨訴抗辯ニ對スル判決又ハ請求ノ原因ニ付テノ判決ニ對スル上告ノ結果更ニ第一審ニ於テ口頭辯論ヲ必要トスルモハ直チニ第一審ニ差戻ス可キモノトス蓋シ第四百五十五條ノ規定ニ從テ裁判シ第四百二十二條ノ適用ニ依テ然ルモノト知ル可キナリ

第二審手續ノ準用

(八)

以上ハ上告ノ手續トシテ特ニ規定スル所ノモノニ係ル此他一切ノ手續ハ第一審及ヒ第二審ニ於ケル手續ノ規定ヲ準用ス而シテ其第二審ノ規定ニ付テハ第四百五十四條ニ於テ特ニ其準用ス可キ事項ヲ列示ス即チ左ノ如シ

第一 闕席判決ニ對スル不服ノ申立○控訴審ニ於テ闕席判決ヲ受ケタル場合ニ於テ之レニ對シテ上告ヲ爲スニ付テハ第三百九十八條及ヒ第四百五條第二項ヲ準用スルヲ云フ  
第二 控訴ノ取下○即チ第三百九十九條ヲ準用シ口頭辯論ノ前

ニ於テハ被上告人ノ承諾ナクシテ上告ヲ取下ルコトヲ得ルヲ云フ

第三 當事者ノ雙方ヨリ控訴ヲ起シタル場合ニ於ケル訴訟手續及ヒ訴訟ノ故障トヲ同時ニ爲シタルモ訴訟手續○即チ第四百九條及ヒ第四百十條第二項ノ規定ヲ準用スルコトヲ云フ

第四 口頭辯論ノ延期○即チ第四百十條第一項ノ規定ヲ準用スルヲ云フ

第五 口頭辯論ノ際ニ於ケル當事者ノ演述○即チ第四百十二條ノ規定ヲ準用スルコトヲ云フ

第六 妨訴ノ抗辯ニ付テノ辯論○即チ第四百十四條ノ規定ヲ準用スルヲ云フ

第七 控訴ヲ起シタル者ノ不利益ト爲ル裁判ヲ爲ス可カラサルコト○即チ第四百二十五條ノ規定ヲ準用スルヲ云フ

第八 記録ノ送付並ニ送還〇即チ第四百三十一條ノ規定ヲ準用スルヲ云フ

(九) 以上上告ノ手續及ヒ控訴ノ規定ヲ準用スル場合ノ外ニ在テハ凡テ地方裁判所ノ第一審ノ控訴手續ノ規定ヲ準用スルモノトス (四四四)

上告ニ於テ地方裁判所第一審ノ手續ヲ準用ス可キ場合ノ最モ著大ナルハ闕席判決ノ場合即チ是ナリ蓋シ闕席判決ノ手續ニ付テハ上告審ノ爲メ毫モ規定スル所ナクハナリ(控訴ノ規定ノ準用ハ闕席判決ニ對スル不服ノ申立ノミニ限ル) 故ニ上告審ニ於テ上告人ノ闕席シタルハ第二百四十七條ノ規定ニ從ヒ上告棄却ノ言渡ヲ爲シ被上告人ノ闕席シタルハ第二百四十八條ノ規定ニ從ヒ被上告人ハ上告人ノ事實上ノ口頭供述ヲ自白シタルモノト看做シテ判決ス可キナリ然レモ茲ニ特ニ注

意ヲ要スルモノハ法律上闕席者ノ自白シタルモノト看做スモノハ單ニ事實上ノ供述ニ止マルモノナルカ故ニ此規定ヲ準用シテ闕席判決ヲ爲シ得ヘキ場合ハ本案ニ付テハ第四百三十八條第三項ノ理由ヲ以テ上告シタル場合ニ限ルコト即チ是ナリ今其一例ヲ舉クレハ法律ニ違背シテ事實ヲ確定シタリトノ理由ニ於テ證人ノ資格ノ有無、證券印紙ノ有無、自白ノ有無ノ如キ又ハ遺脱又ハ提出シタリト看做シタリト云フカ如キ事實上ノ陳述ニ付テハ其證明ヲ要セス被上告人之ヲ自白シタルモノトシテ判決スルカ如キ是ナリ 右説述スル所ノ如クナルカ故ニ此他凡ソ上告ヲ不適法ノモノトシテ棄却スルハ若クハ事實ニ關セサル違法アルハ如キハ當事者ノ出席ト闕席ニ拘ハラズ其判決ハ常ニ對席判決ニシテ闕席判決ニ非ス從テ之レニ對シテ故障ヲ爲スヲ得サルナリ



此他本案以外ノ事項即チ不變期間若クハ故障期間ニ對スル原狀回復ノ場合ニ在テハ前述闕席判決ノ規定ヲ一般ニ適用セラル可キナリ

審査ノ範圍

〔第六〕 上告裁判所ノ審査ス可キ範圍ニ付テハ第四百四十五條ニ規定セル如ク當事者ノ申立ノミニ付テ調査スルモノトス所謂當事者ノ申立ノミニ付テ云々トハ當事者ノ主張スル法理若クハ議論ニ從テ判斷ス可シトノ義ニ非スシテ換言スレハ不服ヲ申立ラレタル範圍内ニ於テ審査スルノ義トス故ニ前〔第四〕ニ於テ一言シタル如ク苟クモ其違法トシテ破毀ヲ求ムル範圍内ニ於テハ當事者ノ所論以外ノ法理ニ於テ違法アルト雖モ上告裁判所ハ之ヲ理由トシテ判決ヲ破毀スルコトヲ得ヘキナリ此他不服ノ程度移審ノ効力ニ付テハ控訴ニ於テ講述シタル所ト同一ノ原則ニ從フモノト知ル可キナリ

差戻後ノ規定

第七 事件ノ差戻又ハ移送ヲ受ケタル裁判所ハ上告裁判所ノ爲シタ

ル法律ニ係ル判斷ニシテ判決ヲ破毀スルノ基本トシタルモノヲ以テ新ナル辯論及ヒ裁判ノ基本ト爲ス義務アリ(四五〇)蓋シ上告裁判所ノ判決ハ下級裁判所ヲ羈束スト云ヘル原則ヲ定メタルモノナリ果シテ然レハ此大原則ハ裁判所構成法第四十八條ニ大審院ニ於テ裁判ヲ爲スニ當リ法律ノ點ニ付テ表シタル意見ハ其ノ訴訟一切ノ事ニ付下級裁判所ヲ羈束ストアリテ既ニ規定セラレタルモノナレハ訴訟法ニ於テ更ニ明言スルノ必要ナキカ如シ唯實際此必要アリト云フヲ得ヘキハ構成法ニハ大審院トアリテ夫ノ控訴裁判所ニ於ケル上告ノ場合ニ及ハサルコト即チ是ナリ

移送後ノ辯論ハ更ニ控訴ノ辯論ヲ爲スモノナレハ茲ニ新クナル事實及ヒ證據方法ヲ提出シ得ヘキコト論ヲ俟タス(四一五)第四百四十八條ノ規定ハ幾ント無用ノ贅文ト云フ可キモノトス

第七十五節 抗告

抗告ヲ爲シ得ル場合

一般ノ規定ニ基クテ

〔第一〕 抗告ハ既ニ前數節ニ於テ講説シタル控訴、上告ト等シク通常上訴方法ノ一トス蓋シ我裁判所構成法第二十六條第二號、第三十七條第三號、第五十條第一號及ヒ民事訴訟法第四百五十五條以下ノ規定ニ依テ創定セラレタル上訴方法ナリ

民事訴訟法第四百五十五條ニ據レハ此種ノ上訴即チ抗告ヲ爲シ得ヘキ場合ハ左ノ如シ

(イ) 訴訟手續ニ關スル申請(一)ヲ口頭辯論ヲ經ス(二)シテ却下(三)シタル裁判ニ對シテ不服ヲ唱ヘントスルル例ヘハ民事訴訟法第二十八條、第五十二條、第一百一條、第一百七條、第五百四十三條、第五百四十七條、第五百四十九條、第五百六十五條、第七百三十五條、第七百四十一條、第七百五十六條、第七百五十七條、第七百六十一條、第七百六十五條等ノ場下ノ裁判ニ不服アル場合ノ如キ是ナリ

法律ノ特ニ因ル抗告

抗告ノ種類

(ロ) 此他民事訴訟法又ハ他ノ法律ニ因リ特ニ抗告ヲ爲シ得ヘキ旨ヲ掲ケタル場合例ヘハ第三十八條、第四十一條、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、第一百九十二條、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、第三百二條、第三百五條、第三百二十二條、第三百二十八條、第三百九十三條、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、第七百六十九條等ノ裁判ニ不服ナルルル如キ是ナリ

抗告ヲ爲シ得ヘキ場合ハ右ノ如ク限定的ノモノナルカ故ニ凡ソ控訴及ヒ上告ヲ爲シ得ヘキ裁判若クハ不服ヲ申立ルコトヲ許サルノ裁判ニ對シテハ決シテ抗告ノ方法ニ依テ上訴スルコトヲ得サルモノトス

〔第二〕 抗告ノ種類 ○ 抗告ノ種類ハ分テ左ノ三種ト爲ス

各抗告ノ差別

再抗告

- (一) 普通抗告 (Einfache Beschwerde)
  - (二) 即時抗告 (Sofortige Beschwerde)
  - (三) 再抗告 (Weitere Beschwerde)
- 右各抗告ノ相異ナル所ヲ約言スレハ
- (一) 普通抗告ニハ提出ノ期間ナシ故ニ苟クモ本案判決ニ因テ未タ其審級ヲ離脱セサル間ハ何時ニテモ爲シ得ヘシ之ニ反シテ
  - (二) 即時抗告ニハ一定ノ期間アリ即チ七日ノ不變期間内ニ於テスルヲ必要トス而シテ其期間ノ起算點ハ裁判ノ送達若クハ言渡ヨリ始ル(四六六)又即時抗告ハ形式上確定力ヲ有ス但シ再審ヲ求ムル訴ニ付テノ要件ノ存スルモハ不變期間ノ滿了後ト雖此訴ノ爲メ定メタル期間内ハ仍ホ抗告ヲ爲スコトヲ得(四六六ノ三)
  - (三) 再抗告(又ハ更新抗告)トハ抗告裁判所ノ裁判ニ對シテ爲ス所ノ抗告ニシテ此抗告ハ其裁判ニ因リ新タル獨立ノ抗告理由ヲ生

新タナル抗告理由トハ何ゾ

新理由アリトスル場合ノ一

シタルモニ非サレハ爲スコトヲ得サルモノトス(四五六)サレハ抗告裁判所ノ裁判中新タナル獨立ノ抗告理由アルコトハ再抗告ニ付テノ必要條件トス而カモ其所謂新タナル獨立ノ理由トハ果シテ如何ナルモノヲ指ス乎是レ則チ實際ニ於ケル一大問題トス故ニ左ニ再抗告ヲ許ス可キ場合ト之ヲ許ス可カラサル場合ヲ分テ二三ノ例ヲ掲クテ之ヲ説明セシ

