

和仏法律学校講義録

加古, 貞太郎 / 掛下, 重次郎 / 前田, 孝階

(出版者 / Publisher)

和仏法律学校

(巻 / Volume)

1-22

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

43

(発行年 / Year)

1899-12-20

和佛法律學精
講義錄

第一卷

每月一回

目

次

親族法 (自三〇五頁) 法律學士 掛下重次郎

民事訴訟法 (自第三編) 自三七頁 法律學士 前田 孝階

第貳拾貳號

民法物權(物上) (自一二二頁) 法律學士 加古貞太郎



法學志林

第貳號

十二月五日發行

每月一回發行
定價一冊金拾錢 郵稅一冊金壹錢十冊前金壹圓
校友生徒校外生ニ限リ
特價一冊八錢 郵稅壹錢 十冊前金六拾錢 郵稅不要

古賀法律學士、秋山法學士、寺尾法學博士ノ肖像

法學研究ニ付テ、法學士水町製袋六●破産法ヲ論ス、法學博士梅謙次郎

勞役者ノ災厄ニ關スル責任問題(續) 法科大學々生五來欣造

寺院權限ノ權利ニ關スル判例、法學士城數馬●人證ニ關スル大審院ノ最新聯合部判例 辯護士信岡雄四郎●散錄

關西及九州紀行續(信岡雄四郎)●高利借取締法、先登士

民法及破産法問題解答二、法學博士梅謙次郎●擬判試驗問題及ヒ答案、藤戸節夫

○平和會議成功ノ理由○無盡講世話人ノ訴訟權ニ關スル新判例○上訴ノ場合ニ於ケル訴ノ取下○

○司法官ト行政官ノ犯罪○居所地家屋稅○高利貸取締法案提出○看護婦ト女房○法科大學生ノ第

ト外山生ノ意見○議員收賄ニ關スル刑罰○百五十一回ノ拘留

○講師會○講談會○講師校友生徒有志秋季大懇親會○特別試驗及擬判試驗○圖書閱覽室資金寄附者氏名○判事檢事登用第一回試驗及第者○校友異動○校友死亡

發行所

東京市麴町區富士見町六丁目

司法省指定

和佛法律學校

第四一七條ニハ後見人ノ外ニ副後見人アリ吾邦ニ於テハ此ノ如キ立法例ヲ採

用セス二人以上ノ後見人ヲ許ストキハ被後見人ノ財產大ニシテ其管理ノ任務

容易ナラサル場合ニ在リテハ二人以上ノ者ニ其任務ヲ分擔セシムルコトヲ得

實際ニ於テハ便利ナルコトアル可シト雖モ後見人ハ親權ニ類スル權利ヲ行フ

モノニシテ親權ヲ行フ者ヲ一人ナリトスルトキハ後見人モ亦一人トセサル可

カラス然レトモ後見人ニシテ二人以上アルトキハ其間ニ意見ノ衝突ヲ生シ從

フテ家族上ノ紛議ヲ來タシ又ハ各自其責任ヲ他ニ讓リテ被後見人ノ爲メニ不

利益ナルコト多カル可キヲ以テ本法ニ於テハ之ヲ一人ト爲セタリ而シテ後見

人ハ其任務繁忙ニ堪ヘサルカ如キ場合ニ於テハ第九百二十六條ノ規定ニ從ヒ

親族會ノ同意ヲ得テ有給ノ財產管理者ヲ使用スルコトヲ得ルカ故ニ實際ニ於

テハ左程大ナル不都合アルヲ見サルナリ

後見人ノ辭任(第九〇七條)

後見人ハ婦女ヲ除ク外左ノ事由アルニ非サレハ其任務ヲ辭スルコトヲ得ス

一 算入トシテ現役ニ服スルコト

親族法

1104

二 被後見人ノ住所ノ市又ハ郡以外ニ於テ公務ニ従事スルコト

三 自己ヨリ先ニ後見人タルヘキ者ニ付キ本條又ハ次條ニ掲ケタル事由ノ存セシ場合ニ於テ其事由カ消滅シタルコト

四 禁治産者ニ付テハ十年以上後見ヲ爲シタルコト但配偶者直系血族及ヒ戸主ハ此限ニ在ラス

五 此他正當ノ事由人事編第一六三條第一項第一七八條第二二五條第二二六條

後見人ノ職務ハ原則トシテハ法律上拒辭スルコトヲ得サル負擔タリ然レトモ此原則ニハ他ノ原則ノ如ク例外アリ或ル特別ノ場合ニ於テ法律ハ後見人カ其任務ヲ辭スルコトヲ許セリ後見人ノ任務ヲ辭スルコトハ法律カ後見人タル可キ者ニ與ヘタル恩典ナリ故ニ後見人タル可キ者ニシテ此恩典ヲ拋棄セント欲セハ拋棄スルコトヲ得可シ然レトモ後見人タル可キ者カ其免除ノ權利ヲ拋棄セサルトキハ當然後見人タルモノトス而シテ後見人カ其任務ヲ辭スルコトハ就任ノ前後ヲ問ハス故ニ後見人カ免除ノ事由アルニ拘ハラヌ就職シタルトキ

ハ之ヲ以テ絕對ニ其免除ノ權利ヲ拋棄シタルモノト云フヲ得サルナリ

法律カ後見人ノ任務ヲ辭スルコトヲ得可キ事由五個ヲ規定セリ即チ左ノ如シ

- (一) 軍人トシテ現役ニ服スルコト 軍人トシテ此恩典ヲ受クルハ現役ノ者ニ限ル故ニ豫備後備役ニ在ル者ハ後見人ノ任務ヲ辭スルコトヲ得ス法律カ現役ニ在ル軍人ニ此恩典ヲ與ヘタルハ他ナシ現役ニ服スル軍人ハ通常軍隊ニ在ル可キカ故ニ他ノ事務ヲ執ルコト能ハサルコト多ク又軍人ノ紀律ハ他ノ官吏ニ比シ敬層峻嚴ナルカ故ニ後見人タルカ故ニ毫モ其本分ノ職ヲ怠ルコト能ハス故ニ此ノ如キ者ヲマテ後見人タラシムルトキハ却テ被後見人ノ爲メ不利益タルコトアリ又後見人タル可キ者ニ付テ云ヘハ嚴重ナル固有ノ職分アル者ニ後見人ノ任務ノ如キ重大ナル責任ヲ負ハシムルハ甚タ酷ニ失スルヲ以テナリ
- (二) 被後見人ノ住所ノ市又ハ郡以外ニ於テ公務ニ従事スルコト 現役ニ在ル軍人ヲ除ク外他ノ官吏公吏等公務ニ従事スル者ハ被後見人ノ住所ノ市又ハ郡内ニ於テハ公務ノ餘暇ニ於テ後見人ノ任務ヲ盡スコトヲ得可シト雖モ若シ後見人カ被後見人ノ住所ノ市又ハ郡以外ニ於テ公務ヲ執ルトキハ其任地ヲ離ル、

コト能ハサル場合アル可ク強非テ後見人ノ任務ヲ執ラシムルトキハ公務ノ妨ト爲ル可クシテ此ノ如キ者カ後見人タルトキハ充分ニ其任務ヲ盡スコト能ハスニテ被後見人ノ爲メ不利益タル可ク又後見人タル可キ者ニ付テ云ヘハ甚ダ苛酷ナルヲ以テ法律ハ此場合ニ於テハ後見人ノ任務ヲ辭スルコトヲ許セリ公務ニ従事スルトハ官吏公吏カ職務ヲ執ル場合ヲ指スニ非スシテ公證人執達吏議會議員等カ公務ヲ以テ繼續シテ自己ノ業務ト爲セルコトヲ云フ

(三)自己ヨリ先ニ後見人タルヘキ者ニ付キ本條又ハ次條ニ掲ケタル事由ノ存セシ場合ニ於テ其事由カ消滅シタルコト 遺言ヲ以テ親權者ヨリ指定セラレタル後見人第九〇一條其他法律ノ規定ニ依リ後見人タル可キ者父母夫妻第九〇二條戶主第九〇三條其他ノ者第九〇四條カ法律ノ規定シタル事由本條及ヒ次條アリテ其任務ヲ辭スルカ若クハ後見人ト爲ルコトヲ得サル場合ニ於テハ他ノ者カ後見人ト爲ル可ト雖モ他ノ者カ後見人ト爲リタルハ全ク元來後見人タル可キ者ニ辭任又ハ後見人タルコト無資格ノ事由生シタルニ由ル故ニ其事由ニ付テ止ミタルトキハ其者ヲシテ固有ノ順位ニ復シテ後見ノ任務ヲ執ラシ

ム可キハ正當ナリ例ヘハ(イ)遺言後見人カ軍人トシテ現役ニ服セルノ故ヲ以テ其任務ヲ辭シ(ロ)禁治産者ノ後見人タル父又ハ母カ自己禁治産ヲ宣告ヲ受ケテ後見人タル能力ヲ失ヒ(ハ)夫又ハ妻カ未成年者ナルトキ親權者カ其配偶者ノ後見人ト爲リタル場合ニ於テ(イ)ノ軍人カ豫備役ニ入り(ロ)ノ父又ハ母ニ對スル禁治産ノ宣告カ取消サン(ハ)ノ夫又ハ妻カ成年ニ達シタルトキハ此等ノ者ハ法律上舊位置ニ復シテ當然後見人タルモノニ非ス此場合ニ於テハ本號ノ規定ニ依リ後任ノ後見人カ之ヲ理由トシテ其任務ヲ辭スルコトヲ得ルニ止マレリ法律ハ何故ニ辭任又ハ除斥ノ原因止ミタルトキハ後見人タル可カリシ者ヲ當然後見人ト爲サ、ルカ是レ他ナシ後見人カ屢變更スルハ被後見人ノ爲メ概シテ不利益ナルト辭任又ハ除斥ノ原因中其消滅シタルヤ否ヤ頗ル不明ナルモノアリテ之カ爲メ爭訟ヲ生スルノ虞アリ而シテ其裁判確定ノ結果往々ニシテ前後後見人カ一定ノ期間内其任務ヲ不當ニ行ヒ法律上後見人タル可キ者カ其任務ヲ行ハサリシカ爲メニ種々煩雜ナル問題ヲ惹起ス可キトヲ以テナリ

(四)禁治産者ニ付テハ十年以上後見ヲ爲シタルコト 未成年者ニ對スル後見ノ

年限ハ豫メ一定スルモノニシテ如何ニ長キトモ二十年ヲ超過スルコトアラサルナリ而シテ未成年者ニ對シテハ最初ハ親權者アリテ之ヲ保護シ親權者カ死シシ家ヲ去リ又ハ親權ヲ喪失シタル等ノ場合ニ於テ後見ニ付セラル、コト多キカ故ニ二十年間後見人アルコトハ寧ロ稀レナル可キナリ之ニ反シテ禁治產者ニ對スル後見ノ任期ハ豫メ何年繼續ス可キモノナルヤヲ知ルコト能ハサルナリ然ルニ正當ノ理由ナキニ於テハ禁治產者ノ畢生間モ繼續スル後見ノ任務ヲ辭スルコト能ハサルモノトスルハ甚タ酷ニ失スルヲ以テ禁治產者ノ後見人ハ十年ヲ經過シタルトキハ辭スルコトヲ得ルモノトセリ是レ外國ノ立法例ニ於テモ多ク見ル所ノ規定ナリ

此規定ニハ例外アリ即チ配偶者直系血族及ヒ戸主カ後見人タル場合はレナリ此等ノ者ハ當然禁治產者ヲ保護ス可キ地位ニ在ル者ニシテ若シ此等ノ者カ其後見ノ任務ヲ辭スルトキハ之ヨリ一層關係ノ薄キ者ヲ以テ後見人ト爲サ、ル可カラサルニ至リ頗ル不當タルヲ免レザレハナリ法文上ノ解釋トシテハ此但書ハ此等ノ者ハ後見ノ任務カ十年ニ滿タサルトモ辭スルコトヲ得可キ趣旨ト

見ルコトモ得可シト雖モ本條規定ノ精神ニ依テ前ノ如ク解釋セサル可カラサルナリ

(五)此他正當ノ理由 以上列舉シタル事由ハ法律カ認メテ以テ後見ノ任務ヲ辭スルニ足ルト爲シタルモノナレトモ此他ニ於テモ事實上後見ノ任務ヲ辭スルコトヲ許スニ足ル事由アルナリ例ヘハ病身ニシテ其任務ニ堪ヘサル場合公務(後)後見人ノ住所ノ市又ハ郡内ニ於テ從事スル多忙ニシテ到底後見ノ任務ヲ執ルコト能ハサル場合一家生計ノ都合ニ依リ被後見人ノ住所ヨリ遠隔ノ地ニ移住セサレハ一家ヲ糊スルコト能ハサル場合ノ如キハ後見ノ任務ヲ辭スルコトヲ許サ、ル可カラス而シテ此正當ノ事由トハ事實問題ニ屬スルヲ以テ裁判所ノ査定ニ依リテ定マル可キナリ

以上ハ後見ノ任務ヲ辭スルコトヲ得可キ事由ナルカ婦カ後見人ナルトキハ法律ハ以上ノ事由ナク其任務ヲ辭スルコトヲ得ルモノトセリ曩キニ女戸主カ隱居ヲ爲ス場合第七五條及ヒ母カ親權者ナルトキ財產ノ管理ヲ辭スルヲ得ルコトニ付キ叙述シタルカ如ク婦女ハ一般ニ其性格ニ於テ財產管理ニ適セス強

非テ之ニ後見人タル義務ヲ負ハシムルハ吾邦ノ事情ニ適セザルヲ以テ此例外規定ヲ設ケタリ
後見人タル不能力第九〇八條
左ニ掲ケタル者ハ後見人タルコトヲ得ス

- 一 未成年者
- 二 禁治産者及ヒ準禁治産者
- 三 剥奪公權者及ヒ停止公權者
- 四 裁判所ニ於テ免職セラレタル法定代理人又ハ保佐人
- 五 破産者
- 六 被後見人ニ對シテ訴訟ヲ爲シ又ハ爲シタル者及ヒ其配偶者並ニ直系血族
- 七 行方ノ知レサル者
- 八 裁判所ニ於テ後見ノ任務ニ堪ヘサル事跡不正ノ行跡又ハ著キ不行跡アリト認メタル者人事編第一八〇條乃至第一八二條第二二六條

人事編ニ於テハ後見人ノ缺格ノ場合ト除外及ヒ罷職ノ場合トヲ分チテ規定シ佛民法モ亦然リ(第四四二條乃至第四四九條)雖モ本法ハ之ヲ一括シテ本條ノ規定ヲ設ケタリ故ニ本條ニ掲ケタルモノヲ詳細ニ分析スルトキハ最初ヨリ後見人ト爲ル能力ナキ者アリ半途ニシテ其能力ヲ失フ者アリ又ハ元來ノ能力ハ有スルモ自己ノ過失不行跡等ニテ後見人タルコトノ資格ヲ失ヒタル者其他種々ノ者アレトモ是レ畢竟孰レモ後見人タルコトヲ得サル事由タルニ外ナラサルナリ

後見人ハ被後見人ノ身上ヲ保護シ及ヒ財産ヲ管理スル重要ノ職務ヲ行フモノナルヲ以テ被後見人ノ爲メニ不利益ト見ラルル者ハ之ニ任スルコトヲ禁セザル可カラズ本條ニ列舉シタル者ハ法律カ被後見人ノ爲メニ不利益ナル者ト看做シタルナリ而シテ此等ノ者ハ最初ヨリ後見ノ職ニ就クコトヲ得サルノミナラス一旦後見人ト爲リタル場合ト雖モ當然其職ヲ失フヘキモノトス

