民事訴訟法

付三編
〃五編

14
661

始

14-66/1

前田先生講述

（非賣品）

帝國圖書館藏

民事訴訟法

自参編
至五編

大正十年度講義

大正 11. 7 1 内交

民事訴訟法目次

第三編　上訴　一
第一章　控訴　二
第二章　上告　二〇
第三章　抗告　三五
第四編　再審ノ訴　三八
第一章　意義　三九
第二章　再審ノ訴ノ共通要件　四四
第三章　取消ノ訴ノ要件　五五
第四章　原状回復ノ訴　五八

P 24.

第五章　管轄及申立ノ方法　六九
第六章　手続　七四
第五編　證書訴訟　八六
第一章　通常証書訴訟　八六
第二章　為替訴訟　一一九
第三章　督促手続　一二二
第一節　支排命令ノ要件及其附帯　一二四
第二節　支排命令ヲ発シタル後ノ手続　一三九
第三節　督促手続ニ於ケル中断及中止　一五六

民事訴訟法目次終了

第三編　上訴

裁判ハ或ハ誤レルコトアルヘシ、之ヲ更正スルノ方法ナカラサルベカラス、縦令誤ラサル場合ト雖モ敗者ヲシテ上級ノヨリ宜ク構成セラレタル裁判所ノ裁判ヲ求ムルヲ得セシムルハ其慰藉ノ為ニ欠クヘカラサル所ナリ。之ガ為メ上訴ノ設アリ　然ルニ尚ホ上訴ハ右ノ如ク当事者其人ノ利益ノ為メト云フ意味ノミナラス公益上ノ利益ノ為メニモ設ケサルヘカラサルモノナリ、即チ裁判ノ確実ヲ期シ司法ノ威信ヲ維持スルニハ必ス欠クヘカラサル制度ナリ、　但無制限ニ上訴ヲ許ストキハ之ヲ利用シテ訴訟ヲ遅延セシムルニ致ルヲ以テ何等カノ制限ノ下ニ之ヲ許スモノトセサルヘカラス

裁判所ノ裁判或ハ其他ノ司法機関ノ処分ニ対スル救済ハ総テ上訴ナリト誤解スヘカラス闕席判決ニ対スル故障（二五六）支払命令ニ対スル異議（一

三八九）執行命令ニ対スル異議（三九四）仮差押命令仮処分命令ニ対スル異議（七四四、七五六）禁治産又ハ準禁治産ノ宣告ノ取消（人訴法六三、六七）執行ニ於ケル各種ノ異議（五二二、五四四、五四五、五四九）等ハ孰レモ上訴ニアラス何トナレハ是等ハ或ハ裁判所ノ為シタル裁判ヲ攻撃スルモノニアラスシテ他ノ司法機関ノ処分ヲ攻撃スルモノナルカ或ハ上級裁判所ニ申出ツルニアラスシテ其裁判ヲ為シタレ裁判所ニ申出ツルモノナレハナリ、

上訴ニ三種アリ、控訴、上告、抗告是ナリ孰レモ事件ヲ上級審ニ持出スモノナリ、而シテ抗告ハ原則トシテ決定ヲ攻撃スルモノタリ、控訴上告ハ常ニ判決ニ対スル攻撃ノミニ限ラル、

第一章　控訴

第一、控訴ハ如何ナル裁判ニ対シテ為サルルヤ、

控訴ハ第一審ノ裁判ニ対シテ為サル（三九六）即チ区裁判所ノ為シタル判決ニ対シテハ地方裁判所ニ控訴シ地方裁判所カ第一審トシテ為シタル判決ニ対シテハ控訴院ニ控訴ス、故ニ地方裁判所カ第二審トシテ為シタル判決ニ対シテハ控訴アルコトナシ、尚ホ第一審ノ判決ト雖モ之ニ対シテ悉ク控訴ヲ為シ得ルニハアラス、即チ原則トシテ当事者双方出頭シテ弁論ヲ為シタル場合ニ於ケル終局判決（対席ノ終局判決）ニ対シテノミ為サル但請求ノ全部ニ対キテ為サレタル判決タルト一分ニ対キテ為サレタル判決（二二六、第一項）タルトヲ問ハス又絶対ニ終結的ノ判決タルト留保的ノ終局判決タルトハ之ヲ問ハス、（四九一殊ニ第三項）

故ニ闕席判決ニ対シテハ或例外（三九八）ヲ外ニシテハ控訴ハ許サス（第三百九十八条但書ハ期日ニ闕席セサリシ事ヲ理由トスルトキニ限リ控訴ヲ為スコトヲ得トノ意ナリ所謂新闕席判決（二六三）ヲ本フモノトス）

一、第三百九十八条中文ニ於テ「期日ヲ懈怠シタル者ヨリ」云々トアルハ当事者ノ一方カ闕席シタル場合ニ純粋ナラサル闕席判決即チ対席的判決アリタル場合ニ之ニ対シテ控訴ヲ許スヲ以テナリ。

二、新闕席判決トハ故障ノ手続ニ於テ口頭弁論ヲ一度モ開カサリシ場合ニ言渡サルル判決ヲ謂フ

三、同条但書ニ懈怠トアルハ其期日ニ出頭セサリシコトヲ謂フ。其事ニ付キ過失ノ有無ヲ問ハス（従テ実際ハ極メテ稀有ナリ）。但適法ノ呼出アルコトヲ前提トス。

第二、中間判決ニ対シテハ又控訴ヲ許サス

控訴ノ提起、控訴ノ提起ハ控訴状ヲ控訴裁判所ニ差出スニ在リ（四〇一第一項）控訴状ガ被控訴人ニ送達セラレタル時ヲ以テ控訴アリトスルモノニアラス誤解セサルヲ要ス（四〇三、一九五）（訴ノ提起ハ訴状ノ送達アリテ訴完成スルモ控訴ハ然ラス是レ両者ノ趣ヲ異ニスル所ナリ。）

控訴状ニハ控訴セラルル判決ヲ表示シ且此判決ニ対シ控訴スル旨ヲ掲ク。（四〇一第二項）尚ホ控訴審ニ於テ如何ナル申立ヲ為スヤ如何ナル部分カ不服ナルヤ、如何ナル事実及証拠ニ基キテ右ノ申立ヲ維持スルヲ掲グ。（四〇一第三項）

控訴ハ判決送達後一箇月内ニ之ヲ提起スルヲ要ス（四〇〇第一項）其送達前ハ之ヲ為スコトヲ得ス従テ其間ハ上訴期間ハ進行ヲ始メス判決確定ノ時期モ亦不明ナリ而シテ控訴期間内ニ控訴セサレハ又控訴スルヲ得サルニ至リ判決ハ茲ニ確定ス

控訴ヲ為スコトヲ予メ抛棄セハ判決ハ直ニ確定ス抛棄ハ一方的意思表示ニシテ相手方若ハ裁判所ノ何レニ対シテモ之ヲ為スコトヲ得之ヲ為ス時期ハ第一審判決ノ言渡後、確定前ナレハ何時ニテモ可ナリ。判決言渡前即チ第一審ノ弁論中又ハ訴ノ提起前ニ在テハ抛棄ハ相手方ノ同意ヲ得テ之ヲ為スコトヲ得ヘシ（四〇五）

一旦為サレタル控訴ハ之ヲ取下クルコトヲ得即チ相手方カ未タ口頭

弁論ヲ為サヽル間ハ控訴人ノ意思ノミヲ以テ之ヲ為スヲ得ヘク其弁論アリタル後ニ於テハ其同意ヲ得テ之ヲ取下クルコトヲ得（三九九第一項）取下アリタルトキハ控訴ハ始ヨリ之ナカリシモノトナル（三九九第二項）換言スレハ其控訴ハナカリシモノトナル従テ若シ尚ホ控訴期間ヲ余ス場合ニハ再ヒ控訴スルヲ得ヘシ此ノ点ハ訴ノ取下ト何等異ル所ナシ、但通説ハ取下アレハ控訴ノ抛棄ト同一ノ効力ヲ生シ原審判決ハ直ニ確定スルカ故ニ再ヒ控訴ヲ為スヲ得スト為ス　然レトモ取下ト抛棄トハ条文明ニ異ナルヲ以テ通説ニ反対セサルヲ得ス、但控訴ノ取下ト控訴審ニ於テスル訴ノ取下トハ之ヲ混スヘカラス訴ノ取下アレバ訴ハ根本的ニ消滅シ従テ第一審判決モ亦当然ニ其効力ヲ失フ（一九八第一項）但反対説アリ第一審ノ弁論既ニ在ルヲ以テ取下ハ之ヲ許サスト。

第三、控訴審ニ於ケル弁論　控訴審ニ於ケル弁論ニ於テハ裁判所ハ先ツ控訴カ許サルヽ場合ナルヤ否ヤ（第一審ニ述ヘタリ）控訴ノ提起ハ其形式（四〇一）其期間（四〇〇）ニ於テ適法ナリヤ否ヤ（第二ニ述ヘタリ）ヲ審査ス消極的認定ヲ得タルトキハ本案ノ審理ヲ為スコトナクシテ控訴ヲ不適法トシテ棄却ス（四一九）然ラサルトキハ進テ第一審ノ判決ハ果シテ相当ナリヤ否ヤヲ審査ス、即チ第一審ニ於ケル取扱ニハ訴訟法ノ規定ニ違反シタルコトナキヤ否ヤ（例ハ証人トシテ宣誓セシムヘキニ宣誓セシメサリシトキ）或ハ本案即チ請求ノ存否ニ関スル点ニ於ケル判断ニ誤ナキヤ否ヤヲ審査ス、此後ノ場合ニハ或ハ事実上ノ判断ノ誤アルコトアルヘシ、例ハ当事者ノ申立、其主張、証人鑑定人ノ供述、書證等ヲ誤解セルカ如キハ是ナリ、又或ハ法律上ノ点ニ関スル判断ニ誤アルコトアルヘシ、即チ事実ノ認定ニハ誤ナキモ其事実ニ法律ヲ解釈シテ適用スルニ当リ其解釈適用ヲ誤ルコト是ナリ、総テ是等ノ点ニ関シ控訴裁判所ハ新ニ事件ヲ審理ス、即チ恰モ自ラ第一審裁判所ノ地位ニ在ルカ如クシテ審理シ裁判ス故ニ其審理ノ範囲ハ第一審ニ於ケル当事者ノ主張、争点、異議申立（四二一）及原裁判所ノ為

シタル総テノ裁判（三九七）ニ及ブ（然レトモ道ハ不服ノ申立ニヨリ
ア定マリタル範囲（四一一）及変更ヲ申立テラレクル部分（四二〇）
ニ依リテ外形ノ輪廓カ定メラレタル範囲内ニ於ケルモノナルコトヲ注
意スヘシ。

第一審判決ハ其全部カ未確定ニシテ旦控訴審ニ繋属スルモ不服ヲ申
立テラレサル部分ハ控訴裁判所ヲ羈束ス。換言スレハ此部分ハ控訴裁
判所ト雖モ之ヲ変更スルコトヲ得ス（四一一、四二〇）然レトモ異世ノ
裁判資料ハ口頭弁論ノ原則ニ従ヒ控訴裁判ニ関係アル限リ控訴審ニ於
テ当事者ニ依リ口頭ヲ以テ陳述セラレサルヘカラス（四一二）（但第
一審ニ於ケル紋割ヲ許ルノ必要ナシ）

然レトモ控訴裁判所ハ原裁判所カ其提供セラレタル裁判資料ヲ以テ
果シテ原判決ノ如キ判決ヲ為シタルハ正当ナルヤ否ヤノミ審査スルモ
ノニアラス、控訴審ニ於ケル弁論ハ恰モ第一審弁論ノ引続キノ如ク新
ニ裁判資料ヲ供給スルハ固ヨリ自由ナリ之ヲ続審主義ト称シ覆審主義
ニ対ス故ニ新事実ヲ主張シ新証拠ヲ提出スルヲ得ヘク又相手方ノ主張
ニ対シ新ニ答弁ヲ為スヲ得ヘク又訴訟上ノ欠缺ヲ新ニ責問スルヲ得ヘ
シ要スルニ第一審ニ於テ為サヽリシコトヲ新ニ控訴審ニ於テ為スハ原
則トシテ自由ナリ（四一五、四一七）但例外アリ。

一、或行為又ハ不行為ハ同一審級ニ在リテスラ之ヲ改メ得サルモノア
リ若クハ或制限ノ下ニノミ之ヲ改メ得ルモノアリ斯ル行為若ハ不行
為ハ事件カ控訴審ニ繋属シタル後ト雖モ尚ホ羈束力ヲ有スルカ故ニ
之ニ反対ノ行為若ハ不行為ヲ為スコトヲ得ス例ハ第一審ニ於ケル自
白ハ第二審ニ於テモ効力アリ（四一八）又或訴訟上ノ欠缺ヲ責問ス
ル権利ヲ第一審ニ於テ失ヒタル場合ニハ控訴審ニ於テモ亦責問権ヲ
行使スルヲ得ス。

二、新シキ請求ハ控訴審ニ於テハ無制限ニ之ヲ起スコトヲ得ス（第一
審ニ於テハ被告ノ同意アレハ訴ノ変更ハ自由ナリ）何トナレハ然ラ
サルニ於テハ其請求ニ付テハ第一審ヲ経過セサルニ至ルヲ以テナリ

唯第百九拾六條第二号第三号ノ場合ノミハ法文ニ依テ特ニ許サル（四一六）故ニ反訴ハ之ヲ起スコトヲ得ス又訴ノ變更ハ相手方ノ同意アルモ之ヲ許サス（四一三）

三．第一審ニ於テ怠慢ニ依リ提出セサル抗弁ヲ控訴審ニ於テ無制限ニ提出セシムルトキハ徒ニ訴訟ヲ遅延セシムルニ至ル故ニ第一審ニ於テ妨訴抗弁ヲ提出シ得サリシハ其過失ニアラストノ事ヲ疎明スルトキニ限リ之ヲ主張スルコトヲ得（四一四第一項）（同項ニ原告被告トアルハ単ニ当事者ト云フ意ニ過キス）而シテ之ヲ主張シ得タルトキト雖モ本案ノ弁論ハ之ヲ拒ムコトヲ得ス（四一四第二項）唯裁判所適当ト思料スルトキハ弁論ヲ分離シ得ルノミナリ本案ノ弁論ヲ拒ムコトヲ得ヘト云フハ第一審ニ於テ妨訴抗弁ヲ提出シ更ニ之ヲ控訴審ニ於テ維持シタルトキニ於テモ適用アリ。裁判所カ弁論ヲ分離シテ中間判決ヲ為シタル場合ニハ之ニ対シテハ独立シテ上訴ヲ為スコトヲ得（二〇七）

第一審ニ於テ提出シ得ヘカリシニ拘ラス第二審ニ於テ始メテ相殺ノ抗弁ヲ主張スルコトハ之ヲ許サス（四一六）蓋之ヲ許ストキハ之ヲ以テ訴訟ヲ遅延セシムルコトヲ図ルニ至ルヘケレハナリ（法文ニ請求トアルハ別ニ意味ナシ）相殺ハ裁判外ニ於テ相殺アリタリトノ事実ヲ主張スル場合タルト裁判上ニ於テ相殺ノ意思表示ヲ為ス場合タルトヲ区別セス但第一審ニ於テ相殺ノ抗弁ヲ提出スルヲ得サリシハ其過失ニアラサルコトヲ疏明スルトキニ限リ其提出ヲ許ス（之ヲ許サヽル場合ニハ明文ハナキモ第四百二拾六条ノ法意ヲ汲ミテ留保判決ヲ為ス）例ハ第一審当時未タ弁済期到来セサリシト云フカ如シ相手方カ同意シタル場合ニ於テモ亦之ヲ許スヘシト解スルヲ可ナリト信ス（独民五二九）本条ニ於シハ相殺ヲ主張スル自ラ被告ナルヲ豫想セルモノナリ蓋然ラスンテ原告カ被告ノ両抗弁ニ対シ相殺ヲ提出シタル場合例ハ被告カ留置権ヲ主張シタルニ関シ原告カ被告ノ債権ニ付キ相殺ヲ対抗スル場合ノ如キトキニモ之ヲ許サスト解スルハ法律ノ趣旨ヲ不当ニ拡張シタルモノナリ加之相殺ノ両抗弁カ許サレサルモノトスレハ原告ニ対シテハ第四百

二十六條ノ適用ナキカ故ニ結局原告ハ絶対ニ其兩抗弁ヲ用フルヲ得サルニ至ルヘシ從テ法文ニ原告トアルハ反訴ノ場合ヲ予想セルモノト解スヘキモノナリト信ス被告ノ相殺ハ控訴ヲ維持セントスル場合ナルト又ハ控訴ヲ排斥セントスル場合ナルトハ之ヲ問ハス

被告カ第二審ニ於テ提出シタル防禦方法ハ第二百十条ノ規定ニ該当スルトキハ之ヲ却下ス（四二六）但留保判決ヲ為ス

留保判決ト云フハ斯ル防禦方法又ハ相殺ハ之ヲ採用セスシテ裁判ヲ為スト共ニ後ノ手続ニ於テ是等ノ方法ヲ用ヒテ更ニ原告ノ主張ヲ争フコトヲ得ル旨ヲ判決ニ表示シ置クコトヲ謂フ然ルトキハ此判決ニ対シ対立シテ上訴シ又之ニ基キテ強制執行ヲ為スコトヲ得（四二六第三項）留保判決ハ訴訟物其モノニ付テノ判決ナリ然モ中間判決ニアラス（二二七）但終局的ニ訴訟物ニ付キ判断シタルニアラスシテ後ノ手続ニ於テ為サル終局判決ヲ條件トスルモノナリ故ニ此点ニ於テハ唯中間判決ト幾分カ類似セル所アルニ過キス尚ホ中間判決ハ之ヲ以テ事件カ其審級ヨリ脱スルモノニアラサルト同シク留保判決アルモ又事件ハ其審級ヲ離脱セス（四七二第一項）故ニ此点ニ於テモ又相似タル所アリト雖モ其根本ノ性質ハ異ル是レ或ハ留保判決ハ解除條件付終局判決ナリト云フモノアル所以ナリ後ノ手続ハ同一控訴審ニ繋属シ（四二六第一項）裁判構成ハ当初ノモノノ継続ス裁判所職権ヲ以テ期日ヲ指定シ当事者ヲ呼出シ（一九三、四〇八）其防禦方法ノミニ付テ弁論ヲ為ス此際原告ハ右ノ防禦方法ニ対シ新シキ攻撃方法ヲ提出スルコトヲ得然ルトキハ被告モ亦此攻撃方法ニ対シ更ニ新シキ防禦方法ヲ提出スルコトヲ得防禦方法ノ理由ナキトキハ原判決ヲ維持ストノ判決ヲ為ス然ルトキハ原判決ニ言渡ハサレタル留保ハ当然ニ消滅ス防禦方法理由アリタルトキハ原判決ヲ廃棄シ原告ノ請求ヲ棄却スル旨ノ判決ヲ為ス（四二七第二項）尚ホ被告ノ申立アレハ原判決ニ基キ支払ヒタルモノ又ハ給付シタルモノヲ原告ヨリ被告ニ返還スヘキ旨ヲ言渡ス其他費用ニ付テハ（申立ノ有無ヲ問ハス）全部ノ費用ニ付キ裁判ヲ為ス（四二七第二項）

四、前述ノ如ク控訴審ニ於テハ事件ヲ原審以上ニ新材料ヲ加ヘテ新ニ辯論シ且裁判スルモノナリ然レトモ其弁論ノ範囲即チ如何ナル権利関係ノ存否ニ付キ辯論ヲ為スヘキト云フコトニ付テハ自ラ制限アリ即チ總テノ民事訴訟ニ於ケルト同シク控訴審ニ於テモ亦当事者ノ申立ニ依リテ定マル（四一一）即チ不服ヲ申立テラレタル部分（一判決）ニ言表ハサレタル其権利関係ノミカ弁論ノ範囲（対象、目的）トナル又裁判ノ範囲即チ原審判決ヲ如何ナル程度マテ變更スルヲ得ルヤト云フコトモ亦申立ノ範囲ニ依リテ定マル（四二〇）例ハ原告カ千円ノ貸金ノ返済ヲ訴ヘタルニ第一審ニ於テハ四百円ノミヲ認メタルニ依リ原告ハ此ノ判決ニ対シ控訴ヲ為シ残リ六百円ヲモ認ムヘキモノナリト主張シタル場合ニ於テ控訴審ニ於ケル弁論ノ範囲ハ右ノ六百円ノ権利関係ニシテ又其部分ノ存否ノミヲ判決スルモノトス、故ニ例ハ控訴審ニ於テハ原告ノ請求ハ全部不当ナリト認メタル場合ニテモ唯控訴ヲ棄却スルニ止マリ原判決ニ於テ認メタル四百円ノ部分ヲモ棄却スルヲ得サルモノトス

控訴人カ不服及変更ヲ求メ居ラサル部分ニ付テモ亦弁論ヲ為シ及裁判ヲ為サント欲スレハ被控訴人側ヨリ其旨ノ申立アルコトヲ要ス這ハニツノ方法ニ依リテ之ヲ行フコトヲ得即チ即チ被控訴人ノ側ニ於テモ右ノ四百円ヲ認メタル部分ニ対シ独立シテ控訴ヲ提起スルコト其一ナリ所謂両控訴ノ場合是ナリ（四〇九）然ルトキハ両控訴ニ付テハ弁論及裁判ハ之ヲ併合シテ為スヲ原則トス（四〇九）此規定ハ実ハ無用ナリ何トナレハ第百二十條ノ規定ヲ以テ充分トスレハナリ、蓋之ヲ併合セスシテ別々ニ裁判ヲナストキハ同一ノ請求ニ関シテ矛盾シタル裁判ヲ生スルノ恐ク大ナレハナリ故ニ控訴ノ弁論期日ニ於テ被控訴人ノ控訴期間尚未満了セサル場合ニハ被控訴人ノ申立ニ依リ右ノ期間満了マテ控訴ノ弁論ヲ延期スルコトヲ得蓋被告ノ側ヨリモ独立控訴ヲ起シタル場合ニ可成併合シテ審判セシメントノ趣旨ニ外ナラサルモノトス（四一〇第一項）同條第二項ハ一面ニ控訴審ニ繋属シ一面ニ原審ニ繋属スル結果同一ナル請求ニ関シ矛盾シタル裁判ノ生スルヲ防カンカ為ニ原審ニ於ケル訴訟ノ終了（完結）マテ控訴審ニ於ケル弁論ヲ延期ス

ルヲ謂フ第一項ト異リ職権ヲ以テ延期スル所以ノモノハ理ニ各審級ニ
事件カ繋属スルカ故ナリ、

然ルニ他ノ方法存ス即チ被控訴人ハ相手方ヨリ控訴ヲ為スヲ待チ然ル上ニテ普通方式ニ依ル控訴（独立控訴）ヲ提起スルコトナク控訴ノ口頭弁論ノ際ニ（控訴棄却ノ申立ヲ為ス外ニ尚ホ）原判決ヲ自己ノ利益ニ変更セラレンコトノ申立ヲ為スヲ得ヘク之ヲ附帯控訴ト云フ（一四〇五）是レ其二ナリ前例ニ於テ六百円ニ対シ棄却スル申立ヲ為スハ附帯控訴ヲ要セス唯控訴棄却ノ申立ヲ為セハ可ナリ然ルニ控訴棄却ノ外四百円ノ部分モ自己ノ利益ニ即チ取消シクレトノ申立ニハ更ニ申立ヲ必要トシ此申立ヲ附帯控訴ト云フナリ而シテ此申立ハ控訴ノ口頭弁論ノ終結マテハ何時ニテモ申立ツルコトヲ得又此申立ハ被控訴人自身控訴ヲ抛棄シ又ハ被控訴人ノ控訴期間既ニ経過シタル後ト雖モ之ヲ為スコトヲ得（四〇五第二項）但附帯控訴ヲ為ス権利其モノヲ抛棄シタルトキハ百年目ナリ、

闕席手続ニ於テ為サレタル判決カ一分ハ故障棄却ノ新闕席判決（一二六三）ニシテ一分ハ対席的ノ判決ナル場合ニ於テ此後ノ部分ニ対シ控訴アリタルトキハ其相手方（即チ右ノ新闕席判決ニ於ケル敗訴者）ハ右ノ新闕席判決アリタルモ其ハ懈怠ナキ場合ニ為サレタルモノナリトノ事ヲ理由トスルトキニ限リ（三九八但書）附帯控訴ヲ為スコトヲ得

附帯控訴ハ独立控訴ニ比シ其効力ニ於テヨリ弱キ点アリ即チ本控訴カ控訴不適当ノ理由ニ依リ却下セラレタル場合又ハ控訴カ取下ケラレタル場合ハ附帯控訴ハ当然其効力ヲ失フ（四〇六第一項）換言スレハ附帯ノ申立カ当然其効力ヲ失フトノ意味ニシテ別ニ之カ為ニ附帯控訴却下ノ判決等ヲ為スノ要ナキモノナリ但被控訴人自身猶ホ独立シテ控訴ヲ起シ得ル時期即チ被控訴人ノ控訴期間内ニ附帯控訴ヲナセシナラハ其附帯控訴ハ右ノ如キ場合（本訴却下等）ニ独立控訴ト同様ニ取扱ハル結果トナレハ其効力ヲ持続シ裁判所ハ控訴人ニ利益ナリシ部分ヲ其不利益ニ変更スルコトヲ得ルモノトス（四〇六第二項）

五　控訴審ノ弁論ノ手続ニ付テハ縦令控訴院ニ於ケル場合ニテモ原則ト

シテ第一審ノ手続ニ依ル（四〇八）但特別ナルハ闕席手続ナリ即チ控訴人（第一審ノ原告ニテモ将タ被告ニテモ可）ノ闕席ノ場合ニハ被控訴人ノ申立ニ依リ控訴棄却ノ闕席判決ヲ為ス（四二八）コト第一審ノ場合ニ於ケル原告闕席ノ場合ト同一ナリ（二四七）之ニ反シ被控訴人闕席ノ場合ニハ彼ノ第一審ニ於ケル被告闕席ノ場合ニ原告ノ事実上ノ主張ハ全部被告ニ於テ自白シタルモノト看做シ（二四八）此事実ニ基キテ裁判ヲナスヘキモノト濫ク趣ヲ異ニスル点アリ即チ原審ニ於テ確定シタル事実ト抵触セサル控訴人ノ主張ハ被控訴人ニ於テ之ヲ自白シタルモノトシ其他ハ原審ニ於テ確定シタル事実ヲ材料トシ而シテソノ内ニテ立証ヲ要スヘキモノニ付テハ控訴人ソノ証拠ヲ申出タルトキハ事実之ヲ取調フルコトナク而モ控訴人ノ申立テタルカ如キ証拠ノ結果ヲ得タルモノト看做シ是等ヲ材料トシテ控訴ノ理由アリヤ否ヤヲ裁判ス控訴理由アリト認メラレタルトキハ闕席判決ニシテ然ラサル場合ハ対席判決ナリトス蓋シ控訴審ハ第一審ノ継続ナルカ故ニ控訴審ニ於ケル裁判資料ハ原審ニ於ケル裁判資料ヲ以テ之ニ充ツヘキモノナリトノ原則ノ結果ナリ（四三〇参照、四一二第一項）例ハ原審ニ於ケル主張ト全ク関係ナキ新シキ主張ヲ控訴人カ為シタル場合ニハ其ハ被控訴人ニ於テ自白シタルモノト看做ス、之ニ反シ原審ニ於テ被控訴人カ争ヒツヽアリシ控訴人ノ主張ハ証拠ノ申立ヲ要ス（四二一）

六　弁論ノ結果原判決ヲ相当ナリトスレハ控訴棄却ノ判決ヲ為ス不当ナリト認メタルトキハ第一審判決ヲ廃棄シ原則トシテ控訴審自ラ其正当ナリト思料スル判決ヲ為ス但シ例外ノ場合トシテ自ラ其正当ナリト思料スル裁判ヲ為スコトナク更ニ弁論及裁判ヲ為サシムル為メ事件ヲ第一審ニ差戻ス旨ノ判決ヲ為ス（四二二、四二三）是ハ即チ原審ノ手続上著シキ欠缺アル場合（例ハ故ナク公開ヲ禁止シタル場合）ニハ適当ト思料スレハ差戻ヲ為スコトヲ得（四二三）之ニ反シ本案其モノニ付テノ裁判ナキ場合（而モ之ヲ為シ得タリシニ拘ラス）ニハ必ス差戻ヲ為スヘキモノトス（四二二）