今先ツ獨立ノ新理由アリトシテ再抗告ヲ許ス可キ場合ヲ例示スレハ

(イ) 凡ソ方式上許ス可カラサルモノトシテ抗告ヲ却下スル決定ニ對シテハ再抗告ヲ許ス可キモノトス何トナレハ抗告ノ理由トスル所ト抗告裁判所ノ裁判(決定)ノ理由トハ全ク相異ルモノナルカ故ナリ蓋シ抗告ニハ暗黙ニ(一)抗告ヲ許ス可キモノト認メラレシコト、(二)不服ヲ申立ラレタル裁判ヲ變更セラレシコト、ノ二箇

ノ申請ヲ包含スルモノトス故ニ抗告ヲ許ス可カラサルモノトシテ却下セラル、其ハ右(一)ノ申請ヲ却下セラレタルモノニシテ即チ第四百五十六條第二項ノ規定ニ從ヒ抗告ノ理由タル可キモノトス

其二

其三

例外

(ハ) (ロ) 抗告裁判所ニ於テ裁判所ノ構成ニ不法アル場合

抗告ノ理由アルモノト決定セラレタル其ハ相手方ニ於テ再抗告ノ權ヲ生ス蓋シ第一審ノ決定ヲ全ク變更セラル、其ハ常ニ新タル抗告ノ理由アルモノトス然レハ原來第四百五十五條ノ規定ニ從ヒ抗告シ得ヘキモノトラサル可カラス故ニ例ヘハ證人訊問ノ申請ヲ却下セラレタルカ爲メニ其申請人ヨリ抗告シタル場合ニ於テ抗告裁判所カ其抗告ヲ理由アリト爲シ即チ證人ノ訊問ヲ命シタル場合及ヒ假差押ノ申請ヲ却下シタル決定ニ對シ抗告シタル場合ニ於テ抗告裁判所カ假差押ヲ命シタル其ノ如キハ相

新理由  
生サレ  
ルナ  
場合ノ一

手方ニ於テモ新タル抗告ノ理由ヲ生セス何トナレハ假令相手方ト雖モ第一審ニ於テ有スル以上ノ權利ヲ有ス可キ理ナクハナリ

又抗告裁判所ニ於テ抗告人ノ負擔ス可キ費用額ヲ變更シタル其ノ如キハ一ノ新理由ヲ生スルモノナリト雖モ此場合ハ第八十二條ノ明文アルカ故ニ以テ再上告ノ理由ト爲スコトヲ得サルナリ

次ニ再抗告ヲ許ス可カラサル場合ヲ例示スレハ

- (イ) 凡ソ抗告ノ理由ナシトシテ却下セラレタル場合即チ前後合ノ裁判ニ歸着シタル場合ニ在テハ凡テ再上告ヲ許サス而シテ其二箇ノ裁判ノ理由ニ至テハ必シモ同一タルヲ要セス故ニ又單ニ一部分ノミノ變更アル場合ニ於テモ再抗告ノ理由トナラス但シ第一ノ裁判ニ比シテ抗告人ノ爲メ一層不利益ナル變更アリタル其ハ一ノ新理由アルモノトシテ再抗告ヲ許ス可キモノトス

右ノ如ク抗告ノ理由ナシトシテ之ヲ却下シタル裁判ニ對シテハ再抗告ヲ許サ、ルヲ以テ通則ト爲スト雖モ然レモ亦別ニ全ク新タナル理由アルトハ之レニ對シテ再抗告ヲ許ス可キ場合ナキニ非ス例ヘハ被告ノ從參加ヲ申請スル者アル場合ニ於テ原告カ之レニ對シテ異議ヲ述フルニモ拘ハラス裁判所ニ於テ其參加ヲ認許シタルカ故ニ原告カ之レニ對シテ即時抗告ヲ爲シ抗告裁判所ハ此抗告ヲ却下シタル場合ノ如キ是ナリ此場合ニ於テハ參加人並ニ被告ハ其却下ノ決定ニ對シテ再抗告ヲ爲シ得ルナリ是レ蓋シ第五十七條第三項ニ於テ從參加ノ許否ハ獨立ノ抗告理由ト爲スカ故ナリ

(ロ) 抗告裁判所カ其手續ニ違背シ若クハ抗告ノ論點ノ審査ヲ遺脱シタルカ如キ事實ノミヲ以テハ未タ再抗告ノ理由ト爲スニ足ラサルモノトス

再抗告ノ理由ハ恰モ第一審ニ於テ抗告シ得ヘキモノタルコトヲ要スルト同シク再抗告ノ理由其モノニ於テ抗告シ得ヘキモノトラサル可カラス故ニ第一審裁判ニ付キ抗告シ得ヘキモノナリト云フノミヲ以テ足レリトセス例ヘハ第一審ニ於テ拒ミタル救助申請ヲ許可シタル抗告裁判所ノ裁判ニ對シテハ再抗告ヲ許ス可カラス何トナレハ第二百二條ニ於テ(檢事ノ外)抗告ヲ許サ、ルモノナレハナリ

再抗告カ抗告ヲ許ス可カラサルモノトシテ却下シタル裁判ニ對スルモノニシテ而シテ再抗告裁判所ニ於テ第一抗告ハ許ス可キモノト認メタルトハ此裁判ハ第一抗告ノ主旨其モノヲ裁判セス唯前審ノ決定ノミヲ廢棄シ而シテ第一抗告ニ付テ裁判ス可キ旨ヲ訓令スルニ止ムルモノトス

再抗告ニシテ即時抗告ヲ爲ス可キ裁判ニ對スルモノナルトハ其

理由ノ如何ニ拘ハラズ再抗告モ亦即時抗告ノ性質ヲ有スルモノト看做ス

抗告ノ効

〔第三〕

抗告ノ効力〇抗告ニ於テモ亦夫ノ控訴及ヒ上告ニ於ケル如ク移審ノ効力(Devolutiv effect)及ヒ或ル場合ニ於テ停止ノ効力(Suspensiv effect)ヲ生ス左ノ如シ

(イ)

移審ノ効力〇抗告ハ直近ノ上級裁判所之ヲ裁判ス(四五六ノ一)而シテ此上訴ハ第二審ニ止マリ第三審ニ及ハサルヲ以テ原則トス然レモ又抗告裁判所ノ裁判ニ對シテ再抗告ヲ爲シ得ヘキコトハ前段説明スル所ノ如シ蓋シ再抗告ナルモノハ第三審ニ非スシテ是レ亦第二審ニ外ナラス何トナレハ再抗告ニハ新タナル獨立ノ理由アルヲ要ス而シテ此新理由ハ獨立ノモノニシテ抗告裁判所ノ初審裁判ト云フ可キモノナレハナリ要スルニ抗告シ得ヘキ裁判ハ各審ニ於テ初審トシテ爲シ得ヘキモノナルカ故ニ之レニ

移審ノ効力  
抗告ハ第二審ニ止マル

對スル抗告ハ裁判所固有ノ審級如何ニ拘ハラズ常ニ第二審トシテ抗告ノ裁判ヲ爲スモノト知ル可キナリ

右ノ如ク抗告裁判所ノ裁判ニ因リ新タナル獨立ノ抗告理由ヲ生シタルモハ更ニ抗告ヲ爲シ得ヘキカ故ニ(四五六ノ二)順次此條件ヲ發生スル場合ニ於テハ其上級裁判所ノアラン限りハ抗告ノ繼續スルコトアリ例ヘハ區裁判所ノ裁判(一)ニ對スル抗告裁判所即チ地方裁判所ノ裁判(二)ニ因リ新理由ヲ生シタルモハ更ニ控訴院ニ抗告シ控訴院ノ裁判(三)亦新タナル抗告理由ヲ生シタルモハ更ニ又之ヲ大審院ニ抗告シテ其裁判(四)ヲ受クルカ如キ是ナリ此場合ニ於テモ控訴院若クハ大審院ハ第三審若クハ第四審トシテ裁判スルニ非スシテ何レモ直近下級裁判ニ對スル第二審裁判ナルコトハ前項既ニ説明セル所ノ如シ

茲ニ一疑問アリ曰ク裁判所構成法ニ據レハ各控訴院ハ區裁判所

疑問

第一說

ノ本案ノ裁判ニ付テハ上告裁判所ノ地位ニ在ルモノト去レハ若シ控訴院カ上告裁判所トシテ審理スル場合ニ於テ訴訟手續ニ付キ一ノ決定ヲ爲シタルトハ之レニ對シテ大審院ニ抗告シ得ヘキヤ否ヤト是ナリ此疑問ニ付テハ左ノ二說アリ

第一說ニ曰ク抗告ニハ普通本案ノ裁判ニ於ケル如ク一定ノ審級ナク各直近ノ上級裁判所即チ抗告裁判所タル可キカ故ニ假令控訴院カ最終審ノ資格即チ上告裁判所トシテ職務ヲ行フト雖モ現ニ法律ニ所謂直近上級裁判所即チ大審院ノ在テ存スルヲ以テ此場合ニ於テモ無論抗告シ得ヘキナリト

第二說ニ曰ク若シ控訴院自カラ抗告裁判所トシテ爲シタル裁判ニ對シテ大審院ニ向テ再抗告ヲ爲シ得ルコトハ第一說ニ云フ所ノ如シ然レモ若シ控訴院カ上告裁判所トシテ本案ヲ審理スル場合ニ於テ控訴院自カラ始メテ爲シタル決定ニ對シテハ抗告ヲ許

第二說

ス可キニ非ス何者此場合ニ在テハ控訴院即チ最上級裁判所ニシテ此裁判ニ對シテハ大審院ト雖モ監査ノ職權ヲ有セス即チ所謂上級裁判所ニアラサレハナリト我大審院ハ一時此第二說ニ左袒シタルモ今ハ却テ第一說ニ從フニ至レリ第一說ニ從フトハ其結果控訴院ハ上告審トシテ裁判スル場合ニ於テモ抗告ノ爲メニ牽制ヒラレ不羈獨立以テ本案ヲ終局スルコトヲ得サルノ不都合アルニ至レハナリト(1)此他仍ホ抗告ハ新理由アルト雖モ本案ノ審級盡クル所ノ審級ニ止ム可シトノ說ヲ爲ス者アリト雖モ此說ノ如キハ本案ノ審級ト抗告ノ審級トヲ混同スルモノニシテ學說トシテ探ルニ足ラサルモノト云フ可シ

(1) 獨逸國ニ於テハ裁判所構成法施行條例(第八條)ニ依リ聯邦中最上地方裁判所(Oberste Landgericht)ノ設置アルトハ聯邦ノ法律ヲ以テ之レニ帝國裁判所ノ權限ニ屬スル民事上ノ上告及ヒ抗告ノ裁判權ヲ附與スルコトヲ得ル旨ノ規

定アリ故ニ實際抗告ハ此裁判所ニ於テ終局スルモノ多カラン我國ニ於テハ如斯規定ナク第四百五十六條ニハ直近ノ上級裁判所其裁判ヲ爲ストアリ而シテ構成法第五十條第一項ノ（ロ）ニハ控訴院ノ決定及ヒ命令ニ對スル法律ニ定メタル抗告トアリテ文詞ノ上ニ於テハ固ヨリ上告裁判所トシテ職務ヲ行フトト否トヲ分ツヲ得ス然レモ斯ノ如クスルハ實際大審院ハ法理上裁判權ナキモノニ對シテ裁判スルニ至ルノ不都合ヲ生スルコトアリ例ヘハ控訴院ニ上告スル場合ニ於テ訴訟上ノ救助ヲ申請スル者アリ控訴院ハ第九十一條ノ規定ニ因リ上告ノ理由ニ見込ナキモノトシテ此申請ヲ却下シタリトセン乎此場合ニ於テ大審院ニ抗告ヲ許スモノトスレハ其意見ヲ以テ或ハ上告ノ理由ニ見込アリトシテ申請ヲ許可スルコトアル可シ即チ大審院ハ自己ノ職權以外ニ於テ控訴院ヲ羈束シ控訴院ハ最上級即チ上告ノ裁判權ヲ行フニ當テ仍ホ他ノ意見ニ羈束セラル、ニ至ル、理ニ於テ不當タルコト明カナリ故ニ余ハ文字ニ拘泥セス審級ノ法理若クハ裁判權限ノ性質ニ據リ之ヲ許サ、ルモノト爲ステ可トス即

