

若クハ軍艦定繫所ハ裁判籍ニ訴ヲ起サントスルトキ此等ノ者カ無能力者ニシテ其法定代理人他ノ地ニ住スル場合(第四七條)

右二個ノ場合ニ於テ其訴訟事件ノ繫屬スヘキ裁判所ノ裁判長ハ申立ニ因リ特別代理人ヲ任命スルコトヲ得此二個ノ場合ニ特別代理人ヲ任命スルハ訴訟ハ被告ト爲ル者ハ爲メニハミ選任スルコトヲ得ルモハニシテ原告ノ爲メニハ特別代理人ノ任命ヲ許ササルモノナリ第四十六條ノ明文ニハ訴ヲ起ス可キ場合ニ於テト規定シ又第四十七條ニハ訴ヲ受ク可キ場合ニ於テト規定セリ此等ノ文字ニ依リテ疑ナキノミナラス第四十六條ニ特別代理人ヲ必要トスル立法上ノ理由ハ原告カ自己ノ私權ニ付キ訴ヲ起サントスルモ其相手方タルヘキ者無能力者若クハ未定ノ遺産相續人又ハ不明ノ相續人ナルニ因リテ訴狀ヲ送達シテ權利拘束ノ效力ヲ發生セシムルコトヲ得ス隨テ其權利ノ救済ヲ求ムルコト能ハス又第十五條ノ規定ニ基キ永ク一定ノ地ニ寓在スル者ニ對シ訴ヲ起スヘキ場合ニ於テ其訴訟無能力者ノ法定代理人カ寓在地以外ノ地ニ住スルトキハ被告ノ普通裁判籍ニ訴ヲ起スヘキモノトセハ此

特別裁判籍ヲ設ケタル立法上ノ趣旨ニ反スルコトナシトセス即チ原告ノ便宜上特別裁判籍ヲ定メタルニ拘ハラヌ其法定代理人カ他ノ地ニ居住スルノ理由ヲ以テ無能力者等ノ寓在地ニ訴ヲ起スコトヲ得サルニ至ルハ立法上ノ趣旨ニ戾ルカ故ニ特別代理人ヲ任スルコトヲ得ルノ規定ヲ設ケタルナリ故ニ被告ノ爲メニミ特別代理人ヲ任設スヘキモノナルコトハ疑ナキ所トス次ニ原告カ其寓在地ニ在ル無能力者ニ對シテ訴ヲ起サントスル場合ニ限リ特別代理人ノ任命ヲ爲スコトヲ得ヘキモノナレハ訴訟ノ進行中被告カ訴訟能力ヲ失ヒ若クハ法定代理人カ代理權ヲ失フカ或ハ法定代理人カ他ノ地ニ居住スルコトアル場合ト雖モ特別代理人ヲ任命スヘキモノニ非ス訴訟進行中訴訟能力又ハ代理權ヲ失ヒタルトキハ訴訟手續ノ中断ヲ生スルモノニシテ本條中ノ場合ニ該當セス

右ニ述ヘタル第一ノ場合ニ於テ特別代理人ノ任命ヲ求ムルニハ
一 被告カ無能力者ニシテ法定代理人ヲ有セサルコト又ハ相續人ハ定マラサルコト又ハ相續人ハ不明ナルコト

二 訴訟ハ遲滯ハ爲メ原告ニ危害ハ恐アルコト
ノ二條件ヲ必要トシ第二ノ場合ニ於テハ

一 財産權上ハ請求ニ限ルコト

二 第十五條ハ規定ニ所謂寓在地ハ裁判籍ニ訴ヲ提起スヘキ場合ナルコト

三 訴訟無能力者カ法定代理人ヲ有スルカ其代理人カ寓在地ニ居住セザルコト

ノ三條件ヲ必要トス而シテ第二ノ場合ハ法定代理人カ無能力者ノ寓在地以外ノ地ニ住スルコトヲ要件トセルモ其法定代理人ノ存セザル場合ハ之ニ該當セス又第一ノ場合ニ於テハ訴訟遲滯ノ爲メニ危害ノ恐アルコトヲ要件トスルニ反シ第二ノ場合ニ於テハ要件トセザルハ蓋シ寓在地ノ裁判籍ハ特別裁判籍トシテ原告ノ利益ヲ計リタル場合ナレハナリ
特別代理人任命ノ申立ハ書面又ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲スヘキモノトス(第四六條第二項)
書面ヲ以テスル場合ハ其申立ヲ訴訟ノ繫屬スヘキ裁判所ニ訴狀ヲ差出ス以

前ニ提出スルコトヲ要シ口頭ヲ以テスル場合ハ原告カ其訴訟事件ノ繫屬スヘキ裁判所ニ於テ陳述ヲ爲シ裁判所書記ハ第三百三十五條ノ規定ニ從ヒ其申立ニ付テノ調書ヲ作ルモノトス此特別代理人ノ任命ニ關スル裁判ハ口頭辯論ヲ經スシテ訴訟ノ繫屬スヘキ裁判所ノ裁判長其命令ヲ以テ爲スヘキモノナリ而シテ其裁判ハ申立ヲ許容シタル場合ナルト之ヲ排斥シタル場合ナルトヲ問ハス申請人ニ送達スヘク又申請ヲ許容シテ特別代理人ヲ任設シタルトキハ之ニ對シテモ亦其裁判長ノ任命ヲ送達スヘキモノトス
特別代理人任命ノ申立ヲ却下シタル裁判ニ對シテ其申立人ヨリ第一ノ場合ニ限リ第四百五十五條以下ノ規定ニ從ヒ抗告ヲ爲スコトヲ得ヘク第二ノ場合即チ寓在地ノ裁判籍ニ訴ヲ起スヘキ場合ニ於テハ抗告ヲ許サス蓋シ此場合ニ於テハ其法定代理人他ノ地ニ存在スルヲ以テ更ニ相當ノ手續ニ依リ適法ニ訴ヲ起スコトヲ得ルカ故ナラン(第四六條三項)獨逸民事訴訟法ニ於テハ此區別ヲ設クルコトナク何レノ場合ニ於テモ申請ヲ却下セラレタルトキハ抗告ヲ許セリ而シテ第二ノ場合ニ於テ其法定代理人カ他ノ地ニ居住スルコト

トヲ條件ト爲サス我民事訴訟法ハ之ニ反スルヲ以テ獨逸民事訴訟法ニ比シ其適用狹シ然レトモ第二ノ場合ニ於テ特別代理人ノ任命ヲ許ス以上ハ申請ヲ却下シタル裁判ニ對シテ抗告ヲ禁スルハ立法上ノ趣旨ヲ貫徹シタルモノト言フコトヲ得ス(五七條 第五項 第七條)

裁判長ヨリ任命セラレタル特別代理人ハ無能力者ノ法定代理人若クハ相續人ノ出頭スル迄訴訟行爲ニ付キ法律上代理人ノ權利及ヒ義務ヲ有ス故ニ特別代理人ノ爲シタル訴訟行爲ニ法律上代理人若クハ相續人ノ爲シタルモノト同一ノ效力ヲ有シ後日訴訟ニ加ハリタル法律上代理人若クハ相續人ハ特別代理人ノ爲シタル訴訟行爲ヲ否認スルコトヲ得サルモノトス特別代理人ハ後ニ無能力者ノ爲メ法定代理人カ任命セラレ或ハ第四十七條ノ場合ニ於テ法定代理人カ無能力者ノ寓在地ニ居住シタルカ爲メ特別代理人ノ任務終了スルモノニ非ス法定代理人若クハ相續人カ裁判所ニ出頭シテ自ラ訴訟行爲ニ加ハリタルトキハ當然特別代理人ノ任務終了ス(ヘキモノナリ)(第四項 第六條 第七項)

第四節 訴訟代理人及ヒ輔佐人

訴訟代理人トハ訴訟能力者又ハ無能力者ノ法律上代理人ハ授權若クハ裁判長ハ命令ニ因リ訴訟本人ニ代リテ訴訟行爲ヲ爲ス者ヲ謂ヒ輔佐人トハ訴訟能力者本人自ラ訴訟ヲ爲シ又ハ訴訟無能力者ノ法律上代理人カ訴訟ヲ爲ス場合ニ於テ此等ノ者ト共ニ裁判所ニ出頭シ口頭辯論ニ於テ其權利ノ伸張若クハ防禦ヲ爲ス爲メ當事者ヲ補助スル者ヲ謂フ

第一款 訴訟代理人

訴訟代理人ニ關スル説明ヲ爲スニ方リ一言スヘキハ各國ノ立法例ニ因レハ訴訟手續ニ關スル原則トシテ本人訴訟主義及ヒ辯護士訴訟主義ハ二種アリ前者ハ裁判上ト裁判外トヲ問ハス本人自ラ總テノ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得ヘキ主義ニシテ後者ハ訴訟ヲ爲サントスルニハ必ス辯護士ヲシテ爲サシムルコトヲ要シ本人自ラ訴訟ヲ爲スコトヲ許ササル主義ヲ謂フ蓋シ法律ノ規定複雜ト爲ルニ隨ヒ訴訟ヲ爲スニモ法律上ノ智識ヲ要スルコト多ク法律上ノ智識ニ乏シ

キ本人自ラ訴訟行爲ヲ爲スモ自己ノ權利ノ伸張若クハ防禦ヲ爲スコトヲ得サルニ至リ法律上ノ學識且經驗アル者ニ非サレハ訴訟上利益ナル結果ヲ得ル能ハサルニ至ル茲ニ於テカ訴訟行爲ヲ自己ノ業ト爲ス者即チ辯護士ヲ生ス又一方ヨリ觀察スレハ法律上ノ學識經驗ナキ者自ラ訴訟行爲ヲ爲ストキハ訴訟ヲ法律上ノ缺點ナク秩序的ニ進行スルコト能ハス國家經濟上ヨリスルモ不利益ナリトス故ニ學識經驗アル者ヲシテ訴訟行爲ヲ爲サシムルノ必要ヲ生ス是ニ於テカ國家ハ辯護士制度ヲ設クルニ至ル

右ノ如ク訴訟行爲ヲ爲スコトヲ專業者ニ委任スルトキハ一方ニ於テハ當事者ノ權利ノ伸張若クハ防禦ヲ容易ナラシメ又他ノ一方ニ於テハ訴訟ノ進行ヲ速ナラシムル公益上ノ理由ニ基キ獨逸、奧地利等ノ立法例ニ於テハ合議裁判所以上ニ於テハ辯護士ニ非サレハ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ許サス即チ強制辯護士制度ヲ採用セリ然レトモ絕對ニ此主義ヲ採用スルトキハ訴訟本人ハ辯護士ニ對シテ報酬ヲ支拂フノ必要アリテ之カ爲メニ權利ノ伸張若クハ防禦ヲ爲スコト能ハサル場合ナシトセス是ヲ以テ區裁判所ニ於ケル訴訟即チ簡易ナル訴訟ニ

付テハ本人訴訟主義ヲ原則トシテ採用セリ蓋シ區裁判所ノ管轄ニ屬スル事件ハ輕微ナルカ故ニ特ニ當事者ヲシテ費用ヲ生セサラシメントスルノ趣旨ニ外ナラス然レトモ本人訴訟主義ヲ採用スルトキハ訴訟本人ハ往々訴訟行爲ニ無經驗ナルカ爲メ其方法ヲ知ラサル場合ナシトセス是ヲ以テ奧地利民事訴訟法ニ於テハ區裁判所ニ於テ辯護士ニ非サル者カ口頭辯論ニ出頭シタルトキハ裁判官ハ其訴訟行爲ノ方法竝ニ行爲不行爲ノ結果ヲ指示誘導シ得ルコトヲ規定シ以テ本人訴訟主義ノ缺點ヲ補ヘリ我民事訴訟法ニ於テハ本人訴訟主義ヲ原則ト爲シ唯地方裁判所以上ニ於テ訴訟代理人ヲシテ訴訟ヲ爲サシムルトキハ辯護士ニ委任スヘキコトトセリ
皇室典範第五十條ニ依レハ皇族ハ代人ヲ以テ訴訟ニ當ラシメ自ラ訴訟ニ出ルヲ要セストアリ所謂代人トハ訴訟代理人ニ非ス裁判上一切ノ行爲ヲ爲ス權限ヲ有スル代理人ナリト解セサルヘカラス

第一 訴訟代理ノ方式

地方裁判所以上ニ於テハ當事者從參加人モ包含ス自ラ訴訟行爲ヲ爲ササル

トキハ辯護士ヲ以テ訴訟代理人ト爲スヘキコトヲ本則トス若シ辯護士在ラサル場合ニハ訴訟能力者タル親族又ハ雇人ヲ以テ訴訟代理人ト爲シ若シ此等ノ者在ラサルトキハ他ノ訴訟能力者ヲ以テ訴訟代理人ト爲スヲ得第六三項區裁判所ニ於テハ辯護士在ル場合ト雖モ訴訟能力者タル親族若クハ雇人ヲ以テ訴訟代理人ト爲スコトヲ得ヘシ若シ親族若クハ雇人ナキトキハ訴訟能力者タル他人ヲ訴訟代理人ト爲スコトヲ得ルモノトス第六三項訴訟代理人ハ當事者本人即チ訴訟能力アル當事者本人若クハ其法律上代理人又ハ受訴裁判所ノ裁判長ヨリ任設スルコトヲ得而シテ本人竝ニ法律上代理人ヨリ訴訟代理人ヲ任設スルハ理論上訴訟代理權授與ノ單獨行爲ニ因ルモノナリ然レトモ現行民事訴訟法ハ代理ト委任トヲ混同シタル立法主義ヲ採リタルヲ以テ常ニ訴訟委任ト稱セリ又裁判長ヨリ訴訟代理人ヲ任設スルハ其命令ヲ以テ爲スモノナリ例ヘハ人事訴訟手續法第三條ニ於テ辯護士ヲ訴訟代理人ニ選任スル場合ノ如シ而シテ訴訟代理人ト當事者トノ法律關係ハ委任ナリトス

訴訟代理人ヲシテ訴訟行爲ヲ爲サシメントスル場合ニハ當事者一人ニシテ一人若クハ數人ノ代理人ヲ任設スルコトヲ得又當事者ノ多數カ一人ノ代理人ヲ設クルコトヲ得ヘシ尙ホ數人ノ代理人ハ必スシモ同時ニ任設スルコトヲ要セス時ヲ異ニスルモ妨ナシトス

訴訟代理人ヲ任設スルニハ法定ノ方式ヲ必要トセス當事者ノ意思表示ノミヲ以テ足レリ然レトモ訴訟ハ委任ハ裁判所ハ記録ニ備フヘキ書面ヲ以テ證明セサルヘカラス第六四項委任契約ニ因ル訴訟代理權ヲ證明スヘキ書面ハ私署證書タルト公正證書タルトヲ問ハス然レトモ私署證書ナルトキハ原本ヲ裁判所ニ差出スコトヲ要ス第三四九項謄本若クハ認證アル謄本ヲ差出スコトヲ得ス若シ公正證書ナルトキハ正本若クハ認證アル謄本ヲ裁判所ニ差出ササルヘカラス而シテ其委任ヲ證明スヘキ書面ハ裁判所ノ記録ニ備フヘキモノナリ此ノ如ク訴訟委任ハ書面ヲ以テ證明スヘキコトヲ要スト爲シ且裁判所ノ記録ニ備フヘキモノト爲シタルハ訴訟代理權ノ欠缺アルヤ否ヤハ訴訟ノ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハス裁判所ノ職權ヲ以テ調査スヘキ事項ニ屬シ

若シ欠缺アリタルトキハ其代理人ノ爲シタル訴訟行爲ハ全然無効ト爲ルカ故ナリ又訴訟委任ヲ證明スル方法ハ必スシモ當事者ヨリ提出スル書面ヲ以テスルコトヲ必要トセス口頭辯論ノ期日又ハ受命判事若クハ受託判事ノ面前ニ於テ當事者カ訴訟代理人ト爲スヘキ人ト共ニ出頭シ其者ニ對シテ訴訟代理權ヲ授與スルコトヲ陳述シ之ヲ裁判所ノ調書ニ記載セシムレハ書面委任ト同一ノ效力ヲ有スルモノトス即チ訴訟委任ヲ證明スル方法ハ書面ヲ以テスルト口頭委任ノ調書ヲ以テスルノ外之ヲ許サス故ニ右二箇ノ方法ニ因リテ證明シ能ハサルモノハ訴訟代理人ニ非サルノ結果ヲ生スヘシ(第六三項)訴訟委任ヲ私署證書ヲ以テ證明スル場合ニハ相手方ノ請求ニ因リ之ヲ認證セシメサルヘカラス其認證ヲ爲スハ公證人若クハ相當官吏之ヲ爲スヘキモノナリ私署證書ノ認證ハ必ス相手方ノ請求ニ因ルコトヲ要シ裁判所ハ之ヲ爲サシムルコトヲ得ス(第六四項)裁判所カ私署證書ニ付キ疑アルトキハ宜シク適當ノ方法ヲ以テ代理權ヲ證明セシムヘキモノトス

第二 訴訟代理權ノ範圍

訴訟代理權ノ範圍ハ民法ノ原則ヨリスレハ訴訟代理人ト當事者トノ間ニ於ケル委任契約ノ範圍ニ從テ定マルモノニシテ其代理權アリヤ否ヤハ實體法ノ規定ニ依リテ判斷スヘキモノナリ然ルニ民事訴訟法ハ反對ノ當事者即チ相手方ニ對シ擔保ヲ爲スカ爲メ又訴訟ノ進行ヲ速ナラシムルカ爲メニ當事者ハ意思ニ關セス訴訟代理權ノ範圍ヲ定メタリ即チ代理權ノ範圍ハ訴訟代理人カ其訴訟事件ヲ完結スルカ爲メニ必要ニシテ且其訴訟事件ヲ處理スルニ當リ自由ノ行動ヲ爲スニ必要ナル範圍ヲ定メタルモノトス民事訴訟法ノ規定ニ基ク代理權ノ範圍ヲ普通委任ト特別委任トニ區別スルコトヲ得ヘシ訴訟委任ヲ爲ストキハ裁判所及ヒ相手方ニ對シ當然一定ノ權限アルモノト看做サルヘキモノハ普通委任ニシテ或行爲ヲ爲ス爲メ特別ノ委任ヲ要スルモノハ特別委任ナリ

(一) 普通委任 普通ニ訴訟代理權ヲ授與スルトキハ其訴訟ニ關スル一切ノ訴訟行爲ヲ爲スノ權即チ本訴ニ關スル辯論申立ノ擴張故障抗告ヲ爲シ反訴主參加假差押假處分及ヒ強制執行ヲ爲スニ必要ナル代理權ヲ有ス其他

訴訟費用ニ付キ相手方ヨリ辨濟ヲ受クルノ權ヲ有ス故ニ訴訟委任ヲ爲シタル場合ハ委任ヲ受ケタル者ハ當然此等ノ行爲ヲ爲スコトヲ得ルナリ(第六條)強制執行ヲ爲ストハ強制執行ノ實施ニ必要ナル行爲ヲ爲スノ代理權ヲ謂フモノニシテ執行異議ノ訴ヲ提起スル如キハ之ニ包含セス

右訴訟委任ニ關シテ定メタル法律上ハ範圍ハ當事者ト代理人トハ間ニ於テ之ヲ制限スルモ其制限ハ相手方ニ對シテ效力ナシ即チ訴訟ヲ委任セル本人ト代理人トノ間ニ在リテハ委任契約ノ法律關係ニ因リテ定マルカ故ニ本人ハ代理人ニ對シテ之ヲ制限スルコトヲ妨ケスト雖モ代理人ト相手方トノ關係ハ全ク之ニ異ナリ法律ノ必要ト認メタル權限ヲ制限シテ有效ナリト爲スコトキハ相手方ハ完全ニ訴訟行爲ヲ實行スルコトヲ得ス故ニ普通委任ノ範圍ヲ本人ト代理人トノ間ニ於テ制限スルモ相手方ニ對シテハ相手方カ之ヲ知ルト否トニ關セズ總テ無効ナリトス但本人ト代理人トノ間ニ於テ委任契約ノ趣旨ニ基キ損害賠償ノ請求權生スルヤ否ヤハ民法ニ因リテ定マル問題ナリトス一ハ例外ト爲スヘキハ辯護士ニ非サル訴訟代

〇

(二)

理ハ場合是ナリ辯護士ニ非サル訴訟代理人ニ關シテハ各箇ノ訴訟行爲ニ付キ委任ヲ爲スコトヲ得ヘシ故ニ辯護士以外ノ者ニ對スル訴訟委任ヲ證スヘキ書面ニハ代理權ノ範圍ヲ明示スルコトヲ必要トス(第六條)

特別委任 訴訟代理人ハ特別ノ委任ヲ受ケタルニ非サレハ控訴若クハ上告ヲ爲シ再審ヲ求メ代人ヲ任シ和解ヲ爲シ訴訟物ヲ拋棄シ又ハ相手方ヨリ主張スル訴訟物ヲ認諾スルノ權ヲ有セス(第六條第五項)控訴若クハ上告ヲ爲ストハ控訴上告ノ提起及控訴審上告審ニ於ケル總テノ訴訟行爲ヲ包含ス故ニ第一審ノ訴訟代理人カ控訴審若クハ上告審ノ代理人ト爲ルニモ特別ニ委任ヲ要スルモノトス而シテ特別委任モ書面ニ於テ證明セラレサルヘカラス而シテ之ヲ委任スルニハ一ノ事項ノミヲ委任スルモ數箇ノ事項ヲ委任スルモ當事者ノ隨意ナリト雖モ委任ヲ證スヘキ書面ニハ如何ナル事項ヲ委任セラレタルヤヲ各事項ニ付キ明記スルヲ要ス特別委任ハ普通委任ヲ爲スト同時若クハ時ヲ異ニシテ之ヲ爲スヲ妨ケス特別委任ヲ普通委任ノ中ニ包含セシメサリシハ此等ハ事項ハ當事者ハ權利ニ重大ナル利害

關係ヲ有スルヲ以テナリ、獨逸新舊民事訴訟法ニ於テハ特ニ普通委任及ヒ特別委任ノ區別ヲ設ケス訴訟委任ヲ爲ストキハ其委任ハ當然我民事訴訟法ノ普通委任ト特別委任トヲ包含スルヲ原則トシ唯代理權ノ範圍ニ有效ニ制限ヲ加フルコトヲ得ルモノハ和解、訴訟物ノ拋棄及ヒ請求ノ認諾ノ場合ニ限レリ(獨民訴第 八一條)故ニ右等ノ事項ハ本人ノ意思ニ因リテ有效ニ制限スルコトヲ得ルモ其他ノ事項ハ本人カ特別ニ委任スルコトヲ必要トセス又代理權ヲ制限スルモ相手方ニ對シテハ無効ナリトセリ

當事者ハ普通委任ヲ爲サス特別委任ノミヲ代理人ニ對シテ爲スコトヲ得ルヤ抑モ特別委任ハ普通委任ノ存在ヲ前提トシ之ニ附加スルモノナルコトハ特別委任事項ノ規定ニ徴シテ明カナレハ特別委任ノミヲ爲ス能ハスト解セサルヘカラス(第六六條參照)故ニ控訴審ノ委任ヲ受ケタル代理人ハ其訴訟カ第一審裁判所ニ差戻ト爲ルモ當然第一審ノ代理權アリト爲スヘク上告審ノ委任ヲ受ケタル代理人ハ控訴ノ委任ナキヲ以テ控訴審ノ代理權ナキモ訴訟カ第一審裁判所ニ差戻ト爲リタルトキハ第一審ニ於ケル代

理權ハ有スルモノト謂フヘシ

訴ハ取下ハ我民事訴訟法ノ規定ニ依レハ普通委任ヲ受ケタル訴訟代理人ハ有效ニ之ヲ爲スコトヲ得ヘキカ如シ訴ノ取下トハ訴訟終局ノ一方法ニシテ訴訟ノ拋棄ナリ控訴上告ヲ特別委任中ニ包含セシメタル以上ハ取下モ當事者ノ權利義務ニ重大ナル關係ヲ及ホスモノナレハ特別委任中ニ包含セシムヘキモノナリ現行法ニ其規定ヲ缺クハ舊民法財産取得編第二百三十三條ニ訴訟委任ノ規定ヲ設ケ訴ノ取下ニ特別ノ委任ヲ要スト爲シタルカ故ナリ舊民法實施ニ至ラサル結果訴ノ取下ハ普通委任ノ中ニ包含スルモノト解スヘキカ如シト雖モ理論上特別委任ヲ必要トスルモノト解セサルヘカラス控訴及ヒ上告ノ取下ニ付テモ亦同シ殊ニ控訴若クハ上告ノ取下ハ當事者ノ實體上ノ權利ニ重大ナル影響ヲ及ホスモノナレハ特別委任ヲ要スルハ當然ナリト解スヘキナリ

(三) 訴訟代理人ハ當事者ノ爲メ私法的法律行為ヲ爲スハ權ヲ有セス如何トナレハ訴訟代理權ノ授與ハ訴訟行為ヲ爲スノ授權ニ外ナラサレハナリ然

レトモ我大審院ハ訴訟代理人ハ當事者ノ爲メ攻撃防禦ノ方法ヲ提出スル
コトヲ得ルモノナレハ或私法的法律行為ニ付テハ當然代理權アルモノト
爲セリ

第三 訴訟委任ノ效力

當事者ト代理人トノ間ニ於ケル訴訟委任ノ關係ハ委任契約ノ規定ニ因リテ
定マルモノナリ故ニ訴訟代理人ハ民法ノ規定ニ從ヒ委任者ノ爲メ善良ナル
管理者ノ注意ヲ以テ訴訟事務ヲ處理スルノ義務ヲ負フモノニシテ若シ委任
事務ヲ處理スルニ當リ代理人ノ過失等ニ因リテ生シタル損害ハ代理人ハ委
任者ニ對シテ賠償セサルヘカラス茲ニ注意スヘキハ民法ノ規定ニ從ヘハ委
任契約ハ當事者ノ一方カ法律行為ヲ爲スコトヲ相手方ニ委託スルモノナレ
ハ訴訟行為ハ法律行為ニ非サルヲ以テ訴訟委任ハ民法ニ所謂純然タル委任
契約ニ非スト雖モ理論上委任關係ヲ以テ論スヘキモノトス訴訟委任ニ關ス
ル訴訟法上ノ效果ハ左ノ如シ

(一) 訴訟代理人數人アルトキハ共同若クハ各別ニテ代理スルコトヲ得(第六條七條)

同時若クハ時ヲ異ニシテ委任シタル數人ノ代理人ハ共同ニテ代理スルコ
トヲ得ルハ勿論一人ニテ完全ニ當事者ヲ代表シテ訴訟行為ヲ爲スコトヲ
得ルモノナリ故ニ數人ノ訴訟代理人中一人カ口頭辯論期日ニ闕席スルモ
他ノ代理人カ闕席セサルトキハ當事者ハ訴訟行為ノ懈怠ナキモノト看做
サル要スルニ數人ノ訴訟代理人ハ共同シテ當事者ヲ代理スルノ權ヲ有ス
ルト同時ニ獨立シテ代理スルノ權ヲ有ス而シテ此數人ノ代理人ヲ任設シ
タル場合ニ當事者カ其代理人ニ對シテ共同ニテ代理スヘカラストノ制限
ヲ加ヘタリトスルモ當事者ト代理人トノ關係ニ付テノミ其效力ヲ有スル
ニ止マリ裁判所又ハ相手方ニ對シテ其制限ノ效力ナキモノトス(第六七條但書)又
數人ノ代理人ヲ任設シタル場合ニ其數人ノ代理人ノ行為カ相抵觸シタル
場合アルトキハ何レノ行為ヲ以テ本人ヲ代表シタルモノト認ムヘキヤ否
ヤ即チ數人ノ陳述カ相抵觸シタルトキハ何レノ陳述ヲ以テ本人ノ行為ト
看做スヘキヤ否ヤニ付テハ恰モ本人ノ陳述若クハ一人ノ代理人ノ陳述カ
前後相矛盾シタル場合ト同一ナレハ裁判所ハ自由ナル判斷ヲ以テ取捨ス

(二) 訴訟代理人カ委任ノ範圍内ニ於テ爲シタル訴訟上ハ行爲若クハ不行爲ハ當事者ニ對シテ其本人ノ爲シタル行爲若クハ不行爲ト同一ナリトス(第六一八條)故ニ代理人カ口頭辯論期日ニ出頭セザレハ當事者本人ノ出頭セサルト同一ニシテ本人ノ懈怠ト看做スモノトス其結果トシテ判決ハ必ス當事者ノ名義ヲ以テ言渡シ代理人ニ對シテ言渡スヘキモノニ非ス且當事者ニ對シテノミ判決確定ノ效力ヲ生スヘシ然レトモ代理人ハ事實上ハ陳述ハ其代理人ト共ニ裁判所ニ出頭シタル原告若クハ被告ヨリ即時ニ之ヲ取消シ又ハ更正シタルトキニ限り其效力ヲ失フ(第六二八條)代理人ノ行爲カ當事者本人ノ更正若クハ取消ニ因リ效力ヲ失フモノハ單ニ事實上ノ陳述ノミニ限ル故ニ判決ヲ受クヘキ事項ノ申立證據方法ノ申出等法律上ノ點ニ關スル代理人ノ陳述ハ縱令當事者本人カ之ヲ更正又ハ取消スモ其效力ナシ又事實上ノ陳述ノ更正取消ニ付テモ本人之ヲ即時ニ爲サレハ其效力ナシ故ニ代理人カ第一口頭辯論期日ニ於テ陳述セル事實ヲ本人カ其後ノ辯論

續行期日ニ出頭シテ更正若クハ取消ヲ爲スモ其效力ヲ生セス

(三) 訴訟代理權ハ委任者ノ死亡訴訟能力若クハ法律上代理ノ變更委任ノ廢罷代理ハ謝絶等ニ因リテ消滅スルモ相手方ニ對シテ其消滅ヲ通知スル迄效力ヲ生セス即チ代理權消滅ノ事由發生ト同時ニ代理權消滅ノ效力ヲ生スルモノニ非スシテ裁判所及ヒ相手方ニ對シテハ其通知ヲ爲シタルトキニ於テ始メテ發生ス其通知ハ委任者タル原告若クハ被告ヨリ受訴裁判所ニ書面ヲ差出シ裁判所ハ之ヲ相手方ニ送達スヘキモノナリ(第六九條一項二項)故ニ口頭辯論ニ於テ消滅ノ通知ヲ爲スモ其效力ナキハ勿論其書面ヲ裁判所ニ差出スモ之ヲ相手方ニ送達セサル間ハ其效力ヲ生セス然レトモ代理人ノ謝絶ニ因ル代理權ノ消滅ハ之ヲ相手方ニ通知シタル後ニ於テモ本人カ他ノ代理人ヲ任設スルカ若クハ自ら訴訟行爲ヲ爲シテ自己ノ權利防衛ヲ爲スニ至ル迄ハ代理人ハ委任者ノ爲メニ有效ニ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ(第六九條三項)故ニ委任者カ相當ノ方法ヲ以テ自己ノ權利ノ防衛ヲ爲ササル間ハ代理權ノ消滅シタル代理人ハ代理權アルモノト看做サルルノ結

果ヲ生ス

(四) 委任ハ欠缺 委任ハ欠缺ハ原告若クハ被告ハ爲メ其代理人ナキモハト
 看做ス(第七項)委任ノ欠缺トハ訴訟法上ニ於ケル欠缺ヲ謂フモノニシテ即
 チ訴訟委任カ書面ニテ證明セラレス或ハ當事者本人カ裁判所ニ出頭シテ
 口頭委任ヲ爲ササルニモ拘ハラス或一人カ原告若クハ被告ノ代理人トシ
 テ訴訟ニ參與シタル場合ノ如キヲ謂フ故ニ縱令委任契約カ成立セル場合
 ト雖モ右二箇ノ方法ヲ以テ證明セラレサルトキハ委任ノ欠缺アルモノト
 爲ササルヘカラス此等ノ證明ヲ盡ササル場合ニ代理人ト稱シテ口頭辯論
 ニ出頭シタル者アルトキハ之ヲ退廷セシムヘキモノトス又書面委任若ク
 ハ口頭委任ナキ者カ代理人ト稱シテ爲シタル行爲不行爲ハ當事者ノ行爲
 ト看做サス隨テ其自稱代理人ノ爲シタル行爲不行爲ノ效力ハ當事者ニ對
 シテ及フモノニ非ス故ニ口頭辯論ノ期日ニ適式ノ委任ナキ者カ出頭シタ
 ルトキハ第七十條第二項ノ場合ヲ除キ相手方ノ申立ニ因リテ闕席判決ヲ
 言渡スコトヲ得ヘシ然レトモ闕席判決ノ言渡ヲ爲スハ訴ノ提起カ適法ナ

ル場合ナルコトヲ要ス故ニ適式ノ委任ナキ訴訟代理人ヨリ訴ヲ提起シタ
 ル場合ノ如キハ適法ノ起訴ナキモノナレハ本案ノ裁判ヲ爲スコトヲ得ス
 訴フ不適法トシテ却下セサルヘカラス訴ヲ却下スル判決ハ當事者本人ニ
 對シテ言渡スヘキモノナリヤ否ヤ等ノ理論ニ付テハ前ニ説明セル法律上
 代理權欠缺ノ場合ト同一ナリ參照スヘシ
 委任ハ欠缺ハ裁判所カ職權ヲ以テ調査スヘキ事項ニ屬ス即チ第一審タル
 ト第二審タルトヲ問ハス又受命判事ト受託判事トヲ問ハス又強制執行ヲ
 爲ス場合ニ於テモ之ヲ調査セサルヘカラス此委任ノ欠缺ハ第二百六條ノ
 妨訴抗辯ニ屬セス然レトモ訴訟行爲ヲ無効ニ歸スルモノナレハ當事者ハ
 之ヲ責問スルコトヲ得ヘク即チ訴訟委任カ私署證書ナルトキハ認證ヲ求
 ムルコトヲ得ルカ如キモ此趣旨ニ基クモノナリ而シテ委任ノ欠缺アルニ
 拘ハラス訴訟ヲ進行シ其判決確定スルニ至リタルトキハ委任ノ欠缺ヲ理
 由トシテ再審ノ訴ヲ以テ其判決ヲ取消スコトヲ得ヘシ(第四六八)
 裁判所カ委任ノ欠缺ノ有無ヲ調査シテ訴訟代理人トシテ出頭シタル者カ

一九〇
適式ハ委任ナキ場合ニ於テハ事情ニ因リ費用及ヒ損害ハ保證ヲ立テシメ
又ハ之ヲ立テシメスシテ假ニ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ許スコトヲ得(第七項)
假ニ訴訟行爲ヲ爲スヲ許スト否トハ裁判所ノ意見ニ因ル裁判所ハ假ニ許
シタルモノナレハ何時ニテモ其許可ヲ取消スコトヲ得ヘシ而シテ假ニ許
訟行爲ヲ爲ス許可ヲ與フルニ付テ相手方カ異議ヲ述ヘサルトキハ別ニ裁
判ヲ必要トセサルモ若シ異議ヲ述ヘタルトキハ中間判決ヲ以テ其異議ノ
如何ヲ裁判スルカ或ハ終局判決ノ理由中ニ於テ其當否ヲ判定スヘキモノ
ナリ此等ノ場合ニ許可ヲ與フルハ裁判所ノ意見ニ一任スト雖モ其條件ト
シテ後日委任ノ欠缺カ補正セラルル見込アル場合ナルコトヲ要ス若シ其
見込ナキニ假ニ其訴訟行爲ヲ爲スコトヲ許スモ當事者ニ對シ何等ノ利益
ナキモノナレハナリ
前述ノ如ク委任ノ欠缺ハ審級ノ如何ヲ問ハス調査スヘキモノナレハ其結
果判決手續ニ於テ上級審ニ於テ下級審ノ裁判所カ委任ノ欠缺ヲ看過シタ
ルコトヲ發見スルトキハ原判決ヲ廢棄シテ訴ハ却下ヲ言渡スカ或ハ訴ハ

提起カ適法ニシテ口頭辯論ニ於テ欠缺アル代理人カ出頭シテ辯論シタル
コト明カナルトキハ其以後ハ訴訟手續ヲ廢棄シテ更ニ辯論ヲ爲サシムル
カ爲メ事件ヲ下級審ニ差戻スハ判決ヲ爲スヘシ然レトモ上級審ノ口頭辯
論ニ於テ當事者ハ下級審ニ於ケル無權代理人ノ行爲ヲ追完シテ之ヲ有效
ト爲スコトヲ得ヘシ(三九、十)
裁判所カ假ニ訴訟行爲ヲ爲スコトノ許可ヲ與ヘタルトキハ其委任欠缺ノ
補正ヲ爲ス期間ヲ定メサルヘカラス其期間ノ經過シタルトキト雖モ判決
ニ接著スル口頭辯論ノ終結ニ至ルマテハ當事者ハ訴訟行爲ヲ追完スルコ
トヲ得ヘシ期間内ニ委任ノ欠缺カ補正セラレ又ハ口頭辯論ノ終結迄ニ追
完セラレタルトキ訴訟代理人カ假ニ爲シタル行爲ハ初ヨリ有效ト爲ルヘ
シト雖モ若シ委任ノ欠缺カ補正セラレサルカ或ハ追完セラレサレハ其行
爲ハ盡ク無効タリ此ノ如キ關係アルヲ以テ判決ハ委任カ補正セラレタル
カ若クハ之ヲ補正スル爲メ裁判所ノ定メタル期間ノ滿了後ニ限り言渡ス
ヘキモノトス(第七、三項)

第二款 輔佐人

輔佐人トハ權利ハ伸張若クハ防禦ヲ爲スカ爲メ當事者若クハ其法定代理人ト共ニ口頭辯論ニ出頭スル者ヲ謂フ故ニ輔佐人ハ原告若クハ被告ノ代理人ニ非ス當事者ノ辯論ヲ補助スル者ナレハ其結果本人ト共ニ裁判所ニ出頭スルコトヲ要ス輔佐人ニ二種アリ辯護士及ヒ其他ハ訴訟能力者是ナリ辯護士ヲ輔佐人トシテ裁判所ニ出頭セントスルニハ裁判所ノ許可ヲ要セス當事者隨意ニ之ヲ選定スルコトヲ得唯原告若クハ被告ハ準備書面又ハ口頭ヲ以テ裁判所ニ對シ輔佐人ヲ選任シタル旨ヲ陳述スルヲ以テ足レリトス辯護士ニ非サル訴訟能力者ヲ以テ輔佐人トスルニハ裁判所ノ許可ヲ要ス其許可ハ何時ニテモ之ヲ取消シ得ヘキモノナリ蓋シ辯護士ニ非サル訴訟能力者中ニハ訴訟上ノ智能不充ナル者ナシトセス而シテ演述ヲ爲シタル上ニ非サレハ裁判所ハ其如何ヲ知ルコトヲ得ス此ノ如キ場合ニ於テハ寧ろ本人ヲシテ陳述セシムルカ又辯護士ノ選任ヲ命スルハ事件ノ進行ヲ速ナラシムル便宜アルノミナラス輔佐人ヲ附シタル目的ヲ達スルコト能ハサルモノナレハ一旦許可シタルトキト雖モ之ヲ取

