

本人ノ意思ニ基クモノナレハ訴訟代理人ニシテ其代理權ノ範圍ハ商法ノ規定ニ依リ定メラレタレハ民事訴訟法第六十三條及ヒ第六十五條ノ制限ニ從ハサルモノト解スヘキナリ

民事訴訟法第四十三條ニ法律上代理人ニ依レル訴訟無能力者ノ代表ト法律上代理人カ訴訟ヲ爲シ又ハ一ノ訴訟行爲ヲ爲スニ付テノ特別授權ノ必要トハ民法ノ規定ニ從フトアリ所謂民法ノ文字ハ狭キニ失ス各法令ノ規定ニ從フヘキモノナリ商法其他ノ各法令ニ於テ訴訟上ノ法律上代理人ヲ規定シタルモノアレハナリ而シテ法律上代理人カ訴訟行爲ヲ爲スニ付キ代理權行使ノ條件ヲ充タササルトキハ訴訟行爲ハ亦無効ノモノトス例ヘハ未成年者ノ親權者タル繼父繼母又ハ嫡母カ訴訟ヲ爲サントシ若クハ後見人カ訴訟ヲ爲サントスルニ當リ親族會ノ同意ヲ得サルトキハ(民第八七、八八條、第九二條)其訴訟行爲ハ全然無効ニシテ取消シ得ヘキ行爲ニ非ストス是レ訴訟無能力者ノ行爲カ無効ニシテ取消シ得ヘキモノニ非サルト同一理由ニ基クモノニシテ(第四六、八條、第四四號)裁判所其他ノ司法機關ハ訴訟行爲ヲ無効トシテ處理セサルヘ

カラス

國家カ訴訟當事者タル場合ニハ之ヲ代表スヘキ者ハ法律又ハ命令ニ依テ定メラル(第一四條、裁判第一四二條、明治二十四年勅令第六號)又破産管財人ハ破産者ノ法律上代理人ニ非ス獨立ノ機關トシテ破産者ノ爲メニ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得ルモノトス

第三 外國人ノ訴訟能力

外國人ニ關スル訴訟能力ニ付テハ特ニ民事訴訟法ニ規定セリ即チ外國人ハ自國ノ法律ニ從ヒ訴訟能力ヲ有セサルモ日本ノ法律ニ從テ訴訟能力ヲ有スルトキハ之ヲ訴訟能力者ト看做ス(第四條)法例第三條ノ規定ノ旨趣ト同一ナリ法例第三條ハ法律行爲ニ關スル規定ニシテ直チニ取リテ訴訟能力ノ規定ト爲スヲ得ス民事訴訟法ノ規定ニ依レハ外國人ハ其本國法ニ於テ訴訟能力ヲ有スルトキハ日本裁判所ニ於テ訴訟能力アルコトハ當然ナリト雖モ假令本國法ニ因リ訴訟能力ヲ有セサルトキト雖モ日本法律ニ從ヒ訴訟能力ヲ有スルトキハ其外國人カ日本ニ住所ヲ有スル場合ナルト否トヲ問ハス總テ日本

法律ニ於テ訴訟能力者ト看做サル日本法律ニ因レハ訴訟能力者ニシテ外國法律ニ因レハ訴訟無能力者ナルカ爲メ其法定代理人アル場合ニ法定代理人ヨリ日本裁判所ニ訴ノ提起其他ノ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤト言フニ法定代理人ハ日本裁判所ニ於テハ本人ノ爲メニ訴訟行爲ヲ爲スヲ得サルモノト言ハサルヘカラス如何トナレハ其外國法ニ從ヘハ無能力者タルトキト雖モ日本法律ハ之ヲ能力者ト看做シ法定代理人ノ存在ヲ認メサレハナリ

第四 訴訟能力及ヒ法律上代理權ノ審査

訴訟能力及ヒ法律上代理權ノ存否ハ裁判所ハ訴訟ノ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハス即チ上級審ナルト下級審ナルトヲ問ハス職權ヲ以テ之ヲ審査セサルヘカラス(第四項)法律カ此等ノ事項ニ付テ職權調査ヲ認メタル理由ハ他ナシ若シ其條件ニ欠缺スル所アレハ其訴訟行爲カ無効ト爲ルヘキヲ以テナリ而シテ其審査ハ口頭辯論ヲ經テ爲ス手續ニ於テハ口頭辯論ニ於テ口頭辯論ヲ經サル手續ニ於テハ書面上ノ審理ニ依ル此等ノ事項ハ當事者ノ處分權ノ範圍ニ屬セサルモノナリ

右ノ如ク訴訟能力及ハ法律上代理權ニ欠缺アリタル者ノ爲シタル訴訟行爲ハ無効ナルヲ以テ此等ノ者ノ提起シタル訴ハ不合法トシテ却下スヘク又控訴、上告、抗告等ニ付テモ孰レモ不合法トシテ却下セサルヘカラス法律上代理權ノ欠缺ニ因リテ訴又ハ控訴等ヲ却下スル判決ハ法律上代理人ニ對シテ爲スモノナリヤ當事者本人ニ對シテ爲スモノナリヤニ付テハ學說ノ岐ルル處ナリト雖モ是レ本人ニ對シテ爲スモノト謂ハサルヘカラス私法上ノ觀念ヨリスレハ代理セラレサル本人ニ對シテ裁判ノ效力ヲ及ホスヘキニ非サルモ訴訟法上ノ理論ハ之レニ異ナル訴若クハ控訴ハ本人ノ名ニ於テ提起セラレタルモノナレハ其裁判モ本人ニ對シテ爲スモノナルヤ當然ナリ加之再審ノ規定即チ民事訴訟法第四六八條第四ノ再審原因ヨリ推論スルトキハ明カナルヘシ若シ無權代理人ノ爲シタル訴等ニ付キ爲シタル判決カ本人ニ對シテ效力ヲ生セサルモノトセハ再審ノ訴ニ依リテ其判決ヲ取消スノ必要ナカルヘキナリ尙本章第五節ヲ參照スヘシ

ヲ爲サントシ若クハ被告ノ法律上代理人ニ代理權ノ欠缺アルトキハ此等ノ行爲ヲ無効トシ假令口頭辯論ニ出頭シタル場合ト雖モ闕席判決ヲ爲スヘキモノトス無權代理人ノ行爲ニ基キ爲シタル裁判ノ效力ニ付テハ前述ノ場合ト同一ナリ

右ノ如ク訴訟行爲ヲ全然無効ノモノト爲ストキハ當事者ハ後日再ヒ訴訟ヲ爲スノ必要生スヘキヲ以テ便宜上法律ハ一ノ救濟方法ヲ認メタリ即チ裁判所カ訴訟行爲ヲ無効トスルカ爲メ再度爲スヘキ訴訟行爲ヲ遅延スル結果ヲ來シ之レカ爲メニ原告若クハ被告ニ危害ヲ及ホスノ恐アルトキ且條件欠缺ノ補正ヲ爲サシムルコトヲ得ルモノト認メタルトキハ原告若クハ被告又ハ其法律上代理人ニ欠缺補正ヲ爲スヘキ條件ヲ以テ條件附ニ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ許ス(第四項)此場合ニ於テハ裁判所ハ欠缺ヲ補正スル爲メ相當ノ期間ヲ定ムヘク又裁判所ノ定メタル期間内ニ欠缺補正ヲ爲ササルモ其事件ノ口頭辯論終結ニ至ルマテハ之レヲ追完スルコトヲ得ヘシ書面審理ノ手續ニ於テハ期間内ニ補正スルニ非ラサレハ追完スルヲ得ス而シテ欠缺ノ補正アリ

第四 特別代理人ノ選任

タルトキハ其訴訟行爲ハ既往ニ遡リテ全然有效ト爲ル若シ欠缺補正ヲ爲ササルトキハ訴訟行爲ハ全然無効ト爲ル而シテ裁判所カ欠缺補正ヲ命スル爲メニ期間ヲ定メタルトキハ其期間内ハ判決其他ノ裁判ヲ爲スコトヲ得サルモノトス茲ニ所謂危害ノ恐トハ例ヘハ上訴ノ如キ若シ欠缺ノ補正後ニ更ニ上訴ノ手續ヲ爲サントスルトキハ期間ノ經過ニ因リ上訴權ヲ喪失スルノ結果ヲ來ス場合ノ如キ假差押假處分ノ手續證據保全ノ手續ノ如キ急速ニ其訴訟行爲ヲ處理スルニ非サレハ當事者カ損害ヲ受クル場合ノ如キヲ謂フナリ

訴訟能力ノ欠缺シタル者ヲ被告トシテ訴ヲ提起セントスルニハ原告ノ申立ニ因リ受訴裁判所ノ裁判長ハ特別代理人ノ選任ヲ爲スコトヲ得ヘシ其特別代理人ハ法律上代理人ト同一ノ權限ヲ有スル者ニシテ受訴裁判所ノ裁判長即チ原告カ後日訴ヲ提起セントスル裁判所ノ裁判長之ヲ選任ス其場合ニアリ左ノ如シ

(一) 法律上代理人ナキ訴訟無能力者又ハ相續人未定ノ遺産又ハ不分明ナル

相續人ニ對シテ訴ヲ起サントスルニ際シ遲滯ノ爲メ危害ノ恐アルトキ(四第
一六條)

訴訟無能力者又ハ法人ニシテ法律上代理人ナキ場合ナリ相續人未定ノ遺
産トハ遺産ハ存在スルモ未タ相續人ノ定マラサルモノヲ謂ヒ不分明ナル
相續人トハ相續人ノ不明ナルモノヲ謂フ此等ノ者ニ對シ訴ヲ起サントス
ルニ該リ若シ無能力者ノ法律上代理人ノ任設セラレ或ハ相續人ノ確定ス
ルニ至ル迄訴ヲ起スコトヲ猶豫スルトキハ之カ爲メ原告ニ回復スヘカラ
サル損害ヲ生スルコトアル場合ニ於テ特別代理人ノ任設ヲ求ムルコトヲ
許シタル所以ナリ民法施行前ニ在リテハ相續人ニ關スル本條ノ必要アリ
シナラムモ民法第千五十一條第千五十二條ノ規定ヨリスレハ不分明ナル
相續人ニ對スル訴ニ付キ特別代理人ノ任設ハ必要ナカルヘク又相續人未
定ナルトキ即チ相續人カ相續ノ承認ヲ爲ササルトキト雖モ遺産ハ法人ト
爲ルモノニ非スシテ相續人ハ確定セルモノナレハ相續人未定ノ遺産ニ付
特別代理人ノ選任ヲ必要トセサルヘシ

(二) 生徒、雇人、商業、使用人、其他職工、習業者ノ如キ第十五條ニ掲ケタル性質上

永ク一定ノ地ニ寓在スル者ニ對シ其寓在地ノ裁判所ニ訴ヲ起サントスル
トキ及ヒ兵役義務履行ノ爲メニノミ服役スル軍人軍屬ニ對シテ其兵營地
若クハ軍艦定繫所ノ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
條一項)

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
訟ノ被告ト爲ル者ノ爲メニノミ選任スルコトヲ得ルモノニシテ原告ノ爲メ
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分明ノ相續人ナルニ
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ス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反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斷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ノ定マラサルコト又ハ相續人ノ不分明ナルコト
- 二 訴訟ノ遲滯ノ爲メ原告ニ危害ノ恐アルコト
- ノ二條件ヲ必要トシ第二ノ場合ニ於テハ
 - 一 財産權上ノ請求ニ限ルコト
 - 二 第十五條ノ規定ニ所謂寓在地ノ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サルコト

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サ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之ヲ要件トセサ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シ(第四六條第三項)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(獨逸民事訴訟法第五七條)

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ハ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(第四六條 第四項 第四條 二七項條)

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ノ授權若クハ裁判長ノ命令ニ因リ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

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ノ二種アリ前者ハ裁判上ト裁判外トヲ問ハズ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雑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埃太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ズ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太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條一項

二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條三項辯護士ノ在ラサルトキハ本人カ訴訟代理ヲ委任スヘキ辯護士カ裁判所ノ所在地ニ在ラサルコトヲ云フモノニシテ即チ辯護士アルモ委任ヲ拒絕セラルルカ又ハ辯護士カ事故ニ依リ事務ヲ採ル能ハサル時ノ如キモ包含スル趣旨ナリ又親族雇人モ訴訟ヲ爲スノ智能ナキ者アルモ亦親族雇人在ラサルトキニ該當スルモノトス

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並ニ法律上代理人ヨリ訴訟代理人ヲ任設スルハ訴訟行爲ヲ委任スル契約ニ因ルモノナ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然レトモ訴訟行爲ヲ委任スル契約ハ訴訟行爲ニシテ法律行爲ニ非ス而シテ其契約ノ效力ハ訴訟代理人カ裁判所ニ對シテ訴ノ提起其他ノ行爲ヲ爲シタルトキニ生スルモノナリ其以前ニ在テハ當事者ト代理人トノ間ノ債權債務ノ關係アルニ過キサルモノトス

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ノ委任ハ裁判所ノ記録ニ備フヘキ書面ヲ以テ證明セサルヘカラス(第六四條一項)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(第三四九條二項)勝本若クハ認證アル勝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勝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契約ノ趣旨ニ依リテ判斷スヘキヲ原則トス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ノ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主參加ハ主參加ノ訴ヲ提起スルコトヲ云フモノニ非ス他人ヨリ提起セラレタル主參加ノ訴ノ被告ト爲ルヘキ權限ヲ云フモノナリ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(第六五項)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相手方ノ爲ス強制執行ニ對シ異議ヲ申立ツル權限ノ如キハ包含スルモ特ニ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ノ範圍ハ當事者ト代理人トノ間ニ於テ之ヲ制限スルモ其制限ハ相手方及ヒ裁判所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及ヒ裁判所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トキハ相手方及ヒ裁判所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及ヒ裁判所カ之ヲ知ルト否トニ關セス其制限ハ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ノ例外ト爲スヘキハ辯護士ニ非サル訴訟代理ノ場合は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)

(二)

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ハ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ノ事項ハ當事者ノ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、訴訟物ノ拋棄及ヒ認諾ノ場合ニ限
 レリ(國民訴訟第一條)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但控訴審ノ委任ヲ受ケタル代理人ハ第
 一審ノ委任ナキヲ以テ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キニ非ス又上告審ノ委任ヲ受ケタル代理人ハ控訴
 及ヒ第一審ノ委任ナキヲ以テ控訴審及ヒ第一審ニ於ケル訴訟ニ付テハ代
 理權ナキモノト解セサルヘカラス特別委任ヲ受ケタル者ハ只其審級ニ於
 テ普通委任ニ屬スル代理權アリト云フヘキナリ

訴ノ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ノ權ヲ有セス如何ト
 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但
 訴訟物ノ拋棄及ヒ認諾又ハ裁判上ノ和解ノ如キハ訴訟行為タルト同時ニ
 私法的效力ヲ生スル行為ナレハ訴訟代理權ノ範圍ニ屬スヘキモノナルヤ

論ヲ俟タス然レトモ或說ニ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契約ノ解除ノ如キ私法的法律行為ニ付テモ攻撃防禦方法ニ屬スルモノニ付テハ當然代理權アルモノト爲セルモ正當ナラス

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故意又ハ過失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

民法上
訴訟委任
ノ效力
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

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條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断ヲ以テ取捨スルノ外ナシトス

(二) 訴訟代理人カ委任ノ範圍内ニ於テ爲シタル訴訟上ノ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(第六八條)故ニ代理人カ口頭辯論期日ニ出頭セサ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ノ事實上ノ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リ其效力ヲ失フ(第六八條)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

第四 訴訟代理權ノ消滅

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ノ謝絶等ニ因リテ消滅スルモ相手方及ヒ裁判所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)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)

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ノ結果ヲ生ス

第一審又ハ控訴審ノ訴訟代理人ノ權限ハ其審級ニ於ケル判決ノ送達ニ依リテ消滅スルモノニ非ス訴訟カ其審級ヲ離脱スル迄存續スルモノナリ判決ノ確定訴又ハ控訴ノ取下又ハ第一審判決ニ對スル控訴ノ提起控訴審ノ判決ニ對スル上告ノ提起等ニ依リテ訴訟カ裁判所ヲ離脱シテ始メテ消滅ス又上級裁判所カ訴訟ヲ下級裁判所ニ差戻シタルトキハ前ノ訴訟代理人ノ代理權ハ當然復活スルモノト云フヘシ又判決確定後ニ於ケル強制執行費用ノ受領權ニ付テハ訴訟カ裁判所ノ繫屬ヲ離脱シタル後ト雖モ代理權アリトス

第五 訴訟代理ノ欠缺

委任ノ欠缺ハ原告若クハ被告ノ爲メ其代理人ナキモノト看做ス(第七〇條)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辯論ヲ爲ササルニモ拘ハラズ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其者ノ行爲ハ無効トス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關席判決ヲ言渡スコトヲ得ヘシ然レトモ關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ヲ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

委任ノ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為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ヌ訴訟
 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(第四六八條)
 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適
 式ノ委任ナキ場合ニ於テハ事情ニ因リ費用及ヒ損害ノ保證ヲ立テシメ又ハ
 之ヲ立テシメスシテ假ニ訴訟行為ヲ爲スコトヲ許スコトヲ得(第七〇條)假ニ訴
 訟行為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訴訟行為ヲ爲
 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
 行為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ノ却下ヲ言渡スカ或ハ訴ノ提起カ
 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
 ナルトキハ其以後ノ訴訟手續ヲ廢棄シテ更ニ辯論ヲ爲サシムルカ爲メ事件
 ヲ下級審ニ差戻スノ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為ヲ追完シテ之ヲ有効ト爲スコトヲ得
 ヘシ

裁判所カ假ニ訴訟行為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(第七〇條第三項)

第二款 輔佐人

輔佐人トハ權利ノ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ノ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ロ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
ノ申立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立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

二〇〇

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爲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りハ不合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爲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爲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爲ヲ爲サントシタルトキモ亦相手方ノ名ニ於テ訴訟行爲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りハ原告ノ申立ニ因リ被告ニ對シ關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爲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ノ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スト雖モ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權利ニ不利益ヲ來タスヘキコトアルヲ以テ第三者ハ自己ノ權利上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ノ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ラルトキハ從參加ヲ許スヘキヤハ場合ヲ區別セサルヘカ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ヲ許スヘキモノニアラ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機會ナキヲ以テナリ執行命令ニ對シ故障ノ申立アリタル後ハ從參加ヲ爲スコトヲ得ヘシ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アルコトヲ云フ利害關係トハ當事者一方ノ勝訴
 カ從參加人ノ私權ニ利益ヲ及ホス場合ナリトス蓋シ從參加人ノ私權ニ
 不利益ヲ生スルコトナキニ拘ハラズ參加ヲ許スコトハ民事訴訟カ私權保
 護ヲ目的トスル趣旨ニ反スルモノナレハナリ然レトモ當事者一方ノ敗訴
 カ從參加人ノ私權ニ不利益ヲ及ホス場合ハ其當事者ノ勝訴カ從參加人ノ
 私權ニ利益ヲ及ホス場合ナリト云フコトヲ得ヘシ故ニ德義上若クハ名譽
 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
 ハ實體法ニ從ヒ定マルヘキ事項ナリトス

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ノ申立若クハ
 上訴ト併合シテ之ヲ爲スコトヲ得ルモノトス(第六條五)
 從參加ノ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)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ノ裁判ヲ爲ス審訊トハ口頭辯論ノ意ニ非ス裁

申請書
 提出アリ
 タルトキ

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

從參加ヲ許ス決定或ハ許スヘカラサル決定ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得而シテ參加ヲ許ササル裁判確定セサル間ハ從參加人ヲ本訴訟ニ立會ハシメ殊ニ總テノ期日ニ之ヲ呼出シ又本訴訟ニ關係アル裁判ヲ爲シタルトキハ從參加人ニ其裁判ヲ送達スルコトヲ要ス(第五七條三項、四項)從參加許否ノ裁判カ未確定ノ間ニ從參加人ノ爲シタル訴訟行為ハ後日ニ至リ從參加ヲ許ササル裁判カ確定スルトキハ效力ヲ失フモノトス

第三レ從參加ノ效力

(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ノ爲メニ總テノ訴訟行為ヲ有效ニ爲スコトヲ得(第五四條一、二項)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

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ハ^ハ分判決又ハ^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為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爭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關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ヲ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關席シタルトキハ相手方ノ申立アルモ關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リ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ス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

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サ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

(三)

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ス次ノ效力ヲ生ス

(イ) 從參加人ハ其訴訟ニ付テノ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サルモノトス(第五條)元來判決ハ訴訟ノ主タル當事者ニ對シテ爲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結果ニ因リ其補助シタル當事者ヨリ賠償ヲ請求セラレル如キ場合ニ於テ從參加人ト主タル原告若クハ被告トノ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争スルコトヲ得サルコトヲ謂フ換言スレハ當事者間ノ確定判決ノ效力ヲ否定スルヲ得サルコトヲ謂フ但此效力ハ從參加人カ其補助シタル當事者ト從參加人トノ關係ニ止マリ補助シタル當事者ノ相手方ト從參加人トノ關係ニ於テ存スルモノニ非ス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ス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抵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サルモノトス但次ニ述フル
例外アリトス

右ノ效力ハ確定判決ニ限ルカ故ニ未確定ノ裁判ハ勿論其訴訟事件ニ付
キ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

(ロ)

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リ主タル當事者カ訴訟ヲ不十分ニ爲シタリ
ト主張スルコトヲ得第五條
第二項

(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

爲メ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ノ使用ヲ
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牴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ス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實行セサ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り居リタルニ拘ハラズ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サ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

右三個ノ場合ハ從參加人カ補助シタル當事者トノ關係ニ於テ其當事者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

(三) 從參加人ハ自ラ當事者ト爲ルコトヲ得(第五條)

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ハ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脱退シタル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ノ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ノ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ノ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然レトモ脱退ヲ命スル判決ハ前當事者ニ對シテハ訴訟ヲ終了スルモノナレハ中間判決ニ非スシテ終局判決ナリトス但訴訟費用ニ付テハ後ノ終局判決ニ於テ之ヲ爲スヘキナリ如何トナレハ從參加人ハ前當事者ノ訴訟ヲ引受ケタルモノナルノミナラス脱退ヲ命スル判決ヲ爲ス際ニ於テ訴訟ノ勝敗ハ未決ノ狀態ニ在ルモノナレハナリ

第七節 告知參加及ヒ指名參加

第一款 告知參加

訴訟ノ告知トハ訴訟當事者ノ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第三者ニ對シ從參加ヲ促カシ且當事者カ不利益ノ裁判ヲ受ケタルトキハ第三者ニ對シ從參加ト同シク判決ノ效力ヲ及ホスノ趣旨ニ出テタルモノトス

