

確定ヲ必要トスル共同訴訟ノトキニ共同訴訟人中ノ一人カ他ノ共同訴訟人ヲ代理スルトキハ此ノ限りニ非サルノミ(四九、五〇)

三 指定管轄

法律上若クハ事实上ノ障害又ハ管轄ヲ定メルノ關係不明確ノタメニ管轄ノ規定アルニ拘ラス当事者ニ於テソノ訴ニツキ裁判ヲナスヘキ裁判所ヲ認知スルコトヲ得サル場合(裁構法一〇、民訴法二六)ニ於テハ管轄裁判所ヲ指定シ以テ当事者ノ利益ヲ保護スルコトヲ要ス、所謂指定管轄之ナリ、

甲 性質

管轄裁判所ノ指定ハ決定ノ形式ニ依リテ或裁判所ニ管轄権ヲ創設スル(形成スル)形式ニシテ管轄権ノ有無ノ決定ニ非ス又此指定ハ司法行政ノ行為ニシテ裁判権ノ作用ニ非ラス、

乙 手続

管轄裁判所ノ指定ハ当事者ノ申請ニヨリテ之ヲナス之当事者訴訟進行

主義ノ適用ニスキス管轄指定ノ申請ハ訴提起前ニテハ原告之ヲナシ訴ノ提起後事實上ノ障害發生後ニアリテハ被告若クハ從參加人モ亦之ヲナス又管轄裁判所ノ指定ニ関シテ關係アル各裁判所ヲ合セテ管轄スル直近ノ上級裁判所決定ヲ以テ之ヲナス之即チ管轄向題ニ付キ行政廳ノ干涉ヲ排スル法意ナリソノ裁判ハ口頭辯論ヲ經スシテ之ヲナス而シテ申請却下ノ裁判ニ對シテハ四六五條ノ規定ニ從ヒテ不服ヲ申立ツルコトヲ得レ共指定ノ裁判ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス(二七、二八)

丙 效力

指定ノ効力ハソノ指定ノ内容ニ從シテ之ヲ定ム管轄ノ指定ハ管轄権ノ形成及裁構法一〇条三号四号ノ場合ニアリテハ同時ニ管轄ニ付テノ從前ノ確定判決ノ効力ノ除去ニシテ管轄ノ確定即チ管轄ノ争ニ付テノ裁判ニアラス又管轄ノ指定ハ形成的効力ヲ有シ指定セラレタル裁判所及当事者ヲ拘束ス故ニ尔白指定ノ決定ニ付テノ前提要件存セサルヲ要件



トシテ管轄ノ有無ヲ問題トスルコトヲ得サルモノトスル  
以上ノ管轄指定ノ法則ハ督促手続及執行手続ニモ行ハル、モノトス、

### 第六章 普通裁判所ノ職負

通商裁判所ノ職負ニハ判事、裁判所書記及執達吏ノ三者アリ判事ハ狹義  
ノ裁判所ニ屬スル权限ヲ行フ官吏、裁判所書記ハ裁判所書記ナル官廳ニ屬  
スル权限ヲ行フ官吏、執達吏ハ執達吏ナル官廳ニ屬スル权限ヲ行フ官吏ナ  
リ

裁判権ヲ行使スルニハ之ヲ行使スルニ必要ナル學識品位ヲ具フルモノナ  
ルヲ要ス而ラサレハ法則ヲ正当ニ適用シ裁判ノ品位ヲ保ツコト能ハス之  
裁構法五七―六六、七八、九九等ニ於テ裁判所職負ノ任命資格ニ関スル規定  
アル所以ナリ(裁判所書記登用執達吏登用試験細則)  
又裁判権ヲ行使スルニハ公平ニシテ偏頗ナキコトヲ要ス、蓋シ不公平ナ

ル裁判権ノ行使ハ国家ノ秩序ヲ害スルヲ以テナリ之三ニ乃至四一及執達  
吏細則八条ニ於テ裁判所職負ノ除斥、忌避ノ規定ヲオキタル所以ナリ、  
裁判所職負ノ任命資格ハ裁判所職負ノ国法上ノ能力即裁判所職負トシテ  
裁判権ヲ行フニ必要ナル一畝的能力ノ要素ニシテ通常裁構法ニ於テ之ヲ  
規定ス、又裁判所職負ノ除斥忌避ハ裁判所職負ノ訴訟法上ノ能力即裁判  
所職負カ個々ノ事件ニ付キ裁判権ヲ行フコトヲ得ル能力ヲ奪フ原因ニシ  
テ通常訴訟法ニ於テ之ヲ規定ス、

国法上ノ能力ヲ具ヘサル判事国法上ノ能力ヲ具ヘサルニ拘ハラズ判事ト  
シテ任命セラレタルモノ裁判ニ関與シタルモノハソノ裁判ニ付シテ上訴、  
再審ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル(四二、三、四三、六、一、四八、一、一)  
国法上ノ能力ヲ具ヘサル裁判所書記及執達吏カ訴訟手続ニ関與セルトキ  
モ又上訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル(四二、三、四三、五)又訴訟法上  
ノ能力ヲ具ヘサル判事裁判ニ関與シタルトキハソノ裁判ニ付シテ上訴及再  
審ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル(四二、三、四三、六、一、二、三、四、六、八、二、三)



訴訟法上ノ能力ヲ具ヘサル裁判所書記又ハ執達吏カ訴訟手續ニ干典シタルトキハ上訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得(四六三、四三五)反之判事ニ非ル者即判事ニ任命セラレサル者カ判事ニ干典シタルトキハソノ裁判ハ不成立ノ裁判ナリ故ニ之ニ対シテ上訴再審ヲ以テ不服ヲ申立ツルノ必要ナシ若シ当事者カカ、ル裁判ニ基キ既判力ノ抗辯ヲ提出シタルトキ又ハ執行ヲナシタルトキハ裁判ノ不成立ヲ主張シ以テ抗議ヲナシ得裁判所ニアラサレハナシ得サル裁判ヲ裁判長、受命判事、受任判事ナシタルトキハソノ裁判モ亦不成立ノ裁判ナリ、警察署ノナシタル裁判モ亦同シ  
甲判事ノ除外

判事ノ除外トハ判事カ法律ノ規定ニヨリテ当然個々ノ事件ニ付裁判ヲ行フノ無能力ヲアル第一ニ除外ノ原因ハ民法三三二条ニ定ムル所ナリ、而シテ判事ノ心神喪失ハ法律上別段ノ定メナシト虽モ除外ノ原因トナルコトハ學者間爭ナキ所ナリ、ソノ原因ノ一ハ判事カ訴訟ノ進行ニツキ利害關係ヲ有スル場合ニシテ民法三三二条一號ニ定ムル所ナリ同条

ニ所謂 原告及被告ハ公益ニシテ主タル当事者ノ外ニ尚從参加人ヲモ包含ス(五三)又訴訟ニカ、ル請求ニ付当事者ノ一方若クハ双方ト共同権利者若クハ共同義務者タル關係トハ連帶債権者若クハ連帶債務者タルカ如キ關係ニシテ当事者ノ一方若クハ双方ト償還義務者タルノ關係トハ係争物ノ売主トシテ買主タル当事者ノ一方ノ敗訴ニヨリ直接ニ賠償義務ヲ負フニ至ルカ如キ關係ナリソノ二ハ判事又ハソノ妻カ当事者ノ一方若クハ双方又ハソノ配偶者ト親族法上ノ關係ヲ有スル場合ニシテ民法三三二条ニ定ムル所ナリ同条ニ所謂親族及姻族ハ民法ノ定ニヨリテ之ヲ定ム(民七二五)婚姻ノ解除ハ協議上ノ離婚、裁判上ノ離婚、婚姻無効ノ判決若クハ婚姻取消ノ判決(民七七八、七七九、八〇八、八一三)ニヨリテ婚姻ノ關係止ミタルコトヲ云ヒ又當事者ハ公益ニシテ主タル当事者ノ外ニ尚從参加人ヲ包含スルモノトスソノ三八判事カ同一事件即同一訴訟物ニ付当事者ノ一方ト現ニ代理關係ヲ有シ又八且テ代理關係ヲ有シタル場合ニシテ民法三三二条三項後段ニ定ムル所ナ



リ而シテ茲ニ所謂代理ノ關係ハ訴訟代理又ハ法律上代理ノ關係ナルヲ以テ判事カ同一事件ニ付意見ヲ陳述シ公証人トシテ干典シ當事者ノ一方ノ委任ニヨル通常ノ代理人トシテ干典シタル事由ハ除斥ノ原因トナラス只忌避ノ原因トナルコトアルノミ、ソノ四ハ判事カ既ニ客觀的ニ裁判ヲナスニ不適當ナル舉動アリタル場合ニシテ三ニ条三項前段及三ニ条四項ニ定ムル所ナリ三ニ条三項前段ニヨレハ判事カ同一ノ事件ニ付証人若クハ鑑定人トシテ訊問ヲ受ケタルトキハ除斥ノ原因トナルヲ以テ証人若クハ鑑定人トシテ呼出サレタルノ一事ハ除斥ノ原因トナラサルモノトス然レ共一度証人及ヒ鑑定人トシテ訊問セラレタル以上ハソノ証拠調ノ結果カ訴訟ニ利用セラレタルト否ト又ハ証人及鑑定人トシテノ訊問カ証拠保全ノタメナルト否トヲ向ハサルモノトス(三六五)民法訴訟法三ニ条四項前段ニヨレハ判事カ上訴ニヨリテ不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ前審即下級裁判所ニ於テナスニ當リ判事トシテ裁判ノ判決ニ加ハリタルトキハ除斥ノ原因トナルヲ以テ判事トシテ單ニ裁

判ノ言渡若クハ辯論ニ加ハリタル一事及判事及受命判事若クハ受任判事トシテ事務ヲ取扱ヒタル一事ハ除斥ノ原因トナラス同条後段但書ニヨレハ不服ヲ申立タル前条ノ裁判ニ干典シタル判事ハ上級審ニ於テ受命判事又ハ受託判事トシテソノ職務ヲ行フコトヲ妨ケス改ニカ、ル判事カ上級裁判所ノ判事トナリタルトキハ受命判事トシテ証拠調ヲナスコトヲ得(三六六)又區裁判所判事ナルトキ若クハ區裁判所判事トナリタルトキハ受託判事トシテソノ職務ヲ取扱フコトヲ傳學者或ハ同条同号但書ニ不服ヲ申立ラレタル裁判ニ関スル莫ニ付受命判事若クハ受託判事トシテ職務ヲ取扱ヒタル判事ハ上級裁判所ノ判事トシテソノ裁判ニ對スル上訴ニ付裁判ヲナスニ當リ除斥セラレサルノ法意ナリト説明スレトモソハ前段ニ所謂干典トナラサルヲ以テ法律ノ明文ヲ要セスシテ明カナリト云フヘシ故ニ同条同号但書ハ干典シタルモ受命判事又ハ受託判事トシテソノ職務ヲ取扱フニ付支障ナキ旨ノ法意ト解セサルヘカラス又判事カ上訴ニヨリテ不服ヲ申立ラレタル裁判ヲ仲裁手續



ニヨリテナスニ当リ仲裁人トシテ仲裁判断ノ解決ニ加リタルトキハ除  
斥ノ原因トナルヲ以テ(八〇一、八〇二)民訴法七九六条ニ依リ仲裁判  
断ノ解決ニ加ハリタルノ一事ハ除斥ノ原因トナラス第二ニ除斥ハ法律  
上当然ニソノ效力ヲ発生スルヲ以テ除斥ノ手續ニ付テハ別段ノ規定ヲ  
設クル要ナシ、判事除斥ノ原因アリト認ムルトキハソノ行為ヲ避クル  
ノ職責ヲ負ヒ又当事者ハ忌避ノ申請ニヨラスシテ除斥ノ原因存スルコ  
トヲ注意スルコトヲ得(三三)

其他判事カ法律ニヨリテ除斥セラル、ノ疑アルトキハ忌避ノ申請ニ付  
テノ管轄裁判所ハ除斥ノ原因ノ存否ニ付裁判ラナスコトヲ得(四〇)  
第三ニ除斥セラレタル判事ノナセル行為ハ取消シ得ヘキ行為ヲアル(一  
四三六ノ二号)元来斯ル行為カ法律上当然無効ナルヤ否ヤハ争アル所  
ナルモ斯ル行為ハ法律上当然無効ニハアラスシテ却ツテ斯ル行為ヲ取  
消ス裁判アルマテハ有效トスルヲ適當トス蓋シ民訴法ハ法律上当然無  
効ノ行為ヲ原則上認メサルヲ以テナリ故ニ除斥セラレタル判事ノナシ

タル行為カ独立ノ不服申立ヲ許サ、ルモノナルトキハ(例ハ証據調  
之ニ基ク裁判及斯ル行為ヲ取消ス裁判アル迄ハ有效ニシテ又独立ノ不  
服申立ヲ許スモノナルトキハ(例ハ判決)ハ之ヲ取消ス裁判アル迄ハ有  
効ナリトス(四二三、四四七、四五九、四六四、四六八ノ二)但シ当事者ノ行  
為ハ除斥セラレタル判事ノ面前ニ於テナシタルノ一事ヲ以テ瑕疵アル  
モノトナラサルコト元ヨリ当然ナリトスル

乙判事ノ忌避

判事ノ忌避トハ当事者ノ申請ニヨリテ判事個々ノ事件ニ付裁判権ヲ行  
フ無能カラ云フ、第一ニ忌避ノ原因ハ三三条ノ規定スル所ナリトス  
ソノ一ハ判事カ除斥セラレタル場合ニシテ斯ル判事ノ行為ヲナシ又ハ  
ナス恐アル場合ハ当事者ヲシテ忌避ノ申請ノ形式ヲ以テ除斥ノ原因ヲ  
主張スルコトヲ得セシム即チ当事者カ忌避ノ申請ヲ以テ除斥ノ原因ヲ  
主張シソノ申請ヲ不当ナリト宣告スル決定確定シタルトキハ(三八)  
ソノ効カトシテ当事者ハ控訴、上告、再審ヲ以テ除斥ノ原因ヲ主張シ



得ス(四二三、四三六ノ二、四八六ノ二)其ニハ偏頗ノ虞アル場合即チ  
判事ノ不公平ナル裁判ヲナスコトヲ疑フニ足ルヘキ事情存スル場合ニ  
シテ判事当事者ノ一方ニ対シ向接ニ有スル金錢上ノ利害関係、親友ノ  
如キ身上的關係ニシテ客觀的ニ判事不公平ナル裁判ヲナス疑アルヲ正  
當ナラシメル原因存スルコトヲ要ス、單ニ忌避ノ申請ヲナス当事者カ  
斯ル疑惑ヲ有スルヲ以テ足レリトセス(三三三ノ二)從テ判事カ他ノ訴  
訟事件ニ於テ同一ノ法律問題ニ付裁判ヲナセシノ一事ハ忌避ノ原因ト  
ナルコトナシ、第二ニ当事者即チ忌避ノ原因アルタメニ不利益ナル  
裁判ヲ受クルモノト思量スル当事者並ニソノ相手方從參加人等ハ判事  
ヲ忌避スルコトヲ得<sup>者</sup>第三者トノ中間ノ事ニアリテハソノ第三者  
モ亦判事ヲ忌避スルコトヲ得(八五七、八三三、三〇一、三二二)  
忌避ノ原因カ除外ナルトモハ当事者ハ訴訟ノ如何ナル程度ニアルヲ向  
ハス何時ナリトモ忌避ヲ申立ツルコトヲ得ヘシトモ偏頗ノ恐アル場  
合ナルトモハ当事者ハソノ確知シタル忌避ノ原因ヲ主張セスシテ忌避

二〇〇

スヘキ判事ノ面前テ訴訟上若クハ實體上ノ申立ニ対シ陳述ヲナシタル  
後ニアリテハ該判事ヲ忌避スルコトヲ得ス(三四)  
之除斥ニ基ク忌避権ハ公益ニ関スルヲ以テ当事者之ヲ拋棄スルコトヲ  
得ストモ偏頗ノ恐アルカタメニナス忌避権ハ主トシテ私益ノ保護ニ  
存スルヲ以テ当事者之ヲ拋棄シ得ルニヨル故ニ当事者カ書面上ノ申請  
ヲ裁判所ニナシタルノ事實ハ之ニヨリ当事者ハ當然事件ニ干與スル判  
事ヲ確知スルノ原因トナラサルヲ以テ忌避権ノ拋棄トナラストイヘト  
モ当事者カ忌避スヘキ判事ノ面前ニ於テ口頭上辯論延期ヲナセシ事實  
ハ之レニヨリテ当事者ハカ、ル判事ノ裁判ニ服スル意思アルモノト見  
ルモノナルヲ以テ忌避権ノ拋棄トナル但シ当事者判事ノ面前ニ於テ申  
立ラナシ又ハ相手方ノ申立ニ対シテ陳述ヲナシタル後トモ直ニ忌避  
ノ原因ソノ后ニ生シ又ハ之ヲ其後ニ確知シタルコトヲハ疏明シ(二二〇)  
以テ斯ル判事ヲ忌避スルコトヲ得ル(三五ノ三)蓋シ其場合ニ於テ忌  
避権ノ拋棄ヲナシタルモノト云フヲ得サルヲ以テナリ、