第二章　上告

上告トハ控訴裁判所ニ於テ為シタル対席ノ終局判決ニ対スル上訴ヲ云フ控訴裁判所ト云フハ控訴院及第一審トシテノ地方裁判所ヲ謂フ（一四五二）但例外トシテ中間判決及闕席判決ニ対シ為サル、コトアルハ控訴ノ場合ニ同シ（四五四第一号、三九八、四〇九第二項）上告ハ総テ大審院ニ於テ之ヲ裁判ス

第一、上告ノ要件ハ控訴ノ要件ト次ノ点ニ於テ著シキ差異アリ即チ上告ノ理由是ナリ

控訴ハ事実上ノ点タルト法律上ノ点タルトヲ問ハス原判決ノ誤謬ヲ正サンカ為メ及新シキ攻撃防禦ノ方法ヲ提出セシカ為メニ為スモノナレドモ上告ハ原判決カ法律ノ違背ニ基ク場合ニノミ之ヲ為スコトヲ得（四三四）然ラハ上告裁判所ハ控訴審ノ判決ニ於テ認メタル事実ノ認定ニ羈束セラル換言スレハ其認定シタル事実ヲ真実ナリトシ之ヲ基礎トシテ法律上ノ判断ヲ為スヘキモノトス（四四六第一項前段）然レトモ控訴審ニ於テ認定シタル事実ハ甚タ不充分ナル材料ニ基キテ為サレシカ為メ恐クハ事実ノ真相ニ符合セサルヘシト思料セラルヽカ如キ場合ニ於テモ亦然リ又或ハ控訴審ノ事実ノ認定ハ誤レルモノナリト認メラルヽ場合ニ於テモ亦然リ故ニ上告審ニ於テハ唯法律上ノ点ニ付テノミ更ニ審理スルモノニシテ控訴審ニ於ケル如ク事実上ノ点ニ関シ更ニ実験ヲ為スト云フコトナシ上告審カ斯ル特別ノ地位ニアルハ蓋上告審カ法律ノ解釈適用ヲ統一ニスルコトヲ其目的トスルモノナルヨリ生スル結果ナリ、

第二、法律ニ違背スルトハ如何ナルコトナリヤ云フカ三ツノ場合ヲ想像スルコトヲ得ヘシ、

一、原裁判カ確定（即チ認定）シタル事実ニ対シ或ハ法律ヲ適用セス或ハ正シク適用セサルコト是ナリ（四三五、四三八第三項後段）

二、事実ノ認定ヲ為ス場合ニ法律ニ違背シタルコト是ナリ即チ或ハ或事実ヲ不当ニ確定シタルコトアルヘク（四三八第三項後段）（例ハ争ハレタル事実ヲ自白シタリト認メタルカ如シ）或ハ顧ミルコトヲ得サル事実ヲ有效ニ提出セラレタリト認メタルコトアルヘク（同上）（例ハ当事者間ニ争ナキ事実ヲ顧ミサルカ如シ）或ハ顧ミル事ヲ得サル事実ヲ有效ニ提出セラレタリト認メタルコトアルヘシ（同上）（例ハ準備書面ニノミ記載シアリテ口頭弁論ノ際ニハ之ヲ主張セサリシカ如キ事実ヲ恰モ口頭弁論ノ際主張シタルモノト誤テ認メタルカ如シ。

三、第一審又ハ第二審ニ於ケル訴訟手続カ法律ニ違背セルコト是ナリ（四三八第三項後段、四四七第二項）

然ルニ法律ニ違背シタル場合ト雖モ之カ為メ原判決ヲ破毀スルハ（四四七第一項）其ノ違背ノ為メ原判決其ノモノカ誤レル結果ヲ生シタル場合ニ限ル故ニ上告審ノ判断ニ依レハ原裁判所カ法律ニ違背セルニモセヨ其結果ニ於テ正当ナリト認メタル場合ニハ之ヲ破毀スルヲ得サルモノナリ（四五三）之ニ対シテハ例外アリ即チ或法律上ノ違背ハ甚ダ重大ニシテ若シ之アレハ判決其モノカ結果ニ於テハ正当ナル場合ト雖モ又之ヲ破毀スルモノトス（四三六）狭義ノ上告理由ナルモノ是ナリ、左ノ如シ、

a. 裁判所ノ構成カ規定ニ从ハサリシ場合

b. 法律ニ依リ除斥セラレタル判事（三二）又ハ忌避ノ結果除斥セラレタル判事（三三第一項後段）カ裁判ニ参與シタル場合

c. 管轄ヲ誤リタル場合（但第七條ハ例外トス）

d. 代理権ナキ者カ代理人トシテ訴訟行為ヲ為シタル場合（幾ニ追認アレハ有效トナル）

e. 弁論ノ公開ニ関スル規定ニ違反シタル場合

f. 裁判ニ理由ヲ付セサル場合（箇々ノ判断ノ点ニ理由ナキ場合モ包含セラル）

第二. 上告ハ上告裁判所ニ上告状ヲ提出スルニ依リテ之ヲ為ス（四三八条一項）該書面ニハ如何ナル判決ニ対シ上告スルヤヲ表示スルヲ以テ足ル（四三八第二項）是ハ上告状トシテ必ス具備スヘキ要件ナリ。故ニ之ナケレハ上告ハ不適法トナル之ニ反シテ不服ノ程度、破毀ヲ求ムル程度及上告ノ理由等ハ準備書面トシテ之ヲ記載スヘキモノナルカ故ニ（四三八第三項）之ヲ上告状ニ記載セサルモ何等ノ関係ナシ又上告審ト雖モ勿論口頭弁論主義ナルヲ以テ（四四四条文）上告ノ理由等ハ口頭ニテ之ヲ陳述スルヲ以テ足レリトス

上告状ノ提出アレハ裁判所ハ先ツ期日（所謂弁論期日）ヲ定メテ上告人ノミヲ呼出シテ其陳述ヲ聴キ上告ノ許スヘカラサルヤ否ヤ（四三二、四五四第一号）法律上ノ方式ニ反セサルヤ否ヤ（四三八第一項）上告期間内ニ起サレシヤ否ヤ（四三七）上告理由ヲ許スヘキヤ否ヤ（四三五、四三六）（例ハ原判決ノ事実上ノ認定ヲ攻撃スルカ如キハ上告理由トシテ許スヘキニアラサルカ如シ）ヲ審理シ其一ニ該当スト認メタルトキハ判決ヲ以テ上告ヲ棄却ス（四二九、第一項）此判決ハ勿論終局判決ナリト雖モ訴訟費用ノ裁判ハ之ヲ為サス（二二一第二項四四四参照）是ハ彼ノ控訴審ニ於ケル第四百二条ニ該当スルモノナリ唯上告審ナルカ故ニ特ニ期日ヲ開スルカ為メ上告人ノ陳述ヲ聴キ裁判所ノ裁判而モ判決ヲ以テ之ヲ為スモノナリ上告理由ノ許スヘキヤ否ヤト云フコトハ単ニ形式ノミヲ審査スルモノニシテ其理由ノ当否ハ之ヲ問ハス故ニ法律ノ違背ナリトノ主張（四三八第三項後段）アレハ足ルモノニシテ其主張自体カ如何ニ理由ナキコト明白ナレハトテ第四百三十九条第一項ニ依ル棄却ハ之ヲ為スヲ得スト云フヲ理論上正当トス

上告適法ナリト認メタルトキハ裁判所ハ更ニ口頭弁論期日ヲ指定シ書記ハ其期日ニ出頭スヘク呼出シ且ツ上告状ヲ被上告人ニ送達ス又相手方ノ陳述ヲ聴カサレハ事情ヲ明ニスルヲ得スシテ従テ上告ノ適否ヲ判断スルヲ得サル場合ニ於テモ亦弁論期日ヲ指定スルヲ得

ヘシ（故ニ結局上告不適法ナルコトカ判然タル場合ニ於テ直チニ上告棄却ノ判決ヲ為スコトトナル從テ第四百三十九條ハ第四百二條ト之ヲ比較シ之（四〇二）ハ裁判長ノ命令ヲ以テシ彼ハ裁判所ノ判決ヲ以テスルノ差別ニ過キスト云フヲ得ヘシ

實際ノ手續トシテハ陳述ノ期日ヲ閉ツル際ニハ裁判長ハ相手方ヲ呼出スヤ否ヤハ追テ通知スト云フノミニシテ或ハ來ル何日判決ヲ言渡スト云ヒ若ハ來ル何日ヲ以テ弁論期日ト指定スト云フカ如キコトハ之ヲ云フコトナシ斯クテ裁判所ハ合議ヲ為シ上告棄却スヘキモノト定マレハ裁判長ハ期日ヲ指定シ書記此期日ニ當事者雙方ヲ呼出シ其期日ニ裁判長上告棄却ノ判決ヲ言渡ス若シ又合議ノ結果上告ヲ許スヘキモノト認メ若ハ相手方ヲ呼出シ口頭弁論ヲ為スニアラサレハ事情ヲ明ニスルヲ得スト認ムレハ裁判長ハ口頭弁論期日ヲ指定シ書記其期日ニ當事者雙方ヲ呼出ス

故ニ陳述期日ヲ終リタル後ノ合議ノ結果ハ三様アリ得ヘシ、

即チ

（一）上告ハ之ヲ許スヘカラストシテ棄却ノ判決ヲ言渡ストスルカ

（二）上告ハ之ヲ許スヘシ（從テ口頭弁論ヲ開キテ裁判ヲ為ス）トスルカ

（三）此據ニテハ上告適否ノ判断ハ之ヲ為スヲ得ス故ニ口頭弁論ヲ開クトスルカ是ナリ

其第一ノ結果ヲ得タル場合ニハ上告棄却ノ判決ヲ言渡スヘキモノナリ（四三九第一項）第二又ハ第三ノ結果ヲ得タル場合ニハ更ニ唯裁判所内ノ事務ノ経過タルニ過キサルカ故ニ之ヲ當事者ニ知ラシムル必要ナシ唯裁判長カ口頭弁論期日ヲ指定スル基礎トナルノミナリ當事者ハ口頭弁論期日ノ呼出ヲ受クルニ依リテ自然上告棄却ノ判決ナカリシコトヲ知ルノミ

然ルニ口頭弁論ヲ開キテ當事者雙方ノ陳述ヲ聴キタル上ニテ尚ホ上告ヲ不適法トシテ棄却スル旨ノ判決ヲ為スヲ妨ケス此際前ニ上告適

法ナリトノ合議ヲ為シタルニモセヨ道ハ何等裁判所ヲ羈束スルコトナシ何トナレハ合議ノ結果ハ後ニ至リ更ニ合議ヲ為シテ之ヲ変更スルコト自由ナレハナリ

第四、上告審ニ於ケル弁論ハ控訴審ニ於ケル弁論ト甚タ異ナラサル点アリ当事者ハ常ニ控訴審ニ於ケル弁論ノ結果ヲ口頭ヲ以テ演述シ（四五四第九号四一二）以テ裁判ノ材料ヲ上告裁判所ニ提供スヘキモノナリ、

又上告審ニ於テモ原判決ノ変更ハ唯当事者ノ申立テタル範囲ニ於テ之ヲ為シ得ルニ止マル（四三八第三項四四九）故ニ上告人ノ不利益ニ原判決ヲ変更スルヲ得ス（四五四條七号四二九）但被上告人ヨリ附帯上告若ハ独立上告（両上告ノ場合）アリタル場合ハ別問題トス而シテ附帯上告ニ付キテハ附帯控訴ノ規定ニ依ル（四四二、四四三）而上告ノ弁論及裁判ハ之ヲ併合スルコト（四五四第三号前段四〇九）斯ル併合ヲ為シ得ヘキカ為メ被上告人ノ上告期間ノ満了マテ上告ノ弁論期日ヲ延期スルコト（四五四第四号四一〇第一項）ハ孰レモ控訴審ニ於ケルト同シ尚ホ控訴審ノ判決ニ対スル上告ト控訴審ノ闕席判決ニ対スル故障ト共ニアリタル場合ニ故障ノ完結上告審ニ於ケル弁論及裁判ヲ延期スルコト亦控訴審ニ於ケルト同シ（四五四第二号後段四一〇第二項）

又妨訴抗弁ハ新事実ヲ主張スルニ非スシテ既存ノ事実ニ対スル法律上ノ結果ヲ主張スルモノナルカ故ニ上告審ニ於テモ之ヲ主張シ得ルハ勿論ナリ（職権調査ノ事項ニ関スル妨訴抗弁ナラハ新事実ヲ主張スル場合ト雖モ之ヲ提出スルヲ得ヘシ）然レトモ之ニ基キテ本案ノ弁論ヲ拒ムヲ得サルコト等妨訴抗弁ノ弁論ニ関スル手続ハ総テ控訴審ニ於ケルト同ニ（四五四第六号四一四）

尚ホ上告審ニ於テモ或ハ訴ノ取下（四四四）或ハ上告其モノノ取下（四五四第二号三九九）ヲ為シ得ヘキモノトス又抛棄認諾ハ事実上ノ主張ニアラスシテ訴訟物タル権利関係其モノニ関スル処分ナル

カ故ニ上告審ニ於テモ亦之ヲ為スヲ得ヘシ（四四四）

又上告アリタル場合及ヒ上告ノ終了シタル場合ニ下級審ヨリ記録ノ送附ヲ求メ又ハ記録ノ返還ヲ為ス手続モ亦控訴審ニ於ケルト同一ナリ（四五四第八号四三一）

上告審ニ於ケル弁論ヲ控訴審ニ於ケルソレト異ナルハ次ノ点ニ存ス

上告審ニ於テハ新シキ事実及証拠方法ヲ提出シ又ハ新シキ請求（例ハ第百九十六条第二号、第三号第四百十六条）ヲ主張スルヲ得サルコト是ナリ故ニ上告審ニ於テハ控訴審ニ於テ取扱ハレタル請求ト控訴審ニ於テ現ハレタル事実（四四六第一項）トニ付キテ単ニ法律上ノ関係ノミヲ判断スルニ止マル事実上ノ認定ヲ為スコトハ原則トシテハ之ナキモノトス

但例外アリテ上告審ニ於テ事実ヲ調査スルコトアリ其場合ハ

（イ）手続上ノ瑕疵ニ対スル責問若ハ職権調査ノ目的タル事実例ハ管轄権ノ有無訴訟能力ノ有無（四四六第一項後段四二八第二項）

（ロ）上告ノ許スヘキ要件タル事実例ハ控訴判決ノ送達ノ有無又ハ其日時、上告代理権ノ有無上告ノ抛棄若ハ取下ノ有無

（ハ）上告審ニ於テ生シ訴訟関係ノ上ニ影響ヲ及ホス事実例ハ中断ノ事由（一七八以下）

ニシテ是等ハ上告審ニ於テ之ヲ調査スルヲ得ヘク之カ為ニハ証拠調ヲ為スコトヲ得ヘシ（四四六第二項）

第五、

上告審ニ於ケル裁判ハ如何ト云フニ弁論ノ結果

（一）控訴審ノ判決ヲ正当ナリト認ムレハ上告ヲ理由ナシトシテ棄却ス（四五二）

（二）之ニ反シ控訴審ノ判決ヲ不当ナリト認ムレハ右ノ判決ヲ破毀シ（四四七第一項）更ニ弁論及裁判ヲ為サシムル為メ事件ヲ控訴審ニ差戻スヲ原則トス（四四八第一項）

其差戻スヘキ裁判所ハ原控訴審裁判所カ又ハ他ノ控訴審裁判所トス

（四四八第一項）其孰レヲ採ルヤハ上告裁判所ノ自由ナル判断ニ従フ。

又当事者ノ申立アレハ原控訴裁判所ノ或他ノ民事部ニ差戻スコトヲ得（四四八第二項）

右ノ申立ニ因リテ或部ニ事件ヲ差戻シタル場合ニハ前ニ破毀セラレタル判決ニ干与シタル判事ハ裁判ヨリ除斥セラル（四四八第三項但書）従テ此場合ヲ除キテハ前ノ判決ニ干与シタル判事ハ除斥セラレサルコトヲ知ルヘシ。

差戻サレタル場合ニハ更ニ口頭弁論ヲ為シ当事者モ亦如何ナル攻撃防禦ノ方法ヲモ用ヒ得ラレ恰初テ控訴審ニ於テ審理ヲ為スト少シモ異ナル所ナシ（四四八第三項本文四四九）唯異ナルハ上告審ノ判決ニ羈束セラルル結果之ヲ基本トシテ總テノ判断ヲ為サザルヘカラサル点ニ在リトス（四五〇）従テ法律上ノ判断ニ付テハ上告審ノ判決ノ趣旨ヲ遵奉セサルヘカラス（四五〇）

或場合ニハ事件ヲ第一審ニ差戻スコトアリ。即チ控訴審カ若シ正当ナル判決ヲ為セシナラハ第四百二十一條ニ依リテ第一審ニ差戻スヘカリシ場合又ハ第四百二十三條ニ依リテ第一審ニ差戻スヲ得タリシ場合ノ如シ例ハ第一審ニ於テ管轄違ト為シタルヲ以テ之ニ対シ控訴シ控訴審ニ於テハ控訴棄却ト為シタルニ対シ上告ヲ為シタルニ上告審ニ於テハ第一審ニ管轄アリト認メタル場合ノ如シ。

以上ハ本案ノ裁判ヲ為ス場合ニ付キテ説明シタルモノナルカ原審カ訴訟手続ニ関スル規定ニ違背シタルカ為メ之ヲ理由トシテ右ノ判決ヲ破毀スル場合例ハ第四百三十六條第六号ノ場合ニ於テハ判決ノミナラス其要決ナル手続ヲモ破毀スヘキナリ（四四七第二項）

例外トシテ上告審自ラ本案ノ裁判ヲ為スコトアリ即チ

（イ）控訴審ニ於テ確定セラレタル事実ニ法律ヲ適用スレハ直ニ裁判ヲ為シ得ル場合（四五一第一号）即チソレ以上ニ事実ノ審理ヲナスコトナク単ニ法律ノ解釈適用ノミニテ事件ヲ解決シ得ヘキ場合

異ナリ、例ハ離婚ノ訴訟ニ於テ控訴審ニ於テ認メタル事実其モノハ即チ離婚ノ原因トナルト認メ若ハ離婚ノ原因トナラスト認メタルカ如キ場合異ナリ

(ロ) 上告審ニ於シ無訴权ナリ若ハ管轄違ナリト認メテ原判決ヲ破毀スル場合（四五一第二号）異ナリ此場合ニ於テハ原判決ヲ破毀シ且訴ヲ却下スル旨ノ判決ヲ為ス

第六 聯合審判 部ヲ異ニシ時ヲ異ニスルニ從ヒ同一問題ニ対スル判断自ラ異ナラサルヲ得ス而カモ各自自由ナル裁判ヲ為シ得ヘシトスレハ裁判ノ統一ハ之ヲ望ムコトヲ得ス故ニ前ニ為サレタル裁判決ト異ナル裁判ヲ為サントスルニハ民事全部ノ判事聯合ノ上再ヒ口頭弁論ヲ開キ其裁判ヲ為ス（裁構法四九、五四）若シ又刑事部ニ於テ或民事上ノ問題ニ付キテ為シタル裁判ト異ナル裁判ヲ為サントスルトキハ民刑全部ノ聯合審判ヲ為サヽルヘカラス（同上）

此判決ハ勿論其事件ニ付キテノミ羈束力ヲ有スルニ止マル但事実

上ノ羈束力ハ甚タ少キモノナルヘシ

第三章 抗告

抗告ハ決定又ハ命令ニ対シテ為サルル上訴ノ方法ニシテ決シテ終局判決ニ対シテ為サルルコトナシ又決定命令ニ付テモ如何ナル決定命令ニ対シテモ之ヲ為シ得ルモノニアラス即チ訴訟手続ニ関スル申請ヲ口頭弁論ヲ経スシテ却下シタル裁判ニ対シテハ一般ニ之ヲ為スコトヲ得ヘク（四五五）其他ハ特ニ法律ニ於テ許サレタル場合ニ限リ之ヲ為スコトヲ得（四五五）而シテ抗告ハ普通抗告ト即時抗告トアリ後者ハ特ニ法律ニ於テ許サレタル場合ニノミ之ヲ為スコトヲ得

抗告ハ他ノ上訴ト異ナル点尠カラス、一般ニハ抗告ヲ為スニ付テハ彼ノ不変期間ノ如キモノナシ唯彼ノ即時抗告ノミハ七日ノ不変期間内ニ之ヲ為スヘキモノトス（四六六第二項）此不変期間ハ縦令宣渡シタル決定ト雖モ（二四五第一項）其送達ヲ以テ始マル（四六六第二項）但第二百

五十三條、第六百八十條及第七百六十九條第三項ノ場合ニハ毀損ニ依テ始マル但總テ不變期間開始前ニ即時抗告ヲ為スモ有効ナリ（四〇〇第二項四三七第二項二五五第三項參照）

抗告ノ管轄裁判所（抗告裁判所）ハ直近上級ノ裁判所ナリトス（四五六第一項）而シテ抗告ヲ為スニハ抗告状ハ此上級裁判所ニ提出スルニハアラスシテ抗告ノ目的タル裁判ヲ為シタル原裁判所ニ之ヲ提出スルモノトス（四五七第一項）（四〇一第一項四三八第一項參照）蓋シ右ニ述ヘタルカ如ク決定又ハ命令ハ原則トシテハ何時マテモ確定セサルカ故ニ原裁判所ヲシテ其裁判ヲ改メシムルノ機械ヲ与ヘンカ為メナリ（二四〇參照四）唯急迫ナル場合ニ限リ直ニ抗告裁判所ニ差出スコトヲ得（四六一）但即時抗告ハ假令急迫ナラサル場合ト雖モ直ニ抗告裁判所ニ之ヲ差出スコトヲ得（四六六第二項後段）

普通抗告ノ場合ニ原裁判所若シ抗告ヲ理由アリト認メタルトキハ自ラ其裁判ヲ更正スルヲ得ヘク（四五九）然ルトキハ抗告ハ自然ニ終了ス若シ又抗告理由ナシトスルトキハ意見ヲ付シテ三日内ニ抗告状ヲ抗告裁判所ニ送付シ且適當ト認メタル場合ニハ一件記録ヲモ送付スヘシ（四五九後段）但両段ノ考案若ハ新ナル提供ニ基キ自ラ原裁判ヲ變更スルコトハ即時抗告ノ場合ニハ絶對ニ適用ナシ其抗告ノ提出前タルト後タルトヲ問ハス（二四〇參照）

抗告ハ特別ノ規定ナキ限リ執行停止ノ効力ナシ（四六〇第一項）即チ抗告アルニモ拘ラス裁判ノ執行ハ自由ニ之ヲ為スコトヲ得其特別ノ規定アルハ例ハ第六百八十條第三項第二百九十四條第三項第三百二條第一項等ナリトス、然レトモ原裁判所又ハ裁判長ハ適當ト思惟スレハ抗告ニ付テノ裁判アルマテ執行ノ中止ヲ命スルコトヲ得（四六〇第二項）抗告裁判所モ亦同様ノ權限ヲ有ス（四六〇第三項）

抗告裁判所抗告ヲ許スヘカラストシ又ハ其方式ニ違背セリトシ或ハ抗告期間ヲ經過セリトスルトキハ之ヲ却下ス（四六三）是等ノ點ニ欠缺ナシトスルトキハ本案ノ當否ニ付キ裁判ス若シ抗告理由ナシト認ムトキハ抗

告ヲ棄却シ理由アリト認ムレハ原判決ヲ破毀シタル上更ニ進テ相当ナル裁判ヲ為スカ又ハ然ルヘキ裁判ヲ為スコトヲ原裁判所ニ委任スル旨ノ裁判ヲ為ス（四六四第一項）（此抗告裁判所ノ裁判ニ対シ不服アルハ直ニ抗告ヲ為スコトヲ得ト云フヲ正当トス、但判例ハ之ニ反ス）抗告裁判所ノ裁判ニ依リ新ナル独立ノ抗告理由ヲ生シタル場合ニ限リ再抗告ヲ為スコトヲ得（四五六第二項）新ナル独立ノ抗告理由ヲ生ストハ抗告ヲ不適法トシテ却下シタル場合、抗告ヲ理由アリトシタル場合、裁判所構成法ノ規定又ハ重要ナル手続法ニ違背シタル場合ヲ謂フ故ニ抗告裁判所カ原裁判ニ相当ニシテ抗告理由ナシト認メ抗告ヲ棄却シタル場合ニハ又再抗告ヲ為スヲ得サルモノトス。

第四編 再審ノ訴

第一章 意義

（一） 再審ノ訴即チ取消ノ訴及原状回復ノ訴ト云フハ確定ノ終局判決ニ代リテ終結シタル手続ヲ再興スルコトヲ目的トスル訴ナリ。

再興トハ不服ノ存スル限度ニ於テ訴即チ四百七十九条ノ所謂本案ニ付キ更ニ弁論及裁判ヲ為スコトヲ謂フ（故ニ本案トハ再審原因ノ有無以外ノ点ヲ云フ）

不服ノ理由アルモノニ二種アリ取消ノ訴ニ於テハ手続ニ関シ絶対ニ遵守セサルヘカラサル規定中ノ或モノニ違反シ而モ此ノ違反ナカランニハ斯ル判決ヲ為ササリシ場合ト原状回復ニアリテハ判決ノ材料ニ不正又ハ不充分ナル点アリ之カ為メ再審原告ヲ害スル判決ヲ為サレシ場合トス

此等ノ理由アル場合ニ於テハ原判決ヲ害スル判決ヲ廃棄シ其確定力ヲ消滅セシメ茲ニ始メテ以前ノ訴ニ付キ更ニ弁論及裁判ヲ為スコトヲ得

再審

得ルニ至ルモノトス。但原判決ノ確定ト云フコトハ確定シタル後ニアラサレハ以前ノ訴ニ付キテ弁論及裁判ハ之ヲ為スヲ得サルモノト誤解スヘカラス

(二)

再審ノ訴ハ所謂異議ノ訴ノ性質ヲ有スルモノトス

異議ノ訴トハ或訴訟上ノ権利状態ヲ変更シ且此状態ノ結果トシテ生シタル処置ヲ取消ス為メノ執行名義ト為ル判決ヲ求ムル訴ヲ云フ例之第三者ノ異議ノ訴（五四九）請求ニ関スル異議ノ訴（五四五）、禁治産準禁治産ノ決定ニ対スル異議ノ訴（人訴五五、六七）禁治産又ハ準禁治産ノ取消ノ申立ヲ却下シタル決定ニ対スル不服ノ訴（人訴六六、六七）等ノ如シ

再審ノ場合ニ於テモ之ト同様ニシテ其外形ニ於テハ訴ヲ以テ新シキ手続ヲ始ムルモノナルモ実体ニ於テハ旧来ノ手続ノ続行ニ過キサルナリ古クハ非常上訴ト云ヒタルモ今日ニ於テハ単ニ訴ト云フニ止マル独民訴理由書ニハ移審ノ効果ナキ非常上訴ヲ指スモノナリト云フカ如キ文字ヲ用ユルモ畢竟此意義ニ外ナラス故ニ再審ノ訴ニ於テハ如何ナル限度ニ於テ訴ニ関スル規定ノ適用アリヤハ問題ト為ルナリ（四七三）

以上ノ性質ヲ観ルニ凡ル規定ハ再審ノ訴ニ不変期間アルコト（四七四）上訴審カ管轄裁判所ナルコト（四七二）訴訟代理権カ当然再審ニ及ヒ得ルコト（六五ノ二）、再審ノ申立ニハ一定ノ請求ノ原因ヲ記載スルコトヲ必要トセサルコト（四七五、四〇一ノ二、四三八ノ二、二五六）、再審ノ訴ノ理由ハ職権ヲ以テ調査スルコト（四七七、七七八）再審ノ訴ノ判決ハ常ニ必スシモ控訴ニアラサルコト（四八二）等ニシテ即チ其結果ナリ其他法文ニ明ニ定メナキ種々ノ点ニ付キテモ又此原則ニヨリ解決スヘキナリ。即チ終結判決ノミナラス上訴ニ対シテハ終局判決ト看做サル中間判決（二〇七ノ二、二二八ノ二、四二六ノ四四九一ノ三）ニ付キテモ亦再審ヲ為シ得ト云フカ如キ再審権ノ抛棄ヲ為シ得ト云フカ如キ（四〇五）従参加人カ再審ノ訴ヲ提起シ得ルコト（五三）必要的共同訴訟ノ場合ニハ他ノ一人ノ共同訴訟人カ再審ノ訴ヲ為シタルコトトナルコト（五〇ノ三）訴ノ併合ヲ許ササルコト等ハ