第一 訴訟告知ノ條件ハ左ノ如シ

(一) 本訴訟ノ權利拘束ヲ發生スルコトヲ要ス 本訴訟ノ權利拘束カ發生シ末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ト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ノ

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リ此等ノモノヲ請求セラルルノ恐アルコトヲ要ス 例ヘハ買主カ買賣ノ目的物ニ付賣主ニ非サル者ヨリ訴ヲ受ケタルトキハ賣主ニ對シテ賠償ノ請求ヲ爲スヘキカ如キ保證人カ債權者ヨリ訴ヲ受ケタルトキ主タル債務者ニ求償權ヲ有スルコトヲ主張スルカ如キ又受寄者カ寄託者以外ノ者ヨリ受寄物ノ引渡ヲ求メラレタル場合ニ敗訴スルトキハ寄託者ヨリ賠償ヲ請求セラル、コトアルヘキ場合ノ如キ之ニ屬ス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但此要件ハ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セラルヘキコトヲ信スルヲ以テ足ルモノトス

第二 告知ノ方式

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説アリト雖モ積極説即チ第一ノ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 訴訟告知ノ效力

本訴訟ハ訴訟ノ告知アリタルニ拘ハラズ之ヲ續行スヘキモノナリ而シテ第三者カ參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參加スルト否トニ關セス一ノ效力ナカルヘカラス或説ニハ現行法ニハ獨逸民事訴訟法第七十四條ノ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ノ效力ナシトスル者アリ然レトモ其説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參加シタルト否トニ關セス第五十五條ノ效力ヲ生スルモノ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參

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、不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脱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脱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ノ點ニ欠缺アリタルトキハ中間判決ヲ以テ脱退ノ申立ヲ却下シ、最初ノ被告ニ對シテ訴訟ヲ續行スヘキモノトス、右等ノ諸點ニ欠缺ナキトキハ終局判決ヲ以テ脱退ノ申立ヲ許容スヘシ、前被告ノ脱退ニ依リ指名參加人カ訴訟ヲ引受クルハ當事者ノ承繼ナリ、然レトモ前被告ニ對スル訴訟ハ終了スヘキモノナレハ脱退ヲ命スル判決ハ終局判決ナリト謂フ所以トシ、此終局判決ニ於テハ訴訟費用ハ原告ニ負擔ヲ命スル判決ヲ爲スヘキモノトス、但後ノ終局判決ニ於テ原告カ勝訴スルトキハ後ノ被告ニ對シテ前ノ被告ニ支拂ヒタル訴訟費用ノ辨償ヲ求ムルコトヲ得ヘシ、

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ニ依リ付與スルノ外ナカルヘシ、

第二編 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ノ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ニ於ケル陳述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爲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訴訟主體ニ非ナル者ノ訴訟行爲ナリトス然レトモ訴訟ニ關係セル第三者ノ行爲ハ常ニ訴訟行爲ニ非ス例ヘハ證人ノ證言鑑定人ノ陳述ノ如キハ訴訟行爲ニ非スシテ證據調ナル訴訟行爲ノ目的物タルカ如キ是ナリ

訴訟行爲ニハ一方的行爲ト雙方的行爲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爲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爲ナリ裁判所若クハ執行機關ノ行爲ハ常ニ一方的ナリトス

訴訟行爲ハ訴訟ノ開始ヲ目的トスルモノト(例ヘハ訴ノ提起ノ如シ)進行ヲ目的トスルモノト(裁判所ノ呼出ノ如シ)終了ヲ目的トスルモノト(判決又ハ訴ノ取下ノ如シ)アリテ互ニ相連結スルモノナリ訴訟行爲カ相連結スルコトヲ稱シテ訴

訟手續ト謂フ又訴訟行爲ニハ訴訟開始ヲ準備スル行爲アリ特別代理人ノ選任證據保全ノ如シ

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爲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爲ニシテ執行ニ因ル私權保護ニ關スルモノハ執行行爲ナリトス

訴訟行爲ニハ單ニ訴訟上ノ效果ヲ生スルニ止マルモノト訴訟上ノ效果ヲ生スルト同時ニ私法上ノ效果ヲ生スルモノアリ證據調ノ申立ノ如キハ前者ニシテ裁判上ノ和解ノ如キハ後者ニ屬スルモノトス

訴訟行爲ハ司法機關カ其權限外ニ於テ爲シタルモノト雖モ他ノ司法機關カ之ヲ取消スニ至ル迄ハ有效ナルヲ原則トシ當事者ノ訴訟行爲ハ有效ナルカ又ハ無効ナルカヲ原則トシ法律行爲ノ如ク取消シ得ヘキモノハ特別ノ規定ナキ限リハ之ヲ認ムヘキニ非ス

第二章 訴訟行爲ノ原則

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追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追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(第一六九條)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連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追行ニ付テハ職權追行主義ト當事者追行主義トヲ折衷ス

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サ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ノ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ノ形式ニ依ル裁判ナルモ雙方審理主義ヲ採用シアルノミ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ノ事實上ノ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狀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サ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ス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) 當事者ノ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り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ノ權ナシ(第二條一、三)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ス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ノ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(第一〇)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(第二三)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サレハ其效力ヲ生セス(第一九)當事者ハ口頭辯論前書面ヲ交換シテ訴訟ノ準備ヲ爲シ(第一〇)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(第一〇)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處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ノ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虞アルト

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ル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り特ニ入廷セシムルコトヲ妨ケス(同法第一二六條第一)又裁判所ノ評議及ヒ決議等ハ秘密ニ之ヲ爲スヘキモノトス(同法第一二一條)尙ホ人事訴訟ニ於テハ公開ヲ禁シタル規定アリトス(人訴第四條)

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終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アリトス

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

獨逸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(裁判第一一五條)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(裁判第一一八條)又辯論ニ與カル者カ聲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)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ル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(第二九條)

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調

示の期間トモ稱ス此種ニ屬スルモノハ第二百三十三條、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 期日ノ指定

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、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サ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、第一六〇條)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 期日ノ呼出

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訴ノ提起其他事件ノ移送若クハ差戻ノ判決等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(第一六一條)シテ呼出ノ效力ヲ生ス

第三 期日開始ノ場所

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(第一六二條)

第四 期日ノ開始及ヒ終了

期日ハ事件ノ呼上ニ因リテ開始ス呼上ナキ間ニ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(第六三)期日ニ於テ爲スヘキ行爲ノ完結シタルトキ期日ハ終了ス又期日ニ於テ行爲ノ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(第六九)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之ヲ許サス(第七一)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(第七一)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ノ延期トハ既ニ期日ヲ開始シタル後辯論ノ開始以前ニ於テ辯論ヲ新时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时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(第一六九條)

第二款 期間

第一 期間ノ種別

期間ニ法定期間ト裁定期間ノ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ノトノ二種トス

(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(第二五五條、第四〇〇條、第四三七條、第四五六條、第四七四條、第七七五條、第八〇四條)是ナリ

(ロ) 不變期間ニ非サル法定期間ハ第七百七十五條、第九十四條、第九十九條、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、第四百四十七條等是ナリ

第二 期間ノ始期及ヒ進行ノ停止

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(第一七一條)

(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)
(第一七三條)

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^{第一七〇條}

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^{三三條}以下列事^{三三條}故ニ懈怠トハ訴訟當事者カ法定ノ時間ニ爲スヘキ訴訟行爲ヲ爲ササルコトヲ謂フ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^{第一七三條}法律上追完ヲ許ス場合ハ第四十五條第三項第七十條第三項第七十四條第二百八十四條第二百八十八條等ノ場合はナリ

懈怠ノ結果即チ訴訟行爲ヲ爲スノ失權ハ相手方ノ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アリタルトキ失權ノ效果ヲ生スルモノトス^{第一七三條}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為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

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絕對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能ハサル場合ニ於テ懈怠ノ結果ヲ被ムラシムルハ過酷ニ失スルヲ以テ之ヲ救濟方法トシテ原狀回復ノ手續ヲ設ケタルモノトス

第一 原狀回復ノ要件ハ左ノ如シ(第一七)

(一) 天災其他避クヘカラサル事變ノ爲メニ原告若クハ被告カ不變期間内ニ爲スヘキ行為ヲ爲シ得サリシコト

(二) 原告若クハ被告カ故障期間ヲ懈怠シタルトキハ其過失ニ非スシテ關席判決ノ送達ヲ知ラサリシコト例ヘハ郵便送達若クハ公示送達等ニ因

リテ關席判決ノ送達アリタルトキ當事者カ過失ナクシテ之ヲ知ラサル場合ノ如シ

右ノ要件ヲ具備スルトキハ不變期間ヲ遵守スルコトヲ得サリシ原告若クハ被告ハ原狀回復ノ申立ヲ爲スコトヲ得

第二 原狀回復申立ノ期間(第一七)

原狀回復ハ十四日ノ期間内ニ之ヲ申立ツルコトヲ要ス此期間ハ障礙ノ止ミタル日ヲ以テ始マル又此期間ハ當事者ノ合意ニ因リ之ヲ伸長スルコトヲ得ス而シテ右原狀回復ニ付テノ要件ヲ具備スルモ懈怠シタル不變期間ノ終ヨリ起算シテ一箇年ノ滿了後ハ原狀回復ヲ申立ツルコトヲ許サス蓋シ其時期ニ付キ何等ノ制限ヲ設ケサルトキハ訴訟關係ヲシテ永遠ニ不確定ナラシムルノ弊害アレハナリ原狀回復申立ノ期間ハ伸長スルヲ得サルモ不變期間ニ非ス

第三 原狀回復申立ノ方式(第一七)

原狀回復ヲ追完スル訴訟行為ニ付キ裁判ヲ爲ス權アル裁判所ニ書面ヲ差出

シテ之ヲ申立ツヘシ其書面ニハ左ノ諸件ヲ具備スルコトヲ要ス

- 一 原狀回復ノ原因タル事實 即チ天災其他避クヘカラサル事變ノ爲メニ不變期間ヲ遵守スルコトヲ得サリシ事實又ハ其過失ニ非スシテ闕席判決ノ送達ヲ知ラサリシ事實

- 二 原狀回復ノ疏明方法 原狀回復ノ原因タル事實ヲ明ニスヘキ疏明方法ヲ表示セサルヘカラス

- 三 懈怠シタル訴訟行爲ノ追完 追完トハ懈怠セサリシトキハ當事者ノ爲シ得ヘカリシ行爲ヲ謂フ例ヘハ故障又ハ控訴期間ヲ懈怠シタルモノナルトキハ故障又ハ控訴ノ提起ニ必要ナル事項ヲ記載スルカ如シ

即時抗告ノ申立ヲ懈怠シタルトキハ原狀回復ノ申立ハ不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所又ハ抗告裁判所ニ之ヲ爲スコトヲ得(第六條一)

第四 原狀回復ノ申立ニ付テノ訴訟手續

原狀回復ノ申立ニ付テノ訴訟手續ハ追完スル訴訟行爲ニ付テノ訴訟手續ト之ヲ併合ス然レトモ裁判所ハ先ツ原狀回復ノ申立ニ付テノ辯論及ヒ裁判ノ

ミニ其訴訟手續ヲ制限スルコトヲ得ヘク而シテ申立ノ許否ニ關スル裁判及ヒ其裁判ニ對スル不服申立ニ付テハ追完スル訴訟行爲ニ於テ行ハルヘキ規定ヲ適用ス抗告期間ノ原狀回復ノ申立ニ付テハ書面審理若クハ任意的口頭辯論ニ因リ審理スヘク判決手續ニ於テハ必要的口頭辯論ニ基カサルヘカラ

区而シテ原狀回復ノ申立ノ許否ハ裁判所カ職權ヲ以テ調査スヘク其申立ヲ許スヘカラサルトキハ原狀回復ノ申立ヲ却下スルト同時ニ追完スル訴訟行爲(例ヘハ控訴故障ヲ不適法トシテ却下スル終局判決ヲ爲シ又原狀回復ノ申立ヲ許ストキハ中間判決ヲ以テ之ヲ言渡スカ又ハ終局判決ノ理由中ニ於テ之ヲ宣言スヘキナリ又原狀回復ノ申立ヲ爲シタル原告若クハ被告ハ其口頭辯論ニ出頭セサル爲メ闕席裁判ヲ受ケタルトキハ之ニ對シテ故障ヲ申立ツルコトヲ得サルモノトス(第一七七條一、二項))

原狀回復ノ費用ハ申立人之ヲ負擔ス但相手方ノ不當ナル異議ニ因リ生シタルモノハ此限ニ在ラス(第一七七條三項)

第四章 當事者ノ訴訟行爲

第一節 訴訟ノ追行

訴訟ノ追行トハ訴訟ノ開始ヨリ其終了ニ至ル迄訴訟ノ進行ヲ促ス總テノ行爲ヲ謂フ

訴訟ハ當事者ノ私權保護ノ請求即チ訴ノ提起又ハ強制執行ノ申立ニ因リテ開始スルモノナリ訴訟カ開始セラレタルトキハ其進行ヲ促ス行爲ヲ必要トス訴訟ハ當事者ノ要求ニ因リテ開始スルモノナレハ其進行ヲ促カス行爲モ亦當事者ニ負擔セシムルヲ原則トス然レトモ一旦開始シタル訴訟ヲ秩序的ニ且遲滯ナク進行セシムルコトハ亦國家ノ利益ナルヲ以テ訴訟追行ニ關シ當事者專行主義ヲ採用セス獨逸民事訴訟法ニ倣ヒ裁判所ニ訴訟ノ進行ヲ促カスニ必要ナル行爲ヲ爲スコトヲ負擔セシムル例ヘハ口頭辯論期日指定ノ申請訴訟手續中斷後ノ受繼判決送達ノ申立ノ如キハ當事者ノ訴訟追行ニ關スル行爲ニシテ期日ノ指定期日ノ呼出訴訟書類ノ送達等ハ裁判所カ訴訟ノ追行トシテ爲スヘキ行

爲ナリトス

第二節 訴訟資料ノ提供

訴訟資料トハ當事者ノ申立事實證據方法法律及ヒ實驗上ノ法則ナリトス

第一 當事者ノ申立 民事訴訟ニ因ル私權保護ハ當事者ノ申立ニ基クモノナレハ當事者ハ如何ナル手段ニ依リ且如何ナル範圍ニ於テ私權保護ヲ求ムルヤノ申立ヲ爲ササルヘカラス裁判所ハ其申立ニ基キ私權保護ノ手段ヲ盡クスモノナリ故ニ當事者ノ爲ス判決ヲ求ムル申立例ヘハ本案ニ付キ判決ヲ求ムル事項ノ申立假執行宣言若クハ假執行ノ防禦的申立(第五條)ノ如キハ當事者ノ提供ニヨリ訴訟ノ資料タルモノトス

第二 事實 事實トハ物界ニ於ケル現象ナリ裁判ノ基本ト爲ルヘキ事實ハ當事者以外ノ者ハ之ヲ知ラサルヲ通常トス隨テ裁判所カ之ヲ探知スルハ甚タ困難ナルヲ以テ當事者ヲシテ之ヲ裁判所ニ提供セシメサルヘカラス是レ辯論主義ノ原則ニ基クモノニシテ隨テ偶々裁判所カ訴訟外ニ於テ知り得タル

事實アリトスルモ右原則ニ因リ當事者カ提出セサル以上ハ訴訟資料ト爲スヲ得サルモノトス裁判所ニ於テ顯著ナル事實ト雖モ亦然リトス但裁判所ノ職權調査ヲ爲スヘキ場合ニ於テハ當事者ノ主張セサル事實ヲ以テ訴訟資料ト爲スコトヲ得ルモノトス

第三 證據方法 裁判ノ基本タル事實ニ付キ争アリテ裁判所ニ顯著ナラサルトキハ證據方法ヲ以テ之ヲ明カニセサルヘカラス證據方法ノ存否モ亦當事者以外ノ者ハ之ヲ知ラサルヲ通常トスルヲ以テ當事者ニ於テ證據方法ヲ提供シ以テ訴訟ノ資料ト爲ササルヘカラス然レトモ證據方法ノ存在カ裁判所ニ明カナルトキハ職權ヲ以テ證據調査ヲ爲スコトヲ得ヘシ裁判所ニ職權ヲ以テ檢證若クハ鑑定ヲ命スルコトヲ得セシメタルハ證據方法ノ存在カ裁判所ニ明カナルニ因ルモノトス(第一條)又訴訟物カ公益上ノ關係ヲ有スルトキハ證據方法ノ申出ヲ當事者ノ意思ニ一任スル能ハサルヲ以テ職權ヲ以テ證據調査ヲ爲スコトヲ許ス(第二條)右例外ノ場合ヲ除キ當事者ノ提出シタル證據方法ニ非サレハ訴訟資料ト爲スヲ得サルモノトス

第四 法律 法律ノ規定及ヒ其解釋ハ判事カ職務上ニ於テ知ルヘキ義務アルモノナレハ之ヲ訴訟資料ト爲スニ當事者ノ提供ヲ必要トスルモノニ非ス然レトモ地方慣習法、商慣習法、規約、外國ノ現行法等ハ判事カ之ヲ知ルニ困難ナル場合アルヲ以テ當事者ニ對シ舉證ノ責任ヲ負擔セシメ裁判所モ亦職權ヲ以テ調査スルコトヲ得セシメタリ(第二條)

第五 實驗上ノ法則 實驗上ノ法則トハ吾人ノ經驗ニ因リテ歸納シタル法則ヲ云フ物理学、化学、醫學等ノ法則其他一般科學上ノ法則ノ如キ之ニ屬スル法則ハ判事モ亦職務上之ヲ知ルヘキ義務アルモノナレハ當事者カ之ヲ提供セサルトキト雖モ訴訟ノ資料ト爲スコトヲ得ヘク判事カ之ヲ知ラサルトキハ鑑定ニ依テ之ヲ明カニセサルヘカラス然レトモ當事者モ亦之ヲ提供スルコトヲ得ヘシ

第三節 當事者ノ對等權

民事訴訟上ニ於テハ當事者ノ地位ハ相互ニ對等ニシテ原告タルト被告タルト

ヲ問ハス同等ノ權利ヲ有スルモノトス即チ當事者能力訴訟能力法律上代理訴訟代理ノ規定ハ當事者雙方ニ適用セラレ各當事者ハ攻撃若クハ防禦ノ方法證據方法證據抗辯ヲ口頭辯論ノ終結ニ至ル迄提出スルコトヲ得ヘク(第二〇九條)各當事者ハ相手方ノ主張シタル事實相手方ノ提出シタル證據方法ニ付キ陳述ヲ爲スヘキカ如キ(第一一〇條)其他中間判決ヲ求ムル申立上訴ノ申立ノ如キ各當事者同等ノ權利ヲ有スルモノトス然レトモ此原則ニハ次ニ述フル例外アリトス

- 第一 原告ハ被告ヲ其裁判籍ニ訴ヘサルヘカラス
- 第二 原告ハ裁判ヲ求ムル申立ヲ維持スルニ必要ナル事實ヲ主張セサルヘカラス被告ハ原告ノ主張事實ニ對シ事實上ノ陳述ヲ爲スヲ要セス之ヲ争フヲ以テ原告ノ申立ノ排斥ヲ求ムルコトヲ得ヘシ故ニ被告カ原告ノ主張ヲ争ヒタルトキハ原告ニ於テ之ヲ舉證スルノ責任アルモノトス
- 第三 訴訟成立要件ニ付キ争アルトキハ原告ハ之ヲ證明スルノ責任アリトス
- 第四 原告カ外國人ナルトキハ被告ノ求ニヨリ訴訟費用ニ付テノ保證ヲ立テ

サルヘカラス訴訟中ニ原告カ日本人タルノ分限ヲ失ヒタルトキ亦同シ(第八條)

第二〇六條

第五 訴訟ハ對審ヲ原則トシ當事者一方ノ陳述ニ基キ裁判ヲ爲ス場合ニ在テハ相手方ニ陳述ヲ爲スノ機會ヲ得セシムルヲ通常トスト雖モ此原則ノ例外トシテ當事者一方ノ陳述ニ基キ裁判ヲ爲スハ亦當事者對等權ノ例外ナリトス其場合ノ主ナルモノハ左ノ如シ

- 一 管轄裁判所指定ノ申請ニ付テノ裁判(第八條)
- 二 裁判官ノ忌避申請ニ付テノ裁判(第七條)
- 三 特別代理人任設ノ申請ニ付テノ裁判(第六條)
- 四 主參加訴訟ニ因リ本訴訟ノ中止ニ關スル裁判(第五條)
- 五 訴訟費用額確定ノ裁判(第八條)
- 六 訴訟上ノ救助ニ關スル裁判(第一〇條)
- 七 期日ノ變更期間ノ伸縮ニ關スル裁判(第一七條)
- 八 訴訟手續中止ニ關スル裁判(第一八條)

- 九 故障期間ヲ定ムル裁判(第二四五項)
 - 十 證據保全ノ申請ニ關スル裁判(第三六)
 - 十一 假差押及ヒ假處分ノ裁判(第七五四條)
 - 十二 督促手續ノ裁判(第三八六條)
 - 十三 強制執行ノ停止若クハ取消ノ裁判(第五〇〇條)
 - 十四 抗告ニ付テノ裁判(二四六)
 - 第六 原告ハ訴訟手續ヲ選擇スル權利アルヲ以テ被告ハ之ニ從ハサルヘカラ
ス通常訴訟手續督促手續證書訴訟爲替訴訟ノ何レニ依リテ訴ヲ爲スヤハ原
告ノ意思ニ因リ定マルモノニシテ被告ハ其手續ノ變更ヲ求ムルヲ得ス而シ
テ原告ハ證書訴訟爲替訴訟ニ於テ訴ヘタルトキト雖モ之ヲ通常訴訟ニ變更
スルコトヲ得ルモノトス(第四八)
 - 第七 被控訴人及ヒ被告人カ上訴權ヲ喪失シタルニ拘ハラズ附帶上訴ヲ爲
スヲ得ルハ一ノ特權ナリトス(第四〇五條、第四〇六條、第四〇七條)
- 右ノ外訴訟費用ヲ負擔スヘキコトヲ當事者對等權ノ例外ト爲スモノアリト雖

