法政大学学術機関リポジトリ
HOSEI UNIVERSITY REPOSITORY

PDF issue: 2025-08-05

和仏法律学校講義録

若槻，禮次郎 / 掛下，重次郎 / 前田，孝階

(出版者 / Publisher)
和佛法律學校
(巻 / Volume)
1
(号 / Number)
号外の1
(開始ページ / Start Page)
1
(終了ページ / End Page)
54
(発行年 / Year)
1900-02-10

明治三十二年
第一部号外（自第一号 至第十号）

完

冊数十冊

明法

毎月貳回

目次

（自一八一頁 至一九六頁）法學士 若槻禮次郎
（自三五頁 至六六頁）法律學士 前田 孝階
（自三五三頁 至三六八頁）法律學士 掛下重次郎
（自八五頁 至一二〇頁）法律學士 前田 孝階

帝國法學講義錄

第壹號

號外之壹

毎月貳回

目次

相續法（自一八一頁至一九六頁）法學士 若槻禮次郎

民事訴訟法（第二編）（自三五頁至六六頁）法律學士 前田孝階

親族法（自三五三頁至三六八頁）法律學士 掛下重次郎

民事訴訟法（自第三編至第五編）（自八五頁至一二〇頁）法律學士 前田孝階

●第一部校外生ニ告ク

●三十二年度講義錄完結及號外ニ付テ

本講義錄ハ初號以來一回モ期日ヲ過ルコトナクシテ此ニ第廿四號ヲ發行スルニ至リ之ト同時ニ豫定期限タル一个年ヲ終了セリ然ルニ浩瀚ナル法學全體ノ講義ハ勢ヒ紙數ノ增加ヲ免レス隨テ此際多少ノ號外ヲ發スルノ已ムヲ得サルモノアリ仍テ本校ハ二月三月ノ兩月ヲ以テ總テノ號外ヲ發行セントシ其旨ヲ廣告セシニ一時ニ多クノ紙數アル號外ヲ配布セラルルハ攻學上甚タ不便ナルヲ以テ假令紙數ニ多少ノ增減アリトスルモ成ルヘク從前ノ例ニ依リテ發行アリタシトノ請求校外生諸子ヨリ續々アリシヲ以テ本校ハ其請求ヲ至當ト認メ二、三、四ノ三ケ月ハ從前ノ通之ヲ發行シ其餘ハ追テ詳細ヲ報道スヘキニ因リ此際三ケ月分以上ノ月謝ヲ納付スルコトハ(追テ報道スルマテ)之ヲ見合スヘシ

●三十三年度講義錄ノ附錄ニ就テ

本校ハ三十二年度ノ講義錄ヲ無事ニ完結スルト同時ニ更ニ三十三年度ノ講義錄ヲ發行スルコト別欄廣告ノ如シ而シテ當講義錄ノ附錄トシテ掲載スル科目ハ其附錄ノミノ購讀ヲ許サスト雖モ三十二年度ノ校外生諸子ニ限リ特ニ其各部ニ屬スル附錄ノミノ購讀ヲ諾シ聊カ以テ其舊誼ニ酬ヒントス即チ全部ノ校外生ハ全部又ハ一部ノ附錄ヲ一部ノ校外生ハ一部ノミノ附錄ヲ購讀スルコトヲ得二部三部亦同シ

右附錄志望ノ者ハ二月廿八日マテニ申込ムヘシ但シ豫約金一圓ヲ要ス

●編入試驗

來ル二月廿一日ヨリ校外生規則第十一條ニ依リ講義錄全部ノ修業証ヲ有スル者ニ對シ校內三年級ヘノ編入試驗ヲ行フ志望者ハ試驗期日マテニ願書ヲ差出スヘシ但シ試驗料金一圓ヲ要ス

090
1899
1-2-1

總テノ他ノ共同相續人カ一致スルニアラサレハ之ヲ行フ能ハサルヤ將タ各共同相續人ハ單獨ニ讓受ノ權利ヲ行フコトヲ得ルヤ法文カ別ニ共同相續人カ共同シテ此權利ヲ有スルコトヲ定メサル以上ハ各共同相續人ハ單獨ニ讓受ノ權利ヲ行フコトヲ得ルモノナリト謂ハサルヘカラス但シ一人カ此權利ノ實行シテ既ニ其相續分ヲ讓受ケタルトキハ他ノ共同相續人ハ自ラ此權利ナキニ至ルハ無論ナリ是ニ於テ乎何レノ時ニ讓受ハ實行セラレタルヤヲ知ルコト最モ必要ナリ人或ハ讓受ヲ以テ契約ノ結果ト爲シ第三者ノ承諾アリタル時ヲ以テ讓受成立ノ時ト爲ス者アリト雖モ第千九條ノ讓受ハ法律カ共同相續人ニ許與セル一ノ權利ナルヲ以テ共同相續人ハ第三者ト契約ヲ爲スコトヲ要セス其一方行爲ヲ以テ讓受ノ目的ヲ達スルコトヲ得ルモノナリ故ニ第三者ノ承諾ノ時ヲ以テ讓受成立ノ時ト爲スハ誤レリ予ハ共同相續人カ讓受ニ要スル條件ヲ充タシテ讓受ノ意思ヲ第三者ニ表示スルトキハ茲ニ讓受ハ完成スルモノナリト信ス但シ之ニ關シテ爭訟アルトキハ裁判確定ノ時ヲ以テ讓受ノ時ト爲スヘキハ無論ナリ

第千九條ハ共同相續人カ共同シテ讓受ヲ爲スコトヲ必要トセスト雖モ各自ニ其權利アル以上ハ亦共同シテ讓受ヲ爲スコトモ之ヲ爲シ得ヘキハ論ヲ俟タス此場合ニ於テ各自ノ受クヘキ部分ハ其相續分ニ應スヘキモノナルヤ相續分ノ讓受ハ相續ニアラサルカ故ニ各自カ受クヘキ部分ハ必スシモ相續分ニ應スヘキモノニアラス特別ノ契約ナキ限リハ各自ノ部分ニ常ニ平等ナルモノトス而シテ其負擔ノ部分ハ常ニ其權利部分ニ應スヘキコト別ニ言フマテモナキ所ナリ

第三欵　遺産ノ分割

遺産ノ分割ニ關シテハ分割ノ方法、分割ノ時期及ヒ分割ノ効力ノ三段ニ分チテ説明セントス

第一　分割ノ方法

遺産ノ分割ハ種々ノ方法ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ或ハ其動産、不動産又ハ債權其他ノ權利等ノ種類ニ從ヒ其評定價格ニ依リ各相續人ヲシテ成ルヘク同一種類ノ財産ヲ得セシムルヲ勉ムルコトヲ得ヘク或ハ成ルヘク各種類ヲ混合シタル分配案ヲ定メ抽籤ニ因テ各自ニ配當スヘキモノヲ定ムルコトヲ得ヘク又或ハ總テノ財産ヲ賣却シテ金錢ニ換ヘ之ヲ以テ各自ニ分配スルノ手段ヲ取ルコトヲモ得ヘシ之ヲ要スルニ分割ノ方法ハ種々ニシテ一ナラスト雖モ其如何ナル方法ニ出ツヘキハ左ノ三者ノ一ニ因テ定マルモノトス

(イ)　共同相續人ノ協議

(ロ)　裁判所ノ判決

(ハ)　被相續人ノ遺言

(イ)　共同相續人ノ協議　遺産ハ共同相續人ノ共有ニ屬スルモノナリ而シテ共有物又ハ共有ノ權利ノ分割ハ共有者ノ意思ノ合致ニ因テ之ヲ爲シ得ルコト無論ナルヲ以テ遺産モ亦其共有者タル相續人ノ協議シテ其適當トスル所ニ從ヒ分割ヲ爲シ得ルコト多言ヲ要セス

(ロ)　裁判所ノ判決　第二百五十八條及ヒ第二百六十四條ハ共有物又ハ共有權利ノ分割ニ付キ共有者ノ協議調ハサルトキハ之ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得ト爲ス蓋シ共有ナルモノハ社會經濟上多クノ場合ニ於テ不利益ナルモノナル

0009

ヲ以テ法律ハ成ルヘク速ニ分割アランコトヲ欲スルモノナリ然ルニ若シ共有者全體ノ一致ヲ得ルニアラサレハ分割ヲ爲スコト能ハサルトキハ法律ノ希望ハ之ヲ達スル能ハサル塲合ヲ生スヘキヲ以テ協議ノ調ハサルトキハ裁判所ヲシテ適當ニ分割ヲ爲スコトヲ得セシメ以テ分割ニ便宜ヲ與ヘタルナリ第二百五十八條及ヒ第二百六十四條ハ共有物及ヒ共有權利ノ分割ニ關スル一般ノ規定ナルカ故ニ遺產ノ分割ニ付テモ該條ノ適用セラルヘキハ勿論ナリ

（八）被相續人ノ遺言　一般ノ共有物及ヒ共有權利ノ分割ニ付テハ共有者ノ協議ニ因ルニアラサレハ必ス裁判所ノ判決ニ因ラサルヘカラスシテ二者ニ因ルノ外他ニ分割ヲ定ムルヲ得スト雖モ遺產ニ關シテハ第千十條ハ特ニ規定スル所アルヲ以テ遺產ノ分割ニ付テハ被相續人ハ遺言ヲ以テ分割ノ方法ヲ定メ又ハ第三者ヲ指定シテ之ヲ定メシムルヲ得ルモノナリ而シテ被相續人カ分割ノ方法ヲ定メ又ハ之ヲ定メシムルノ遺言ヲ爲シタルトナス共同相續人ハ必ス此遺言ニ基キテ遺產ノ分割ヲ爲サヽルヘカラス然レトモ凡ソ法律行爲ハ公益ヲ害セサル限リハ各自ノ任意ニ契約シテ其好ム所ニ從テ之ヲ爲スコトヲ得ヘキモノナルカ故ニ被相續人カ分割ノ方法ヲ定メ又ハ之ヲ定メシムルノ遺言ヲ爲シタル塲合ト雖モ共同相續人カ更ニ一致ノ協議ヲ爲シ之ニ異リタル分割ヲ爲スコトヲ得ルハ無論ナリ第千十條ハ被相續人カ此ノ如キ遺言ヲ爲シタル塲合ニ於テ共同相續人カ之ト異リタル分割ヲ爲スコトニ付キ特ニ契約ヲ爲サヽル限リハ爭アル塲合ニ於テハ裁判所ハ遺言ト異リタル分割方法ヲ定メテ之ヲ命スルコト能ハサルノ點ニ於テ其力ヲ現ハスモノナリ

第千十條ノ規定ハ佛、伊等ノ民法ニ於ケル「直系尊屬ノ分割」ナルモノニ類似スルモノナリ唯其異ル所ハ佛國民法ニ於テハ遺產ノ分割示定ハ獨リ直系尊屬ノミ之ヲ爲シ得ルニ反シテ我民法ハ被相續人ハ其尊屬タルト將タ卑屬タルトヲ問ハス總テ之ヲ爲スコトヲ得又彼ニ在テハ生前行爲又ハ遺言ノ孰レノ方法ニ因テモ之ヲ爲スコトヲ得ト雖モ我ニ在テハ遺言ノ外生前行爲ヲ以テハ之ヲ爲スヲ得サルニ在リ佛國學者ハ直系尊屬ノ分割ナル規定ヲ說明シ遺產ノ分割ハ往々共同相續人間ニ種々ノ紛爭ヲ生セシムルノ因ト爲リ兄弟姉妹ノ親ヲ以テシテ互ニ反目敵視セシムルニ至ルアルヲ免レサルモノナリ故ニ直系尊屬ニ於テ

豫メ遺產ノ分割ヲ爲ストキハ自ラ此ノ如キ紛爭ノ根源ヲ杜塞スルヲ得ヘシ特ニ子ヲ知ルハ親ニ若クハナキヲ以テ直系尊屬ヲシテ遺產ヲ分割セシムルトキハ能ク其直系卑屬ノ性行資質ニ應シテ之ヲ配當スヘキヲ以テ分割ハ最モ其當ヲ得ヘシト云ヘリ佛國ニ於テハ事實ハ此說明ノ適實ナルコトヲ證明セスシテ却テ統計ノ示ス所ニ依レハ直系尊屬ノ分割ニ關シテ提起サレタル訴訟ハ甚タ多シト云フヲ以テ觀レハ理論ノ實際ト合致セサルコトアルハ此場合ニ於テモ亦之ヲ實驗セリト謂ハサルヘカラス特ニ第千十條ノ如ク分割方法ノ示定ヲ爲シ得ル者ヲハ直系尊屬ニ限ラスシテ廣ク被相續人ニ許シタル規定ノ下ニ於テ父母カ能ク其子ノ定メタル分割方法ニ甘諾シテ之ニ心服スルヤ否ヤハ頗ル疑問ナリト謂ハサルヲ得ス然レトモ予ハ之ヲ以テ必スシモ第千十條ノ規定ヲ非難スルモノニアラス惟フニ同條ハ佛國學者カ所謂「直系尊屬ノ分割」ナルモノニ付キ說明スルカ如キ理由ニ因リ規定セラレタルモノニアラス同條ノ趣旨ハ寧ロ相續ニ關シテハ成ルヘク被相續人ノ意思ニ從フト云フニ在ルナルヘシ即チ被相續人ハ其意思ヲ以テ共同相續人ノ相續分ヲモ定ムルコトヲ得ルモノナルヲ以テ遺產ノ分割ニ關シテモ苟モ其意思トシテ看ルヘキモノアルトキハ之ニ從フコト相續ニ關スル大體ノ方針ニ一致スト爲シタルモノナリ第千十條カ分割ノ示令ハ必ス遺言ヲ以テ爲スヘキモノトシ生前行爲ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ許サヽルノ點モ亦予ハ起案者トハ其趣旨ヲ同クセサルヘキモ第千三條ノ說明ニ於テ述ヘタル如ク遺言ノミヲ以テ之ヲ爲サシムルヲ便宜トスヘキカ故ニ强テ非難スヘキ規定ニアラスト信ス

第千十條ニ依リ遺產分割ノ方法ヲ定ムヘキ委託ヲ受ケタル第三者ハ被相續人ノ遺言ニ因テ直チニ分割ノ方法ノ定ムヘキ債務ヲ生スルモノニアラス故ニ第三者ニシテ示定ヲ爲サヽル以上ハ遺言ハ其執行ヲ得サルヘシ此ノ如キ場合ニ於テハ遺言ナキ場合ト同シク共同相續人ノ協議ヲ以テ分割ヲ爲スカ又ハ協議一致セサルトキハ裁判所ノ判決ヲ俟ツノ外他ニ手段ナカルヘシ

第二　分割ノ時期

共有ナル關係ハ物ノ改良又ハ利用ノ爲メニ妨害トナル場合多キヲ社會ノ經濟上ヨリ觀察スルトキハ共有ナル關係ハ社會ノ爲メニ利益アルモノト謂フコト

能ハス故ニ法律ハ成ルヘク速ニ其關係ノ解除セラルヽコトヲ欲シ第二百五十六條ニ於テ各共有者ハ何時ニテモ共有物ノ分割ヲ請求スルヲ得ルコトヽセリ

第二百五十六條ノ規定ハ遺産ノ分割ニ付テモ無論適用セラルヘキモノナルヲ以テ各共同相續人ハ何時ニテモ遺産ノ分割ヲ請求スルコトヲ得ヘク而シテ共同相續人ノ一人ヨリ分割ノ請求アリタルトキハ他ノ共同相續人ハ之ヲ拒ムコトヲ得サルモノナリ

法律ハ社會經濟上ノ必要ヨリ共有ナル關係ノ承繼スルコトヲ好マサルモノナリト雖モ時トシテハ共有者相互ノ關係又ハ共有物其物ノ狀態ニ於テ分割ハ却テ共有者ノ利益ヲ害スルコトアリ此ノ如キ場合ニ於テモ共有者ノ一人ヨリ請求アルトキハ必ス分割セサルヘカラストキハ社會ノ利益ヲ謀ラムトスルノ規定ハ却テ共有者ノ不利益ヲ生スルノ規定ト爲ラサルナキヲ得ス故ニ法律ハ共有者ハ協議ヲ爲シ五箇年以内ノ期間分割ヲ爲サヽルコトヲ契約スルコトヲ許シ以テ社會ノ利益ト共有者ノ利益トノ調和ヲ謀リタリ而シテ既ニ共有者ノ契約ヲ以テ五箇年以内分割ノ禁止ヲ爲シ得ル以上ハ被相續人ノ意思ヲ以テモ亦之ヲ禁止スルコトヲ得セシムルハ當然ナリ何トナレハ一方ニ於テ相互ノ利益ノ爲メ五箇年以内分割ヲ禁止スル共有者ノ契約ニシテ公益ニ反セサル以上ハ相續人ノ利益ヲ考覈シ五箇年以内遺産ニ分割ヲ爲サヽラシメムトスル被相續人ノ意思モ亦之ヲ公益ニ反スルモノト謂フ能ハス他ノ一方ニ於テハ相續ニ關シテハ公益ニ反セサル限リ成ルヘク被相續人ノ意思ニ從フヲ以テ近世相續ニ關スル法制ノ傾向ニ適スルト爲スヘキヲ以テナリ是レ外國ニ於テハ遺言ヲ以テ分割ヲ禁スルコトハ之ヲ許サヽルノ立法例アルニ拘ハラス第千十一條ハ被相續人ノ分割ヲ以テモ五箇年以内遺産ノ分割ヲ禁スルヲ得ト爲シタル所以ナリ

第千十一條ニ依レハ被相續人カ分割ヲ禁止スルコトヲ得ルハ相續開始ノ時ヨリ五年ヲ超エサル期間内ナラサルヘカラス故ニ被相續人カ五年以上ノ期間ヲ以テ分割ヲ禁止スルノ遺言ヲ爲シタルトキハ其遺言ハ無効ナリト謂ハサルヘカラス或ハ謂ハム此ノ如キ場合ニ於テハ其遺言ヲ以テ全然無効ナリト爲スヘカラスシテ唯其禁止ノ期間法律ノ制限内ニ短縮セシムヘキノミ何トナレハ五

年以上ノ期間内分割ヲ禁止セムト欲シタル者ハ無論五年間ハ之ヲ禁止スル意思アリタルモノナリ而シテ五年間分割ヲ禁止スルノ遺言ハ法律カ認メテ以テ有益ト爲ス所ナルヲ以テ五年ヨリ長キ期間分割ヲ禁止スルノ遺言ト雖モ其法律ノ起レル範圍内ニ於テハ之ヲ有効トセサルヘカラサルヲ以テナリト然レトモ此ノ如キ議論ハ一箇ノ意思ヲ二箇ニ分テ解釋スルモノニシテ既ニ事實ニ反スルモノナリ元來法律カ一定ノ期間ヲ以テ或ル行爲ノ制限ト爲シタル場合ニ於テ其期間ヨリ長キ期間ヲ以テ其行爲ヲ爲サムトシタルトキ其効力ヲ法定ノ期間ニ短縮セシムルハ法律ノ規定アッテ始メテ然ルモノナリ然ルニ第二百五十六條及ヒ第千十一條ハ此ノ如キ明文ヲ掲ケス故ニ分割ノ禁止ハ必ス五年以内ノ期間ニ於テ爲サヽルヘカラス此期間ヲ超ユル禁止ハ全ク無効ナリト謂ハサルヲ得ス況ンヤ永久分割ヲ禁スルノ遺言モ亦遺言者ノ意思ヲ分析スレハ五年間ハ無論之ヲ禁スルノ意思アリタルモノト爲スヘキカ故ニ論者ノ議論ヲ一貫セムトセル永久ノ分割禁止ハ論者モ亦之ヲ無効ナリト爲スニ於テヲヤ

被相續人カ五年以内分割ヲ禁スルノ遺言ヲ爲シタルトキハ五年間ハ各相續人分割ヲ請求スルコト能ハサルハ規定上勿論ナリト雖モ元來第千十一條ハ共有者ハ各自何時ニテモ分割ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルノ原則ニ對スル例外規定ニシテ共同相續人全體ノ協議ニ對シテマテ例外タルヘキノ規定ニアラサルカ故ニ被相續人カ此ノ如キ遺言ヲ爲シタル場合ニ於テモ共同相續人カ一致シテ五年以内ニ遺産ノ分割ヲ爲スコトヲ契約スルトキハ其契約ノ有効ナルヘキハ契約自由ノ原則ヨリ生スル當然ノ結果ニシテ何等ノ疑ヲ容ルヘキニアラス