(一) 未成年者 未成年者ハ自身後見ニ服スル者ナルカ故ニ之ニ他人ノ後見人タルコトヲ禁スルハ固ヨリ論ヲ俟タサルナリ

(二) 禁治産者及ヒ準禁治産者 是亦未成年者ノ如ク自ら自己ノ身上及ヒ財産ヲ保護スルコト能ハスシテ後見ニ付セラレ又ハ保佐人ノ補助ヲ必要ト爲ス者ナルカ故ニ到底他人ノ後見人タルニハ適セサルナリ

(三) 剝奪公權者及ヒ停止公權者 刑法第三十二條第三十三條第三十四條ノ規定ニ依リ重罪ノ刑ニ處セラレタル者ハ終身公權ヲ剝奪セラレ禁錮ニ處セラレタル者ハ其刑期間輕罪ノ刑ニ於テ監視ニ付セラレタル者ハ監視ノ期限間公權ヲ停止セラレ、モノニシテ此ノ如キ者ハ信用少ナキモノナレハ之ニ被後見人ノ財産ノ管理ヲ託スルハ被後見人ノ不利益タルト後見人タルコトハ一面ニ於テハ義務ナレトモ亦他ノ一面ニ於テハ權利ナレハ國家力以上ノ如キ犯罪者ニハ後見人タルコトノ名譽ヲ有スルコトヲ得サルモノトシタリ但シ刑法第三十一條第七號ノ但書ニ親屬ノ許可ヲ得テ子孫ノ爲メニスルハ此限ニ在ラヌトアレトモ是レ本條ノ規定ト抵觸スルモノニシテ刑法ノ規定ハ本條ノ規定ニ依リテ改正セラレタルニ外ナラサルナリ

(四) 裁判所ニ於テ免職セラレタル法定代理人又ハ保佐人 法定代理人例ヘハ親

權者後見人不在者ノ財産管理人法人ノ理事清算人相續人ノ曠缺セル遺産ノ管理人遺言執行者又ハ保佐人等ノ其任ニ適セサルモノタルコトヲ認メラレタル者カ更ニ後見人タルニ適セサルコトハ明カナルヲ以テ此ノ如キ者ハ一タヒ裁判所ニ於テ免職セラレタルトキハ更ニ後見人ト爲ルコトヲ得サルモノトセリ然レトモ是レ前ニ免職セラレタルカ裁判所ニ於テセラレタルモノニ限ル故ニ第九百十一條第一項第九百十七條第三項第九百十九條第三項ノ規定ニ依リ親族會ヨリ免職セラレタル後見人ハ此規定ノ適用ヲ受ケサルモノトス

(五) 破産者 破産者ハ財産上ノ信用ナキ者ナレハ後見人トシテ之ニ財産ノ管理ヲ委スルハ被後見人ノ爲メ甚タ不利益ナリ民法施行法第二條第三條ノ規定ニ依リ家賃分散者及ヒ以前身代限ノ處分ヲ受ケテ未タ其債務ヲ辨濟セサル者ハ破産者ト同視セラレ、モノトス

(六) 被後見人ニ對シテ訴訟ヲ爲シ又ハ爲シタル者及ヒ其配偶者並ニ直系血族被後見人ニ對シテ訴訟ヲ爲シ又ハ爲シタル者ノ如キハ被後見人ト利益相反スルト見ルコトヲ得可ケレハ此ノ如キ者ヲ其後見人ト爲スハ被後見人保護ノ道ニ

アラサルナリ亦其者ノ配偶者及ヒ直系血族モ同シク後見人ト爲スコトヲ得サルナリ

(七)行方ノ知レサル者 此ノ如キ者カ後見ノ任務ヲ盡スコト能ハサルハ言フヲ俟タサルナリ

(八)裁判所ニ於テ後見ノ任務ニ堪ヘサル事跡不正ノ行爲又ハ著シキ不行跡アリト認めタル者 此規定ハ第四號ト同趣旨ナリ第四號ハ他ノ後見其他ノ法定代理ニ付テ裁判所ニ於テ免職セラレタル者ナレトモ茲ニ規定スル者ハ其後見ニ付キ特ニ其任ニ堪ヘサル者ト認めラレタルノ差アルナリ

保佐人(第九〇九條)

前七條ノ規定ハ保佐人ニ之ヲ準用ス

保佐人又ハ其代表スル者ト準禁治産者トノ利益相反スル行爲ニ付テハ保佐人ハ臨時保佐人ノ選任ヲ親族會ニ請求スルコトヲ要ス(八事編第二一七條第二四條第二項乃至第四項第二二五條第二三二條第三項第二三三條第一項)未成年者及ヒ禁治産者ニ於ケル後見人ト準禁治産者ニ於ケル保佐人ト其性質

相類ス準禁治産者ハ禁治産者ニ比シテ其無能力ノ程度稍輕キカ故ニ唯タ其保護ノ程度薄キノミニシテ後見人ト其規定ヲ異ニスル理由アラサルヲ以テ後見人ノ規定ニ關スル前七條第九〇二條乃至第九〇八條ヲ保佐人ニ準用スルコトハセリ

保佐人ノ利益ト準禁治産者ノ利益ト相反スルコトアリ(例ヘハ保佐人ト其保佐スル準禁治産者ト契約ヲ爲シ又ハ其一方ヲ相手トシ訴訟ヲ爲スカ如キ是レナリ)又保佐人カ代理權ヲ有スル第三者例ヘハ保佐人カ第三者ノ後見人タルトキ其第三者ノ利益ト準禁治産者ノ利益ト相反スルコトアリ此場合ニ於テ保佐人ハ自己又ハ其代理スル第三者ノ利益ヲ圖ル爲メニ準禁治産者ニ之カ行爲ヲ許可スルノ虞レナシトセス故ニ此場合ニ於テハ臨時保佐人ヲ選任セシメ之ヲ以テ準禁治産者ノ爲サントスル行爲ヲ許可セシムルコト、セリ故ニ其必要アル場合ニ於テハ保佐人ハ臨時保佐人ノ選任ヲ親族會ニ請求スルコトヲ要ス是レ親權ノ効力ニ關スル第八八八條ノ規定ト同一ノ趣旨ニ出テタル規定ナリ而シテ後見人ニ付テハ之ヲ監督スル者アリテ以上ノ如キ場合ニハ第九百十五

條第四號ノ規定ニ依リ其監督人カ被後見人ヲ代表スルカ故ニ被後見人ノ利益ハ充分ニ保護セラル可キ道アリト雖モ華禁治産者ニ付テハ此ノ如キ者アラサルヲ以テ右ノ如キ規定ヲ特ニ設ケタルナリ

第二款 後見監督人

後見監督人トハ後見ノ一機關ニシテ後見人カ果シテ能ク其任務ヲ盡スヤ否ヤヲ監督シ或ル場合ニ於テハ被後見人ノ爲メニ自ラ必要ナル處分ヲ爲シ被後見人ト其後見人ト利益相反スル行爲ニ付テハ被後見人ヲ代表ス而シテ人事編ニ於テハ之ヲ置クコトヲ必要トセザリシ(人事編第一六九條第一項)ト雖モ後見ノ制ヲシテ弊害ナカラシメント欲セハ之ヲ置クノ必要アルヲ以テ本法ニハ之ヲ親族會ノ自由ニ任セシテ必ス置クコト、爲シタリ(佛民法亦然リ)

遺言後見監督人指定後見監督人トモ云フ(第九一〇條)

後見人ヲ指定スルコトヲ得ル者ハ遺言ヲ以テ後見監督人ヲ指定スルコトヲ得

(人事編第一六九條第二項)

後見人ニハ遺言ヲ以テ指定シタル者第九〇一條法定ノ後見人第九〇二條第九

〇三條及ヒ選定後見人第九〇四條ノ三種アレトモ後見監督人ハ遺言ヲ以テ指定シタル者ト親族會ニ於テ選定シタル者トニ限レリ而シテ後見監督人ニ法定ノ者ヲ設ケザルハ他ナシ後見監督人ハ後見人ノ誰タルコトノ定マリタル上之ヲ監督スルニ適當ナル者ナラサル可カラサルヲ以テ法律ハ豫メ後見監督人ヲ定ムルヲ得サレハナリ

本條ハ遺言ヲ以テ後見監督人ヲ指定スルコトヲ得可キ旨ヲ規定シタルモノニシテ遺言ヲ以テ後見人ヲ指定スルコトヲ得可キ者第九〇一條ハ後見監督人ヲ指定スルコトヲ得而シテ父母ハ時ヲ異ニシテ各親權ヲ行フコトアリト雖モ第九百一條ノ規定ニ依リ最後ニ親權ヲ行フ者ニ非サレハ後見人ヲ指定スルコトヲ得サルヲ以テ親權者ニシテ後見人及ヒ後見監督人ヲ指定シタルトキハ此兩者ハ同一ノ人ノ指定ニ係ル可キヲ以テ法律ハ同一ノ人ノ指定ニ係ル後見監督人ハ能ク後見人ヲ監督スルニ適シタル者ト看做シタルナリ然レトモ親權者カ此等兩者ノ中一人ヲ指定シ他ノ一人ヲ指定セサルコトアリ若シ後見監督人ニシテ指定セラレザリシトキハ次條ノ規定ニ從ヒ親族會ニ於テ之ヲ選任セサル

可カラス之ニ反シテ親權者カ後見監督人ノミヲ指定シテ後見人ヲ指定セザリ
 シトキハ第九百三條及ヒ第九百四條ニ從ヒ戶主又ハ親族會ニ於テ選任シタル
 者後見人タル可シト雖モ此場合ニ於テ後見監督人カ前ニ定マレルヲ以テ果シ
 テ其者カ後ニ定マレル後見人ヲ監督スルニ適スル者ナルヤハ知ルコト能ハサ
 ル可キナリ

選定後見監督人(第九一條)

前條ノ規定ニ依リテ指定シタル後見監督人ナキトキハ法定後見人又ハ指定後
 見人ハ其事務ニ着手スル前親族會ノ招集ヲ裁判所ニ請求シ後見監督人ヲ選任
 セシムルコトヲ要ス若シ之ニ違反シタルトキハ親族會ハ其後見人ヲ免黜スル
 コトヲ得

親族會ニ於テ後見人ヲ選任シタルトキハ直チニ後見監督人ヲ選任スルコトヲ
 要ス(人事編第一六九條第一項第二項第一七〇條)

前條ニ規定シタル指定後見監督人ナキトキハ親族會ニ於テ後見監督人ヲ選任
 スルモノトス而シテ之カ爲メニ親族會ヲ招集スルニハ法定後見人(第九〇二條

ト認ムルトキニ限ル何トナレハ被告カ爲シタル妨害抗辯カ理由アリ
 ト認メラレタルトキハ當事者ハ最早訴訟ノ本案ニ付キ辯論ヲ爲スノ
 必要ナケレハナリ故ニ第一審裁判所カ妨害抗辯ヲ理由アリト爲シタ
 ル裁判ニ對シテ控訴ヲ爲シ控訴裁判所カ其控訴ヲ理由アリトシテ第
 一審ノ裁判ヲ變更シタル場合又ハ第一審裁判所カ妨害抗辯ヲ理由ナ
 シト爲シタル裁判ニ對シテ控訴ヲ爲シタルニ控訴裁判所ハ其控訴ヲ
 理由ナシトシテ棄却シタルトキハ第一審裁判所ニ於テ妨害抗辯ニ付
 タノ辯論ヲ分離シタルト否トヲ問ハス控訴裁判所ハ其事件ヲ第一審裁
 判所ニ差戻サ、ルヘカラス然レトモ第一審裁判所ニ於テ妨害抗辯ト
 本案ノ辯論トヲ分離セス當事者ヲシテ辯論ヲ爲サシメタル上第一審
 裁判所カ本案ニ付キ判決ヲ下シタル場合ニ於テハ縱令控訴裁判所カ
 妨害抗辯ノ當否ニ付キ裁判ヲ爲シタル結果其抗辯ヲ理由ナシトシタ
 ル場合ニ於テモ又ハ民事訴訟法第四百十四條ノ規定ニ從ヒ當事者カ
 控訴裁判所ニ於テ始メテ妨害抗辯ヲ提出シ而シテ控訴裁判所カ其抗

辯ヲ理由ナシト認メタル場合ニ於テモ其事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スノ必要ナシ何トナレハ此場合ニ於テハ第一審裁判所ハ管ニ妨訴抗辯ノミナラス訴訟ノ本案ニ付キ既ニ裁判ヲ下シタレハナリ又被告カ提出シタル數個ノ妨訴抗辯中第一審裁判所カ其或妨訴抗辯ヲ理由アリト爲シタル裁判ニ對シテ控訴ヲ爲シ控訴裁判所カ其控訴ヲ理由アリト認メ妨訴抗辯ヲ正當ニアラストノ裁判ヲ爲スモ他ノ妨訴抗辯ニ因テ訴ノ却下ヲ爲スヘキトキハ勿論之ヲ第一審裁判所ニ差戻スコトヲ要セサルナリ

(四) 請求ノ原因及ヒ數額ニ付キ争アル場合ニ於テ控訴ニ係ル判決カ先ツ其原因ニ付キ裁判ヲ爲シタルモノナルトキ此場合ニ控訴裁判所カ事件ノ差戻ヲ爲サルヘカラサルハ控訴裁判所カ控訴ヲ理由ナシトシテ第一審裁判所カ請求ノ原因アリト認メタル判決ニ對スル控訴ヲ棄却スル場合ナリ何トナレハ第一審裁判所カ請求ノ原因及ヒ數額ニ付テノ辯論ヲ分離シタル場合ト否トヲ問ハス

請求ノ原因ナシト認メタルトキハ原告ノ請求ヲ棄却スルカ故ニ其判決ニ對シテ控訴ヲ爲シ控訴裁判所カ原因アリト認メタル場合ニ於テモ第一審裁判所ノ判決ハ第四百二十二條ニ所謂先ツ其原因ニ付キ裁判ヲ爲シタルモノト云フヘカラサルヲ以テ縱令請求ノ原因アリトノ裁判ヲ爲スモ控訴裁判所ハ其事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スコトヲ得サレハナリ故ニ第一審裁判所カ請求ノ原因アリトノ中間判決ヲ爲シ當事者ヨリ之ニ對シテ控訴ヲ爲シタルニ控訴裁判所ハ其控訴ヲ理由ナレトシテ棄却スル場合ニ限リ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻サルヘカラス

(五) 控訴ニ係ル判決カ證書訴訟又ハ爲替訴訟ニ於テ敗訴ノ被告ニ別訴訟ヲ以テ進行ヲ爲ス權利ヲ留保シタルモノナルトキ此場合ニ控訴裁判所カ事件ノ差戻ヲ爲サルヘカラサルハ控訴裁判所カ第一審裁判所ノ判決ヲ認可シタル場合ナリ若控訴裁判所カ第一審裁判所ノ判決ヲ變更シテ訴ヲ却下スルカ又ハ請求ヲ棄却シタルト

