

リ。

(ロ) 證人ノ論理的意見ハ、感覺的實驗ト大ニ其證據力ヲ異ニシ裁判官ハ證人ノ單純ナル斷定的意見ハ、全ク之ヲ効力ナキモノトスル事ヲ得。何トナレバ斯ノ如キ斷定的意見ハ如何ナル感覺如何ナル智識經驗如何ナル判斷力ニ基キタルカ全ク其原因ノ據ルベキモノナケレバナリ。然レドモ證人ノ單純ナル斷定意見ハ亦必ズシモ常ニ之ヲ拒絶スベキモノトスルハ不可ナリ。證人ガ各個ノ事實ニ就キ見聞スル所ナキモ其證人ノ信用上充分確實ナル斷定的意見ヲ下スコトヲ得ベキモノト認メタルトキハ之ヲ以テ一ノ證據トスルコトヲ得ベシ。就中鑑定人ノ證言ノ如キハ鑑定人ガ事實ニ就キ嘗テ見聞スル所ナキ單純ノ意見ナリ。又所謂傳聞證據即チ證人ガ自ラ見聞スルコトナクシテ第三者ヨリ傳聞セル事實ノ證言ノ如キハ概ネ微弱ナル證據力ノミヲ有スレドモ第三者ヲ以テ直接ノ證人トスルコト能ハザルトキ設例ヘバ現ニ事實ヲ見聞セル者ノ死亡セルトキ又ハ傳聞證據ガ直接證據ト同一ノ効ヲ有スルトキ設例ヘバ他ノ訴訟ニ於ケル證人ノ陳述ニシテ裁判所ノ記錄ニ存スルトキ等ニ於テハ裁判所ハ之ヲ一ノ證據トスルコトヲ得。

三 證言ノ形式 モ亦裁判官ノ宜シク考察スベキ所ナリ。此形式ニ關シテハ法律ハ通常證人ノ宣誓ヲ必要トシ又親シク受訴裁判所ノ前ニ於テ口頭陳述ヲ爲スヲ必要トセリ。

(甲) 宣誓ハ通常訊問前ニ良心ニ從ヒ眞實ヲ述ベ何事ヲモ默秘セズ又何事ヲモ附加セザル旨ヲ誓約スル者ニシテ各證人ノ必ズ爲スベキ義務ナレドモ特別ノ原因アルトキ設例ヘバ訊問ノ當時未ダ宣誓齡ニ達セザルカ

又所屬長官ノ許可ヲ得テ始メテ證言スルコトヲ得ベキ證人ナルトキ就中訊問ヲ爲サシムベキモノナルヤ否ニ就キ疑ノ存スルトキニ於テハ訊問後ニ其宣誓ヲ爲サシムベキモノトス。故ニ又裁判官ハ宣誓前ニ宣誓者ニ對シ偽證ノ罰ヲ諭示シテ證人ノ注意ヲ與フベキモノトス(第三百六條乃至第三百七條)。然レドモ左ニ列記スルモノハ宣誓ヲ爲サシメズシテ參考ノ爲メ之ヲ訊問スルコトヲ得。

(イ) 訊問ノ時宣誓齡(滿十六歲)ニ達セズ又ハ宣誓ノ何物タルヲ了解スルニ必要ナル精神上ノ發達ヲ缺ク者及ビ公權ヲ剝奪又ハ停止セラレタル者。(第三百十條第一號乃至第三號)

(ロ) 第二百九十七條及ビ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絶スルノ權利アリテ之ヲ行使セザル者但シ第二百九十八條第三號並ニ第四號ノ場合ニ於テハ拒絶ノ權利ニ關スル事實ニ就キ證言ヲ爲スベキコトヲ申立テタルトキニ限ル。(第三百十條第四號)

(ハ) 共同ノ權利者義務者等凡テ訴訟ノ成績ニ就キ直接ノ利害ノ關係ヲ有スル者。(第三百十條第五號)

(乙) 證人ノ訊問ハ通常受訴裁判所ノ前ニ於テ之ヲ行ヒ當事者モ亦證人ノ供述ヲ明白ナラシムルガ爲ニ裁判長ノ許可ヲ得テ證人ニ問ヲ發スルコトヲ得(第二百七十三條第一項及ビ第三百十五條)。然レドモ(一) 現場ニ於テ證人ヲ訊問スルノ便宜ナルカ(二) 證人ガ疾病其他ノ事由ノ爲メ出頭スルコト能ハザルトキカ若クハ(三) 遠隔ノ地ニ在リテ出頭ニ不相應ノ時日及ビ費用ヲ要スルトキハ受訴裁判所ノ部員一名ニ訊問ヲ命ジ又ハ區裁判所ニ之ヲ囑託スルコトヲ得ベク(第三百十八條)。又證人ニシテ(一) 皇族ナルトキハ受命

判事又ハ受託判事ガ其所在ニ就キ(二)各大臣ナルトキハ官廳ノ所在地又ハ現在地ニ於テ(三)帝國議會ノ議員ナルトキハ開期中ハ其議會ノ所在地又ハ現在地ニ於テ之ヲ訊問ス。(第二百九十六條)

第二款 證言ノ義務

何人ヲ問ハズ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ノ義務ヲ有ス。(第二百八十九條)

〔第一〕 證言ノ義務ハ公法的義務ナリ。其義務ノ履行ハ司法ノ正義及ビ其機關タル裁判所ニ支拂フベキ國稅ナリ證言ノ義務ハ單ニ裁判官ヲシテ口頭審理ノ原則ヲ實行セシムルガ爲メニ證人ノ呼出ヲ請求セル當事者ニ對スル義務ニアラザルナリ。故ニ證言ノ義務ハ其公法的性質ヨリシテ左ノ効果ヲ生ズ。

一 正當ノ理由ナク證言ノ義務ヲ履行セザル證人ニ對シテハ當事者ノ申立ヲ要セズシテ裁判所ハ決定ヲ以テ其不參ニ因リ生ジタル費用及ビ二十圓以下ノ罰金ヲ言渡シ、再度出頭セザル場合ニ於テハ更ニ費用ノ賠償及ビ罰金ヲ言渡シ且其拘引ヲ命ズルコトヲ得、是レ證言義務ノ公義務タル所以ナリ。故ニ證人ノ不參ノ爲メニ當事者ガ蒙リタル私法上ノ損害ニ至リテハ證人ハ其責ニ任ズルコトナカルベシ。(第二百九十四條)

二 各證人ハ其義務ヲ履行スル爲メ直チニ國庫ニ對シ日當ノ辨濟及ビ其出頭ノ爲メニ旅行ヲ要スルトキハ旅費ノ辨濟ヲ請求スルコトヲ得。但シ此費用ハ訴訟費用トシテ國庫ハ更ニ之ヲ當事者ヨリ償還セシムルコトヲ得ルハ當然ナレドモ證言義務ノ公義務タルノ特性ハ之ヲ以テ證人ヨリ直チニ當事者ニ對スルノ義務トスルコト

ナシ、裁判所ガ舉證者ヲシテ證據調ノ費用ヲ豫納セシムルモ亦之ガ爲メナリ。(第三百二十一條及第三百八十八條)

〔第二〕 證言ノ義務ハ左ノ義務ヲ包含ス。

一 出頭ノ義務 證人ハ適法ナル呼出ニ應ジテ受訴裁判所又ハ受命判事若クハ受託判事ノ面前ニ出頭スルノ義務ヲ有ス。而シテ其出頭スベキ裁判所ハ受訴裁判所ノ指定スル所トス。此原則ニ左ノ例外アリ。

(イ) 皇族各大臣等特別ナル高貴ノ身分ヲ有スル者及ビ帝國議會ノ開期中ニ於ケル議員ハ證人トシテ裁判所ニ出頭スルノ義務ナシ。(第二百九十六條)

(ロ) 眞實探知ノ便宜上出頭ヲ必要トシ又疾病其他ノ事由又ハ遠隔地ニアラザル爲メ出頭ノ不便若クハ出頭ヲ爲スコト能ハザルトキ。(第三百十九條)

(ハ) 證言ヲ拒ムノ理由アリトシ訊問ノ期日前ニ其拒絕ノ原因ヲ説明シタル證人ハ期日ニ出頭スルノ義務ナシ。(第三百條)

二 答辯ノ義務 證人ハ裁判所ニ於ケル訊問ニ係ル事實ニ答辯スルノ義務アリ。(第三百九十二條第二號及第三百十五條) 此原則ニ左ノ例外アリ。

(イ) 當事者ノ親族、被後見者、同居人若クハ雇人ハ證言ヲ拒ムノ權ヲ有ス然レドモ此等ノ者ニシテ此權ヲ棄テ自ラ證言ヲ爲サントスルハ其自由ナレドモ相手方ハ又同時ニ之ヲ忌避スルノ權ヲ有スベク又證人ガ當

事者ノ親族タル時ト雖モ親族ニアラザレバ證明スルコト甚ダ困難ナル事項即チ家族ノ出產婚姻又ハ死亡其
他家族ノ關係ヨリ生ズル權利關係ニ就テハ證言ヲ拒ムノ權利ナシ。(第二百九十七條第三百三條第二百九十
九條及ビ施行條例第九條)

(ロ) 黙秘ノ義務アル者即チ官吏公吏又ハ官吏公吏タリシ者又ハ醫師藥商穩婆辯護士公證人神職僧侶等方其
身分上又ハ職業上黙秘スベキ事項ニ關スルコトキハ證言ヲ拒ムコトヲ得。但シ此等ノ者ト雖モ所屬ノ官廳又
ハ委託者ヨリ黙秘スベキ義務ヲ免除セラレタル時ハ此限ニアラズ。(第二百九十八條第一號及第二號第二
百九十九條末項及第二百九十條)

(ハ) 問ニ就テノ答辯ガ證人又ハ親族雇人等ノ耻辱ニ歸スルカ若クハ刑事上ノ訴追ヲ招クノ恐れアル時、又
ハ直接ニ財産權上ノ損害ヲ生ゼシムベキトキ及ビ證人ガ其技術又ハ職業ノ秘ヲ公ケニスルニアラザレバ答
辯スルコト能ハザルトキハ證人ハ答辯ヲ拒絕スルノ權ヲ有ス。但シ單ニ財産權上ノ損害ヲ生ズル場合ニア
リテハ其事ノ家族ノ出產婚姻死亡其他家族ノ關係ヨリ生ズル權利關係ニ就テハ此限ニアラズ。(第二百九十
八條第三號第四號及第五號並ニ第二百九十九條)

三 宣誓ノ義務 證言ノ義務ハ最後ニ宣誓ノ義務ヲ包含ス。各證人ハ皆宣誓ヲ爲スノ義務ヲ有スベク又法律上
ノ理由ニ依リ宣誓ヲ爲サザルトキハ法律ハ單ニ參考ノ爲メニ之ヲ訊問スルコトヲ得ベキモノトセリ。參考ハ
一ノ證據ニアラザルモ他ノ證據ノ眞偽ノ決定ヲ助成スベキ材料タルコトヲ得。(第三百七條第三百九條及第三

百十條)

〔第三〕 證言ノ義務ノ履行ニ關スル手續ニ於テハ裁判官ヲシテ一切ノ責任ニ當ラシムルヲ以テ原則トス。

一 證人ノ不參ノ罰金ノ制裁及ビ證言義務ノ拒絕ノ當否ノ決定ハ受訴裁判所ニ屬スル權限トス。然レドモ官吏
公吏ガ職務上黙秘スルノ義務ヲ理由トスル證言拒絕ノ當否ハ所屬廳又ハ最後ノ所屬廳之ヲ裁定シ又豫備後備
ノ軍籍ニアラザル軍人軍屬ニ對スル罰金ノ言渡及ビ執行ハ軍事裁判所又ハ所屬ノ長官之ヲ實行シ、而シテ又
受命判事又ハ受託判事モ亦其受命若クハ受託ノ範圍内ニ於テハ受訴裁判所ト同一ノ權ヲ有スレドモ當事者ヨ
リ申出デタル問ヲ發スルコトヲ拒ムトキハ其當否ハ受訴裁判所ニ於テ裁判スベキモノトス。(第二百九十四條
末項第三百一條第一項及第三百十九條第一項乃至第三項)

二 證言ノ拒絕ノ當否ニ就テノ爭ハ證人ト裁判官トノ間ニ於ケル爭ニシテ證人ト當事者トノ間ニ於ケルモノニア
ラズ。故ニ證人ニシテ證言ヲ拒ムトキハ裁判所ハ先ヅ當事者ヲ審訊シタル後決定ヲ以テ其爭ヲ裁判シ且ツ此
決定ニ對シテハ即時抗拒ヲ爲スコトヲ得ベキモノトス。然レドモ證人ヲ申立テタル原告若クハ被告ハ其訊問
ノ開始マデハ此證據方法ヲ拋棄スルコトヲ得ベク又訊問開始後ハ相手方ノ承諾ヲ得テ之ヲ拋棄スルコトヲ得
ベキヲ以テ當事者ノ一方ガ此證據方法ヲ拋棄スルコトニ就キ他ノ一方ガ反對ヲ申立テタルトキハ證言拒絕ニ
關スル爭ハ參加ト同一ノ原理ニ依リ當事者ト證人トノ爭トナルベシ。(第三百一條第一項乃至第三項第三百二
十條及第二百八十三條)

- 三 證言ヲ拒ム證人ハ其訊問ノ期日前ニ書面又ハ口頭ヲ以テ又ハ期日ニ於テ其拒絕ノ原因タル事實ヲ開示シ且之ヲ疏明セザルベカラズ。若シ原因ヲ開示セズトテ證言ヲ拒ミ又ハ開示シタル原因ノ棄却確定シタル後ニ之ヲ拒ミタルトキハ申立ヲ要セスシテ裁判所ハ決定ヲ以テ證人ニ對シ其拒絕ニ依リテ生ジタル費用及ビ四十圓以下ノ罰金ヲ言渡スベキモノトス。(第三百一條及第三百三條第一項)
- 四 證人ノ不參ガ正當ノ理由アルコトヲ後日ニ申請シタルトキハ裁判所ハ罰金及ビ賠償ノ決定ヲ取消スベク又前項ノ言渡ニ對シテハ抗告ヲ爲スコトヲ得。(第二百九十五條及第三百二條第二項)
- 五 證人ガ法律上證言ヲ拒絕スルノ權ヲ有スルモ權利ヲ行ハザルトキハ原告若クハ被告ハ其證人ヲ忌避スルコトヲ得。忌避ノ申請ハ書面又ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲シ裁判所ハ口頭辯論ヲ經ズシテ決定ヲ以テ之レヲ裁判ス而シテ此決定ニシテ忌避ノ原因ナシト宣言セラレタルモノナルトキハ原告若クハ被告ハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得。(第三百三條乃至第三百五條)

第三款 證人調ノ手續

一般ノ證據調ノ手續ニ就テハ已ニ前々章ニ之ヲ論述シタルヲ以テ左ニ證人調ニ特別ナル手續ヲ示サン。

- 〔第一〕 證人調ノ開始手續トシテノ人證申出ハ證人ヲ指名シ及ビ證人ノ受クベキ事實ヲ表示シテ之ヲ爲スベキモノトス。此表示ニ對シテハ相手方ハ答辯ノ表示ヲ爲シ又證人ノ許否ニ就キ妨訴ヲ呈出スルコトヲ得。(第二百九十一條)

〔第二〕 裁判所ハ呈出セラレタル證據方法ニ就キ特別手續ヲ必要トスルトキハ證據決定ヲ以テ其取調ヲ受命判事又ハ受託判事ニ委任シ又ハ外國官廳ニ囑託スルコトヲ得ルコト已ニ前章ニ於テ論述シタル所ノ如シ。

〔第三〕 證人ノ呼出狀ニハ第一證人及ビ當事者ノ表示、第二證據決定ノ旨趣ニ依リ訊問ヲ爲スベキ事實、第三證人ノ出頭スベキ場所及ビ日時、第四出頭セザルトキハ法律ニ依リ處罰スベキ旨、第五裁判所ノ名稱ヲ記載スベキモノトス。是等ノ諸件ヲ具ヘザル呼出ハ合式ノ呼出ニアラザルナリ(第二百九十二條及第二百九十四條第一項初句)。又其證人トシテ呼出スベキ者軍人軍屬ナル時ハ其所屬ノ長官又ハ隊長ニ之ヲ囑託シ若シ軍務上之ヲ許ス能ハザルトキハ其旨ヲ裁判所ニ通知シテ他ノ呼出期日ヲ定メ又官吏公吏等ニ係ルトキハ受訴裁判所ヨリ所屬ノ長官ニ其許可ヲ求ムベキモノトス。(第二百九十條及第二百九十三條)

〔第四〕 證人訊問ニ就テハ法律ハ左ノ規則ヲ設ケタリ。

- 一 數人ノ證人ヲ訊問スルトキハ個々ニ之ヲ訊問シ各證人ノ訊問ハ後ニ訊問スベキ證人ノ在ラザル場所ニ於テスルコトヲ要ス。(第三百十一條第一項)
- 二 證人訊問ハ證人ニ其氏名年齢身分職業及ビ住居ヲ問フヲ以テ始マリ、又必要ナル場合ニ於テハ其事件ニ於テ證言ノ信用ニ關スル事情殊ニ當事者トノ關係ニ就テノ問ヲ爲ス。(第三百十二條)
- 三 證人ニハ其訊問事項ニ就キ知りタルモノヲ牽連シテ供述セシメ又證人ノ供述ヲ明白及ビ完全ナラシメ且ツ其知り得タル原因ヲ穿鑿スル爲メ必要ナル場合ニ於テハ諸種ノ問ヲ發スベシ。

四 陪席判事モ亦裁判長ニ告ゲテ問ヲ發スルノ權ヲ有シ當事者モ亦裁判長ノ許可ヲ得テ問ヲ發スルコトヲ得。其許否ニ就テノ異議ハ裁判所直チニ之ヲ裁判ス（第三百十五條）。然レドモ證人ノ對質ハ證人ノ供述五ニ齟齬スルトキニ於テ之ヲ爲スコトヲ得。（第三百十一條第二項）

五 證人ノ供述ハ固ヨリ口頭ナルヲ要スルヲ以テ供述ニ換ヘテ書類ヲ朗讀シ其他覺書ヲ用キルコトヲ得ズト雖算數ノ關係ニ限リ覺書ヲ用キルコトヲ得。（第三百十四條）

〔第五〕 證人調ノ結了シタルトキハ本案ニ就テ口頭辯論ヲ續行スベキハ勿論ナリト雖モ裁判所ガ再訊問ヲ必要トスルトキハ再訊問ヲ命ズルコトヲ得。就中第一證人訊問ガ法律上ノ規定ニ違ヒタルトキ、第二證人訊問ノ完全ナラザルトキ、第三證人ノ供述ガ明白ナラズ又ハ兩義ニ涉ルトキ、第四證人ガ其供述ノ補充又ハ更正ヲ申立ツルトキニ於テハ再訊問ヲ命ズルコトヲ得。（第三百十七條）

第二節 書證

第一款 書證ノ本義及ビ種類

廣義ニ於テハ書證トハ生アルモノト生ナキモノトヲ問ハズ一切ノ有形的物體ニシテ其痕跡ガ看者ニ對シテ吾人ハ了知ヲ傳通スルノ用ニ供セラルベキ活動ヲ提供スル所ノモノヲ謂フ。其吾人ニ提供スルニ此活動ヲ以テスル所ハ、者ハ則チ單ニ吾人ノ眼光ニ觸ル、所ノ他ノ物體ト異ナル所以ナリ。故ニ此廣義ニ於ケル書證ハ紋、印章、貨幣、目標、圖書、偶像、紀念碑、刻符等ヲ包含スベク其生アル物體ニ就テハ所有者ノ符號アル動物ノ如キモ亦之

ヲ書證ト謂フコトヲ得ベシ（第三百五十六條）。然レドモ一般ニ書證ト謂フトキハ主トシテ其目的トスル了知ヲ傳スルノ手段タル文字ヲ以テスル書類ヲ指示ス之ヲ狹義ノ書證ト謂フ。然レドモ其文字ノ認メラレタル物體ノ何物タルヲ問ハズ或ハ紙、皮、石若クハ金屬タルコトヲ得ベク、又文字ニ依リテ其上ニ記サレタル活動ノ如何ナルモノタルヲ問ハズ或ハ手書、印刷、石版筆摺版等ナルコトヲ得ベシ。

狹義ニ於ケル書證ハ左ノ如ク之ヲ區別スルコトヲ得。

第一 公證書及ビ私證書 ノ區別ハ證書認人ノ公人タルト私人タルトニ依ルノ區別ナリ、公證書トハ官廳公署又ハ其委任ヲ受ケタル官吏公吏ガ其資格及ビ其權限内ニ於テ一定ノ式ニ從ヒ認メタル證書ヲ謂ヒ私證書トハ私人ノ隨意ニ認メタル證書ヲ謂フ。就中公證人ノ認メタルモノヲ公正證書ト謂ヒ然ラザルモノヲ私署證書ト謂フ

第二 原本及ビ謄本 ノ區別ハ同等ノ事項ヲ包含スル證書ノ相互ノ關係ニ基ク區別トス。原本トハ其目的ノ爲メニ作リタル證書自身ヲ謂ヒ、謄本トハ原本ノ包含スル事項ヲ再出セル證書ヲ謂フ。此謄本モ亦形式上左ノ數種アリ。

(イ) 正本 ハ法律上ニ職權アル者ガ法律ノ規定ニ從ヒ作リタル謄本ニシテ法律上當然原本ヲ代表スルノ効力アリトス。設例ヘバ第二百三十七條ノ判決書ハ一ノ原本ナレドモ、第二百三十八條ノ判決書ハ裁判所書記ノ作リタル正本ナリ。

(ロ) 認證セラレタル謄本 即チ信實ヲ認證スルノ權アル官吏公吏ノ真正ヲ證明セル謄本ナリ。第三百三十七條

ノ謄本ノ如キ是レナリ。

(ハ) 單純ノ謄本 ハ證人ノ有無ヲ問ハズ凡テ私人ノ作爲セル謄本トス。

第三 原本ハ又之ヲ其稿本ト區別セザルベカラズ。稿本ハ仍ホ改良ヲ要スベキ不定ノ書類タリ、稿本ニシテ完全不定トナルニアラザレバ未ダ原本タルコトヲ得ズト雖モ其原本タルコトヲ證明スル者ハ判決書等ニ於テハ通常判事ノ署名捺印トス

第二款 證書ノ證據力

證書ノ證據力ハ證據方法トシテ其證書ノ真正ナルト否ト及ビ裁判官ガ之ヲ證明ノ原因トシテ利用スル程度如何トニ關係ス。證書ノ真正ニ關スル者ヲ證書ノ形式的證據力ト謂ヒ、其利用ノ程度ニ關スルモノヲ證書ノ實質的證據力ト謂フ。

〔第一〕 原本ニ就キテ證書ノ真正トハ其證書ヲ舉證者ガ主張スル證書名前人ガ認メタル證書タルノ謂ナリ。證書名前人トハ證書ニ包含セラレタル了知ヲ證書ニ依リテ看者ニ傳通セント欲シタル者ヲ謂フ。故ニ證書名前人ナルモノハ必ず證書ニ其氏名ヲ記スルモノト否ラザルモノト問ハズ又名前人ガ自ラ證書ヲ記載シタルト又其一部分ノミヲ記載セルト否ト問ハザルナリ。然レドモ若シ名前人ニシテ全然他人若クハ其純然タル機關タル第三者ヲシテ證書ヲ認メシメタルトキ設例ヘバ他人ヲシテ口述スル所ヲ筆記セシメタル書類又ハ到達シタル電報ハ如キモ亦之ヲ其名前人ノ證書ト謂フベキカ。此點ニ就テハ學者ノ間多少ノ疑問ニ屬スル所ナレドモ證據力ノ

證明ニ關シテハ此間ニ對シテ素ヨリ之ヲ然リト答ヘザルヲ得ズ。何トナレバ證書ノ名前人ニシテ是等ノ證ニ以テ其了知ヲ他人ニ傳傳セント欲シタル事實ニシテ真正ナル以上ハ實質的ノ證據力ニ於テハ證書名前人ガ自ラ之ヲ認メタルト他人ヲシテ之ヲ爲サシメタルトハ毫モ其區別アルベキモノニアラザレバナリ。然レドモ其形式的眞實即チ證書自身ノ眞偽ニ就テハ不知ノ陳述ヲ許サマルノ規定及ビ手跡ノ對照ニ關スル規定ヲ適用スルコトヲ得ズ。(第百一十一條及第三百五十三條)

〔第二〕 證書ノ真正ニ就テノ争若クハ疑義ハ第二百十七條ノ規定ニ從ヒ裁判官ガ心證ヲ以テ之ヲ判定スル所ナレドモ私書證書ノ眞否ニ就テハ裁判所ハ申立ニ依リ檢眞ヲ爲シ總テノ證據方法及ビ手跡若クハ印章ヲ對照シ因テ之ヲ判定ス。而シテ此場合ニ於テモ亦裁判所ハ手跡若クハ印章對照ノ結果ニ就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ノ外他ニ其方法ナシ。此檢眞ヲ爲サンガ爲メニハ當事者ハ裁判所ノ定ムル期限内ニ手跡若クハ印章ヲ對照スルニ適當ナル書類ヲ提出スルコトヲ要シ又裁判所ハ眞正ナリトノ自白又ハ證明アリタル適當ノ對照書類ナキトキハ對照ノ爲メ裁判所ニ於テ一定ノ語辭ノ手記ヲ命ズルコトヲ得ベシ。而シテ原告若クハ被告ガ裁判所ノ定メタル期間内ニ對照書類ヲ提出セザルトキ、又ハ對照スベキ語辭ヲ手記スベキ命ニ對シ充分ノ理由ナクシテ之ニ從ハザルトキ又ハ書様ヲ變ジテ手記シタルトキハ證書ノ眞否ニ就テノ相手方ノ主張ハ其他ノ證據ヲ要セズシテ之ヲ眞正ナリト看做スコトヲ得。(第三百五十二條及第三百五十三條)

〔第三〕 公正證書又は檢眞ヲ經タル私署證書ニ就テモ亦其偽造若クハ變造ナルコトヲ主張シ其眞否ヲ確定センコトヲ申立ツルコトヲ得レドモ公正證書ノ偽造若クハ變造ナルコトヲ眞實ニ反キテ主張シタル原告若クハ被告ニ惡意若クハ重過失ノ責アルトキハ裁判所ハ五十圓以下ノ過料ヲ言渡シ其私署證書ニ係ルモノハ二十圓以下ノ過料ヲ言渡ス。(第三百五十一條及第三百五十五條)

謄本ハ之ヲ原本ニ比スレバ其證據力ノ甚ダ微弱ナル者ナルヲ以テ正本ノ外原本ニ換フルニ謄本ヲ以テスルトキハ其眞正ニ就テノ證據力ハ殆ンド絶無ナリ。故ニ私署證書ハ原本ヲ以テ之ヲ提出スルヲ可ナリトスレドモ若シ當事者ガ未ダ呈出セザル原本ノ眞正ニ就キ一致シ只ダ其證據ノ實質的効力又ハ解釋ニ就テノミノ争ヲ爲ストキハ謄本ヲ呈出スルノミヲ以テ足ルベシ。然レドモ裁判所ハ職權ヲ以テ舉證者ニ原本ノ提出ヲ命ズルコトヲ得ベク若シ此命ニ從ハザルトキハ裁判所ハ心證ヲ以テ謄本ニ如何ナル證據力ヲ付スベキヤ否ヲ裁判ス。蓋シ裁判所ガ職權上此命令ヲ發スルノ權アル所以ハ主トシテ證書ノ形式的眞實ヲ疑ヒ當事者ニ於テ之ヲ争ハザルモ或ハ偽造變造ニ係ルモノヲ保庇スルコトアルベキニ依レリ(第三百四十九條第二項及第三項)。然レドモ公正證書ハ正本又ハ認證ヲ受ケタル謄本ヲ以テ之ヲ提出スルコトヲ得。但シ裁判所ハ舉證者ニ正本ノ提出ヲ命ズルコトヲ得ベク、又其命ニ從ハザル場合ニ於ケル裁判所ノ處分ハ前ニ論述シタル私署證書ノ場合ニ同ジ。(第三百四十九條第一項)

第三款 證書提出ノ義務

證書提出ノ義務ハ證書ノ義務ト異ニシテ何人モ公法的義務トシテ之ヲ有スルモノニアラズ。法律ハ唯ダ或ル特

別ナル場合ニ於テノミ此義務ヲ認メタリ。(第三百三十六條第三百四十三條及第三百四十六條第三項)

〔第一〕 已ニ提起セラレタル訴訟ニ於テ證書ノ所持者ガ之ヲ提出スルノ義務ヲ負擔スル原因左ノ如シ。

一 舉證者ガ民法ノ規定ニ從ヒ訴訟外ニ於テモ證書ノ引渡又ハ其提出ヲ求ムルコトヲ得ルトキ。設例ヘバ證書ガ舉證者ノ所有ニ係ルカ又ハ證書ノ所持者ト之ヲ共有スルカ又ハ證書ノ所持者トノ契約ニ依リテ舉證者ガ證書ヲ返却スルノ義務アル場合等現ニ起リタル訴訟以外ニ於テ舉證者ガ證書ノ引渡又ハ提出ヲ求ムルノ權利アルトキノ如シ。(第三百三十六條第一號)

二 證書ガ其旨趣ニ因リ舉證者及ビ相手方ニ共通ナルトキ。設例ヘバ一方ノミノ差入レタルモノト雙方相互ニ取換セタルモノトヲ問ハズ一切ノ契約證書ノ如キハ相互ノ權利關係ヲ包含スル證書ナルヲ以テ雙方相互ニ取換セタル場合ニ在リテハ相互ニ其證書ノ提出ヲ要求スルコトヲ得ベシ。當事者ニ共通ナル裁判言渡其他官廳ノ命令其他相互ノ取引ヲ記録シタル商業帳簿ノ如キ亦然リトス。然レドモ所持者一己ノ計算ノミヲ記載シタル帳簿日記ノ如キハ共通ノ性質ナキヲ以テ此種ノ證書ニアラザルナリ。(第三百三十六條第二號)

〔第二〕 官廳若クハ公吏ハ證書提出ニ就テハ特大ナル權利ヲモ有セザレバ又特ニ重キ義務ヲモ負擔スルコトナシ。第三者ニ就テモ亦然リト雖モ第三者ハ權利上ノ利害ヲ疏明シタルトキニアラザレバ訴訟記録ヲ閱覽シ又ハ其抄本謄本ノ下付ヲ乞フコトヲ得ズ。(第三百四十六條第三項、第三百四十三條及第三百二十四條第二項)

〔第三〕 訴訟ニ於ケル相手方モ亦證書提出ニ就キ一般ニ特ニ重大ナル義務ヲ有スルコトナシト雖モ亦變例ナキニ

アラス。即チ相手方ハ其手ニ存スル證書ガ其訴訟ニ於テ舉證ノ爲メ引用シタルモノナルトキハ準備書面中ニミ引用シタルモノト口頭辯論中ニ引用シタルモノトヲ問ハズ之ヲ提出スルノ義務ヲ有スルノ一事トス。(第三百三十七條)

〔第四〕 證書提出ノ義務ハ受訴裁判所ノ口頭辯論又ハ受訴裁判所ノ命ニ依リ受命判事若クハ受託判事ノ面前ニ證書ヲ提出スルノ義務ナリ。故ニ此證書ノ提出ハ探證ノ目的ニ出ヅルヲ以テ其義務ハ又裁判所及ビ當事者ヲシテ之ヲ看觀セシメ又ハ其謄本ヲ記録ニ留メシムルノ義務ヲ包含スベシ。而シテ其提出シタル證書ハ直ニ之ヲ還付スベキモノトス。然レドモ證書ノ偽造又ハ變造ナリトノ争アルトキハ檢事ノ意見ヲ聽キタル後ニ非ザレバ之ヲ還付スルコトヲ得ズ。(第三百五十四條)

〔第五〕 證書ノ所持者ニ對シ證書ノ提出ヲ強制スルノ方法ニアリ。即チ左ノ如シ、

第一方法 ハ獨立ナル證書提出ノ訴訟方法ナリ。即チ舉證者ガ民法ノ規定ニ從ヒ證書ノ所持者ニ對シテ其證書ノ提出ヲ要求スルコトヲ得ル場合ニ於テ獨立ナル訴ニ依リ其提出ヲ要求スルニ在リ其所持者ノ相手方ナルト
第三者ナルトハ素ヨリ問フ所ニアラザルナリ。(第三百三十六條第一號第三百四十二條第三百四十五條及第三百四十六條末項)

第二方法 ハ證書提出ニ關スル中間手續ニ依リ證書ノ所持者ニ對シテ其義務ヲ履行セシムルニ在リ。故ニ第三百四十三條ノ場合ト雖モ第三百三十六條第二號ノ原因ニ基ク提出義務ハ第一方法ニ依リテ之ヲ履行スルコト

ヲ得ザルナリ。即チ、

(イ) 證書提出ノ中間手續ハ本案ニ就テノ訴ノ繫屬中ナルヲ必要トシ又受訴裁判所ガ證書ニ依リ證スベキ事實ノ重要ニシテ且其形式モ亦正當ナリト認メタルコトヲ要ス。否ラズンバ本訴訟ノ相手方又ハ第三者ハ證書提出義務ニ就テノ争ニ關與スルノ義務ナシ。(第三百三十九條前段及第三百四十五條)

(ロ) 右ノ中間ノ争ハ受訴裁判所ニ於テ之ヲ管轄裁判スレドモ第三者ヲシテ強テ其所持スル證書ヲ提出セシムルノ訴ハ第三者ノ裁判籍ヲ有スル裁判所ニ於テ之ヲ管轄ス。(第三百四十三條後段)

(ハ) 受訴裁判所ノ口頭辯論ニ於テハ舉證者ハ提出ヲ要求スル證書及ビ證スベキ事實ヲ表示シ並ニ證書ノ旨趣ヲ申立テ又證書ガ相手方ノ手ニ存スル理由及ビ證書提出義務ノ原因ヲ表示セザルベカラズ。然ルトキハ相手方ハ申立ノ不充分、提出義務ノ原因ノ虛無等ヲ以テ其答辯ヲ爲スベシ。(第三百三十八條)

(ニ) 相手方ガ證書ヲ所持セザル旨ヲ申立ツルトキハ其申立ノ眞否ヲ定メ又ハ證書ノ所在ヲ穿鑿シ又ハ故意ニ證書ヲ隱匿シ若クハ使用ニ耐エザラシメタルヤ否ヲ穿鑿スル爲メ裁判所ハ相手方本人ヲ訊問スベシ。若シ相手方ガ官廳ナルトキハ長官ノ證明書ヲ以テ訊問ニ換フ。(第三百四十條)

(ホ) 相手方ガ證書ノ其手ニ存スルコトヲ自白スル時又ハ申立ニ對シ陳述セザルトキハ證據決定ヲ以テ證書ノ提出ヲ命ズベキモノトス(第三百三十九條後段)。相手方ニシテ若シ其命ニ從ハズ又ハ訊問ヲ受ケテ供述ヲ拒ミ又ハ故意ニ證書ヲ隱匿シ若クハ使用ニ堪エザラシメタルコトノ明確ナルトキハ舉證者ノ差出シタル

證書ノ謄本ヲ正當ナルモノト看做シ、若シ謄本ヲ差出サマルトキハ裁判所ハ其意見ヲ以テ證書ノ性質及ビ旨趣ニ就キ舉證者ノ主張ヲ正當ナリト認ムルコトヲ得ベシ。其相手方ガ官廳ニシテ期限内ニ證明書ヲ差出サマル場合モ亦同ジ。(第三百四十一條及第三百四十條末項後段)

舉證者ノ使用セントスル證書ガ第三者ノ手中ニ存スルトキハ其證書ノ相手方ノ手中ニ存スル場合ニ準ジ證書取寄ノ爲メニ要スル期間ヲ定メテ其申立ヲ爲スコトヲ要シ、殊ニ證書ニ依リテ證スベキ事實ノ重要ナルコトヲ要ス。而シテ裁判所ニシテ其申立ヲ適當トスルトキハ證書提出ノ期間ヲ決定ス。然レドモ第三百四十三條後段ノ場合ニ於ケル第三者ニ對スル訴訟ガ完結シタルトキ又ハ舉證者ガ訴ノ提起訴訟ノ繼續又ハ強制執行ヲ遅延シタルトキハ此期間ノ滿了前ト雖モ訴訟手續ノ繼續ヲ申立ツルコトヲ得(第三百四十二條乃至第三百四十五條)。舉證者ノ使用セントスル證書ガ官廳又ハ公吏ノ手中ニ存スルトキ亦同ジ。(第三百四十六條)

第四款 書證ノ手續

書證手續ニ就テハ法律ハ書證手續ノ開始ニ就キ其證書ガ舉證者、相手方、第三者若クハ官廳公吏ノ手中ニ存在スル場合ニ應ジテ四様ノ方式ヲ認メタリ。

〔第一〕 證書ガ舉證者ノ手中ニ在ルトキハ書證ノ申出ハ受訴裁判所ノ口頭辯論ニ於テ證書自身ヲ提出シテ之ヲ爲ス。若シ口頭辯論ノ際其證書ヲ提出スルニ於テハ毀損若クハ紛失ノ恐アルトキ又ハ他ノ顯著ナル障礙アルトキ

ハ受訴裁判所ハ受命判事又ハ受託判事ノ面前ニ證書ヲ提出スベキ旨ヲ命ズルコトヲ得。然ルトキハ受命判事又ハ受託判事ハ證書ノ明細書及ビ其謄本ヲ調査ニ添附シ又證書ノ一分ノミ必要ナルトキハ第一百七條第二項ノ規定ニ從ヒ作りタル抄本ヲ之ニ添附スベキモノトス(第三百三十四條及第三百四十八條)。又舉證者ハ證書ヲ提出シタル後ハ相手方ノ承諾ナクシテ此證據方法ヲ拋棄スルコトヲ得ズ。(第三百五十條)

〔第二〕 證書ガ相手方ノ手中ニ存スルトキハ舉證者ハ其要件ヲ表示シテ第三者ニ證書ノ提出ヲ命ゼラレンコトヲ申立テザルベカラズ。(第三百三十五條及第三百三十八條)

〔第三〕 證書ガ第三者ノ手中ニ存スルトキハ其第三者ハ一私人タルト又ハ書類ノ送付ヲ拒ム所ノ公人タルトハ問ハズ舉證者ハ證書ヲ取寄スル爲メノ期限ヲ定メテ申出ヲ爲スコト前項ノ如クナルベシ。(第三百四十三條第三項、第四十四條及第三百四十六條末項)

〔第四〕 證書ガ官廳又ハ公吏ノ手中ニ存シ而シテ當事者ガ法律上ノ規定ニ從ヒ裁判所ノ助力ナクシテ取寄スルコトヲ得ザルモノナルトキハ舉證者ハ證書、證明スベキ事實、官廳又ハ公吏ヲ表示シテ其送付ヲ官廳ニ囑託セラレンコトヲ申出デザルベカラズ。(第三百四十六條)

〔第五〕 證據決定ヲ爲シタル後第三百四十二條及ビ第三百四十六條ニ從ヒ書證ヲ申出デタル場合ニ於テ、證書取寄ノ手續ノ爲メニ訴訟ノ完結ヲ遅延スルニ至ルベク且裁判所ニ於テ原告若クハ被告ガ訴訟ヲ遅延スルノ故意ヲ以テ又ハ甚シキ怠慢ニ因リ書證ヲ早ク申出デザリシコトノ心證ヲ得タルトキハ申立ニ依リ其書證ノ申出ヲ却下

ス。(第三百四十七條)

第三節 檢證

第一款 檢證ノ本義

檢證トハ證明セラルベキ事實ニ就キ裁判官ガ直接ニ自ラ其感覺スル所ニ依リテ其眞偽ヲ認識スルヲ謂フ。故ニ其檢證スベキ物體ハ生アルモノト生ナキモノトヲ問ハズ一切ノ有形ナル物體ニシテ裁判官ノ認識ヲ提起スル所ノモノヲ包含ス。而シテ實質的證據制度ニ於テハ書證モ亦檢證ノ一種タルコト明白ナレドモ法律上特ニ檢證ナル別種ノ證據方法ヲ認ムル以上ハ所謂檢證ノ物體ナル者ハ書證中ニ包含セラレザル一切ノモノヲ指示スルモノトセザルヲ得ズ。然レドモ法律ハ檢證ニ就キ特ニ檢證スベキ物體ノ提出義務ナルモノヲ認ムルコト書證ニ於ケルガ如クナラザルヲ以テ法律ガ書證ニ就キ其提出義務ヲ認ムベキ場合ニ在リテハ書證ノ物體タルコトヲ得ベキモノハ同時ニ檢證ノ物體タルコトヲ得ベキモノトセザルヲ得ズ。

第二款 檢證ノ證據力

檢證ニ係ル物體即チ檢證物ノ證據力ハ左ノ如シ。

〔第一〕 檢證セラレタル物體即チ檢證物ノ證據力ハ其物體ノ眞正ナルト否ト即チ其物體ガ眞ニ舉證者ノ表示スル物體ニ相違ナキヤ否ニ關係ス。設例ヘバ舉證者ガ買取りタル物體若クハ毀損シタル物體ト主張スルモノハ眞ニ等ニ係ル物體ナルヤ否ヲ定ムルハ其物體ノ眞正ナルト否トヲ定ムルナリ。故ニ第二百二十九條ガ不知ノ陳述ヲ許

サズトスル原則ハ茲ニ適用セラル、コトナク又相手方ガ此眞實ヲ拒ムトキハ舉證者ハ必ズ之ヲ證明スルコトヲ要ス。

〔第二〕 檢證物ノ證據力ハ證明セラルベキ事實ノ眞偽ニ就キ裁判官ガ其認識ヲ定ムル爲メニ之ヲ利用スル程度如何ニ關ス。證書ニ就テ之ヲ謂ヘバ即チ其實質的證據力ナリ。

右兩種ノ効力ヲ定ムルニ就テハ裁判官ハ鑑定人ノ意見ヲ應クコトヲ得。

第三款 檢證手續

檢證ノ申出ハ檢證物ヲ表示シ及ビ證スベキ事實ヲ開示シテ之ヲ爲ス。(第三百五十七條)

受訴裁判所ハ檢證ヲ爲スニ際シ鑑定人ノ立會ヲ命ジ又ハ檢證及ビ鑑定人ノ任命ヲ其部員一名ニ命ジ若クハ區裁判所ニ囑托スルコトヲ得。(第三百五十八條)

檢證ヲ爲スノ際發見シタル事項ハ調書ニ記載シテ之ヲ明確ナラシムルヲ要ス。

第四節 鑑定

第一款 鑑定ノ本義及ビ證據力

古代ニ在リテハ鑑定人ヲ證人ノ一種ト爲シ從テ之ヲ當事者ノ手中ニ一任セル證據方法トナシタリシガ近世ニ於テハ鑑定人ハ其特別ノ技能ニ基キタル意見ヲ以テ裁判官ヲ補助スル者ト爲シ從テ之ヲ裁判官ノ手中ニ存スル證明方法トスルニ至レリ。然レドモ我訴訟法ハ依然鑑定人ヲ以テ當事者ノ手中ニ存スル證據方法ト爲シタルハ第二百

十三條及び第三百二十二條ノ規定ニ照シテ明白疑ナク只鑑定ニ就テハ別段ノ規定アル者ヲ除クノ外悉ク人證ニ就テノ規定ヲ準用スベキモノト定メタリ。然レドモ其所謂別段ノ規定ナルモノハ主トシテ鑑定人ヲ以テ裁判官ノ手中ニ存スベキ證明方法ト爲スノ目的ニ出デ殊ニ檢證ト等シク裁判所ハ職權ヲ以テ鑑定ヲ命ズルコトヲ得ベキモノトセルハ其實跡ニ於テ殆ド近世ノ法理ヲ採用セルモノナルヲ知ルニ足ルベシ。(第一百十七條)

鑑定人ハ其特別ナル技術智識ニ基キ證明セラルベキ材料ヲ裁判官ニ陳述スル所ノ第三者ナリ。此意ニ於テハ證人ノ場合ト等シク當事者及ビ裁判官モ亦鑑定人タルコトヲ得ズ(第三十二條第三號)ト雖モ所謂鑑定人ノ鑑定ナルモノハ鑑定人ノ技術ニ基ク意見ニシテ夫ノ證人ノ證言ニ於ケルガ如ク決シテ其見聞セル過去ノ事實ヲ陳述スルモノニアラズ。故ニ苟モ過去ノ事實ナランニハ之ヲ實驗スルニ特種ノ智識ヲ有スル者(設例ヘバ醫師穩婆)ヲ要セシ場合ト雖モ仍ホ之ヲ證言トセザルヲ得ズ。(第三百三十三條)

鑑定ノ證據力ハ證明セラルベキ當事者ノ事實上ノ主張ノ眞偽ニ就キ裁判官ノ認識ヲ形成スル影響ノ程度如何ニ關ス。蓋シ鑑定モ亦證言ト等シク實質的證據制度ノ原則ニ支配セラレ裁判官ハ必ズシモ鑑定ヲ採用スルコトヲ要セザルナリ。裁判官ハ裁判官ノ認識ヲ以テ裁判ヲ下スベキ者ニシテ決シテ裁判權ノ幾分ヲ以テ鑑定人ニ附與シタル者ニアラズ。夫ノ鑑定人ヲ以テ裁判官ヲ補助スル者ト爲スモ其意ハ只裁判官ノ認識ノ形成上鑑定ノ材料ヲ供給スルニ在リテ裁判權自身ノ一分ヲ補充スルモノニアラズ。故ニ鑑定人ノ一身上ノ信用、鑑定自身ノ信據力ニ關シテ裁判官ノ宜シク考察スベキ事項モ亦證人ニ就テ論述シタル原理ヲ準用スルコトヲ得。

第二款 鑑定ノ義務

鑑定ノ義務モ亦證言ノ義務ト等シク公法的義務ニシテ鑑定人ハ國庫ニ對シ日當旅費ハ勿論其立替金ノ辨濟ヲモ請求スルコトヲ得ベシ。(第三百三十二條)

左ニ掲グル者ヲ以テ鑑定ヲ爲スノ義務アル者ト爲ス。(第三百二十六條)

第一 必要ナル種類ノ鑑定ヲ爲ス爲メニ公ニ任命セラレタル者、設例ヘバ豫メ任ゼラレタル裁判醫又ハ古物鑑定人。

第二 鑑定ヲ爲スニ必要ナル學術技藝若クハ職業ニ常ニ從事スル者又ハ學術、技藝若クハ職業ニ從事スル爲メニ公ニ任命セラレ若クハ授權セラレタル者、設例ヘバ彫刻師又ハ警察醫。

第三 右ノ外鑑定ヲ爲スベキ旨ヲ裁判所ニ於テ述べタル者ハ一般ニ鑑定人タル義務ナキ者ト雖モ該事件ニ就キ鑑定ヲ爲スベキ義務アルモノトス鑑定ヲ爲スノ義務ハ鑑定ヲ爲シ鑑定ノ爲メニ出頭シ及ビ鑑定ヲ爲ス前ニ宣誓ヲ爲スノ義務トス。然レドモ鑑定人ハ證人ガ證言ヲ拒ムコトヲ得ルト同一ノ原理ニ依リ鑑定ヲ拒ムノ權利ヲ有シ又官吏公吏ハ其所屬廳ニ於テ異議アルトキハ之ヲ鑑定人トシテ訊問スルコトヲ得ザルモノトス。若シ是等ノ場合ノ外鑑定人其義務ニ反キタルトキハ證言義務ノ違反ト同一ナル法律上ノ制裁ヲ科ス。但シ鑑定人ハ證人ト異ニシテ單ニ技術上ノ意見ヲ開陳セシムルモノナルヲ以テ證人ノ如ク他人ヲ以テ之ニ代ハラシムルコトヲ得ザルモノニアラズ故ニ鑑定人ハ之ヲ拘引スルノ必要ナシ。(第三百二十七條乃至第三百二十九條)

第三款 鑑定手續

鑑定手續モ亦略ボ人證手續ト相似タレドモ鑑定人ハ寧ロ裁判官ノ手中ニ存スル證據方法タルノ性質ヨリシテ左ノ差異ヲ發生ス。

一 當事者ガ鑑定ヲ申出ヅル場合ニ在リテハ、其申出ハ唯ダ鑑定スベキ事項ヲ表示スルヲ以テ足ル。何トナレバ鑑定ハ或ル一定ノ事實ヲ證言スルモノニアラズシテ、單ニ何人ヲ問ハズ我技倆ヲ有スル者ノ意見ヲ徵スルニ過ギザレバ、鑑定ノ申出ハ其事實及ビ鑑定人ヲ表示スルノ必要ナケレバナリ。然レドモ裁判所ハ鑑定人トシテ訊問ヲ受クルニ適當ナル者ヲ指名スベキ旨ヲ、當事者ニ催告スルコトヲ得。(第三百二十三條及第三百二十四條第二項)

二 立會フベキ鑑定人ノ選定及ビ其員數ノ指定ハ受訴裁判所之レヲ爲ス。裁判所ハ鑑定ノ任命ヲ一人マデニ制限シ、又何時ニテモ既ニ任命シタル者ニ代ヘ他ノ鑑定人ヲ任命スルコトヲ得ベシ。然レドモ當事者ガ一定ノ者ヲ鑑定人ニ爲スコトヲ合意シタルトキハ裁判所ハ其合意ニ從ハザルベカラズト雖モ、其員數ニ至リテハ裁判所ハ之レニ一定ノ制限ヲ設クルコトヲ得(第三百二十四條初項及末項)又外國ノ書類又ハ產物ノ審査ヲ要スル場合ニ於テ必要ナル能力ヲ有スル本邦人ノ在ラザルトキハ、裁判所ハ外國人ヲ鑑定人ニ命ズルコトヲ得。(第三百二十五條)

三 鑑定人ノ意見ハ口頭又ハ書面ヲ以テ之ヲ述ブルコトヲ得ベク、又數名ノ鑑定人ヲ訊問スベキ場合ニ於テ各々意見ヲ異ニスルトキハ共同ヲ以テ鑑定書ヲ作ラシメ、又ハ各別ニ之ヲ作ラシムルコトヲ得ベシ。又口頭辯論ノ際鑑定人ハ總員又ハ一名ニ於テ鑑定書ヲ説明スルコトヲ得ベク、又鑑定ノ結果ガ不十分ナルトキハ同一若シクハ他ノ鑑定人ヲシテ再鑑定ヲ爲サシムルモ自由ナリ、是レ人證ノ場合ト大ニ異ナル所ナリ。而シテ右等ノ問題ヲ決スルハ受訴裁判所ノ意見ヲ以テ定ムベキ權内ニ屬スト雖モ、受訴裁判所ハ鑑定人ノ任命ヲ受命判事又ハ受託判事ニ委任スルコトヲ得。(第三百三十條及第三百三十一條)

第五節 當事者本人ノ訊問

第一款 本人訊問ノ本義

當事者本人トハ訴訟ノ原告被告若クハ參加ノ本人ヲ謂フ。而シテ其本人ニシテ無能力者ナル時ハ裁判所ハ無能力者ナル本人若クハ法律上代理人ヲ訊問スルコトヲ得ベク、又法律上代理人ニシテ數人アルトキハ裁判所ハ數人又ハ其中ノ一人ヲ訊問スルコトヲ得ベシ(第三百六十四條)。而シテ當事者本人ノ訊問ハ當事者ノ提出シタル證據ノ結果ガ事實ノ眞否ニ就キ裁判所ガ心證ヲ得ルニ足ラザルトキニ於テ始メテ之ヲ爲スコトヲ得。故ニ本人訊問ハ當初ヨリ證據方法トシテ之ヲ申立ツルコトヲ得ズ。(第三百六十條)