第三　分割ノ効力

分割ノ効力ニハ一般ノモノト共同相續人間ニ特別ナルモノアリ

一　分割ノ一般ノ効力

分割ノ効力ヲ述フルニ先チ分割前共同相續人ノ遺産ニ對スル關係ヲ略述セサルヘカラス第千二條ニ依レハ相續財産ハ共同相續人ノ共有ニ屬スルカ故ニ共同相續人ハ相續財産ヲ組成スル動産、不動産及ヒ權利ノ各箇ニ對シ其全部ニ付キ相續分ノ割合ニ於テ之ヲ所有スルモノナリ即チ相續財産ノ組成スル物又ハ權利ノ全部ハ共同相續人ノ全體ニ所屬スルモノナリ而シテ分割ハ此狀態ヲ變シ共

同相續人ノ各自ニ歸スヘキ各部分ノ定ムルモノナリ故ニ分割ナルモノハ共有者互ニ其權利ノ一部ヲ他ニ讓テ他ノ權利ノ一部ヲ自ラ取得スルモノニシテ之ヲ一種ノ交換ト謂フモ不可ナキモノナリ果シテ然ラハ分割ナルモノハ同時ニ權利ノ移轉及ヒ取得ヲ生スル一ノ法律行爲ナリト謂ハサルヘカラス其結果トシテ共有者ノ一人カ分割前ニ共有物ノ上ニ設定シタル物權ノ分割ニ因テ其物カ他ノ共有者ニ歸屬スルニ至ルモ尙ホ之ニ追及スルモノト謂ハサルヘカラス此結果ハ一旦分割ヲ爲シタル後更ニ分割者間ニ求償ノ權利及ヒ償還ノ義務ヲ生シ時トシテ其間種々ノ紛爭ヲ生スルナキヲ得ス是ニ於テ乎分割ヲ以テ權利ノ移轉及ヒ取得ヲ生スルモノニアラスト爲シ共有者ハ當初ヨリノ分割ニ因テ其所屬ト定リタル物又ハ權利ヲ有シタルモノニシテ分割ニ因テ之ヲ取得シタルニアラス故ニ分割ニ因テ共有者所屬ト定マリタル物ノ上ニ其共有者カ分割前ニ設定シタル物權ハ分割後ニ於テモ無論有効ナリト雖モ他ノ共有者カ分割前ニ其物ノ上ニ設定シタル物權ハ其効力ヲ生セスト爲スノ議論ヲ生シタリ分割ヲ以テ權利ノ移轉及ヒ取得ヲ生スルモノト爲スノ論ハ學者ノ稱シテ創定主義ト爲ス所ノモノニシテ分割ハ權利ノ移轉及ヒ取得ヲ生セスト爲スノ說ハ其見テ認定主義ト爲ス所ノモノナリ創定主義ハ理論ニ適シ事實ト符合スルヲ以テ別ニ法律ニ明文アルコトヲ要セス之ニ反シテ認定主義ハ便宜ニ出テ實際ト反スルカ故ニ特ニ法律ノ規定アルコトヲ要ス

各國ニ於ケル分割ノ効力ニ關スル立法ハ其例ヲ一ニセス理論ノ一貫ヲ勉メタル羅馬法ニ於テハ創定主義ヲ認メ實際ノ便宜ヲ酌ミタル佛民法ハ認定主義ヲ採リタリ舊民法カ認定主義ヲ採リ分割ニ關シテハ其効力常ニ共有ノ狀態ヲ始メタル時ニ遡及スルノ規定ヲ爲シタリシカ新民法ハ之ヲ改メ原則トシテ創定主義ヲ認メ唯遺產ノ分割ニ關シテノミ認定主義ニ依ルコトヽ爲シタリ(一〇一二)蓋シ法律ノ規定ハ必要ナキ限リ成ルヘク理論ニ適合セシムヘキモノナルヲ以テ分割ノ効力ハ創定主義ニ依ルヲ可トスト雖モ遺產ノ分割ハ兄弟又ハ夫婦ノ關係アル者ノ間ニ於テ行フモノナルカ故ニ紛爭ヲ避クルノ便宜アル認定主義ニ依ルコト此等ノ者ノ間ノ平和ヲ保ツニ適當ナルニ因ルナルヘシ民法修正案參考書ニ依レハ遺產ノ分割ニ關シ認定主義ヲ採リタルハ遺產相續ニ付キ平分

0014

主義ヲ採リタル結果ナリト爲スモノヽ如シ即チ法律ハ共同相續人ノ間ニ遺產ノ平等ニ分配セムコトヲ欲スルモノナルニ若シ創定主義ヲ認ムルトキハ物權ノ追及ヲ生シ爲メニ分割者ノ一人ニ償還義務ヲ生シタルトキ其無資力ナル爲メ償還スルコト能ハサル場合ニ於テ法律ノ希望ヲ達スルヲ得サルノ結果ヲ見ルヘキカ故ニ認定主義ニ依リ初ヨリ償還ナルコトノ起ラサルヲ期スル必要アリト爲スモノヽ如シ然レトモ予ハ此理由可否ハ暫ク之ヲ措キ此理由ヲ以テ遺產分割ニ認定主義ヲ採リタルコトノ說明ト爲スニハ服スル能ハス平分ト不平分トニ拘ラス既ニ法律又ハ當事者ノ意思ヲ以テ割合ヲ定メ或ル物又ハ權利ノ分配ヲ爲サントセル認定主義ニ依ラサル限リハ常ニ償還ノ義務ヲ生スヘキコトヲ覺悟セサルヘカラス故ニ此理由ヲ以テ認定主義ヲ可トスルノ主張ヲ爲サムトセハ總テノ分割ニ於テ認定主義ヲ認メサルヘカラス分割ノ平分タルト否トハ問フヘキ所ニアラス現ニ遺產相續ニ於テモ第千四條以下三條ハ明カニ不平等ノ相續分アルコトヲ認ムルニアラスヤ故ニ予ハ遺產ノ分割ニ限テ認定主義ヲ採リタルノ理由トシテハ親族間ノ紛爭ヲ避クルニ在リト謂フヲ以テ最モ適切ナリト信ス若シ親族間ノ平和ヲ保ツ爲メニハ分割ノ効力ヲ認定的ノモノト爲スノ必要アリトセハ獨リ遺產ノ分割ノ場合ノミナラス包括名義ノ贈與ノ分割又ハ夫婦共有財產ノ分割ノ如キニ在テモ亦其必要アルヘシト雖モ民法ハ此ノ如キ場合ニハ認定主義ヲ採ルノ規定ヲ爲サス故ニ民法ノ規定カ一貫ノ方針ニ依リタルモノナルヤ否ヤハ或ハ論議ヲ容ルヘキ餘地アリト雖モ遺產ノ分割ノ効力ヲ認定的ノモノト爲シタルハ便宜ノ規定トシテ相當ナルモノト謂ハサルヘカラス

第千十二條ハ遺產分割ノ効力ノ認定的ナルコトヲ明カニスル爲メ其効力ハ相續開始ノ時ニ遡テ發生スルモノナルコトヲ定ム故ニ共同相續人ノ各自ハ分割ニ因テ其有ニ歸シタル物又ハ權利ヲハ相續ニ因リ直チニ之ヲ取得シ分割ニ因リ他ノ相續人ノ有ニ歸シタル物又ハ權利ハ當初ヨリ相續シタルコトナキモノト看做サルヽモノナリ其結果トシテ共同相續人ノ一人カ遺產ニ屬スル或ル物又ハ權利ヲ他人ニ讓渡シタル場合ニ於テ分割ニ因リ其物又ハ權利カ其者ノ有ニ歸シタルトキハ讓渡ハ有効ナリト雖モ其者ノ有ニ歸セスシテ他ノ共同相續

人ノ有ニ歸シタルトキハ讓渡者ハ其有セサル物又ハ權利ノ讓渡ヲ爲サントシタルモノナルヲ以テ其讓渡ハ無效ナリ抵當權ニ關シテモ亦然リ抵當權ノ目的タル不動產又ハ地上權、永小作權カ分割ニ因リ抵當權ノ設定者ニ歸シタルトキハ其抵當權ハ有效ナリト雖モ他人ニ歸シタルトキハ抵當權ハ存セサリシモノト爲ルヘシ

茲ニ注意セサルヘカラサルハ分割ノ効力カ相續開始ノ時ニ遡及ストハ分割ニ因テ各自ニ歸屬シタル物又ハ權利カ相續開始ノ時ヨリ其者ニ屬シタリト看做サルルノミ總テノ狀態カ相續開始ノ時ノ狀態ニ復スルト謂フニアラス故ニ被相續人ノ債務者カ遺產分割前ニ辨濟ヲ爲シタルトキハ其債務ハ之ニ因テ消滅スルヲ以テ分割ノ効力遡及ノ爲メニ復歸スルモノニアラス是レ殆ント言フヲ竢タサル所ニシテ債務ハ有効ナル辨濟ニ因テ消滅スルカ故ニ共同相續人ハ債務ノ辨濟ニ因テ得タル利益ヲ分割スルコトハ則チ之レ有ルヘキモ辨濟セラレタル債務其物ヲ分割スルコトハ其爲スコト能ハサル所ナリ果シテ然ラハ此ノ場合ニ於テハ債務ノ分割ナキヲ以テ其効力ノ遡及不遡及ナル問題ヲ生セサルトキハ其判決ニ於テ本訴ハ管轄違ナリト判定シタル場合ニ於テモ尙ホ反訴ハ其効力ヲ失フモノニアラス如何トナレハ判決ニ依リテ權利拘束ノ消滅スルハ將來ニ向ツテ其効力ヲ失フモノニシテ既往ニ溯リテ權利拘束ヲ消滅セシムルモノニアラサレハナリ

第二、本訴ノ被告ヨリ原告ニ對スルコト

反訴ハ被告ヨリ提起スルコトヲ得ルモノニシテ被告ノ從參加人ハ反訴ヲ起スコトヲ得ス又原告ニ對セスシテ其從參加人ニ對シテハ反訴ヲ提起スルヲ得サルモノトス

第三、非財產權上ノ請求又ハ專屬管轄ノ規定アル請求ヲ反訴トシテ主張スル場合ニ於テハ本訴ヲ管轄スル裁判所ハ反訴ニ付テモ亦當然管轄權ヲ有スルコト(第二〇〇條第一項)

普通ノ場合ニ於テハ本訴ノ管轄裁判所ハ反訴ニ付キ當然管轄權ヲ有スルト否トニ關セス其裁判所ニ反訴ヲ提起スルコトヲ得ルモノナルモ非財產權上ノ請求又ハ專屬管轄ノ規定アル請求ニ付テハ當事者ノ合意ヲ以テ管轄ヲ定ムルコ

ト能ハサルカ故ニ其請求ニ付テハ一般ノ規定ニ從ヒ本訴ノ裁判所カ當然管轄權ヲ有スル場合ニアラサレハ反訴トシテ其請求ヲ爲スヲ許サヽルモノナリ

第四、本訴ニ對シ法律上反訴ヲ許シタルモノナルコト

爲替訴訟證書訴訟ニ於テハ法律上反訴ヲ許サス(第四八七條)又タ反訴ニ對シテハ反訴ヲ許サス(第二〇〇條第三項)故ニ是等ノ訴ニ對シテハ反訴ヲ爲スコトヲ得サルモノトス

以上四個ノ條件ヲ具備スルトキハ反訴ヲ提起スルコトヲ得ルモノトス

然レトモ反訴トシテ提起スルコトヲ得ルハ如何ナル請求ナルカハ我訴訟法ニ於テ規定スル所ナシ獨逸及ヒ佛國ノ訴訟法ニ於テハ反訴トシテ提起スルコトヲ得ル請求ハ本訴ト關聯スルモノナラサルヘカラサル旨ヲ規定シアリ而シテ其關聯トハ如何ナル意義ナルカハ學者間ニ其說一樣ナラスト雖モ要スルニ反訴ニ依リ主張スルコトヲ得ルハ本訴ト權利上若クハ事實上ノ關聯ヲ有スルモノナラサルヘカラサルコト明カナリトス我訴訟法ニ於テハ此點ニ付テハ別ニ立法ノ主旨ヲ見ルヘキ條文ナキヲ以テ法律ノ上ニ於テハ如何ナル請求ト雖モ法定ノ條件ノ存スル場合ニ於テハ反訴トシテ提起スルコトヲ得ルモノノ如シ然レトモ其見解ヲシテ立法ノ主旨ナリトスルトキハ本訴ト全ク無關係ナル請求ヲモ亦反訴トシテ提起スルコトヲ得ルニ至ルモノニシテ其極財產權上ノ訴ニ對シ反訴トシテ身分上ノ請求ヲ爲シ得ルカ如キ奇觀ヲ呈スルニ至ルモノニシテ防禦ノ方法トシテ反訴ヲ許シタルノ主旨トハ全ク相副ハサルニ至ルモノトス故ニ法律上明文ナシト雖モ我訴訟法ニ於テ反訴ヲ許シタルノ主旨ニ基キ反訴トシテ提起シ得ル請求ハ本訴ト相殺シ得ヘキモノナルカ又ハ本訴ト權利上若クハ事實上ノ關聯ヲ有スルモノニシテ本訴ノ防禦ト爲ルニ足ルヘキモノナラサルヘカラスト解釋スルヲ穩當ナリト信ス

反訴提起ノ方法ニ付テハ第二百一條ノ規定ニ從フヘキモノトス即チ反訴ハ本訴ニ對シ十五日ノ期間內ニ提出スル答辯書又ハ其期間內ニ他ノ書面ヲ提出シテ之ヲ爲スヘキモノトス然レトモ反訴ノ請求カ本訴ト相殺ヲ爲シ得ヘキモノナルトキハ被告ノ過失ニ非スシテ答辯書差出期間內ニ其反訴ヲ爲ス能ハサリシコトヲ疏明スルトキニ限リ口頭辯論ニ於テ反訴ヲ提起スルコトヲ得

第三節　準備書面ノ交換

訴訟ニ付テノ辯論ハ總テ口頭ヲ以テ爲スヘキモノナリ然レトモ其辯論ハ豫メ書面ヲ以テ之ヲ準備スヘキモノトス故ニ訴狀ニ於テモ亦單ニ原告ヨリ被告ニ對スル攻擊ヲ記載スルニ止マラスシテ準備事項モ亦之ヲ記載スヘキモノトス換言セハ訴狀ニハ單ニ訴訟上ノ攻擊ノ開始ニ必要ナル事項ノミヲ掲クヘキモノニアラスシテ準備書面ニ記載スヘキ事項モ亦之ヲ掲クヘキモノナルコトハ既ニ說明シタル所ナリ

蓋シ訴狀ノ必要事項ト雖モ同時ニ準備事項ヲ兼ヌルモノアリ當事者及ヒ裁判所ノ表示、一定ノ申立、請求ノ原因ノ如キハ訴狀ノ必要事項タルト同時ニ又辯論ノ準備事項タルモノナリ

準備事項トシテ訴狀ニ記載スヘキモノハ前掲必要事項ノ外特ニ原告カ攻擊ノ爲メニ用ヒントスル證據方法ヲ掲クヘキモノトス又準備書面トシテ訴狀ニハ訴訟ヲ爲ス資格ニ付テノ證書ノ原本又ハ謄本其他原告若クハ被告ノ手中ニ存スル證書ニシテ申立ノ原因トシテ援用シタルモノノ謄本ヲ添付スヘキモノトス但シ證書ノ一部ノミヲ要スル場合ニ於テハ其證書ノ冒頭、本件ニ要スル部分、終尾、日附、署名及ヒ印章ヲ謄寫シタル抄本ヲ添付シ又タ相手方カ已ニ其證書ヲ知リタルトキ又ハ大部ノ證書ナルトキハ其證書ヲ表示シ且相手方ニ之ヲ閲覽セシメントスル旨ヲ附記スルヲ以テ充分ナリトス(第一〇七條)

右訴狀ニ記載シタル事項ニ對シテハ被告ヨリ準備書面ヲ以テ之カ答辯ヲ爲スヘキモノトス然レトモ被告カ答辯ヲ爲スニ付テハ事實ノ性質ニ因リ或ハ相當ノ調査ヲ爲スニ非サレハ充分ノ答辯ヲ爲ス能ハサルコトアリ是ヲ以テ訴狀ノ送達ト口頭辯論ノ期日トノ間ニハ二十日ノ時間ヲ存スルコトヲ要スルコトヲ爲シ以テ被告ヲシテ調査ノ時間ヲ得セシム之ヲ準備期間ト云フ(アインラスングスフリスト)此期間ハ公示送達ヲ爲ス場合ニ於テモ亦之ヲ遵守サルヘカラス然レトモ外國ニ於テ送達ヲ爲スヘキトキハ法律上一定ノ準備期間ヲ定メス裁判長ヲシテ場所ノ遠近送達ノ難易ニ鑑ミ以テ相當ノ期間ヲ定メシムルモノトス

答辯書ニモ亦準備事項トシテ第百五條ニ掲クル事項ヲ記載スヘキモノトス被

告カ援用シタル證書ノ謄本ノ添附ニ付テモ亦第百七條ノ規定ニ依ルヘキモノナリ

被告ハ原告ヲシテ答辯書ニ掲ケタル事實ニ付キ相當ノ準備ヲ爲サシムル爲メ訴狀ノ送達ヨリ十四日內ニ答辯書ヲ差出スヘキモノトス

口頭辯論ノ準備ハ訴狀ト答辯書ヲ以テスルモノトス然レトモ當事者カ訴狀若クハ答辯書ニ掲ケサル事實證據方法又ハ申立ニ付キ相手方カ豫メ穿鑿ヲ爲スニアラサレハ陳述ヲ爲ス能ハスト豫知シ得ヘキ事項ヲ口頭辯論ニ於テ申立テントスルトキハ其辯論前相當ノ時期ニ於テ準備書面ヲ以テ之ヲ相手方ニ通知スヘキモノトス(第二〇四條)

又口頭辯論ノ期日ニ於テ未タ其準備カ充分ナラサルトキハ裁判所ハ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ口頭辯論ノ延期ヲ爲ス此場合ニ於テハ相當ノ期間ヲ定メ當事者ヲシテ準備書面ヲ交換セシムヘキモノトス(第二〇四條第二項)

準備書面ヲ提出セサルモ之カ爲メ當事者ハ事件ニ付キ不利益ノ裁判ヲ受クルコトナシ然レトモ準備書面ナカリシ爲メ辯論ノ續行ヲ爲ササルヘカラサルニ至リタル場合ニ於テハ其續行ニ因リテ生シタル費用ハ訴訟ノ勝敗如何ニ拘ラス準備書面ヲ呈出セサリシ當事者ニ於テ之ヲ負擔セサルヘカラス但シ準備書面ノ提出ナキ爲メ辯論ノ續行ヲ爲サヽルヘカラサルヤ否ヤハ各場合ニ付キ之カ判定ヲ爲スヘキモノトス

第四節　口頭辯論

第一　辯論ノ意義及ヒ其實質

辯論トハ裁判ニ必要ナル材料ヲ裁判所ニ於テ陳辯スルヲ云フモノニシテ訴訟ニ付テノ裁判ノ基礎ヲ爲スモノナリ蓋シ辯論ナル語ハ之ヲ廣義ニ解釋スルトキハ必スシモ口頭ヲ以テスルモノニ限ラスシテ書面ヲ以テスルモ亦辯論ト爲スコトヲ得ヘシ又辯論トハ必スシモ訴訟當事者間ニ限ルモノニアラスシテ或ハ當事者ト裁判所トノ間或ハ裁判所ト第三者トノ間ニ於テモ亦辯論アリト云フヲ得ヘシ故ニ裁判所ノ發問ニ對シ答辯ヲ爲シ若クハ裁判所ニ於テ證人ノ訊問ヲ爲スカ如キハ即チ辯論ノ範圍ニ屬スルモノナリ

然レトモ民事訴訟法ニ於テハ辯論ナル語ハ主トシテ當事者間ノ辯論ヲ指稱シ

0019

タルモノナリ加之正例訴訟手續ニ於テハ特ニ受訴裁判所ニ於ケル當事者ノ辯論ヲ指稱スルモノナルコトハ敢テ疑ヲ存セサル所ナリ

依是觀之ハ辯論ノ實質ハ裁判所ニ於テ攻擊又ハ防禦ヲ爲シ又防禦ニ對シ攻擊ノ適當ナル理由及ヒ再攻擊ノ正當ナルコトノ理由ヲ包含スルモノナリ而シテ其辯論ノ充分ナルト否トハ敢テ辯論タルコトヲ妨ケサルモノナリ然レトモ其辯論ノ不充分ナルトキハ之カ爲メ當事者ハ不利益ノ裁判ヲ受クルノ虞アルノミナラス辯論ノ全部ヲ爲サルルトキハ其懈怠ノ結果トシテ一種ノ不利益ナル裁判ヲ受クルニ至ルコトアルヲ豫知スヘキモノトス