キハ其以後ニ於テ當事者ノ辯論ヲ必要トセサルカ故ニ控訴裁判所ハ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スコトヲ要セザルナリ蓋シ民事訴訟法ノ規定ニ依レハ被告ニ權利ノ留保ヲ爲スハ裁判所カ原告ノ請求ヲ正當ト認メテ被告ニ對シ敗訴ノ言渡ヲ爲シタル場合ニ限ルモノニシテ控訴セラレタル判決カ被告ニ對シ通常訴訟ニ於テ訴訟手續ノ進行ヲ爲ス權ヲ留保スルトキハ其判決ハ常ニ原告ノ請求ヲ正當ト認メタルモノナルカ故ニ之ニ對スル控訴ヲ棄却シタル場合ニハ必スヤ之ヲ差戻サハルヘカラス然レトモ第一審裁判所ニ於テ原告ノ請求ヲ棄却スルカ又ハ敗訴ノ被告ニ對シテ別訴訟ヲ以テスル追行ノ權利ヲ留保セザリシ場合ニ控訴裁判所カ其判決ニ對スル控訴ヲ理由アリトシテ第一審ニ於ケル原告ノ請求ヲ正當ト認メ敗訴ノ被告ニ權利ノ留保ヲ爲シタルトキハ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スコトヲ得ス何トナレハ此等ノ場合ハ控訴セラレタル判決ニ於テ追行ノ權利ノ留保ヲ爲サザリシ場合ニシテ民事訴訟法第四百二十二條ノ認メサル所ナレハナリ

以上説明シタルカ如ク控訴裁判所カ民事訴訟法第四百二十二條ノ規定ニ從ヒ訴訟事件ヲ第一審裁判所ニ差戻ス所ノ判決ハ終局判決ナルヤ又ハ中間判決ナルヤノ點ニ付テハ訴訟法上何等ノ規定ナシ從テ學者間ニ議論ナキヲ得ス而モ其判決カ終局判決ナルヤ又ハ中間判決ナルヤハ當事者ノ權利ニ非常ノ影響ヲ及ホスモノナリ何トナレハ其判決ニシテ終局判決ナリトセハ當事者ハ之ニ對シテ上告ヲ爲スコトヲ得ヘキモ之ニ反シテ中間判決ナリトセハ之ニ對シテ上訴ヲ申立ツルコトヲ得サルナリ而シテ此差戻ノ判決カ終局判決ナルヤ將タ中間判決ナルヤノ問題ハ要スルニ終局判決ノ定義如何ニ因テ容易ニ之ヲ分解スルコトヲ得ヘシ即チ終局判決トハ裁判所ノ審級如何ニ拘ハラズ訴訟事件ヲ絕對ニ終局セシムルモノナリト解スルトキハ此差戻ノ判決ハ終局判決ニアラス何トナレハ控訴裁判所カ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スハ其訴訟ニ付キ更ニ裁判ヲ爲サシムル爲メナルカ故ニ差戻ニ因リ事件ハ終局スト云フヘカラサレハナリ之ニ反シテ終局判決トハ事件カ其審級ニ於テ終局ス

ルモノヲ云フト解スルトキハ差戻ノ判決ハ終局判決ト云ハナルヘカラ
 ス何トナレハ控訴裁判所カ差戻ノ判決ヲ爲ストキハ其事件ハ控訴裁判
 所ト全ク關係ヲ絶ツモノナレハナリ若夫レ第一審裁判所カ差戻ノ判決
 ニ對シテ判決ヲ爲シ之ニ對シテ更ニ控訴ヲ爲シタルカ如キ場合ニハ其
 事件ハ控訴裁判所ニ繼續スヘキモ是レ別箇ノ事件ニシテ前ノ差戻判決
 トハ何等ノ關係ヲ有セス
 斯ノ如ク差戻ノ判決カ終局判決ナルヤ將タ中間判決ナルヤハ終局判決
 ノ定義如何ニ因テ定マルモノニシテ余ハ右ノ後説ヲ採リ之ヲ終局判決
 ト主張スル者ナリ若反對論者ノ主張スルカ如ク終局判決トハ事件ヲ絶
 對ニ終局スルモノヲ云フトセハ訴ヲ不適法トシテ却下スル所ノ判決モ
 他日更ニ同一事件ニ付キ訴ヲ爲スコトヲ得ルカ故ニ極端ニ論スルトキ
 ハ之ヲ終局判決ト云フヲ得サルニ至ラン加之控訴裁判所カ事件ヲ第一
 審裁判所ニ差戻ス判決ハ夫ノ上告裁判所カ事件ヲ破毀シテ控訴裁判所
 ニ差戻ス判決又ハ民事訴訟法第九條ニ規定スル所ノ移送ヲ爲スノ判決

ト同一ノ性質ヲ有スルモノナルカ故ニ此等ノ判決ノ性質ヨリ推考スル
 モ其終局判決タルヲ知ルコトヲ得ヘシト信ス
 上告裁判所ヨリ差戻又ハ移送ヲ受ケタル裁判所ハ上告裁判所ノ判決ノ
 基本ト爲リタル法律上ノ判斷ニ羈束セラル、モノナリ然ルニ控訴裁判
 所ノ差戻判決ノ効力ニ付テハ訴訟法上何等ノ規定ナシ故ニ控訴裁判所
 ノ判決ニ因リ事件ノ差戻ヲ受ケタル第一審裁判所ハ自己ノ自由ナル意
 見ニ因リ裁判ヲ爲スコトヲ得ルカ故ニ控訴裁判所カ違法ト認メタル事
 項ニ對シテモ尙ホ正當ナルコトヲ主張スルコトヲ得從テ控訴裁判所カ
 第一審裁判所ト意見ヲ異ニスルニ當リ互ニ自己ノ主張スル所ヲ固持シ
 テ動かササル場合ニ於テハ訟訴ハ其二个ノ裁判所間ニ循環シテ遂ニ其結
 局ヲ見ルコトヲ得サルニ至ルヘシトノ極端論ヲ生スルニ至ラン然レト
 モ差戻ノ判決ヲシテ終局判決ト爲ストキハ其判決ハ形式上確定ノ効力
 ヲ生スルノミナラス裁判所ノ構成上ヨリ觀察スルモ控訴裁判所ノ意見
 ハ常ニ第一審裁判所ノ意見ニ優ルコトヲ豫想シタルモノナルカ故ニ縱

令明文ノ存スルモノナキモ實際上此二個ノ點ヨリ第一審裁判所ハ控訴
裁判所ノ判決ノ趣旨ニ從テ裁判ヲ爲スヘキモノト信ス

第五節 控訴裁判所ニ於ケル訴訟手續

控訴裁判所ニ於ケル訴訟手續ニ付テハ別段ノ規定ナキ限リハ第一審裁判所ニ
於ケル訴訟手續ヲ準用スルヲ原則トスルモノナリ例ヘハ控訴狀ノ送達ト辯論
期日トノ間ニハ二十日ノ準備期間ヲ存スヘキコト答辯書ハ十四日ノ期限内ニ
差出スヲ要スルコト及ヒ準備書面ニ掲クヘキ事項其他證據調ノ手續口頭辯論
ニ關スル規定等ハ總テ第一審裁判所ニ於ケル訴訟手續ニ關スル規定ヲ準用ス
ルモノトス然レトモ控訴審ノ訴訟手續ニ關シテモ亦民事訴訟法上特別ノ規定
ヲ設クルモノアリ左ニ之ヲ列舉スヘシ

(第一) 控訴ハ許スヘキモノナルヤ控訴狀ハ法定ノ方式ニ從テ調製セラレタル
ヤ及ヒ其控訴ハ法定ノ期間ヲ遵守セルヤ否ヤハ裁判所長ニ於テ之ヲ調査ス
ヘキモノトス而シテ其調査ノ結果其一ヲ缺クトキハ裁判所長ハ命令ヲ以テ其
訴ヲ不適法トシテ却下ス此却下ノ命令ニ對シテハ即時抗告ヲ以テ不服ヲ申

立ツルコトヲ得ルモノトス故ニ裁判所長カ命令ヲ以テ控訴ヲ却下シタル場合
ニ控訴人ハ之ニ對シテ抗告ヲ爲シ其抗告カ理由ナシトシテ棄却セラレタル
トキハ縱令裁判所長カ其控訴ハ法定ノ方式ヲ遵守セストノ理由ヲ以テ却下シ
タル場合ニ於テモ控訴人ノ控訴期間カ當時既ニ經過セルトキハ控訴人ハ最
早速法ノ控訴ヲ爲スコトヲ得サルニ至ラン

(第二) 當事者雙方ヨリ訴控アリタルトキハ裁判所ハ其二箇ノ控訴ノ辯論及ヒ
裁判ヲ併合スヘキモノトス

(第三) 控訴裁判所ノ書記ハ控訴狀ノ提出アリタル時ヨリ二十四時間内ニ第一
審裁判所ノ書記ニ對シテ訴訟記録ノ送付ヲ求めサルヘカラス

(第四) 控訴ノ口頭辯論ノ期日ニ於テ被控訴人ノ控訴期間カ未ダ經過セザルト
キハ裁判所ハ申立ニ因リ控訴ノ辯論ヲ延期スヘキモノナリ蓋シ控訴期間ハ
前ニモ陳述セルカ如ク名當事者ニ對シ獨立シテ進行スルモノナリ故ニ控訴
人ノ控訴期間ハ既ニ經過シタルモ被控訴人ノ控訴期間カ未ダ經過セザルト
キハ裁判所ハ申立ニ因リ辯論ヲ延期シ以テ被控訴人ヲシテ控訴ノ提起ヲ爲

スコトヲ得セシム
 (第五) 關席判決ニ付キ其判決ヲ受ケタル者ヨリ故障ヲ爲シ同時ニ相手方ヨリ控訴ヲ爲シタルトキハ控訴ニ付テノ辯論ハ故障ノ完結ニ至ルマテ之ヲ延期スルモノトス何トナレハ故障ニ付テノ辯論ト控訴ニ付テノ辯論トヲ併行セシムルトキハ一個ノ事件カ二個ノ裁判所ニ於テ審理セラレ、ノ結果ヲ生スルノミナラス若シ控訴裁判所カ第一審裁判所ノ判決ニ先テ裁判ヲ爲シタル場合ニ於テ第一審裁判所カ故障ヲ適法ト認メ本案ニ付キ判決ヲ爲スニ當リ前ノ關席判決ヲ廢棄シタルトキハ控訴裁判所ノ判決ハ全ク無益ニ歸セサルヲ得ス故ニ控訴裁判所ハ故障ニ付キ第一審裁判所カ裁判ヲ爲スニ至ルマテ控訴ニ付テノ辯論ヲ停止スルモノトス

(第六) 當事者ハ控訴ノ申立及ヒ控訴ニ係ル裁判即チ終局判決及ヒ其終局判決前ニ爲シタル裁判ノ當否ヲ明瞭ナラシムルカ爲メ必要ナル限リハ口頭辯論ニ於テ第一審ノ辯論ノ結果ニ付キ陳述ヲ爲スベキモノナリ
 (第七) 訴ノ變更ハ相手方ノ承諾アルトキト雖モ之ヲ爲スコトヲ得ス

(第八) 訴訟ノ本案ニ付テノ判決ニ對シテ控訴アリタル場合ト妨訴抗辯ニ付テノ判決ニ對シテ控訴アリタル場合トヲ問ハス被告カ有効ニ拋棄スルコトヲ得ル妨訴抗辯ヲ提起スルニハ其過失ニアラスシテ第一審裁判所ニ提出スルヲ得サリシコトヲ疏明シタルトキニ限ル之ニ反シ裁判所カ當事者ノ申立如何ニ拘ハラズ職權ヲ以テ調査スルコトヲ得ヘキ妨訴抗辯ニ付テハ控訴裁判所ハ自由ニ之ヲ審理スルコトヲ得ルモノトス然レトモ當事者カ控訴審ニ於テ妨訴抗辯ヲ提出シタル場合ニ於テモ第一審ニ於ケルカ如ク之ヲ以テ訴訟ノ本案ニ付テノ辯論ヲ拒ムコトヲ得サルモノナリ但シ控訴裁判所カ必要ト認メタル場合ニ於テハ妨訴抗辯ノ點ノミニ辯論ヲ制限シ之ニ依テ裁判ヲ下スコトヲ得唯當事者ハ權利トシテ本案ニ付キ辯論ヲ拒ムコトヲ得サルニ過キサルナリ

(第九) 當事者カ訴訟ノ本案ニ付テノ判決ニ對シテ控訴ヲ爲シ其控訴人又ハ相手方カ假執行ノ宣言ナカリシコトヲ理由トシ更ニ不服ヲ申立テタルトキハ控訴裁判所ハ其控訴事件ニ付キ裁判ヲ爲スニ先テ假執行ノ點ニ付テノ裁判

ヲ下ササルヘカラス(民事訴訟法第百十一條)タル場合即チ被告カ時機ニ後レテ防禦方法ヲ提出シタル場合ニ裁判所カ原告ノ申立ニ依リ之ヲ却下シタルトハ控訴裁判所ハ判決ニ於テ其防禦方法ヲ主張スルノ權利ヲ被告ニ留保セサルヘカラス勿論被告ニ此權利ヲ留保スルハ被告タリシ者カ請求ヲ争ヒタル場合ニ於テ控訴審ノ裁判ニ依リ敗訴ニ歸シタルコトヲ要ス而シテ控訴裁判所カ其判決ニ以上ノ權利ヲ留保ヲ掲ケザルトキハ當事者ハ補充判決ノ申立ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ

(第十一) 控訴裁判所ハ控訴カ法律上許サレタルモノナリヤ控訴ハ法定ノ方式ヲ遵守セルヤ及ヒ其控訴ハ控訴期間ヲ遵守セルヤ否ヤヲ調査セサルヘカラス而シテ其調査ノ結果トシテ控訴カ此事項ノ一ヲ欠缺トキハ控訴裁判所ハ判決ヲ以テ控訴ヲ不合法トシテ却下ス故ニ縱令當事者間ニ於テ其控訴ノ適法ナルコトニ付キ何等ノ異議ナカリシ場合ニ於テモ裁判所ハ職權ヲ以テ之ヲ調査セサルヘカラス而シテ控訴カ不合法トシテ却下セラレタル場合ハ控

訴人ハ更ニ之ニ對シテ控訴ヲ爲スコトヲ得但シ法律上控訴ヲ許サ、ル場合及ヒ控訴期間ヲ經過シタル場合ニ於テハ更ニ控訴ヲ爲スコトヲ得サルヤ論ヲ俟タス

(第十二) 控訴裁判所ニ於テハ懈怠訴訟手續ニ付テハ第一審裁判所ニ於ケル懈怠訴訟手續ニ付テノ規定ヲ準用ス例ヘハ如何ナル場合ニ於テ當事者ノ懈怠アリタルモノト認ムヘキヤ又懈怠ノ結果トシテ關席判決ヲ言渡スニ付テハ相手方ノ申立ヲ要スル等其他關席判決ニ對スル故障ノ手續ニ關シテハ總テ第一審ノ懈怠訴訟手續ニ關スル規定ヲ準用ス故ニ控訴人カ關席シタル場合ニ於テハ其訴訟ハ却下セラレ、モノトス然レトモ被控訴人カ關席シタル場合ハ特別ノ規定ヲ設クタリ即チ被控訴人カ關席シタルトキハ第一審判決ノ憑據ト爲リタル事實ニ牴觸セサル控訴人ノ事實上ノ口頭供述ハ被告ニ於テ之ヲ自白シタルモノト看做シ且適法ナル方法ニ依リテ申出テタル證據關ハ其結果ヲ得タルモノト看做シテ判決ヲ下スヘキモノトス蓋シ第一審判決ノ憑據ト爲リタル事實トハ文字上其意義甚タ不明瞭ナルカ如キモ要スルニ第一

