

帶控訴ヲ爲スコトヲ得ヘシ即チ控訴取下ノ場合ニ於テハ第四百五條ノ規定ニ依リテ附帶控訴ヲ爲スコトヲ得ヘク又控訴ヲ不適法トシテ棄却セララルモ適法ノ期間内ハ控訴人ハ上訴權ヲ喪失スルモノニ非ス獨立シタル附帶控訴ノ取下ニ關シテハ主タル控訴ノ取下ト同シク第三百九十九條ヲ適用スヘキモノナリ

第四款 控訴審ノ辯論

控訴若クハ附帶控訴ノ申立アリタルトキハ控訴裁判所ハ當事者ノ不服ナリトスル下級裁判所ノ判決ヲ審査シ當事者ノ不服申立カ適當ニシテ下級裁判所ノ判決ヲ不當ナリト認メタル場合ニハ判決ヲ以テ下級裁判所ノ判決ノ不當ノ點ヲ除去スヘク若シ當事者ノ不服申立ヲ不當トスルトキハ亦判決ヲ以テ不服申立ヲ排斥スヘキナリ此目的ノ爲メニ控訴裁判所ハ當事者ノ爲シタル控訴若クハ附帶控訴ノ申立竝ニ其申立ノ理由ヲ標準トシ下級裁判所ノ判決ノ當否ヲ審査スルモノニシテ若シ不當ノ點ヲ發見シタルトキハ當事者ノ提出シタル訴訟材料ニ據リテ更ニ正當ノ判決ヲ爲スヘキモノナリ故ニ控訴審ニ於ケル辯論ノ

範圍ハ第一ニ當事者カ控訴裁判所ニ適法ニ控訴ノ提起ヲ爲シタルヤ否ヤ即チ形式的控訴權ニ付キ審査ヲ爲シ控訴ノ提起カ不適法ナルトキハ判決ヲ以テ控訴ヲ棄却シ適法ハ控訴ノ提起アリト爲ストキハ更ニ進ミテ第二ニ當事者ノ不服ヲ申立テタル判決カ不服申立ノ限度ニ於テ不當ナリヤ否ヤヲ審査シ不服申立ヲ不當トスルトキハ判決ヲ以テ控訴ヲ棄却シ若シ判決ヲ不當ナリト爲ストキハ如何ナル判決ヲ以テ下級裁判所ノ判決ニ代フヘキヤ即チ實體的控訴權ニ付キ審査ヲ爲スヘキモノトス

右ノ形式的控訴權ニ付テノ審査ハ前述セバ控訴提起ノ要件ニ付テノ審査ナリ一般ノ原則ニ從テ辯論スヘキモノトス實體的控訴權ニ關スル審査ノ範圍ハ立法者カ隨意ニ伸縮スルコトヲ得ルモノニシテ隨テ控訴審ノ辯論ノ範圍ハ立法ノ主旨如何ニ因リテ廣狹アルモノナリ左ニ我民事訴訟法ニ於テハ如何ナル範圍ニ於テ實體的控訴權ニ關スル審理ヲ爲スヘキヤニ付テ説明スヘシ

第一 本來控訴裁判所ニ於テハ實體的控訴權ニ付キ下級裁判所ノ判決カ當事者ノ不服申立ノ限度ニ於テ正當ナリヤ否ヤヲ審査スヘキモノナリ如何トナ

レハ控訴ハ原告カ私權ニ付キ新裁判所ニ新訴ヲ提起スルモノニアラス換言スレハ控訴裁判所ニ於テハ新訴訟ノ審理ヲ爲スモノニアラス控訴ハ下級裁判所ノ判決ヲ其直近上級裁判所カ審査スルノ手段ナリ故ニ控訴審ハ第一審ニ於テ始マリタル訴訟ニ付テ不服ヲ申立テラレタル判決ノ當否ヲ審査スヘキ審級ナリ我民事訴訟法及ヒ獨逸民事訴訟法ニ於テハ此意味ニ於テ控訴ノ制度ヲ認メタルモノナルコトハ法文ノ規定ニ因リテ知ルコトヲ得ヘシ即チ控訴裁判所ニ於ケル訴訟ハ不服ノ申立ニ因リテ定マリタル範圍内ニ於テ更ニ之ヲ辯論スト規定シ(第四一、二、五條、獨逸)又第一審ノ裁判ハ變更ヲ申立テタル部分ニ限り之ヲ變更スルコトヲ得トノ規定(第四二、三、六條、獨逸)ニ徴シテ明カナリトス故ニ第一審ニ始マリテ控訴審ニ繫屬セル訴訟ハ如何ナル程度ニ於テ第一審ノ判決ニ不服ナルヤ又如何ナル變更ヲ求ムルヤノ申立即チ控訴若クハ附帶控訴申立ノ範圍内ニ於テ第一審ノ判決ヲ變更スヘキヤ否ヤヲ定ムルカ爲メ新ニ辯論スルモノナリ故ニ不服申立ノ限度ニ於テ第一審ノ判決ノ當否ヲ審査スルコトカ控訴審ニ於ケル新辯論ノ目的ナルコトハ動カスヘカラ

サル原則ナリトス

然レトモ右ノ判決ノ當否ヲ審査スルカ爲メ其審査ニ供スル訴訟資料ノ範圍ニ付テハ立法ノ主旨如何ニ因リテ廣狹ヲ生スルモノナリ其廣狹ニ因リテ控訴ノ主義ニ差異ヲ生ス左ニ之ヲ分説スヘシ

(一) 控訴審ニ於ケル審理ノ目的ニ供スル訴訟資料ハ之ヲ當事者カ下級裁判所ニ提出シタルモノニ限定スルノ主義ヲ採用スルトキハ控訴ノ辯論ハ下級裁判官カ判決ヲ爲スニ付テノ過失ノ存否ヲ審査スルハ訴訟ナリト言フヘキナリ如何トナレハ此主義ニ因レハ當事者ハ第一審ニ於テ提出シタル訴訟資料ノミヲ控訴審ニ提出スルコトヲ得ルモノニシテ新ナル訴訟資料ヲ提出スルコトヲ得サルモノナレハ控訴裁判所カ其資料ヲ標準トシテ下級裁判官ノ判決ノ當否ヲ審査スルハ下級裁判官カ自己ニ提供セラレタル訴訟資料ニ據リテ果シテ正當ノ判決ヲ爲シタリヤ否ヤ換言スレハ下級裁判官カ判決ヲ爲スニ付テ誤謬アリシヤ否ヤヲ審査スルニ歸スルモノナレハナリ此主義ニ因レハ控訴ハ係争關係ノ内容ノ眞實ナリヤ否ヤヲ審査ス

ルモノニアラスシテ單ニ提出シタル訴訟資料ニ就キ爲シタル下級裁判官ノ判決カ正當ナリヤ否ヤヲ控訴裁判所ニ於テ審理スルノ主義ナレハ之ヲ當事者ノ方面ヨリ觀察スルトキハ控訴ハ下級裁判官ノ判決ヲ爲スニ付テノ誤謬ヲ攻撃スル方法ナリト謂フニ歸スヘシ

(二) 控訴ハ係争關係ノ内容ノ眞實ナリヤ否ヤヲ審査スルモノナリトハ主義ヲ採用スルトキハ控訴ハ下級裁判官カ正當ノ判決ヲ爲スコトヲ得ヘキ地位ニ在リタルト否トニ關セス不服申立アリタル判決ノ當否換言スレハ控訴申立アリタル判決ハ當事者間ノ係争法律關係ノ眞實ニ適セリヤ否ヤヲ審査スル訴訟ナリト言フヘキナリ此主義ニ因レハ當事者ハ自己ノ申立ヲ主張シ相手方ノ申立ヲ攻撃スル爲メニハ下級裁判官ノ前ニ提供シタル事實證據等ノ訴訟資料ニ關係ナク自己ノ主張ヲ正當ト認メシムル爲メ必要ナル新訴訟資料アレハ之ヲ控訴裁判所ニ提供スルコトヲ得ルモノトス此主義ハ亦ニ區別スルコトヲ得即チ當事者ハ下級裁判所ニ提出シタル訴訟資料ニ關セス總テ實體上若クハ形式上ノ攻撃防禦ノ方法又ハ總テノ

證據反對證據等第一審ニ提出シタルモノナルト否トヲ問ハス自己ノ意見ニ從ヒテ控訴審ニ提出スルコトヲ得ルモノトスルノ主義ト控訴審ニ於テ新訴訟資料ノ提出ヲ許スモ不服ヲ申立テタル判決ノ基礎ト爲リタル訴訟資料ニ牽聯シテ新資料ヲ提出スルコトヲ得ル主義トノ二即チ是ナリ前主義ニ因レハ第一審ノ訴訟資料ニ關係ナク全然新訴訟資料ヲ提出シテ控訴審ノ審理ヲ求ムルコトヲ得ルモノナルヲ以テ控訴審ハ控訴若クハ附帶控訴申立ノ範圍内ニ於ケル純然タル第一審ト爲ルモノナリ唯下級審ハ其爲シタル判決ニ因リテ控訴審ニ於テ開始スヘキ第一審ノ審理ノ目的物ノ範圍ヲ確定スルノ效力ヲ有スルニ過キササルモノナリ後ノ主義ニ因レハ第一審裁判ノ基礎ト爲リタル第一審ノ訴訟資料ト抵觸セサル限りハ新資料ヲ控訴審ニ於テ新ニ提出スルコトヲ許スモノニシテ控訴審ハ第一審ノ繼續ナリト言フヘシ即チ此主義ハ第一審判決ノ基本ト爲リタル口頭辯論終結ノ程度ヲ繼續スルモノト言フヘキナリ故ニ第一審ニ於テ訴訟資料タリシモノハ控訴審ニ於テ第一審判決ノ當否ヲ審査スルニ當リテモ亦其效

力ヲ有シ第一審ニ於テ變更若クハ取消シ得ヘキ資料ハ控訴審ニ於テモ亦取消シ若クハ變更スルコトヲ得又第一審ニ於テ新ニ増加シ得ヘキ訴訟資料ハ控訴審ニ於テモ亦増加スルコトヲ許シ第一審ニ於テ失權ノ效果ヲ來シタル訴訟資料ハ控訴審ニ於テモ亦回復スルコトヲ得サルモノナリ

右ニ述ヘタル各主義中我民事訴訟法及ヒ獨逸民事訴訟法ノ控訴ノ内容辯論ノ範圍ハ下級裁判所ノ判決ノ當否ヲ審査スルニ訴訟資料限定主義即チ(一)ノ主義ヲ採用セス係爭關係ノ内容ノ眞實ヲ審査スルノ主義ヲ採用シ且控訴審ニ於テ當事者ハ第一審ニ提出セザリシ新訴訟資料ヲ提出スルコトヲ許シタリ我民事訴訟法第四百十一條ニ「控訴裁判所ニ於ケル訴訟ハ不服ノ申立ニ因リ定マリタル範圍内ニ於テ更ニ之ヲ辯論ス」ト規定シタルハ此主義ヲ表彰シタルモノニ外ナラス然レトモ第四百十二條乃至第四百十八條ニ於テ新訴訟資料ノ提出ニ制限ヲ附シ控訴審ノ辯論ハ第一審ニ於テ終結シタル訴訟資料ヲ基本トナシ且第一審ノ訴訟資料ニ牽聯シタル新訴訟資料ニ限り新ニ提出スルコトヲ許シ又第四百二十九條ノ自白ノ制限ノ規定ヨリスレハ控訴ハ辯

論ハ係爭關係ノ内容ノ眞實ヲ審査スルハ主義中續審主義ヲ採用シタルモノニシテ即チ控訴審ハ第一審ニ於テ終結シタル辯論ヲ再開スル第一審ノ審理ハ續行ト言フヘキナリ

第二 以上説述シタル所ニ因リテ我民事訴訟法ノ控訴ノ實體上ノ審査即チ辯

論ノ範圍ハ二箇ノ精神ニ出ツルコトヲ知ルコトヲ得即チ第一ニ控訴審ノ辯論裁判ノ目的ハ不服ヲ申立テラレタル判決ノ當否ヲ審査スルコト第二ニ訴訟資料ニ付テハ第一審ニ於テ終結シタル訴訟ノ口頭辯論ヲ再開シテ審査スルコト是ナリ以下之ヲ分説スヘシ

(一) 控訴裁判所ハ控訴若クハ附帶控訴申立ノ範圍ニ於テ不服ヲ申立テラレタル判決ノ當否ヲ審査スルモノナルヲ以テ控訴審ノ訴訟物ハ第一審判決ニ因リテ裁判セラレタル訴訟物ナリトス第一審ノ訴訟物トハ訴ノ原因ニ基キ訴ノ申立ニ因リテ特定セラレタル原告ノ主張スル請求若クハ法律關係ナリ控訴裁判所ハ其訴訟物ニ付テ下級裁判所カ正當ニ裁判ヲ爲シタルヤ否ヤヲ審査スヘキモノナリ故ニ其審査ヲ爲スニ當リテハ當事者カ第一

審ノ訴訟物以外ノ請求ヲ爲シ得ルヤ或ハ第一審ト異ナリタル訴ノ申立ヲ爲シ得ルヤ或ハ第一審ト異ナリタル訴ノ原因ヲ主張シ得ルヤ否ヤニ付テ審査スヘキモノニアラス當事者ノ爲ス控訴若クハ附帶控訴ノ申立竝ニ其申立ノ理由ヲ主張シ又ハ之ヲ攻撃スルニ當リテハ新ナル請求新ナル訴ノ申立或ハ新ナル訴ノ原因ヲ主張スルコトヲ得ス若シ當事者カ之ヲ爲シタルトキハ其主張ハ實體上理由ナキモノトシテ排斥スヘキモノナリ即チ新ナル訴ノ申立若クハ訴ノ原因ヲ主張スルハ訴ノ變更ヲ生スルモノニシテ第四百十三條ニ於テ訴ノ變更ハ相手方ノ承諾アルトキト雖モ之ヲ許サスト規定シ新ナル請求ヲ爲スコトハ第四百十六條ニ於テ之ヲ規定セリ尙ホ此點ニ付キ細別シテ説明スレハ

(イ) 新ナル請求ハ控訴審ニ於テ提起スルコトヲ許サス 新ナル請求トハ第一審ニ於テ主張セザリシ請求若クハ第一審ニ於テ主張シタルモ取下ケタル請求ヲ謂フ故ニ反訴先決的確定ノ訴(第二一條)ハ新ニ控訴審ニ於テ主張スルコトヲ許ササルハ勿論第一審ニ於テ主張シタルモ之ヲ取下ケ

タルトキハ更ニ控訴審ニ於テ主張スルコトヲ許サス人事訴訟ニ於テモ亦同シ縱令相手方ノ承諾アルトキト雖モ第一審ノ訴訟物以外ニ屬スルモノナルヲ以テ之ヲ許サス然レトモ申立ノ擴張若クハ最初求メタル物ノ減盡ニ因リ賠償ヲ求ムルコトハ之ヲ許ス(第四一六條)相殺ノ抗辯ハ我現行法ニ於テ認メラレサルモノナルコトハ前章第二節ニ於テ説述セル如クナルヲ以テ第四百十六條ノ又ハ以下ハ現行法ニ於テ適用ナキモノトス

(ロ) 訴ノ變更ハ之ヲ許サス 訴ノ變更トハ訴ノ申立若クハ訴ノ原因ヲ變更スルコトヲ謂フ訴ノ原因ヲ變更セスシテ訴ノ申立ヲ變更スル場合ニハ新ナル請求ノ提起ニシテ同時ニ訴ノ變更ト爲リ第一審ノ訴訟物ト差異ヲ生スルモノナレハ之ヲ許スヘキモノニアラス然レトモ訴ノ原因ヲ變更セスシテ本案又ハ附帶ノ請求ニ付キ申立ノ擴張減縮ヲ爲シ又ハ最初求メタル物ノ減盡變更ニ因リテ賠償ヲ請求スルコトハ第一審ニ於テ許サルモノナレハ控訴審ニ於テモ亦之ヲ許ス(第四一六條)新ナル訴ノ原因ヲ主張スルコトハ絕對ニ之ヲ許サス然レトモ第一審ト同シク事實上ノ

申述ヲ補充更正シ或ハ法律上ノ申述ヲ補充更正スルコトハ之ヲ許スハ
 勿論ナリ控訴審ニ於テ訴ノ變更ヲ許ササルハ審級ノ秩序ヲ保持スルニ
 基クモノニシテ相手方ノ承諾アル場合ト雖モ公益上之ヲ禁止シタルモ
 ノナリ(第四一)控訴審ニ於テ原告カ訴ヲ變更シタルトキハ新訴ヲ判決ヲ
 以テ却下シ舊訴ニ付キ訴訟ヲ進行スヘキナリ第一審ニ於ケル訴ノ變更
(第二編第二章第三節)ノ説明ヲ參照スヘシ

右ノ如ク我民事訴訟法及ヒ獨逸舊民事訴訟法ニ於テハ新請求及ヒ訴ノ變
 更ニ關シ公益上ノ理由ニ基キ制限ヲ附シタリト雖モ獨逸新民事訴訟法ニ
 於テハ此制限ヲ寬ニシ新請求ト雖モ相手方ノ承諾アルトキハ控訴審ニ於
 テ新ニ提起スルコトヲ許シ相殺ノ抗辯モ相手方カ之ヲ承諾シ或ハ承諾ナ
 キモ被告カ過失ニアラスシテ第一審ニ於テ提起スルコト能ハサリシコト
 ヲ疏明シタルトキハ之ヲ許スモノトシ(獨民訴第五二九)訴ノ變更ニ付テモ
 亦當事者ノ承諾アルトキハ第二審ニ於テモ之ヲ爲スコトヲ許スモノトセ
 リ(第五二)是レ當事者ニ公益上設ケタル審級ノ秩序ヲ強制セサル精神ニ出

テタルモノニシテ當事者カ二審級ノ審理ヲ受クルノ權利ヲ合意ヲ以テ拋
 棄セント欲スルニ拘ハラヌ國家カ強制シテ二審級ノ審理ヲ受ケシムル必
 要ナキハ第一審ニ對スル判決ニ付テ控訴權ヲ拋棄スルコトヲ得ル權利ヲ
 認メタルト同シク必要ナシト爲シタルニ出ツ故ニ第一審ヲ經サル新請求
 若クハ變更シタル新訴ニ付キ控訴審ハ事實ノ終審トシテ且第一審トシテ
 審理スルモノト言フヘキナリ此新民事訴訟法ノ規定ハ舊民事訴訟法ニ比
 シ訴訟資料ニ付キ控訴ノ内容ノ範圍ヲ擴張シタルモノト言フヘキモ控訴
 ノ主義ニ於テ變更ヲ生シタルモノニアラス

(二) 控訴審ニ於テ不服ノ申立アリタル判決ノ當否ヲ審查スルニハ第一審ニ

於テ終結シタル口頭辯論ヲ再開シテ爲スモノナリ故ニ其結果トシテ
 (イ) 控訴裁判所ハ第一審ノ口頭辯論ヲ終結シタルトキニ於テ第一審ノ辯
 論ニ存在シタル訴訟資料ハ不服ノ申立アリタル判決ノ當否ヲ審查スル
 ハ資料ト爲スモノナリ故ニ各當事者ハ其控訴若クハ附帶控訴ノ申立及
 ヒ不服ヲ申立テタル裁判ノ當否ヲ明瞭ナラシムルカ爲メニ必要ナル限

ハ控訴審ノ口頭辯論ニ於テ第一審ニ於ケル辯論ノ結果ヲ正確且完全ニ演述セサルヘカラス(第四一、二項)即チ當事者ハ不服ヲ申立テタル裁判ノ基本ト爲リタル訴訟資料ヲ總テ控訴審ノ口頭辯論ニ於テ演述シ以テ控訴審ノ訴訟資料ト爲スモノナリ演述ノ不正確又ハ不完全ナル場合ニ於テハ裁判長ハ訴訟記録ヲ基本トシ其更正若クハ補完ヲ爲サシメ又必要ナル場合ニハ辯論ヲ再開シテ之ヲ爲サシメサルヘカラス(第四一、二項)控訴ヲ申立テタル裁判ノ理由ト爲リタル中間判決ノ訴訟資料ニ付テモ亦同シ故ニ第一審判決ノ基本ト爲リタル口頭辯論終結ノ際存シタル攻撃防禦ノ方法、事實上ノ主張、争ヒ若クハ自白シタル陳述、證據及ヒ之ニ關スル陳述並ニ證據調ヲ爲シタル訴訟資料ハ控訴審ノ訴訟資料ト爲ルモノナリ第四百十二條ノ規定ニ因リテ控訴審ノ審理ハ第一審ノ訴訟材料ヲ基本ト爲スモノナルコトハ之ヲ推知スルヲ得ヘク隨テ控訴審ノ辯論ハ第一審ノ辯論ヲ再開シテ續行スルモノナルコトヲ知ルヲ得ヘシ

第一審ニ於ケル訴訟資料ハ當然控訴審ノ訴訟資料ト爲ルモノナリ若シ

當事者カ第四百十二條ニ從ヒ演述セサルトキハ裁判所ハ職權ヲ以テ之ヲ控訴審ノ資料ト爲スコトヲ得ヘシ裁判所ハ第一審ノ口頭辯論調書及ヒ第一審判決ノ摘示ニ因リテ其資料ヲ知ルヘキモノトス若シ當事者カ演述セサルトキハ第一審ノ訴訟資料ヲ控訴審ノ訴訟資料ト爲スヲ得ストスルトキハ當事者ノ演述ノ如何ニ因リ控訴審ハ第一審ノ續審ト爲リ若クハ覆審ト爲ルノ結果ヲ生スヘケレハナリ

ロ) 第一審ノ訴訟資料ハ第一審ノ口頭辯論ヲ再開シタル場合ニ於テ當事者カ廢棄若クハ變更スルコトヲ得ルモノニ限リ控訴審ニ於テ其當事者カ廢棄若クハ變更スルコトヲ得ルモノトス故ニ當事者カ第一審ニ於テ提出シタル攻撃防禦ノ方法其他申立主張、證據申出等ハ控訴審ニ於テモ第一審ニ於テ爲シ得ル限り明示若クハ暗示ニ拋棄スルコトヲ得ルモノナリ然レトモ證據調アリタル證據ノ價值ハ第一審ニ於ケルト同シク控訴審ニ於テモ拋棄スルコトヲ得ス又第一審ニ於テ爲シタル事實若クハ書證ニ關スル陳述ハ控訴審ニ於テモ亦其效力ヲ有スルモノナリ故ニ第

一審ニ於テ争ハレタルモノハ控訴審ニ於テモ争ハレタルノ效力ヲ生シ
 争ハサルモノハ控訴審ニ於テモ亦争ハサルモノト爲ルモノトス此等ノ
 事項モ第一審ニ於テ變更シ得ヘキ限ハ控訴審ニ於テモ亦争ヒ又ハ争ハ
 サルモノニ變更スルコトヲ得ヘシ裁判上ノ自白ハ控訴審ニ於テモ亦其
 效力ヲ有ス(第四一八條)然レトモ其自白カ錯誤ニ出テタルコトヲ證明シタル
 場合ニハ第一審ニ於ケルト同シク控訴審ニ於テ取消スコトヲ得ヘシ
 第一審ニ於ケル第百十一條ノ推定ハ控訴審ニ於テモ亦其效力ヲ有シ唯
 當事者カ之ヲ追完スルコトヲ得ルニ過キス即チ事實又ハ證據ニ付キ當
 事者カ第一審ニ於テ爲ササリシ陳述又ハ拒ミタル陳述ハ第二審ニ於テ
 之ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ(第四一七條)第百十一條ノ規定ニ因レハ各當事
 者ハ相手方ノ主張シタル事實ニ對シ陳述ヲ爲スヘキモノニシテ若シ明
 カニ争ヒタルモノト認めラレタル事實ハ相手方ノ主張ニ對シ他ノ陳述
 ヨリ之ヲ争ハントスル意思カ表ハレサル限ハ自白シタルモノト看做サ
 ルヘキナリ即チ第一審ノ口頭辯論終結ノ際ニ於テ第百十一條ノ規定ニ

因リテ自白シタルモノト推定セラレタルトキハ其推定ハ判決ノ基本ト
 爲リ得ルモノナリ然レトモ第一審ニ於テ終結シタル辯論ヲ第一審ニ於
 テ再開シタルトキハ再ヒ其陳述ヲ爲シ自白ノ推定ヲ齟スコトヲ得ルモ
 ノナルヲ以テ控訴審ニ於テモ爲ササリシ陳述拒ミタル陳述ハ各當事者
 ハ之ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ尚ホ第一審ニ於テ爲シタル證據調ハ控
 訴審ニ於テモ其效力アルモノナレトモ證據調ノ結果ナル實體上ノ證據
 ノ價值ハ第一審ノ辯論ノ全趣旨ヲ斟酌シテ控訴裁判所自由ニ判斷ヲ爲
 スコトヲ得ルモノナリ

ハ) 新ナル攻撃防禦ノ方法並ニ新事實新證據方法等ハ第一審ノ辯論ヲ再
 開シタル場合ニ提出スルコトヲ許サルルモノハニ限り控訴審ニ於テモ亦
 提出スルコトヲ得ルモノナリ故ニ第一審ノ訴訟カ形式上不適法ナルコ
 トヲ主張スル爲メニハ形式ニ關スル新事實新證據方法等ヲ第一審ニ提
 出スルコトヲ得タリシモノニ限り控訴審ニ提出スルコトヲ得ヘシ即チ
 妨訴抗辯ニ關シテハ第一審ト同シク當事者ノ拋棄シ得サルモノハ何時

ニテモ控訴審ニ於テ之ヲ提出スルコトヲ得ルモ當事者カ拋棄スルコトヲ得ヘキ妨訴抗辯ハ其過失ニ非スシテ第一審ニ提出シ能ハサリシコトヲ疏明スルコトヲ得ルトキニ限り控訴審ニ新ニ提出スルコトヲ得ヘシ(第四一四)其他訴訟要件ニ關スル抗辯モ亦當事者カ第一審ノ辯論再開ニ於テ提出シ得ヘキモノハ總テ控訴審ニ於テ提出スルコトヲ得ルモノナリ妨訴抗辯ハ第一審ニ於テ本案ノ辯論前同時ニ之ヲ提出スヘキコトヲ命シ被告ノ拋棄シ得ヘキモノハ其過失ニアラスシテ本案ノ辯論前ニ抗辯ヲ主張スルコト能ハサリシコトヲ疏明スルトキニ限り之ヲ主張スルコトヲ得ル趣旨ト一致スルモノナリ(第二〇六)唯區裁判所ニ於テハ裁判所管轄違ノ抗辯ヲ除キ其他ノ妨訴抗辯ハ口頭辯論ノ終結ニ至ルマテ之ヲ主張スルコトヲ許スト雖モ是レ便宜ノ規定ニシテ特ニ區裁判所ニ於ケル例外ト爲シタルモノナルヲ以テ區裁判所ノ判決ニ對スル控訴ニ付テハ第一審ト同シカラス

又第一審ノ判決カ實體上不當ナルコト即チ係争關係ノ眞實ニ適セサル

コトヲ主張スル爲メニハ第一審ノ辯論終結前ニ提出スルコトヲ得ヘキ攻撃防禦ノ方法新事實新證據方法ハ當事者カ第一審ニ於テ提出セサリシモノハ勿論一タヒ提出シテ裁判所ヨリ排斥セラレタルモノナルト若クハ當事者カ拋棄シタルモノナルトヲ問ハス總テ其提出ヲ許ス(第四一)然レトモ自白シタル事實ニ抵觸シタル新事實或ハ期間ノ經過ニ因リ或ハ數額ノ裁判ヲ留保シテ原因ニ付テ判決ヲ爲シ(第二二八)其原因ニ付テノ判決カ確定シ攻撃防禦ノ方法ヲ行フ權利ヲ喪失シタル場合ノ如キハ之ニ關スル攻撃防禦ノ方法ヲ提出スルコトヲ許サス然レトモ單ニ下級裁判所カ羈束セラルヘキ中間判決ニ關スル訴訟資料ハ下級裁判所カ辯論ヲ再開スル際ニ於テ下級裁判所ニ提出スルコトヲ得サルモノト雖モ控訴裁判所ニ於テハ之ニ關スル訴訟資料ノ提出ヲ許ス如何トナレハ控訴裁判所ニ於テハ前審ノ終結シタル辯論全部ヲ再開スルモノナレハ終局判決ノ前提ト爲リタル中間判決ニ關スル辯論ノ如キハ當然再開ノ辯論ニ包含セララルモノニシテ終局判決前ニ爲シタル中間判決モ亦控訴

審ノ判斷ヲ受クヘキモノナレハナリ(第三九條)

(三) 前二ニ述ヘタルカ如ク控訴裁判所ニ於ケル事件自體ニ付テノ審査ハ第一審ニ於テ提出セラレタル訴訟資料ニ第二審ニ於テ提出セラレタル訴訟資料ヲ加ヘテ不服ヲ申立テタル判決ノ當否ヲ審査スルモノナルカ故ニ不服ヲ申立テラレタル判決ヲ以テ裁判セラレタル訴訟物ニ關係ナキ新舊ノ訴訟資料ハ控訴裁判所ハ之ヲ審査スルノ必要ナシト雖モ訴訟物ニ關係セル訴訟資料ハ第一審ニ提出アリタルモノナルト新ニ控訴審ニ提出アリタルモノナルトヲ問ハス又下級裁判官カ提出アリタルニ拘ハラズ裁判ヲ爲スニ必要ナラストシテ不問ニ付シタルモノナルトヲ問ハス總テ控訴審ニ於テハ之ヲ審査スヘキモノナリ故ニ控訴裁判所ハ控訴審ニ新ニ提出アリタル訴訟資料若クハ第一審ニ提出アリタル訴訟資料ヲ第一審裁判官カ不問ニ付シタルノ理由ニ基キ下級裁判所ニ於テ訴訟物ニ付キ新ニ當事者ヲシテ辯論ヲ爲サシムルカ爲メ事件ヲ下級裁判所ニ差戻スノ權能ヲ有セサルモノナリ控訴裁判所ハ新訴訟資料若クハ第一審裁判官カ不問ニ付シタ

ル訴訟資料ニシテ訴訟物ニ關係スルモノナル以上ハ此等ノ訴訟資料ニ付キ辯論及ヒ裁判ヲ爲ササルヘカラス即チ第一審裁判所カ原告ハ請求ヲ正當ナリトシ若クハ不當ナリトシテ排斥シタル請求ニ關スル總テハ争點ニシテ控訴裁判所カ其請求ハ當否ヲ判斷スルニ辯論及ヒ裁判ヲ必要ト認めタルモノハ第一審裁判所ニ於テ其争點ニ付キ辯論及ヒ裁判ヲ爲ササルトキト雖モ控訴裁判所ニ於テ其辯論及ヒ裁判ヲ爲スハ義務ヲ負フモノトス(第四三條)

第五款 控訴ノ效力

第一審ノ判決ニ對シテ控訴ノ提起アリタルトキハ二個ノ效力ヲ生ス停止ハ效力移審ハ效力是ナリ

第一項 停止ノ效力

停止ノ效力ニハ二個ノ内容アリ即チ第一審判決ノ確定力ヲ停止スルコト及ヒ第一審判決ノ執行力ヲ停止スルコト是ナリ
第一 控訴ハ第一審判決ノ確定力ヲ停止ス

第一審ノ終局判決ニ對シテハ原則トシテ訴訟當事者ハ控訴ヲ提起スル權利ヲ有スルヲ以テ法律カ與ヘタル控訴期間ノ滿了前ニハ當事者ハ何等ノ行為ヲ爲スヲ要セス控訴ヲ許ス判決ハ確定力ヲ生セサルモノトス而シテ判決ニ對シテ控訴ノ提起アリタルトキハ控訴裁判所ニ於テ審理ノ結果第一審判決ヲ廢棄若クハ變更スルコトアルヲ以テ判決ノ確定ハ控訴ノ提起ニ因リテ遮斷セラレ即チ控訴ノ判決ノ結果如何ニ因リテ控訴ノ判決カ確定スルニ至ルマテハ第一審ノ判決ハ其確定力ヲ停止セラルルモノナリ(第四九條)而シテ控訴ヲ許スヘキ判決ハ控訴期間ノ滿了ニ因リテ確定シタル判決ニ對シテハ控訴ハ許サレサルモノナルモ例外トシテ控訴期間經過ニ因ル原狀回復アリタル場合ハ亦控訴ヲ許スニ至ルモノナリ

斯ノ如ク控訴ノ提起アリタルトキハ判決ノ確定力ヲ遮斷スルモノナルヲ以テ確定力ヲ生シタル判決ニ對シテ控訴ノ提起ヲ爲スモ爲メニ判決ノ確定ヲ遮斷スルノ效力ヲ生セス然レトモ確定力ヲ生セサル以前ニ於テ控訴ノ提起アリタルトキハ其控訴カ適法ノモノナルトキハ勿論控訴ノ要件ニ欠缺アル

不適法ノ控訴ト雖モ尙ホ判決ノ確定力ヲ遮斷スルノ效力ヲ生スルモノナリ如何トナレハ外觀上適法ト認ムヘキ時期ニ於ケル控訴ノ提起ハ控訴裁判所カ控訴提起ノ要件ニ欠缺アリトシテ控訴ヲ不適法トシテ棄却スルマテハ控訴ノ適否未定ノ状態ニアルモノナレハ法律上控訴提起ニ付與シタル效力ヲ發生スルモノナレハナリ而シテ判決ノ確定力ヲ停止スル效力ハ第一審判決ハ全部ニ及ホスモノナリ換言スレハ當事者カ第一審判決ノ全部ニ對シテ不服申立ヲ爲シタルトキハ勿論第一審判決ノ一分ニ對シテ不服ノ申立ヲ爲シタル場合ト雖モ控訴ノ提起アリタルトキハ判決ノ全部ニ對シテ確定力ヲ停止スルモノナリ如何トナレハ不服申立ノ範圍ハ控訴提起ニ關スル必要の成立部分ニアラス縱令最初ニ控訴人カ第一審判決ノ一分ニ對シテ不服ノ申立ヲ爲スモ控訴人ハ判決ニ接著スル控訴裁判所ノ口頭辯論ノ終結ニ至ルマテハ不服申立ノ範圍ヲ擴張スルコトヲ得ヘク又被控訴人ハ控訴人ノ不服申立ヲ爲ササル部分ニ付テモ附帶控訴ノ方法ニ依リテ不服申立ヲ爲スコトヲ得ヘキモノナレハナリ

控訴ノ提起ニ因リテ判決ノ確定力ヲ遮断スル效力ハ控訴裁判所カ第一審ノ判決ニ變更ヲ加フルコトナクシテ控訴審ノ手續ヲ終了シタルトキハ消滅ニ至ルモノトス即チ控訴ノ取下アルカ又ハ控訴裁判所カ控訴ヲ不適法ト爲シ若クハ實體上理由ナキモノトシテ控訴ヲ棄却スル判決ヲ爲シタルトキ換言スレハ控訴裁判所カ原判決ノ當否ヲ審査セスシテ控訴ヲ排斥スル判決ヲ爲シ或ハ實體上原判決ヲ認可シ其判決確定ニ至リタルトキハ消滅スルモノトス

第二 控訴ハ第一審判決ノ執行力ヲ停止ス

第一審判決ニ對シテ控訴ノ提起アリタルトキハ其判決ノ確定ヲ停止スルト共ニ當事者カ其判決ニ基キ執行スルコトヲ妨ケラレ又裁判所モ職權上其判決ヲ基礎トシテ執行スルコトヲ得サルモノトス如何トナレハ判決力確定セサル間ハ其判決ノ效力ハ未タ完全ニ發生セサルモノナルヲ以テ其判決ニ基キ當事者竝ニ裁判所ニ行爲ヲ許ストキハ其行爲モ亦確定ノ狀態ニ在ラサルモノナリ換言スレハ其判決ノ確定前未確定ノ判決ニ基キテ爲シタル行爲ハ

判決ノ確定ニ因リテ確定ト爲リ其判決カ控訴ニ因リテ廢棄變更セラレルコトアルトキハ確定前ニ爲シタル判決ニ基ク行爲ハ既往ニ遡リ無効ノモノト爲ルモノトス此危險ヲ避クルカ爲メニ民事訴訟法ハ原則トシテ確定シタル判決ニ限り執行力ヲ有スルモノト爲シ判決ノ確定ニ至ルマテハ執行ヲ停止スヘキモノトセリ(第四九七條)

右執行力ノ停止ハ確定力ノ停止ト同シク何等ノ行爲ヲ要セスシテ法律上當然發生スルモノナリ控訴ノ許サルヘキ判決ナルトキハ控訴ノ提起アルヲ要セス判決確定ニ至ルマテハ執行力ヲ停止セラレ控訴ノ提起ハ判決ノ確定力ノ發生ヲ停止スル結果トシテ執行力ヲ停止スルノ效力ヲ生スルモノナリ而シテ控訴ノ提起ニ因リテ執行力ヲ停止スル範圍ハ確定力ヲ停止スル範圍ト同一ナリ故ニ第一審判決ニ對シテ控訴ノ提起アリタルトキハ其執行力停止ノ效果ハ第一審判決ノ全部ニ及ホスモノナリ而シテ執行停止ノ效力ノ消滅ハ確定停止ノ效力ノ消滅ト同一ナリトス