當事者本人ノ訊問ハ其性質上檢證ノ一種ナリ、故ニ檢證ノ物體タルベキモノハ書證ノ物體ヲ除キタル他ノ物體タラザルベカラザルハ已ニ本章第三節ニ論述シタル所ノ如クナレドモ檢證ノ物體中ヨリ生アル物體ニ就キ更ニ本人訊問ノ物體タル當事者本人ヲ除カザルベカラズ。故ニ本人訊問ハ證言義務ノ如ク公法的義務ニアラズ又人證ニ

於ケルガ如ク本人ハ宣誓ヲ爲スノ義務アルナシ。

第二款 本人訊問ノ證據力

前款ニ於テ論述スルガ如ク本人訊問ハ檢證ノ一種ナルヲ以テ其證據力ハ檢證ノ證據力ト同一ナレバ今茲ニ之ヲ再述スルノ要ナシト雖モ本人ハ一ノ當事者ナレバ其陳述ハ實質上或ハ自白ト同一ノ効ヲ有スル場合アルベシト雖モ形式上必ズシモ自白ト同一ノ効力アルベキモノニアラズ。何トナレバ自白ハ必ズシモ訴訟能力アル當事者ノ自白タラザルベカラザレバナリ。然レドモ原告若クハ被告ガ十分ナル理由ナクシテ供述スルコトヲ拒ミ又ハ訊問期日ニ出頭セザルトキハ裁判所ハ其意見ヲ以テ訊問ニ依リテ舉證スベキ相手方ノ主張ヲ正當ナリト認ムルコトヲ得(第三百六十三條)

第三款 本人訊問手續

本人訊問ハ當事者ノ申立又ハ裁判所ノ職權ヲ以テ之ヲ爲スベキモノトス。(第三百六十條)

本人ノ呼出モ亦證人ト同一ノ方法ニ準ズベシト雖モ裁判所ガ本人訊問ヲ決定シタルトキニ於テ當事者本人ガ在廷スルトキハ直チニ其訊問ヲ爲スヲ通則トス。(第三百六十一條)

本人訊問ノ方法モ亦證人訊問ニ準ジ口頭ヲ以テ之ヲ爲ス。(第三百六十二條)

第七篇 裁判

第一章 判決

第一節 判決ノ本義及ビ種類

判決ハ裁判所ガ口頭審理ニ基キ其裁判權ヲ行フ所ノ裁判所ノ意思ヲ表明ナリ。裁判長受命判事若クハ受託判事ノ命令又ハ裁判所ノ決定ハ概ネ訴訟ノ指揮監督上ニ屬スル裁判ニシテ之ヲ判決ト謂フベカラズ。判決ト判決ニアラザル裁判トヲ區別スル實際上ノ必要ハ專ラ其裁判ガ裁判所ヲ羈束スルト否トニ在リ。裁判所ノ言渡シタル判決ガ其裁判所ヲ羈束スルトハ裁判所ガ自ラ之ヲ廢毀シ若クハ變更スルコトヲ得ザルト其一分又ハ中間判決ニ於テ言渡シタルコトハ其後ノ裁判ニ至リテモ亦之ヲ認メザルベカラザルトヲ謂フナリ。(第二百四十條)

判決ニ終局判決ト中間判決トアリ。終局判決トハ全部タルト一部タルヲ問ハズ訴若クハ反訴ニ就キ下シタル裁判ニシテ各審ニ於テ其訴訟ヲ結了スル所ノモノヲ謂フ。然レドモ其判決ガ實質的訴權ニ基クト又形式的訴權ニ基クトハ其判決ノ終局ナルト否トニ關係スル所ナシ。妨訴ノ抗辯ヲ理由アリトシテ訴權ナキヲ判決スルモノモ亦終局判決タリ。之ニ反シ中間判決ナルモノハ當事者間ニ於ケルト當事者ト第三者トノ間ニ於ケルモノトヲ問ハズ單ニ中間ノ争ヲ決スル所ノモノニシテ訴權ハ之ガ爲メニ未ダ結了セザルナリ。

結局判決ガ争ノ全部ヲ判決スルト一部ヲ判決スルトニ依リ之ヲ全部判決ト一分判決トニ區別ス。故ニ一分判決ハ争ノ物體ノ分量的ニ分割セラレタル部分ニ關スル終局判決ニシテ其他ノ部分ハ後日ニ裁判ヲ爲スニ熟スルヲ待テ更ニ判決ヲ爲スベキモノナリ。

第二節 裁判ノ分割

口頭審理ニ於テハ口頭辯論ヲ爲スベキ事項ヲ分合スルノ必要アルコトハ已ニ論述シタル所ナルヲ以テ法律ハ亦裁判ニ關シテモ此分割權ヲ認ムルコト左ノ如シ。(第二百二十五條乃至第二百二十八條)

〔第一〕 裁判所ハ訴訟ガ裁判ヲ爲スニ熟スルトキ、即チ、實質的若クハ形式的ノ攻撃防禦ガ完了スルトキハ終局判決ヲ以テ裁判ヲ爲スベキモノトス。數多ノ攻撃若クハ防禦ノ方法ノ一ガ裁判ヲ爲スニ熟スルトキ又ハ同時ニ辯論及ビ裁判ヲ爲ス爲メ併合シタル數個ノ訴訟中ノ一ノミ裁判ヲ爲スニ熟スルトキ亦同ジ。但シ、其數個ノ訴訟ノ併合ニ關スルモノハ、止テ、第二百二十條ノ規定ニ從ヒ、裁判所ノ命令ヲ以テ爲シタル數多ノ訴訟ヲ併合スル場合ノミニ就テ然ルモノニシテ、第四十八條ノ共同訴訟又ハ第九十一條ノ數個ノ請求ノ場合ニ適用スベカラズ。何トナレバ第一百二十條ノ場合ニ於テハ數個ノ訴訟アル場合ナルヲ以テ裁判所ハ其中ノ一訴訟ガ裁判ヲ爲スニ熟スルトキハ其訴訟ニ就キ判決ヲ下スモノナレドモ第四十八條等ノ場合ニ於テハ唯ダ數多ノ請求アルノミナルヲ以テ裁判所ハ一分判決ヲ下スコトヲ得ベキモノナレバナリ。

〔第二〕 一ノ訴ヲ以テ起シタル數個ノ請求中ノ一箇又ハ一箇ノ請求中ノ一分、又ハ反訴ヲ起シタル場合ニ於テハ本訴若クハ反訴ノミ裁判ヲ爲スニ熟スルトキハ裁判所ハ一分判決ヲ以テ裁判ヲ爲ス。然レドモ事件ノ事情ニ從ヒテ一分判決ヲ相當トセザルトキハ之ヲ爲サルコトヲ得ベキハ當然ナリ。此場合ハ即チ第四十八條又ハ第九十一條其他第二百條及ビ第二百一條等ノ場合ナリ。

〔第三〕 各個ノ獨立ナル攻撃若クハ防禦ノ方法又ハ中間ノ争ガ裁判ヲ爲スニ熟スルトキハ中間判決ヲ以テ裁判ヲ爲スコトヲ得。此場合ハ前兩項ノ場合ト異ニシテ、攻撃防禦ノ方法ヲ理由アリト判定スルモ、又理由ナシト判定スルモ、其結果ハ直接ニ實際ノ訴權ニ影響スベキモノニアラザルコトヲ要ス。否ラズンバ、其攻撃防禦ノ方法ニ就テノ判決ハ中間判決ニアラズシテ終局判決ト爲ルベケレバナリ。設例ヘバ、妨訴ノ抗辯ニシテ成立スレバ即チ終局判決トナリテ訴訟ハ茲ニ完了スルガ如キ是レナリ。但、妨訴ノ抗辯ニ就テハ法律ハ第二百七條ニ於テ例外ヲ認メ特ニ之ヲ中間ノ争ト爲シ、妨訴ノ抗辯ヲ棄却スル判決ニ就テハ上訴ニ關シテハ之ヲ終局判決ト看做スベキモノトセリ。又此場合ニ於ケル所謂中間判決ナルモノハ、證書ノ眞偽、證據ニ關スル妨訴等止ダ當事者間ニ於ケル中間ノ争ノミニ對スルモノヲ指示シ、當事者ト第三者トノ間ニ於ケル中間ノ争ハ別ニ參加ノ規則ニ從フ。

〔第四〕 請求ノ原因及ビ數額ニ就キ同時ニ争アルトキハ裁判所ハ先ヅ其原因ニ就キ裁判ヲ爲スコトヲ得ベシ設例ヘバ一定ノ金額ヲ要求スルニ其原因ノ不正ノ行爲ニ出デタル損害ニ歸スルトキ其訴ノ原因ニ就テモ又其數額ニ就テモ争アルトキハ裁判所ハ先ヅ其訴ノ原因ヲ裁判スルコトヲ得、而シテ訴ノ原因ニ關スル争ニ就テノ判決ハ素ヨリ訴權自身ノ判決ニアラズシテ一ノ中間判決タルベク從ツテ之ニ對スル上訴ノ權モナケレバ又其強制執行ヲモ

爲スコト能ハザルコト當然ナレドモ若シ裁判所ガ訴ノ原因ナシト判決シタルトキハ已ニ數額ニ就テ争フノ必要ナキニ至ルヲ以テ終局判決トナルベク若シ訴ノ原因ヲ正當ナリト判決スルトキハ純然タル中間判決ニシテ仍ホ數額ニ就キ争ハザルベカラザレドモ訴ノ原因ノ有無ハ直接ニ實質的訴權ノ有無ニ影響スルガ故ニ法律ハ特例ヲ設ケテ訴ノミニ關シテハ終局判決ト見做シ之ニ對シテ上訴ヲ爲スコトヲ得ベキモノトセリ。

第三節 判決ノ基本

〔第一〕 口頭辯論ノ際全部タルト一部タルトヲ問ハズ原告其ノ訴ヘタル請求ヲ拋棄シ又ハ被告之ヲ認諾スルトキハ裁判所ハ中立ニ因リ其拋棄又ハ認諾ニ基キ判決又ハ一分判決ヲ以テ却下又ハ敗訴ノ言渡ヲ爲ス。(第二百二十九條及第三百十條)

(イ) 訴ヘタル請求(並ニ反訴ノ請求)ハ拋棄ハ原告ノ一方ノ意思ニ基キテ爲シタル權利自身ノ拋棄ニシテ取下ノ場合ニ於ケルガ如ク、單ニ形式上ノ訴權ヲ拋棄スルモノニモアラス、又被告ノ承諾ヲ要スベキモノニモアラザルナリ。故ニ拋棄ノ爲メ權利自身ハ消滅スルモ、形式的ナル訴訟ハ未ダ終局セズシテ原告ハ再ビ訴ヲ起スコトヲ得ベシ。然レドモ、被告ノ申立アルトキハ裁判所ハ拋棄ニ基キ判決ヲ以テ却下ノ言渡ヲ爲スコトヲ得ルヲ以テ此却下ノ言渡ニ依リ訴訟モ亦終局セン。

(ロ) 認諾ハ原告ガ訴ヘタル請求ヲ争ハズトハ被告ノ申述ナリ。被告ニシテ認諾ヲ爲ストキハ被告ハ事實上ニ於ケルモノト、法律上ニ於ケルモノトヲ問ハズ一切ノ防禦方法ヲ拋棄スルモノナルヲ以テ特ニ防禦ノ方法ノ

一、二、就キ被告ノ爲ス所ノ承諾若クハ自白トニ其ノ趣ヲ異ニセリ。又被告ノ認諾ハ被告ノ權利自身ヲ消滅スルモ訴訟ハ未ダ終局セザルヲ以テ被告ハ之レヲ認諾スルモ或ハ其認諾セル義務ヲ履行セザル事アルベシ。

故ニ裁判所ハ原告ノ申立ニ依リ被告ノ認諾ニ基キ判決ヲ以テ敗訴ノ言渡ヲナスベキモノトス。

(ハ) 拋棄又ハ認諾ハ受訴裁判所又ハ準備手續(第二百六十六條)ノ口頭辯論ニ於テセザルベカラズ。

〔第二〕 判決ハ辯論ヲ經タル總テノ攻撃及ビ防禦ノ方法ヲ基本トシ裁判所ハ一切ノ方法ニ對シテ裁判ヲ下スベキモノトス。然レドモ數個ノ獨立ナル攻撃又ハ防禦ノ方法中其一個ヲ適切ナリトスルトキハ各個ノ方法ニ就キ逐一之ヲ判斷スルヲ要セズ、其適切トスル一個ノ方法ヲ基本トシテ判決ヲ下スコトヲ得。(第二百三十條)

〔第三〕 裁判所ハ申立テザル事物ヲ原告若クハ被告ニ歸セシムルノ權利ナシ、是レ訴訟法ノ放任主義ニ基キタル原則ナリ。故ニ果實、利息其他從タル權利モ原告ニシテ之ヲ申立テザル以上ハ裁判所ハ判決ニ依リ之ヲ被告ニ科スルコトヲ得ザルベク、離婚ノ訴ニ就テハ裁判所ハ婚姻無効ノ判決ヲ下ス事ヲ得ザルベシ。之ニ反シ裁判所ハ原告ノ請求ノ一部ノミヲ認メ又ハ之ヲ制限スルコトヲ得ベシト雖モ擇一請求ニ就キ原告ガ選擇權ヲ行ヒタルトキハ裁判所ハ他ノ請求ニ就キ判決ヲ下スコトヲ得ズ。然レドモ訴訟費用ニ至リテハ其請求ノ性質公法的ナルヲ以テ裁判所ハ職權上其負擔ニ就キ判決ヲ爲サマルベカラズ。但一分判決ヲ爲ス場合ニ於テハ之ヲ後ノ判決ニ讓ルコトヲ得。(第二百三十一條)

〔第四〕 口頭審理ノ主義ニ依リ判決ハ其基本タル口頭辯論ニ臨席シタル判事ニ限りテ之ヲ爲ス事ヲ得、故ニ裁

判所ノ決定ト雖モ口頭辯論ヲ爲ス場合ニ於テハ亦此原則ヲ適用ス。但シ此原則ハ唯ダ判決ノ基本ニ就キ判斷ヲ下スニ就テノ規定ナルヲ以テ判決ノ言渡ニ至リテハ必ズシモ判決ニ關與シタル總テノ判事ノ出席ヲ要スベキモノニアラズ。蓋シ判決ハ實質上ニ於テハ判決原本完了ノトキニ成立シ、言渡ハ只ダ形式的公行ノ方法ニ過ギザレバナリ。(第二百三十二條及第二百四十五條第二項)

第四節 判決ノ言渡

各判決ハ必ズ之ヲ言渡サマルベカラズ。判決ハ言渡ニ依リテ始メテ法律上形式的成立ヲ爲ス。

〔第一〕 判決ノ言渡ハ判決主文ノ朗讀ニ因リ之ヲ爲ス。抑モ判決ハ主文ト理由トヨリ成立スレドモ判決ノ言渡ハ其主文即チ判決點ヲ口頭ニテ演說スルヲ以テ足レリトス。判決ノ理由ニ至リテハ必ズシモ之ヲ言渡サマルベカラザルモノニアラズ。唯ダ至當ト認ムルトキハ判決ノ言渡ト同時ニ其理由ヲ朗讀シ又ハ口頭ニテ其要領ヲ告グベキモノトス。但シ闕席判決ノ言渡ハ其主文ヲ作ラザル前ト雖モ之ヲ言渡スコトヲ得。(第二百三十四條)

〔第二〕 判決ノ言渡ハ口頭辯論ノ終結スル期日又ハ直チニ指定スル期日ヲ過グルコトヲ得ズ。口頭辯論ニ基ケル裁判所ノ決定モ亦同ジ。(第二百三十三條及第二百四十五條)

〔第三〕 判決ノ言渡ハ裁判公開ノ公法的原则ニ基クベキモノナルヲ以テ當事者又ハ其一方ノ在廷スルト否トニ拘ハラズシテ其効力ヲ有スベキモノトス。故ニ又言渡サレタル判決ハ必ズシモ之レヲ相手方ニ送達スルコトヲ要セズ。就中原告若クハ被告ガ言渡アリタル判決ニ基キ訴訟手續ヲ續行スル權利設例ヘバ中間判決ニ基キ更ニ終局

判決ニ至ルノ手續ヲ續行スル權利又ハ他ニ判決ヲ使用スル權利設例ベ判決アリタルヲ理由トシテ假差押ヲ要求スル權利ノ如キハ毫モ判決ヲ送達スルト否ニ從ヒ影響セラル、所ナシ。然レドモ法律ガ特例ヲ定メタル場合ハ此限ニアラズ。例設ヘバ第二百五十五條ノ故障申立權第四百條ノ控訴權ノ如キ是ナリ。(第二百三十五條)

第五節 判決ノ成分

判決ニハ左ノ諸件ヲ掲ゲザルベカラズ。(第二百三十六條)

一 當事者及ビ其法律上代理人ノ氏名、身分、職業及ビ住所 當事者中ニハ主參加人及ビ從參加人並ニ檢事ノ立合ウタル時ハ檢事ヲモ包含スレドモ委任の代理人ヲ包含セザルヲ以テ必ズシモ之ヲ判決中ニ掲グルヲ要セズ。若シ此規定ニ反シ如何ナル當事者ノ間ニ判決アリタルヤ否ノ不分明ナルトキハ一事再理ノ抗辯並ニ強制執行ノ爲メ此判決ヲ利用スルコト能ハザルヲ以テ其判決ハ當然無効ナルニアラザルモ利用セラルベキ判決ヲ要求スル爲メ上訴又ハ新ナル訴ヲ起スコトヲ得。

二 事實及ビ爭點ノ指示 但シ其指示ハ當事者ノ口頭演說ニ基キ殊ニ其提出シタル申立テヲ表示シテ之ヲ爲ス此規定ニ反キタル判決ハ手續ニ關スル規定ニ違フモノトシテ控訴及ビ上告ヲ爲スコトヲ得。(第四百二十三條及第四百三十四條)

三 裁判ノ理由 即チ判決ノ主文ニ於テ判定セル裁判ノ理由ヲ謂フモノニシテ事實上及ビ法律上裁判所ガ其裁斷ヲ與フルガ爲メニセル原因ヲ指示ス此規定反キタル判決ハ第四百三十六條第七號ニ依リ上告ヲ爲スコトヲ

得レドモ當然無効ノ判決ニアラス。

四 判決主文 此主文ヲ缺キタル判決ニシテ判決ノ何タルヲ知ルコト能ハザルトキハ前第一號ト同一ノ結果ヲ生ズ。

五 裁判所ノ名稱裁判ヲ爲シタル判事ノ官氏名 但シ裁判ノ言渡ニ立會ウタル判事又ハ書記ノ氏名ハ之ヲ掲載スルヲ要セズ。此規定ニ反シタル判決ニシテ何裁判所ニ於ケル何判事ノ裁判ナルヤ否ノ不分明ナルトキハ其結果ハ前項ニ同ジ。

第六節 判決ノ形式

〔第一〕 判決ノ原本ハ判事ノ作ルベキモノニシテ其原本ニハ裁判ヲ爲シタル判事署名捺印ス。若シ陪席判事死亡疾病等ニ依リ署名捺印スルニ差支アルトキハ裁判長ハ差支ノ理由ヲ開示シテ其旨ヲ附記シ裁判長差支アルトキハ官等最モ高キ陪席判事之ヲ附記スベキモノトス。(百三十七條第一項)

〔第二〕 判決ノ原本ハ言渡ノ日ヨリ起算シテ七日内ニ裁判所書記(裁判ニ關與シタル書記)ニ之ヲ交付シ第二百三十六條ニ適合セシムベキ正本ヲ作ルノ用ニ備ヘシム。書記ハ此原本領收ノ日及ビ言渡ノ日ヲ附記シ且ツ其附記ニ署名捺印ス。(第二百三十七條第二項及第三項)

〔第三〕 裁判所ハ職務上判決ヲ送達スルコトナシト雖モ各當事者ノ申立アルトキハ判決ノ正本ヲ送達スベキモノトス。故ニ此送達ナキ以上ハ判決ハ未ダ確定セザルヲ以テ判決ハ言渡後相當ノ期限内ニ當然確定スベキモノニ

アラザルナリ。(第二百三十八條)

〔第四〕 未ダ判決ヲ言渡サズ又ハ未ダ判決ノ原本ニ署名捺印セザル間ハ裁判書記ハ其正本抄本及ビ謄本ヲ付與スルコトヲ得ズ。(第二百三十九條第一項及第二百九十四條)

〔第五〕 判決ノ正本抄本及ビ謄本ハ裁判所書記之ニ署名捺印シ且ツ裁判所ノ印ヲ捺シテ之ヲ認證ス。(第二百三十九條第二項及第二百九十四條)

第七節 判決ノ更正

裁判所ハ其言渡シタル終局判決(命令決定ヲ除ク)及ビ中間判決ノ中ニ包含シタル裁判ニ羈束セララル。(第二百四十條)故ニ、

(イ) 裁判所ハ裁判ヲ言渡シタル後ニ於テ其判決ヲ變更シ又ハ廢滅スルコトヲ得ズ、其變更廢滅ハ必ず其判決ニ對スル上訴ヲ判決スベキ裁判所ニ於テ之レヲ爲サマルベカラズ。但シ故障及ビ再審ノ場合ハ此原則ノ例外ナリ。(第二百五十五條第二百六十條第四百六十九條第四百七十二條)

(ロ) 裁判所ハ同一審ニ於テハ其一分判決若クハ中間判決ノ中ニ包含シタル裁判ニ羈束セラレ其手續ヲ續行シテ後ニ裁判スベキ判決ニ就キ之ヲ變更スルコトヲ得ズ。

然レドモ判決中ノ違算書類及ビ此ニ類スル著明ノ誤謬ニ至リテハ申立ニ依リ又ハ職權ヲ以テ之ヲ更正スルコトヲ得。此更正ノ裁判ハ口頭辯論ヲ經ズシテ之レヲ爲スコトヲ得ベク又更正ノ申立ヲ却下スル決定ニ對シ

テハ、上訴ヲ爲スコトヲ得ズト雖モ更正ヲ宣言（言渡又ハ送達）スル決定ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得。（第二百四十一條及二百四十三條）

第八節 判決ノ補充

判決ノ補充ハ其判決ガ「判決ハ争ノ全部ヲ裁判セザルベカラズ」トノ原則ニ反スルノ故ヲ以テ追加裁判ニ依リ脱漏シタル請求ヲ補充スルニ在リ。追加裁判ノ要件左ノ如シ。（第二百四十二條）

一 判決ノ脱漏トハ判決ノ理由中ニ存在セルモノト否トヲ問ハズ凡テ判決ノ主文中ニ主タル請求若クハ附帶ノ請求又ハ訴訟費用ノ全部若クハ一部ヲ脱漏スルヲ謂フ。反訴ハ主タル請求ニモアラザレバ從タル請求ニモアラズ、又攻撃若クハ防禦ノ方法ハ、毫モ請求ニアラザレバ是等ノモノハ、脱漏ハ決シテ追加裁判ヲ爲スノ原因タルコト能ハザルベシ。

二 已ニ脱漏ト謂フ以上ハ脱漏シタル請求ハ原告ガ一旦請求シタル所ノモノナラザルベカラズ。但シ訴訟費用ニ就テハ第二百三十一條ノ精神ニ基キ請求ノ有無ヲ問ハザルナリ。

三 追加ノ裁判ハ當事者ノ申立アルヲ要ス。而シテ其中立ハ判決言渡ノ後直チニ之ヲ爲スカ又ハ判決ノ正本送達ノ日ヨリ七日ノ期限内ニ於テセザルベカラズ。

追加裁判ハ必ズ口頭辯論ノ後ニ之ヲ爲サマル可カラズ。而シテ其補充ノ裁判ハ原本及ビ正本ニ之ヲ追加シ若シ正本ニ之ヲ追加スルコト能ハザルトキハ更ニ補充ノ裁判ノ正本ヲ作ルベキモノトス。（第二百四十三條）

追加裁判ノ特殊ノ場合ハ第四百二十六條第四百九十一條及第五百八條ノ場合トス。

第九節 判決ノ効力

第一款 判決ノ形式的効力

形式上ニ確定ノ効力ヲ有スル判決トハ其判決ヲ下スベキ訴訟ニ於テ手續ノ續行ヲ目的トスル法律上ノ助力方法ニ依リ進撃ノ道ナキニ至レル判決ヲ謂フ。即チ其判決ニ對シテハ當始ヨリ進撃スルコト能ハザリシモノト上訴若クハ故障ヲ爲シ得ベカリシモノトヲ問ハズ故障若クハ通常ノ上訴ヲ爲スコト能ハザル所ノ判決ナリ。故ニ其判決ニ對シテ再審即チ取消ノ訴及ビ原狀回復ノ訴又ハ第五百四十五條ノ異議即チ非常方法ヲ用キ得ベキト否トハ判決ノ形式上ノ確定力ニ就テハ何等ノ關スル所ナキモノタリ。判決ノ形式的効力ニ關スル原理ハ左ノ如シ。

一 終局判決（及一分判決）及ビ第四百二十六條並ニ第四百九十一條ノ場合ニ於テ防禦方法ヲ主張スル權利ノ留保ノ條件ヲ備ヘタル判決ハ勿論終局判決ト同視セラレタル中間判決（第二百七條及第二百二十八條）モ亦形式的確定力ヲ得有スルノ能力ヲ有ス。而シテ其判決ハ請求自身ニ就テノ裁判ナルト又ハ妨訴ノ抗辯ノ如キ單ニ訴訟ノ形式上ノ要件ニ就テノ裁判ナルトハ敢テ問フ所ニアラザルナリ。何トナレバ此後ノ場合ニ於テモ判決ノ形式的効力ハ實質的効力ヲ生ゼシメザルハ力ヲ有シ同一ノ訴ハ同一ノ訴ヲ以テ再ビ之ヲ起スコトヲ得ザレバナリ。然レドモ被告ノ普通裁判籍ニ就テノ裁判ノ如キハ確定ノ効力ヲ有シ得ベキモノニアラズ何トナレバ斯ノ如キ判決ハ決シテ實質的効力ヲ發生セザレバナリ。

二 形式的確定力ヲ有スル判決ハ唯ダ再審ノ訴ヲ以テノミ之ヲ攻撃スルコトヲ得。然レドモ再審ハ實ニ異常ノ手段ナリ。一ノ判決ガ確定スル以上ハ再審ノ訴ヲ爲スコトヲ得ベキノ一事ハ之ヲシテ不確定ノ判決タラシムルモノニアラザルナリ。

三 判決ノ形式的効力ヨリシテ強制スルコトヲ得ベキ請求ニ就テハ實質的効力ニ從タル強制執行ノ効力ヲ生ズレドモ法律ハ之ヲ判決ノ効力トセズシテ單ニ之ヲ強制執行ノ一原因トセリ。

第二款 判決ノ實質的効力

〔第一〕 實質的確定力ヲ有スルコトヲ得ベキ判決ハ終局判決（及一分判決）ノミトス。中間判決ハ例外トシテ形式的効力ヲ有スルコトヲ得ベキ場合（第二百七條及第二百二十八條）及ビ第四百二十六條並ニ第四百九十一條ノ場合ニ於テモ實質的効力ヲ有スルコトナシ。何トナレバ中間判決ハ訴ノ物體タル請求自身ヲ裁判スルモノニアラスシテ只其請求ノ要件ニ就テノミ裁判スルモノナレバナリ。是レ判決ノ實質的効力ガ形式的効力ト大ナル差異アル所以ナリ。

〔第二〕 判決ノ實質的効力ニ就テハ訴訟法第二百四十四條ハ單ニ其物格的範圍ノミヲ規定シ判決ハ其主文ニ包含スルモノニ限りテ確定力ヲ有スベキモノトセリ。故ニ裁判ノ理由ハ毫モ確定力ヲ有セザルコト明白ナレドモ其理由ハ主文ノ包含スル範圍ノ解釋上重大ノ關係ヲ有スベシ、即チ、

（イ） 第二百一一條及ビ第二百二十二條ニ從ヒ申立テラレタル先決問題タル權利關係ガ判決ノ理由中ニ明示セ

ラレテ判決ノ主文中ニ記載ナキトキハ先決問題ハ未ダ判決セラレザルモノナルヲ以テ、當事者ハ第二百四十二條ニ從ヒ追加ノ裁判ヲ申立ツルコトヲ得。

（ロ） 判決ノ主文ハ請求ノ全部ヲ拒絕スルノ裁判ヲ爲シ判決ノ理由ハ請求ノ一部分ヲ拒絕スルノミナルトキハ判決ハ判決ノ理由如何ニ關ハラズ確定力ヲ有スベシ。

〔第三〕 判決ノ實質的確定力ヨリ生ズル結果ハ民法ノ規定スル所ナレバ茲ニ之ヲ論ゼズト雖モ是等ノ結果ニ對シテハ當事者ハ左ノ方法ヲ用フルコトヲ得。

（イ） 確定裁判ノ抗辯即チ一事再理ヲ理由トシテ被告ハ原告ノ訴ニ抗スルコトヲ得。而シテ原告ノ請求ガ果シテ前ニ確定トナリタル判決ト同一ナルヤ否ハ第九十條ニ從ヒ訴ノ原因ノ同一ナルヤ否ニ依リ之ヲ定メザルベカラズ。前ノ訴ニ就キ單ニ法律上ノ原因ヲ變更シ又ハ單ニ從タル事實ヲ變更スルモ第九十六條ニ從ヒ之ヲ訴ノ變更ト認ムベカラザルモノナルトキハ爲メニ一事再理ノ抗辯ヲ拒ムニ足ラザルナリ。

（ロ） 判定ニ包含セラレタル趣旨ハ其履行ノ訴ニ係ルト確定ノ訴ニ係ルト問ハズ判決セラレタル實質的請求ニ就テハ確乎不拔ノ定則ナリ、原告ハ舊ニ舊權利ノ證據ヲ有スルニ止ラズシテ其權利ハ現實ニ確立セラレタルモノナリ。蓋シ判決ハ舊權利ニ付スルニ新ニ攻撃スベカラザル訴權ノ原因ヲ以テスルモノナリ。故ニ又判決ハ確定力ハ權利ヲ消滅スルモノニアラザレバ原告ハ舊權利ニ基キ再ヒ新ナル訴ヲ起スコトヲ得ザルニアラズ。而シテ此場合ニ於テ被告若シ一事再理ノ抗辯ヲ提出シタルトキハ原告ハ之ニ對スル辯駁トシテ再訴ニ就

キ特ニ新ナル利益ヲ有スルコトヲ主張スルコトヲ得。設例バ前判決ハ第五百十四條及ビ第五百十五條ノ規定ニ從フベキ不利益ノモノタルコトヲ主張スルトキノ如シ。

(ハ) 確定判決ハ他ノ全ク獨立ナル原因ニ基キタル新ナル訴ヲ起スノ用ニ供セラルコトヲ得。第二百十一條ニ從ヒ起シタル確定ノ訴ニ就テノ確定判決ハ後日ノ履行ノ訴ニ就テノ原因トナルガ如キ是レナリ。

第二章 決定及ビ命令

第一節 決定及ビ命令ノ本義

決定(及ビ命令)トハ其手續上ニ關スルモノト否ラザルモノトヲ問ハズ口頭辯論ニ基カズ又ハ隨意的口頭辯論ニ基キタル一切ノ裁判及ビ其ノ手續上ノミニ關スルモノニ就テハ強制的口頭辯論ニ基キタル裁判ヲ謂フ。裁判長ハ受命判事若クハ受託判事ノ爲スモノヲ命令ト謂ヒ裁判所ノ爲スモノヲ決定ト謂フ。隨意的及ビ強制的口頭辯論ハ如何ナル場合ニ於テスベキヤハ第二篇ニ於テ已ニ詳述シタル所ナルヲ以テ茲ニ之ヲ再言セズト雖モ今其手續上ノモノニアラザル場合ノ例ヲ示サンニ第八十五條第七百四十二條第七百五十六條第七百六十三條及ビ補則第二十二條ノ如キ則チ是ナリ。但シ第二百四十二條ノ場合ニ於ケル追加ノ裁判ハ決定ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ベキモノト解スルトキハ或ハ之ヲ強制的口頭辯論ニ基キ且手續上ニ關セザル決定ト云フコトヲ得ベクシテ之ヲ唯一ノ例外ト爲サマルベカラザルガ如シト雖モ余ハ此場合ニ於テハ必ず判決ヲ以テ裁判ヲ下サマルベカラザルモノト思惟セザ

ルガ故ニ亦此例外ヲム認ルコトナシ

第二節 決定及ビ命令ノ種類

前節ニ與ヘタル決定(及ビ命令)ノ本義ヲ攻究スルトキハ決定(及ビ命令)ニハ口頭ニ基キタルモノト、否ラザルモノトノ二種アルコトヲ知ルベシ。於是乎左ノ差異ヲ生ズ。(第二百九十四條)

〔第一〕 口頭辯論ニ基キタル裁判所ノ決定ハ必ず之ヲ言渡サマルベカラズ、故ニ左ノ點ニ就テハ判決ト其手續ヲ同ウス。

(イ) 判決ニ關スル第二百三十三條ノ規定即チ言渡ノ期日ニ關スル規定ハ此種ノ決定ニモ亦適用セラルベシ
(第二百四十五條第二項初段)

(ロ) 判決ニ關スル第二百三十五條ノ規定即チ當事者ノ在廷スルト否トニ拘ハラズ言渡ノ効力ヲ有セシムルノ規定ハ此種ノ決定ニモ適用セラルベシ。(第二百四十五條第二項後段)

(ハ) 第二百三十九條ノ規定モ亦此種ノ決定ニ適用セラルベキモノトス。(同上)

〔第二〕 口頭辯論ニ基カザルモノ即チ言渡ヲ爲サマル裁判所ノ決定及ビ言渡ヲ爲サマル裁判長並ニ受命判事又ハ受託判事ノ命令ハ前述ノ手續ニ依ラズシテ裁判官ハ職權ヲ以テ之ヲ當事者ニ送達スベキモノトス。(第二百四十五條末項)

〔第三〕 口頭辯論ニ基キタル命令ニ就テハ法律ハ何等ノ規定スル所ナシ、故ニ斯ノ如キ命令ハ或ハ之ヲ言渡ス

コトヲ得ベク或ハ又之ヲ送達スルコトヲ得ベシ。

第三節 醒誤

決定及ビ命令ニ關スル我法律ハ甚ダ解スベカラザルモノ極メテ多シ。判決ト決定(及命令)ト其効力ヲ異ニスル所ハ主トシテ裁判所又ハ裁判長若クハ受命受託判事ガ判決若クハ決定ノ中ニ包含シタル裁判ニ羈束セラル、ト否トニ在ルハ學者ノ定論ナリ。我訴訟法モ亦第二百四十條ニ於テ此原理ヲ認メ裁判所ノ判決ハ上審級ノ裁判所ニアラザレバ之ヲ更正スルコト能ハザルモノトセルハ已ニ前第一章ニ論述シタルガ如クナリ。之ニ反シテ決定ハ決定ヲ爲シタル裁判官自身ニ於テ之ヲ更正スルコトヲ得ベク現ニ第四百五十九條ハ決定ニ對シ不服ヲ申立ラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所又ハ裁判長ガ再度ノ考案若クハ新ナル提供ニ基キ抗告(即チ決定ニ對スル不服)ヲ理由アリトスルトキハ不服ノ點ヲ更正スルコトヲ得ベキコトヲ明言セリ。然ルニ第二百四十五條第二項ハ第二百四十條ノ規定ヲ以テ決定ニ適用シ裁判官ハ決定ニ就テモ亦羈束セラルベキコトヲ明言セルハ第四百五十九條ト抵觸スル所ナシト云フ可カラズ、又一定ノ學說ニ違フコト明白タリ、是レ余ノ解スル能ハザルモノ、一ナリ。口頭辯論ニ基キタル決定ハ口頭辯論ニ臨席シタル判事ノミ之ヲ爲スベキハ事理ノ當然ト謂フベキニ第二百四十五條ガ決定ニ就キ第二百三十三條等ヲ適用シナガラ第二百三十二條等ヲ適用セズ口頭辯論ニ臨席セザル判事ヲシテ判決ヲ爲サシムルハ能ク其當ヲ得タルモノト謂フベキカ、是レ余ノ解スル能ハザルモノ、二ナリ。判決中ニ掲載スベキ要件ハ第二百三十六條ニ之ヲ規定シ裁判ノ理由ト判決ノ主文トヲ區別シ而テ第二百三十四條ハ判決ノ言渡ハ判決主文

ノ朗讀ニ因リ之ヲ爲スベキコトヲ定メタルハ判決ニ固有ナル要件及ビ言渡ノ形式ナリ。然ルニ第二百四十五條ハ決定ニ就テモ亦第二百三十四條ノミヲ適用シ決定ノ言渡ハ決定ノ主文ヲ朗讀スベキモノトセルハ何等ノ怪事ゾヤ、是レ余ノ解スルコト能ハザルノ三ナリ。余惑ウテ又惑フ。余ハ是等ノ點ニ對シテ謹ンデ大方ノ教ヲ乞ハントスルモノナレドモ試ミニ獨逸訴訟法ヲ繙テ之ヲ通覽スレバ條々句々我訴訟法ト符合一致シテ而シテ獨逸法ニ於テハ前述セル三個ノ困難ハ共ニ之ヲ見ルコトナシ。顧フニ我立法官ハ獨逸訴訟法ニ倣ヒテ之ヲ採擇スルニ當リ獨逸訴訟法第二百八十八條ヲ分テ我第二百三十八條及ビ第二百三十九條ノ兩條ヲ設ケタルヲ以テ第二百四十五條ノ二項ニ於テ條數ノ順序ヲ誤リタルモノニアラザルナキ歟。故ニ同條同項中ニ引用シタル條數ヲ一條ヅ、繰リ下ゲタランニハ恰モ同條ニ對スル獨逸法第二百九十四條ノ丸出シトナリ從テ又前述セル三個ノ困難ヲ發生スルコトナシ。然レドモ余ハ法律上我訴訟法ヲ以テ獨逸法ノ翻譯ト明言ハセザルナリ。

第三章 闕席判決

第一節 闕席判決ノ本義

闕席判決ハ當事者ノ一方ガ判決裁判所ニ於ケル強制的口頭辯論ノ爲メニ定メタル期日ノ全懈怠ヨリ生ズル結果ナリ。故ニ、

一 第七十三條ノ懈怠及ビ其ノ他各訴訟行爲ノ懈怠ハ全懈怠ニアラズト雖モ闕席判決ノ基本タル懈怠ハ全懈怠

ニシテ當事者一方ノ闕席又ハ出席スルモ全然口頭辯論ヲ爲ササル不行爲若クハ辯論ヲ爲サズシテ任意ニ退廷セ
ル行爲ヲ謂フ故ニ原告若クハ被告ガ本案ノ辯論ヲ爲シタルトキハ各箇ノ事實證書又ハ發問ニ就キ陳述ヲ爲サズ
又ハ任意ニ退廷スルモ是レ不完全ナル口頭辯論ナリ、之ヲ懈怠ト謂フベカラズ。(第二百四十六條第二百五十條
及二百五十一條)

二 當事者ノ懈怠スルモノハ強制的口頭辯論ナラザルベカラズ。故ニ口頭辯論ヲ用キザル場合ハ勿論任意的口頭
辯論ノ期日ニ懈怠スルモ闕席判決ノ原因トナルコトナカルベシ。

三 延期シタル口頭辯論ノ期日又ハ口頭辯論ヲ續行スル爲メニ定メタル期日ニ懈怠スルモ亦全懈怠ニシテ闕席判
決ノ原因タルコトヲ得ベシ、是レ口頭辯論ノ歸一主義ヨリ發生スベキ當然ノ結果ナリ。然レドモ第一回期日ニ
於テ本案ノ口頭辯論ヲ爲シタルトキハ第二回ノ期日ニ於ケル懈怠ハ前第一ニ論述スル所ニ依リ之ヲ不完全ノ口
頭辯論ト見做サマルコトアルベシ。(第二百四十九條)

四 出頭セザル原告若クハ被告ガ豫メ合式ニ呼出サレタルトキニアラザレバ之レヲ懈怠トスルコトヲ得ズ。(第二
百五十二條末項及第二百五十四條第一號)

五 闕席判決ハ當事者一方ノ懈怠ニ基ケリ。若シ當事者雙方共ニ闕席スルトキハ訴訟手續ノ休止ヲ生ズ。(第百八
十八條)

六 反訴又ハ原因ノ確定シタル請求ノ數額ヲ目的トスル訴訟ニ就テモ亦闕席判決ヲ爲スコトヲ得。蓋シ反訴ト本

訴トハ固ヨリ別種ノ訴ナルヲ以テ其ノ辯論ヲ分離スルコトアルベク、又原因ニ就テノ爭ト數額ニ就テノ爭ハ又
各別ニ之ヲ判決スルコトヲ得ベキモノナルヲ以テ反訴ノ口頭辯論ノミヲ懈怠スルコトアルベク、又數額ノ爭ニ
就テノ口頭辯論ノミヲ懈怠スルコトアルベシ。(第二百六十五條第一項第百八十八條及第二百二十八條)

七 中間訴訟ニ就テノ闕席判決ハ中間訴訟ノ辯論ノ爲メ特ニ期日ヲ定メタル場合及ビ法律上特ニ之ヲ規定セル場
合(即チ第七十八條ノ唯一ノ場合)ニ於テノミ發生シ而シテ其効力ハ只ダ中間訴訟ノミヲ完結スルモノナル
ヲ以テ本案ニ關係スル所ナシ。(第二百六十五條末項)

第二節 闕席ノ効果

當事者中出頭シタル一方ハ或ハ更ニ新ナル口頭辯論ノ期日ヲ申立ツルコトヲ得ベク又何等ノ申立ヲモ爲サズシ
テ訴訟ヲ休止スルコトヲ得ベキノミナラズ闕席シタル相手方ニ對シテ、闕席判決アランコトヲ申立ツルコトヲ得
(第二百四十六條及第二百五十二條第一項後段)

然レドモ左ノ場合ニ於テハ闕席判決ノ申立ヲ却下ス。(第二百五十二條第一項前段並ニ第一號及第二號)

- 一 出頭シタル原告若クハ被告ガ裁判所ノ職務上調査スベキ事情ニ就キ必要ナル證明ヲ爲ス能ハザルトキ、何ト
ナレバ訴訟能力、委任ノ闕缺等ノ事情アルトキハ闕席判決ヲ爲スモ其判決ハ無効ニ歸スベキヲ以テナリ。
- 二 出頭セザル原告若クハ被告ニ口頭上事實ノ供述又ハ申立ヲ適當ナル時期ニ書面ヲ以テ通知セザルトキ。何ト
ナレバ豫メ準備ナキ事實ハ口頭辯論ヲ爲スコトヲ得ザレバナリ。

右ノ場合ニ於ケル申立ノ却下ハ決定ヲ以テ之レヲ爲ス。其ノ決定ニ對スル即時抗告ヲ理由アリトシテ其決定ヲ取消シタルトキハ再ビ出頭セザリシ原告若クハ被告ヲ呼出スノ手續ニ依ラズシテ直チニ闕席判決ヲ爲スベキモノトス。(第二百五十三條)

出頭セザル原告若クハ被告ガ合式ニ呼出サレザルトキ又ハ天災其他避クベカラザル事變ノ爲メ出頭スルコト能ハザルコトノ眞實ト認ムベキ事情アルトキハ裁判所ハ闕席判決ノ申立ノ當否ヲ定ムル爲メ職權ヲ以テ其當否ニ就テノミノ辯論ヲ延期スルコトヲ得。(第二百五十四條)

闕席判決ノ効果ハ原告ノ闕席ニ係ルト被告ノ闕席ニ係ルトニ依リ大ニ其趣ヲ異ニセリ。出頭セザル一方ガ原告ナルトキハ裁判所ハ闕席判決ヲ以テ其訴ノ却下ヲ言渡スベク若シ出頭セザル一方ガ被告ナルトキハ裁判所ハ被告ガ原告ノ事實上ノ口頭供述ヲ自白シタルモノト看做シ原告ノ請求ヲ正當ト爲ストキハ闕席判決ヲ以テ被告ノ敗訴ヲ言渡シ又其請求ヲ正當ト爲サルトキハ其訴ノ却下ヲ言渡スベキモノトス。(第二百四十七條及第二百四十八條)。即チ、

第一 原告ガ出頭セザル場合ニ於ケル闕席判決ハ原告ノ訴ヲ却下スルモノナレドモ其所謂却下ナルモノハ單ニ訴ヲ取下ゲタルモノトスルノ推定ニ出ヅルカ又ハ訴權ヲ拋棄シタルモノトスルノ推定ニ出ヅルカ、此取下主義ト棄權主義トニ就テハ學者ノ間多少ノ異說ナキニアラズ、或ハ説ヲ爲スモノアリ我草案中ニハ現ニ「訴權ヲ拋棄シタルモノトシテ却下ス」トノ明文アリタルヲ以テ我法律ハ棄權主義ヲ採用スルモノナリト。或ハ曰ク草案ノ

明言スルモノヲ刪除セルハ反ツテ取下主義ヲ採用セルノ明證ナリト。或ハ又曰ク獨逸訴訟法モ亦其草案ニ之ヲ明言シ調査委員ニ於テ之ヲ刪除シタルコト我訴訟法ノ編纂ト全然其來歴ヲ同ウスルニ拘ハラズ獨逸法學者ガ殆ド異口同音ニ棄權主義ヲ採用セルヲ見レバ我訴訟法モ亦同一ノ解釋ヲ下サルベカラズト。然レドモ余ハ未ダ此等ノ説ニ同ズルコト能ハズ況ンヤ草案ノ字句ノ存廢ヲ以テ法律ヲ解釋セントスルガ如キハ余ノ最モ取ラザル所ナリ。蓋シ法律ノ明文ヲ以テ汎ク訴ヲ却下スト明言シ其反對即チ取下ト見做シテ却下スル事ヲ明言セザル以上ハ第二百二十九條ノ却下即チ訴權ノ拋棄ニ基ク却下モ亦此場合ノ却下ニ包含セラルベキモノト謂ハザルヲ得ズ。故ニ第二百四十七條即チ闕席判決ノ場合ニ於ケル却下ハ棄權ニ基クノ却下ト否ラザルモノトヲ區別スルモハニアラズシテ棄權ニ基ク却下ヲモ包含スルコト明白ナリ。即チ、

(イ) 原告ガ口頭辯論ニ出頭セザルトキハ裁判所ハ訴權即チ原告請求ノ當否ヲ調査證明スルコトナクシテ訴ヲ却下スベシ。何トナレバ訴訟法上、原告ハ第一着ニ陳述スベキ所爲即チ申立ノ闕缺ニ依リテ請求權ヲ拋棄スルモノナレバナリ。故ニ原告ハ後日ニ至リ再ビ同一ノ訴ヲ爲スコトヲ得ズ。

(ロ) 原告ノ闕席ノ爲メ訴ヲ却下スベキ場合ニ於テ其ノ訴ガ訴訟要件ヲ缺クトキ。設例ヘバ訴訟無能力若クハ委任欠缺等ノ爲メ判決ヲ無効タラシムベキトキハ裁判所ハ職權ヲ以テ之ヲ調査シ訴ガ右ノ要件ヲ備ヘザルトキハ裁判所ハ訴訟要件欠缺ニ基キ訴ヲ却下セザルベカラズ。此ノ場合ニ於ケル却下ハ直接ニ法律自身ヨリ生ズル効果ナリ。故ニ此場合ノ却下ハ訴ノ取下ト等シク原告ハ訴權自身ヲ拋棄シタルモノニアラザレバ、後日

ニ欠缺ヲ補充シテ再ビ同一ノ訴ヲ起スコトヲ得ベシ。

由是觀之原告ノ出頭セザル場合ニ於ケル却下ハ或ハ棄權ニ基クハ却下アルベク或ハ取下ト同一ノ效果ヲ生ズルハ却下アルベシ。法律ガ棄權ニ基クハ却下タルコトヲ明言セザルハ即チ之ガ爲ナリ。

第二 被告ノ闕席ノ結果ハ原告ノ請求權ヲ認シタルモノトスルニアラズシテ訴求權ノ原因タル事實ノ口頭供述ヲ自白シタルモノト見做スニ在リ。故ニ裁判所ハ仍ホ原告請求ノ當否ヲ判定セザルベカラズ、是レ原告ノ欠席ノ場合ト大ニ異ナル所ナリ。

(イ) 自白ノ推測ハ無條件ナリ。故ニ原告ノ供述スル事實ハ充分ノ證明ナク又甚ダ信ズベカラザルモノタルニ拘ハラズ裁判所ハ仍ホ被告ニ於テ之ヲ自白セルモノト認メザルベカラズ。

(ロ) 被告ノ闕席ノ結果ハ原告ヨリ豫メ書面ヲ以テ正當ニ通知シタルモノニ係ルトキハ原告ノ事實上ノ全供述ニ及ボスベシ。故ニ第一回ノ辯論ニ於テ被告ガ争ウタル事實ニ就キ證據調ヲ爲スベキトキハ、第二回ノ辯論ニ於テ闕席シタルトキモ亦同ジ。

(ハ) 當事者ガ處分權ヲ有セザル事實設例ヘバ專屬管轄又ハ訴訟能力ノ有無ニ關スル事實ニ就テハ原告ノ供述ヲ以テ被告ノ自白トスルコトナシ。何トナレバ裁判所ハ其ノ職權ヲ以テモ調査スベキ事件ニ就テハ現實ノ自白ニ於ケルガ如ク其自白ノ爲メニ其權ヲ失ハザレバナリ。

第三節 故障

闕席判決ヲ受ケタル原告若クハ被告ハ左ノ規定ニ從ヒ其判決ニ對シテ故障ヲ申立ツルコトヲ得。

第一 故障ヲ申立ツルニハ闕席ノ原因ヲ申立テ又ハ之ヲ證明スルヲ要セズ、闕席裁判ニ對シテハ別段ノ理由ナクシテ故障ヲ爲スコトヲ得ベシ。故ニ闕席判決ハ假ノ判決ナリ、是レ故障ト上訴ト大ニ其性質ヲ異ニスル所以ニシテ又故障ヲ許ス闕席判決ニ對シテハ闕席者ヨリ上訴ヲナスコト能ハザル所以ナリ。(第二百五十五條第一項及第三百九十八條)

第二 故障申立ノ期間ハ闕席判決ノ送達アリタルヨリ十四日間トス、此期間ハ不變期間ニシテ裁判官又ハ當事者ノ之ヲ變更スルコトヲ得ザルモノナリ。然レドモ外國ニ於テ送達ヲナスベキ又ハ公ノ告示ヲ以テ之ヲ爲スベキトキハ裁判所ハ闕席判決ニ於テ故障期間ヲ定メ又ハ後日決定ヲ以テ之ヲ定ムベキモノトス此決定ハ口頭辯論ヲ經ズシテ之ヲ爲スコトヲ得。(第二百五十五條末項)

第三 故障申立ハ闕席判決ヲ爲シタル裁判所ニ書面ヲ差出シテ之ヲ爲ス。其書面ハ第一、故障ヲ申立テラレタル闕席判決ヲ表示シ第二、其判決ニ對スル故障ノ申立ヲ記載セザルベカラズ、又本案ニ就テノ口頭辯論準備ノ爲メ必要ナル事項アルトキハ之ヲ掲グルコトヲ得ベシト雖モ訴ノ理由證據等ヲ記載スルヲ要セズ。(第二百五十六條)

第四 故障申立ノ書面ハ裁判所ニ於テ之ヲ相手方ニ送達シ且故障ニ就キ口頭辯論ノ新期日ヲ定メ當事者雙方ヲ呼出サマルベカラズト雖モ判然許スベカラザル故障又ハ判然法律上ノ方式ニ適セズ又ハ其期間ノ經過後ニ起シタ