二〇一



(一) 忌避ノ手續ハ忌避ノ申請ニヨリテ之ヲ開始ス  
 コノ申請ハ忌避セラレタル判事所屬ノ裁判所ニ書面又ハ口頭ヲ以テ  
 之ヲナス(三五ノ一、一三五)故ニ忌避ノ申請ハ書面ヲ差出シテ之  
 ヲナス外口頭辯論中口頭ヲ以テ意思表示ヲナスコトヲ得、忌避ノ申  
 請ハ忌避ノ原因タル餘存又ハ偏頗ノ事情忌避ノ意思表示及忌避ノ原  
 因ヲ説明スル証換方法ヲ指示スルコトヲ要ス(三五ノ二、二二二)  
 而シテ忌避セラレタル判事ハ忌避ノ申請ノ手續ニツイテ裁判前ニ忌  
 避ノ原因ニ付キ之ヲ陳述ヲナス(三七)忌避セラレタル判事ノ職務  
 上ノ飛明ヲ以テ当事者ハ之ヲ忌避ノ原因ノ説明ニ當ツルコトヲ得(ハ  
 三五ノ二、三七)斯ル要件存スルトキハ当事者ハ忌避ノ申請ニ付実  
 体上ノ調査及裁判ヲ求ムルノ権利ヲ有ス、  
 (二) コノ申請ハ忌避セラレタル判事合議裁判所ニ屬スルトキハソノ裁判  
 所、即當該判事ノ屬スル部ニ於テ忌避ノ申請ニ付裁判ヲナス、ソノ裁  
 判ニハ忌避セラレタル判事ハ參與スルコトヲ得ス若シソノ部カ忌避

セラレタル判事ノ退去ニヨリテ決定ヲナスコト不可能ナルトキ即裁  
 判ヲナスニ必要ナル判事ノ負數カ裁判所構成法及事務分配ノ規定ニ  
 從ヒテ定ムル代理判事ニヨリテ補充スルコト可能ナルトキハ直近  
 ノ上級裁判所即チ忌避セラレタル判事ノ所屬裁判所、合議裁判所中  
 地方裁判所ナルトキハ控訴院又控訴院ナルトキハ大審院カ忌避申請  
 ニ付裁判ヲナス(三六ノI、II)  
 又忌避セラレタル判事カ單獨裁判所ノ判事ナルトキハ上級地方裁判  
 所忌避申請ノ裁判ヲナシ他ノ區裁判所ノ判事之ヲナスコトヲ得ルモ  
 ノニアラス、故ニ忌避セラレタル單獨裁判所ノ判事ハ直チニ三七条  
 ニ從ヒテ職務上ノ意見ヲ陳述シ且忌避ノ申請書、記録ヲ上級裁判所  
 ニ送付スルヲ要ス(三六ノ三)斯ノ如ク合議裁判所ノ判事忌避セラ  
 レタルトキハソノ判事所屬ノ部ニ於テ裁判スルヲ原則トシ單獨裁判  
 所ノ判事忌避セラレタルトキハ上級裁判所ニテ裁判ヲナシソノ判  
 事所屬ノ裁判所ニテ裁判セサルノ理由ハ前述セシ如ク合議裁判所ノ



权限ハ之ヲ部ニ於テ行フカ故ニ部ニ属スル判事忌避セラル、ト虽モ  
 苟クモ裁構法及事務分配ノ規定ニヨリテ代理判事ヲ以テ部ヲ組織ス  
 ル判事ノ負數ヲ補充スルトキハ部ニ於テ裁判スルノ不能ナル謂ナク  
 又单独裁判所ノ权限ハ各单独判事权限ヲ行フカ故ニ若シ事件担当ノ  
 判事忌避セラレタルトキハ依令他ノ多数ノ单独判事アルトキト虽モ  
 斯ル忌避ニヨリ单独裁判所カ裁判ヲフスコト不能ニ至ルニ依ル即チ  
 忌避セラレタル判事合議裁判所ニ属スル場合ニ於テ該判事カ忌避ノ  
 申請ヲ理由アリト認メ且代理判事ニヨリテ補充セラレタルトキ及被  
 忌避判事单独裁判所ノ判事ナル場合ニ於テソノ判事忌避ノ申請ヲ理  
 由アリト認メテ退去シタルトキハ忌避ノ目的達成シタリト見做スヘ  
 キヲ以テ特ニ忌避ノ申請ニ付裁判スルヲ要セス(三六ノ三)但シ忌  
 避セラレタル判事ヲ補充スル代理判事ナキトキハ管轄裁判所ノ指定  
 ヲ要スルコト前述セリ(二七、裁構法一〇)

(三) 忌避ノ申請ニ付テノ裁判ハ口頭辯論ヲ經スシテ之ヲナスコトヲ得、

蓋シ忌避ノ申請ニ付テノ手續ハ所謂任意的口頭辯論ニヨリテナスコ  
 トヲ得ヘキ單純ナル訴訟手續ニ属スレハナリ、從ツテ裁判ノ形式ハ  
 決定ナリトスコノ決定カ忌避ノ申請ヲ正当ナリト宣言シタルトキハ  
 村之當事者ハ元ヨリ相手方モ亦上訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得  
 ス(三九七、四三三)反之コノ決定カ忌避ノ申請ヲ不当ナリト宣言  
 スルモノナルトキハ之ニ對シテ忌避ノ申請ヲナシタル者ハ元ヨリソ  
 ノ相手方モ亦即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得、蓋シ相手方  
 モ亦忌避權ヲ有スルヲ以テナリ忌避申請ニ付テノ訴訟費用ハ其申請  
 却下ノトキニハ其申請者ノ負担ニ歸シ反對ノ時ニハ民事訴訟法七二  
 条ニ從ヒ欺詐者ノ負担ニ歸ス(三七前段、三八)又忌避ノ申請ハ之  
 ヲ正当ナリトスル裁判アルニ至ル迄ハ之ヲ取下ケルコトヲ得ヘシ、  
 四 除外ノ原因ニ基キ忌避セラレタル判事ハ忌避ノ申請完結スル迄總テ  
 ノ行為ヲナサ、ルコトヲ要ス(三九)蓋シ斯ル判事ハ民事訴訟法三  
 二条ノ定ニ從ヒテ法律上当然其職務ノ執行ヨリ除外セラレヘギモノ



ナルヲ以テ猶豫スヘカサル行為トモ之ヲナスコトヲ得サルカ故  
 ナリ又偏頗ノ原因ニ基キ忌避セラレタル判事ハ忌避ノ申請完結スル  
 ニ至ル迄積極的ニ猶豫スヘカサル行為即チ猶豫セハ相手方ニ損害  
 ヲ被ラシムルノ危険アル行為ヲナシ又消極的ニ斯ル行為ニアラサル  
 他テノ行為ヲ避クルコトヲ要ス(三九)之一面ニアリテハ当事者ノ  
 利益ヲ保護シ他面ニアリテハ公平ナル裁判ノ行使ヲ欲スルニアリ  
 而メ偏頗ノタメ忌避セラレタル判事ノ所属ノ部ニ於テ猶豫スヘカ  
 ラスト認メラレテナシタル行為ハ其後忌避ノ申請ヲ正当ナリトスル  
 裁判アリタルカタメニソノ効力ヲ失フコトナシ、斯ル法則(三九)  
 ニ違背シタル行為ニ対シテハ三九四三四三三三三三三三三三三三三  
 訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得レ共四三三三三三三三三三三三  
 ニ從ヒテ上訴及再審ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス何トナレハ三  
 九条ニ違背スル行為ハ其後忌避ノ申請ヲ正当トスル裁判アリタルト  
 キトモ四三三三三三三三三三三三三三三三三三三三三三三三三三三三

請ヲ理由アリトナシタルニ拘ラス忌避セラレタル判事カ干渉シタル  
 行為トナラサルヲ以テ、アル、但シ三九条ノ規定ニ反シテナシタル  
 行為ハ若忌避ノ原因除外ニシテ且其後其申請ヲ正当ナリトスル裁判  
 アリタルトキハ同条ノ規定ニ反シタルヤ否マヲ向フコトナク四二三  
 条四三三三三三三三三三三三三三三三三三三三三三三三三三三三  
 立ツルコトヲ得、

第三ニ除外ノ原因ニ基キ忌避ノ申請ヲ正当ナリトスル裁判アリタル  
 後ニ於テ忌避セラレタル判事カナシタル行為ハ除外セラレタル判事  
 カナシタル行為ニ外ナラス故ニソノ行為ハ上訴又ハ再審ノ訴ニ依リ  
 テ之ヲ取消スコトヲ得ヘク又ソノ取消アル迄ハ効力ヲ有スルモノテ  
 アル又偏頗ノ原因ニ基キ忌避ノ申請ヲ正当ナリトスル裁判アリタル  
 後ニ於テ忌避セラレタル判事カナシタル行為ハ除外セラレタル判事  
 カナシタル行為ト同シク上訴又ハ再審ノ訴ヲ以テ之ヲ取消ス事ヲ得  
 ヘクソノ判決アル迄ハ効力ヲ有スルモノトス(四二三、四三六ノ三、



四六八ノ三)但シカ、ル裁判ハ遡及カラ有セサルヲ以テ忌避セラレタル判事カ忌避申請前ニナシタル行爲ノ効カラ喪失セシメル事ナシ  
丙判事ノ回避

判事ハ自己ニ忌避ノ原因タル状況存スト認メタルハ何時ニラモ自ら斯ル状況ヲ申出スル事ヲ得コノ時ハ忌避ノ申請ニ付キテノ管轄裁判所カ斯ル状況ノ存否ニ付裁判ヲナス(四〇条一項)之当該判事ニ存スルコトアルヘキ忌避ノ状況ニ関スル疑惑ニ付其關係ヲ管轄裁判所ニ申述シ以テ裁判ヲ受ケシムルニアリ但シ裁判所ノ事務分配ノ規定ニ依リテ当該判事カ裁判ニ干與セサルニ至リタルトキハカ、ル裁判ヲナスノ必要ナシ而シテコノ裁判ハ畢竟裁判所ノ内部ノ關係ノタメニスルモノナルヲ以テ豫メ當事者ヲ審訊セスシテ之ヲナシ又ハ之ヲ当該判事ニ通知スルコトノ外ニ當事者ニ通告スルコトヲ要セス又此ノ裁判ニ対シ當事者及当該判事ハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス(四八五)判事ノ申出以外ノ事由ニ依リテ判事カ法律ニ依リ除斥セラル、ノ疑存スルトキニナス

裁判モ亦然リ(四〇)但シ當事者ハ斯ル裁判アリタルカ爲メニ忌避ノ申立ヲナスノ权ヲ失フコトナク又当該判事ハ除斥ノ原因アリト認メサル限りハ猶豫スヘカラサル行爲ヲナスノ職責ヲ負フ、  
丁裁判所書記ノ除斥及忌避

裁判所書記ノ職務ハ判事ノ職務ト同シテ極メテ公平ニ行ハル、コトヲ要ス、故ニ書記ハ判事ト同シテ除斥セラレ忌避セラル、モノトス、  
書記ノ除斥及忌避ニ関シテハ判事ノ除斥及忌避ニ関スル規定ニ從フ(四一)

戊執達吏ノ除斥及忌避

執達吏ノ職務モ判事ノ職務ト同シテ公平ニ行ハル、コトヲ要ス、故ニ執達吏ハ三ニ条一項ヨリ三ニ条三項ニ定メタル事由ト殆ント同一ノ事由存スルトキハ法律上当然除斥セラル(執達吏規則八)然シ執達吏ハ偏頗ノ恐アルカタメニ之ヲ忌避スルコトヲ得ス、何トナレハ執達吏ハ當事者ノ一方ノ委託ニヨリテソノ利益ノタメニ職務ヲ取扱ヒ當事者双



方ノ利益ヲ平等ニ斟酌シテ裁判ヲナスヘキモ、ニアラサレハナリ、但シ執達吏ハソノ職務執行カ自己ノ利益ト兩立スヘカラサルトキニハ委託ヲ拒ムヲ当然ノ職責トスヘ執達吏規則一〇)

ニ一〇

### 第七章 法律上ノ共助

法律上ノ共助ハ受訴裁判所ニアラサル官廳カ受訴裁判所ノ囑託ニヨリテソノ裁判所ニ事物ノ管轄権アル訴訟行為ヲナスコトヲ云フニアラス元來受訴裁判所ハソノ管轄権ヲ有スル事件ヲ終結スルニ必要ナル一切ノ訴訟行為ヲナスコトヲ得ルヲ通則トスレトソノ或訴訟行為ニ付土地ノ管轄権ナギカタメニ之ヲナスコトヲ得サルコトハ或ハソノアル訴訟行為ヲナスヘキ土地ト受訴裁判所所在地トノ距離遠隔ナルカタメニ受訴裁判所ニ於テ斯ル行為ヲナスノ不適當ナルコトアリ之法律上ノ共助アル所以ナリトス而シテ法律上ノ共助ハ之ヲ分ツテ裁判所間ノ共助、通常裁判所ト他ノ

官廳トノ間ノ共助及國際間ノ共助トス

#### 一、裁判所間ノ共助

裁判所ハ互ニ法律上ノ補助ヲナス其補助ハ法律上別條ノ規定アル場合ヲ除ク外ハ所要ノ事務ヲ取扱フ他ノ區裁判所ニ於テ之ヲ爲スベ裁判所構成法一三一条)故ニ法律上ノ共助ノ爲囑託ヲ受クル裁判所即受託裁判所ハ區裁判所タルヲ原則トス之區裁判所ハ其數最モ多キヲ以テ法律上ノ補助ヲ迅速ニ爲スコトヲ得ヘキヲ以テ、アル、而シテ受託裁判所ハ囑託ヲナシタル受訴裁判所ノ爲ニ其固有ノ裁判權ヲ行使ス故ニ受託裁判所ハ法律上ノ共助ノタメ爲スヘキ訴訟行為ニ付土地ノ管轄権ヲ有セス又ハ法律上之ヲ爲スヲ禁セラレタル場合囑託ヲ受ケタル行為ヲ爲スコトヲ得ルト雖モ斯ル行為カ受訴裁判所ノ管轄ニ屬セス、受訴裁判所ノ爲ニ不適當、不必要ナリトノ事由ヲ以テ囑託ヲ拒ム事ヲ得ス(裁判所構成法一三一条一四〇条、民事訴訟法二二一条、二七三条、三五八条、一三六条)裁判所書記モ又互ニ法律上ノ補助ヲナス事裁判所構成法一三三条ニヨリテ明ナリ、

ニ一一



二、裁判所及他ノ官廳間ノ共助、内地及樺太、朝鮮、台湾、關東州又ハ帝國ノ領事裁判權ヲ行フ地域ニ於テ司法事務ヲ取扱フ官廳間ニアリテハ五ニ司法事務ニ付法律上ノ補助ヲナスコトヲ得ハ裁判所構成法一五ニ条一五五系司法事務共助法参照

三、國際間ノ共助、外國ニ於テナスヘキ受訴裁判所ノ訴訟行為ハ多クハソノ外國ニ存在スル本國ノ大使、公使、領事其他之ヲ為ス權限ヲ有スル本國ノ官憲ニ囑託シテ之ヲ為スト、雖モ斯ル囑託ヲ為スコトヲ得サル時ハ外國ノ管轄官廳ニ囑託シテ之ヲ為サルヘカラス、此場合ニ於テハ國際條約及國際法ノ法則ニヨラサルヘカラス、(一五三系明治三八年法律六三号、一八九六年一月一日海牙國際會議ノ議定書)而シテ準拠スヘキ法則ハ相互主義ナル事元ヨリ当然ナリトス、  
受託裁判所力共助ヲ拒ミシトキハ我國ニハ獨乙ト同シク明文ハナク、只司法行政ノ手做テ目的ヲ達スルヨリ外ナシ、

第八章 檢事局

檢事局ハ國家ノ利益保護ノタメニ司法ニ付キ適當ナル共力ヲナシ且裁判所ト同等ノ地位ニアル獨立ノ行政官廳ニシテ又檢事ハ之ヲ組織スル行政ノ官吏テアル、元來國家ノ利益ハ司法ニツキテモ國家自ラ之ヲ主張スル事ヲ要ス、故ニ國家ハ之カタメニ適當ナル機關ヲ特設シ、司法ニ付キ適當ノ共力ヲナサシメ以テ公益主張ノ任務ヲ行ハシム、之檢事局ニシテ司法權ノ行使ヲ權限トスル裁判所ト異ナル要矣ナリ、又檢事局ハ裁判所ト同等ノ地位ニアル獨立ノ行政官廳ナリ、故ニ檢事ハ裁判所ヨリ其自由ノ拘束ヲ受クル事ナク(裁判所構成法六条)又此裁判所ノ評決ニ加ハ、ルコトヲ得ス、其他檢事局ハ一名又ハ数名ノ檢事ヨリ成ル單獨性ノ官廳ナルヲ以テ数名ノ檢事ヨリ成ル檢事局ニアリテハ各檢事ハ檢事局ヲ代表シテソノ職務ヲ行フ、