故ニ當事者ノ一定ノ申立モ亦辯論ノ一部ヲ爲スモノナルコトハ敢テ疑ヲ存セサルモノニ似タリ然レトモ此點ニ付テハ學者間ニ異論ナキ能ハス或ハ一定ノ申立ノミヲ以テハ未タ辯論ヲ開始シタルモノト云フ能ハサル旨ヲ主張セリ然レトモ民事訴訟法第百十條ニ依レハ口頭辯論ハ當事者ノ申立ヲ爲スニ因リテ始ルト明定セシヲ以テ一定ノ申立モ亦其辯論ノ一部ヲ爲スモノナルコトヲ知ルニ充分ナリトス

當事者カ訴訟ニ付キ辯論ヲ爲スニハ先ツ訴ノ提起アルコトヲ要ス(第一九三條)而シテ訴狀カ第百九十條ノ規定ニ適セサルトキハ裁判長ニ於テ補正ヲ命シ若シ當事者カ一定ノ期間內ニ之カ補正ヲ爲ササルトキハ訴ハ提起セラレサルモノトシテ其訴狀ヲ差戻スヘキモノトス故ニ口頭辯論ノ期日ヲ定メ當事者ヲシテ口頭辯論ヲ爲サシムルハ即チ訴狀カ第百九十條ノ規定ニ適シタル場合ニ生スルモノトス然レトモ辯論期日ヲ定メ當事者ヲシテ辯論ヲ爲サシムルニ當リ訴狀カ不適法ナルコトノ顯ハレタル場合ハ固ヨリ判決ヲ以テ訴ノ却下ノ言渡ヲ爲スヘキコト勿論ナリトス

口頭辯論ハ當事者カ申立ヲ爲スヲ以テ始マル而シテ其申立ハ訴狀又ハ準備書面ニ基キ即チ之ヲ朗讀シテ爲スヲ要ス若シ準備書面ナキカ又ハ其書面ニ申立ノ記載ナキトキハ特ニ調書ニ附錄トシテ添付シ置クヘキ書面ヲ作リ之ヲ朗讀シテ其申立ヲ爲スヘキモノトス但シ書面ニ基カスシテ爲シタル申立ハ無効トス

辯論ノ範圍ハ申立ヲ主張スル理由ニ依リテ定マルモノトス蓋シ辯論ノ範圍ハ訴ノ原因ニ依リテ定マルヲ原則トス然レトモ其範圍ハ被告ノ答辯ノ如何ニ依リ變更スルモノナリ例ヘハ被告カ請求ノ一部ヲ認諾シタル場合ニ於テハ其部分ニ付テハ最早辯論ヲ要セスシテ殘餘ノ部分ニ付テノミ辯論ヲ必要トスルモノナリ

加之或場合ニ於テハ裁判所ハ辯論ヲ制限スルコトアリ即チ被告カ妨訴抗辯ヲ爲シタルカ如キ場合ニ於テハ先ツ其點ニ付キ辯論ノ制限ヲ爲ササル可カラス又被告ノ申立ナキ場合ト雖モ裁判所ハ職權上辯論ノ制限ヲ命スルコトヲ得ルモノナリ例ヘハ或訴訟條件ノ存否ニ付キ爭アル場合其他各個ノ獨立シタル攻擊又ハ防禦ノ方法ノ存スル場合ニ於テハ其方法ニ付キ特ニ辯論ノ制限ヲ命スルコトヲ得ルモノトス於是乎訴訟ノ本案ニ付テノ辯論ト訴訟條件ニ付テノ辯論トノ區別ヲ生スルモノナリ

第二欵　訴訟條件ニ付テノ辯論

訴訟條件トハ訴訟ニ於テ主張セラレタル請求ニ付キ裁判ヲ爲スコトヲ得ル爲メニ要スル所ノ條件ナリトス故ニ訴訟條件ナル語ハ廣義ニ之ヲ解釋スルトキハ二種ニ區別スルコトヲ得ヘシ即チ普通ノ訴訟條件及ヒ特別ノ訴訟條件是ナリ普通ノ訴訟條件トハ訴訟法ニ於テ其條件ニ付キ特別ノ効力ヲ認メサルモノヲ云ヒ特別ノ訴訟條件トハ訴訟法上特ニ一種ノ効力ヲ認メタルモノヲ指稱シタルモノナリ又訴訟條件ハ審級ノ差異及ヒ手續ノ如何ニ因リ自カラ其種類ヲ異ニスルモノナリ而シテ本則ニ於テ說明スル所ノ訴訟條件ハ第一審ノ正例訴訟手續ニ於ケル特別ノ訴訟條件ニ關スルモノナリ

特別ノ訴訟條件ヲ缺クトキハ訴訟法上特ニ妨訴抗辯ヲ爲スコトヲ許シタリ故ニ其訴訟條件ヲ知ラント欲セハ妨訴抗辯ノ如何ナルモノナルヤヲ會得セハ自カラ其條件ノ如何ヲ知ルヲ得ヘシ

妨訴抗辯ハ民訴第二百六條ニ之ヲ規定セリ該條ニ依レハ其抗辯ハ左ノ如シ

第一　無訴權ノ抗辯

第二　裁判所管轄違ノ抗辯

第三　權利拘束ノ抗辯

第四　訴訟能力ノ欠缺又ハ法定代理ノ欠缺ノ抗辯

第五　訴訟費用保證ノ欠缺ノ抗辯

第六　再訴ニ付キ前訴訟費用未濟ノ抗辯

第七　延期ノ抗辯

以上七個ノ抗辯ハ被告カ原告ノ請求自體ニ對シ爲ス所ノ抗辯ニアラスシテ原告ノ訴ニ對シ爲ス所ノ抗辯ナリトス而シテ其抗辯ノ効力タルヤ被告ハ本案ニ付テノ辯論ヲ拒ミ單ニ其抗辯ニ付キ辯論ヲ爲シ及ヒ裁判ヲ受クルノ權利ヲ有スルニ在リトス然レトモ其効力ヲ生セシメント欲セハ被告ハ左ノ條件ニ從ヒ其抗辯ヲ提出セサルヘカラス

(イ) 被告カ本案ニ付キ口頭辯論ヲ爲サヽル前ナルコト

(ロ) 同時ニ總テノ妨訴抗辯ヲ提出スルコト

是ナリ故ニ被告カ本案ニ付キ辯論ヲ始メタルトキハ最早妨訴抗辯ヲ提出スルコトヲ得サルモノトス然レトモ被告カ本案ニ付キ辯論ヲ始メタル後ニ於テモ抗辯ニシテ被告カ有効ニ拋棄スル能ハサルモノ即チ裁判所カ職權ヲ以テ調査

スヘキモノナルトキ又ハ被告ノ過失ニアラスシテ本案ノ辯論前ニ其抗辯ヲ提出スルコト能ハサリシコトヲ疏明スルトキハ尙ホ之ヲ提出スルコトヲ得ルモノトス

之ニ反シ被告カ同時ニ妨訴抗辯ヲ提出セサリシ場合ニ於テハ被告ハ其餘ノ抗辯ヲ提出スルノ權利ヲ失フヤ否ヤノ點ニ付テハ學者間ニ議論ノ存スル所ニシテ或ハ被告カ同時ニ抗辯ヲ提出セサルモ之カ爲メニ失權ノ結果ヲ受クルモノニアラサルコトヲ主張セリ「ゾイフエルト」「ペーテルゼン」「ザルヴアイ」「ヲステルロー」ノ如キ其說ヲ主張スルモノナリ之ニ反シ「ボルキヤノー」「ストルクマン」「コホ、ヘルムン」「ビウロー」「フイチチンク」「ヴアハ、ウイルモウスキー」及ヒ「レビイー」等ハ反對ノ說明ヲ爲セリ余ハ後說ニ加擔スルモノナリ

妨訴抗辯ニ基キ被告カ本案ニ付テノ辯論ヲ拒ミタルトキ又ハ裁判所カ妨訴抗辯ニ付キ別ニ辯論ヲ命シタル場合ニ於テ妨訴抗辯ヲ正當ト認ムルトキハ終局判決ヲ以テ訴ノ却下ノ言渡ヲ爲シ之ニ反シ其抗辯ヲ理由ナシト認ムルトキハ中間判決ヲ以テ其抗辯ヲ棄却スルモノトス

0022

妨訴抗辯ヲ棄却シタル中間判決ニ對シテハ特ニ上訴ヲ爲スコトヲ得ルモノトス(第二〇七條第二項)然レトモ之カ爲メ裁判所ハ本案ニ付キ裁判ヲ爲スノ權利ヲ妨ケラルルモノニアラサルナリ故ニ原告ノ申立ニ由リ裁判所ハ本案ニ付キ辯論ヲ命シ及ヒ裁判ヲ爲スコトヲ得ルモノトス妨訴抗辯ヲ棄却シタル中間判決ニ對シ已ニ上訴ノ提起アリタル場合ニ於テモ亦同一ナリトス

果シテ然ラハ妨訴抗辯ヲ棄却シタル中間判決ニ對シ控訴ノ提起アリタル場合ニ於テ控訴審ニ於テハ未タ判決ヲ爲ササル前ニ於テ第一審裁判所ハ本案ニ付キ判決ヲ爲スコトアルヘシ而シテ第一審裁判所カ本案ニ付キ判決ヲ爲シタル後第二審裁判所カ其控訴ヲ理由ナシトシテ棄却シタルトキハ毫モ不都合ヲ見スト雖モ第二審裁判所カ其控訴ヲ正當トシ妨訴抗辯ヲ正當ト認ムルトキハ訴ノ却下ヲ言渡スヘキモノトス此場合ニ於テ第一審裁判所カ本案ニ付キ爲シタル判決カ請求ノ理由ナシトシテ之ヲ棄却シタルトキハ實際上敢テ牴觸スル所ナキモ若シ其判決ニシテ請求ヲ正當ト認メタルトキハ其判決ハ第二審ノ判決ト全ク牴觸スルニ至ルモノトス然レトモ第一審裁判所カ本案ニ付キ爲シタル

判決ハ元來妨訴抗辯ノ理由ナキコトヲ豫想シタルモノニシテ若シ其妨訴抗辯ヲ以テ正當ナリト認ムルトキハ固ヨリ本案ニ付キ裁判ヲ爲スヘカラサルモノナルカ故ニ第一審裁判所カ本案ニ付キ爲シタル判決ハ妨訴抗辯カ正當ナリセハ其判決ハ無効ニ歸ストノ條件ヲ以テ爲シタルモノナリト云ハサルヲ得ス故ニ第二審裁判所ニ於テ妨訴抗辯ヲ正當ト認メタル以上ハ第一審ノ判決ハ全ク無効ニ屬スルモノニシテ其判決ハ當然無効ナルモノナリ故ニ實際ニ於テハ之カ爲メ毫モ不都合ヲ生セサルモノトス

各種ノ妨訴抗辯ニ付テハ名稱ニ依リ概子其意義ヲ知リ得ヘシト雖モ左ニ其大要ヲ說明セントス

第一　無訴權ノ抗辯ト稱スルハ文字上ニ於テハ其抗辯ノ性質ヲ知ルコト能ハサルモノノ如クナルモ妨訴抗辯ニ關スル訴訟法ノ規定ヨリ之ヲ推考スルトキハ獨語ニ所謂「ウンツーレスシヒカイト、デス、レヒツヴエヒス」ナル抗辯ニ相當スルモノニシテ原告ハ普通裁判所ニ訴ヲ起スノ權ナシトノコトヲ主張スル抗辯ナリ換言セハ原告ノ訴ハ特別裁判所ニ提起スヘキモノニシテ普通裁判所ニ提

0023

起スヘキモノニアラストノ抗辯ヲ意味シタルモノナリ故ニ其抗辯ニシテ正當ナリトセハ原告ノ訴ヲ却下スヘキモノニシテ裁判所ハ訴訟ノ本案ニ付キ裁判ヲ爲スノ權利及ヒ義務ヲ有セサルモノトス

第二　裁判所管轄違ノ抗辯トハ文字上顯ハレタルカ如キ意味ノ抗辯ニシテ裁判所ハ事物ノ管轄又ハ土地ノ管轄ヲ有セストノ抗辯ヲ云フモノナリ故ニ當事者間ニ於ケル合意ニ依リ裁判所カ管轄權ヲ有スル場合ハ格別然ラサレハ被告ハ本抗辯ヲ提出シテ訴ノ却下ヲ求ムルコトヲ得ルモノトス

第三　權利拘束ノ抗辯トハ權利拘束ノ効力ヲ說明シタル際已ニ陳述シタルカ如ク當事者ノ一方カ已ニ裁判所ニ權利拘束ト爲リタル訴訟ト同一ノ訴訟ヲ同一裁判所又ハ他ノ裁判所ニ本訴又ハ反訴トシテ提出シタルトキハ相手方ハ此抗辯ヲ爲シテ其訴訟ノ本案ニ付テノ辯論ヲ拒ムコトヲ得ルモノトス

第四　訴訟能力ノ欠缺又ハ法定代理ノ欠缺ノ抗辯トハ原告ハ訴訟能力ヲ有セス若クハ原告トシテ訴訟ヲ提起シタルモノハ其當事者本人ヲ代表スル法定代理權ヲ有セストノ抗辯ニシテ原告ノ訴訟代理人ハ其訴訟代理權ヲ有セストノ抗辯ヲ包含スルモノニアラス如何トナレハ訴訟代理權ヲ有セサル者カ原告ヲ代表セントスルモ其代理權ハ全ク無効ニシテ原告ハ口頭辯論ノ期日ニ代表セラレサルト一般ナリ隨テ其結果原告ハ期日ヲ懈怠シタルモノトシテ懈怠ノ結果ニ基キ訴ノ却下ヲ言渡サルル懼レアルモノトス故ニ訴訟代理權ノ欠缺ヲ以テ訴訟ノ本案ニ付テノ抗辯ヲ拒ムコトヲ得サルモノナリ

第五　訴訟費用保證ノ欠缺ノ抗辯トハ民事訴訟法第八十八條ノ規定ニ從ヒ保證ヲ立ツヘキ場合ニ於テ原告カ同法第八十七條ノ規定ニ從ヒ保證ヲ立テサル場合ニ於テ其保證ノ欠缺アリトノ抗辯ヲ爲シテ其訴訟ノ本案ニ付キ答辯ヲ爲スノ義務ヲ免ルルモノヲ云フ

第六　再訴ニ付キ前訴訟費用未濟ノ抗辯トハ原告カ取下ケタル訴ヲ再ヒ提起スルニ當リ曩キニ取下ヲ爲シタル訴訟ノ費用ヲ完濟セサリシ場合ニ於テ被告ハ其完濟ナキコトヲ抗辯トシテ訴訟ニ應スルコトヲ拒ムコトヲ得ルモノヲ云フ(第一九八條第五項)

民事訴訟法第九十條ノ規定ニ從ヒ裁判所カ定メタル期間内ニ被告カ保證ヲ立

テサルトキハ訴ヲ取下ケタルモノナリトノ判決ヲ爲スモノトス此場合ニ於テ原告カ其訴訟ニ付キ生シタル費用ノ完濟ヲ爲サスシテ再ヒ同一ノ訴ヲ起シタル場合ニ於テモ亦被告ハ此抗辯ヲ爲スコトヲ得ルモノトス

第七　延期ノ抗辯トハ第三者ノ名ヲ以テ物ヲ占有スルコトヲ主張スル者カ其物ノ占有者タルノ資格ニ於テ被告ト爲リタルトキハ本案ニ付キ辯論ヲ爲ス前第三者ヲ指名シ之ヲシテ陳述ヲ爲サシムル爲メ其呼出ヲ求ムルコトヲ得ルモノトス此場合ニ於テ被告ハ第三者カ陳述ヲ爲シ又ハ陳述ヲ爲スヘキ期日ノ終マテ本案ニ付テノ辯論ヲ拒ムコトヲ得ルモノナルカ故ニ被告ハ此抗辯ヲ爲スコトヲ得(第六二條)

又舊民法債權擔保編第二十四條ノ規定ニ依レハ保證人ハ檢索ノ利益ヲ用ヒタルト否ト分割ノ利益ヲ享クルト否トヲ問ハス訴追ヲ受ケタルトキハ第二十九條ニ明示シタル目的ヲ以テ債務者ヲ訴訟ニ參加セシムル爲メ本案ニ付テノ辯論前ニ民事訴訟法ニ定メタル方式及ヒ條件ニ從ヒ延期ノ抗辯ヲ以テ債權者ニ對抗スルコトヲ得ト規定セリ故ニ民事訴訟法ノ規定ニ於テハ右舊民法ニ規定セル延期ノ抗辯モ亦本抗辯ノ中ニ包含セラレタルモノナルノミナラス却テ其抗辯ヲ主トシテ規定シタルモノノ如シ然レトモ新民法ニ於テハ此ノ如キ抗辯ノ規定ナキヲ以テ民事訴訟法ニ於テ妨訴抗辯トシテ掲ケタル延期ノ抗辯ハ前掲民訴第六十二條ノ場合ニ限ルモノナルヘシ然レトモ本抗辯ノ性質タルヤ他ノ妨訴抗辯ト全ク同一ノモノニアラサルナリ如何トナレハ妨訴抗辯ナルモノハ之ニ因リテ訴ノ却下ヲ求ムルコトヲ得ルモノナルモ延期ノ抗辯ハ之ニ依リテ單ニ本案ニ付テノ辯論ノ延期ヲ求ムルコトヲ得ルニ過キサルモノナレハナリ右妨訴抗辯中ニハ被告ニ於テ有効ニ抛棄スルコトヲ得ルモノト否トノ別アリ而シテ有效ニ抛棄スルコトヲ得サル妨訴抗辯ハ裁判所ニ於テ職權ヲ以テ調査スヘキ事項ナルカ故ニ被告カ本案ニ付キ辯論ヲ始メタル後ト雖モ尙ホ之ヲ提出スルコトヲ得ルモノトス之ニ反シ被告カ有効ニ抛棄スルコトヲ得ルモノハ被告カ本案ニ付キ辯論ヲ始メタル後ハ之ヲ提出スルコトヲ得サルモノトス此ノ如ク被告カ抛棄スルコトヲ得ル妨訴抗辯ト抛棄スルコトヲ得サル妨訴抗辯トハ民訴第二百六條ニ於テハ之ヲ明示セスト雖モ民事訴訟法ノ規定ニ依リ

之ヲ推考スルトキハ被告カ有効ニ抛棄スルコトヲ得ル妨訴抗辯ハ左ノ如シ

(一) 裁判所管轄違ノ抗辯

本抗辯中當事者ノ合意ヲ以テ管轄ヲ定ムルコト能ハサルトキ即チ財産權上ノ請求ニ非サル訴訟又ハ專屬管轄ニ屬スル訴ナルトキハ法律上合意管轄ヲ許サルルカ故ニ其管轄違ノ抗辯ニ付テハ被告ハ有効ニ之ヲ抛棄スルコトヲ得サルモ其他ノ訴ニ付テハ民訴第二十九條及ヒ第三十條ノ規定ニ從ヒ合意管轄ヲ許スモノナルカ故ニ其管轄違ノ抗辯ヲ亦有効ニ抛棄スルコトヲ得ルモノトス

(二) 權利拘束ノ抗辯

本抗辯ハ被告カ抛棄スルコトヲ得ルモノナルコトハ民訴第百九十五條ニ依リ之ヲ知ルコトヲ得ヘシ如何トナレハ同條第二項第一號ノ規定ニ依レハ權利拘束ノ抗辯ヲ爲スト否トハ全ク被告ノ權能ニ屬スルコト明ナレハナリ

(三) 訴訟費用保證ノ欠缺ノ抗辯

訴訟費用ノ保證ハ全ク被告ノ利益ノ爲メ之ヲ立ツヘキモノナルカ故ニ其義務モ亦被告ノ求メニ因リテ生スルモノナルコトハ民訴第八十八條第一項ニ於テ之ヲ規定セリ故ニ被告ハ本抗辯ヲ抛棄シ得ルコトモ亦明ナリトス

