

ヲ得ヘシ如何トナレハ控訴ノ取下ニ付被控訴人カ承諾ハ必スシモ口頭辯論ニ於テ爲スコトヲ要セサレハナリ

控訴人ニ對シテ關席判決アリタル場合即チ控訴審ニ於ケル第一口頭辯論ノ期日ニ於テ控訴人カ關席シ被控訴人ノ申立ニ因リ控訴人ニ對シテ關席判決アリタル後控訴人ヨリ故障ヲ申立テタルトキハ又被控訴人ノ承諾ヲ要セスシテ控訴ヲ取下クルコトヲ得ヘシ如何トナレハ控訴人ノ故障申立ニ因リ訴訟ハ關席前ノ程度ニ復スルモノナレハナリ(第二六)

(ハ) 控訴取下ノ效力

適法ニ控訴カ取下ケラレタルトキハ恰モ第一審ノ終局判決ニ對シ控訴ノ提起ナカリシ以前ノ状態ニ復スルモノトス、隨テ控訴期間經過シタル後ニ提起シタル附帶控訴ハ當然消滅スルモノトス、又控訴カ適法ニ取下ケラレタルトキハ控訴人ハ上訴權ヲ喪失スルノ結果ヲ生ス(第三九九條第二項)何トナレハ控訴ノ取下ハ當事者カ第一審判決ニ服從スヘキコトノ意思表示ヲ爲シタルモノナレハナリ故ニ再ヒ其判決ニ對シテ控訴ヲ提起スル

ヲ得サルモノトス然レトモ第一審ノ終局判決ノ適法ナル送達アラサル以前ニ於テ提起シタル控訴若クハ不適法ナル控訴ハ之ヲ取下クルモ上訴權ヲ喪失スルモノニアラスシテ第一審判決ノ適法ナル送達ヲ待チテ控訴ノ提起ヲ爲スコトヲ得ヘク若クハ更ニ適法ナル方式ニ從ヒテ控訴ノ提起ヲ爲スコトヲ得ヘシ如何トナレハ不適法ナル控訴ハ完全ニ控訴提起ノ效力ヲ生セサルモノナルヲ以テ隨テ適法ナル控訴ヲ取下ケタルモノト言フコトヲ得サレハナリ

控訴ノ取下ヲ爲シタル後ハ訴訟當事者ハ合意ヲ以テ取下ノ效力ヲ消滅セシムルコトヲ得ス即チ當事者ノ合意ニ因リテ再ヒ第一審ノ判決ニ對シ控訴ノ提起ヲ爲スコトヲ得サルナリ何トナレハ控訴ノ取下ニ因リ取下ケタル當事者ハ上訴權ヲ喪失スルモノナレハ當事者ノ合意ニ因リテ公益ノ爲メニ設ケラレタル上訴權ノ喪失ヲ回復スルコトヲ得サルナリ控訴ヲ取下ケタル控訴人ハ其控訴提起ニ因リテ生シタル費用ヲ負擔スルノ義務アルモノトス(第七條)

控訴權ヲ喪失シタル當事者ハ附帶控訴ノ方法ヲ以テ更ニ控訴權ヲ行使スルコトヲ得ルモノトス附帶控訴トハ當事者ノ一方ヨリ控訴ノ提起ヲ爲シタル場合ニ相手方カ其控訴ニ牽聯シテ提起スル控訴ヲ謂フ第一審ノ終局判決ニ對シテハ各當事者ハ獨立シテ控訴ヲ提起スルコトヲ得ルモノナレトモ當事者ノ一方カ獨立シテ控訴ヲ提起シタル場合ニ其相手方カ同一ノ判決ニ對シ不服ヲ申立テントスルニハ必スシモ獨立シテ控訴ノ提起ヲ爲スコトヲ要セス相手方ノ控訴ニ附帶シテ控訴ノ提起ヲ爲スコトヲ得ヘシ之ヲ附帶控訴ト云フ法律カ附帶控訴ヲ認メタル理由ハ主タル控訴ノ提起ニ因リテ判決ノ確定力ヲ遮斷セラルル以上ハ其控訴ノ終了ニ至ルマテハ第一審ノ判決ハ當事者雙方ニ對シテ確定セサルモノナルヲ以テ被控訴人ヲシテ不服ヲ申立テシメ第一審ノ判決ヲ被控訴人ノ利益ニ變更スルコトヲ得セシムルハ爲メニ訴訟手續ヲ二重ニ爲スノ煩勞ナク却テ被控訴人ニ對シ便宜アルヲ以テノ故ナリトス

第一 附帶控訴ノ條件

(一) 附帶控訴ハ主タル控訴ノ存在シタル場合ノミニ限り成立シ得ヘキモノ

トス 故ニ主觀的ノ條件トシテハ被控訴人若クハ其相續人ヨリ提起スルコトヲ要ス被控訴人ハ自己ノ控訴ヲ取下ケタルトキト雖モ附帶控訴ヲ提起スルコトヲ得第四〇五條第一項即チ被控訴人ハ其獨立シテ提起シタル控訴ヲ取下ケタル後控訴人ヨリ控訴ノ提起アリタルトキハ附帶控訴ヲ爲スヲ得ヘシ控訴ノ取下ニ因ル上訴權ノ喪失ハ獨立シテ上訴ヲ爲スノ權ヲ喪失スルモノニシテ附帶控訴ヲ爲スノ權ヲ喪失スルモノニアラサルナリ附帶控訴提起ニ付テノ客觀的ノ條件トシテハ主タル控訴ノ提起アリタル第一審判決ニ對スルコトヲ必要トス故ニ主タル控訴カ全部判決ニ對シテ提起セラレタルモノナルトキハ附帶控訴モ亦全部判決ニ對シ提起スルコトヲ得ヘク若シ主タル控訴カ一分判決ニ對スルモノナルトキハ附帶控訴モ亦其一ノ分判決ニ限ラルルモノトス然レトモ附帶控訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル事項ハ主タル控訴ニ依リ變更ヲ求ムル申立ノ範圍内ニ限定セララルモノニ非ス主タル控訴カ第一審判決ノ全部ニ對シ變更ヲ申立テタル場合ナルトキハ附帶控訴モ亦其全部ニ對シテ提起スルコトヲ得ルハ勿論ナ

リト雖モ第一審判決ノ一分ニ對シテ主タル控訴ノ申立カ不服ノ範圍ヲ限定シタル場合ト雖モ附帶控訴ニ於テハ其判決ノ全部ニ對シテ不服ノ申立ヲ爲スコトヲ得ヘシ如何トナレハ第一審ノ判決ニ對シテ主タル控訴ノ提起アリタルトキハ縱令一分ニ對シテ變更ヲ申立テル場合ト雖モ第一審判決ニ因リテ裁判セラレタル訴訟物ノ全部ハ移審ノ效力トシテ控訴審ニ繫屬スルモノナレハナリ故ニ控訴狀中ニ第一審判決ノ一分ニ對シテ如何ナル變更ヲ求ムルヤノ申立ヲ掲ケタルトキト雖モ控訴狀ニ於ケル此記載ハ準備的事項ニ過キササルヲ以テ控訴人ハ口頭辯論ニ於テ控訴狀ノ記載ニ拘束セララルコトナク第一審判決ノ全部若クハ控訴狀ニ記載セサル部分ニ付テモ變更ヲ求ムル申立ヲ爲スコトヲ得ヘク又口頭辯論ニ於テ第一審判決ノ一分ニ對シテノミ變更ヲ求ムルコトヲ申立テタルトキト雖モ判決ニ接著スル口頭辯論ノ終結ニ至ルマテハ控訴人ハ不服申立ノ範圍ヲ擴張スルコトヲ得ヘキモノナリ隨テ附帶控訴ハ第一審判決ニ因リテ裁判セラレタル訴訟物ナルトキハ控訴人カ不服ヲ申立テタル範圍内ナルト否トニ關

セス不服ヲ申立ツルコトヲ得ルモノトス
右ノ如ク附帶控訴ハ主タル控訴ノ申立アリタル判決ニ對スルコトヲ必要トナスト雖モ主タル控訴ノ申立アリタル判決ハ被控訴人カ獨立シテ控訴ヲ提起シ得ヘキ判決ナラサルヘカラス唯費用ノ點ニ限りタル裁判ニ對シテハ獨立シテ上訴ヲ爲スコトヲ得スト雖モ附帶控訴ハ之ヲ許サルモノトス(第八條)又第一審判決カ一部ハ被控訴人ニ對シ對席判決ニシテ一部ハ關席判決ナル場合ニ於テ即チ被控訴人カ第一審ノ口頭辯論期日ヲ懈怠シ一部勝訴一部敗訴ノ判決ヲ受ケタルトキ一部勝訴ノ部分ニ對シ相手方ヨリ控訴ノ提起アリタルトキハ被控訴人ハ其關席判決ノ部分ニ對シ附帶控訴ヲ爲サントスルニハ第三百九十八條ノ條件ノ存在ヲ必要トス(第四〇五條第二項)附帶控訴ハ條件的ニ申立ツルコトヲ得ヘシ即チ主タル控訴カ許サルヘキモノナルトキハ附帶控訴ヲ提起スル旨ヲ陳述スルモ其中立ハ有效ナリ何トナレハ附帶控訴ハ審級ヲ開始スヘキ獨立ノ申立ニアラサルヲ以テ訴若クハ主タル控訴ノ如ク無條件ニ申立ツルコトヲ必要トセサルモノナリ此

場合ニ於テハ附帶控訴カ獨立ノ控訴ト看做サルヘキヤ否ヤニ關セス若シ主タル控訴カ適法ナルトキハ附帶控訴ハ其效力ヲ生シ不適法トシテ棄却セラレタルトキハ附帶控訴ハ當然消滅スルモノナリ

附帶控訴ニ對シテ控訴人ハ附帶控訴ヲ爲スコトヲ得ス附帶控訴ニ對シテ附帶控訴ヲ爲スコトハ反訴ニ對シテ反訴ヲ提起スルコトヲ得サルト同シク法律上許サレサルモノトス但主タル控訴カ不適法トシテ棄却セラレ若クハ主タル控訴カ取下ケラレタルトキ第四百六條第二項ノ規定ニ因リテ附帶控訴カ獨立ノ控訴ト爲リタル場合ハ此限ニ在ラス被控訴人ノ附帶控訴ニ對シテ控訴人カ附帶控訴ヲ爲スハ主タル控訴ノ申立及ヒ控訴ノ理由ヲ變更スルニ外ナラサルモノニシテ此等ノ事項ハ判決ニ接著スル口頭辯論ノ終結ニ至ルマテ主タル控訴人ニ於テ之ヲ爲スコトヲ妨ケサルモノナレハ主タル控訴ノ存在セル以上ハ附帶控訴アルモ主タル控訴人ハ更ニ之ニ對シテ附帶控訴ヲ爲スノ必要ナケレハナリ

(二) 附帶控訴提起ノ方式ニ付テハ法律ニ於テ之ヲ規定セス 故ニ控訴裁判

所ニ於ケル口頭辯論ニ於テ第二百二十二條ノ規定ニ從ヒ書面ニ基キ附帶控訴ヲ爲ス旨ノ申立ヲ爲シテ提起スルヲ原則トス附帶控訴ヲ爲ス旨ノ申立ヲ主タル控訴ニ對スル答辯書其他ノ準備書面ニ記載シテ之ヲ控訴裁判所ニ提出スルモ其書面ハ準備的性質ヲ有スルニ止マリ附帶控訴申立ノ效力ヲ生セサルモノトス故ニ主タル控訴人カ控訴ニ關スル第一口頭辯論ノ期日ニ闕席スルカ若クハ控訴ノ口頭辯論開始前ニ主タル控訴ノ取下アルトキハ附帶控訴ノ提起ヲ爲スコトヲ得サルモノナリ然レトモ例外トシテ被控訴人ハ自己ノ控訴期間内ニ答辯書又ハ其他ノ書面ヲ以テ附帶控訴ノ申立ヲ爲シタルトキハ其書面上ノ陳述ハ單ニ準備的性質ヲ有スルニ止マラス獨立シテ控訴ヲ提起シタルト同一ノ效力ヲ生スルモノト解スヘク主タル控訴ノ取下又ハ主タル控訴人ノ闕席等ニ因リテ其效力ヲ妨ケラレサルモノトス

(三) 附帶控訴ノ申立ニ付テハ法定ノ期間ナシ 故ニ被控訴人ハ控訴申立ノ期間カ經過シタル後ト雖モ控訴審ノ判決ニ接著スル口頭辯論ノ終結ニ至

ルマテハ何時ニテモ附帶控訴ノ提起ヲ爲スコトヲ得又控訴審ニ於ケル第二審ノ判決カ上告ノ提起ニ因リテ一旦上告裁判所ニ繫屬シタル後上告裁判所カ其判決ヲ破毀シ事件ヲ控訴審ニ差戻シタルトキト雖モ控訴審ニ於ケル辯論ニ於テ被控訴人ハ附帶控訴ノ申立ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ何トナレハ上告審ニ於ケル差戻ニ因リ事件ハ控訴審ノ程度ニ回復スルモノナレハナリ

第二 附帶控訴ノ消滅

附帶控訴ハ獨立シタル控訴ニアラスシテ主タル控訴ニ附隨スルモノナルヲ以テ主タル控訴ノ存在ヲ其成立要件トナス隨テ次ニ述フル場合ニ於テハ附帶控訴ハ其效力ヲ失フモノトス

(一) 主タル控訴カ有效ニ取下ケラレタルトキ 控訴ノ取下ハ控訴提起ノ初ニ遡リテ怡モ第一審判決ニ對シ控訴ノ提起ナカリシ以前ノ狀態ニ回復スルモノナリ隨テ主タル控訴ノ取下ハ最初ヨリ控訴ナカリシモノト同一ナルカ故ニ之ニ附隨シタル附帶控訴モ亦消滅スルモノナリ前ニ説明シタル

如ク控訴ノ取下ハ被控訴人ノ承諾ヲ要スル場合ト然ラサル場合トアリ附帶控訴ノ提起アリタル後主タル控訴ノ取下ヲ被控訴人ノ承諾シタル場合ニハ被控訴人ハ既ニ提起シタル附帶控訴ヲ拋棄シタルモノニシテ若シ附帶控訴ノ提起ナカリシ以前ナレハ被控訴人ハ附帶控訴ヲ提起スル權利ヲ拋棄シタルモノナリト謂フヘキナリ

(二) 主タル控訴カ不適法トシテ判決ヲ以テ棄却セラレタルトキ 控訴ヲ不適法トシテ棄却スルハ第四百十九條ノ場合ヲ謂フ此場合ニ於ケル控訴棄却ノ判決ハ控訴カ其成立要件ヲ具備セサルモノトシテ棄却スルモノナレハ隨テ附帶控訴ノ附隨スヘキ主タル控訴カ存在セサルモノナリ故ニ附帶控訴モ亦當然其成立ノ基礎ヲ失フニ至ルモノトス之ニ反シテ控訴カ實體上理由ナキモノトシテ棄却セラレタル場合ニハ附帶控訴ハ其效力ヲ失ハス此場合ニハ附帶控訴ノ基礎タルヘキ主タル控訴カ存在スルモノナレハナリ

以上述ヘタル原則ノ例外トシテ被控訴人カ控訴期間内ニ書面若クハ口頭辯

論ニ於テ附帶控訴ヲ提起シタルトキハ主タル控訴ハ前ノ二個ノ場合ニ於テ消滅スルモ附帶控訴ハ獨立ノ控訴ト看做サレ其效力ヲ失フモノニアラス(第四條第六項)然レトモ控訴裁判所ハ主タル控訴ノ取下ケラレタルカ若クハ不合法トシテ棄却セラレタルトキハ附帶控訴ハ果シテ獨立ノ控訴トシテ許サルヘキモノナリヤ否ヤヲ審査セサルヘカラス即チ附帶控訴ノ提起カ控訴期間ノ開始前ナリシ場合又ハ被控訴人カ既ニ獨立ノ控訴ヲ爲シ之ヲ取下ケ上訴權ヲ喪失シタルモノナルトキ若クハ附帶控訴カ費用ノ點ニ限りタル裁判ニ對シテ提起セラレタル場合ノ如キハ獨立ノ控訴トシテ不合法ノモノナレハ附帶控訴ヲ不合法トシテ棄却セサルヘカラス次ニ附帶控訴カ職權調査ノ結果獨立セル控訴ノ條件ヲ具ヘタルモノナルトキハ控訴裁判所ハ附帶控訴ノ申立ノ範圍内ニ於テ事件ヲ審理スヘク而シテ主タル控訴ノ申立ヲ取下ケ若クハ不合法トシテ棄却セラレタル控訴人ハ獨立シタル附帶控訴ニ對シ更ニ附帶控訴ヲ爲スコトヲ得ヘシ即チ控訴取下ノ場合ニ於テハ第四百五條ノ規定ニ依リテ附帶控訴ヲ爲スコトヲ得ヘク又控訴ヲ不合法トシテ棄却セラレル

モ適法ノ期間内ハ控訴人ハ上訴權ヲ喪失スルモノニ非ス獨立シタル附帶控訴ノ取下ニ關シテハ主タル控訴ノ取下ト同シク第三百九十九條ヲ適用スヘキモノナリ

第四款 控訴審ノ辯論

控訴若クハ附帶控訴ノ申立アリタルトキハ控訴裁判所ハ當事者ノ不服ナリトスル下級裁判所ノ判決ヲ審査シ當事者ノ不服申立カ適當ニシテ下級裁判所ノ判決ヲ不當ナリト認メタル場合ニハ判決ヲ以テ下級裁判所ノ判決ノ不當ノ點ヲ除去スヘク若シ當事者ノ不服申立ヲ不當トスルトキハ亦判決ヲ以テ不服申立ヲ排斥スヘキナリ此目的ノ爲メニ控訴裁判所ハ當事者ノ爲シタル控訴若クハ附帶控訴ノ申立竝ニ其申立ノ理由ヲ標準トシ下級裁判所ノ判決ノ當否ヲ審査スルモノニシテ若シ不當ノ點ヲ發見シタルトキハ當事者ノ提出シタル訴訟材料ニ據リテ更ニ正當ノ判決ヲ爲スヘキモノナリ故ニ控訴審ニ於ケル辯論ノ範圍ハ第一ニ當事者カ控訴裁判所ニ適法ニ控訴ノ提起ヲ爲シタルヤ否ヤ即チ形式的控訴權ニ付キ審査ヲ爲シ控訴ノ提起カ不合法ナルトキハ判決ヲ以テ控

訴ヲ棄却シ適法ノ控訴ノ提起アリト爲ストキハ更ニ進ミテ第二ニ當事者ノ不服ヲ申立テタル判決カ不服申立ノ限度ニ於テ不當ナリヤ否ヤヲ審査シ不服申立ヲ不當トスルトキハ判決ヲ以テ控訴ヲ棄却シ若シ不服申立ヲ理由アリト爲ストキハ如何ナル判決ヲ以テ下級裁判所ノ判決ニ代フヘキヤ即チ實體的控訴權ニ付キ審査ヲ爲スヘキモノトス

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

第一 本來控訴裁判所ニ於テハ實體的控訴權ニ付キ下級裁判所ノ判決カ當事者ノ不服申立ノ限度ニ於テ正當ナリヤ否ヤヲ審査スヘキモノナリ如何トナレハ控訴ハ原告カ私權ニ付キ新裁判所ニ新訴ヲ提起スルモノニアラス換言スレハ控訴裁判所ニ於テハ新訴訟ノ審理ヲ爲スモノニアラスシテ控訴ハ下

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

然レトモ右ノ判決ノ當否ヲ審査スルカ爲メ其審査ニ供スル訴訟資料ノ範圍

ニ付テハ立法ノ如何ニ因リテ廣狹ヲ生スルモノナリ其廣狹ニ因リテ控訴ノ主義ニ差異ヲ生ス左ニ之ヲ分説スヘシ

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

ノ方面ヨリ觀察スルトキハ控訴ハ下級裁判所ノ判決ヲ爲スニ付テノ誤謬ヲ攻撃スル方法ナリト謂フニ歸スヘシ

(二) 控訴ハ係争關係ノ内容ノ眞實ナリヤ否ヤヲ審査スルモノナリトノ主義ヲ採用スルトキハ控訴ハ下級裁判所カ正當ノ判決ヲ爲スコトヲ得ヘキ地位ニ在リタルト否トニ關セス不服申立アリタル判決ノ當否換言スレハ控訴申立アリタル判決ハ當事者間ノ係争法律關係ノ眞實ニ適セリヤ否ヤヲ審査スル訴訟ナリト言フヘキナリ此主義ニ因レハ當事者ハ自己ノ申立ヲ主張シ相手方ノ申立ヲ攻撃スル爲メニハ下級裁判所ニ提供シタル事實證據等ノ訴訟資料ニ關係ナク自己ノ主張ヲ正當ト認メシムル爲メ必要ナル新訴訟資料アレハ之ヲ控訴裁判所ニ提供スルコトヲ得ルモノトス此主義ハ亦ニ區別スルコトヲ得即チ當事者ハ下級裁判所ニ提出シタル訴訟資料ニ關セス總テ實體上若クハ形式上ノ攻撃防禦ノ方法又ハ總テノ證據反對證據等第一審ニ提供シタルモノナルト否トヲ問ハス自己ノ意見ニ從ヒテ控訴審ニ提出スルコトヲ得ルモノトスルノ主義ト控訴審ニ於テ

新訴訟資料ノ提出ヲ許スモ不服ヲ申立テタル判決ノ基礎ト爲リタル訴訟資料ニ牽聯シテ新資料ヲ提出スルコトヲ得ル主義トノ二即チ是ナリ
 前主義ニ因レハ第一審ノ訴訟資料ニ關係ナク全然新訴訟資料ヲ提出シテ
 控訴審ノ審理ヲ求ムルコトヲ得ルモノナルヲ以テ控訴審ハ控訴若クハ附
 帶控訴申立ノ範圍内ニ於ケル純然タル第一審ト爲ルモノナリ唯下級審ハ
 其爲シタル判決ニ因リテ控訴審ニ於テ開始スヘキ審理ノ目的物ノ範圍ヲ
 確定スルノ效力ヲ有スルニ過キサルモノナリ後ノ主義ニ因レハ第一審裁
 判ノ基礎ト爲リタル第一審ノ訴訟資料ト牴觸セサル限りハ新資料ヲ控訴
 審ニ於テ新ニ提出スルコトヲ許スモノニシテ控訴審ハ第一審ノ繼續ナリ
 ト言フヘシ即チ此主義ハ第一審判決ノ基本ト爲リタル口頭辯論終結ノ程
 度ヲ繼續スルモノト言フヘキナリ故ニ第一審ニ於テ訴訟資料タリシモノ
 ハ控訴審ニ於テ第一審判決ノ當否ヲ審査スルニ當リテモ亦其效力ヲ有シ
 第一審ニ於テ變更若クハ取消シ得ヘキ資料ハ控訴審ニ於テモ亦取消シ若
 クハ變更スルコトヲ得又第一審ニ於テ新ニ増加シ得ヘキ訴訟資料ハ控訴

審ニ於テモ亦増加スルコトヲ許シ第一審ニ於テ失權ノ效果ヲ來シタル訴
 訟資料ハ控訴審ニ於テモ亦回復スルコトヲ得サルモノナリ

右ニ述ヘタル各主義中我民事訴訟法及ヒ獨逸民事訴訟法ノ控訴ノ内容辯論
 ノ範圍ハ下級裁判所ノ判決ノ當否ヲ審査スルニ訴訟資料限定主義即チ(一)
 主義ヲ採用セス係争關係ノ内容ノ眞實ヲ審査スルノ主義ヲ採用シ且控訴審
 ニ於テ當事者ハ第一審ニ提出セサリシ新訴訟資料ヲ提出スルコトヲ許シタ
 リ我民事訴訟法第四百十一條ニ控訴裁判所ニ於ケル訴訟ハ不服ノ申立ニ因
 リ定マリタル範圍内ニ於テ更ニ之ヲ辯論スト規定シタルハ此主義ヲ表彰シ
 タルモノニ外ナラス然レトモ第四百十二條乃至第四百十八條ニ於テ新訴訟
 資料ノ提出ニ制限ヲ附シ控訴審ノ辯論ハ第一審ニ於テ終結シタル訴訟資料
 ヲ基本トナシ且第一審ノ訴訟資料ニ牽聯シタル新訴訟資料ニ限り新ニ提出
 スルコトヲ許スノ主義ヲ採用シタルヲ以テ我民事訴訟法ニ於ケル控訴ノ辯
 論ハ係争關係ノ内容ノ眞實ヲ審査スルノ主義中續審主義ヲ採用シタルモノ
 ニシテ即チ控訴審ハ第一審ニ於テ終結シタル辯論ヲ再開スル第一審ノ審理

ノ續行ト言フヘキナリ?

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

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

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

(イ) 控訴審ニ於テハ新請求ヲ提起スルコトヲ得ス 新請求トハ第一審辯論ニ於テ主張セサリシ訴訟物若クハ第一審辯論ニ於テ主張シタルモ取下ケタル訴訟物若クハ第一審辯論ニ於テ主張シタルモ第一審裁判所カ判決ヲ爲ササリシ訴訟物ヲ云フ然レトモ訴ノ申立ヲ擴張シ若クハ最初求メタル物ノ減盡ニ因リ賠償ヲ求ムルコトハ新請求ト看做サス(第四一) 第一審判決ニ於テ自己ノ請求ヲ全部承認セラレタル原告カ更ニ訴ノ申

立ノ擴張ヲ爲シ若クハ最初求メタル物ノ滅盡ニ因リ賠償ヲ求ムル爲メ
 控訴ヲ提起スルコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ學說岐ルコトハ前ニ述ヘタ
 ルカ如シ即チ或説ニ依レハ控訴ハ第一審判決ニ因リテ不利益ヲ受ケタ
 ル者ニ非サレハ提起スルコトヲ得ス原告カ第一審判決ニ於テ請求ヲ全
 部承認セラレタルトキハ訴訟ノ目的ヲ達シタルモノナレハ之ニ對シテ
 不服ヲ主張スルコトヲ得スト然レトモ控訴ノ要件トシテ第一審ニ於ケ
 ル敗訴者タルコトヲ要スル規定ナキノミナラス若シ前説ヲ是ナリトセ
 ハ勝訴者タル原告カ被控訴人タル場合ニ於テモ訴ノ申立ヲ擴張シ若ク
 ハ最初求メタル物ノ滅盡ニ因ル賠償ヲ求ムルコトヲ得サルヘシ如何ト
 ナレハ第一審判決ハ控訴若クハ附帶控訴ノ方法ニ依リテ變更ヲ申立テ
 タル部分ニ限リ控訴人ノ不利益ニ變更スルコトヲ得ヘキモノナレハナ
 リ（第四二〇條）故ニ例ヘハ特定物ノ引渡ヲ求ムル訴訟ニ於テ原告ノ請求
 ヲ承認シタル第一審判決アリタル後ニ於テ被告カ故意ニ其物ヲ毀滅シ
 テ控訴ヲ提起シ物ノ不存在ヲ理由トシテ引渡ヲ拒ミタリトセンニ判決

ハ口頭辯論終結當時ノ訴訟資料ニ基キテ爲スヘキモノナレハ控訴ノ判
 決ハ原告ヲ敗訴ニ歸セシメサルヲ得サルヘシ此場合ニ原告カ附帶控訴
 ノ方法ニ依リ賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノトセハ原告ハ勝訴ノ判
 決ヲ得ルニ至ルヘク法律カ控訴審ニ於テ第一審ト同シク申立ヲ擴張シ
 若クハ物ノ滅盡ニ因ル損害賠償ヲ求ムルコトヲ許シタル趣旨ニ適合ス
 ルモノト云フヘシ而シテ附帶控訴ハ主タル控訴ノ存在ヲ前提トスル點
 ノミニ於テ獨立控訴ト差異アルニ過キサレハ第一審判決ニ於ケル勝訴
 ノ當事者ニ附帶控訴ヲ許スモノト爲ス以上ハ獨立ノ控訴モ亦之ヲ許ス
 ヘキモノト解スルヲ正當ト爲スヘキカ如シ

控訴ノ辯論ニ於ケル相殺ノ主張ハ新請求ノ提起ナルヤ實例ニ於テハ之
 ヲ新請求ノ提起トシテ民訴法第四百十六條後段ノ適用アルモノトセル
 カ如シ現行法ノ下ニ於テ口頭辯論ニ於ケル相殺ノ意思表示ヲ有效トス
 ヘキヤ否ヤ疑ナキ能ハスト雖モ之ヲ有效トスルモ之ヲ新請求ノ提起ト
 云フ能ハサルヤ疑ナカルヘシ新請求ノ提起トハ請求ニ付確定力ヲ生ス

ヘキ判決ヲ求ムルコトヲ云フモノニシテ民訴法第二百二十二條ノ判決ヲ求ムル事項ノ申立ヲ爲スニ依テ成立スルモノナリ民訴法第四百十六條後段ノ規定ハ同第二百一一條第二項ノ規定ト共ニ舊民法財產篇第五百三十二條ニ於テ反訴ノ方法ニ依リテ裁判上ノ相殺ヲ求ムルコトヲ許シタルニ基クモノニシテ現行法ノ如ク相殺ハ當事者ノ意思表示ノミニ依リテ效力ヲ生スルモノト爲ス以上ハ(民法第五〇六條第五)相殺ノ主張ヲ新請求ノ提起ト云フ能ハサルハ勿論前示民訴法ノ規定ハ同第二百六條第七ノ延期ノ抗辯ノ如ク適用ナキニ至リタルモノト云フヘシ

(ロ) 訴ノ變更ハ之ヲ許サス 訴ノ變更トハ訴ノ申立若クハ訴ノ原因ヲ變更スルコトヲ謂フ訴ノ原因ヲ變更セシテ訴ノ申立ヲ變更スル場合ニハ新ナル請求ノ提起ニシテ同時ニ訴ノ變更ト爲リ第一審ノ訴訟物ト差異ヲ生スルモノナレハ之ヲ許スヘキモノニアラス然レトモ訴ノ原因ヲ變更セシテ本案又ハ附帶ノ請求ニ付キ申立ノ擴張減縮ヲ爲シ又ハ最初求メタル物ノ滅盡變更ニ因リテ賠償ヲ請求スルコトハ第一審ニ於テ

許サルルモノナレハ控訴審ニ於テモ亦之ヲ許ス(第四一)新ナル訴ノ原因ヲ主張スルコトハ絕對ニ之ヲ許サス然レトモ第一審ト同シク事實上ノ申述ヲ補充更正シ或ハ法律上ノ申述ヲ補充更正スルコトハ訴ヲ變更スルモノニ非サルヲ以テ之ヲ許ス控訴審ニ於テ訴ノ變更ヲ許ササルハ審級ノ秩序ヲ保持スルニ基クモノニシテ相手方ノ承諾アル場合ト雖モ公益上之ヲ禁止シタルモノナリ(第四一)控訴審ニ於テ原告カ控訴人ニシテ訴ノ原因ヲ變更シタルトキハ變更シタル原因ニ基キ第一審判決ニ對スル不服ヲ申立ツルヲ得サルモノトシテ控訴ヲ理由ナシトシテ棄却スル判決ヲ爲スヘク之レニ反シテ原告カ被控訴人ニシテ訴ノ原因ヲ變更シタルトキハ新訴ヲ判決ヲ以テ却下シ舊訴ニ付キ訴訟ヲ進行スヘキナリ第一審ニ於ケル訴ノ變更第三編第二章第三節ノ說明ヲ參照スヘシ右ノ如ク我民事訴訟法及ヒ獨逸舊民事訴訟法ニ於テハ新請求及ヒ訴ノ變更ニ關シ公益上ノ理由ニ基キ制限ヲ附シタリト雖モ獨逸新民事訴訟法ニ於テハ此制限ヲ寬ニシ新請求ト雖モ相手方ノ承諾アルトキハ控訴審ニ於