審裁判ニ於テ現ハレタル事實ヲ云フモノナリ即チ當事者カ自白シタル事實又ハ當事者間ニ争ト爲レル事實ノ如ク第一審裁判ノ材料ト爲リ判決上判斷ノ材料タリテ事實ヲ指スニ過キス故ニ其事實ニ反スル申立ハ裁判所ニ於テ被告カ之ヲ自白シタルモノト看做スコトヲ得サルナリ然レトモ控訴審ニ於テ控訴人カ申立タル證據側ハ之ヲ適法ノモノト看做シテ裁判スルモノナルカ故ニ縱令第一審判決ノ濫據ト爲リタル事實ニ抵觸スル事實ナルモ之ニ對シテ適法ニ證據方法ヲ申立テタルトキハ控訴裁判所ハ其事實ヲ眞實ナリト認メテ裁判スルコトヲ得ルカ故ニ此場合ニ於テハ結局第一審ノ訴訟手續ニ於テ被告カ原告ノ事實上ノ口頭供述ヲ自白シタルト同一ノ結果ニ歸ス故ニ此場合ニ於テハ裁判所カ事實ヲ認定シ之ニ法律ヲ適用シタル結果控訴人ノ申立ヲ正當ト認メサルトキハ其控訴ヲ棄却スヘク之ニ反シテ控訴ヲ正當ト認メタルトキハ被控訴人ニ對シテ敗訴ヲ言渡シ其結果ヲ被ムラシム

控訴裁判所ニ於ケル中間關席判決ニ對シテハ亦第一審ニ於ケル中間關席判決ニ關スル手續ヲ準用ス又第一審訴訟手續ニ於テ關席判決ヲ爲スニ當リ選

守スヘキ制限ハ控訴審ニ於テモ亦之ヲ遵守セサルヘカラス今其大要ヲ舉グレハ凡ソ左ノ如シ

(イ) 民事訴訟法第五百五十二條ノ場合ニ於テハ控訴裁判所ハ關席判決ノ申立ヲ却下セサルヘカラス

(ロ) 民事訴訟法第二百五十四條ノ場合ニ於テハ關席判決ノ申立ニ付テノ辯論ヲ延期セサルヘカラス

(ハ) 不服ヲ申立テラレタル判決カ妨訴抗辯ノミニ付キ裁判ヲ爲シタルモノナルトキハ關席判決ニ關スル規定ニ依リ關席判決ヲ下スコトヲ得ス

(ニ) 控訴裁判所カ訴訟ノ本案ニ付キ裁判ヲ爲スニ當リ訴訟費用ニ關スル裁判ヲ脫漏シタル場合ニ當事者カ其點ニ對スル補充判決ノ申立ヲ爲シ其辯論期日ニ當事者カ關席ヲ爲スモ此場合ニ言渡ス判決ハ關席判決ニアラスシテ所謂對席判決ナリ何トナレハ費用ニ付テノ裁判ハ訴訟ノ本案ノ勝敗ニ因リテ之カ負擔ヲ定ムルモノニシテ當事者ノ懈怠ノ結果ハ直接ニ之ニ影響ヲ及ホスコトナシ隨テ之ニ對シテ關席判決ヲ下スヘカラサルヲ以テ

當事者ハ其判決ニ對シテ故障ヲ爲スコトヲ得ス若シ不服ヲ申立テント欲
 セハ上訴ノ方法ニ因ルノ外ナキモノトス
 (ホ) 控訴カ不適法ナルトキハ縱令當事者ノ一方カ關席スルモ裁判所ハ關席
 判決ヲ爲スコトヲ得ス從テ此場合ニ於ケル判決ハ常ニ對審判決ナリ
 當事者カ有効ニ拋棄スルコトヲ得サル妨訴抗辯ニ基キ裁判所カ訴ノ却下
 ヲ爲シ又ハ控訴ノ棄却ヲ爲ス場合ニ於テモ其判決ハ關席判決ニアラス
 テ常ニ對席判決ナリトス

(第十三) 控訴ニ付キ判決アリタルトキハ控訴裁判所ノ書記ハ其判決ノ認證ア
 ル謄本ヲ添ヘテ訴訟記録ヲ第一審裁判所ニ還付セザルヘカラス但シ此判決ノ
 認證アル謄本ヲ添フルハ單ニ控訴裁判所ノ終局判決ニ限ラスシテ其以前ノ
 裁判ニ付キテモ亦同一ノ規定ニ從フモノトス故ニ控訴裁判所カ爲シタル判決
 ノ原本ハ常ニ當該裁判所ニ殘留スルモノニシテ第一審裁判所ニ返還スヘキ
 モノハ唯認證アル謄本ニ限ル勿論民事訴訟法ノ規定ニ依レハ判決後ニ書記
 カ返付スヘキ記録ハ單ニ第一審裁判所ヨリ送付シタル記録ニ限ル故ニ此規

定ヲ嚴格ニ解釋スルトキハ控訴裁判所ノ訴訟記録ハ控訴裁判所ニ殘存スト
 云ハサルヘカラス然レトモ實際上控訴裁判所ハ總テノ記録ヲ第一審裁判所ニ
 返付スルモノトス獨逸訴訟法ニ於テモ此點ニ付キ何等ノ規定ナキモ書記規則
 ニ依リ實際上控訴裁判所ハ原裁判所ニ總テノ訴訟記録ヲ返付スルモノナリ
 控訴裁判所カ判決ヲ爲ス場合ニハ總テ判決ニ關スル一般ノ規定ニ從フ然レ
 トモ控訴裁判所カ其判決ニ事實ノ摘示ヲ爲スニ當テハ第一審ノ判決ニ掲ケ
 タル事實ノ摘示ヲ引用スルコトヲ得但シ此規定ハ控訴裁判所ノ判決ニ於テ
 ハ常ニ第一審裁判所ノ判決ノ事實ノ摘示ヲ引用スルコトヲ得ト云フニアラ
 スシテ當事者カ第一審ニ於ケルト同一ノ事實上ノ申立ヲ爲シタルトキハ控
 訴裁判所ノ判決ニ再々同一ノ事實ヲ記載スルノ必要ナキヲ以テ第一審判決
 ニ掲ケタル事實ノ摘示ヲ引用スルコトヲ得ルニ過キヌ故ニ若シ控訴裁判所
 ニ於ケル當事者ノ陳述カ第一審ノ辯論ニ於ケル陳述ト異ナルトキハ控訴裁
 判所ハ其異ナリタル事實上ノ申立ハ判決書ニ之ヲ摘示セザルヘカラス

第六節 控訴裁判所ニ於ケル辯論ノ實質

控訴裁判所ハ前述ヘタルカ如ク第一審裁判所カ裁判ヲ爲シタル訴訟事件ニ付
キ復審ヲ爲ス所ノ裁判所ナリ故ニ當事者カ控訴裁判所ニ於テ爲ス所ノ辯論ノ
材料ハ總テ當事者カ第一審裁判所ニ於テ爲シタル辯論ノ材料ヲ包含スルハ勿
論訴訟ニ關スル新ナル材料モ亦控訴審ニ於ケル辯論ノ材料ト爲ルモノナリ故
ニ當事者カ第一審裁判所ニ於テ申立テタル新事實ニ付テモ訴訟ニ關係アルモ
ノハ之ヲ控訴審ニ於テ申立テタルコトヲ得ヘシ斯ノ如ク控訴審ニ於ケル辯論ハ
管ニ第一審ニ於ケル辯論ノ材料ヲミナラス訴訟ニ關スル總テノ事項ヲ包含ス
ルモノナルカ故ニ左ノ結果ヲ生ス

(第一) 控訴裁判所ニ於ケル辯論ハ第一審判決ノ當否ノ點ノミニ限ラサルモノ
ナリ

當事者カ第一審ニ於テ主張シタル事實ニ依テ見ルトキハ第一審ノ判決ハ正
當ナリト云フコトヲ得ル場合ニ於テモ當事者ハ控訴審ニ於テ新ナル事實ヲ
主張シ其事實ニ依テ第一審判決ノ變更ヲ求ムルコトヲ得ヘシ斯ノ如ク當事者
カ控訴審ニ於テ新ナル事實ニ依テ第一審判決ノ變更ヲ求ムルコトヲ得ル以

上ハ其事實ニ關スル必要ナル證據方法モ亦控訴審ニ於テ始メテ之ヲ提出ス
ルコトヲ得既ニ控訴審ニ於テ新ナル證據方法ヲ提出スルコトヲ得ルトモハ
當事者カ第一審ニ於テ主張シタル事實ニ關シテモ新ナル證據方法ヲ提出ス
ルヲ得ルコト自然ノ結果ナリ斯ノ如ク當事者ハ控訴審ニ於テ新ナル事實ヲ
主張スル場合ニ於テモ之カ爲メ其權利上ニ不利益ヲ受クルコトナシ然レト
モ當事者カ第二審ニ於テ新ナル事實ヲ主張シ控訴裁判所カ其事實ニ基キ第
一審判決ノ變更ヲ爲シタルトキハ勝訴ト爲リタル當事者ヲシテ第二審ノ訴
訟費用ヲ負擔セシムルコトヲ得ルモノナリ又當事者カ第一審ニ於テ或事實
若クハ證據ニ付キ陳述ヲ爲サ、リシカ或ハ其陳述ヲ拒ミタル場合ニ於テモ
第二審ニ於テ更ニ其事實又ハ證據ニ付キ陳述ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ從
テ第一審裁判所ニ於テ當事者カ相手方ノ主張シタル事實ニ對シ何等ノ陳述
ヲ爲サ、リシ爲メ民事訴訟法第百十一條第二項ノ規定ニ依リ自白シタルモ
ノト看做サレタル場合ニ於テモ第二審ニ於テ當事者ハ更ニ其事實ニ付キ陳
述ヲ爲シ以テ相手方ノ主張ヲ争フコトヲ妨ケズ斯ノ如ク控訴裁判所ニ於テ

ル辯論ハ單ニ第一審裁判所ニ於ケル辯論ノ範圍ニ制限セラレサルノ原則ハ
通常訴訟手續ニ依リ控訴審ニ於テ當事者カ辯論ヲ爲ス場合ニ限ラスシテ夫
ノ準備手續ノ場合ニ於テモ亦之ヲ適用スルモノトス

(第二) 第一審ニ於テ被告カ有効ニ拋棄シ得ル妨訴抗辯ヲ適法ニ提出セザリシ
トキハ第二審ニ於テハ更ニ其妨訴抗辯ヲ提出スルコトヲ得ス但シ被告カ自
己ノ過失ニアラスシテ第一審ニ於テ其抗辯ヲ提出スルヲ得ザリシコトヲ疏
明シタルトキハ此限ニ在ラス
前ニ述ヘタル如ク妨訴抗辯中ニハ當事者カ有効ニ拋棄シ得ルモノト否ラ
サルモノトアリ有効ニ拋棄スルコトヲ得サル妨訴抗辯トハ即チ裁判所カ職
權ヲ以テ調査スヘキモノヲ云ヒ之ヲ除外スルノ外ハ皆有効ニ拋棄スルコト
ヲ得ルモノナリ而シテ被告カ有効ニ拋棄スルコトヲ得ル所ノ妨訴抗辯ハ被
告カ民事訴訟法第二百六條ノ規定ニ從ヒ之ヲ提出セザルトキハ其過失ニア
ラスシテ之ヲ提出スルコトヲ得ザリシ場合ヲ除クノ外最早之ヲ提出スルコ
トヲ得ス隨テ此場合ニ在テハ控訴裁判所ニ於テモ之ヲ提出スルヲ得ザルコ

ト論ヲ俟タス勿論曩ニ述ヘタル如ク被告カ自己ノ過失ニアラスシテ第一審
ニ於テ此等ノ妨訴抗辯ヲ提出スルコトヲ得ザリシ場合ニ於テハ被告アリテ
其結果ヲ被シムルコトヲ得サルカ故ニ此場合ニ於テハ控訴審ニ於テ始メ
テ妨訴抗辯ヲ提出スルコトヲ妨クス然レトモ被告カ控訴審ニ於テ此妨訴抗
辯ヲ提出シタル場合ニ於テハ之ヲ理由トシテ本案ノ辯論ヲ拒ムコトヲ得ス
唯此場合ニ於テ裁判所カ其抗辯ヲ正當ト認メタルトキハ職權ヲ以テ辯論ヲ
分離シ其抗辯ノ點ニ付キ先ツ辯論セシムルコトヲ得ル

(第三) 新ナル請求ハ第二審ニ於テ之ヲ提出スルコトヲ得ス
茲ニ新ナル請求トハ第一審ニ於テ訴又ハ反訴ノ目的ト爲ラサル請求ヲ云フ
蓋シ控訴裁判所ハ第一審裁判所カ判決ヲ爲シタル事項ニ付キ審査スルモノ
ナルカ故ニ第一審ニ於テ訴又ハ反訴ノ目的ト爲ラサル請求ニ付テハ審査ヲ
爲スノ職權ナシ隨テ原告又ハ被告カ既ニ第一審ニ於テ提出シタル請求ナル
モ其後ニ於テ之ヲ有効ニ取下ケタルトキハ第二審ニ於テ更ニ其請求ヲ爲ス
コトヲ得ス加之縱令當事者カ訴ノ變更ヲ承諾セル場合ニ於テモ第二審裁判

所ニ於テハ訴ノ變更ヲ許サズルナリ又第一審ニ於テ被告カ提出セザリシ反訴モ第二審ニ於テ始メテ之ヲ主張スルコトヲ得ズ唯第一審ニ於テ主張セザリシ相殺抗辯ニ限リ第二審ニ於テ之ヲ主張スルコトヲ得然レトモ被告カ第二審ニ於テ此相殺抗辯ヲ有効ニ提出セントスルニハ第一審ニ於テ之ヲ提出セザリシハ被告ノ過失ニアラザリシコトヲ証明スルコトヲ要ス

茲ニ所謂新ナル請求中ニハ民事訴訟法第九十六條第二號及ヒ第三號ノ場合ヲ包含セス蓋シ物ノ滅盡又ハ變更ニ因リ代價ヲ求メ又ハ訴ノ申立ノ擴張若クハ減縮ヲ爲ストキハ其性質タルヤ新ナル請求ニ屬スト雖モ當事者カ此等ノ請求ニ付キ訴ノ原因ヲ變更セサル以上ハ訴訟法上之ヲ以テ訴ノ變更ト看做サ、ルヲ以テ之ヲ新ナル請求ト云フヲ得サレハナリ從テ控訴審ニ於テ其請求ヲ爲スコトヲ得ルヤ論ヲ俟タス

第三章 上告

第一節 上告ヲ爲スノ要件

上告ハ上訴方法ノ一ニシテ第二審裁判所カ爲シタル判決ニ對シ不服ヲ申立テ

ルカ爲メ當事者ニ與ヘラレタル救済ノ方法ナリ此上告ヲ爲スニ付テハ法律上左ノ三個ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス

第一 第二審裁判所カ爲シタル終局判決ニ對スルコト
 第二審ノ階級ニ於テ爲シタル裁判所ノ判決ナル上ハ之ニ對テ上告ヲ爲セ得ルモノニシテ其種類ノ如キハ法律上問フ所ニアラス故ニ地方裁判所ノ判決ナルモ又ハ控訴院ノ判決ナルモ第二審裁判所トシテ爲シタルモノナル以上ハ之ニ對シテ上告ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ然レトモ上告ヲ爲シ得ヘキ第二審裁判所ノ判決ハ必ス終局判決ナルコトヲ要ス而シテ第二審裁判所トシテ爲シタル終局判決ナル以上ハ其判決ハ請求ノ全部ニ對スルモノナルモ又ハ其一部ニ對スルモノナルモ總テ之ニ對シテ上告ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ而シテ此終局判決中ニハ第二審裁判所カ爲シタル差戻判決ヲモ包含スルモノト信ス尤モ此點ニ付テハ學者間ニ議論アルコトハ前ニ控訴ヲ講スルニ當テ述ヘタル所ノ如シ

斯ノ如ク上告ハ第二審裁判所カ爲シタル終局判決ニ對シテ爲スコトヲ得ル

モノナルモ其判決ヲ必スシモ第二審裁判所カ第二審ノ階級ニ於テ爲シタルモノナルコトヲ要セス詳言スレハ上告ヲ爲スコトヲ得ヘキ判決ハ第二審裁判所カ第一審裁判所ノ判決ニ對スル控訴ニ付キ爲シタル判決ニ限ラスシテ第二審裁判所ノ資格ヲ以テ爲シタル判決ニ對シテハ續テ上告ヲ爲スコトヲ妨ケス蓋シ第二審裁判所カ訴訟ニ付キ判決ヲ爲ス場合ハ必スシモ第一審判決ニ對スル控訴ノミニ關スルモノニアラスシテ第二審裁判所ニ於テ控訴ニ基カサル申立ニ付キ始メテ判決ヲ爲スコトヲ得ヘキ場合アリ例ヘハ訴訟事件カ第二審裁判所ニ繼續セル場合ニ當事者カ之ニ對シテ假差押又ハ假處分ノ申請ヲ爲シ其申請ニ付キ下ス所ノ第二審裁判所ノ判決ハ控訴ニ對スル判決ニアラスシテ第二審裁判所ニ申立テラレタル始メテノ事件ニ付キ言渡シタルモノナリ然レトモ此等ノ判決ハ第二審裁判所ノ資格ニ於テ爲シタル判決ナルカ故ニ之ニ對シテ不服アルトキハ直ニ上告ヲ爲スコトヲ得ルカ如シ

關席判決ニ對シテ上告ヲ爲スニ付テハ手續ハ總テ關席判決ニ對シテ控訴ヲ爲

スノ規定ヲ準用スルモノトス

第二 法律ノ違背ヲ理由トスルコト

法律ノ違背ヲ理由トスルハ單ニ第二審ノ判決カ成文法ニ違背セルコトノミヲ云フニアラス法理若クハ慣習法ニ違背セルコトヲ理由トスル場合モ亦之ヲ包含ス又法律ノ違背トハ第二審裁判所カ單ニ法律ノ適用ヲ誤リタル場合ノミニ限ルニアラス現存セル法律ヲ全ク適用セザルカ又ハ既ニ廢止セラレタル法律ヲ誤テ現存スルモノト信シテ之ヲ適用シタル場合ヲモ包含ス之ヲ要スルニ法律ノ違背トハ法律ノ有無及ヒ其意義ヲ誤リタル總テノ場合ヲ指示スルモノナリ又法律ノ違背トハ或事實ニ對シテ法律ノ適用ヲ爲ス場合ノミニ生スルモノニアラスシテ事實ノ認定ヲ爲スニ當テモ亦法律ノ違背ヲ生スルコトアリ

此ノ如ク第二審判決カ法律ニ違背セルコトヲ理由トスルトキニ限リ上告ヲ爲スコトヲ得ルカ故ニ第二審判決カ不當ニ事實ノ認定ヲ爲シタルコトヲ理由トシテ上告ヲ爲スヲ得サルコトモ亦明ナリトス

第三 第二審判決カ法律ノ違背ニ基ツクコト

此ニ第二審判決カ法律ノ違背ニ基ツクコトハ即チ判決ト法律違背トノ間ニ原因結果ノ關係アルコトヲ意味ス換言スレハ法律違背ノ點カ判決ノ基礎ト爲リタルモノニシテ法律違背ノ原因ナクシハ其判決ヲ生セサル場合ヲ云フ即チ第二審裁判所カ或事實ヲ認定シ之ニ對シ法律ノ適用ヲ爲スニ當リ實體法ノ規定ニ違背シテ法則ノ適用ヲ爲シタルトキハ其法律違背ト判決トノ間ニハ所謂原因結果ノ關係アルコト明ナリ隨テ第二審裁判所カ判決ヲ爲スニ當リ實體法ノ規定ニ違背スルトキハ常ニ上告ヲ爲スコトヲ得ヘシ之ニ反シテ第二審裁判所カ訴訟手續ノ規定ニ違背シタル場合ハ其違背ト判決トノ間ニ原因結果ノ關係アルヤ否ヤハ遽ニ斷定スルヲ得ス例ヘハ或裁判所カ管轄權ヲ有セサルニ拘ラス或事件ヲ採リテ裁判ヲ爲シタル場合ニ於テ其事件ニ付キ他ノ正當ニ管轄權ヲ有スル裁判所カ裁判ヲ爲ストキハ其判決ハ必ス同一趣旨ニ出テサリシコトヲ知ルヲ得サルカ如シ故ニ民事訴訟法ハ此等ノ點ニ付キ紛議ヲ生セシメコトヲ恐レ其第四百三十六條ニ於テ特ニ七個ノ場合ヲ列

舉シ此等ノ手續ニ違背シテ判決ヲ爲シタルトキハ其判決ト法律違背トノ間ニハ原因結果ノ關係アルモノト認メ常ニ當事者ヲシテ上告ヲ爲スコトヲ得セシメタリ即チ左ノ如シ

(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ル場合トハ即チ裁判所構成法ノ規定ニ反シテ適法ニ裁判所ヲ構成セサリシ場合ヲ云フ例ヘハ判事タル資格ナキ者カ裁判所ヲ構成セルカ如キ又定數ノ判事ヲ以テ裁判所ヲ構成セサリシ場合ノ如シ

此ニ聊カ疑ヲ生スルハ訴訟ニ付キ判決ヲ爲ス場合ニ裁判所書記カ之ニ立會ハサリシトキハ法律ニ從ヒ裁判所ヲ構成セサリシモノト云フコトヲ得ルヤ否ヤ是ナリ此問題ニ付テハ學者間ニ議論アル所ナルモ余ノ考フル所ニ依レハ此場合ハ本號ニ所謂法律ニ從ヒ裁判所ヲ構成セサルモノ、内ニ包含セシメサルヲ穩當ト信ス元來第四百三十六條ニ於テ特ニ訴訟手續ノ違背ニ因リ上告ヲ許ス場合ヲ列舉シタル所以ノモノハ其手續ノ違背ト判

決トノ間ニハ原因結果ノ關係アリテ判決ニ影響ヲ及ホスコトヲ認メタルカ故ナリ若シ夫レ此等手續ノ違背ニシテ絶對的ニ判決ニ何等ノ影響ナキコト明ナル以上ハ法律上、上告ヲ許スノ必要ナキモノナリ竊テ裁判所書記ノ職責ヲ見ルニ書記ハ裁判所ヲ構成スル一員タルコト明ナリト雖モ毫モ判決ニ關與スルモノニアラス果シテ然ラハ縱令裁判所書記カ裁判ニ立會ハサルコトアルモ爲メニ判決ニ影響ヲ及ホスコトヲ想像スルヲ得ス此ノ如ク法律ノ精神ヨリ論究スルトキハ第四百三十九條第一號ハ單ニ判決ニ關與スル判事備ハラサリシ場合ヲ指示セルモノニシテ裁判所書記ノ如キハ之ヲ包含セシメサルモノト解スルヲ妥當ト信ス

(ロ) 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シ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効ナカリシトキハ此限ニ在ラス

法律ノ規定ニ依リ判事カ其職務ヨリ除斥セラル、場合ハ民事訴訟法第三十二條ニ之ヲ規定セリ此規定ニ違背シテ判事カ裁判ニ參與シタル場合ハ

上告ノ理由ト爲ルモノナリ所謂裁判ニ參與シタル場合トハ必スシモ判決ノ際之ニ干與シタルコトヲ要セス唯訴訟手續ノミニ參與シタル場合モ亦之ヲ包含ス又法律ノ規定ニ依リ除斥ノ原因アル判事カ裁判ニ參與セルカ爲メ上告ノ理由ト爲ルハ必スシモ終局判決ニ與リタルコトヲ要セス故ニ第二審裁判所カ終局判決ヲ爲ス前ニ中間判決ヲ爲セル場合ニ其判決ニ除斥ノ原因アル判事カ與カリタルトキハ是レ亦上告ノ理由ト爲ルモノナリ然レトモ此等除斥ノ原因アル判事カ單ニ裁判言渡ノミニ參列シタル場合ハ上告ノ理由ト爲ラサルハ論ヲ俟タス又法律上除斥セラレタル判事ニ對シテ當事者カ忌避ノ申請ヲ爲スカ若クハ其判事カ參與シタル裁判ニ對シテ上訴ヲ爲シタル末理由ナシトシテ棄却セラレ其裁判確定シタルトキハ上告ヲ爲スコトヲ得ス何トナレハ裁判上忌避ノ申請立タサル場合ハ法律ニ認メタル除斥ノ原因ナキモノト云ハサルヘカラス隨テ本條第二號ニ該當セサレハナリ

(二) 判事カ忌避セラレ且忌避ノ申請カ理由アリト認メラレタルニ拘ラス裁

判ニ參與シタルトキ

當事者カ判事ニ偏頗ノ恐レアリトシテ忌避ノ申請ヲ爲シ其申請ニシテ正當ト認メラレタルトキハ其判事ハ法律上職務ノ執行ヨリ除斥セラレタルト同一ノ結果ヲ生ス此等ノ判事ニシテ判決ニ關與シタルトキハ其行爲ハ無効ニ歸スルカ故ニ上告ノ理由ト爲ルモノナリ

(三) 裁判所カ其管轄又ハ管轄違ヲ不當ニ認メタルトキ

管轄又ハ管轄違ヲ不當ニ認ムルトハ裁判所自ラ管轄權ヲ有セサルニ拘ハラス訴訟事件ニ付キ裁判ヲ爲セル場合ヲ云フ故ニ裁判所カ管轄ノ點ノミニ付キ裁判ヲ爲セル場合ハ此内ニ包含セスト解スルヲ妥當トス何トナレハ裁判所カ管轄ノ點ノミニ付キ裁判ヲ爲セタル場合ニ其裁判ニシテ法律ノ規定ニ違背シタルトキハ其點ニ於テ直ニ上訴ヲ爲スコトヲ得レハナリ故ニ本號ニ依リ上告ヲ爲ヌ場合ハ必ス本案ニ付キ裁判ヲ爲シタル場合ナルコトヲ要ス

特別裁判所ノ權限ニ屬スル訴訟事件ニ付キ通常裁判所カ裁判ヲ爲シタル

場合ニ於テハ上告ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ本條ニ何等ノ規定ナシ然レトモ此場合ニ付テハ特ニ本條ノ規定ヲ待タヌモテ法律ニ違背シタルノ理由ヲ以テ上告ヲ爲スコトヲ得ヘシト信ス

(ホ) 訴訟手續ニ於テ原告若クハ被告カ法律ノ規定ニ從ヒ代理セラレサリトキ

訴訟ノ當事者カ法律ニ從ヒ代理セラレサリシ中ニハ法定代理並ニ訴訟代理ノ場合ヲ包含ス故ニ法定代理人トシテ代理ノ資格ナキ者カ當事者ヲ代理シ又ハ代理權ヲ有セサル者カ代理人トシテ訴訟ヲ爲シタル場合ノ如キ皆上告ノ理由ト爲ルモノナリ

(ニ) 訴訟手續公行ニ付テノ規定ニ違背シタル口頭辯論ニ基ツキ裁判ヲ爲シタルトキ

裁判所カ法律ノ規定ニ依ラス安リニ口頭辯論ノ公開ヲ禁止シテ裁判ヲ爲シタル場合ハ法律ノ規定ニ違背スルモノナルカ故ニ之ヲ理由トシテ上告ヲ爲スコトヲ得尤モ裁判所構成法ノ規定ニ依リ辯論ノ公行ヲ爲スト否ト

ヲ裁判所ノ意見ニ任ズタル場合ハ之カ許否ハ裁判所ノ自由權内ニ屬スルカ故ニ公行ヲ停止スルモ以テ上告ノ理由ト爲スコトヲ得ザルナリ

(ト) 裁判ニ理由ヲ付セザルトキ

茲ニ裁判ニ理由ヲ付セザル場合トハ裁判ノ全部ノ理由ヲ付セザルトキ及ヒ判決ノ一部ノ理由ヲ付セザル場合ハ勿論裁判ノ理由カ互ニ抵觸セル場合ヲモ包含ス

以上説明シタル(イ)乃至(ト)ノ場合ハ主トシテ第二審裁判所カ手續ニ違背シテ判決ヲ爲シタル場合ニ付キ規定シタルモノナリ然レトモ第一審裁判所カ右述ヘタル事項ニ違背シテ判決ヲ爲シタル場合ニ第二審裁判所カ其判決ヲ廢棄シテ更ニ第一審裁判所ニ差戻スコトヲ爲サス漫然其判決ニ基ツキ裁判ヲ爲シタルトキハ是亦事實上法律ニ違背シタルモノナルカ故ニ之ヲ理由トシテ上告ヲ爲スコトヲ得ヘト信ス

第二節 上告ノ方式、期間及ヒ附帶上告

上告ノ提起並ニ其方式ニ關シテハ民事訴訟法第四百三十八條ノ規定スル所ニ

シテ即チ控訴ノ場合ト同シク上告狀ヲ上告裁判所ニ差出シテ之ヲ爲ス故ニ上告ハ此上告狀ヲ提出スルト同時ニ其効力ヲ生スルモノナリ此上告狀ハ控訴狀ト同シク二個ノ性質ヲ有ス即チ上告ヲ提起スルコト及ヒ辯論ノ準備ヲ爲スコト是ナリ

上訴方法タル上告狀ニハ法律上二個ノ事項ヲ記載スルヲ要ス即チ左ノ如シ

第一 上告セラル、判決ノ表示

第二 此判決ニ對シ上告ヲ爲ス旨ノ陳述

上告狀ニハ右二個ノ事項ヲ記載スルヲ要スルカ故ニ其一ヲ缺クトキハ上告狀ハ其効力ヲ有セス從テ裁判所ハ訴訟ノ本案ニ付キ審理裁判スルノ義務ナキモノトス

準備書面ノ性質ニ於ケル上告狀ニハ一般準備書面ニ關スル事項ヲ掲ケザルベカラズ特ニ準備事項トシテ法律上記載スヘキコトヲ命メタルバ上告申立即チ原判決ニ對スル不服ノ程度及ヒ原判決ヲ如何ナル程度ニ於テ之ヲ破毀セラレシコトノ申立其申立ノ理由即チ上告人ニ於テ原判決ハ實體法ノ規定ニ違背セ