消スノ必要アルヘク又第二百二十七條ノ規定ニ依リ許可ヲ取消スコトアルヘシ
 前述ノ如ク輔佐人ハ訴訟代理人ニ非ス當事者ノ演述ヲ補助スル者ナレハ輔佐人ハ當事者ノ爲メニ判決ヲ受クヘキ事項ノ申立其他攻撃防禦ノ方法證據方法ノ申出ヲ爲スコトヲ得ヘク自白モ亦有效ナリトス而シテ輔佐人ノ演述ニ付テハ原告若クハ被告カ即時ニ之ヲ取消シ又ハ更正セサル限ハ原告若クハ被告ノ演述シタルモノト看做サレ若シ更正又ハ取消ヲ爲シタルトキハ本人ノ行爲ヲ以テ標準ト爲ス是レ唯リ事實上ノ點ノミニ限ラス法律上ノ點ニ付テモ同一ニシテ即チ判決ヲ受クヘキ事項ノ申立其他證據方法ノ申出ノ如キ總テ當事者本人ノ陳述ヲ主眼トスルモノナリ(第七條)輔佐人カ請求ノ拋棄又ハ認諾ヲ爲シタルトキモ本人カ之ヲ取消ササル限りハ有效ナリトス

第五節 法律上代理權及ヒ訴訟代理權ノ欠缺

法律上代理權ナキ者若クハ法律上代理權行使ノ條件ニ欠缺アル者ノ訴訟行爲

及ヒ訴訟代理權ヲ有セサル者ノ訴訟行為ハ全然無効ナルヲ以テ此等ノ者ノ提起シタル訴其他ノ申請申立等ハ欠缺ノ補正ヲ許ササル限リハ不適法トシテ却下スヘキモノトス之ヲ却下スル方式ハ口頭辯論ヲ必要トスル手續ニ於テハ口頭辯論ヲ經テ判決ヲ以テ裁判スヘク書面審理手續ナルトキハ各場合ニ因リ決定若クハ命令ヲ以テ裁判スヘキモノトス其裁判ハ當事者ノ名義ニ於テ爲シ且訴訟費用ニ付キ裁判ヲ爲スヘキトキハ亦當事者ノ名義ニ於テ爲スヘキモノトス或ハ曰ハン自稱代理人ノ爲シタル訴訟行為ハ本人ニ對シテ效力ヲ生スヘキニ非サレハ代理人ノ名義ニ於テ裁判スヘキモノナリト然レトモ自稱代理人ハ本人ノ名ヲ以テ訴訟行為ヲ爲シタルモノナレハ本人ノ名ヲ以テスル訴若クハ申請又ハ申立ノ存在スル以上ハ裁判所モ亦其名ニ於テ裁判スヘキモノナリ本人カ之カ爲メニ損害ヲ被リタルトキハ自稱代理人ニ對シ賠償ノ請求ヲ爲スヲ得ヘシ

相手方ノ法律上代理人若クハ訴訟代理人ノ代理權ニ欠缺アル者若クハ自稱代理人カ訴訟行為ヲ爲サントシタルトキモ亦相手方ノ名ニ於テ訴訟行為ヲ無効トスヘキモノトス例ヘハ判決手續ニ於テ被告ノ自稱代理人カ口頭辯論期日ニ出頭シタルトキハ欠缺補正ノ許サレサル限リハ原告ノ申立ニ因リ被告ニ對シ闕席判決ヲ爲スコトヲ得ヘシ
以上ノ理論ハ民事訴訟法第四百六十八條第四ノ規定ヨリ推論スルコトヲ得ヘシ特別訴訟手續及ヒ強制執行ニ於テモ亦右ニ準シテ處理スヘキモノトス右ノ如ク法律上代理權及ヒ訴訟代理權ノ欠缺ハ訴訟行為ノ無効ヲ惹起スト雖モ同一審級又ハ上級審ニ於テ之ヲ追完シテ有效ト爲スコトヲ得ヘシ

第六節 從參加

從參加人トハ他人ノ間ニ權利拘束ト爲リタル訴訟ニ於テ自己ノ利益ノ爲メ其當事者ハ一方ヲ補助スル目的ヲ以テ其訴訟ニ參加スル者ヲ謂フ(第五條)即チ從參加ハ他人ノ間ニ權利拘束ト爲リタル訴訟ニ於テ其一方ノ勝訴ニ因リ權利上利害ノ關係ヲ有スル者カ其當事者ヲ補助スル目的ヲ以テ訴訟ニ干與スルコトヲ謂フモノニシテ從參加人ハ當事者ノ地位ニ立ツモノニ非ス主參加ノ如ク獨立

シテ訴ヲ爲スニモ非ス且當事者ノ代理人ニモ非ス共同訴訟人ニモ非サルナリ
自己ノ目的即チ訴訟上ノ利害關係アルヨリシテ訴訟ニ參加スル者ナリ故ニ從
參加人ヲ稱シテ從タル當事者ト謂フ法律カ從參加ヲ許シタル所以ハ或訴訟ノ
判決ニシテ當事者ノ一方ニ不利益ナルモノアルトキ爲メニ第三者ノ私權ニ不
利益ヲ來タスヘキコトアルヲ以テ第三者ハ自己ノ私權ノ不利益ヲ避クルカ爲
メ其訴訟ニ參加スルニ付テ利益アルニ因ルモノトス

第一 從參加ノ要件ハ左ノ如シ

(一) 他人ノ間ニ權利拘束ヲ生シタル訴訟ハ存在スルコトヲ要ス

他人間ニ權利拘束カ發生シタル以上ハ總テノ訴訟手續ニ於テ爲スコトヲ
得ヘシ例ヘハ人事訴訟手續爲替訴訟手續若クハ證書訴訟手續又ハ督促手
續ニ於テモ從參加ヲ許スヘキモノナリ假差押假處分ノ手續ニ於テハ口頭
辯論カ開始セラルルトキハ從參加ヲ許スヘキヤハ場合ヲ區別セサル可ラ
ス本案訴訟ノ權利拘束カ發生シタル後ナル時ハ之ヲ許スヘキモ其以前ノ
假差押假處分ニ於テハ本案訴訟ナキカ故ニ從參加ハ許スヘキモノニ非ス

督促手續ニ於テハ支拂命令ニ對シ債務者カ異議ヲ申立テサレハ從參加ヲ
許サス如何トナレハ債權者カ債務者ニ對シ一定ノ給付ヲ請求スルニ當リ
債務者ノ異議申立ナケレハ從參加ヲ爲スノ必要ナケレハナリ執行命令ニ
對シ故障ノ申立アリタル後モ從參加ヲ爲シ得ヘキヤ勿論ナリ又債務者ノ
支拂命令ニ對スル異議申立及ヒ執行命令ニ對スル故障申立ト共ニ從參加
ヲ爲スコトヲ得ヘシ又強制執行手續ニ於テハ從參加ヲ許ササルモノトス

(二) 從參加人カ當事者一方ノ勝訴ニ因リ法律上ノ利害關係アルコトヲ要ス
法律上ノ利害關係トハ當事者一方ノ勝訴ニ因リ從參加人ノ私權ニ付キ直
接若クハ間接ニ利害關係ヲ生スルコトヲ謂フ德義上若クハ名譽上ノ利害
ハ從參加ノ原因ト爲ラス又私權ニ關スルモ當事者一方ノ勝訴ニ因リ利益
ノ結果ヲ生スヘキ希望若クハ損害ヲ被ムルヘキ恐レアルコトモ從參加ヲ
爲スノ原因ト爲スヲ得サルモノトス從參加ヲ爲スニハ從參加人ノ私權ニ
付キ利害關係ナカルヘカラス例ヘハ主タル債務者カ訴ヘラレタル場合ニ
其保證人ノ如キ約束手形ノ裏書人カ訴ヘラレタル場合ニ其振出人ノ如キ

ハ利害關係アリト爲スヘキナリ要スルニ利害關係ノ有無ハ實體法ニ從ヒ
決スヘキ事項ナリトス

第二 從參加ノ手續

從參加ヲ爲ス手續ニ付テハ本訴訟ノ繫屬セル裁判所ニ書面ニ依リ申請ヲ爲
スヘキモノトス其申請ニ付テハ本訴訟ノ當事者及ヒ其當事者間ニ於ケル訴
訟ハ如何ナル訴訟ナルヤヲ表示シ又自己カ本訴訟ニ對シテ如何ナル利害關
係アルコトヲ開示シ且孰レノ當事者ニ附隨スルカノ陳述ヲ掲ケサルヘカラ
ス書面ノ提出アリタルトキハ裁判所ハ其書面ヲ各當事者ニ送達セサルヘカ
ラス而シテ從參加ハ訴訟カ裁判所ニ繫屬スル間ハ何時ニテモ申請スルコト
ヲ得ヘク特ニ自己カ附隨セントスル當事者ノ故障ノ申立異議ハ申立若クハ
上訴ト併合シテ之ヲ爲スコトヲ得ルモノトス(第六條五)
從參加ハ許否ハ裁判所カ職權ヲ以テ審査スルモノニ非ス申請書ノ提出アリ
タルトキハ從參加ヲ許スヘキモノトシテ訴訟ヲ進行スヘキモノナリ然レト
モ各當事者ハ從參加ニ付キ異議ヲ申立ツルコトヲ得(第七條五)若シ當事者カ從參

加ニ付キ異議ヲ述ヘタルトキハ當事者及ヒ從參加人ニ對シテ審訊ヲ爲シタ
ル後裁判所ハ決定ヲ以テ許否ハ裁判ヲ爲ス審訊トハ口頭辯論ノ意ニ非ス裁
判官カ必要ト認ムヘキ事項ヲ訊問スルヲ謂フ但之ヲ審訊スルニハ口頭辯論
ヲ經ルコトヲ得又ハ經サルコトヲ得ヘシ從參加人ノ利害關係ノ存否ニ付テ
若シ當事者間ニ爭アルトキハ其利害關係アルコトヲ特ニ疏明スルコトヲ要
ス

第三 從參加ノ效力

(一) 從參加人ハ其附隨スル時ニ於ケル訴訟ノ程度ヲ妨ケサル限ハ主タル原
告若クハ被告ハ爲メニ總テハ訴訟行為ヲ有效ニ爲スコトヲ得(第五項四)訴訟
ノ程度ヲ妨クルトハ從參加人カ附隨ノ時ニ於テ既ニ完結セシ以前ノ爭點
ハ從參加人ニ其裁判ヲ送達スルコトヲ要ス(第五項七、四項)

ニ遡リ論争ヲ爲シ或ハ攻撃防禦ノ方法ヲ提出スル等訴訟ノ程度ヲ附隨以前ニ遡ラシムルヲ謂フ故ニ例ヘハ一分判決又ハ中間判決ヲ爲シタル後ニ於テ從參加ヲ爲ストキハ從參加人ハ其判決ヲ同審級ニ於テ攻撃スルヲ得ス又原告ニ附隨スルニ當テ原告カ既ニ訴訟物ノ一部ヲ拋棄シタル場合ニハ從參加人ハ之ヲ争フヲ得ス又被告ニ附隨スルニ當リ被告カ既ニ原告ノ請求ノ一部ヲ認諾シタル場合ニハ從參加人ハ之ヲ争フヲ得ス其他各當事者カ是認シタル事實ニ付テ從參加人ハ之ヲ論争スルヲ得サルカ如キ要スルニ其完結セシ訴訟手續ヲ覆スコトヲ得サルナリ即チ從參加人ハ訴訟ノ程度ヲ妨ケサル限ハ主タル原告又ハ被告ノ爲メニ總テノ攻撃防禦ノ方法ヲ施用シ證據方法證據抗辯ヲ提出スル等且總テノ訴訟行爲ヲ有效ニ行フコトヲ得ルモノナリ殊ニ主タル原告若クハ被告カ闕席判決ヲ受ケタルトキニ自ラ故障ヲ申立テサルニ拘ハラス從參加人ハ故障ノ申立ヲ爲シ又督促手續ニ於ケル支拂命令ニ對シ債務者ノ爲メニ異議ノ申立ヲ爲シ又第一審ノ判決後其確定以前ニ控訴ヲ爲スコトヲ得ルハ勿論其控訴審ノ判決ニ

對シテハ上告ヲ爲スコトヲ得ヘク又第四百五十五條以下ノ規定ニ從ヒ抗告ヲ爲スノ權利ヲ有ス然レトモ此從參加人タルヤ當事者ヲ補助スル爲メ訴訟ニ加ハルモノニシテ所謂從タル當事者ナレハ主タル當事者ノ代理人トシテ爲スニ非ス從參加人自ラ補助スル目的ヲ以テ訴訟行爲ヲ爲スモノナレハ若シ主タル當事者ノ陳述及ヒ行爲ト從參加人ノ陳述及ヒ行爲トカ互ニ抵觸スルトキハ主タル當事者ノ陳述及ヒ行爲ヲ以テ標準ト爲スヘキモノトス(第五四條第二項)故ニ此場合ニ於テハ主タル原告若クハ被告ノ陳述及ヒ行爲カ有效ニシテ從參加人ノ陳述及ヒ行爲ハ效力ヲ有セサルノ結果ヲ生ス例ヘハ主タル當事者カ原告ナレハ口頭辯論ニ於テ請求ヲ拋棄シ或ハ被告ヨリ提出セシ書證ヲ認ムルニ拘ハラス從參加人カ争ヒ若クハ否認スル場合ハ主タル原告ノ行爲ヲ以テ有效ト看做シ裁判所ハ從參加人ノ行爲ヲ採用スルコトヲ得ス又從參加人カ闕席判決ニ對シ故障ヲ申立テタルニ拘ハラス主タル當事者カ之ヲ取下ケタルトキハ其取下ハ有效ニシテ故障ノ申立ハ無効ニ歸スヘシ上訴ニ付テモ亦同一ニシテ從參加人カ上訴ノ申立ヲ

爲シタルニ拘ハラス主タル當事者カ之ヲ取下ケタルトキハ上訴權喪失ノ結果ヲ生シ其判決ハ確定スヘシ要スルニ口頭辯論ニ於ケル訴訟行爲タルト口頭辯論以外ニ於ケル訴訟行爲タルト問ハス主タル當事者ノ行爲ヲ以テ標準トス然レトモ口頭辯論期日ニ從參加人ノミ出頭シ主タル當事者カ闕席シタルトキハ相手方ノ申立アルモ闕席判決ヲ爲スヘキニ非ス從參加人ハ當事者ノ代理人ニ非サルモ當事者ノ爲メニ攻撃防禦ノ方法ヲ提出スルコトヲ得ルモノナレハ主タル當事者カ期日ヲ懈怠シタルト爲スヲ得サルノミナラス主タル當事者ノ期日懈怠ト從參加人カ出頭シタルトハ行爲ノ抵觸ト謂フ能ハス主タル當事者カ上訴ヲ提起セサルニ拘ハラズ從參加人カ上訴ヲ提起シ主タル當事者ノ爲メニ有效ナル上訴トシテ效力アル立法ノ主旨ヨリスルモ主タル當事者ニ期日懈怠アリト爲スヲ得サルヤ明カナリ(四〇、十)

從參加人ハ總テ訴訟行爲ヲ有效ニ行フコトヲ得ルモ當事者ノ代理人ニ非ナレハ原告ノ主張スル訴訟物自體ヲ處分スルカ如キ若クハ被告ノ債務ヲ

處分スルカ如キ結果ヲ生スル行爲ヲ爲スコトヲ得ス如何トナレハ此ノ如キ行爲ハ主タル當事者ヲ補助スル所謂從參加ノ目的ニ反スレハナリ又訴ノ變更申立ヲ擴張若クハ減縮シ訴ヲ取下ケ或ハ反訴ヲ提起シ和解ヲ爲ス如キハ當事者ノ處分權ニ屬スル行爲ナレハ從參加人ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得ス強制執行ニ關スル行爲ヲ爲スヲ得サルハ當然ナリ

(二)

從參加ニ付キ原告若クハ被告カ異議ヲ述ヘタルト否トヲ問ハス從參加ノ申請カ許容セラレタルトキハ其後從參加人カ訴訟ヨリ脫退シタルト否トニ拘ハラズ次ノ效力ヲ生ス

(イ)

從參加人ハ其訴訟ニ付テハ確定裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得ス即チ從參加人カ原告若クハ被告ヲ補助スル目的ヲ以テ附隨ノ當事者ト爲リタル以上ハ訴訟ノ如何ナル程度ニ於テ附隨シタルヲ問ハス原告及ヒ被告ノ間ニ於ケル其訴訟ノ確定裁判ヲ不當ナリト論争スルコトヲ得(第五條)元來判決ハ訴訟ノ主タル當事者ニ對シテ言渡スヘキモノニシテ隨テ其效力ハ主タル當事者ノミニ對シテ效力ヲ及ホスヘキモノナリト

雖モ從參加人カ主タル原告若クハ被告ヲ補助シタル結果或一定ノ範圍内ニ於テ從參加人ニ對シテモ其效力ヲ及ホスヘキモノトセリ是レ從參加ヲ認メタル立法ノ旨趣ヨリスルモ當然ノコトトス確定裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得ストハ後日從參加人ニ於テ利害關係ヲ有スルカ爲メ附隨シタル訴訟ノ落著ニ因リ其當事者ノ一方ヨリ賠償ノ請求ヲ受ケ或ハ擔保ノ履行ヲ請求セラルルニ當リ從參加人ト主タル原告若クハ被告トハ間ニ訴訟カ起リタルトキハ從參加人ハ前ノ確定判決カ主タル當事者間ノ關係ニ於テ不當ナリトノ理由ニ基キ之ヲ抗爭スルコトヲ得サルコトヲ謂フ而シテ從參加人ハ訴訟ノ如何ナル程度ニ於テ參加ヲ爲シタルニ拘ハラズ其確定裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得サルモノニシテ例ヘハ從參加人カ當事者ノ一方ヲ補助スル目的ヲ以テ其訴訟事件ニ參與スルモ最早何等ノ影響ヲ及ホササル程度ニ訴訟カ達シ居リタルト又從參加人ノ陳述及ヒ行爲カ主タル原告若クハ被告ノ陳述及ヒ行爲ト牴觸シタルカ爲メ從參加人自己ノ主張ヲ貫徹スルコトヲ得サル結

果不利益ト爲リタルトヲ問ハス不當ヲ鳴ラスコトヲ得ス從參加人ハ上訴故障又ハ異議申立ノ如キ總テノ訴訟行爲ヲ有效ニ爲スノ權利アルモ主タル當事者ノ行爲ト牴觸スルトキハ主タル當事者ノ行爲ヲ標準トスル結果自己ノ行爲ヲ十分ニ爲サシメスシテ爲シタル裁判ノ效力ヲ從參加人ニ及ホスハ條理ニ反スルカ如シ然レトモ從參加人ニシテ主タル當事者間ノ確定裁判ヲ不當ナリト主張スルヲ得ヘキモノトセハ從參加ヲ許シタル立法ノ主旨ニ反スレハナリ

右ノ效力ハ裁判ノ確定セシモノニ限ルカ故ニ未確定ノ裁判ハ勿論其訴訟事件ニ付テ主タル當事者ノ爲シタル和解ノ如キハ從參加人ハ其不當ヲ主張スルコトヲ得ヘキヤ當然ナリ

(口)

前ニ述ヘタルカ如ク從參加人ハ確定裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得スト雖モ次ノ場合ニ限り主タル當事者カ訴訟ヲ不十分ニ爲シタルト主張スルコトヲ得第五項

(1) 從參加人カ其訴訟ニ附隨シタル時ニ當リ既ニ完結セシ行爲ナルカ

爲、其完結セシ行爲ニ付テ從參加人カ攻撃防禦ノ方法ヲ行使スルコト能ハサルトキハ其補助シタル原告若クハ被告カ訴訟ヲ不十分ニ爲シタリト主張スルコトヲ得例ヘハ從參加人カ口頭辯論續行期日ニ於テ始メテ其訴訟ニ附隨シタリトセンニ其以前ニ主タル當事者カ自白シタル事實アルトキハ之ニ對シテ攻撃若クハ防禦方法ヲ提出スルコトヲ得ス此ノ如ク訴訟ノ程度ヲ妨クルカ爲メ攻撃若クハ防禦ノ方法ヲ提出スルコトヲ得サルモ若シ從參加人カ其行ハントスル攻撃若クハ防禦ノ方法ヲ提出シタリトセハ勝訴ノ判決ヲ受クルコトヲ得ヘカリシト主張スルカ如シ

(2) 從參加人カ主タル當事者ノ行爲ニ因リテ攻撃防禦ノ方法ハ使用ヲ妨ケラレタルトキ即チ從參加人ノ陳述及ヒ行爲ト主タル原告若クハ被告ノ陳述及ヒ行爲ト相抵觸スル場合ニ於テハ主タル原告若クハ被告ノ陳述及ヒ行爲ヲ以テ標準ト爲スモノナレハ從參加人カ上訴又ハ故障ヲ爲サントスルニ拘ハラヌ主タル當事者カ之ヲ取下ケタルカ如

キ主タル當事者ノ行爲ニ因リテ妨ケラレタル場合ニ於テモ同シク其補助シタル原告若クハ被告カ訴訟ヲ不十分ニ爲シタリト主張スルコトヲ得

(3) 主タル原告若クハ被告カ從參加人ハ當時知ラザリシ攻撃及ヒ防禦ノ方法ヲ故意又ハ重過失ニ因リ實行セザリシトキ即チ從參加人カ若シ原告ニ附隨シタルトキ被告ノ抗辯ニ對シ反證ヲ提出シ得ルコトヲ原告カ知リ居リタルニ拘ハラヌ之ヲ提出セス或ハ被告ニ附隨シタルトキ被告カ之ヲ行ハザリシカ爲メニ不利益ノ判決ヲ受ケタルトキハ從參加人ハ原告若クハ被告カ訴訟ヲ不十分ニ爲シタリト主張スルコトヲ得ルモノトス

右三個ノ場合ハ原告若クハ被告カ訴訟ヲ不十分ニ爲シタリト主張スルコトヲ得此結果從參加人ノ主張カ理由アリトスルトキハ確定裁判ノ效力ヲ及ホササルニ至ルコトアルヘシ
從參加人ハ自ラ當事者ト爲ルコトヲ得(第五條)

(三)

從參加人ハ當事者雙方ノ承諾ヲ得テ原告若クハ被告ニ代リ其訴訟ヲ擔任
スルコトヲ得此場合ニハ從參加人ハ既ニ從タル當事者ノ性質ヲ失ヒ主タ
ル當事者ト爲ルモノニシテ從參加人ハ前當事者ノ訴訟ヲ承繼スルモノナ
リ從參加人カ訴訟ヲ引受タルトキハ主タル當事者ノ申立ニ因リ判決ヲ以
テ訴訟ヨリ其原告若クハ被告ヲ脱退セシムヘキモノナリ茲ニ所謂脱退ト
ハ原告若クハ被告カ訴訟當事者タル位置ヲ去ルヲ謂フ此場合ニハ原告若
クハ被告カ主タル當事者タル地位ヲ失ヒ從參加人ト相手方トノ間ニ於ケ
ル判決ハ以前ノ原告若クハ被告ニ對シテ其效力ヲ及ホスモノニ非ス脱退
ハ判決ハ前當事者ニ對スル訴訟ヲ終了スルモノナリト雖モ前當事者間ニ
成立セル訴訟物ハ權利拘束ハ承繼シタル從參加人トノ間ニ繼續シ訴訟行
爲ハ效力モ亦承繼シタル從參加人ニ對シテ存續スルモノナリ故ニ脱退ハ
判決ハ終局判決ニ非スシテ中間判決ナリトス

第七節 告知參加及ヒ指名參加

第一款 告知參加

訴訟ハ告知トハ訴訟當事者ハ一方カ第三者ニ對シ訴訟ノ繫屬セルコトヲ通知
スル訴訟行為ヲ謂ヒ其告知ニ因テ他人間ノ訴訟ニ干與スルコトヲ告知參加ト
謂フ而シテ當事者カ訴訟ヲ告知スルコトハ訴訟法上ノ權利ニシテ義務ニ非ス
法律カ訴訟告知ヲ認メタルハ告知シタル當事者カ不利益ノ裁判ヲ受クルモ告
知ニ依リ參加シタル第三者ニ對シ從參加ト同シク判決ノ效力ヲ及ホス利益ア
ルヲ以テナリ

第一 訴訟告知ノ條件ハ左ノ如シ

- (一) 本訴訟ハ權利拘束カ發生スルコトヲ要ス 即チ本訴訟ノ權利拘束カ發
生シ未タ終了セサル間ニ何時ニテモ之ヲ爲スコトヲ得但シ被告知人カ訴
訟行為ヲ爲シ得ル時機アルコトヲ要スルモノナレハ權利拘束カ存續スル
モ訴訟ノ程度カ被告知者ニ於テ訴訟行為ヲ爲シ得サル場合ニハ告知ヲ爲
スヲ得サルモノナリ
- (二) 本訴訟ノ原告若クハ被告カ若シ敗訴シタルトキハ第三者ニ對シ擔保ハ

請求ヲ爲シ或ハ賠償ノ請求ヲ爲シ得ヘシト信シタルトキ若クハ第三者ヨ
ツ此等ノモノヲ請求セラルルハ恐アルコトヲ要ス 例ヘハ爲替手形ノ引
受人カ手形ノ所持人ヨリ請求ヲ受ケタルトキハ引受人ヨリ更ニ振出人又
ハ裏書人ニ對シテ償還ノ請求ヲ爲シ得ル場合ノ如シ其他如何ナル場合ニ
擔保又ハ賠償ノ請求ヲ爲シ或ハ請求セラルヘキヤハ實體法ニ依リテ決ス
ヘキモノトス

第二 告知ハ方式

告知ハ一定ノ法式ヲ以テスルコトヲ要ス即チ其訴訟ノ權利拘束カ發生シタ
ル裁判所ニ如何ナル理由ニ因リ告知ノ必要アリヤ又如何ナル程度ニ迄訴訟
カ進行シタルヤヲ記載シタル書面ヲ提出セサルヘカラス例ヘハ第三者ニ對
シ擔保又ハ賠償ノ請求ヲ爲シ得ヘシトノ理由ヲ記載シ又訴訟ノ程度トシテ
ハ既ニ證據決定ヲ爲シ或ハ中間判決ヲ爲シタリト言フカ如シ(第六〇條一項)
受訴裁判所ハ其書面ノ提出アリタルトキハ之ヲ第三者ニ送達スルコトヲ要
ス且訴訟ヲ告知スル原告若クハ被告ノ相手方ニ對シテハ其告知書ノ謄本ヲ

送付スヘキモノトス(第六〇條二項)

訴訟ノ告知ヲ受ケタル第三者ハ訴訟ニ參加スル義務ヲ負フニ至ルモノニ非
ス如何トナレハ訴訟告知ハ呼出ニモ非ス又訴訟法上參加ヲ強制スヘキ規定
アルニモ非サレハナリ而シテ告知ヲ受ケタル者ハ更ニ自己カ告知ノ要件ヲ
備ヘタルトキ即チ第三者ニ對シ擔保又ハ賠償ノ請求ヲ爲シ得ヘシト信シ又
ハ第三者ヨリ請求ヲ受クヘキコトノ恐アル場合ニ於テハ再ヒ第三者ニ對シ
訴訟ノ告知ヲ爲スコトヲ得(第五九條二項) 第三者ニ對シ更ニ訴訟ヲ告知スルハ訴訟
參加ヲ爲シタル後ナルコトヲ要スルヤ否ヤニ付テハ積極消極ノ二說アリト
雖モ積極說即チ第一ハ告知ヲ受ケタル第三者カ訴訟ニ參加スルト否トヲ問
ハス告知スルコトヲ得ト論定スルヲ正當トス如何トナレハ法律ニハ特ニ何
等ノ制限ヲ設ケサルノミナラス訴訟告知ヲ受ケタル者ハ其訴訟ニ參加スル
ト否トニ關セス次ニ述フル效力ヲ生スルモノナレハナリ

第三 訴訟告知ハ效力

本訴訟ハ訴訟ノ告知アリタルニ拘ハラス之ヲ續行スヘキモノナリ而シテ第

三者カ参加スヘキ旨ヲ陳述シタルトキハ從參加ニ關スル規定カ適用セラレ然レトモ其訴訟ノ告知アリタルトキハ第三者カ参加スルト否トニ關セス一ノ效力ナカルヘカラス或說ニハ現行法ニハ獨逸民事訴訟法第七十四條ハ如キ明文ナキヨリシテ告知ヲ受ケタル第三者カ訴訟ニ參加セサルトキハ訴訟法上何等ハ效力ナシトスル者アリ然レトモ其說ニ從フトキハ訴訟ノ告知ハ單ニ訴訟ノ繫屬シタルコトヲ第三者ニ通知スルニ止マリ法律カ告知參加ヲ設ケタル立法ノ趣旨ヲ貫徹スルコトヲ得ス故ニ理論上ヨリ告知ヲ受ケタル第三者カ参加シタルト否トニ關セス第五十五條ハ效力ヲ發生セシムヘキモハト解セサルヘカラス告知ヲ受ケタル第三者ハ訴訟ニ參加シテ自己ノ權利ヲ伸張スル權利ヲ拋棄シタリト看做スヘケレハナリ即チ告知ヲ受ケタル第三者カ参加シタルト否トヲ問ハス其訴訟ノ確定裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得ス又第三者カ訴訟告知ニ從ヒテ附隨スルコトヲ得ヘカリシ時ノ訴訟ノ程度ニ因リ主タル原告若クハ被告ノ所爲ニ因リ攻撃及ヒ防禦ノ方法ヲ施用スルコトヲ妨ケラルルトキ又ハ主タル原告若クハ被告カ告知參加人ノ

當時知ラサリシ攻撃及ヒ防禦ノ方法ヲ故意又ハ重過失ニ因リ施用セサリシトキニ限り主タル原告若クハ被告カ訴訟ヲ不十分ニ爲シタリト主張シ得ヘキモノトス獨逸民事訴訟法ハ明文ヲ以テ之ヲ規定ス(七四民訴第)

第二款 指名參加

指名參加トハ第三者ヲシテ其訴訟ヲ引受ケシメ(被告カ)訴訟ヨリ脱退スル目的ヲ以テ第三者ニ其訴訟ノ繫屬ヲ告知シ第三者カ其訴訟ニ參加スルコトヲ謂フ指名參加ノ條件ハ左ノ如シ

(一) 第三者ノ名ヲ以テ物ヲ占有スル者カ其物ノ占有者トシテ訴ヘラルルコトヲ要ス

(二) 第三者ヲ本案ノ辯論前ニ指名スルコトヲ要ス 指名參加ハ被告カ其訴訟ヨリ脱退スルコトヲ目的トスルモノナレハ他ノ參加ノ場合ト異ナリ本案ノ辯論前ニ指名スルコトヲ要ス

右ノ要件ヲ具備スルトキハ被告ハ第三者ニ其訴訟ヲ告知シ而シテ第三者カ其訴訟ヲ引受クルヤ否ヤハ陳述ヲ爲スヘキ期日迄本案ノ辯論ヲ拒ムコトヲ得此

抗辯ハ第二、百、六、條、ハ、延、期、ハ、抗、辯、ニ、非、ス、告、知、ノ、方、式、ハ、告、知、參、加、ト、等、シ、ク、受、訴、裁、
 判、所、ニ、對、シ、本、案、ノ、辯、論、前、書、面、ヲ、以、テ、爲、ス、コ、ト、ヲ、要、ス、
 第、三、者、カ、其、告、知、ヲ、受、ケ、タ、ル、ニ、拘、ハ、ラ、ス、其、被、告、ノ、主、張、ス、ル、所、ヲ、爭、ヒ、即、チ、第、三、者、
 ハ、爲、メ、ニ、占、有、ス、ル、コ、ト、ヲ、爭、ヒ、又、ハ、告、知、ヲ、受、ケ、タ、ル、ニ、拘、ハ、ラ、ス、何、等、ノ、陳、述、ヲ、爲、
 サ、サ、ル、ト、キ、ハ、被、告、ハ、原、告、ノ、申、立、ニ、應、シ、テ、占、有、物、ヲ、引、渡、シ、或、ハ、原、告、ノ、請、求、ニ、應、
 ス、ル、コ、ト、ヲ、得、被、告、ハ、第、三、者、ニ、對、シ、テ、其、責、ヲ、負、フ、コ、ト、ナ、ク、第、三、者、ハ、被、告、ニ、對、シ、
 テ、賠、償、ノ、請、求、等、ヲ、爲、ス、コ、ト、ヲ、得、ス、告、知、ヲ、受、ケ、タ、ル、第、三、者、カ、被、告、ノ、主、張、ヲ、正、當、
 ト、認、ム、ル、ト、キ、ハ、其、被、告、ニ、代、リ、訴、訟、ヲ、引、受、ク、ル、コ、ト、ヲ、得、此、場、合、ニ、ハ、從、參、加、ニ、關、
 ス、ル、場、合、ノ、如、ク、當、事、者、雙、方、ノ、承、諾、ヲ、必、要、ト、セ、ス、單、ニ、被、告、ノ、承、諾、ノ、ミ、ニ、テ、足、レ、
 リ、若、シ、第、三、者、カ、被、告、ノ、主、張、ヲ、正、當、ト、認、ム、ル、ニ、拘、ハ、ラ、ス、被、告、カ、第、三、者、ノ、訴、訟、引、
 受、ヲ、承、諾、セ、サ、ル、ト、キ、ハ、第、三、者、ハ、訴、訟、ヲ、引、受、ク、ル、コ、ト、ヲ、得、從、テ、被、告、カ、第、三、者、
 ニ、對、シ、損、害、賠、償、等、ノ、責、ヲ、負、フ、コ、ト、アル、ニ、至、ル、場、合、アル、ヘ、シ、第、三、者、カ、訴、訟、ヲ、引、
 受、ケ、タ、ル、ト、キ、ハ、裁、判、所、ハ、被、告、ノ、申、立、ニ、因、リ、其、被、告、ヲ、訴、訟、ヨ、リ、脫、退、セ、シ、ム、ル、モ、
 ノ、ト、ス、此、申、立、ハ、口、頭、辯、論、ニ、於、テ、爲、ス、ヘ、キ、モ、ノ、ニ、シ、テ、脫、退、ノ、申、立、ニ、對、シ、原、告、カ、

異議ノ申立ヲ爲シタルトキハ被告ノ指名カ適法ナルヤ否ヤ又第三者カ適法ニ
 訴訟ヲ引受ケタルヤ否ヤヲ審査シ若シ此等ハ點ニ欠缺アリタルトキハ中間判
 決ヲ以テ脱退ハ申立ヲ却下シ最初ノ被告ニ對シテ訴訟ヲ續行スヘキモノトス
 右等ハ諸點ニ欠缺ナキトキハ亦中間判決ヲ以テ脱退ハ申立ヲ許容スヘシ前被
 告ノ脱退ハ依リ指名参加人カ訴訟ヲ引受クルハ當事者ノ承繼ナリ故ニ脱退ノ
 判決モ中間判決ナリト謂フ所以トス

第三者カ訴訟ヲ引受ケタルトキハ權利拘束ノ效力ハ第三者即チ新ナル被告ニ
 移轉シ訴訟ヲ進行スヘキナリ而シテ新ナル被告ハ舊被告ノ代理人ニ非スト雖
 モ舊被告脱退ノ後其訴訟ニ於テ爲サレタル裁判ノ效力ハ當然舊被告ニ對シテ
 及フモノナリ故ニ其裁判確定スルトキハ舊被告ニ對シ確定判決ノ抗辯ノ基礎
 ト爲リ又舊被告ニ對シテ其判決ノ執行ヲ爲スコトヲ得然レトモ其判決ハ舊被
 告ノ名義ニ於テセス新被告ノ名義ニテ爲サルモノニシテ強制執行ハ第五百
 二十八條ノ規定ニ依レハ判決又ハ執行文ニ表示シタル人ニ對シテノミ爲スコ
 トヲ得ルモノナルヲ以テ舊被告ニ對シテ右判決ノ執行ヲ爲サントスルニハ舊

被告ノ名義ヲ表示セル執行文アルコトヲ要ス其執行文ハ第五百十九條第五百二十條ノ規定ヲ準用シテ裁判長ノ命令ヲ以テ付與スルノ外ナカルヘシ

第二編 權利保護ノ條件及ヒ 訴訟成立要件

第一章 權利保護ノ條件 第一節 私權保護ノ請求權

權利保護ノ條件トハ各個人カ如何ナル場合ニ國家ニ對シテ民事訴訟ニ因ル私權保護ヲ求ムルコトヲ得ヘキヤノ條件ヲ謂フ民事訴訟ハ各個人ノ私權保護ヲ目的トスル國家的設備ナルヲ以テ各個人ハ私權保護ヲ求ムルニ付キ法律上ノ利益アル場合ニ於テハ國家ニ對シテ民事訴訟ノ設備ヲ利用シ私權保護ヲ求ムル權利ヲ有スルモノナリ私權保護ハ請求權即チ是ナリ故ニ權利保護ノ條件ハ私權保護ノ請求權ノ存在ニアリトス

(私權保護ノ請求權ハ民事訴訟ノ設備ニ基キ各個人カ國家ニ對シテ有スル權利ナルヲ以テ公法上ノ權利ナリトス)而シテ私權保護ノ請求權ハ各個人ニ私權保

私權保護ノ請求權
私法上ノ請求權

私権保護ノ要件
私権保護ノ要件

護ノ利益ノ生スル場合ニノミ存在ス私權保護ノ利益ハ私權カ他人ノ行爲若クハ不行爲ニ因リ不満足ノ状態ニ陥リ若クハ危害ニ瀕シタル場合ニ發生スルモノナリ如何トナレハ斯ル場合ニ於テノミ私權保護ノ必要ヲ生スルモノナレハナリ私權保護ノ請求權ハ私法上ノ請求權ト異ナル私法上ノ請求權ハ各個人相互ノ間ニ存スル權利ニシテ私權保護ノ請求權ハ各個人カ國家ニ對シテ有スル權利ナリ殊ニ私法上ノ請求權ナキトキト雖モ私權保護ノ請求權ノ存在スルコトアルモノトス例ヘハ消極的確定ノ訴ニ因リ原告カ被告ノ主張スル私權ノ不成立ヲ確定スヘキ判決ヲ求ムル場合ノ如キ原告ハ被告ニ對シテ私法上ノ請求權ヲ有スルニ非サルモ被告カ原告ニ對シテ不法ニ私權ノ存在ヲ主張スルカ爲メ原告ノ私權カ危害ニ瀕スルトキハ原告ハ私權保護ヲ求ムルノ必要アルヲ以テ原告ハ國家ニ對シ私權保護ノ請求權ヲ有スルカ如シ學者或ハ私法上ノ請求權ト私權保護ノ請求權トヲ全然同一ナリトシ或ハ私權保護ノ請求權ハ私法上ノ請求權ノ從屬物ナリトシテ獨立ノ存在ヲ認メス或ハ絕對ニ私權保護ノ請求權ノ存在ヲ認メサル者アリト雖モ其誤マレルコトハ前説明ニヨリ明カナルヘ

