ある。（註五）卽ち裁判長は釋明義務と發問義務（Fragepflicht）とを有する譯である。斯くして裁判長の釋明義務は不明瞭の陳述殊に誤謬の當事者表示、矛盾的若は詭計的の主張及申立又は眞面目を疑ふべき主張及申立を明確に爲し、陳述と書面上の記載との齟齬を鮮明し、攻擊又は防禦の方法の提出の詳細なる事實上の理由を質すばかりでなく證明を要すべき當事者の主張事實に關して立證責任を有すべき當事者に證據の申出を誘ひ且立證を促すことにまで及ぶものである。然れども裁判長は當事者の申出でたる證據調の結果、其の效果なきものと認むる場合に於て敢て當事者に新なる證據の申出を促がし又は之と反對に擧證の效果あるものと認むる場合に於て相手方に之に對する適當なる反證を促がすべき義務を負ふものではない。（註六）而して釋明義務は裁判所が個々の場合に於ける事情關係に從ひ當事者の陳述に關して疑を懷きたる限度に於て之を認むべきである。（註七）而も裁判長の釋明の處置たるや常に所謂當事者の辯論主義（Verhandlungsmaxime）の範圍內に於て之を爲すべきものであつて（註八）決して裁判所の糺問主義の職權搜査を認むる譯ではない。隨て裁判長は縱令當事者に於て裁判長の發問から攻擊又は防禦の方法を變更すべき動機を得るにしても當事者の一方に新なる訴の原因、抗辯、再抗辯等を推込める權能を有するものでない。尙又事實關係及訴訟關係に關する當事者の法律上の意見（rechtliche Ausführüng der Parteien）は固より訴訟に必要でもなければ又之を標準と爲すに足りないものであるが故に、裁判長は斯かる法律上の見解を當事者に指示すべき義務を負はなし。（註九）口頭辯論期日前に於ける裁判長の釋明準備命令に付ては本法第一二八條參照。

（註四）參照 Stein=Jonas, § 139 II 414.
（註五）參照 Stein=Jonas, § 139 I 414.
（註六）參照 Stein=Jonas, § 13) II 1 a S. 415.
（註七）參照 Stein=Jonas, § 139 II 1 b S. 415.
（註八）參照 Stein=Jonas, § 139 1 c S. 415.
（註九）參照 Stein=Jonas, § 13) II 1 c S. 416.

**三　陪席判事の釋明の處置**　訴訟關係の釋明義務は元來裁判所の職務上の義務に屬するを以て獨り裁判長のみでなく尙陪席判事にも之を課せられてゐる。卽ち本條第二項の規定に依れば陪席判事も裁判長と同樣に直接當事者に對し本條第一項の釋明に關する一切の處置を爲すことを得るのである。唯陪席判事の釋明は訴訟の秩序を慮り裁判長に發言すべきことを告げて之を處置すべきものである。然れども陪席判事は當事者に對する發問の趣旨又は立證の促求そのものを裁判長に告げることを要しなし。而も裁判長と雖陪席判事の爲すべき發問の適法性及適當性に付て裁斷する權利は無い。（註一〇）

（註一〇）參照 Stein=Jonas, § 139 III 3 S. 417.

**四　當事者の問求權**　當事者は訴訟關係を明瞭ならしむる爲事實上及法律上の事項に關し直接相手方に對し問を發することを許されないけれども、裁判長に對し必要なる發問を求むる權利を有するものである。之を當事者の問求權と謂ふ。而して本條第三項に所謂「發問ヲ求ムル」とは當事者が裁判長に對し自己の相手方に問はんと欲する事項を裁判長から相手方に問を發せられんことを請求することを謂ふのであつて、當事者は裁判長に問求權を無視せられたるときは其の裁判長の處置に對し異議を述ぶることを得る。（民訴法一二九條）然れども裁判長が自由裁量に依り當事者に直接相手方に問を發することを許容することを得るか否に付ては之を積極に解すべきものである。（註一一）

（註一一）參照 Stein=Jonas, § 139 I S. 414.

---

**第百二十八條　裁判長ハ前條ノ規定ニ依リテ當事者ヲシテ釋明セシムヘキ事項ヲ指示シ口頭辯論期日前準備ヲ爲スヘキコトヲ命スルコトヲ得**

本條は舊法に無かつた新設の規定である。

**外國法參照條文**　獨民訴法第二七二條で第二項一號及第二七九條。澳民訴法に特別規定なし。

**資料**　理由書七五頁。議事錄に特記なし。速記錄に特記なし。

**目次**　一　辯論集中主義と釋明準備　二　裁判長の釋明準備命令

**一　辯論集中主義と釋明準備**　本條は口頭辯論期日前に於ける裁判長の釋明準備命令に關する規定である。本法は訴訟の迅速を期する爲、所謂辯論集中主義（Konzentration der Verhandlung）に立脚し裁判所は能ふ限り次回の口頭辯論に於て訴訟を完結せしむる目的を以て口頭辯論の準備を爲すべき建前になつてゐる。隨て裁判所は職務上の義務として事件の訴訟關係を明瞭ならしむる爲釋明義務を履行すべき關係上、受訴裁判所自らは口頭辯論期日又は其の前に於ける釋明準備處分を爲すことを得るばかりでなく裁判長に依りても口頭辯論期日前に於ける釋明準備命令を發することを得るのである。（本條）即ち本條の規定に依れば受訴裁判所の裁判長は本法第一二七條の規定に依りて當事者をして釋明せしむべき事項を指示し口頭辯論期日前當事者に釋明の準備を爲すべきことを命ずることを得るものであつて、之を裁判長の釋明準備命令と謂ふ。而して此の裁判長の釋明準備命令が適當に施行されるならば、訴訟關係の不明瞭の爲に口頭辯論期日の變更若は延期又は辯論續行の爲に生ずる訴訟の遲延を防止することを得るばかりでなく、却て訴訟の完結を迅速ならしむることを得るであらう。然れども此の裁判長の釋明準備命令は之を單獨に切離しては全く用を爲さないかも知れない、卽ち之を有效且適切に活用せんとするには單に訴狀又は答辯書に於ける事實關係の簡單なる記載に基くだけでは、到底之を能くすることを得ないのであつて是非釋明すべき事項を案出し得るに足るだけの事實關

係を詳細に記載する準備書面の交換又は從前の口頭辯論に於て事實關係及訴訟關係に關し詳細なる陳述ありたることを前提とするであらう。裁判所の釋明準備處分に付ては本法第一三一條參照。

**二　裁判長の釋明準備命令**　本條の釋明準備命令は受訴裁判所の裁判長の權限に屬するものであつて裁判所から之を發すべきものではない。而して裁判長は訴訟關係を明瞭ならしむる爲口頭辯論期日前に於て而も最初の口頭辯論期日前に於ても本法第一二七條の規定に依りて當事者に釋明せしむべき事項に付て豫め當事者に釋明の準備を爲すべきことを命ずることができるのである。爰に所謂訴訟關係を明瞭ならしむ爲の意義に付て本法第一二七條其の二參照。而して此の釋明準備命令の目的は固より訴訟關係及事實關係を明瞭ならしむにあるのであるが、裁判長に於て其の釋明の準備を命ずるには事實上及法律上の特定の事項であつて而も事實關係の爭ひある點に關し釋明を必要とすることを前提とする。此の釋明準備命令を發する方法は裁判長が其の釋明準備命令に於て當事者をして釋明せしむるべき事項を指示するの外全く裁判長の自由裁量に依り當事者に書面上又は口頭の釋明陳述を命ずることもできるばかりでなく次回の口頭辯論期日又は特別の期日に釋明を爲すべきことも命ずることを得る。而も裁判長は釋明準備命令に於て釋明を爲すべき期間を定むることを得る權限すらあるものと解さねばなるまい。（註）本條に所謂「前條ノ規定ニ依リテ當事者ヲシテ釋明セシムヘキ事項」に付ては本法第一二七條其の二參照。尙又當事者の提出に係る趣旨不明瞭の攻擊又は防禦の方法に付て當事者が必要なる釋明を爲さず又は釋明すべき期日に出頭せざる場合に於ける受訴裁判所の處置に付ては本法第一三九條其の三參照。

（註）反對說 Stein=Jonas, § 272 b Ⅱ S. 705.

---

**第百二十九條　當事者カ辯論ノ指揮ニ關スル裁判長ノ命又ハ第百二十七條若ハ前條ノ規定ニ依ル裁判長若ハ陪席判事ノ處置ニ對シ異議ヲ述ヘタルトキハ裁判所決定ヲ以テ其ノ異議ニ付裁判ヲ爲ス**

本條は舊法第一一三條の規定と同趣旨である。

**外國法參照條文**　獨民訴法第一四〇條。澳民訴法第一八六條。

**資料**　理由書七六頁。議事錄に特記なし。速記錄三五三頁以下。

**目次**　一　辯論指揮の命及釋明の處置に對する異議　二　本條の異議に付ての裁判

**一　辯論指揮の命及釋明の處置に對する異議**　本條は辯論指揮の命及釋明の處置に對する異議に付ての裁判に關する規定である。裁判長が口頭辯論に於て事件の指揮及訴訟の指揮を爲し又は本法第一二七條の釋明の處置若は本法第一二八條の釋明準備命令を發する場合に於ける裁判長の地位は部員として所屬する合議裁判所の機關であつて、合議裁判所の監督の下に立つものである。（註一）陪席判事が

裁判長に告げて釋明の處置を爲す場合も亦同樣である。而して口頭辯論に關與したる當事者（從參加人訴訟代理人、輔佐人、法定代理人を包含する）は口頭辯論に於ける事件の指揮又は訴訟の指揮に關する裁判長の命又は本法第一二七條若は第一二八條の規定に依る裁判長若は陪席判事の釋明の處置に對して不適法なるときは之に對し異議を述ぶることを得るのである。而して斯かる場合に於ては合議裁判所は決定を以て其の異議に付て裁判を爲すべきものである。而して本條の規定に認むる異議權は獨り當事者にのみ之を有するものであつて反之辯論に關與したる證人及鑑定人には之を認めない。然れども當事者は辯論の指揮に關する裁判長の命又は裁判長若は陪席判事の釋明の處置を法律上許さゞるものなることを主張する場合にのみ本條に基く異議を述ぶることを得るに止まり、裁判長若は陪席判事が辯論の指揮を爲さず又は釋明の處置を執らざる純然たる不作爲に對しては異議を述ぶることを得ないのである。（註二）

（註一）參照 Stein=Jonas, § 140 I S. 418.

（註二）參照 Stein=Jonas, § 140 II S. 419.

**二　本條の異議に付ての裁判**　當事者が辯論の指揮に關する裁判長の命又は裁判長若は陪席判事の釋明の處置に對し異議を述べたるときは合議裁判所は決定を以て其の異議に付て裁判を爲さねばならぬ。而して合議裁判所は辯論の指揮に關する裁判長の命又は裁判長若は陪席判事の釋明の處置が法律上許さるべきものか否卽ち適否に付てさへ裁判を爲せば足りるのである。殊に裁判長又は陪席判事の證言拒絕の事項の如きものが可なり手引と爲るであらう。然れども合議裁判所は辯論の指揮に關する裁判長の命又は裁判長若は陪席判事の釋明の處置の重要性（Erheblichkeit）又は相當性（Zweckmässigkeit）に付て裁判を爲すべきものでない。（註三）

本條の規定に依る異議に付ての合議裁判所の決定に對しては當事者から抗告を爲すことを得ない。（民訴法四一〇條）何となれば此の決定は概ね口頭辯論に基きて之を爲すからである。唯裁判長の釋明準備命令に對する異議は必ずしも當事者が口頭辯論外に於ても之を述ぶることを得るが故に斯る異議に付ての決定に對しては抗告を許す場合が有り得るであらう。

當事者が證人又は鑑定人の訊問に關し裁判長に發問を求めたる場合に於ける發問の許否に付ての異議及其の裁判に付ては本法第二九九條參照。

（註三）參照 Stein=Jonas, § 140 II S. 419.

**第百三十條　受命判事ヲシテ其ノ職務ヲ行ハシムヘキ場合ニ於テハ裁判長其ノ判事ヲ指定ス**

**裁判所ノ爲ス囑託ハ別段ノ規定アル場合ヲ除クノ外裁判長之ヲ爲ス**

本條は舊法第二六七條の規定を修正したるものと謂ふよりは寧ろ新設の規定である。

**外國法參照條文**　獨民訴法第三六一條。澳民訴法第二四七條第二項及第二七六條第二項。

**資料**　理由書七七頁。議事錄に特記なし。速記錄に特記なし。

**目次**　一　受命判事の指定　二　裁判所の爲す囑託

**一　受命判事の指定**　地方裁判所に於ける訴訟手續は固より受訴裁判所の面前に於て之を行ふべきものなるも、受訴裁判所の職務は一定の範圍内に於て其の合議體に屬する部員に之を委任して所謂受命判事をして其の職務を行はしむることを得る場合が尠くない。例之準備手續（民訴法二四九條）證據調（民訴法二六五條）證人訊問（民訴法二七九條）文書の證據調（民訴法二六五條、三二一條）當事者訊問（民訴法三四二條）等の如きである。而して斯かる受命判事の面前に於て訴訟手續を行ふべき場合に於ては受訴裁判所の裁判長は其の合議體に屬する部員中から受命判事を指定せねばならぬ。勿論此の場合に於ける裁判長の地位は受訴裁判所の合議體の機關として裁判行政を司り合議體の部の事務を分配するものなるが故に、裁判長自身をも亦受命判事に指定することを得るのである。

**二　裁判所の爲す囑託**　受訴裁判所は民事訴訟の職務を行ふに方り官廳として他の官廳其の他の者に特定の職務の執行又は裁判上の事務を囑託すべき場合が屢ある。例之受訴裁判所の爲すべき證據調の囑託（民訴法二六五條）裁判所の爲すべき調査（民訴法二六二條）外國に於て爲すべき證據調の囑託（民訴法二六四條）證人訊問の囑託（民訴法二七九條）鑑定の囑託（民訴法三一〇條）文書送付の囑託（民訴法三一九條）當事者訊問の囑託（民訴法三四二條）釋明準備處分としての調査の囑託（民訴法一三一條一項五號）の如きである。而して斯かる裁判所の爲す囑託は固より受訴裁判所の裁判行政の行爲に屬するを以て、受訴裁判所の裁判長は其の合議體の機關として裁判行政を司る職務を有する關係上本法に別段の規定ある場合を除くの外裁判所の爲す囑託を爲すべきものである。（本條二項）然れども此の原則は別段の規定ある場合に於ては之を認められないのであつて、例之送達に關する事務取扱の囑託は裁判所書記の權限に屬してゐるが如きである。（民訴法一六一條二項）然れども外國に於て爲すべき送達の囑託（民訴法一七五條）出陣の軍隊若は外國駐在の軍隊に屬する者又は役務に服する艦船の乘組員に對する送達の囑託（民訴法一七六條）は特に裁判長に依つて之を爲すべきものである。

尙受訴裁判所が區裁判所に證據調を囑託したる場合に於て受託判事が他の區裁判所に於て證據調を爲すことを相當と認むるときは更に其の受託判事が他の區裁判所に證據調の囑託を爲すことを得るのも（民訴法二六五條）亦本條第二項の規定に留保する「別段ノ規定アル場合」に該るものである。

**第百三十一條**　裁判所ハ訴訟關係ヲ明瞭ナラシムル爲左ノ處分ヲ爲スコトヲ得

一　當事者本人又ハ其ノ法定代理人ノ出頭ヲ命スルコト

二　訴訟書類又ハ訴訟ニ於テ引用シタル文書其ノ他ノ物件ニシテ當事者ノ所持スルモノヲ提出セシムルコト

三　當事者又ハ第三者ノ提出シタル文書其ノ他ノ物件ヲ裁判所ニ留置クコト

四　檢證ヲ爲シ又ハ鑑定ヲ命スルコト

五　必要ナル調査ヲ囑託スルコト

前項ニ規定スル檢證、鑑定及調査ノ囑託ニ付テハ證據調ニ關スル規定ヲ準用ス

本條は舊法第一一四條乃至第一一六條の規定を整理したる上舊法に無かつた二三の條項を補足したる新設の規定である。

外國法參照條文　獨民訴法第二七二條べ。澳民訴法第一八三條。

資料　理由書七七頁。議事錄三一九頁以下。速記錄三五五頁以下。

目次　一　辯論集中主義と釋明準備　二　裁判所の釋明準備處分　三　各當の釋明準備處分の方法

## 一　辯論集中主義と釋明準備

本條は口頭辯論內外に於ける裁判所の所謂釋明準備處分に關する規定である。本法は訴訟の迅速を期する爲、所謂辯論集中主義(Konzentration der Verhandlung)に立脚し裁判所は能ふ限り次回の口頭辯論に於て訴訟を完結せしむる目的を以て口頭辯論の準備を爲すべき建前になつてゐる。隨て裁判所は職務上の義務として事件の訴訟關係を明瞭ならしむる爲釋明義務を履行すべき關係上、裁判長に依りて口頭辯論期日前に釋明準備命令を發することを得る外(民訴法第一二八條)本條の規定に依り受訴裁判所は口頭辯論に於て次回の辯論期日の爲又は口頭辯論期日前に於て釋明の準備に必要なる種々の處分を爲すことを得るのである。此の釋明準備の爲裁判所の爲すべき處分は之を所謂裁判所の釋明準備處分と謂ふ。而して本條の裁判所の釋明準備處分が適當に施行されるならば、訴訟關係の不明瞭の爲口頭辯論期日の變更若は延期又は辯論の續行に因りて生ずる訴訟の遲延を防止することを得るばかりでなく却て訴訟の完結を迅速ならしむるであらう。然れども此の裁判所の釋明準備處分も裁判長の釋明準備命令と同樣に之を單獨に切離しては全く用を爲さないかも知れない、卽ち此の釋明準備處分を有效且適切に活用せんとするには單に訴狀又は答辯書に於ける事實關係の簡單なる記載に基くだけでは、恐らく之を能くすることを得ないのであつて、釋明すべき事項を案出し得るに足るべき事實關係を詳細に記載する準備書面の交換又は從前の口頭辯論に於て事實關係及訴訟關係に關する詳細なる陳述ありたることを前提とするであらう。裁判長の釋明準備命令に付ては本

法第一二八條參照。

**二　裁判所の釋明準備處分**　本條の釋明準備處分は受訴裁判所の權限に屬するものであつて裁判長の爲すべき處分ではない。而して受訴裁判所は訴訟關係を明瞭ならしむる爲口頭辯論期日に於て又は口頭辯論期日前而も最初の口頭辯論期日前に於ても本條の規定に列記する各箇の釋明準備處分を爲すことを得るものである。爰に所謂訴訟關係を明瞭ならしむ爲の意義に付ては本法第一二七條其の參照。而して本條の規定は受命判事の面前に於ける準備手續にも之を準用するを以て（民訴法二五六條）準備手續に於ては受命判事も亦本條の釋明準備處分を爲すべき權限を有するものである。而して釋明準備處分の目的は固より事實關係及法律關係を明瞭ならしむにあることは謂ふまでもないが、受訴裁判所に於て其の釋明準備處分を爲すには事實上及法律上の特定の事項であつて而も事實關係の爭ひある點に關し釋明を必要とすることを前提とする。加之尙釋明準備處分の方法は本條の規定に列擧する五種の方法に限るべきものである。

**三　各箇の釋明準備處分の方法**　本條第一項の規定に依れば受訴裁判所は釋明準備處分として次の各箇の方法を執ることを得るのである。

（一）　當事者本人又は其の法定代理人の出頭を命ずること。此の當事者本人又は其の法定代理人の出頭は固より證據方法としての當事者訊問（民訴法三三六條以下）ではない。唯訴訟代理人の陳述が不明確又は不完全である爲に（註一）事實關係及訴訟關係の明瞭を缺く場合に於てのみ裁判所は當事者本人又は其の法定代理人に出頭を命じ訊問を爲して釋明の陳述を爲さしむるものである。

（二）　訴訟書類又は訴訟に於て引用したる文書其の他の物件にして當事者の所持するものを提出せしむること。此の訴訟書類又は訴訟に於て引用したる文書其の他の物件も當事者が口頭辯論に於て之を書證又は檢證物として證據方法の提出を爲すに非ざれば證據方法としての價値なきものである。

（三）　當事者又は第三者の提出したる文書其の他の物件を裁判所に留置くこと。此の裁判所に留置くべき文書其の他の物件は既に當事者が之を證據方法として提出したるものに限らず未だ證據方法として提出せずと雖、當事者又は第三者が事實上裁判所に提出したるものでさへあれば足りるのである。

（四）　檢證を爲し又は鑑定を命ずること。此の檢證又は鑑定は未だ當事者から之を申出でなくとも受訴裁判所が職權を以て釋明準備の爲檢證を爲し又は鑑定を命じ證據調を施行することを得るものである。故に此の檢證又は鑑定に付ては證據調に關する本法第二六〇條以下竝に第三〇一條以下及第三三三條以下の規定を準用するものである。（本條二項）

（五）必要なる調査を囑託すること。此の調査の囑託は受訴裁判所が事實關係及訴訟關係の事實上の事項に關し調査を必要と認むる場合に之を爲すべきものであつて、受訴裁判所は其の必要なる調査を適當なる官廳若は公署、外國の官廳若は公署又は學校、商業會議所、取引所其の他の團體に囑託することを得るのである。（本條二項、二六二條）然れども裁判所は前示官公署其の他の團體以外の個人に對しては必要なる調査を囑託することを許されない。

此の各箇の釋明準備處分の方法が特に例示として本條に五種を掲げたるものでなく寧ろ之を五種の方法に限定するものなる以上（註二）證人の訊問は縱令當事者が訴訟に於て引用したる證人と雖釋明準備處分としては之を爲すことを得ない。（註三）

而して本條に規定する各箇の釋明準備處分は孰れも固より裁判所の訴訟指揮に基くものであるが、本法には釋明準備處分に關する一定の方式を規定してゐない。故に受訴裁判所は全く自由勝手に（註四）決定を以て又は其の他の處分に依り釋明準備處分を命ずることを得るものであつて必ずしも決定にのみ依るべきものとは限らない。（註五）殊に受訴裁判所が口頭辯論に於て當事者又は第三者に對し訴訟書類若は文書其の他の物件の提出又は之を裁判所に留置くことを命ずる處分を爲すに方り決定を以て處分を爲すのは餘りに仰山過ぎる嫌ひがある。又本法に於ては最早證據申出の採否に付てすら從前の證據決定を認めないのであるから況んや釋明準備處分に付ては尙更決定を要しない。殊に當事者本人又は其の法定代理人の出頭を命ずる呼出に於て然りである。然れども本條の釋明準備處分に關する裁判所の決定其の他の處分に對しては本法第一二九條に基く當事者の異議を認むることを得ない。尤も受訴裁判所は何時にても其の釋明準備處分の決定其の他の處分を取消すことを得るものである。（民訴法二〇五條）何となれば釋明準備處分の決定其の他の處分は訴訟の指揮に關する決定又は命令に屬するものであるからである。

（註一）參照 Seuffert, § 141 Anm. 1, § 501 Anm. 6.
（註二）反對說 Baumbach, § 272 b Anm. 3 S. 447.
（註三）獨逸民事訴訟法第二七二條々第一項第四號には釋明準備處分としての證人訊問を認めてゐる。
（註四）參照 Stein=Jonas, § 272 b I 4 S. 705.
（註五）反對說　山內博士法律新報一四〇號二頁。

## 第百三十二條　裁判所ハ口頭辯論ノ制限、分離若ハ併合ヲ命シ又ハ其ノ命ヲ取消スコトヲ得

本條は舊法第一一八條乃至第一二〇條及第一二三條の規定を整理したものであるが此等の規定と大體同趣旨である。

外國法參照條文　獨民訴法第一四五條乃至第一四七條及第一五〇條。澳民訴法第一八七條乃至第一八九條及第一

九二條。

資料　理由書七八頁。議事錄に特記なし。速記錄三五六頁以下。

目次　一　口頭辯論の制限、分離及併合　二　辯論の制限、分離若は併合の取消

**一　口頭辯論の制限、分離及併合**　本條は口頭辯論の制限、分離及併合に關する規定である。受訴裁判所は最も捷徑の方法を以て訴訟の完結を圖り（für eine Erledigung des Rechtsstreits auf kürzestem Wege）又は訴訟資料の整列に依り訴訟手續の有效なる進捗を圖る爲にも（für einen zweckford. rnden Verlauf des Verfahrens durch Gliederung des Streitstoffes）訴訟指揮を爲すべきものである。而して本條前段に規定する口頭辯論の制限は訴訟を捷徑に完結する手段であり（註一）又本條後段に規定する口頭辯論の分離と併合とは訴訟資料を整列する手段である。（註二）然れども訴訟の指揮は固より裁判所の權限に屬するものなるが故に受訴裁判所は訴訟手續の目的を達成する便宜上、相當と認むるときは何時にても口頭辯論の制限、分離若は併合の命を取消すことを得るものである。

（一）　口頭辯論の制限　裁判所は訴訟が裁判を爲すに熟するや否や終局判決を爲し而も最も捷徑に且迅速なる方法を以て判決に到達すべく努めなければならぬ。是を以て受訴裁判所は豫見的に訴訟を最も早く裁判の成熟に達せしむべき攻撃又は防禦の方法に付て當事者に辯論を爲さしむべきものである。（註三）故に當事者が同一の請求に關し數箇の獨立なる攻撃又は防禦の方法を提出したる場合に於ては裁判所は其の數個の攻撃又は防禦の方法中豫見的に訴訟を裁判の成熟に達すべき一、二の攻撃又は防禦の方法を他の攻撃又は防禦の方法よりも先きに辯論を爲すべき爲一、二の攻撃又は防禦の方法に口頭辯論の制限（Beschränkung der mündliche Verhandlung）を命ずることを得るのである。然れども口頭辯論の制限は固より口頭辯論の分離（Trennung der mündliche Verhandlung）と趣を異にし訴訟手續を數箇に分割するものではなくて訴訟手續そのものは依然として單一ではあるが、單に事實上辯論を制限するに過ぎない。然れども裁判所が數個の獨立する攻撃又は防禦の方法中で其の一、二に口頭辯論を制限したる場合に於て裁判を爲すに熟するときは裁判所は中間判決（Zwischenurteil）を爲すことを得るものである。（民訴法一八四條前段）

（二）　口頭辯論の分離　裁判所は訴訟資料の整列に依り訴訟手續の有效なる進捗を圖る爲一箇の訴を以て數箇の請求を爲し又は本訴と反訴とを提起したる場合に於て其の訴訟の目的が法律上の牽連關係なきときは、各箇の請求に付て又は本訴若は反訴に付て各別の訴訟手續に口頭辯論を分離（Trennung der mündliche Verhandlung）することを得るのである。而して口頭辯論の分離は口頭辯論の制限と趣を異にし訴訟手續を數箇に分割するものであつて、將來其の分離されたる各箇の訴訟の運

命は恰も當初から各別に訴訟を提起したる場合の如くに各別に獨立するものとなる。隨て口頭辯論、證據調及裁判は口頭辯論を分離したる各別の訴訟に付て相獨立して之を爲すべきものである。故に口頭辯論を分離したる各別の訴訟が裁判を爲すに熟するときは裁判所は其の訴訟に付て一部判決として終局判決を爲すことを得るのである。(民訴法一八三條)本訴と反訴とに付ての口頭辯論を分離したる場合に於て本訴又は反訴が裁判を爲すに熟するときも亦同樣である。(民訴法一八三條二項)

(三) 口頭辯論の併合　裁判所は訴訟手續の整列に依り訴訟手續の有效なる進捗を圖る爲同一の裁判所に繫屬したる同一又は各別の當事者の數箇の訴訟ある場合に於て其の訴訟の目的が法律上牽連關係(in rechtlichem Zusammenhang)あるときは數箇の訴訟に付ての口頭辯論を一箇の訴訟手續に併合(Verbindung der mündliche Verhandlung)することを得るのである。(註四) 例之第一の訴が消極的確定の訴であつて、第二の訴が同一の權利關係に基く給付の訴である場合又は數箇の訴が本法第五九條の規定に依り一箇の訴を以て主張することを得る場合の如きである。而して數箇の訴訟に付ての口頭辯論を併合したる以上は單一の訴訟手續に於て、恰も當初からの訴の併合の場合の如く共同的の辯論、證據調及裁判を爲すべきものである。

(註一) 參照 Rosenberg, Lehrb. § 57 II 6 S. 157 f.
(註二) 參照 Rosenberg, Lehrb. § 57 II 3 S. 156.
(註三) 參照 Rosenberg, Lehrb. § 57 II 6 S. 157f.
(註四) 參照 Rosenberg, Lehrb. § 57 II 3 b S. 156.