第二項 移審ノ效力

移審ノ效力トハ控訴ノ提起ニ因リ訴訟ヲ第一審裁判所ノ繫屬ヲ離脱シ控訴裁判所ニ繫屬セシムルコトヲ謂フ即チ控訴ノ提起ニ因リテ訴訟ハ第一審ヨリ控訴審ニ移轉繫屬スルモノトス

第一 移審ノ效力ハ適法ナル控訴ノ提起ニ因リテ發生ス控訴カ不適法ナルト

キハ外觀上訴訟ハ控訴審ニ繫屬シタルカ如キモ控訴裁判所ハ訴訟本案ニ付キ審理ヲ爲スコトヲ得スシテ控訴ヲ不適法トシテ棄却スヘキモノナレハ恰モ第一審ニ於テ訴訟成立要件カ欠缺セル爲メ訴訟關係ヲ發生セサルト同シク控訴審ニ於テモ移審ノ效力ヲ發生セサルモノトス

第二 移審ノ效力ノ範圍ハ第一審判決ニ因リテ裁判セラレタル訴訟ノ全部ヲ控訴審ニ繫屬セシムルモノナリ換言スレハ控訴人カ不服ヲ申立テタル判決ニ因リテ裁判セラレタル訴訟物全部カ控訴審ニ繫屬スルモノトス故ニ第一審ノ訴訟物ト雖モ第一審判決ニ因リテ裁判セラレサルモノハ控訴審ニ繫屬セス第一審ニ於テ現ハレサリシ訴訟物若クハ第一審判決ニ於テ是認シ若クハ否認セサリシ訴訟物即チ裁判ノ脱漏アリタル主タル請求若クハ附帶請求

ノ如キハ控訴審ニ繫屬セサルモノトス(第四〇條第三項)

第三 移審ノ效力ハ第一審判決ニ因リ裁判セラレタル訴訟物ノ全部ニ付キ發生スルモノナレトモ控訴裁判所ニ於ケル辯論及ヒ判決ヲ爲スヘキ範圍ハ前款ニ述ヘタル如ク當事者ノ控訴若クハ附帶控訴ニ因ル不服申立ノ範圍ニ限ラルルモノトス(第四一條)隨テ第一審判決ハ當事者ヨリ變更ヲ申立テタル部分ニ限リ控訴裁判所ニ於テ取消若クハ變更スルコトヲ得ルモノトス(第四二條)第一審判決中當事者ノ不服申立ナキ部分ニ付テハ控訴裁判所カ其不法ナルコトヲ發見スルモ之ヲ當事者ノ利益若クハ不利益ニ變更スルコトヲ得ス又不服申立アリタル判決ヲ控訴人ノ不利益ニ變更スルコトハ相手方カ控訴若クハ附帶控訴ノ方法ニ因リ不服ヲ申立テタル場合ニ限ルモノトス(第四三條)

第四 移審ノ效力ハ控訴ノ取下及ヒ控訴審ノ終局判決ノ確定ニ因リテ消滅スルモノナリ控訴裁判所ノ終局判決ニ因リテ移審ノ效力ヲ消滅スルモ其判決ニ對シテ上告ノ提起アリテ上告裁判所カ判決ヲ破毀シテ事件ヲ控訴裁判所ニ差戻シ若クハ移送シタルトキハ再ヒ移審ノ效力ヲ發生シ前ノ控訴申立及

ヒ附帯控訴ノ申立ハ其效力ヲ生スルモノナリ

第六款 控訴審ノ判決

控訴審ニ於ケル審理ノ範圍ハ控訴カ適法ナリヤ否ヤ及ヒ控訴カ實體上理由アリヤ否ヤニアリトス控訴ノ適否ノ審査ハ控訴要件ノ審査ニシテ實體上ノ審査ハ當事者ノ不服申立カ理由アリヤ否ヤノ審査ナリトス

控訴要件ノ存否ハ控訴裁判所ノ裁判長カ職權ヲ以テ書面上審査スヘキモノナルモ^(第四條)控訴裁判所モ亦口頭辯論ニ基キテ之ヲ調査セサルヘカラス控訴要件ニ關スル當事者ノ辯論ハ控訴ノ實體上ノ辯論ト併合シテ爲スヘキモノニシテ當事者ハ辯論ヲ控訴要件ノミニ制限スルノ權利ナシ裁判所ハ第一百十八條ノ規定ニ依リ辯論ノ分離ヲ命スルコトヲ得ヘシ控訴裁判所カ審理ノ結果控訴ノ要件ニ欠缺アリト認メタルトキハ控訴ヲ不適法トシテ判決ヲ以テ棄却ス^(第四條)此判決ハ控訴裁判所カ控訴ニ付キ終局的ニ裁判シタルモノナレハ終局判決ナリトス

控訴裁判所カ控訴ヲ適法ト認メ控訴要件ノミニ付キ辯論ヲ分離シタルトキハ

中間判決ヲ以テ控訴ノ適法ナルコトヲ宣言シ本案ノ審理ヲ爲スヘク若シ控訴要件ノミニ付キ辯論ヲ分離セサルトキハ本案ノ終局判決ノ理由中ニ於テ控訴ノ適法ナルコトヲ宣言スヘキモノトス

控訴裁判所カ實體上ノ審査ヲ爲シ第一審判決ヲ正當ト認メタルトキハ終局判決ヲ以テ控訴ヲ理由ナシトシテ棄却スヘキモノトス^(第四條)第一審判決ヲ不當ト認メ當事者ノ不服申立ヲ理由アリト認メタルトキハ第一審判決ヲ取消シ更ニ之ニ代ルヘキ判決ヲ爲スヘキモノトス

然レトモ控訴裁判所ニ於テハ適法ノ控訴アリタルトキ控訴ヲ棄却シ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻ス判決ヲ爲シ若クハ第一審判決ヲ取消シ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻ス判決ヲ爲スコトアリ差戻判決是ナリ差戻判決ヲ爲スハ控訴ノ適法ナルコトヲ前提條件トス然ラサレハ控訴ヲ不適法トシテ棄却スヘケレハナリ而シテ差戻判決ハ事件ニ付キ尙ホ第一審ノ辯論ヲ必要トスルトキ若クハ第一審ニ於テ訴訟手續ニ付テノ規定ニ違背シタルトキ之ヲ爲スヘキモノトス^(前)者ハ法律カ事件ノ差戻ヲ強制シタル場合ニシテ^(第四條)後者ハ差戻判決ヲ爲スヤ

否ヤヲ控訴裁判所ノ權能ニ委シタル場合ナリトス左ニ之ヲ分説スヘシ

第一 事件ニ付キ第一審ノ辯論ヲ必要トスルトキ

事件ニ付キ第一審ノ辯論ヲ必要トスルトキトハ控訴裁判所ノ判決ニ因リ訴訟ヲ完結スル程度ニ達セサルコトヲ謂フ斯ル場合ニ控訴裁判所カ訴訟ヲ完結スヘキ判決ヲ爲スモノトセハ第一審ノ審理ヲ經サル訴訟ノ裁判ヲ爲スニ至リ審級制度ヲ認メタル立法ノ主旨ニ反スルヲ以テナリ蓋シ事件ニ付キ第一審ノ辯論ヲ必要トスルトキ差戻判決ヲ爲スヘキハ訴訟カ第一審ヲ經スシテ第二審ニ於テ裁判セラルルコトヲ防クノ目的ニ出テタルモノナレハ事實上第一審ニ於ケル辯論アリタルトキト雖モ其判決ノ如何ニ因リテ差戻判決ヲ爲スコトアルモノトス差戻判決ヲ爲ス場合左ノ如シ(第四二條)

(一) 不服ヲ申立テラレタル判決カ闕席判決ナルトキ 闕席判決ハ故障ヲ許ササルモノニシテ懈怠ナキコトヲ理由トスルトキニ限り控訴ヲ提起スルコトヲ得(第三九條)此理由ニ基キ當事者カ控訴ノ提起ヲ爲シタルトキ其控訴カ不適法ナルカ若クハ其理由ナキトキハ控訴棄却ノ判決ヲ爲シ事件ハ完

結スルモノナルヲ以テ更ニ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スノ必要ナシト雖モ然レトモ若シ控訴カ理由アルトキハ第一審ニ於テハ未タ本案ニ付キ當事者雙方カ完全ニ辯論ヲ爲シタルニアラサルヲ以テ更ニ當事者ヲシテ完全ニ第一審ノ審理ヲ得セシムルノ必要アリ故ニ控訴裁判所ハ第一審判決ヲ廢棄シ事件ニ付キ辯論及ヒ裁判ヲ爲サシムル爲メ訴訟事件全部ヲ原裁判所ニ差戻スヘキモノトス

(二) 不服ヲ申立テラレタル判決カ闕席判決ニ對スル故障ヲ不適法トシテ棄却シタルモノナルトキ 民事訴訟法第二百五十九條ニ依リ故障ヲ不適法トシテ棄却シタル判決ニ對シ控訴ノ提起アリタルトキ原判決正當ナルトキハ控訴ヲ棄却スヘキヲ以テ事件ハ完結スヘキモ控訴カ理由アリト認メタルトキ即チ原裁判所ニ申立テタル故障カ適法ノモノナルトキハ更ニ事件ノ本案ニ付キ第一審ノ辯論及ヒ裁判ヲ必要トスルモノナルヲ以テ第一審裁判所ヲシテ故障ヲ受理シ闕席前ノ程度ニ復シ本案ノ辯論及ヒ裁判ヲ爲サシムルカ爲メ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スヘキモノトス

(三) 不服ヲ申立テラレタル判決カ妨訴抗辯ノミニ付キ裁判ヲ爲シタルモハナルトキ 第一審裁判所カ被告ノ提出シタル妨訴抗辯ノミニ付キ其當否ヲ裁判シ本案ニ付キ裁判ヲ爲ササリシトキ妨訴抗辯ニ關スル判決ニ對シ控訴ノ提起アリタル場合ニ差戻ノ必要ヲ生スルコトアリ第一審裁判所ニ於テ當事者カ本案ニ付キ辯論ヲ爲シタルヤ又裁判所カ職權ヲ以テ妨訴抗辯ニ付キ辯論ノ分離ヲ爲シタルカ或ハ被告カ本案ノ辯論ヲ拒ミタルヤ否ヤニ關セス第一審裁判所カ妨訴抗辯ノ當否ノミニ付キ爲シタル判決ニ對シテ控訴ノ提起アリタルトキニ限り差戻ノ場合ヲ生スルモノナリ今各場合ニ付キ之ヲ觀察スレハ(ハ)第一審裁判所カ被告ノ提出シタル妨訴抗辯ヲ理由アリトシテ原告ノ訴ヲ却下シタル場合ニ其判決ニ對シテ控訴ノ提起アリテ控訴裁判所カ控訴ヲ理由ナシト認メ其判決ヲ正當ト認メタルトキハ更ニ本案ニ付キ辯論及ヒ裁判ヲ爲スノ必要生セサルヲ以テ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スヘキモノニアラス之ニ反シ(シ)第一審裁判所カ妨訴抗辯ヲ理由アリトシテ訴ヲ却下シタル判決ヲ控訴裁判所カ妨訴抗辯ヲ理由ナシト

シテ棄却スヘキモノト認メタルトキ即チ控訴ヲ理由アリト認メタルトキハ事件ノ本案ニ付キ第一審裁判所ヲシテ更ニ辯論裁判ヲ爲サシムルノ必要アルヲ以テ第一審判決ヲ廢棄シ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スヘキモノナリ又第一審裁判所カ被告ノ提出シタル妨訴抗辯ヲ理由ナシトシテ妨訴抗辯棄却ノ中間判決ヲ爲シ控訴裁判所ハ其中間判決ヲ不當ト認ムルトキ即チ妨訴抗辯ヲ理由アリト認ムルトキハ控訴裁判所ハ直チニ訴却下ノ判決ヲ爲シ事件ヲ終了スヘキヲ以テ第一審裁判所ニ差戻スノ必要ヲ生セサルナリ然レトモ(モ)控訴裁判所カ第一審判決ヲ正當トナシ即チ控訴ヲ理由ナシトスルトキハ本案ニ付キ第一審ノ辯論及ヒ裁判ヲ爲サシムルノ必要アルヲ以テ判決ヲ以テ控訴ヲ棄却シ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スヘキモノナリ

要スルニ第一審裁判所カ妨訴抗辯ヲ棄却シタルト若クハ採用シタルトニ關セス控訴裁判所カ被告ノ提出シタル妨訴抗辯ヲ理由ナシト認メタル場合ニハ第一審ヲシテ本案ノ辯論裁判ヲ爲サシムルノ必要生スルヲ以テ事

件ヲ第一審裁判所ニ差戻スヘキモハナリ然レトモ第一審裁判所ニ於テ妨
 訴抗辯ニ付テノ辯論ト本案ノ辯論トヲ分離セスシテ辯論ヲ爲シ本案ニ付
 テノ裁判ト共ニ妨訴抗辯ヲ理由ナシトスル裁判ヲ爲シタル場合ニハ控訴
 裁判所ニ於テハ第一審ノ判決ニ對スル控訴ノ提起ニ因リ妨訴抗辯ノ當否
 ニ付キ審査ヲ爲シ其抗辯ヲ理由ナシトスル場合ト雖モ其裁判ハ妨訴抗辯
 ノミニ付テノ裁判ニアラス本案ニ付キ既ニ第一審ノ辯論裁判アリタルモ
 ノナルヲ以テ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スヘキモノニアラス又被告カ第
 二百六條ニ規定セル以外ノ抗辯ヲ妨訴抗辯ナリト主張シテ第一審裁判所
 ニ提出シ第一審裁判所ハ之ヲ妨訴抗辯ナリトシテ其抗辯ノミニ付キ判決
 ヲ爲シタル場合ニ控訴ノ提起アリタルトキハ控訴裁判所ハ第四百二十三
 條ノ規定ニ從ヒ訴訟手續ノ違背ヲ理由トシテ事件ヲ原裁判所ニ差戻スコ
 トヲ得ルモ本項ニ依リ差戻スヘキモノニ非ス

(四) 請求ノ原因、數額ニ付テ爭アル場合ニ於テ不服ヲ申立テラレタル判決カ
 先ツ其原因ノミニ付キ裁判ヲ爲シタルモノナルトキ(第二二) 第一審ニ於

テ請求ノ原因ト數額トニ爭アリタル場合ニハ第一審裁判所ハ辯論ヲ分離
 シテ原因ノミニ付キ判決ヲ爲スコトヲ得ヘク此判決ハ請求ノ原因ヲ正當
 ナリトスルトキハ上訴ニ關シテ終局判決ト看做サルヘキ中間判決ニシテ
 若シ請求ノ原因ヲ不當トスルトキハ原告ノ請求ヲ棄却スル終局判決ヲ爲
 スヘキモノナリ此二個ノ場合ニ於テ控訴ノ提起アリタルトキ控訴裁判所
 カ請求ノ原因ヲ正當ナリト認メタル場合ニハ事件ニ付キ尙ホ數額ニ付テ
 辯論ヲ爲サシムルカ爲メニ其事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スヘキモノナリ
 如何トナレハ未タ數額ニ付キ第一審ノ辯論及ヒ裁判ヲ經サルモノナレハ
 ナリ或說ニハ第一審ニ於テ請求ノ原因ト數額トニ辯論ヲ分離シタル場合
 ト雖モ請求ノ原因ヲ不當トシ請求ヲ棄却スル判決ヲ爲シタルモノナルト
 キハ是レ請求ノ原因ノミニ判決ニ非サルヲ以テ控訴審ニ於テ其判決ヲ廢
 棄スル場合ト雖モ事件ヲ差戻スヘキニ非スト爲スモノアリ然レトモ差戻
 判決ヲ爲ス理由ハ第一審ノ辯論ヲ經サル訴訟物ニ付キ第二審ニ於テ直チ
 ニ辯論判決ヲ爲スコトヲ避クルノ法意ナルヲ以テ數額ニ付キ第一審ノ辯

論ナキ以上ハ差戻判決ヲ爲スヲ正當ト信ス

控訴裁判所カ原告ノ主張スル請求ノ原因ヲ不當ト認メテ之ヲ排斥スヘキモノト爲シタル場合ニハ數額ニ付テノ辯論ハ必要ナキニ至ルヲ以テ第一審ノ判決カ中間判決ナルトキハ之ヲ廢棄シテ請求棄却ノ判決ヲ爲シ若シ第一審ノ判決カ終局判決ナルトキハ控訴棄却ノ判決ヲ爲シテ事件ヲ終了スヘキモノナリ又第一審裁判所カ原因ト數額トニ付キ辯論ノ分離ヲ爲ササルモ原因ニ付キ原告ノ請求ヲ不當トシテ棄却スル判決ヲ爲シタル場合ニ於テモ控訴裁判所カ請求ノ原因ヲ正當ナリト認メタルトキハ數額ノ辯論裁判ヲ爲サシムルカ爲メニ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スヘキモノトス

五 證書訴訟爲替訴訟ニ於テ敗訴ノ被告ニ別訴訟ヲ以テ追行ヲ爲スハ權ヲ留保シタル判決ナルトキ 證書訴訟爲替訴訟ニ於テハ適法ノ證據方法ヲ以テ被告カ其證明ヲ爲サス或ハ完全ニ舉證ヲ爲ササルトキハ被告カ原告ノ請求ヲ争フ場合ト雖モ被告ノ異議ハ許ササルモノトシテ却下スヘク且原告ノ請求ヲ争ヒタル被告ニ敗訴ノ言渡ヲ爲ストキニ於テハ總テノ場合

ニ於テ被告ニ權利ノ行使ヲ留保スルモノナリ權利行使ヲ留保シタルトキハ其判決ノ確定ニ因リテ其訴訟事件ハ通常訴訟手續ニ於テ當然其裁判所ニ繫屬スルモノトナル其留保ヲ掲ケタル判決ニ對シテ控訴ノ提起アリタルトキ控訴裁判所ハ原告ノ請求ヲ不當ト認メタルトキハ原告ノ請求ヲ排斥スヘキヲ以テ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スノ必要ナシ然レトモ原告ノ請求ヲ正當ト認メ第一審判決ヲ認可スル場合ニ於テハ第一審ヲシテ更ニ通常手續ニ於テ事件ヲ審理セシムヘキモノナルヲ以テ其事件ヲ原裁判所ニ差戻スヘキモノナリ若シ此判決ニシテ第一審裁判所カ留保ヲ掲クルコトヲ脱漏シタル場合ナルトキハ事件ヲ原裁判所ニ差戻スヘキモノニアラス

以上五箇ノ場合ニ於テハ事件全體ニ付テ第一審ノ辯論カ未タ完了セサルモノニシテ即チ事件ニ付キ第一審ノ辯論ヲ必要トスルモノナルヲ以テ當事者ノ申立如何ニ關セス控訴裁判所ハ職權ヲ以テ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スヘキモノナリ控訴裁判所カ差戻ヲ爲スニハ辯論ヲ必要トスル場合ナラサル

ヘカラス辯論ヲ必要トスルトハ前ニ述ヘタル五箇ノ場合ニ於テ此等ノ裁判ノ基礎ト爲リタル訴訟資料以外ニ於テ訴訟ヲ完結スルニ尙ホ辯論ヲ必要トスルコトヲ謂フモノナリ辯論ヲ必要トスルトハ第一審裁判ナキトキヲ意味スルモノニシテ事實上當事者カ辯論ヲ爲シタルコトアリトスルモ第一審裁判ノ内容ニ包含セラレタル訴訟資料ニ付テ辯論ヲ必要トスル場合ヲ意味スルモノトス

第二 第一審ニ於テ訴訟手續ノ規定ニ違背シタルトキ

第一審ノ審理及ヒ裁判カ訴訟手續ノ規定ニ違背シタルコトアルトキハ控訴裁判所ハ其判決及ヒ違背シタル訴訟手續ノ部分ヲ廢棄シテ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スコトヲ得ルモノナリ(第四二條)此場合ニ於ケル差戻ハ控訴裁判所ノ意見ニ因ルモノニシテ控訴裁判所ハ訴訟手續ノ規定ニ違背アルモ必スシモ差戻ヲ要スルモノニアラス如何トナレハ第四百二十三條ニハ差戻スコトヲ得トアリテ前條ト其規定ヲ異ニスレハナリ殊ニ訴訟手續ノ違背ニシテ控訴裁判所ニ於テ追完シ得ルモノナルトキハ之ヲ差戻スモ何等ノ利益ナキノ

ミナラス却テ弊害ヲ生スヘケレハナリ訴訟手續ノ違背トハ訴訟事件ニ付キ訴訟法ヲ適用セサルカ若クハ不當ニ適用シタル場合ナリ而シテ第四百二十三條ニハ何等ノ制限ナキヲ以テ苟モ訴訟手續ノ規定ニ違背シタルコトアルトキハ如何ナル場合ト雖モ之ヲ差戻スコトヲ得ヘシ然レトモ法律ノ精神ヨリスレハ控訴裁判所ハ差戻ノ爲メニ當事者ノ利益ヲ害セサルコトニ注意セサルヘカラス獨逸新舊民事訴訟法ニ因レハ訴訟手續ニ重要ナル欠缺アル場合ニ限り差戻スコトヲ得ルモノト規定シ尙ホ同法ニ因ルモ如何ナル訴訟手續ノ違背カ重要ナル欠缺ナリヤニ付テハ規定スル所ナシ故ニ之ニ關スル學說ハ區々ニシテ或ハ民事訴訟法第四百三十六條ノ場合ヲ謂フモノナリトシ或ハ判決ノ基本ト爲ルヘキ訴訟手續ノ違背ヲ謂フモノナリトシ或ハ判決ノ實體ニ關係ヲ有スル訴訟法則ノ違背竝ニ控訴裁判所カ事件ニ付キ裁判ヲ爲スノ基本ト爲ルヘキ訴訟手續ニ違背シタルコトヲ謂フモノナリト主張シ殆ト一定セス我訴訟法ノ解釋ニ因レハ其手續カ當事者ノ行爲ナルト裁判所ノ行爲ナルトヲ問ハス第一審判決ノ實體ニ關係ヲ有スルモノナルトキ若クハ

七九八

ヘカラス辯論ヲ必要トスルトハ前ニ述ヘタル五箇ノ場合ニ於テ此等ノ裁判ノ基礎ト爲リタル訴訟資料以外ニ於テ訴訟ヲ完結スルニ尙ホ辯論ヲ必要トスルコトヲ謂フモノナリ辯論ヲ必要トスルトハ第一審裁判ナキトキヲ意味スルモノニシテ事實上當事者カ辯論ヲ爲シタルコトアリトスルモ第一審裁判ノ内容ニ包含セラレサル訴訟資料ニ付テ辯論ヲ必要トスル場合ヲ意味スルモノトス

第二 第一審ニ於テ訴訟手續ノ規定ニ違背シタルトキ

第一審ノ審理及ヒ裁判カ訴訟手續ノ規定ニ違背シタルコトアルトキハ控訴裁判所ハ其判決及ヒ違背シタル訴訟手續ノ部分ヲ廢棄シテ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スコトヲ得ルモノナリ(第四二條)此場合ニ於ケル差戻ハ控訴裁判所ノ意見ニ因ルモノニシテ控訴裁判所ハ訴訟手續ノ規定ニ違背アルモ必スシモ差戻ヲ要スルモノニアラス如何トナレハ第四百二十三條ニハ差戻スコトヲ得トアリテ前條ト其規定ヲ異ニスレハナリ殊ニ訴訟手續ノ違背ニシテ控訴裁判所ニ於テ追完シ得ルモノナルトキハ之ヲ差戻スモ何等ノ利益ナキノ

ミナラス却テ弊害ヲ生スヘケレハナリ訴訟手續ノ違背トハ訴訟事件ニ付キ訴訟法ヲ適用セサルカ若クハ不當ニ適用シタル場合ナリ而シテ第四百二十三條ニハ何等ノ制限ナキヲ以テ苟モ訴訟手續ノ規定ニ違背シタルコトアルトキハ如何ナル場合ト雖モ之ヲ差戻スコトヲ得ヘシ然レトモ法律ノ精神ヨリスレハ控訴裁判所ハ差戻ノ爲メニ當事者ノ利益ヲ害セサルコトニ注意セサルヘカラス獨逸新舊民事訴訟法ニ因レハ訴訟手續ニ重要ナル欠缺アル場合ニ限リ差戻スコトヲ得ルモノト規定シ尙ホ同法ニ因ルモ如何ナル訴訟手續ノ違背カ重要ナル欠缺ナリヤニ付テハ規定スル所ナシ故ニ之ニ關スル學說ハ區々ニシテ或ハ民事訴訟法第四百三十六條ノ場合ヲ謂フモノナリトシ或ハ判決ノ基本ト爲ルヘキ訴訟手續ノ違背ヲ謂フモノナリトシ或ハ判決ノ實體ニ關係ヲ有スル訴訟法則ノ違背竝ニ控訴裁判所カ事件ニ付キ裁判ヲ爲スノ基本ト爲ルヘキ訴訟手續ニ違背シタルコトヲ謂フモノナリト主張シ殆ト一定セス我訴訟法ノ解釋ニ因レハ其手續カ當事者ノ行爲ナルト裁判所ノ行爲ナルトヲ問ハス第一審判決ノ實體ニ關係ヲ有スルモノナルトキ若クハ

控訴裁判所カ判決ヲ爲スノ基礎ト爲スヘキ訴訟手續ノ違背ノ場合ニ限リ差戻ヲ爲スヲ適當トス例ヘハ口頭辯論カ不適式ナルトキ違法ナル證據調ニ因リ得タル資料ニ因リ判決ヲ爲シタルトキ或ハ裁判ニ理由ヲ付セザルトキ又ハ判決ニ事實ノ摘示ヲ缺キタル場合ノ如キハ差戻ノ理由ト爲スコトヲ得ルモノナリ重要ナラサル手續ノ違背ハ第一審裁判所ヲシテ更ニ事件ノ審理ヲ爲サシムルノ必要ナキノミナラス手續違背ノ爲メニ差戻ヲ爲ストキハ徒ラニ訴訟ノ終局ヲ遅延シ無用ノ手數ヲ要スルモノナレハ此等ノ手續カ公益ニ基クモノナルト當事者ノ處分權ニ因リテ左右シ得ヘキモノナルトヲ問ハス又控訴裁判所ニ於テ其手續ノ欠缺ヲ補正スルコトヲ得ル場合ト否トヲ問ハス差戻スヘキモノニアラス此等ノ場合ニ於ケル事件ノ差戻ハ控訴裁判所カ令重要ナル訴訟手續ノ欠缺アルトキト雖モ控訴裁判所カ自ラ裁判ヲ爲スコトヲ至當ト認メタル場合ニ於テハ事件ニ付キ自ラ裁判ヲ爲スモ違法ニアラス隨テ上告ノ理由ト爲スコトヲ得ス若シ控訴裁判所カ事件ノ差戻ヲ至當ト

爲ストキハ其違背シタル手續ニ基キタル第一審ノ判決及ヒ其違背シタル訴訟手續ノ部分ヲ廢棄シ判決ヲ以テ事件ヲ差戻スヘキモノトス第四百二十二條第四百二十三條ノ差戻ノ判決ハ中間判決ナリヤ終局判決ナリヤニ付テハ學說岐ル其說ノ岐ルル根據ハ終局判決ノ意義如何ニアリトス差戻ノ判決ヲ終局判決ナリト主張スル學說ニ因レハ終局判決トハ訴訟ヲ其審級ニ於テ終了スル判決ヲ謂フモノナリトナシ必スシモ訴訟事件自體ノ終局ヲ目的トスル判決ナルコトヲ必要トセス事件カ審級ヲ離脱スヘキ判決ハ即チ終局判決ナリ差戻ノ判決モ控訴裁判所ニ於ケル訴訟手續ヲ完結シ事件カ控訴裁判所ヲ離脱スヘキヲ以テ終局判決ナリト云フニ在リ中間判決說ヲ主張スル學說ニ據レハ終局判決トハ審級ノ如何ニ拘ハラズ事件ノ全部又ハ一分ヲ完結スル判決ヲ謂フモノナリ故ニ第一審ニ於テ爲シタル訴ノ却下若クハ請求棄却ノ判決ノ如キハ終局判決ナリト雖モ控訴審ニ於テ更ニ第一審裁判所ヲシテ事件ノ審理ヲ爲サシメンカ爲メニ爲ス所ノ差戻ノ判決ハ事件カ全ク裁判所ノ繫屬ヲ離脱スヘキ性質ヲ有セザルヲ以テ中間判決ナリト云

フニ歸着ス尙ホ終局判決說ハ其理由ヲ敷衍シテ曰ク差戻ノ判決ニ因リテ控訴裁判所ノ行為ハ結了シ控訴審ノ訴訟ハ完結ニ至ルモノナリ殊ニ控訴裁判所カ爲ス差戻ノ判決ハ民事訴訟法第二百二十七條ニ規定セル各個ノ獨立ナル攻撃防禦ノ方法若クハ中間ノ争ニ付キ裁判ヲ爲シタルモノニアラス差戻ノ裁判ヲ爲スト否トハ中間判決ノ如ク控訴裁判所ノ意見ニ因ルモノニアラス第四百二十二條ノ場合ノ如キハ控訴裁判所ハ差戻ノ判決ヲ爲スノ義務アルモノナリ故ニ差戻ノ判決ハ終局判決ニシテ獨立シテ上告ヲ爲スコトヲ得ルモノナリト

次ニ差戻ノ判決ニ付テハ特別ノ規定存セスト雖モ第一審裁判所ハ其判決ニ羈束セラルルモノナリ此點ニ關スル理由ニ付テモ亦終局判決說ト中間判決說トニ因リテ其論據ヲ異ニス中間判決說ニ因レハ差戻後ノ第一審裁判所ニ於ケル辯論ハ控訴審ノ辯論ヲ繼續スルモノナリ故ニ第二百四十條ノ規定ニ從ヒテ第一審裁判所ハ其判決ニ羈束セラルルモノナリト終局判決說ニ因レハ差戻ノ判決カ第一審裁判所ヲ羈束スル點ニ付テハ法律ニ其規定ヲ存セス

ト雖モ第四百二十二條第四百二十三條ニ於テ差戻ノ權能ヲ法律カ控訴裁判所ニ付與シタル點ヨリスレハ第一審裁判所カ其判決ニ羈束セラルヘキコトハ法律ノ規定ヨリ推定シ得ル所ナルヲ以テ特別ノ明文ナシト雖モ羈束力アルハ當然ナリ而シテ差戻判決後ノ第一審裁判所ニ於ケル辯論ハ控訴審ノ辯論ノ繼續ニアラス純然タル第一審ノ辯論ナリ故ニ其辯論ニ基キテ爲サレタル判決ニ對シテハ更ニ控訴ノ提起ヲ爲スコトヲ得ヘキモ控訴審ノ判決ニアラサルヲ以テ上告ヲ爲スコトヲ得ス若シ中間判決說ニ因ルトキハ第一審ノ辯論ハ控訴審ノ辯論ノ繼續ナルヲ以テ其辯論ニ基ク判決ハ控訴審ノ判決トナササルヘカラス然ラハ其判決ニ對シテ直チニ上告ヲ爲スコトヲ得ルノ論結ヲ生スルモ此點ニ付テハ中間判決ヲ維持スル學說ト雖モ主張セサル所ナリ差戻ノ裁判ヲ爲ス場合ニ於テハ訴訟費用ノ裁判ハ第一審ニ於ケル裁判ニ於テ爲スヘキモノナリト(第七條八條)余ハ終局判決說ニ左祖ス

第七款 控訴審ノ手續

控訴裁判所ノ訴訟手續ハ原則トシテ地方裁判所ノ第一審ノ訴訟手續ヲ適用セ

ラルモノナリ唯控訴ノ特質ヨリシテ特殊ノ手續ヲ必要トスルヲ以テ法律ハ次ニ述フルカ如キ特別ノ手續ヲ規定セリ(第四〇八條)

第一 控訴審ニ於ケル訴訟ノ手續ハ控訴狀ノ提出ヲ以テ始マル控訴狀ノ提出アリタルトキハ其提出アリタル時ヨリ二十四時間内ニ控訴裁判所書記ハ第一審裁判所書記ニ訴訟記録ノ送付ヲ求ムヘキモノナリ(第四三條)是レ控訴裁判所ニ於テ辯論ノ準備ヲ爲スト下級裁判所ニ對シテ控訴ノ提起アリタルコトヲ知ラシメ判決ノ確定ニ基ク手續ヲ中止セシムル目的ナリ

第二 控訴狀ノ提出アリタルトキハ控訴裁判所ノ裁判長ハ控訴ノ適法不適法ヲ審査シ判然許スヘカラサル控訴又ハ判然法律上ノ方式ニ適セス若ハ期間經過後ニ起シタル控訴ハ裁判長ノ命令ヲ以テ之ヲ却下ス(第四〇二條)裁判長ノ審査ハ控訴狀ト訴訟記録トニ因リテ之ヲ爲ス即チ書面審理ナリトス然レトモ控訴狀ノミニ因ルヘキニ非ス然ラサレハ控訴期間ノ經過若クハ控訴カ許サルヘキヤヲ知ル能ハサレハナリ却下ノ命令ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スヲ得ヘシ抗告ニ因リテ却下ノ命令ヲ取消サルルトキハ控訴ハ適法ニ存スト雖

モ若シ抗告カ理由ナキモノトシテ棄却セラレ既ニ其當時ニ控訴期間ヲ經過セル場合ノ如キハ再ヒ其判決ニ對シテ控訴ヲ提起スルヲ得サルニ至ルヘシ

第三 控訴カ適法ナルトキハ裁判長ハ口頭辯論ノ期日ヲ指定シ控訴狀ヲ被控訴人ニ送達セシム控訴狀ノ送達ト口頭辯論期日トノ間ニ存スルコトヲ要スル時間ニ付テハ第九十四條ノ規定ヲ適用シ答辯書ヲ提出スヘキ期間ノ催告ニ付テハ第九十九條ノ規定ヲ適用ス第九十九條ニ定メタル期間ハ之ヲ伸縮スルヲ得ヘク又第九十四條ノ期間ハ危迫ナル危険ノ場合ニ限リ二十四時間マテニ短縮スルコトヲ得ヘシ(第四三條)

第四 被控訴人ノ答辯書ハ準備書面ニ關スル規定ニ從ヒテ之ヲ作成シ且被控訴人ノ申立竝ニ其主張セント欲スル新事實新證據方法ヲ掲クヘシ(第四四條)答辯書ニ新事實若クハ新證據方法ヲ掲ケ又ハ附帶控訴ヲ爲ス旨ノ陳述ヲ掲ケタルトキハ之ヲ控訴人ニ送達スヘキモノナリ(第四七條)縱令新事實新證據方法等ノ記載ナキモ一般ノ規定ニ從ヒ答辯書ハ之ヲ控訴人ニ送達スヘキモノナルハ論ヲ俟タス

第五 當事者ノ雙方ヨリ控訴ノ提起アリタルトキ各控訴ニ付キ各別ニ辯論及ヒ裁判ヲ爲ストキハ徒ラニ手數ヲ要スルヲ以テ其辯論及ヒ裁判ヲ同時ニ爲スヲ通例トス(第九條四)然レトモ裁判所ノ意見ニ因リ各別ニ辯論及ヒ裁判ヲ爲スハ其自由ニシテ必スシモ同時ニ爲スコトヲ要スルモノニアラス

第六 控訴ノ口頭辯論期日ニ被控訴人ノ控訴期間未タ經過セサルトキハ被控訴人ノ申立ニ因リ其期間ノ滿了マテ控訴ノ辯論ヲ延期スヘシ(第四一)此規定ノ目的ハ被控訴人ノ爲メニ其控訴期間ヲ保存シ第一審判決ニ對シテ控訴申立ヲ爲スヤ否ヤノ熟考期間ヲ與ヘ若シ控訴ノ申立ヲ爲シタルトキハ其辯論及ヒ裁判ヲ同時ニ爲サントスルニアリ

闕席判決ヲ受ケタル原告若クハ被告ヨリ其判決ニ對シテ故障ヲ申立テ其相手方ヨリ控訴ヲ提起シタルトキハ控訴ニ付テノ辯論及ヒ裁判ハ相手方ノ申立テタル故障ニ付テノ新辯論ノ完結ニ至ルマテ職權ヲ以テ之ヲ延期ス(第四二)此場合ニ於テ控訴ノ辯論ヲ延期セサルトキハ同一訴訟事件ニ付キ二個ノ審級ニ於テ審理ヲ爲スニ至ルヘキヲ以テナリ本條ノ場合ハ第一審ニ於テ

一分ハ闕席一分ハ對審判決アリタルトキ豫想シタルモノナリ例ヘハ第一審ニ於テ被告カ闕席シタルトキ原告ノ申立ニ因リ一分ハ原告ニ敗訴ヲ言渡シ一分ハ被告ニ敗訴ヲ言渡シタル場合ノ如シ被告敗訴ノ部分ハ闕席判決ナルモ原告敗訴ノ部分ハ對審判決ナリトス原告ハ控訴ヲ申立テ被告ハ故障ヲ申立テタル如キトキハ本條ノ適用アルモノトス