(四) 前訴訟費用未濟ノ抗辯

本抗辯モ亦被告ニ於テ抛棄スルコトヲ得如何トナレハ民訴第百九十八條第五項ノ規定ニ依レハ被告カ其抗辯ヲ爲スト否トハ全ク其自由ニ放任セルヲ以テナリ

(五) 延期ノ抗辯

本抗辯モ亦民訴第六十二條舊民法債權擔保編第二十四條ニ於テ被告ノ自由ニ放任セルヲ以テ被告ハ其抗辯ヲ抛棄スルコトヲ得ルモノナリ

右(一)乃至(五)ノ抗辯ノ外ハ被告ニ於テ有効ニ抛棄スルコトヲ得サルモノトス即チ訴訟能力ノ欠缺及ヒ法定代理ノ欠缺ノ抗辯ハ被告ニ於テ抛棄スルコトヲ得スト如何トナレハ訴訟能力ノ欠缺又ハ法定代理ノ欠缺ハ民訴第四十五條ニ於テ裁判所カ職權ヲ以テ調査スヘキモノナルコトヲ規定シアレハナリ又訴カ司法裁判所ノ權限ニ屬スルモノナルヤ否ヤニ付キテハ裁判所ハ職權ヲ以テ調査ス

0026

ヘキモノナルコトハ法律上明文ナシト雖モ其性質上ヨリ推考スルトキハ固ヨリ職權調査ニ屬スルモノト云ハサルヲ得ス如何トナレハ特別裁判所ニ屬スル事項ハ普通裁判所ノ管轄ニ屬セサルモノナルノミナラス法律上其管轄ニ付テノ合意ヲ許シタルノ規定ナキヲ以テナリ故ニ該抗辯モ亦裁判所ノ職權調査ニ屬スルモノトス

以上陳述シタル所ノ妨訴抗辯即チ特別訴訟條件ニ屬セサル普通ノ訴訟條件ニ付テハ法律上特ニ本案ニ付テノ辯論ヲ妨クルノ効力ヲ特定セサルモノナルカ故ニ該條件ハ之ヲ妨訴抗辯ト同視スルコトヲ得ス

訴訟條件ニ付テノ辯論ニ關シテハ總テ本案ノ辯論ニ付テノ規定ヲ適用スヘキモノトス

第三欵　訴訟ノ本案ニ付テノ辯論

訴訟ノ本案ニ付キ辯論ヲ命スルニ先チ裁判所ハ先ツ訴訟條件ノ欠缺如何ノ調査ヲ爲ササル可カラス而シテ其訴訟條件中ニハ或ハ裁判所カ職權ヲ以テ調査スヘキモノト否トノ別アルヲ以テ其職權調査ノ事項ノ欠缺ニ基キ終局判決ヲ爲スニ足ルト認メサルトキハ裁判所ハ別ニ其點ニ付キ辯論ノ分離ヲ命スヘキモノニ非サルカ故ニ直チニ本案ニ付キ當事者ヲシテ辯論ヲ爲サシムルモノトス

之ニ反シ當事者カ妨訴抗辯ヲ提出シテ訴訟ノ本案ニ付テノ辯論ヲ拒ミタル場合ニ於テハ裁判所ハ先ツ其點ニ付キ裁判ヲ爲ササルヘカラス此場合ニ於テ裁判所カ其妨訴抗辯ヲ棄却シ而シテ其棄却ノ判決確定スルカ又ハ其判決確定セサルモ當事者カ本案ニ付キ進ンテ辯論ヲ爲サンコトヲ求メ且裁判所カ其申立ヲ適當ト認メタルトキハ當事者ヲシテ訴訟本案ニ付キ辯論ヲ爲サシムルコトヲ得

當事者ノ辯論ハ總テ訴訟ニ關スル事實上及ヒ法律上ノ關係ニ付テノ陳述ヲ包含スルモノナルヲ以テ相手方ヲ主張シタル事實ニ對シテハ當事者ハ互ニ陳述ヲ爲シ(第一〇一條)又相手方カ申出テタル證據方法ニ對シ互ニ意見ヲ陳述スヘキモノトス(第二一三條)而シテ其陳述タルヤ單ニ不知ヲ以テ答フルヲ許ササルモノニシテ必スヤ其事實ヲ認ムルカ若クハ之ヲ否認セサルヘカラス然レトモ當事

者自己ノ行爲ニ非サルカ又ハ自ラ實驗シタル事實ニ非サルトキハ當事者ハ單ニ不知ヲ以テ答フルヲ得此ノ場合ニ於テハ不知ヲ以テ答ヘタル事實ハ法律上當事者カ爭ヒタルモノト看做スカ故ニ(第一一一條第三項)其事實ヲ主張セントスル者ハ此カ立證ヲ爲ササルヘカラス之ニ反シ相手方ノ主張ニ對シ當事者カ何等ノ陳述ヲ爲ササルトキハ他ノ陳述ニ因リ其事實ヲ爭フノ意思ノ顯ハレサル限リハ法律上當事者ハ其事實ヲ自白シタルモノト看做セリ(第一一一條第二項)然レトモ其自白タルヤ普通ノ自白ト全ク同一ニ非スシテ當事者ハ後日ニ至リ其事實ニ對スル陳述ヲ追完スルコトヲ得故ニ辯論續行ノ期日ニ於テ陳述ヲ爲シ又ハ第一審ニ於テ相手方カ主張シタル事實ニ對シ陳述ヲ爲ササリシトキト雖モ第二審裁判所ニ於テ其事實ニ對シ陳述ヲ爲スヲ得ルモノトス(第一〇九條第四一七條)

辯論ハ之ヲ二種ニ區別スルコトヲ得即チ原告ノ辯論及ヒ被告ノ辯論是ナリ

第一　原告ノ辯論ハ先ツ訴狀ニ掲ケタル事項ヲ口頭ヲ以テ之ヲ演述スルニ在リ而シテ其演述ヲ爲スニハ書類ノ援用ヲ許サス但シ特ニ文字上ノ趣旨ヲ必要トスルトキハ其部分ノミヲ援用スルコトヲ妨ケス

訴狀ニ掲ケタル事項ハ右口頭演述ニ依リテ始メテ其効力ヲ有ス詳言セハ其演述ニ依リテ始メテ裁判所ノ判定ヲ受クルニ至ル而シテ其演述スヘキ事項ハ左ノ如シ

(イ)　一定ノ申立及ヒ請求ノ原因

一定ノ申立ハ民訴第二百二十二條ノ規定ニ從ヒ書面ヲ朗讀シテ之ヲ爲スヘキモノナルコト勿論トス然レトモ請求ノ原因即チ一定ノ申立ノ由テ生スル所ノ事實關係ニ付テハ全ク書面ニ依ラスシテ其演述ヲ爲ササルヘカラス

右訴狀ニ掲ケタル事項ニ關シテハ當事者ハ訴ノ原因ヲ變更セサル以上ハ事實上又ハ法律上ノ陳述ヲ補充若クハ更正シ申立ヲ擴張若クハ減縮シ又ハ最初求メタル物ノ滅盡ニ因リ其代償ヲ求ムルコトヲ得此場合ニ於テハ其新ナル訴ハ原告カ口頭辯論ニ於テ其申立ヲ爲シタルトキニ於テ提起セラレタルモノト看做スヘキモノトス原告カ民訴第百九十五條第三號但書ノ規定ニ從ヒ訴ノ變更ヲ爲シタルトキニ於テモ亦同一ナリ(第一一二條)

(ロ)　證據方法ノ申出

當事者カ主張シタル事實ヲ相手方ニ於テ認メサルトキハ其事實ヲ主張セントスル者ハ之カ立證ヲ爲サ「サル」ヘカラス故ニ其立證ノ爲メニ必要ナル證據方法ノ申出ハ口頭ヲ以テ陳述セサルヘカラス

證據方法ノ申出ハ單ニ人證若クハ證書ト云フカ如ク其方法ノミヲ申出ツルヲ以テ足レリトスルニ非スシテ其方法ヲ特定スルニ必要ナル表示ヲ爲ササルヘカラス例ヘハ證人若クハ鑑定人ノ氏名書證ノ種類等ノ表示ノ如キ是ナリ

右ノ外當事者ハ裁判ヲ爲スニ要スル法文若クハ規則ヲ摘示スルヲ要セス如何トナレハ法文ノ適用ハ裁判所カ職權ヲ以テ之ヲ爲スヘキモノナレハナリ但當事者ニ於テ其明文ヲ陳述スルハ辯論トシテ爲シ得ヘカラサルセノニ非サルナリ

第二　被告ノ辯論モ亦書面ニ依ラスシテ口頭ヲ以テ其答辯ノ旨趣ヲ明カニスルニ在リ而シテ其答辯ハ原告ノ請求ヲ認諾スルカ又ハ之ヲ拒絶スルカノ二途ニ出テサルヲ得ス原告ノ請求ヲ認諾スルトキハ敢テ其後ノ辯論ヲ要セサルモノナルモ原告ノ請求ヲ拒絶スルトキハ其結果トシテ原告ノ請求ノ棄却ヲ求ムルニ至ル而シテ請求ノ棄却ヲ求ムルニハ或ハ單ニ請求ノ原因ヲ否認シ若クハ其原因ニ反スル事實關係ヲ主張スルコトアリ或ハ請求ノ原因ヲ認メテ而モ其法律上ノ結果ヲ否認スルコトアリ或ハ請求ノ原因及ヒ其法律上ノ結果ヲ認ムルモ其法律上ノ結果ヲ打消スニ足ルヘキ新ナル事實ヲ主張スルコトアリ此等ノ抗辯ハ被告ニ於テ同時ニ之ヲ主張スルコトヲモ得即チ假定ノ抗辯トシテ右數個ノ抗辯ヲ同時ニ爲スコトヲ得

又被告ハ原告カ申出テタル證據方法ニ付キ陳述ヲ爲ササルヘカラス即チ證人ハ當事者ト親族ノ關係アルコト相手方カ援用セントスル書證ニ於テ其主張ノ如キ記載アルモ判決ニ必要ナラサルコト等ノ抗辯ヲ爲シ且自ラ主張セントスル事實ニ付テノ證據方法ノ申出ヲ爲スヘシ

右被告ノ陳述ニ付テハ原告ニ於テ更ニ陳述ヲ爲シ其陳述ニ付テハ被告ニ於テ更ニ陳述ヲ爲シ此ノ如クシテ訴訟カ裁判ヲ爲スニ熟シタリト認ムルトキハ裁判長ニ於テ辯論ヲ閉チ裁判ノ言渡ヲ爲スモノトス

然レトモ右等ノ陳述ハ必スシモ順序ニ從ヒ之ヲ爲ササルヘカラサルニ非スシ

ヲ當事者ハ口頭辯論ノ終結ニ至ル迄ハ自由ニ陳述ヲ爲シ或ハ曩ニ申立テサル事實ヲ追完シ或ハ曩ニ申立テタル事實ノ補充ヲ爲スコトヲ得

第五節　證據調

第一款　總論

第一則　證據

訴訟法上證據ナル語ハ二樣ノ意義ヲ包含ス即チ立證及ヒ立證ノ結果是ナリ

第一　立證　立證トハ當事者間ノ爭ニ係ル重要ナル事實ニシテ裁判所ニ於テモ疑ノ存スルモノヲシテ其疑ナカラシムル訴訟上ノ行爲ヲ云フ

裁判所ヲシテ事實ニ付テノ疑ヲ解カシムルニハ裁判所ヲシテ其事實ニ付キ充分ナル心證ヲ得セシムルカ又ハ法律上定メタル條件ニ從ヒ立證ヲ爲スカニ在リ而シテ法律上定メタル條件ニ從ヒ立證ヲ爲シタルトキハ裁判所ハ自ラ事實ニ付キ充分ノ心證ヲ得サルトキト雖モ法律上其事實ヲ以テ眞實ナリト認メサルヲ得ス

此ノ如ク裁判所ノ心證如何ニ拘ラス法定ノ方式ニ從ヒ立證ヲ爲ササルヘカラストノ制度ハ學理上之ヲ形式證據法ト云フ之ニ反シ特ニ法定ノ方式ヲ定メス單ニ裁判所ノ心證如何ニ依リテ立證ノ責ヲ盡サシムルモノハ之ヲ實体證據法ト云フ

右二種ノ制度タルヤ各利害アリ即チ形式證據法ニ於テハ事實ノ眞相ニ反シ裁判ヲ爲スノ弊ヲ免カレス之ニ反シ實体證據法ニ於テハ判事ノ擅恣ヲ來サシムルノ恐ナシト云フヲ得ス然レトモ學說上ニ於テハ近時多ク實体證據法ニ依ルヘキコトヲ主張スルニ至リタルモ而モ尙ホ法律上ニ於テ實體證據法ノ主義ヲ全部貫徹セシメタルモノナシ獨逸民事訴訟法ニ於テモ未タ全ク其實體證據法ノ主義ヲ貫徹セシメス或場合ニ於テハ尙ホ形式證據法ニ依ルモノアリ我國ニ於テハ未タ證據法ノ設ナシト雖モ實際ニ於テハ主トシテ實體證據法ニ依ルモノノ如シ是ヲ以テ今回民事訴訟法ヲ改正スルニ當リテモ亦其一部トシテ證據法ニ關スル原則ヲ掲ケ主トシテ實體證據法ニ依ラシムルヲ正當トス

然レトモ訴訟ニ於テ實體證據法ヲ採用スルモ之ニ依リテ裁判ハ全然事實ノ眞相ニ基キテ爲スヘキコトヲ目的トシタルモノナリト云フヲ得サルヘシ蓋シ當事

者ノ辯論主義ニ基ク民事訴訟ニ在リテハ事實ノ絶對ノ眞實ハ之ヲ求ムルノ餘地ナキモノニシテ裁判所ノ職權調査ヲ爲スヘキ訴訟ヲ除キテハ裁判所ハ當事者カ主張スル事實ニ羈束セラルルノミナラス眞誠ノ事實ヲ主張スル當事者トヽ雖モ立證ノ責任ヲ有スルニ拘ラス之カ立證ヲ爲ササルトキハ裁判所ハ敗訴ノ言渡ヲ爲ササルヘカラス故ニ假令實體證據法ニ依ルモ民事訴訟ニ在リテハ到底絶對ノ眞相ニ基キ裁判ヲ爲スヲ得ス

立證ハ訴訟行爲ニシテ訴訟ニ付テノ辯論ノ一部ヲ成スモノナリ然レトモ其立證ノ結果ハ全ク裁判所カ其立證行爲ニ因リテ生スル事項ニ基キテ爲ス所ノ判定ニシテ固ヨリ辯論ニ屬スルモノニ非ス

立證ノ目的ヲ達スルニハ證據方法ニ依ラサル可カラス而シテ訴訟法ニ於テ認メラレタル證據方法ハ五アリ人證、書證、鑑定、檢證及ヒ本人訊問是ナリ此方法ニ依リ立證ノ目的ヲ達シ得ヘキモノナルトキハ擧證者ハ裁判所ニ對シ其方法ニ依リテ心證ノ原因ヲ與フルモノナリ故ニ一個ノ事實ヲ證スルニ當リテモ其心證ノ原因ハ必ス一個ニ止マラスシテ數個ノ心證原因ヲ與フルコトアリ

立證ハ裁判所カ疑ヲ存スル事實ニ付キ之ヲ爲ササルヘカラス而シテ當事者間ノ爭ニ係ル事實ハ概チ裁判所ニ於テ疑ヲ存スル事實ナリ故ニ相手方カ自白シタル事實ノ外ハ當事者ニ於テ立證ヲ爲ササルヘカラス然レトモ左ノ事項ニ付テハ當事者ハ立證ノ責ヲ有セス

(イ) 裁判所ニ於テ顯著ナル事實(第二一八條)

(ロ) 民法上ノ推定事實但反對ノ證據ヲ許スモノト否トヲ問ハス又反證ヲ許ス推定ニ付キ相手方カ立證ヲ爲シタルトキハ當事者ハ普通ノ方法ニ依リ立證ヲ爲スヘキモノトス

(ハ) 辯論ノ全旨趣ニ依リ特別ノ立證ヲ要セスシテ眞實ナルヤ否ヤニ付キ裁判所カ充分ナル心證ヲ得タル事實(第二一七條)

第二　立證ノ結果　心證ノ原因ヨリ生スル結果ニ付テハ判事ハ自由ナル判定權ヲ有ス故ニ事實ヲ眞實ト認ムヘキヤ否ヤハ全ク判事ノ自由ノ心證ニ委ネタルモノナリ

然レトモ判事ヲシテ事實ノ認定上ニ於テ全ク自由ノ判定權ヲ有セシムルトキ

0031

ハ或ハ其認定權ヲ濫用スルノ恐ナシトセス然レトモ判決ニ於テハ其認定ノ理由ヲ掲クヘキモノナルヲ以テ之ニ依リテ多少其濫用ヲ防クノ目的ヲ達スルコトヲ得ヘシ

事實ヲ眞實ナリトスル判事ノ認定ハ必スシモ事實ノ絶對ノ眞實ヲ得タルモノニ非ス寧ロ絶對ノ眞實ニ近キヲ認ムルモノニシテ通常其反對ヲ證スルコトハ事實上爲シ得ヘカラサルカ故ニ之ヲ以テ事實ノ眞實ヲ立證シ得タリト看做シタルモノナリ

第二則　立證ノ責任

自己ノ申立ヲ貫徹セシムルニハ其申立ノ由テ生スル事實ヲ主張セサルヘカラス而シテ相手方ニ於テ其事實ヲ爭フタルトキハ先ツ裁判所ヲシテ其事實ヲ眞實ト認メシムルニ非サレハ申立ノ目的ヲ達スルヲ得ス故ニ相手方ニ於テ申立ニ必要ナル事實ヲ爭フ場合ニ於テハ其事實ヲ主張スル者ニ於テ之ヲ證スルノ責任ヲ有ス

然レトモ如何ナル事實ハ之ヲ立證スルノ必要アルカハ當事者ニ於テ判定スヘ

ヲモ後見人カ隨意ニ定ムルコトヲ許ルサス若シ後見人カ之ヲ信用ナキ所ニ寄託スルトキハ被後見人ノ爲メ安固ヲ圖リテ却テ其不利益ト爲ル可ケレハ其寄託ス可キ場所ハ親族會ノ同意ヲ得テ後見人之ヲ定ムルコトヽセリ

後見人カ親族會ノ定メタル額ニ達シタル金額ヲ相當ノ期間内ニ寄託セサルトキハ之ニ對スル制裁ナカル可カラス此場合ニ於テ後見人ハ其期間ヲ經過シタル時ヨリ其法定ノ利息(第四〇四條ノ規定ニ依リ一个年五分ナリ)ヲ拂フコトヲ要ス

財産ノ狀況ヲ報告スル義務(第九二八條)

指定後見人及ヒ選定後見人ハ毎年少クトモ一回被後見人ノ財産ノ狀況ヲ親族會ニ報告スルコトヲ要ス(人事編第一九二條、第二二六條、第二二八條)

親族會ハ後見人ヲ監督スル職務ヲ有スレトモ被後見人ノ財産ノ狀況ヲ詳悉セサルトキハ果シテ後見人カ適當ニ其任務ヲ盡セルヤ否ヲ知ルコト能ハサル場合多シ若シ後見人ハ其任務ノ終了シタル時之ヲ一時ニ報告スルヲ以テ足レリトスルトキハ後見人ノ任務ハ十數年モ繼續スルコトアル可ケレハ其間ニ如何

0032

ナル私曲ヲ行フモ之ヲ知ルコト難クシテ遂ニ後見人ノ不利益ト爲ル可キヲ以テ毎年少クトモ一回財産ノ狀況ヲ報告ス可キモノト爲シタルナリ而シテ此ノ如クスルトキハ獨リ被後見人ノ利益タルノミナラス後見人自身ノ利益トモ爲ル可シ何ントナレハ後見人ハ毎年少クトモ一回ノ報告ヲ爲ストキハ之ヲ以テ一年間ノ責任ヲ解除セラルヽ可ケレハナリ

法律カ此義務ヲ獨リ指定後見人(第九〇一條)及ヒ選定後見人(第九〇四條)ニ負ハシメ父、母(配偶者)又ハ戸主ノ如キ法定後見人(第九〇二條、第九〇三條)ニ之ヲ負ハシメサルハ如何此等ノ後見人ハ一ハ自然ノ愛情ニ基クカ故ニ私曲ヲ行フコトアルハ稀レナリト推定シ又一ニハ此等ノ法定後見人ハ法律上當然後見人タル義務アルモノニシテ如何ナル場合ニモ報酬ヲ請求スルコトヲ得サルカ故ニ之ニ本條ノ義務ヲ負ハシムルハ酷ニ失スルトヲ以テナリ

重大ナル行爲ニ付キ親族會ノ同意ヲ得ル義務(第九二九條)