**二　辯論の制限、分離若は併合の取消**　裁判所は一旦決定を以て口頭辯論の制限、分離若は併合を命じたる場合と雖、這は固より裁判所の權限に屬する訴訟指揮權の行使に他ならないのであつて、受訴裁判所は訴訟手續の目的を達成する便宜上相當と認むるときは(註五)自由裁量に依り何時にても口頭辯論の制限、分離、若は併合の命を取消すことを得るのである。(註六) 然れども口頭辯論の分離又は併合の命の取消は常に更に口頭辯論を爲すべき必要ある場合なることを前提とする。而も曩に口頭辯論の分離又は併合を命じたる訴訟が既に裁判を爲すに熟するときは最早其の口頭辯論の分離又は併合の命を取消すことを得ないものである。(註七) 反之口頭辯論の制限の決定は口頭辯論中何時にても之を取消すことを得るものである。(註八) 然れども口頭辯論の分離の取消は、辯論を分離したる訴訟が分離を命じたる同一裁判所に猶繫屬する間に限り之を爲すことを得るも、第一審に於て口頭辯論の分離を命じ且分離したる訴訟に付ての一部判決に對し上訴ありたる場合に於ては最早控訴審に於て口

頭辯論の分離を取消すに由がない。反之第一審に於て口頭辯論の併合を命じたるときと雖、控訴審に於て其の口頭辯論の併合を取消すことを得るものである。（註九）

此の口頭辯論の分離又は併合の命の取消は口頭辯論に基きてのみ決定を以て之を爲すべく（註一〇）而して裁判所が相當と認むる方法に依り之を告知するものである。（民訴法二〇四條）隨て此の口頭辯論の分離又は併合の命の取消決定に對しては抗告を爲すことを得ない。（註一一）

（註五）參照 Rosenberg, Lehrb. § 57 II 3 S. 153.
（註六）參照 Stein=Jonas, § 15) I S. 443.
（註七）參照 Stein=Jonas, § 150 I S. 443.
（註八）參照 Stein=Jonas, § 150 I 1 S. 443.
（註九）參照 Stein=Jonas, § 150 I 1 S. 443.
（註一〇）參照 Stein=Jonas, § 150 I 2 S. 443.
（註一一）參照 Stein=Jonas, § 150 I 3 S. 443.

## 第百三十三條　裁判所ハ終結シタル口頭辯論ノ再開ヲ命スルコトヲ得

本條は舊法第一二四條の規定と同趣旨である。

外國法參照條文　獨民訴法第一五六條。澳民訴法第一九四條。

資料　理由書七九頁。議事錄に特記なし。速記錄三五七頁。

目次　一　口頭辯論の再開　二　辯論再開の手續

### 一　口頭辯論の再開

本條は口頭辯論の再開に關する規定である。訴訟に付て一旦口頭辯論を終結したる以上は、裁判所と雖、濫りに故なくして終結したる口頭辯論の再開を命ずべきものではない。然れども訴訟に付て口頭辯論を終結したる後、事實關係に於て完全に辯論を盡されてゐないことを發見したる場合に於ては、裁判所は本法第一二七條の釋明義務を履行する爲、職權を以て終結したる口頭辯論の再開（Wiedereröffnung der Verhandlung）を命ずることを得るのである。（註一）例之裁判の爲め事實關係の陳述を補充する必要あるとき、證明を必要とする事實に付て證據調を爲すことを遺脫したるとき又は證據調の結果若は當事者の陳述を參酌したる結果更に辯論の必要を生じたる場合には口頭辯論の再開を命ずることが出來る。然れども當事者は口頭辯論の再開を求むる申立を爲す權利を有しないのであつて、縱令當事者が口頭辯論の終結後、判決の言渡までの間に又は判決言渡期日に於て口頭辯論再開の申立を爲すも、之が爲に裁判所は口頭辯論を再開する權利もなければ又義務もない。（註二）殊に口頭辯論再開の申立が新なる攻擊又は防禦の方法の提出を內容とするときに然りである。故に裁判所は斯かる再開の申立に付て之を許否する裁判を爲すべきでない。

裁判所が終結したる口頭辯論の再開を命じたる場合に於ては、更に訴訟の全局に亙つて新に口頭辯論を開く效果を生ずるが故に、再開後の口頭辯論は固より從前に辯論したる總ての事項に及ぶことを得るばかりでなく、當事者に於て新なる攻擊又は防禦の方法すら提出することを妨げない。（註三）尤も本條の口頭辯論の再開は口頭辯論の更新（民訴法一八七條二項）と全然意義を異にするは謂ふまでもない。口頭辯論の更新に付ては本法第一八七條其の二參照。

（註一）參照 Stein=Jonas, § 156 I S. 449.
（註二）參照 Stein=Jonas, § 156 I S. 449.
（註三）參照 Stein=Jonas, § 156 III S. 450.

**二　辯論再開の手續**　口頭辯論の再開は受訴裁判所の職權を以て決定に依り之を命ずべきものである。而して此の辯論再開の決定は終結したる口頭辯論卽ち既に訴訟資料となりたるものに基きて之を爲し且裁判所が相當と認むる方法に依り當事者に之を告知することを要する。（民訴法二〇四條）尤も判決言渡期日に當事者雙方が出頭せる場合に於ては口頭辯論の再開決定を言渡し之に引續き當事者に辯論を爲すべきことを命ずることを得る。

---

**第百三十四條　辯論ニ與カル者カ日本語ニ通セサルトキ又ハ聾若クハ啞ナルトキハ通事ヲ立會ハシム但シ聾者又ハ啞者ニハ文字ヲ以テ問ヒ又ハ陳述ヲ爲サシムルコトヲ得**

**鑑定人ニ關スル規定ハ通事ニ之ヲ準用ス**

本條は舊法第一二五條及第一二六條の規定と大體同趣旨である。

外國法參照條文　獨裁構法第一八五條乃至第一八七條。

資料　理由書七九頁。議事錄に特記なし。速記錄三五七頁以下。

目次　一　通事の立會　二　聾者及啞者の筆問及筆述

**一　通事の立會**　本條は辯論に於ける通事の立會に關する規定である。裁判所構成法第一一五條の規定に依れば、訴訟に關與する者は裁判所に於て日本語を用ひなければならぬ。然るに裁判所に於ける口頭辯論に關與する訴訟關係人たる當事者、其の法定代理人、訴訟代理人、特別代理人、輔佐人、證人及鑑定人が日本語に通ぜざる場合又は縱令日本語に通ずるも、聾者又は啞者なるときは裁判所は其の訴訟關係人の爲に通事を立會はしめなければならぬ。（本條、裁構法一一五條）而して鑑定人に關する規定を通事に準用する結果（本條二項）通事に必要なる言語に經驗ある者は通事の職に就くべき義務を負ふものである。（民訴法三〇二條）又通事の任命は受訴裁判所、受命判事又は受託判事が通事を指定して之を爲すものである。（民訴法三〇四條）然れども通事の得難き場合に於て裁判所書記に其の

言語に通ずる者あるときは裁判長の承諾を得て其の裁判所書記を通事に任用することを得るのである。(裁構法一一七條)而して通事にも鑑定人と同様に一面宣誓の義務を有すると共に他面一定の事由あるときは通事を拒絶する權利を認めらる。尤も裁判所構成法第一一八條の場合に於ては、通事を立會はしむべきでない。

**二　聾者及啞者の筆問及筆述**　口頭辯論に於ては、訴訟に關與する訴訟關係人に口頭を以て問ひ又は陳述を爲さしむべきものなることは謂ふまでもない。然るに訴訟關係人が聾者又は啞者なるときは、口頭を以て問ふも通せず而も陳述を爲さしむるに由がない故に、受訴裁判所は辯論に通事を立會はしむべきことを原則とすると雖、其の聾者又は啞者が文字を理解する者なるときは、例外として聾者又は啞者に對し文字を以て問ひ又は陳述を爲さしむることを得るのである。(本條一項但書)此の文字を以て問ふことを所謂筆問と謂ひ又文字を以て陳述を爲さしむることを所謂筆述と謂ふ。而して聾者又は啞者に對する筆問及筆述の場合に於ては最早通事を立會はしむべきでない。故に聾者又は啞者に對する筆問及筆述の辯論は口頭主義の一大例外であり且之を緩和するものに他ならぬ。唯辯論に關與する聾者又は啞者が文字を以て理解せしむることを得ざる場合に於ては固より通事を立會はしめなければならぬ。

**第百三十五條**　裁判所ハ訴訟關係ヲ明瞭ナラシムル爲必要ナル陳述ヲ爲スコト能ハサル當事者、代理人又ハ輔佐人ノ陳述ヲ禁シ辯論續行ノ爲新期日ヲ定ムルコトヲ得

前項ノ規定ニ依リテ陳述ヲ禁シタル場合ニ於テ必要アリト認ムルトキハ裁判所ハ辯護士ノ附添ヲ命スルコトヲ得

訴訟代理人ノ陳述ヲ禁シ又ハ辯護士ノ附添ヲ命シタルトキハ本人ニ其ノ旨ヲ通知スルコトヲ要ス

本條は舊法第一二七條第一項の規定と略同趣旨である。

外國法參照條文　獨民訴法第一五七條。澳民訴法第一八五條。

資料　理由書八〇頁。議事錄に特記なし。速記錄三六一頁以下。

目次　一　辯論無能力者の陳述禁止　二　强制的辯護士の附添。

**一　辯論無能力者の陳述禁止**　本條第一項は辯論無能力者の陳述禁止に關する規定である。本條第一項の規定に依れば裁判所は訴訟關係を明瞭ならしむる爲必要なる陳述を爲すこと能はざる當事者、代理人(法定代理人、訴訟代理人(但し辯護士を除く)、特別代理人)又は輔佐人の爾後の陳述を禁ずることを得るのである。而して此の陳述の禁止は訴訟關係を明瞭ならしむる爲必要なる陳述を爲すべき能力に一般的の欠缺ある場合たると將又箇々の陳述に關し一時的に欠缺ある場合例之酩酊又は昂奮の

爲に辯論すること能はざる場合なるとを問はない。（註一）然れども前揭の訴訟關係人が釋明の陳述能力に欠缺あるのでなく寧ろ釋明の陳述に習熟しないに過ぎぬ場合に於ては未だ陳述の禁止を爲すに足りない。加之訴訟關係人が日本語に通ぜざることは陳述能力の欠缺とは別問題である。日本語に通ぜざる訴訟關係人に付ては本法第一三四條參照。

本條の釋明の陳述能力なき當事者、代理人又は輔佐人に對する陳述の禁止は、受訴裁判所が職責上の自由裁量に依り決定を以て之を爲すべきものである。（註二）而して裁判所は訴訟代理人の陳述を禁じたる場合に於ては當事者本人に其の旨を通知せねばならぬ。（本條三項）然れども本條の規定は辯護士に之を適用しないものと解すべきである。何となれば辯護士は釋明の陳述能力に欠缺ある者でないことを前提とするからである。尤も此の陳述禁止の決定は訴訟の指揮に關する決定に該るべきを以て受訴裁判所は何時にても之を取消すことを得れども（民訴法二〇五條）訴訟關係人からは之に對し不服を申立つることを許されない。尤も不當なる陳述の禁止は司法行政の監督の下に叱責を免れない。

裁判所が本條第一項の規定に基き訴訟關係人の陳述を禁じたる場合に於て必要ありと認むるときは裁判所は辯論を續行する爲新期日を指定することを得るのである。（註三）然るに新期日に於て陳述を禁ぜられたる者が再び出頭したる場合に於ては裁判長は其の者を審問を妨ぐる者として法廷から退かしむる權利を有し（裁構法一〇九條）而して恰も其の訴訟關係人が辯論を爲さずして任意に退廷した場合と同樣に取扱ふの他はあるまい。

（註一）參照 Stein=Jonas, § 157 II S. 453.
（註二）參照 Stein=Jonas, § 157 III S. 453.
（註三）參照 Stein=Jonas, § 157 III S. 453.

**二　强制的辯護士の附添**　本條第二項は所謂强制的辯護士の附添に關する規定である。裁判所が本條第一項の規定に從ひ當事者、代理人又は輔佐人の陳述を禁じたる場合に於て當事者の爲辯論を爲すべき代理人又は輔佐人を必要ありと認むるときは、裁判所は强制的に當事者に辯護士の附添を命ずることを得るのである。之を所謂强制的辯護士の附添と謂ふ。尤も此の强制的辯護士の附添は訴訟關係人が辯論に於ける陳述を禁ぜられたるに拘らず當事者に於て辯論を爲すべき訴訟代理人又は輔佐人を選任すべき適當の處置を爲さゞる場合に始めて之を必要とする所以である。然れども本條第二項に所謂「裁判所ハ辯護士ノ附添ヲ命スルコトヲ得」とありて、果して裁判所が自ら直接當事者に附添はしむべき適當の辯護士を選任するのか又は當事者に辯護士の附添を勸告的に命じて當事者をして辯護士の附添の處置を爲さしむべきものかは疑問である。私は本條第二項の規定に依り當事者に附添ひたる辯

護士の報酬は裁判所の意見を以て定むるものにしても、(民訴費用法人條)尠くとも辯護士の附添は後者の意義に之を解すべきものと信ずる。而して本條の辯護士附添の命は受訴裁判所が決定を以て之を爲し而して裁判所は當事者本人に對し辯護士の附添を命じたる旨を通知せねばならぬ。(本條三項)

**第百三十六條　裁判所ハ訴訟ノ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハス和解ヲ試ミ又ハ受命判事若ハ受託判事ヲシテ之ヲ試ミシムルコトヲ得**

**裁判所又ハ受命判事若ハ受託判事ハ和解ノ爲當事者本人又ハ其ノ法定代理人ノ出頭ヲ命スルコトヲ得**

本條は舊法第二二一條の規定と大體同趣旨である。

外國法參照條文　獨民訴法第二九六條。澳民訴法第二〇四條。

資料　理由書八〇頁。議事錄三〇三頁、三一五頁以下。速記錄三六一頁。

目次　一　和解の勸試　二　當事者本人の出頭

**一　和解の勸試**　本條は訴訟事件に付ての和解の勸試に關する規定である。和解(Vergleich)は裁判上の和解と裁判外の和解とに之を區別することを得る。而して裁判上の和解手續には區裁判所の手續に於ける訴提起前の和解手續や各種の調停手續の如き訴訟の除去又は豫防を目的とする和解手續もあれば又本條の和解の勸試の如く訴訟の完結を目的とする和解手續もある。

元來裁判所は訴訟指揮の關係上、最も捷徑なる方法に依り訴訟の完結を圖る爲訴訟の事情に從ひ當事者雙方に和解の勸說を試みる權利を有するものである。是を以て受訴裁判所は訴訟の如何なる程度あるを問はず當事者雙方に和解の勸說を試み又は受命判事若は受託判事をして之を試みしむる指圖を爲すことを得るのみでなく又必要なる場合には和解の爲當事者本人又は其の法定代理人の出頭を命ずることを得るのである。(本條)然れども和解に依る訴訟の完結は訴訟の如何なる事情の下にも之を努むるに値すべき訴訟目的ではなくて全く箇々の場合に於ける訴訟の事情に從ひ之を努むべきものに過ぎない。若し夫れ判事が當事者雙方に對し無暗矢鱈に和解を强要するに至りては、判事は判決の發見と作成との勤勞に逡巡するの嫌疑を蒙るのみでなく尙判事に對する庶民の信任を失墜するであらう。而も當事者が其の期待する判決に代へて和解を締結せねばならぬとすれば這は權利保護の拒否の如くにも見える。殊に後見人、母なる親權者、法人の代表者等の如き法定代理人にとりては和解の讓步に因り親戚又は法人の他の役員其の他の社員又は會社の株主に對し責任を負はねばならぬ關係上和解を强要せられることは實に迷惑千萬の場合もある。正當の權利保護を要求し而も勝訴の見込十分なる當事者にとりても亦同樣である。是を以て受訴裁判所は和解の勸說を試みるに方りては深き思慮と先見

とを働かさねばならぬ而して訴訟事件の事實關係に付て十分なる辯論と釋明とを爲したる後に於て始めて當事者雙方の滿足又は尠くとも納得すべき和解の條件を提案することを得るものである。

而して和解の勸說を試みる時期は訴訟の如何なる程度に在るを問はないが故に苟くも訴訟繫屬したる以上は判決の言渡あるに至る迄何時にても和解の勸說を試みることを得るのである。隨て受命判事の面前に於ける準備手續の繼續中に於ても受訴裁判所は直接當事者雙方に和解の勸說を試みることを得るのみでなく又準備手續に於ける受命判事も亦和解の勸說を試みることを得る。（民訴法二五六條）更に口頭辯論中は勿論口頭辯論の終結後と雖、苟くも判決の言渡未前なる限り判決言渡の期日の當日に於てすら尙且和解の勸說を試みることを得るのである。然れども口頭辯論の終結後に於て和解の勸說を試みるには受訴裁判所は口頭辯論の再開を命じなければならない。（註一）

元來受訴裁判所の面前に於て試みる和解の勸說は唯機會的に口頭辯論の間に狹む行爲として之を爲すものに過ぎない。隨て此の場合に於て和解の勸說を試みる爲には特に方式的の決定を要しないのである。（註二）此の點は準備手續の受命判事の面前に於ける審問の機會に行はるべき和解の勸說の試みに付ても亦同樣である。

然れども受訴裁判所が受命判事又は受託判事をして和解の勸說を試みしむる指圖を爲す場合に於ては受訴裁判所は口頭辯論に基きて方式的の決定を以て之を爲すべきものであつて相當と認むる方法に依り當事者に之を告知することを要し（民訴法二〇四條）而も必要なる場合には裁判長が職權を以て和解の期日を指定すべきものである。無論受訴裁判所が受命判事又は受託判事に和解を試みしむる指圖を爲したるときと雖、之が爲に法律上、訴訟手續の續行を妨ぐるものではない。而して訴訟が和解手續に依り完結しない以上、受訴裁判所の裁判長は口頭辯論の續行の期日を指定せねばならぬ。然し乍ら受命判事又は受託判事は縱令受訴裁判所の和解を試みしむる指圖なくとも、當事者雙方が受命判事又は受託判事の面前に例之證據調の爲にでも出頭したる場合には當事者雙方に和解の勸說を試みることを妨げないけれども和解の期日を指定したり又は和解の爲當事者本人等の出頭を命ずる權利を有しない。（註三）和解の勸說を試みたる結果、和解が整ひたる場合に於ける和解調書に付ては本法第一四四條、和解調書記載の效力に付ては本法第二〇三條、和解の費用及訴訟費用の負擔に付ては本法第九七條及訴訟費用額の確定手續に付ては本法第一〇三條參照。

（註一）參照 Stein=Jonas, § 296 I 1 S. 779.
（註二）參照 Stein=Jonas, § 296 I 1 S. 779.
（註三）參照 Stein=Jonas, § 296 I 2 S. 780.

**二　當事者本人の出頭**　和解の勸說は事情に從ひ判事が直接當事者本人又は其の法定代理人に面接して之を爲すべき必要を生ずる。是を以て受訴裁判所又は和解を試みしむる指圖の場合に於ける受命判事若は受託判事は縱令當事者の爲訴訟代理人又は輔佐人あるときと雖、和解の爲當事者本人又は其の法定代理人の出頭を命ずることを得るのである。（本條二項）殊に當事者が法人である場合には法人の代表者の出頭を命ずる。然れども當事者又は其の法定代理人は和解の爲出頭の命に應ずべき責任を有するにしても出頭の義務を負はない。隨て出頭を强制せられない點は調停手續に於ける出頭强制と餘程趣を異にする。故に當事者本人又は其の法定代理人は和解の爲出頭を命ぜられて之に應ぜざるときと雖何ら罰則に觸れる譯でなく制裁を受けないばかりか何ら訴訟上の不利益すら蒙らない。

---

**第百三十七條　攻擊又ハ防禦ノ方法ハ別段ノ規定アル場合ヲ除クノ外口頭辯論ノ終結ニ至ル迄之ヲ提出スルコトヲ得**

本條は舊法第二〇九條及第二一四條の規定と略同趣旨である。

外國法參照條文　獨民訴法第二七八條第一項及第二八三條第一項。澳民訴法第一七九條。

資料　理由書八〇頁。議事錄に特記なし。速記錄三六三頁以下。

目次　一　口頭辯論單一の原則　二　攻擊及防禦の方法　三　口頭辯論の終結　四　本條の別段の規定ある場合

**一　口頭辯論單一の原則**　凡そ訴訟は必要的口頭辯論に基きて判決を爲すを原則とする。（民訴法一二五條一項）而して當事者が口頭辯論に於て攻擊又は防禦の方法として提出したる總ての訴訟資料而も夫れのみを判決の基礎に爲すことを得るのである。必要的口頭辯論に付ては本法第一二五條其の二參照。而して本法に於ては訴訟手續に一定の順序段階も區分も認めないことを原則とするを以て、同一審に於て連續したる數箇の口頭辯論は法律上之が單一を形成し且其の口頭辯論の單一の意義に於ける訴訟資料を判決の基礎に爲すものである。之を所謂「口頭辯論單一の原則」又は「口頭辯論不可分の原則」（Grundsatz der Einheitlichkeit oder Unteilbarkeit der mündlich Verhandlungen）と謂ふ。卽ち此の口頭辯論單一の原則は當事者が特別の規定なき限り口頭辯論の終結に至る迄訴訟の如何なる程度に於ても新なる攻擊又は防禦の方法を提出することを得べく而も口頭辯論を許される間、懈怠したる訴訟行爲を追完することを得る權能を有することを意味するのである。（註一）而して本條の規定に依れば特別の規定ある場合を除くの外訴訟手續に一定の順序段階及區分を認むる所謂法定順序主義（sog. Prinzip der gesetzlichen Reihenfolge）を採用しないばかりでなく又當事者が一定の訴訟の程度に於て同種又は異種の攻擊又は防禦の方法を總て同時に提出することを要し然らずんば最早爾後の手續に於て之を提出する權利を失ふ所の所謂同時提出主義（sog. Eventualmaxime）も採用しないで、寧ろ當事

者が同一審に於て口頭辯論の終結に至る迄訴訟の如何なる程度に於ても自由に新なる攻擊又は防禦の方法を提出することを得る原則を認むるものである。畢竟本條は所謂「口頭辯論單一の原則」を宣明するものに外ならぬ。

斯くして口頭辯論單一の原則を認むる必然の歸結として同一審に於ける總ての口頭辯論の同格の原則(Grundsatz der Gleichwertigkeit aller mündlich Verhandlungen)を認めなければならぬ。卽ち同一審に於て連續したる數多の期日に分裂する總ての口頭辯論は須らく同等の價値を有するものである。(註二)隨て當事者が既に或る口頭辯論に於て攻擊又は防禦の方法を提出し訴訟資料に爲りたるものは爾後の口頭辯論に於て再び之を反覆しなくとも依然訴訟資料たるに變りない。故に民事訴訟に在りては各口頭辯論期日の間が如何に永くとも苟くも裁判所の構成に異變なき限り各口頭辯論期日毎に口頭辯論を更新する必要はない。唯判事の更迭ある場合に於てのみ口頭辯論を更新することを要するのみ。(民訴法一八七條二項)故に判決の基礎と爲る訴訟資料は結局最終の口頭辯論を標準と爲さねばなるまい。

(註一) 參照 Rosenberg. Lehrb. § 64 III S. 181; Stein-Jonas, § 278 I S. 724; Stein, Grundriss § 14 II S. 46.

(註二) 參照 Rosenberg, Lehr. § 64 III S. 181; Stein-Jonas, § 273 I S. 724.

## 二　攻擊及防禦の方法

本條規定に所謂「攻擊ノ方法」(Angriffsmittel)とは訴又は反訴を理由付ける爲に供する總ての主張を謂ふ。(註三) 然れども訴、反訴及訴の變更そのものは攻擊であつて攻擊方法ではない。(註四) 上訴も亦同樣である。又之と反對なる所謂「防禦ノ方法」(Verdeidigungsmittel)とは訴又は反訴を防禦する爲に供する總ての主張を謂ふ。(註五) 然れども反訴及上訴は防禦方法でない。此の意味に於て、總ての申立(alle Anträge)事實上及法律上の總ての主張及陳述(alle Behauptungen und Erklärungen tatsächlicher und rechtlicher Art)は實體法に關すると訴訟法に關するとを問はず攻擊又は防禦の方法に屬するものである。(註六) 而も爭へる陳述(Bestreitung)も攻擊又は防禦の方法である。(註七) 加之本法に於ては訴又は反訴を理由付ける爲又は之を防禦する爲に供する證據方法及證據抗辯(Beweismittel und Beweiseinrede)(註八) 竝に證據に關する陳述(der auf den Beweis bezüglichen Erklärung)すら(註九) 攻擊又は防禦の方法に包含する。所謂「獨立シタル攻擊又ハ防禦ノ方法」(民訴法一八四條)に付ては本法第一八四條參照。時機に後れて提出したる攻擊又は防禦の方法の却下に付ては本法第一三九條其の二參照。

(註三) 參照 Rosenberg, Lehrb. § 59 I 2 b S. 163.

(註四) 參照 Rosenberg, a. a. O. S. 163.

(註五) 參照 Rosenberg, a. a. O. S. 163.

（註六）參照 Steinｰ/Jonas, § 146 I S. 432f.
（註七）參照 Steinｰ/Jonas, § 278 II S. 726.
（註八）參照 Baumbach, § 33 Anm. 3 S. 154; 河村讓三郎博士民訴法改正三六頁。
（註九）參照 Steinｰ/Jonas, § 146 I S. 432.



**三　口頭辯論の終結**　當事者は口頭辯論に於て訴訟の如何なる程度に於ても自由に攻擊又は防禦の方法を提出することを得る權利を有すると雖、這は固より當該審級に於ける口頭辯論の終結に至る迄之を認むるものである。勿論當該審級の口頭辯論は受訴裁判所の裁判長が事件の指揮を爲す關係上（民訴法一二七條）之を終結するものであるが之が爲に特に終結決定を要しない。而して口頭辯論は受訴裁判所に於て訴訟が裁判を爲すに熟したるものと認むる時に之を終結するを常とする。隨て本條に所謂口頭辯論の終結に至る迄とは訴若は反訴又は上訴の提起ありたる時から當該審級に於ける判決に接着する最終の口頭辯論期日を終了するに至る迄の間を謂ふのである。

**四　本條の別段の規定ある場合**　本法に於ては訴訟手續に原則として一定の順序段階も區分も認めないのみか却て口頭辯論單一の原則を認むると雖、之が爲に訴訟手續の複雜混亂を招來し訴訟資料の不整列に陷り訴訟の遲延を生ずべきを慮り集中主義（Konzentrationsmaxime）を採用し一面辯論集中主義（Konzentration der Verhandlung）を認め他面提出集中主義（Konzentration des Vorbringes）を認め以て別段の規定に依り例外として當事者は攻擊又は防禦の方法を提出すべき時期を制限せられるのである。集中主義及辯論集中主義に付ては本法第一二八條其の一、第一三一條其の一參照。而して本條の規定に所謂「別段ノ規定アル場合」としては主義に付ては本法第一三九條其の一參照。本法第二五五條の規定に依り受命判事の面前に於ける準備手續の調書又は之に代るべき準備書面に記載せざる攻擊又は防禦の方法を口頭辯論に於て主張することを得ない場合、本法第一三九條の規定に依り當事者が訴訟を遲延せしめむとする故意又は重大なる過失に因り時機に後れて提出したる攻擊又は防禦の方法及釋明を爲さゞる趣旨不明瞭なる攻擊又は防禦の方法を却下する場合を始め本法第一三二條の規定に依り裁判所が口頭辯論の制限を爲す場合、本法第一八三條の規定に依り訴訟の一部が裁判を爲すに熟し一部判決を爲す場合若は本法第一八四條の規定に依り獨立したる攻擊又は防禦の方法に付て裁判を爲すに熟し中間判決を爲す場合及本法第三七七條の規定に依り控訴審に於ては當事者が第一審の判決の變更を求むる限度に於てのみ口頭辯論を爲す場合等を擧げることができる。

## 第百三十八條　原告又ハ被告カ最初ニ爲スヘキ口頭辯論ノ期日ニ出頭セス又ハ出頭スルモ本案ノ辯

**論ヲ爲ササルトキハ其ノ者ノ提出シタル訴狀、答辯書其ノ他ノ準備書面ニ記載シタル事項ハ之ヲ陳述シタルモノト看做シ出頭シタル相手方ニ辯論ヲ命スルコトヲ得**

本條は舊法に無かつた新設の規定である。

**外國法參照條文**　獨民訴法に特別規定なし。澳民訴法にも亦同じ。

**資料**　理由書八一頁。議事錄三〇三頁以下、三二一頁以下。速記錄三六三頁以下。

**目次**　一　當事者の一方の闕席の場合に於ける訴訟手續　二　最初に爲すべき口頭辯論期日　三　原告の闕席の場合　四　被告の闕席の場合

**一　當事者の一方の闕席の場合に於ける訴訟手續**　本條は當事者の一方が最初の口頭辯論期日に闕席したる場合に於ける訴訟手續に關する規定である。凡そ判決手續に於ける當事者の辯論の方式は口頭辯論主義（Mündlichkeitsprinzip）に依りて行はれ、（民訴法一二五條）當事者が判決裁判所の面前に於ける口頭辯論に於て口頭を以て陳述したる事實及證據のみが訴訟資料（Prozessstoff）として判決の基礎と爲るのである。然るに當事者の一方が口頭辯論の期日に出頭しないとき又は出頭するも本案の辯論を爲さないで闕席したる場合に於ては受訴裁判所は當事者雙方の辯論に基いて對席判決を爲すことを得ない筋合である。然るに本法に於ては最早舊法に認めたる闕席判決手續を踏襲しないで之に代ふるに本條の規定の如き當事者の一方の闕席の場合に於ける獨特の手續を以てし口頭辯論主義の原則を緩和して闕席したる當事者の爲、書面主義を以て補ひ一方は書面主義に依り他方は口頭主義に依る所謂折衷主義の訴訟手續を認め、之に依り通常の判決を爲し得ることを認むるものである。卽ち本條の規定に依れば、原告又は被告が最初に爲すべき口頭辯論の期日に出頭しないとき又は出頭するも本案の辯論を爲さないときは、受訴裁判所は其の原告又は被告の提出したる訴狀、答辯書其の他の準備書面に記載したる事項を口頭で陳述したるものと看做し且出頭したる相手方に辯論を命ずることを得るのである。勿論斯かる手續は正しく口頭辯論主義の原則に對し一大例外であり變態手續であるに相違ない。