ルコトヲ理由ト爲ストキハ其違背ヲ明ニスル事實ヲ表示又原裁判所カ法則ニ違背セテ事實ヲ認定シ若クハ申立テタリシ事實ヲ遺脱シ若クハ當事者カ主張セザリシ事項ヲ主張シタリト看做シタルコトヲ理由トシテ上告ヲ爲ストキハ其事實ヲ表示セタルヘカラス勿論此等ノ事項ハ前ニ述べタル如ク單ニ辯論準備ノ爲メニ記載スヘキモノナルカ故ニ之ヲ缺クコトアルモ爲メニ上告狀ノ効力ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナキノミナラス當事者カ上告狀ニ準備事項ヲ記載セザリシ爲メ訴訟ノ勝敗ニ影響ヲ及ホスモノニアラス唯其事項ヲ記載セザリシカ爲メ特ニ生ジタル費用ハ其勝訴ト爲リタル場合ニ於テモ之ヲ負擔スルニ至ルコトアルヘシ

以上上告狀トシテ必要ナル事項並ニ法律上明示シタル準備事項ヲ具備セル書面ノ提出アリシトキハ裁判所ハ其上告事件ニ付キ辯論期日ヲ定メ當事者ヲ呼出スモノトス蓋シ控訴審ノ場合ニ於テハ前ニ述べタル如ク控訴狀カ法定ノ方式並ニ期間ヲ遵守セルヤ否ヤ又控訴ハ法律上許サレタルモノナルヤ否ヤ以テ裁判長先ツ之ヲ調査シ若シ其一ヲ缺クモノト認めタルトキハ裁判長ハ職權ヲ以

テ其控訴ヲ棄却スヘキモノトス之ニ反シテ上告審ニ於テハ裁判長ハ上告ノ適法ナルヤ否ヤヲ調査スルノ職權ヲ有セス故ニ右控訴審ニ於テ裁判長カ職權ヲ以テ調査スヘキ事項モ上告審ニ於テハ上告裁判所之ヲ調査スルモノニシテ裁判長ハ之ニ干渉スルコトヲ得サルモノナリ

上告裁判所ハ辯論期日ニ於テ上告ハ適法ナルヤ否及ヒ上告ノ本案ニ付テハ審査ヲ爲スモノナリ然レトモ我訴訟法ニ依レバ上告裁判所ニ於ケル辯論ハ之ヲ二个ニ區別スルコトヲ得即チ訴訟條件ニ付テハ辯論及ヒ上告ノ本案ニ付テハ辯論是ナリ訴訟條件ニ付テハ辯論ニ於テハ上告裁判所ハ上告ヲ適法ナルヤ否ヤヲ審査スルモノナリ詳言スレバ其上告ハ法律上許サレタルモノナリヤ否ヤ及ヒ上告狀ハ法定ノ方式ヲ具備セルヤ否ヤ又其上告ハ法定ノ期間ヲ遵守セルヤ否ヤ並ニ其上告ハ法律ノ違背ヲ理由トスルモノナルヤ否ヤノ事項ハ即チ訴訟條件トシテ上告裁判所ノ審査スヘキモノニ係ル而シテ此等ノ事項ハ裁判所ノ職權調査ニ係ルモノニシテ當事者ノ申立アルト否トニ拘ラス裁判所ハ進テ之ヲ審査セサルヘカラス故ニ訴訟條件ノ辯論期日ニ於テハ裁判所ハ單ニ上告

人ノキヲ呼出シテ右四个ノ事項ヲ調査スルニ止マリ決シテ被告人ノ呼出ヲ要セザルモノトス

上告裁判所カ上告ニ付キ訴訟條件ヲ審査シタル結果其一ヲ缺キタルコトヲ發見シタルトキハ判決ヲ以テ其上告ヲ不適法トシテ之ヲ却下スヘキモノトス之ニ反シテ上告裁判所カ其條件ノ欠缺ナシト認メタルトキハ別ニ裁判ヲ爲サズレテ上告ノ本案ニ付テノ辯論期日ヲ定メ當事者雙方ヲ呼出スモノトス又右訴訟條件ニ付テノ辯論期日ニ上告人カ出頭セザルトキハ關席判決ニ關スル規定ヲ準用スルコトヲ得シテ法律上其上告ハ取下クタルモノト看做ス但シ上告人カ辯論期日ヨリ七日ノ期間内ニ其出頭セサリシコトニ付キ正當ノ理由ヲ申出ツルトキハ上告裁判所ハ更ニ辯論期日ヲ定メ訴訟條件ニ付テノ審査ヲ爲スコトヲ得ヘシ

上告ノ期間ハ控訴期間ト同シク一个月トス而シテ此期間ハ不變期間ニシテ判決ノ送達ヨリ起算スルモノナリ然レトモ前ニ控訴ニ關シテ述ヘタル第四百條第二項ニ於ケル追加判決ノ言渡アリタル場合ニ付テノ規定ハ上告期間ニ準用

セザルヲ穩當ト爲スカ故ニ縱令第二審裁判所カ追加判決ヲ爲シタル場合ニ在リテモ最初ノ判決ニ對スル上告期間ハ常ニ其判決ノ送達ヨリ起算スヘキモノトス

附帶上告ニ付テハ常ニ附帶控訴ニ關スル規定ヲ準用ス而シテ法律上附帶上告ヲ許シタルハ附帶控訴ヲ許ス目的ト同シク當事者ヲシテ形式上ノ手續ヲ省略セシムルノ主義ニ出ツルカ故ニ附帶上告ヲ爲ス場合ニ於テモ其事件ハ法律上ハ告ヲ許スヘキモノナラサルヘカラス隨テ附帶上告人モ亦法律違背ヲ理由トスルニアラサレハ附帶上告ヲ爲スコトヲ得サルモノトス

第三節 上告ノ効力及ヒ上告審ニ於ケル辯論ノ實質

第一款 上告ノ効力

上告ノ効力ハ控訴ノ効力ト同一ニシテ即チ適法ナル上告アルトキハ停止及ヒ移審ノ効力ヲ生ス

上告ニ因リテ生スル停止ノ効力ハ控訴ト同シク前審判決ノ形式上ノ確定ヲ停止スルニ在ルモノニシテ控訴ニ於テ證明シタル停止ノ効力及ヒ其結果ニ關スル

説明ハ總テ上告ニ適用スルコトヲ得ルカ故ニ別ニ之ヲ説明セズ
 移審ノ効力ニ付テモ亦控訴ト異ナル所ナキヲ以テ控訴ニ於ケル移審ノ効力ニ
 付テノ説明ハ總テ上告ノ場合ニ之ヲ準用スルコトヲ得随テ上告ニ於ケル移審
 ノ効力モ亦控訴ノ場合ニ於ケルカ如ク二様ノ制限ヲ受ク即チ審査ノ目的ニ關
 スル制限及ヒ判決ノ事項ニ關スル制限是ナリ左ニ之ヲ分説スヘシ

(第二) 審査ノ目的ニ關スル制限

(イ) 上告裁判所ノ審査ノ目的物ハ上告セラレタル判決ナリ 換言スレハ上
 告裁判所ノ審査權ノ範圍ニ屬スヘキモノハ上告ニ係ル判決ニ限ル故ニ第
 一審裁判所カ判決ニ於テ遺脱シタル事項ハ上告裁判所ノ審査ヲ受クザル
 モノトス但シ當事者カ第二審ニ於テ追加判決ヲ受ケ之ニ對シテ上告ヲ爲シ
 タル場合ニハ上告裁判所ハ之ニ對シテ審査ヲ爲スモ是レ即チ別途獨立ノ
 上告ニ外ナラザルナリ又上告裁判所ニ於テ審査スヘキ事項ハ必スシモ終
 局判決ヲ以テ言渡サレタル事項ニ限ラスシテ其終局判決前ニ於テ第二審
 裁判所カ爲シタル總テノ判斷モ亦上告審ノ審査ヲ受クヘキモノトス勿論

此中ニ於テ訴訟法上不服ヲ申立ツルコトヲ得スト規定セルモノ及ヒ抗告
 ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル裁判ハ上告裁判所ノ裁判ヲ受ケス其他
 ハ中間判決又ハ決定ト雖モ總テ上告裁判所ノ審査ヲ受クヘキモノニシテ
 唯之ニ對シテハ獨立シテ上告ヲ爲スコトヲ得ザルノミ

(ロ) 上告セラレタル判決ハ上告申立ノ範圍ニ於テ上告裁判所ノ審査ヲ受ク
 前ニ述ヘタル如ク上告裁判所ノ審査權ハ第二審ノ裁判ヲ限度トスト雖モ
 第二審裁判ノ目的ト爲リタル事項ハ總テ上告裁判所ノ審査ヲ受クヘキモ
 ノニアラスシテ唯上告人カ不服ヲ申立テタル部分ニ限ルモノトス然レト
 モ上告裁判所カ上告申立ノ範圍ニ於テ原判決ヲ審査スト云フハ必スシモ
 上告人カ申立テタル理由ニ基ツキ審査スルノ意味ニアラスシテ上告裁判
 所カ上告申立ノ範圍内ニ於テ原判決ヲ審査スルニ當テハ敢テ上告人ノ主
 張ニ羈束セラレハコトナク上告人ノ主張セザリシ理由ニ因リ原裁判ヲ破
 毀スルヲ妨ケス此ノ如ク上告裁判所ハ上告人ノ主張スル所ノ理由ニ羈束
 セラルルコトナク第二審判決ヲ審査ヲ爲シ得ヘキコトハ法律上素マシ明

文ナシ然レトモ第四百三十八條ニ規定セル如ク上告申立ノ理由ハ上告ノ
 必要條件ニアラズシテ唯準備手續ノ一分ニ過キヌ加之第四百五十三條ノ
 規定ニ依レハ上告裁判所ノ審査ノ結果判決カ或理由ニ因リテ違法ト認
 得ヘキ場合ニ於テモ其他ノ理由ニ因リ之ヲ適法ト認メタルトキハ上告ヲ
 棄却スヘシト規定セリ此等ノ規定ノ精神ヨリ推考スレハ上告裁判所ハ必
 スシモ當事者ノ主張ニ羈束セラレサルコト明ナルヘシト信ス

(第二) 判決ノ事項ニ關スル制限

判決ノ事項ニ關スル制限ハ控訴ノ場合ト異ナル所ナシ今其大要ヲ舉クレハ
 凡ソ左ノ如シ
 上告カ法律上許サレタルモノナルヤ又上告狀カ法定ノ方式ヲ具備セルヤ其
 他上告ハ期間ヲ遵守セルヤ否キハ上告裁判所カ職權ヲ以テ之ヲ調査ス其結
 果此條件ノ一ヲ缺クトキハ其上告ハ不合法トシテ却下セサルヘカラス之ニ
 反シテ上告カ總テノ條件ヲ具備セルトキハ上告裁判所ハ直ニ本案ニ付キ
 審理ヲ爲ス而シテ上告ヲ理由アリトスルトキハ前判決ヲ破毀スヘク若シ理

由ナシト認ムルトキハ上告ヲ棄却ス

此ノ如ク上告ノ棄却ヲ爲スハ上告ヲ理由ナシト認ムル場合即チ原判決カ法
 律違背ニ基ツクモノニアラサルコトヲ認メタル場合ニ限ルモノニシテ上告
 裁判所カ原判決ノ法律違背ニ基ツクコトヲ認ムル場合ハ其原判決ヲ破毀セ
 サルヘカラス然レトモ上告人ノ申立ニ依リ原判決ノ違法ナルコトヲ認ムル
 モ其他ノ理由ニ依リ原判決ノ正當ナルコトヲ認メ得ヘキ場合ニ於テハ前ニ
 一言シタル第四百五十三條ノ規定ニ依リ上告ヲ棄却セサルヘカラス但シ其
 他ノ理由トハ必スシモ原判決ニ於テ既ニ認メラレタル理由ノミヲ云フニア
 ラスシテ上告裁判所カ新ニ發見シタル理由ニ依リ原裁判ノ正當ナルコトヲ
 認メタル場合モ亦之ヲ包含ス

上告裁判所カ原裁判ノ違法ナルコトヲ認メタル場合ニハ其判決ヲ破毀スヘ
 ク又其違法カ訴訟手續ニ關スルトキハ上告裁判所ハ判決并ニ違法ナル手續
 フモ併セテ之ヲ破毀スヘキモノトス斯ノ如ク上告裁判所カ原裁判ヲ破毀シ
 タルトキハ更ニ事件ニ付テノ辯論及ヒ裁判ヲ爲サレムル爲メ其事件ヲ原裁

判所ニ差戻スカ若クハ同等ナル他ノ裁判所ニ之ヲ移送セザルヘカラス此場合ニ於テ差戻又ハ移送ヲ受ケタル裁判所ハ上告裁判所カ破毀ノ基本ト爲シタル法律上ノ理由ニ羈束セラル、モノナルカ故ニ縱令上告裁判所ト意見ヲ異ニスル場合ニ於テモ差戻又ハ移送ヲ受ケタル裁判所ハ當ニ上告裁判所ノ意見ニ從テ判決ヲ下サ、ルヘカラス但シ上告裁判所カ原判決ノ違法ナルコトヲ認メタル場合ニ於テモ必スシモ事件ノ差戻又ハ移送ヲ爲スコトヲ要スルモノニアラスシテ或場合ニ於テハ其事件ニ付キ自ラ裁判ヲ爲スコトヲ得或場合トハ即チ上告裁判所ニ於テ原裁判カ確定ノ事實ニ對シテ法律ノ適用ヲ誤リタルコト及ヒ其事件カ裁判ヲ爲スニ熟セルコトヲ認メタル場合換言スレハ訴訟ニ付テノ事實上ノ認定ハ既ニ充分ニシテ唯原裁判カ之ニ對スル法律ノ適用ヲ誤リタル場合ニ於テ其確定ノ事實ニ依リ裁判ヲ爲スニ充分ナルトキヲ云フモノニシテ此場合ハ上告裁判所ハ原裁判ヲ破毀シ事件ニ付キ自ラ裁判スルコトヲ得ルモノナリ然レトモ上告裁判所カ原判決ノ法律適用ヲ誤レルコトヲ認ムルモ其事實ニシテ未タ確定セラレザルトキハ自ラ裁判

ヲ爲スコトヲ得スニテ必ス差戻又ハ移送ノ上更ニ裁判ヲ爲サシザルカラス

上告裁判所カ原裁判ヲ破毀スル場合ニ於テ事件カ裁判ヲ爲スニ熟シタルトキト云フ中ニハ民事訴訟法第四百二十二條並ニ第四百二十三條ノ規定ニ依リ控訴裁判所カ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スノ判決ヲ爲スヘキ場合ヲモ包含ス即チ右第四百二十二條及ヒ第四百二十三條ノ場合ニ該當スル事實ハ確定シナカラ第二審裁判所カ同條ノ規定ニ從テ判決ヲ爲サ、リシ場合ニ於テ其判決ニ對シテ上告アリタルトキハ上告裁判所ハ原判決ヲ破毀シ第四百二十二條又ハ第四百二十三條ニ依リ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スノ判決ヲ爲スコトヲ得尤モ此點ニ付テハ多少異論ノアルヘキ所ナレトモ獨逸學者ノ多數ハ控訴ニ於ケル右ノ規定ヲ適用スルコトヲ得ルノ說ニ傾クモノ、如

上告裁判所カ判決ヲ爲スニ熟セリト認メテ事件ニ付テノ判決ヲ爲ス場合ハ原裁判カ實體法ノ違背ニ基クテ訴訟手續上ノ規定ノ違背ニ基クテニ區別ナ

シ故ニ第二審裁判所カ訴訟條件ノ欠缺アル事實ヲ認メナカラ其點ニ關シテ法律ノ適用ヲ誤リタル場合ニハ上告裁判所ハ原裁判ヲ破毀シ直ニ訴ノ却下ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ

第二款 上告審ニ於ケル辯論ノ實質

前ニ述ヘタル如ク上告裁判所ニ於ケル辯論ハ法律違背ヲ以テ上告セラレタル判決ヲ審査スルヲ目的トス故ニ判決ノ基本ト爲リタル事實ニ關シテハ上告裁判所ハ何等ノ審査權ヲモ有セス換言スレハ事實ノ點ニ關シテハ上告裁判所ハ第二審ノ判決ニ羈束セラル、カ故ニ上告人ハ上告裁判所ニ於テ新ナル事實ノ主張ヲ爲スコトヲ得ス隨テ之ニ要スル證據方法ヲモ亦之ヲ提出スルコトヲ得ス又當事者ノ自白認諾拋棄ハ上告審ニ於テ其効力ヲ有セス之ヲ要スルニ當事者ハ單ニ法律上ノ點ノミニ對シテ不服ヲ申立ツルコトヲ得隨テ上告裁判所モ亦法律問題ニ付テノミ審査ヲ爲スノ權利ヲ有スルモノニシテ事實上ノ問題ニ至テハ決シテ容喙スルコトヲ得サルモノナリ而シテ法律問題トハ必スシモ原裁判所カ法律ヲ不當ニ適用シタルヤ否ヤニ限ルニアラス或ハ法律ノ適用ヲ

爲サ、ルカ又ハ既ニ廢セラレタル法律ヲ適用シタル場合ノ如キモ總テ此中ニ包含ス加之法律ノ違背ハ常ニ事實ノ認定以外ニ於テ生スルモノト云フヲ得ス今其一例ヲ舉クレハ契約ノ解釋ヲ爲スニ當リ其意味明瞭ナラサルトキハ債務者ノ利益ニ之ヲ解釋セサルヘカラストノ法律上ノ規定アリト誤信シ其趣旨ニ依リテ事實ヲ認定シタルトキハ是レ法律ノ適用ヲ誤リテ事實ヲ認メタルモノナリ故ニ此等ノ判決ニ對シテモ亦上告ヲ爲スコトヲ妨ケス

右ニ述フルカ如ク事ノ法律問題ニ屬スルモノハ其實體法ノ規定ニ關スルト手續上ノ規定ニ關スルトヲ問ハス總テ上告裁判所ノ判斷ヲ受クルモノナルモ之ニ反シテ事實上ノ問題即チ法律問題以外ニ於テ裁判所カ法律上與ヘラレタル認定權ニ依リテ事實ノ存否若クハ真否ヲ確定シタルモノハ上告裁判所ノ審査ヲ受クルコトヲ得ス然レトモ訴訟法上ノ規定ニ違背シタルコトノ理由ト爲リタル事實ニ付テハ上告裁判所ノ判斷ヲ受クルコトヲ妨ケス隨テ當事者ハ此等ノ點ニ關スル事實ヲ證明スル爲メニ證據ノ申出ヲ爲スコトヲ得但シ此場合ニ於テハ法律上立證ニ關スル制限ノ規定ヲ遵守セサルヘカラス

第四節 上告裁判所ニ於ケル訴訟手續

上告裁判所ノ訴訟手續ハ第一審ノ訴訟手續ト異ナラザルヲ以テ地方裁判所ニ於ケル第一審ノ訴訟手續ヲ準用ス又法律上特ニ控訴審ニ於ケル訴訟手續ヲ準用スル場合アリ即チ民事訴訟法第四百五十四條ノ列舉スル所ニシテ第一闕席判決ニ對スル申立第二控訴ノ取下第三當事者ノ雙方ヨリ控訴ヲ起シタル場合ニ於ケル訴訟手續及ヒ控訴ト故障トヲ同時ニ爲シタルトキハ訴訟手續第四口頭辯論ノ延期第五口頭辯論ノ際ニ於ケル當事者ノ演述第六抗訴ノ抗辯ニ付テ辯論第七控訴ヲ起シタル者ハ不利益ナル裁判ヲ爲スヘカラザルコト第八記録ノ送付及ヒ返還是ナリ

此ニ聊カ疑アルハ第一審ノ場合ニ關シテ規定セル懈怠訴訟手續ハ之ヲ上告審ニ適用スルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題はナリ蓋シ民事訴訟法第二百四十七條ニ依レハ第一審ノ訴訟手續ニ於テ原告カ辯論期日ニ闕席セルトキハ其訴ヲ却下ス故ニ上告審ニ於テモ此規定ノ準用ノ結果トシテ上告人カ辯論期日ニ出頭セサルトキハ上告裁判所ハ其上告ヲ却下セサルヘカラス然ルニ第二百四十八條

ニ依レハ被告カ辯論期日ニ出頭セサルトキハ裁判所ハ被告カ原告ノ事實上ノ口頭供述ヲ自白シタルモノト看做シ裁判スヘキモノトセリ然レトモ上告審ハ元來法律問題ニ付テノミ裁判スルモノナルコト上來述ヘタルカ如クナルヲ以テ當事者ハ原則トシテ上告裁判所ニ於テ事實上ノ主張ヲ爲スコトヲ得ス隨テ縱令被告ノ闕席スルコトアルモ被告ハ原告ノ事實上ノ口頭供述ヲ自白シタルモノナリトハ到底之ヲ想像スルヲ得ス然レトモ右第二百四十八條ノ規定ハ上告裁判所ニ於テ絕對的ニ之ヲ適用スルコトヲ得スト云フニアラス何トナレハ前述ヘタルカ如ク上告人カ訴訟手續ノ違背ヲ理由トシ又ハ原裁判所カ事實ヲ遺脱シ若クハ之ヲ提出シタリト認メタルコトヲ理由トシテ上告ヲ爲ストキハ其違法ヲ明ニスヘキ事實ニ付テハ上告裁判所ニ於テ審査ヲ爲スコトヲ得ルモノナルカ故ニ此等ノ事實ノ主張ヲ爲シタル辯論期日ニ被告カ闕席シタルトキハ其事實ニ付テハ原告ノ供述ヲ自白シタルモノト看做スコトヲ得レハナリ隨テ此特別ノ場合ヲ除クノ外ハ上告裁判所ニ於テハ被告カ期日ニ出頭セザルモ第二百四十八條ヲ適用セス被告ハ出頭シタルト同様ニ看做シテ裁判セサルヘカ

第四章 抗告

第一節 抗告ノ種類及ヒ其要件

民事訴訟法ノ規定ニ依レハ抗告ニ二個ノ種類アリ第一單純ナル抗告第二即時抗告即チ是ナリ單純ナル抗告ニ付テハ訴訟法上別ニ抗告期間ノ規定ナシ故ニ何時ニテモ之ヲ申立ツルコトヲ得之ニ反シテ即時抗告ニ付テハ七日ノ不變期間内ニ之ヲ申立ツルコトヲ要スルモノト爲セリ

抗告ハ單純ナルト即時ナルトヲ問ハス左ノ二個ノ性質ヲ有ス

第一 上訴方法ヲ補充スルコト

第二 上訴方法ヲ簡易ニスルコト

(第一) 抗告カ上訴方法ヲ補充スルハ左ノ方法ニ依ルモノトス

(二) 抗告ハ上訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得サル裁判ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得

例ハ民事訴訟法第八十三條ノ規定ニ依レハ裁判所書記法定代理人訴訟

(一) 動産質權ノ實行方法 質權實行ノ一般ノ方法ハ競賣手續ニ依ルヘキモノナルコトハ前節ニ説明セシ所ナリ然ルニ第三百五十四條ハ動産質權者カ其債權ノ辨濟ヲ受ケサル場合ニ於テ競賣手續ニ依ラサル實行方法ヲ規定セリ即チ債權者ハ質物ヲ以テ直チニ辨濟ニ充ツルコトヲ得ルナリ是レハ競賣手續ニ依ル費用ヲ節約スルコトヲ得ヘク亦債權者カ其質物ヲ自己ノ所有ニ歸セシメント欲スル希望ヲ有スル場合ニハ之ヲ満足セシムルコトヲ得而シテ債務者ハ競賣ニ依ルモ尙ホ其質物ヲ賣却セラレヘキモノナルヲ以テ此便法ヲ規定セシモノナリ然リト雖モ爲メニ債務者及ヒ他ノ債權者ヲ害セシムヘカラス故ニ質權者カ此便宜方法ニ依ラント欲セハ四箇ノ條件ニ從ハサルヘカラス即チ

一、正當ノ理由アルコトヲ要ス。如何ナル事項ヲ以テ正當ノ理由ト爲スヘキモノナルヤ法律ハ之ヲ裁判官ノ自由ナル判斷ニ一任セシト雖モ各國ノ立法例及ヒ學說ニ於テ此方法ヲ用フヘキ正當ノ場合ト認メラル、モノヲ舉クレハ(一)質物ノ賣却ヲ困難ナラシムル事情アルトキ(二)買手ヲ見出サ、ルトキ是ナリ此等ノ場合ニハ到底質權實行ノ普通ノ方法ニ依ルコトヲ得サルヲ以テ此特別方法

ニ依ルヘキハ至當ノコトナリトス
 二裁判所ニ請求スルコトヲ要ス 此便宜方法ハ一般ノ手續ニ對スル例外方法
 ニシテ極メテ簡便ナリト雖モ其簡便ナル所ハ則テ弊害ノ伏在スル所ナリ是レ
 裁判所ノ干渉ヲ必要ト爲シタル所以ナリ
 三鑑定人ノ評價ニ從フコトヲ要ス 此條件ハ主トシテ質權者カ質權設定者ト
 通謀シテ他ノ債權者ヲ害センコト計ルヲ豫防セシモノナリ勿論質權者ニシテ
 鑑定人ノ評價ヲ不當ナリト思慮セハ再鑑定ヲ爲サシムルコトヲ得ヘシト雖モ
 畢竟其評價ニ服從セサルヘカラサルモノナリ
 四豫メ債權者ニ通知スルコトヲ要ス 此條件ハ債權者保護ノ爲ニ規定セシモ
 ノナリ

(二) 動産質權ノ順位 質權ハ占有ヲ要素ト爲スヲ以テ同時ニ二箇以上ノ質權カ
 同一ノ動産ニ付テ存在スルコト能ハサルカ如ク解セラル、ト雖モ既ニ代理占
 有ヲ許ス以上ハ斯ノ如キ場合ヲ生セサルコト無キヲ保セサルナリ例ヘハ甲ノ
 爲メ質入セシ動産ヲ更ニ乙ノ爲メニ質入シ丙カ甲乙兩人ノ代理人ト爲リテ質

物ヲ占有スル場合ノ如シ是レ債權者ノ爲メニハ極メテ有益ナルモノト謂フヘ
 シ如何トナレハ質物ノ價格ニシテ第一質權者ノ債權額ニ超過スル場合尠シト
 セス然ルニ再ヒ之ヲ擔保ニ供スルコトヲ得ストセハ當ニ債權者ニ取リテ不利
 益ナルノミナラス社會ノ經濟上亦不得策ナリト謂ハサルヘカラス而シテ理論
 上勿論正當ニ之ヲ爲シ得ルモノナルコトハ前述セシ如クナルヲ以テ實際ニ於
 テモ債權者ハ屢其便益ヲ得以テ其財産ノ効用ヲ全フスルコトヲ得ヘシ果シテ
 然ラハ此等ノ場合ニ於ケル質權ノ順位如何是レ第三百五十五條ノ規定スル所
 ニシテ數個ノ債權ヲ擔保スル爲メ同一ノ動産ニ付キ質權ヲ設定シタルトキハ
 其質權ノ順位ハ設定ノ前後ニ依ルカ故ニ前例ニ於テ質物ノ價格千圓ト假定シ
 債權者ハ之ヲ甲ニ質入シテ七百圓ニ借入レタル後ニ又之ヲ乙ニ質入シテ五百
 圓ヲ借入レタルトセハ甲ハ債權ノ全額ナル七百圓ニ付キ辨濟ヲ受ケ乙ハ殘金
 三百圓ニ付テノミ質權ヲ行フコトヲ得ヘキモノナリ是レ物權ノ性質上當然ノ
 事理ナリト謂フヘシ

第三節 不動産質

民法物上擔保

不動産質ハ嘗テ一言セシ如ク歐洲ニ於テハ今日殆ト其例ヲ認メサルノミナラ
 ス或ハ全然之ヲ禁止スルモノナキニ非ス蓋シ抵當制度ニシテ完備スレハ不動
 產質ハ漸々其効用ヲ減少スヘキモノナレハナリ然リト雖モ我國ニ於テハ從來
 盛ニ行ハレタルヲ以テ新民法ニ於テモ其慣習ヲ激變スルコトヲ爲サスシテ之
 フ認ムルコト、爲セリ而シテ其性質並ニ効力モ他ノ質權ト同一ナルヲ本則
 ト爲スヲ以テ第一節總則ノ條下ニ於テ講述セシ事項ハ總テ不動産質ニモ適用
 セラルヘキモノナリ故ニ本節ニ於テハ唯不動産質ニ特別ナル事項ヲ説明スヘ
 シ

第一 不動産質權ノ定義

不動産質ノ定義ニ付キ第一節總則ニ於テ一般質權ノ定義トシテ講述セシ外ニ
 箇ノ特質ヲ説明セサルヘカラス即チ其一ハ不動産質權ノ目的物ノ不動産ナル
 コトニシテ其二ハ不動産質權ハ其權利者ニ賃入不動産ノ使用及ヒ收益ヲ爲ス
 ノ權利ヲ與フルコト是ナリ而シテ其目的物ノ不動産ナルコトニ關シテ特ニ說
 明スルノ必要ヲ見スト雖モ第二ノ特質ニ關シテハ一言之ヲ講述セサルヘカラ

第三百五十六條ハ規定シテ曰ク不動産質權者ハ質權ノ目的タル不動産ノ用
 方ニ從ヒ其使用及ヒ收益ヲ爲スコトヲ得ト抑モ動產質權者ハ其質物ノ使用及
 ヒ收益ヲ爲スコトヲ得サルニ反シ不動産質權者カ之ヲ爲スコトヲ得ル所以如
 何是レ他ナシ動產ハ之ヲ使用スレハ多少之ヲ損壞スルノ虞アルノミナラス之
 ニ付テ收益ヲ爲サント欲スルモ直接ノ收益ハ殆ト之ヲ爲スコト能ハス又間接
 ノ收益方法トシテ之ヲ他人ニ貸貸スルトキハ紛失毀損ノ虞ナキニ非ス故ニ動
 產質權者ハ質物ノ使用及ヒ收益ヲ爲スコトヲ得サルヲ本則ト爲スト雖モ不動
 產ハ紛失ノ憂ナク又之ニ付テ直接ノ收益ヲ爲スハ極メテ易々タルノミナラス
 質權者自ラ其使用及ヒ收益ヲ爲サ、ルモ他人ニ貸與シテ間接ノ收益ヲ爲サシ
 ムルモ管ニ毀損ノ虞渺キノミナラス土地家屋ノ如キ全然其使用ヲ爲スコトヲ
 得ストモハ社會ノ經濟上極メテ不利ナリト謂ハサルヘカラス加之我國從來ノ
 慣習ニ徴スルニ亦質權者ヲシテ之カ使用及ヒ收益ヲ爲サシメタルヲ以テ新民
 法ハ不動産質權者ニ此權利ヲ付與シタル所以ナリ