何レモ右ニ述ヘタル原則ヨリ生スル結果ナリ

(三) 確定判決ヲ攻撃スル方法

再審ノ外ニ原状回復ノ申立ト共ニ上訴ヲ為シ得ト云フ方法アリ如何ナル点ニ再審ノ訴ト区別アリヤト云フニ申請ノ形式、申請理由及請申ノ効果即チ新ニ弁論ヲ為サル、範囲ノ点ニ相違アルモノトス（理由ハ或ハ相手方ニ共通ナルモノアリ得ヘク例之暴力ニ因リ若ハ脅迫ニ因リテ上訴ヲ為スコトヲ妨ケラレ之カ為ニ上訴期間ヲ徒過スルニ至リタルカ如キ場合ニ於テハ百七十四条ノ所謂避クヘカラサル事変中ニ包含セラルルト同時ニ四百六十九条第一項第二号ニモ当該ス）若シ夫レ請求ニ関スル異議ノ訴（五四五）ノ如キニ至リテハ原判決自体ヲ攻撃スルニアラスシテ唯執行力ヲ排除スルヲ目的トスルモノナレハ再審ノ訴ト同一ノモノニアラス

(四) 当然無効ナル判決ナルモノナシ、蓋若シアリトセハ裁判ナルモノハ大半其意義ヲ失フニ至ル再審ノ理由ハ判決ヲ当然無効トヘルニアラス、唯之ヲ無効トスル判決ヲ受クルノ権利ヲ生スルモノナリ故ニ此ノ判決アルマテハ前ノ判決ハ有效ニ存在ス従テ其判決ニ於テ認メラレタル権利ノ存否モ亦争フヲ得ス、而シテ一旦右ノ判決カ此ノ判決ニ因リテ取消サレタル場合ハ前ノ判決ハ初メヨリナカリシモノト為ルナリ所謂遡及効ヲ生スルモノトス、蓋斯クスルニアラサレハ前判決ヲ取消シタル趣旨ハ之ヲ貫徹スルコトヲ得サレハナリ、但創設的判決ノ場合ニハ遡及効ハ第三者ニ対シテ及ハサルモノナリ、即チ創設的判決ニヨリ創設セラレタル権利状態ヲ基本トシテ第三者カ取得シタル権利ニハ何等ノ影響ヲ及ホササルモノトス、例之甲ト乙トノ間ニ離婚ノ判決アリタルカ為メ甲ハ丙ト結婚セリ其後離婚判決カ取消サレタリト云フ場合ニ甲丙間ノ婚姻ニハ何等ノ影響ヲ及ホサス其趣旨タルヤ第三者ノ善意ヲ保護スルノ趣旨ニアラス、第三者ニ対シテハ国家ノ為シタルコトカ凡テ其準則ト為ラサル理由ニ出ツ即チ国家カ法律ヲ以テ国家ノ為シタル所即チ判決ニ準拠スルコトヲ命ス

ルモノナリ。第三者此命ニ従ヒ判決ニ準據シテ行動シタルニ拘ラス殊
一旦効カ先ニ為シタル行為ヲ取消シタリトテ之カ為メ先ニ第三者ノ為
シタル行動ノ効果カ動カサルル理由ナケレハナリ

第二章　再審ノ訴ノ共通要件

(一) 確定シタル終局判決又ハ上訴ニ付キ終局判決ト看做サルル非終局判決（廣義ノ中間判決）アルコト（四六七）

此後ノ判決ニ付キ再審ヲ許ス理由ハ再審ハ上訴ノ途ナキニ至リタル判決ヲ或事由ニ因リ廃棄セントスルモノナレハ此点ヨリ又ハ右ノ如キ非終局判決ハ終局判決ト同様ニ取扱フヘキモノナレハナリ。

確定セサル間ハ例之事件カ上告審ニ継続シ居ルカ為メ再審事由タル単純ナル事実ノ如キハ又之ヲ主張スル機会ナキ場合ニ於テモ再審ノ訴ヲ起スコトヲ得ス斯ク解スルモ甚シキ不都合ヲ生スルコトナシ何トナレハ或ハ事件カ下級審ニ差戻サレ再審ノ事由タル事実ヲ主張スル機会ヲ得ルノ場合アレハナリ執行命令ハ假執行ノ宣言ヲ付シタル欠席判決ト同視セラル、カ故ニ（二九四）之ニ対シテ故障ヲ為ササルトキニ確定シタル欠席判決ト同様ニ取扱ハルルヲ以テ斯ル執行判決ニ対シテハ再審ノ訴ヲ起スコトヲ得

破産債権ヲ債権表ニ記載スルハ恰モ確定判決ト同様ノ効力ヲ生スルカ故ニ（破産二三七）斯ル債権ニ対シテモ又再審ノ訴ヲ起スコトヲ得

決定ニ対シテハ再審抗告ト云フモノアリ（四六六ノ二）故ニ再審ノ訴ナキコト勿論ナリ然ラハ再審抗告ハ再審ト全一性質ノモノナリヤト云フニ決シテ然ラス何トナレハ此場合ハ或事由アレハ（四六八、四六九）不変期間後ト雖モ尚或期間（四七四）内ニ抗告ヲ為スヲ得ト云フ意味ニ過キスシテ此抗告アレハ事件ハ形式的ニモ以前ノ事件ト継続ト為

リ決シテ新ナル事件カ起リタルト見ルヘキモノニアラサレハナリ。

一般ノ非終局判決即チ独立シテ上訴ヲ為スヲ得サル判決ニ付キ再審ノ理由アリ而シテ此判決カ根拠トナリテ終局判決カ為サレタル場合ニハ此終局判決ニ対シテハ再審ヲ為スヲ得、根拠セサル場合トハ終局判決カ其中間判決ニ代リテ判断シタルコトトハ別個ノ攻撃防禦ノ方法ヲ以テ裁判ヲ為シタルカ如キヲ云フ例之被告ノ主張シタル弁論ヲ認ムルヲ得ストテ中間判決ヲ為シタル後被告主張ノ消滅時效完成ヲ理由トシテ原告敗訴ノ終局判決ヲ為シタル場合ノ如シ反之根拠シタル場合トハ不法行為ノ損害賠償ノ訴ニ於テ侵害セラレタリト云フ権利ハ原告ノ権利ナリト云フ中間判決ヲ為シタル後更ニ進テ原告勝訴ノ終局判決ヲ為シタル場合ノ如シ

抛棄認諾判決ニ対シテモ又再審ノ訴ヲ起シ得ルコトハ一般ノ場合ト異ルコトナシ（但斯ル判決ハ当事者ノ承認行為ニ基クモノナルカ故ニ再審ノ訴ヲ起スコトヲ得ストスフモノアリ又或ハ民法上抛棄又ハ認諾カ撤回シ得ル場合ニ限リ再審ノ理由アル以上ハ再審ノ訴ヲ起スヲ得ト云フモノアリ此説ハ抛棄認諾ト云フコトト民法上ノ行為ト同一ニ観ル）

訴訟費用ノ点ノミニ付キ上訴ヲ為スコトハ法ノ許サル所ナリ（八一）故ニ此点ノミニ限リタル再審ノ訴ヲ起スコトハ又為シ得サルモノト云フコトハ勿論解釈上明ナリ（但一、二ノ反対説アリ）

二、当事者

当事者ハ一般上訴ノ当事者ト為リ得ルモノ是ナリ故ニ当事者トシテ即チ原被告控訴人被控訴人上告人被上告人トシテ判決ヲ受ケタルモノハ勿論再審ノ訴ヲ起スヲ得蓋シ再審ハ新ナル訴ナルモ其実質ハ従来ノ訴ノ引続ナレハナリ。

従参加人ハ新ニ訴ヲ起スヲ得ス蓋シ従参加人ナルモノハ主タル当事者ノ訴カ継続セルコトヲ前提トスレハナリ然レドモ既ニ従参加ヲ為セルモノハ進テ上訴ヲ為スコトヲ得（五六ノ四）故ニ斯ルモノハ再審ノ訴

ヲ為スコトヲ得（但反対説アリ是レ形式ニ重キヲ置クヲ以テナリ）ノ必要的共同訴訟人ノ一人カ上訴シ上訴セラレタル場合ニハ他ノ者ハ当然当事者ト為ルコト（五〇）ヨリ明ナリ再審ノ場合亦然リ、

婚姻無效ノ訴同取消ノ訴ハ当事者ノ一方死亡スレハ其相続人ハ訴訟ノ承継人ト為ルモノニアラス蓋斯ル訴訟物ハ（形成権）承継人ニ承継シ得ラルヘキ性質ノモノニアラサレハナリ故ニ原則ヨリスレハ当事者ノ死亡ニ因リテ訴訟ハ当然終了スト云ハサルヘカラス、然レドモ訴ハ特ニ明文ヲ以テ第三者カ夫婦若ハ生存者ヲ相手トシテ此等ノ訴ヲ起セル場合ニ其双方（夫婦）又ハ一方死亡シ当事者消滅セルトキハ検事其当事者トナルヲ規定トス、

又検事カ当事者ト為リタル後相手方死亡セル場合ニ弁護士ヲ承継人トスル旨ヲ規定ス（人訴二ノ二）故ニ兎ニ角当事者ト為ルモノ存スルナリ従テ従来従参加人タルモノハ勿論（五四ノ一）判決確定後当事者カ死亡セル場合ニ従参加ヲ為スヲ得ヘク又従来従参加人タラサリシ場合ニ従参加ヲ為スト共ニ再審ヲ為スヲ得（五六ノ四）殊ニ斯ル従参加人ハ共同訴訟人而モ必要的共同訴訟人ト取扱ルルカ故ニ（人訴一八ノ一五四ノ二但書）仮令当事者ノ意ニ反シテモ再審ノ訴ヲ起スヲ得

離婚ノ訴ニ付テハ（人訴二）ノ如キ規定ナシ故ニ当事者ノ一方ノ死亡ニ因リテ当然ノ訴訟関係消滅シ其承継人ト為ルモノナシ又無効及取消ノ訴ニ於テ検事カ訴訟ノ当事者ト為ラサル以前ニ原告タル配偶者又ハ婦ニ於死亡シタル場合ニハ其承継人ナキカ故ニ是レ亦訴訟ハ当然消滅ス（人訴二）又検事カ提起スル取消ノ訴ニ於テハ訴ノ途中当事者ノ一方死亡セル場合ニハ其訴訟終了スルコトハ民法第七百八十条人訴二十二條但書ニ依リテ明ナリ然ラハ離婚又ハ取消ヲ是認シタル判決カ確定シタル後ニハ夫婦ノ一方又ハ双方カ死亡シタリトセンニ其判決ニ再審ノ理由アルトキハ如何当事者ト為リ得ルモノ尚ホ存スル場合ニハ従参加人タランコトスルモノヨリ再審ノ訴ヲ為シ得ルモ然ラスシテ如上ノ場合ニハ当事者ト為ル者全然ナキニヨリ従テ従参加人アル理由ナシ而

モ斯ノ如キ判決ノ救済ハ遂ニ之カ救済ヲ為シ得サルコトト為ル従テ従参加人ト為リ得ル者ハ当事者ナキニカヽハラス再審ノ訴ヲ起シ得トスハサルヘカラス但離婚ノ訴ノ場合ニハ唯前判決ヲ廃棄スルヲ以テ足リ進テ離婚ノ訴ヲ判断裁判スルノ要ナシ蓋当事者ナキニ離婚ナルコトアリ得サル理ナレハナリ又検事カ起シタル取消ノ訴無効又ハ取消ノ訴ニテ判決確定後原告カ死亡セル場合（人訴二ノ二場合ナラス）ニハ如何ト云フニ民法第七百八十条ノ一項但書ノ精神ヨリ云ハハ原判決ヲ取消スノミヲ以テ足ル其レ以上ニ出ツルヲ得ス又之人訴法第二条ノ二項三項ニ依レハ改メテ本案ニ付キ当否ノ判決ヲ為スヘキモノノ如シ是レ現行法上ノ矛盾ナリ現判決ヲ取消スヲ以テ足ルト信ス蓋離婚ノ解消シタル後婚姻関係又ハ其モノ又ハ之ヨリ生スル総テノ法律関係ヲ取消スト云フコトハ例外ナルノミナラス一般ノ秩序上好マシカラサルコトナレハナリ

当然訴訟ノ承継人ト為ル者ハ例ヘハ相続人ノ如キ者カ再審ノ訴ノ当事者ト為リ得ルコトハ云フヲ俟タス当然承継人ト為リ得サルモノニ付テハ異議アラハ前ノ訴ノ権利拘束中ニ特定承継人ト為リタル者ハ当然再審ノ訴ニ於ケル当事者ト為リ得ルモ其他ノ特定承継人即チ権利拘束消滅後（判決確定後）指定承継人ト為リタル者ノ如キハ当事者全員ノ同意ヲ要ストスルヲ正当トス但反対説アリ斯ルモノト雖モ当然ニ再審ノ訴ニ於ケル当事者ト為ルト云フ然レトモ斯クテハ例ヘハ原告ノ特定承継人ニ対シ被告カ再審ノ訴ヲ起シ結局原告ノ本案敗訴判決ヲ受ケタル場合ノ如キハ訴訟費用ハ何人カ負擔スルヤ若シ旧原告ニ負擔セシメンカ当事者ニアラサルニ如何ニセン又現在ノ原告即チ特定承継人ヲシテ訴訟費用ヲ負擔セシメンカ旧原告ノ負擔セシムルニ至ル此等ノ点ハ当事者全員ニ同意アリタル場合ニ始メテ指定承継人カ再審ノ当事者ト為ルト云ハサレハ説明シ難シ

(二) 再審ノ訴カ提起シ得ル期間ヲ経過セサルコト

(イ) 一般ニハ再審ノ訴ニ不変期間アリ即チ

民訴 内 十三

㈣ 原則トシテハ一ケ月ニシテ此期間ハ不変期間ナリ其起算点ハ再審原告カ再審ノ理由ヲ知リタル日ヨリ始マル(四七四ノ一二)但判決確定前ヨリ其理由ヲ既ニ知リタルトキハ判決確定当時ヲ標準トス尚判決確定ヨリ起算シ五年ノ後ハ此訴ヲ起スヲ得ス(四七四ノ二)此期間ハ不変期間ニアラサルモ其伸縮ヲ許サス(四七四ノ三)再審ノ理由ヲ知ルト云フハ再審ヲ許ス原因タル事実其モノヲ知ル事ヲ云フ(四六八、四六九ノ事実)四百六十九条第一項第四号ノ場合ニ於テハ罰セラレタリト云フコト又ハ処罰カ不能トナリタルコトヲ含ム(四六九ノ二項)故ニ刑事訴訟カ継続セル間ハ尚期間ノ進行ナシ刑事ノ有罪判決確定セルコト若ハ被告人ノ精神病等ニ因リ停止セラレ若ハ被告人カ死亡セル事等ニ因リ始メテ再審ノ期間カ始マルモノナリ而シテ之ヲ知ル者ハ再審原告其人又ハ其法定代理人ナラサルヘカラス訴訟代理人ニ再審ノ権限アル場合ニモ(六五ノ二)此代理人カ知リタリト云フコト又ハ其他ノ代理人カ知リタリト云フコトハ期間ノ進行ヲ始メス

且訴ハ上訴期間前ニ之ヲ提起スルコトヲ得ス(四〇〇ノ二、四三七ノ二)然ルニ再審ノ場合ハ斯ル規定ナキカ故ニ故障ト全様期間ノ開始前ニモ起シテ適法ナリ(二五五ノ三、四六九ノ二)従ッテ期間後ハ絶対ニ再審ノ訴ヲ起シ得スト云フニ過キス現ニ四百六十九條二項ノ要件到来前例ハ判決確定前再審ノ訴ヲ起スノ必要ナル場合アリ即テ再審ノ訴ヲ起シタルコトヲ理由トシテ強制執行ノ停止等ヲ為サントスル場合ノ如シ(五〇〇)殊ニ五年ノ届年期間(四七四ノ三)カ将ニ尽キントスルニ拘ラス刑事ノ訴訟カ未タ起サレサルコトアルヘク或ハ起訴セラルルモ或事由ノ為メ手続カ停止セラルルコトアルヘク尚為メニ不成敗再審ノ訴ヲ起シ得ルモノトセサルヘカラス

㈤ 訴訟代理ノ欠缺ニ基ク取消ノ場合ニハ特例アリ即チ判決ノ到達ニヨリ原告若ハ被告又ハ其法定代理人又ハ支配人若ハ機関代理人

（包括代理権ヲ有スル者（一四一））カ判決アリタルコトヲ知リタルトキヨリ期間開始シ一ケ月ニシテ終了ス五年ノ除斥期間ハ適用ナシ（四七四ノ四）

此場合ニ判決ノ確定ヲ有スルヤニ付キ異説アリ或ハ条文ノ解釈上確定ハ要セス従テ上訴ニ依ルモ当事者ノ選択ニ因ルトノ説アルモ凡テ再審ナルモノハ上訴ニ依ル救済方法ヲ用ユルヲ得サル場合ノ救済方法ナルコトヲ思ヘハ此説ノ否ナルヲ知ル（四七四）再審ノ期間ハ判決ノ送達ニ因リテ判決アリタルコトヲ知リタル時ヨリ一ケ月ヲ以テ終ルト云フヲ以テ蓋ク従テ判決確定セル以上ハ必スシモ送達ナクトモ判決アリタルコトヲ知リタル場合ニハ再審ノ訴ヲ妨ケス

（ロ）再審ノ訴ヲ抛棄セサリシコト

再審ノ抛棄ニ付テハ別ニ規定ナシ従ツテ原則ニ於テハ元ノ訴訟ノ継続ナルカ故ニ恰モ上訴ノ如キモノナリ上訴ノ抛棄ヲ規定スル以上ハ再審権ノ抛棄モ認メテ然ルヘキナリ但判決ノ言渡前ニ予メ再審権ヲ抛棄スルハ無効ナリ是レ公益ニ反スルカ故ナリ此審判決言渡前ニ上訴権ヲ抛棄スルノ無効ナルト一般ナリ（此点ニハ反対説アリ）

第三章 取消ノ訴ノ要件

（一）取消ノ訴ノ有スヘキ特別ノ要件即チ取消ノ原因

（イ）規定ニ従ヒ判決裁判所ヲ構成セサリシトキ（四六八ノ一）但シ上訴若ハ故障ヲ以テ其欠缺ヲ主張スルコトヲ得ヘカリシ場合ハ之ヲ除ク（四六八ノ二）故ニ此場合ニ於テモ取消ノ訴ハ第二次ノ救済ナリ

規定ニ従ヒ云々ト云フハ四百三十六条ノ一号ト同シ構成法及民訴法上其構成ノ規定ヲ指ス学説ハ裁判所ニ属セス（判決裁判所）及之ヲ要令受託判事カ規定ニ従ヒタルモノニアラスシテ斯ル者ノ為シタル行為カ判決ノ基礎ト為リタルトキハ本号ニ包含セラル例ハ裁

證人ヲ其證人所在地ノ裁判所ニ嘱託セル所其裁判所ノ書記カ證人調ヲ為セリ而シテ其證據調ノ結果カ判決ノ材料ト為リタル場合ノ如キヲ云フ.

又上訴又ハ故障ノ為シ得サル場合ト云フコトヲ要件トセルハ若シ果シテ斯ル欠点ヲ主張シ確定セシムルコトナク普通ノ不服申立ノ方法ニ依リ其判決ヲ攻撃スヘキナリ之ヲ為サスシテ判決ヲ確定セシメタル上ニテ此特別非常ナル方法ヲ用ヒントスルハ許スヘカラサルトスルナリ故ニ既ニ其点ヲ理由トシテ上訴ヲ為シタルカ上訴理由ナシトシテ棄却セラレタルカ如キ場合ニ取消ノ訴ヲ為シ得サルハ勿論ナリ然レハ本条ノ場合ハ上訴カ許サレサルヘキ場合ニシテ又当事者カ相当ナル注意ヲ用ヒシナラハ此上訴ニ依リテ其攻撃ヲ主張シ得タリキト云フ場合ニアリシ場合ナルコトヲ要ス(結局四七〇ト同一ニ解セントスルモノナリ)従テ其規定ニ依リ構成セラレサリシ裁判所ノ行為ハ其点ニ対スル攻撃ヲ棄却シ而シテ之ニ対シテ又上訴ノ道ナシト云フ場合ニハ本号ノ適用アルモノトス.

(ロ) 法律上当然除斥セラレタル判事(三二)カ裁判ニ参與シタルトキ(四六八ノ二号)

但既ニ此点ニ付キ忌避ヲ申立テ又ハ上訴ヲ為シタルモ凡テ理由ナシトセラレタル場合ニハ取消ノ訴ヲ起スヲ得ス(四六八ノ二)

除斥ヲ理由トスル忌避ヲ為シ得タランニ拘ラス之ヲ為サヽリシ場合ニテモ取消ノ訴ヲ起スコトヲ防ケス

(ハ) 忌避ノ申請ヲ為シ且其レカ理由アリト認メラレタルニ拘ラス其判事カ裁判ニ参與シタル場合(四六八ノ三)

但此場合ニハ第一号(四六八ノ)場合ト同様取消ノ訴ハ第二次ノ救済方法ナリ

(ニ) 訴訟手続ニ於テ当事者カ適法ニ代理セラレサリシコト

但後ニ有効ナル追認アリタル場合ニハ再審ノ訴ハ理由ヲ欠クコトヲ云フヲ俟タス(七〇参照)

(三) 取消ノ訴ハ判決ヲ当然無效ナルコトヲ確認スルモノナラス此判決ニ依リテ此判決ヲ無效ナラシメントスル創設的判決ナリ而シテ此訴ヲ起シ得ル者ハ前判決ニ於ケル敗訴者ハ勿論勝訴者ト雖モ之ヲ起スヲ得而シテ人訴ニ於テハ検事モ又之ヲ提起スルヲ得（人訴二二、人訴二九ノ二参照）如斯勝訴者ト雖モ提起シ得ル点ハ原状回復ノ訴ト異ル点ナリ斯ル相異アル理由ハ取消ノ訴ノ原因ハ何レモ斯ル欠缺アル判決ヲ存續スルコトハ公益上必要ナレハナリ而シテ勝訴者ハ敗訴者カ果シテ此ノ訴ヲ起スヤ否ヤ其決定ヲ俟タサルヘカラスト云フコトハ甚タ不利益ナルカ故ナリ但勝訴者カ第四号ノ理由ニ依リ此訴ヲ起シタルトキハ敗訴者ニ於テ或ハ追認スルコトアルヘシ然ルトキハ原状回復ノ理由ハ失ハルルニ至ルモノトス。

第四章　原状回復ノ訴

民一　訴　内ノ十五

(一) 原状回復ノ原因アルコト

(イ) 証書ノ偽造又ハ変造、判決ノ憑據ト為リタル証書カ偽造又ハ変造ナリシ場合ヲ云フ

此偽造又ハ変造カ当事者ニ依リテ為サレシト将亦第三者ニ依リテ為サレシトハ之ヲ問ハス又当事者カ其偽造又ハ変造ナリシコトヲ知リ居リタルト否トヲ問ハス、

但其偽造又ハ変造ノ行為カ罰シ得ヘキモノナルコトハ明文ナキモ明ナリ。（四六九ノ三）故ニ例ハ其証書ヲ提出シタル当事者ノ先代カ之ヲ偽造シテ当事者カ之ヲ善意ニテ利用シタル場合ニハ先代カ既ニ死亡セル場合ニハ原状回復ノ訴ハ之ヲ起シ得サルコトト為ル。

(ロ) 偽証、証人鑑定人若ハ通事カ宣誓ヲ為シタルニモ拘ラス故意若ハ過失ニ因リテ宣誓ニ伴フ義務ニ違反シ（二〇七ノ二、三二九）証言又ハ鑑定通訳ヲ為シ而シテ其等ノ証言等カ判決ノ憑據ト為リタル場合

(三) 取消ノ訴ハ判決ヲ当然無效ナルコトヲ確認スルモノナラス此判決ニ依リテ此判決ヲ無效ナラシメントスル創設的判決ナリ而シテ此訴ヲ起シ得ル者ハ前判決ニ於ケル敗訴者ハ勿論勝訴者ト雖モ之ヲ起スヲ得而シテ人訴ニ於テハ検事モ又之ヲ提起スルヲ得(人訴二、人訴二九ノ二参照)如斯勝訴者ト雖モ提起シ得ル点ハ原状回復ノ訴ト異ル点ナリ斯ル相異アル理由ハ取消ノ訴ノ原因ハ何レモ斯ル欠缺アル判決ヲ廃棄スルコトハ公益上必要ナレハナリ而シテ勝訴者ハ敗訴者カ果シテ此ノ訴ヲ起スヤ否ヤ其決定ヲ俟タサルヘカラストスルコトハ甚タ不利益ナルカ故ナリ但勝訴者カ第四号ノ理由ニ依リ此訴ヲ起シタルトキハ敗訴者ニ於テ或ハ追訴スルコトアルヘシ然ルトキハ原状回復ノ理由ハ備ハルルニ至ルモノトス

第四章 原状回復ノ訴

民訴 内ノ十五

(一) 原状回復ノ原因アルコト

(イ) 証書ノ偽造又ハ変造、判決ノ根拠ト為リタル証書カ偽造又ハ変造ナリシ場合ヲ云フ

此偽造又ハ変造カ当事者ニ依リテ為サレシト将亦第三者ニ依リテ為サレシトハ之ヲ問ハス又当事者カ其偽造又ハ変造ナリシコトヲ知リ居リタルト否トヲ問ハス、

近来偽造又ハ変造ノ行為カ罰シ得ヘキモノナルコトハ明文ナキモ明ナリ、(四六九ノ三)故ニ例ハ其証書ヲ提出シタル当事者ノ先代カ之ヲ偽造シテ当事者カ之ヲ善意ニテ利用シタル場合ニハ先代カ既ニ死亡セル場合ニハ原状回復ノ訴ハ之ヲ起シ得サルコトト為ル、

(ロ) 偽証、証人鑑定人若ハ通事カ宣誓ヲ為シタルニモ拘ラス故意若ハ過失ニ因リテ宣誓ニ伴フ義務ニ違反シ(二〇七ノ二、三二九)証言又ハ鑑定通訳ヲ為シ而シテ其等ノ証言等カ判決ノ根拠ト為リタル場合

、此場合ニ於テモ又其ノ行為ノ罰スヘキモノナル事ヲ必要トス故ニ宣誓ヲ為サスシテ供述ヲ為シタル場合ハ勿論宣誓ヲ為シタル場合ト雖モ或ル法律的原因（死亡心神喪失）アリ犯罪人ヲ処罰スルヲ得サルニ至レハ原状回復ノ訴ヲ起スヲ得サルニ至ル但当事者又ハ其代理人カ民事ノ犯罪ニ関シ教唆又ハ幇助ヲ為シタル場合ニハ四百六十九条第二号ニ該当スルモノニシテ原状回復ノ訴ヲ起スコトヲ得ヘシ

(ハ) 当事者若ハ其代理人ノ処罰シ得ヘキ行為

自己ノ代理人又ハ相手方其人若ハ其代理人（相手方ト云フハ前訴訟ニ於ケル相手方ヲ云フ即チ再審被告又ハ其先代）カ其訴訟ニ関シ或刑法上ノ行為ヲ為シ此ニ因リテ其判決ヲ出セシメタル場合、即チ例ハ詐欺強迫等ヲ為シ又(イ)及(ロ)ニ於テ述ヘタル行為ノ教唆若ハ幇助ヲ為シタルカ如キ場合ヲ云フ（裁判官ヲ強迫セル場合モ含ム）（自分ノ為シタルヲ除ク）此場合ニ於テモ(イ)(ロ)ニ於テ述ヘタルカ如ク罰セラルルコトヲ要スルカ故ニ心神喪失者カ斯ル行為ヲ為シタル場合ノ如キハ此訴ヲ起スヲ得ス或ハ罰スヘキ行為ニ依リテ判決ニ対スル上訴ヲ為スヲ得サラシメ因テ以テ之ヲ確定セシメタル場合ノ如キモ之ニ属ス蓋判決ヲ其位ニセシメタルコト夫レ自体カ罰スヘキ行為ニ属スレハナリ（確定即チ出セシメタル場合ノ一ナリト解ス）