**二　最初に爲すべき口頭辯論期日**　本法は舊法の闕席判決手續を撤廢して當事者の一方が口頭辯論の期日に闕席したる場合に於て、闕席したる當事者の爲、書面主義を以て補ひ一方書面主義に依り他方出頭したる當事者の爲口頭主義に依る所謂折衷主義の變態手續を認むると雖、之を無制限に許容するに於ては、竟に訴訟は終始、書面審理主義に依りて行はるべき虞あるを以て、本條の變態手續は原告又は被告が唯最初に爲すべき口頭辯論の期日に出頭しないとき又は出頭するも本案の辯論を爲さない場合に限り之を認むるのであつて爾後の口頭辯論期日に當事者の一方が闕席する場合に於ては之を認めないのである。然れども當事者の一方が最初に爲すべき口頭辯論の期日に出頭し縱令訴訟の適法性乃至訴訟要件の辯論を爲すも、苟くも本案の辯論を爲さない限りは、本條の變態手續を認むるもので

ある。而して本條の規定に所謂「最初ニ爲スヘキ口頭辯論ノ期日」とは原告又は被告が適法に期日の呼出を受け且第一着に訴訟の基本たる口頭辯論を爲すべき期日を指稱するものと解すべきである。換言すれば所謂最初に爲すべき口頭辯論の期日は原告にとりては第一着に訴の請求の趣旨及原因を陳述すべき最初の口頭辯論期日又は被告にとりては第一着に原告の請求及其の原因に對し答辯を爲すべき最初の口頭辯論期日に該るのである。隨て斯かる意味の最初の口頭辯論期日が變更又は延期されたる場合に於ては、更に其の變更又は延期後の次回の期日も猶所謂最初に爲すべき口頭辯論の期日に該るものであつて唯初めて指定したる「口頭辯論に於ける最初の期日」(民訴法第一五二條四項)のみが「最初に爲すべき口頭辯論の期日」の義ではない。

**三　原告の闕席の場合**　原告が最初に爲すべき口頭辯論期日に闕席し被告が出席したる場合に於ては受訴裁判所は職責上の自由裁量に從ひ訴訟を進行するを相當と認むるときは、原告の提出に係る訴狀其の他の準備書面に記載したる事項を口頭で陳述したるものと看做し而も之に對して出頭せる被告に辯論を命じ被告をして先づ原告の請求及其の原因に對し答辯を爲さしめ且辯論を爲さしむることを得るのである。斯くして訴訟は被告に於て原告の請求及其の原因を否定し又は爭ふ以上受訴裁判所が裁判を爲すに方り結局原告が其の主張し而も被告の爭へる請求の原因に付て立證の責任を盡さない廉に依り原告の敗訴に歸着するを免れないであらう。

**四　被告の闕席の場合**　原告が最初に爲すべき口頭辯論期日に出席し被告が闕席したる場合に於ては受訴裁判所は職責上の自由裁量に從ひ訴訟を進行するを相當と認むるときは、一面出頭せる原告をして訴狀其の他の準備書面に基き訴の請求の趣旨及原因を陳述せしめたる上準備手續を經たる訴訟なるときは尙準備手續の結果を陳述せしむると共に（民訴法二五四條）他面被告の提出に係る答辯書其の他の準備書面に記載したる事項を口頭で陳述したるものと看做し而も出頭せる原告に辯論を爲さしむることを得るのである。而して受訴裁判所は必要ある場合には原告に立證を爲さしめ又は證據調の手續すら爲すことを得るであらう。然れども最初に爲すべき口頭辯論の期日に於て被告から何等答辯書其の他の準備書面の提出なきときは、固より被告の爲口頭の陳述を擬制するに由ないばかりでなく又被告が口頭辯論に於て原告の主張する事實を爭はない場合でもないから、此の場合に直ちに本法第一四〇條の規定を適用も準用も類推もできない。然も此の場合に於て拱手傍觀し、訴訟手續を無爲に終るべきものでもない。而も此の點に付て何等特別の規定を爲さないのは確かに法律の缺陷である。是を以て斯かる場合に於て受訴裁判所が出頭せる原告に辯論を命じたるときは、既に訴狀其の他の準備書面の送達を受け且適法に期日の呼出をも受けたるに拘らず、出頭も本案の辯論も答辯書其の他の準

備書面の提出も爲さない被告に於て應訴責任乃至陳述責任を盡さゞるものとし其の送達を受けたる訴狀其の他の準備書面に記載したる原告の訴の請求及原因たる事實を敢て爭はないものと推認するより他なく（民訴一八五條）而して結局被告は原告の主張する事實を認むるものとし被告敗訴の通常の判決を受けねばなるまい。

**第百三十九條　當事者カ故意又ハ重大ナル過失ニ因リ時機ニ後レテ提出シタル攻擊又ハ防禦ノ方法ハ之カ爲訴訟ノ完結ヲ遲延セシムヘキモノト認メタルトキハ裁判所ハ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ却下ノ決定ヲ爲スコトヲ得**

**攻擊又ハ防禦ノ方法ニシテ其ノ趣旨明瞭ナラサルモノニ付當事者カ必要ナル釋明ヲ爲サス又ハ釋明ヲ爲スヘキ期日ニ出頭セサルトキ亦前項ニ同シ**

本條第一項は舊法第二一〇條の規定を修正したるものであるが本條第二項は舊法に無かつた新設の規定である。

**外國法參照條文**　獨民訴法第二七九條ア及第二八三條第二項。澳民訴法第一七九條及第二七五條。

**資料**　理由書八二頁。議事錄三〇五頁。速記錄三六四頁以下。

**目次**　**一**　提出集中主義　**二**　時機に後れて提出したる攻擊又は防禦の方法の却下　**三**　釋明を爲さゞる趣旨不明瞭の攻擊又は防禦の方法の却下

**一　提出集中主義**　本條は時機に後れて提出したる攻擊又は防禦の方法及釋明を爲さざる趣旨不明瞭の攻擊又は防禦の方法の却下に關する規定である。元來口頭辯論主義の訴訟に於ては、所謂口頭辯論單一の原則に依り當事者は別段の規定なき限り同一審に於て判決に接着する口頭辯論の終結に至る迄何時にても、新なる攻擊又は防禦の方法を提出する權利と自由とを有するものである。（民訴法一三七條）口頭辯論單一の原則に付ては本法第一三七條其の一參照。然れども當事者が訴訟の如何なる程度も顧慮せずに徒らに適當の時機に後れて際限なく新なる攻擊又は防禦の方法を提出し又は趣旨不明瞭の攻擊又は防禦の方法を提出し乍ら適當の時期に釋明を爲さないときに至りては、訴訟の遲延を來し訴訟の迅速を妨ぐるが故に、本法は所謂集中主義に立脚し辯論集中主義と相併行して所謂提出集中主義(sog. Konzentration des Parteivorbringens)を採り當事者に能ふ限り迅速且眞面目に訴訟資料を提出せしむる爲受訴裁判所は當事者が訴訟遲延の故意又は重過失に因りて時機に後れて提出したる攻擊又は防禦の方法及趣旨不明瞭にして適當の時期に釋明を爲さない攻擊又は防禦の方法を孰れも申立に因り又は職權を以て却下する決定を爲すことを得るのである。

**二　時機に後れて提出したる攻擊又は防禦の方法の却下**　本條第一項の規定に依れば、當事者が訴訟遲延の故意又は過失に因り時機に後れて提出したる攻擊又は防禦の方法にして、之が爲訴訟の完結を遲延せしむべきものと認むるときは裁判所は申立に因り又は職權を以て斯かる攻擊又は防禦の方法を

却下する決定を爲すことを得るのである。隨て時機に後れて提出じたる攻撃又は防禦の方法を却下するには左記の三の要件を具備することを要する。

（一）當事者が時機に後れて攻撃又は防禦の方法を提出したること　先づ當事者が攻撃又は防禦の方法を提出したることを要するは謂ふまでもない。本條の所謂「攻撃又ハ防禦ノ方法」とは訴若は反訴を理由付ける爲に供する總ての主張又は訴若は反訴を防禦する爲に供する總ての主張を謂ふ。（註一）而も訴若は反訴を理由付ける爲又は之に對して防禦する爲に供する證據方法及證據抗辯（註二）竝證據に關する陳述も亦攻撃又は防禦の方法に屬するものである。（註三）　反之訴、反訴又は上訴の提起及訴の變更は攻撃又は防禦自體に屬するも攻撃又は防禦の方法ではない。尙攻撃又は防禦の方法に付ては本法第一三七條其の二參照。

然れども攻撃又は防禦の方法の提出が時機に後れたるか否は固より訴訟の事情と訴訟の程度と攻撃又は防禦の方法の性質竝種類とに從ひ訴訟資料を提出すべき時期及機會を異にすべきが故に一概に之を斷定することを得ない。而して受訴裁判所が職責上の自由裁量に依り當事者が攻撃又は防禦の方法を之を提出したる期日よりも以前に之を提出することを得べかりしものと認むるときは所謂「時機ニ後レテ提出シタル」ものと謂はねばなるまい。然れども既にて許されたる訴の變更（民新法二三一條一項）に伴ひ訴變更後の趣旨に基く訴又は反訴を支持する爲に供すべき新なる攻撃又は防禦の方法は固より之を提出すべき時機も漸次其の後に繰延べらるべきである。上級裁判所に於ける上訴の訴訟進展に付ても亦同樣である。

（註一）參照 Rosenberg, Lehrb. § 59 I 2 b S. 163.

（註二）參照 Baumbach. § 33 Anm. 3 S. 154. 河村（讓三郎）博士民訴法改正三六頁。

（註三）參照 Stein-Jonas § 146 I S. 432.

（二）當事者が訴訟遲延の故意又は重大なる過失に因りて提出を後れたること　當事者が時機に後れて攻撃又は防禦の方法を提出したることに付て責任の原因がなければならぬ。卽ち當事者が訴訟を遲延せしめむとする故意又は重大なる過失に因りて時機に後れて提出したることを要する。然れども當事者が或る合理的な訴訟戰術の事由に基き攻撃又は防禦の方法を抑留したることを以て當事者の重大なる過失に因りて提出の時機を後れたるものと爲すに足りない。（註四）又當事者が攻撃又は防禦の方法の提出の重要性を誤解したる爲に時機に後れて攻撃又は防禦の方法を提出したる場合にも亦當事者の重大なる過失に因るものと認むるに足りない。（註五）而も此の攻撃又は防禦の方法を提出すべき時機に關する當事者の過責問題に付ては裁判所又は裁判長の訴訟指揮と本條の規定との密接な關係が重要な意義を有するであらう。

（註四）　參照 Stein=Jonas, § 279 II S. 727.

（註五）　參照 Stein=Jonas. § 279 II S. 727.

（三）　時機に後れて提出したる攻擊又は防禦の方法の爲に訴訟の完結を遲延すべきものと認めたること　當事者が時機に後れて攻擊又は防禦の方法を提出するも、之が爲に訴訟の完結に影響を及ぼさなければ問題にならない。是を以て受訴裁判所が職責上の自由裁量に從ひ當事者から時機に後れて提出したる攻擊又は防禦の方法を顧慮するに於ては訴訟の完結が客觀的に遲延を來すべきものと認むる場合でなければ其の攻擊又は防禦の方法を却下することを得ない。

斯くして右の三の要件を具備する場合に於ては受訴裁判所は申立に因り又は職權を以て時機に後れて提出したる攻擊又は防禦の方法を却下することを得るものである。而して本條の規定に依れば、時機に後れたる訴訟資料は獨り被告の提出に係る防禦方法のみに限らず原告の提出に係る攻擊方法すら之を却下することを得るばかりでなく敢て相手方の申立を俟つことなく裁判所の職權を以ても時機に後れたる攻擊又は防禦の方法を却下することを得るのである。此の却下の裁判は決定の形式を以て之を爲すことを要するものであつて、判決の理由に於ける判斷に讓ることを得ない。控訴審に於ける時機に後れたる攻擊又は防禦の方法に付ては本法第三七九條參照。

**三　釋明を爲さざる趣旨不明瞭の攻擊又は防禦の方法の却下**　本條第二項の規定に依れば、當事者が時機に後れずに提出したる攻擊又は防禦の方法と雖、其の趣旨が不明瞭であるに拘らず必要なる釋明を爲すべきことを懈怠したるときは、受訴裁判所は申立に因り又は職權を以て其の攻擊又は防禦の方法を却下する決定を爲すことを得るのである。隨て釋明を懈怠したる趣旨不明瞭の攻擊又は防禦の方法を却下するには左記の三の要件を具備することを要する。

（一）　當事者が趣旨不明瞭の攻擊又は防禦の方法を提出したること　先づ當事者が時機に後れずに攻擊又は防禦の方法を提出したるも其の趣旨に明瞭を缺いてゐることを要する。換言すれば當事者間に爭ひある事實上の箇々の點に付て釋明を必要とする攻擊又は防禦の方法でなければならぬ。反之法律上の見解の爭點に關する趣旨に明瞭を缺くとも這は本條の規定に無關係である。何となれば當事者は其の提出したる攻擊又は防禦の方法に關して法律上の見解を陳述すべき義務を負ふものでないからである。而して本條第二項の所謂「攻擊又ハ防禦ノ方法」も本條第一項の夫れと同義なるが故に此の點に付ては本條其の二參照。

（二）　當事者が趣旨不明瞭なる攻擊又は防禦の方法に付て必要なる釋明を爲さず又は釋明すべき期日に出頭せざること　當事者の提出に係る趣旨不明瞭の攻擊又は防禦の方法に付て受訴裁判所の裁判

長が當事者に釋明を爲すべきことを命じたることを前提とする。卽ち裁判長が本法第一二七條又は第一二八條の規定に依り釋明義務を履行したることを要する。然るに當事者が趣旨不明瞭なる攻擊又は防禦の方法に付て必要なる釋明を爲さず又は釋明すべき期日に出頭せざる場合に於て始めて本條第二項の規定を適用すべきものである。然れども此の當事者の釋明の懈怠は、當事者に於て訴訟の完結を遲延せしめむとする故意又は重大なる過失に基因すると否を問はない。

（三）釋明の懈怠の爲訴訟の完結が遲延すべきものと認めたること　當事者の提出に係る攻擊又は防禦の方法が趣旨不明瞭であり而も當事者が必要なる釋明を爲さず又は釋明すべき期日に出頭せざる場合と雖、之が爲に訴訟の完結に遲延を招來しない間は未だ本條の規定を適用すべきものではない。而して受訴裁判所が職責上の自由裁量に從ひ當事者が釋明を懈怠したる爲に訴訟の完結が客觀的に遲延を來すべきものと認めたる場合に於て始めて趣旨不明瞭の攻擊又は防禦の方法を却下することを得るものである。

斯かる三の要件を具備する場合に於ては受訴裁判所は申立に因り又は職權を以て釋明を爲さゞる趣旨不明瞭の攻擊又は防禦の方法を却下する決定を爲すことを得るのである。

---

**第百四十條　當事者カ口頭辯論ニ於テ相手方ノ主張シタル事實ヲ明ニ爭ハサルトキハ其ノ事實ヲ自白シタルモノト看做ス但シ辯論ノ全趣旨ニ依リ其ノ事實ヲ爭ヒタルモノト認ムヘキ場合ハ此ノ限ニ在ラス**

**相手方ノ主張シタル事實ヲ知ラサル旨ノ陳述ヲ爲シタル者ハ其ノ事實ヲ爭ヒタルモノト推定ス**

本條は舊法第一一一條第二及第三項の規定と略同趣旨である。

**外國法參照條文**　獨民訴法第一三八條。澳民訴法第二六七條。

**資料**　理由書八二頁。議事錄三三三頁以下。速記錄三七二頁以下。

**目次**　一　當事者の陳述責任　二　裁判上の自白　三　不知の陳述

**一　當事者の陳述責任**　本條は擬制の自白に關する規定である。抑本法には訴訟に於ける當事者の陳述義務（Erklärungspflicht）又は陳述責任（Erklärungslast）に關し明示的の特別規定を設けてゐない。無論法律は當事者の陳述義務を要求してゐない。然れども當事者の各方が訴訟上利益の效果を收むる爲には相手方の主張したる事實に對し陳述を爲すべき責任を負ふものである。何となれば、當事者の各方は相手方の主張に付て證明を要しないものとする法律上の不利益を蒙ることあるべき脅威を受けるからである。卽ち相手方の主張の眞實を調査することなしに之を判決の基礎に爲される虞れがある。斯かる見地から本條の規定を觀れば本條は當事者の各方が相手方の主張したる事實に付て口頭辯

論に於て陳述を爲すべき責任を有することを前提とするものとも考へらる。

**二　裁判上の自白**　裁判上の自白とは、當事者が口頭辯論に於て相手方の主張したる自己に不利益なる事實を眞實と認むる陳述を謂ふのであつて、之を眞實の裁判上の自白（wirkliches gerichtliches Geständnis）と謂ふ。乍併當事者が相手方の主張しにる事實を眞實と認むる陳述を爲さなくとも單に相手方の主張したる自己に不利益なる事實を爭はない旨の陳述も亦眞實の自白である。而も當事者の各方は相手方の主張したる事實に付て口頭辯論に於て陳述すべき責任を有する關係上、口頭辯論に於て相手方の主張したる事實を明に爭はざるときは本條第一項の規定に依り、其の事實を自白したるものと看做されるのである。之を擬制の自白と謂ふ。尤も當事者が口頭辯論に於て相手方の主張したる事實を爭ひたるものと爲すには其の當事者の積極的表示の附言を要すべきか否又は如何なる範圍に於て之を要すべきかは全く裁判所の心證に委ねられてある問題であつて、固より辯論の全趣旨に依り當事者が相手方の主張したる事實を爭ひたるか否を認むべきものである。隨て裁判所は辯論の全趣旨に依り當事者が相手方の主張したる事實を爭ひたるものと認むべき場合に於ては、縱令其の事實を明に爭はざるときと雖、之を自白したるものと看做すことを得ない。（本條第一項但書）概言すれば當事者が相手方の主張したる事實に付て積極的の反對主張を以て對抗したるときに限り其の事實を眞面目に爭ひたるものと認むるを相當とする。（註一）若し夫れ當事者の爭ふ意思に疑あるときは裁判長は釋明義務に基き當事者に問を發すべく、又必要なる場合には口頭辯論を再開してまでも當事者本人の出頭を命じ之を質し疑を齊らすべきである。而も斯かる方法に依りて確かめたる當事者の默示的自白は正しく眞實の裁判上の自白と爲るであらう。然れども唯當事者が口頭辯論に於て相手方の主張したる事實を明に爭はない場合に限り卽ち裁判所が釋明義務を盡すも當事者の爭ふ意思を認むべき結果を得ないとき又は裁判所の問に對して當事者が何ら陳述を爲さないとき若は陳述を拒絕したるときにのみ當事者が相手方の主張したる事實を自白したるものと看做す所謂擬制の自白（sog. fingiertes Geständnis）を認むることを得る。而も此の擬制の自白は口頭辯論期日に出頭して辯論を爲したる當事者の各方の爲に之を認むるものである。（註二）而して所謂擬制の自白の效果は眞實の裁判上の自白と稍趣を異にし口頭辯論の終結を俟つて始めて確實となるものである。何となれば當事者は同一審に於ける口頭辯論の終結に至る迄如何なる辯論期日に於ても、從前に陳述の無かりし陳述又は拒絕したる陳述を無條件に追完することを得るからである。故に結局最終審に於ける口頭辯論の終結に於て認めらるゝ擬制の自白に對しては一般の法律上の擬制と同樣に最早反證を許さないものと謂はねばならぬ。（註三）

（註一）參照 Stein-Jonas, § 138 I 2 S. 412 f.

（註二）參照 Stein=Jonas, § 138 I 3 S. 413.

（註三）反對說　山内博士法律新報一四四號二頁。

**三　不知の陳述**　當事者の各方は陳述の責任に基き相手方の主張したる事實に付て如何なる陳述を爲さむとする決意を餘儀なくされる。而して當事者は相手方の主張したる事實に付て或は之を自白し或は之を爭ひ或は之を知らない旨の不知の陳述（Erklärung mit Nichtwissen）を以て答ふるであらう。而して不知の陳述は固より當事者自身の行爲でもなく又自己の實驗したることもなき眞實の不知なることもあれば、之に反對に當事者自身の行爲又は自己の實驗したる事實に拘らず殊更に之を不知なりと誤魔化し去ることもあり又記憶の失念又は忘却の爲に不知なることもあるばかりでなく、時には相手方の主張したる事實を爭はない意味に於て不知の陳述を爲すことすらあると雖、法律は相手方の主張したる事實に對する不知の陳述を以て總て一應當事者が其の事實を爭ひたるものと推定するのである。卽ち本條第二項の規定は不知の陳述を以て相手方の主張したる事實を爭ひたるものと法律上の推定を爲すものである。然れども之は固より法律上の推定に過ぎぬのであるから、相手方は其の主張したる事實に付て不知の陳述を爲したる當事者自身の行爲又は實驗に係ることの反證を提出し以て事實を爭ひたるものと爲す法律上の推定を覆へすことを得るは謂ふまでもない。

**第百四十一條　當事者カ訴訟手續ニ關スル規定ノ違背ヲ知リ又ハ之ヲ知ルコトヲ得ヘカリシ場合ニ於テ遲滯ナク異議ヲ述ヘサルトキハ之ヲ述フル權利ヲ失フ但シ拋棄スルコトヲ得サルモノハ此ノ限ニ在ラス**

本條は舊法に無かつた新設の規定である。

**外國法參照條文**　獨民訴法第二九五條。澳民訴法第一九六條。

**資料**　理由書八三頁。議事錄に特記なし。速記錄三七三頁以下。

**目次**　一　責問權　二　責問權の拋棄　三　責問の無爲に依る責問權の喪失　四　責問權の喪失の效果

**一　責問權**　本條は責問權の喪失に關する規定である。抑々民事訴訟に於ける責問權（Rügerecht）とは訴訟手續殊に訴訟行爲の形式に關する規定の違背を問責する當事者の權利を謂ふ。隨て責問權は唯訴訟手續に關し卽ち當事者行爲竝に裁判所行爲の處置の方式、要件、時及場所に關する訴訟上の形式の違背（nur die Verletzung prozessuales Normen über das Verfahren; dh. über die Form, die Voraussetzung, Zeit und Ort der Vornahme von Partei=wie Gerichtshandlungen）に限り之を認むるも反之其の當事者行爲竝に裁判所行爲の內容に關する形式（民訴法一二七條、一八五條、一八六條）には責問權を認められない。（註一）而して裁判所行爲の瑕疵に付ては當事者の各方に責問權を有すると雖、當

事者行爲の瑕疵に付ては之を處置したる當事者自ら責問を爲すことを得ないものであつて（註二）獨り相手方のみが責問權を有するものである。

（註一）參照 Rosenberg, Lehrb. § 74 I 1 S. 200 f.

（註二）參照 Rosenberg, Lehrb. § 74 II 1 S. 201; Steins/Jonas. § 295 I S. 776.

**二　責問權の拋棄**　責問權の拋棄は當事者が既遂に係る訴訟手續に關する規定の違背を主張し又は顧慮すべきことを拋棄するの義であつて、訴訟手續の規定の遵守は豫め之を拋棄することを得ない。（註三）故に責問權の拋棄は之を訴訟手續行爲の瑕疵の追認として（als Genehmigung des Mangels）言ひ表すこともできる。（註四）而して本法に於ては責問權の拋棄に付て明示的に別段の規定を設けてゐないけれども固より之を拒否する意味ではなく（註五）寧ろ本條但書から推考するも之を肯認せねばならない。

當事者は訴訟手續に關する規定の違背を拋棄することを得ない場合を除くの外責問權を拋棄することを得るものである。而して責問權の拋棄は裁判所に對する一方的の意思表示に依り且判決手續に在りては口頭辯論に於て之を爲すべきものである。而も其の責問權の拋棄の表示は必ずしも明示的であることを要しない。

當事者が訴訟手續に關する規定の違背に對する責問の爲に述べたる異議の取下も亦責問權の拋棄と同樣である。（註六）

（註三）參照 Rosenberg, Lehrb. § 74 II 1 S. 201.

（註四）參照 Rosenberg, Lehrb. § 74 II 2 a S. 201.

（註五）參照 加藤博士民訴法判例批評集一卷三二九頁以下。
反對說　雉本博士批評叢一卷四九五頁、同二卷一五五頁以下。

（註六）參照 Rosenberg, Lehrb. § 74 II 2 2 S. 201.

**三　責問の無爲に依る責問權の喪失**　本條の規定に依れば、當事者が訴訟手續に關する規定の違背を知り又は之を知ることを得べかりしに拘らず遲滯なく異議を述べないときは最早責問權を喪失するのである。卽ち當事者は正當の時期に責問を爲さない爲に責問權を喪失するものである。而して當事者が責問を爲さゞることに依りて責問權の喪失を來すには次の四の要件を具備せねばならぬ。卽ち第一に當事者が訴訟手續に關する規定の違背を知り又は之を知ることを得べかりしこと。第二に責問すべき當事者が口頭辯論期日に出頭し且辯論を爲したること、第三に瑕疵ある訴訟手續に基ける最初の口頭辯論に際し當事者から責問のなかつたこと卽ち當事者が遲滯なく責問を爲すべくして異議を述べなかつたこと是である。

**四　責問權の喪失の效果**　責問權は責問權の拋棄と責問の無爲とに依りて之を喪失する。而して責問權の喪失の效果としては瑕疵ある當事者行爲又は裁判所行爲を有效のものとして取扱はれるのであつて、卽ち訴訟手續の瑕疵を治癒する。控訴審及上告審に於ても亦同樣である。而も當事者の爾後の責問に付て相手方が同意するとも、最早責問權の喪失に因つて生じたる瑕疵治癒の效果を除去することを得ない。故に責問權の喪失は當事者行爲竝に裁判所行爲の瑕疵を遡及的に治癒するの效力（rückwarts wirkende Heilung）を有するものである。

## 第百四十二條　口頭辯論ニ付テハ裁判所書記期日毎ニ調書ヲ作ルコトヲ要ス

本條は舊法第一二九條第一項の規定と同趣旨である。

**外國法參照條文**　獨民訴法第一五九條第一項。澳民訴法第二〇七條第一項。

**資料**　理由書八三頁。議事錄に特記なし。速記錄三七五頁。

**目次**　一　口頭辯論調書及調書の種類　二　口頭辯論調書の作成

**一　口頭辯論調書及調書の種類**　本條は口頭辯論調書の作成に關する規定である。口頭辯論調書とは裁判所書記が口頭辯論に付て作成したる調書を謂ふのであつて之を所謂法廷調書（Sitzungsprotokolle）とも謂ふ。而して調書の種類には口頭辯論調書卽ち法廷調書を始め裁判所の面前に於ける審訊調書、受命判事又は受託判事の面前に於ける審問調書、認諾又は拋棄調書、和解調書、裁判所書記の調書及執達吏の調書なるものがある。期日の種類に付ては本法第一五二條其の一參照。

**二　口頭辯論調書の作成**　本條の規定に依れば、受訴裁判所の裁判所書記は口頭辯論期日毎に口頭辯論に付ての調書を作成することを要するのである。而も口頭辯論の期日である以上單に證據調若は判決の言渡又は期日の延期若は當事者雙方が期日に不出頭の場合すら尙且口頭辯論調書の作成を省略することを許されない。而して口頭辯論調書は口頭辯論に立會ひたる裁判所書記に依りて理論上、口頭辯論を開ける法廷に於て之を作成すべきものであつて、後日に及んで備忘又は手控から之を作成すべきものではない。口頭辯論調書を法廷調書と稱する所以も爰に在る。尤も訴訟手續の中斷又は中止の結果兼て指定したる口頭辯論期日を開くに由なく期日を無駄に了りたる場合に於ては裁判所書記は書面を作り其の旨を記載し之を訴訟記錄に添綴すべきを相當とする。

口頭辯論調書の作成は獨り受訴裁判所の裁判所書記の任務に屬し裁判長と雖、口頭辯論調書の作成に關する限り裁判所書記を指揮することを得ないばかりでなく裁判所書記に代り調書を作成することも許されない。尤も裁判所書記は裁判所の開廷に於ては裁判長の命令に從ふべきものではあるけれども調書の作成に關しては指揮を受けない。然れども裁判所書記が口頭辯論調書を作成するに方り裁判

長の口授を排除するものではなく寧ろ大抵の場合之を必要とする位である。唯裁判長の命令にして口述の書取に關るか又は調書の調製者は變更に關る場合に於て其の調製者は變更を正當でないと認むるときは裁判所書記は自己の意見を記して之に添付することを得るものである。（裁構法九一條三項）口頭辯論調書の形式的記載事項に付ては本法第一四三條參照。又口頭辯論調書の實質的記載事項に付ては本法第一四四條參照。受命判事又は受託判事の審問調書、裁判所の審訊調書及證據調の調書に付ては本法第一四九條參照。調書の附錄に付ては本法第一四五條參照。

**第百四十三條　調書ニハ左ノ事項ヲ記載シ裁判長及裁判所書記之ニ署名捺印シ裁判長支障アルトキハ陪席判事其ノ席次ニ從ヒ順次之ニ代リテ署名捺印シ且其ノ事由ヲ記載スルコトヲ要ス但シ判事皆支障アルトキハ書記其ノ旨ヲ記載スルヲ以テ足ル**

**一　事件ノ表示**

**二　判事及裁判所書記ノ氏名**

**三　立會ヒタル檢事ノ氏名**

**四　出頭シタル當事者、代理人、輔佐人及通事竝闕席シタル當事者ノ氏名**

**五　辯論ノ場所及年月日**

**六　辯論ヲ公開シタルコト又ハ公開セサル場合ニ於テハ其ノ理由**

本條は舊法第一二九條第二項及第一三二條の規定と略同趣旨である。

外國法參照條文　獨民訴法第一五九條第二項及第一六三條。澳民訴法第二〇七條及第二一三條第三項。

資料　理由書八四頁。議事錄三三五頁以下。速記錄二七六頁以下。

目次　一　調書の形式的記載事項　二　裁判長及裁判所書記の署名捺印と其の支障　三　調書の形式的證據力

**一　調書の形式的記載事項**　本條は口頭辯論調書の形式的記載事項と署名捺印に關する規定である。本條の冒頭に所謂「調書」は裁判所書記が口頭辯論期日に作成すべき法廷に於ける口頭辯論に付ての調書を指すのであつて、講學上之を法廷調書（Sitzungsprotokolle）と謂ひ實際上「口頭辯論調書」と稱するものである。此の口頭辯論調書には先づ以て本條の規定に掲ぐる第一乃至第六に列擧する事項を記載することを要し而も調書の形式としても是非之を記載せねばならぬものである。故に本條に掲ぐる事項は之を調書の形式的記載事項と謂ふことが出來る。而して口頭辯論調書には其の形式記載事項として、一事件の表示、二判事及裁判所書記、三立會ひたる檢事の氏名、四出頭したる當事者、代理人、輔佐人及通事竝闕席したる當事者の氏名、五辯論の場所及年月日、六辯論を公開したることと又は

公開せざる場合に於ては其の理由だけは必ず記載すべきものである。扨て口頭辯論調書の形式的記載事項に關し二三留意すべき點を指摘するならば、本條第二號の「判事ノ氏名」は裁判所構成法の規定に依り立會ひたる塡補判事（Ergänzungsrichter）の氏名も亦之を包含する。而して辯論調書に於ける單獨判事の署名は之を以て本條第二號の判事の氏名に代ふることを得るものである。（註一）又本條第三號の「立會ヒタル檢事ノ氏名」は縱令檢事が訴訟の當事者として（人訴法二條三項、一九條以下）でなくとも辯論に立會ひたる檢事（人訴法五、六條）の氏名を記載すべきものである。又本條第六號の辯論の公開は憲法第五九條の保證する所であつて、判決裁判所の辯論に關するものなるも之には固より證據調又は判決の言渡のみの期日をも包含する。而して「辯論ヲ公開セサル場合」とは憲法第五九條に規定する如く安寧秩序若は國家の安全又は風俗を害する虞あるときに裁判所構成法第一〇五條の規定に依り裁判所の決議を以て辯論の公開を停めたる場合を指すのであつて、辯論を公開せざる場合に於ては其の理由をも記載せねばならぬ。然れども辯論の公開は訴訟に關與する個人の利益の爲には訴訟關係人の一致の申立に因りても之を停むることを得ない。但し禁治產手續の場合に例外がある。（人訴法四四條）

（註一）參照 Stein-Jonas, § 159 IV S. 457.