民事訴訟ノ要件
民事訴訟ノ要件

民事訴訟ニ因ル私權保護ノ手段ハ緒論ニ述ヘタルカ如ク裁判及ヒ強制執行ナルヲ以テ私權保護ノ請求權モ亦此二種ニ區別スルコトヲ得ヘシ裁判ニ因ル私權保護ヲ求ムルニ付キ利益アルトキハ裁判ニ因ル私權保護ノ請求權ヲ生ス實體的訴權是ナリ強制執行ニ因リ私權保護ヲ求ムルニ付キ利益アルトキハ執行ニ因ル私權保護ノ請求權ヲ生ス實體的強制執行權即チ執行權是ナリ私權保護ノ請求權ハ民事訴訟ノ制度ニ基キ發生シタルモノナレハ民事訴訟法ハ其發生條件ヲ規定スルヲ適當トス然レトモ民事訴訟ノ制度カ發達シタル原因ヨリシテ特ニ明示スル必要ナキモノ即チ判決手續ニ於テハ原則トシテ之ヲ規定セス唯例外トシテ規定スル場合アリ獨逸民事訴訟法第二百五十六條ニ法律關係ノ成立若クハ不成立ノ確定ヲ求ムル訴ニ付テノ條件ヲ規定シ我民法第四百九十七條以下ニ占有訴權ノ發生條件ヲ規定スル如キ又我民法第四百二十四條ニ詐害行爲廢罷訴權ヲ規定シタル如キ再審ノ訴督促手續證書訴訟爲替訴訟假差押及假處分手續ニ付キ各其條件ヲ規定シタルカ如キ(第四六八條、第四六九條、第三八二條、第四八八條)

第二編 權利保護ノ條件及訴訟成立要件 第一章 權利保護ノ條件 第一節 私權保護ノ請求權

四條、第四九四條、第七三〇條)是ナリ故ニ法律ニ規定ナキト雖モ私權保護ノ利益アルトキハ私權保護ノ請求權ヲ生スルモノトス但強制執行ニ付テハ執行權ノ存在ヲ明確ニスル必要ヨリ其條件ヲ規定セリ債務名義即チ是ナリ
 私權保護ノ請求權ハ訴訟當事者ノ一方ニノミ存スルモノナリ然レトモ訴訟手續ノ開始ヲ要求スル當事者ノミカ私權保護ノ請求權ヲ有スルモノト解スヘカラス其相手方モ之ヲ有スルコトアルモノトス唯相手方ハ訴訟手續ノ開始後ニ於テ私權保護ノ請求權ヲ生スルコトアルモノナリ例ヘハ原告カ不法ニ被告ニ對スル權利アリト主張シ判決手續ノ開始ヲ求メタルトキハ被告ハ原告ノ主張スル權利ノ不存在ナルコトノ判決ヲ求ムルニ付キ私權保護ノ利益即チ私權保護ノ請求權アリ強制執行ニ於テ不法ニ執行ヲ實施セラレタルトキ債務者ニ執行ノ異議ヲ許シタル如キ督促手續假差押命令假處分命令ニ對スル異議ノ如キ何レモ訴訟手續ヲ開始シタル者ノ相手方ニ對シ私權保護ノ請求權ヲ認メタルモノトス右ノ如ク私權保護ノ請求權ハ訴訟ノ相手方ニ存スルコトアリト雖モ當事者雙方ニ存スルモノニ非スシテ當事者一方ニノミ存スルモノナリ判決手

續ニ於テ原告カ勝訴ノ判決ヲ受ケタルトキハ原告ハ私權保護ノ請求權ヲ有シ被告ハ之ヲ有セス被告カ勝訴ノ判決ヲ受ケタルトキハ被告ハ私權保護ノ請求權ヲ有シ原告ハ之ヲ有セス強制執行手續督促手續假差押及ヒ假處分ノ手續ニ於テ債權者カ其目的ヲ達シタルトキハ債權者カ私權保護ノ請求權ヲ有シタルモノニシテ債務者ノ異議ノ訴若クハ異議申立カ理由アルニ歸着スルトキハ債務者カ私權保護ノ請求權ヲ有シタルモノナリ故ニ私權保護ノ請求權ハ訴訟當事者ノ一方ニノミ存スルモノニシテ訴訟ノ終局ニ因リテ其存否カ確定スルモノトス

私權保護ノ請求權ヲ行使スル方式ハ訴訟手續ノ開始ヲ求ムル場合ト開始シタル訴訟手續ノ續行ヲ求ムル場合トノ別アリ判決手續ハ開始ヲ求ムルカ爲メ私權保護ハ請求權ヲ行使スルコトヲ訴ト謂フ法律ハ督促手續假差押若クハ假處分手續ノ開始ヲ求ムルコトヲ申請ト稱ス申請モ亦廣義ノ訴ナリトス強制執行手續ハ開始ヲ求ムルカ爲メ私權保護ハ請求權ヲ行使スルコトヲ執行ハ申立ト謂フ法律ハ執達吏ニ對スル私權保護ノ請求權ノ行使ヲ委任ト稱スト雖モ委任

關係ヲ生スルモノニ非サレハ執行ヲ求ムル申立ナリトス訴訟手續ハ續行ヲ求ムル方式ニ因リ私權保護ノ請求權ヲ行使スル場合ハ故障控訴上告抗告異議ハ申立ニシテ被告カ本案ハ辯論ニ於テ防禦ハ申立ヲ爲スコトモ亦之ニ屬スルモハトス本案ノ辯論前原告カ訴ヲ取下ケタルトキハ被告ノ私權保護ノ請求權ハ行使スルノ機會ヲ得シテ消滅スルモノナリ上訴ノ取下等此理論ヲ類推スヘシ

訴訟手續ヲ開始シ私權保護ノ請求權ヲ主張シ判決ヲ求ムルコトヲ狹義ノ訴ト謂フ訴ナル文字ハ通常狹義ニ用ヒラルルモノトス訴トハ裁判所ニ對シ判決手續ノ開始ヲ求ムル當事者ノ行爲ナリ略言スレハ訴權ノ行使ナリ司法制度ノ上ヨリ觀察スルトキハ判決ニ因ル私權保護ノ方法ナリトス本章ニ於テ説述スル處ハ訴ノ方式ナリトス
訴ニハ給付ノ訴確定ノ訴及ヒ創設ノ訴ノ三種アリ此區別ハ原告カ判決ヲ求ムル申立ニ因リ區別セララルルモノトス以下此等ノ訴ニ因ル權利保護ノ條件即チ私權保護ノ請求權ノ發生條件ニ付キ説述スヘシ

第二節 給付ノ訴

給付ハ訴トハ給付判決ヲ求ムル訴ヲ謂フ給付判決トハ原告ノ私法的請求權即チ被告ニ對シテ行爲若クハ不行爲又ハ耐忍ヲ求ムルコトヲ得ル權利ノ存在ヲ確定シ且被告ニ對シテ其義務ノ履行ヲ命令スル判決ヲ謂フ故ニ給付ノ訴トハ原告カ被告ニ對シテ私法的請求權ノ存在スルコトヲ確定シ被告ニ行爲若クハ不行爲又ハ耐忍ノ履行ヲ命令スル判決ヲ謂フモノナリ給付判決ハ私法的請求權ノ存在ノ確定及ヒ給付命令ノ二者ヲ包含スルヲ以テ強制執行ノ條件タル債務名義タルコトヲ得ルモノトス給付ノ訴ノ本案ノ判決ニ於テ被告カ勝訴スルトキハ原告ノ請求權ナキコトカ確定スルモノニシテ被告ノ私權カ保護セララルルモノナリ
給付訴權ノ發生條件ニ付テハ法律ニ特別ノ規定ナシ然レトモ私權カ他人ノ行爲若クハ不行爲ニ因リ不満足ハ状態ニ陥リタルトキハ私權保護ノ利益ハ發生スヘキヲ以テ私權保護ハ設備タル民事訴訟ニ依リ之カ満足ヲ求ハルコトヲ得

ハシ故ニ給付ノ訴ニ依ル私權保護ノ條件ハ他人ノ爲メニ私權狀態カ不満足ヲ受ケタルコト是ナリ將來ニ於テ私權ノ侵害ヲ受クヘキ虞アルトキト雖モ法律ノ明文ヲ以テ給付訴權ノ發生ヲ認メサルトキハ苟クモ現ニ私權不満足ノ狀態カ發生セサル以上ハ給付訴權ハ發生スルモノニ非ス獨逸民事訴訟法ニ於テハ將來ニ於テ發生スヘキ私權不満足ノ狀態ニ付キ特ニ明文ヲ以テ給付ノ訴ヲ許セリ即チ期限ノ到來ニ因リ金錢支拂ノ請求土地若クハ建物ノ明渡ヲ請求シ得ヘキ場合ニ於テハ其請求ニ付キ期日ノ到來前豫メ給付ノ判決ヲ求メ置ク爲メ給付ノ訴ヲ提起スルコトヲ許シ(二五七條第)定期金ノ如キ定期ニ給付ヲ請求シ得ヘキ請求ニ付テハ判決後ニ到來スヘキ時期ニ於ケル給付ニ付キ豫メ給付ノ判決ヲ求ムル訴ヲ許シ(二五八條第)又前二者ノ場合ヲ除キ債務者カ正當ノ時期ニ給付ヲ爲ササル虞アルトキハ如何ナル請求ト雖モ債權者ハ時期ノ到來前ニ給付ノ判決ヲ求ムル訴ヲ提起スルコトヲ許セリ(二五九條第)我改正案及ヒ獨逸民事訴訟法ニ於テ權利不満足ノ狀態發生セサル以前ニ給付訴權ヲ認メタル理由ハ給付ノ時期到達シ權利不満足ノ狀態發生シタルトキハ直ニ給付判決ニ基キ強制

執行ヲ爲シ得ルノ便宜アルニ他ナラス

我現行法ニ於テハ將來ノ給付ヲ求ムル訴權ハ之ヲ認メス強制執行ニ關シ養料ヲ支拂フ義務ヲ言渡ス判決ハ訴ノ提起後ノ時期ニ支拂フモノニ付テハ假執行ノ宣言ヲ爲シ得ルコトヲ規定シ(第五〇條)又請求ノ主張カ日時ノ到來ニ繫ルトキハ其日時ノ滿了後ニ限り強制執行ヲ始ムルコトヲ得ト規定(第一二九條)セルヨリシテ將來ノ給付ヲ求ムル訴ヲ廣ク許シタルモノトスル說アリト雖モ此等ノ規定ハ強制執行ニ關スル規定ナルヲ以テ該規定ニ基キ給付ノ時期ノ到來セサル請求ニ付キ一般ニ給付ノ訴ヲ提起スルヲ許シタルモノト爲スヲ得サルノミナラス給付ノ訴ニ依ル私權保護ノ請求權ハ私權ノ不満足ナクシテ發生スルモノニ非ス民事訴訟法第五百二十九條ノ規定ハ獨逸舊民事訴訟法第六百七十二條ノ規定ト同一ナリ獨逸法律ニ於テ將來ノ給付ニ付キ判決ヲ爲スヘキ規定アリタルヲ以テ其執行條件トシテ右ノ規定ヲ設ケタルモノナリ我民事訴訟法ハ獨法ニ倣ヒ右規定ヲ設ケタルモノニシテ該規定ニ依リ將來ノ給付ヲ求ムル訴ヲ許シタルモノト爲スヲ得ス但扶養義務ノ履行ニ付テハ民法第九百六

十二條ニヨリ將來ノ給付ニ付キ訴權ヲ認ムルモノト解スルヲ得ヘク又民法第百九十九條ニ於テ占有ヲ妨害セラレントスル虞アル場合ニ於テ妨害ノ豫防若クハ損害ノ擔保ヲ請求シ得ル場合モ亦同シ

第三節 確定ノ訴

確定ノ訴トハ法律關係ハ成立若クハ不成立ヲ確定スル判決ヲ求ムル訴ヲ謂フ確定ノ判決ハ原告カ主張スル私法上ノ法律關係ノ成立若クハ不成立ヲ確定スル判決ナリ確定ノ訴ハ原告カ被告ニ對シテ法律關係ノ成立セルコト又ハ不成立ナルコトノ承認ヲ求ムル訴ニ非ス法律關係ノ成立若クハ不成立ノ承認ヲ求ムルハ被告ノ意思表示ヲ求ムル訴ナレハ給付ノ訴ニシテ確定ノ訴ニ非ス確定ノ訴ハ裁判所ノ判決ヲ以テ法律關係ノ成立セルヤ否ヤヲ確定スルモノナリ前述セル如ク判決ニ因ル私權保護ハ私權ニ不満足ノ狀態カ發生シタル場合ニ其不満足ヲ排除シ若クハ權利狀態カ危害ヲ受クル虞アルトキ其狀態ヲ明確ナラシムルコトヲ目的トスルモノニシテ權利ノ不満足ニ對スルモノハ給付ノ訴ナ

リ權利狀態カ危害ヲ受クル虞アル場合ノ保護手段トシテ確定ノ訴ヲ認メタルモノトス

確定ノ訴ハ現在ニ於ケル權利ハ危險狀態ヲ排斥スルコトヲ目的トスルモノナリ而シテ確定ノ訴ニ於ケル判決ハ法律關係ノ成立若クハ不成立ヲ宣言スルモノニシテ被告ニ對シテ行爲若クハ不行爲又ハ耐忍ヲ命スルニ非サレハ強制執行ノ要件タル債務名義タルコトヲ得サルモノトス民事訴訟法第七百三十六條ニ債務者カ權利關係ノ成立ヲ認諾スヘキコトノ判決ヲ受ケタルトキハ其判決ノ確定ヲ以テ認諾シタルモノト看做ストノ規定アレトモ該規定ハ法律關係ノ成立ヲ被告ニ承認スヘキ旨ヲ言渡シタル判決ノ效力ヲ規定シタルモノニシテ確定ノ訴ノ判決ノ效力ヲ規定シタルニ非ス
確定ノ訴ニハ獨立の確定ノ訴ト先決的確定ノ訴トノ二種アリ前者ハ獨立シテ確定ノ判決ヲ求ムル爲メニ提起スル訴ヲ謂ヒ後者ハ一ノ訴ニ附隨シテ其訴ノ進行中ニ提起スル訴ヲ謂フモノナリ本節ニ述フル處ハ獨立の確定ノ訴ナリトス

獨立の確定の訴と先決的確定の訴

獨立の確定ノ訴ハ羅馬法以來一般ニ認メラレタル制度ニシテ獨逸舊普通法ノ
下ニ於テモ特別ノ明文ナカリシモ實際ハ廣キ範圍ニ於テ認メラレ原告カ法律
關係ノ成立若クハ不成立ヲ確定スル判決ヲ求ムルニ付キ何等法律上ノ利益ヲ
有セサルトキト雖モ確定ノ訴ヲ許ス判決例ヲ生シ其後獨逸舊民事訴訟法ハ確
定ノ訴ニ付テノ條件ヲ規定セリ即チ法律關係ノ成立若クハ不成立ノ確定又ハ
證書ノ眞否ヲ確定スルニ付テノ訴ハ原告カ其法律關係又ハ證書ノ眞否ヲ速ニ
確定スルニ付テ權利上ノ利害關係ヲ有スルトキニ限り之ヲ提起スルコトヲ得
トセリ（獨逸民事訴訟法第二五十六條ニ同一ノ規定ヲ設ク）
給付ノ訴ニ付テハ特ニ明文ナシト雖モ私權ニ不満足ノ狀態發生シタルトキハ
之ヲ提起スルコトヲ許スハ當然ナリ然レトモ確定ノ訴ニ付テハ法律ノ明文ナ
キトキハ之ヲ許スヤ否ヤハ訴訟法上ノ問題ナリ獨逸民事訴訟法ニ明文ヲ設ケ
タルハ確定ノ訴ノ範圍ヲ不當ニ擴張シタル判決例ヲ生シタルヨリ之ヲ制限ス
ル目的ニ出テタルモノナレハ我現行法ニ明文ナキヲ以テ之ヲ許ササルモノト
爲スヘカラス私權保護ノ制度ヲ設ケタル趣旨ヨリスレハ苟クモ私權狀態カ危

積極的確定の訴と
消極的確定の訴

害ニ瀕スルトキハ私權保護ノ利益即チ私權保護ノ請求權ヲ生スルモノナレハ
我現行法ニ明文ナキモ私權保護ノ利益アルトキハ之ヲ許スモノト爲スヘキナ
リ殊ニ第十八條ニ契約ノ成立若クハ不成立ニ關スル訴ノ裁判籍ヲ認メタル立
法ノ精神ヨリ推スモ之ヲ許シタルコト明カナリ
獨立の確定ノ訴ハ之ヲ分テ積極的確定ノ訴及ヒ消極的確定ノ訴ノ二トス積極
的確定ノ訴トハ法律關係ノ成立ノ確定ヲ求ムル訴ヲ謂ヒ消極的確定ノ訴トハ
法律關係ノ不成立ノ確定ヲ求ムル訴ヲ謂フ積極的確定ノ訴ニ於テ被告カ勝訴
スルトキハ法律關係ノ不成立ナルコト確定シ被告カ私權保護ヲ受ケタルモノ
ナリ消極的確定ノ訴ニ於テモ同一ノ理論ナリトス

第一 積極的確定ノ訴
積極的確定ノ訴ハ法律關係ノ成立ヲ確定スル判決ヲ求ムル訴ニシテ私權保
護ノ請求權ノ發生ニハ左ノ條件ヲ必要トス
(一) 私法的法律關係ハ存在ヲ必要トス
民事訴訟ハ私權保護ヲ目的トスルモノナレハ私法的法律關係ノ存スル場

合ニ非サレハ確定ノ訴ニ依ル保護ノ請求權ヲ生セス私法的法律關係ナルトキハ人ト人トノ間ニ於ケル債權關係ニ止マラス人ト物トノ間ニ於ケル物權關係ナルト期限附若クハ條件附ナルトヲ問ハス其他相續親族等ノ諸般ノ法律關係ハ總テノ確定ノ訴ノ目的ト爲スコトヲ得ヘシ然レトモ將來發生スヘキ法律關係若クハ法律上ノ狀態ニ過キサルモノ例ヘハ行為能力ノ有無慣習法ノ存否又ハ法律ノ解釋等ハ訴訟ノ目的物タルヲ得サルモノトス

(二) 確定ハ訴ハ原告ハ法律關係ハ存在ヲ即時ニ確定スルニ付キ法律上ハ利益ヲ有スルコトヲ要ス

法律上ノ利益トハ私權保護ノ利益ナリ私權保護ノ利益ハ被告ノ行為若ハ不行爲ニ因リ原告ノ權利ノ安全ヲ害セラレ原告ハ之カ安全ヲ保タンカ爲メニ裁判上ノ保護ヲ求ムルノ必要アル場合ニ限り確定ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ換言スレハ原告カ其權利ヲ判決ヲ以テ確定セサルトキハ其權利ノ存在又ハ其實行ニ付テ危害ヲ受クルノ虞アル場合ニ於テ原告ハ其法

律關係ヲ即時ニ確定スルニ付キ法律上ノ利益ヲ有スルモノナリ果シテ法律上ノ利益アルヤ否ヤハ事實問題トシテ裁判官ノ認定ニ屬ス例ヘハ被告カ原告ノ權利ノ存在ヲ認メス若ハ其權利ノ行使ヲ妨ケタル場合ノ如キハ法律關係ノ存在ヲ即時ニ確定スルニ付テ法律上ノ利益アルモノトス而シテ原告ノ權利カ既ニ實行ヲ爲シ得ル時期ニ到達シテ給付ノ訴ヲ爲スコトヲ許サルヘキ狀態ニ至リタル場合ニ於テモ尙ホ原告ハ法律關係ハ存在ヲ確定スルニ付キ法律上ノ利益アルトキニハ確定ハ訴ヲ以テ存在ハ確定ヲ求ムルコトヲ得ヘキモノトス然レトモ給付ノ訴ヲ爲スノ前提トシテ確定ノ訴ヲ起スカ如キハ無用ノ訴訟ニシテ法律上ノ利益ナキモノナリ(大判、四)

第二 消極的確定ノ訴ノ目的トスル所ハ原告及ヒ被告ニ對シ原告ノ主張スル如ク私法的法律關係ハ不成立ナルコトヲ確定スルニ在リ故ニ此訴ノ條件ハ被告カ成立セリト主張スル法律關係ハ不成立ナルコト及ヒ原告カ法律關係ハ不成立ヲ確定スルニ因リ法律上ノ利益ハ存スル場合ナルコトヲ要ス即チ被告カ法律關係ノ成立ヲ主張スル爲メ原告ノ私權狀態ニ危害ヲ及ホサント

スル場合ニ於テ其危害ヲ排除スルヲ目的トスルモノナリ故ニ此確定ノ訴ニハ左ノ條件ヲ必要トス

- (一) 被告ノ主張スル法律關係カ成立セサルコトヲ要ス
- (二) 原告ハ法律關係ノ不成立ヲ裁判上確定スルニ付キ法律上ノ利益ヲ有スルコトヲ要ス

右ノ二個ノ確定訴訟ニ付テノ條件ハ獨逸ノ新舊民事訴訟法ニ規定スル所ニシテ我現行民事訴訟法ニ於テハ特別ノ規定ヲ設ケスト雖モ理論上ハ必要ナルモノト言ハサルヘカラス

右ニ述ヘタル獨立の確定ノ訴ノ外ニ獨逸民事訴訟法及ヒ埃太利民事訴訟法ニ於テハ證書ノ眞否ニ付キ確定ノ訴ヲ爲スコトヲ許セリ然レトモ此書面ノ眞否ヲ確定スルコトハ法律關係ノ確定ニアラスシテ事實ノ確定ナリ故ニ特別ノ規定ナキ限リハ事實ノ確定ニ付テノ訴ハ之ヲ許スヘキモノニアラス我現行民事訴訟法ニ於テハ事實ノ確定ニ關スル訴訟ヲ許サス是レ蓋シ裁判所ハ法律ヲ適用スルモノナレハ事實ノ確定ニ關スル法律ノ規定ナキ以上ハ事實ノ確定ニ付

テハ裁判ヲ爲スコト能ハサルモノナレハナリ唯我現行民事訴訟法ニハ公正證書又ハ檢眞ヲ經タル私署證書ヲ偽造又ハ變造ナリト主張スル者ハ其證書ノ眞否確定ヲ求ムルコトヲ得ル旨ノ規定アリト雖モ此規定ハ證據調ニ關スル規定ニシテ證書ノ眞否確定ニ付テノ獨立の確定ノ訴ヲ許シタルモノニアラス(第五三條)

第四節 創設ノ訴

創設ノ訴トハ創設判決ヲ求ムルハハ謂フ創設判決トハ私權ノ變更ヲ宣言スル判決ニシテ即チ判決ヲ以テ當事者間ニ私權ヲ創設シ若クハ消滅セシムルモノナリ

創設ノ訴カ確定ノ訴ニ非サルコトハ學者間異論ナキ處ナリト雖モ給付ノ訴ナリヤ否ヤニ付テハ學說岐ル左ニ大要ヲ述ヘン

第一說 創設ノ訴ハ其性質非訟事件ナリ凡ソ裁判所カ各個人ノ私權ノ範圍ニ干渉シテ權利ヲ創設シ若クハ消滅スルコトハ私權ヲ形成スルモノニシテ斯

カル裁判事務ハ非訟事件ニ屬ス創設ノ訴ハ私權ヲ形成スル裁判事務ニシテ
唯便宜上訴訟手續ニ依ラシメ判決ヲ以テ宣言スヘキコトヲ定メタルモノナ
レハ其性質ハ純然タル訴訟ニ非スシテ非訟事件ナリト謂フニ在リ

第二說 創設ノ訴ハ非訟事件ニ非スト雖モ其訴訟ノ目的物ハ給付請求權ニ非
スシテ權利ハ變更ナリ判決ノ確定ニ因リ直チニ當事者間ノ權利狀態ニ變更
ヲ來タスヘキモノナレハ給付ノ訴ニモ非ス確定ノ訴ニモ非ス特種ノ訴ナリ
ト謂フニ在リ

第三說 創設ノ訴ハ給付ノ訴ナリ被告ニ對シテ耐忍ノ給付ヲ要求スルモノニ
シテ普通ノ給付ノ訴ノ如ク行爲若クハ不行爲ヲ要求スルニ非スト雖モ法律
關係ヲ成立セシメ若クハ消滅セシムルニ付キ被告ニ耐忍ノ給付ヲ要求スル
モノナリ即チ耐忍ノ給付請求權カ其訴訟物ナリトス而シテ創設訴訟ノ特質
ハ判決手續ト強制執行手續トヲ併合シタルモノナリ普通ノ私權保護ノ手續
ノ如ク判決手續ト執行手續トヲ分離セシテ判決確定ノ效果トシテ強制執
行ノ結果ヲ發生セシムルモノナリ故ニ給付判決ニ強制執行ノ結果ヲ併合シ

タルモノニシテ給付ノ訴ノ一種ナリト謂フニ在リ

右諸說中非訟事件ナリトスル說ハ非訟事件ノ意義如何ニ因リテ定ムヘキモノ
ニシテ私權ノ形成ニ干與スル裁判事務ヲ非訟事件ナリトセハ創設ノ訴ハ其性
質非訟事件ナリト雖モ將來ノ私權狀態ノ危險ヲ豫防スル爲メ私權ノ形成ニ干
與スル裁判事務ヲ非訟事件ト爲スヘキヲ以テ第一說ニ贊スル能ハス第二說ニ
依ルトキハ創設ノ訴ノ訴訟物ハ私法的請求權若クハ法律關係ニ非スシテ權利
ノ變更ナリ訴訟物ハ私法的請求權若クハ法律關係ナルコトハ已ニ說述セル處
ナルヲ以テ此說モ亦贊成スルヲ得ス蓋シ創設判決ハ私權狀態ノ將來ノ危害發
生ヲ豫防スル私權保護ノ手段ニ非ス現在ニ於ケル私權侵害ノ排除ヲ目的トス
ルモノナレハ創設ノ訴ハ耐忍ノ給付請求權ヲ訴訟物トセル給付ノ訴ノ一種ナ
リトスルヲ正當ト信ス

創設ノ訴ノ權利保護ノ條件ハ各法文ノ規定ニ付テ定ムヘク抽象的ニ述フレハ
私權カ他人ノ行爲若クハ不行爲ニ因リ侵害若クハ不満足ヲ受クルコト是ナリ
例ヘハ婚姻ノ取消離婚養子縁組ノ取消離縁親權喪失財産管理權ノ喪失此等失

權ノ宣言取消家督相續人ノ廢除若クハ廢除ノ取消親族會ノ決議ノ取消詐害行爲ノ廢罷株主總會ノ決議取消ノ宣言執行文ノ付與又ハ執行判決ヲ求ムル訴ノ如キ之ニ屬ス婚姻ノ無效養子縁組ノ無效隱居無效ノ訴ハ或ハ創設ノ訴ナルコトアリ確定ノ訴ナルコトアルモノトス其他各法條ニ付キ研究スヘシ

第二章 訴訟成立要件

第一節 訴訟成立要件ノ意義

訴訟ハ成立要件トハ訴訟關係ハ成立ニ必要ナル事項ハ全體ヲ謂フ訴訟關係ハ本案ノ訴訟物ニ付キ訴訟主體カ訴訟ヲ追行スル權利義務ノ包括ヲ謂フモノナレハ受訴裁判所ハ口頭辯論ニ於テ本案ノ審理ヲ爲スニ先チ訴訟ノ成立要件ニ欠缺ナキヤ否ヤヲ調査セサルヘカラス而シテ訴訟ノ成立要件ニハ其欠缺ニ因リ當然訴訟ノ不成立ヲ來スモノト其欠缺ヲ當事者カ主張スルニ因リ始メテ訴訟ノ不成立ヲ來スモノトアリ即チ絕對的の要件ト關係的の要件トアリトス其要件ノ區別ニ付テハ法律ニ特別ノ現定ナキヲ以テ理論ニ因テ之ヲ定メ

サルヘカラス略言スレハ公益ニ關スル事項ハ絕對的ニシテ各當事者ノ利益保護ヲノミ目的トスル事項ハ之ヲ關係的ノモノトス

絕對的の要件ハ訴訟カ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハス裁判所ハ職權ヲ以テ調査セサルヘカラス第一審タルト第二審タルトヲ問ハス各審級ノ口頭辯論ニ於テ裁判所ハ職權ヲ以テ其要件ノ存否ヲ調査スヘキモノナリ此種ノ要件ハ職權調査ノ事項ナリ民事訴訟ニ於ケル職權調査ハ刑事訴訟其他ノ法律ニ於テ所謂職權調査ト其意義ヲ異ニシ裁判所カ疑アル事實ニ付キ當事者ニ對シテ證明ヲ要求スル權能ヲ意味ス當事者間ニ爭ナキ事實ト雖モ訴訟行爲ハ無効ヲ惹起スヘキ事項ニシテ裁判所ニ疑アルトキハ舉證ノ責任アル當事者ニ對シテ證明ヲ要求スルコトヲ職權調査ト稱ス而シテ訴訟關係ノ成立ニ付キ利益ヲ受クル者ハ常ニ原告ナルヲ以テ訴訟ノ成立要件ノ具備スルコトヲ證明スル責任ハ常ニ原告ニ存スルモノナリ

關係的の要件ハ當事者保護ノ目的ヲ以テ認メラレタルモノナレハ裁判所ハ職權ヲ以テ之レヲ調査スヘキモノニアラス裁判所ハ當事者ノ主張ニ因リテ始メテ

其要件ノ存否ヲ調査スル職責アルモノトス
訴訟成立ノ要件ノ欠缺ヲ主張スル當事者ハ其要件ノ欠缺ヲ證明スヘキ責任ヲ
負擔ス訴訟ノ成立要件ニ欠缺アルコトヲ主張スル當事者ハ常ニ被告ナルヲ以
テ證明ノ責任モ亦被告ニアリトス

第二節 訴訟成立要件ノ種別

訴訟ノ成立要件ハ通常訴訟ト特別訴訟トノ區別アルニ從ヒ亦其區別アリト雖
モ本節ニ述フル處ハ通常訴訟ニ關スルモノノミトス通常訴訟ニ於ケル訴訟成
立ノ要件ハ特別訴訟手續ニモ共通ノモノニシテ左ノ如ク區別スルコトヲ得
第一 裁判所ニ關スル要件ハ受訴裁判所ノ管轄カ適法ナルコト是ナリ即チ訴
ヲ受ケタル裁判所ハ其訴ニ付テ事物并ニ土地ノ管轄權ヲ有スルコトヲ必要
トス裁判所ノ管轄ハ職權調査ノ事項ニ屬ス
第二 當事者ニ關スル要件ハ左ノ如シ
(一) 當事者能力及ヒ訴訟能力ニ欠缺ナキコト

(二) 法律上代理及ヒ訴訟代理ニ欠缺ナキコト
右ノ條件ハ裁判所ノ職權調査ノ事項ニ屬スルモノトス
第三 訴訟物ニ關スル要件ハ左ノ如シ
(一) 訴訟物カ通常裁判所ノ權限ニ屬スルコト

通常裁判所ニ於テハ法律ニ依テ特別裁判所ノ權限ニ屬セシメサル民事訴
訟ニ付キ裁判權ヲ有ス裁判所構成法ニ民事ト稱スルハ汎ク私法關係ヲ意
味スルモノニシテ私法關係ヲ目的トスル事項ナルトキハ特別裁判所ノ權
限ニ屬セサルモノハ凡テ通常裁判所ノ權限ニ屬スルモノトス然レトモ通
常裁判所ニ於テ審判スル刑事以外ノモノハ總テ民事ナリト謂フヲ得ス民
事ニ非スシテ特別法ニ依リ通常裁判所ノ權限ニ屬セシメタルモノアリ例
ヘハ衆議院議員選舉訴訟當選訴訟ノ如キ是ナリ若シ原告カ行政裁判所若
クハ行政官廳ニ於テ審理スヘキ事項ヲ通常訴訟トシテ提起シタルトキハ
民事訴訟ノ關係ヲ惹起セサルヲ以テ訴訟物カ通常裁判所ノ權限ニ屬スル
ヤ否ヤハ職權調査ノ事項ニ屬シ被告ハ此場合ニ民事訴訟法第二百六條第

一號ニ規定スル無訴權ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得ヘシ
 民事即チ私法關係ヲ目的トスル以外ノ事項ニシテ行政裁判所又ハ行政官
 廳ノ權限ニ屬セサル爭訟事項アルモ其事項ニ付テノ爭議ハ救濟ヲ求ムル
 ノ途ナキモノトス又私法關係ヲ訴訟物トシテ訴ヲ提起シタル場合ニ其私
 法關係ニ付キ仲裁契約ハ存在スルトキハ之ヲ無訴權トシテ被告ハ無訴權
 ハ抗辯ヲ提出スルコトヲ得トハ說アリト雖モ訴ノ目的物即チ訴訟物カ私
 法關係ナル以上ハ假令仲裁契約存スト雖モ其私法關係ニ付キ通常裁判所
 ハ審理裁判ヲ爲スノ權限ナシト謂フヲ得ス故ニ之ヲ無訴權トシテ被告ハ
 無訴權ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得ス唯被告ハ本案ノ答辯トシテ仲裁契約
 ノ存在ヲ證明シテ原告ノ私權保護ノ請求權存立セス即チ權利保護ノ條件
 カ具備セサルコトヲ理由トシ原告ノ請求自體ノ排斥ヲ求ムルコトヲ得ル
 ニ過キス

(二)

同一ナル訴訟物ニ付キ他ニ權利拘束ハ存在セサルコト
 權利拘束トハ後ニ詳説スル如ク訴ノ提起若クハ訴狀送達ニ因リテ訴訟主

體ノ間ニ發生シタル訴訟關係ヲ謂フモノナリ原告カ訴ヲ以テ主張スル訴
 訟物ニ付キ他ニ同一ノ訴訟關係カ既ニ發生セル場合ニハ當事者ハ二重ニ
 私權保護ヲ求ムルノ結果ニ歸スルヲ以テ後ノ訴ハ全ク無用ノ手續ナリ斯
 カル場合ニハ被告ハ權利拘束ノ抗辯ヲ提出シ後ノ訴ノ却下ヲ求ムルコト
 ヲ得此要件ハ現行法ニ於テハ關係的の要件ニシテ被告ノ主張ヲ俟テ始メテ
 訴訟關係ノ不成立ヲ來スモノトセリ

(三)

原告カ訴訟費用ニ付キ保證ヲ立ツル義務アル場合ニハ之ヲ立テタルコ
 ト、
 外國人カ原告トシテ日本人ニ對シ訴ヲ起ス場合若クハ外國人カ原告ノ從
 參加人トシテ訴訟ニ附隨スル場合ニハ民事訴訟法第八十八條以下ノ規定
 ニ從ヒ訴訟費用ニ付キ保證ヲ立テサルヘカラス若シ之ヲ立テサルトキハ
 被告ハ訴訟費用保證欠缺ノ抗辯ヲ提出シテ原告ノ訴ノ却下即チ訴訟關係
 ノ不成立ヲ主張スルコトヲ得ヘシ訴訟費用保證ノ欠缺ノ有無ハ專ラ被告
 ノ利益ノ爲メニ認メラルモノナレハ關係的の訴訟要件ニ屬スルモノトス

(四) 原告カ前訴訟費用ノ辨濟ヲ爲シタルコト

原告カ一タヒ訴ヲ提起シ其訴ヲ取下ケタル後其訴ニ因リテ生シタル訴訟費用ヲ被告ニ辨濟セスシテ同一ノ訴ヲ再ヒ提起シタルトキハ被告ハ前訴訟費用ノ辨濟ヲ受ケサルコトヲ主張シテ訴訟ヲ不成立ニ歸セシムルコトヲ得ヘシ此條件モ亦被告ノ利益ヲ目的トスルモノナレハ被告ノ主張ニ因リ始メテ訴訟關係ノ不成立ヲ來スヘキ關係的訴訟要件ナリ

第四 訴ノ提起ノ方式カ適法ニシテ且訴狀其他ハ書面ノ送達ニ因リ權利拘束ヲ生スヘキ場合ニハ送達行爲ハ適法ナルコトヲ要ス訴ノ提起ノ適法ナルコトハ絶對要件ナリ送達行爲ノ適否ハ關係要件ナリ

第三節 權利拘束

第一款 權利拘束ノ意義

訴訟物ハ權利拘束トハ裁判所ト當事者トハ間ニ發生シタル訴訟關係ヲ謂フ即チ適法ナル訴ノ提起若クハ訴狀ノ送達ニ因テ生スル訴訟法上ノ效果ヲ包括シ

タルモノヲ謂フモノニシテ略言スレハ訴訟關係自體ヲ謂フモノトス

權利拘束ハ左ノ場合ニ於テ發生ス

- 第一 訴狀ノ差出ニ依ル訴ノ提起ノ場合ニハ適法ナル訴狀カ被告ニ送達セラレタルトキ(第一九條)
- 第二 區裁判所ニ於テ口頭ヲ以テ訴ヲ提起スル場合ニハ裁判所書記ノ作成シタル調書ノ謄本カ被告ニ送達セラレタルトキ(第一三三條、第一三五條)
- 第三 區裁判所ニ於テ原告カ被告及ヒ裁判官ノ面前ニ於テ口頭ヲ以テ訴ヲ提起シタルトキ(第三七八條、第三八一條)
- 第四 被告カ反訴ヲ提起シタル場合ニハ其反訴ノ要件ヲ記載シタル答辯書又ハ特別ノ書面カ相手方ニ送達セラレタルトキ(第二〇條)
- 第五 訴訟ノ進行中ニ口頭辯論ニ於テ申立ノ擴張ヲ爲シ若クハ許サルヘキ訴ノ變更ヲ爲シ又ハ附隨的確定ノ訴ヲ提起シ又ハ被告カ反訴ヲ提起シタルトキハ此等ノ事項ヲ口頭辯論ニ於テ陳述シタルトキ(第二一條、第二二條)
- 第六 督促手續ニ於テハ支拂命令ヲ送達シタルトキ(第三八條、第三七條)