(ニ) 職務ノ違背

裁判官カ原状回復ノ訴ニ於ケル原告タル当事者ニ対シ其訴訟ニ付キテ職務違背罪ヲ犯シ因テ以テ其裁判ヲ為シタルコト（四六九ノ一）職務違背ノ罪トハ収賄（刑一二九以下）其他事実ヲ偽造シ自白ヲ強要シタルカ如キ場合モ含マレ必スシモ刑法ニ所謂涜職罪ノミニ限ルニアラス尚ホ此場合ニ於テモ其犯罪行為ニ因リテ原状回復ノ原告ニ不利益ナル判決ヲ与ヘタル場合ヲ云フ、

(ホ) 判決ノ憑拠ト為リタル刑事判決カ他ノ確定シタル刑事判決ヲ以テ取消レタル場合

此第一ノ判決ハ必スシモ確定判決ナルコトヲ要セス

凡ソ刑事判決ノ事実ノ認定ハ必ス民事裁判所ヲ覊束スルモノニアラス之ヲ参考トシテ事実ヲ認定スルコト妨ケナシ本條ハ斯ル場合ヲ云フコト勿論ナルナリ尚刑事判決カ例外トシテ民事裁判所ニ対シ覊束力ヲ及ホス場合私訴ノ刑事判決ノ如キ場合ニ於テモ本條ノ適用アリト云フヲ可トス

非訟事件ノ裁判又ハ行政官廳ノ行為等ニ付テハ法律ニ何等覊束スル旨ナキモ本條ヲ類推シテ此等ノ裁判又ハ行為カ民事裁判所ニ対シ覊束力ヲ及ホス場合ニハ又本條ノ適用アリト解スルヲ可トス

凡テ此等ノ裁判又ハ裁判所為ハ創設的効力ヲ有ス従テ民事判決ハ之ヲ基本トシテ此創設セラレタル権利状態ヲ基本トシテ裁判ヲ為シタル場合ニ此創設的行為カ取消サレタル場合ハ茲ニ民事判決確定後ニ新ナル事実カ生シタルナリ従テ斯ル事実ヲ普通ノ訴其他ノ方法ヲ以テ主張スルコトハ毫モ右ノ確定判決ニ抵触スルコトナシ従テ原状回復ノ訴ヲ起スヘキニアラス

(ハ) 新シキ証拠ノ発見（四六九ノ七）

(a) 前ニ敗訴シタル当事者カ後ニ至リ既ニ確定判決アルコトヲ発見シ而モヨリ早ク発見スルコトヲ得サリシコトカ過失ニ基カサル場合ニシテ而シテ此判決ヲ提出スレハ再審原告ニ利益ナル判決ヲ為ササルヘカラサリシト云フ場合ニハ本条ニ依リ提起スルヲ得

前ニ確定スル判決トハ前訴ニ於ケル最後ノ事実口頭弁論ノ終結前ヲ云フ、又其判決ハ前訴ノ訴訟物タル権利関係其モノ又ハ前ノ前提タル権利関係ノ判断ニ関シ裁判官ヲ覊束スルモノヲ云フ尚ホヨリ早ク発見スルコトヲ得サリシト云フコトハ本条ニ於テモ必要トスルコトハ四百七十条ノ規定ニヨリ自ラ明ナリ、

(b) 判決以外ノ証書ニシテ以前ニ之ヲ提出シ得タリシナラハ自己ニ利益ナル判決ヲ得タリシカ如キ証書ヲ後ニ至リテ発見セル場合

此場合ニハ後ニ至リ始メテ証書ヲ提出スルヲ得ルニ至リ（三三四）又ハ提出請求権（二三六、三三七、三四三、三四六、）ヲ得ルニ至リ

タル場合モ本条ニ包含セラルト解スルヲ可トス、要スルニ以前（事実審終結）ニ於テハ訴訟ノ存在ヲ知ラス且知ラサリシコトニ付キ無過失ナリシカ後ニ至リ之ヲ知リタル場合（発見）ノミナラス証書ノ存在ハ既ニ知リタルモ之ヲ提出シ又ハ提出セシムルノ方法ナカラン場合ニ後ニ至リ始メテ提出スルヲ得ルヲ得タル場合ノ総テヲ包含スト解ス、斯ル証書ニ依リテ立証セラレントスル事実其モノハ既ニ前訴訟ニ於テ主張セラレタルト又ハ現時ニ至リテ始メテ主張シ得タルトヲ問ハス例ハ先代カ既ニ弁済ヲ為シ其受取証書ヲ得タルコトカ後ニ発見セラレ茲ニ始メテ弁済ナル事実ヲ新ニ主張シ尚ホ此証書ヲ以テ其事実ヲ立証セントスルカ如シ

又証書ハ或主張事実ハ之ノミニ依リテ立証シ得ル場合タルト既ニ提出セラレアル証拠ト総合シテ始メテ事実ヲ立証シ得ル場合タルトヲ問ハス又相手方ノ主張ヲ覆ス反証タル証書ニテモ可ナリ然レトモ其証拠ハ既ニ以前ヨリ存在セルコトヲ要ス後ニ至リテ成立シタル証書ノ如キハ包含セス（発見ノ文字ニ見テ明ナリ）従テ又証書独リ新ニ或事実カ出シ此ハ立証スル或証書カ存在スル場合ニモ本号ニ入ラス蓋斯ル新事実ニ基キ原判決ニ反対ノ主張ヲ為スコトハ何等原判決ノ羈束力ニ抵触スルコトナキヲ以テ元来斯ル場合ニ再審ノ訴ヲ必要トセサレハナリ

(三) 以上(イ)(二)ノ場合ニ於テハ罰セラルヘキ行為ニ付キ判決カ確定セル場合又ハ証拠欠缺以外ノ理由（例ハ死亡心神喪失逃亡等）ヲ以テ刑訴手続ノ開始若ハ進行ヲ為スヲ得サル場合ニ限リ始メテ原状回復ノ訴ヲ提シ得換言スレハ此等ノ要件カ具備セル場合ニ茲ニ始メテ本訴提起ノ不変期間（四七四ノ一、二）カ始マルナリ故ニ刑事訴訟手続カ尚進行セル間ハ尚不変期間カ未タ開始セス但五年ノ除斥期間ノ進行ニ影響ナシ（四七四）故ニ無罪ノ判決確定セル時ハ再審ノ訴ハ許スヘカラサルモノトナル有罪判決カ確定セル場合ニハ茲ニ始メテ此訴ノ一要件カ具備セルコトト為ルニ過キス更ニ其行為カ罰スヘキモノナリヤ否ヤハ民事

裁判所ニ於テ提出シテ之ヲ判断セサルヘカラス、蓋判事判決ハ民事裁判所ヲ羈束セサレハナリ、然シ有罪ノ判決アリタルコトカ再審ノ理由ニアラス罰スヘキ行為アリタリト云フコトカ理由ナリ唯不変期間カ有罪判決アリタルコトヲ知リタル時ヨリ進行スルニ過キス（刑事ノ判決ハ再審ノ訴ヲ起セル條件ニ過キス、再審ノ理由ノ有無ニ関係ナシ）

(三) 原状回復ノ訴ハ補助的ノモノナリ、

(イ) 原状回復ノ訴ハ当事者カ前訴訟手続ニ於テ若ハ故障又ハ上訴ニ依リテ原状回復ノ理由ヲ主張シ能ハサル時ニ限リ之ヲ為スコトヲ得（四七〇）

主張ストハ結果ヲ得ル見込ヲ以テ主張スルコトヲ云フ故ニ次ノ場合ハ主張スルコトヲ得サルモノトス、

(甲) 訴訟ノ程度カ最早事実上ノ主張ヲ為シ得サル場合

例ハ第二審ノ口頭弁論終結後ニ於テハ最早事実ヲ主張シ得ス、又或前提ノ問題ニ付キ特ニ為サレタル判決（原因判決妨訴ノ判決）既成的確定ニ違シタル場合又上告裁判所ニ於テモ訴訟上ノ欠点ニ関スル事実ハ之ヲ主張スルコトヲ得ス故ニ裁判官カ職務上ノ義務ニ違背シタル罪ヲ犯シタル場合ノ如キハ（四六九ノ一）之ヲ主張スルコトヲ得ス上告期間若ハ控訴期間ヲ懈怠シタル事由カ原状回復ノ申立ヲ原状回復後ノ理由ト為シタルカ如キ場合ハ斯ル事実ハ上告審ニ於テモ主張スルコトヲ得又適法ニ提起セラレタル上訴ヲ取下ケ又ハ抛棄シタルコトカ相手方ノ罰スヘキ行為（脅迫ノ如シ）ニ成ル場合ニハ斯ル事由ハ上告審ニ於テモ主張スルコトヲ得（四六九ノ二号ニ当ル場合）

(乙) 原状回復ノ理由アルコトヲ知ラサルコトカ自己又ハ其訴訟代理人ノ過失ニ基カサル場合又ハ其事由ハ之ヲ知レルモ之ヲ主張スルヲ得サリシ場合ニ於テハ所謂主張スルヲ得サリシモノナリ（原状回復ノ理由トナル）知ルモ主張スルコトヲ得サルトハ判決又ハ書状ノ所在ヲ知ラサル[illegible]

上告ハ訴状ハ判断スルモ之ヲ訴権消ニ対シテハ書類提出ノ請求権ヲ有セサルカ為メ之ヲ提出スルノ途ナク其事実ヲ主張スル途ナキ場合ヲ云フナリ、

罰スヘキ行為ニ付キテハ（四六九ノ一、四）判決カ確定セルコトカ原状回復ノ理由ト為ルナリ故ニ刑事訴訟カ既ニ繋属セルコトヲ知ルモ之ヲ未タ原状回復ノ理由ヲ主張シ得ル程度ニ達セルト為スニ足ラス殊ニ刑事訴訟繋属スルコトヲ理由トシテ訴ノ中止ヲ申請シ得ルカ如キ場合ト雖モ之又原状回復ノ理由ヲ知ルト云フヲ得ス尚ホ原状回復ノ申立ノ理由トシテ主張シ得ル場合ノ如キハ再審ノ訴ヲ提起スルヲ得ス（一七七参照）

㈢原状回復ノ訴ハ取消ノ訴ニ対シテハ補助的ノモノニアラス然レトモ此ニツノ訴ハ同時ニ起リタルトキハ取消ノ訴ノ裁判カ確定スルマテ原状回復ノ訴ヲ中止シ置クヘキモノトス（四六七ノ二）

第五章　管轄及申立ノ方法

㈠管轄

管轄ハ事物及土地ノ点ニ於テ共ニ専属ナリ（四七二ノ二）其裁判所ハ不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ為シタル裁判所ナリ（四七二ノ一）

多クノ審級ヲ経テ居ル場合ニハ何レノ判決ニ対シテ再審ノ理由カ存スルヤカ問題ト為ル或場合ニハ其中ノ一判決ニノミ存スルコトアリ（例ハ二審ニノミアル場合）又總テニ存スルコトアリ得ヘシ（一、二、三審共ニ存スルコト）又一判決ニ付テアル場合再審ノ理由ハ他ノ判決ニ付テノ再審ノ理由ト同一ナルコトアリ又異ナルコトアリ是等ノ場合ニ特別規定ヲ設ク

㈡第一審裁判所ノミカ裁判ヲ為シタル場合又ハ第一審ニ控訴サレタル

故ニ（四二二、四二三、）所謂ノ理由ナ此シタル場合又ハ上訴ハ不適法トシテ却下セラレ而シテ再審ノ理由ハ一審ノ裁判ニ存スルト云フ場合ノ如キハ第一審裁判所管轄裁判所ナリ故ニ督促手続ニ於ケル執行命令ニ対シテハ再審理由アル場合ニハ其裁判所カ管轄裁判所ナリ但其訴訟物カ区裁判所ノ事物ノ管轄ニ属セサルトキハ其区裁判所ヲ管轄スル地方裁判所ナリ（四七二ノ三）

(乙) 次ノ場合ニハ控訴審カ管轄裁判所ナリ

(イ) 再審ノ理由カ控訴審ノ判決又ハ控訴審及一審判決共ニ影響アル場合（例ハ偽造証書ニ基キ一、二審共ニ事実ヲ認定シタル場合）又再審ノ理由ハ一審及二審ニ於テ異ル場合ニ於テモ同様ナリ

(ロ) 控訴審ノ判決ニ対シ上告アリ此上告カ不適法トシテ又ハ理由ナシトシテ却下セラレタル場合ニ再審ノ理由ハ控訴審ノ判決ノ基本ト為リ居ル場合ハ是レ亦控訴審カ管轄裁判所ナリ例ハ訴ハ代理权ナキ者ニ依リ提起サレタル場合又ハ当事者カ罰スヘキ罪ヲ犯シタル場合（四六九ノ二）此場合ニハ上告審ノ判決ニハ何等関係ナキカ故ナリ

(ハ) 上告審カ上告ヲ理由アリトシテ控訴審ノ判決ヲ変更シタル場合ニ於テモ再審ノ理由ハ控訴審ノ事実上ノ確定ニ影響セリト云フ場合ハ是レ亦控訴審ノ管轄トス

(丙) 上告審ハ次ノ場合ニ管轄裁判所ト為ル即チ

上告審ノ構成ニ欠缺アル場合（四六八ノ一号）除斥又ハ忌避セラレタル判事カ上告審ノ裁判ニ関与シタル場合又ハ上告審ニ於テ当事者カ適法ニ代理セラレサリシ場合（四六八ノ二号四号）又上告審ノ判事カ職務上ノ義務ニ違背シタル罪ヲ犯シタル場合（四六九ノ一号）又ハ当事者及代理人カ罰セラルヘキ行為ヲ上告審ニ於テ為シタル場合（四六九ノ二号）是ナリ（要スルニ事実ノ認定ニ影響アルトキハ控訴裁判所上告手続其モノニ欠缺アレハ上告裁判所管轄ナリ。）（四七二ノ二）

(三) 申立ノ方法

申立ハ訴状ヲ送達スルニアリ（四七三）但訴状ノ差出カ期間内ニ（四

七四）為サレタルトキハ違法ノ時ハ何時ナルモ適法ト為ル
訴状ニハ如何ナル判決ニ対シテ再審ノ訴ヲ提起スヤト云フコト及取消ノ
訴ヲ起スカ其以外ノ事項ハ記載スルニ及ハス（四七五ノ一）此点ニ於テ
ハ上訴又ハ故障ノ申立（四〇一ノ二、四三八ノ二、二五六）ト同一ノ方式
ナリ但原状回復ノ訴トカ又ハ取消ノ訴トカ云フカ如キ法律上ノ術語ヲ用
ユルノ要ナシ又之ヲ誤リ用ユルモ妨ケナシ要スルニ訴状ノ内容ヨリ何レ
ノ訴ナルカ判明セハ足レリ。
　再審ノ訴ノ理由タル事実ノ表示、再審ノ申立、必要ナル証拠方法等ヲ
掲クルハ準備書タル性質ヨリ生スルコトニシテ（四七五ノ二）訴状トシ
テノ要件ニアラス此点ハ再審ノ訴ナルモノハ性質異議ノ訴ニシテ実質ニ
於テハ上訴ト異ナルコトナシト云フ事ヲ表スモノナク但上訴又ハ故障ハ
上訴状又ハ故障ノ書面ヲ提出スルコトカ即チ之ヲ為ス方式ナルカ再審ノ訴
ハ之ノ点ニ於テハ普通ノ訴ト同様ナリ（四七三）又右ノ如ク訴状ニ記載
セラレアル再審事由申立等ハ準備書面トシテ記載セラレアルモノナレハ

（四五五ノ二）一般ノ書面カ確定書面トシテ其ノ記載セラレアル事項カ
（一九〇）訴状ノ形式ニ因リテ確定スル場合ト趣ヲ異ニス即チ再審ノ訴
ノ場合ニハ口頭弁論ニ於テ主張セラレタル場合ニ初メテ再審ノ理由及申
立カ確定スルモノニシテ其以後此陳述ト異ナル時カ唱ハレタルトキ始メ
テ訴ノ変更ノ問題ヲ生スルナリ但裁ニ申立ト云フハ原判決ヲ廃棄若ハ破
棄セラレタシトノ申立（四七五）ニ付テ云フモノニシテ本案ノ申立ニ付
テハ一般ノ規定ニ依ル又前述ノ如ク訴状ヲ差出タルトキカ不変期間内ナ
ルトキハ之ニ因リテ期間ノ点ニ於テ再審ハ適法ト為ル然ア口頭弁論ノ際
ニ新シキ再審事由ヲ述ヘタルトキハ既ニ不変期間満了後ナルモ妨ナシ（反
対説ヨリ）蓋訴状ニハ再審ノ原因タル事実ヲ記載スルノ要ナケレハナリ
(三) 再審ノ訴ヲ却下クルコトハ一般ノ規定ニ依ル（一九八）却下後更ニ再
審ノ訴ヲ起スコトヲ妨ケス。
(四) 再審ノ訴ハ一審ニ起ス場合ニ於テモ他ノ訴ト併合スルヲ得ス（一九一
ノ例外）実質ニ於テ上訴ナレハナリ。

再審ノ結果本案ノ手続カ再ヒ提起セラレタルトキニ申立ノ擴張減縮ヲ為シ又反訴ヲ提起スルコトカ許サルルヤ否ヤハ一般ノ規定ニ依ル故ニ一審又ハ二審ニ再審ノ訴カ為サレタルトキハ擴張減縮ハ之ヲ為シ得ルモ（一九六、四一六）反訴ハ第一審ニ提起サレタル場合ニノミ許サル斯ル申立又ハ反訴等カ再審ノ訴状ニ揭ケラレルモ其レハ單ニ準備書面ノ意味ニ於テ記載セラルルニ過キス。

第六章 手続

（二）再審ノ手続

（甲）訴ハ法定ノ形式ヲ具備セルヤ否ヤ（四七九ノ一）法定ノ期間内ニ提起サレタルヤ否ヤ及ヒ再審ノ理由アリヤ否ヤ（四六八、四六九、四七〇）上訴ノ場合ト全一ニ、裁判所職権ヲ以テ調査スヘキナリ。

要件何レカノ要件具備セサルトキハ訴ハ許スヘカラサルモノトシテ却下ス（四七八）此ハ終局判決ナリ但シ要件ノ欠缺カ判然タル場合ニハ、裁判長ノ命令ヲ以テ之ヲ却下ス（四七六、四二〇、一九二ト同趣旨）

總テ要件ノ要件ヲ具備セリト云フコトハ再審原告ニ立證ノ責任アリ又此点ハ職権調査ナルカ故ニ要件ノ点ニ関スル自白ハ裁判所ヲ拘束セス唯自由心證ノ材料ト為ルノミ（二一七）從テ相手方カ欠席セル場合ニ於テモ要件ノ点ハ自白ト看做スヘキモノニアラス但管轄違トシテ訴ヲ却下スル場合ニハ移送判決ヲ為スコトハ許スヘキモノナリ（九参照）

（乙）再審ノ形式カ適法ナラスト云フ理由ニ依リ訴却下セラレタル場合ニハ更ニ再審ノ訴ヲ起スコトハ妨ケラルルコトナシ此点ハ訴ヲ不適法トシテ却下セルト一般ナリ。

反之期間経過ノ理由又ハ再審原因ナシトノ理由ニ依リ訴却下ノ場合ハ再ヒ再審ノ訴ヲ起スヲ得ス。但此後ノ場合ニハ他ノ原因ニ基ク時ハ

セヲ妨ケス（例ハ原因ハ甲ト乙ト異ル如シ）但此第二ノ再審ノ訴ニ付キテハ四七〇條ノ適用アリ從テ前ノ再審ノ訴ニ於テ其理由ヲ主張シ得ヘカリシ場合ニハ再ヒ之ヲ起スヲ得ス　而シテ如何ナル原因ニ基クモノナルヤハ口頭弁論ニ於テ主張スルコトカ唯一ノ標準トナル再審ノ訴ノ訴状ニ記載セルヲ標準トスヘキニアラサルコト第三ノ場合ニ述ヘタルカ如シ　又再審原告カ欠席ノ為メ欠席判決ニ依リテ却下セラレタル場合ニハ此點アラユル取消ノ理由若ハアラユル原状回復ノ理由ヲ否認セルモノ故此欠席判決カ確定セル時ハ再ヒ取消又ハ原状回復ノ訴ヲ起スヲ得ス　但取消ノ訴ト原状回復ノ訴トハ異ナル所ナレハ其何レカカ対席判決ハ欠席判決ニ依リ原因ナシトノ理由ニ基キテ却下セラレタル場合ニハ他ノ訴ヲ起スコトハ之ヲ妨クルモノニアラス。

(四) 訴カ形式上適法ニシテ又期間ノ点モ適法ニシテ又其原因モ認メラレタルトキハ訴ノ許スヘキコトヲ中間判決ニ依リテ制限スルモ可ナリ此中間判決ハ通常（二二七）ノ中間判決ナリ從テ之ニ対シ独立上訴权ナ

シ（一立法論トシテハ消極ヲ可トス）

(三) 本案ノ手続

四七九条ニ本案ノ弁論及裁判トアルハ再審ノ点ニ関スル其レニ対シ以前ノ訴材料ニ付キテノ其レヲ云フナリ　而シテ以前ノ訴訟ニ於ケル判決ナルモノハ所謂本案ニ入ラスシテ訴訟判決ヲナシタルコトモアリ得ヘシ　斯ル場合ト雖モ四七九条ノ所謂本案ノ弁論及裁判ナリ　而シテ此本案ノ弁論ハ再審ノ訴カ理由アリシカ為メ確定判決カ其確定力ヲ失ヒタルカ為メ之ヲ為シ得ルニ至ルナリ　從テ再審ノ理由ニ依リテ影響セラルル本案ノ部ノミカ更ニ弁論及裁判ヲ為サルルナリ此弁論ハ或ハ一審ノ弁論ナルコトアルヘク又ハ二、三審ノ弁論ナルコトアルヘシ　從テ弁論ノ目的及範囲如何ト云フコト其他訴ノ変更及訴ノ許サルルヤ否ヤ（四一三、四一六）等ハ凡テ審級ニ於ケル規定ニ從フ附帯上訴ヲ許サルルヤト云フコトモ然リ

(甲) 取消ノ訴ニ付テハ取消ノ理由カ四六八条ノ第四号ニ存スル場合ニ於

シ其レカ訴ノ提起当時ヨリ然リシトキハ全部ノ手続ニ影響スルモノナリ従テ訴ヲ却下スルノ外ナシ反之其他ノ理由ニ依リテ而モ其レカ前訴訟手続ノ一部分ノミニ影響スルトキハ其影響アルマテニ為サレシ手続ハ有効ニ存在シ其後ノ手続ニ付テハ新ニ弁論及裁判ヲ為スナリ。例ハ区裁判所事件ニ於テ第一回口頭弁論期日ニハ裁判所構成適法ナルモ其後第二回弁論期日後除斥セラレタル判事加入シタルニモ拘ラス判決ヲ為シ終ニ確定セル場合ニハ本案ノ弁論ハ第二回口頭弁論期日以後ニ付テ為サル換言スレハ第一回弁論期日ニ為サレシ訴訟行為ハ有効ニ存在スルナリ。若又右ノ場合ニ其判決ニ対シ地方裁判所ニ控訴セル所同裁判所ハ此点ヲ看過シ控訴ヲ棄却シ此判決確定セル場合ニ再審ノ訴ハ地方裁判所ニ起スヘキナリ。（四七二ノ二）然ルトキハ此地方裁判所ノ手続ハ全部効力ヲ失フナリ若又上告裁判所ニ於テ当事者カ適法ニ代理セラレサリシニモ拘ラス判決ヲ為シタル場合ニハ上告裁判所ノ裁判ハ始メヨリ更新セサルヘカラス本案ノ弁論裁判ヲ為シタル始原状回復ヲ申立テラ

レタル裁判ト同一ノ判決ヲ得タル時ト雖モ前ノ判決ハ之ヲ廃棄シ新ニ同一ノ内容ノ判決ヲ言渡スヘキナリ（或ハ二六一条ヲ類推シ原判決ヲ維持スヘキモノナリトノ説アルモ否ナリト信ス何トナレハ原判決ハ瑕疵アルモノナレハナリ）蓋再審ノ理由アルコトニ依リテ既ニ原判決ハ其効力ヲ失ヒ居レハナリ又之ヲ結果ヨリ云フモ例ハ離婚ノ訴ニ於テ原判決ヲ維持スルモノトセハ原判決確定ノ当時ヨリ離婚ト云フコトトナリ再審ノ訴ヲ設ケタル理由ヲ没却スルニ至ル。

（乙）原状回復ノ訴ニ於テモ其原因ニ影響セラルル部分ノミニ付キ新ナル弁論カセラルルモノナリ。例ハ中間判決カ為サレタル後ニ参与シタル判事カ第四六九第一号ノ行為ニ該当スル行為ヲ為シタルトキハ中間判決ヲ為シタル以後ノ手続ノミカ再審セラル但其後ニ於ケル訴訟行為ト雖モ自白又ハ訴ノ変更ニ同意シタルカ如キ裁判所ノ行為ト無関係ナル行為ハ有効ニ存続スルナリ又被告カ受取証書ヲ偽造シ或ハ強迫ニ因リテ訴ノ抛棄ヲ為サシメタル場合（ニ勝訴シ）ニ原告カ原状回復ノ訴ヲ

起リタル場合ニハ單ニ弁済ノ相殺又ハ拋棄ノ適否ノミカ弁論ノ目的タルニアラス債務ノ成立其モノモ又弁済ノ目的タルニアラス債務ノ成立其モノモ又弁論ノ目的ト為リ從テ如何ナル攻撃防禦方法モ提出シ得ルナリ但反対説多シ即チ右ノ場合ニ於テハ弁済又ハ拋棄ノ点ニノミカ弁論ノ目的ト為ルト然レトモ現行民訴法上口頭弁論ノ終結ニ至ルマテハ原則トシテ如何ナル攻撃防禦方法ヲモ提出スルヲ得(二〇九)今其原状回復ノ訴理由アリトナレハ恰モ前訴訟手続ニ於ケル口頭弁論終結前ノ状態ニ復スルナリ從テ如何ナル攻撃防禦方法ト雖モ提出シ得ラレサル理由ナシ若又既ニ確定ト為リタル判決ヲ提出シタル場合(四六九条六号)ニハ此点ニ関スル弁論ハ之ヲ為シ得サルコト明ナリ 例ハ指標物権存在確認ノ訴ニ債権ナシトノ原告敗訴ノ判決後債権ノ存在ヲ認メラレタル確定判決ヲ提出シタル場合ニハ債権ノ存否ニ付テハ又弁論ヲ為スヲ得ス 但前確定判決後ニ生シタル新事実(弁済、時効)ヲ提出シ弁論シ得ルハ勿論ナリ、又例ハ債権ヲ相続シタルコトヲ主張スル原告ノ訴カ相続ノ点ニ於テ原告ノ敗訴ト為リタル場合ニハ前ニ相続ヲ認メタル確定判決ヲ提出シテ再審ヲ求メタル場合ニハ相続ノ点ニ付テハ弁論ヲ為シ得ス債権ノ存在ニ付テノミ弁論及裁判ヲ為シ得ルナリ、