ル故障ナルトキハ送達ヲ要セズ裁判長ノ命令ヲ以テ之ヲ却下スベキモノトス。此命令ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得。(第二百五十七條及第二百五十八條)

第五 裁判所ハ職權ヲ以テ故障ヲ許スベキヤ否ヤ又法律上ノ方式ニ從ヒ若クハ其期間ニ於テ故障ヲ申立タルヤ否ヲ調査シ若シ此要件ノ一ヲ缺クトキハ判決ヲ以テ故障ヲ不適當即チ形式上ノ要件ヲ具ヘザルモノトシテ棄却スベキモノトス。(第二百五十九條)

若シ又故障ヲ適當トスル時ハ訴訟ハ闕席前ノ程度ニ復シ直チニ本審ニ就キ口頭辯論ヲナスベキモノトス。此場合ニ於テハ證據調中間判決等訴訟ノ全體ハ悉ク其舊ニ復スベシ。(第二百六十條)

第六 新辯論ニ基キ爲スコキ判決ガ闕席判決ト符合スルトキハ依然闕席判決ヲ維持スルコトヲ言渡シ其符合セザル場合ニ於テハ新判決ニ於テ闕席判決ヲ棄却スベキモノトス。(第二百六十一條)

第七 故障ヲ申立テタル原告若クハ被告ガ辯論ノ期日又ハ延期日ニ出頭セザルトキハ第二百五十二條及ビ二百五十四條ノ場合ヲ除クノ外申出ニ依リ故障ヲ棄却スル新闕席判決ヲ言渡スベキモノトス。此新闕席判決ニ對シテハ更ニ故障ヲ申出ヅルコトヲ得ズ。(第二百六十三條)

其他故障ノ拋棄及ビ取下ニ就テハ控訴ノ拋棄及ビ其取下ニ就テノ規定ヲ準用ス。(第二百六十四條)

第八篇 訴訟行爲ノ期限

第一章 期日

第一節 期日ノ本義

期日トハ原告若クハ被告ガ口頭辯論ヲ爲サンガ爲ナルト又ハ裁判所ガ裁判所ニ於テ爲ス行爲ヲ了知スルガ爲メナルトヲ問ハズ總テ訴訟行爲ヲ行フガ爲メニ裁判所ニ出頭スベキ日時ヲ謂フ。故ニ期日ト期日ニ於テ爲サルベキ辯論言渡等ノ行爲トハ二者固ヨリ其性質ヲ異ニスルコト明白ナリト雖モ法律上往々期日ニ於テ爲サルベキ行爲ヲ以テ直チニ期日ト稱スルコトナキニアラズ。(第六十二條及第六十三條)

期日ハ裁判長裁判所又ハ受命判事若クハ受託判事ノ定ムル所ニシテ他ニ此等ノ者ノ豫メ定メザル期日ナルモノアルヲ見ズ。但第三百七十八條ノ豫メ期日ノ指定ナクシテ辯論ヲ爲ス場合ハ唯一ノ例外トス。(第五十九條及第一百七十二條)

第二節 期日ノ時日及ビ場所

期日ヲ定ムベキ時日ニ就テハ法律ハ左ノ規定ヲ設ケタリ。

一 期日ハ通常日曜日及ビ一般ノ祭日ニ之ヲ定ムルコトヲ得ザレドモ已ムヲ得ザル場合ニ於テハ此限ニ在ラズト

ス。(第六十條)

- 二 休暇事件ニ就テハ休暇期間内ノ日ニ期日ヲ定ムルコトナキモノトス。(第六十八條末項)
 - 三 期日ヲ定ムルトキト期日トノ間ニハ多少ノ中間期限アリ。而シテ此中間期限ハ往々法律ヲ以テ之ヲ定メタル場合ナキニアラザレバ裁判官ハ期日ヲ定ムルニ就キ此等ノ期限ヲ遵守セザルベカラズ。第九十四條第二百三十三條第三百七十七條等ノ如キ是ナリ。
- 期日ノ場所即チ期日ニ訴訟ノ行為ヲ爲スベキ場所ハ通常裁判所内トス。但シ臨檢又ハ第三百十八條第三號ノ場合其他裁判所ニ出頭スルニ差支アル人ノ審問等ニ就テハ此限ニアラズ。(第六十二條)

第三節 期日ノ通知

期日ノ通知ハ呼出又ハ言渡ニ依リ之ヲ爲ス。(第六十條)

- 一 呼出ニ依ル期日ノ通知ハ裁判長ノ命ニ從ヒ裁判所書記ノ送達ヲ以テ之ヲ爲ス。
- 二 言渡ニ依ル期日ノ通知ハ在廷シタルモノニ對シ期日ヲ定メテ出頭ヲ命ズルナリ。故ニ當事者ノ一方ガ闕席スルトキハ闕席シタルモノニ對シテハ此方法ニ依ルコトヲ得ズ。(第二百五十二條第二百五十四條及第二百六十九條)

第四節 期日ノ開終

期日ハ事件ノ呼上ヲ以テ始マルナリ。事件ノ呼上トハ期日ニ於テ訴訟行為ニ着手スル事ヲ期日ニ出頭シタルモ

ノニ通知スルニ在リ。此呼上ハ通常裁判所ノ廷丁ノ爲ス所トス。

期日ハ期日ニ爲サントセル行為ノ終局、又ハ其行為ノ爲スカラザル事ノ確定等諸種ノ事實ニ依リテ當然終了スベシ。判決ノ言渡ハ第二百三十三條ノ規定ニ從ヒ期日ニ於ケル行為ニ屬スレドモ辯論ノ終局ト期日ノ終局ト之レヲ區別セザルヲ得ズ。何トナレバ口頭辯論ノ終局ハ一ノ形式的訴訟行為ナルハ第九條ニ依リテ明白ナレバナリ。

第五節 期日ノ變更

期日ノ變更、辯論ノ延期、辯論續行ノ期日ノ指定ハ申立ニ依リ又ハ職權ヲ以テ之ヲ爲ス事ヲ得。但シ申立ニ依レル期日ノ變更ハ合意ノ場合ヲ除クノ外顯著ナル理由アル時ニ限り之ヲ許スベキ者トス。(第六十九條) 即チ、一 期日ノ變更トハ期日ノ開始前ニ於テ一旦定マリタル期日ヲ取消シ更ニ新期日ヲ定ムルコトヲ謂フ。又期日ノ開始後現ニ口頭辯論ヲ爲サズシテ更ニ新期日ヲ定ムルヲ口頭辯論ノ延期ト謂ヒ、口頭辯論ヲ開始スルモ期日ニ之ヲ完了スルコト能ハザルガ爲メ更ニ新ナル期日ヲ定ムルヲ口頭辯論ノ續行ト謂フ。

二 辯論ノ延期及ビ續行ニ就テノ期日ヲ定ムルハ當事者一方ノ申立ニ依リ之ヲ爲スト雖モ期日ノ變更ニ至リテハ職權ヲ以テスル場合ノ外當事者ノ合意アルニアラザレバ之ヲ爲スコトヲ得ザルヲ原則トス。然レドモ期日ノ開始ヲ待タズシテ最初ヨリ當然期日ヲ變更セザルベカラザル顯著ナル事實アルトキハ一方ノ申立ニ依リテ之ヲ爲スコトヲ得。

第二章 期間

第一節 期間ノ本義及ビ種類

期間トハ繼續間若クハ終時ヲ以テ定メタル時間ニシテ其經過ハ訴訟法ニ於テ規定セル効果ヲ發生スル者ナリ。此期間ハ或ハ訴訟法ニ於テ之ヲ定メ又ハ裁判官ニ於テ之ヲ定ム。前者ヲ法律上ノ期間ト謂ヒ、後者ヲ裁判官ノ定ムル期間ト謂フ。而シテ此兩期間ノ經過ヨリ生ズル効果ハ共ニ訴訟法ノ定ムル所ナルヲ以テ時効ノ期間ノ如キハ訴訟法ノ所謂期間ニアラス又裁判所若クハ裁判所役員ガ職務ノ規律上ノ目的ノ爲メニ定メラレタル期間モ適當ノ期間ニアラス。設例ヘバ第二百三十三條ノ七日ノ期間第二百三十七條第四百三十一條第四百五十九條第五百七十五條ノ期間ノ如シ。

期間ノ經過ハ左ノ効果ノ一ヲ發生ス。

- (イ) 期間内ニ裁判上ノ所爲ヲ爲シ得ザル人ハ期間經過ノ後ハ其所爲ヲ爲スコトヲ得ザルニ至ル。
- (ロ) 期間經過ノ後ニ於テ始メテ或ル訴訟行爲ヲ爲スコトヲ相手方ニ要求スルコトヲ得。
- (ハ) 期間經過後ニ於テ始メテ一ノ訴訟行爲ガ法律上有効ト爲ル。
- (ニ) 或ル訴訟手續ノ宥恕方期間内ニ訴訟行爲ヲ爲サマリシガ爲メニ廢滅ス。
- (ホ) 或ル場合ニ於テハ損害賠償ノ義務ガ期間ヲ遵守セザルガ爲メニ發生ス。

期間ニハ或ハ全ク變更スルコト能ハザルモノアリ或ハ合意、申立若クハ職權ヲ以テ伸縮スル事ヲ得ベキモノアリ。所謂不變期間即チ法律ガ特ニ不變期間ト明記スル所ノモノハ全ク變更スルコトヲ得ズト雖モ、裁判官ノ定ムル期間ハ合意ナキモ申立ニ由リ顯著ナル理由アルトキハ之ヲ伸縮スルコトヲ得ベク又法律上ノ期間モ訴訟法ニ特定シタル場合ニ限り伸縮スルコトヲ得。(第七十條)

第一款 法律上ノ期間

法律上ノ期間ニ左ノ數種アリ。

- 第一種 ヲ不變期間トス、即チ(イ)七日間即チ抗告ニ就テノ不變期間。(第四百六十六條) (ロ)十四日間即チ故障申立ノ不變期間。(第二百五十五條及第三百九十四條) (ハ)一ヶ月間即チ上訴、再審、公示催告ノ不服及ビ仲裁々判取消ノ訴ニ就テノ不變期間。(第四百條第四百三十七條第四百七十四條第七百七十五條及第八百四條)
- 第二種 ヲ當事者ノ合意ニテモ當事者一方ノ申立ニテモ又職權ニテモ伸縮スルコト能ハザル法律上ノ期間トス。即チ(イ)原狀回復ノ期間。(第七十五條) (ロ)公示催告ノ新期日ヲ定ムル期間。(第七百七十一條)
- 第三種 ヲ當事者ノ合意ニ依リテノ伸縮スルコトヲ得ベクシテ當事者一方ノ申立又ハ職權ヲ以テ伸縮スルコト能ハザル法律上ノ期間トス。即チ(イ)追加裁判ノ申立ノ期間。(第二百四十二條) (ロ)禁治産ノ宣告ニ對スル不服期間。(補則第三十條) (ハ)差押ニ就テノ陳述ノ催告。(第六百九條) (ニ)配當手續ニ就テノ催告。(第六百二十七條) (ホ)配當ニ就テノ異議申立。(第六百三十三條) (ヘ)假差押命令ノ執行期間。(第七百四十九條) (ト)伸

裁人選定ノ催告。(第七百九十一條)

第四種 ヲ當事者ノ合意若クハ一方ノ申立ニ依リ仲縮スルコトヲ得ルモ職權ヲ以テ仲縮スルコト能ハザル法律上ノ期間トス。即チ訴、控訴、上告等ノ口頭辯論ノ期間、督促手續ニ就テノ期間等トス。

第二款 裁判官ノ定ムル期間

裁判官ノ定ムル期間ハ裁判所又ハ裁判長ノ自由ニ定ムル所ノ期間ナリ。即チ(イ)訴訟能力、委任權ノ補正ノ期間。(第四十五條第七十條)(ロ)訴訟費用ノ分擔計算書提出ノ期間。(第八十六條)(ハ)外國ニ於テ送達スベキ訴狀上訴狀ノ期間。(第二百三十四條第二項第三百七十七條第二項第四百三條第四百四十條)(ニ)保證ヲ立ツルノ期間(第九十條)(ホ)口頭辯論延期ノトキニ於ケル準備書面ノ期間。(第二百四條)(ヘ)證據調ニ就テノ期間。(第七百七十五條第二百八十八條第三百四十五條)(ト)假差押及強制執行ニ就テノ期間(第七百四十六條第七百五十六條第七百六十一條第五百四十七條第五百四十九條)トス。

第二節 期間ノ開終停止

期間ノ開始及ビ終了ニ就テノ規則ハ左ノ如シ。

(イ) 裁判官ノ定ムル期間ノ進行ハ期間ヲ定メタル書類ノ送達ヲ以テ始マリ又其ノ送達ヲ要セザル場合ニ於テハ期間ノ言渡ヲ以テ始マル。但シ期間指定ノ際特ニ此ヨリ遅キ起期ヲ定メタルトキハ此限ニアラス。(第六十四條)

(ロ) 法律上ノ期間ハ其期間ニ就キ進行點ト定メタル時ヨリ始マル。

(ハ) 期間ヲ計算スルニ時ヲ以テスルモノハ即時ヨリ起算シ又日ヲ以テスルモノハ初日ヲ算入セズ(第六十五條)

(ニ) 年ヲ以テスル期間ハ曆ニ從ヒ一ヶ月ヲ三十日トシ一日ヲ二十四時トス。(第六十六條初項)

(ホ) 期間ノ終了スル日ガ日曜日又ハ一般ノ祝祭日ニ當ルトキハ其日ヲ期間ニ算入セズ。(同上後項)

(ヘ) 伸長シタル新期間ハ前期間ノ滿了ヨリ之ヲ起算ス。(第七十條末項) 期間ノ進行ヲ停止スル場合ハ左ノ如シ。

(イ) 法律上ノ期間タルト裁判官ノ定ムル期間タルト問ハズ不變期間及ビ休暇事件ノ期間ヲ除ク外期間ノ進行ハ裁判所ノ休暇ニ依リテ停止セラレ、其ノ期間ノ殘餘ノ部分ハ休暇ノ終ヲ以テ其進行ヲ始メ、又期間ノ始メガ休暇ニ當ルトキハ其ノ期間ノ進行ハ休暇ノ終ヲ以テ始マル。然レドモ此休暇ハ毎年七月十一日ニ始マリ九月十一日ニ終ルモノナレバ、年ヲ以テ算スル期間ハ休暇ノ爲メニ停止セラル、コトナカルベシ。(第六十八條)

(ロ) 訴訟手續ノ中斷及ビ中止ハ如何ナル期間ヲ問ハズ、凡テ各期間ノ進行ヲ停止シ中斷中止ノ終リタル後更ニ全期間ノ進行ヲ始ム。但訴訟手續ノ休止ハ不變期間ノ進行ニ影響ヲ及ボスコトヲ得ズ。(第八十六條及第八十八條)

第三節 期間伸縮ノ手續

期間ノ伸縮(及期日ノ變更)ハ當事者一方ノ申請ニ依リ之ヲ爲スコトヲ得ベキ場合アルベキコトハ已ニ前節ニ於テ論述シタル所ナリ。其申請ノ手續左ノ如シ。(第七十一條)

(イ) 期間ノ伸縮(期日ノ變更)ニ就テノ申請ハ之ヲ説明スベシ。

(ロ) 申請ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ベク又其申請ノ裁判ハ口頭辯論ヲ經ズシテ之ヲ爲スコトヲ得、而シテ裁判所ガ口頭辯論ヲ爲サズシテ申請ヲ却下スルトキハ、其ノ却下ニ對シテハ抗告ヲ爲スコトヲ得ベキハ當然ナリ。

(ハ) 同一期間(期日)ノ再度ノ伸長ハ相手方ノ承諾書ヲ提出セザルトキハ相手方ヲ訊問シタル後ニ限り之ヲ許スコトヲ得ベク、又相手方ガ異議ヲ述ブルトキハ顯著ナル差支ノ理由及ビ其ノ差支ヲ除去スルコトノ特別ナル困難ヲ生ジタルコトヲ證スルトキニ限り之レヲ許スコトヲ得。此ノ場合ニ於テハ其ノ申請ヲ却下スル裁判ニ對シテ不服ヲ申立ツルヲ得ズ。但シ訴訟代理人ノ差支ニ原因スル期間ノ再度ノ伸張ハ、相手方ノ承諾アルニアラザレバ之ヲ許サマルモノトス。

第三章 懈怠ノ結果及ビ原狀回復

第一節 懈怠ノ結果

訴訟行爲ノ爲メニ定メラレタル期限ニ於テ訴訟行爲ヲ爲サマルヲ懈怠ト謂ヒ懈怠シタル當事者ニ對シテ其結果ヲ生ズ。

第一 總テノ期日及ビ期間ハ確定ノナリ。此期限内ニ爲シタル當事者ノ行爲ニアラザレバ其効力ヲ生ゼズシテ此期限經過ノ後ニ於テハ當事者ハ訴訟行爲ヲ爲スノ權利ヲ失フ。設例ヘバ期日ニ口頭辯論ニ出席セザルトキニ於ケル國席判決ノ如キモ亦懈怠ノ一結果ナリ。但シ第二百六十九條及ビ補則第七條ノ場合ハ例外トス。(第七十三條初項)

第二 懈怠ノ結果ハ利用セラレザル期限ノ經過自身ヨリ當然發生スベシ(第七十三條後項)。故ニ、

(イ) 懈怠ノ結果ヲ生ズルニハ豫メ之ヲ懈怠セル當事者ニ通告スルヲ要セズ。但シ第七百六十五條第三號及第七百八十一條ノ場合ハ例外トス。

(ロ) 懈怠ノ結果ハ法律上ノ結果トシテ當然發生スルヲ以テ之ヲ發生セシムル爲メ申立其他特別ノ手續處分ヲ必要トセズ。但シ第九十條第二百二十八條第七十八條末項第二百四十六條第二百六十五條第二百七十一條末項第四百二十八條第四百四十四條第四百九十二條第六百三十七條第七百六十九條及ビ補則第七條末項ノ場合ハ例外トス。

第三 懈怠ノ結果ニ就テハ期日ノ全懈怠ノ結果ト一部分ノ訴訟行爲ノ懈怠即チ一部懈怠ノ結果トニ區別シ又一般ノ結果ト特別ノ結果トニ區別セザルベカラズ。

甲 全懈怠ノ一般ノ結果ハ左ノ如シ。

(イ) 懈怠後ニ訴訟行爲ヲ爲ス權利ノ喪失。(第七十三條初項)

(ロ) 懈怠ニ就テ訴訟費用ノ負擔ノ義務。(第七十五條第七十七條末項及第二百六十二條)

乙 特別ノ結果ハ左ノ如シ。

(イ) 全懈怠即チ口頭辯論ノ期日ニ出頭セズ又ハ出頭スルモ口頭辯論ヲ爲サル場合ハ懈怠ナキ當事者ノ一方ノ申立ニ依リテ闕席判決ヲ爲ス。事ハ既ニ前篇ニ於テ之ヲ論述セリ。(第二百四十六條第七十八條末項及第四百九十二條)

(ロ) 一部懈怠ノ結果ハ自白(第一百一條第七十八條末項第二百四十八條第二百六十九條第二項第四百四十四條)トナリ、承諾(第六十八條)トナリ、棄權(第二百四十七條第二百四十八條第四百二十八條第四百四十四條)トナリ、推定(第三百四十一條第三百五十三條末項及第三百六十三條)トナリ、其他各種ノ懈怠ノ行爲ニ對シ各種ノ結果ヲ生ズ。(第三十條第九十條第四百三十三條第八十八條第九十五條第三項第二百零六十三條第四百二十八條第四百二十九條第四百四十四條第五百四十七條第五百四十九條第五百六十五條末項第六百九條末項第六百三十七條第七百四十六條第七百五十四條第七百六十一條第七百八十九條及補則第八條)

第四 懈怠ノ結果ヲ從前ノ地位ニ復スルコトヲ得ルハ法律ニ於テ特ニ之ヲ許容スル場合ニ限レリ、其場合ハ左ノ

如シ。

(イ) 全懈怠ニ就テハ闕席裁判ニ對スル故障。(第二百五十五條乃至第二百六十四條)

(ロ) 不變期間ノ懈怠ニ對スル原狀回復即チ次節ニ論ズル所ナリ。(第七十四條乃至第七十七條)

(ハ) 期間ニ於ケル不充分ノ行爲ガ終局判決ニ至ラザル間ハ法律ハ例外トシテ懈怠ヲ追完スルコトヲ得セシメタリ。即チ第三十五條第二百五條末項第二百十條第二百七十二條末項第二百八十四條末項第三百二十二條第三百四十七條第四百十四條及ビ第八百三條ノ場合トス。(第七十三條初項但書)

第二節 原狀回復

原狀回復ハ不變期間ノ懈怠ヨリ生ズル結果ヲ除却シテ原狀ニ復セシムルノ方法ナリ。

第一 原狀回復ハ左ノ條件ノ一アルトキニアラザレバ之ヲ許サズ。(第七十四條)

(イ) 天災其他避クベカラザル事變ノ爲メニ不變期間ヲ遵守スルコト能ハザリシトキ。

(ロ) 不變期間ガ故障期間ナルトキハ其懈怠ガ原告若クハ被告ノ過失ニアラズシテ闕席判決ノ送達ヲ知ラザリシトキ。

第二 原狀回復ノ申立ノ期間ハ障碍即チ天災事變等ノ止ミ若ハ闕席判決アリタルコトヲ知リタル日ヨリ十四日間内ニ之ヲ爲サマルベカラズ。然レドモ此原狀回復ノ申立權ハ懈怠シタル不變期間ノ終ヨリ起算シテ一年間ヲ限り存在ス。(第七十五條)

第三 原狀回復ニ就テノ申立ヲ裁判スル管轄裁判所ハ申立人ガ追完セントスル訴訟行爲ニ就キ裁判ヲ爲ス權アル裁判所即チ懈怠ノ無カリシ場合ニ於テ事件ヲ管轄スル裁判所トス。但シ即時抗告ノ提出ヲ懈怠シタルトキハ原狀回復ノ申立ハ不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所又ハ抗告裁判所ニ之ヲ爲スコトヲ得ベシ(第七十六條初項及末項)。是レ即時抗告ノ期間ハ裁判ヲ爲シタル裁判所又ハ抗告裁判所ニ於テ之ヲ許スノ原則ヨリ發生スベキ結果ナリ。(第四百五十七條第四百六十一條及第四百六十六條)又即時抗告ガ受命判事又ハ受託判事ノ裁判又ハ裁判所書記ノ處分ニ對スルモノナルトキハ其申立ハ之ヲ受訴裁判所ニ爲スベキハ第四百六十五條及第四百六十六條末項ノ定ムル所ナレドモ原狀回復ノ場合ニ於テハ亦抗告裁判所ニ之ヲ申立ツルコトヲ得ベシ

第四 原狀回復ノ申立ハ書面ヲ以テ之ヲ爲ス。其書面ニハ第一、原狀回復ノ原因タル事實第二、原狀回復ノ疏明方法及び第三、懈怠シタル訴訟行爲ノ追完ヲ記載セザルベカラズ。(第七十六條第二項)

第九篇 強制執行略論

第一章 總則

第一節 強制執行ノ原因

第一款 判決ニ基ク執行

強制執行ノ原因ハ通常確定ノ終局判決(闕席判決一分判決)及び假執行ヲ宣言シタル終局判決トス。仲間判決ハ一般ニ強制執行ノ原因タルコトヲ得ザルヲ以テ通則トスレドモ法律ガ特例トシテ之ヲ終局判決ト見做ス場合ハ此限ニアラズ、第二百七條第二項及び第二百二十八條第二項ノ如キ是ナリ。(第四百九十七條)

〔第一〕 確定判決トハ適法ナル故障ノ申立又ハ適法ナル上訴ノ提起ニ就キ定メタル期間ノ滿了シタル終局判決ヲ謂ヒ適法ノ期間内ニ提出セラレタル故障若クハ上訴ハ判決ノ確定ヲ遮斷ス。是等ノ事ニ就テハ已ニ前篇ニ於テ之ヲ詳述セリ(第四百九十八條)。若シ又確定ノ判決ニ就キ原狀回復又ハ再審ヲ求ムル申立アルトキハ裁判所ハ當事者ノ申立ニ依リ保證ヲ立テシメ又ハ保證ヲ立テシメズシテ強制執行ヲ一時停止スベキコトヲ命ジ又ハ保證ヲ立テシメテ強制執行ヲ爲スベキコトヲ命ジ及ビ保證ヲ立テシメテ其爲シタル強制處分ヲ取消スベキコトヲ命ズルコトヲ得。但シ保證ヲ立テシメズシテ爲ス強制執行ノ停止ハ其執行ニ依リ償フコト能ハザル損害ヲ生ズベキヲ疏明スルトキニ限り之ヲ許スベキモノトス(第五百條)○判決ノ確定ノ證明ハ通常第一審ノ裁判所書記之

ヲ爲スト雖モ其上級審ニ繫屬中ナルハ上級裁判所ノ書記之ヲ爲ス。(第四百九十九條)

假執行ノ宣言ハ或ハ職權ヲ以テ之ヲ爲スアリ或ハ申立ヲ待テ之ヲ爲スコトアリ。即チ、

一 職權ヲ以テ假執行ノ宣言ヲ爲スベキ判決ハ其判決ニ係ル權利關係ノ明確ニシテ當事者ガ上訴ヲ爲スノ意ナク又上訴ヲ爲スモ其上訴ノ立タザルコトノ明白ナルトキ又ハ事ノ至急ヲ要シテ判決ノ確定ヲ待ツノ不利ナルトキニ在リ。而シテ法律ハ之ヲ左ノ場合ニ制限セリ。(第五百一條)

(イ) 認諾ニ基キ敗訴ヲ言渡ス判決。(第二百二十九條)

(ロ) 證書訴訟又ハ爲替訴訟ニ於テ言渡ス判決。(第四百九十四條以下)

(ハ) 同一審ニ於テ同一ノ原告若クハ被告ニ對シ本案ニ就キ言渡シタル第二又ハ其後ノ闕席判決。(第二百六十三條第七十四條第三百九十八條第二項第四百二十二條第一號)

(ニ) 假差押又ハ假處分ヲ處ス判決。(第七百四十五條乃至第七百四十七條及第七百五十六條)

(ホ) 養料ヲ支拂フ義務ヲ言渡ス判決。但シ訴ノ提起後ノ時間及ビ其提起前最後ノ三箇月間ノ爲メニ支拂フベキモノナルトキニ限ル。

二 申立ニ依リ假執行ノ宣言ヲ爲ス場合ニ二種アリ。一ヲ單ニ申立ノミニ依リ之ヲ爲ス場合トシ、一ヲ特別ノ理由ニ基キタル申立ニ依リテ之ヲ爲ス場合トス。(第五百二條)

甲 左ノ場合ニ於テハ申立ニ依リ假執行ノ宣言ヲ爲ス。(第五百二條)

(イ) 住家建物ノ受取、明渡、使用、占據等ニ關スル或種ノ訴訟。

(ロ) 占有ノミニ係ル訴訟。

(ハ) 雇期限一年以下ノ雇傭契約ニ關スル或種ノ訴訟。

(ニ) 旅店飲食店等ノ營業ニ就テノ或種ノ訴訟。

(ホ) 財産權上ノ請求ニシテ二十四ヲ超過セザル訴訟。

乙 財産權上ノ請求ニ關スル判決ニシテ債權者ガ執行ノ前ニ保證ヲ立テント申立タルトキ又ハ判決ノ確定ト爲ルマデ執行ヲ中止スルトキハ償ヒ難キ損害又ハ計リ難キ損害ヲ受クベキコトヲ疏明スルトキハ裁判所ハ假執行ノ宣言ヲ爲スベキモノトス。(第五百三條)

〔第一〕 假執行ハ判決ノ未確定ナルトキニ於テ已ニ其執行ヲ強制スルモノナルガ故ニ法律ハ又債務者ヲシテ之ヲ免カル、ノ途ヲ有セシメザルベカラズ。故ニ債務者ガ判決ノ確定トナル前ニ判決ヲ執行セバ後日ニ回復スルコトヲ得ザル損害ヲ受クベキコトヲ疏明シタルトキハ裁判所ハ職權ヲ以テスル假執行ヲ宣言スル場合ニ在リテハ假執行ヲ爲スベカラザルコトヲ宣言シ又申立ニ依リ假執行ヲ宣言スベキトキハ裁判所ハ債權者ノ申立ヲ却下スベキモノトス。然レドモ左ノ場合ニ於テハ裁判所ハ申立ニ依リ條件附ノ宣言ヲ爲スコトヲ得。(第五百四條及第五百五條)

一 如何ナル場合ヲ問ハズ債權者ヲシテ假執行ニ就キ保證ヲ立テシメンコトヲ債務者ヨリ申立テタルトキハ裁

判所ハ債權者ニシテ保證ヲ立テタル以上ハ假執行ヲ爲スコトヲ得ベキ條件ヲ附シテ假執行ヲ宣言スルコトヲ得。

二 之ニ反シ債權者ガ執行ノ前ニ保證ヲ立ツルコトヲ申出デザルトキニ於テ債務者ガ保證ヲ立テ又ハ供託ヲ爲シテ假執行ヲ免カレンコトヲ申立テタルトキハ裁判所ハ債務者ガ保證ヲ立テ又ハ供託ヲ爲シタルトキハ假執行ヲ免ズベキノ條件ヲ付シテ假執行ノ宣言ヲ爲スコトヲ得。

〔第三〕 假執行ニ關スル總テノ申立ハ判決ニ接着スル口頭辯論ノ終結前ニ之ヲ爲サルベカラズ、又其假執行ニ就テノ裁判ハ、如何ナル裁判タルヲ問ハズ判決主文ニ之ヲ掲ゲザルベカラズ。(第五百六條及第五百七條)。而シテ、

(イ) 若シ職權ヲ以テ判決ノ假執行ヲ宣言スベキ場合ニ於テ假執行ノ裁判ヲ爲サルトキ又ハ判決ノ假執行ヲ宣言スベキ債權者ノ申立ヲ看過シタルトキハ第二百四十二條及ビ第二百四十三條ノ規定ニ從ヒ判決ノ補充ヲ爲スコトヲ得。(第五百八條)

(ロ) 第一審又ハ第二審ノ判決ニ假執行ノ宣言ナク又ハ條件附ノ假執行ノ宣言アルトキノ場合ニ於テ上訴ヲ爲シタルトキハ上級裁判所ハ上訴ヲ以テ不服ヲ申立テザル判決ノ部分ニ限リ口頭辯論ノ進行中ニ爲シタル原告若クハ被告ノ申立ニ依リ其判決ニ假執行ノ宣言ヲ付ス。(第五百九條)

〔第四〕 假執行ハ假ノ執行ナリ。故ニ本案ノ裁判言渡ニ依リ假執行ノ宣言ヲ附シタル判決ガ確定スルトキハ假執

行ハ確定判決ノ執行ト同一ノ効力ヲ生ズレドモ若シ本案ノ裁判若クハ假執行ノ宣言ガ判決ニ依リ廢棄、破毀若クハ變更セラレタルトキハ假執行ハ全部又ハ廢棄、破毀若クハ變更セラレタル限度ニ於テ其効力ヲ失ヒ其結果ハ或ハ假執行ヲ爲ス事ヲ得ザルモノトナリ、又本案ノ判決ニ就キ已ニ之ヲ實行シタルトキハ判決ニ基キ被告ノ支拂又ハ給付シタルモノ、辨濟ヲナスベキコトヲ被告ノ申立ニ依リ判決ヲ以テ原告ニ言渡スベキモノトス。(第五百十條)

〔第五〕 假執行ノ宣言ヲ附シタル判決ニ對スル故障又ハ上訴ハ第五百條ノ規定ニ從ヒ裁判所ハ申立ニ依リ保證ヲ立テシメ又ハ保證ヲ立テシメズシテ執行ヲ停止スルコトヲ得。(第五百十二條)

〔第六〕 假執行ハ確定セザル裁判ヲ執行スルモノナルガ故ニ第二審ニ於テハ第四百十條ノ期間ニ拘ハラズ申立ニ依リ先ヅ第一ニ假執行ニ就テ辯論及ビ裁判ヲ爲サルベカラズ、又第二審ニ於テ假執行ニ就キ爲シタル裁判ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ許サズ。(第五百十二條)

〔第七〕 強制執行ニ就テ總テ保證ヲ以テ又ハ供託ヲ爲ス場合ニ於テハ原告若クハ被告ハ其普通裁判籍ヲ有スル地ノ區裁判所又ハ執行裁判所ニ保證ヲ立テ又ハ供託ヲ爲スコトヲ得ベク又裁判所ハ求ニ依リ其證明書ヲ付與スベキモノトス。(第五百十三條)

〔第八〕 外國裁判所ノ判決ハ我裁判所ノ固ヨリ遵守スベキモノニアラザレバ我裁判所ハ外國裁判所ノ判決文ニ基キ強制執行ヲ言渡スコトヲ得ズト雖我裁判所ニ於テ執行判決ヲ以テ其適法ナルコトヲ言渡シ我法權ヲ之ニ付シ

タルトキハ之ヲ爲スコトヲ得。故ニ此執行判決ハ裁判自身ノ當否ヲ調査セズシテ之ヲ爲スト雖モ左ノ場合ニ於テハ執行判決ヲ求ムル訴ヲ却下スベキモノトス。(第五百十四條及第五百十五條)

- 一 外國裁判所ノ判決ガ外國法ニ從ヒ確定トナリタルコトヲ證明セザルトキ。
- 二 本邦ノ法律ニ依リ強テ爲サシムルコトヲ得ザル行爲ヲ執行セシムベキトキ。
- 三 本邦ノ法律ニ從フトキハ外國裁判所ガ管轄ヲ有セザルトキ。
- 四 敗訴ノ債務者ガ本邦人ニシテ訴ニ應ゼズシテ闕席判決ヲ受ケタルモノナルトキ、但シ訴訟ヲ開始スル呼出又ハ命令ヲ受訴裁判所々屬ノ國ニ於テ又ハ法律上ノ共助ニ依リ本邦ニ於テ本人ニ送達セザリシトキニ限ル。
- 五 國際條約ニ於テ相互ヲ保セザルトキ。

第二款 判決以外ノ原因ニ基ク執行

前款ニ論述シタル確定ノ終局判決及ビ假執行ヲ宣言シタル終局判決ノ外強制執行ハ左ノ諸件ニ就テモ亦之ヲ爲スコトヲ得。(第五百五十八條)

- 第一 抗告ヲ以テノミ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル裁判。(第五百三十條及第五百三十一條)
- 第二 執行命令。(第三百九十三條及第三百八十二條) 執行命令ニ就テハ別ニ之ヲ論述スル所アリ。
- 第三 訴ノ提起後受訴裁判所ニ於テ又ハ受命判事若クハ受託判事ノ面前ニ於テ爲シタル和解。(第二百二十一條)
- 第四 訴ノ提起前ト雖モ第三百八十一條ノ規定ニ從ヒ區裁判所ニ於テ爲シタル和解。

第五 公證人ガ其權限内ニ於テ成規ノ方式ニ依リ作りタル證書、但シ一定ノ金額ノ支拂又ハ他ノ代替物若クハ有價證券ノ一定ノ數量ノ給付ヲ以テ目的トスル請求ニ就キ作りタル證書ニシテ直チニ強制執行ヲ受クベキ旨ヲ記載シタルモノニ限ル。

右ニ掲ゲタル債務名義ニ因レル強制執行ニ就テモ又以下數章ニ論述スル規定ヲ準用スレドモ第五百六十一條及第五百六十二條ニ於テ是等ノモノニ就キ特ニ規定シタル所ニ依リ生ズル差異ハ此限ニアラズ。

第二節 強制執行力ノ付與

〔第一〕 判決ハ實質上ニ強制執行ノ力ヲ具備スト雖モ更ニ形式上ノ要件ヲ具備スルニアラザレバ判決ハ直チニ之ヲ執行シ得ベキモノニアラズ故ニ強制執行ハ執行命令假差押及ビ假處分ニ就キ法律ガ特例ヲ定メタル場合ノ外執行文ヲ付シタル判決ノ正本ニ基クニアラザレバ之ヲ爲スコトヲ得ズ。(第五百十六條)。即チ、

- 一 執行力アル正本ハ口頭又ハ書面上ノ申立ニ依リ第一審裁判所ノ書記、又訴訟ガ上級裁判所ニ繫屬スルトキ其裁判所ノ書記之ヲ付與スルヲ通則トス。(第五百十六條第二項及第三項)
- 二 執行文ハ一定ノ式ヲ用ヒ書記署名捺印シテ裁判所ノ印ヲ押シ之ヲ判決ノ正本ノ末尾ニ附記ス、又何人ノ爲メ之ヲ付與スル旨及ビ其日時ヲ判決ノ原本ニ記載セザルベカラズ。(第五百十七條及第五百二十四條)
- 三 執行力アル正本ハ判決ノ確定シタルトキ又ハ假執行ノ宣言アリタルトキニ限り之ヲ付與スルコトヲ得。但シ左ノ場合ニ於テモ亦裁判長ノ命令アルトキハ之ヲ付與スルコトヲ得。(第五百十八條第一項第五百二十條)

(イ) 判決ノ執行ガ其旨趣ニ從ヒ或條件ニ繫ル場合ニ於テハ債權者ガ證明書ヲ以テ其條件ヲ履行シタルコトヲ證明シタルトキ。但シ執行ニ就キ保證ヲ立ツル條件ハ只ダ執行ノ實施ニ關スル條件ナルヲ以テ此條件ハ履行セラレズトモ執行文ヲ付與スルコト能ハザルニアラズ、唯ダ其執行文ノ付與ヲ受クルモ保證ノ條件ヲ履行セザレバ執行ノ實施ヲ爲スコト能ハザルニ止マルベシ。(第五百十八條第二項)

(ロ) 執行力アル正本ヲ判決ニ表示シタル債權者ノ承繼人ノ爲メニ付與シ又ハ判決ニ表示シタル債務者ノ一般ノ承繼人ノ爲メニ付與スルトキ。但シ其承繼ハ裁判所ニ於テ明白ナルトキ又ハ證明書ヲ以テ之ヲ證明スルトキニ限ル。(第五百十九條)

前二項ノ場合ニ於ケル必要ノ證明ヲ爲スコト能ハザルトキハ債權者ハ判決ニ基キ執行文ノ付與ニ就キ第一審ノ裁判所ニ訴ヲ起スコトヲ得(第五百二十一條)

(ハ) 債務者ガ執行力アル正本ノ數通ヲ求メ又ハ前ニ附與シタル正本ヲ返還セズシテ更ニ同一判決ノ正本ヲ求ムルトキ。此場合ニ於テハ裁判長ハ書面又ハ口頭ニテ債務者ヲ審訊スルコトヲ得レドモ之ヲ審訊セザリシトキハ其旨ヲ相手方ニ通知スルヲ要ス。(第五百二十三條)

(第二) 執行文ノ付與ニ對シ債務者ガ異議ヲ申立テタルトキハ其執行文ヲ付與シタル裁判所書記ノ屬スル裁判所又第五百六十二條ノ公正證書ニ就テハ公證人ノ住所ヲ有スル地ノ區裁判所之ヲ裁判ス。而シテ此異議アリタルトキハ裁判長ハ其裁判所ニ假處分ヲ爲スコトヲ得、殊ニ保證ヲ立テシメ若クハ之ヲ立テシメズシテ強制執行ヲ

一時停止シ又ハ保證ヲ立テシメテ強制執行ヲ續行スベキヲ命ズルコトヲ得。(第五百二十二條)

(第三) 執行力アル正本ノ効力ハ之ニ付與シタル裁判所ノ管轄ニ止マラズ總テ本邦ノ裁判區域内ニ及ブベキモノトス。(第五百二十五條)

債務者ハ一個ノ地又ハ一個ノ方法ニテ強制執行ヲ爲スモ完全ナル辨濟ヲ完ウスルコト能ハザルトキ、設例ヘバ債務者ノ數箇ノ財産ニ對シテ數個ノ地ニ於テ之ヲ執行セザレバ一箇ノ財産ニテハ其辨濟ヲ得ルニ足ラザルトキ等ニ於テハ數通ノ執行力アル正本ニ基キ數個ノ地又ハ數箇ノ方法ニテ同時ニ強制執行ヲ爲スノ權利ヲ有ス。(第五百二十六條)

第三節 強制執行ノ行爲

第一款 強制執行ノ開始

強制執行ハ左ノ條件ヲ具備スルトキニアラザレバ之ヲ開始スルコトヲ得ズ。

第一 強制執行ヲ求ムル者及ビ之ヲ受クル者ノ氏名ガ判然又ハ之ニ附記スル執行文ニ表示セララル、コトヲ要ス。(第五百二十八條第一項及第五百十九條)

第二 判決ハ既ニ送達セラレ又ハ執行ヲ始ムルト同時ニ送達セララル、コトヲ要ス。(第五百二十八條第一項)。而シテ、

(イ) 判決ノ執行ガ其旨趣ニ從ヒ債權者ノ證明スベキ事實ノ到來ニ繫ルトキ、又ハ判決ノ執行ガ判決ニ表示シ

タル債權者ノ承繼人ノ爲メニ爲シ又債務者ノ承繼人ニ對シテ爲スベキトキハ執行スベキ判決ノ外尙ホ之ニ附記スル執行文ヲ送達スルコトヲ要ス、若シ又證明書ニ依リ執行文ヲ付與シタルトキハ亦其證書ノ謄本ヲ送達スルコトヲ要ス。(第五百二十八條第二項及第三項)

(ロ) 強制執行ガ債權者ヨリ保證ヲ立ツルコトニ繫ルトキハ債權者ガ保證ヲ立ツルコトニ就テノ公正ノ證明書ヲ提出シ且ツ其謄本ヲ送達シタルコトヲ要ス。(第五百二十九條末項)

第三 請求ノ主張ガ或日時ノ到來ニ繫ルトキハ執行ノ開始ハ其日時ノ滿了後タルコトヲ要ス。(第五百二十九條初項)

第四 豫備後備ノ軍籍ニアラザル軍人軍屬ニ對シテ爲ス強制執行ニ於テハ其上班司令官廳ニ通知ヲ爲シタル後タルコトヲ要ス(第五百三十條)

第二款 強制執行ノ實施

〔第一〕 法律上別段ノ規定ナキ限りハ強制執行ハ執達吏ガ之ヲ實施シ又其責ニ任ズルヲ通則トスルガ故ニ強制執行ヲ實施セント欲セバ執行力アル正本ヲ執達吏ニ交付シテ其執行ヲ委任シ又之ヲ委任スルガ爲メニハ區裁判所書記ノ補助ヲ求メ就中管轄ヲ異ニスル裁判所管轄内ニ於テ執行ヲ爲サントスルトキハ債權者ハ區裁判所書記ノ媒介ニ依リ執行ヲ他ノ管轄ノ執達吏ニ委任スルコトヲ得、然ルトキハ其書記ノ委任シタル執達吏ハ債權者ノ委任シタル執達吏ト看做サルベシ。(第五百三十一條及第五百三十二條)

〔第二〕 強制執行ヲ委任シタルトキハ執達吏ハ特別ノ委任ヲ受ケザルトキト雖モ支拂其他ノ給付ヲ受取り其受取りタルモノニ就キ有効ニ受取ノ證書ヲ作り之ヲ交付シ且債務者ニ於テ其義務ヲ完全ニ盡シタルトキハ執行力アル正本ヲ債務者ニ交付スルコトヲ得。(第五百三十三條)

〔第三〕 執達吏ハ執行力アル正本ヲ所持スル以上ハ法律上當然債務者及ビ第三者(第六十二條)ニ對シ強制執行及ビ其他委任セラレタル所爲ヲ爲スノ權利ヲ有スベシ。故ニ苟モ正本ヲ所持スル以上ハ債權者ハ是等ノ者ニ對シ委任ノ欠缺若クハ制限ヲ主張スルコトヲ得ズ、又關係人ノ求メアルトキハ執達吏ハ其正本ヲ示スベシ。(第五百三十四條)

〔第四〕 債務者ガ其義務ヲ完全ニ盡シタルトキハ正本ハ不用ノモノトナリ又後日ニ再ビ之ヲ使用スルノ恐レナカラシメンガ爲メ執達吏ハ其正本及ビ受取證ヲ債務者ニ交付セザルベカラズ、又債務者ガ只ダ義務ノ一部ヲ盡シタルトキハ正本ニ其旨ヲ附記シ且受取證ヲ交付セザルベカラズト雖モ未ダ辨濟セザル殘餘ノ部分ニ就テハ此正本ハ尙ホ執行力ヲ保存ス。但シ債務者ハ執達吏ヨリ正本又ハ受取證ノ交付ヲ受クルト雖モ仍ホ本人ナル債權者ヨリ受取證ヲ受クルノ權利ヲ失ハズ。(第五百三十五條)

〔第五〕 執達吏ハ執行ノ爲メ必要ナル場合ニ於テハ債務者ノ住居、倉庫及ビ筐匣ヲ搜查シ又ハ閉鎖シタル戸扉及ビ筐匣ヲ開カシムルノ權利ヲ有シ、又抵抗ヲ受クル場合ニ於テハ執達吏ハ威力ヲ用キ且警察上ノ援助ヲ求ムルコトヲ得ルノミナラズ若シ兵力ヲ要スルトキハ之ヲ執行裁判所ニ申立ツルコトヲ得。(第五百三十六條)

〔第六〕 執達吏ハ威力ヲ用フルコトヲ得ベキコト前述ノ如クナレドモ果シテ威力ヲ用キザルベカラザル抵抗ヲ受ケタルヤ否ヤ、又執行ヲ爲スニ際シ債務者又ハ成長シタル家族若クハ雇人ニ出會ハザルトキハ正當ニ其執行ヲ爲シタルヤ否ヲ明カナラシムル爲メニ是等ノ場合ニ於テハ執達吏バ成丁者二人又ハ市町村若クハ警察ノ吏員一人ヲ證人トシテ立會ハシムルコトヲ要ス。(第五百三十七條) 又夜間及ビ日曜日並ニ一般ノ祝祭日ニハ裁判所ノ許可アルトキニ限り執行行爲ヲ爲スコトヲ得。(第五百三十九條)

〔第七〕 執達吏ハ強制執行ニ就キ利害ノ關係ヲ有スル各人ノ求メニ依リ記録ノ閱覽ヲ許シ及ビ記録中ニ存スル書類ノ謄本ヲ付與スルノ權利義務ヲ有ス。(第五百三十八條)

〔第八〕 執達吏ハ各執行行爲ニ就キ第五百四十條ノ調書ヲ作り又執行行爲ニ屬スル催告其他ノ通知ハ或場合ノ外口頭ヲ以テ之ヲ爲シ且之ヲ調書ニ記載セザルベカラズ。但シ債務者ニ爲スベキ送達又ビ通知ハ所在不分明ナルトキ又ハ外國ニ在ルトキハ之ヲ必要トセス。(第五百四十二條)

第三款 執行ノ停止及ビ制限

執達吏ハ債權者ノ指圖ニ從ヒ何時ニテモ執行ヲ停止シ又ハ之ヲ制限スルコトヲ得ベキモ第五百四十五條及ビ第五百四十六條等ノ債務者若クハ第三者ノ異議ハ執行ノ繼續ヲ停止スルノ力ナキヲ以テ通則トス。(第五百四十七條) 然レドモ債務者ニシテ左ノ書類ヲ提出シタル場合ニ於テハ執行ヲ停止シ又ハ之ヲ制限セザルベカラズ。(第五百五十條及第五百五十一條)

第一 (イ) 執行スベキ判決(第五百四十五條)。若クハ(ロ) 其假執行ヲ取消ス旨(第五百十條)。又ハ(ハ) 強制執行ヲ許サズトシテ宣言シ(第五百二十二條及第五百四十六條及第五百四十九條)。若クハ(ニ) 其停止ヲ命ジタル旨(第五百四十八條及第五百四十九條)。ヲ記載シタル執行力アル裁判ノ正本ヲ提出シタルトキ。此場合ニ於テハ強制執行ハ全ク停止セラレ已ニ爲シタル執行處分ヲモ取消サマルベカラズ。

第二 執行又ハ執行處分ノ一時ノ停止ヲ命ジタル旨ヲ記載シタル裁判ノ正本ヲ提出シタルトキ(第五百條第五百二十二條第五百二十二條第二項第五百四十四條第五百四十七條及第五百四十九條)。此場合ニ於ケル結果ハ前項ニ同ジト雖モ其裁判ヲ以テ從前ノ執行行爲ヲ取消ヲ命ゼザル時ニ限り執行處分ヲ一時保持シテ其儘ニ存セシム。

第三 執行ヲ免カル、爲メ保證ヲ立テ又ハ供託ヲ爲シタル旨ヲ記載シタル公正ノ證明書ヲ提出シタルトキ(第五百五條第二項及第五百十三條)。此場合ニ於ケル結果モ亦前第一項ニ同ジ。

第四 執行スベキ判決ノ後ニ債權者ガ辨濟ヲ受ケ又ハ義務履行ノ猶豫ヲ承諾シタル旨ヲ記載シタル證書ヲ提出シタルトキ。此場合ニ於テハ證書提出後ニ執行ヲ爲サズシテ其有ノ儘ニ保持スルマデニシテ已ニ爲シタル執行處分ヲ取消スモノニアラズ。

右ノ場合ヲ除クノ外一旦開始セラレタル執行ハ之ヲ續行スベキモノトス。故ニ強制執行ノ開始後ニ債務者ガ死亡スルトキハ遺産ニ對シテ之ヲ續行ス強到執行ノ開始後ニ戶主タリシ債務者ハ其地位ヲ辭シ又ハ之ヲ失ヒタルトキ其當時債務者ノ所持セシ財産ニ就テモ亦同ジ。(第五百五十二條及第五百五十三條)

第四節 強制執行ノ費用

強制執行ノ費用ハ必要ナルモノニ限り債務者ヲシテ之ヲ負擔セシムベキモノトス、此費用ハ強制執行ヲ受クル請求ト同時ニ之ヲ取立ツベキモノナレドモ若シ其請求ガ財産權以外ノモノナルトキハ此費用ノミノ爲メニモ亦債務者ノ財産ニ對シテ強制執行ヲ爲スコトヲ得。(第五百五十四條)

然レドモ強制執行ノ基本タル判決自身ガ廢棄若クハ破毀セラレタルトキハ執行ノ費用ハ債務者ニ辨濟セザルベカラズト雖モ假執行ノミヲ宣言セル判決ノミニ就テハ此限ニアラザルベシ。(同上第二項)

第五節 強制執行ニ關與スベキ官廳

第五百三十一條ノ規定ニ從フトキハ法律ニ於テ別段ノ規定ナキトキハ強制執行ハ執達吏之ヲ實施シ裁判所ハ只例外トシテ強制執行ニ任ズルガ如シト雖モ其裏面ヨリ之ヲ觀察スレバ執達吏ノ爲スベキ執行行爲ハ主トシテ有體動産ニ對スル強制執行ニ止マリ特種ノ強制執行即チ財産權ニ對スル強制執行不動産ニ對スル強制執行配當ノ手續船舶ニ對スル強制執行金錢ヲ目的トセザル權利ノ強制執行ハ概ネ裁判所ニ屬シ又一般ノ執行々爲ニ就テモ執行ニ關スル裁判及ビ共力ハ皆ナ裁判所ノ權内ニ屬スベキモノトス。其特種ノ強制執行ニ關スルモノハ後章ニ於テ論述スベケレドモ左ニ通則トシテ執達吏以外ノ機關ニ任ゼラレタル執行々爲ヲ論述セン。

〔第一〕 此法律ニ於テ裁判所ニ任セタル執行々爲ノ處分又ハ其行爲ノ助力ハ執行裁判所トシテ區裁判ノ管轄ニ屬シ又其區裁判所中ニ在リテハ執行手續ヲ爲スベキ地又ハ之ヲ爲シタル地ヲ管轄スル區裁判所ヲ以テ執行裁判所