第二編 權利保護ノ條件及訴訟成立要件 第二章 訴訟成立要件 第三節 權利拘束

右ノ外假差押及ヒ假處分ノ申立ニ因リテハ訴訟物ノ權利拘束ヲ生スルモノニ
 アラス如何トナレハ假差押及ヒ假處分ノ手續ハ簡易訴訟手續ナリト雖モ唯強
 制執行ノ保全ヲ目的トスル手續ニシテ本案ノ訴訟物ニ付テ裁判所ニ對シ判決
 ヲ要求スル手續ニアラサレハナリ又破産手續ニ於ケル破産宣告ノ申立及ヒ債
 權ノ届出ニ因リテハ訴訟物ノ權利拘束ヲ生スルモノニアラス蓋シ破産手續ハ
 訴訟手續ノ一種ナルコトハ今日學理上ニ於テ一致スル處ナレトモ其手續ハ判
 決ニ基ツク保護ヲ要求スルモノニアラスシテ一種ノ執行手續ニ外ナラサルヲ
 以テ破産宣告ノ申立又ハ債權者ノ破産財團ニ對スル債權ノ届出等ハ訴ノ提起
 ト稱スヘキモノニアラス隨テ訴訟物ノ權利拘束ヲ生スルモノニアラス但異議
 訴訟カ繫屬スルニ至ルトキハ其訴訟物ハ權利拘束ヲ生スルモノトス
 右ニ述ヘタル權利拘束ハ訴訟法上ニ於ケル法律關係ニシテ當事者ト裁判所ト
 ノ間ニ生シタル訴訟關係即チ三面的ハ法律關係ナリトス詳言スレハ訴訟法上
 ヨリ觀察スルトキハ訴訟物ノ權利拘束ニ因リテ裁判所ハ其訴訟事件ニ付キ審
 理判決ヲ爲スヘキ權利義務ヲ發生シ當事者ハ裁判所ニ於テ本案ノ訴訟物ニ付

キ口頭辯論ヲ爲シ訴訟手續ヲ進行スヘキ權利義務ノ關係ヲ發生スルモノナリ
 或ハ權利拘束トハ唯訴訟カ裁判所ニ繫屬シタル狀態ヲ稱スルモノニシテ訴訟
 ノ結果裁判所ハ本案ノ訴訟物ニ付キ審理裁判ヲ爲シ當事者ハ其審理裁判ヲ求
 ムル所ノ權利義務成立セルヤ否ヤノコトハ權利拘束ノ意義ニ關係ナキモノト
 ノ説アルトモ賛成スル能ハス

右ノ如ク訴訟物ノ權利拘束ハ訴訟法上ノ法律關係ヲ發生スルト否トノ區別ヨ
 リシテ訴カ不適法ナルトキ即チ訴ノ提起カ不適法ナルカ又ハ訴訟ノ成立要件
 カ欠缺セザルトキニ於テハ訴訟物ノ權利拘束ヲ發生スルヤ否ヤノ問題ニ付テ
 モ亦學說ノ分ルル處ナリ即チ左ノ如シ

第一說 訴ハ提起カ不適法ナルトキ其他訴訟ハ成立要件カ欠缺セル場合ニ於
 テハ訴訟法上ノ法律關係ヲ發生セス即チ原告カ裁判所ニ對シテ本案ノ審理
 ヲ求メ被告カ本案ノ訴訟物ニ付キ答辯ヲ爲スノ責任ヲ負ヒ又裁判所カ判決
 ヲ爲スヘキ權利義務ヲ發生スルコト能ハサルヲ以テ隨テ此場合ニ於テハ訴
 訟物ノ權利拘束ヲ發生スルモノニアラス此說ハ權利拘束ヲ以テ訴訟法上ノ

法律關係ナリトスルモノナリ

第二説 形式ニ於テ適法ナル訴ハ提起アリタルトキ即チ訴狀送達若クハ口頭ニ依ル訴ノ提起カ適法ナルトキハ其他ノ訴訟ノ成立要件ニ欠缺アルトキト雖モ訴訟物ノ權利拘束ヲ發生スルモノトス此説ハ權利拘束ヲ以テ訴訟法上ノ法律關係ト爲ササルモノニシテ訴訟カ裁判所ニ繫屬スル状態ヲ以テ權利拘束トスルモノナリ

第三説 訴ハ提起其他訴訟ハ成立要件ニ欠缺アルト否トヲ問ハス原告カ訴ナリトシテ口頭又ハ書面ニ因リテ前ニ述ヘタル法定ノ手續ヲ盡クシタルトキハ權利拘束ヲ發生スルモノトス此説ハ權利拘束ヲ以テ訴訟法上ノ法律關係ト爲ササルモノニシテ第二説ノ如ク訴訟カ裁判所ニ繫屬スル状態ヲ以テ權利拘束トナスモノナリ而シテ訴ノ提起アリタル以上ハ其訴カ適法ナルト否トヲ問ハス又其成立要件ニ欠缺アルト否トヲ問ハス裁判所ハ常ニ通常ノ手續ニ依リテ訴訟ヲ進行シ不適法ナルトキハ判決ヲ以テ訴ヲ却下スヘキヲ以テ訴訟成立要件ノ欠缺ハ權利拘束ヲ發生スト云フニ在リ

右三個ノ學說ニ就キ多數ノ學者ハ最後ノ説ヲ主張セリ隨テ訴訟カ管轄裁判所ニ提起セラレタルト否トヲ問ハス又訴狀カ適法ニ送達セラレタルト否トヲ問ハス又法定代理權ナキ者カ法定代理人トシテ訴ヲ提起シタルトキナルトヲ問フコトナク苟クモ訴カ或裁判所ニ繫屬シタル以上ハ訴訟物ノ權利拘束ヲ發生スト爲スモノナリ然レトモ權利拘束ハ訴訟法上ノ法律關係即チ裁判所ト當事者間ニ於テ本案ノ訴訟物ニ付キ訴訟ヲ進行シ審理裁判ヲ爲スノ關係ヲ謂フモノナリ故ニ訴ノ提起其他訴訟ノ成立要件ノ欠缺ナキニ非サレハ權利拘束ヲ發生セストスル第一説ヲ正當ト信ス第二説第三説ヲ主張スル者ハ第一説ヲ駁シテ曰ク訴ハ成立要件ニ欠缺アルモ外觀上ニ於テ訴ト認メ得ヘキモノカ裁判所ニ繫屬シタルトキハ裁判所ハ必ス口頭辯論ヲ開始シテ其訴ハ適否ヲ審査シ不適法ナルトキハ判決ヲ以テ訴ヲ却下スルニ至ルヘシ如斯裁判所カ訴ヲ却下スル判決ヲ爲スコトヲ得ルハ即チ裁判所ト當事者トノ間ニ一種ノ訴訟關係カ發生セルニ因ルモノナリ若シ訴訟關係カ訴ノ成立要件ヲ欠缺スルカ爲メニ不適法ナリトシテ發生セサルモノトスルトキハ裁判所ハ訴却下ハ判決ヲ爲スコト

ヲ得サルモハト言ハサルヘカラスト然レトモ權利拘束ヲ以テ訴訟關係ナリト
 スルトキハ第一説ヲ正當ト爲ササルヘカラス訴訟關係トハ本案ノ審理ヲ爲ス
 コトヲ得ヘキ權利義務ノ包括的三面關係ナリ訴ノ成立要件ニ欠缺アルトキハ
 裁判所ハ本案ノ審理ヲ爲スコトヲ得ス訴ヲ不適法トシテ却下スル判決ヲ爲ス
 ハ其訴訟關係カ發生セサルコトヲ宣言スルニ外ナラス不適法ナル訴ト雖モ其
 不適法ナルヤ否ヤハ判決裁判所ニ於テハ常ニ口頭辯論ニ於テ審査スヘキ事項
 ニ屬ス口頭辯論ニ於テ審査ヲ要スル事項ニ付テ裁判所ノ爲ス宣言ハ常ニ判決
 ノ形式ニ依ラサルヘカラス判決ヲ以テ訴ヲ不適法トシテ却下スル爲メニ訴訟
 物ノ權利拘束ヲ必要トスルモノニ非ス第二説ハ法文ノ字句ニ拘泥シタル解釋
 ナリ權利拘束ハ訴狀ノ送達ニ因リ發生スト規定シ其他口頭辯論ニ於テ請求ヲ
 主張シタルトキニ發生スト規定スルヨリ其他ノ訴訟成立要件ニ欠缺スル所ア
 ルモ適法ナル訴狀カ適法ニ送達セラレタル場合ニハ權利拘束ヲ發生スト言フ
 ハ全ク法文ノ字句ニ拘泥シテ權利拘束ノ性質ヲ究メサル說ナリ權利拘束ノ發
 生ニ付テハ第一説ヲ正當ト爲ササル可ラス

第二款 權利拘束ノ效力

權利拘束ノ效力ハ裁判所ハ本案ノ訴訟物ニ付テ審理裁判ヲ爲ス權利義務ヲ生
 シ當事者ハ訴訟ヲ追行シ裁判ヲ受タルノ權利義務ヲ生スルモノナリ尙ホ民法
 上ノ效力トシテハ時効ハ中斷債務者ノ遲滯責任ヲ生スルカ如キ是ナリ其他民
 事訴訟法ニ於テ特ニ權利拘束ノ效力トシテ規定スルモノアリ即チ左ノ如シ(第一
 條九五)

第一 權利拘束ハ抗辯

一ノ訴訟ノ權利拘束ノ存續中原告又ハ被告ヨリ同一ノ訴訟物ニ付キ同一裁
 裁所又ハ他ノ裁判所ニ本訴又ハ反訴ヲ以テ訴ヲ起シタル場合ニハ其訴訟ノ
 被告ハ同一訴訟物ニ付キ再ヒ審理判決ヲ受クルコトヲ拒絶スルコトヲ得此
 抗辯ヲ稱シテ權利拘束ノ抗辯ト謂フ被告カ同時ニ同一訴訟物ニ付キ二個ハ
 訴訟ニ強制セラレサル權利ヲ主張スルハ權利拘束ハ抗辯ト謂フ權利拘束ノ
 抗辯ヲ認メタル理由ハ同一ノ私權保護ノ請求權ニ付キ國家ハ二重ノ保護ヲ
 與フル必要ナシト言フニ基クモノナリ本來私權保護ノ請求權ノ性質ヨリス

第二編 權利保護ノ條件及訴訟成立要件 第二章 訴訟成立要件
 第三節 權利拘束

レハ一タヒ其權利ヲ行使スレハ二重ニ之ヲ行使スルコトヲ許スヘキニ非ナルヲ以テ同一訴訟物ニ付キ二個ノ訴訟カ繫屬セルヤ否ヤハ裁判所カ職權ヲ以テ調査スヘキ事項ト爲スヲ正當トス然ルニ獨逸民事訴訟法竝ニ我現行法ハ之ヲ被告ノ抗辯ヲ俟テ審査スヘキ事項トシ被告カ抗辯ヲ主張シタル場合ニ裁判所ハ始メテ其訴訟物ト同一ナル訴訟物ニ付テ同一當事者間ニ訴訟カ繫屬セルヤ否ヤヲ審査シ若シ繫屬セル場合ニハ被告ノ抗辯ヲ理由アリトシテ原告ノ訴ヲ却下スヘキモノトセリ換言スレハ被告ノ抗辯ヲ俟テ他ニ訴訟物ノ權利拘束存在スルカ爲メ現ニ繫屬セル訴訟ノ成立要件ヲ缺クモノトシテ原告ハ訴ヲ不適法トシテ却下スヘキモノトセリ如斯權利拘束ノ抗辯ハ現行法上被告ノ主張ヲ俟テ審査スヘキ事項タルヲ以テ若シ被告カ此抗辯ヲ提出セサルトキハ同一當事者間ノ同一訴訟物ニ付キ二個ノ訴訟ヲ進行シ二重ニ辯論ヲ爲スニ至リ二個ノ判決カ相抵觸スル場合ヲ生スヘシ斯カル場合ニ前ノ判決カ確定シ後ノ判決カ未確定ナルトキハ後ノ判決ニ對シ上訴ヲ爲シ上訴審ニ於テ後ノ判決ノ廢棄ヲ求ムルコトヲ得ヘシ若シ當事者カ上訴ヲ爲

サスシテ互ニ相抵觸セル二個ノ確定判決ヲ生シタルトキハ再審ノ訴ノ原因アルモノニ付テハ再審ノ訴ニ依リ後ノ確定判決ノ廢棄ヲ求ムルコトヲ得ヘク又再審ノ訴ノ原因ナキトキハ二個ノ確定判決ノ何レカ當事者ヲ拘束スヘキヤノ問題ヲ生ス此場合ニハ後ノ確定判決ハ無用ノ手續ニ因テ爲サレタル判決ナレハ無効ナリト言フ説ト後ノ判決ハ國家ノ新タナル意思ノ表明トシテ前ノ判決ヲ變更スル效力ヲ有スト言フ説トアリ後説ヲ正當ト認ム但二個ノ判決カ同時ニ確定シタル場合ニハ其效力ニ差異ナキヲ以テ二個ノ確定判決共ニ其效力ヲ存スルコトト爲ルヘシ然レトモ二個ノ確定判決カ同一ニ歸シタル爲メ二個ノ私權ヲ生スルモノニ非サルナリ

被告カ權利拘束ノ抗辯ヲ提出シ得ル場合ハ二個ノ訴訟ノ繫屬スルコトヲ要シ且前ノ訴ハ訴訟ノ成立要件ヲ備ヘ訴訟關係即チ權利拘束ノ發生セルコトヲ必要トス故ニ次ノ條件ヲ具備セサルヘカラス

(一) 新舊ハ訴訟當事者カ同一ナルコトヲ要ス

前訴ニ於ケル原告若クハ被告カ後訴ニ於テモ亦原告若クハ被告ナルコト

ヲ必要トス但シ其當事者カ同一ナルトキハ訴訟上ノ地位ヲ異ニスト雖モ妨ナシ即チ前訴ノ原告カ後訴ノ被告ト爲リ若クハ前訴ノ被告カ後訴ノ原告ト爲リタルトキト雖モ其當事者カ同一ナルトキハ權利拘束ノ抗辯ノ基礎ト爲スコトヲ得ヘシ

(二) 舊訴ハ原因ト新訴ハ原因ト同一ナルコトヲ要ス
當事者若クハ判決ヲ受クル訴訟物カ同一ナルトキト雖モ訴ノ原因カ異ナルトキハ同一訴ニアラス故ニ新舊訴ノ原因ノ同一ナルトキニ非サレハ此抗辯ヲ爲スコトヲ得ス

(三) 新訴ハ訴訟物カ舊訴ハ訴訟物ト同一ナルコトヲ要ス
舊訴ノ判決ヲ求ムル事項ノ申立カ新訴ノ申立ト異ナルトキハ二重ノ訴ニテアラサルヲ以テ權利拘束ノ抗辯ヲ爲スヲ得ス舊訴ニ於テ判決ヲ求ムル請求權若クハ法律關係カ新訴ト其種類範圍全然同一ナルカ若クハ新訴ノ訴訟物カ舊訴ノ訴訟物ノ一部ナルトキニアラサレハ此抗辯ヲ許サス
以上三條件ヲ備ヘタルトキニ限り受訴裁判所ノ同一ナルト否トヲ問ハス後

ノ訴訟ノ被告トナリタル者ハ權利拘束ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得ヘシ其抗辯ニシテ理由アルトキハ即チ訴訟ノ成立要件ヲ欠クモノナレハ原告ノ訴ハ不適法トナリ新訴ノ訴訟物ニ付テ權利拘束ヲ生セサルモノトス

權利拘束ノ抗辯ヲ提出シ得ヘキ場合ヲ訴ノ各種類ニ因リ區別シテ説明スレハ左ノ如シ

(一) 給付ハ訴ハ訴訟物ト積極的確定ハ訴ハ訴訟物トハ常ニ同一ニアラサルヲ以テ此二個ハ訴ハ互ニ權利拘束ノ抗辯ハ基本ト爲ルモノニアラス給付ノ訴ノ訴訟物ハ請求權ニシテ確定ノ訴ノ訴訟物ハ法律關係ナリ故ニ給付ノ訴ニ於テ原告ノ請求カ正當ト認メラレタル判決アリタルトキハ當事者間ニ給付請求權ノ存在ニ付テハ確定力ヲ生スト雖モ其給付請求權ノ基本タル法律關係ノ存在ニ付テハ確定力ヲ生スルモノニ非ス加之給付ノ判決ニヨリ原告ノ主張スル給付請求權ヲ至當ト認メタル場合ト雖モ必スシモ其基本タル法律關係ノ成立ヲ確定スルモノニ非ス故ニ此等ノ訴ノ訴訟物ハ縱令同一法律關係ニ基ク訴ノ場合ト雖モ之ヲ異ニスルヲ以テ互ニ權利

拘束ノ抗辯ノ基本トナラス例ヘハ貸金ノ辨濟ヲ求ムル訴ニ於テ被告ニ辨濟ノ義務アリト判決シタル場合ニ於テハ其判決ニ因リテ宣言セラレタル貸金請求權ノ存在スルコトハ確定スト雖モ若シ原告ノ請求ヲ不當トシテ排斥スル場合ニ於テハ常ニ貸金請求權ノ存在セサルモノト確定スルモノニアラス如何トナレハ貸金請求權カ存在スルモ未タ期限ノ到來セサル爲メ原告ノ請求ヲ不當トシテ排斥スル場合アレハナリ如此互ニ其訴訟物ヲ異ニシ隨テ判決ノ效力モ亦之ヲ異ニスルモノナレハ同一法律關係ニ基ク給付ノ訴カ提起セラレタル後ニ確定ノ訴カ提起セラレ又確定ノ訴ノ提起後ニ給付ノ訴カ提起セラレタルモ之ヲ以テ無用ノ訴訟ト言フ能ハサルノミナラス私權保護ノ請求權ノ形式モ亦之ヲ異ニスルモノナレハ此等ノ訴ハ互ニ權利拘束ノ抗辯ノ基礎ト爲スコトヲ得ス

(二) 積極的確定ハ訴ト消極的確定ハ訴トハ同一法律關係ニ基ク訴ナルトキニ限リ訴訟物ハ同一ナリトス故ニ權利拘束ノ抗辯ハ基本ト爲ル積極的確定ノ訴ニ於テハ法律關係ノ成立ヲ確定セラレンコトヲ求ムルモノニシテ

消極的確定ノ訴ニ於テハ法律關係ノ不成立ノ確定ヲ求ムルモノナリ故ニ此二個ノ訴ハ訴訟物カ同一ナルヲ以テ互ニ權利拘束ノ抗辯ノ基本ト爲リ判決ノ確定力ヨリスルモ積極的確定ノ訴ニ於テ原告ノ請求カ理由ナシトシテ却下セラレタルトキハ其法律關係ノ不成立ナルコトカ確定スルモノニシテ隨テ其判決ノ確定力ハ法律關係カ不成立ナリト謂フニ歸ス消極的確定ノ訴ニ於テ原告ノ請求カ理由ナシトシテ却下セラレタルトキハ法律關係カ成立セルコトヲ判決ニ於テ確定シタルモノナレハ恰モ積極的確定ノ訴ニ於テ原告カ勝訴ノ判決ヲ得タルト同一ニ歸ス故ニ確定ノ訴ハ互ニ權利拘束ノ抗辯ノ基本ト爲スコトヲ得ヘシ

(三) 消極的確定ハ訴ト給付ハ互ニ權利拘束ノ抗辯ハ基本ト爲ルモノニアラス恰モ積極的確定ノ訴ト給付ノ訴トノ關係ニ於ケルカ如ク全ク其訴訟物ノ範圍ヲ異ニスルモノナレハナリ

(四) 證書訴訟爲替訴訟ハ給付ノ訴ナルヲ以テ此等ノ訴ハ提起ハ其後ニ於ケル通常訴訟手續ニ於テ同一請求ハ給付ノ訴ニ付キ權利拘束ノ抗辯ハ基本

ト爲ル、又前ニ通常訴訟手續ニ於テ提起セラレタル請求ヲ後ニ證書訴訟若クハ爲替訴訟ニ於テ主張スルトキモ亦同シ而シテ此等ノ訴ト確定訴訟トノ關係ニ付テハ給付訴訟ト確定訴訟トノ關係ト同一ナリ

(五) 支拂命令ハ送達ニ因リ生シタル權利拘束ハ給付ノ訴ト同一ナリ故ニ前ニ述ヘタル所ト同シク權利拘束ノ抗辯ノ基本ト爲ルモノトス

(六) 假差押若クハ假處分ノ手續ニ付テハ本案ノ訴訟物ニ付テ權利拘束ノ效力ヲ生セサルモノナレハ權利拘束ノ抗辯ノ基本ト爲ルモノニアラス

右ニ述ヘタル各種ノ場合ノ外ニ外國裁判所ニ於テ發生シタル訴訟物ノ權利拘束ハ若シ其外國裁判所ノ判決カ民事訴訟法第五百十四條ニ從ヒ執行力ヲ生シ得ヘキトキニ限り日本裁判所ニ於テ權利拘束ノ抗辯ヲ主張スルコトヲ得ルモノトス

以上説明シタル權利拘束ノ抗辯ハ裁判所ノ職權調査ニ屬セスシテ被告ノ拋棄スルコトヲ得ル妨訴抗辯ノ一種ニ屬ス故ニ被告カ此抗辯ヲ提出シタルトキニ限り訴訟關係ヲ發生セシメサルノ結果ヲ來ス而シテ權利拘束ノ抗辯ヲ

提出スルニハ前述ノ如ク前ノ訴カ訴訟ノ成立要件ニ欠缺ナク即チ適法ニ權利拘束ノ發生シタルコトヲ必要トス然レトモ權利拘束ノ意義ヲ前欸ニ述ヘタル第二說第三說ノ如クスレハ一ノ訴カ裁判所ニ繫屬セルトキハ其訴ノ當事者原因及ヒ目的物ノ同一ナル訴カ再ヒ提起セラレタル時直チニ權利拘束ノ抗辯ヲ提起シ得ルノ結果ヲ生ス而シテ權利拘束ノ抗辯ノ提出ヲ受ケタル裁判所ハ前訴訟ノ權利拘束ノ發生セルヤ否ヤニ付テ判斷ヲ爲スト雖モ其判斷ハ前訴ノ繫屬セル裁判所ヲ羈束スルモノニ非ス故ニ後ノ訴ヲ受ケタル裁判所カ前訴ノ權利拘束ハ適法ニ發生セリト判斷シテ後ノ訴ヲ却下シタルトキト雖モ前訴ノ裁判所ハ自ラ其訴ニ付テ權利拘束ノ發生セルヤ否ヤヲ審査シ若シ發生セスト認メタルトキハ亦原告ノ訴ヲ却下スルコトヲ得ヘシ

第二 受訴裁判所ノ管轄ヲ確定ス(第一九五條第二項)

受訴裁判所ノ事物及ヒ土地ノ管轄ハ訴訟物ノ權利拘束ノ發生シタル當時ノ狀態ニ因リ定マルモノトス故ニ原告カ訴狀ヲ裁判所ニ差出シ訴ヲ提起シタル當時其裁判所カ事物及ヒ土地ニ付キ適法ナル管轄裁判所ナラサル場合ト

雖モ原告ノ提出セル訴狀カ被告ニ送達セラレタル場合即チ訴訟物ノ權利拘束カ發生スル時ニ當リ受訴裁判所ニ管轄權アルトキハ其裁判所ハ適法ナル管轄裁判所トナル之ニ反シテ訴狀差出ノ當時適法ナル管轄裁判所ナリト雖モ其訴狀カ送達セラレ權利拘束カ發生スル當時ニ於テ管轄權ナキトキハ其裁判所ハ適法ノ管轄裁判所ト言フヲ得ス而シテ訴訟物ノ權利拘束發生ノ當時適法ノ管轄裁判所ナルトキハ其以後ニ於テ管轄ヲ定ムル事情カ變更スルコトアルモ之カ爲メ裁判所ノ管轄權ニ影響ヲ及ホスモノニ非ス故ニ權利拘束ノ發生後訴訟物ノ價額ノ増減請求ノ一部ノ拋棄其他被告ノ裁判籍ノ變更等ノ原因ニ因リ受訴裁判所ノ管轄權ニ變更ヲ及ホスヘキモノニ非ス然レトモ權利拘束ノ發生ノ當時不適法ナル管轄裁判所ハ其以後ニ於テ管轄ヲ適法ト爲スニ足ルヘキ事情ノ發生スルコトアルモ之カ爲メニ不適法ナル管轄ヲ適法ト爲スモノニ非ス故ニ受訴裁判所ノ管轄ハ權利拘束發生當時ノ狀態ニ因リテ定マルモノトス現行法ニ於テハ訴ノ提起ト權利拘束發生ノ時トニ差異ヲ生スル場合アルヲ以テ其間ニ生シタル訴訟物ノ價額ノ増減被告ノ裁判

籍ノ變更等ニ因リテ訴ノ提起ヲ適法若クハ不適法ト爲スヘキ場合ヲ生ス如何トナレハ民事訴訟法第三條ニヨレハ訴訟物ノ價額ハ起訴ノ日時ニ於ケル價額ニ依リテ之ヲ定ムトセルニ拘ラス管轄ヲ定ムルハ訴訟物ノ權利拘束發生ノ時ヲ標準ト爲シタルカ故ニ訴訟提起ノ際ニ於テハ裁判所ノ管轄ノ當否ハ未確定ノ狀態ニ在ルモノト爲ササルヲ得サレハナリ是レ訴狀ノ送達ヲ以テ權利拘束發生ノ時ト爲シタルニ拘ラス訴訟物ノ價額ヲ起訴ノ日時ヨリ算定スルモノト爲シ而シテ訴ノ提起ヲ以テ訴狀ノ差出ト爲シタル立法ノ抵觸ヨリ來リタル欠點ナリトス

第三 原告ハ訴ヲ變更スルコトヲ得ス

權利拘束ノ效力トシテ原告ハ訴ヲ變更スルコトヲ得サルヲ原則トス訴ハ變更トハ訴ハ成立要素ヲ變更スルコトヲ謂フ訴ハ一定ノ當事者一定ノ請求ノ目的物一定ノ請求ノ原因及ヒ一定ノ申立ヨリ成立スルモノナレハ其一ヲ變更スルトキハ訴ノ變更ヲ來スモノトス而シテ訴ノ變更ハ訴訟物タル請求若クハ法律關係ノ變更ヲ來スコトアリ故ニ訴ノ變更ハ請求ノ交換ナリト言フ

者アリ請求ノ交換ハ訴ノ原因ト請求ノ目的物トニ變更アル場合ニ生スルモ
 ノナリトノ説アリト雖モ獨リ此二者ノミナラス申立ヲ變更スルモ訴ノ變更
 ヲ生スヘシ故ニ訴ノ變更ハ請求ノ交換ヲ來スコトアルモ訴ノ變更ハ常ニ請
 求ノ交換ナリト言フ能ハス然レトモ請求ノ目的物及ヒ當事者ヲ變更スル場
 合ニハ常ニ請求ノ原因即チ訴ノ原因ニ變更ヲ生ス訴ノ申立ノ變更ハ必スシ
 モ其他ノ成立要素ノ變更ヲ來スモノニアラサルヲ以テ訴ノ變更ハ訴ノ原因
 ハ變更及ヒ申立ノ變更ハ二者ニ歸スルモノト謂フヲ得ヘシ第百九十五條第
 三號ニハ訴ノ原因ヲ變更スルコトヲ得スト規定セルモ申立ヲ變更スルコト
 ハ第百九十六條ニ該當スル場合ノ外絕對ニ之ヲ許ササルモノナルヲ以テ唯
 訴ノ原因ヲ變更スルコトヲ得スト規定シタル所以ナリ故ニ權利拘束ノ效力
 トシテハ單ニ訴ノ原因ノミヲ原告カ變更スルコトヲ得サル效力ヲ生スルモ
 ノト解スヘカラス訴ノ目的原因當事者申立ハ總テ之ヲ法律ニ許サレタル場
 合ノ外變更スルヲ得サルモノトス換言スレハ訴ノ變更ヲ許サスト解スヘキ
 ナリ今訴ノ原因ノ變更ト訴ノ申立ノ變更トニ區別シテ説明スヘシ

(一) 訴ノ原因ノ變更

訴ノ原因ノ變更トハ原告カ最初主張シタル訴ノ原因ニ代フルニ他ノ原因
 ヲ以テスル場合又ハ前ニ主張シタル訴ノ原因ニ新原因ヲ附加スル場合ニ
 生ス訴ノ原因ヲ變更シタルトキハ訴ノ成立要素ノ變更ヲ來スヲ以テ前ノ
 原因ノ訴ト後ノ原因ノ訴トハ全ク別種ノ訴ナリ而シテ訴ノ原因ノ變更ハ
 有無ハ訴ノ原因ノ意義如何ニ因テ定マル訴ノ原因ノ意義ハ第四編第二章
 第一節ヲ看ルヘシ訴ノ原因ヲ私法上ノ法律關係ナリトスレハ其法律關係
 ヲ變更スルトキハ訴ノ原因ニ變更ヲ來シ又訴ノ原因ヲ法律關係ノ基本タ
 ル事實ナリトスレハ其事實ヲ變更スルトキハ訴ノ原因ノ變更ト爲ル然レ
 トモ何レノ説ニ依ルモ訴ノ原因ニハ其私法關係ノ主體即チ當事者ヲ包含
 スルヲ以テ訴ノ原因ノ變更ハ之ヲ主觀的ト客觀的トノ二種ニ區別スルコ
 トヲ得

(イ) 主觀的訴ノ原因ノ變更

訴ノ原因ニ因テ特定セラレタル私法上ノ法律關係ハ主體ヲ變更シタル

トキハ即チ主觀的訴ノ原因ハ變更ナリ例ヘハ原告カ訴狀ニ於テ原告ト被告トノ間ニ於ケル契約ニ因リ債務ノ履行ヲ求ムト主張シタルニ拘ラズ口頭辯論ニ於テ原告ハ他人ノ法定代理人トシテ其契約ヲ爲シタリト主張シタルトキハ契約ノ内容カ變更セラレタルト否トヲ問ハス訴ノ原因ハ變更セラレタルモノナリ如何トナレハ原告被告間ノ法律關係ト原告カ代表シタル他人ト被告トノ間ノ法律關係ハ之ヲ異ニスルノミナラス法律關係ヲ構成スル事實ヲ異ニスルヲ以テ訴ノ原因ノ變更アリト言フコトヲ得唯民事訴訟法第七十八條乃至第八十條ノ規定ニ依リ訴訟中斷ニ因リ承繼アリタル場合ニ訴訟當事者ノ變更ヲ來スト雖モ其承繼人ハ訴訟關係ヲ繼承スルモノナレハ訴ノ原因ニ變更ヲ生セザルノミナラス訴ノ變更ヲ爲スモノト言フヲ得ス從參加人又ハ指名參加人カ訴訟ヲ引受ケタル場合モ亦同一ナリ

(ロ) 客觀的訴ノ原因ハ變更

客觀的訴ノ原因ノ變更トハ訴ノ原因タル法律關係ノ主體ヲ變更セシシ

テ其主體ノ間ニ生シタル法律關係カ變更シ又ハ法律關係ノ基本タル事實ヲ變更スル場合ニ生スルモノナリ訴ノ原因ヲ法律關係ナリトスル說ニヨレハ法律關係ニ變更ヲ來サザルトキハ法律關係ノ基本タル事實ヲ變更スルモ訴ノ原因ノ變更ヲ生セス事實說ニヨレハ法律關係ニ變更ヲ生セザルトキト雖モ法律關係ノ基本タル事實ニ變更ヲ生スルトキハ訴ノ原因ノ變更ト爲ル如此訴ノ原因カ事實ナルヤ法律關係ナルヤニ因テ訴ノ原因ノ變更ノ意義ヲ異ニスルモノナリ要スルニ訴ヲ以テ主張スル私法上ノ法律關係ノ主體ニ變更ヲ生セシテ其當事者間ノ法律關係若クハ基本事實ニ變更ヲ來ス場合ヲ稱シテ客觀的訴ノ原因ノ變更ト謂フ故ニ事實說ニ依ルモ法律關係說ニ依ルモ法律關係ノ成立ニ影響ナキ事實換言スレハ法律關係ノ成立要素ヲ構成セザル事實ヲ變更スルモ訴ノ原因ノ變更ヲ生セス例ヘハ債務履行ノ期日若クハ場所等ヲ變更スルカ如キハ原因ノ變更ニ非ス給付ノ訴ヲ確定ノ訴ニ變更シ確定ノ訴ヲ給付ノ訴ニ變更スルトキハ原因ノ變更ヲ來スカ如キモ其變更ハ原因ヲ變更

シタルニ非スシテ私權保護ノ請求權ノ發生原因ヲ變更シタルモノニシテ換言スレハ判決ニ因ル保護ヲ求ムル理由ヲ變更スルニ外ナラス故ニ訴ノ原因ヲ變更スルモノト爲スコトヲ得ス給付ノ訴ヲ創設ノ訴ニ變更シ或ハ創設ノ訴ヲ給付若クハ確定ノ訴ニ變更スル場合ト雖モ或ハ申立ノ變更ヲ來スコトアルモ其申立ノ基ク私法的法律關係ノ成立事實ニ變更ナキトキハ訴ノ原因ノ變更ト爲スコトヲ得ス

(二) 訴ハ申立ノ變更

訴ハ申立ノ變更トハ原告カ判決ヲ求ムル事項ハ申立ヲ變更スルコトヲ謂フ申立ノ變更ハ初ニ爲シタル申立ヲ廢止シテ更ニ新ナル申立ヲ爲スカ若クハ最初爲シタル申立ニ或申立ヲ附加スルカ又ハ初ニ爲シタル申立ノ範圍ヲ縮少スルカニ因テ生スルモノナリ申立ノ變更ハ當然許スヘカラサル訴ノ變更ナリト雖モ民事訴訟法第九十六條第二號及ヒ第三號ノ場合ニ該當スルトキニ限り之ヲ許ス其他ノ場合ニハ縱令訴ノ原因ニ變更ヲ生セサルトキト雖モ之ヲ許スヘキニ非ス故ニ給付ノ訴ヲ確定ノ訴ニ變更シ若

クハ創設ノ訴ニ變更シ或ハ創設若クハ確定ノ訴ヲ給付ノ訴ニ變更スル場合等ノ如キハ第九十六條第二號ノ申立ノ擴張若クハ減縮ト爲ラサル限リハ之ヲ許ササルモノトス

以上述ヘタル訴ノ變更ハ第九十六條ニ該當セサルトキハ之ヲ許スヘキニアラス訴ノ原因ノ變更ニ付テハ第一審ニ於テハ被告ノ承諾アル場合ニ限り之ヲ許ス蓋シ訴訟ハ當事者ノ私權ヲ基本トスルモノナレハ當事者カ異議ナキトキハ公益ヲ害セサル程度ニ於テノミカ變更ヲ許シタルモノトス若シ變更ヲ絕對ニ許ササルモノトセハ原告カ前ノ原因ヲ廢止シ更ニ新原因ニ基テ之カ請求ヲ主張セントスルトキハ新タニ訴提起ノ手續ヲ爲ササルヘカラサルモ當事者ニ異議ナキトキハ其手續ヲ省略シテ新原因ノ訴ニ付テ審理ヲ爲スモ敢テ公益ニ害ナキヲ以テ被告ノ承諾アル場合ニ限り之ヲ許シタルモノトス然レトモ第二審ニ於テハ申立ノ擴張若クハ減縮ニヨルハ外訴ノ變更ハ絕對ニ之ヲ許サス如何トナレハ訴ノ變更ヲ許ストキハ第一審ノ審理ヲ經サル新原因若クハ新申立ノ訴ニ付キ直チニ第二審裁判所ニ於テ之カ審理ヲ

爲スノ結果ヲ生シ審級ノ秩序ヲ紊ルニ至レハナリ(第四一)唯人事訴訟手續法ニ於テハ人ノ身分ニ關スル訴訟ナルヲ以テ身分上ノ爭議ヲ成ルヘク迅速ニ完結セントスルノ目的ヨリシテ第一審ト第二審トヲ問ハス又被告ノ承諾ノ有無ヲ論セス訴ノ原因ノ變更ヲ許スモノト爲セリ(六)人訴第八條第二條第九條第二訴ノ原因ノ變更ニ對スル被告ハ承諾ハ明示又ハ默示ニテ表示スルコトヲ得ヘシ變更セラレタル原因ノ訴ニ對シ被告カ異議ヲ述ヘスシテ本案ノ辯論ヲ爲シタルトキハ縱令明示ノ承諾ナキトキト雖モ變更ニ同意シタルモノト看做サル本案ノ辯論トハ原告ノ訴ノ訴訟物ニ關シ之カ認否ニ付テノ陳述ヲ爲スコトヲ謂フ其陳述ヲ爲シタルトキハ被告ハ訴ノ原因ニ變更アリトノ異議ヲ主張スルコトヲ得ス但訴訟ノ成立要件ニ關シテ陳述ヲ爲シタルトキハ未ダ異議ヲ述フルノ權ヲ失ハス又本案ノ辯論ヲ爲スモ訴ノ原因ニ變更アリトノ異議ヲ留保シテ辯論ヲ爲ス場合ニハ原因ノ變更ニ對シ承諾シタルモノト看做スコトヲ得サルモノトス

原告カ訴ノ原因ヲ變更セントスルトキハ被告ハ之ニ對シ異議ヲ主張シ若ク

ハ承諾スルコトヲ得ヘシ訴ノ原因ノ變更ハ有無ハ獨リ口頭辯論ニ於テハミ生スヘキ事項ニシテ被告ハ異議若クハ承諾モ亦口頭辯論ニ於テハミ生スヘキ問題ナリ原告カ訴狀ニ記載シタル訴ノ原因ト變更シタル原因ヲ主張スヘキコトヲ書面ヲ以テ提出シ且其書面カ準備書面交換ノ法則ニ依テ被告ニ送達セラレタルトキト雖モ未タ訴訟上ニ於ケル訴ノ原因ノ變更ノ問題ヲ生スヘキニアラス訴ノ原因ノ變更ハ原告カ口頭辯論ニ於テ變更シタル原因ヲ陳述シ被告カ之ニ對シテ異議若クハ承諾ヲ表スルニヨリテ始メテ生スル問題トス訴ノ原因ヲ原告カ口頭辯論ニ於テ變更シ被告カ之ニ對シテ承諾シタルトキハ其原因ノ變更アリタル訴ハ前ノ訴ト異ナリタル新ナル訴ナリ如何トナレハ訴ノ成立要素タル原因ヲ變更スルトキハ前原因ノ訴ト新原因ノ訴トハ全ク別種ノ訴トナレハナリ而シテ舊原因ノ訴ハ取下ラレタルノ效力ヲ生シ新原因ノ訴ハ民事訴訟法第二百十二條ノ規定ニ依リ口頭辯論ニ於テ原告カ之ヲ主張シタル時ヨリ權利拘束ノ效力ヲ生ス蓋シ訴ノ原因ヲ變更スル原告ノ陳述ハ前訴ヲ消滅セシメ新原因ノ訴ヲ繼續セシメントノ二個ノ意思表