モ敗訴者若クハ無益ナル訴訟行爲ヲ爲シタル者カ訴訟費用ヲ負擔スヘキ義務
アルコトハ當事者カ對等ノ地位ヲ有スル結果ニシテ例外ト爲スヲ得サルモノ
トス

第四節 攻撃及ヒ防禦

攻撃トハ當事者カ訴訟上利益ナル裁判ヲ求ムル行爲ヲ謂ヒ防禦トハ訴訟上不
利益ナル裁判ヲ受クルコトヲ避タル行爲ヲ謂フ訴、反訴ノ提起ノ如キハ攻撃行
爲ニシテ其排斥ヲ求ムルヲ防禦行爲ナリトス即訴又ハ反訴ニ因ル判決ヲ求ム
ルハ攻撃ニシテ之カ排斥ヲ求ムルハ防禦ナリトス

攻撃防禦ノ方法ナル文字ハ訴訟法上二様ノ意義ヲ有ス廣義ニ攻撃方法トハ訴
又ハ反訴ヲ以テ主張シタル申立ヲ維持スル爲メ原告ノ提出スル總テノ事項ヲ
謂フモノニシテ訴ノ原因其他原告ノ主張事實之ニ屬ス又廣義ニ於ケル防禦方
法トハ訴又ハ反訴ヲ以テ主張スル申立ヲ排斥スル爲メ被告ノ提出スル總テノ
事項ヲ謂フモノニシテ抗辯再抗辯等之ニ屬ス故ニ事實上ノ點ニ關スルト法律

上ノ點ニ關スルトヲ問ハス訴訟法ニ基クト實體法ニ基クトヲ問ハス原告若クハ反訴ノ原告カ自己ノ申立ヲ維持スル爲メニ提出スル事項ハ總テ攻撃方法ニシテ原告又ハ反訴ノ原告ノ請求ヲ争フ爲メニ被告ノ提出スル事項ハ總テ防禦方法ナリ證據方法及ヒ證據抗辯モ亦此意義ニ於ケル攻撃防禦ノ方法中ニ屬スルモノナリ(第五四條)又狹義ニ於ケル攻撃防禦ノ方法ハ證據方法及ヒ證據抗辯ヲ除外シタルモノヲ謂フ(第二一〇九條)反訴ノ防禦方法ニ非サルコトハ後ノ説明ヲ參照スヘシ

獨立ナル攻撃若クハ防禦方法トハ原告若クハ被告ノ主張スル事實ニシテ他ノ事實ノ存在ヲ要セスシテ法律上ノ效果ヲ生スヘキモノヲ謂フ其事實ハ訴訟法上ノ事項ナルト實體法上ノ事項ナルトニ區別ナシ故ニ一個ノ事項ヲ以テ原告ノ申立ヲ正當ト爲スニ足ルモノ若クハ原告ノ申立ヲ不當ト爲スニ足ルモノノ如キ之ニ屬ス例ヘハ商法第六十三條ノ株主總會ノ決議ノ取消ヲ求ムル訴ニ於テ總會招集ノ手續ニ違法アリトシ且決議ノ方法カ法令ニ違背シタルコトヲ原因トスル場合ノ如キハ其違法ヲ主張スルハ各獨立ナル攻撃方法ナリ又債務

ノ履行ヲ求メラレタル訴ニ於テ被告カ相殺ニ因リ債務消滅ヲ主張シ假定抗辯トシテ更改ニ因リ消滅シタルコトヲ抗爭スル如キハ相殺及ヒ更改ハ獨立ナル防禦方法ナル如キ是ナリ而シテ獨立ナル攻撃若クハ防禦方法ノ意義ニハ證據方法及ヒ證據抗辯ヲ包含セサルモノトス又被告ノ提出スル妨訴抗辯ノ如キハ獨立セル防禦方法ナリトス

第五節 攻撃及ヒ防禦ノ拋棄

第一款 訴訟物ノ拋棄及認諾

訴訟物ノ拋棄及ヒ認諾トハ訴訟物タル權利又ハ法律關係ノ拋棄及ヒ認諾ナリ拋棄及ヒ認諾ニハ裁判上ノモノト裁判外ノモノトノ二種アリ裁判外ノモノハ私法的效果ヲ生スルニ止マリ訴訟上ニ於ケル攻撃若クハ防禦ノ拋棄ニ非ス茲ニ説明スルハ裁判上ノモノナリトス

第一 訴訟物ノ拋棄

(一) 訴訟物ノ拋棄ノ意義 訴訟物ノ拋棄トハ原告若クハ反訴原告カ訴若ク

ハ反訴ヲ以テ主張シタル訴訟物ヲ拋棄スル旨ノ裁判所ニ對スル意思表示ナリ第二百二十九條ニハ請求ノ拋棄トアルモ請求ナル文字ハ民事訴訟法ニ於ケル他用例ト同シク獨リ私法的請求權ノミヲ意味スルモノニ非スシテ訴ヲ以テ主張シタル權利若クハ法律關係即チ訴訟物ト解スヘキモノトス訴訟物ノ拋棄ハ相手方ニ對スル意思表示ニ非スシテ裁判所ニ對スル意思表示ナリ如何トナレハ當事者カ口頭辯論ニ於テ爲ス陳述ハ當事者相互ノ意思表示ニ非スシテ總テ裁判所ニ對スルモノナルコトヲ原則トシ訴訟物ノ拋棄ニ付キ例外ト認ムヘキ規定ナケレハナリ故ニ訴訟物ノ拋棄カ效力ヲ生スルニハ相手方ノ承諾ヲ必要トセサルノミナラス相手方カ口頭辯論期日ニ闕席セルトキト雖モ其效力ヲ生スヘキモノトス

(二) 訴訟物ノ拋棄ノ條件

(イ) 訴訟物ノ拋棄ハ訴訟行為ナルヲ以テ拋棄ヲ爲スノ能力及ヒ代理權ノ有無ハ訴訟法ニ因リ定メサルヘカラス即チ當事者本人カ拋棄ヲ爲スニハ訴訟能力アルコトヲ要シ法律上代理人訴訟代理人カ爲スニハ其代理

權アルコトヲ要ス(第五條第六條)

(ロ) 訴訟物ノ拋棄ハ訴訟物ニ關スル意思表示ナルヲ以テ訴訟關係ノ成立セル訴訟ニ於テ爲スコトヲ必要トス故ニ訴訟成立要件ノ欠缺セル訴訟ニ於テ拋棄ノ意思表示ヲ爲スモ裁判所ハ訴訟ノ本案ニ付テノ審査ヲ爲スヲ得サルモノナレハ拋棄ノ效力ヲ生セサルモノトス斯ル訴訟ニ於テハ訴訟物ヲ拋棄スルモ原告ノ訴ヲ不適法トシテ却下スル判決ヲ爲スヘキモノトス

(ハ) 訴訟物ノ拋棄ハ受訴裁判所ノ口頭辯論若クハ受命判事ノ準備手續ニ於テ口頭ヲ以テ陳述セサルヘカラス準備書面ヲ以テ訴訟物ヲ拋棄スル旨ヲ通知スルモ其效力ヲ生セズ如何トナレハ訴訟物ノ拋棄ナル事實ヲ訴訟ノ資料ト爲サントスルニハ口頭辯論ニ於テ提供スルコトヲ必要トスルモノナレハナリ而シテ拋棄アリタルトキハ口頭辯論調書ニ明確ニスヘキ(第一三條)モノナリト雖モ拋棄ノ效力ハ原告ノ陳述ニ因リテ發生シ調書ニ記載スルコトハ效力ヲ發生スル必要條件ニ非ス

(三) 訴訟物ノ拋棄ノ效力

訴訟物ノ拋棄ハ攻撃ノ拋棄ナリ攻撃方法ノ拋棄ニ非ス私權保護ノ請求權ノ拋棄ナルコトアリ原告カ主張シタル訴訟物ニ付キ裁判所ノ調査ヲ求ムルコトヲ拋棄スルモノナリ私權ハ各個人カ自由ニ處分シ得ヘキモノナレハ原告カ訴訟物ヲ拋棄シタルトキハ裁判所ハ訴訟物ノ存否ヲ調査スルヲ得サルニ至ル即チ請求ノ拋棄ノ陳述ハ裁判所ニ新訴訟資料ヲ提出スルモノナリ隨テ訴訟物ノ拋棄ノ陳述アリタルトキハ裁判所ハ訴訟物ノ存否ニ付キ調査ヲ爲スコトナク原告ノ主張スル訴訟物ハ存在セサルモノト看做シ訴訟ハ判決ヲ爲スニ熟シタルモノナレハ判決ヲ爲スヘキモノナリト雖モ原告ニシテ自己ノ權利ヲ主張セサル以上ハ判決ヲ以テ其存否ヲ確定スル必要ナキモノトシ被告ノ申立ヲ俟テ判決ヲ爲スヘキモノトセリ(第二二九條)被告カ申立ヲ爲ササルトキハ拋棄ニ因リテ權利拘束ノ消滅スヘキコトハ既ニ後編第二章第三節第二ニ說述スルカ如シ

リ然レトモ是レ場合ヲ區別シテ觀察セサルヘカラス原告カ眞實ニ被告ニ對シ私權ヲ有シ訴ヲ以テ之ヲ主張シタル場合ニ於テ請求ヲ拋棄シタルトキハ裁判所ニ對シテ爲ス訴訟行爲タルト同時ニ當事者間ノ私權ノ消滅ヲ來タスモノナレハ其拋棄ハ私法的行爲ナリト言フコトヲ得ヘシ此場合ニ於テハ原告ハ私權保護ノ請求權ヲモ拋棄シタル效果ヲ生スヘシ然レトモ原告カ不法ニ被告ニ對シテ或權利ヲ主張シ口頭辯論ニ於テ其權利ヲ拋棄シタルトキハ訴訟行爲タル訴訟物ノ拋棄ハ存在スト雖モ當事者間ニ權利ノ消滅ヲ來タス理由ナキヲ以テ私法的行爲ナリト言フコトヲ得サルモノトス故ニ訴訟物ノ拋棄ハ訴訟行爲タルト同時ニ法律行爲タル場合アリト言フコトヲ得ルニ過キス

訴訟物ノ拋棄ハ訴訟上之ヲ取消スヲ得ルヤ否ヤ私法ノ規定ニ從テ解決スヘキ問題ニ非ス如何トナレハ訴訟行爲タル訴訟物ノ拋棄ハ相手方ニ對スル意思表示ニ非スシテ裁判所ニ對スル意思表示ナレハナリ原告カ訴訟物ヲ拋棄シ判決ナクシテ訴訟ノ終了ヲ來タシタルトキハ原告ハ絕對ニ其陳

述ヲ取消スヲ得サルニ至ルヘシ被告ノ申立ニ因リ拋棄ニ基ク判決アリタルトキハ原告ハ其判決ニ對シ控訴ヲ提起シ其口頭辯論ニ於テ拋棄ノ陳述カ錯誤ニ出テタルコトヲ主張シ之ヲ取消スコトヲ得ヘシ如何トナレハ錯誤ノ陳述ヲ有効トスルコトハ理論上許スヘカラサレハナリ拋棄ニ基ク判決カ確定シタルトキハ第四百六十九條第二號ノ原因アル場合ニ限り再審ノ訴ニ因リ取消スコトヲ得ヘキノミ

第二 訴訟物ノ認諾

訴訟物ノ認諾トハ原告若クハ反訴原告カ訴若クハ反訴ヲ以テ主張シタル權利又ハ法律關係ヲ被告ニ於テ承認スル意思表示ナリ相手方ニ對スル意思表示ニ非スシテ裁判所ニ對スル意思表示ナルコト其他認諾ノ條件效力ニ付テハ訴訟物ノ拋棄ニ付テ説明シタル所ト同一ナリトス
訴訟物ノ認諾ハ防禦ノ拋棄ナリ防禦方法ノ拋棄ニ非ス原告カ不法ニ訴ヲ以テ主張シタル請求ニ付キ認諾シタルトキハ被告ハ私權保護ノ請求權ヲ拋棄スル效力ヲ生シ同時ニ原告ニ本來存在セサル私權ヲ創設スルコトアルニ至

ルモノトス

第二款 自白

自白トハ相手方ノ主張スル事實ニシテ自己ノ權利上ニ不利益ナルモノヲ眞實ナリトスルコトヲ承認スル意思表示ナリ裁判上ノモノト裁判外ノモノトアリ
裁判上ノ自白ハ裁判所ニ對スル意思表示ニシテ訴訟行為ナリ裁判外ノ自白ハ訴訟行為ニ非ス

第一 自白ノ意義

裁判上ノ自白ニハ明示ノ自白ト推定ノ自白トノ二種アリ

(一) 明示ノ自白トハ受訴裁判所ノ口頭辯論若クハ受命判事又ハ受託判事ノ面前ニ於テ相手方ノ主張スル事實ニシテ自己ニ不利益ナルモノヲ眞實ナリトスル陳述ヲ爲スコトヲ謂フ故ニ明示ノ自白ハ當事者ノ一方カ相手方ノ不利益ナル事實ヲ主張シ相手方カ之ヲ承認スル場合若クハ當事者ノ一方カ相手方ノ利益ナル事實ヲ主張シタル後ニ至リ相手方カ其利益ナル事實ヲ主張シタルトキニ存スルコトアルモノトス而シテ裁判上ノ自白ハ請

求ノ拋棄若クハ認諾ト同シク當事者間ノ意思表示ニ非スシテ裁判所ニ對シ相手方ノ主張事實ヲ承認スル旨ノ意思表示ナレハ受訴裁判所ノ口頭辯論若クハ受命判事ノ準備手續又ハ受託判事ノ證據調(本人訊問)等ニ於テ口頭ヲ以テ陳述スルニ非サレハ其效力ヲ生スルコトナク且相手方ノ闕席セ_ル場合ニ於テモ效力ヲ生スヘキモノトス但書面審理ニ關シテハ書面上ノ自白モ亦裁判上ノ自白ナリト雖モ準備書面ニ於ケル自白ハ裁判外ノ自白ナリトス

(二) 推定ノ自白ハ相手方ノ主張スル事實ニ對シ明カニ爭ハス又ハ他ノ陳述ヨリ爭ハントスルノ意思カ表ハレサルトキ自白シタリト看做スニアリ(第一條)其他訴訟上ノ懈怠ニ因リ自白ヲ推定スルコトアリトス(第二四八條)

第二 自白ノ效力

裁判上ノ自白ハ攻撃若クハ防禦ノ拋棄ニ非スシテ攻撃若クハ防禦方法方法ノ拋棄ナリトス

裁判上ノ自白ハ裁判所ヲ羈束ス裁判所カ自白シタル事實ニ付キ眞實ナリトノ心證ヲ得ルト否トニ拘ラス其事實ヲ眞實トシテ訴訟資料ト爲ササルヲ得サルニ至ルモノトス但裁判所ノ職權調査ニ屬スヘキ事實ニ付テハ當事者間ニ爭ナキトキト雖モ裁判所カ心證ヲ得ルニ非サレハ之ヲ認ムルヲ得サルモノナレハ自白ニ羈束セラレルモノニ非ス又人事訴訟ニ於テハ自白ノ效力ヲ認ムルトキハ公益ヲ害スルコトアルヲ以テ自白ノ效力ヲ認メス(人訴第一條)推定自白ハ當事者ニ於テ之ヲ追完スルヲ得ヘシト雖モ(第二五五條)明示ノ自白ハ錯誤ニ基クコトヲ理由トスルニ非サレハ取消スコトヲ得サルモノトス自白ハ裁判所ニ對スル意思表示ナルヲ以テ其取消ハ口頭辯論ニ於テ爲スコトヲ要スルハ當然ナリ然レトモ確定判決アリタル後ニ於テハ第四百六十九條第二號ノ再審ノ原因アルトキニ限り取消スコトヲ得ルニ過キス裁判上ノ自白ハ證據ニ非ス事實ノ眞實ナリヤ否ヤノ問題外ニ於テ自白シタル事實ヲ裁判所カ眞實ナリトシテ訴訟資料ト爲スヘキモノナレハナリ裁判外ノ自白ハ訴訟ニ於テ證據ト爲ルコトヲ得ルモノトス

此は民法上ノ法律行為

第三款 和解

和解トハ當事者雙方カ互ニ讓歩ヲ爲シテ爭ヲ止ムル爲メニスル契約ニシテ裁判上ノモノト裁判外ノモノトノ二者アリ而シテ裁判外ノモノハ私法上ノ法律行為ニシテ(民第六九五條)訴訟行為タル和解ハ裁判上ノ和解ナリトス

裁判上ノ和解ノ意義ハ民法上ノ意義ニ同シ即チ裁判所ニ於テ當事者カ訴訟物若クハ訴訟上ニ於ケル或争點ニ付キ爭ヲ止ムルコトヲ目的トスル契約ナリ故ニ訴訟物ニ付テノ和解ハ訴訟ノ終了ヲ來タシ或争點ノ和解ハ争點ノ終了ヲ來タス當事者ハ訴ノ提起後口頭辯論ノ終結ニ至ルマテ何時ニテモ和解ヲ爲スコトヲ得ヘク又受訴裁判所自ラモ和解ヲ試ムルコトヲ得ヘク或ハ受命判事若クハ受託判事ヲシテ裁判所ニ代リテ和解ヲ試ミシムルコトヲ得ヘシ又裁判所ハ和解ヲ試ムル爲メニ當事者本人ヲ呼出スコトヲ得ルモノトス(第二條)

和解ノ目的物ハ訴訟物若クハ或争點ニシテ當事者カ之ヲ處分シ得ヘキモノナラサルヘカラス蓋シ和解ハ其目的物ノ處分ヲ目的トスルモノニシテ公益ニ關スル事項ノ如キハ當事者ノ意思ニ依リ左右スルヲ得サレハナリ而シテ和解ニ

和解

ハ讓歩ヲ必要トス讓歩ノ意義ハ民法ニ於ケルト同一ナリトス

和解カ效力ヲ生スルニ付テハ受訴裁判所又ハ受命判事若クハ受託判事ノ面前ニ於テ當事者雙方カ口頭陳述ニ因リテ爲シタル和解ナルコトヲ必要トス書面上ノ和解ハ訴訟法上認メラレス而シテ訴訟物全部ニ關スル裁判上ノ和解ハ直ニ訴訟ヲ終局セシメ權利拘束ヲ消滅セシム。訴訟物ノ一部ニ付テノ和解モ亦其部分ニ付キ訴訟ヲ終了ス故ニ和解カ適法ニ成立シタルトキハ裁判所ハ其訴訟物ニ付テ審理判決ヲ爲スコトヲ得ス又或争點ノ和解カ成立スルトキハ其争點ノ終了ヲ來ス裁判所ハ口頭辯論調書ニ和解契約ノ成立及ヒ其趣旨ヲ明確ニ記載セサルヘカラス(第一三條)而シテ和解成立後ニ於テハ當事者カ其和解ノ趣旨ニ拘束セラルルコトハ確定判決ト同一ニシテ當事者ハ之ニ對シテ不服ヲ述フルコトヲ得ス又和解調書ハ強制執行ノ債務名義ト爲ル(第五五條)

區裁判所ニ於テ爲ス第三百八十一條ノ和解ハ提起前ノ和解ナレハ訴訟終了ノ效力ヲ生セサルモ當事者カ其和解ニ拘束セラレ和解調書カ債務名義タル點ニ於テハ提起後ノ和解ト同一ナリ故ニ訴訟行為タルト同時ニ法律行為タル

性質ヲ有スルモノナリ

二八〇

第四款 訴ノ取下

訴ノ取下トハ原告カ訴ノ提起ニヨリ生シタル效力ヲ拋棄スル意思表示ナリ即チ訴訟ヲ止ムルノ意思表示ニ外ナラス故ニ實體法上ノ權利ヲ拋棄スル請求ノ拋棄ト異ナル實體法上ノ請求權ヲ拋棄シタル場合ニ於テハ其權利ハ之ヲ再ヒ主張スルコト能ハサルモノナレトモ訴ノ取下ハ後日ニ至リ同一ノ訴訟物ニ付キ同一ノ被告ニ對シテ再ヒ訴ヲ提起スルコトヲ得而シテ訴ノ取下ニハ全部取下ト一分取下トアリ又裁判上ノ取下及ヒ裁判外ノ取下アリトス裁判外ノ訴ノ取下ハ原告カ相手方ニ對シテ訴ヲ取下クルコトノ意思表示ニ外ナラサレハ私法上ノ法律行為ニシテ訴訟法上ノ效力ヲ生スルモノニアラス訴訟法上ノ效力ヲ生スル訴ノ取下ハ裁判上ノ取下ニシテ民事訴訟法第九十八條ノ規定セル方式ニ因ラサルヘカラス

第一 訴ノ取下ノ要件

(一) 原告ハ被告ノ本案ニ付テノ口頭辯論カ始マリタル後ハ被告ノ承諾ヲ得

テ訴ヲ取下クルコトヲ得被告カ本案ノ口頭辯論ヲ爲シタルトキハ被告ハ原告ノ訴ニ對シ應訴シタルモノニシテ應訴ニ因リテ被告ハ原告ノ主張シタル訴訟物ニ付テ判決ヲ求ムル權利ヲ取得ス隨テ被告カ本案ノ口頭辯論ヲ爲シタル後ハ原告ハ隨意ニ訴ノ取下ヲ爲スコトヲ得ス若シ原告ハ被告ノ承諾ヲ要セスシテ何時ニテモ訴ノ取下ヲ爲シ得ルモノトセハ被告カ應訴ニ因リテ取得シタル權利ヲ無視スルコトト爲リ且ツ原告ノ主張シタル訴訟物ニ付テ其權利狀態未確定ニシテ被告ハ同一ノ訴訟物ニ付キ再三訴ヲ受クルノ煩ヲ生スル虞アリ故ニ被告カ本案ニ付テ口頭辯論ヲ爲シタル後ハ原告ハ被告ノ承諾ヲ得ルニアラサレハ訴ノ取下ヲ爲スコトヲ得サルモノトセリ而シテ被告カ承諾ヲ爲ス方式ハ明示又ハ默示ヲ以テスルコトヲ得

(二)

被告ノ承諾アル場合ト雖モ第一審ノ口頭辯論ノ終結ニ至ルマテニ限リ訴ノ取下ヲ許スニ止マリ口頭辯論終結後ニ於テハ之ヲ許ササルモノトス如何トナレハ第一審裁判所ノ口頭辯論終結シタルトキハ裁判所ハ判決ヲ