**二　裁判長及裁判所書記の署名捺印と其の支障**　元來口頭辯論調書は獨り裁判所書記に依りてのみ之を作成せらるゝものであつて、裁判所書記は裁判長の指揮及監督の下に認證人として（als Urkundsperson）口頭辯論調書を取扱ふものである。（註二）故に裁判長と裁判所書記とは口頭辯論調書に署名及捺印を爲さねばならぬ。然るに裁判長と裁判所書記との間に調書の記載に付て直ちに打解けない意見の相違を生じたるときは兩人共各自の責任を以て調書を認證するものなるが故に、裁判所書記は裁判長の意見の外に獨立して自己の意見を表示する權能を有するものである。（裁構法九一條）故に裁判所書記は非常の場合には調書に爲すべき自己の署名捺印を拒絕することすらできる。本條に署名とは自署を指すものであつて、記名捺印を以て之に代ふることを得ない。

口頭辯論調書に署名捺印すべき裁判長が支障あるときは陪席判事中年齡の老若に拘らず其の席次に從ひ順次裁判長に代りて調書に署名捺印し且其の支障の事由を記載することを要する。若し夫れ裁判長及陪席判事の全員に支障あるときに至りては裁判所書記自ら其の判事の全員に支障ある旨を調書に記載する丈けで足りる。卽ち裁判所書記の署名捺印の重複を爲すべきものではない。然れども法律は裁判所書記の支障に付て何ら規定する所なきは他でもない、裁判所書記は口頭辯論期日に法廷に於ける口頭辯論に於て自ら口頭辯論調書を作成し且之に署名捺印するものなるが故に、口頭辯論調書が裁

判所書記に依り作成されない間卽ち調書完成前に裁判所書記に支障を生じたるときは、最早法律の意義に於ける口頭辯論調書なるものは有り得ないとも謂へよう。而も斯かる場合に於て裁判長の署名捺印を以て裁判所書記の署名捺印に代ふることを得ない。

（註二）　參照 Stein=Jons, § 163 I S. 461.

**三　調書の形式的證據力**　本條以下の調書の形式に關する規定に適合する調書は其の調書に證明した る認知の完全な證據力を有するものである。而して口頭辯論調書が本條の調書の形式の規定に違背するも、苟くも判決が口頭辯論調書の欠缺に基きたるものと認め得ない以上例之受命判事又は受託判事の調書の欠缺する場合に屢見るが如く、直ちに辯論の無效を惹起するものではない。卽ち口頭辯論調書は調書の形式的記載事項の瑕疵に依り調書そのものとしての總ての證據力を剝奪されるものではない。却て裁判所は斯かる瑕疵ある調書に如何なる證據價値を認むべきかを自由に判斷すべきものである。然れども調書の誤謬又は改竄卽ち僞造又は變造の反證は本法第一四七條の規定に牴觸しない限り凡ゆる種類の證據方法に依りて之を擧げることを得るものである。

---

**第百四十四條　調書ニハ辯論ノ要領ヲ記載シ殊ニ左ノ事項ヲ明確ニスルコトヲ要ス**

**一　和解、認諾、抛棄、取下及自白**

**二　證人、鑑定人ノ宣誓及陳述**

**三　檢證ノ結果**

**四　裁判長ノ記載ヲ命シタル事項及當事者ノ請求ニ因リ記載ヲ許シタル事項**

**五　書面ニ作ラサル裁判**

**六　裁判ノ言渡**

本條は舊法第一三〇條の規定と略同趣旨である。

外國法參照條文　獨民訴法第一六〇條。澳民訴法第二〇八條第一項。

資料　理由書八五頁。議事錄三三六頁。速記錄三七七頁以下。

目次　一　調書の實質的記載事項。　二　調書の各實質的記載事項。

**一　調書の實質的記載事項**　本條は口頭辯論調書の實質的記載事項に關する規定である。元來口頭辯論調書の使命は口頭辯論の進行に付ての要領を明確にするを以て足りるのである。此の口頭辯論の進行の要領には口頭辯論に於ける重要なる當事者行爲及裁判所行爲を包含することは謂ふまでもない。殊に本條に揭ぐる第一乃至第六の列擧する事項の如きは口頭辯論調書に之を記載し明確にすべきものであつて、本法第一四三條に揭ぐる調書の形式的記載事項に對して本條の事項を調書の實質的記載事

項と謂ふことが出來る。然れども口頭辯論調書には口頭辯論の結果の要領や口頭辯論に於ける當事者の陳述の個々の內容を詳細に記載すべきものではない。斯かる事項は寧ろ判決の事實摘示（民訴法一九一條一項二號）に屬すべきものである。故に口頭辯論調書には單に口頭辯論の形式的進行の要領例之法廷に於ける口頭辯論の開始、當事者の申立又は申述の概要、申立書其の他の準備書面等の援用證據の提出、口頭辯論の終結等を記載し之を明確にすべきものである。

**二　調書の各實質的記載事項**　本條の規定に依れば口頭辯論調書に記載すべき調書の實質的記載事項は左記の六である。

（一）　和解、認諾、拋棄、取下及自白　本條第一號の事項中所謂「和解、認諾、拋棄」は、固より當事者が口頭辯論に於て裁判上の和解又は請求の認諾若は拋棄を爲したることを指稱する。然し裁判上の和解及請求の認諾又は拋棄は孰れも訴訟の目的物に關する當事者の處分であり且常に私法上の法律行爲に關係するものである。和解に付ては本法第一三六條及第二〇三條參照。請求の認諾又は拋棄に付ては本法第二〇三條參照。然れども當事者が口頭辯論に於て和解又は請求の認諾若は拋棄を爲したる場合に於て裁判所書記が口頭辯論調書に之を記載したるときは其の調書の記載を以て確定判決と同一の效力を有するものである。（民訴法二〇三條）

又本條第一號の所謂「取下」には訴又は上訴の取下（民訴法二三六條以下三六三條三九六條）は勿論其の他の申立の取下又は撤回をも包含するものである。訴の取下に付ては本法第二三六條參照。控訴又は上告の取下に付ては本法第三六三條參照。

終りに本條第一號の所謂「自白」は當事者が口頭辯論に於て自白したる裁判上の自白を指稱する。自白に付ては本法第一四〇條參照。

（二）　證人、鑑定人の宣誓及陳述　調書に記載すべき證人、鑑定人の宣誓の事項は、口頭辯論に於て證人、鑑定人に宣誓を爲さしめ若は之を爲さしめなかつたこと（民訴法二八九條、二九二條）又は證人、鑑定人が宣誓を拒絕したること（民訴法二九一條）を記載すべく又證人、鑑定人の陳述の事項としては其の陳述したる內容を詳細に記載し孰れも之を明確にすべきものである。

（三）　檢證の結果　檢證の結果は判事が感覺して實見したる事實のみを記載し之を明確にすべきものである。反之判事の推斷に亙ることは決して之を調書に記載すべきでない。尙本條第三號の檢證は口頭辯論に於ける檢證を指稱する。

（四）　裁判長の記載を命じたる事項及當事者の請求に因り記載を許したる事項　調書に記載すべき裁判長の記載を命じたる事項とは、通常本案の申立（Sachanträge）である。而も本案の申立は裁判長

の職權を以て之を明確にすべき事項である。本案の申立に付ては本法第一五〇條其の一參照。又本法第一四五條、第二五〇條、第二五四條、第三五四條の場合に於ける事項も亦同樣である。

其の他の訴訟的申立（Prozessantrage）及申述（Anführung）に付ては當事者の請求に因り又は裁判長の自由裁量に依り記載を許したる事項に限り之を調書に記載し明確にすべきものである。

（五）書面に作らざる裁判　裁判は判決にしろ、決定にしろ、命令にしろ口頭辯論に於て之を爲したるときと雖、書面に作るを原則とするも之を書面に作らない場合もある。殊に裁判所又は裁判長の訴訟指揮に關する決定又は命令には屢有勝ちの事である。斯かる書面に作らない裁判は調書に之を記載し明確にすべきものである。反之本法第一二六條の規定に基く裁判長の處分は縱し書面に作らない場合と雖、之を調書に記載することを要しない。

（六）裁判の言渡　本條第六號の所謂「裁判ノ言渡」は口頭辯論に於て判決、決定及命令の言渡ありたるものを指稱する。而して裁判の言渡の記載は如何なる裁判を爲されたるかを判れば足りる。

---

**第百四十五條　調書ニハ書面、寫眞其ノ他裁判所ニ於テ適當ト認ムルモノヲ引用シ訴訟記錄ニ添附シテ之ヲ調書ノ一部ト爲スコトヲ得**

本條は舊法第一三〇條第三項を修正したるものである。

**外國法參照條文**　獨民訴法第一六〇條第三項。澳民訴法第二〇八條第二項及第二一二條第三項。

**資料**　理由書八五頁。議事錄に特記なし。速記錄三七七頁。

**目次**　**一**　**調書の附錄**　**二**　**調書の附錄の目的物。**

**一　調書の附錄**　本條は調書の附錄に關する規定である。本條の規定に依れば、裁判所は口頭辯論調書に書面、寫眞其の他裁判所に於て適當と認むるものを引用し訴訟記錄に添付して之を調書に附錄（Anlage zum Protokoll）と爲すことを得るのである。然して此の調書の附錄（Protokollanlage）は口頭辯論調書と同樣に口頭辯論の要領殊に本法第一四四條に規定する事項を明確にするものに他ならない。然れども本法に於ては調書の附錄に關し何ら方式を定めてゐない。唯裁判所は口頭辯論調書に附錄と爲すべきものを引用し且訴訟記錄に添附さへすれば調書の附錄として認められ而も調書の一部と爲るのである。故に調書に附錄と爲したる書面の記載は調書の記載と同一である。

**二　調書の附錄の目的物**　調書の附錄と爲し得べき目的物は書面、寫眞其の他裁判所が適當と認むる物體に限るのである。乍併調書の附錄の性質としては訴訟記錄に添附することを得べき形體物でなければならぬ。隨て書面と寫眞とは其の形式の如何を問はず當然調書の附錄と爲すことを得べき性能を有してゐるが其の以外の形體物に付ては裁判所に於て附錄と爲すに適當と認めなければ調書の附錄と

しての性能を認められないのである。然れども當事者が口頭辯論期日に於て準備書面を提出しただけでは未だ調書の附錄として認むるに足りない。

**第百四十六條　調書ノ記載ハ申立ニ因リ法廷ニ於テ關係人ニ之ヲ讀聞カセ又ハ閲覽セシメ且調書ニ其ノ旨ヲ記載スルコトヲ要ス**

**調書ノ記載ニ付關係人カ異議ヲ述ヘタルトキハ調書ニ其ノ趣旨ヲ記載スルコトヲ要ス**

本條は舊法第一三一條の規定を修正したるものである。

**外國法參照條文**　獨民訴法第一六二條。澳民訴法第二一二條。

**資料**　理由書八六頁。議事錄に特記なし。速記錄三七八頁。

**目次**　一　調書の讀聞又は閲覽の申立　二　調書の讀聞及閲覽　三　關係人の異議

**一　調書の讀聞又は閲覽の申立**　本條は調書の讀聞及閲覽に關する規定である。元來口頭辯論調書の記載は當然法廷に於て訴訟關係人に之を讀聞かせ又は閲覽せしむるものではなく唯訴訟關係人からの申立に因りてのみ法廷に於て訴訟關係人に之を讀聞かせ又は閲覽せしむるものである。而して調書の記載の讀聞又は閲覽の申立權は辯論を爲したる法廷に在る訴訟關係人殊に當事者及其の訴訟代理人は勿論證人及鑑定人も各自關係部分の陳述記載に付て之を有するものである。然れども訴訟關係人は調書の記載の讀聞又は閲覽の孰れかを撰擇して申立を爲さねばならぬものであつて、讀聞及閲覽の兩方を求むる申立を爲すことを得ない。而して讀聞又は閲覽の申立は口頭辯論期日の終結する迄の間に之を爲すべきものである。

**二　調書の讀聞及閲覽**　口頭辯論調書の記載を讀聞かせ又は閲覽せしむる事務は固より裁判所書記の任務である。然して訴訟關係人から調書の記載の讀聞又は閲覽の申立あれば、口頭辯論期日を終結する迄の間に調書の記載を讀聞かせ又は閲覽せしめ且調書に其の旨を記載せねばならぬ。此の調書の記載を讀聞かせ又は閲覽せしむべき範圍は當事者の申立に因るときは口頭辯論調書の記載の全事項に亙ることを得るけれども、證人又は鑑定人の申立に因るときは唯各自の陳述を記載したる部分に限らる。尙本條に所謂「調書ノ記載」には調書の附錄としての書面の記載をも包含するものと解するを正當とする。何となれば調書の附錄は既に調書の一部であるからである。然れども當事者が其の提出したる書面に基いて陳述したるものに付ては閲覽は格別、最早其の書面を讀聞けする必要はない。之と反對に裁判長が調書の記載を口授するも之を以て調書の讀聞けに代ふることを得ない。

**三　關係人の異議**　訴訟關係人は辯論調書の記載の瑕疵に付て異議を述ぶる權利を有する。而して訴訟關係人が調書の記載の瑕疵に對し異議を述べたる場合に於て裁判所が卽座に調書の瑕疵を補正せざ

るときは裁判所書記は調書に其の異議の趣旨を記載せねばならぬ。

**第百四十七條　口頭辯論ノ方式ニ關スル規定ノ遵守ハ調書ニ依リテノミ之ヲ證スルコトヲ得但シ調書カ滅失シタルトキハ此ノ限ニ在ラス**

本條は舊法第一三四條の規定と同趣旨である。

**外國法參照條文**　獨民訴訟法第一六四條。墺民訴法第二一五條第二項。

**資料**　理由書八六頁。議事錄に特記なし。速記錄三七八頁以下。

**目次**　一　口頭辯論の方式遵守の證明　二　口頭辯論の方式　三　調書滅失の場合

**一　口頭辯論の方式遵守の證明**　本條は口頭辯論の方式遵守の證明に關する規定である。元來民事訴訟に於ては事實を眞實と認むべきか否の判斷は自由心證主義に從ふべきものであり又公文書に付ては本法第三二三條及第三二四條の證據法則に從ふべきものなるも口頭辯論に付て規定する方式に關する限り其の原則の例外を爲すものである。卽ち口頭辯論の方式に關する規定の遵守は專ら口頭辯論調書に依りてのみ之を證明することを得る外他の一切の證據を許さないのである。是を以て訴訟の進行中に口頭辯論に關して規定する方式の遵守に付て爭を生したるとき又は爭ひなきも職權を以て調査するときに方りては、口頭辯論調書と其の調書の附錄とに依り之を判斷する以外に他の證據に依ることを得ない。而して口頭辯論の方式が口頭辯論調書に認證されてゐる以上は之を以て口頭辯論の方式を遵守されたるものと認めなければならぬ。反之口頭辯論調書に口頭辯論の方式を認證されてゐないときは之を遵守しなかつたものと認むるの外はないのである。而も之に對する反證を許さるべくもない。唯疑問なるは口頭辯論の方式に關する調書の記載が僞造又は變造に係るものなるときは他の證據に依り反證を許すか否であるが、私は之を當然の事理として許すべきものと解する。何となれば口頭辯論調書に依りてのみ口頭辯論の方式の遵守を證明することを得るのは元々其の調書の記載の眞正なることを前提とするからである。

**二　口頭辯論の方式**　本條に所謂「辯論ノ方式」とは裁判所の構成及訴訟手續の方式卽ち公開、口頭辯論主義等の大原則の實行に關する裁判所及當事者として出廷したる者の行爲を謂ふ。（註一）而して口頭辯論の方式は辯論の內容（Inhalt der Verhandlung）に對比すべきものである。卽ち裁判所の構成、裁判所書記の立會若は檢事の關與、辯論の公開乃至公開停止、當事者として出頭したる者が口頭を以て辯論を爲したるか否、申立の陳述、裁判の言渡等は孰れも口頭辯論の方式に屬する事項である。（註二）然れども出頭したる者と其の者なりと詐稱した者との同一性は調書に依り之を認證されない。（註三）反之本法第一四四條の規定に列記する調書の實質的記載事項、證據調又は評議の方式は固より

口頭辯論の方式に屬さないものである。（註四）

（註一）參照 Stein=Jonas, § 164 I S. 463.
（註二）參照 Stein=Jonas, § 164 I S. 463.
（註三）參照 Stein=Jonas, § 164 I S 463.
（註四）參照 Stein=Jonas, § 164 I S. 463.

**三　調書滅失の場合**　口頭辯論の方式に關する規定の遵守は唯辯論調書に依りてのみ之を證明することを得るの外他の證據方法に依りて證明することを許さないけれども、既に口頭辯論調書が火災、戰爭、洪水、地震、盜難、掠奪、毀棄、紛失等の爲に滅失したるときは、最早調書に依りて口頭辯論の方式の遵守を證明するに由なきを以て、調書が滅失したる場合に限り異例として調書以外の他の總ての證據に依り口頭辯論の方式の遵守を證明することを得る。故に此の場合に於ては固より自由心證主義の原則や本法第三二三條及第三二四條の證據法則に從はねばならぬ。

---

**第百四十八條　裁判所必要アリト認ムルトキハ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ速記者ヲシテ口頭辯論ニ於ケル陳述ノ全部又ハ一部ヲ筆記セシムルコトヲ得**

本條は舊法に無かつた新設の設定である。

外國法參照條文　獨民訴法第一六三條ア。澳民訴法第二八〇條。
資料　理由書八六頁。議事錄三〇五頁。速記錄に特記なし。

目次　一　速記者の利用　二　速記者の利用の範圍　三　速記の讀聲

**一　速記者の利用**　本條は口頭辯論に於ける陳述の筆記に速記者を利用することに關する規定である。元來口頭辯論調書は口頭辯論の進行の要領及本法第一四四條に列記する調書の實質的記載事項を記載し之を明確にするを以て足りるのである。然れども訴訟の事情に從ひ辯論の進行の要領及口頭辯論に於ける當事者又は證人若は鑑定人の陳述の內容を詳細に錄取する必要ある場合が生ずる。是を以て裁判所は速記術の利用を必要ありと認むるときは、申立に因り又は職權を以て速記者をして口頭辯論に於ける陳述の內容を速記せしむることを得るのである。乍併口頭辯論に於ける陳述の速記に速記者を利用することは、裁判所の職權を以て爲す場合たると當事者の申立に因り爲す場合たるとを問はず常に裁判所の爲に之を利用するのであつて當事者又は訴訟關係人の爲に之を利用するのではない。

**二　速記者の利用の範圍**　本條に依れば速記者の利用卽裁判所が速記者をして口頭辯論に於ける陳述を速記せしむることを得べき範圍は、口頭辯論に於ける訴訟關係人の陳述の全部又は一部の內容である。尤も本條の規定は裁判所の審訊、受命判事又は受託判事の審問及證據證にも亦之を準用する關係

上、裁判所の審訊、受命判事又は受託判事の面前に於ける訴訟關係人の陳述の全部又は一部にも亦速記者の利用を認むるものである。(民訴法一四九條)而して本條に所謂「口頭辯論ニ於ケル陳述」とは口頭辯論に於ける當事者及其の代理人の陳述のみに限らず尙口頭辯論に於ける證人又は鑑定人の陳述も包含する。加之速記者の速記の記號は必ずしも邦語の記號に限らず尙外國語の記號も認むるものである。

**三　速記の飜譯**　裁判所が速記者をして口頭辯論に於ける陳述を速記せしめたる記號の飜譯に付ては本法に何ら規定を設けてゐない。然れども既に速記者の利用を認むる以上當然速記の飜譯も認めなければならぬ。故に速記者を利用したる場合に於ては裁判所は口頭辯論の期日を終結するや遲滯なく速記者をして速記を通常の文書に飜譯せしむべき處置を採らねばならぬ。而して速記は口頭辯論に於ける邦語の陳述を速記したる場合に在りては邦語の文書に又外國語の陳述を速記したる場合に在りては(裁構法一一五條以下、民訴法一三四條)外國語の文書に夫々之を飜譯することを要する。而も此の速記の飜譯は速記の原文記號に代り且之と同一の價値を有するものと謂はねばならぬ。

斯くして口頭辯論に於ける陳述を速記したる記號及速記の飜譯文自體は固より口頭辯論調書の記載でもなければ又調書の一部でもない、唯口頭辯論調書の參考書類に過ぎないものと謂はねばなるまい。然れども此の速記の記號又は速記の飜譯文が本法第一四五條の規定に從ひ之を調書に引用し且訴訟記錄に添付して已に調書の附錄と爲したる以上は最早之を調書の一部として認むべきものである。

**第百四十九條　第百四十二條乃至前條ノ規定ハ裁判所ノ審訊、受命判事又ハ受託判事ノ審問及證據調ニ之ヲ準用ス**

本條は舊法第一三三條の規定と略同趣旨である。

**外國法參照條文**　獨民訴法第一六五條。澳民訴法第二一六條。

**資料**　理由書八七頁。議事錄に特記なし。速記錄三七八頁。

**目次**　一　裁判所の審訊調書　二　受命判事又は受託判事の審問調書　三　證據調の調書　四　本條に依る調書の規定の準用

**一　裁判所の審訊調書**　本條は審訊調書、審問調書及證據調の調書に關する規定である。本條の所謂「裁判所ノ審訊」は主として決定を以て完結すべき事件に付て裁判所が口頭辯論を命じない場合に於て期日に當事者を審訊する場合(民訴法一二五條二項)を指稱する。抗告裁判所が口頭辯論を開かないで期日に當事者其の他の利害關係人を審訊する場合(民訴法四一九條)も亦同樣である。斯かる裁判所の面前に於て當事者を審訊すべき期日は之を所謂裁判所の審訊期日と謂ふ。而して本條の規定に依れば、法廷調書に關する規定を裁判所の審訊に準用するが故に、裁判所書記は裁判所の審訊期日每

に審訊に付ての調書を作成することを要するものである。（本條、民訴法一四二條）此の調書を審訊調書と謂ふ。

**二　受命判事又は受託判事の審問調書**　本條の所謂「受命判事又ハ受託判事ノ審問」は受命判事又は受託判事の面前に於て期日に當事者其の他の訴訟關係人を審問する場合を指稱する。換言すれば本法第一五二條第二項に規定する受命判事又は受託判事の審問の期日に於ける審問が夫れである。殊に受命判事の面前に於ける準備手續の審問が然りである。受託判事の審問は法律上の輔助に關し法律に別段の規定ある場合を除くの外受訴裁判所が必要なる訴訟事務の取扱を區裁判所に囑託したる場合に於て（裁構法一三一條）之を受けたる區裁判所の判事に依りて審問を爲すべき場合がある。而して本條の規定に依れば法廷調書に關する規定を受命判事又は受託判事の審問に準用するが故に、裁判所書記はその審問期日毎に審問に付ての調書を作成することを要するものである。（本條、民訴法一四二條）此の調書を審問調書と謂ふ。

**三　證據調の調書**　受訴裁判所は裁判所の法廷內の口頭辯論に於て證據調を爲すべき場合もあれば又法廷外に於て證據調を爲すべき場合もあり、更に裁判所外に於て證據調を爲すべきを相當と認むるときは受命判事として部員に命じ又は區裁判所に囑託して證據調を爲さしむる場合（民訴法二六五條）もある。而して本條の規定に依れば法廷調書に關する規定を證據調にも準用するが故に、裁判所書記は法廷外又は裁判所外に於ける裁判所又は受命判事若は受託判事が證據調を爲す毎に證據調の調書を作成することを要するものである。（本條、民訴法一四二條）

**四　本條に依る調書の規定の準用**　法廷調書に關する本法第一四二條乃至第一四八條の規定は裁判所の審問調書、受命判調又は受託判事の審問調書及證據調の調書に之を準用する結果、此等の調書に付ても夫々調書の形式的記載事項及實質的記載事項、調書の署名捺印、調書の附錄、調書の讀聞、閲覽及速記者の利用を認むるものである。唯裁判所の審訊、受命判事又は受託判事の審問又は證據調の方式の遵守に付ては專ら審訊調書、審問調書又は證據調の調書に依りてのみ之を證明することを得るか否は議論ある所なるも（註一）已に本條に依り本法第一四八條の規定を準用する以上、之を積極に解するを正當とする。

反之裁判所書記の調書及執達吏の調書には法廷調書に關する規定を準用できない。（註二）

（註一）積極說 Petersen, § 165 Anm. 1; Seuffert, § 165 Anm. 2 S. 264; Stein-Jonas, § 165 S. 464.
消極說 Stein-Jonas, § 165 Anm. 3.
（註二）參照 Stein-Koch, § 165 Anm. 1; Fister-Kann, § 165 Anm. 1.

**第百五十條**　申立其ノ他ノ申述ハ別段ノ規定アル場合ヲ除クノ外書面又ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得

口頭ヲ以テ申述ヲ爲スニハ裁判所書記ノ面前ニ於テ陳述ヲ爲スコトヲ要ス

前項ノ場合ニ於テハ書記調書ヲ作リ之ニ署名捺印スルコトヲ要ス

本條は舊法第一三五條の規定を修正したるものである。

**外國法參照條文**　獨民訴法に特別規定なし。澳民訴法第二六五條。

**資料**　理由書八七頁。議事錄三〇五頁以下。速記錄三八一頁以下。

**目次**　一　申立の意義と種類　二　申述の意義　三　申立及申述の方式

**一　申立の意義と種類**　本條は申立及申述の方式に關する規定である。本法は口頭辯論に基いて裁判を爲す場合たると口頭辯論に基かないで裁判を爲す場合たるとを問はず、總てに「申立」なる語を使用してゐる。(註一)　然るに本法第五六條に於て特別代理人の選任の申請に限り「申請」なる語を用ひてゐる。然し乍ら申立も申請も固より同一の性質を有するものである。

申立(Anträge)とは當事者が裁判所又は裁判機關に對し一定の行爲を要求する意思表示を謂ふ。(註二)　而して申立は本案の申立(Sachanträge)と訴訟的申立(Prozessanträge)との二種に之を區別することができる。本案の申立は本案に付て爲すべき判決の內容に關する申立であつて、本法第一八六條の意義に於ける「申立」は正しく本案の申立である。例之訴の申立、反訴の申立、上訴の申立、中間確定の申立及之に對應する相手方の防禦の申立の如きは孰れも本案の申立に屬する。

次に訴訟的申立は本案の申立に示す裁判に到達する爲の方法に關する申立である。畢竟訴訟手續を遂行する爲にする申立に他ならぬ。例之判事の除斥又は忌避の申立、(民訴法三八條、四四條)管轄裁判所指定の申立(民訴法二四條)訴訟費用額確定の申立(民訴法一〇〇條)訴訟上の救助の申立(民訴法一一八條)公示送達の申立(民訴法一七八條)訴訟手續受繼の申立(民訴法二一七條)期日指定の申立(民訴法二三八條)準備手續に於ける訴取下の申立(民訴法二三六條二項)鑑定人忌避の申立(民訴法三〇六條)證據保全の申立(民訴法六四四條)の如きは皆訴訟的申立に屬する。

(註一)　舊法に於ては口頭辯論に基かないで裁判を爲す場合に於て「申立」なる語を使用するを常とした。

(註二)　參照 Hellwig, System I Bd. § 146 S. 428.