示ヲ包含スルモノニシテ舊原因ノ訴ハ被告ノ承諾ニ因リテ取下ラレタルモノト爲リ新原因ノ訴ハ被告ノ同意ニ因リ口頭辯論ニ於テ提起セラレタルモノト爲ルモノナリ

原告ノ訴ノ原因ノ變更ニ對シ被告カ異議ヲ述フルトキハ如何ナル效果ヲ生スヘキヤニ付テ學說岐ル即チ左ノ如シ

第一說 原告カ訴ノ原因ヲ變更スル意思表示ヲ爲シタルトキハ前原因ハ訴ハ直チニ消滅シ新原因ハ訴ハ被告カ異議ヲ主張シタル爲メ適法ニ裁判所ニ提起セラレタルモノト爲ラズ然レトモ不適法ニ裁判所ニ繫屬スルモノナレハ裁判所ハ新原因ハ訴ヲ不適法トシテ判決ヲ以テ却下シ訴訟ハ終了スルモノトス此說ヲ主張スル者ハ訴ノ原因ニ變更アル場合ニハ前訴ハ當然消滅ストノ解釋ヲ採ルモノナリ被告カ原因ノ變更ニ對シテ承諾シタルト否トヲ問ハス原告カ原因ヲ變更スル陳述ヲ爲シタルトキハ前原因ノ訴ハ當然消滅シ新原因ノ訴ハ被告ノ異議ノ爲メニ民事訴訟法第二百十二條ニ因ル權利拘束ノ效力ヲ發生セスト言フニアリ

第二說

原告カ訴ノ原因ヲ變更スル意思表示ハ被告ノ承諾ヲ待テ前原因ハ訴ヲ消滅セシメ新原因ハ訴ヲ繫屬セシメントスル二個ノ意思表示ヲ含ム故ニ被告カ原告ハ變更ノ意思表示ニ對シ異議ヲ述ヘタルトキハ之ヲ二個ニ區別シテ其效果ヲ觀察セサルヘカラス即チ舊原因ハ訴ニ付テ被告カ本案ハ口頭辯論ヲ爲ササル以前ニ異議ヲ述ヘタルトキハ舊原因ハ訴ハ取下ニ因リテ消滅ス如何トナレハ民事訴訟法第九十八條ニヨレハ原告ハ被告ノ本案ニ付テノ口頭辯論ノ始マルマテハ被告ノ承諾ナクシテ訴ヲ取下クルコトヲ得ヘキカ故ニ原告カ舊原因ノ訴ヲ消滅セシメ即チ取下ケントノ意思表示ヲ爲シ新原因ノ訴ヲ提起セントスルノ意思表示ヲ爲シタルトキ舊原因ノ訴ニ付キ被告カ本案ノ口頭辯論ヲ始メタル以前ナルトキハ原告ハ自己ノ意思ノミニ因リ舊原因ノ訴ヲ取下クルコトヲ得レハナリ而シテ新原因ノ訴ハ被告ノ異議ノ爲メニ適法ニ裁判所ニ繫屬セサルモ不適法ニ繫屬スルヲ以テ裁判所ハ訴訟ヲ不適法トシテ判決ヲ以テ却下シ訴訟ノ全部ハ終了スルモノトス

反之被告カ舊原因ノ訴ニ付キ本案ハ口頭辯論ヲ爲シタル後原告カ訴ハ原因ヲ變更スル意思表示ヲ爲シ被告カ之ニ對シ異議ヲ述ヘタルトキハ舊原因ノ訴ハ被告ハ異議ハ爲メニ取下ノ效力ヲ生セス如何トナレハ被告カ本案ノ口頭辯論ヲ爲シタル後ハ原告ハ被告ノ承諾ナクシテ訴ノ取下ヲ爲ス得サルモノニシテ(第一九條)原告カ舊原因ノ訴ヲ消滅セシムルコト即チ取下ケントスル意思表示ニ對シ被告カ承諾ヲ表セサルノ結果ヲ來スモノナレハ舊原因ノ訴ハ消滅セス而シテ新原因ノ訴ハ被告ノ承諾ナキ爲メ適法ニ裁判所ニ繫屬セサルヲ以テ裁判所ハ新原因ノ訴ヲ判決ヲ以テ不適法トシテ却下スヘク隨テ舊原因ノ訴ハ裁判所ニ繫屬スルヲ以テ訴訟ハ舊原因ノ訴ニ付テ進行スヘキモノトス

右二說中第二說ヲ以テ正當ト信ス

原告カ訴ノ原因ヲ變更セサルニ被告カ訴ノ原因ニ變更アリト主張シ即チ訴訟ノ進行中ニ訴ノ原因ノ變更ノ有無ニ爭ヲ生シタル場合ニハ之ヲ決スルニアラサレハ訴訟ヲ進行スルコトヲ得サルモノニシテ其爭ハ民事訴訟法第二百二十七條ニ所謂中間ノ爭ナリトス故ニ其爭ヲ完結スルニハ裁判所ハ中間判決ヲ以テ訴ノ原因ニ變更ナキコトヲ宣言セサルヘカラス其中間判決ニ對シテハ不服申立ヲ許サス(第一九條)訴ノ原因ノ變更ノ有無ニ爭アリタルトキ裁判所ハ常ニ必スシモ中間判決ヲ爲スコトヲ必要トスルモノニ非ス裁判所カ便宜ト認ムルトキハ訴ノ原因ノ變更ナキ場合ニ限り本案ノ終局判決ノ理由中ニ於テ宣言ヲ爲スコトヲ得ヘシ其宣言ニ對シテモ亦不服ノ申立ヲ許サス以上述ヘタル訴ノ原因ノ變更カ許サレ舊原因ノ訴カ消滅シテ新原因ノ訴カ繫屬スル場合ニハ時トシテ裁判所ハ事物ノ管轄ニ變更ヲ及ホスコトアリ被告カ訴ノ原因ノ變更ニ同意シタルトキハ管轄ニ付テハ合意アリタルモノト看做サレ訴訟ハ其裁判所ニ適法ノ管轄權ヲ發生セシム然レトモ合意管轄ヲ許ス訴訟物ニアラサルトキハ變更シタル訴ニ付キ被告ハ裁判所ノ管轄權ノ妨訴抗辯ヲ主張スルコトヲ得ヘシ且被告カ訴ノ原因ノ變更ニ同意シタルトキト雖モ管轄ニ付テ合意ヲ爲ササルコトヲ留保シテ變更ニ同意シタル場合ニハ被告ハ管轄違ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得ヘシ

大審院ハ新訴却下ハ判決ハ中間判決ナリトシテ幾多ハ判決例アリ然レトモ
 訴ノ要素ヲ變更スルトキハ新訴ヲ成立セシムルモノナレハ之ヲ却下スル判
 決ハ終局判決ナリトスルヲ正當ト信ス
 訴ハ申立ノ變更ハ民事訴訟法第九十六條第二號第三號ニ規定セル以外ハ
 者ハ之ヲ許サス若シ申立ノ變更ニ付テ當事者間ニ争ノ生シタルトキハ亦中
 間争ナルヲ以テ中間判決ヲ以テ之ヲ裁判スヘキモノトス申立ノ變更ハ民事
 訴訟法第九十六條以外ノ場合ハ被告ノ承諾アルモ之ヲ許スヘキモノニ非
 ス若シ原告カ法律ノ規定ニ違背シテ申立ヲ變更セントスルトキハ其申立ハ
 之ヲ許ササルモノトシテ原告ノ訴ヲ却下スル終局判決ヲ爲スヘキモノトス
 其意義ハ原因ノ變更ニ關シテ述ヘタル處ト同シ民事訴訟法第九十六條ノ
 場合ヲ説明スレハ左ノ如シ

(一) 原告カ事實上又ハ法律上ハ申述ヲ補充シ又ハ更正スルコト
 事實上ノ申述ヲ補充スルトハ訴ノ原因以外ノ事實ニ付テノ陳述ヲ補充ス
 ルコトヲ謂ヒ更正スルトハ訴ノ原因以外ノ事實ニ付テ前ニ爲シタル陳述

ヲ變更スルコトヲ謂フ法律上ノ申述及ヒ更正ニ付テモ亦同一意義ナリト
 ス此等ノ補充若クハ更正ハ訴ノ原因ヲ變更セサル場合ニ限り許サルルモ
 ノトス訴ノ原因タル事實若クハ法律關係ニ變更ヲ及ホサスシテ原告ノ爲
 ス補充及ヒ更正ニ付キテハ被告ハ之ニ對シ異議ヲ主張スルコトヲ許ササ
 ルモノトス

(二) 本案又ハ附帶ハ請求ニ付キ訴ハ申立ヲ擴張シ又ハ減縮スルコト
 申立ノ擴張トハ前ニ爲シタル判決ヲ受クル事項ノ申立ノ範圍ヲ増加スル
 コトヲ謂ヒ申立ノ減縮トハ其範圍ヲ縮少スルコトヲ謂フ此等ノ擴張又ハ
 減縮ハ訴ノ原因ニ變更ヲ及ホササル場合ニ限り之ヲ許サルヘキモノニシ
 テ被告ハ之ニ對シテ異議ヲ述フルコトヲ得サルモノトス申立ノ擴張ノ效
 果ハ擴張シタル部分ノ申立ハ其申立ヲ口頭辯論ニ於テ原告カ爲シタル時
 其部分ニ付キ權利拘束ノ效力ヲ生ス(第二條一)申立ノ擴張ハ口頭辯論ニ於テ
 新ナル申立ヲ主張スルモノナレハ前ノ訴ハ一部トシテ其部分ニ付キ新ニ
 權利拘束ヲ生スルモノトス訴ハ申立ノ減縮トハ請求權ハ一部ハ拋棄又ハ

訴ハ一部ハ取下ナリ申立ノ減縮カ拋棄ト爲ルヤ取下ト爲ルヤハ原告ノ意思表示ニ因リ定マル若シ拋棄ト爲ルトキハ其部分ニ付キ被告ハ民事訴訟法第二百二十九條ニ依リ拋棄ニ基キ原告ノ請求ヲ却下スル判決ヲ求ムルコトヲ得ヘク一部ノ取下ト爲ル場合ニハ民事訴訟法第九十八條ニ依テ申立ノ減縮カ許サルヘキヤ否ヤヲ定メサルヘカラス第百九十六條ニ被告カ異議ヲ述フルヲ得ストアルカ爲メ他ノ法條ニ基ク被告ノ權利ヲ剝奪シタルモノト爲スヲ得ス

(三) 最初求メタル物ハ減盡又ハ變更ニ因リ賠償ヲ求ムルコト

此場合モ亦訴ノ原因ニ變更ナキ場合ニ限り許サルモノニシテ最初求メタルトハ訴提起ノ際ニ請求シタルモノヲ謂フ其目的物カ訴訟ノ進行中ニ減盡若クハ變更シタルトキニ限り賠償ヲ求ムルコトヲ得訴訟提起ノ當時ヨリ存在セサルモノヲ訴訟ノ中間ニ於テ賠償請求ニ變スルヲ許サス故ニ申立ノ變更ハ原告カ訴ヲ以テ主張シタル目的物カ權利拘束發生ノ當時存在スルコト及ヒ其訴訟ノ進行中ニ於テ減盡又ハ變更シタルコトノ二個ノ

條件ノ下ニ許サルヘキ申立ノ變更ナリ賠償ヲ求ムルトハ損害賠償ノ意義ナリ減盡若クハ變更ハ被告ノ責ニ歸スヘキ事實ニ因リ目的物カ消滅スルカ若クハ其體様ヲ變更シタル場合ヲ謂フ而シテ物ノ減盡又ハ變更ニ因リ當事者間ノ實體上ノ法律關係ニ消滅ヲ來スカ若クハ原告カ損害賠償ヲ求ムル權アリヤ否ヤハ一ニ私法ノ規定ニ因リ定マル唯茲ニハ賠償請求權ノ有無ヲ問題外トシテ申立ノ變更ヲ許スヘキモノナリトノ趣旨ヲ規定シタルモノニ外ナラス右ニ所謂最初求メタル物トハ有體物ノミヲ意味スルニ非ス廣ク訴訟物ヲ謂フモノナレハ法律關係成立ノ確定ヲ求ムル訴ニ於テモ其訴訟物ハ減盡若クハ變更ニ依リ賠償ヲ請求スルコトヲ得ルモノトス

右ニ述ヘタル三個ノ事項ハ訴ノ原因ニ變更ナキトキニ限り許サルヘキモノニシテ且此等ノ事項モ亦總テ口頭辯論ニ於テ生スヘキ問題ナリトス

以上述ヘタル三個ノ事項ハ權利拘束ノ效力ノ主ナルモノナリ其他訴訟法上ニ於ケル權利拘束ノ效力トシテハ反訴ノ裁判籍カ構成セラルルコト及ヒ第三者カ訴訟ノ參加ヲ爲シ得ルコト是ナリ

第二編 權利保護ノ條件及訴訟成立要件 第二章 訴訟成立要件 第三節 權利拘束

於テハ權利拘束カ發生シタル後其訴訟ノ目的ト爲リタル物若クハ權利ヲ原告及ヒ被告カ他人ニ讓渡シタル後ト雖モ其訴訟ノ判決ノ效力ハ讓受人即チ特定承繼人ニ對シテ確定ノ效力ヲ及ホスモノトスルノ規定ヲ設ケタリ此規定ノ趣旨ハ判決ノ效力ハ訴訟當事者ニ限り及ホスヘキモノナルコトヲ原則トセルヲ以テ若シ斯カル規定ナキトキハ權利拘束ノ發生後其消滅前ニ當事者ノ一方カ其訴訟ノ目的物ヲ他人ニ讓渡シタルトキハ其訴訟ニ於テ勝訴ノ判決ヲ受ケタル當事者ト雖モ其判決ヲ執行スルヲ得サルニ至ルモノナリ故ニ訴訟物ノ權利拘束ヲ生シタル後ハ訴訟物ノ特定承繼人ニ對シテモ縱令其特定承繼人カ訴訟當事者ト爲ラサルトキト雖モ尙ホ判決ノ效力ヲ及ホスモノト爲ササレハ二重ニ訴訟ヲ爲スノ必要ヲ生スルノミナラス訴訟ノ被告カ惡意ヲ以テ目的物ヲ他人ニ讓渡スルトキハ原告ノ權利救済ニ困難ヲ生スル場合アルヘシ是ヲ以テ獨逸法ハ此規定ヲ設ケタリト雖モ現行法ニハ斯カル規定ニキテ以テ訴訟物ノ特定承繼人ニ對シテハ別訴訟ヲ以テ訴ヲ起シ判決ヲ受クルニアラサレハ其目的物ニ付テ權利ノ保護ヲ全フスル能ハサルモノトス(國民訴訟法二六五條)

第三款 權利拘束ノ消滅

權利拘束ノ消滅スル場合左ノ如シ
 第一 判決ハ確定

判決ノ確定力ニハ實體的ト形式的トアリ判決カ上訴ニ因リテ不服ヲ申立ツルコトヲ得サル效力ヲ形式的確定力ト謂フ權利拘束ノ消滅トシテハ判決カ形式的確定力ヲ生シタルコトヲ要ス判決カ確定スルトキハ其訴訟ハ全ク其裁判所ヲ離脱シ訴訟關係ノ消滅ヲ來スモノトス然レトモ總テノ判決ハ確定力ヲ生スルモノニ非ス判決ニハ終局判決ト中間判決トノ二種アリ終局判決トハ訴訟ヲ其審級ニ於テ終了スルコトヲ目的トスル判決ニシテ中間判決トハ訴訟ノ進行中ニ於テ生シタル中間ノ爭點ニ付キ爲ス判決ヲ謂フ中間判決ハ例外ノ場合ヲ除ク外確定力ヲ生セサルヲ原則トス終局判決ハ上訴期間ノ經過ニ因テ確定力ヲ生ス而シテ中間判決ハ總テ權利拘束ノ消滅原因ヲ構成スルモノニ非ス終局判決ハ原則トシテ其確定ニ因リ權利拘束ヲ消滅スルモ次ニ述フル判決ハ訴訟ノ終了ヲ目的トスル判決ニアラサルヲ以テ確定力ヲ

生スルモ權利拘束ヲ消滅スル效力ヲ生セス

(一) 第一審裁判所カ事物ノ管轄違ナリトシテ訴ハ却下ヲ言渡ス場合ニ於テ爲ス移送判決(第九條) 此判決ハ其審級ニ於テ訴訟ヲ完結スルモノナレハ終局判決ナリト雖モ其判決ノ確定ニ因リテ訴訟ハ他ノ第一審裁判所ニ繫屬スルノ效果ヲ生スルモノナレハ訴訟物ノ權利拘束ハ移送ヲ受ケタル裁判所ニ移轉シテ存在ス故ニ移送判決ハ權利拘束ノ消滅原因ト爲ラス

(二) 控訴審ニ於テ言渡ス差戻判決(第四二二條) 差戻判決ハ其訴訟ヲ控訴審ニ於テ終結スルコトヲ目的トスルモノナレハ終局判決ナリ然レトモ訴訟ヲ第一審裁判所ニ差戻スモノナルカ故ニ差戻判決ノ確定ニ因リ訴訟ハ第一審裁判所ニ繫屬シテ權利拘束ヲ消滅スルモノニ非ス

(三) 上告審ニ於テ言渡ス差戻又ハ移送判決(第四四條) 上告裁判所ノ判決ハ不服申立ノ途ナキヲ以テ言渡ニ因リテ確定スルモノナリ而シテ上告裁判所カ差戻又ハ移送ノ判決ヲ爲スモ其判決ハ上告審ニ於ケル訴訟ノ終了ヲ目的トシテ宣言スルモノナレハ終局判決ナルコト明ナルモ差戻若クハ移送

ノ判決アルトキハ其訴訟ハ差戻ヲ受ケタル裁判所若クハ移送ヲ受ケタル裁判所ニ繫屬スルモノナレハ訴訟物ノ權利拘束ハ其判決ニ因リ消滅セス以上述ヘタル三個ノ判決ハ共ニ終局判決ナリト雖モ訴訟ノ終了ヲ目的トスルモノニアラサレハ其判決ノ確定ニ因リテ權利拘束モ消滅セス其他ノ終局判決ハ確定スルトキハ總テ權利拘束ヲ消滅スルモノトス中間判決中妨訴抗辯棄却ノ判決(第七條) 請求ノ原因ヲ正當ナリトスル判決(第八條) 控訴裁判所カ權利ノ行使ヲ留保スル判決(第四九條) 四個ハ上訴若クハ強制執行ニ關シテ終局判決ト看做サルト雖モ是レ唯上訴ト強制執行トノミニ關スルモノナレハ此等ノ判決カ確定スルモ權利拘束ヲ消滅スルモノニ非ス

第二 請求ハ拋棄及ヒ認諾

請求ハ拋棄及ヒ認諾アリタルトキハ權利拘束ハ消滅スルヤ否ヤハ之ヲ關係的ニ論決セサルヘカラス(第九條) 原告カ請求ヲ拋棄シ又ハ被告カ原告ノ請求ヲ認諾シタルトキ其相手方カ直チニ拋棄若クハ認諾ニ基ク判決ヲ求ムル旨

第二編 權利保護ノ條件及訴訟成立要件 第二章 訴訟成立要件 第三節 權利拘束

ノ申立ヲ爲ササルトキハ拋棄若クハ認諾ニ因テ訴訟物ノ權利拘束ヲ消滅ス
 若シ拋棄若クハ認諾ニ基ク判決ヲ求ムル申立アリタルトキハ裁判所ハ判決
 ヲ爲スヘキヲ以テ其判決ノ確定ニ因テ權利拘束ノ效力ヲ消滅ス故ニ拋棄若
 クハ認諾ニ基キ判決ヲ求ムル申立アリタルヤ否ヤニ因テ權利拘束ノ消滅時
 期ヲ異ニスルモノトス民事訴訟法第七十二條第二項ニ依レハ請求ノ拋棄若
 クハ認諾ヲ爲シタル者ハ敗訴ノ當事者ニ同シト規定シ第八十四條第二項ニ
 依レハ第七十二條第二項ノ場合ヲ除キ執行シ得ヘキ判決ニ因ルニアラサレ
 ハ訴訟費用ノ數額ヲ確定スルコトヲ求ムルヲ得サルヲ原則トシ即チ第七十
 二條第二項ノ場合ニハ執行シ得ヘキ判決ヲ必要トセストノ規定アルヲ以テ
 拋棄若クハ認諾アリタルトキハ判決ナクシテ訴訟關係ノ終了スルコトアル
 ヲ法律カ認メタルモノト解スルヲ得ヘシ故ニ拋棄認諾ノ場合ニハ關係的ニ
 權利拘束ヲ消滅スルモノナリト言フ所以ナリ

第三 期間ハ懈怠

期間ノ懈怠トハ當事者カ法定ノ期間内ニ爲スヘキ行爲ヲ爲ササリシコトヲ

謂フ其懈怠ニ因リテ訴訟物ノ權利拘束ヲ消滅スル場合アリ即チ判決ヲ爲ス
 ニ當リ主タル請求若クハ附帶請求又ハ訴訟費用ノ裁判ヲ脱漏シタル場合ニ
 於テ當事者カ一定ノ期間内即チ判決ノ言渡後直チニ追加裁判ノ申立ヲ爲ス
 カ若クハ判決正本ノ送達ヨリ起算シテ七日ノ期間内ニ追加裁判ヲ求ムル申
 立ヲ爲ササルトキハ其裁判ヲ脱漏シタル部分ノ訴訟物ニ付テハ權利拘束ハ
 消滅ス(第二四條)又督促手續ニ於テ法定ノ期間内ニ故障ノ申立ヲ爲サス若クハ
 支拂命令ニ對シ債務者カ異議ノ申立ヲ爲シ其支拂命令ノ訴訟物カ地方裁判
 所ノ管轄ニ屬スル場合ニ於テハ債務者カ一ヶ月ノ期間内ニ管轄地方裁判所
 ニ訴ヲ起ササリシトキハ支拂命令ノ送達ニ因リテ生シタル訴訟物ノ權利拘
 束ヲ消滅ス(第三九四條)
 第四 訴ハ取下(第一九條)故障又ハ上訴ノ取下及ヒ拋棄(第二六四條第三九)
 第五 和解(第二二條)

第四節 訴訟成立要件ノ欠缺

第二編 權利保護ノ條件及訴訟成立要件 第二章 訴訟成立要件
 第四節 訴訟成立要件ノ欠缺

訴訟ノ成立要件ニ缺クル所アレハ訴ハ外觀上裁判所ニ繫屬シ訴訟關係ヲ發生シタルカ如クナリト雖モ是レ單ニ形式上訴カ繫屬スルニ止マリ適法ニ訴訟關係ヲ發生スルモノニ非ス故ニ裁判所ハ訴訟ノ本案ニ付テ審理裁判ヲ爲スヲ得ス裁判所ハ訴訟關係ヲ發生セサルモノトシ原告ノ訴ヲ不適法トシテ判決ヲ以テ却下スヘキモノトス訴訟ノ成立要件ニハ前ニ述ヘタル如ク絶對的ノモノト關係的ノモノトアリ絶對的ノモノハ裁判所カ職權ヲ以テ之ヲ調査シ欠缺アルトキハ本案ニ付テノ審理裁判ヲ爲サスシテ不適法トシテ之ヲ却下シ關係的ノモノハ相手方ヨリ其欠缺ヲ主張シタル場合ニ始メテ裁判所カ之ヲ審理シ若シ缺クル所アレハ其訴訟關係モ亦不成立トシテ原告ノ訴ヲ却下スヘキモノナリ被告ノ提出スルコトヲ得ル妨訴抗辯ニ屬スル訴訟要件ノ欠缺アルトキハ被告ハ其要件ノ欠缺ヲ主張シテ本案ノ辯論ヲ拒ムコトヲ得ルモノナリ本案ノ辯論ヲ拒ミタルトキハ裁判所ハ其抗辯ニ付テ特ニ判決ヲ爲スヘク妨訴抗辯棄却ノ判決ヲ爲ス迄ハ裁判所ハ本案ノ審理ヲ爲スコトヲ得サルモノトス要スルニ訴訟要件ノ欠缺ハ判決ニ及ホス效力ト辯論ニ及ホス效力トハ二個ニ區別スルコトヲ得ヘシ判決ニ及ホス效力トハ訴訟要件ノ欠缺ノ結果裁判所カ本案ノ判決ヲ爲スヲ得サルノ效果ヲ謂ヒ辯論ニ及ホス效力トハ妨訴抗辯ニ關スル規定ニ依リ被告カ本案ノ辯論ヲ拒ムコトヲ得ルコト是ナリ妨訴抗辯以外ノ訴訟成立要件ノ欠缺ハ被告ハ本案ノ辯論ヲ拒ムコトヲ得ス裁判所カ民事訴訟法第一百八條ノ規定ニ依リテ特ニ訴訟要件ニ付キ辯論ノ分離ヲ命シタル場合ニ限り本案ノ辯論ヲ進行セサルノ結果ヲ生スルモノニシテ然ラサル場合ニハ當事者ハ訴訟要件ノ欠缺ヲ主張シテ本案ノ辯論ヲ爲スコトヲ拒ムヲ得サルモノトス

第三章 訴ノ併合

訴ハ併合トハ數個ハ訴ヲ一ハ訴訟手續ニ併合スルコトヲ謂フ即チ訴ハ提起ハ際ニ爲ス併合ト訴訟ノ進行中ニ爲ス併合トハ區別アリ又當事者ノ爲ス訴ハ併合ト裁判所ノ爲ス訴ハ併合トアリ提起ノ際ニ爲ス訴ノ併合ハ原告ノ爲ス訴ノ併合ニシテ訴訟ノ進行中ニ爲ス訴ノ併合ハ被告ノ爲スモノト原告ノ爲スモノト裁判所ノ爲スモノトアリ提起ノ際爲ス併合ハ共同訴訟及ヒ民事訴訟法

第九十一條ノ訴ノ併合及ヒ主參加ナリ訴訟ノ進行中ニ爲ス訴ノ併合ハ反訴先決的確定ノ訴原告ノ爲ス申立ノ擴張裁判所カ民事訴訟法第二百十條ニ依リテ辯論ノ併合ヲ爲ス場合はナリ訴ノ變更モ新訴ト舊訴ト併立スル場合ニハ一種ノ訴ノ併合ナリトス右ノ如ク訴ノ併合ニ數種アリト雖モ訴ノ變更申立ノ擴張ニ付キテハ已ニ説述セシ處ニシテ第二百十條ノ併合ハ口頭辯論ノ章ニ説述スヘク本章ニ述フルハ右以外ノ訴ノ併合ナリトス
民事訴訟法カ訴ノ併合ヲ認メタル理由ハ訴訟手續ハ省略及ヒ時間費用ヲ節減シ且裁判ハ抵觸ヲ避クルニ在リ蓋シ同種類ノ私法關係ニ付キ各別ニ訴訟ヲ爲ストキハ訴訟手續ヲ繁雜ニシ爲メニ費用及ヒ時間ヲ要シ或ハ同一事項ニ付キ法律ノ解釋適用ヲ異ニスル不利益アルノミナラス國家經濟上ヨリ觀察スルモ利益ナク却テ一國ノ法律ノ解釋適用ヲ區々ニスルノ弊害アリ如何トナレハ常ニ各別ノ訴訟ヲ爲スヘキモノトセハ各別ニ辯論證據調等ヲ爲ササルヘカラサルモ訴ノ併合ヲ許ストキハ同一訴訟手續ニ於テ同時ニ此等ノ訴訟行爲ヲ爲スヲ得ルノ便宜アリ且各別ニ訴訟ヲ爲ストキハ當事者カーノ訴訟手續ニ於テ提

出セル訴訟資料ヲ他ノ手續ニ於テ提出セサルコトアリ裁判所ノ判斷モ區々ニ互ルコトナキニ非サルヲ以テ訴ノ併合ヲ許ストキハ訴訟資料カ一致スルノミナラス裁判所ノ判斷モ亦一途ニ出ツヘキヲ以テナリ加之私法關係中ニハ多數當事者ノ債權關係ノ如キ或ハ共有ノ如キ或ハ人事ニ關スル訴訟ノ如キ多數ノ當事者ヲ以テ民事訴訟ノ當事者ト爲スニ非サレハ私權保護ノ目的ヲ達スルコト能ハサルモノアリ故ニ獨逸民事訴訟法竝ニ我現行法モ訴ノ併合ヲ認メタルモノトス

第一節 主觀的訴ノ併合

主觀的訴ノ併合ハ共同訴訟ナリ共同訴訟トハ二人以上ハ當事者カ原告若クハ被告トシテ爲ス訴訟ヲ謂フ一人若クハ數人ノ原告カ數人若クハ一人ヲ被告トシテ訴フル訴訟ヲ謂フ訴提起ノ際ニ原告ノ爲ス訴訟當事者ノ併合ニシテ訴訟進行中ニ於テハ之ヲ許サス蓋シ訴訟手續ノ煩雜ヲ來タスヲ以テナリ
共同訴訟ヲ爲スヤ否ヤハ當事者カ訴ヲ提起スル際ニ定ムヘキモノナレハ原告

第二編 權利保護ノ條件及訴訟成立要件 第三章 訴ノ併合
第一節 主觀的訴ノ併合

共同訴訟
一人他者仍舊
共同訴訟
共同訴訟

ノ意思ニ因テ定マルモノトス而シテ共同訴訟ヲ爲スニ付テハ一定ノ要件ヲ具
備セサル可ラス其要件ニハ形式的ノモノト實體的ノモノトアリ即チ左ノ如シ

第一 形式的要件

(一) 受訴裁判所カ其訴訟事件ニ付キ事物及ヒ土地ハ管轄權ヲ有スルコトヲ
要ス 共同訴訟ノ被告カ數人アルトキハ受訴裁判所ハ其數人ノ被告ニ對
シ事物及ヒ土地ノ管轄權ヲ有セサルヘカラス若シ被告ノ一人ニ付キ土地
管轄權アリテ他ノ者ニ對シテハ管轄權ナキトキハ共同訴訟ヲ許サズ獨逸
法ニハ數人ヲ共同被告トシテ訴ヲ提起スルニ當リ各被告ニ對シ共通ナル
裁判籍ナキトキハ直近上級裁判所ニ管轄指定ヲ申請スヘキモノトセリ我
現行法ニハ斯ル規定ナキヲ以テ或說ニハ被告ノ一人ノ裁判籍アル裁判所
ニ對シ共同訴訟ヲ提起スルコトヲ得ヘク裁判所ノ管轄ハ第二十五條ニ因
リ原告ノ選擇ニ屬スルヲ以テ數個ノ裁判所中ニ付キ之ヲ選擇スルヲ得ヘ
シト云フト雖モ第二十五條ニ所謂選擇トハ管轄權アル裁判所ノ中ニ付キ
之ヲ許シタルモノト解スヘク管轄權アルモノト無キモノトノ間ニ選擇ヲ

許スヘキ理由ナシ故ニ管轄ノ規定ヲ嚴格ニ解スルトキハ共同訴訟ヲ許ス
場合ハ極メテ狭キモ法律ノ不備ヨリ生スル結果ナレハ之ヲ補ハンカ爲メ
ニ曲解スルヲ許サス或說ニハ數人ノ共同被告ニ對シ一人ニ管轄權ナキト
キト雖モ明治六年太政官達第二四七號訴答文例實施以來共同被告ト爲ス
コトヲ認メラレタル慣習法ニ因リ管轄權存在スト爲ス者アリト雖モ慣習
法ハ法律ノ明文ナキ場合ニ認メラルモノニシテ管轄ニ關スル法律ノ規
定存スル以上ハ慣習法ハ效力ヲ失フモノト爲ササルヘカラス民事訴訟法
ニ因リ訴答文例實施當時ノ慣習法ハ消滅シタルモノナレハ前說ニ贊スル
能ハス但現今大審院ノ判決例其他各裁判所ノ實例ハ共同被告トシテ訴フ
ルコトヲ許セリ

管轄權アル訴ト管轄權ナキ訴トヲ併合シテ提起シタルトキハ裁判所ハ各
訴ノ辯論ヲ分離シ第一條管轄權アル訴ノミヲ繼續進行シ管轄權ナキ訴ハ
判決ヲ以テ不適法トシテ却下スヘキモノトス

(二) 併合スヘキ訴ハ同一種類ノ訴訟手續ニ依ルコトヲ要ス 一人若クハ數

人ノ原告カ數人若クハ一人ノ被告ニ對シテ訴ヲ起ス場合ニ於テ或者ニ對シテハ證書訴訟手續ニ依リ他ノ者ニ對シテハ通常訴訟手續ニ依ルコトヲ許サス必ス各當事者ニ對シテ證書訴訟手續ニ依リ又ハ通常訴訟手續ニ依リテ訴ヲ提起セサルヘカラス若シ一人ニ對シテハ證書訴訟手續ニ依リ他ノ者ニ對シテハ通常訴訟手續ニ依リテ訴ヲ提起シタル場合ニハ裁判所ハ其訴訟ノ辯論ヲ分離シ別個ノ訴トシテ處理スヘキモノナリ然レトモ其各訴ニ付キ原告ノ選ヒタル特別訴訟手續ヲ許ササルトキハ其訴ハ總テ之ヲ却下スルコトヲ得ルモノトス

第二 實體的要件

共同訴訟ハ各共同訴訟人ニ對シ時間勞力費用ヲ節減シ且裁判ノ抵觸ヲ避クルコトヲ目的トスルモノナレハ各共同訴訟人間ニ存スル各訴訟物カ法律上互ニ或關係ヲ有スルコトヲ必要トス然ラサレハ同一訴訟手續ヲ以テ訴訟ヲ爲スノ便宜ナキノミナラス裁判ノ抵觸ヲ生スル虞ナキヲ以テナリ故ニ法律ハ共同訴訟ニ付キ實體的要件ヲ規定ス實體的要件トシテハ左ノ場合ノ一ニ

該當スルコトヲ要ス(第四條)

- (一) 訴訟物カ數人ニ共通ナルトキ即チ數人カ訴訟物ニ付キ共同權利者若クハ共同義務者ノ地位ニ立ツトキ
 訴訟物カ數人ニ共通ナル場合ノ如何ハ實體法ニ因テ定マル例ヘハ數人ノ共有者カ共同原告トシテ第三者ニ對シテ共有權ノ侵害ヲ排斥スル訴ヲ起ス場合ノ如キ又ハ數人ノ被告カ不可分債務者連帶債務者トシテ訴ヲ受クル場合ノ如キ是ナリ
- (二) 訴訟物カ事實上及ヒ法律上同一ハ原因ニ基クトキ
 例ヘハ一人ノ原告ヨリ數人ノ被告ニ對シ不法行為ニ基ク損害賠償ヲ請求スル場合ノ如キ又ハ數人ノ共同請負人ヨリ注文者ニ對シ代金ノ支拂ヲ請求スル場合ノ如キ訴訟物ノ共同權利者若クハ共同義務者タルコトヲ必要トスルニ非スシテ請求權ノ發生カ同一事實ニ基キ且同一法律ノ規定ニ基クコトヲ必要トスルモノナリ
- (三) 性質ニ於テ同種類ナル事實上及ヒ法律上ハ原因ニ基ク同種類ハ請求又

ハ義務カ訴訟物ナルトキ

訴訟物ニ付キ共同權利者若クハ共同義務者タルコトヲ要セス又請求權ノ發生カ事實上及ヒ法律上同一ナル原因ニ基クコトヲ要セス唯訴訟物カ事實上及ヒ法律上同種類ノ原因ニ基キ且其目的物カ同種類ノモノタルコトヲ以テ足レリトス例ヘハ約束手形ノ振出人ト償還義務者トヲ被告トシテ訴フル場合ノ如キ保險會社カ別個ノ契約ヲ以テ取結ヒタル多數ノ被保險者ヲ相手方トシテ同種類ノ保險契約ニ基キ訴ヲ起ス場合ノ如キ又ハ別個ニ取結ヒタル同種類ノ物ノ貸借契約ニ基キ貸借人カ多數ノ貸借人ヲ被告トシテ貸貸料ノ支拂ヲ求ムル場合ノ如キ是ナリ

以上ノ一ニ該當スルトキニ限リ共同訴訟ヲ許ス若シ訴訟物ニ付キ右ノ要件ヲ缺クヘキハ原告ノ總テノ訴ヲ不適法トシテ却下スヘキモノニ非ス裁判所ハ第一百八條ニ從ヒ職權ヲ以テ辯論ヲ分離ヲ命シ各訴訟物ニ付キ各別ノ訴訟手續ニ依リ審理スヘキモノナリ但辯論ヲ分離スルモ尙ホ訴訟カ不適法ナルトキハ總テノ訴ヲ却下セサルヘカラス

第三 共同訴訟ノ效力

共同訴訟カ許スヘキモノナルトキハ訴訟手續ハ單一ニ進行シ訴訟ノ辯論裁判ハ同一手續ニ依テ爲サルヲ原則トス然レトモ共同訴訟ハ數個ノ訴カ合シテ一ノ訴ト爲ルニ非ス數個ノ訴カ一訴訟ニ併合セララルニ過キス訴ハ數個ニシテ各當事者間ニ各別ニ訴訟關係ヲ發生スルモノナリ故ニ前ノ要件ニ付テ説述セル如ク要件ヲ缺キタル共同訴訟ハ總テノ訴ヲ不適法トシテ却下スヘキニ非ス辯論ヲ分離シ一ハ却下シ一ハ進行スヘキモノト爲ル所以ナリ而シテ裁判所ハ適法ナル共同訴訟ト雖モ辯論進行ノ程度如何ニ因リ何時ニテモ各當事者ニ對スル辯論ノ分離ヲ命シ各別ニ裁判ヲ爲スコトヲ得ルモノトス而シテ辯論ヲ分離セス同一手續ニ依リテ辯論裁判ヲ爲ス場合ニ於テモ共同訴訟人間ノ訴訟上ノ關係ハ變更スルモノニ非ス即チ共同訴訟ハ數個ノ訴ヲ一ノ訴訟手續ニ併合シタルニ過キサルヲ以テ併合ノ結果共同訴訟人ノ一人ノ訴訟行為カ他ノ共同訴訟人ニ關係ヲ及ホスヘキモノニ非ス故ニ各共同訴訟人ハ其資格ニ於テハ各自獨立シテ相手方ニ對立シ其一人ノ訴訟行為

及ヒ懈怠又ハ相手方ヨリ其一人ニ對スル訴訟行爲及ヒ懈怠ハ他ノ共同訴訟人ニ利害ノ關係ヲ及ホスモノニ非ス(第四條)即チ數人カ共同シテ原告若クハ被告ト爲ルモ恰モ獨立シテ訴訟ヲ爲ストキト同シク各共同訴訟人ノ一人ノ行爲若クハ不行爲其他ノ事情ハ他ノ者ニ其效力ヲ及ホスモノニ非ス即チ各共同訴訟人ニ付キ訴訟成立要件ノ存否訴訟手續ノ中斷中止休止其他各種ノ期間ノ進行等各別ニ之ヲ定ムヘキモノトス隨テ判決セ亦各共同訴訟人ニ付キ差異ヲ生スルコトアリ即チ共同訴訟人ノ一人ニ對シテハ敗訴ヲ言渡シ他ノ者ニ對シテハ勝訴ヲ言渡スコトアルモノトス