力停止ノ効

抗告ノ手續

チ上告裁判所トシテ控訴院自カラ始メテ爲シタル決定ニ對シテハ抗告ヲ許サ、ルモノト爲ステ以テ法理ノ正鵠ヲ得ルモノト信スルナリ即チ第二說ヲ可トスル者ナリ

(ロ) 停止ノ効力○抗告ニハ別段ノ規定アル場合ノ外當然停止ノ効力ヲ生セサルヲ以テ原則トス而シテ其別段ノ規定アル場合トハ第二百九十四條第三項第三百二條第二項若クハ明治二十三年法律第四百號第八條ノ場合ノ如キヲ云フ

然レモ不服ヲ申立ラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所又ハ裁判長及ヒ抗告裁判所ハ何レモ其自由ナル心證ニ依テ不服ヲ申立ラレタル裁判執行ノ中止ヲ命スルコトヲ得ルナリ(四六〇)

〔第四〕 抗告ノ手續

(一) 抗告ハ不服ヲ申立ラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所又ハ裁判長ノ屬スル裁判所ニ抗告狀ヲ差出シテ之ヲ爲ス是レ即チ抗告通常



ノ手續トス(四五七ノ一)然レモ事情切迫ニシテ同上裁判所ニ提出  
スル違ナキ場合即チ法律ニ所謂急迫ナル場合ニ於テハ直チニ抗  
告裁判所ニ抗告狀ヲ提出スルコトヲ得蓋シ一ノ變例ト知ル可キ  
ナリ(四六一ノ一)

右二箇ノ場合ニ於テハ常ニ抗告狀ノ提出ヲ必要ト爲スト雖モ左  
ノ場合ニ於テハ口頭ヲ以テ抗告スルコトヲ得

(イ) 訴訟カ區裁判所ニ繫屬シ若クハ曾テ繫屬シタルモ即チ區裁  
判所第一審タリシモハ第二審ニ於テモ口頭ヲ以テ爲シ得ヘキヲ  
云フナリ

(ロ) 證人又ハ鑑定人ヨリ抗告ヲ爲スモ

(ハ) 證書ヲ提出スル義務アリトノ宣言ヲ受タル第三者ヨリ抗告  
ヲ爲スモ(四五七ノ二)

(ニ) 救助申請ノ裁判ニ對シテ抗告ヲ爲スモ

抗○告○ハ○裁○判○送○達○ノ○前○ト○雖○モ○尙○ホ○有○効○ニ○爲○シ○得○ヘ○キ○モ○ノ○ト○ス○  
以上抗告狀ヲ以テスルト口頭ノ陳述ニ基ク調書ヲ以テスルモト  
ヲ問ハス被抗告裁判所ニ抗告ヲ提出シタルモハ該裁判所又ハ裁  
判長ニ於テ再考又ハ新事實ノ提出ニ依リ抗告ヲ理由アリトスル  
モハ不服ノ點ヲ更正シ理由ナシトスルモハ其意見ヲ付シ三日ノ  
期間内ニ抗告裁判所ニ送付シ又適當ト思料スルモハ訴訟記録ヲ  
モ併セテ送付ス可キナリ蓋シ此期間ハ所謂法定ノ期間ナレモ畢  
竟訓示的ノモノニ過キス故ニ之ヲ懈怠スルコトアルモ訴訟法上  
制裁ナシ(四五九)

又急迫ヲ理由トシテ直チニ抗告裁判所ニ抗告狀ヲ差出シタルモ  
ハ抗告裁判所ハ被抗告裁判所又ハ裁判長ノ意見及ヒ記録ヲ求ム  
ルコトヲ得ヘク又急迫ナラストスルモハ其事件ヲ同上裁判所又  
ハ裁判長ニ送付シ而シテ之ヲ抗告人ニ通知ス可キモノトス(四六

抗告ノ管轄

特別ノ場合

辯論及ヒ裁判

一)

(二) 抗告裁判所ノ管轄○抗告ニ關スル管轄ハ裁判所構成法第二十六條末項第三十七條第三號及ヒ第五十條末項ニ於テ之ヲ規定ス但シ司法事務取扱ノ方法ニ對スル抗告殊ニ或ル事務ノ取扱方ニ對シ又ハ取扱ノ延滞若クハ拒絕ニ對スル抗告ハ構成法第四編ニ定メタル司法行政ノ職務及ヒ監督權ヲ有スルモノニ於テ管轄スルモノトス(裁、構、第四百十條)

受命判事若クハ受託判事又ハ裁判所書記ノ處分ノ變更ヲ求ムルニハ先ツ其受訴裁判所ノ裁判ヲ求ム可シ蓋シ法律ハ之ヲ抗告ト爲サスシテ受訴裁判所ノ裁判ニ對シテ不服ヲ唱フルモノ始メテ之ヲ抗告ト爲ス(四六五)

(三) 辯論及ヒ裁判○抗告裁判所ハ口頭辯論ヲ用非スシテ裁判ヲ爲スヲ以テ通例トス(四六二)然レモ其抗告人ト反對ノ利害關係ヲ有

抗告ノ調査

新事實ノ提出

裁判ノ通知

スル者ヲシテ書面上ノ陳述ヲ爲サシムルヲ得ヘク又必要トスルモ口頭辯論ノ爲メ當事者ヲ呼出スコトヲ得ルナリ(四六二) 抗告裁判所ハ先ツ其職權ヲ以テ抗告ヲ許ス可キヤ否ヤ又方式ニ從ヒ若クハ其期間内(即時抗告ニ付テハ)ニ於テ提出シタルヤ否ヤヲ調査シ若シ其要件ノ一ヲ缺クモハ抗告ヲ不合法トシテ之ヲ棄却ス可シ(四六三)

抗告ヲ適法ニシテ且ツ理由アリト爲スモハ抗告裁判所ハ不服ヲ申立ラレタル裁判ヲ廢棄シ自カラ更ニ裁判ヲ爲シ又ハ被抗告裁判所又ハ裁判長ニ委任シテ裁判ヲ爲サシムルノ權アリ(四六四) 抗告ニハ新事實及ヒ新ナル證據方法ヲ以テ抗告ノ證據ト爲スコトヲ得(四五八)

抗告裁判所ノ裁判ハ何レノ場合ニ於テモ職權ヲ以テ之ヲ被抗告裁判所ニ通知ス可キモノトス(四六四ノ二)

再審

取消ノ訴及ヒ原狀回復ノ訴  
ト原狀回復ノ別  
ト差別

○第六編 再審

第七十六節 取消ノ訴及ヒ原狀回復ノ訴

〔第一〕我民事訴訟法ハ取消ノ訴ト原狀回復ノ訴ヲ併セ之ヲ稱シテ再  
 審ト云フ再審トハ既ニ確定ノ終局判決對席ト闕席トヲ問ハスヲ以  
 テ終結シタル訴訟事件ヲ再ヒ審判スルコトヲ云フ而シテ取消ノ訴  
 ハ訴訟手續上即チ形式上著シキ失誤又ハ違法アル判決ノ取消ヲ求  
 ムルカ爲メニシ原狀回復ノ訴ハ實體上即チ判決ノ基本タル事實ニ  
 不法アル判決ノ取消ヲ求ムルカ爲メニス故ニ此二箇ノ訴ハ共ニ其  
 目的ヲ同フスト雖也而カモ各其理由ヲ異ニス從テ亦取消ノ訴ト原  
 狀回復ノ訴ハ當事者ノ一方又ハ雙方ヨリ同時ニ並ヒ起ルコトアリ  
 此場合ニ於テハ先ツ其取消ノ訴ヲ審理シ其裁判確定ニ至ルマテハ  
 原狀回復ノ訴ヲ中止ス蓋シ取消ノ訴ニシテ其理由アリ原判決ヲ取  
 消スルハ原狀回復ノ訴ハ自然之ヲ審理スル必要ナキニ至ル可キヲ

第七十六節

取消ノ訴及原狀回復ノ訴 (第四百六十七條)

八八五

以テナリ(四六七)

取消ノ訴

[第二] 取消ノ訴 (Nichtigkeitsklage)

取消ノ訴ノ理由ト爲ル可キ事項ハ第四百六十八條ニ於テ之ヲ定ム即チ左ノ如シ

同上ノ理由

第一 規定ニ從ヒ裁判所ヲ構成セザリシキ

第二 法律ニ依リ職務ノ執行ヨリ除斥セラレタル判事ノ裁判ニ參與シタルキ但忌避ノ申請又ハ上訴ヲ以テ除斥ノ理由ヲ主張シタルモ其効ナカリシキハ此限ニ在ラス

第三 判事カ忌避セラレ且忌避ノ申請カ理由アリト認メラレタルニ拘ハラズ裁判ニ參與タルキ

第四 訴訟手續ニ於テ原告若クハ被告カ法律ノ規定ニ從ヒ代理セラレザリシキ

制限

以上取消ノ訴ノ理由ハ夫ノ上告ノ理由トシテ第四百三十六條ニ規

定スル所ノ事由ト同シク此理由ト判決ノ結果トハ間ニ直接關係ハ有無ニ拘ハラズ常ニ再審適法ノ理由タル可キモノトス然レモ第一號及ヒ第三號ノ場合ニ於テハ上告若クハ故障ヲ以テ取消ヲ主張シ得ヘカリシキハ取消ノ訴ヲ爲スコトヲ得サルモノトス

(1)(四六八ノ二)

(1) 我第四百六十八條ノ規定ハ獨逸訴訟法第五百四十二條ノ規定ト幾ント同一トス而シテ其第二項即チ第一號及ヒ第三號ノ場合ニ限リ上訴ヲ以テ取消ヲ主張シ得ヘカリシキハ取消ノ訴ヲ許サストノ規定ハ帝國議會ノ委員會ニ於テ追加セラレタルモノナリ其理由ノ要旨ハ右三號ニ掲クル事由ノ如キハ裁判言渡ノ時ニ於テ確知シ得ヘキ事項ニシテ而シテ上訴ノ期間アリ然ルニ其上訴ヲ爲サスシテ其期間ヲ經過シタル者ニ向テ尙ホ取消ノ訴ニ於ケル如キ長期間ヲ與ヘ以テ其判決ヲ取消サシムル必要ナシ唯夫ノ第四號ノ代理セラレザリシキノ如キハ所謂上訴期間經過ノ後チニ至テ始メテ知り得ヘキコトアリ故ニ之レニ對シ