**二　申述の意義**(Anführung)とは法律上又は事實上の狀態の存在若は其の結果の發生に關し說明する表示を謂ふ。(註三)　申述の直接の目的は裁判所に觀念(Verstellung)を通知するに在る。卽ち既に提出したる申立に理由付け且之を支持せむとするものである。(註四)　換言すれば申述は裁判

所が申立を審理するに方り顧慮せらるべき爲にする表示である。隨て申述の內容は毫も意思表示でない。故に申立に關する規定は直ちに之を申述の理由に適用することを得ない。（註五）

（註三）參照 Helwig, System I Bd. § 147 S. 429f.
（註四）參照 Hellwig, a. a. O. S. 433.
（註五）參照 Hellwig, a. a. O. S. 428.

**三　申立及申述の方式**　本條の規定に依れば、申立其の他の申述は原則として書面又は口頭を以て之を爲すことを得るのである。卽ち申立及申述の方式は書面又は口頭の陳述に依るものである。然れども本法に別段の規定ある場合には例外として書面に依る申立又は申述を爲さねばならぬ。例之訴の變更（民訴法二三二條二項）訴の取下（民訴法二三六條二項）控訴の取下（民訴法三六三條二項）等の如きものである。

當事者が口頭辯論に於て口頭を以て申立又は申述を爲すには、敢て裁判所書記の面前に於て陳述を爲し特別の調書を作成せしめなくとも、其の口頭を以て陳述したる申立又は申述は裁判長が調書に記載を命じ又は當事者の請求に因り調書記載を許したる事項として裁判所書記に於て口頭辯論調書に之を記載し明確にすることを要するものである。（民訴法一四四條四號）然れども當事者が口頭辯論外に於て口頭を以て申述を爲すには裁判所書記の面前に於て陳述を爲さねばならぬ。（本條二項）此の場合に於ては裁判所書記は申述に付て調書を作り之に署名捺印することを要する。然れども此の調書には裁判長も陪席判事も署名捺印すべきでない。（本條三項）

---

**第百五十一條　當事者ハ訴訟記錄ノ閲覽若ハ謄寫又ハ其ノ正本、謄本、抄本若ハ訴訟ニ關スル事項ノ證明書ノ交付ヲ裁判所書記ニ請求スルコトヲ得利害關係ヲ疏明シタル第三者亦同シ**

**訴訟記錄ノ正本、謄本又ハ抄本ニハ其ノ正本、謄本又ハ抄本ナルコトヲ記載シ書記之ニ署名捺印シ且裁判所ノ印ヲ押捺スルコトヲ要ス**

本條は舊法第二二四條の規定と大體同趣旨である。
外國法參照條文　獨民訴法第二九九條。澳民訴法第二一九條。
資料　理由書八七頁。議事錄三〇六頁。速記錄錄三八一頁以下。
目次　一　訴訟記錄　二　訴訟記錄に關する當事者の權利　三　訴訟記錄に關する第三者の權利　四　不服の方法。

**一　訴訟記錄**　本條は訴訟記錄に關する當事者及第三者の權利に關する規定である。受訴裁判所に於ては各訴訟事件に付て特別の書類を備付けるものである。然れども受訴裁判所の備付に係る各訴訟事

件の總ての書類が訴訟記錄に屬する譯ではない。何となれば各訴訟事件の記錄中に綴込める書類中には訴訟に直接關係なき書類も隨分あるからである。卽ち訴訟記錄（Prozessakten）とは受訴裁判所の備付に係る各訴訟事件の訴訟に直接關係ある書類を謂ふ。例之訴狀、答辯書、申立書、準備書面、調書、調書の附錄、判決、決定又は命令の原本及其の他の裁判所の公文書、送達證書等は皆訴訟記錄に屬する。反之訴訟記錄に添附する商業帳簿其の他證據書類は訴訟記錄ではない。尙又判決、決定若は命令の草案及訴訟の準備に供したる書類竝評議に關する書類は固より受訴裁判所に備付くべきものに非ざるを以て訴訟記錄に屬さないことは謂ふまでもない。

**二　訴訟記錄に關する當事者の權利**　本條の規定に依れば、當事者は受訴裁判所に繫屬する訴訟事件に付て裁判所書記に對し其の訴訟記錄の閲覽若は謄寫又は訴訟記錄の正本、謄本、抄本若は訴訟に關する事項の證明書の下付を請求する權利を有するものである。而も此の訴訟記錄に關する當事者の權利は無條件に之を行使することを得るばかりでなく、訴訟代理人に依り之を行使することもできる。隨て當事者は訴訟記錄の閲覽又は謄寫する權利を有する結果、固より訴訟記錄を受訴裁判內殊に記錄閲覽謄寫室に提示すべきことを請求することを得ると雖、受訴裁判所外に於ける訴訟記錄の帶出又は提示を請求することを得ない。當事者の住所に於ける訴訟記錄の引渡も亦同樣である。（註一）而して本條の所謂「當事者」は訴訟當事者は勿論訴訟に參加したる訴訟參加人をも包含する。反之訴訟の告知に依り又は訴訟承繼人として訴訟に關與せむとする者は本條の當事者に包含しない。（註二）尙當事者が訴訟記錄の閲覽、若は謄本又は其の正本、謄本、抄本若は訴訟の證明書の下付を請求するに付ては、何ら手數料を要しない。而して訴訟記錄の正本、謄本又は抄本又は抄本なることを記載し裁判所書記が之に署名捺印し且裁判所の印を押捺して認證せねばならぬ。（本條二項）

（註一）然るに獨逸に於ては、辯護士には特に其の住所に於ける訴訟記錄の引渡を許したる事例がある。又裁判長の同意の下に之を許したる事例もある。（Stein=Jonas, § 299 II S. 783; Stre=Koch, § 299 Anm. 4.）

（註二）參照 Stein=Jonas, § 299 II S. 783.

**三　訴訟記錄に關する第三者の權利**　當事者以外の第三者も亦他人間の訴訟事件の訴訟記錄の閲覽若は謄寫又は其の正本、謄本、抄本若は訴訟に關する事項の證明書の下付を裁判所書記に請求する權利を有するものである。然れども此の訴訟記錄に關する第三者の權利は、他人間の訴訟事件に付て利害關係を有することを疏明することを條件とし、之を行使することを得るのである。然れども第三者は訴訟事件に利害關係を疏明するの外裁判所の長官又は裁判長の許可を得ることも又當事者の同意を得

ることも要しない。加之此の第三者の利害關係の疏明は裁判長の許可又は當事者の同意を以ても之を代ふることを得ない。

**四　不服の方法**　裁判所書記が訴訟記錄の閲覽若は謄寫又は其の正本、謄本、抄本若は訴訟事項の證明書の下付を求むる當事者又は第三者の申請を却下したる場合に於ては、其の當事者又は第三者は其の裁判所書記の却下處分に對し異議を述ぶることを得るものである。（民訴法二〇六條）而して裁判所書記の處分に對する異議に付ては其の裁判所書記の所屬する裁判所に於て決定を以て裁判を爲すべきものである。（民訴法二〇六條）

## 第二節　期日及期間

**第百五十二條　期日ハ裁判長之ヲ定ム**

**受命判事又ハ受託判事ノ審問ノ期日ハ其ノ判事之ヲ定ム**

**期日ノ指定ハ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ之ヲ爲ス**

**口頭辯論ニ於ケル最初ノ期日ノ變更ハ顯著ナル事由ノ存セサルトキト雖當事者ノ合意アル場合ニ於テハ之ヲ許ス準備手續ニ於ケル最初ノ期日ノ變更亦同シ**

本條第一、二項は舊法第一五九條及第一七二條の規定と同趣旨であるが本條第三項は舊法に無かつた新設の規定であり又本條第四項は舊法第一六九條の規定を改正したるものである。

**外國法參照條文**　獨民訴法第二一四條、第二一六條第二項、第二二七條及第二二九條。澳民訴法第一三〇條後段第一三四條乃至第一三七條、第一四〇條及第一四三條。

**資料**　理由書八九頁。議事錄三三六頁以下。速記錄三八五頁以下。

**目次**　一　期日の意義及種類　二　期日の指定　三　期日の變更

**一　期日の意義及種類**　本條は期日の指定及變更に關する規定である。抑期日（Termin）とは裁判所が當事者又は第三者と訴訟上の行爲を交易する時間を謂ふ。此の期日の種類には口頭辯論の期日を始め、裁判所の面前に於ける審訊期日、受命判事又は受託判事の面前に於ける審問の期日、證據調の期日、裁判言渡の期日、釋明の期日、和解の期日等がある。就中口頭辯論の期日と受命判事の面前に於ける準備手續の審問の期日とは訴訟の進行及訴訟の繼續にとりて最も重要な意義を有するものである。

**二　期日の指定**　期日の指定（Anberaumung der Termine）は當事者の申立に因り之を爲すと裁判所の職權を以て之を爲すとに從ひ、當事者追行に於ける期日指定と職權追行に於ける期日指定とに之を區別することを得る。而して期日の指定は訴訟追行上訴訟手續の進行に直接影響を及ぼすものであつて、職權追行に於ける期日指定は概ね當事者追行の夫れよりも遙かに訴訟を迅速に運ぶが故に、訴訟

の追行が職權主義であれば勢ひ職權追行の期日指定主義に傾くは謂ふまでもない。然れども本條の規定に依れば、期日の指定は申立に因り又は職權を以て之を爲すべきものと爲し當事者追行及職權追行の折衷主義を採用してゐる。（本條三項）反之期日に於ける呼出に付ては全然職權主義を採つてゐる。（民訴法一五四條、二三〇條、一六〇條）而して本條第三項の所謂「期日ノ指定」は期日が廢止、變更、延期、又は辯論の續行の爲に期日を指定すべき總ての場合を包含するものである。

期日の指定に付て職權主義を認むる結果、裁判所は職權を以て期日の指定を爲すに何ら制限を受けないばかりでなく法律上何らの事由をも要しない。然れども訴訟手續の狀態に從ひ期日の指定を要し且許さるべきときは裁判所は職權を以て期日の指定を爲すべき權利と義務とを有するものである。然れども職權追行に於ける期日指定は、何分裁判所に於て期日の指定に付て顧慮すべき前提條件の發生を知れない爲に當事者の期日指定の申立を俟ち又は當事者から斯かる前提條件の發生の申告を受けて始めて之を爲すことを得る狀態に在ることが頗る多い。斯かる場合に於ては、期日の指定に付て當事者の申立を必要とするばかりでなく、事實當事者の提案に俟つべきものなるが故に職權追行に於ける期日指定も實際の意義に於て當事者追行に於ける期日指定と左程差異あるものではない。

而して期日の指定は申立に因り又は職權を以て之を爲すにもせよ、常に裁判長に依りて期日を定むるものである。（本條一項）然れども唯受命判事又は受託判事の面前に於ける審問の期日のみは獨り其の受命判事又は受託判事に依りて之を定むべきものである。（本條二項）而して期日の指定そのものは、期日の呼出を包含するものではないけれども、期日の指定は通常其の期日に於ける當事者の呼出（民訴法一五四條）と結合するものである。殊に口頭辯論の期日又は受命判事又は受託判事の面前に於ける審問の期日に於ける當事者の呼出が然りである。期日に於ける呼出に付ては本法第一五四條參照。訴提起の場合に於ける口頭辯論期日の當事者の呼出に付ては本法第二三〇條參照。既にして裁判長又は受命判事若は受託判事が期日を定むる以上、期日の選擇も期日の時間の指定も裁判長又は受命判事若は受託判事の職責上の自由裁量に依るものなることは謂ふまでもない。期日の選擇に付ては本法第一五三條參照。

**三　期日の變更**　既にして期日の指定を要し且許さるべきものとして一旦期日を指定したる以上裁判所と雖、濫りに期日を廢止、變更又は延期することを控へなければならない。而して本法は訴訟の迅速を期する爲期日に關し當事者の支配を排除し專ら裁判所の支配に委ねたる關係上、最早當事者の合意に因る期日の變更又は延期の申立權を原則として認めないのである。故に當事者の合意に因る期日の變更又は延期の申立ある場合に於ても別段の規定ある場合の外は全く裁判所の職責上の自由裁量に

依り其の申立を許否すべく裁判所は毫も斯かる申立に拘束されない。然れども口頭辯論に於ける最初の期日の變更と受命判事の面前に於ける準備手續の最初の審問期日の變更とは、縱し顯著なる事由なきときと雖、當事者の合意ある場合であれば、裁判所は其の申立に羈束せられ之を許さなくてはならない。（本條四項）蓋し訴訟代理人たる辯護士が最初の口頭辯論期日又は審問期日の直前に事件を受任し訴訟の準備を爲すを慮りたるものである。而して所謂「期日ノ變更」（Terminsverlegung）とは期日の開始前に期日を取消すと同時に新に期日を指定するを謂ふ。次で本條第四項の所謂「口頭辯論ニ於ケル最初ノ期日」又は「準備手續ニ於ケル最初ノ期日」は裁判長が訴提起後最初に指定したる第一回目の口頭辯論の期日又は受命判事が準備手續を開始し最初に指定したる第一回目の審問の期日を指稱する。隨て本條の最初の期日は必ずしも本法第一三八條の所謂「最初ニ爲スヘキ口頭辯論ノ期日」又は本法第二五六條に依り本法第一三八條を準用する「準備手續ニ於ケル最初ニ爲スヘキ審問ノ期日」と一致するものではない。此の點に付ては本法第一三八條其の二參照。

斯くの如く最初の口頭辯論期日と準備手續に於ける最初の審問期日とに付ては當事者の合意變更を許すと雖、其の爾後の口頭辯論期日又は審問期日の變更に付ては本法に何ら規定を設けてゐない。然れども此の爾後の口頭辯論期日の變更又は爾後の審問期日の變更は唯顯著なる事由の存するときに限り、當事者の合意ある場合は勿論、當事者の一方の申立に因る場合にも亦之を許すべきものと解さねばなるまい。（註一）之は本條第四項の文詞の反對推理と舊法第一六九條の規定の沿革的理由とから正當と爲さねばならぬ。扨て如何なる事由が所謂「顯著ナル事由」として期日の變更を餘儀なくするかは問題である。而して顯著なる事由は卽ち期日を變更すべき「重要なる事由」（erheblichen Gründen）に他ならぬもので、例之訴訟事件の煩雜又は廣大であつて訴訟の難澁の爲に期日を準備すること能はざる場合、重要なる證人又は鑑定人の差支ある場合、當事者訴訟に於て當事者の差支ありて本人の出頭が重要な意義を有し又は貧困者の訴訟に於て訴訟代理人なき場合の如きは孰れも之を顯著なる事由として認むべきである。（註二）反之訴訟代理人の差支は、縱し其の代理人自身の期日出頭を必要とし又は之に特別の利益を有し而も同時に他の期日の出頭を爲すべき義務を有する場合と雖、通常之を以て所謂顯著なる事由と認むるに足りない。（註三）要之期日を變更すべき重要なる事由は個々の場合に於ける事實問題に歸着するも、此の重要なる事由卽ち顯著なる事由だになき以上爾後の口頭辯論期日も準備手續に於ける爾後の審問期日も縱し當事者の合意ある場合に拘らず之を許すことを得ないものと解さねばならぬ。故に本法は期日に關する當事者の支配を極端に制限し殆んど之を排除するに等しい有樣である。而して期日の延期に付ても期日の變更の制限と同樣に取扱ふべきものである。

（註一）參照 Bosenberg, Lehrb. S. 184; Baumbach, § 227 2 S. 376. 河村（讓三郎）博士民訴法改正二七頁。
（註二）參照 Baumbach § 227 21 S. 376.
（註三）參照 Baumbach, § 227 2 S. 376.

## 第百五十三條　期日ハ已ムコトヲ得サル場合ニ限リ日曜日其ノ他ノ一般ノ休日ニ之ヲ定ムルコトヲ得

本條は舊法第一六〇條の規定と同趣旨である。

**外國法參照條文**　獨民訴法第二一六條第三項。澳民訴法第二二一條。

**資料**　理由書八九頁。議事錄三四四頁以下。速記錄三八六頁以下。

**目次**　一　期日の選擇　二　已むことを得ざる場合に於ける期日の指定　三　日曜日其の他の一般の休日

**一　期日の選擇**　本條は期日の選擇に關する規定である。凡そ期日は平日（Werktag）に之を指定するを原則とし日曜日其の他の一般の休日に指定すべきものでない。然れども已むことを得ざる場合に限り、例外として日曜日其の他の一般の休日に期日を指定することを得るのである。日曜日其の他の一般の休日が期間の末日に當る場合に付ては本法第一五六條其の二參照。

**二　已むことを得ざる場合に於ける期日の指定**　日曜日其の他の一般の休日に期日を指定することを得るのは已むことを得ざる場合に限るのである。而して如何なる事情の切逼が所謂「已ムコトヲ得サル場合」に該るかは、固より期日を指定する權限を有する裁判長、受命判事又は受託判事の職責上の自由裁量に依り之を決するものであつて而も申立に因り期日を指定する場合たると職權を以て期日を指定する場合たるとを問はない。所謂「已ムコトヲ得サル場合」とは期日に爲すべき訴訟上の行爲が訴訟の狀態に從ひ平日に猶豫することを得ない事情ある場合を謂ふ。例之受訴裁判所と遠隔の地より出頭したる當事者、證人の爲口頭辯論を日曜日其の他の一般の休日に續行し若は裁判所と遠隔の地に於ける檢證が日曜日に跨がり續行する場合又は證據保全其の他證據調を爲すべき急迫の事情ありて日曜日其の他の一般の休日明けの平日に猶豫し難き場合の如きである。

**三　日曜日其の他の一般の休日**　日曜日（Sonntag）が一般に官廳の休日なることは謂ふまでもないことで（大政官達明治六年二七號）本條の所謂「日曜日」に付て何ら疑のあるべき筈がない。唯本條の所謂「其ノ他ノ一般ノ休日」に付ては多少疑問があるかも知れない。本條の所謂「其ノ他ノ一般ノ休日」の觀念は主として大正元年九月四日勅令第一九號の休日に關する件の規則と大正三年一月二十六日勅令第九號神官祭祀令とに基くものである。而して此の兩勅令に依れば一般の祭日と祝日とは一般の休日であつて、一月三日の元始祭、一月五日の新年宴會、二月十一日の紀元節、春分日の春季皇靈祭

四月三日の神武天皇祭、四月二十九日の天長節、秋分日の秋季皇靈祭、十月十七日の神嘗祭、十一月三日の明治節、十一月二十三日の新嘗祭、十二月二十五日の大正天皇祭は大祭日若は中祭日又は祝日として一般の休日に該ることは明確である。尙伊勢神宮の遷宮祭、臨時奉幣祭、卽位禮及大嘗祭の當日も大祭日として一般の休日である。反之三月六日の地久節、三月十日の陸軍記念日、五月二十七日の海軍記念日、十月一日の司法記念日、昭憲皇太后祭及明治神宮祭の當日や十二月二十五日の基督降誕祭なるクリスマス等は孰れも祝祭日には違ひないが本條に所謂一般の休日に屬さない。終りに御用納の翌日より御用始に至る迄の間、祝祭日を除く十二月二十九日より同月三十一日迄及一月一日より同月三日迄は一般に官廳の休暇として（明治六年大政官布告二號、改正同年達二二一號）是亦一般の休日に該るのである。

---

**第百五十四條　期日ニ於ケル呼出ハ呼出狀ヲ送達シテ之ヲ爲ス但シ當該事件ニ付出頭シタル者ニ對シテハ期日ヲ告知スルヲ以テ足ル**

本條は舊法第一六一條の規定と同趣旨である。

**外國法參照條文**　獨民訴法第二一四條、第二一五條、第二一六條第一項及第四九七條。澳民訴法第一三一條。

**資料**　理由書九〇頁。議事錄三三八頁以下。速記錄三八六頁以下。

**目次**　**一　期日の呼出　二　期日呼出の主義と呼出の方法　三　告知に依る期日の呼出。**

**一　期日の呼出**　本條は期日の呼出に關する規定である。期日に於ける呼出（Ladung zum Termin）とは裁判長、又は受命判事若は受託判事の指定したる期日に出頭を爲すべきことを催告することを謂ふ。（註一）然れども呼出狀には必ずしも出頭すべきことの催告を明示的に宣言することを要しない。（註二）此の期日に於ける呼出は固より期日の指定（Terminsbestimmung）と相竝立し且之を前提とする。然し乍ら期日の指定は期日呼出の一部を形成すると雖、之には裁判上の出頭の命を毫も包含しない。而して期日に於ける呼出は當事者として口頭辯論の爲に若は說明者（Auskunftsperson）として訴訟關係を明瞭ならしむる爲に之を爲す場合もあれば又證人、鑑定人又は當事者訊問として證據調の爲に之を爲す場合もある。更に裁判所の審訊の爲に又は受命判事若は受託判事の審問の爲に之を爲す場合もある。期日の意義に付ては本法第一五二條其の一參照。訴の提起ありたる場合に於ける口頭辯論の期日の呼出に付ては本法第二三〇條參照。

（註一）參照 Rosenberg, Lehrb. § 66 II S. 183; Stein-Jonas, Vorbem. zu § 214 II 2 S. 530, § 216 I S. 536, § 497 V 1 S. 1125.

（註二）參照 Rosenberg, Lehrb. § 66 II S. 183.

**二　期日呼出の主義と呼出の方法**　期日呼出の主義には所謂當事者呼出主義(sog. Parteiladungsprinzip)とがある。卽ち當事者呼出主義は當事者から期日呼出の手續を爲すに反し職權呼出主義は裁判機關に依り職權を以て期日の呼出の手續を爲すのである。本法は所謂職權呼出主義を採り、凡そ期日に於ける呼出は裁判長の訴訟指揮の命に從ひ裁判所書記が期日呼出狀を送達して之を爲すことを原則とする。(本條)而して期日に於ける呼出の必要性又は許容の審査は固より裁判長の權限に屬するものであつて裁判所書記の權限に屬さないばかりでなく(註三)何人を期日に呼出すべきかに付ても裁判所書記が獨立して之を決すべきものでなくて(註四)寧ろ裁判長の命に從ふべきものと解する。然れども期日呼出狀の送達は常に獨り裁判所書記の職權を以て之を爲すべきことを原則とする。(民訴法一六〇條)從て裁判所書記は期日呼出狀を作成し而して執達吏若は郵便に依り(民訴法一六二條)又は裁判所書記自ら(民訴法一六三條)期日に呼出すべき者に之を送達すべきものである。然れども本法には呼出狀の方式に關し何ら明示的の特別規定を設けてゐない故、呼出狀の方式は自由であると謂ふの外はない。

(註三)　參照 Stein=Jonas, § 497 V 2 S. 1125.

(註四)　反對說 Stein=Jonas, § 497 V 2 S. 1125.

**三　告知に依る期日の呼出**　期日に於ける呼出は呼出狀を送達して之を爲すことを原則とするも、既にして當該事件に付て出頭したる者に對しては單に出頭すべき期日を告知する丈で足りるのである。(本條但書)勿論此の期日の告知の方法には別段方式はない。口頭を以て期日を告知するも差支がない。要は唯當該事件に付て出頭したる者に對し期日を告知したる事實だにあれば適法に期日の呼出ありたるものと認めねばなるまい。若し夫れ出頭すべき期日に當事者が闕席したる場合に至りては、期日呼出の證明を缺く虞あるを以て期日の告知に依りて期日の呼出に代へたるときは、調書に其の告知の方法、場所及日時を記載し之を明確にするを相當とする。本條の當該事件に付出頭したる者とは期日の呼出を要すべき當該事件に付て出頭したる者を謂ひ、必ずしも當該事件に付ての口頭辯論其の他の期日に出頭し在廷すると否を問はない。然れども期日の呼出を要すべき當該事件に關係なき他の用件の爲に出頭したる者に對し期日を告知するも期日の呼出あるものと爲すに足りない。尤も當事者雙方が當該事件の爲期日外に於て出頭し異議なく期日の告知を請けたる場合卽ち當事者雙方から期日の請書を提出したるときは之を以て正當なる期日の告知として期日の呼出ありたるものと認むるに足る。

---

**第百五十五條**　期日ハ事件ノ呼上ヲ以テ之ヲ開始ス

本條は舊法第一六三條第一項の規定と同趣旨である。

**外國法參照條文**　獨民訴法第二二〇條第一項。澳民訴法第一三三條第一項。

**資料**　理由書九〇頁。議事錄に特記なし。速記錄に特記なし。

**目次**　一　期日の開始　二　事件の呼上。

**一　期日の開始**　本條は期日の開始に關する規定である。凡そ期日は通常、呼出狀に示す期日の時間に裁判所の法廷に於て之を開始すべきものである。然るに呼出狀に期日の時間が明記してゐないときは通常、裁判所の訟廷を開始すべき時間を期日の時間と認むべきである。(註一)　而して當該事件に付ての期日の開始は當該事件の呼出(Aufruf der Sachen)を以て之を爲すのである。若し夫れ同一時刻に定めたる事件の呼上げの順序に至りては全く裁判長の自由裁量に從ふべきものであるが裁判所の慣習に依りては當事者雙方が法廷に出頭したる順番に從ふことも見受ける。兎に角當事者は期日に於ける開廷を終結する迄事件の呼上げを待たねばならぬ。

(註一)　參照 Stein=Jonas, § 220 I S. 541.

**二　事件の呼上**　事件の呼上(Aufruf der Sachen)は當該事件に付ての辯論を開始する告知である。而して事件の呼上げは元來裁判長自ら之を爲すべきものなるも裁判長は其の委任に基き裁判所書記又は廷丁をして事件の呼上げを爲さしむることを妨げない(註二)　然れども大裁判所に在りて訴訟關係人たる公衆が廊下又は公衆控所に於て控へて居る慣習ある所に於ては、其の廊下又は公衆控所に於ても事件の呼上げを爲すべきである。

此の期日に於ける事件の呼上げは固より可成期日に定めた時間の正刻に之を爲すべきものであつて當事者の不利益に之を違へてはならない。然るに期日の時間前に事件の呼上げを爲したる場合に於ては當事者雙方が在廷せず且之を承諾しない限り其の效力なきものと謂はざるを得ない。(註三)

(註二)　參照 Stein=Jonas, § 220 I S. 541. 山内博士法律新報一五一號二頁。

(註三)　參照 Stein=Jonas, § 220 I S. 541f, Schwalbach, Ziv. Arch. 66 S. 260.

## 第百五十六條　期間ノ計算ハ民法ニ從フ

**期間ノ末日カ日曜日其ノ他ノ一般ノ休日ニ當ルトキハ期間ハ其ノ翌日ヲ以テ滿了ス**

本條第一項は舊法第一六五條及第一六六條第一項の規定を改正したるものであつて本條第二項は舊法第一六六條第二項と同趣旨である。

**外國法參照條文**　獨民訴法第二二二條。澳民訴法第一二五條及第一二六條。

**資料**　理由書九〇頁。議事錄に特記なし。速記錄三八九頁以下。

**目次**　一　期間の意義　二　期間の種類　三　期間の計算　四　期間の末日と日曜日其の他の一般の休日

**一　期間の意義**　本條は期間の計算に關する規定である。本法に於ける期間の意義(Begriff der Fristen)には廣狹の二義がある。而して廣義の期間は狹義の期間卽ち所謂固有的期間(Fristen im engeren Sinne, die sog. eigentlichen Fristen)と非固有的期間(Uneigentliche Fristen)例之裁判所行爲を爲すべき時間、訴訟手續を停止し又は期間の進行を停止する時間及所謂年期(Jahresfristen)の如きものをも包含すると雖、狹義の期間は當事者行爲を爲すべき又は期日に於ける當事者の準備行爲を爲すべき時間を謂ふ。(註一)而して前者は之を所謂行爲期間(sog. Handlungsfristen)と稱し當事者は期間の經過後其の期間內に爲すべき行爲を排除せらるゝを原則とするものであるが(註二)後者は之を所謂中間期間(sog. Zwischenfristen)と稱する。而して固有的期間に付ては期間に關する總ての規定を適用すべきものであるに反し非固有的期間には之を適用することを得ない。(註三)

(註一)　參照 Rosenberg, Lehrb. § 67 I S 185.
(註二)　參照 Rosenberg, Lehrb. § 67 II 1 S. 185.
(註三)　參照 Rosenberg, Lehrb. § 67 I S. 185.

**二　期間の種類**　期間は法律の規定に依り又は裁判所に依り其の期間の存續を定むるに從ひ「法定期間」(gesetzliche Fristen)と裁判上の期間(richterliche Fristen)との二種に區別することを得るのである。而も期間を二に種別することは本法第一五八條第一項にも明白である。而して所謂「不變期間」(Notfristen)は固より法定期間に違ひないが特に法律に不變期間として明示してあつて、當事者は勿論裁判所と雖之を伸張も短縮することも許さない、謂はゞ變更し得ざる期間(unabänderlich Fristen)であつて、裁判所の休暇又は訴訟手續の停止からも何ら影響を受けない。唯訴訟手續の中斷及中止に因りてのみ不變期間は其の進行を停止せらるゝに過ぎない。然れども不變期間の懈怠に付ては訴訟行爲の追完を認めらる。(民訴法一五九條)尙中間期間も亦法定期間であるが本法に於ては應訴期間(Einlassungsfrist)及呼出期間(Ladungsfrist)は唯觀念上之を認め得べきも最早法律の規定に見出すことを得なくなつた。

**三　期間の計算**　本條の規定に依れば、期間の計算(Berechnung der Fristen)は須らく民法第一三八條以下の規定に從ふべきものである。隨つて民法に於ける期間に關する規定は解釋規定なるが故に、裁判上の期間を定むる場合又は當事者の合意の場合に於て民法の規定と異なる期間の計算を爲すものとしたる證明を許さるべきものと謂はねばなるまい。(註四)　先づ期間を定むるに日、週、月又は年を以てしたるは期間の初日(Anfangstag)を算入しない。(民法一四〇條)而して此の場合に於ける期間は期間の末日の終了を俟つて始めて期間の滿了とする。(民法一四一條)反之事故又は日の經過する時を以て定めたる期間は卽時から之を起算せねばならぬ。(民法一三九條)又中間期間は須らく最終日の

前日を以て之を滿了とする。

而して週、日又は年を以て定めたる期間は曆に從ひて之を計算する。然れども週、月又は年の始から期間を起算しないときは其の期間は最後の週、月又は年に於て其の起算日に應當する日の前日を以て滿了する。但し月又は年を以て期間を定めたる場合に於て最後の月に應當日なきときは其の月の末日を以て滿期日と看做さる。(民法一四三條)

(註四) 參照 Stein-Jonas, § 222 I S. 543.