第七 口頭辯論ハ一般ノ規定ニ從ヒ之ヲ爲シ控訴ノ申立即チ控訴審ニ於ケル判決ヲ受クヘキ事項ノ申立ハ準備書面又ハ調書ノ附録トシテ添附スヘキ書面ニ基キテ朗讀スルヲ要ス妨訴抗辯ハ當事者ノ有效ニ拋棄スルコトヲ得サルモノハ何時ニテモ控訴審ニ於テ提起スルコトヲ得ヘシト雖モ其他ノ妨訴抗辯ハ原告若クハ被告カ其過失ニアラスシテ第一審ニ於テ提出シ能ハサリシコトヲ疏明スルトキニ限り之ヲ主張スルコトヲ得ヘシ(第四一)然レトモ控訴ノ本案ノ辯論ハ妨訴抗辯ニ基キテ之ヲ拒ムコトヲ得ス裁判所ハ職權ヲ以テ妨訴抗辯ニ付キ分離シタル辯論ヲ命スルコトヲ得ヘシ(第四二)妨訴抗辯以外ノ訴訟條件ニ關スル抗辯ハ控訴審ニ於テモ之ヲ主張スルコトヲ得ヘ

ク其抗辯ハ亦裁判所ニ於テ之ヲ審査スヘキモノナリ

本案ノ辯論ハ第一審ニ於テ是認若クハ否認シタル請求ニ關スルモノナルトキハ第一審ニ於テ辯論裁判ヲ爲ササル争點ト雖モ控訴裁判所ニ於テハ之ヲ爲スヘキモノナリ(第一條第二條)而シテ各當事者ハ控訴裁判所ニ於テ控訴ノ申立及ヒ不服ヲ申立テラレタル裁判ノ當否ヲ明瞭ナラシムルカ爲メ第一審ニ於ケル事實裁判ノ理由證據ニ關スル陳述等總テノ辯論ノ結果ヲ演述スヘキモノナリ若シ當事者ノ演述ニシテ正確ナラサルカ又ハ完全ナラサル場合ニ於テハ裁判長ハ其演述ヲ更正若クハ補正セシメ必要ナル場合ニハ辯論ヲ再開シテ爲スヘキモノナリ(第二條第四條)

第八 口頭辯論ニ於ケル控訴人ノ不服申立竝ニ控訴人ノ答辯附帶控訴ニ因ル不服申立等ハ控訴ノ口頭辯論ノ終結ニ至ルマテハ何時ニテモ之ヲ擴張變更スルヲ得ルモノトス

第九 控訴裁判所ハ口頭辯論ニ於テ先ツ控訴ヲ許スヘキヤ否ヤ即チ第一審ノ判決ニ對シ控訴ヲ提起シ得ヘキモノナリヤ否ヤ控訴申立ノ方式期間等ヲ審

査シ其要件ノ一ヲ缺クトキハ職權ヲ以テ控訴ヲ不適法トシテ棄却スル判決ヲ爲スヘキモノトス(第四條第九條)控訴要件ニ欠缺ナキトキハ控訴理由ノ存否ニ付キ判決スヘキモノトス

第十 控訴裁判所ニ於ケル判決書ハ一般ノ規定ニ從ヒテ作成ス但判決中ノ事實ノ摘示ニ付テハ第一審判決ノ事實ノ摘示ヲ引用スルコトヲ得即チ控訴審ニ於テ當事者ノ陳述シタル事實カ第一審判決ニ摘示セラレタルモノト同一ナルトキハ其部分ヲ援用スルコトヲ得ヘシ(第四條第三條)

第十一 控訴裁判所ニ於テハ口頭辯論ノ終結ニ至ル迄ハ攻撃若クハ防禦ノ方法ヲ提出スルコトヲ得ヘシ隨テ訴訟ノ終結ヲ遅延セシムルコトナシトセス故ニ第二百十條ノ規定ニ從ヒ防禦方法ヲ却下スルコトヲ得ヘシ然レトモ控訴審ハ事實ノ終審ナルヲ以テ假ニ防禦方法ヲ却下シ訴訟ヲ終結スルモ防禦方法ヲ却下シテ被告ニ取訴ノ判決ヲ言渡ス場合ニ於テハ其防禦方法ヲ主張スルノ權ハ之ヲ被告ニ留保スヘキモノトス判決ニ留保ヲ掲ケサルトキハ第二百四十二條ノ規定ニ從ヒ判決ノ補充ヲ申立ツルコトヲ得ヘシ留保ヲ掲ケ

タル判決ハ中間判決ナリト雖モ上訴及ヒ強制執行ニ付テハ終局判決ト看做サル防禦方法ヲ判決ヲ以テ留保スルニハ次ノ條件ヲ必要トス

(一) 防禦方法ハ第一審ニ於ケルト同シク被告若クハ反訴ノ被告ヨリ提出シタルモノナルトキニ限ル控訴人タルト被控訴人タルトヲ問ハス第一審ノ被告ヨリ提出シタルモノト理解スヘキモノナリ證據方法證據抗辯ハ第二百十四條第二項ノ規定ヨリシテ第二百十條ノ規定ヲ適用セラルルヲ以テ防禦方法トシテ提出シタル場合ニ限り之ヲ却下スルコトヲ得ルモノナリトス

(二) 防禦方法ヲ許ストキハ訴訟ノ完結ヲ遅延シ且被告カ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提出セザリシコトノ心證ヲ得タルトキ

(三) 原告カ却下ノ申立ヲ爲シタルトキ

右三要件ヲ具ヘタルトキハ控訴裁判所ハ防禦方法ヲ却下スヘク其却下ハ判決ノ理由中ニ於テ若クハ決定ヲ以テ宣言スヘキモノナリ而シテ防禦方法ヲ

却下シタルトキハ上告審ニ於テハ其防禦方法ヲ提出シ事實ノ審査ヲ求ムルコトヲ得サルモノナルヲ以テ防禦方法ヲ行使スルノ權ハ之ヲ被告ニ留保スヘキモノナリ而シテ其留保ハ判決主文ニ於テ表示スヘキモノナリ判決ニ此留保ヲ掲ケラレタルトキハ次ニ述フル三ノ效力ヲ生ス

(一) 訴訟ハ留保セラレタル防禦方法ニ關シテノミ控訴審ニ繫屬ス故ニ控訴審ニ於ケル其後ノ手續ニ於テハ判決ニ因リテ留保セラレタル防禦方法ニ關シテノミ辯論裁判ヲ爲スヘキモノナリ但其辯論ニ於テハ原告ハ留保セラレタル防禦方法ニ對シテ新ニ攻撃方法ヲ提出スルヲ得ヘク被告モ亦新ナル防禦方法ヲ提出スルコトヲ得ヘシ

(二) 留保ヲ掲ケタル判決カ確定シタル後始メテ訴訟ハ控訴審ニ繫屬スルモノナリ故ニ防禦方法ヲ掲ケタル判決カ確定シタルトキハ原告ハ其判決ニ基キ強制執行ヲ爲スコトヲ得ヘント雖モ控訴審ニ於ケル訴訟手續ハ強制執行ノ有無ニ關セス進行スヘキモノナリ

(三) 防禦方法ニ關スル辯論ノ結果原告カ訴ヲ以テ主張シタル請求ノ理由ナ

カリシコト現ハレタルトキハ控訴裁判所ハ前判決即チ先ニ留保ヲ掲ケタル判決ヲ廢棄シテ原告ノ請求ヲ棄却シ又被告ノ申立ニ因リテ判決ニ基キ支拂ヒタルモノ若クハ給付シタルモノヲ返還スヘキコトヲ言渡ス若シ留保ヲ掲ケタル判決カ正當ニシテ被告ノ防禦方法カ理由ナカリシコトノ表ハレタル場合ニ於テハ控訴裁判所ハ防禦方法ヲ却下スル判決ヲ爲スヘキモノナリ而シテ留保ヲ掲ケタル判決ハ中間判決ナルヲ以テ訴訟費用ノ裁判ヲ爲サス訴訟費用ニ付テノ裁判ハ後ノ判決ニ於テ前手續ノ費用ヲ併セテ裁判ヲ爲スヘキモノナリ(第四二七條)

第十二 控訴裁判所ニ於ケル懈怠訴訟手續ニ付テハ第一審ノ規定カ適用セラ
ル如何ナル場合ニ懈怠アリヤ又其結果ヲ除却スル故障ヲ申立ツル權利ノ如
キハ總テ第一審ト同一ナリ然レトモ第一審ニ於テハ訴ニ付キ辯論裁判ヲ爲
スヲ目的トスルモノナレトモ控訴裁判所ニ於テハ第一審判決ノ變更ヲ申立
ツル控訴ニ付キ辯論及ヒ裁判ヲ爲スモノナレハ其手續モ亦差異ヲ生スルモ
ノナリ(第四二九條)

(一) 控訴人ノ闕席セル場合 控訴人カ口頭辯論ノ期日ニ出頭セサルトキハ
出頭シタル被控訴人ノ申立ニ因リ闕席判決ヲ爲ス但控訴カ不適法ナルト
キハ控訴裁判所ハ職權ヲ以テ控訴ヲ棄却スヘキモノニシテ此判決ハ懈怠
ノ結果ニ基クモノニアラサレハ闕席判決ニアラス控訴カ適法ナリシトキ
ハ控訴裁判所ハ闕席判決ヲ以テ控訴棄却ノ判決ヲ爲スヘキモノナリ控訴
棄却ノ判決ハ實體的控訴權ノ理由ナキコトヲ宣言スル判決ニシテ實體的
確定力ヲ生スヘキ判決ナリトス(第四二八條)

(二) 被控訴人ノ闕席セル場合 被控訴人カ口頭辯論期日ニ闕席シタルトキ
ハ控訴人ノ申立ニ因リ闕席判決ヲ爲スコトヲ得此場合ニ於テモ控訴裁判
所ハ職權ヲ以テ訴訟要件欠缺ノ有無ヲ審査シ控訴カ不適法ナルトキハ控
訴棄却ノ判決ヲ爲スヘキモノナリ此判決ハ控訴人ノ懈怠ヲ理由トスルモ
ノニアラサルヲ以テ闕席判決ニアラスシテ非闕席判決ナリ控訴カ適法ト
認メラレタルトキハ控訴ノ實質ニ立入り審理ヲ爲スヘキモノトス第一審
ノ闕席手續ニ因レハ被告カ適式ノ呼出ヲ受ケ口頭辯論ノ期日ニ出頭セサ

ルトキハ原告ノ事實上ノ供述ハ被告ノ自白シタルモノト看做シテ原告ノ請求カ理由アルトキハ被告ニ對シテ闕席判決ヲ爲スヘキモノナレトモ控訴ハ前ニ述ヘタルカ如ク第一審ノ訴訟ヲ繼續スルモノナルヲ以テ第一審ノ闕席手續ノ法則ヲ直チニ適用スルコトヲ得ス控訴審ニ於テハ第一審及ヒ控訴審ニ於テ現ハレタル訴訟資料ニ因リ第一審判決ノ當否ヲ審査スルモノニシテ第一審ニ於ケル訴訟資料ハ裁判所カ職權ヲ以テ審査スヘキモノニシテ第一審裁判ノ憑據トナリタル訴訟資料ハ控訴審ニ於テモ當然其效力ヲ有スルモノトス故ニ控訴人ノ事實上ノ供述ハ第一審裁判ノ憑據ト爲リタルモノニ抵觸セサル範圍内ニ於テ被控訴人之ヲ自白シタルモノト看做サレ之ニ反スル事項ハ自白シタリト爲スコトヲ得ス第一審裁判ノ憑據ト爲リタルモノトハ第一審裁判ノ資料ト爲リタル當事者ノ攻撃防禦ノ方法等ヲ謂フ憑據ナル文字ヲ單純ニ解釋スルトキハ第一審裁判所ノ認定シタル事實ヲ謂フカ如キモ控訴ハ第一審ノ繼續ナルヲ以テ第一審ノ訴訟資料ハ又控訴審ノ訴訟資料ト爲ルモノナレハ第一審ノ如ク原告ノ事實上

ノ供述ヲ自白シタルモノト爲スコトヲ得ス隨テ憑據ナル文字ハ獨逸民事訴訟法ニ於ケルカ如ク第一審ニ於テ確定シタル事件ノ關係ト解釋スルヲ適當トス故ニ第一審裁判所カ當事者ノ提出シタル資料ニ因リテ認定シタル事實ヲ謂フモノニアラスシテ認定ノ基本ト爲リタル訴訟資料ヲ謂フモノナリ即チ第一審ニ於テ當事者間ニ争ト爲リタル事實自白シタル事實證明セラレタル事實等總テ第一審ニ現ハレタル事實ヲ謂フ此等ノ事實ニ抵觸シタル控訴人ノ陳述ハ被控訴人之ヲ自白シタルモノト看做スコトヲ得スト雖モ抵觸セサル事實上ノ供述ハ之ヲ自白シタルモノト看做サル而シテ抵觸シタル事實上ノ供述ニ付テハ控訴人ハ證據調ノ申立ヲ爲スコトヲ得ヘク若シ其申立ニシテ適法ナルトキハ其證據調ハ既ニ之ヲ爲シ且其結果ヲ得タルモノト看做ス即チ當事者ヨリ適法ノ證據調ノ申立ヲ爲シタルトキハ單ニ其申立ノミニ因リテ當然證據調ヲ終了シ且控訴人ノ主張スルカ如ク證據調ノ結果ヲ得タルモノト看做サルナリ第一審裁判ノ資料ト爲ラサリシ事實即チ控訴審ニ於テ主張シタル事實ハ適當ノ時期ニ被控訴

人ニ對シテ書面ヲ以テ通知シタルモノナルトキハ被控訴人之ヲ自白シタルモノト看做サル第四百二十九條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云々トアルハ第一審裁判ノ憑據ト爲リタルモノニ牴觸セル事實上ノ主張ヲ爲ス場合ヲ意味スルモノトス

右ノ如ク憑據ト爲リタル事實ニ牴觸セサル事實ハ被控訴人之ヲ自白シタルモノト看做シ牴觸セル事實ハ證據調ニ因リテ控訴人ノ主張ノ眞實ナルコトヲ證明セラレタルモノト看做シ控訴カ理由アルトキハ被控訴人敗訴ノ闕席判決ヲ爲スヘク若シ控訴人カ憑據ト爲リタル事項ニ牴觸シタル主張ニ付キ證據調ノ申立ヲ爲ササル場合若クハ控訴人ノ主張カ理由ナキモノト認メラレタル場合ニハ控訴棄却ノ非闕席判決ヲ爲スヘキモノナリ

第十三 控訴審ノ手續ハ控訴ノ終局判決ニ因リテ終了スルモノナリ手續終了シタルトキハ控訴裁判所書記ハ其訴訟記録ニ認證シタル控訴判決ノ謄本ヲ添ヘテ第一審裁判所書記ニ返還スヘキモノナリ(第四三項)

第三節 上告

第一款 上告ノ性質

上告トハ第二審ノ終局判決ニ不服ナル當事者カ上級裁判所ニ對シ其判決ノ法則適用ノ當否ニ付キ調査ヲ求メ且之ヲ自己ノ利益ニ變更スヘキコトヲ求ムル申立ヲ謂フ

上告ハ第二審ノ終局判決及ヒ之ト同視スヘキ中間判決ニ對スル上訴ニシテ其判決カ法則ノ適用ニ付キ違背アリヤ否ヤヲ審査スルヲ目的トスルモノナリ上告ハ控訴ト同シク下級裁判所ノ裁判ニ對シ上級裁判所ニ審査ヲ求ムル不服申立ナリト雖モ上告審ノ審査ノ範圍ハ制限アリ控訴審ハ第一審判決ノ事實ノ認定及ヒ法則適用ノ當否ニ付キ審査スヘキモノナレトモ上告審ハ控訴ノ判決カ法則ノ適用ニ付キ違背アリヤ否ヤノ點ノミニ付キ審査スヘキモノトス
我上告ノ制度ハ獨逸民事訴訟法ニ倣ヒタルモノニシテ獨逸法ニ於ケル上告審ハ佛國ノ破毀裁判所ノ制度ニ獨逸舊法ノ制度ヲ折衷シタルモノナリ佛國ノ破

毀裁判所ハ國家ノ利益ノ爲メ法律ノ解釋適用ヲ統一スルヲ目的トシ各個人ノ私權保護ヲ直接ノ目的トシタルモノニ非ス破毀裁判所ハ下級裁判所ノ裁判カ法律違背アリヤ否ヤヲ監視シ法律違背ノ點アルトキハ之ヲ破毀スルニ止マリ敢テ自ラ裁判ヲ爲サス下級裁判所ヲシテ更ニ裁判ヲ爲サシム國家ノ公益上法ノ統一ヲ保ツヲ目的トスルモノナルヲ以テ民事訴訟ニ付キ檢事ニモ上告權ヲ與ヘタリ

獨逸民事訴訟法ハ舊法ニ於ケル精神ヲ加味シ上告モ亦控訴ト同シク當事者ノ私權保護ヲ主トシ一面法律ノ解釋適用ヲ統一スルコトヲ目的トシタルモノナリ故ニ第二審ノ判決ニ不服ナル當事者ニ對シテ上告權ヲ認メ上告裁判所ハ事實ニ付キ審理ヲ爲サス第二審判決ノ法律適用ノ當否ノミニ付キ審査スヘキモノトセリ故ニ獨逸學者ハ上告ヲ稱シテ法律的控訴若クハ法律審ト謂フ

我上告モ獨逸法ト同ク當事者ノ不服申立ヲ基礎トシ第二審判決ノ法律適用ノ當否ノミニ付キ審査スルモノナリ上告ノ手續ハ上告ノ提起ニ因リテ開始シ上告裁判所ハ當事者ノ上告提起ニ基キ訴訟ニ干與スルモノトス故ニ第二審判決

ヲ受ケタル當事者ハ上告裁判所ニ對シ上告權ヲ有ス上告權ハ控訴權ト同ク形式的及ヒ實體的ノ二種ニ區別スルコトヲ得ヘシ形式的上告權トハ上告ニ付キ上告裁判所ニ第二審判決ノ審査及ヒ裁判ヲ求ムル權利ニシテ實體的上告權トハ上告ニ因リ不服ヲ申立テタル如クニ第二審判決ノ變更ヲ求ムル權利ナリ上告裁判所ハ口頭辯論ヲ經テ形式的及ヒ實體的ノ上告權ニ付キ審査スヘキモノトス隨テ上告ハ控訴ノ如ク一ノ新訴訟カ上告ノ提起ニ因リ上告裁判所ニ繫屬スルモノニシテ一個ノ第二審判決ニ對シ數個ノ上告カ提起セラレタルトキハ數個ノ新訴訟カ繫屬スルモノトス

上告ノ審査ハ第二審判決カ法律違背アルヤ否ヤニ限ラレ事實ニ付テハ第二審裁判所ノ認定ヲ標準トス故ニ上告ハ第二審裁判所ノ口頭辯論ノ續行ニ非スシテ第二審裁判所ノ判決ヲ爲ス程度ヲ繼承スルモノトス即チ第二審裁判所カ蒐集シタル訴訟資料ニ付キ法律適用ノ當否換言スレハ如何ナル判斷ヲ爲スヘキヤヲ審査スヘキモノナレハナリ

上告ハ第二審ノ終局判決ニ對スル不服申立ナルヲ以テ上告裁判所ハ第二審裁

判所カ從屬的關係ヲ有スル上級裁判所ナリ即チ控訴院ノ判決ニ對シテハ大審院、地方裁判所カ第二審トシテ爲シタル判決ニ對シテハ之ヲ管轄スル控訴院ヲ上告裁判所トス上告ヲ以テ法律ノ統一ヲ目的トスル制度ヨリスレハ獨逸ノ如キ聯邦國ハ格別我帝國ニ於テハ大審院ヲ以テ上告裁判所トスルヲ至當ト信ス

第二款 上告ノ要件

上告ノ提起アリタルトキハ上告裁判所ハ上告ヲ許スヘキモノナリヤ否ヤ、法定ノ方式ニ從ヒタリヤ否ヤ、法定期間内ニ提起シタリヤ否ヤ、法律ニ違背シタル裁判ナルコトヲ理由ト爲スヤ否ヤニ付キ審理ヲ爲スヘキモノナルヲ以テ上告ノ要件ハ次ノ如シ(第四三條)

第一 上告カ許スヘキモノナルコトヲ要ス

上告ハ地方裁判所又ハ控訴院ノ第二審ニ於テ爲シタル終局判決ニ對スル不服申立ナルヲ以テ主觀的ニハ第二審ノ終局判決ニ因リテ不利益ヲ受ケタリト主張スル當事者ヨリ提起スルコトヲ必要トシ客觀的ニハ第二審ノ終局判決ニ對シ第三審裁判所ニ提起スルコトヲ要ス第三審裁判所ハ第二審裁判所

カ從屬的關係ヲ有スル直近上級裁判所ナリ主觀的客觀的ノ條件ヲ具備シタルトキハ上告ハ法律上許サルヘキモノトス

第二審ノ當事者ヨリ提起スヘキ要件ニ付テハ控訴ニ付キ説明シタル所ト同一ナリ然レトモ上告ハ第二審ノ敗訴ノ當事者ニ非サレハ提起スルコトヲ得ス如何トナレハ上告ハ法律違背ノ點ノミニ付キ審査スルモノニシテ上告審ニ於テ申立ノ變更若クハ新事實ヲ提出スルヲ得サレハナリ

第二審ノ終局判決ニ對スルコトヲ必要トスル點ニ付テモ亦控訴ニ付キ説明セル所ト同一ナリ即チ第二審裁判所ノ全部若クハ一分ノ終局判決若クハ上訴ニ關シテ終局判決ト看做スヘキ中間判決以外ノモノニ對シテハ上告ヲ爲スコトヲ得ス(第四三條)然レトモ終局判決ト共ニスルトキハ終局判決ノ前提ト爲リタル中間判決、決定、命令ニ對シテモ不服ヲ申立ツルコトヲ得不服ノ申立アリタルトキハ終局判決以前ノ裁判ト雖モ亦上告裁判所ノ判斷ヲ受ク但法律ニ於テ不服ヲ申立ツルヲ得スト規定シタル裁判又ハ抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル裁判ニ對シテハ上告ヲ爲スコトヲ得ス(第四三條)關席判決ニ

對シテハ控訴ノ場合ト同シク故障ヲ許ササルモノニシテ懈怠ナキコトヲ理由トスルトキニ限り上告ヲ爲スコトヲ得ヘシ(第四五四條第一項第三九八條第一)
 茲ニ第二審ニ於テ爲シタル終局判決ト謂フハ必スシモ第一審裁判所ノ判決ニ對シテ提起シタル控訴ニ付キ第二審ニ於テ爲シタル終局判決ノミヲ謂フニアラスシテ第二審裁判所カ其資格ニ於テ爲シタル終局判決ヲ謂フ故ニ控訴裁判所カ繫屬セル事件ニ付キ假差押假處分等ノ終局判決ヲ爲シタルトキハ其判決ニ對シテハ控訴ノ提起ヲ爲スコトヲ得スシテ單ニ上告ヲ提起スルコトヲ得ヘシ(第七三五七條)

第二 法律上ノ方式ニ從フコトヲ要ス

- 上告ノ提起ハ上告狀ヲ管轄上告裁判所ニ差出シテ之ヲ爲ス(第四三條)控訴ト同シク上告審ノ手續ハ一定ノ要件ヲ具ヘタル書面即チ上告狀ヲ管轄上告裁判所ニ差出シテ之ヲ爲ス上告狀ニハ次ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス
- 一 上告セラルル判決ノ表示
 - 二 此判決ニ對シテ上告ヲ爲ス旨ノ陳述

右ノ要件ヲ缺クトキハ上告狀ハ不適法ニシテ隨テ上告ハ提起ノ效力ヲ生セス上告狀ハ右ノ要件ノ外準備書面ニ關スル一般ノ規定即チ第百五條以下ニ規定セル方式ニ依リテ之ヲ作成シ且第二審判決ニ對シ如何ナル程度ニ於テ不服ナリヤ即チ第二審判決ノ全部若クハ一分ニ對シテ不服ナリヤ否ヤヲ明示シ且判決ノ如何ナル程度即チ全部若クハ一分ヲ破毀スヘキヤ否ヤノ申立ヲ掲ケ且實體法ヲ適用セサルカ若クハ不當ニ適用シタルコトヲ上告ノ理由トスルトキハ其法則ヲ表示シ又訴訟手續ニ付テノ規定ニ違背シタルコトヲ上告ノ理由トスルトキハ其違背ヲ明カニスルニ必要ナル事實ノ表示又法律ニ違背シテ事實ヲ確定シ若クハ遺脱シ又ハ提出シタリト看做シタルコトヲ上告ノ理由トスルトキハ其事實ヲ表示スヘシ法律ニ違背シテ事實ヲ確定スルトハ法律ノ推定ノ規定若クハ解釋ノ規定ニ違背シタル場合ノ如キヲ謂ヒ事實ヲ遺脱シトハ當事者ノ提出シタル事實ヲ提出セサルモノト爲シタル場合ノ如キヲ謂ヒ提出シタリト看做ストハ提出セサル事實ヲ提出シタリト爲シタル場合ヲ謂フ(第四三條)然レトモ此等ノ事項ハ準備的事項トシテ記載スル

モノナルヲ以テ之ヲ記載セサルモ爲メニ上告提起ノ效力ニ影響ヲ及ホスモノニアラス尙ホ上告狀ニハ民事訴訟用印紙法ノ規定ニ從ヒ相當ノ印紙ヲ貼用セサルヘカラス

第三 法定ノ期間内ニ提起スルコトヲ要ス

上告期間ハ控訴期間ト同シク一个月ノ不變期間ニシテ控訴判決ノ送達ヲ以テ始マリ判決ノ送達前ニ提起シタル上告及ヒ期間經過後ノ上告ハ不適法トシテ棄却セラルルモノナリ(第四三條七條)

第四 上告ハ法律ニ違背シタル裁判ナルコトヲ理由トスルコトヲ要ス(第四三條四條)

法律ニ違背シタル裁判トハ裁判ヲ爲スニ付キ法則ヲ適用セス又ハ不當ニ適用シタル場合ヲ謂フ(第四三條五條)法律トハ國法ヲ謂フ即チ實體法ナルト形式法ナルト又命令法ナルト成文法慣習法ナルトヲ問ハス又法理ノ原則ニ違背セルモノナルト否トヲ論セス控訴裁判所カ判決ヲ爲スニ當リ此等ノ法則ヲ適用セサルカ或ハ其適用ヲ誤リタルコトヲ理由トスルコトヲ上告ノ要件トス是レ上告審ヲ以テ法律ノ統一ヲ目的トスル精神ニ出テタルモノナリ例ヘハ控

訴裁判所カ法律ノ有無ヲ誤リタルトキ法律ノ解釋ヲ誤リタルトキ法則ニ違背シテ事實ノ認定ヲ爲シタルトキ若クハ認定シタル事實ニ法則ヲ不當ニ適用シタル場合ノ如キ是ナリ然レトモ控訴裁判所ノ裁判カ法律ニ違背スルコトアルモ其法律違背カ裁判ノ實體ニ影響ヲ及ホスヘキ場合即チ法則違背ト裁判ノ實體トカ原因結果ノ關係ヲ有スルトキニ非サレハ之ヲ以テ上告ノ理由ト爲スヲ得ス換言スレハ控訴裁判所カ法則ヲ適用シ若クハ其適用ヲ誤ラサリセハ上告ヲ提起セラレタル如キ裁判ヲ爲サス却テ上告人ニ對シ利益ナル裁判ヲ爲シ得ヘカリシ場合ナルコトヲ要ス然レトモ法律違背ハ上告提起ニ關スル形式上ノ要件ナルヲ以テ果シテ控訴裁判所カ法律ニ違背セサレハ上告人ニ對シ眞實利益ナル裁判ヲ與ヘカリシヤ否ヤハ上告ノ要件ニ關係ナシ而シテ法律違背カ實體法ノ規定ニ違背シタルモノナルトキハ多クハ裁判ト法律違背トハ原因結果ノ關係アリト雖モ訴訟法ノ規定ニ違背シタル場合ニ於テハ其裁判ノ實體ニ關係ナキコトアリ例ヘハ管轄權ナキ裁判所カ裁判ヲ爲スモ必スシモ其裁判ニ誤謬アリト爲スコトヲ得サルヲ以テ或場合

ニハ裁判ト管轄權ノ規定ニ違背セルコトトカ原因結果ノ關係ヲ生スルコトナキカ如シ是ヲ以テ法律ニ於テ重要ナル訴訟手續上ノ違背アル場合ニ於テハ眞實ニ其手續違背カ控訴裁判所ノ裁判ニ影響ヲ及ホスモノナルト否トヲ問ハス裁判ニ影響アルモノト看做シ法律ハ上告ノ理由ト爲スコトヲ許シタリ若シ法律ニ特定ノ場合ヲ規定セサレハ或ハ重要ナル手續違背ト雖モ上告ノ理由ト爲スコトヲ得サルニ至ルヘシ今法律ニ於テ常ニ法律ニ違背シタルモノト認めタル場合ヲ舉クレハ次ノ如シ(第四三條)

(一) 規定ニ從ヒ判決裁判所ヲ構成セザリシトキ、裁判所構成法ノ規定ニ從ヒ定數ノ判事カ口頭辯論ニ臨席セサルカ或ハ口頭辯論ニ臨席セサル判事カ控訴審ノ判決ヲ爲シタル場合ヲ謂フ裁判所書記カ口頭辯論ニ立會ハサリシトキハ茲ニ所謂法律違背ニアラス何トナレハ書記カ口頭辯論ニ立會ハサルハ訴訟手續上ノ違背ナルハ勿論ナリト雖モ書記ハ判決裁判所ノ構成員ニアラス即チ書記ハ判決ヲ爲ス者ニアラサレハ辯論ニ立會ハサルモ爲メニ判決ニ影響ヲ及ホスモノト謂フコトヲ得サレハナリ然レトモ書記

ノ立會ナキトキハ當然訴訟手續ノ違背ヲ來スモノナルヲ以テ上告ノ理由ト爲スコトヲ得ルヤ勿論ナリ唯第四百三十六條第一號ノ規定ニ包含セラレサルモノト謂フニ止マル人事訴訟ニ於テ檢事カ立會セサルモ法律違背ニ非ス如何トナレハ檢事ハ裁判所ノ構成員ニ非スシテ人事訴訟ニ立會スルハ檢事ノ職權ニ屬スルモノナレハナリ

(二) 法律ニ依リ職務ハ執行ヨリ除斥セラレタル判事カ裁判ニ參與シタルトキ、但忌避ノ申請又ハ其申請ニ對スル却下ノ裁判ニ對シ上訴ヲ以テ除斥ノ理由ヲ主張シタルモ其效ナカリシトキハ此限ニ在ラス 即チ除斥セラレタル判事ハ控訴審ノ終局判決ニ參與シタル者ナルト中間判決ニ參與シタル者ナルトヲ問ハス上告ノ理由ト爲ル然レトモ其判事カ裁判ノ言渡ノミニ立會ヒ若クハ證據調ノミニ參與シタルトキノ如キハ上告ノ理由ト爲ルモノニアラス如何トナレハ裁判ノ言渡證據調ノ如キハ裁判ニ參與シタルモノト謂フコトヲ得サレハナリ而シテ忌避ノ申請又ハ忌避ノ申請ニ付テノ裁判ニ對シ上訴ヲ以テ除斥ノ理由ヲ主張シタルニモ拘ハラズ其理由ナ

- キコト確定シタルトキハ縦令忌避ノ申請中ニ忌避セラレタル判事カ裁判ニ參與シタルモ上告ノ理由ト爲ルモノニアラス
- (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
- (四) 裁判所カ訴訟事件ハ管轄又ハ管轄違フ不當ニ認メタルトキ 即チ控訴審ノ判決カ事物ノ管轄若クハ土地ノ管轄ニ違背シタル場合ヲ謂フ
- (五) 訴訟手續ニ於テ原告若クハ被告カ法律ハ規定ニ從ヒテ代理セラレザリシトキ 即チ法定代理訴訟代理等ニ關シテ法律ノ規定ニ違背アリタル場ヲ謂フ
- (六) 訴訟手續公行ニ付テハ規定ニ違背シタル口頭辯論ニ基キテ控訴裁判所カ判決ヲ爲シタルトキ 口頭辯論判決言渡等ヲ公開スヘキ場合ニ公開セス公開ヲ禁止シタル訴訟ニ付キ公開シタル場合ノ如キ之ニ屬ス
- (七) 裁判ニ理由ヲ付セザルトキ 裁判ノ理由トハ判決主文ノ因リテ生スルニ至リタル論據ヲ謂フモノナリ例ヘハ當事者ヨリ提出シタル攻撃防禦ノ

方法等ニ關シテ説明ヲ爲サス即チ判断ヲ與ヘスシテ裁判ヲ爲シタルトキハ裁判ノ理由ニ欠缺アルモノナリ然レトモ數個ノ獨立ナル攻撃防禦ノ方法ノ中其一個ヲ適切ナリト認メタルトキハ他ノ方法ニ付テ判断スル義務ナキヲ以テ此場合ニ於テハ各個ノ攻撃防禦方法ニ付テ判断ヲ與ヘサルモ爲メニ理由ニ欠缺アリト言フコトヲ得ス要スルニ判決主文ノ因テ生スル論據ニシテ全部又ハ一部ヲ欠缺セルトキ或ハ判断カ抵觸シタル場合ノ如キハ理由ヲ付セサルモノト言フコトヲ得ヘシ判決ノ事實ノ摘示ヲ欠缺セルトキハ訴訟法ノ規定ニ違背セルモノナリ然レトモ此手續違背ハ理由不備ノ裁判トシテ上告ノ理由ト爲ルモノニアラス事實ノ摘示ノ欠缺カ判決理由ヲ欠缺スルノ結果ヲ生スルトキハ理由不備ノ裁判トシテ上告ノ理由ト爲スコトヲ得ルモノナリ

右ニ述ヘタル七個ノ訴訟手續違背ハ控訴裁判所ノ判決ニ對シテ規定シタルモノナリ然レトモ第一審判決ニシテ右等ノ違法アルニ拘ラス控訴裁判所カ其違法ヲ看過シ其違法ノ手續ヲ基礎トシテ判決ヲ爲シタルトキハ其判決ハ

違法ノ手續ニ基クモノナルヲ以テ之ヲ理由トシテ上告ヲ爲スコトヲ得ヘシ
以上説明シタル要件ノ外上告人ハ金十圓ヲ豫納スルコトヲ要ス(民事上告豫納
九號布告第十
年二月第十)

第三款 上告權ノ行使

上告權ノ行使ニ付テハ控訴權ノ行使ニ付テ説明シタル所ト殆ト同一ナルヲ以
テ參照スヘシ即チ上告權ハ上告期間ノ懈怠(第四三條)上告ノ取下(第四五條)ニ因リテ
消滅ス而シテ上告權ヲ喪失シタル者ト雖モ相手方ノ上告ニ附帶シテ附帶上告
ヲ爲スコトヲ得ヘシ(第四四條)上告ノ拋棄ニ付テハ規定ナキモ控訴ニ付キ述ヘタ
ル所ト同一理論ニ解セサルヘカラス上告ノ取下附帶上告ニ關スル手續等ハ總
テ控訴ノ場合ト同一ナリ

第四款 上告審ノ辯論

上告審ノ辯論ノ範圍ハ形式的上告權及ヒ實體的上告權ノ審査ナリ即チ上告裁
判所ハ第一ニ提起セラレタル上告カ上告ノ要件ヲ具備スルヤ否ヤヲ審査シ要
件欠缺セルトキハ上告ヲ不合法トシテ棄却シ要件ニ欠缺ナキトキハ不服申立

ノ範圍内ニ於テ第二審判決カ不當ナリヤ否ヤヲ審査シ而シテ正當ト認メタル
トキハ上告ハ理由ナキモノトシテ棄却スルモ若シ不當ト認メタルトキハ之ヲ
破毀シ控訴ノ判決ニ代ヘ如何ナル判決ヲ爲スヘキヤヲ審査スヘキモノトス然
レトモ實體的上告權ノ審査ハ前ニ述ヘタルカ如ク控訴審ノ判決カ法律違背ノ
點アルヤ否ヤヲ審査スルモノニシテ且處分權主義ノ原則ニ因リ當事者ノ爲シ
タル不服申立ノミニ付キ審査スルモノナリ故ニ上告審ノ審査ノ範圍ハ當事者
ノ不服申立ノ限度ニ制限セラレ且自ラ事實ノ確定ヲ爲スコトヲ得ス第二審裁
判所カ爲シタル事實ノ認定ニ付テハ上告裁判所ハ何等ノ審査權ヲ有スルモノ
ニアラス故ニ當事者ハ上告裁判所ニ新事實新證據方法等ヲ提出スルコトヲ得
ス又自白認諾モ上告審ニ於テハ何等ノ效力ヲ生セサルモノナリ此點ニ於テ上
告ノ辯論ト控訴ノ辯論ト差異アリテ其他ノ事項ハ控訴審ニ於ケルト同一ナリ
故ニ上告裁判所ハ控訴裁判所カ判決ヲ以テ裁判シタル訴訟物ニ關シ當事者ハ
不服申立ノ範圍内ニ於テハミ審理裁判ヲ爲スコトヲ得ヘク之カ審理裁判ヲ爲
スニハ控訴裁判所カ認定シタル事實ニ基キ法律適用ハ當否ヲ審査スルモノニ