後見人カ被後見人ニ代ハリテ營業若クハ第十二條第一項ニ掲ケタル行爲ヲ爲シ又ハ未成年者ノ之ヲ爲スコトニ同意スルトキハ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス但元本ノ領收ニ付テハ此限ニ在ラス(人事編第一九三條、第一九四條、第二二九條)

本條ハ後見人ノ代理權及ヒ同意權ノ制限ノ一タリ蓋シ後見人ハ第九百二十三條ニ依リ被後見人ノ財産ニ付テハ概括的權限ヲ有シ又第四條ニ依レハ未成年者カ法律行爲ヲ爲スニ付キ同意ヲ與フル權利ヲ有スト雖モ後見人カ如何ナル重大ナル行爲ト雖モ之ヲ其獨斷ニテ爲シ又ハ爲サシムルコトヲ得ルモノトスルトキハ甚タ危險ニシテ被後見人ノ不利益タル可キヲ以テ本法ニ於テハ後見人ノ專横ヲ防カンカ爲メニ後見人カ被後見人ニ代ハリテ營業ヲ爲シ又ハ未成年者カ之ヲ爲スニ同意ヲ爲ス場合及ヒ後見人カ被後見人ニ代ハリテ第十二條第一項ニ掲ケタル行爲(準禁治産者カ其保佐人ノ同意ヲ得テ爲ス行爲即チ(一)元本ヲ領收シ又ハ之ヲ利用スルコト(二)借財又ハ保證ヲ爲スコト(三)不動産又ハ動産ニ關スル權利ノ得喪ヲ目的トスル行爲ヲ爲スコト(四)訴訟行爲ヲ爲スコト(五)贈與、和解又ハ仲裁契約ヲ爲スコト(六)相續ヲ承認シ又ハ之ヲ抛棄スルコト(七)贈與若クハ遺贈ヲ拒絶シ又ハ負擔附ノ贈與若クハ遺贈ヲ受諾スルコト(八)新

0033

築、改築又ハ大修繕ヲ爲スコト(九第六百二條ニ定メタル期間ヲ超ユル賃貸借ヲ爲スコト)ヲ爲シ又ハ未成年者カ之ヲ爲スニ同意ヲ爲ス場合ニハ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要スルモノト爲セリ而シテ第十二條ニ列擧シタル行爲ハ孰レモ重大ナルモノナレトモ是レ民法總則編ノ講義ニ依リテ判明ス可キヲ以テ茲ニハ別ニ説明セサルナリ唯タ同條ノ規定ト異ナル所ハ茲ニ叙述セサル可カラス即チ同條第一項第一號ノ前半タル元本ヲ領收スルコトハ準禁治産者カ之ヲ爲スニハ其保佐人ノ同意ヲ得ルコトヲ要スルト爲シタルモ後見人カ被後見人ノ爲メニ之ヲ領收スル場合ニ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要セサルモノト爲シタルハ他ナシ準禁治産者カ其獨斷ニテ元本ヲ領收スルコトヲ得ルモノトスルトキハ往々損害ヲ被ムルコトアラン然レトモ後見人カ被後見人ニ代ハリテ之ヲ領收シタリトテ被後見人ニ損害ヲ醸成スルノ虞レナク若シ元本ヲ領收スル場合ニ一々親族會ノ同意ヲ得可キコトヽスルトキハ甚タ煩ニ堪ヘサルモノニシテ却テ被後見人ノ不利益タル可キヲ以テ但書ヲ加ヘタルナリ

後見人ノ能力ノ制限

(一)後見人カ被後見人ノ財産又ハ被後見人ニ對スル第三者ノ權利ヲ讓受クタルトキハ被後見人ハ之ヲ取消スコトヲ得此場合ニ於テハ第十九條ノ規定ヲ準用ス

前項ノ規定ハ第百二十一條乃至第百二十六條ノ適用ヲ妨ケス(人事編第一九五條、財産取得編第三七條、第三八條)

後見人自身ノ利益ト被後見人ノ利益ト相反スル場合ニ於テハ自己ノ利益ヲ圖ルハ人情ノ常ナルカ故ニ後見人カ被後見人ノ財産ヲ讓受クルコトヲ得ルトスルトキハ低價ニ之ヲ讓受クルノ虞アルノミナラス或ハ被後見人ノ爲メニ保存ス可キ財産ヲモ讓受クル等被後見人ノ損害ト爲ル可キ弊害ヲ生スルニ至ル又被後見人ニ對スル第三者ノ權利例之ヘハ第三者カ被後見人ニ對シテ有スル債權ヲ讓受クルコトヲ得ルモノトスルトキハ後見人ハ其債權ニ付テハ爭アル場合ニモ之ナキ如クシ被後見人ノ爲メニ利益ト爲ル可キ證據物ハ總ヘテ之ヲ堙滅シ以テ自己ノ利益ヲ圖ルノ虞アリ故ニ此等ノ事ハ共ニ避ク可キモノニシテ諸國ノ立法例ニ於テハ往々全ク此行爲ヲ禁スルモノアリ人事編ノ如キモ後見

0034

人ハ未成年者ノ財産又ハ未成年者ニ對スル權利ヲ讓受クルコトヲ得ストシ解釋上其行爲ハ全ク無効ト爲シタレトモ本法ハ之ヲ絶對ニ禁示セスシテ此場合ニ於テ被後見人ハ其讓渡ヲ取消スコトヲ得ルモノトセリ蓋シ後見人カ被後見ノ財産又ハ之ニ對スル權利ヲ讓受ケタル場合カ必スシモ被後見人ノ不利益ト爲ルモノニ非スシテ却テ往々其利益ト爲ルコトアル可ケレハ之ヲ絶對ニ禁示ス可キ必要ナキカ故ニ以上ノ如ク取消スコトヲ得ルニ止メタリ

本條ノ規定ハ後見人カ讓渡行爲ヲ爲シタル場合即チ契約ニ因リテ被後見人ノ財産又ハ之ニ對スル權利ヲ受ケタル場合ニノミ適用ス可キモノニシテ後見人カ相續、遺贈等ニ因リテ其權利ヲ取得シタルトキハ其行爲ナキカ故ニ被後見人ニ於テ之ヲ取消スコトヲ得サルヤ論ヲ俟タサルナリ

本條ノ取消權ハ無能者ノ行爲ノ取消ト其性質ヲ同ウスルカ故ニ無能力者ノ行爲ニ關スル第十九條ノ規定ヲ此場合ニ準用スルコトヽスルハ至當ナリ故ニ後見人ハ被後見人カ能力者ト爲リタル後之ニ對シ又ハ其能力者ト爲ル以前ニ於テハ其後任後見人ニ對シテ一ヶ月以上ノ期間内ニ其取消スコトヲ得可キ行爲ヲ追認スルヤ否ヤヲ確答ス可キ旨ヲ催告シ其期間内ニ確答ヲ爲サヽルトキハ之ヲ追認シタルモノト看做ス又第百二十一條乃至第百二十六條ニ掲ケタル取消權ニ關スル一般ノ規定即チ其取消ノ効力、其行爲ノ追認、取消及ヒ追認ノ方法、取消權ノ消滅時効ノ如キハ總ヘテ總則ノ規定ニ依ル可キハ當然ナルカ故ニ之ニ依ル可キコトヽシタリ

(二)第九百三十一條後見人ハ親族會ノ同意ヲ得ルニ非サレハ被後見人ノ財産ヲ賃借スルコトヲ得ス(人事編第一九六條)

後見人カ被後見人ノ財産ヲ其獨斷ニテ賃借スルコトヲ得ルモノトスルトキハ自己ノ利益ヲ圖ルカ爲メニ廉價ニ借受クルノ虞アリ然レトモ他ノ者カ借受クルト同樣若クハ之ヨリ一層被後見人ノ爲メニ利益ナル條件ヲ以テ賃借スルトキハ被後見人ノ爲メニ利益アルコトアルモ不利益ナルコトナレハ此ノ如キ場合ニハ後見人カ賃借スルコトヲ許ルスモ可ナリ故ニ法律ハ後見人カ被後見人ノ財産ヲ賃借スルコトヲ絶對ニ禁示セスシテ親族會ノ同意ヲ得可キモノトセリ

0035

本條ニ規定スル賃借ハ不動産タルト動産タルトヲ問ハス總ヘテ之ヲ包含スルナリ人事編幷ニ佛民法(第四五〇條第三項)ノ如キハ之ヲ不動産ノ賃借ニ限リタレトモ被後見人ノ動産タリトモ後見人カ其獨斷ニテ之ヲ賃借スルコトヲ得ルモノトスルトキハ矢張リ被後見人ノ爲メニ不利益タル可キヲ以テ本法ハ其範圍ヲ廣メ之ヲ財産ト爲シタリ

本條ノ規定ニ依リテ後見人カ被後見人ノ財産ヲ賃借スルトキハ後見人ハ被後見人ヲ代表セス此場合ニ於テハ被後見人トノ利益相反スルヲ以テ被後見人ヲ代表スル者ハ第九百十五條第四號ノ規定ニ依リテ後見監督人タルコト言フヲ俟タサルナリ

後見人カ任務ヲ曠タシタル場合ニ於ケル處置(第九三二條)

後見人カ其任務ヲ曠クスルトキハ親族會ハ臨時管理人ヲ選任シ後見人ノ責任ヲ以テ被後見人ノ財産ヲ管理セシムルコトヲ得(人事編第一六三條)

後見ハ公義務ニシテ其任務ヲ負擔ス可キ者カ擅ニ之ヲ避クルヲ得サルコトハ曩キニ第九百七條ニ於テ說キタルカ如シ然レトモ後見ハ其任務ニ就ク者ヲシテ作爲ノ責ヲ負ハシムルモノナレハ後見人カ其任務ヲ怠リテ之ヲ盡サヽル場合ニ於テハ法律上後見ハ單ニ之ヲ辭スルコトヲ得サルモノト定ムルノミニテハ未タ以テ足レリトセス尙ホ其上之ニ加フ可キ制裁ナカル可カラス而シテ後見人カ任務ヲ盡サヽルトキハ之ニ因リテ生スル損害ハ固ヨリ之ヲ賠償ス可キ責(第九三六條,第六四四條)アリト雖モ損害賠償ハ固ト既ニ生シタル場合ノ救濟法タルニ過キサレハ損害ヲ未發ニ防キ以テ被後見人ヲ保護スルノ方法ナカル可カラス是ニ於テ法律ハ後見人カ其任務ニ就カス又ハ一旦其任務ニ就キタル後ト雖モ其任務ヲ曠クスルトキハ親族會ハ臨時管理人ヲ選任シ之ヲシテ被後見人ノ財産ヲ管理セシムルコトヲ得ルモノトシ而シテ此場合ニ於テ後見人ハ其臨時管理人ノ行爲ニ付テハ責任ヲ負フ可キモノトシタリ人事編(第一六三條)ハ此場合ニ後見人ハ代務者ノ管理ノ費用ヲモ負擔ス可キモノトシタレトモ此費用ハ何人カ管理シタリトテ必ス要スルモノナレハ是レ被後見人ノ財産中ヨリ支辨ス可キモノトシテ後見人ノ負擔ト爲サヽリシ所以ナリ而シテ外國ニ於テモ此ノ如キ場合ニ後見人ヲシテ費用ヲ負擔セシムルモノアルヲ見サル

ナリ

法律ハ臨時管理人カ被後見人ノ財産ヲ管理スルニ當リ過失アリタルトキハ後見人其責ニ當ル可キモノトシタルカ故ニ其過失ヨリ生シタル損害ハ被後見人ハ之ヲ其過失者ニ對シテ請求スルコトヲ得ルハ勿論ナレトモ後見人ニ對シテモ請求スルコトヲ得可キナリ而シテ此場合ニ於テ後見人カ過失者タル管理人ニ對シテ其賠償ヲ請求スルコトヲ得可キハ勿論ナリ

臨時管理人ノ權限ハ被後見人ノ財産ノ管理ニ止マリ其身分上ノ事ニハ關セサルナリ例之ヘハ教育ノ方法ヲ定メ居所ヲ指定シ又ハ懲戒ヲ爲スコト等ハ管理人ノ權限ニ非サルナリ又財産ニ關シテモ管理行爲以外ニ於テハ管理人ハ權限ヲ有セス例之ヘハ被後見人ニ代ハリテ法律行爲ヲ爲シ又ハ被後見人カ其行爲ヲ爲スニ同意ヲ與フルコトノ如キ是ナリ故ニ若シ後見人カ此等ノ事ニ關シテ其任務ヲ曠クシタルトキハ裁判所ニ請求シテ之ヲ免黜スルヨリ外アラサルナリ(第九〇八條第八號)

後見人ノ擔保提供ノ義務(第九三三條)

親族會ハ後見人ヲシテ被後見人ノ財産ノ管理及ヒ返還ニ付キ相當ノ擔保ヲ供セシムルコトヲ得(擔保編第二〇四條第一項第二號、第二一七條、第二二七條)

本條ハ夫カ妻ノ財産ヲ管理スル場合ニ於テ必要アリト認メタルトキ其財産ノ管理及ヒ返還ニ付キ夫ヲシテ相當ノ擔保ヲ供セシムルコトヲ規定シタル第八百三條ト其趣旨ヲ同ウス蓋シ後見人ハ被後見人ノ財産ヲ管理スルヲ以テ其過失又ハ故意ニ因リ被後見人ニ損害ヲ加フ可キ危險アルヲ以テ被後見人保護ノ爲メ親族會ハ後見人ヲシテ被後見人ノ財産ノ管理及ヒ返還ニ付キ相當ノ擔保ヲ供セシムルコトヲ得ルモノトセリ若シ此規定ナキトキハ後見人カ管理ノ當ヲ失シ又ハ濫リニ被後見人ノ財産ヲ費消シタル場合ニ於テハ後見終了ノ後被後見人ハ後見人ヨリ其財産ノ返還ヲ受クルコト能ハスシテ損失ヲ受クルニ至ル是ヲ以テ此規定ヲ設ケタリ而シテ本法ニ於テ此義務ヲ後見人ニ對スル定義ト爲サスシテ親族會カ必要ト認ムル場合ニ限リ相當ノ擔保ヲ供セシム可キモノトシタレハ最モ實際ニ適セリ然ルニ舊民法(擔保編第二〇四條)及ヒ佛民法(第二一二一條)ノ如キハ被後見人ハ妻カ夫ニ對シテ法律上ノ抵當權ヲ有スルト同シク

0037

後見人ノ總不動産ノ上ニ當然抵當權ヲ有シ之ヲ登記シテ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルモノトシタレトモ常ニ此ノ如クスルトキハ後見人ハ其不動産ノ融通ヲ妨ケラレ其迷惑尠少ナラサルナリ殊ニ富裕ナル温厚ノ後見人ニ對シテハ必シモ擔保ヲ供セシム可キ要アラス又其擔保ハ法律上ノ抵當即チ不動産ニ限レルカ故ニ不動産ヲ有セサル後見人ハ擔保ヲ供セサルモ可ナルモノニシテ此ノ如キハ被後見人ノ保護トシテハ宜キヲ得サルヲ以テ本法ハ此ノ如キ場合ニ法律上ノ抵當ヲ認メスシテ必要ナル場合ニ相當ノ擔保ヲ供セシム可キモノトシタル所以ナリ故ニ或ハ保證人ヲ立テシメ或ハ有價證券ヲ供セシメ或ハ抵當權若クハ質權ヲ設定セシムルコトヲ得可キナリ

戸主權及ヒ親權ノ代理行使(第九三四條)

被後見人カ戸主ナルトキハ後見人ハ之ニ代ハリテ其權利ヲ行フ但家族ヲ離籍シ其復籍ヲ拒ミ又ハ家族カ分家ヲ爲シ若クハ廢絶家ヲ再興スルコトニ同意スルニハ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス

後見人ハ未成年者ニ代ハリテ親權ヲ行フ但第九百十七條乃至第九百二十一條及ヒ前十條ノ規定ヲ準用ス(人事編第二五七條)

被後見人カ戸主ナル場合ニ於テ後見ニ付セラルヽ者ニシテ自カラ戸主權ヲ行フコトヲ得トスルハ甚タ道理ニ適セサルヲ以テ此場合ニ於テハ後見人代ハリテ其戸主權ヲ行フコトトシタリ而シテ父又ハ母カ未成年ノ子ニ代ハリテ戸主權ヲ行フ場合(第八九五條)ニ於テハ父又ハ母ニ對シテ別ニ戸主權ニ制限ヲ設ケサレトモ後見人カ代ハリテ戸主權ヲ行フ場合ニハ(一)家族ヲ離籍シ(第七四九條第三項、第七五〇條第二項若クハ其復籍ヲ拒ム(第七五〇條第二項)トキ(二)家族ノ分家若クハ廢絶家再興ニ同意スル(第七四三條)トキハ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要スルモノトセリ蓋シ此等ノ場合ハ孰レモ事重大ニ渉ルカ故ニ之ヲ後見人ノ獨斷ニ委セサルコトヽ爲シタルナリ

未成年者カ親ナル場合ニ於テ自身親權ニ服シナカラ其子ニ對シテ親權ヲ行フコトヲ得ルモノトスルハ戸主權ニ於ケルカ如ク道理ニ適セサルヲ以テ此場合ニ於テハ其未成年者ニ對シテ親權ヲ行フコトヽシタレトモ(第八九五條其未成年者ニ對シテ親權ヲ行フ者ナキ場合ニ於テモ自身後見ニ付セラレナカラ其子

0038

ニ對シテ親權ヲ行フコトヲ得ルトスルハ同シク不道理ナルヲ以テ此場合ニハ後見人代ハリテ親權ヲ行フコトヽシタリ而シテ後見人カ親權ヲ行フ場合ハ親カ自カラ之ヲ行フ場合ト異ナリテ法律ハ種々ノ制限ヲ設ケタリ何ントナレハ後見人カ未成年者ニ代ハリテ親權ヲ行フ場合ニ於テハ未成年者ノ爲メニ其任務ヲ行フ場合ニ於ケルヨリ一層大ナル信任ヲ爲ス可キ謂ハレナキヲ以テナリ故ニ其後見ノ任務ニ付キ設ケタル制限ハ總ヘテ茲ニ準用スルコトヽ爲シタルナリ

財産ノミニ關スル後見人ノ權限(第九三五條)

親權ヲ行フ者カ管理權ヲ有セサル場合ニ於テハ後見人ハ財産ニ關スル權限ノミヲ有ス

親權ヲ行フ父又ハ母カ管理ノ失當ニ因リテ其子ノ財産ヲ危クシタルトキハ其管理權ヲ失フコトアリ(第八九七條)又親權ヲ行フ母ハ財産ノ管理ヲ辭スルコトヲ得ル(第八九九條)モノニシテ其場合ニハ第九百條第一號ニ依リ後見ノ開始スルコトハ曩キニ說キタリ而シテ此場合ニ於ケル後見人ハ他ノ場合ニ於ケルモノト其權限同シキモノニ非ス普通ノ場合ニ於ケル後見人ハ以上說キタルカ如キ被後見人ノ財産幷ニ身上ニ關スル事項ニ付キ權限ヲ有スト雖モ親權ヲ行フ者カ管理權ヲ有セサル場合ニ於ケル後見ノ開始シタルトキハ被後見人ノ身上ニ關スル事項ニ付テハ親權ハ仍ホ完全ニ行ハルヽカ故ニ其權限ヲ後見人ニ與フ可キ必要アラサルナリ若シ此場合ニ於テ後見人ニモ被後見人ノ身上ニ對スル權限ヲ與フルモノトスルトキハ權力二途ニ分カレ却テ被後見人ノ不利益タル可キヲ以テ後見人ニハ被後見人ノ身上ニ對スル權限ヲ與ヘス單ニ其財産ニ關スル權限ノミヲ與ヘタル所以ナリ

本條ニ於テ後見人カ有スル權限ハ財産ノ管理ニ止マラス尙ホ其外財産ニ關スル行爲ニ付キ被後見人ヲ代表シ及ヒ之ニ同意ヲ與フル權限ヲモ包含スルモノトス故ニ法文ニハ管理權ノミヲ有スト言ハスシテ廣ク財産ニ關スル權限ノミヲ有スト言ヘリ

委任及ヒ親權ニ關スル規定ノ準用(第九三六條)

第六百四十四條、第八百八十七條第八百八十九條第二項及ヒ第八百九十二條ノ

規定ハ後見ニ之ヲ準用ス(人事編第一八六條、第一九七條、第二〇一條、財産編第三一九條第一項、第五四七條第一項)