テ新ニ提起スルコトヲ許シ相殺ノ抗辯モ相手方カ之ヲ承諾シ或ハ承諾ナ
 キモ被告カ過失ニアラスシテ第一審ニ於テ提起スルコト能ハサリシコト
 ヲ疏明シタルトキハ之ヲ許スモノトシ(獨民訴第五二九項第二項第三項)訴ノ變更ニ付ラモ
 亦當事者ノ承諾アルトキハ第二審ニ於テモ之ヲ爲スコトヲ許スモノトセ
 リ(第五二七條)是レ當事者ニ公益上設ケタル審級ノ秩序ヲ強制セサル精神ニ出
 テタルモノニシテ當事者カ二審級ノ審理ヲ受クルノ權利ヲ合意ヲ以テ拋
 棄セント欲スルニ拘ハラヌ國家カ強制シテ二審級ノ審理ヲ受ケシムル必
 要ナキハ第一審ニ對スル判決ニ付テ控訴權ヲ拋棄スルコトヲ得ル權利ヲ
 認メタルト同シク必要ナシト爲シタルニ出ツ故ニ第一審ヲ經サル新請求
 若クハ變更シタル新訴ニ付キ控訴審ハ事實ノ終審トシテ且第一審トシテ
 審理スルモノト言フヘキナリ此新民事訴訟法ノ規定ハ舊民事訴訟法ニ比
 シ訴訟資料ニ付キ控訴ノ内容ノ範圍ヲ擴張シタルモノト言フヘキモ控訴
 ノ主義ニ於テ變更ヲ生シタルモノニアラス

(二) 控訴審ニ於テ不服ノ申立アリタル判決ノ當否ヲ審査スルニハ第一審ニ

於テ終結シタル口頭辯論ヲ再開シテ爲スモノナリ故ニ其結果トシテ

(イ) 控訴裁判所ハ第一審ノ口頭辯論ヲ終結シタルトキニ於テ第一審ノ辯
 論ニ存在シタル訴訟資料ハ不服ノ申立アリタル判決ノ當否ヲ審査スル
 ノ資料ト爲スモノナリ故ニ各當事者ハ其控訴若クハ附帶控訴ノ申立及
 ヒ不服ヲ申立テタル裁判ノ當否ヲ明瞭ナラシムルカ爲メニ必要ナル限
 ハ控訴審ノ口頭辯論ニ於テ第一審ニ於ケル辯論ノ結果ヲ正確且完全ニ
 演述セサルヘカラス(第四一二條第二項)即チ當事者ハ不服ヲ申立テタル裁判ノ基
 本ト爲リタル訴訟資料ヲ總テ控訴審ノ口頭辯論ニ於テ演述シ以テ控訴
 審ノ訴訟資料ト爲スモノナリ演述ノ不正確又ハ不完全ナル場合ニ於テ
 ハ裁判長ハ訴訟記録ヲ基本トシ其更正若クハ補充ヲ爲サシメ又必要ナ
 ル場合ニハ辯論ヲ再開シテ之ヲ爲サシメサルヘカラス(第四一三條第一項)控訴ヲ
 申立テタル裁判ノ理由ト爲リタル中間判決ノ訴訟資料ニ付テモ亦同シ
 故ニ第一審判決ノ基本ト爲リタル口頭辯論終結ノ際存シタル攻撃防禦
 ノ方法事實上ノ主張、争ヒ若クハ自白シタル陳述、證據及ヒ之ニ關スル陳

述竝ニ證據調ヲ爲シタル訴訟資料ハ控訴審ノ訴訟資料ト爲ルモノナリ
 第四百十二條ノ規定ニ因リテ控訴審ノ審理ハ第一審ノ訴訟材料ヲ基本
 ト爲スモノナルコトハ之ヲ推知スルヲ得ヘク隨テ控訴審ノ辯論ハ第一
 審ノ辯論ヲ再開シテ續行スルモノナルコトヲ知ルヲ得ヘシ
 第一審ニ於ケル訴訟資料ハ當然控訴審ノ訴訟資料ト爲ルモノナリ若シ
 當事者カ第四百十二條ニ從ヒ演述セサルトキハ裁判所ハ職權ヲ以テ訴
 訟資料ヲ指示シテ口頭辯論ニ之ヲ表ハシ以テ控訴判決ノ資料ト爲ササ
 ルヘカラス裁判所ハ第一審ノ口頭辯論調書及ヒ第一審判決ノ摘示ニ因
 リテ其資料ヲ知ルヘキモノトス若シ當事者カ演述セサルトキハ第一審
 ノ訴訟資料ヲ控訴審ノ訴訟資料ト爲スヲ得ストスルトキハ當事者ノ演
 述ノ如何ニ因リ控訴審ハ第一審ノ續審ト爲リ若クハ覆審ト爲ルノ結果
 ヲ生スヘケレハナリ

(ロ) 第一審ノ訴訟資料ハ第一審ノ口頭辯論ヲ再開シタル場合ニ於テ當事
 者カ廢棄若クハ變更スルコトヲ得ルモノニ限り控訴審ニ於テ其當事者

カ廢棄若クハ變更スルコトヲ得ルモノトス故ニ當事者カ第一審ニ於テ
 提出シタル攻撃防禦ノ方法其他申立主張證據申出等ハ控訴審ニ於テモ
 第一審ニ於テ爲シ得ル限リ明示若クハ暗黙ニ拋棄スルコトヲ得ルモノ
 ナリ然レトモ證據調アリタル證據ノ價值ハ第一審ニ於ケルト同シク控
 訴審ニ於テモ拋棄スルコトヲ得ス又第一審ニ於テ爲シタル事實若クハ
 書證ニ關スル陳述ハ控訴審ニ於テモ亦其效力ヲ有スルモノナリ故ニ第
 一審ニ於テ爭ハレタルモノハ控訴審ニ於テモ爭ハレタルノ效力ヲ生シ
 爭ハサルモノハ控訴審ニ於テハ亦爭ハサルモノト爲ルモノトス此等ノ
 事項モ第一審ニ於テ變更シ得ヘキ限ハ控訴審ニ於テモ亦爭ヒ又ハ爭ハ
 サルモノニ變更スルコトヲ得ヘシ裁判上ノ自白ハ控訴審ニ於テモ亦其
 效力ヲ有ス(第四一八條)然レトモ其自白カ錯誤ニ出テタルコトヲ證明シタル
 場合ニハ第一審ニ於ケルト同シク控訴審ニ於テ之ヲ取消スコトヲ得ヘ
 シ

第一審ニ於ケル第百十一條ノ推定ハ控訴審ニ於テモ亦其效力ヲ有シ唯

當事者カ之ヲ追完スルコトヲ得ルニ過キス即チ事實又ハ證據ニ付キ當事者カ第一審ニ於テ爲ササリシ陳述又ハ拒ミタル陳述ハ第二審ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ(第四一七條)第一百一條ノ規定ニ因レハ各當事者ハ相手方ノ主張シタル事實ニ對シ陳述ヲ爲スヘキモノニシテ若シ明カニ爭ヒタルモノト認メラレタル事實ハ相手方ノ主張ニ對シ他ノ陳述ヨリ之ヲ爭ハントスル意思カ表ハレサル限ハ自白シタルモノト看做サルヘキナリ即チ第一審ノ口頭辯論終結ノ際ニ於テ第一百一條ノ規定ニ因リテ自白シタルモノト推定セラレタルトキハ其推定ハ判決ノ基本ト爲リ得ルモノナリ然レトモ第一審ニ於テ終結シタル辯論ヲ第一審ニ於テ再開シタルトキハ再ヒ其陳述ヲ爲シ自白ノ推定ヲ齟スコトヲ得ルモノナルヲ以テ控訴審ニ於テモ爲ササリシ陳述拒ミタル陳述ハ各當事者ハ之ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ尙ホ第一審ニ於テ爲シタル證據調ハ控訴審ニ於テモ其效力アルモノナレトモ證據調ノ結果ナル實體上ノ證據ノ價值ハ第一審ノ辯論ノ全趣旨ヲ斟酌シテ控訴裁判所自由ニ判斷ヲ爲

スコトヲ得ルモノナリ

(ハ) 新ナル攻撃防禦ノ方法竝ニ新事實新證據方法等ハ第一審ノ辯論ヲ再開シタル場合ニ提出スルコトヲ許サルモノニ限り控訴審ニ於テモ亦提出スルコトヲ得ルモノナリ故ニ第一審ノ訴訟カ形式上不適法ナルコトヲ主張スル爲メニハ形式ニ關スル新事實新證據方法等ヲ第一審ニ提出スルコトヲ得タリシモノニ限り控訴審ニ提出スルコトヲ得ヘシ即チ妨訴抗辯ニ關シテハ第一審ト同シク當事者ノ拋棄シ得サルモノハ何時ニテモ控訴審ニ於テ之ヲ提出スルコトヲ得ルモ當事者カ拋棄スルコトヲ得ヘキ妨訴抗辯ハ其過失ニ非スシテ第一審ニ提出シ能ハサリシコトヲ疏明スルコトヲ得ルトキニ限り控訴審ニ新ニ提出スルコトヲ得ヘシ(第四一四條)其他訴訟要件ニ關スル抗辯モ亦當事者カ第一審ノ辯論再開ニ於テ提出シ得ヘキモノハ總テ控訴審ニ於テ提出スルコトヲ得ルモノナリ妨訴抗辯ハ第一審ニ於テ本案ノ辯論前同時ニ之ヲ提出スヘキコトヲ命シ被告ノ拋棄シ得ヘキモノハ其過失ニアラスシテ本案ノ辯論前ニ抗

辯ヲ主張スルコト能ハサリシコトヲ疏明スルトキニ限リ之ヲ主張スルコトヲ得ル趣旨ト一致スルモノナリ(第二〇六條第二項)唯區裁判所ニ於テハ裁判所管轄違ノ抗辯ヲ除キ其他ノ妨訴抗辯ハ口頭辯論ノ終結ニ至ルマテ之ヲ主張スルコトヲ許スト雖モ是レ便宜ノ規定ニシテ特ニ區裁判所ニ於ケル例外ト爲シタルモノナルヲ以テ區裁判所ノ判決ニ對スル控訴ニ付テハ第一審ト同シカラス

又第一審ノ判決カ實體上不當ナルコト即チ係争關係ノ眞實ニ適セサルコトヲ主張スル爲メニハ第一審ノ辯論終結前ニ提出スルコトヲ得ヘシ攻撃防禦ノ方法新事實新證據方法ハ當事者カ第一審ニ於テ提出セザリシモノハ勿論一タヒ提出シテ裁判所ヨリ排斥セラレタルモノナルト若クハ當事者カ拋棄シタルモノナルト問ハス總テ其提出ヲ許ス(第四一條第一項)然レトモ自白シタル事實ニ牴觸シタル新事實或ハ期間ノ經過ニ因リ或ハ數額ノ裁判ヲ留保シテ原因ニ付テ判決ヲ爲シ(第二二八條第二項)其原因ニ付テノ判決カ確定シ攻撃防禦ノ方法ヲ行フ權利ヲ喪失シタル場合ノ如キハ

之ニ關スル攻撃防禦ノ方法ヲ提出スルコトヲ許サス然レトモ單ニ下級裁判所カ羈束セラルヘキ中間判決ニ關スル訴訟資料ハ下級裁判所カ辯論ヲ再開スル際ニ於テ下級裁判所ニ提出スルコトヲ得サルモノト雖モ控訴裁判所ニ於テハ之ニ關スル訴訟資料ノ提出ヲ許ス如何トナレハ控訴裁判所ニ於テハ前審ノ終結シタル辯論全部ヲ再開スルモノナレハ終局判決ノ前提ト爲リタル中間判決ニ關スル辯論ノ如キハ當然再開ノ辯論ニ包含セラルルモノニシテ終局判決前ニ爲シタル中間判決モ亦控訴審ノ判斷ヲ受クヘキモノナレハナリ(第三九條)

(三)

前(二)ニ述ヘタルカ如ク控訴裁判所ニ於ケル事件自體ニ付テノ審査ハ第一審ニ於テ提出セラレタル訴訟資料ニ第二審ニ於テ提出セラレタル訴訟資料ヲ加ヘテ不服ヲ申立テタル判決ノ當否ヲ審査スルモノナルカ故ニ不服ヲ申立テラレタル判決ヲ以テ裁判セラレタル訴訟物ニ關係ナキ新舊ノ訴訟資料ハ控訴裁判所ハ之ヲ審査スルノ必要ナシト雖モ訴訟物ニ關係セル訴訟資料ハ第一審ニ提出アリタルモノナルト新ニ控訴審ニ提出アリタ

ルモノナルトヲ問ハス又下級裁判所カ提出アリタルニ拘ハラス裁判ヲ爲スニ必要ナラストシテ不問ニ付シタルモノナルトヲ問ハス總テ控訴審ニ於テ之ヲ審査スヘキモノナリ故ニ控訴裁判所ハ控訴審ニ新ニ提出アリタル訴訟資料若クハ第一審ニ提出アリタル訴訟資料ヲ第一審裁判所カ不問ニ付シタルノ理由ニ基キ下級裁判所ニ於テ訴訟物ニ付キ新ニ當事者ヲシテ辯論ヲ爲サシムルカ爲メ事件ヲ下級裁判所ニ差戻スノ權能ヲ有セサルモノナリ控訴裁判所ハ新訴訟資料若クハ第一審裁判所カ不問ニ付シタル訴訟資料ニシテ訴訟物ニ關係スルモノナル以上ハ此等ノ訴訟資料ニ付キ辯論及ヒ裁判ヲ爲ササルヘカラス即チ第一審裁判所カ原告ノ訴訟物トシテ主張セル權利又ハ法律關係ヲ正當ナリトシ若クハ不當ナリトシテ排斥シタル訴訟物ニ關スル總テノ爭點ニシテ控訴裁判所カ其當否ヲ判斷スルニ辯論及ヒ裁判ヲ必要ト認メタルモノハ第一審裁判所ニ於テ其爭點ニ付キ辯論及ヒ裁判ヲ爲ササルトキト雖モ控訴裁判所ニ於テ其辯論及ヒ裁判ヲ爲スノ義務ヲ負フモノトス(第四二條)

第五款 控訴ノ效力

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

第一項 停止ノ效力

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

第一 控訴ハ第一審判決ノ確定力ヲ停止ス

第一審ノ終局判決ニ對シテハ原則トシテ訴訟當事者ハ控訴ヲ提起スル權利ヲ有スルヲ以テ法律カ與ヘタル控訴期間ノ滿了前ニハ當事者ハ何等ノ行爲ヲ爲スヲ要セス控訴ヲ許ス判決ハ確定力ヲ生セサルモノトス而シテ判決ニ對シテ控訴ノ提起アリタルトキハ控訴裁判所ニ於テ審理ノ結果第一審判決ヲ廢棄若クハ變更スルコトアルヲ以テ判決ノ確定ハ控訴ノ提起ニ因リテ遮斷セラレ即チ控訴ノ判決ノ結果如何ニ因リ控訴ノ判決カ確定スルニ至ルマテハ第一審ノ判決ハ其確定力ヲ停止セラレルモノナリ(第四九條)而シテ控訴ヲ

許スヘキ判決ハ控訴期間ノ滿了ニ因リテ確定シタル判決ニ對シテハ控訴ハ許サレサルモノナルモ例外トシテ控訴期間經過ニ因ル原狀回復アリタル場合ハ亦控訴ヲ許スニ至ルモノナリ

斯ノ如ク控訴ノ提起アリタルトキハ判決ノ確定力ヲ遮斷スルモノナルヲ以テ確定力ヲ生シタル判決ニ對シテ控訴ノ提起ヲ爲スモ爲メニ判決ノ確定ヲ遮斷スルノ效力ヲ生セス然レトモ確定力ヲ生セサル以前ニ於テ控訴ノ提起アリタルトキハ其控訴カ適法ノモノナルトキハ勿論控訴ノ要件ニ欠缺アル不適法ノ控訴ト雖モ控訴期間經過以前ニ提起シタルモノナルトキハ尙ホ判決ノ確定力ヲ遮斷スルノ效力ヲ生スルモノナリ如何トナレハ外觀上適法ト認ムヘキ控訴ノ提起ハ控訴裁判所カ控訴提起ノ要件ニ欠缺アリトシテ控訴ヲ不適法トシテ棄却スルマテハ控訴ノ適否未定ノ狀態ニアルモノナレハ法律上控訴提起ニ付與シタル效力ヲ假定的ニ發生スルモノナレハナリ而シテ判決ノ確定力ヲ停止スル效力ハ第一審判決ノ全部ニ及ホスモノナリ換言スレハ當事者カ第一審判決ノ全部ニ對シ不服申立ヲ爲シタルトキハ勿論第一

審判決ノ一分ニ對シテ不服ノ申立ヲ爲シタル場合ト雖モ控訴ノ提起アリタルトキハ判決ノ全部ニ對シテ確定力ヲ停止スルモノナリ如何トナレハ不服申立ノ範圍ハ控訴提起ニ關スル必要の成立要件ニアラス縱令最初ニ控訴人カ第一審判決ノ一分ニ對シテ不服ノ申立ヲ爲スモ控訴人ハ判決ニ接著スル控訴裁判所ノ口頭辯論ノ終結ニ至ルマテハ不服申立ノ範圍ヲ擴張スルコトヲ得ヘク又被控訴人ハ控訴人ノ不服申立ヲ爲ササル部分ニ付テモ附帶控訴ノ方法ニ依リテ不服申立ヲ爲スコトヲ得ヘキモノナレハナリ

控訴ノ提起ニ因リテ判決ノ確定力ヲ遮斷スル效力ハ控訴裁判所カ第一審ノ判決ニ變更ヲ加フルコトナクシテ控訴審ノ手續ヲ終了シタルトキハ消滅スルニ至ルモノトス即チ控訴ノ取下アルカ又ハ控訴裁判所カ控訴ヲ不適法ト爲シ控訴ヲ棄却スル判決ヲ爲シタルトキ換言スレハ控訴裁判所カ原判決ノ當否ヲ審査セスシテ控訴ヲ排斥スル判決ヲ爲シ其判決確定ニ至リタルトキハ消滅スルモノトス然レトモ控訴裁判所ノ判決ニ於テ第一審判決ヲ取消シタルトキハ第一審判決ハ消滅スヘク又第一審判決ヲ認可シテ控訴ヲ實體上

理由ナシトシテ棄却スルトキハ控訴ノ判決ハ第一審判決ヲ吸收シテ之レニ代ルモノトス

第二 控訴ハ第一審判決ノ執行力ヲ停止ス

第一審判決ニ對シテ控訴ヲ提起アリタルトキハ其判決ノ確定ヲ停止スルト共ニ當事者カ其判決ニ基キ執行スルコトヲ妨ケラレ又裁判所モ職權上其判決ヲ基礎トシテ執行スルコトヲ得サルモノトス如何トナレハ判決カ確定セサル間ハ其判決ノ效力ハ未タ完全ニ發生セサルモノナルヲ以テ其判決ニ基キ當事者竝ニ裁判所ニ行爲ヲ許ストキハ其行爲モ亦確定ノ状態ニ在ラサルモノナリ換言スレハ其判決ノ確定前未確定ノ判決ニ基キテ爲シタル行爲ハ判決ノ確定ニ因リテ確定ト爲リ其判決カ控訴ニ因リテ廢棄變更セラルルコトアルトキハ確定前ニ爲シタル判決ニ基ク行爲ハ既往ニ遡リ無効ノモノト爲ルモノトス此危險ヲ避クルカ爲メニ民事訴訟法ハ原則トシテ確定シタル判決ニ限り執行力ヲ有スルモノト爲シ判決ノ確定ニ至ルマテハ執行ヲ停止スヘキモノトセリ(第四九條)

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

第二項 移審ノ效力

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

第一 移審ノ效力ハ適法ナル控訴ノ提起ニ因リテ發生ス控訴カ不適法ナルトキハ外觀上訴訟ハ控訴審ニ繫屬シタルカ如キモ控訴裁判所ハ訴訟本案ニ付

キ審理ヲ爲スコトヲ得スシテ控訴ヲ不適法トシテ棄却スヘキモノナレハ恰モ第一審ニ於テ訴訟成立要件ヲ欠缺セル爲メ訴訟關係ヲ發生セサルト同シク控訴審ニ於テモ移審ノ效力ヲ發生セサルモノトス

第二 移審ノ效力ノ範圍ハ第一審判決ニ因リテ裁判セラレタル訴訟ノ全部ヲ控訴審ニ繫屬セシムルモノナリ換言スレハ控訴人カ不服ヲ申立テタル判決ニ因リテ裁判セラレタル訴訟物全部カ控訴審ニ繫屬スルモノトス故ニ第一審ノ訴訟物ト雖モ第一審判決ニ因リテ裁判セラレサルモノハ控訴審ニ繫屬セス第一審ニ於テ現ハレサリシ訴訟物若クハ第一審判決ニ於テ是認シ若クハ否認セサリシ訴訟物即チ裁判ノ脱漏アリタル主タル請求若クハ附帶請求ノ如キハ控訴審ニ繫屬セサルモノトス(第四〇項)

第三 移審ノ效力ハ第一審判決ニ因リ裁判セラレタル訴訟物ノ全部ニ付キ發生スルモノナレトモ控訴裁判所ニ於ケル辯論及ヒ判決ヲ爲スヘキ範圍ハ前欸ニ述ヘタル如ク當事者ノ控訴若クハ附帶控訴ニ因ル不服申立ノ範圍ニ限ラルルモノトス(第四一條)隨テ第一審判決ハ當事者ヨリ變更ヲ申立テタル部分

ニ限リ控訴裁判所ニ於テ取消若クハ變更スルコトヲ得ルモノトス(第四二條)第一審判決中當事者ノ不服申立ナキ部分ニ於テハ控訴裁判所カ其不法ナルコトヲ發見スルモ之ヲ當事者ノ利益若クハ不利益ニ變更スルコトヲ得ス又不服申立アリタル判決ヲ控訴人ノ不利益ニ變更スルコトハ相手方カ控訴若クハ附帶控訴ノ方法ニ因リ不服ヲ申立テタル場合ニ限ルモノトス(第四三條)
第四 移審ノ效力ハ控訴ノ取下及ヒ控訴審ノ終局判決ノ確定ニ因リテ消滅スルモノナリ控訴裁判所ノ終局判決ニ因リテ移審ノ效力ヲ消滅スルモ其判決ニ對シテ上告ノ提起アリテ上告裁判所カ判決ヲ破毀シテ事件ヲ控訴裁判所ニ差戻シ若クハ移送シタルトキハ再ヒ移審ノ效力ヲ發生シ前ノ控訴申立及ヒ附帶控訴ノ申立ハ其效力ヲ生スルモノナリ

第六欸 控訴審ノ判決

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

控訴要件ノ存否ハ控訴裁判所ノ裁判長カ職權ヲ以テ書面上審査スヘキモノナルモ(第四條)控訴裁判所モ亦口頭辯論ニ基キテ之ヲ調査セサルヘカラス控訴要件ニ關スル當事者ノ辯論ハ控訴ノ實體上ノ辯論ト併合シテ爲スヘキモノニシテ當事者ハ辯論ヲ控訴要件ノミニ制限スルノ權利ナシ裁判所ハ第百十八條ノ規定ニ依リ辯論ノ分離ヲ命スルコトヲ得ヘシ控訴裁判所カ審理ノ結果控訴ノ要件ニ欠缺アリト認メタルトキハ控訴ヲ不適法トシテ判決ヲ以テ棄却ス(第九條)此判決ハ控訴裁判所カ控訴ニ付キ終局的ニ裁判シタルモノナレハ終局判決ナリトス

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

控訴裁判所カ實體上ノ審査ヲ爲シ第一審判決ヲ正當ト認メタルトキハ終局判決ヲ以テ控訴ヲ理由ナシトシテ棄却スヘキモノトス(第四條)控訴ヲ棄却スル判

決ハ第一審判決ヲ認可スルモノニシテ第一審判決ト同一内容ヲ有スルモノナリ故ニ第一審判決ハ控訴棄却ノ判決ニ吸收セララル結果ヲ生スルモノトス之ニ反シテ第一審判決ヲ不當ト認メ當事者ノ不服申立ヲ理由アリト認メタルトキハ第一審判決ヲ取消シ更ニ之ニ代ルヘキ判決ヲ爲スヘキモノトス

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

第一 事件ニ付キ第一審ノ辯論ヲ必要トスルトキ
事件ニ付キ第一審ノ辯論ヲ必要トスルトキトハ控訴裁判所ノ判決ニ因リ訴

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

(一) 不服ヲ申立テラレタル判決カ關席判決ナルトキ 關席判決ハ故障ヲ許ササルモノニシテ懈怠ナキコトヲ理由トスルトキニ限り控訴ヲ提起スルコトヲ得(第三九條)此理由ニ基キ當事者カ控訴ノ提起ヲ爲シタルトキ其控訴カ不適法ナルカ若クハ其理由ナキトキハ控訴棄却ノ判決ヲ爲シ事件ハ完結スルモノナルヲ以テ更ニ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スノ必要ナシト雖モ然レトモ若シ控訴カ理由アルトキハ第一審ニ於テハ未タ本案ニ付キ當事者雙方カ完全ニ辯論ヲ爲シタルニアラサルヲ以テ更ニ當事者ヲシテ完

コトニ於テ被告ハ其カ
 加シテ原告ハ其カ
 ハ控訴ノ理由ニ對シテ
 辯論スルコトヲ得
 不適當ニ之ヲ爲スル
 事者ニ對シテハ其カ
 辯論ノ必要ニ付キ

全ニ第一審ノ審理ヲ得セシムルノ必要アリ故ニ控訴裁判所ハ第一審判決ヲ廢棄シ事件ニ付キ辯論及ヒ裁判ヲ爲サシムル爲メ訴訟事件全部ヲ原裁判所ニ差戻スヘキモノトス

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

(三) 不服ヲ申立テラレタル判決カ妨訴抗辯ノミニ付キ裁判ヲ爲シタルモノナルトキ 第一審裁判所カ被告ノ提出シタル妨訴抗辯ノミニ付キ其當否ヲ裁判シ本案ニ付キ裁判ヲ爲ササリシトキ妨訴抗辯ニ關スル判決ニ對シ

控訴ノ提起アリタル場合ニ差戻ノ必要ヲ生スルコトアリ第一審裁判所ニ於テ當事者カ本案ニ付キ辯論ヲ爲シタルヤ又裁判所カ職權ヲ以テ妨訴抗辯ニ付キ辯論ノ分離ヲ爲シタルカ或ハ被告カ本案ノ辯論ヲ拒ミタルヤ否ヤニ關セス第一審裁判所カ妨訴抗辯ノ當否ノミニ付キ爲シタル判決ニ對シテ控訴ノ提起アリタルトキニ限り差戻ノ場合ヲ生スルモノナリ今各場合ニ付キ之ヲ觀察スレハ第一審裁判所カ被告ノ提出シタル妨訴抗辯ヲ理由アリトシテ原告ノ訴ヲ却下シタル場合ニ其判決ニ對シテ控訴ノ提起アリテ控訴裁判所カ控訴ヲ理由ナシト認メ其判決ヲ正當ト認メタルトキハ更ニ本案ニ付キ辯論及ヒ裁判ヲ爲スノ必要生セサルヲ以テ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スヘキモノニアラス之ニ反シ第一審裁判所カ妨訴抗辯ヲ理由アリトシテ訴ヲ却下シタル判決ヲ控訴裁判所カ妨訴抗辯ヲ理由ナシトシテ棄却スヘキモノト認メタルトキ即チ控訴ヲ理由アリト認メタルトキハ事件ノ本案ニ付キ第一審裁判所ヲシテ更ニ辯論裁判ヲ爲サシムルノ必要アルヲ以テ第一審判決ヲ廢棄シ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スヘキモノ

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

要スルニ第一審裁判所カ妨訴抗辯ヲ棄却シタルト若クハ採用シタルトニ關セス控訴裁判所カ被告ノ提出シタル妨訴抗辯ヲ理由ナシト認メタル場合ニハ第一審ヲシテ本案ノ辯論裁判ヲ爲サシムルノ必要生スルヲ以テ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スヘキモノナリ然レトモ第一審裁判所ニ於テ妨訴抗辯ニ付テノ辯論ト本案ノ辯論トヲ分離セシテ辯論ヲ爲シ本案ニ付テノ裁判ト共ニ妨訴抗辯ヲ理由ナシトスル裁判ヲ爲シタル場合ニハ控訴

裁判所ニ於テハ第一審ノ判決ニ對スル控訴ノ提起ニ因リ妨訴抗辯ノ當否ニ付キ審査ヲ爲シ其抗辯ヲ理由ナシトスル場合ト雖モ其裁判ハ妨訴抗辯ノミニ付テノ裁判ニアラス本案ニ付キ既ニ第一審ノ辯論裁判アリタルモノナルヲ以テ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スヘキモノニアラス又被告カ第二百六條ニ規定セル以外ノ抗辯ヲ妨訴抗辯ナリト主張シテ第一審裁判所ニ提出シ第一審裁判所ハ之ヲ妨訴抗辯ナリトシテ其抗辯ノミニ付キ判決ヲ爲シタル場合ニ控訴ノ提起アリタルトキハ控訴裁判所ハ第四百二十三條ノ規定ニ從ヒ訴訟手續ノ違背ヲ理由トシテ事件ヲ原裁判所ニ差戻スコトヲ得ルモ本項ニ依リ差戻スヘキモノニ非ス

(四) 請求ノ原因、數額ニ付テ争アル場合ニ於テ不服ヲ申立テラレタル判決カ先ツ其原因ノミニ付キ裁判ヲ爲シタルモノナルトキ(第二二條)第一審ニ於テ請求ノ原因ト數額トニ争アリタル場合ニハ第一審裁判所ハ辯論ヲ分離シテ原因ノミニ付キ判決ヲ爲スコトヲ得ヘク此判決ハ請求ノ原因ヲ正當ナリトスルトキハ上訴ニ關シテ終局判決ト看做サルヘキ中間判決ニシテ

若シ請求ノ原因ヲ不當トスルトキハ原告ノ請求ヲ棄却スル終局判決ヲ爲スヘキモノナリ此二個ノ場合ニ於テ控訴ノ提起アリタルトキ控訴裁判所カ請求ノ原因ヲ正當ナリト認メタル場合ニハ事件ニ付キ尙ホ數額ニ付テ辯論ヲ爲サシムルカ爲メニ其事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スヘキモノナリ如何トナレハ未タ數額ニ付キ第一審ノ辯論及ヒ裁判ヲ經サルモノナレハナリ或說ニハ第一審ニ於テ請求ノ原因ト數額トニ辯論ヲ分離シタル場合ト雖モ請求ノ原因ヲ不當トシ請求ヲ棄却スル判決ヲ爲シタルモノナルトキハ是レ請求ノ原因ノミノ判決ニ非サルヲ以テ控訴審ニ於テ其判決ヲ廢棄スル場合ト雖モ事件ヲ差戻スヘキニ非スト爲スモノアリ然レトモ差戻判決ヲ爲ス理由ハ第一審ノ辯論ヲ經サル訴訟物ニ付キ第二審ニ於テ直チニ辯論判決ヲ爲スコトヲ避クルノ法意ナルヲ以テ數額ニ付キ第一審ノ辯論ナキ以上ハ差戻判決ヲ爲スヲ正當ト信ス?