トス。但シ第六百二十二條第六百四十一條第七百十八條等法律ガ特ニ別段ノ裁判所ヲ指定スル場合ハ此限ニアラス。(第五百四十三條)

〔第二〕 形式的異議即チ強制執行ノ方法又ハ執行ニ際シ執達吏ノ遵守スベキ手續ニ關スル申立及ビ異議ニ就テハ執行裁判所之ヲ裁判シ又執行裁判所ハ第五百二十二條第二項ニ定メタル命ヲ發スルノ權ヲ有スベシ、又執達吏ガ執行委任ヲ受クルヲ拒ミ若クハ委任ニ從ヒ執行々爲ヲ實施スルコトヲ拒ミタルトキ若クハ執達吏ノ計算セシ手數料ニ就キ異議アルトキハ執行裁判所之ヲ裁判ス。(第五百四十四條)

〔第三〕 實質的異議即チ判決ニ因リテ確定シタル請求ニ關スル債務者ノ異議設例ヘバ執行スベキ未條件ノ未發生又ハ執行前ノ辨濟等ヲ理由トセル異議ハ訴ヲ以テ第一審ノ受訴裁判所ニ之ヲ主張セザルベカラズ。但シ此異議ハ口頭辯論ノ終結後ニ其原由ヲ生ジ且右ノ判決力ガ闕席判決ニ係ルトキハ其原因ガ故障期限後ニ生ズル等故障ヲ以テ之ヲ主張スルコトヲ得ザルトキニ限り之ヲ許スベキモノトス。(第五百四十五條) ○第五百四十八條第二項ノ條件付裁判ニ就キ債務者ガ其條件ノ未發ヲ争ヒ又第五百十九條ノ承繼ノ有無ニ就キ債務者ガ之ヲ争フトキモ亦上述ノ規定ヲ準用シ第一審ノ受訴裁判所ニ異議ヲ主張セザルベカラズ。(第五百四十七條) ○受訴裁判所又ハ急迫ナル場合ニ於テハ執行裁判所ガ右等ノ異議ノ訴ヲ受クルニ際シ異議ノ爲メ主張シタル事情ガ法律上理由アリト見エ且事實上ノ點ニ就キ疏明アリタルトキハ申立ニ因リ判決ヲ爲スニ至ルマデ保證ヲ立テシメ若クハ之ヲ立テシメズシテ強制執行ヲ停止スベキコトヲ命ジ又ハ保證ヲ立テシメテ強制執行ヲ續行スベキコトヲ命ジ又

ハ其爲シタル執行處分ヲ保證ヲ立テシメテ取消スコトヲ命ズルコトヲ得。而シテ裁判所ガ異議ノ訴ニ就キ判決ヲ爲ストキニ至テハ裁判所ハ其判決ニテ此命令ヲ取消シ變更シ又ハ之ヲ認可スルコトヲ得ベク、又右ノ命令ヲ發セザルトキハ此判決ニ於テ之ヲ命ズルコトヲ得。(第五百四十七條及第五百四十八條)

〔第四〕 第三者ノ異議即チ第三者ガ強制執行ノ目的物ニ就キ其所有權又ハ其他ノ權利ヲ主張スルトキハ訴ヲ以テ債權者ニ對シ其強制執行ニ對スル異議ヲ主張シ又債務者ニ於テ其異議ヲ正當トセザルトキハ債權者及ビ債權者ヲ共同被告トシテ之ヲ主張シ其訴ヲ執行裁判所ニ提起スベキモノトス。然レドモ訴訟物ガ區裁判所ノ管轄ニ屬セザルトキハ執行裁判所ノ所在地ヲ管轄スル地方裁判所ニ其訴ヲ提出スベキモノトス。(第五百四十八條)

〔第五〕 執行命令及ビ公正證書ニ關スル異議ハ執行命令ヲ發シタル區裁判所又ハ公證人ノ職務上ノ住所ヲ有スル地ノ區裁判所之ヲ管轄ス。(第五百六十一條及第五百六十二條)

〔第六〕 共助ハ第五百三十六條第二項ノ警察上ノ援助ノ外凡テ裁判所ヨリ援助ヲ求ムベキ官廳ニ之ヲ爲サマルベカラズ。豫備後備ノ軍籍ニ在ラザル軍人軍屬ニ對シ兵營又ハ軍艦等ニ於テ強制執行ヲ爲スベキトキハ債權者ノ申立ニ依リ執行裁判所ハ管轄ノ軍事裁判所又ハ所屬ノ長官又ハ隊長ニ囑託シテ之ヲ爲スベキモノトス。外國ニ於テ強制執行ヲ爲スベキ場合ニ於テ其外國官廳ガ若シ之ヲ爲スベキ法律上ノ權利義務アルトキハ債權者ノ申立ニ依リ受訴裁判所ヨリ之ヲ外國官廳ニ囑託シ又我治外法權ヲ及ボスベキ外國駐在ノ本邦領事ニ就テハ第一審ノ受訴裁判所ヨリ強制執行ヲ囑託ス。(第五百五十六條乃至第五百五十八條)

第二章 金錢ノ債權ニ就テノ強制執行

第一節 動産ニ對スル強制執行

第一款 通則

強制執行ニ依リ満足セラルベキ權利ニ金錢ノ支拂ヲ目的トスル債權アリ、金錢ノ支拂ヲ目的トセザル債權アリ強制執行ヲ受クベキ物體ニ動産アリ、不動産アリ、動産ニ有體ナルアリ、無體ナルアリ、故ニ強制執行ニ依リ満足セラルベキ權利ト強制執行ノ物體タルモノ、種類如何ニ依リ強制執行ノ方法モ亦異ナラザルヲ得ズ。先ヅ金錢ノ債權ニ就キ動産ニ對スル強制執行ヨリ論述セン。

〔第一〕 動産ニ對スル強制執行ハ差押ヲ以テ之ヲ爲ス。差押ハ差押ヘタル動産ニ對シ債務者ノ爲メニ質權ト同一ノ効果ヲ生ゼシムルモノニシテ債權者ハ此質權ヲ以テ其權利ヲ満足スルモノナリ。(第五百六十四條第一項)

〔第二〕 差押ノ目的ハ債權者ノ權利即チ形式的ニ之ヲ言ヘバ差押ヘタル財産ヨリ執行力アル正本ニ掲ゲタル請求並ニ強制執行ノ費用ノ請求權ヲ満足スルニ在ルヲ以テ差押ハ第一ニ此目的ヲ達スル以外ノ財産ニ及ボスコトヲ得ズ。第二ニ此目的ヲ達スルノ見込ナキトキハ差押ヲ爲スコトヲ得ザルヲ以テ原則トス。差押フベキ物ヲ換價スルモ強制執行ノ費用ヲ償ヒテ剩餘ヲ得ルノ見込ナキトキノ如キハ目的ヲ達スルノ見込ナキモノナリ。(第五百六十四條第二項及第三項)

〔第三〕 差押ハ凡テ債務者ノ有スル財産ニ及ブベキヲ以テ其財産ガ第三者ノ爲メニ已ニ制限セラル、コトアルトキハ其制限ノ範圍ニ於テ之ヲ差押フルコトヲ得。故ニ第三者ガ差押フベキ物ニ就キ留置權其他物上ノ擔保權ヲ有スルモ之ガ爲メニ第三者ハ其差押ヲ妨グルコトヲ得ズト雖モ第三者ガ差押財産ノ賣得金ニ就キ優先ノ辨濟ヲ請求スル權利ハ之ガ爲メニ妨ゲラル、コトナク第五百四十九條ノ規定ニ從ヒ訴ヲ以テ其權利ヲ主張スルコトヲ得。此場合ニ於テ請求ノ爲メ主張シタル事情ガ法律上ノ理由アリト見エ且事實上ノ點ニ就キ疏明アリタルトキハ裁判所ハ第五百四十七條及ビ第五百四十八條ノ規定ヲ準用シテ賣得金ノ供託ヲ命ズベキモノトス。(第五百六十五條)

第二款 有體動産ニ對スル強制執行

有體動産ニ對スル執行ハ差押及ビ差押物ノ競賣ニシテ執達吏ノ職務トスル所ナリ。

〔第一〕 有體動産ノ差押ハ債務者ノ占有中ニ在ル有體動産ヲ占有シテ之ヲ爲ス。(第五百六十六條)

〔イ〕 差押フベキ物ハ債務者ノ占有中ニ存セザル可ラズ。其所有權ニ至リテハ或ハ第三者ニ屬スルモノアラント雖モ苟モ債務者ノ占有スル有體動産ハ債務者ノ所有トシテ之ヲ差押ヘ其所有權ノ有無ハ後日ノ手續ニ讓ラザレバ遂ニ差押ノ實効ヲ奏スルコト能ハザルベシ。之ニ反シテ債務者ノ所有物ト雖モ第三者ノ占有中ニ存スル以上ハ第三者ノ承諾ナキトキニアラザレバ之ヲ差押フコトヲ得ザルモ亦同一理ニ基ケリ。(第五百六十七條)

〔ロ〕 差押ハ債務者ノ有體動産ヲ執達吏ノ占有ニ移轉セザルベカラズ。然レドモ債權者ノ承諾ヲ得タルトキ若クハ差押物ノ運搬ヲ爲スニ就キ重大ナル困難アルトキハ債務者ノ保管ニ任ズルコトヲ得。此場合ニ於テハ封印ト其他ノ方法ヲ以テ差押ヲ明白ニスルトキニ限り其効力ヲ生ズ。(第五百六十六條第二項)

〔ハ〕 差押ニ依リ占有スベキモノハ有體動産ナラザルベカラズ。苟モ有體動産ナランニハ差押物ヨリ生ズル天然ノ產出物モ亦差押フルコトヲ得ベク又已ニ差押ヘタル物ナルトキハ差押ノ効力其物ヨリ生ズル產出物ニモ及ブベシ。然レドモ果實ニシテ未ダ土地ヨリ離レザルモノハ不動産ノ一部ニシテ有體動産ニアラズト雖モ通常ノ成熟時期一箇月内ニ在ルモノハ法律ハ特ニ之ヲ差押フル事ヲ許シ之ニ反シ蠶ノ如キ一ノ有體動産タルコト疑ヒナシト雖モ經濟上ノ理由ヨリシテ法律ハ揚リ蠶ト爲リタル後ニアラザレバ之ヲ差押フルコトヲ得ザルモノトセリ。其他德義上及ビ公益上ノ理由ヨリ技術者職工等ノ營業上缺クベカラザル物、官吏、神職、教師等職業上缺クベカラザル物、恩給、勳章、實印、神體、系譜、公ケニセザル著述ノ稿本、學校ニ於テ使用スル書籍等ハ絶對的ニ差押ヲ禁止シ債務者及ビ其家族ノ爲メ缺クベカラザル衣服、寢具、家具及ビ一ヶ月間ノ食料、薪炭等ハ債務者ノ承諾アルニアラザレバ差押フルコトヲ得ザルモノトセリ。(第五百六十八條乃至第五百七十條)

〔第二〕 差押ヲ爲シタルトキハ執達吏ハ債務者ニ之ヲ通知シ又其差押物ヲ保存スル爲メ特別ノ處分ヲ必要トスルトキハ適當ノ方法ヲ以テ之ヲ爲サルベカラズ。若シ之ガ爲メ費用ヲ要スルトキハ債權者ヲシテ之ヲ豫納セシ

又債權者數名關係スルトキハ其要求額ノ割合ニ從ヒテ其各債權者ヨリ之ヲ豫納セシムベシ。(第五百六十六條末項及第五百七十一條)

〔第三〕 差押物ガ金錢ナルトキハ其取立ハ通常債務者ノ支拂ト同一トナリ執達吏ハ直チニ之ヲ債權者ニ引渡サマレベカラズ。又相場アル有價證券ハ賣却日ノ相場ニテ執達吏ハ自由ニ之ヲ賣却スルコトヲ得ベキモ其他ノ財産ナルトキハ金錢ノ支拂ヲ目的トスル債權ノ執行ニ就テハ執達吏ハ裁判所ノ特別委任ナキモ公ケノ競賣方法ヲ以テ之ヲ賣却シ其賣得金ヲ領收セザルベカラザルハ執達吏ガ債權者ニ對スルノ義務タリ。故ニ執達吏ニシテ其義務ヲ怠リ競賣ヲ爲サルトキハ差押債權者及ビ執行力アル正本ニ因リ配當ヲ要求スル債權者ハ一定ノ期間内ニ競賣ヲ爲スベキコトヲ催告シ其催告ノ効アラザルトキハ相當ノ命令アランコトヲ執行裁判所ニ申請スルコトヲ得。(第五百七十二條第五百八十一條第五百七十四條第五百七十九條及第五百八十八條)

〔第四〕 競賣ノ方法ニ關スル原則左ノ如シ。

(イ) 競賣スベキ物件ハ債權ノ満足ヲ得ルノ程度ニ止マラザルベカラズ。故ニ競賣ハ賣得金ヲ以テ債權者ニ辨濟ヲ爲シ及ビ強制執行ノ費用ヲ償フニ足ルトキハ直チニ之ヲ止メザルベカラズ。(第五百七十八條)

(ロ) 競賣ハ可成丈少額ノ費用ヲ要スル方法タルコトヲ要ス。故ニ法律ハ差押物貯藏ノ爲メニ不相應ノ費用ヲ省カン爲メニ競賣期日ヲ早クスルコトヲ許シ、又運搬ノ費用等ヲ省カンガ爲メ競賣ハ差押ヲナシタル市町村ニ於テスベキモノト爲ス。(第五百七十五條但書及第五百七十六條)

(ハ) 競賣ハ差押ヘタル物件ヨリ可成丈巨額ノ賣得金ヲ得ルノ方法ニ出ヅルヲ要ス。故ニ法律ハ差押ノ日ト競賣ノ日トノ間ニ一定ノ期間ヲ置キ競賣ノ日時場所ヲ公告シテ可成多數ノ競買者ヲ求メ、高價ノ物件ハ鑑定人ヲシテ其評價ヲ爲サシメ、最高價競買ノ爲メノ競落ハ其價格ヲ三回マデ呼上ゲシメタル後ニ之ヲ爲シ、又金銀物ハ金銀ノ實價ヨリ以下ニ競落スルコトヲ禁ジ又土地ヨリ離レザル前ニ差押ヘタル果實ハ成熟ノ後ニ於テ始メテ之ヲ競賣スルコトヲ許シ、差押ヘタル蠶ハ全ク繭ト爲リタル後ニ於テ之ヲ競買スベキモノトセリ。(第五百七十三條第五百七十五條第五百七十六條第二項第五百七十七條第五百八十四條及第五百八十四條)

法律ハ仍ホ右等ノ規定ヲ以テ足レリトセズ各債權者若クハ債務者ノ申立アルトキハ裁判所ハ右等ノ方法ニ依ラズ他ノ方法又ハ他ノ場所ニ於テ差押物ヲ賣却スベキコトヲ命ジ又ハ執達吏ニ依ラズ他ノ者ヲシテ競賣ヲ爲サシムベキコトヲ命ズルコトヲ得ベキモノトス。(第五百八十五條)

〔第五〕 差押物ガ有價證券ナルトキハ執行裁判所ハ記名證券ニ就テハ執達吏ニ與フルニ債務者ニ代リ買主ノ氏名ニ書替ヲ爲サシメ及ビ之ガ爲メ必要ナル陳述ヲ爲スノ權ヲ以テシ又無記名證券ニシテ記名ニ換ヘ又ハ他ノ方法ニ依リ流通ヲ止メタルモノニ就テハ其流通回復ヲ爲サシメ及ビ之ガ爲メ必要ナル陳述ヲ爲スノ權ヲ以テス。(第五百八十二條及第五百八十三條)

〔第六〕 同ク債務者ニ對スル二三ノ債權者アリテ各々執行力アル正本ニ依リテ差押ヲ爲スコトヲ得ベキ場合ニ於テ先ツ第一ノ債權者ノ爲メニ既ニ差押ヲ爲シタルトキハ第二以下ノ其他ノ債權者ハ更ニ差押ノ手續ヲ爲スコト

ヲ要セス、第二以下ノ債權者ノ爲メニ差押ヲ爲サントスル執達吏ハ第一債權者ノ爲メニ差押ヲ爲シタル執達吏ノ差押調書ヲ調査シ若シ仍ホ差押ヘザル殘物アルトキハ之ヲ差押ヘシメ又差押フベキ殘物ナキトキハ照査證書ヲ作りテ之ヲ第一ノ債權者ノ爲メニ差押ヲ爲シタル執達吏ニ交付スベシ、然ルトキハ法律ハ第一執達吏ハ當然第二以下ノモノヨリ委任ヲ受ケタルモノト做シ二三ノ債權者ハ共ニ執行力アル正本ニ依ル配當要求者トナリ債權者ノ財産ヨリ配分ヲ受クルコト、ナルベク又既ニ爲シタル第一ノ差押ガ取消トナリタルトキハ第二ノ債權者ノ爲メニ當然差押ノ効力ヲ生ズベシ。但シ第一ノ差押ガ假差押ナルトキハ第二ノ委任ヲ受ケタル執達吏ハ此手續ニ依ラズシテ更ニ差押ヲ爲スコトヲ得レドモ假差押者ハ之ガ爲メニ決シテ配當ヲ受クベキ權利ヲ失ハズ。(第五百八十六條第五百八十七條及第六百三十條)

〔第七〕 前述セル配當要求者ハ執行力アル正本ニ依リ配當ヲ要求シ又ハ假差押ニ依リテ之ヲ要求スル債權者ナルヲ以テ確定判決若クハ假差押ヲ許スコトヲ得ベキ判決ニ依ル債權者ナルコト明白ナレドモ未ダ實施セラレザル民法ノ債權擔保編ニ依ルトキハ債權者ノ財産ヲ以テ各債權者ノ共同擔保物ト爲シ右等ノ判決アルヲ待タズシテ賣得金ノ配當ヲ要求スルコトヲ得。訴訟法ハ一般ニ之ヲ執行力アル正本ニ因ラザル配當要求者ト謂フ。斯ノ如キ債權者ハ配當要求ノ原因ヲ開示シテ之ヲ執達吏ニ通知シ執達吏ハ更ニ之ヲ債權者ニ通知スベキモノトス、然ルトキハ債權者ハ三日内ニ債權ヲ認諾スルヤ否ヲ執達吏ニ申立ツベク又之ヲ認諾セザルトキハ債權者ハ不認諾ノ通知アリタルヨリ三日内ニ債權者ニ對シ訴ヲ起シテ其ノ債權ヲ確定セザルベカラズ。(第五百八十九條乃至

第五百九十一條)

〔第八〕 總テ配當要求ハ競賣期日ノ終リニ至ルマデ之ヲ爲スコトヲ得。而シテ競賣期日ニ至リ競賣ヲ終ルモ其賣得金ヲ以テ配當ニ與カル各債權者ヲ満足セシムルニ足ラザル場合ニ於テ債權者間ニ配當ノ協議調ハザルトキハ其賣得金ヲ供託シ執達吏ハ其事情ヲ執行裁判所ニ届出デザルベカラズ。其裁判所ノ爲スベキ配當手續ハ後款ニ之ヲ論述ス。

第三款 債權其他ノ財産權ニ對スル強制執行

債權者ガ第三者ニ對シテ有スル人權物權其他一切ノ財産權ハ第六百十八條ニ列記スルモノ、外皆金錢ヲ目的トスル債權ノ強制執行ノ物體タルコトヲ得。而シテ其財産權ハ或ハ債權ナルト動産若クハ不動産ニ對スル權利ナルト又ハ版權營業權若クハ收益權等ナルトニ依リ之ニ對スル執行方法ヲ異ニスルコト下ニ論ズルガ如シト雖モ斯ノ如キ有體動産以外ノ財産ニ對スル執行機關ハ債權者ノ申請ニ依リ概ネ審訊ヲ經ズシテ執行裁判所ノ掌理スル所ニシテ執達吏ハ例外ノ場合ニ於テノミ之ニ關與スルニ過ギズ(第五百九十四條第五百九十五條乃至第五百九十七條及第六百三十條)。是等ノ財産權ニ對スル執行方法ハ左ノ如シ。

〔第一〕 債權者ガ第三者ニ對シテ有スル債權ノ差押ハ執行裁判所ノ差押命令ヲ以テ之ヲ爲スヲ通則トス。其債權ガ金錢ノ支拂ヲ目的トスル場合ニ於テハ左ノ規則ニ從フ。

(イ) 裁判所ハ第三債權者ニ對シテハ其債務ヲ債權者ニ支拂フコトヲ禁止シ債權者ニ對シテハ其債權ノ處分殊

ニ取立ヲ爲スベカラザルコトヲ命ズル差押命令ノ第三債務者及ビ債務者ニ送達シ且之ヲ債權者ニ通知ス此命令ヲ受ケタルトキハ債務者ハ債權ニ關シテ所持スル證書ヲ差押ヘ債權者ニ引渡スノ義務ヲ有シ此通知ヲ受ケタル債權者ハ強制執行ノ方法ヲ以テ其證書ヲ債務者ヨリ取上ゲシムルノ權ヲ有ス○差押命令ニ依リ差押ヘタル債權ノ處分ニ就テハ第六百七條ノ場合ノ外債權者ハ撰擇ニ從ヒ二様ノ方法ノ一ヲ取ルコトヲ得即チ代位ノ手續ヲ要セズシテ債權額ヲ取立ツル爲メ又ハ支拂ニ換ヘ券面額ニテ差押債權者ニ之ヲ轉付スル爲メ命令アラシコトヲ申請スルコトヲ得ルコト是ナリ。而シテ此申請ニ依リ支拂ニ換ヘテ券面額ニテ債權ヲ轉付スル命令アル場合ニ於テハ其債權ノ存スル限りハ第五百九十八條第二項ノ手續ヲ爲スニ因リ債務者ハ債權ノ辨濟ヲ爲シタルモノト看做サルベシ。故ニ第一ノ方法ニ依リ代位ノ手續ヲ爲サズシテ第三債務者ヨリ債權額ヲ取立テントスルニ當リ其全部若クハ一部ヲ取立テ能ハザルトキハ差押債權者ハ債務者ニ對シテ仍ホ其債權額又ハ殘額ヲ要求スルコトヲ得ベキモ第二ノ方法ニ依リ支拂ニ代ヘ券面額ニテ引受ヲ爲シタルトキハ其引受ノミニテ債務者ニ對スル債務ハ消滅スルヲ以テ其券面ニ依リ取立テ能ハザル部分ハ債權者ノ損失タルベシ、又取立ノ命令ハ差押ヘタル債權ノ全額ニ及ブト雖モ債務者ノ申立アルトキハ差押債權者ヲ審訊シテ差押額ヲ其債權者ノ要求額マデニ制限シ其超過スル額ノ處分殊ニ取立ヲ爲スコトヲ債務者ニ許スコトヲ得、其制限シタル部分ニ就テハ他ノ債權者ハ配當要求ヲ爲スコトヲ得ズ。(第五百九十八條第六百條第六百一條第六百二條第六百六條第六百七條及第六百八條)

(ロ) 抵當アル債權ノ差押ノ場合ニ於テハ債務者ノ承諾ヲ要セズシテ其債權ノ差押ヲ登記簿ニ記入スルノ權利アリ、此記入ノ申請ハ裁判所ニ之ヲ爲スベク裁判所ハ義務ヲ負ウタル不動産ノ所有者(第三債務者)ニ差押命令ヲ送達シタル後ニ於テ記入ノ手續ヲ爲スベキモノトス。(第五百九十九條)

(ハ) 手形其他裏書ヲ以テ移轉スルコトヲ得ル證券ハ有體動產ト同一ナルヲ以テ執達吏其證券ヲ占有シテ差押ヲ爲ス。(第六百三條)

(ニ) 俸給又ハ此ニ類スル繼續收入(年金ノ類)ノ債權ノ債權額ヲ限トシ差押後ニ收入スベキ金額ニ及ブベク職務上收入ノ差押ハ債務者ノ轉官兼任又ハ増俸ニ因ル收入ニモ及ブベシ。(第六百四條及第六百五條)

(ホ) 第三債務者ノ債務者ニ對スル債務ノ認諾ノ有無、其限度併ニ支拂ヲ爲スノ意思ノ有無、他者ヨリノ請求ノ有無及ビ他ノ債權者ヨリノ差押ノ有無並ニ請求ノ種類ヲ知ルノ必要ハ差押債權者ノ屢々感ズル所ナルベキヲ以テ差押債權者ハ差押命令ノ送達ヨリ七日ノ期間内ニ第三債務者ヲシテ是等ノ事ノ陳述ヲ爲サシメシコトヲ裁判所ニ申立ツルコトヲ得。(第六百九條)

(ヘ) 差押命令ニ依リ差押債權者ハ第三債務者ニ對シ債權ヲ主張スルコトヲ得レドモ第三債務者ニシテ其義務ヲ履行セザルトキハ一般ノ規定ニ從ヒ第三債務者ニ對シテ訴ヲ起サマルヲ得ズ。差押債權者ニシテ若シ此訴ヲ適當ノ期間内ニ起サズ其他債權者ノ自己ノ過失ニ依リ第三者ニ對シ債權ノ履行ヲ全ウスルコト能ハザリシトキハ其債權ニ就キ自ラ利益ヲ有スル範圍外ノ債權殘額ニ就テモ亦債務者ニ對シ其責ニ任ゼザルベカラズ

(第六百十條及第六百十一條)

(ト) 債權者ハ其本來ノ請求ヲ害セラル、コトナクシテ差押命令ニ依リ取立ノ爲メ取得シタル權利ヲ拋棄スルコトヲ得ベク又差押ヘタル債權ガ條件若クハ有期ナルトキ又ハ反對給付(雙務)ニ繋リ若クハ其他ノ理由アリテ其取立ノ困難ナルトキハ裁判所ハ申立ニ依リ取立ニ換ヘテ他ノ換價方法ヲ命ズルコトヲ得。設例ヘバ執達吏ヲシテ條件付又ハ有期ノマ、之ヲ他人ニ賣却セシムルガ如キ是ナリ。(第六百十三條)

〔第二〕 有體物ノ引渡又ハ給付ノ請求權ノ差押ハ債權ノ差押ニ關シ前述シタル規定ニ從フノ外仍ホ左ノ特例ニ依ル。(第六百十四條)

(イ) 有體動産ノ請求權ノ差押ニ就テハ裁判所ハ其動産ヲ債務者ノ委任シタル執達吏ニ引渡スコトヲ命ズベキモノトス。然ルトキハ執達吏ハ之ヲ競賣シ其賣得金ヲ以テ債權者ノ權利ヲ満足セシム。(第六百十六條)

(ロ) 不動産ノ請求權ノ差押ニ就テハ債權者ノ申立ニ因リ其不動産所有地ノ區裁判所ヨリ命ジタル保管人ニ引渡スベキコトヲ命ズ。其差押ヘタル不動産ノ處分ハ不動産ニ對スル強制執行ノ方法ニ依ル。(第六百十六條)

(ハ) 動産ト不動産トヲ問ハズ總テ有體物ノ引渡又ハ給付ノ請求權ニ就テハ支拂ニ換ヘ轉付シタル命令ヲ發スルコトヲ得ズ。何トナレバ金錢ノ支拂ヲ目的トスル債權ノ強制執行ハ直チニ有體物自身ノ引渡ヲ以テ其債權ニ對スル義務ノ履行トスルコトヲ得ザレバナリ。(第六百十七條)

〔第三〕 不動産ヲ目的トセズ又前ニ掲ゲタル以外ノ財産權ノ差押、設例ヘバ營業權若クハ收益權等ニ於テハ前述

セル規定ヲ之ニ準用シ又版權專賣權ノ如キ第三債務者ナキ權利ノ差押ハ債權者ニ其權利ノ處分ヲ禁ズル命令ヲ送達シテ之ヲ行ヒ然ル後裁判所ハ特別ノ處分特ニ其權利ノ管理若クハ讓渡ヲ命ズルコトヲ得(第六百二十五條)

〔第四〕 債權其他ノ財産權ノ差押ニ於テモ亦有體動産ノ場合ト等シク數名ノ差押債權者ノ爲メ同時又ハ序次ニ之ヲ爲サマルベカラザル場合アリト雖モ此場合ニ於テハ法律ハ差押ニ關スル前述ノ規定ヲ準用スベキモノトスルガ故ニ同一ノ債權ト雖モ二三ノ差押ヲ爲スコトヲ得ベシ。(第六百十九條) 其配當要求ノ時期第三債務者ノ權利義務等ニ就テハ第六百二十條乃至第六百二十五條ニ之ヲ規定ス。

第四款 配當手續

配當手續ハ動産ニ對スル強制執行ニ就キ差押財産ノ賣得金若クハ差押金額ガ數人ノ債權ヲ辨濟スルニ足ラザルニ際シ債權者間ノ協議調ハザルガ爲メ供託シタル該金額ノ債權者間ニ配當スル執行裁判所ニ於ケル手續ナリ。配當手續ノ要旨左ノ如シ。

〔第一〕 競賣期日又ハ金錢差押ノ日ヨリ十四日間ノ期間内ニ債權者間ノ協議調ハザル爲メ其金額ヲ執達吏ヨリ供託シタルトキハ裁判所ハ執達吏ノ提出セル情況書ニ基キ七日ノ期間内ニ元金利息費用其他附帶ノ債權ノ計算書ヲ差出スベキ旨ヲ各債權者ニ催告シ此期間ノ滿了後裁判所ハ配當表ヲ作ルベキモノトス此期間ヲ遵守セザル債權者ハ後ニ至リテ債權額ヲ補充スルコトヲ得ズ。(第六百二十六條乃至第六百二十八條)

〔第二〕 裁判所ハ配當表ニ關スル陳述及ビ配當實施ノ爲メ配當期日ヲ指定シ所在不分明ノ債務者及ビ外國ニ在ル債務者ノ外各債權者及ビ債務者ヲ此期間ニ呼出スベシ。(第六百二十九條)

(イ) 期日ニ於テ異議ノ申立ナキトキハ配當表ニ依リ其配當ヲ實施スベキモノトス。但シ停止條件附ノ債權ノ配當價ハ仍ホ之ヲ供託シ民法ニ從ヒ條件ノ成否ニ依リ後日ニ之ヲ支拂ヒ又ハ更ニ配當ヲ爲シ又第五百九十一條第三項若クハ假差押ノ場合ニ於テ未確定債權其他異議アル債權ノ配當額モ仍ホ之ヲ供託スベキモノトス。(第六百三十條)

(ロ) 異議ノ申立アルトキハ他ノ債權者ヲシテ直チニ之ニ就キ陳述ヲ爲サシメ若シ關係人其異議ヲ正當ト認ムルトキ又ハ他ノ方法ニテ配當スルコトヲ合意スルトキハ之ニ從ヒ配當表ヲ更正シテ配當ヲ實施スベシ又其異議ニシテ完結セザルトキハ異議ナキ部分ニ限り配當ヲ實施スベキモノトス。而シテ異議ヲ申立テタル債權者ハ他ノ債權者ニ對シ訴ヲ起シタルコトヲ七日ノ期間内ニ裁判所ニ證明スルコトヲ要ス、若シ其期間ヲ徒過シタルトキハ裁判所ハ異議ニ拘ハラズ配當ヲ實施スト雖モ民法ニ從ヒ優先權ヲ主張スルノ訴ヲ妨グコトナシ。(第六百三十一條第六百三十三條及第六百三十四條)

(ハ) 期日ニ出頭セザル債權者ハ配當表ノ實施ニ同意シタルモノト看做シ又若シ期日ニ出頭セザル債權者ガ他ノ債權者ヨリ申立テタル異議ニ關係スルトキハ其債權者ハ異議ヲ正當ナリト認メザルモノト見做ス。(第六百三十二條)

〔第二〕 右ノ異議ヲ申立テタル債權者ノ訴ハ第六百三十五條ニ依リ或ル場合ヲ除クノ外配當裁判所ノ管轄スル所ナリ。而シテ其異議ニ就テノ判決ハ配當額ノ係争部分ヲ如何ナル債權者ニ如何ナル數額ヲ以テ支拂フベキヤヲ定ムルヲ以テ通則トスレドモ若シ之ヲ適當トセザルトキハ判決ニ於テ新ナル配當表ノ調表及ビ他ノ配當手續ヲ命ズベキモノトス。若シ又異議ヲ申立タル債權者ガ口頭辯論ノ期日ニ出頭セザルトキハ異議ヲ取下ゲタリト看做ス旨ノ闕席判決ヲ爲スベキモノトス。而シテ配當裁判所ハ右ノ判決ニシテ確定スルトキハ其判決ニ基キ支拂又ハ他ノ配當手續ヲ命ズベキモノトス。(第六百三十五條乃至第六百三十八條)

〔第三〕 配當實施ノ方法左ノ如シ。(第六百三十九條)

(イ) 債權全部ノ配當ヲ受クベキ者。設例ヘバ優先權ニ依リ全額ヲ受クル債權者ニハ供託金ヲ保管スル預金局ヨリ受取ル爲メ配當額支拂證ヲ交付スルト同時ニ執行力アル正本又ハ債權ノ證書ヲ差出サシメ之ヲ債務者ニ交付ス。

(ロ) 債權ノ一分ノミノ配當ヲ受クベキ債權者ニハ執行力アル正本又ハ債權ノ證書ヲ差出サシメ之ニ配當額ヲ記入シテ返還シ且配當額支拂證ヲ交付スルト同時ニ右債權者ヨリ金額ヲ證記シタル受取書ヲ差出サシメ之ヲ債務者ニ交付ス。

(ハ) 期日ニ出頭セザル債權者ノ配當額ハ仍ホ之ヲ供託ス。

第二節 不動産ニ對スル強制執行

第一款 通則

不動産ニ對スル強制執行ニ二様ノ方法アリ。第一ヲ強制競賣トシ、第二ヲ強制管理トス。強制競賣ハ不動産ヲ賣却シ其代金ヲ以テ債權者ノ金錢上ノ請求額ニ充テ、強制管理ハ不動産ヲ管理シ其收益ヲ以テ請求額ニ充ツルニ在リ。故ニ強制管理ハ假差押ノ爲メニモ之ヲ爲スコトヲ得。(第六百四十條初項及末項)

右兩様ノ方法ハ併セテ之ヲ執行スル事ヲ得ベク又債權者ハ兩法中ノ一箇ヲ選擇スルノ權ヲ有ス。(同上第二項) 不動産ニ對スル強制執行ニ就テハ其不動産所在地ノ區裁判所執行裁判所トシテ之ヲ管轄シ若シ其不動産ノ數箇ノ區裁判所ノ管轄區内ニ散在スル時ハ第二十六條ノ規定ヲ適用ス。但シ執達吏モ亦例外ノ場合トシテ之ニ關與スルコトナキニアラザルハ後款ニ至リテ明白ナラン。(第六百四十一條)

第二款 強制競賣

〔第一〕 不動産ノ差押ハ競賣手續開始ノ決定ヲ以テ之ヲ爲ス。

(イ) 強制競賣ノ申立ニハ債權者債務者及ビ裁判所不動産及ビ競賣ノ原因タル債權及ビ執行原因ヲ表示シ且執行力アル正本ノ外不動産ノ債務者ノ所有タルコト及ビ其場所坪數、公課ノ有無等其他不動産ノ同一ヲ證明スベキ證書ヲ添付セザルベカラズ。(第六百四十二條及第六百四十三條)

(ロ) 不動産ノ差押ハ競賣手續開始ノ決定ヲ債務者ニ送達スルニ依リテ其効力ヲ生ズト雖モ強制管理ヲ併セテ爲ス場合ノ外差押ハ競落決定ニ至ルマデハ債務者ハ不動産ノ利用及ビ管理ヲ爲スコトヲ妨ゲザルナリ。(第六

百四十四條)

(ハ) 競賣手續開始ノ決定ハ同一不動産ニ對シ二重ニ之ヲ爲スノ必要ナクシテ他ノ債權者ヲシテ配當要求ノ効力アラシムルハ動産ニ對スル差押ト其趣ヲ同ウス。(第六百四十五條乃至第六百四十八條)

〔第二〕 差押債權者ノ債權ニ先ダツ債權ニ關スル不動産ノ負擔。例ヘバ差押債權ノ生ズル已前ニ爲シタル抵當ヲ競落人ニ引受ケシムルカ又ハ賣却代金ヲ以テ其負擔ヲ辨濟スルニ足ルノ見込アルニ非ザレバ賣却ヲ爲スコトヲ得ズ、又登記簿ニ記入ヲ要セザル不動産ノ負擔設例ヘバ租稅公課ハ競落人ニ於テ當然之ヲ引受ケザルベカラズシテ競落前ノ負擔ハ競賣代金ヨリ第一ニ引去ラザルベカラズ故ニ裁判所ハ競賣手續開始ノ決定ヲ爲ス際職權ヲ以テ競賣ノ申立アリタルコトヲ登記簿ニ記入スベキコトヲ登記判事ニ囑託シ且登記判事ヨリ送付スル登記簿ノ謄本ヲ調査シ競賣スルモ其見込ナシト認メタルトキハ決定ヲ取消スコトヲ得ベク又租稅其他公課ヲ主管スル官署ニ通知シテ其不動産ニ對スル債權ノ有無限度ヲ申出ヅベキコトヲ催告シテ其通知ヲ受ケ而シテ後差押鑑定人ヲシテ不動産ノ評價ヲ爲サシメ其評價ヲ以テ最低競賣價額ト定メ此最低競賣價額ヲ以テ差押債權者ノ債權ニ先ダツ不動産上ノ總テノ負擔及ビ手續ノ費用ヲ辨濟シテ剩餘アルノ見込ナシトスルトキハ差押債權者ニ其旨ヲ通知スベキモノトス。而シテ此通知ノ後七日間ニ差押債權者方是等ノ負擔及ビ費用ヲ辨濟スルモ仍ホ剩餘アルベキ價額ヲ定メ且其價額ニ應ズル競賣人ナキ場合ニ於テハ自ら其價額ヲ以テ買受クベキ旨ヲ申立充分ナル保證ヲ立テザルトキハ裁判所ハ競賣手續ヲ取消スベキモノトス、若シ又之ニ反シ差押債權者ニ於テ右ノ保證ヲ立テタ

ルトキ又ハ裁判所ニ於テ剩餘ヲ得ルノ見込アリト認メタルトキハ職權ヲ以テ競賣期日ヲ定メ且ツ定規ニ從ヒ之ヲ公告スルモノトス。(第六百四十九條乃至第六百六十二條)

〔第三〕 競賣期日ハ競賣ニ就キ價格ヲ申立テサシムルノ期日ナリ。此期日ハ裁判所ノ意見ヲ以テ裁判所内又ハ其他ノ場所ニ於テ執達吏ヲシテ之ヲ開カシム。(第六百五十九條)即チ、

(イ) 競賣期日ヲ開キタル後執達吏ハ執行記録ヲ各人ノ閱覽ニ供シ又特別ノ賣却條件即チ第六百六十二條ニ依リ利害關係人(第六百四十八條)ノ合意ニテ定メタル賣却條件アルトキ之ヲ告知シ且ツ競賣價額申出ヲ催告スベシ。(第六百六十三條)

(ロ) 利害關係人ガ或競買人ヨリ保證ヲ立テンコトヲ申立ツルトキハ其競買人ハ保證トシテ競買價額十分ノ一ニ當ル金額ヲ執達吏ニ預クルニアラザレバ競買ヲ爲スコトヲ得ズ、又競買ニ於テハ各競買人ハ更ニ高價ノ競買ヲ許スマデ其自ラ申立テタル價額ニ就キ拘束セラルベシ。(第六百六十三條及第六百六十四條)

(ハ) 執達吏ハ最高價競買人ノ氏名ヲ呼ビ上ゲタル後競賣ノ終局ヲ告知シ定規ノ調書ヲ作り最高價競買人及ビ出頭シタル利害關係人ヲシテ調書ニ署名捺印セシメ調書及ビ未ダ返却セザル保證金ハ三日内ニ裁判所書記ニ渡スベキモノトス。(第六百六十六條乃至第六百六十八條)

(ニ) 競賣期日ニ於テ許スベキ競買價額ノ申出ナキトキハ賣却代金ヲ以テ差押債權者ノ債權額ノ幾分ヲ満足スルノ見込アル限りハ裁判所ハ最低競賣價額ヲ相當ニ低減シテ更ニ新競賣期日ヲ定ムベキモノトス。(第六百七

十條)

〔第四〕 競落期日ハ裁判所ガ競落人ヲ決定スルノ期日ニシテ裁判所ニ於テ之ヲ開ク。(第六百六十條)即チ、

(イ) 裁判所ハ競落期日ニ出頭シタル利害關係人ニ競落ノ許可ニ就キ陳述ヲ爲サシメ期日ノ終ニ至ルマデ異議ヲ申立ツルコトヲ得セシム、此異議ハ他ノ利害關係人ノ權利ニ關スル理由ニ基クモノニアラズシテ且第六百七十二條ニ列記スル八種ノ理由ニ基クトキニアラザレバ之ヲ申立ツルコトヲ許サズ、又是等ノ理由ヲ以テスルモ其理由ヲ正當トセザル時又ハ數箇ノ不動産中或ル不動産ノ賣得金ヲ以テ各債權者ニ辨濟ヲ爲シ及ビ強制執行ノ費用ヲ償フニ足ル時ハ他不動産ニ就キ競落ヲ許サマル者トス。而シテ第六百七十二條及第六百七十四條ノ規定ニ從ヒ全ク競落ヲ許サマル場合ニ於テハ裁判所ハ更ニ新競賣期日ヲ定メ其他ノ場合ニ於テハ許否ノ決定ヲ言渡スベキ者トス。又其競落ヲ許ス決定ニハ競賣ヲ爲シタル不動産、競落人、競落ノ價額等ヲ掲載シ且之ヲ裁判所ノ掲示板ニ公告ス。(第六百七十一條乃至第六百七十七條及第六百七十九條第六百九十條)

(ロ) 競落人ハ競落ヲ許ス決定ニ依リ不動産ノ所有權ヲ取得スレドモ競買ノ期日ト競落ノ期日トノ間ニ天災其他ノ事變ニ依リ不動産ガ著シク毀損シタルトキハ法律ハ特ニ之ガ取消ヲ爲スコトヲ許スベキモノトス(第六百七十八條第六百八十五條及第六百八十六條)。又所有權ニシテ已ニ競落人ニ移轉スル以上ハ之ヲ競落人ニ引渡シ及ビ共有物ニ就テハ其持分ニ就キ登記ヲ爲サマルベカラズト雖モ競落人ニシテ代金ノ金額ヲ拂ヒタル後ニアラザレバ引渡ヲ爲スコトヲ得ザルヲ以テ裁判所ハ申立ニ依リ引渡アルマデ管理人ヲシテ不動産ヲ管理セ

シムルコトヲ許スコトヲ得。又代金支拂期日ニ於テ其義務ヲ完全ニ履行スルコト能ハザルトキハ裁判所ハ職權ヲ以テ不動産ノ再競賣ヲ行フ。(第六百八十七條第六百八十八條及第六百八十九條)

(ハ) 競落ノ許否ニ就テノ決定ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ト雖モ競落ヲ許サマル決定ニ對スル抗告ハ訴訟法上總テノ不許ノ原因ナキコトヲ理由トスルトキニ限り之ヲ爲スコトヲ得ベク競落ヲ許シタル決定ニ對スル抗告ハ競落ノ許可ニ對スル異議ノ原因ノ一ヲ理由トスルトキ又ハ競落決定日期日ノ調書ノ旨趣ニ牴觸シタルコトヲ理由トスルトキニ限り之ヲ爲スコトヲ得。而シテ此抗告ニ就テハ抗告裁判所ハ必要ナル場合ニ於テハ反對陳述ヲ爲サシムル爲メ抗告人ノ相手方ヲ定ムルコトヲ得。其執行裁判所ノ決定ヲ變更シ又ハ廢棄シタル抗告裁判所ノ裁判ハ執行裁判所之ヲ裁判所ノ掲示板ニ掲グベキモノトス。(第六百八十條乃至第六百八十三條)

第五) 配當期日ハ競賣代金ヲ各債權者ニ配當スルガ爲メ裁判所ノ定メタル期日トス。

(イ) 配當ヲ要求スル各債權者ハ競落期日マデニ其債權ノ元金利息費用其他ノ債權ノ計算書ヲ差出スベキハ動産ノ強制執行ニ就キ已ニ論述シタル第六百二十八條ノ規定ト其趣ヲ同ウス。(第六百九十二條)

(ロ) 代金ノ支拂及ビ配當ハ競落ヲ許ス決定ノ確定後ニ定メタル期日ニ於テ之ヲ爲スモノニシテ此期日ニ於テハ利害關係人及ビ執行力アル正本ニ因ラズシテ配當ヲ要求スル債權者及ビ競落人ヲ呼出シテ配當表ヲ確定ス(第六百九十三條及第六百九十五條)

(ハ) 期日ニ於テハ先ヅ配當スベキ不動産ノ賣却代金即チ競落人ノ支拂フベキ代金ノ幾許ナルヤヲ定メ次ニ此代金額ニ基キ各債權者ノ配當額ヲ定メザルベカラズ。而シテ此所謂代金ナルモノハ單ニ賣却代金ノミニ止マラズ不動産ノ果實其他金錢ニ見積ルコトヲ得ベキ利益ヲ生ズル場合ニ於テハ競落決定言渡ヨリ代金支拂マデノ利息ヲモ包含シ競落人ニ於テ之ヲ裁判所ニ支拂ハザルベカラズ。(第六百九十四條)

(ニ) 配當表ニハ賣却代金各債權者ノ債權ノ元利、費用、配當ノ順位割合ヲ記載シ出頭シタル總テノ關係人ノ一致ニ基キ配當表ヲ作ルベキモノトス此配當表ニ對スル異議ノ完結及ビ實施ニ就テハ動産ノ強制執行ニ就キ論述シタル規定ヲ準用スベキモノナレドモ期日ニ出頭シタル債權者各債權者ハ各債權者ノ債權ニ對シ又ハ順位ニ對シテ異議ヲ申立ツルノ權利ヲ有ス。(第六百九十七條及第六百九十八條)

(ホ) 競落人ハ配當表ノ實施ニ際シテ代金ヲ支拂ハザルベカラザルコト前述スル所ノ如クナレドモ關係人債權者ノ承諾アルトキハ現金ノ支拂ヲ爲サズシテ自ラ支拂フベキ代金ノ額ニ滿ツル迄ヲ限トシ其支拂ノ換リニ債務ヲ引受ケ債務ノ更改ヲ爲スコトヲ得。若シ又債權者ガ競落人ナルトキハ其債權ノ配當額ヲ代金ノ額ニ滿ツルマデヲ限トシ之ヲ代金ノ支拂ニ充テタルモノト爲シ以テ債務者ノ債務ト競落人ノ負フ所ノ債務ト相殺ヲ爲スコトヲ得。但シ適當ナル異議アル時ハ之ヲ許サズ又ハ保證ヲ立テ、之ヲ許ス事ヲ得。(第六百九十九條)

(ヘ) 配當表ヲ實施シタルトキハ裁判所ハ配當調書及ビ競落決定ノ正本ヲ作り登記判事ニ送付シテ競落人ノ所有權ヲ登記シ競賣人ノ引受ケザル不動産上ノ負擔記入ヲ抹消シ及ビ第六百五十條ノ記入ヲ抹消スルコトヲ囑

託スベキモノトス。(第七百條)

〔第六〕 裁判所ハ競賣期日ノ公告前利害關係人ノ申立ニ依リ又ハ職權ヲ以テ競賣ニ換ヘテ入札拂ヲ命ズルコトヲ得。入札拂ニ就テモ亦概ネ競賣ト同一ノ規則ヲ準用スレドモ入札ハ總テ執達吏ヲシテ之ヲ爲サシムベキモノトス。其特ニ入札ニ就テノ要件方法ハ第七百二條乃至七百五條ニ之ヲ規定ス。

第三款 強制管理

強制管理ノ申立、強制管理ノ開始ニ依ル差押及ビ効力並ニ登記判事ヘノ囑託及ビ租稅其他ノ公課ヲ管掌スル官署ヘノ通知等ニ就テハ申立書ニ添付シテ提出スベキ證書ニ就キ一ノ差アル外皆強制競賣ニ關スル規定ヲ準用ス。左ニ法律特ニ強制管理ニ就キ定メタル規定ヲ略述セン。(第七百六條)

〔第一〕 強制管理開始ノ決定ニ於テハ債務者ガ管理人ノ事務ニ干渉スルコト及ビ不動産ノ收益ニ就キ處分スルコトヲ禁ジ又不動産ノ收益ノ給付ヲ爲スベキ第三者アルトキハ其第三者ニ其後ノ給付ヲ管理人ニ爲スベキコトヲ命ズベキモノトス。言ヲ換ヘテ之ヲ謂ハ、強制管理開始ノ決定ノ送達ハ債務者ガ其不動産ノ上ニ有スル管理權ヲ裁判所ノ定メタル管理人ニ移轉スルニ在リ、故ニ債務者ハ其當然ノ管理權ヲ爭ハレ其不動産ノ收益ハ既ニ收穫シタルモノト未來ニ到來スベキモノト問ハズ自ラ之ヲ處分スルノ權ヲ失ヒ且ツ賃借料其他第三者ヨリ不動産上ノ收益ノ給付ヲ自ラ受クルノ權ハ第三者ニ對スル決定ノ送達ト同時ニ喪失シテ悉ク裁判所ノ任ジタル管理人ニ移轉スベシ。故ニ管理人ノ任命ハ又同時ニ管理人ヲシテ管理及ビ收益ノ爲メ自ラ不動産ヲ占有スルノ權ヲ

發生シ管理人ニシテ抵抗ヲ受クルトキハ執達吏ヲ立會ハシムルコトヲ得。(第七百七條及第七百十一條)

〔第二〕 同一不動産ニ就キ已ニ強制管理ヲ爲シタルトキハ二重ニ開始決定ヲ爲サズ其申立ヲ執行記録ニ添付スルニ依リ配當要求ノ効力ヲ生ズルコト已ニ前款ニ論述シタル所ト其趣ヲ同ウスト雖モ此場合ニ於ケル配當要求ハ執行力アル正本ニ因リテノミ之ヲ爲スコトヲ得。又此申立ハ裁判所ヨリ債務者債權者及ビ管理人ニ通知スベキモノトス。(第七百八條及第七百十條)

〔第三〕 裁判所ハ債權者及ビ債務者ヲ審訊シタル後又或ハ鑑定人ヲ立會ハシメタル上管理人ニ管理ニ關シ必要ナル指揮ヲ爲シ又管理人ニ與フベキ報酬ヲ定メ且ツ管理人ノ業務施行ヲ監督スベシ。此目的ニ對シテ裁判所ハ管理人ニ保證ヲ立テシメ又ハ二十圓以下ノ過料ヲ言渡シ又ハ其職ヲ免ズルコトヲ得。(第七百十二條)

〔第四〕 第三者ガ不動産ニ就キ所有權其他ノ權利ヲ主張シテ強制管理ヲ許スコトヲ妨グルトキハ第五百四十九條ノ規定ヲ準用シテ訴ヲ以テ之ヲ主張セシム。(第七百十三條)

〔第五〕 管理人ハ直チニ不動産ニ就キ得タル收益ヨリ其不動産ノ負擔ニ係ル租稅其他ノ公課ヲ控除シタル後別段ノ手續ヲ要セスシテ管理ノ費用ヲ辨濟シ其殘額ノ配當ニ就キ債權者間ニ協議調ハザルトキハ其旨ヲ裁判所ニ届出ツベシ、然ルトキハ裁判所ハ配當表ヲ作り其配當表ニ基キ管理人ヲシテ債權者ニ支拂ヲ爲サシムベシ。(第七百十四條)