前項規定ノ理由

テハ取消ノ訴ヲ許スト云フニ在リ今此理由ノ當否ハ暫ク措テ之ヲ論セスト雖  
凡我訴訟法亦其理由ヲ以テ同一ノ規定ヲ設ケタルモノト解スルノ外ナシサレ  
ハ此規定ノ趣意ハ右三號ノ不法ニ付テハ上訴又ハ故障ヲ以テ最終ノ救濟法ト  
爲スト云フニ在リテ寧ロ上訴若クハ故障ニ依テ此違法ヲ矯正セシメントスル  
ニ在ルモノト云フ可キナリ

同上解釋

所謂取消ヲ主張シ得ヘカリシトハ其文義明晰ナラス爲メニ原來上訴ヲ許サ  
ル場合ニ於テハ取消ノ訴ヲ許ス義ナルヤ將タ當事者ノ過失ナクシテ其違法  
アツテ存スルコトヲ知ラス從テ之ヲ主張シ能ハサリシト雖凡仍ホ且ツ之ヲ  
許サ、ル趣旨ナルヤノ疑ヒナキ能ハス獨逸ニ於テハ委員會決議ノ趣旨ヲ推究  
シ假令當事者ノ之ヲ知ラサルカ爲メニ上訴シ能ハサリシト雖凡同シク取消  
ノ訴ヲ許サストノ解釋ニ一定シタルモノ、如シ我國ニ於テハ未タ確タル學說  
若クハ判例アルヲ聞カス然レモ恐ラクハ同一ノ解釋ニ歸ス可キモノナラン  
本條ノ規定ニ付キ獨斷ト異ナル所ハ彼ニハ第四號ニ「但訴訟ヲ爲スコトヲ明諾

又ハ默諾セサリシトニ限ルトアルモ我ニハ此但書ヲ置カス又彼ニハ「上訴ヲ  
以テ云々」トアリテ我ニハ「上訴若クハ故障ヲ以テ云々」トアルニ在リ其他ハ總  
テ同一トス

原狀回復  
ノ訴

〔第三〕 原狀回復ノ訴 (Wideraufnahmeklage)

原狀回復ノ訴ニ因リ再審ヲ求ムルコトヲ得ヘキ場合ハ第四百六十  
九條ニ於テ之ヲ定ム即チ左ノ如シ

同上ノ理  
由

第一 刑法ニ掲ケタル職務上ノ義務ニ違背シタル罪ヲ訴訟ニ關シ  
犯シタル刑事裁判ニ參與シタルト○職務上ノ義務ニ違背シタ  
ル罪トハ刑法第二百七十三條乃至第二百九十一條ニ定ムル所ノ  
官吏瀆職ノ罪ヲ云フ故ニ懲戒處分ノ如キハ此理由ト爲ラス又訴  
訟ニ關シ犯シタル罪トハ總テノ訴訟ヲ云フニアラスシテ現ニ再  
審ヲ訴フル所ノ訴訟ニ付キ其當事者ニ對シテ犯シタル罪ニ限ル  
但シ相手方タル當事者ト通謀ノ有無ヲ問フヲ要セサルナリ

- 第二 原告若クハ被告ノ法律上代理人若クハ訴訟代理人カ罰セラ  
ル可キ行爲ヲ訴訟ニ關シテ爲シタリシモ○前項ノ説明ハ本項ニ  
付キテモ同一トス但シ其罪ノ性質ヲ異ニスルコト勿論ナリ
- 第三 判決ノ憑據ト爲リタル證書カ偽造又ハ變造ナリシトキ  
偽造又ハ變造ハ相手方ノ所爲ニ係ルト第三者ノ所爲ニ係ルトニ  
依テ區別ナク又相手方カ其證書ヲ援用スル時ニ當リ其偽造若ク  
ハ變造ナリシコトヲ知リタルト否トヲ問フヲ要セス
- 第四 證人若クハ鑑定人カ供述ニ因リ又ハ通事カ判決ノ憑據ト爲  
リタル通譯ニ因リ偽證ノ罪ヲ犯シタルトキ○證人鑑定人及ヒ通  
事ハ當事者ノ申立若クハ選定シタルモノト裁判所ノ職權ヲ以テ  
シタルモノ、間ニ於テ差別ナシ
- 第五 判決ノ憑據ト爲リタル刑事上ノ判決カ他ノ確定ト爲リタル  
刑事上ノ判決ヲ以テ廢棄若クハ破毀セラレタリシトキ

- 刑事ノ判決ハ原則トシテハ民事裁判所ヲ羈束スルモノニ非ス然  
レモ夫ノ犯罪ニ原因スル損害賠償請求ノ訴ノ場合若クハ民事訴  
訟法第二百二十二條ノ規定ニ依リ刑事訴訟ノ完結ヲ待テ而シテ判  
決ヲ爲ス場合ノ如キニ在テハ民事裁判所ニ於テ刑事ノ判決ヲ以  
テ民事判決ノ憑據ト爲スコト多シ此場合ニ於テ後チニ其刑事ノ  
判決カ非常上告若クハ再審ノ爲メニ廢棄若クハ破毀セラレ、ニ  
至ルモハ從テ亦之レニ根據セル民事裁判ノ再審ヲ求ムルノ理由  
ト爲ルナリ
- 第六 原告若クハ被告カ同一ノ事件ニ付テノ判決ニシテ前ニ確定  
ト爲リタルモノヲ發見シ其判決カ不服ノ申立ラレタル判決ト牴  
觸スルトキ
- 第七 相手方若クハ第三者ノ所爲ニ依リ以前ニ提出スルヲ得サリ  
シ證書ニシテ原告若クハ被告ノ利益ト爲ル可キ裁判ヲ爲スニ至

ラシム可キモノヲ發見シタルトキ  
此場合ニハ相手方又ハ第三者ノ所爲ニ依リ提出スルコト能ハサ  
リシコト、再審ヲ求ムル者ノ利益ト爲ル可キ裁判ヲ得ルニ至ル  
可キモノタルトノ二條件ヲ必要トス故ニ當事者ノ懈怠若クハ之  
ヲ搜索シタルモ見當ラサリシ場合ノ如キ及ヒ自己ニ利益ナキ場  
合ニ於テハ此條件ヲ缺クテ以テ再審ノ理由ト爲スコトヲ得ス又  
裁判所ハ原告ノ不利益ニ裁判シ得サルコト猶ホ控訴及ヒ上告ニ  
於ケル如シ(四八〇)

制限及ヒ  
例外

以上第一號乃至第四號ノ場合ハ共ニ刑法上ノ犯罪行爲ニ關ス故ニ  
此場合ニ在テハ其罰セラル可キ行爲カ確定判決ニ依テ明確ナル  
ニ非レハ再審ノ理由ト爲スコトヲ得ス然レモ若シ證據欠缺外ノ理  
由即チ犯罪ノ證據ハ充分明確ナルモ時効又ハ犯人ノ死亡若クハ刑  
法第七十八條刑事訴訟法第八十三條等ノ理由ニ因リ刑事ノ訴訟

再審期間

〔第四〕再審(取消及ヒ原狀回復ヲ併稱ス)ノ訴ニ關スル期間

手續ヲ開始スルコトヲ得サルモ若クハ其實行ヲ爲シ能ハサルモハ  
確定判決ナキモ仍ホ同一ノ理由ヲ以テ再審ヲ求ムルコトヲ得蓋シ  
一箇ノ例外ト知ル可キナリ(四六九ノ二)  
又同上ノ場合ニ於テ原狀回復ノ理由ヲ具備スルモト雖モ其理由ハ  
前訴訟ニ於テ主張シ得ヘク殊ニ故障、控訴、附帶控訴ニ依リ主張シ得  
ヘカリシモノニシテ單ニ當事者自己ノ懈怠ニ因テ之ヲ主張セザリ  
シモハ以テ再審ノ理由タルコトヲ得ス即チ自己ノ過失ニ非スシテ  
以上ノ方法ヲ以テ不服ノ理由ヲ主張シ能ハサリシモニ限ルモノト  
知ル可キナリ(四七〇)

(一) 再審ノ訴ハ一个月ノ不變期間内ニ提起スルヲ要ス○此期間ハ  
原告若クハ被告カ不服ノ理由ヲ知リタル日ヨリ起算ス然レモ若  
シ判決確定前ニ其理由ヲ知リタルモハ判決確定ノ日ヨリ起算ス

再審時効期間

例外

再審ノ手續

- (二) 再審ノ訴權ハ判決確定ノ日ヨリ起算シ滿五個年ノ時効ニ因テ消滅ス(同上ノ三)故ニ此期間滿了ノ後チニ至テハ其期間内ニ不服ノ理由ヲ發見シタルモ雖モ再審ノ訴ヲ爲スコトヲ得ス
- 右判決ノ確定ヲ以テ起算點ト爲ス規定ハ第四百六十八條第四號ノ場合ニハ之ヲ適用セス蓋シ訴訟手續ニ於テ原告若クハ被告カ法律ノ規定ニ從ヒ代理セラレサル場合ニ在テハ假令此代理人ニ判決ノ送達アリタリトスルモ其送達ハ法律上無効ニシテ從テ判決確定ノ日ナキカ故ナリ故ニ此場合ニ於テハ原告若クハ被告又ハ法律上代理人カ適法ノ送達ニ因リ判決アリタルコトヲ知リタル日ヨリ起算スルモノトス(四七四)

〔第五〕 再審ノ訴訟手續

- (一) 訴ノ提起及ヒ其後ノ手續ハ左ノ特定ノ手續ノ外其訴ヲ受クタル

訴狀

再審ノ調査

理由及事實ノ疏明

- ル裁判所ノ訴訟手續ニ關スル規定ヲ準用ス(四七三)
- (二) 訴狀ノ要件並ニ準備ノ事項ニ關スルモノハ第四百七十五條ノ規定ニ依ル
- (三) 訴ヲ不適法トシテ裁判長ノ命令ヲ以テ之ヲ却下スル場合(四七六)又之レト同理由ニ基キ裁判所ノ判決ヲ以テ之ヲ棄却スル場合(四七八)ハ故障及ヒ控訴ニ付テ講述シタル所ニ同シ
- (四) 原告ハ口頭辯論ノ期日ニ於テ再審ノ理由期間遵守ノ事實ヲ疏明ス可シ(四七七)
- (五) 裁判所ハ本案ニ付テノ辯論前ニ再審ヲ求ムル理由及ヒ許否ニ付キ辯論及ヒ裁判ヲ爲スコトヲ得(四七九ノ二)
- 再審ノ理由アリト認ムルモ其理由ノ存スル部分ニ限り更ニ辯論及ヒ裁判ヲ爲ス(全上ノ一)
- 再審許否ノ辯論ヲ爲シタルモハ本案ノ辯論ヲ以テ却テ許否ノ辯

第七十六節 取消ノ訴及原狀回復ノ訴 (第四百七十三條至第四百七十九條) 八九五



第七十六節 取消ノ訴及原狀回復ノ訴 (第四百八十一條至第四百八十三條) 八九六

論ノ續行ト爲ス(同上ノ二)

(六) 同一ノ判決ニ於テ取消ノ理由ト原狀回復ノ理由ト並ヒ存スル  
ルハ右兩訴共ニ之ヲ提起スルコトヲ得此場合ニ方テハ當事者ノ  
一方ヨリ兩訴ヲ併起シタルト双方ヨリ各一訴ヲ提起シタルト  
ヲ問ハス裁判所ハ職權ヲ以テ原狀回復ノ訴ヲ中止シ先ツ取消ノ  
訴ノ辯論及ヒ裁判ヲ爲ス可キモノトス(四六七ノ二)