控訴裁判所カ原告ノ主張スル請求ノ原因ヲ不當ト認メテ之ヲ排斥スヘキモノト爲シタル場合ニハ數額ニ付テノ辯論ハ必要ナキニ至ルヲ以テ第一

コトハ
廿二日
廿三日
廿四日
廿五日
廿六日
廿七日
廿八日
廿九日
三十日
三十一日
一月
二月
三月
四月
五月
六月
七月
八月
九月
十月
十一月
十二月

審ノ判決カ中間判決ナルトキハ之ヲ廢棄シテ請求棄却ノ判決ヲ爲シ若シ
第一審ノ判決カ終局判決ナルトキハ控訴棄却ノ判決ヲ爲シテ事件ヲ終了
スヘキモノナリ又第一審裁判所カ原因ト數額トニ付キ辯論ノ分離ヲ爲サ
サルモ原因ニ付キ原告ノ請求ヲ不當トシテ棄却スル判決ヲ爲シタル場合
ニ於テモ控訴裁判所カ請求ノ原因ヲ正當ナリト認メタルトキハ數額ノ辯
論裁判ヲ爲サシムルカ爲メニ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スヘキモノトス
(五) 證書訴訟爲替訴訟ニ於テ敗訴ノ被告ニ別訴訟ヲ以テ追行ヲ爲スノ權ヲ
留保シタル判決ナルトキハ證書訴訟爲替訴訟ニ於テハ適法ノ證據方法ヲ
以テ被告カ其證明ヲ爲サス或ハ完全ニ舉證ヲ爲ササルトキハ被告カ原告
ノ請求ヲ争フ場合ト雖モ被告ノ異議ハ許ササルモノトシテ却下スヘク且
原告ノ請求ヲ争ヒタル被告ニ敗訴ノ言渡ヲ爲ストキニ於テハ總テノ場合
ニ於テ被告ニ權利ノ行使ヲ留保スルモノナリ權利行使ヲ留保シタルトキ
ハ其判決ノ言渡ニ因リテ其訴訟事件ハ通常訴訟手續ニ於テ當然其裁判所
ニ繫屬スルモノトナル其留保ヲ掲ケタル判決ニ對シテ控訴ノ提起アリタ

ルトキ控訴裁判所ハ原告ノ請求ヲ不當ト認メタルトキハ原告ノ請求ヲ排
斥スヘキヲ以テ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スノ必要ナシ然レトモ原告ノ
請求ヲ正當ト認メ第一審判決ヲ認可スル場合ニ於テハ第一審ヲシテ更ニ
通常手續ニ於テ事件ヲ審査セシムヘキモノナルヲ以テ其事件ヲ原裁判所
ニ差戻スヘキモノナリ若シ此判決ニシテ第一審裁判所カ留保ヲ掲クルコ
トヲ脱漏シタル場合ナルトキハ事件ヲ原裁判所ニ差戻スヘキモノニアラ
ス

以上五箇ノ場合ニ於テハ事件全體ニ付テ第一審ノ辯論カ未タ完了セサルモ
ノニシテ即チ事件ニ付キ第一審ノ辯論ヲ必要トスルモノナルヲ以テ當事者
ノ申立如何ニ關セス控訴裁判所ハ職權ヲ以テ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻ス
ヘキモノナリ控訴裁判所カ差戻ヲ爲スニハ辯論ヲ必要トスル場合ナラサル
ヘカラス辯論ヲ必要トスルトハ前ニ述ヘタル五箇ノ場合ニ於テ此等ノ裁判
ノ基礎ト爲リタル訴訟資料以外ニ於テ訴訟ヲ完結スルニ尙ホ辯論ヲ必要ト
スルコトヲ謂フモノナリ辯論ヲ必要トスルトハ第一審裁判ナキトキヲ意味

スルモノニシテ事實上當事者カ辯論ヲ爲シタルコトアリトスルモ第一審裁判ノ内容ニ包含セラレサル訴訟資料ニ付テ辯論ヲ必要トスル場合ヲ意味スルモノトス

第二 第一審ニ於テ訴訟手續ノ規定ニ違背シタルトキ

第一審ノ審理及ヒ裁判カ訴訟手續ノ規定ニ違背シタルコトアルトキハ控訴裁判所ハ其判決及ヒ違背シタル訴訟手續ノ部分ヲ廢棄シテ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スコトヲ得ルモノナリ(第三條四二)此場合ニ於ケル差戻ハ控訴裁判所ノ意見ニ因ルモノニシテ控訴裁判所ハ訴訟手續ノ規定ニ違背アルモ必スシモ差戻ヲ要スルモノニアラス如何トナレハ第四百二十三條ニハ差戻スコトヲ得トアリテ前條ト其規定ヲ異ニスレハナリ殊ニ訴訟手續ノ違背ニシテ控訴裁判所ニ於テ追完シ得ルモノナルトキハ之ヲ差戻スモ何等ノ利益ナキノミナラス却テ弊害ヲ生スヘケレハナリ訴訟手續ノ違背トハ訴訟事件ニ付キ訴訟法ヲ適用セサルカ若クハ不當ニ適用シタル場合ナリ而シテ第四百二十三條ニハ何等ノ制限ナキヲ以テ苟モ訴訟手續ノ規定ニ違背シタルコトアル

トキハ如何ナル場合ト雖モ之ヲ差戻スコトヲ得ヘシ然レトモ法律ノ精神ヨリスレハ控訴裁判所ハ差戻ノ爲メニ當事者ノ利益ヲ害セサルコトニ注意セサルヘカラス獨逸新舊民事訴訟法ニ因レハ訴訟手續ニ重要ナル欠缺アル場合ニ限り差戻スコトヲ得ルモノト規定シ尙ホ同法ニ因ルモ如何ナル訴訟手續ノ違背カ重要ナル欠缺ナリヤニ付テハ規定スル所ナシ故ニ之ニ關スル學說ハ區々ニシテ或ハ民事訴訟法第四百三十六條ノ場合ヲ謂フモノナリトシ或ハ判決ノ或ハ判決ノ基本ト爲ルヘキ訴訟手續ノ違背ヲ謂フモノナリトシ或ハ判決ノ實體ニ關係ヲ有スル訴訟法則ノ違背竝ニ控訴裁判所カ事件ニ付キ裁判ヲ爲スノ基本ト爲ルヘキ訴訟手續ニ違背シタルコトヲ謂フモノナリト主張シ殆ト一定セス我訴訟法ノ解釋ニ因レハ其手續カ當事者ノ行爲ナルト裁判所ノ行爲ナルトヲ問ハス第一審判決ノ實體ニ關係ヲ有スルモノナルトキ若クハ控訴裁判所カ判決ヲ爲スノ基礎ト爲スヘキ訴訟手續ノ違背ノ場合ニ限り差戻ヲ爲スヲ適當トス例ヘハ口頭辯論カ不適式ナルトキ違法ナル證據調ニ因リ得タル資料ニ因リ判決ヲ爲シタルトキ或ハ裁判ニ理由ヲ付セサルトキ又

ハ判決ニ事實ノ摘示ヲ缺キタル場合ノ如キハ差戻ノ理由ト爲スコトヲ得ルモノナリ重要ナラサル手續ノ違背ハ第一審裁判所ヲシテ更ニ事件ノ審理ヲ爲サシムルノ必要ナキノミナラス手續違背ノ爲メニ差戻ヲ爲ストキハ徒ラニ訴訟ノ終局ヲ遅延シ無用ノ手数ヲ要スルモノナレハ此等ノ手續カ公益ニ基クモノナルト當事者ノ處分權ニ因リテ左右シ得ヘキモノナルトヲ問ハス又控訴裁判所ニ於テ其手續ノ欠缺ヲ補正スルコトヲ得ル場合ト否トヲ問ハス差戻スヘキモノニアラス此等ノ場合ニ於ケル事件ノ差戻ハ控訴裁判所カ差戻ヲ爲スノ權ヲ有スルニ止マリ差戻ヲ爲スヘキ義務アルニアラス故ニ縱令重要ナル訴訟手續ノ欠缺アルトキト雖モ控訴裁判所カ自ラ裁判ヲ爲スコトヲ至當ト認メタル場合ニ於テハ事件ニ付キ自ラ裁判ヲ爲スモ違法ニアラス隨テ上告ノ理由ト爲スコトヲ得ス若シ控訴裁判所カ事件ノ差戻ヲ至當ト爲ストキハ其違背シタル手續ニ基キタル第一審ノ判決及ヒ其違背シタル訴訟手續ノ部分ヲ廢棄シ判決ヲ以テ事件ヲ差戻スヘキモノトス

第四百二十二條、第四百二十三條ノ差戻ノ判決ハ中間判決ナリヤ終局判決ナ

リヤニ付テハ學說岐ル其說ノ岐ルル根據ハ終局判決ノ意義如何ニアリトス差戻ノ判決ヲ終局判決ナリト主張スル學說ニ因レハ終局判決トハ訴訟ヲ其審級ニ於テ終了スル判決ヲ謂フモノナリトナシ必スシモ訴訟事件自體ノ終局ヲ目的トスル判決ナルコトヲ必要トセス事件カ審級ヲ離脱スヘキ判決ハ即チ終局判決ナリ差戻ノ判決モ控訴裁判所ニ於ケル訴訟手續ヲ完結シ事件カ控訴裁判所ヲ離脱スヘキヲ以テ終局判決ナリト云フニ在リ中間判決說ヲ主張スル學說ニ據レハ終局判決トハ審級ノ如何ニ拘ハラズ事件ノ全部又ハ一分ヲ完結スル判決ヲ謂フモノナリ故ニ第一審ニ於テ爲シタル訴ノ却下若クハ請求棄却ノ判決ノ如キハ終局判決ナリト雖モ控訴審ニ於テ更ニ第一審裁判所ヲシテ事件ノ審理ヲ爲サシメンカ爲メニ爲ス所ノ差戻ノ判決ハ事件カ全ク裁判所ノ繫屬ヲ離脱スヘキ性質ヲ有セサルヲ以テ中間判決ナリト云フニ歸着ス尙ホ終局判決說ハ其理由ヲ敷衍シテ曰ク差戻ノ判決ニ因リテ控訴裁判所ノ行爲ヲ結了シ控訴審ノ訴訟ハ完結ニ至ルモノナリ殊ニ控訴裁判所カ爲ス差戻ノ判決ハ民事訴訟法第二百二十七條ニ規定セル各個ノ獨立ナ

ル攻撃防禦ノ方法若クハ中間ノ争ニ付キ裁判ヲ爲シタルモノニアラス差戻
ノ裁判ヲ爲スト否トハ中間判決ノ如ク控訴裁判所ノ意見ニ因ルモノニアラ
ス第四百二十二條ノ場合ノ如キハ控訴裁判所ハ差戻ノ判決ヲ爲スノ義務ア
ルモノナリ故ニ差戻ノ判決ハ終局判決ニシテ獨立シテ上告ヲ爲スコトヲ得
ルモノナリト

次ニ差戻ノ判決ニ付テハ特別ノ規定存セスト雖モ第一審裁判所ハ其判決ニ
羈束セラルルモノナリ此點ニ關スル理由ニ付テモ亦終局判決說ト中間判決
說トニ因リテ其論據ヲ異ニス中間判決說ニ因レハ差戻後ノ第一審裁判所ニ
於ケル辯論ハ控訴審ノ辯論ヲ繼續スルモノナリ故ニ第二百四十條ノ規定ニ
從ヒテ第一審裁判所ハ其判決ニ羈束セラルルモノナリト終局判決說ニ因レ
ハ差戻ノ判決カ第一審裁判所ヲ羈束スル點ニ付テハ法律ニ其規定ヲ存セス
ト雖モ第四百二十二條第四百二十三條ニ於テ差戻ノ權能ヲ法律カ控訴裁判
所ニ付與シタル點ヨリスレハ第一審裁判所カ其判決ニ羈束セラルヘキコト
ハ法律ノ規定ヨリ推定シ得ル所ナルヲ以テ特別ノ明文ナシト雖モ羈束力ア

ルハ當然ナリ而シテ差戻判決後ノ第一審裁判所ニ於ケル辯論ハ控訴審ノ辯
論ノ繼續ニアラス純然タル第一審ノ辯論ナリ故ニ其辯論ニ基キテ爲サレタ
ル判決ニ對シテハ更ニ控訴ノ提起ヲ爲スコトヲ得ヘキモ控訴審ノ判決ニア
ラサルヲ以テ上告ヲ爲スコトヲ得ス若シ中間判決說ニ因ルトキハ第一審ノ
辯論ハ控訴審ノ辯論ノ繼續ナルヲ以テ其辯論ニ基ク判決ハ控訴審ノ判決ト
ナササルヘカラス然ラハ其判決ニ對シテ直チニ上告ヲ爲スコトヲ得ルノ論
結ヲ生スルモ此點ニ付テハ中間判決ヲ維持スル學說ト雖モ主張セサル所ナ
リ差戻ノ裁判ヲ爲ス場合ニ於テハ訴訟費用ノ裁判ハ第一審ニ於ケル裁判ニ
於テ爲スヘキモノナリト(第七條)余ハ終局判決說ニ左祖ス

第七款 控訴審ノ手續

控訴裁判所ノ訴訟手續ハ原則トシテ地方裁判所ノ第一審ノ訴訟手續ヲ適用セ
ラルルモノナリ唯控訴ノ特質ヨリシテ特殊ノ手續ヲ必要トスルヲ以テ法律ハ
次ニ述フルカ如キ特別ノ手續ヲ規定セリ(第四〇條)

第一 控訴審ニ於ケル訴訟ノ手續ハ控訴狀ノ提出ヲ以テ始マル控訴狀ノ提出

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

第二 控訴狀ノ提出アリタルトキハ控訴裁判所ノ裁判長ハ控訴ノ適法不適法ヲ審査シ判然許スヘカラサル控訴又ハ判然法律上ノ方式ニ適セス若ハ期間經過後ニ起シタル控訴ハ裁判長ノ命令ヲ以テ之ヲ却下ス(第四〇條第一項)裁判長ノ審査ハ控訴狀ト訴訟記録トニ因リテ之ヲ爲ス即チ書面審理ナリトス然レトモ控訴狀ノミニ因ルヘキニ非ス然ラサレハ控訴期間ノ經過若クハ控訴カ許サルヘキヤヲ知ル能ハサレハナリ却下ノ命令ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スヲ得ヘシ抗告ニ因リテ却下ノ命令ヲ取消サルルトキハ控訴ハ適法ニ存スト雖モ若シ抗告カ理由ナキモノトシテ棄却セラレ既ニ其當時ニ控訴期間ヲ經過セル場合ノ如キハ再ヒ其判決ニ對シテ控訴ヲ提起スルヲ得サルニ至ルヘシ

第三 控訴カ適法ナルトキハ裁判長ハ口頭辯論ノ期日ヲ指定シ控訴狀ヲ被控

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

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

第五 當事者ノ雙方ヨリ控訴ノ提起アリタルトキ各控訴ニ付キ各別ニ辯論及ヒ裁判ヲ爲ストキハ徒ラニ手數ヲ要スルヲ以テ其辯論及ヒ裁判ヲ同時ニ爲スヲ通例トス(第四九條)然レトモ裁判所ノ意見ニ因リ各別ニ辯論及ヒ裁判ヲ爲

スハ其自由ニシテ必スシモ同時ニ爲スコトヲ要スルモノニアラス

第六 控訴ノ口頭辯論期日ニ被控訴人ノ控訴期間未タ經過セサルトキハ被控訴人ノ申立ニ因リ其期間ノ滿了マテ控訴ノ辯論ヲ延期スヘシ(第四一〇項)此規定ノ目的ハ被控訴人ノ爲メニ其控訴期間ヲ保存シ第一審判決ニ對シテ控訴申立ヲ爲スヤ否ヤノ熟考期間ヲ與ヘ若シ控訴ノ申立ヲ爲シタルトキハ其辯論及ヒ裁判ヲ同時ニ爲サントスルニアリ

關席判決ヲ受ケタル原告若クハ被告ヨリ其判決ニ對シテ故障ヲ申立テ其相手方ヨリ控訴ヲ提起シタルトキハ控訴ニ付テノ辯論及ヒ裁判ハ相手方ノ申立テタル故障ニ付テノ新辯論ノ完結ニ至ルマテ職權ヲ以テ之ヲ延期ス(第四一〇項)此場合ニ於テ控訴ノ辯論ヲ延期セサルトキハ同一訴訟事件ニ付キ二個ノ審級ニ於テ審理ヲ爲スニ至ルヘキヲ以テナリ本條ノ場合ハ第一審ニ於テ一分ハ關席一分ハ對審判決アリタルトキヲ豫想シタルモノナリ例ヘハ第一審ニ於テ被告カ關席シタルトキ原告ノ申立ニ因リ一分ハ原告ニ敗訴ヲ言渡シ一分ハ被告ニ敗訴ヲ言渡シタル場合ノ如シ被告敗訴ノ部分ハ關席判決ナ

ルモ原告敗訴ノ部分ハ對審判決ナリトス原告ハ控訴ヲ申立テ被告ハ故障ヲ申立テタル如キトキハ本條ノ適用アルモノトス

第七 口頭辯論ハ一般ノ規定ニ從ヒ之ヲ爲シ控訴ノ申立即チ控訴審ニ於ケル判決ヲ受クヘキ事項ノ申立ハ準備書面又ハ調書ノ附録トシテ添附スヘキ書面ニ基キテ朗讀スルヲ要ス妨訴抗辯ハ當事者ノ有效ニ拋棄スルコトヲ得サルモノハ何時ニテモ控訴審ニ於テ提起スルコトヲ得ヘシト雖モ其他ノ妨訴抗辯ハ原告若クハ被告カ其過失ニアラスシテ第一審ニ於テ提出シ能ハサリシコトヲ疏明スルトキニ限り之ヲ主張スルコトヲ得ヘシ(第四一四項)然レトモ控訴ノ本案ノ辯論ハ妨訴抗辯ニ基キテ之ヲ拒ムコトヲ得ス裁判所ハ職權ヲ以テ妨訴抗辯ニ付キ分離シタル辯論ヲ命スルコトヲ得ヘシ(第四一四項)妨訴抗辯以外ノ訴訟條件ニ關スル抗辯ハ控訴審ニ於テモ之ヲ主張スルコトヲ得ヘク其抗辯ハ亦裁判所ニ於テ之ヲ審査スヘキモノナリ
本案ノ辯論ハ第一審ニ於テ是認若クハ否認シタル請求ニ關スルモノナルトキハ第一審ニ於テ辯論裁判ヲ爲ササル爭點ト雖モ控訴裁判所ニ於テハ之ヲ

爲スヘキモノナリ(第一條二)而シテ各當事者ハ控訴裁判所ニ於テ控訴ノ申立及ヒ不服ヲ申立テラレタル裁判ノ當否ヲ明瞭ナラシムルカ爲メ第一審ニ於ケル事實裁判ノ理由證據ニ關スル陳述等總テノ辯論ノ結果ヲ演述スヘキモノナリ若シ當事者ノ演述ニシテ正確ナラサルカ又ハ完全ナラサル場合ニ於テハ裁判長ハ其演述ヲ更正若クハ補正セシメ必要ナル場合ニハ辯論ヲ再開シテ爲スヘキモノナリ(第二條一)

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

第九 控訴裁判所ハ口頭辯論ニ於テ先ツ控訴ヲ許スヘキヤ否ヤ即チ第一審ノ判決ニ對シ控訴ヲ提起シ得ヘキモノナリヤ否ヤ控訴申立ノ方式期間等ヲ審查シ其要件ノ一ヲ缺クトキハ職權ヲ以テ控訴ヲ不適法トシテ棄却スル判決ヲ爲スヘキモノトス(第四一)控訴要件ニ欠缺ナキトキハ控訴理由ノ存否ニ付キ判決スヘキモノトス

第十 控訴裁判所ニ於ケル判決書ハ一般ノ規定ニ從ヒテ作成ス但判決中ノ事實ノ摘示ニ付テハ第一審判決ノ事實ノ摘示ヲ引用スルコトヲ得即チ控訴審ニ於テ當事者ノ陳述シタル事實カ第一審判決ニ摘示セラレタルモノト同一ナルトキハ其部分ヲ援用スルコトヲ得ヘシ(第四三)

第十一 控訴裁判所ニ於テハ口頭辯論ノ終結ニ至ル迄ハ攻撃若クハ防禦ノ方法ヲ提出スルコトヲ得ヘシ隨テ訴訟ノ終結ヲ遅延セシムルコトナシトセス故ニ第二百十條ノ規定ニ從ヒ防禦方法ヲ却下スルコトヲ得ヘシ然レトモ控訴審ハ事實ノ終審ナルヲ以テ假ニ防禦方法ヲ却下シ訴訟ヲ終結スルモ防禦方法ヲ却下シテ被告ニ敗訴ノ判決ヲ言渡ス場合ニ於テハ其防禦方法ヲ主張スルノ權ハ之ヲ被告ニ留保スヘキモノトス判決ニ留保ヲ掲ケサルトキハ第二百四十二條ノ規定ニ從ヒ判決ノ補充ヲ申立ツルコトヲ得ヘシ留保ヲ掲ケタル判決ハ中間判決ナリト雖モ上訴及ヒ強制執行ニ付テハ終局判決ト看做サル防禦方法ヲ判決ヲ以テ留保スルニハ次ノ條件ヲ必要トス

(一) 防禦方法ハ第一審ニ於ケルト同シク被告若クハ反訴ノ被告ヨリ提出シ

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

(二) 防禦方法ヲ許ストキハ訴訟ノ完結ヲ遅延シ且被告カ訴訟ヲ遅延セシメントスル故意ヲ以テ又ハ甚シキ怠慢ニ因リ早ク提出セサリシコトノ心證ヲ得タルトキ

(三) 原告カ却下ノ申立ヲ爲シタルトキ
右三要件ヲ具ヘタルトキハ控訴裁判所ハ防禦方法ヲ却下スヘク其却下ハ判決ノ理由中ニ於テ若クハ決定ヲ以テ宣言スヘキモノナリ而シテ防禦方法ヲ却下シタルトキハ上告審ニ於テハ其防禦方法ヲ提出シ事實ノ審査ヲ求ムルコトヲ得サルモノナルヲ以テ防禦方法ヲ行使スルノ權ハ之ヲ被告ニ留保スヘキモノナリ而シテ其留保ハ判決主文ニ於テ表示スヘク判決ニ此留保ヲ掲

留保ト改稱

ケラレタルトキハ左ノ效力ヲ生ス

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

(二) 留保ヲ掲ケタル判決ハ確定セサルモ訴訟ハ控訴審ニ繫屬スルモノナリ故ニ留保判決ノ言渡アリタルトキハ當事者ハ其判決ノ送達前ト雖モ防禦方法ニ關スル訴訟手續ノ續行ヲ求ムルコトヲ得ヘシ(第二三五條)而シテ防禦方法ヲ掲ケタル判決カ確定シタルトキハ原告ハ其判決ニ基キ強制執行ヲ爲スコトヲ得ヘシト雖モ控訴審ニ於ケル訴訟手續ハ強制執行ノ有無ニ關セズ進行スヘキモノナリ

(三) 防禦方法ニ關スル辯論ノ結果原告カ訴ヲ以テ主張シタル請求ノ理由ナカリシコト現ハレタルトキハ控訴裁判所ハ前判決即チ先ニ留保ヲ掲ケタ

ル判決ヲ廢棄シテ原告ノ請求ヲ棄却シ又被告ノ申立ニ因リテ判決ニ基キ支拂ヒタルモノ若クハ給付シタルモノヲ返還スヘキコトヲ言渡ス若シ留保ヲ掲ケタル判決カ正當ニシテ被告ノ防禦方法カ理由ナカリシコトノ表ハレタル場合ニ於テハ控訴裁判所ハ防禦方法ヲ却下スル判決ヲ爲スヘキモノナリ而シテ留保ヲ掲ケタル判決ハ中間判決ナルヲ以テ訴訟費用ノ裁判ヲ爲サス訴訟費用ニ付テノ裁判ハ後ノ判決ニ於テ前手續ノ費用ヲ併セテ裁判ヲ爲スヘキモノナリ(第四二條)

第十二 控訴裁判所ニ於ケル懈怠訴訟手續ニ付テハ第一審ノ規定カ適用セラ
ル如何ナル場合ニ懈怠アリヤ又其結果ヲ除却スル故障ヲ申立ツル權利ノ如
キハ總テ第一審ト同一ナリ然レトモ第一審ニ於テハ訴ニ付キ辯論裁判ヲ爲
スヲ目的トスルモノナレトモ控訴裁判所ニ於テハ第一審判決ノ變更ヲ申立
ツル控訴ニ付キ辯論及ヒ裁判ヲ爲スモノナレハ其手續モ亦差異ヲ生スルモ
ノナリ(第四二條)

(一) 控訴人ノ闕席セル場合 控訴人カ口頭辯論ノ期日ニ出頭セサルトキハ

出頭シタル被控訴人ノ申立ニ因リ闕席判決ヲ爲ス但控訴カ不適法ナルト
キハ控訴裁判所ハ職權ヲ以テ控訴ヲ棄却スヘキモノニシテ此判決ハ懈怠
ノ結果ニ基クモノニアラサレハ闕席判決ニアラス控訴カ適法ナリシトキ
ハ控訴裁判所ハ闕席判決ヲ以テ控訴棄却ノ判決ヲ爲スヘキモノナリ控訴
棄却ノ判決ハ實體的控訴權ノ理由ナキコトヲ宣言スル判決ニシテ實體的
確定力ヲ生スヘキ判決ナリトス(第四二條)

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

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

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

ルモノト看做サル第四百二十九條ニ第一審裁判所ノ事實上ノ確定ヲ補充シ若クハ辯駁スル爲メ云々トアルハ第一審裁判ノ憑據ト爲リタルモノニ抵觸セル事實上ノ主張ヲ爲ス場合ヲ意味スルモノトス
右ノ如ク憑據ト爲リタル事實ニ抵觸セサル事實ハ被控訴人之ヲ自白シタルモノト看做シ抵觸セル事實ハ證據調ノ結果ヲ得タルモノト看做シ控訴カ理由アルトキハ被控訴人敗訴ノ闕席判決ヲ爲スヘク若シ控訴人カ憑據ト爲リタル事項ニ抵觸シタル主張ニ付キ證據調ノ申立ヲ爲ササル場合若クハ控訴人ノ主張カ理由ナキモノト認メラレタル場合ニハ控訴棄却ノ非闕席判決ヲ爲スヘキモノナリ

第十三 控訴審ノ手續ハ控訴ノ終局判決ニ因リテ終了ス手續終了シタルトキハ控訴裁判所書記ハ其訴訟記録ニ認證シタル控訴判決ノ謄本ヲ添ヘテ第一審裁判所書記ニ返還スヘキモノトス(第四三條第二項)

第三節 上告

第一款 上告ノ性質

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

上告ハ第二審ノ終局判決及ヒ之ト同視スヘキ中間判決ニ對スル上訴ニシテ其判決カ法則ノ適用ニ付キ違背アリヤ否ヤヲ審査スルヲ目的トスルモノナリ上告ハ控訴ト同シク下級裁判所ノ裁判ニ對シ上級裁判所ニ審査ヲ求ムル不服申立ナリト雖モ上告審ノ範圍ハ制限アリ控訴審ハ第一審判決ノ事實ノ認定及ヒ法則適用ノ當否ニ付キ審査スヘキモノナレトモ上告審ハ控訴ノ判決カ法則ノ適用ニ付キ違背アリヤ否ヤノ點ノミニ付キ審査スヘキモノトス

我上告ノ制度ハ獨逸民事訴訟法ニ倣ヒタルモノニシテ獨逸法ニ於ケル上告審ハ佛國ノ破毀裁判所ノ制度ニ獨逸舊法ノ制度ヲ折衷シタルモノナリ佛國ノ破毀裁判所ハ國家ノ利益ノ爲メ法律ノ解釋適用ヲ統一スルヲ目的トシ各個人ノ私權保護ヲ直接ノ目的トシタルモノニ非ス破毀裁判所ハ下級裁判所ノ裁判カ

法律違背アリヤ否ヤヲ監視シ法律違背ノ點アルトキハ之ヲ破毀スルニ止マリ敢テ自ラ裁判ヲ爲サス下級裁判所ヲシテ更ニ裁判ヲ爲サシム獨逸民事訴訟法ハ舊法ニ於ケル精神ヲ加味シ上告モ亦控訴ト同シク當事者ノ私權保護ヲ主トシ一面法律ノ解釋適用ヲ統一スルコトヲ目的トシタルモノナリ故ニ第二審ノ判決ニ不服ナル當事者ニ對シテ上告權ヲ認メ上告裁判所ハ事實ニ付キ審理ヲ爲サス第二審判決ノ法律適用ノ當否ノミニ付キ審査スヘキモノトセリ故ニ獨逸學者ハ上告ヲ稱シテ法律的控訴若クハ法律審ト謂フ

我上告モ獨逸法ト同ク當事者ノ不服申立ヲ基礎トシ第二審判決ノ法律適用ノ當否ノミニ付キ審査スルモノナリ上告ノ手續ハ上告ノ提起ニ因リテ開始シ上告裁判所ハ當事者ノ上告提起ニ基キ訴訟ニ干與スルモノトス故ニ第二審判決ヲ受ケタル當事者ハ上告裁判所ニ對シ上告權ヲ有ス上告權ハ控訴權ト同ク形式的及ヒ實體的ノ二種ニ區別スルコトヲ得ヘシ形式的の上告權トハ上告ニ付キ上告裁判所ニ第二審判決ノ審査及ヒ裁判ヲ求ムル權利ニシテ實體的の上告權トハ上告ニ因リ不服ヲ申立テタル如クニ第二審判決ノ變更ヲ求ムル權利ナリ上

告裁判所ハ口頭辯論ヲ經テ形式的及ヒ實體的ノ上告權ニ付キ審査スヘキモノトス隨テ上告ハ控訴ノ如ク一ノ新訴訟カ上告ノ提起ニ因リ上告裁判所ニ繫屬スルモノニシテ一個ノ第二審判決ニ對シ數個ノ上告カ提起セラレタルトキハ數個ノ新訴訟カ繫屬スルモノトス

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

上告ハ第二審ノ終局判決ニ對スル不服申立ナルヲ以テ上告裁判所ハ第二審裁判所カ從屬的關係ヲ有スル上級裁判所ニシテ現行法ノ下ニ於テハ大審院トス大正二年裁判所構成法一部改正以前ニ於テハ控訴院ノ判決ニ對シテハ大審院地方裁判所カ第二審トシテ爲シタル判決ニ對シテハ之ヲ管轄スル控訴院ヲ上告裁判所トセルモ上告ヲ以テ法律ノ解釋及ヒ適用ノ統一ヲ目的トスル制度ヨ

リスレハ獨逸ノ如キ聯邦國ハ格別我帝國ニ於テハ大審院ヲ以テ上告裁判所ト
スルヲ至當トス

第二款 上告ノ要件

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

第一 上告カ許スヘキモノナルコトヲ要ス

上告ハ地方裁判所又ハ控訴院カ第二審トシテ爲シタル終局判決ニ對スル不
服申立ナルヲ以テ主觀的ニハ第二審ノ終局判決ニ因リテ不利益ヲ受ケタリ
ト主張スル當事者ヨリ提起スルコトヲ必要トシ客觀的ニハ第二審ノ終局判
決ニ對シ第三審裁判所ニ提起スルコトヲ要ス第三審裁判所ハ第二審裁判所
カ從屬的關係ヲ有スル直近上級裁判所ナリ主觀的客觀的ノ條件ヲ具備シタ
ルトキハ上告ハ法律上許サルヘキモノトス

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

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

由トスルトキニ限リ上告ヲ爲スコトヲ得ヘシ(第四五八條第一項)
 茲ニ第二審ニ於テ爲シタル終局判決ト謂フハ必スシモ第一審裁判所ノ判決
 ニ對シテ提起シタル控訴ニ付キ第二審ニ於テ爲シタル終局判決ノミヲ謂フ
 ニアラスシテ第二審裁判所カ其資格ニ於テ爲シタル終局判決ヲ謂フ故ニ控
 訴裁判所カ繫屬セル事件ニ關シ假差押假處分ノ申請ニ付終局判決ヲ爲シタ
 ルトキハ其判決ニ對シテハ控訴ノ提起ヲ爲スコトヲ得スシテ單ニ上告ヲ提
 起スルコトヲ得ルノミ(第七三五七條)

第二 法律上ノ方式ニ從フコトヲ要ス

上告ノ提起ハ上告狀ヲ管轄上告裁判所ニ差出シテ之ヲ爲ス(第四三條) 控訴ト同
 シク上告審ノ手續ハ一定ノ要件ヲ具ヘタル書面即チ上告狀ヲ管轄上告裁判
 所ニ差出シテ之ヲ爲ス上告狀ニハ次ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス

- 一 上告セララルル判決ノ表示
- 二 此判決ニ對シテ上告ヲ爲ス旨ノ陳述

右ノ要件ヲ缺クトキハ上告狀ハ不適法ニシテ隨テ上告ハ提起ノ效力ヲ生セ

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

告提起ノ效力ニ影響ヲ及ホスモノニアラス尙ホ上告狀ニハ民事訴訟用印紙
法ノ規定ニ從ヒ相當ノ印紙ヲ貼用セサルヘカラス

第三 法定ノ期間内ニ提起スルコトヲ要ス

上告期間ハ控訴期間ト同シク一个月ノ不變期間ニシテ控訴判決ノ送達ヲ以
テ始マリ判決ノ送達前ニ提起シタル上告及ヒ期間經過後ノ上告ハ不適法ト
シテ棄却セララルモノナリ(第四三條)控訴ニ付テハ判決ヲ補充スル追加裁判ア
リタルトキハ控訴期間ヲ延長スルモノナリト雖モ(第四〇條)之レ控訴審カ事實
審ナルカ爲メニシテ上告審ハ法律審ナレハ控訴ノ如ク期間ヲ延長スル必要
ナシトス

第四 上告ハ法律ニ違背シタル裁判ナルコトヲ理由トスルコトヲ要ス(第四三條)

法律ニ違背シタル裁判トハ裁判ヲ爲スニ付キ法則ヲ適用セス又ハ不當ニ適
用シタル場合ヲ謂フ(第四三條)法律トハ國法ヲ謂フ即チ實體法ナルト形式法ナ
ルト又公法ナルト私法ナルト成文法ナルト慣習法ナルトヲ問ハス又實驗上
ノ法則ニ違背セルモノナルト否トヲ論セス控訴裁判所カ判決ヲ爲スニ當リ