〔第六〕 管理人ハ毎年及ビ其業務終了後各債權者債權者及ビ裁判所ニ計算書ヲ差出ス義務アリ。各債權者及ビ債

務者ハ之ニ對シテ異議ヲ申立ツルコトヲ得。而シテ此異議アリタルトキハ裁判所ハ管理人ヲシテ審訊シタル後ニ之ヲ裁判スベク若シ又異議ノ申立ナク又ハ申立タテテ異議ヲ完結シタルトキハ管理人ノ任務モ完了ス。(第七百十五條)

〔第七〕 各債權者ガ強制管理ニ依リ債務者ノ不動産ノ收益ヨリ辨濟ヲ受ケタルトキハ裁判所ハ職權ヲ以テ強制管理ノ取消ヲ命ジ又管理續行ノ爲メ特別ノ費用ヲ要スルトキ債權者ガ必要ナル金額ヲ豫納セザルトキハ之ヲ取消スコトヲ得。此取消ハ裁判所ノ決定ヲ以テ之ヲ爲シ同時ニ登記判事ニ強制管理ニ關スル記入ノ抹殺ヲ囑託スベキモノトス、故ニ強制管理ハ裁判所ノ命ヲ以テ始マリ裁判所ノ命ヲ以テ終ル。(第七百十六條)

第三節 船舶ニ對スル強制執行

船舶ハ一ノ動産ナレドモ登記其他特殊ナル性質ヨリシテ形式上ニ於テハ寧ロ之ヲ不動産ニ近似スルモノト謂ハザルベカラズ。故ニ船舶ニ對スル強制執行ハ別段ノ規定アルモノヲ除クノ外不動産ノ強制競賣ニ關スル規定ヲ適用スベキモノトス。(第七百十七條)

〔第一〕 不動産ニ準ジテ強制競賣ノ規定ヲ準用スベキ船舶ハ、帆船タルト汽船タルト問ハズト雖モ端舟其他櫓權ノミヲ以テ運轉シ又ハ主トシテ櫓權ヲ以テ運轉スル舟ヲ包含セズ、是等ノ小舟ニ至リテハ素ヨリ之ヲ動産トシテ差支アルコトナシ。又苟モ一ノ船舶ナランニハ外國ノ船舶ナルト登記ヲ爲サマルモノト問ハズ船舶トシテ之ニ對スル強制執行ヲ爲サマルベカラズト雖モ登記簿記入ノ手續ハ之ヲ適用スルコトヲ得ズ。(第七百十七條)

第二項及第七百二十九條)

〔第二〕 船舶ハ法律上必ズ一ノ定繫港アリテ恰モ常人ノ住所ト之ヲ同一視スルコトヲ得レドモ船舶ハ常ニ運轉航行スルモノナルガ故ニ船舶ノ強制執行ニ就テハ船舶ガ差押ノ當時現ニ碇泊スル港ノ區裁判所ヲ以テ管轄執行裁判所トス。故ニ差押ノ當時船舶ガ其區裁判所管轄内ニ存セザルコトノ顯ハル、トキハ差押ノ手續ヲ取消サマルベカラズ。但シ執行裁判所ハ競賣期日ノ公告ヲ定繫港ノ區裁判所ニ送付シ其裁判所ノ揭示版ニ揭示スルコトヲ囑託セザルベカラズ。(第七百十八條第七百二十三條第七百二十四條及第二百二十五條)

〔第三〕 強制競賣ノ申立ニハ第七百二十條ノ證書ヲ添ヘザルベカラズ又船舶ハ執行手續中ノ差押ノ港ニ之ヲ碇泊セシメザルベカラズト雖モ商業上利益ノ爲メ適當トスルトキハ裁判所ハ總テノ利害關係人ノ申立ニ依リ航行ヲ許スコトヲ得。(第七百十九條)

〔第四〕 船舶ハ運行自在ナルヲ以テ往々急迫ノ手續ヲ要スルコト少カラズ。故ニ裁判所ハ債權者ノ申立ニ依リ船舶ノ監守及ビ保存ノ爲メ必要ナル處分ヲ爲サシムルコトヲ得。此處分ヲ爲シタルトキハ開始決定ノ送達前ト雖モ差押ノ効力ヲ生ズベシ。但シ此處分ヲ續行スル爲メ債權者ガ必要ナル金額ヲ豫納セザルトキハ裁判所ハ之ヲ取消スコトヲ得。(第七百二十一條)

〔第五〕 船舶ニハ必ズ船舶ノ所有者ト船長トアルベキモノナレドモ船舶ニ對スル強制執行ハ船舶自身ニ對スルモノナルガ故ニ船長ニ對シテ爲シタル判決ニ基キテ爲シタル差押ハ當然船舶ノ所有者ニ其効力ヲ及ボシテ利害關

保人トナルベク、又差押後ニ於ケル所有者若クハ船長ノ變更ハ手續ノ續行ヲ妨グルコトナカルベシ。但シ差押後新ニ船長ト爲リタルモノハ之ヲ利害關係人トスレドモ前船長ハ之ガ爲メ關係人タル責務ヲ免カルベシ。(第七百二十二條)

〔第六〕 船舶ハ通常之ヲ數株ニ分チ數人ニ於テ之ヲ所有スルコト甚ダ多シ其各自ノ持分ヲ船舶ノ股分ト云フ、故ニ此股分ニ對スル執行及ビ配當ハ第六百二十五條以下第六百三十九條ノ規定ヲ適用シ定繫港ノ區裁判所ヲシテ之ヲ管轄セシム。(第七百二十六條乃至第七百二十八條)

第三章 金錢ノ支拂ヲ目的トセザル債權

ニ就テノ執行

金錢ノ支拂ヲ目的トセザル債權ノ強制執行ハ債權ノ主旨ニ從ヒ債權者ヲ満足セシムルノ方法ナレバ競賣差押其他ノ方法ニ依リ債務者ノ財産ヲ賣却スル等ノ方法アルベキ理由ナシ、然レドモ金錢以外ノ目的モ亦種々アルヲ以テ其執行方法モ亦其目的ニ依リテ差違アルコト左ノ如シ。

〔第一〕 債務者ガ特定ノ動産又ハ代替物ノ一定ノ數量ヲ引渡スベキトキハ執達吏ハ直接ニ之ヲ債務者ヨリ取上ゲテ債權者ニ引渡スベキモノトス。然レドモ其引渡シ又ハ明渡スベキモノガ不動産又ハ人ノ住居スル船舶ニ係ルトキハ執達吏ハ債務者ノ占有ヲ解キテ債務者ヲ放逐シ債權者ヲシテ其占有ヲ得セシメザルベカラズ。故ニ此場

合ニ於テハ其占有ヲ得ルガ爲メ債權者又ハ其代理人ハ必ズ出頭セザルベカラザルコト明白ナレドモ一旦此占有ヲ得タルトキハ其後ニ於ケル占有ノ維持保護ハ債權者ノ爲スベキ行爲ニシテ執達吏ノ職務ハ占有ヲ得セシムルト同時ニ終了完結スベキモノトス。(第七百三十條及第七百三十一條第一項及第二項)

〔イ〕 不動産又ハ人ノ住居スル船舶ノ引渡又ハ明渡ヲ爲スニ際シテ強制執行ノ目的物ニアラザル動産、設例ヘバ家具等ノ存在スルトキハ執達吏ハ之ヲ取除キテ債務者ニ引渡サマルベカラズ又債務者不在ナルトキハ其代理人又ハ債務者ノ成長シタル家族若クハ雇人ニ之ヲ引渡スベク是等ノ者モ亦不在ナルトキハ執達吏ハ右ノ動産ヲ債務者ノ費用ニテ保管ニ付スルコトヲ得ベシ。若シ又債務者ニシテ更ニ動産ノ受取ヲ怠ルトキハ執行裁判所ノ許可ヲ得テ之ヲ競賣シ其費用ヲ控除シタル後其代金ヲ供託スル事ヲ得。(第三百三十一條第三項以下)

〔ロ〕 引渡スベキ物ガ第三者ノ手中ニ存スルトキハ債務者ノ有スル引渡請求權ハ申立ニ依リ金錢債權ノ差押ニ關スル規定ニ從ヒ之ヲ債權者ニ轉付スルコトヲ得。(第七百三十二條)

〔第二〕 債務ノ物體ガ債務者ノ行爲即チ或ル作爲又ハ不作爲ニ在ルトキハ其強制執行ハ第一審ノ受訴裁判所ハ申立ニ因リ左ノ區別ニ從ヒ之ヲ爲ス。

〔イ〕 作爲ノ義務ニシテ第三者ヲシテ之ヲ爲サシムルコトヲ得ベキモノナルトキハ債務者ノ費用ヲ以テ第三者ヲシテ之ヲ爲サシムベク不作爲ノ義務ナルトキハ其義務ニ背キテ爲シタルモノヲ債務者ノ費用ヲ以テ第三者ヲシテ毀壞セシメ及ビ將來ノ爲メ適當ノ處分ヲ爲サシムルコトヲ得。故ニ債權者ハ之ガ爲ニ要スベキ費用ヲ

豫メ債務者ヲシテ支拂ハシメンコトヲ申立ツルコトヲ得。而シテ此方法ハ凡テ裁判所ノ決定ヲ以テ之ヲ命ズベキモノトス。(第七百三十三條及第七百三十五條)

(ロ) 債務者ガ其意思ノミニ因リテ爲シ得ベキ行爲ニシテ第三者之ヲ爲シ得ベカラザルモノナルトキ。設例ヘバ書畫ヲ作り其他特ニ債務者ニ固有スル所爲ナルトキハ裁判所ハ申立ニ依リ決定ヲ以テ直接履行ヲ債權者ニ命令シ同時ニ其履行ノ期間ヲ定メ此期間ヲ遅延スルトキハ日毎又ハ月毎ニ若干ノ償金ヲ拂フベキコトヲ言渡スベキモノトス。故ニ此償金ハ其實質ニ於テハ罰金ト同一ナル性質ヲ帶ブルモノナレドモ我民法ノ遵守セル一風ノ空論ガ遂ニ之ニ付スルニ償金ノ名義ヲ以テセザルベカラザルニ至レルハ予ガ民法ニ於テ已ニ詳述セル所ナリ。(第七百三十四條及第七百三十五條)

(第三) 確定ノ訴ニ在リテハ別ニ執行スベキ物體ナキヲ以テ其判決ノ確定シタルトキハ債務者ハ權利關係ノ成立ヲ認諾シ又ハ其他ノ意思ノ陳述ヲ爲シタルモノト看做スニ過ギズ。若シ又其權利關係ニシテ雙務ナルトキ等凡テ反對給付即チ一方ノ履行ノアリタル後認諾又ハ其他ノ意思ノ陳述ヲ爲スベキモノナルトキハ第五百十八條及ビ第五百二十條ノ規定ニ從ヒ給付ヲ爲シタルコトヲ證明スル爲メ執行力アル正本ヲ付與シタルトキニ於テ其効力ヲ生ズ。(第七百三十六條)

第一〇篇 上 訴

第一章 上訴總說

〔第一〕 上訴トハ確定力ヲ生ジ得ベキ裁判ニシテ未ダ確定力ヲ生ゼザルモノハ對シテ裁判官ノ前ニ不服ヲ申立ツル所ノ訴訟法上ノ手段ナリ。故ニ訴訟法上所謂上訴ナルモノハ控訴上告及ビ抗告ノ三種トス。第二百五十五條以下ノ故障、第四百六十七條以下ノ再審ノ訴、第七百七十四條以下ノ原狀回復ノ訴、第七百七十四條及ビ補則第三十條ノ不服ノ訴、第八百四條ノ取消ノ訴並ニ第二百四十一條及ビ第七百四十四條ノ異議及ビ申立ハ上訴ニアラザルナリ。

〔第二〕 右ノ三種ノ上訴ハ不服ヲ申立テラレタル裁判ニ就キ上級審ノ裁判官ヲシテ之ヲ審理セシムルノ權利及ビ義務ヲ移轉ス。此移轉ハ上級審ニ於ケル上訴ノ提起ニ依リテ始マリ下級審ハ第九十四條ノ特例ヲ除クノ外終局判決ノ言渡ニ依リ其裁判上ノ活動ヲ完了スルヲ通例トス。故ニ第二百四十二條等ノ場合ニ依リ終局判決後仍ホ下級審ニ於ケル手續ヲ要スルモノ、外下級審ニ於ケル判決言渡ヨリ上級審ニ上訴ノ提起アルニ至ルマデハ訴訟ハ下級審ニモ繫屬セザレバ上級審ニモ繫屬スルコトナシ。

〔第三〕 上訴ノ提起ハ第四百九十八條ノ規定ニ依リ不服ヲ申立テラレタル裁判ノ形式的確定力ノ發生ヲ遮斷スレ

ドモ之ニ反シテ強制執行ニ至リテハ上訴ノ控訴若クハ上告ナルト抗告ナルトニ依リ其効力ヲ異ニセリ即チ控訴及ビ上告ノ提起ハ第四百九十七條及ビ第五百一條乃至第五百三條ノ場合ヲ除クノ外一般ニ強制執行力ヲ停止シ抗告ノ提起ハ第四百六十條ニ定メタル例外ノ場合ヲ除クノ外強制執行力ヲ停止セズ。但シ特ニ第二百七條及ビ第二百二十八條ノ場合ニ於ケル訴訟ノ停止ニ就テハ後章ニ至リテ詳論スル所アラン。

第二章 控 訴

第一節 控訴ノ本義及ヒ總説

〔第一〕 控訴權ハ上級ノ裁判官ノ前ニ爭議ヲ新ニシ且之ヲ覆審スル所ノ新ナル審理ヲ爲サシムルノ權利ニシテ下級審ノ裁判ノ當否ヲ判定セシムルノ權利ニアラズ。然レドモ其所謂新ナル審理 (Novum Iudicium) ナルモノハ爭議ニ就キ全然新ナル口頭辯論ヲ開始スルモノニアラズシテ唯ダ第一審ノ請求及ビ控訴ノ請求ノ範圍内ニ於テ第一審ノ口頭辯論ヲ繼續スル所ノモノニ外ナラズ。故ニ控訴ハ單ニ法律ノ適用ニ關スル問題ノ當否ヲ理由トスルノミニ止マラズ又事實上ノ理由ヲ主張スルモノニシテ同時ニ第一審ノ口頭辯論ヲ繼續タル點ニ於テ第一審ニ於ケル材料ヲ増補變更スルコトヲ得ベキモノナリ。

〔第二〕 控訴裁判所ハ第一審タル區裁判所ノ裁判ニ對シテハ地方裁判所及ビ第一審ノ地方裁判所ニ對シテハ控訴院トス。事ハ已ニ前篇ニ之ヲ詳述セリ。

〔第三〕 控訴ハ相手方ニ判決ノ送達ヲ爲シタル後未ダ確定力ヲ生ゼザル以前第一審ノ終局判決ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得ベシ (第三百九十六條及第四百條)。其係争物ノ價額及ビ性質ノ如何ヲ問ハズ、又第一審ノ裁判ハ本案ニ就テノ裁判ニシテ單ニ費用ノミニ止マラザルモノタル以上ハ本案ノ係争物ニ就キ裁判セルモノト否ラザルモノトヲ問フコトナシ。

〔第四〕 控訴提起ノ効果ハ控訴上ノ審理ヲ爲スノ權利義務ノ移轉及ビ執行停止力ノ發生ノ二トス。(イ) 移轉ノ結果ハ第四百一條第四百十三條第四百十五條第四百十六條及ビ第四百二十條ニ規定スル所ナリ。即チ控訴ノ提出ニ依リ爭議全體ガ第一審ノ範圍及控訴ノ請求ニ加ヘラレタル範圍ニ於テ控訴裁判所ニ係屬スルモノトナリ、控訴裁判所ハ第三百九十七條ノ但書ニ相當スルモノ、外第四百二十一條及ビ第四百二十七條ノ規定ニ從ヒ其裁判所ニ繫屬スル一切ノ争點ヲ裁判スベキモノナリ。但シ例外トシテ控訴裁判所ハ第一審ノ裁判所ニ事件ヲ差戻サマル可ラザル場合ナキニアラズ (第四百二十二條及第四百二十三條)。(ロ) 控訴ノ執行停止力ハ第四百九十八條及ビ第五百一條乃至第五百三條ノ規定スル所ナリ又如何ニ妨訴ノ却下及ビ請求ノ原因ニ就キ先ヅ下スベキ裁判ガ第一審ノ訴訟ヲ中止スベキヤハ第二百七條及ビ第二百二十八條ノ規定スル所ナリ。

〔第五〕 控訴裁判所ニ於ケル手續モ亦一般ニ第一審ノ地方裁判所ノ手續ニ從フベキモノトス、事ハ仍ホ後節ニ至リテ明白ナラン。

第二節 控訴ノ要件

控訴ハ如何ナル判決ニ對シテ提出スルコトヲ得ベキカ。又如何ナル人ガ之ヲ提出スルコトヲ得ベキカ。之ヲ控訴ノ要件トス。

〔第一〕 第一審ノ終局判決 控訴ヲ提起スルコトヲ得ベキ判決ハ第一審ノ終局判決ナラザルベカラズ。即チ(第三百九十六條)

第一、終局判決ナラザルベカラズ。

甲、終局判決タルニハ全部タルト一部タルト又條件附タルト無條件附ナルトヲ問ハズ。法律上所謂終局判決ナルモノハ左ノ諸判決ヲモ包含ス。

(イ) 一部判決 即チ第二百二十六條ノ一分判決ナリ。

一部判決ニ對シテハ獨立ノ控訴ヲ爲スコトヲ得。追加ノ判決並ニ追加ノ裁判ヲ却下スル判決モ亦一分判決トス。

(ロ) 棄權又ハ認諾ニ基ク判決。(第二百二十九條)

(ハ) 單ニ訴訟上ノ理由ニ依リ下シタル終局判決。即チ、

一、訴訟要件ノ欠缺ヲ理由トシテ却下スル判決。

二、第九條ニ基キ事件ヲ移送スル判決。

三、不適法トシテ故障ヲ棄却スル判決(第二百五十九條)。又ハ第一審ノ判決ニ關シ故障期間若クハ再審

ノ訴ノ期間又ハ第七百七十五條及ビ第八百四條ノ訴ノ期間ノ經過ニ對シテ原狀回復ヲ却下スル判決。

四、第六十二條ニ依リ被告ヲ訴訟ヨリ脱退セシムル判決。

五、中斷セラレタル訴訟ノ繼續ヲ却下スル判決。

六、上告ニ關シテハ控訴裁判所ガ下級審ニ事件ヲ差戻ス判決モ亦終局判決トス。

七、強制執行及ビ假差押ノ手續ニ於テ口頭辯論ヲ經テ言渡ス判決。(第七百七十二條第七百四十五條乃至

第七百四十七條及第七百五十六條)

乙、上訴ニ關シテ法律ガ終局判決ト同視スル中間判決。(第二百七條第二項第二百二十八條第二項及第四百九十一條第三項)

右甲乙兩項ニ列記シタル判決ハ即チ終局判決ニシテ之ニ對シテ控訴ヲ提出スルコトヲ得。故ニ左ニ掲ゲタル判決及ビ裁判ニ對シテハ控訴ヲ爲スコトヲ得ズ。

一、終局判決ト雖モ仍ホ法律ハ之ニ對シテ控訴ヲ爲スコトヲ許サマルモノアリ。此特例ハ即チ左ノ如シ。

(イ) 訴訟費用ノミヲ裁判スル終局判決。(第八十二條)

(ロ) 故障ヲ許ス判決。(第三百九十八條)

(ハ) 除權判決。(第七百七十四條)

(ニ) 仲裁判斷。(第八百條及第八百三條)

- 一、單純ナル中間判決。
- 三、裁判長ノ命令及ビ裁判所ノ決定。
- 第二、第一審ノ判決ナラザルベカラズ。故ニ左ノ判決ニ對シテハ控訴ヲ爲スコトヲ得ズ。
 - (イ) 控訴裁判所ニ直接ニ提起スベキ訴。(第七百六十二條但書)
 - (ロ) 控訴裁判所ノ管轄ニ專屬スベキ再審ノ判決。(第四百八十二條)
- 第三、控訴ハ唯ダ判決ノ主文ニ掲ゲタルモノ、ミニ對シ之ヲ爲スコトヲ得。判決ノ理由ハ控訴ノ原因タルコトヲ得ザルナリ。(第二百四十四條)

〔第二〕 闕席判決 闕席判決ニ對シテハ闕席者ハ故障ヲ申立ツルコトヲ得ベキヲ以テ別ニ控訴ヲ許スノ必要ナシ故ニ期日ヲ懈怠シタル者即チ闕席者ハ控訴ヲ爲スノ權利ナキヲ通則トスレドモ左ノ二條件ニシテ併存スルトキハ闕席者ト雖モ控訴ヲ爲スコトヲ得。(第三百九十八條)

一、闕席判決ニ對シテ故障ヲ許サマルモノナルヲ要ス 即チ法律ガ一般ニ故障ヲ許サマル所ノ闕席判決ノ謂ニシテ故障期限ノ經過、法律上ノ要件ノ缺乏又ハ故障ノ取下若クハ棄權ノ爲メ故障ヲ爲スコト能ハザルニ至レル場合ヲ包含スルコトナシ。故ニ故障ヲ許サマル闕席判決トハ第二百六十三條ノ場合ニ於ケル再度ノ新闕席判決及ビ第七十七條第二項ニ於ケル行爲ヲ懈怠セル闕席判決ノミヲ指示スルモノト謂ハザルヲ得ズ。

二、闕席ガ懈怠ニ出デザリシコトヲ要ス 設例ヘバ呼出ガ適法ニ送達セラレズ又ハ正當ノ時期ニ送達セラレザ

ル爲メ口頭辯論ノ期日ニ出席スルコト能ハザリシ場合ノ如キ是ナリ。

右二條件ヲ具備スルトキハ闕席判決ニ對シテ控訴ヲ爲スコトヲ得ベシ。而シテ斯ノ如キ控訴ハ第四百二十二條第一號ノ規定ニ依リ之ヲ第一審ノ裁判所ニ差戻スベキモノナルガ故ニ之ヲ受ケタル第一審裁判所ニ於ケル口頭辯論ノ際原告若クハ被告ガ三たび闕席スル時ニ於テ其缺席ガ更ニ前二條件ヲ具備スルトキハ茲ニ第三ノ闕席判決アルベク當事者ニシテ輒ニ闕席シ又輒ニ前二條件ヲ具備スルトキハ闕席判決ハ第三以下幾回ニモ涉ルコトヲ得ベキコト當然ナリ。

〔第三〕 終局判決前ニ爲シタル裁判 控訴ハ唯ダ終局判決ニ對シテノミ提起スルコトヲ得ベキハ前ニ論述セルガ如クナルヲ以テ第一審ノ訴訟中ニ爲サレタル中間判決決定若クハ命令ニ對シテハ直チニ控訴ヲ爲スコトヲ得ズト雖モ終局判決ニ對スル控訴ニ附從シテ不服ヲ申立ツルトキハ控訴裁判所ノ判斷ヲ受クルコトヲ得ベシ。第二百十條第二十七條等ノ如キ是レナリ。但シ左ノ二項ノ一ニ係ルモノハ此限ニ在ラズ。

一、法律ニ於テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ザル旨ヲ明記シタル裁判ナルトキ。第二十八條第三十八條第二百二條第一項第二百二十八條第二項第七十一條第九十七條第二百四十一條第二百七十三條第三百六十八條第五百條第五百一十一條第五百四十八條第五百四十九條及ビ補則第四十條等ノ場合トス。

二、抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ベキ裁判ナルトキ。此裁判ノ如何ナル場合ニ發生スベキカハ後章抗告ヲ論ズル所ニ於テ明白ナラン。

〔第四〕 控訴ヲ提起スルコトヲ得ベキ者左ノ如シ。

一、主タル當事者 即チ第一審ノ裁判ヲ受ケタル者及ビ其總相續者トス。第一審ニ於テ當事者ナラザリシ第三者ハ控訴ヲ爲スコトヲ得ズ。設例ヘバ共有者ノ如キモ上訴ノ提起ニ依リテ控訴審ニ於ケル訴訟ニ加ハルコトヲ得ザルガ如シ。然レドモ訴訟能力ヲ失ヒタル者は就テハ法律上ノ代理人ニ於テ控訴ヲ爲シ得ベキハ論ヲ待タズ。

二、第四十九條ノ意義ニ於ケル共同訴訟人ハ各自ノ持分ニ就キ且ツ他ノ訴訟人ノ代理ニアラザル以上ハ獨立シテ控訴ヲ提起スルコトヲ得。但シ第五十條ノ場合ニ於ケルモノハ此限ニアラザルベシ。

三、主タル参加人ガ共同訴訟人タルベキ場合ノアルベキハ已ニ第四篇ニ於テ論述シタル所ナルガ此場合ニ於テハ前項ト同一ニ獨立シテ控訴ヲ爲スコトヲ得ベシト雖モ参加人ハ只ダ主ナル當事者ヲ代表スベキ場合ニ於テ主タル當事者ノ爲メニ控訴ノ不變期間ガ經過ヲ始メ且ツ主タル當事者ガ控訴權ヲ擲棄セザルトキニ限り獨立シテ控訴ヲ爲ス。

〔第五〕 一ノ裁判ハ終局判決ヲ以テセザルベカラザルカ、仲間判決タラザルベカラザルカ、若クハ決定ニ依ラザルベカラザルカ、又ハ闕席判決ヲ以テスルコトヲ得ベキヤ否ニ就キ第一審ノ裁判所ガ之ヲ誤リタルトキハ其誤リタル裁判ニ對シテモ亦控訴ヲ爲スコトヲ得。而シテ此控訴ハ又控訴裁判所ヨリ更ニ之ヲ第一審裁判ニ其差戻ヲ爲スコト得。(第二百四十條及第四百二十三條)

第三節 當事者ノ意思ノ影響

第一款 控訴ノ取下

控訴ノ取下ハ已ニ提起セル控訴ヲ擲棄セントスル控訴者ノ意思ノ表示ナリ。未ダ提起セザル控訴ハ之ヲ棄權スルコトヲ得ベキモ之ヲ取下グルコトアルベキ理由ナシ。控訴ノ取下ハ左ノ場合ニ發生ス。(第三百九十九條)

一、控訴者ノ意思ノミニ基ク取下ハ口頭辯論ノ始マル以前タルコトヲ要ス。控訴ノ取下モ亦訴ノ取下ニ關スル第三百九十八條ノ場合ト其趣ヲ同ウスルヲ見ルベシ。但シ訴ノ取下ノ場合ニ於テハ本案ニ就テノ口頭辯論ノ始マル以前タルコトヲ要スレドモ控訴ノ取下ノ場合ニアリテハ單ニ口頭辯論ノ始マル以前タルヲ要ス。

二、被控訴者ノ承諾アル以上ハ控訴審ノ終了スルマデ控訴ヲ取下グルコトヲ得ベク、又通常ノ終局闕席判決ニ就テハ闕席判決ノ確定スルマデ終局對審判決及ビ故障ヲ許サマル闕席判決ニ就テハ終局判決ノ言渡アルマデ控訴ノ取下ヲ爲スコトヲ得。

控訴ノ取下ハ其結果トシテ上訴權ノ喪失ヲ發生スルガ故ニ被控訴人ニ對シテハ判決ノ形式的確定力ヲ生ジ控訴期間中ト雖モ再ビ控訴ヲ提起スルコト能ハザルニ至ル、是レ一般ノ訴ノ取下ノ場合ト大ニ其効果ヲ異ニスル所ナリ。此取下ニ就テハ仍ホ左ノ諸點ニ注目スルヲ要ス。

(イ) 上訴權喪失ノ結果ヲ發生スベキ控訴ノ取下ハ訴訟法上適法ニ提起セラレタル控訴ノ取下ナラザルベカラズ判決ノ送達前ニ提起セラレタル控訴其他控訴提起ノ要件ヲ缺キタル控訴ノ取下ハ決シテ上訴權ヲ喪失セシム

ルニ足ラザルベシ。

(ロ) 取下ノ効果ハ口頭辯論前ニ控訴人ノミノ爲シタル取下タルト被控訴人ノ承諾ヲ得タル場合ト否トヲ問ハズシテ發生スレドモ控訴ノ取下ハ被控訴人ヲシテ獨立ノ控訴ヲ提起スルノ權力ヲ喪失セシムルコトナシ。

(ハ) 有効ニ控訴ヲ取下ゲタル以上ハ之ヨリ生ズベキ上訴權喪失ノ結果ハ相手方ノ承諾アルトモ後日ニ至リ再ビ之ヲ回復スルコトヲ得ズ。

(ニ) 控訴取下ヨリ生ズル上訴權ノ喪失ハ法律上當然發生スベキ結果ナルヲ以テ、控訴ヲ取下ゲタル場合ニ於テハ控訴裁判所ハ其上訴權ノ喪失セルコトヲ言渡スベキモノニアラズ、又控訴ノ受理スベカラザルコトヲモ言渡スベキモノニアラズ。控訴ノ取下ハ控訴セラレタル判決ヲ確定ナラシムルニ止マルヲ以テ其確定ハ止テ第一審裁判所書記ノ記録ニ依リテ證明セラルベキノミ。(第四百九十九條)

第二款 附帶控訴

〔第一〕 控訴ハ争議事件ノ全體ヲ控訴審ニ移轉スルモノナルガ故ニ控訴人ノ控訴アリタルトキハ被控訴人モ亦之ニ附帶シテ控訴ヲ起スコトヲ得。而シテ此附帶控訴ニ依ル請求ハ控訴人ノ請求ト相牽連スルモノタルコトヲ必要トセザルノミナラズ第八十二條第二項ノ規定ニ依リ費用ノ點ニ關シテハ亦之ヲ申立ツル事ヲ得ベシ。之ニ反シテ控訴人ハ控訴ノ點ヲ一部分ニ制限スルモ爲メニ被控訴人ノ附帶控訴權ヲ妨グル事ヲ得ズ。故ニ當事者ハ各々獨立ノ控訴權ヲ行フコトヲクシテ一方ガ控訴ヲ提起スルヲ待チ他ノ一方ハ之ニ附帶スル事ヲ得ベク又裁判所ハ此附帶控訴ニ依リ控訴人ノ不利益ニ第一審ノ判決ヲ變更スル事ヲ得ベシ。其他附帶控訴人ハ控訴ニ係ル争點

以外ノ争點ノミナラズ附帶控訴トシテ他ノ請求ヲ爲スコトヲ得ベク從ツテ此目的ヲ達スル爲メ新ナル事實及ビ證據方法ヲ提出スルコトヲ得。然レドモ右等ノ請求ハ反訴タルト其他ノ請求タルトヲ問ハズ第一審ニ於ケル同且ツ一ナル終局判決ニ於テ裁決セラレタル請求ヲラザルコト固ヨリ當然ナリ。故ニ(第四百五條)、

一、附帶控訴ハ上訴ノ點ノミニ就キ特ニ終局判決ト看做サレタル仲間判決(第二百七條第二項第二百二十八條第二項及第四百九十一條第三項)及ビ追加ノ判決(第二百四十二條)ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得ズ。

二、附帶控訴ハ控訴期間ノ經過シタル後ト雖モ相手方ノ控訴ニ附帶シテ之ヲ爲スコトヲ得。蓋シ附帶控訴人ハ第一審ノ判決ニ不服アルモ敢テ自ラ控訴ヲ爲スニ足ラズトシテ其期間ヲ經過スルモ相手方ニシテ控訴ヲ起シタル以上ハ之ニ附帶スベキ控訴ハ獨立ノ控訴トシテノ期限ヲ經過スルモ附帶控訴ヲ爲シ得ベキコト當然ナレバナリ。

三、附帶控訴ハ答辯書ヲ以テ之ヲ爲スヲ原則トス。附帶控訴ノ方式ハ法律上特ニ何等ノ制限ナシト雖モ第二百二十二條ノ規定ニ依ラザルベカラズ。

〔第二〕 訴權ノ拋棄ハ附帶控訴ヲ爲スノ妨ゲトナルコトナシト雖モ附帶控訴權ヲモ併セテ拋棄シタルコトノ確證アル以上ハ素ヨリ此限ニアラザルベシ。獨立ノ控訴ノ取下モ亦附帶控訴權ニ及ブコトナシ。(第四百五條)

〔第三〕 控訴人ハ被控訴人ノ附帶控訴ニ附帶スル控訴ヲ提起スルコトヲ得ザルハ反訴ニ對スル反對ヲ提起スルコトヲ得ザルト同一理ナリ。蓋シ附帶控訴ノ附帶控訴ハ第四百一條第四百十五條及ビ第四百十六條ノ規定ニ從ヒ

口頭辯論ノ終リマデ提出スルコトヲ得ベキ請求ノ變更若クハ其理由タルニ過ギザルナリ。第四百六條末項ノ場合ハ獨立ナル控訴ニ附帶スルモノニシテ亦此例外ニアラザルナリ。

〔第四〕 闕席判決ニ對シテハ闕席シタル一方ハ故障ヲ申立ツルヲ通常トスルガ故ニ出席シタル一方ヨリ提起セル闕席判決ニ對シテハ第三百九十八條ノ場合ノ外闕席シタル一方ハ附帶控訴ヲ爲スコトヲ得ズ。(第四百五條第二項)

〔第五〕 附帶控訴ハ獨立ノ上訴ニアラス。唯ダ訴訟上主タル控訴ニ附帶スルモノナルガ故ニ左ノ場合ニ於テハ其効力ヲ失フ。

一、主タル控訴ヲ不適法トシテ判決ヲ以テ棄却シタルトキ。即チ形式上控訴ノ權ナシトシテ棄却セラレタルトキハ附帶ノ控訴モ亦其効力ヲ失フベキコト當然ナレドモ判決ガ實質的控訴權ヲ棄却シタルトキハ附帶控訴ハ已ニ其効力ヲ生ジ了リタルモノニシテ決シテ其効力ヲ失ヒタルモノニアラス。(第四百六條第一號)

二、主タル控訴ヲ取下ゲタルトキ。(第四百六條第二號)

右ノ規定ニ唯一ノ例外アリ。即チ附帶控訴ハ主タル控訴ト共ニ其効力ヲ失ヘドモ被控訴人ハ其控訴期間内ニハ獨立ノ控訴ヲモ爲スコトヲ得ベキヲ以テ其ノ控訴期間内ニ附帶控訴ヲ爲シタルトキハ法律ハ之ヲ獨立ナル控訴ト見做スベキコト是ナリ。

第四節 控訴ノ提起及ビ答辯

控訴ノ訴訟手續モ亦一般ニ地方裁判所ノ第一審ノ訴訟手續ヲ準用スレドモ左ニ法律ガ特ニ控訴ニ就キ規定シタルモノヲ略述セン。(第四百八條)

〔第一〕 控訴ノ期間ハ一ヶ月ノ不變期間トス。此期間ハ判決ノ送達ヲ以テ始マル。故ニ當事者ノ一方ガ遠隔ノ地ニ在ルトキハ各々控訴ヲ爲スベキ期間ヲ異ニスルコトアルベシト雖モ送達ナクンバ幾年ヲ經過スルモ控訴期間ハ進行ヲ始メザルベク又送達前ニ提起セル控訴ハ無効タルベシ。又第二百四十二條ノ規定ニ從ヒ控訴期間内ニ追加裁判ヲ以テ判決ヲ補充シタルトキハ最初ノ判決ノ送達ト追加裁判ノ送達ト其時ヲ異ニスル事アルベシト雖モ法律ハ控訴期間ノ進行ハ最初ノ判決ニ對スル控訴ニ就テモ追加裁判ノ送達ヲ以テ始マルベキモノトセリ。是レ一ノ便法ナリ。(第四百條)

〔第二〕 控訴ノ提起ハ控訴狀ヲ控訴裁判所ニ差出シテ之ヲ爲スベキモノトス。此控訴狀ハ準備書面ニ關スル一般ノ規定ニ從ヒ之ヲ作り、第一ニ控訴セラル、判決ノ表示、第二ニ此判決ニ對シ控訴ヲ爲ス旨ノ陳述ヲ掲ゲ且ツ判決ニ對シ如何ナル程度ニ於テ不服ナルヤ及ビ判決ニ就キ如何ナル變更ヲ爲スベキヤノ申立ヲ掲ゲ若シ新ニ主張セントスル事實及ビ證據方法アルトキハ亦之ヲ掲グベキモノトス(第四百一條)。而シテ此控訴狀ノ提起アリタルトキハ裁判長ハ之ヲ審査シ不適法ノ控訴タルコト判然タルニ於テハ命令ヲ以テ之ヲ却下シ口頭辯論ヲ待タズシテ其局ヲ結ブ事ヲ得。又控訴狀ノ送達ト口頭辯論ノ期日トノ間ニ存スベキ時間及ビ答辯書ヲ差出スベキ期間ニ就テハ第九十四條及ビ第九十九條並ニ第二百三條ノ規定ヲ適戻ス。(第四百二條及第四百三條)

〔第三〕 答辯書モ亦準備書面ニ關スル一般ノ規定ニ從ヒ之ヲ作り且ツ被控訴人ノ一定ノ申立及ビ其主張セントスル新事實及ビ證據方法ヲ掲グベキモノトス。又答辯書ニ新ナル事實若クハ證據方法ヲ掲ゲ又ハ附帶控訴ヲ爲ス旨ノ陳述ヲ掲ゲタルトキハ之ヲ控訴人ニ送達ス。(第四百四條及第四百七條)

第五節 控訴審ニ於ケル口頭辯論

〔第一〕 當事者ノ雙方ヨリ控訴ヲ起シタルトキハ其兩控訴ニ就キ辯論及ビ裁判ヲ同時ニ爲スヲ通例トス。故ニ第四百二條ノ規定ニ從ヒ却下ノ命令ニ對スル即時抗告ヲ爲シタルトキハ裁判所ハ即時抗告ニ就テノ裁判アルマデ之ヲ延期セザルベカラズ。然レドモ又第十八條ノ規定ニ從ヒ之ヲ分離スルコトヲ得。(第四百九條)

〔第二〕 控訴期間ハ各々當事者ニ依リ同一ナラザルコトアルベキハ已ニ前述セルガ如クナレドモ口頭辯論ハ其期日ニ於テ被控訴人ノ控訴期間ノ未ダ經過セザルトキハ其申立ニ依リ期間ノ滿了マデ之ヲ延期スルコトヲ得ベシ又兩席判決ヲ受ケタル原告若クハ被告ヨリ其判決ニ對シ故障ヲ申立テ相手方ヨリハ控訴ヲ起シタルトキハ控訴ニ就テノ辯論及ビ裁判ハ故障ノ完結マデ職權ヲ以テ之ヲ延期ス。(第四百十條)

〔第三〕 控訴ハ一ハ新ナル審理ナレドモ亦第一審ノ繼續タリ、第四百三十條ノ如キモ亦此理由ニ基ケリ。口頭辯論ニ就キ此繼續ノ性質ヨリ生ズル結果ハ左ノ如シ。

一、控訴ハ全然新ナル訴ニアラズシテ寧ロ第一審ノ訴ニ基キタル爭議ヲ控訴裁判所ノ前ニ審理スルモノナルヲ以テ控訴裁判所ニ於テハ控訴及ビ附帶控訴ニ依リ定マリタル範圍期限內ニ於テ更ニ之ヲ辯論スベキモノトス

而シテ控訴ノ最大範圍ハ第一審ニ於ケル判決ノ範圍ナリ。(第四百十一條)

二、控訴ニ於テモ亦口頭審理ノ原則ヲ遵守セザルベカラザルハ勿論控訴ハ第一審ノ繼續タルノ性質ヨリシテ當事者ハ必ズ控訴ノ申立及ビ不服ヲ申立テラレタル裁判ノ當否ヲ明瞭ナラシムル爲メ必要ナル限りハ口頭辯論ノ際第一審ニ於ケル辯論ノ結果ヲ演說セザルベカラズ。其演說ノ不正確又ハ不完全ナル場合ニ於テ裁判長ハ其更正若クハ補充ヲ爲サシメ又必要ナル場合ニ於テハ辯論ヲ再開シテ之ヲ爲サシムベキモノトス。(第四百十二條)

三、訴ノ變更ハ相手方ノ承諾アルトキト雖モ之ヲ許サズ。是レ第九十五條但書ニ於ケル一般ノ訴ノ場合ト其趣ヲ異ニスル所ナリ、然ラズンバ控訴ノ第一審ノ繼續タル性質ヲ喪失セシメテ全然新ナル訴ヲ起スト同一ナルニ至レバナリ。(第四百十三條)

四、第二百六條及ビ第二百七條ノ規定モ亦控訴ニ就キ適用スルコトヲ得レドモ法律ハ妨訴ノ抗辯ハ職權ヲ以テ調査スベカラザルモノニシテ且ツ原告若クハ其過失ニ非ズシテ第一審ニ於テ提出シ能ハザリシコトヲ疏明スルトキニ限り之ヲ主張スルコトヲ許シタリ、又妨訴ノ抗辯ヲ主張スル以上ハ本案ノ辯論ヲ拒ムコトヲ得ベキハ一般ノ規定ナレドモ控訴ニ就テハ法律ハ妨訴ノ抗辯ニ基キ本案ノ辯論ヲ拒ムコトヲ得ザルモノトセリ但シ裁判所ハ職權ヲ以テ妨訴ノ抗辯ニ就キ分離シタル辯論ヲ命ズルコトヲ得。(第四百十四條)

五、當事者ハ第一審ニ於テ主張セザリシ新ナル攻撃防禦ノ方法殊ニ新ナル事實及ビ證據方法ヲ呈出スルコトヲ

得。此新材料提出ノ權利ハ控訴人及ビ被控訴人ニ屬シ殊ニ被控訴人ハ附帶ノ控訴ヲ爲スコトナクシテ第一審ノ判決ヲ維持スル爲メ新材料ヲ呈出スルコトヲ得。(第四百十五條)

(甲) 新ナル事實トハ第一審ニ於テ呈出セラレズ又ハ他ノ方法ニテ呈出セラレタル一切ノ事實ナリ。故ニ斯ノ如キ事實ハ訴、妨訴又ハ答辯ノ基本タル事實ヲ増補スルコトヲ得レドモ訴ノ基本タル事實ヲ増補スルニハ之ガ爲メニ訴ノ變更ヲ來サマルコトヲ要ス。但シ左ノ場合ニ於ケルモノハ例外トス。

(イ) 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ベキモノナルヲ以テ第二審ニ於テ此自白ヲ取消スコトヲ得ズ。(第四百十八條)

(ロ) 一ノ確定セル闕席判決ニ基キタル事實ニ對シテハ新ナル事實ヲ呈出スルコトヲ得ズ。(第三百九十八條)

(乙) 新ナル證據方法ハ第一審ニ於テ呈出セザリシ證據方法及ビ裁判所ノ採用スル所トナラザリシ證據方法ニシテ舊事實若クハ新事實ノ證明ノ爲メニ一切ノ方法ヲ包含ス。

六、右ニ論述スル所ニ反シ新ナル請求ハ第九十六條第二號及ビ第三號ノ場合又ハ相殺スルコトヲ得ベキモノニシテ且ツ原告若クハ被告ガ其過失ニ非ズシテ第一審ニ於テ提出シ能ハザリシコトヲ疏明スルトキニ限り之ヲ起スコトヲ得。(第四百十六條)

七、已ニ第一審ニ於テ提出セラレタル事實又ハ證書ニ就キ第三百一十一條第三百一十二條第三百四十一條等ニ依リ第一

審ニ於テ陳述ヲ爲サズ、又ハ陳述ヲ拒ミタルモノト見做サレタルモノニ就テモ亦第二審ニ於テ之ガ陳述ヲ爲スコトヲ得。(第四百十七條)

第六節 控訴ニ於ケル判決

〔第一〕 控訴裁判所ハ控訴ヲ許スベキヤ否又控訴ヲ法律上ノ方式ニ從ヒ若クハ其期間ニ於テ起シタルヤ否等控訴權ノ形式上ノ要件ヲ職權ヲ以テ調査シ若シ此要件ノ一ヲ缺クトキハ判決ヲ以テ控訴ヲ不適當トシテ棄却スベキモノトス。(第四百十七條)

〔第二〕 控訴ノ辯論ハ不服ヲ申立テタル範圍内ニ限ルヲ以テ第一審ノ裁判ハ其終局判決ナルト又ハ第三百九十七條ノ終局判決前ノ裁判ナルトヲ問ハズ變更ヲ申立タル部分ニ限り之ヲ變更スルコトヲ得ベシ。裁判所ハ申立テザル變更ヲ爲スコトヲ得ザルナリ。然レドモ苟モ當事者ノ申立アル以上ハ第一審ニ於テ是認シ又ハ非認シタル請求ニ關スル總テノ争點ニシテ辯論及ビ裁判ヲ必要トスルモノハ第一審ニ於テ此争點ニ就キ辯論及ビ裁判ヲ爲サマルトキト雖モ控訴裁判所ニ於テ其辯論及ビ裁判ヲ爲ス。(第四百二十一條)

〔第三〕 前項(第四百二十條及第四百二十一條)ノ制限ニ牴觸セザル限りハ控訴裁判所ハ事件全體ニ就キ判決ヲ下スベキモノトスル原則ニ就テハ第四百二十二條及ビ第四十三條ニ特定シタル場合ニ於テ甚ダ廣大ナル例外ヲ認メタリ。即チ第四百二十二條ノ場合ニ於テ事件ニ就キ尙ホ辯論ヲ必要スルトキハ控訴裁判所ハ之ヲ第一審裁判所ニ差戻スベキモノトセリ。此場合ニ於テハ當事者ノ申立ノ有無ヲ問ハズ其事件ニ就キ仍ホ辯論ヲ必要トスル

以上ハ裁判所ハ職權ヲ以テ第一審ノ裁判所ニ差戻サマルベカラズ。

一、法律ガ尙ホ辯論ヲ必要トスルトキハト云ヘル所謂必要ナル辯論トハ如何ナル辯論ヲ指示スルカ、若シ之ヲ以テ實際尙ホ深く取調ヲ要スル爲メノ辯論ト解スルトキハ控訴裁判所ハ自ら取調ブベキ事務ヲ放棄シテ猥リニ之ヲ第一審ニ委スルモノト謂ハザルヲ得ザルノミナラズ之ヲ第一審ニ差戻スノ理由ハ毫モ解スルコトヲ得ザルベシ。故ニ所謂尙ホ必要トセラベルキ辯論ハ第四百二十二條第一號乃至第五號ノ裁判ノ基本タル所ノ訴訟ノ材料ニ就テノ辯論ヲ指示セルモノト謂ハザルヲ得ズ。

二、事件ノ差戻ヲ言渡ス裁判ハ終局判決ニシテ仲間判決ニアラズ、故ニ之ニ對シテ上告ヲ爲スコトヲ得。

三、差戻サレタル事件ニ就キ第一審裁判所ニ於テ爲スベキ辯論ハ當事者ノ申立ニ依リ之ヲ爲スベキモノニシテ裁判所ハ職權ヲ以テ之ヲ爲スベキモノニアラズト雖第一審裁判所ハ此差戻ノ裁判ニ拘束セラルベキハ當然ノ條理ナリ。

裁判所ガ職權上事件ヲ差戻スベキ場合ハ左ノ如シ。

第一、不服ヲ申立テラレタル判決ガ闕席判決ナルトキ。闕席判決ニ對シテハ闕席シタル當事者ノミ不服ヲ申立ツルコトヲ得。而シテ其所謂闕席シタル當事者ナルモノハ第三百九十八條及ビ第二百六十三條ニ從ヒ控訴ヲ爲スコトヲ得ベク、又其控訴ハ只ダ闕席判決ヲ許スベキモノナルヤ否ノ點ノミニ關スルコトヲ得ベシ。故ニ控訴裁判所ガ該控訴ヲ理由アリトシ闕席判決ヲ取消ストキハ故障ニ就キ尙ホ辯論ヲ爲サシムル爲メ事件ヲ第

一審裁判所ニ差戻スベキモノトス。(第四百二十二條第一號)

第二、不服ヲ申立テラレタル判決ガ闕席判決ニ對スル故障ヲ第二百五十九條ニ依リ不適法トシテ棄却シタルモノナルトキ。此場合ニ於テハ闕席判決ハ依然トシテ存在セン。而シテ此闕席判決ニ對スル控訴ヲ理由ナシトシテ棄却スルトキハ第一審ノ判決ヲ適當トスルモノナレバ尙ホ更ニ辯論ヲ爲スノ必要ナク從ツテ之ヲ第一審裁判所ニ差戻スベキ道理ナシト雖モ之ニ反シ控訴ヲ理由アリトスベキトキハ第一審ノ判決ヲ取消サマルベカラザルモノトナルガ故ニ其事件ハ仍ホ口頭辯論ヲ要スベキモノトシテ之ヲ第一審ノ裁判所ニ差戻スベキモノトス。(第四百三十二條第二號)

第三、不服ヲ申立テラレタル判決ガ妨訴ノ抗辯ノミニ就キ裁判ヲ爲シタルモノナルトキ。即チ第二百六條及ビ第二百七條ニ於ケル妨訴ノ抗辯ニ就キ上訴ニ關シ終局判決タルベキ仲間判決ニ對シ控訴ヲ爲シタルトキトス(第四百二十二條第三號)。即チ

(イ) 下級審ノ裁判所ガ妨訴ノ抗辯ヲ理由アリトシ直チニ終局判決ニ依リ訴ヲ却下シタルニ控訴裁判所モ亦此判決ヲ認メタル時ハ此事件ヲ第一審ニ差戻スノ必要ナシ、之ニ反シテ若シ控訴裁判所ガ妨訴ノ抗辯ヲ理由ナシトナシ下級審ノ判決ヲ取消サマルベカラザル時ハ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻サマルベカラズ。

(ロ) 下級審ノ裁判所ガ第二百七條ニ依リ上訴ニ關シテノミ終局判決ト看做スベキ仲間判決ニ依リ妨訴ノ抗辯ヲ理由ナシトシ控訴裁判所モ亦此判決ヲ是認スルトキハ同條第二項ニ依リ總テノ他ノ妨訴ノ抗辯ヲモ審

理シ理由ナシトスルモノアラバ其事件ヲ第一審ノ裁判所ニ差戻スベク又理由アリトスルトキハ第一審裁判所ノ判決ヲ取消シ直チニ訴ヲ却下スベキヲ以テ第一審ニ差戻スノ場合アルベシ。

第四、請求ガ其原因及ビ數額ニ就キ争アル場合ニ於テ不服ヲ申立テラレタル判決ガ先ヅ請求ノ原因ノミニ就キ裁判ヲ爲シタルモノナルトキ。即チ第二百二十八條ノ場合ニ於テ請求ノ原因ノミニ就キ上訴ニ關シテハ終局判決ト見做サルベキ中間判決ニ對シ控訴ヲ爲シタル場合ニ於テ第一審裁判所ニ於テハ請求ノ原因アリト判決シ控訴裁判所ハ請求ノ原因アリト判決スベキ場合ニ於テ之ヲ第一審裁判所ニ差戻ス場合ノ如シ。(第四百二十二條第四號)

第五、不服ヲ申立テラレタル判決ガ證書訴訟及ビ爲替訴訟ニ於テ敗訴ノ被告ニ別訴訟ヲ以テ追行ヲ爲ス權利ヲ留保スルトキ。即チ第四百九十一條ノ場合ニ於テ上訴ニ就テノミ終局判決ト看做スベキ判決ニ對シ控訴ヲ爲シタル場合トス。(第四百二十二條第五號)

〔第四〕 第一審ニ於テ訴訟手續ニ就テノ規定ニ違背シタルトキハ控訴裁判所ハ其判決及ビ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ノ權利アリ。此場合ニ於テハ控訴裁判所ハ其自由ナル判斷ニ依リ本案ニ就キ判決ヲ下スコトナク又當事者ノ申立アルヲ要セスシテ事件ノ差戻ヲ爲スコトヲ得。此差戻ノ判決モ亦終局判決ニシテ之ニ對シテ上告ヲ爲スコトヲ得。(第四百二十三條)