(七) 上告裁判所ニ於テハ再審ヲ求ムル理由及ヒ其許否ニ付テノ辯  
論ノ完結カ係争事實ノ確定及ヒ斟酌ニ繫ルルト雖モ其完結ヲ爲  
ス可キモノトス(四八一)係争事實トハ例ヘハ控訴判決若クハ上告  
狀ノ送達又ハ上訴權ノ拋棄等ニ關シ上告裁判所ニ於テ確定セラ  
レタル事實ヲ云フ

(八) 再審ノ訴ノ管轄ハ左ノ裁判所ニ專屬スルモノトス

(イ) 第一審ニ於テ裁判シタル裁判所

(ロ) 不服ヲ申立ラレタル判決若クハ其數多ノ判決中ノ一カ控訴  
裁判所ニ於テ爲シタルモノナルルル又ハ第四百六十九條第三第四  
第五第七ノ理由ヲ以テ上告裁判所ノ裁判ニ對シ不服ヲ唱フルル  
ハ控訴院之ヲ管轄ス

(ハ) 第四百六十八條又ハ第四百六十九條ノ第一號及ヒ第二號ノ  
理由ヲ以テ上告裁判所ノ判決ニ對シ不服ヲ唱フル場合ニ於テハ  
上告裁判所之ヲ管轄ス

(ニ) 執行命令ニ對スル再審ノ訴ハ其命令ヲ發シタル區裁判所之  
ヲ管轄ス(四七二)

(ホ) 前項ノ場合ニ於テ請求カ區裁判所ノ管轄ニ屬セサルルハ請  
求ニ付テノ訴訟ヲ管轄スル裁判所(同上)

(九) 再審ノ訴ノ効力

再審ノ訴ノ効力ハ適法ノ理由アルルルハ更ニ辯論及ヒ裁判ヲ爲ス  
第七十六節 取消ノ訴及原狀回復ノ訴 (第四百八十一條至第四百八十三條) 八九七

ニ止マリ夫ノ上訴ニ於ケルカ如ク判決ノ確定力及ヒ執行ヲ停止スルノ効力ナキヲ本則トス故ニ裁判所ハ當事者ノ申立ニ因リ一時執行ノ停止ヲ命スルコトヲ得ルノミトス(五〇〇)

再審判決ニ對スル上訴

(十) 再審ノ判決ニ對シテハ普通ノ判決ニ對シテ爲シ得ヘキ上訴ヲ爲スコトヲ得(四八二)

第三者ノ再審ノ訴

以上取消ノ訴及ヒ原狀回復ノ訴ニ適用セラル可キ通則トス此他特ニ原狀回復ノ訴ニ限り所謂原告及ヒ被告以外ナル第三者之ヲ提起シ得ヘキ場合アリ即チ第四百八十三條ニ所謂原告及ヒ被告ノ共謀ニ因リ第三者ノ債權ヲ詐害スル目的ヲ以テ判決ヲ爲サシメタリト主張シ其判決ニ對シ不服ヲ申立ツルルハ再審ノ規定ノ準用シテ第三者亦現狀回復ノ訴ヲ爲シ得ヘキコト是ナリ此場合ニ於テハ原告及ヒ被告ヲ共同被告ト爲スモノトス(四八三及五一)

○第七編 證書訴訟

第七十七節 證書訴訟及ヒ爲替訴訟

證書訴訟ノ性質及ヒ目的

(第一) 證書訴訟モ亦講學上所謂簡易訴訟ノ一ニシテ其特質トモ云フ可キモノハ事物上及ヒ證據方法上ニ制限アルニ在リ然レモ此訴訟ヲ許ス目的タル單ニ訴訟進行ノ簡易迅速ヲ期スルノミニ在ラスシテ凡ソ書面ニ依テ計算シ得ヘキ請求ノ實行ヲ速カニセシメントスルニ在リ從テ通常手續ニ依テ更ラニ裁判セラル可キモノタルニモ拘ハラス假ニ執行ス可キモノト爲スナリ今此訴訟ノ性質手續ヲ説述スルニ就テハ其普通ノ訴訟ト差違アル點ヲ指定スルニ止メントス

目的物

(一) 訴訟ノ目的物○證書訴訟ノ目的物ハ夫ノ支拂命令及ヒ執行力ヲ有スル公證人ノ作リタル證書ニ於ケルカ如ク(三八二、五五九ノ第五)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

證書訴訟  
目的ハ  
給付ノ請  
求ニ限ル

證據

訴訟事實  
ノ分別

第七十七節 證書訴訟及ヒ爲替訴訟 (第四百八十四條及第四百八十七條) 九〇〇

量ノ給付ノ請求ニ制限セラレ、モノトス(四八四)故ニ其數量ニ付テ計算ヲ要スルモノ若クハ反對給付ヲ要スルモノ、如キハ證書訴訟ヲ以テ請求スルコトヲ得ス此事物上ノ制限ハ請求ノ性質ニ屬スル必要條件トス

證書訴訟ノ目的物ハ右ノ如ク制限セラレ、モ權利ノ性質ニ付テハ唯、人權關係ニ止ラスシテ物權關係ニモ之ヲ適用シ得ルコトハ明文ノ上ニ於テ明白ナリ然レモ其請求ハ常ニ一定ノ給付ニ在ルヲ必要ト爲スカ故ニ訴訟ハ必ス履行請求ヲラサル可カラズ從テ夫ノ確定ノ訴ノ如キハ證書訴訟ヲ以テスルコトヲ得サルヤ知ル可キナリ

(二) 訴訟事實ノ證據 ○證書訴訟ニ於ケル證據ハ一ニ書證ニ限ルモノトス即チ此名稱ヲ生スル所以トス(四八七)  
訴訟事實ニ別アリ第一訴ノ原因タル事實即チ第四百八十四條ニ

證書ヲ以  
テ證明ス  
可キ事實

證書ヲ以  
テ證明シ  
得ル事實

所謂其請求ヲ起ス理由タル總テノ必要ナル事實第二、第四百八十七條ニ所謂證書ノ眞否此他辯論ノ進行中證明ヲ要スル事實第三、本案ノ權利關係ト相關セサル事實是ナリ

右第一ノ事實ハ證書訴訟ノ基礎タル事實ナルカ故ニ其主タル請求ニ關スルト附帶ノ請求ニ屬スルトニ論ナク常ニ證書ヲ以テ之ヲ證明スルヲ要ス所謂證書ハ公正證書ト私署證書ヲ問ハスト雖モ必スヤ證據ノ爲メニ作成セラレタル書面タル可キナリ

第二ノ事實ハ必スシモ證書ヲ以テスルヲ要セス然レモ證書ノ眞否若クハ其他ノ事實例ヘハ辯論中補充シタル事實ノ如キモ之レカ證明ハ少クモ書證即チ書面ヲ以テスルヲ要ス故ニ夫ノ通常ノ場合ニ於ケル如ク證書ノ檢査(一)又ハ其他ノ事實ノ爲メ證人ノ訊問、鑑定、臨檢ノ如キ證據方法ヲ許サ、ルナリ然レモ其書證タル以上ハ公私ノ證書ハ固ヨリ當事者ノ書面タルト第三者ノ書面タル

第七十七節 證書訴訟及ヒ爲替訴訟 (第四百八十四條及第四百八十七條) 九〇一

トヲ問ハス又其署名若クハ捺印ノ有無ヲ論セス凡テ之ヲ立證ノ用ニ供スルコトヲ得ヘキナリ唯其證據力ノ如何ニ至テハ全ク裁判官ノ自由ナル心證判斷ニ依テ定マルコト勿論ナリ

(1) 法廷現在ノ書面ニ就テ裁判所自カラ檢證シ得ルルハ格別トス

第三ノ事實例ヘハ訴訟能力若クハ法律上代理人ニ關スル事實ノ如キニ至テハ本案ト關係ナシ故ニ必スシモ證書訴訟ノ制限ニ從フヲ要セサルナリ

以上證書訴訟ニ於ケル證據ノ性質ニ關スル必要條件トス

(三) 訴訟上ノ必要條件トシテハ證書訴訟トシテ訴フル旨ノ陳述ヲ掲ケ且ツ證書ノ原本謄本ヲ添フルヲ要ス(四八五)故ニ若シ其證書訴訟トシテ訴フル旨ノ陳述ヲ掲ケサルハ通常訴訟トシテ提起ノ効力アル可シト雖モ證書訴訟トシテ無効トス又書證ノ申出ハ證書ノ提出ヲ以テノミ之ヲ爲スコトヲ得ルモノ

書證ヲ必  
要トセザ  
ル事實

必要條件

書證ノ申  
出

妨訴抗辯

トス(四八七)故ニ夫ノ通常訴訟ニ於ケル如キ提出又ハ取寄又ハ送付ヲ命セラレノコトノ申立ヲ以テスルコトヲ得サルナリ(三三五、三四二、三四六)

(四) 妨訴ノ抗辯ニ基キ本案ノ辯論ヲ拒ムコトヲ得ス然レモ裁判所ハ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ此抗辯ニ付キ辯論ノ分離ヲ命スルコトヲ得(四八六)

妨訴抗辯ハ本節第一ニ一言シタル證書訴訟ノ目的ト牴牾スル所アルカ爲メニ左ノ二様ノ制限ヲ加フルモノナリ

(イ) 第八十八條ノ明文ヲ以テ第二百六條第五號訴訟費用保證欠缺ノ抗辯ノ抗辯ヲ除斥スルコト

(ロ) 其他ノ妨訴抗辯ハ第四百八十六條ノ明文ニ依テ本案ノ辯論ヲ拒ムカ爲メニ提出スルコトヲ得サルコト

故ニ第二百七條第一項中被告カ妨訴ノ抗辯ニ基キ本案ノ辯論ヲ

拒ムトハ別ニ辯論及ヒ判決ヲ爲ス可シトノ規定ハ證書訴訟ニ付テハ適用ス可カラサルモノトス又同一ノ權利關係ニ付キ例ヘハ消極的確定ノ訴トシテ繫屬スルコトアルモ仍ホ權利拘束ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得ス

然レモ亦判然タル妨訴ノ理由アル場合ニ於テハ裁判所ハ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ妨訴ノ抗辯ニ付キ辯論ヲ命スルコトヲ得ルモノトス故ニ此場合ニ於テハ第二百七條第一項ノ一部ハ適用セラル可ク從テ第二百六條第一項ノ條件及ヒ第二百七條第二項ノ規定亦自カラ適用セラル可キナリ

反訴ヲ許サス

(五) 證書訴訟ニ付テハ反訴ヲ許サス(四八七)

證書訴訟ニ反訴ヲ許サ、ルハ手續ヲ簡易ニセシカ爲メナリ故ニ若シ之ヲ提起スル者アレハ之ヲ却下ス然レモ適法ノ證據方法ヲ以テスル相殺ノ抗辯ノ如キハ固ヨリ之ヲ爲シ得ヘキナリ

訴訟ノ變替

(六) 證書訴訟ヲ止メ通常ノ訴訟手續ニテ訴訟ヲ繫屬セシムルコト

ハ口頭辯論ノ終結マテハ原告ノ隨意トス(四八八)