一、民事訴訟ニ於ケル檢事ノ職務

司法ニ關スル國家ノ利益ハ民事、刑事及司法行政ニ涉ルモノトス、故ニ民事訴訟ニアリテハ檢事ハ當事者ノ地位ニ立チ若クハ單ニ意見ヲ陳述シ、刑事ニアリテハ公訴ノ提起、実行及刑ノ執行ノ指揮ヲナシ又司法行政



政事項ニアリテハ司法行政ニ関スル指揮及監督ノ機關トナル、(裁判所構成法六条、刑事懲戒法一七条、弁護士懲戒法三一条、捕護審検令参照)民事訴訟ニ関スル検事ノ共カラ略述セハ、検事ハ民事訴訟ニ付テ公益ニ必要ナルトキハ国家ノ代表者トシテ意見ヲ陳述シ、又ハ訴訟上ノ当事者トナル意見ヲ陳述スル場合ハ民事訴訟法四二条、一〇一条、三五四条、人事訴訟手続法五条、二六条等ノ定ムルトコロニシテ又当事者トナル場合ハ民事訴訟法一〇二条、人事訴訟手続法二条、一九条、二三条等ニ定ムルトコロナリ、

二、検事ノ意見ヲ聴カスシテナシタル裁判ノ效力  
民事訴訟ニ於テ爲スヘキ検事ノ意見ヲ聞カスシテ爲シタル裁判ハ若シ検事ノ意見ヲ聞クニ於テハ其ノ検事カ新事実又ハ新証據方法ヲ呈出スル事ヲ得ヘカリシカタメニ其裁判ト異ナル裁判ヲ爲スニ至ル事明白ナルトキニ限り違法ノ裁判トナリ之ニ対シ上訴ヲナス事ヲ得ルニ過ギス、故ニ法律上当然無効ノ判決ト論スヘカラス(大審院判決 六七七頁 及同年九月二一日大審院ノ判決)

### 第三編 當事者

訴訟ノ當事者ハ民事訴訟ノ主体ナリ、故ニ當事者ヲ確定スル事ハ種々ノ実益アルモノトス。

- 一、権利拘束ハ當事者間ニ限リテ效力ヲ生ジ確定判決ハ原則トシテ當事者間ニ其效力ヲ生シ、勝訴ノ判決ヲ受ケタル當事者ハ其ノ相手方ニ対シテ判決ニ基ツク強制執行ヲ爲ス事ヲ得、被告ハ原告ニ反訴ヲ提起スルコトヲ得、
- 二、判事ガ當事者ナルトキハ其職務ノ執行ヨリ除外セラレ当然事件ニ付キ裁判スルコトヲ得ス、又當事者ハ其事件ノ証人若クハ鑑定人トナルコトヲ得ス
- 三、訴訟費用負担ノ問題、訴訟上ノ保証ヲ立ツベキヤ否ヤノ問題及訴訟上ノ救助ヲ附與スベキカ否カノ問題ハ何レモ當事者ニ付キ之ヲ定ム。



当事者ハ裁判手續ニヨリテハ起訴ノ当時何人ガ訴ヘ又ハ訴ヘラレタル  
カヲ標準トシテ之ヲ定ム。之ヲ表示シタル氏名ノミニヨリテ定ムル事ヲ  
得ス。蓋シ裁判ハ訴フルモノ若クハ訴ヘラレタル者ノタメニ又ハ之ニ対  
シテ之ヲ為シ且其效力ヲ有スルモノナルヲ以テナリ。故ニ

一、原告又ハ被告トシテ訴ヘ又ハ訴ヘラレサルモノハ假令当事者若クハ  
訴訟ノ目的ト何事カノ關係ヲ有スルトキトモ殊ニ共同債務者、信託  
者等ノ關係アリトモ之ヲ以テ当事者ナリト云フコトヲ得ス。

二、氏名ハ單ニ当事者ヲ表示スルノ用ヲ為スニ止ルヲ以テ当事者ヲ表示  
スル氏名ガ虚偽ナルトキ他ニ斯ル氏名ヲ有スルモノアルトキ、同氏名  
ヲ有スル多クノ人アルトキハ現ニ訴ヘ又ハ訴ヘラレタルモノヲ当事者  
トス。

三、当事者ノ地位ハ起訴ノ当時ニ於テ之ヲ定ム。依テ起訴ノ日時ヲ標準  
トシテ何人ガ原告ナルカ被告ナルカヲ定ムルコトヲ要ス。

四、裁判所ヘ氏名若クハ称号等ニヨリテ表示セラレタル者ガ訴訟ノ当事

者ナルカ否カハ職權ヲ以テ之ヲ調査セザルベカラズ、蓋シ裁判所ハ判  
決中ノ事實ニ於テ何人ガ当事者トシテ辨論シタルカヲ指示スルヲ要ス  
レバナリ。(一三六条ノ二)

### 第一章 當事者ノ意義

當事者ニハ廣義ノニ義アリ、狹義ノ當事者ハ自己ノ名ニ於テ裁判所ニ  
權利保護ノ請求ヲ為ス者及權利保護ヲ請求セラル、モノニ外ナラズ、又  
廣義ノ當事者ハ狹義ノ當事者ノ外ニ尚代理人ヲ包含ス、例ハ民事訴訟  
法第一編第二章ニ規定セル當事者ハ狹義ノ當事者ニシテ又ニ九条ニ所謂  
當事者及第三四條ニニ所謂原告若クハ被告ハ廣義ノ當事者ナルガ如シ。  
學理上ノ見解トシテハ當事者ハ之ヲ狹義ニ限定スルヲ可トス。蓋シ當事  
者ハ訴訟關係ノ私ノ主体ニシテ裁判所ニヨリテ代表セラレル國家即訴訟  
關係ノ公ノ主体ニ相對スルモノナレバナリ、狹義ノ當事者ハ自己ノ名ニ



於テ裁判所ニ對シテ保護ノ請求ヲ為シ又ハ權利保護ヲ請求セラル、モノナリ、蓋シ他人ノ名ニ於テ權利保護ヲ請求スル者及他人ノ名ニ於テ其ノ相手方トナルモノハ當事者ノ代理人ニシテ當事者ニ兼サレハナリ、然レトモ當事者タルニハ自己ノ名ニ於テ權利保護ヲ請求シ又ハ自己ノ名ニ於テ其相手方トナルヲ以テ足ル。故ニ

一、訴訟ノ目的タル法律關係ノ主体タルト否トヲ問ハズ、他人ノ法律關係ニ付キ法律ノ規定ヨリ成立シテ訴訟ヲナス權利即訴訟實施權ヲ有スル者ハ其法律關係ノ主体ニ非スシテ其法律關係ヲ目的トスル訴訟ノ當事者トナル所謂訴訟ノ信託之ナリ、例ヘバ債權者ガ代位訴訟ヲ有スルトキニアリテハ訴訟ノ當事者即原告トシテ裁判上ノ主張ヲ為シハ民法四二三条ノ夫ガ其妻ノ財産ニ付キ管理權ヲ有スルトキ訴訟ノ當事者トシテ其財産ニ関スル裁判上ノ主張ヲナシハ民法八一一条ノ、手形取立ノ被裏書人ハ裏書人ノタメ訴訟ノ當事者トシテ其手形ノ取立ヲナシハ商法四六三条ノ破産管財人ハ訴訟ノ當事者トシテ破産法ニ所謂否認權

ヲ行使シハ破産法七六条ノ、差押權者ハ其差押ヘタル債務者ノ債權ニ付キ差押ノ自己ノ名ニ於テ確認ノ訴ヲ提起シ取立ニヨル取立ノ訴ヲ提起シ得ルガ如シ、又自己ノ關係セザル法律關係ニ付職務上独立シテ訴訟ヲ為ス權限ヲ有スルモノハ其法律關係ノ主体ニ非ズシテ其法律關係ヲ目的トスル訴訟ノ當事者トナル所謂職權的當事者之ナリ、例ヘバ不在者ニ財産管理人ハ民法二九条ノ消極財産ノ管理人ハ民法一〇四三条ノ（遺言執行者ハ相続人ノ代理人ト看做ナル事民法一一一七条ニヨリテ明ナリ）不動産ノ管理人ハ民事訴訟法七〇七条、七一一条ノ及不動産ノ保管人ハ民事訴訟法六一七条ノハ其管理ニ係ル財産ニ付キ訴訟ノ當事者トシテ裁判上ノ主張ヲナスガ如シ、民法及人事訴訟手続法ニヨレハ檢事ハ婚姻取消ノ訴訟ノ當事者トナルハ民法七八〇条、人事訴訟手続法ニ条、一九条ノ此ノトキハ檢事ハ職權的當事者ナリトス、但婚姻當事者ノ戸主其ノ親族等ニ婚姻取消ノ訴ヲ提起スルトキニアリテハ其有スル婚姻取消權ノ主体トシテ原告トナルヲ以テ職權的當事者トシ



テ原告トナルモノニ非ス、又皇室財産令ニヨレバ宮内大臣ハ御料ニ関スル法律上ノ行為ニ付キテハ其當事者ト看做サル、故ニ御料ニ関スル民事訴訟ニアリテハ宮内大臣カ職权的當事者トナルモノトイフベシ(皇室財産令ニ条、八七条)

ニ五〇

ニ、自己ノ計算ニ於テ訴訟ヲ為スト他人ノ計算ニ於テ訴訟ヲナストハ之ヲ同ハザルモノトス、蓋シソハ代理ノ關係ニ過ギザルモノナレバナリ例ヘバ信託ヲ受タルモノハ原告トシテ信託ヲナシタルモノ、タメニ訴訟ヲ為スガ如シ、又自己ノ権利ヲ主張スルト他人ノ権利ヲ主張スルコトアルモ其ハ一ツノ前提要件タルニ過ギザレバナリ、例ヘバ債権者ハソノ目的物ニ付キ自己ノ権利ヲ主張スル前ニ其母権タル所有者ノ権利ヲ主張スルコトアルガ如シ、ソノ他判決ガソノ効力ヲ當事者ニ及ボスト第三者ニ及ボストノ區別ハ當事者ノ意義ニ何等ノ影響ナキモノトス、蓋シ判決ハ例外トシテ第三者ニ對シ其効力ヲ及ボスヲ以テナリ、例ヘバ離婚ノ訴ニ付キ言渡シタル判決ハ第三者ニ對シテモ其効力ヲ及ボス

ガ如シ(人事訴訟手続法一八条)

第一ニ自己ノ名ニ於テ権利保護ヲ請求シ又ハ請求セラル、モノデアル、故ニ從参加人ハ本末ノ訴訟當事者ニ非ズ、當事者ヲ補助スルモノ即從タル當事者タルニ過ギズ(五三条)蓋シ從参加人ハ當事者ノ一方ヲ補助スルガタメニ自己ノ名ニ於テ訴訟行為ヲ為スモノニ過ギザレバナリ、

第三ニ當事者ハ自己ノ名ニ於テ権利保護ヲ請求シ又ハ請求セラルルモノナリ、故ニ當事者ハ訴訟關係ノ私ノ主体ニシテ権利保護ノ義務ヲ負フ國家即訴訟關係ノ公ノ主体ト區別セラル、モノトス、從テ其意義ハ一定ス、然レドモ當事者ヲ表示スル法語ニ至リテハ訴訟ノ種類ニヨリテ同シカラズ、通常訴訟、証拠訴訟、爲替訴訟、人事訴訟ニアリテハ権利保護ヲ請求スル者ヲ原告ト稱シ權利保護ヲ請求セラル、者ヲ被告ト稱ス、又督促手続、執行手続ニアリテハ前者ハ債権者ト稱シ後者ヲ債務者ト稱ス、但シ假差押ハ並ニ假処分訴訟ニアリテハ當事者ヲ表

ニ五一



示スル別段ノ法語ナキ故學者之ヲ假差押原告、假処分原告並ニ假差押被告、假処分被告ト称ス。

第四ニ當事者其ハハ訴訟中一狀ノ承継又ハ特別ノ承継ニヨリテ變更スルコトアリ、然レドモ當事者ノ地位ハ終始一貫シテ變更セラル、コトナシ、原告ノ承継人ハ依然原告、被告ノ承継人ハ依然被告ナリ、又當事者ハ控訴人、被控訴人、上告人、被上告人、又ハ抗告人、相手方トナルコトアリ、然レトモ當事者タルノ地位ハ依然トシテ變更セズ、之ツマリ権利保護ヲ請求スルモノ及権利保護ヲ請求セラル、モノ、地位ハ起訴ノ當時ニ於テ確定スルモノナレハナリ。

第五ニ他人ノ名ニ於テ訴訟行爲ヲ爲ス者ハ當事者ノ代理人ニシテ當事者ニ非ス、而シテ當事者ノ権利義務ニ関スル規定ハ當事者ノ法律上代理人ニ準用アルモノトス、故ニ當事者ノ法律上代理人ハ當事者自身ト同一ノ地位ヲ有スル事多シ、例ヘバ送達ハ當事者ノ法律上代理人ニ對シテ之ヲナシ(一三八条)當事者能力並ニ訴訟能力ノ有無ノ調査ハ

當事者自身ニ對スルト同シク其法律上代理人ニ對シテモ又之ヲ爲シ訴訟委任ハ當事者ト同シク其法律上代理人ニ於テ之ヲ爲シ、法律上代理人ノ死亡ハ當事者自身ノ死亡ト同シク訴訟手續ノ中断ノ事由トナルガ如シ。當事者ノ存在ハ民訴ノ成立及存立ノ要件ナリ、元來民訴ハ特定ノ一人ニ對スル権利実行ノ方法ナリ何人モ自己ニ對シテ訴訟ヲ爲スコトヲ得ズ故ニ民訴ノ成立及存立ニハ利害ノ相及スル互ニ相對スル二人以上ノ當事者タル者ナカラスコトヲ以テ

一、訴訟中當事者双方ノ資格が相續其他ノ原因ニヨリテ同一人ニ歸シタル時ハ之ニヨリテ民訴訴訟消滅ス。

二、當事者ガ起訴ノ當時、現存セザルトキハ訴ノ提起ハ不適法ナル故訴却下ノ判決ヲ爲スヘク訴訟費用ハ原告ヲ缺クトキニハ原告ノ存在ヲ誤ツテ主張シ且其ノ名ニ於テ被告ヲ訴ヘタルモノ例ヘバ代理人ニ負担セシムベク被告ヲ缺クトキニハ其代理人トシテ呼出サレタル者例ヘバ法人ノ旧理事ニ於テ之ガ費用ノ賠償請求權ヲ有ス。



三、判決が現存セザル当事者ノタメニ若クハ之ニ対シテ言渡サレタルトキハ其ノ判決ハ事實上不成立ナルヲ以テ上訴又ハ再審ノ訴ニヨリテ之ヲ取消スノ必要ナシ。訴状ニ於テナサレタル当事者ノ表示が現存ノ当事者ヲ表示スルニ足ラス、却ツテ未ダ成立セサル法人ヲ訴ヘ又ハ訴ヘラレタルガ如キ外觀ヲ有スルニ止ルモ又同一ニ論結スルヲ可トス。

二二四

## 第二章 當事者能力

當事者能力ハ自己ノ名ヲ以テスル権利保護ノ請求者又ハ其相手方トナル手ヲ得ベキ資格即訴訟上ノ権利ヲ有シ及義務ヲ負フコトヲ得ヘキ資格ナリ。故ニ學者之ヲ訴訟上ノ権利能力トイフ、第一ニ私法上ノ権利能力ヲ有スル者ハ訴訟上ノ権利能力即當事者能力ヲ有ス、蓋シ民事訴訟ノ目的物ハ私法關係ナルヲ以テ権利能力ヲ有スルモノハ當事者能力

力ヲ有スヘク然ラザレバ私法保護ノ目的ヲ達スル事ヲ得ザレバナリ。故ニ(イ)、内国人ハ其出生ヨリ死亡ニ至ル迄権利能力ヲ有スルヲ以テ當事者能力ヲ有ス(民法一條)胎児ハ母胎ノ一部ニシテ未ダ独立ノ人格者トナラザル故原則トシテ権利能力ヲ有セス、然レトモ例外トシテ胎児ノ利益保護ノタメニ不法行為ニ関スル損害賠償請求權及相続權ニツキテハ権利能力ヲ是認シタルヲ以テ又當事者能力ヲ是認シタルモノトイハザルヲ得ズ、而シテ胎児ノタメニ其權利ヲ行使スル者ハ民法上何等ノ明文ナケレドモ胎児生レタランニハ親権者トナルベキモノナリト解スルヲ妥當ナリトス。(民法七一一条、九六八条、九九三条、一〇六五条)失踪ノ宣告ヲ受ケタルモノハ之ニヨリテ権利能力ヲ失フモノニ非ズ。

故ニ當事者能力ヲ失ハザルコト元ヨリナリ、又内国人ハ公法人タルト私法人タルトニ拘ハラズ権利能力ノ範圍内ニ於テ當事者能力ヲ有ス然レドモ組合ハ其資格ニ於テ権利能力ヲ有セズ、故ニ訴ハ各組