此等ノ法則ヲ適用セサルカ或ハ其適用ヲ誤リタルコトヲ理由トスルコトヲ
上告ノ要件トス是レ上告審ヲ以テ法律ノ統一ヲ目的トスル精神ニ出テタル
モノナリ例ヘハ控訴裁判所カ法律ノ有無ヲ誤リタルトキ、法律ノ解釋ヲ誤リ
タルトキ、法則ニ違背シテ事實ノ認定ヲ爲シタルトキ、若クハ認定シタル事實
ニ法則ヲ不當ニ適用シタル場合ノ如キ是ナリ然レトモ控訴裁判所ノ裁判カ
法律ニ違背スルコトアルモ其法律違背カ裁判ノ實體ニ影響ヲ及ホスヘキ場
合即チ法則違背ト裁判ノ實體トカ原因結果ノ關係ヲ有スルトキニ非サレハ
之ヲ以テ上告ノ理由ト爲スヲ得ス換言スレハ控訴裁判所カ法則ヲ適用シ若
クハ其適用ヲ誤ラサリセハ上告ヲ提起セラレタル如キ裁判ヲ爲サス却テ上
告人ニ對シ利益ナル裁判ヲ爲シ得ヘカリシ場合ナルコトヲ要ス然レトモ法
律違背ハ上告提起ニ關スル形式上ノ要件ナルヲ以テ果シテ控訴裁判所カ法
律ニ違背セサレハ上告人ニ對シ眞實利益ナル裁判ヲ與ヘ得ヘカリシヤ否ヤ
ハ上告ノ要件ニ關係ナシ而シテ法律違背カ實體法ノ規定ニ違背シタルモノ
ナルトキハ多クハ裁判ト法律違背トハ原因結果ノ關係アリト雖モ訴訟法ノ

規定ニ違背シタル場合ニ於テハ其裁判ノ實體ニ關係ナキコトアリ例ヘハ管轄權ナキ裁判所カ裁判ヲ爲スモ必スシモ其裁判ニ誤謬アリト爲スコトヲ得サルヲ以テ或場合ニハ裁判ト管轄權ノ規定ニ違背セルコトトカ原因結果ノ關係ヲ生スルコトナキカ如シ是ヲ以テ法律ニ於テ重要ナル訴訟手續上ノ違背アル場合ニ於テハ眞實ニ其手續違背カ控訴裁判所ノ裁判ニ影響ヲ及ホスモノナルト否トヲ問ハス裁判ニ影響アルモノト看做シ上告ノ理由ト爲スコトヲ許シタリ蓋法律ニ特定ノ場合ヲ規定セサレハ或ハ重要ナル手續違背ト雖モ上告ノ理由ト爲スコトヲ得サルニ至ルコトアルヘキヲ以テナリ法律ニ於テ常ニ法律ニ違背シタルモノト認メタル場合ヲ舉クレハ左ノ如シ(第四三)

(一) 規定ニ從ヒ判決裁判所ヲ構成セサリシトキ 裁判所構成法ノ規定ニ從ヒ定數ノ判事カ口頭辯論ニ臨席セサルカ或ハ口頭辯論ニ臨席セサル判事カ控訴審ノ判決ヲ爲シタル場合ヲ謂フ第一審判決ニ付右ノ如キ不法アルトキ控訴審ノ判決ニ於テ之ヲ不問ニ付シタルトキ亦同シ裁判所書記カ口頭辯論ニ立會ハサリシトキハ茲ニ所謂法律違背ニアラス何トナレハ書記

記カ口頭辯論ニ立會ハサルハ訴訟手續上ノ違背ナルハ勿論ナリト雖モ書記ハ判決裁判所ノ構成員ニアラス即チ書記ハ判決ヲ爲ス者ニアラサレハ辯論ニ立會ハサルモ爲メニ判決ニ影響ヲ及ホスモノト謂フコトヲ得サレハナリ然レトモ書記ノ立會ナキトキハ口頭辯論調書ヲ作成スルコトヲ得サルヲ以テ控訴裁判所ニ於テ辯論カ適式ニ行ハレタルヤ否ヤヲ知ル能ハサルヲ以テ當然訴訟手續ノ違背ヲ來タシ之ヲ以テ上告ノ理由ト爲スコトヲ得ルニ至ルヘシ唯第四百三十六條第一號ノ規定ニ包含セラレサルモノト謂フニ止マルハ人事訴訟ニ於テ檢事カ立會セサルモ法律違背ニ非ス如何トナレハ檢事ハ裁判所ノ構成員ニ非スシテ人事訴訟ニ立會スルハ檢事ノ職責ニ屬スルモノナレハナリ

(二) 法律ニ依リ職務ノ執行ヨリ除斥セラレタル判事カ裁判ニ參與シタルトキ但忌避ノ申請又ハ其申請ニ對スル却下ノ裁判ニ對シ上訴ヲ以テ除斥ノ理由ヲ主張シタルモ其效ナカリシトキハ此限ニ在ラス 即チ除斥ノ原因アル判事ハ職務執行ノ能力ナキモノナレハ控訴審ノ終局判決ニ參與シタ

ル者ナルト終局判決ノ前提タルヘキ中間判決ニ參與シタルトヲ問ハス上告ノ理由ト爲ル然レトモ其判事カ裁判ノ言渡ノミニ立會ヒ若クハ證據調ノミニ參與シタルトキノ如キハ上告ノ理由ト爲ルモノニアラス如何トナレハ裁判ノ言渡證據調ノ如キハ裁判ニ參與シタルモノト謂フコトヲ得サレハナリ而シテ忌避ノ申請又ハ忌避ノ申請ニ付テノ裁判ニ對シ上訴ヲ以テ除斥ノ理由ヲ主張シタルニモ拘ハラス其理由ナキコト確定シタルトキハ縱令忌避ノ申請中ニ忌避セラレタル判事カ裁判ニ參與シタルトキト雖モ上告ノ理由ト爲ルモノニアラス

(三) 判事カ忌避セラレ且忌避ノ申請ヲ理由アリト認メタルニ拘ハラス裁判ニ參與シタルトキ 忌避ノ原因アル判事モ職務執行ノ能力ヲ有セサルモノナレハ其判事ノ參與シタル終局判決又ハ其前提タル裁判ハ不法ナレハナリ

(四) 裁判所カ訴訟事件ノ管轄又ハ管轄違ヲ不當ニ認メタルトキ 即チ控訴審ノ判決カ事物若クハ土地ノ管轄ノ規定ニ違背シテ管轄ヲ認メ又ハ管轄

違ヲ宣言シタル場合ヲ謂フ

(五) 訴訟手續ニ於テ原告若クハ被告カ法律ノ規定ニ從ヒテ代理セラレサリシトキ 即チ法律上代理、訴訟代理ニ關シテ法律ノ規定ニ違背シテ代理權ノ欠缺アルニ拘ハラス訴訟手續ヲ進行シテ之ヲ不問ニ付シ又ハ代理權アルニ拘ハラス代理權ナキモノトシテ判決ヲ爲シタル場合ノ如シ

(六) 訴訟手續公行ニ付テノ規定ニ違背シタル口頭辯論ニ基キテ控訴裁判所カ判決ヲ爲シタルトキ 口頭辯論判決言渡等ヲ公開スヘキ場合ニ公開セス公開ヲ禁止シタル訴訟ニ付キ公開シタル場合ノ如キ之ニ屬ス

(七) 裁判ニ理由ヲ付セサルトキ 裁判ノ理由トハ判決主文ノ因リテ生スルニ至リタル證據ヲ謂フモノナリ判決ハ當事者ヨリ提出シタル一切ノ攻撃及ヒ防禦ノ方法等ニ關シテ判斷ヲ與ヘ以テ訴ノ當否ヲ定ムヘキモノナレハ是等ノ訴訟資料ニ付判斷ヲ與ヘス裁判ヲ爲シタルトキハ理由ノ欠缺アルモノナリ然レトモ數個ノ獨立ナル攻撃防禦ノ方法中其一個ヲ適切ナリト認メタルトキハ他ノ方法ニ付テ判斷スル義務ナキコトハ第二百三十條

ノ規定スル所ナルヲ以テ此場合ニハ各個ノ攻撃防禦方法ニ付テ判断ヲ與ヘサルモ爲メニ理由ニ欠缺アリト言フコトヲ得ス要スルニ判決主文ノ因テ生スル證據ニシテ當事者ノ提出セル訴訟資料ト法則トヲ對照シテ全部又ハ一部ヲ欠缺セルトキ或ハ論理力牴觸シテ理由ノ意義ヲ解スル能ハサル場合ノ如キハ理由ヲ付セサルモノトス判決ニ事實ノ摘示ヲ欠缺セルトキハ訴訟手續ノ規定ニ違背セルモノナリ然レトモ此手續違背ハ理由不備ノ裁判トシテ上告ノ理由ト爲ルモノニアラス事實ノ摘示ノ欠缺カ判決理由ヲ解スル能ハサルノ結果ヲ生スルトキハ理由不備ノ裁判トシテ上告ノ理由ト爲スコトヲ得ルモノナリ

右ニ述ヘタル訴訟手續違背ハ控訴裁判所ノ判決ニ對シテ規定シタルモノナリ然レトモ第一審判決ニシテ右等ノ違法アルニ拘ラス控訴裁判所カ其違法ヲ看過シ其違法ノ手續ヲ基礎トシテ判決ヲ爲シタルトキハ其判決ハ違法ノ手續ニ基クモノナルヲ以テ之ヲ理由トシテ上告ヲ爲スコトヲ得ヘシ又右ニ述ヘタル以外ノ訴訟手續違背モ當事者ノ利害ニ關係ヲ有スルモノナルトキ

ハ上告ノ理由ト爲スコトヲ得ヘシ

第三款 上告權ノ行使

上告權ノ行使ニ付テハ控訴權ノ行使ニ付テ説明シタル所ト殆ト同一ナルヲ以テ參照スヘシ即チ上告權ハ上告期間ノ懈怠第七條上告ノ取下第四條ニ因リテ消滅ス而シテ上告權ヲ喪失シタル者ト雖モ相手方ノ上告ニ附帶シテ附帶上告ヲ爲スコトヲ得ヘシ第四條上告ノ拋棄ニ付テハ規定ナキモ控訴ニ付キ述ヘタル所ト同一理論ニ解セサルヘカラス上告ノ取下附帶上告ニ關スル手續等ハ總テ控訴ノ場合ト同一ナリ

第四款 上告審ノ辯論

上告審ノ辯論ノ範圍ハ形式的上告權及ヒ實體的上告權ノ審査ナリ即チ上告裁判所ハ第一ニ提起セラレタル上告カ上告ノ要件ヲ具備スルヤ否ヤヲ審査シ要件欠缺セルトキハ上告ヲ不適法トシテ棄却シ要件ニ欠缺ナキトキハ不服申立ノ範圍内ニ於テ第二審判決カ不當ナリヤ否ヤヲ審査シ而シテ正當ト認メタルトキハ上告ハ理由ナキモノトシテ棄却スルモ若シ不當ト認メタルトキハ之ヲ

破毀シ控訴ノ判決ニ代ヘ如何ナル判決ヲ爲スヘキヤヲ審査スヘキモノトス然
 レトモ實體の上告權ノ審査ハ前ニ述ヘタルカ如ク控訴審ノ判決カ法律違背ノ
 點アルヤ否ヤヲ審査スルモノニシテ且辯論主義ノ原則ニ因リ當事者ノ爲シタ
 ル不服申立ノミニ付キ審査スルモノナリ故ニ上告審ノ審査ノ範圍ハ當事者ノ
 不服申立ノ限度ニ制限セラレ且自ラ事實ノ確定ヲ爲スコトヲ得ス第二審裁判
 所カ爲シタル事實ノ認定ニ付テハ上告裁判所ハ何等ノ審査權ヲ有スルモノニ
 アラス故ニ當事者ハ上告裁判所ニ新事實新證據方法等ヲ提出スルコトヲ得ス
 又自白認諾拋棄和解等ハ上告審ニ於テハ之ヲ爲スコトヲ得サルモノトス此點
 ニ於テ上告ノ辯論ト控訴ノ辯論トハ差異アリ故ニ上告裁判所ハ控訴裁判所カ
 判決ヲ以テ裁判シタル訴訟物ニ關シ當事者ノ不服申立ノ範圍内ニ於テノミ審
 理裁判ヲ爲スコトヲ得ヘク之カ審理裁判ヲ爲スニハ控訴裁判所カ認定シタル
 事實ニ基キ法律適用ノ當否ヲ審査スルモノニシテ即チ審査ノ基本ト爲ルヘキ
 モノハ控訴裁判所カ其裁判ノ證據トシタル事實ナリトス(第四四條)所謂證據トシ
 タル事實トハ控訴裁判所カ闕席判決ヲ爲ス場合ニ於ケル證據ナル文字(第四二條)

ト其意義ヲ異ニス控訴ノ闕席判決ノ場合ニ於ケル證據トハ訴訟資料ノ全部ヲ
 謂フモノナレトモ茲ニ證據トシタル事實トハ控訴裁判所カ裁判上確定シタル
 事實即チ控訴ノ判決ニ於テ認定シタル事實ヲ謂フ其事實ヲ基礎トシテ控訴ノ
 判決ノ當否ヲ審査スヘキモノトス然レトモ其事實ニシテ控訴裁判所カ法律ニ
 違背シテ確定シタルモノナルトキハ上告裁判所ハ其事實ニ付テ亦審査ヲ爲ス
 コトヲ得ヘク其他民事訴訟法第四百三十八條第三項ニ規定セル訴訟手續ニ付
 テノ規定ニ違背シタルコトヲ上告ノ理由トスルトキ又ハ法律ニ違背シテ事實
 ヲ遺脱シ又ハ提出シタリト看做シタルコトヲ上告ノ理由トスル場合ハ控訴裁
 判所ノ裁判上確定シタル事實ニ對シテ違法アルコトヲ主張スルモノナレハ上
 告裁判所ハ果シテ其違法アルヤ否ヤヲ審査スル爲メ訴訟手續ノ規定ニ違背シ
 タル如何ナル事實アリヤ又控訴ノ判決カ法律ニ違背シテ如何ナル事實ヲ遺脱
 シタルヤ又如何ナル事實ヲ提出シタリト看做シタリヤニ付キ其事實ノ調査ヲ
 爲スコトヲ得ヘク必要ナル場合ニハ此等ノ事實ニ付キ證據調ヲ爲スコトヲ得
 ルモノトス(第四四條)

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

第五款 上告ノ效力

上告ノ效力ハ控訴ノ效力ト同シク停止ノ效力及ヒ移審ノ效力ノ二トス

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

第二 移審ノ效力 上告ノ提起ニ因リ控訴審ニ於テ判決セラレタル訴訟ノ全部ヲ上告審ニ繫屬セシム控訴審ニ繫屬セル訴訟ト雖モ判決ナキ部分ハ上告審ニ繫屬セサルコトハ控訴ノ場合ト同一ナリ而シテ控訴ノ場合ト同シク審査ノ範圍ニ付テハ制限アリトス即チ上告審ノ審査ハ前述セル如ク當事者ノ

上告若クハ附帶上告ニ因ル不服申立ニ因リテ定マリタル範圍ニ限ラレ(第四五條)且控訴ノ判決カ法律違背ナリヤ否ヤノ點ノミニ付キ審査スヘキモノトス而シテ移審ノ效力ハ上告ノ拋棄取下若クハ上告審ノ終局判決ニ因リテ消滅ス其判決ハ上告ヲ棄却スルモノナルト差戻若クハ移送ヲ爲スモノトヲ問ハサルナリ

第六款 上告審ノ判決

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

右審査ノ結果上告ヲ適法ト認メタル場合ニ於テモ上告裁判所ハ當事者ノ口頭辯論ニ基キ上告ノ適否ヲ審査スヘク上告ヲ不適法ト認メタルトキハ之ヲ不適法トシテ棄却スル判決ヲ爲スヘキモノトス蓋シ民事訴訟法第四百三十九條ニ因リ上告ヲ適法ト爲スコトハ控訴審ノ裁判長カ控訴ノ適否ヲ審査スル如ク假定的ニ判斷シタルノミナラス特ニ上告カ適法ナリトノ中間判決ヲ爲スモノニ非サレハナリ或ハ控訴ニ關スル第四百十九條ノ如キ規定上告審ニ存セサルヲ以テ上告裁判所ハ口頭辯論ニ基キ上告ノ適否ヲ判斷スヘキニ非スヤノ疑アリ然レトモ第四百三十九條ニ於テハ上告ノ適法ナルトキ其旨ヲ宣言スル中間判決ヲ爲スヘキコトヲ規定セルニ非サレハ同條ニ因リ適法ト爲シタル上告ハ其後上告裁判所カ羈束セラルヘキ旨趣ナリト解スルヲ得サルノミナラス口頭辯論ノ結果上告ノ不適法ナルコトヲ發見シタルトキハ上告裁判所ハ上告ヲ不適法トシテ棄却スル判決ヲ爲ササルヘカラサレハナリ故ニ陳述ニ基キ上告ヲ適法ト爲シタルコトハ假定的ノ判斷ナリト爲ス所以ナリ上告裁判所カ口頭辯論ニ基キ上告ヲ不適法ト認ムルトキハ終局判決ヲ以テ上告ヲ棄却シテ訴訟ヲ終

了ス

上告ヲ適法トスルトキハ實體的上告權即チ上告カ不服申立ノ範圍内ニ於テ理由アリヤ否ヤヲ審査シ上告ヲ理由ナシトスルトキハ上告ヲ棄却ス(第四百五條)上告人若クハ附帶上告人ノ不服申立カ理由アリ即チ控訴ノ判決カ法律違背ノ點アルトキト雖モ他ノ理由ニ因リ其判決カ正當ナルトキハ上告ヲ理由ナシトシテ棄却スヘキナリ(第四百五條)判決カ正當ナリトハ判決主文カ正當ナルコトヲ謂フ他ノ理由トハ控訴裁判所カ其判決ニ於テ認メタルモノナルト上告裁判所ニ於テ始メテ看出シタルモノナルトヲ問ハサルモノトス如何トナレハ一ノ理由ニ於テ控訴ノ判決カ不當ナルモ他ノ理由ニ於テ正當ナルトキハ結局控訴ノ判決ハ正當ニ歸スヘキノミナラス斯ル場合ニ控訴ノ判決ヲ取消シテ更ニ事件ヲ差戻又ハ移送スル如キハ徒ラニ手数料費用ヲ要スルノミニシテ當事者ニ何等ノ利益ナキモノナレハナリ例ヘハ裁判所ノ管轄違ナリトシテ控訴判決ニ於テ原告ノ訴ヲ却下シタル不法ナル場合ニ於テ其訴ハ訴訟無能力者カ提起シタルモノニシテ結局訴ヲ却下スル判決ヲ正當トスル場合ノ如シ

上告裁判所カ上告ヲ理由アリト認ムルトキハ自ラ裁判ヲ爲サス原判決ヲ破毀シテ事件ニ付キ更ニ辯論裁判ヲ爲サシムル爲メ事件ヲ原裁判所ニ差戻シ又ハ之ト同等ナル裁判所ニ移送スルヲ本則トス而シテ原判決カ訴訟手續ニ關スル規定ニ違背シタルニ因リ原判決ヲ破毀スルトキハ其違背シタル部分ノ訴訟手續モ之ヲ破毀スヘキモノトス(第四四七條第四四八條)然レトモ左ノ場合ニ於テハ上告裁判所ハ事件ニ付キ自ラ判決ヲ爲スコトヲ得ヘシ(第四五條)

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

(二)

無訴權ノ爲メ又ハ裁判所ノ管轄違ナルカ爲メニ判決ヲ破毀スルトキ 即チ訴訟事件カ司法裁判所ノ管轄ニ屬セサルモノナルカ或ハ第一審裁判所カ其訴訟事件ニ付テ管轄違ナルニモ拘ラス控訴裁判所カ爲シタル無訴權若クハ管轄違ニアラストノ判決ニ對シ上告ノ提起アリタルトキハ其判決ハ當然違法ノ判決ナルヲ以テ上告裁判所ハ其判決ヲ破毀スヘキモ此場合ノ如キハ事件ニ付キ更ニ第二審裁判所ニ審理ヲ爲サシムルノ必要ナキモノナリ故ニ上告裁判所ニ於テ自ラ訴却下ノ判決ヲ爲シ事件ヲ終局スヘキモノナリ
以上二ノ場合ヲ除キ上告裁判所カ上告ヲ理由アリト認メタルトキハ差戻判決又ハ移送判決ヲ爲スヘキモノナリ差戻判決ヲ爲ス場合ニ當事者ヨリ控訴裁判所ノ他ノ民事部ニ差戻ス判決ヲ爲スヘキコトヲ申立ツルトキハ其申立ニ從ヒニ第一審裁判所ニ差戻スコトヲ得ル場合アリ即チ上告セラレタル事件カ民事訴訟法第四百二十二條第四百二十三條ノ規定ニ依リ控訴裁判所カ其事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スヘキ場合ニシテ且差戻ヲ爲スニ必要ナル事實カ確定セル

場合ナルトキハ前(一)ニ因リ事件ニ付キ裁判ヲ爲スニ熟シタルモノニシテ且控
訴裁判所ノ判決ハ之ヲ破毀スヘキモノナレハ上告裁判所ハ直チニ第一審裁判
所ニ事件ヲ差戻スコトヲ得ヘシ

事件ノ差戻又ハ移送ヲ受ケタル裁判所ハ新辯論ニ基キ裁判ヲ爲スコトヲ要ス
(第四八項)當事者ノ申立ニ依リ控訴裁判所ノ他ノ民事部ニ差戻判決アリタルト
キハ前控訴判決ニ干與シタル判事ハ其訴訟ニ干與スルコトヲ得ス(第四八項)第
二審ノ判決カ破毀セラレ差戻又ハ移送セラレタルトキハ訴訟ハ控訴判決前ノ
程度ニ復スルモノナルヲ以テ當事者ハ破毀セラレタル判決以前ニ於ケル口頭
辯論ニ於テ提出シ得ヘカリシ事項ヲ新口頭辯論ニ際シ提出スルノ權利アルモ
ノトス(第四四項)而シテ差戻又ハ移送ヲ受ケタル裁判所ハ上告裁判所ノ爲シタル
法律上ノ判斷ニシテ判決ヲ破毀スルノ基本ト爲シタルモノヲ以テ新ナル辯論
及ヒ裁判ノ基礎ト爲スコトヲ要ス(第四五項)

第七款 上告審ノ手續

上告ノ提起ハ上告狀ヲ上告裁判所ニ差出シテ之ヲ爲ス(第四三項)上告ノ提起アリ

タルトキハ上告裁判所ハ先ツ期日ヲ定メテ上告人ノミヲ呼出シ其陳述ヲ聽キ
テ其上告ヲ許スヘキヤ否ヤ法律上ノ方式及ヒ期間ニ於テ起シタル上告ナリヤ
否ヤ法律ニ違背シタル裁判ナルコトヲ上告ノ理由トナスヤ否ヤ此三點ニ付テ
上告人ノ陳述ヲ聽キテ審査ヲ爲シ上告ノ要件ニ欠缺アリト認メタルトキハ判
決ヲ以テ上告ヲ棄却ス又上告人カ右ノ期日ニ出頭セサルトキハ上告ヲ取下ケ
タルモノト看做サル但其期日ヨリ七日ノ期間内ニ上告人カ十分ナル理由ヲ以
テ出頭セサリシコトヲ辯解シタルトキハ上告裁判所ハ更ニ期日ヲ定メテ上告
人ヲ呼出シ其陳述ヲ聽キ前ノ三點ニ付テ審査ヲ爲スヘキモノナリ(第四三項)出頭
セサリシ上告人カ辯解ヲ爲ス方式ニ付テハ法律ニ特別ノ規定ナキモ書面ヲ以
テ爲スヘキモノナリ

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

上告裁判所ノ手續ハ特別ノ規定アル場合ノ外地方裁判所ノ第一審ノ訴訟手續ノ規定ヲ準用スルモノトス(第四條第四項)但控訴裁判所ノ訴訟手續ヲ準用スヘキ場合ハ左ノ如シ(第四條第五項)

- (一) 闕席判決ニ對スル不服ノ申立(第三九八條第四項)
- (二) 控訴ノ取下(第三九條)
- (三) 當事者雙方ヨリ控訴ヲ提起シタル場合ニ於ケル訴訟手續(第九條第四項)及ヒ控訴ト故障ト同時ニ爲シタルトキノ手續(第四一條)
- (四) 口頭辯論ノ起期(第四一條)
- (五) 口頭辯論ノ際ニ於ケル當事者ノ陳述(第四一條)
- (六) 妨訴抗辯ニ付テノ辯論(第四一條)
- (七) 控訴ヲ起シタル者ノ不利益ト爲ルヘキ裁判ヲ爲スヘカラサルコト(第二五條)
- (八) 訴訟記録ノ送付及ヒ返還(第四三條)
- (九) 附帶上告(第四四條、第四五條、第四六條、第四七條)

闕席手續ニ於テハ上告人ノ闕席セル場合ト被上告人ノ闕席セル場合トヲ區別セサルヘカラス上告人闕席ノ場合ニハ第二百四十七條ノ規定ニ從ヒ上告棄却ノ判決ヲ爲スヘシ被上告人闕席ノ場合ニハ第二百四十八條ヲ準用スヘシ然レトモ後ノ場合ニ於テハ上告人ノ事實上ノ口頭供述ヲ自白シタルモノト看做スヘキモノナルヲ以テ上告審ニ於テ其準用ノ範圍ハ極メテ狹シ即チ法律ニ違背シタルコトヲ理由トシテ上告ヲ爲ストキハ上告裁判所ハ裁判ヲ爲スニ際シ控訴裁判所ノ裁判ヲ爲スノ證據ト爲シタル事實ニ付キ法律ノ適用ヲ審査スルモノナレハ事實ニ付キ被上告人ノ陳述スル所ヲ審査スルノ必要ナシ隨テ此場合ニハ被上告人カ事實ヲ自白シタルモノト看做スヘキ餘地ナキヲ以テ之ニ對シ闕席手續ヲ以テ上告ノ理由アリヤ否ヤヲ判斷スヘキニアラス然レトモ控訴裁判所カ訴訟手續ノ規定ニ違背シタルコト又ハ法律ニ違背シテ事實ヲ確定シ若クハ遺脱シ又ハ提出シタルコトヲ上告ノ理由トスルトキハ其事實ニ付テハ上告裁判所ニ於テ之ヲ斟酌スルコトヲ得ヘキヲ以テ隨テ被上告人カ闕席シタル場合ニハ上告人ノ事實上ノ供述ハ被上告人之ヲ自白シタルモノト看做サル

場合アリ此場合ニ於テハ懈怠ノ結果ヲ生スルモノナルヲ以テ上告裁判所モ亦
其事實ニ關シテ民事訴訟法第二百四十八條ノ規定ニ從ヒ自白ノ推定ヲ爲スコ
トヲ得ヘシ

第四節 抗 告

第一款 抗告ノ性質

抗告ハ特定ノ決定若クハ命令ニ對スル上訴ナリ抗告ハ下級裁判所ノ決定又ハ
裁判長ノ命令ニ不服ナル當事者其他ノ利害關係人カ上級裁判所ニ對シ其裁判
ノ當否ニ付キ審査ヲ求メ且之ヲ自己ノ利益ニ變更スヘキコトヲ求ムル申立ナ
リ控訴、上告ハ終局判決若クハ之ト同一視スヘキ判決ニ對シテ提起スルコトヲ
得ル上訴ニシテ決定、命令ニ對シテハ控訴、上告ヲ爲スコトヲ得ス但終局判決前
ニ爲シタル決定、命令ニ對シテハ終局判決ト共ニ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル場
合アリト雖モ特ニ決定若クハ命令ニ對スル不服申立ノ途ヲ設ケサレハ實際ノ
必要ヲ充タスコト能ハス如何トナレハ告訴、上告ハ訴訟ノ當事者ニ限り提起ス

ルコトヲ得ヘキモノニシテ訴訟ニ干與シタル第三者ハ決定、命令ヲ受ケタルコ
トアルモノニ對シテ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス又當事者ト雖モ告訴、上告ニ依
リテ不服ヲ申立ツルコトヲ得サル決定、命令アリ如何トナレハ終局判決ニ對ス
ル上訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル決定若クハ命令ハ其決定若クハ命令
カ終局判決ノ前提ト爲ルヘキ性質ヲ有スルモノニ限ラレルモノナレハナリ是
ヲ以テ民事訴訟法ハ實際ノ必要ヲ充タスカ爲メニ決定、命令ニ對スル上訴即チ
抗告ヲ設ケタルモノトス而シテ抗告ハ訴訟手續ニ關スル申請ヲ口頭辯論ヲ經
スシテ却下シタル裁判其他法律ニ於テ特ニ掲ケタル裁判ニ對シテ提起スルコ
トヲ得ル(第四五條)モノニシテ總テノ決定若クハ命令ニ對シテ申立ツルコトヲ許
ナス獨逸民事訴訟法ニ於テハ或種ノ中間判決ニ對シテモ抗告ヲ爲スコトヲ許
スモ(獨逸民事訴訟法第六八條)我民事訴訟法ニ於テハ中間判決ニ對シテ抗告ヲ許シタルモノナ
シ

右ノ如ク抗告ハ控訴若クハ上告ヲ以テ不服申立ヲ爲スコトヲ得サル裁判ニ對
シテ許シタル上訴ナルヲ以テ控訴若クハ上告ニ依ル不服申立ヲ補充スルノ性

質ヲ有ス即チ之ヲ例示スレハ左ノ如シ

- (一) 抗告ハ訴訟當事者ニアラサル者ヨリ提起スルコトヲ得例ヘハ罰金ノ言渡ヲ受ケタル證人鑑定人ノ如シ(第三三〇二條)
- (二) 抗告ハ當事者カ控訴若クハ上告ニ依リテ上級裁判所ノ判斷ヲ受クルコトヲ得サル決定命令ニ對シテ爲スコトヲ得ヘシ例ヘハ原告ノ提出シタル訴狀ニ對シ裁判長ノ爲シタル訴狀差戻ノ命令ハ終局判決前ノ裁判ニアラサルヲ以テ控訴ニ依リ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス又裁判所書記法律上代理人ニ費用ノ辨濟ヲ命スル決定ノ如キモ亦然リ其他訴訟費用額確定ノ裁判強制執行ニ關スル裁判ノ如キ何レモ終局判決ト共ニ上級裁判所ニ對シ不服ヲ申立ツルコトヲ得サルモノナリ(第一九二條、第一九三條、第一九四條、第一九五條、第一九六條、第一九七條、第一九八條、第一九九條、第二〇〇條、第二〇一條、第二〇二條、第二〇三條、第二〇四條、第二〇五條、第二〇六條、第二〇七條、第二〇八條、第二〇九條、第二一〇條、第二一一條、第二一二條、第二一三條、第二一四條、第二一五條、第二一六條、第二一七條、第二一八條、第二一九條、第二二〇條、第二二一條、第二二二條、第二二三條、第二二四條、第二二五條、第二二六條、第二二七條、第二二八條、第二二九條、第二三〇條、第二三一條、第二三二條、第二三三條、第二三四條、第二三五條、第二三六條、第二三七條、第二三八條、第二三九條、第二四〇條、第二四一條、第二四二條、第二四三條、第二四四條、第二四五條、第二四六條、第二四七條、第二四八條、第二四九條、第二五〇條、第二五一條、第二五二條、第二五三條、第二五四條、第二五五條、第二五六條、第二五七條、第二五八條、第二五九條、第二六〇條、第二六一條、第二六二條、第二六三條、第二六四條、第二六五條、第二六六條、第二六七條、第二六八條、第二六九條、第二七〇條、第二七一條、第二七二條、第二七三條、第二七四條、第二七五條、第二七六條、第二七七條、第二七八條、第二七九條、第二八〇條、第二八一條、第二八二條、第二八三條、第二八四條、第二八五條、第二八六條、第二八七條、第二八八條、第二八九條、第二九〇條、第二九一條、第二九二條、第二九三條、第二九四條、第二九五條、第二九六條、第二九七條、第二九八條、第二九九條、第三〇〇條)
- (三) 抗告ハ終局判決ヲ爲スコトヲ妨ケ又ハ終局判決ヲ遲延セシムル裁判ニ對シテ提起スルコトヲ得即チ訴訟手續ノ指揮若クハ續行ヲ拒ム裁判ニ對シテ申立ツルコトヲ得ヘシ例ヘハ當事者ヨリ爲シタル口頭辯論期日指定ノ申請ヲ却下シタル裁判又ハ訴訟手續ノ中止ヲ命シタル裁判等はナリ(第一八一條)