**四　期間の末日と日曜日其の他の一般の休日**　期間の末日が日曜日其の他の一般の休日に當るときは、縱し期間が日を以て計算し且其の期間を定むる訴訟行爲が事實上、日曜日其の他の一般の休日でも爲し得るときと雖、其の末日の翌日を終了する迄其の期間を延長する。(本條二項) 反之日曜日其の他の一般の休日が期間の初日又は中間に當るも期間に何らの消長も來さないことは謂ふまでもない。本條の所謂「日曜日其ノ他ノ一般ノ休日」の意義に付ては本法第一五三條其の三參照。而も本法の日曜日其の他の一般の休日は其の日に取引を爲さゞる慣習ある (民法一四二條) と否を問はない。

---

**第百五十七條　期間ヲ定ムル裁判ニ於テ始期ヲ定メサルトキハ其ノ期間ハ裁判カ效カヲ生シタル時ヨリ進行ヲ始ム**

本條は舊法第一六四條の規定を修正したるものである。

**外國法參照條文**　獨民訴法第二二一條第一項。澳民訴法第一二四條。

**資料**　理由書九一頁。議事錄に特記なし。速記錄三九〇頁以下。

**目次**　一　期間の進行開始　二　法定期間の進行　三　裁判上の期間の進行

**一　期間の進行開始**　本條は裁判上の期間の進行開始に關する規定である。期間は之を法定期間と裁判上の期間とに區別することができる。期間の種類に付ては本法第一五六條其の二參照。而して期間の進行開始は總ての種類の期間に一律共通でなく寧ろ各期間に付て之を異にするものである。

**二　法定期間の進行**　法定期間 (gesetzliche Fristen) の進行は法律に規定する事故の發生したる時から之を開始するものである。例之本法第三六六條、又は第三九六條の上訴期間に在りては判決の送達、本法第四一五條の卽時抗告期間に在りては裁判の告知、本法第四二四條の再審の訴の期間に在りては判決確定後再審の事由に付て當事者の知了、本法第四四〇條の異議の期間に在りては支拂命令の送達本法第一五九條の追完期間に在りては障碍の終止から夫々期間の進行を始むるが如きである。

**三　裁判上の期間の進行**　裁判上の期間 (richterliche Fristen) の進行は其の期間を定むる裁判に於て始期を定めたるときは其の始期から之を開始するは勿論なるも、之に先ち其の期間を定むる裁判の告

知ありたることを前提とする。何となれば期間を定むる裁判も當事者に之を告知するを俟つて始めて其の效力を生ずるものであるからである。反之裁判所が期間を定むる裁判に於て始期の定めなき期間の進行は、其の裁判の效力を生じたる時から之を開始するものである。（本條）畢竟始期の定めなき裁判上の期間の進行は其の裁判の告知ありたる時から之を開始するものに他ならぬ。裁判の告知に付ては本法第二〇四條參照。

---

**第百五十八條　裁判所ハ法定期間又ハ其ノ定メタル期間ヲ伸張シ又ハ之ヲ短縮スルコトヲ得但シ不變期間ハ此ノ限ニ在ラス**

**不變期間ニ付テハ裁判所ハ遠隔ノ地ニ住所又ハ居所ヲ有スル者ノ爲附加期間ヲ定ムルコトヲ得**

**裁判長、受命判事又ハ受託判事ハ其ノ定メタル期間ヲ伸張シ又ハ之ヲ短縮スルコトヲ得**

本條は舊法第一六七條第一七〇條及第一七二條の規定を改正したるものである。

**外國法參照條文**　獨民訴法第二二四條及第二二九條。澳民訴法第一二八條、第一二九條及第一四三條。

**資料**　理由書九一頁。議事錄三三七頁以下、三四五頁以下。速記錄三九二頁以下。

**目次**　一　期間に關する當事者の支配の排除　二　期間の伸張及短縮　三　不變期間の附加期間

**一　期間に關する當事者の支配の排除**　本條第一、二項は期間の伸張及短縮に關する規定である。元來期間の長短は訴訟の進行に直接影響を及ぼすものである。本法は訴訟の迅速を企圖し期間に付て當事者の支配を排除し、最早當事者の合意に因る期間の伸張のみか期間の短縮すら認めない。而して裁判所は職權を以て期間を伸張し又は短縮することを得るのである。故に本法に於ては當事者に期間の伸張又は短縮の申立權を認めないのである。然れども期間に關する當事者の支配を排除したる結果、當事者の合意に因る期間の短縮まで拒否するに至りては却て訴訟の迅速を期する本旨に悖る嫌がないでもない。

**二　期間の伸張及短縮**　本條の規定に依れば、裁判所は職權を以て不變期間を除くの外總ての期間卽ち凡ゆる法定期間又は裁判上の期間を伸張し又は之を短縮することを得るのである。（本條一項）然し乍ら裁判上の期間中裁判長、受命判事又は受託判事の指定したる期間は其の裁判長、受命判事又は受託判事も亦職權を以て之を伸張し又は短縮することを得るのである。反之唯不變期間のみは例外として當事者の支配外に措きたるは勿論裁判所と雖之を伸張することも又短縮することも許されない。

**三　不變期間の附加期間**　不變期間（Notfristen）は固より法定期間に相違なきも、特に法律に「不變期間」なることを明示してあり、當事者は勿論裁判所と雖、之を伸張することも短縮することも許さない、謂はゞ變更し得ざる（unabänderlich）期間と謂はねばならぬ。隨て不變期間は裁判所の休暇又

は訴訟手續の停止に因りては何ら影響を受けないで唯訴訟手續の中斷及中止に因り其の進行を停止せられるのみ。

されば不變期間は已に法律上之を伸張することも又短縮することも絶對に許さない關係上、裁判所と遠隔の地に住居する當事者に於て不變期間内に爲すべき當面の訴訟準備を爲す遑なきを保し難きを以て、斯かる當事者の爲不變期間の不變的な硬直性を緩和する必要あることは謂ふまでもない。是を以て本法は舊法に認めてゐた不變期間の所謂里程猶豫を撤廢した代りに裁判所の定むる附加期間を許容することを認め、受訴裁判所は、不變期間中に訴訟行爲を爲すべき裁判所と遠隔の地に住所又は居所を有する當事者の爲不變期間に附加期間を定むることを得るのである。（本條二項）然るに此の不變期間の附加期間に付て當事者に期間指定の申立權を認めないことは聊か冷酷の嫌がないでもない。故に受訴裁判所は不變期間の定むる裁判を爲したるときは之と同時に又は其の後不變期間を徒過する以前に、職權を以て不變期間の附加期間を定むべきものである。勿論此の附加期間を定むる裁判は決定の形式に依るべきは謂ふまでもない。而して受訴裁判所の職責上の自由裁量に從ひ附加期間の時間を定むべきものであるけれども固より附加期間の長短は訴訟の進行に密接なる關係を有するものなるが故に、附加期間を定むるに方りては長きに過ぎない樣留意すべく而して當事者の住居地と訴訟行爲を爲すべき裁判所との間に於ける地理的狀態殊に交通機關の發達、土地の利不便及海陸路の距離の割合等を斟酌し適當なる附加期間を定めなければならぬ。（註）

（註）此の點に關し最近の吾國立法に係る刑事訴訟法に於ける所謂里程猶豫期間は陸海路二十里毎に一日を加ふる標準を示してゐる。（刑訴法八二條）

**第百五十九條　當事者カ其ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リ不變期間ヲ遵守スルコト能ハサリシ場合ニ於テハ其ノ事由ノ止ミタル後一週間内ニ限リ懈怠シタル訴訟行爲ノ追完ヲ爲スコトヲ得**

**此ノ期間ニ付テハ前條ノ規定ヲ適用セス**

本條は舊法第一七四條乃至第一七七條の規定を改正したるものである。

**外國法參照條文**　獨民訴法第二三三條乃至第二三八條。澳民訴法第一四六條乃至第一五一條。

**資料**　理由書九二頁。議事錄三三七頁以下、三四一頁以下。速記錄三九三頁以下。

**目次**　一　不變期間の懈怠行爲の追完　二　本條の懈怠行爲追完の要件　三　追完の期間。

**一　不變期間の懈怠行爲の追完**　本條は不變期間の遵守不能の場合に於ける訴訟行爲の追完に關する規定である。元來本條に規定する不變期間の懈怠行爲の追完は、舊法に於ける原狀回復（Wiedereinsetzung in den vorigen Stand）に酷似する觀念に出づるものであるが而も原狀回復ではない。而して本

條の規定は、當事者が期日又は期間に懈怠したる總ての訴訟行爲の追完を認むるのではなくて、唯當事者の責に歸すべからざる事由に因りて不變期間を遵守すること能はざる場合に於て懈怠したる訴訟行爲に付てのみ之を追完することを許すに過ぎない。然れども本法は不變期間の懈怠行爲の追完（Nachholung der versäumten Prozesshandlung）に關し簡單なる本條の一箇條の規定を設けたるの外其の追完の手續に關しては何ら明示的の特別規定を設けてゐないのであるが、這は恐らく不變期間の懈怠行爲を追完する爲には敢て追完の申立とか追完に付ての特別の裁判とかの特別手續を省略する趣旨であらう。されば、當事者は卒直に其の懈怠したる訴訟行爲を追完さへすれば足りるのであつて、裁判所は當事者が不變期間を遵守すること能はずして懈怠したる事由を相當と認むるときは其の訴訟行爲の追完を適法として認め之を採用し、反之懈怠の事由を失當と認むるときは當事者に對し懈怠行爲の追完を不適法として却下するまでのことである。

**二　本條の懈怠行爲追完の要件**　本條の規定に依れば、當事者が不變期間の懈怠行爲を追完する爲には、左記の要件を具備せねばならぬ。

（一）不變期間の遵守不能。本條の懈怠行爲の追完は當事者の懈怠したる總ての期日又は期間の經過に對して之を認むるものでなく、唯不變期間の經過卽ち當事者が不變期間を遵守すること能はざりし場合に對してのみ之を認むるに過ぎない。不變期間の意義に付ては本法第一五六條其の二及第一五八條其の三參照。故に當事者が法定期間を遵守すること能はずして懈怠したる訴訟行爲と雖、不變期間以外の期間又は總ての期日の經過に對しては懈怠行爲の追完を許さるべくもない。（註一）口頭辯論上の懈怠の場合にも亦同樣である。（註二）

（註一）參照 Stein-Jonas, § 233 I S. 557.

（註二）參照 Stein-Jonas, § 233 I S. 557.

（二）不變期間の遵守不能が當事者の責に歸すべからざる事由に因ること。本條の懈怠行爲の追完は當事者が自己の責に歸すべからざる事由に因りて不變期間を遵守すること能はざりしことを要する。而して本條の所謂「其ノ責ニ歸スヘカラサル事由」とは當事者の行爲に非ざる事由に因り不變期間の遵守を障碍されたることを謂ふ。隨て不變期間の遵守不能が天災、不可抗力の事變に因るときは固より之を當事者の責に歸すべからざる事由に出づるものと謂はねばならぬ。然れども當事者が不變期間の滿了に際し期間の遵守を障碍する事變を避くることを得べかりし場合には當事者の責に歸すべからざる事由に因るものと謂ふことはできない。換言すれば當事者が期待する效果の合理的關係に於ける豫防に依りても尙且避くることを得ない事情に因りて不變期間を遵守すること能は

ざりし場合でなければ本條の所謂「事由」に該らない。而も其の避くることを得ない事情は必ずしも自然的結果に限らない。人爲的の事故でも差支がない。然れども訴訟取引に於て通常用ふべき注意を拂ひ又は單に過失がなかつただけでは未だ避くることを得ない事情あるものと爲すに足りない。縱し絶對的に避くることを得ない事情でないにしても、當事者に於て箇々の場合に於ける狀況に從ひ合理的に期待すべき程度の周到なる用意と深甚の注意又は考慮とを以てし尙且不變期間を遵守すること能はざりし場合であれば足りるのである。(註三) 不變期間內に提出すべき書面の提出に付ては、裁判所職員の罹病又は書面の送達の失策、受付の不在等は當事者の責に歸すべからざる事由になる。然れども當事者の代理人又は使用人の過誤に因りて不變期間を遵守すること能はざりし場合は本條の所謂當事者の責に歸すべからざる事由に該らないけれども、當事者の代理人又は使用人の人身に生じたる不慮の事故は本條の所謂當事者の責に歸すべからざる事由になり得る。但し斯る場合に於て當事者が他の代理人又は使用人をして不變期間を遵守せしむることを得べかりしときは當事者の責に歸すべからざる事由に出づるものと謂ふことを得ないであらう。

(註三) 參照 Hellwig, System. I Bd. § 172 II S. 548; Steinsonas, § 233 II 1 S. 557.

**三　追完の期間**　本條の規定に依り當事者が不變期間の遵守不能の場合に於て懈怠したる訴訟行爲を追完せむとするには不變期間の遵守を障碍する事由の止みたる後一週間內に訴訟行爲を爲すべき裁判所へ其の懈怠したる訴訟行爲を追完することを要するのである。而も本條の規定する一週間の追完の期間は固より法定期間に相違なけれども嚴密なる意味に於ける不變期間でもなければ又通常の法定期間でもない。何となれば本條の追完の期間に付ては本法第一五八條の規定を適用しないから裁判所ですら本條の一週間の追完の期間を伸張することも又之を短縮することもできないからである。故に本條の追完の期間は事實上不變期間として取扱はねばなるまい。

## 第三節　送　達

**第百六十條　送達ハ別段ノ規定アル場合ヲ除クノ外職權ヲ以テ之ヲ爲ス**

本條は舊法に無かつた新設の規定である。

**外國法參照條文**　獨民訴法第二〇八條及四九六條第一項。澳民訴法第八七條。

**資料**　理由書九二頁。議事錄三四九頁。速記錄四〇〇頁。

**目次**　一　送達の意義　一　職權送達主義。

**一　送達の意義**　本條は所謂職權送達主義に關する規定である。送達(Zustellung)とは法定の方式に

則りて實行し且證明する書類の交付を謂ふ。（註一）而して送達の目的は啻に送達を受くべき者に書類の趣旨を知了せしむる機會を與ふるばかりでなく、書類に包含する訴訟行爲の存在を齎し又は既に言渡したる訴訟行爲を通知するにあるのである。

（註一）參照 Stein-Jonas, Vorbem. § 166 Ⅱ S. 466.

**二　職權送達主義**　送達は當事者の申立に因り之を爲すと裁判所の職權を以て之を爲すとに從ひ、當事者追行に於ける送達（Zustellung im Parteibetrieb）と職權追行に於ける送達（Zustellung im Amtsbetrieb）とに之を區別するを得べく、前者を當事者送達主義（Parteizustellungsprinzip）と謂ひ、後者を職權送達主義（Amtszustellungsprinzip）と謂ふ。（註二）而して送達は訴訟追行上訴訟手續の進行に直接影響を及ぼすものであつて、概して職權送達主義は當事者送達主義よりも送達行爲を迅速に行はるべきを以て訴訟の職權追行主義の下に在りては職權送達主義を採用するものである。本法は訴訟に付て職權追行主義に傾ける關係上、送達に付ても亦職權送達主義を採る。是を以て送達行爲は別段の規定ある場合を除くの外須らく職權を以て之を爲すものであつて、本條は畢竟所謂「職權送達」の原則を聲明するものに外ならぬ。而して此の職權送達は啻に送達すべき書類及之に基き送達の爲交付すべき書類の種類を問はないのみでなく、各裁判所の訴訟手續の全般に通じ一貫するものである。故に送達を必要とする當事者の書類も裁判所の書類も、第三者の書類も皆職權送達に依る、殊に判決の送達、訴訟參加人の書類の送達及第三者に對し發すべき訴訟告知書竝轉訴訟告知書すら職權送達である。

然るに公示送達は當事者の申立に因りてのみ之を爲すものであるが故に職權送達に對する例外を爲すものである。送達機關に付ては本法第一六一條參照。送達の施行に付ては本法第一六二條參照。

（註二）參照 Rosenberg, Lehrb. § 68 Ⅱ S. 189.

---

## 第百六十一條　送達ニ關スル事務ハ裁判所書記之ヲ取扱フ

## 前項ノ事務ノ取扱ハ送達地ノ區裁所ノ書記ニ之ヲ囑託スルコトヲ得

本條は舊法第一三六條第一、二項の規定と略同趣旨である。

外國法參照條文　獨民訴法第二〇九條。澳民訴法第八九條及第一二二條。

資料　理由書九三頁。議事錄三四九頁。速記錄三九九頁以下。

目次　一　送達機關と送達事務　二　送達事務取扱の囑託。

**一　送達機關と送達事務**　本條は送達機關の送達事務の取扱に關する規定である。由來職權送達の場合に於ける送達機關（Zustellungsorgan）は裁判所書記である。（註一）隨て裁判所書記は送達に關する事務を取扱ふものである。（本條一項）而して裁判所書記は或る送達の場合には自ら送達吏員と爲り送

達を施行すると雖、(民訴法第一六三條)通常、執達吏又は郵便に依りて送達を施行するものである。(民訴法一六二條)此の場合に於ては執達吏又は郵便集配人を以て送達吏員と認むるのである。

裁判所書記は送達機關として送達に關する事務を取扱ふ權限を有する關係上、總ての場合に於て必要なる送達を爲すべき起案(Initiative)を爲すべきものであつて、(註二)實に送達の職權追行の所以も玆に在る。而して裁判所の書類を送達すべき場合に於ては裁判所書記は送達すべき書類に基き送達の爲交付すべき書類を作成し之を送達吏員に交付し送達を施行せしむるものである。又當事者の書類を送達すべき場合に於ては、裁判所書記は當事者から書類を受理するや、先づ其の書類が送達を要すべきか否又は期日指定の爲裁判長に書類を提示すべきか否を調査する獨立の權限を有するものである。而して送達すべき書類の謄本を送達吏員に交付し送達を施行せしむるものである。然れども送達すべき書類の提出に代へ調書を作成したるときは、其の調書の謄本又は抄本を作成し之を送達吏員に交付し送達を施行せしむべきものである。

此の外裁判所書記は日曜日其の他の一般の休日又は夜間に於て執達吏に依る送達を爲すべき場合(民訴法一七四條)又は公示送達を爲すべき場合に於て(民訴法一七八條)裁判長の許可を要請し又裁判長に對し外國に於て爲すべき送達、(民訴法一七五條)出陣の軍隊若は外國駐在の軍隊に屬する者又は役務に服する艦船の乘組員に對する送達(民訴法一七六條)の囑託を促求し、書留郵便に付する送達を爲し(民訴法一七二條、一七三條)公示送達を施行せねばならぬ。(民訴法一七九條)更に裁判所書記は送達行爲が法律上の方式に適應し且正當の時期に送達を施行することに付て監督する任務を有するものである。

(註一) 參照 Stein=Jonas, Vorbem. zu § 166 Ⅱ S. 496.

(註二) 參照 Stein=Jonas, § 209 S. 524.

(註三) 參照 Stein=Jonas, § 209 S. 524.

**二　送達事務取扱の囑託**　本條第二項の規定に依れば、受訴裁判所の裁判所書記は送達機關として送爲に關する事務を取扱ふと雖、受訴裁判所の管轄區域外に於て爲すべき送達に關しては其の送達すべき地の區裁判所の裁判所書記に送達事務の取扱を囑託することを得るのである。(本條二項)送達地の區裁判所の判事の有する送達に關する權限に付ては本法第一八一條參照。

---

**第百六十二條　送達ハ執達吏又ハ郵便ニ依リ之ヲ爲ス**

**郵便ニ依ル送達ニ在リテハ郵便集配人ヲ以テ送達ヲ爲ス吏員トス**

本條は舊法第一三六條第二乃至第四項の規定と略同趣旨である。

**外國法參照條文**　獨民訴法第一六六條、第一九三條及第一九五條。澳民訴法第八八條。

**資料**　理由書九三頁。議事錄三六一頁。速記錄四〇〇頁。

**目次**　一　送達の施行　二　執達吏に依る送達　三　郵便に依る送達

**一　送達の施行**　本條は執達吏又は郵便に依る送達の施行に關する規定である。裁判所書記は送達機關として送達に關する一切の事務を取扱ふと雖、(民訴法一六一條)送達の施行は別段の規定ある場合を除くの外裁判所書記自ら送達を施行するものでなく通常執達吏に依り又は郵便に依り送達を施行せしむるものである。而して裁判所書記は送達を施行するに方り執達吏に依る送達を爲すか又は郵便に依る送達を爲すかに付て選擇すべき權能があり且之を選擇せねばならぬ。而して裁判所書記が自ら直接、送達を受くべき者に送達を施行する場合もある。例之本法第一六三條、第一七〇條第二項、第一七二條及第一七九條の場合である。

**二　執達吏に依る送達**　執達吏に依る送達は裁判所の所在地を管轄する區裁判所の管轄區域內に於て之を施行すべき場合に於ては、裁判所書記が其の區裁判所に所屬する執達吏に送達書類を送付して送達の施行を委任して之を爲すものである。而して執達吏は本法第一六五條以下及第一六九條以下の規定に從ひ送達すべき場所に於て送達を受くべき者若は送達受取人又は補缺送達受領者に對し送達書類を交付して送達を施行するのである。此の場合に於ては執達吏を以て送達吏員と爲し而して執達吏は本法第一七七條の規定に依り送達證書を作成し之を裁判所に提出することを要するのである。然れども日曜日其の他の一般の休日又は夜間に於て執達吏に依る送達を爲すには裁判長の許可あることを要する。(民訴法一七四條一項)

然るに裁判所の所在地を管轄する區裁判所の管轄區域外卽ち他の區裁判所の管轄區域內に於て送達を施行すべき場合に於ては、裁判所書記は其の送達地の區裁判所の裁判所書記に送達事務の取扱を囑託することを得るのである。而して受託書記は執達吏又は郵便に依る送達又は其の他の方法に依り送達を施行すべきものである。

**三　郵便に依る送達**　郵便に依る送達は裁判所書記が裁判所の所在地に在る郵便局に送達書類を送付し郵便集配人に送達を施行せしむるものである。而して郵便集配人は送達行爲の名宛人に送達書類を封入する封書を交付して送達を施行する。此の場合に在りては郵便集配人を以て送達吏員と爲し而して本法第一七七條の規定に依り送達證書を作成し之を裁判所に提出することを要する。然れども此の郵便に依る送達の施行は裁判所書記が書留郵便に付する送達を施行するものと區別せねばならぬ。後者の書留郵便に付する送達の場合に於ては裁判所書記が送達書類を郵便に付して送達したるときに送

達を完了するものである。（民訴法一七三條）

**第百六十三條　當該事件ニ付出頭シタル者ニ對シテハ裁判所書記自ラ送達ヲ爲スコトヲ得**

本條は舊法に無かつた新設の規定である。

**外國法參照條文**　獨民訴法に特別規定なし。澳民訴法にも亦同じ。

**資料**　理由書九四頁。議事錄三四九頁。速記錄四〇一頁以下。

**目次**　**裁判所書記の直接出頭者に對する送達。**

**裁判所書記の直接出頭者に對する送達**　本條は裁判所書記の直接出頭者に對する送達に關する規定である。裁判所書記は送達に關する一切の事務を取扱ふと雖、送達の施行は通常執達吏又は郵便に依り之を爲すべきものである。（民訴法一六二條）然るに本條の規定に依れば、送達を要するに當該事件に付て送達を受くべき者が出頭したる場合に於ては裁判所書記が自ら送達吏員と爲り直接其の出頭したる者に送達書類を交付して送達を施行することを得るのである。之は恰も期日に於ける呼出が當該事件に付て出頭したる者に對しては期日を告知するだけで足りるのと同じ振合である。

而して本條の所謂「當該事件ニ付出頭シタル者」の意義に付ては本法第一五四條其の三參照。例之裁判所書記が送達を要する訴訟事件に付ての口頭辯論期日に法廷に出頭したる當事者又は其の訴訟代理人に送達書類を交付するが如きである。然れども縱令口頭辯論の期日でなくても、送達を受くべき者が送達を要する當該事件に關する用件の爲裁判所の法廷外に出頭したる場合にも亦裁判所書記は其の出頭したる者に送達書類を交付して送達を爲すことを妨げない。斯くして裁判所書記は自ら送達吏員として當該事件に付て出頭したる者に送達を爲したるときは、書面を作り送達に關する事項を記載し之を裁判所に提出せねばなるまい。（民訴法一七七條）即ち裁判所書記は送達證書を作成することを要する。

**第百六十四條　送達ハ別段ノ規定アル場合ヲ除クノ外送達ヲ受クヘキ者ニ送達スヘキ書類ノ謄本ヲ交付シテ之ヲ爲ス**

**送達スヘキ書類ノ提出ニ代ヘ調書ヲ作リタルトキハ其ノ調書ノ謄本又ハ抄本ヲ交付シテ送達ヲ爲ス**

本條第一項は舊法第一三七條の規定であるが本條第二項は舊法に無かつた新設の規定である。

**外國法參照條文**　獨民訴法第一七〇條及第四九六條第一項。澳民訴法第一一四條。

**資料**　理由書九四頁。議事錄に特記なし。速記錄四〇二頁以下。

**目次**　**一　送達行爲と書類の交付　二　送達の爲交付すべき書類　三　陳述調書の送達**

**一　送達行爲と書類の交付**　本條は送達行爲に關する規定である。元來送達行爲（Zustellungsakt）は送達を爲すべき吏員が送達を受くべき者に送達書類を交付する行爲である。卽ち送達行爲の本質は送達書類の交付である。本條の規定に依れば、送達は送達吏員が送達を受くべき者（送達受領者）に送達すべき書類の謄本を交付して之を爲すを原則とする。而して書類の交付（übergabe）とは書類を手交する身體的行爲を謂ふと雖、必ずしも送達を受くべき者の手裡に書類を交付せねばならぬものではなく、寧ろ送達を受くべき者の人身に對し之を爲すべきものである。（註一）然し乍ら送達を受くべき者が不在なる場合に於て其の者の住居に送達書類を差置き若は郵便受函に之を投入し又は單に送達書類を呈示するのみでは未だ送達行爲としての書類の交付と認むるに足りない。（註二）

（註一）參照 Stein=Jonas, § 170 I S. 475.

（註二）參照 Stein=Jonas, § 170 I S. 475.

**二　送達の爲交付すべき書類**　送達の爲送達を受くべき者に交付すべき書類は送達すべき書類の謄本（beglaubigte Abschriften des zuzustellenden Schriftstückes）を以てすることを原則とする。換言すれば、送達の爲交付すべき書類は別段の規定ある場合を除くの外送達すべき書類の謄本でなければならぬ。（本條一項）而して此の書類の謄本は送達すべき書類の原本を文字通り忠實且完全に複寫し之に謄本なることを記載し、當事者の書類ならば、當事者又は其の代理人が署名捺印し又裁判所の書類ならば、裁判所書記が署名捺印し且裁判所の印を押捺すべきものである。然るに送達の爲送達を受くべき者に送達すべき書類の正本、抄本又は副本を交付すべきことは例外に屬し本法に別段の規定ある場合に限るのである。例之判決の送達に於ける判決の正本、（民訴法一九三條二項）決定又は命令の送達に於ける決定又は命令の正本（民訴法二〇七條）更正決定の送達に於ける更正決定の正本（民訴法一九四條二項但書）の如き又調書陳述の送達に於ける調書の抄本（本條三項）の如き更に訴狀の送達に於ける訴狀の副本（民訴法二二九條一項）の如きである。

然れども送達すべき書類の謄本を交付すべき場合に於て謄本に代へ正本又は原本を交付し又之と反對に送達すべき書類の正本を送達すべき場合に於て正本に代へ（第二の）原本を交付したるときと雖其の送達は無效にならない。（註三）尙交付すべき送達書類に付ては必ずしも封緘したる狀袋に封書することを要しない。

（註三）參照 Stein=Jonas, § 170 II S. 476.