シテ即チ審査ノ基本ト爲ルヘキモノハ控訴裁判所カ其裁判ノ憑據トシタル事實是ナリ(第四四條)所謂憑據トシタル事實トハ控訴裁判所ノ闕席判決ノ場合ニ於ケル憑據ナル文字ト其意味ヲ異ニス控訴ノ闕席判決ノ場合ハ訴訟資料ノ全部ヲ意味スルモノナレトモ茲ニ憑據トシタル事實トハ控訴裁判所カ裁判上確定シタル事實ヲ謂フモノナリ此事實ヲ基本トシテ判決ノ當否ヲ審査スヘキモノナレトモ然レトモ其事實ニシテ控訴裁判所カ法律ニ違背シテ確定シタルモノナルトキハ上告裁判所ハ其事實ニ付テ亦審査ヲ爲スコトヲ得ヘク其他民事訴訟法第四百三十八條第三項ニ規定セル訴訟手續ニ付テノ規定ニ違背シタルコトヲ上告ノ理由トスルトキ又ハ法律ニ違背シテ事實ヲ遺脱シ又ハ提出シタルト看做シタルコトヲ上告ノ理由トスル場合ハ控訴裁判所ノ裁判上確定シタル事實ニ對シテ違法アルコトヲ主張スルモノナレハ上告裁判所ハ果シテ其違法アルヤ否ヤヲ審査スル爲メ其事實ノ調査ヲ爲スコトヲ得ヘク必要ナル場合ニハ此等ノ事實ニ付キ證據調ヲ爲スコトヲ得ルモノトス(第四四條)

上告審ノ辯論ノ範圍ハ當事者ノ不服申立ニ因リテ限定セラルト雖モ上告裁判

所カ不服申立ノ當否ヲ審査スルハ上告人若クハ附帶上告人ノ主張スル理由ニ拘束セララルルモノニ非ス蓋シ控訴審ニ於テ確定シタル事實ニ對スル法律適用ノ當否ヲ審査スルモノナレハ法律ノ適用ハ當事者ノ申立ヲ俟タス裁判所カ職權ヲ以テ爲スヘキ事項ニ屬スレハナリ

第五款 上告ノ效力

上告ノ效力ハ控訴ノ效力ト同シク停止ノ效力及ヒ移審ノ效力ノ二トス

第一 停止ノ效力 上告ノ提起ハ控訴判決ノ確定及ヒ執行ヲ停止スルモノニシテ上告ノ取下若クハ上告裁判所カ終局判決ヲ爲シタルニ因リテ消滅ス

第二 移審ノ效力 上告ノ提起ニ因リ控訴審ニ於テ判決セラレタル訴訟ノ全部ヲ上告審ニ繫屬セシム控訴審ニ繫屬セル訴訟ト雖モ判決ナキ部分ハ上告審ニ繫屬セサルコトハ控訴ノ場合ト同一ナリ而シテ控訴ノ場合ト同シク審査ノ範圍ニ付テハ制限アリトス即チ上告審ノ審査ハ前述セル如ク當事者ノ上告若クハ附帶上告ニ因ル不服申立ニ因リテ定マリタル範圍ニ限ラレ(第四四條)且控訴ノ判決カ法律違背ナリヤ否ヤノ點ノミニ付キ審査スヘキモノトス

而シテ移審ノ效力ハ上告ノ取下若クハ上告審ノ終局判決ニ因リテ消滅ス其判決ハ上告ヲ棄却スルモノナルト差戻若クハ移送ヲ爲スモノトヲ問ハサルナリ

第六款 上告審ノ判決

上告ノ提起アリタルトキハ上告裁判所ハ先ツ期日ヲ定メテ上告人ノミヲ呼出シ其陳述ヲ聽キテ上告ノ適否ヲ審査シ上告ヲ不適法トスルトキハ判決ヲ以テ上告ヲ棄却ス(第四三條)此手續ハ控訴審ニ於テ裁判長カ控訴ノ適否ヲ審査スル手續ニ該當スルモノニシテ事件ニ付テノ口頭辯論ニ非スシテ上告人ノ陳述ナリトス上告ニ如斯手續ヲ認メタルハ上告ノ適否ヲ審査スルヲ裁判長ノ職權ニ委セス鄭重ナル手續ヲ採リタリト謂フニ過キス而シテ此審査ハ上告人ノ陳述ト記録トニ基キ爲スモノニシテ上告ヲ不適法トシテ棄却スヘキトキハ終局判決ヲ以テ之ヲ宣言シ訴訟ヲ終了ス

右審査ノ結果上告ヲ適法ト認メタル場合ニ於テモ上告裁判所ハ當者者ノ口頭辯論ニ基キ上告ノ 否ヲ審査スヘク上告ヲ不適法ト認メタルトキハ之ヲ不適

上告ノ適法トシテ棄却スル判決ヲ爲スヘキモノトス蓋シ民事訴訟法第四百三十九條ニ

因リ上告ヲ適法ト爲スコトハ控訴審ノ裁判長カ控訴ノ適否ヲ審査スル如ク假

定のニ判斷シタルモノナレハナリ或ハ控訴ニ關スル第四百十九條ノ如キ規定

上告審ニ存セサルヲ以テ上告裁判所ハ口頭辯論ニ基キ上告ノ適否ヲ判斷スヘ

キニ非ストノ説ヲ爲スモノアリ然レトモ第四百三十九條ニ於テハ上告ノ適法

ナルトキ其旨ヲ宣言スル中間判決ヲ爲スヘキコトヲ規定セルニ非サレハ同條

ニ因リ適法ト爲シタル認定ハ其後上告裁判所カ羈束セラルヘキ旨趣ナリト解

スルヲ得サルノミナラス口頭辯論ノ結果上告ノ不適法ナルコトヲ發見シタル

トキハ上告裁判所ハ上告ヲ不適法トシテ棄却スル判決ヲ爲ササルヘカラサレ

ハナリ故ニ陳述ニ基キ上告ヲ適法ト爲シタルコトハ假定的ノ判斷ナリト爲ス

所以ナリ上告裁判所カ口頭辯論ニ基キ上告ヲ不適法ト認ムルトキハ終局判決

ヲ以テ上告ヲ棄却シテ訴訟ヲ終了ス

上告ヲ適法トスルトキハ實體的上告權即チ上告カ不服申立ノ範圍内ニ於テ理

由アリヤ否ヤヲ審査シ上告ヲ理由ナシトスルトキハ上告ヲ棄却ス(第四五條)上告

由アリヤ否ヤヲ審査シ上告ヲ理由ナシトスルトキハ上告ヲ棄却ス(第四五條)上告

人若クハ附帶上告人ノ不服申立カ理由アリ即チ控訴ノ判決カ法律違背ノ點アルトキト雖モ他ノ理由ニ因リ其判決カ正當ナルトキハ上告ヲ理由ナシトシテ棄却スヘキナリ(第三條四五)他ノ理由トハ控訴裁判所カ其判決ニ於テ認メタルモノナルト上告裁判所ニ於テ始メテ看出シタルモノナルトヲ問ハサルモノトス如何トナレハ一ノ理由ニ於テ控訴ノ判決カ不當ナルモ他ノ理由ニ於テ正當ナルトキハ結局控訴ノ判決ハ正當ニ歸シ其判決ト法律違背トノ間ニ原因結果ノ關係アラサルヲ以テ上告ヲ理由ナシトシテ棄却スヘキモノトセル所以ナリ

上告裁判所カ上告ヲ理由アリト認ムルトキハ自ラ裁判ヲ爲サス原判決ヲ破毀シテ事件ニ付キ更ニ辯論裁判ヲ爲サシムル爲メ事件ヲ原裁判所ニ差戻シ又ハ之ト同等ナル裁判所ニ移送スルヲ本則トス而シテ原判決カ訴訟手續ニ關スル規定ニ違背シタルニ因リ原判決ヲ破毀スルトキハ其違背シタル部分ノ訴訟手續モ之ヲ破毀スヘキモノトス(第四四五條)然レトモ左ノ場合ニ於テハ上告裁判所ハ事件ニ付キ自ラ判決ヲ爲スコトヲ得ヘシ(第四五條)

(一) 確定シタル事實ニ法律ヲ適用スルニ當リ法律ニ違背シタルカ爲メニ原判

決ヲ破毀シ且其事件カ裁判ヲ爲スニ熟スルトキ即チ控訴裁判所ニ於テ確定シタル事實ニ控訴裁判所カ法則ノ適用ヲ誤リタルカ爲メ上告人ノ申立テタル不服ヲ理由アリトシ原判決ヲ破毀スヘキ場合ニシテ且其事件ノ事實カ既ニ控訴審ニ於テ確定セラレ事實上ノ點ニ付テハ更ニ審理ヲ爲スコトノ必要ナキ場合ニ於テハ更ニ控訴審ヲシテ事實ノ審理ヲ爲サシムルノ必要ナキヲ以テ上告裁判所ハ直チニ確定シタル事實ニ正當ノ法則ヲ適用シテ自ラ裁判ヲ爲スヘキモノナリ

(二) 無訴權ハ爲メ又ハ裁判所ハ管轄違ナルカ爲メニ判決ヲ破毀スルトキ即チ訴訟事件カ司法裁判所ノ管轄ニ屬セサルモノナルカ或ハ第一審裁判所カ其訴訟事件ニ付テ管轄違ナルニモ拘ラス控訴裁判所カ爲シタル無訴權若クハ管轄違ニアラストノ判決ニ對シ上告ノ提起アリタルトキハ其判決ハ當然違法ノ判決ナルヲ以テ上告裁判所ハ其判決ヲ破毀スヘキモ此場合ノ如キハ事件ニ付キ更ニ第二審裁判所ニ審理ヲ爲サシムルノ必要ナキモノナリ故ニ上告裁判所ニ於テ自ラ却却下ノ判決ヲ爲シ事件ヲ終局スヘキモノナリ

以上二ノ場合ヲ除キ上告裁判所カ上告ヲ理由アリト認メタルトキハ事件ニ付キ自ラ判決ヲ爲サス原裁判所ニ差戻シ若シハ他ノ同級裁判所ニ移送スヘキモノナリ然レトモ上告裁判所ハ事件ヲ直チニ第一審裁判所ニ差戻スコトヲ得ル場合アリ即チ上告セラレタル事件カ民事訴訟法第四百二十二條第四百二十三條ノ規定ニ依リ控訴裁判所カ其事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スヘキ場合ニシテ且差戻ヲ爲スニ必要ナル事實カ確定セル場合ナルトキハ前(一)ニ因リ事件ニ付キ裁判ヲ爲スニ熟シタルモノニシテ且控訴裁判所ノ判決ハ之ヲ破毀スヘキモノナルヲ以テ上告裁判所ハ直チニ第一審裁判所ニ事件ヲ差戻スノ判決ヲ爲スコトヲ得ヘシ

事件ノ差戻又ハ移送ヲ受ケタル裁判所ハ新辯論ニ基キ裁判ヲ爲スコトヲ要ス(第四四八)第二審ノ判決カ破毀セラレ差戻又ハ移送セラレタルトキハ訴訟ハ控訴判決前ノ程度ニ復スルモノナルヲ以テ當事者ハ破毀セラレタル判決以前ニ於ケル口頭辯論ニ於テ提出シ得ヘカリシ事項ヲ新口頭辯論ニ際シ提出スルノ權利アルモノトス(第九四四)而シテ差戻又ハ移送ヲ受ケタル裁判所ハ上告裁判所

ノ爲シタル法律上ノ判断ニシテ判決ヲ破毀スルノ基本ト爲シタルモノヲ以テ新ナル辯論及ヒ裁判ノ基礎ト爲スコトヲ要ス(第四四五)然レトモ當事者ハ新口頭辯論ニ於テ前ニ提出スルコトヲ得ヘカリシ事項ヲ更ニ提出スルノ權利アルモノナレハ控訴裁判所ハ新事實ニ基キ前ニ破毀セラレタル判決ト同一ノ判決ヲ爲スコトヲ得ルヤ勿論ナリ

第七款 上告審ノ手續

上告ノ提起ハ上告狀ヲ上告裁判所ニ差出シテ之ヲ爲ス(第四三八)上告ノ提起アリタルトキハ上告裁判所ハ先ツ期日ヲ定メテ上告人ノミヲ呼出シ其陳述ヲ聽キテ其上告ヲ許スヘキヤ否ヤ法律上ノ方式及ヒ期間ニ於テ起シタル上告ナリヤ否ヤ法律ニ違背シタル裁判ナルコトヲ上告ノ理由トナスヤ否ヤ此三點ニ付テ上告人ノ陳述ヲ聽キテ審査ヲ爲シ上告ノ要件ニ欠缺アリト認メタルトキハ判決ヲ以テ上告ヲ棄却ス又上告人カ右ノ期日ニ出頭セサルトキハ上告ヲ取下ケタルモノト看做サル但其期日ヨリ七日ノ期間内ニ上告人カ十分ナル理由ヲ以テ出頭セサリシコトヲ辯解シタルトキハ上告裁判所ハ更ニ期日ヲ定メテ上告

人ヲ呼出シ其陳述ヲ聽キ前ノ三點ニ付テ審査ヲ爲スヘキモノナリ(第四三條)出頭セサリシ上告人カ辯解ヲ爲ス方式ニ付テハ法律ニ特別ノ規定ナキモ書面ヲ以テ爲スヘキモノナリ

上告裁判所カ右ノ審査ヲ爲シ要件ニ欠缺ナシト認メタルトキハ上告裁判所ノ裁判長ハ口頭辯論ノ期日ヲ指定シ上告狀ヲ被上告人ニ送達セシメ口頭辯論ヲ經テ審査ヲ爲スヘキモノナリ上告狀ノ送達口頭辯論期日答辯書差出ノ期間答辯書作成ノ方式等ハ總テ一般ノ規定ニ從フ(第四四一〇條)

上告裁判所ノ手續ハ特別ノ規定アル場合ノ外地方裁判所ノ第一審ノ訴訟手續ノ規定ヲ準用スルモノトス(第四四條)但控訴裁判所ノ訴訟手續ヲ準用スヘキ場合ハ左ノ如シ(第四五條)

- (一) 闕席判決ニ對スル不服ノ申立(第三九八條、第四〇五條、第二項、第四)
- (二) 控訴ノ取下(第三九條)
- (三) 當事者雙方ヨリ控訴ヲ提起シタル場合ニ於ケル訴訟手續(第四〇九條)及ヒ控訴ト故障ト同時ニ爲シタルトキノ手續(第四一〇條)

(四) 口頭辯論ノ起期(第四一〇條)

(五) 口頭辯論ノ際ニ於ケル當事者ノ陳述(第四一二條)

(六) 妨訴抗辯ニ付テノ辯論(第四一三條)

(七) 控訴ヲ起シタル者ノ不利益ト爲ルヘキ裁判ヲ爲スヘカラサルコト(第四一五條)

(八) 訴訟記録ノ送付及ヒ返還(第四一七條)

(九) 附帶上告(第四一八條、第四一九條、第四二〇條、第四二一條)

闕席手續ニ於テハ上告人ノ闕席セル場合ト被上告人ノ闕席セル場合トヲ區別セサルヘカラス上告人闕席ノ場合ニハ第二百四十七條ノ規定ニ從ヒ上告棄却ノ判決ヲ爲スヘシ被上告人闕席ノ場合ニハ第二百四十八條ヲ準用スヘシ然レトモ後ノ場合ニ於テハ上告人ノ事實上ノ口頭供述ヲ自白シタルモノト看做スヘキモノナルヲ以テ上告審ニ於テ其準用ノ範圍ハ極メテ狭シ即チ法律ニ違背シタルコトヲ理由トシテ上告ヲ爲ストキハ上告裁判所ハ裁判ヲ爲スニ際シ控訴裁判所ノ裁判ヲ爲スノ憑據ト爲シタル事實ニ付キ法律ノ適用ヲ審査スルモノナレハ事實ニ付キ被上告人ノ陳述スル所ヲ審査スルノ必要ナシ隨テ此場合

ニハ被上告人カ事實ヲ自白シタルモノト看做スヘキ餘地ナキヲ以テ之ニ對シ
 闕席手續ヲ以テ上告ノ理由アリヤ否ヤヲ判斷スヘキニアラス然レトモ控訴裁
 判所カ訴訟手續ノ規定ニ違背シタルコト又ハ法律ニ違背シテ事實ヲ確定シ若
 クハ遺脱シ又ハ提出シタルコトヲ上告ノ理由トスルトキハ其事實ニ付テハ上
 告裁判所ニ於テ之ヲ斟酌スルコトヲ得ヘキヲ以テ隨テ被上告人カ闕席シタル
 場合ニハ上告人ノ事實上ノ供述ハ被上告人之ヲ自白シタルモノト看做サル
 場合アリ此場合ニ於テハ懈怠ノ結果ヲ生スルモノナルヲ以テ上告裁判所モ亦
 其事實ニ關シテ民事訴訟法第二百四十八條ノ規定ニ從ヒ自白ノ推定ヲ爲スコ
 トヲ得ヘシ

第四節 抗告

第一款 抗告ノ性質

抗告ハ特定ノ決定若クハ命令ニ對スル上訴ナリ抗告ハ下級裁判所ノ決定又ハ
 裁判長ノ命令ニ不服ナル當事者其他ノ利害關係人カ上級裁判所ニ對シ其裁判

ハ當否ニ付キ審査ヲ求メ且之ヲ自己ノ利益ニ變更スヘキコトヲ求ムル申立ナ
 リ控訴上告ハ終局判決若クハ之ト同一視スヘキ判決ニ對シテ提起スルコトヲ
 得ル上訴ニシテ決定命令ニ對シテハ控訴上告ヲ爲スコトヲ得ス但終局判決前
 ニ爲シタル決定命令ニ對シテハ終局判決ト共ニ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル場
 合アリト雖モ特ニ決定若クハ命令ニ對スル不服申立ノ途ヲ設ケサレハ實際ノ
 必要ヲ充タスコト能ハス如何トナレハ控訴上告ハ訴訟ノ當事者ニ限り提起ス
 ルコトヲ得ヘキモノニシテ訴訟ニ干與シタル第三者ハ決定命令ヲ受ケタルコ
 トアルモノ之ニ對シテ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス又當事者ト雖モ控訴上告ニ依
 リテ不服ヲ申立ツルコトヲ得サル決定命令アリ如何トナレハ終局判決ニ對ス
 ル上訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得決定若クハ命令ハ其決定若クハ命令カ
 終局判決ノ前提ト爲ルヘキ性質ヲ有スルモノニ限ラル、モノナレハナリ是ヲ
 以テ民事訴訟法ハ實際ノ必要ヲ充タスカ爲メニ決定命令ニ對スル上訴即チ抗
 告ヲ設ケタルモノトス而シテ抗告ハ訴訟手續ニ關スル申請ヲ口頭辯論ヲ經ス
 シテ却下シタル裁判其他法律ニ於テ特ニ掲ケタル裁判ニ對シテ提起スルコト

ヲ得ル^(第四五)モノニシテ總テノ決定若クハ命令ニ對シテ申立ツルコトヲ許サ
 ス獨逸民事訴訟法ニ於テハ或種ノ中間判決ニ對シテモ抗告ヲ爲スコトヲ許ス
 モ^(第六八條)我民事訴訟法ニ於テハ中間判決ニ對シテ抗告ヲ許シタルモノナシ
 右ノ如ク抗告ハ控訴若クハ上告ヲ以テ不服申立ヲ爲スコトヲ得サル裁判ニ對
 シテ許シタル上訴ナルヲ以テ控訴若クハ上告ニ依ル不服申立ヲ補充スルハ性
 質ヲ有ス即チ之ヲ例示スレハ左ノ如シ

- (一) 抗告ハ訴訟當事者ニアラサル者ヨリ提起スルコトヲ得例ヘハ罰金ノ言渡
 ヲ受ケタル證人、鑑定人ノ如シ^(第三三〇二條)
- (二) 抗告ハ當事者カ控訴若クハ上告ニ依リテ上級裁判所ノ判斷ヲ受クルコト
 ヲ得サル決定命令ニ對シテ爲スコトヲ得ヘシ例ヘハ原告ノ提出シタル訴狀
 ニ對シ裁判長ノ爲シタル訴訟差戻ノ命令ハ終局判決前ノ裁判ニアラサルヲ
 以テ控訴ニ依リ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス又裁判所書記、法律上代理人ニ費
 用ノ辨濟ヲ命スル決定ノ如キモ同一ナリ其他訴訟費用額確定ノ裁判、強制執
 行ニ關スル裁判ノ如キ何レモ終局判決ト共ニ上級裁判所ニ對シ不服ヲ申立

ツルコトヲ得サルモノナリ^(第一九二條、第八三條、第九九條、第五五八條)

(三) 抗告ハ終局判決ヲ爲スコトヲ妨ケ又ハ終局判決ヲ遅延セシムル裁判ニ對
 シテ提起スルコトヲ得即チ訴訟手續ノ指揮若クハ續行ヲ拒ム裁判ニ對シテ
 申立ツルコトヲ得ヘシ例ヘハ當事者ヨリ爲シタル口頭辯論期日指定ノ申請
 ヲ却下シタル裁判又ハ訴訟手續ノ中止ヲ命シタル裁判等是ナリ^(第一八條)
 以上ハ抗告カ控訴若クハ上告ヲ補充スル場合ナリ尙ホ抗告ハ控訴若クハ上告
 ニ依ル上訴ヲ簡易ナラシムルヲ目的トス即チ一ノ裁判ニ對シテ控訴若クハ上
 告ヲ以テ終局判決ト共ニ不服ヲ申立ツルコトヲ得ヘキ場合ト雖モ其裁判ニ對
 シテハ特ニ抗告ニ依ル不服申立ヲ許シ控訴又ハ上告ニ於テハ其點ニ付キ裁判
 ヲ爲スコトヲ得サラシム例ヘハ判事忌避ノ申請アリタル場合ニ於テ裁判所カ
 其申請ヲ不當ナリト認メ其事件ニ付キ終局判決ヲ爲シタルトキノ如キハ若シ
 民事訴訟法第三十八條ノ規定ナキトキハ其判決ニ對シテハ控訴若クハ上告ヲ
 以テ終局判決ニ對スル不服ト共ニ不服ノ申立ヲ爲シ上級裁判所ハ其申請ノ當
 否ニ付キ裁判ヲ爲シ得ヘキモノナリ然レトモ特定ノ裁判ニ對シテハ抗告ヲ以

テ不服ノ申立ヲ許シ而シテ控訴、上告ニ於テハ抗告ヲ以テ不服ノ申立ヲ爲スコトヲ得ル裁判ニ對シテハ控訴、上告ト共ニ不服ノ申立ヲ爲スコトヲ得サル旨ヲ規定シ(第三九七條)以テ控訴、上告ニ於ケル審理ノ範圍ヨリ抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル裁判ノ範圍ヲ分離シ控訴、上告ノ手續ヲ簡易ナラシムルモノナリ要スルニ抗告ハ控訴、上告ニ依ル不服申立ノ方法ヲ補充シ若クハ簡易ニスルノ性質ヲ有スルモノナリ

尙ホ抗告カ控訴、上告ト特種ノ性質ヲ有スル點ヲ述フレハ抗告ハ自己ニ不服ナル下級裁判官ノ裁判ヲ廢棄セシムル爲メ上級裁判所ニ保護ヲ求ムル點ニ付テハ控訴、上告ト同一ナリト雖(モ)控訴、上告ハ上級裁判所ノ判決ニ因リテ下級裁判官ノ判決ヲ認可スルカ若クハ之ヲ廢棄シテ更ニ正當ナル判決ヲ爲サシムヘキカニ付テ相手方ニ對スル攻撃ヲ包含スルモノナリ然レトモ抗告ハ相手方ニ對スル攻撃ヲ包含セス上級裁判所ニ對シ不服アル裁判ヲ取消シ之ニ代ルヘキ裁判ヲ受クルコトヲ求ムル不服ノ申立ニシテ直接ニ下級裁判所若クハ其裁判長ニ對スル攻撃ナリ然レトモ下級裁判官カ國家ノ機關タル裁判官トシテ爲シタ

ル裁判ニ對スル攻撃ナルヲ以テ下級裁判官カ一個人トシテ攻撃セララルモノニ非ス只下級裁判所若クハ裁判長ハ抗告ニ付キ國家機關トシテ意見ヲ述フルコトヲ必要トスル(第四五條)

第二款 抗告ノ種類

抗告ハ之ヲ分チテ普通抗告、即時抗告及ヒ再抗告ノ三トス普通抗告トハ一定ノ期間ニ拘束セララルコトナク何時ニテモ提起スルコトヲ得ヘキ抗告ヲ謂ヒ即時抗告トハ裁判ノ言渡若クハ送達ヨリ七日ノ不變期間内ニ提起スルコトヲ要スル抗告ヲ謂フ再抗告トハ抗告裁判所ノ裁判ニ對シテ提起スル抗告ヲ謂フ

第一 普通抗告

普通抗告ハ訴訟手續ニ關スル申請ヲ口頭辯論ヲ經スシテ却下シタル裁判ニ對シテ申立ツルコトヲ得ルモノニシテ尙ホ特ニ法律ニ規定セル裁判ニ對シテ之ヲ許ス例ヘハ特別代理人任設ノ申請却下ノ裁判(第四六條)訴訟費用救助ニ關スル裁判(第一〇條)訴訟手續中止ノ裁判(第一八條)證人ノ不參又ハ證言拒絶ニ因リテ生シタル費用ノ賠償及ヒ罰金ヲ言渡ス裁判(第二九四條)鑑定人ニ對スル費

用ノ賠償及ヒ罰金ヲ言渡ス裁判(第三二二八條)等是ナリ

右ノ裁判ニ對シテハ其裁判ノ變更ヲ求メ得ヘキ状態ニ訴訟事件カ存スル間
抗告ヲ以テ不服ノ申立ヲ爲スコトヲ爲ヘシ然レトモ抗告ヲ爲シテ裁判ノ變
更ヲ求ムルモ實益ナキニ至リタルトキハ此等ノ裁判ニ對シテハ抗告ヲ爲ス
コトヲ得サルモノナリ故ニ特ニ法律上ノ期間ナシト雖モ永久ニ抗告ノ提起
ヲ爲スコトヲ得ルモノニアラス例ヘハ口頭辯論中止ノ申請ヲ却下シタル決
定ニ對スル抗告ハ其事件ノ終局判決アリタル後ハ抗告ヲ爲スヲ得サルカ如
シ(大判、四〇、四)

第二 即時抗告

即時抗告ハ七日ノ不變期間内ニ限り提起スルコトヲ得ル抗告ナリ法律ニ於
テ特ニ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ル旨ヲ規定シタル裁判ニ對シテノミ提起ス
ルヲ得ルモノトス即チ刑事裁判所書記忌避申請却下ノ裁判(第三一八條)主參加
訴訟ニ於テ本訴訟中止ノ裁判(第二五條)從參加許否ノ裁判(第七五條)裁判所書記辯護士
等ニ對スル費用負擔ノ裁判(第三八條)訴訟費用確定決定(第五八條)訴訟手續ノ中止ヲ拒

ム裁判(第一八條)訴狀差戻命令(第一九條)判決ヲ更正スル裁判(第二四條)證人ノ證言拒
絶當否ノ裁判(第一條)證人忌避ノ申請却下ノ裁判(第五三條)執行命令申請却下ノ
裁判(第三九條)控訴狀ノ却下命令(第二四條)再審ノ訴却下ノ命令(第六七條)強制執行手
續ニ於テ口頭辯論ヲ經スシテ爲スコトヲ得ル裁判(第八五條)不動産競落許否ノ
決定(第六八條)假差押取消ノ決定(第七五條)除權判決申立ニ關スル決定(第七六條)等
是ナリ

第三 再抗告

再抗告トハ抗告裁判所ノ裁判ニ對シテ爲ス抗告ヲ謂フ抗告裁判所ノ裁判ニ
對シテハ新ナル獨立ノ抗告理由ノ存スルトキニ限り抗告ヲ申立ツルコトヲ
得(第四五條)故ニ再抗告ハ新ナル獨立ノ理由ニ基クコトヲ必要條件トス再抗告
ハ唯リ抗告裁判所ノ裁判ニ對シテ申立ツルコトヲ得ルノミナラス尙ホ新ナ
ル獨立ノ理由ヲ生シタルトキハ其後ノ裁判ニ對シテモ提起スルコトヲ得ヘ
シ故ニ區裁判所ノ裁判ニ對スル抗告裁判所即チ地方裁判所ノ裁判ニ因リテ
新ナル獨立ノ理由ヲ生シタルトキハ控訴院ニ抗告ヲ爲スコトヲ得ヘク控訴

院ノ裁判ニ因リテ再ヒ獨立ノ理由ヲ生シタルトキハ更ニ大審院ニ抗告スル
コトヲ得ヘシ今再抗告ヲ爲シ得ル場合ニ付キ一二ノ例ヲ舉ケテ説明スレハ
左ノ如シ

(一) 抗告裁判所カ抗告ヲ不適法トシテ棄却シタルトキ 抗告裁判所ニ於テ
抗告ヲ許スヘカラサルモノトシテ之ヲ棄却スル裁判ヲ爲シタルトキハ其
裁判ニ對シテハ再抗告ヲ爲スコトヲ得ヘシ如何トナレハ此裁判ハ抗告裁
判所カ原裁判所ノ裁判ヲ認可シタルニアラスシテ却テ抗告ヲ提起シタル
裁判ノ實體ニ立入りテ審査ヲ爲サストノ裁判ニ外ナラサレハ此裁判ニ因
リテ抗告人ニ對シテハ新ナル獨立ノ抗告理由ヲ生シタルモノナリ故ニ再
抗告ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ

(二) 抗告裁判所カ抗告ヲ實體上理由ナキモノトシテ棄却シタルトキ 前審
ノ裁判ト抗告裁判所ノ裁判ト同一ニ歸着スルモノナレハ新ナル獨立ノ抗
告理由ヲ生セス而シテ抗告裁判所ノ裁判ノ理由ト前審ノ裁判ノ理由トカ
同一ナラサルモ裁判カ同一ニ歸着スルトキハ新ナル獨立ノ抗告理由ヲ生

シタルモノト言フコトヲ得ス故ニ抗告裁判所ニ於テ抗告人カ原裁判所ニ
提出セサリシ事實證據方法ヲ主張シ之ニ因リテ抗告棄却ノ裁判アリタル
場合モ亦同シ然レトモ抗告裁判所ノ裁判ト原裁判ト全ク同一ナル場合ト
雖モ抗告裁判所ノ裁判カ訴訟手續ニ付テノ規定ニ違背シタルモノナルト
キハ獨立ノ抗告理由ヲ生シタルモノナルヲ以テ其裁判ニ對シテ更ニ抗告
ヲ爲スコトヲ得ヘシ例ヘハ抗告裁判所ノ構成カ不適法ナリシ場合若クハ
抗告裁判所カ管轄違ナリシ場合ノ如キハ新ナル獨立ノ抗告理由ノ發生ト
稱スヘキモノナリ(大判四
十判二)

(三) 抗告裁判所カ抗告ヲ理由アリトシテ原裁判ヲ變更シタルトキ 此裁判
ニ對シテ抗告人ノ相手方トナルヘキ者ハ再抗告ヲ爲スコトヲ得ヘシ即チ
相手方ハ此裁判ニ因リテ抗告ヲ爲スノ權ヲ取得シタル場合ニハ抗告裁判
所ノ裁判ニ對シテ抗告ヲ爲スコトヲ得ヘシ然レトモ其裁判ニ對シテハ法
律上抗告ヲ爲シ得ヘキモノナラサルヘカラス例ヘハ原裁判所カ假差押ノ
申請ヲ却下シタル裁判ニ對シテ抗告裁判所カ假差押ヲ許シタルトキハ其裁

判ニ對シテハ相手方ハ再抗告ヲ爲スコトヲ得ス又原裁判所カ判事忌避ノ申請ヲ棄却シタル裁判ニ付キ抗告裁判所カ其忌避申請ヲ正當ナリト爲シタル如キ場合ニハ其裁判ニ對シテハ再抗告ヲ爲スコトヲ得サルナリ

第三款 抗告ノ要件

抗告ニ付テモ控訴、上告ト同シク三要件ヲ具備セサルヘカラス即チ抗告カ法律上許スヘキモノナルコト、法律上ノ方式ニ從フコト及ヒ法定ノ期間内ニ提起スルコト是ナリ(第四六條)

第一 抗告カ法律上許スヘキモノナルコトヲ要ス

抗告ハ前ニ述ヘタル如ク控訴、上告ニ依ル上訴ヲ補充スル目的ノ外尙ホ控訴、上告ニ依ル訴訟手續ヲ簡易ニスル目的ヲ有ス故ニ抗告ヲ以テ不服申立ヲ爲スコトヲ得ル裁判ハ控訴、上告ノ際不服申立ヲ爲スコトヲ得サルモノナリ然レトモ民事訴訟法ハ概括的の法文ヲ以テ如何ナル場合ニ抗告ヲ許スヘキヤ否ヤヲ規定セス各法條ニ於テ之ヲ規定セリ各法條ノ規定ヲ比較對照スルトキハ本案ノ訴訟事件ニハ全ク關係ヲ有セサルカ若クハ本案ノ訴訟事件ニ附隨

ノ關係ヲ有スル從タル問題ニ付テ爲シタル裁判ニ對シテ抗告ヲ許スカ如シ而シテ其要件トシテハ主觀的ノ關係ヨリスレハ獨リ訴訟ノ當事者ノミナラス裁判ニ不服ナリト主張スル第三者證人、鑑定人(第二九四條、第三〇一條)費用ノ負擔ヲ言渡サレタル裁判所書記、法律上代理人、辯護士其他ノ訴訟代理人、執達吏(第八條)若クハ從參加人(第七五條)ヨリ提起スルコトヲ得ルモノトス

客觀的ノ關係ヨリスレハ前第二節ニ述ヘタル如ク法律カ特ニ抗告ヲ許スヘキコトヲ規定シタル裁判所ノ決定又ハ裁判長ノ命令及ヒ訴訟手續ニ關スル申請ヲ口頭辯論ヲ經スシテ却下シタル決定命令ニ對シテ提起スルコトヲ得ルモノナリ(第四五條)然レトモ法律ニ於テ不服ヲ申立ツルコトヲ得スト規定シタル裁判(第二八條、第三八條、第一〇二條、第一七一條)或條件ノ下ニ不服ヲ申立ツルコトヲ許セル場合ニ其條件ノ缺クルトキ(第八條)抗告以外ノ方法ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル裁判即チ異議(第三八條、第七四條、第五四條)故障(第三九條)訴人(第五五條)控訴、上告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル裁判等ニ對シテハ抗告ヲ許サス受命判事若クハ受託判事ノ裁判又ハ裁判所書記ノ處分ニ對シテハ抗告ヲ爲

ニコトヲ得ス此等ノ裁判又ハ處分ニ對シテ不服ナルトキハ先ツ受訴裁判所ニ對シテ右ノ裁判又ハ處分ノ當否ニ付テノ裁判ヲ求メ受訴裁判所ノ裁判ニ不服ナルトキ始メテ之ニ對シテ抗告ヲ爲スコトヲ許スモノトス(第四五六條項)是レ蓋シ受命判事、受託判事ハ受訴裁判所ノ委任ニ因リテ行爲ヲ爲スモノナレハ受命判事、受託判事ノ裁判ハ受訴裁判所ニ代リテ爲スモノナルカ故此裁判ニ對シテ不服ナルトキハ先ツ受訴裁判所ノ意見ヲ確ムルコトヲ正當トシ又裁判所書記ハ受訴裁判所ニ屬スルモノナレハ其處分ノ不當ナルトキハ法律上、受訴裁判所ニ於テ更正スルコトヲ至當ト認メタルニ因ル此不服申立ノ方法ハ抗告ニアラス特別ナル一ノ方法ナルヲ以テ抗告提起ノ要件ニ依ラス不服ヲ申立ツルコトヲ得ヘシ而シテ其不服申立ニ因リテ受訴裁判所カ爲シタル裁判ニ對シテ提起スル抗告ハ同一ノ事項ニ對スル再度ノ不服申立ナリト雖モ再抗告ニアラスシテ單純ナル抗告ナリトス再抗告ニ付テハ前節二節ニ述ヘタル如ク抗告裁判所ノ裁判ニ因リテ新ナル理由ヲ生シタルトキニ限り抗告ヲ許スヘキモノトス