以上ハ普通ノ共同訴訟ニ付テノ說明ナリ然レトモ訴訟ノ目的タル法律關係ノ性質ニ因リテ各當事者ニ對シ同一趣旨ノ判決ヲ爲スニ非サレハ訴訟ノ目的ヲ達スルコトヲ得サル場合アリ於是乎民事訴訟法ハ第五十條ニ於テ斯ル共同訴訟ニ付キ適用スヘキ規定ヲ設ク即チ訴訟ニ係ル法律關係ハ各共同訴訟人ニ對シ合一ニハミ確定スヘキ場合ハ共同訴訟是ナリ合一ニハミ確定スルトハ訴訟物タル法律關係カ法律上同一ニ歸スルコトヲ謂フ學者之ヲ必要的共同訴訟若

クハ不可分の共同訴訟ト稱ス斯カル共同訴訟ヲ認メタル立法上ノ理由ハ私法上ノ法律關係カ多數ノ當事者ニ對シテ常ニ同一狀態ヲ保タシムル必要アル場合アリ例ヘハ共有者ノ各人ニ對シ共有權ノ存否ヲ定ムル訴ノ如キ或ハ多數ノ當事者ニ對シテ不可分債務ノ履行ヲ求ムル訴ノ如キ是ナリ斯ル私法關係ニ付キ訴訟法上各當事者ニ對シ別個ノ關係ヲ來タスヘキ判決ヲ爲ストキハ私法ニ於テ法律關係ノ一途ニ歸スルコトヲ認メタル立法ノ趣旨ニ反スルヲ以テ常ニ各當事者ニ對シ同一趣旨ノ判決ヲ爲スコトヲ得セシメサルヘカラス故ニ訴訟法ハ斯カル訴訟ニ付テハ各當事者ヲ共同原告若クハ共同被告タラシムルコトヲ必要トシ訴訟ニ付キ同時ニ辯論裁判ヲ爲スコトヲ強制シ訴訟ハ結果ヲ同一ニ歸セシムル必要アリトス而シテ訴訟ノ結果ヲ同一ニ歸セシムルニハ訴訟行爲ノ效果モ亦共同訴訟人ニ對シ同一ニ歸セシメサルヘカラス如何トナレハ多數當事者ニ對シ常ニ訴訟ハ同一狀態ヲ保タシムルニアラサレハ訴訟ノ結果モ差異ヲ生スヘキモノナレハナリ訴訟行爲ノ效果ヲ各共同訴訟人ニ對シ同一ニ歸セシムルニハ即チ一人ノ訴訟行爲ノ效果ヲ當事者全員ニ對シテ及ホサシム

第二編 權利保護ノ條件及訴訟成立要件 第三章 訴ノ併合 第一節 主觀的訴ノ併合

ルニ在リ、換言スレハ、或訴訟行為ヲ、全員ニ對シテ、有效ト爲スカ、若クハ無効ト爲スカ、二者其一ニ出テサルヘカラス、此趣旨ニ基キ、第五十條ノ規定ヲ設ケタルモ、ハトス、即チ共同訴訟人ニ對シテ訴訟ニ係ル法律關係カ合一ニノミ確定スヘキ場合ニ限リ、其一人ノ爲シタル訴訟行為ノ效果ハ或程度ニ於テ他ノ共同訴訟人ニ對シテ效力ヲ及ホスヘキモノトセリ、如何ナル訴訟カ各共同訴訟人ニ對シテ合一ニ確定スヘキモノナルヤハ、訴訟物タル法律關係ニ因リテ定マル故ニ、民事訴訟法若クハ其他ノ法律ニ於テ共同訴訟ヲ必要トシタル場合ハ、常ニ訴訟ニ係ル法律關係カ合一ニハミ確定スヘキ必要共同訴訟ナリト解スヘカラス、法律カ共同訴訟ヲ必要トスル場合ニシテ合一ニ確定セサルモノアリトス

民事訴訟法第五十條ニ依レハ、必要共同訴訟ニ付キ共同訴訟人中ノ或者ノ攻撃若クハ防禦ノ方法ハ他ノ共同訴訟人ニ對シテ利益ニ於テ效力ヲ生セシメ共同訴訟人中ノ或者カ爭ヒ又ハ認諾セサル場合ニモ總テノ共同訴訟人カ爭ヒ又ハ認諾セサルモノト看做シ、期間ノ懈怠ニ付テモ懈怠シタル者ハ懈怠セザリシ者ニ代理ヲ任シタルモノト看做ス、共同訴訟人中ノ一人ノ訴訟行為ニ斯ル效

果ヲ生セシムルハ法律ハ擬制ナリヤ、將タ、反射效力ナリヤ、ニ付テハ學說岐ル、擬制説ニ依レハ一人ノ行為カ他人ニ對シテ效力ヲ及ホスハ即チ假定的ニ行為ヲ爲サザリシ者若クハ懈怠シタル者ニ對シテ法律カ或行為ヲ爲シ若クハ懈怠セザリシ者ト看做シタルニ外ナラスト言フニ在リ、又反射説ニ依レハ一人ノ行為若クハ不行爲ハ共同訴訟人全員ニ對シテ效力ヲ生セシムルモノナリ、法ノ擬制ニ因テ效力ヲ認メラルルニ非ス、法律ノ規定ヨリ當然一人ノ行為不行爲ヲ全員ニ及ホスニ在リト言ヘリ、然レトモ民事訴訟法第五十條ノ各場合ニ付キ一様ニ論スルコト能ハス、即チ懈怠ノ場合ニ於ケル代理ヲ法律カ認メタルハ、反射效力ニアラスシテ、法律ハ規定ニ依リ代理關係ヲ生セシメタルモノナリ、各共同訴訟人ハ懈怠ナカリシ場合ニ於ケル行為若クハ不行爲ハ效果ヲ全員ニ及ホスハ法律ハ擬制ニ非スシテ、反射效力ナリ、故ニ第五十條ノ各場合ヲ總テ反射效力ナリ若クハ法ノ擬制ナリトスルハ正當ナラス、左ニ各場合ヲ區別シテ説明スヘシ

第一 共同訴訟人中ノ一人ハ攻撃若クハ防禦ノ方法並ニ證據方法ハ總テハ共同訴訟人ハ利益ニ於テ效力ヲ生ス(第五〇條二項)

第二編 權利保護ノ條件及訴訟成立要件 第三章 訴ノ併合
第一節 主觀的訴ノ併合

共同訴訟人中ノ一人カ提出シタル攻撃若クハ防禦ノ方法ニシテ共同訴訟人ノ全員ニ對シ利益ト爲ル場合ニハ共同訴訟人ノ全員ヨリ之ヲ提出シタルモノト看做サレ不利益ト爲ル場合ニハ其一人ニ對シテノミ提出ノ效力ヲ生シ他ノ者ニ其效力ヲ及ホスコトナシ又共同訴訟人中ノ一人カ利益ナル攻撃若クハ防禦ノ方法ヲ提出シタル場合ニハ其不利益ナルモノハ提出セサリシモノト看做サレ其利益ナルモノヲ全員カ提出シタルモノト看做スニ在リ茲ニ利益若クハ不利益ト言フハ訴訟進行ノ程度ニ因リ之ヲ定ムヘキモノナリ即チ獨リ口頭辯論終結ノ状態ニ於テ利益ナリヤ不利益ナリヤヲ判斷スルニ止マラス口頭辯論ノ進行中若クハ上訴審ニ於テモ訴訟進行ノ程度ニ於テ利益不利益ヲ定メ判決ヲ爲ス際ニハ其判決ヲ爲ス状態ニ於テ利益不利益ノ如何ヲ定ムヘキモノトス

第二 共同訴訟人中ハ二人カ争ヒ又ハ認諾セサルトキハ他ノ共同訴訟人モ亦争ヒ若クハ認諾セサルモハト看做ス(第五項)

共同訴訟人ノ一人カ相手方ノ主張ヲ争ヒタルトキハ他ノ共同訴訟人カ争ハ

サルモ總テノ共同訴訟人カ争ヒタルモノト看做ス例ヘハ民事訴訟法第百十一條ニ明カニ争ハサル事實ハ原告若クハ被告ノ他ノ陳述ヨリ争ハントスル意思カ顯レサルトキハ自白シタルモノト看做ストアリ故ニ相手方カ或事實ヲ陳述シ之ニ對シテ共同訴訟人中ノ一人カ何等ノ陳述ヲ爲ササルモ他ノ一人カ争ヒタルトキハ總テノ共同訴訟人カ争ヒタルモノト看做サル明示ノ自白書證ノ認否等總テ然リトス又共同訴訟人中ノ一人カ義務ノ認諾ヲ爲ササルトキハ他ノ總テノ共同訴訟人カ認諾スルモ認諾ノ效力ヲ生セス

第三 共同訴訟人中ハ或人ハミカ期日又ハ期間ヲ懈怠シタルトキハ其懈怠者ハ懈怠セサル者ニ代理ヲ任シタルモハト看做ス(第五項)

即チ代理關係ヲ認メタルモノニシテ獨逸民事訴訟法(第六二條)ニ於テハ必要的共同訴訟ニ關シテ唯此規定ノミヲ存ス此規定ヨリ左ノ結果ヲ生ス

(一) 期日ヲ懈怠スルトハ期日ニ爲スヘキ行為ヲ爲ササリシコトヲ謂フ故ニ口頭辯論期日ニ一人ノ共同訴訟人出頭シ他ノ共同訴訟人出頭セサルトキハ出頭者ハ出頭セサル者ヲ代理シタリト看做シ辯論及ヒ裁判ヲ爲スヘキ

第二編 權利保護ノ條件及訴訟成立要件 第三章 訴ノ併合 第一節 主觀的訴ノ併合 二九七

モノナリ隨テ關席者ニ對シ關席判決ヲ爲スコトヲ得ス出頭シタル共同訴訟人ト相手方トノ間ニ辯論ヲ爲サシメ其辯論ヲ基礎トシテ判決ヲ爲スカ故ニ其判決ハ關席セル共同訴訟人ニ對シテモ效力ヲ及ホス又訴訟費用ノ負擔ニ付テモ出頭者ノミナラス關席者ニ對シテモ其效力ヲ及ホス而シテ其判決ハ關席者ニ對シテモ關席判決ニ非スシテ對審判決ナルヲ以テ出頭セサル者ハ故障ノ申立ヲ爲スコトヲ得ス

右ニ述ヘタル如ク口頭辯論期日ニ關席セル共同訴訟人ハ出頭シタル共同訴訟人ニ代理セララルノ結果トシテ出頭シタル一人ノ訴訟行為ハ其利益ナルト不利益ナルトヲ問ハス總テ關席者ニ對シテ效力ヲ生ス故ニ出頭シタル者カ訴ハ取下請求ハ拋棄認諾自白若クハ和解ヲ爲シタルトキハ關席者ニ對シテモ其效力ヲ及ホスモノトス反對説ヲ主張スル者ニ派ニ岐ル第一説ハ訴訟代理ハ第六十五條第一項ニ因ルモ特別委任ナキトキハ拋棄認諾和解ヲ包含セサルヲ以テ斯ル行為ハ關席者ニ對シテ效力ナシト第二説ハ第五十條第二項ニ因レハ各共同訴訟人ハ行為ハ利益ニ於テ效力ヲ生スヘ

キモハナレハ拋棄認諾自白和解ハ如キ不利益ナル行為ハ效力ヲ生セスト言フニ在リ第一説ハ第五十條第四項ノ代理ヲ訴訟代理ナリトスルモノナリ然レトモ本項ノ代理ハ訴訟行為ノ效果ヲ各當事者ニ對シニ歸セシメ隨テ裁判ノ效果モ一途ニ歸セシムルヲ目的トシ法律ノ擬制ニ因リ訴訟代理ニモ非ス法律上ノ代理ニモ非サル特別ノ代理ヲ認メタルモノナレハ訴訟代理ノ法則ニ基キ之ヲ解決セントスルハ不當ナリ第二説ニ因ルトキハ法律ノ目的トスル訴訟行為及ヒ裁判ノ效果ヲ一途ニ歸セシムルコトヲ得ス出頭シタル共同訴訟人カ請求ヲ拋棄シ若クハ認諾シタルトキ關席者ハ請求ヲ主張シ若クハ認諾セサルモノトスルトキハ(一)出頭者ニ對シテハ相手方ノ申立ニ因リ拋棄若クハ認諾ニ基ク判決ヲ爲シ關席者ニ對シテハ一般ノ規定ニ依リ關席判決ヲ爲スヘキカ(二)出頭者ハ拋棄若クハ認諾ノ效力ヲ無視シ相手方ノ申立ニ因リ各共同訴訟人ニ對シ關席判決ヲ爲スヘキカ(三)各共同訴訟人カ相手方ノ主張ヲ争ヒタルモノト爲スヘキカ(四)各共同訴訟人ハ辯論ナキモノトシテ訴訟ヲ休止ト爲スヘキカ若シ(一)ノ如クナリト

セハ法律カ必要的共同訴訟ヲ認メタル立法ノ精神ヲ没却スルモノナリ(二)ノ如クスレハ懈怠ナキ當事者ニ對シ懈怠ノ結果ヲ歸セシムル不條理ヲ來タス(三)ノ如クスレハ申立テサル事物ヲ當事者ニ歸セシムル不法アリ(四)ノ如クスレハ當事者ノ辯論ヲ無視スルノ不法ヲ生シ共同訴訟人ノ一人カ出頭スル迄ハ訴訟ヲ終局スルヲ得ス相手方ノ私權ヲ保護スルヲ得サルニ至ルヘキナリ故ニ第二説ニモ賛成スル能ハス

(二) 右ノ代理ハ單ニ期日ニ關スル場合ノミナラス期間ニ付テモ亦同シ期間ヲ懈怠スルトハ當事者カ期間内ニ爲スヘキ行爲ヲ爲サザリシコトヲ謂フ而シテ一定ノ期間内ニ總テノ共同訴訟人カ爲スヘキ行爲ヲ一人ノ共同訴訟人カ爲シ其他ノ者カ爲サザリシ場合ト雖モ爲シタル共同訴訟人ニ因リテ代理セラレタルモノト看做ス即チ不變期間内ニ一人カ故障ノ申立ヲ爲ストキハ他ノモノカ故障申立ヲ爲スト否トニ關セス各共同訴訟人カ適法ノ期間内ニ爲シタルモノト看做サルナリ茲ニ問題ト爲ルハ共同訴訟人ハ一人カ上訴ヲ爲シタルトキハ其上訴ノ提起カ他ノ共同訴訟人ニ對シテ

效力ヲ及ホスヘキヤ否ヤ是ナリ是レ亦學說ニ派ニ岐レ一説ニハ一人ハ爲シタル上訴ハ他ノ共同訴訟人ニ對シテ效力ヲ及ホスヘキモノニ非ストシ又一説ニハ一人ハ爲シタル上訴ハ總テノ共同訴訟人カ上訴ヲ爲シタルト同一ハ效力ヲ有ストセリ法文ニハ期間ヲ懈怠シタル者ハ懈怠セサル者ニ代理セラレタルモノト看做ストアルヲ以テ上訴申立ニ關シテモ代理ヲ認メタルモノトスルヲ正當トス故ニ一人ノ爲シタル上訴ハ他ノ共同訴訟人カ上訴ヲ爲ササルモ上訴申立ノ效力アリト爲スヘキナリ又一人カ上訴若クハ故障ヲ申立テ他ノ一人カ上訴若クハ故障ノ申立ヲ取下ケタルトキハ取下ハ效力ナキモノト爲スヘキナリ如何トナレハ上訴若クハ故障ハ當事者ニ訴訟上利益アリト推定スヘケレハナリ

(三) 期日又ハ期間ヲ懈怠シタル共同訴訟人ニハ懈怠セサル場合ニ於テ爲スヘキ總テノ送達及ヒ呼出ヲ爲スコトヲ要ス(第五項)送達及ヒ呼出ニ付テハ代理ヲ認メサレハナリ而シテ懈怠シタル共同訴訟人ハ何時ニテモ其後ノ訴訟手續ニ加ハルコトヲ得ヘシ

第四 以上第一乃至第三ハ必要的共同訴訟ニ適用スヘキ法則ナリ其他必要的共同訴訟人ハ一人ニ付キ訴訟成立要件ハ欠缺アルトキハ各共同訴訟人ニ對シ欠缺アルモノト爲スヘク又共同訴訟人一人ハ中斷ハ各共同訴訟人ニ對シ中斷ト爲ル各種ノ期間ハ各共同訴訟人ニ付キ各別ニ定ムヘキモ終期ハ各共同訴訟人ニ對スル終期ニ至ル迄存續スルモノトス

第五 必要的共同訴訟ト法律カ共同訴訟ヲ必要トスル訴訟トヲ混同スヘカラズ必要的共同訴訟トハ訴訟物カ各共同訴訟人ニ對シ合一ニノミ確定スヘキモノヲ謂ヒ法律カ共同訴訟ヲ必要トスルモノトハ法律ノ規定若クハ實體法上ノ法律關係ヨリ共同訴訟ヲ強制シタルモノヲ謂フ法律カ共同訴訟ヲ必要トスル訴訟ニシテ訴訟物カ各共同訴訟人ニ對シ合一ニノミ確定セサルモノアリトス法律カ共同訴訟ヲ必要トスル場合ハ左ノ如シ

(一) 主參加ノ訴(第五條) 本訴訟ノ當事者雙方ヲ被告トスルコトヲ要スルモノニシテ後ニ述フル如ク必要的共同訴訟ニ屬ス

(二) 準再審ノ訴(第四八條)

(三) 第三者若クハ子又ハ檢事ノ提起スル人事訴訟(六條第二條、第二〇條、第二六條、第二七條) 右ノ外民法第四百二十四條ノ詐害行爲廢罷ノ訴ハ債務者及ヒ其相手方ヲ被告トシ又同法第九百五十一條ノ親族會ノ決議ニ對スル不服ノ訴ハ親族會員全體ヲ被告トスルコトヲ必要トス其他各法條ニ付キ研究スヘシ如此法律カ共同訴訟ヲ必要トスル場合ニ於テ一人ヲ被告トシテ訴ヲ提起シタルトキハ被告ハ共同訴訟必要ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得ヘク裁判所ハ訴ヲ不適法トシテ判決ヲ以テ却下スヘキモノトス是レ共同訴訟ニ關スル特別訴訟要件ナレハナリ

第二節 主參加

主參加トハ第三者カ他人ノ間ニ權利拘束ヲ生シタル訴訟物ノ全部若クハ一部ヲ自己ノ爲メニ請求スル訴ヲ謂フ他人間ノ訴訟ニ參與スルモノニ非スシテ本訴訟ノ當事者雙方ヲ共同被告トスル獨立ノ訴訟ナリ本訴訟ノ原告ニ對スル訴ト被告ニ對スル訴トヲ併合セル訴訟ニシテ訴訟關係ハ各別ニ發生スルモノト

ス主參加訴訟ヲ認メタル立法上ノ理由ハ共同訴訟ヲ認メタルト同シク便宜ト
裁判ノ抵觸ヲ避ケントスルニ外ナラス本訴訟ノ原告及ヒ被告ニ對シ各別ニ訴
ヲ提起スルモノトセハ時間勞力費用ヲ要スルノミナラス各當事者ニ對シ對抗
シ得ヘキ判決ヲ同時ニ得ル能ハス時トシテハ判決ノ抵觸ヲ來タスコトアルヘ
ケレハナリ然レトモ第三者カ他人間ノ訴訟物ヲ請求スル爲メ主參加ノ方式ニ
依ラス本訴訟ノ各當事者ニ對シ各別ニ獨立ノ訴ヲ爲スコトハ素ヨリ法律ノ禁
スル處ニ非ス

第一 主參加訴訟ハ第三者カ他人ノ間ニ權利拘束ヲ生シタル訴訟物ヲ請求ス
ルモノナレハ次ノ條件ノ必要トス(第五條)

(一) 他人ノ間ニ權利拘束ハ生シタル訴訟ハ存スルコトヲ要ス
權利拘束ノ意義ハ已ニ説述セリ通常訴訟手續ナルト特別訴訟手續ナルト
ヲ問ハス權利拘束ヲ生シタル後ハ其終了ニ至ルマテ主參加ヲ爲スコトヲ
得ヘシ督促手續ニ於テハ債務者ノ異議申立後ニ非サレハ許スヘキニ非ス
假差押假處分手續ニ於テハ主參加ヲ許サス

他人間ノ訴訟カ繫屬シタルノミニテ權利拘束ヲ生セサルトキハ主參加ノ
訴ヲ爲スコトヲ得ス故ニ他人間ノ訴訟カ訴訟成立要件ヲ欠クカ爲メ權利
拘束ヲ生セス不適法トシテ却下セラルルコトアルトキハ主參加ノ訴モ亦
不適法トシテ却下セラルヘキナリ然レトモ主參加ノ訴カ通常ノ訴訟成立
要件ヲ具備スルモノナルトキハ本訴訟カ權利拘束ヲ生セサルトキト雖モ
通常ノ訴トシテ成立スルコトアルヘシ即チ主參加ニ非サル普通ノ共同訴
訟ノ成立ヲ見ルコトアルヘキナリ

(二) 主參加原告ハ本訴訟ノ訴訟物タル權利若クハ物ヲ自己ノ爲メニ請求ス
ルコトヲ要ス
自己ノ爲メニ請求スルトハ給付ヲ請求スル場合ノミヲ言フニ非ス本訴訟
ノ原告カ被告ニ對シテ成立若クハ不成立ヲ主張スル法律關係ニ付キ主參
加原告カ本訴訟ノ當事者雙方ニ對シ其法律關係ノ成立若クハ不成立ノ確
定ヲ求ムルカ如キモ之ニ屬ス又本訴訟ノ原告カ被告ニ對シテ物ノ引渡ヲ
請求シ若クハ權利ヲ主張スル場合ニ於テ主參加原告カ本訴訟ノ被告ニ對

シテ其物ノ引渡ヲ求ムルカ如キ若クハ本訴訟ニ於ケルト同一權利ニ基キ本訴訟ノ被告ニ對シテ給付ヲ求ムル如キ何レモ自己ノ爲メニ請求スルモノト爲スヘキナリ而シテ本訴訟ノ當事者間ニ於ケル訴訟物ト主參加原告カ本訴訟ノ當事者ニ對スル訴訟物ハ必スシモ同一ナルコトヲ要スルモノニ非ス例ヘハ本訴訟ノ原告カ被告ニ對シテ所有權ヲ主張シ物ノ引渡ヲ求ムル場合ニ主參加原告カ質權ヲ主張シテ其物ノ引渡ヲ求ムルカ如キ是ナリ故ニ主參加ノ訴訟物ハ本訴訟ノ訴訟物ト同一内容ヲ有スルモノニシテ主參加原告ハ請求ヲ正當トスルトキハ之カ爲メニ本訴訟ノ原告ハ請求ヲ不當ト爲スニ至ルモノナリトス

(三) 主參加原告ハ常ニ本訴訟ノ原告及ヒ被告ヲ共同被告トスルコトヲ要ス主參加訴訟ハ本訴訟ノ當事者各自ニ對シテ訴訟物カ常ニ合一ニノミ確定スヘキ必要的共同訴訟ナリ而シテ法律ノ規定ニ因リ共同訴訟ヲ必要トスルモノナリ即チ法律カ共同訴訟ヲ強制シタルモノナレハ裁判所ハ辯論ノ分離(第一一)ヲ爲スヲ得サルモノトス

右ノ外我民事訴訟法ハ本訴訟ノ原告及ヒ被告カ共謀シテ第三者ノ債權ニ損害ヲ及ホスヘキ訴訟ヲ爲ス場合ニ於テモ主參加ヲ許ス(第五一)

第二

(一) 主參加ノ訴ハ一般ノ手續ニ依リ提起スルモノナレトモ尙左ノ法則アリ被告ト爲リタル者ヲ被告トシテ主參加ノ訴ヲ爲スコトヲ得ルハ勿論主參加訴訟ニ於テ原告及ヒ被告ト爲リタル當事者雙方ニ對シテ更ニ主參加ノ訴ヲ爲スコトヲ得

(二) 主參加ノ訴ハ本訴訟カ第一審トシテ繫屬シタル裁判所ニ提起スルコトヲ要ス(第五)前述シタル如ク主參加ノ訴ハ本訴訟ノ權利拘束カ繫屬スル間ハ之ヲ爲シ得ルモノナレハ本訴訟カ第一審ニ繫屬スルトキハ勿論上級審ニ繫屬スルトキト雖モ其訴訟ノ當事者雙方ヲ被告トシテ本訴訟ノ第一審トシテ繫屬シタル裁判所ニ主參加ノ訴ヲ起スコトヲ得ヘシ是レ裁判管轄ニ關スル説明ノ下ニ述ヘタル所謂特別管轄ナリ故ニ其裁判所ハ其目的物ニ付テ事物竝ニ土地ノ管轄權ナキ場合ト雖モ主參加ノ訴ニ付テハ特ニ管

第三 主參加ハ効力

主參加ノ訴ハ訴ハ併合即チ共同訴訟ナリトハ説ト一、個ハ訴ニシテ共同訴訟ニ非ストハ説トハ二者ニ岐ル後説ヲ主張スル者ハ曰ク主參加ハ本訴訟ノ當事者雙方ヲ被告トスル一個ノ訴ニシテ本訴訟ノ當事者雙方ニ對スル一個ノ判決ヲ求ムルモノナリト前説ヲ主張スル者ハ曰ク主參加ハ本訴訟ノ原告ニ對スル訴ト被告ニ對スル訴トヲ併合シタルモノナリト而シテ此説ヲ主張スル者ハ又二派ニ岐レ主參加ヲ以テ普通ノ共同訴訟ナリトスル者ト民事訴訟法第五十條ノ必要的共同訴訟ナリトスル者トアリ

蓋シ主參加ノ訴ハ本訴訟ノ當事者雙方ニ對シ一個ノ判決ヲ得テ其既判力ヲ及ホスコトヲ以テ目的トシ法律上規定ヲ設ケタルモノナレハ之ヲ以テ普通ノ共同訴訟ナリトスル説ニ贊スル能ハス然レトモ之ヲ以テ共同訴訟ニ非スト爲スハ非ナリ如何トナレハ若シ第五十條ヲ適用スヘキ共同訴訟ニ非ストセハ本訴訟ノ當事者雙方ノ訴訟資料ノ抵觸ヲ來タシ一個ノ判決ヲ以テ主參

加原告ノ請求ノ當否ヲ決スルヲ得サレハナリ民事訴訟法第五十條ハ第四十八條ノ共同訴訟ノミナラス廣ク訴訟物タル法律關係カ各共同訴訟人ニ對シ合一ニノミ確定スヘキ場合ニ適用セラルルモノナレハ法律カ判決ノ結果ヲ本訴訟ノ當事者雙方ニ對シ一途ニ歸セシムルコトヲ目的トスル主參加ノ訴ニモ適用アリト爲スヘク殊ニ主參加ノ被告ハ本訴訟ノ當事者ナレハ主參加ハ多數當事者ノ訴訟タルコトハ疑ナク共同訴訟ハ多數當事者ノ訴訟ナルコト論ヲ俟タサレハ主參加ハ民事訴訟法第五十條ヲ適用スヘキ共同訴訟ナリトスルヲ正當ト信ス

主參加ノ訴ハ法律カ共同訴訟ヲ必要トスルモノナレハ前述セル如ク其辯論ヲ各當事者ニ對シ分離スルコトヲ得ス而シテ民事訴訟法第五十條ヲ適用シ訴訟ノ状態ヲ同一ニアラシメ其判決ノ效力ヲ各當事者ニ對シテ及ホスモノトス故ニ例ヘハ本訴訟ノ原告カ被告ニ對シ物ノ引渡ヲ求ムルモノナルトキ主參加原告ハ其物ノ引渡ヲ求メントスルニハ本訴訟ノ被告ニ對シ物ノ引渡ヲ求ムヘク其判決カ主參加原告ノ勝訴ニ確定スルトキハ本訴訟ノ原告ニ對

シテモ主參加原告カ本訴訟ノ被告ニ對シテ物ノ引渡ヲ求ムル權利ノ存在カ
確定スルニ至リ從テ主參加原告ハ本訴訟ノ被告ニ對シテノミナラス原告ニ
對シテモ其判決ノ效力ヲ主張スルヲ得ルニ至ルモノトス

第四 本訴訟ト主參加訴訟トノ關係

(一) 本訴訟ト主參加トハ各自獨立シテ進行スルヲ原則トス然レトモ本訴訟
ハ原告若クハ被告或ハ主參加人ハ申立ニ因リ或ハ裁判所ハ職權ヲ以テ主
參加ハ訴ハ權利拘束ノ終ニ至ルマテ本訴訟ハ進行ヲ中止スルコトヲ得(第五
一、二項條)

當事者カ中止ノ申請ヲ爲スニハ書面若クハ口頭ヲ以テ本訴訟ノ繫屬セル
裁判所ニ爲スコトヲ得(第五二項條)中止ノ申請アリタルトキハ裁判所ハ本訴訟
ヲ中止スヘキ義務ナシ其必要ト認メタルトキハ中止ノ決定ヲ爲シ若シ中
止スヘカラスト認メタルトキハ決定ヲ以テ中止ノ申請ヲ却下スヘキモノ
ナリ其決定ハ口頭辯論ヲ經又ハ口頭辯論ヲ經スシテ爲スコトヲ得其辯論
ヲ經タルト否トヲ問ハス常ニ決定ヲ以テ爲スヘキモノナリ中止ヲ命シタ

ル決定ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得(第五三項條)此中止ノ決定ニ對スル
即時抗告ハ七日ノ不變期間内ニ爲スヘキモノナリ之ニ反シテ中止ヲ命セ
サル決定即チ其申請ヲ却下シタル裁判ニ對シテハ普通抗告ニヨリ不服ヲ
許ス(第一八條)而シテ主參加訴訟ノ裁判確定スル迄本訴訟ノ手續ヲ中止スル
モノナレハ主參加訴訟ニ付テノ權利拘束カ消滅スルトキハ當然中止ノ效
力ヲ終了スヘシ隨テ本訴訟ハ進行スヘキモノトス
(二) 主參加訴訟ハ裁判ヲ爲ス前ニ本訴訟ニ付キ判決ヲ爲シタルトキハ本訴
訟ノ判決ハ一般ノ規定ニ從ヒ形式上及ヒ實質上ノ確定力ヲ發生シ其判決
ハ執行力ヲ有スルニ至ルヘシ又本訴訟ハ判決以前ニ於テ主參加訴訟ニ付
キ判決アリタルトキハ其判決カ確定力ヲ發生シ又執行力ヲ有スルニ至ル
ヘシ而シテ本訴訟ノ判決確定前主參加訴訟ノ判決カ確定シタルトキハ本
訴訟ノ當事者ハ其判決ヲ本訴訟ニ利用スルコトヲ得ヘシ

第三節 客觀的訴ノ併合

客觀的訴ハ併合トハ原告カ訴提起ノ際ニ爲ス訴訟物ノ併合ヲ謂フ訴訟當事者ノ多數ナルト否トニ關セス判決ヲ求ムル訴訟物カ多數ナルトキハ之ヲ稱シテ客觀的訴ノ併合ト謂フ客觀的訴ノ併合ヲ認メタルハ訴訟手續ノ省略ト時間及ヒ費用ヲ節減スルノ目的ニ外ナラス

第一 客觀的訴ノ併合ノ條件ハ左ノ如シ

- (一) 同一ハ原告ヨリ同一ハ被告ニ對スルコトヲ要ス 例ヘハ甲カ乙ヲ被告トシテ數個ノ賈買代金ノ支拂ヲ求ムルカ如キ又ハ甲カ乙丙丁ヲ被告トシテ各被告ニ對シ二個以上ノ私法上ノ請求權ヲ主張スル場合ノ如キハ何レモ客觀的訴ノ併合ナリ然レトモ甲カ乙丙丁ノ各自ニ對シ各一個ノ請求權ヲ主張スル場合ハ共同訴訟ナルモ客觀的訴ノ併合ニ非ス
- (二) 併合セラレタル各訴訟物ニ付テ受訴裁判所カ管轄權ヲ有スルコトヲ要ス 受訴裁判所ハ各訴訟物ニ付テ土地ノ管轄權ヲ有スルコトヲ要シ又其事件ノ種類及ヒ價額ニ從テ事物ノ管轄權ヲ有セサルヘカラス民事訴訟法第四條ニ依レハ一ノ訴ヲ以テ數個ノ請求ヲ爲ストキハ其訴訟物ノ價額ハ

W/M

之ヲ合算シテ管轄ヲ定ムヘキモノナレハ訴訟物ノ價額ニ因テ管轄ヲ定ムル場合ニハ各訴訟物ノ合算額ニ付テ受訴裁判所カ管轄權ヲ有スルヲ以テ足レリトス又訴訟物ノ價額ニ因ラスシテ管轄ヲ定ムル場合ニハ併合セラレタル各個ノ請求ニ付テ受訴裁判所カ管轄權ヲ有スルコトヲ要ス民事訴訟法第九十一條ニ依レハ訴訟物ノ價額ニ因テ管轄ヲ定ムル場合ト價額ニ因ラスシテ管轄ヲ定ムル場合トヲ問ハス總テ各個ノ請求ニ付テ管轄權ヲ有スルコトヲ必要トセルカ如シト雖モ價額ニ因ル管轄ノ場合ハ民事訴訟法第四條ニ於テ管轄ノ規定ヲ設ケタレハ假令併合セラレタル各個ノ請求ニ付テ受訴裁判所カ管轄權ヲ有セサル場合ト雖モ其合算ノ金額ニ付テ管轄權アルトキハ併合ヲ許スモノト解スヘシ價額ニ因ラサル場合ニハ各請求ニ付テ受訴裁判所カ各管轄權アルコトヲ必要トス故ニ各請求トアルハ訴訟物ノ價額ニ因テ管轄ヲ定ムル場合ヲ除外シタルモノト解スヘキモノトス第九十一條但書ハ舊民法ニ於テ本訴ノ訴ト占有ノ訴トノ併合ヲ許ササリシ規定アリタルヨリ生シタル規定ナリ

(三) 各訴訟物ニ付テ同一ハ訴訟手續ヲ以テ訴ヲ提起スルコトヲ要ス 併合ノ基本ト爲リタル一個ノ訴訟物ニ付テハ證書訴訟手續ニ依リ他ノ一個ノ訴訟物ニ付テハ通常訴訟ノ手續ニ依リ訴ヲ提起スルコトヲ許サス必ス各訴訟物ニ付キ或ハ通常訴訟手續或ハ證書訴訟手續ト爲スカ如ク同一ノ訴訟手續ヲ以テ主張スルコトヲ要ス

以上三個ノ條件ハ客觀的訴ノ併合ノ條件ナリトス唯人事訴訟手續法ニ於テハ併合ノ場合ヲ人事訴訟手續法第七條第二十六條等ニ於テ制限セリ其制限以外ニ於テハ原告ハ右ニ述ヘタル條件ヲ具ヘテ訴ノ併合ヲ爲スコトヲ得ヘシ

第二

客觀的訴ハ併合カ不適法ナル場合即チ前ニ述ヘタル條件ニ適合セサルトキハ裁判所ハ左ハ如ク訴訟ヲ處理スルモハトス

(一) 併合セラレタル訴訟物ノ一個若クハ數個ニ付テ受訴裁判所カ管轄權ヲ有セサル場合ニ於テ其管轄權ナキ訴訟物ニ付テハ合意管轄カ許サルモノナルトキハ合意管轄ヲ生シタルヤ否ヤニ注意シ若シ被告カ管轄違ノ申

立ヲ爲ササルトキハ各訴訟物ニ付テ管轄權アリトシテ訴訟ヲ進行スヘク被告カ管轄違ノ申立ヲ爲シタルトキ又ハ其訴訟物カ合意管轄ヲ許ササルモノナルトキハ受訴裁判所ハ管轄權アル訴訟物ト管轄權ナキ訴訟物トニ付テ辯論ヲ分離シ管轄權ナキ訴訟物ノ訴ハ之ヲ不適法トシテ判決ヲ以テ却下シ管轄權アル請求ノミニ付テ本案ノ手續ヲ進行スヘキモノトス

(二)

併合セラレタル訴訟物ニ付テ同一訴訟手續カ許サレサルトキハ其訴訟手續ノ許サル訴訟物ノミヲ存シ訴訟手續ノ許サレサル訴訟物ニ付テハ辯論ヲ分離シテ之ヲ不適法トシテ判決ヲ以テ却下スヘキモノトス例ヘハ特定物ノ引渡ヲ求ムル請求ト手形金ノ支拂ヲ求ムル請求トヲ合セテ證書訴訟手續ニ依テ提起シクル場合ニハ各訴訟物ニ付テ辯論ヲ分離シ特定物ノ引渡ニ付テノ請求ハ證書訴訟ヲ許ササルモノトシテ判決ヲ以テ不適法トシテ却下シ手形金ノ支拂ヲ求ムル請求ノミニ付テ訴訟ヲ進行スヘキモノトス右ノ如ク辯論ヲ分離ヲ爲シテ一分ノ請求ヲ却下スル理由ハ其訴訟合ノ場合ニ於テハ各訴訟物ニ付テ訴訟關係ヲ生スヘキモノナレハ其訴訟

關係ノ生シタル訴訟物ニ付テハ本案ノ審理ヲ爲スヘク訴訟關係ノ生セタル訴訟物ニ付テノミ訴ヲ不適法トシテ却下スヘキモノナレハナリ然レトモ總テノ訴訟物ニ付キ原告ノ選ヒタル訴訟手續カ許サレサルトキハ訴ヲ不適法トシテ却下スヘキナリ

第三 客觀的訴ノ併合カ適法ナルトキハ訴訟關係ハ各訴訟物ニ付キ各個ニ發生スルモノナリト雖モ訴訟ハ一個トナルモノナレハ裁判所カ民事訴訟法第百十八條ノ規定ニ依テ辯論ノ分離ヲ爲ササル以上ハ訴訟手續ハ單一ニ進行スヘク口頭辯論及ヒ判決モ單一ノ手續ニ於テ爲スヲ原則トス然レトモ裁判所カ各訴訟物ニ付テノ辯論ヲ分離スルコトヲ適當ト認メ分離ノ決定ヲ爲シタルトキハ各訴訟物ニ付テ各別ニ辯論裁判ヲ爲スヘキモノトス辯論カ分離セラレサルトキハ訴訟ハ第一審タルト第二審タルトヲ問ハス訴訟手續ハ單一ニ進行スルモノナリ