(丙) 原告カ前ニ勝訴ノ判決ヲ得其仮執行ノ宣言ニ基キ執行ヲ為シタル後ニ結局原告ノ敗訴ニ帰シ此判決確定シタリ、 其後原告カ再審ノ訴ヲ提起シタル場合ニ若シ其レカ第一審ニ起サレシナラハ被告カ反訴ヲ提起シ先ニ強制執行ニ因リテ原告ノ得タルモノヲ取返シ尚ホ其ノ強制執行ヲ為シタルコトニ付キ故意過失アルトキハ不法行為ニ因ル損害賠償ノ請求ヲモ為シ得ヘシ(五一〇ノ二、八一五民訴四二七ノ二、四九二ノ二)若シ再審ノ訴カ上訴審ニ起リシトキハ一般ノ規定ヨリセハ上訴審ニ於テ反訴ヲ起シ得ス然ラハ五一〇ノ二項若シ四二七条ノ二項、四九一条ノ二項等ヲ準用若ハ類推シテ右ノ如キ目的ノ為ニ反訴ノ提起ヲ許スヘキヤ否ヤ消極ニ解スルヲ可ナリト信ス、

(丁) 訴訟費用ハ如何ニスヘキヤ再審ノ訴カ却下ノトキハ其費用ハ再審原

民 訴 外ノ二十

告ノ認権タルヘキコト勿論ナリ（四七参照）其他ノ場合ニハ本條ノ裁判ノ結果ヨリ定ムルノ外ナシ故ニ例ハ再審ノ結果原判決ト反対ノ判決ヲ得タルトキハ其敗訴者ハ訴訟費用ノ全部ヲ負擔スルコトアルヘシ

例ハ原告勝訴ノ判決ニ對シ被告ヨリ控訴セルトキハ控訴棄却ノ判決確定シタル其後被告カ再審ノ訴ヲ控訴審ニ提起セル結果原告敗訴ノ判決アリタル場合ハ訴訟費用ハ原告ノ負擔ト為リ反之再審其モノハ理由アリシカ本案ニ於テ終局判決前判決ト同一ノ結果ニ到達スルコトアルヘシ斯ル場合ニ於テハ其再審ノ結果ニ依リテ費用負擔ヲ定ムルノ外ナシ前例ニ於テ本案ノ裁判ニ付キ控訴棄却セラレタル場合ノ如キハ再審及控訴費用ハ再審原告ノ負擔ト為ル（七七参照）百七十七条四項ノ規定ハ之ヲ準用スルヲ得ス

(三) 再審ニ付テノ手續ト本案ニ付テノ手續トハ分離スルコトヲ法ノ命セサルコトナルモ裁判所カ之ヲ相當ト認ムルトキハ之ヲ再審ノ点ニ制限スルコトヲ得之ハ百十九條ヨリ当然生スルコトナルモ（四七九ノ二前）尚再審其モノニ付キテモ再審其モノノ形式其モノニ付テノ弁論裁判ト再審理由其モノノ弁論及裁判ヲ制限スルヲ妨ケス（一一九ヨリ当然生ス）

(四) 再審ノ訴ヲ却下スル判決又ハ本條ニ付キテノ判決ニ付キテハ其再審ノ訴ノ繋属セル審級ニ於ケル一般ノ規定ニ依リ上訴ヲ申立得又再審ノ結果為サレタル凡テノ判決ニ対シ更ニ再審理由ヲ出シタルトキハ更ニ再審ノ訴ヲ提起スルコトヲ得

前判決（再審ノ訴カ起サレタル判決）ニ対シ更ニ再審ノ訴ヲ起シ得ルヤハ場合ニ依リ異ル即チ再審ノ訴カ却下セラレタル場合ニ新ニヤ再審ノ訴カ此却下ノ判決ト抵觸セサル限リハ更ニ再審ノ訴ヲ起スヲ得

例ハ再審ノ訴ハ其訴状不適法ナル（四七五ノ一）理由ニ依リ却下セラレタル場合又ハ甲ト云フ再審理由ニ基キテ訴ヲ起シタル場合ニ其理由ヲ認ムルヲ得ストノ理由ニ依リ却下セラレタル場合ニ更ニ乙ト云フ理由ヲ以テ再審ノ訴ヲ起スハ妨ケナシ（理由カ異ルカ故ニ確定力ハ及ハス）勿論他ノ要件ヲ備フルコトヲ要スルハ言ヲ俟タス控訴等ニ付テモ同様ナリ

期間ノ如キハ経過後ハ不可ナリ。

又之再審ノ結果原判決カ廃棄セラレ全然新判決カ為サレタル場合ニハ最早再審ノ訴ヲ起スヲ得トハ想像シ得ヘカラス、例ハ甲ト云フ理由ニ因リ再審ノ訴ヲ起シタルニ原判決取消サレ其レト反対ノ判決アリタル場合ニ（再審原告勝訴）再審原告ハ更ニ他ノ再審理由ヲ発見セルモ又再審ノ訴ヲ起スノ余地ナキ明ナリ。

但再審ノ理由アリテ原判決カ取消サレタルト雖モ而モ新判決ハ一部ハ従来ノ訴訟ニ基キ為サレ而モ此部分ニ他ノ再審ノ理由伏在セル場合ニハ再審ノ訴ヲ起スコトヲ妨ケスト云フコトアリ、例ハ原告甲ヨリ被告乙ノ被相続人ニ対シテ為サレタル消費貸借ニ基キ甲カ乙ヲ訴ヘ原告提出金借証書ヲ被告カ認メタルモ別ニ弁済ノ事実ヲ主張シ此事実認メラレテ原告敗訴ニ帰シタル後右ノ弁済ヲ立証セル証人ノ証言偽証ニ基クトテ原告再審ヲ提起シ原告勝訴ニ帰シ原告ノ貸金一部残存セリトノ理由ニ依リ一部勝訴ニ帰シタル然ルニ此敗訴ニ付テノ部分ニ偽証アリタル場合ニハ此部分ニ付キテハ更ニ再審ノ訴ヲ起シ得ヘシ。又斯ル場合ニハ再審原告ノ相手方モ或場合ニハ再審ノ訴ヲ起シ得、前例ニ於テ再審原告カ再審ノ訴ヲ起シタル結果再審原告勝訴ノ判決ヲ得タリ然ルニ右ノ貸金証書ナルモノハ実ハ偽造ナリシコトヲ発見セルトキハ被告ハ此理由ニ依リ被告ヨリ再審ノ訴ヲ起スコトヲ得

㊅ 欠席手続

再審事件中期間及訴状ノ記載（四七五）原判決カ確定セルト云フカ如キ点ハ当事者カ欠席セルカ如キ場合ニ於テモ裁判所ハ職権ヲ以テ之ヲ調査スヘキナリ、此点ハ上訴ノ場合ト同様ナリ、是等ノ点カ適法ナル場合ニ再審原告カ欠席セルトキハ欠席判決ヲ以テ訴ヲ却下ス相手方欠席セル場合ニハ再審ノ原因（四六八乃至四七〇）是レ亦原告ニ於テ之ヲ立証セサルヘカラス、被告ニ於テ当然ニ是等ノ事実ヲ自白セルモノト認ムルヲ得ス蓋再審ノ事由ノ有無ハ是レ亦職権調査ノ事項ナレハナリ、従テ相手方欠席ノ場合ニ於テモ再審原告ハ其事実ヲ立証スルヲ要ス（是レ普通ノ

又節ト異ル）若シ再審ノ訴カ控訴上告審ニ提起サレタルトキハ是等ノ審級ニ於ケル又節手続ニ依ル即チ控訴審ニ於テハ四二九條ノ規定ニ依ル但シ同条中「原判決ノ憑據ト為リタルモノニ抵觸セサル控訴人ノ事実上ノ陳述ハ被控訴人自白シタルモノト看做ス」ト云フコトハ自ラ適用ナキコトト為ル即チ新ナル事実モ再審原告ハ之ヲ主張セサルヘカラス若シ一審再審ノ訴ヲ提起シタル場合ニ如何ニスヘキヤハ多少ノ問題ナリ、如斯ニシテ再審ノ適否ニ付キ裁判シタル上更ニ進テ本案ノ点ニ付キ新判決ヲ為スヲ得此本案ノ終局判決ニ付テハ各審級ニ於ケル規定ニ依ル、

第五編　證書訴訟

第一章　通常證書訴訟

證書訴訟ハ債務者ヲシテ敏速ニ執行名義ヲ得セシメントスルコトヲ本来ノ目的トス此点ニ於テハ督促手続ト同様ナリ（四八四）然ルニ督促手続ノ場合ハ債権者一方ノ陳述ノミニ依リ執行名義ヲ與ヘ（三八六ノ一）證書訴訟ノ場合ニハ口頭弁論ヲ開キ双方ノ主張ヲ聞キテ之ヲ與フル点ニ相違アリ然ルニ敏速ニ執行名義ヲ與ヘントスルニハ如何ナル方法ニ依ルヤハ種々アルナリ証拠方法ヲ制限シ適ニ證據調ヲ為シ得ヘキモノニ限リ之ヲ証拠方法ト為スコトヲ得トスルモ一方法ナリ、然ルトキハ其証拠方法ハ必スシモ書証ニハ限ラス人證（証人鑑定人）又ハ検証等モ又或場合ニハ迅速ニ其証拠調ヲ為スコトハ不能ニアラス然ルニ現行法ハ証拠方法ヲ書証ニ限リ而モ其書證ニ当事者ノ立證セントスル者ノ占有スル書証ニ限リ（四八七末項二二四）第三者又ハ相手方ノ手ニ存スル証書ノ取寄又ハ提出ヲ求ヘルカ如キ証拠方法ハ（二四二、三三五、三四六）之ヲ許ササルコトトシ以テ迅速ト云フ目的ヲ達セントスルナリ、併シ証書訴訟中ノ為替訴訟ハ一般ノ証書訴訟ニ比シテ更ニ多クノ特色ヲ有ス將来訴訟ヲ起ス場

合ニ於テモ証書訴訟ニ依ラサル約束ハ無効ナリ蓋民訴法ニ於テハ彼ノ私法ノ如ク契約自由ノ原則ヲ認メス　此コトハ訴訟手続ハ当事者ノ合意ニ因リテ如何様トモ定ムルヲ得ストスフコトヨリ出スル当然ノ結論ナリ故ニ民訴法上ノ契約ハ特ニ法律ニ於テ認メラレタル場合ニ限リ有効トス即管轄仲裁判断ノ合意期日ノ延期期間ノ伸縮和解（二二一、二八一）休止ノ合意統行ヲ受クル者ノ合意（五五九、一号）ノミカ法律上認メラルルモノナリ故ニ例ハ訴ヲ取下クヘシトノ合意請求ヲ抛棄スル旨ノ合意上訴ヲ抛棄スル旨ノ合意ハ何レモ無効ナリ、

第一、訴提起ノ要件

（一）訴訟物ニ付キテ証書訴訟ハ或積極的ノ給付ヲ求ムル訴ノミニ之ヲ用ユルコトヲ得但其現在ノ給付タルト将来ノ給付タルトハ問ハス故ニ確認ノ訴ハ証書訴訟トシテ起シ得ス彼ノ中間確認ノ訴（二一一）ト雖モ亦然リ蓋証書訴訟ニ於ケル判決カ原告勝訴ノ場合ハ実ハ確定的ノモノニアラス（留保判決ナルモノナレハナリ）故ニ将来或ハ返還スヘキヤモ知レサルモ兎ニ角一旦給付スヘシト云フ判決ハ尚ホ多少ノ意味アルモ将来如何ナル運命ニ遭遇スルモ計ラサルモ確認スト判決ヲ為スカ如キハ無意味ナリ（故ニ確認ノ判決ハ許ササルナリ）又其給付ハ金銭ノ支払（内外ヲ問ハス）又ハ他ノ代替物（殊ニ有価証券）ノ給付ヲ目的トスルモノニ限ル（四八四ノ一）蓋法律ニ斯ル債権ニシテ始メテ迅速ニ執行名義ヲ得ルノ必要アリト思タルモノナリ其請求権ハ如何ナル原因ヨリ生シタルヤハ之ヲ問ハス不法行為ニ因ルモ不当利得又ハ契約ニ因ルモ若ハ其他ノ場合タルトヲ問ハス、被告カ留置権ヲ主張シ又ハ同時履行ノ抗弁ヲ為シタルトキハ引替ニ云々スヘシトシテ判決スヘク訴ハ許サストノ判決ヲ為スヘキニアラス、

（二）証書ニ依リテ其請求ヲ立証シ得ヘキコト

請求ヲ起ス理由タル総テノ必要ナル事実ヲ証書ニ依リテ証スルコトヲ、得ヘキ場合ニ始メテ証書訴訟ノ提起ハ適法ナリ（四八四ノ一ハ二）

）

抑々前述セルカ如ク証書訴訟ニ於テハ証拠ニ甚シキ制限アリ原告ハ自ラ進テ斯ル訴ヲ起スモノナレハ此制限ニ服スルモ亦止ムヲ得ス唯被告ハ原告カ此種類ノ訴ヲ起シタルカ故ニ止ムナク同様ノ制限ヲ蒙リ為ニ有利ナル人証ヲモ之ヲ提出スルヲ得サル不利益ヲ受ク、斯ノ如キハ此訴ノ一原則タル当事者同等主義ニ牴触スルコト尠カラス因テ証書訴訟ハ先ツ原告ニ於テ自己ノ訴訟ヲ書面ニ於テノミ立証シ得ルトキニ限リ提起スルコトヲ得トスル必要アリ凡ソ何レノ場合ニ於テモ原告ノ主張事実ヲ立証スルニ至ラサレハ勝訴ノ判決ヲ得サルハ明ナリ、然ルニ証書訴訟ノ場合ハ夫レ以上ノ意味ヨリ即チ若シ原告カ其主張ヲ証書ニ依リテ立証シ得サルトキハ原告ノ訴ハ不適法トシテ却下セラルルナリ本案ニ於テ敗訴ノ判決ヲ受ケタルト同様ニアラス蓋シ其主旨ハ既ニ原告ニシテ其主張ヲ立証シ得サル以上ハ被告ハ何等立証ヲ為スノ煩累ヲ被ルコトナク初メヨリ訴ノ内容ニ付キテ判断スル迄モナク原告ヲ敗訴者タラシムト云フ意味ナリ、

(A) 如何ナル事実カ斯ル証拠ヲ要スルヤハ是レ原告カ立証スヘキ総テノ事実ヲ云フニアラス或部分ニ限ル（四八四ノ一、四八七ノ二参照）

(甲) 原告ノ主張スル請求ニ関スル事実即チ其権利ノ発生変更消滅ニ関スル事実ハ勿論現ニ原告カ権利ヲ有スト云フコト例ハ譲渡ト云フ事実

(イ) 所謂訴ノ事実、原告ノ主張スル権利ノ成立ニ必要ナル事実

(ロ) 其他ノ事実、例ハ権利消滅ニ関スル事実原告ノ事実ヲ行使スルヲ阻止スル事実、原告ノ権利ヲシテ初メヨリ成立スルニ至ラシメサル事実ニハ属スルモ一般ニハ原口将セサル事実（例ハ心神喪失者ニアラサルコト未成年者ニアラサルコト等）

(乙) 請求其他ノ一ハ関係ナク唯訴訟上ニノミ関係アル問題アリ管轄訴訟及当事者能力代理所謂権利保護ノ必要是ナリ斯ル事実ハ

第一職権調査ナリ彼ノ證據方ノ制限ハ是等ノ事実ニ適用ナシ

B) 本條ノ規定ハ（四八四）右ニ述ヘタル所謂訴ノ事実ノミニ適用アルナリ例ハ或権利関係ノ成立スルニ至リタル事実法定代理人ノ同意又ハ親族會ノ同意アリタルノ事実条件ノ成就シタル事履行期ノ到来シタル事等ノ如シ又務弁納ノ場合ニ原告カ其債務ノ履行ヲ提供シタリト云フカ如キハ被告ノ抗弁ニ対スル再抗弁ナルカ故ニ四百八十七条ノ事実ニ属シ本条ノ所謂事実ニ属セス尚ホ其ノ権利（訴ノ目的タル）原告ニ帰属スルニ至リタル事実（例ハ相続譲渡）モ亦本条ノ事実ニ属ス

C) 本条ニ要スル出訴ナルモノハ其事実ハ裁判所ニ顯著ナラサルコトヲ前提トス 蓋顯著ナルトキハ裁判所ハ直ニ何等ノ証拠ナクシテ認ムルヲ得ルカ故ナリ（二一八）尚ホ被告カ原告ノ請求ヲ認諾シタル場合モ亦全様ナリ蓋此場合モ亦原告主張スルカ如キ事実カ存スルヤ否ヤハ裁判所ニ於テ之ヲ審査スルヲ要セサルニ至レハナリ尚被告カ原告ノ主張事実ヲ裁判所ニ於テ自白セル場合亦然リ、但此場合ニハ異説紛ラスソハ原告カ其事実ヲ書面ニ依リテ立証スルト云フコトハ通常ノ場合以上ノ意味アルナリ即チ一面ニ於テ訴督訴訟ノ訴訟要件ナリ訴訟要件ハ原則トシテ職権調査ニシテ自白ニ拘束セラレスノミナラス訴書訴訟ニ於テハ特ニ其立証ヲ為スヘキヲ命セルカ故ナリト云フニアケ然レトモ此点ヲ質ケハ被告カ原告ノ請求ヲ認諾セル場合ト凡モ尚ホ且證據ニ依リ事実カ認メラレサル限リ原告ノ訴ヲ却下スルヲ要ス而モ此場合（認諾）ハ證拠ノ必要ナキコトハ一般ニ承認セラル但被告欠席ノ場合ニ於テモ尚ホ且證據ニ依リ事実カ認メラルル事ヲ要シ二百四十八条ノ適用ナシト云フ事ニ異説ナキハ四百八十九条ニ項ノ明文アルカ為ニ外ナラス従テ反対説ハ形式ニ欠スルモノトシテ賛成スルニ躊躇スルナリ尚ホ原告カ其請求ヲ抛棄シタル場合ニ於テモ證據ニ依リ其事実ヲ認メラルト否トヲ問ハス直ニ本案ニ於テ敗訴者タラシムルモノト

ヘ（二二九）
(D) 證書ヲ以テ立證シ得ラルル限リハ其證書ノ如何ヲ問ハス即チ公正ノ證書タルト私書證書タルト自署シタルト然ラサル證書（印刷物）タルト處分的證書（手形ノ如キ設権的）タルト證明的證明タルトヲ問ハス故ニ證人調書ノ如キモ亦書面トシテ證據ト為スヲ得ス留保判決アリタル事件カ控訴審ニ繋属セル場合ニ一面通常訴訟トシテ第一審ニモ繋属スルトキハ此手続ニ於ケル調書モ亦然リ、

第二、手続

證書訴訟ノ提起アレハ茲ニ権利拘束発生ス此権利拘束ハ通常訴訟ノ起リタル場合ノ権利拘束ト何等異ラス、権利拘束ニハ二種類ナシ留保判決カ確定スルコトニ依リテ證書訴訟ノ権利拘束ハ終了シテ唯通常訴訟ノ権利拘束カ生スルト云フコトモナシ一ノ権利拘束ハ例ハ通常訴訟ト云フ枝ヲ派生スルカ如シ全部カ結局一ノ権利拘束ニ外ナラス此コトハ證書訴訟ニ於テモ通常訴訟ニ於テモ同一ノ判決例ハ原告ノ請求其レ

自体認メラレストテフ原告敗訴ノ判決ヲ為スコトアリ被告欠席ノ場合ニハ通常訴訟ニ於ケルト同一ノ欠席判決ヲ為スコトアルヘキニヨリ知ルヘキナリ、

手続ハ一般ノ規定ニ依ル唯次ノ如キ変則アルノミナリ、

(一) 訴訟ニハ證書訴訟トシテ訴フ旨ノ陳述ヲ掲ケサルヘカラス（四八五）

此陳述ナキ場合ニハ通常訴訟トシテ扱ハルルモノナリ何等訴訟上ノ欠点ヲ生スルモノニアラス、彼テ此点ニ対シ異議ヲ述ヘサルカ為メ責問権ヲ失フトテフカ如キハ初メヨリ問題タラス、但此陳述ナシト雖モ被告カ同意スル以上ハ證書訴訟トシテ進行スルコトヲ妨ケスト解スルヲ可トス、

此点ヨリスルモ反訴ヲ證書訴訟ヲ以テ起シ得サルコト明ナリ何トナレハ反訴ナルモノハ口頭弁論ノ際ニ口頭ヲ以テ主張シタル場合ニ始メテ其提起アレハナリ（二一二）

(二) 訴状ニハ原告ノ主張スル訴ノ事実ノ證據タル書面ノ原本又ハ謄本ヲ添付セサルヘカラス（四八五）謄本ノ場合ニハ認証ヲ要セス要スルニ原告ハ勝訴ナリト主張スルヲ以テ足ル（一三七ノ一）但口頭弁論ノ際ハ勿論原本ヲ提出セサルヘカラサルハ言ヲ俟タス此添付ト云フコトハ訴提起ノ一要件ナリ 従テ此要件ヲ具備セサル場合ニハ証書訴訟トシテ不適法ナル訴トシテ之ヲ却下セサルヘカラス

(三) 應訴期間ハ通常訴訟ト異ルコトナシ（四九六）

(四) 口頭弁論

(イ) 妨訴抗弁

証書訴訟ト雖モ妨訴抗弁ヲ提出シ得ルコト勿論ナリ唯被告カ之ニ基キテ本案ノ弁論ヲ拒ムコトヲ得サルノミ（二〇七ノ一）但裁判所ハ適法ト思料セハ妨訴ノ点ノミニ制限スルコトハ自由ナリ（四八六）本條ノ主趣ハ要スルニ証書訴訟ハ敏活ヲ尚フモノナレハナリ。

(ロ) 反訴

反訴ハ証書訴訟中ニハ之ヲ提起スルヲ得ス（四八七）蓋シ敏速ヲ尚フコトヨリ出ヅルモノトス但シ五百十條ノ第二項ノ申立ハ之ヲ反訴ト解スルヲ正シトスルモ此反訴ハ特ニ之ヲ提出シ得ルハ同条ノ趣旨ヨリ明ナリ。

(ハ) 證據方法ノ制限

(甲) 原告ハ其主張スル訴ノ事実ニシテ被告ノ争フモノハ之ヲ証書ニ依リテ之ヲ立証セサルヘカラス（四八四）其被告ノ争フハ何等ノ理由ナク單ニ原告ノ訴ハ不当ナリト云フカ如キ場合ニ於テモ又然リ（四八九ノ二ノ后）尚ホ被告カ欠席セル場合モ同様ナリ（四八九ノ二ノ后）唯被告カ原告ノ請求ヲ認諾シ又ハ原告ノ主張事実ヲ自白シタル場合ニハ立証ヲ要セス（反対説アリ）

続抗被告ノ答弁ニ対スル抗弁モ亦証書ニ依リテ立証セサルヘカラス（四八七ノ二）而シテ証據材料タル証書其モノノ真否カ

爭ハレタル場合ニ此点ノ立証モ又審理ニ制限セラル（四八七ノ二）

是等ノ制限ハ訴訟物タル請求ニ関スル事実ノミニ此制限アルナリ。訴訟要件ニ付テノ事実ニ付キテ此制限ナシ蓋シ訴訟上ノ事実ハ職権調査ヲ原則トスルカ故ニ斯ル事実ヲ右ノ如ク制限スルハ不当ナルノミナラス所謂留保判決ハ本案ニ於テ被告敗訴ノ判決アリタル場合ニ之ヲ為スモノナリト云フコトハ第四百九十一条ノ一項第四百九十二条ノ二項ニ依リテ明ナリ、然ルニ留保判決ヲ為ス所以ハ被告ハ制限セラレタル防禦方法ノ下ニ敗訴セルト云フ理由ナリ此点ヨリ見テモ右ノ制限ハ実体上ノ問題ニノミ関スルモノタルヤ明ナリ。

(乙) 証拠方法ハ書証ニ限ルト云フコトニ更ニ制限アリ即チ書証ニ依ル証拠方法ノ中ニ証書ノ提出ニ依ル方法三百三十四条ノミカ許サルルナリ従テ自己ノ手ニ存スル証書提出ノ申出三百三十五条第三者ノ手ニ存スル書証ノ申出（三四二）官吏又ハ公吏ノ手ニ存スル書証ノ申出（三三六）等ハ之ヲ許サレス、唯証書カ其裁判所ニ存スル場合ハ、之ヲ引用シ得ルコトハ勿論ナリ、然ルトキハ裁判所ハ直ニ其ノ記録ヲ携ヘ来リテ見ルコトヲ得ヘシ。

(三) 以上ノ制限アル結果

(甲) 被告ニ対シテハ若シ其主張事実ヲ何等ノ証拠ヲ申出テス又ハ申立テタル証拠ニ依リテ是認スルヲ得サル場合ニハ其主張ハ顧ミサルモノトス（四九〇）同条ニ却下スヘシト云フハ此意味ニ外ナラス判決ノ理由中ニ説明スルヲ以テ足ル（二一〇）

(乙) 原告ニ対シテハ其主張事実ニ付キテ何等ノ証拠ナク又ハ提出シタル証拠ニ依リテ其ノ立証ノ出来サルトキハ証書訴訟ヲ不適法トシテ却下スルモノナリ（四八九ノ二）

(五) 引直シ

原告ハ第一審ノ口頭弁論迄ハ其一方的意思表示ヲ以テ引直スコト

ヲ得（四八八）
即チ証書訴訟トシテ進行スルコトヲ止メ通常訴訟トシテ進行セシメントスル意思表示ヲ為フ（一方的）控訴審ニ於テハ被告ノ同意アレハ引直シ得蓋然ラサレハ被告ハ通常訴訟トシテノ第一審ノ審理ヲ受ケサル結果トナレハナリ

但反対説アリ即チ原告一ケノ意思ヲ以テ既ニ為サレタル証書訴訟ノ判決ヲ無ニ帰セシムルヲ得サルノミナラス仮令被告ノ同意アルモ之ヲ許サストスハ上訴審ニ於テ反訴ナ起シ訴ヲ変更スルコトハ絶対ニ之ヲ許ササルコトニ依ルモ明ナリ（四一三）

(イ) 此引直シノ意思表示ハ口頭弁論ニ於テ之ヲ為ササルヘカラス
此意思表示ハ要スルニ証書訴訟ニ於ケル制限ハ抛棄スルト云フ意思表示ニ外ナラス而モ実ハ原告カ被告ノ為ニ抛棄スルナリ
又此意思表示ニハ一方的意思表示セ治ノ如キ形成的効果ヲ生スル故ニ此意思表示ヲ為シタルトキハ取消スヲ得ス又条件ニ繋ラシムルコトヲ得ス

(ロ) 此意思表示ノ効果ハ其後ノ訴訟訴訟ニ於ル特別ナル取扱ハ撤去セラレ通常訴訟トシテ取扱ハルルコトニアリ（或ハ一種ノ例外的ノ権利保護ノ請求カ通常ノ権利保護ノ請求ニ変スルモノナリトノ説アルモ権利保護ノ方法ニ二種アルコトハ認ムルヲ得ス）（証書ノ手続カ変スルニ外ナラス）
被告カ此際欠席セル場合ニ若シ原下ノ意思表示ヲ為スコトヲ予メ準備書面ヲ以テ通知セル場合ニハ直ニ通常手続ニ於テ欠席判決ヲ求ムルヲ得ヘシ（二五二ノ二）尚ホ引直シ後ハ外国人タル被告ハ保証ヲ立ツル義務ヲ生ス（八八ノ三号）

第二、終局判決
証書訴訟ニ於テ為サルル終局判決ハ或ハ訴却下ノ判決ナルコトアリ或ハ本案ノ判決ナルコトアリ（通常訴訟ト変リナシ）

(一) 訴ノ却下ノ判決ハ一般ニ本案ノ判決ヲ為ス要件カ欠缺スル場合

ニ之ヲ為スハ勿論ナリ（通常訴訟ト異リナシ）

(三) 此一般ノ要件カ欠缺セル場合ニ於テハ

甲、或ハ訴ハ理由ナシトシテ棄却セラルルコトアリ即チ

(イ) 原告カ欠席シ而シテ被告カ欠席判決ノ申立ヲ為シタル場合（二四七）

(ロ) 原告カ請求ノ抛棄ヲ為シ被告カ抛棄判決ヲ申立タル場合（二二九）

(ハ) 原告ノ主張スル請求其モノカ理由ナシト見ヘル場合又ハ被告ノ抗弁ニ因リ（四八九ノ一）即チ原告ノ主張スル事実自体ニ因ルニ到底其主張スル如キ請求ヲ認ムルヲ得サル場合（若シ然ルトキハ仮令被告欠席シ原告カ欠席判決ノ申立ヲ為ス場合ニ於テモ又此判決ヲ為スヘキナリ（二四八、末段ニ同シ）又ハ原告ノ主張スル事実自体ニ依レハ其主張スルカ如キ請求ハ認ムルヲ得ルモ被告ノ提出セル抗弁カ正ハレサルカ為メ若ハ正ハレタルモ立証セラレタル為ニ原告ノ請求カ理由ナキニ至ル場合ヲ云フナリ手形ヲ振出シタル（被告）甲（受取人）丙ハ単ニ占有ヲ得タリト主張スルカ如シ（若シ原告カ之ニ対シ再抗弁ヲ提出セシカ此抗弁カ立証セラレサル場合ニハ判決ヲ為スヘキニアラス次ノ乙ニ述フル所ニ依ル）