爲スヘキモノナレハ其判決言渡後若クハ控訴審ニ於テ訴ノ取下ヲ許スト
 キハ當事者ノ意思ニ因リテ司法機關ノ判決ヲ覆スニ至リ更ニ原告カ同一
 ノ訴ヲ提起スルヲ許スカ如キハ當事者ハ徒ラニ國家裁判權ヲ弄フノ弊害
 ヲ生スヘシトノ立法上ノ理由ニ基クモノナルヘシ然レトモ確定判決ト雖
 モ其判決ヲ受ケタル當事者カ之ニ拘束セラレサル契約ヲ爲スコトヲ妨ケ
 サルヲ以テ上告審ノ口頭辯論ノ終結ニ至ル迄ハ訴ノ取下ヲ許スト解釋ス
 ルモ敢テ不當ニ非サルヘキカ獨逸民事訴訟法ニ於テハ我民事訴訟法第百
 九十八條ノ如キ口頭辯論終結迄ニ制限シタル規定ナキヲ以テ第一審ノ口
 頭辯論終結後若クハ上訴審ニ於テモ訴ノ取下ヲ許ストノ說アリ

(三) 被告カ本案ノ口頭辯論ヲ爲ササル以前ニ於テハ原告ハ被告ノ承諾ヲ要
 セシテ訴ノ取下ヲ爲スコトヲ得

被告ニ訴狀ノ送達アリタルト否トヲ問ハス被告カ本案ニ付テ口頭辯論ヲ
 爲ササル以前ニ在テハ被告ハ未タ原告ノ請求自體ニ付テ裁判ヲ受クルノ
 權利ヲ取得セサルモノナレハ原告ノ意思ノミニ因リテ訴ノ取下ヲ爲シ得

ルモノトス本案ノ口頭辯論トハ原告ノ主張スル訴訟物ニ對スル被告カ認
 否ヲ演述スルコトヲ指スモノニシテ換言スレハ被告カ應訴ヲ爲シタルコ
 トヲ謂フ被告カ本案ニ付キ口頭辯論ヲ爲サス妨訴抗辯其他訴訟要件ニ關
 スル辯論ヲ爲シタルトキノ如キハ被告ハ應訴ヲ爲シタルニ非サルヲ以テ
 原告ノ意思ノミニ因リテ訴ヲ取下クルコトヲ得又被告カ訴訟要件ニ關ス
 ル辯論ト同時ニ本案ノ口頭辯論ヲ爲シタル場合ニ於テハ原告ハ被告ノ承
 諾ナクシテ訴ヲ取下クルコトヲ得ヘシ如何トナレハ此場合ニ於ケル被告
 ノ本案ノ口頭辯論ハ原告ノ訴カ訴訟要件ニ欠缺ナキコトヲ條件トシタル
 條件附ノ口頭辯論ナルカ故ニ被告ハ完全ニ本案ノ辯論ヲ爲シタルモノト
 言フヲ得サレハナリ

原告カ口頭辯論ニ於テ訴取下ノ意思表示ヲ爲シ被告カ之ニ對シテ承諾ヲ
 爲ササルトキ即チ原告ノ訴ノ取下カ有效ナリヤ否ヤニ付テ當事者間ニ爭
 ヲ生シタルトキハ其爭ハ中間ノ爭ナルカ故ニ裁判所ハ判決ヲ以テ其當否
 ヲ判決セサルヘカラス而シテ裁判所カ原告ノ主張即チ訴ノ取下ヲ有效ト

認メタル場合ニハ終局判決ヲ以テ被告ノ訴訟ヲ續行セントスル申立ヲ却下スヘキモノナリ反之裁判所カ原告ノ主張ヲ不當ナリト認メタル場合ニハ訴訟ヲ進行スルカ或ハ中間判決ヲ以テ訴取下ノ效力ナキコトヲ宣言シ或ハ終局判決ノ理由中ニ於テ其宣言ヲ爲スヘキモノナリ而シテ若シ原告カ裁判所ノ訴訟ヲ續行スヘキ命令ニ對シテ服從セサル場合ニハ裁判所ハ被告ノ申立ニ因リテ原告ニ對シ闕席判決ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ

第二 訴ノ取下ノ方式

訴取下ノ方式ハ原告カ裁判所ニ書面ヲ差出シテ爲スカ又ハ口頭辯論ニ於テ訴ノ取下ヲ爲ス旨ノ陳述ニ依リテ之ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ而シテ口頭ヲ以テ訴ノ取下ヲ爲ス場合ニ於テモ之ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ而シテ口頭ヲ以テ訴ノ取下ヲ爲ス場合ニ被告ノ承諾ヲ要セサル場合ナルトキハ原告カ裁判所ニ對スル訴取下ノ意思表示ノミニ因リ取下ハ有效ナリ然レトモ若シ被告ノ承諾ヲ要スル場合ニ於テハ被告カ裁判所ニ對シ承諾ノ意思表示ヲ爲シタルトキニ取下ノ效力

ヲ生ス

書面ヲ以テ訴ノ取下ヲ爲ス場合ニ被告ノ承諾ヲ要セサルトキハ原告カ訴取下ノ書面ヲ裁判所ニ差出シタル時ニ取下ノ效力ヲ生ス若シ被告カ本案ニ付テノ口頭辯論ヲ始メタル後ニ訴ノ取下ヲ爲ス場合ニハ被告ノ承諾ヲ必要トスルヲ以テ其書面ヲ單ニ裁判所ニ差出スノミニテハ取下ノ效力ヲ生スルコトナク後日口頭辯論ニ於テ原告カ訴ノ取下ヲ爲スヘキ陳述ヲ爲シ被告カ之ニ同意スルニ因リ始メテ取下ノ效力ヲ生スルモノナリ然レトモ原告ノ訴取下ノ書面竝ニ被告カ其取下ヲ承諾シタル書面ノ二者ヲ裁判所ニ差出ストキハ訴ノ取下ハ有效ニ行ハルルモノナリ訴ノ取下ニ對シ被告カ承諾ヲ爲スハ口頭辯論ニ於テ爲スコトヲ必要トセサルヲ以テ此論決ヲ生スルモノナリ而シテ書面ヲ以テ訴ノ取下ヲ爲ス場合ニ於テ訴狀カ被告ニ送達セラレタル後ナルトキハ取下ノ書面ハ之ヲ被告ニ送達スヘキモノナリ此目的小單ニ訴ノ取下アリタルコトヲ被告ニ知ラシムルニ過キサルモノニシテ訴取下ノ效力ニ何等ノ關係ヲ有スルモノニアラス

第三 訴ノ取下ノ效力

適法ナル訴ノ取下ハ訴訟關係ヲ消滅セシム即チ權利拘束ノ總テノ效力ヲ消滅セシメ恰カモ訴ノ提起ナカリシト同一ノ狀態ニ復ス故ニ原告ハ後日同一ノ訴ヲ再ヒ提起スルコトヲ得ヘク又其訴訟ニ於テ存在シタル原告被告竝ニ裁判所ノ行爲ハ全ク存在セザリシモノト爲ル然レトモ原告カ同一ノ訴ヲ再ヒ提起スルコトヲ得サルモノニ非ス故ニ訴ノ取下ハ訴權即チ私權保護ノ請求權ヲ拋棄スルモノニ非ス我民事訴訟法ニ於テハ訴ノ提起ト權利拘束ノ發生トハ其時期ヲ異ニスル場合アルヲ以テ權利拘束ノ效力ヲ消滅セシムルモ訴提起ノ效力ヲ消滅セシメサル場合アリト言ハサルヘカラス然レトモ法文ノ意味ハ訴取下ニ因リテ訴提起ノ效果竝ニ權利拘束ノ效力ヲ總テ消滅セシムルモノト言ハサルヘカラス

次ニ訴取下ノ效力トシテハ訴ヲ取下ケタル原告ハ其訴訟費用ヲ負擔スル義務ヲ生ス(第七二條)而シテ原告カ取下ケタル訴ヲ後日再ヒ提起シタル場合ニ於テ被告カ前訴訟ノ費用ノ辨濟ヲ受ケザリシトキハ應訴ヲ拒ミ原告ノ訴ノ

却下ヲ申立ツルコトヲ得被告ニ抗辯ヲ許シタル目的ハ被告ヲシテ原告カ漫ニ訴ヲ起スニ因リ受クヘキ手數ヲ避ケシメントスルニ在ルヲ以テ原告カ訴訟上ノ救助ヲ受ケ又ハ被告カ訴ノ取下ニ同意シタルトキト雖モ此抗辯ヲ爲ス權利ハ存在ス

右ニ述ヘタル訴取下ノ效力ハ訴訟法上ノモノニシテ實體法上ニ於テモ亦權利拘束ヲ發生セサルト同一ノ結果ヲ生スルモノナレハ或效果ヲ生スルコトアリ例ヘハ訴ノ提起ニ因ル時効中斷ノ效力ヲ失フ如キ是ナリ

第五款 攻撃及ヒ防禦方法ノ拋棄

當事者カ訴訟資料トシテ提供シタル攻撃及ヒ防禦ノ方法ハ前數款ニ於テ説明セル如ク當事者任意ニ之ヲ拋棄スルヲ得ルヲ原則トス然レトモ法律ハ當事者共同ノ利益ヲ保護スル爲メ制限ヲ設クルコトアリ即チ左ノ如シ

第一 人證ノ拋棄ハ訊問ノ開始迄ハ舉證者之ヲ拋棄スルコトヲ得ルモ訊問開始後ハ相手方ノ承諾アルトキニ限り拋棄ヲ許ス是レ訴訟材料ヲ相手方ニ利用セシメントスルノ旨趣ニ外ナラス(第三二條)

第二 書證ノ拋棄ハ證書提出後ニ於テハ相手方ノ承諾アル場合ニ限り之ヲ許ス(第三五條)

第三 故障若クハ上訴ノ取下モ訴ノ取下ト同一條件ノ下ニ之ヲ許サルルモノトス(第二六四條 第三九九條)

第四 獨逸民事訴訟法ニ於テハ訴訟手續殊ニ訴訟行為ノ方式ニ關スル規定ノ違背ハ當事者カ之ヲ知ルニ拘ハラズ責問セサルトキハ其不法ヲ責問スル權利ヲ喪失スルモノトス但其方式ノ遵守ヲ當事者カ有效ニ拋棄シ能ハサルモノハ此限ニ非ストシ(獨逸民事訴訟法第二九五條)訴訟行為ノ公益ニ關係ナキモノハ之ニ違背スルモ相手方タル當事者カ責問セサルトキハ有效ナリトシ且當事者ハ一定ノ時期ニ於テ其不法ヲ責問セサルトキハ其不法ヲ主張スルコトヲ得サルモノトセリ例ヘハ當事者能力訴訟能力法律上代理裁判所ノ構成辯論公開ノ規定等ノ違背ハ責問權ニ關スル問題ト爲ラサルモ訴訟書類ノ送達期日ノ呼出證人又ハ鑑定人ノ宣誓訴訟手續休止ノ效力訴訟手續中斷ノ受繼等ハ責問權ノ範圍ニ屬スルモノトセリ我訴訟法ニ於テハ獨法ノ如キ規定ナシト雖モ規定

ノ性質上單ニ當事者ノ保護ノミヲ目的トスルモノアリ又訴訟上ノ公益ニ關スルモノアルヲ以テ前者ニ付テハ獨法ノ如ク責問權喪失ヲ認ムルモ法律ノ精神ニ反スルモノニ非スト信ス

第五章 裁判所ノ訴訟行為

第一節 訴訟ノ追行

前章第一節ニ説明セル如ク裁判所ハ訴訟ヲ開始スルモノニ非スト雖モ開始シタル訴訟ヲ順序的ニ進行シ迅速ニ終局セシムルコトハ國家ノ利益ナルヲ以テ法律ハ裁判所ニ訴訟ノ進行ヲ促ス行為ヲ爲スコトヲ得セシム辯論期日ノ呼出訴訟書類ノ送達ノ如キ是ナリ故ニ裁判所ノ訴訟行為ニモ訴訟ノ追行ヲ目的トスルモノアリトス

第二節 訴訟資料ノ蒐集

訴訟ノ資料ハ當事者ニ於テ提供スヘキモノナリ然レトモ訴訟資料タル證據方

第二編 訴訟行為 第五章 裁判所ノ訴訟行為 第一節 訴訟ノ追行 第二節 訴訟資料ノ蒐集

法ノ存在カ裁判所ニ明カナル場合ニ於テハ職權ヲ以テ之ヲ蒐集スルコトヲ許
 ス即チ檢證及ヒ鑑定ハ職權ヲ以テ證據調ヲ爲スコトヲ許シタルカ如キ是ナリ
 (第一條)又訴訟物カ公益上ノ關係ヲ有スルトキ即チ人事訴訟ニ於テハ職權ヲ以
 テ證據調ヲ爲シ訴訟資料ヲ蒐集スルコトヲ許セリ(人訴第一四條 第二六條 參照)
 訴訟資料ヲ蒐集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ノ規
 定ニ從ヒ當事者ノ口頭陳述ニヨリ訴訟資料ヲ提供セシメ若クハ證據調ノ規定
 ニ從ヒ之ヲ蒐集スルモノトス書面審理ノ手續ニ於テハ當事者カ書面ニ依リ提
 出シタル訴訟資料ニ依リ裁判ヲ爲シ當事者ノ審訊ヲ許シタル規定アル場合ニ
 於テハ書面上ノ資料ト審訊ニ因リテ得タル資料ヲ以テ裁判ノ基礎ト爲スヘキ
 モノトス任意的口頭辯論ヲ許シタル規定アル場合ニ於テハ裁判所ハ口頭辯論
 ヲ開キ口頭辯論ノ法則ニ從ヒ訴訟資料ヲ當事者ノ口頭陳述ニ依リテ蒐集スル
 コトヲ得ヘク此場合ニハ書面上ノ訴訟資料ニ口頭辯論ニ於テ得タル資料ヲ併
 合シテ裁判ノ基礎ト爲スヘキモノトス

第三節 訴訟ノ指揮

訴訟ノ指揮トハ訴訟ノ進行ヲ促シ若クハ訴訟資料ヲ完全ニ蒐集スルコトヲ目
 的トスル裁判所ノ行爲ナリ期日ノ指定呼出辯論ノ分離若クハ併合ノ決定證據
 決定ヲ爲シ不明瞭ナル陳述ヲ釋明スル如キハ訴訟ヲ指揮スル訴訟行爲ナリト
 ス故ニ訴訟指揮ノ行爲ニハ訴訟追行ニ屬スルモノト訴訟資料蒐集ニ屬スルモ
 ノト此等ノ行爲ニ屬セサルモノトアリトス例ヘハ期日ノ呼出ハ訴訟追行ノ行
 爲ニシテ證據調ヲ爲スハ訴訟資料蒐集ノ行爲ナリト雖モ辯論ノ分離併合ヲ命
 シ若クハ證據決定ヲ爲スハ訴訟追行若クハ訴訟資料蒐集ノ行爲ニ非サルカ如
 シ

第四節 公證

公證トハ公ノ信憑力アル書面ヲ作成スルコトヲ謂フ蓋シ訴訟手續ノ正確ニ實
 行セラルルコトヲ期スルニハ訴訟手續上ニ生シタル事項ハ書面ニ明確ニシ之

ニ公ノ證據力ヲ付スルコトヲ必要トス是レ公證行爲ヲ裁判所ノ訴訟行爲ト爲シタル所以ニシテ口頭辯論調書其他調書ノ作成判決書ノ謄本確定證明書送達證書執行調書ノ作成ノ如キ是ニ屬ス然レトモ公證ハ狹義ノ裁判所ノ訴訟行爲ニ非スシテ裁判所書記執達吏送達吏ノ職務ニ屬スルモノトス獨逸民事訴訟法ニ於テハ當事者ノ作成シタル書類ニ付キ執達吏又ハ辯護士ニ於テ公證スヘキ規定アルモ我現行法ニハ斯ル規定ナシ

第五節 送 達

送達トハ書面ヲ以テ或事項ヲ訴訟關係人ニ通知スル行爲ヲ謂フ送達ハ書面ノ交付ヲ以テ之ヲ爲ス即チ送達ヲ受クル者ヲシテ其書面ニ記載シタル事項ヲ知ラシムル爲メ之ヲ交付スルモノトス而シテ書面ノ交付ハ一定ノ國家機關ニ因リテ爲サレ且書面ノ交付ヲ證明スヘキ一定ノ手續ヲ爲スヘキモノトス送達ニニ主義アリ職權送達主義及ヒ當事者送達主義是ナリ凡ソ訴訟上ニ於ケル書面ノ送達ニハ裁判所ノ職權行爲トシテ書面ノ送達ヲ爲スヘキモノト當事

者ノ行爲トシテ送達ヲ爲スヘキモノトニアリ裁判所ノ行爲トシテ送達ヲ爲スモノハ裁判所ノ職權ヲ以テ送達ヲ爲スモノナレトモ當事者ノ行爲トシテ送達ヲ爲スモノニ付テハ裁判所書記ノ媒介ヲ經テ送達ヲ爲ス主義ト當事者ヨリ直接ニ送達機關ニ依頼シテ之ヲ爲ス主義トアリ前者ハ所謂職權送達ニシテ一ニ之ヲ間接送達ト稱シ後者ハ所謂當事者送達ニシテ一ニ之ヲ直接送達ト稱ス獨逸民事訴訟法ニ於テハ原則トシテ當事者送達ノ主義ヲ採用セルモ我民事訴訟法ニ於テハ職權送達ノ主義ヲ採用シ送達ハ裁判所書記職權ヲ於テ之ヲ爲サシムト規定シ^{第一三六條}送達ニ付テハ當事者ノ爲メニスル場合ト雖モ當事者ヨリ直接ニ送達機關ニ依頼シ若クハ當事者ノ意思ニ基クコトヲ要セス裁判所書記ノ職權ヲ以テ之ヲ爲スヘキモノトセリ或說ニハ第二百四十五條第三項等ニ職權ヲ以テ送達スヘシトノ明文アリ又第二百三十八條ニ當事者ノ申立ヲ待テ送達スヘシトノ規定アルヨリシテ第三百三十六條第一項ノ規定ハ裁判所書記ヲ經由シテ送達スヘキコトヲ明カニシタルニ止マルモノナリトシ職權送達主義ヲ否定スルモノアリト雖モ第二百三十八條ハ例外ヲ規定シタルモノニシテ第

二百四十五條、人事訴訟手續法第十五條ノ如キハ第二百三十八條ノ例外ニ對シ本則ヲ示シタルモノト解スヘキモノトス
右ノ如ク送達ハ我現行法ニ於テハ裁判所ノ訴訟行為ニ屬スルヲ以テ本編ニ於テ説明スル所以トス

第一 送達機關

送達機關ハ執達吏及ヒ郵便ノ二種ナリ執達吏ハ送達及ヒ強制執行ヲ爲サシムル爲メ設ケラレタル機關ニシテ裁判所書記ノ委任ニ因リテ書類ノ送達ヲ執行ス(第一三六條第二項、裁機第九八條第二項)此場合ニ於テハ執達吏ヲ送達吏ト爲ス(第一三六條第四項)又裁判所書記ハ郵便ニ依テ送達ヲ爲サシムルコトヲ得ヘク此場合ニ於テハ郵便即チ送達機關ニシテ郵便配達人ハ送達吏ト爲リ執達吏ト同一手續ヲ以テ其送達ヲ實施スヘキモノトス(第一三六條第三項、第四項)

第二 送達スヘキ書面

送達スヘキ書面ハ正本若クハ認證シタル謄本ヲ交付スヘキ規定アルトキハ

正本若クハ認證謄本ノ交付ヲ以テ之ヲ爲シ其他ノ場合ニハ謄本ノ交付ヲ以テ之ヲ爲スヘキモノトス(第一三七條)正本ノ交付ヲ爲スヘキ場合トハ期日ノ呼出狀(第一三六條)判決(第二四三條、第四四〇條、四七三條)ノ送達ニシテ認證謄本ノ交付ヲ爲スヘキ場合トハ日曜日祝祭日若クハ夜間ニ書類ノ送達ヲ爲スノ許可命令(第一三五條)ノ送達是ナリ其他ノ場合ハ總テ謄本ノ送達ヲ爲スヘキモノトス而シテ送達スヘキ書面ニシテ裁判所ノ職權ヲ以テ送達スヘキモノナルトキハ裁判所書記之ヲ作成シテ送達手續ヲ爲スヘク當事者ノ爲メニ書面ヲ送達スヘキ場合ニハ當事者ヨリ相手方ノ員數ニ應シ交付スルニ必要ナル謄本ヲ裁判所ニ提出セシメ之ヲ送達スヘキモノトス(第一三八條)

第三 送達ヲ受クル人

送達ハ之ヲ受クル本人ニ對シテ爲スヲ原則トス然レトモ之ニ關シ次ニ述フル數多ノ法則アリトス

(一) 當事者數人ノ爲メ一人ノ代理人アルトキ若クハ當事者ノ代理人數人アルトキハ送達スヘキ書面ノ正本又ハ謄本ノ一通ヲ其代理人ニ交付スルヲ

以テ足レリトス(第一三項七)

(二) 訴訟能力ヲ有セサル當事者ニ對スル送達ハ其法律上代理人ニ對シテ爲スコトヲ要ス(第一三八項)無能力ナル本人ニ對シテ送達ヲ爲スモ適法ニ送達ノ效力ヲ發生セサルモノトス然レトモ妻及ヒ準禁治産者ハ訴訟行爲ヲ爲スモ無効ト爲ルヘキニ非ス

(三) 公又ハ私ノ法人及ヒ其資格ニ於テ訴ヘ又ハ訴ヘラルルコトヲ得ル會社又ハ社團ニ對スル送達ハ其首長又ハ事務擔當者ニ對シテ爲スヘク若シ此等ノ者數人アルトキハ其一人ニ送達スルヲ以テ足レリトス(第一三八項第一項)

(四) 豫備後備ノ軍籍ニ在ラサル下士以下ノ軍人軍屬ニ對スル送達ハ其所屬長官又ハ隊長ニ對シテ之ヲ爲スヘキモノトス豫備後備ノ軍籍ニ在ラサル下士以下ノ軍人即チ現役徵兵ハ軍規ニ服從スルモノナルヲ以テ一般送達ノ法則ニ從フ能ハス其長官若クハ隊長ニ送達スヘキモノトセリ其所屬長官若クハ隊長ハ法律上特別ノ規定存セスト雖モ職務上其書面ヲ送達ヲ受クヘキ本人ニ交付スルノ義務アルモノナリ而シテ其書面カ本人ニ交付セ

ラレタルト否トヲ問ハス訴訟法上ニ於テハ其長官又ハ隊長ニ對スル書類ノ送達ヲ以テ本人ニ對シテ送達ヲ爲シタル效力ヲ生スルモノトス(第一三九條)