第二 不動産質權設定ノ要件

不動産質權設定ノ要件トシテ不動産ノ引渡ヲ要スルコトハ總則ニ於テ説明セシ所ナリト雖モ之ヲ第三者ニ對抗セント欲セハ登記ヲ爲スコトヲ要ス

第三 不動産質權ノ効力

(一) 不動産質權者ハ不動産ノ使用及ヒ收益ヲ爲スコトヲ得ルハ第三百五十六條ノ明規スル所ナリ而シテ其使用及ヒ收益ヲ爲スニハ質權ノ目的タル不動産ノ用方ニ從フヘキモノナルコトヲ注意スヘシ

(二) 不動産質權者ハ管理費用其他不動産ノ負擔ニ任セサルヘカラス 不動産質權者ハ前述セシ如ク不動産ノ使用及ヒ收益ヲ爲ス權利ヲ有スルヲ以テ其使用及ヒ收益ノ對價トシテ管理費用其他不動産ノ負擔ニ任セサルヘカラス 不動産ノ負擔トハ租稅等ノ如キ是ナリ此等ノ支出ハ通常不動産ノ果實ヲ以テ支辨スヘキ性質ノモノナルカ故ニ不動産質權者ニシテ果實ヲ採收スル以上ハ其負擔ヲ爲スヘキハ當然ノ事理ナリト謂フヘキナリ(第三五七條)

(三) 不動産質權者ハ其債權ノ利息ヲ請求スルコトヲ得ス 不動産質權者ハ不動産ノ使用及ヒ收益ヲ爲スコトヲ得ルモノナレハ其債權ノ利息ヲ請求スルコト

ヲ得トセハ二重ニ利益ヲ享受スルモノト云ハサルヘカラス是レ第三百五十八條ノ規定アル所以ナリ或ハ債權ニ利息アルハ例外ニシテ何等ノ特約ナキトキハ利息ナキモノナレハ斯ル明文ヲ要セサルヘシト爲ス論者アルヘシト雖モ是レ非ナリ利息附ノ債權ニ對シテ後日不動産質ヲ設定スレハ其日ヨリ利息ヲ支拂フニ及ハサルコト、爲ルヘク加之慣習上債權ニ利息ヲ附スル場合アルヘク尙ホ商法ニ於テハ商人間ニ於テ金錢ノ消費貸借ヲ爲シタルトキハ何等ノ特約ナキモ當然利息ヲ附スヘキモノト爲スヲ以テ(商法第二七五條第三百五十八條ノ明規アルハ其當ヲ得タルモノト謂フヘシ)

以上講述セシ三事項ハ從來我國ノ慣習トシテ行ハル、所ニシテ不動産質ヲ認ムル以上ハ其當然ノ効果ナルヘシト雖モ之ニ反スル特約ハ公益ニ關スルモノニ非サレハ勿論有効ナリト云ハサルヘカラス(第三五九條參觀)

(四) 前述セシ事項ノ外總テ抵當權ニ關スル規定ヲ準用スルハ第三百六十一條ノ規定スル所ナリ舊民法ニ於テハ不動産質ハ留置權收益權及ヒ抵當權ヲ包含スルモノト爲セシモ債權擔保篇第一一六條新民法ニ於テハ不動産質ヲ以テ抵當

權ト異ナル一種ノ物權トシテ規定シタルヲ以テ隨テ抵當權ニ關スル規定ヲ準用スト明規セシ所以ナリ而シテ其準用セラル、重ナル規定ハ第三百七十七條乃至第三百九十四條ニ依ル抵當權ノ實行方法及び第三百七十三條ニ依ル抵當權ノ順位ニ關スル條則ニシテ是等ハ皆不動産質權ノ實行方法及び不動産質權ノ順位ヲ定ムル場合ニ準用セラル、モノナリ

第四 不動産質ノ存続期間

不動産質ノ存続期間ニ最長期ヲ定メタルハ不動産質ニ關スル特約規定ニシテ不動産質及ヒ抵當トモ異ナル所ナリ即チ第三百六十條第一項ハ規定シテ曰ク「不動産質ノ存続期間ハ十年ヲ超ユルコトヲ得ス若シ之ヨリ長キ期間ヲ以テ不動産質ヲ設定シタルトキハ其期間ハ之ヲ十年ニ短縮ス」ト抑モ不動産質權ハ主タル債權ヲ擔保スル爲メニ設定セシ從タル物權ナリ而シテ債權ニ關シテハ其期間ニ付キ何等ノ制限ナキヲ以テ或ハ之ヲ十五年ト爲シ或ハ之ヲ二十年ト爲スモ當事者ノ自由ナルヘシ然ルニ其債權ヲ擔保スル爲メニ設定セシ不動産質ニシテ其最長日十年ニ制限セラレナハ十分擔保ノ効用ヲ爲ス能ハサル場合ヲ生ス

ルニ至ルヘク立法上幾分ノ非難アルヘシト雖モ是レ實ニ止ムヲ得サルニ出タル公益規定ニシテ契約ヲ以テ自由ニ其期間ヲ伸長スルコトヲ許サスシテ若シ十年以上ニ亘ル期間ヲ以テ之ヲ設定セハ之ヲ十年ニ短縮スルコト、爲セリ蓋シ不動産質ニ最長期ヲ設ケタル所以ハ他ナシ全ク經濟上ノ理由ニ基クモノニシテ長日月間存続スルコトヲ得トセハ爲メニ不動産ノ改良ヲ妨ケ其價格ヲ低減スルニ至ルヘケレハナリ然リト雖モ一旦十年以下ノ期間ヲ以テ不動産質ヲ設定シタル後更ニ之ヲ更新スルヲ妨ケサルナリ而シテ其新期間モ必ス更新ノ時ヨリ十年ヲ超ユルコトヲ得サルモノナルコトハ第三百六十條第二項ノ明規スル所ナリ

第四節 權利質

動産質及ヒ不動産質ハ直接ニ有體物ヲ目的ト爲スヲ以テ普通ノ觀念ニ從ヘハ純然タル物權ナリ然リト雖モ債權擔保ノ効用ヲ全カラシメント欲セハ質權ノ目的ヲ獨リ有體物ニ限ルコトヲ得ス殊ニ況ヤ動産質又ハ不動産質ノ場合ニ於テ其目的ヲ以テ有體物ナリト稱スルモ理論上ハ動産又ハ不動産ノ所有權ヲ

以テ其目的ト爲スト看ルヲ以テ正當ノ見解ト爲スニ於テアヤ故ニ動産又ハ不動産ノ所有權以外ノ權利ナルモ尙モ財產權ニシテ其性質擔保ノ用ヲ爲スニ妨ケタルモノナレハ之ヲ以テ質權ノ目的ト爲スコトヲ得タルヘカラス是レ近世一般ニ權利質ヲ認ムルコト爲リタル所以ニシテ又新民法カ第九章質權ノ第四節ヲ權利質ト題シ第三百六十二條第一項ニ於テ質權ハ財產權ヲ以テ其目的ト爲スコトヲ得ト規定セシ所以ナリ即チ質權ハ一切ノ財產權例ヘハ地上權永小作權債權版權特許權商標權意匠權等ノ如キ皆其目的ト爲スコトヲ得ヘシ而シテ此等ノ權利質ハ物權ナルヤ否ヤノ問題ニ關シテハ之ヲ區別シテ研究スルノ必要ヲ見ル即チ地上權又ハ永小作權ヲ目的トスル權利質ハ物權ニシテ其他ノ財產權ヲ目的トスル權利質ハ物權ニ非スシテ一種ノ財產權ナリト謂フヘキナリ如何トナレハ物權トハ物ノ上ニ直接ニ行ハレ且其權利ヲ行フニ付キ他人ノ積極の消極の行爲ヲ要セサルモノヲ指スモノナリ而シテ質權カ地上權又ハ永小作權ヲ目的トスル場合ニ於テハ同シク物ノ上ニ直接ニ行ハレ且其權利ヲ行フニ付キ毫モ他人ノ行爲ヲ要セザレハナリ反之質權カ債權其他ノ財產權

ヲ目的トスル場合ニ於テハ其性質物權ニ非サルハ勿論債權ニモ屬セスシテ一種ノ財產權ナリト看ルヲ以テ正當ノ見解ナリト蓋シ新民法ハ一切ノ財產權ヲ以テ物權債權ニ兩分スルノ主義ヲ採用セザリシヲ以テ財產權中物權債權ニ屬セサル一種ノ財產權多數存在スヘシ而シテ地上權又ハ永小作權以外ノ財產權ヲ目的トスル權利質モ亦其一種ナリ

權利質中最モ重要ニシテ且頻繁ニ行ハルモノハ債權質ナリトス今日社會ノ實際ヲ觀察スルニ物上擔保ト稱スルハ質ニ在リテハ動産質及ヒ株券質專ラ行ハレ不動産質ハ漸々減少シテ抵當多ク行ハルモノニ如シ隨テ民法ハ權利質ト題スル第四節ニ於テモ其最モ適用多キ債權質ニ關シ特別ノ規定ヲ置キ他ノ權利質ニ關シテハ何等ノ規定ナク第三百六十二條第二項ニ於テ前項ノ質權ニハ本節ノ外前三節ノ規定ヲ準用スト明規セリ故ニ第三百四十三條ノ準用ニ依リ讓渡スコトヲ得サル權利ハ之ヲ以テ權利質ノ目的ト爲スコトヲ得ス又地上權又ハ永小作權ヲ以テ權利質ノ目的ト爲サント欲スル場合ニ於テハ第三百四十四條ノ準用ニ依リ債權者ニ其目的物ノ引渡ヲ爲スニ因リテ其効力ヲ生ス

ヘク第三百五十六條ノ準用ニ依リ質權者ハ地上權若クハ永小作權ノ範圍内ニ於テ物ノ使用及ヒ收益ヲ爲スコトヲ得ヘク第三百六十條ノ準用ニ依リ其存續期間ハ十年ヲ超ユルコトヲ得タルカ如キ其他第三百四十六條第三百四十九條第三百五十一條等皆準用セラレハキモノナリ

以下債權質ニ特別ナル事項ヲ説明スヘシ

第一 債權質ノ定義

質權ノ總則ヲ講述スルニ際シ説明セシ如ク第三百四十二條ハ質權ノ定義ヲ下シ併セテ其主要ナル効力ヲ規定セシモノナリ隨テ今之ヲ債權質ニ當嵌ムレハ同條ニ明規スル物ニ代フルニ債權ヲ以テシ占有ニ代フルニ準占有ヲ以テセハ直チニ債權質ノ定義ト看ルコトヲ得ヘシ

第二 債權質設定ノ要件

質權ノ目的ト爲ルヘキ債權ハ無形ニシテ有體物ニ非サルヲ以テ占有ノ移轉ヲ以テ債權質設定ノ要件ト爲スコトヲ得ス隨テ債權質ハ原則トシテハ單純ニ當事者ノ合意ヲ以テ成立スヘシト雖モ質ノ効用ヲ全カラシメ又主トシテ質權者

ノ利益ノ爲メ併セテ第三者ノ爲メニ其債權ノ證書アル場合ニ於テハ其證書ノ交付ヲ以テ質權設定ノ要件ト爲セリ(第三六三條蓋シ質權ヲ設定セント欲セバ其目的物ノ占有ヲ移轉スルコトヲ要スヘキトハ總則ニ於テ講述セシ所ナリ果シテ然ラハ債權質ヲ設定スルニ當リ其債權ニ證書ナキ場合ハ如何トモ爲ス能ハスト雖モ之ニ證書アル場合ニ於テハ其交付ヲ要スト爲セバ極メテ事理ニ適シタルモノト謂フヘキナリ如何トナレハ債務者ハ證書ノ返還ヲ受クルニ非ラレハ辨濟ヲ爲サハルヲ通例ト爲スヲ以テ其證書ヲ質權者ニ交付スルハ殆ト債權其物ヲ交付シタルニ均シケレハナリ而シテ第三百六十三條ノ規定ハ債權ニ證書アル場合ニ適用スヘキ特別規定ナリト雖モ實際ノ適用ヨリ觀察スレバ率々原則ナリト云フコトヲ得ヘシ如何トナレハ普通債權ニハ證書ノ存在スル場合多ク殊ニ債權質トシテ最モ類繁ニ行ハルハ指圖證券公債證書株券等ニ於テ全然其適用ヲ見ルヘケレハナリ

無記名債權モ亦債權ヲ一種ナレハ其質入ヲ爲ス場合ニ於テハ第三百六十三條ノ規定ノ適用ヲ受クヘキモノナリト雖モ第八十六條第三項ニ於テ無記名債權

前述セシ記名ノ社債ニ關スルト同一條件ニ從フヘキモノト爲スコト當然ノ事
 理ナリト謂ハサルヘカラス然ラズンハ第三百六十四條ノ通則ニ依リ會社ニ質
 權ノ設定ヲ通知シ又ハ會社カ之ヲ承諾スルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗
 スルコトヲ得スト爲サズンハ何等ノ公示方法ナク第三者ノ保護ヲ缺クモノト
 謂ハサルヲ得サルナリ政府案ニ於テハ諸國ノ立法例ヲ參酌シ第三百六十五條
 ニ於テ「記名ノ株式又ハ社債ヲ以テ質權ノ目的ト爲シタルトキハ株式又ハ社債
 ノ讓渡ニ關スル規定ニ從ヒ會社ノ帳簿ニ質權ノ設定ヲ記入スルニ非サレハ之
 ヲ以テ會社其他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得スト爲シ以テ從來行ハレタル白
 紙委任狀等ノ弊習ヲ一洗セント爲セシモ衆議院ニ於テハ從來ノ慣習ヲ存スル
 ヲ以テ實際ニ便益ナリトシ同條中株式又ハノ四字ヲ削除シ尙ホ第三百六十四
 條ニ第二項ヲ設ケ「前項ノ規定ハ記名ノ株式ニハ之ヲ適用セス」ト爲シ遂ニ確定
 スルニ至リシモノナリ隨テ株式ニ關シテハ單ニ第三百六十三條ニ從ヒ株券ノ
 交付ノミニ依リ第三者ニ對シテモ質權ノ設定ヲ對抗シ得ルコト、爲レリ

(二) 指圖債權ヲ以テ質權ノ目的ト爲シタル場合 指圖債權トハ一定ノ債權者又

○編輯上ノ用向ハ必ス編輯部宛ニテ通
信スヘシ

○質疑ハ半紙又ハ罫紙ニ問題ト其疑點
トヲ簡明ニ認ムヘシ

用紙ハ一問題毎ニ別紙ヲ用フヘシ

半切葉書又ハ他ノ用事ト共ニ認メタ
ル質疑ハ回答セス

亂筆讀ミ難キモノ趣意不明ナルモノ
亦同シ

○落丁補充ノ請求ノ際ハ必ス其講義錄
ヲ返戻スヘシ

○編輯用ト會計用トハ必ス別封タルヘ
シ

葉書ノ場合モ之ニ準ス

明治三十二年十二月十九日印刷
明治三十二年十二月二十日發行

編輯者 東京市四谷區四谷仲町三丁目六番地
小田幹治郎

印刷者 東京市芝區四ノ久保明舟町十一番地
金子鐵五郎

印刷所 東京市芝區四ノ久保明舟町十一番地
金子活版所

發行所 司法省 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