第四節 反訴

反訴トハ一ハ訴ハ權利拘束中其訴訟ハ被告ヨリ原告ニ對シテ同一ハ訴訟手續ニ於テ提起スル訴ヲ謂フ反訴ハ一ノ訴訟カ權利拘束ヲ發生シタル後ニ其訴ノ被告ト爲リタル者カ其訴ノ原告ニ對シテ本訴ノ訴訟手續ト共ニ併合シテ進行スヘキ訴ヲ提起スルコトヲ謂フモノナリ反訴ハ訴ナリ原告ハ主張スル請求ニ對シテ之ヲ防禦スルカ爲メニ提出スル方法ニ非ス故ニ反訴ハ防禦方法ナリト謂フヲ得ス第二百九條ノ規定ニ依レハ反訴ヲ以テ防禦方法ト爲シタルモノノ如キモ同條ニ反訴トアルハ攻撃ノ意味ニ於テ之ヲ例示シタルモノトモ解スルヲ得ヘク殊ニ舊民法ニ於テ裁判上ノ相殺ハ反訴ヲ以テスルコトヲ要シタル結果防禦方法ノ一種ト爲シタルモノトモ解スルヲ得ヘキヲ以テ此規定ニ因テ反訴ノ性質ヲ定ムルヲ得ス反訴ヲ以テ主張シタル訴訟物ニ付テハ當事者間ニ特別ノ確定判決ヲ生スヘキモノナレハ其性質ヨリスルモ反訴ハ獨立ノ訴ナルコトヲ知ルヲ得ヘシ唯反訴ノ提起ニハ本訴ノ權利拘束ヲ前提條件トスルモノナレハ一ノ訴訟ノ進行中ニ被告ヨリ提起スル點ニ於テ單純ノ訴ト異ナルモノナリ反訴ヲ提起スルトキハ本訴ト反訴トハ二個ノ訴ニシテ訴訟手續カ併合セラ

ルモノナリ故ニ反訴ハ訴ノ併合ノ一種ナリトス法律カ反訴ヲ認メタル理由ハ被告カ主張スル反訴ノ訴訟物ニ付テ特ニ確定力アル判決ヲ生セシムルニ時間ト費用及ヒ手續ヲ省略スルノ目的ニ出ツ本訴ノ訴訟手續ヲ反訴ノ訴訟手續ニ利用セシメ被告カ主張スル訴訟物ニ付テ確定判決ヲ得セシムルニ獨立ノ訴ヲ提起シ獨立ノ訴訟手續ヲ進行スル手續ヲ省略スルノ目的ニ出テタルモノナリ反訴ハ性質上獨立ノ訴ナルヲ以テ特ニ法律ノ規定アル場合ノ外ハ反訴ニ付テモ亦總テ通常ノ訴ノ手續カ適用セラレルモノトス(第二條)反訴ハ獨立ノ訴ナリト雖モ本訴ノ訴訟手續ヲ利用セシムル目的ニ外ナラサレハ反訴ノ訴訟成立要件ハ特ニ之ヲ規定セサルヘカラス(第二〇〇一〇條)

第一 反訴提起ノ要件ハ左ノ如シ

(一) 本訴カ權利拘束ヲ生シハコト

本訴ノ權利拘束カ適法ニ生シタルトキハ反訴ヲ提起スルヲ得ヘシ反訴ハ本訴ノ訴訟手續ヲ利用スルコトヲ目的トスルモノナレハ本訴ノ權利拘束カ發生セサルトキハ反訴ヲ許スヘカラサルハ當然ナリ如何トナレハ本訴

カ本案ノ辯論ヲ爲サシテ終了スルニ拘ラス獨リ反訴ノミニ付テ本案ノ辯論ヲ進行シテ訴訟ノ審理ヲ爲スヘキ理由ナケレハナリ故ニ本訴カ外觀上權利拘束ヲ發生スト雖モ既ニ述ヘタル訴訟ノ成立要件ニ欠缺アリテ本訴カ不適法トシテ却下セラルル場合ニハ反訴モ亦判決ヲ以テ不適法トシテ之ヲ却下セサルヘカラス反訴ノ運命ハ本訴ノ權利拘束ノ發生カ適法ナルヤ否ヤニ係ルモノナリ

(二) 本訴ハ權利拘束カ反訴提起ノ際ニ存續スルコト

本訴カ權利拘束ヲ發生シタル後其權利拘束カ消滅スルニ至ル迄ハ反訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ本訴ノ權利拘束カ消滅シタル後ハ本訴ノ訴訟手續ヲ反訴ニ利用スルコトヲ得サレハ反訴ノ提起ヲ許スヘキニ非ス然レトモ權利拘束ノ存續中ハ何時ニテモ反訴ヲ提起スルヲ得ルモノト解ス可ラス法律ハ其制限ヲ設ケ本訴ノ辯論カ第一審ニ於テ終結セサル以前ニ限り之ヲ提起スルコトヲ得ルモノトセリ若シ第一審ノ口頭辯論終結後ニ於テ反訴ヲ許スモノトセハ第一審ノ訴訟手續ヲ反訴ニ利用スルコト能ハス又第

二審ニ於テ反訴ヲ許ストキハ第一審ノ審理ヲ經サル訴訟ニ付テ直チニ第二審裁判所カ審理ヲ爲スノ結果ヲ生シ法律カ認メタル裁判所ノ審級ノ秩序ヲ破ルヲ以テ反訴ハ本訴ノ第一審ノ口頭辯論終結前ニ限り提起スルコトヲ許シタル所以トス或說ニハ第四百十六條ノ規定ニ依リ控訴審ニ於テモ反訴ヲ許スト説ク者アリト雖モ同條ノ又ハ以下ノ規定ハ後ニ述フル如ク舊民法ニ於テ裁判上ノ相殺ヲ反訴ヲ以テ主張スヘキコトヲ規定シタル結果獨逸民事訴訟法ニ倣ヒ其規定ヲ設ケタルモノナレトモ現行民法ニ於テハ相殺ハ當事者ノ意思表示ニ因テ之ヲ爲スヘク裁判所ノ判決ニ因テ之ヲ爲スコトヲ認メサルヲ以テ現行法ノ下ニ於テハ第四百十六條ノ又ハ以下ノ規定ハ其適用ナキモノトス隨テ反訴ヲ控訴審ニ於テ提起スルヲ許シタリト爲スコトヲ得ス

(三) 本訴ハ訴訟手續カ通常訴訟手續ナルコト
 證書訴訟爲替訴訟ニ於テハ反訴ヲ許サス(第四七條)蓋シ此等ノ訴訟ハ急速ニ終了スルコトヲ目的トスルモノナレハ反訴ヲ禁シタル所以トス督促手續

假差押及ヒ假處分ノ手續ハ書面審理ニ因リテ假定的ノ裁判ヲ爲スコトヲ目的トスルモノナレハ反訴ヲ許サス人事訴訟ニ於テハ訴訟ノ目的物ハ身分關係ナルヲ以テ之ニ關聯シタル訴訟物ニ付テノミ反訴ヲ提起スルコトヲ許スニ止マリ通常訴訟ノ如ク廣ク反訴ノ提起ヲ許サス(人訴第七條、第二五八條、等參照)

(四) 反訴ハ本訴ノ被告ヨリ提起スルコト
 本訴ノ原告ハ被告ノ反訴ニ對シテ更ニ反訴ヲ提起スルコトヲ許サス若シ之ヲ許ストキハ反訴ニ對スルニ反訴ヲ生シ終局スル所ヲ知ラサレハナリ獨逸法ニハ我第二百條第三項ノ如キ規定ナキヲ以テ或ハ反訴ニ對シテ更ニ反訴ヲ許ストノ説ヲ爲ス者アリト雖モ反訴ヲ許シタルハ本訴ノ被告ノ便宜ヲ主トシタルモノナレハ特ニ明文ナキト雖モ理論上之ヲ許ササルモノト解セサルヘカラス從參加人ハ本訴ノ被告ヲ補助スルモノナレハ被告ニ代リテ反訴ヲ提起スルコトヲ得ス若シ反訴ヲ以テ單純ノ防禦方法ナリトセハ民事訴訟法第五十四條ノ規定ニ從ヒ從參加人モ亦被告ノ爲メ

ニ反訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシト論結セサルヘカラス然ルニ反訴ハ獨立ノ訴ナルヲ以テ被告ノ爲メニ獨立ノ訴ヲ提起スルコトハ從參加人ト雖モ之ヲ許ササルモノト解セサルヘカラス

(五)

非財産權上ノ請求又ハ專屬管轄ノ規定アル請求ニ付テハ本訴ハ裁判所カ當然管轄アル場合ニ限り反訴ハ提起ヲ爲スコトヲ得
財産權上ノ請求ニアラサル請求又ハ專屬管轄ノ定メアル請求ニ付テ反訴ヲ提起セントスルトキハ本訴ノ裁判所カ當然其訴訟物ニ付キ管轄權アルトキニ限り反訴トシテ提起スルコトヲ許ス此等ノ請求ニ非サル訴訟物ヲ反訴ヲ以テ主張スルトキハ法定管轄合意管轄ナキトキト雖モ之ヲ許ス非財産權上ノ請求又ハ專屬管轄ノ定メアル訴訟物ハ公益上ノ理由ニ基キ裁判管轄ヲ定メタルモノニシテ此等ノ管轄ハ當事者ノ合意ヲ以テ變更スルコトヲ許サス故ニ反訴トシテ提起スル場合ニ本來ノ管轄權ナキトキハ管轄ヲ定メタル立法ノ趣旨ニ反スルヲ以テ本訴ノ裁判所カ當然管轄權ヲ有スルコトヲ必要トシタル所以トス

(六)

本訴ハ訴訟物ト反訴ハ訴訟物トカ牽連ハ關係アルコトヲ要ス
牽連ノ關係トハ本訴ノ請求ト反訴ノ請求トカ同一ノ法律關係ヨリ生シタルモノナルトキ若クハ同一ノ法律行為ニ基クトキ又ハ反訴ノ請求カ本訴ノ請求ノ先決問題トナルヘキ關係ヲ有スルトキヲ謂フ如斯本訴ノ訴訟物ニ付テ反訴ノ訴訟物カ關係ヲ有スルトキニ限り被告ハ反訴ヲ提起スルヲ得ルモノトス此條件ハ獨逸民事訴訟法ニ於テハ規定セリト雖モ(獨逸民事訴訟法第三條)
現行法ニハ如斯規定ナキヨリシテ何等ノ關係ナキ訴訟物ト雖モ前ニ述ヘタル五條件ヲ備フルトキハ反訴ハ適法ニ成立ストノ說アリ然レトモ此說ハ反訴ヲ許シタル立法ノ趣旨ニ反スルモノナリ現行法ノ母法タル獨逸訴訟法ニハ其明文アルノミナラス法律カ反訴ヲ許シタルハ前ニモ述ヘタル如ク本訴ノ訴訟手續ヲ反訴ノ訴訟手續ニ利用シ二重ノ訴訟ヲ省略セントスル目的ニ出テタルモノナレハ本訴ノ訴訟物ト何等ノ關係ナキ訴訟物ヲ反訴トシテ提起スルモ爲メニ訴訟手續ノ利用ノ目的ヲ達スルコトヲ得ス却テ訴訟手續ヲ複雜ナラシムルノ結果ヲ生スヘシ然ルニ反對說ヲ主張ス

ル者ハ曰ク被告ニ反訴ヲ許ストキハ縦令訴訟物ニ付テ何等ノ關係ナキト
 キト雖モ原告ハ裁判籍アル裁判所ニ被告ハ訴ヲ提起セスシテ本訴ハ繫屬
 シタル裁判所ニ訴ヲ提起スルヲ得ルノ便宜アルモノナレハ此條件ヲ欠ク
 モ反訴ヲ許シタル立法ノ趣旨ニ反スルモノニ非スト然レトモ法律カ反訴
 ヲ認メタルハ裁判管轄ノ便宜ヲ被告ニ得セシムルカ爲メニ非ス本訴ノ口
 頭辯論其他證據調等訴訟手續ヲ本訴及ヒ反訴ノ訴訟手續ニ利用セシメ訴
 訟資料ヲ共通セシメ手續ヲ省略シ同時ニ判決ヲ爲サントスルコトヲ主タ
 ル目的トスルモノナレハ現行法ニ斯ル條件ノ規定ナシト雖モ獨逸法ノ如
 ク之ヲ必要ノモノト爲ササルヘカラス

以上述ヘタル六個ノ條件ヲ備ヘタル場合ニ限り反訴ハ適法ナリ若シ此訴訟
 條件ヲ欠クトキハ反訴ハ不適法トシテ判決ヲ以テ之ヲ却下セサルヘカラス

第二 反訴提起ノ方式

反訴ヲ提起スル方式ハ答辯書若クハ特別ノ書面ヲ以テ答辯書差出ノ期間内
 ニ本訴ハ裁判所ニ提起スヘキモノトス反訴ヲ許シタル立法ノ理由ハ前ニ述

ヘタル如ク本訴ノ訴訟手續ヲ利用スルコトヲ目的トスルモノナレハ反訴ノ
 提起カ時期ニ後レ本訴ノ訴訟手續ノ進行ヲ遲滯スル如キ場合ニ於テ反訴ヲ
 許ストキハ立法ノ趣旨ニ反スルモノナリ是ヲ以テ反訴ハ被告カ本訴ニ付テ
 ノ答辯書ヲ差出スヘキ期間内ニ本訴ノ答辯書ニ反訴ヲ提起スル趣旨ヲ記載
 シ若クハ特別ノ書面ニ反訴ノ條件ヲ記載シテ之ヲ提起セサルヘカラス答辯
 書差出ノ期間ハ訴狀ノ送達ヨリ起算シテ十四日ヲ通則トス裁判長カ命令ヲ
 以テ之ヲ短縮シ若クハ伸長シタルトキハ亦其期間内ニ提起セサルヘカラス
 (第一九條第二項)茲ニ問題ト爲ルハ證書訴訟若クハ爲替訴訟ニ於テハ反
 訴ヲ許ササルヲ原則トス然レトモ此等ノ訴訟ハ原告ハ何時ニテモ口頭辯論
 ノ終結ニ至ルマテハ被告ハ承諾ヲ要セスシテ通常訴訟ニ變更スルコトヲ得
 ヘキモノナレハ若シ原告カ通常訴訟ニ變更シタルトキハ被告モ亦反訴ヲ其
 訴訟ニ於テ提起スルコトヲ得ト解釋セサルヘカラス(第四八條)此場合ニ被告カ
 反訴ヲ提起スルコトヲ得ル期間ハ如何ニ計算スヘキヤ是レ一般ノ法則ニ從
 ヒ答辯書差出ノ期間ハ既ニ經過シタル後ニ於テ原告カ通常訴訟ニ變更シタ

ルトキハ理論上ヨリ推論シテ原告カ通常訴訟ニ變更シタル時ヨリ一般ハ原則タル十四日ハ期間内ニ被告ハ反訴ヲ提起スルヲ得ルモハト解セサルヘカラス其他區裁判所訴訟手續人事訴訟手續ニ於テモ亦法定ノ制限ノ下ニ答辯書差出ノ期間内ニ反訴ヲ提起スルコトヲ得反訴ヲ答辯書若クハ特別ノ書面ヲ以テ提起スルトキハ本訴ノ訴狀ト同シク訴狀ノ要件ヲ記載スルコトヲ必要トシ尙其書面ニハ訴訟物ノ價額ニ應シ訴訟用印紙法ニ從ヒ相當ノ印紙ヲ貼用スルコトヲ要ス而シテ反訴ノ訴訟物ノ權利拘束ハ其書面カ原告ニ送達セラレタル時ニ於テ發生スルモノトス

以上ハ反訴提起ニ關スル原則ナリト雖モ例外トシテ反訴ハ口頭辯論ニ於テ被告カ口頭ヲ以テ提起スルコトヲ許ス民事訴訟法第二百一十一條ハ規定是ナリ此場合ニハ被告ノ反訴ヲ提起スル旨ノ陳述ニ因テ反訴ノ訴訟物ノ權利拘束ヲ生スルモノトス(第二條)民事訴訟法第二百一十一條第二項ノ規定ニヨレハ答辯書差出期間内ニ差出シタル書面ヲ以テ提起セサル反訴ハ原告ノ請求ト被告ノ請求トカ全部若クハ一部ニ付キ相殺ヲ爲シ得ヘキトキニ限り且被告カ前ニ反訴ヲ提

起セサリシコトカ自己ノ過失ニ非サリシコトヲ疏明シタルトキニ限り反訴ヲ許スト規定セリ此規定ハ現行法ノ下ニ於テハ全ク適用ナキモノトス現行法ハ舊民法ト相俟テ施行スヘキ趣旨ヲ以テ規定ヲ設ケタルモノアリ民事訴訟法第二百一十一條第二項ノ規定ハ舊民法ニ於テ裁判上ノ相殺ヲ認メ其相殺ヲ主張スルニハ反訴ノ方法ニ依ルヘキ旨ヲ規定セルヨリシテ舊民法ノ規定ノ適用ヲ完カラシメンカ爲メニ此規定ヲ設ケタルモノトス然ルニ舊民法ハ實施セラレス又現行民法ニ於テハ債務ノ消滅原因タル相殺ハ當事者ノ意思表示ノミニ因テ效力ヲ生スルモノトシ裁判上ノ相殺ハ全然之ヲ認メス故ニ裁判上ノ相殺ヲ爲スヘキ民事訴訟法第二百一十一條第二項ノ規定ハ全ク其適用ナキモノト解セサルヘカラス舊民法ノ下ニ於テハ獨逸ノ現行民法ノ如ク裁判上ノ相殺ヲ認メタルヲ以テ被告カ原告ノ主張スル債權ト自己ノ主張スル債權ト相殺セントスルトキハ被告ハ口頭辯論ニ於テ相殺ノ陳述ヲ爲シ之ニ因テ原告ノ債權ハ消滅ニ歸シ原告ノ請求ヲ排斥スル判決ヲ得ルコトアリ斯ル裁判上ノ相殺ハ我現行法ノ下ニ於テハ之ヲ許ササルノミナラス反訴ヲ以テ主張スヘキコトハ其必要ナキニ

至リタリ故ニ此規定并ニ民事訴訟法第四百十六條ノ末段ノ規定ハ現行法ニ於テ其適用ナシトス又第二百九條ニヨレハ口頭辯論ノ終結ニ至ル迄ハ反訴ノ提起ヲ許スカ如シト雖モ第二百一條ノ制限ヲ受クルコトハ明カナレハ第二百一條以外ニハ口頭辯論ニ於テハ反訴ノ提起ヲ許ササルモノト解セサルヘカラス

反訴ト區別スヘキハ相殺ノ抗辯ナリ相殺ノ抗辯ハ即チ獨逸法ニ所謂裁判上ノ相殺ヲ主張スルコト是ナリ我大審院ノ判決例ニ於テハ口頭辯論ニ於テ相殺ヲ主張スルコトヲ許ス然レトモ法律カ訴訟行為トシテ相殺ノ主張ヲ許ス規定ナキトキハ相殺ノ意思表示ハ私法上ノ法律行為ナレハ裁判所ノ口頭辯論ニ於テ其意思表示ヲ爲スモ之ヲ以テ相殺ノ效力ヲ生スルモノト爲スヲ得ス如何トナレハ口頭辯論ニ於ケル訴訟行為ハ常ニ裁判所ニ對シテ爲スモノニシテ相手方ニ對シテ爲スモノニ非ス殊ニ訴訟代理人ヲ以テ訴訟ヲ爲ス場合ノ如キハ代理人ハ訴訟行為ヲ爲スノ權限アルモ法律行為ヲ爲スノ權限ナキモノナレハナリ故ニ相殺ノ抗辯ハ現行法ハ絕對ニ之ヲ認メサルモノト解釋セサルヘカラス

反訴ハ獨立ノ訴ナルヲ以テ本訴ト獨立シテ權利拘束ヲ發生シ其消滅原因モ亦本訴ト各別ノ原因ニ因ルモノトス故ニ反訴ニ付テ權利拘束ノ消滅原因カ發生スルトキハ本訴ハ存在スルモ反訴ノ消滅スルコトアリ反訴ノ訴訟物ニ付テ一部判決アリタルトキハ其判決ノ確定ニ因リテ消滅シ反訴ノ訴訟物ニ付テ請求ノ拋棄若クハ認諾アリタルトキハ亦關係的ニ消滅原因ト爲ル反訴ノ訴訟物ニ付テ裁判ノ脫漏アリタルトキハ期間ノ懈怠ニ因リ消滅シ和解ニ付テモ亦同シ反訴ノ取下モ本訴ノ取下ト同一條件ノ下ニ效力ヲ生ス第二章第三節ヲ參照スヘシ唯本訴ハ取下ニ因テ反訴カ消滅スルヤ否ヤニ付テハ從來學說ハ分ルル所ナリ其說ハ三個ニ區別スルコトヲ得ヘシ其大要ハ左ノ如シ

- (一) 訴ノ取下ノ效力ハ權利拘束ノ總テノ效力ヲ消滅セシムルノ結果ヲ生スルモノニシテ(第一九八條第四項)恰モ訴ノ提起ナカリシト同一狀態ニ復スルモノナリ本訴ノ原告カ訴提起後ニ爲シタル總テノ行為及ヒ裁判所並ニ被告ノ爲シタル訴訟行為モ全ク其行為ナカリシト同一狀態ニ復スルモノナレハ反訴モ亦本訴ハ取下ニ因テ當然消滅スルモノナリ

(二) 反訴ノ裁判籍ハ本訴ノ權利拘束ヲ發生シタルニ因テ生スルモノナリ故ニ本訴ノ取下ニ因テ本訴ノ權利拘束カ既往ニ遡リテ消滅スルトキハ反訴ノ裁判籍ハ恰モ存在セサルト同一ニ歸スルモノナリ故ニ此場合ニハ反訴モ亦本訴ノ取下ニ因リテ消滅ス然レトモ本訴ノ裁判所カ反訴ノ訴訟物ニ付テ當然管轄權ヲ有スルトキ即チ本訴カ存在セサルモ本訴ノ裁判所カ反訴ノ訴訟物ニ付テ法律上ハ管轄權アルトキハ本訴ノ取下ニ因テ反訴ハ裁判籍ハ消滅セサルヲ以テ反訴ハ消滅セス換言スレハ反訴ノ裁判所ハ本訴ノ權利拘束ノ如何ニ拘ラス裁判籍アルモノナレハ本訴ノ取下ハ反訴ニ影響ヲ及ホスヘキニ非ス故ニ此場合ニハ反訴ハ消滅セス而シテ反訴ニ付テ本訴ノ裁判所カ當然管轄權ヲ有セサルトキ即チ本訴ノ繫屬スルカ爲メ民事訴訟法第二百條ノ規定ニ依テ反訴ノ裁判籍ヲ生シタルモノナルトキ被告カ反訴ノ消滅セサルコトヲ留保シテ原告ノ訴ノ取下ニ同意ヲ爲シ原告カ其留保ヲ承諾シタル場合ハ反訴ニ付テハ合意管轄カ發生スルヲ以テ本訴ノ取下ハ爲メニ反訴ハ消滅セス若シ原告カ反訴ノ消滅セサルコトノ留保ヲ承諾セサルトキハ被告ハ訴

ノ取下ヲ承諾セサルモノナルカ故ニ本訴ノ取下ノ效力ヲ生セス隨テ反訴モ消滅セサルモノナリ

(三)

訴ハ取下ハ權利拘束ノ總テハ效力ヲ消滅セシムト雖モ反訴ハ本訴ノ權利拘束ノ效力ニ非ス本訴ノ權利拘束ニ因テ發生シタル管轄裁判所ニ適法ニ提起セラレタル反訴カ本訴ノ權利拘束ハ消滅ニ因テ其效力ヲ失フモノニ非ス如何トナレハ反訴ハ獨立ノ訴ニシテ被告ハ反訴ノ適法ナル提起ニ因テ其訴訟物ニ付キ實體上ノ裁判ヲ受クルノ權利ヲ取得シタルモノナリ此權利ハ被告ノ訴訟法上ニ於ケル權利ナルヲ以テ被告カ自己ノ意思ニ反シ原告ノ訴ノ取下ナル所爲ニ因テ剝奪セラルルモノニ非ス故ニ本訴ノ取下ニ因テ反訴ハ消滅セス又第二說ハ裁判所ノ關係ヨリ反訴ノ消滅スルヤ否ヤヲ定メントスルモ民事訴訟法第九十五條第二號ニ依レハ訴訟物ノ權利拘束ノ效力トシテ裁判所ノ管轄ハ權利拘束發生當時ノ狀態ニ因テ確定スルモノナリ權利拘束カ發生スル當時ニ適法ナル管轄裁判所ハ後日事情ノ變更ニ因テ管轄カ不適法ト爲ルモノニ非ス故ニ反訴ノ訴訟物ニ付キ權利拘束ヲ發生シタル當時

ニ於テ適法ナル管轄裁判所カ其後管轄ヲ定ムル事情即チ本訴ノ權利拘束カ
取下ニ因テ消滅シタリトスルモ反訴ノ裁判管轄ニ影響ヲ及ホスヘキモノニ
非ス故ニ管轄ノ點ヨリ觀察シテ反訴ノ消滅スルヤ否ヤヲ決セントスルハ不
當ナリトス余ハ此說ニ贊ス

第五節 先決的確定ノ訴

先決的確定ノ訴ハ一ハ訴訟ハ進行中ニ争ト爲リタル法律關係ハ成立若クハ不
成立カ本訴訟ノ裁判ニ影響ヲ及ホスヘキ場合ニ於テ其法律關係ハ確定ヲ求ム
ル訴ヲ謂フ(第二條一)
判決ノ確定力ハ其主文ニ包含スルモノニ限ル故ニ本訴又ハ反訴ヲ以テ主張シ
タル私權ニ付テハ其判決ノ實體的確定力ヲ生スト雖モ其權利ノ前提ト爲リタ
ル法律關係ノ成立若クハ不成立ニ付テハ或場合ニハ裁判所ハ其判斷ヲ爲シ之
ヲ判決理由中ニ説明スト雖モ其法律關係ノ存否ニ付テハ實體的確定力ヲ生ス
ヘキ判決ヲ生スルモノニ非ス故ニ一ノ訴訟ノ進行中其訴訟ノ裁判ノ前提ト爲

ルヘキ法律關係ノ成立若クハ不成立ニ付テ當事者間ニ争アリタルトキハ別訴
認ニ依ラサレハ確定力アル判決ヲ得ルヲ得ス斯ル場合ニ常ニ別訴訟ニ依ラシ
ムルモノトスルトキハ訴訟手續ノ重複ヲ來タスノミナラス時トシテハ裁判ノ
抵觸ヲ來タスコトナシトセス故ニ一ノ訴訟物ノ先決問題タル法律關係ノ成立
若クハ不成立ニ付キ争アルトキ當事者ノ申立ニ因リ其法律關係ニ付キ實體的
確定力ヲ生シ得ヘキ裁判ヲ與フル方法トシテ先決的確定訴訟ヲ許シタルモノ
トス

先決的確定ノ訴ニ付テノ私權保護ノ請求權發生條件ハ左ノ如シ

- (一) 訴訟ハ進行中ニ争ト爲リタル法律關係ナルコトヲ要ス
- 先決的確定ノ訴ハ獨立ノ確定ノ訴ト同シク法律關係ノ成立若クハ不成立ヲ
判決ヲ以テ確定センコトヲ求ムルモノニシテ其確定ヲ求ムル法律關係ハ本
訴訟ノ進行中ニ成立若クハ不成立ニ付キ當事者間ニ争ヲ生シタルモノナル
コトヲ要ス

- (二) 先決的確定ノ訴ノ目的物ト爲ル法律關係ハ其成立若クハ不成立カ本訴訟

114

ハ裁判ノ全部又ハ一分ニ影響ヲ及ホスヘキモノナルコトヲ必要トス即チ主
タル訴訟ノ裁判ヲ爲スニ付キ確定ノ訴ノ目的タル法律關係ノ成立若クハ不
成立カ先決問題タルノ性質ヲ有スルコトヲ必要トス例ヘハ利息金ヲ請求ス
ル訴ニ於テ元本貸借ノ關係カ先決的性質ヲ有スルカ如シ
先決的確定ノ訴ニ付テハ一般ノ訴訟條件ノ外他ノ訴訟條件ヲ具備セサルヘカ
ラス

(一) 訴訟ハ主タル當事者ニ限り之ヲ提起スルコトヲ得 共同訴訟ナルト單獨
訴訟ナルトヲ問ハス原告若クハ被告ニ限り提起スルコトヲ許ス從參加人ハ
主タル當事者ノ一方ヲ補助スル爲メニ訴訟ニ加ハルモノニシテ訴訟物ノ範
圍ハ當事者ノ主張ニ因リテ限定セラレ從參加人ハ其範圍ヲ擴張スルコトヲ
得サレハ此訴ヲ提起スルコトヲ得ス而シテ原告カ提起スルニハ申立ノ擴張
ニ因ル申立ノ擴張トハ判決ヲ受クヘキ事項ノ範圍ヲ擴張スルコトヲ謂フ又
被告カ提起スルニハ反訴ノ提起方法ニ依ル茲ニ所謂申立ノ擴張ハ新原因ヲ
有スル新訴ヲ舊訴ニ併合スルモノニシテ其訴訟物ノ權利並東ハ第二百十二

三三四

條ノ規定ニ依リ口頭辯論ニ於テ原告カ申立ノ擴張ヲ爲シ若クハ被告カ反訴
ヲ口頭ヲ以テ提起シタル時ニ發生ス

(二) 本訴訟ハ第一審ハ口頭辯論ニテ提起スルコトヲ要ス 先決的確定ノ訴ヲ
提起スル方法ハ口頭辯論ニ於ケル陳述ヲ以テスヘキモノナリ第一審ノ口頭
辯論ノ終結後若クハ上訴審ニ於テハ此訴ノ提起ヲ許サス蓋シ上訴審ニ於テ
ハ第一審判決ノ當否ヲ審査スルモノナレハ若シ上訴審ニ於テ提起ヲ許スト
キハ上訴裁判所ハ第一審裁判所ト爲リ審級ノ秩序ヲ害スルヲ以テナリ
(三) 先決的確定ノ訴ノ目的物ニ付テ主タル訴訟ノ裁判所カ事物土地ノ管轄權
ヲ有スルコトヲ要ス 現行法ハ特ニ規定セスト雖モ一般管轄ノ規定ノ當然
ノ結果トシテ管轄權ナキ訴訟物ハ之ヲ許スヘキニ非ス

115

第三編 訴訟行爲

第一章 訴訟行爲ノ意義及ヒ種別

訴訟行爲トハ訴訟關係者ハ民事訴訟即チ私權保護ニ關スル行爲ヲ謂フ訴訟行爲ハ法律行爲ニ非ス法律行爲ハ私法上ノ效果發生ヲ目的トスルモノニシテ訴訟行爲ハ訴訟法上ノ效果發生ヲ目的トスルモノナレハナリ訴訟行爲ニハ意思表示ト然ラサル行爲トアリ裁判所カ裁判ヲ爲シ當事者カ訴ヲ提起シ口頭辯論ニ於テ攻撃若クハ防禦ノ方法ヲ提出スル如キハ意思表示タル訴訟行爲ニシテ裁判所カ證據調ヲ爲シ執達吏カ有體物ノ差押ヲ爲ス如キ當事者カ準備書面ヲ裁判所ニ差出ス如キハ意思表示ニ非サル訴訟行爲ナリトス

訴訟行爲ニハ裁判上ノモノト裁判外ノモノトアリ訴ノ提起口頭辯論ノ如キハ裁判上ノモノニシテ訴訟代理權ノ授與管轄ノ合意ノ如キハ裁判外ノモノナリ訴訟行爲ニハ訴訟主體ノ行爲ト訴訟ニ關係セル第三者ノ行爲トアリ裁判所ノ裁判證據調執達吏ノ爲ス送達差押ノ如キ當事者又ハ其代理人カ爲ス訴ノ提起

攻撃若クハ防禦方法ノ提出ノ如キハ訴訟主體ノ訴訟行為ニシテ罰金ノ決定アリタル證人又ハ鑑定人カ抗告ヲ爲シ訴訟ノ告知ヲ受ケタル者カ參加セスシテ更ニ訴訟ヲ告知スル如キハ訴訟主體ニ非サル者ノ訴訟行為ナリトス然レトモ訴訟ニ關係セル第三者ノ行為ハ常ニ訴訟行為ニ非ス例ヘハ證人ノ證言鑑定人ノ陳述ノ如キハ訴訟行為ニ非スシテ證據調ナル訴訟行為ノ目的物タルカ如キ是ナリ

訴訟行為ニハ一方の行為ト雙方の行為トアリ、訴ノ提起證據調ノ申請訴又ハ上訴ノ取下攻撃若クハ防禦方法ノ提出ノ如キハ一方行為ニシテ裁判所ノ管轄ノ合意訴訟手續ノ休止ノ合意ノ如キハ雙方行為ナリ裁判所若クハ執行機關ノ行為ハ常ニ一方のナリトス

訴訟行為ハ訴訟ノ開始ヲ目的トスルモノト進行ヲ目的トスルモノト終了ヲ目的トスルモノトアリテ互ニ相連結スルモノナリ訴訟行為カ相連結スルコトヲ稱シテ訴訟手續ト謂フ

私權保護ノ方法カ裁判ト強制執行トノ別アルニ從ヒ訴訟行為モ形式上ヨリ此

二者ニ大別スルコトヲ得ヘク裁判ニ因ル私權保護ニ關スルモノハ狹義ノ訴訟行為ニシテ執行ニ因ル私權保護ニ關スルモノハ執行行為ナリトス

第二章 訴訟行為ノ原則

第一節 職權主義及ヒ處分權主義

職權主義トハ各個人ノ要求ヲ俟タス民事訴訟ヲ開始及ヒ進行スル主義ヲ謂ヒ處分權主義トハ各個人ノ要求ニ依リ民事訴訟ヲ開始及ヒ進行スル主義ヲ謂フ職權ヲ以テ訴訟ヲ追行スルコトヲ職權追行主義ト謂ヒ訴訟ノ追行ヲ當事者ノ意思ニ一任スルコトヲ當事者追行主義ト謂フ

民事訴訟ハ私權保護ヲ目的トスルモノニシテ私權ハ各個人カ任意ニ拋棄スルコトヲ得ルモノナレハ民事訴訟ニ於テハ其訴訟ノ開始ニ付テモ各個人ノ要求ニ依ルヘク訴訟ノ追行ニ付テモ當事者追行主義ヲ原則トスルヲ至當トス是レ現行法カ處分權主義ヲ原則トセル所以ナリ故ニ訴訟手續ハ原告ノ訴ノ提起ニ依テ開始シ裁判所ハ進テ訴訟ヲ開始スルヲ得ス訴訟手續ノ休止口頭辯論ノ續

行、口頭辯論期日ノ變更第一八九條ノ如キ處分權主義ヲ採用シタル結果ニ外ナ
ラス然レトモ一旦開始シタル訴訟ヲ秩序的ニ進行シ且速ニ完結セシムルハ國
家ノ利益ナルヲ以テ裁判所モ亦一旦開始シタル訴訟ヲ進行スル職責ヲ負フモ
ノトス期日ノ指定、當事者ノ呼出、訴訟書類ノ送達ノ如キハ職權主義ヲ採用セリ
要スルニ訴訟ノ開始ニ付テハ處分權主義ヲ採用シ訴訟ノ進行ニ付テハ職權追
行主義ト當事者追行主義トヲ折衷採用セリ

第二節 雙方審理主義及ヒ一方審理主義

民事訴訟トシテ公正ニ私權保護ノ目的ヲ達セントスルニハ當事者雙方ヲ審問
シテ其訴訟ヲ斷定セサルヘカラス當事者雙方審理主義ハ即チ是ナリ雙方審理
主義ハ當事者雙方ヨリ訴訟資料ヲ提供セシメ訴訟ノ判斷ヲ爲スコトヲ謂フ蓋
シ當事者ハ訴訟ニ於テ自己ニ利益ナル資料ノミヲ提出スヘキヲ以テ當事者一
方ノミノ陳述ヲ聽キ相手方ニ不利益ヲ及ホスヘキ裁判ヲ爲ナスシテ必ス一方
ノ陳述ニ對シ相手方ニ防禦ヲ爲スノ機會ヲ與フル必要アルモノトス之ニ反シ

當事者一方ハ訴訟資料提供ニ基キ裁判ヲ爲スヲ一方審理主義ト謂フ而シテ雙
方審理主義ハ私權保護ヲ目的トスル民事訴訟ニ適スルヲ以テ我民事訴訟法ハ
獨逸民事訴訟法其他各國ノ立法例ニ倣ヒ此原則ヲ採用セリ即チ裁判ノ形式タ
ル判決ヲ爲ス手續ニハ雙方審理主義ヲ採用シ其結果トシテ此法則ニ違反シタ
ル判決ニ對シテハ故障又ハ原狀回復或ハ控訴、上告ヲ爲スコトヲ許セリ例外ト
シテ判決ノ形式ヲ以テセサル裁判即チ決定、命令ヲ以テ爲スモノハ當事者雙方
審理主義ヲ原則トセス一方審理主義ヲ採用シ當事者一方ノ訴訟資料ノミニ基
キ裁判ス決定若クハ命令ヲ以テ裁判スヘキ事項ハ主トシテ簡易ノ手續ニ依リ
裁判ヲ爲スコトヲ法律カ必要ト認メタルモノ又ハ當事者ノ私權ノ爭議ニ關セ
ス單ニ訴訟手續上ニ關スル事項ヲ目的トスル裁判ナリ然レトモ元來民事訴訟
法ハ原則トシテ雙方審理主義ヲ採用シ一方審理主義ヲ採用セシハ例外ニ屬ス
ルヲ以テ其決定ニ對シテハ抗告ヲ許シ或ハ命令ニ對シテハ異議ヲ申立ツルコ
トヲ許セリ例ヘハ督促手續ニ於テ支拂命令ニ對スル異議ノ申立其他假差押假
處分ノ命令ニ對スル異議ノ如キ是ナリ唯第八十三條ニ規定セル事項ハ決定ハ

形式ニ依ル裁判ナルモ、雙方審理主義ヲ採用シアルハ、即チ裁判所書記、法律上代理人、辯護士其他ノ代理人及ヒ執達吏ノ過失又ハ懈怠ニ因リ費用ノ生シタルトキハ受訴裁判所ハ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ其費用ノ辨濟ヲ負擔セシムル決定ヲ爲スコトヲ得但其決定前關係人ニ口頭又ハ書面ニテ陳辯ヲ爲ス機會ヲ與フヘシト規定セリ

第三節 自由心證主義及ヒ法定證據主義

眞實ナル事實ノ發見ノ方法トシテ訴訟上採用スヘキ主義ニ自由心證主義及ヒ法定證據主義ノ二アリ自由心證主義トハ原告若クハ被告ハ事實上ハ主張ヲ眞實ナリト認ムルヤ否ヤニ付テハ裁判所カ其證據方法ニ拘泥スルコトナク自由ナル確信ニ基キ裁判ヲ爲シ得ル主義ヲ謂ヒ一ニ之ヲ實體證據法ト謂フ法定證據主義トハ當事者カ法律上規定シタル方式ニ從ヒ立證シタル以上ハ裁判所ハ其證據ニ拘束セラレハ事實ヲ確認セサルヘカラサル主義ヲ謂ヒ一ニ之ヲ形式的證據法ト謂フ法定證據主義ハ其證據方法ニ拘束セラルルヲ以テ假令裁判所ハ