(五) 囚人ニ對スル送達ハ監獄ノ首長ニ對シテ之ヲ爲ス爰ニ囚人ト云フハ未決囚及ヒ既決囚ヲ總括スルモノニシテ本人ニ對シテ爲スコトヲ許ササルハ監獄ニ在リテハ獄則ニ從フヘキヲ以テナリ監獄ノ首長ハ現役軍人ニ對スル所屬長官又ハ隊長ト同シク書面ヲ本人ニ對シテ交付スルノ義務アリ而シテ本人カ書類ノ交付ヲ受ケタルト否トニ關セス訴訟法ニ於テハ監獄首長ニ送達シタル時ヲ以テ本人ニ對シテ送達ヲ爲シタルノ效力ヲ生スルモノトス(第一四〇條)

(六) 財産權上ノ訴訟ニ付テハ總理代人ニ書類ヲ送達スルトキハ本人ニ對シテ送達シタルト同一ノ效力ヲ生シ又商業上ヨリ生シタル訴訟ニ付テハ代務人即チ支配人ニ送達シタルトキハ亦本人ニ對シテ送達ヲ爲シタルト同一ノ效力ヲ生ス是レ便宜上ノ規定ニ外ナラス(第一四一條)總理代人代務人トハ

舊民法ノ用語ナリ總理代人トハ本人ノ爲メ總財産ヲ管理スル者ナリトス
 (七) 訴訟代理人ヲ任設シテ訴訟ヲ爲ス場合ニ於テハ其代理ノ範圍ニ屬スル
 事項ニ付テハ其代理人ニ對シ送達ヲ爲スヘキモノトス(第一四二條)若シ代理
 人ニ依リテ訴訟ヲ爲ス場合ニハ訴訟行爲ハ代理人ノ實行スル所ナルヲ以
 テ本人ニ對シテ送達スルヨリ寧ロ代理人ニ對シテ爲スヲ適當ト爲スヲ以
 テナリ然レトモ本人ニ對シテ送達ヲ爲スモ其送達ハ無効ニ非ストス(第一四二
 條第二項)

第四 送達ノ方式

送達ニハ送達吏ニ依ル送達、郵便ニ付スル送達、囑託送達、公示送達ノ四種アリ
 隨テ其送達ノ方式ニ付テモ亦其種類ニ因リ之ヲ異ニス

(甲) 送達吏ニ依ル送達 送達吏ハ前ニ述ヘタルカ如ク執達吏及ヒ郵便配達
 吏是ナリ隨テ送達ハ執達吏ニ依ル送達ト郵便ニ依ル送達トニ區別スルヲ
 得ヘシ執達吏ニ依ル送達ハ執達吏カ裁判所書記ノ委任ニ因テ送達ヲ實施
 スヘキモノナリ然レトモ執達吏職務執行ノ區域ハ其執達吏ノ屬スル裁判

所ノ管轄區域ト同一ナルヲ以テ其區域外ニ涉リテ送達ヲ爲ス能ハス(附隨規
 テ裁判所書記カ送達ノ委任ヲ爲スハ其裁判所ノ管轄區域内ニ於テ送達ヲ
 爲スヘキトキハ直接ニ其裁判所ニ屬スル執達吏ニ對シテ委任ヲ爲スコト
 ヲ得ヘク若シ其裁判所ノ管轄區域外ニ於テ送達ヲ爲スヘキ場合ニハ直接
 ニ執達吏ニ對シテ委任ヲ爲スコトヲ得ス送達ヲ施行スヘキ地ヲ管轄スル
 區裁判所ノ書記ニ送達ノ施行ヲ執達吏ニ委任スヘキコトヲ囑託シテ之ヲ
 爲スヘキモノトス(第一三六條第二項)郵便ニ依ル送達ハ裁判所書記カ送達スヘキ書
 類ヲ郵便局ニ送付シ郵便配達吏ヲシテ送達ヲ實施セシムルノ方法ニシテ
 裁判所書記ノ意見ニ因リテ此方法ヲ用フルコトヲ得ヘシ
 右ノ送達吏カ送達ヲ實施スル場合ニ於テハ送達ノ場所及ヒ日時ニ關シ次
 ノ法則ニ從ハサルヘカラス

(一) 送達ノ場所

(イ) 送達ハ送達ヲ受クル本人ニ對シ其住所又ハ事務所ニ於テ爲スヲ原
 則トス然レトモ送達ヲ受クヘキ人ニ出會ヒタル地ニ於テ之ヲ爲スコ

トヲ得ヘシ但此場合ハ送達ヲ受クヘキ人カ其地ニ住居若クハ事務所ヲ有セサルカ又ハ住居若クハ事務所ヲ有スルモ送達書類ノ受取ヲ拒マサリシトキニ限リ效力ヲ有スルモノトス(第一四四條第一項)

(ロ) 公私ノ法人又ハ其資格ニ於テ訴ヘ若クハ訴ヘララルコトヲ得ル社團財團ニ對スル送達ニシテ其法律上代理人若クハ首長又ハ事務擔當者ニ爲ス送達ハ特別ノ事務所アルトキハ事務所ニ於テスヘキモノトス其事務所ノ外ニ於テハ法律上代理人等カ送達書類ノ受取ヲ拒マサリシトキニ限リ有效ナル送達ヲ爲スコトヲ得ルモノトス(第一四四條第二項)

(ハ) 送達ヲ受クヘキ人ニ住居ニ於テ出會ハサルトキハ其住居ニ於テスル送達ハ成長シタル同居ノ親族又ハ雇人ニ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ(第一四五條)
此規定ニ從ヒ送達ヲ施行スルコトヲ得サルトキハ其送達ハ交付スヘキ書類ヲ其他ノ市町村長ニ預置キ送達告知書ヲ作り之ヲ住居ノ戸ニ貼附シ且近隣ニ住居スル者二人ニ其旨ヲ口頭ヲ以テ通知シテ之ヲ爲

スコトヲ得(第一四五條)

(ニ) 住居ノ外ニ事務所ヲ有スル人ニ對スル送達ハ其事務所ニ於テ送達ヲ受クヘキ人ニ出會ハサルトキハ其事務所ニ在ル營業使用人ニ之ヲ爲スコトヲ得又辯護士ニ對スル送達ノ場合ニハ筆生ニモ之ヲ爲スコトヲ得(第一四六條)

公私ノ法人又ハ其資格ニ於テ訴ヘ若クハ訴ヘララルコトヲ得ル社團財團ニ對スル送達ニシテ其法律上代理人又ハ其首長若クハ事務擔當者ニ事務所ニ於テ出會ハス又ハ此等ノ者送達書類ノ受取ニ付キ差支アルトキハ送達ハ其事務所ニ在ル他ノ役員又ハ雇人ニ之ヲ爲スコトヲ得(第一四七條)右二個ノ規定ニ從ヒ送達ヲ施行スルヲ得サルトキハ送達ハ其交付スヘキ書類ヲ其地ノ市町村長ニ預置キ送達告知書ヲ作り之ヲ住居若クハ事務所ノ戸ニ貼附シ且近隣ニ住居スル者二人ニ口頭ヲ以テ其旨ヲ通知シテ爲スコトヲ得ヘシ但第一ノ場合ニ於テハ住居ニ於ケル送達ヲ施行スルコトヲ得サルトキニ限ル(第一四八條第一項)

(ホ) 豫備、後備ノ軍籍ニ在ラサル下士以下ノ軍人軍屬ニ對スル送達、囚人ニ對スル送達ハ其所屬長官、隊長又ハ監獄首長ニ於テ職務上送達ヲ受クヘキモノナレハ送達ノ場所ハ何レモ其官署ナラサルヘカラス若シ隊長又ハ首長カ其官署ニ在ラサルトキハ其職務ヲ代理スル者ニ對シ送達ヲ爲スヲ以テ足ル

(ヘ) 法律ノ規定ニ從ヒ本人若クハ本人以外ノ者カ送達ヲ受クヘキ義務アルニ拘ハラズ法律上ノ理由ナクシテ送達ノ受取ヲ拒ムトキハ送達吏ハ交付スヘキ書類ヲ送達ノ場所ニ差置クヘキモノトス此場合ニ於テハ差置ヲ以テ完全ニ送達ノ效力ヲ生ス(第一四條)

(二) 送達ノ日時
 執達吏ノ爲スヘキ送達ハ日曜日、一般ノ祝祭日及ヒ夜間ニハ裁判所ノ特別ノ許可ヲ得ルニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ得ス夜間トハ日没ヨリ日出マテノ時間ヲ謂フ郵便ニ付スル送達ハ送達吏ノ施行スルモノニ非サレハ此制限ニ從フヲ要セサルヤ固ヨリナリ(第一五〇條第一項、第二項)郵便ニ因ル送達

ハ夜間ニ限リ許可ヲ必要トシ日曜日、祝祭日ハ之ヲ要セス
 右ノ許可ハ受訴裁判所ノ裁判長又ハ送達ヲ爲スヘキ地ヲ管轄スル區裁判所ノ判事之ヲ與ヘ又ハ受命判事若クハ受託判事ノ完結スヘキ事件ニ在リテハ其判事ニ於テ之ヲ與フルモノトス(第一五〇條第三項)而シテ許可ノ命令ヲ認證シタル際本ヲ以テ送達ノ際送達ヲ受クヘキ人ニ交付セサルヘカラス(第一五〇條第四項)

日曜日、一般ノ祝祭日又ハ夜間ニ於テ送達ヲ爲スニ當リ假令前段ニ述ヘタル許可ノ命令ナシト雖モ送達受取人ニ於テ送達書類ノ受取ヲ拒マサルシトキハ送達ノ效力ヲ生シ其他ノ場合ニ在リテハ送達ノ效力ヲ生セス(第一五〇條第五項)

(乙) 郵便ニ付スル送達 受訴裁判所ノ所在地ニ住居並ニ事務所ヲ有セサル當事者ハ其所在地ニ送達ノ爲メノ假住所ヲ選定シ之ヲ受訴裁判所ニ届出ツヘク而シテ其届出ハ遅クトモ最近ノ口頭辯論ニ於テ之ヲ爲シ又口頭辯論前ニ書面ヲ差出スルトアルトキハ其書面ヲ以テ之ヲ爲スヘキモノトス

假住所ノ届出アリタルトキハ送達ハ總テ假住所ニ於テ爲スヘキモノトス
 假住所ニ於テスル送達ハ必スシモ本人ニ對シテ爲スコトヲ要セス本人カ
 假住所ニ送達受取ヲ委任シタルモノアルトキハ其受取人ニ對シテ爲シタ
 ル送達ハ有效トスルヲ至當ト信ス右ノ届出ヲ怠リタル當事者ニ對シ書類
 送達ノ必要ヲ生シタルトキハ裁判所書記ハ送達スヘキ書類ヲ當事者ノ名
 宛ニテ郵便ニ付シテ送達ヲ爲スコトヲ得而シテ此場合ニ於テハ其書類カ
 當事者ニ到達スルト否トニ關ラス又何時ニ到達スルトヲ問ハス郵便ニ付
 シタル時ヲ以テ送達ヲ爲シタルモノト看做ス(第一四條)故ニ其書類カ何レノ
 場所何レノ日時ニ於テ名宛人ニ到達スルモ送達ノ效力ニ關係ナキモノト
 ス

(丙) 囑託送達 囑託送達ハ外國ニ在ル者若クハ出陣ノ軍隊又ハ役務ニ服ス
 ル軍艦ノ乗組員ニ屬スル者ニ對シテ送達ヲ爲ス場合ニシテ次ノ三箇ノ法
 則アリトス

(イ) 外國ニ在リテ治外法權ヲ有スル帝國官吏其家族及ヒ從者ニ對シ外國

ニ於テ施行スヘキ送達ハ外務大臣ニ囑託シテ之ヲ爲ス(第一五條)

(ロ) 右(イ)號ノ外國ニ於テ施行スヘキ送達ハ外國ノ管轄官廳又ハ外國ニ
 駐在スル帝國ノ公使又ハ領事ニ囑託シテ之ヲ爲ス(第一五條)外國管轄官廳
 ニ囑託スル場合ハ國際條約上共助ノ存スルトキニ限ル

(ハ) 出陣ノ軍隊又ハ役務ニ服シタル軍艦ノ乗組員ニ屬スル人ニ對スル送
 達ハ上班司令官廳ニ囑託シテ之ヲ爲スコトヲ得(第一五條)

右ノ場合ニ於テ必要ナル囑託書ハ受訴裁判所ノ裁判長之ヲ發スヘク(第一五條)
 而シテ囑託ヲ受ケタル者ハ相當ノ手續ヲ爲シ送達書類ヲ本人ニ交付ス
 ヘキモノトス

(丁) 公示送達 公示送達トハ送達スヘキ書類ヲ一定ノ場所ニ貼附シ或ハ其
 書類ノ抄本ヲ公告シテ爲ス送達ヲ謂フモノニシテ當事者ノ現在地知レサ
 ルトキ又ハ外國ニ於テ爲スヘキ送達ニ付キ其規定ニ從フコト能ハス若ク
 ハ其規定ニ從フモ其效ナキコトヲ豫知スルトキニ限り之ヲ爲スコトヲ得
 ルモノトス(第一五條)

此送達ハ當事者ニ對シテノミ爲スコトヲ得ル方法ニシテ當事者ヨリ裁判所ニ其申立ヲ爲シ裁判所之ヲ許シタルトキ施行スルヲ得ヘク裁判所カ許可ノ命令ヲ與ヘタルトキハ裁判所書記之ヲ取扱フモノトス(第一五七條第一項)然レトモ裁判所カ職權ヲ以テ送達スヘキ裁判ノ如キハ(第二四五條參照)當事者ノ申立ナキトキト雖モ所在不明ノ當事者ニ對シテハ職權ヲ以テ公示送達ヲ爲スコトヲ得ヘシ而シテ其送達施行方法ハ裁判所書記カ其交付スヘキ書類ヲ裁判所ノ揭示板ニ貼附シテ之ヲ爲ス判決決定ニ在リテハ其裁判ノ部分ノミヲ貼附スルヲ以テ足り又右貼附ノ外裁判所カ必要ト認メタルトキハ送達スヘキ書類ノ抄本ヲ一箇又ハ數箇ノ新聞紙ニ一回又ハ數回掲載スヘキコトヲ命スルコトヲ得ヘシ此場合ニ於ケル抄本ニハ裁判所當事者訴訟物及ヒ送達スヘキ書面ノ要旨ヲ掲クルコトヲ要ス(第一五七條第二項第三項)公示送達ハ書類ノ貼附ヨリ十四日ヲ經過シタル日ヲ以テ送達ヲ爲シタルモノト看做ス然レトモ裁判所ハ公示送達ヲ命スルニ際シ之ヨリ長キ期間ヲ必要ト認メタルトキハ相當ナル期間ヲ定ムルコトヲ得ヘク此場合ニハ

期間ノ經過シタル日ヲ以テ送達ヲ爲シタルモノト看做ス(第一五八條第一項)同一事件ニ關シ同一ノ原告若クハ被告ニ對シ再度以上公示送達ヲ爲スヘキトキハ其後ノ公示送達ハ送達スヘキ書類ノ貼附ヲ以テ之ヲ爲シタルモノト看做ス(第一五八條第二項)

第五 送達證書

送達ニ付テハ之ヲ證スヘキ證書ヲ作ラサルヘカラス其證書ハ送達ノ方式ニ從ヒ差異アリトス

- (一) 送達吏ニ依ル送達ハ送達吏其證書ヲ作成スヘシ而シテ其證書ニハ左ノ事項ヲ記載スルヲ要ス(第一五九條第一項第二項)
 - (イ) 送達ノ場所
 - (ロ) 送達ノ年月日時
 - (ハ) 送達ノ方法即チ本人ニ送達シタルヤ或ハ雇人ニ送達シタルヤ或ハ市町村長ニ預置ノ手續ヲ爲シ若クハ受取人ノ面前ニ差置キタルヤ等送達ニ施行ノ手續ヲ記載スヘシ

- (二) 受取人ノ受取證但受取人受取證ヲ出スコトヲ拒ミタルトキ又ハ受取證ヲ作ルコト能ハサル旨ヲ述フルトキハ其旨ヲ記載スヘシ
- (ホ) 送達吏ノ署名捺印
- (二) 郵便ニ付スル送達ニ付テハ送達スヘキ書類ヲ郵便ニ付シタル吏員ノ報告書ヲ以テ送達ノ證ト爲ス(第一三五條)
- (三) 囑託ニ依ル送達ニ付テハ囑託ヲ受ケタル官廳又ハ官吏ノ送達施行濟ノ證書ヲ以テ送達ノ證ト爲ス(第一五五條第二項)
- (四) 公示送達ニ付テハ特ニ送達證書ヲ作ルヘキ規定ナキモ公示送達ハ裁判所書記之ヲ取扱フモノナレハ裁判所書記ハ送達スヘキ書類ヲ適法ニ貼附シタル事實竝ニ貼附ノ日時ヲ明カニスル書面ヲ作成シ之ヲ訴訟記録ニ添附スヘシ然ラサレハ後日ニ至リ公示送達ノ有無ヲ知ルヲ得ルノ途ナキヲ以テナリ而シテ其書面ニ依リテ送達ノ施行ヲ證スヘキモノトス
- 右ニ述フル送達證書ヲ作成スルコトハ送達ノ要件ニ非ス故ニ送達證書ヲ作成セサルモ送達ヲ無効ト爲スヘキニ非ス他ノ證據方法ニ因リ送達アリ

第六 送達ノ效力

タルコトヲ證明スルヲ得ヘシ

送達ハ單ニ或事項ノ通知ニ止マルコトアリ準備書面ノ送達ノ如キ是ナリ其他法律上ノ效力ヲ生スルコトアリ訴狀ノ送達(第一九條)ニ因リテ權利拘束ヲ生シ判決ノ送達ニ因リテ故障上訴期間ヲ開始シ強制執行實施ノ條件タルカ如キ(第二五七條、第二四〇條)是ナリ

第六節 裁判

第一款 裁判ノ意義及ヒ種別

裁判トハ裁判所、裁判長、受命判事若クハ受託判事ノ宣言ヲ謂フ略言スレハ裁判機關ノ宣言ナリ宣言トハ當事者若クハ第三者ニ對スル意思表示ナリ宣言ノ内容カ訴訟上ノ手續ニ關スルモノナルト當事者ノ權利上ノ爭點ニ關スルモノナルトヲ問ハサルナリ又裁判ハ唯リ當事者ニ對スルノミナラス訴訟ニ關係シタル第三者ニ對シテ爲スコトアリト雖モ裁判ヲ爲スモノハ裁判長、受命判事、受託

判事及ヒ裁判所ナリトス獨逸民事訴訟法ニ於テハ裁判所書記カ當事者若クハ第三者ニ對シテ爲ス所ノ宣言モ亦裁判ナリトスルモ我民事訴訟法ニ於テハ裁判所書記ノ爲ス宣言ハ之ヲ處分ト稱シ裁判ト言ハス(第四六五條參照)裁判ハ之ヲ區別シテ判決決定及ヒ命令ノ三トス判決トハ必要的口頭辯論ニ基キテ爲ス裁判所ノ宣言ヲ謂フ其宣言ノ内容カ當事者ノ實體上ノ權利ニ關スルモノナルト又訴訟上ノ權利ニ關スルモノナルトヲ問ハス必要的口頭辯論ニ基キテ爲ス裁判所ノ宣言ハ總テ之ヲ判決ト稱ス決定トハ裁判所カ書面審理ニ因リ若クハ任意的口頭辯論ニ基キテ爲ス宣言ヲ謂ヒ其宣言ノ内容カ當事者ノ權利ニ關スルモノナルト又訴訟上ノ事項ニ關スルモノナルトヲ問ハサルナリ命令トハ其内容如何ヲ問ハス裁判長受命判事若クハ受託判事ノ爲ス宣言ナリ命令ハ口頭辯論ニ基キテ爲スコトアリ又書面審理ニ基キテ爲スコトアルモノトス

判決決定及ヒ命令ノ區別ハ實質ニ求ムルヲ得ス判決ト決定トハ共ニ裁判所ノ爲ス所ノ宣言ニシテ命令ハ裁判長受命判事受託判事ノ爲ス宣言ナリ判決ト決定トノ區別ハ必要的口頭辯論ニ基キテ爲シタル宣言ハ判決ニシテ任意的ノ口頭辯論若クハ書面審理ニ基キテ爲シタル宣言ハ決定ナリ判決ハ主トシテ當事者ノ實體上ノ權利若クハ訴訟上ノ權利ニ關シテ爲ス宣言ナリ然レトモ常ニ然ルニ非ス例ヘハ請求ノ原因ニ變更ナシトノ中間判決其他中間争ニ付キ爲ス中間判決ノ如キハ實體法上若クハ訴訟法上ノ法律關係ノ存否ニ關セサルモノナリトス決定ハ主トシテ訴訟指揮ニ關スル宣言ナルモ常ニ必スシモ然リト爲スヲ得ス例ヘハ證人ニ對シテ罰金ヲ言渡ス決定又ハ特別代理人ヲ選定スル決定ノ如キ強制執行ノ手續ニ於テ爲ス債權差押命令債權轉付命令競落許可決定ノ如キハ實體上ノ權利ニ付キ爲シタル宣言ナリ是ニ由リテ之ヲ觀レハ判決ト決定トノ區別ノ標準ハ之ヲ其實質ニ求ムヘカラスシテ形式上ノ區別ニ止マル必要的口頭辯論ニ基キテ爲ス裁判所ノ宣言ハ之ヲ判決トシ任意的口頭辯論若クハ書面審理ニ基キテ爲ス裁判所ノ宣言ハ之ヲ決定ナリト謂フノ外ナシトス但假差押假處分手續ニ付キ任意的口頭辯論ヲ經テ裁判ヲ爲ストキハ其裁判ハ判決ヲ以テ之ヲ爲ス(第七四二條第七五六條)證據決定モ亦口頭辯論ニ基カサレハ爲スコトヲ