第二 法律上ノ方式ニ從フコトヲ要ス

抗告ハ不服ヲ申立テ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爲スヲ通例トシ(第四五七條第一項)急迫ナル場合ニ限り直チニ抗告裁判所ニ抗告狀ヲ差出シテ之ヲ爲スコトヲ得ルモノトス(第四六一條第一項)斯ノ如ク抗告ハ控訴、上告ニ於ケルカ如ク直チニ上級裁判所ニ抗告狀ヲ差出サスシテ不服ヲ申立テラレタル裁判所ニ抗告狀ヲ差出ス所以ハ裁判所ハ判決ノ外必スシモ其裁判即チ決定、命令ニ羈束セラルルコトナキヲ以テ裁判ヲ爲シタル裁判所又ハ裁判長カ抗告ヲ理由アリト認メタルトキハ自ラ前裁判ヲ取消シ若クハ變更シテ抗告ヲ不必要ナラシムルコトヲ得ル機會ヲ與フルニアリ殊ニ新ナル事實若クハ新ナル證據方法ヲ以テ抗告ノ證據ト爲ストキハ前裁判ヲ變更若クハ取消スコトアルヘキヲ以テナリ又抗告ハ抗告狀ヲ差出シテ爲ス例外トシテ訴訟カ區裁判所ニ繫屬シ若クハ會テ繼續シタルトキ又ハ證人、鑑定人ヨリ抗告ヲ提起スルトキ及ヒ證書ヲ提出スル義務アリトノ宣言ヲ受ケタル第三者ヨリ抗告ヲ爲ストキハ口頭ヲ以テ提起スルコトヲ得(第四

第五七條(口頭ヲ以テ抗告ヲ爲ス場合ハ抗告人ハ裁判所書記ノ面前ニ於テ抗告ノ趣旨ヲ陳述シ裁判所書記ハ其調書ヲ作ルヘキモノトス(第一三) 抗告狀ニ記載スヘキ事項及ヒ口頭ヲ以テ抗告ヲ爲ス場合ニ書面ニ記載スヘキ事項ニ付テハ法律ニ別段ノ規定ナシ然レトモ抗告ヲ明確ニスル爲メ抗告

セラルル裁判ノ表示當事者ノ表示抗告ノ理由等ハ之ヲ記載スヘク口頭ヲ以テ提起スルトキハ右事項ヲ陳述セサルヘカラス

第三 法定ノ期間内ニ提起スルコトヲ要ス

普通抗否ニ付テハ特別ノ期間ナキヲ以テ何時ニテモ提起スルコトヲ得ヘシ然レトモ時機ヲ失シタルトキ即チ抗告ヲ提起スルモ抗告人ニ法律上ノ利益ナキトキ例ヘハ終局判決アリタル後ニ其前ニ爲サレタル決定ニ對スル抗告ノ如キハ之ヲ許スヘキニ非ス尙前第二款第一ヲ參照スヘシ

即時抗告ハ七日ノ不變期間内ニ於テ提起スヘキモノニシテ期間ノ進行ハ裁判ノ送達ヨリ始マルヲ通例トシ闕席判決ノ申立ヲ却下スル決定(第二五) 不動産競落許否ノ決定(第六八) 除權判決ノ申立ヲ却下スル決定及ヒ除權判決ニ附

シタル制限又ハ留保ノ決定(第七六九)ニ對スル抗告ハ裁判ノ言渡ヨリ期間ヲ起算ス(第四六六)此等ノ抗告ハ當事者ハ言渡ニ因リテ裁判アリタルコトヲ知ルモノナレハ其時ヨリ期間ヲ起算スヘキモノトセリ又抗告人カ抗告ヲ急迫ナリト認メ抗告裁判所ニ抗告ヲ爲シタルトキ抗告裁判所カ急迫ナラスト認メテ不服ヲ由立テタル裁判ヲ爲シタル裁判所又ハ裁判長ニ事件ヲ送付スル場合ニ於テハ縱令事件送付ノ時既ニ抗告期間ヲ經過スルモ抗告裁判所ニ抗告ヲ提起シタル時カ七日ノ不變期間以内ナルトキハ適法ノ時期ニ抗告ヲ提起シタルモノト看做ス(第四六六)

右ノ即時抗告ハ抗告ヲ許ス裁判ヲ速ニ確定セシメ裁判所及ヒ其訴訟關係人ヲシテ其裁判ノ拘束ヲ受ケシムヘキコトヲ法律上必要ト認メタルニ基クモノナリ而シテ七日ノ不變期間經過後ニ提起シタル抗告ハ不適法ナルモ期間ノ始マル前ニ提起シタル抗告ハ適法ノモノト爲ササルヘカラス(或ハ七日ノ不變期間内ナル文字アルヨリシテ期間開始前ノ抗告ハ無効ナリトノ説ナキニアラスト雖モ不變期間内ト稱スルハ不變期間ノ經過前タルコトヲ意味ス

ルモノニシテ不變期間ハ裁判ノ送達ヨリ始マルト規定セルハ期間ノ終期ヲ明確ニシタルニ外ナラス殊ニ控訴上告ニ付テハ期間開始前ノ控訴上告ハ無効トスル旨ノ規定アルニ拘ハラス抗告ニ其規定ナキヨリスレハ期間前ノ即時抗告ナリト雖モ有效ナリト解釋スヘキモノナリ

次ニ即時抗告ノ理由カ再審ノ訴ノ要件ヲ具フルモノナルトキハ抗告期間ハ延長セラレ再審ノ訴ノ爲メニ定メラレタル期間ノ滿了マテ抗告期間ヲ存スルモノナリ是レ決定ニ對シテハ再審ノ途ナキヲ以テ期間ヲ伸長シ再審ノ訴ノ原因アル決定ヲ取消サシメントスルニ外ナラス

受命判事、受託判事ノ裁判及ヒ裁判所書記ノ處分ノ變更ヲ求ムル場合ニ於テ若シ此等ノ裁判カ受訴裁判所ノ裁判ナリシトキハ即時抗告ヲ許サルヘキ場合ニ該當スルトキハ其裁判ニ不服ナル者ハ裁判送達ノ日ヨリ七日ノ不變期間内ニ受訴裁判所ノ裁判ヲ求ムルコトヲ要ス而シテ受訴裁判所カ不服申立ニ對シテ其裁判ヲ變更スルコトヲ正當ト爲ス場合ニ於テハ直チニ裁判ヲ爲スヘキモノナレトモ若シ不服申立ヲ正當ト認メサルトキハ其不服申立ハ抗

告ト同一ノ效力ヲ有スルモノト爲リ受訴裁判所ハ其不服申立ヲ抗告裁判所ニ送付スヘキモノトス(第四六六條)

第四百六十六條第四項ノ規定ヨリスレハ前條第一項ノ場合ニ於テハトアルヲ以テ受命判事、受託判事ノ裁判ニ對シテ不服ナルトキハ總テ即時抗告ノ期間内ニ限り受訴裁判所ニ裁判ノ變更ヲ求ムルコトヲ必要トスルカ如キモ同條第一項ニハ即時抗告ノ場合ニ於テハ左ノ特別ノ規定ニ從フトアリ又即時抗告ヲ法律カ必要トセサル裁判ナルニ拘ハラス其裁判カ受命判事、受託判事ノ裁判ナルカ爲メニ特ニ即時抗告ノ規定ニ從フノ必要ナキナリ殊ニ第四百六十五條第二項ニハ抗告ハ受訴裁判所ノ裁判ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得ト規定シ同條ノ趣旨ヨリスルモ受訴裁判所ノ裁判ニ對シ當事者カ抗告ヲ申立テタル場合ニ限り抗告ヲ生シ受訴裁判所ノ裁判ヲ當事者カ求ムルカ爲メニ抗告提起ノ效力アルモノニアラス然ルニ第四百六十六條第四項ニハ申請ヲ正當ト認メサルトキハ之ヲ抗告裁判所ニ送付ス可シト規定シ當然抗告ノ提起アリタルト同一ノ效力ヲ生セシムルハ即時抗告ノ場合ニ限り急速ニ裁判

ノ確定スルコトヲ必要ト認メタルニ因ルモノト謂ハサルヘカラス故ニ同條
第四項ハ受命判事又ハ受託判事ノ裁判カ若シ受訴裁判所ノ裁判ナルトキ即
時抗告ヲ爲シ得ヘキ場合ノミニ適用セラレヘキモノト謂ハサルヘカラス
以上述ヘタル三要件ノ外民事訴訟用印紙法ニ從ヒ訴訟印紙ヲ抗告狀ニ貼付シ
若クハ之ヲ調書ニ貼付スルコトヲ要ス

第四款 抗告權ノ行使

抗告ヲ許サルヘキ決定若クハ命令ヲ受ケタル當事者其他ノ利害關係人ハ抗告
裁判所ニ對シ抗告權ヲ有ス抗告ハ他ノ上訴權ト同シク形式的及ヒ實體的ノ二
種ニ區別スルコトヲ得ヘシ抗告權ハ即時抗告ナルトキハ不變期間ノ經過ニ依
リテ消滅シ普通抗告ナルトキハ前款ニ述ヘタル如ク抗告ヲ爲スモ法律上利益
ナキニ至リタルトキ消滅ス其他抗告權ノ拋棄又ハ取下ニ因リ喪失ス拋棄取下
ニ付テハ法律ニ何等ノ規定ナシト雖モ一旦提起シタル抗告ヲ裁判上拋棄スル
ノ意思表示ハ當然爲シ得ヘキ所ナルヲ以テ抗告ノ拋棄及ヒ取下ヲ爲シ得ルモ
ノト謂ハサルヘカラス而シテ拋棄及ヒ取下ハ相手方ノ承諾ヲ要セス即チ抗告

裁判所カ反對ノ利害關係ヲ有スル者ヲ相手方ト定メテ口頭辯論若クハ陳述ヲ
爲サシメタル場合ト雖モ抗告裁判所ノ裁判アルマテハ抗告人ハ隨意ニ之ヲ取
下クルコトヲ得ルモノナリ是レ抗告ハ相手方ニ對スル攻撃ニアラサルヲ以テ
ナリ特ニ抗告ハ相手方ニ對スル攻撃ニアラサルヲ以テ抗告裁判所カ相手方ヲ
定メテ口頭辯論若クハ陳述ヲ爲サシメタル場合ト雖モ相手方ハ附帶抗告ヲ爲
スコトヲ得ス相手方カ若シ裁判ニ不服ナレハ法定ノ要件ニ從ヒ獨立シテ抗告
ヲ爲スコトヲ得ルニ過キス

第五款 抗告審ノ辯論及ヒ裁判

抗告裁判所ハ他ノ上訴ト同シク抗告カ適法ナリヤ否ヤヲ審査シ不適法ナルト
キハ決定ヲ以テ却下シ若シ適法ナルトキハ不服申立アリタル裁判カ正當ナリ
ヤ否ヤヲ審査シ其裁判カ不當ナリトスルトキハ如何ナル裁判ヲ爲スヘキヤヲ
審査スヘキモノトス抗告審ノ審理ハ書面審理若クハ任意的口頭辯論ニ基キテ
爲スヘキモノナリ(第四六條)而シテ抗告裁判所カ不服ヲ申立テラレタル裁判ノ當
否ヲ審査スルハ其裁判ニ因リテ裁判セラレタル目的物ニ制限セララルモノナ

リ然レトモ其裁判ノ當否ハ下級裁判所ニ提出セラレタル訴訟資料ノミニ因リテ審査ヲ爲スニアラスシテ關係人カ新ニ提出シタル訴訟資料ニ因リテ審査ヲ得ヘク(第四五條)相手方カ口頭辯論ニ呼出サレ若クハ陳述ヲ命セラレタルトキハ亦新事實新證據方法ヲ提出シテ原裁判ノ正當ナルコトヲ主張スルコトヲ得ヘシ此等新舊ノ訴訟資料ニ因リテ審理ノ結果原裁判カ正當ナルトキハ抗告ヲ理由ナキモノトシテ棄却スヘク若シ原裁判カ不當ナルトキハ抗告裁判所ハ原裁判ヲ廢棄シテ更ニ自ラ正當ノ裁判ヲ爲スモノトス但抗告裁判所カ原裁判ヲ廢棄スルノミニシテ更ニ自ラ裁判ヲ爲サスシテ抗告ノ目的ヲ達スルモノアリ例ヘハ證人鑑定人等ニ對スル罰金ノ決定ノ如シ其他ノ場合ニハ抗告裁判所カ自ラ更ニ裁判ヲ爲スカ又ハ不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所若クハ裁判長ニ委任シテ裁判ヲ爲サシムルコトヲ得ルモノトス(第四六條第一項)委任ハ裁判ハ抗告裁判所ト原裁判所又ハ裁判長トノ間ニ委任關係ヲ生スルモノニアラスシテ原裁判所又ハ裁判長ニ對スル命令ナリ故ニ委任ヲ受ケタル裁

判所又ハ裁判長ハ原裁判所ノ地位ニ於テ裁判ヲ爲スヘキモノナリ而シテ委任ノ裁判ハ原裁判所又ハ裁判長ヲ羈束スルモノトス是レ特別ノ規定ナシト雖モ法律上當然其效力ヲ生スルモノトス

第六款 抗告ノ效力

抗告モ他ノ上訴ト同シク停止ノ效力及ヒ移審ノ效力ヲ生ス
第一 停止ノ效力

停止ノ效力ハ裁判ノ確定ヲ停止ス確定停止ノ效力ハ裁判所ニ抗告ヲ爲シ得ヘキ時ニ發生シ抗告ヲ爲シ得サルニ至リ消滅スルモノナリ故ニ即時抗告ヲ許ス裁判ハ不變期間ノ經過ニ因リ其確定ヲ停止スル效力ヲ消滅セシム若シ即時抗告ヲ提起シタルトキハ其裁判ノ確定ハ抗告ノ取下又ハ抗告棄却ノ裁判確定シタル時ニ消滅ス普通抗告ハ何時ニテモ提起シ得ルモノナルヲ以テ期間ノ經過ニ因リ確定スルコトナシ唯上告裁判所トシテ爲シタル決定命令若クハ大審院ノ決定命令ハ不服申立ノ途ナキヲ以テ直チニ確定スルモノナリ要スルニ抗告ヲ爲シ得ヘキ裁判ハ抗告ヲ爲スモ法律上利益ナキニ至ル迄

若クハ不變期間ノ經過ニ至ルマテ確定ヲ停止ス

執行停止ノ効力ハ抗告ニ付テハ例外トシテ發生シ原則トシテハ執行停止ノ効力ヲ有セス特ニ法律ノ規定アル場合ニ限り執行停止ノ効力ヲ有ス(第四六項)

特別ノ規定アル場合トハ民事訴訟法第二百九十四條第三百二條第三百二十八條等ナリ故ニ其他ノ場合ニ於テハ抗告アルモ其裁判ニ基ク手續ヲ進行スルコトヲ得ヘシ然レトモ不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所又ハ裁判長ハ抗告ニ付テノ裁判アルマテ其裁判ノ執行中止ヲ命スルコトヲ得ヘク又抗告裁判所ハ抗告ニ付テノ裁判ヲ爲ス以前ニ於テ自由ナル意見ニ因リ不服ヲ申立テラレタル裁判ノ執行中止ヲ命スルコトヲ得ルモノナリ(第四六條第二項第三項)

第二 移審ノ効力

抗告ノ提起アリタルトキハ其提起ヲ爲シタル裁判所ニ因テ裁判セラレタル目的物ノ全部ヲ抗告審ニ繫屬セシム抗告ハ相手方ニ對スル攻撃ニアラサルヲ以テ抗告人ノ抗告ヲ相手方カ使用シ附帶抗告ヲ爲スコトヲ得ス抗告裁判

所ハ原裁判ニ對シ不服申立アリタル範圍内ニ於テ原裁判ノ當否ヲ審査スヘキモノナリ移審ノ効力ハ抗告ノ取下又ハ抗告裁判所ノ裁判ノ確定ニ因リテ消滅ス

第七款 抗告審ノ手續

第一 抗告ハ抗告狀ノ提出若クハ口頭ヲ以テ提起シタル場合ニ其手續ヲ開始スルモノトス(第四五條七)

第二 抗告ノ提起アリタルトキハ不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所又ハ裁判長カ再度ノ考案若クハ新ナル提供ニ基キテ其抗告ヲ理由アリト認メタルトキハ其不服ノ點ヲ更正シテ更ニ裁判ヲ爲シ若シ抗告ヲ理由ナキモノト認メタルトキハ裁判所又ハ裁判長ハ其意見ヲ付シテ三日ノ期間内ニ抗告ヲ抗告裁判所ニ送付シ又適當トスル場合ニ於テハ其事件ニ關スル訴訟記録ヲ抗告裁判所ニ送付ヘシ(第四五條九)

第三 當事者カ抗告ヲ急迫ナリト認メテ抗告裁判所ニ提起シタルトキハ抗告裁判所ハ直チニ裁判ヲ爲スコトヲ得ヘク又ハ其裁判ヲ爲ス以前ニ於テ不服

ヲ中立テラレタル裁判所又ハ裁判長ノ意見ヲ求メ且訴訟記録ノ送付ヲ要求スルコトヲ得抗告裁判所カ事件ヲ急迫ナラスト認メタルトキハ原裁判所又ハ原裁判長ニ抗告ヲ送付シ且其旨ヲ被告人ニ通知スヘシ(第四六條)原裁判所若クハ裁判長カ事件ノ送付ヲ受ケタルトキハ第二ニ述ヘタル所ト同一ノ手續ヲ爲スヘシ

第四 受命判事若クハ受託判事ノ裁判又ハ裁判所書記ノ處分ノ變更ヲ求ムルニハ受訴裁判所ノ裁判ヲ求メテ其裁判ニ付キ不服ナルトキハ抗告ヲ爲スコトヲ得ヘシ大審院ニ於テ受命判事又ハ受託判事ノ裁判裁判所書記ノ處分ノ變更ヲ求ムルニハ大審院ノ裁判ヲ受クルコトヲ得(第四六條)

第五 抗告裁判所ハ抗告ノ申立ニ付テハ口頭辯論ヲ經スシテ裁判ヲ爲スヲ通知ス唯抗告人ト反對ノ利害關係ヲ有スル者ニ抗告アリタルコトヲ通知シテ書面上ノ陳述ヲ爲サシムルコトヲ得ヘシ利害關係人ハ之ニ對シテ陳述ヲ爲スノ義務ナク陳述ヲ爲スト否トハ隨意ナリ而シテ利害關係人ノ陳述ハ抗告カ口頭ヲ以テ爲シ得ヘキ場合ナルトキハ亦口頭ヲ以テ爲スコトヲ得ヘシ

利害關係人ハ裁判所ノ命ニ應シテ陳述ヲ爲シタルトキハ其陳述ヲ爲シタル事項ハ抗告ニ付テノ訴訟資料ト爲リ若シ陳述ヲ爲ササル場合ニ於テハ抗告人ノ提出シタル資料ノミニ因リテ裁判ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ而シテ抗告裁判所ハ口頭辯論ヲ經テ抗告ヲ審理スヘキコトヲ至當ト認メタルトキハ抗告人及ヒ反對ノ利害關係人ヲ當事者ト爲シ口頭辯論ヲ爲スヘキ旨ヲ命シ期日ヲ定メテ當事者ヲ呼出スコトヲ得ルモノトス(第四六條)此場合ニ於ケル口頭辯論ハ任意的ノ口頭辯論ナルヲ以テ當事者雙方辯論期日ニ出頭セサルモ其手續ハ休止ト爲ルモノニアラス抗告ハ裁判所カ職權ヲ以テ完結スヘキ義義アルモノナレハ當事者カ辯論ヲ爲スト否トニ關セス又利害關係人カ陳述ヲ爲スト否トニ關セス職權ヲ以テ終結スヘシ故ニ辯論若クハ陳述ノ命ニ從ハサルトキハ書面上ノ資料ノミニ因リテ判斷スヘキモノトス

第六 抗告裁判所ノ裁判ハ不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所又ハ裁判長ニ通知スヘシ(第四六條)

第四章 再審手續 第一節 再審ノ意義

再審トハ確定ノ終局判決ニ因リテ終了シタル訴訟手續ヲ更新シテ其判決ノ當否ヲ審査スル手續ヲ謂フ(第七條四六)故ニ再審ハ一事不再理ノ原則ノ例外タリ又再審ハ下級裁判所ノ判決ノ當否ヲ上級裁判所ニ於テ審査スルモノニアラスシテ確定判決ヲ爲シタル裁判所カ再ヒ其判決ノ當否ヲ審理スルモノナルヲ以テ上訴ニアラス隨テ再審ノ訴アルモ控訴上告ノ如ク停止ノ效力移審ノ效力ヲ生セス再審ヲ求メラレタル終局判決ハ之ヲ執行スルコトヲ得ヘク唯第五百條ノ規定ニ因リテ執行停止ヲ爲スコトヲ得ルノミ又再審ハ終局判決ヲ爲シタル裁判所ニ於テ更ニ辯論及ヒ裁判ヲ爲スモノナレハ移審ノ效力ヲ生セス獨逸舊法ニ於テハ非常上訴ノ一種ト爲シタレトモ現行法ニ於テハ上訴ニ非ストス

第一 再審ノ訴ニ二種アリ(一)ヲ取消ノ訴ト謂ヒ(二)ヲ原狀回復ノ訴ト謂フ取消ノ訴ハ確定判決カ訴訟手續ニ關スル法則ニ違背シタル手續ニ基キタルコト

ヲ理由トスル訴ニシテ原狀回復ノ訴ハ確定判決ノ基本ト爲リタル訴訟資料ニ不法アルコトヲ理由トスル訴ナリ此二ノ訴ハ共ニ直接ニ私權ノ存否ノ確定ヲ求ムルカ爲メ提起スル訴ニアラスシテ控訴上告ノ如ク訴訟手續ヲ更新シ不服ヲ申立テラレタル判決ノ當否ヲ審査シ不當ナル場合ニ於テハ之ヲ廢棄シテ更ニ正當ナル判決ヲ求ムル不服申立ナリトス而シテ曩ニ繫屬シタル訴訟ト別種ノモノニアラスシテ前ニ確定ノ終局判決ニ因リテ終了シタル訴訟ノ一部ナルヲ以テ前訴訟ノ受訴裁判所即チ再審ノ訴ニ因リテ不服ヲ申立テラレタル確定判決ヲ爲シタル裁判所カ再審ノ訴ニ付テ專屬管轄權ヲ有スルモノナリ(第七條四七)然レトモ關席判決ニ對スル故障ノ如ク不服アル判決ヲ爲シタル審級ノ一部ヲ成スモノニアラス却テ控訴上告ノ如ク新ナル審級ヲ開始スルナリ換言スレハ再審ノ訴ニ因リテ更ニ全訴訟ノ全部ニ付テ審理ヲ爲スニアラスシテ不服申立アリタル判決及ヒ其基本タル訴訟手續ノ不服アル部分ニ付テ審理スルモノニシテ其審理ハ不服申立ノ範圍内ニ止マルモノナリ而シテ附帶ノ再審ハ法律ニ之ヲ許ス規定ナキヲ以テ提起スルコトヲ得ス

…相手方ハ獨立シテ再審ノ訴ヲ提起セサレハ再審ヲ求ムルコトヲ得サルモノナリ

第二 再審ノ訴ハ確定シタル終局判決ニ對シテノミ之ヲ提起スルコトヲ得故ニ確定ノ終局判決ナルトキハ全部判決タルト一分判決タルトヲ問ハス又對審判決タルト闕席判決タルトヲ問ハス又控訴裁判所ノ差戻判決タルト上告裁判所ノ差戻若シハ移送判決タルトヲ問ハス之ニ對シテ再審ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルモノナリ而シテ妨訴抗辯棄却ノ中間判決請求ノ原因ヲ正當ナリトスル中間判決等ハ再審ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス如何トナレハ此等ノ中間判決ハ上訴ニ關シテノミ終局判決ト看做スヘキモノナルヲ以テ再審ニ付テ終局判決ト看做スコトヲ得サレハナリ又普通ノ中間判決決定命令等ニ付テハ再審ノ訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス然レトモ再審ヲ求ムル確定判決前ニ於テ同一裁判所又ハ下級裁判所ニ於テ爲シタル裁判ニシテ終局判決ノ前提ト爲リタルモノニ對シテハ再審ノ訴ト共ニ不服ヲ主張スルコトヲ得ルモノトス(第四七條一)

第二節 管轄裁判所

再審ノ訴ハ不服ヲ申立ツル確定ノ終局判決ヲ爲シタル裁判所ノ管轄ニ專屬ス(第四七條二)而シテ專屬管轄ナルヲ以テ合意ニ因リテ變更スルコトヲ得ス今左ニ各場合ニ付テ説明スヘシ

第一 第一審裁判所カ爲シタル確定判決ニ對スル再審ノ訴ハ判決ヲ爲シタル第一審裁判所ノ專屬管轄ナリトス

第二 控訴裁判所ノ判決ニ對スル再審ノ訴ニ付テノ管轄裁判所ハ左ノ如ク區別セサルヘカラス

(一) 控訴裁判所カ控訴ヲ不適法トシテ棄却シタルトキ即チ事件ノ本案ニ立入りテ審理セスシテ控訴棄却ノ判決ヲ爲シタルトキハ訴訟事件ニ付キ二個ノ判決存在スルモノナリ此場合ニ於テハ第一審ノ判決ニ付テ再審ヲ求ムルトキハ其訴ハ第一審裁判所ニ提起スヘク控訴棄却ノ判決ニ對シテ再審ヲ求ムルトキハ其訴ハ控訴裁判所ニ提起スヘキモノナリ

- (二) 控訴裁判所カ控訴ヲ適法トシテ事件ノ實體ニ立入りテ審理裁判ヲ爲シ控訴ヲ理由ナシトシテ棄却シタルトキハ控訴審ノ判決ハ第一審判決ニ代ルモノナリ又控訴ヲ理由アリトシテ原裁判ヲ變更シタル場合ニ於テハ控訴審ノ判決モ第一審ノ判決ニ代リタルモノナレハ其事件ニ付テハ控訴審ノ判決ノミ存スルヲ以テ其判決ニ對スル再審ノ訴ハ控訴裁判所ノ專屬管轄トス然レトモ第一審判決ノ一部ニ付キ不服申立アリテ控訴裁判所カ不服申立ノ部分ノミニ付テ判決ヲ爲シタルトキハ不服申立ナキ部分ニ付テハ控訴裁判所ハ判決ヲ爲ササルモノナレハ其部分ニ對スル再審ノ訴ハ第一審裁判所ニ提起セサルヘカラス尤モ第一審ノ判決ト控訴審ノ判決トニ對シ同時ニ再審ノ訴ヲ提起スルトキハ控訴裁判所ヲ以テ專屬管轄裁判所トナス(第四七二條第二項)
- (三) 控訴裁判所カ民事訴訟法第四百二十二條、第四百二十三條ノ規定ニ從ヒ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻シ第一審裁判所カ更ニ爲シタル判決ニ對シ再審ヲ求ムルトキハ第一審裁判所ノ專屬管轄ニ屬シ差戻ノ判決ニ對シテ再

審ヲ求ムルトキハ其訴ハ控訴裁判所ニ專屬ス

第三

- (一) 上告裁判所カ本案ニ付キ判決ヲ爲サス上告ヲ不適法トシテ棄却シタルトキハ控訴棄却ノ場合ト同シク二個ノ判決ヲ生シ上告裁判所及ヒ控訴裁判所ハ各自ノ爲シタル判決ニ對シ再審ノ訴ニ付キ專屬管轄權ヲ有ス
- (二) 上告裁判所カ上告ヲ理由ナシトシテ棄却シタルトキハ上告裁判所ノ判決ト控訴裁判所ノ判決トハ各獨立シテ存在スルモノナレハ二個ノ判決ニ對シ各獨立シテ再審ヲ求ムルコトヲ得ヘク各裁判所各專屬管轄權ヲ有ス
- (三) 上告裁判所カ控訴審ノ判決ヲ破毀シ事件ノ差戻又ハ移送ヲ爲シタルトキハ破毀セラレタル判決ハ消滅スト雖モ差戻又ハ移送ヲ受ケタル裁判所ハ更ニ判決ヲ爲スヘキヲ以テ隨テ上告審ノ判決ト控訴審ノ判決ト二個ノ判決ヲ生ス此二個ノ判決ニ對シテハ各裁判所ハ各專屬管轄權ヲ有ス
- (四) 上告裁判所カ原判決ヲ變更シテ更ニ自ら裁判ヲ爲シタルトキハ控訴審ノ判決ハ消滅シ再審ヲ求ムルコトヲ得ル判決ハ唯上告裁判所ノ判決ノミ

ナレハ其判決ニ對スル再審ノ訴ハ上告裁判所ノ專屬管轄トナス

第四 同一事件ニ付キ一分ハ下級裁判所又一分ハ上級裁判所ニ於テ爲シタル
數個ノ判決ニ對スル再審ノ訴ハ上級裁判所ノ專屬管轄トス又督促手續ニ於
テ區裁判所ノ發シタル執行命令ニ對シ再審ヲ求ムル訴ハ其命令ヲ發シタル
區裁判所ノ管轄ニ專屬シ其訴訟物カ區裁判所ノ管轄ニ屬セサルトキハ其訴
訟物ニ付テノ訴訟ヲ管轄スル裁判所ノ專屬管轄トス(第四二項)

第三節 取消ノ訴

取消ノ訴ハ訴訟手續ニ關スル法則ニ違背シテ爲シタル確定判決ニ對スル不服

申立ニシテ次ニ述フル原因ニ基クコトヲ要ス(第四六)

第一 規定ニ從ヒ判決裁判所ヲ構成セザリシトキ

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ト
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效ナカリシト
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ス

裁判ニ參與シタリシトキ

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
トキ

以上四ノ事由ヲ原因トスルトキニ限り訴訟當事者ヨリ管轄裁判所ニ再審ノ訴
ヲ提起スルコトヲ得ルモノナリ其各場合ニ付テノ説明ハ上告審ニ付キ述ヘタ
ル所ニ同シ而シテ右ノ中第一及ヒ第三ノ事由ヲ原因トスル取消ノ訴ハ其判決
ニ對シテハ上訴又ハ故障ヲ提起シ得ヘキモノニシテ且當事者カ取消ノ原因ヲ
知り得ヘキモノナルトキハ取消ノ訴ヲ許サス如何トナレハ斯カル原因アル判
決ハ當事者カ少ナクトモ上訴若クハ故障期間ノ經過前ニ知り得ヘキ事項ナル
ヲ以テ其期間ヲ經過シタルトキハ之カ爲メニ更ニ取消ノ訴ヲ許スノ必要ナキ
モノナレハナリ

第四節 原狀回復ノ訴

原状回復ノ訴ハ判決ノ訴訟資料ニ關スル不法ヲ理由トシテ確定判決ノ廢棄ヲ求ムル不服申立ニシテ次ノ事項ノ一ヲ原因トスルヲ必要トス(第四六)

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判事カ裁判ニ參與シタリシトキ 即チ判事カ原状回復ヲ求ムル判決ノ基ク訴訟ニ關シテ刑法上ノ罪ヲ犯シタル場合ヲ謂フ刑法上ノ犯罪ナルコトヲ要シ職務ノ執行ニ因リ懲戒處分ニ付セラレタル場合ノ如キハ原状回復ノ理由ト爲ルモノニアラス刑法上ノ罪ヲ犯シタルトキハ其判決ハ不法ノモノト爲スヘキヲ以テナリ

第二 原告若クハ被告ノ法律上代理人若クハ訴訟代理人又ハ相手方若クハ其法律上代理人又ハ訴訟代理人カ罰セラルヘキ所爲ヲ訴訟ニ關シテ爲シタリシトキ 即チ此等ノ者カ刑法上罰スヘキ罪ヲ訴訟ニ關シテ犯シタルトキハ誠實ナル裁判ヲ爲シ得サリシモノト認メタルニ因ル

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 證書ハ公正證書ト私署證書ナルトヲ問ハス又證書ノ偽造變造カ相手方ノ行爲タルト第三

者ノ所爲タルトヲ問ハス判決ノ資料トシテ判決ニ援用セラレタル證書カ後日ニ至リ偽造若クハ變造ナリシコトヲ發見セラレタル場合ニ於テハ再審ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ

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リシトキ 證人鑑定人カ當事者ノ申立ニ因リタルト職權ヲ以テ審問シタルトニ區別ナク判決ノ基本ト爲リタル供述若クハ通譯ニ付テ偽證罪ヲ犯シタルモノナルトキハ再審ノ原因ト爲ルヘシ唯通事ニ付テハ民事訴訟法上之ニ宣誓ヲ命シテ通譯セシムルノ規定存セサルヲ以テ通事ニ付テハ偽證罪ナキモノト謂フヘキナリ

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 刑事ノ裁判ハ民事ノ裁判ヲ羈束スルモノニアラス然レトモ民事裁判官カ自由心證ニ因リテ刑事上ノ判決ヲ採用シテ裁判ヲ爲シタルトキハ若シ其刑事ノ裁判カ未確定ノモノナルトキハ上訴ニ因リテ其判決ハ廢棄セラルルコトアルヘク又確定シタル刑事上

ノ判決ニテモ刑事上ノ再審ノ訴ニ因リテ取消サルルコトアルヘシ斯ノ如キ
場合ニ於テハ民事ノ判決ニ付キ原狀回復ヲ許スト雖モ民事ノ裁判ハ刑事ノ
裁判ニ羈束セラレサルヲ以テ原狀回復ノ訴ニ基キテ爲ス判決ハ新ナル刑事
ノ判決ニ羈束セラルヘキモノニ非ストス

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ヲ申立テラレタル判決ト牴觸スルトキ 即チ同
一當事者間ノ同一事件ノ判決ニシテ其判決確定シタルコト且原狀回復ヲ求
ムル判決ト牴觸シタル判決ヲ原狀回復ヲ求ムル判決ノ確定後ニ於テ發見シ
タル場合ナルコトヲ要ス

第七 相手方若クハ第三者ノ所爲ニ因リテ前訴訟ニ於テ提出スルコトヲ得サ
リシ證書ニシテ原告若クハ被告ノ利益ト爲ルヘキ裁判ヲ爲スニ至ラシムヘ
キモノヲ發見シタルトキ 公正證書ナルト私署證書ナルトニ區別ナク其證
書ニ因リテ當事者ノ一方ノ利益ト爲ルヘキ裁判ヲ爲スニ至ラシムヘキモノ
ヲ發見シタルトキハ原狀回復ノ理由ト爲ルナリ然レトモ新事實ヲ證明シ之

ニ因リテ利益ノ裁判ヲ受クルコトアルニ至ルモ再審ノ原因ト爲ルモノニア
ラス

以上七ノ中第一乃至第四ノ場合ニ於テハ唯事實ノ存在スルコトヲ主張スルノ
外其行爲ニ付テ確定判決アルカ又ハ證據欠缺以外ノ理由ニ因リテ刑事訴訟手
續ノ開始若クハ實行ヲ爲シ得サルトキニ限り原狀回復ノ訴ヲ許サル故ニ裁判
官カ例ヘハ訴訟ニ關シテ當事者ノ一方ヨリ收賄ヲ爲シタルノミノ事實ニテハ
原狀回復ノ理由ト爲スコトヲ得ス收賄罪ニ付テ確定判決ノ存スルカ又ハ證據
不十分以外ノ理由即チ死亡時効等ニ因リテ刑事ノ手續ヲ爲シ能ハサル事實ノ
存在スルコトヲ必要トスルモノナリ

以上説明シタル原狀回復ノ訴ハ原告若クハ被告カ自己ノ過失ニアラスシテ前
訴訟手續ニ於テ故障又ハ控訴若クハ附帶控訴ニ依リテ原狀回復ノ理由ヲ主張
シ能ハサリシトキニ限り之ヲ許ス(第四七條)故ニ上告ヲ以テ主張シ得ヘキトキニ
於テハ必スシモ原狀回復ノ訴ヲ許サレサルモノニアラス蓋シ上告審ニ於テハ
事實ノ審理ヲ爲ササルモノナレハナリ

第五節 再審ノ要件

再審ノ訴モ控訴ト同シク三個ノ要件アリ即チ再審ヲ許スヘキモノナルコト、法定ノ方式ニ從フコト及ヒ法定期間内ノ訴ナルコト是ナリ(第四七條)

第一 再審ノ訴ヲ許スヘキモノナルコトヲ要ス

再審ノ訴ハ確定ノ終局判決ノ廢棄ヲ目的トスルモノナレハ主觀的條件トシテハ確定ノ終局判決ヲ受ケタル當事者若クハ其相續人ニ限り提起スルコトヲ得從參加人ハ之ヲ提起スルコトヲ得ス普通ノ共同訴訟人ハ各別ニ提起スルコトヲ得ヘク必要的共同訴訟人ハ共同ニ非サレハ之ヲ許サス而シテ再審ノ訴ノ被告ト爲スヘキモノハ前訴訟ノ當事者若クハ其相續人ナリトス

客觀的條件トシテハ確定ノ終局判決ノ存在ヲ必要トシ取消ノ訴ナルト原狀回復ノ訴ナルトニ因リ第四百六十八條若クハ第四百六十九條ノ條件ヲ具備シ且第四百七十二條ノ管轄權アル裁判所ニ提起スルコトヲ要ス