通常ノ訴訟ニ於テハ第九十八條ノ規定ニ依リ口頭辯論以前ニ在テハ被告ノ承諾ヲ要セス又其後終結ニ至ルマテハ被告ノ承諾ヲ得テ始メテ訴ヲ取下ケ得ヘク而シテ此方法即チ取下ヲ以テ其訴ヲ終局スルモノトス然ルニ證書訴訟ニ於テハ辯論ノ終結ニ至ルマテハ被告ノ承諾ヲ要セス又別ニ證書訴訟取下ノ手續ヲ要セシテ引續キ繫屬セシムルコトヲ得ヘシ而カモ其訴ハ別モノトナルカ故ニ若シ被告闕席ノ場合ニ於テ證書訴訟ヲ止メタルモ通常ノ訴訟ノ爲メ更ニ被告ヲ呼出ヲ必要トス然レモ亦起訴及ヒ其他ノ手續ヲ更新スルヲ要セス既ニ進行シタル手續ハ總テ其効力ヲ保ツモノトス唯夫レ訴ノ原因ヲ變更スルコトハ之ヲ許ス可カ

同上ノ場  
合ニ於テ  
ハ證書取  
下ノ要ス

ラスト雖ヒ其他攻撃防禦ノ方法ヲ補充シ若クハ之ヲ變更シ得ル  
コトハ勿論ト知ル可キナリ

此規定ノ適用ハ第一審ニ限り第二審ニ適用ス可カラサルコト亦  
別ニ説明ヲ要セサル所ナリ

(七) 被告ノ義務ニ屬スル證據ノ申出モ亦書證ノ提出ヲ以テ之ヲ爲  
スコトヲ得ルノミニシテ其他ハ皆之ヲ却下ス(四九〇)此場合ニ於  
テモ第四百九十一條ノ規定ニ從ヒ權利ノ行使ヲ留保セラル、コ  
ト勿論トス

(八) 訴ノ却下ハ左ノ場合ニ於テ之ヲ行フ

(イ) 形式上證書訴訟トシテ許ス可カラサルモノナルモ  
形式上證書訴訟トシテ許ス可カラサル場合トハ例ヘハ請求ノ目  
的カ第四百八十四條ノ規定ニ適合セサルモ證書訴訟トシテ訴フ  
ル旨ノ陳述ヲ缺クモ適法ノ證據方法ヲ申出サルモ申出タル證據

被告ノ證  
據

訴ノ却下

被告ノ開  
席ニ拘ハ  
ラズ却下  
スル場合

ヲ完全ニ擧ケサルモ如キ是ナリ是等ノ理由ヲ以テ訴ヲ却下セ  
ラレタルモト雖ヒ其訴訟事件ハ全ク終局スルモノニシテ再ヒ其  
欠缺ヲ補正シ若クハ通常ノ訴訟トシテ起訴スルコトヲ得ス即チ  
其判決ハ終局判決ニシテ通常上訴ヲ以テスルノ外之ヲ變更セシ  
ムルノ途ナキモノトス

(ロ) 原告ノ請求又ハ被告ノ抗辯ニ因リ請求カ理由ナシト見ユル  
モ(四八九)

(九) 又原告ニ於テ適法ノ證據ヲ擧ケサルモ被告ノ闕席スルモ又  
ハ其異議若クハ抗辯ノ適法ナラサルモト雖ヒ仍ホ其訴ヲ却下ス  
(四八五)

(十) 被告ニ於テ原告主張スル所ノ請求ヲ争ヒタルモハ敗訴ノ言渡  
ヲ受ケタル總テノ場合ニ於テモ其判決ニ於テ被告カ通常ノ訴訟  
手續ニ於テ訴訟ヲ繼續スル權利ヲ留保ス可シ若シ其留保ヲ掲ケ

サルルハ第二百四十二條ノ規定ニ從ヒ判決ノ補充ヲ申立ルコトヲ得(四九一ノ一)

被告ノ敗訴ノ場合

其一

此規定ハ原告ノ訴訟カ證書訴訟トシテ適法ニシテ且ツ請求ノ理由アリ而シテ被告ノ異議即チ抗辯ノ却下セラレタルル即チ被告ノ敗訴ノ場合ニ適用セラル、モノトス被告ノ敗訴ノ場合ニ二種アリ第一、被告ノ異議ナクシテ敗訴ニ歸シタル場合第二、被告ノ異議アルニ拘ハラズ敗訴ニ歸シタル場合はナリ  
第一ノ場合ハ被告カ請求全部ノ認諾ヲ爲スカ若クハ期日ニ闕席シタルカ爲メ認諾判決又ハ闕席判決ヲ受クルルニ在リ此場合ニ於ケル敗訴ハ既ニ權利ヲ留保スルノ餘地ナク即チ其事件ハ全ク終局ニ歸ス即チ此規定以外ノモノトス  
第二ノ場合ニ於テハ制限セラレタル證據方法ニ依テ争ヒタルモノニシテ畢竟證書訴訟トシテ被告ノ異議ノ立タサルモノナリ故

其二

權利ノ留保ヲ掲ケサルル

留保ヲ掲ケタル判決

ニ此結果トシテ假リニ敗訴ノ判決ヲ受クルモ仍ホ通常ノ訴訟手續ニ於テ防禦スルノ權利ヲ留保セサル可カラズ蓋シ原告ニ於テモ前第六ニ説述シタル所ノ別段ノ權利ヲ有スレハナリ  
權利ノ留保ヲ掲ケサルルハ第四百九十二條ニ所謂事件ノ繫屬ナキカ故ニ全ク終局ニ歸シ而シテ上訴ノ途ナシ故ニ此場合ニ於テハ遅クモ判決送達ノ日ヨリ起算シテ七日ノ期間内ニ追加判決ノ申立ヲ爲スヲ要ス若シ之ヲ懈ルルハ裁判所ハ職權ヲ以テ追加判決ヲ爲スコトナキカ故ニ復タ救済ノ途ナキニ至ル蓋シ法律ハ認諾若クハ留保ノ權利ヲ拋棄シタルモノト看做スナリ  
留保ヲ掲ケタル判決ハ上訴及ヒ強制執行ニ付テハ之ヲ終局判決ト看做ス(四九一)

此場合ニ於ケル上訴ハ即チ證書訴訟トシテ下サレタル判決ニ對スル上訴ナルカ故ニ上級審ニ於テモ仍ホ此訴訟ニ於ケル特別ノ

同上判決ノ効力

通常訴訟トシテノ履行

第七十七節 證書訴訟及ヒ爲替訴訟 (第四百九十二條及第四百九十三條) 九一〇

規定ニ從フ可キコト論ヲ俟タス

留保ノ判決ハ第五百一條若クハ第五百八條ノ規定ニ從ヒ裁判所ノ職權ヲ以テ假執行ノ宣言ヲ付ス可キモノナルカ故ニ上訴ノ如何ニ拘ハラズ直チニ之ヲ執行スルコトヲ得ヘシ此場合ニ於テハ敗訴者ハ唯第五百十二條ノ規定ニ依リ執行ノ停止ヲ申請シ得ルノミトス(五〇〇)

(土) 被告ニ權利ノ行使ヲ留保シタルモハ訴訟ハ通常訴訟手續ニ於テ繫屬スルカ故ニ判決言渡ノ後直チニ通常訴訟トシテ履行スルコトヲ得ルナリ(四九二ノ一)

通常訴訟トシテ繫屬ノ効力ヲ保ツ所以ハ一ニ權利ノ留保ニ基ク故ニ此留保ヲ掲ケタル判決ニ對シテ上訴シタル場合ニ於テハ夫ノ第二百七條第二項若クハ第二百二十八條第二項ノ場合ノ如ク上訴ニ拘ハラズ通常訴訟トシテ辯論判決ヲ爲スコトヲ得ス必ス

請求ノ理由ナキ場

闕席ノ場

防禦方法ノ留保

ヤ上訴ノ結局ヲ待テ而シテ後チ後チノ辯論ニ移ル可キナリ此辯論期日ハ當事者ノ申請ニ因リ裁判所之ヲ定ム可シ故ニ此期日ノ定マルマテハ訴訟ハ休止ノ状態ニ在ルモノトス

(三) 此通常ノ手續ニ於テ請求ノ理由ナキコト明白ナルニ於テハ其訴ヲ却下シ訴訟費用ノ全部又ハ一部ヲ原告ニ負擔セシメ又既ニ其判決ヲ執行シタル場合ニ在テハ被告ヨリ既ニ支拂ヒ又ハ給付シタルモノ、辨濟ヲ言渡ス(四九二ノ二)

(三) 通常ノ手續ニ於テ原告若クハ被告ノ闕席シタルモハ通常闕席判決ニ關スル規定ヲ準用ス(四九二ノ三)

闕席判決ニ關スル規定ヲ準用ストハ此手續ニ於テ更ニ其事件ヲ審理ス可ク其結果トシテ闕席者カ前手續ニ於テ爲シタル陳述及ヒ其判決ハ全然其効力ヲ失フトノ意ニ過キス

(四) 第四百二十六條及ヒ第四百二十七條ノ防禦方法ノ留保ニ關ス

第七十七節 證書訴訟及ヒ爲替訴訟 (第四百九十二條及第四百九十三條) 九一一



ル規定ハ證書訴訟ニ適用セス(四九三)

控訴審ニ於ケル防禦權留保ノ規定ヲ適用セサル所以ハ既ニ留保ヲ掲ケタル判決ニ依テ被告ノ權利ハ留保セラレタルカ故ナリ但シ後ノ通常手續ニ基ク判決ニ對スル控訴ノ場合ニ於テハ防禦權留保ノ規定ヲ適用シ得ヘキコト勿論トス

爲替訴訟

〔第二〕 爲替訴訟ハ民事訴訟法ニ依テ設定セラレタル一種ノ證書訴訟トス(四九四乃至四九六)而シテ其證書訴訟ト相異ナル點ハ左ノ如シ

- (一) 爲替訴訟ハ商法ノ規定シタル手形ニ因ル請求ニ限ルコト(商、六九九以下)
- (二) 訴狀ニハ爲替訴訟トシテ訴フル旨ヲ掲クルコトヲ要ス(四九六)爲替訴訟ハ休暇事件トシテ取扱フ可キモノトス(裁、構、第二百二十八條第一號)
- (三) 口頭辯論ノ期日ト訴狀送達トノ間ニハ二十四時間以上ノ時間

同上管轄

ヲ存スルコトヲ要スルニ過キサルコト(四九六ノ三)

- (四) 爲替訴訟ハ支拂地ノ裁判所(商、第七百十六條及第七百二十一條)又ハ被告ノ普通裁判籍ヲ有スル裁判所之ヲ管轄ス故ニ若シ數人ノ爲替義務者カ共同被告タル可キルニ於テモ支拂地ノ裁判所又ハ被告ノ各人カ其普通裁判籍ヲ有スル地ノ裁判所各其管轄權ヲ有ス例ヘハ東京、横濱、大坂、神戸ニ共同ノ爲替義務者アル場合ニ於テハ其何レノ普通裁判籍ニ於テモ其訴訟ヲ提起シ得ヘク(二五)又其爲替ノ支拂地ニ於テハ假令其地ニ所在ノ義務者ヲ共同被告ト爲サ、ルルト雖モ總モ共同被告ニ對シ其支拂地ニ於テ其訴訟ヲ提起スルコトヲ得ヘキカ如キ是ナリ

○事項索引(イロハ順)