〔第五〕 控訴ヲ理由ナシトスルトキ。即チ實質上ノ控訴權ナシトスルトキハ判決ヲ以テ控訴ノ棄却ヲ言渡シ前判決ヲ維持スルニ止マルベク、判決ヲ控訴人ノ不利益ニ變更スルコトヲ得ズ。但シ相手方ガ控訴又ハ附帶控訴ノ方法ヲ以テ判決ニ就キ不服ヲ申立テタル部分ニ就テハ此限ニアラズ。(第四百二十四條及第四百二十五條)

〔第六〕 控訴審ハ事實ニ就テノ終審ナルヲ以テ時機ニ後レテ提出シタル防禦ノ方法ヲ第二百十條ノ規定ニ從ヒ却下スルトキハ其防禦ノ方法ヲ再ビ主張スルコトヲ得ベキ權利ヲ被告ニ留保スベキモノトス。然レドモ此留保ヲ掲ゲタル判決ハ上訴及ビ強制執行ニ就テハ終局判決ト看做サルベシ、又若シ判決ニ此留保ヲ掲ゲザル時ハ第三百四十二條ノ規定ニ從ヒ判決ノ補充ヲ申立ツル事ヲ得ベシ。而シテ此留保權ヲ有スル防禦ノ方法ハ其訴訟ヲシテ第二審ニ繫屬セシムルノ効ヲ有スルヲ以テ被告ハ此防禦ノ方法ヲ行フガ爲ニ口頭辯論ノ期日ヲ定メンコトヲ申立ツルコトヲ得。而シテ爾後ノ手續ニ於テ訴ヲ以テ主張シタル請求ノ理由ナキコトノ顯ハレタル時ハ前判決ヲ廢棄シテ其訴ヲ棄却スベキモノトス。又申立ニ依リ判決ニ基キ支拂ヒタルモノ又ハ給付シタルモノヲ返還スベキコトヲ言渡シ並ニ費用ニ就キ裁判ヲ爲スベキモノトス。(第四百二十六條及第四百二十七條)

〔第七〕 控訴人ガ口頭辯論ノ期日ニ出頭セザル時ハ出頭シタル被控訴人ノ申立ニ依リ闕席判決ヲ以テ控訴ノ棄却ヲ言渡スベシ、又被控訴人ガ闕席シタル場合ニ於テ出頭シタル控訴人ヨリ闕席判決ノ申立ヲ爲シタルトキハ第一審裁判ノ證據ト爲リタルモノニ牴觸セザル限りハ控訴人ノ事實上ノ供述ハ被控訴人之ヲ自白シタルモノト看做シ且ツ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ビ其結果ヲ得タルモノト看做シ闕席判決ヲ爲スベキモノトス。(第四百二十八條及第四百二十九條)

第七節 訴訟記録ノ始末

控訴ハ第二審ナルヲ以テ控訴狀ノ外第一審ニ於ケルガ如ク別ニ新ナル書類ヲ提出スルヲ要セス、控訴狀ノ提起アリタルトキハ控訴裁判所ノ書記ハ二十四時間内ニ第一審裁判所書記ニ訴訟記録ノ送付ヲ求ムベキモノトス。(第四百三十一條第一項)

控訴完結ノ後ハ右ノ記録ハ第二審ニ於テ爲シタル判決ノ認證アル謄本ト共ニ第一審裁判所ノ書記ニ之ヲ返還スベキモノトス。(第四百三十條第二項)

第三章 上告

第一節 上告總說

上告ハ裁判ノ統一ヲ維持スルガ爲メニ第二審ノ裁判ニ對シテ終審ノ裁判ヲ要求スルノ上訴ナリ。我裁判所構成法ガ控訴院ニ委スルニ或ル事件ノ終審ノ裁判ヲ爲スノ權利ヲ以テセルハ獨逸聯邦ガ各々其固有ノ法ヲ異ニセルヨリ制度上已ムヲ得ザルノ變例ニ模倣シタルノ餘弊ナレドモ其上告ヲ設ケタルノ精神ニ至リテハ裁判ノ統一ヲ維持スルノ意アルコト明白ナリ。故ニ上告ハ單ニ法律上ノ點ニ就テノミ之ヲ許シ且第二審ノ裁判ノ當否ヲ審定スルヲ通則トス。然レドモ從來我國ノ上告ナルモノハ佛國ノ制度ヲ採用シ所謂上告裁判所ナルモノハ則チ佛國ノ破毀院ト其性質ヲ同ウシタリシガ現行ノ訴訟法ニ於テハ大ニ其觀ヲ改メタリ。蓋シ佛國ノ破毀院ナルモノハ公益ノ爲メ

全國ノ裁判ヲ監査スル國家ノ一機關ナレドモ我上告裁判所ナルモノハ當事者ノ權利ヲ保護スルヲ以テ任トスル純然タル一ノ裁判所ニシテ上告モ亦通常ノ上訴ナリ。夫ノ破毀院ノ裁判ヲ以テ非常ノ救済ヲ要スル場合ト爲シ此裁判ニ對シテハ原狀回復ノ訴 *Requisita civile* ヲ爲スコトヲ許サマルモ上告裁判所ノ判決ニ對シテハ之ヲ爲スコトヲ得ベキモノトスルガ如キ又破毀院ヘノ出訴ハ原裁判ノ効力ヲ停止スルコトナキモ上告ハ第二審ノ判決ノ効力ヲ停止スルガ如キ皆二者ノ性質上ノ區別ヨリ發生スベキ効果タリ。

第二節 上告ノ要件

第一款 形式上ノ要件

上告ノ要件ハ形式上ニ屬スルモノト實質上ニ屬スルモノトノ二様アリ。形式上ノ要件トハ上告ヲ提起シ得ベキ判決ハ地方裁判所及ビ控訴院ノ第二審ニ於テ爲シタル終局判決ナラザルベカラザルヲ謂フ。(第四百三十二條)

第一、終局判決ノ何物タルハ已ニ控訴ニ就キ前章ニ詳述シタル所ニ依リ明白ナレバ復茲ニ之ヲ論ゼズト雖モ第二百七條第二項第二百二十八條第四百二十六條第三項第四百九十一條第三項ニ依リ特ニ終局判決ト同視セラレタル仲間判決及ビ第四百二十二條並ニ第四百二十三條ニ依リ控訴裁判所ガ下セル差戻シノ判決モ亦上告ヲ爲シ得ベキ終局判決ナリ。其闕席判決ニ係ルモノハ第三百九十八條ノ規定ニ依リ之ニ對シテ上告ヲ爲スコトヲ得。又終局判決前ニ爲シタル仲間判決決定及ビ命令ニ對スル上告裁判所ノ權限ハ第三百九十七條ノ控訴ニ就テノ規定ニ同ジ。(第四百三十二條)

第二、第二審ノ判決ヲ地方裁判所ニ於テ爲ストキハ之ニ對シテハ控訴院ニ上告スベク、又控訴院ニ於テ之ヲ爲ストキハ大審院ニ上告ヲ爲スベキモノトス。事ハ已ニ前篇ニ於テ之ヲ詳述セリ。

第三、第二審ノ判決ハ上告ヲ提起スル當事者ニ對シテ言渡サマルベカラズ、又何人ガ上訴ヲ爲スノ權ヲ有スルカハ已ニ控訴ニ就キ前章ニ論述シタル所ト同一理ナリ。

第二款 實質上ノ要件

實質上ニ於ケル上告ノ要件ハ上告ハ法律ニ違背シタル裁判ナルコトヲ理由トスルニ在リ。故ニ上告ハ形式上ノ要件ヲ具備スルモ法律ニ違背シタル裁判ナルコトヲ理由トセザルトキハ上告ヲ爲スコトヲ得ズ。(第四百三十四條乃至第四百三十六條)

〔第一〕 實質上ノ要件ハ一般ニ總テノ上告ニ就キ適用スベキ條件ナリ。上告ニシテ此要件ヲ缺クトキハ理由ナキ上告トシテ之ヲ棄却セザルベカラズ。而シテ茲ニ所謂法律ニ違背スルモノトスル法律ナルモノハ帝國々法ニ從ヒ有効ナル法規ノ淵源ニ基キ作爲セラレタル凡テノ法則ヲ謂フ。帝國議會ノ協賛ヲ經タル法律又ハ勅令若クハ行政廳ノ命令又ハ憲法第七十六條ニ依リ遵守ノ効力ヲ付セラレタル憲法發布前ノ布告布達訓令又ハ慣習法ハ勿論是等ノ法律規則等ヨリ其効果トシテ當然發生スベキ法則ノ如キ皆上告ノ要件トシテ違背セラレタル者ト見做スベキ法律タリ。而シテ、實質上ノ要件ニ就テハ仍ホ之ヲ裏面的及ビ表面的ニ觀察スルヲ便宜トス。即チ、
第一、裏面的觀察 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トノ原則ハ之ヲ其裏面ヨリ

觀察スレバ上告ハ當事者ノ單純ナル事實上ノ主張ヲ理由トスル事ヲ得ザルモノタルコト知ルニ足ルベシ。外部ノ事實タルトハ又當事者ノ了知若クハ意思等内部ノ事實タル事ヲ問ハズ總テ或ル事實ノ存否ノ確定當事者ノ表示セル意思ノ解釋、證據ノ判定就中書類ノ解釋、社則其他公ニセラレタルモノト否ト又官廳公署ノ認許ヲ得タルモノト否トヲ問ハズ私人ノ定メタル規則及ビ行政處分ノ解釋ノ如キハ皆法律ニ屬スル問題ニアラザルナリ。之ニ反シテ上告ヲ申立テラレタル判決ハ勿論其他上告以前ニ爲サレタル判決ニシテ確定裁判ノ抗辯ノ基本タル判決ノ意義ヲ確定スル事ニ就テハ上告裁判所ハ第二審ノ裁判所ノ解釋ニ束縛セラレベキモノニアラズ。故ニ左ノ場合ハ單ニ事實上ノ問題ニ屬スルモノニアラズシテ正當ナラザル判決ハ法律ニ違背シタルモノトシテ上告ノ理由タルコトヲ得。

(イ) 一ノ法律設例ヘバ慣習法商慣習外國法(第二百六十五條)ノ存在スルコトヲ不當ニ確定セル判決ハ上告ノ理由アルベキモノトス。

(ロ) 第二審ノ裁判所ノ事實ニ就テノ確定ガ一ノ法則ヲ不當ニ適用シ若クハ之ニ關スル法則ヲ適用セザルニ基クトキ。就中第一百十二條ノ質問權ヲ行ハズ若クハ第二百十七條ノ證據ニ關スル一般ノ法則其他ノ特別ノ法則ヲ破リ又ハ證書類ニ就キ法律ノ解釋ニ關スル法則ヲ不當ニ適用シ若クハ之ヲ適用セザルニ基クトキ。就中第二百四十八條ノ自白ヲ認メズ又ハ第一百一十一條第二項ノ事實ヲ自白シタリト認ムルガ如キ亦之ヲ法律ニ違背シタルモノト爲ス。

(ハ) 一定ノ事實ガ一ノ法律ノ範圍内ニ包含セラル、ヤ否ハ法律上ノ問題ト分離スベカラザル問題タリ。故ニ或ル一定セル事實ニ就キ惡意過怠若クハ法定ノ占有ノ有無ヲ定ムル裁判、或ル法律上ノ結果ヲ生ズルニハ一定ナル絕對的事實ヲ要スル場合ニ於テ或ル一定ノ事實ガ此要件ヲ具備ストノ裁判等ノ如キハ亦之ニ對シテ上告ヲ爲スコトヲ得。

第二、表面的觀察 表面上不服ヲ申立ラレタル裁判ガ法律ニ違背シタリトスル場合ニ於テモ第二審ノ判決ハ現ニ法律ニ違背シタル法則ニ基キ裁判セラレタル者タラザルベカラズ之ヲ違法ト判決トノ二者ノ原因結果ノ連結ト謂フ。故ニ縱シ第二審ノ裁判ハ其理由ニ於テ法律ニ違背スルモ他ノ法律上若クハ事實上ノ理由ニ依リ其裁判自身ニシテ正當ナル時ハ茲ニ上告ノ原因有モ其原因ハ結果トノ連結ヲ缺キ不法ノ原因ハ不當ノ結果ヲ生ゼザルヲ以テ裁判所ハ第四百五十三條ノ規定ニ依リ上告ヲ棄却セザルベカラズ又上告ハ第二審ノ判決ガ業ニ已ニ第一審ノ裁判所ニ於テ爲シタル違法ノ理由ニ基キタル者タルノ理由ニ依リ之ヲ爲ス事ヲ得

〔第二〕 法則ヲ適用セズ又ハ不當ニ適用シタルトキモ亦法律ニ違背シタルモノニシテ斯ノ如キ判決ニ對シテハ上告ノ理由アルベキモノトス。而シテ其所謂法則ナルモノハ慣習法タルト成文法タルトヲ問ハザルハ已ニ前ニ論述セル所ナルガ苟モ一ノ法則タランニハ或ルコトヲ命ジ若クハ之ヲ禁ズルノ法則タラザルベカラズ。其單ニ裁判官ノ恩料ヲ定ムルニ就テノ訓示的標準ニ屬スル法則ニ違背スルモ其權限ヲ超過セザルモノニアラザレバ之ヲ法律ニ違背シタルモノト云フコトヲ得ズ。然レドモ違背セル法律ハ實質的法律タルト形式的法律即チ訴訟法タルトハ上告權ニ影響スル所ナシ、故ニ訴訟法ニ違背シタル判決タルコトヲ理由トシテ上告ヲ爲スコトヲ得ベシト雖モ唯ダ第四百三十六條ニ規定セル形式的法律ノ違背ハ實質的法律ノ違背ト其趣ヲ異ニスルモノアルハ後項ニ之ヲ論述セン。(第四百三十五條)

〔第三〕 前已ニ論述セルガ如ク上告裁判所ハ第二審ノ判決ハ現ニ法律ノ違背ニ基キタル結果ニシテ違法ノ原因ガ不當ノ結果ヲ生ジタルカ否ヲ證明シ原因結果ノ連結セルモノニアラザレバ法律ニ違背シタル判決ニアラズトスルヲ原則トスレドモ第四百三十六條ニ規定シタル七個ノ場合ニ於ケル形式的法律ノ違背ニ就テハ法律ハ「常ニ法律ニ違背」シタルモノト明定シ絕對的無條件ニ之ヲ違法ノモノトスルガ故ニ原因結果ノ連結ヲ證明スルコトヲ要セズ、又原因結果ハ現ニ連結セザルモノ之ヲ以テ法律ニ違背シタルモノトナシ常ニ上告ノ理由アリトスルコトヲ得ベキモノトセリ。蓋シ此七個ノ場合ニ於ケル訴訟手續ノ違背ハ訴訟法ノ大基本ニ違背スルモノナレバ法律ノ目的ハ常ニ之ヲ上告ノ理由トスルコトヲ得セシメ以テ訴訟手續ノ遵守實行ヲ期スルニ在リ。故ニ上告裁判所ノ裁判スベキモノハ第二審ノ裁判所ノ爲シタル此七箇ノ場合ニ於ケル違背ノ手續ノミニ止マルヲ以テ此七箇ノ場合以外ニ於ケル訴訟手續ニ關スル法則ノ違背及ビ第一審ノ裁判所ガ此七箇中ノ一ニ違背シタルモノハ第二審ノ裁判ニ於テ是認シタルモノニ係ルトキハ上告裁判所ニ於テ之ヲ裁判スルコトヲ得レドモ此場合ニ於テハ一般ノ原則ニ從ヒ必ズ原因結果ノ連結セルモノタルコトヲ證明スルニアラザレバ上告ノ理由アリトスルコトヲ得ズ。左ニ此七個ノ各場合ヲ示サン。

第一、規定ニ從ヒ判決裁判所ヲ構成セザリシトキ。即チ裁判官タル能力、判事ノ定員等裁判所構成法ニ於テ裁判所ヲ構成スルニ必要トセル條件ヲ缺キタルトキトス。但シ裁判所書記ハ判決裁判所ヲ構成スル要素ニアラザルガ如シ。

第二、法律ニ依リ職務ノ執行ヨリ除外セラレタル判事が裁判ニ參與シタルトキ。但シ忌避ノ申請又ハ上訴ヲ以テ除外ノ理由ヲ主張シタルモ其効ナカリシトキハ此限ニ在ラズ。此場合モ亦書記ニ付テハ適用セラル、コトナカルベシ。

第三、判事ノ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。

第四、裁判所ガ其管轄又ハ管轄違ヲ不當ニ認メタルトキ。

第五、訴訟手續ニ於テ原告若クハ被告ガ法律ノ規定ニ從ヒ代理セラレザリシトキ。

第六、訴訟手續ノ公行ニ就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。

第七、裁判ニ理由ヲ付セザルトキ。即チ、

(イ) 裁判ノ理由ガ總テノ争點(攻撃防禦ノ方法)ヲ包含セザルトキ及ビ裁判ガ何故ニ一ノ主張ヲ放棄シテ之ヲ顧ミザリシヤヲ示サマルトキ。

(ロ) 裁判ガ事實上ノ理由ニ基キタルカ又ハ法律上ノ理由ニ基キタルカ又如何ナル種類ノ理由ニ基キタルカヲ看認ムルコト能ハザルトキ。

(ハ) 證據ノ判定ニ就キ民法又ハ此法律ニ特別ノ規定アル場合ニ於テ事實ノ主張ヲ眞實又ハ不眞實ト認メタル理由ヲ示サマルトキ。

(ニ) 判決ニ示サレタル理由ガ虚空ノ言ニ過ギザルトキ。設例ヘバ單ニ「云々ノ妨訴ハ理由アルベキモノコアラズ」又ハ「其理由ナキハ自ラ明白ナリ」扨ト云ヘルガ如キ理由ノ如シ。

(ホ) 控訴裁判所ガ第一審ノ判決ヲ採用スル場合ニ於テハ其理由ノ完全ニシテ且控訴審ニ於テ新ニ提出セラレタル理由ナキトキニ限ルヲ以テ第一審ノ判決トシテ充分ノ理由ヲ備フルモ控訴ノ判決トシテ不十分ナルトキ。

第三節 上告審ニ於ケル手續

〔第一〕 上告ノ期間ハ一箇月ノ不變期間ニシテ判決送達ヲ以テ始マル故ニ判決ノ送達前ニ提起シタル上告ハ無効トス。(第四百三十七條)

〔第二〕 上告ノ提起ハ上告狀ヲ上告裁判所ニ差出シテ之ヲ爲ス。此上告狀ニハ上告セラル、判決及ビ判決ニ對シテ上告ヲ爲ス旨ノ陳述ヲ掲グベキモノトス。又此上告狀ハ準備書面ニ關スル一般ノ規定ニ從ヒテ之ヲ作り特ニ判決ニ對シ如何ナル程度ニ於テ不服ナルヤ及ビ判決ニ就キ如何ナル程度ニ於テ破毀ヲ爲スベキヤノ申立ヲ掲グ且(一)法則ヲ適用セズ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(二)形式的法律ノ違背ヲ理由トスルトキハ其欠缺ヲ明カニスル事實ヲ表示(三)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トキハ其事實ノ表示ヲ掲グベキモノトス。(第四百三十八條)

〔第三〕 上告裁判所ハ先ヅ上告人ノミヲ呼出シ其陳述ヲ聽キ上訴ヲ許スベカラザルモノナルトキ、又ハ方式及ビ期間ニ於テ起サマルトキ、又第四百三十四條ノ規定ニ依ラザルトキハ判決ヲ以テ之ヲ棄却スベキモノトス。若シ上告人呼出ノ期日ニ出頭セザルトキハ上告ヲ取下ゲタルモノト看做シ上告權ヲ喪失シタルモノト爲ス。但シ出頭セザリシコトヲ期日ヨリ七日間ニ十分ナル理由ヲ以テ辯解シタルトキハ更ニ期日ヲ定ムベキモノトス。(第四百三十九條)

〔第四〕 上告狀ノ送達ト口頭辯論ノ期日トノ間ニ存スベキ時間並ニ答辯書差出ノ期間ニ就テハ第九十四條第九十九條及ビ第二百三條ノ規定ヲ適用ス。(第四百四十條)

〔第五〕 答辯書ハ準備書面ニ關スル一般ノ規定ニ從ヒテ之ヲ作り且一定ノ申立ヲ掲グベキモノトス。(第四百四十一條)

〔第六〕 被上告人ハ附帶控訴ト同一ノ規定ニ從ヒ附帶上告ヲ爲スコトヲ得ベシ。又答辯書ニ附帶上告ヲ爲ス旨ノ陳述ヲ掲ゲタルトキハ之ヲ上告人ニ送達スベキモノトス。(第四百四十二條及第四百四十三條)

〔第七〕 右ノ外上告ニ就キ特別ノ規定ナキモノハ地方裁判所ノ第一審ノ訴訟手續ヲ準用シ上告審ニ於ケル闕席判決ニ對スル不服ノ申立、控訴ノ取下、當事者雙方ヨリ起シタル上告、口頭辯論ノ延期、口頭辯論ノ際ニ於ケル當事者ノ演述妨訴ノ抗辯ニ就テノ辯論、上告人ノ不利益トナルベキ裁判及ビ記録ノ送付並ニ返還ニ就テハ控訴

ニ就テノ規定ヲ準用ス。(第四百四十四條及第四百五十四條)

第四節 上告ノ調査

上告ノ調査及ビ裁判ハ當事者ノ爲シタル申立ノミニ限り且法律上ノ點ノミニ限ラザルベカラズ。(第四百四十五條及第四百五十五條)。即チ、

第一、上告裁判所ノ口頭辯論ニ於テハ第二百二十二條ノ規定ニ從ヒ上告人若クハ附帶上告人ノ爲シタル申立ノミニ就キ裁判所ハ之ヲ調査セザルベカラズ。口頭辯論ノ終リマデニ他ニ申立テラレタル請求アルニアラズンバ裁判所ハ上告狀ニ於テ不服ヲ申立テザル控訴ノ判決ノ部分ニ就キ調査スルコトヲ得ズ。然レドモ不服ヲ申立テラレタル判決ガ果シテ法律ニ違背シタルモノナルヤ否ノ問題ヲ判定スルニ就テハ裁判所ハ必ズシモ當事者ノ申立テタル理由ノミニ基キ之ヲ法律ニ違背スルモノト判定スルヲ要セス當事者ノ申立テタル以外ノ法律ニ違背シタルモノトシ上告ノ理由アリトスルコトヲ得。

第二、上告ハ法律ニ違背シタル判決タルコトヲ理由トスルモノニ限り提起スルコトヲ得ベキノミナラズ上告裁判所ハ其裁判ヲ爲スニ就キテモ亦控訴裁判所ガ其裁判ノ憑據トシタル事實ヲ標準トシ新ナル事實ハ當事者間ニ爭ハザルモノタルト裁判所ニ於テ顯然知ラレタルモノナルトヲ問ハズ上告審ニ於テ之ヲ標準トシ又ハ之ヲ提出スルコトヲ得ズ。但シ左ノ場合ハ例外トス。

(イ) 上告ガ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

スルトキ。即チ本章第二款第一ニ於テ論述セル場合ニ於テハ先ヅ右ノ事實ヲ調査スルニアラザレバ上告ノ理由ノ有無ヲ判定スルコトヲ得ザルベシ。(第四百三十八條末項末段)

(ロ) 訴訟手續ニ就テノ規定ニ違背シタルコトヲ上告ノ理由トスルトキ。此場合ニ於テハ訴訟手續ノ欠缺ヲ明カニスル爲メ新シキ事實ヲ提出スルコトヲ得。設例ヘバ上告ノ理由ガ裁判所ガ行政裁判ニ屬スベキ事件ヲ裁判シタリトスルニアルガ如キ場合ニ於テハ其事件ノ行政裁判ニ屬シテ司法裁判ニ屬セザル事實ヲ提出セザルベカラザルノ必要ヲ生ズベシ。其他上告ノ許否及ビ上告ガ有効ノ期限ニ提起セラレタルヤ否又上告審自身ニ於ケル他ノ訴訟上ノ申立ガ理由アルヤ否ヲ判定スベキ場合ニ於テモ同ジ。(第四百三十八條末項中段)

右等例外ノ場合ニ於テ上告裁判所ガ事實ノ點ヲ調査シ又ハ新ニ提出セラレタル事實ヲ調査スベキトキハ上告裁判所ノ口頭辯論ニ於テ陳述セラレザルベカラズ。又其重要ナル事實ガ争ハル、トキハ一般ノ規則ニ從ヒ證據調ヲ爲サマルベカラズト雖モ上告裁判所ハ第三百十八條第三百三十一條第三百五十八條及ビ第三百四十八條ノ規定ニ從ヒ之ヲ裁判ノ一員若クハ區裁判所ニ囑託スルコトヲ得。(第四百四十六條末項)

第五節 上告ノ棄却及ビ破毀

〔第一〕 上告ノ理由ナキトキ即チ裁判ガ法律ニ違背セザルモノナルトキハ之ヲ棄却スベク、又上告ヲ申立テラレタル裁判ハ其理由ニ於テ違背シタルトキト雖モ他ノ理由ニ依リ裁判ノ正當ナルトキハ原因ト結果トノ連結ナキ

モノナルヲ以テ亦之ヲ棄却シ前判決ヲシテ有効ナラシメザルベカラズ(第四百五十二條及第四百五十三條)。此棄却ニ就テハ形式的法律ノ違背ト實質的法律ノ違背トノ間敢テ差違ナシト雖モ第四百五十三條ノ棄却ハ第四百三十六條ノ場合ニ適用セラル、コトナカルベシ。事ハ已ニ前節第二ニ於テ之ヲ詳論セリ。

〔第二〕 上告ヲ理由アリトスルトキハ不服ヲ申立テラレタル判決ヲ破毀スベク又訴訟手續ニ關スル規定ニ違背シタルニ因リ判決ヲ破毀スルトキハ其違背シタル部分ニ限り訴訟手續ヲモ亦破毀スベキモノトス。(第四百四十七條)

一、控訴裁判所ノ判決ハ上告ニ依リ申立テラレタル部分ニ限り破毀セラレテ其他ノ部分ニ及ブコトナシ。又上告裁判所ノ破毀ハ第一審ノ裁判ニ及ブコトナキヲ以テ控訴裁判所ノ判決ガ法律ニ違背セル第一審ノ判決ヲ是認スルモノナリシトキハ控訴審ニ於ケル判決ハ法律ノ違背ヲ再ビセルモノトナルベシ。訴訟手續ガ法律ノ違反トシテ破毀セララル、トキモ其破毀セラレタル手續ハ控訴審ノ訴訟手續ナリ。故ニ控訴裁判所ハ上告裁判ノ破毀ノ爲メ第四百二十二條及ビ第四百二十三條ノ規定ニ依リ尙ホ口頭辯論ヲ爲サシムル爲メ事件ヲ第一審裁判所ニ送付スルノ必要ヲ見ルノ場合アルベシ。

二、判決ヲ破毀スル場合ニ於テハ次項ニ論述スル場合ノ外更ニ辯論及ビ裁判ヲ爲サシムル爲メ事件ヲ控訴裁判所ニ差戻シ又ハ之ヲ他ノ同等ナル裁判所ニ移送スベキモノトス。此差戻及ビ移送ノ結果ハ左ノ如シ。(第四百四十八條初項)

(イ) 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判決ニ拘束セラレ法律ノ點ニ就キ破毀ノ基本トナリタルモノヲ以テ新ナル辯護及ビ裁判ノ基本ト爲スノ義務アリ。故ニ裁判所ニシテ此義務ニ反シタルトキハ訴訟手續ニ關スル法律ニ違背シタルモノトシテ再ビ上告ノ理由ト爲スベシ。(第四百五十條)

(ロ) 右ノ拘束ノ點ヲ外ニシテハ訴訟ハ破毀及ビ差戻若クハ移送ニ依リ全然上告アラザル以前ノ舊態ニ復シ新ナル口頭辯論ニ依リ裁判所ハ新ナル裁判ヲ下シ又當事者ハ破毀セラレタル判決ノ以前ニ於ケル口頭辯論ニ當リ提出スルコトヲ得ベカリシ事項ヲ新口頭辯論ニ際シテ提出スルコトヲ得ベシ。(第四百四十八條末項及第四百五十條)

(ハ) 新口頭辯論ニ基キタル控訴裁判所ノ判決ニ對シテハ再ビ上訴ヲ爲スコトヲ得。

[第三] 上告裁判所ガ判決ヲ破毀スルトキハ其事件ヲ控訴裁判所ニ差戻スマデニシテ自ラ之ヲ裁判スルコトナキハ一般ノ原則ナルコト前述ノ如クナレドモ左ノ二個ノ場合ニ於テハ法律ハ例外トシテ上告裁判所ガ事件ニ就キ自ラ裁判ヲ爲スベキモノト定メタリ。(第四百五十一條)

第一、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爲メニ判決ヲ破毀シ且其事件ガ裁判ヲ爲スニ熟スルトキ。即チ此場合ニ於テハ法律ハ左ノ二條件ヲ具備スルヲ必要トセリ。

(イ) 確定シタル事實ニ就テノ法律ノ適用ヲ誤リタル場合タルヲ要ス。故ニ第四百三十八條末項ノ場合即チ法律ニ違背シテ事實ヲ確定シ若クハ遺脱シタル場合ノ如キハ上告裁判所ニ於テ事實ヲ確定スベキモノナル

ヲ以テ此條件ヲ缺クモノト謂ハザルヲ得ズ。

(ロ) 事件ガ裁判ヲ爲スニ熟スルコトヲ要ス。事件ガ裁判ヲ爲スニ熟スルトハ第四百二十二條及ビ第四百二十三條ノ規定ニ從ヒ第一審事件ノ差戻ヲ言渡スベキ裁判ヲ爲スニ熟スルコトヲ云フ。設例ヘバ第二百七條ノ規定ニ從ヒ妨訴ノ抗辯ノミガ口頭辯論及ビ裁判ノ物體タルトキニ於テ上告裁判所ガ妨訴ノ抗辯ヲ理由ナシトスルトキハ上告裁判所ハ訴ヲ棄却スル控訴裁判ヲ破毀シ且此事件ハ第四百二十二條ノ規定ニ從ヒ更ニ辯論及ビ裁判ヲ爲ス爲メ之ヲ第一審裁判所ニ差戻スベキコトヲ裁判スルノ場合ノ如キ是ナリ。

第二、無訴權ノ爲メ又ハ裁判所ノ管轄違ナル爲メニ判決ヲ破毀スルトキ。此場合ニ於テハ法律ノ違背ハ訴訟手續ニ關シテ獨立ニ成立シ事件ハ常ニ終局裁判ヲ爲スニ熟スルモノト謂ハザルヲ得ズ。故ニ此場合ニ於テハ上告裁判所ハ之ヲ第二審ニ差戻シ又ハ他ノ同等ナル裁判所ニ移送スルコトヲ自ラ裁判ヲ爲スベキモノトス。

第四章 抗 告

第一節 抗告ノ本義及ビ總說

[第一] 抗告ハ裁判所ノ處分(決定及命令)ニ對スル上訴ナリ、夫ノ控訴及ビ上告ガ當事者間ニ於テ本案ノ事件ニ就キ下シタル終局判決ニ對スルモノト大ニ其趣ヲ異ニセリ。抗告ニ依リ不服ヲ申立ツル事項ハ之ヲ控訴及ビ上

告ニ比スレバ較々輕微ナレドモ其事項ハ亦種々ニシテ一言ヲ以テ之レヲ掩ハントスルハ到底爲シ得ベキニアラズ要スルニ控訴及ビ上告ノ物體ハ本案ノ事件ニ就キ豫メ口頭辯論ヲ經テ下スベキ裁判ニ屬スレドモ抗告ノ範圍ニ屬スベキ裁判ハ或ハ口頭辯論ヲ必要トセザルカ或ハ當事者ト第三者トノ間ニ於ケル争ナルカ或ハ本案事件ニ關セザルモノナルカニ在リ。然レドモ亦例外トシテ是等ノ事項ニ屬セザルモノニ就テモ亦抗告ヲ爲スコトヲ得ベキ場合アリ。故ニ抗告ハ一方ニ於テハ控訴及ビ上告ノ上訴ヲ補充スルノ具トナリ、一方ニ於テハ本案ト從屬ノ争點トヲ分離シテ訴訟ノ複雜ヲ豫防スルノ具トナル。一般ニ控訴若クハ上告ニ依リ上級裁判官ノ判斷ヲ受クル能ハザル裁判ニ對スル抗告又ハ終局判決ヲ言渡スコトヲ妨止シ若クハ延期スル裁判ニ對スル抗告ハ控訴若クハ上告ヲ補充スルナリ、抗告ノ道ヲ啓クニアラザレバ逐一控訴若クハ上告ニ依リ上級裁判官ノ判斷ヲ受ケシメザルベカラザルニ至ルベキ數多ノ裁判ニ對スル抗告ハ訴訟ノ複雜ヲ豫防スルナリ。

〔第二〕 法律ハ抗告ヲ分ツテ單純ノ抗告ト即時抗告トノ二種ト爲シ、即時抗告ハ七日ノ不變期間内ニ之ヲ爲スベキモノト爲シ、即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立テ得ベキ裁判ハ終局判決前期間ノ滿了後ニ形式的確定力ヲ生ジ得ベキモノトス、單純ノ抗告ニ就テハ法律ハ別ニ期間ヲ設ケズト雖モ單純ナル抗告ヲ以テ不服ヲ申立テ得ベキ裁判ハ獨立シテ確定力ヲ生ジ得ベキ能力ナシ。

〔第三〕 抗告ニ就テモ亦控訴ニ關スル規定ヲ適用スベキヤ否(第四百五十四條)ハ法律ノ明言セザル所ニシテ又必ズシモ之ヲ適用スベキモノニアラズ。唯ダ控訴ノ取下ニ關スル第三百九十九條ノ規定ハ抗告ニ之ヲ準用スルコ

トヲ得ン。

第二節 抗告ノ要件

〔第一〕 抗告ハ訴訟手續ニ關スル申請ヲ口頭辯論ヲ經ズシテ却下シタル裁判命令及ビ決定ニ對シ其他此法律ニ於テ特ニ掲ゲタル場合ニ限り之ヲ爲スコトヲ得。故ニ抗告ヲ爲スコトヲ得ベキ場合ハ之ヲ大別シテ左ノ二個トスルコトヲ得。(第四百五十五條)

第一、法律ニ於テ特ニ抗告ヲ許スベキコトヲ明定スル場合ハ左ノ如シ。

- (イ) 判事若クハ書記ヲ忌避スル申請ヲ不當トスル裁判。(第三十八條第四十一條、即時抗告)
- (ロ) 主參加ノ爲メ本訴訟ノ中止ヲ命ズル裁判及ビ從參加ノ許否ニ關スル裁判。(第五十二條及第五十七條、即時抗告)
- (ハ) 書記、法律上代理人、辯護士等ノ過失ニ依リ費用ヲ負擔セシムル裁判。(第八十三條、即時抗告)
- (ニ) 費用額決定ノ裁判。(第八十五條、即時抗告)
- (ホ) 訴訟上ノ救助ニ關スル裁判。(第二百二條)
- (ヘ) 特別代理人ノ任命ノ申請ヲ却下スル裁判。(第四十六條)
- (ト) 訴訟ノ中止ヲ命ジ又ハ之ヲ拒ム裁判。(第八十九條、中止ヲ拒ム場合ハ即時抗告)
- (チ) 判決ノ更正ヲ宣言スル裁判。(第二百四十一條、即時抗告)

- (リ) 岡席判決ノ申請ヲ却下スル裁判。(第二百五十三條、即時抗告)
- (ヌ) 判然形式上ノ要件ヲ缺ク故障、控訴及ビ再審ノ訴ヲ却下スル裁判。(第二百五十七條第四百二條第四百七十六條、即時抗告)

- (ル) 證言及ビ鑑定ノ拒絶ニ就テノ裁判。(第三百一條及第三百二十二條、即時抗告)
- (ヲ) 證人ヲ忌避スル原因ナシトスル裁判。(第三百五條、即時抗告)
- (ワ) 證人又ハ鑑定人ニ罰金ヲ科スル裁判。(第二百九十四條第三百二條及第三百二十二條)
- (カ) 婚姻事件ニ就キ出頭セザル當事者ニ科スル制式ヲ言渡ス裁判。(補則第八條)
- (ヨ) 禁治産ノ申立ヲ却下スル裁判。(補則第二十九條、即時抗告)
- (タ) 假執行ノ申請ヲ却下スル裁判。(第三百九十二條、即時抗告)
- (レ) 強制執行ノ手續ニ於テ口頭辯論ヲ經ズシテ爲スコトヲ得ル裁判。(第五百五十八條、即時抗告)
- (ツ) 競落ノ許否ニ就テノ裁判。(第六百八十條、即時抗告)
- (ネ) 假差押及ビ假處分ヲ取消ス裁判。(第七百五十四條及第七百五十六條、即時抗告)
- (エ) 除權判決ノ申立ヲ却下スル裁判。(第七百六十九條即時抗告)

第二、訴訟手續ニ關スル申請ヲ口頭辯論ヲ經ズシテ却下シタル裁判ニ對シテ抗告ヲ爲スコトヲ得。此場合ニ於ケル裁判ハ左ノ四條件ヲ具備スルコトヲ要ス。

- (イ) 訴訟手續ニ關スル裁判ナルコトヲ要ス。第二十八條ニ從ヒ爲シタル管轄裁判所ノ指定ニ就テノ申請、第五百五十七條ノ公示送達ノ申請、第二百二十四條ニ依ル訴訟記録ノ閱覽ノ申請及ビ第七百四十二條ノ假差押ニ就テノ申請ノ如キ是ナリ。
 - (ロ) 申請ヲ却下スル裁判ナラザルベカラズ。第二十八條ニ從ヒ爲シタル管轄裁判所ノ指定ニ就テノ申請ノ如キモ裁判所ガ之ヲ却下スルニアラザレバ之ニ對シテ抗告ヲ爲スコトヲ得ザルガ如キ是ナリ。故ニ申請ヲ許ス所ノ裁判ニ對シテハ前第一ニ列記シタル場合ノ外何人モ之ニ對シテ抗告ヲ爲スコトヲ得ズ。
 - (ハ) 口頭辯論ヲ經ズシテ爲シタル裁判ナラザルベカラズ。前第一ニ列記シタル場合ノ外申請ニ就キ強制的口頭辯論ヲ爲スベキ場合ニ於テハ決シテ抗告ヲ爲スコトヲ得ズ。任意的口頭辯論ノ場合ニ於テモ現ニ口頭辯論ヲ爲シタルトキ亦概ネ然リトス。
 - (ニ) 法律ガ特ニ不服ヲ申立ツルコトヲ得ザル旨ヲ明言セザル裁判タルコトヲ要ス。此等ノ場合ニ就テハ已ニ控訴ヲ論ズルノ章ニ於テ之ヲ詳ニセリ。(第三百九十七條)
 - (第二) 抗告ハ第二抗告ニ止マリ第三抗告ヲ許サマルガ故ニ抗告裁判所ガ抗告ニ就テ爲シタル裁判ニ對シテハ更ニ抗告ヲ許サズ。然レドモ抗告裁判所ノ裁判ニ依リ新ナル獨立ノ抗告理由ヲ生ジタルトキハ更ニ抗告ヲ爲スコトヲ得。何トナレバ此抗告ハ第一抗告ニシテ第二抗告ニアラザレバナリ。
- 此點ニ就テハ左ノ場合ヲ區別セザルベカラズ。(第四百五十六條第二項)

一、第四百六十三條ニ依リ抗告ヲ形式上ノ要件ヲ缺クモノトシテ之ヲ許サズトスル裁判ニ對シテハ仍ホ抗告ヲ爲スコトヲ得。斯ノ如キ裁判ハ前裁判ヲ是認スルモノニアラズシテ只ダ其實質的判斷ヲ拒絕スルモノニ過ギザレバ前裁判ニ就テノ裁判ハ未ダ之レアラザルナリ。故ニ之ヲ以テ新ナル獨立ノ抗告ノ理由トスルコトヲ得然レドモ前裁判モ亦形式的要件ヲ缺クモノトシテ實質的裁判ヲ拒絕セルモノナルトキハ抗告裁判所ノ裁判ハ再抗告トナルガ故ニ斯ノ如キ裁判ニ對シテハ再ビ抗告ヲ爲スコトヲ得ザルモノトナルベシ。又抗告人ガ第四百五十八條ニ依リ新ナル事實及ビ證據方法ヲ提出シタルニ際シ裁判所ガ之ヲ拒絕シタルトキモ亦實質的判斷ニ關係ナキヲ以テ此拒絕ノ裁判ニ對シテハ更ニ抗告ヲ爲スコトヲ得ベシ。

二、抗告ヲ實質的ニ理由ナキモノトシテ却下スル判決ニ對シテハ再ビ抗告ヲ爲スコトヲ得ズ。何トナレバ此場合ニ於テハ抗告裁判所ノ裁判ハ前裁判ヲ是認スルモノナレバ兩個ノ裁判ハ共ニ同一點ニ關スルモノナルガ故ニ之ニ對シテ抗告ヲ許ストキハ新ナル抗告ノ理由アルモノトスルコトヲ得ザレバナリ。然レドモ抗告裁判所ノ裁判ガ訴訟手續ニ關スル法律ニ違背シタルモノナルトキ、設例ヘバ定規ニ從ヒ裁判所ヲ構成セザルモノナルトキ等ニ於テハ其抗告ニ就テノ裁判ハ前裁判ト其實質ヲ同ウスルモノニ對シテ再ビ抗告ヲ爲スコトヲ得。三、抗告ヲ理由アリトスル裁判ニ對シテハ抗告人ノ相手方ハ抗告ヲ爲スコトヲ得。何トナレバ相手方ハ此裁判ニ依リ始メテ抗告ヲ爲スノ權ヲ生ズレバナリ。

第三節 抗告裁判所

抗告ニ就テハ直近ノ上級裁判所其裁判ヲ爲スベキモノトス。直近ノ上級裁判所トハ區裁判所ノ裁判ニ對シテハ其管轄地方裁判所、地方裁判所ノ裁判ニ對シテハ其管轄控訴院、控訴院ノ裁判ニ對シテハ大審院ヲ指示ス。故ニ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場合ニ於テハ先ヅ受訴裁判所ノ裁判ヲ求メ受訴裁判所ノ裁判ニ對シテ不服ナルトキニ於テ初メテ直近ノ上級裁判所ニ抗告ヲ爲サマルベカラズ。又大審院ノ裁判ニ對シテ抗告ノ道ナシト雖モ大審院ニ於テ受命判事若クハ受託判事ニ取調ヲ命ジタル場合ニ於テハ大審院ニ其受命判事若クハ受託判事ノ處分ノ變更ヲ求ムルコトヲ得。(第四百五十六條第一項及第四百六十五條)

第四節 抗告手續

〔第一〕 抗告ハ不用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之ヲ爲ス。蓋シ判決ノ外裁判所ハ必ズシモ其裁判(命令及決定)ニ拘束セラル、コトナキモノタルヲ以テ裁判(命令及決定)ニ對スル不服ハ其裁判ヲ爲シタル裁判所ニ於テ自ラ之ヲ更正スルコトアルベキハ第四百五十九條ノ規定ニ依リ明白ナルヲ以テ抗告ハ先ヅ之ヲ其裁判ヲ爲シタル裁判所ニ爲スヲ原則トス。然レドモ急迫ナル場合ニ限り直チニ抗告裁判所ニ之ヲ爲スコトヲ得。此場合ニ於テハ抗告裁判所ハ裁判ヲ爲ス前ニ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意見及ビ記錄ヲ要求スルコトヲ得ベク又事件ヲ急迫ナラズト認ム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ニ其事件ヲ送付シ且ツ其旨ヲ抗告人ニ通知スベキモノトス。(第四百五十七條第一項及第四百六十一條)

〔第二〕 抗告ハ抗告狀ヲ差出シテ之ヲ爲スベキモノトス。然レドモ訴訟ガ區裁判所ニ繫屬シ若クハ管テ繫屬シタルトキ又ハ證人鑑定人ヨリ若クハ證書ヲ提出スル義務アリト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之ヲ爲スコトヲ得。(第四百五十七條及第二百九十四條第三百一條第三百三條第三百四十三條參照)

〔第三〕 抗告ノ提起ハ執行停止ノ効力ヲ生ゼザルヲ原則トス。故ニ訴訟手續ハ之ヲ續行スベク又第五百五十九條第一號ニ從ヒ強制執行ヲモ爲スコトヲ得レドモ左ノ場合ニ於ケル法律ハ例外トシテ執行停止ノ効力ヲ生ズベキモノトセリ。(第四百六十條)

一、法律上特ニ執行停止ノ効力ヲ生ズベキコトヲ明定スルトキ。即チ第二百九十四條第三百一條第三百二條及第六百八十條ノ場合トス。

二、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ガ抗告ニ就テノ裁判アルマデ其執行ノ中止ヲ命ジタルトキ。

三、抗告裁判所ガ抗告ニ就テノ裁判ヲ爲ス前ニ不服ヲ申立テラレタル裁判ノ執行中止ヲ命ジタルトキ。

〔第四〕 命令及ビ決定ハ判決ト異ニシテ裁判所ハ必ズシモ自ら下シタル命令及ビ決定ニ拘束セラルベキモノニアラザルヲ以テ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ガ再度ノ考案若クハ新ナル提供ニ基キ抗告ヲ理由アリトスルトキハ不服ノ點ヲ更正シ又理由ナシトスルトキハ裁判所又ハ裁判長ハ意見ヲ附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訴訟記録ヲモ送付スベキモノトス。(第四百五

十九條)

〔第五〕 抗告裁判所ハ口頭辯論ノ爲メ當事者ヲ呼出ス事ヲ得レドモ口頭辯論ヲ經ズシテ裁判ヲ爲スヲ通例トス。故ニ抗告人ト反對ノ利害關係ヲ有スルモノアルトキハ之ニ抗告ヲ通知シテ書面上又ハ口頭上ノ陳述ヲ爲サシムルコトヲ得。(第四百六十二條)

〔第六〕 抗告裁判所ハ抗告ガ形式上ノ要件ヲ具備スルヤ否ヲ職權ヲ以テ調査シ若シ此要件ノ一ヲ缺クモノト認ムルトキハ抗告ヲ不合法トシテ棄却スベキモノトス。(第四百六十三條)

〔第七〕 抗告ヲ適法ニシテ且理由アリトスルトキハ抗告裁判所ハ不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ廢棄シテ自ら更ニ裁判ヲ爲シ又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委任シテ裁判ヲ爲サシムルコトヲ得。此場合ニ於テハ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之ヲ通知スベキモノトス。(第四百六十四條)

第五節 即時抗告

〔第一〕 即時抗告ハ抗告ノ一種ナリ。單純ノ抗告ハ無期限ナレドモ即時抗告ハ七日ノ不變期間ニ之ヲ提出セザレバ失權ノ效果ヲ生ズベシ。前第二節第一ニ列記シタル諸種ノ抗告中(ホ)(ヘ)(ワ)(カ)ノ四種ヲ除クノ外他ハ皆ナ即時抗告ニ屬ス。蓋シ是等ノ場合ニ於テハ裁判所ノ下シタル裁判ハ専ラ相手方若クハ第三者ノ權利ニ關係ヲ及ボシ從ツテ其裁判ハ確定力ヲ生ジ得ベキモノナルヲ以テ其手續ヲ速カナラシメンガ爲メニ法律ハ此期間ヲ設

ケタルモノタリ。(第四百六十六條第一項)

〔第二〕 七日ノ不變期間ハ裁判ノ送達ヨリ始マリ第二百五十三條第六百八十條及七百六十九條第三項ノ場合ニ於テハ裁判ノ言渡ヨリ始マルベキモノトス(第六百六十五條)。然レドモ第四百六十一條ノ規定ニ從ヒ抗告ヲ急迫ナルモノトシテ直チニ抗告裁判所ニ提出シタル場合ニ於テ抗告裁判所ガ之ヲ急迫ナラズトシテ抗告ノ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送付スルトキハ之ガ爲メニ不變期間ヲ經過スルモ失權ノ効ヲ生ゼズ、又再審ヲ求ムル訴ニ就テノ要件ノ存スル時ハ七日ノ不變期間ハ滿了シタル後ト雖モ再審ノ爲メニ定メタル期間内ニ抗告ヲ爲スコトヲ得。(第四百六十六條第二項及第三項)

〔第三〕 第四百六十五條第一項ニ從ヒ受命判事又ハ裁判所書記ノ處分ノ變更ヲ求ムル申請モ亦即時抗告ト同一ノ不變期間内ニ之ヲ受訴裁判所ニ提出セザルベカラズ、而シテ受訴裁判所ガ此申請ヲ正當ト認メザルガ爲メ仍ホ之ニ對スル抗告ヲ爲サントスルトキハ更ニ其抗告ヲ抗告裁判所ニ送付スベキモノトス。(第四百六十六條末項)

第一篇 再 審

第一章 再審總說

再審ハ確定シタル終局判決ニ依リ終結シタル訴訟手續ヲ再施スルモノニシテ一事不再理ノ原則ヲ打破スル一大變例ナリ。或ハ之ニ名クルニ非常上訴ノ稱ヲ以テスルノ學者ナキニアラズト雖モ再審ハ下級裁判所ノ判決ヲ上級裁判所ニ於テ審理スルモノニアラズシテ確定ノ終局判決ヲ爲シタル裁判所ガ再ビ之ヲ審理スルモノタルヲ以テ從テ再審ノ訴ハ上訴ノ如ク一ノ事件ヲ他ノ裁判所ニ移轉セシムルノ効力ヲモ生ゼザレバ又執行停止ノ効力ヲモ生ズルモノニアラザルガ故ニ之ヲ上訴ト謂フコトヲ得ズ。

再審ノ訴ニ二種アリ一ヲ取消ノ訴トシ一ヲ原狀回復ノ訴トス。共ニ一旦確定ノ終局判決ヲ以テ終結シタル訴訟ヲ再審スルノ訴ニシテ前キノ確定判決ノ効力ヲ空ウスルモノナレドモ實體上ヨリ之ヲ區別スレバ取消ノ訴ハ前判決ガ訴訟法上絕對的ニ無効ナルヲ理由トシ原狀回復ノ訴ハ前判決ガ實質的ニ不當ナルヲ理由トスル場合ナリ。訴訟法上ノ無効ガ絕對ニアラズシテ單ニ訴訟行爲ヲ爲ス者ガ訴訟行爲ヲ懈怠シタルヨリ生ズル失權ニ就テハ第七百七十四條以下ノ原狀回復ニシテ再審ノ訴ノ一タル原狀回復ニアラザルノミナラズ再審ノ訴ハ常ニ確定セル終局判決

ニ對スルモノニシテ仲間判決又ハ其他ノ行爲ニ對シテ爲スベキモノニアラザルナリ。

再審ノ訴權ノ拋棄ニ就テハ法律ハ何等ノ明言スル所ナキモ不服ヲ申立ラレタル判決ノアリタル後其判決ノ再審ノ理由アルコトヲ了知シテ爲シタル拋棄及ビ取下ハ一方ノミノ意思ニ依ル場合ト承諾ニ出ヅル場合トヲ問ハズ敢テ之ヲ無効トスルノ理由アルベガラズ。然レドモ不服ヲ申立テラレタル判決以前ニ於テ豫メ再審ノ權利ヲ拋棄セントスルハ公法上ノ權利ヲ拋棄セントスルモノニシテ固ヨリ再審ノ訴權ヲ喪失セシムルニ足ラザルベシ。