以上ハ抗告カ控訴若クハ上告ヲ補充スル場合ナリ尙ホ抗告ハ控訴若クハ上告ニ依ル上訴ヲ簡易ナラシムル目的トス即チ一ノ裁判ニ對シテ控訴若クハ上告ヲ以テ終局判決ト共ニ不服ヲ申立ツルコトヲ得ヘキ場合ト雖モ其裁判ニ對シテハ特ニ抗告ニ依ル不服申立ヲ許シ控訴又ハ上告ニ於テバ其點ニ付キ裁判ヲ爲スコトヲ得サラシム例ヘハ判事忌避ノ申請アリタル場合ニ於テ裁判所カ其申請ヲ不當ナリト認メ其事件ニ付キ終局判決ヲ爲シタルトキノ如キハ若シ民事訴訟法第三十八條ノ規定ナキトキハ其判決ニ對シテハ控訴若クハ上告ヲ以テ終局判決ニ對スル不服ト共ニ不服ノ申立ヲ爲シ上級裁判所ハ其申請ノ當否ニ付キ裁判ヲ爲シ得ヘキモノナリ然レトモ特定ノ裁判ニ對シテハ抗告ヲ以テ不服ノ申立ヲ許シ而シテ控訴上告ニ於テハ抗告ヲ以テ不服ノ申立ヲ爲スコトヲ得ル裁判ニ對シテハ控訴上告ト共ニ不服ノ申立ヲ爲スコトヲ得サル旨ヲ規定シ(第三九七條)以テ控訴上告ニ於ケル審理ノ範圍ヨリ抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル裁判ノ範圍ヲ分離シ控訴上告ノ手續ヲ簡易ナラシムルモノナリ要スルニ抗告ハ控訴上告ニ依ル不服申立ノ方法ヲ補充シ若クハ簡易ニス

ルノ性質ヲ有スルモノナリ
 尙ホ抗告カ控訴上告ト特種ノ性質ヲ有スル點ヲ述フレハ抗告ハ自己ニ不服ナル下級裁判所ノ裁判ヲ廢棄セシムル爲メ上級裁判所ニ保護ヲ求ムル點ニ付テハ控訴上告ト同一ナリト雖モ控訴上告ハ上級裁判所ノ判決ニ因リテ下級裁判所ノ判決ヲ認可スルカ若クハ之ヲ廢棄シテ更ニ正當ナル判決ヲ爲サシムヘキカニ付テ相手方ニ對スル攻撃ヲ包含スルモノナリ然レトモ抗告ハ相手方ニ對スル攻撃ヲ包含セス上級裁判所ニ對シ不服アル裁判ヲ取消シ之ニ代ルヘキ裁判ヲ受クルコトヲ求ムル不服ノ申立ニシテ直接ニ下級裁判所若クハ其裁判長ニ對スル攻撃ナリ然レトモ下級裁判所カ國家ノ機關トシテ爲シタル裁判ニ對スル攻撃ナルヲ以テ下級裁判所ノ判事カ一個人トシテ攻撃セラルルモノニ非ス只下級裁判所若クハ裁判長ハ抗告ニ付キ國家機關トシテ意見ヲ述フルコトヲ必要トスルノミ(第四五條九條)

第二款 抗告ノ種類

抗告ハ之ヲ分チテ普通抗告即時抗告及ヒ再抗告ノ三トス普通抗告トハ一定ノ

期間ニ拘束セラルルコトナク提起スルコトヲ得ヘキ抗告ヲ謂ヒ即時抗告トハ裁判ノ言渡若クハ送達ヨリ七日ノ不變期間内ニ提起スルコトヲ要スル抗告ヲ謂フ再抗告トハ抗告裁判所ノ裁判ニ對シテ提起スル抗告ヲ謂フ

第一 普通抗告

普通抗告ハ訴訟手續ニ關スル申請ヲ口頭辯論ヲ經スシテ却下シタル裁判ニ對シテ申立ツルコトヲ得ルモノニシテ尙ホ特ニ法律ニ規定セル裁判ニ對シテ之ヲ許ス例ヘハ特別代理人任設ノ申請却下ノ裁判(第六條)訴訟費用救助ニ關スル裁判(第一條)訴訟手續中止ノ裁判(第一八條)證人ノ不參又ハ證言拒絶ニ因リテ生シタル費用ノ賠償及ヒ罰金ヲ言渡ス裁判(第二九四條)鑑定人ニ對スル費用ノ賠償及ヒ罰金ヲ言渡ス裁判(第三二二條)等はナリ
 右ノ裁判ニ對シテハ其裁判ノ變更ヲ求メ得ヘキ狀態ニ訴訟事件カ存スル間抗告ヲ以テ不服ノ申立ヲ爲スコトヲ得ヘシ然レトモ抗告ヲ爲シテ裁判ノ變更ヲ求ムルモ實益ナキニ至リタルトキハ此等ノ裁判ニ對シテハ抗告ヲ爲スコトヲ得サルモノナリ故ニ特ニ法律上ノ期間ナシト雖モ永久ニ抗告ノ提起

ヲ爲スコトヲ得ルモノニアラス例へハ訴訟ノ進行中ニ裁判所ノ爲シタル決定ニ對シ抗告ヲ許スヘキ場合ニ於テモ其訴訟事件カ其裁判所ノ繫屬ヲ離脱シタル場合ノ如キハ抗告ヲ爲スヲ得サルカ如シ

第二 即時抗告

即時抗告ハ七日ノ不變期間内ニ限り提起スルコトヲ得ル抗告ナリ法律ニ於テ特ニ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ル旨ヲ規定シタル裁判ニ對シテノミ提起スルヲ得ルモノトス即チ判事裁判所書記忌避申請却下ノ裁判(第三八條)主參加訴訟ニ於テ本訴訟中止ノ裁判(第五條)從參加許否ノ裁判(第七條)裁判所書記辯護士等ニ對スル費用負擔ノ裁判(第八條)訴訟費用確定決定(第八條)訴訟手續ノ中止ヲ拒ム裁判(第九條)訴狀差戻命令(第一九條)判決ヲ更正スル裁判(第一四條)證人ノ證言拒絶當否ノ裁判(第一三條)證人忌避ノ申請却下ノ裁判(第五條)執行命令申請却下ノ裁判(第三九條)控訴ノ却下命令(第二四條)再審ノ訴却下ノ命令(第六四條)強制執行手續ニ於テ口頭辯論ヲ經スシテ爲スコトヲ得ル裁判(第八五條)不動產競落許否ノ決定(第六八條)假差押取消ノ決定(第七四條)除權判決申立ニ關スル決定(第七六條)等是小

第三 再抗告

再抗告トハ抗告裁判所ノ裁判ニ對シテ爲ス抗告ヲ謂フ抗告裁判所ノ裁判ニ對シテハ新ナル獨立ノ抗告理由ノ存スルトキニ限り抗告ヲ提起スルコトヲ得(第四五條)再抗告ハ新ナル獨立ノ理由ニ基クコトヲ必要條件トス故ニ抗告裁判所ノ裁所ニシテ其理由中不當ノ點アルモ其裁判ニ依リ新ナル獨立ノ理由ヲ生スルニ非サレハ再抗告ヲ許ササルモノトス。新ナル獨立ノ理由トハ抗告裁判所カ形式上抗告ヲ不適法トシテ棄却スルカ實體上ニ於テ下級裁判所ノ裁判ト反對ノ裁判ヲ爲スカ抗告裁判所ノ構成ニ違法アルカ又ハ抗告裁判所ノ裁判カ重要ナル訴訟手續ノ規定ニ違背シタル場合ヲ謂フモノトス今再抗告ヲ爲シ得ル場合ニ付キ一二ノ例ヲ舉ケテ説明スレハ左ノ如シ

- (一) 抗告裁判所カ抗告ヲ不適法トシテ棄却シタルトキ 抗告裁判所ニ於テ抗告ヲ許スヘカラサルモノトシテ之ヲ棄却スル裁判ヲ爲シタルトキハ其裁判ニ對シテハ再抗告ヲ爲スコトヲ得ヘシ如何トナレハ此裁判ハ抗告裁

判所カ原裁判所ノ裁判ヲ認可シタルニアラスシテ却テ抗告ヲ提起シタル
裁判ノ實體ニ立入りテ審査ヲ爲サストノ裁判ニ外ナラサレハ此裁判ニ因
リテ抗告人ニ對シテハ新ナル獨立ノ抗告理由ヲ生シタルモノナリ故ニ再
抗告ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ

(二) 抗告裁判所カ抗告ヲ實體上理由ナキモノトシテ棄却シタルトキ、前審
ノ裁判ト抗告裁判所ノ裁判ト同一ニ歸着スルモノナレハ新ナル獨立ノ抗
告理由ヲ生セス而シテ抗告裁判所ノ裁判ノ理由ト前審ノ裁判ノ理由トカ
同一ナラサルモ裁判カ同一ニ歸着スルトキハ新ナル獨立ノ抗告理由ヲ生
シタルモノト言フコトヲ得ス故ニ抗告裁判所ニ於テ抗告人カ原裁判所ニ
提出セサリシ事實證據方法ヲ主張シ之ニ因リテ抗告棄却ノ裁判アリタル
場合モ亦同シ然レトモ抗告裁判所ノ裁判ト原裁判ト全ク同一ナル場合ト
雖モ抗告裁判所ノ裁判カ訴訟手續ニ付テノ規定ニ違背シタルモノナルト
キハ獨立ノ抗告理由ヲ生シタルモノナルヲ以テ其裁判ニ對シテ更ニ抗告
ヲ爲スコトヲ得ヘシ例ヘハ抗告裁判所ノ構成カ不適法ナリシ場合若クハ

抗告裁判所カ管轄違ナリシ場合ノ如キハ新ナル獨立ノ抗告理由ノ發生ト
稱スヘキモノナリ(大判、四〇、十二)

(三) 抗告裁判所カ抗告ヲ理由アリトシテ原裁判ヲ變更シタルトキ、此裁判
ニ對シテハ抗告人ノ相手方トナルヘキ者ハ再抗告ヲ爲スコトヲ得ヘシ即
チ相手方ハ此裁判ニ因リテ抗告ヲ爲スノ權ヲ取得シタルモノナレハ抗告
裁判所ノ裁判ニ對シテ抗告ヲ爲スコトヲ得ヘシ然レトモ其裁判ニ對シテ
ハ法律上抗告ヲ爲シ得ヘキモノナラサルヘカラス例ヘハ原裁判所カ假差
押ノ申請ヲ却下シタル裁判ニ對シ抗告裁判所カ假差押ヲ許シタルトキハ
其裁判ニ對シテハ相手方ハ再抗告ヲ爲スコトヲ得ス又原裁判所カ判事忌
避ノ申請ヲ棄却シタル裁判ニ付キ抗告裁判所カ其忌避申請ヲ正當ナリト
爲シタル如キ場合ニハ其裁判ニ對シテハ再抗告ヲ爲スコトヲ得サルナリ

第三款 抗告ノ要件

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

ルコト是ナリ(第四六)

第一 抗告カ法律上許スヘキモノナルコトヲ要ス

抗告ハ前ニ述ヘタル如ク控訴、上告ニ依ル上訴ヲ補充スル目的ノ外尙ホ控訴上告ニ依ル訴訟手續ヲ簡易ニスル目的ヲ有ス故ニ抗告ヲ以テ不服申立ヲ爲スコトヲ得ル裁判ハ控訴、上告ノ際不服申立ヲ爲スコトヲ得サルモノナリ然レトモ民事訴訟法ハ概括的の法文ヲ以テ如何ナル場合ニ抗告ヲ許スヘキヤ否ヤヲ規定セス各法條ニ於テ之ヲ規定セリ各法條ノ規定ヲ比較對照スルトキハ本案ノ訴訟事件ニ直接ノ關係ヲ有セサルカ若クハ本案ノ訴訟事件ニ附隨ノ關係ヲ有スル從タル問題ニ付テ爲シタル裁判ニ對シテ抗告ヲ許スカ如シ而シテ其要件トシテハ主觀的ノ關係ヨリスレハ獨リ訴訟ノ當事者ノミナラス裁判ニ不服ナリト主張スル第三者、證人、鑑定人(第二九四條、第三〇二條、第三〇二條)費用ノ負擔ヲ言渡サレタル裁判所書記、法律上代理人、辯護士其他ノ訴訟代理人、執達吏(第四八條)若クハ從參加人(第七五條)ヨリ提起スルコトヲ得ヘシ容觀的ノ關係ヨリスレハ前第二節ニ述ヘタル如ク法律カ特ニ抗告ヲ許スヘ

キコトヲ規定シタル裁判所ノ決定又ハ裁判長ノ命令及ヒ訴訟手續ニ關スル申請ヲ口頭辯論ヲ經スシテ却下シタル決定命令ニ對シテ提起スルコトヲ得ルモノナリ(第四五條)然レトモ法律ニ於テ不服ヲ申立ツルコトヲ得スト規定シタル裁判(第二八條、第三八條、第一〇二條、第一七一條)或條件ノ下ニ不服ヲ申立ツルコトヲ許セル場合ニ其條件ノ缺クルトキ(第八條)抗告以外ノ方法ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル裁判即チ異議(第三八條、第四四條)故障(第三九條)訴(四五條)控訴、上告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル裁判等ニ對シテハ抗告ヲ許ササルモノトス

受命判事若クハ受託判事ノ裁判又ハ裁判所書記ノ處分ニ對シテハ抗告ヲ爲スコトヲ得ス此等ノ裁判又ハ處分ニ對シテ不服ナルトキハ先ツ受託裁判所ニ對シテ右ノ裁判又ハ處分ノ當否ニ付テノ裁判ヲ求メ受託裁判所ノ裁判ニ不服ナルトキ始メテ之ニ對シテ抗告ヲ爲スコトヲ許ス(第四六條、第五條、第六條)是レ蓋シ受命判事、受託判事ハ受託裁判所ノ委任ニ因リテ行爲ヲ爲スモノナレハ受命判事、受託判事ノ裁判ハ受託裁判所ニ代リテ爲スモノナルカ故ニ此裁判ニ

對シテ不服ナルトキハ先ツ受訴裁判所ノ意見ヲ確ムルコトヲ正當トシ又裁判所書記ハ受訴裁判所ニ屬スルモノナレハ其處分ノ不當ナルトキハ法律上受訴裁判所ニ於テ更正スルコトヲ至當ト認メタルニ因ル此不服申立ノ方法ハ抗告ニアラス特別ナル一ノ方法ナルヲ以テ抗告提起ノ要件ニ依ラス不服ヲ申立ツルコトヲ得ヘシ而シテ其不服申立ニ因リテ受訴裁判所カ爲シタル裁判ニ對シテ提起スル抗告ハ同一ノ事項ニ對スル再度ノ不服申立ナリト雖モ再抗告ニアラスシテ單純ナル抗告ナリトス再抗告ニ付テハ前第二節ニ述ヘタル如ク抗告裁判所ノ裁判ニ因リテ新ナル理由ヲ生シタルトキニ限り抗告ヲ許スヘキモノトス

第二 法律上ノ方式ニ從フコトヲ要ス

抗告ハ不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所又ハ裁判長ノ屬スル裁判所ニ抗告狀ヲ差出シテ爲スヲ通例トシ(第四五七條第一項)急迫ナル場合ニ限り直チニ抗告裁判所ニ抗告狀ヲ差出シテ之ヲ爲スコトヲ得ルモノトス(第四六一條第一項)斯ノ如ク抗告ハ控訴上告ニ於ケルカ如ク直チニ上級裁判所ニ抗告狀ヲ差出サ

スシテ不服ヲ申立テラレタル裁判所ニ抗告狀ヲ差出ス所以ハ裁判所ハ判決ノ外必スシモ其裁判即チ決定命令ニ羈束セラレコトナキヲ以テ裁判ヲ爲シタル裁判所又ハ裁判長カ抗告ヲ理由アリト認メタルトキハ自ら前裁判ヲ取消シ若クハ變更シテ抗告ヲ不必要ナラシムルコトヲ得ル機會ヲ與フルニアリ殊ニ新ナル事實若クハ新ナル證據方法ヲ以テ抗告ノ證據ト爲ストキハ前裁判ヲ變更若クハ取消スコトアルヘキヲ以テナリ又抗告ハ抗告狀ヲ差出シテ爲ス例外トシテ訴訟カ區裁判所ニ繫屬シ若クハ會テ繼續シタルトキ又ハ證人鑑定人ヨリ抗告ヲ提起スルトキ及ヒ證書ヲ提出スル義務アリトノ宣言ヲ受ケタル第三者ヨリ抗告ヲ爲ストキハ口頭ヲ以テ提起スルコトヲ得(第四五七條)口頭ヲ以テ抗告ヲ爲ス場合ハ抗告人ハ裁判所書記ノ面前ニ於テ抗告ノ趣旨ヲ陳述シ裁判所書記ハ其調書ヲ作ルヘキモノトス(第一三條)抗告狀ニ記載スヘキ事項及ヒ口頭ヲ以テ抗告ヲ爲ス場合ニ陳述スヘキ事項ニ付テハ法律ニ別段ノ規定ナシ然レトモ抗告ヲ明確ニスル爲メ抗告セラルル裁判ノ表示當事者ノ表示抗告ノ理由等ハ之ヲ記載スヘク口頭ヲ以テ提起

スルトキハ右事項ヲ陳述スルヲ適當トス然レトモ抗告狀ニ記載スヘキ要件ハ法律ニ規定ナキヲ以テ抗告狀ニハ不服ヲ申立ツル裁判及ヒ抗告ヲ爲スコトヲ認メ得ル記載ヲ以テ足ルモノトス抗告人カ如何ナル裁判ヲ求ムルカノ申立モ之ヲ記載スルコトヲ要セス如何トナレハ訴訟記録ニ依リテ抗告裁判所ハ抗告人カ原審ニ於テ如何ナル裁判ヲ求メタルヤヲ知ルコトヲ得ヘケレハナリ又抗告狀ニハ抗告ノ理由ヲ記載スルコトヲ要セス理由ノ記載ナキトキハ抗告人ハ原裁判ノ全部カ自己ニ不利益ナル内容ヲ有スルモノトシテ不服ヲ申立テタルモノトシ抗告裁判所ハ之カ審査ヲ爲ササルヘカラス但裁判所ハ書面上ノ陳述ヲ命シ又ハ口頭辯論ヲ開キテ抗告理由ヲ知ルコトヲ得ヘシ

第三 法定ノ期間内ニ提起スルコトヲ要ス

普通抗告ニ付テハ特別ノ期間ナキヲ以テ何時ニテモ提起スルコトヲ得ヘシ然レトモ時機ヲ失シタルトキ即チ抗告ヲ提起スルモ抗告人ニ法律上ノ利益ナキトキ例ヘハ終局判決アリタル後ニ其前ニ爲サレタル決定ニ對スル抗告

ノ如キハ之ヲ許スヘキニ非ス尙前第二款第一ヲ参照スヘシ
即時抗告ハ七日ノ不變期間内ニ於テ提起スヘキモノニシテ期間ノ進行ハ裁判ノ送達ヨリ始マルヲ通例トシ闕席判決ノ申立ヲ却下スル決定(第三條第五)不動產競落許否ノ決定(第六條第八)除權判決ノ申立ヲ却下スル決定及ヒ除權判決ニ附シタル制限又ハ留保ノ決定(第七條第六九)ニ對スル裁判ハ裁判ノ言渡ヨリ期間ヲ起算ス(第四條第六六)此等ノ抗告ハ當事者ハ言渡ニ因リテ裁判アリタルコトヲ知ルモノナレハ其時ヨリ期間ヲ起算スヘキモノトセリ又抗告人カ抗告ヲ急迫ナリト認メ抗告裁判所ニ抗告ヲ爲シタルトキ抗告裁判所カ急迫ナラスト認メテ不服ヲ申立テタル裁判ヲ爲シタル裁判所又ハ裁判長ニ事件ヲ送付スル場合ニ於テハ縱令事件送付ノ時既ニ抗告期間ヲ經過スルモ抗告裁判所ニ抗告ヲ提起シタル時カ七日ノ不變期間以内ナルトキハ適法ノ時期ニ抗告ヲ提起シタルモノト看做ス(第四條第六六)

右ノ即時抗告ハ抗告ヲ許ス裁判ヲ速ニ確定セシメ裁判所及ヒ其訴訟關係人ヲシテ其裁判ノ拘束ヲ受ケシムヘキコトヲ法律上必要ト認メタルニ基クモ

ノナリ而シテ七日ノ不變期間經過後ニ提起シタル抗告ハ不適法ナルモ期間ノ始マル前ニ提起シタル抗告ハ適法ノモノト爲ササルヘカラス或ハ七日ノ不變期間内ナル文字アルヨリシテ期間開始前ノ抗告ハ無効ナリトノ説ナキニアラスト雖モ不變期間内ト稱スルハ不變期間ノ經過前タルコトヲ意味スルモノニシテ不變期間ハ裁判ノ送達ヨリ始マルト規定セルハ期間ノ終期ヲ明確ニシタルニ外ナラス殊ニ控訴上告ニ付テハ期間開始前ノ控訴上告ハ無効トスル旨ノ規定アルニ拘ハラス抗告ニ其規定ナキヨリスレハ期間前ノ即時抗告ハ有効ト解釋スヘキモノナリ

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

受命判事、受託判事ノ裁判及ヒ裁判所書記ノ處分ノ變更ヲ求ムル場合ニ於テ若シ此等ノ裁判カ受訴裁判所ノ裁判ナリシトキハ即時抗告ヲ許サルヘキ場

合ニ該當スルトキハ其裁判ニ不服ナル者ハ裁判送達ノ日ヨリ七日ノ不變期間内ニ受訴裁判所ノ裁判ヲ求ムルコトヲ要ス而シテ受訴裁判所カ不服申立ニ對シテ其裁判ヲ變更スルコトヲ正當ト爲ス場合ニ於テハ直チニ裁判ヲ爲スヘキモノナレトモ若シ不服申立ヲ正當ト認メサルトキハ其不服申立ハ抗告ト同一ノ效力ヲ有スルモノト爲リ受訴裁判所ハ其不服申立ヲ抗告裁判所ニ送付スヘキモノトス(第四六六條第四項)

第四百六十六條第四項ノ規定ヨリスレハ前條第一項ノ場合ニ於テハトアルヲ以テ受命判事、受託判事ノ裁判ニ對シテ不服ナルトキハ總テ即時抗告ノ期間内ニ限り受訴裁判所ニ裁判ノ變更ヲ求ムルコトヲ必要トスルカ如キモ第四百六十六條第一項ニハ「即時抗告ノ場合ニ於テハ左ノ特別ノ規定ニ從フ」トアリ又即時抗告ヲ法律カ必要トセサル裁判ナルニ拘ハラス其裁判カ受命判事、受託判事ノ裁判ナルカ爲メニ特ニ即時抗告ノ規定ニ從フノ必要ナキナリ殊ニ第四百六十五條第二項ニハ「抗告ハ受訴裁判所ノ裁判ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得」ト規定シ同條ノ趣旨ヨリスルモ受訴裁判所ノ裁判ニ對シ當事者カ

抗告ヲ申立テタル場合ニ限リ抗告ヲ生シ受訴裁判所ノ裁判ヲ當事者カ求ムルカ爲メニ抗告提起ノ效力アルモノニアラス然ルニ第四百六十六條第四項ニハ申請ヲ正當ト認メサルトキハ之ヲ抗告裁判所ニ送付ス可シト規定シ當然抗告ノ提起アリタルト同一ノ效力ヲ生セシムルハ即時抗告ノ場合ニ限リ急速ニ裁判ノ確定スルコトヲ必要ト認メタルニ因ルモノナリ故ニ同條第四項ハ受命判事又ハ受託判事ノ裁判カ若シ受訴裁判所ノ裁判ナルトキ即時抗告ヲ爲シ得ヘキ場合ノミニ適用セラルヘキモノト謂ハサルヘカラス

以上述ヘタル三要件ノ外民事訴訟用印紙法ニ從ヒ訴訟印紙ヲ抗告狀ニ貼付シ若クハ之ヲ調書ニ貼付スルコトヲ要ス

第四款 抗告權ノ行使

抗告ヲ許サルヘキ決定若クハ命令ヲ受ケタル當事者其他ノ利害關係人ハ抗告裁判所ニ對シ抗告權ヲ有ス抗告ハ他ノ上訴權ト同シク形式的及ヒ實體的ノ二種ニ區別スルコトヲ得ヘシ抗告權ハ即時抗告ナルトキハ不變期間ノ經過ニ依リテ消滅シ普通抗告ナルトキハ前款ニ述ヘタル如ク抗告ヲ爲スモ法律上利益

ナキニ至リタルトキ消滅ス其他抗告權ノ拋棄又ハ取下ニ因リ喪失ス拋棄取下ニ付テハ法律ニ何等ノ規定ナシト雖モ一旦提起シタル抗告ヲ裁判上拋棄スルノ意思表示ハ當然爲シ得ヘキ所ナルヲ以テ抗告ノ拋棄及ヒ取下ヲ爲シ得ルモノト謂ハサルヘカラス而シテ拋棄及ヒ取下ハ相手方ノ承諾ヲ要セス即チ抗告裁判所カ反對ノ利害關係ヲ有スル者ヲ相手方ト定メテ口頭辯論若クハ陳述ヲ爲サシメタル場合ト雖モ抗告裁判所ノ裁判アルマテハ抗告人ハ隨意ニ之ヲ取下クルコトヲ得ルモノナリ是レ抗告ハ相手方ニ對スル攻撃ニアラサルヲ以テナリ特ニ抗告ハ相手方ニ對スル攻撃ニアラサルヲ以テ抗告裁判所カ相手方ヲ定メテ口頭辯論若クハ陳述ヲ爲サシメタル場合ト雖モ相手方ハ附帶抗告ヲ爲スコトヲ得ス相手方カ若シ裁判ニ不服ナレハ法定ノ要件ニ從ヒ獨立シテ抗告ヲ爲スコトヲ得ルニ過キス

第五款 抗告審ノ辯論及ヒ裁判

抗告裁判所ハ他ノ上訴ト同シク抗告カ適法ナリヤ否ヤヲ審査シ不適法ナルトキハ決定ヲ以テ却下シ若シ適法ナルトキハ不服申立アリタル裁判カ正當ナリ

ヤ否ヤヲ審査シ其裁判カ不當ナリトスルトキハ如何ナル裁判ヲ爲スヘキヤヲ
 審査スヘキモノトス抗告審ノ審理ハ書面審理若クハ任意的口頭辯論ニ基キテ
 爲スヘキモノナリ(第四六條)而シテ抗告裁判所カ原裁判ヲ抗告人ノ不利益ニ變更
 スヘカラサルコト申立テサル事物ヲ當事者ニ歸セシムルノ權ナキコト及ヒ原
 裁判ハ變更ヲ申立テタル部分ニ限り變更スルコトヲ得トノ原則ハ抗告ニ付テ
 モ亦他ノ上訴ト同シク辯論主義ノ原則ニ依リテ適用アルモノニシテ抗告裁判
 所カ不服ヲ申立テラレタル裁判ノ當否ヲ審査スルハ其裁判ニ因リテ裁判セラ
 レタル目的物ニ制限セラレルモノナリ然レトモ其裁判ノ當否ハ下級裁判所ニ
 提出セラレタル訴訟資料ノミニ因リテ審査ヲ爲スニダラスシテ關係人カ新ニ
 提出シタル訴訟資料ニ因リテ審査ヲ爲スヲ得ヘシ抗告人ハ新ナル事實及ヒ證
 據方法ヲ抗告狀ニ記載シテ抗告裁判所ニ提出スルコトヲ得ヘク(第四五條)相手方
 カ口頭辯論ニ呼出サレ若クハ陳述ヲ命セラレタルトキハ亦新事實新證據方法
 ヲ提出シテ原裁判ノ正當ナルコトヲ主張スルコトヲ得ヘシ而シテ抗告裁判所
 カ裁判ヲ爲スニ當リ新事實新證據方法ヲ願ミサリシトキハ其裁判ハ訴訟手續

ノ規定ニ違背スルモノニシテ新ナル獨立ノ抗告理由ヲ生スルニ至ルモノトス
 此等新舊ノ訴訟資料ニ因リテ審理ノ結果原裁判カ正當ナルトキハ抗告ヲ理由
 ナキモノトシテ棄却スヘク若シ原裁判カ不當ナルトキハ抗告裁判所ハ原裁判
 ヲ廢棄シテ更ニ自ラ正當ノ裁判ヲ爲スモノトス但抗告裁判所カ原裁判ヲ廢棄
 スルノミニシテ更ニ自ラ裁判ヲ爲サスシテ抗告ノ目的ヲ達スルモノアリ例ヘ
 ハ證人鑑定人等ニ對スル罰金ノ決定ノ如シ其他ノ場合ニハ抗告裁判所カ自ラ
 更ニ裁判ヲ爲スカ又ハ不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所若クハ裁
 判長ニ委任シテ裁判ヲ爲サシムルコトヲ得ルモノトス(第四六條第一項)
 委任ノ裁判ハ抗告裁判所ト原裁判所又ハ裁判長トノ間ニ委任關係ヲ生スルモ
 ノニアラスシテ原裁判所又ハ裁判長ニ對スル命令ナリ故ニ委任ヲ受ケタル裁
 判所又ハ裁判長ハ原裁判所ノ地位ニ於テ裁判ヲ爲スヘキモノナリ而シテ委任
 ノ裁判ハ原裁判所又ハ裁判長ヲ羈束スルモノトス是レ特別ノ規定ナシト雖モ
 法律上當然ノ效力ナリトス

第六款 抗告ノ效力

抗告モ他ノ上訴ト同シタ停止ノ效力及ヒ移審ノ效力ヲ生ス

第一 停止ノ效力

停止ノ效力ハ裁判ノ確定ヲ停止ス確定停止ノ效力ハ裁判所ニ抗告ヲ爲シ得ヘキ時ニ發生シ抗告ヲ爲シ得サルニ至リ消滅スルモノナリ故ニ即時抗告ヲ許ス裁判ハ不變期間ノ經過ニ因リ其確定ヲ停止スル效力ヲ消滅セシム若シ即時抗告ヲ提起シタルトキハ其裁判ノ確定ハ抗告ノ取下又ハ抗告棄却ノ裁判確定シタル時ニ消滅ス普通抗告ハ何時ニテモ提起シ得ルモノナルヲ以テ期間ノ經過ニ因リ確定スルコトナシ唯上告裁判所トシテ爲シタル決定若クハ命令ハ不服申立ノ途ナキヲ以テ直チニ確定スルモノナリ要スルニ抗告ヲ爲シ得ヘキ裁判ハ抗告ヲ爲スモ法律上利益ナキニ至ル迄若クハ不變期間ノ經過ニ至ルマテ確定ヲ停止ス
執行停止ノ效力ハ抗告ニ付テハ例外トシテ發生シ原則トシテハ執行停止ノ效力ヲ有セス特ニ法律ノ規定アル場合ニ限り執行停止ノ效力ヲ有ス(第四六項)特別ノ規定アル場合トハ民事訴訟法第二百九十四條第三百二條第三百二

十八條等ナリ故ニ其他ノ場合ニ於テハ抗告アルモ其裁判ニ基ク手續ヲ進行スルコトヲ得ヘシ然レトモ不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所又ハ裁判長ハ抗告ニ付テノ裁判アルマテ其裁判ノ執行中止ヲ命スルコトヲ得ヘク又抗告裁判所ハ抗告ニ付テノ裁判ヲ爲ス以前ニ於テ自由ナル意見ニ因リ不服ヲ申立テラレタル裁判ノ執行中止ヲ命スルコトヲ得ルモノナリ(第四六項)第三項)

第二 移審ノ效力

抗告ノ提起アリタルトキハ其提起ヲ爲シタル裁判所ニ因テ裁判セラレタル目的物ノ全部ヲ抗告審ニ繫屬セシム抗告ハ相手方ニ對スル攻撃ニアラサルヲ以テ抗告人ノ抗告ヲ相手方カ使用シ附帶抗告ヲ爲スコトヲ得ス抗告裁判所ハ原裁判ニ對シ不服申立アリタル範圍内ニ於テ原裁判ノ當否ヲ審査スヘキモノナリ移審ノ效力ハ抗告ノ取下又ハ抗告裁判所ノ裁判ノ確定ニ因リテ消滅ス