二二五



合資ガ之ヲ為シ若クハ各組合員ニ對シテ之ヲ為シ又組合財産ニ對スル強制執行ハ凡テノ組合員ニ對スル債務名義存スルコトヲ要ス。

(口)

外國人ノ權利能力ノ有無ハ其本國法ニヨリテ之ヲ定ム(法令三條)然レドモ者能力ノ有無モ又其本國法ニ依リテ之ヲ定ム(法令三條)然レドモ外國人ハ其本國法ニヨレハ奴隸ノ如キ自由ノ制限ニヨリテ權利能力ヲ有セザルモノナルトキハ日本ニ於テモ其外國人ノ本國法ニ依ヒ權利能力ヲ有セズ、從テ當事者能力ヲ有セストナスコトヲ得ス、蓋シカ、ル本國法ノ適用ハ日本ニ於ケル公ノ秩序ヲ害スレハナリ、(法令三〇)、又外國法人ノ權利能力ノ有無ハ其ノ本國法ニヨリテ之ヲ定ム、故ニ其ノ當事者能力ノ有無モ亦本國法ニヨリテ之ヲ定ム、然レドモ日本ニ於テ設立ヲ認許セサル外國法人ハ其ノ本國法ニ依リテ權利能力ヲ有シ從テ當事者能力ヲ有スル時ト雖モ日本ニ於テ權利能力ヲ有セズ從テ當事者能力ヲ有セスト云ハサルヲ得ス(民三四)、但シ外國人及外國法人ノ權利能力ノ範圍及當事者能力ノ範圍ハ法令

又ハ條約ニヨリテ多少ノ伸縮アルコト元ヨリ當然ナリトス(民三六及二)例ヘハ外國人ハ日本ノ土地ヲ所有スルノ能力ヲ有セサル故土地ノ所有權ニ基ツク訴訟ニ関スル當事者能力ヲ有セサルカ如シ、第二ニ當事者能力ヲ有スル者ハ權利能力ヲ有スル者ニ限ルモノニ非ス當事者能力ハツマリ權利能力ノ補充ニシテ權利能力ト其ノ範圍ヲ全然同シクスルモノニ非ス、民訴法ハ緊要法律關係ニ付キ為スヘキ訴訟及裁判カ其ノ一切ノ利害關係人ノタメニ又ハ之ニ對シテ効力アル時ニ於テ其ノ利害關係人ヲ通知シ之ヲ盡ク訴訟ニ表示スルコトヲ要セズシテ訴訟ヲナスコトヲ得セシメルカタメニ權利能力ヲ有セサル社團及財團ニ當事者能力ヲ與フルコトヲ得、所謂形式的當事者能力之レナリ、カ、ル當事者能力ヲ有スル者ハ日本ニ在リテハ其ノ類例之シト雖モ旧商法ノ規定ニヨル現存ノ合資會社(商法施行令三一、旧商法七三)弁護士會(明治二八年大審院判決)、醫師會(大正四年大審院判決)等ハカ、ル當事者能力ヲ有スル社團ニ屬シ又成立ノ



管理ヲナス相續財産ニ破産ノ宣告ヲ受ケタル相續財産ハカ、ル管  
 事者能カヲ有スル財團ニ屬スト云フコトヲ得ヘシ、第三ニ管事者能  
 カハ權利能カノ喪失ニヨリテ消滅ス、故ニ(4)自然人ハ死亡ニヨリテ  
 管事者能カヲ失フ、故ニ死亡者ノ名ニ於テナス訴ハ不適法トシテ何  
 等ノ効カヲ發生セス、(4) 商事會社其ノ他ノ法人ハ清算手續完了ノ  
 後若クハ破産ニヨル配當手續完了ノ後管事者能カヲ失フ、故ニ清算  
 中又ハ破産手續中ハ以然管事者能カヲ保有ス、蓋シ法人ハ清算又ハ  
 破産ノ目的ノ範圍内ニ於テ尚存續スルモノナルヲ以テナリハ民七三  
 商法八四、破産法)強制和議ニヨル破産手續完結ノトキニハ法人繼  
 續シ權利能カヲ失ハス故ニ管事者能カヲ失フコトナシ、會社ノ設立  
 無効ノ判決アリタトキハ其ノ判決確定後管事者能カヲ失フモ既往ニ  
 遡リテ之ヲ失フコトナシ、而ラサレハ訴訟ノ安全ヲ害ス、

管事者能カノ存在ハ重要ナル要件ナリ(訴訟關係ノ成立並ニ存續  
 ノ絶対的訴訟要件ナルヤ又ハ訴訟權成立ノ要件ナリヤハ學者間ニ争ア

リ)コ、ヲ以テ、

第一ニ裁判所ハ職權ヲ以テ管事者能カノ存否ヲ調査シ又被告ハ自  
 己若クハ原告ノ管事者能カノ欠缺ヲ主張スルコトヲ得、但シ(1)民訴  
 法ニアリテハ管事者能カノ欠缺ヲ妨訴抗弁ノ一トス、我民訴法ニハ  
 カ、ル明文ナシ、故ニ學者間ニ争アリ(二〇六)

第二ニ管事者無能カ者ナシタル行為ハ無効ナリ、但シ管事者無能  
 カ者カ訴訟中管事者能カヲ取得シタル後ノ取得前ニナシタル行為  
 ヲ追認シタルトキハ其ノ行為ハ始メヨリ有效トナル

第三ニ裁判所ハ調査ノ結果管事者能カナシト認メタルトキハ不適法  
 トシテ訴却下ノ判決ヲナスコトヲ要ス、若シ裁判所カ管事者無能カ  
 ヲ看過シ管事者無能カ者ニ對シテ本案ノ判決ヲナシタルトキ其ノ本  
 案ノ判決ガ不成立ナリヤ否ヤハ學者間ニ争アリ、然レトモ斯ル判決  
 ハ存在セザル管事者ニ對シテ言渡シタル判決ト同シク不成立トスル  
 ヲ可トス、故ニ上訴又ハ再審ノ訴ニヨリテ之ヲ取消スノ要ナシ、(ハ



二三〇  
畢者或ハ當事者能カナキトキニアリテモ當事者ハ存在シテ權利保護ヲ拒ムニ退ギズ、故ニ不成立ノ判決ト云フヘカラヌ、只明文ナキヲ以テ不服申立ノ道ナキノミト主張ス。但シ當事者ハ當事者能カヲ取得シタル後ソノ以前ニシタル行為ヲ追認シタルトキハ判決モ亦有效トナル、

### 第三章 訴訟能力

訴訟能力トハ當事者自ラ有效ニ訴訟行為ヲ為スコトヲ得ル資格又訴訟行為ヲ為カシムルタメ訴訟代理人ヲ任置スルコトヲ得ル資格ナリ、故ニ學者之ヲ訴訟上ノ行為能カト称ス、而シテ訴訟能力ハ訴訟ノ実施行為ノミナラス訴訟代理ノ授権行為ノ如キ訴訟上ノ效力ヲ生スル各種ノ行為ニ関係ヲ有ス、又訴訟能力ハ自ラ有效ニ訴訟行為ヲナスコトヲ得ルノ資格ニシテ自己ノ名ニ於テ之ヲナスト他人ノ名ニ

於テ之ヲナストノ區別ヲ問ハサルモノトス、蓋シ他人ノ名ニ於テ訴訟行為ヲナス代理人ト雖モ本訴訟能力ヲ有スルコトヲ要スレハナリソノ他訴訟能力ト當事者能カトノ関係ハ權利能力ト當事者訴訟能力トノ関係ニ適合ス、權利能力ヲ有セサル者ハ行為能カヲ有セザルト同シク當事者能カヲ有セサル者ハ訴訟能力ヲ有セズ、何レレバ當事者能カハ訴訟能力ノ前提ナルヲ以テナリ。

第一 私法上ノ行為能カニヨリ成立シテ義務ノ負担スル能カヲ有スル者ハ訴訟能力ヲ有ス何ナレド訴訟ノ実施ハソノ目的タル私権ノ法律行為ニ依ル処分ト同一ノ效力ヲ生スルヲ以テ法律行為ニヨリ成立シテ私権ヲ処分スルコトヲ得ルモノニ非レバ訴訟能力ヲ有スルノ謂レナケレハナリ。

故ニ

一、内國人ニシテ成年ニ達シ且意志無能カ者、禁治産者、準禁治産者并ニ妻ニ非ル者ハ訴訟能力ヲ有ス、元来訴訟能力ハ民事訴訟法



ノ規定スルトコロニ屬スレド我民事訴訟法ハ單ニ原告若クハ被告  
 カ自ラ訴訟ヲ為シ又ハ訴訟代理人トシテ之ヲ為サシムルノ能力ハ  
 民法ノ規定ニ從フ旨ヲ示スニ止リ民法ニ定ムルトコロノ能力中如  
 何ナル能力ニ準拠スヘキカヲ明示セズ、(四三條)民法ニ定ムル  
 行為能力ハ之ヲ分テ法律行為能力及ヒ不法行為能力トシ、前者ハ  
 之ヲ分テ權利取得ノ能力及義務負擔ノ能力トス、即チ訴訟ノ裏  
 施ハソノ目的タル私私ノ法律行為ニヨル如分ト同一ノ結果ヲ生ス  
 ルヲ以テ独立シテ法律行為ニ依ル義務ヲ負擔スル能力ヲ有スル各  
 人ニ非レバ訴訟能力ヲ有セズト断ゼザルヲ得ス、之成年ニ達シ且  
 意思無能力者、禁治産者、準禁治産者並ニ妻ニ非ル者ガ訴訟能力  
 ヲ有スルトイフ所以ナリ、然レトモ其ハ一般ノ訴訟能力ニ関スル  
 原則ヲ示スニ止リニモノ例外ナキ能ハズ、其一ハ民法六條並ニ人  
 事訴訟手續法三條ニ規定スル例外則ニシテ所謂訴訟ノ目的ニヨル  
 限定的訴訟能力ナリ、其ニハ居所不明ナル訴訟能力者タル不在者

ノ財産管理人ガ訴訟ヲ為ス場合ニ於テ其不在者ガ訴訟能力ヲ有ス  
 ルニ拘ハラズ又訴訟能力者ト同視セラレルル例外則ニシテ所謂擬制  
 的訴訟無能力之ナリ、又内國法人ハ法律行為能力ヲ有ス、故ニ訴  
 訟能力ヲ有ス、元來法人ガ法律行為能力ヲ有スルヤ否ヤハ學者ノ  
 争フトコロナリ、然レトモ法人ハ法定代理人ト同視スベキ法定ノ  
 機關ニヨリテ行為ヲ為スコトヲ得ルカ故ニ意思能力ヲ有シ又行為  
 能力ヲ有ス、法律行為無能力者ハ民法三條一ノ二〇條ニ限定的ニ  
 規定シタルトコロナリ、故ニ法人ヲ以テ法律行為無能力者トナス  
 法文上ノ根據ナシ。

(二) 外国人ノ訴訟能力ノ有無ハ其法律行為能力ノ有無ト同シク其本國  
 法ニヨリテ訴訟能力ヲ有セザルトキト雖モ日本ノ法律ニヨリテ訴訟  
 能力ヲ有スルトキハ之ヲ訴訟能力者ト看做シ其外国人ニ對スル訴訟  
 能力ノ有無ノ調査ヲ省略シ且訴訟行為ノ安全ヲ確保シタリ(四四條)  
 其法則ハ外國法人ニ對シテモ又適用アルモノトス。



第二、ニ法人ニ非マシテ其資格ニ於テ訴ヘ又ハ訴ヘラル、コトヲ得ル社  
 團又ハ財団ハ法人ト同シク行爲能力ヲ有シ依テ訴訟能力ヲ有ス。  
 第三、ニ訴訟能力ハ法律行爲ニ依リテ義務ヲ負担スル能力ノ消滅ニヨリ  
 テ消滅ス、故ニ棄治産ノ宣告ハ訴訟能力消滅ノ原因トナル、又当事者  
 能力ノ消滅ニヨリテ消滅ス、故ニ死亡反清算ノ結了ハ訴訟能力消滅ノ  
 原因トナル。

訴訟能力ノ存在ハ当事者能力ノ存在ト同シク重要ナル訴訟要件ナリ、  
 民事訴訟法ハ訴訟無能力者ニ対シ法定代理人ニヨリテ訴訟ヲ為スベキコ  
 トヲ命ジ、又訴訟無能力者カ自ラ訴訟行爲ヲ為シ若クハ之ニ対シテ訴訟  
 行爲ヲ為スコトヲ禁シタリ、只例外トシテ事件ノ關係ヲ明瞭ナラシメン  
 ガタメニ原告又ハ被告ノ自身出頭ヲ命ジタル場合ニ於テ訴訟能力ヲ有セ  
 ザル当事者ガ訴訟行爲殊ニ陳述ヲ為スコトヲ得ルノミ(一、二、四、五)故ニ  
 訴訟能力ヲ有セザル当事者カ為シタル訴訟行爲ハ瑕疵アル行爲ニシテ又  
 之ニ根拠スル裁判所ノ訴訟行爲モ又瑕疵アル行爲ナリ、瑕疵アル訴訟行

爲ヲサクルハ公益ナリ、故ニ裁判所ハ訴訟如何ナル程度ニアルマ向ハ  
 又職権ヲ以テ訴訟能力ニ欠缺ナキカ否ヤヲ調査シ(四五)又各当事者  
 ハ訴訟能力ノ欠缺ヲ主張スルコトヲ得、即チ被告カ訴訟能力ノ欠缺ヲ主  
 張シタルトキハ之ヲ訴訟能力欠缺ノ妨訴抗辯ト称ス(二〇、六、四)

一、訴訟無能力者ガ訴ヲ起シ又訴訟無能力者ニ対シテ訴ヲ提起シタルト  
 キハ其ノ訴ノ提起ハ瑕疵アル行爲ナリ、故ニ裁判所ハ訴訟判決ヲ以テ  
 不適法トシテ訴ヲ却下スルコトヲ要ス、訴訟無能力者ノ提起シタル申  
 請又ハ之ニ対シテ提起シタル申請モ又決定ヲ以テ不適法トシテ棄却ス  
 ルコトヲ要ス。

二、適法ナル訴ノ提起アリタルトキハ訴訟能力ヲ有セザル当事者ハ自ラ  
 訴訟行爲ヲ為スコトヲ得ス、故ニ斯ル当事者ガ口頭弁論期日ニ出頭シ  
 テ弁論ヲ為スモ其效ナキヲ以テ裁判所ハ相手方ノ申立ニヨリ欠缺判決  
 ヲナスベキモノトス、又当事者ガ訴訟ノ進行中訴訟能力ヲ失ヒタルト  
 キハ訴訟手続中断ノ原因トナル(一一〇、条、一八〇、条)



(三) 訴訟能力ノ欠缺ヲ看過シテ為シタル裁判ハ其基本タル材料ニ欠缺アルヲ以テ上訴スルハ再審ノ訴ニヨリテ之ヲ取消スコトヲ得(四三六条五)(四六八条ノ四)然レトモコト裁判ハ法律上無効ナリヤスハ取消サレ、近ハ有效ナル判決ナリヤニ関シテハ学者間ニ争アルトコロナリ。

第四、裁判所ハ訴訟能力ノ欠缺アリト認メタルトキハ前説明セシ如ク裁判ヲ為シ又訴訟能力ノ有無ニ付キ疑ヒアルトキハ証拠ヲ為スコトヲ当然トス、然レトモ裁判所ハ遲滞ノタメ原告若クハ被告ニ害ヲ及ホシ且欠缺ノ補正ヲ為スコトヲ得ト認メタルトキハ原告若クハ被告ニ欠缺ノ補正ヲ為ス條件ヲ以テ假ニ訴訟ヲ為スコトヲ許スコトヲ得(四五条ニ)例ハ八原告ガ訴訟無能力者ニシテ其主張シタル請求权ガ時効ニ依リテ消滅スルノ恐アルトキハ原告ニ訴訟能力ノ欠缺ヲ条件トシテ假ニ訴訟行為ヲ為スコトヲ得セシメ以テ訴訟ノ却下後更ニ新訴ヲ提起セムトスルモ其間ニ時効完成シテ不利益ヲ被ルコトナカラシムルガ如シ故ニ

(一) 裁判所ハ欠缺ヲ補正スルコトヲ得ベシト認メタルトキハ決定ヲ以テ相当ノ期間ヲ定メ其期間内ニ欠缺ノ補正ヲ為スベキ旨ヲ命ス、此決定ハ所謂訴訟指揮ニ属スルヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス、又此期間ヲ経過シタルトキハ裁判所ハ先ニ説明シタルガ如キ裁判ヲ為ス、但シ欠缺ノ補正ハ其期間ヲ経過シタルトキト雖モ判決ニ接著スル口頭弁論終結迄ハ当事者ノ利益ノタメニ之ヲ追完スルコトヲ得セシム。