**三　陳述調書の送達**　當事者が口頭を以て申述を爲し裁判所書記の面前に於て陳述を爲したるときは裁判所書記は調書を作らねばならぬ。（民訴法一五四條）之を所謂調書陳述（Protokollerklärung）と謂

ム。而して送達すべき書類の提出に代へ調書陳述を爲し裁判所書記に於て調書を作成したる場合に於ける送達は其の調書の謄本又は抄本を交付して之を爲すべきものである。（本條二項）故に此の場合に在りては調書自體が所謂「送達スヘキ書類」として認めらる。而して調書陳述の送達に付て調書の謄本又は抄本を交付するかの選擇は、相手方へ通知すべき事項の性質に從ひ裁判所書記の自由裁量に依り之を決すべきものである。

## 第百六十五條　訴訟無能力者ニ對スル送達ハ其ノ法定代理人ニ之ヲ爲ス

本條は舊法第一三八條第一項の規定と同趣旨である。

**外國法參照條文**　獨民訴法第一七一條。澳民訴法第一〇六條。

**資料**　理由書九五頁。議事錄三六〇頁以下。速記錄四〇三頁以下。

**目次**　一　送達受領者　二　訴訟無能力者に對する送達の送達受領者。

**一　送達受領者**　本條は訴訟無能力者に對する送達の送達受領者に關する規定である。抑送達を受くる者の側には所謂「送達ヲ受クヘキ者」とか、送達受領者とか、送達代理人とか所謂「送達受取人」とか種々な者が居る。本法に於て所謂「送達ヲ受クヘキ者」とは送達行爲の名宛人（Adressat des Zustellungsaktes）を謂ひ其の名宛人に代り送達書類の交付を受くる者に對比する者である。此の送達行爲の名宛人は講學上之を「送達受領者」（Zustellungsempfänger）と稱する。（註一）故に送達を受くべき者卽ち送達受領者は必ずしも當事者の如き送達を受くべき本人とは限らない。隨て送達受領者は當事者若は當事者と同等の者、（民訴法一六五條、一六七條、一六八條）訴訟代理人及法令に依り當事者に代り裁判上の行爲を爲し得べき代理人（民訴法七九條）である。然れども送達受領者は所謂送達受取人と區別すべきものである。卽ち送達受取人とは當事者、法定代理人又は訴訟代理人を代理し送達書類を受取る者（民訴法一七〇條）を謂ひ、畢竟送達代理人に他ならぬ。送達受取人に付ては本法第一七〇條參照。而して妻及準禁治産者は制限的訴訟能力者ではあるが、送達を受くる行爲に關しては獨立の訴訟能力を有するものなるが故に（民訴法五〇條一項）送達に關する限り妻の夫又は保佐人は固より妻又は準禁治産者の法定代理人に非ざるを以て妻又は準禁治産者に對する送達に付ては本條の規定を全然適用できないことは謂ふまでもない。

（註一）參照 Stein-Jons, § 171 I S. 478.

**二　訴訟無能力者に對する送達の送達受領者**　本條の規定に依れば、訴訟無能力者に對する送達は其の者の法定代理人に之を爲すものである。卽ち訴訟無能力者に對する送達の送達受領者は訴訟無能力者の法定代理人である。而して訴訟無能力者が自然人たると、法人たると當事者能力ある非法人たる

社團又は財團たるとを問はない。(民訴法五八條)又法定代理人が同時に當事者の名に於て訴訟を實施することを得ると否をも問はない。訴訟無能力者と其の法定代理人に付ては本法第四五條其の五、第四九條及第五八條參照。尤も訴訟無能力者の爲法定代理人なき場合又は法定代理人あるも代理權を行ふこと能はざる場合に於ては、事實訴訟無能力者に對する送達を施行するに由がない。此の場合は本法第五六條及第二一〇條が問題となる。法定代理人に對する送達の場合に於ける送達を爲すべき場所に付ては本法第一六九條其の一參照。

## 第百六十六條　數人カ共同シテ代理權ヲ行フヘキ場合ニ於テハ送達ハ其ノ一人ニ之ヲ爲スヲ以テ足ル

本條は舊法第一三七條第二項及第一三八條第三項の規定と大體同趣旨である。

**外國法參照條文**　獨民訴法第一七一條第二項。澳民訴法第九〇條。

**資料**　理由書九五頁。議事錄に特記なし。速記錄四〇七頁。

**目次**　一　數人の代理人ある場合に於ける送達　二　數人が共同して代理權を行ふべき場合に於ける送達

**一　數人の代理人ある場合に於ける送達**　本條は數人が共同して代理權を行ふべき場合に於ける送達に關する規定である。元來訴訟無能力者に對する送達は其の者の法定代理人に之を爲さねばならぬものであり又訴訟能力者に對する送達と雖、其の者の代理人例之訴訟代理人又は法令に依り裁判上の行爲を爲すことを得る代理人(民訴法七九條、八二條)にも之を爲すことを得るものである。而して斯かる法定代理人其の他の代理人が數人ありて各自本人の爲訴訟行爲を爲すべき代理權を有する場合に於ては、其の本人に對する送達は一人の法定代理人又は其の他の代理人に之を爲すを以て足りることは當然である。殊に同一の當事者の數人の訴訟代理人は各自當事者を代理する權限を有し而も之と異なる約定を爲すも無效なるが故に、(民訴法八三條)斯かる當事者に對する送達は其の數人の訴訟代理人中一人にさへ之を爲すを以て足りることも謂ふまでもない。又株式會社が當事者なる場合に於て其同代表の定めなき數人の取締人が各自株式會社を代表すべき場合に於ける會社に對する送達に付ても亦同樣である。故に斯かる場合に付ては本法第一六五條の規定の適用あるに過ぎない。

**二　數人が共同して代理權を行ふべき場合に於ける送達**　然るに訴訟無能力者又は訴訟能力者の法定代理人又は法令に依り裁判上の行爲を爲し得る代理人が數人ありて而も其の數人の代理人が共同して代理權を行ふべき場合に於ても、其の代理人に爲すべき送達は數人の代理人中一人にさへ之を爲すを以て足りるのである。(本條)而して數人が共同して代理權を行ふべき場合とは例之社團法人に在りては總會の決議に從ひ數人の理事が共同して法人を代表すべき場合(民法五三條)株式會社に在りては

定款又は株主總會の決議を以て數人の取締役が共同し若は取締役が支配人と會社を代表すべきことを定めたる場合（商法一七〇條）商人に在りては數人の支配人が同一の商人を共同して代理權を行ふべき場合（商法三〇條の二）合名會社又は合資會社に在りては定款又は總社員の同意を以て數人の社員が共同し又は社員が支配人と共同して會社を代表すべきことを定めたる場合（商法六一條の二）の如きである。

然れども本條の規定は數人が共同の職務當事者として共同して管理を爲すべき場合にも之を準用すべきものである。（註）例之失踪者の財產管理人、相續財產管理人、遺言執行者、破產管財人が數人あり共同して管理權を行ふべき場合の如きである。

反之數人の當事者の爲一人の代理人ある場合に於ては、本條の規定を適用すべきでない。

（註）參照 Steinlonns, § 171 Ⅲ 2 S. 479.

---

**第百六十七條　軍事用ノ廳舍又ハ艦船ニ屬スル者ニ對スル送達ハ其ノ廳舍又ハ艦船ノ長ニ之ヲ爲ス**

本條は舊法第一三九條の規定と略同趣旨である。

**外國法參照條文**　獨民訴法第一七二條。澳民訴法第九二條。

**資料**　理由書九五頁。議事錄三五二頁以下。速記錄一五八條。



**目次**　一　軍事用の廳舍又は艦船に屬する者　二　本條の送達と廳舍又は艦船の長

**一　軍事用の廳舍又は艦船に屬する者**　本條は軍事用の廳舍又は艦船に屬する者に對する送達に關する規定である。本條の規定に依れば、軍事用の廳舍又は艦船に屬する者に對する送達は其の廳舍又は艦船の長に之を爲すものである。而して本條の所謂「軍事用ノ廳舍ニ屬スル者」とは陸海軍の軍人、軍屬が軍務に服役の爲駐屯する廳舍に於て居住する軍人、軍屬を謂ひ、主として軍務に服役する下士以下の軍人、軍屬である。反之豫備又は後備の軍籍に在る者、國民兵に屬する者、軍事行政の民事職員、現役に非ざる憲兵及軍事用の廳舍外に住居する陸軍の士官は本條に所謂「軍事用ノ廳舍ニ屬スル者」に包含しない。次に本條の所謂「艦船ニ屬スル者」とは軍艦其の他海軍の艦船に乘組める軍人、軍屬を謂ふ。勿論豫備又は後備の軍籍に在る者は本條の艦船に屬する者に包含しない。尙「軍事用ノ廳舍」又は「艦船」に付ては本法第七條其の三參照。

**二　本條の送達と廳舍又は艦船の長**　軍事用の廳舍又は艦船に屬する者に對する送達は、其の廳舍又は艦船の長に送達書類を交付して之を爲すべきものであつて、直接其の廳舍又は艦船の所屬者に送達書類を交付すべきものでない。蓋し軍事用の廳舍又は艦船に屬する者は其の廳舍又は艦船內に居住して廳舍又は艦船の長の支配に服從する者なるが故に、其の廳舍又は艦船の所屬者に對する送達を斯か

る廳舍又は艦船を代表する廳舍又は艦船の長に爲すを適當とするからである。軍事用の廳舍に屬し且出陣の軍隊に屬する者又は役務に服する艦船に屬する者に對する送達に付ては本法第一七六條參照。外國駐在の軍隊に屬する者に對する送達に付ても本法第一七六條參照。

反之軍事用の廳舍又は艦船に屬する者の家族に對する送達は固より常人に對す送達として一般の規定に從ふべきものであつて、本條の規定を適用すべきでない。

而して本條の所謂軍事用の廳舍の長又は艦船の長は軍事用の廳舍を支配する司令長官又は軍艦その他海軍所屬の船舶を支配する艦長又は船長を指すものである。隨て本條の軍事用の廳舍又は艦船に屬する者に對する送達は其の廳舍又は艦船の長の住所、居所、廳舍又は艦船の定繫港に於て之を爲すことを得べく、萬一の場合には其の長の從卒、書生、雇人、同居者に送達書類を交付し所謂補缺送達を爲すことも（民訴法一七一條）認めねばなるまい。（註）

尙又本條の規定は軍務に服役する軍人の證人訊問の呼出狀の送達にも之を適用すべきものである。

（註）參照 Stein=Jonas, § 172 II S. 480.

**第百六十八條　在監者ニ對スル送達ハ監獄ノ長ニ之ヲ爲ス**

本條は舊法第一四〇條の規定と同趣旨である。

**外國法參照條文**　獨民訴法第一八一條。澳民訴法に特別規定なし。

**資料**　理由書九五頁。議事錄四〇七頁。速記錄三六五頁。

**目次**　一　在監者　二　本條の送達と監獄の長

**一　在監者**　本條は在監者に對する送達に關する規定である。本條の規定に依れば、在監者に對する送達は監獄の長に之を爲すものである。而して本條の所謂「在監者」には刑務所に在居する既決囚と未決囚とを包含するものである。反之刑務所に勤務する職員は固より所謂在監者に屬さない。

**二　本條の送達と監獄の長**　夫れ在監者は刑務所に收容せられて刑務所の長の支配に服從する關係上在監者に對する送達は刑務所を代表する所謂監獄の長に送達書類を交付して之を爲すのである。本條の所謂「監獄ノ長」は刑務所に在りては刑務所長、刑務支長に在りては支所長及刑務所出張所に在りては主任を指すのである。而して在監者に對する送達は、送達吏員が刑務所の長に送達書類を交付したるときに其の效力を有するものであつて刑務所の長から在監者に送達書類を傳達して交付したる時に送達の效力を生ずるのではない。

**第百六十九條　送達ハ之ヲ受クヘキ者ノ住所、居所、營業所、又ハ事務所ニ於テ之ヲ爲ス但シ法定代**

**理人ニ對スル送達ハ本人ノ營業所又ハ事務所ニ於テモ之ヲ爲スコトヲ得**
**送達ヲ受クヘキ者カ日本ニ住所、居所、營業所又ハ事務所ヲ有スルコト明ナラサルトキハ送達ハ**
**其ノ者ニ出會ヒタル場所ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得住所、居所、營業所又ハ事務所ヲ有スル者カ送**
**達ヲ受クルコトヲ拒マサルトキ亦同シ**

本條は舊法第一四四條の規定を修正したるも同規定と略同趣旨である。

**外國法參照條文**　獨民訴法第一八〇條。澳民訴法第一〇一條。

**資料**　理由書九五頁。議事錄三六〇頁以下、三六二頁以下。速記錄四〇七頁以下。

**目次**　一　送達の場所　二　出會の送達

**一　送達の場所**　本條は送達の場所に關する規定である。凡そ送達は送達を受くべき者の住所、居所營業所又は事務所の孰れかに於て之を爲すことを原則とする。（本條一項）卽ち送達受領者の住所、居所、營業所又は事務所が送達の場所である。本條の所謂「送達ヲ受クヘキ者」卽ち送達受領者に付ては本法第一六五條其の一參照。住所及居所の意義に付ては本法第二條其の二、三參照。營業所及事務所の意義に付ては本法第四條其の一參照。是を以て送達を受くべき者は其の住所、居所、營業所及事務所以外の場所に於ける送達を拒絕することを得るのである。然れども送達を受くべき者が本條所定以外の場所に於ける送達を拒絕することなく之を受領したるときは其の送達は有效である。又送達を受くべき者が訴訟無能力者の法定代理人なる場合に於ては法定代理人に付ての送達場所の外當事者本人の營業所又は事務所に於ても亦送達を爲すことを得るのである。（本條一項但書）

**二　出會の送達**　送達を受くべき者が日本に於て住所、居所、營業所又は事務所を有する場合に於ては送達を受くることを拒絕しないときに限り其の者に出會ひたる場所に於ても送達を爲すことを得るのである。（本條二項後段）然れども送達を受くべき者が日本に於て住所、居所、營業所又は事務所の孰れかを有すること明かでない場合に於ては縱し送達を受くることを拒絕するときと雖、尙且其の者に出會ひたる場所に於て送達を爲すことを得るものである。（本條二項前段）而して本條に所謂「出會ヒタル場所」とは送達吏員が途中送達を受くべき者に出會ひたる最小行政區劃の地域（市町村）を指すものであつて（註一）所謂町內又は村邑の義ではない。されば日本に於て住所、居所、營業所又は事務所を有すること明かでないとき又は其の孰れをも有しない送達受領者は、送達吏員と出會ひたる最小行政劃卽ち市町村の如何なる場所に於ても又途上に於てさへ送達吏員から送達を受けなければならぬ。然るに此の場合に於て送達受領者が送達を拒絕したるときは送達吏員は本法第一七一條第二項の規定に從ひ其の出會の場所に送達書類を差置いて送達することを妨げない。（註二）

（註一）參照 Stein-Jonas, § 18) I S. 491.

（註二）參照 Stein=J. ms, § 180 I S. 491.

**第百七十條**　當事者、法定代理人又ハ訴訟代理人ハ受訴裁判所ノ所在地ニ住所、居所、營業所又ハ事務所ヲ有セサルトキハ其ノ裁判所ノ所在地ニ於テ送達ヲ受クヘキ場所及送達受取人ヲ定メ之ヲ届出ツルコトヲ要ス

送達ヲ受クヘキ者カ前項ノ届出ヲ爲ササルトキハ其ノ者ニ對シテ送達スヘキ書類ハ前條第一項ノ規定ニ依リ送達スヘキ場所ニ宛テ書留郵便ニ付シテ之ヲ送達スルコトヲ要ス

第一項ノ届出ハ送達ヲ受クヘキ者カ受訴裁判所ノ所在地ニ住所、居所、營業所又ハ事務所ヲ有スル場合ニ於テモ亦之ヲ爲スコトヲ得

本條は舊法第一四三條の規定と大體同趣旨である。

**外國法參照條文**　獨民訴法第一七四條第三項及第一七五條。澳民訴法第九四條及第九五條。

**資料**　理由書九七頁。議事錄三五〇頁、三六一頁以下。速記錄四一〇頁以下。

**目次**　一　送達受取人の指定　二　書留郵便に付する送達

## 一　送達受取人の指定

本條は送達受取人の指定に關する規定である。元來送達は送達を受くべき者の住所、居所、營業所又は事務所に於て之を爲すべきものなれども、當事者、法定代理人又は訴訟代理人の如き送達を受くべき者が、受訴裁判所の所在地に於て住所も居所も營業所も事務所も有しないときは、其の受訴裁判所の所在地に於て送達を受くべき場所と送達受取人とを定め之を受訴裁判所に届出でなければならぬ。（本條一項）之を所謂送達受取人の指定と謂ふ。然れども此の送達受取人の指定の届出は送達を受くべき者が、受訴裁判所の所在地に住所、居所、營業所又は事務所を有する場合に於ても亦之を爲すことを得るのであつて（本條三項）此の場合に於ては送達受取人の指定届出が必要的でないだけである。而して送達受取人の指定の届出は遲くとも最初の口頭辯論期日若は準備手續の最初の審問期日に於て又は其の以前に於て之を爲すべきものである。

斯くして送達受領者から指定せられたる送達受取人は、其の指定したる送達受領者たる當事者、法定代理人又は訴訟代理人の送達代理人（Zuzustellungsbevollmächtigten）であつて、其の當事者、法定代理人又は訴訟代理人を代理して送達を受くる權限を有するものである。尤も送達受領者は送達受取人の指定を届出つるには固より送達受取人となるべき者の承諾を得なくてはならない。然れども送達受取人は所謂交替權（Substitutionsrecht）又は代補權を有するものでない。（註一）

而して受訴裁判所に送達受取人の指定の届出ありたる場合に於ては、受訴裁判所は爾後其の送達受取人を指定したる當事者、法定代理人又は訴訟代理人に爲すべき送達を送達受取人に爲すことを得る權利を生ずるも義務を負ふものでない。故に斯かる場合に於ても送達は送達受領者から送達受取人に

指定の届出あるに拘らず本法第一六二條以下の規定に從ひ直接送達を受くべき者に之を爲すことを妨げない。

**二　書留郵便に付する送達**　受訴裁判所の所在地に住所も居所も營業所も事務所も有しない當事者、法定代理人又は訴訟代理人が送達受取人の指定の届出を爲さない場合に於ては、受訴裁判所の裁判所書記は其の送達を受くべき當事者、法定代理人又は訴訟代理人に對し送達すべき送達書類を其の者の住所、居所、營業所又は事務所に宛て書留郵便に付して送達することを得るのである。（本條二項）而も此の場合に於ける送達は常に書留郵便に付して之を爲すことを要するものであつて通常の郵便に付することを得ない。而して書留郵便に付したる送達は其の送達書類が送達受領者に到達すると否とを問はないばかりでなく、如何なる日時に到達するに拘らず書留郵便に付したる時を以て其の送達を爲したるものと看做すものと解するを正當とする。故に本條第二項の規定に基く書留郵便に付する送達は、所謂郵便に依る送達（民訴法一六二條）と趣を異にするものであつて、本條第二項の書留郵便を配達する郵便集配人を以て所謂送達吏員と認むることを得ない。

---

**第百七十一條　送達ヲ爲スヘキ場所ニ於テ送達ヲ受クヘキ者ニ出會ハサルトキハ事務員、雇人又ハ同居者ニシテ事理ヲ辨識スルニ足ルヘキ知能ヲ具フル者ニ書類ヲ交付スルコトヲ得**

**前項ニ掲クル者其ノ他書類ノ交付ヲ受クヘキ者カ正當ノ事由ナクシテ之ヲ受クコトヲ拒ミタルトキハ送達ヲ爲スヘキ場所ニ書類ヲ差置クコトヲ得**

本條は舊法第一四五條及第一四九條の規定を修正したるものである。

**外國法參照條文**　獨民訴法第一八一條及第一八六條。澳民訴法第一〇二條、第一〇三條及第一〇九條。

**資料**　理由書九八頁。議事錄一二四九頁以下、三六一頁。速記錄四一一頁以下。

**目次**　一　補缺送達　二　補缺送達の要件　三　補缺送達受領者　四　差置送達。

**一　補缺送達**　本條は所謂補缺送達と差置送達とに關する規定である。送達を爲すべき場所に於て送達を受くべき者に出會はない場合に於ては、送達吏員は送達を補充する爲其の送達を受くべき者の方の事務員、雇人又は同居者に送達書類を交付して送達を爲すことを得るのである。（本條一項）之を所謂補缺送達（Ersatzzu-stellung）と謂ふ。而して本條第一項の補缺送達に付て送達書類の交付を受くる事務員、雇人又は同居者は、送達の受領に關し送達を受くべき者卽ち送達受領者の法律上代理人たる地位を有するものである。（註一）然れども此の補缺送達は固より送達吏員の職責上の自由裁量に依り之を爲すべきものなるが故に、送達吏員は縱令送達の場所に於て送達を受くべき者に出會はないときと雖、送達の遲延を來さない限り敢て補缺送達を爲さないで矢張本法第一六九條の規定に從ひ正則に送達の場

所に於ける送達を受くべき者自身に對し送達書類を交付すべき試みを反覆することを妨げない。(註二)

(註一) 參照 Stein=Jonas, § 181 I S. 492.

(註二) 參照 Stein=Jonas, § 181 I S. 492.

**二　補缺送達の要件**　補缺送達は送達吏員が送達すべき場所に到り漫然直ちに之を爲すべきものではない。卽ち補缺送達は送達すべき場所に於て送達を受くべき者卽ち送達受領者に出會はないことを前提要件とする。而して送達吏員が補缺送達を爲し且送達證書を作成するには、送達すべき場所に於て送達を受くべき者の家族に自由なる形式で檢索 (formlose Erkundigung) を爲したる上送達を受くべき者に出會はないことを以て足りるのであつて、而も送達の場所に於て事實送達を受くべき者が在宅するか否を問はない。隨て送達吏員が送達すべき場所に於て送達を受くべき者の疾病、多忙、面接謝絕等何等かの事由に因り其の者に出會はないときは補缺送達を爲すことを得るのである。反之送達吏員が送達すべき場所に於て送達を受くべき者に出會ひたるに拘らず多忙の爲に送達の受領を拒絕したるときは本條第二項の規定に從ひ所謂差置送達を爲すことを得るのである。(註三) 然れども送達吏員が本條の補缺送達を爲すこと能はざる場合に於ては、裁判所書記は送達書類を書留郵便に付して送達を爲すことを得るものである。(民訴法一七二條)

(註三) 參照 Stein=Jonas, § 181 I S. 492.

**三　補缺送達受領者**　本條の補缺送達は送達すべき場所に於て送達を受くべき者の方の事務員、雇人又は同居人であつて事理を辨識するに足るべき知能を具ふる者に送達書類を交付して之を爲すものである。此の補缺送達に依り送達書類の交付を受くべき事務員、雇人又は同居者は之を所謂補缺送達受領者と謂ふ。而して補缺送達受領者は送達の受領に關し送達を受くべき者卽ち送達受領者の法律上代理人である。隨て補缺送達受領者は送達の受領に關し送達受領者を代理する關係にあるを以て相手方の爲送達書類の交付を受くることを得ないものと謂はねばならぬ。(民法一〇八條) 故に事務員、雇人又は同居者は送達受領者の爲補缺送達受領者と爲るには送達受領者の訴訟の相手方であつてはならない。(註四) 而して本條第一項の所謂「事務員」とは、送達受領者の業務に繼續的に從事する者を謂ひ、必ずしも報酬の支給を受くるものとは限らない。又本條第一項の所謂「雇人」とは送達受領者に報酬を受け繼續的に勞務に服する者 (民法六二三條) を謂ひ尙又本條第一項の所謂「同居者」とは送達受領者の家に於て事實上寢食する者を謂ひ、必ずしも戸籍上同一の家に入籍せることも親族たることも要しない。然れども事務員、雇人又は同居人であつても事理を辨識するに足るべき知能を具ふる者でなければ補缺送達受領者に爲り得ない。然し乍ら此の事理を辨識するに足るべき知能を具ふる者とは

必ずしも成年者に限らない。而して送達は送達吏員が送達すべき場所に於て送達を受くべき者に出會はないにしても其の者の方の事務員、雇人又は同居者に出會ひたるときにのみ之を認むる。然れども送達すべき場所以外に於て補缺送達受領者に出會ふも補缺送達を爲すことを得ない。然れども補缺送達受領者は送達を爲すべき場所に於ては補缺送達を受くべき義務を負ふものである。然るに補缺送達受領者が送達の場所に於て送達吏員に補缺送達を拒絶したるときは、送達吏員は本條第二項の規定に從ひ差置送達を爲すことを得るのである。

（註四）參照 Stein=Jonas, § 181 II S. 493.

**四　差置送達**　差置送達（Zurücklassungszustellung）とは送達書類の交付を受くべき者が書類の受領を拒絶したる爲に送達すべき場所に送達書類を差置きて送達を爲すことを謂ふ。本條第二項の規定に依れば、本條第一項に掲ぐる事務員、雇人又は同居者其の他書類の交付を受くべき者が正當の事由なくして書類の交付を受くることを拒絶したるときは、送達吏員は送達を爲すべき場所に送達書類を差置くことを得るのである。而も此の場合に於ては送達すべき場所に送達書類を差置くを以て當然送達書類の交付を受くべき者に書類を交付したると同一の效力を有するものである。（註五）然らば送達書類の交付を受くべき者が正當の事由に基きて之を受くることを拒絶したる場合に於ては、差置送達を爲すことを得ないものと謂はざるを得ない。而して如何なる原因が送達書類の受領を拒絶する正當の事由になるか？　卽ち送達を受くべき者が送達すべき場所の地に於て住所、居所、營業所又は事務所を有するに拘らず送達吏員から其の他の場所に於て送達書類を交付し受領を求められたるとき、補缺送達の要件に欠缺あるとき殊に補缺送達受領者に非ざる者に送達書類の交付を受くべきことを求められたるとき、事務員、雇人又は同居者が通常の勤務時間外に送達書類の交付を受くべきことを求められたるとき、補缺送達受領者が送達受領者の訴訟の相手方なるとき、又は送達が送達を受くべき名宛人に爲されないこと等は孰れも送達書類の交付を受くることを拒絶し得る正當の事由に屬するであらう。

尙執達吏に依る送達の場合に於て裁判長の許可なくして日曜日其の他一般の休日又は日出前竝日沒後に於て送達書類の交付を受くべきことを求められたるときも亦同樣である。

（註五）參照 Stein=Jonas, § 183 I S. 498.

---

**第百七十二條　前條ノ規定ニ依リテ送達ヲ爲スコト能ハサル場合ニ於テハ裁判所書記書類ヲ書留郵便ニ付シテ之ヲ送達スルコトヲ得**

本條は舊法第一四五條第二項の規定を改正したるものである。

外國法參照條文　獨民訴法第一八二條。澳民訴法第一〇四條。

資料　理由書九八頁。議事錄三六二頁以下。速記錄四一一頁以下。

目次　補缺送達及差置送達の不能に因る書留郵便に付する送達。

**補缺送達及差置送達の不能に因る書留郵便に付する送達**　本條は補缺送達及差置送達の不能の場合に於ける書留郵便に付する送達に關する規定である。本條の規定に依れば送達吏員が送達すべき場所に於て送達受領者にも補缺送達受領者にも出會はない爲に正則の送達は勿論補缺送達を爲すこと能はず又送達書類の交付を受くべき者に對し差置送達を爲すこと能はざる場合に於ては裁判所書記は送達書類を書留郵便に付して發送し送達することを得るものである。然れども本條に規定する裁判所書記の書留郵便に付する送達は固より郵便に依る送達とは趣を異にするものであつて寧ろ本法第一七〇條第二項の書留郵便に付する送達と同一の性質のものである。而して本條の書留郵便に付する送達は裁判所書記が送達すべき場所に於ける送達を受くべき者に宛て送達書類を書留郵便に付して之を發送すべきものである。書留郵便に付する送達の效力に付ては本法第一七三條參照。

**第百七十三條　第百七十條第二項又ハ前條ノ規定ニ依リテ書類ヲ郵便ニ付シテ發送シタル場合ニ於テハ其ノ發送ノ時ニ於テ送達アリタルモノト看做ス**

本條は舊法第一四三條第三項後段の規定と大體同趣旨である。

外國法參照條文　獨民訴法第一七五條第一項後段。澳民訴法第九六條第一項。

資料　理由書九九頁。議事錄三六三頁以下。速記錄四一〇頁以下。

目次　書留郵便に付したる送達の效力。

**書留郵便に付したる送達の效力**　本條は書留郵便に付したる送達の效力に關する規定である。元來書留郵便に付する送達は送達を受くべき者が送達受取人の指定の屆出を爲さない場合（民訴法一七〇條二項）又は所謂補缺送達竝差置送達の不能なる場合に於て之を爲すものである。郵便に依る送達に付ては本法第一六二條參照。而して書留郵便に付する送達は固より裁判長の許可なくとも日曜日其の他の一般の休日に於てすら送達書類を發送することを得るのである。而も書留郵便に付したる送達の效力に關しては裁判所書記が送達書類を書留郵便に付して發送したる時に送達ありたるものと看做さる。されば書留郵便に付したる送達は送達書類が送達受領者又は補缺送達受領者の手裡に到着すると否を問はず其の效力を生ずる。加之發送したる送達書類が竟に送達不能の爲に返戻されたるとき又は送達を受くべき者の名宛人に到着しないことの證明あるときと雖、苟くも一旦書留郵便に付して書類を發送したる以上最早送達ありたるものと看做されるのである。

**第百七十四條**　日曜日其ノ他ノ一般ノ休日又ハ日出前日没後ニ於テ執達吏ニ依ル送達ヲ爲スニハ裁判長ノ許可アルコトヲ要ス

前項ノ許可アリタルトキハ裁判所書記ハ送達スヘキ書類ニ其ノ旨ヲ附記スルコトヲ要ス

前二項ノ規定ニ違背スル送達ハ書類ノ交付ヲ受クヘキ者カ之ヲ受取リタル場合ニ限リ其ノ效力ヲ有ス

本條は舊法第一五〇條の規定と大體同趣旨である。

**外國法參照條文**　獨民訴法第一八八條。澳民訴法第一〇〇條。

**資料**　理由書九九頁。議事錄に特記なし。速記錄四一四頁以下。

**目次**　一　日曜日其の他一般の休日又は夜間の送達　二　日曜日、一般の休日又は夜間の送達と裁判長の許可　三　本條の規定違背の效果

**一　日曜日其の他一般の休日又は夜間の送達**　本條は日曜日其の他の一般の休日又は夜間の送達に關する規定である。元來送達の施行は執達吏に依る送達、郵便に依る送達、郵便に付する送達、裁判所書記に依る直接送達及公示送達の五の種類に之を區別することを得る。而して執達吏に依る送達は日曜日其の他の一般の休日又は夜間に於ては之を無條件に爲すことを得ない、卽ち斯かる日時に送達を爲すには裁判長の許可あることを要するのである。（本條一項）隨て日曜日其の他の一般の休日又は夜間の送達に要すべき裁判長の許可に關する本條の規定は唯執達吏に依る送達にのみ之を適用すべきものであつて、其の他の種類の送達には適用すべきものでない。