第七款 抗告審ノ手續

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

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

第三 當事者カ抗告ヲ急迫ナリト認メテ抗告裁判所ニ提起シタルトキハ抗告裁判所ハ直チニ裁判ヲ爲スコトヲ得ヘク又ハ其裁判ヲ爲ス以前ニ於テ不服ヲ申立テラレタル裁判所又ハ裁判長ノ意見ヲ求メ且訴訟記録ノ送付ヲ要求スルコトヲ得抗告裁判所カ事件ヲ急迫ナラスト認メタルトキハ原裁判所又ハ原裁判長ニ抗告ヲ送付シ且其旨ヲ抗告人ニ通知ス(第四六條)原裁判所若クハ裁判長カ事件ノ送付ヲ受ケタルトキハ第二ニ述ヘタル所ト同一ノ手續

ヲ爲スヘシ

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

第五 抗告裁判所ハ抗告ノ申立ニ付テハ口頭辯論ヲ經スシテ裁判ヲ爲スヲ通例トス裁判所ハ抗告人又ハ抗告人ト反對ノ利害關係ヲ有スル者ニ抗告アリタルコトヲ通知シテ書面上ノ陳述ヲ爲サシムルコトヲ得ヘシ利害關係人ハ之ニ對シテ陳述ヲ爲スノ義務ナシ而シテ利害關係人ノ陳述ハ抗告カ口頭ヲ以テ爲シ得ヘキ場合ナルトキハ亦口頭ヲ以テ爲スコトヲ得ヘシ利害關係人ハ裁判所ノ命ニ應シテ陳述ヲ爲シタルトキハ其陳述ヲ爲シタル事項ハ抗告ニ付テノ訴訟資料ト爲リ若シ陳述ヲ爲ササル場合ニ於テハ抗告人ノ提出シタル資料ノミニ因リテ裁判ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ而シテ抗告裁判所ハ口頭辯論ヲ經テ抗告ヲ審理スヘキコトヲ至當ト認メタルトキハ抗告人及ヒ

反對ノ利害關係人ヲ當事者ト爲シ口頭辯論ヲ爲スヘキ旨ヲ命シ期日ヲ定メテ當事者ヲ呼出スコトヲ得ルモノトス(第四六條)此場合ニ於ケル口頭辯論ハ任意的ノ口頭辯論ナルヲ以テ當事者雙方辯論期日ニ出頭セサルモ其手續ハ休止ト爲ルモノニアラス抗告ハ裁判所カ職權ヲ以テ完結スヘキ義務アルモノナレハ當事者カ辯論ヲ爲スト否トニ關セス又利害關係人カ陳述ヲ爲スト否トニ關セス職權ヲ以テ終結スヘシ故ニ辯論若クハ陳述ノ命ニ從ハサルトキハ書面上ノ資料ノミニ因リテ判斷スヘキモノトス

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

第四章 再審手續

第一節 再審ノ意義

再審トハ確定ノ終局判決ニ因リテ終了シタル訴訟手續ヲ更新シテ其判決ノ當否ヲ審査スル手續ヲ謂フ(第四六條)故ニ再審ハ一事不再理ノ原則ノ例外タリ又再

審ハ下級裁判所ノ判決ノ當否ヲ上級裁判所ニ於テ審査スルモノニアラスシテ確定判決ヲ爲シタル裁判所カ再ヒ其判決ノ當否ヲ審理スルモノナルヲ以テ上訴ニアラス隨テ再審ノ訴アルモ控訴上告ノ如ク停止ノ效力移審ノ效力ヲ生セス再審ヲ求メラレタル終局判決ハ之ヲ執行スルコトヲ得ヘク唯第五百條ノ規定ニ因リテ執行停止ヲ爲スコトヲ得ルノミ又再審ハ終局判決ヲ爲シタル裁判所ニ於テ更ニ辯論及ヒ裁判ヲ爲スモノナレハ移審ノ效力ヲ生セス獨逸舊法ニ於テハ非常上訴ノ一種ト爲シタレトモ現行法ニ於テハ上訴ニ非ス

第一 再審ノ訴ニ二種アリ一ヲ取消ノ訴ト謂ヒ二ヲ原狀回復ノ訴ト謂フ取消ノ訴ハ確定判決カ訴訟手續ニ關スル法則ニ違背シタル手續ニ基キタルコトヲ理由トスル訴ニシテ原狀回復ノ訴ハ確定判決ノ基本ト爲リタル訴訟資料ニ不法アルコトヲ理由トスル訴ナリ此二ノ訴ハ共ニ直接ニ私權ノ存否ノ確定ヲ求ムルカ爲メ提起スル訴ニ非スシテ控訴上告ノ如ク訴訟手續ヲ更新シ不服ヲ申立テラレタル判決ノ當否ヲ審査シ不當ナル場合ニ於テハ之ヲ廢棄シテ更ニ正當ナル判決ヲ求ムル不服申立ナリトス而シテ曩ニ繫屬シタル訴

訟ト別種ノモノニ非スシテ前ニ確定ノ終局判決ニ因リテ終了シタル訴訟ノ一部ナルヲ以テ前訴訟ノ受訴裁判所即チ再審ノ訴ニ因リテ不服ヲ申立テラレタル確定判決ヲ爲シタル裁判所カ再審ノ訴ニ付テ專屬管轄權ヲ有スルモノナリ(第四七條)然レトモ闕席判決ニ對スル故障ノ如ク不服アル判決ヲ爲シタル審級ノ一部ヲ成スモノニ非スシテ控訴上告ノ如ク新ナル審級ヲ開始スルモノナリ換言スレハ再審ノ訴ニ因リテ更ニ全訴訟ノ全部ニ付テ審理ヲ爲スニ非スシテ不服申立アリタル判決及ヒ其基本タル訴訟手續ノ不服アル部分ニ付テ審理スルモノニシテ其審理ハ不服申立ノ範圍内ニ止マルモノナリ而シテ附帶ノ再審ハ法律ニ之ヲ許ス規定ナキヲ以テ提起スルコトヲ得ス相手方ハ獨立シテ再審ノ訴ヲ提起セサレハ再審ヲ求ムルコトヲ得サルモノナリ

第二 再審ノ訴ハ確定シタル終局判決ニ對シテノミ之ヲ提起スルコトヲ得故ニ確定ノ終局判決ナルトキハ全部判決タルト一部判決タルトヲ問ハス又對審判決タルト闕席判決タルトヲ問ハス又控訴裁判所ノ差戻判決タルト上告裁判所ノ差戻若クハ移送判決タルトヲ問ハス再審ノ訴ヲ提起スルコトヲ得

ヘシ而シテ妨訴抗辯ヲ棄却スル中間判決請求ノ原因ヲ正當ナリトスル中間判決留保判決ハ再審ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス如何トナレハ此等ノ中間判決ハ上訴ニ關シテノミ終局判決ト看做スヘキモノナルヲ以テ再審ニ付テ終局判決ト看做スコトヲ得サレハナリ然レトモ斯ル中間判決ニ再審ヲ許サストセハ救済ノ途ナキヲ以テ之ヲ許スヘキモノト解釋スヘキカ又普通ノ中間判決決定命令等ニ付テハ再審ノ訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス然レトモ再審ヲ求ムル確定判決前ニ於テ同一裁判所又ハ下級裁判所ニ於テ爲シタル裁判ニシテ終局判決ノ前提ト爲リタルモノニ對シテハ再審ノ訴ト共ニ不服ヲ主張スルコトヲ得ルモノトス(第四七條)

第二節 管轄裁判所

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

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

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

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

(二) 控訴裁判所カ控訴ヲ適法トシテ事件ノ實體ニ立入リテ審理裁判ヲ爲シ控訴ノ理由ナシトシテ棄却シタルトキハ控訴審ノ判決ハ第一審判決ニ代ルモノナリト雖モ其判決ハ第一審判決ヲ認可スルモノナレハ第一審判決ニ再審原因アルトキハ第一審裁判所ノ管轄ニ屬シ又控訴審ノ判決ニ再審原因アルトキハ控訴裁判所ノ管轄ニ專屬ス又控訴ノ理由アリトシテ原裁

ヲ變更シタル場合ニ於テハ控訴審ノ判決モ第一審ノ判決ニ代リタルモノナレハ其事件ニ付テハ控訴審ノ判決ノミ存スルヲ以テ其判決ニ對スル再審ノ訴ハ控訴裁判所ノ專屬管轄トス然レトモ第一審判決ノ一部ニ付キ不服申立アリテ控訴裁判所カ不服申立ノ部分ノミニ付テ判決ヲ爲シタルトキハ不服申立ナキ部分ニ付テハ控訴裁判所ハ判決ヲ爲ササルモノナレハ其部分ニ對スル再審ノ訴ハ第一審裁判所ニ提起セサルヘカラス而シテ第一審ノ判決ト控訴審ノ判決トニ對シ同時ニ再審ノ訴ヲ提起スルトキハ控訴裁判所ヲ以テ專屬管轄裁判所トス(第四七二條第二項)

(三) 控訴裁判所カ民事訴訟法第四百二十二條第四百二十三條ノ規定ニ從ヒ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻シ第一審裁判所カ更ニ爲シタル判決ニ對シ再審ヲ求ムルトキハ第一審裁判所ノ專屬管轄ニ屬シ差戻ノ判決ニ對シテ再審ヲ求ムルトキハ其訴ハ控訴裁判所ニ專屬ス

第三 上告裁判所ノ判決ニ對スル再審ノ訴ハ左ノ如ク區別セサルヘカラス
(一) 上告裁判所カ本案ニ付キ判決ヲ爲サス上告ヲ不適法トシテ棄却シタル

トキハ控訴棄却ノ場合ト同シク二個ノ判決ヲ生シ上告裁判所及ヒ控訴裁判所ハ各自ノ爲シタル判決ニ對シ再審ノ訴ニ付キ專屬管轄權ヲ有ス

(二) 上告裁判所カ上告ヲ理由ナシトシテ棄却シタルトキハ上告裁判所ノ判決ト控訴裁判所ノ判決トハ各獨立シテ存在スルモノナレハ二個ノ判決ニ對シ各獨立シテ再審ヲ求ムルコトヲ得ヘク各裁判所各專屬管轄權ヲ有ス

(三) 上告裁判所カ控訴審ノ判決ヲ破毀シ事件ノ差戻又ハ移送ヲ爲シタルトキハ破毀セラレタル判決ハ消滅スト雖モ差戻又ハ移送ヲ受ケタル裁判所ハ更ニ判決ヲ爲スヘキヲ以テ隨テ上告審ノ判決ト控訴審ノ判決ト二個ノ判決ヲ生ス此二個ノ判決ニ對シテハ各裁判所ハ各專屬管轄權ヲ有ス

(四) 上告裁判所カ原判決ヲ變更シテ更ニ自ラ裁判ヲ爲シタルトキハ控訴審ノ判決ハ消滅シ再審ヲ求ムルコトヲ得ル判決ハ唯上告裁判所ノ判決ノミナレハ其判決ニ對スル再審ノ訴ハ上告裁判所ノ專屬管轄トナス

第四 同一事件ニ付キ一分ハ下級裁判所又一分ハ上級裁判所ニ於テ爲シタル數個ノ判決ニ對スル再審ノ訴ハ上級裁判所ノ專屬管轄トス又督促手續ニ於

テ區裁判所ノ發シタル執行命令ニ對シ再審ヲ求ムル訴ハ其命令ヲ發シタル區裁判所ノ管轄ニ專屬シ其訴訟物カ區裁判所ノ管轄ニ屬セサルトキハ其訴訟物ニ付テノ訴訟ヲ管轄スル裁判所ノ專屬管轄トス(第四七二條第二項)

第三節 取消ノ訴

取消ノ訴ハ訴訟手續ニ關スル法則ニ違背シテ爲シタル確定判決ニ對スル不服申立ニシテ次ニ述フル原因ニ基クコトヲ要ス(第四六條)

- 第一 規定ニ從ヒ判決裁判所ヲ構成セサリシトキ
- 第二 法律ニ依リ職務ノ執行ヨリ除斥セラレタル判事カ裁判ニ參與シタルトキ但忌避ノ申請又ハ上訴ヲ以テ除斥ノ理由ヲ主張シタルモ其效ナカリシトキハ此限ニ在ラス
- 第三 判事カ忌避セラレ且忌避ノ申請カ理由アリト認メラレタルニ拘ハラス裁判ニ參與シタリシトキ
- 第四 訴訟手續ニ於テ原告若クハ被告カ法律ノ規定ニ從ヒ代理セラレサリシ

以上四ノ事由ヲ原因トスルトキニ限り訴訟當事者ヨリ管轄裁判所ニ再審ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルモノナリ其各場合ニ付テノ説明ハ上告審ニ付キ述ヘタル所ニ同シ而シテ右ノ中第一及ヒ第三ノ事由ヲ原因トスル取消ノ訴ハ其判決ニ對シテハ上訴又ハ故障ヲ提起シ得ヘキモノニシテ且當事者カ取消ノ原因ヲ知り得ヘキモノナルトキハ取消ノ訴ヲ許サス如何トナレハ斯カル原因アル判決ハ當事者カ少ナクトモ上訴若クハ故障期間ノ經過前ニ知り得ヘキ事項ニシテ上訴又ハ故障ニ依リテ不服ヲ主張スルコトヲ得ヘキヲ以テ其期間ヲ經過シタルトキハ之カ爲メニ更ニ取消ノ訴ヲ許スノ必要ナキモノナレハナリ第二及ヒ第四ノ事由ハ當事者カ容易ニ知り得ヘカラサル事項ナルヲ以テ斯ル制限ナシ故ニ第一及ヒ第三ノ事由ニ基ク再審ノ訴ハ故障ヲ許ササル關席判決又ハ上告審ノ判決ニ限り適用ヲ看ルヘキナリ

第四節 原狀回復ノ訴

原狀回復ノ訴ハ判決ノ訴訟資料ニ關スル不法ヲ理由トシテ確定判決ノ廢棄ヲ求ムル不服申立ニシテ次ノ事項ノ一ヲ原因トスルヲ必要トス(第四六條)

第一 刑法ニ掲ケタル職務上ノ義務ニ違背シタル罪ヲ訴訟ニ關シ犯シタル刑事裁判ニ參與シタルトキ 即チ刑事裁判力原狀回復ヲ求ムル判決ノ基ク訴訟ニ關シテ刑法上ノ罪ヲ犯シタル場合ヲ謂フ刑法上ノ犯罪ナルコトヲ要シ職務ノ執行ニ因リ懲戒處分ニ付セラレタル場合ノ如キハ原狀回復ノ理由ト爲ルモノニアラス刑法上ノ罪ヲ犯シタルトキハ其判決ハ不法ノモノト爲スヘキヲ以テナリ

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

第三 判決ノ憑據ト爲リタル證書カ偽造又ハ變造ナリシトキ 證書ハ公正證書ト私署證書ナルトヲ問ハス又證書ノ偽造變造カ相手方ノ行爲タルト第三

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

第四 證人若クハ鑑定人カ供述ニ因リ又ハ通事カ判決ノ憑據ト爲リタル通譯ニ因リ偽證ノ罪ヲ犯シタリシトキ 證人鑑定人カ當事者ノ申立ニ因リタルト職權ヲ以テ審問シタルトニ區別ナク判決ノ基本ト爲リタル供述若クハ通譯ニ付テ偽證罪ヲ犯シタルモノナルトキハ再審ノ原因ト爲ルヘシ唯通事ニ付テハ民事訴訟法上之ニ宣誓ヲ命シテ通譯セシムルノ規定存セサルヲ以テ通事ニ付テハ偽證罪ナキモノト謂フヘキナリ

第五 判決ノ憑據ト爲リタル刑事上ノ判決カ他ノ確定ト爲リタル刑事上ノ判決ヲ以テ廢棄若クハ破毀セラレタリシトキ 刑事ノ裁判ハ民事ノ裁判ヲ羈束スルモノニアラス然レトモ民事裁判官カ自由心證ニ因リテ刑事上ノ判決ヲ採用シテ裁判ヲ爲シタルトキハ若シ其刑事ノ裁判カ未確定ノモノナルトキハ上訴ニ因リテ其判決ハ廢棄セザルルコトアルヘク又確定シタル刑事上

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

第六 原告若クハ被告カ同一ノ事件ニ付テノ判決ニシテ前ニ確定ト爲リタルモノヲ發見シ其判決カ不服ヲ申立テラレタル判決ト抵觸スルトキ 即チ同一當事者間ノ同一事件ノ判決ニシテ其判決確定シタルコト且原狀回復ヲ求ムル判決ト抵觸シタル判決ヲ原狀回復ヲ求ムル判決ノ確定後ニ於テ發見シタル場合ナルコトヲ要ス

第七 相手方若クハ第三者ノ所爲ニ因リテ前訴訟ニ於テ提出スルコトヲ得サリシ證書ニシテ原告若クハ被告ノ利益ト爲ルヘキ裁判ヲ爲スニ至ラシムヘキモノヲ發見シタルトキ 公正證書ナルト私署證書ナルトニ區別ナク相手方若クハ第三者カ故意ヲ以テ再審原告ノ利益ト爲ルヘキ證書ノ提出ヲ妨ケタル場合ニシテ其證書ニ因リテ再審原告ノ利益ト爲ルヘキ裁判ヲ爲スニ至

ラシムヘキモノヲ發見シタルトキハ原狀回復ノ理由ト爲ルナリ然レトモ其證書ハ再審ヲ求ムル確定判決ノ理由ニ據リ利益ト爲ルヘキ場合ヲ云フモノニシテ新事實ヲ證明シ之ニ因リテ利益ノ裁判ヲ受クルコトアルニ至ルモ再審ノ原因ト爲ルモノニアラス又證書ト他ノ證據ヲ補充シテ利益ナル裁判ヲ爲スニ至ルヘキトキハ再審原因ト爲ルモノニ非ス

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

以上説明シタル原狀回復ノ訴ハ原告若クハ被告カ自己ノ過失ニアラスシテ前訴訟手續ニ於テ故障又ハ控訴若クハ附帶控訴ニ依リテ原狀回復ノ理由ヲ主張

シ能ハサリシトキニ限り之ヲ許ス(第四七條)故ニ上告ヲ以テ主張シ得ヘキトキニ於テハ必スシモ原狀回復ノ訴ヲ許サルモノニアラス蓋シ上告審ニ於テハ事實ノ審理ヲ爲ササルモノナレハナリ

第五節 再審ノ要件

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

第一 再審ノ訴ヲ許スヘキモノナルコトヲ要ス

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

客觀的條件トシテハ確定ノ終局判決ノ存在ヲ必要トシ取消ノ訴ナルト原狀

回復ノ訴ナルトニ因リ第四百六十八條若クハ第四百六十九條ノ條件ヲ具備シ且第四百七十二條ノ管轄權アル裁判所ニ提起スルコトヲ要ス

第二 法定ノ方式ニ從フコトヲ要ス

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

一 取消又ハ原狀回復ノ訴ニ因リ廢棄ヲ求ムル判決ノ表示

二 取消又ハ原狀回復ノ訴ヲ起ス旨ノ陳述

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

右ノ如ク不服ノ理由即チ再審ヲ求ムルノ原因ハ準備の事項トシテ訴狀ニ記載スヘキモノナレハ之ヲ訴狀ニ掲ケサルモ訴提起ノ效力ニ關係ナシ隨テ不服ノ理由ハ再審ノ訴ノ口頭辯論ニ於テ訴狀ニ全ク記載セサルモノヲ主張スルコトヲ得ヘク且訴狀ニ記載セル事項ト異ナリタル新ナル理由ヲ主張スルモノナレハ之ヲ變更スルコトヲ得ルヤ否ヤハ各審級ニ於テ訴ノ原因ト爲ルヲ許スヤ否ヤノ一般の問題トシテ解決スヘキモノトス又取消ノ訴ヲ變更シテ原狀回復ノ訴ト爲シ若クハ原狀回復ノ訴ヲ變更シテ取消ノ訴ト爲スコトヲ得ス此等ノ事項ハ訴狀ノ要件ニシテ之ヲ變更スルトキハ適法ナル訴ノ提起ナキニ歸スルモノナレハナリ

第三 法定ノ期間内ニ提起スルコトヲ要ス

再審ノ訴ハ一个月ノ不變期間内ニ提起スヘキモノトス^(第四七四條)此期間ハ取消ノ訴ニ於ケル原告若クハ被告カ法律ノ規定ニ從ヒテ代理セラレサリシコトヲ理由トスル場合ヲ除キ其他ノ場合ニ於テハ原告若クハ被告カ不服ノ理

由ヲ知リタル日ヲ以テ始マル若シ判決ノ確定前ニ不服ノ理由ヲ知リタルト
キハ判決ノ確定ヲ以テ始マル(第四七四條第二項)然レトモ判決ノ確定前ニ第四百六十
八條第一項第四號ノ場合以外ノ再審ノ理由アルコトヲ知リタルトキハ第四
百六十八條第二項第四百七十條ノ規定ニ從ヒ再審ヲ求ムル訴ヲ提起スルコ
ト能ハサル場合アルヘシ

判決ノ確定ヨリ起算シテ五今年ノ満了後ニ於テハ再審ノ訴ノ提起ヲ爲スコ
トヲ得ス(第四七四條第三項)

訴訟手續ニ於テ原告若クハ被告カ法律ノ規定ニ從ヒ代理セラレサルコトヲ
理由トシテ取消ノ訴ヲ提起スルニハ原告若クハ被告又ハ其法定代理人カ送
達ニ因リ判決アリタルコトヲ知リタル日ヨリ起算シテ一个月ノ不變期間内
ニ限リ訴ヲ起スコトヲ得ヘシ適法ニ代理セラレサリシ訴訟ニ於テハ當事者
若クハ其法律上代理人ニ判決ノ送達アル迄ハ判決ト當事者トノ間ニ法律上
ノ關係ヲ生セサレハナリ而シテ送達ニ因リ不服ノ理由ヲ知リタルコトカ判
決確定後五年ヲ經過シタル後ト雖モ仍ホ一个月ノ不變期間内ニ訴ヲ起スコ

トヲ得ヘク又再審ノ理由ヲ判決ノ送達以前ニ知リタル場合ト雖モ判決送達
マテハ不變期間ノ進行ヲ始ムルコトナシ(第四七四條第四項)

其他訴狀ニハ民事訴訟用印紙法ニ從ヒ印紙ヲ貼用スルコトヲ要ス(民事訴訟用印
紙法第八條)

第六節 再審訴權ノ行使

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

再審訴權ハ不變期間ノ經過ニ因リテ消滅ス(第四七四條)再審訴權ハ之ヲ拋棄スルコ
トヲ得ルヤ否ヤニ付テハ法律ノ規定ナシト雖モ理論上ヨリスレハ訴權ハ總テ
之ヲ拋棄シ得ヘキモノナレハ再審訴權モ亦拋棄スルコトヲ得ルモノト論結セ

サルヘカラス然レトモ再審原因アル判決ノ言渡前ニ於テ拋棄スルコトハ不法ノ審理ヲ甘受スル結果ニ歸シ公ノ秩序ニ反スル意思表示ナルヲ以テ無効ナリ再審原因アル判決ノ言渡アリタル後當事者カ再審原因ノ存スルコトヲ知リタル後ニ再審訴權ヲ拋棄スル意思表示ハ有效ナリトス拋棄ノ手續ハ上訴拋棄ノ手續ニ準據スヘク拋棄後ニ提起シタル再審ノ訴ハ不適法ナリトス再審訴權ハ訴ノ取下ニ因リテ消滅ス取下ハ控訴ノ取下ノ規定ニ準據スヘキヤ訴ノ取下ノ規定ニ依ルヘキヤハ學說岐ルト雖モ再審ノ訴ハ上訴ニ非サルヲ以テ第四百七十三條ノ規定ニ因リ訴ノ取下ノ規定ヲ準用スヘキモノトス(第一九條)附帶的再審ノ訴ハ法律ニ之ヲ許シタル規定ナキヲ以テ許スヘキモノニ非ス再審被告カ再審ニ因リ不服ヲ申立テントスルニハ特別ニ訴ヲ提起スルコトヲ要ス(第四八條)

第七節 再審ノ辯論

再審ノ訴ニ於ケル辯論ハ三階段アリトス即チ再審ノ訴ノ適否ニ關スル辯論、再

審原因存否ノ辯論及ヒ不服ヲ申立テタル判決ヲ如何ニ變更スヘキヤノ辯論是ナリ

再審ノ訴ノ適否ニ關スル辯論ハ再審要件ノ存否ノ審査ナリ原告ハ口頭辯論期日ニ於テ相手方ノ陳述ノ有無ニ拘ハラス再審ヲ求ムル理由トシテ主張スル事實及ヒ法定期間ヲ遵守シタル事實ヲ説明セサルヘカラス(第四七條)再審要件カ存スルモノト認ムルトキハ再審原因ノ存否ニ付テ辯論ヲ爲スヘク再審原因ノ存スルトキハ確定判決ヲ廢棄シテ如何ナル裁判ヲ以テ之ニ代フヘキヤニ付キ辯論スルモノナリ其辯論即チ本案ノ辯論ノ範圍ハ原告ノ裁判申立ノ理由ノ存スル部分ノミニ付テ爲シ確定判決ヲ以テ終了シタル訴訟ノ全部ニ付キ辯論ヲ常ニ必スシモ更新スルモノニ非ス(第四七條第一項)再審ノ訴ノ適否及ヒ理由ノ存否ノ辯論ニ付テハ上告裁判所ニ再審ノ訴カ繫屬スルトキト雖モ上告裁判所ハ右範圍内ノ事實ニ限り審査スヘキモノトス(第四八條第一項)右ニ述ヘタル三階段ノ辯論ハ法律上分離ヲ命シタルニ非サレハ之ヲ併合シテ爲スヲ原則トス故ニ被告ハ再審ノ訴ノ不適法ヲ主張シ本案ノ辯論ヲ拒ムコト

ヲ得ス然レトモ裁判所ハ本案ニ付テノ辯論前ニ再審ヲ求ムル理由及ヒ許否ニ付キ辯論ヲ分離シ特ニ其裁判ヲ爲スコトヲ得ヘシ再審ノ訴ヲ不適法トシ若クハ理由ナシトシテ棄却スルハ終局判決ヲ以テ爲スヘキモノナレハ訴訟ハ終了スヘキモ之ヲ適法トシ且ツ理由アリトスルトキハ中間判決ヲ以テ宣言スヘキナリ此場合ニ於テハ本案ニ付テノ辯論ハ再審ヲ求ムル理由及ヒ許否ニ付テノ辯論ノ續行ト看做サレ當事者カ本案ノ口頭辯論期日ニ闕席セルトキハ再審ノ許否ニ付テノ辯論及ヒ再審理由ノ存否ノ辯論ニ闕席シタルト同一手續ニ因リ判決ヲ爲スヘキモノトス(第四七九條第二項)

第八節 再審ノ效力

再審ノ訴ハ上訴ニ非サルヲ以テ其提起ニ因リ移審ノ效力及ヒ停止ノ效力ヲ生スルコトナシ確定判決ハ執行力ヲ有スト雖モ第五百條ノ規定ニ因リ執行停止若クハ執行處分ノ取消ヲ命スルコトヲ得ルニ止マルノミ再審ノ訴カ適法ニ繫屬スルトキハ再審ノ訴ノ目的タル確定判決ニ依リテ裁判セラレタル訴訟物ハ

權利拘束ヲ生スルモノナリ然レトモ同一訴訟物ニ付キ更ニ同一當事者間ニ訴ノ提起アリタルトキハ其訴訟ノ被告ハ權利拘束ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得スシテ一事不再理ノ抗辯ヲ提起スルコトヲ得ヘシ如何トナレハ再審ノ訴ノ提起アルモ確定判決ノ效力ハ消滅スヘキニ非サレハナリ

第九節 再審ノ判決

再審ノ裁判所ハ職權ヲ以テ再審ノ訴ノ適否ヲ審査シ不適法トスルトキハ判決ヲ以テ訴ヲ却下シ訴訟ヲ終了ス(第四七九條)訴カ適法ナルトキハ再審理由ノ存否ニ付キ審査シ理由ナシト認ムルトキハ再審ノ訴ヲ理由ナシトシテ棄却ス再審ヲ理由アリトスルトキハ確定判決ヲ廢棄シ更ニ適當ノ判決ヲ爲スヘキモノトス然レトモ確定判決ヲ再審原告ノ不利益ニ變更スルコトハ相手方カ再審ノ訴ヲ提起シ變更ヲ申立テタルトキニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ得ス(第四八〇條)再審ノ判決ニ對シテハ確定判決ヲ以テ終了セル訴訟ノ判決ニ對シ上訴ヲ許スヘキトキニ限リ上訴ヲ爲スコトヲ得ヘシ故ニ第一審若クハ第二審ニ於テ爲サ

レタル再審ノ判決ナルトキハ上訴ヲ爲シ得ルモノトス(第四八條)再審判決カ確定シタルトキ其判決ニ再審原因アルトキハ更ニ再審ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘク又再審ノ訴ヲ不適法トシ若クハ理由ナシトシテ棄却セラレタルトキト雖モ更ニ再審要件ヲ具ヘ若クハ新原因ヲ主張シテ再審ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルモノトス

第十節 再審ノ手續

第一 再審ノ訴ノ提起及ヒ其後ノ訴訟手續ニ付テハ特別ノ規定ナキ限リハ再審ノ訴ニ付キ辯論及ヒ裁判ヲ爲スヘキ裁判所ノ訴訟手續ニ關スル規定カ準用セララルモノトス(第四七條)故ニ訴ノ提起準備書面ノ交換、口頭辯論等再審ノ訴カ繫屬スル裁判所ノ訴訟手續ニ依ルモノトス故ニ再審ノ訴訟手續ハ獨リ通常訴訟手續ノミナラス證書訴訟、爲替訴訟、人事訴訟等ニモ適用アルモノトス即チ此等ノ特別訴訟手續ニ依リテ爲サレタル確定判決ニ對シ再審ノ訴カ提起アリタルトキハ再審ノ適否及ヒ其理由ノ存否ノ審査ニ付テハ特別規定

アルヲ以テ特別訴訟手續ニ依ル能ハサルモ再審ノ理由アリトシタル後如何ニ確定判決ヲ變更スヘキヤノ審査ニ付テハ各其特別訴訟手續ヲ適用スヘキモノトス

第二 再審ノ訴ノ提起アリタルトキハ受訴裁判所ノ裁判長ハ書面審理ニ依リ再審ノ訴カ許スヘキモノナルヤ、法律上ノ方式ニ適スルヤ若クハ期間内ノ訴ナルヤヲ審査シ其要件ヲ缺クトキハ命令ヲ以テ之ヲ却下ス其却下ノ命令ニ對シテハ即時抗告ヲ許ス(第四七條)

第三 確定ノ終局判決ニ對シテ取消ノ訴及ヒ原狀回復ノ訴ヲ同時ニ提起スルコトヲ得ヘシ當事者ノ一方又ハ雙方ヨリ右二個ノ訴ヲ同時ニ提起シタルトキハ裁判所ハ職權ヲ以テ原狀回復ニ付テノ辯論及ヒ裁判ハ取消ノ訴ニ付テノ裁判ノ確定スルニ至ル迄之ヲ中止スヘキモノトス如何トナレハ取消ノ訴ハ訴訟手續ノ違背ヲ理由トスルモノナレハ取消ノ訴ニシテ理由アルトキハ其判決ハ原狀回復ノ訴ヲ待タス廢棄セラレハク隨テ原狀回復ノ訴ハ其目的ヲ失フニ至ルヘキヲ以テナリ(第四六條)然レトモ必スシモ原狀回復ノ訴ヲ中

止スルコトヲ要スルモノニ非ス取消ノ訴カ其理由ナキコト又ハ不適法ナルコトカ判然セル場合ニハ原狀回復ノ訴ヲ中止セサルモ違法ニ非ス

第四 懈怠手續ニ付テハ第一審ノ懈怠手續ノ規定(第二四六條)カ適用セラル原告

カ口頭辯論期日ニ出頭セサルトキハ裁判所ハ職權ヲ以テ其適否ヲ審査シ不
適法トスルトキハ訴ヲ却下スヘク適法トスルトキハ再審ノ訴ヲ理由ナシト
シテ棄却スル闕席判決ヲ爲ス而シテ前述セル如ク本案ノ辯論ハ再審ノ許否
及ヒ理由ノ審査ニ付テノ辯論ノ續行ト看做サルルカ故ニ再審ノ訴ヲ適法ト
シ若クハ理由アリトスル中間判決ノ存スル場合ト雖モ前述ノ闕席判決ヲ爲
スノ妨ト爲ルモノニ非ス