一今茲ニ掲クル所ノ索引ハ第一卷及ヒ第二卷中包含スル所ノ事項ヲ載スルニ過キス殊ニ倉卒ノ編成ニ係ルヲ以テ杜撰ヲ免レス然レモ第三卷以下逐次其事項ヲ加フルト同時ニ更ニ精撰校訂ヲ加ヘ毎回之ヲ改製スヘキヲ以テ庶幾クハ本書完結ノ時ニ至テ始メテ其全キヲ得ン

表中各題目ノ下單縱線アルモノハ皆其題語ノ略符トス而シテ其語ノ長短ニ拘ハラズ常ニ同一ノ一ヲ用フ

一索引ノ順序ハ(イロハ)順ニ依ルト雖モ發音相似ルモノハ俗ニ從ヒ一々之ヲ區別セス例ヘハ(イ)ト(井)(チ)ト(オ)トヲ分タス(クワ)ハ(カ)ニ從ヒ(カウ)(クワウ)共ニ(コ)ニ從フ類ノ如シ

一各部項目排列ノ順序ハ讀音ノ短ナルモノヲ先ニシ其長キモノヲ後ニス

○イ(井)ノ部

異議 (指揮権ニ對スル)ノ申立(六三九) (支拂命令ニ對スル)ノ申立(七七九、七八〇)同上ノ催告及期間(七八四)一期間後ノ申立(七八五、七八六)ノ効力(七八七、七八八)

委任(訴訟代理ノ) (代理)ノ成立(二二一) (代理)ノ證據(二二三)ノ範圍(二二三—二二六)ノ消滅(二二一)

印紙ノ貼用(六〇五—六〇七)

言渡 (五二二—五四二)

一分判決 (四九九、五〇〇)

一定ノ申立 (六〇一—六〇三)

移審ノ効力 (各上訴ノ効力ヲ見ヨ)

一審裁判所 (管轄ニ付キ合意ヲ許ス理由(一五三)ノ(二)ノ相互ノ關係(九一九四))

### ○ハノ部

判事ノ除斥及ヒ忌避(一七九—二八二)

反訴 (裁判審(二三五)ノ管轄ノ原因(一三五)ノ目的物(一三六)ノ提訴(六二七)ノ提起(六二七)ノ反訴ト本訴ノ差異(六二八—六三二)ト相殺ノ差異(六三二)ノ反訴被告ノ特例(六三二、六三三))

判決 (性質及ヒ其定義(一〇) (從參加人ニ對スル)ノ効力(二三六—二三八) (告知參加ノ)効力(二四五)ノ種類(四九五—五〇三)ト他ノ裁判トノ差異(五〇四—五〇八)ノ更正(五〇八—五二二)ノ追加(五二二—五二五)ノ言渡(五二二—五二四))

賠償(損害ノ)ノ保證(二八一)

防禦方法ノ種類(六一七—六三四)

### ○ニノ部

認諾ノ定義及ヒ其要件(三五二—三五四)ノ差別(三五七)ノ効果ヲ生セサル場合(三五二—三五三)ノ認諾判決(三五三)

### ○ホノ部

拋棄ノ差別(三四八—三五〇)

法律ノ定義(一一二)ニ基ク反對陳辯(六二三、六二四)

本人ノ取消又ハ更正權(二〇九、二二六)ノ出頭(六五〇)ノ訊問(七五九)同上要件、手續、及効力(七六一—七六三)

補佐人ノ權限(二二四)演述ノ取消(二二六)

法人ノ裁判審(二〇九)ノ義解(一一二)ハ救助ヲ受クル權ナシ(二八三(一))

保證—ヲ立ル方法(二七五)—義務ノ種類(二七七—二八二)—ヲ立ル時期(二七九)—ノ額(二八〇)  
 保證—欠缺ノ抗辯(三〇三)  
 妨訴抗辯—ノ事項(二九八—三〇四)—手續ノ特例(三〇五)—提出ノ時期(三〇六—三〇八)—  
 妨訴抗辯—ノ効力(三〇八—三一三)—ノ性質及範圍(三一三—三一三)—ノ判決(三〇九—三一三)  
 法律上代理—(一九五、二〇九—二一一)—ノ消滅(二二七)—ノ欠缺ノ抗辯(二〇〇—三〇三)  
 法律上共助—(一六〇—一六三)

○へノ部

辯論—ノ制限(六四三)—ノ併合(六四八)—ノ分訴(六四二)—ノ中止(六四九)—ノ閉止(六四〇)—ノ再開(六五〇)

○トノ部

取下—(ツノ部訴ノ取下ヲ見ヨ)  
 當事者—タル能力及其種別(一八三—一八九)—ノ行爲(五一五—五二〇)—ノ表示(五九六、五九七)  
 取締權(認廷ノ)—ノ目的及其方法(六五—六八)  
 督促手續—ノ目的(七七八)—ノ條件(七七九)—ノ目的物(七八〇)—ノ費用(七八九)  
 取消ノ訴—ト原狀回復ノ訴ノ差別(八八五)—ノ期間(八九三)—ノ理由(八八六)—ノ時効期間(八九四)—ノ手  
 取消ノ訴(八九四)—ノ管轄(八九六)—ノ効力(八九七)

特別裁判所—(四七)

○チノ部

中止—ノ場合(三九五—三九七)—ノ効力(四一〇—四二二)—セル手續ノ受繼(四一三—四一五)  
 中斷—ノ場合(三九二—三九五)—ノ効力(四一〇—四二二)—セル手續ノ受繼(四一三—四一五)  
 仲裁—判斷(八一)—契約(一五)  
 陳述—ノ義務(三七五)—ノ性質及種別(五一六—五一八)  
 中間争—(五〇一、五〇二)  
 中間判決—(五〇〇—五〇三)—ト終局判決トノ區別疑問(四九七、四九八)  
 地方裁判所—ノ事物ノ管轄(七二)

○ヲ(オ)ノ部

應訴—ノ定義及字解(二九一)—ノ効果(二九三、二九四)

○ワノ部

和解ノ訴訟費用(二六九—二七〇)ニ因ル訴訟ノ終局ノ試ミ(一)ノ呼出(七七三、七七四)調書(七七三)

○カ(クワ)ノ部

價額 算定法(七四—九〇)

懈怠 ノ結果(五六二—五七二)ノ種別(五六二—五六五)ノ結果ノ除却方法(五七一—五九二)

鑑定 人ノ定義(七二二)人タル義務(七二四)証人(七二六)ノ手續(七二八—七二九)

管轄 ノ種別(六八)ノ指定ノ場合(一四五)ノ原因(一〇二(一))違ノ抗辯(二九九、三一一、三一二)

會社 及ヒ社員ノ裁判籍(一三二)

外國人 ノ訴訟能力(一九三—一九五)ノ保證義務(二七七—二七九)

外交官 ノ裁判籍(二〇七)

假處分 取消ノ保證(二八一)

假差押 又ハ其取消ノ保證(二八一)

爲替訴訟 ノ裁判籍(一三四)ノ手續(九二—九一三)

確定ノ訴 ノ義解(一三五)ノ必要條件(三七七—三四〇)ト他ノ訴ノ間ニ於ケル權利拘束ノ關係(三一八—三二二)

○ヨノ部

呼出 (五二二)ノ主要スル場合(五五二、五五三)ノ種別(五五三)ノ制裁(五五四)

○レノ部

連帶義務 (四二二)ノ訴訟費用(二六七、二六八)ハ必要的共同訴訟ニ非ス(四五七)

○ソノ部

説明 ノ方法(六六六)ヲ要スル場合(全上)ノ目的(六六七)

訴狀 ノ提出(三一四)ノ要件(五九六—六〇三)ノ差戻(六〇三)

送達 ノ主義及ヒ種別(五四四、五四五)ノ受取人(五四五—五四七)機關(五四七、五四八)ノ時日(五四八)ノ場所(五四九)物(五五〇)ノ完結(五五〇、五五一)

訴訟 ノ目的(一一)ノ目的物(一二(1))ノ主體(九、二五、二六)ノ手續ノ段落(一八、一九)ノ手續ノ種別(三八—四一)指揮權(六四)終局ノ差別(三七七—三九二)手續ノ公行及密行(四八八—四九二)

相續 二關スル訴ノ種別(一二三)ニ關スル起訴ノ條件(一二四)

訴訟法—ノ觀察(一)ノ形式タルコト(三)ノ公法タルコト(四)ノ定義(七)ノ目的(七六)

訴訟行爲—ノ目的ト訴訟ノ目的トノ區別(八(2))—ノ所定ノ事物(一七一—二二二)

訴訟行爲—ノ方式(四六三—四九二)—ノ實行(五二〇—五二二)

訴訟代理—ノ性質及ヒ其行爲ノ効力(二〇七—二〇九)—委任ノ成立委任ヲ見ヨ—人ノ多數アル場合(二一八)

訴訟費用—ヲ生スル關係(二五七)—ノ項目(二五九)—額ノ定メ方(二六〇)—負擔ノ法則(二六一—二七〇)

訴訟能力—(一八九—一九五)—ノ調査(一九五—二〇三)—欠缺ノ抗辯(三〇〇—三〇三)

訴訟材料—ノ原則及例外(三六三、三六四)

訴訟上ノ救助—ノ要件(二八二)—ハ法人ニ及ハサルコト(二八三(1))ノ効力(二八三—二八五)—申請手續(二八五)—ノ裁判(二八六)—ノ消滅(二八七)

訴訟上ノ權利關係—(二二—二七)—ト實體的權利關係ノ區別(二三、二四)—ノ成立(二八九)—ノ解除(二九四)—ノ終局方法(三七七—三九一)

訴訟上必要條件—ノ定義(二九五)—ノ項目(二九五—二九七)—ノ性質ノ差異(二九七)

追加裁判—(五一—五一五)

○ムノ部

無訴權—ノ抗辯(二九八—二九九)

○ツノ部

○ウノ部

受繼—ノ行爲(四一三—四一五)

訴ノ提起—ノ義解(二九〇、三一四)—ノ効力(三一六、起訴ノ効力ヲ見ヨ)—ノ方法(五九五、五九六)

訴ノ原因—ノ變更ト否トノ區別(三二二—三二九)

訴ノ併合—ノ總論(四一五—四一九)—(主觀的)ノ條件(四一九、四二四)—(裁判所ノ行爲ニ基クモノ)(四五)

訴ノ取下—ノ義解(三八〇)—ニ關スル裁判(三八二)—ノ手續(三八二、三八三)—ノ効力(三八四)

訴ノ却下—(三八九—三九一)

訴ノ棄却—(三八九—三九一)

○クノ部

君主—ハ司法權ヲ行ハス(四五、四六)

區裁判所—ノ事物ノ管轄(七〇)—ノ通常訴訟(七七—七七八)

軍人軍屬—ノ住所又ハ裁判籍(一〇六)