以上甲ノ場合ニハ通常訴訟ニ於ケル原告敗訴ノ判決ト何等異ラス蓋其敗訴タルヤ何等証書訴訟ノ特質ニ無関係ナレハナリ故ニ被告カ原告ノ請求ヲ認諾セル場合ノ如キモ是レ亦通常訴訟ニ於ケル敗訴ノ場合ト異ナラス（二二九）

故ニ此種類ノ判決アリタル場合ニハ其判決ハ通常訴訟ニ於ケル原告敗訴（認諾原告勝訴）ト決定力ニ於テ何等異ル所ナシ即チ再ヒ通常訴訟若ハ証書訴訟ニ於テ同一ノ請求カ主張セラレタル場合ニハ、常ニ原告ヲ敗訴者タラシメサルヘカラス

一以上ハ通常訴訟ト異ラス何トナレハ訴訟方法ヲ制限セラレ居ラサルカ故ナリ、

乙、

以上甲ノ場合ニ該当セサル限リハ裁判所ハ常ニ其請求カ証書訴訟トシテ適法ナリヤ否ヤ（四八四ノ二）又ハ原告カ其立証スヘキ訴ノ事実ヲ証書ニヨリ立証シタリヤ否ヤハ職権ヲ以テ審査セサルヘカラス、

(イ) 此要件ノ何レカカ欠缺セルトキハ証書訴訟ニ於テ許スヘカラストシテ之ヲ却下セサルヘカラス（四八九ノ二）此判決ハ訴訟判決ナリ即チ訴ヲ不適法トシテ却下スル判決ナリ蓋シ是等ノ要件ハ証書訴訟トシテ訴ノ提起要件ナリ故ニ証書訴訟トシテ不適法ナリト云フ意味ニ於テ訴ヲ却下スルナリ、此判決カ確定スルモ通常訴訟トシテ訴ヲ提起スルハ何等支障ナキナリ故ニ又同一ノ欠缺ヲ備ヘタル（同一証書ヲ以テ立証セントスル場合証書訴訟ヲ起シタル場合ニハ後ノ裁判所ハ前ノ確定判決ニ羈束セラルル結果証書訴訟ニ於テハ許スヘカラストシテ訴ヲ却下セサルヘカラス（新証拠ヲ提出スレハ可ナリト信スルナリ）

第四百八十五条ニ依リ証書ノ謄本又ハ原本ヲ添付セサル場合ニハ是レ亦証書訴訟ニ於テハ其訴ヲ許スヘカラストシテ之ヲ却下セサルヘカラス、

従テ異議ノ判決ハ、被告カ期日ニ出頭セサル場合ニ於テモ又況レ自体理由ナキ異議又ハ立証スルヲ得サリシ異議ヲ被告ハ為シタル場合ト雖モ、之ヲ為サザルヘカラス（四八九ノ二）

(ロ) 原告勝訴ノ判決ハ先ツ本案ノ判決ヲ為スヘキ一般ノ訴訟要件ヲ具備スルノミナラス（(一)ノ場合）尚(イ)ニ於テ述ヘタル要件ヲ具備セサルヘカラス、

(二) 被告欠席セル場合ニ原告ノ主張シタル事実自体理由アル

民訴 外ノ二十六

場合ニハ通常訴訟ニ於ケル欠席判決ト同一ノ判決ヲ為ス（二四八ノ前）此場合ニ第二百四十八条ノ自白ハ訴旨ノ成立ノ点ノミニ付キ適用セラル即チ被告ハ訴旨ノ成立ヲ認メタルモノトシテ原告ノ主張事実カ認メラルルヤ否ヤヲ審査スルナリ。

（三）被告カ原告ノ請求ヲ争ヒタルモ其異議カ認メラレサル場合ニハ対席判決ヲ以テ原告勝訴ノ判決ヲ為ス、但被告ニハ所謂权利ノ行使ヲ留保セサルヘカラス（四九一）（被告ノ異議ナルモノハ其理由ヲ主張セサル場合モ亦然リ唯単ニ原告ノ主張ヲ認メストノ一言ニテ足ル）

此留保ヲ為スニハ被告ノ申立ヲ要セス若シ留保ヲ遺脱セル場合ニハ追加判決ノ申立ヲ為シ得（二四二、四九一ノ二）但此点ニ対シテ上訴ヲ為スモ妨ケナシ何トナレハ留保ヲ遺脱セル判決ハ唯不完全ナルト云フノミナラス内容其モノモ不当ナレハナリ。

尚本留保判決ニハ訴訟費用ノ点モ判決スルナリ。但此裁判ハ條件的ナリ後ノ手続ニ於テ終局的ニ決セラル。

留保判決ハ之ニ対シテ独立上訴ヲ為シ得（四九一ノ二）従テ形式的確定ノ状態ニ達シ得ルモノナリト雖モ実体的確定力ハ同時ニ生スルコトナシ蓋此判決ハ後ノ判決ニ依リテ或ハ廃棄セラルヤモ知レス（四九一ノ二）而シテ斯ル未公ノ判決ニ対シテハ絶対的確定力ハ之ヲ付与スルヲ得サレハナリ。

此判決ハ本執行名義ト為ルコトヲ得（四九一ノ二）即チ此判決カ仮執行アリ（五〇一ノ二）又ハ確定セル場合ニハ之ニ基キテ強制執行ヲ為シ得ルハ勿論確定セル場合ト雖モ右ニ述ヘタル如ク未必ナリ然レトモ執行ノ点ニ付テハ確定ト同様ニ取扱ハル（五一二条ノ如キハ適用ナキコトトナル

第四　後ノ手続

留保判決ヲ為シタルトキハ假令之レカ確定セルトキト雖モ之ニ依リテ手続ハ終了セサルモノトス是ハ控訴審ニ於ケルト同様ナリ而シテ此ノ前ノ手続ト後ノ手続ハ実質上一ノ訴訟関係ニ過キス恰モ一ノ幹ヨリ枝ヲ発生シタルモノノ如シ而シテ此後ノ手続ハ通常訴訟手続ニ依リテ進行ス

(一)　第一審ニ於テ留保判決アリタル場合ハ勿論控訴審又ハ上告審ニ於テ留保判決アリタル場合ト雖モ常ニ後ノ手続ハ第一審ニ繋属ス（上訴審ニ於テ留保判決ヲ為シタル場合ニハ其審級ニ繋属ストノ説アリ斯クテハ被告ハ第一審ノ手続ヲ欠クルコトト為ル第四百二十二条第五号ノ解釈ヨリ云フモ斯ノ如ク解釈セサルヘカラストノ理由ヲ見出ス能ハス）

以前ニハ留保判決カ確定セルトキニアラサレハ通常訴訟手続ヲ始メサストノ説アリシモ斯ノ如キ解釈ノ根拠ナシ加之第二百三十五条第二項ニ依ルモ確定ヲ俟タサルコト明ナリ（送達ナケレハ確定セサレハナリ）又当事者ノ申立ヲモ必要トセス（二七〇ノ二、但二二八ノ二後）故ニ裁判所ハ職権ヲ以テ期日ヲ指定シ通常訴訟ヲ続行ス（反対説）但当事者ハ休止ノ合意ヲ為シ得ルコト勿論ナリ又裁判所カ職権ヲ以テ期日ヲ指定スルコトナク又当事者ヨリモ期日指定ノ申請ヲ為サヽルトキハ事実上手続ハ進行セサルニ過キス

留保判決確定スル迄裁判所ハ通常訴訟手続ヲ中止スル旨ノ決定ヲ為シ得ルヤ否ヤ第百二十一条ニ依レハ他ノ繋属スル訴訟ニ於テ前提タル問題カ判決セラルル場合ニハ中止スルヲ得後ノ手続ニ対シ訴前手続ハ別ノ手続ニアラサルカ故ニ適用ナシトノ説アルモ別ノ訴訟ニ於テモ中止スルヲ得ル以上ハ同一訴訟ニ於テ中止スルヲ得サル理由ナシトノ解釈モ抽出シ得ヘシ後者ヲ正当

人又或ハ裁判所ハ当該判決ノ確定スルマテ延期ヲ為シ得ルトノ説アリ口頭弁論ハ前各訴訟ノ手続ニ於ケル弁論ノ続行ニ過キス故ニ前各訴訟手続ニ於ケル定マリタル結果ハ当然ニ後ノ手続ニ効力ヲ有ス是ハ控訴審ニ於ケル当該判決ト異ル点ナリ（四二六四二七）又裁判所ハ果シテ原告主張ノ如キ権利アルヤ否ヤハ自由ニ審査スルコトヲ得ルナリ。

(甲) 当事者ノ為シタル訴訟行為ニ付キテ訴ノ変更ニ対スル同意管轄ノ合意其他訴訟法上ノ法律行為的行為ハ凡テ其効力ヲ保有ス此等ノ定マリタル結果カ変更シ得ル條件ノ具備セル場合ニハ勿論通常訴訟ノ手続ニ於テモ為シ得ル八勿論ナリ例ハ自白ノ取消原状回復ノ訴ト為ルヘキ事由アリタル場合ニ之ニ基キ訴訟行為ヲ取消スコト第四百六十九條第二号ノ如シ（例ハ詐迫ニ因リ裁判上ノ自白ヲ為シタルカ如シ）

又懈怠ノ結果或行為ヲ為スヲ得サルニ至リシ場合（例ハ二〇、二〇六ノ三）ハ是レ亦通常訴訟ニ於テモ最早之ヲ為スコトヲ得ス

是等制限ニ抵触セサル限リハ新ニ事実ヲ主張シ又相手方ヨリ主張セラレタル事実又ハ証書又ハ従来為サヽリシ答弁ヲ為シ進テ新ナル証拠方法ヲ提出スルカ如キハ自由ナリ尚ホ証書訴訟ニ於ケル口頭弁論ノ終結後ニ於テ生シタル事由ハ何時ノ制限ナク提出シ得ヘシ

(乙) 前各訴訟ニ於ケル当該判決ニ包含セラルル判断即チ訴ノ提起カ適当ナルコト及本案ノ裁判ヲ為スヘキ要件アリト云フ事及原告ノ主張自体ハ理由アルト云フコト（四八九ノ一前）故ニ後ノ手続ニ於テハ新ナル訴訟材料ニ依リ判断ヲ為シ得ル点ニ於テ自由ナリト云フナリ是ハ当該判決ヲ為シタル裁判所トシテハ第二百四十條ヨリ生スル結果ナリ又他ノ手続ノ判決ニ対スル上訴ヲノミ取扱フ上級審ニ於テモ同様ノ拘束ヲ受クル

ト云フコトハ留保判決ニ対シテハ独立上訴ヲ許セルト云フコトヨリ生スル結果ナリ。

(二) 後ノ手續ニ於ケル結局判決ハ留保判決ハ或ハ全部一部ヲ維持スルコトアルヘク（然ルトキハ留保ハ消滅ス）或ハ留保判決ヲ廃棄シ原告ノ訴ハ理由ナシトシ且訴訟費用ヲ原告ノ負擔トスルト云フ判決ヲ為スコトヲ得ヘシ原告敗訴判決アリタル場合ニハ原告ハ或ハ留保判決ノ執行ニ因リテ取得シタルモノ若ハ被告ヲシテ支払ヲ余儀ナクセシメタルモノヲ被告ニ返還セサルヘカラス（四九二ノ二末段）此請求ハ不当利得ノ返還ナルヤ若ハ損害賠償ノ請求ナルヤ疑アリ條文ノ解釈トシテハ不当利得返還ノ請求ハ当然ナシ得ハ更ニ原告ニ故意又ハ過失アリシコトノ立証ヲ為ス限リハ損害賠償ノ請求ヲ為シ得ト解ス而モ其何レタルトヲ問ハス特別ノ訴ヲ起スコトナク通常訴訟手續中ニ於テ被告ヨリ為シタル申立ニヨリ為スヘキモノナリ（四九二ノ二）従テ此申立ハ反訴ナリ。又此申立ハ控訴審ニ於テモ為シ得ヘシ尚ホ此申立ハ留保判決ハ確定セルト否トヲ問ハス之ヲ為スヲ得ヘシ故ナ留保判決未確定ノ場合ニ其仮執行宣言ニ基キテ執行ヲ為シタル場合ニハ第五百十条ノ二ト競合ス。

通常訴訟ニ於ケル欠席手續ハ如何通常訴訟ニ於ケル被告ハ留保判決ノ廃棄ヲ求ムルモノナリ、故ニ此点ニ於テハ攻撃者ナリ然モ被告ハ上訴セル場合ニ上訴ニ付キ攻撃者ナルト同断故ニ被告ハ欠席セル場合ニハ留保判決ヲ維持スル旨ノ判決ヲ為ス（二四七、四二八）原告カ欠席セル場合ニハ被告ノ新ニ主張セル事実ハ原告ニ於テ之ヲ自白セルモノト看做シ此事実ニ因リテ被告ノ異議カ理由アリト認メラレタル場合ニハ留保判決ヲ廃棄シ原告ヲ本案ニ於テ敗訴者タラシムル判決ヲ為ス（二四八準用四二九）

(三) 後ノ手續ト上訴ノ手續トノ関係（留保判決ニ対スル上訴）

此二ノ手続ハ同時ニ進行スルコトアルヘシ従テ判決モ又各別ニ為サルルナリ其結果留保判決ニ対スル判決ハ上告審ニ繋属シ通常訴訟ニ対スル判決ニ対スル上訴ハ控訴審ニ繋属スルコトアルヘシ従テ此二訴訟ノ関係ハ複雑ナルモノト為ル之ヲ除ケントセハ留保判決確定後始メテ通常訴訟手続カ進行スルトスルニ若カス然レトモ法文上斯ル解釈ヲ為ス余地ナキノミナラス第二百五十五条第四百九十二条等尚ホ被告ヲシテ可及的速ニ其他ノ防禦方法ヲ提出セシムル機会ヲ与フル必要ヨリスルモ確定ヲ俟タストセサルヘカラス立法論トシテハ第二百二十七条第二百二十八条ノ如ク申立ヲ要スルモノトスルヲ可ナリトスヘシ

斯ノ如ク右別ニ事件カ進行スル場合ニ他ノ手続ノミカ上訴審ニ繋属スルモ此裁判所ハ留保判決ニ拘束セラル蓋留保判決ニ対シ独立上訴ヲ認メタル結果ナリ但留保判決ニ対スル上訴モ同時ニ繋属スル場合ハ上訴判決ヲ如何様ニモ変更シ得ルハ勿論ナリ

（甲）上訴審カ先ツ裁判ヲ為シ留保判決ニ対スル上訴ヲ棄却セル場合ニハ後ノ手続ノ進行ニハ何等ノ影響ナシ

反之上訴審ニ於テ原告ノ請求ヲ棄却セル場合ニハ此判決ノ確定ニ依リ当然後ノ手続モ終了ス蓋後ノ手続ハ原告ノ勝訴ヲ前提トスレハナリ、

而シテ上訴審ニ於テ原告ノ請求ヲ棄却セル場合ニハ訴訟費用ニ付キテモ原告負擔スル判決アリシモノナリ此費用負擔ノ判決ハ後ノ手続ノ費用モ又原告負擔ヲ意味ス後ノ手続ニ於ケル費用ヲ別ニ裁判スル要ナシ（反対説アリ）

上訴審ニ於テ原告請求ヲ棄却セル判決ハ当然ニ無効ナリ蓋後ノ手続及其判決カ留保判決ノ存在ヲ前提トスルカ故ナリヘ判決ニ当然無効ナルモノナシト云フコトト牴觸セス此場合ニハ後ノ手続ハ留保判決ヲ存在スル条件附判決ナルカ故ナリ其條件ノ成就ニ因リ運命定マルカ故ナリ後ノ手続カ先ニ確定セ

ル場合ニモ同シ）
此事ハ後ノ手続カ又原判決ナリシ場合ニモ同様ナリ
（乙）後ノ手続ニ於ケル判決カ為サレ而シテ此判決カ
（イ）原告ノ請求ヲ棄却セル場合
或ハ曰ク留保判決ハ之ヲ維持スル余地ナシ何トナレハ此留保判決ハ後ノ手続ノ判決ニ於テ既ニ廃棄セラレタルモノナレハナリ故ニ此判決ヲ引用スレハ留保判決ヲ維持スル判決ヲ拒ムコトヲ得ルハ言ヲ俟タス問題タルハ上訴審留保判決ノ）ハ更ニ原告ノ請求ヲ棄却スヘキ旨ノ判決ヲ為スヘキヤ上訴ノ手続ハ当然ニ終了スルヤト云フニ後ノ解釈ヲ正当トス若シ後ノ手続ニ於テ原告敗訴アリタル後ニ留保判決ヲ維持スル判決ヲ為スモ何等効力ナシ何トナレハ留保判決ナルモノハ條件付ノ判決ナリ即チ後ノ手続ノ判決ニ依リテ運命カ終局的ニ定マルモノナレハナリ此説ニ対シテハ勘カラ

民訴 外ノ二十九

ス疑問アリ即後ノ手続ノ判決ニ於テハ留保判決ニ拘束セラルル点ヨリ原告請求自体理由アリト云フコト又証書訴訟ノ際提出セル証拠ニ依リテハ原告ノ主張事実カ認メラルルト云フコト又被告ノ抗弁カ或ハ夫レ自体理由ナシ若ハ被告ノ提出セル証拠ニ依リテハ之ヲ認ムルヲ得スト云フカ如キハ何レモ留保判決ニ認メタルコトニ拘束セラルルモ而モ此等ノ点ハ恰モ留保判決ニ対スル上訴ニ依リテ終局ニ定メラレントスルナリ故ニ後ノ手続ニ於テハ証拠ノ上ニ何等ノ制限ナシト雖モ而モ通常ノ訴ノ如ク全然自由ナル判断ノ下ニ裁判セラレタルモノニアラス故ニ要スルニ後ノ判決ハ留保判決ニテ認メラレタル範囲内ニ於テ新ラシキ材料ヲ加ヘテ裁判スルモノナリ今若此裁判ニ於テ原告敗訴シタルカ為メ留保判決ニ対スル上訴ハ当然終了セルモノトセンカ或場合ニハ原告ハ不利益ナル結果ヲ生ス即チ後ニ留保判決ニ対スル

上訴ヲ進行セシニハ上訴總ハ原告提出ノ書証ニ依リテハ原告ノ主張事実ハ之ヲ認ムルヲ得ストノ判決ヲ為セシモノトセシカ此判決ハ第四百八十九条ノ二ノ判決ナルカ故ニ其強定力ハ通常ノ判決ニ於テ原告敗訴セル判決ニ比シ微弱ナリ而モ留保判決ニ対スル上訴ク当然終了スルモノトセハ斯ル判決ハ此テスシテ通常ノ敗訴ノ判決ヲ受クルニ至ル而モ之ハ単ニ後ノ手續ノ判決ハ留保判決ニ対スル判決ヨリ早カリシト云フニ過キスト云フハ原告メ為ニ甚タ不利益ナリ故ニ後ノ手續ニ於テ原告敗訴ノ判決確定セル場合ト雖モ留保判決ニ対スル上訴ハ依然繋属シ原告ノ為ニ第四百八十九条第二項ノ判決アリタル場合ニハ此判決ノミカ存続シ後ノ手続ニ於ケル判決ハ当然ニ効力ヲ失スヘク若シ又第四百八十九条第一項ノ判決アリタル場合モ亦同様ナリ唯留保判決カ維持セラレタル場合ニ後ノ判決ノミカ残存スト解スヘキモノト信ス

(三) 留保判決カ後ノ手續ニ維持セラレテ確定セル場合ニハ畢竟留保判決ハ其儘残存セルコトヲ前提トス故ニ留保判決ニ対スル上訴ノ結果判決ヲ廃棄セラレタルトキハ後ノ手續ニ於ケル判決ハ当然効力ヲ失フ

第二章 為替訴訟

第一 為替訴訟トハ手形ヨリ生スル請求ニ付テノ証書訴訟也（四九四）故ニ為替訴訟トハ証書訴訟中ノ一種類ナリ而シテ為替訴訟トシテ訴訟ヲ起スニハ特ニ為替訴訟トシテ訴フル旨ヲ表示スル事ヲ要ス（四九六ノ一）此表示ナクシテ証書訴訟トシテ訴ヘントセル場合ニハ通常ノ証書訴訟トシテ取扱ハル何等ノ表示ナキトキハ通常訴訟トシテ取扱ハル而シテ為替訴訟トシテノ特徴ハ訴ニ応訴期間ノ短キコト（四九六ノ三）ナリ

第二、為替訴訟ノ訴訟物ハ手形ヨリ生スル請求ナリ其種類ヲ問ハス而シテ其ノ手形ノ有効無効ハ問ハス是レ証書訴訟ニ於テ判断セントスル所ナリ

外国手形ハ其振出地ノ法律若ハ我商法ニ依リテ手形タル以上ハ為替訴訟ト為スヲ得

手形ヨリ生スル請求ト云フハ所謂手形行為ヨリ生スル請求即チ手形金支払又ハ償還担保ノ請求ヲ云フハ勿論複本返還原本返還ノ請求ヲモ含ム蓋斯ル後ノ二ノ請求ハ金銭又ハ代替物ノ請求ニモ非ス（四八四）要スルニ手形法上認メラレタル請求ナリ而シテ第四百九十四条ニハ広ク手形ニ依ル請求トアルト同時ニ其ノ証書訴訟入スルヲ許セルハ第四百八十四条ニ規定セル請求ニ限ルト云フコトヲ意味セサレハナリ（反対説アリ）

次ニ時効ニヨリ手形債権消滅セル場合又ハ手続ノ欠缺セル場合ノ請求権（商四四四）又ハ引受人ヨリ振出人ニ請求スル場合ノ資本金手形占有者ニ対シテ主張スル所有権ノ請求権ハ含マス

請求権ハ当初ノ義務者ニ対シテ主張セラルルト其承継人（一般承継人、特定承継人）タルヲ問ハス然レトモ手形債務ニ対スル民法上ノ保証債務ニハ為替訴訟ヲ為スコトヲ得ス、

第三、管轄

為替訴訟ニ於テハ一般ノ裁判所以外ニ尚ホ支払場所ノ裁判籍ア、選ムコトヲ得若シ数人ノ手形義務者ヲ共同被告トシテ訴フルニハ其中ノ一人カ普通裁判籍ヲ有スル裁判所ニ全員ニ対スル訴ヲ起スヲ得（四九五ノ一、二）

第四、為替訴訟ノ特質、

我民事訴訟法ニ於テハ応訴期間カ甚タ短縮セラレタル以外ニ普通ノ証書訴訟ト異ナラス（四九六ノ三）（百六十七条ニ里程猶予アルカ故ニ独民訴法ノ如ク各場合ニ付キ期間ヲ定ムルノ要ナシ）

被告ハ為替訴訟ヲ起サスシテ通常訴訟ニ於テ手続ヲ進行セシメ得ルコトハ言ヲ俟タス問題タルハ為替訴訟ヨリ証書訴訟ニ移リ得ルヤナリ為替訴訟ハ畢竟証書訴訟ノ一種ナリ従テ為替訴訟トシテハ不適法ナルモ手形カ手形タル要ヲ具備セサルカ為ニ手形上ノ請求トシテ成立セサルト共ニ一紙ノ証書訴訟トシテハ適法ナルカ如キ場合ニ於テハ原告ハ其儘証書訴訟トシテ進行セシメ得之ニ付テハ別ニ引直シテ訴ノ変更ヲ為スノ要ナシト解スルヲ可トス(反対説アリ)

第三章 督促手続

督促手続ノ目的ハ金銭又ハ其他ノ代替物又ハ有価証券ノ一定量ヲ給付スヘシトノ裁判ヲ受クルニアリ其通常訴訟ト異ルハ條件付ノ支払命令ヲ発セラレンコトノ申請ヲ為スニアリ斯ル申請アレハ督促裁判所即チ区裁判所ハ其申請ノ方式ノ適否及主張自体理由アリヤ否ヤ(三八五)ノミヲ判断シテ命令ヲ発ス(三八六)此命令ヲ送達セラレタルトキニ訴ノ提起ト同様ノ効力ヲ生ス(三八七ノ一)斯クシテ法定期間内ニ債務者カ異議ヲ申立テタルトキハ其後ハ通常訴訟手続トシテ続行セラルルナリ(三八九乃至三七一)区裁判所ノ管轄ナルトキハ当然繋属ニ地方裁判所ナルトキハ訴ヲ起スヘシ此訴トハ期日申請ト解セサルヘカラス既ニ訴訟拘束発生セルカ故ナリ然レトモ単ニ期間ノ指定申請ノミナレハ裁判所如何ナル訴ナルヤヲ知ラス故ニ訴ノ方式ヲ採ル

若シ法定期間内ニ異議カ起サレサルトキハ支払命令ニ対シ仮執行ヲ之ニ附ス此仮執行附ノ支払命令即チ所謂執行命令ハ仮執行附ノ欠席判決ト同一ニ取扱ハル(三九四ノ一)従テ法定ノ期間内ニ故障ヲ申立テサルトキハ確定ス、

第一節　支払命令ノ要件及其附帯

第一、督促手続ノ意義

(一) 督促手続ハ以上述ヘタルカ如キ手続ヲ云フ
是レ亦一ノ訴訟事件ナリ即チ裁判ニ依ル私権ノ保護ヲ求ヘントスル手続ナリ但普通ノ訴ノ如ク判決ニ依リテ其権利ノ存否ヲ明確ニシ更ニ進テ執行ニ対シテ給付ヲ命スルトスフカ如キ手続ニアラスシテ決定(支払命令ノ場合)又ハ判決(即チ異議又ハ故障アリタル場合)ニ依リテ権利ノ存否ヲ明確ニシテ更ニ進テ給付ヲ命スルモノナリ故ニ判決ト云フ権利保護ノ請求以外特種ナル権利保護ノ請求ヲ別ニ付与スルニアラス此ニ至ル手続カ簡単迅速ナリト云フニ止マル

(二) 民訴一般ノ規定ハ督促手続ニ当然適用セラル其他ハ訴ニ関スル手続ヲ準用スルニアリ、

民訴外八三十一

第二、督促手続ノ原則

(一) 普通ノ方法ニ於テ給付ノ判決ヲ求ムル場合ニハ訴状ヲ裁判所ニ差出スコトニ始マル然ルニ裁判所ハ其ノ訴ノ提起カ適法ナリヤ否ヤ或ハ本案ノ裁判ヲ為ス要件アリヤ否ヤ本案ノ理由アリヤト云フカ如キハ職テ之ヲ審査スルコト等ヲ為シテ期日ヲ指定シ而シテ以上ノ如キ点ハ総テ口頭弁論ヲ開キタル後之ヲ決スヘク是等ノ点ニ付テ如何ナル為ヘアルモ之カ為メ期日ノ指定ヲ為サストスルヲ得ス(一九二八例外)尚ホ又判決拘束ハ右訴状ヲ差出シタルトキニ始マルニアラスシテ訴状ヲ被告ニ送達セルトキニ始マル而シテ之ト同時ニ訴ノ提起アリタルコトト為レ。

督促手続ハ所謂職権ヲ以テ裁判所ニ対シ申請ヲ為スニ始マル此申請ハ口頭弁論ヲ求ムルコトヲ含マス又裁判所モ口頭弁論ヲ命シ得ヘキニアラス(二八六ノ一)而シテ主張セラレタル