第二 法定ノ方式ニ從フコトヲ要ス

再審ノ手續ハ其訴ニ付キ辯論及ヒ裁判ヲ爲スヘキ裁判所ノ訴訟手續ニ從フモノナレハ(第四七條)區裁判所ニ再審ノ訴ヲ提起スルニハ訴狀ノ差出若クハ口頭ヲ以テ爲スヲ得ヘク合議裁判所ニハ訴狀ヲ差出スヘキモノトス而シテ訴狀ニハ左ノ二項ヲ具備セサルヘカラス(第四七條)

- 一 取消又ハ原狀回復ノ訴ニ因リ廢棄ヲ求ムル判決ノ表示
- 二 取消又ハ原狀回復ノ訴ヲ起ス旨ノ陳述

其他訴狀ハ準備書面ニ關スル一般ノ規定ニ從テ之ヲ作り準備的事項トシテ確定シタル判決ニ對スル不服ノ理由ヲ表示シ其理由ト不變期間ヲ遵守セルコトト明カナラシムル事實ニ付テノ證據方法又如何ナル程度ニ於テ不服ヲ申立テラレタル判決ヲ廢棄若クハ破毀スヘキモノ申立及ヒ本案ニ付キ更ニ如何ナル裁判ヲ爲スヘキモノ申立ヲモ掲クヘシ

右ノ如ク不服ノ理由即チ再審ヲ求ムルノ原因ハ準備的事項トシテ訴狀ニ記載スヘキモノナレハ之ヲ訴狀ニ掲ケサルモ訴提起ノ效力ニ關係ナシ隨テ不服ノ理由ハ再審ノ訴ハ口頭辯論ニ於テ訴狀ニ全ク記載セサルモノハ主張ス

ルコトヲ得ヘク且訴狀ニ記載セル事項ト異ナリタル新ナル理由ヲ主張スルコトヲ得ヘシ然レトモ取消ノ訴ヲ變更シテ原狀回復ノ訴ト爲シ若クハ原狀回復ノ訴ヲ變更シテ取消ノ訴ト爲スコトヲ得ス此等ノ事項ハ訴狀ノ要件ニシテ之ヲ變更スルトキハ適法ナル訴ノ提起ナキニ歸スルモノナレハナリ

第三 法定ノ期間内ニ提起スルコトヲ要ス

再審ノ訴ハ一个月ノ不變期間内ニ提起スヘキモノトス(第四七四條第一項)此期間ハ取消ノ訴ニ於ケル原告若クハ被告カ法律ノ規定ニ從ヒテ代理セラレサリシコトヲ理由トスル場合ヲ除キ其他ノ場合ニ於テハ原告若クハ被告カ不服ノ理由ヲ知リタル日ヲ以テ始マル若シ判決ノ確定前ニ不服ノ理由ヲ知リタルトキハ判決ノ確定ヲ以テ始マル(第四七四條第二項)然レトモ判決ノ確定前ニ第四百六十八條第一項第四號ノ場合以外ノ再審ノ理由アルコトヲ知リタルトキハ第四百六十八條第二項第四百七十條ノ規定ニ從ヒ再審ヲ求ムル訴ヲ提起スルコト能ハサル場合アルヘシ

判決ノ確定ヨリ起算シテ五ヶ年ノ滿了後ニ於テハ再審ノ訴ノ提起ヲ爲スコ

トヲ得ス(第四七四條第三項)

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コトヲ理由トシテ取消ノ訴ヲ提起スルニハ原告若クハ被告又ハ其法定代理人カ送達ニ因リ判決アリタルコトヲ知リタル日ヨリ起算シテ一个月ノ不變期間内ニ限り訴ヲ起スコトヲ得ヘシ適法ニ代理セラレサリシ訴訟ニ於テハ當事者若クハ其法定代理人ニ判決ノ送達アル迄ハ判決ト當事者トノ間ニ法律上ノ關係ヲ生セサレハナリ而シテ送達ニ因リ不服ノ理由ヲ知リタルコトカ判決確定後五年ヲ經過シタル後ト雖モ仍ホ一个月ノ不變期間内ニ訴ヲ起スコトヲ得ヘク又不服ノ理由ヲ判決ノ送達以前ニ知リタル場合ト雖モ判決送達マテハ不變期間ノ進行ヲ始ムルコトナシ判決ノ確定前判決ノ送達ニ因リテ再審ノ理由ヲ知リタルトキハ不變期間ハ判決ノ確定ヲ以テ始マル(第四七四條)其他訴狀ニハ民事訴訟用印紙法ニ從ヒ印紙ヲ貼用スルコトヲ要ス(民事訴訟法第八條)

第六節 再審訴權ノ行使

再審訴權ハ上訴權ト同シク二種ニ區別スルコトヲ得ヘシ形式的訴權實體的訴權是ナリ形式的訴權トハ原告ノ主張スル再審原因ニ付キ再審裁判所ニ審理ヲ求ムル權利ニシテ實體的訴權トハ不服ヲ申立テタル確定判決ノ廢棄ヲ求ムル權利ナリ再審ノ訴ノ條件ヲ具備スルトキハ原告ハ形式的及ヒ實體的訴權ヲ有スルモノトス

再審訴權ハ不變期間ノ經過ニ因リテ消滅ス(第四七條)再審訴權ハ之ヲ拋棄スルコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ法律ノ規定ナシト雖モ理論上ヨリスレハ訴權ハ總テ之ヲ拋棄シ得ヘキモノナレハ再審訴權モ亦拋棄スルコトヲ得ルモノト論結セサルヘカラス然レトモ再審原因アル判決ノ言渡前ニ於テ拋棄スルコトハ不法ノ審理ヲ甘受スル結果ニ歸シ公ノ秩序ニ反スル意思表示ナルヲ以テ無効ナリ再審原因アル判決ノ言渡アリタル後當事者カ再審原因ノ存スルコトヲ知リタル後ニ再審訴權ヲ拋棄スル意思表示若クハ契約ハ有效ナリトス拋棄ノ手續ハ

上訴拋棄ノ手續ニ準據スヘク拋棄後ニ提起シタル再審ノ訴ハ不適法ナリトス再審訴權ハ取下ニ因リテ消滅ス取下ハ控訴ノ取下ノ規定ニ準據スヘキヤ訴ノ取下ノ規定ニ依ルヘキヤハ學說岐ルト雖モ再審ノ訴ハ上訴ニ非サルヲ以テ第四百七十三條ノ規定ニ因リ訴ノ取下ノ規定ヲ準用スヘキモノトス(第一九條)

附帶的再審ノ訴ハ法律ニ之ヲ許シタル規定ナキヲ以テ許スヘキモノニ非ス再審被告カ再審ニ因リ不服ヲ申立テントスルニハ特別ニ訴ヲ提起スルコトヲ要ス(第四八條)

第七節 再審ノ辯論

再審ノ訴ニ於ケル辯論ハ三階段アリトス即チ再審ノ訴ノ適否ニ關スル辯論再審原因存否ノ辯論及ヒ不服ヲ申立テタル判決ヲ如何ニ變更スヘキヤノ辯論是ナリ

再審ノ訴ノ適否ニ關スル辯論ハ再審要件ノ存否ノ審查ナリ原告ハ口頭辯論期日ニ於テ相手方ノ陳述ノ有無ニ拘ハラズ再審ヲ求ムル理由トシテ主張スル事

實及ヒ法定期間ヲ遵守シタル事實ヲ疏明セサルヘカラス(第七條)
 再審要件カ存スルモノト認ムルトキハ再審原因ノ存否ニ付テ辯論ヲ爲スヘク
 再審原因ノ存スルトキハ確定判決ヲ廢棄シテ如何ナル裁判ヲ以テ之ニ代フヘ
 キヤニ付キ辯論スルモノナリ其辯論即チ本案ノ辯論ノ範圍ハ原告ノ不服申立
 ノ理由ノ存スル部分ノミニ付テ爲シ確定判決ヲ以テ終了シタル總テノ訴訟ノ
 辯論ヲ常ニ必スシモ更新スルモノニ非ス(第四七九條第一項)再審ノ訴ノ適否及ヒ理由ノ
 存否ノ辯論ニ付テハ上告裁判所ニ再審ノ訴カ繫屬スルトキト雖モ上告裁判所
 ハ右範圍内ノ事實ニ限り審査スヘキモノトス(第四八一條)
 右ニ述ヘタル三階段ノ辯論ハ法律上分離ヲ命シタルニ非サレハ之ヲ併合シテ
 爲スヲ原則トス故ニ被告ハ再審ノ訴ノ不合法ヲ主張シ本案ノ辯論ヲ拒ムコト
 ヲ得ス然レトモ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
 付キ辯論ヲ分離シ特ニ其裁判ヲ爲スコトヲ得ヘシ再審ノ訴ヲ不合法トシ若ク
 ハ理由ナシトシテ棄却スルハ終局判決ヲ以テ爲スヘキモノナレハ訴訟ハ終了
 スヘキモ之ヲ適法トシ且ツ理由アリトスルトキハ中間判決ヲ以テ宣言スヘキ

ナリ此場合ニ於テハ本案ニ付テノ辯論ハ再審ヲ求ムル理由及ヒ許否ニ付テノ
 辯論ノ續行ト看做サレ當事者カ本案ノ口頭辯論期日ニ闕席セルトキハ再審ノ
 許否ニ付テノ辯論及ヒ再審理由ノ存否ノ辯論ニ闕席シタルト同一手續ニ因リ
 判決ヲ爲スヘキモノトス(第四七九條第二項)

第八節 再審ノ效力

再審ノ訴ハ上訴ニ非サルヲ以テ其提起ニ因リ移審ノ效力及ヒ停止ノ效力ヲ生
 スルコトナシ確定判決ハ執行力ヲ有スト雖モ第五百條ノ規定ニ因リ執行停止
 若クハ執行處分ノ取消ヲ命スルコトヲ得ルニ止マルノミ再審ノ訴カ適法ニ繫
 屬スルトキハ再審ノ訴ノ目的タル確定判決ニ依リテ裁判セラレタル訴訟物ハ
 權利拘束ヲ生スルモノナリ然レトモ同一訴訟物ニ付キ更ニ同一當事者間ニ訴
 ノ提起アリタルトキハ其訴訟ノ被告ハ權利拘束ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得スシテ
 一事不再理ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得ヘシ如何トナレハ再審ノ訴ノ提起アル
 モ確定判決ノ效力ハ消滅スヘキニ非サレハナリ

第九節 再審ノ判決

再審ノ裁判所ハ職權ヲ以テ再審ノ訴ノ適否ヲ審査シ不適法トスルトキハ判決ヲ以テ訴ヲ棄却シ訴訟ヲ終了ス(第四七條)訴カ適法ナルトキハ再審理由ノ存否ニ付キ審査シ理由ナシト認ムルトキハ再審ノ訴ヲ理由ナシトシテ棄却ス再審ヲ理由アリトスルトキハ確定判決ヲ廢棄シ更ニ適當ノ判決ヲ爲スヘキモノトス然レトモ確定判決ヲ再審原告ノ不利益ニ變更スルコトハ相手方カ再審ノ訴ヲ提起シ變更ヲ申立テタルトキニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ得ス(第四八條)

再審ノ判決ニ對シテハ確定判決ヲ以テ終了セル訴訟ノ判決ニ對シテ訴ヲ許スヘキトキニ限リ上訴ヲ爲スコトヲ得ヘシ故ニ第一審若クハ第二審ニ於テ爲サレタル再審ノ判決ナルトキハ上訴ヲ爲シ得ルモノトス(第四八條)再審判決カ確定シタルトキ其判決ニ再審原因アルトキハ更ニ再審ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘク又再審ノ訴ヲ不適法トシ若クハ理由ナシトシテ棄却セラレタルトキト雖モ更ニ再審要件ヲ具ヘ若クハ新原因ヲ主張シテ再審ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ル

モノトス

第十節 再審ノ手續

第一 再審ノ訴ノ提起及ヒ其後ノ訴訟手續ニ付テハ特別ノ規定ナキ限りハ再審ノ訴ニ付キ辯論及ヒ裁判ヲ爲スヘキ裁判所ノ訴訟手續ニ關スル規定カ準用セラルルモノトス(第四七條)故ニ訴ノ提起準備書面ノ交換、口頭辯論等再審ノ訴カ繫屬スル裁判所ノ訴訟手續ニ依ルモノトス故ニ再審ノ訴訟手續ハ獨リ通常訴訟手續ノミナラス證書訴訟、爲替訴訟、人事訴訟、假差押、假處分等モ適用アルモノトス即チ此等ノ特別訴訟手續ニ依リテ爲サレタル確定判決ニ對シ再審ノ訴カ提起アリタルトキハ再審ノ適否及ヒ其理由ノ存否ノ審査ニ付テハ特別規定アルヲ以テ特別訴訟手續ニ依ル能ハサルモ再審ノ理由アリトシタル後如何ニ確定判決ヲ變更スヘキヤノ審査ニ付テハ各其特別訴訟手續ヲ適用スヘキモノトス

第二 再審ノ訴ノ提起アリタルトキハ受訴裁判所ノ裁判長ハ書面審理ニ依リ

方法ヲ設ク即チ第三者カ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テ取消ヲ求ムルコトヲ得ルモノトス此場合ニ於テハ原告及ヒ被告ヲ共同被告トシテ訴フルモノニシテ原狀回復ノ訴ニ依レル再審ノ規定ヲ準用シテ廢棄ヲ求ムルコトヲ得ヘシ^(四)條^(三)他人間ノ判決ノ效力ヲ消滅セシムル必要カ其事件ニ付キ終局判決アリタル前ニ生シタルトキト雖モ其判決確定シタルトキハ再審ノ訴ニ依リテ判決ノ廢棄ヲ求ムコトヲ得ヘク又判決確定前ナルトキハ主參加ニ依リ主張スルヲ得ヘキナリ

第五章 特別訴訟手續

第一節 督促手續

訴訟ニ因リ存否ノ確定ヲ求ムル請求權ハ當事者間ニ其存在ニ付キ爭ナキモ原告ハ權利ノ實行即チ強制執行ノ債務名義ヲ得テ之ヲ執行センカ爲メ訴ヲ提起スルコト多シ通常訴訟手續ニ於テハ口頭辯論ヲ經テ審理判決スヘキヲ原則ト

スルヲ以テ權利者ノ爲メ僅少ノ費用ヲ以テ迅速ニ債務名義ヲ得セシムル特別手續ヲ必要トス督促手續ハ其必要ニ基キ債權者ノ申請ノミヲ根據トシ急速ニ僅少ノ費用ヲ以テ債權者ニ假定的ノ債務名義ヲ得セシムル方法トシテ認めラレタルモノトス

督促手續トハ一定ノ金額ノ支拂其他ノ代替物若クハ有價證券ノ一定ノ數量ノ給付ヲ目的トスル請求ニ付キ債權者ノ申請ノミヲ基本トシ書面審理ニ因リ債權者ニ假定的ノ債務名義ヲ得セシムルコトヲ目的トスル特別訴訟手續ナリ

第一 督促手續ニ因ル權利保護ノ條件ハ給付ノ訴ニ於ケル一般條件ノ外左ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス

- (一) 督促手續ヲ以テスル請求ハ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コトヲ要ス其請求ノ原因ハ契約ニ基ツクト不法行爲又ハ手形行爲ニ基ツクト問フコトナシ唯請求ノ目的物カ右ノ如ク制限セララルノミ有價證券ハ記名ナルト無記名ナルトヲ問ハサルナリ

(二) 債務者カ反對給付ヲ爲サスシテ其請求ヲ主張シ得ルモノナルヲ要ス若シ債權者カ反對給付ヲ爲スヘキモノナルトキハ直チニ債務ノ履行ヲ強制スルコトヲ得サルモノナレハ簡易訴訟手續ノ目的ニ反スルヲ以テ之ヲ許ササルモノトス

(三) 支拂命令ノ送達ヲ外國ニ於テ爲シ又ハ公示送達ヲ以テ爲スヘキモノニアラサルコトヲ要ス支拂命令ハ一方の審理ニ因リ發スルモノナレハ若シ外國ニ於テ又ハ公示方法ニ依リ送達ヲ爲スヘキ場合ニ於テハ債務者ニ於テ異議ヲ述ヘント欲スルモ容易ニ之ヲ爲スコト能ハサルヲ以テ債務者ノ爲メニ頗ル危険ナルノミナラス債權者モ迅速ニ債務名義ヲ得ル能ハスシテ簡易手續ノ立法ノ主旨ニ反スルヲ以テナリ

第二 督促手續ノ訴訟成立要件ハ當事者能力訴訟能力法律上代理訴訟代理カ適法ナル外左ノ要件ヲ具備スルコトヲ要ス

(一) 管轄裁判所 支拂命令ハ區裁判所ノ專屬管轄ニ屬ス請求ノ數額カ二百圓以上ナルト否トヲ問ハス通常手續ニ於ケル訴ニ付キ債務者ノ普通裁判

籍又ハ不動産上裁判籍ノ屬スヘキ區裁判所ノ管轄ニ屬スルモノトス(第三條)

(二) 支拂命令ハ申請ニハ左ハ諸件ヲ具備スルコトヲ要ス(第三條)

- 一 當事者及ヒ裁判所ノ表示
- 二 請求ノ一定ノ數額目的物及ヒ原因ノ表示若シ數個ノ請求ヲ併合シテ申請スルトキハ其各個ノ一定ノ數額目的物及ヒ原因ノ表示
- 三 支拂命令ヲ發セラレシコトノ申立

第三 支拂命令ハ申請ハ書面又ハ口頭ヲ以テ爲スコトヲ得裁判所カ申請ヲ調査シテ前述ノ權利保護ノ條件ニ欠缺アルカ又ハ訴訟要件ニ欠缺アルトキハ命令ヲ以テ其申請ヲ却下ス又申請ノ旨趣ニ從テ其請求カ全然理由ナキモノナルカ又ハ申請ノ當時ニ於テ理由ナキモノナルトキハ亦其申請ヲ却下ス殊ニ申請シタル請求ノ一分ニ付キ申請カ理由ナシト認ムルトキモ其申請ノ全部ヲ却下スヘキモノナリ但數個ノ請求中ノ一個ノ請求ニ付テ申請ノ理由ナク他ノ請求ニ付テハ理由アリト認ムルトキハ其理由アリト認ムル請求ニ付

テハ支拂命令ヲ發シ理由ナシト認ムル請求ハ却下スヘキモノトス
申請カ却下セラレタルトキハ却下ノ命令ニ對シ申請人ハ不服ヲ申立ツルコ
トヲ得ス但申請人ハ通常ノ訴訟手續ニ於テ請求ヲ主張スルコトヲ妨ケス(第
三五條)

支拂命令ノ申請カ前述セシ必要條件ヲ具備シ且請求カ理由アリト認ムルト
キハ裁判所ハ豫メ債務者ヲ審訊スルコトヲナク支拂命令ヲ發スヘキモノナリ
而シテ其支拂命令ハ一般ノ原則ニ從ヒ之ヲ債務者ニ送達シ且其送達ヲ爲シ
タル旨ヲ債權者ニ通知スヘキモノトス(第三八六條、第三
八七條第二項)
支拂命令ニハ第三百八十四條ノ第一號第二號ノ事項ヲ記載シ且即時ノ強制
執行ヲ避ケント欲セハ支拂命令送達ノ日ヨリ十四日ノ期間内ニ債權者ニ對
シ其請求ヲ満足セシメ及ヒ督促手續ニ付テノ費用ヲ債權者ニ辨濟スヘク又
ハ裁判所ニ異議ノ申立ヲ爲スヘキ旨ヲ記載セサルヘカラス支拂命令ノ記載
ニ顯著ナル事實上ノ誤謬アリタルトキハ其誤謬カ當事者ノ申請ニ基因セル
ト裁判所ノ行爲ニ基クトヲ問ハス裁判所ハ之ヲ訂正スルコトヲ得ヘシ右十

四日ノ期間ハ手形上ノ請求ニ付テハ二十四時間其他ノ請求ニ付テハ債權者
ノ申立ニ因リ三日マテニ短縮スルコトヲ得(第三八
六條)

第四 支拂命令ノ效力及ヒ異議

支拂命令カ債務者ニ送達セラレタルトキハ其時ヨリ訴訟物ニ付キ權利拘束
ノ效力ヲ生ス(第三八
七條)支拂命令ノ送達前ニ債權者カ死亡スルトキハ申請ノ效
力ヲ失フ然レトモ訴訟代理人ニ依リテ支拂命令ヲ申請シタルトキハ訴訟手
續中斷ノ法則ニ依リ委任消滅ノ通知ヲ爲ス迄ハ效力ヲ失フモノニ非ス(第三
八三條)債權者カ送達前ニ死亡スルトキハ申請ノ效力ヲ失フ債權者ハ更ニ債務者
ノ承繼人ニ對シテ支拂命令ヲ申請スルコトヲ得ヘシ
支拂命令ノ送達ヲ受ケタル債務者ハ其命令ニ對シ書面又ハ口頭ヲ以テ異議
ヲ申立ツルコトヲ得(第三八
八條)異議ノ申立ハ請求ノ全部又ハ一分ニ付テ爲スコ
トヲ得ヘク又數個ノ請求ノ全部又ハ一個ニ付テ爲スコトヲ得ヘシ是レ支拂
命令ハ債權者ノ申請ノミニ因リ發スルモノナレハ債務者ニ防禦ヲ爲スヲ得
セシムルニ外ナラス

異議ノ申立ヲ爲スハ支拂命令ニ定メラレタル期間内ニ於テスルヲ以テ原則トスト雖モ之ニ對シ執行命令ノ發セラレサル間ハ何時ニテモ異議ヲ申立ツルコトヲ得ヘシ支拂命令ニ對シ異議ノ申立アリタルトキハ支拂命令ハ其效力ヲ失フ但訴訟物ニ付テノ權利拘束ノ效力ハ異議ノ申立ト同時ニ消滅スルモノニアラス

適法ナル異議ノ申立アリタルトキハ其請求カ區裁判所ノ管轄ニ屬スヘキ場合ニ在テハ債權者ハ支拂命令ノ送達ノ時ニ於テ其請求ニ付テハ訴ヲ區裁判所ニ提起シタルモノト看做サル(第三九條)但裁判所カ口頭辯論期日ヲ定ムルコトハ異議ノ申立アリタル日ヨリ起算シテ第三百七十七條ノ規定ニ依リ之ヲ定ム

督促手續ニ於テ請求シタル訴訟物カ地方裁判所ノ管轄ニ屬スルトキハ裁判所ハ適當ノ時間ニ異議ノ申立アリタルコトヲ債權者ニ通知スヘク債權者ハ其通知書ノ送達ヲ受ケタル日ヨリ一個月ノ期間内ニ管轄地方裁判所ニ起訴セサルトキハ訴訟物ニ付キ生シタル權利拘束ハ其效力ヲ失フモノトス而シ

テ訴訟物カ地方裁判所ノ管轄ニ屬スルヤ否ヤハ支拂命令送達ノ時期ヲ標準トシテ之ヲ定ムヘキモノトス若シ此期間内ニ訴ヲ管轄地方裁判所ニ起シタルトキハ權利拘束ノ效力ハ其訴ノ完結ニ至ルマテ繼續スルモノトス(第三九條)異議ノ申立カ執行命令ヲ發シタル後ニ爲サレタルトキハ裁判所ハ命令ヲ以テ其異議ノ申立ヲ却下スヘキナリ此却下ノ命令ニ對シテハ不服申立ヲ許サス(第三九條)

督促手續ノ費用ハ適當ナル期間ニ異議ノ申立アリタルトキニ於テハ起スヘキ訴ノ費用ノ一分ト看做サレ訴訟ニ於ケル敗訴者ノ負擔ニ屬ス然レトモ若シ其請求カ地方裁判所ノ管轄ニ屬スルトキハ債權者カ適法ノ期間内ニ訴ヲ起ササル場合ニハ督促手續ノ費用ハ債權者ノ負擔ニ屬ス(第三九條)

第五 執行命令

支拂命令ノ送達ノ日ヨリ十四日ノ期間内ニ於テ債務者カ異議ヲ申立テサリシトキハ債權者ハ其支拂命令ニ假執行ノ宣言ヲ付セラレンコトヲ裁判所ニ申請スルコトヲ得申請アリタルトキハ裁判所ハ其申請ノ適否如何ヲ審査シ

其申請ヲ不法ト認ムルトキハ決定ヲ以テ之ヲ却下スヘク却下ノ決定ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得又申請ヲ適法ト認ムルトキハ執行命令ヲ發ス執行命令ハ支拂命令ニ記載セラレタル請求及ヒ督促手續ノ費用ヲ債權者カ假ニ執行スルコトヲ許ス旨ヲ宣言シタル決定ナリ(第三九條)異議申立以前ニ債權者死亡スルトキハ獨逸法ニ於テハ債權者ノ相續人ハ執行命令ヲ求ムルヲ得スト爲スモ我現行法ニ於テハ相續人ヨリ受繼ノ申立ヲ爲シ且執行命令ヲ求ムルコトヲ得ヘク債務者死亡シタル場合ニハ其相續人ヨリ亦受繼ノ申立ヲ爲シ且異議申立ヲ爲スヲ得ヘキモノトス

執行命令ハ假執行ノ宣言ヲ付シタル關席判決ト同一效力ヲ有ス(第三九條)但此命令ニ基ツキ強制執行ヲ爲サントスルニハ特ニ執行文ヲ付與スルヲ要セス唯債權者又ハ債務者ニ承繼アリタルトキニ限り執行文ノ付與ヲ要ス(第五六條)執行命令ハ言渡ヲ爲ササル裁判ナルカ故ニ之ヲ債務者ニ送達セサルヘカラス而シテ普通ノ關席判決ニ對スルト同シク債務者ハ執行命令ニ對シ第二五十五條乃至第二六十四條ニ從ヒ十四日ノ期間内ニ故障ヲ申立ツルコト

ヲ得ヘシ故障ノ提起ハ其訴訟物カ區裁判所ノ管轄ニ屬スルト地方裁判所ノ管轄ニ屬スルトヲ問ハス常ニ執行命令ヲ發シタル區裁判所ニ對シテ爲スヘキモノトス

請求カ區裁判所ノ管轄ニ屬スル場合ニ於テハ故障ノ提起アレハ其區裁判所ハ更ニ通常ノ訴訟手續ニ從ヒ故障ノ適否及ヒ請求ノ當否ヲ審理ス故障ニ基ク辯論ニ於テ原告ノ請求ヲ理由ナシトスルトキハ執行命令ヲ廢棄シ原告ノ請求ヲ棄却スル判決ヲ爲シ原告ノ請求ヲ理由アリトスルトキハ執行命令ヲ維持スル旨ヲ宣言ス若シ其請求カ地方裁判所ノ管轄ニ屬スル場合ニ於テハ區裁判所ハ故障ニ付テノ口頭辯論期日ヲ定メ當事者雙方ヲ呼出シ故障ハ適法ナリヤ否ヤニ付テノミ辯論裁判ヲ爲スヘキモノニシテ若シ其故障カ不適法ナルトキハ判決ヲ以テ故障ヲ棄却スヘク又故障カ適法ナルトキハ判決ヲ以テ執行命令ヲ廢棄シ故障ヲ適法トスル旨ヲ言渡スヘキモノナリ而シテ請求ノ本案ニ付テハ裁判ヲ爲スコトヲ得サルモノトス故障ノ適否ヲ言渡ス判決ハ區裁判所ニ於ケル訴訟ヲ終了スルモノナレハ終局判決ナリトス故ニ不

服ナル當事者ハ上訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ

九〇二

故障ヲ許ス旨ノ判決アリタルトキハ債權者ハ其判決ノ確定ヨリ起算シテ一
個月内ニ管轄地方裁判所ニ訴ヲ起スヘキモノトス若シ訴ヲ提起セサルトキ
ハ訴訟物ニ付キ生シタル權利拘束ハ其效力ヲ失フ但債權者ハ後日通常訴訟
手續ニ依リ同一訴訟物ニ付キ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ
故障ヲ許ス判決アリタル後當事者ノ一方死亡スルカ其他訴訟手續中斷ノ原
因ヲ生シタルトキハ其判決確定前ニ於テハ區裁判所ニ於テ確定後ニ於テハ
地方裁判所ニ訴ノ提起ト同時ニ訴訟ノ受継手續ヲ爲シ得ヘキモノトス但判
決確定後ニ債務者ニ中斷ノ原因ヲ生シタルトキハ債權者ハ進テ受継ヲ爲ス
ノ必要ナキノミナラス之ヲ爲スヲ得サルヘシ

第二節 證書訴訟及ヒ爲替訴訟

訴訟ニ因リ私權ノ存否ヲ判定スルニハ當事者雙方ヲシテ總テノ攻撃若クハ防
禦ノ方法ヲ提出セシメタル後ニ於テスルヲ當然トス然レトモ證書ヲ以テ證

ルコトヲ得ル請求權ハ多クノ場合ニ於テ現存スルモノナルカ故ニ斯ル請求權
ヲ有スル者ニ對シテハ訴訟上其調査ヲ爲スニ多クノ時間ヲ要スル防禦方法ノ
提出ニ因リテ訴訟ノ終結ヲ遅延スルコトヲ避ケ迅速且容易ニ強制執行ノ債務
名義ヲ得セシムル必要アリ證書訴訟爲替訴訟ハ此目的ノ爲メニ認めラレタル
モノニシテ即チ證書ニ因リテ請求權ヲ證明シ得ヘキ權利者ヲシテ容易ニ且迅
速ニ債務名義ヲ得セシムルコトヲ目的トスル特別訴訟手續ナリ故ニ此手續ハ
簡易且迅速ニ終了スルコトヲ主トシ證據方法モ書證ノミニ制限シ原告勝訴ノ
判決ニ對シテハ裁判所カ職權ヲ以テ假執行ノ宣言ヲ付スヘキモノトス
證書訴訟爲替訴訟ハ法律上強制シタルモノニ非ス原告ハ證書訴訟爲替訴訟ヲ
許サルル請求ヲ通常訴訟手續若クハ督促手續ニ於テ主張スルコトヲ妨ケス故
ニ一定ノ請求ニ付キ證書訴訟手續爲替訴訟手續ヲ採ルカ將タ通常訴訟手續ヲ
採ルカハ一ニ原告ノ選擇ニ因ルモノトス故ニ原告ハ證書訴訟爲替訴訟ノ手續
ニ於テ進行シタル訴訟ヲ通常ノ手續ニ繫屬セシムルコトヲ得ヘシ證書訴訟爲
替訴訟ハ證據方法カ書證ニ制限セラレ被告ニ不利益ニシテ其制限ヲ解除スル

トキハ被告ハ總テノ防禦方法ヲ提出スルヲ得ルニ至リ訴訟上利益ナル地位ヲ得ルモノナレハナリ

證書訴訟爲替訴訟ノ判決ハ終局的ナルコトアリ假定的ナルコトアリ訴ヲ不適法トシテ棄却シタル判決本案ノ請求ニ付キ爲シタル闕席判決被告ノ認諾ニ基キ言渡ス判決又ハ原告ノ請求ヲ理由ナシトシテ棄却スル判決ハ通常訴訟ノ判決ト同シク終局的ノモノナリ然レトモ被告カ原告ノ請求ヲ争ヒタルニ拘ハラズ敗訴ヲ言渡ス判決ハ原告ノ意思ニ因リ證據方法ヲ書證ニ制限シ被告ニ防禦方法ヲ完全ニ提出セシメスシテ爲シタルモノナレハ被告ニ權利ノ行使ヲ留保スル言渡ヲ爲スヘク隨テ其判決ハ假定的ノモノトス

第一款 證書訴訟

證書訴訟トハ一定ノ金額ノ支拂其他ノ代替物若クハ有價證券ハ一定ノ數量ハ給付ヲ目的トスル請求ヲ訴訟物トセル訴ニシテ證據方法ヲ書證ニ制限シタル特別訴訟手續ナリ左ニ其手續ニ付キ説述スヘシ

第一 權利保護ノ條件

證書訴訟ニ因ル權利保護ノ條件ハ給付ノ訴ニ付テノ一般條件ノ外左ノ特別條件ヲ具備セサルヘカラス(第四八八、四八五條)

- (一) 一定ノ金額ノ支拂其他ノ代替物若クハ有價證券ハ一定ノ數量ハ給付ヲ目的トスル請求ヲ訴訟物トスルコトヲ要ス 證書訴訟ハ給付ノ訴ニ限り許サルヘキモノニシテ確定ノ訴創設ノ訴ハ證書訴訟手續ヲ許サス蓋シ給付請求權ノ實行ニ限り強制執行ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ法律關係ノ確定創設判決ノ如キハ強制執行ヲ爲シ得サルモノナレハナリ而シテ給付ノ目的物ハ金錢若クハ其他ノ代替物又ハ有價證券ノ一定ノ數量ナラサルヘカラス有價證券ハ記名ナルト無記名ナルトヲ區別セス又請求ノ原因モ契約ナルト不法行爲ナルトヲ問ハサルモノナリ
- (二) 請求ヲ起スノ理由タル總テノ必要ナル事實ヲ證書ニ因リ證シ得ヘキコトヲ要ス 請求ヲ起スノ理由タル必要ナル事實トハ原告カ實體法上ノ請求權ヲ主張スルニ必要ナル事實ノ全體ヲ謂フモノニシテ訴ノ原因タル事實其他實體法上請求權實行ニ必要トスル事實ナリトス故ニ主タル請求及

ヒ附帶請求權ノ實行ニ必要ナル事實モ證書ヲ以テ證明シ得ヘキコトヲ要ス然レトモ訴訟成立要件ニ關スル事實例ヘハ訴訟能力法律上代理訴訟代理裁判所ノ管轄ヲ定ムル事實ノ如キハ請求權ノ實行ニ關係ナキモノナレハ請求ヲ起スノ理由タル事實ニ屬セサルナリ又裁判上顯著ナル事實裁判所カ職權ヲ以テ調査スヘキ事實ハ一般ノ原則ニ從ヒ證明ヲ必要トセサルモノトス

第二 訴訟要件

證書訴訟ノ訴訟成立要件ハ一般ノ成立要件ノ外訴狀ニ證書訴訟トシテ訴フル旨ノ陳述ヲ掲ケ且ツ請求ヲ起スノ理由タル總テノ事實ヲ證明スヘキ證書ハ原本若クハ謄本ヲ訴狀ニ添附スルコトヲ要ス若シ訴狀ニ證書訴訟トシテ訴フル旨ノ陳述ヲ掲ケサルトキハ證書訴訟トシテハ訴ノ提起ハ無効ナリト雖モ通常訴訟トシテ訴提起ノ效力アルモノトス如何トナレハ訴狀ニ因レハ通常訴訟トシテ訴ヲ提起シタリト看做スヘキモノナレハナリ又證書訴訟トシテ訴フル旨ノ陳述ヲ掲ケタルニ拘ハラズ請求ヲ爲スノ理由タル事實ヲ證

スヘキ證書ノ原本又ハ謄本ヲ訴狀ニ添附セサルトキハ訴提起ノ要件ヲ欠缺セル不適法ノモノト爲ササルヘカラス故ニ裁判所ハ訴提起ノ要件ヲ欠缺セル不適法ノ訴トシテ判決ヲ以テ之ヲ却下スヘキモノトス然レトモ訴狀ニ添附シタル證書ノ原本若クハ謄本カ果シテ原告カ請求ヲ主張スルニ必要ナル事實ヲ證明スルニ足ルヤ否ヤハ訴提起ノ效力ニ關係ナキモノナリ故ニ原告カ貸金請求ヲ爲サントスルニ當リ其事實ヲ證明スヘキ證書トシテ訴狀ニ預金ノ證書ヲ添附スルモ起訴ノ要件ヲ欠缺シタリト言フ能ハス要スルニ原告カ請求ヲ主張スル事實ノ證明トシテ證書ヲ添附シタルトキハ其證書ノ證據力如何ニ關セス訴ノ提起ハ適法ノモノタラサルヘカラス而シテ訴狀ニ證書訴訟トシテ訴フル旨ノ陳述ヲ掲ケ之ニ證書ノ原本謄本ヲ添附セス口頭辯論ノ期日以前ニ於テ證書ノ原本謄本ノミヲ裁判所ニ差出シ之ヲ被告ニ送達シタルトキハ要件ニ欠缺アル訴狀ヲ差出シタル後更ニ欠缺シタル條件ノミヲ補正シタル書面ヲ被告ニ送達シタル場合ト同シク完全ナル證書訴訟トシテ訴ノ提起アリタリト言フコトヲ得サルナリ(第四八條)

第三 審理手續

訴訟手續ノ進行ニ付テハ次ニ述フル數種ノ例外アルノミニシテ其他ハ總テ通常訴訟手續ト同一ナリ

(一) 證書訴訟手續ニ付テハ妨訴抗辯ノ中訴訟費用保證欠缺ノ抗辯ハ之ヲ提出スルコトヲ許サス其他ノ妨訴抗辯ハ一般ノ法則ニ從ヒ提出スルコトヲ得ト雖モ被告ハ其抗辯ニ因リテ本案ノ辯論ヲ拒ムコトヲ得ス但裁判所ハ職權ヲ以テ若クハ當事者ノ申立ニ因リテ辯論ノ分離ヲ命スルコトヲ得ヘシ(第四八六條 第八八八條)