後見人ニハ委任及ヒ親權ニ關スル規定ヲ準用ス可キ必要アルヲ以テ玆ニ之ヲ準用スルコトヽ爲シタリ

第一、第六百四十四條ノ準用　此條ハ委任ニ關スル規定ニシテ受任者カ委任事務ヲ處理スル場合ニ於ケル注意ノ程度ヲ定メタルモノニシテ受任者ハ委任者ニ對シテ其受任ノ事務ノ處理ニ當リテハ善良ナル管理者ノ注意ヲ爲ス可キモノトセリ而シテ後見人モ委任ノ場合ト同シク被後見人ノ爲メニ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ後見ノ事務ヲ處理セサル可カラス後見人カ被後見人ノ爲メニ後見ノ事務ヲ處理スルハ親權者ノ子ニ於ケル夫ノ妻ニ於ケルカ如キ間柄ニ非ス此等親子及ヒ夫婦間ニ在リテハ曩キニモ說キタルカ如ク親又ハ夫カ又ハ妻ノ爲メニ事務ヲ管理スルトキ之ニ普通ノ場合ノ如ク充分ナル責任ヲ負ハシムルハ甚タ酷ニ失スルカ故ニ之ヲ恕シテ特ニ自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ注意ヲ爲スヲ以テ足レリト爲シタレトモ是レ寧ロ普通ノ場合ニ於ケル例外タルナリ

代理人又ハ執達吏ヲシテ特別ノ事由アル場合ニ訴訟費用ヲ負擔セシムルコトアリ此場合ニ於ケル費用負擔ノ裁判即チ決定ハ終局判決トハ全ク別個ノモノニシテ本案ノ終局判決ニ對シテ控訴ヲ爲シタル場合ニ於テモ右費用負擔ノ決定ハ之ニ附隨シテ上級裁判所ノ審査ヲ受クルコトヲ得ス又此裁判ハ終局判決前ノ裁判ニ屬スルモノニアラサルカ故ニ縱令終局判決ニ對シテ上訴スルモ其移審ノ效力ハ費用負擔ノ決定ニ及フモノニアラス此ノ如ク此裁判ニ對シテハ上訴ノ方法ニ依テ不服ヲ申立ツルコトヲ得サルカ故ニ訴訟法上之ニ對シテ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ルモノト爲セリ

(二)　抗告ハ訴訟手續ノ開始若クハ續行ヲ妨クル裁判ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得

例ヘハ當事者カ適法ナル訴狀ノ提出ヲ爲シタルニ拘ラス裁判長カ辯論期日ヲ定メス或ハ辯論ノ延期ヲ決定シナカラ其期日ヲ指定セサル場合ニ於テモ其不當ノ行爲ニ對シテハ上訴方法ニ依リ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス故ニ訴訟法上此場合ニ於テ抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコト得ヘキモ

ノト爲セリ

(三) 抗告ハ終局判決ヲ言渡シタル後其判決ノ執行ニ關シテ爲シタル裁判ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得

例ヘハ訴訟費用額確定決定ノ如キハ總テ終局判決ノ後ニ爲スヘキモノナルカ故ニ此裁判ニ對シテハ控訴又ハ上告方法ニ依テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス故ニ此決定ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得セシメタリ

(第二) 上訴方法ヲ簡易ニスルコト

上訴方法ニ於テ上訴方法ニ依テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル裁判ナルモ其裁判ニ對シテハ法律上特ニ抗告ナル簡易方法ニ依テ不服ヲ申立ツルコトヲ許シタルコトヲ云フ例ヘハ判事ニ偏頗ノ虞アルコトヲ理由トシテ當事者ヨリ之ヲ忌避シタル場合ニ於テ裁判所カ其申請ヲ棄却シタルトキハ其裁判ハ所謂終局判決前ノ裁判ナルカ故ニ上訴ニ因テ生スル移審ノ效力ハ當然此裁判ニ及フヘキモノトス然レトモ訴訟法上特ニ此場合ニ於テハ抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ許シ以テ上訴方法ヲ簡易ナラシメタルモノナリ

抗告ハ裁判所カ爲シタル決定又ハ裁判長ノ發シタル命令ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得然レトモ總テノ決定命令ニ對シテ抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ルモノニアラスシテ抗告ヲ爲シ得ヘキ裁判ニ付テハ訴訟法上之ヲ制限シアリ即チ左ノ如シ

第一 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爲スコトヲ得

第二 抗告ハ訴訟法ニ於テ特ニ許シタル場合ニ限リテ之ヲ爲スコトヲ得

此ノ如ク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爲スコトヲ得ルヲ原則トスルモ此原則ニ對シテハ例外ノ場合アリ即チ訴訟法上特ニ此裁判ニ對シテハ抗告ヲ爲スコトヲ得スト規定セル場合ハ此規定ニ從ハサルヘカラサルコト是ナリ(第一二七條第三項、第一七一條第三項、第二四一條第三項等ノ如シ)又民事訴訟法ニ於テ特ニ抗告ヲ爲スコトヲ許シタル場合ハ許多アルモ法文ヲ一見スレハ之ヲ知ルコトヲ得ルカ故ニ一々之ヲ列擧

0041

セスハ[illegible]

右二个ノ條件ヲ除キテハ抗告ヲ爲スニ付キ訴訟法上何等ノ條件ヲ要セス唯抗告ヲ爲ス者ハ其抗告ニ付キ權利上ノ利益ヲ有セサルヘカラサルコトハ控訴ノ場合ニ於ケルト同一ニシテ別段ノ明文ナキモ自ラ明瞭ナルヘシ然レトモ再抗告ノ場合ニ付テハ法律上或制限ヲ要スルコトヽセリ即チ民事訴訟法第四百五十六條第二項ニ依レハ再抗告ヲ爲スニハ抗告裁判所ノ裁判ニ因リテ新ナル獨立ノ抗告理由ヲ生シタルコトヲ要スト規定セリ而シテ抗告裁判所ノ裁判ニ因テ新ナル抗告理由ヲ生シタルトキトハ如何ナル場合ヲ意味スルヤ甚タ分明ナラス單ニ之ヲ文字上ヨリ解釋スルトキハ當事者カ決定又ハ命令ニ對シテ抗告ヲ爲シ之ニ對スル抗告裁判所ノ裁判ニ於テ先ノ決定又ハ命令ニ示サヽリシ新ナル理由存スル場合ニ於テハ當事者ハ更ニ之ニ對シ不服ヲ申立ツルヲ得ルコトヲ意味スルカ如シ然レトモ右第四百五十六條ノ規定タルヤ獨逸民事訴訟法第五百三十一條第二項ニ所謂新ナル獨立ノ抗告理由ノ解釋ニ付テハ學者間其說一樣ナラス

ト雖モ多數學者ノ說ニ依レハ其解釋ハ左ノ如シ曰ク本條ノ規定タルヤ獨逸民事訴訟法草按ニ於テ二個下級裁判所カ爲シタル同一ノ判決即チ第一審判決ヲ認可シタル第二審ノ判決ニ對シテハ上告ヲ許サストノ規定ニ照應シテ生シタルモノナリ故ニ抗告裁判所ニ於テ抗告ヲ理由ナシトシテ之ヲ棄却シタルトキハ其裁判ニ因リテ新ナル抗告理由ヲ生シタリト云フコトヲ得サルモ抗告裁判所カ抗告ヲ理由アリト認メ原裁判ヲ變更シタルトキハ即チ抗告裁判所ノ裁判ニ因リテ新ナル抗告理由ヲ生シタルモノナリ然ルニ獨逸帝國議會ニ於テハ上告ノ場合ニ於ケル制限ヲ削除シ第二審ノ判決ニ對シテハ控訴ヲ棄却シタルモノニ對シテモ亦上告ヲ爲スコトヲ得ルニ至リタルニ拘ラス獨リ抗告ニ關スル第五百二十一條ノ規定ノミハ議會ノ削除ヲ免レタルヲ以テ右照應ノ規定ヲ失ヒタルモ之ヲ說明スルニ當テハ上告ノ規定ト對照シ同一趣旨ヲ以テ之ヲ解釋セサルヘカラス然レトモ二個ノ裁判所カ同一趣旨ノ判決ヲ爲シタル場合ニハ新ナル抗告理由ヲ生セストノ趣旨ニ付テハ左ノ場合ヲ區別シテ說明セサルヘカラス

0042

（第一）抗告裁判所カ抗告ヲ不適法トシテ却下シタル場合

此場合ニハ抗告ハ却下セラレテ原裁判ノミ殘存スルモノナリ然レトモ不適法トシテ抗告ヲ却下シタル裁判ト抗告ノ本案ニ付キ爲シタル原裁判トハ之ヲ同一趣旨ニ出テタルモノト云フヲ得サルカ故ニ此場合ニ於テハ猶ホ新ナル獨立ノ抗告ノ理由ノ存スルモノト云フコトヲ得ヘシ

（第二）本案ニ付キ審査ヲ爲シタル末抗告ヲ理由ナシトシテ棄却シタル場合

此場合ハ抗告裁判所ノ裁判ト原裁判所ノ裁判トハ同一趣旨ニ出テタルコト明ナリ隨テ此場合ニ於テハ原裁判所ニ於ケル裁判ノ理由ト抗告裁判所ニ於ケル裁判ノ理由トハ別途ニ出ツルモ其判決ニシテ原裁判ト同一趣旨ニ出ツルトキハ獨逸訴訟法ニ所謂獨立ノ抗告理由ハ生セサルナリ故ニ抗告人カ抗告裁判所ニ於テ新ナル事實ヲ主張シ抗告裁判所カ其事實ニ基キ抗告ヲ棄却シタル場合モ亦同一ニ論定セサルヘカラス

（第三）抗告裁判所ニ於テ抗告ヲ理由アリトシテ原裁判ヲ變更シタル場合

此場合ニ於テハ抗告裁判所ノ裁判ハ原裁判ト同趣旨ニ出テサルコト明ナルカ故ニ獨逸訴訟法ニ所謂新ナル獨立ノ抗告理由ノ生シタルモノナリ然レトモ抗告裁判所カ原裁判ヲ變更セル場合ハ總テ其裁判ニ對シテ再抗告ヲ爲スヲ得ト云フヲ得ス即チ再抗告ヲ爲スコトヲ得ルハ必スヤ法律上其裁判ニ對シテ抗告ヲ爲スコトヲ許セル場合ナラサルヘカラス換言スレハ縱令新ナル抗告理由ヲ生スルモ元來抗告ヲ許サヽルモノナルトキハ決シテ抗告ヲ爲スコトヲ得サルナリ今其一例ヲ擧ケテ了解ニ便センニ訴訟法ノ規定ニ依レハ判事ニ偏頗ノ虞アリトシテ爲シタル忌避申請ヲ棄却シタル裁判ニ對シテ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ルモ其申請ヲ正當ト認メタル裁判ニ對シテハ上訴ヲ爲スコトヲ得ストセリ然ルニ原裁判所ニ於テ忌避ノ申請ヲ理由ナシトセル裁判ニ對シテ抗告ヲ爲シ抗告裁判所ハ其抗告ヲ正當ト認メテ原裁判ヲ變更シ忌避申請ヲ正當ナリト認ムル裁判ヲ爲セル場合ハ所謂新ナル獨立ノ抗告理由ヲ生スルモノナリ然レトモ忌避ノ申請ヲ正當ト認メタル裁判ニ對シテハ上訴ヲ爲スヲ得サルコト前述ヘタルカ如クナルカ故ニ此場合ニハ再抗告ヲ爲スコトヲ得サルカ如シ

0043

獨逸訴訟法第五百三十一條ノ規定ニ對スル説明ハ以上述ヘタル所ノ如シ我民事訴訟法第四百五十六條ハ之ト同樣ニ規定セラル、カ故ニ恐ラク立法ノ趣旨モ獨逸訴訟法ノ規定ト同一ノ解釋ヲ採ルモノト信ス

再抗告トハ獨リ第二ノ抗告ノミナラス第二以下ノ抗告ヲモ總稱ス即チ抗告裁判所カ爲シタル裁判ニ對シテ抗告ヲ爲シ其抗告ニ付テノ裁判ニ對シテ更ニ抗告ヲ爲ス場合ハ皆之ニ包含ス故ニ其何レノ抗告ナルヲ問ハス抗告ニ必要ナル條件ハ必ス之ヲ具備セサルヘカラス然レトモ第三ノ抗告ヲ爲ス場合ニ於テモ二個ノ下級裁判所カ同趣旨ノ判決ヲ爲シタル場合ハ是レ亦新ナル獨立ノ抗告理由ヲ生セサルモノトス例ヘハ區裁判所ノ裁判ニ對シテ地方裁判所ニ抗告ヲ爲シ地方裁判所ハ抗告裁判所トシテ原裁判ヲ變更スルノ決定ヲ爲シタルトキハ新ナル抗告理由ノ生シタルニ因テ更ニ控訴院ニ抗告ヲ爲スコトヲ得ヘシ此場合ニ於テ控訴院カ地方裁判所ノ決定ヲ變更シ更ニ區裁判所ト同趣旨ノ裁判ヲ爲シタルトキハ區裁判所及ヒ控訴院ノ二個ノ裁判所カ同趣旨ノ判決ヲ爲シタルニ歸着スルヲ以テ最早大審院ニ抗告スルコトヲ得サルカ如シ

第二節　抗告ノ手續及ヒ其效力

抗告ニ付テノ管轄裁判所ハ抗告セラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所若クハ其裁判ヲ爲シタル裁判長ノ屬スル裁判所ノ直近上級裁判所トス即チ區裁判所ノ裁判ニ對シテ抗告ヲ爲ス場合ハ其直近上級裁判所タル地方裁判所之カ抗告裁判所タリ又地方裁判所カ爲シタル裁判及ヒ裁判長カ爲シタル命令ニ對シテ抗告ヲ爲ス場合ハ直近上級裁判所タル管轄控訴院之カ抗告裁判所タリ又控訴院ノ裁判及ヒ裁判長カ爲シタル命令ニ對スル抗告裁判所ハ大審院ナリトス

抗告ハ抗告狀ヲ提出シテ之ヲ爲ス其抗告狀ハ抗告セラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所又ハ其命令ヲ發シタル裁判長ノ屬スル裁判所ニ之ヲ提出ス然レトモ或場合ニ於テハ口頭ヲ以テ抗告ヲ爲スコトヲ得即チ民事訴訟法第四百五十七條第二項ニ依レハ訴訟カ區裁判所ニ繫屬スルトキ又ハ嘗テ繫屬シタルトキ若クハ證人、鑑定人ヨリ抗告ヲ爲ス場合ニハ口頭ヲ以テ抗告ヲ爲スコトヲ得ヘシ又同條第二項末段ニ依レハ右ノ外尙ホ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場合ニ於テモ亦口頭ヲ以テスルコトヲ得ルモノト爲

0044

セリ然レトモ訴訟法ノ規定ニ依レハ第三者カ證書ヲ提出スルノ義務アリトノ宣言ヲ受クル場合ナシ尤モ證書提出ノ場合ニ於テ裁判所カ第三者ニ證書提出ノ義務アルコトヲ認メ舉證者ニ對シテ其證書ヲ提出スヘキ一定ノ期間ヲ定ム ル場合アリ然レトモ此場合ニ於テモ裁判所ハ第三者ニ對シテ直チニ證書提出ノ義務アルコトヲ宣言スルモノニアラス故ニ此場合ハ第四百五十七條第二項末段ノ規定ニ該當スルモノニアラサルナリ

抗告ハ抗告狀ヲ原裁判所ニ提出シテ之ヲ爲スコト右ニ述フルカ如シ然レトモ急迫ナル場合ニ於テハ其抗告狀ヲ直チニ抗告裁判所ニ提出スルコトヲ得ヘシ此場合ニ於テ抗告裁判所カ其事件ヲ急迫ナラスト認メタルトキハ抗告狀ヲ抗告人ニ差戻スカ又ハ之ヲ原裁判所ニ移送シテ普通ノ手續ニ因リ抗告ニ付テノ裁判ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ抗告裁判所カ抗告ヲ原裁判所ニ送付スルトキハ之ヲ當事者ニ通知セサルヘカラス

抗告狀ノ方式ニ付テハ訴訟法上別段ノ規定ナシ然レトモ抗告狀トシテ裁判所ニ差出スニ付テハ如何ナル裁判ニ對シテ抗告スルヤ及ヒ抗告ヲ爲ス旨ノ陳述ハ必ス之ヲ記載セサルヘカラス

抗告ニ付テハ曩ニ述ヘタルカ如ク抗告期間ノ定メナシ故ニ即時抗告ヲ除クノ外ハ其裁判アリシ後如何ナル時期ニ於テモ抗告ヲ爲スコトヲ妨ケス之ニ反シテ即時抗告ハ七日ノ不變期間内ニ之ヲ爲スコトヲ要スルモノニシテ此期間ハ裁判ノ送達ヨリ起算スルコトヲ原則トシ唯第二百五十三條第六百八十條及ヒ第七百六十九條第三項ノ場合ニハ裁判言渡ヨリ起算スルモノト爲セリ然ラハ此不變期間ノ未タ始マラサル以前ニ爲シタル抗告ハ有效ナルヤ否ヤニ付テハ頗ル疑ナキヲ得ス現ニ獨逸訴訟法ニ於テモ此點ニ付キ何等ノ規定ナキカ故ニ學者間ノ異議ヲ紛出セリ我民事訴訟法ニ付テモ亦何等ノ規定スル所ナシ蓋シ訴訟法ノ規定ニ依レハ此場合ト恰モ同一ノ狀態ヲ有スル控訴及ヒ故障ノ場合ニ於テハ特別ノ明文アリ即チ控訴ノ場合ニ於テハ判決送達前ニ爲セル控訴ハ之ヲ無效トシ之ニ反シテ故障ノ場合ニ於テハ判決送達前ニ爲シタル故障モ尙ホ之ヲ有效ノモノト爲セリ然ルニ獨リ抗告ノ場合ノミ何等ノ規定ナシ故ニ果シテ控訴ノ例ニ依ルヘキヤ又ハ故障ノ例ニ依ルヘキヤ明解スルコトヲ得ス要

0045

スルニ此ノ如キハ法文ノ不備ニ外ナラサルカ爲メニシテ法理上其當否ノ如キハ諸君ノ研究ニ讓ラン

受命判事又ハ受諾判事ノ裁判又ハ裁判所書記ノ處分ノ變更ヲ求メントスル場合ハ先ツ受訴裁判所ノ裁判ヲ求メ其裁判ニ對シ不服ナル場合ニ於テ始メテ抗告ヲ爲スコトヲ得但大審院カ受訴裁判所ナルトキハ右等ノ裁判又ハ處分ニ對シテ抗告ヲ爲シ得サルヤ論ヲ俟タス唯茲ニ一ノ疑問ト爲ルハ若シ大審院カ受訴裁判所ナル場合ニ當事者カ受命判事、受諾判事ノ裁判又ハ書記ノ處分ノ變更ヲ求ムル以前ニ大審院ノ裁判ヲ受クルコトヲ得ルヤノ點ニシテ畢竟受訴裁判所ノ裁判ヲ受クルハ抗告ヲ爲シ得ヘキ場合ニ限ルモノナルヤ又ハ抗告ヲ爲シ得ルト否トニ拘ラス之ヲ受クルコトヲ妨ケサルヤノ問題ニ歸ス此問題ニ付テモ亦議論アル所ナリ

受命判事、受諾判事ノ裁判又ハ書記ノ處分ニ對シテ即時抗告ヲ許セル場合ニハ當事者ハ七日ノ不變期間內ニ受訴裁判所ノ裁判ヲ求メサルヘカラス若シ此期間ヲ徒過シタルトキハ最早即時抗告ヲ爲スコトヲ得サルナリ而シテ受訴裁判所カ當事者ノ申請ニ應シテ原裁判ヲ變更スルコトヲ欲セサルトキハ其受訴裁判所ニ於ケル當事者ノ申請ハ抗告ト同一ノ效力ヲ有スルモノト看做シ直チニ之ヲ抗告裁判所ニ移送セサルヘカラス