被告カ口頭辯論期日ニ闕席セルトキハ第一審ノ懈怠手續ノ規定ニ準據シ判
決ヲ爲スヘキナリ然レトモ再審手續ニ於テハ原告ハ訴ノ適法ナルコトヲ疏
明スルコトヲ要シ(第七四七條)其事項ハ裁判所カ職權ヲ以テ調査スヘキモノナレ
ハ調査ノ結果不適法トスルトキハ訴ヲ不適法トシテ棄却スル判決ヲ爲シ訴
カ適法ナルトキハ管轄裁判所ノ審級ト原判決ニ於ケル當事者ノ地位トニ因

リ闕席判決ヲ爲スヘキモノトス(第二四六條、第二四八條、第四二二條)闕席判決ニ對
シテハ故障ヲ申立ツルコトヲ得ヘシ

第十一節 準再審

再審ヲ求ムル訴ハ前訴訟ハ當事者カ確定判決ノ廢棄ヲ目的トスルモノナレト
モ民事訴訟法ハ他人間ノ訴訟ニ於ケル確定判決ヲ第三者ヲシテ廢棄セシムル
方法ヲ設ク即チ第三者カ原告及ヒ被告ノ共謀ニ因リ第三者ノ債權ヲ詐害スル
目的ヲ以テ判決ヲ爲サシメタリト主張シ其判決ニ對シテ取消ヲ求ムルコトヲ
得ルモノトス此場合ニ於テハ原告及ヒ被告ヲ共同被告トシテ訴フルモノニシ
テ原狀回復ノ訴ニ依レル再審ノ規定ヲ準用シテ廢棄ヲ求ムルコトヲ得ヘシ(第四
八三條)他人間ノ判決ノ效力ヲ消滅セシムル必要カ其事件ニ付キ終局判決アリタ
ル前ニ生シタルトキト雖モ其判決確定シタルトキハ再審ノ訴ニ依リテ判決ノ
廢棄ヲ求ムルコトヲ得ヘク又判決確定前ナルトキハ主參加ニ依リテモ之ヲ主
張スルヲ得ヘキナリ

第五章 特別訴訟手續

第一節 督促手續

訴訟ニ因リ存否ノ確定ヲ求ムル請求權ハ當事者間ニ其存在ニ付キ爭ナキモ原告ハ權利ノ實行即チ強制執行ノ債務名義ヲ得テ之ヲ執行センカ爲メ訴ヲ提起スルコト多シ通常訴訟手續ニ於テハ口頭辯論ヲ經テ審理判決スヘキヲ原則トスルヲ以テ權利者ノ爲メ僅少ノ費用ヲ以テ迅速ニ債務名義ヲ得セシムル特別手續ヲ必要トス督促手續ハ其必要ニ基キ債權者ノ申請ノミヲ根據トシ急速ニ僅少ノ費用ヲ以テ債權者ニ假定的ノ債務名義ヲ得セシムル方法トシテ認メラレタルモノトス然レトモ督促手續ニ於テ債權者債務者ト謂フハ民法上ノ意義ト異ナリ債權者トハ通常訴訟手續ニ於テ原告ト謂フト同シク督促手續ニ於テ權利ヲ主張スル者ト謂ヒ債務者トハ被告ト謂フト同シク權利ヲ主張セラル、者ヲ謂フ

督促手續トハ一定ノ金額ノ支拂其他ノ代替物若クハ有價證券ノ一定ノ數量ノ

給付ヲ目的トスル請求ニ付キ債權者ノ申請ノミヲ基本トシ書面審理ニ因リ債權者ニ假定的ノ債務名義ヲ得セシムルコトヲ目的トスル特別訴訟手續ナリ

第一 督促手續ニ因ル權利保護ノ條件ハ給付ノ訴ニ於ケル一般條件ノ外左ノ

條件ヲ具備スルコトヲ要ス

(一) 督促手續ヲ以テスル請求ハ一定ノ金額ノ支拂其他ノ代替物若クハ有價

證券ノ一定ノ數量ノ給付ヲ目的トスルコトヲ要ス其請求ノ原因ハ契約ニ

基ツクト不法行爲又ハ手形行爲ニ基ツクト問フコトナシ唯請求ノ目的

物カ右ノ如ク制限セララルノミ有價證券ハ記名ナルト無記名ナルト問

ハサルナリ

(二) 債務者カ反對給付ヲ爲サスシテ其請求ヲ主張シ得ルモノナルヲ要ス若

シ債權者カ反對給付ヲ爲スヘキモノナルトキハ直チニ債務ノ履行ヲ強制

スルコトヲ得サルモノナレハ簡易訴訟手續ノ目的ニ反スルヲ以テ之ヲ許

ササルモノトス

(三) 支拂命令ノ送達ヲ外國ニ於テ爲シ又ハ公示送達ヲ以テ爲スヘキモノニ

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

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

(一) 管轄裁判所 支拂命令ハ區裁判所ノ專屬管轄ニ屬ス請求ノ數額カ五百圓以上ナルト否トヲ問ハス通常手續ニ於ケル訴ニ付キ債務者ノ普通裁判籍又ハ不動産上裁判籍ノ屬スヘキ區裁判所ノ管轄ニ屬スルモノトス(第三條)

(二) 支拂命令ノ申請ニハ左ノ諸件ヲ具備スルコトヲ要ス(第三條)

- 一 當事者及ヒ裁判所ノ表示
- 二 請求ノ一定ノ數額、目的物及ヒ原因ノ表示、若シ數個ノ請求ヲ併合シテ

申請スルトキハ其各個ノ一定ノ數額、目的物及ヒ原因ノ表示

三 支拂命令ヲ發セラレンコトノ申立

第三 支拂命令ノ申請ハ書面又ハ口頭ヲ以テ爲スコトヲ得裁判所カ申請ヲ調査シテ前述ノ權利保護ノ條件ニ欠缺アルカ又ハ訴訟要件ニ欠缺アルトキハ命令ヲ以テ其申請ヲ却下ス又申請ノ旨趣ニ從テ其請求カ全然理由ナキモノナルカ又ハ申請ノ當時ニ於テ理由ナキモノナルトキモ亦其申請ヲ却下ス殊ニ申請シタル請求ノ一分ニ付キ申請カ理由ナシト認ムルトキモ其申請ノ全部ヲ却下スヘキモノナリ但數個ノ請求中ノ一個ノ請求ニ付テ申請ノ理由ナク他ノ請求ニ付テハ理由アリト認ムルトキハ其理由アリト認ムル請求ニ付テハ支拂命令ヲ發シ理由ナシト認ムル請求ハ却下スヘキモノトス申請カ却下セラレタルトキハ却下ノ命令ニ對シ申請人ハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス但申請人ハ通常ノ訴訟手續ニ於テ請求ヲ主張スルコトヲ妨ケス(第三條)

支拂命令ノ申請カ前述セシ必要條件ヲ具備シ且申請ノ趣旨ノミニ依リテ請

求カ理由アリト認ムルトキハ裁判所ハ豫メ債務者ヲ審訊スルコトナク支拂命令ヲ發スヘキモノナリ而シテ其支拂命令ハ一般ノ原則ニ從ヒ之ヲ債務者ニ送達シ且其送達ヲ爲シタル旨ヲ債權者ニ通知スヘキモノトス(第三八七條、第三八八條、第三八九條)

支拂命令ニハ第三八十四條ノ第一號第二號ノ事項ヲ記載シ且即時ノ強制執行ヲ避ケント欲セハ支拂命令送達ノ日ヨリ十四日ノ期間内ニ債權者ニ對シ其請求ヲ満足セシメ及ヒ督促手續ニ付テノ費用ヲ債權者ニ辨濟スヘク又ハ裁判所ニ異議ノ申立ヲ爲スヘキ旨ヲ記載セサルヘカラス支拂命令ノ記載ニ顯著ナル事實上ノ誤謬アリタルトキハ其誤謬カ當事者ノ申請ニ基因セルト裁判所ノ行爲ニ基クトヲ問ハス裁判所ハ之ヲ訂正スルコトヲ得ヘシ右十四日ノ期間ハ手形上ノ請求ニ付テハ二十四時間其他ノ請求ニ付テハ債權者ノ申立ニ因リ三日マテニ短縮スルコトヲ得(第三八六條、第三八七條)

第四 支拂命令ノ效力及ヒ異議

支拂命令カ債務者ニ送達セラレタルトキハ其時ヨリ訴訟物ニ付キ權利拘束

ノ效力ヲ生ス(第三八七條)支拂命令ノ送達前ニ債權者カ死亡スルトキハ申請ノ效力ヲ失フ然レトモ訴訟代理人ニ依リテ支拂命令ヲ申請シタルトキハ訴訟手續中斷ノ法則ニ依リ委任消滅ノ通知ヲ爲ス迄ハ效力ヲ失フモノニ非ス(第三八八條)債務者カ送達前ニ死亡スルトキハ申請ノ效力ヲ失フ債權者ハ更ニ債務者ノ承繼人ニ對シテ支拂命令ヲ申請スルコトヲ得ヘシ

支拂命令ノ送達ヲ受ケタル債務者ハ其命令ニ對シ書面又ハ口頭ヲ以テ異議ヲ申立ツルコトヲ得(第三八九條)異議ノ申立ハ請求ノ全部又ハ一分ニ付テ爲スコトヲ得ヘク又數個ノ請求ノ全部又ハ一個ニ付テ爲スコトヲ得ヘシ是レ支拂命令ハ債權者ノ申請ノミニ因リ發スルモノナレハ債務者ニ防禦ヲ爲スヲ得セシムルニ外ナラス

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

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

督促手續ニ於テ請求シタル訴訟物カ地方裁判所ノ管轄ニ屬スルトキハ裁判所ハ適當ノ期間ニ異議ノ申立アリタルコトヲ債權者ニ通知スヘク債權者ハ其通知書ノ送達ヲ受ケタル日ヨリ一ヶ月ノ期間内ニ管轄地方裁判所ニ起訴セサルトキハ訴訟物ニ付キ生シタル權利拘束ハ其效力ヲ失フモノトス而シテ訴訟物カ地方裁判所ノ管轄ニ屬スルヤ否ヤハ支拂命令送達ノ時期ヲ標準トシテ之ヲ定ムヘキモノトス若シ此期間内ニ訴ヲ管轄地方裁判所ニ起シタルトキハ權利拘束ノ效力ハ其訴ノ完結ニ至ルマテ繼續スルモノトス(第三九條)異議ノ申立カ執行命令ヲ發シタル後ニ爲サレタルトキハ裁判所ハ命令ヲ以

テ其異議ノ申立ヲ却下スヘキナリ此却下ノ命令ニ對シテハ不服申立ヲ許サス(第三九條)

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

第五 執行命令

支拂命令ノ送達ノ日ヨリ十四日ノ期間内ニ於テ債務者カ異議ヲ申立テサリシトキハ債權者ハ其支拂命令ニ假執行ノ宣言ヲ付セラレンコトヲ裁判所ニ申請スルコトヲ得申請アリタルトキハ裁判所ハ其申請ノ適否如何ヲ審査シ其申請ヲ不法ト認ムルトキハ決定ヲ以テ之ヲ却下スヘク却下ノ決定ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得又申請ヲ適法ト認ムルトキハ執行命令ヲ發ス執行命令ハ支拂命令ニ記載セラレタル請求及ヒ督促手續ノ費用ヲ債權者カ假ニ執行スルコトヲ許ス旨ヲ宣言シタル決定ナリ(第三九條)異議申立以前ニ債

權者死亡スルトキハ獨逸法ニ於テハ債權者ノ相續人ハ執行命令ヲ求ムルヲ得スト爲スモ我現行法ニ於テハ相續人ヨリ受繼ノ申立ヲ爲シ且執行命令ヲ求ムルコトヲ得ヘク債務者死亡シタル場合ニハ其相續人ヨリ亦受繼ノ申立ヲ爲シ且異議申立ヲ爲スヲ得ヘキモノトス

執行命令ハ假執行ノ宣言ヲ付シタル闕席判決ト同一效力ヲ有ス(第三九條)但此命令ニ基ツキ強制執行ヲ爲サントスルニハ特ニ執行文ヲ付與スルヲ要セス唯債權者又ハ債務者ニ承繼アリタルトキニ限り執行文ノ付與ヲ要ス(第五六條)執行命令ハ言渡ヲ爲ササル裁判ナルカ故ニ裁判所ハ職權ヲ以テ之ヲ債務者ニ送達セサルヘカラス而シテ普通ノ闕席判決ニ對スルト同シク債務者ハ執行命令ニ對シ第二百五十五條乃至第二百六十四條ニ從ヒ十四日ノ期間内ニ故障ヲ申立ツルコトヲ得ヘシ故障ノ提起ハ其訴訟物カ區裁判所ノ管轄ニ屬スルト地方裁判所ノ管轄ニ屬スルトヲ問ハス常ニ執行命令ヲ發シタル區裁判所ニ對シテ爲スヘキモノトス

請求カ區裁判所ノ管轄ニ屬スル場合ニ於テハ故障ノ申立アレハ其區裁判所

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

故障ヲ許ス旨ノ判決アリタルトキハ債權者ハ其判決ノ確定ヨリ起算シテ一個月内ニ管轄地方裁判所ニ訴ヲ起スヘキモノトス若シ訴ヲ提起セサルトキハ訴訟物ニ付キ生シタル權利拘束ハ其效力ヲ失フ但債權者ハ後日通常訴訟

手續ニ依リ同一訴訟物ニ付キ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ
 故障ヲ許ス判決アリタル後當事者ノ一方死亡スルカ其他訴訟手續中斷ノ原
 因ヲ生シタルトキハ其判決確定前ニ於テハ區裁判所ニ於テ確定後ニ於テハ
 地方裁判所ニ訴ノ提起ト同時ニ訴訟ノ受繼手續ヲ爲シ得ヘキモノトス但判
 決確定後ニ債務者ニ中斷ノ原因ヲ生シタルトキハ債務者ハ進テ受繼ヲ爲ス
 ノ必要ナキノミナラス之ヲ爲スヲ得サルヘシ

第二節 證書訴訟及ヒ爲替訴訟

訴訟ニ因リ私權ノ存否ヲ判定スルニハ當事者雙方ヲシテ總テノ攻撃若クハ防
 禦ノ方法ヲ提出セシメタル後ニ於テスルヲ當然トス然レトモ證書ヲ以テ證
 スルコトヲ得ル請求權ハ多クノ場合ニ於テ現存スルモノナルカ故ニ斯ル請求權
 ヲ有スル者ニ對シテハ訴訟上其調査ヲ爲スニ多クノ時間ヲ要スル防禦方法ノ
 提出ニ因リテ訴訟ノ終結ヲ遲延スルコトヲ避ケ迅速且容易ニ強制執行ノ債務
 名義ヲ得セシムル必要アリ證書訴訟爲替訴訟ハ此目的ノ爲メニ認めラレタル

モノニシテ即チ證書ニ因リテ請求權ヲ證明シ得ヘキ權利者ヲシテ容易ニ且迅
 速ニ債務名義ヲ得セシムルコトヲ目的トスル特別訴訟手續ナリ故ニ此手續ハ
 簡易且迅速ニ終了スルコトヲ主トシ證據方法モ書證ノミニ制限シ原告勝訴ノ
 判決ニ對シテハ裁判所カ職權ヲ以テ假執行ノ宣言ヲ付スヘキモノトス
 證書訴訟爲替訴訟ハ法律上強制シタルモノニ非ス原告ハ證書訴訟爲替訴訟ヲ
 許サルル請求ヲ通常訴訟手續若クハ督促手續ニ於テ主張スルコトヲ妨ケス故
 ニ一定ノ請求ニ付キ證書訴訟手續爲替訴訟手續ヲ採ルカ將タ通常訴訟手續ヲ
 採ルカハ一ニ原告ノ選擇ニ因ルモノトス故ニ原告ハ證書訴訟爲替訴訟ノ手續
 ニ於テ進行シタル訴訟ヲ通常ノ手續ニ繫屬セシムルコトヲ得ヘシ證書訴訟爲
 替訴訟ハ證據方法カ書證ニ制限セラレ被告ニ不利益ニシテ其制限ヲ解除スル
 トキハ被告ハ總テノ防禦方法ヲ提出スルヲ得ルニ至リ訴訟上利益ナル地位ヲ
 得ルモノナレハナリ

證書訴訟爲替訴訟ノ判決ハ終局的ナルコトアリ假定的ナルコトアリ訴ヲ不適
 法トシテ棄却シタル判決本案ノ請求ニ付キ爲シタル關席判決被告ノ認諾ニ基

キ言渡ス判決又ハ原告ノ請求ヲ理由ナシトシテ棄却スル判決ハ通常訴訟ノ判決ト同シク終局的ノモノナリ然レトモ被告カ原告ノ請求ヲ争ヒタルニ拘ハラズ敗訴ヲ言渡ス判決ハ原告ノ意思ニ因リ證據方法ヲ書證ニ制限シ被告ニ防禦方法ヲ完全ニ提出セシメスシテ爲シタルモノナレハ被告ニ權利ノ行使ヲ留保スル言渡ヲ爲スヘク隨テ其判決ハ假定的ノモノトス

第一款 證書訴訟

證書訴訟トハ一定ノ金額ノ支拂其他ノ代替物若クハ有價證券ノ一定ノ數量ノ給付ヲ目的トスル請求ヲ訴訟物トセル訴ニシテ證據方法ヲ書證ニ制限シタル特別訴訟手續ナリ左ニ其手續ニ付キ説述スヘシ

第一 權利保護ノ條件

證書訴訟ニ因ル權利保護ノ條件ハ給付ノ訴ニ付テノ一般條件ノ外左ノ特別條件ヲ具備セサルヘカラス(第四八四條 第四八五條)

(一) 一定ノ金額ノ支拂其他ノ代替物若クハ有價證券ノ一定ノ數量ノ給付ヲ目的トスル請求ヲ訴訟物トスルコトヲ要ス 證書訴訟ハ給付ノ訴ニ限リ

許サルヘキモノニシテ確定ノ訴創設ノ訴ハ證書訴訟手續ヲ許サス蓋シ給付請求權ノ實行ニ限リ強制執行ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ法律關係ノ確定創設判決ノ如キハ強制執行ヲ爲シ得サルモノナレハナリ而シテ給付ノ目的物ハ金錢若クハ其他ノ代替物又ハ有價證券ノ一定ノ數量ナラサルヘカラス有價證券ハ記名ナルト無記名ナルトヲ區別セス又請求ノ原因モ契約ナルト不法行爲ナルトヲ問ハサルモノナリ

(二) 請求ヲ起スノ理由タル總テノ必要ナル事實ヲ證書ニ因リ證シ得ヘキコトヲ要ス 請求ヲ起スノ理由タル必要ナル事實トハ原告カ實體法上ノ請求權ヲ主張スルニ必要ナル事實ノ全體ヲ謂フモノニシテ訴ノ原因タル事實其他實體法上請求權實行ニ必要トスル事實ナリトス故ニ主タル請求及ヒ附帶請求權ノ實行ニ必要ナル事實モ證書ヲ以テ證明シ得ヘキコトヲ要ス然レトモ訴訟成立要件ニ關スル事實例ヘハ訴訟能力法律上代理訴訟代理裁判所ノ管轄ヲ定ムル事實ノ如キハ請求權ノ實行ニ關係ナキモノナレハ請求ヲ起スノ理由タル事實ニ屬セサルナリ又裁判上顯著ナル事實裁判

所カ職權ヲ以テ調査スヘキ事實ハ一般ノ原則ニ從ヒ證明ヲ必要トセサルモノトス

第二 訴訟要件

證書訴訟ノ訴訟成立要件ハ一般ノ成立要件ノ外訴狀ニ證書訴訟トシテ訴フル旨ノ陳述ヲ掲ケ且ツ請求ヲ起スノ理由タル總テノ事實ヲ證明スヘキ證書ノ原本若クハ謄本ヲ訴狀ニ添附スルコトヲ要ス若シ訴狀ニ證書訴訟トシテ訴フル旨ノ陳述ヲ掲ケサルトキハ證書訴訟トシテハ訴ノ提起ハ無効ナリト雖モ通常訴訟トシテ訴提起ノ效力アルモノトス如何トナレハ訴狀ニ因レハ通常訴訟トシテ訴ヲ提起シタリト看做スヘキモノナレハナリ又證書訴訟トシテ訴フル旨ノ陳述ヲ掲ケタルニ拘ハラズ請求ヲ爲スノ理由タル事實ヲ證スヘキ證書ノ原本又ハ謄本ヲ訴狀ニ添附セサルトキハ訴提起ノ要件ヲ欠缺セル不適法ノ訴トシテ判決ヲ以テ之ヲ却下スヘキモノトス然レトモ訴狀ニ添附シタル證書ノ原本若クハ謄本カ果シテ原告カ請求ヲ主張スルニ必要ナル

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

第三 審理手續

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

(一) 證書訴訟手續ニ付テハ妨訴抗辯ノ中訴訟費用保證欠缺ノ抗辯ハ之ヲ提出スルコトヲ許サス其他ノ妨訴抗辯ハ一般ノ法則ニ從ヒ提出スルコトヲ

得ト雖モ被告ハ其抗辯ニ因リテ本案ノ辯論ヲ拒ムコトヲ得ス但裁判所ハ職權ヲ以テ若クハ當事者ノ申立ニ因リテ辯論ノ分離ヲ命スルコトヲ得ヘシ(第四八六條)

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

(三) 證據方法ハ書證ニ限り當事者ニ於テ使用スルコトヲ得ルモノナリ即チ請求ノ原因タルト實體上ノ請求ノ原因以外ノ事實タルト其他證書ノ眞否ニ付テ爭アル場合ニ於テモ證書ノミヲ以テ證據方法ト爲スヘキモノナリ故ニ人證、鑑定等ノ證據方法ハ之ヲ許サス而シテ書證ノ申出ハ證書ノ提出ノミヲ以テ爲スコトヲ得ルモノニシテ書類ノ取寄證書提出ヲ命スル宣言等ハ之ヲ許サス(第四八七條)

(四) 原告ハ第一審ノ口頭辯論ノ終結ニ至ル迄ハ被告ノ承諾ヲ要セスシテ單獨ノ意思表示即チ口頭辯論ニ於ケル陳述ニ因リ證書訴訟ヲ止メ通常訴訟手續ヲ以テ訴訟ヲ繫屬セシムルコトヲ得準備書面ニ證書訴訟ヲ止ムル旨

ヲ記載シ之ヲ送達スルモ口頭辯論ニ於ケル準備的性質ヲ有スルニ止マルヲ以テ通常訴訟トシテ繫屬スルハ口頭辯論ニ於ケル陳述ノ時ニアリトス而シテ通常訴訟手續ニ繫屬スルトキハ證書訴訟ヲ取下ケタルモノニ非スシテ爾後ノ手續ヲ通常訴訟ニ變更スルト同時ニ證書訴訟ニ於テ表ハレタル訴訟資料ハ通常訴訟ニ於テモ有效ニ存積スルモノナリ證書訴訟ヲ止ムルコトハ第一審ノ口頭辯論終結前ニ限り爲スコトヲ得ルモノニシテ上訴審ニ於テハ之ヲ許サス如何トナレハ第一審ノ審理ヲ經サル手續カ上訴審ニ繫屬スル結果ヲ生シ審級ノ秩序ヲ無視スルニ至レハナリ證書訴訟カ不適法ナルトキト雖モ原告ハ證書訴訟ヲ止メ通常手續ニ繫屬セシムルコトヲ得ヘシトハ多數學者ノ主張スル處ナリ是レ通常訴訟トシテノ權利拘束ハ證書訴訟トシテノ特別訴訟條件ニ欠クル處アルモ存在スルモノナリトノ理論ニ基クモノナリ原告ハ私權保護ヲ求ムルニ通常訴訟手續ニ因ルヘキカ若クハ證書訴訟手續ニ因ルヘキカハ其自由ニ任セラルル處ナレハ證書訴訟ノ進行中ノ通常訴訟ニ變更スルモ亦原告ノ自由ニ

任スヘキモノトス

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

證書訴訟ヲ止メ通常訴訟ニ繫屬セシムルハ訴訟物ノ全部若クハ一部ニ付キ爲スコトヲ得ヘク而シテ通常訴訟ハ證書訴訟ノ繼續ナレハ證書訴訟ニ因リ生シタル訴訟費用ハ原告ニ負擔セシムヘキニ非ス後ノ通常訴訟ニ於

ケル判決ニ於テ一般ノ原則ニ從ヒ負擔者ヲ定ムヘキモノトス

第四

判決 證書訴訟ニ於テ原告ニ敗訴ヲ言渡ス判決ハ實體上及ヒ形式上ノ二ニ區別スルコトヲ得即チ左ノ如シ

(一) 實體上原告ニ敗訴ヲ言渡ス場合ハ左ノ如シ

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

(ハ) 原告カ請求ヲ拋棄シ被告ヨリ拋棄判決ノ申立ヲ爲シタルトキ

(ニ) 原告カ口頭辯論期日ニ闕席シ被告カ闕席判決ノ申立ヲ爲シタルトキ
右ノ四ノ場合ニ言渡ス判決ハ原告ノ主張シタル請求カ實體上不當ナリトスル判決ニシテ通常訴訟ニ於テ本案ニ付キ敗訴ヲ言渡ス判決ト同一ナリ故ニ其判決ハ實體的確定力ヲ生スルモノトス

(二) 形式上原告ニ敗訴ヲ言渡ス場合ハ左ノ如シ

- (イ) 一般ノ訴訟要件ニ欠缺アリタルトキ
 - (ロ) 訴狀ニ證書訴訟トシテ訴フル旨ヲ掲ケタルニ拘ハラズ證書ノ原本又ハ謄本ヲ訴狀ニ添付セサルトキ
 - (ハ) 證書訴訟ノ條件ニ欠缺アルトキ即チ請求ノ目的物カ第四百八十四條ノ要件ニ適セス又請求ヲ起スノ理由タル事實ニ付キ完全ニ書證ノ申出ヲ爲ササルトキ
 - (ニ) 被告ノ抗辯ニ因リ原告ニ於テ抗辯ヲ不當ト認メシムルカ爲メ請求ノ原因以外ノ事實ニ付キ證明ヲ必要トスルニ拘ハラズ書證ノ申出ヲ爲ササリシトキ
- 右ノ四ノ場合ニハ原告ノ訴ヲ却下スヘキモノナリ殊ニ(ロ)以下ノ場合ニハ證書訴訟手續ニ於テ不適法トシテ訴ヲ却下スルモノナリ故ニ此等ノ判決ハ形式的確定力ヲ生スルモ實體的ノ確定力ヲ生スルモノニアラス而シテ此等ノ事項ハ裁判所カ口頭辯論ニ於テ職權ヲ以テ調査スヘキモノニ屬シ(ロ)ハノ條件カ欠缺セルトキハ被告カ口頭辯論期日ニ闕席セシトキト雖モ

原告ノ訴ヲ許ササルモノトシテ却下スヘク(ニ)ノ場合ニハ被告カ口頭辯論ニ於テ原告ノ請求ヲ争ヒタルトキニ限り生スルモノナリ即チ證書訴訟ニ於テハ請求ノ原因タル事實ハ被告カ之ヲ争フト否トニ拘ハラズ原告ハ之ヲ證明スヘキ責任ヲ有スルモノニシテ若シ之カ證明ヲ爲スコト能ハサルトキハ原告ノ訴ハ證書訴訟ニ於テ許スヘカラサルモノトシテ却下スヘキモノナリ(第四八條)

被告ニ敗訴ノ言渡ヲ爲ス判決ハ被告カ原告ノ請求ニ付キ異議ヲ述ヘサル場合ト原告ノ請求ヲ争ヒタル場合トノ二ニシテ次ノ如シ

- (一) 被告カ原告ノ請求ヲ争ハサル場合ハ被告カ原告ノ請求ヲ認諾シ原告カ認諾判決ノ申立ヲ爲シタルトキ或ハ被告カ口頭辯論期日ニ闕席スルカ若クハ出頭スルモ辯論ヲ爲ササル場合ニ於テ原告カ闕席判決ノ申立ヲ爲シタルトキ被告ニ敗訴ノ言渡スヘキモノナリ此場合ニ於テモ認諾ノ場合ヲ除キ原告ハ自己ノ請求ヲ理由アリト認メシムルカ爲メ證據方法ノ申出ヲ爲ササルヘカラス被告カ闕席セル場合ニ被告ニ敗訴ノ判決ヲ爲スニハ原

告ノ事實上ノ口頭供述ヲ被告カ自白シタリト看做スヘキニ非ス(第二四)シテ被告カ原告ノ提出シタル證書ノ真正ナルコトヲ自白シタルモノト看做シテ懈怠ノ結果ヲ被ラシムルモノナリ如何トナレハ被告カ口頭辯論期日ヲ懈怠シタルトキト雖モ原告ハ證書ヲ提出シテ其主張事實ヲ證明スルニ非サレハ原告ノ訴ハ却下セラルヘキモノナルコトハ(第四八九)第二百四十八條ノ自白ノ推定ハ證書ノ真正ニ付準用アルモノト解スヘケレハナリ

(二) 被告カ原告ノ請求ヲ争ヒタル場合ト雖モ原告ノ請求カ證明セラレテ被告カ適法ノ證據方法ヲ以テ其抗辯ノ方法ヲ立證セサル以上ハ被告ノ異議ハ證書訴訟ニ於テ許ササルモノトシテ排斥スヘク(第四九)被告ニ敗訴ノ判決ヲ言渡スヘキモノナリ而シテ原告ノ請求ヲ争ヒタル被告ニ對シテハ敗訴ヲ言渡スヘキ總テノ場合ニ於テ被告ニ對シテ後日通常訴訟ニ因リテ原告ノ請求ヲ争フ權利ノ行使ヲ留保スヘキモノナリ而シテ其留保ハ判決主文ニ掲クヘキモノトス(第四九)被告ニ對シテ權利ノ行使ヲ留保スル所以ハ原告カ證書訴訟ノ形式ヲ以テ訴ヲ提起シタルトキハ被告ハ之ヲ通常訴訟

手續ニ變更ヲ求ムル權利ナク隨テ被告ハ原告ノ爲メニ原告ノ攻撃ニ對スル防禦方法ヲ制限セラレ十分ナル防禦ヲ爲スコトヲ得サルヲ以テ被告ニ對シテ後日防禦ヲ爲シ得ルノ機會ヲ與フルノ途ヲ得セシムルノ必要ニ基ク是ヲ以テ總テノ場合ニ於テ留保判決ヲ爲スヘキモノナリ留保ヲ掲ケタル判決ハ性質上中間判決ナルモ上訴及ヒ強制執行ニ關シテハ終局判決ト看做シ(第四九)其判決言渡アルトキハ訴訟ハ通常訴訟手續ニ於テ其裁判所ニ繫屬スルモノナリ(第四九)故ニ判決言渡ノ後當事者ノ申立ニ因リテ通常訴訟手續ヲ以テ訴訟ヲ進行ス(第二三五)此手續ニ於テハ更ニ原告ノ請求ノ當否ヲ審理スヘキモノニシテ證書訴訟ニ於ケル各當事者ノ行爲ハ此手續ニ於テモ亦其效力ヲ有ス此手續ニ於テ審理ノ結果原告ノ請求カ理由ナカリシコト表ハレタルトキハ終局判決ヲ以テ原判決ヲ廢棄シ原告ノ請求ヲ排斥シ且ツ生シタル費用ノ全部又ハ一部ノ辨償ヲ言渡シ又前判決ニ基キ被告ヨリ支拂ヒ又ハ給付シタル物ノ辨償ヲ被告ノ申立ニ因リ原告ニ對シテ言渡スヘキモノナリ之ニ反シ原告ノ請求ヲ正當ト認ムルトキハ前

判決ヲ維持シ被告ニ訴訟費用ヲ負擔セシムルモノナリ此通常訴訟手續ニ於テ原告若クハ被告カ闕席セルトキハ闕席判決ニ關スル規定ヲ準用シテ闕席判決ヲ爲ス(第四九二條第三項)茲ニ闕席判決ヲ爲ス旨ノ規定ヲ設ケタルハ若シ當事者カ闕席セシトキハ前訴訟手續ニ於テ爲シタル行爲及ヒ留保判決等ハ效力ヲ失ヒ出頭シタル當事者ノ申立ニ因リ通常ノ規定ニ從ヒ闕席判決ヲ爲スヘキコトヲ明カニシタルニ外ナラス證書訴訟ノ判決ニ於テ被告ニ敗訴ヲ言渡ス場合ニ留保ヲ掲ケサルトキハ第二百四十二條ノ規定ニ從ヒ判決ノ補充ヲ申立ツルコトヲ得ヘシ(第四九一條第二項)證書訴訟ニ於テハ留保判決ヲ爲スヘキモノナルヲ以テ證書訴訟手續ニ於ケル控訴審ニ於テハ被告ニ防禦權ヲ留保スヘキ規定即チ第四百二十六條第四百二十七條ハ適用セラレサルナリ