得ス又上告審ニ於テ上告人ノ陳述ノミヲ聽キ判決ヲ爲スコトアリ(第四三條)
 判決ト決定トヲ效力ヨリ區別スレハ判決ハ其判決ヲ爲シタル裁判所ヲ羈束シ
 一旦判決ヲ言渡シタル以上ハ裁判所カ其後ニ於テ自ラ其判決ノ不當ナルコト
 ヲ發見スルモ其判決ヲ取消又ハ變更スルコトヲ得ス(第二四條)之ニ反シテ決定ハ
 裁判所カ自己ノ爲シタル決定ヲ不當ト認メタル場合ニハ後日ニ至リテ之ヲ取
 消シ又ハ變更スルコトヲ妨ケス是レ第二百九十五條第四百五十九條等ノ規定
 ニ因リテ推知スルニ難カラス即チ第二百九十五條ノ規定ニ因レハ證人ニ對シ
 テ罰金ヲ言渡シタルモ後日其不當ナルコトヲ發見シタルトキハ裁判所ハ其決
 定ヲ取消スコトヲ得ヘク又第四百五十九條ノ規定ニ因レハ決定ニ對シテ抗告
 アリタル場合ニ於テ其抗告ニ因リ裁判所前決定ノ不當ナルコトヲ發見シタル
 トキハ自ラ之ヲ取消スコトヲ得ルモノトス其他訴訟指揮ニ關スル決定ハ特別
 ノ明文ナキモ取消スコトヲ得ルモノトス是レ判決及ヒ決定ヲ效力ノ點ヨリ觀
 察シタル區別ナリ其他判決ハ法定ノ形式ニ從ヒ書面ヲ作成スルコトヲ必要ト
 シ決定ニハ斯ル規定ナキコトモ亦區別ノ標準ト爲スコトヲ得ヘシ

右三種ノ裁判中先ツ判決ニ就テ説明シ次ニ決定命令ニ及ハントス

第二款 判決

第一項 判決ノ種別

第一 對審判決及ヒ關席判決

對審判決トハ當事者雙方ノ口頭辯論ヲ經テ爲ス判決若クハ口頭辯論期日懈
 怠ノ結果ニ基カスシテ爲ス判決ヲ謂フ當事者雙方ノ口頭辯論ヲ經テ爲ス判
 決ハ勿論原告ニ勝訴ヲ言渡スモノナルト被告ニ勝訴ヲ言渡スモノナルトヲ
 問ハス又其判決ノ内容カ實體法上ノ權利ニ關スルモノナルト訴訟法上ノ事
 項ニ關スルモノナルトヲ問ハス之ヲ對審判決トス又縱令當事者一方ノ口頭
 辯論ヲ經テ爲ス判決ナルモ其判決カ辯論ヲ爲ササル相手方ニ對シテ懈怠ノ
 結果ヲ被ラシメサルモノハ對審判決ナリ即チ當事者ノ一方カ出廷シテ辯論
 ヲ爲シタル場合ニハ其辯論ニ據リテ相手方カ辯論ヲ爲ササルカ爲メニ相手
 方ニ敗訴ヲ言渡ス場合ニ非サルトキハ對審判決ナリトス例ハ原告ノ請求
 事件自體カ理由ナキ場合ニ於テハ原告一方カ出廷シテ辯論ヲ爲シ被告カ其

辯論期日ニ出廷セス隨テ辯論ヲ爲ササル場合ニ於テモ被告ニ懈怠ノ結果ヲ被ラシムルモノニアラスシテ原告ノ請求自體カ理由ナキカ爲メニ請求ヲ却下セラルルモノナルカ故ニ其判決ハ闕席判決ニ非スシテ對審判決ナリ其他訴訟要件ニ欠缺アル爲メ原告ノ訴ヲ却下スル場合ニ於テモ亦同シ之ニ反シテ闕席判決トハ相手方ノ口頭辯論期日懈怠ノ結果ニ基キ爲ス判決ヲ謂フ即チ相手方カ期日ニ口頭辯論ヲ全ク爲ササルカ或ハ辯論期日ニ出廷セサル爲メ訴訟行爲ヲ懈怠シタル結果トシテ相手方ニ敗訴ヲ言渡ス判決ナリ對審判決ト闕席判決トノ區別ハ懈怠ノ結果ニ基キテ言渡スモノナルト否トニ因ルモノトス故ニ被告カ口頭辯論ノ期日ニ出廷セサルモ出廷シタル原告ノ訴カ訴訟要件ニ欠缺アルトキ又ハ請求ノ理由ナキ場合ニ於テハ判決ヲ以テ訴ヲ却下シ若クハ請求ヲ棄却スヘク被告ニ懈怠ノ結果ヲ被ラシムルモノニ非サルヲ以テ其判決ハ對審判決ナリ又當事者雙方カ出廷スルモノ一方ノ當事者カ辯論ヲ爲ササルカ爲メ之ニ懈怠ノ結果ヲ被ラシムルモノハ闕席判決ナリ

第二 終局判決及ヒ中間判決

終局判決トハ本訴若クハ反訴ニ付キ爲シタル判決ニシテ其審級ニ於テ訴訟手續ヲ終了スル判決ヲ謂フ即チ請求全部ニ付テ爲ス判決ナルト一分ニ付テ爲ス判決ナルトヲ問ハス又其判決ノ内容カ實體法上ノ權利ニ關スルモノナルト訴訟法上ノ權利ニ關スルモノナルトヲ問ハス其訴ニ付キ其審級ノ手續ヲ終了スル判決ナリ例ヘハ訴ヲ不適法トシテ却下スル判決、實體上ノ請求權ナキコトヲ理由トシテ原告ノ請求ヲ棄却スル判決、原告ノ請求カ實體上理由アリトシテ被告ニ敗訴ヲ言渡ス判決其他控訴、上告ヲ理由ナシトシテ棄却スル判決ノ如キ苟モ其審級ニ於ケル手續ヲ完結スル判決ハ總テ之ヲ終局判決ナリトス或說ニハ終局判決ハ審級ノ手續ヲ完結スルニ非スシテ事件ヲ終了スル判決ナリトスルモノアリ訴ヲ却下シ控訴、上告ヲ棄却スル判決ノ如キハ事件ノ終了ヲ目的トスルモノナルコト論ヲ俟タス故ニ此等ノ判決ハ其審級ニ於テ訴訟手續ヲ完結スルト同時ニ事件ノ終了ヲ目的トスルモノナルカ故ニ孰レノ說ニ因ルモ終局判決ナリ然レトモ唯事件ノ終了ヲ目的トスル判決ノミヲ終局判決ナリトスル說ニ從ヘハ控訴審カ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻

ス判決、上告審ニ於ケル移送若クハ差戻ノ判決第一審ニ於テ管轄違トシテ地方裁判所若クハ區裁判所ニ事件ヲ移送スル所ノ判決ノ如キハ其審級ニ於テハ孰レモ手續ヲ完結スルモノナリト雖モ未タ事件ノ終了ヲ目的トシタルモノト謂フヲ得サルヲ以テ此等ノ判決ハ中間判決ナリト謂ハサルヘカラス其結果トシテ差戻判決移送判決ニ對シテハ上訴ヲ提起スルコトヲ得ス即チ控訴審ニ於ケル差戻判決ニ對シテハ上告ヲ提起スルコトヲ得ス又第一審ノ移送判決ニ對シテハ控訴ヲ提起スルコトヲ得サル如キ結論ヲ生スヘシ之ニ反シテ上訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ大審院ハ控訴審ニ於ケル差戻判決ハ終局判決ニ非サルカ故ニ上告ヲ提起スルコトヲ得ストノ解釋ヲ採リテ判決例一定セリ獨逸ニ於テモ亦此說ヲ唱フル者アリト雖モ同國多數ノ學者ハ終局判決ハ審級ニ於テ手續ヲ終了スルコトヲ目的トスル判決ナリト解シ隨テ右ノ如キ差戻判決移送判決ニ對シテ上訴ヲ提起スルコトヲ得トノ說ヲ採レリ終局判決ヲ分チテ全部ノ終局判決及ヒ一部ノ終局判決ニ區別スルコトヲ得

全部ノ終局判決トハ訴訟全部ノ手續ヲ終了スル判決ナリ一分ノ終局判決トハ一箇ノ請求ノ一分又ハ數箇ノ請求ノ一分ニ付テ手續ヲ終了スル判決ヲ謂フ一分判決是ナリ尙ホ本訴ト反訴トアリタル場合ニ於テ本訴ノミ若クハ反訴ノミニ付テ爲ス判決モ一分判決ナリ但一分判決ナルモノハ裁判所ノ便宜ニ因リテ爲ス所ノモノニシテ必スシモ裁判所カ一分ノ爭點カ裁判ヲ爲スニ熟シタル場合ニ於テ之ヲ爲スコトヲ必要トスルモノニ非ス(第二二條六條)中間判決トハ終局判決ヲ爲スノ準備トシテ訴訟ノ中間即チ進行中ニ生シタル爭點ニ付キ爲ス判決ヲ謂フ隨テ訴訟ノ全部若クハ一分ヲ其審級ニ於テ完結スルモノニ非ス訴訟カ終局判決ヲ爲スノ程度ニ達スル以前ニ於テ生シタル訴訟法上若クハ實體法上ノ爭點ニシテ終局判決ヲ爲スニハ其爭點ニ付キ判斷ヲ必要トスルモノニ付キ特ニ爲ス判決即チ終局判決ニ對スル前提判決ナリトス中間判決ヲ爲スヘキ場合左ノ如シ

- (一) 各箇ノ獨立ナル攻撃若クハ防禦ノ方法カ裁判ヲ爲スニ熟シタルトキ(第二七條)獨立ナル攻撃若クハ防禦方法ノ意義ニ付テハ第四章第四節ヲ看ル

へシ數箇ノ獨立ナル攻撃若クハ防禦方法ノ提出アリタルトキ其一箇ノ獨立ナル攻撃防禦ノ方法ニ付キ裁判ヲ爲スニ熟シタルトキ中間判決ヲ爲ス場合ハ獨立ナル攻撃若クハ防禦ノ方法カ理由ナキ場合又ハ獨立ナル防禦方法ニ對スル獨立ナル攻撃方法カ理由アル場合トス其他ノ場合ニ於テ攻撃方法ニシテ理由アルトキハ之ニ因リテ被告ニ敗訴ヲ言渡スヘク又防禦方法ノ理由アルトキハ原告ノ訴ヲ排斥シ訴訟ハ茲ニ終結スルモノナルカ故ニ終局判決ヲ爲スヘク之ニ反シテ獨立ナル攻撃若クハ防禦方法カ理由ナキトキハ其方法ヲ排斥シテ更ニ審理ノ進行ヲ爲ス必要アルカ故ニ中間判決ヲ以テ之ヲ棄却スヘキモノナレハナリ茲ニ所謂獨立ナル攻撃若クハ防禦方法トハ實體法上ノ事項ニシテ原告ノ訴訟物自體ニ關スルモノナリトノ說アリト雖モ贊成スル能ハス

(二) 中間ノ爭カ裁判ヲ爲スニ熟シタルトキ(第二二條) 中間ノ爭トハ獨立ナル攻撃防禦ノ方法ニ屬セサル訴訟手續上ノ爭ニシテ其爭ヲ判斷セサレハ訴訟ヲ進行スルコト能ハサルモノヲ謂フ例ハ證書提出ノ義務ニ關シテ爭

ヲ生シタル場合ノ如キ請求ノ原因ノ變更アリヤ否ヤニ付キ爭ヲ生シタル場合ノ如キ是ナリ

(三) 請求ノ原因及ヒ數額ニ付キ爭アル場合ニ於テ先ツ其原因ノミニ付キ裁判ヲ爲スヘキトキ(第二二條) 請求ノ原因及ヒ數額ニ付キ爭アル場合ニ若シ原因ト數額トニ付キ同時ニ裁判ヲ爲スヘキモノトスルトキハ或ハ訴訟手續ニ煩雜ヲ來スノミナラス或ハ數額ニ付テノ辯論ヲ無用ニ歸セシムル結果ヲ生スルコトナシトセス例ハ損害賠償ノ請求ノ訴ニ於テ賠償ヲ請求スル權利アリヤ否ヤノ點及ヒ若シ其權利アリトスレハ幾何ノ金額ヲ請求スルコトヲ得ルカ其數額ニ付キ爭アル場合ニ於テ若シ其請求ノ原因即チ賠償ヲ請求スルノ權利ナシトスル場合ニ於テハ其數額ニ付キ審理ヲ爲スノ必要ナシ之ニ反シテ其原因アリトスル場合ニ於テハ數額ニ付テモ亦審理判斷ヲ爲ササルヘカラス前段ノ場合即チ請求ノ原因ナキニ拘ラス數額ニ付テノ辯論ヲ爲スハ其辯論ハ全ク無用ニ歸スルカ故ニ請求ノ原因アリヤ否ヤニ疑アル場合ニ於テハ原因ト數額トニ付キ辯論ノ分離ヲ爲スコト

ヲ許シ請求ノ原因ヲ正當トスル場合ニ於テハ更ニ數額ニ付テ辯論ヲ爲スノ必要アルカ故ニ原因ニ付テノ中間判決ヲ爲スヘキモノトセリ之ニ反シテ請求ノ原因ヲ不當トスルトキハ原告ノ請求ヲ不當トシテ却下スルモノナルカ故ニ其判決ハ終局判決ナリトス而シテ請求ノ原因ヲ正當トスル判決ハ恰モ妨訴抗辯ヲ棄却スル中間判決ト同シク若シ上訴審ニ於テ其原因ヲ不當トスルトキハ數額ノ審理モ無用ニ歸スルカ故ニ此中間判決モ亦上訴ニ關シテハ終局判決ト看做シ其判決ノ確定ニ至ルマテ數額ニ付テノ辯論ヲ中止スルヲ原則トス然レトモ妨訴抗辯棄却ノ中間判決ノ場合ト同シク申立ニ因リテ數額ニ付テノ辯論ヲ命スルコトヲ得ルモノトス(第二二八條第二項)以上述ヘタル三場合ノ外中間判決トシテ訴訟法ニ規定スル所ノモノハ證書ノ真否ヲ確定スル判決(第三五條)證書訴訟爲替訴訟ニ於テ被告ニ權利ノ行使ヲ留保スル判決(第四二條)妨訴抗辯棄却ノ中間判決(第七條)ナリトス而シテ後ノ三者ハ上訴ニ關シテ終局判決ト看做サルルモノトス

第三 訴訟判決及ヒ本案判決

此區別ハ判決ノ目的物ニ基ツクモノナリ訴訟判決トハ判決事項カ訴訟物ニ關セサルモノヲ謂ヒ本案判決トハ訴訟物自體ニ付キ爲ス判決ヲ謂フ訴ノ適否、上訴ノ適否等ヲ言渡ス判決ハ訴訟判決ニシテ原告請求ノ當否ニ付キ爲ス判決ハ本案判決ナリトス

第四 給付判決、確定ノ判決、創設判決

此區別ハ判決ノ内容ニ因ルモノニシテ第三編第一章以下ヲ参照スヘシ

第五 主タル判決、先決判決

此區別モ亦判決ノ内容ニ基クモノニシテ訴訟物若クハ訴訟關係ノ成立、不成立ニ付キ終局的ニ爲ス判決ヲ主タル判決ト謂ヒ其先決問題ニ付キ爲ス判決ヲ先決判決ト謂フ例ヘハ訴訟關係成立セリトノ判決ノ如キハ訴訟關係ニ付キ終局的宣言ヲ爲スモノナレハ中間判決ナルモ主タル判決ナリ又請求ノ原因ヲ正當ナリトスル判決ハ訴訟物ニ付テノ判決ナルモ終局的宣言ニ非サレハ先決判決ナルカ如キ是ナリ

第二項 判決ヲ爲スノ條件

判決ヲ爲スノ條件ハ之ヲ形式上ノ條件及ヒ實體上ノ條件ニ區別スルコトヲ得

第一 形式上ノ條件

形式上ノ條件トシテハ訴訟ニ付テ口頭辯論ヲ經ルコトヲ要ス(第一〇)判決ハ必要的口頭辯論ニ基ク裁判所ノ裁判ナレハナリ隨テ口頭辯論(基本タル口頭辯論ニ臨席シタル判事ニ非サレハ裁判ヲ爲スコトヲ得ス(第二三)基本タル口頭辯論トハ證據調ノ結果ノ辯論ニ非ス判決ノ基本ト爲ル訴訟資料ニ關スル一切ノ辯論ヲ謂フ當事者ノ一定ノ申立請求ノ原因被告ノ抗辯證據調ノ結果ニ付テノ辯論等是ナリ而シテ此口頭辯論ニ臨席シタル判事ニ非サレハ判決ヲ爲スコトヲ得スト爲シタルハ是レ口頭審理主義ノ原則ニ因レルモノトス準備手續又ハ證據調ノ如キハ基本タル口頭辯論ニ屬セサルヲ以テ證據調若クハ準備手續ニ臨席セサル判事ト雖モ判決ヲ爲スコトヲ妨ケス

第二 實體上ノ條件

實體上ノ條件トシテハ訴訟カ裁判ヲ爲スニ熟シタルコトヲ要ス裁判ヲ爲ス

準備手續

存在
トシテハ

ニ熟ストハ裁判所カ訴訟ノ當否ノ判斷ヲ爲スコトヲ得ルニ至レル程度ヲ謂フ民事訴訟法第二百二十五條乃至第二百二十七條ノ規定ニ因レハ何レモ裁判ヲ爲スニ熟スルトキトアリ即チ全部ノ終局判決ヲ爲スニハ訴訟ノ全部カ裁判ヲ爲スニ熟スルコトヲ要シ一部ノ終局判決ヲ爲スニハ其一部カ裁判ヲ爲スニ適スルコトヲ要シ其他中間判決ニ付テハ中間ノ争又ハ獨立ナル攻撃防禦ノ方法カ裁判ヲ爲スニ熟スルコトヲ要ス裁判ヲ爲スニ熟シタルヤ否ヤハ裁判所ノ認定ニ因ルモノニシテ當事者ノ申立ニ基クモノニ非ス唯裁判ヲ爲スニ熟スルモ當事者ノ申立ナケレハ裁判ヲ爲ササル場合ニアリ即チ請求ノ拋棄又ハ認諾アリタルトキ是ナリ請求ノ拋棄アルトキハ原告ノ訴ヘタル私權ニ付キ裁判所ハ審理ヲ爲スノ必要ナシ故ニ訴訟ハ裁判ヲ爲スニ熟ス又被告カ原告ノ請求ヲ認諾シタル場合ニ於テハ原告ノ私權ノ存在ハ確實ナルモノト看做スヘキナリ故ニ訴訟ハ裁判ヲ爲スニ熟ス此ニイ場合ニ於テハ裁判ヲ爲スニ熟スルニ拘ハラズ國家カ私權ノ存否ニ付キ判決ヲ以テ確定スルノ必要ナシト認メ進ンテ判決ヲ爲ササルモノトセリ然レトモ被告カ請求ヲ

認諾シタルトキト雖モ後日其義務ノ履行ヲ爲ササルコトアリテ原告カ強制執行ヲ爲スノ必要ヲ生シタル場合ニ若シ判決ナキトキハ債務名義ナキカ故ニ強制執行ヲ爲スコト能ハス故ニ後日ノ爭議ヲ避ケンカ爲メ原告ニ判決ヲ求ムルコトヲ得セシメサルヘカラス原告カ請求ヲ拋棄シタル場合ニ於テモ被告ハ後日再ヒ請求ヲ受クルノ虞ナシトセサルカ故ニ被告ヲシテ判決ヲ求ムルコトヲ得セシメサルヘカラス此理由ニ基キ請求ノ拋棄又ハ認諾ノ場合ニ於テハ本來判決ヲ爲スノ必要ナキモ當事者ノ申立アルトキハ判決ヲ爲スヘキモノトセリ然ルニ或説ニ因レハ第二百二十九條ハ申立ニ因リトアルモ是レ特ニ判決ヲ求ムル申立ヲ必要トスルノ趣旨ニ非ス原告ハ元來一定ノ申立ヲ爲シ以テ本案ノ判決ヲ要求セルモノナリ故ニ被告カ認諾ヲ爲シタル場合ニ於テハ特別ノ申立ヲ必要トセス裁判所ハ判決ヲ爲スヘキナリト其説非ナリ論者ノ説ニ因ルモ被告ニハ一定ノ申立ナルモノナキヲ以テ被告カ原告ノ請求拋棄ニ基ク判決ヲ得ントスル場合ニハ特別ノ申立ナキトキハ判決ヲ爲スヲ得ストセサルヘカラス第二百二十九條ノ申立云々ヲ原告被告ノ位置

ニ因リ異別ニ解釋スルコトヲ得ス故ニ請求ノ拋棄認諾ニ付キ特別ノ申立ヲ必要トセサルノ説ハ現行民事訴訟法ノ解釋トシテハ其當ヲ得サルモノト信ス然ラハ請求ノ拋棄若クハ認諾ノアリタル場合ノ判決ヲ求ムルノ申立ヲ爲スヘキ時期如何請求ノ拋棄若クハ認諾アリタル後更ニ口頭辯論期日指定ノ申請ヲ爲シテ拋棄又ハ認諾ニ付テノ判決ヲ求ムルノ申立ヲ爲スコトヲ得ルカ曰ク非ナリ請求ノ拋棄若クハ認諾アリタルトキ直チニ判決ノ申立ヲ爲ササルヘカラス然ラサレハ權利拘束消滅スルヲ以テ判決ヲ求ムル能ハサルニ至ルヘケレハナリ

請求ノ拋棄若クハ認諾アリタル場合ニ於テモ訴訟成立要件ノ欠缺アルトキハ裁判所ハ拋棄又ハ認諾ニ因ル判決ヲ爲スコトヲ得スシテ原告ノ訴ヲ不適法トシテ却下セサルヘカラス次ニ請求ノ一部ノ拋棄若クハ一部ノ認諾アリタル場合ニ於テ當事者ヨリ判決ヲ受クヘキ申立アリシトキハ裁判所ハ必ス其一部ニ付テ判決ヲ爲ササルヘカラス普通ノ場合ノ一分判決ハ裁判所ノ意見ニ因リテ之ヲ爲シ若クハ爲ササルコトヲ得ルモノアレトモ此場合ニ於テ

ハ裁判所ハ必ス一分判決ヲ爲ササルヘカラス

第三項 判決ハ口頭辯論ヲ終結スル當時ノ訴訟資料ヲ基本トシテ爲スヘキモノトス。訴提起當時ノ状態ヲ基本ト爲スヘキニ非ス如何トナレハ各當事者ハ口頭辯論ノ終結ニ至ル迄ハ各個ノ攻撃若クハ防禦ノ方法ヲ提起スルヲ得ルモノナレハナリ第二〇九條參照。故ニ訴提起ノ當時正當ナリシ請求モ訴訟ノ進行中事情ノ變更ニ依リ不當ナリトシテ判決ヲ受クルニ至ルコトアリ又訴提起ノ當時正當ナル請求モ判決當時ニ於テハ不當ニ歸スルニ至ルコトアルモノトス

第三項 判決ノ内容

判決ハ口頭辯論ヲ經タル總テノ攻撃及ヒ防禦ノ方法ヲ包括スルヲ原則トス第三〇條。即チ判決ヲ爲スハ當事者ノ口頭辯論ニ於テ主張シタル申立事實抗辯證據方法證據抗辯等ニ付キ各之カ判断ヲ爲ササルヘカラス若シ其判断ヲ爲スコトヲ脱漏スルトキハ其判決ノ違法ナリ然レトモ數箇ノ獨立ナル攻撃防禦ノ方法中一箇カ適切ナルモノト認メタル場合即チ一箇ノ方法ノ判断ヲ以テ訴ノ全部ノ判断ヲ爲シ得ヘキトキ其他ノ點ニ付テハ判断ヲ爲スノ必要ナキモノト

ス同條第其他民事訴訟法カ辯論主義ヲ採レル結果トシテ當事者ノ申立テタル事項ハ之ヲ原告若クハ被告ニ歸スルコトヲ得ス第二三一項申立テタル事項トハ當事者ノ申立テタル以外ノ事項ヲ謂フ例ヘハ貸金トシテ辨濟ノ請求ヲ爲シタル場合ニ裁判所ハ貸金ニ非サル寄託金ナリトシテ辨濟ヲ命スル裁判ヲ爲シ婚姻ノ無効宣言ヲ求メタル訴ニ於テ婚姻取消ノ裁判ヲ爲ス能ハサル如キ是ナリ然レトモ申立ノ内部ニ付キ其一部ヲ當事者ニ歸セシムルコトヲ妨ケサルノミナラス其一部ノ請求カ不當ナルハ故ヲ以テ請求全部ヲ排斥スルコトヲ得ル例ヘハ千圓ヲ請求セル場合千五百圓ハ理由アリテ他ノ五百圓ハ理由ナキ場合ニ於テハ請求全部ヲ排斥スルコトヲ得サルカ如キ之ニ反シテ五百圓ノ損害賠償ヲ請求シタル場合ニ其損害賠償ノ數額過少ナリト認メ千圓ヲ支拂フヘキコトヲ命スル判決ヲ爲スヲ得ス何トナレハ他ノ五百圓ニ付テハ申立以外ノ事項ニ屬スレハナリ其他事實證據方法證據抗辯ニ付テモ當事者カ自己ノ訴訟資料トシテ提起セサルモノヲ以テ判決ヲ爲スコトヲ得ル是レ辯論主義ノ原則トセルニ基クモノナリ但訴訟費用ハ申立ノ有無ニ拘ラズ判決セサルヘカラス(同條第

法律第...
...
...