(二) 裁判所ハ一時訴訟行為ヲナスコトヲ許可ス、此決定ハ裁判所ノ自由ナル意見ニ委ネタル权利ナルヲ以テ之ニ対シテ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス、此決定ハ当事者ガ一時訴訟行為ヲ為スコトヲ得ルノ权利ヲ附與シ其相手方ヲシテ異議ノ申立ヲナスコトヲ得サラシムルノ效力ヲ有スルヲ以テ当事者ハ弁論ヲナシ且証拠ノ申出ヲ為ス事ヲ得、

(三) 裁判所ハ欠缺補正ノ後又ハ欠缺補正ノ期間経過後訴訟手續ヲ進行シテ終局判決ニテ訴訟ヲ完結ス、欠缺ノ補正ハ訴訟無能力者ニ代リ



テ訴訟ヲ遂行スル法定代理人ガ訴訟無能力者ノ訴訟行為ヲ追認シ又  
 訴訟無能力者ガ現ニ訴訟能力ヲ取得シタルコトヲ証シ且既往ノ訴  
 訟行為ノ追認ヲ為スニ依リテ之ヲ為シ、其ノ追認ノ意思表示ハ明示  
 的又ハ黙示的ニ裁判所若クハ相手方ニ対シテ之ヲ為スコトヲ得、禁  
 治産ノ宣告及準禁治産ノ宣告ノ取消ハ当然欠缺補正ノ事由トナルモ  
 トス、即チ欠缺ノ補正アリタルトモハ訴訟無能力者ノ訴訟行為ハ  
 既往ニ溯リテ有效ノ行為トナル、反之欠缺ノ補正ナキトモハ訴訟無  
 能力者ノ訴訟行為ハ無効ノ行為タルヲ免レズ故ニ裁判所、先述セシ  
 如ク訴訟ノ完結ヲ為スベキモトス。

### 第四章 演述能力

演述能力ハ訴訟能力ト同視スベカラズ、演述能力ハ受訴裁判所ニ自  
 身出頭シ自己ノタメ又ハ他人ノタメニ演述ヲ為スノ能力殊ニ申立ヲナ  
 シ且其理由ヲ述フルコトヲ得ヘキ資格ナリ、故ニ第一ニ演述能力ハ受

訴裁判所ニ於テ為ス申立ハ結合スル凡テノ訴訟行為例ヘバ一定ノ申立口  
 頭弁論ニ於ケル陳述、当事者ノ意志表示ノ明確ヲ必要トスル凡テノ行為  
 例ヘハ訴訟ノ告知、認諾、放棄、取下其他附後ニ為スベキ申立並ニ演述  
 ニ関係ヲ有スル総テノ行為ノ有効要件ナリ、蓋シ此等ノ行為ハ演述能力  
 ヲ有スル当業者ニ非レバ之ヲ為スコトヲ得サレバナリ、反之訴訟代理  
 権ノ行為訴訟上ノ救助ヲ求ムルノ行為、強制執行ノ実施ヲ求ムル行為等  
 ノ如キ必ズシモ受訴裁判所ニ出頭シテ演述ヲナス事ヲ要セザル行為ニハ  
 演述能力ヲ要セス、第二ニ当業者ノ法律上代理人、訴訟代理人又ハ補佐  
 人ハ裁判所ニ出頭シテ演述ヲナス訴訟能力ヲ有スルノ外ニ尚相当ノ演述  
 能力ヲ有スルコトヲ要スヘニ七条ノ故ニ演述能力ヲ有セザル当事者、  
 其代理人、補佐人等ノ演述ハ無効タルコトヲ免レズ、例ヘバ吃ノ如キ永  
 久ニ又ハ泥酔ノ如キ一時演述ヲ為スノ能力ヲ有セザル当事者ノ演述ハ其  
 意義ヲ解スルコト能ハザル故其演述ハ無効ナルガ如シ、日本語ヲ知ラザ  
 ル者、聾啞タルノ事由ハ所謂通事ヲ用フルノ原因トナルモ演述無能力ノ



原因トナラス。第三ニ演述無能力者ノ陳述ハ無効ナリ、無効ノ行為ハ訴訟ノ目的ヲ達スルガためニ必要ナル故之ヲサクルヲ公益トス、故ニ裁判所ハ訴訟ノ如何ナル程度ニアルヲ問ハズ職權ニテ演述能力ノ欠缺ナキヤ否ヲ調べ其ノ結果演述能力ノ欠缺ヲ発見シタルトキハ再後ノ演述ヲ禁シ且新期日ヲ定メ辯護士ヲシテ演述セシムヘキ旨ヲ命シ以テ演述能力ノ欠缺ヲ補正セシメルコトヲ要ス、此時ニ於テ演述ヲ禁止セラレタル者カ新期日ニ出頭シタルトキハ裁判所ハ任意ニ退庭シタルモノト看做スノ効力ヲ附シテ弁論ノ場所ヨリ退席ヲ命ス、故ニ未ダ弁論無キトキハ相手方ノ申立ニヨリテ缺席判決ヲ為シ、既ニ一部ノ弁論アリタルトキハ之ヲ斟酌シテ対席判決ヲ為ス、但シ弁護士ハ法定ノ演述能力ヲ有スル者ナルヲ以テ之ニ対シテハ演述ヲ禁スルコトヲ得ス。

### 第五章 當事者適格

當事者適格又ハ訴訟實施権ハ之ヲ當事者能力、訴訟能力及演述能力并

ト同視スベカラズ、訴訟實施権ハ訴訟ノ目的(ハ目的物)ニツキ訴訟ヲ實施スルノ権利又ハ請求ニ付キ裁判上ノ主張ヲ為ス権利ナリ、故ニ訴訟實施権ハ當事者ト訴訟物トノ關係ニシテ當事者能力訴訟能力及演述能力ノ如ク訴訟法上ノ人的資格ニ非ズ、訴訟物タル権利ヨリ流出シ原告又ハ被告トシテ其権利ヲ処分スルコトヲ得ベキ権利ニシテ人格ノ内容中ニアル法律上ノ資格ニ非ズ、又訴訟實施権ヲ有セサルモノ、ナシタル訴訟行為若クハ之ニ対シテ為シタル訴訟行為ハ無効ニ非ズ、只訴訟物ニツキテノ裁判ヲ為スコトヲ得サルノミ、反之訴訟能力ヲ有セサルモノ、為シタル訴訟行為若クハ之ニ対シテ為シタル訴訟行為ハ追認ナキ限りハ無効ナルコト先述セシカ如シ、其他訴訟實施権ハ訴訟成立ノ訴訟上ノ一要件ニシテ訴訟ヲ正当ナラシメル事由ニ屬シ訴訟能力ノ如ク單純ナル訴訟上ノ要件ニ非ズ、故ニ

第一、訴訟實施権ハ之ヲ分テ自動的訴訟實施権及受動的訴訟實施権トス前者ハ正当ナル原告タルノ資格ニシテ後者ハ正当ナル被告タルノ資格



ナリ、訴ヲ以テ主張シタル権利ヲ有スル者ハ自動的訴訟実施権ヲ有シ  
斯ル権利ニ対シ義務ヲ負フモノハ受働的訴訟実施権ヲ有スルヲ通例ト  
スレド第三者ガ他人ノ法律關係ニ付其他人ノタメニ訴訟実施権ヲ有ス  
ルコトアルヲ注意スヘシ、所謂訴訟信任及職權當事者之ナリ。

第二、訴訟実施権ヲ有セサル者ハ民法其他ノ法令ニ於テ之ヲ定ム、法定  
財産制ニアツテハ妻ハ無能力者タルト同時ニ其財産ニ付キ訴訟実施権  
ヲ有セス、蓋シ夫ハ妻ノ財産ヲ管理スルヲ以テ之ニ関スル訴訟実施権  
ハ夫ニ屬スト云フベシ、相続財産分離ノ請求アリタル場合ニ於テ裁判  
所管理人ヲ選任シタル時ハ其相続財産ニ関スル訴訟ニ関シテハ相続人  
ハ訴訟実施権ヲ失ヒ相続財産管理人之ヲ有スヘ民法一〇四三條ノ破産  
財団ニ関スル訴訟手續ニアリテハ破産者ハソノ実施権ヲ失ヒ破産管財  
人之ヲ有スルヘ破産法一六二條ノ

第三、訴訟実施権ノ存否ハ裁判所職權ヲ以テ上ヲ調査スヘキヤ否ヤハ争  
アリ或ハ訴訟実施権ノ存否ハ其実施権欠缺ニヨツテ當事者ノ責向ニヨ

リテ利益トナルベキ弁論ヲ為サザルタメニ裁判所職權ヲ以テ調査スヘ  
シト主張シ或ハ訴訟実施権ノ存否ニ関スル手戻、訴ノ原因タル事實ノ  
一部分ニシテ訴訟要件ニ至ズ、故ニ裁判所職權ヲ以テ斟酌スヘカラサ  
ルモノナリト主張ス、然レドモ訴訟実施権ハ訴訟成立ノ訴訟要件ニシ  
テ國家ハ斯ル要件完備スルニ非レバ権利保護ノ義務ヲ履行スルコトヲ  
得ズ、故ニ裁判所職權ヲ以テ調査スヘキモノナリトイフヲ正当ナリト  
ス、又調査ノ結果訴訟実施権ノ欠缺アリト認めタルトキハ本案ノ判決  
ヲ為スヘキヤ否ヤハ學者間ニ争アリ、或ハ訴訟実施権ハ當事者ノ訴訟  
法上ノ資格ニ非ズシテ訴訟ニ於テ勝訴ノ判決ヲ受クル实体上ノ要件ナ  
ルヲ以テ本案判決ヲ為スヘキモノナリト主張シ、又或ハ訴訟ヲ実施ス  
ルニ正当ナル當事者ナキヲ以テ原告ノ訴ヲ不合法ナリトシテ却下スル  
判決ヲナシ本案判決ヲナスコトヲ得サルモノナリト主張ス、然レトモ  
訴訟成立ノ訴訟要件欠缺スルトキハ訴訟物ノ存否ニ付裁判ヲナスコト  
ヲ得サルモノナルヲ以テ訴ヲ却下スルノ本案判決ヲナスベキモノトス



ルヲ正当ナリトス、例ハ破産財団債権ニツキ破産者ニ対シテ訴ヲ提  
起シタルトキニ於テ其訴ヲ却下スル判決ヲナスカ如シ、訴訟実施権ノ  
欠缺ヲ看過シ且本案ノ判決ヲナシタルトキハ其判決ハ有效ニシテ当事  
者ヲ拘束ス、然レトモ訴訟実施権ヲ有ヘベキ当事者ニ対シテハ其效力  
ナシ(当事者トナツテナイカラ)例ハ前例ニ於テ破産管財人ニ対シ  
テ判決ノ效力ナキガ如シ。

### 第六章 當事者ノ代理

民事訴訟法ニ所謂代理モ又民法ニ所謂代理ト同シク法律上ノ代理、任  
意代理即訴訟代理トノ二種アリ

一、法律上ノ代理、民事訴訟法ニ所謂法律上ノ代理ハ主トシテ民法ニ所  
謂法定代理及法人ノ代表機關ヲ総称ス、第一ニ法定代理人ハ本人ノ法  
律行為以外ノ原因ニヨリテ發生スル代理権ヲ有スル代理人ナリ、

(一)、本人ノ法律行為以外ノ代理権發生ノ原因ハ之ヲ分テ法律ノ規定、

- 國家ノ任命、遺言及親族会ノ決議トス、例ハ親族者ハ法律ノ規定  
ニヨリテ發生スル代理権ヲ有スル法定代理人ニシテ不在者ノ財産管  
理人ハ裁判所ノ選定ニヨリテ發生シタル代理権ヲ有スル法定代理人  
ニシテ遺言ニヨリテ指定セラレタル後見人ハ死亡者ノ遺言ニヨリテ  
發生シタル代理権ヲ有スル法定代理人ニシテ又親族会選定ノ後見人  
ハ親族会ノ選定ニヨリテ發生シタル代理権ヲ有スル法定代理人ナリ  
ガ如シ、  
新民事訴訟法ニテハ法定代理トイフ語ハ廢セリ
- (二)、民事訴訟法ニアリテハ法定代理ノ原因ハ當事者ノ訴訟無能力タル  
ヲ通常トス、然レトモ訴訟能力者ノタメニ法律上代理人存在スル變  
例少カラズ、例ハ居所不分明ニシテ訴訟能力ヲ有スル不在者ノ財  
産管理人ノ如シ。
- (三)、何人ガ法律上代理人ナリヤハ私法及公法ノ規定ニヨリテ之ヲ定ム  
親族者、後見人、遺言執行者等ハ民法ノ定メル法律上ノ代理人ニシ  
テ裁判所選定ノ特別代理人(四五条、四六条) 及法定選定代理人



(一三九条、一四五条)ハ民事訴訟法ノ定メル法律上代理人ナリ、若シ破産管財人ヲ以テ破産者又ハ破産債権者ノ代理人ナリトセハ其ハ破産法ノ定メル法律上代理人ナリトス。

(四)、裁判所其他ノ官廳ノ選任ニヨリテ為シタル法律上代理ノ就職ハ其官廳ニ於テ事物ノ管轄権ヲ有スル限りハ有效ナリ、故ニ法律上代理人ノ選任ハ其後選任官廳ニ於テ事物ノ管轄権一キヨ理由トシテ取消サレタルトキトモ其取消アル迄ニ完成シタル訴訟行為ハ当然有效ナリトス、又受訴裁判所ハ法律上代理ノ選任ヲ為シ得ヘキ場合ナリヤ否ヤヲ調査スルコトヲ得ス、

(五)、就任シタル法律上代理人ノ能力ハ民法ノ定メニ従フ(四三条)其規定ニ従ヘバ法律上列載ノ定メナキ限りハ代理人ハ能力者タルコトヲ要ス(民法九八条、一〇二条)、其規定ハ一般ノ代理ニ関スル定ナルヲ以テ所謂任意代理人ニ付テハ元ヨリ法定代理人ニ対シテモ又適用ナリ、故ニ意思無能力者ハ任意代理人タルハ元ヨリ法定代理人

タルコトヲ得ヘシ、然レトモ行為能力ヲ有セサルモノハ訴訟能力ヲ有セザルヲ以テ行為能力ヲ有セサル法律上代理人ハ自ラ當事者ノタメニ訴訟行為ヲ為スコトヲ得スト云ハサルヲ得ス。

第二

一、公私法人ノ代表機關ハ民法上及民事訴訟法上法定代理人ト同一ノ地位ヲ有スルニ止法定代理人ニ非ス、代表機關ノ行為ハ即チ法人ノ行為ニシテ其行為ノ效力ガ本人タル法人ニ及ブニ過ザルモノニ兼ス、故ニ法人ノタメニ訴訟ヲ為スニ必要ナル代表機關ヲ缺クトモハ其法人ハ訴訟能力ヲ有セス。

(一) 何人ガ法人ノ訴訟上ノ代表機關ナリヤハ公法及私法ノ定ムルトコロナリトス、国家其他ノ公法人ノ訴訟上ノ代表機關ハ特別法ニテ之ヲ規定スルヲ通例トス、(裁判所構成法一四二条、明治二四年勅令三条、三九条、勅令一八四条、四〇年勅令五七条)又商事会社其他ノ私法人ノ訴訟上ノ代表機關ハ主トシテ民法及商法等ニテ之ヲ定ム、例ハ(取締役代表機關タル)如シ(民法五三条



商法七ニ条、一七〇条)

(二) 法人ノ代表機関ガ為シタル行為ハ法人ノ設立ヲ無効トスル判決アリタルガタメニ其効力ヲ失ハズ、法人ノ許可ノ取消アリタルトキ又然リ(商法九九条ノ六、二三ニ条)故ニ法人ノ代表機関ガ法人ノ設立ヲ無効トスル判決又ハ法人ノ許可ヲ取消ス命令アル迄ニナシタル訴訟行為ハ其効力ヲ失ハザルモノトス。

(三) 法人ノ代表機関ヲ組織スル各人ノ意思無効力ハ法人ノ代表権ニ影響ヲ及ボストモ其行為無効力ハ法人ノ代表権ニ何等ノ影響ヲ及ボサス(民法一〇ニ条)只法人ノ代表機関ニシテ行為能カヲ有セサルモノハ自ラ当事者トシテ訴訟行為ヲナスコトヲ得サルノミ。

第三、法人ニ非スシテ其資格ニ於テ訴訟当事者タルコトヲ得ル社団及財団ノ代表機関ハ民事訴訟ニツキ法人ノ代表機関ト同ジク法定代理人ト同一ノ地位ヲ有ス。  
(A) 訴訟上ノ地位