**二　日曜日其の他一般の休日又は夜間の送達と裁判長の許可**　執達吏に依る送達の施行は平日の晝間に於ては無條件に之を爲すことを得るも、日曜日其の他の一般の休日又は日出前日没後に於て送達を爲すには裁判長の許可あることを要する。本條の所謂「日曜日其ノ他ノ一般ノ休日」の意義に付ては本法第一五三條其の三參照。而して本條の所謂「日出前日没後」は謂はゞ夜間の義である。卽ち各日の夕太陽の西に没したる時刻から翌朝太陽の東に出づる時刻までの中間時間に他ならぬ。尤も日出前日没後の時間の標準は吾國の中央時間に依るべきは謂ふまでもない。日曜日其の他の一般の休日又は夜間の送達に要すべき裁判長の許可は固より裁判長の職責上の自由裁量に從ひ送達の緊急性を顧慮し之を與ふるものと雖、本法に於ては職權送達主義を採れる關係上送達の施行に當る執達吏から裁判長の許可を申請すべきものである。而して本條の裁判長の許可ありたるときは裁判所書記は送達すべき書類　送達書類――送達の爲交付すべき書類でない）に其の旨を附記することを要するのである。（本條二項）

**三　本條の規定違背の效果**　執達吏に依る送達の施行が本條の規定に違背し、日曜日其の他の一般の休日又は夜間に於て裁判長の許可なくして送達を爲し又は裁判長の許可ありたる旨の附記なき送達すべき書類の送達書類を交付したる送達行爲は送達書類の交付を受くべき者が異議なく之を受取りたる場合に限り其の效力を有するも、若し送達書類の受取を拒絶したるときは無效である。

---

**第百七十五條　外國ニ於テ爲スヘキ送達ハ裁判長其ノ國ノ管轄官廳又ハ其ノ國ニ駐在スル日本ノ大使、公使若ハ領事ニ囑託シテ之ヲ爲ス**

本條は舊法第一五三條の規定と大體同趣旨である。

**外國法參照條文**　獨民訴法第一九九條。澳民訴法第一二一條。

**資料**　理由書一〇〇頁。議事錄に特記なし。速記錄四一四頁以下。

**目次**　**一**　外國に於て爲すべき送達　**二**　裁判長が外國の管轄官廳に送達を囑託する場合　**三**　裁判長が外國に駐在する日本の大使、公使又は領事に送達を囑託する場合

**一　外國に於て爲すべき送達**　本條は外國に於て爲すべき送達に關する規定である。本條の所謂「外國ニ於テ爲スヘキ送達」とは日本帝國の領土以外の外國に居住する送達を受くべき者に對する送達を其の外國に於て施行すべきことを謂ふ。尤も本法第一七六條の場合も亦外國に於て爲すべき送達ではあるが、這は出陣の軍隊若は外國駐在の軍隊に屬する者又は役務に服する艦船の乘組員に對する送達に限る。而して唯書留郵便に付する送達若は郵便に依る送達又は本法第一七〇條の特別要件を具ふる送達受取人に爲すべき送達には固より外國人の名宛に對する送達もあるが乍併孰れも日本に於て施行すべき送達である。若し夫れ外國に於て爲すべき送達が實行すること能はず又は之を實行するも無駄に了るべき場合に至りては、最早公示送達の方法を採るより他に途はない。(民訴法一七八條)

本條は外國に於て爲すべき送達に關する手續を規定すると雖、之を以て外國の官廳に日本の裁判所の爲すべき送達に付て共助を爲すべき義務を課するものでもなければ又外國に駐在する日本の使節に外國に於て爲すべき送達を施行する權限を認むるものでもない。

凡そ送達は職權を以て之を爲すを原則とし而も送達事務の取扱は裁判所書記の任務なるが故に、外國に於て爲すべき送達は受訴裁判所の裁判長が裁判所書記の提議に基き職權を以て本條に規定する送達の囑託を爲すべきものである。而して受訴裁判所の裁判長が本條に規定する送達の囑託中如何なる方法を採るべきかに付ては先づ第一次的に吾國法に牴觸しない限り民事訴訟に關する國際條約殊にヘーグの民事訴訟に關する協約(Haager Abkommen über den Zivilprozess vom. 17. Juli 1905)に從ふべきものなるも吾國は未だヘーグの協約締結に加入してゐない故に直接其の協約に依ることを得ない。

而して第二次的には本條の外國に於て爲すべき送達に關する執務規程に從ふべきものなるも之も亦未だ發布されてゐない故、結局專ら受訴裁判所の裁判長の自由裁量に從ふの外はない。

**二　裁判長が外國の管轄官廳に送達を囑託する場合**　外國に於て爲すべき送達に付て裁判長が其の外國の管轄官廳に送達を囑託すべき場合は吾國と其の外國に於て送達を爲すべき地の外國との間に送達に關する條約、協約其の他の取極めに從ひ直接送達事務の交易（unmittelbarer Geschäftsverkehr）を許さるときに限る。（註一）此の場合に於て外國の管轄官廳は自國卽ち其の外國の法律に從ひ送達を施行するものである。ヘーグの協約に依れば送達の囑託を受けたる外國の管轄官廳は受託國に於て國家の主權又は國家の安寧秩序を害すべきものと認むるときに限り送達の囑託を拒絕することを得るのである。（註二）而して送達の施行は通常送達を受くべき者に送達書類を交付して之を爲すことに制限することができる。（註三）

（註一）參照 Stein-Jonas, § 199 II S. 511.

（註二）參照 Haager Abkommen § 4. Lebrecht, Haager Abkommen § 4 Anm. 1 S. 5.

（註三）參照 Haager Abkommen §§ 2, 3 Lebrecht, Haager Abkommen § 2 Anm. 1, § 3 Anm. 1. S. 3f.

**三　裁判長が外國に駐在する日本の大使、公使又は領事に送達を囑託する場合**　外國に於て爲すべき送達は裁判長が其の外國の管轄官廳に送達を囑託することを得ない場合卽ち日本が其の外國と直接送達事務の交易を許されないときは裁判長は其の外國に駐在する日本の大使、公使又は領事に送達を囑託すべきものである。（註四）殊に外國に駐在する日本の領事は其の日本人を送達の名宛とする限り其の外國の何處に於ても自身で送達を爲すべき權限を有するものである。（註五）而も此の領事の權利はヘーグの協約に於ても自國民に對する送達に限り差置送達を除くの外無條件を以て、其の他の者に對する送達に關してはヘーグの協約に於て之を認め又は外國が抗議を述べないときに限り之を認めらる。（註六）而してヘーグの協約に加入する締約國間に在りては、外國が囑託國から指示したる外國の官廳に對する外交的手段の申立を爲すことを要求しない限り、領事は其の外國の官廳に對し送達の申立を爲すべき權利を有するものである。隨て裁判長が外國に駐在する日本の領事に送達を囑託すべき場合は領事に送達の囑託を爲すに非ずして寧ろ領事に外國の官廳に對し送達の申立を爲すべきことの傳達方を囑託するものである。（註七）

然るに外國に駐在する日本の領事が自ら送達を爲すことも又送達の囑託を傳達することも爲し得ない場合に於ては裁判長は外國に駐在する日本の大使又は公使に送達を囑託すべきものである。（註八）此の場合に在りては外國に駐在する大使又は公使は外交的手段（diplomatischer Weg）に依りて外國の

官廳に送達の囑託を傳達するものである。

（註四）參照 Stein=Jonas, § 199 V S. 512.

（註五）參照 Stein=Jonas, § 199 VI S. 512.

（註六）參照 Haager Abkommen § 6. Lehrcelt, Haager Abkommen § 6 S. 7.

（註七）參照 Stein=Jonas, § 199 V 2 S. 512.

（註八）參照 Stein=Jonas, § 199 V 3 S. 512.

---

**第百七十六條　出陣ノ軍隊若ハ外國駐在ノ軍隊ニ屬スル者又ハ役務ニ服スル艦船ノ乘組員ニ對スル送達ハ裁判長上班司令官廳ニ囑託シテ之ヲ爲ス**

**前項ノ送達ニ付テハ第百六十七條ノ規定ヲ準用ス**

本條は舊法第一五四條の規定と略同趣旨である。

**外國法參照條文**　獨民訴法第二〇一條。澳民訴法第九二條。

**資料**　理由書一〇〇頁。議事錄三五五頁以下。速記錄四一五頁。

**目次**　**本條の適用範圍**　**二**　**上班司令官廳に對する送達の囑託。**

**一　本條の適用範圍**　本條は出陣若は外國駐在の軍隊に屬する者又は役務に服する艦船の乘組員に對する送達に關する規定である。本條の規定に依れば出陣の軍隊若は外國駐在の軍隊に屬する者又は役務に服する艦船の乘組員に對する送達は、裁判長から其の軍隊又は艦船の上班司令官廳に囑託して之を爲すものである。然れども出陣の軍隊に屬する者又は役務に服する艦船の乘組員に對し內國に於て送達を爲し得る間は、本條の規定に依る送達を囑託すると本法第一六七條の規定に依る送達の方法を採るとに付て選擇することを得るものである。（註一）而して出陣の軍隊若は外國駐在の軍隊に屬する者又は役務に服する艦船の乘組員に對し外國に於て爲すべき送達は、本條の規定に依り送達を囑託すると本法第一七五條の規定に依る外國送達を囑託するとに付ても亦選擇することを得るものである。（註二）而して本條の所謂「出陣ノ軍隊」とは動員の狀態に在る軍隊を謂ふのであつて、未だ其の平時に於ける軍事用の廳舍に留ると否を問はない。又本條の所謂「役務ニ服スル艦船」は動員の狀態に在る艦船よりも廣い意味を有するものである。（註三）

（註一）參照 Stein=Jonas, § 201 I S. 514; Soutfert, § 201 Anm. 3 S. 239.

（註二）參照 Stein=Jonas, § 201 I S. 514; Soutfert, § 201. Anm. 3 S. 239.

（註三）參照 Soutfert, § 201 Anm. 1 S. 239.

**二　上班司令官廳に對する送達の囑託**　本條の規定に依り出陣の軍隊若は外國駐在の軍隊に屬する者又は役務に服する艦船の乘組員に對する送達は、裁判長が其の送達を受くべき軍隊に屬する者又は艦

船の乘組員の服從する上班司令官廳に囑託して之を爲すものである。而して裁判長から送達の囑託を受けたる上班司令官廳は固より其の官廳の服務規則竝執務規程に依り送達の施行を爲すべきものと雖、直接送達を受くべき軍隊所屬者又は艦船乘組員に送達書類を交付すべきものに非ずして其の者の屬する廳舍又は艦船の長に送達書類を交付して送達を爲すべきものである。(本條二項)

**第百七十七條　送達ヲ爲シタル吏員ハ書面ヲ作リ送達ニ關スル事項ヲ記載シ之ヲ裁判所ニ提出スルコトヲ要ス**

本條は舊法第一五一條の規定を修正したるものである。

**外國法參照條文**　獨民訴法第一九〇條及第一九一條。澳民訴法第一一〇條。

**資料**　理由書一〇〇頁。議事錄に特記なし。速記錄四一六頁以下。

**目次**　一　送達證書　二　送達證書の作成　三　送達證書の證明力。

**一、送達證書**　本條は送達證書の作成に關する規定である。元來送達は其の目的上及性質上證明ある交付(beurkundete Uebergabe)である。(註一)隨て送達證書(Zustellungsurkunde)の作成は送達行爲の一要素である。(註二)若し夫れ執達吏又は郵便に依る送達にして書面の作成なきものに至りては、法律の意義に於ける送達と謂ひ得ないであらう。是を以て送達を爲したる吏員(送達吏員)は送達の施行に付て書面を作成し送達に關する事項を記載し之を裁判所に提出しなければならぬ。(本條)此の送達吏員の作成に係る送達の書面を所謂「送達證書」(Zustellungsurkunde)と謂ふ。

(註一)　參照 Steinlonas, § 190 I S. 501.

(註二)　參照 Steinlonas, § 190, I S. 501.

**二　送達證書の作成**　送達證書は送達を施行したる送達吏員が書面を作り之に送達に關する事項を記載し而して送達を委任したる裁判所書記の所屬する裁判所に之を提出することを要するものである。本條の所謂「送達ヲ爲シタル吏員」とは送達を施行したる送達吏員を謂ふのであつて執達吏に依る送達の場合には執達吏であり、郵便に依る送達の場合には郵便集配人であり、(民訴法一六二條)裁判所書記に依る直接送達の場合には裁判所書記自身(民訴法一六三條)が夫々送達の施行に關し所謂「送達ヲ爲シタル吏員」に該ることは謂ふまでもない。而して送達吏員は送達の施行に付て書面を作り之に送達に關する事項殊に送達の年月日時、送達の場所及送達の方法を記載すべきは勿論、尙送達書類を受取りたる者に受取の證を徵し而して其の書面に送達吏員の署名捺印を爲すべきものである。

然れども裁判所書記が送達書類を書留郵便に付して送達を爲したる場合に於ては、裁判所書記は書面を作り送達書類を書留郵便に付して發送したる旨及其の年月日を記載すべく而も之を以て送達證書

と爲すべきである。

**三　送達證書の證明力**　送達證書の作成は送達行爲の一要素であるだけに送達證書の作成なき送達は法律の意義に於ける送達ありたるものと謂ふことを得ない。然るに送達證書が送達に關し單に參考的の證明書に過ぎないものとしては、送達證書の作成に關する本條の規定は餘りに嚴重である　故に送達證書を全然作成せず又は送達證書の作成に瑕疵ある送達は其の效力を有しないものと謂はねばなるまい。然れども次の二の事項は別問題である。卽ち其の一は當事者が反證を以て送達證書の內容を覆へすことを得る。其の二は送達に付て書面の作成を必要とすることゝ送達卽ち證明ある交付が他の證據方法に依りて證明し而も自由なる心證に從ひ判斷されることとは相兩立するものである。（註四）要之送達は唯送達證書に依りてのみ之を證明することを得るものと謂ふことはできない。（註五）

（註三）參照 Stein-Jonas, § 190 I S. 501.
（註四）參照 Stein-Jonas, § 190 I S. 501f.
（註五）參照 Stein-Jonas § 190 I S. 501f.

---

**第百七十八條　當事者ノ住所、居所其ノ他送達ヲ爲スヘキ場所カ知レサル場合又ハ外國ニ於テ爲スヘキ送達ニ付第百七十五條ノ規定ニ依ルコト能ハス若ハ之ニ依ルモ其ノ效ナシト認ムヘキ場合ニ於テハ申立ニ因リ裁判長ノ許可ヲ得テ公示送達ヲ爲スコトヲ得**

**同一ノ當事者ニ對スル爾後ノ公示送達ハ職權ヲ以テ之ヲ爲ス**

本條は舊法第一五六條の規定と同趣旨である。

外國法參照條文　獨民訴法第二〇三條。澳民訴法第一一五條第一、二項。

資料　理由書一〇一頁。議事錄三五一頁以下、三五八頁以下。速記錄四一七頁以下。

目次　一　公示送達　二　公示送達の要件

**一　公示送達**　本條は公示送達に關する規定である。抑公示送達（öffentliche Zustellung）とは裁判所書記が送達を受くべき者に送達書類を交付すべき旨を裁判所の掲示場に公に告示して送達に代用することを謂ふ。元來送達は送達を受くべき者に送達書類を交付するを本質とするものなれば、公示送達は眞實送達ではない。何となれば書類の交付は公示送達の本質でもなければ又要件でもないからである。然るに本條に「公示送達」なる語を使用してゐるけれども、公示送達は寧ろ一定の方式に依りて送達に代用するものであつて、畢竟公示送達は送達の擬制に他ならぬ。（註一）而して公示送達は如何なる場合にも之を爲し得るものでなく、本條に規定する一定の要件を具ふる場合に限り之を爲すことを得るものである。

（註一）參照 Stein=Jonas, § 203 I S. 516.

**二　公示送達の要件**　本條の規定に依れば公示送達を爲すには左記の三の要件を具備することを要する。

（一）送達不能なること　公示送達は送達の不能なることを前提要件とする。而して送達の不能は次の二の場合に限る。送達を受くべき當事者の住所、居所、其の他送達を爲すべき場所が知れない爲に又は外國に於て爲すべき送達に付て本法第一七五條の規定に依ること能はざる爲に若は之に依るも無駄に了るべきものと認むる爲に送達を施行すること能はざる場合でなければならぬ。然れども當事者の住所、居所其の他の送達を爲すべき場所が知れないことの不明性（Unbekanntschaft）は獨り公示送達の申立人にとりて單に主觀的に知れないだけでは足りない。されば之と謂つて何人にも知れない底の不明性を要求するものでもない。（註二）尤も當事者の住所、居所其の他送達を爲すべき場所が知れない場合と雖、其の當事者の爲送達を受くべき者が居り且其の者に爲すべき送達の場所も知れてゐる場合例之本法第一六五條乃至第一六八條の送達受領者に送達を爲し得る場合には固より公示送達を認むることを得ない。當事者の爲訴訟代理人、送達受取人ある場合も亦同樣である。

次に所謂外國に於て爲すべき送達に付て本法第一七五條の規定に依ること能はずとは外國に於ける送達を實行し得ざる場合に他ならぬのであつて、例之送達を爲すべき外國の官廳が送達の囑託を受付けないとか又は其の外國に日本の大使も公使も領事も駐在して居ない場合の如きである。又本法第一七五條の規定に依るも外國に於て爲すべき送達の實行が豫見的に無駄に了るものと認むべき場合とは例之法律上の共助の拒絶が期待されるとき、外交上の關係が破裂せるとき又は外國に於ける革命等の爲に外國に於て送達を爲すも豫見的に無駄に了るべき場合の如きである。（註三）

（註二）參照 Stein=Jonas, § 203 I 1 S. 516.

（註三）參照 Stein=Jonas, § 203 I 3 S. 516f.

（二）申立に因ること　公示送達殊に最初に爲すべき當事者に對する公示送達は申立に因らなければならぬ。而も各公示送達毎に申立を爲すべきものである。而して申立は受訴裁判所へ之を爲し申立の內容には送達の不能なる事由を具陳し且之を證明すべきものである。此の送達不能の證明は執達吏又は郵便に依る送達の不能を記載する書面を以て之を爲すを常とする。然るに同一の當事者に對する爾後の公示送達は職權を以て之を爲すべきものである。（本條二項）故に當事者から公示送達の申立を爲すに及ばない。唯問題なるは裁判所が職權を以て送達を爲すべき判決正本の送達の如きものに付ても苟くも最初の公示送達なる以上當事者の申立に因らなければ公示送達を爲し得ないか否

は疑問である。

（三）裁判長の許可を得たること　公示送達は送達が不能であり且申立あるだけでは未だ之を爲すに足りない。尙其の上に受訴裁判所の裁判長の許可を得なければならぬ。此の裁判長の許可は全體としての訴訟の爲又は或る審級の爲之を付與するものでなくて、各箇の送達行爲毎に之を付與すべきものである。（註四）

（註四）參照 Rosenberg, Lehrb. S. 193; Stein-Jonas, § 204 I S. 517.

**第百七十九條**　公示送達ハ裁判所書記送達スヘキ書類ヲ保管シ何時ニテモ送達ヲ受クヘキ者ニ交付スヘキ旨ヲ裁判所ノ掲示場ニ掲示シテ之ヲ爲ス但シ呼出狀ノ送達ハ呼出狀ヲ掲示場ニ貼附シテ之ヲ爲ス

裁判所ハ公示送達アリタルコトヲ官報又ハ新聞紙ニ掲載スヘキコトヲ命スルコトヲ得但シ外國ニ於テ爲スヘキ送達ニ付テハ公示送達アリタルコトヲ郵便ニ付シテ通知スルコトヲ得

本條は舊法第一五七條の規定を修正したるも同規定と大體同趣旨である。

外國法參照條文　獨民訴法第二〇四條。澳民訴法第一一五條第三項及第一一八條。

資料　理由書一〇一頁。議事錄三五一頁以下、三五八頁以下。速記錄四二〇頁以下。

目次　一　公示送達の施行　二　公示送達の廣告掲載及通知。

**一　公示送達の施行**　元來公示送達は眞實の送達卽ち送達吏員に依り送達書類の交付を爲すものに非ざるを以て送達吏員に依りて公示送達を施行するものでない。隨て公示送達に付て裁判長の許可あり たるときは、送達機關たる裁判所書記（民訴法一六一條）が自ら公示送達の施行を爲すべきものである。

本條の規定に依れば公示送達の施行は裁判所書記が其の手許に送達の爲交付すべき書類を保管し置き、何時にても送達を受くべき者に送達書類を交付すべき旨を裁判所の掲示場に公に掲示して之を爲すものである。（本條）然れども唯呼出狀の公示送達のみは、呼出狀を掲示場に公に貼附して之を爲さねばならぬ。隨て呼出狀の公示送達の場合に於ては裁判所書記の手許に呼出狀を保管することを得ないばかりでなく、送達を受くべき者が屆出でたるときと雖、裁判所の掲示場に貼附せる呼出狀を外し之を送達を受くべき者に交付することすら許さないのである。（註一）呼出狀に付ては本法第一五四條參照。されば呼出狀以外の書類は掲示場に之を貼附すべきものでなく、縱し之を掲示場に貼附するも、公示送達としての施行と認むるに足りない。而して裁判所書記の手許に保管すべき本條第一項の所謂

「送達スヘキ書類」は一見送達すべき書類の原本卽ち本法第一六四條第一項の所謂「送達スヘキ書類」と同義に解せらるゝ虞あるも、送達すべき書類の原本は別段の規定ある場合の外訴訟記錄に之を添綴すべきものであつて、送達を受くべき者に對しては送達すべき書類の謄本を交付すると原則とするが故に（民訴法一六四條一項）本條第一項の所謂「送達スヘキ書類」は送達の爲交付すべき書類（送達書類）の義に他ならぬ。

（註一）參照 Stein=Jonas, § 204 Ⅲ S. 518.

**二　公示送達の廣告掲載及通知**　元來公示送達は眞實送達でなく一定の方式に依る送達の代用であり謂はゞ送達の擬制に他ならぬを以て、實際公示送達に依り送達を受くべき者に對する送達の目的を達成せんとするのは恰も木に倚りて魚を求むるに似たるものである。是を以て裁判所は送達を受くべき者に送達書類を交付する機會を知らしむる爲、裁判所書記に依りて公示送達の公示手續を爲す外尙公示送達ありたることを官報又は新聞紙に掲載すべきことを命ずることを得るのである。公示送達の施行に付て裁判所が官報又は新聞紙の廣告掲載を命じたる場合に於ては公示送達は裁判所の掲示場に於ける公示送達の掲示又は呼出狀の貼附と官報又は新聞紙の廣告掲載との二の行爲を具へなければ之を有效と認むることを得ない。（註二）而して公示送達に關する官報又は新聞紙の廣告掲載の度數と掲載すべき官報及新聞紙又は新聞紙の選擇とは全く裁判所の職權を以て自由裁量に依り之を定むべきものである。尤も掲載すべき新聞紙の選擇は、必ずしも非訟事件手續法第一四五條以下の規定に從はねばならぬものと限らない。然れども外國に於て爲すべき送達に付ては日本に於て官報又は新聞紙に公示送達の廣告掲載を爲すも無駄に歸すべきを以て公示送達の施行を爲す外尙裁判所は公示送達ありたることを郵便に付して通知することを得るのである。（本條二項但書）此の公示送達の通知は外國に於て爲すべき送達に付て送達を受くべき者の住所、居所、營業所又は事務所が知れてゐる場合なることを前提とする。

（註二）參照 Stein=Jonas, § 214 Ⅲ S. 518.

---

**第百八十條**　公示送達ハ前條第一項ノ規定ニ依ル掲示ヲ始メ又ハ貼附ヲ爲シタル日ヨリ二週間ヲ經過スルニ因リテ其ノ效力ヲ生ス但シ第百七十八條第二項ノ公示送達ハ掲示ヲ始メ又ハ貼附ヲ爲シタル日ノ翌日ニ於テ其ノ效力ヲ生ス

前項ノ期間ハ之ヲ短縮スルコトヲ得ス

本條は舊法第一五八條の規定と同趣旨である。

外國法參照條文　獨民訴法第二〇六條。澳民訴法第一一五條第三項。

資料　理由書一〇二頁。議事錄に特記なし。速記錄四二一頁以下。

目次　一　公示送達の效力發生の時期　二　公示期間の短縮不許。

**一　公示送達の效力發生の時期**　本條は公示送達の效力發生の時期に關する規定である。公示送達は一定の方式に依りて送達に代はる送達の擬制なるを以て送達を受くべき者に於て公示送達ありたることを知ると否又は送達書類の交付を受けたると否に拘らず本法第一七九條第一項の規定に依る公示送達の掲示を始め又は呼出狀の貼附を爲したる日から二週間を經過するに因りて當然公示送達の效力を生ずるを原則とする。唯同一の當事者に對する爾後の公示送達（民訴法一七九條二項）のみは例外として公示送達の掲示を始め又は呼出狀の貼附を爲したる日の翌日に於て其の效力を生ずるものである。然れども公示送達の施行に付て裁判所が官報又は新聞紙の廣告掲載を命じたる場合又は外國に於て爲すべき送達に付て公示送達ありたることを郵便に付して通知したる場合に於ては、公示送達の效力發生は其の官報又は新聞紙の廣告掲載又は通知を郵便に付したる發送に繫がるものと解すべきである。而して本法第一七九條第一項の規定に依る公示送達の掲示を始め又は呼出狀の貼附を爲したる後二週間を經過する以前に於て送達を受くべき者が其の住所、居所、營業所又は事務所を裁判所又は裁判所書記に屆出づるとも又何かの事由に因りて最早本法第一七八條の規定に依る公示送達の要件を欠缺するに至るとも、其の掲示を始め又は貼附を爲したる日から二週間を經過するに因りて當然公示送達の效力發生することに何ら影響を及ぼすものでない。加之裁判所書記に於ても住所、居所其の他送達すべき場所を知り又は日本に於て送達を爲し得るに至りたる當事者に對し再度送達吏員に依る送達を爲すことを要しない。斯かる場合に於ては送達を受くべき者は裁判所書記から送達書類の交付を受くるなり又は本法第一五一條に依り訴訟記錄の閲覽を爲すべきである。而して裁判所書記が公示送達の施行として裁判所の掲示場に掲示を爲し又は呼出狀の貼附を爲したる後二週間を經過する以前に之を抹消若は除去せられ又は貼附を剝離せられたるときと雖、苟くも其の掲示を始め又は貼附を爲したる日から二週間を經過するときは當然公示送達の效力を生ずることを妨げないものと解すべきである。

**二　公示期間の短縮不許**　本條第一項に規定する公示送達の掲示又は呼出狀の貼附を爲すべき二週間の期間は固より固有的期間でもなければ(註)又不變期間でもない。然し乍ら本法第一五八條の規定は非固有的期間に之を類推することを得るが故に裁判所は公示送達の施行に付て職權を以て本條の掲示又は貼附の期間を伸張することを得ると雖、（民訴法一五八條）之を短縮することは本條第二項の規

定に依りて許されない。而して此の公示期間の伸張は特別の決定を以て之を爲すべきものである。非固有的期間に付ては本法第一五六條其の一參照。期間の伸張及短縮に付ては本法第一五八條其の二參照。

（註）參照 Stein=Jonas, § 206 I S. 520.

---

**第百八十一條　送達ニ關スル裁判長ノ權限ハ受命判事、受託判事及送達地ノ區裁判所ノ判事亦之ヲ有ス**

本條は舊法第一五〇條第三項の規定と同趣旨である。

**外國法參照條文**　獨民訴法に特別規定なし。澳民訴法も亦同じ。

**資料**　理由書一〇二頁。議事錄に特記なし。速記錄に特記なし。

**目次**　送達に關する受命判事、受託判事及送達地の區裁判所判事の權限。

**送達に關する受命判事、受託判事及送達地の區裁判所判事の權限**　本條は送達に付ての受命判事、受託判事及送達地の區裁判所の判事の權限に關する規定である。本條の規定に依れば送達に關する裁判長の權限は、受命判事又は受託判事も亦之を有するのである。而して裁判所書記が送達地の區裁判所の裁判所書記に送達に關する事務の取扱を囑託したる場合に於ては、其の送達地の區裁判所の判事も亦送達に關する裁判長の權限を有するものである。又區裁判所の訴訟手續に於ては單獨判事が送達に關し裁判長と同一の權限を有することは謂ふまでもない。而して送達に關する裁判長の權限は例之日曜日其の他の一般の休日又は日出前日沒後に於て爲すべき執達吏に依る送達（民訴法一七四條一項）及公示送達、（民訴法一七八條一項）に付ての裁判長の許可の如き、又外國に於て爲すべき送達に付て其の外國の管轄官廳又は外國に駐在する日本の大使、公使若は領事に爲すべき裁判長の囑託（民訴法一七五條）及出陣の軍隊若は外國駐在の軍隊に屬する者又は役務に服する艦船の乘組員に對する送達に付て上班司令官廳に爲すべき裁判長の囑託（民訴法一七六條）の如きものである。

昭和五年六月六日印刷
昭和五年六月十日發行

新民事訴訟法釋義上卷奥附
定價金四圓

著作者　竹野竹三郎

發行者　江草重忠
東京市神田區一ツ橋通町五番地

印刷者　佐藤駒次郎
本郷區眞砂町三十六番地

發行所　有斐閣
東京市神田區一ツ橋通町五番地
電話九段三二二番・三二三番
振替貯金口座東京三七〇番

賣捌所　有終閣
東京市本郷區森川町八〇番地

（東京市本郷區眞砂町三十六番地・日東印刷株式會社）

600
122

10