(二) 訴訟手續ヲ簡易ナラシムル爲メニ反訴ノ提起ヲ許サス若シ反訴ヲ提起シタルトキハ不適用トシテ判決ヲ以テ却下スヘキモノナリ(第四八七條 第一項)

(三) 證據方法ハ書證ニ限リ當事者ニ於テ使用スルコトヲ得ルモノナリ即チ請求ノ原因タルト實體上ノ請求ノ原因以外ノ事實タルト其他證書ノ眞否ニ付テ爭アル場合ニ於テモ證書ノミヲ以テ證據方法ト爲スヘキモノナリ故ニ人證、鑑定等ノ證據方法ハ之ヲ許サス而シテ書證ノ申出ハ證書ノ提出ノミヲ以テ爲スコトヲ得ルモノニシテ書類ノ取寄證書提出ヲ命スル宣言

等ハ之ヲ許サス(第四八七條 第二項 第三項 第四項)

(四) 原告ハ第一審ノ口頭辯論ノ終結ニ至ル迄ハ被告ハ承諾ヲ要セスシテ單獨ノ意思表示即チ口頭辯論ニ於ケル陳述ニ因リ證書訴訟ヲ止メ通常訴訟手續ヲ以テ訴訟ヲ繫屬セシムルコトヲ得準備書面ニ證書訴訟ヲ止ムル旨ヲ記載シ之ヲ送達スルモ口頭辯論ニ於ケル準備的性質ヲ有スルニ止マルヲ以テ通常訴訟トシテ繫屬スルハ口頭辯論ニ於ケル陳述ノ時ニアリトス而シテ通常訴訟手續ニ繫屬スルトキハ證書訴訟ヲ取下ケタルモノニ非スシテ爾後ノ手續ヲ通常訴訟ニ變更スルト同時ニ證書訴訟ニ於テ表ハレタル訴訟資料ハ通常訴訟ニ於テモ有效ニ存續スルモノナリ證書訴訟ヲ止ムルコトハ第一審ノ口頭辯論終結前ニ限リ爲スコトヲ得ルモノニシテ上訴審ニ於テハ之ヲ許サス如何トナレハ第一審ノ審理ヲ經サル手續カ上訴審ニ繫屬スル結果ヲ生シ審級ノ秩序ヲ無視スルニ至レハナリ證書訴訟カ不適用ナルトキト雖モ原告ハ證書訴訟ヲ止メ通常手續ニ繫屬セシムルコトヲ得ヘシトハ多數學者ノ主張スル處ナリ是レ通常訴訟トシ

テノ權利拘束ハ證書訴訟トシテノ特別訴訟條件ニ欠クル處アルモ存在スルモノナリトノ理論ニ基クモノナリ原告ハ私權保護ヲ求ムルニ通常訴訟手續ニ因ルヘキカ若クハ證書訴訟手續ニ因ルヘキカハ其自由ニ任セラルル處ナレハ證書訴訟ノ進行中之ヲ通常訴訟ニ變更スルモ亦原告ノ自由ニ任スヘキモノトス

原告カ證書訴訟ヲ止メ通常訴訟ニ繫屬セシムヘキコトヲ陳述シタルトキハ其時ヨリ訴訟ハ通常手續ニ繫屬スル效力ヲ生スルモノナリ故ニ被告カ闕席セル口頭辯論期日ニ於テ原告カ右ノ陳述ヲ爲ストキハ豫メ其旨ヲ書面ヲ以テ被告ニ通知シタルトキニ限り通常手續ニ於ケル闕席判決ヲ爲スコトヲ得ヘシ(第二五條)又通常手續ニ繫屬セルトキ通常手續ノ應訴期間カ存セサルトキハ被告ハ辯論ノ延期ヲ求ムルコトヲ得ヘシ
通常訴訟手續ニ於テ繫屬セルトキハ其時ヨリ起算シ答辯書差出ノ期間内ニ被告ハ反訴ヲ提起スルコトヲ得ヘク又通常訴訟手續ニ於ケル被告ノ本案ノ辯論前ニ一般ノ規定ニ從ヒ妨訴抗辯ヲ提出シ本案ノ辯論ヲ拒ムコト

ヲ得ヘシ

證書訴訟ヲ止メ通常訴訟ニ繫屬セシムルハ訴訟物ノ全部若クハ一部ニ付キ爲スコトヲ得ヘク而シテ通常訴訟ハ證書訴訟ノ繼續ナレハ證書訴訟ニ因リ生シタル訴訟費用ハ原告ニ負擔セシムヘキニ非ス後ノ通常訴訟ニ於ケル判決ニ於テ一般ノ原則ニ從ヒ負擔者ヲ定ムヘキモノトス

第四

判決 證書訴訟ニ於テ原告ニ敗訴ヲ言渡ス判決ハ實體上及ヒ形式上ノ

二ニ區別スルコトヲ得即チ左ノ如シ

(一) 實體上原告ニ敗訴ヲ言渡ス場合ハ左ノ如シ

- (イ) 原告ノ請求カ自體ニ於テ理由ナシト見エタルトキ
- (ロ) 被告ノ抗辯ニ因リ原告ノ請求カ理由ナシト見エ又ハ被告カ證書訴訟ニ於テ許スヘキ證據方法ニ因リ原告ノ請求ノ不當ナルコトヲ立證シタルトキ

(ハ) 原告カ請求ヲ拋棄シ被告ヨリ拋棄判決ノ申立ヲ爲シタルトキ

(ニ) 原告カ口頭辯論期日ニ闕席シ被告カ闕席判決ノ申立ヲ爲シタルトキ

右ノ四ノ場合ニ言渡ス判決ハ原告ノ主張シタル請求カ實體上不當ナリト
スル判決ニシテ通常訴訟ニ於テ本案ニ付キ敗訴ヲ言渡ス判決ト同一ナリ
故ニ其判決ハ實體的確定力ヲ生スルモノトス

(二) 形式上原告ニ敗訴ヲ言渡ス場合ハ左ハ如シ

(イ) 一般ノ訴訟要件ニ欠缺アリタルトキ

(ロ) 訴狀ニ證書訴訟トシテ訴フル旨ヲ掲ケタルニ拘ハラズ證書ノ原本又
ハ謄本ヲ訴狀ニ添付セザルトキ

(ハ) 證書訴訟ノ條件ニ欠缺アルトキ即チ請求ノ目的物カ第四百八十四條
ノ要件ニ適セス又請求ヲ起スノ理由タル事實ニ付キ完全ニ書證ノ申出
ヲ爲サザルトキ

(ニ) 被告ノ抗辯ニ因リ原告ニ於テ抗辯ヲ不當ト認メシムルカ爲メ請求ノ
原因以外ノ事實ニ付キ證明ヲ必要トスルニ拘ハラズ書證ノ申出ヲ爲サ
ザリシトキ

右ノ四ノ場合ニハ原告ノ訴ヲ却下スヘキモノナリ殊ニ(ロ)以下ノ場合ニハ

證書訴訟手續ニ於テ不適法トシテ訴ヲ却下スルモノナリ故ニ此等ノ判決
ハ形式的確定力ヲ生スルモ實體的ノ確定力ヲ生スルモノニアラス而シテ
此等ノ事項ハ裁判所カ口頭辯論ニ於テ職權ヲ以テ調査スヘキモノニ屬シ
(ロ)ハノ條件カ欠缺セシトキハ被告カ口頭辯論期日ニ闕席セシトキト雖モ
原告ノ訴ヲ許ササルモノトシテ却下スヘク(ニ)ノ場合ニハ被告カ口頭辯論
ニ於テ原告ノ請求ヲ争ヒタルトキニ限り生スルモノナリ即チ證書訴訟ニ
於テハ請求ノ原因タル事實ハ被告カ之ヲ争フト否トニ拘ハラズ原告ハ之
ヲ證明スヘキ責任ヲ有スルモノニシテ若シ之カ證明ヲ爲スコト能ハサル
トキハ原告ノ訴ハ證書訴訟ニ於テ許スヘカラサルモノトシテ却下スヘキ
モノナリ(第九條)

被告ニ敗訴ノ言渡ヲ爲ス判決ハ被告カ原告ノ請求ニ付キ異議ヲ述ヘサル場
合ト原告ノ請求ヲ争ヒタル場合トハニシテ次ノ如シ

(一) 被告カ原告ノ請求ヲ争ハサル場合ハ被告カ原告ノ請求ヲ認諾シ原告カ
認諾判決ノ申立ヲ爲シタルトキ或ハ被告カ口頭辯論期日ニ闕席スルカ若

クハ出頭スルモ辯論ヲ爲ササル場合ニ於テ原告カ闕席判決ノ申立ヲ爲シタルトキ被告ニ敗訴ヲ言渡スヘキモノナリ此場合ニ於テモ認諾ノ場合ヲ除キ原告ハ自己ノ請求ヲ理由アリト認メシムルカ爲メ證據方法ノ申出ヲ爲ササルヘカラス

(二) 被告カ原告ノ請求ヲ争ヒタル場合ト雖モ原告ノ請求カ證明セラレテ被告カ適法ノ證據方法ヲ以テ其抗辯ノ方法ヲ立證セサル以上ハ被告ハ異議ハ證書訴訟ニ於テ許ササルモノトシテ排斥スヘク(第四九條)被告ニ敗訴ノ判決ヲ言渡スヘキモノナリ而シテ原告ノ請求ヲ争ヒタル被告ニ對シテハ敗訴ヲ言渡スヘキ總テノ場合ニ於テ被告ニ對シテ後日通常訴訟ニ因リテ原告ハ請求ヲ争フ權利ノ行使ヲ留保スヘキモノナリ而シテ其留保ハ判決主文ニ掲クヘキモノトス(第四九條第一項)被告ニ對シテ權利ノ行使ヲ留保スル所以ハ原告カ證書訴訟ノ形式ヲ以テ訴ヲ提起シタルトキハ被告ハ之ヲ通常訴訟手續ニ變更ヲ求ムル權利ナク隨テ被告ハ原告ノ爲メニ原告ノ攻撃ニ對スル防禦方法ヲ制限セラレ十分ナル防禦ヲ爲スコトヲ得サルヲ以テ被告ニ

對シテ後日防禦ヲ爲シ得ルノ機會ヲ與フルノ途ヲ得セシムルノ必要ニ基ク是ヲ以テ總テノ場合ニ於テ留保判決ヲ爲スヘキモノナリ留保ヲ掲ケタル判決ハ性質上中間判決ナルモ上訴及ヒ強制執行ニ關シテハ終局判決ト看做シ(第四九條第一項)其判決確定スルトキハ訴訟ハ通常訴訟手續ニ於テ其裁判所ニ繫屬スルモノナリ(第四九條第一項)故ニ判決確定ノ後當事者ノ申立ニ因リテ通常訴訟手續ヲ以テ訴訟ヲ進行ス此手續ニ於テハ更ニ原告ノ請求ノ當否ヲ審理スヘキモノニシテ證書訴訟ニ於ケル各當事者ノ行爲ハ此手續ニ於テモ亦其效力ヲ有ス此手續ニ於テ審理ノ結果原告ノ請求カ理由ナカリシコト表ハレタルトキハ終局判決ヲ以テ原判決ヲ廢棄シ原告ノ請求ヲ排斥シ且生シタル費用ノ全部又ハ一部ノ辯償ヲ言渡シ又前判決ニ基キ被告ヨリ支拂ヒ又ハ給付シタル物ノ辨濟ヲ被告ノ申立ニ因リ原告ニ對シテ言渡スヘキモノナリ之ニ反シ原告ノ請求ヲ正當ト認ムルトキハ前判決ヲ維持シ被告ニ訴訟費用ヲ負擔セシムルモノナリ此通常訴訟手續ニ於テ原告若クハ被告カ闕席セルトキハ闕席判決ニ關スル規定ヲ準用シテ闕席判決ヲ

爲ス(第二項、第九二條) 茲ニ 闕席判決ヲ爲ス旨ノ規定ヲ設ケタルハ若シ當事者カ 闕席セシトキハ前訴訟手續ニ於テ爲シタル行爲及ヒ留保判決等ハ效力ヲ失ヒ出頭シタル當事者ノ申立ニ因リ通常ノ規定ニ從ヒ闕席判決ヲ爲スヘキコトヲ明カニシタルニ外ナラス證書訴訟ノ判決ニ於テ被告ニ敗訴ヲ言渡ス場合ニ留保ヲ掲ケサルトキハ第二百四十二條ノ規定ニ從ヒ判決ノ補充ヲ申立ツルコトヲ得ヘシ(第四九一條第二項) 證書訴訟ニ於テ留保判決ヲ爲スヲ以テ證書訴訟手續ニ於ケル控訴審ニ於テモ被告ニ防禦權ヲ留保スヘキ規定即チ第四百二十六條、第四百二十七條ハ適用セラレサルナリ

第二款 爲替訴訟

爲替訴訟ハ商法ニ規定スル手形ニ基ク請求ヲ證書訴訟手續ヲ以テ主張スル手續ナリ此手續ハ次ニ述フル場合ノ外總テ證書訴訟手續ト同一ナリ

第一 商法ニ規定スル手形ニ基ク請求ニ限ルコト

第二 手形金支拂地ノ裁判所又ハ被告カ其通常裁判籍ヲ有スル地ノ裁判所又ハ數人カ手形義務者トシテ共同被告ト爲ル場合ニハ支拂地ノ裁判所若クハ

被告ノ各人カ其普通裁判籍ヲ有スル地ノ裁判所各管轄權ヲ有ス(第四九五條第一項第二項)

第三 訴狀ニハ爲替訴訟トシテ訴フル旨ヲ掲ケ(第四九六條第一項) 且證書訴訟手續ノ如ク手形ノ原本若クハ謄本ヲ添附スルコトヲ要シ償還請求權ヲ主張スルトキハ其請求權行使ニ必要ナル事實ヲ證明スヘキ證書ノ原本若クハ謄本ヲ添附スルコトヲ要ス

第四 訴カ適法ナルトキハ訴狀送達ト口頭辯論期日トノ間ニ少ナクトモ二十四時間ノ時間ヲ存シテ裁判長ハ口頭辯論期日ヲ指定ス(第四九六條第三項) 其他爲替訴訟手續ニハ通常訴訟手續及ヒ證書訴訟手續ニ關スル規定ヲ準用スヘキモノナリ手形ハ流通證券ナレハ急速ニ債務名義ヲ得セシムル必要ヨリ特別訴訟手續ヲ認メタルモノトス

第三節 人事訴訟手續

人事訴訟手續トハ人事訴訟手續法ニ規定セル婚姻事件、養子縁組事件、親子關係

事件、相續人廢除事件、隱居事件、禁治產、準禁治產及ヒ失踪ニ關スル手續ヲ謂フ禁治產、準禁治產及ヒ失踪ノ宣言ニ關スル手續ハ理論上ヨリスレハ訴訟事件ニ非スシテ非訟事件ナリト雖モ便宜上人事訴訟手續法ニ規定シタルモノナリ本編第八章以下ノ訴ハ人事訴訟手續法ニ規定ナキ處ニシテ實務上往々疑義ヲ生スルコトアルヲ以テ特ニ之ヲ論述セル所以ナリ

人事訴訟ハ民事訴訟ノ一種ナルヲ以テ通常訴訟手續ノ法則カ適用セララルハ當然ナリ然レトモ身分關係ハ財產權ノ如ク各個人カ任意ニ處分シ得ヘキニ非ス殊ニ身分關係ノ變更ヲ生セシムルハ一家ノ平和及ヒ國家ノ秩序ヲ保ツ上ニ於テ關係ヲ有スルヲ以テ公益ニ基キ一般ノ原則タル不干涉主義ヲ制限シ干涉主義ヲ加ヘ其他國家ノ代表者トシテ檢事ヲシテ其訴訟ニ干與セシメ或場合ハ訴訟當事者タラシム以下款ヲ分テ之ヲ説明スヘシ

第一款 婚姻事件

第一 婚姻事件ノ意義

婚姻事件トハ婚姻ハ無效若クハ取消離婚又ハ夫婦ハ同居ヲ目的トスル訴ヲ

謂フ

(一) 婚姻無効ハ訴トハ特定ハ男女間ニ婚姻ハ意思表示カ其効カヲ生セサル

コトヲ主張スル訴ナリ特定ノ男女間ニ夫婦關係ノ存在セサルコトヲ主張

スル訴ニ非ス如何トナレハ民法ニ所謂婚姻無効トハ前者ノ意義ヲ有スル

ノミナラス後者ノ意義ニ於ケル訴權ハ之ヲ認ムルノ必要ヲ存セサレハナ

リ民法ニ因レハ婚姻ハ左ノ場合ニ限り無効トス(民第七七八條)

イ 人違其他ノ事由ニ因リ當事者間ニ婚姻ヲ爲ス意思ナキトキ

ロ 當事者カ婚姻ノ届出ヲ爲ササルトキ但其届出カ民法第七百七十五條

第二項ニ掲ケタル條件ヲ缺クニ止マルトキハ婚姻ハ之カ爲メニ其効力

ヲ妨ケラルルコトナシ

婚姻無効ノ訴ハ右ノ原因ニ基クコトヲ要ス而シテイノ場合ハ特定ノ男女

カ婚姻ノ届出ヲ爲シタルニ拘ハラス當事者雙方若クハ其一方カ婚姻ヲ爲

ス意思ナカリシコトヲ謂フモノニシテ此原因ニ基ク婚姻無効ノ訴ハ創設

判決ヲ求ムル訴ナリ婚姻ハ當事者ノ意思如何ニ拘ハラス適法ノ届出アル

トキハ之ヲ成立シタルト看做スヘキモノナレハ無効タルコトノ判決ノ確定ヲ俟テ婚姻ハ無効タルヘク其判決ハ届出ノ當時ニ遡及力ヲ有スルモノトス(ロ)ノ場合ハ婚姻ノ意思表示ナキモノニシテ當然無効ナルヲ以テ此原因ニ基ク婚姻無効ノ訴ハ確定ノ訴ナリ婚姻届ヲ偽造シテ届出タル場合亦同シ故ニ婚姻無効ノ訴ハ創設ノ訴ナルコトアリ又ハ確定ノ訴ナルコトアルモノトス

(二) 婚姻取消ノ訴トハ民法第七百七十九條乃至第七百八十六條ハ規定ニ基ク訴ヲ謂フ取消ノ訴ハ其判決確定ニ因リテ有效ニ成立シタル婚姻ヲ將來ニ於テ無効ナラシムルノ效力ヲ生スルモノナリ但財産上ノ關係ニ付テハ既往ニ其效力ヲ及ホスコトアリトス(民第七百八十七條)

(三) 離婚ノ訴トハ民法第八百十三條以下ノ規定ニ基ク訴ヲ謂フ離婚ノ判決確定シタルトキハ其時ヨリ夫婦關係終了スルモノナレハ此訴ハ創設ノ訴ナリトス

(四) 夫婦ハ同居ヲ目的トスル訴トハ民法第七百八十九條ハ規定ニ基ク訴ヲ

謂フ同居ヲ命シタル判決ハ強制執行ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ議論アリト雖モ現行法上斯ル執行行為ノ規定ナキヲ以テ執行スルヲ得サルモノトス

第二 管轄裁判所

婚姻事件ハ夫カ普通裁判籍ヲ有スル地又ハ其死亡ノ時ニ之ヲ有シタル地ノ地方裁判所ノ專屬管轄トス該普通裁判籍ハ日本ニ住所ナキトキ又ハ日本ノ住所ノ知レサルトキハ居所ニ因リ居所ナキトキ又ハ居所ノ知レサルトキハ最後ノ住所ニ因リテ定マリ最後ノ住所ナキトキ又ハ其住所ノ知レサルトキハ東京市トス(人訴第一條明治三十八年司法省令第八號)然レトモ縁組事件ニ附帶シテ婚姻ノ取消又ハ離婚ノ請求ヲ爲ス場合ニ於テハ附帶ノ訴ヲ許シタル法意ニ基キ右管轄ノ規定ニ依ラサルモノトス(人訴第一條)

第三 當事者

婚姻事件ノ當事者ハ夫婦若クハ第三者又ハ檢事ナリトス離婚ノ訴同居ノ訴ハ夫婦ノ一方カ其配偶者ヲ相手方トシテ提起スルコトヲ要スルハ當然ナリ

婚姻無効ノ訴又ハ取消ノ訴ハ夫婦ノ一方又ハ第三者ヨリ提起スルコトヲ得
 ヘク檢事ハ婚姻取消ノ訴ニ限リ當事者トシテ提起スルコトヲ得(八〇條七)夫婦
 ノ一方カ提起スルトキハ其配偶者ヲ以テ相手方トシ配偶者死亡シタルトキ
 ハ檢事ヲ相手方トス第三者カ提起スルトキハ夫婦ヲ以テ相手方トシ夫婦ノ
 一方カ死亡シタル後ハ其生存者ヲ以テ相手方ト爲スヘク夫婦共ニ死亡シタ
 ル後ハ檢事ヲ以テ相手方トス(人訴第二條第一項乃至第三項)檢事カ當事者トシテ提起スル
 訴ハ夫婦ヲ以テ相手方トス(同條第二)檢事カ當事者ト爲リタル後其相手ノ死亡
 シタルトキハ本案ノ訴訟手續ヲ受繼セシムル爲メ裁判所ハ辯護士ヲ承繼人
 トシテ選定スヘク裁判所ハ其意見ヲ以テ定ムル報酬ヲ辯護士ニ與ヘシムル
 コトヲ得ヘシ(四項第五項)

第四 訴訟能力

未成年者其他ノ訴訟無能力者ト雖モ婚姻事件ニ付テハ訴訟能力ヲ有シ訴訟
 行爲ヲ爲スニハ其法定代理人保佐人又ハ夫ノ同意ヲ得ルコトヲ要セス蓋シ
 婚姻ハ當事者ノ一身ニ專屬スル性質ヲ有スルモノナレハ法定代理人ノ同意

ノ有無ニ因リ身分關係ヲ左右スルコトハ公益上害アルヲ以テナリ然レトモ
 訴訟無能力者ヲシテ實際訴訟行爲ヲ爲サシムルコトヲ不適當トスル場合ア
 ルヲ以テ受訴裁判所ノ裁判長ハ無能力者ノ申立アルトキハ辯護士ヲ訴訟代
 理人ニ選任スルコトヲ要シ又申立アラサルモ辯護士ヲ訴訟代理人ニ選任ス
 ヘキコトヲ命シ若クハ職權ヲ以テ其選任ヲ爲スコトヲ得ヘシ裁判長ノ選任
 シタル訴訟代理人ニハ報酬ヲ與フルコトヲ得(三條)選任セラレタル訴訟代
 理人ハ普通委任ノ權限ヲ有スルモノニシテ特別委任ノ權限ヲ有セス如何ト
 ナレハ訴訟ノ新手續ヲ開始シ訴訟手續ヲ廢止スル如キ行爲ハ無能力者ノ意
 思ヲ基本ト爲スヘキモノナレハナリ(同法第三條)
 禁治產者ハ意思能力ヲ欠缺セルモノナレハ自ラ訴訟行爲ヲ爲スヲ得サルハ
 當然ナリ故ニ夫婦ノ一方カ禁治產者ナルトキハ其後見人ハ親族會ノ同意ヲ
 得テ離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘク禁治產者ノ配偶者カ其後見人ナルト
 キハ後見監督人ハ親族會ノ同意ヲ得テ該訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ禁治產
 者ハ婚姻ノ無効取消又ハ同居ノ訴ヲ提起スルヲ得ス如何トナレハ此等ノ訴

ハ當事者ノ意思ヲ基本トスルモノニシテ禁治産者ハ意思能力ヲ有セサレハナリ離婚ノ訴ヲ許シタル所以ハ禁治産者ヲ保護スルノ法意ニ出テタルモノトス(四條第)

第五 訴訟手續

(一) 婚姻ニ關スル訴訟ヲ屢々スルコトヲ許ストキハ夫婦關係ヲ永ク未定ノ状態ニ置キ一家ノ平和ヲ害シ公益上弊害尠ナカラサルヲ以テ法律ハ婚姻ニ關スル爭議ヲ一舉ニシテ解決セント欲スルノ主旨ニ基キ左ノ規定ヲ設ケタリ

- (イ) 婚姻無効ノ訴其取消ノ訴離婚ノ訴及ヒ同居ノ訴ハ之ヲ併合シ又ハ反訴トシテ提起スルコトヲ得然レトモ扶養ノ請求訴ノ原因タル事實ニ因リテ生シタル損害賠償ノ請求及ヒ民法ノ規定ニ因リ婚姻事件ニ附帶シテ爲スコトヲ得ル縁組ノ取消又ハ離縁ノ請求ヲ除ク外他ノ訴ハ之ヲ前示ノ訴ニ併合シ又ハ反訴トシテ提起スルコトヲ許サス(七條第)
- (ロ) 婚姻事件ニ付テハ第一審及ヒ控訴審ノ辯論ノ終結ニ至ル迄ハ婚姻無

効ノ訴ヲ離婚ノ訴ニ變更スル如ク訴ヲ變更シ若クハ其訴ノ原因ヲ變更シ又ハ訴ヲ併合シ又ハ反訴ヲ提起スルコトヲ得(八條第)

(ハ) 婚姻ノ無効若クハ取消又ハ離婚ノ訴ニ於テ本案ノ請求カ理由ナシトシテ棄却ノ判決アリタルトキハ其原告ハ訴ノ變更若クハ訴ノ原因ノ變更又ハ訴ノ併合ニ因リ主張スルコトヲ得ヘカリシ事實ニ基キテ更ニ獨立ノ訴ヲ提起スルコトヲ許サス又被告ハ前訴ニ於テ反訴トシテ主張シ得ヘカリシ事實ニ基キテ獨立ノ訴ヲ提起スルコトヲ得(九條第)故ニ右判決確定後若クハ控訴審ニ於ケル口頭辯論ノ終結後ニ生シタル新事實若クハ其以前ニ生シタル事實ト雖モ當事者カ之ヲ知ラザリシ事實ニ基キ獨立ノ訴ヲ爲スコトハ法律ノ禁スル處ニ非サルナリ

(二) 婚姻事件ニ於テハ裁判所ノ爲ス訴訟資料ノ蒐集及ヒ訴訟進行ニ付キ職權主義ヲ擴張シ當事者ノ處分權主義ニ制限ヲ加ヘタリ是レ身分關係ヲ當事者ノ意思ニ一任スルトキハ公益ニ害アルヲ以テナリ

(イ) 裁判上ノ自白推定自白請求ノ認諾ニ關スル規定ハ適用スルヲ得ス(八)

第一〇條第(一)項然レトモ自白若クハ認諾シタル事實ヲ心證ヲ構成スルノ資料ト爲スコトハ妨ケス

(ロ) 裁判所ハ當事者ニ自身出頭ヲ命シ當事者又ハ檢事カ提出シタル事實ニ付キ訊問ヲ爲スコトヲ得ヘク若シ當事者カ出頭スルコト能ハサルトキ又ハ遠隔ノ地ニ在ルトキハ受命判事又ハ受託判事ヲシテ訊問ヲ爲サシムルコトヲ得ヘシ又當事者カ出頭セサルトキハ民事訴訟法ノ證人ニ關スル規定ニ從ヒ強制出頭ヲ命スルコトヲ得ヘシ(一、二條第)

(ハ) 裁判所ハ婚姻關係ノ爭議ニ付キ眞實ナル事實ヲ發見スル職責ヲ負フモノナリ故ニ控訴審ニ於テハ被告ノ提出シタル防禦方法ヲ時機ニ後レテ提出シタリトノ理由ニ基キ之ヲ却下スルコトヲ得ス(一、二條第)

(ニ) 裁判所ハ婚姻ヲ維持スル爲メ職權ヲ以テ證據調ヲ爲シ且當事者ノ提出セサル事實ヲ斟酌スルコトヲ得但其事實及ヒ證據調ノ結果ニ付テハ當事者ニ意見ヲ陳述スルノ機會ヲ得セシムル爲メ訊問セサルヘカラス當事者ニ陳述ノ機會ヲ與ヘスシテ其事實及ヒ證據原因ヲ採用シタル判

決ハ不法ノモノトス(一、四條第)

(ホ) 裁判所ハ和解ノ調フヘキ見込アルトキハ一回ニ限り一年ヲ超ヘサル期間離婚ノ訴ニ關スル手續ヲ中止スルコトヲ得ヘシ中止ハ一回ニ限ルヲ以テ各審級ヲ通シ一回中止シタルトキハ其效ハ中止スルコトヲ得ス中止ノ效力ハ一般ノ法則ニ依ル但期間ヲ經過シタルトキハ裁判所ハ職權ヲ以テ訴訟ヲ追行セサルヘカラス(一、三條第)

(ヘ) 婚姻事件ノ被告ハ第一審ニ於ケル最初ノ口頭辯論期日ニ出頭セサルトキハ關席判決ヲ爲スコトヲ得ス被告カ公示送達ニ因リテ呼出ヲ受ケタル場合ノ外ハ更ニ期日ヲ定メテ呼出ササルヘカラス其他ノ場合ニ於テ被告カ口頭辯論期日ニ出頭セサルトキハ原告ニ對シ辯論ヲ命シ且判決ヲ爲スコトヲ得ト雖モ自白ノ法則即チ民事訴訟法第二百四十八條第四百二十九條ノ規定ヲ適用スルヲ得ス原告ヨリ訴訟資料ヲ提供セシメ且裁判所モ職權ヲ以テ之ヲ蒐集シ對審判決ヲ爲スヘキモノトス(一、一、二條第)

右ノ規定ハ反訴ノ被告ニモ適用スヘキモノトス(人訴第一一)原告カ口頭辯論期日ヲ懈怠シタルトキハ一般ノ規定ニ從ヒ關席判決ヲ爲ササルヘカラス

第六 判決及ヒ假處分

- (一) 婚姻ノ無效若クハ取消又ハ離婚ヲ言渡シタル判決ハ職權ヲ以テ之ヲ當事者ニ送達セサルヘカラス(一五條第)是レ當事者間ノ婚姻關係ヲ長ク未確定ノ状態ニ在ラシムルハ公益上弊害アルヲ以テ當事者ノ申立ヲ俟タス送達スヘキコトト爲シタル所以ナリ然レトモ送達ニ關スル費用ハ當事者ニ於テ負擔セサルヘカラス
- (二) 婚姻ノ無效若クハ取消又ハ離婚ノ訴ニ付キ言渡シタル判決ハ一般判決ノ效力ノ例外トシテ第三者ニ對シテモ其效力ヲ有ス故ニ本案ノ請求ヲ棄却シタル判決ノ確定シタル後ハ何人ト雖モ婚姻ノ無效取消若クハ離婚ヲ主張スルヲ得ス又本案ノ請求ヲ認容シタル判決ノ確定シタル後ハ何人ト雖モ婚姻ノ成立ヲ主張スルコトヲ得サルモノトス然レトモ民法第七百六

- (三) 婚姻事件ニ於テハ當事者ノ申立ニ因リ扶養若クハ同居ノ義務子ノ監護其他ノ假處分ヲ命スルコトヲ得其處假分ニ付テハ民事訴訟法第七百五十六條乃至第七百六十三條ノ規定ヲ準用スヘキモノトス(一六條第)
- (四) 訴訟費用ハ一般ノ法則ニ從ヒ裁判スヘキモノニシテ檢事カ當事者トシテ敗訴シタルトキハ其費用ハ國庫ノ負擔トス

第七 檢事ハ干與

婚姻事件ニ於テハ檢事ハ國家ノ代表者トシテ其訴訟ニ干與シ若クハ當事者ト爲ルコトアリ即チ左ノ如シ

(一) 検事ハ婚姻事件ニ付キ辯論ニ立會シテ意見ヲ述フルコトヲ要シ受命判事又ハ受託判事ノ審問ニ立會シテ意見ヲ述フルコトヲ得故ニ裁判所ハ事件及ヒ期日ヲ適當ノ方法ヲ以テ検事ニ通知スヘク検事カ立會シタル場合ニ於テハ其氏名及ヒ検事ノ陳述ヲ調書ニ記載セサルヘカラス(五) 人訴第 検事カ口頭辯論若クハ審問ニ立會スルハ検事ノ職權ニシテ検事カ裁判所ノ構成員ト爲ルモノニ非ス故ニ検事カ立會セサル辯論ニ基キ判決ヲ爲スモ違法ニ非ス而シテ検事ハ當事者ト爲ラサルトキト雖モ婚姻ヲ維持スル爲メ口頭辯論ニ於テ事實及ヒ證據方法ヲ提出スルコトヲ得(六) 同法第

(二) 検事カ提起スルコトヲ得ル訴即チ婚姻取消ノ訴ニ付テハ夫婦ヲ以テ相手方ト爲スヘク(二) 人訴第 訴ノ變更若クハ併合又ハ反訴ノ提起ハ検事カ提起スルコトヲ得ル訴ナルトキニ限り之ヲ爲スコトヲ得訴ノ事由ノ變更又ハ併合ハ検事カ提出スルコトヲ得ル事由ナルトキニ限り之ヲ爲スコトヲ得(同法第 一 條)

検事ハ他ノ者カ婚姻取消ノ訴ヲ提起シタル場合ニ於テモ夫婦ノ一方カ死

亡セサル間ハ申立ヲ爲シテ當事者ト爲リ訴訟手續ヲ追行シ又ハ上訴ヲ爲スコトヲ得故ニ婚姻取消ノ訴ノ判決ハ職權ヲ以テ検事ニ送達セサルヘカラス(二) 人訴第 斯ル検事ノ權限ハ原告カ闕席判決ヲ受ケタルトキ若クハ請求ヲ拋棄シタルトキ又ハ被告カ口頭辯論期日ニ闕席シタル場合ニ於テ重大ナル必要アリトス而シテ検事カ上訴ヲ爲ストキハ前審ノ當事者ノ全員ヲ以テ相手方ト爲スヘク又當事者ノ一人カ上訴ヲ爲ストキハ前審ノ他ノ當事者及ヒ當事者タリシ検事ヲ以テ相手方トス(三) 同法第 右上訴審ノ訴訟ハ係争法律關係カ合一ニノミ確定スルモノナレハ民事訴訟法第五十條ノ適用アルモノトス

第二款 養子縁組事件

第一 養子縁組事件ノ意義

養子縁組事件トハ養子縁組ハ無効若クハ取消又ハ離縁ヲ目的トスル訴ヲ謂フ

(一) 養子縁組無効ノ訴トハ民法第八百五十一條ニ規定セル原因ニ基ク訴ヲ

謂フ故ニ婚姻無効ノ訴ト同ク創設ノ訴ナルコトアリ確定ノ訴ナルコトアリトス其他婚姻無効ノ訴ニ付テノ説明ヲ參照スヘシ

(二) 養子縁組取消ノ訴トハ民法第八百五十二條以下ニ規定セル原因ニ基ク訴ヲ謂フ取消ノ判決確定スルトキハ將來ニ向テ養子縁組ヲ無効タラシム(民第八百五十九條)

(三) 離縁ノ訴トハ民法第八百六十六條ノ原因ニ基ク訴ヲ謂フ亦將來ニ於テ親子關係ヲ消滅セシム

第二 管轄裁判所

養子縁組ノ無効若クハ取消又ハ離縁ヲ目的トスル訴ハ養親カ普通裁判籍ヲ有スル地又ハ其死亡ノ時ニ之ヲ有シタル地ノ地方裁判所ノ專屬管轄ニ屬スルヲ原則トス其他婚姻事件ノ訴ト同ク人事訴訟手續法第一條第二項第三項ノ適用アリ但婚姻事件ニ附帶シテ縁組ノ取消又ハ離縁ノ請求ヲ爲ストキハ例外トス(人訴第四條)

第三 當事者

養子縁組事件ニ於テハ檢事ハ當事者トシテ訴ヲ提起スルコト無シ其他何人カ當事者タルヤハ民法第八百五十三條、第八百五十四條、第八百六十六條及ヒ婚姻事件ニ付テノ説明ヲ參照スヘシ但養親カ禁治產者ナルトキハ其後見人カ親族會ノ同意ヲ得テ離縁ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘク養子カ禁治產者ナルトキハ實方ノ直系尊屬又ハ實家ノ戸主ハ離縁ノ訴ヲ提起スルコトヲ得是レ禁治產者ヲ保護スルノ法意ニ出ツルモノトス(人訴第五條)

第四 訴訟能力、訴訟手續、判決、假處分及ヒ檢事ノ干與ニ付テハ婚姻事件ノ説明ヲ參照スヘシ(人訴第六條)

第三款 親子關係事件

第一 親子關係事件ノ意義

親子關係事件トハ子ノ否認、認知、其認知ノ無効若クハ取消、民法第八百二十一條ニ因リ父ヲ定ムルコトヲ目的トスル訴、親權若クハ財產管理權ノ喪失又ハ此等失權ノ取消ヲ目的トスル訴ヲ謂フ

第二 管轄裁判所

子ノ否認、認知、其認知ノ無效若クハ取消又ハ民法第八百二十一條ノ規定ニ因リ父ヲ定ムルコトヲ目的トスル訴ハ子カ普通裁判籍ヲ有スル地又ハ其死亡ノ時ニ之ヲ有シタル地ノ地方裁判所ノ管轄ニ專屬シ親權若クハ財産管理權ノ喪失又ハ失權ノ取消ヲ目的トスル訴ハ親權ヲ行フ者カ普通裁判籍ヲ有スル地ノ地方裁判所ノ管轄ニ專屬スルモノトシ例外トシテ人事訴訟手續法第一條第二項第三項ヲ準用シテ管轄ヲ定ム(人訴第二七條、第一條、第三九條、第一條)