義務ヲ履行スヘシトノ條件附命令ハ直ニ之ヲ発ス（二八六ノ一）此命令ヲ支払命令ト云フ

而シテ此命令ヲ発スル前ニハ先ツ之ヲ発スヘキ要件アリヤヲ審査スルヲ要ス而シテ之ヲ審査スルニ当リテハ債務者ヲシテ意見ヲ陳述スルノ機会ヲ与ヘルコトナシ（二八六ノ一）其審査スヘキ事項ハ先ツ一般ノ訴訟要件即チ訴訟能力代理権通常民事裁判所ノ事件ナリヤ否ヤト云フカ如キ外ニ督促手続ニ特別ナル要件即チ管轄（二八三）支払命令申請ノ形式（二八四ノ二）其請求ハ督促手続ヲ為スニ適スルヤ否ヤ（二八二）ト云フコト及請求（主張自体）理由アルヤ否ヤ（二八五ノ一）ヲ審査スルコトナク是等ハ何レモ職権調査事項ナリ

支払命令ノ申請ヲ却下セルトキハ実質ニ於テハ訴訟又ハ本案判決ニ依リテ訴ヲ却下セラレタル場合ト同様ナリ然レトモ此却下裁判ハ判決ニモアラス又ハ之ト同視セラルルモノニモアラス故ニ実

体的確定力ナシ

(二) 支払命令カ発セラレタル場合モ債務者之ニ対シ相当ナル期間内ニ（二八六ノ二）異議ヲ申立テタルトキハ督促手続ハ変シテ通常訴訟トナリ普通ノ判決ヲ以テ終結ス

(三) 相当ナル期間内ニ異議ナキ場合ニ更ニ進テ執行命令カ発セラレタル場合ニ至レハ督促手続ハ茲ニ終了ス此執行命令ハ仮執行附欠席判決ト同視セラルルカ故ニ此執行命令ハ執行ヲ為スヲ得ヘク又之ニ対シテハ故障ト云フ不服申立方法アリ、

第二、申請ニ対スル審査及其却下若ハ支払命令ノ発布

(一) 或主張セラレタル義務ヲ履行スヘシトノ命令ヲ発セラレンコトヲ裁判所ニ対シテ求ムルコトハ何人ニモ可能ナリ然ルヲ之カ為ニ当然ニ其者ニハ斯ル命令ヲ国家ニ対シテ請求スル権利（私権保護ノ請求権）アリヤ否ヤハ別問題ナリ是等ハ所謂私権保護請求権ノ要件ヲ別ニ具備セル場合ニ生スルモノトス督促手続ノ場合ニ於テ

セ之ト異ラス或ハ命令ヲ求ムルコトハ何人モ之ヲ為シ得ヘシ
之ヲ求メツツアルモノニ限シテ之ヲ求ムル権利アリヤ否ヤハ
判断ノ問題ナリ

普通ノ訴ニ於テモ私権保護ノ請求権アルヲ要スルハ勿論
此場合モ亦然リ被告ニ対スル義務ト為スヘキヤ然ラスト
セハ問題ナシ裁判所ハ国家ニ対スル義務ナリト云ヘハ又
然リ然レトモ権義ノ問題トシテ考フルトキハ権利存スル
カ故ニ申請スルナリト考フレハ訴ト云フモノト無関係ニ
存在セサルヘカラス手形アルカ故ニ権利アリ呈示スルカ
故ニ権利アルニアラスト云フニ同シ其請求権アルカ故ニ
裁判所ハ国家機関トシテ其義務履行ノ為ニ原告ヲ勝訴セ
シムルナリ例ハ催告権アリテ催告スル場合ハナクニア催
告スルコトヲ得ル如シ催告所定ノ効カナキノミ同様ニ私
権保護ノ請求権ハ訴アルカ故ニアラス無関係ナリ故ニ訴

民訴 外ノ三十二

ノ要件ハ私権保護ノ要件ヨリ除外セサルヘカラス現ニ於
テ訴ヲ起ス要件ト私権保護ノ要件トヲ区別スルヲ要ス手
形上ノ権利ハ呈示ヲ要シ其権利ハ呈示ノ形式ヲ要スルカ
如シ私権ノ権利モ訴ノ提起ノ方式ヲ欠クニ於テハ勝訴シ
得スト雖モ其権利ヲ行使等ノ悪シヤ理由ニ依リ勝訴ス其
権利保護ノ請求権ノ有無ヲ問ハス

督促手続ノ場合ニ於ケル申請ノ方式ハ次ノ如シ

甲 管轄

事物ノ管轄ハ区裁判所ニ属ス訴訟物ノ価格如何ハ惜テ問ハ
ス(二八二ノ一、二)
土地ノ管轄トシテハ通常ノ訴ナレハ普通裁判籍又ハ不動産
上ノ裁判籍ノ所在地ナリ此管轄ハ専属管轄ナリ(二八三ノ
二)

不動産上ノ裁判所ハ督促手続ニ適用アリヤ金銭債権代替物ハ不動産ト云フヲ得ス故ニ第二十二条ノ如キハ督促手続ニ適用ナキハ明ナリ独民訴法ノ如ク人的地役ヲ認メサルニ拘ラス不動産裁判籍ヲ漫然存置セサルハ誤ナリ独民法ハ人的地役ノ場合ニ金銭ヲ請求シ得ル物権アルカ故ニ（土地ヲ有スル為ハ何人ナルト一定ノ金銭代替物ヲ給付セシムル物権）此場合ニ当ル然レトモ我民法ニナシ然ラハ如何ナル場合ニ不動産上ノ裁判籍ハ適用アリヤ第二十二条ノ二ノ場合特ニ不動産ニ加ヘタル損害ノ訴ノ場合ニノミ適用アリ

第二十三条ノ一ハ独民訴ノ下ニハ適用アルモ我民訴上適用ナシ人権ノ訴トハ所有者又ハ占有者ナリトスル一事ニヨリテノミ請求シ得ル場合ナリ

不動産上ノ裁判籍トハ第二十三条二項後段ノ場合ノ外適用

ナシ此何レカノ中ニ裁判所ハ債権者自由ニ選擇スルヲ得督促手続ノ管轄ニ専属ナルカ故ニ第二十九条ノ適用ナシ、管轄ヲ定マル事情ハ申請中ニ之ヲ記載スルヲ要ス而シテ管轄ハ専属ナルカ故ニ職権調査事項ナリ、

(乙) 訴訟物ニ付テハ

(イ) 請求ノ制限ノ列挙セルコト（三八五ノ一ノ末）

(ロ) 金銭其他ノ代替物ヲ目的トスル請求ナルコト
其原因カ契約ナルト物権的請求権ナルトヲ問ハス

(ハ) 請求カ反対給付ヲ為スニアラサレハ主張スルヲ得サルニアラサルトキ此点ハ証書訴訟ト異ル点ナリ（三八二ノ二）但被告ニ同時履行ノ抗弁権アリト云フヲ以テ足ラス此抗弁主張セラレ而モ其理由アルコトヲ云フナリ故ニ双務契約ニ基ク請求ニ付テ債権者ハ既ニ反対給付ヲ為シタリト云フコト又ハ債務者ハ先ツ給付スルヲ要スルコトヲ

主張セサルヘカラス被告カ（債務者カ）受領ノ遅滞ニ在リトスルコトヲ以テノミハ未タ以テ足ラス将来ノ判決ハ主タル債権ニ附帯スル場合ハ督促手続ヲ為シ得ヘシ（将来ノ判決ハ此命令ヲ執行スル途ノ判決ヲ求ム）

尚ホ債権者自身カ申請スルト権利者ナラサル他人ニシテ当事者タル適格ヲ有スルモノノ申請アルトヲ問ハス取立命令ヲ得タル差押債権者タルヲ問ハス證書訴訟ヲ起シ得ル場合ト雖モ督促手続ニ依ルヲ妨ケス（一八六ノ二）

(丙) 支払命令ノ送達カ外国ニ於テ為サルル場合又ハ公示送達ヲ以テ為サルヘキ場合ニハ支払命令ハ之ヲ発スルヲ得ス（三八二ノ二）債権者ノ申請自体ヨリ此事明ナレハ申請ヲ却下スルナリ送達ヲ試ミタル際此事カ明ニナレハ送達ヲ為ササルニ過キス但債権者ハ其後ニ至リテ内国裁判所ニ於テ普通ノ送達ヲ為シ得ルコトヲ明ニスル場合ハ送達ス

(丁) 申請其モノハ訴状ト同様裁判所当事者請求ノ目的物及原因ヲ記載スルノミナラス支払命令ヲ発セラレンコトノ申立ヲ掲ケサルヘカラス（三八四、一九〇）此申請ハ或ハ書面ヲ以テ或ハ口頭ヲ以テ之ヲ為スコトヲ得訴訟方法ノ表示ノ如キハ之ヲ必要トセス（三八四）支払命令ノ請求ハ共同訴訟ノ形ニ於テモ之ヲ為スコトヲ得客観的併合ヲ許スコトハ第三百八十四條第二号第一百八十五條第二号後段ニ依リテ明ナリ、

(戊) 以上ハ支払命令ニ特別ナル形式ヲ述ヘタルナリ此外一般ノ訴訟行為ニ必要ナル條件例ハ当事者及訴訟能力当事者タル適格通常民事裁判所ノ権限ニ属スルコト訴訟代理ノ適法ナルコトノ如キハ勿論具備スルヲ要ス然レトモ被告カ訴訟法上ノ抗弁権例ハ権利拘束ノ抗弁ヲ有スルコトハ此申請ヲシテ不適法ナラシムルモノニアラス、

(三) 申請ニ対スル裁判

中請ニ対シテハ或ハ之ヲ却下スルカ若ハ支払命令ヲ発スルカ何レカニアリ。

(甲) 却下ノ裁判ヲ為ス場合次ノ如シ。

(イ) 裁判所カ職権ヲ以テ調査スヘキ支払命令ニ特別ナル要件第三百八十二条乃至第三百八十四条ヲ具備セサルトキハ申請ヲ却下ス（三八五ノ二）此中第三百八十二条及ヒ第三百八十二条ハ此特別ナル訴訟ノ存スヘキ要件ニ該当スルモノナリ（三八四）即チ(二)ノ(丁)ハ申請形式其モノニ属スルモノナリ又一般ノ訴訟行為ニ具備スヘキ要件例ハ能力并ノ欠缺等ニ依ル場合モ勿論申請ヲ却下ス要スルニ此等ノ要件ハ何レモ支払命令ニ関スル要件ナリ、

(ロ) 債権者ノ主張スルカ如キ原因ヨリシテハ其主張スルカ如キ権利ヲ認ムルコトヲ得サル場合亦申請ヲ却下ス（三五八ノ一段）此ハ支払命令ノ本案ニ関スル裁判ナリ。

(ハ) 一ノ請求ノ一部ニ付キテ却下ヲ為スヘキ場合ニ其申請ノ全部ニ付キテモ却下スヘキナリ（三八五ノ二ノ前）但他ノ請求ニハ影響ナシ（三八五ノ二後段）

(甲)ニ於テ述ヘタル論理ノ訴訟条件ノ中ニ頭ニ之ヲ区別スレハ支払命令ヲ申請スルト云フコト訴訟行為其モノノ適法要件ニ属スルモノアリ、即チ管轄（三八三）申請ノ方式（三八四）訴訟能力法定代理権訴訟代理権是ナリ反之訴訟物（二八二ノ一）送達（三八二）当事者能力当事者適格通常民事裁判所ノ権限ニ属スルハ何レモ支払命令ノ本案ニ入リテ審理ヲ為ス前提要件（三八五ノ一段）ナリ故ニ斯ク支払命令申請ヲ却下ス次ノ要件ヲ具備セサル場合ニハ債権者ノ主張スル請求ノ存否ニ付テハ審査スルコトヲ得トノ理由ニヨリ申請ヲ却下ス若シ其ニ請求自体カ認メラレサル理由アルトキハ債権者ノ主張スルカ如キ権利ハ之ヲ認ムルコト能ハス故ニ支払命令ヲ求ス

ルロトヲ解ストノ理由ニ依リテ却下ス。

(三) 支払命令ヲ発シタル場合ニハ之ニ対スル不服アル債務者ハ異議ヲ申立ツヘシ反之申請却下スル者ノ裁判アル場合ニハ之ニ対シテ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス（三八九ノ三）然レトモ之是非ノ判決ハ何レモ決定ナリ決定ハ形式的確定ノ状態ニハ達スルモ之カ為メ実体的確定力ヲ有スルモノニアラス従テ却下ノ決定アレハトテ更ニ支払命令ヲ為スノ申請ヲ妨ケサルノミナラス通常ノ訴ヲ起スカ如キモ勿論妨ケナシ（三八五ノ三後）却下ノ決定ハ如何ニシテ之ヲ債権者ニ知ラシムヘキカ或ハ口頭弁論即チ言渡ニ依ルヘシトノ説アルモ裁判ノ言渡トハ口頭弁論ヲ開キタル場合ニ限ル（二四五ノ一）然ラハ送達ヲ為スヘキカ是レ亦何等ノ根拠ナシ依テ無方式ノ方法ヲ以テ債権者ニ書面上ノ通知ヲ為セハ足ル

(乙) 支払命令

(イ) 支払命令ニハ裁判所当事者請求ノ目的物及原因ニ依リテ表示セラルル請求ヲ表示シ尚條件付ノ給付ノ命令ヲ為ス即チ即時ノ執行ヲ避ケント欲セハ此命令送達ノ日ヨリ二週間内ニ弁済ヲナシ及手続費用ヲ支払フヘク然ラサレハ裁判所ニ異議ヲ申立ツヘシト云フコトヲ表示スルナリ（三八六ノ二）法文ニハ即時ノ執行トアルモ勿論執行ハ執行命令ヲ得タル後ニアラサレハ之ヲ為スヲ得ス又異議ヲ申立ツヘシト云フ命令ハ無意義ナリ故ニ正シク云ヘハ債務者ハ異議ヲ申立テサレハ弁済ヲ為スヘシト云フ命令ニ外ナラス

訴訟費用ハ裁判所ニ於テ計算シ支払命令中ニ掲ク（費用ノ確定決定ニアラス）債務者カ此命令ニ従ヒ債務者ニ弁済セリトテ之カ為ニ督促手続カ訴訟上当然終了スルモノニアラス更レ尚ホ訴ノ提起アリタルカ為メ債務者カ弁済ヲ為スモ其訴訟ハ当然終了スルモノニアラサルト同一ナリ故ニ債権者ハ進テ

執行命令ヲ申請スルヲ得此命令アリタル後債務者ハ之ニ対シテ故障ヲ申立テ得(四九四)従テ通常訴訟法トシテ進行シ通常ノ判決ニ依リテ終了ス、

(ロ) 支払命令ハ之ヲ債務者ニ送達ス此送達ハ裁判所職権ヲ以テ之ヲ為ス(二八七)尚ホ此旨ヲ債権者ニ通知ス(三八七ノ二)送達ハ正本ヲ送達スルモノナリ(一三七)

此送達アレハ法ニ始メテ権利拘束ト云フ状態ヲ生シ尚之ニ伴フ凡テノ効力ヲ生ス例ハ時効ノ中断債務者ノ遅滞ノ如キ実体法上ノ効力ヲ生スルコト言ヲ俟タス、

債務者カ此命令送達前ニ債権者ニ弁済セル場合ニハ是レ本訴状ノ提出後其送達前ニ弁済ヲ為シタル場合ト異ラス即チ原告カ訴ヲ撤回セサル限リ訴訟ノ進行ニハ何等影響ナキト同様ナリ

欠席判決ニ関スル規定ハ又支払命令ニ準用アリトスルヲ可トス、

民訴 内ノ三十五

(ハ) 支払命令申請ノ取下

支払命令申請ノ取下ハ訴ノ場合ト同様ニ之ヲ許スモノトス(即一九八ノ準用)申請ハ書面又ハ口頭ニテ裁判所ニ対シテ之ヲ為シタル場合ニ成立スルカ故ニ支払命令ノ送達前ト雖モ其取下ヲ為シ得ルハ言ヲ俟タス又異議ノ提起アリタル後ト雖モ取下可能ナリ之ニ対シ別ニ被告ノ同意ヲ要セス

取下ノ方式ハ書面又ハ口頭ヲ以テ裁判所ニ対シテ其意思ヲ表示スレハ足ル但シ支払命令送達後ニ於テハ取下ノ書面ヲ債務者ニ送達スルヲ要スルカ故ニ(一九八ノ二準用)従テ此場合ニハ書面ヲ要スルコトナシ、

第二節 支払命令ヲ発シタル後ノ手続

要ハ支払命令ニ対シテ異議カ申立ラルルヤ否ヤニ依リテ効ヲ異ニス

第一、異議ノ方式及時期

(一) 異議ハ数箇ノ請求中ノ或モノ若ハ一箇ノ請求中ノ一部分ニ対シテ異議ヲ述フルヲ得(三八九)

異議ハ支払命令送達ノ日ヨリ十四日ノ期間内ニ之ヲ為サザルヘカラス(三八六ノ二)然レトモ此期間ヲ経過セリトテ必スシモ異議ヲ為シ得サルモノニアラス即チ此期間経過後未タ執行命令ナキ場合ニ於テハ異議ハ有効ナリ(三九二但)執行命令アリトハ何時執行命令アリト云フコトヲ得ルヤハ之レ決定ニシテ口頭弁論ヲ経サルモノナルカ故ニ其送達ニ因リテ始メテ支払命令カ存在スルモノト云フヲ得ルカ如シ(二四五ノ三)然レトモ斯ノ如クナルトキハ果シテ異議カ有効ナルヤ否ヤハ裁判所ニ不明ナリ何トナレハ執行命令ノ送達アリタルトキノ何時ナリヤハ不明ナル場合ニ異議ヲ申立ツルコトアレハナリ従テ執行命令ニ判事カ署名捺印セルトキハ所謂執行命令アリタルモノトスルヲ可トス。

此時期ヲ経過セル後ニ異議ヲ申立タル場合ニハ之ニ対シテ却下ノ決定ヲ為スヘキヤ否ヤト云フニ若シ之ヲ為スモノトセハ抗告ヲ許サザルヘカラス(四五五)斯クテハ敏速ヲ主トスル督促手続ノ趣旨ヲ喪失ス故ニ斯ル異議ニ対シテハ裁判所ハ何等ノ裁判ヲ為サスシテ可ナリ債ム者ハ他日執行命令ノ送達ナキトキハ債ム者ハ何等ノ苦痛ヲモ感スルコトナシ若シ又裁判所カ異議ヲ顧慮セラレサリシコト誤レリトスルモ之ニ対シ債ム者ニハ何等ノ救済ナキニアラス何トナレハ執行命令ニ対シテハ債ム者ニ故障ノ申立ヲ許セハナリ(三九四)

(三) 異議ノ方式

異議ハ書面又ハ口頭ニテ為シ得若シ代理人ヲ以テ為ストキハ一般ノ規定ニ従ヒ委任状ヲ添フルヲ要ス又其代理权ナルモノハ事実

之ヲ開セサルヘカラス法定代理ナルトキハ追認ナキトキハ有効ニアラス

異議ノ申立アリタリト云フコトハ或場合ニハ債権者ニ通知スルヲ要ス（三九一ノ一）

（三）異議権ノ拋棄

異議ハ上訴ニモ故障ニモアラス是背ト等シク拋棄スルヲ得但其拋棄ハ支払命令ノ送達後ナルコトヲ要ス是ハ総テ将来ノ裁判ニ対スル拋棄ハ効力ナシト云フ原則ノ適用ニ外ナラス（不服申立権ヲ予メ拋棄スルヲ許サス但反対説アリ尚ホ異議ヲ取下クルコトヲ得何レノ場合タルヲ問ハス裁判所ニ対シテ表示スルコトヲ要スルナリ

第二、適当ナル時期ニ申立テタル異議ノ効力

斯ル異議ニ因リテ支払命令ノ効力ハ失フ（三九八ノ一）而モ権利拘束ノ効力ハ存続ス此効力ヲ失フト云フ意味ハ異議ノ申立ナキ

民訴 内ノ三十六

支払命令トシテノ異議権ヲ失フト云フ意味ニ過キス恰モ判決ニ対シテ上訴アルトキハ確定ヲ遮断スルカ如キモノナリ第三百九十一条ノ二項ノ効力ヲ失フト云フ文字ト其意味ヲ異ニス

此場合ニ於テハ訴ハ支払命令ノ送達ノ際ニ提出セラレタルモノト為ルナリ（三九〇）但此意味ハ単ニ権利拘束力斯ニ生シテ之カ継続（二八七ノ一）ニ遡ルト云フ意味ニアラス支払命令ノ手続終リテ爾後通常訴訟トシテ進行スト云フ意味ヲ有スルニ過キス是レ其事件カ区裁判所ノ管轄ニ属スルト地方裁判所ノ管轄ニ属スル場合トヲ問ハス

（一）事物カ区裁判所ノ管轄ニ属スル場合

此場合ニハ裁判所ハ職権ヲ以テ口頭弁論期日ヲ指定ス就訴期間ハ二日以上ヲ有スルヲ以テ足ル（三九〇、三七七）但債権者ハ支払命令ノ申請ヲ為ス際ニ若シ異議アルトキハト云フ条件ノ下ニ予メ期日指定ノ申請ヲ為スヲ妨ケス。

(二) 事物カ地方裁判所ノ管轄ニ属スル場合
此場合ニ於テハ債権者ハ一ケ月ノ期間内ニ訴状ヲ管轄地方裁判所ニ差出サヽルヘカラス此訴状ノ差出ナルモノハ新ニ訴ヲ起スト云フ意味ニアラス督促ノ提起ハ支払命令ノ送達ニヨリ生スルカ故ナリ（三八七）従テ此訴状差出ナルモノハ要スルニ其実質ニ於テハ裁判所ニ対スル期日指定ノ申請ニ過キス然ルトキハ裁判所ハ一般ノ規定ニ従ヒ（一九四）期日ヲ指定セサルヘカラス但右訴期間ハ差出ヨリ起算スルモノト解セサルヘカラス尚此際ハ其差出シタル訴状モ送達セサルヘカラス若シ一ケ月ノ期間内ニ債権者カ此手続ヲ為サヽルトキハ権利拘束ノ効力ハ遡及シテ消滅ス訴訟法上ノ一ノ時効ナリ

(三) 区裁判所若ハ地方裁判所ニ通常ノ手続ニ於テ事件カ繋属セル場合ニハ其当該裁判所ニ於ケル規定ニ依リ手続ヲ進行ス唯訴ノ基本ヲ定ムル書面ハ地方裁判所ニ於テモ訴状ニアラスシテ支払命令ナリ従テ訴ノ変更アリヤ否ヤハ総テ訴状ニ依ラス支払命令ノ記載ヲ標準トス

第三、異議ヲ為サヽル場合及執行命令

(一) 執行命令ノ申請ハ支払命令カ適法ニ送達セラレタル後未タ異議ナキコト又既ニ執行命令ヲ申請シタルニ対シ之ヲ却下スル旨ノ裁判アリテ而モ之カ確定セリト云フコトナキヲ要ス此要件以外ニハ特ニ審査スヘキモノナシ（一般要件例ハ訴訟能力訴訟代理管轄ト云フカ如キハ勿論必要トスルハ言ヲ俟タス）先ニ発セラレタル支払命令ハ果シテ之ヲ発スヘキ要件ヲ具備セリヤ否ヤハ之ヲ審査スヘキニアラス故ニ支払命令ハ果シテ之ヲ発スヘキ要件ヲ具備セリヤ否ヤハ之ヲ審査スヘキニアラス故ニ支払命令ノ申請ハ管轄違ナリト云フカ如キ場合ニモ執行命令ハ之ヲ発セサルヘカラス（三九三ノ一）反対説アリ
債権者カ執行命令ヲ申請スル期間ニ付キ何等規定スル所ナシ従テ如何ニ長年月後ト雖モ債権者ハ此申請ヲ為スヲ得ヘク又其間

ハ支払命令ノ送達ニ因リテ生シタル权利拘束ハ尚ホ存続スヘク
彼ノ時效中断ノ如キハ永久ニ存続スルモノノ如シ然レトモ斯ノ
如キハ民訴ノ原則上又條理上甚シキ不都合ナリ是レ我民事訴訟
法ノ一大欠点ナリ故ニ休止ニ関スル規定ノ主旨ヲ類推シ異議申
立期間満了後一ケ年ヲ経過セハ支払命令ノ申請ハ遡及シテ効力
ヲ失フト解スヘキナリ。

(二) 債权者カ申立ヲ為スコト

此申立ハ口頭又ハ書面ヲ以テ先ツ支払命令ヲ発シタル裁判所ニ
対シテ之ヲ為スモノトス(三九三ノ一)
支払命令ヲ申請スル際ニ若シ決定ノ期間内ニ異議カ起ラサレ
ハトノ條件附ニテ執行命令ノ申請ヲ予メ為スコトハ適法ナリヤ
否ヤハ消極ニ解スヘシ蓋シ訴訟上ノ状態カ生シタル後ニ申立ヲ
為ヲ得ト法カ定ムル場合ニハ常ニ申立ヲ為サントスルモノハ其
状態ノ発生セルヤ否ヤヲ審査シ以テ進テ申立ヲ為スコトヲ要ス

スルモノナリ彼ノ斯ル踰越ヲ為スコトヲ裁判所ニ一任スルコト
ハ許スヘカラサルカ故ナリ(但反対説アリ)

(三) 執行命令ハ如何ニシテ付与スルヤ

支払命令ノ原本ニ此支払命令ハ仮執行ヲ為シ得ト記載スルニ因
リテ之ヲ為ス此仮執行命令付ノ支払命令ハ即チ支払命令ナリ仮
執行命令ノ部分ノミカ支払命令ト聯スルヘカラス(三九三ノ一、
二、三九四ノ一)尚執行命令ニハ債权者ニ於テ計算スル手続ノ
費用ヲモ掲クヘシ(三九三ニノ後)而テ既ニ支払命令ニ記載セ
ラレタル費用(三八六ノ二後)モ含メテノ費用ヲ云フ、
執行命令ハ区裁判所書記之ヲ発ス此申請ヲ却下セル決定ニ対
シテハ即時抗告ヲ為スヲ得此却下ノ決定カ確定シタル後ト雖モ
却下セラレタル理由カ除去ラレタル後ハ再ヒ申請スルコトヲ妨
ケス(三九三ノ三)

(四) 執行命令ノ内容

執行命令ハ支払命令ニ包含セラルル所ノ條件附給付ノ命令ヲ無
條件ノ命令トシ及其命令ニ執行力ヲ付与スルナリ但此給付ノ命
令ニ対シテハ不服ノ申立ヲ留保スルモノナレハ（三九四ノ二）
此執行力ノ宣言ハ仮執行ノ宣言ナリ法文ニ執行命令ハ仮執行ノ
宣言ヲ附シタル欠席判決ト同一ナリト云フハ此意味ニ外ナラス
從テ執行命令ニ対シテハ故障ヲ申立ツルヲ得（三九四）此故障
ナルモノハ其内容ハ懈怠セ異議ノ追完ト云フコトニ外ナラス從
テ此故障ヲ為シタル以後ニ於テハ支払命令ニ対シテハ更ニ異議
ヲ申立ツルヲ得ス（執行命令ハ或ハ執行ヲ許スヘキモノナリト
ノ確認ノ裁判或ハ又執行文ナリトノ説アリ何レモ不可ナリ単ニ
確認裁判ナルトハ執行ヲ為シ得ス執行文ナリト云フトキハ本案
ナカルヘカラス執行文ノミニテハ執行スルコトヲ得サレカ故ナ
リ要スルニ執行命令ハ仮執行ノ宣言ノ部分ト支払命令トハ別ノ
モノナリトノ感想ニ由来ス）

故障期間ハ執行命令ノ送達ヲ以テ始マル此送達ハ勿論裁判所ハ
職権ヲ以テ之ヲ為ス但債権者ハ送達ヲ為サシムルコトヲ申請ス
ルコトヲ得ト解スルヲ可トス若シ適法ナル期間内ニ故障ナカリ
シトキハ確定判決ト全一ノ効力ヲ有ス從テ之ニ対シテハ唯再審
ノ訴若ハ故障ノ原状回復ノ申立アルノミ要之執行命令ヲ発シ之
ニ対シテ故障ナキ結果執行命令カ確定スルト云フコトカ先ニ支
払命令ノ申請ニ依リテ始メラレタル督促手続ノ続行ニ過キサル
ナリ