第二款 爲替訴訟

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

- 第一 商法ニ規定スル手形ニ基ク請求ニ限ルコト
- 第二 手形金支拂地ノ裁判所又ハ被告カ其通常裁判籍ヲ有スル地ノ裁判所又ハ數人カ手形義務者トシテ共同被告ト爲ル場合ニハ支拂地ノ裁判所若クハ被告ノ各人カ其普通裁判籍ヲ有スル地ノ裁判所各管轄權ヲ有ス(第四九五條第二項)
- 第三 訴狀ニハ爲替訴訟トシテ訴フル旨ヲ掲ケ(第四九六條第一項)且證書訴訟手續ノ如ク手形ノ原本若クハ謄本ヲ添附スルコトヲ要シ償還請求權ヲ主張スルトキハ其請求權行使ニ必要ナル事實ヲ證明スヘキ證書ノ原本若クハ謄本ヲ添付スルコトヲ要ス
- 第四 訴カ適法ナルトキハ訴狀送達ト口頭辯論期日トノ間ニ少ナクトモ二十四時間ノ時間ヲ存シテ裁判長ハ口頭辯論期日ヲ指定ス(第四九六條第三項)其他爲替訴訟手續ニハ通常訴訟手續及ヒ證書訴訟手續ニ關スル規定ヲ準用スヘキモノナリ手形ハ流通證券ナレハ急速ニ債務名義ヲ得セシムル必要ヨリ特別訴訟手續ヲ認メタルモノトス

第三節 人事訴訟手續

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

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

第一款 婚姻事件

第一 婚姻事件ノ意義

婚姻事件トハ婚姻ノ無效若クハ取消離婚又ハ夫婦ノ同居ヲ目的トスル訴ヲ謂フ

- (一) 婚姻無效ノ訴トハ特定ノ男女間ニ婚姻ノ意思表示カ其效力ヲ生セサルコトヲ主張スル訴ナリ特定ノ男女間ニ夫婦關係ノ存在セサルコトヲ主張スル訴ニ非ス如何トナレハ民法ニ所謂婚姻無效トハ前者ノ意義ヲ有スルノミナラス後者ノ意義ニ於ケル訴權ハ之ヲ認ムルノ必要ヲ存セサレハナリ民法ニ因レハ婚姻ハ左ノ場合ニ限り無効トス(民第七七八條)
 - (イ) 人違其他ノ事由ニ因リ當事者間ニ婚姻ヲ爲ス意思ナキトキ
 - (ロ) 當事者カ婚姻ノ届出ヲ爲ササルトキ但其届出カ民法第七百七十五條第二項ニ掲ケタル條件ヲ缺クニ止マルトキハ婚姻ハ之カ爲メニ其效力ヲ妨ケラルルコトナシ

婚姻無效ノ訴ハ右ノ原因ニ基クコトヲ要ス而シテ(イ)ノ場合ハ特定ノ男女

カ婚姻ノ届出ヲ爲シタルニ拘ハラズ當事者雙方若クハ其一方カ婚姻ヲ爲ス意思ナカリシコトヲ謂フモノニシテ此原因ニ基ク婚姻無効ノ訴ハ創設判決ヲ求ムル訴ナリ婚姻ハ當事者ノ意思如何ニ拘ハラズ適法ノ届出アルトキハ之ヲ成立シタリト看做スヘキモノナレハ無効タルコトノ判決ノ確定ヲ俟テ婚姻ハ無効タルヘク其判決ハ届出ノ當時ニ遡及力ヲ有スルモノトス(ロ)ノ場合ハ婚姻ノ意思表示ナキモノニシテ當然無効ナルヲ以テ此原因ニ基ク婚姻無効ノ訴ハ確定ノ訴ナリ婚姻届ヲ偽造シテ届出タル場合亦同シ故ニ婚姻無効ノ訴ハ創設ノ訴ナルコトアリ又ハ確定ノ訴ナルコトアルモノトス

- (二) 婚姻取消ノ訴トハ民法第七百七十九條乃至第七百八十六條ノ規定ニ基ク訴ヲ謂フ取消ノ訴ハ其判決確定ニ因リテ有效ニ成立シタル婚姻ヲ將來ニ於テ無効ナラシムルノ效力ヲ生スルモノナリ但財産上ノ關係ニ付テハ既往ニ其效力ヲ及ホスコトアリトス(民第七百八十七條)
- (三) 離婚ノ訴トハ民法第八百十三條以下ノ規定ニ基ク訴ヲ謂フ離婚ノ判決

確定シタルトキハ其時ヨリ夫婦關係終了スルモノナレハ此訴ハ創設ノ訴ナリトス

- (四) 夫婦ノ同居ヲ目的トスル訴トハ民法第七百八十九條ノ規定ニ基ク訴ヲ謂フ同居ヲ命シタル判決ハ強制執行ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ議論アリト雖モ現行法上斯ル執行行為ノ規定ナキヲ以テ執行スルヲ得サルモノトス

第二 管轄裁判所

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

第三 當事者

婚姻事件ノ當事者ハ夫婦若クハ第三者又ハ檢事ナリトス離婚ノ訴同居ノ訴ハ夫婦ノ一方カ其配偶者ヲ相手方トシテ提起スルコトヲ要スルハ當然ナリ若シ訴訟中ニ當事者ノ一方カ死亡シタルトキハ訴訟ハ目的ヲ失ヒ當然消滅スヘキモノト解セサルヘカラス獨逸民事訴訟法ニハ訴訟費用ニ付テハ特ニ訴訟ヲ消滅セシメサル趣旨ノ規定アルモ我現行法ニハ如此キ規定ナキヲ以テ訴訟ハ全部消滅スルモノト解スルノ外ナシ養子縁組事件等ニ於テ檢事カ當事者ト爲ラサル場合亦同シ

婚姻無効ノ訴又ハ取消ノ訴ハ夫婦ノ一方又ハ第三者ヨリ提起スルコトヲ得ヘク檢事ハ婚姻取消ノ訴ニ限リ當事者トシテ提起スルコトヲ得(民第七條)夫婦ノ一方カ提起スルトキハ其配偶者ヲ以テ相手方トシ配偶者死亡シタルトキハ檢事ヲ相手方トス第三者カ提起スルトキハ夫婦ヲ以テ相手方トシ夫婦ノ一方カ死亡シタル後ハ其生存者ヲ以テ相手方ト爲スヘク夫婦共ニ死亡シタル後ハ檢事ヲ以テ相手方トス(人訴第二條第一項乃至第三項)檢事カ當事者トシテ提起スル

訴ハ夫婦ヲ以テ相手方トス(同條第二項)檢事カ當事者ト爲リタル後其相手方ノ死亡シタルトキハ本案ノ訴訟手續ヲ受繼セシムル爲メ裁判所ハ辯護士ヲ承繼人トシテ選定スヘク裁判所ハ其意見ヲ以テ定ムル報酬ヲ辯護士ニ與ヘシムルコトヲ得ヘシ(同法第二條第四項第五項)

第四 訴訟能力

未成年者其他ノ訴訟無能力者ト雖モ婚姻事件ニ付テハ訴訟能力ヲ有シ訴訟行爲ヲ爲スニハ其法定代理人保佐人又ハ夫ノ同意ヲ得ルコトヲ要セス蓋シ婚姻ハ當事者ノ一身ニ專屬スル性質ヲ有スルモノナレハ法定代理人ノ同意ノ有無ニ因リ身分關係ヲ左右スルコトハ公益上害アルヲ以テナリ然レトモ訴訟無能力者ヲシテ實際訴訟行爲ヲ爲サシムルコトヲ不適當トスル場合アルヲ以テ受訴裁判所ノ裁判長ハ無能力者ノ申立アルトキハ辯護士ヲ訴訟代理人ニ選任スルコトヲ要シ又申立アラサルモ辯護士ヲ訴訟代理人ニ選任スヘキコトヲ命シ若クハ職權ヲ以テ其選任ヲ爲スコトヲ得ヘシ裁判長ノ選任シタル訴訟代理人ニハ報酬ヲ與フルコトヲ得(人訴第三條)選任セラレタル訴訟代

理人ハ普通委任ノ權限ヲ有スルモノニシテ特別委任ノ權限ヲ有セス如何トナレハ訴訟ノ新手續ヲ開始シ訴訟手續ヲ廢止スル如キ行爲ハ無能力者ノ意思ヲ基本ト爲スヘキモノナレハナリ(三同法第條)

禁治產者ハ意思能力ヲ欠缺セルモノナレハ自ラ訴訟行爲ヲ爲スヲ得サルハ當然ナリ故ニ夫婦ノ一方カ禁治產者ナルトキハ其後見人ハ親族會ノ同意ヲ得テ離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘク禁治產者ノ配偶者カ其後見人ナルトキハ後見監督人ハ親族會ノ同意ヲ得テ該訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ禁治產者ノ婚姻ノ無効取消又ハ同居ノ訴ヲ提起スルヲ得ス如何トナレハ此等ノ訴ハ當事者ノ意思ヲ基本トスルモノニシテ禁治產者ノ意思能力ヲ有セサレハナリ離婚ノ訴ヲ許シタル所以ハ禁治產者ヲ保護スルノ法意ニ出テタルモノトス(四人訴第條)

第五 訴訟手續

(一) 婚姻ニ關スル訴訟ヲ屢々スルコトヲ許ストキハ夫婦關係ヲ永ク未定ノ狀態ニ置キ一家ノ平和ヲ害シ公益上弊害尠ナカラサルヲ以テ法律ハ婚姻

ニ關スル爭議ヲ一舉ニシテ解決セント欲スルノ主旨ニ基キ左ノ規定ヲ設ケタリ

- (イ) 婚姻無効ノ訴其取消ノ訴離婚ノ訴及ヒ同居ノ訴ハ之ヲ併合シ又ハ反訴トシテ提起スルコトヲ得然レトモ扶養ノ請求訴ノ原因タル事實ニ因リテ生シタル損害賠償ノ請求及ヒ民法ノ規定ニ因リ婚姻事件ニ附帶シテ爲スコトヲ得ル縁組ノ取消又ハ離縁ノ請求ヲ除ク外他ノ訴ハ之ヲ前示ノ訴ニ併合シ又ハ反訴トシテ提起スルコトヲ許サス(七人訴第條)
- (ロ) 婚姻事件ニ付テハ第一審及ヒ控訴審ノ辯論ノ終結ニ至ル迄ハ婚姻無効ノ訴ヲ離婚ノ訴ニ變更スル如ク訴ヲ變更シ若クハ其訴ノ原因ヲ變更シ又ハ訴ヲ併合シ又ハ反訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ(八人訴第條)
- (ハ) 婚姻ノ無効若クハ取消又ハ離婚ノ訴ニ於テ本案ノ請求カ理由ナシトシテ棄却ノ判決アリタルトキハ其原告ハ訴ノ變更若クハ訴ノ原因ノ變更又ハ訴ノ併合ニ因リ主張スルコトヲ得ヘカリシ事實ニ基キテ更ニ獨立ノ訴ヲ提起スルコトヲ許サス又被告ハ前訴ニ於テ反訴トシテ主張シ

得ヘカリシ事實ニ基キテ獨立ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス(九條第)故ニ右判決確定後若クハ控訴審ニ於ケル口頭辯論ノ終結後ニ生シタル新事實若クハ其以前ニ生シタル事實ト雖モ當事者カ之ヲ知ラサリシ事實ニ基キ獨立ノ訴ヲ爲スコトハ法律ノ禁スル處ニ非サルナリ

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

(イ) 裁判上ノ自白推定自白請求ノ認諾ニ關スル規定ハ適用スルヲ得ス(一第一〇條第)然レトモ自白若クハ認諾シタル事實ヲ心證ヲ構成スルノ資料ト爲スコトハ妨ケス

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

關スル規定ニ從ヒ強制出頭ヲ命スルコトヲ得ヘシ(一八條第)

(ハ) 裁判所ハ婚姻關係ノ爭議ニ付キ眞實ナル事實ヲ發見スル職責ヲ負フモノナリ故ニ控訴審ニ於テハ被告ノ提出シタル防禦方法ヲ時機ニ後レテ提出シタリトノ理由ニ基キ之ヲ却下スルコトヲ得ス(一八條第)

(ニ) 裁判所ハ婚姻ヲ維持スル爲メ職權ヲ以テ證據調ヲ爲シ且當事者ノ提出セサル事實ヲ斟酌スルコトヲ得但其實事及ヒ證據調ノ結果ニ付テハ當事者ニ意見ヲ陳述スルノ機會ヲ得セシムル爲メ訊問セサルヘカラス當事者ニ陳述ノ機會ヲ與ヘスシテ其事實及ヒ證據原因ヲ採用シタル判決ハ不法ノモノトス(一四條第)

(ホ) 裁判所ハ和解ノ調フヘキ見込アルトキハ一回ニ限り一年ヲ超ヘサル期間離婚ノ訴ニ關スル手續ヲ中止スルコトヲ得ヘシ中止ハ一回ニ限ルヲ以テ各審級ヲ通シ一回中止シタルトキハ其後ハ中止スルコトヲ得ス中止ノ效力ハ一般ノ法則ニ依ル但期間ヲ經過シタルトキハ裁判所ハ職權ヲ以テ訴訟ヲ追行セサルヘカラス(一三條第)

(へ) 婚姻事件ノ被告ハ第一審ニ於ケル最初ノ口頭辯論期日ニ出頭セサル
トキハ闕席判決ヲ爲スコトヲ得ス被告カ公示送達ニ因リテ呼出ヲ受ケ
タル場合ノ外ハ更ニ期日ヲ定メテ呼出ササルヘカラス其他ノ場合ニ於
テ被告カ口頭辯論期日ニ出頭セサルトキハ原告ニ對シ辯論ヲ命シ且判
決ヲ爲スコトヲ得ト雖モ自白ノ法則即チ民事訴訟法第二百四十八條第
四百二十九條ノ規定ヲ適用スルヲ得ス原告ヨリ訴訟資料ヲ提供セシメ
且裁判所モ職權ヲ以テ之ヲ蒐集シ對審判決ヲ爲スヘキモノトス(人訴第
第二項)被告カ出頭シテ辯論ヲ爲ササル場合亦同シ
右ノ規定ハ反訴ノ被告ニモ適用スヘキモノトス(人訴第一項一)
原告カ口頭
辯論期日ヲ懈怠シタルトキハ一般ノ規定ニ從ヒ闕席判決ヲ爲ササルヘ
カラス

第六 判決及ヒ假處分

(一) 婚姻ノ無効若クハ取消又ハ離婚ヲ言渡シタル判決ハ職權ヲ以テ之ヲ當
事者ニ送達セサルヘカラス(人訴第一五條)是レ當事者間ノ婚姻關係ヲ長ク未確定

ノ状態ニ在ラシムルハ公益上弊害アルヲ以テ當事者ノ申立ヲ俟タス送達
スヘキコトト爲シタル所以ナリ然レトモ送達ニ關スル費用ハ當事者ニ於
テ負擔セサルヘカラス

(二) 婚姻ノ無効若クハ取消又ハ離婚ノ訴ニ付キ言渡シタル判決ハ一般判決
ノ效力ノ例外トシテ第三者ニ對シテモ其效力ヲ有ス故ニ本案ノ請求ヲ棄
却シタル判決ノ確定シタル後ハ何人ト雖モ婚姻ノ無効取消若クハ離婚ヲ
主張スルヲ得ス又本案ノ請求ヲ認容シタル判決ノ確定シタル後ハ何人ト
雖モ婚姻ノ成立ヲ主張スルコトヲ得サルモノトス然レトモ民法第七百六
十六條ノ規定ニ違反シタルコトヲ理由トシテ婚姻ノ取消ヲ請求シタル場
合ニ於テ其訴ヲ棄却シタル判決ハ當事者ノ前配偶者ニ對シテハ其者カ訴
訟ニ參加シタルトキニ限り其效力ヲ有ス是レ檢事又ハ配偶者其他ノ者カ
提起シタル婚姻取消ノ訴ニ於テ前婚姻カ成立セサルモノトシ請求ノ棄却
アリタル場合ニ其訴訟ニ前配偶者カ干與セサリシニ拘ハラヌ判決ノ效力
ヲ及ホスハ前配偶者ヲ保護スルノ途ニ欠クル所アレハナリ(人訴第
一八條)

- (三) 婚姻事件ニ於テハ當事者ノ申立ニ因リ扶養若クハ同居ノ義務子ノ監護其他ノ假處分ヲ命スルコトヲ得其假處分ニ付テハ民事訴訟法第七百五十六條乃至第七百六十三條ノ規定ヲ準用スヘキモノトス(一)人訴第(六)條第
- (四) 訴訟費用ハ一般ノ法則ニ從ヒ裁判スヘキモノニシテ檢事カ當事者トシテ敗訴シタルトキハ其費用ハ國庫ノ負擔トス

第七 檢事ノ干與

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

- (一) 檢事ハ婚姻事件ニ付キ辯論ニ立會シテ意見ヲ述フルコトヲ要シ受命判事又ハ受託判事ノ審問ニ立會シテ意見ヲ述フルコトヲ得故ニ裁判所ハ事件及ヒ期日ヲ適當ノ方法ヲ以テ檢事ニ通知スヘク檢事カ立會シタル場合ニ於テハ其氏名及ヒ檢事ノ陳述ヲ調書ニ記載セサルヘカラス(五)人訴第(五)條第檢事カ口頭辯論若クハ審問ニ立會スルハ檢事ノ職權ニシテ檢事カ裁判所ノ構成員ト爲ルモノニ非ス故ニ檢事カ立會セサル辯論ニ基キ判決ヲ爲スモ違

法ニ非ス而シテ檢事ハ當事者ト爲ラサルトキト雖モ婚姻ヲ維持スル爲メ口頭辯論ニ於テ事實及ヒ證據方法ヲ提出スルコトヲ得(六)同法第(六)條第

- (二) 檢事カ提起スルコトヲ得ル訴即チ婚姻取消ノ訴ニ付テハ夫婦ヲ以テ相手方ト爲スヘク(二)人訴第(三)條第訴ノ變更若クハ併合又ハ反訴ノ提起ハ檢事カ提起スルコトヲ得ル訴ナルトキニ限り之ヲ爲スコトヲ得訴ノ事由ノ變更又ハ併合ハ檢事カ提出スルコトヲ得ル事由ナルトキニ限り之ヲ爲スコトヲ得(二)同法第(一)條第

檢事ハ他ノ者カ婚姻取消ノ訴ヲ提起シタル場合ニ於テモ夫婦ノ一方カ死亡セサル間ハ申立ヲ爲シテ當事者ト爲リ訴訟手續ヲ追行シ又ハ上訴ヲ爲スコトヲ得故ニ婚姻取消ノ訴ノ判決ハ職權ヲ以テ檢事ニ送達セサルヘカラス(二)人訴第(三)條第斯ル檢事ノ權限ハ原告カ闕席判決ヲ受ケタルトキ若クハ請求ヲ拋棄シタルトキ又ハ被告カ口頭辯論期日ニ闕席シタル場合ニ於テ重大ナル必要アリトス而シテ檢事カ上訴ヲ爲ストキハ前審ノ當事者ノ全員ヲ以テ相手方ト爲スヘク又當事者ノ一人カ上訴ヲ爲ストキハ前審ノ他ノ當

事者及ヒ當事者タリシ檢事ヲ以テ相手方トス(同法第(三)條)右土訴審ノ訴訟ハ係
爭法律關係カ合一ニノミ確定スルモノナレハ民事訴訟法第五十條ノ適用
アルモノトス

第二款 養子縁組事件

第一 養子縁組事件ノ意義

養子縁組事件トハ養子縁組ノ無効若クハ取消又ハ離縁ヲ目的トスル訴ヲ謂

フ

(一) 養子縁組無効ノ訴トハ民法第八百五十一條ニ規定セル原因ニ基ク訴ヲ
謂フ故ニ婚姻無効ノ訴ト同ク創設ノ訴ナルコトアリ確定ノ訴ナルコトア
リトス其他婚姻無効ノ訴ニ付テノ説明ヲ参照スヘシ

(二) 養子縁組取消ノ訴トハ民法第八百五十二條以下ニ規定セル原因ニ基ク
訴ヲ謂フ取消ノ判決確定スルトキハ將來ニ向テ養子縁組ヲ無効タラシム
(民第八
五九條)

(三) 離縁ノ訴トハ民法第八百六十六條ノ原因ニ基ク訴ヲ謂フ亦將來ニ於テ

親子關係ヲ消滅セシム

第二 管轄裁判所

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

第三 當事者

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

第四 訴訟能力訴訟手續判決假處分及ヒ檢事ノ干與ニ付テハ婚姻事件ノ説明ヲ参照スヘシ(人訴第ニ六條)

第三款 親子關係事件

第一 親子關係事件ノ意義

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

第二 管轄裁判所

子ノ否認認知其認知ノ無效若クハ取消又ハ民法第八百二十一條ノ規定ニ因リ父ヲ定ムルコトヲ目的トスル訴ハ子カ普通裁判籍ヲ有スル地又ハ其死亡ノ時ニ之ヲ有シタル地ノ地方裁判所ノ管轄ニ專屬シ親權若クハ財產管理權ノ喪失又ハ失權ノ取消ヲ目的トスル訴ハ親權ヲ行フ者カ普通裁判籍ヲ有スル地ノ地方裁判所ノ管轄ニ專屬スルモノトシ例外トシテ人事訴訟手續法第一條第二項第三項ヲ準用シテ管轄ヲ定ム(人訴第ニ七條、第ニ九條)

第三 當事者

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

夫カ禁治產者ナルトキハ其後見人ハ親族會ノ同意ヲ得テ否認ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘク(人訴第ニ八條)夫カ子ノ出生前又ハ否認ノ訴ヲ提起セスシテ民法第八百二十五條ノ期間内ニ死亡シタルトキハ其子ノ爲メニ相續權ヲ害セラルヘキ者其他夫ノ三親等内ノ血族ニ限り夫ノ死亡ノ日ヨリ一年内ニ否認ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ夫カ死亡シタルトキハ此等ノ者ニ於テ訴訟手續ヲ受繼クコトヲ得(同法第ニ九條)

父ヲ定ムルコトヲ目的トスル訴ハ子母母ノ配偶者又ハ其前配偶者ヨリ之ヲ提起スルコトヲ得ヘク母ノ配偶者又ハ其前配偶者ハ互ニ其相手方ト爲ル又子若クハ母カ提起スルトキハ母ノ配偶者及ヒ其前配偶者ヲ以テ相手方トシ其一人カ死亡シタルトキハ其生存者ヲ以テ相手方トス(人訴第ニ三〇條)親權ノ喪失若クハ財產管理權ノ喪失ヲ宣言シタル判決ノ取消ヲ目的トスル

訴ニ付テハ現ニ親權若クハ管理權ヲ行フ者又ハ後見人ヲ以テ相手方トス(人第三條)

第四 檢事ノ親子關係事件ノ訴ニ付キ事實及ヒ證據方法ヲ提出スルコトヲ得ヘク裁判所モ職權ヲ以テ證據調ヲ爲シ且當事者カ提出セサル事實ヲ斟酌スルコトヲ得裁判所カ職權ヲ以テ斟酌セントスル事實及ヒ證據調ノ結果ニ付テハ當事者ニ意見ヲ陳述セシメサルヘカラス(人第三條)又原告ノ申立ニ相當スル判決ヲ爲シタルトキハ職權ヲ以テ之ヲ當事者ニ送達スヘキモノトス(同法第八條)其他訴訟能力訴訟手續判決假處分檢事ノ干與ニ付テハ婚姻事件ニ付テノ說明ヲ參照スヘシ(同法第三條第九條、第三條第四條乃至第一條、第二條、第六條乃至第九條、第七條)

第四款 相續人廢除事件

第一 相續人廢除事件ノ意義

相續人廢除事件トハ推定家督相續人若クハ推定遺產相續人ノ廢除又ハ其廢除ノ取消ヲ目的トスル訴ヲ謂フ(民第九八條乃至第九〇七條)創設ノ訴ニ屬ス

第二 管轄裁判所

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

第三 當事者

相續人廢除事件ノ當事者ハ民法第九百七十五條、第九百七十七條、第九百九十八條乃至第一千條ノ規定ニ從フ但廢除ノ取消ヲ目的トスル訴ニ付テハ廢除ニ因リテ推定家督相續人又ハ推定遺產相續人ト爲リタル者ヲ相手方トス(人第三條)廢除ノ取消ヲ目的トスル訴ニ付テハ人事訴訟手續法第二條第三項乃至第五項ノ適用アリトス

意思能力ナキ未成年者ヲ相手方トシテ推定家督相續人廢除ノ訴ヲ提起スルヲ得ルヤ否ヤニ付キ說ヲ爲ス者アリ曰ク相續人ノ廢除ハ未成年者ト親權者トノ間ニ利益相反スルモノナレハ民法第八百八十八條ニ因リ特別代理人ヲ

選任シ其代理人ヲシテ訴訟ヲ爲サシムヘキナリト又曰ク受訴裁判所ノ裁判長ハ人事訴訟手續法第三條第三項ニ因リ辯護士ヲ訴訟代理人トシテ訴訟ヲ爲サシムヘキモノナリト右第一說ニ所謂特別代理人ハ財産上ノ行爲ニ付キ適用アルモノニシテ身分關係ニ適用スルヲ得サルモノナレハ第一說ハ誤レリ第二說ニ所謂訴訟代理人ハ本人カ訴訟能力者タルコトヲ前提條件トスルコトハ同法第三條ノ規定全體ニ徴シテ知ルニ難カラサルヲ以テ第二說ニモ賛成スル能ハス蓋シ我民法ニ於ケル一家ヲ重ンスル主義ヨリスレハ相續人ノ廢除ハ其身分上重大ノ關係ヲ有スルモノト爲スヘキヲ以テ意思無能力ナル未成年者ヲ相手方トシテ廢除ノ訴ヲ爲スコトヲ許ササルモノト解スルヲ正當ト信ス

第四 訴訟能力、訴訟手續、判決、假處分、檢事ノ干與ニ付テハ前章及ヒ婚姻事件ノ説明ヲ參照スヘシ(人訴第(三)九條)

第五款 隱居事件

第一 隱居事件ノ意義

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

隱居ノ無効及ヒ取消ノ訴カ創設ノ訴ナリヤ確定ノ訴ナリヤハ婚姻無効ノ訴及ヒ取消ノ訴ト同シ

第二 管轄裁判所

隱居ノ無効又ハ取消ヲ目的トスル訴ハ隱居者カ普通裁判籍ヲ有スル地又ハ其死亡ノ時ニ有シタル地ノ地方裁判所ノ專屬管轄トス但例外トシテ人事訴訟手續法第一條第二項第三項ノ適用アリトス(人訴第(三)五條)

第四編 訴訟手續 第五章 特別訴訟手續 第三節 人事訴訟手續

第三 當事者

隱居ノ無效若クハ取消ノ訴ハ隱居者家督相續人隱居者ノ親族等ヨリ提起スルコトヲ得ヘク檢事ハ取消ノ訴ニ限リ提起スルコトヲ得(五八條第七)隱居者カ提起スルトキハ家督相續人ヲ相手方トシ家督相續人カ提起スルトキハ隱居者ヲ相手方ト爲スヘク其他ノ者カ提起スルトキハ隱居者及ヒ家督相續人ヲ相手方トシ其一人カ死亡スルトキハ其生存者ヲ以テ相手方トス而シテ人事訴訟手續法第二條第三項乃至第五項ノ適用アルモノトス(三九條第三六條第七)

第四 訴訟能力訴訟手續判決假處分檢事ノ干與ニ付テハ婚姻事件ノ説明ヲ參照スヘシ(八九條第三九條)但隱居取消ノ判決ハ遡及力ヲ有シ家督相續カ開始セサルト同一状態ニ復スルモノトス

第六款 禁治產事件及ヒ準禁治產事件

第一 禁治產事件ノ意義

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

禁治產事件ハ訴訟事件ナリヤ非訟事件ナリヤニ付テハ學說及ヒ立法例岐ル佛法ニ於テハ之ヲ訴訟事件トシ獨逸舊普通法ニ於テハ之ヲ非訟事件トセリ獨逸民事訴訟法ハ右立法ヲ折衷シタルモノニシテ我人事訴訟手續法モ之ニ倣ヒタルモノナリ或ハ禁治產事件ニシテ區裁判所ニ屬スル手續ハ非訟事件ニシテ地方裁判所ニ屬スル手續ハ訴訟事件ナリトスル說アリト雖モ禁治產事件ハ現存セル私權ノ危害ヲ排除スル手續ニ非スシテ禁治產者ヲ保護スル爲メ後見ニ付スヘキヤ否ヤヲ確定スル手續即チ將來ニ於テ發生スルコトアルヘキ私權ノ危害ヲ豫防スル爲メ私權ノ形成ニ干與スル裁判上ノ手續ナルヲ以テ非訟事件ナリトスルヲ正當ト信ス唯便宜上人事訴訟手續法ニ規定シ民事訴訟手續ニ依ラシムルノミ(緒論第七章參照)

第二 禁治產ノ宣告

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

- (二) 禁治産ノ申立ハ本人配偶者四親等内ノ親族戸主後見人保佐人又ハ檢事ヨリ爲スコトヲ得(七條)妻カ夫ノ禁治産ノ申立ヲ爲スニハ夫ノ許可ヲ受クルコトヲ要セス(四一條)裁判所ハ職權ヲ以テ禁治産ノ手續ヲ開始スルコトヲ得ス二人以上ノ者ヨリ禁治産ノ申立アルトキハ其手續ヲ併合セサルヘカラス
- (三) 禁治産ノ申立ハ訴ニ非スシテ申請ナリ書面若クハ口頭ヲ以テ爲スコトヲ得口頭ノ申立ニ付テハ裁判所書記ハ調書ヲ作ラサルヘカラス(三一條)申立ニハ其原因タル事實及ヒ證據方法ヲ掲クヘシ(四二條)
- (四) 裁判所ハ禁治産手續ヲ開始スル以前其開始スヘキヤ否ヤヲ決スル爲メ申立人ニ對シ診斷書ノ提出ヲ命スルコトヲ得(四三條)
- (五) 裁判所ハ申立ニ表示シタル事實及ヒ證據方法ヲ斟酌シ職權ヲ以テ心神ノ狀況ニ關スル探知及ヒ必要ト認ムル證據調ヲ爲スヘク裁判所ハ禁治産宣告ヲ受クヘキ者ヲ鑑定人ノ立會ヲ以テ訊問シ又ハ受命判事ヲシテ訊問セシムルコトヲ得但訊問ヲ爲シ難キ事情アルトキ又ハ其者ノ健康ニ害アリト認ムルトキハ此限ニ在ラス證人鑑定人ノ訊問ハ民事訴訟法ノ規定ニ從フ(四四條)

- (六) 檢事ハ他ノ者カ禁治産ノ申立ヲ爲シタル場合ニ於テモ申立ヲ爲シテ其手續ヲ追行シ且期日ニ立會ヒテ意見ヲ述フルコトヲ得故ニ事件及ヒ期日ハ之ヲ檢事ニ通知シ檢事カ立會ヒタル場合ニ於テハ其氏名及ヒ申立ヲ調書ニ記載スヘシ(四五條)
- (七) 禁治産ノ手續ハ之ヲ公行セス之ヲ公行スルコトハ有害ニシテ利益ナキヲ以テナリ(四四條)
- (八) 禁治産ノ申立ハ其決定ノ確定スル迄ハ之ヲ取下クルコトヲ得然レトモ檢事ハ之ヲ追行スルコトヲ得ヘシ(四五條)
- (九) 禁治産ノ申立ニ付テハ裁判所ハ決定ノ形式ヲ以テ裁判スヘキモノトス其決定ハ一般ノ裁判ト同ク二種アリ
- (イ) 申立ヲ却下スル決定ハ申立カ不適法ナルトキ若クハ禁治産手續ヲ開始シ又ハ之ヲ開始セスシテ禁治産宣告ノ原因タル事實ナシト認メタル