眞實ヲ發見スルモ自己ノ確信ニ因リ裁判ヲ爲スコトヲ得ス當事者ノ提出シタル證據ノ結果ニ拘束セラル我民事訴訟法ハ獨逸法ト同シク自由心證主義ヲ採用セリ即チ第二百十七條ニ於テハ「裁判所ハ民法又ハ此法律ニ反セサル限りハ辯論ノ全旨趣及ヒ或證據調ノ結果ヲ斟酌シ事實上ノ主張ヲ眞實ナリト認ム可キヤ否ヤヲ自由ナル心證ヲ以テ判斷ス可シ」ト規定セリ故ニ我訴訟法ニ於テハ裁判官ハ當事者ノ立證ノ結果ニ從フノ義務ナク法律ノ規定ニ反セサル限りハ自由ニ自己ノ確信ニ基キ訴訟ノ判斷ヲ爲スヲ得ルモノトス此主義ヲ認メタル結果裁判所ヲシテ事件ノ状態ヲ明カニシ適當ノ裁判ヲ爲サシムル必要上裁判所ニ發問權ヲ認メ又ハ當事者本人ノ出頭ヲ命シ或ハ檢證及ヒ鑑定ヲ命シ其他證據ノ指揮ヲ爲スノ權ヲ與ヘタリ

第四節 辯論主義及ヒ糾問主義

裁判所カ訴訟ノ裁判ヲ爲スニハ裁判官ヲシテ其訴訟事件ノ關係ヲ熟知セシムルコトヲ要ス即チ訴訟關係ニ付テノ事實ヲ知ラサレハ其訴訟ニ付キ適當ナル

第三編 訴訟行爲 第二章 訴訟行爲ノ原則 第三節 自由心證主義及ヒ法定證據主義 第四節 辯論主義及ヒ糾問主義 三四三

裁判ヲ爲スコトヲ得ス而シテ訴訟ノ關係ヲ熟知スル方法ニアリ即チ一ハ其訴訟關係ヲ明カニスルコトノ必要ナル事項ハ當事者ノ申立若クハ陳述ニ羈束セラレス裁判所ノ職權ヲ以テ審理ヲ爲スノ方法ヲ謂フ之ヲ糾問主義ト稱ス他ノ一ハ裁判所カ其訴訟事件ヲ審理スルニ當リ當事者ノ申立テタル事項及ヒ當事者ノ陳述ニ拘束セラレ其以外ニ立入りテ訴訟事件ノ關係ヲ探知スルコトヲ得ナル方法ヲ謂フ換言スレハ當事者カ提出セシ訴訟材料ノ結果ニ拘束セラルル方法ニシテ之ヲ辯論主義ト稱ス糾問主義及ヒ辯論主義ハ共ニ一利一害アルヲ免レス近世ノ民事訴訟法ニ於テハ糾問主義及ヒ辯論主義ヲ折衷シテ採用スルコトハ立法上多ク行ハルル所ナリ糾問主義ハ本來ノ性質ヨリ言ヘハ公益ニ關スル刑事訴訟ニ付テハ極メテ適當ナル主義ナリト雖モ民事訴訟ニ於テハ辯論主義ヲ原則トセサルヘカラス如何トナレハ刑事訴訟ハ國家生存ノ必要上犯罪人ニ對シ刑罰權ヲ實行スルコトヲ目的トスルモノナレハ當事者ノ申立ニ拘束ヲ受クルコトナクシテ審理スル方法ヲ採ルコト國家ノ秩序ヲ維持スル上ニ於テ必要ナリ然レトモ刑事訴訟ト其性質ヲ異ニスル民事訴訟ニ在リテハ其訴訟

ノ目的タルヤ一私人カ自由ニ處分スルヲ得ヘキ私權ニ關スルヲ以テ辯論主義ヲ以テ原則トスルコト適當ナリト謂ハサルヘカラス私權ハ當事者カ隨意ニ之ヲ處分シ得ヘキモノナレハ訴訟ニ因リ其私權ノ確定若クハ實行ヲ求ムルハ當事者ノ意思ニ基カサルヘカラス又其反對ノ當事者タル被告ノ地位ニ立ツ者ニ於テモ原告ノ權利ニ對シ自己ノ義務アルコトヲ認メ或ハ防禦スルカ如キハ是レ亦私人ノ隨意ニ處分スルコトヲ得ルモノナリ故ニ訴訟ノ勝敗或ハ攻撃防禦ノ方法ニ付テノ利害得失等ハ總テ訴訟當事者ノ行爲ニ一任スヘキモノニシテ國家ノ機關タル裁判所カ之ニ干渉シテ當事者ノ申立若クハ陳述ヲ取捨スル必要ナシ隨テ當事者カ防禦ヲ爲サントスルノ意思ナキニ拘ハラヌ裁判所カ進テ防禦ヲ爲サシメ或ハ當事者カ提出セサル證據ヲ提出セシムルカ如キ當事者ノ行爲ニ干渉シ職權ヲ以テ事件ノ眞實ヲ探知スルノ必要ナシ故ニ我民事訴訟法ハ獨逸、澳太利等ノ民事訴訟法ト等シク原則トシテ辯論主義ヲ採用セリ我民事訴訟法ハ辯論主義ヲ採用シタル結果トシテ裁判所ノ爲スヘキ行爲ニ付テハ次ニ述フル法則アリ

(一) 當事者ハ申立テサル事項ハ裁判ノ資料ト爲スヲ得ス即チ當事者カ事實上ノ申立ヲ爲シ或ハ證據方法ノ申立ヲ爲スカ如キハ當事者自ラ自己ノ權利ヲ保護スルニ必要ナリ故ニ當事者ノ事實ノ主張竝ニ證據方法ノ申出ニ付テモ當事者ノ意思ニ一任シ裁判所ハ職權ヲ以テ事實ノ真相ヲ探知スルコトヲ得サルノミナラス當事者ノ請求ノ拋棄請求ノ認諾自白ノ如キハ裁判所ハ之ニ拘束セラル又裁判所ニ顯著ナル事實又ハ裁判官カ一個人トシテ知り得タル事實アルモ當事者カ提出セサル限リハ訴訟ノ資料ト爲スヲ得サルモノトス但職權調査ノ事項ハ例外トス

(二) 裁判所ハ申立テサル事物ヲ原告若クハ被告ニ歸セシムルハ權ナシ(第二三條)是レ裁判所ハ前述ノ如ク私權ノ保護ヲ目的トスルモノナレハ申立以外ノモノヲ當事者ノ責ニ歸セシムルコトヲ得ス故ニ事件審理ノ結果當事者ノ提出セシ證據方法ニ因リテ當事者ノ申立以外ニ尙ホ多クノ權利ヲ有スルコトヲ發見スルモ裁判ヲ爲スコトヲ得ス例ハ原告ハ百圓ノ請求ヲ爲シタルモ其提出セル證據書類ニ因レハ二百圓ヲ請求シ得ルニ拘ハラズ現ニ其申立ヲ爲

ササルトキハ單ニ其請求セル百圓ニ付テノミ裁判ヲ爲シ得ルニ過キササルカ如シ或ハ又原告カ元本ノミヲ請求シタルニ裁判所カ其利息ノ支拂ヲ被告ニ對シテ命スル裁判ヲ爲スカ如キモ當事者ノ申立テサル事物ヲ歸セシムルモノナリ要スルニ申立ノ内容ニ因リテ裁判スヘキモノトス此原則ノ例外ハ訴訟費用負擔ノ裁判ナリ即チ訴訟費用ニ付テハ當事者ノ申立アラサルモ裁判ヲ爲スコトヲ得(第二三條)蓋シ訴訟費用ノ負擔ハ私法上ノ權利トシテ當事者ノ隨意ニ處分シ得ヘキモノニ非サレハナリ

右二箇ノ法則ハ辯論主義ヲ採用シタル結果ニ外ナラス然レトモ此主義ハ當事者ノ隨意ニ處分シ得ヘキ私權ニ限ルモノトス尙ホ民事訴訟法ニ於テハ國家ノ公益上必要ト認メタルモノニ付テハ糾問主義ヲ採用セリ即チ人事訴訟是ナリ人事訴訟ニ於テハ裁判所ハ事實ノ眞實ヲ知ルニ付テハ職權ヲ以テ取調ヲ爲スコトヲ得蓋シ人事訴訟ハ人ノ身分ニ關係ヲ有シ當事者ノ任意ニ處分シ得ヘキモノニ非サレハナリ

第五節 口頭審理主義及ヒ書面審理主義

訴訟審理ノ方式ニ付テハ口頭審理主義ト書面審理主義トノ二箇ニ區別スルコトヲ得書面審理主義トハ當事者カ主張スル事實竝ニ證據方法等ハ悉ク書面ニ因リ裁判所ニ提出シ裁判所ハ當事者ノ口頭ノ陳述如何ニ關セス單ニ書面ノミニ因リ訴訟ハ審判ヲ爲ス方法ナリ之ニ反シテ口頭審理主義トハ裁判所カ直接ニ當事者ノ陳述ヲ聽キ而モ證人鑑定人等ニ對シテモ裁判官カ直接ニ訊問ヲ爲シテ其陳述ヲ資料トシテ裁判ヲ爲ス方法ナリ口頭審理主義ト書面審理主義トハ前述セシ自由心證主義ト法定證據主義トニ關係ヲ有ス即チ法定證據主義ニ因リテ裁判ヲ爲サントスルニハ或ハ書面審理主義ニ因ルコトヲ得ルモ自由心證主義ニ因リテ裁判ヲ爲サントスルニハ口頭審理主義ヲ採用セサルヘカラス法定證據主義ニ因ルトキハ事實ノ眞否ニ付キ判斷ヲ爲スニ自由ナル心證ニ因ルコトヲ要セサルカ故ニ書面ニ因リ訴訟資料ヲ蒐集スルコトヲ得之ニ反シテ自由心證主義ヲ採用スルトキハ當事者及ヒ證人ノ陳述等ハ裁判官ノ心證ニ影

響ヲ與フルモノナレハ訴訟ノ審理ヲ爲スニ當リ直接ニ陳述ヲ聽クニ非サレハ其目的ヲ達スルコトヲ得サルナリ口頭審理主義ハ一ニ直接審理主義ト謂ヒ書面審理主義ハ一ニ之ヲ間接審理主義ト謂フ

我民事訴訟法カ判決裁判所ニ於ケル訴訟ニ付テノ當事者ノ辯論ハ口頭ナリトス(第一條)ト規定シ又判決ハ其基本タル口頭辯論ニ臨席シタル判事ニ限り之ヲ爲ス(第二條)ト規定シタルハ口頭審理主義ノ原則ヲ示シタルニ外ナラス然レトモ口頭審理主義ヲ採用スルモ絶對ニ書面ヲ用ヒサルニ非ス即チ訴ノ提起ニ付テハ原則トシテ訴狀ヲ裁判所ニ差出サレハ其效力ヲ生セス(第一九條)當事者ハ口頭辯論前書面ヲ交換シテ訴訟ノ準備ヲ爲シ(第一四條)裁判所ヲシテ訴訟ノ如何ヲ知ラシムル爲メ準備書面ト同一書面ヲ裁判所ニ差出ス(第一八條)如キ訴ノ基礎ヲ確定シ又ハ訴訟ノ準備ヲ爲スニ書面ヲ使用スルコトアリ然レトモ此等ノ書面ハ訴訟ノ準備ニ過キサレハ書面ニ記載シタル事項如何ニ關セス訴訟ノ材料ト爲ルハ當事者カ口頭辯論ニ於テ提出シタル事項ノミトス故ニ當事者ハ口頭辯論ニ於テ書面ニ記載シ在ラサル事項ハ勿論其記載事項ト異ナリタル事項ヲ

陳述スルモ其陳述シタル事項ノミカ裁判ノ資料ト爲ルモノトス
口頭審理ノ原則ハ判決ヲ以テ裁判スヘキ手續ニ付テハ絶對ニ適用セラルト雖
モ判決以外ノ形式ヲ以テスル裁判ハ書面ニ基キテ爲スコトアリ例ヘハ督促手
續ニ於ケル支拂命令執行命令或ハ假差押假處分ノ命令ノ如キハ口頭辯論ニ因
ラスシテ爲スコトヲ得ルモノナリ

第六節 公開審理主義及ヒ秘密審理主義

訴訟ヲ公開シテ審理スルハ裁判ノ公正ヲ得セシムルト裁判ノ信用ヲ維持スル
點ニ於テ極メテ必要ナリ裁判所カ公正ニ職務ヲ行フノミナラス當事者證人等
カ不實ノ陳述ヲ爲スコトヲ避クルノ利益アリトス然レトモ若シ之ヲ公開スル
爲メ國家ノ安寧秩序ヲ妨害スルノ慮アルトキハ秘密ニ審理ヲ爲スコト亦必要
ナリトス所謂公開審理主義トハ訴訟ニ付テハ辯論ヲ其訴訟ニ關係ナキ者ニ對
シ傍聽セシムルコトヲ許ス主義ヲ謂ヒ秘密審理主義トハ訴訟關係者以外ノ者
ニ對シ辯論ヲ知ラシメサル主義ヲ謂フ此公開審理主義ハ口頭審理主義ト相牽

連セリ若シ書面審理主義ヲ採用スルトキハ縱令公開審理主義ヲ採用スルモ何
等ノ效力ナシ蓋シ訴訟ノ審理ヲ爲スニ當リ書面ヲ基礎トスルトキハ訴訟進行
ノ程度ヲ知ルコトヲ得サレハナリ我憲法ハ公開審理主義ヲ認メ其第五十九條
ニ於テ裁判ノ對審判決ハ之ヲ公開ス但安寧秩序又ハ風俗ヲ害スルノ慮アルト
キハ法律ニ因リ又ハ裁判所ノ決議ヲ以テ對審ノ公開ヲ停ムルコトヲ得ト規定
セリ而シテ裁判所構成法ニ因レハ判決ノ言渡ハ如何ナル場合ニ於テモ公開シ
タル法廷ニ於テ言渡ササルヘカラス唯其必要ニ因リ對審ヲ秘密ニスルコトヲ
得ルニ過キス又裁判所カ對審ノ公開ヲ停ムルノ決議ヲ爲シタルトキハ其決議
ハ如何ナル理由ニ基クカヲ公衆ヲ退カシムル前言渡ササルヘカラス(裁判所第一
五條)
故ニ公開セサル法廷ニ於テ言渡シタル判決ハ不適法ノ判決ナリ又裁判所カ對
審ノ公開ヲ停止スルノ決議ヲ爲スニ當リ公衆ヲ退廷セシムル以前ニ於テ其決
議ノ理由ヲ言渡ササレハ訴訟手續ニ違背スルノ結果ヲ生スヘシ又裁判長ハ公
開ヲ停止シタルトキト雖モ入廷ノ許可ヲ與フルコトヲ至當ト認ムル者ニ限リ
特ニ入廷セシムルコトヲ妨ケス(同法第一
六條)又裁判所ノ評議及ヒ議決等ハ秘密ニ

之ヲ爲スヘキモノトス(同法第一條第一項)尙ホ人事訴訟ニ於テハ公開ヲ禁シタル規定アリトス(四條第)

第七節 法定順序主義及ヒ辯論一貫主義

法定順序主義トハ當事者カ辯論ニ於テ爲スヘキ訴訟行為ニ付キ一定ノ順序ヲ定メ之ニ違背シタル訴訟行為ヲ無効トスル主義ヲ謂ヒ辯論一貫主義トハ當事者カ辯論ニ於テ爲スヘキ訴訟行為ニ付キ其順序ヲ定メサル主義ヲ謂フ法定順序主義ハ書面審理主義ト共ニ發達シタルモノナリ蓋シ訴訟手續ハ數多ノ訴訟行為ヨリ成立スルモノナレハ書面審理ニ依リ迅速ニ且秩序的ニ訴訟ヲ進行セントスルニハ同時ニ同種類ノ訴訟行為ヲ爲サシムル必要アリ例ヘハ原告カ訴狀ヲ差出シタルトキハ被告ニ答辯書ヲ差出サシメ之ニ對シテ原告ハ再攻撃狀ヲ提出シ然ル後被告ハ再抗辯書ヲ差出ス如ク順序ヲ追ヒ各當事者ニ訴訟行為ヲ爲サシメサレハ書面審理ニ於テハ訴訟資料ノ錯雜ヲ來タシ訴訟ヲ結局スル能ハサルニ至ルモノナリ獨逸舊普通法ニ於テハ書面審理主義ナリシヲ以テ法

定順序主義ヲ採用セリ即チ訴訟條件ニ關スル辯論ヲ終リタル後ニ非サレハ本案ノ辯論ヲ爲スコトヲ得サルモノトシ且事實上ノ陳述ニ關シテモ一定ノ順序ヲ設ケ之ニ違反シタル陳述ハ無効トセリ而シテ同法ニ於テハ證據判決ノ制度ヲ認メ當事者カ事實上ノ陳述ヲ爲シタル後裁判所ハ證據判決ヲ以テ何レノ當事者ニ舉證ノ責任アルヤヲ言渡シ證據判決アリタル後ハ當事者ハ證據方法ノミヲ提出スルコトヲ得ヘク事實上ノ主張ハ之ヲ許ササルモノトセリ此ノ如ク訴訟行為ヲ爲スニ付キ順序ヲ定ムルトキハ訴訟ノ進行ヲ秩序的ナラシムル利益アリト雖モ當事者カ訴訟行為ヲ爲スノ時機ヲ失スルトキハ再ヒ之ヲ提出スルヲ得サルニ至リ爲メニ事實ノ真相ニ適シタル裁判ヲ爲スヲ得サルニ至ル弊害ノリトス

佛國民事訴訟法ニ於テハ口頭辯論主義及ヒ辯論一貫主義ヲ採用セリ即チ當事者ハ口頭辯論ニ於テハ其開始ヨリ終結ニ至ル迄ハ一定ノ順序ニ拘束セラレス如何ナル時期ニ於テモ攻撃若クハ防禦ノ方法證據方法證據抗辯等ヲ提出スルヲ得ヘキモノトス獨逸民事訴訟法ハ佛法ニ倣ヒ口頭辯論主義及ヒ辯論一貫主

義ヲ採用シ我民事訴訟法モ亦獨法ニ倣ヒ第二百九條、第二百十四條ニ於テ辯論一貫主義ヲ採用シタルコトヲ明カニセリ辯論一貫主義ハ當事者ノ訴訟行為ノ順序ニ付キ何等ノ拘束ナキヲ以テ當事者ハ完全ニ訴訟資料ヲ提出スルヲ得ヘク隨テ訴訟ノ裁判モ事實ノ真相ニ適スル利益アリト雖モ訴訟手續ノ錯雜遲滯ヲ來タス弊害ヲ生セサルニ非ス斯ル弊害ヲ救済スル爲メ現行法ハ第一百十八條、第一百十九條、第二百六條、第二百七條、第二百十條、第二百十四條第二項、第二百二十六條、第二百二十七條、第四百二十六條ノ規定ヲ設ケタル所以トス

獨 普通法ニ於ケル證據判決ヲ爲ス主義ヲ證據分離主義ト謂ヒ之ニ對シテ辯論一貫主義ヲ證據併合主義ト謂フ

第三章 訴訟行為ノ用語、場所及ヒ時期

第一節 用語

裁判所ニ於テハ日本語ヲ用ユヘキモノトス即チ當事者、證人、鑑定人等ノ口頭陳述ナルト書面上ノ陳述ナルト裁判所ノ宣言ナルトヲ問ハス總テ日本語ヲ以テ

爲スヘキモノトス日本語ニ通セサル者カ辯論ニ與カルトキハ裁判所ハ通事ヲ立會ハシメサルヘカラス(裁構第一一五條)然レトモ外國人カ當事者タル訴訟ニ於テ其訴訟ニ與カル者及ヒ訴訟ノ審問ニ參與スル裁判官カ外國語ニ通スル場合ニ於テ裁判長カ便宜ト認メタルトキハ外國語ヲ以テ口頭審問ヲ爲スコトヲ得此場合ト雖モ審問ノ調書ハ日本語ヲ以テ作成スヘキモノトス(裁構第一一八條)又辯論ニ與カル者カ聾者若クハ啞者ナルトキハ筆記ヲ以テ審問スルコトヲ得ヘク若シ文字ヲ理解セサル者ナルトキハ通事ヲ立會ハシムルコトヲ得ルモノトス(第一二六條)而シテ通事ノ任命及ヒ使用竝ニ訴訟手續上其行フヘキ職務ニ關スル規則ハ司法大臣之ヲ定ムヘキモノナリ若シ裁判所ニ於テ通事ヲ必要トスル場合ニ裁判所書記其言語ニ通スルトキハ裁判長ノ承諾ヲ經テ通事ニ用ヒラルルコトヲ得ヘシ(裁構第一一七條)

第二節 場所

裁判所ノ開廷ハ司法行政上裁判所ノ法廷ト定メラレタル場所ニ於テ爲スヲ原

則トシ司法大臣ニ於テ事情ニ因リ必要ナリト認メタルトキハ區裁判所ヲシテ其管轄區域内ノ一定ノ場所ニ於テ職務ヲ取扱ハシムルコトヲ得ヘシ(裁構第一條第三條)然レトモ法廷ニ於テ爲ス能ハサル行爲即チ裁判所ニ提出スル能ハサル物ヲ裁判所自ラ實驗スル必要アルトキ若クハ裁判所ニ出頭スル能ハサル者ヲ審問シ其他裁判所内ニ於テ爲スコトヲ得サル行爲ヲ要スルトキハ裁判所以外ノ場所ニ於テモ之ヲ爲スコトヲ得ルモノトス(第一條第六條)皇族カ證人タル場合ニ於テハ其訊問ハ御所在ニ就キ爲スヘキモノトス(第二條第六條)

第三節 期日及ヒ期間

民事訴訟ニ於テハ當事者カ訴訟行爲ヲ爲スト否トハ當事者ノ自由ニ放任セルヲ以テ訴訟ヲ秩序的ニ進行シ且訴訟ノ完結ヲ速ナラシムルニハ訴訟行爲實行ノ時期ヲ定メ其時間ノ經過後ニ於テハ訴訟行爲ヲ爲ス能ハサラシムル必要アリ期日期間ノ規定ハ此目的ノ爲メニ設ケラレタルモノトス
期日トハ訴訟關係者カ會合シテ訴訟行爲ヲ爲スヘキ時間ヲ謂フ即チ當事者其

他ノ訴訟關係者カ裁判所又ハ受命判事若クハ受託判事ノ面前ニ於テ訴訟行爲ヲ爲スカ爲メ又ハ裁判所若クハ受託判事受命判事カ當事者其他ノ訴訟關係者ノ面前ニ於テ訴訟行爲ヲ爲スヘキ時間ヲ謂フ口頭辯論判決ノ言渡證據調準備手續ノ施行不動産競賣競落等ノ期日はナリ
期間トハ訴訟關係者カ單獨ニテ訴訟行爲ヲ爲シ得ヘキ時間ヲ謂フ故ニ裁判官カ判決原本ヲ作成スル期間抗告裁判所ニ抗告ヲ送付スル時間ノ如キ亦期間ナリト雖モ是レ裁判所内部ノ事務上ノ規定ニ過キスシテ職務上ノ期間若クハ訓示の期間トモ稱ス此種ニ屬スルモノハ第二百二十三條第二百三十七條第四百三十一條第四百五十四條ノ期間是ナリ之ニ反シテ當事者若クハ第三者カ單獨ニテ訴訟行爲ヲ爲シ得ヘキ時間ヲ訴訟上ノ期間ト稱ス第六十四條以下ノ規定ハ訴訟上ノ期間ニ適用アルモノトス

第一款 期日

第一期日ハ指定
期日ハ受訴裁判所ノ裁判長之ヲ指定スヘキモノトス然レトモ受命判事受託

判事モ法律ニ特定セル場合ニ限り其指定ヲ爲スコトヲ得ヘシ例ヘハ第二百六十九條第二百七十八條等ノ如キ是ナリ又執行裁判所モ之ヲ定ムルコトヲ得ヘシ例ヘハ第五百六十七條第六百九十三條等ノ如キ是ナリ

期日ハ日及ヒ時ヲ以テ之ヲ定ムヘキモノトス而シテ已ムヲ得ナル場合ノ外ハ日曜日及ヒ一般ノ祝祭日ニ之ヲ定ムルコトヲ得ス(第一五九條)而シテ期日ヲ定ムルニハ開始ノ時ヲ定ムヘキモノニシテ終了ノ時ヲ定ムヘキニ非ス期日ハ行爲ノ終了ヲ以テ終了スヘキモノナレハナリ

第二 期日ハ呼出

期日ノ呼出ハ獨逸民事訴訟法ニ於テハ當事者ノ行爲ナリト雖モ我民事訴訟法ニ於テハ裁判所ノ職權行爲ニ屬スルモノトス故ニ移送若クハ差戻ノ判決ニ因リ事件ノ繫屬シタル裁判所ハ其繫屬ヲ知リタルトキハ期日ヲ定メテ當事者ヲ辯論ノ爲メニ呼出ササルヘカラス而シテ期日ノ呼出ハ期日ノ指定アリタル後裁判所書記呼出狀ヲ作成シ其正本ヲ當事者若クハ訴訟關係人ニ送達ノ手續ヲ爲シ以テ當事者又ハ訴訟關係人ヲ呼出スヘキモノトス但在廷シ

タル者ニ期日ヲ定メ出頭ヲ命シタルトキハ呼出狀ノ送達ヲ要セス(第一六條)シテ呼出ノ效力ヲ生ス

第三 期日開始ハ場所

期日ハ裁判所内ニ於テ之ヲ開クヲ通例トス然レトモ裁判所ニ出頭スルニ差支アル人ニ對スル審問其他檢證ノ如キ裁判所内ニ於テ爲スコトヲ得サル行爲ヲ要スル場合ニ於テハ裁判所外ニ於テ期日ヲ開クコトヲ得(第一六條)

第四 期日ハ開始及ヒ終了

期日ハ事件ノ呼上ニ因リテ開始ス呼上ナキ間ハ假令期日トシテ定メラレタル時間到來スルモ期日ノ開始ト云フコトヲ得ス期日開始ノ際原告若クハ被告カ出頭セサルモ直チニ懈怠ノ結果ヲ生セス期日ノ終ニ至ルマテ期日ニ於テ爲スヘキ行爲ヲ爲ササルトキニ限り期日ヲ懈怠シタルモノト看做サル(第一六三條)期日ニ於テ爲スヘキ行爲ハ完結シタルトキ期日ハ終了ス又期日ニ於テ行爲ハ完結ヲ來ササルモ裁判長受命判事受託判事カ期日ヲ終了スルコトヲ明示又ハ默示ニテ表示セルトキハ終了スルモノトス例ヘハ口頭辯論若クハ

準備手續ノ續行期日ヲ定ムルカ如キ是ナリ

第五 期日ノ變更

期日ノ變更トハ期日開始以前ニ於テ之ニ代ルヘキ期日ヲ定ムルコトヲ謂フ而シテ期日ノ變更ハ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ(第六九條)

申立ニ因ル期日ノ變更ハ當事者ノ合意ノ申出アルトキハ常ニ之ヲ許スヘク合意ナキ場合ニハ顯著ナル理由アルトキニ限り之ヲ許スコトヲ得(第九條) 同一期日ノ再度ノ變更ハ合意ナキ場合ニ於テハ相手方ヲ審訊シタル後ニ限リ之ヲ許スコトヲ得ヘク若シ相手方カ異議ヲ述フルトキハ顯著ナル差支ノ理由及ヒ其差支ヲ除去スルコトノ特別ナル困難ヲ生シタルコトヲ證明スルトキニ限り之ヲ許スコトヲ得訴訟代理人ノ差支ニ因ル期日ノ再度ノ變更ハ相手方ノ同意ナキトキハ如何ナル場合ト雖モ之ヲ許スコトヲ得ス(第一七條) 期日ノ變更ハ申立ニ因ル場合ト職權ニ因ル場合トヲ問ハス常ニ裁判所ノ裁判ヲ以テ之ヲ爲ス而シテ當事者ヨリ期日ノ變更ヲ求ムルハ書面若クハ口頭

ヲ以テ申請ヲ爲シ其申請ノ理由ハ之ヲ疏明セサルヘカラス申請ニ付テノ裁判ハ口頭辯論ヲ經スシテ之ヲ爲スコトヲ得ヘク申請ヲ却下シタル裁判ニ對シテハ不服ヲ述フルコトヲ得ス(第一七條)

期日ノ變更ニ附加シテ説明スヘキハ辯論ノ延期及ヒ續行是ナリ辯論ハ延期トハ既ニ期日ヲ開始シタル後辯論ハ開始以前ニ於テ辯論ヲ新期日ニ延期スルヲ謂ヒ辯論ノ續行トハ辯論ヲ開始シタルモ其辯論ヲ完結セスシテ新期日ニ辯論ヲ繼續スルヲ謂フ辯論ノ延期辯論續行ノ期日ノ指定ハ當事者ノ申立若クハ裁判所ノ職權ヲ以テ爲スコトヲ得ヘク當事者合意ノ申立アルトキハ之ヲ許スヘク合意ノ場合ヲ除ク外顯著ナル理由アルトキニ限り之ヲ許スヘキモノトス(第一六條)

第二款 期間

第一 期間ノ種別

期間ニ法定期間ト裁定期間ハ二種アリ法定期間トハ法律ヲ以テ定メタル期間ヲ謂ヒ裁定期間トハ裁判所若クハ裁判長ノ定ムル期間ヲ謂フ

(一) 法定期間ハ更ニ之ヲ分チテ不、變、期、間、ト、然、ラ、サ、ル、モ、ハ、ト、ハ、二、種、ト、ス、

(イ) 不、變、期、間、ト、ハ、法、律、ニ、於、テ、不、變、期、間、ト、明、定、シ、タ、ル、モ、ノ、ヲ、謂、ヒ、

即チ故障期間、控訴期間、上告期間、即時抗告期間、再審ノ訴提起ノ期間、除權判決不服申立ノ期間、仲裁判斷取消ノ期間(第二五條、第四〇條、第四三條、第七四條、第七七條、第八〇條)是ナリ

(ロ) 不、變、期、間、ニ、非、サ、ル、法、定、期、間、ハ、第、百、七、十、五、條、第、百、九、十、四、條、第、百、九、十、九、條、第、二、百、四、十、三、條、第、二、百、八、十、六、條、第、三、百、九、十、一、條、第、四、百、三、條、第、四、百、四、十、條、第、五、百、八、條、第、六、百、九、條、第、六、百、三、十、三、條、第、六、百、五、十、六、條、第、七、百、十、五、條、第、七、百、四、十、九、條、第、七、百、七、十、一、條、第、七、百、八、十、九、條、等、ノ、期、間、是、ナ、リ、

(二) 裁、定、期、間、ハ、第、四、十、五、條、第、七、十、條、第、八、十、五、條、第、八、十、六、條、第、九、十、條、第、百、九、十、二、條、第、二、百、三、條、第、二、百、四、條、第、二、百、五、十、五、條、第、二、百、七、十、五、條、第、二、百、八、十、八、條、第、三、百、四、十、條、第、三、百、四、十、一、條、第、三、百、四、十、五、條、第、三、百、五、十、二、條、第、五、百、四、十、七、條、等、是、ナ、リ、

第、二、期、間、ハ、始、期、及、ヒ、進、行、ハ、停、止、

第、二、期、間、ハ、始、期、及、ヒ、進、行、ハ、停、止、

法定期間ハ法律ニ於テ其始期ヲ定ムルモ裁判所又ハ裁判長ノ定ムル期間ノ進行ハ期間ヲ定メタル書類ノ送達ヲ以テ始マル又其送達ヲ要セサル場合ニ於テハ期間ノ言渡ヲ以テ始マル但期間指定ノ際之ヨリ遅キ始期ヲ定メタルトキハ其時ヨリ始マルモノトス(第一六條、第四條)

法定期間タルト裁定期間タルトヲ問ハス訴訟手續ノ中斷、中止アルトキハ總テ期間ハ進行ヲ停ムルモノトス(第一八條、第六條)

第三 期間ノ計算

期間ヲ計算スルニ時ヲ以テスルモノハ即時ヨリ起算シ日ヲ以テスルモノハ初日ヲ算入セス一日ノ期間ハ二十四時トシ一箇月ノ期間ハ三十日トシ一箇年ノ期間ハ曆ニ從フ期間ノ終カ日曜日又ハ一般ノ祝祭日ニ當ルトキハ其日ヲ期間ニ算入セス(第一六五條、第一六六條)

第四 期間ノ伸縮

法定期間ハ不、變、期、間、ナ、ル、ト、其、他、ノ、期、間、ナ、ル、ト、ヲ、問、ハ、ス、裁、判、所、ノ、所、在、地、ニ、住、居、ヲ、有、セ、サ、ル、原、告、若、ク、ハ、被、告、ノ、爲、メ、其、住、居、地、ト、裁、判、所、所、在、地、ト、ノ、距、離、ノ、割、

合ニ應シ海陸路八里毎ニ一日ヲ伸長シ八里以外ノ端數三里ヲ超ユルトキハ亦一日ヲ伸長ス蓋シ裁定期間ニ在リテハ其距離ノ遠近ニ從ヒ期間ヲ適當ニ定ムルコトヲ得ルモ法定期間ニ在リテハ法律上一定セルモノナレハ其伸長ヲ爲スノ必要アリトス尙ホ外國又ハ島嶼ニ住所ヲ有スル原告若クハ被告ニ對シテハ便船等ノ都合アルヲ以テ裁判所ハ法定期間ニ關シ特ニ附加期間ヲ定ムルコトヲ得ルモノトス(第一六七條)

不變期間ハ公益上ノ理由ニ基キ定メラレタル期間ナルヲ以テ前段ニ述フル里程猶豫ヲ與フル場合ノ外當事者合意ノ申立ニ因ルモ又裁判所ノ職權ヲ以テモ之ヲ伸縮スルヲ得サルモノトス其他ノ法定期間及ヒ裁定期間ハ左ノ場合ニハ伸長若クハ短縮スルコトヲ得

- (一) 當事者合意ノ申立アリタルトキ(第一七〇條)
- (二) 當事者一方ノ申立アリテ顯著ナル理由アルトキ 然レトモ法定期間ノ短縮伸長ハ此法律ニ特定シタル場合ニ限ル(第一七〇條)
- (三) 同一期間ノ再度ノ伸長ハ合意アル場合ニ於テハ之ヲ許スコトヲ得ヘキ

モ若シ合意ナキ場合ニハ相手方ヲ審訊シタル後之ヲ許スコトヲ得ヘク又相手方カ異議ヲ述ヘタルトキハ顯著ナル差支ノ理由及ヒ其差支ヲ除去スルニ特別ノ困難アルコトヲ證明シタルトキニ限り之ヲ許スコトヲ得ヘシ訴訟代理人ノ差支ニ原因スル再度ノ伸長ハ合意アル場合ノ外之ヲ許サス(第一七一條)

右期間伸縮ノ申請ヲ當事者ヨリ爲スニ當リテハ申請ノ理由ハ之ヲ疏明スヘク又其申請ハ書面若クハ口頭ヲ以テ爲スコトヲ得ヘク申請ノ裁判ハ口頭辯論ヲ經スシテ之ヲ爲スコトヲ得(第一七一條)期間伸長ニ付テノ申請ヲ却下スル裁判ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス(第一七一條)而シテ期間カ伸長セラレタルトキハ新期間ハ前期間ノ滿了ヨリ之ヲ起算スヘキモノトス(第一七三條)

第四節 懈怠ノ結果及ヒ原狀回復

訴訟行爲懈怠ノ規定ハ訴訟當事者ニ對シテ適用アルモノトス司法機關ノ訴訟

行爲懈怠ハ職務曠廢ノ責アルモ訴訟法上ノ效果ヲ生スルモノニ非ス(三)五條第一
下判事懲戒法參照故ニ懈怠トハ訴訟當事者カ法定ノ期間ニ爲スヘキ訴訟行爲ヲ爲サ
ルコトヲ謂フモノナリ例ヘハ口頭辯論期日ニ適式ノ呼出ヲ受ケナカラ出頭セ
サルカ如キ又ハ不變期間内ニ故障ノ申立控訴ノ申立ヲ爲ササルカ如キ是ナリ
訴訟行爲ノ懈怠ニ二種アリ全部ノ懈怠及ヒ一部ノ懈怠是ナリ全部ノ懈怠トハ
期日ニ於テ爲スヘキ一切ノ訴訟行爲ヲ爲ササルコトヲ謂フ口頭辯論期日ニ辯
論ヲ爲ササル如キ是ナリ一部ノ懈怠トハ期日若クハ期間内ニ爲スヘキ行爲ヲ
爲サス又ハ訴訟ノ或程度ニ於テ爲スヘキ各箇ノ訴訟行爲ヲ爲ササルコトヲ謂
フ口頭辯論ニ於テ相手方ノ陳述ニ對シ陳述ヲ爲ササルカ如キ是ナリ而シテ當
事者カ訴訟行爲ヲ爲スハ當事者ノ權利ニシテ義務ニ非ス故ニ訴訟行爲ノ懈怠
ハ當事者カ權利ノ行使ヲ怠リタルモノナレハ當事者ハ之ニ伴フ不利益ヲ受ク
ヘキモノトス訴訟行爲ヲ懈怠シタル當事者ハ法律ニ於テ其追完ヲ許ス場合ノ
外ハ其訴訟行爲ヲ爲スノ權利ヲ喪失スルモノトス(第一七三)法律上追完ヲ許ス
場合ハ第四十五條第三項第七百條第三項第七十四條第二百六十條第三項第

二百八十四條第二百八十八條是ナリ
懈怠ノ結果即チ訴訟行爲ヲ爲スハ失權ハ相手方ハ申立ヲ要セス當然生スルヲ
本則トス然レトモ法律ニ於テ失權ヲ爲サシムルコトニ付キ相手方ノ申立ヲ要
スル旨ヲ規定シタル場合ハ相手方ノ申立ニ因リテ始メテ失權ノ效果ヲ生スル
モノトス(第一七三)相手方ノ申立ヲ要スル場合ハ第九十條第二百二十八條第七
十八條第八十三條第二百四十六條第二百四十八條第二百六十三條第二百六
十五條第三百九十三條第四百二十九條第四百四十四條等是ナリ而シテ懈怠ノ
結果ヲ除却シ且訴訟行爲ノ追完ヲ許スコトアリ是レ例外ニ屬スルヲ以テ法律
ノ規定アル場合ニ限ルモノニシテ即チ第二百六條第二項第二百五十五條第二
百六十條第三百九十三條第四百十四條第四百十五條第四百十七條及ヒ後述ス
ル原狀回復ノ申立ノ如キ是ナリトス
原狀回復トハ不變期間懈怠ノ結果ヲ除却スルコトヲ謂フ不變期間以外ノ期間
ハ當事者ノ申立若クハ職權ヲ以テ事情ニ因リ之ヲ伸縮スルコトヲ許スト雖モ
不變期間ハ絶體ニ其伸縮ヲ許サス隨テ當事者ノ過失ナクシテ期間ヲ遵守スル