○ケノ部

- 検事ノ職務(一六六—一七三)
- 闕席(五六七)ノ結果(五六九、五七〇)ノ判決ノ要件(五七〇、五七一)
- 闕席ノ判決ニ對スル故障(コノ部故障ヲ見ヨ)
- 檢眞(シノ部證書ノ檢眞ヲ見ヨ)
- 檢證ノ定義(七五七)ノ目的物(七五八)ノ手續(七五九)
- 權限爭ノ豫防(九三)ノ場合ノ區別及ヒ其理由(一四八)
- 權利拘束ノ抗辯(二九九)ヲ爲シ得ル場合(三二八、三三二)ノ効力(三一七—三二二)
- 權利拘束ノ始期及ヒ終期(二五一、三二九—三三二)
- 原狀回復(五八六)ノ理由(五八七—五八九)ノ期間(五九〇)ノ申立(五九〇)ノ手續(五九二)
- 顯著ナル事實(六六九—六七二)
- 契約裁判籍(一三〇)
- 權能的裁判籍(二四二)
- 原狀回復ノ訴(ト取消ノ訴トノ差別(八八五)ノ理由(八八九—八九二)ノ期間(八九三)ノ時効期間(八九四)ノ手續(八九四)ノ管轄(八九六)ノ効力(八九七))

○フノ部

- 附帶事件ノ訴(一二七)ノ裁判籍(一三七)
- 附帶控訴(八二四)權ヲ有セサル者(八二五)(上訴期間後)ノ運命(八二六、八二七)
- 附帶上告(八五二)(上告狀送達前)ニ關スル疑問(八五二、八五三)
- 普通裁判籍(一〇一)
- 不動産ノ裁判籍(一二五)

○コ(カウ)ノ部

- 皇室ト民事裁判所トノ關係(五八—六二)
- 國家ノ義解(二六(3))ノ裁判權(七八(1)、一〇)
- 合意ノ裁判籍(一五一)ノ利益(一五二)ノ差別及ヒ範圍(一五四—一六〇)
- 控訴ノ性質(七九二)ノ要件(七九四—七九七)ノ効力(七九八、七九九)ノ審査ノ範圍(七九九—八〇一)
- 控訴ノ提起及其方式(八〇—八〇二)ノ取下(八〇四)ニ於ケル新方法ノ提出(八〇六、八〇七)ノ判決(八〇八)控訴事件ノ差戻(八〇九—八一四)ノ事件差戻判決ノ性質如何(八一四—八二四)ノ闕席判決(八二七—八三二)

抗辯 (本案ニ對スル)ノ種別(六二二—六二七)

抗告理由ナキ場合(八七一—八七三)ノ効力(八七四—八七九)ノ新理由アル場合(八六九—八七二)ノ新理由ナキ場合(八七一—八七三)ノ効力(八七四—八七九)ノ第二審ニ止マルル(八七四—八七九)ノ手續及裁判(八七九—八八三)

故障 (五七二)ノ必要條件(五七三)ノ期間(五七六—五七七)ノ方式(五七七)ノ効力(五七八—五八〇)ノ手續(五八〇—五八六)

勾引(勿留)(五六三、五六四)

公證 (權)(六七)

告知參加 ノ目的(二三九)ノ要件及ヒ効力(二四〇—二四二)

婚姻事件 裁判籍(一三八)

口頭辯論 主義(三四一、四六五)ノ結果(三四三—三五四、四六五—四六九)ノ手續(テ)ノ部(調書ヲ見ヨ) (本案外)(六一三—六一六) (本案)(六一六以下) (二二義アリ)(六一二)ノ開始(六一二)

○テノ部

調書 ノ區別(四七三—四七六)ノ記載事項(四七六—四七九)ノ方式(四七九—四八二)ノ證據力(四八二—四八四)

店舗ノ裁判籍 (一一〇—一一三)

停止ノ効力 (各上訴ノ効力ヲ見ヨ)

○サノ部

裁判 ノ種別(四九三、四九五)ノ方式(五〇四)式言渡(五二一—五四二)

再審 (取消ノ訴及ヒ原狀回復ノ訴ヲ見ヨ)

裁判權 (四三、四四)ノ實行(四五)ノ特質(五五)ノ内容(六三)

裁判所 ノ構成(六八一—六四一)ノ職員(一六五—一六七)ノ職制(一七四)ノ職員ノ除斥及ヒ忌避(一七七—一八二)ノ行為(六四二—六五二)

裁判籍 ノ差別(九九)ノ變動(一四四)

裁判官 ノ不羈ノ擔保(四九)ノ行為(四九二—五一五)ノ對當事者ノ關係(三四〇—三六五)ノ發問權(六四一)

裁判長 ノ特權(六三七—六四二)ノ職務ノ種別(六三八)ノ發問權(六四一)

差戻シノ裁判 (控訴及上告事件ノ差戻ヲ見ヨ)

○キノ部

忌避 (ハ)ノ部判事ノ忌避ヲ見ヨ

期日 (五五五、五五六)ニ關スル裁判(五六一)



期間—ノ種別(五五六—五五八)—ノ計算及ヒ進行(五五九)—ノ伸縮及其裁判(五六〇、五六一)  
 休止—ノ場合(三九七)—ノ特別(三九八)—ニ關スル疑問(三九九—四〇九)  
 共助(ホ)ノ部法律上ノ共助ヲ見ヨ  
 救助(ソ)ノ部訴訟上ノ救助ヲ見ヨ  
 共同訴訟—人ノ費用負擔(二六六—二六八)—ノ種別及ヒ各場合(四二〇—四二八)—(必要的)ノ種別(四二九—四三二)—(普通)ノ要件(四三三—四三五)—(相互)ノ關係(四三三—四三六)—(必要的)ノ相互關係(四三八—四四二)—(廢止)ノ理由(四四二—四四三)—ニ關スル疑問并ニ答論(四四三—四五八)  
 強制執行—(一一、一二)—ノ權ハ國ニ屬ス(六、七、三)此他ハ(シ)ノ部執行ヲ見ヨ  
 禁治產事件—ノ裁判籍(二三八)

○メノ部

命令—(四九三)

○ミノ部

民事—ノ性質(二九)

民事訴訟—ト行政訴訟ノ差別(二八、二九)同上ニ付テノ異說(三一—三三)

○シノ部

書記—ノ獨立ノ職務(二六六)  
 自白—ノ定義(三五八)—ノ形式(三五九、三六〇)—ノ要件(三六〇)—ノ効力(三六一)  
 事實—ノ否認(六一七)  
 書面—審理主義(四六四)—ノ必要(四六九—四八七)  
 上訴—ヲ許ス理由(七九二)—ノ種別及其性質(七九二—七九四)  
 證據—連合ノ主義(一九)ニ關スル確定ノ訴(三三八—三四〇)—ノ方法(六七九)—ノ申出(六五二、六五三、七〇二)—決定(六五四—六五六)—ノ定義(六五〇)—ノ責任(六五八—六六〇)—ノ主義(六六〇—六六二)—ノ種別(六六三—六六七)—提出ノ制限(六七二—六七七)—ノ共通(七六三—七六六)—抗辯(七六六)  
 上告—ノ性質ニ付キ日佛獨ノ比較(八三三—八三六)—ノ要件(八三七—八四八)—ノ理由(八四〇—八四八)—ノ効力(八四八)—ノ手續(八四九—八五一)—審ニ於ケル審査ノ範圍(八六四)—審判ノ標準(八五四)—審ニ於テ證據調ヲ要スル場合(八五五—八五七)—事實ヲ審査スル場合(八五七)—ノ開席判決(八六二—九六四)—審ノ判決(八五七—八六〇)—事件ノ差戻シ(八五九—八六四、八六五)  
 證人—ノ定義(六八〇)—ノ能力(六八一—六八五)同上疑問ニ關スル問答(六八五—六九四)—義務ノ免除(六九六—六九八)同上例外(六九九)—訊問手續(七〇一—七〇三)—訊問ノ場所及方式(七〇四—七〇六)—ノ忌避(七一)—證人ノ強制方法及裁判(七〇八—七一)  
 書證—ノ定義(七一九)—ノ條件(七二二)—ノ申出(七二二—七二九)  
 證書—ノ種別(七二〇)—ノ證據力(七二二)—ノ提出(七二九—七三〇)—ノ檢査(七三一—七三四)  
 證書—ノ檢査ニ關スル疑問及答論(七三七—七五〇)

住所ノ裁判籍(一〇四)ノ種別(一一四)ノ消滅(一一五)  
 主張(五一六)  
 執行ノ權(六四)ノ豫備ノ裁判籍(一三四)ノ免除又ハ停止ノ保證(二八一)  
 執達吏(一七七)  
 主參加(二四七)ノ要件(二五〇)ノ管轄(二五二)ト本訴訟トノ關係(二五三)  
 ノ判決ノ効力(二五四)ト執行參加ノ差別(二五五)  
 從參加(二三八)ノ要件(二九一)ノ手續(二九二)ノ手續(二九二)ノ手續(二九二)  
 ノ權限(二三六)ノ對スル判決ノ効力(二三六)ノ手續(二三八)  
 司法權(四三、四四)ノ掌握者(四五)ノ獨立(四五、四六)  
 指名參加(二四二)ノ要件(二四四)ノ効力(二四四)ノ對スル判決ノ効力(二四五)  
 證據保全(二行ノ場合(七六七)同例外(七六八)ノ手續(七六八)七七〇)  
 執行參加(ト主參加ノ差別(二五五、二五六)  
 支拂命令(七七九)ノ申請及其許否(七八三)ノ効力(七八六)  
 執行命令ノ効力(七八八、七八九)  
 終身官(制ノ價值(五一)ノ制ノ弊害(五四)

受命判事(ヲ任スル場合及ヒ其事項(一七五、一七六)  
 職權主義(所及ノ事項(三六五、三六六)  
 準備事項(訴狀ノ)(六〇四)  
 準備書面(ノ目的(六〇九)六一一)ノ効力(全上)  
 準備手續(六三四)六三七)  
 失權ノ抗辯(六二四)六二七)  
 證書訴訟(ノ性質及目的(八九九)ノ目的物(八九九、九〇〇)ノ證據(九〇〇)九〇二)ノ要件(九〇二)  
 ノ特例(九〇三)九〇六)ノ却下(九〇六)ノ被告ノ權利ノ留保(九〇七)九二〇)  
 處分權主義(主義(三四一)三四三)ノ主義ノ結果(三四三)三四五、三六二)  
 所及ノ事項(三四五)三四六)  
 主觀的訴ノ併合(ウノ部訴ノ併合ヲ見ヨ)

○エノ部

延期抗辯(三〇四)(實體的)(六二六)

○ヒノ部

費用(ソ)ノ部訴訟費用ヲ見ヨ

非訟事件—裁判權(一六)—裁判權ノ權限(七二)

○セノ部

請求—ノ認諾(ニ)ノ部認諾ヲ見ヨ—以外ニ裁判セス(三六二、三六三)—ノ一定ノ目的物(五九七)

宣令—(裁判ノ)ノ種別(四九三)

專屬裁判籍—(二四二)—規定ノ結果(一一九)

○スノ部

推測—ノ種別(六六八)

4

明治二十八年九月十六日印刷  
明治二十八年九月二十日發行



著作兼發行者  
印刷者  
發行所  
賣捌所  
全  
全  
印刷所

定價金六拾錢

東京市神田區駿河臺鈴木町十六番地  
平民

高木 豊三

東京市牛込區市ヶ谷加賀町一丁目十二番地  
島 連太郎

東京市神田區駿河臺  
司法省指定私立明治法律學校

講法會

東京市神田區表神保町壹番地(小川町通)

八尾 新助

東京市神田區裏神保町七番地

明法堂

東京市日本橋區通三丁目

丸善株式會社書店

東京市牛込區市ヶ谷加賀町一丁目十二番地

株式會社 秀英舎第一工場



282  
451

終