抗告ニ付テノ裁判ハ必スシモ辯論ヲ經テ之ヲ爲スコトヲ要セス隨テ裁判所ハ書面ノミニ依テ裁判ヲ爲スコトヲ得然レトモ當事者ハ抗告ニ於テ新ナル事實ヲ主張シ又ハ新ナル證據ヲ提出スルコトヲ妨ケス又抗告裁判所カ抗告ニ付テ裁判スルニ當テハ先ツ其抗告ハ適法ナルヤ否ヤヲ調査セサルヘカラス若シ其抗告カ不適法ナル場合即チ法律上許サレサル場合若クハ即時抗告ノ期間ヲ遵守セサルモノナルトキハ抗告ヲ不適法トシテ却下ス之ニ反シテ抗告ヲ適法ト認メタル場合ニ於テハ裁判ハ審理ノ末或ハ抗告ヲ理由ナシトシテ之ヲ棄却シ或ハ其抗告ヲ理由アリトシテ原裁判ヲ廢棄シ自ラ之ヲ裁判シ又ハ原裁判所(決定ニ對シテ抗告アリタル場合若クハ裁判長(命令ニ對シテ抗告アリタル場合)ヲシテ更ニ裁判ヲ爲サシム但差戻ヲ爲サヽル抗告裁判所ノ裁判ハ之ヲ原裁判所又ハ裁判長ニ通知スヘキモノナリ

0046

原裁判所又ハ裁判長ヲシテ更ニ裁判ヲ爲サシムル場合ハ控訴裁判所ニ於ケル差戻ノ裁判又ハ上告裁判所ニ於ケル差戻又ハ移送ノ裁判トハ全ク其性質ヲ異ニスルモノニシテ抗告ノ場合ニ於テハ原裁判所ニ裁判ヲ委任スルモノナリ故ニ此場合ニ於テハ抗告裁判所ハ原裁判所ニ裁判ノ材料ヲ示シ之ニ依テ裁判ヲ爲サシムルモノナリ

第四編　再審

凡ソ判決ノ確定シタルトキハ其判決ハ常ニ有効ナリト云フコトヲ得ス故ニ訴訟法ニ於テモ判決ノ確定シタル場合ニ於テハ絶對的ノ無效ト關係的ノ無效トアルコトヲ認メアリ蓋シ判決カ訴訟法上所謂確定判決ノ效力ヲ有スルハ其判決カ實ニ法定ノ方式及ヒ條件ヲ具備スルトキニ限ル若シ其判決カ唯形式ニ於テ判決ノ如キ形式ヲ具フルニ止マルトキハ決シテ確定判決ノ效力ヲ生セサルナリ例ヘハ判決ヲ爲ス權限ヲ有セサル者カ判決ヲ爲シ又ハ判決ヲ爲スノ權限ヲ有セサル行政官廳カ判決ヲ爲シタル場合ノ如キハ縱令民事訴訟法ニ所謂判決ト同一ノ形式ヲ有スルモ其判決ハ決シテ確定判決タルノ効力ヲ有セス故ニ

其判決ノ執行ヲ受クル者ハ之ニ對シテ抗辯ヲ爲スノ權ヲ有スルノミナラス或ハ其判決ハ無效ナリトノ確認ノ訴ヲ起シ其執行ニ對抗スルコトヲ得ベキモノニシテ必スシモ其判決ヲ消滅セシムルノ必要ナシ之ニ反シテ判決カ法律ニ規定セル適法ノ方式ヲ具ヘテ確定シタルトキハ其判決ハ縱令訴訟手續ノ規定ニ違背セルモノナルモ又實體法ノ規定ニ違背スル不法ノ判決ナルモ他ノ正當ノ判決ト同シク確定判決タルノ效力ヲ生スルモノナリ隨テ如何ナル不法ノ判決ナルモ一旦確定セル以上ハ之ニ依テ充分ノ執行力ヲ生ス然レトモ訴訟法上ニ於テハ縱令適法ノ方式ヲ具フル判決ナリト雖モ其判決ニシテ訴訟手續ノ原則ト爲セル規定ニ違背スルカ或ハ法律上特定シタル場合ニ於テ違法ノ點アルトキハ其判決ヲシテ他ノ正當ナル判決ト同シク確定ノ效力ヲ有セシムルコトハ立法上妥當ト認メサルモノナリ故ニ若シ其判決ニ違法ノ點アルトキハ法律上當事者ヲシテ其判決ノ效力ヲ打破スルコトヲ得セシメタリ此ノ如ク確定判決ノ效力ヲ打破スルニハ訴訟法上二個ノ方法ヲ認メタリ即チ一ハ取消ノ訴ニシテ他ハ原狀回復ノ訴是ナリ以下節ヲ分チテ之ヲ説明スヘシ

0047

第一節　取消ノ訴

取消ノ訴トハ訴訟手續ニ關スル原則ニ違背シテ爲サレタル確定判決ニ對シテ其效力ヲ打破スルカ爲メ爲スコトヲ得ル方法ニシテ當事者カ其確定判決ニ因リ實體法上眞ニ不利益ナル裁判ヲ受ケタルト否トヲ區別セス此ノ如ク當事者カ取消ノ訴ヲ爲スコトヲ得ル場合ハ民事訴訟法第四百六十八條ニ規定スル所ニシテ左ノ四個ノ場合ニ限ル

第一　法律ニ從ヒ判決裁判所ヲ構成セサリシトキ

法律ニ從ヒ判決裁判所ヲ構成セサリシ場合ヲ云フ此場合ニ於テハ當事者ハ取消裁判所カ適法ニ構成セラレサリシトキトハ裁判所構成法ノ規定ニ從ヒノ訴ヲ提起シ其判決ノ取消ヲ求ムルコトヲ得之ニ反シテ判決ヲ爲ス權限ヲ有セサル行政官廳等カ下シタル判決ハ訴訟法上絕對的無效ノモノナルカ故ニ之ニ對シテ取消ヲ求ムルコトヲ得ス

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

判事カ法律ノ規定ニ依テ職務ノ執行ヨリ除斥セラルヽ場合ハ民事訴訟法第三十二條ニ規定スル所ナリ此等除斥ノ原因アル場合ニ判事カ爲シタル行爲ハ無効ナルカ故ニ法律ハ其裁判ニ對シテ取消ノ訴ヲ爲スコトヲ許セルナリ」此ノ如ク判事カ法律ノ規定ニ依テ職務ノ執行ヨリ除斥セラルヽ場合ニ於テハ裁判所ハ職權ヲ以テ其除斥ノ原因ノ有無ヲ調査セサルヘカラス又當事者ハ其判事ニ對シテ忌避ノ申請ヲ爲スコトヲ得ルノミナラス此等ノ原因アル判事ニシテ裁判ニ關與シ判決ヲ爲シタルトキハ當事者ハ其判決ニ對シテ上訴ヲ爲シ之カ變更ヲ求ムルコトヲ得ルモノナリ然ルニ當事者カ忌避ノ申請ヲ爲シ又ハ上訴方法ニ依テ除斥ノ原因アルコトヲ主張シタルニ拘ラス裁判ノ結果總テ其申立ハ正當ニアラスト認メラレタルトキハ法律上其判事ハ除斥ノ原因ナキモノト云ハサルヘカラス隨テ此場合ニ於テハ法律ハ其判事ノ參與シタル判決ニ對シテ取消ノ訴ヲ爲スコトヲ許サヽルナリ然レトモ當事者カ法律上除斥ノ原因ヲ有セル所ノ判事カ爲シタル判決ニ對シテ上訴ヲ爲

シ其上訴カ不適法トシテ却下セラレタルトキハ其除斥ノ原因ノ有無ニ付キ上級審ノ裁判ヲ受ケタリト云フコトヲ得ス故ニ此場合ニ於テハ其確定判決ニ對シテ取消ノ訴ヲ爲スコトヲ妨ケサルナリ

第三　判事カ偏頗ノ恐レアリトシテ忌避セラレ且其忌避ノ申請カ理由アリト認メラレタルニ拘ラス裁判ニ參與シタルトキ

判事ニ偏頗ノ恐レアリトシテ忌避ノ申請ヲ爲シタル場合ニ其申請カ理由ナシトシテ棄却セラレタルトキハ當事者ハ其裁判ニ對シテ即時抗告ヲ爲スコトヲ得而シテ此等抗告ノ方法ニ因テ忌避ヲ主張シタルモ遂ニ其目的ヲ達スルコトヲ得サリシトキハ前第二號ニ述ヘタルカ如ク法律上判事ニ偏頗ノ恐レナキモノト看做サル、モノナルカ故ニ此場合ニ於テハ判事カ裁判ニ參與スルモ其判決ニ對シテハ取消ノ訴ヲ爲スコトヲ得ス之ニ反シ判事ニ對シテ忌避ノ申請ヲ爲シ裁判上其申請カ正當ナルコトヲ認メラレタルトキハ法律上除斥ノ原因アル場合ト同一ニ歸ス故ニ此等ノ判事カ參與シテ爲シタル判決ハ不法ノ判決ナルヲ以テ當事者ハ之ニ對シテ取消ノ訴ヲ爲スコトヲ得ル

モノナリ尤モ忌避ノ原因アル判事カ裁判ニ參與シタルノ理由ヲ以テ取消ノ訴ヲ爲スコトヲ得ルハ其判事カ判決ニ參與シタル場合ニ限ル故ニ此等ノ判事カ單ニ判決言渡ニ參與シタル場合ノ如キハ勿論取消ノ原因ト爲ルモノニアラス

第四　訴訟手續ニ於テ當事者カ法律ノ規定ニ從ヒ代理セラレサリシトキ

法律ノ規定ニ從ヒ當事者カ代理セラレサリシトキハ當事者カ法定代理人ニ依リ又ハ訴訟代理人ニ依テ代表セラレサリシ場合ヲ云フ此ノ如ク當事者カ適法ニ代理セラレサリシニ拘ラス之ヲ有効ト認メ裁判ヲ爲シタルトキハ之カ取消ヲ請求スルコトヲ得ルモノナリ而シテ當事者カ正當ニ代理セラレサリシハ必スシモ訴訟ノ始メヨリ其事實アリシコトヲ要セス訴訟進行ノ中途ヨリ代理ニ欠缺ヲ生シタル場合モ亦之ヲ包含ス

以上列擧シタル第一乃至第四中第一及ヒ第三ノ場合ニ於テ當事者カ上訴又ハ故障ノ方法ニ依テ取消ヲ主張スルコトヲ得ヘキ場合ニ於テ當事者カ其取消ノ原因アルコトヲ知リ居タルトキハ其判決ニ對シテ上訴ノアリタルト否トヲ問

0049

ハス取消ノ訴ヲ爲スコトヲ得サルモノトス

第二節　原狀回復ノ訴

原狀回復ノ訴ヲ爲スコトヲ得ヘキ場合ハ訴訟法上亦之ヲ限定セリ此訴ヲ爲スコトヲ得ル場合ハ之ヲ二个ニ區別スルコトヲ得即チ判決ニ關シテ罰セラルヘキ行爲ノ存在スルトキ及ヒ新ナル事實ノ生シタルトキ是ナリ

判決ニ關シテ罰セラルヘキ行爲ノ存スル場合ニ原狀回復ノ訴ヲ爲スコトヲ得ルハ其行爲カ刑事上確定判決ヲ受ケタルトキ又ハ證據不充分ナル理由ニアラスシテ刑事訴訟手續ノ開始又ハ續行ヲ爲スコトヲ得サル場合ニ限ル而シテ民事訴訟法第四百六十九條第一號乃至第四號ハ此罰セラルヘキ行爲ノ存スル場合ニ原狀回復ノ訴ヲ爲シ得ヘキコトヲ規定シタルモノニシテ第五號以下ハ新ナル事實ノ生シタル場合ニ於テ原狀回復ノ訴ヲ爲シ得ル場合ヲ規定シタルモノナリ

第一　判決ニ關シテ職務上ノ義務ニ違背シタル罪ヲ犯シタル判事カ裁判ニ參與シタリシトキ但刑法上罰セラルヘキ罪ヲ犯シタルトキニ限ル

判事カ職務上ノ義務ニ違背シタル犯罪ヲ爲ストハ原狀回復ヲ求ムル所ノ當事者ニ對シテ其罪ヲ犯シタル場合ヲ豫想シタルモノナリ蓋シ此場合ニ於テ原狀回復ノ訴ヲ許スハ判事カ當事者ニ對シテ不利益ナル裁判ヲ爲シタルコトヲ認メ得ヘキカ故ナリ但其判事ハ刑事上罰セラルヘキ罪ヲ犯シタルコトヲ要スルカ故ニ懲戒ヲ受クヘキ行爲ヲ爲スモ原狀回復ノ訴ヲ爲スノ限ニ在ラス右原狀回復ノ訴ニ付テハ犯罪行爲ヲ爲シタル判事ハ其裁判ニ參與スルコトヲ得サルヤ論ヲ俟タス

第二　當事者又ハ法定代理人若クハ訴訟代理人カ訴訟ニ關シ罰セラルヘキ行爲ヲ爲シタルトキ

當事者又ハ其代理人カ訴訟ニ關シ罰セラルヘキ行爲ヲ爲シタル爲メニ原狀回復ノ訴ヲ爲スコトヲ得ルハ其罰セラルヘキ行爲ト判決トノ間ニ原因結果ノ關係アル場合ニ限ル

第三　判決ノ憑據ト爲リタル證書カ僞造又ハ變造ナリシトキ

證書ノ僞造又ハ變造トハ必スシモ訴訟當事者ニ於テ之ヲ爲シタル場合ニ限

ルモノニアラスシテ第三者カ僞造又ハ變造ヲ爲シタル場合及ヒ當事者カ證書ノ僞造又ハ變造ナルコトヲ知リテ之ヲ提出シタル場合ト否トヲ問ハス總テ原狀回復ノ訴ヲ爲スコトヲ得ヘシ

第四　證人又ハ鑑定人カ判決ニ關シテ僞證ノ罪ヲ犯シタルトキ證人又ハ鑑定人カ宣誓ヲ爲シタル上虛僞ノ證言又ハ鑑定ヲ爲シタル場合ニ之ニ基キ判決ヲ言渡サレタルトキハ當事者ハ其判決ニ對シテ原狀回復ノ訴ヲ爲スコトヲ得但證人鑑定人カ宣誓ヲ爲サヽリシ場合ハ刑法上僞證罪ノ成立ナキカ故ニ此場合ニ於テハ原狀回復ノ訴ヲ爲スコトヲ得サルモノナリ

以上ハ即チ犯罪行爲ニ關シテ原狀回復ノ訴ヲ爲シ得ヘキ場合ニシテ以上ハ新ナル事實ニ關シテ原狀回復ノ訴ヲ爲シ得ル場合ナリ

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ニ依リテ廢棄若クハ破毀セラレタリシトキ

民事裁判所カ事件ヲ審理裁判スルニ當テハ刑事裁判所ノ判決ニ羈束セラルルコトナシ故ニ同一事件ニ付キ既ニ刑事上ノ判決アリシニ拘ラス民事裁判所ハ其判決ト異ナル趣旨ニ因テ裁判スルコトヲ妨ケサルナリ然レトモ民事裁判所カ刑事上ノ判決ヲ信用シ其裁判ニ基キ民事上ノ判決ヲ下スモ亦差支ナキ所ナリ此場合ニ於テ其刑事上ノ判決カ或ハ上訴ノ方法ニ依テ取消サレ或ハ其判決確定シタル後刑事訴訟手續ニ依リ再審ノ上取消サル、コトアリ既ニ民事判決ノ憑據ト爲リタル所ノ刑事判決ニシテ消滅ニ歸シタルトキハ其民事上ノ判決モ亦多少ノ影響ヲ受ケサルヲ得ス故ニ此場合ニ於テハ原狀回復ノ訴ニ因リ更ニ事件ニ付キ裁判ヲ受クルコトヲ得ルモノナリ尤モ前述フルカ如ク民事裁判所ハ刑事上ノ裁判ニ羈束セラル、モノニアラサルカ故ニ刑事上ノ判決カ取消サレタルトキニ於テモ民事裁判所ハ必スシモ新ナル刑事判決ノ趣旨ニ從テ判決スルヲ要セサルモノトス

第六　當事者カ同一事件ニ付キ前ニ確定ト爲リタル判決ヲ發見シ其判決カ不服ヲ申立テラレタル判決ト牴觸スルトキ

茲ニ當事者カ發見シタル判決ト稱スルハ同一事件ニ關スルモノニシテ其判決ハ不服ヲ申立テラレタル判決前ニ既ニ確定シタルモノナラサルヘカラス

又當事者ハ不服ヲ申立テタル判決ノ確定前ニ既ニ確定判決ノ存在セルコトヲ知ラサリシコトヲ要ス又其發見セラレタル判決ハ不服ヲ申立ツル判決ト牴觸セルモノナラサルヘカラス以上三個ノ條件具備スルトキハ當事者ハ判決ニ對シテ原狀回復ノ訴ヲ爲スコトヲ得ヘシ但其新ニ發見セラレタル判決ハ內國裁判所ノ判決ナルトハ敢テ問フ所ニアラス

第七　前ニ提出スルコトヲ得サリシ證書ニシテ當事者ノ利益ト爲ルヘキモノヲ發見シタルトキ

法律ハ廣ク證書ト規定セルカ故ニ其公正證書タルト私署證書タルトハ敢テ問フ所ニアラス唯其證書ニ依リ當事者カ利益ノ裁判ヲ受クヘキモノナレハ足ル而シテ當事者カ利益ノ裁判ヲ受クヘキ場合トハ必スシモ其證書ノミニ依リテ利益ノ裁判ヲ受クヘキ場合ノミナラス其證書並ニ當事者カ前ニ陳述シタル事實トノ關係ニ因リ利益ノ裁判ヲ受クルヲ得ヘキ場合ニ於テハ原狀回復ノ訴ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ然レトモ當事者ハ其證書ヲ提出シテ新ナル事實ヲ主張スルコトヲ得サルヤ論ヲ俟タス

以上第五乃至第七ノ場合ニ於テ當事者カ前訴訟手續ニ於テ故障又ハ上訴ノ方法ニ依リ原狀回復ノ理由ヲ主張スルコトヲ得タルニ拘ラス自己ノ過失ニ因リテ之ヲ主張セサリシトキハ本編再審ニ關スル規定ニ依リ原狀回復ノ訴ヲ爲スコトヲ得サルモノトス（民事訴訟法第四百七十條）

第三節　取消ノ訴及原狀回復ノ訴ニ付テノ條件

民事訴訟法第四百七十四條ニ依レハ取消及ヒ原狀回復ノ訴ハ共ニ之ヲ一个月ノ不變期間內ニ提起スルコトヲ要ス此期間ハ第四百六十八條第四號ノ場合ヲ除クノ外ハ再審ノ理由アルコトヲ知リタル日ヨリ起算スルモノトス然レトモ前述ヘタルカ如ク再審ノ訴ハ確定判決ニ對シテノミ之ヲ爲スコトヲ得ルモノナルカ故ニ判決ノ確定前ニハ再審ヲ求ムル訴ニ關スル期間ノ進行スルコトナシ隨テ當事者カ判決ノ確定前ニ再審ノ理由アルコトヲ知リタルトキハ一个月ノ不變期間ハ判決確定ノ日ヨリ之ヲ起算スルモノトス而モ此場合ニ於テ再審ヲ求ムルコトヲ得ルハ民事訴訟法第四百六十八條第二號及ヒ第四號ノ理由ニ依テノミ取消ノ訴ヲ爲スコトヲ得ルニ止マリ及ヒ一號及ヒ第三號ノ場合ニ於

0052

ケル取消ノ訴及ヒ原狀回復ノ訴ハ之ヲ爲スコトヲ得サルモノナリ但此場合ニ於テ當事者カ自己ノ過失ニアラスシテ上訴又ハ故障ノ方法ニ依リ原狀回復ヲ主張シ得サリシコトヲ證明シタルトキハ此限ニ在ラス

判決ノ確定シタル日ヨリ五个年ヲ經過シタルトキハ如何ナル場合ニ於テモ又如何ナル條件ヲ以テスルモ再審ノ訴ヲ爲スコトヲ得ス然レトモ民事訴訟法第四百六十八條第四號ノ場合ニ於テハ右期間ノ起算點ニ付キテ特別ノ規定ヲ設ケアリ即チ第四百七十四條第四項ニ依レハ此場合ニ於テハ訴ノ提起ノ期間ハ當事者又ハ法定代理人カ送達ニ因リテ判決アリタルコトヲ知リタル日ヲ以テ始マルモノト爲セリ然レトモ此場合ニ於テ當事者カ判決ノ確定前ニ送達ニ因リテ判決アリタルコトヲ知リタルトキモ亦其當時ヨリ一个月ノ不變期間ヲ起算スヘキモノナルヤ否ヤニ付テハ疑ナキヲ得ス而シテ第四百七十四條第四項ノ規定ニ依レハ此點ニ關シテ何等ノ規定ナキカ故ニ積極的ノ答辯ヲ與ヘサルヘカラサルカ如シ然レトモ前述フルカ如ク再審ノ訴ハ確定判決ニ對シテノミ之ヲ爲スコトヲ得ヘキモノナルカ故ニ判決ノ確定前ニ於テハ到底其訴ニ關スル期間ノ進行ヲ想像スルコトヲ得ス故ニ此場合ニ於テモ第四百七十四條第二項末段ノ規定ノ主意ニ依リ判決確定ノ日ヨリ一个月ノ期間ヲ起算スルヲ穩當ト信ス而シテ第四百六十八條第四號ノ場合ニハ第四百七十四條第三項ノ規定ヲ適用セス是レ自然ノ結果ニシテ別ニ説明ヲ要セサルヘシ