再審ノ訴ハ必ラズ終局判決ニ對スルモノヲラザルベカラズ。終局判決ノ何物タルハ已ニ前篇ノ控訴ニ就キ詳述シタル所ノ如クニシテ又確定判決ノ何物タルモ亦前篇裁判ヲ論ズル場合ニ於テ詳述シタル所ニシテ通常ノ手續ニ依リ故障若クハ控訴ヲ爲スコトヲ得ベキ判決ニ對シテハ再審ノ訴ヲ爲スコトヲ得ズト雖モ上訴ニ就テノミ終局判決ト同視セラルベキ判決及ビ第二百七條第二百二十八條第四百二十六條及ビ第四百九十一條ノ判決モ亦確定ノ終局判決トス。是等ノ判決ニ對シテハ法律ハ敢テ再審ノ訴ヲ起シ得ベキコトヲ明言セズト雖モ已ニ上訴ヲ爲スコトヲ許シタル以上ハ再審ノ訴ヲモ起スコトヲ得ベキハ當然ナリ。闕席判決ニ對シテモ亦故障期間ノ滿了シタルモノニ對シテハ再審ノ訴ヲ起スコトヲ得。然レドモ闕席判決ニ對スル再審ノ訴ハ第四百六十九條第一號第二號及ビ第七號ノ原因アル場合ノミニ存在スベシ。其他再審ノ訴ハ第四審ニアラザレバ各審ノ判決ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得ベク再審ノ判決ニ對シテモ亦同ジ。(第四百六十七條第一項)

再審ヲ求ムル訴ハ不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所ノ管轄ナリ故ニ區裁判所ノ言渡シタル判決ニ對

スル再審ノ訴ハ區裁判所ニ之ヲ爲スベク地方裁判所ノ判決ニ對スル再審ノ訴ハ地方裁判所ニ之ヲ爲スベク、控訴院大審院ニ就テモ亦同様タルベシ。又訴方數多ノ請求ヲ包含スル場合ニ於テ裁判所ガ之ヲ分離シ判決ヲ下シタル爲メ一分ハ下級裁判所又一分ハ上級裁判所ニ於テ確定ト爲リタルトキハ之ニ對スル再審ノ訴ハ上級ノ裁判所ニ於テ之ヲ管轄ス。又督促手續ニ依リ區裁判所ノ發シタル執行命令ニ對スル再審ハ其命令ヲ發シタル區裁判所ノ管轄ニ屬スレドモ其請求ガ設例ヘバ百圓以上ニシテ區裁判所管轄ニ屬セザルトキハ請求ニ就テノ訴ヲ管轄スル裁判所ニ屬ス。(第四百七十二條)

第二章 再審ノ原因

第一節 取消ノ訴ノ原因

取消ノ訴ニ依リ再審ヲ求ムルコトヲ得ベキ場合ハ左ノ如シ。

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外セラレタル判事ガ裁判ニ參與シタルトキ。但シ忌避ノ申請又ハ上訴ヲ以テ除外ノ理由ヲ主張シタルモ其効ナカリシトキハ此限ニアラズ。

第三、判事ガ忌避セラレ且忌避ノ申請ガ理由アリト認メラレタルニ拘ハラズ裁判ニ參與シタルトキ。

第四、訴訟手續ニ於テ原告若クハ被告ガ法律ノ規定ニ從ヒ代理セラレザリシトキ。

右等ノ場合ハ已ニ前篇上告ヲ論ズルノ章ニ於テ記載セルモノト同一ナリ然レドモ法律ハ再審ニ就テハ特別ノ制限ヲ定メテ曰ク「第一號及ヒ第三號ノ場合ニ於テ上訴若クハ故障ヲ以テ取消ヲ主張シ得ヘカリシトキハ取消ノ訴ヲ許サス」ト此法文ニ從フトキハ單ニ取消ヲ主張シ得ベカリシトキハ再審ヲ許サズトスルモノニ似タレドモ第一號及ビ第三號ノ場合ニ於テ取消ヲ許サマル理由ハ上訴若クハ故障ノ期間内ニ於テ當事者ハ容易ニ其無効ヲ了知シ得ベキニ仍ホ當事者ハ之ヲ放任シタリトスルニ在ルヲ以テ此制限ハ上訴若クハ故障ヲ以テ取消ヲ主張シ得ベカリシ場合ニ仍ホ現ニ之ヲ主張セザリシ場合ノミニ適用スベキモノトセザルヲ得ズ。

第二節 原狀回復ノ原因

原狀回復ノ訴ニ因リ再審ヲ求メ得ベキ場合ヲ大別シテ罰セラルベキ行為ニ基ク場合ト新ナル事實ノ發生ニ基ク場合ト二トス。(第四百六十九條)

第一、罰セラルベキ行為ニ基ク場合ハ(イ)刑法ニ掲ゲタル瀆職罪ヲ訴訟ニ關シタル刑事裁判ニ參與シタリシトキ(ロ)原告若シクハ被告ノ法律上代理人若クハ訴訟代理人ガ罰セラルベキ行為ヲ訴訟ニ關シテ爲シタリシトキ(ハ)判決ノ證據ト爲リタル證書ガ偽造又ハ變造ナリシトキ(ニ)證人若シクハ鑑定人ガ供述ニ依リ又ハ通事ガ判決ノ證據ト爲リタル通譯ニ因リ偽證罪ヲ犯シタリシトキナリトス。然レドモ是レ等ノ場合ニ於テハ罰セラルベキ行為ヲ組成スル事實ガ確定セル刑事ノ判決ヲ以テ確定セラル、カ、又ハ證據不充分ナル理由ヲ除クノ外他ノ理由即チ被告人ノ失踪、死亡、又ハ公訴ノ時効等ニ依リ刑事訴訟手續ノ開始若シクハ實行ヲ爲スコトヲ

得ザリシトキニアラザレバ再審ヲ求ムルコトヲ得ズ。(第四百六十九條第一號乃至第四號及末項)

第二、新事實ノ發生ニ基ク場合ハ左ノ如シ。

(イ) 判決ノ證據ト爲リタル刑事上ノ判決ガ他ノ確定ト爲リタル刑事上ノ判決ヲ以テ廢棄若シクハ破毀セラレタルトキ。刑事訴訟ニ於ケル判決ハ毫モ民事ノ裁判官ヲ拘束スルノ力ナシト雖モ、刑事裁判所ニ於テ有罪若クハ無罪ヲ言渡シタル判決中ノ事實ハ、民事裁判官ノ心證ヲ形成スルニ於テ重大ノ勢力ヲ有スベキモノナルヲ以テ民事上ノ判決ノ證據タリシ刑事上ノ判決ガ、他ノ確定ト爲リタル刑事上ノ判決ニ依リ廢棄若シクハ破毀セラレタルトキハ法律ハ原狀回復ノ爲メ再審ノ訴ヲ求ムルコトヲ得ベキモノトセリ。故ニ前キノ刑事上ノ判決ヲ廢棄シ若クハ破毀スル判決ハ確定ノ判決ナラザルベカラズト雖モ、民事上ノ判決ノ證據トナリシ刑事上ノ判決ハ或ハ已ニ確定トナリタルモノト又ハ未ダ確定ニ至ラザリシモノトヲ問フコトナシ。(第四百六十九條第五號)

(ロ) 原告若クハ被告ガ同一ノ事件ニ就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ガ不服ヲ申立テタル判決ト抵觸スルトキ。(第四百六十九條第六條)

(ハ) 原告若クハ被告ガ自己ノ利益ト爲ルベキ裁判ヲ爲スニ至ラシムベキ證書ヲ發見シタルトキ但シ相手方若クハ第三者ノ所爲ニ依リ以前ニ提出スルコトヲ得ザリシ證書ナルトキニ限ル。(第四百六十九條第七號)

右ニ論述セル二種ノ場合ニ於テハ原狀回復ノ訴ヲ爲スコトヲ得ベシト雖モ如何ナル場合ヲ問ハズ原告若クハ被

告が自己ノ過失ニ非ズシテ前訴訟手續ニ於テ殊ニ故障又ハ控訴若クハ附帶控訴ニ依リ原狀回復ノ理由ヲ主張スルコト能ハザリシトキニアラザレバ之ヲ爲スコトヲ得ズ。故ニ第一審ノ判決ニ對シテハ當事者ガ過失ナクシテ控訴若クハ故障ノ不變期間ノ滿了後ニ始テ原狀回復ノ理由アルコトヲ了知シタルトキニアラザレバ再審ヲ求ムルコトヲ得ズ。第二審ノ判決ニ對シテ上訴ヲ爲シ得ベカリシト否トヲ論ズルニ及バズシテ再審ヲ求ムルコトヲ得。何トナレバ原狀回復ノ訴ヲ起シ得ベキ場合ハ其性質上一モ上告ヲ許スベキ原因ヲ包含スルコトナケレバナリ。但シ右ノ制限ハ單ニ原狀回復ノミニ就キ適用セラルベク取消ノ訴ノ場合ニ於テハ是等ノ制限ナクシテ再審ヲ求ムルコトヲ得ベキ場合アルハ第四百六十八條末項ノ規定スル所ナリ。(第四百七十條)

我訴訟ハ右ノ外仍ホ原狀回復ノ訴ヲ起スコトヲ得ベキ一種ノ場合ヲ認メタリ。即チ第三者ガ原告及ビ被告ノ共謀ニ因リ第三者ノ債權ヲ詐害スルノ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トキハ第三者ハ原告及ビ被告ヲ共同被告トシテ原狀回復ノ訴ニ依リ再審ヲ求ムルコトヲ得ベキモノトセル第四百八十三條ノ規定是ナリ。抑モ判決ハ判決ヲ言渡サレタル原被告ノ間ニアラザレバ其効力ヲ有セズ第三者ハ此判決ノ爲メ何等ノ拘束ヲ受クルコトナキハ法理ノ當然ナリ。然レドモ第三者ニシテ他人ノ間ニ於ケル判決ノ爲メ其權利ヲ害セラレタリトシテ他人ヲ共同被告トシテ訴ヲ起スコトヲ得ベク又其訴ハ第三者ト他人トノ間ニ於ケル別個ノ訴ニシテ共同被告間ノ訴ニアラザルコト明白ナリ。故ニ決シテ之ヲ再審ト謂フコトヲ得ザレドモ民法財産篇第三百四十一條ハ毫モ理由ノ據ルベキモノナクシテ之ヲ再審ノ訴ト稱セシヲ以テ訴訟法モ亦遂ニ之ヲ再審ノ訴ト稱セザル

ベカラザルニ至レリ。民法ニ於テ一たび遂ゲタル非ハ訴訟法ニ於テモ亦之ヲ再ビセザルベカラザルハ事理ノ當然亦決シテ怪ムニ足ラザルナリ。

第三章 再審ノ手續

〔第一〕 原狀回復ノ訴ハ單ニ前判決ノ不當ヲ理由トスルモノナレバ取消ノ訴ニ於ケルガ如ク全然訴ノ物體ヲ空ウスルモノニアラズ。故ニ當事者ノ一方又ハ雙方ヨリ此兩訴ヲ起シタルトキハ先ヅ取消ノ訴ヲ審理セザルベカラズ、此場合ニ於テハ裁判所ハ職權ヲ以テ原狀回復ノ訴ニ就テノ辯論及ビ裁判ヲ中止セザルベカラズ。而シテ取消ノ訴ニシテ確定スルトキハ第六十一條ニ從ヒ原狀回復ノ訴ヲ審理スベキモノトス。(第四百六十七條第二項)

〔第二〕 再審ノ訴ハ單ニ確定セル終局判決ニ對シテ之ヲ起スコトヲ得ベシト雖モ該判決前ニ同一ノ裁判所又ハ下級ノ裁判所ニ於テ爲シタル裁判(決定命令)ニ對スル不服ハ再審ヲ求ムル訴ニ附從シテ之ヲ爲スコトヲ得。但シ該判決ガ其裁判(決定命令)ニ根據スルトキニ限ルベシ。(第四百七十一條)

〔第三〕 訴ノ提起及ビ其後ノ訴訟手續ニハ以下數條ニ於テ別段ノ規定ヲ設ケザル限りハ其訴ニ就キ辯論及ビ裁判ヲ爲スベキ裁判所ノ訴訟手續ニ關スル規定ヲ準用ス。(第四百七十三條)

〔第四〕 再審ニ就テノ期間ハ左ノ如シ。(第四百七十四條)

一、訴ハ一箇月ノ不變期間内ニ之ヲ起サマルベカラズ。此不變期間ハ第四百六十八條第四號ノ場合ノ外左ノ時

日ヨリ始マル。

(イ) 終局判決ノ確定力ノ生ズル日 已ニ論述シタルガ如ク原狀回復ノ訴ハ第四百七十一條ニ從ヒ再審ノ原因ガ故障若クハ抗訴ヲ提起スルコトヲ得ザルコトニ限り之ヲ提起スルコトヲ得ベク又取消ノ訴ハ第四百六十八條第一號及ビ第三號ノ場合ニ於テハ上訴若クハ故障ヲ主張スルコトヲ得ザルトキニ限り之ヲ起スコトヲ得ベシ。故ニ不變期間ハ決シテ判決確定以前ニ始マルコトナシ。

(ロ) 原告若クハ被告ガ不服ノ理由ヲ知りタル日 即チ再審ノ不變期ハ再審ヲ求ムル權利アル事變ヲ知りタル日ヨリ其進行ヲ始ムル。其第四百六十九條第一號乃至第四號ノ罰スベキ行爲ニ基クモノハ同條末項末段ノ場合ヲ除ク外罰スベキ所爲ノアリタルコトヲ知ルノミナラズ其罰スベキ行爲ニ就テノ確定ノ判決アリタルコトヲ知りタル日ヨリ始マルベシ。

二、再審ノ訴ハ判決確定ノ日ヨリ起算シテ五箇年ノ滿了後ハ之ヲ起スコトヲ得ズ。

三、前二項ノ規定ハ第四百六十八條第四號ノ場合ニ適用セズ。此場合ニ於テハ訴訟ニ於テ法律上ノ規定ニ從ヒ有効ニ代理セラレザリシ原告若クハ被告ニ對シテハ已ニ其事實ヲ了知セルト否トヲ問ハズ右ノ原告若クハ被告又ハ訴訟能力欠缺ノ場合ニハ其法律ハ代理人ニ判決ヲ送達シタルトキヨリ不變期間ヲ起算スベキモノトス

〔第五〕 訴狀ニハ第一取消又ハ原狀回復ノ訴ヲ受クル判決ノ表示第二取消又ハ原狀回復ノ訴ヲ起ス旨ノ陳述此他訴狀ハ準備書面ニ關スル一般ノ規定ニ從ヒ之ヲ作り且不服ノ理由ノ表示、此理由及ビ不變期間ノ遵守ヲ明白ナ

ラシムル事實ニ於テノ證據方法又如何ナル程度ニ於テ不服ヲ申立ラレタル判決ヲ廢棄若クハ破毀スベキモノト申立又本案ニ就キ如何ナル裁判ヲナス可キモノト申立ヲモ掲グベシ。(第四百七十五條)

〔第六〕 形式上判然許スベカラザル訴ハ裁判長ノ命令ヲ以テ之ヲ却下スルコト控訴ノ場合ニ同ジ。(第四百七十六條)

〔第七〕 原告ハ口頭辯論ノ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及ビ法律上ノ期間ノ遵守ヲ明白ニスル事實ヲ疏明スベキモノトス。而シテ裁判所ニ於テ之ヲ許スベカラザル訴又ハ法律上ノ方式ニ適セズ若クハ期間經過後ニ起シタル訴トスルトキハ判決ニ因リ不適當ノ訴トシテ之ヲ棄却スベキモノトス。(第四百七十七條及第四百四十八條)

〔第八〕 再審ニ於テノ口頭辯論ハ左ノ規則ニ依ル。

一、再審ニ於ケル辯論ハ本案ニ關スルモノト先決問題ニ關スルモノトノ二アリ裁判所ハ便宜ニ從ヒ或ハ之ヲ分離シ或ハ之ヲ合併スルコトヲ得レドモ被告ハ先ヅ先決問題ニ就テノ裁判ノナキ故ヲ以テ本案ノ辯論ヲ拒ムノ權利ナシ而シテ此兩辯論ヲ分離シタル場合ニ於テ裁判所ハ先決問題即チ再審ヲ求ムル理由及ビ許否ニ就テノ主張ヲ許スベキモノトスルトキハ終局判決ヲ以テ訴ヲ却下スルコトヲ得。然レドモ裁判所ハ又第二百四十條ノ規定ニ基キ中間判決ヲ以テ再審ヲ許可スベキコトヲ得。此中間判決ニ對シテハ終局判決ニ附帶シテノミ上訴ヲ爲スコトヲ得。(第四百七十九條第二項)

二、再審ニ於テ更ニ爲スベキ口頭辯論ノ範圍ハ不服申立ノ部分ニ止ル。故ニ(第四百七十九條第一項)

(イ) 取消ノ訴ニ依ル再審又ハ第四百六十九條第一號ノ理由ニ基ク原狀回復ノ訴ニ依ル再審ニ於テハ爭議全體ニ就キ新ナル辯論ヲ爲サマルベカラズ。

(ロ) 第四百六十九條第二號乃至第七號ノ理由ニ基キ原狀回復ノ訴ニ依ル再審ニ於ケル辯論ハ原狀回復ノ理由トスル爭議ノ各點ニノミ制限セラル。

二、再審ニ於ケル原告ガ本案ノ辯論期日ニ出頭セザルトキハ第二百四十六條ノ規定ニ從ヒ闕席判決ヲ爲スベク又先決問題ノ口頭辯論ニ於テ訴ヲ許スベキモノトノ中間判決ヲ言渡シタルトキト雖モ第四百七十九條第二項末段ニ從ヒ本案ニ就テノ辯論ハ先決問題ニ就テノ口頭辯論ト看做スベキモノナルガ故ニ此場合ニ於テモ亦第二百四十九條ノ適用ニ依リ闕席判決ヲ爲スコトヲ得之ニ反シ被告ニシテ期日ニ出頭セザルトキハ第二百四十六條第二百四十八條及ビ第四百二十八條ヲ適用ス。

三、上告裁判所ハ事實ノ判決ヲ爲サズト雖モ再審ノ訴ガ上告裁判所ニ屬スル場合ニ於テ先決問題ニ就テノ辯論ヲ完結スベキトキハ事實ニ關シテモ亦辯論ヲ得スコトヲ得。是レ第四百四十六條第四百三十八條末項末段ノ規定ヨリ生ズベキ必要ノ結果ナリ但シ本案ノ辯論ニ就テハ法律ハ此規定ヲ適用セズ。(第四百八十一條)

〔第九〕 原告ノ不利益トナル判決ノ變更ハ相手方ガ再審ヲ求ムル訴ヲ起シテ變更ヲ申立テタルトキニアラザレバ之ヲ爲スコトヲ得ズ。其精神ハ控訴審ニ於ケル判決ノ變更ノ場合ト異ナル所ナシ。(第四百八十條)

〔第十〕 上訴ハ再審ノ訴ニ就キ裁判ヲ爲シタル裁判所ノ判決ニ對シ一般ニ爲スコトヲ得ベキトキニ限り之ヲ爲スコトヲ得。蓋シ再審ニ於ケル終局判決ハ同一審ニ於ケル前訴訟ニ於テ下シタル判決ニ代ルベキモノナルヲ以テ前判決ニ對スルト同一ナル上訴ヲ爲スコトヲ得ベキハ當然ナリ。故ニ第一審ノ判決ニ對シ第一審裁判所ニ再審ヲ爲シテ新ニ言渡サレタル判決ニ對シテハ控訴ヲ爲スコトヲ得ベク第二審ノ判決ニ對シ第二審ノ裁判所ニ再審ヲ爲シテ新ニ言渡サレタル判決ニ對シテハ上告ヲ爲スコトヲ得ベシ。又法律ハ再審ノ新判決ニ對シテハ單ニ上訴ヲ爲スコトヲ得ベキコトヲ規定シ更ニ此新判決ニ對シ再審(三審)ヲ爲スヲ得ベキコトヲ明言セザレドモ再審ノ新判決モ亦之ニ對シテ第四百六十七條ニ依リ再審ノ訴ヲ起スコトヲ得ベキ終局判決タルベキハ當然ナリ。(第四百八十二條)

第一二篇 特別訴訟手續 略論

第一章 區裁判所ニ於ケル訴訟手續

區裁判所ニ於ケル訴訟ハ概ネ輕微ノ事件ニ係ルヲ以テ常ニ其構成ノ單一ナルノミナラズ、其手續モ亦簡略ニ從ヒ殊ニ輕快ヲ旨トス。故ニ區裁判所ニ於テハ地方裁判所ニ於ケル第一審ノ手續ニ多少ノ變例ヲ設ケ以テ簡易輕快ヲ得ル目的ニ供セリ。左ニ區裁判所ニ特別ナル手續ヲ示ス。

〔第一〕 區裁判所ニ於テハ起訴ハ必ズシモ訴狀ヲ提出シテ之ヲ爲スヲ要セズ原告ハ左ノ三種ノ方法ノ一ヲ選ブコトヲ得。

一、書面ニ依ル起訴。(第三百七十四條)

二、調書ニ依ル起訴。此場合ニ於テハ原告ハ口頭ヲ以テ訴ヲ爲ス旨ヲ陳述シ第九十條ニ從ヒ書記ヲシテ之ヲ調書ニ筆記セシムベキモノトス。(同上)

三、口頭辯論ニ於ケル演說ニ依ルノ起訴即チ當事者ハ豫メ期日ヲ指定スルコトナク當事者申合セノ上裁判所ニ出頭シテ辯論ヲ爲スベキトキニ於テハ訴ノ提起ハ口頭ノ演說ヲ以テ之ヲ爲スベキモノトス。(第三百七十八條 第三百八十一條末項)

〔第二〕 區裁判所ニ於テハ準備書面ノ交換ヲ要セズ。口頭辯論ノ期日ト訴狀送達トノ間ニ存スル時間ハ通常三日急迫ナル場合ニ於テハ二十四時マデヲ以テ足り、殊ニ原告若クハ被告ノ申立及ビ主張ニシテ豫メ通知スルニアラザレバ相手方ニ於テ陳述ヲ爲シ得ベカラザルモノ、如キモ口頭辯論前直チニ之ヲ相手方ニ通知スルヲ以テ充分ナリトス。(第三百七十五條乃至第三百七十七條)

〔第三〕 地方裁判所ニ於テハ被告ハ妨訴ノ抗辯ニ基キ本案ノ辯論ヲ拒ムコトヲ得ベク又數箇ノ妨訴ノ抗辯ハ本案ノ辯論前同時ニ之ヲ提出スベキモノトスレドモ區裁判所ニ於テハ被告ハ妨訴ノ抗辯ニ基キ本案ヲ拒ムコトヲ得ザルモノトシ妨訴ノ抗辯モ本案ノ辯論モ同時ニ之ヲ爲スガ故ニ從テ數箇ノ妨訴ノ抗辯ハ必ズシモ本案ノ辯論前ニ同時ニ之ヲ提出スルコトヲ要セズ。但シ管轄違ノ抗辯ヲ爲サズシテ直チニ本案ノ辯論ヲ爲シタルトキハ被告ハ之ヲ承諾シタルモノトナルガ故ニ管轄違ノ抗辯ニ就テハ右ノ限ニアラズ。(第三百七十九條)

〔第四〕 第二百二十二條第二百六十六條乃至第二百七十二條ノ規定ハ區裁判所ノ手續ニ之ヲ適用セザルヲ通例トス。(第三百八十二條)

〔第五〕 訴ヲ起サントスルモノハ直チニ起訴ヲ爲サズ、先ヅ區裁判ノ前ニ和解ヲ試ムルコトヲ得。和解ニシテ調ヒタルトキハ調書ヲ以テ之ヲ明確ナラシメ又和解ノ調ハザルトキハ申立ニ依リ其訴ニ就キ直チニ辯論ヲ爲スベキモノトス。此場合ニ於ケル訴ノ提起ハ口頭ノ演說ヲ以テ之ヲ爲ス。(第三百八十一條)

第二章 督促手續

人民ヨリ裁判所ニ提出スル請求ハ數多ニシテ又種々ナルペシト雖モ其過半ノモノニ至リテハ是非ヲ争フベキノ點ナク從テ原告ノ本旨ハ唯ダ被告ニ對シテ其請求ノ執行力ヲ得ントスルニ在リ。故ニ斯ノ如キ請求ノ場合ニ於テハ亦爭議ハ存在スル場合ニ適用スベキ訴訟手續ノ必要アルコトナキハ明々白々ノ事實ニシテ宜シク單簡輕易ノ手續ヲ以テ之ニ臨マザルベカラズ。區裁判所ノ督促手續ナルモノハ即チ此目的ニ出デタル略式手續ニシテ口頭審理ノ原則ニ立テラレタル訴訟手續ニ據ラズ裁判所ハ債權者ノ申請ノミヲ以テ直チニ支拂命令ヲ發スベキモノトス左ニ此督促手續ニ關スル原則ヲ示ス。(第三百八十三條及第二百八十六條第一項)

第一、督促手續ハ争ハレザル請求ニ就キ確定ノ執行力ヲ付與スルヲ以テ目的トスルガ故ニ督促手續ニ依ル所ノ請求權ハ權利關係ノ明白ニシテ直チニ履行スルコトヲ得ベキモノタラザルベカラズ。即チ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ナラザルベカラズ。故ニ差引勘定ニ依リテ始メテ定マルベキ債權ノ如キハ督促手續ニ依ルコトヲ得ザルナリ。又債權者ガ債務者ニ對シテ反對給付ヲ爲スニアラザレバ主張スルコト能ハザル請求ナルトキ又ハ督促手續ニ依リ發スベキ支拂命令ヲ外國ニ在ル債務者ニ對シテ發スベキトキ及ビ支拂命令ノ送達ヲ公示送達ノ方法ニ依リ爲サマルベカラザルトキハ督促手續ニ據ルコトヲ得ズ。(第三百八十四條)

第二、督促手續ハ強制的ノモノニアラズ。督促手續ニ據ルト通常訴訟手續ニ據ルトハ債權者ノ自由ナル選擇ニ在リ。故ニ督促手續ニ據リ支拂命令ヲ發センコトノ申請ハ債權者ニ於テ之ヲ申立テザルベカラズ。(第三百八十四條)

第三、裁判所ハ申請ヲ調査シタル後法律上ノ要件ヲ具備セズ又ハ請求ノ理由ナキモノトスルトキハ之ヲ却下シ又請求ヲ理由アリトスルトキハ支拂命令ヲ發スベキモノトス。此支拂命令ハ第三百八十四條ノ要件ヲ記載シ且債務者ニ於テ即時ノ強制執行ヲ避ケント欲セバ此命令送達ノ日ヨリ十四日ノ期間内ニ請求ヲ満足セシメ及ビ其手續ノ費用ニ就キ定ムル數額ヲ債務者ニ辨濟スベク又ハ裁判所ニ異議ヲ申立ツベキ旨ヲ記載スベキモノトス。但シ此十四日ノ期間ハ爲替ヨリ生ズル請求ニ就テハ二十四時間、其他ノ請求ニ就テハ申立ニ依リ三日マデニ之ヲ短縮スルコトヲ得。(第三百八十六條)

第四、債務者ガ期限内ニ異議ヲ申立テザルトキ債權者ノ申立ニ依リ裁判所ハ假執行命令ヲ以テ假執行ヲ宣言ス、此執行命令ハ第五百一條ニ從ヒ假執行ノ宣言ヲ附シタル闕席判決ト同一ノ効力ヲ生ズ。(第三百八十八條第三百九十三條第三百九十四條第三百九十五條)

第五、債務者ガ異議ヲ申立テタルトキハ督促手續ハ茲ニ終了シ支拂命令ハ其効力ヲ失フト雖モ法律ハ支拂命令ノ送達ニ依リ生ジタル權利拘束ノ効力ハ此異議ノ爲メニ消滅セザルモノトスルガ故ニ手續ハ直チニ通常ノ手續ニ移ルベキモノトス。(第三百八十七條第三百八十九條第三百九十條及第三百九十一條)

第六 督促手續ニ就テハ第三百三條及ビ第二百四十五條ニ於ケル口頭辯論ノ原則ノ適用スベキ餘地ナキハ已ニ前ニ論述シタル所ノ如シ。

第三章 準備手續

争ニ係ル權利關係ガ錯雜繁冗ニシテ通常ノ手續ニ依リ容易ニ之ヲ定ムルコト能ハザルトキハ其權利關係ヲ單簡ニシテ口頭辯論ノ準備ニ充テンガ爲メ受訴裁判所ガ其所員ノ一名即チ受命判事ニ專任シテ之ヲ調査セシムルノ手續ヲ稱シテ準備手續ト云フ。故ニ此場合ニ於ケル特別手續ハ前ニ論ジタル督促手續ト宛モ其目的ヲ轉倒シタルモノタルヲ知ルベシ。

〔第一〕 準備手續ハ計算ノ當否、財産ノ分別又ハ此ニ類スル關係ヲ目的トスル所ノ訴訟。設例ヘバ差引計算又ハ共有物ノ數多ノ分割等ヲ目的トスル訴訟ニ於テ計算書又ハ財産目錄ニ對シ許多ノ争アル請求ヲ生ジ又ハ許多ノ争アル異議ヲ生ジタル場合ニ於テ受訴裁判所ガ決定ヲ以テ之ヲ言渡スベキモノニシテ準備手續ニ於テ受命判事ハ調書ヲ以テ當事者ハ第一如何ナル請求ヲ爲シ及ビ如何ナル攻撃防禦ノ方法ヲ主張スルヤ第二如何ナル攻撃防禦ノ方法ヲ争フヤ又之ヲ争ハザルヤ第三争トナリタル請求及ビ争トナリタル攻撃防禦ノ方法ニ就テハ其事實ノ關係及ビ當事者ノ表示シタル證據方法等ヲ明確ニスベキモノトス。(第二百六十六條乃至第二百六十八條)

〔第二〕 準備手續ノ審理期日ニ原告若クハ被告ガ出頭セザルトキハ受命判事ハ出頭シタル當事者ノミノ提供ヲ調書ヲ以テ明確ナラシメ其謄本ヲ闕席シタル當事者ニ付與シテ更ニ新期日ニ之ヲ呼出スベク又此新期日ニモ出頭

セザルトキハ送達セシ調書ニ掲ゲタル相手方ノ事實上ノ主張ヲ明白シタリト看做シ其主張ニ就テノ準備手續ハ完結シタルモノトス。又原告若クハ被告ハ出頭スル陳述ヲ爲サマリシトキハ後日ニ開クベキ口頭辯論ニ於テ之ヲ追完スルコトヲ得ズ。(第二百六十九條及第二百七十二條)

〔第三〕 準備手續ノ終了シタルトキハ受訴裁判所ニ於テ期日ヲ定メ通常ノ手續ニ從ヒ口頭辯論ヲ開キ當事者ヲシテ準備手續ノ結果ニ就キ調書ニ基キ演說ヲ爲サシムベキモノトス。(第二百七十一條)

第四章 證據保全手續

〔第一〕 證據ヲ紛失スルノ恐アルトキ又ハ之ヲ使用シ難キ恐アルトキ、設例ヘバ證人ノ危篤若クハ高齡ニシテ死亡ノ恐アルトキ、又ハ檢證スベキ被害物ノ情況ノ變更ノ恐アルトキ等ニ於テ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。故ニ證書ノ保全ニ就テハ法律ハ此ノ手續ヲ許サズト雖モ證書紛失ノ恐アル時ハ通常ノ手續ニ據リ確定ノ訴ヲ起シテ權利關係ノ存在ヲ確定スル事ヲ得ベク又右ノ條件ナキ時ト雖モ當事者雙方ノ合意アル時ハ後日ノ證據ノ爲メ證據保全ノ申請ヲ爲スコトヲ得。(第三百六十五條第三百七十一條)

〔第二〕 證據保全手續ハ訴訟方既ニ繫屬スルトキハ受訴裁判所ニ之ヲ申請セザルベカラズト雖モ訴訟ノ前ト雖モ獨立シテ此申立ヲ爲スコトヲ得ベシ。故ニ此場合ニ於テハ訊問ヲ受クベキ者ノ現在地又ハ檢證スベキモノ、所在地ヲ管轄スル區裁判所ニ其申請ヲ爲スベキモノトス、是レ保全手續方通常ノ證據手續ト異ナル所ナリ。(第三

百六十六條及第三百六十七條)

〔第三〕 證據保全手續ハ右ノ如ク訴訟ノ未ダ繫屬セザル以前ト雖モ之ヲ申立ツルコトヲ得レドモ法律ハ仍ホ之ヲ爭議ヲ決定スルノ訴訟手續トスルガ故ニ證據調ノ期日ニ於テハ相手方モ呼出シテ其權利ヲ防禦スルノ機會ヲ得セシムベキモノトス。然レドモ不正ノ行為ニ基ク損害賠償ノ如キ加害者ノ知レザル場合ニ於テハ裁判所ハ其見込ニ依リ其知レザル相手方ノ權利防禦ノ爲メニ適宜臨時代理人ヲ任ズルコトヲ得。(第三百六十七條乃至第三百七十二條)

第五章 假差押及ビ假處分

第一節 假差押

〔第一〕 假差押ハ豫告ノ強制執行ナリ。直接ニ債權ヲ満足セシムルモノニアラズシテ唯ダ其満足ヲ保全スルガ爲メ債務者ヲシテ其財産ヲ自由ニ處分スルコトヲ制限スルニ過ギズ。故ニ金錢ノ債權又ハ金錢ノ債權ニ換フルヲ得ベキ請求ナランニハ動産又ハ不動産ニ對スル強制執行ヲ保全スル爲メニ假差押ヲ爲スコトヲ得ベク又其請求ハ執行ノ時機ニ至ラズ又ハ未ダ終局判決ヲ受ケザルトキハ勿論未ダ訴ヲ提出セズ又ハ未ダ期限ニ至ラザルモノニ就テモ亦之ヲ爲スコトヲ得。(第七百三十條)

〔第二〕 假差押ハ之レヲ爲サマレバ判決ノ執行ヲ爲スコト能ハザルトキ又ハ判決ノ執行ヲ爲スニ著シキ困難ヲ生ズルノ恐アルトキ之ヲ爲スコトヲ得。設例ヘバ債務者ノ逃亡若クハ物件ノ逸失ノ恐アルトキノ如キ是ナリ。此規定ハ殊ニ外國ニ於テ判決ノ執行ヲ爲サマルベカラザルノ不都合ヲ生ズベキトキニ適用ス。(第七百三十八條)

〔第三〕 假差押ニ就テノ裁判所ハ本案ノ管轄裁判所若クハ假差押ヲ爲スベキ財産ノ所在地ヲ管轄スル區裁判所トス。而シテ假差押ナルモノハ未ダ訴ノ提出ナキ已前ト雖モ之ヲ申請スルコトヲ得ベキモノナルコト前述ノ如クナルヲ以テ所謂本案ノ管轄裁判所ナルモノハ現在本案ノ繫屬スル第一審裁判所ナルノミナラズ將來ニ本案ノ訴ヲ爲スベキ第一審裁判所ヲモ指示スルコト明白ナルベシト雖モ本案ガ控訴審ニ繫屬スルトキニ限り控訴裁判所ヲ以テ本案ノ裁判所トス又急迫ナル場合ニ於テハ口頭辯論ヲ要セザルモノニ限り裁判長ニ於テ假差押ニ關スル裁判ヲ爲スコトヲ得。(第七百三十九條第七百六十二條及第七百六十三條)

〔第四〕 假差押ノ申請ニハ第一請求ヲ表示シ第二假差押ノ理由タル事實ヲ表示シ請求及ビ差押ノ理由ヲ疏明セザルベカラズ。此申請ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得。(第七百四十條)

〔第五〕 假差押ノ申請ニ就テノ裁判ハ口頭辯論ヲ經ズシテ決定ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ベク又保證ヲ立テシメテ假差押ヲ命ズルコトヲ得ベシ。然レドモ假差押ノ申請ニ就テノ裁判ハ口頭辯論ヲ經テ爲ス場合ニ於テハ終局判決ヲ以テ之ヲ爲スベキモノトス。(第七百四十一條乃至第七百四十三條)

〔第六〕 債務者ガ理由ヲ開示シテ假差押決定ニ對スル異議ヲ申立テタルトキハ裁判所ハ口頭辯論ヲ經テ終局判決ヲ以テ假差押ノ全部又ハ一部ノ認可變更又ハ取消ヲ言渡シ又保證ヲ立ツベキノ條件ヲ付シテ之ヲ言渡スコトヲ

得。但シ假差押ノ認可シタル場合ニ於テハ其認可後ト雖モ債務者ハ假差押ノ理由ノ消滅其他情況ノ變更シタルトキ又ハ裁判所ノ定メタル保證ヲ立テントノ提供ヲ爲シタルトキハ假差押ノ取消ヲ申立ツルコトヲ得。裁判所ハ終局判決ヲ以テ之ヲ裁判ス。(第七百四十四條第七百四十五條第七百四十七條)

〔第七〕 本案ハ未ダ繫屬セザルニ際シ假執行アリタルトキハ假差押裁判所ハ債務者ノ申立ニ依リ口頭辯論ヲ經ズシテ相當ニ定ムル期間内ニ訴ヲ提起スベキコトヲ債權者ニ命ズベキモノトス。此期間ヲ經過シタル後ハ債務者ノ申立ニ依リ終局判決ヲ以テ假差押ヲ取消スベキモノトス。(第七百四十六條)

〔第八〕 假差押ノ執行ニ就テハ強制執行ニ關スル規定ヲ準用スベキモノトス。

但シ法律ハ之ヲ補充又ハ變更スル爲メ假差押ノ實施ニ就キ特ニ左ノ規定ヲ設ケタリ。(第七百四十八條)

(イ) 假差押命令ハ其命令ニ基キ直チニ之ヲ執行スベキモノニシテ執行力ノ正本ノ付與ヲ要セズト雖モ其命令ヲ發シタル後債權者又ハ債務者ニ於テ承繼アル場合ニ限り命令ニ執行文ヲ附記スルコトヲ要ス。(第七百四十九條第一項)

(ロ) 假差押ハ假ノ差押ナリ。故ニ其執行ハ債務者ニ之ヲ送達スル前ト雖モ之ヲ實施スルコトヲ得レドモ命令ノ言渡又ハ之ヲ言渡サマルトキハ申立人ニ之ヲ送達シタルトキヨリ十四日間ノ期間ニ之ヲ實施セザルベカラズ(第七百四十九條第二項及第三項)

(ハ) 動産ニ對スル假差押ハ各差押ト同一ノ原則ニ從ヒ之ヲ爲ス。(第七百五十條第一項)

(ニ) 債權ノ假差押ニ就テハ其命令ヲ發シタル裁判所ヲ以テ管轄執行裁判所トス。此場合ニ於テハ第三債務者ニ對シ債務者支拂ヲ爲スコトヲ禁ズル命令ノミヲ爲スベキモノトス。(同上第三項及第五百九十八條參照)

(ホ) 假差押ノ金錢ハ之ヲ供託スベシ、其他假差押物ノ競賣及假差押有價證券ノ換價ハ一時之ヲ爲サズト雖モ假差押物ニ著シキ價額ノ減少ヲ生ズル恐アルトキ又ハ其貯藏ニ就キ不相應ナル費用ヲ生ズベキトキハ執行裁判所ハ申立ニ依リ其物ヲ競賣シ賣得金ヲ供託スベキ旨ヲ執達吏ニ命ズルコトヲ得。(第七百五十條第三項)

(ヘ) 假差押執行ノ爲メ強制管理ヲ爲ス場合ニ於テハ保全スベキ債權ニ相當スル金額ヲ取立テ之ヲ供託スベシ(第七百五十二條)

(ト) 不動産ニ對スル假差押ノ執行ハ假差押ノ命令ヲ登記簿ニ記入スルニ依リテ之ヲ爲ス。(第七百五十一條)

(チ) 船舶ニ對スル假差押ノ執行ハ假差押ノ當時碇泊スル港ニ碇泊セシムルコトニ依リテ之ヲ爲ス裁判所ハ債權者ノ申立ニ依リ船舶ノ監守及ビ保存ノ爲メ必要ナル處分ヲ爲ス。(第七百五十三條)

(リ) 假差押命令ニ於テ定メタル金額ヲ依託シタルトキハ執行裁判所ハ執行シタル假差押ヲ取消スベシ、又假差押ノ續行ニ就キ特別ノ費用ヲ要シ且之ガ爲メ必要ナル金額ヲ債權者ガ豫納セザルトキモ亦執行裁判所ハ假差押ノ取消ヲ命ズルコトヲ得。此裁判ハ口頭辯論ヲ經ズシテ之ヲ爲スコトヲ得ベク又假差押ヲ取消ス決定ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得。(第七百五十四條)

第二節 假處分

〔第一〕 已ニ本案ノ繫屬スルト否トヲ問ハズ係争物ガ現狀ノ變更、係争物ノ毀損、讓渡、質入等ノ爲メ當事者一方ノ權利ノ實行ヲ爲スコト能ハザラシメ又ハ之ヲ爲スニ著シキ困難ヲ生ズルノ恐アルトキハ係争物ノ假處分ヲ爲ス事ヲ許スベキモノトス。故ニ假處分ハ假差押ト異ニシテ係争物ニ就キ特別ナル利益ヲ保全スルニ在リ又假處分ハ係争物ニ就テノミナラズ争アル權利關係ニ就キ假ノ地位ヲ定ムル爲ニモ亦之ヲ爲スコトヲ得。設例ヘバ占有ノ争 (Possessorium unmaritimum) ニ於テ原被告各強暴ヲ以テ一物ノ占有ヲ争フ時ハ其占有セントスル物ノ滅失毀損ヲ保全センガ爲假リニ占有者ヲ定メテ後其争ヲ決スルトキノ如シ。(第七百五十五條及第七百六十條)

〔第二〕 假處分ノ命令其他ノ手續ニ就テ左ノ變更補正ヲ以テ假差押ノ命令及ビ手續ニ關スル規定ヲ準用ス。(第七百五十六條)

(イ) 裁判所ハ其意見ヲ以テ申立ノ目的ヲ達スルニ必要ナル處分ヲ定メザルベカラズ。或ハ保管人ヲ置キ又ハ相手方ニ行爲ヲ命ジ若クハ之ヲ禁ジ又ハ給付ヲ命ズルコトヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得。而シテ若シ假處分ヲ以テ不動産ヲ讓渡シ又ハ抵當ト爲スコトヲ禁ジタルトキハ裁判所ハ第七百五十一條ノ規定ヲ準用シテ登記簿ニ其禁止ヲ記入セシムベシ。(第七百五十八條)

(ロ) 假處分ノ命令ハ本案ノ管轄裁判所之ヲ管轄ス。急迫ナル場合ニ於テハ假處分裁判所ハ口頭辯論ヲ經ズシテ假處分ノ命令ヲ發スルコトヲ得ベキノミナラズ。係争物ノ所在地ヲ管轄スル區裁判所モ亦假處分ノ當否ニ就テノ口頭辯論ノ爲メ本案ノ管轄裁判所ニ相手方ヲ呼出スベキ申立ノ期間ヲ定メ假處分ヲ命ズルコトヲ得ベ

シ。此期間ヲ徒過シタル後區裁判所ハ申立ニ依リ其命ジタル假處分ヲ取消スベシ。又此裁判ハ口頭辯論ヲ經ズシテ之ヲ爲スコトヲ得。

〔第三〕 一旦爲シタル假處分ハ特別ナル事情アルトキ、設例ヘバ假處分ヲ爲スノ理由ノ滅失シタルトキ等ニ於テハ保證ヲ立テシメタル後之ヲ取消スコトヲ得。(第七百五十九條)

第六章 婚姻及ビ縁組事件

婚姻及ビ縁組事件手續トハ婚姻及ビ縁組ノ不成立若クハ無効又ハ離婚若クハ離縁ヲ目的トスル訴訟手續ヲ謂フ婚姻及ビ縁組ノ正當ニ維持セラル、ト否トハ社會公益ニ關スルコト甚ダ大ナルモノアルヲ以テ是等ノ訴訟ニ就テハ法律ハ特權ノ手續ヲ設ケ殊ニ施行條例第十條ハ特別ノ慣例アルモノハ當分ノ内其慣例ニ從フベキモノト爲シ其

他補則ニ於テモ亦大ニ干涉主義ヲ採用シ特ニ左ノ方法ニ依リ放任主義ヲ制限セリ。

一、當事者ノ合意ヲ以テ裁判籍ヲ定ムルコトヲ禁止セル事。(第三十條及補則第一條)

二、自白ノ推測、時機ニ後レタル防禦方法ノ失權、證書提出ニ關スル義務ニ就テノ通常手續ヲ適用セザル事。(補則第六條)

三、初度ノ國席判決ヲ禁止スル事。(補則第七條)

四、當事者ノ自身出頭ヲ強制スル事。(補則第八條)

- 五、和譜ノ調フベキ見込アルトキハ裁判所ニ與フルニ一年以内訴訟手續ヲ中止スルノ權ヲ以テセル事。(補則第九條)
- 六、檢事ノ立會ヲ爲サシメ及ビ檢事ヲ當事者ノ一人トスル事。(補則第二條第十五條乃至第十九條)
- 七、裁判所ニ與フルニ當事者ノ提出セザル事實ヲ斟酌シ及ビ職權ヲ以テ證據調ヲ爲スノ權ヲ以テスル事。(補則第十條)
- 八、訴ノ併合・訴ノ變更ニ關スル特別ノ規定ヲ設ケタル事。(補則第三條乃至第五條)
- 九、假執行ノ宣言ヲ禁止スル事。(補則第十二條)

第七章 禁治產事件ノ手續

- 〔第一〕 禁治產事件ノ手續ハ精神喪失者ヲシテ自ラ財產ヲ治ムルコトヲ禁ズルノ手續ナリ。故ニ其ノ公益ニ關スル所甚ダ少ナカラザルヲ以テ婚姻事件ト等シク法律ハ大ニ干涉主義ヲ採用シ、裁判籍、自白及失權、闕席判決檢事ノ立會、探證方法等(補則第二十條第二十二條及第三十四條)ハ婚姻事件ニ關スル規定ト其精神ヲ同ウシ殊ニ裁判所ハ公開セザルヲ原則トシ且精神喪失ノ情況ヲ定ムルニハ常ニ鑑定人ヲシテ之ニ立會ハシムベキモノトス。(補則、第二十三條及第二十四條第二項)。但シ禁治產手續ハ民法ト共ニ始メテ實施セラルベシ。
- 〔第二〕 禁治產手續ハ申立ニ依リ之ヲ爲シ決定ヲ以テ之レヲ宣言シ申立人檢事及ビ禁治產者ノ後見人アルトキハ

後見人ニ職權ヲ以テ之ヲ送達ス。(補則第二十一條第二十四條乃至第二十九條)。此決定ニ對シテハ一箇月間ニ不服ヲ申立ツルコトヲ得ベク殊ニ禁治產者ガ訴ヲ起サントスルトキハ其申立ニ依リ受訴裁判所ハ訴訟代理人トシテ辯護士ヲ之ニ附添ハシムベキモノトス而シテ其訴ニシテ理由アルトキハ禁治產ヲ宣言スル決定ヲ取消スベキモノトス。(補則第三十條乃至第三十八條)

〔第三〕 準禁治產ハ浪費者ヲシテ自ラ產ヲ治ムルコトヲ禁ズルナリ。準禁治產ニ就テモ亦檢事ニ關スル規定ノ外多少ノ變更ヲ以テ禁治產ニ之ヲ適用ス。(補則第四十條)

第八章 證書訴訟及ビ爲替訴訟

〔第一〕 證書訴訟ハ證人鑑定人又ハ檢證等ノ繁雜ナル證據方法ヲ要セス證書ノミニ據リテ單簡ニ訴訟ヲ終了スベキ手續ナリ。故ニ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シテ且其請求ノ理由タル總テノ必要ナル事實ヲ證書ニ據リテ證スルコトヲ得ベキトキニアラザレバ證書訴訟ヲ以テ之ヲ主張スルコトヲ得ズ。即チ一ノ證書訴訟タルニハ左ノ條件ヲ必要トスルヲ見ルベシ。(第四百八十四條)

一、金額又ハ數量ノ一定ナルコト、金額又ハ代替物若クハ有價證券タルベキコト及ビ支拂若クハ給付ヲ目的トスルコトノ三條件ヲ要スルハ本篇第二章督促手續ニ依ル請求ノ要件ト同一ナリ。然レドモ苟モ此三條件ニシテ具備スル以上ハ法律ハ請求ノ法律上ノ性質及ビ原因ノ如何ヲ問フコトナシ。請求ノ原因ハ契約其他ノ權利

行爲ト不正ノ行爲ニ基クモ又ハ法律ニ基クモ又片面ノ權利行爲タルモ雙面ノ權利行爲タルモ敢テ證書訴訟ヲ提起スルコトヲ得ザルニアラザルモ雙務ノ合意ニ基クモノニアリテハ原告ハ其自ラ盡スベキ義務ヲ完了シタルコトヲ證明セザルベカラズ。

二、請求ノ原因タル事實ハ總テ證書ニ依リテノミ證明セラルベキモノナラザルベカラズ。然レドモ如何ナル事實ガ請求ノ原因ヲ爲スカハ民法上ニ於ケル實質的問題タリ、故ニ請求ノ訴訟上即チ形式的要件及ビ證書自身ノ眞否ハ證書ニ依リテ之ヲ證明スルコトヲ得ザルモ證書訴訟タルヲ妨グズ。(第四百八十七條第二項及第三項)

〔第二〕 證書訴訟ノ要件ニシテ存在スル以上ハ證書訴訟手續ニ依ルモ又通常訴訟手續ニ依ルモ其ノ選擇ノ權利ハ原告ニ存ス。故ニ裁判所ハ職權又ハ被告ノ申立ニ依ルモ證書訴訟ヲ強フルコトヲ得ズト雖モ證書訴訟ノ要件ハ亦當事者ノ合意ヲ以テ之ヲ變更スルコトヲ得ザルナリ。然レドモ原告ハ口頭辯論ノ終結ニ至ルマデ被告ノ承諾ヲ要セスシテ通常ノ手續ニテ訴訟ヲ繫屬セシメ證書訴訟ヲ止ムルコトヲ得。故ニ原告ハ證書訴訟トシテ訴ヲ起スモ中途ニシテ證書ノミヲ以テ證明スベカラザル事情ニ遭遇スル等ノ事アランニハ直チニ之ヲ通常手續ニ復スルノ便ヲ有ス。(第四百八十五條及第四百八十八條)

〔第三〕 證書訴訟ニ於テモ亦特別ノ規定アルノ外口頭辯論、裁判所管轄等通常ノ訴訟規則ニ從フベキモノナレドモ證書訴訟ノ目的ハ訴訟ノ迅速簡易ノ終了ヲ目的トスルモノナレバ法律ハ特ニ妨訴ノ抗辯ニ基キ本案ノ辯論ヲ拒ムヲ得ザルヲ通則トシ又反訴ヲ爲スコトヲ禁止セリ。(第四百八十六條及第四百八十七條初項)

〔第四〕 左ノ場合ニ於テハ原告ノ請求ヲ却下スベキモノトス。(第四百八十九條)

一、原告ノ請求ガ實質的ニ理由ナシト見ユルトキ。即チ、

(イ) 原告ノ主張スル所ノ權利實質訴權ヲ生ズルニ足ラズ又ハ被告ノ抗辯ニ依リ理由ナシト見ユルトキ。

(ロ) 原告ガ期日ニ出頭セザル爲メ被告ノ申立ニ依リ闕席判決ニ依リ訴ヲ却下スベキトキ。(第二百四十七條)

(ハ) 原告ガ請求自身ヲ拋棄シタル爲メ被告ガ訴ノ却下ヲ要求スルトキ。(第二百二十九條)