法律上代理人ガ当事者ニ非ルコトハ訴訟代理人ト異ナラズ、故ニ権利拘束ノ効力ハ法律上代理人ニ対シテ発生スルコトナシ。被告ノ法律上代理人ハ自己ノタメニ原告ニ対シテ反訴ヲ提起スルコトヲ得ズ、又法律上代理人ハ其代表セル訴訟事件以外ノ事件ニ付キ証人トナルコトヲ得、反之法律上代理人ノタメニキ訴訟行為ニ関シテハ法律上代理人ハ訴訟代理人ト異ナリ、殆ンド当事者本人ト同視セラルヘキモノトス。云々扶ヘレバ当事者本人ノ為スコトヲ得ヘキ訴訟行為及為スコトヲ余セラレタル訴訟行為ハ法律上代理人カ宛カモ当事者タルガ如クニ之ヲ為スコトヲ得ヘク又ハ之ヲ為サザルベカラス、即チ法律上代理人ハ当事者タルノ権利ヲ行使スルノミナラス其義務ヲ履行セサルヘカラス(一三八条、一八〇条、一一四条)又法律上代理人ノ為シタル訴訟行為ノ効力ハ其訴訟行為才訴訟法ニ透背シ之ガタメニ当事者本人ニ於テ訴訟費用ヲ負担スベキ場合ニ非ルトキトモ当然当事者本人ニ及ブモノトス。



B、代理権ノ範圍

法律上代理人ノ代理権及訴訟行為ヲ為スニ必要ナル授權ハ民事訴訟法ニ別段ノ定ナキ限りハ民法其他ノ法令ニ從フ(八四三条)之ヲ以テ第一ニ如何ナル法律上代理人ガ代理権ヲ有スルヤ否ヤ、又ハ如何ナル法律上代理人ガ訴訟行為ヲ為スノ許可ヲ受クルコトヲ要スルカ否ヤハ民法其他ノ法令ニ依リテ之ヲ定メサルヘカラス、例、ハ民法ニ依レバ親権者、後見人、後見監督人(ハ一五五条ノ四)等ハ法律上代理人トシテ訴訟無能力者ノ代理権ヲ有シ法人ノ理事、法人ノ代表機關トシテ代理権ヲ有シ(五三条)商法ニ依レバ商會社ノ代表社員(六一、六二、一一四、二四二条)取締役、監査役(八一七〇条)一八五条)等ガ法人ノ代表機關トシテ代理権ヲ有スルガ如ク、又後見人ガ被後見人ニ代リテ訴訟行為ヲ為スハ親族會ノ同意ヲ要シ(民法九二九条)監査役ガ会社ノ代表機關トシテ取締役ニ對シテ起訴スルニハ株主總會ノ決議ヲ要スルガ如シ、(商法一七八、一八五条)

但シ法律上代理人ニ對シテ為ス送達ハ其法律上代理人ガ訴ヲ提起スルニハ特別ノ授權ヲ要スベカリシ一事ヨリテ其效力ヲ害セラル、等ナシ、(八一三一条)公法人ノ代表機關ニシテ訴訟代理権ヲ有スルモノニ関シテハ先ニ示シタル特別ノ法令ヲ参照スヘシ。

第二ニ教人ノ法律上代理人ガ共同シテ代理行為ヲ為スヘキ場合ニ於テ各代理人ガ一致セサルトキハ有権ニ代理行為ヲ為スコトヲ得ス例、ハ甲代理人ハ争ヒ、乙代理人ハ自白スルカ如シ、但シ送達ハ此時ニ於テモ代理人中ノ一人ニ為スヲ以テ足ル(八一三八条)反之教人ノ法律上代理人ガ各別ニ代理行為ヲ為スヘキ場合ニアリテハ当初ニ為シタル行為ノ效力ハ其後他ノ行為ニヨリテ有效ニ取消サレタルトキハ之ヲ失フモノトス(商一七〇条)

第三ニ法律上代理人ガ法令、定款又ハ約定ニヨリテ本人又ハ第三者ノ特別ノ授權ヲ受クルニ非サレハ和解、認諾、放棄、自白等ノ如キ個々ノ行為ヲ為スコトヲ得サル場合ニ於テ其特別授權ヲ受クルコ



トナクシテ期ル行為ヲ為シタルトキハ其行為ハ效力ヲ生セサルヤ否  
 ヤハ民事訴訟法ニ規定ナキ故疑向トナル。然レドモ斯ル法律上代理  
 人ノ行為ニ関スル代理権ニ如ヘタル制限ハ内部ニ対シテハ其效力ヲ  
 有スルモ外部ニ対シ即チ相手方ニ対シテハ其效力ヲ有セスト解スル  
 ヲ妥当トス。故ニ法律上代理人ハ其訴訟ニ関スル一切ノ行為ヲ為ス  
 ノ制限ヲ有シ之ニ尤ヘタル制限ハ相手方ニ対シテ其効力ナシトスル  
 ニ非レバ法律上代理人ノ為ス訴訟ニ付キテノ安全ヲ確保スルコトヲ  
 得ザレバナリ。例ハハ後見人カ相手方ノ請求ヲ認諾スルニハ親族全  
 ノ同意ヲ要スルト云フ制限ヲ無視シテ認諾シタルトキハ其認諾ハ相  
 相手方ニ対シテ効力ヲ生スルガ如シ。然レトモ法律上代理人カ尙ル制  
 限ニ及シテ訴訟行為ヲ為シタルトキハ之ニヨリテ生シタル損害本人  
 ニ賠償スルコトヲ要ス。

C、法律上代理人ノ代理権ノ存在ハ一ノ訴訟要件ナリ。故ニ法律上代  
 理権ヲ有セサル者カ為シタル訴訟行為ハ瑕疵アル行為タルヲ免レヌ

カ、ル訴訟行為ヲ避クルハ公益ナリ。故ヲ以テ裁判所ハ訴訟ノ如何  
 ナル程度ニアルヲ向ヘズ職権ヲ以テ法律上代理人ノ代理権及ヒ訴訟  
 行為ヲ為スニ必要ナル特別授权ノ存否ヲ調査シ又各当事者ハ法律上  
 代理人ノ代理権ノ欠缺ヲ主張スルコトヲ得。被告カ法律上代理権ノ  
 欠缺ヲ主張シタルトキハ之ヲ法律上代理権欠缺ノ妨訴抗弁ト称ス  
 (民事訴訟法ニ〇六条ノ四)而シテ法律上代理権ノ存在ノ立証ハ法  
 律上別段ノ定メナシトモ法律上代理権又ハ訴訟行為ヲナスニ必要  
 ナル特別授权ヲ証スル書面ヲ裁判所ニ提出シテ之ヲ為スモノトス。  
 例ハハ後見人ハ其身分登記ノ謄本(戸籍法第一三、一四條)ヲ提出  
 シ、又会社ノ代表機關ハ其登記謄本ヲ提出シテ其ノ权限ヲ証スルカ  
 如シ第一ニ原告ノ法律上代理人トシテ訴ヲ提起シタル者カ法律上代  
 理権ヲ有セサルトキハ不道法トシテ訴ヲ却下スルノ判決ヲ為シ且  
 ツ之ニ訴ノ提起ニヨリテ生シタル訴訟費用ヲ負担セシムルコトヲ  
 要ス何トナレハ斯ル訴ノ提起ハ其効ナキヲ以テナリ。之ニ反シテ



被告ノ法律上ノ代理人トシテ訴状ヲ送達セラレタル者カ法律上ノ代理権ヲ有セサルトキハ訴ヲ不適法トシテ却下スル判決ヲ為スコトヲ得ス、何トナレハ我カ民事訴訟法ニ在リテハ訴ノ提起ハ訴状ヲ裁判所ニ差出シテ之ヲ為スモノナレハナリ（民事訴訟法第一九〇条）只裁判所ハ原告ニ対シテ代理権アル法律上代理人ヲ指定セシメ之ニ対シ更ニ訴状ノ送達ヲ為サシムルコトヲ要スルノミ、申請及ヒ上訴ニ関シテモ亦然ナリ。

第三ニ、適當ナル訴ノ提起アリタル後ニ於テ法律上代理権ヲ有セサル者ヲ当事者ノタメ口頭弁論期日ニ出頭スルモ自ラ訴訟行為ヲ實施スルコトヲ得サルコト論ヲ俟タス、故ニ法律上代理権ヲ有セサル者カ弁論期日ニ出頭シテ弁論ヲ為スモノハ無効ナルヲ以テ裁判所ハ相手方ノ申立ニヨリ又裁判ヲ為スコトヲ得（民事訴訟法二四六条）又法律上代理権ガ訴訟ノ進行中ニ消滅シタルトキハ訴訟手續中断ノ原因トナル（民事訴訟法一八〇条）

第三ニ、法律上代理権ノ欠缺ヲ看過シタル裁判ハ上訴若クハ再審ノ訴ヲ以テ之ニ対シ不服ヲ申立ツルコトヲ得（民事訴訟法四三六条五号、四六九条二号）然レトモ此裁判ハ法律上当然無効ナリト云フヘカラス、適法ナル取消ノ裁判アルマデ其效力ヲ有ス。

第四ニ、裁判所ハ法律上代理権ノ欠缺アリト認めタルトキハ先ニ述ヘタルカ如キ裁判ヲナシ又法律上代理権ノ欠缺ニ付キ疑アルトキハ其ノ証拠ヲナスコト当然ナリトス、然レトモ裁判所ハ遲滞ノタメ原告若クハ被告ニ危害アリ且欠缺ノ補正ヲ為シ得ヘキモノト認めタルトキハ原告若クハ被告ニ欠缺補正ノ條件ヲ以テ依リニ訴訟行為ヲ許スコトヲ得ルコト訴訟能力欠缺ノ場合ト異ナラス（民事訴訟法四五條）

α、特別代理人ノ任

訴訟無能力者法人、相続人未定ノ相続財産若クハ不分明ナル相続人ニ対シテ訴ヲ提起スヘキ場合ニ於テ法律上代理人ナキトキ又ハ訴



訟無能力者ニ対シ民事訴訟法一五條ニ從テ訴ヲ提起スヘキ場合ニ於テ其ノ法律上代理人他ノ地ニ住スルトキハ受訴裁判所ノ裁判長ハ申立ニヨリ特別代理人ヲ任設スヘク、四七條ノ第一ニ原告ガ訴訟無能力者ニシテ準禁治産者及妻ニ非ルモノ即未成年者及ヒ禁治産者ニ対シ起訴スルニハ先ツ其法律上代理人ヲ探知スルコトヲ要ス、蓋シカ、ル訴訟無能力者ハ法律上代理人ニヨリテノミ訴ヘスハ訴ヘラ、ル、モノナレバナリ、故ニ若シ法律上代理人非ナルトキハ斯ル訴訟無能力者ニ対シ訴ヲ提起スルニ当リ法律上代理人ノ選任ヲ待タザレベカラス、然レドモ訴ヲ提起スルモノニ対シ訴訟ヲ滯滞シ危害ヲ被ラシムルノ恐アリ、例ヘハ甲カ乙ニ対シテ起訴セサレハ其ノ請文ヲ時効ニヨリテ消滅セントスルトキノ如シ、之受訴裁判所ノ裁判長ヲシテ申立ニヨリ起訴者ノタメ被告ノ特別代理人ヲ任設スルノ義務ヲ負ハシメタル所以ナリ。故ニ

(一)、特別代理人ヲ選任スルニハ其要件トシテ

- (イ) 訴ヘラル者ガ訴訟無能力者タル事ヲ要ス、故ニ訴ヘル者ガ訴訟無能力者ナル場合ニハ特別代理人ヲ選任スルコトヲ得ズ、蓋シ訴ヘル者ハ訴訟無能力者ナル場合ニハ容易ニ特別代理人ヲ選任スル事ヲ得ベケレバナリ、又訴ヘラル者ガ訴訟無能力者タル以上ハ例ヘ不在者タルトキト雖モ特別代理人ヲ選任スルコトヲ得ス、蓋シカ、ル不在者ニ対シテハ所謂公不送達ニヨリテ起訴スベキモノナレバナリ、但シ訴ヘラル者ガ内國人タルト外國人タルトノ區別ハ法律上之ヲ向ハザルモノトス。
- (ロ) 訴ヘラル者ガ起訴ノ当時法定代理人ナキ事ヲ要ス、故ニ法律上代理人ノ特別授権ノ欠缺等ニヨリ特別代理人ヲ選任スルコトヲ得ズ、又訴訟中法律上代理人無キニ至リタル事由ニヨリテ特別代理人ヲ選任スルヲ得ズ、蓋シ前者ノ場合ニアリテハ特別代理人選任ノ要ナク又後者ノ場合ニアリテハ訴訟手續ヲ中断スルモノナレバナリ。



(イ) 被告トナルモノニ付キ適法ノ手續ニヨル法律上代理人ノ送任  
 下ル迄起訴ヲ猶豫セバ起訴者ニ於テ重大ナル損害ヲ被ルノ恐ア  
 ル事ヲ要ス、カ、ル損害ヲ受クルノ恐レアルヤ否ヤハ受訴裁判  
 所ノ裁判長其自由ナル意見ニ從ヒ之ヲ定ムトモ苟モカ、ル恐  
 レアリト認メタルトキハ特別代理人ヲ送任スルコトヲ要ス。  
 然ラザレバ起訴者ノ利益保護ヲ全フスルコトヲ得ス、斯ノ如ク  
 遲滞ノタメ危害ノ恐マルヤ否ヤハ裁判長ノ自由ナル意見ニ從ヒ  
 之ヲ定ムトモ起訴ハラル、モノヲ代理スル委任代理人殊ニ支配  
 人アルトキハ斯ル危害ノ恐ナシト云フコトヲ得、又特別代理人  
 ノ送任ノ後斯ル危害ノ恐ナキニ至リタルトキハ其ハ特別代理人  
 解任ノ事由トナルニ止リ其ノ权限ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナ  
 シ。

(ニ) 受訴裁判所ノ裁判長即事件ノ繫屬スル裁判所ノ裁判長が起訴  
 者ノ申立ニヨリ特別代理人ヲ送任スルコトヲ要ス、之受訴裁判

所ノ裁判長ヲシテ命令ニヨリ送任ニ処置スルコトヲ得セシムル  
 ガタメナリ。

(二) 特別代理人送任ノ手續トシテ

(イ) 起訴者ガ特別代理人送任ノ申立ヲナス、此申立ハ書面又ハ口  
 頭ヲ以テ之ヲ為スコトヲ得、一三五条ノ又此申立ニ付テノ要件  
 ハ之ヲ疏明スルコトヲ要ス、證明ヲ必要トセズ、カ、ル趣旨ノ  
 明文ハ法律上存セズトモ裁判長ヲシテ送任ニ処置セシメルノ  
 法意ニヨリテ自ラ明ナリト云フベシ。

(ロ) 裁判長ノ命令ハ口頭弁論ヲ經ズシテ之ヲ為ス、又此命令ハ申  
 立人ニ之ヲ送達スルコトヲ要ス、(二四五条)申立ヲ追認シタル  
 場合ニアリテハ尙特別代理人ニモ送達スルコトヲ要ス、之特別  
 代理人ニ其ノ送任アリタルコトヲ確知セシメンカタメナリ(四  
 六条ニ)

(ハ) 起訴者ハ特別代理人送任申立知下ノ裁判ニ對シテハ抗告ヲ以



テ不服ヲ申立ツルコトヲ得、(四六條三、四五五條)然レトモ  
送任ノ裁判ニ對シテハ何等ノ利益ナキヲ以テ不服ヲ申立ツルコ  
トヲ得ス、

(三) 送任セラレタル特別代理人ハ就職ノ義務ナシ、蓋シ後見人ノ義  
務ニ関スル規定ハ特別代理人ニ適用ナキヲ以テナリ、而レトモ弁  
護士ガ特別代理人ニ送任セラレタルトキハ就職義務ヲ負フモノト  
ス(弁護士法一三條)

(イ) 特別代理人ハ法律上代理人ノ地位ヲ有シ送任ヲ必要トシタル  
訴訟ニ付被告ニ代リテ訴訟ヲ実施スルノ权限ヲ有シ特別ノ授权  
ヲ必要トセズ、蓋シ其ハ民事訴訟法ノ設定シタル代理人ニシテ  
民法上ノ代理人ニ非レハナリ、(新民事訴訟法五六條ニ依リテ  
ハ特別ノ授权ヲ必要トス)故ニ特別代理人ハ被告本人ノ為スコ  
トヲ得ヘキ範圍内ニ於テハ訴訟行為ヲ為スコトヲ得、殊ニ反訴  
ヲ提起スルコトヲ得、其行為ニ付一應法定代理人トナリタル

モノ、追認ヲ必要トセス、又裁判所ハ訴訟ヲ終結シ且終局判決  
ヲ言渡スコトヲ得

(四) 特別代理人ノ職務ハ當事者ガ訴訟能力者トナリタルトキ又ハ  
裁判長ガ解任シタルトキハ之ニヨリテ当然終結ス、而レトモ法  
律上代理人ノ任設ニヨリテ当然終結スルモノニ非ス、却テ法律  
上代理人ノ出頭スル迄又ハ法律上代理人ノ任設ヲ相手方ニ通知  
スル迄存続スルモノトス(一八〇條準用)

(ハ) 特別代理人送任ノ費用ソノ他之ニ支払フヘキ報酬ハ訴訟費用  
ノ一部トシテ訴訟費用ノ負担者之ヲ支拂フコトヲ要ス、然レト  
モ訴訟ノ終局前ニアリテハ申立人タル原告ハ一時之ヲ支辨スル  
モノトス、蓋シ特別代理人ノ送任ハ訴ヲ提起スルモノ、利益ノ  
タメニナスモノナルヲ以テ起訴者ニ一時之ヲ支辨セシムルヲ適  
当トスレバナリ。