第四節　再審ノ手續及ヒ其効力

再審ノ手續及ヒ其効力ニ付テハ取消ノ訴ト原狀回復ノ訴トノ間ニ殆ト差異ナシ然レトモ取消ノ訴ト原狀回復ノ訴トヲ同一ノ當事者又ハ當事者雙方ヨリ同時ニ提出シタル場合ニ於テハ裁判所ハ取消ノ訴ニ付テノ裁判確定スル迄ハ原狀回復ニ付テノ辯論及ヒ裁判ヲ中止スヘキモノトス故ニ原狀回復ノ訴ハ取消ノ訴ニ付テノ裁判確定シタル後當事者ノ申請ニ因リ期日ヲ定メテ其裁判ヲ爲スモノナリ

原狀回復ノ訴及ヒ取消ノ訴ニ付テハ訴訟上專屬管轄ノ規定アリ即チ左ノ如シ

(第一)　第一審裁判所カ言渡シタル確定判決ニ對シテ再審ヲ求ムル訴ヲ爲ストキハ其訴ハ判決ヲ爲シタル裁判所ニ專屬ス

0053

〔第二〕第二審裁判所カ判決ヲ爲シ其判決カ確定シタルトキハ之ニ對シテ再審ヲ求ムル訴ヲ爲スニハ左ノ區別ニ依ラサルヘカラス

(イ) 控訴裁判所カ控訴ヲ適法トシテ本案ニ付キ裁判ヲ爲シタル末或ハ控訴ヲ理由ナシトシテ棄却スルカ又ハ之ヲ理由アリトシテ原裁判ヲ變更セルトキ

此場合ニ於テハ控訴審ノ判決第一審判決ニ代リタルモノナリト云フヲ正當トス隨テ其判決ニ對スル再審ノ訴ハ總テ控訴裁判所ノ管轄ニ專屬スルモノナリ然レトモ控訴セラレサリシ部分及ヒ不服ヲ申立ラレサリシ部分ニ付テハ控訴裁判所ハ判決ヲ爲スヘキモノニアラサルカ故ニ之ニ對スル再審ノ訴ハ第一審裁判所ノ管轄ニ專屬セサルヘカラス若シ此場合ニ於テ控訴審ノ判決ト第一審ノ判決トニ對シテ再審ヲ求ムル訴ヲ提起シタルトキハ控訴裁判所ハ其二個ノ訴ニ付キ專屬管轄權ヲ有ス

(ロ) 控訴裁判所カ控訴ヲ不適法トシテ棄却シタルトキ

此場合ニハ二個ノ獨立シタル判決存在ス詳言スレハ控訴裁判所カ控訴ヲ不適法トシテ却下シタル判決ト第一審裁判所カ訴訟ノ本案ニ付キ言渡シタル判決是ナリ故ニ判決ノ實質ニ關スル理由ニ因リ再審ヲ求ムル場合ニハ其訴ハ第一審裁判所ノ管轄ニ專屬スヘク之ニ反シテ訴訟ヲ不適法トシテ棄却下シタル判決ニ對シテ再審ヲ求ムル場合ニハ其訴ハ控訴裁判所ノ管轄ニ專屬スルモノトス

(ハ) 控訴裁判所カ民事訴訟法第四百二十二條又ハ第四百二十三條ノ規定ニ依リ原裁判ヲ廢棄シテ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻シ而シテ第一審裁判所カ其判決ニ基キ更ニ事件ニ付テノ裁判ヲ爲シタルトキ

此場合ニハ亦二個ノ獨立シタル判決ヲ生ス故ニ第一審裁判所カ爲シタル判決ニ對シテ再審ヲ求ムルトキハ其訴ハ之ヲ第一審裁判所ニ提起スヘク之ニ反シテ控訴裁判所カ爲シタル差戻ノ判決ニ對シテ再審ヲ求ムル場合ニハ其訴ハ之ヲ控訴裁判所ニ提出セサルヘカラス又此場合ニ二個ノ判決ニ對シテ同時ニ再審ヲ求ムル場合ニハ其所屬管轄ニ從ヒ二個ノ裁判所ニ各別ニ之ヲ提出セサルヘカラスト信ス蓋シ獨逸訴訟法ニ依レハ此場合ニ

0054

付テ特別ノ規定ヲ設ケ斯ル場合ニ在テハ二訴トモ總テ控訴裁判所ノ管轄ニ專屬セシム然レトモ我訴訟法ニハ此點ニ關シ別段ノ規定ナキカ故ニ右ノ如ク解釋セサルヘカラサルナリ

(第三) 上告裁判所カ判決ヲ爲シタル場合ハ左ノ區別ニ從ヒ管轄裁判所ヲ定メサルヘカラス

(イ) 上告裁判手カ訴訟ノ本案ニ付キ自ラ裁判ヲ爲サスシテ直チニ不適法ナリトノ理由ヲ以テ上告ヲ却下シタルトキ

此場合ニハ控訴審ノ場合ト同シク二個ノ判決存在スルモノナリ故ニ上告裁判所ノ判決ニ對シテ再審ヲ求ムルトキハ其訴ハ上告裁判所ノ管轄ニ專屬スヘク之ニ反シテ控訴裁判所ノ判決ニ對シテ再審ヲ求ムル場合ニハ其訴ハ控訴裁判所ノ管轄ニ專屬スルコト前述ヘタル所ニ同シ

(ロ) 上告裁判所カ原判決ヲ廢棄シテ事件ヲ第二審裁判所ニ差戻シ又ハ移送シタルトキ

此場合ニ於テハ差戻又ハ移送ヲ受ケタル裁判所ハ上告裁判所ノ判決ノ趣旨ニ基キ事件ニ付テノ裁判ヲ爲サヽルヘカラス從テ亦二個ノ判決ヲ生ス即チ第二審裁判所ノ判決及ヒ上告裁判所ノ差戻又ハ移送ノ判決是ナリ此二個ノ確定判決ニ對シテハ各獨立シテ再審ヲ求ムルコトヲ得ルカ故ニ上告裁判所ノ判決ニ對スル再審ノ訴ハ上告裁判所ノ管轄ニ專屬スヘク之ニ反シテ控訴裁判ノ確定判決ニ對スル再審ノ訴ハ控訴裁判所ノ管轄ニ專屬スルモノトス此場合ニ付テハ獨逸訴訟法ニハ特別ノ規定アリ即チ其第五百四十七條ニ依レハ上告裁判所ノ判決ニ對シテ再審ヲ求ムルニ當リ第五百四十六條第一號乃至第三號第六號及ヒ第七號ノ理由ニ因リ原狀回復ノ訴ヲ爲ストキハ其訴ハ控訴裁判所ノ管轄ニ專屬スルモノト爲セリ然レトモ此點ニ付テモ我民事訴訟法ニハ別段ノ規定ナキカ故ニ再審ヲ求ムル理由ノ何タルヲ問ハス總テ一般ノ規定ニ依リ不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所ニ各別ニ起訴セサルヘカラサルナリ

(ハ) 上告裁判所カ上告ヲ理由ナシトシテ棄却シタルトキ

此場合ハ控訴裁判所カ控訴ヲ理由ナシトシテ棄却シタル場合ト異ナリ上

0055

告裁判所ノ判決ハ控訴裁判所ノ判決ニ代リタルモノト云フヲ得ス隨テ當事者ハ此二箇ノ判決ニ對シテハ各獨立シテ再審ヲ求ムルコトヲ得ルモノナリ此場合ニ付テモ亦獨逸訴訟法ニハ特別ノ規定ナリ即チ或ル場合ニ於テハ上告裁判所ノ判決ニ對スル再審ノ訴ナルモ控訴裁判所ノ管轄ニ屬スルコトヽ爲セリ然レトモ我訴訟法ニハ此點ニ付テモ亦何等ノ規定ナキカ故ニ上告裁判所カ爲シタル上告棄却ノ判決ニ對シテハ縱令取消ノ訴ヲ爲ス場合ナルモ亦原狀回復ノ訴ヲ爲ス場合ナルモ一般ノ規定ニ從ヒ總テ上告裁判所ノ管轄ニ專屬スヘク之ニ反シテ控訴裁判所ノ判決ニ對スル取消又ハ原狀回復ノ訴ハ總テ控訴裁判所ノ管轄ニ專屬スルモノトス

(二) 上告裁判所カ原裁判ヲ變更シ事件ニ付キ自ラ裁判ヲ爲シタルトキ此場合ニハ控訴審ノ判決ハ上告審ノ判決ニ因テ變更セラレタルモノナルカ故ニ再審ヲ求ムルコトヲ得ルハ獨リ上告審ノ判決ニ限ルモノナリ隨テ之ニ對スル再審ノ訴ハ上告裁判所ノ管轄ニ專屬スルモノトス

此ノ如ク當事者ハ確定判決ニ對シテ再審ヲ求ムルコトヲ得ルモノナルモ其判決ハ必スシモ請求ノ全部ニ對スルモノニ限ルニアラス一分判決ニ對シテモ亦再審ヲ求ムルコトヲ得ルモノナリ故ニ苟モ再審ノ條件ヲ具備スル以上ハ一分判決ニ對シテモ再審ヲ求メ得ヘキモノニシテ此場合ニ於ケル再審ノ訴ハ其一分判決ヲ爲シタル裁判所ノ管轄ニ專屬スルコト自ラ明ナリトス

然レトモ下級裁判所カ爲シタル一分判決ト其他ノ部分ニ付キ上級裁判所カ爲シタル確定判決トニ對シ同時ニ再審ヲ求ムルノ訴ヲ爲シタルトキハ其訴ハ上級裁判所ノ管轄ニ專屬スルモノトス又民事訴訟法ノ規定ニ依レハ支拂命令ニ對シテ執行命令ヲ發シタルトキハ其執行命令ハ假執行ノ宣言ヲ付シタル闕席判決ト同一ナリト規定セリ故ニ其執行命令ニ對シテ債務者カ十四日ノ期間內ニ故障ヲ爲サヽルトキハ其命令ハ確定ス隨テ債權者ハ其執行命令ニ依リ直チニ執行ヲ爲スコトヲ得ヘシ而シテ此場合ニ於テハ執行命令ハ全ク闕席判決ト同一ニ看做サルルカ故ニ當事者ハ其命令ニ對シテ再審ヲ求ムルコトヲ得ヘシ此場合ニ於テ再審ヲ求ムル訴ハ執行命令ヲ發シタル區裁判所ノ管轄ニ專屬ス然レトモ其事件カ元來區裁判所ニ屬セスシテ他ノ裁判所ニ屬スルモノナルト

0056

キハ再審ノ訴ハ其訴訟ヲ管轄スヘキ裁判所ノ管轄ニ專屬ス（民事訴訟法第四百七十六條第三項）」

再審ヲ求ムル訴ハ確定ノ終局判決ニ對シテノミ爲スコトヲ得ルモノナルカ故ニ中間判決及ヒ決定ニ對シテハ此訴ヲ爲スヲ得ス然レトモ訴訟ニ付テノ終局判決カ其中間判決又ハ決定ニ基キタルトキ換言セハ終局判決ト中間判決若クハ決定トノ間ニ原因結果ノ關係アル場合ニ於テ其中間判決又ハ決定ニ對シテ再審ヲ求ムルコトヲ得ヘキ理由存スルトキハ當事者ハ其原因ニ基キ終局判決ニ對シテ再審ヲ求ムルコトヲ得ヘキヤ明ナリ此場合ニ於テハ再審ヲ求ムル訴ニ付テ管轄裁判所ハ終局判決ヲ爲シタル裁判所ナルコト勿論ナリトス

上來述ヘタルカ如ク再審ヲ求ムル訴ノ管轄ハ區裁判所ニ專屬スル場合アリ又ハ地方裁判所控訴院若クハ大審院ニ專屬スル場合アルカ故ニ之カ訴訟手續ハ其再審ヲ求ムル訴ヲ管轄スル裁判所ノ訴訟手續ニ關スル規定ヲ準用ス然レトモ再審ヲ求ムル訴ハ全ク獨立ノ訴ナルカ故ニ控訴審或ハ上告審ニ於ケル訴訟手續ノ規定ヲ準用スル場合ニ於テモ其訴ハ上告方法ナリト云フコトヲ得ス隨テ再審ノ訴ヲ爲スニ付テハ普通ノ訴ヲ爲ス場合ノ如ク訴狀ヲ差出サヽルヘカラス此訴狀ニハ必要事項及ヒ準備事項ヲ掲クヘキモノトス而シテ民事訴訟法第四百七十五條ノ規定ニ依レハ必要事項ト稱スルモノハ左ノ如シ

第一　取消又ハ原狀回復ノ訴ヲ受クル判決ノ表示

第二　取消又ハ原狀回復ノ訴ヲ起ス旨ノ陳述

又準備事項トシテ訴狀ニ記載スヘキモノハ左ノ如シ

第一　不服ノ理由

第二　右不服ノ理由及ヒ不變期間ノ遵守ヲ明ニスヘキ事實ノ證據方法並ニ法定ノ期間ヲ遵守シタル事實ヲ證スルコト

第三　如何ナル程度ニ於テ不服ヲ申立テラレタル判決ヲ廢棄シ又ハ破毀シ及ヒ本案ニ付キ如何ナル判決ヲ求ムルヤノ申立

第四　準備書面ニ掲クヘキ一般ノ事項

由是觀之再審ヲ求ムル原因ハ單ニ準備事項トシテ記載スヘキモノニシテ訴狀ノ必要事項ニアラサルカ故ニ訴狀ニ再審ヲ求ムルノ原因ヲ掲ケサルモ訴狀タルノ効力ヲ失フコトナシトス隨テ當事者ハ再審ノ辯論中其原因ヲ變更スルコ

0057

トヲ妨ケサルナリ然レトモ取消ノ訴ヲ爲スコトヲ訴狀ニ記載シナカラ辯論ニ於テ之ヲ原狀回復ノ訴ニ變更スルコトヲ得サルナリ何トナレハ原狀回復又ハ取消ノ訴ヲ爲スハ訴狀ノ必要事項ニシテ之ヲ變更スルトキハ全ク別箇ノ訴トナレハナリ之ヲ要スルニ再審ヲ求ムル原因ハ之ヲ變更スルコトヲ得レトモ取消ノ訴ヲ原狀回復ノ訴ニ變シ又ハ原狀回復ノ訴ヲ取消ノ訴ニ變更スルコトヲ得サルモノナリ

以上述フルカ如ク再審ノ訴ハ全ク獨立シタル訴ト同一ナルカ故ニ其取下ニ付テモ亦普通訴ノ取下ニ關スル規定ヲ適用ス又再審ノ訴ヲ許スヘキヤ否ヤハ裁判所ノ職權調査ニ係ル事項ナルカ故ニ當事者ハ合意ヲ以テ其訴ヲ適法ト爲スコトヲ得ス

再審ヲ求ムル訴ニ付テノ辯論ハ之ヲ二種ニ區別スルコトヲ得即チ再審ヲ求ムル理由及ヒ許否ニ付テノ辯論訴訟ノ本案ニ付テノ辯論是ナリ

再審ヲ求ムル理由及ヒ許否ニ付テノ辯論ニ於テハ裁判所ハ職權ヲ以テ再審ノ訴ヲ許スヘキヤ否ヤ又其訴ハ法定ノ方式及ヒ期間ヲ遵守セルモノナリヤ否ヤ

◎三十三年度新講義錄發行廣告◎

●三十三年度新講義錄ハ本年二月ヨリ五十ノ日發行ス●月謝金ハ全部金一圓各一部金四十錢●入學金ハ納付ニ及ハス●卒業ヲ一ケ年ニ豫定ス●本校講義錄ハ平易簡約ヲ旨トシ以テ初學者ノ勉學ニ適スヘク以テ法學者ノ溫習ニ適スヘク記述シタルヲ以テ各人ハ他日ノ餘師ニ仰ク爲メニモ此機ヲ失セス其所要ニ從ヒ各部又ハ全部ノ申込ミヲ爲スヘシ

●本講義錄掲載科目及ヒ擔當講師ハ左ノ如シ

◎第一部

大審院判事警察監獄學校講師 法律學士 鶴見守義

民法
- 大藏省參事官 法學士 塚田達二郎
- 大藏書記官 法學士 荒井賢太郎
- 法典調査會起草委員 法學博士 富井政章
- 法科大學教授 法學博士 梅謙次郎
- 法典調査會起草委員 法學士 棟居喜九馬
- 法典調査會起草委員 法學士 兩角彥六
- 法典調査會起草委員 法學士 水町袈裟六
- 法典調査會起草委員 法學士 岩田一郎
- 法典調査會起草委員 法學士 遠藤忠次郎
- 法典調査會起草委員 法學士 松岡義正

法
- 大辯護士 法學士 若槻禮次郎
- 大藏省書記官 法學士 掛下重次郎
- 大審院書記 法學士 赤司鷹一郎
- 遞信書記官 法學士 粟津清亮

民事訴訟法
- 東京地方裁判所部長 法學博士 河村讓三郎
- 東京控訴院部長 法學博士 前田孝階
- 大審院檢事 法學士 島田鐵吉
- 東京地方裁判所長 法學士 戸不動產登記法 東京地方裁判所判事 法學士 杉本貞治郎
- 法典調査會起草委員 法學士 人事訴訟手續法 法科大學教授 法學博士 馬場國治郎
- 法典調査會起草委員 法學士 非訟事件手續法 法科大學教授 法學博士 羅馬法 法學士 佛國ヂユモラール

◎第二部

商法
- 農商務省參事官 法學士 大文學院 法學士 杉本貞治郎
- 商務省參事官 法學士 法學士 赤司鷹一郎
- 參事官 法學士 法學士 粟津清亮

東京控訴院部長 法學博士 富谷鉎太郎

法典調査會起草委員 法學士 岸清一

辯護士 法學士 岡野敬次郎

法科大學教授農商務省參與官法典調査會起草委員 法學博士 梅謙次郎

商法修正要領 法學士 松岡義正

破產法 東京地方裁判所部長 法學士 山口弘一

國際私法 東京外國語學校教授 法學士 金井延

經濟學 法科大學教授 法學士 矢作榮藏

財政學 大學院學生 法學士 下村宏

現行租稅法 東京郵便電信學校教授遞信書記官 法學士 松崎藏之助

大藏書記官 法學士 若槻禮次郎

◎第三部

刑事訴訟法 大審院檢事 法科大學講師 法學士 鶴見守義

大審院判事 法學士 古賀廉造

法典調査會起草委員 法學士 鶴見守義

憲法 警察監獄學校講師 法學士 副島義一

警察監獄學校講師 法學士 竹井耕一郎

行政法 大學院學生 法學士 一木喜德郎

法科大學教授內務省參與官 法學士 山口弘一

公法 東京外國語學校教授 法學士 秋山雅之介

公使館二等書記官法科大學講師 法學士 寺尾亨

國際法 法科大學教授外務省參事官 法學士 松井茂

警察法 警視內務書記官 法學士 松井茂

警察監獄學校講師 法學士 松井茂

監獄學 內務省監獄事務官 法學士 小河滋二郎

監獄學校講師 法學士 小河滋二郎

法典調査會委員 法學士 小河滋二郎

廣告

校外生修業證書ハ目下調製中ニ付出來次第送附スヘシ（第廿四號マテ購讀濟ノ分ハ修業證書ヲ受領セスト雖モ編入試驗願書ヲ差出スコトヲ得）規定ノ手續ヲ經テ校外生名簿ニ登錄セラレタル者ハ校友ニ準シ三十三年度講義錄ヲ特價（各部三十五錢全部九十錢）ヲ以テ購讀スルコトヲ得

明治三十三年二月九日印刷
明治三十三年二月十日發行

編輯兼發行者　東京市四谷區四谷仲町三丁目六番地　小田幹治郎
印刷者　東京市芝區西ノ久保明舟町十一番地　金子鐵五郎
印刷所　東京市芝區西ノ久保明舟町十一番地　金子活版所
發行所　司法省指定　和佛法律學校
所在（東京市麴町區富士見町六丁目十六番地）
電話（番町百七十四番）

明治廿二年十二月九日內務省許可

0059