訴訟費用負擔ノ義務ハ公法上ノ義務ニシテ當事者ハ自由ニ之ヲ左右スルコトヲ得ル原告若クハ被告ニ負擔セシムルハ國家ノ機關タル裁判所ニ裁判ヲ爲サシムル必要ヲ惹起スルニ至リテハ事實ニ基クモノナル故ニ公法上の性質ヲ有ス是レ訴訟費用ニ付テハ當事者ノ申立ノ有無ニ拘ハラス判決ヲ爲シ得ルモノトセル所以ナリ

第四項 判決ノ作成

- 判決ハ言渡ノ日ヨリ起算シテ七日ノ期間内ニ原本ヲ作成スヘク而シテ其判決ノ原本ハ之ヲ裁判所ノ書記ニ交付スヘキモノナリ(第二三七條第二項)
- 判決ニハ左ノ諸件ヲ掲クヘキモノトス(第二三六條)
- (一) 當事者及ヒ其法律上代理人ノ氏名、身分、職業及ヒ住所、當事者ノ何人タルヤヲ明カニスル目的ナレハ身分、職業等ノ表示ヲ缺クモ違法ニ非ス
 - (二) 事實及ヒ争點ノ摘示但其摘示ハ當事者ノ口頭演述ニ基ツキ殊ニ其提出シタル申立ヲ表示シテ之ヲ爲ス
 - (三) 判決ノ理由、判決ノ理由トハ當事者ノ申立ヲ認容シ若クハ排斥スルニ至

リタル證據ヲ謂フ第二三〇條ノ規定ニ則リ表示スヘキモノナリ其證據ノ表示カ矛盾スルコトアルカ若クハ不明ナルトキハ理由ヲ付セサル判決ナリトス

(四) 判決主文 判決主文トハ如何ナル範圍ニ於テ當事者ノ申立ヲ認容シ若クハ排斥シタルヤノ表示ヲ謂フ判決主文ヲ缺クトキハ判決ナキニ同シ之ヲ表示スルニハ判決理由ノ前ニ記載アルモ後ニ記載スルモ可ナリト雖モ他ノ諸件ト分離シ判決主文トシテ明瞭ナラシムルコトヲ要ス

(五) 裁判所ノ名稱 裁判ヲ爲シタル判事ノ官氏名

右ノ諸件ヲ缺クトキハ不法トス事實ノ摘示理由ノ表示ヲ缺クトキハ第四百二十三條ニ因リ差戻判決ノ原因ト爲ルヘク訴訟手續違背トシテ上告ノ理由ト爲ル當事者ノ表示ヲ缺クトキハ訴訟當事者ニ對シ判決ナキニ歸スト雖モ當事者ハ其判決ニ對シ不法ノ判決トシテ上訴ヲ爲スコトヲ得ヘク判決主文ヲ缺クトキハ上訴ヲ爲スヲ得ス追加裁判ノ申立ヲ爲スヘキナリ裁判所ノ名稱判事ノ官氏名ヲ缺クトキモ亦訴訟手續違背トシテ上訴ヲ爲スヲ得ヘシ

訴訟費用負擔ノ義務ハ公法上ノ義務ニシテ當事者ハ自由ニ之ヲ左右スルコトヲ得ル原告若クハ被告ニ負擔セシムルハ國家ノ機關タル裁判所ニ裁判ヲ爲サシムル必要ヲ惹起スルニ至リテハ事實ニ基クモノナル故ニ公法上の性質ヲ有ス是レ訴訟費用ニ付テハ當事者ノ申立ノ有無ニ拘ハラス判決ヲ爲シ得ルモノトセル所以ナリ

判決ノ原本ニハ裁判ヲ爲シタル判事即チ裁判ノ基本タル口頭辯論ニ臨席シ其判決ノ評議ヲ爲シタル判事カ署名捺印スヘキモノナリ而シテ若シ其陪席判事カ署名捺印スルニ差支アルトキニハ其理由ヲ開示シテ裁判長其旨ヲ附記シ裁判長差支アルトキハ官等最モ高キ陪席判事之ヲ附記スヘキモノナリ而シテ裁判所書記ハ判決言渡ノ日及ヒ原本領收ノ日ヲ原本ニ附記シ且其附記ニ署名捺印スヘキモノナリ(第二三條)

判決カ未タ言渡サレサルトキ又ハ判決ノ原本ニ判事裁判所書記カ署名捺印セサル場合ニ於テハ其正本抄本及ヒ謄本ヲ當事者ニ付與スルヲ得ス(第二三九條第一項)裁判所書記ハ判決ノ正本抄本及ヒ謄本ニ署名捺印シ且裁判所ノ印ヲ捺シテ之ヲ認證スヘキモノナリ(同條第二項)

第五項 判決ノ言渡

判決ハ言渡ヲ待テ始メテ外部ニ對シテ成立スルモノトス故ニ合議裁判所ニ於テ如何ニ判決ヲ言渡スカノ評議決定シ又區裁判所ノ判事カ如何ニ判決ヲ爲スヘキカノ主文ヲ作成スルトキハ判決ハ存在スルモノト謂フヲ得ヘキモ判決ハ

未タ外部ニ對シテ成立セルモノト謂フコトヲ得ス隨テ言渡ササル判決ハ縱令其送達ヲ爲スモ其送達ハ判決ノ送達ト爲スヲ得サルヲ以テ之ニ因リテ不變期間開始ノ條件ト爲ルモノニ非ス判決ノ言渡ハ第三百三十四條ニ所謂口頭辯論ノ方式ニ屬スルヲ以テ爭アルトキハ口頭辯論調書ノミヲ以テ證明スルコトヲ得ルモノトシ故ニ言渡書カキトキハ判決ノ言渡カキモノト云フヘク又口頭辯論調書ニ言渡ノ記載アルモ他ノ要件カ調書ニ記載カキトキハ判決言渡ノ手續ニ違法アリト爲スヘキオリ故ニ前ノ場合ニ於テハ上訴ノ提起ヲ爲スモ其上訴ハ不法ニシテ後ノ場合ニ於テハ上訴ノ適法ニ成立スルヲ判決言渡手續ニ違法アルモノナレハ上訴審ハ判決及ヒ判決言渡手續ヲ廢棄シテ差戻判決ヲ爲サルヘカラス(第四二三條)

未タ外部ニ對シテ成立セルモノト謂フコトヲ得ス隨テ言渡ササル判決ハ縱令其送達ヲ爲スモ其送達ハ判決ノ送達ト爲スヲ得サルヲ以テ之ニ因リテ不變期間開始ノ條件ト爲ルモノニ非ス判決ノ言渡ハ第三百三十四條ニ所謂口頭辯論ノ方式ニ屬スルヲ以テ爭アルトキハ口頭辯論調書ノミヲ以テ證明スルコトヲ得ルモノトシ故ニ言渡書カキトキハ判決ノ言渡カキモノト云フヘク又口頭辯論調書ニ言渡ノ記載アルモ他ノ要件カ調書ニ記載カキトキハ判決言渡ノ手續ニ違法アリト爲スヘキオリ故ニ前ノ場合ニ於テハ上訴ノ提起ヲ爲スモ其上訴ハ不法ニシテ後ノ場合ニ於テハ上訴ノ適法ニ成立スルヲ判決言渡手續ニ違法アルモノナレハ上訴審ハ判決及ヒ判決言渡手續ヲ廢棄シテ差戻判決ヲ爲サルヘカラス(第四二三條)

判決ハ其訴訟ニ付キ口頭辯論ノ終結シタル日又ハ其日ニ於テ言渡スコトヲ得サルトキハ其日ヨリ七日ノ期間内ニ別ニ判決ノ言渡ヲ爲スヘキ期日ヲ定メテ言渡スヘキモノトセリ(第二三條)此七日ノ期間ハ訓示的期間ナルヲ以テ期間ヲ經過シタル後ニ於テ言渡シタル判決ト雖モ效力ニ瑕疵ヲ生スルモノニ非ス法律

カスル期間ヲ定メタルハ是レ口頭辯論主義ニ基キタルモノニシテ七日ノ期間
 經過後ニ於テ判決ノ言渡ヲ爲サントスル場合ニハ或ハ判事カ當事者ヨリ聴取
 リタル訴訟材料ニ付テノ記憶減少シ隨テ直接當事者ノ口頭陳述ヲ聴キ其陳述
 ヲ訴訟材料トシテ判斷ヲ爲スコトヲ原則トスル本法ノ主義ニ反スヘケレハナ
 リ蓋シ判事カ當事者ノ陳述ヲ聴キ之ヲ資料トシテ判斷ヲ爲スニハ其口頭辯論
 終結ノ日最モ適當ナルヲ以テ民事訴訟法ニ於テハ判決ハ口頭辯論終結ノ日ニ
 於テ言渡スヘク已ムコトヲ得サル場合ニハ七日ノ期間内ニ言渡スヘキモノト
 セリ然レトモ若シ七日ノ期間内ニ判決ノ言渡ヲ爲スコト能ハサル事情アル場
 合ニ於テハ宜シク口頭辯論ヲ再開シ更ニ記憶ヲ新ニシ審理判決スルヲ訴訟法
 ノ精神ニ適スルモノトス判決ノ言渡トハ判決ヲ當事者ニ告知スルコトヲ謂フ
 判決ノ言渡ハ已ニ内部ニ於テ成立セル判決ヲ外部ニ對シテ發表スル方法ナリ
 故ニ判決ハ言渡前ニ於テ存在スルコトヲ必要トス判決ノ言渡ハ判決ヲ爲スモ
 ノニ非サレハ言渡ヲ爲ス判事ハ基本タル口頭辯論ニ臨席セル判事ナルコトヲ
 要セサルモノトス判決ヲ言渡ス方式ハ受訴裁判所ノ裁判長又ハ判事カ公開シ

判決ノ朗讀

タル法廷ニ於テ判決主文ヲ書面ニ記載シ之ヲ朗讀シテ爲ス(第二三項)主文ノ朗
 讀ヲ必要トシタルハ判決ノ原本ハ言渡ノ日ヨリ七日以内ニ作成スレハ可ナル
 カ故ニ(第二三項)言渡シタル主文ト原本ニ記載シタル主文トノ差違ヲ生スルコ
 トヲ避ケンカ爲メナリ言渡シタル判決主文ト主文記載ノ書面ノ趣旨ト差異ア
 リタルトキハ言渡シタル判決主文ヲ標準ト爲ササルヘカラス如何トナレハ主
 文ヲ書面ニ記載スルハ内部關係ニシテ外部關係ニ於テハ判決ハ言渡ニ依リテ
 成立スルモノナレハナリ判決ノ言渡ニハ判決ノ理由ヲ言渡スコトヲ必要トセ
 スト雖モ若シ其理由ヲ當事者ニ告知スルコトヲ適當トスル場合ニ於テハ判決
 ノ言渡ト同時ニ其理由ヲ朗讀シ或ハ口頭ヲ以テ其要領ヲ告知スヘキモノトス
(第二三項)關席判決ノ言渡ニハ主文ノ朗讀ヲ必要トセス是レ關席判決ニ在リテ
 ハ其言渡簡單ニシテ特ニ書面ニ記載セサルモ誤ヲ生スル虞ナクナリ
 判決ノ言渡ハ當事者ノ一方若クハ雙方ノ在廷セルト否トニ因リテ何等ノ影響
 ナシ判決ノ言渡アリタルトキハ當事者ハ判決ノ送達アラシキコトヲ申立ヲ爲ス
 コトヲ得其ノ申立アリタルトキハ判決ノ正本ヲ當事者ニ送達セサルヘカラス

判決ノ朗讀
 判決ノ朗讀
 判決ノ朗讀

(第二三五條第一項) 判決ノ言渡アリタルトキハ縱令其判決ノ送達以前ニ於テモ法律ニ於テ特ニ禁シタル場合ノ外ハ其判決ニ基キテ訴訟手續ヲ續行スルコト其他判決ヲ使用スルコトヲ得ヘシ故ニ妨訴抗辯棄却ノ判決ノ言渡アリタル後未タ其判決ノ送達ナキ以前ト雖モ當事者ハ本案ノ辯論ノ申立ヲ爲スコトヲ得又請求ノ原因及ヒ數額ニ付キ爭アリタル場合ニ於テ請求ノ原因ヲ正當トスル判決ヲ爲シタルトキ其判決ニ基キテ數額ノ辯論ヲ申立ツル場合ニハ判決ノ送達アルコトヲ必要トセス(第二〇七條) 唯法律ニ特定シタル場合例ハ不變期間ノ開始(控訴上告強制執行等ニ付テハ判決ノ送達ヲ必要トス(第二三五條) 第三五項)

第六項 判決ノ更正・追加

判決ニ著シキ誤謬書損違算等ノアリタル場合ニ於テハ裁判所ハ當事者ノ申立ニ因リ若クハ職權ヲ以テ何時ニテモ之ヲ更正スルコトヲ得(第二四一項) 更正ハ口頭辯論ヲ經スシテ裁判ヲ爲スコトヲ得ヘク其裁判ハ決定ヲ以テ爲スヘキモノトス(第二四二項) 更正ヲ宣言スル決定ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ許スモ其更正ノ申立ヲ却下スル決定ニ對シテ上訴ヲ爲スコトヲ許サス

裁判所カ裁判ヲ爲スニ當リ主タル請求若クハ附帶ノ請求又ハ費用ノ全部若クハ一分ノ裁判ニ付テ裁判ヲ爲スコトヲ脱漏シタルトキハ當事者ノ申立ニ因リ追加ノ裁判ヲ以テ判決ヲ補充スヘキモノナリ補充ノ申立ハ判決ノ言渡後直チニ追加裁判ノ申立ヲ爲ササル場合ニ於テハ遅クモ判決ノ正本ヲ送達シタル日ヨリ起算シテ七日ノ期間内ニ之ヲ爲スコトヲ必要トス其申立アリタルトキハ即時ニ又ハ新期日ヲ定メテ裁判ノ脱漏シタル部分ニ付キ更ニ口頭辯論ヲ爲サシメ之ニ因リテ裁判ヲ爲スヘキモノトス(第二四四條) 其判決ヲ更正若クハ補充スル裁判ハ判決ノ原本及ヒ正本ニ之ヲ追加シ若シ判決ノ送達後ニシテ最早之ニ追加スルコト能ハサル場合ニ於テハ更正又ハ補充ノ裁判ニ付テノ正本ヲ作ラサルヘカラス(第二四三條) 期間内ニ追加裁判ノ申立ヲ爲ササリシトキハ脱漏アリタル訴訟物ノ權利拘束ハ消滅ス

第七項 判決ノ效力

第一 言渡ニ因リテ生スル效力 判決ノ言渡アリタルトキハ其判決カ中間判決ナルト終局判決ナルトヲ問ハス當事者ニ對シテハ判決アリタルコトノ效力

力ヲ生シ裁判所カ其判決中ニ包含セラレタル裁判ニ羈束セラレル効力ヲ生ス○第二條換言スレハ判決ノ言渡ニ因リテ裁判所ノ外部ニ對シ判決タルノ効力ヲ生シ其判決ノ言渡後ニ於テハ縱令裁判所カ其判決ノ不當ナルコトヲ發見シタル場合ニ於テモ之ヲ取消シ若クハ變更スルコトヲ得ス又中間判決ヲ言渡シタル場合ニ於テハ終局判決ヲ以テ其中間判決ト矛盾セル判決ヲ爲スコトヲ得サルモノトス但其判決ニ故障ノ申立上訴ノ提起若クハ再審ノ訴ノ提起アリタルトキハ裁判所ハ其判決ヲ變更廢棄スルコトヲ得ルモ判決ヲ爲シタル裁判所カ自ラ其裁判ヲ變更廢棄スルニハ必ス故障若クハ再審ノ訴ヲ待タサルヘカラス其他ノ場合ニ於テハ其判決ハ之ヲ變更又ハ廢棄スルコトヲ得サルノミナラス同一事件ニ付キ其判決ト矛盾シタル判決ヲ爲スコトヲ得サルモノトス例ヘハ請求ノ原因カ不當ナリトノ中間判決ヲ爲シタル後數額ノ爭點ニ付テ請求ノ原因カ不當ナリトノ判決ヲ下スコトヲ得ス又妨訴抗辯棄却ノ中間判決ヲ爲シタル後ノ終局判決ニ於テ妨訴抗辯ヲ理由アリト爲スコト能ハサルカ如シ

確定力

第二

判決ノ送達後不變期間ノ經過ニ因リテ生スル効力 上訴又ハ故障ニ依リテ不服ヲ申立ツルコトヲ得サル効力ヲ判決ノ確定力ト謂フ確定力ニハ實質的確定力ト形式的確定力トノ二アリ

(一) 形式的確定力トハ判決カ故障若クハ上訴ニ因リテ攻撃スルコトヲ得テ

ル程度ニ達シタル効力ヲ謂フモノニシテ即チ故障期間又ハ上訴期間ノ經過ニ依リ又ハ故障若クハ上訴ノ拋棄又ハ取下ニ依リテ當事者カ其判決ニ拘束セラレ不服ノ申立ヲ爲スヲ得サルニ至リタル効力ニ外ナラス形式的確定力ヲ生シ得ヘキ判決ハ終局判決及ヒ終局判決ト同一視スヘキ中間判決ノ二種ニシテ此等ノ判決ノ確定力ニ生スルハ故障期間又ハ上訴期間ノ經過シタルトキ或ハ故障又ハ上訴ヲ當事者カ取下ケ若クハ拋棄シタルトキナリトシ蓋シ故障又ハ上訴ノ取下若クハ拋棄ハ其判決ニ對シテ故障又ハ上訴ヲ爲スノ權利ヲ喪失スルノ結果ヲ生スルモノナレハナリ又上告裁判所ノ判決ハ之ヲ攻撃スル方法ナキカ故ニ言渡ニ因リテ確定ス判決ノ形式的確定力ハ終局判決及ヒ之ト同一視スヘキ中間判決ニシテ其判決カ對

審判決タルト關席判決タルト全部判決タルト將タ一分判決タルト又其内容ノ如何ヲ問ハス形式的確定力ヲ發生スルモノナリ

(二)

實質的確定力トハ判決カ形式的ノ確定力ヲ生シタル效力トシテ判決セラレタル訴訟物ニ付キ裁判所及ヒ當事者ヲ拘束スル所ノ效力ヲ謂フ判決カ實質的確定力ヲ生シタルトキハ同一ノ訴訟物ニ付キ同一ノ當事者間ニ後日訴訟起リタル場合ニ於テ裁判所カ若シ其實質的確定力ヲ發生シタル判決ノアリタルコトヲ知リタルトキハ其判決ト異ナリタル判決ヲ爲スコトヲ得ス之ト同時ニ當事者ハ其判決ト異リタル主張ヲ爲スコトヲ得ス故ニ確定判決アリタル訴訟ト同一ノ訴訟起リタル場合ニ於テハ當事者ハ確定判決ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得ルモノナリ羅馬法ニ於テハ一タヒ裁判所カ保護ヲ與ヘタル請求ニ付テハ再ヒ審理シテ保護ヲ與フル必要ナシトノ理由ニ據リ一事不再理ノ原則ヲ認メ之ヲ裁判所ノ職權調査ノ事項ニ屬セシメシヲ以テ確定判決ノ存在ハ訴訟關係ノ成立ヲ缺クニ至ルモノナリ即チ確定判決ノ存在セサルコトヲ訴訟ノ成立要件ト爲シタリ然レトモ我