第二ニ、原告ガ外国法人ヲ起訴セントスルニハ先ヅソノ代表者ヲ探知ス



ルコトヲ要ス、蓋シ法人ハ其代表者ニヨリテ訴ヘ又ハ訴ヘラル、モノ  
 一レハナリ、故ニ若シ代表者非ルトキハ法人ニ対シテ起訴スルニ付代表  
 者ノ選任ヲ待タザルベカラズ、然レドモ其ハ起訴者ニ対シテ訴訟ヲ遑滞  
 シ、被害ヲ被ラシメルノ害ナシトセス、從テ訴訟無能力者ニ対シテ起訴  
 セントスルトキ其法律上代理人ナキトキニ於ケルト同シク民事訴訟法  
 四六条ノ規定ニ從ヒテ受訴裁判所ノ裁判長ヲシテ申立ニヨリ起訴者ノ  
 タメ被告ノ特別代理人ヲ選任スルノ職責ヲ負ハシメルコトヲ要ス、形  
 式的當事者タル社団又ハ財団ニ対シテ起訴スルトキ及相続人未定ノ相  
 続財産若クハ不分明ナル相続人ニ対シテ民法一六〇、一〇一七、一〇  
 五一条ノ起訴スルトキニ其法律上代理人ナキトキモ又然リヘ四六条ノ  
 第三ニ、原告ハ訴訟無能力者即未成年者及禁治者ニ対シ一五条ニ從ヒ永  
 寓地、兵營地又ハ軍艦定繫所ノ裁判籍ヲ起訴スルトキニ於テ訴訟無能  
 カ者ノ法律上代理人、裁判所所在地ニ住居セザルトキハ遑滞ノタメ被  
 害ナシト雖モ受訴裁判所ノ裁判長ハ四六条ニ從ヒテ申立ニヨリ特別代

理人ヲ選任スルコトヲ得、之一五条ノ規定ニヨリ訴ノ提起ヲ容易ナラ  
 シメルノ法意ニ出ツヘ四七条ノ故ニ

一、特別代理人ヲ選任スルニハ其要件トシテ被告が訴訟無能力者ナル  
 事ヲ要シ、又起訴ノ当時被告ノ法律上代理人ガ永寓地、兵營地若ク  
 ハ軍艦定繫所以外ノ地ニ住居スルコトヲ要ス、又特別代理人選任ノ  
 手續ハ先述シタル選任ノ手續ニヨリ只申立却下ニ対シテ抗告ヲ許サ  
 ズルノミ、蓋シ特別代理人ヲ選任スルト否トハ受訴裁判所ノ裁判長  
 ノ自由ナル意見ニヨリテ定ムルモノナレハナリ。

二、訴訟代理

訴訟代理ハ他ハガ當事者本人又ハ其法律上代理人ノ委任ニヨリテテ  
 之ニ代リ訴訟行為ヲナスノ制度ナリ、元来古代ノ社会ニ在リテハ訴  
 訟關係簡易ナルヲ以テ訴訟代理ノ必要ナク從テク、ル制度存在セマ  
 近世ノ社会ニアリテハ訴訟關係複雑ヲ極ムル故法律ノ知識及特別ノ  
 技能アル人ヲシテ自己ニ代リテ訴訟行為ヲ為サシメルニ非レバ民事



訴訟ノ目的ヲ達スルコトヲ得ザルコト多シ、故ニ近世諸國、何レモ  
訴訟代理ノ制度ヲ是認シ、ミナラズ訴訟代理ヲ職業トスル者ノ制  
度ヲ是認セリ。

第一ニ、民事訴訟ノ代理人ハ弁護士訴訟主義及本人訴訟主義ノ二者  
アリ、前者ハ訴訟行為ヲ爲スニハ必ず弁護士ヲ以テ訴訟代理人ト  
スルコトヲ要スルノ主義ニシテ後者ハ訴訟行為ヲ爲スニハ當事者  
自ラ之ヲ爲スコトヲ得ベク又スシモ弁護士ヲ以テ訴訟代理人ト爲  
スコトヲ要セザルノ主義ナリ、此兩者ハ各々利害損失ヲ有ス、弁  
護士訴訟主義ニヨレバ弁護士ハ相当ノ智識経験ヲ有スル故訴訟行  
爲ヲナスニ当リ遺憾ナク又複雑ナル事件ヲ容易ニ進行スルコトヲ  
得ルノ利益アレトモ當事者ニハ弁護士ニ相当ノ報酬ノ支拂ヲ不  
利益アリ、及之本人訴訟主義ニ依レバ當事者ハ弁護士ニ報酬ヲ支  
拂フノ不利益ナケレドモ通常相当ノ智識経験ヲ缺ク故遺憾ナク訴  
訟行為ヲ爲スコト能ハズ、又複ナル事件ニ当ルコトヲ得ザルノ不

利益アリ、多数ノ立法例ハ此ノ兩者ヲ併用シ合議裁判所ニテ爲ス  
訴訟事件ニツキテハ弁護士訴訟主義ヲ是認シ單独裁判所ニテ爲ス  
訴訟事件ニ関シテハ本人訴訟主義ヲ採用ス、然レトモ本人訴訟主  
義ノ短所ハ所謂裁判所ノ説明权(一ニ条)ノ行使ニヨリテモ  
行フコトヲ得、又弁護士ヲ代理人トシテ訴訟行為スト云トハ當事  
者ノ自由ニ一任シ強制セザルヲ立法上適當ノ策トス、故ニ我現行  
民事訴訟法ハ本人訴訟主義ヲ是認ス。

第二ニ、合議裁判所ニテ訴訟行為ヲナスニ當リ當事者若クハ其法行  
上代理人ガ自ラ訴訟行為ヲナサザルトキハ弁護士ヲ以テ訴訟代理  
人トシ之ニヨリテ訴訟行為ヲ爲スコトヲ要ス、但シ弁護士アラザ  
ルトキニハ訴訟能力者タル親族又ハ雇人ヲ以テ訴訟代理人トシ若  
シ之等ノモノナキトキハ他ノ訴訟能力者ヲ以テ訴訟代理人ト爲ス  
コトヲ得(六三條)之合議裁判所ニテ又訴訟行為ニ関シテハ弁  
護士ヲ以テ訴訟代理人トシ其ノ局ニ當ラシメ當事者ノ權利ノ伸長



防衛ニ遺憾ナキヲ期スルト共ニ余論ヲ業トスル者カ、当事者ノ代理人トシテ訴訟ニ関與スル弊害ヲ防グ法意ニ出ス、單独裁判所ニテ訴訟行為ヲナスニ際シテハ、当事者若クハ其法律上代理人ガ自ラ訴訟行為ヲナサザルトキハ、弁護士ノアルトキトモ、訴訟能力者タル親族又ハ雇人ヲ以テ訴訟代理人トシ若シ之等ノモノナキトキハ、他ノ訴訟能力者ヲ以テ訴訟代理人ト爲スコトヲ得、之單独裁判所ニテナス訴訟行為ハ、通常簡易ナル故、弁護士ニヨラズニ訴訟ヲ爲スコトヲ許シ、費用ヲ節スルコトヲ得セシメルト同時ニ余論ヲ業トスル者カ、当事者ノ代理人トシテ訴訟ニ関與スルノ弊害ヲ防グ法意ニ外ナラズ(六三條)

第三ニ、私法ノ規定ニ從ヒ本人ノタメ訴訟実施権ヲモ包含スル代理権ヲ有スル任意代理人ハ、本人ノタメ訴訟行為ヲナス事ヲ得、例ヘバ支配人(商三條)船長(商五六條)手形取立ノ被裏書人(商四六三條)等ノ如シ、斯ル代理人ノ代理権ノ成立範圍及消滅等ハ

主トシテ民法其他ノ実体法ノ規定ニヨリテ之ヲ定メ民事訴訟法ノ規定ニヨルベキモノニ非ズ、蓋シ斯ル代理人ノ訴訟代理権ハ、從タルモノナレハナリ、然レトモ之カタメ全然民事訴訟法ノ規定ノ適用ナシト云フヘカラス、民事訴訟法中ノ如何ナル規定ガ斯ル代理人ニモ適用アルヤ否ヤハ、訴訟代理ノ規定ニ從ヒテ之ヲ定ム例ヘバ六四條ハ、斯ル代理人ニモ適用アルカ如シ。

イ、訴訟代理権ノ發生  
 訴訟代理権ハ、原則トシテ当事者ガ弁護士又ハ訴訟能力者ニ訴訟委任ヲ爲スコトニヨリテ發生シ、例外トシテ裁判所又ハ裁判長ガ法律ノ規定ニヨリ、当事者ノタメニ弁護士ニ訴訟代理ヲ爲スベキ旨ヲ余スルコトニヨリテ發生ス。

第一ニ、訴訟委任ハ、第三者ガ当事者本人ニ代リ其名ニ於テ訴訟行為ヲ爲シ、又ハ自己ニ對シ訴訟行為ヲ爲サシメルコトヲ得ル权限ヲ授與スル訴訟行為ナリ。



(一) 訴訟委任ハ訴訟行為ノ追認ト同シカラズ、前者ハ判示ニ向テ訴訟行為ヲ為スノ权限ヲ授與シ、後者ハ既ニ爲シタル無効ノ行為ニ付其後効力ヲ是認スルノ行為ナリ、後テ訴訟委任ハ事前ノ訴訟代理権ノ授與ニシテ訴訟行為ノ追認ハ事後ノ訴訟代理権ノ授與ナリトイフベカラズ。

(二) 訴訟委任ハ當事者ノ一方ガ訴訟行為ヲ爲スコトヲ相手方ニ委任シ相手方之ヲ承諾スルニヨリテ效力ヲ生スル契約ナリ(民法六四三条)元来旧法ノ學者ハ代理権ノ行為ト委任契約トヲ混同シテ之ヲ代理ト稱シ、新法ノ學者ハ之ヲ分離シテ全然別個ノ行為ト爲ス、委任契約ハ一ノ契約ナルヲ以テ當事者間ニ其效力ヲ生スルニ止リ第三者ニ対シテ代理権ヲ發生セシムルニ足ラズ故ニ訴訟委任ヲ以テ代理権發生ノ原因トスルハ理論上失當ナルニ似タリ、然レドモ訴訟委任ハ其目的ヲ達スルノ必要上訴訟代理ノ授與行為ノ件ヲモノナラザラ以テ訴訟委任ハ此意味ニ於テ訴訟代理權發生ノ原因ナリト云フコトヲ得ベシ。

(三) 訴訟委任ハ一ツノ訴訟行為ナリ、蓋シ訴訟委任ハ民事訴訟ノ定ムル効力ヲ生ズルヲ以テナリ、故ニ訴訟委任ハ主トシテ民事訴訟法ノ定ニヨラザルベカラズ、訴訟行為ハ訴訟能力者ニ非レバ之ヲ爲スコトヲ得ス、從テ自ラ訴訟委任ヲナス當事者ハ訴訟能力者タルコトヲ要ス、訴訟能力ヲ有セサル當事者ノ訴訟委任ハ其法律上代理人代リテ之ヲ爲ス、法律ノ規定ニ依リテ當事者本人タル之ニ代リ訴訟行為ヲ爲ス权限ヲ有スル支配人船長等ハ法律上代理人ト同シク自ラ訴訟委任ヲ爲スコトヲ得、又訴訟ノ受任者タルニハ弁護士其他ノ訴訟能力者タラサルヘカラス(六三条)然レドモ之ガタメニ全然民法ノ適用ナシト云フベカラズ、訴訟委任ノ成立効力等ニシテ民事訴訟法ニ別段ノ定メナキモノニツキテハ民法ノ定ニ從フモノトス。

(四) 訴訟委任ニヨル訴訟代理ノ授與ハ裁判外ノ委任ト裁判上ノ委任



トアリ、前者ハ一般ノ法律行爲ト同シク不要式行爲ナリトモ其  
証明ハ裁判所ニ書面ヲ呈出シテ之ヲ爲シ且其書面ハ之ヲ記録ニ添  
附シテ以テ訴訟代理権ノ存在ヲ明ニスルコトヲ要ス、反之裁判上  
ノ委任ハ當事者ガ兼論期日又ハ受命判事若クハ受託判事ノ面前ニ  
テ口頭ノ陳述ヲ以テ之ヲ爲シ且裁判所書記之ヲ調書ニ記載スルコ  
トニヨリテ成ル、故ニ特ニ訴訟代理権ノ証明書ヲ呈出スルコトヲ  
要セズ(六四條)

第三ニ、裁判所又ハ裁判長ハ當事者ノタメニ法律ノ定ルニヨリ命令ヲ以  
テ訴訟代理人ヲ任置ス、例ヘバ訴訟上ノ救助ヲ受ケタル當事者ノタメ  
ニ一時無報酬ニテ弁護士ノ附添ヲ命スルガ如シ(九七條、人事訴訟手  
続法三條)

第三ニ、訴訟委任又ハ裁判ニヨリ訴訟代理人ハ之ヲ法律上代理人ト區別セザ  
ルヘカラス、訴訟代理人ノ代理権ノ範圍ハ民事訴訟法ノ定ムルトコロナレド  
法律上代理人ノ訴訟代理権ノ範圍ハ民法、商法其他ノ実体法ニ定ムルト  
コロナリトス、又訴訟代理権ノ存否、調査トハ法律上代理権ノ存否、調査トハ其法則ヲ異ニス

ロ、訴訟代理権ノ範圍

訴訟代理権ノ範圍ハソノ發生ノ原因タル訴訟委任カ個々ノ訴訟行爲ノ  
委任ナルト又訴訟全体ノ実施ノタメニスル總委任即チ狭義ノ訴訟委任  
ナルトニ從ツテ同カラス、第一ニ個々ノ訴訟行爲ノタメニスル訴訟委任  
ニヨリ訴訟代理権ノ範圍ハソノ委任ノ内容ニ從ツテ之ヲ定ム。而シテ  
個々ノ訴訟行爲ニツイテノ訴訟代理権ノ授権ハ辯護士以外ノ者ニ訴訟  
代理権ヲ授與スルトキニ之ヲナスコトヲ得レトモ辯護士ニ訴訟代理権  
ヲ授與スルトキニ之ヲナスコトヲ得ス(六六條二項)之ノ前者ノ場合  
ニハ當事者ヲシテ自由ニ訴訟代理権ノ範圍ヲ定ムルコトヲ得セシメル  
ノ法意ニ出ス、但シ辯護士ニ訴訟代理権ヲ授與スルトキニモ送達受領  
ノ代理及ヒ個々ノ訴訟行爲ニ關スル復代理ハ法律ノ是認スル所トス、  
第二ニ狭義ノ訴訟委任ニヨリ訴訟代理権ノ範圍ハ法律ヲ以テ之ヲ一定  
シソノ制限ハ相手方ニ對シテ效力ナシ(六五條、六六條一項)、元來  
訴訟代理権ノ範圍ハソノ發生原因タル訴訟委任ノ内容ニ從ツテ之ヲ定



ハルヲ當然トス、而レトモ訴訟ノ進行ヲ容易ニシ且ツ相手方及ヒ第三  
者ノ為メニ訴訟ノ安全ヲ期スルニハ法律ヲ以テ訴訟代理権ノ範圍ヲ一  
定シソノ制限ハ之ヲ以テ相手方又ハ第三者ニ對シテソノ效力ナシトナ  
サ、ルヘカラス、之レ各國ノ民法ニ於テカ、ル法則ヲ是認シタル所  
以ナリ、而シテ訴訟代理権ノ法定範圍ハ各國ノ立法例等シカラス、ド  
イソ、オーストリア、英國等ノ民法訴訟法ニテハ極メテ廣ク又我カ民  
事訴訟法ニアリテハ極メテ狹シ、訴訟代理権ノ範圍廣ケレハ訴訟代理  
人ハ當事者本人ニ付キ特別委任ヲ受クルコトヲ要スルコト少ナキヲ以  
テ迅速ニ訴訟ヲ進行スルコトヲ得ルノ利益アレトモ訴訟代理人ノ信用  
尊カラサレハ當事者本人ニ對シ頗ル危険アリ、及之訴訟代理権ノ範圍  
狹ケレハ訴訟代理人ハ往々當事者本人ニ付キ特別委任ヲ受クルヲ要ス  
ルコト多キ故曰教ヲ費シ訴訟ヲ延滞セシメルノ不利益アレトモ訴訟代  
理人ノ信用尊カラサルタメ當事者ニ危害ヲ及ホス恐レ少シトス、我カ  
民事訴訟ノ立法政策ハ訴訟ノ終結ノ迅速ナランヨリモ寧ロ當事者ニ危