第三 當事者

親子關係事件ノ當事者ハ民法第八百二十一條、第八百二十三條、第八百三十五條、第八百九十六條以下ノ規定ニ從フ

夫カ禁治產者ナルトキハ其後見人ハ親族會ノ同意ヲ得テ否認ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘク(人訴第八條)夫カ子ノ出生前又ハ否認ノ訴ヲ提起セスシテ民法第八百二十五條ノ期間内ニ死亡シタルトキハ其子ノ爲メニ相續權ヲ害セラレヘキ者其他夫ノ三親等内ノ血族ニ限リ夫ノ死亡ノ日ヨリ一年内ニ否認ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ夫カ死亡シタルトキハ此等ノ者ニ於テ訴訟手續ヲ

受繼クコトヲ得(同法第九條)

父ヲ定ムルコトヲ目的トスル訴ハ子、母、母ノ配偶者又ハ其前配偶者ヨリ之ヲ提起スルコトヲ得ヘク母ノ配偶者又ハ其前配偶者ハ互ニ其相手方ト爲ル又子若クハ母カ提起スルトキハ母ノ配偶者及ヒ其前配偶者ヲ以テ相手方トシ其一人カ死亡シタルトキハ其生存者ヲ以テ相手方トス(人訴第三〇條)

親權ノ喪失若クハ財産管理權ノ喪失ヲ宣言シタル判決ノ取消ヲ目的トスル訴ニ付テハ現ニ親權若クハ管理權ヲ行フ者又ハ後見人ヲ以テ相手方トス(人訴第三條)

第四 檢事ハ親子關係事件ノ訴ニ付キ事實及ヒ證據方法ヲ提出スルコトヲ得ヘク裁判所モ職權ヲ以テ證據調ヲ爲シ且當事者カ提出セサル事實ヲ斟酌スルコトヲ得裁判所カ職權ヲ以テ斟酌セントスル事實及ヒ證據調ノ結果ニ付テハ當事者ニ意見ヲ陳述セシメサルヘカラス(人訴第三七條)又原告ノ申立ニ相當スル判決ヲ爲シタルトキハ職權ヲ以テ之ヲ當事者ニ送達スヘキモノトス(同法第三條)其他訴訟能力訴訟手續判決假處分檢事ノ干與ニ付テハ婚姻事件ニ付テノ

説明ヲ参照スヘシ(同法第三九條、第三條、第四條乃至第一二條、第一六條乃至第一八條)

第四款 相續人廢除事件

第一 相續人廢除事件ノ意義

相續人廢除事件トハ推定家督相續人若クハ推定遺産相續人ノ廢除又ハ其廢除ノ取消ヲ目的トスル訴ヲ謂フ(民第九七五條乃至第九七七條)創設ノ訴ニ屬ス

第二 管轄裁判所

推定家督相續人若クハ推定遺産相續人ノ廢除又ハ其廢除ノ取消ヲ目的トスル訴ハ被相續人カ普通裁判籍ヲ有スル地又ハ其死亡ノ時ニ之ヲ有シタル地ノ地方裁判所ノ管轄ニ專屬ス但例外トシテ人事訴訟法第一條第二項第三項ノ適用アリ(人訴第三三條、第三九條)

第三 當事者

相續人廢除事件ノ當事者ハ民法第九百七十五條、第九百七十七條、第九百九十八條乃至第一千條ノ規定ニ從フ但廢除ノ取消ヲ目的トスル訴ニ付テハ廢除ニ

因リテ推定家督相續人又ハ推定遺産相續人ト爲リタル者ヲ相手方トス(人訴第三三條)

廢除ノ取消ヲ目的トスル訴ニ付テハ人事訴訟手續法第二條第三項乃至第

五項ノ適用アリトス

意思能力ナキ未成年者ヲ相手方トシテ推定家督相續人廢除ノ訴ヲ提起スルヲ得ルヤ否ヤニ付キ説ヲ爲ス者アリ曰ク相續人ノ廢除ハ未成年者ト親權者トノ間ニ利益相反スルモノナレハ民法第八十八條ニ因リ特別代理人ヲ選任シ其代理人ヲシテ訴訟ヲ爲サシムヘキナリト又曰ク受訴裁判所ノ裁判長ハ人事訴訟手續法第三條第三項ニ因リ辯護士ヲ訴訟代理人トシテ訴訟ヲ爲サシムヘキモノナリト右第一説ニ所謂特別代理人ハ財産上ノ行爲ニ付キ適用アルモノニシテ身分關係ニ適用スルヲ得サルモノナレハ第一説ハ誤レリ第二説ニ所謂訴訟代理人ハ本人カ訴訟能力者タルコトヲ前提條件トスルコトハ同法第三條ノ規定全體ニ徴シテ知ルニ難カラサルヲ以テ第二説ニモ賛成スル能ハス蓋シ我民法ニ於ケル一家ヲ重ニスル主義ヨリスレハ相續人ノ廢除ハ其身分上重大ノ關係ヲ有スルモノト爲スヘキヲ以テ意思無能力ナ

ル未成年者ヲ相手方トシテ廢除ノ訴ヲ爲スコトヲ許ササルモノト解スルヲ
正當ト信ス

第四 訴訟能力、訴訟手續、判決、假處分、檢事ノ干與ニ付テハ前章及ヒ婚姻事件ノ
説明ヲ參照スヘシ(人訴第九條)

第五款 隱居事件

第一 隱居事件ノ意義

隱居事件トハ隱居ノ無效及ヒ取消ヲ目的トスル訴ヲ謂フ、隱居取消ノ訴ニ付
テハ民法第七百五十二條以下ニ其原因ヲ規定ス、隱居無效ノ訴ニ付テハ民法
ニ其原因ヲ規定セサルヲ以テ隱居ノ不成立ヲ主張スルトキハ如何ナル原因
ニ基クモ此訴ヲ許スヘキカ如シ然レトモ隱居無效トハ婚姻無效又ハ養子縁
組ノ無效ト同ク廣ク隱居者ナラサルコトヲ主張スル訴ニ非スシテ隱居ヲ爲
スハ意思表示ナカリシコトヲ主張スル訴ナリ、故ニ隱居者カ隱居ヲ爲スノ意
思ナキニ拘ハラヌ其届出アリタルトキ若クハ隱居ノ届出ニ欠缺アルコトヲ
原因トスル訴ナリト解セサルヘカラス

隱居ノ無效及ヒ取消ノ訴カ創設ノ訴ナリヤ確定ノ訴ナリヤハ婚姻無效ノ訴
及ヒ取消ノ訴ト同シ

第二 管轄裁判所

隱居ノ無效又ハ取消ヲ目的トスル訴ハ隱居者カ普通裁判籍ヲ有スル地又ハ
其死亡ノ時ニ有シタル地ノ地方裁判所ノ專屬管轄トス但例外トシテ人事訴
訟手續法第一條第二項第三項ノ適用アリトス(人訴第三三五條)

第三 當事者

隱居ノ無效若クハ取消ノ訴ハ隱居者、家督相續人、隱居者ノ親族等ヨリ提起ス
ルコトヲ得ヘク、檢事ハ取消ノ訴ニ限り提起スルコトヲ得(民七五條)、隱居者カ提
起スルトキハ家督相續人ヲ相手方トシ家督相續人カ提起スルトキハ隱居者
ヲ相手方ト爲スヘク、其他ノ者カ提起スルトキハ隱居者及ヒ家督相續人ヲ相
手方トシ其一人カ死亡スルトキハ其生存者ヲ以テ相手方トス而シテ人事訴
訟手續法第二條第三項乃至第五項ノ適用アルモノトス(人訴第三六條、第四項)

第四 訴訟能力、訴訟手續、判決、假處分、檢事ノ干與ニ付テハ婚姻事件ノ説明ヲ參

照スヘシ(人訴第三九條第一項第三項)但隱居取消ノ判決ハ遡及力ヲ有シ家督相續カ開始セサルト同一状態ニ復スルモノトス

第六款 禁治產事件及ヒ準禁治產事件

第一 禁治產事件ノ意義

禁治產事件トハ禁治產ノ宣告、禁治產宣告ニ對スル不服ノ訴及ヒ禁治產宣告取消ノ申立ヲ謂フ

禁治產事件ハ訴訟事件ナリヤ非訟事件ナリヤニ付テハ學說及ヒ立法例岐ル佛法ニ於テハ之ヲ訴訟事件トシ獨逸舊普通法ニ於テハ之ヲ非訟事件トセリ獨逸民事訴訟法ハ右立法ヲ折衷シタルモノニシテ我人事訴訟手續法モ之ニ倣ヒタルモノナリ或ハ禁治產事件ニシテ區裁判所ニ屬スル手續ハ非訟事件ニシテ地方裁判所ニ屬スル手續ハ訴訟事件ナリトスル說アリト雖モ禁治產事件ハ現存セル私權ノ危害ヲ排除スル手續ニ非スシテ禁治產者ヲ保護スル爲メ後見ニ付スヘキヤ否ヤヲ確定スル手續即チ將來ニ於テ發生スルコトアルヘキ私權ノ危害ヲ豫防スル爲メ私權ノ形成ニ干與スル裁判上ノ手續ナル

ヲ以テ非訟事件ナリトスルヲ正當ト信ス唯便宜上人事訴訟手續法ニ規定シ民事訴訟手續ニ依ラシムルノミ(緒論第七章參照)

第二 禁治產ノ宣告

(一) 禁治產ノ申立ハ禁治產ノ宣告ヲ受クヘキ者カ普通裁判籍ヲ有スル地ノ區裁判所ノ管轄ニ專屬ス普通裁判籍ニ付テハ人事訴訟手續法第一條第二項ノ適用アリトス(人訴第四〇條)

(二) 禁治產ノ申立ハ本人、配偶者、四親等内ノ親族、戶主、後見人、保佐人又ハ檢事ヨリ爲スコトヲ得(民七條)妻カ夫ノ禁治產ノ申立ヲ爲スニハ夫ノ許可ヲ受クルコトヲ要セス(人訴第一條)裁判所ハ職權ヲ以テ禁治產ノ手續ヲ開始スルコトヲ得ス二人以上ノ者ヨリ禁治產ノ申立アルトキハ其手續ヲ併合セサルヘカラス

(三) 禁治產ノ申立ハ訴ニ非スシテ申請ナリ書面若クハ口頭ヲ以テ爲スコトヲ得口頭ノ申立ニ付テハ裁判所書記ハ調書ヲ作ラサルヘカラス(民訴第一條)申立ニハ其原因タル事實及ヒ證據方法ヲ掲クヘシ(人訴第四二條)

- (四) 裁判所ハ禁治産手續ヲ開始スル以前其開始スヘキヤ否ヤヲ決スル爲メ申立人ニ對シ診斷書ノ提出ヲ命スルコトヲ得(人訴第四三條第)
- (五) 裁判所ハ申立ニ表示シタル事實及ヒ證據方法ヲ斟酌シ職權ヲ以テ心神ノ狀況ニ關スル探知及ヒ必要ト認ムル證據調ヲ爲スヘク裁判所ハ禁治産宣告ヲ受クヘキ者ヲ鑑定人ノ立會ヲ以テ訊問シ又ハ受命判事ヲシテ訊問セシムルコトヲ得但訊問ヲ爲シ難キ事情アルトキ又ハ其者ノ健康ニ害アリト認ムルトキハ此限ニ在ラス證人鑑定人ノ訊問ハ民事訴訟法ノ規定ニ從フ(人訴第四四條第六條第四七條)
- (六) 檢事ハ他ノ者カ禁治産ノ申立ヲ爲シタル場合ニ於テモ申立ヲ爲シテ其手續ヲ追行シ且期日ニ立會ヒテ意見ヲ述フルコトヲ得故ニ事件及ヒ期日ハ之ヲ檢事ニ通知シ檢事カ立會ヒタル場合ニ於テハ其氏名及ヒ申立ヲ調書ニ記載スヘシ(人訴第五條第四五條)
- (七) 禁治産ノ手續ハ之ヲ公行セス之ヲ公行スルコトハ有害ニシテ利益ナキヲ以テナリ(人訴第四四條)

- (八) 禁治産ノ申立ハ其決定ノ確定スル迄ハ之ヲ取下クルコトヲ得然レトモ檢事ハ之ヲ追行スルコトヲ得ヘシ(人訴第五條第四五條)
- (九) 禁治産ノ申立ニ付テハ裁判所ハ決定ノ形式ヲ以テ裁判スヘキモノトス其決定ハ一般ノ裁判ト同ク二種アリ
- (イ) 申立ヲ却下スル決定ハ申立カ不適法ナルトキ若クハ禁治産手續ヲ開始シ又ハ之ヲ開始セスシテ禁治産宣告ノ原因タル事實ナシト認メタルトキ之ヲ爲ス右決定ハ職權ヲ以テ之ヲ申立人及ヒ檢事ニ送達スヘク申立人及ヒ檢事ハ即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得(人訴第五條第四四條)
- (ロ) 抗告裁判所ノ手續ニハ人事訴訟手續法第四十三條乃至第四十六條ノ規定其他ノ規定カ準用セラル(同法第五四條第二項)其他抗告ニ關シテハ民事訴訟法ノ規定ヲ適用スヘキモノトス
- (口) 禁治産ヲ宣告スル決定ハ裁判所カ自ラ又ハ受託判事ヲシテ鑑定人ヲ訊問シタル後ニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ得ス(人訴第四四條第七條)禁治産ヲ宣告シタル決定ハ職權ヲ以テ申立人檢事及ヒ禁治産者ノ法定代理人又ハ法

律ニ因リ後見人ト爲ルヘキ者ニ送達スヘク(同法第五一條)其決定ノ效力ハ禁治産者ノ法定代理人又ハ法律ニ因リ後見人ト爲ルヘキ者カ送達ヲ受ケタル日ヨリ效力ヲ生ス若シ法定代理人又ハ法律ニ因リ後見人ト爲ルヘキ者ナキトキハ檢事カ送達ヲ受ケタル日ヨリ效力ヲ生ス(同法第百五二條)禁治産宣告ノ決定ニ對シテハ不服ノ訴ヲ提起スルコトヲ得(同法第百五三條)禁治産宣告ノ決定ハ送達後直チニ之ヲ公告スヘキモノトス(同法第百五三條)公告ノ方式ニ付テハ明治三十一年司法省令第九號ヲ參照スヘシ

(十) 禁治産申立ニ關スル費用ハ禁治産宣告アリタルトキハ禁治産者ノ負擔トシ其他ハ申立人ノ負擔トス但檢事カ申立ヲ爲シタル場合ニハ國庫ノ負擔トス(四人訴第百九條)

(十一) 禁治産宣告ヲ受クヘキ者ノ利益ノ爲メ禁治産ノ宣告ヲ爲スニ至ル迄其宣告ヲ受クヘキ者ノ監護又ハ財産ノ保存ニ付キ必要ナル處分ヲ命スルコトヲ得ヘク又禁治産ノ宣告ヲ爲シタル後其處分ヲ必要ト認メタルトキ亦同シ(五人訴第百五〇條)

(十二) 禁治産ノ手續ハ之ニ對スル裁判禁治産者ノ死亡及ヒ申立人ノ資格喪失ニ因リテ消滅ス

第三 禁治産宣告ニ對スル不服申立

- (一) 禁治産宣告ニ對スル不服申立ハ禁治産宣告ノ申立ヲ爲スコトヲ得ル者ヨリ訴ヲ以テ之ヲ爲スヘキモノニシテ其訴ハ禁治産宣告ヲ爲シタル區裁判所ノ所在地ヲ管轄スル地方裁判所ノ管轄ニ專屬ス(人訴第百五五條)
- (二) 訴ハ禁治産者カ提起セントスルトキハ禁治産ノ宣告ヲ知リタル日ヨリ起算シ其他ノ者ハ決定カ效力ヲ生シタル日ヨリ起算シ一个月ノ期間内ニ提起スルコトヲ要ス(五人訴第百五五條)
- (三) 訴ハ禁治産ノ申立人ヲ以テ相手方トシ申立人死亡シタル後ハ檢事ヲ以テ相手方トシ檢事カ提起スルトキハ禁治産者ノ法定代理人ヲ以テ相手方トス(五人訴第百五七條)
- (四) 訴ニハ他ノ訴ヲ併合シ又ハ之ニ對シテ反訴ヲ提起スルコトヲ得ス(五人訴第百五八條)

- (五) 裁判所カ訴ヲ理由アリト認ムルトキハ判決ヲ以テ禁治産宣告ノ決定ヲ取消スヘシ此場合ニ於テハ判決ノ確定ニ至ル迄禁治産者ノ監護又ハ其財産ノ保存ニ付キ必要ナル處分ヲ決定ヲ以テ命スルコトヲ得(六〇條第)
 - (六) 禁治産宣告ノ取消アルモ其判決確定前ニ於テ後見人ノ爲シタル行爲ハ效力ヲ變セス又禁治産者カ爲シタル行爲ハ禁治産ヲ宣告シタル決定ニ基キテ之ヲ取消スコトヲ得(六一條第)
 - (七) 禁治産ノ宣告ヲ取消シタル判決ハ職權ヲ以テ之ヲ當事者ニ送達スヘク且其判決確定シタルトキハ第一審ノ受訴裁判所ハ之ヲ公告セサルヘカラ(人訴第六二條第六九條)
- 右ノ外禁治産宣告ニ對スル不服ノ訴ニハ人事訴訟手續法第二條第四項第五項第三條第五條第十條第十一條第十七條第四十七條第四十八條其他民事訴訟法ノ通常訴訟手續ノ規定カ適用セラルルモノトス(人訴第九條)
- 第四 禁治産宣告取消ハ申立**
- (一) 禁治産宣告後禁治産ノ原因止ミタルトキハ禁治産宣告ノ申立ヲ爲ス權

- アル者(民第七〇條)ハ取消ノ申立ヲ爲スコトヲ得取消ノ申立ニ付テハ禁治産者カ普通裁判籍ヲ有スル地ノ區裁判所ノ管轄ニ專屬ス其管轄及ヒ手續ニ付テハ人事訴訟手續法第一條第二項及ヒ第四十二條乃至第四十八條ノ規定ヲ準用ス(人訴第六三條)
- (二) 申立ニ關スル費用ハ禁治産ノ宣告ノ取消アリタル場合ニ於テハ禁治産者ノ負擔トシ其他ノ場合ハ申立人ノ負擔トス但檢事カ申立ヲ爲シタル場合ニ申立ヲ却下セラレタルトキハ國庫ノ負擔トス(人訴第六四條)
- (三) 禁治産ノ取消ノ申立ヲ却下シタル決定ハ職權ヲ以テ之ヲ申立人ニ送達スヘク禁治産ヲ取消シタル決定ハ職權ヲ以テ之ヲ申立人、檢事及ヒ禁治産者ニ送達スヘシ檢事ハ其決定ニ對シテ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ヘク抗告ハ執行停止ノ效力ヲ有ス決定カ確定シタルトキハ申立ヲ受ケタル區裁判所ハ之ヲ公告スヘキモノトス(人訴第六五條、第六二條第二項、第六九條、明治三十一年司法省令第九號)
- (四) 禁治産ノ取消ヲ申立ツルコトヲ得ル者ハ申立ヲ却下シタル決定ニ對シテ訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得禁治産宣告ニ對スル不服ノ訴ニ付テノ

人事訴訟手續法第五十六條乃至第六十條第六十一條第一項及ヒ第六十二條ノ規定ハ右訴ニ準用セララルモノトス(人訴第六六條)

第五 準禁治産事件

準禁治産事件トハ準禁治産ノ宣告及ヒ其取消ニ關スル手續ヲ謂フ其手續ハ禁治産事件ト類似スルヲ以テ原則トシテ禁治産事件ノ手續ヲ準用スヘキモノトセリ然レトモ浪費カ準禁治産ノ原因タル場合ニハ性質上人事訴訟手續法第四十三條第四十七條第四十八條ノ規定ハ適用スヘキニ非ス又準禁治産者ニ對シテハ同法第三條第二項乃至第四項ノ規定ハ適用ナシ(人訴第六七條)準禁治産ノ取消ヲ申立ツルコトヲ得ル者ハ民法第十二條第二項ニ基キ爲シタル宣告ノ取消又ハ變更ヲ申立ツルコトヲ得此場合ニ於テハ準禁治産ノ取消ニ關スル規定ヲ準用ス(人訴第六八條)

第七款 失踪事件

失踪事件トハ失踪ノ宣告及ヒ其取消ニ關スル手續ヲ謂フ禁治産事件ニ就テ説述セルト同ク其性質非訟事件ナリトス失踪ノ宣告ヲ受ケタル者ハ一定ノ期間

經過ニ因リ死亡者ト見做サルヲ以テ(民第三〇條)失踪ノ宣告及ヒ其取消ニ關シテハ公示催告手續ニ類似スル處アリ故ニ法律ハ特別ノ規定ヲ避ケ原則トシテ公示催告手續ヲ準用スヘキモノトシ(人訴第七〇條)性質上準用ヲ許ササルモノニ限リ人事訴訟手續法ニ於テ之ヲ規定セリ即チ左ノ如シ

第一 失踪ノ宣告又ハ其取消ノ申立ハ不在者ノ住所地ノ區裁判所ノ管轄ニ專屬ス例外トシテ人事訴訟手續法第一條第二項及ヒ第三項ノ規定カ準用セラ

ル(人訴第七一條)

第二 公示催告ニハ左ノ事項ヲ記載スルコトヲ要ス(人訴第七二條)

(一) 不在者ハ公示催告期日迄ニ其生存ノ届出ヲ爲スヘク其届出ヲ爲ササルトキハ失踪ノ宣告ヲ受クヘキコト

(二) 不在者ノ生死ヲ知ル者ハ公示催告期日迄ニ其届出ヲ爲スヘキコト

第三 公示催告期間ハ六ヶ月以上ナルコトヲ要ス不在者ノ出生後百年以上ヲ經過シタル場合ニ於テハ公示催告ノ公告ハ裁判所ノ掲示板ニ掲示スルヲ以テ足り且公示催告ノ期間ハ其公告ノ日ヨリ二ヶ月以上ナルヲ以テ足ル(人訴第七三條)

第四 檢事ハ失踪ノ宣告又ハ其取消ノ申立ニ付キ意見ヲ述ヘ且審問ヲ爲ス場
合ニ於テハ之ニ立會フコトヲ得(人訴第七四條第一項)

第五 人事訴訟手續法第四十二條第二項、第四十五項、第二項、第四十六條ノ規定
ハ失踪事件ニ準用セラル(人訴第七四條第二項)

第六 失踪ノ宣告若クハ其取消ニ關シ各利害關係人ハ共同ノ申立人トシテ手
續ニ加ハリ又ハ申立人ニ代リテ手續ヲ續行スルコトヲ得(人訴第七五條)

第七 不在者カ其生存ノ届出ヲ爲シタル場合ニ於テ申立人カ其事實ヲ認メサ
ルトキハ不在者ハ訴ヲ以テ之ヲ確定スヘキモノニシテ公示催告手續ハ其判
決ノ確定ニ至ルマテ之ヲ中止スヘキモノトス(人訴第七六條)

第八 失踪ノ宣告ニ關スル手續ノ費用ハ失踪ノ宣告アリタル場合ニ於テハ相
續財産ノ負擔トシ其他ノ場合ニ於テハ申立人ノ負擔トス(人訴第七七條)

第九 失踪ノ宣告ハ判決ヲ以テ之ヲ爲スヘク其判決ニ對シテハ利害關係人ヨ
リ訴ヲ提起シテ不服ヲ主張スルコトヲ得此訴ニ付テハ失踪宣告ノ申立人カ

死亡シタル後ハ檢事ヲ以テ相手方トス此場合ニ於テハ人事訴訟手續法第二
條第四項及ヒ第五項ノ規定ヲ準用ス(人訴第七八條)

第十 數個ノ不服申立ノ訴アルトキハ裁判所ハ之ヲ併合セサルヘカラス併合
シタル訴ハ係争法律關係カ合一ニノミ歸スルモノナレハ民事訴訟法第五十
條ノ適用アルモノトス(人訴第七九條)

第十一 民法第三十二條ニ因ル失踪宣告ノ取消ハ其判決ニ對スル不服申立ノ
訴ヲ以テ之ヲ請求スルコトヲ得但失踪者ノ生存スルコトヲ理由トスル場合
ニ於テハ民事訴訟法第七百七十五條ノ期間ニ關スル規定ヲ適用スルヲ得サ
ルハ當然ナリ(人訴第八〇條)

第八款 身分關係確定ノ訴及ヒ相續權回復ノ訴

身分關係ヲ確定スル訴及ヒ相續權回復ノ訴ニ付テハ人事訴訟手續法ニ其規定
ヲ缺クト雖モ其性質人事訴訟ナルヲ以テ本章ニ於テ卑見ヲ述フル所以トス
第一 身分關係ヲ確定スル訴ヲ許スヤ否ヤハ身分關係カ法律關係ナリヤ否ヤ
ニ因リテ決スヘキ問題ナリ法律關係トハ或事實ニ法律上ノ效力ヲ附シタル

状態ナリ人ノ身分ニ付キ法律カ或效力ヲ附シタルトキハ身分關係ハ法律上ヨリスレハ之ヲ法律關係ナリトスルヲ妨ケス親權扶養義務ニ關スル民法ノ規定等ヨリスレハ親子兄弟姉妹等ノ身分ニ付キ法律カ效力ヲ附シタルヤ明カナルヲ以テ斯ル身分關係ヲ確定スル訴訟ハ普通ノ確定ノ訴ノ原則ニ從ヒ之ヲ確定スルニ付キ法律上ノ利益アルトキハ之ヲ許スヘキモノト論定セサルヘカラス

其訴訟手續ハ通常ノ民事訴訟手續ニ因ルヘキヤ人事訴訟手續ニ因ルヘキヤハ疑アリ人事訴訟手續法ニ規定ナキ訴ニ付テハ通常訴訟手續ニ因ルヲ原則トスルヲ以テ身分關係ヲ確定スル訴モ亦財產關係ノ確定ノ訴ト同ク通常訴訟手續ヲ適用スヘキカ如シ然レトモ身分關係ハ財產關係ト異ナリ各個人カ自由ニ處分スルコトヲ得ナル性質ヲ有スルヲ以テ自白認諾ニ關スル規定ヲ適用スルモノトセハ身分關係ヲ各個人ノ意思ニ因リテ左右シ其性質ニ反スルノミナラス公益ニ害アリトス故ニ明示ノ自白推定自白（民訴第一條第一條）闕席手續ノ自白（民訴第二四八條）及ヒ認諾（民訴第二九條）ノ規定ハ法理上適用スルヲ得スト解

スヘキナリ然レトモ裁判所カ職權ヲ以テ證據調ヲ爲シ當事者ノ提出セサル事實ヲ斟酌スル如キ（人訴第一四條）其他人事訴訟手續法第一條乃至第九條第十條乃至第十五條等ノ規定ヲ適用シ得ルモノト爲ス勿レ如何トナレハ右等ノ事項ハ法律ノ規定ヲ俟テ始メテ許サルヘキモノナレハナリ唯認諾自白ノ如キハ身分關係ノ性質上之ヲ適用スルヲ許ササルノミ故ニ裁判籍ハ被告ノ住所ニ因リテ定マルヘク（民訴第一〇條）事物ノ管轄トシテハ地方裁判所ニ屬ス（裁構第二六條）檢事ハ民事訴訟法第四十二條ニ因リ其訴訟ニ干與スルコトヲ得ヘシ其他ノ訴訟手續ハ通常訴訟手續ニ因ルヘキモノトス
判決ノ確定力ニ付テハ亦訴訟物ノ性質上第三者ニ對シテモ其效力ヲ有スルモノト爲ササルヘカラス

第二 相續權ノ回復ハ訴ヲ以テ主張シ得ヘキコトハ民法第九百六十六條第九百九十三條ノ規定ニ因リテ明カナリ相續ニハ家督相續ト遺產相續トノ二種アリ家督相續ハ戸主權及ヒ前戸主ニ屬スル財產ノ承繼ナリ遺產相續ハ前主ニ屬スル財產ノ承繼ナリ相續權回復ノ訴モ此二種ニ區別スルヲ得ヘシト雖

モ共ニ身分權ヲ目的物ト爲ス訴ナレハ其性質ハ人事訴訟ト爲スヘキナリ
 相續權回復ハ訴トハ相續人カ他人ハ爲メニ相續權ヲ侵害セラレタルコトヲ
 理由トシテ相續人タル資格ヲ回復スルコトヲ目的トスル訴ナリ例ヘハ缺格
 者若クハ廢除ニ因リテ相續權ヲ剝奪セラレタル者又ハ相續ノ順位ニ在ラサ
 ル者カ相續ヲ爲シタル等ノ場合ニ於テ相續ヲ爲スノ權アル者カ自己ノ相續
 權ヲ主張シ他人ノ侵害ヲ排斥スル訴ナリトス
 相續權回復ハ訴ハ創設ハ訴ナリヤ確定ハ訴ナリヤ將タ給付ハ訴ナリヤニ付
 テハ學說岐ルト雖モ創設ハ訴ニ屬セサルハ疑ナシ如何トナレハ其判決ニ因
 リテ原告ニ相續權ヲ發生セシメ若クハ被告ニ相續權ヲ消滅セシムルモノニ
 非サレハナリ然レトモ原告ハ給付ノ訴ノ形式ニ於テモ又ハ確定ノ訴ノ形式
 ニ於テモ之ヲ主張スルコトヲ得ヘシ原告カ被告ニ對シ自己カ相續權者ナル
 コトノ承認ヲ求ムル形式ニ於テスルトキハ給付ノ訴ナリ原告カ自己ノ相續
 權者タルコトノ確定ヲ求ムル形式ニ於テスルトキハ積極的確定ノ訴ナリト
 ス

相續權ニ基キ相續財産ノ給付ヲ求ムル訴ヲ相續權回復ノ訴ト爲ス勿レ是レ
 相續權ヲ訴訟物トスル訴ニ非スシテ相續權ニ基ク財産請求權ヲ訴訟物トス
 ルモノナレハナリ

右ノ如ク相續權回復ノ訴ハ身分關係ヲ確定スル訴ナレハ其訴訟手續及ヒ判
 決ノ效力ニ付テハ前第一ニ述ヘタル理論ニ準據スヘキモノト信ス只管轄裁
 判所ニ付テハ特別裁判籍トシテ民事訴訟法第二十四條ノ適用アルモノトス

第九款 後見人免黜ノ訴

民法第九百八條ハ後見ノ缺格ヲ規定シタルモノナリ同條第八號ニハ裁判所ニ
 於テ後見ノ任務ニ堪ヘサル事跡不正ノ行爲又ハ著シキ不行跡アリト認メタル
 者トアルヲ以テ裁判所ニ於テ斯ル事實ノ認定ヲ受ケタル者ハ當然後見人タル
 資格ヲ喪失スヘキカ如シ然レトモ裁判所ニ於テ事實ノ確定ヲ爲ス手續ノ規定
 ナキノミナラス民法第八百九十六條第八百九十七條ニ親權喪失及ヒ財産管理
 權喪失ノ宣告ヲ爲ス立法ノ旨趣ヨリスレハ第九百八條第八號ハ後見人ノ免黜
 ノ原因ヲ規定シタルモノト解セサルヘカラス即チ裁判所ニ於テ同號ノ事實ア

リト認メタルトキハ後見人免黜ノ宣言ヲ爲シ其宣言ニ因リテ後見人ハ資格ヲ喪失スルモノト解スヘキナリ

後見人免黜ハ手續ハ非訟事件手續法ニ其規定ナキト親權喪失及ヒ財産管理權喪失ハ宣告ハ手續ヲ人事訴訟手續法ニ規定シタル旨趣トニ因レハ後見人免黜ハ手續モ亦性質上人事訴訟ニ屬スヘキモノニシテ理論上ヨリスレハ親權喪失及ヒ財産管理權喪失ハ宣告ニ關スル手續ト同一訴訟手續ニ因ルヲ正當ト信ス然レトモ現行法ニ斯ル規定ナキヲ以テ通常訴訟手續ニ因ルノ外ナカルヘシ故ニ左ノ結論ヲ生ス

第一 管轄裁判所

後見人ヲ被告トスル訴ナルヲ以テ民事訴訟法第十條裁判所構成法第二十六條ニ因リ後見人ノ住所地ノ地方裁判所ノ管轄トス

第二 訴ヲ提起スルコトヲ得ル者ハ法律ノ規定ナシト雖モ理論上ヨリ被後見人、後見監督人、被後見人ノ親族其他利害關係人ナリトスルコトヲ得ヘク被告ハ常ニ後見人ナリトス

第三 訴訟手續ハ通常ノ手續ニ從フ檢事ハ民事訴訟法第四十二條ニ因リ干與スルヲ得ヘシ免黜ヲ宣言スル判決ノ確定ニ因リテ後見人ハ其資格ヲ喪失スヘク其判決ノ效力ハ性質上第三者ニモ對抗シ得ヘキモノトス

保佐人、後見監督人、親族會員ノ免黜ニ關シテモ右ニ説明セル處ト同一ニ論定シ得ヘシト信ス(民第九〇九條第九一六條第九四六條第三項)

第十款 親族會ノ決議ニ對スル不服ノ訴

民法第九百五十一條ニ因レハ親族會ノ決議ニ對スル不服ノ訴ヲ許セリ此訴モ亦性質上人事訴訟ニ屬スヘキモノナリト雖モ現行法ニ其規定ナキヲ以テ通常訴訟手續ニ因ルヘキナリ左ニ其大要ヲ説明スヘシ

第一 管轄裁判所

管轄裁判所ニ付テハ特別ノ規定ナキヲ以テ被告ノ住所地ノ地方裁判所ノ管轄ナリトス(裁構第二〇六條)尙第二ヲ看ルヘシ

第二 當事者

原告ハ親族會員又ハ會議ヲ要スル事件ノ本人、戶主、親族、後見人、後見監督人、保

佐人、檢事若クハ利害關係人ナリトス(民第九條)何人ヲ被告ト爲スヘキヤハ法律ニ規定ナシト雖モ親族會ノ決議ハ親族會員ノ意思ノ合致ニシテ之ニ對シ不服ヲ主張スル訴ナレハ親族會員ニ非サル者カ原告タル場合ニハ決議ノ際ノ親族會員全體ヲ被告ト爲ササルヘカラス親族會ノ決議ハ一體ニシテ不可分ナレハ其決議ニ出席シタル會員若クハ其決議ヲ賛成シタル會員ノミヲ被告ト爲スヘキニ非ス又親族會員カ提起セントスルトキハ殘餘ノ親族會員全體ヲ被告ト爲ササルヘカラス

被告ト爲スヘキ親族會員ハ決議當時ハ會員ナルコトヲ要スルヤ否ヤ家督相續人ノ選定其他特別ノ事項ニ付テノ親族會ハ決議ヲ爲スト同時ニ親族會ハ終了スルモノナレハ其決議ニ對スル不服ノ訴ニ付テハ決議當時ノ親族會員ヲ被告トスルコトヲ要スルハ當然ナリト雖モ無能力者ノ親族會ノ如ク無能力ノ止ムマテ繼續スル親族會ニ在リテハ決議當時ノ親族會員ト訴提起ノ當時ノ親族會員トニ更迭アリタルトキハ何レノ親族會員ヲ被告ト爲スヘキヤニ付テハ疑ヲ免レス然レトモ後ノ親族會員ハ前親族會員ノ地位ヲ繼承シ親

族會ヲ組織スルモノニシテ前ノ親族會ト後ノ親族會トハ別異ノモノニ非サルヲ以テ訴ヲ提起スル當時ノ親族會員ヲ被告ト爲スヘキモノト信ス

訴提起ノ當時親族會員ニ缺員アリタルトキハ其殘存セル會員ヲ被告ト爲スヘク訴訟進行中ニ補缺員ノ選定アリタルトキハ其者自ラ訴訟ニ加ハルヲ得ヘク然ラサルトキハ訴訟ニ加ハラシムル爲メ當事者ノ申立ニ因リ若クハ裁判所ノ職權ヲ以テ呼出ヲ爲シ以テ被告ノ一員ト爲スヘキナリ法律ニ規定ナシト雖モ訴ノ性質上斯ル手續ヲ必要ト信ス然レトモ親族會終了後ニ於ケル訴ニ付テハ殘存セル會員タリシ者ノミヲ被告ト爲スヘク此等ノ者カ死亡シタルトキハ訴ヲ提起スル能ハサルヘシ

被告ト爲ルヘキ親族會員カ多數ナルトキハ係争法律關係カ合一ニハミ確定スヘキ必要ノ共同訴訟ナリ故ニ民事訴訟法第五十條ノ適用アリトス被告ノ住所地ヲ異ニスルトキハ管轄裁判所カ一途ニ歸セサル場合アルヘシ

第二章第一節ヲ參照スヘシ

第三 訴ハ親族會ハ決議アリタルヨリ一ヶ月内ニ提起スルコトヲ要ス此期間