故障カ申立ラレタル場合ニシテ而モ債権者カ未タ訴ノ取下ヲ
為ササル場合ニハ爾後ニ通常ノ訴訟手続ニ依リテ審理才判ス此
際第二百五十五条乃至第二百六十四条ハ直接適用セラル（三九
四）

故障ノ適否即故障申立ノ時期（二五六、二五五）ハ常ニ区裁
判所ニ於テ之ヲ審理ス不適法ナリト認メタル場合ニハ故障ヲ許

スヘカラストシテ棄却ス（二八九ノ二）此判決カ確定スレハ即チ執行命令カ確定セリト云フコトカ確定セルコトト為ル故障カ適法ナル場合ニハ支払命令ニ対シ正当ナル時期ニ異議カ述サレタル場合ト同様ノ継承ヲ生ス（第二ノ五）即チ仮執行附支払命令（執行命令）ハ効力ヲ失フ（二六〇）

効力ヲ失フトハ執行命令其モノノ力全然消滅セリトノ意ニアラス故障ナキ場合ト同様ノ効力ヲ有スルヲ得スト云フニ過キス換言スレハ執行命令ハ其儘確定セサルコトヲ云フナリ蓋支払命令ニ因リテ生シタル権利拘束ハ其儘存続スルノミナラス（二八九ノ一従）後ニ至リテ通常訴訟ニ於テ判決ヲ為ス場合ニ此執行命令ヲ維持シ又ハ廃棄スルトノ判決ヲ為スヘキコトヨリ見ルモ明ナリ

故障ヲ適法トスル判決ニ依リテ執行命令カ効力ヲ失フト云フコトハ前述セルカ之ハ勿論其他ノ判決ノ確定セル時ヨリ出スル

ナリ

即チ事物ノ管轄カ区裁判所ニ属スル場合ナレハ他日執行命令ヲ棄却スル判決アリタル場合又ハ事物ノ管轄カ地方裁判所ニ属スル場合ニハ故障ヲ適法トスル判決（三九八ノ末）確定セル時ヨリ生スル何トナレハ此時迄ハ故障ノ適否ハ未タ確定的ニ判明セサレハナリ

(甲) 事物ノ管轄カ区裁判所ニ属スル場合

区裁判所ニ於テハ故障ノ適否本案ノ点共ニ審理裁判スルモノナリ

茲ニ本案トハ故障ニ対シテ他ノ点ヲ云フ

故障ハ不服申立方法ニアラスト云フ前提ニ立テハ執行命令ニ於ケル費用ノ裁判（一九二）ノ点ノミニ対シテ故障ヲ為シ得（八二）又之故障モ亦不服申立ノ方法ナリトノ前提ニ立テハ斯ル故障ハ之ヲ許サス第八十二条ハ上訴ニ限ルカ如シト見モ

立法理由ヨリ解セハ故障及再審ヲ包含スト解スルヲ可トス判決ハ第二百六十一条ニヨリ執行命令ヲ維持シ又ハ廃棄スルナリ但シ故障ノ適否ノ点ニノミ弁論ヲ制限シ之ニ故障ヲ適法ナリトスル中間判決ヲ妨ケス此判決アリタルトキハ執行命令ニ於ケル仮執行ノ廃棄ハ終局判決ニ因リテ生スルナリ（五一〇ノ一）

・債権者期日ニ出頭セサル場合ニ故障カ適法ナリト認ムルトキハ執行判決ヲ廃棄シ債権者ノ請求ヲ棄却スト本案ノ欠席判決ヲ為シ得此判決ノ言渡ニ因リテ執行命令ニ於ケル仮執行ノ宣言ハ効力ヲ失フ（五一〇ノ一）

債務者カ欠席セルトキ新欠席判決ヲ為ス（二六三）此判決ニ対シテハ唯控訴ヲ為シ得ルナリ（二九八ノ但）

（乙）事物ノ管轄カ地方裁判所ニ属スル場合

此場合ニハ区裁判所ニ於テ故障ノ適否ト云フ点ノミニ付キ判決又彼ノ執行命令ヲ維持シ又ハ廃棄スト（二六一）云フカ如キ判決ヲ為スコトナシ但当事者カ其区裁判所ヲ以テ合意管轄ヲ為シ又ハ債権者カ本案ノ弁論ヲ為シタルニ対シ債務者カ異議ナキトキハ其裁判所ニ於テ本案ノ点マテモ裁判ス若シ是等ノ場合ニ当ラサルニ拘ラス本案ノ判決ヲ求メタル場合ニハ区裁判所ハ故障ノ点ノミ裁判シ本案ノ点ハ管轄違トシテ之ヲ却下ストノ判決ヲ為ス

裁判所故障ヲ不適法ト認ムルトキハ故障却下ノ終局判決ヲ為ス之ニ対シテ上訴スルヲ得此判決確定スレハ執行命令ハ確定判決トナルコトハ前述セリ

又之故障ヲ適法トスレハ其旨ノ判決ヲ為ス此判決ハ其性質ハ中間判決ナリ然レトモ第二百九十四条末尾ニ確定ナル文字アルカ故ニ法ハ特ニ終局判決ト見タルコト明ナリ例ハ第二百七条第二項ノ如シ従テ之ニ対シテハ上訴スルヲ得又此判決ノ

民訴 外三十八

宣言ト共ニ執行命令ニ於ケル仮執行ノ宣言ハ其効力ヲ失フト解スヘシ（五一〇ノ一）即チ此故障適法ナリトノ判決ハ其中ニ包ヲ執行命令ノ仮執行ノ宣言ヲ廃棄スト云フコトヲ包含スト解スヘキナリ

但判決其モノニ仮執行命令ノ仮執行宣言ヲ廃棄スルコトヲ明示スルヲ妨ケス

債務者カ欠席セル場合ニハ所謂新欠席判決ヲ為ス債権者カ欠席セルトキハ其故障ハ職権ヲ以テ調査ス不適法ト認メラレタルトキハ故障棄却ノ判決ヲ為ス之ハ欠席判決ニアラス又之故障カ適法ナリト認メタルトキハ其旨ノ判決ヲ為ス之ハ欠席判決ナリ

故障カ適法ナリトノ判決カ確定セル場合ニハ債権者ハ此判決ノ確定セル時ヨリ一ケ月内ニ管轄地方裁判所ニ訴状ヲ差出スナリ（三九八）此訴状ノ差出ハ期日指定ノ意味ヲ有スルニ

過キサルコト先ニ支払命令ノ異議ニ付キ述ヘタルニ同シ然ルトキハ地方裁判所ハ通常訴訟手続ニ於テ本案即チ故障以外ノ点ニ付キ弁論及判決ス判決ハ第一百一条ヲ適用ス此際故障ノ適否ト云フコトハ区裁判所ノ判決ニ拘束セラルルモ其他ノ点ニ付キテハ何等拘束セラルルコトナシ

第三節 督促手続ニ於ケル中断及中止

死亡及破産能力喪失等ハ通常ノ訴訟手続ニ於テハ中断ヲ生ス中断ノ原因タル事由カ督促手続中ニ発生シ得ルコトハアリ得ヘキコトナリ又中止ノ原因ノ生スルコトモアリ得ヘシ是等ノ場合ニ何等カノ効果ヲ生スルモノナリト云フコトニ付テハ異説ナシト雖モ之ニ付テハ法律上何等カノ規定ナキヲ以テ如何ニ此不備ヲ補充スヘキヤニ付テハ種々ノ説アリ蓋之等ノ原因ノ生シタル場合ニ於テハ従来進行シ来リシ手続ハ当然ニ終了シ新ニ支払命令ヲ申請スルノ外ナシト云フハ極

メテ簡単ナルモ斯クテハ從来費シ来リシ労力全ク徒労ニ帰ス加之訴訟費用ハ債权者若ハ其相続人ニ於テ負擔セサルヘカラサルコトト為ル加之時効ノ中断其ノ他除斥期間ノ遵守等ハ全然其効力ヲ失フコトト為ルヲ以テ斯ノ如キハ採用スルヲ得ス然ルニ一面通常訴訟ノ方法ニ於ケルカ如キ取扱ヲ為スモノトセンカ自然或場合ニハ（一八二ノ二三）口頭弁論ヲ開カサルヘカラサルニ至ル而モ督促手続ナルモノハ専ラ債权者ノ主張ノミヲ聞キ債務者ヲシテ其意見ヲ陳フルノ機会ヲ与ヘサル所（三八六ノ一）出会アリ斯ノ如クニシテ始メテ迅速ナル权利保護ハ与ヘラル従テ督促手続中ニ於テ口頭弁論ヲ開クトスルカ如キハ到底許スヘカラス殊ニ口頭弁論ヲ開ク以上ハ当事者ノ承継ニ付キテ争ヲ生シ結局此点ニ付キテ判決ヲ為ササルヘカラサルニ至ルヘシ而モ斯ノ如キハ甚タ異常ナルコトナリ茲ニ於テカ通常訴訟ニ於ケルカ如ク単純ニ当該法規ヲ適用セ

サルヘカラサルニ至ル（中断中止ノ規定）是レ困難ナル問題ヲ生スル所以ナリ

第一．支払命令送達前ニ中断カ生シタル場合

送達前ナルカ故ニ权利拘束ハ未タ生セス（二八七ノ一）故ニ何等ノ手続モ未タ生セサルモノナリ従テ何人モ未タ当事者ト為リ居ラス故ニ当事者ノ上ニ生シタル中断ノ原因（死亡）ハ法律上想像シ得ス而モ従来ノ当事者ハ或ハ存在セサルニ至リ能力ヲ失ヒ又ハ適格ヲ失ヘルカ故ニ其レ以上進行ノ方法ナシ即チ自然消滅ナリトノ説アルモ是レハ誤ナリ支払命令ノ申請其モノニ因リテ訴訟関係発生セルモノナリ何等ノ手続モ未タ生セストハ云フヲ得サルナリ蓋シ訴訟ヲ提出セルノミニテハ未タ权利拘束ト云フ訴訟関係上ノ一階段ニ達セスト雖モ而モ訴訟関係ハ既ニ発生スレトモ裁判所ハ期日ヲ指定シ訴訟ヲ送達スルカ如キ行動ヲ採ラサルヘカラス支払命令ノ送達前モ亦同様ノ状態ナリ故ニ此場合ニハ訴状送達前ニ中断

原因カ生シタルト同趣旨ニ解セサルヘカラス

甲 (イ) 債权者カ死亡セル場合

訴ヲ提起スル場合ニ訴状送達前ニ債務者カ死亡セル場合ハ如何ニスヘキヤト云フコトハ同シク問題ト為ル此場合ニ死亡者カ當テ代理人ヲ選キアリテ而モ此代理人ハ当時ニ相続人ノ代理人ト為ル場合（二六八）ニハ訴状ノ送達ハ此代理人ニ対シテ之ヲ為セハ可ナリ然ルトキハ其相続人ニ訴訟ヲ送達セシト同様ノ効果ヲ生ス

若シ斯ル代理人ナキ場合ニ於テハ相続人自身ニ対シテ訴訟ヲ送達スルコトヲ得ス何トナレハ訴状ニハ相続人ノ名義カ表示セラレサレハナリ故ニ原告ヲシテ訴状中被告ノ表示ヲ訂正セシメ然ル後之ニ対シテ送達ヲ為ス此訂正ハ原告ヨリ書面ヲ裁判所ニ提出シテ之ヲ為ス

支払命令ノ送達前ニ債務者カ死亡セル場合ニハ又之ト仝様ニ

取扱フヘキモノナリトノ説アリ然ルニ之ニ対シテハ或ハ債務者ノ相続人ノ何人ナルヤハ不明ナルニ拘ラス送達ヲ為スカ如キコトアルニ依リ從テ此手続ヲ採用シ得ス何レノ場合ト雖モ債務者ノ氏名ヲ訂正セシメタル後始メテ送達ヲ為スヘシトノ説アリ

(ロ) 債務者カ訴訟能力ヲ失ヒ又ハ法律上代理人ノ代理权カ消滅セル場合（一八〇）此場合ニハ支払命令ハ其新法定代理人ニ送達スルハ可ナリ若シ此新法定代理人カナキトキハ其任説ヲ為スマテ送達ヲ俟ツノ外ナシ

乙 (イ) 債权者カ死亡セル場合

訴提起ノ場合ニ於テハ訴状ノ送達ハ被告ニ対シテ之ヲ為ス然ルトキハ茲ニ权利拘束生シテ而シテ原告ノ相続人ハ当然ニ当事者タル地位ヲ取得ス勿論其相続人ノ氏名ハ訴状ニ表示セラレサルモ是ハ問フ所ニアラス斯クシテ此新ナル当事者ト被告

ト／訴カ裁判拘束ヲ止スルト共ニ中断ヲ止ス但原告ニ訴訟代
理人アルトキハ此ノ限リニ在ラス（一八三）
支払命令ノ場合ニ於テモ亦全様ニ取扱フヘキモノナルカ押債
権者ノ表示ヲ訂正セシメタル後ニ於テ始メテ支払命令ヲ送達シ
若ハ再ヒ送達スヘキカハ問題ナリ前説ヲ以テ正当トス。
（ロ）債権者カ訴訟能力ヲ失ヒ又ハ其法律上代理人ノ代理権カ消
滅セル場合（一八〇）此場合ニ於テモ支払命令ハ之ヲ債務者
ニ送達シ之ト全時ニ中断ヲ止ス。
丙 破産ノ開始セル場合
（イ）債権者カ破産宣告ヲ受ケ而モ其債権カ破産財団ニ属スル場
合。
此場合ニ於テハ管財人カ当事者タル地位ヲ承継スルモノナリ
故ニ管財人ヨリ送達若ハ承継ノ申請ヲ為セハ足ル
（ロ）債権者カ破産宣告ヲ受ケ而シテ其債務カ破産財団ニ属スル

場合
此ノ場合ニ債権者ハ其債権ノ届出ヲ管財人ニ対シテ為ス而シ
テ後債権者ハ債務者ノ表示ヲ訂正シタルトキハ裁判所ハ茲ニ
始メテ送達ス又ハ更ニ送達ス。
第二 支払命令送達後ノ中断
（一）異議カ申立テラレタル後ニ生シタル場合
此場合ニ事件カ区裁判所ノ管轄ニ属スル場合ハ問題ナシ何トナ
レハ爾後ハ通常訴訟手続ニ於テ進行スレハナリ（通常ノ訴ノ中
断中止ノ規定其儘適用）又之事件カ地方裁判所ノ管轄ニ属スル
場合ハ斯ノ如ク簡単ニアラス抑此ノ場合ニ起スヘキ訴（三九一
ノ一）ハ必スシモ其区裁判所ヲ管轄スル地方裁判所ニ起スコト
ヲ要セス管轄ニ関スル一般ノ規定ニ從ヒ如何ナル地方裁判所ニモ
起スモ可ナリ又証書訴訟トシテ起スモ可ナリ（通説）異説ノ要
ヨリ見レハ此訴ノ提起アルマテハ事件ハ尚ホ区裁判所ニ繋属ス

ルコト明ナリ而シテ此訴ハ其形式ノ所謂訴ナリ故ニ其形式ニ関スル問題ニ付テハ総テ訴ニ関スル規定ニ依ル即チ訴提起ノ方式（訴状差出）記載送達応訴期間等ノ如キハ総テ訴ノ場合ノ規定ニ依ル然ルニ此訴提起ノ効力ハ単ニ事件ヲ地方裁判所ニ移スト云フ働キニ過キス权利拘束カ其ノ儘存続スルモノナリ従テ此新ナル訴ノ提起ニ依リテ再ヒ权利拘束ノ生スル理由ナク又斯ル訴ノ提起ニ因リ遡及シテ生スルモノニアラサルコト明ナリ

以上ノ次第ナルカ故ニ異議ノ申立後訴提起前ニ中断原因生シタルトキハ区裁判所ニ於テハ一般普通ノ規定ニ依リ受継ノ手続ヲ採ルヲ以テ足ル蓋異議ノ申立ヨリ以後ハ通常訴訟ニ移シ居レハナリ（訴ノ提起ニ因リ始メテ通常訴訟手続カ始マルモノニアラス）故ニ此受継ノ手続ヲ終了シタル後ニ地方裁判所ニ訴ヲ提スレハ可ナリ但受継行為ハ他ノ訴訟行為ト併合シテ之ヲ為スヲ得ルカ故ニ地方裁判所ニ訴ヲ提起スルト共ニ受継手続ヲナスモ

可ナリ（一八ノ一一七七八ノ二）

是レ尚ホ控訴ト同時ニ受継ノ手続ヲ為スコトカ許サレ居ルト同様ナリ故障申立後執行命令カ発セラレ未タ確定セサル間ニ此執行命令ニ対シ故障カ申立テラレタル場合ニ於ケル中断ノ事由アルトキハ一般ノ規定ニ依リ取扱フヘキコト勿論ナリ

（三）支払命令送達後異議申立前ニ中断ノ原因生シタル場合

（甲）当事者カ異議申立期間満了前ニ死亡セルトキハ手続ハ之ニ因リテ中断ス但訴訟代理人アル場合ニハ此限ニアラス而シテ異議申立ノ期間ハ受継後更ニ初メヨリ進行ス受継前ニ相手方ノ為シタル行為ハ効力ナシ（一八六）

（イ）債権者死亡セル場合ニハ其相続人カ手続ヲ受継ス其方法ハ裁判所ニ受継ノ書面ヲ差出シ其書面ニ自分ハ相続人トシテ受継スルト云フコトヲ表示スルニアリ（一八七参照）此書面ヲ裁判所ヨリ債務者ニ送達スルコトニ依リテ受継カ完

テシ異議申立ノ期間ハ更ニ進行ス若シ此際債務者カ其相手方ハ申請人ノ相続人ニアラスト主張セハ如何ニセンヤト云フニ異議ヲ申立ツルノ外ナシ然ルトキハ両様ハ一般ノ場合（一九〇、二九一）ト全様ナリ唯判決ニ於テ相続ノ点ヲモ判断スルモノトス是ハ一般普通ノ場合ニ相続人ナリヤ否ヤニ付キ争起リシ場合ニハ此点ニ付テ判決ヲ為シ相続ヲ認ムルトキハ進テ他ノ点ニ付キ判断ヲナシ相続ヲ否認セルトキハ此点ニ於テ本案ノ終局ヲ為スト趣ヲ異ニスルモノトス

(三) 債務者カ死亡セル場合ニ於テモ異議申立ノ期間ハ進行セス

其相続人カ承継セントスルトキハ如何ト云フニ自己カ相続人ナリトノ書面ヲ差出シテ之ヲ裁判所カ債権者ニ送達ス此承継ハ異議申立ト併合シテ之ヲ為スモ可ナリ

民訴 外四十

相続人カ承継セサル場合ハ如何ニスルカト云フニ通説ハ債権者ハ相続人ヲ単ニ承継ノ為ニ呼出ヲ申立テ期日ニハ承継ノ点ノミノ弁論ヲ為シ又判決（或場合ニハ又帝判決一七八ノ三）ヲ為スト云フニアリ然レトモ債権者ノ主張ノミヲ聞キテ簡単迅速ヲ趣旨トスル督促手続中ニ於テ異議ノ申立ナキニ拘ラス斯ル取扱ヲ為スハ例外ト解セサルヘカラス即テ明認レサルコトナリ故ニ債権者ハ先ニ被相続人ニ対シテ発セラレタル支払命令ヲ相続人宛ニ変更セラレタル（某ヲ相続人トシテ其名宛ニ）ト云フ申立ノ記載ヲ為シタル書面ヲ差出シ裁判所ハ之ニ基キ支払命令ニ附加セル裁判ニ因リテ申立アタル如キ変更ヲ為シ尚ホ異議申立ノ期間ヲ記載シ（三八六ノ二）之ヲ債務者ノ相続人ニ送達スルニ在リ之ニ因リテ承継カ成立スト解スルヲ可トス其場ニ右カ相続ヲ争ハントスルトキハ異議ヲ申立ツルニアリ

(乙) 異議申立ノ期間ハ終了シタルモ債权者ハ未タ執行命令ノ申立ヲ為サス此間ニ於テハ債務者ハ尚未異議申立ツルヲ得（一一九三ノ一但）此際当事者ノ一方ニ中断ノ原因カ生シタル如キ場合、

当事者ノ死亡セル場合

債权者ノ死亡セル場合ニ其相続人ハ単ニ自己カ相続人ナリト称シテ直ニ執行命令ノ申立テ得ヘキヤ若ハ何等カ其相続权ヲ証明スル材料ヲ提出スレハ直ニ執行命令ヲ申請スルヲ得ルヤ又債務者カ死亡セル場合ニ債权者ハ其相続人ニ対シ直ニ執行命令ヲ申請スルコトヲ得ヘキヤ若シクハ其相続人ナルコトヲ証明セル場合ニハ直ニ執行命令ヲ得ルコトヲ得ルヤ或ハ斯ル説ヲ為スモノアリ即チ債权者又ハ債ム者ノ承継人ニ対シ執行文ノ附与ヲ申請スル手続（五一九）ヲ準用スト云フナリ然レトモ第五百十九条ハ判決ノ確定セル場合ノ規定ナリ故ニ本案

（五一九）ヲ執行命令ニ準用スル場合（五五九ノ二、五六一）ト雖モ執行命令カ確定セル場合ニ限ル問題ト為ル場合ハ之ヨリ執行命令ヲ得ントスルニアラサレハ第五百十九条ヲ準用セントスルハ不可ナリ然ラハ判決確定前ニ当事者カ死亡セル場合ハ如何ニスルヤト云フニ中断セル手続ヲ受継シ（一一七八以下）タル上ニテ附加的判決ヲ得ルニアリ即チ此判決ニ表示セル当事者ノ承継人ナリト云フコトヲ認メタル上ニテ新当事者間ニ於テ前判決カ効力ヲ有スト云フコトヲ認メタル上ニテ新当事者間ニ於テ前判決カ効力ヲ有スト云フコトヲ認メタル判決ヲ得ルナリ此判決ニ基キ始メテ強制執行ヲ為シ得（勿論判決ニ仮執行宣告付ナル場合ナリ判決確定セハ問題ナシ）以上ノ説ヲ採用スルヲ得トセハ要スルニ前ニ(甲)ニ於テ述ヘタルト全様ノ取扱ヲ為スナリ即チ債权者若シクハ債ム者ノ死亡ニ依リ中断ヲ生ス其受継手続ハ相続人ナリト云フコトヲ承認セル

書面ヲ裁判所ニ提出シ裁判所之ヲ相手方ニ送達スルコト若ハ相手方カ相続人ナルコトヲ表示シテ其送達ヲ申立テ裁判所之ヲ差出スコトニヨリテ受継ヲ生ス即チ中断ハ終了ス問題ト為ルハ受継アレハ直ニ執行命令ヲ申請スルコトヲ得ルヤ若ハ受継後更ニ新ニ異議ノ期間カ開始シ其終了後始メテ執行命令ヲ申請シ得ルヤノ疑ナリ後説ヲ以テ法ノ精神ニ合スルモノト信ス

(丙) 異議申立ノ期間中ニ債権者又ハ債務者カ訴訟能力ヲ失ヒ又ハ其法定代理人ノ代理権カ消滅スル等第百八十条所定ノ事由発生セル場合ニ於テ訴訟代理人ナキトキハ手続ハ中断ス其中断ノ終了ハ第百八十条ニ定ムル資格ヲ当事者ノ一方ヨリ裁判所ニ差出シ裁判所之ヲ相手方ニ送達スルニアリ（一八七）

異議申立ノ期間後執行命令申立前（二九三第一項但書）更其ノ原因生シタル場合又同様ナリ受継後異議ノ期間カ新ニ進行スルモノト解スルヲ可トスルコト乙ニ於テ述ヘタルニ同シ

其他ノ中断中止モ總テ適用アルコトトナルカ故ニ第百八十一条ノ場合ハ当然中断シ又中止ヲ命スル場合モ裁判所之ヲ命シ得

第百八十八条ノ休止ハ適用ナシ是レ督促手続ノ性質ヨリ生ス合意ニ因ル休止ヲ認メス唯事実上ノ休止即チ執行命令ノ申請ヲ為ササルコトアルハ勿論ナリ第百八十八条二項ハ弁論ヲ要スルコトナキカ故ニ督促手続ニ適用ナシ第百二十一条亦然リ

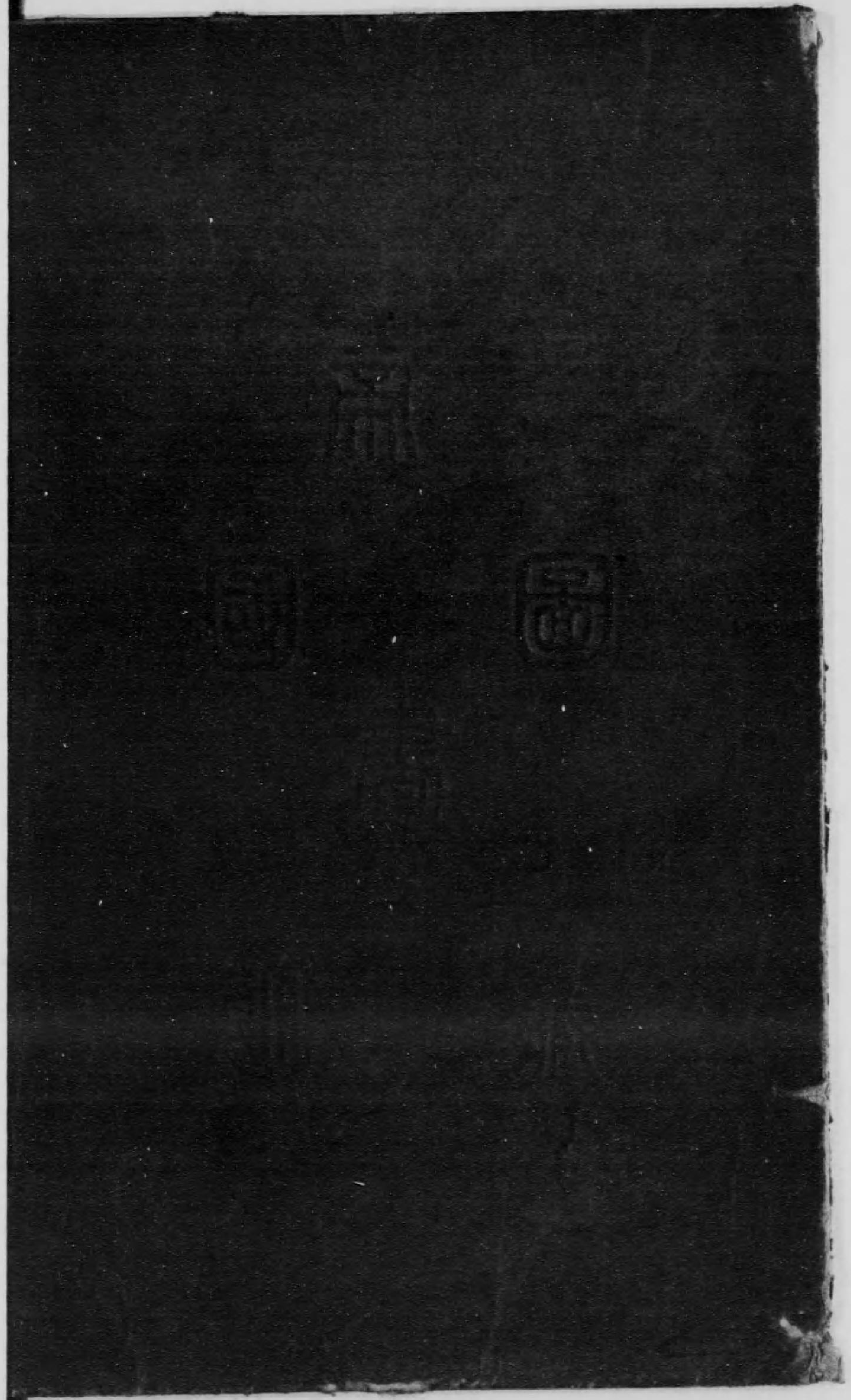
大正十一年三月十日　印刷
大正十一年三月十二日　発行

非売品

編纂兼発行者　東京市神田区北甲賀町十番地
三橋彦次郎

印刷者　東京市神田区北甲賀町十番地
石井辰雄

発行所　東京市神田区北甲賀町十番地
明治堂書店
振替東京三〇九九四番
電話神田二七一八番

14
2
66/1

終