二七二

害ノ少キヲ正當ト認メタリ、之民事訴訟法ニ於ケル訴訟代理権ノ範圍

狹キ所以ナリ、  
我カ民事訴訟法ニ於ケル訴訟代理権ノ範圍ヲ略述スレハ  
一、訴訟ノ擴張シ若クハ減縮シ（一九六條、二一一條）及訴訟ヒニ主參加  
ノ訴訟ヲ提起シ（六五條）、從參加ノ申立並ヒニ故障ノ申立ヲナシ訴訟  
ノ告知ヲナシ訴訟上救助ノ申請、管轄裁判所指定ノ申請、証拠保全ノ  
申請ヲナシ（九一條、二六條、三六五條）裁判ノ補充若クハ構成ノ申  
立ヲナシ（二四一條、二四二條）訴訟費用額確定ノ手續、訴訟事件、  
移送後ノ訴訟手續（九條、八四條）強制執行ニ付キ訴訟代理権ヲ有ス  
且ツ之等ノ事項ニヨリテ生スル訴訟行為殊ニ民法上ノ形成權從ツテ民  
法上ノ效力ヲ生スル攻撃防禦ノ方法ヲ主張スルノ權限ヲ有ス、然レト  
モ權利ノ伸長若クハ防禦ニ關係ナク單ニ法律關係ノ形成若クハ權利延  
分ノ用ヲナス行為ヲナスノ權限ヲ有セス、只例外トシテ相手方ヨリ兼  
済スル費用ヲ受領スル權限ヲ有スルノミ。

二七三



2、控訴、上告、再審、復代理人ノ選任、和解、拋棄、認諾等ハ訴訟代理人カ特別委任ヲ受クルニ非サレハ之ヲケス事ヲ得ス、之レツマリカ  
 カル訴訟行為ハ當事者本人ニ對シテ極メテ重大ナル利害ノ關係ヲ有ス  
 ルヲ以テナリ(六五條二項)、故ニ訴訟代理人カ特別委任ヲ受クルコ  
 トナクシテ認諾ヲナシタルトキハソノ認諾ハ當事者ヲ拘束スルコトナ  
 キノミナラス之ヲ以テ認諾判決ノ根據トナスコトヲ得ス、若シカ、ル  
 認諾ヲ基礎トシテ認諾判決ヲナシタルトキハ之ニ對シ不服ヲ申立ツル  
 コトヲ得、(四六八條一項四)

3、訴訟代理權ニ加ヘタル制限ハ相手方ニ對シテソノ效ナシ、故ニ代理  
 權ニ付何等ノ影響ナシ(六六條一項)、而レトモ當事者本人ト代理人  
 トノ内部關係ニアリテハ斯ル制限ノ效力存ス、故ニカ、ル制限ヲ無視  
 シテナシタル訴訟行為ニヨリテ生シタル損害ハ訴訟代理人カ當事者本  
 人ニ對シテ賠償スルコトヲ要ス、  
 第三ニ訴訟代理人數名アルトキハソノ訴訟代理人ハ共同又ハ各別ニ

テ當事者ヲ代表スルコトヲ得、蓋シ訴訟代理人數名アルトキニ於テソ  
 ノ代理人ハ共同スルニアラサレハ代理權ヲ行フコトヲ得ストナサハ當  
 事者ノタメニ行為ヲナスニ當リ敏捷ヲ缺キ又一人ノ不同意ノタメ行為  
 ノ無效ヲ來スヲ以テ共同又ハ各別ニ當事者ニ代表權ヲ行使スルコトヲ  
 得セシメ以テ訴訟ノ進行ヲ容易ニシ且ツ訴訟ノ安全ヲ確保スル事ヲ適  
 當トスレハナリ、而レトモカ、ル目的ハ只之ト真ル訴訟委任ノ内容ヲ  
 相手方ニ對シテ主張スルノ効力ヲ有セシメサルノミヲ以テ之ヲ違スル  
 ニ足ル、故ニ共同又ハ各別ニテ代理ヲナスコトヲ得ル旨ノ法則ト異ル  
 訴訟委任ノ約旨ハ内部關係ニアリテハソノ効力アルモ外部關係ニアリ  
 テハソノ効力ナシ(六七條)假シ例外トシテ數人ノ支配人カ共同シテ  
 代理權ヲ行フトキニハ(商法三二條二項)ソノ訴訟代理權モ亦共同ニ  
 非サレハ之ヲ行フコトヲ得ス、斯ノ如ク數人ノ訴訟代理人カ共同訴訟  
 代理ノ約旨アリタルニ拘ラス各別ニ代理權ヲ行フコトヲ得ルヲ以テ數  
 人ノ訴訟代理人カ同時ニ且ツ各別ニナシタル行為カ互ニ矛盾シタルト



キハソノ行為ハ全然無効ナリ、反之各訴訟代理人カ順時ニ且ツ各別ニ行為ヲナシタル場合ニ於テソノ行為カ互ニ矛盾シタルトキハ第一次ノ行為カ效力ヲ有スル限リハ第二次以下ノ行為ハ無効ナリトス、

ハ、訴訟代理権ノ效力

訴訟代理人カナシタル権限内ノ行為又ハ不行為ハソノ代理人ノ行為又ハ不行為ナリト雖モソノ效力ハ直接ニ當事者本人ノタメニ又ハ之ニ対シテ發生ス、之レ代理ノ法則ノ適用ニ遇キス(民法九九條)。故ニ第一ニ訴訟代理人ノナシタル権限内ノ行為又ハ不行為ハ相手方ニ対シテ當事者本人又ハソノ法律上代理人ノナシタル行為又ハ不行為ト同シ效力ヲ有ス(六八條一項)判決ハ當事者本人ノ名ニ於テ之ヲナシ又當事者本人ノ為メ若クハ之ニ対シテ效力ヲ生シ訴訟行為ノ效力カ意思ノ欠缺又ハ特別ノ事情ヲ知りタルコト若シクハ之ヲ知ラサル過失アリタル事ニ依リテ影響ヲ受クヘキ場合ニ於テハソノ事實ノ有無ハ訴訟代理人ニ付キ之ヲ定ム(民法一〇一條一項、民事訴訟法四三條、一七四條、二

〇六條三項、二一〇條、二七二條)。而レトモ訴訟代理人カ當事者本人ノ指圖ニ従ツテ訴訟行為ヲナシタルトキハ當事者本人ハソノ自ラ知リタル事情又ハソノ過失ニヨリテ知ラサリシ事情ニ付キ代理人ノ不知ヲ主張スルコトヲ得ス、(民法一〇一條二項)斯カル法則ハ民事訴訟法ノ明文トシテ規定ナシト雖モ代理ノ一般ノ原則ナルヲ以テ民事訴訟法ニモ亦存スル事疑ナキ所ナリ、第二ニ訴訟代理人ノ行為ハ直接ニ當事者本人ノタメニ又ハ之ニ対シテ效力ヲ有スルニ止リ當事者カ訴訟代理人ノ任設ニヨリテ全然訴訟事件ニ対スル支配權ヲ喪失スルモノニ非ス、當事者ハ何時ニテモ訴訟委任ヲ解除シ以テ訴訟代理權ヲ消滅セシムルコトヲ得、又訴訟代理人ト共ニ訴訟ノ實施ニ関與スルコトヲ得殊ニ口頭弁論ニ関與シ新ナル申立ヲナシ新ナル事實ヲ主張シ又訴訟代理人ノナシタル訴訟行為ノ變更ヲナスコトヲ得、而シテ當事者本人カ變更ヲナス場合ニハ原則トシテソノ訴訟代理人カ變更ヲナシ得ヘキ限度ニ於テ變更ヲナスコトヲ得ルモノトス、故ニ當事者本人ヲ拘束ス



ハキ同意(一九五條三号)ソノ他訴訟的法律行為ハ當事者本人カ訴訟ニ関與シテ之ヲ無効トナスコトヲ得ス、全然懈怠シタル行為ハ當事者本人カ訴訟ニ関與シテ之ヲ追完スルコトヲ得ス、只例外トシテ訴訟代理人ノ事實上ノ陳述殊ニ明白ハソノ代理人ト共ニ裁判所ニ出頭シタル當事者カ遲滞ナク之ヲ取消シ又ハ之ヲ更正スルコトヲ得ルノミ、  
 二訴訟代理人ノ事實上ノ陳述ハソノ效力ヲ失ヒ當事者ノ事實上ノ陳述之ニ代ルモノトス、元來訴訟ノ目的ハ眞実ナル事情ノ發見ニアリ眞実ナル事情ハ當事者本人カソノ訴訟代理人ヨリモ正確ニ熟知スルヲ通例トス、蓋シ訴訟代理人ハ當事者本人ニ付キ事情ヲ聞キ取リタルモノニ過キサレハナリ、之カ、ル例外ノ存スル所以ナリトス、但シ訴訟代理人カ當初當事者本人ノ主張シタル事實ト矛盾スル事實上ノ主張ヲナスコトヲ得ルカ否カハ民事訴訟法ノ定メサル所ナリ、ゴノ場合ニ於テハ裁判所ハ自由ナル意見ヲ以テ何レノ主張ヲ眞實トナスヘキヤ否マヲ判定スヘキモノナルヤ或ハ當事者本人ハソノナシタル事實上ノ陳述ト矛盾

盾スル陳述ヲ訴訟代理人ニ於テナシタルタメニ爾後更ニ之ヲ取消スノ必要アラシメルカ如キハ當事者本人ヲ以テ訴訟代理人ヨリ正確ニ眞実ナル事情ヲ知ルヘキモノトスル法意ニ及ストシ消極的ニ論結スヘキヤハ學說ノ分ル、所ナリトス(六八條二項)

二、訴訟代理權ノ欠缺

訴訟代理人ニヨレル訴訟事件ニ付イテハ訴訟代理權ノ存在ハ一ツノ訴訟要件ナリ、故ニ訴訟代理權ナキ代理人ニヨリテナシタル訴訟行為ハ無効ニシテ又之ニ原因スル裁判所ノ訴訟行為モ亦瑕疵アルコトヲ免レス、斯カル訴訟行為ヲナスコトヲ避クルハ公益ナリ、故ニ裁判所ハ訴訟ノ如何ナル程度ニアルヲ問ハズ職權ヲ以テ訴訟代理權ノ欠缺ナキヤ否マヲ調査シ(七〇條二項)又各當事者ハ訴訟代理權ノ欠缺ヲ主張スルコトヲ得、被告カ訴訟代理權ノ欠缺ヲ主張スルハ民事訴訟法ニ所謂妨訴抗弁ニ非ス、之レ法律上代理欠缺ノ抗弁ト異ル所ナリ(二〇六條)而シテ訴訟代理權ノ存在ノ立証方法ハ六四條ノ定ニヨル、故ニ同上



ノ規定ニ從ツテ適法ナル訴訟代理権存在ノ立証ヲナサ、ルトキハ無權  
ノ訴訟代理人トナル、當事者本人ノタメニ訴訟行為ヲナス者ハ現ニ訴  
訟代理権ヲ有セサル者ノ主張シタルトキモ亦然リ(ハ訴訟事務管理)、  
斯クノ如ク訴訟代理人ニ訴訟代理権欠缺セルトキニハ當事者ノタメソ  
ノ代理人ナキモノト看做シ(七〇條一項)且ツ斯カル代理人ヲシテ當  
事者ノタメニ訴訟行為ヲナスコトヲ許サス、故ニ第一ニ原告ノ訴訟代  
理人トシテ訴ヲ提起シタル者カソノ訴訟代理権ヲ有セサルトキハ不適  
法トシテ訴ヲ却下スルノ判決ヲナシ且ツ之ニ斯カル訴ノ提起ニヨリテ  
生シタル訴訟費用ヲ負担セシメルコトヲ要ス、何トナレハ斯カル訴ノ  
提起ハ無効ニシテ又訴訟費用ハ斯カル無効ノ行為ニ基ツクモノナルヲ  
以テテアル、之ニ反シテ訴狀ヲ送達セラレタル者カ訴訟代理権ヲ有セ  
サルトキハ訴ヲ不適法トシテ却下スルノ判決ヲナスコトヲ得ス、蓋シ  
訴ノ提起ハ然カ民事訴訟法ノ定ニヨレハ訴狀ヲ裁判所ニ提出シテ之ヲ  
ナスモノナレハナリ(一九〇條)訴以外ノ申請及ヒ上訴ニ關シテモ亦

ニ八〇

然リ、第二ニ訴カ適法ナル訴訟代理人ニヨリテ提起サレ且ツ權利拘束  
カ發生シタル後當事者ノ一方カ口頭兼論期日ニ於テ訴訟代理権ナキ代  
理人ニヨリテ代理セラレタルトキハソノ當事者ハ期日ニ出頭セサルモ  
ノトナル、從ツテ相手方ノ申立ニヨリ缺席判決ヲナスコトヲ得、又斯  
カル訴訟代理人カ訴訟行為ヲナサントシタルトキハ決定ヲ以テ之ニ返  
席ヲ命スルコトヲ得、第三ニ訴訟代理権ナキ代理人ニヨリテ代理セラ  
レタル當事者ハ何時ニテモ訴訟ニ關與シテソノ訴訟代理権ナキ旨ヲ主  
張スルコトヲ得、例ハハ訴訟代理権ナキ代理人ニヨリテ提起セラレタ  
ル訴ヲ不適法トシテ却下スヘキ判決ヲ求ムル申立ヲナスコトヲ得ルカ  
如シ、然レトモ訴訟代理権ノ欠缺ヲ看過シテナシタル裁判ハ當然無効  
ニ非ス、故ニ訴訟代理権ナキ代理人ニヨリテ代理セラレタル各當事者  
ハ上訴又ハ再審ノ訴ヲ以テ不服ノ申立ヲナスコトヲ要ス(四三六條五  
号、四六八條四号)第四ニ裁判所カ訴訟代理権ノ欠缺アリト認メタル  
トキハ前述シタル如キ裁判ヲナシ又ソノ欠缺ノ存否ニ付キ疑アルトキ

ニ八一



ハ証據調ヲナスヲ當然トス、而シ裁判所ハ訴訟代理權ノ欠缺ヲ補正スルコトヲ得ルモノト認メサル時ハ一時訴訟ヲ延期シ相當ノ期間ヲ定メソノ期間内ニ訴訟代理權ノ欠缺ヲ補正スルコトヲ得セシメ以テ前述シタル如キ裁判ヲ違クルコトヲ得、又裁判所ハ訴訟代理人トシテ出頭シタル者ニ裁判所ノ自由ナル意見ニヨリテ費用及損害ノ担保ヲ立テシメ又ハ之ヲ立テシメスシテ仮ニ訴訟行為ヲナスコトヲ得セシメ以テ訴訟ノ延滞ヲ防クコトヲ得ヘセ〇條ニ項ノ第五ニ訴訟代理權ナキ代理人ノナシタル訴訟行為ハ訴訟能力ヲ有スル當事者又ハ當事者ノ為ニ訴訟實施ヲナスノ權限ヲ有スル代理人カ之ヲ追認スルコトヲ得、追認ハ當事者本人カ訴訟代理權ナキ代理人ノナシタル訴訟行為ノ效力ヲ直接ニ自己ノタメニ生セシメルコトニ同意スル一方的意思表示ニシテ溯及的ニ訴訟代理權ノ欠缺ヲ補正スル効力アリ、故ニ訴訟行為ノ追認ハ訴訟代理ノ授權行為ト異ニシテ只既往ニ關係ヲ有スルノミ、  
1、訴訟行為ノ追認ハ訴訟行為ニ付判決ヲ言渡シタル後ニ於テ之ヲナス

コトヲ得、コノトキニハ追認ハ代理權ノ欠缺ヲ理由トシテ判決ニ對シ不服ヲ申立ツルコトヲ得サルノ効力ヲ生ス、又追認ハ明示的ニ之ヲ為シ或ハ當事者カ判決ヲ執行セシメルカ如キ追認ノ意思表示ノ實行ニヨリテ默示的ニ之ヲナスコトヲ得、追認ハ之ヲ判決ノ確定後ニナスコトヲ得ルマ否マニツキ學者間ニ争アリ、然レトモ判決確定ノ後ニ追認ヲナスコトヲ許セハ確定判決ノ効力カ當事者ノ意思ニヨリテ左右セラル、カ如キ結果ヲ生シ訴訟ノ安全ヲ害スル故消極的ニ論結スルヲ可トス。  
2、訴訟行為ノ追認ハ訴訟ノ進行中ニ於テ之ヲナスコトヲ得、コノ場合ニアリテハ當事者若シテ他人ノ代理人カ事後訴訟行為ヲナス場合ト先ノ訴訟代理權ナキ代理人カ事後訴訟行為ヲナス場合トヲ區別シ前者ノ場合ニハ追認ハ當事者又ハ代理人カ裁判所並ニ相手方ニ對シ意思ヲ表示シ又意思ヲ實行シテ之ヲナス、後者ノ場合ニアリテハ追認ハ訴訟代理權ノ授與ト同一ノ方法ニヨリテ之ヲナスコトヲ得、蓋シ訴訟代理權ノ授與ハ同時ニ訴訟行為ノ追認ノ意思ヲ實行シタルモノト云ハサル



ヲ得サレハナリ

民事訴訟法 終

昭和二年十一月二十五日印刷  
昭和二年十一月二十八日發行

(非賣品)

東京市本郷区本郷六丁目二番地

編輯兼

發行者

同所

(帝大赤門前)

石田正七

印刷所 文信社

東京市本郷区本郷六丁目二番地

發行所 文信社

電話 小石川三一四七番  
振替 東京三〇九一八番



14  
769



終