現行法ニ於テハ同一訴訟物ノ確定判決ノ不存在ヲ訴訟ノ成立要件ト爲サス同一ノ訴訟物ニ付キ前ノ確定判決ニ裁判所及ヒ當事者カ羈束セララル結果トシテ原告ノ請求ヲ棄却スル判決ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ故ニ我訴訟法ニ於テハ確定判決ノ存在ハ訴訟ノ成立要件ヲ缺クモノニ非ス然レトモ判決ノ實質的確定力ハ既判效ヲ生スルモノナリ法律カ既判效ヲ認ムル理由ハ確定力ヲ生シタル判決カ其訴訟物タル當事者間ノ法律關係ノ真相ト一致セルモノト看做スカ故ニ非スシテ國家ノ權力ニ因リ其法律關係ノ眞實ナルト否トヲ問フコトナク一タヒ當事者間ノ法律關係ヲ確定シタル以上ハ再ヒ其確定ニ對シテ反對ノ主張ヲ許ササルノ趣旨ニ出ツルモノナリ蓋シ此ノ如キ效力ヲ認メサルトキハ當事者間ノ法律關係ハ常ニ不確定ノ状態ニ陥ルヘケレハナリ而シテ實質的確定力ハ之ヲ拋棄スルコトヲ得ルヤ否ヤ獨逸民事訴訟法草案ニ於テハ當事者ノ意思ニ因リテ拋棄スルコトヲ得ルノ規定ヲ設ケタリシカ其條文ハ委員會ニ於テ削除セラレタリ蓋シ確定力ヲ拋棄スルコトヲ許ストキハ再三同一ノ訴ヲ爲スヲ得ルニ至

同一訴訟物ニ付キ數多ノ判決ヲ生スルニ至ルヘケレハナリ而シテ當事者カ確定力ノ羈束ヲ脱セントセハ其訴訟物ニ付キ他ノ私法的行爲ヲ以テ新タニ法律關係ヲ發生シ得ヘケレハナリ故ニ獨逸民事訴訟法ニ於テハ勿論我民事訴訟法ニ於テモ判決ノ確定力ノ拋棄ハ之ヲ許スヘキニ非スト雖モ當事者ハ確定判決ノ内容タル權利又ハ法律關係ヲ他ノ私法法律行為ニ因リ變更スルコトハ法律ノ禁スル所ニ非ス故ニ判決ニ接着スル口頭辯論ノ終結後ニ生シタル事由ニ依リテ確定判決アリタル權利又ハ法律關係ヲ否定スルヲ妨ケサルモノトス

判決ノ實質的確定力ハ總テノ判決ニ付テ生スルモノニ非スシテ實質的確定力ヲ生スヘキ判決ハ其判決ノ内容カ訴訟物タル實體上ノ權利若クハ法律關係ヲ終局ニ判斷シタルモノナラサルヘカラス故ニ左ノ判決ハ實質的確定力ヲ生セス

(4) 訴訟要件ニ關スル判決 妨訴抗辯ヲ理由ナシトスル判決又ハ原告ノ訴ヲ不適法トシテ却下スル判決ノ如キ是ナリ

(ロ) 差戻又ハ移送ノ判決 此等ノ判決ハ訴訟物ニ付キ終局的ノ判決ニ非サレハナリ

(ハ) 留保ヲ掲ケタル判決(第四二六條) 是亦終局的の判決ニ非サレハナリ

(ニ) 請求ノ原因ヲ正當ナリトスル判決(第二二八條) 此判決ハ數額ノ判決ト相俟テ確定力ヲ生スルモノトス

實質的確定力ヲ生スル範圍ニ付テハ第二百四十四條ニ規定セリ同條ニ曰ク判決ハ其主文ニ包含スルモノニ限り確定力ヲ有スト其意義甚タ漠然タリト雖モ判決ノ實質的確定力ノ範圍ヲ定メタル規定ナルコト疑ヲ容レス所謂主文ニ包含スルモノ云々トハ判決ノ主文ニ因リテ判斷セラレタル訴訟物タル權利若クハ法律關係ニ付キ確定力ヲ生スルコトヲ謂フ原告カ被告ニ對シテ或債務ノ履行ヲ請求スル給付ノ訴ナルトキハ請求ニ付テ確定力ヲ生シ又確定ノ訴ニ付テハ其判決アリタル法律關係ニ付テ確定力ヲ生スルモノナリ同條ニ主文ニ包含スルモノニ限リトアルヲ見テ主文自體カ確定力ヲ生スルモノト誤解スヘカラス判決ノ主文ハ法律關係ノ如何ヲ言

表ハスモノニ非シテ唯判決ハ被告ニ對シテ或行爲又ハ不行爲ヲ命シ或ハ權利ノ存否又ハ權利ノ形成ヲ表示スルニ並ヤルヲ通常トス故ニ判決主文自體カ確定力ヲ生スルニ非ス又判決ノ事實及ヒ理由ノ全部カ確定力ヲ生スルモノト解スヘカラス判決主文ニテ裁判アリタル權利又ハ法律關係ニ付キ確定力ヲ生スルモノナリ而シテ判決主文カ權利又ハ法律關係ノ全部又ハ一部ニ付裁判セルモノナルトキハ確定力モ亦其範圍ニ於テ發生ス例ヘハ貸金百圓ノ請求ニ付五十圓ノ請求權アルコトヲ裁判シタルトキハ其理由ニ於テ百圓ノ法律關係アルコトヲ是認スルモ確定力ハ主文ヲ以テ明示セル五十圓ノミニ付發生ス又貸金ノ利息ヲ請求スル權利アルコトヲ主文ニ於テ是認スルトキハ其理由ニ於テ元本ノ貸借アルコトヲ判示スルモ確定力ハ利息ノミニ付發生スルカ如シ故ニ訴訟物タル權利若クハ法律關係ノ成立スルニ至リタル基本タル法律的事實ニ付キ確定力ハ關連シテ存在スルモノナリト雖モ判決理由ニ確定力ヲ生スルモノト爲スヲ得ス被告ノ抗辯ニ付テモ亦確定力ヲ生スルモノニ非ストス

判決ノ確定力ハ創設判決ノ外當事者ノ法律關係ヲ創設變更消滅スルモノニ非スシテ法律關係若クハ權利ノ存否ヲ確定スルノ效力アルニ止マルモノトス創設判決カ確定スルトキハ當事者間ノ權利狀態ヲ變更スル效力ヲ生ス又判決ノ確定力ハ當事者間ニノミ存スルモノニシテ第三者ニ對シテ及ホスモノニ非ス蓋シ民事訴訟ハ辯論主義ヲ原則トスルモノナレハ訴訟資料ハ當事者ノ提出シタルモノノミヲ以テ構成シ刑事訴訟ノ如ク裁判所ノ職權又ハ檢事ノ干與ニ依リ訴訟資料ヲ蒐集スルモノニ非ス故ニ訴訟ニ干與セサル第三者ニ確定判決ノ效力ヲ及ホスコトノ不條理ナルコト論ヲ俟タス殊ニ第三者ニ對シテ確定判決ノ效力ヲ及ホスヘシトセハ第三者ハ再審ノ方法ニ依ルモ其確定判決ヲ攻撃スルコトヲ得サルニ反シ當事者ハ之ヲ攻撃スルコトヲ得ヘク第三者ハ當事者ヨリ不利益ナル地位ニ在ルノ不條理ヲ生スヘシ故ニ判決ノ確定ハ當事者ノ一般承繼人以外ノ者ニ及ブモノニ非ス然レトモ身分關係ノ如キ當事者カ任意ニ處分スルコトヲ得サル法律關係ニ付テハ確定力ノ效力ヲ第三者ニ對シテモ及ホサシメサルヘ

カラス是レ人事訴訟手續法ニ於テ特ニ第三者ニ對シ判決ノ效力ヲ認メタル所以トス(人訴第一八條、第二六條、第三九條、第四九條)

判決ノ確定力ハ當事者ノ一般承繼人ニ及ホスハ當然ナリ然レトモ確定判決アリタル訴訟物ノ特定承繼人ハ獨逸民事訴訟法ノ如ク法律ニ特別ノ明文ナキモ確定判決ノ效力ヲ否認スルヲ得サルモノト爲スヲ理論上正當ト信ス

第三款 決定及ヒ命令

以上判決ニ付テ説明シタル所ハ亦多ク決定及ヒ命令ニモ準用セラルルト雖モ判決ハ素ト必要的口頭辯論ニ基キタル裁判所ノ裁判ナルモ決定命令ハ然ラサルカ故ニ自ラ特殊ノ規定ヲ必要トス決定トハ書面審理ニ基キ若クハ任意的口頭辯論ニ基キテ爲シタル裁判所ノ裁判ヲ謂ヒ命令ハ裁判長受命判事受託判事ノ裁判ニシテ或ハ口頭辯論ヲ經テ爲スコトアリ或ハ書面審理ニ因リテ爲スコトアリトス決定命令ニ關スル規定ハ左ノ如シ

第一 口頭辯論ニ基キテ爲ス決定ハ之ヲ告知スル方式トシテ言渡ヲ爲ササルヘカラス(第二四條、第一項、第二五條、第一項)故ニ口頭辯論ニ基キテ爲ス所ノ決定ハ左ノ諸點ニ於テ判

決ト同一ナリ

(一) 決定ノ言渡期日ハ判決ト同シク第二百三十三條ノ規定ニ從ヒ口頭辯論ノ終結シタル期日又ハ直チニ指定シタル期日ニ於テ之ヲ言渡ササルヘカラス(第二四條、第二五條)

(二) 口頭辯論ニ基キテ爲シタル決定ヲ言渡シタル場合ニ於テハ決定ハ其言渡ニ因リテ效力ヲ生シ判決ト同シク當事者雙方若クハ一方カ在廷セルト否トニ拘ハラズ言渡ノ效力ヲ有ス言渡アリタル決定ヲ使用スル權利ハ決定ノ送達アリタルト否トニ拘ハラズ之ヲ爲スコトヲ得ヘキコトモ亦判決ト同一ナリ(第二三條、第二四條、第二五條、第一項、第二項)

(三) 判決ノ言渡ナキ以前即チ判決ノ原本カ完全ニ作成セラレサル以前ニ在リテ其判決ヲ送達スルコト能ハサルト同シク決定ニ付テモ之ヲ爲シタル判事カ未タ署名捺印セサル間ハ其正本等ヲ交付スルコトヲ得ス(第二三條、第二四條)

第二 言渡ヲ爲ササル決定ヲ當事者ニ告知スルニハ職權ヲ以テ之ニ送達セサ

ルヘカラス(第二三四五項)如何ナル時期ニ於テ決定ハ決定タルノ效力ヲ生スルヤ
ハ一ノ疑問ニ屬ス蓋シ言渡ヲ爲シタル判決及ヒ決定ニ付テハ言渡ヲ爲シタ
ル時ニ外部ニ對シテ其效力ヲ生スルモノナルモ言渡ヲ爲ササル決定ニ付テ
ハ法律ハ職權ヲ以テ之ヲ當事者ニ送達スヘキ旨ヲ規定セルニ止マリ決定ハ
何時其效力ヲ生スルカヲ規定セス或說ニ因レハ決定カ當事者ニ送達セラレ
タルトキハ決定トシテ效力ヲ生スルモノトセリ如何トナレハ其以前ニ在リ
テハ當事者ニ對シ未タ決定ノ告知ヲ爲ササルモノナルカ故ニ決定タルノ効
力ナク告知ノ方式ハ送達ナルカ故ニ結局送達ニ因リテ始メテ裁判タルノ効
力ヲ生スルモノナリト云ヘリ然レトモ予ノ信スル所ニ因レハ言渡ヲ爲ササ
ル決定ハ必ス書面ニ作成シテ之ヲ爲ササルヘカラス而シテ決定ヲ送達スル
コトハ決定ナルモノノ存スルアリテ始メテ生スル事項ニシテ決定ナキトキ
ハ送達スヘキ目的物ナク隨テ送達スルコト能ハサルナリ故ニ決定ハ送達前
ニ存スルモノト爲ササルヘカラス然ラハ其時期如何即チ決定書ノ作成セラ
レタル時ニアリト爲スヘキナリ或ハ決定書ヲ裁判所書記ニ交付シタル時ニ

成立ストノ說アレトモ前同一ノ理由ニ因リ費スル能ハス然レトモ當事者ハ
送達ニ因リテ裁判アルコトヲ知ルモノナルカ故ニ其以前ニ於テハ其裁判ニ
對シ服從シ若クハ不服ヲ申立ツルコトヲ得サルモノトス裁判ノ成立時期カ
當事者ノ知ラサル間ニ存スルモ毫モ不條理ナリト謂フコト能ハス只當事者
カ其裁判ニ拘束セラルルハ送達アリタル以後ナリトス

第三 口頭辯論ニ基キ爲シタル裁判長受命判事受託判事ノ命令ヲ告知スル方
式如何是レ法律ニ其規定ナシ然レトモ言渡ニ因リテ告知スルヲ正當トス口
頭辯論ニ基カサル命令ハ職權ヲ以テ當事者ニ送達セサルヘカラス(第二四五項)
隨テ言渡ヲ爲ス命令ハ言渡ヲ爲シタル時命令タルノ效力ヲ生スルコト及ヒ
言渡ヲ爲ササル命令ハ送達アリタル時命令タルノ效力ヲ生スルカ將タ其命
令ノ原本ヲ裁判所書記ニ交付シタル時其效力ヲ生スルカハ前段決定ニ付テ
述ヘタル所ト同一ナリ

尙ホ判決ト決定トヲ效力ノ點ヨリ區別シ判決ハ其裁判所ニ於テ之ヲ廢棄變更
スルコトヲ得サルモ決定ハ其裁判所カ之ヲ不當ト認メタルトキハ之ヲ廢棄變更

更スルコトヲ得ルコトハ獨逸ノ訴訟法學者ノ一般ニ唱フル所ナリ我民事訴訟法ニ於テモ證人ニ對シテ言渡シタル罰金ノ決定ヲ取消スコトヲ得ルカ如キ(二第條九五)又決定ニ對スル抗告アリシ場合ニ於テ裁判所ハ再度ノ考案若クハ新ナル提供ニ基キ抗告ヲ理由アリト認メタルトキハ其決定ヲ更正スルコトヲ得ルカ如キ(第四五條九條)規定ヲ見レハ決定ハ之ヲ爲シタル裁判所自ラ廢棄變更ヲ爲スコトヲ得ル精神ナルコト明カナリ蓋シ決定ニハ訴訟指揮ニ關スルモノアリ又當事者ノ實體上ノ法律關係ニ關スルモノアリ然ルニ判決ニ付テハ其審級ヲ羈束スルノ明文ヲ設ケテ判決ノ主タル效力ト爲シ決定ニ付テハ其不服ノ點ヲ更正スルコトヲ得ルノ規定ヲ設ケタル點ヨリ觀レハ決定ハ其審級即チ決定ヲ爲シタル裁判所自ラ取消シ又ハ變更スルコトヲ得ヘク隨テ第二百四十五條ニ於テ裁判所ノ決定ニ第二百四十條ノ規定ヲ準用セルハ學理ニ反スルモノト謂フヘク決定ニ關スル民事訴訟法ノ趣旨ヲ貫徹セサルモノト謂ハサルヘカラス若シ決定ヲ爲シタル裁判所カ之ニ羈束セラルルトキハ縱令抗告ノ申立アルモ其決定ヲ取消シテ更ニ裁判ヲ爲スコトヲ得ス證人ニ對シテ罰金ノ決定ヲ言渡シタル

場合ノ如キ其證人カ正當ノ理由ヲ以テ辯解スルト雖モ其決定ヲ取消スコトヲ得ルノ理ナキノミナラス訴訟指揮ニ關スル決定ノ如キハ之ヲ取消變更スルコトヲ得ルハ學者間爭ナキ處ナリトス故ニ決定モ亦其裁判所ヲ羈束スルモノトセハ決定本來ノ性質ニ反スルノ結果ヲ生シ前後一貫セサルニ至ルヲ以テ第二百四十五條ニ於テ第二百四十條ヲ命令ニ準用セルニ至リテハ殆ト其何ノ意タルヲ解スルコト能ハサルナリ

又同條ニ於テ第二百三十四條ノ規定ヲ決定ニ準用セルハ亦不當タルヲ免レス判決ニ付テハ第二百三十六條ニ於テ其構成條件ヲ規定シ其記載スヘキ各項目ヲ列舉セリ然レトモ決定ニ付テハ其構成條件ニ付テノ規定ナシ隨テ決定ニ主文理由等ノ區別ナキモノナリ然ルニ第二百四十五條ニ於テ第二百三十四條即チ判決ノ言渡ハ判決主文ノ朗讀ニ因リ之ヲ爲ス闕席判決ノ言渡ハ主文ヲ作ラサル前ト雖モ之ヲ爲スコトヲ得トノ規定ヲ決定ニ準用シ決定ノ言渡ハ主文ノ朗讀ニ因リテ之ヲ爲スヘシト爲シタルハ是レ亦不當ノ規定ト謂ハサルヘカラス例ヘハ證據決定ヲ爲シ口頭辯論中止ノ決定ヲ爲シ訴訟進行中ニ口頭辯論續

行期日ヲ定ムルノ決定ヲ爲スカ如キハ皆口頭辯論ニ於テ爲スモノナルニ常ニ
一々主文ヲ作リテ始メテ之ヲ言渡ササルヘカラサルニ至リテハ訴訟法ハ殆ト
運用スル能ハサル結果ヲ來スニ至ルヘシ隨テ第二百四十五條ニ於テ第二百三
十四條ノ規定ヲ準用スト爲シタルハ明カニ誤謬ナリト謂ハサルヘカラス
尙ホ決定ニ關シ奇怪ナルハ口頭辯論ニ基キタル決定ハ如何ナル裁判官カ其裁
判ヲ爲スヘキカノ規定ノ缺如セルコト是ナリ判決ニ付テハ判決ノ基本タル口
頭辯論ニ臨席シタル判事ニ限リテ之ヲ爲スヘキコトヲ規定セルモ(第二三)決定
ニ付テハ口頭辯論ヲ爲スコトヲ命スルコトヲ許シナカラ其口頭辯論ニ臨席シ
タル判事タルト否トニ拘ハラズ裁判ヲ爲スコトヲ得ルカ如キ趣旨ナルカ如シ
何トナレハ判決ニ付テハ其基本タル口頭辯論ニ臨席セル判事ニ限リ判決ヲ爲
スコトヲ要スル旨ヲ規定シ決定ニ付テハ何等ノ規定ナキヲ以テナリ訴訟法一
般ノ主義ヨリ言ヘハ口頭辯論ハ當事者ノ口頭演述ヲ聽キテ之ヲ訴訟ノ材料ト
爲シ之ニ據リテ判斷ヲ爲スト云フニ在リ然ラハ決定ニ付テモ其口頭辯論ヲ經
タルモノニ在リテハ口頭演述ヲ聽キタル判事ニ非サレハ裁判ヲ爲スコトヲ得

X

ストノ規定ヲ置クニアラサレハ法律カ口頭辯論ヲ經ルコトヲ命シタル立法上
ノ趣旨ニ反スルモノト謂ハサルヘカラス裁判長受命判事受託判事ノ命令ニ付
テモ亦然リ然ルニ第二百四十五條ハ前述ノ如ク準用スヘカラサル規定ヲ準用
シテ却テ必要ナル規定ヲ準用セサルノ不當アリ
尙ホ決定ニ付キ疑問ヲ生スルハ言渡ヲ爲シタル決定ハ當事者カ送達ノ申立ヲ
爲スコトヲ得ルヤ否ヤニ在リ判決ニ付テハ第二百三十八條ニ明文ヲ置キテ送
達アラシコトノ申立ヲ爲スコトヲ許シ此申立アルトキハ判決ノ正本ヲ送達セ
サルヘカラストセリ然ルニ決定ニハ同條ノ規定ヲ準用セサルカ故ニ解釋上不
明ニ屬スト雖モ理論上判決ト同シク申立ヲ俟テ送達ヲ爲スヘキモノト解スヘ
キナリ
以上之ヲ要スルニ第二百四十五條ニ於テ準用セル規定ハ其準用スヘキ正條ヲ
誤レルモノニシテ第二百三十三條ハ第二百三十二條、第二百三十四條ハ第二
百三十三條、第二百三十九條ハ第二百三十八條、第二百四十條ハ第二百三十九條ヲ
準用スヘカリシヲ各一箇條ツツ繰下ケテ記載シ其儘確定法文ト爲リタルモノ

ナリ然リト雖モ既ニ其誤謬タルコト明確ナル以上ハ必スシモ之ニ拘泥スヘキニ非ス況ヤ他ノ規定ト牴觸スル所アルニ於テオヤ
 終ニ尙ホ決定命令ニ付テ述フヘキハ判決ノ誤謬更正ノ手續ニ關スル第二百四十一條ノ規定カ決定命令ニ準用セラレサルコト是ナリ是レ必スシモ前段論シタル如キ誤謬ニ出ツルモノニ非スシテ決定命令ノ性質上裁判所ハ何時ニテモ之ヲ變更シ若クハ取消スコトヲ得ルヲ以テ右ノ如キ規定ヲ必要トセサルニ由ルモノナランカ然レトモ均シク裁判所ノ裁判ナルカ故ニ此規定ヲ準用セサルノ結果決定命令ノ誤謬ハ第二百四十一條ニ依リテ之ヲ更正スルコト能ハスト論スヘキカ如キモ勿論解釋トシテ誤謬更正ヲ許スヘキナリ

第三編 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ノ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

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

第三編 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

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ヲ有スルモノトス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存スルモノ

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ノ開始ヲ求ムルカ爲メ私權保護ノ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ノ開始ヲ求ムルカ爲メ私權保護ノ請求權ヲ行使スルコトヲ執行ノ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ノ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ノ申立ニシテ被告カ本案ノ辯論ニ於テ防禦ノ申立ヲ爲スコトモ亦之ニ屬スルモノ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ス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云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為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訴ハ判決手續ノ開始ヲ求ムル行為ナレハ之ニ依リテ原告ハ自己ニ利益ナル判決ヲ受ケントスルモノナリ若シ原告カ其實自己ニ利益ナル判決ヲ受クルノ權利ヲ有スルトキハ其權利ヲ訴權ト云フ

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

給付ノ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為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為若クハ不行爲又ハ耐忍ノ履行ヲ命令スル判決ヲ求ムル訴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為若クハ不行爲ニ因リ不満足ノ狀態ニ陥リタルトキハ私權保護ノ利益ノ發生

スヘキヲ以テ私權保護ノ設備タル民事訴訟ニ依リ之カ満足ヲ求ムルコトヲ得ヘ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(獨民訴第 二五七條)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(獨民訴第 二五八條)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(獨民訴第 二五九條)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(第五二九條)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聯邦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逸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ノ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ノ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

第三編 權利保護ノ條件 訴訟成立要件 第一章 權利保護ノ條件 第三節 確定ノ訴

獨立の確定ノ訴ハ羅馬法ニ於テモ或範圍ニ於テ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訴ノ數増加シ
 タルヨリ獨逸舊民事訴訟法ハ確定ノ訴ニ付テノ條件ヲ規定シ即チ法律關係ノ
 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
 ニ限リ之ヲ提起スルコトヲ得トセリ(獨逸民事訴訟法第二三一條)現行獨逸民事訴訟法モ第二百
 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
 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