右三個ノ場合ニ於テハ訴ノ却下ハ通常手續ニ於ケルト同一ナル効果ヲ生ジ却下ノ判決ハ審ニ形式上ノミナラズ實質上ノ確定力ヲ發生スベキ能力ヲ生ズ。

二、原告ノ請求ガ形式的要件ヲ具備セザルトキ。即チ、

(イ) 證書訴訟ト通常訴訟トヲ問ハズ總テ法律上一般ノ要件ヲ缺クトキ。此場合ニ於ケル却下ノ判決ハ實質的確定力ヲ生ゼズ。

(ロ) 證書訴訟ニ特別ナル要件ヲ缺クトキ就中請求ガ第四百八十四條ニ從ヒ證書ヲ以テ證明スルコト能ハズ又四百八十五條ノ要件等ヲ缺クトキ。而シテ此場合ニ於ケル要件ハ單ニ原告ノ訴ノ爲メノミニ存スルモノナルヲ以テ是等ノ要求ヲ缺クトキハ縱シ相手方タル被告ハ辯論期日ニ出頭セズ又ハ許スベカラザル異議ヲ以テ訴ニ對シ抗辯シタルトキト雖モ仍ホ原告ノ訴ヲ却下セザルベカラズ。

〔第五〕 證書訴訟ニ於テハ被告モ亦證書ニ依リテ證明ヲ爲サザルベカラズ、故ニ此證明ノ方法ヲ申立ツルコトヲ得ズ、又ハ完全ニ之ヲ擧ゲザルトキハ被告ノ異議ハ證書訴訟ニ於テハ許サレザルモノトシテ之ヲ却下スベキモノトス、故ニ此場合ニ於テハ原告ガ自由ニ擇ビタル證書訴訟ノ爲メニ大ニ不利益ヲ受クルト雖モ被告ハ又他ニ其權利ヲ防禦スルノ方法ヲ有スルハ次ギニ論述スル所ノ如シ。(第四百九十條)

〔第六〕 被告ハ敗訴ノ言渡ヲ受クルモ原告ノ請求ヲ争ヒタルトキハ敗訴ノ言渡ニハ被告ハ仍ホ其權利ヲ留保スルコトヲ掲グルモノトス、此留保ヲ掲ゲタル判決ハ上訴及ビ強制執行ニ就テハ終局判決ト看做スコトヲ得レドモ其他ノ關係ニ於テハ被告ノ爲メ訴訟ハ仍ホ通常ノ訴訟手續ニ於テ繫屬スルヲ以テ被告ハ口頭辯論ノ期日ヲ定メシコトヲ申立テ更ニ其異議ヲ主張スルコトヲ得。而シテ此通常訴訟ノ結果ハ控訴ニ於ケル留保ノ場合ト其趣ヲ同ウス。但第四百二十六條及ビ第四百二十七條ノ規定ハ證書訴訟ニ之ヲ適用セズ。(第四百九十一條乃至第四百九十二條)

〔第七〕 證書訴訟ガ爲替證券ニ依ル請求ニ係ルトキハ之ヲ爲替訴訟ト謂フ。此場合ニ於テハ法律ハ仍ホ一層ノ便宜ト簡易トヲ要スルモノト爲シ裁判管轄ノ如キモ亦普通裁判籍ノ外支拂地ノ裁判所ニ訴ヲ起スコトヲ許シ且其訴ノ許スベキモノナルトキハ直チニ口頭辯論ノ期日ヲ定メ其期日ト訴狀送達ノ期間ノ如キモ二十四時間ヲ存スルヲ以テ可ナリトセリ。(第四百九十六條)

第九章 公示催告手續

公示催告手續ハ不定ナル相手方又ハ不在若クハ判明ナラザル權利關係人ニ請求若クハ權利ノ届出ヲ爲サシムル爲メ裁判上ノ公示ヲ爲シテ其届出ヲ催告スルノ手續ナリ。而シテ此公示催告ノ結果ハ或ハ無届ノ爲メ失權ヲ生ゼシムルモノアリ否ラザルモノアリ。設例ヘバ民法ニ於ケル婚姻ノ公告商法ニ定メタル特種ノ公告ノ如キハ單ニ或ル事實ノ存在ヲ確定スル爲メニシテ敢テ失權ノ效果ヲ生ゼズト雖モ或ル財産ノ分配ヲ爲スベキ場合等ニ於テ其分配ヲ受クルノ權利者ノ所在不明ナルカ又ハ何人ガ此權利ヲ有スルカノ判然ナラザル場合ニ於テハ公示催告手續ニ依リ其届出期限ヲ定メ此期限ヲ經過スルトキハ失權ノ效果ヲ生ズルコトアルベシ。而シテ我法律ハ只失權ノ効力ヲ生ズル場合ニ限り公示催告ノ手續ヲ爲スコトヲ得ベキモノト定メタリ。然レドモ如何ナル場合ニ於テ如何ナル人ガ之ヲ申立ツルコトヲ得ベキヤ、又如何ナル權利若クハ請求ノ損失ヲ來タスベキヤハ民法又ハ商法ノ定ムル所ニシテ訴訟法ノ知ル所ニアラザルナリ。(第七百六十四條)

〔第一〕 公示催告ハ申立ニ依リ區裁判所之ヲ爲ス而シテ其申立ノ許スベキモノナル時ハ第一申立人ノ表示第二請求又ハ權利ヲ公告期日マデニ届出ヅベキノ催告第三届出ヲ爲サザルニ因リ生ズベキ失權ノ表示第四公示催告期日ノ指定ヲ掲ゲ定規ニ從ヒ公告ヲ爲スベキモノトス。(第七百六十五條乃至第七百六十七條及第七百七十六條)

〔第二〕 届出期日前ニ届出ナキトキハ申立人ハ除權判決ニ依リ失權ノ裁判アランコトヲ申立ツルコトヲ得ベク、

又申立人ノ申立ノ理由トシテ主張シタル權利ヲ争フコトノ届出アリタルトキハ裁判所ハ公示催告ノ手續ヲ中止シ又ハ除權判決ニ於テ届出デタル權利ヲ保留スベキモノトス。若シ又申立人期日ニ出頭セザルトキハ六箇月ノ期間内ハ其ノ申立ニ依リ更ニ新期日ヲ定ムルコトヲ得。(第七百六十八條乃至第七百七十三條)

〔第四〕 除權判決ニ對シテハ上訴ヲ爲スコトヲ得ズト雖モ、法ニ於テ公示催告手續ヲ許ス場合ニアラザルトキ公告ヲ爲サズ又ハ法律ニ定メタル方法ヲ以テ公告ヲ爲サザルトキ公示催告ノ期間ヲ遵守セザルトキ、判決ヲ爲ス判事ガ法律ニ依リ職務ノ執行ヨリ除外セラレタルトキ届出アルニ係ハラズ之ヲ顧ミザルトキ及ビ第四百六十九條第一號乃至第五號ノ場合ニ於テ原狀回復ノ訴ヲ許ス條件ノ存スルトキハ原告ガ除權判決ノ言渡ヨリ五年間ハ此判決ヲ知りタルヨリ一箇月ノ不變期間内ニ催告裁判所ノ所在地ヲ管轄スル地方裁判所ニ不服ヲ申立ツルコトヲ得。(第七百七十四條乃至第七百七十五條)

〔第五〕 盜取セラレ又ハ紛失若クハ滅失シタル爲替證券其他商法ニ無効ト爲シ得ベキコトヲ定メタル證書ニ就テハ公示催告手續ニ依リ除權判決ヲ以テ證書ノ無効ヲ宣言スベキモノトス。此場合ニ於ケル催告手續ニ就テモ亦上來論述シタル手續ヲ適用スルヲ通則トシ仍ホ第七百七十八條乃至第七百八十五條ニ定メタル特例ヲ適用ス。

第十章 仲裁手續

第一節 仲裁契約

〔第一〕 仲裁契約ノ性質 仲裁手續ハ權利行爲ニ出デタル原因ニ基ク。訴訟法ハ此ノ權利行爲ヲ稱シテ仲裁契約ト謂フ。當事者ガ和解ヲ爲スノ權利アル係争物ハ悉ク仲裁手續ニ依リ之ヲ判斷スルコトヲ得ルハ第七百八十六條ノ明定スル所ナレドモ如何ナル權利關係ガ和解ヲ爲シ得ベキモノナルヤ否又如何ナル條件ヲ必要トスルヤ否ハ民法ノ定ムル所ナリ。故ニ仲裁契約ハ私法的ノ權利行爲ニシテ毫モ公法的ノモノニアラズ又公法的ノ効果ヲ生ゼザレバ決シテ之ヲ第五百五十九條第五號ノ書類トモ同視シ得ベキニアラズ。仲裁契約ハ却テ消極的ニ公法的性質ヲ有シ仲裁契約ハ公法上ノ權利保護即チ裁判所ノ判決ニ依リ保護ヲ受クルノ請求權ヲ拋棄スルノ合意ナリ。左ニ仲裁契約ニ關スル原則ヲ示ス。

仲裁契約ノ物體ハ左ノ如クナラザルベカラズ。

(イ) 仲裁契約ノ物體ハ不確定ナルベカラズ。故ニ仲裁シ得ベキ權利關係及ビ其争ハ已ニ存スルト將來ニ在ルトヲ問ハズ必ず一定ナラザルベカラズ。故ニ又將來發生スベキ一切ノ權利關係及ビ之ヨリ生ズベキ一切ノ争ヲ仲裁ニ付セントノ契約ハ無効ナリ。(第七百八十七條)

(ロ) 仲裁契約ノ物體タル權利關係ハ争ニ係ルノミナラズ又其存否、區域期限ガ當事者自身ノ間ニ於テ不明ナラザルベカラズ。讓合フコトヲ得ベキコト、和解シ得ベキコト、ハ之ヲ混同スベカラズ法律上確定セル請求モ之ヲ讓合フコトヲ得レドモ和解ノ目的タルコトヲ得ズ。又一部分ガ和解シ得ベキトキハ必ずシモ從テ之ヲ仲裁シ得ベキニアラズ。故ニ或ル權利關係ノ存在ノ爲メノミニ和解ヲ爲スコトヲ得ベキ場合ノ如キハ其

權利關係ノ消滅ヲ來タスベキ爭議ニ就テハ仲裁ヲ爲スコトヲ得ズ、離婚ノ仲裁ノ如キ是ナリ。

〔第二〕 契約ニ於テハ仲裁人ノ選定ニ關スルコトヲ定ムルヲ必要トセス。仲裁人ノ選定方法ガ仲裁契約ニ定メラレザルトキハ當事者ハ各一名ヲ選定スルノ權利ヲ有シ又義務ヲ負フ。故ニ當事者雙方ガ仲裁人ヲ選定スル權利ヲ有スル場合ニ於テ一方ガ之ヲ定メザルトキハ申立ニ依リ管轄裁判所ニ於テ之ヲ選定ス。(第七百八十八條及第七百八十九條)

〔第三〕 仲裁契約ニ於テ仲裁人ノ選定ニ就テノ定メテ爲スコトヲ得ベキハ當然ニシテ法律ハ之ヲ當事者ノ自由ニ一任スレドモ第七百九十二條ガ仲裁人タルベキモノニ就テハ當事者ハ判事ヲ忌避スル權アルト同一ノ理由及ビ條件ヲ以テ仲裁人ヲ忌避スルコトヲ得ベキモノトスレドモ仲裁人タルニ必要ナル能力及ビ條件ニ就テハ一モ制限スル所ナシ故ニ婦、未成年者、聾者、啞者及ビ公權ヲ剝奪セラレタルモノト雖モ亦仲裁人タルコトヲ得ベキハ第八百五十八條末項ノ規定ニ依リ明白ナリ。然レドモ當事者自ラ仲裁人タルコトヲ得ザルハ素ヨリ當然ナリ。

〔第四〕 仲裁ノ方法手續モ亦契約ヲ以テ自由ニ之ヲ定ムルコトヲ得ベシ。此點ニ就テハ法律ハ只ダ第七百九十四條ニ於テ仲裁判斷ノ言渡前ニ當事者ヲ訊問スベキコトヲ定ムルモ第八百一條末項ニ依リ此手續モ亦合意ニ依リ必ズシモ之ヲ爲スコトヲ要セザルモノトセリ。但シ當事者ノ意思ハ第八百一條第一號乃至第三號ノ事項ニ就キ多少ノ制限ヲ受クルモノト謂フベシ。

〔第五〕 仲裁判斷ヲ爲スノ方法ニ就テモ亦當事者ハ契約ニ依リ自由ニ之レヲ定ムルコトヲ得ベク、殊ニ判斷ニ理

由ヲ付セザルモ仍ホ之ヲ有効ノ判斷トスルノ合意ヲ爲スコトヲ得。(第七百九十三條第二號第七百九十八條及第八百一條第一項第五號及末項)

第二節 仲裁契約ノ効果

〔第一〕 仲裁契約ハ當事者間ニ爭議ヲ仲裁手續ニ依リテ取行ヒ且之レヲ爲スニ必要ナル行爲ヲ爲スノ雙面ノ義務ヲ生ズ。故ニ當事者ハ仲裁及ビ法律ノ規定ニ從ヒ仲裁人ノ前ニ其權利ヲ爭フノ義務ヲ生ズ。而シテ此仲裁契約ヨリ生ズル義務ヲ履行スル方法ハ起訴及ビ妨訴ノ抗辯ナリ。即チ、

一、仲裁契約ノ抗辯 仲裁契約ヲ爲シタルニ係ハラズ一方ノモノガ其義務ニ反シ爭議ヲ通常裁判所ニ起シタルトキハ被告ハ仲裁契約ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得。然レドモ此妨訴タル仲裁契約ノ抗辯ハ第二六六條第一項ニ於ケル無訴權ノ抗辯ニアラズ。仲裁契約ノ抗辯ハ只ダ仲裁契約ノ爲メ爭ニ係ル權利關係ハ仲裁人ノ前ニ於テ定メラルベク決シテ裁判所ニ於テ之ヲ爲スモノニアラザルコトヲ主張スルモノニシテ裁判上ノ法律保護ノ權ヲ拒絕シ裁判所ニ於テ答辯ノ義務ナキコトヲ抗辯スルモノナリ。故ニ此抗辯ハ形式上ノ抗辯ナレドモ第二六六條以外ニ於ケル一種ノ抗辯ナリ。又之ヲ以テ權利拘束ノ抗辯トスルモノアレドモ仲裁契約ハ將來ニ於ケル爭ニ就テモ亦之ヲ爲スコトヲ得ベキモノニシテ此契約ガ權利拘束ノ効果ヲ生ズベキモノトスルハ到底其理由ノ存スル所アルヲ見ザルナリ。

二、仲裁契約ヨリ生ズル訴 仲裁契約ノ當事者ハ其契約ヨリ生ズル義務ヲ履行セシムル爲メ之ヲ裁判所ニ訴フ

ルコトヲ得、即チ契約履行ノ訴ナリ。而シテ其訴ハ主トシテ仲裁人ノ選定ニ關ス。(第七百八十九條第七百九十一條及第八百五條)

第三節 仲裁事件ノ手續

仲裁人ノ前ニ於ケル訴訟手續ハ當事者ノ合意ヲ以テ定メタルモノ、外他ニ一定ノ規則アルコトナシ。故ニ學者往々訴訟ニ關スル重ナル原則ヲ適用スベキモノトスルモノアレドモ法律ハ只ダ當事者ヲ訊問シ爭議ノ原因ヲ探知シ且判斷ノ理由ヲ付スベキコト(第七百九十四條第八百一條第四號及第五號)ヲ定ムルノミニシテ口頭辯論ヲ爲スト否ト期間ノ經過ト失權ヲ生ズルト否トノ如キ毫モ之ヲ仲裁手續ニ適用セザルベカラザルモノニアラス。故ニ手續ニ關スル規則ハ仲裁人ノ自由ニ定ムル所ニシテ仲裁人ハ第七百九十七條ノ如キ當事者ニ異議アルモ仍ホ其手續ヲ續行スルコトヲ得ベキモノナリ。又仲裁人ハ訴訟法上ノ強制手段ヲ用フルコトヲ得ズ故ニ證人及ビ鑑定人ヲ強制的ニ呼出スコトヲ得ズ又必要ノ行爲ニシテ仲裁人ノ爲スヲ得ザルモノハ管轄裁判所於テニ之ヲ爲サザルベカラズ。(第七百九十八條及第七百九十九條)

第四節 仲裁判斷

數名ノ仲裁人ガ判斷ヲ爲スベキトキハ當事者間ニ別段ノ合意アル場合ノ外過半數ヲ以テ判斷ヲ爲スベキモノトス又其仲裁判斷ニハ之ヲ作リタル年月日ヲ記載シ仲裁人之ニ署名捺印シ正本ハ之ヲ當事者ニ送達シ原本ハ送達ノ證書ト共ニ之ヲ管轄裁判所ノ書記課ニ預ケ置クベキモノトス。(第七百九十八條及第七百九十九條)

第五節 仲裁判斷ノ効力

第八百條ニ曰ク「仲裁判斷ハ當事者間ニ於テ確定シタル裁判所ノ判決ト同一ノ効力ヲ有ス」ト。然レドモ仲裁人ハ國家ノ機關ニアラス故ニ此明文アルニ係ハラズ仲裁判斷ハ決シテ法律上確定判決ト同一ナル効果ヲ生ジ得ベキモノニアラス乞フ左ニ之ヲ説明セン。

一、仲裁判斷ハ強制執行ノ力ヲ有セズ。確定ノ終局判決ハ第五百十六條ニ依リ、裁判所書記ノ付シタル執行文ニ依リ直チニ強制執行ヲ爲スコトヲ得ベシト雖モ更ニ裁判官ノ許可アルヲ必要トセズ。然ルニ仲裁判斷ハ全ク執行力ヲ有セザルヲ以テ之ヲ執行スルニハ第八百二條ニ依リ執行判決ノ言渡アルヲ要スルノミナラス、此執行判決ニ對シテハ第八百五條ニ於ケル訴ヲ起スコトヲ得ベク、而シテ其訴ハ更ニ通常ノ訴訟手續ヲ開始シ其訴ノ原因ハ仲裁判斷タリ其訴ノ物體ハ仲裁判斷ヲ以テ確定セラレタル請求ナリ、之レヲシモ仲裁判斷ハ確定判決ト同一ノ効力ヲ有スベキモノトスルコトヲ得ルカ。

二、確定判決ハ再審ノ訴ニ依ルノ外之ニ對シテ不服ヲ申立ツルコトヲ得ザルハ、確定判決ノ確定判決タル第一要素ナリ。然ルニ仲裁判斷ノ執行判決ニ對シテハ妨訴ニ依リ仲裁判斷ノ取消ヲ申立ツルコトヲ得ベキハ第八百二條末項ノ明定スル所ナルノミナラス、第八百四條及ビ第八百五條ノ訴ニ依リテモ亦不服ヲ申立ツルコトヲ得ベシ。要スルニ仲裁判斷ニ對シテハ第八百一條第一號乃至第六號ノ場合ニ於テハ不服ヲ申立テ、之ヲ取消スコトヲ得ベク、殊ニ法律ハ其訴ニ就テハ仲裁契約ヲ指定シタル區裁判所又ハ地方裁判所之ヲ管轄シ其指定ナキトキ

ハ請求ヲ裁判上主張スル場合ニ於テ管轄ヲ有スベキ區裁判所又ハ地方裁判所之ヲ管轄スベキコトヲ明定セリ。
再審ノ訴ノ外更ニ他ノ方法ヲ以テ侵襲シ得ベキ確定判決ナルモノアルニ非ザルヨリハ第八百條ノ規定ハ大ニ其
解釋ヲ明文以外ニ檢束セザルヲ得ザルナリ。(第八百五條)

民事訴訟原論畢

日本民法

財産取得篇

日本民法財産取得篇

緒論

緒論

財産トハ物權若クハ人權又ハ物權及ビ人權ノ包括ヲ謂ヒ財産ノ取得トハ一定ノ主體ニ此等ノ權利ヲ連絡セシムルヲ謂フ。而シテ權利ノ取得ハ必ズシモ權利ノ創設ト同ジカラズシテ、權利ノ相續ノ如キハ新ニ權利ヲ創設スルモノニアラズシテ既ニ存在セル權利ヲ繼承スルモノニ外ナラズト雖モ、學者ハ權利ノ創設ヲモ併セテ汎ク權利ノ取得ト稱シ、此廣義ニ於ケル權利ノ取得ヲ分テ原始的取得及ビ繼受的ノ受得ノ二種トセリ。

原始的取得

原始的取得トハ權利ノ創設ノ謂ナリ、原始的取得トハ他人ノ權利ニ關係ナクシテ新ニ權利ヲ發生ス、先占ニ係ル無主物ノ取得、添附ニ依ル他人ノ物ノ取得ノ如キハ物權ノ創設ニシテ、契約ヨリ生ズル債權又ハ不正ノ所爲ヨリ生ズル義務ニ對スル權利ノ如キハ人權ノ創設ナリ。但シ合意ト同時ニ直ニ所有權ヲ移轉スル賣買ノ如キハ其効果トシテ賣主ノ取得スル物權ハ原始的取得ニアラザルナリ。

繼受的取得

繼受的取得トハ權利ノ相續ノ謂ナリ。繼受的取得ハ他人ノ既ニ有スル權利ヲ先所有者ニ代リテ其儘ニ之ヲ繼承スルモノナレバ、權利ノ本體ハ依然トシテ存在スルモ、唯其主體ノ交迭アルニ過ギザルナリ。故ニ繼受的取得

緒論

ニ在テハ繼承人ハ唯先所有者ト同一ノ權利ヲ有スルヲ以テ繼承人ハ先所有者ヨリ大ナル權利ヲ取得スルコトヲ得ズ。又先所有者ノ權利ニシテ抵當又ハ地役ノ義務等ヲ負ウタル物權ナルトキハ繼承者ハ斯ク制限セラレタル儘ニ之ヲ取得スベク、先所有者ノ權利ニシテ瑕疵アル人權ナルトキハ其人權ノ讓受人モ亦其瑕疵ノ儘ニ之ヲ取得スベシ。是レ原始的取得ト大ニ其効果ヲ異ニスル要點ナリ。

包括權原
ノ取得及
ビ特定權
原ノ取得

繼承的取得ヲ分テ更ニ二種トナス、一ヲ包括權原ノ取得トシニテ設定權原ノ取得トス。包括權原ノ取得トハ財産ノ一團即チ權利義務ヲ包括シテ之ヲ讓受スルヲ謂フ。總財産ノ相續ノ如キ是ナリ。特定權原ノ取得トハ特定ノ權利行為ニ出ヅル所ノ財産ノ取得ヲ謂フ。賣買、贈與、交換ノ如キ是ナリ。

我民法ノ財産取得篇ハ敢テ右ノ如キ學理上ノ區別ヲ採用スルコトナク、專實際上ノ便宜ヨリシテ原始的取得ト繼承的取得トヲ問ハズ又財産取得ノ原因ハ財産篇中ニ散見シテ必ズシモ悉ク之ヲ取得篇中ニ一括シタルモノニアラズ(第一條)。然レドモ第一章及第二章ハ物權ノ原始的取得ヲ規定シ第三章以下第十二章ニ至ル迄ハ有名合意ニ依ル財産ノ取得ヲ規定シ、第十三章以下ハ主トシテ相續等包括權原ノ取得ニ屬スルヲ以テ予ハ之ヲ數章ニ分チ原始的物權取得、有名合意ノ取得及ビ包括權原ノ取得等トナシ、更ニ原始的取得ヲ先占、添附、混同等ノ數章ト爲シ、有名合意ノ取得ヲ賣買、交換、和解、會社、射倖契約、消費貸借、使用貸借、寄託及ビ保管、代理、雇傭、及ビ仕事請負契約等ノ數章ト爲シ、包括權原ノ取得ヲ相續、包括、贈與等ノ數章ト爲サントス。

論述ノ順
序

第一篇 原始的物權ノ取得

第一章 先占

第一節 先占ノ本義

先占ノ本義 (Occupation) トハ所有權ノ物體タルコトヲ得ベキ無主物ヲ法定ノ占有ニ依リテ其ノ所有權ヲ取得スルノ方法ナリ。山野ノ禽獸ヲ捕獲シ河海ノ魚介ヲ漁ルガ如キ是ナリ。今此定義ニ依リ先占ノ要素ヲ考察スルトキハ先占ニハ左ノ三條件ヲ必要トスルヲ見ル可シ。

(第一) 先占ノ物體ハ無主物ヲラザルベカラズ。

無主物トハ公人タルト私人タルトヲ問ハズ、總テ何人ノ所有ニモ屬セザル物ヲ謂フ。公人若クハ私人ノ所有物ニシテ何人ノ占有ニモ屬セザルモノハ或ハ遺失物、若クハ漂流物タルニ止ル可ク又所有者アルモ所有者ノ知レザルモノハ、或ハ埋藏物タルコトヲ得ベキモ無主物タルコトヲ得ザルナリ。

(第二) 先占ノ物體ハ所有權ノ物體タルコトヲ得ベキモノヲラザル可カラズ。

既ニ前項ニ論述セルガ如ク、先占ノ物體ハ無主物ヲラザルベカラザルヲ以テ、先占スルコトヲ得ベキモノハ必ズ所有シ得ベキモノタルコトヲ要ス。洋海、空氣、日光ノ如キ公有物ハ所有權ノ物體タルコトヲ得ザルヲ以ツ

テ、先占ニ依ルモ其所有權ヲ取得スルコトヲ得ザルナリ、然レドモ予ガ既ニ物權ノ部ノ講義ニ於テ論述シタルガ如ク、河海ヨリ汲取リタル一杯ノ水等ノ如ク公有物ノ一部分ハ之ヲ所有トスルコトヲ得ベキヲ以テ、此等ノ公有物ト雖モ所有スルコトヲ得ベキ一部分ハ、從テ先占ニヨリテ之レガ所有權ヲ取得スルコトヲ得ベキハ當然ナリ。

第三〇 先占ハ法定ノ占有ヲザルベカラズ。

法定ノ占有トハ所有スルノ意思ヲ以テスル有體物ノ握持タルコトハ、既ニ物體ノ部ニ於テ之ヲ論述シタリ。夫ノ自然ノ占有ノ如ク所有スルノ意志無キ所有ハ占有ニ依リテ決シテ所有權ヲ得ベカラズ、又容假ノ占有ノ如ク他人ノ爲ニ占有スル物モ亦爲メニ所有權ヲ取得スルコトヲ得ズ。而シテ法定ノ占有タルニハ第一ニ之ヲ所有スル意思アルヲ必要トシ、第二ニ有體物ノ握持即チ他人ヲ排除シテ己ノ管轄内ニ置クノ力アルヲ要スレドモ、此有體物ノ握持力ハ如何ナル度ニ達シタルヲ以テ占有ト爲スベキヤ否ニ就テハ物權ノ部ニ於テ既ニ詳述シタル所ナルガ、要スルニ其力ハ完全ニシテ他人ヲ排除シテ己レノ管轄内ニ置クニ足ルベキモノナラザルベカラズ。設例ヘバ禽獸ヲ射中シテ之ニ負傷セシムルモ其禽獸ヲシテ揚飛スルコト能ハザラシムルニ至ルニアラザレバ、先占ニ依リテ未ダ其所有權ヲ取得シタリト爲スコトヲ得ザルガ如シ。

先占ノ何物タルハ上來論述シタル所ヲ以テ明白ナリト雖モ、我方民法財産取得篇ハ其第二條ニ於テ先占ノ定義ヲ與ヘ「先占ハ無主ノ動產物ヲ己レノ所有ト爲ス意思ヲ以テ最先ノ占有ヲ爲スニ因リテ其所有權ヲ取得スル方法

ナリ」ト謂ヒ、先占ニ依リテ所有權ヲ取得スルニハ右三條件ノ外仍ホ左ノ二條件ヲ必要トスルモノナルニ似タリ。則チ、

(第一) 先占ノ物體ハ動產物タルヲ要スルコト。

我民法ノ規定ニ依レバ動產物ニアラザレバ、先占ニ依リテ其所有權ヲ取得スルコト能ハザルハ明白ナリ。是レ財産篇第二十三條ノ規定ニ依リ、所有者ナキ不動產ハ當然國ニ屬ス。トノ原則ニ基クモノ、如シ。然レドモ此原則ヲ以テ直ニ不動產ハ先占ノ物體トスルコトヲ得ザルモノトスルハ、其一ヲ知テ未ダ其二ヲ知ラザルモノト謂ハザルヲ得ズ。蓋シ先占ニハ優先先占ト自由トノ二種アリテ、其所謂優先先占ナルモノハ國其他或ル限ラレタル公私人ニ先ジテ先占ニ依リテ所有權ヲ取得セシムルモノナリ。事ハ次節ニ於テ詳説スベシト雖モ、所有主ナキ不動產ヲ以テ當然國ノ所有トスル所以ノモノハ不動產ニ就テハ國ナル一法人ニ與フルニ優先ノ先占權ヲ以テスルニ外ナラザルナリ。一言ニシテ之ヲ謂ハ、右ノ原則ハ所有主ナキ不動產ハ國ノ外先占ニ依リテ其所有權ヲ得ルコトヲ得ザルモノトスルコトヲ定ムルニ外ナラザレバ、其國ガ最初ニ所有主ナキ不動產ヲ取得スルノ原因ハ全ク先占ニ在リ。故ニ不動產ヲ以テ先占ノ物體タルコトヲ得ザルモノトスルハ法律ノ當ヲ得ズ。唯之ヲ國ニ優先權ヲ與ヘタル先占トスルニ在リ、但或ル淺近ノ法律學者ガ此原則ヲ非難シ、不動產ト雖モ先占ニ依リテ其所有權ヲ取得スベキモノタルコトヲ主張シ、遠洋ニ於ケル無人島ノ占領ノ如キ場合ヲ以テ其立論ノ根據トスレドモ、無人島ノ占領ノ如キハ國權上ノ談ナリ、無人島ヲ占領シタルモノハ自ラ無人島中ノ主權者ナランナレド

不動産ヲ以テ先占ノ物體タルコトヲ得ズトスルノ誤謬

モ、占領者所屬ノ國法（民法）上ニ於テ之ヲ其占領者ノ私有トスルコトナカルベケレバ、同一主權者ノ發シタル法律ノ下ニ於テ之ヲ先占ニヨル所有權取得ノ場合ト看做スコトヲ得ザルナリ。國法學ノ思想無キ民法解釋家ノ所論ハ往々ニシテ此ノ如ク法理ノ根底ヲ誤ルモノアルハ素ヨリ當然ナリ。予ハ敢テ此等ノ學者ニ對シテ故ラニ攻撃ヲ加フルモノニアラズ。

（第二）占有ノ最先タラザルベカラザルコト。

我民法ノ定解ニ依レバ先占ニ依リテ所有權ヲ取得スルニハ、最先ノ占有タルコトヲ要ストスルハ明白疑ナシ雖モ、無主物ノ占有ハ當然最先ニシテ法文中之ヲ明言スルハ重複ニシテ却テ疑義ヲ増スノ弊ナキニアラズ、何トナレバ、第一、先占ノ占有ハ法定ノ占有タラザルベカラザルコトハ既ニ法文ノ明示スル所ナルヲ以テ、若シ最先ノ占有ニシテ單ニ自然ノ占有ニ止マルトキハ第二ノ占有者ト雖モ法定ノ占有ヲ爲スモノニ於テ其所有權ヲ取得スベク、第二、先占ハ無主物ヲ占有スルモノナルヲ以テ、若シ第一ノ占有者ニシテ法定ノ占有タル以上ハ第一ノ占有者ハ既ニ其所有權ヲ取得スルモノナルヲ以テ、第二ノ占有者ニシテ更ニ之ガ法定ノ占有ヲ爲スモ既ニ所有者アル物體ナレバ先占ニ依リテ其所有權ヲ取得シ得ベキ理由ナケレバナリ。

先占ノ何物タルハ上來論ズル所ニ依リテ明白ナラン。而シテ近世ノ法理ハ先占ヲ以テ優先ノ先占權及ビ自由ノ先取權ノ二種ト爲ス、我法律ニ於テモ亦之ヲ二種ニ區別スルコトヲ得。

第二節 優先先占權

優先先占權

羅馬法ニ於テハ無主物ハ動產タルト不動產タルトヲ問ハズ、先占ニ依リテ各人自由ニ其所有權ヲ取得シ得ベキモノト爲セシガ、近世ノ法理ニ於テハ就中國土主權ノ思想ノ發達ヨリシテ重要ナル無主物ハ或特權アル人ニ限リテ之ヲ先占スルコトヲ許シ、就中國家ハ數多ノ無主物ニツキ此特權ヲ有スルニ至レリ。之レヲ優先ノ先主權ト謂フ。則チ、

國家ハ無主ノ土地及ビ包括財產ニツキ優先ノ先占權ヲ有ス。財產篇第二十二條ガ「所有主ナキ不動產及ヒ相續人無クシテ死亡シタル者ノ遺產ハ當然國ニ屬ス」ト明言セルハ即チ此意ナリ。然レドモ特別ノ法律就中行政ニ關スル法律ニ於テハ、或ハ無主ノ不動產ヲ以テ町村等ノ自治體ヲシテ優先權ヲ有セシムルノ邦國甚ダ少シトセズ。

狩獵權

（第二）狩獵權 近世ノ歐洲法律ニ於テハ狩獵權ハ土地所有者ノミ獨リ之ヲ有シ、或ハ警察上ノ制限ヲ除クノ外、狩獵權ハ土地所有權ト併行スレドモ我現行法律ハ古代ノ歐洲狩獵法ト同ジク狩獵權ヲ以テ全ク土地所有權ト分離セシメ、就中狩獵ナルモノヲ認メ他人ノ土地ニ於テモ亦狩獵スルコトヲ明許セリ、歐洲近世ノ法律ト比較シテ左ニ其要點ヲ論述シ先占ニヨリテ如何ニ鳥獸ノ所有權ヲ取得シ得ベキヤ否ヲ論述セン。（取得篇第三條及ビ明治十年銃獵規則參照）

（イ）歐洲近世ノ狩獵法ハ狩獵權ノ物體タルコトヲ得ベキ鳥獸ノ種類ヲ制限シ通常之ヲ食用ニ供シ得ベキモノニ限レドモ、我法律ニ於テハ敢テ此等ノ制限ヲ定メザルヲ以テ、單ニ人ノ耳目ヲ喜バズベキ鳥獸ト食用ニ供

セラルベキモノト問ハズ、未ダ人ノ之ヲ捕獲セザルモノハ先占ニヨリテ悉ク其所有權ヲ取得スルコトヲ得。

(ロ) 前項ニ論述スルガ如ク歐洲ニ於テハ土地ノ所有者ノミ其地上ノ鳥獸ニ就キ優先ノ先占權ヲ有ス。我法律トハ大ニ其趣ヲ異ニスレドモ我法律ニ於テモ亦何人ト雖モ之ヲ狩獵スルノ權ヲ有シ敢テ各人ニ與フルニ自由ノ先占權ヲ與フルモノニアラズ。我法律ニ依ルモ狩獵免狀ヲ得タル者ニアラザレバ決シテ銃獵ヲ爲スコトヲ得ザルヲ以テ、之ヲ優先先占ト云フコトヲ得ベシ。夫ノ自由先占權ヲ認メタル羅馬法トハ大ニ其趣ヲ異ニセリ。

(ハ) 然レドモ歐洲法ニ於ケルト我現行法ニ於ケルト問ハズ、縱令ヒ優先先占權ヲ有スルモノト雖モ、鳥獸ノ所有權ヲ取得スルニハ必ズ之ヲ先占スルコトヲ要ス。鳥獸ハ之ヲ殺シ又ハ之ヲ捕獲スルニアラザレバ決シテ其有所トナルコトナカベシ。

(ニ) 優先先占權ナキモノニシテ鳥獸ヲ捕獲シタルトキハ犯罪トシテ法律ハ之ヲ所罰スベシ、而シテ何人ト雖モ犯罪即チ不正ノ所爲ニ依リテ所有權ヲ取得スルコトヲ得ザルハ一般ノ法律ナルヲ以テ、優先先占權ナキ者ガ捕獲セル鳥獸ハ其所有ニ歸スルコトヲ得ズ。歐洲ノ法律ニ於テハ土地ノ所有者即チ優先ノ先占權者ヲシテ非行者ニ對シテ其捕獲セル鳥獸ヲ請求スルコトヲ許シ、我現行法ニ於テハ之ヲ官ニ沒收ス。併シ近世ノ學者ニシテ往々此說ニ反對シ、狩獵者ガ鳥獸ノ所有權ヲ取得スルハ先占ニアルヲ以テ其優先權利ナキノ一事ハ法

律上ノ犯罪タルモ、之ガ爲メニ毫モ所有權ヲ失フコトナキモノト爲シ、添附ニヨリテ現ニ他人ノ所有物ニ對シテ所有權ヲ取得スル場合ヲ引援シテ其論證トスレドモ、制定法上優先ノ先占權ナクシテ之ヲ占有スルノ所爲自身ヲ以テ一ノ犯罪トスル以上ハ、優先先占權ナキモノ、先占ハ之ヲ非行トシ、一般ノ規則ニ從ヒ所有權ヲ取得スルコト能ハザルモノトセザルヲ得ズ。要スルニ論者ハ、自由先占權アルトキニ於テ他人ノ土地ヲ侵害シテ鳥獸ヲ捕獲セル場合ト之ヲ同視スルノ誤謬ヲ免レザルニ似タリ。

(ホ) 狩獵權ノ行使ハ優先ノ先占權アルモノト雖モ狩獵ノ場所時期等ノ點ニ於テ警察上ノ規則ニ制限セラルベシ。取得篇第三條ガ、狩獵ノ權利ノ行使ハ特定法ヲ以テ之ヲ規定ス。ト謂ヘルハ即チ此意ナリト雖モ、其所謂特定法ノ規定スベキモノハ必ズシモ狩獵權ノ行使ノミニ止ラズシテ、汎ク狩獵ノ許否及ビ先占ニ依ル所有權ノ得喪等ノ事ニモ及ブベキハ當然ナリ。

漁獵權

(第三) 漁獵權 歐洲ノ法律ニ於テハ唯海上漁獵及ビ沿岸漁獵ノ權ヲ以テ優先々占權ト爲シ、他ノ河川ニ於ケル漁獵ハ之ヲ自由先占權ト爲スト雖モ、我邦ニ於テハ未ダ漁獵ニ關スル一般ノ法律アルヲ見ズ。取得篇第三條ニ於テ立法官ハ將來ニ向テ之ヲ制定スベキコトヲ約束シテ、シセロ時代ノ笑種ヲ今日ニ再演シタルモノアルニ過ギズ。然レドモ沿岸ノ漁獵權ハ慣習上又ハ浦々ノ規約上沿岸人民ノ專有ニ屬シ、臘虎及臘臍(不適當ニモ之ヲ漁獵ト云フベクンバ)ノ權利ハ明治十七年第十六號ノ布告ニ依リ政府ノ特許ヲ得タルモノニ專屬シ、又財產篇第二百二十九條ノ規定ニ依リ溝渠、水流、堀割又ハ池沼ノ沿岸者ハ其水中ニ於テ捕漁ヲ爲スノ特權ヲ有ス。

礦物

(第四) 礦物 學者往々礦物ノ採掘ヲ以テ優先々占トスルモノアレドモ、予ハ礦物ハ優先タルト自由タルトヲ問ハズ凡テ先占ノ物體タルコトヲ得ザルモノト論斷セント欲スルナリ。何トナレバ古代學者ハ土地ノ所有權ハ地球ノ中心ニ達スベシトノ空論ニ基キ、礦物ハ凡テ土地所有權ニ付屬スベキモノト爲シ、礦業者ハ唯土地所有者ノ承諾ヲ得テ之ヲ採取スルコトヲ得ベキモノト爲シタルヲ以テ、此說ニ從フモ礦物ハ之ヲ無主物トスルコトヲ得ズ。又近世ノ立法ハ國家ノ經濟上礦物ヲ以テ盡ク國ノ所有トシ、政府ハ唯礦業者ニ其礦物ヲ讓渡スルニ過ギザルモノトスルヲ以テ、無主物ヲ以テ之ヲ論ズルコトヲ得ザレバナリ。我礦業條件ハ礦物ヲ國ノ所有ト爲シ、採掘特許者ガ現ニ之ヲ採掘シタルトキニ於テ始テ其所有ニ歸スベキモノトスルヲ以テ、其外形ニ於テハ先占ニ依リテ其所有ヲ得ルニ似タレドモ、既ニ礦物國有ノ原則ヲ立テタル以上ハ、採掘特許者ハ恰モ用益者ノ果實收得ニ於ケルガ如キ權利ヲ有スルモノトスルヲ適當トス。故ニ礦物ヲ以テ土地所有者ニ歸スルモノトセズ、又國ニ屬スルモノトセズシテ、政府ノ特許ヲ得タル者ノミ之ヲ收得スルコトヲ得ベキモノトスルノ法律制度ニアラザレバ礦物ヲ以テ先占ノ物體トスルコトヲ得ズト雖モ、予ハ未ダ曾テ斯ノ如キ法律制度ノ存在スル邦國アルヲ知ラザルナリ。

第三節 自由先占權

自由先占權

無主ノ動產物ニシテ特別ノ法律ニ依リ優先ノ先占權ニ服セザル以上ハ、何人ト雖モ先占ニ依リ自由ニ其所有權ヲ取得スルコトヲ得。之ヲ自由先占權ト謂フ。則チ、

天產物

(第一) 天產物 何人モ未ダ取得セザル天產物ハ自由先占權ノ物體タルコトヲ得。設例ヘバ流水、河水、野禽ノ卵ノ如キ是ナリ。又特別法ニ從ハザル禽獸魚介ノ類モ自由ニ之ヲ先占スルコトヲ得。設例ヘバ蜜蜂、熊、貂等ノ如キ是ナリ。故ニ此等ノ動產及動物ハ縱ヒ他人ノ土地ニ在ルモ、先占ニ依リテ其所有權ヲ得ベシ、然レドモ我現行法律ニ於テハ自由先占ノ物體タル其範圍甚ダ廣大ニシテ、鳥獸ノ如キハ唯銃炮ヲ以テ之ヲ捕獲スル場合ノミ優先々占權タルニ過ギザレバ、苟モ銃炮ヲ以テ捕獲セザル以上ハ如何ナル鳥獸ト雖モ自由先占ニヨリテ之ヲ取得スルコトヲ得ベク、縱ヒ不正ニ他人ノ地内ニ於テ之ヲ捕獲スルモ他人ノ土地ヲ犯スノ所爲ハ犯罪トシテ其處罰ヲ受クルモ、銃炮ノ手段ニ依ルニアラザレバ其所有權ハ依然トシテ捕獲者ニアルベシ。但シ自由先占ノ場合ト雖モ其物體タルモノハ何レモ山野ニ驅ケル獸類、河海ニ躍ルノ魚介、空中ニ飛翔スル鳥獸ノミニシテ、牛、馬、鶏其他馴養セラレタル動物ハ縱ヒ一旦所有者ノ管轄ヲ分離スルモ、決シテ先占ノ物體タルコトヲ得ザルハ勿論ナリ。

遺棄物

(第二) 遺棄物 ハ所有者ガ其所有權ヲ放擲シタル物品ニシテ所有權ノ放擲ノ爲メ無主物トナリタルヲ以テ、何人ト雖モ先占ニ依リテ其所有權ヲ取得スルコトヲ得ベシ、但シ遺棄ハ所有權消滅ノ一原因ニシテ其原理ハ既ニ物權ノ講義ニ於テ詳述シタルガ如ク、權利ノ放擲ハ決シテ之ヲ推測スベキモノニアラザルヲ以テ、取得篇第四條ハ遺棄物ヲ先占シタリト主張スルモノハ原所有者ノ任意ノ遺棄ヲ證スル責ニ任ズベキコトヲ明示セリ。尤モ道路ニ於ケル紙屑、木片、布片ノ如キハ證明ヲ俟タズシテ遺棄物タルコト明白ナルベシト雖モ、紙屑中ヨリ發

見シタル金指輪ノ如キハ決シテ之ヲ遺棄セルモノトスルヲ得ザレバ、遺失物即チ所有者ノ知レザル他人ノ所有物トシテ之ヲ取扱ハザルベカラザルコト勿論ナリ。或ル巡查ガ街頭ニテ鼠ノ死體ヲ拾ヒ取り、遺失物トシテ長官ニ届出デ忽チ免職ノ沙汰ヲ蒙リタリトノ談柄ハ、長官ノ法律學者タルコトヲ證明スルニ足レリ。

戰時掠奪物

(第三) 戰時掠奪物 歐洲ノ中世ニ在リテハ敵人ノ財産ヲ無主物ト同視シ何人ト雖モ先占ニ依リテ其所有權ヲ取得スルコトヲ得ベキモノトナシタリシガ、近世ニ於テハ國際公法ノ發達ト共ニ大ニ其趣ヲ變ジテ、各國相互ニ之ヲ禁ズルヲ以テ正理トシ、又往々條約ヲ以テ之ヲ規定スレドモ商船ヲ利用シ敵船ヲ掠奪スルハ戰時ノ實況ニ於テ免レザル事情アルガ爲メニ、今日ニ於テハ一般ニ陸上ノ掠奪ヲ禁ズレドモ、海上ノ掠奪ハ或ハ依然トシテ行ハレ或ハ義勇兵ヲ名トシテ私船ヲ濫シ暗ニ之ヲ許スコト少カラズト雖モ、今日ニ於テハ決シテ自由先占ヲ許サマルニ似タリ。故ニ取得篇第三條第二項ニ於テモ亦戰時ニ於ケル海陸ノ掠奪物ニ就テハ、特別法ヲ以テ之ヲ定ムベキコトヲ規定セリ。

第二章 發見

第一節 遺失物及ビ漂流物

第一款 遺失物ノ本義

遺失物ノ本義

遺失物トハ吾人ガ現實ノ占有内ニ在リシモノガ其占有ヲ離レテ其所在ノ知レザルモノヲ謂フ。則チ、

(第一) 遺失物ハ無主物ニアラズシテ必ず所有者ノ存在スベキ物品ナリ。則チ其占有ハ喪失セラル、モ其所有權ハ喪失セルモノニアラズ。

(第二) 遺失物ハ必ず有體動産タラザルベカラズ、遺失セル不動産ナク又遺失セル無體物ナシ。何トナレバ此等ノ物ハ現實ノ占有ヲ爲スコト能ハザレバナリ。

(第三) 遺失物ハ所在ノ知レザルモノタルコトヲ要ス、故ニ吾人ノ占有ヲ離レタルモノト雖モ吾人ニシテ其物品ノ所在ヲ了知スルトキハ、或ハ忘失物タルコトヲ得ルモ遺失物タルコトヲ得ズ。設例ヘバ公園ノ樹下ニ置キ忘レタル煙草入ノ如キハ、忘失者ノ所有タルト他人ノ所有タルト問ハズ之ヲ遺失物トスルコトヲ得ズ、但シ遺失物タルニハ唯其所在ノ知レザルヲ以テ充分ナリトスルガ故ニ、發見者ニシテ其所有者ヲ知ルト雖モ亦遺失物ヲ以テ論ズ。

(第四) 遺失物ハ何人モ之ヲ占有スルコトナキモノナルヲ以テ、何人ニテモ之ヲ占有スルトキハ遺失物ヲ以テ論ズルコトヲ得ズ。設例ヘバ私家内ニ置キ忘レタル物品ノ如キハ前占有者ニシテ其所在ヲ知ラザルモ其物品ハ家主ノ占有内ニ在ルベキモノナレバ之ヲ受託物ト謂フベク、決シテ之ヲ遺失物トスルコトヲ得ザルベシ。然レドモ官廳公署ノ構内ニ於ケル遺失物品ハ、現ニ之ヲ拾得シタルモノヲ以テ其拾得者トナサマルベカラズ。何トナレバ其構内ハ即チ官若クハ市町村等法人ノ所爲タリト雖モ、占有ハ一ノ有體的現實ノ所爲ニシテ法人ノ決シテ之ヲ爲シ得ベキ能力アルモノニアラザレバナリ。

第二款 遺失物發見者ノ權利

遺失物發見者ノ權利

遺失物發見者ノ遺失物ニ對スル權利ハ左ノ如シ。

(第一) 遺失物ヲ發見シタル者ハ自ラ之ヲ取得スルコトヲ得レドモ、其拾得ハ從來何人モ占有セザリシ他人ノ所有物ヲ他人ノ所有物トシテ占有スルモノニ過ギズ。而シテ既ニ一タビ發見者ノ所有ニ歸シタル以上ハ、前第四項ニ論述シタル所ノ原理ニ依リ、遺失物タルノ性質ヲ變ジテ發見者ハ之ヲ受託物トシテ占有スルモノトナルガ故ニ、他人事務管理ノ原則ニ從ヒ安全ニ之ヲ保管シ、所有主ノ知レザルトキハ之ヲ官ニ送り官ニ於テ之ガ保管ノ責ニ任ズベシ。

(第二) 前項ノ發見者ハ所有者ヨリ報勞トシテ、遺失物ノ價格百分ノ五ヨリ少カラズ百分ノ二十ヨリ多カラザル金圓ヲ受クルノ權利アリ。又遺失物届出ノ後一箇年ヲ經過シテ所有主ノ知レザルトキハ、發見者ハ全ク其所有權ヲ取得スルノ權利アリ。然レドモ發見者ノ權利ハ單ニ發見ニ基クノ權利ニシテ毫モ先占ニ因ルノ取得權ニアラズ。

(第三) 前項ノ規定ハ明治九年ノ遺失物取扱規則ニ基クモノナレドモ、該規則ハ遺失物ヲ處スルニ發見者ト所有主トノ關係ノミヲ以テシ、毫モ所有者ニアラザル前占有者ト發見者トノ關係ニ及バズト雖モ、遺失物ノ定義上ヨリスレバ所有主ノ何人タルヲ問ハズ、縱ヒ他人ノ所有物ト雖モ現ニ之ヲ占有シタルモノニシテ其占有ヲ失シタル以上ハ遺失物タルガ故ニ遺失物ノ拾得者ハ前占有者ニ之ヲ返還スルヲ以テ足レリトシ、必ズシモ所有主ニ

返還スルヲ要セザルベク、又報勞金ノ如キモ之ヲ前占有者ヨリ請求スルノ權利アルニ似タリ。
漂流物ニ關スル原理モ亦遺失物ト同一ニシテ、別ニ之ヲ説明スルノ必要ナシト雖モ、漂流物ニ就テハ其一分ヲ以テ拾得者ニ與ヘ、其一部ヲ以テ官ニ没入スルノ點ヲ以テ其差異ノ大ナルモノト爲ス。仍ホ我現行法ニ就テハ學者宜シク明治八年第六十六號ノ布告ヲ參照セヨ。

第二節 埋藏物

第一款 埋藏物ノ本義

埋藏物ノ本義

埋藏物 (Thesaurus) トハ不動産タルト動産タルトヲ問ハズ、凡テ他ノ物ノ中ニ久シク埋没シテ既ニ其所有主ヲ了知スルコト能ハザルニ至レル有體動産ヲ謂フ。則チ、

(第一) 埋藏物ハ有體動産物タラザルベカラズ。土地家屋ノ如キ不動産又ハ債權其他ノ無體動産ハ埋藏物タルトトヲ得ズ。

(第二) 埋藏物ハ埋没即チ他物ニ隠匿シタルモノタラザルベカラズ。故ニ單ニ他ノ物ノ上ニ置カレタルノミニテハ之ヲ埋藏ト謂フコトヲ得ザルナリ。

(第三) 埋藏物ハ必ズ他物ノ中ニ埋没セラレタルモノタラザルベカラズ。故ニ埋藏物ハ其物自身ノ外ニ其埋没スル所ノモノナカルベカラズ、而シテ其所謂他ノ物ト埋藏物トハ各獨立セル二個體ヲ爲シ二者合シテ一體物ヲ構成スルコトナキヲ要ス。若シ埋藏物ニシテ他ノ物ノ一部ヲ構成スルトキハ、即チ其物ハ狹義ニ於ケル從タル物